

博士論文

未成年者保護を目的とした表現規制を めぐる法的諸問題

令和4年3月

井上 幸希

目次

序論	1
第一部 未成年者保護を目的とした表現規制をめぐる諸問題—青少年保護育成条例を中心に—	4
第1章 青少年保護育成条例の概要	4
第1節 青少年保護育成条例の制定と変遷	4
第2節 青少年保護育成条例の内容	13
第2章 青少年保護育成条例をめぐる議論	17
第1節 青少年保護育成条例の合憲性が争われた最高裁判決—岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁大法廷判決（最大判平成元年9月19日刑集43巻8号785頁）—	17
第2節 岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決において議論された問題点について	24
第1項 本条例による有害図書規制を正当化する根拠について	24
第2項 本条例による有害図書の規制手段の合憲性について	29
第3項 本条例が規定する包括指定制度は憲法21条2項が禁止する検閲に該当するか	33
第4項 規制基準の明確性について	37
第5項 本条例による規制が憲法14条1項の定める平等原則に違反するか否かについて	41
第6項 成人の表現の自由の制約について	45
第3節 「有害図書」と「わいせつ表現」の関係性について	48
第1項 わいせつ表現の規制が憲法21条に違反するか否かが争われた事件	49
第2項 わいせつ表現規制の合憲性が争われた最高裁判決の整理	53
第3項 刑法175条の保護法益について	54
第4項 有害図書の定義	57
第5項 有害図書類の規制根拠について	59
第6項 わいせつ表現と有害図書の違いについて	62

第4節	性的な表現と暴力的・残虐的内容の表現および犯罪・自殺を助長する表現との区別	65
第1項	暴力的内容のテレビゲームの有害図書規制の現状	67
第2項	暴力的・残虐的表現が与える悪影響について	68
第3項	団体指定制度と CERO によるテレビゲームのレーティングの差異について	71
第4項	未成年者保護という規制目的の妥当性	74
第5項	自殺を助長する表現が与える悪影響について	76
第5節	青少年有害社会環境対策基本法案について	78
第3章	放送上の規制と未成年者保護	80
第1節	日本の放送制度の概要	80
第2節	放送上の未成年者保護	82
第4章	インターネット上の未成年者を保護するための規制	88
第1節	青少年インターネット環境整備法制定の経緯	88
第2節	青少年インターネット環境整備法の概要	89
第3節	青少年インターネット環境整備法の改正	94
第4節	フィルタリングの現状と課題	97
第5章	児童ポルノ禁止法をめぐる議論	102
第1節	児童ポルノ禁止法成立の背景	102
第2節	児童ポルノ禁止法の成立と二度にわたる法改正	104
第3節	児童ポルノ禁止法をめぐる憲法上の問題点	106
第1項	児童ポルノの定義	106
第2項	単純所持規制をめぐる憲法上の問題	108
第3項	仮想児童ポルノに対する規制	114
第6章	残された問題	117
第二部	未成年者保護を目的とした表現規制をめぐるアメリカ連邦最高裁判例の展開	119
第7章	未成年者保護を目的とした表現規制に関する学説の見解	119
第8章	アメリカ連邦最高裁判例の展開	123

第1節 大人にとってはわいせつではないが、子どもにとってはわいせつな表現について	123
第1項 Ginsberg 判決の概要	123
第2項 Ginsberg 判決の意義	127
第2節 下品な表現—(1)ラジオ放送—	132
第1項 Pacifica 判決の概要	132
第2項 Pacifica 判決の意義	137
第3節 下品な表現—(2)ケーブルテレビ—	146
第1項 Playboy 判決の概要	146
第2項 Playboy 判決の意義	154
第4節 下品な表現—(3-1)インターネット—	157
第1項 Reno 判決の概要	157
第2項 Reno 判決の意義	162
第5節 下品な表現—(3-2)インターネット—	167
第1項 Ashcroft 判決の概要	167
第2項 Ashcroft 判決の意義	176
第6節 暴力的内容のビデオゲーム	180
第1項 Brown 判決の概要	180
第2項 Brown 判決の意義	185
第7節 児童ポルノ	190
第1項 Ferber 判決の概要	190
第2項 Ferber 判決の意義	195
第8節 仮想児童ポルノ	198
第1項 Free Speech Coalition 判決の概要	198
第2項 Free Speech Coalition 判決の意義	206
第9章 未成年者保護を目的とした表現規制に適用すべき司法審査基準について	209
第1節 未成年者保護を目的とした表現規制に適用すべき司法審査基準	209
第2節 動機審査の必要性	212
第3節 「不正な動機」を炙り出すという方法	216
第1項 R.A.V. v. City of St. Paul 判決	216

第2項	検討	218
第4節	Elena Kaganの動機審査について	220
第1項	動機審査を行う理由は何か	220
第2項	「動機審査」のアプローチ	220
第3項	不正な動機とは何か	221
第4項	動機審査はどのような事例において行うことができるのか	223
第5節	O'Connor 裁判官が提唱する炙り出し論との相違について	225
第1項	O'Connor 裁判官が提唱する炙り出し論について	225
第2項	Kaganの動機審査とO'Connor 裁判官が提唱する炙り出し論との相違について	225
第6節	表現規制に対する動機審査の可能性について	227
第1項	最近の事例	227
第2項	動機審査の応用可能性について	229
第三部	未成年者保護を目的とした表現規制の可否について	236
第10章	子どもの人権の捉え方について—アメリカ連邦最高裁判例の展開—	236
第1節	1967年以前のアメリカ連邦最高裁判例における子どもの人権の捉え方	236
第1項	Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923)	236
第2項	Pierce v. Society of the Holy Names of Jesus and Mary, 268 U.S. 510 (1925)	238
第3項	Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158 (1944)	239
第4項	Meyer 判決、Pierce 判決、Prince 判決における子どもの人権の捉え方	239
第2節	1967年以降のアメリカ連邦最高裁判例における子どもの人権の捉え方	241
第1項	Gault 判決の概要と同判決における子どもの人権の捉え方	241
第2項	Gault 判決以降のアメリカ連邦最高裁判例における子どもの人権の捉え方	244
第3節	近年のアメリカ連邦最高裁判例における子どもの人権の捉え方	251
第4節	「未成年者を有害な表現から保護すること」および「親権の行使を補助すること」	253
第1項	「未成年者を有害な表現から保護すること」への疑問	253

第2項	害悪の立証の必要性	258
第3項	有害な表現から子どもを保護するという利益はやむにやまれぬ利益といえるのか	259
第4項	親権行使を補助するという利益	265
第5項	日本法との比較	267
第11章	子どもの人権の捉え方について—日本の判例及び学説の展開—	270
第1節	憲法学説における子どもの人権の捉え方	270
第1項	子どもの人権享有主体性	270
第2項	未成年者に対する人権制約の根拠	273
第2節	判例における子どもの人権の捉え方	277
第1項	旭川学力テスト事件最高裁判決—教育を受ける権利に関する事例—	277
第2項	生徒の髪型の自由と自己決定権	278
第3項	青少年保護育成条例と表現の自由	280
第12章	未成年者保護を目的とした表現規制の可否について	282
第1節	「パターナリズム」の定義	281
第2節	憲法学におけるパターナリスティックな介入の正当化論	286
第3節	未成年者保護を目的とした表現規制の可否について	290
結論		299

序論

メディア表現が及ぼす未成年者への影響について、これまで日本だけでなく世界各国において、あらゆる領域で研究がなされてきた。そして、政府は新たなメディアが登場する度に、それらメディアが未成年者へ悪影響を及ぼすことを理由に、未成年者がそのような表現に触れないように、表現へのアクセスを遮断するというを行ってきた。例えば、日本では各地方自治体において、青少年保護育成条例が制定されており、同条例には有害図書規制の規定が設けられている。この青少年保護育成条例による有害図書類の規制は、知事が有害図書類を個別に指定するという個別指定制度を原則としてきたが、現在は個別指定制度だけではなく、包括指定制度が一般的に用いられている。包括指定制度は、図書類のうち、卑猥な姿態等の写真や絵画の全体に占める割合が、たとえば10分の1以上または10頁以上にわたって確認できる場合、知事による有害図書類の指定を待つことなく有害図書類に指定されるというものである。青少年保護育成条例による有害図書類規制については、憲法上の問題点が多く存在するとして、かねてより憲法学界からも強く批判がなされており、特に包括指定制度の合憲性については、同制度が青少年育成条例に導入された当時から議論され、憲法学界からも批判されていた。そのような中、1989年、最高裁は岐阜県青少年保護育成条例における有害図書規制の合憲性について判断を下した¹。最高裁が有害図書類規制の合憲性を判断するのは本件が初めてであり、また、未成年者の表現の自由の制約に関する事例を扱うこともほぼ初めてのことであったため、本件で最高裁がどのような判断を下すのか注目を集めたが、最高裁は同条例による有害図書規制は憲法21条および31条には違反しないと判断した。同判決において争点となった点は数多く、たとえば、当該条例による有害図書規制を正当化する根拠は何かという点、当該条例による有害図書の規制手段の合憲性判定基準について、大人の場合と同じものによって審査すべきか否かという点などがあげられ、これらについて憲法学界においても議論されてきた。上記の点は非常に重要な論点であるといえよう。これまで最高裁は、子どもと大人の違いについて十分に説明しておらず、また従来の憲法学説においても同様に、子どもが大人に比べて精神的に未成熟であることを理由に「各種の社会悪に対して、まだ抵抗力の強くない青少年を守ることという目的」によって行われる規制、たとえば青少年保護育成条例による有害図書規制については「最小限度を超えないかぎり、かならずしも違憲と見るべきではない」との見解を示している²。

¹ 最高裁平成元年9月19日第三小法廷判決（刑集43巻8号785頁）。松井茂記『『有害図書』指定と表現の自由』長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿編『憲法判例百選I [第7版]』（有斐閣、2019年）113頁参照。

² 宮沢俊義『憲法II [新版]』（有斐閣、1974年）247頁参照。

しかし、子どもの未成熟性を理由に害悪から子どもを保護することは当然であるという考えは、妥当なのか疑問である。そこで、本稿においては、子どもと大人の違いについて明確にした上で、未成年者保護を目的とした表現規制の許容性について論じる。子どもと大人の違いは、先述した有害図書規制の問題点とも深く関連しているといえるため、他の有害図書規制の問題点を考察する上でも重要であるといえよう。日本において、これまで本稿のように子どもと大人の相違点について明確にした上で、未成年者保護を目的とした表現規制の許容性について論じたものは存在するが、アメリカとの比較法的観点から十分な研究がなされているとはいえないため、本稿においては未成年者保護を目的とした表現規制の合憲性が争われた日米の判例を詳細に比較検討しつつ、未成年者保護を目的とした表現規制の許容性について論じていきたいと思う。そこで、本稿の第一部では、まず青少年保護育成条例の内容について確認し、続いて岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁および同事件における伊藤正己裁判官の補足意見と憲法学説とを比較し、子どもと大人とで何が異なるのかという点も含めて、青少年保護育成条例による有害図書規制をめぐる問題の所在を明らかにしたい。

ところで、未成年者を保護するための表現規制は、以上のような青少年保護育成条例による有害図書類規制だけではなく、放送、インターネットといった主要なメディア毎に制定されている。加えて、昨今、国際的に問題視されている児童ポルノに対しても、日本においては1999年に児童ポルノ禁止法が制定され、現在まで二度にわたって改正がなされている。放送上の規制については、放送番組における暴力的な表現に対して、放送事業者が自主的な規制を行っている一方で、法律による規制はなされていない。これに対して、インターネット上の有害情報の規制については、2008年にインターネット環境整備法が制定されており、同法は、青少年が安全に安心してインターネットを利用できるように、インターネット上の有害な情報を遮断する手段としてフィルタリングの利用を推奨し、これにより青少年を有害な情報から保護することを目的としている。また、児童ポルノについては、児童ポルノ禁止法が制定されている。このように、主要なメディア毎に規制がなされているが、法による規制を行うか、法による規制によらず自主的な規制によるのか様々である。そこで、本稿の第一部では、青少年保護育成条例による有害図書規制に続けて、未成年者保護を目的とした放送上の規制およびインターネット上の規制、そして児童ポルノ禁止法をめぐる法的諸問題の所在についても明らかにしたい。

日本において未成年者保護を目的とした表現規制の合憲性が争われた事例は、青少年保護育成条例による有害図書規制に関するものや、児童ポルノ禁止法に関するものがほとんどであるが、判例の蓄積がまだ不十分であるといえる。これに対し、アメリカ連邦最高裁判

決には、未成年者保護を目的とした表現規制に関する裁判例の豊富な蓄積が認められる。そこで、本稿の第二部では、未成年者保護を目的とした表現規制をめぐるアメリカ連邦最高裁判例や学説の検討を行った上で、第一部において明らかとなった日本の状況との比較検討を行い、日本における未成年者保護を目的とした表現規制をめぐる法的諸問題の解決策について考察する。加えて、第二部においては、未成年者保護を目的とした表現規制の合憲性を判断する際、いかなる司法審査基準を適用すべきなのかについて、アメリカ連邦最高裁判例との比較法の視座から検討を加える。その際、表現の自由の領域においても動機審査を活用すべきであると提唱する Kagan 裁判官の理論をもとに、未成年者保護を目的とした表現規制への応用可能性についても考察を行う。アメリカ連邦最高裁では、平等の領域において、形式的な厳格審査基準の適用を払拭するために、憲法上、容認しえない不正な動機を炙り出す厳格審査基準の適用が行われており、この点については日本においても研究がなされている。しかし、表現の自由の領域、特に未成年者保護を目的とした表現規制への動機審査の応用可能性について論じたものはこれまでにないといえ、それゆえ、本稿においては未成年者保護を目的とした表現規制への動機審査の応用可能性について検討を行う。

最後に、本稿第三部においては、第一部および第二部において考察したことを踏まえた上で、そもそもある表現物が未成年者に有害であるという理由でその表現物を政府が規制することは許されるのかという問題について考察する。この問題を検討する際、子どもは大人と同じ基本的人権の享有主体として捉えられてきたのか、あるいは子どもは保護の対象としてでしか捉えられていなかったのかを確認するために、アメリカ連邦最高裁判例における子どもの人権の捉え方がどのように変化しているのかについて、「子どもの権利」論の観点から考察を行うとともに、日本の憲法学説および判例が、子どもの人権についてどのように捉えているのかについて明らかにする。加えて、未成年者に対する人権が制約される場合、その制約根拠は大人の場合と同じものなのか否かについて考察した上で、未成年者保護を目的とした表現規制の可否についても考察を行う。

第一部 未成年者保護を目的とした表現規制をめぐる諸問題—青少年保護育成条例を中心に—

第1章 青少年保護育成条例の概要

第1節 青少年保護育成条例の制定と変遷

青少年を有害な環境から保護し、青少年を健全に育成することを目的とした法律として、児童福祉法、学校教育法、労働基準法、未成年者喫煙禁止法、未成年者飲酒禁止法等が制定されている。これらのうち、たとえば、児童福祉法においては、「国及び地方公共団体は、児童の保護者とともに、児童を心身ともに健やかに育成する責任を負う」（2条）と定め、この義務に反した者については罰則が科せられることが定められている（60条）。ただ、これらの法律は、いずれも「特殊的・局所的な青少年問題にかかるものであり、青少年の、学校生活・社会生活をふくめてその日常の環境における青少年自体を対象としたものではな」かったため、青少年を健全に育成することを目的とした、「青少年の日常生活にかかる多方面にわたる規制を内容とする総合的な」施策が必要とされた³。このような要請に応じて各地方自治体が制定したのが、青少年保護育成条例であり、1950年、全国で初めて岡山県が「図書による青少年の保護育成に関する条例」という青少年保護育成条例を制定した⁴。岡山県の条例は、規制対象を「図書」に限定したものであり、「図書の取扱いを業とする者は『良書普及委員会』によって『有害図書』と指定されたものを青少年に対し販売、頒布または貸付けてはならず、これに違反した場合には、10万円以下の罰金、拘留または科料に処せられる」という悪書指定を条例の中核とするものであった⁵。ここにいう「良書普及委員会」は、10名以内の委員から成り、知事が県職員、教育関係者、出版および図書販売関係者または学識経験者のうちから、任命または委嘱するもので構成されるとされる（ただし、うち2名は著述業・図書関係業のうちから委嘱するとされる）。条例制定から約2年後に条

³ 清水英夫「青少年条例の憲法的社会的問題点」法律時報増刊『青少年条例』（日本評論社、1981年）1頁参照。

⁴ 岡山県条例が制定される以前に、青少年条例の先駆けとして、1948年から1949年にかけて茨城県および栃木県の市町村において、青少年の深夜外出の禁止を内容とする「不良化防止条例」が制定された。奥平康弘教授は、「たぶんこの種の条例は、青少年および住民の側の切実な要求を反映したものでは必ずしもなく、「条例制定権行使のデモンストレーション」といった意味が強かったのではないかと思う」と述べている。奥平康弘「青少年保護条例の沿革」同編著『青少年保護条例・公安条例』（学陽書房、1981年）8頁参照。

⁵ 岡山県条例については、奥平編・同書9-11頁参照（奥平執筆部分）。なお、同条例は「地元の警察や婦人団体などの支持をうけて成立したもののようであるが」、「この全国初の条例がなぜ、どのような経緯で、岡山県において成立したかわかっていない」と奥平康弘教授は述べている。

例の改正が行われ（昭和 27 年県条例 192 号）、同委員会は廃止になり、その後知事が悪書の指定処分を行うことになった。

続いて制定されたのが、和歌山県少年保護条例（昭和 26 年県条例 41 号）、香川県青少年保護育成条例（昭和 27 年県条例 22 号）である。これらの条例は、先述した岡山県条例のように有害図書等の販売・貸付けの禁止規定だけでなく、これに加えて、夜間外出の制限、有害興行の観覧禁止、有害器具類の販売禁止、有害広告物の制限などの諸規定、さらには、青少年に対する淫行・わいせつ行為の禁止および同行為のための場所の提供を禁止する特別規定を設け、条例に違反した者については、罰則が科された⁶。

一方、同時期において、政府は出版の法的規制を含む「青少年保護育成法案」の国会への提出を準備していた⁷。結局、マスコミ各界からの激しい抵抗によって、当該法案は廃案となったが、1955 年 10 月、総理府（現在の内閣府）の附属機関である中央青少年問題協議会が、「青少年に有害な出版物、映画等の排除に関する条例についての参考意見」という文書を各都道府県に送付しており、政府としては、上記法案を制定することを断念したものの、それに代わるものとして各地方自治体に対し青少年条例の制定を要請したとみることができ。その後、各地方自治体において青少年条例が制定されるようになっていくのであるが、そのきっかけが婦人団体を中心とした悪書追放運動であったといわれている。1954 年 5 月、警察の関連団体である赤坂少年母の会が、エロ・グロ雑誌は未成年者に悪影響を及ぼすとして、「見ない・買わない・読まない」の「三ない運動」を提唱し、当該雑誌を焼却処分した。赤坂少年母の会が問題とし焼却した雑誌は、当初カストリ雑誌やゾッキ本、大人向けの赤本であったが、次第にその対象が拡大し、子ども向けの漫画も焼却処分の対象となった⁸。

また、悪書追放運動と同時期、神奈川県が有害図書だけでなく映画に対する規制を設けた

⁶ わいせつ行為や薬剤使用のための場所を提供した者に対し、1 年以下の懲役または 5 万円（香川県の場合は 2 万円）の罰金の選択刑が科せられる。淫行禁止規定に違反した者については、和歌山県条例が罰金刑のみであるのに対し、香川県条例は 6 月以下の懲役または 1 万円以下の罰金が定められている。奥平編・同書 14 頁参照（奥平執筆部分）。

⁷ 中村泰次「条例規制と表現の自由—戦後の変遷をたどって」法律時報増刊『青少年条例』（1981 年）13 頁参照。

⁸ カストリ雑誌とは、「仙花紙という安価な紙を使い、その多くが二、三号で廃刊になってしまうことから『三合飲むと酔いつぶれる』といわれた粗悪な蒸留酒（カストリ酒）になぞらえて呼称されたエログロ記事・マンガを主にした大衆誌」のことであり、ゾッキ本とは、「書店から返品されたり、別ルートに流れた書籍・雑誌をそのまま、あるいは解体して古書店などで売った本」のことであり。長岡義幸『マンガはなぜ規制されるのか「有害」をめぐる半世紀の攻防』（平凡社、2010 年）9 頁参照。

条例を制定し⁹、これにより、神奈川県と同様の内容の条例を制定しようとする動きが見られたが、その一方で、このような図書や映画などへの広範な規制をするために各地方自治体が条例を制定する場合には、慎重な配慮が必要であるということが、1955年5月に出版された中央青少年問題協議会の意見「青少年に有害な出版物、映画等対策について」において表明された¹⁰。

ところで、各地方自治体によって青少年保護育成条例が制定された時期を三つに分類すると、それは、第一に悪書追放運動が全国各地で広がった時期（1955年から）¹¹、第二に東京都健全育成条例が制定された時期（1964年から）¹²、第三に、新たに自動販売機による有害図書の販売制限が創設された時期（1976年から）¹³に分けることができるが、第一のピーク期については先述したため、以下では第二および第三の時期の主要なできごとについて概観していく。

まず、第二の条例制定時期において顕著な点は、他県以上に慎重な態度を示していた東京

⁹ この神奈川県条例の特徴は、規制の内容は従来のもと同じものの、有害図書等に対する規制が厳しいところにある。実際、条例が施行されてから短期間で『夫婦生活』、『あまとりあ』など23冊が有害図書に指定され、指定された図書はすべて廃刊、休刊あるいは編集方針を変更するなどし、店頭から撤去されている。また、この当時青少年に悪影響を及ぼすとして問題視されていたMGM映画「暴力教室」について、神奈川県は有害興行として指定した。奥平編・前掲注（4）12-3頁参照（奥平執筆部分）。

¹⁰ 実際、大阪府は1956年に青少年保護条例を制定したが、出版物の規制が表現の自由に違反しないか否かという憲法上の問題を避けるために、出版物等を規制する規定を一切設けなかった。また、この時期、各業界において自主規制の動きが見られるようになる。たとえば、1957年10月、日本雑誌協会と日本書籍出版協会とが自主的な「出版倫理綱領」を採択し、また映画界においても、1956年12月に映倫管理委員会が発足され、「青少年映画審議会要領」に基づき青少年向け映画への自律的な取り組み方針が明らかにされた。さらに、1958年1月には、出版、雑誌、映画、新聞、放送、レコードなどマス・メディア関係企業がマスコミ倫理懇談会全国協議会を創立している。奥平・同書16-7頁参照（奥平執筆部分）。

¹¹ 1950年代後半の制定状況は以下の通りである。1955年は北海道、神奈川県、1956年は大阪府、福岡県、1957年は山口県、長崎県、1958年は兵庫県、高知県、1959年は石川県。また、1960年代に入り、東京都が条例を制定するまでの制定状況は以下のようになる。1960年は宮城県、埼玉県、岐阜県、1961年は群馬県、静岡県、愛知県、三重県、鹿児島県、1962年は茨城県、新潟県。安部哲夫『新版 青少年保護法』（尚学社、2009年）240-41頁参照。

¹² 第二期の条例制定状況は、以下の通りである。1964年は東京都、千葉県、山梨県、福井県、滋賀県。1965年は島根県、徳島県。1966年は大分県、1967年は岡山県、愛媛県、1971年は熊本県、1972年は沖縄県。安部・同書241頁参照。

¹³ 第三期の条例制定状況は、以下の通りである。1976年は奈良県、栃木県。1977年は富山県、佐賀県、宮崎県。1978年は、秋田県、福島県。1979年は、青森県、岩手県、山形県、広島県。1980年は、鳥取県。1981年は京都府。安部・同書242-43頁参照。

都がこれまでの態度を一変し、青少年保護条例の制定に積極的な態度を示すようになり、1964年、「東京都青少年の健全な育成に関する条例」（以下、東京都条例と略する。）を制定したことである。東京都は全国に販売・頒布される出版物の大部分が作成される関係上、出版物が有害図書であるとして規制されるということは出版界にとって死活問題となりうるという事情があったため、青少年保護条例の制定について日本新聞協会、書籍協会、雑誌協会、映倫、文芸家協会などからの根強い反対があった¹⁴。ところが、1963年に再び活動が活発になった悪書追放運動を契機として、東京都が条例制定に積極的になったといわれている¹⁵。この東京都条例は、1条において、「青少年の生活の環境の整備を助長するとともに、青少年の福祉を阻害するおそれのある行為を防止し、もって青少年の健全な育成を図ることを目的」とすると規定し、優良図書類の推奨、不健全図書類の販売等の規制に関する規定を設けた。その後も、活発化する悪書追放運動の影響を受けて、これまで制定されていなかった自治体においても青少年条例が制定されていくのであるが、1970年代に入ると、街頭に設置された自動販売機によって成人向け雑誌や有害図書類が大量に販売されるという事態が生じるとともに、女子少年による性非行が増加傾向にあった。このような中、第三の条例制定時期にあたる1976年、奈良県が全国で初めて有害図書類の自動販売機収納規制を導入した条例を制定した。そして、その後、はじめて条例を制定する自治体においても、自動販売機による販売制限の規定が設けられ、さらに同規定や淫行規制の導入を目的とした条例の改正が相次ぐこととなる¹⁶。このように、1976年から始まる条例制定期においては、長野県を除く46都道府県が青少年保護条例を制定するに至った¹⁷。また、後述する岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決において、その合憲性が争われることとなる「包括指定制度」を導入する自治体が現れてくるのもこの時期である¹⁸。

¹⁴ 奥平編・前掲注（4）19-21頁参照（奥平執筆部分）。

¹⁵ 東京都条例制定までの経緯について詳しくは、奥平・同書18-21頁（奥平執筆部分）、右崎正博「青少年保護条例の過去・現在・未来」法律時報76巻9号（2004年）40頁参照。また、中村・前掲注（7）14頁参照。1960年代後半には、悪書追放運動はこれまでとは異なり、各自治体による「白ポスト」、「やぎの箱」、「悪書ポスト」などの設置、「読まない、見せない、売らない」のいわゆる「三ない」運動の展開といった形態へと変化するようになった。奥平編・同書21頁参照（奥平執筆部分）。

¹⁶ 奥平編・同書23-4頁参照（奥平執筆部分）。

¹⁷ これまで青少年保護育成条例を制定してこなかった長野県においても、2016年7月7日より「長野県子どもを性被害から守るための条例」が施行された。なお、同県においては、県レベルでの青少年保護育成条例が制定されていなかった当時、長野市、佐久市、東御市、塩尻市においては、市レベルでの同条例が制定されていた。

¹⁸ 包括指定制度とは、個別指定制度のように一つ一つ図書類を閲覧することなく、一定の基準を満たせば有害図書類に指定されるという制度である。ちなみに、1977年9月、岡山

各地方自治体において、青少年保護育成条例が制定されていく中で、同条例における淫行規定の合憲性、および有害図書類規制の合憲性について最高裁が初めて判断を下している。福岡県青少年保護育成条例における「淫行」の定義が不明確であり、刑罰法規の明確性を要求する罪刑法定主義に反することを理由に、憲法 31 条に違反するか否かが争われた 1985 年の事件について、最高裁は同条例による淫行規定を合憲と判断した¹⁹。

また 1989 年には、最高裁において岐阜県青少年保護育成条例の合憲性が争われ、同条例による有害図書類の自動販売機収納禁止は、「青少年の健全な育成を阻害する有害環境を浄化するための規制に伴う必要やむをえない制約であるから、憲法 21 条 1 項に違反するものではない」と判断された²⁰。次章において考察するように、この判断は今現在も変更されていない。

その後、青少年を取り巻く社会環境の変化や新たなメディアの出現により、再び青少年条例の改正が各地方公共団体で行われることになる。まず、1990 年、ポルノ・コミックの流通により、和歌山県田辺市を中心に活動を開始した母親たちで構成された「コミック本から子供を守る会」が、ポルノ・コミック追放運動を展開し、その後、ポルノ・コミック追放の

県が青少年条例を改正し、全国初の包括指定制度を導入し、以後 1985 年までに 13 件が同制度を導入するに至った。安部・前掲注 (11) 242 頁参照。

¹⁹ 最高裁昭和 60 年 10 月 23 日大法廷判決 (刑集 39 巻 6 号 413 頁)。村西良太「刑罰法規の不明確性と広範性—福岡県青少年保護育成条例事件」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ [第 7 版]』(有斐閣、2019 年) 240-41 頁参照。

²⁰ 同判決以降、有害図書の自販機を撤去する動きが全国的に広がり、たとえば、埼玉県のように、有害図書の自販機を設置する者に対して、知事に届出をする義務を課し、これに違反した者には、10 万円以下の罰金を科すほか、届出義務等を怠った者が知事に届出をせず有害図書等を自販機に収納したり、収納物の撤去に応じない場合は、30 万円以下の罰金が科されるという規定を新たに設ける自治体も現れた。他方で、石川県条例のように、自販機に有害図書を収納した者に対して 6 月以下の懲役刑を導入する自治体も現れた。このような有害図書自販機撤去の動きや違反した者に対する罰則の強化に対して、有害図書の自販機を設置する業者の側も、自販機営業の生き残りを図ろうと年齢識別自販機 (運転免許証を自販機に挿入し、18 歳以上の者かそうでないかを判断する機能を装備した自販機) や遠隔監視装置付図書自販機 (自販機の顧客の様子を、業者がカメラを通じて遠隔地より監視し、明らかに 18 歳以上の者であると判断すれば、販売機の電源を入れて販売可能な状態に置き、一方で、年齢に疑問がある場合には、運転免許証などを呈示させ、証明書の画像と客が同一であり 18 歳未満の者であることを確認できた場合には販売可能な状態に置くこととされていた) を設置するが、いずれも青少年条例に違反するとして起訴され、有罪と判断されている。このうち、遠隔監視装置付図書自販機の合憲性については、福島県青少年健全育成条例事件判決 (最高裁平成 21 年 3 月 9 日第二小法廷判決・刑集 63 巻 3 号 27 頁) および神奈川県青少年保護育成条例等事件判決 (最高裁平成 21 年 12 月 11 日第二小法廷判決・集刑 299 号 1043 頁) において判断されており、いずれの事例においても岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁の趣旨が確認されている。

声は全国に広まっていくことになる。このような動きに応じて、各地方公共団体がポルノ・コミックを有害図書に指定するようになるのである。従来、有害図書として規制されていたのは、中小の成人向け出版社および自販機向け出版社の刊行するグラビア誌や劇画誌など、大人向けのいわゆるエロ本がほとんどであったが、有害図書として規制されたものは、大手出版社の発行する『ヤングマガジン』や『ヤングサンデー』のような大衆的な青年誌に掲載された作品であったことから、規制範囲の拡大化が図られたといえよう²¹。一方で、このようなポルノ・コミック追放運動をきっかけとして、出版社倫理協議会は成人向けコミックの自主規制を進め、少年向け雑誌と激しい性描写が掲載されている成人向けコミックとを識別することができるように、各出版社に対して、成人向けコミックに「成人コミック」識別マークを貼付させることを要請した²²。

またこの頃、ビデオ機器が普及し、それに伴いレンタルビデオ店が急増し、さらには性描写を含むビデオソフトが氾濫するようになり、加えて、1988年に起きた連続少女誘拐殺人事件において、被告人が自宅にポルノ雑誌や残虐表現を内容としたビデオソフトを多数所持していたことが報道されたことなどから、ビデオソフトも有害図書類の規制対象とする改正が各自治体においてなされた²³。このような流れに対応して、宮崎県では、1992年、性的表現を含む内容のコンピューター・ゲームソフトを収録した「フロッピーディスク」を有害図書類の規制対象とし、同年7月、宮崎県知事は『電脳学園シナリオ1バージョン2.0上巻・下巻』というコンピューター・ゲームソフトを収録したフロッピーディスクを「著しく青少年の性的感情を刺激し、その健全な成長を阻害するおそれのあるもの」と認めて有害図書類に指定したが、これに対し、当該フロッピーディスクを製造販売していた原告がこれを不服として、青少年条例による当該フロッピーディスクの有害図書指定処分の取消を求めて出訴した。同事例において、最高裁は、岐阜県青少年保護育成条例等を引用し、本件条例による有害図書類の規制が「青少年の健全な育成を図るため青少年を取り巻く環境を整備するという正当な立法目的を達成するために必要かつ合理的な規制であるということができ、これが憲法21条1項に違反するものでないことは、当裁判所の各大法廷判決の趣旨に徴して明らかである」と判示した²⁴。

²¹ 長岡・前掲注（8）152-53頁参照。

²² 藤本哲也「最近の青少年をめぐる有害環境の浄化と規制問題—青少年向け漫画（ポルノコミック）の規制方策を中心として—」警察学論集44巻11号（1991年）24-6頁参照。

²³ たとえば、東京都は1992年に有害図書類の定義規定に「ビデオテープ及びビデオディスク」を追加している（2条2号）。

²⁴ 最高裁平成11年12月14日第三小法廷判決（裁時1258号1頁）。同事例においては、

他方で、1990年代半ばに入り、パーソナルコンピュータ（以下、PCと略する。）の普及とともにPCを用いて視聴するCD-ROM等の新たな媒体が普及し始め、それに伴い性的な表現を含むPC向けのアダルトゲームが販売されるようになるが、このような内容のCD-ROMに関しても各地で有害図書類として規制対象とする条例の改正が行われた²⁵。さらに、1990年代後半から、インターネットの急速な普及により、携帯電話でインターネットを利用する青少年が増加するにつれ、インターネット上の有害情報を閲覧したり、出会い系サイト等において青少年が性犯罪に巻き込まれる被害が急増した。これを受けて、1999年に児童買春等禁止法（児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律）、2003年には出会い系サイト規制法（インターネット異性紹介事業を利用して児童を誘引する行為の規制等に関する法律）が制定され、2008年6月には、青少年インターネット環境整備法が制定された。一方で、各自治体においても、インターネット上の有害情報を規制するための条例の改正がなされた。1997年7月の福岡県の条例を皮切りに、各自治体によって当該条例の内容は少々異なるものの、いずれの条例も基本的にはインターネット利用環境の整備に関する規定として、有害情報を遮断する努力義務、有害情報を遮断するために用いられるフィルタリング・ソフトウェアの使用の努力義務について定めている²⁶。

2000年代に入ると、青少年条例の厳罰化が加速し始める。たとえば、東京都条例においては、2001年の改定により、不健全図書類の指定事由として「著しく自殺若しくは犯罪を誘発するおそれのあるもの」が追加され（7条1項）、罰則付きで不健全図書に指定した図書を他の図書類と明確に区分し、容易に監視することのできる場所にそれらを陳列することを義務づける規定が新設された。続いて2004年の改定では、不健全指定図書および表示図書の包装が義務化され、2005年には、「成人マーク」付きの雑誌やコミックにひも掛けや

本件における有害図書指定処分の対象となったフロッピーディスクによって画面上表示される画像は、アニメーションで構成されており、性交などの描写は含まれていないことから、本件において問題となったフロッピーディスクが本件処分を正当化しうるほど「著しく青少年の性的感情を刺激する」ものといえるかどうか、かなり疑わしいという指摘がなされている。初宿正典「最新判例批評 青少年保護育成条例によるコンピューター・ゲームソフトの有害図書指定と表現の自由の制限の合憲性」判時1509号（1995年）206頁参照。

²⁵ たとえば、東京都においては、1997年にCD-ROMを有害図書類の規制対象として追加している。

²⁶ それぞれの努力義務が課される対象は、プロバイダー、インターネット端末の貸付・頒布・販売者、保護者・学校関係者・その他の青年者の育成に携わる者、その他（何人も）と様々である。条例によるインターネット上の有害情報の規制について、詳しくは小倉一志「条例によるインターネットの『有害』情報規制」札幌法学19巻2号（2008年）35頁参照。

ビニールパックを施し、それらを「成人コーナー」などで区分陳列することが義務づけられた。さらに、2010年の改定により、出版業者や販売業者等は、「漫画、アニメーションその他の画像（実写を除く。）で、刑罰法規に触れる性交若しくは性交類似行為又は婚姻を禁止されている近親者間における性交若しくは性交類似行為を、不当に賛美し又は誇張するように、描写し又は表現することにより、青少年の性に関する健全な判断能力の形成を妨げ、青少年の健全な成長を阻害するおそれがあるもの」について、青少年への販売・閲覧等を制限するよう努めなければならない（7条2項）という条件が加わった。

一方、東京都条例の改定に伴い、出版業界も、識別マークの付いた雑誌類を区分陳列し、青少年が入手できないように配慮する、新たな自主規制制度の運用を開始するなど、条例による有害図書規制だけではなく、有害図書には該当しない成人向け雑誌（表示図書）についても販売業者に上記のような自主規制が行われるようになった²⁷。このような出版業界による自主規制について、ある出版社からは、「成年コミック」マークを付けることによって、逆に書店での販売が敬遠され、有害図書の指定を受ける可能性があるのではないかという指摘がなされた²⁸。実際、有害図書に指定されていない成人向け雑誌を包装したり、小口シールを貼付することによって、書店やコンビニエンスストアで立ち読みができなくなったことから、さらに売れにくくなり、その影響で、そのような成人向け雑誌を出版していた出版社が当該雑誌の休刊を余儀なくされ、倒産したり、事業を縮小する出版社もあった²⁹。

以上のように、2000年代に入り、東京都では青少年条例による不健全図書類規制の改定が複数回行われたが、このような度重なる青少年条例の改定が行われる以前の東京都は、業界の自主規制を尊重し、販売規制の強化については慎重な姿勢を示していたといえる。それにもかかわらず、東京都が青少年条例による不健全図書類の規制を強化した背景には、近年、様々なメディアを通じて、青少年の健全な育成を阻害する情報が氾濫し、またそのような情報を青少年が容易に入手できる状況になっており、青少年がそのような有害な情報に触れることで性犯罪や非行を誘発するおそれがあると考えていたのではないかと推測できるであろう。先述したように、1990年代頃から青少年条例による有害図書類の指定対象が

²⁷ このような自主規制の動きは出版業界だけではない。例えば映画倫理委員会（映倫）は日本で上映される国内外の映画について、「G」（全年齢対象）、「PG12」（小学生には助言・指導が必要）、「R15+」（15歳以上対象）、「R18+」（18歳以上対象）という区分に分類し、映画がどの年齢層に適しているのかを観客に示している。映倫は1956年に発足し、委員長を含む5名の映倫委員に加えて、映画界の各分野からの出身者8名の審査員によって、年間約800本以上の長編映画をはじめとする劇場用映画・予告篇・ポスターなどの審査を行ってきた。（<https://www.eirin.jp/index.php>）。

²⁸ 長岡・前掲注（8）167-75頁参照

²⁹ 長岡・前掲注（8）194-97頁参照。

ビデオソフト、ポルノコミック（少年向け）、CD-ROM、インターネットによる有害情報に拡大し、加えて出版業界による自主規制により有害図書に指定されていない成人向け雑誌が包装化されることで、さらに青少年の目に触れないようになっている。しかし、このような方法で青少年による性犯罪や非行がなくなるのであろうか。また、各自治体は「青少年にとって有害である」という理由で、青少年条例によって有害図書類指定を行っているのであるが、青少年条例を制定・改定する際、当該図書類を見た子どもが犯罪や非行に走ったという因果関係が存在するのか否かという点について、全く議論されていないように思われる。この点については、第2章において検討するが、立法事実が存在しない状態で、条例によって有害図書類の規制を行っているのであれば、それは憲法21条に違反するように思われる。

第2節 青少年保護育成条例の内容

青少年保護条例といってもその名称は「(青) 少年保護育成条例」、「青少年健全育成条例」など必ずしも統一されているわけではなく、各都道府県あるいは市町村において多少の違いが存在するものの条例の内容についてはほぼ共通しており、また条例が対象としている「青少年」あるいは「少年」の概念についても、各都道府県とも18歳未満の者を「青少年」あるいは「少年」とすることで一致している。加えて、各地方自治体による条例の制定目的は、「青少年の健全な育成を図る」ということでほぼ共通している。条例の規定の大部分は有害環境の規制であるが、この規制事項は各都道府県によって異なり多岐にわたっている³⁰。本稿で検討を行う規制は、有害環境の規制のうち、青少年の表現の自由が不当に制限されているおそれのある「販売等の規制」および「自動販売機による販売等の規制」であるため、以下それぞれについてその内容をみていきたい。

まず、販売等の規制であるが、その内容は有害図書類の規制、有害玩具類の規制、有害薬品類等の規制に分かれており、本稿においては有害図書類の規制に限定し、概観していく。有害図書類の規制は、各都道府県すべてにおいて定められており、知事が有害図書類を指定することにより、有害図書類の販売規制が可能となる。規制対象となる図書類の範囲は、条例によって異なっているものの、主に書籍、雑誌、図画（絵画）、写真、ビデオテープ、ビデオディスク、コンピュータ用のプログラム、データを記録したCD-ROM、レコード（録音盤）、録音テープ、映画フィルム、スライドフィルム、録音テープ（ビデオテープ）などがあげられている。しかし、規制対象をこれらに限定することなく、これらに加えて「その他の刊行物（出版物）」というように包括的な規制をするのが一般的である。では、有害図書類を指定する際の有害性の判定基準についてはどのように規定されているのであろうか。規定の方法としては、「著しく青少年の性的感情を刺戟し、その健全な育成を阻害するおそれのあるもの」や「著しく青少年の粗暴性または残虐性を助長し、その健全な育成を阻害するおそれのあるもの」というものが比較的多く、これに加えてたとえば東京都は、2011年7月1日より「強姦等の著しく社会規範に反する性交又は性交類似行為を、著しく不当に賛美し又は誇張するように描写し、又は表現する」ものも不健全図書類の対象としている。さらに近年、自殺や犯罪を唱道する表現を規制対象とする都道府県が増加している。

続いて、有害図書類の指定³¹は個別指定に依拠するのが原則とされている。この個別指定

³⁰ 有害環境の規制については、横田耕一「青少年保護条例の内容の検討」奥平編・前掲注（4）35頁以下が詳細に説明されている。

³¹ 以下の有害図書類指定制度の概要については、奥平・同書36頁以下（横田執筆部分）、安部・前掲注（11）189頁以下、芹沢斉「青少年条例の思想」芦部信喜先生還暦記念論文

とは、立入調査員や住民等の申し出により、審議会が対象図書有害図書の判定基準に照らして検討し、有害図書類か否かを判断し、有害図書類と指定された場合には公報によって公示されるとともに販売店に通知される制度であり、有害図書指定制度を採用しているすべての条例に制定当初から定められていたものである。この個別指定手続は、第三者から構成される審議会に諮問して意見聴取するという一応の客観性をもたせてはいるが、検討対象図書の収集、審議会の開催、有害認定等に時間を要する。そのため、「緊急を要すると認めるとき」には審議会の意見を事前に聞かなくてもよいという緊急指定制度がほとんどの条例に定められている。しかしながら緊急指定であっても、流通サイクルの短い週刊誌には有害指定の効果がほとんど及ばず、個別指定制度ほどではないものの指定までには時間を要するという事情があり、また個別指定された有害図書類が表紙だけを変えて一夜のうちに別の図書類として販売される、いわゆる「一夜本」に対抗するために、近年においては包括指定制度が多く用いられている³²。この包括指定制度とは、個別指定制度のように一つ一つ図書類を閲覧することなく、写真や絵画の全体に占める割合が、たとえば10分の1以上または10頁以上にわたって確認できる場合（大阪府、岐阜県など）、あるいは3分の1以上または30頁以上に及んでいる場合（大分県など）、知事による有害図書類の指定を待つことなく有害図書類に指定されるというもので、個別指定制度とは異なり、販売店に通知されないという特徴を有する。

さらに近年、団体指定制度というものが導入されている³³。この制度は、主にゲームソフトにおいて用いられている指定制度である。同制度は、各条例によって指定される、日倫（日本映像倫理審査機構）やCERO（特定非営利活動法人コンピュータエンターテインメントレーティング機構）をはじめとする自主規制団体が定めたレーティングに基づいて選定された出版物を、有害図書類と指定し、青少年に対する販売・貸与を禁止する制度である。ビデオゲームについては、CEROが、「A」（全年齢対象）、「B」（12歳以上対象）、「C」（15歳以上対象）、「D」（17歳以上対象）、「Z」（18歳以上のみ対象）という年齢区分を定めており、以上のような年齢区分を記したマークがビデオゲームのパッケージの表面左下部分に

集『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣、1985年）515頁以下、曾我部真裕「青少年健全育成条例による有害図書類規制についての覚書」法学論叢170巻4-6号（2012年）505-15頁参照。

³² 東京都においては自主規制を重視してきたため、緊急指定制度および包括指定制度は採用されておらず、個別指定制度（8条）のみ用いられている。また表示図書類制度（9条の2）が設けられている。

³³ 団体指定制度およびCEROによるテレビゲームのレーティングについては、本稿第2章4節において詳細に検討する。

表示され、パッケージの背表紙にも帯色（Aが黒、Bが緑、Cが青、Dが橙、Zが赤）をつけて販売されている³⁴。また、CERO以外にも、コンピュータソフトウェア倫理機構（EOCS、略称はソフ倫）、映像倫理機構（ETHICS、略称は映像倫）などのレーティングを実施する団体が存在するが、それぞれの団体で審査基準や規制範囲が統一されていないようである。団体指定制度によって有害図書に指定された図書類は、青少年に対する販売等の禁止等の規制を受け、規制を受ける行為主体は、通常「販売または貸付けを業とする者」とされ、条例に違反した場合には罰金または科料という罰則が科せられる。

他方で、自動販売機による販売等の規制であるが、多くの条例には自動販売機の設置者、自動販売機による販売を業とする者、管理者、設置場所提供者等による自主規制が義務付けられており、収納物品、設置場所、営業時間等について配慮しなければならない。表現の自由の制限との関係では有害図書類の収納禁止が問題となる。有害図書の収納禁止とは、自動販売機業者が、有害図書類の指定手続と同じく有害図書類として知事の指定を受けた図書類を自動販売機に収納することが禁止されるというものであり、有害図書の自販機収納の禁止に違反している業者に対して、知事は有害図書類の撤去（除去）命令を出すことができる。

以上のように、青少年保護育成条例は青少年の健全な育成を図ることを目的としたものであり、有害図書類から青少年を保護しようとするものである。しかし、その反面、有害図書類規制によって、大人はそのような表現物を入手することが困難となることから、同規制により成人の表現の自由（情報受領権）が奪われてしまう。加えて、有害図書類に指定された図書においては、18歳未満の者への販売等が禁止されているだけで、当該図書の製作を禁じるものではないため、それを製作・出版する者の表現の自由をも制限するという問題が生じるといえよう。かつて、東京都条例の制定過程において、都議会の参考人として出席した伊藤正己教授（当時）は、同条例が直ちに憲法違反になるとはいえないと述べながらも、「①運用によっては検閲に近いものになるおそれがあり、②青少年の健全育成という目的だけでは立法の当否は判断できない、③思想統制への道を開くおそれは大きい、④営業の自由を制約するおそれがある」などの諸点を指摘していた³⁵。同教授が指摘された点については、東京都に限らず他の自治体による青少年条例においても共通することであるといえよう。そこで、次章では今一度、青少年保護育成条例の合憲性について検討するべく、同条例における有害図書類規制を正当化する根拠について考察し、有害図書類の包括指定制度お

³⁴ CEROによるテレビゲームのレーティングについては、<http://www.cero.gr.jp/>を参照。

³⁵ 中村・前掲注（7）14-5頁参照。

よび団体指定制度をはじめとする規制手段の問題点、さらに有害図書類規制の合憲性判定基準について検討を加えたい。

第2章 青少年保護育成条例をめぐる議論

各地方自治体が定める青少年保護育成条例の制定目的は、「青少年の健全な育成」であることは第1章において確認したが、この目的のもと、有害図書類の指定およびその販売等を規制することについては、かねてから盛んな議論がなされていた。本条例をめぐる憲法学界からの批判的議論については後述するとし、まず始めに、青少年保護育成条例の合憲性について最高裁が初めて判断した、岐阜県青少年保護育成条例事件（以下、本判決とする。）について概観する。その上で、同判決においてあげられている憲法上の問題点を整理し、本条例をめぐる憲法学界からの批判的議論について検討を加える³⁶。

第1節 青少年保護育成条例の合憲性が争われた最高裁判決—岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁大法廷判決（最高裁平成元年9月19日第三小法廷判決・刑集43巻8号785頁）—

岐阜県青少年保護育成条例（以下、本条例とする。）による有害図書の個別指定、包括指定および自動販売機への収納禁止規制に関する規定は、以下のとおりである。知事は、図書の内容が著しく性的感情を刺激し、または著しく残忍性を助長するため、青少年の健全な育成を阻害するおそれがあると認めるときは、当該図書を有害図書として指定するものとされ（6条1項、個別指定）、有害図書指定をしようとするときには、緊急を要する場合を除き、岐阜県青少年保護育成審議会の意見を聴かなければならないとされている（9条）。ただ、有害図書のうち、特に卑わいな姿態若しくは性行為を被写体とした写真又はこれらの写真を掲載する紙面が編集紙面の過半を占めると認められる刊行物については、知事は、6条1項の指定に代えて、当該写真の内容を、あらかじめ、規則で定めるところにより、指定することができる（6条2項、包括指定）。これを受けて、岐阜県青少年保護育成条例施行規則2条においては、当該写真の内容について、「一 全裸、半裸又はこれに近

³⁶ 青少年保護育成条例の合憲性については、数多くの研究がなされており、代表的なものとして、河原峻一郎「検閲と憲法問題—青少年保護条例に関連して」法律時報28巻1号（1956年）95頁、芦部信喜「青少年条例の憲法問題」自治研究40巻10号（1964年）59頁、久世公堯「青少年保護育成条例と表現の自由」ジュリスト378号（1967年）55頁、堀部政男「雑誌自販機規制条例と表現の自由」一橋論叢78巻6号（1977年）643頁、芹沢・前掲注（31）485頁、松井直之『東京都青少年健全育成条例による不健全図書の規制：「青少年の性に関する人格形成への悪影響の排除」をめぐる」立教法務研究7巻（2014年）297頁、鈴木秀美「インターネット上での青少年保護」松井茂記・鈴木秀美・山口いつ子編『インターネット法』（有斐閣、2015年）117頁、拙稿「青少年保護育成条例による有害図書規制の合憲性について」広島法学40巻4号（2017年）65頁、他、本稿脚注にあげるものがある。

い状態での卑わいな姿態、二 性交又はこれに類する性行為」と定められ、さらに1979年7月1日岐阜県告示第539号により、その具体的内容についてより詳細な指定がされている。このように、本条例6条2項の指定の場合には、個々の図書について同審議会の意見を聴く必要はなく、当該写真が前記告示による指定内容に該当することにより、有害図書として規制されることになる。本条例6条1項又は2項により指定された有害図書については、その販売又は貸付けを業とする者がこれを青少年に販売し、配付し、又は貸し付けることおよび自動販売機業者が自動販売機に収納することを禁止され(本条例6条の2第2項、6条の6第1項)、いずれの違反行為についても罰則が定められている(本条例21条2号、5号)。以上のように、本条例の特徴は、個別指定制度に加えて包括指定制度を規定している点であるといえる。包括指定の基準を「有害図書のうち、特に卑わいな姿態若しくは性行為を被写体とした写真又はこれらの写真を掲載する紙面が編集紙面の過半を占めると認められる刊行物」と規定していることから分かるように、個別指定制度と比較して、明らかに規制の対象が拡大するため、販売等を行おうとする者に対する萎縮効果は増加することになる。また、本条例には有害図書類の自販機収納を禁止する規定が定められているが、同規定に違反した場合には収納に対する知事の撤去命令を介在させることなく、直ちに処罰することになっている点が他の自治体による条例と比較して厳しい規制であるといえる³⁷。

ところで、本件は、自動販売機により図書を販売することを業とする会社Y₁およびその代表取締役Y₂が、1985年に岐阜県内の2ヶ所の自動販売機に5回にわたり合計8冊の、包括指定を受けた有害図書を収納したため、この行為がそれぞれ本条例21条5号、6条の6第1項などに違反するとして起訴された事件である。被告人らは、第一審判決³⁸においてそれぞれ罰金6万円の有罪判決を受け、控訴審判決³⁹も原判決を支持し控訴を棄却した。そこで、被告人らは、県による有害図書指定が、表現の自由および検閲の禁止を定めた憲法21条に違反していること、有害図書の定義が漠然不明確であり、憲法31条に違反すること、有害図書の指定要件、罰則などに都道府県間において格差が生じ、憲法14条に違反すること、という三点を理由とし、同条例が無効であることを主張して上告した。

最高裁は、「本条例6条2項、6条の6第1項本文、21条5号の規定による有害図書の自動販売機への収納禁止の規制が憲法21条1項に違反しないことは」、チャタレー事件判決

³⁷ 横田耕一「有害図書規制による青少年保護の合憲性—岐阜県青少年保護育成条例違憲訴訟最高裁判決をめぐって」ジュリスト947号(1989年)89頁、戸松秀典「判例批評」判例タイムズ717号(1990年)41頁参照。

³⁸ 岐阜簡易裁判所昭和62年6月5日判決(刑集43巻8号815頁)。

³⁹ 名古屋高等裁判所昭和62年11月25日判決(刑集43巻8号819頁)。

40、『悪徳の栄え』事件判決⁴¹、福岡県青少年保護育成条例事件判決の「趣旨に徴し明らかであ」り、また、「憲法 21 条 2 項前段違反をいう点は、本条例による有害図書の指定が同項前段の検閲に当たらないことは」、札幌税関事件⁴²、『北方ジャーナル』事件⁴³の「趣旨に徴し明らかであ」り、「憲法 14 条違反をいう点が理由のないことは、前記昭和 60 年 10 月 23 日大法廷判決の趣旨に徴し明らかである」と述べ、さらに、「規定の不明確性を理由に憲法 21 条 1 項、31 条違反をいう点は、本条例の有害図書の定義が所論のように不明確であるということではできないから前提を欠き、その余の点は、すべて単なる法令違反、事実誤認の主張であって、適法な上告理由に当たらない」と論じ、被告人らの主張をすべて斥けた。

その上で、最高裁は、「所論にかんがみ、若干説明する」とし、以下のことを説示した。「本条例の定めるような有害図書が一般に思慮分別の未熟な青少年の性に関する価値観に悪い影響を及ぼし、性的な逸脱行為や残虐な行為を容認する風潮の助長につながるものであって、青少年の健全な育成に有害であることは、既に社会共通の認識になっているといつてよい。さらに、自動販売機による有害図書の販売は、売手と対面しないため心理的に購入が容易であること、昼夜を問わず購入ができること、収納された有害図書が街頭にさらされているため購入意欲を刺激し易いことなどの点において、書店等における販売よりもその弊害が一段と大きいといわざるをえない。しかも、自動販売機業者において、前記審議会の意見聴取を経て有害図書としての指定がされるまでの間に当該図書の販売を済ませることが可能であり、このような脱法的行為に有効に対処するためには、本条例 6 条 2 項による指定方式も必要性があり、かつ、合理的であるというべきである。そうすると、有害図書の自動販売機への収納の禁止は、青少年に対する関係において、憲法 21 条 1 項に違反しないことはもとより、成人に対する関係においても、有害図書の流通を幾分制約することにはなるものの、青少年の健全な育成を阻害する有害環境を浄化するための規制に伴う必要やむをえない制約であるから、憲法 21 条 1 項に違反するものではない」。

なお、本判決においては、伊藤正己裁判官による補足意見が付されている。同裁判官は、本条例「による有害図書の規制が憲法に違反するものではないことは、法廷意見の判示する

⁴⁰ 最高裁昭和 32 年 3 月 13 日大法廷判決（刑集 11 卷 3 号 997 頁）。池端忠司「わいせつ文書の頒布禁止と表現の自由—チャタレイ事件」長谷部他編・前掲注（1）114-15 頁参照。

⁴¹ 最高裁昭和 44 年 10 月 15 日大法廷判決（刑集 23 卷 10 号 1239 頁）。阿部和文「わいせつの概念—『悪徳の栄え』事件」長谷部他編・同書 116-17 頁参照。

⁴² 最高裁昭和 59 年 12 月 12 日大法廷判決（民集 38 卷 12 号 1308 頁）。久保健助「輸入書籍・図画等の税関検査」長谷部他編・同書 151-52 頁参照。

⁴³ 最高裁昭和 61 年 6 月 11 日大法廷判決（民集 40 卷 4 号 872 頁）阪口正二郎「名誉毀損と事前差止め—『北方ジャーナル』事件」長谷部他編・同書 148-49 頁参照。

とおりである」が、その一方で、「この規制は、憲法の保障する表現の自由にかかわるものであって、所論には検討に値する点が少なくない」ことから、「法廷意見を補足して私の考えるところを述べておきたいと思う」と述べ、本条例と憲法 21 条との関連性、包括指定の基準の明確性、本条例と憲法 14 条との関連性について、詳細に論じている。

まず、「本条例と憲法 21 条」について、伊藤裁判官は、「当裁判所は、国民の知る自由の保障が憲法 21 条 1 項の規定の趣旨・目的から、いわばその派生原理として当然に導かれ」、「青少年もまた憲法上知る自由を享有していることはいうまでもない」としつつ、以下の様に説示する。「青少年の享有する知る自由を考える場合に、…その自由の憲法的保障という角度からみるときは、その保障の程度が成人の場合に比較して低いといわざるをえないのである。すなわち、知る自由の保障は、提供される知識や情報を自ら選別してそのうちから自らの人格形成に資するものを取得していく能力が前提とされている、青少年は、一般的にみて、精神的に未熟であって、右の選別能力を十全には有しておらず、その受ける知識や情報の影響をうけることが大きいとみられるから、成人と同等の知る自由を保障される前提を欠くものであり、したがって青少年のもつ知る自由を一定の制約をうけ、その制約を通じて青少年の精神的未熟さに由来する害悪から保護される必要があるといわねばならない。もとよりこの保護を行うのは、第一次的には親権者その他青少年の保護に当たる者の任務であるが、それが十分に機能しない場合も少なくないから、公的な立場からその保護のために関与が行われることも認めねばならないと思われる。本件条例もその一つの方法と考えられる。このようにして、ある表現が受け手として青少年にむけられる場合には、成人に対する表現の規制の場合のように、その制約の憲法適合性について厳格な基準が適用されないものと解するのが相当である。そうであるとすれば、一般に優越する地位をもつ表現の自由を制約する法令について違憲かどうかを判断する基準とされる、その表現につき明白かつ現在の危険が存在しない限り制約を許されないとか、より制限的でない他の選ぶ手段の存在するときは制約は違憲となるなどの原則はそのまま適用されないし、表現に対する事前の規制は原則として許されないとか、規制を受ける表現の範囲が明確でなければならないという違憲判断の基準についても成人の場合とは異なり、多少とも緩和した形で適用されると考えられる」。以上のように、伊藤裁判官は、青少年にも知る自由が保障されるといえるが、その保障の程度は大人と同程度でなくてもよく、それゆえに、青少年の知る自由が制約される場合、成人の場合に適用されるような厳格な基準を適用する必要はないという見解を示した上で、以下の論点に分けて論じている。

青少年保護育成条例による有害図書規制の立法事実について、同裁判官は、以下のように説示する。「青少年保護のための有害図書の規制について、それを支持するための立法事実

として、それが青少年非行を誘発するおそれがあるとか青少年の精神的成熟を害するおそれのあることがあげられるが、そのような事実について科学的証明がされていないといわれることが多い。たしかに青少年が有害図書に接することから、非行を生ずる明白かつ現在の危険があるといえないことはもとより、科学的にその関係が論証されているとはいえないかもしれない。しかし、青少年保護のための有害図書の規制が合憲であるためには、青少年非行などの害悪を生ずる相当の蓋然性のあることをもって足りると解してよいと思われる。もっとも、青少年の保護という立法目的が一般に是認され、規制の必要性が重視されているために、その規制の手段方法についても、容易に肯認される可能性があるが、もとより表現の自由の制限を伴うものである以上、安易に相当の蓋然性があると考えべきでなく、必要限度をこえることは許されない。しかし、有害図書が青少年の非行を誘発したり、その他の害悪を生ずることの厳密な科学的証明を欠くからといって、その制約が直ちに知る自由への制限として違憲なものとなることは相当でない」。ただ、伊藤裁判官は「本件条例の採用する手段方法が憲法上許される必要な限度をこえるかどうか」が問題であると述べ、以下のように説示する。本条例による有害図書の規制は、青少年の保護を目的とした規制であるがゆえに、青少年の知る自由を制限することも許されるが、「その規制の実質的な効果が成人の知る自由を全く封殺するような場合には」、「憲法上の厳格な判断基準が適用される結果違憲とされることを免れないと思われる」。「しかしながら、青少年の知る自由を制限する規制がかりに成人の知る自由を制約することがあっても、青少年の保護の目的からみて必要とされる規制に伴って当然に附随的に生ずる効果であって、成人にはこの規制を受ける図書等を入手する方法が認められている場合には、その限度での成人の知る自由の制約もやむをえないものと考えられる」。本件において、成人は本条例6条2項により指定された有害図書を自販機から購入する機会を奪われているものの、他の方法によって「これらの図書に接する機会が全く閉ざされているとの立証はないし、成人に対しては、特定の態様による販売が事実上抑止されるにとどまるものであるから、有害図書とされるものが一般に価値がないか又は極めて乏しいことをあわせ考えるとき、成人の知る自由の制約とされることを理由に本件条例を違憲とするのは相当ではない」と、同裁判官は結論づける。

次の論点として、本条例による有害図書規制が憲法21条2項の禁止する検閲に当たるか否かについて、伊藤裁判官は、「本件条例の規制は、6条1項による個別的指定であっても、また同条2項による規則の定めるところによる指定（以下これを「包括指定」という。）であっても、すでに発表された図書を対象とするものであり、かりに指定をうけても、青少年はともかく、成人はこれを入手する途が開かれているのであるから」、1984（昭和59）年の

税関検査訴訟において定義された「検閲」に当たるといえることはできない、と説く。もっとも、「本件条例による規制は、個別的指定であると包括指定であるとを問わず、指定された後は、受け手の入手する途をかなり制限するものであり、事前抑制的な性格をもっている。しかし、それが受け手の知る自由を全面的に閉ざすものではなく、指定を受けた有害図書であっても販売の方法は残されていること、のちにみるように指定の判断基準が明確にされていること、規制の目的が青少年の保護にあることを考慮にいれるならば、その事前抑制的性格にもかかわらず、なお合憲のための要件をみたしているものと解される」と同裁判官は述べ、本条例による有害図書規制の検閲該当性を否定している。

さらに、伊藤裁判官は本条例が定める包括指定方式という規制手段について、「個別的に図書を審査することなく、概括的に有害図書として規制の網をかぶせるものであるから、検閲の一面をそなえていることは否定できないところであ」が、「この方式は、法廷意見の説示からもみられるように、自販機による販売を通じて青少年が容易に有害図書を入手することから生ずる弊害を防止するための対応策として考えられたものであり、「他に選ぶ手段をもっては有害図書を青少年が入手することを有効に抑止することができないのであるから、これをやむをえないものとして認めるほかはないであろう」と論じ、同裁判官は、「私としては、つぎにみるように包括指定の基準が明確なものとされており、その指定の範囲が必要最少限度に抑えられている限り、成人の知る自由が封殺されていないことを前提にすれば、これを違憲と断定しえないものとする」と説示する。

続いて包括指定の基準の明確性について、伊藤裁判官は、以下のように述べる。「およそ法的規制を行う場合に規制される対象が何かを判断する基準が明確であることを求められるが、とくに刑事罰を科するときは、きびしい明確性が必要とされる。表現の自由の規制の場合も、不明確な基準であれば、規制範囲が漠然とするためいわゆる萎縮的效果を広く及ぼし、不当に表現行為を抑止することになるために、きびしい基準をみたす明確性が憲法上要求される。…もっとも、すでにふれたように青少年保護を目的とした、青少年を受け手とする場合に限っての規制であることからみて、一般の表現の自由の規制と同じに考えることは適当でなく、明確性の要求についても、通常の表現の自由の制約に比して多少ゆるめられることも指摘しておくべきであろう」。そして、このように説示した上で、同裁判官は以下のように本条例の有害図書指定の基準の明確性について検討を加えている。「論旨は、当裁判所の判例を引用しつつ、合理的判断を加えても本件条例の基準は不明確にすぎ、憲法 21 条 1 項、31 条に違反すると主張する。本件条例 6 条 1 項では指定の要件は、『著しく性的感情を刺激し、又は著しく残忍性を助長する』とされ、そのみでは、必ずしも明確性をもつとはいえない面がある。とくに残忍性の助長という点はいまいなところがかかり残る。ま

た『猥褻』については当裁判所の多くの判例によってその内容の明確化がはかられているが、本件条例にいう『著しく性的感情を刺激する』図書とは猥褻図書よりも広いと考えられ、規制の及ぶ範囲も広範にわたるだけに漠然としている嫌いを免れない。しかし、これらについては、岐阜県青少年対策本部次長通達（昭和 52 年 2 月 25 日青少第 356 号）により審査基準がかなり具体的に定められているのであって、不明確とはいえない。そして本件で問題とされるのは本件条例 6 条 2 項であるが、ここでは指定有害図書は『特に卑わいな姿態若しくは性行為を被写体とした写真又はこれらの写真を掲載する紙面が編集紙面の過半を占めると認められる刊行物』と定義されていて、1 項の場合に比して具体化がされているとともに、右の写真の内容については、法廷意見のあげる施行規則 2 条さらに告示（昭和 54 年 7 月 1 日岐阜県告示第 539 号）を通じて、いっそう明確にされていることが認められる。このように条例そのものでなく、下位の法規範による具体化、明確化をどう評価するかは一つの問題ではあろう。しかし、本件条例は、その下位の諸規範とあいまって、具体的な基準を定め、表現の自由の保障にみあうだけの明確性をそなえ、それによって、本件条例に一つの限定解釈ともいえるものが示されているのであって、青少年の保護という社会的利益を考えあわせるとき基準の不明確性を理由に法令としてのそれが違憲であると判断することはできないと思われる」。

さらに、本条例と憲法 14 条との関係について、伊藤裁判官は、「青少年の保護のための有害図書の規制は地方公共団体によって相当に差異があるといってよいであろう」が、「このように相当区々であることは認められるとしても、それをもって憲法 14 条に違反するものではないことは、法廷意見の説示するとおりである」と述べ、結論として、本条例を憲法に違反するものと判断することはできず、これを違憲と主張する所論は、傾聴に値するところがないわけではないが、いずれも採用することができないというほかはないと判示した。

第2節 岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決において議論された問題点について

以上、岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決の判旨および伊藤裁判官の補足意見を概観したが、そこでの争点は、第一に、本条例による有害図書規制を正当化する根拠は何か、第二に、本条例による有害図書の規制手段の合憲性について、第三に、本条例が規定する包括指定制度は憲法21条2項が禁止する検閲に該当するか、第四に、規制基準の明確性について、第五に、本条例による規制が憲法14条1項の定める平等原則に違反するか、という点である。加えて、本件においては争点とされていないが、青少年保護育成条例における有害図書規制は、青少年の表現の自由だけでなく、成人の表現の自由をも制約するため、この点も重要な問題といえる。以下、それぞれの争点について、検討を加えていく。

第1項 本条例による有害図書規制を正当化する根拠について

青少年保護育成条例は青少年の健全な育成を図ることを目的としたものであり、本条例についても、青少年の健全な育成を図るために、これを阻害するおそれのある行為を防止することを目的として制定されているが（1条）、この規制目的における立法事実が存在するのかという点について、批判がなされている。そもそも、立法事実とは、「法律の制定を根拠づけ、法律の合理性を支える社会的・経済的・文化的な一般事実」のことをいい、立法府が立法する際の資料として収集認定した事実であるとされる⁴⁴。この点につき、最高裁は、「本条例の定めるような有害図書が一般に思慮分別の未熟な青少年の性に関する価値観に悪い影響を及ぼし、性的な逸脱行為や残虐な行為を容認する風潮の助長につながるものであって、青少年の健全な育成に有害であることは、既に社会共通の認識になっているといつてよい」と述べている。

ここから、最高裁は有害図書規制を正当化する根拠として「性犯罪あるいは非行の誘発・助長の危険性」を念頭においていることが考えられるが、「有害図書なるものの青少年に対する影響について言及するにとどまり、規制目的の合理性を深く追求していない」という指摘が戸松秀典教授からなされている⁴⁵。また、松井茂記教授は、「確かに性犯罪の防止は正当な政府目的であり、やむにやまれない政府利益とさえ言えるであろう」し、「性犯罪の防止のために表現の制約が本当に必要不可欠であれば、表現の制約も許されうると考えられる」が、その一方で「有害図書とされた図書と性犯罪との因果関係は、かねてから疑問とされて

⁴⁴ 戸松秀典『憲法訴訟 [第二版]』（有斐閣、2008年）243頁参照。立法事実の問題については、時国康夫『憲法訴訟とその判断の手法』（第一法規、1996年）1-37頁参照。

⁴⁵ 戸松・前掲注（37）42頁参照。

きた」と指摘している⁴⁶。そして、同教授は、「実際、ポルノ・コミックと性犯罪との間の因果関係はきわめて曖昧であり、「青少年保護育成条例によるポルノ・コミックの法的規制を強化拡大したことによって、犯罪の数が減ったとか犯罪の増加率が減少したとかいうデータは挙げられて」おらず、「犯罪の原因がポルノ・コミックにあるというのは、結局のところ具体的なデータを欠く単なる印象的な主張に過ぎないのではなかろうか」と論じている⁴⁷。

青少年保護育成条例の立法事実については、先述した松井茂記教授の見解の中でも言及されていたように、かねてから疑問視されており、たとえば、芦部信喜教授は、青少年保護育成条例の合憲性について、「青少年の保護育成」は「公共の福祉」であるという抽象的な理由から基礎づけるべきではなく、まず条例の合理性を支持するに足る立法事実というような事実問題の検討が要請されるべきであると主張している⁴⁸。しかし、実際のところ、「青少年の非行化、青少年犯罪の激増が社会の注目をあびるようになってから、すでに相当の年月が経過しているが、青少年条例の制定によって、青少年の生活環境の整備の助長およびそ

⁴⁶ 松井茂記「青少年保護育成条例による『ポルノ・コミック』の法的規制について

(二)」自治研究 68 巻 8 号 (1992 年) 97 頁参照。有害図書と少年非行との因果関係について、実務関係者は、「有害図書と少年非行との因果関係を科学的、実証的に論証することはそれ自体困難な作業であり、その結論をまたなければ規制は、およそ不可能であるというのは、現実的な議論とは思われない。少年非行の動向に関する統計や社会常識等を踏まえ、一般人の立場からみて、非行原因の一つとして有害図書の流通がいかにも青少年の健全な成長のため放置できないと認識される場合には、規制の必要性、合理性を認めるべきであろう」と主張している。馬場俊行「有害図書の自動販売機による販売規制の合憲性」警察学論 42 巻 12 号 (1989 年) 28 頁。この見解に対して、松井茂記教授は「明白かつ現在の危険」がないにもかかわらず、社会共通の認識を根拠にして表現の自由の制約を認めることはできないと反論している。松井・同書 101 頁参照。

⁴⁷ 松井・同書 98 頁参照。この点につき、藤本哲也教授は、マスメディアが本当に少年非行の原因であれば、そこには「タイムラグ」が見られるはずであるが、少年非行のピークの時期と問題になっているマスメディアが常に一致していると指摘している。つまり、日本の戦後の少年非行の動向には大きく分けて三つの波があり、第一のピークは戦後の混乱期である 1951 年で、この時代には食糧難による窃盗事件が多く見られた。第二のピークは東京オリンピックが開催された 1964 年で、この時にはテレビの普及がさかんであり、第三のピークは 1983 年であった。そして、第一のピーク時には石原裕次郎が出演した「狂った果実」「太陽の季節」等の映画が、第二のピーク時にはテレビの普及により、まさにテレビが、第三のピーク時には少年少女雑誌等に代表されるポルノ出版物が少年非行の原因であると指摘されたが、藤本哲也教授が言うように、例えば石原裕次郎の映画を見てすぐに少年が非行に走るということではなく、アメリカの学説によれば 5、6 年の潜伏期間を経て、影響が現れると言われており、少年の人格に悪影響がみられるのが 6 年ぐら以後だとすると、そこには 6 年間のタイムラグが生ずるはずであるが、そのようなタイムラグは生じていないと説いている。藤本・前掲注 (22) 50-2 頁参照。

⁴⁸ 芦部信喜『現代人権論—違憲判断の基準—』(有斐閣、1974 年) 210-14 頁参照。

の福祉を阻害するおそれある行為の防止という条例の目的が、どの程度実効ある結果をもたらす—またはもたらした—のか、条例以外の方法よりも実効性がどの程度大きいのか、反対に条例の施行によって国民の自由がどの程度の制約をうける—またはうけた—のか、というような点について十分に実証的な調査研究は行われていないように思われる」と芦部信喜教授は論じる。また、同教授は、条例によって有害図書に指定された図書数はかなり多いが、「それによって国民の思想表現の自由が直接著しく制限されたと考える人は、おそらくきわめて少ないといってよいだろう」が、仮にそうだとすると、「立法事実が不明確なままに画一的な取締立法を施行するとすれば、青少年保護の目的が達成されないだけでなく、かえって、この種の条例の規制事項の中心が表現の自由であるだけに、その内容または運用いかんによっては、一般国民の表現の自由の侵害をもたらす、条例そのものを違憲とみるべき場合が生ずるであろう」と指摘している。

一方、本件において補足意見を執筆した伊藤裁判官は、「青少年保護のための有害図書の規制について、それを支持するための立法事実として、それが青少年非行を誘発するおそれがあるとか青少年の精神的成熟を害するおそれのあることがあげられるが、そのような事実について科学的証明がなされていないといわれることが多く、「たしかに青少年が有害図書に接することから、非行を生ずる明白かつ現在の危険があるといえないことはもとより、科学的にその関係が論証されているとはいえないかもしれない」と論じ、青少年が有害図書に接したことにより犯罪を犯すという因果関係については、科学的に立証されていないということを確認している。ただ、それに続けて同裁判官は、「しかし、青少年保護のための有害図書の規制が合憲であるためには、青少年非行などの害悪を生ずる相当の蓋然性のあることをもって足りると解してよい」との見解を示している。同様の見解として、町田充氏は、青少年の健全育成を目的とする立法を制定するに際して、「一般の青少年が有害不健全な環境の影響を受けるものであるかどうかの議論を回避すること」はできず、「この問題に関しては、心理学、精神医学、社会学等の諸科学の理論と実験の力を借りなければならない」が、「きわめて常識的にみて、映画やテレビ等の視聴覚に訴えるものが、ことに思慮分別の未成熟な人間に影響を及ぼすであろう、ことを完全に否定することはできない」と述べた上で、「厳密な科学的結論をまつのはともかく、行政官としては、これらのもろもろの環境が青少年に対して善悪両面にわたって影響を及ぼすものであることを前提として、ものごとを考え、処理しても、常識的にそう大過はないといえるだろう」と論じているが⁴⁹、

⁴⁹ 町田充「青少年保護育成条例の理論と実際」警察研究 32 卷 1 号（1961 年）50-1 頁参照。

この見解に対しては、先述したように厳密な科学的研究結果が必要であると芦部信喜教授は批判している。

立法事実に関する学説の見解と伊藤裁判官の見解を比較すると、有害図書と青少年の非行との因果関係につき、科学的な証明がなされているか否かという点において否定的であるということは一致しているが、同裁判官は、さらに、有害図書規制が合憲であるためには青少年非行などの害悪を生ずる「相当の蓋然性」があればよく、「現代における社会の共通の認識からみて、青少年保護のために有害図書に接する青少年の自由を制限することは、右にみた相当の蓋然性の要件をみたすものといってよいであろう」と結論づけている。しかし、有害図書と青少年の非行との因果関係につき、科学的な証明がなされていないにもかかわらず、有害図書規制を許容できるか否かについて、憲法学界は批判的な見解がほとんどである。たとえば、松井茂記教授は、「確かに、表現と結果として生じる害悪との間の因果関係は、科学的に証明できるようなものではなく、「ある表現の結果重大な害悪が生じる『明白かつ現在の危険』があったとして表現を制約するときでも、結果発生 of 明白性・切迫性は決して科学的に立証できるような類のものではないだろう」が、「明らかに、『明白かつ現在の危険』の基準を適用する場合には、『社会共通の認識』の一言で片づけることなく、結果発生 of 具体的な危険性の証明が求められるべきであろう」と論じている⁵⁰。また、戸松秀典

⁵⁰ 松井・前掲注(46) 98頁参照。松井茂記教授と同様に「明白かつ現在の危険」が存在すれば、表現の自由の制約を正当化できるという見解を述べる論者として、町田充「青少年保護育成条例論」警察学論14巻3号(1961年)7-10頁参照。町田充氏は、青少年保護育成条例を検討するにあたって、憲法によって保障された基本的人権が公共の福祉によって制約を受けるのはどのような場合なのかという、「利害の比較衡量」の問題を議論する必要があると述べ、具体的問題として、有害図書規制によって、「確かに人の自由、権利の行使が制限を受けることになるのであるが、これと青少年の健全育成という目的の公共の福祉とが、どのように調整されている」のだろうかと問う。この問題について、町田充氏は、有害な図書等によって、「現に青少年一般の静的感情を著しく刺戟し、粗暴性を助長し、青少年の非行を誘発しているとすれば、『明白かつ現在の危険』ありとしてしかるべきであり、「危険を生ずる蓋然性があるという程度では、青少年の福祉と自由、権利の制限との比較権衡が保たれていないということであり、現実に危険が生じ、またまさに生じようとしていることが必要とされる」と主張する。そして、「その事態の認識に過誤があってはならない」ため、「あくまで事態を的確に認識するための可能なかぎり正確でかつ豊富なデータを収集しなければならない」と説く。したがって、条例の制定についても、収集したデータに基づき、制定が必要とされる事態にあるかどうか、各自治体がそれぞれ判断しなければならず、他府県が制定しているからという「安易な模倣的な理由」によって制定することは望ましくないと述べている。しかし、町田充氏の脚注49の論稿においては、「厳密な科学的結論をまつのはともかく、行政官としては、これらのもろもろの環境が青少年に対して善悪両面にわたって影響を及ぼすものであることを前提として」、青少年条例を制定しても問題ないという見解を示しており、上記の自身の発言内容と矛盾しているように思われる。町田・前掲注(49) 51頁参照。他方で、「明白かつ現在

教授は、「有害図書なるものと青少年非行などの害悪との関連をそもそも科学的に証明できることなのか、疑問を感じざるを得ない」と述べた上で、青少年だけでなく成人についても、ある者の犯罪行為と表現物からの影響との関係は、「人によって異なるばかりでなく、それらの行為には表現物以外の様々な要因が介在しているはずであるから、およそ科学的に立証できる性格のものではなく、また、一般的傾向など指摘できないものだと思う」と論じ、そもそも因果関係の立証自体が困難ではないのかという見解を示している⁵¹。一方で、横田耕一教授は、「立法事実の存在は規制を行う側が証明すべきであろうし、その際『厳密な科学的証明』までは必要ないとしても、一定の科学的証明がなされるべきであって、『社会の共通認識』といった主観的な要素から『相当の蓋然性』があるとの結論を導くのは疑問である」と論じている⁵²。

以上のように、憲法学界における見解を概観しても、それぞれ微妙に見解が異なっており、有害図書規制を行うためには、有害図書と青少年の非行との因果関係の立証が必要であるという見解（芦部信喜教授）、厳密な科学的証明までは必要ないが一定の科学的証明は必要であるという見解（横田耕一教授）、そもそも因果関係の立証自体困難ではないのかという見解（戸松秀典、松井茂記各教授）に分かれている。これらのうち、因果関係の立証自体困難ではないのかという見解を示す松井茂記教授は、表現と害悪との間の因果関係が科学的に立証することは困難であるが、「明白かつ現在の危険」があったとして表現を規制する場合においては、結果発生の具体的な危険性の証明が必要であると説いており、この点が戸松秀典教授と異なっているといえる。いずれにせよ、芦部信喜教授が述べているように、有害図書と青少年の非行との関係や、有害図書が青少年に与える悪影響について実証的な調査研究が不十分であれば、立法事実の存在が不明確であるということになる。立法事実の存否は有害図書規制の合憲性を審査する上でも重要な問題であり、立法事実が存在しないということは有害図書規制の合理的根拠の存在が疑わしいということになる。ただ、芦部信喜教授が主張するような厳密な科学的研究結果を求めることは、戸松秀典、松井茂記各教授が指摘するように非常に困難であるといえよう。他方で、青少年条例によって有害指定され

の危険」の基準自体も、「かなり主観的に運用される場合も少なくなく、その内容が客観的に明白であるとはいえない」ため、「この基準によって実際の運用を考えるためには、今後多くの事例において具体化を試み、その過程の中においてより具体的な基準を確立すべきである」と指摘するものとして、久世・前掲注（36）60頁参照。同様の趣旨のものとして、宮沢・前掲注（2）370-71頁参照。

⁵¹ 戸松・前掲注（37）42頁参照。さらに、戸松秀典教授は、このことについては、わいせつ表現の規制の際、わいせつの定義が不明確であること、および「規制根拠を合理的かつ明確に示しえないことと同様の事情にあるといえる」と述べている。

⁵² 横田・前掲注（37）94頁参照。

る図書が、青少年の健全な育成に悪影響を及ぼすという「社会の共通認識」のみに基づいて、表現を規制することは、それこそ立法事実の存在が不十分であるといえるため、結局のところ、横田耕一教授が示しているように厳密な科学的証明までは必要ないとしても、一定の科学的証明は必要とされるべきではないだろうか。

第2項 本条例による有害図書の規制手段の合憲性について

有害図書規制には、第1章第2節において概観したように、個別指定、緊急指定、包括指定、団体指定という規制手段が存在するが、本条例において問題となったのは包括指定制度の合憲性であった。この点について最高裁は、「自動販売機業者において、…審議会の意見聴取を経て個別指定がなされるまでの間に当該図書の販売を済ませることが可能であり、このような脱法行為に有効に対処するためには」、包括指定という規制手段「も必要性があり、かつ、合理的であるというべきである。そうすると、有害図書の自動販売機への収納の禁止は、青少年に対する関係において憲法21条1項に違反しないことはもとより、成人に対する関係においても、有害図書の流通を幾分制約することにはなるものの、青少年の健全な育成を阻害する有害環境を浄化するための規制に伴う必要やむをえない制約であるから、憲法21条1項に違反しない」と結論づけた。このように、最高裁は、本件条例による有害図書規制が「有害環境を浄化するための規制」であり、表現内容を規制するものではなく、あくまでも付随的な規制であるため、憲法21条1項には違反しないと判示しており、有害図書規制が青少年の表現の自由を侵害するか否かという点について、全く言及していない。このような最高裁の判断については、憲法学界から多くの批判があり、たとえば、横田耕一教授は、「法廷意見には青少年保護の必要性という保護者の観点（その内容が正当であるかどうか、それ自体疑わしいが）のみが目立ち、青少年の知る権利などといった、青少年の権利を重視する視点が極端に稀薄である」と指摘している⁵³。他方で、伊藤裁判官による補足意見は、青少年および成人の知る自由の侵害という観点から、本条例による有害図書規制の合憲性について詳細に検討している。まず、同裁判官は、本条例における規制が、「明らかに青少年の知る自由を制限するものであり」、「当裁判所は、国民の知る自由の保障が憲法21条1項の規制の趣旨・目的から、いわばその派生原理として当然に導かれるところである⁵⁴」と述べ、成人と同様に青少年も「憲法上知る自由を享有していることはいうまでもな

⁵³ 横田・同書93頁参照。

⁵⁴ 最高裁平成元年3月8日大法廷判決（民集43巻2号89頁）。山元一「傍聴人のメモ制限と情報収集の自由—レペタ事件」長谷部他編・前掲注（1）157-58頁参照。同判決では、「憲法21条1項の規定は、表現の自由を保障して」おり、「各人が自由にさまざまな

い」と説く⁵⁵。しかし、同裁判官は、「知る自由の保障は、提供される知識や情報を自ら選別してそのうちから自らの人格形成に資するものを取得していく能力が前提とされている」が、「青少年は、一般的にみて、精神的に未熟であって、右の選別能力を十全には有しておらず、その受ける知識や情報の影響をうけることが大きいとみられるから」、その保障の程度は成人の場合と比較して低いと指摘する。もっとも、青少年の知る自由の保障の程度が成人の場合と同じ程度の保障を受けるか否かという点について、「青少年の知る権利ないし表現の自由に対する制限を、そのように決めつけてしまってもよいものか」、疑問に思える⁵⁶という見解や、「青少年が性に関する情報を知り、これについて考える機会を保障することがきわめて重要」という観点から、公権力が悪書と良書を選別することに懐疑的な見解⁵⁷もある一方で、多くの学説は、未成年者の基本的人権は、成人の場合には許されないような制約も認められると考えており、青少年が精神的に未熟であり情報の選別能力を十分に有していないことを理由に、青少年の知る権利に一定の制約を認めている。たとえば、宮沢俊義教授は、成人と同様に青少年も基本的人権の享有主体であるが、「人権の性質によっては、一応その社会の成員として成熟した人間を主として眼中に置き、それに至らない人間に対し

意見、知識、情報に接し、…これを摂取する自由は、右規定の趣旨、目的から、いわばその派生原理として当然に導かれるところである」と判示しており、これと同様のことが未決拘禁者の新聞閲読の自由が問題となった「よど号」記事抹消事件最高裁判決（最高裁昭和58年6月22日大法廷判決・民集37巻5号793頁）においても引用されている。憲法21条は「言論、出版その他一切の表現の自由について、これを保障する」と定め、表現を受領する側のことについて明示していないが、最高裁は、上記のように情報受領権、つまり「知る自由」を憲法上の権利として認めている。憲法学説においても、表現の自由を情報の伝達に関する活動の自由、すなわち、情報の流通にかかわる活動を公権力によって妨げられない権利と捉える立場が有力とされる。この理解によれば、表現の自由は情報伝達の自由だけでなく、情報を受領する自由（情報受領権）を含むと解される。なお、「知る自由」は表現されたものを受け取る自由であることから、表現の受け手は受動的な役割を果たすにすぎないという点で消極的な権利であるといえる。これに対し、「知る権利」は、情報の公開ないし提供を請求する権利（情報を収集する権利）であるため、能動的かつ積極的な権利といえる。芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論（1）[増補版]』（有斐閣、2000年）244-47頁、佐藤幸治『憲法[第三版]』（青林書院、1995年）513-14頁参照。「よど号」記事抹消事件最高裁判決については、稲葉実香「未決拘禁者の閲読の自由—よど号ハイジャック記事抹消事件」長谷部他編・前掲注（1）32-3頁参照。

⁵⁵ 本件条例による有害図書規制は、青少年の知る自由だけでなく、そのような図書を販売・頒布しようとする成人の表現の自由をも制約することになるといえるが、ここではひとまず青少年の知る自由の制約について検討を加え、成人の表現の自由の制約については、本節第6項において後述する。

⁵⁶ 戸松・前掲注（37）42頁参照。

⁵⁷ 作間忠雄「表現の自由と『青少年保護条例』」『新版憲法演習2』（有斐閣、1980年）6-7頁参照。

ては、多かれ少なかれ特例をみとめることが、ことの性質上、是認される場合もある」が、その特例については、「各種の社会悪に対して、まだ抵抗力の強くない青少年を守ることという目的によって根拠づけられる最小限度に限られなくてはならない」と述べた上で、青少年保護育成条例による有害図書規制については、「右に述べられた最小限度を超えない限り、必ずしも違憲とみるべきではあるまい」と論じている⁵⁸。

以上のように、本件最高裁、伊藤裁判官の補足意見、憲法学説の見解をそれぞれ概観すると、子どもを保護の対象として捉えるか、それとも子どもを権利主体として捉えるかという点で見解が分かれているといえよう。本件最高裁においては、子どもの保護を重視し、子どもが基本的人権の享有主体であるという点については、一切触れていないことから、子どもは権利主体ではなく、保護の客体として捉えているといえるが、それに対して、伊藤裁判官およびほとんどの憲法学説は、子どもも大人と同じ憲法上の権利主体であると捉えているが、その一方で、子どもの特性上、保護が必要な場合もあると捉えている点で見解が一致している。ただ、伊藤裁判官は、子どもが精神的に未成熟であるということを理由に、青少年に対する表現の自由の規制は成人の場合のように、厳格な基準が適用されないものと解するのが相当であり、「明白かつ現在の危険」の基準および「より制限的でない他の選ぶ手段」の原則（LRA の基準）はそのまま適用されず、加えて事前規制の原則ないし明確性の原則といった諸原則の適用も、成人の場合と比べて「多少とも緩和した形で適用される」と言及している。

しかし、上記の伊藤裁判官の見解については、憲法学界から批判されており、たとえば、松井茂記教授は、「未成年者の表現の自由が問題となっているからといって、直ちに成人の場合に適用される基準よりも緩やかな基準が適用されてよいと結論すべきではあるまい」と批判している⁵⁹。また、横田耕一教授は、「一つのありうる見解である」が、成人と青少年

⁵⁸ 宮沢・前掲注（2）246－47頁参照。さらに、宮沢俊義教授は、青少年保護育成条例による有害図書規制の内容、たとえば「青少年の範囲のきめ方、有害図書などのきめ方、それへ近づくことの阻止のやり方、それに伴う制裁の内容など」によっては、表現の自由の侵害になりうると述べている。宮沢・同書347頁参照。また、伊藤正己『憲法〔新版〕』（弘文堂、1990年）200頁、横田・前掲注（37）93頁参照。宮沢俊義教授の見解に対して、芹沢斉教授は、青少年の「抵抗力の弱さを認めた瞬間に、『必要最小限度』というしぼり言葉はその役割を果たすことができなくなる」、つまり、「『青少年保護』は、あれこれの表現行為に『社会悪』のレッテルを貼ることを可能にする」と反論している。芹沢斉「未成年者の人権—未成年者の成熟度との関連で—」芦部信喜先生古稀祝賀論文集『現代立憲主義の展開』（有斐閣、1993年）245頁参照。この「必要最小限度」の制約とは、どの程度のものなのかについては、未成年者に対するパターンリズムに基づく制約がどこまで認められるのかという問題として、本稿第三部において考察することとする。

⁵⁹ 松井・前掲注（46）99頁参照。

の保障の程度が同じでないとしても、「それを保障程度の『高低』と考えるべきではなく、青少年の特性からでてくる差異として把握すべきで」あり、青少年の知る自由の規制についても厳格な司法審査基準が適用されるべきであり、その上で、「目的・手段審査の際に考慮するアプローチをとるべき」であると反論している⁶⁰。同様な見解は他にもみられ、戸松秀典教授は、成人と同様に表現の自由に対する制限は、「厳格な審査基準の適用を受けることを前提として、青少年にかかわる個別、特殊な事情との関連で、成人の場合とは異なる合憲性の判断が下されることがあるとのアプローチをとるべきと考える」と述べている⁶¹。このように見ると、総じて憲法学説は、青少年の表現の自由を制約する立法の合憲性については、成人の表現の自由が制約される場合と同様に厳格な司法審査基準によって判断されるべきであり、最高裁や伊藤裁判官のように厳格な司法審査基準を適用しなくてもよいという見解には批判的であるといえるだろう。もっとも、伊藤裁判官の補足意見からは、最高裁が適用した、いわゆる「合理性の基準」ではなく、成人の表現の自由が制約された場合に適用されるような厳格な司法審査基準を、青少年の場合においては、幾分緩和した形で適用するのが妥当であるとの見解を示していることが読み取れるが、いずれにせよ、厳格な司法審査基準を適用しなくてもよいという点においては最高裁と一致している⁶²。

以上の議論をまとめると、子どもを保護の客体としてのみ捉えるか、子どもを権利主体として捉えつつも、子どもの未成熟性を理由に保護が必要な場合があると捉えるのかという、いわゆる「子どもの権利」論に基づく子どもの権利の捉え方の相違が、司法審査基準の適用の厳格度に多大な影響を及ぼしているといえるであろう。他方で、アメリカ連邦最高裁は、未成年者保護を目的とした表現規制の合憲性を判断する基準として、厳格審査基準⁶³を適用している。アメリカの場合、日本とは異なり、まず規制されている表現が合衆国憲法修正1条によって保護される言論が否かを判断し、合衆国憲法修正1条によって保護される言論を規制する立法については、厳格審査基準によって合憲性を判断するという判例理論が確立しているが、日本と同様に、子どもの権利の捉え方が司法審査基準を適用する際の厳格度に影響を及ぼしているのかについては、本稿第二部において考察することとする。

⁶⁰ 横田・前掲注(37)93-4頁参照。

⁶¹ 戸松・前掲注(37)42頁参照。

⁶² 横田・前掲注(37)94頁参照。

⁶³ 厳格審査基準とは、当該分類の利用が「やむにやまれぬ政府の利益」(a compelling interest)を実現するためであることと、当該目的と手段との間に「厳密な整合性」(narrowly tailored)があることを政府の側が立証しなければならないというものである。

第3項 本条例が規定する包括指定制度は憲法 21 条 2 項が禁止する検閲に該当するか

続いて、青少年保護育成条例による有害図書規制が憲法 21 条 2 項の禁止する検閲に該当するか否か、あるいは検閲に該当しなくても事前抑制に該当するか否かを検討しなければならない。特に、本条例においては包括指定制度が設けられているため、同制度が検閲に該当するか否かを検討する必要がある。

そこでまず、「検閲」の定義を最高裁として初めて行った、税関検査判決を確認しておきたい。税関検査判決において、最高裁は「検閲とは、行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不相当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるもの」と定義し、検閲の禁止は絶対的であると解釈している⁶⁴。この検閲の定義については、検閲の定義をあまりに狭く解しすぎており、実際のところ、最高裁が定義する「検閲」の定義に該当するような制度は存在しないのではないかという批判がなされている⁶⁵。本件における法廷意見は、この最高裁の定義に依拠し、本条例による有害図書の指定が憲法 21 条 2 項により禁止される検閲には該当しない理由として、税関検査判決と「北方ジャーナル」事件判決という二つの先例の趣旨に徴して明らかであるとするとどまっている。一方、伊藤裁判官による補足意見は、税関検査判決における検閲の定義に照らし、本条例による個別指定および包括指定は、「すでに発表された図書を対象とするものであり、かりに指定をうけても、青少年はともかく、成人はこれを入手する途が開かれているのであるから」、検閲には該当しないと説示する。いずれも本条例による有害図書の指定は検閲には該当しないと判断したが、この点についても憲法学界から批判がなされている。

たとえば、松井茂記教授がこの問題について詳細に検討を加えているため、以下、同教授の見解を説明する⁶⁶。まず、同教授は、「行政権が主体となって行われるもののみが『検閲』に該当すると解すべきであり、「表現の内容を実質的に事前に審査し、不相当と認めるものを入手する機会を一部の人からでも実質的に剥奪してしまうような制度は、すべて絶対的に禁止された『検閲』に該当すると考えるべきであろう」と説き、その上で、本条例によ

⁶⁴ 最高裁昭和 59 年 12 月 12 日大法廷判決（民集 38 卷 12 号 1308 頁）。

⁶⁵ 松井茂記「青少年保護育成条例による『ポルノ・コミック』の法的規制について（三・完）」自治研究 68 卷 9 号（1992 年）54-5 頁参照。憲法学説において、最高裁による検閲の定義が狭すぎるという点では一致しているものの、検閲の行為主体および禁止の程度に関しては解釈が対立している。もっとも、本件当時においても、青少年保護育成条例による有害図書の指定を検閲というのは困難であるという意見が強いようである。

⁶⁶ 松井・同書 54-6 頁参照。

る有害図書の指定は、「行政が表現内容を審査し、その内容が表現として不相当だと判断した場合に、その表現物を市場から排除する点で」、検閲に非常に近いといえるが、「内容の審査が文字どおり事前＝表現前ではなく、出版後であるという点」、および「有害図書指定が表現物を市場から完全に排除してしまうのではなく、青少年の手から排除するのにとどまる点」において、「典型的な『検閲』とは異なっている」と論じる。しかしながら、同教授は、有害図書の指定について、「有害図書の出版に対して事後的に制裁を科すものではなく、有害図書と指定された図書の販売をその後に渡って禁止するものであり、その意味において「事後処罰よりは事前検閲に近い」と主張する。その理由として、同教授は、仮に有害図書の指定が出版直後に行われれば、「実際には図書が一般読者の入手しうる状態に至る前に、有害図書と指定された図書を市場から排除する効果を持ちうる」ため、有害図書の指定は実質的には事前「検閲」にきわめて近いものというべきであると論じる。しかも、同教授は、本件条例が定める包括指定は、一括して書籍等を有害図書として指定するものであり、事後抑制としての性格を持つが、「それが個別指定の補充的な規定であることからみると事後処罰というよりは事前『検閲』としての性格を強く持っていると言わざるをえない」と指摘している。以上のように論じた上で、同教授は、青少年保護育成条例による有害図書の指定が、憲法 21 条 2 項が禁止する「検閲」に該当すると結論づけている。

また、たとえ本条例による有害図書の指定が、最高裁の定義する「検閲」に該当しないとしても、裁判所による表現行為の事前抑制に該当するか否かを問う必要がある。この点について、憲法学説の見解は大別して二つの説に分かれている。一つは、従来を通説的見解とされるものであるが、この見解は、検閲の主体を広く公権力と捉え、この公権力による事前審査はすべて「検閲」であると解する。この見解に依れば、検閲とは、「公権力が外に発表されるべき思想の内容をあらかじめ審査し、不相当とみとめるときは、その発表を禁止すること、すなわち、事前審査を意味する」ものと定義される⁶⁷。しかし、この見解に対しては、公権力が審査する内容を「思想の内容」に限定することで、思想と区別される一定の表現内容の審査を許すことになるおそれがあるということ⁶⁸、加えて、検閲を「発表の禁止」に限定することは不当であり、情報受領の観点からも検閲を問題とすべきであるという指摘がなされている⁶⁹。一方で、このような、いわゆる広義説に対する指摘に対応した上で、検閲

⁶⁷ 宮沢・前掲注（2）366 頁参照。この見解は、検閲の主体を公権力と広く捉えるため、広義説といわれる。検閲の定義における宮沢俊義教授の見解は、これまでの通説的見解とされる。

⁶⁸ 佐藤幸治「第 1 章 表現の自由」芦部信喜編『憲法Ⅱ人権（1）』（有斐閣、1978 年）487 頁参照。芦部・前掲注（54）363 頁参照。

⁶⁹ 芦部編・同上参照（佐藤執筆部分）。

主体を公権力と捉える見解がある。この見解は、上記見解がいう「思想の内容」はより広く「表現内容」と捉えるとともに、『事前審査』の事前とは厳密な意味での『発表前』ではなく、思想・情報を受け知る権利の観点から『受領前』をも含むことがあると考え、思想・情報の発表に対して実質的に事前検閲（発表前の審査）と同視できるような抑止的效果を及ぼす公権力の規制は、厳密な意味では発表後であっても、検閲に含まれる」と解する⁷⁰。そして、同見解に依拠すれば、裁判所による事前抑制の場合には、その手続きが公正な法の手続きによるものであるため、たとえば、公表されると人の名誉・プライバシーに取り返しがつかないような重大な損害が生ずる場合には、厳格かつ明確な要件のもとで許されることもある⁷¹。

上記のような広義説に対して、有力説として検閲主体を行政権に限定する見解がある。この見解は、「検閲」とは、「表現行為に先立ち行政権がその内容を事前に審査し、不相当と認める場合にその表現行為を禁止すること」であり⁷²、この制度は絶対的に禁止するところは憲法 21 条 2 項の趣旨が存すると解されると説く。この見解は一方で、事前抑制について、以下のように定義する。すなわち、「事前抑制とは、広義においては、表現行為がなされるに先立ち公権力が何らかの方法で抑制することおよび実質的にこれと同視できるような影響を表現行為に及ぼす規制方法」であるといい、それが原則的に禁止されることは憲法 21 条 1 項の表現の自由の保障自体に由来すると説く⁷³。よって、裁判所を含むすべての公権力による事前抑制は、同条 1 項が保障する表現の自由に含まれる「事前抑制の原則的禁止」との関係で問題となると説き、裁判所による表現行為の事前抑制は、検閲ではないため、厳格かつ明確な要件のもとに許される場合があるとする⁷⁴。

では、裁判所による事前抑制が憲法 21 条 2 項が禁止する「検閲」に該当するか否かという問題について、裁判所はどのように判断しているのであろうか。この点につき、「北方ジャーナル」事件最高裁判決は「表現行為に対する事前抑制は、表現の自由を保障し検閲を禁止する憲法 21 条の趣旨に照らし、厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容されうるものといわなければならない」と判示している⁷⁵。同判決においては、先に触れた税関検査判

⁷⁰ 芦部・前掲注（54）363 頁参照。

⁷¹ 芦部信喜『憲法〔第 6 版〕』（岩波書店、2015 年）198-9 頁参照。この見解は、検閲の主体を公権力と広く捉えるため、広義説といわれる。

⁷² 芦部編・前掲注（68）487 頁参照（佐藤執筆部分）。この見解は、検閲の主体を行政権と狭く解するため、狭義説といわれる。

⁷³ 芦部編・同書 486 頁（佐藤執筆部分）、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011 年）256-57 頁参照。

⁷⁴ 佐藤・同上参照。

⁷⁵ 最高裁昭和 61 年 6 月 11 日大法廷判決（民集 40 卷 4 号 872 頁）。

決を引用していることから、検閲の主体を行政権と捉えているものの、先述した「検閲」の定義に関する憲法学説における狭義説よりも「検閲」の定義を狭く解しているといえるが、表現行為に対する事前抑制については、上記判旨のように解していることから、憲法学説でいうところの狭義説の立場を採用していることが認められるであろう。

では、本条例による有害図書の指定が検閲に該当しないとしても、表現行為に対する事前抑制に該当するのだろうか。この点につき、伊藤裁判官による補足意見は、「本件条例による規制は、個別的指定であると包括指定であるとを問わず、指定された後は、受け手の入手する途をかなり制限するものであり、事前抑制的な性格をもっている」が、「それが受け手の知る自由を全面的に閉ざすものではなく、指定をうけた有害図書であっても販売の方法は残されていること」や、指定基準の明確性、青少年の保護が目的であることを理由に、表現行為に対する事前抑制には該当しないと判断している。これに対し、戸松秀典教授は、最高裁による検閲の定義について、本条例による有害図書の指定が検閲に該当しないとしても、事前抑制に該当しているか否かを問う必要があると主張する。そして、北方ジャーナル事件判決が判示しているように、表現行為に対する事前抑制は、「厳格かつ明確な要件のもとに」おいてのみ許容されうるものであり、この「厳格かつ明確な要件のもとに」事前抑制が行われているか否かの判断は、行政機関ではなく「裁判所が最終的に厳格に審査することを意味しているはずである」と指摘する。その上で、本判決はこの意味を全く無視しており、また伊藤裁判官による補足意見も厳格な審査を行うという要請に照らせば、伊藤裁判官が本件条例による有害図書指定の合憲性に関してあげた根拠、つまり「指定された有害図書の販売が全面的に閉ざされておらず他に方法が残されていること、指定の判断基準が明確になされていること、規制目的は青少年の保護にあること」という三つの根拠はいずれも正当化されないと、戸松秀典教授は論じるのである⁷⁶。この点について、松井茂記教授も、「一部の人がその図書を入手する可能性を持っていたとしても、一部の人はその図書を入手する可能性を実質的に奪うものであれば、事前抑制としての性格が消え去るわけではなく、「問題はなぜ事後処罰では目的を達成できないのかであり、この点で伊藤裁判官が納得の行く説明をしているかどうかは疑問である」と指摘している。

一方、横田耕一教授は、自動販売機への収納禁止についても事前抑制に当たり許されないと主張する⁷⁷。つまり、「特に自販機収納禁止は、事前の内容判断によって、この手段による

⁷⁶ 戸松・前掲注(37)43頁参照。

⁷⁷ 横田・前掲注(37)94頁参照。このような見解に対して、松井茂記教授は、「有害図書の青少年への販売・頒布などの禁止と異なり、自動販売機への収納禁止だけを捉えて検閲ないし事前抑制とは言えないように思われる」と疑問を呈している。松井・前掲注(65)

流通を全面的に禁止するものである」ため、事前抑制の性格が強く、さらに、本条例の場合には包括指定を認めているため、「実際上の発表抑止効果は大きく、実質的には検閲と大差ないと言える」。そして、北方ジャーナル事件判決が、表現行為に対する事前抑制は「厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容されうるものといわなければならない」と判示していることからすれば、自販機収納禁止については「相当厳格な審査を受ける必要がある」と指摘している。よって、同教授は、伊藤裁判官のように、立法事実の存在を根拠として簡単に合憲と判断すべきではなく、「立法事実の存在を前提とした場合でも、他の販売方法のみでは販売目的が達せられないため…実質的には発表の禁止の効果をもつこと、包括的指定であるため萎縮効果が大であること、青少年保護が目的であってもかなり厳しく成人の知る自由を制限することなどから、この種の事前抑制は憲法上許容されないと考えるべきであろう」と論じている。

以上のように、憲法学説は、本件条例による有害図書指定が憲法 21 条 2 項が禁止する検閲には当たらないとしても、表現行為に対する事前抑制に該当するという意見で一致している。

第 4 項 規制基準の明確性について

包括指定制度をはじめ有害図書の規制方法に関する問題を論じてきたが、そもそも青少年条例における有害図書の定義が不明確であるという批判がある。青少年条例のように違反者に刑罰を科す以上、罪刑法定主義の観点から、いかなる行為が処罰の対象となるのかを条例上、明確に定めなければならず、処罰対象が漠然不明確である場合、憲法 31 条に違反することは判例⁷⁸および学説上⁷⁹、論を俟たない。徳島市公安条例判決において、最高裁は、「刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法 31 条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読み取れるかどうかによってこれを決定すべきである」と判示している⁸⁰。また、有力な学説においても、

58 頁参照。

⁷⁸ 最高裁昭和 50 年 9 月 10 日大法廷判決（刑集 29 卷 8 号 489 頁・徳島市公安条例事件最高裁判決）。木村草太「公安条例の明確性—徳島市公安条例事件」長谷部編・前掲注（1）179-80 頁参照。

⁷⁹ 芦部編・前掲注（68）489-90 頁（佐藤執筆部分）、伊藤・前掲注（58）329-30 頁、芦部『憲法 新版補訂版』（岩波書店、1999 年）184-85 頁参照。

⁸⁰ 徳島市公安条例事件最高裁判決において補足意見を執筆した団藤裁判官は、「不明確な構成要件は、国民の表現の自由に対して萎縮的ないし抑止的作用を及ぼす」と述べている。

憲法 31 条に基づく明確性の原則は、罪刑法定主義の一内容である「刑罰法規の明確性」の要請であるという考えが受容されており、刑罰法規に明確性が要求される理由として、何が禁止される表現行為なのかについて法令上明確でなければ、表現行為をする者が規制を受けることをおそれ、表現行為を自粛してしまう可能性があるためだと説明されている⁸¹。

この点、本判決において、法廷意見は「本条例の有害図書定義が所論のように不明確であるということとはできない」と、十分な説明もなく、規定が不明確であるという被上告人の主張を斥けている。これに対し、伊藤裁判官は、「本件条例に定める有害図書規制は、表現の自由とかわりをもつものであるのみでなく、刑罰を伴う規制でもあるし、とくに包括指定の場合は、そこで有害図書とされるものが個別的に明らかにされないままに、その販売や自販機への収納は、直ちに罰則の適用をうけるのであるから、罪刑法定主義の要請も働き、いっそうその判断基準が明確でなければならないと解される」と述べ、規制範囲が漠然不明確であれば表現の萎縮的効果を及ぼすため、厳しい明確性が要求されるということを指摘しているにもかかわらず、表現の受け手が青少年の場合には、受け手が成人の場合に適用される明確性の原則よりも厳格度が緩和されると説く。このような観点に立ち、同裁判官は、「本件条例六条一項では指定の要件は、『著しく性的感情を刺戟し、又は著しく残忍性を助長する』とされ、そのみでは、必ずしも明確性をもつとはいえない面がある」ことを認めながらも、岐阜県青少年対策本部次長通達および告示によって、規制対象が明確にされており、「本件条例は、その下位の諸規範とあいまって、具体的な基準を定め、表現の自由の保障にみあうだけの明確性をそなえ」ているため、基準の不明確性を理由に違憲と判断することはできないと判示している。

このような最高裁および伊藤裁判官の補足意見に対して、学説は以下のように批判する。たとえば、横田耕一教授は、先に触れたように、表現の自由に対する萎縮効果の点および罪刑法定主義の見地からも、表現の自由を規制する基準については明確性が要求されるところ⁸²、本件の場合においては、個別指定の基準だけでなく包括指定の基準も条例上はきわめ

⁸¹ 市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社、2003年）344頁参照。

⁸² 青少年保護育成条例のように罰則規定を設けている場合、罪刑法定主義の見地から構成要件を明確にする必要があるとの指摘として、奥平康弘・沢登俊雄・清水英夫・中村泰次「座談会“青少年条例”をめぐって」『青少年条例』法律時報・増刊（1981年）清水発言45-6頁参照。清水氏によると、構成要件の明確性については、以下の四点が問題となると述べている。「第一は、憲法上の権利を規制する法令は、そうでない法令よりも明確性を要する。第二は、表現権を規制する法令は、その他の人権を規制する法令よりも明確でなければならない。第三に、行政刑法犯的行為を規制する法令は、自然犯的行為を規制する法令よりも明確でなければならない。第四は、規制法として罰則を設けている法令は、そうでない法令よりも明確性について厳しい基準が設けられなければならない。」青少年育

て不明確であると指摘し、特に、包括指定の基準については規則と告示によって明確化されているが、『全裸、半裸又はこれに近い状態での卑猥な姿態で』の『女性が胸部を誇示した姿態』・『男女間の愛撫の姿態』・『性交を連想させる行為』などは不明確であり、これに該当する文書の販売・自販機収納が処罰に直結しているだけに、問題があると言わざるをえない」と述べる⁸³。その上で、仮に伊藤裁判官が説示するように、表現の受け手が青少年の場合には明確性の要件を緩和した形で適用されるとしても、条例に違反すればそのような図書を販売する大人が処罰されることになるが、条例によってどこまでが禁止された行為なのかを明確に規定していなければ、結果としてそのような図書を製作する大人の表現の自由に萎縮効果を与えることになるため、明確性の原則が緩和されるべきではないと、横田耕一教授は指摘している⁸⁴。また、戸松秀典教授も、横田耕一教授が指摘しているように、包括指定の基準を具体化するための方策がとられているが、「それら具体化された基準について、なお不明確だといえるところがある」と論じる。さらに、戸松秀典教授は、本条例による規制がわいせつ表現の規制よりも広い内容をもつ有害図書の規制であることを考慮すると、「何らかのことは加えることによって規制内容がそもそも具体化できることなのか」疑問であると説く⁸⁵。同様に、松井茂記教授も、そもそも青少年保護育成条例による有害図書の定義自体が、「青少年の性的感情を著しく刺激し、青少年の健全な成長を阻害する」というきわめて曖昧不明確なものであり、憲法 21 条に含まれる明確性の要求を満たしているとは思えないと述べた上で、本件法廷意見が、本件条例による有害図書の定義は不明確であるとはいえないとして、憲法 21 条 1 項および 31 条違反の主張を退けたが、なぜ法廷意見がそのように言い切れるのか「全く不可解である」と論じている。また、伊藤裁判官による補足意見に対して、松井茂記教授は、「たとえ未成年者保護であろうと、やはり表現の自由規制、とりわけ刑罰を伴った事前抑制的規制については、厳しい明確性が求められるべきであり、未成年者に関するから不明確でも良いとか、規制の必要性が高いから不明確でも良いとは言えないであろう」と指摘している。さらに、伊藤裁判官による補足意見が、岐阜県青少年対策本部次長通達および告示によって、規制対象が明確にされているため、本条例は「表現の自由の保障にみあうだけの明確性をそなえ」と述べた点について、同教授は、「明確性の理論は、法令の規定それ自体が不明確である場合、自己の行為が許容される

成条例は、いずれの点にも該当するため、明確性の要請はかなり厳格になされる必要があるのではないかと指摘している。

⁸³ 横田・前掲注 (37) 95 頁参照。

⁸⁴ 横田・同上参照。

⁸⁵ 戸松・前掲注 (37) 43 頁参照。

かどうか定かではないため、保護された行為をも抑止するという萎縮的効果を及ぼすので、不明確な規定それ自体を文面上無効とする理論であり、したがって、「法令の規定は不明確でも、通達や告示で明確化が図られていればよいというのは、とても正当化しがたい」と論じている⁸⁶。上記学説とは対照的に、芦部信喜教授は、青少年条例による有害図書規制は、一定の図書類・映画等を青少年に触れさせないようにする規制であるため、言論の自由一般を制限する法令に要求されるような、より厳格な基準にたえうだけの明確性の要件までは必要とされないと述べている⁸⁷。

一方、有害図書の指定手続にも問題があるといえよう⁸⁸。青少年条例における有害図書規制のうち個別指定は、立入調査員や住民等の申し出により、審議会が対象図書を有害図書の判定基準に照らして検討し、有害図書類か否かを判断し、有害図書類と指定された場合には公報によって公示されるとともに販売店に通知され、また、第三者から構成される審議会に諮問して意見聴取するということで一応の客観性をもたせている。他方で、緊急指定の場合には、事後報告を前提として知事が単独で指定することができ、有害図書として指定された後に当事者の意見を聴く機会も与えられていない上、不服の申立の手続も規定されていないという問題点が存在する。また、包括指定制度についても、これら一連の手続を踏むことなく、あらかじめ条例施行規則等において詳細に定められた内容に該当する写真等が、たとえば当該表現物の中で、10分の1以上または10頁以上にわたって確認できる場合（大阪府、岐阜県など）には、知事による指定を待たずに有害図書として規制される。しかも、同制度についても、「告知」と「聴聞」の機会が出版社および販売店に与えられていない。

これらの指定制度のうち、本件においては、包括指定制度の合憲性が争われたことは先に述べたが、その指定手続きについて伊藤裁判官は、上述したように個別指定のような指定手続きを欠くという点で問題があると述べるものの、「青少年保護のための有害図書の規制を是認する以上は、自販機による有害図書の購入は、書店などでの購入と異なって心理的抑制が少なく、弊害が大きいこと、審議会の調査審議を経たうえでの個別的指定の方法によっては青少年が自販機を通じて入手することを防ぐことができないことからみて、包括指定による規制の必要性は高いといわなければなら」ず、また、「有害図書を青少年は入手することを有効に抑止する」ためには包括指定制度を採用する他はなく、やむをえないものであると説示している。

⁸⁶ 松井茂記「青少年健全育成基本法案・青少年有害環境自主規制法案と表現の自由」法律時報76巻9号（2004年）37頁参照。

⁸⁷ 芦部・前掲注（48）224頁参照。

⁸⁸ 有害図書の指定手続きについては、安部・前掲注（11）189-91頁参照。

このような伊藤補足意見に対して、憲法学説は批判的である。たとえば、松井茂記教授は、個別指定制度について、事前に出版社・書店等の意見を聴く手続きは存在せず、また緊急指定制度については、個別指定制度において行われる手続きを経ない上、「事後的に当事者の意見を聴く機会も与えられていないし、不服の申立ての手続」や「迅速な裁判所による救済も定められていない」点を指摘する。さらに、同教授は、包括指定制度についても、一律の基準に基づいて有害図書とされるため、未成年者がその図書を入手する機会を奪ってしまうことが問題であり、したがって、これらの有害図書の指定制度はいずれも憲法 21 条に含まれる手続的デュー・プロセスの要請に反しているといわざるをえないと指摘している⁸⁹。また、横田耕一教授は、包括指定制度について、「いくら指定基準の明確性を高めても不明確な部分が残るにも拘らず、該当図書を青少年に販売したり自販機に収納しただけで処罰されることになっているので、販売・収納者はどれかの図書が有害図書に該当するのではないかとの不安に常時さらされることになり、その萎縮効果には大きいものがあると言える」ため、包括指定は「成人の知る自由がただちに封殺されるものではないが」、表現の送り手の自由との関係で問題が多く、結論としてこの指定方式は違憲とみなされるべきであると主張している⁹⁰。

第5項 本条例による規制が憲法 14 条 1 項の定める平等原則に違反するか否かについて

上告人は、本条例による規制が憲法 14 条 1 項の定める平等原則に違反すると主張したが、それは以下のような内容であった。すなわち、「有害図書の指定要件及びその規制方法は、各地方の特殊性に応じその実情に即して規律する必要は何らないのであって、却って、各地方において区々となることには何らの合理性が見いだせないものであり、また、「本条例の運用において他の条例との間で差異が生ずることも、憲法 14 条に違反する。…岐阜県からは特に他府県より厳しく取締りを行う必要性について何ら説明が無いままであり、本条例の運用において合理的区別がおこなわれたものということは到底できないものである」。

これに対し、本判決は、本条例による規制が憲法 14 条に違反しないことは、福岡県青少年保護育成条例事件判決の趣旨に徴し明らかであると述べるのみで、簡単に上告人の主張を退けている。一方、伊藤補足意見は、条例による有害図書の規制が地方公共団体によって極めて区々に分かれていることは認められるとしても、「それをもって憲法 14 条に違反す

⁸⁹ 松井・前掲注 (65) 57 頁参照。同様の趣旨について奥平康弘教授も指摘している。奥平康弘「五 適正手続」奥平編・前掲注 (4) 137-39 頁、横田耕一「三 表現の自由」同書 125 頁、奥平他・前掲注 (82) 45 頁参照。

⁹⁰ 横田・前掲注 (37) 95 頁参照。

るものではないことは、法廷意見の説示するとおりである」と述べた上で、法廷意見が引用した福岡県青少年保護育成条例事件判決における自身の反対意見について言及し、私見を述べている。つまり、伊藤裁判官は、「青少年条例の定める青少年に対する淫行禁止規定については、その規制が各地方公共団体の条例の間で余りに差異が大きいことに着目し、それをもって直ちに違憲となるものではないが、このような不合理な地域差のあるところから『淫行』の意味を厳格に解釈することを通じて著しく不合理な差異をできる限り解消する方向を考えるべき」であり、「このような考え方が有害図書規制の面においても妥当しないとはいえないが、私見によれば、青少年に対する性行為の規制は、それ自体地域的特色をもたず、この点での青少年の保護に関する社会通念にほとんど地域差は認められないのに反して、有害図書の規制については、国全体に共通する面よりも、むしろ地域社会の状況、住民の意識、そこでの出版活動の全国的な影響力など多くの事情を勘案した上での政策的判断に委ねられるところが大きく、淫行禁止規定に比して、むしろ地域差のあることが許容される範囲が広いと考えられる」と論じた上で、同裁判官は、「この観点にたつときには、本件条例が他の地方公共団体の条例よりもきびしい規制を加えるものと考えられるとしても、なお地域の事情の差異に基づくものとして是認できるものと思われる」と説示した。

現在、青少年条例による有害図書規制は全都道府県において制定されているため、青少年条例が制定されている地域とそうでない地域との差異が法の下での平等の問題として議論されることはないであろうが⁹¹、その一方で、各地の青少年条例が全く同じ内容であるということはなく、条例間には様々な差異がみられ、ある地域で規制されていることが他の地域においては規制されていないということも実際にある。本件において、被告人らは、本件で摘発されたものと同一の書籍・雑誌を愛知県、大阪府、三重県、奈良県においても販売していたが、これらの府県においては、本件において問題とされた書籍は有害図書指定を受けていなかったため、条例間による差異が法の下での平等に違反するとの主張を行っている。そもそも、青少年条例は、青少年の健全な育成を保護することを目的とし、そのために「良好な社会環境の整備」を積極的に推進し、「青少年の健全育成を阻害するおそれのある行為」を消極的に防止するものである⁹²。良好な社会環境の整備について、2000年改正以前の地方自治法をみると、地方自治体の行う事務には「教育、学術、文化、勸業、情報処理又は電気通信に関する事務」（地方自治法2条3項5号）、「保健衛生及び風俗のじゅん化に関する事項」

⁹¹ 後述するが、判例は、憲法自体が条例制定権を保障している以上、憲法が地域的差別を当然のこととして認めたものと解している（最高裁昭和33年10月15日大法廷判決・刑集12巻14号3305頁）。

⁹² 江橋崇「二 地域差と法の下での平等」奥平編・前掲注（4）107頁参照。

の処理（同7号）、「未成年者……を救助し、援護し若しくは看護し、又は更生させること」（同9号）、「文化財を保護」すること（同14号）などが含まれており、実際に、各自治体が青少年のために健全な社会的、文化的環境を作り出すために、多様な行政を展開している。そして、地域の社会的、文化的環境の整備については、行政だけでなく、行政の指導を受けた青少年指導者を通じて行われるが、自治体がこれらの環境の整備について政策的な是非を問われたとしても法律的な問題は生じない⁹³。

一方で、青少年の健全育成を阻害するおそれのある行為の規制、特に条例によって有害図書類の販売を規制する場合においては、以下のような問題が生じうる⁹⁴。第一に、社会的、文化的環境が劣悪化しないために、有害図書類を規制し、広告等の掲出を制限する場合、営業の自由が制約されるのではないかという点である。営業活動とそのための宣伝・広告活動の規制は、主として営業の自由の制約といえ、加えて規制対象が図書、映画、興行等である場合には表現の自由の制約といえよう。この点につき、戸松秀典教授は、「基本的に問うべきことは、自販機業者である被告人のどのような権益が地域的差別を受けたか、ということであ」り、「自販機業者の図書販売の自由が差別的取扱いを受けたとみるならば、その自由は、憲法21条の表現の自由に含まれることである」と説いた上で、売春防止条例や淫行禁止規定の合憲性が争われた最高裁判例は、ここでは引用にあたいしないものというべきであり、むしろ「公安条例による表現の自由の規制の場合と比較するのが適当である」と批判する⁹⁵。同教授と同様に、松井茂記教授も本件最高裁および伊藤裁判官の補足意見が引用した判決は、本件の先例とはいい難いと批判している⁹⁶。また、有害図書類の規制において特に問題となるのが、有害図書の認定基準が明確性に欠けるが故に、同一の出版物や映画が特定の地域だけで有害と認定され、規制されることである。このような場合、規制している条例が漠然不明確であるか否か、あるいは過度に広汎な規制を課していないか否かについては検討することが可能であるとしても、他の地域との差異を理由に直ちに規制の不合理性を主張できるのか疑わしい。

第二の問題点は、違反行為への罰則規定が条例間によって異なるという点である。そもそ

⁹³ 奥平編・同書108頁参照（江橋執筆部分）。

⁹⁴ 以下の問題点については、奥平編・同書108-10頁参照（江橋執筆部分）。

⁹⁵ 戸松・前掲注（37）44頁。戸松秀典教授は、伊藤補足意見が本件においては表現の自由の制約が問題となっていることに照らして、LRAの基準（より制限的でない他の選ぶ手段の基準）の適用可能性について触れていることから、本件においては公安条例による表現の自由の規制の場合と比較するのが適当であると述べている。そして、憲法14条1項に関わる問題として議論を始めても、最終的には「表現の自由の保障についての議論に収斂してもよいと考えられる」と論じている。

⁹⁶ 長谷部他編・前掲注（1）113頁参照（松井執筆部分）。

も、本件において福岡県青少年保護育成条例事件最高裁判決が引用されたのは、同判決が、条例による罰則規定の地域格差が不平等であることが争われた東京都売春取締条例事件判決⁹⁷を引用していたためであるといえる。憲法 94 条は、「地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する機能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる」と規定しており、この規定を受けて地方自治法 14 条 3 項により条例に罰則規定を設けることが認められ、加えて罰則の上限については、2 年以下の懲役若しくは 100 万円以下の罰金、又は 5 万円以下の過料と定められている。もっとも、条例の内容は地方自治体によって異なるため、処罰規定の有無、法定刑の種類と軽重等、地域間で不均衡が生じる可能性があり、条例による取扱いが地域によって異なることが、憲法 14 条 1 項が規定する法の下での平等との関係でしばしば問題となる。この点、先に触れた東京都売春取締条例事件判決は、憲法が地方自治体に条例制定権を認めている以上、同じ対象を規制する条例が自治体ごとに異なるのは当然のことであるとして、憲法 14 条 1 項に違反しないと判示している。先例が示しているように、地方自治法により条例で刑罰を科すことが認められている以上、同種の行為が一部の地域だけで処罰されることは違憲とはいえず、また、法定刑を定めることは立法府の裁量に依るものであるため、法定刑に地域的差異が存在したとしても直ちに不合理な差別とされるものではないといえるが、その一方で、ある地域の条例による罰則が他の地域と比較して著しい差異があり、その差異を認める合理的な根拠が存在しない場合には、当該条例の規定は、立法裁量の範囲を越え、憲法 14 条に違反することになるであろうし⁹⁸、加えて、憲法 31 条の適正手続条項に違反するおそれもあるといえるのではないだろうか⁹⁹。

また、運用面における不平等の問題について、藤本哲也教授は、各自治体が条例による有害指定ができるか否かを審査しているが、新しい有害環境が問題とされるたびにそれに対応することは困難であると思われるため、「基本的な体制・組織づくりをすることが大切」であるが、「そもそも地方自治の本質から」して、「それぞれの地域の持つ特殊性を考慮に入れて条例が制定されている以上は、これは青少年保護育成条例の持つ欠点でもあり、また同時にそれが利点でもあるという考え方もできないわけでは」ないと述べている¹⁰⁰。他方で、各地方自治体に条例を制定するが故に生じる地域格差が憲法 14 条に違反するとはいえない

⁹⁷ 最高裁昭和 33 年 10 月 15 日大法廷判決（刑集 12 卷 14 号 3305 頁）。新村とわ「地域による取扱いの差異と地方自治」長谷部他編・同書 72 頁参照。

⁹⁸ 最高裁昭和 48 年 4 月 4 日大法廷判決（刑集 27 卷 3 号 256 頁）。渡辺康行「尊属殺重罰と法の下での平等—尊属殺重罰規定判決」長谷部他編・同書 56-7 頁参照。

⁹⁹ 藤本・前掲注（22）42 頁参照。

¹⁰⁰ 藤本・同書 44-5 頁参照。

としても、実質的な正当化事由もなく、「有害図書規制のあり方という、それ自体地域的特色を有しない」事項に関して、「著しい地域格差が存在することは、決して望ましいとはいえない」との見解も示されている¹⁰¹。

第6項 成人の表現の自由の制約について

本件において、被告人らは自分たちの表現の自由が本条例によって侵害されたという主張をおこなっていなかったため、この点については争点とされていなかったが、青少年保護育成条例による有害図書規制が、青少年の表現の自由だけでなく、付随的に成人の表現の自由、すなわち、そのような図書を読もうとする成人の表現の自由、有害図書を制作し出版する者やそのような図書を販売する販売店をも制約するため、この点は重要な問題であるといえる。本件において、最高裁は、「有害図書の自動販売機への収納の禁止は、青少年に対する関係において、憲法21条1項に違反しないことはもとより、成人に対する関係においても、有害図書の流通を幾分制約することにはなるものの、青少年の健全な育成を阻害する有害環境を浄化するための規制に伴う必要やむをえない制約であるから、憲法21条1項に違反するものではない」と述べているだけで、成人の表現の自由の制約に関してはそれ以上論じていない。これに対し、補足意見を執筆した伊藤裁判官は、本条例による有害図書の規制が、青少年の保護を目的とした規制であるがゆえに、青少年の知る自由を制限することも許されるが、「その規制の実質的な効果が成人の知る自由を全く封殺するような場合には」、「憲法上の厳格な判断基準が適用される結果違憲とされることを免れないと思われる」が、「青少年の知る自由を制限する規制がかりに成人の知る自由を制約することがあっても、青少年の保護の目的からみて必要とされる規制に伴って当然に附随的に生ずる効果であって、成人にはこの規制を受ける図書等を入手する方法が認められている場合には、その限度での成人の知る自由の制約もやむをえないものと考えられる」と説く。ただ、続けて、同裁判官は、本件において、成人は本条例6条2項により指定された有害図書を自販機から購入する機会を奪われているものの、他の方法によって「これらの図書に接する機会が全く閉ざされているとの立証はないし、成人に対しては、特定の態様による販売が事実上抑止されるにとどまるものであるから、有害図書とされるものが一般に価値がないか又は極めて乏しいことをあわせ考えるとき、成人の知る自由の制約とされることを理由に本件条例を違憲とするのは相当ではない」と結論づける。本件最高裁及び伊藤裁判官はいずれも、本条例に

¹⁰¹ 横大道聡「岐阜県青少年保護育成条例事件」『判例から学ぶ憲法・行政法[第3版]』（法学書院、2011年）65頁参照。

よる規制が成人の表現の自由をも制約している点について、さほど問題としていないように思われる。しかし、本件においては、自販機による有害図書の販売が規制されており、これにより当該図書を読みたいと思う成人は、当該図書にアクセスする機会が減少することになる。これは成人の表現の自由（情報受領権）を制約するものであるといえる。本条例による規制が青少年を保護するための規制であるため、同規制により付随的に成人の表現の自由が制約されてもやむを得ないとして済まされる問題ではないのではないだろうか。自販機販売を規制してしまうと、そのような図書も購入できなくなり、この点からしても自販機販売の禁止はそれを読みたいと思う成人の表現の自由を制約しているといえる¹⁰²。また、この場合において、書店では販売していない有害図書を自販機販売していたとしたならば、当該規制により当該図書にアクセスする機会が完全に奪われることになる。この点、先にも触れたが、伊藤裁判官は、「成人にはこの規制を受ける図書等を入手する方法が認められている場合には、その限度での成人の知る自由の制約もやむをえないものと考えられる」が、一方で、本条例による規制によって「成人の知る自由を全く封殺するような場合には」、「憲法上の厳格な判断基準が適用される結果違憲とされることを免れないと思われる」と述べている。このことから、本条例による規制は成人の表現の自由を制約するものであるといえよう。

また、有害図書を販売する販売店は、条例により有害指定された有害図書については、18歳未満の者が閲覧できないように、他の書籍と区別して配置しなければならない。この場合、個別指定により指定された図書であれば、あらかじめ販売店に通知されるのであるが、包括指定によって指定された有害図書については、販売店に通知されることはない。そのため、販売店は仕入れの段階から図書の内容を一つ一つチェックする必要がある。その上、販売店が、有害図書を青少年に販売・頒布した場合には、条例によって罰金が科されてしまう。このような危険性を避けるため、販売店は有害図書に指定されそうな図書は店に置かないという選択を余儀なくされるといえよう。さらに、有害図書を制作し出版する者についても、条例によって有害図書に指定されそうな書籍は制作しないと、出版しないということも考えられる。そうであるならば、特に本件において問題となった包括指定制度については、有害図書を販売する販売店、ならびに有害図書を制作し出版する者の表現の自由を制

¹⁰² 松井茂記教授は、この点について、「青少年保護育成条例による有害図書指定が単に未成年者の手から有害図書を奪うのみで、成人が他の方法でこれらの有害図書とされた図書を入手する道が閉ざされているわけではないということは、現実を無視したものと言わざるをえない」と指摘している。松井・前掲注（65）48頁参照。

約するものであるといえるのではないだろうか¹⁰³。青少年を有害な表現から保護することを目的とした規制は、以上のような成人の表現の自由をも制約するものであるといえるため、そのような規制を行う場合は、慎重にならなければならないといえるだろう。

¹⁰³ 橋本基弘「自動販売機によるポルノ販売と有害図書規制—岐阜県青少年保護育成条例事件」長谷部恭男・山口いつ子・穴戸常寿編『メディア判例百選[第2版]』（有斐閣、2018年）129頁参照。

第3節 「有害図書」と「わいせつ表現」の関係性について

何が禁止される表現行為なのかが明確でないと、憲法上保護されるべき表現に対して萎縮的効果をもたらしうするため、青少年条例のような表現を規制する立法については、特に規制対象を明確に規定すべきであることは第2章第2節において述べた。日本においては、性的表現に関する法的規制として、青少年保護育成条例のほかに刑法 175 条のわいせつ物頒布等を禁止する法律¹⁰⁴、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律（いわゆる児童ポルノ禁止法）等の制度が存在する。

これらの規制のうち、本判決において問題とされた規制は有害図書類を規制する青少年保護育成条例であったが、同規制の合憲性を判断するにあたって引用された先例は、わいせつ表現規制の合憲性が争われたチャタレー事件判決および『悪徳の栄え』事件判決、さらには青少年に対する「淫行」を処罰することの合憲性を認めた福岡県青少年保護育成条例事件判決であった。先に触れたように、最高裁が、このようなわいせつ表現に関する判決を本判決の先例として引用したことについて、憲法学界から批判がなされている。それは、有害図書の規制が青少年にとって有害ではあるが、わいせつな表現とまではいえない表現の規制であり、わいせつ表現そのものを規制するわけではない、つまり、「有害図書」と「わいせつ表現」とを区別せずに同一視しているためである。確かに、有害図書規制をめぐる問題とわいせつ表現規制をめぐるそれとは共通する点もあるといえるだろう。しかし、有害図書およびわいせつ表現とは何かについて明確に定義しておかなければ、表現者が表現することを萎縮してしまう可能性があり、また、当該表現が有害図書に該当するにも関わらず、わいせつ表現として規制されるおそれもあるといえよう。有害図書であれば、成人に対して問題なく販売することができるが、何がわいせつ表現にあたるのか、何が有害図書にあたるのかを明確にしなければ、その判断も困難であろう。このように、憲法学説が本判決を批判しているが、その憲法学説においても、有害図書とわいせつ表現の定義に関して十分な研究がされているとはいえないように思われる¹⁰⁵。

そこで、まずわいせつ表現とは何かについて、本判決においても引用されていたチャタレ

¹⁰⁴ 刑法 175 条は 1 項において、「わいせつな文書、図画、電磁的記録に係る記録媒体その他の物を頒布し、又は公然と陳列した者は、2 年以下の懲役又は 250 万円以下の罰金若しくは科料に処し、又は懲役及び罰金を併科する。電気通信の送信によりわいせつな電磁的記録その他の記録を頒布した者も、同様とする。」とし、2 項において「有償で頒布する目的で、前項の物を所持し、又は同項の電磁的記録を保管した者も、同項と同様とする。」と規定する。

¹⁰⁵ 同様の指摘として、加藤隆之『性表現規制の限界』（ミネルヴァ書房、2008 年）253 頁参照。

一事件判決および『悪徳の栄え』事件判決、そして、四畳半襖の下張事件判決を概観し、そこで定義された、わいせつ概念およびわいせつ性の判断基準について確認したいと思う。

第1項 わいせつ表現の規制が憲法 21 条に違反するか否かが争われた事件

(1) チャタレー事件判決最高裁判決¹⁰⁶

日本において、性表現規制の合憲性を本格的に扱った最高裁判決は『チャタレー夫人の恋人』事件判決であった。この事件は、D・H・ロレンスの「チャタレー夫人の恋人」を翻訳した作家と、これを出版した出版社社長が刑法 175 条のわいせつ物頒布販売罪で起訴されたというものである。第一審判決は翻訳作家を無罪、出版社社長を有罪としたが、控訴審判決では両被告人を有罪としたため、被告人らが上告した。

最高裁は、判旨 I の『『チャタレー夫人の恋人』の翻訳出版と刑法 175 条』において、まずわいせつの定義を行っている。最高裁は、「猥褻文書たるためには、(普通人の)羞恥心を害することと性欲の興奮、刺戟を来すことと善良な性的道義観念に反することが要求される」と定義したが、これはチャタレー事件最高裁が初めて定義したのではなく、昭和 26 年の「サンデー娯楽」事件最高裁判決¹⁰⁷がすでに明らかにしていた。ただ、同判決は小法廷判決であったため、今回大法廷判決であるチャタレー事件判決が全員一致で、「サンデー娯楽」事件最高裁判決を踏襲した点にチャタレー事件最高裁判決の意義があるといえよう。

次に、刑法 175 条の保護法益について、最高裁は以下のように説示する。「猥褻文書は性欲を興奮、刺戟し、人間をしてその動物的存在の面を明瞭に意識させるから、羞恥心の感情をいだかしめる。そしてそれは人間の性に関する良心を麻痺させ、理性による制限を度外視し、奔放、無制限に振舞い、性道徳、性秩序を無視することを誘発する危険を包蔵している。…性道徳に関しても法はその最少限度を維持することを任務とする。そして刑法 175 条が猥褻文書の頒布販売を犯罪として禁止しているのも、かような趣旨に出ているのである」。つまり、最高裁は、刑法 175 条の保護法益は、「性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持すること」であると捉えているのである。

さらに、わいせつ性の判断基準について、最高裁は、「著作自体が刑法 175 条の猥褻文書にあたるかどうかの判断は、当該著作についてなされる事実認定の問題ではなく、法解釈の問題であり、それゆえに、「裁判所が判断すべきものである」と述べるとともに、最高裁

¹⁰⁶ 最高裁昭和 32 年 3 月 13 日大法廷判決 (刑集 11 卷 3 号 997 頁)。池端忠司「わいせつ文書の頒布禁止と表現の自由—チャタレイ事件」長谷部他編・前掲注 (1) 114-15 頁参照。

¹⁰⁷ 最高裁昭和 26 年 5 月 10 日第一小法廷判決 (刑集 5 卷 6 号 1026 頁)。

は、以下のように説示する。「そして裁判所が右の判断をなす場合の規準は、一般社会において行われている良識すなわち社会通念である。この社会通念は、『個々人の認識の集合又はその平均値でなく、これを越えた集団意識であり、個々人がこれに反する認識をもつことによって否定するものでない』こと原判決が判示しているごとくであり、このような「社会通念が如何なるものであるかの判断は、現制度の下においては裁判官に委ねられている」。つまり、最高裁は、わいせつ性の判断について社会通念に従って裁判所が行うべきものであり、この社会通念がどのようなものであるかについても裁判官の判断に委ねられていると論じるのである。そして、最高裁は、「性一般に関する社会通念が時と所とによって同一ではなく、同一の社会においても変遷がある」が、「超ゆべからざる限界としていずれの社会においても認められまた一般的に守られている規範が存在することも否定できない」という「性行為非公然性の原則」が社会通念の限界を画するものであると述べている。加えて、当該著作のわいせつ性の判定について、最高裁は「芸術性と猥褻性とは別異の次元に属する概念であり、両立し得ないものではない」ため、芸術作品であるという理由で作品のわいせつ性が否定されるというわけではないと判断している。

以上、論じた点をもとに、最高裁は、本件において問題をなした訳書の内容は、「性行為の非公然性の原則に反し、……羞恥感情を害するものであり」、「性的欲望を興奮刺戟せしめまたは善良な性的道義観念に反する程度のもものと認められる」と述べた上で、最高裁は「原判決が本件訳書自体を刑法 175 条の猥褻文書と判定したことは正当である」と判示した。なお、刑法 175 条が憲法 21 条に違反するか否かについて、最高裁は「憲法の保障する各種の基本的人権についてそれぞれに関する各条文に制限の可能性を明示していると否とにかかわらず、憲法 12 条、13 条の規定からしてその濫用が禁止せられ、公共の福祉の制限の下に立つものであり、絶対無制限のものでないことは、当裁判所がしばしば判示したところである」と説示した上で、最高裁は、表現の自由は極めて重要であるが、「やはり公共の福祉によって制限されるものと認められなければなら」ず、「そして性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持することが公共の福祉の内容をなすことについて疑問の余地がないのであるから、本件訳書を猥褻文書と認めその出版を公共の福祉に違反するものとなした原判決は正当である」と判示した。

(2) 『悪徳の栄え』事件最高裁判決¹⁰⁸

¹⁰⁸ 最高裁昭和 44 年 10 月 15 日大法廷判決（刑集 23 卷 10 号 1239 頁）。阿部和文「わいせつの概念—『悪徳の栄え』事件」長谷部他編・前掲注（1）116-17 頁参照。

この事件は、出版業者である被告人 A が、翻訳家である被告人 B にマルキ・ド・サドの「悪徳の栄え」の翻訳を依頼し、これを出版販売したところ、その一部が刑法 175 条にいう猥褻文書に該当するとして起訴されたというものである。第一審判決は、チャタレー事件最高裁判決において示された猥褻性の判断基準を適用し、本件書籍が普通人の性的羞恥心を害すること、善良な性的道義観念に反すること、という二つの要件は満たしているが、一般人の性欲を興奮または刺戟すること、という要件を満たしていないとして無罪判決を下した。これに対して、第二審判決も同じくチャタレー事件最高裁判決において示された猥褻性の判断基準を適用したが、本件書籍は一般人の性欲を興奮または刺戟させるものだとし、第一審判決を破棄し、有罪判決を下したため、被告人等が上告したのが本件である。

本件はチャタレー事件最高裁判決において示された猥褻性の判断基準を適用しているが、チャタレー事件最高裁判決と二つの異なる点が存在する。第一に、文書の猥褻性と芸術性・思想性との関係性の捉え方である。つまり、本件では、「芸術的・思想的価値のある文書であっても、これを猥褻性を有するものとするのはなんらさしつかえない」と述べつつ、「文書がもつ芸術性・思想性が、文書の内容である性的描写による性的刺激を減少・緩和させる場合があることは考えられる」とした点が異なっているのである。第二に、文書のわいせつ性の判断にあたって、猥褻性の有無は文書全体との関連において判断されなければならないとする、いわゆる「全体的考察方法」をとることを認めた点である。しかしながら、最高裁は、「芸術的・思想的価値のある文書についても、それが猥褻性をもつものである場合には、性生活に関する秩序および健全な風俗を維持するため、これを処罰の対象とすることが国民生活全体の利益に合致するものと認められるから」、憲法 21 条、23 条に違反するものということとはできない、と判示しており、全体の論旨はチャタレー事件最高裁判決をほぼ踏襲している形となっている。

なお、本判決には下村裁判官による補足意見、岩田裁判官による意見、そして四つの反対意見が付されている。これらのうち、四つの反対意見は概して、当該著作が猥褻文書に該当するか否かの判断において、作品の芸術性、思想性などの社会的価値を考慮して判断すべきであるとしている。

(3) 「四畳半襖の下張」事件判決¹⁰⁹

先に触れた「悪徳の栄え」事件判決において、最高裁は文書の猥褻性を判断する際、全体

¹⁰⁹ 最高裁昭和 55 年 11 月 28 日第二小法廷判決（刑集 34 卷 6 号 433 頁）。建石真公子「わいせつ概念の再構築—『四畳半襖の下張』事件」長谷部他編・前掲注（1）118-19 頁参照。

的考察方法をとることを認めたが、その具体的内容については述べられていなかった。「四畳半襖の下張」事件判決は、まさにこの点について言及しており、以下ではその内容について確認したいと思う。

まず、この事件は、被告人が永井荷風作といわれている「四畳半襖の下張」を、雑誌『面白半分』に掲載したことを理由に、刑法 175 条違反で起訴されたというものである。第一審判決は、「性行為非公然性」の原則に基づき、刑法 175 条は憲法 21 条に違反しないと判示し、また文書のわいせつ性の判断方法についても従来の最高裁の見解を踏襲し、当該文書のわいせつ性を認めた。第二審判決は、結論としては第一審判決と同様、刑法 175 条の違憲性を否定したが、当該文書のわいせつ性判断の基準と方法の具体化を試みた点で、第一審判決とは異なっていた。つまり、当該文書のわいせつ性を評価するにあたり、第一に、(a) 性器または性的行為の描写叙述が露骨、詳細かつ具体的である、(b) 描写叙述方法が情緒、感覚、官能に訴えるものである、という二つの外的事実が存在し、第二に、文書全体の支配的効果が好色的興味に訴えるものであり、第三に、その時代の社会通念上いやらしいと評価されるものである、という三要件が充たされなければならないと述べた上で、本件小説はわいせつ文書に当たると判示したため、被告人らは刑法 175 条の違憲性等を主張して上告したのが本件である。

最高裁は、わいせつ性の判断基準を具体的に論じた上で、チャタレー事件判決以降適用されている、わいせつ三要件について判断している。つまり、「当該文書の性に関する露骨で詳細な描写叙述の程度とその手法、右描写叙述の文書全体に占める比重、右描写叙述との関連性、文書の構成や展開、さらには芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、これらの観点から該文書を全体としてみたときに、主として、読者の好色的興味にうったえるものと認められるか否かなどの諸点を検討することが必要であり、これらの事情を総合し、その時代の健全な社会通念に照らして、それが『徒らに性欲を興奮又は刺激せしめ、かつ、普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの』といえるか否かを決すべき」であると述べた上で、これを本件にあてはめると、「本件『四畳半襖の下張』は、男女の性的交渉の情景を扇情的な筆致で露骨、詳細かつ具体的に描写した部分が量的質的に文書の中枢を占めており、その構成や展開、さらには文芸的、思想的価値などを考慮に容れても、主として読者の好色的興味にうったえるものと認められるから、以上の諸点を総合検討

したうえ、本件文書が刑法 175 条にいう『わいせつの文書』にあたると認められた原判断は、正当である」と判示した。

第 2 項 わいせつ表現規制の合憲性が争われた最高裁判決の整理

以上、わいせつ表現の規制の合憲性が争われた最高裁判決を概観したが、以下では、これを整理したい。

まず、わいせつな文書とは何かについて検討を行っているのが、チャタレー事件判決である。同判決において提示された、わいせつ三要件とは、「猥褻文書たるためには、(普通人の)羞恥心を害することと性欲の興奮、刺戟を来すことと善良な性的道義観念に反することが要求される」というものであった。そして、このわいせつ性の判断基準をより具体化しようとしたのが、「四畳半襖の下張」事件判決であった。同判決は、文書のわいせつ性の判断にあたっては、第一に、当該文書の性に関する露骨で詳細な描写叙述の程度とその手法、第二に、当該描写叙述の文書全体に占める比重、第三に、当該描写叙述との関連性、第四に、文書の構成や展開、第五に、芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、第六に、これらの観点から当該文書を全体としてみたときに、主として、読者の好色的興味に訴えるものと認められるか否か、という六項目に関する事情を総合した上で、その時代の健全な社会通念に照らして、それが「徒らに性欲を興奮又は刺激せしめ、かつ、普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」といえるか否かを決すべきであるとして、具体的に考慮すべき要素について指摘している。

また、これらのわいせつの定義を誰が判断するのかについて、チャタレー事件判決では「社会通念」に従って裁判官が判断するとされ、その判断の客観性を保つものは社会通念の限界を画する「性行為の非公然性の原則」であるとする。そして、その際、「芸術性と猥褻性とは別異の次元に属する概念であり、両立し得ないものではない」ため、芸術作品であるという理由で作品のわいせつ性が否定されるというわけではないと判断している。一方、「悪徳の栄え」事件判決では、チャタレー事件判決をほぼ踏襲しているが、文書の猥褻性と芸術性・思想性との関係性の捉え方に変化がみられる¹¹⁰。つまり、「悪徳の栄え」事件判決において、最高裁は「芸術的・思想的価値のある文書であっても、これを猥褻性を有するものとするのはなんらさしつかえない」と述べつつ、「文書がもつ芸術性・思想性が、文書

¹¹⁰ チャタレー事件判決と「悪徳の栄え」事件判決とを比較し、後者の判決において「規範的な社会通念というトーンが弱まった」と指摘するものとして、阪口正二郎「わいせつの概念—『悪徳の栄え』事件」芦部信喜・高橋和之・長谷部恭男編『憲法判例百選 I [第 4 版]』(有斐閣、2000 年) 121 頁参照。

の内容である性的描写による性的刺激を減少・緩和させる場合があることは考えられる」との立場を示し、さらに、文書のわいせつ性の判断にあたって、わいせつ性の有無は文書全体との関連において判断されなければならないとする、いわゆる「全体的考察方法」を採用している。

以上のように、最高裁はチャタレー事件判決以降、わいせつ性の判断方法・基準を具体化しようと試みており、この点については憲法学説においても評価されているが、そもそも国家がわいせつ文書の頒布・販売を規制することができるのかという、規制根拠について問い直す必要があると批判されている¹¹¹。そこで、今一度刑法 175 条の保護法益としてあげられているものを確認したいと思う。

第3項 刑法 175 条の保護法益について

チャタレー事件最高裁判決において、最高裁は、「性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持することが公共の福祉の内容をなすことについて疑問の余地がない」と述べ、わいせつ文書の規制根拠を「性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持すること」であるとしているが、これについては、具体的な害悪を防止するためではなく、漠然とした性道徳および性秩序を維持するということを理由に表現の自由を規制しうるのか問題であるという批判がなされている¹¹²。また、「悪徳の栄え」事件判決においてあげられた、わいせつ文書の規制根拠も「性生活に関する秩序および健全な風俗を維持すること」であり、チャタレー事件判決と同様の批判がなされており、憲法学説においては、以上のような規制根拠を支持するものは少ない。わいせつ文書の規制根拠を「性道徳の維持」とすることについて、批判的な見解

¹¹¹ 芦部他編・同上参照。

¹¹² 浦部法穂『憲法学教室』（日本評論社、2007年）166-67頁参照。また、チャタレー事件最高裁判決では、表現の自由といえども絶対無制限のものではなく、公共の福祉によって制限されることを示したが、この点について、阪本昌成教授は以下のように批判する。通説は「公共の福祉」とは、基本的人権の相互間の衝突対立を調整するための公平の原理であると捉えているが、公共の福祉をこのように捉えるならば、「性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持すること」や「悪徳の栄え」事件判決であげられていた「性生活に関する秩序および健全な風俗を維持すること」というわいせつ物の頒布・販売を規制する根拠は、通説のいうところの「公共の福祉」には該当しないことになると同教授は説く。加えて、同教授は、チャタレー事件が提示した規制根拠は、「ある人の基本権保護のための規制ではなく、『道徳原理』に基づく制約といわざるをえない」と指摘する。そして、この「道徳原理」（リーガル・モラリズム）とは、「他者への危害の有無にかかわらず、反道徳的な基本権行使は制約されてよいという理論」をいい、これを制約根拠とすることは、「多数者の道徳的選好に基づく基本権の制約を正当化するものとなつて、妥当ではない」と批判している。阪本昌成「わいせつ文書の頒布禁止と表現の自由—チャタレー事件」芦部他編・前掲注（110）119頁、阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（成文堂、1995年）65-6頁参照。

は、性道徳を害するという理由でわいせつ文書を禁止するということは表現の自由の根本原理に相反すると指摘している¹¹³。つまり、表現内容の良し悪しの判断は、公権力が行うべきではなく、市民に委ねられるべきであり、反道徳的な内容の表現物であってもそれを理由に公権力が規制することができないのが原則である。そのため、それにもかかわらず公権力が当該表現を規制することができるというためには、なぜ公権力がわいせつ文書をほぼ全面的に禁止することができるのかを説明する必要があるだろう。また、わいせつ文書が性犯罪等の誘発につながるという理由で、わいせつ文書を規制するというのも、実際にわいせつ文書を見たものが性犯罪等を犯したということが科学的に実証されているならば、規制根拠として説得力があるが、そうでないかぎり規制根拠としては不適切であろう¹¹⁴。

一方、わいせつ文書の規制根拠としては、「わいせつ物を見たくない人の性的感情の保護（性感情ないし性的自己決定権の保護）」や「青少年の保護」があげられよう¹¹⁵。まず、前者については性表現を規制する正当な理由となりうるという指摘がある¹¹⁶。つまり、全国民がわいせつ表現を見たくないというわけではないだろうが、わいせつ表現を見たくないという人の「見ない自由」を侵害するような方法（たとえば、日常的に利用するスーパーやコンビニ等で販売する）でわいせつ文書の頒布・販売等が行われる場合には、実質的な害悪をもたらすものとして、わいせつ文書の規制が正当化されうるというのである。ただ、刑法175条がわいせつ文書をほぼ全面的に禁止するものであるため、わいせつ物を見たくない人

¹¹³ 市川正人『ケースメソッド憲法』（日本評論社、1998年）119-20頁、松井茂記『マス・メディア法入門[第5版]』（日本評論社、2013年）177頁参照。また、「わいせつ文書が性道徳や性秩序に一体いかなる具体的影響を与えるのか、なぜ国家が性道徳や性秩序を維持すべきなのかは明らかではなく、そもそもなぜ国家がわいせつ文書の頒布・販売を規制することができるのかについて考える必要があると指摘しているものとして、芦部他編・前掲注（110）121頁参照（阪口執筆部分）。

¹¹⁴ 浦部・前掲注（112）167頁、市川・同書119頁参照。

¹¹⁵ これらの規制根拠について問題があると指摘する見解もある。つまり、この見解は、「頒布・販売の方法を規制することによって、見たくない者がわいせつ文書を見せられたり、未成年者が直接に販売ないし頒布を受けて入手することはなくなるが、未成年者が成人を通じてわいせつ文書を間接的に入手するのを防ぐことはできない」ため、「見たくない者の見ない自由、未成年者の保護を確保するために、特定の態様の頒布・販売等の行為を規制するので十分であるのか」という問題がある」と批判している。野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法I [第4版]』（有斐閣、2006年）366頁参照。

¹¹⁶ この規制根拠を評価する者に阪本昌成教授がいる。同教授は、わいせつ文書の規制が憲法上の正当な基礎をもつためには、「刑法175条が、性的表現からの自由を保護するという『感情侵害原理』を満たす」必要があると説く。つまり、回避できない状況において、不特定多数の者にわいせつ文書を開示して、「明らかに強度の不快・嫌悪の念を抱かしめる表現行為を処罰の論拠とするのであれば、憲法上、正当な基礎をもつといえる」と論じている。阪本・前掲注（112）68-9頁参照。

の保護を目的とするならば、表現の時、場所、方法を規制し、わいせつ物を見たくない人の目に触れさせないようにすれば十分であろう。他方で、「青少年の保護」をわいせつ文書の規制根拠とする場合であるが、青少年を保護するために成人への頒布・販売をも禁止するとすると、それは成人が有する表現にアクセスする機会を奪うことになるため違憲であるとの指摘がある¹¹⁷。したがって、青少年の保護を規制根拠とするならば、わいせつ文書を全面的に禁止するのではなく、青少年の目に触れないように、また青少年が入手できないように時、場所、方法の規制にとどめておかなければならないだろう¹¹⁸。なお、これらをわいせつ文書の規制根拠とする場合、特定の態様の頒布・販売等の行為のみを規制すれば十分であるため、わいせつ文書をほぼ全面的に禁止する刑法 175 条は、過度に広汎な規制を定めるものとして憲法 21 条に違反するとの見解が示されている¹¹⁹。

これらの規制根拠の他に、「社会環境としての性風俗を清潔に保つこと」、すなわち「性風俗の維持」もわいせつ文書の規制根拠としてあげられる。これはポルノ写真誌事件における補足意見において団藤裁判官が提示したものであるが、同裁判官は「性風俗を維持するということは、…端的に社会環境としての性風俗を清潔に保つことじたいを本来の目的とする」と述べた上で、「たとえば市街等の美観風致を保持するために広告物等の制限や一定地区内における建築物の制限などが刑罰の制裁のもとに認められていることを考えるとき、…風俗的にいかがわしい商品等が世上に氾濫することのないようにして、いわば精神的な社会環境ともいべきものを保護することが許されないはずはないであろう」と論じている¹²⁰。これについては、「一定の性倫理を強行するために刑罰を用いることは許されない」が、わいせつ文書によって一般人の「性的感情」が傷つけられるのを保護することは許されるとの観点からは、妥当であると評価できるとする見解がある一方で¹²¹、「見たくない人が強制的に見せられるということの防止であればともかく、一般的な精神的な社会環境を国家が判定しそれを維持することは許されぬ『お節介』で」はないのかという批判もある¹²²。

以上のように、わいせつ文書の規制根拠としてどのようなものがあげられているのかを概観したが、どの規制根拠が妥当であるのか学説においても定まっていなように思われ

¹¹⁷ 阪本・同書 69 頁。なお、阪本昌成教授は、わいせつ文書の規制根拠として青少年の保護がたびたび言及されるが、これについては一般化されてはならないと批判的である。

¹¹⁸ 市川・前掲注 (113) 121 頁、浦部・前掲注 (112) 167 頁参照。

¹¹⁹ 野中他・前掲注 (115) 366 頁、浦部・同上参照。

¹²⁰ 最高裁昭和 58 年 10 月 27 日第一小法廷判決 (刑集 37 卷 8 号 1294 頁)。この見解を支持するものとして、高橋則夫『刑法各論〔第二版〕』(成文堂、2014 年) 561 頁参照。

¹²¹ 芦部・前掲注 (54) 333 頁参照。

¹²² 芦部他編・前掲注 (110) 121 頁参照 (阪口執筆部分)。

る¹²³。ただ、強いていうならば、「見たくない大人の保護」を規制根拠と捉えれば、わいせつ文書の頒布・販売の場所や方法を規制すれば十分であり、そうであれば、刑法 175 条の規定は過度に広汎な規制を定めるものであり違憲であると捉える見解が妥当ではないだろうか¹²⁴。

第4項 有害図書の定義

一方、有害図書とはどのような図書のことをいうのか。現在、表現内容が性的であることを理由に、その流通等が制限されている出版物には、「児童ポルノ」、「わいせつ文書」、「有害図書」があり、これらはそれぞれ異なるものであり、それゆえに規制の方法および処罰の程度も異なる。まず、「児童ポルノ」とは 18 歳未満の児童を被写体として製造されたポルノのことであり、児童ポルノ禁止法によって規制されることになるが、同法は、児童ポルノの陳列・頒布、製造・所持等について厳しい処罰を科している。次に「わいせつ文書」とは、先にも述べたが、「徒に性欲を興奮または刺激せしめ、かつ、普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」と定義されており、このようなわいせつ文書を頒布、公然陳列した者は刑法 175 条によって処罰され、また同規定は年齢の如何を問わずすべての者に適用される。そして、刑法 175 条は児童ポルノ禁止法とは異なり、製造や頒布目的ではない所持自体を処罰対象とはしていない。では、「有害図書」とは何かであるが、都道府県によって指定基準は少々異なるものの、総じて、「青少年の性的感情を著しく刺激、又は残忍性を助長し、青少年の健全な成長を阻害するもの」を指すといえよう¹²⁵。そして、

¹²³ 先にも述べたが、なぜわいせつ文書の頒布・販売が規制されなければならないのかを明確にしなければならない。

¹²⁴ なお、刑法 175 条の合憲性については、同条が「『わいせつ』文書の頒布・販売などの方法（頒布の仕方、売られ方）に着眼しつつ（文脈的アプローチ）、通常人にとって明白に嫌悪的なものでかつ埋め合わせできるような社会的価値を全く欠いている文書類の規制に限定するよう適用される必要がある」と刑法 175 条の規定自体は合憲であると解する立場もある。佐藤・前掲注（73）264 頁参照。そして、佐藤幸治教授は、「このような規制が憲法上容認されるとすれば、『わいせつ』的表現はそれをみたくない人にとって苦痛事であり、ポルノ大量陳列などがその周辺の生活環境にある種の衝撃を与えることは否定できないこと、専ら公職的興味に訴えて商業的利潤追求の対象としていると認められるものは結局埋め合わせできるような社会的価値を認め難いこと、などに求めるほかはないであろう」と論じている。

¹²⁵ 青少年の健全な成長を阻害するものが有害図書であることは各都道府県において一致しているものの、有害図書の指定基準は様々なものがある。例えば、東京都青少年保護育成条例において、有害図書とは「一 青少年に対し、性的感情を刺激し、残虐性を助長し、又は自殺若しくは犯罪を誘発し、青少年の健全な成長を阻害するおそれがあるもの。二 漫画、アニメーション（実写を除く。）で、刑罰法規に触れる性交若しくは性交類似行為

有害図書（東京都では不健全図書という。）は、「指定図書」と「表示図書」の2種類に分類される。「指定図書」とは、各都道府県が定める条例によって、青少年に有害な図書として指定されたものであり、一般に有害図書と呼ばれるものは、この指定図書のことを指している。条例により有害指定がなされると、書店では包装され成人専用コーナーなどに区分陳列され、18歳未満の者について販売等が禁止される。続いて、「表示図書」とは、自治体の審議会で当該図書が青少年に有害な図書か否かを審査する前に、知事が指定した図書類（DVD・ゲームソフトを含む）の製造・販売を行う業者で組織された民間団体が、図書類を審査し、条例によって有害図書として個別に指定される前に、自主的に青少年の閲覧などが不適當であると認めたものをいう。表示図書であるとされた図書類については、「18禁」

又は婚姻を禁止されている近親者間における性交若しくは性交類似行為を、不当に賛美し又は誇張するように、描写し又は表現することにより、青少年の性に関する健全な判断能力の形成を妨げ、青少年の健全な成長を阻害するおそれがあるもの」と規定されているのに対し、大阪府青少年保護育成条例では、「知事は、図書類の内容の全部又は一部が次の各号のいずれかに該当すると認めるときは、当該図書類を青少年に有害な図書類として指定することができる」として、以下のような詳細な指定基準を定めている。「一 青少年の性的感情を著しく刺激し、青少年の健全な成長を阻害するもので、次に掲げる基準に該当するもの。イ 陰部、陰毛若しくはでん部を露出しているもの（これらが露出と同程度の状態であるものを含む。）又はこれらを強調しているもので、青少年に対し卑わいな、又は扇情的な感じを与えるものであること。ロ 全裸、半裸若しくはこれらに近い状態での自慰の姿態又はこれらの状態での女性の排せつの姿態を露骨に表現するもので、青少年に対し卑わいな、又は扇情的な感じを与えるものであること。ハ 異性間若しくは同性間の性行為若しくはわいせつな行為を露骨に表現するもの又はこれらの行為を容易に連想させるもので、青少年に対し卑わいな、又は扇情的な感じを与えるものであること。ニ 変態性欲に基づく行為又は近親相かん、乱交等の背徳的な性行為を露骨に表現するものであること。ホ 強姦その他のりょう辱行為を表現するもので、青少年に対し卑わいな、又は扇情的な感じを与えるものであること」、「二 青少年の粗暴性又は残虐性を著しく助長し、青少年の健全な成長を阻害するもので、次に掲げる基準に該当するもの イ 殺人、傷害若しくは暴行又はこれらの行為による肉体の苦痛を残忍に、又は陰惨に表現するものであること。ロ 動物を殺し、傷つけ、又は殴打する行為を残忍に、又は陰惨に表現するものであること。ハ 殺人、傷害、暴行、動物の殺傷等の暴力的な行為を賛美し、又は扇動するような表現をするものであること」、「三 青少年の犯罪を著しく誘発するおそれがあり、青少年の健全な成長を阻害するもので、次に掲げる基準に該当するもの イ 殺人、傷害、暴行、窃盗その他の刑罰法令に触れる行為を行うようそそのかすような表現をするものであること。ロ 殺人、傷害、暴行、窃盗その他の刑罰法令に触れる行為（これを直接の目的とする準備行為を含む。）の方法であって、青少年が模倣するおそれがあると認められるものを詳細かつ具体的に表現するものであること。」。以上のように、大阪府条例はどのようなものが青少年の性的感情を刺激するのか、どのようなものが青少年の粗暴性又は残虐性を著しく助長するのか等、具体的かつ詳細に定義しているのに対し、東京都条例は、どのようなものが青少年の性的感情を刺激するのか等、指定基準があいまいであるといえよう。

と記された成人向けのマークが表示されている。指定図書も表示図書も有害図書であるため、コンビニエンスストアでは販売されておらず、一部の専門店に限定されている。一方、コンビニエンスストアで以前販売されていた成人雑誌は有害図書ではなく、「類似図書」というものに該当する¹²⁶。この類似図書は、児童ポルノ、わいせつ図書、そして有害図書とは異なり、法律や条例で販売等が規制されてはいないものの、実際には、コンビニエンスストア業界のガイドラインによる自主規制によって、店頭に陳列する際にはカバーが掛けられたり、青いシールで封がされ、立ち読みできないようになっている。

以上、有害図書とは何かについて整理したが、有害図書はわいせつ文書には当たらないが、その内容が青少年の性的感情を刺激し、又は残忍性を助長し、青少年の健全な育成を阻害するおそれのあるものであるといえる。このような有害図書を指定する基準については、各自治体によって異なり、大阪府のように具体的に定義している自治体もあれば、東京都のように漠然不明確といえるような自治体もあるため、指定基準の明確化については依然、改善の余地があるといえよう。一方、わいせつの定義について、最高裁は具体的な基準を示しつつあるが、なおその指定基準については批判のあるところである。とはいえ、有害図書とわいせつ表現の定義を比較すると、「性的感情を刺激し」や「性欲の興奮、刺激を来すこと」という類似する表現があるものの、それぞれ定義を区別しているように捉えることができるのではないだろうか。

第5項 有害図書類の規制根拠について

では、有害図書類の規制根拠はどのようなものがあげられるのだろうか。第2章において考察した岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決は、有害図書規制を正当化する根拠として「性犯罪あるいは非行の誘発・助長の危険性」を念頭においていることが考えられるということは述べた。この点につき、性犯罪を防止するという目的は正当なものであり、やむにやまれぬ政府利益とさえいえるため、上記の目的のために表現の規制が必要不可欠であれば、表現の制約も許されうると考えられるが、有害図書を見た者が性犯罪を犯すという因果関係については以前から疑問とされてきたことも、第2章において指摘した。

そこで、最近では、有害図書が「青少年の人格形成に与える悪影響」を規制根拠とする考え方が有力とされている¹²⁷。この規制根拠については、岐阜県青少年保護育成条例事件最高

¹²⁶ 2019年1月、大手コンビニチェーンのローソンが、2019年8月末までに成人向け雑誌の取り扱いを全店舗において中止することを発表した。セブンイレブンやファミリーマートも同様に、今後販売中止店舗を拡大していくことが発表されている。

¹²⁷ 松井・前掲注(46)102頁参照。

裁判決および同判決の伊藤裁判官の補足意見においても示されていた。しかし、ここでもやはり有害図書が青少年の内面に与える悪影響について、その因果関係を立証する必要があるのか否かという問題が生じるであろう。

では、その他の規制根拠としてはどのようなものが考えられるだろうか。まず考えられるのが、わいせつ表現の規制根拠としてもあげられていた「見たくない人の保護」である。第2章第3節において、わいせつ表現を見たくない自由や見せられたくない自由を侵害する場合には、わいせつ表現の規制を正当化することができるであろうという見解が学説においては多数を占めていることは言及したが、有害図書の規制根拠についても同様のことがいえるという見解がある¹²⁸。この点につき、松井茂記教授は、この規制根拠は場合によっては表現を制約する根拠として正当化されうるが、『見たくない人の権利』を理由にすれば常に表現の制約が認められると考えるべきではない」と説く¹²⁹。特に、同教授は、その表現が公的な場所に置かれている場合、その前を通る人はその表現物から目を背ければそれを見なくて済むが、表現物から目を背ける前に被る不快感等が常にわずかなものであるとは限らないため、目を背けることができるならばその表現物の前を通るたびに我慢しなければならないということではできないだろう、と指摘している。このような批判を受けて、見たくない人、および見せられたくない人の権利と同様に、「子供や家族に見せたくない人の権利」を理由に、規制を正当化する見解があるが、これについても、同教授は、憲法21条の表現の自由の保障には、表現を受領する自由を含むが、表現を誰かに見せたくないという理由で表現を制約すれば、その者の表現を受領する自由を奪うことになり、このことは憲法21条の論理と相反するため、「子供や家族に見せたくない人の権利」を素直に肯定することは困難であると反論している¹³⁰。

さらに、わいせつ表現の規制根拠として、「性的虐待からの未成年者の保護」というものもあげられよう。これは児童ポルノ禁止法の立法目的、すなわち「性的搾取及び性的虐待から児童を保護すること」と同様のものと捉えることができる。そもそも、児童ポルノ禁止法は、児童ポルノを見た未成年者の人格形成に与える悪影響から未成年者を保護することではなく、被写体となる児童が性的虐待・搾取を受けることを防止することにあるといえる。

¹²⁸ 加藤久雄「青少年向け『有害』出版物等に対する法的規制の問題点（一）」警察研究62巻11号3、13頁参照。

¹²⁹ 松井・前掲注(46)105-6頁参照。

¹³⁰ 松井・同書105頁参照。ただ、先にも触れたが、多くの学説は、未成年者の基本的人権は、成人の場合には許されないような制約も認められると考えており、青少年が精神的に未熟であり情報の選別能力を十分に有していないことを理由に、青少年の知る権利に一定の制約を認めている。このようなパターンリズムに基づく表現規制の可否についての検討は、第三部に委ねたいと思う。

児童虐待を防止することを表現に対する規制根拠とすることは可能性としてはありえるとの見解もある一方で、有害図書は子どもの裸の写真を含むものではないため、児童ポルノを許すと、子どもが写真のモデルとして虐待されるという考え方は、有害図書の規制根拠としても同様に正当化することはできないのではないかという批判もある¹³¹。

また他方で、有害図書規制の合憲性は厳格な司法審査基準によって判断されなければならないとした上で、「その場合、国家の立法目的が、未成年者を健全に育成するという親・家族等の利益を援助することにあれば」、青少年保護育成条例の立法目的自体は違憲ではないという見解もある¹³²。この見解によれば、子どもを養育する権利および義務は第一に子どもの両親に帰属するものであるため、国家自ら未成年者の健全な育成を図るべきではなく、あくまでも親の目の届かない領域において、親権の行使を補助すべきであり、この限りにおいては、親の利益を援助するという目的は正当であるということになる。ただ、その一方で、親の利益を援助するという目的のもと、有害図書規制を行ったとしても、結局は当該規制が子どもの表現の自由（知る自由）を制約するおそれがあるか否かという問題は残されたままであるといえるだろう。

以上が有害図書の規制根拠として考えられるものであるが、先に触れたわいせつ表現の規制根拠と比較すると、わいせつ表現の規制根拠としてのみあげられていたものがある一方で、「見たくない人の保護」や「青少年に与える悪影響からの保護」というものについては、両者の規制根拠としてあげられていた¹³³。よって、わいせつ表現と有害図書は同じ表現類型ではないものの、性的な表現物という点においては共通しており、このことから、成人の性欲を刺激し、性的羞恥心を侵害するものではないが、青少年にとっては刺激的な性的表現物については、刑法 175 条ではなく有害図書として各自治体によって制定された条例に基き、規制されるということになろう¹³⁴。したがって、わいせつ表現の定義があいまいで、

¹³¹ 松井・同書 106 頁参照。

¹³² 阪本・前掲注（112）69-70 頁参照。

¹³³ この点、有害図書はわいせつ表現には該当しないものをも対象としており、「わいせつ」を超えるものについては、わいせつ表現を禁止する正当化根拠はそのままでは妥当せず、わいせつを超える部分については、「最小限度の性道徳の維持」という公共の福祉を理由としても正当化されないと指摘するものとして、松井茂記「青少年保護育成条例による『ポルノ・コミック』の法的規制について（一）」自治研究 68 巻 7 号（1992 年）78 頁参照。

¹³⁴ これまで、青少年保護育成条例がわいせつ表現をも対象としているのか否かについて、はっきりとは議論されていないが、青少年条例による有害図書規制は、青少年に有害指定された図書を販売等してはならないというものであり、販売店は青少年条例によって有害指定を受けた図書を成人に販売することに関しては何ら問題とならない。一方で、わいせつ表現については、成人であろうとなかろうとすべての者に対して販売等が禁止され

どの表現がわいせつ表現に該当するのか判断が困難であるならば、逆に「有害図書とはどのような表現物なのか」ということを条例によって明確に定義しておけば、有害図書以外の性的表現物はわいせつ表現に該当する可能性があることを判断できるのではないだろうか。

第6項 わいせつ表現と有害図書の違いについて

わいせつ表現と有害図書の違いについて、今一度整理すると、わいせつ表現は刑法 175 条によって規制され、年齢の如何を問わず同規定はすべての者に適用されるのに対し、有害図書は各都道府県によって定められた条例により、18 歳未満の者について販売等が禁止されるものである。また、有害図書は、青少年にとっては刺激的な性的表現だけでなく、残忍性を助長するような暴力的内容の表現をも含んでいる点に留意する必要があるだろう。このうち、性的表現に関して、「有害図書」と「わいせつ表現」の区別は明確であるとはいえないが、有害図書である、いわゆる「ポルノ」雑誌は、刑法 175 条の対象物とはならないものの、青少年にとっては刺激的な性的表現物であることから、有害図書として各自治体によって制定された条例に基づき、規制されるということになる¹³⁵。したがって、当該表現がわいせつ表現にあたるのか、あるいは有害図書にあたるのかという線引きが重要となるだろう。

この点に関して、成人向け漫画のわいせつ性が問題となった事例がある。この事例は、男女の性行、性戯場面等を露骨に描写した成人向けコミック『蜜室』が刑法 175 条のわいせつ図画にあたるとして、松文館の代表取締役、著者である漫画家、編集局長が逮捕され、著者および編集局長には罰金 50 万円の略式命令が出されたが、代表取締役は全面的に争う意向を示したために東京地裁に起訴されたというものである¹³⁶。

ていることから、条例による有害図書規制が刑法 175 条におけるわいせつ表現をも規制対象としているとは考えにくいといえるであろう。安部哲夫・木下智史・橋本健午・原寿雄・大石泰彦「座談会 青少年法案をどう見るか」法律時報 76 巻 9 号（2004 年）17 頁参照（橋本発言）。

¹³⁵ 「ポルノ」と「わいせつ」の区別に関して、堀部政男教授は、「『ポルノ』よりも狭い範囲の表現の自由を認められるにすぎないわいせつについても、表現の自由の問題として把握すべきであるという解釈が」、例えば『悪徳の栄え』事件最高裁判決における少数意見において明確に示されていることから、「それに至らない『ポルノ』雑誌は、より大きな憲法上の保護を受けることになるといわなければならない」と指摘している。堀部政男「青少年条例—雑誌自販機規制条例と表現の自由」法律時報 50 巻 1 号（1978 年）73 頁参照。

¹³⁶ 東京地裁平成 16 年 1 月 13 日判決（判時 1853 号 151 頁）。『蜜室』事件の評釈として、高佐智美「マンガの“わいせつ”性と刑法 175 条」法学セミナー 592 号（2004 年）114 頁、園田寿「コミック性表現と刑法 175 条—『蜜室』事件東京地裁判決を契機に」法律時報 76 巻 9 号（2004 年）44 頁、梶原健佑「判例研究 公法判例研究（2）漫画本について刑法 175 条にいう『わいせつ図画』に当たるとされた事例（東京地裁平成 16.1.13 判

東京地裁は、漫画を構成する絵が、「写真や映像とは異なり、手描きの線や点などで描かれるため、現実世界の事物が、絵の中では程度の差こそあれデフォルメされることになり、そのやり方次第では、性的刺激を緩和することも可能ではある」が、その「反面、漫画という手法は、写真と同様に、性交、性戯場面をありのまま表現し、読者の視覚に直接訴えることができるという点において、文字情報のみにとどまる文書と比べると、読者に与える性的刺激の程度をより強くすることも可能な描写手法であるといえる」と述べた上で、本件漫画本について、デフォルメの程度は、「弁護人らが提出した漫画本等と比較しても、弱いものであり」、また、「性器の形態や結合・接触状態の描写は、決して実物とかけ離れているようなものではなく、むしろ人の情緒や官能に訴え、想像力をかき立てて、実際の男女の性行、性戯場面を彷彿とさせるのに十分な迫真性や生々しさを備えているものと認められる」ため、「本件漫画本は、正に、専ら読者の好色的興味に訴えるものと認められる」と説示し、本件漫画本が「わいせつ図画」に当たると判示した。

この事例では以上のように判断されたが、この事例で問題となった成人向けコミック類については、有害図書として各自治体が定めている青少年条例によって規制するのが一般的であり、刑罰として禁止しなければならないほどに成人の性欲を徒に刺激、興奮するものとはいえないという学界からの批判がある¹³⁷。一方で、刑法 175 条が「図画」・「文書」をわいせつ物の対象としている以上、絵およびセリフ等の文字によって構成される漫画をわいせつ物から一切除外することはできないと指摘した上で、「本判決が、性器や性交場面の描写の比重や、絵としての手法上の特性であるデフォルメ（変形描写）や修正の程度等を考慮しつつ、本件漫画本のわいせつ性を判断したのは、その意味では不当とはいえない」という見解もある¹³⁸。このように、学界において、本件における漫画本を刑法 175 条におけるわいせつ表現と捉えるのか、それとも青少年条例によって規制される有害図書と捉えるのかについて見解が分かれている。確かに、『密室』事件判決において問題となった漫画本は、内容的には過激な性描写を含んでいるため、当該表現物が刑法 175 条におけるわいせつ表現に該当するか否かを判断する際、わいせつ三要件に当てはめ、そのわいせつ性を判断する

決)」法政研究 71 巻 2 号（2004 年）499 頁、白木豊「漫画本と『わいせつな図画』」長谷部他編・前掲注（103）120 頁参照。東京地裁判決において、懲役 1 年、執行猶予 3 年の有罪判決が下されたが、原告である代表取締役が控訴し、高裁判決（平成 17 年 6 月 16 日）では地裁判決を破棄し罰金 150 万円に減刑された。最高裁は二審判決を支持し、有罪が確定した。

¹³⁷ 園田・同上 48-9 頁参照。

¹³⁸ 白木豊「漫画本と『わいせつな図画』」堀部政男・長谷部恭男編『メディア判例百選』（有斐閣、2005 年）120 頁参照。

ことになるが、わいせつ概念が社会の進展によって変化するものであることを判例が承認していることを考慮すべきであろう。つまり、わいせつ概念が社会の進展により変化するとともに、わいせつ表現には該当しないが性的な表現、すなわち有害図書の定義も変化してきたといえるのではないだろうか。実際、ビデオや写真集などを媒体として、以前ならば確実にわいせつ物として判断されていたような性的な表現物が有害図書として多数流通しており、このような表現物を有害図書として規制するため、例えば大阪府青少年健全育成条例においては、有害図書規制に関する詳細な規定が設けられている¹³⁹。以上の事柄を考慮に入れて判断すると、本件漫画本は有害図書として青少年保護育成条例によって規制するのが妥当ではないだろうか。一旦、わいせつ表現に当たると判断されれば、すべての国民がその表現物を見ることができなくなるが、その一方で、有害図書に当たると判断されれば、18歳以上の成人は見ることができると、当該表現がわいせつ表現にあたるのか、それとも有害図書にあたるのかについては慎重に判断すべきであろう。

¹³⁹ 堀部他編・同上 48 頁参照（白木執筆部分）。

第4節 性的な表現と暴力的・残虐的内容の表現および犯罪・自殺を助長する表現との区別

前節において、有害図書とわいせつ表現の関係性について検討を加えたが、一方で、有害図書において描写される表現には、わいせつ表現ではないが、未成年者にとってはわいせつな表現、いわゆる「性的な表現」の他、「暴力的・残虐的内容の表現」や「犯罪・自殺を助長する表現」が存在する。これら三つの表現類型を見る限り、それぞれ別個の表現類型と捉えることができると思われるが、各都道府県が制定している青少年保護育成条例において、これらの表現類型は、特に区別されることなく定義されているように思われる。実際、暴力的表現と性的表現の区別について、岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決当時、同県同条例における有害図書の規制に関する規定は、「知事は、図書の内容が著しく性的感情を刺激し、または著しく残忍性を助長するため、青少年の健全な育成を阻害するおそれがあると認めるときは、当該図書を有害図書として指定する」と規定している。また、岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決においても、最高裁は、「本条例の定めるような有害図書が一般に思慮分別の未熟な青少年の性に関する価値観に悪い影響を及ぼし、性的な逸脱行為や残虐な行為を容認する風潮の助長につながるものであって、青少年の健全な育成に有害であることは、既に社会共通の認識になっていると見てよい」と述べていることから、最高裁は、性的表現と残虐的内容の表現が青少年の健全な育成に有害であると理解しているようであるが、これらの表現が青少年に与える悪影響は全く同じものなのであろうか。この点につき、岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決において、最高裁は、暴力的・残忍的内容の表現と性的表現の区別に関しては、憲法上の問題点として述べていなかった¹⁴⁰。そして、第2章第2節において検討した際に引用した判例評釈等においても、この点に関する記述は存在しなかった。しかし、現在の学説においては、暴力的表現と性的表現を同列に扱うべきではないと批判的な見解が認められる¹⁴¹。

¹⁴⁰ 現在の岐阜県青少年保護育成条例における有害図書類規制の規定においては、11条に「知事は、図書類又はがん具その他これに類する物（以下「がん具等」という。）の内容、形状、構造、機能等が前条第1項各号のいずれかに該当すると認めるときは、当該図書類又はがん具等を有害図書類又は有害がん具等（以下「有害図書類等」という。）として指定するものとする」と定め、10条1項各号において、「(1) 著しく性的感情を刺激し、青少年の健全な育成を阻害するおそれがあるもの、(2) 著しく残忍性を助長し、青少年の健全な育成を阻害するおそれがあるもの、(3) 著しく犯罪又は自殺を誘発し、青少年の健全な育成を阻害するおそれがあるもの」と定め、性的表現、暴力的・残忍的内容の表現、犯罪・自殺を助長する表現の三類型に分類している。この点につき、これら三つの表現が有害な表現であるとして、包括的な規制を敷くことに疑問を呈しているものとして、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巻（2011年）108頁参照。

¹⁴¹ 松垣伸次「暴力的なビデオゲームの規制と言論の自由」同志社法学63巻7号（2012

一方、犯罪・自殺を助長する表現については、東京都条例が7条において、「青少年に対し、性的感情を刺激し、残虐性を助長し、又は自殺若しくは犯罪を誘発し、青少年の健全な成長を阻害するおそれがあるもの」を不健全図書とし、当該図書を「青少年に販売し、頒布し、若しくは貸し付け、又は観覧させないように努めなければならない」と規定している。このことから、自殺・犯罪を助長する表現は、性的表現や暴力的・残虐的表現と同様に、青少年の健全な成長を阻害するおそれがあるものと理解されているといえよう。ただ、これらの表現が青少年の健全な育成に悪影響を及ぼすということを理由に、一括りにこれら表現を含む図書類を有害図書類として指定することに問題はないのであろうか。つまり、これらの表現が未成年者に与える影響は全く同じものであるとはいえず、そうであるならば、これらの表現を個々別々の表現として捉えることが可能となるのではないだろうか。

そこで、性的表現、暴力的・残虐的表現、自殺・犯罪を助長する表現の定義を示す必要がある。まず、性的表現であるが、これは第2章第3節において検討したが、有害図書類に指定される性的表現は、刑法175条によって規制されるわいせつ表現の定義には該当しないものの、「青少年の性的感情を著しく刺激」する表現であると一応定義できる。続いて、暴力的・残虐的表現については、犯罪を助長する表現とともに、大阪府青少年保護育成条例における規定を参考にしたいと思う。同条例は、どのような表現が暴力的・残虐的表現に該当するのか具体的かつ詳細に規定している。同条例によれば、「青少年の粗暴性又は残虐性を著しく助長し、青少年の健全な成長を阻害するもので」、「殺人、傷害若しくは暴行又はこれらの行為による肉体の苦痛を残忍に、又は陰惨に表現するもの」、「動物を殺し、傷つけ、又は殴打する行為を残忍に、又は陰惨に表現するもの」、「殺人、傷害、暴行、動物の殺傷等の暴力的な行為を賛美し、又は扇動するような表現をするもの」を有害図書に指定すると定めている。また、犯罪を助長する表現についても、大阪府青少年保護育成条例は、「青少年の犯罪を著しく誘発するおそれがあり、青少年の健全な成長を阻害するもの」で、「殺人、

年) 242 頁、藤井樹也は、「日本の現行法制は、青少年に対する有害性による包括的なカテゴリー化に注目しているが、暴力表現に対して他のカテゴリーと同様の規制が可能かという問題にも、いっそうの関心が払われるべき」であると指摘している。藤井・前掲注

(140) 108-9 頁、拙稿「(判例研究) 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* 36 卷 2 号 (2012 年) 81 頁参照。このような批判がされ始めたきっかけの一つとして、2011 年にアメリカ連邦最高裁が判決を下した、*Brown v. Entertainment Merchants Association* 判決があげられよう。同判決において、アメリカ連邦最高裁は初めて、暴力的内容のビデオゲームの販売等を未成年者に対して禁じた州法が、合衆国憲法修正1条に違反すると判断した。*Brown* 判決については、第二部において詳細な検討を行う。

傷害、暴行、窃盗その他の刑罰法令に触れる行為を行うようそそのかすような表現をするものであること」、「殺人、傷害、暴行、窃盗その他の刑罰法令に触れる行為（これを直接の目的とする準備行為を含む。）の方法であって、青少年が模倣するおそれがあると認められるものを詳細かつ具体的に表現するもの」を有害図書として指定すると定めており、犯罪を助長する表現は、煽動表現と重なるように思われる。さらに、自殺を助長する表現については、同表現を規制対象にしている自治体とそうでない自治体がある。同表現を規制している自治体の条例をみると、「著しく青少年の犯罪又は自殺を誘発し、その健全な育成を害するおそれがあるもの」という形で規定されているところがほとんどである。

以上のように、各表現が条例により、どのように規定されているのかを確認したが、次の問題として、これらの表現が未成年者に悪影響を及ぼすのかということ、そして、これらの表現が未成年者に悪影響を及ぼすとして、果たしてどのような悪影響を及ぼすのかということ明らかにする必要がある。性的表現については、前節において検討したことから、本節においては、暴力的・残虐的表現および自殺・犯罪を助長する表現が、未成年者に対してどのような悪影響を及ぼす可能性があるのかという点を含め、検討を行う。

第1項 暴力的内容のテレビゲームの有害図書規制の現状

これまで暴力的・残虐的な表現であることを理由に、各都道府県が制定する青少年保護育成条例によって有害図書類に指定されたテレビゲームに、『グランド・セフト・オート III』（以下、GTAIIIと略す。）があげられる。2005年6月、神奈川県が全国で初めてGTAIIIを有害図書として指定し、18歳未満の者への販売を禁止するとともに、他のゲームソフトと区別して陳列することが販売者側に義務付けられた。神奈川県は、同県が定める青少年保護育成条例7条（現在は9条）の「青少年の粗暴性又は残虐性を甚だしく誘発し、又は助長し、その健全な育成を阻害するおそれがあるもの」にGTAIIIが該当するとして、同ソフトを有害図書に指定したものと考えられる。ところで、このGTAIIIというゲームソフトは、PlayStation 2（以下、PS2と略す。）用のソフトとしてカプコンから発売されたものであるが、もともとはアメリカ合衆国のロックスター・ゲームズ社から発売されたゲームソフトである。同ソフトのPS2版は、2001年に北米で発売され、日本では2003年に発売された。同ソフトの具体的内容であるが、プレイヤーは架空の街の中で、主人公であるギャングを操作し、様々なミッションをこなしていくというものである。ただ、そのミッションの内容がほとんど犯罪行為であり、そのミッションを達成するために強盗や暴力、さらには人を銃で撃ち殺すこともできるため、そのような描写が青少年に悪影響を及ぼすのではないかとということで問題とされたのである。また、神奈川県がGTAIIIを有害図書として指定した背景

には、当時発生した殺傷事件において、犯人の少年が残虐なゲームに熱中していたということが指摘されていた。GTAVIIIについては、その後、2005年9月に埼玉県、同年12月に千葉県、京都府、2006年2月に長崎県、同年3月に福岡県、茨城県、同年8月に香川県、2007年3月に滋賀県（同県は「グランド・セフト・オート・サンアンドレアス」を全国で初めて有害図書指定した。）、同年9月に大阪府¹⁴²、2008年8月には大分県において、有害図書（個別指定）として指定されている。

以上のように、青少年の粗暴性又は残虐性を著しく助長するおそれがあるとして、GTAVIIIのようなテレビゲームが有害図書に指定されているのであるが、「青少年の粗暴性又は残虐性を著しく助長するおそれがある」という抽象的な危険性を理由に、条例により暴力的内容のテレビゲームを規制することに、憲法上の問題は生じないのであろうか。この点、青少年保護育成条例により暴力的表現を有害図書類に指定したことの合憲性が争われた事例は、日本においてはまだ存在しないが、松井茂記教授が指摘しているように、「ある表現の結果重大な害悪が生じる『明白かつ現在の危険』があったとして表現を制約するときでも、結果発生 of 明白性・切迫性は決して科学的に立証できるような類のものではないだろう」が、「明らかに、『明白かつ現在の危険』の基準を適用する場合には、『社会共通の認識』の一言で片づけることなく、結果発生 of 具体的な危険性の証明が求められるべきであり、このことから、危険を生ずる蓋然性があるという程度では表現を規制することはできないということがいえよう¹⁴³。

第2項 暴力的・残虐的表現が与える悪影響について

実際のところ、暴力的表現に触れたことによって、青少年が攻撃的になるという調査結果は存在するのであろうか。アメリカ合衆国においては、1970年代にテレビゲームが発売され、その当時から暴力的内容のテレビゲームが未成年者に与える悪影響について懸念され

¹⁴² 大阪府においては、GTAVIIIの他に、「ポータル2 コンプリートパック」、「ポータル2 ロシアより愛をこめて」、「グランド・セフト・オート・バイスシティ」、「グランド・セフト・オート・サンアンドレアス」を有害図書に指定している。GATシリーズは、テレビゲームソフトであるが、「ポータル2」シリーズはパソコン用ゲームソフトである。「ポータル2」においても、GTAVIIIシリーズと同様に、「青少年の粗暴性又は残虐性を著しく助長し、青少年の健全な成長を阻害するもの」であるとして有害図書に指定された。なお、同ソフトが発売される前に「ポータル」というパソコン用ゲームソフトが発売されており、その内容は、無差別に市民を殺害していくという内容であり、その残虐的な内容からアメリカ合衆国やニュージーランドにおいては発売禁止になっている。

¹⁴³ 松井・前掲注（46）98頁参照。

ており、かかる悪影響について、数多くの実証研究が行われている¹⁴⁴。日本においても、テレビゲームの普及とともにテレビゲームが未成年者に与える悪影響に関する議論や研究が行われている。以下では、教育学の領域において、長年にわたり様々なメディアが子どもに与える影響について科学的な検証を行っている研究グループの調査結果を紹介したいと思う。テレビゲームの映像および描写が未成年者に及ぼす影響を研究している、お茶の水大学の坂元章教授の研究グループは、テレビゲームの映像および描写が未成年者に及ぼす悪影響（だけでなくプラスの影響も）に着目した研究を続けている。

坂元章教授を中心とした研究グループが行った比較的最近の研究は、日本の中学生を対象として、2009年2～3月と2009年10月～2010年1月の二回にわたり、以下の調査を実施した。同研究グループは、まず、CEROが行っているレーティング区分によって区別されたゲームソフトについて、調査対象の中学生の利用経験を調査した上で、調査対象者の攻撃性の変化を把握するために、調査項目にあげられた攻撃的傾向について自分にどの程度当てはまると思うかという質問を通じて、未成年者の攻撃性を測定した。また、同研究グループは、具体的な攻撃行動をどの程度悪いことだと判断するのかという調査対象者への質問を通じて、暴力に対する規範意識を測定し、未成年に対する攻撃性および暴力に対する規範意識への影響が生じるのかという点について検討を行った¹⁴⁵。なお、第1章第2節においても述べたが、CEROはゲームソフトのレーティングを行っており、テレビゲームについては「A」（全年齢対象）、「B」（12歳以上対象）、「C」（15歳以上対象）、「D」（17歳以上

¹⁴⁴ 米国における研究においては、暴力的内容のテレビゲームをした未成年者に悪影響がみられたことを示した研究がある一方で、部分的にしか悪影響を示していない研究や、悪影響を示していない研究もあり、暴力的内容のテレビゲームをした未成年者に悪影響が及ぶという因果関係の立証にはいまだ成功していないようである。とはいえ、これらの研究は1980年代に調査報告されたものであるとともに、その当時のテレビゲームは現在発売されているゲームソフトと比較しても現実性に乏しいものであり、実験にはそのようなゲームソフトが使用されていたといわれている。現在のテレビゲームには、「立体画像技術などを駆使して高い水準のバーチャルリアリティを実現したもの」があり、そのようなテレビゲームをした未成年者には「大きな影響を及ぼす可能性がある」との指摘がある。坂元章・尾崎恵・森津太子・高比良美詠子・伊部規子「テレビゲームと人間の暴力—メディアのインタラクティブ性の影響」情報処理学会シンポジウム論文集98巻5号（1998年）2頁参照。

¹⁴⁵ 調査研究において、1回目の調査では調査協力校の中学1年生（12～13歳）1355名、2回目の調査ではその次の年度に、1回目の調査協力校の中学2年生（13-14歳）1306名を調査対象として、1回目と2回目の調査対象者が同じ生徒になるようにした。このうち、2回継続して調査に参加したのは、1218名であり、そのうち男子は624名、女子は591名、不明は3名であった。堀内由樹子・田島祥・鈴木佳苗・渋谷明子・坂元章「テレビゲーム利用による攻撃性・規範意識への影響—中学生の縦断調査データに対するレーティング区分ごとの分析—」デジタルゲーム学研究9巻1号（2016-2017年）13-5頁参照。

対象)、「Z」(18歳以上のみ対象)という年齢区分を定めており、以上のような年齢区分を記したマークがテレビゲームのパッケージの表面左下部分に表示されている。また、以上のように対象年齢を決定した根拠となる表現を示すものとして、コンテンツアイコンというものがあり、これには「恋愛」、「セクシャル」、「暴力」、「恐怖」、「飲酒・喫煙」、「ギャンブル」、「犯罪」、「麻薬物等」、「言葉・その他」の9つのカテゴリーが用意されている¹⁴⁶。

ところで、同研究グループは、この調査にあたり、ファミ通ゲーム白書の結果に基づき、2008年上半期ランキング上位50位のゲームソフト、加えて、50位から100位のゲームソフトのうち累積販売本数が50位のゲームソフトの販売実績を上回るゲームソフト、さらに、2008年7月から12月の月間販売実績10位以内のゲームソフトのうち、累積販売半数が10万本を超えるゲームソフトを調査対象の中学生にプレイしてもらったゲームソフトとして選出した¹⁴⁷。

以上の調査を通じて、同教授の研究グループは、レーティング区分によるC区分ソフトを利用したことのある調査対象者の中学1、2年生の男女のうち、男子について、C区分の暴力的内容のテレビゲームの利用経験量が多いほど1年間の「間接的攻撃性が高くなる効果が見られ」る一方、女子については男子にみられた傾向は確認できなかったということを示唆した¹⁴⁸。続いて、暴力に対する規範意識について、調査対象者全体としては、C区分の暴力的内容のテレビソフトの利用経験量が多いほど暴力に対する規範意識を低下させる効果があることが示されたが、男女別の分析結果によると、男子対象者は、全調査対象者と同様にC区分の暴力的内容のテレビソフトの利用経験量によって、身体的・言語的・間

¹⁴⁶ <http://www.cero.gr.jp/>。CEROは2002年6月に設立され、同年10月よりテレビゲームのレーティングを開始している。

¹⁴⁷ 調査対象として選出された112本のゲームソフトのうち、A区分ソフトは84本、B区分ソフトは14本(うち「暴力」コンテンツアイコンが付されたソフトは10本)、C区分ソフトは8本(うち「暴力」コンテンツアイコンが付されたソフトは6本)、D区分ソフトは4本、Z区分ソフトは1本となっており、D区分およびZ区分のソフトにおいては、すべてのソフトに「暴力」コンテンツアイコンが付されていたとのことである。堀内他・前掲注(134)15頁参照。また、1回目の調査参加者には、これら112本のゲームソフトのうち最近1ヶ月の間に遊んだことがあるゲームソフトを選択してもらい、調査対象者が、112本の調査対象のゲームソフトのうち1本でも選択すれば、利用経験ありとして、ゲームソフト利用経験を算出し、利用実態を把握するという方法で調査を行っているとのことである。堀内他・同上参照。

¹⁴⁸ 堀内他・同書18-22頁参照。「間接的攻撃」とは、攻撃行動のカテゴリーの一つであり、例えば、「相手の悪い噂を流す」、「仲間はずしにする」、「無視をする」といった「人間同士の関係性を利用した攻撃」のことである。小田部貴子、加藤和生「PD039 いじめにおける間接的・直接的攻撃の性差：攻撃被害と傷つき程度に注目して」日本教育心理学会第49回総会発表論文集(2007年)350頁参照。

接的攻撃に対する規範意識が低くなる効果が見られるという調査結果が明らかになった¹⁴⁹。

当該研究においては、暴力的内容のテレビゲームをしたことにより子どもの攻撃性や暴力に対する規範意識が増加したという影響はそこまで強く見られなかったが、その一方で、小学校5、6年生を対象に、長期的な影響を検討したパネル研究(同じ対象者に2回以上調査を行う)を実施した結果、テレビゲームの使用量が子どもの攻撃性、特に「身体的暴力」が増加する傾向がみられたという報告がなされており、暴力的内容のテレビゲームの影響を受けている可能性を示唆する研究も報告されている¹⁵⁰。しかし、暴力的内容のテレビゲームを利用した子どもに悪影響が生じるという明確な因果関係を立証した科学的実証データは、現在においては存在しないといえよう。この点、性的表現に関する事例ではあるが、岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決をめぐる議論の中で、そもそも因果関係の立証自体が困難ではないのかという見解が示されていたが、暴力的内容のテレビゲームに関しては、先述したような科学的実証研究の結果、明確な因果関係の立証が存在しないとはいえ、暴力的内容のテレビゲームを利用した子どもが当該テレビゲームの影響を受けている可能性を示す研究がなされており、このような相関関係を示す調査研究の蓄積により、一定の科学的証明がなされたと解することも可能ではないだろうか。暴力的内容のテレビゲームを利用した子どもが攻撃的になる可能性があるという調査報告は、年々増加傾向にあり、いずれは暴力的内容のテレビゲームが子どもに与える悪影響について、因果関係を示す研究がなされる可能性があるだろう。

第3項 団体指定制度とCEROによるテレビゲームのレーティングの差異について

そこで、次の問題であるが、暴力的内容のテレビゲームを利用した子どもに悪影響が生じたという因果関係が科学的に立証されたとして、そのデータの存在を理由に、各都道府県が制定する青少年保護育成条例により、暴力的内容のビデオゲームを規制することは、憲法上、許されるのであろうか。青少年保護育成条例をめぐる憲法学界の議論の中で、害悪発生の因果関係の立証について、芦部信喜教授が述べているように、有害図書と青少年の非行との関係や、有害図書が青少年に与える悪影響について実証的な調査研究が不十分であれば、

¹⁴⁹ 堀内他・同上参照。

¹⁵⁰ 井堀宣子・坂元章・小林久美子・木村文香「小学生のテレビゲーム使用と攻撃性の因果関係に関するパネル研究—身体的暴力に対する影響—」『シミュレーション&ゲーミング』13巻2号(2003年)39-48頁参照。この研究では、攻撃性を多面的に測定するために、「身体的暴力」、「言語的攻撃」、「間接的攻撃」、「置き換え」、「敵意」、「いらだち」の6つに大きく分類して攻撃性を測定しており、ここでいう「身体的暴力」とは、他者に対する暴力のことであり、物を破壊することは除外される。攻撃性のこのような分類については、秦一士「敵意的インベントリーの作成」心理学研究61巻4号(1990-1991年)227頁参照。

立法事実の存在が不明確であるといえ、そのような場合、青少年保護育成条例による有害図書規制については違憲性が推定されると考えられる¹⁵¹。このことは、青少年保護育成条例が未成年者にとって性的な表現、暴力的・残虐的表現、自殺・犯罪行為を助長する表現を包括的に規制していることから、性的な表現だけでなく、暴力的表現の文脈にも妥当するものといえるだろう。上記の芦部信喜教授の見解から考えると、暴力的内容のテレビゲームが未成年者に与える悪影響について実証的な調査研究が十分なされれば、立法事実の存在が明確であるといえよう。加えて、立法事実が存在するということは、有害図書を規制することが合理的であるということの意味する。以上のことから、有害図書規制における未成年者を保護するという目的は、合理的であるといえるだろうが、当該目的を達成するための手段の合理性についても検討する必要がある。

各都道府県において制定されている青少年保護育成条例による有害図書類規制の方法は、第1章第2節において述べたように、個別指定、緊急指定、包括指定、団体指定という方法がある。テレビゲームの有害図書類指定においては、これらの指定方法のうち団体指定制度が用いられている。同制度は、もともとアダルトビデオの有害図書指定を念頭に設けられた制度であるが、現在においては、アダルトビデオ・DVDの他、家庭用ゲームソフトの有害図書類指定の際に用いられている¹⁵²。同制度は、各条例によって指定される、日倫（日本映像倫理審査機構）やCERO（特定非営利活動法人コンピュータエンターテインメントレーティング機構）をはじめとする自主規制団体が定めた有害図書類の基準に基づいて選定された出版物を、有害図書類と指定し、青少年に対する販売・貸与を禁止する制度である。同制度の特徴は、自主規制団体は知事が指定し、有害図書類の指定基準は、各自治体が条例により定めたものではなく、知事が指定した自主規制団体が定めた基準をもとに、有害図書類に指定するという点にある。よって、当該図書類が有害図書類に指定されるか否かは、知事が指定した自主規制団体が定めた基準によって判断されることになり、当該図書類につき自主規制団体が有害図書であると判断した場合、当該図書類は自動的に有害図書類に指定されるということになる。また、この団体指定制度の特徴としては、個別指定と異なり、有害指定された図書類の商品名が告示されないという点もあげられる。そのため、販売店側などの図書類が有害図書類に指定されたのかについて通知がなされないことから、販売店はCEROが行っているゲームソフト等のレーティングや、社団法人コンピュータエンターテインメント協会（Computer Entertainment Supplier's Association）（以下、CESAと略する。）

¹⁵¹ 芦部・前掲注（48）210-14頁参照。

¹⁵² 団体指定制度の詳細については、曾我部・前掲注（30）499頁参照。なお、2020年1月1日現在において、27道府県が団体指定制度を導入している。

が作成した家庭用ゲームソフトの販売方法マニュアルを参考に、区分陳列および販売方法に常に気をつける必要があるということになろう。しかも、仮に、条例により有害図書類に指定された図書類を 18 歳未満の者に販売等した販売店には、30 万以下の罰金等が科されてしまうのに対し、当該図書類を購入しようとした未成年者に対する罰則は設けられていない¹⁵³。また、18 歳未満の者の親が自身の子どもが欲しがっていることを理由に、たとえば、GTAVIIIのような「Z 区分」のテレビゲームを買い与えることについては、条例により青少年に譲渡したり、視聴させないように、保護者に義務付けがなされている自治体（鳥取県）も存在するが、この規定に違反した者に対する罰則は設けられていない。

一方で、このような各自治体による青少年保護育成条例に基づく規制ではなく、ゲームソフト関連団体等が行っているレーティングというものも存在する¹⁵⁴。テレビゲームのレーティングについては、青少年保護育成条例による有害図書規制がなされる以前から CERO が行っており、テレビゲームのレーティングとコンテンツ・アイコンが用いられている。この CERO によるテレビゲームの格付けは、親が子どもに買い与える場合に参考にしてもらう基準であり、「Z 区分」だから 18 歳未満の子どもは使用できないという基準ではなく、あくまでも自主的な規制を尊重した形であることに注意すべきである。ただ、CERO によるレーティングをもとに、CESA が、Z 区分に指定されたゲームソフトを 18 歳未満の者に販売することを禁止し、Z 区分に指定されたゲームソフトに関しては、A~D 区分のゲームソフトと区別して陳列することを強く要請しており¹⁵⁵、実際のところ、18 歳未満の者は Z 区

¹⁵³ たとえば、大阪府は、青少年保護育成条例 15 条において、「図書類を販売、貸付け、閲覧、視聴させることを業とする者は、青少年に『有害図書類』を販売・閲覧等しないために、次のいずれかの方法により、他の図書類と区分して、店内の容易に監視できる場所に陳列しなければならぬ」と規定している。その陳列方法とは、「ビニール包装、ひも掛け、テープによる 2 点留めにより、容易に閲覧できない状態にした有害図書類」を、CESA が作成した家庭用ゲームソフトの販売方法マニュアルにおいて示された方法で販売する方法の他、「青少年を自由に出入りさせないための間仕切り等で仕切り、内部を容易に見通すことができない措置がとられた場所に陳列する」方法や、「図書類の販売、貸付け、又は閲覧等に従事する者が常駐するカウンターの上、又は内部に図書類を購入等する者が有害図書類に直接触れることができない状態にして陳列する」方法である。このように、Z 区分のゲームソフトが条例により有害図書に指定された場合、陳列および販売方法はより厳格な形が求められるといえよう。

¹⁵⁴ レーティングを行う主体は国によって異なり、大別すると政府主導型のものと NPO 主導型のものに分類することができる。ちなみに、政府主導型を採用する国は、韓国とオーストラリア、NPO 主導型を採用する国は、日本、アメリカ合衆国、ヨーロッパである。坂本美和・佐々木輝美「テレビゲームの暴力表現に関する格付けの基準」教育メディア研究 15 巻 1 号（2008 年）62-4 頁参照。

¹⁵⁵ CESA が作成した「家庭用ゲームソフトの年齢別レーティング制度を反映した販売店マニュアル—2008 年版—」を参照。

分に指定されたゲームソフトを販売店において購入できない状況にあるといえる。以上のように、暴力的内容のテレビゲームの規制には、CEROのようなNPOが主導するレーティングの他に、青少年育成条例による有害図書類規制のうち団体指定という指定制度があることが分かったが、これらの規制が、未成年者保護という目的を達成するための合理的な手段といえるのかということについて、以下、検討を加えていく。

第4項 未成年者保護という規制目的の妥当性

まず、CEROによるレーティングであるが、そもそもCEROがテレビゲームのレーティングを行っている理由は、テレビゲームの普及に伴い、テレビゲームの内容も多様化し、テレビゲームの中には未成年者にはふさわしくないものも含まれるようになり、そのような状況の中で、購入時において目安となるゲームソフトの年齢区分のレーティングが子どもの保護者等から求められるようになったためである。そして、先述したように、CEROのように政府ではなくNPOが主導するレーティングは、自主的な規制を尊重した形でレーティングが行われているため、CEROによる年齢区分に従わずに、18歳未満の者に「Z区分」の暴力的内容のテレビゲームを販売したとしても、販売店側に罰則が科されるというものではない。ただ、テレビゲームの格付けをするだけでは意味がなく、実際、CEROによるレーティングをもとに、CESAがゲームソフトの販売方法マニュアルを作成し、販売の自主規制を販売店等に要請している。この販売マニュアルでは、たとえば、Z区分のゲームソフトの販売に関して、区分陳列および年齢確認を行うことが求められているが、これに反し、区分陳列等を行わず、18歳未満の未成年者に販売したとしても販売店が罰則を受けることはない。そして、自主規制の運用に不備がある販売店については、取引先メーカーを通じて改善するように要請されるということである。CEROによるゲームソフトの格付けをもとに、ゲームソフトの販売店がZ区分のテレビゲームを自主規制することにより、未成年者がZ区分に指定されているゲームソフトに触れる機会がある程度減少するであろうが、これはあくまでも自主規制であるため、これに従わなくても罰則が科されないのであればゲームソフトの自主規制など行わないという販売店もあるだろう。よって、自主規制には限界があり、このような自主規制の不完全な点を補うためには、法によって実効性を確保する必要が求められよう。

続いて、有害図書類規制における団体指定制度は、近年、ゲームソフトの有害指定の方法として多用されつつある。同制度の特徴は、先述したように、知事が自主規制団体を指定し、

(https://www.cesa.or.jp/uploads/guideline/manual_p.pdf)。

有害図書類の指定基準は、各自治体が条例により定めたものではなく、知事が指定した自主規制団体が定めた基準をもとに、有害図書類に指定するという点にあり、このような団体指定制度については、「自主規制の要素を取り入れた公的規制である共同規制」の一例であるとみなすことができるとの指摘がある¹⁵⁶。この「共同規制」(co-regulation)という概念は、「端的に言えば、柔軟性や当事者の知識の活用、そして不確実性の高い問題への対処といった自主規制の利点を活かしつつも、その不完全性やリスクを政府が補完することにより、このような二律背反の状況を解消しようとする中間的な政策手段であると位置づけることができ」、同規制は、インターネット上の規制として EU や米国を中心として広く用いられている規制方法であり、日本においても用いられ始めた規制方法である¹⁵⁷。CERO がしっかりとしたゲームソフトのレーティングを定めたとしても、それを販売店等に遵守させなければ、Z 区分に指定されたゲームソフトを 18 歳未満の未成年者が簡単に購入できてしまう可能性があり、自主規制にはこの点で限界があると考えられる。しかし、共同規制の一例とみることができる「団体指定制度」を用いれば、知事が指定した自主規制団体が定めた指定基準をもとに、有害図書類が指定され、これにより有害図書類に指定された Z 区分のゲームソフトを 18 歳未満の者に販売等した販売店には罰則が科されることになる。そのため、ゲームソフトの販売店は罰則が科されないように CERO によるレーティングをもとに販売および区分陳列を行うことが予想され、これにより販売店に CERO によるレーティングを遵守させることが可能であろう。

他方で、団体指定制度の問題点としては、先述したように個別指定と異なり、有害図書類に指定された図書類の商品名が告知されないという点があげられよう¹⁵⁸。それゆえ、当該図書類を販売する販売店は、団体指定制度により有害図書類に指定される可能性のある図書類について、販売を控えなければ、有害図書類に指定された図書類を販売したという理由で各自治体による条例によって罰則が科されてしまうという結果を招くおそれがある。また、団体指定制度の下では、知事が指定する指定団体が定めた審査基準に基づき、有害図書類に該当するか否かを判断するため、実質的には行政機関ではない指定団体が有害図書を指定することになってしまうという点も問題となる可能性がある¹⁵⁹。つまり、団体指定制度に

¹⁵⁶ 曾我部・前掲注(30) 508 頁参照。

¹⁵⁷ 生貝直人「イノベーションと共同規制—米国・EU におけるプライバシー分野のセーフハーバー概念を題材として—」4 頁参照。松井他編・前掲注(36) 140 頁参照。

¹⁵⁸ 包括指定制度においても、この点が問題としてあげられよう。

¹⁵⁹ 曾我部・前掲注(30) 509 頁参照。また、「本来、事業者団体の自主的な基準は、刑事規制を予定する自治体の統制につながることを予定して設定されるものではない」と団体指定制度に否定的な見解を述べる者もいる。安部・前掲注(11) 197 頁参照。

より有害図書に指定された図書類を販売等した販売店には、販売および区分陳列義務に違反したとして罰金等が科されるため、公権力とは無縁の自主規制団体が刑罰を科すということになってしまうのである。さらに、条例の違反者に罰則を科す以上は、有害図書の定義および指定基準が明確であり、その指定手続についても適正に行われている必要があるが、団体指定制度を設置している道府県のうち唯一、神奈川県が青少年保護育成条例における条例施行規則において、団体指定の要件に関する規定を設けているものの、他の道府県の条例においては、指定基準の明確化に関する規定が設けられていない¹⁶⁰。

したがって、団体指定制度については、以上のような問題点を克服しない限り、未成年者を保護するための規制とはいいい難いが、事前の告知の機会や指定手続を明確にするなどの問題点を解決すれば、自主規制団体の判断を尊重しつつ、各自治体が自主規制の不完全な部分を補完することができるとともに、なおかつ未成年者を保護するための規制となり得る可能性があるといえよう。ただ、やはり、未成年者を保護するためとはいえ、表現を規制することには変わりなく、有害図書とされる図書類を規制する際には、当該規制が未成年者の表現の自由を侵害するものにならないかどうか、慎重に判断する必要がある。

第5項 自殺を助長する表現が与える悪影響について

自殺を助長する表現については、同表現を規制している自治体の条例をみると、「著しく青少年の犯罪又は自殺を誘発し、その健全な育成を害するおそれがあるもの」という形で規定されている。このような規定が制定された経緯としては、1993年に『完全自殺マニュアル』という様々な自殺の方法が客観的に書かれた著書が発売されたことがきっかけであるといわれている。同著書は、1997年に群馬県において有害図書に指定され、その後、岡

¹⁶⁰ 曾我部・同書 510 頁参照。神奈川県は、神奈川県青少年保護育成条例施行規則 5 条において、団体指定のためには、(1)定款、規約等団体の目的および組織を明らかにする書類を整備していること、(2)図書類の審査に係る適切な手続を整備していること、(3)前 2 号に規定する事項を周知する措置を講じていること、という三つの要件を満たす必要があると規定している。神奈川県は、このような要件を満たした上で、全国で初めて GTAIII を暴力的内容を理由に有害図書類に指定したと思われるが、その指定にあたって、知事を含め審議会に出席した者は実際に当該ゲームソフトをプレイすることもなく、県の職員が当該ゲームソフトをプレイしている 10 分間の動画を視聴しただけで、当該ゲームソフトを有害図書に指定したということが言われている。もし、以上のことが事実であれば、先述した条例施行規則 5 条 2 号「図書類の審査に係る適切な手続を整備していること」に違反していると言わざるをえない。実際に、自分自身で暴力的内容のテレビゲームをプレイしないと、当該ゲームソフトが未成年者に悪影響を及ぼし得るのかについて判断することはできないのではないだろうか。

山県、滋賀県、岐阜県、秋田県、和歌山県等において有害指定されている¹⁶¹。

この『完全自殺マニュアル』を有害図書に指定するのであれば、性的表現や暴力的内容の表現と同様に、同出版物を見て実際に自殺を誘発し、自殺が増加したという研究データが必要といえるが、実際、『完全自殺マニュアル』の発売後、一般用医薬品を購入する「自殺企図」が増加し、特に薬局で簡単に購入できるような知名度の高い一般用医薬品による自殺企図が増加したことが明らかになったという研究データが存在する¹⁶²。さらに、この研究データにおいては、当該出版物の発売後、特に一般用医薬品による10代、20代における自殺企図件数の増加が窺えたという調査報告がなされている。では、以上のような研究データが存在すれば、具体的危険が発生していることを理由に、当該出版物を条例により規制することは可能であろうか。この点につき、君塚正臣教授は、「もし未成熟な十代の自殺の総数と、当該出版物の勧める自殺は顕著に増加しており、そして適切な自主規制もなければ、当該出版物の一般的網羅的差止めではない必要最小限度の規制、例えば分割可能な問題部分の十八歳未満への販売・閲覧禁止、補足説明付加の命令などは、憲法上許容される余地であろう」と指摘している¹⁶³。このような君塚正臣教授の説に依拠すれば、表現に対する規制は必要最小限度の規制でなければならないといえよう。

¹⁶¹ 1999年8月、東京都青少年健全育成審議会において、当該図書の不健全図書の指定は見送られたものの、同書は「不適切」とされた。その後、同書を出版する太田出版は、同書をビニールで包み、「18歳未満はご遠慮ください」を記載した帯を本に付け、自主規制を行った。しかし、この自主規制は著者の承諾なしに出版社側が一方的に行ったものであったため、著者がこの自主規制に対して「著作権移動を検討している」と反発する事態が生じた。また、1999年9月、神奈川県と三重県が同書を有害図書に指定した。2001年、埼玉県が指定。2005年に愛知県、2009年に長崎、福島県、2010年に宮城県、2014年に京都府、大分県がそれぞれ有害図書に指定する（ドキュメント『完全自殺マニュアル』規制騒動、<http://hp1.cyberstation.ne.jp/straycat/watch/manual.htm>）。

¹⁶² 後藤京子・杉本侃「自殺に用いられる薬毒物と出版物による影響に関する研究」民族衛生62巻2号（1996年）64頁参照。「自殺企図」というのは、首つり、リストカット、大量服薬など様々な手段により、実際に自殺を企てることをいう。

¹⁶³ 君塚正臣「暴力表現・自殺唱道表現と憲法—多数者が不快と感じる・不快な行動を勧めていると感じる表現の規制はどこまで可能か」法律時報76巻9号（2004年）58頁参照。

第5節 青少年有害社会環境対策基本法案について

これまで考察してきたように、各都道府県においては青少年保護育成条例が制定されているが、国には同様の規制を定めた法律は存在しない。しかし、これは国が青少年を有害な表現から保護するための法律を制定することに消極的であるというわけではない。実際、1990年代後半から、自民党は、「青少年有害社会環境対策基本法案」の国会提出を目指していた¹⁶⁴。同法案が作成されるきっかけとなったのは、1997年に起こった神戸市児童連続殺傷事件（いわゆる酒鬼薔薇事件）、そして、翌年3月、参議院予算委員会において中曽根弘文参議院議員（自由民主党）が同事件を取り上げて少年犯罪の多発がテレビ、アニメ、テレビゲームの影響であると述べ、そのような青少年に悪影響を及ぼすテレビ、雑誌、テレビゲームを規制する「青少年保護法」を制定すべきであると要求したことにある。その後、自民党内において、法案作成に向けて審議が行われ、2000年5月に自民党は「青少年有害環境対策基本法」の素案を作成し、後に「青少年社会環境対策基本法」に名称が変更された。この自民党による法案作成に対し、2000年5月、メディア総合研究所の青木貞伸所長を中心に、奥平康弘教授、田島泰彦教授ら7人が「表現の自由を脅かす『青少年有害環境対策基本法案』に反対の緊急アピール」をまとめ、ジャーナリスト、有識者、メディア関係者等に賛同を呼びかけた¹⁶⁵。彼らが、青少年有害環境対策基本法案に反対する理由は、以下の通りである。

まず、彼らは、「強力な規制措置を含む法案を、十分な社会的議論もせずに、いきなり国会への上程を図る」という方法は、「きわめて不適切であり」、「メディアや市民団体を含む各層の間で議論を尽くし、合意形成に努めることが肝要であり、数の力で法案成立を強行するなどということがあってはならない」と、今回の法案提示の仕方そのものに疑義を呈している。そして、彼らは、同法案の内容についても、「法案は、言論や出版などの表現活動にとどまらず、『青少年有害環境』という広範な概念を設定し、青少年に影響を及ぼす商品や役務の提供など人々の諸活動に広く規制の網をかけようとするもので、価値観や道徳を含む市民生活全般への国家の過剰な介入を容認し、自由な市民の活動を不当に制限する危険

¹⁶⁴ 以下の、青少年有害社会環境対策基本法案の概要等については、松井・前掲注（86）30頁参照、川中達治「青少年保護とネット規制」大阪工業大学紀要人文社会篇54巻1号（2009年）57頁参照、野田寿美子「青少年保護を目的とした社会環境規制の法政化論議に関する考察—青少年の主体性と育成を重視する観点から—」犯罪社会学研究26号（2001年）163頁参照、上原有紀子「我が国における青少年を取り巻く『有害環境』対策の現状」レファレンス53巻4号（2003年）116頁参照。

¹⁶⁵ 「表現の自由を脅かす『青少年有害環境対策基本法案』に反対の緊急アピール」にては以下のリンクを参照した（<http://www.mediasoken.org/page027.html>）。

がある」と指摘する。加えて、彼らは「なかでも、最も深刻なのは、青少年保護を名目に、表現・報道の自由や情報受領の自由への公権力の過剰な規制・介入が図られていることである」と述べ、さらに、彼らは同法案につき、以下の問題点をあげている。第一に、これまで各自治体における青少年保護育成条例によって有害図書類の規制を行ってきたが、これを「一気に国次元の規制へと押し上げ、国家の表現規制を拡大したこと」、第二に、青少年条例において規制対象ではない「放送メディアやインターネットも含む供給される一切の『商品・役務』に規制が広がられるとともに、規制される行為が青少年への販売・頒布などの限定を受けていないため、規制のいかんによっては、青少年だけでなく成年者の情報受領の自由にも規制が及ぶ危険があること」、第三に、「事業者・事業者団体に対して、法律により、国等の有害環境対策に協力する責務を負わせ、協定・規約の締結・設定努力を義務づけ、総務庁長官等への協定等の届け出まで課すとともに、その要旨も公表するなど、表現活動に重大な規制を加えていること」、第四に、「総務庁長官・知事に対しては、商品・役務の供給方法等につき事業者に行政指導を行う権限とともに、一定の場合には必要な措置を勧告し、これに従わない場合にはその事実を公表する権限も付与されるなど、強力な言論規制措置が導入されていること」、第五に、有害環境の定義が曖昧であるとともに、総務庁長官等の勧告権限が発動される要件もきわめて曖昧であるとともに、勧告権限の範囲も無限定であること、第六に、異議・苦情等の救済システムが用意されておらず、「適正な手続が軽視され」ていること、最後に、「苦情処理や有害環境の調査などの重要な権限をもつ機関（青少年有害環境対策センター）が総務庁長官の指定という形で国の関与の下で設置され、表現規制を含む広範な活動にあたることになっている」こと、という問題点をあげている。以上のような問題点をあげた上で、彼らは、これらの提案が「いずれも情報受領の自由を含む表現の自由や報道の自由を著しく侵害する危険があることを私たちは憂慮せざるをえない」と述べ、「表現や報道への規律は、その自由を最大限尊重するという観点から、出来る限り国家の介入を退け、あくまでも市民参加によるメディアの自主・自律に委ねるべきである」と訴えている。

このようなマスメディア界や有識者等による強い反対などもあり、自民党は同法案の国会提出を断念した。その代わりに自由民主党は、「青少年健全育成基本法案」および「青少年有害環境自主規制法案」を作成し、これらの立法化を目指していた。しかし、これら両法案を合わせると、事業者等に対する指導・勧告という形で行政機関がマス・メディアを監視するという点は変わっていないため、以前の「青少年有害環境対策基本法案」と大きく変わるところはないといえる。結局、両法案は2004年6月に廃案となり、現在に至るまで立法化はなされていないが、今後も立法化が試みられるのかについて注視すべきであろう。

第3章 放送上の規制と未成年者保護

これまで考察してきたように、ポルノ・コミック、アダルトビデオ、暴力的内容のテレビゲームなどについては、青少年保護育成条例において規制されることになるが、一方で、放送番組における暴力的な表現等については、どのような規制がなされているのであろうか。そこで、まず日本の放送規制の歴史について概観する。

第1節 日本の放送制度の概要

戦後、日本の放送制度は1950年に成立した放送法・電波法・電波監理委員会設置法のいわゆる電波三法によって確立した。放送法1条は「この法律は、次に掲げる原則に従つて、放送を公共の福祉に適合するように規律し、その健全な発達を図ることを目的とする」とし、「放送が国民に最大限に普及されて、その効用をもたらすことを保障すること」（同条1号）、「放送の不偏不党、真実及び自律を保障することによつて、放送による表現の自由を確保すること」（同条2号）、「放送に携わる者の職責を明らかにすることによつて、放送が健全な民主主義の発達に資するようにすること」（同条3号）という三つの原則を掲げている。そして、同法2条1号において「放送」とは、「公衆によつて直接受信されることを目的とする電気通信…の送信」と定義されている¹⁶⁶。

また、先にも述べたように、同法1条2号において、放送による表現の自由を確保するという目的を掲げ、加えて同法3条において、「放送番組は、法律に定める権限に基づく場合でなければ、何人からも干渉され、又は規律されることがない」として、放送番組編集の自由を定めている一方で、放送に対する規制についての定めも設けている。まず、同法4条1項において、「放送事業者は、国内放送及び内外放送…の放送番組の編集に当たつては、次の各号の定めるところによらなければならない」として、「一 公安及び善良な風俗を害しないこと」、「二 政治的に公平であること」、「三 報道は事実をまげないですること」、「四 意見が対立している問題については、できるだけ多くの角度から論点を明らかにすること」の四点をあげている。また、同法5条において、「放送事業者は、放送番組の種別（教養番組、教育番組、報道番組、娯楽番組等の区分をいう。以下同じ。）及び放送の対象とする者に応じて放送番組の編集の基準（以下「番組基準」という。）を定め、これに従つて放送番組の編集をしなければならない」と定めている。そして、放送法5条の規定を受けて、1951年に一般社団法人日本民間放送連盟（以下、民放連と略す。）は、民放連放送基準と呼ばれる

¹⁶⁶ ただし、この放送のうち、「電波法の規定により放送をする無線局に専ら又は優先的に割り当てられるものとされた周波数の電波を使用する放送」を「基幹放送」といい（放送法2条2号）、「基幹放送以外の放送」を「一般放送」という（同法同条3号）。

自主的な基準を定めている¹⁶⁷。同基準が制定された目的は、戦後、日本放送協会（以下、NHKと略す。）が独占していた放送に、「民間企業が参入することになり、国民の期待がふくらむ一方、低俗な番組が登場するとの危惧もあったため」であるといわれている。

¹⁶⁷ その後法的根拠がある番組基準となり、文言も性格も変化しているが、前文には、「基本的人権と世論を尊び、言論および表現の自由をまもり、法と秩序を尊重して社会の信頼にこたえる」と記されており、あくまで自主自律を守るためのものであるという根本的な姿勢は、放送基準制定当初から変化していない。佐藤研「民放連放送基準の改訂の歴史をたどる—民放連放送基準は時代の変化にどう対応してきたか」マス・コミュニケーション研究 95 巻（2019 年）123 頁参照。

第2節 放送上の未成年者保護

放送番組が未成年者に与える悪影響からどのようにして彼らを保護するのかという問題については、テレビが普及し始めた1950年代後半から議論されてきた問題である¹⁶⁸。しかし、日本においては、放送メディアに対して、未成年者を保護することを目的とした法的規制は存在しておらず、その代わりに放送事業者が放送法5条に定めがあるように番組基準を制定し、放送番組を自主的に規制している。放送各局が基準とするものが民放連が定めた放送基準であり、同基準の第3章には「児童および青少年への配慮」に関する規定、たとえば、「児童向け番組は、健全な社会通念に基づき、児童の品性を損なうような言葉や表現は避けなければならない」(16条)、「放送時間帯に応じ、児童および青少年の視聴に十分、配慮する」(18条)、「武力や暴力を表現する時は、青少年に対する影響を考慮しなければならない」(19条)、「未成年者の喫煙、飲酒を肯定するような取り扱いをしない」(22条)などの規定が定められている。このうち、18条においては、1999年に「テレビでは、午後5時～9時に放送する番組について、とりわけ児童の視聴に十分、配慮する」という条文と、「放送時間帯によって児童・青少年の視聴の程度や態様が異なり、放送が与える影響にも差がある。このことを念頭において、放送時間帯や番組内容に配慮しなければならない。特に暴力・性などに関する内容については放送時間帯に細心の注意が求められる」という解説文が追加されている。これにより、放送各局はこの基準に基づいて自主規制を行っている。

また、民放連や放送事業者によって制定された番組基準の他、視聴者の声や番組に対する評価を番組に反映させる取り組みとして、2003年、NHKと民放連によって「放送倫理・番組向上機構（Broadcasting Ethics & Program Improvement Organization、以下、BPOと略す）」が設立された。BPOは、NHKと民放連が設立した任意団体である「放送番組向上協議会」と「放送と人権等権利に関する委員会機構（BRO）」が統合したものである。このBPOの中には、三つの委員会が設置されており、そのうちの 하나가2009年に設置された「青少年委員会」であり¹⁶⁹、青少年委員会自体は、放送番組向上協議会の中に「放送と青少年に関

¹⁶⁸ 鈴木秀美「放送メディアと青少年保護—『放送と青少年に関する委員会』の活動を中心に」法律時報76巻9号（2004年）50頁参照。

¹⁶⁹ BPOに設置されている他の二つの委員会は、「放送倫理検証委員会」と「放送人権委員会」である。放送人権委員会は、裁判によらず自主的に紛争解決にあたる、苦情処理機関としての役割を担っている。同委員会は、実際に、放送対象者や利害関係者から当該放送によって名誉あるいはプライバシーなどの人権侵害を受けたという申立により審理を開始する。一方で、放送倫理検証委員会は、視聴者の意見や放送局からの報告をもとに、「自主的に取材・制作のあり方や番組内容を調査し、放送倫理上の問題の有無を審理・審議して、その結果を『委員会決定』として公表する」という役割を担っている。塩田幸司「放送の自由・自律とBPOの役割—放送番組の自主規制活動の意義と課題—」NHK放送文化

する委員会」として2000年に設置されていた。青少年委員会においては、青少年保護の立場から放送番組に対する視聴者からの苦情・意見を受け付け議論するのであるが、同委員会が設置されたのは、1997年に発生した神戸市連続児童殺傷事件や1998年に栃木県黒磯市で中1男児がバタフライナイフで女性教師を刺殺した事件など、1990年代後半において、少年による凶悪事件が多発していたことがきっかけであったといわれている¹⁷⁰。神戸市の事件においては、加害者の少年が、テレビゲーム、漫画、ホラービデオ、テレビ番組などの影響を受けていたとの指摘がなされており、また、黒磯市の事件においては、人気タレントが出演したテレビドラマの中でバタフライナイフを使用する場面に刺激を受けた加害少年が、同タレントがドラマの中で使用したものと同種のバタフライナイフを用いて犯行に及んでいたこともあり、テレビが未成年者に与える悪影響に関して問題視されるようになり、青少年保護を目的としたテレビ番組の規制をめぐる議論が再燃した。さらに、1998年に郵政省が設置した「青少年と放送に関する調査研究会」において、Vチップを導入するという議論がなされたことも、青少年保護を目的としたテレビ番組の規制をめぐる議論に影響を与えたといわれている。このVチップとは、暴力や性描写、下品な言葉などを用いているテレビ番組を子どもたちに見せないようにするために、「放送事業者が暴力表現等の度合いに応じて各放送番組の格付け（レイティング）をおこない、各家庭がそれに基づいて子どもに見せたくないレベルを登録しておく、そのレベル以上の暴力・性表現を含む番組が写らなくなる放送番組遮断装置」である¹⁷¹。このようなVチップを導入する議論が日本においてなされたのは、この当時、アメリカ合衆国において、テレビ受像機にVチップの搭載を義務づけることを定めた1996年電気通信法が制定されたことが影響しているといわれている¹⁷²。以上のような経緯を経て、青少年委員会が設置され、2003年のBPOの設立によって、同委員会の運営主体もBPOに移行した。2019年4月現在の青少年委員会は、大学教授3人、医師2人、弁護士とノンフィクションライターがそれぞれ1人の計7人であり、過去には教育評論家なども選任されている。そして、委員を選任するのは、7名の学識経験

研究所編『NHK放送文化研究所年報 第63集』（NHK出版、2019年）206頁参照。

¹⁷⁰ 日本民間放送連盟編『民間放送50年史』（日本民間放送連盟、2001年）401頁以下参照。

¹⁷¹ 塩田・前掲注（169）199頁参照。メディア総合研究所「Vチップおよび番組格付けの導入についてのメディア総合研究所の見解（<http://www.mediasoken.org/page019.html>）。

¹⁷² アメリカ合衆国では、日本よりも早く、テレビが1940年代後半から急激に普及し、それと同時にテレビの影響についても、子どもの暴力行動を引き起こす大きな要因ではないかと考えられ、多くの実証研究が行われている。また、日本と異なり、アメリカにおいては、放送免許の付与・取消や放送周波数の割り当て、放送に関する規則の制定・執行を主な役割については連邦通信委員会（FCC）という独立行政委員会が行っている。

者からなる BPO 評議員であり、この評議員を選任するのは BPO 理事会である¹⁷³。理事会は 10 名で構成され、理事長は放送事業者の役職員およびその経験者以外から理事会で選任され、理事は放送事業者の役職員以外から理事長が 3 名、そして、NHK および民放連がそれぞれ 3 名を選任する（放送倫理・番組向上機構規約 9 条）。

青少年委員会の設置意義は、青少年運営規則 2 条に規定されているように、「視聴者から寄せられた放送と青少年に関する意見について審議」し、「寄せられた意見および委員会の見解を、機構の構成員である日本放送協会、(社) 日本民間放送連盟および同加盟社に連絡するとともに公表し、放送事業者の自主的検討を要請する」点にあるといえる。よって、青少年委員会には、視聴者と放送事業者等の間に立つ第三者機関として、視聴者が放送にアクセスしやすいようにするという役割が求められており、青少年委員会の設置により、青少年委員会で審議された点を放送番組に反映させることが可能となるといえる。

青少年委員会は、一般視聴者から寄せられた「放送と青少年に関する」意見を原則として取扱い（同規則 3 条 1 号）、「視聴者は、意見を事務局へ電話、ファックス、郵便、電子メールで寄せることができ」（同規則同条 2 号）、「事務局は、寄せられた意見について、必要に応じて事実確認、集計・要約等を行い、委員会に報告する」（同規則同条 3 号）と定められている。

このように、青少年委員会は、視聴者から寄せられた「放送と青少年に関する」意見をもとに、月に 1 度（第 4 火曜日）委員会を開催している¹⁷⁴。そこでは、主に、視聴者から「青少年が視聴するにあたって問題がある」などの意見が寄せられた番組を視聴し、審議するかどうかについて討論される。具体的な「討論」の内容であるが、放送日から 1 か月程度の間、相当数の視聴者から意見が寄せられた番組・テーマについて委員会で意見交換したり、視聴者からの意見の件数は少ないものの、委員が独自に発議した番組・テーマについても委員会で意見交換することがある。このように、委員会における「討論」は、視聴者から青少年に不適切であるとの意見が寄せられた番組について、審議するか否かを判断する場である一方で、委員間の自由な意見交換の場としても機能しているといえる。

委員会における討論の結果、原則として全員一致で当該番組等について審議が必要と判断されれば、審議に入ることとなる。委員会審議の手続きについては、まず「委員会は、事務局が作成した資料に基づき審議を行」（同規則 4 条）、「審議にあたり、当該放送事業者当該番組の説明を求めることができる」ことに加え、委員会は「審議の参考に資するため、

¹⁷³ 以下、青少年委員会の詳細については、鈴木・前掲注（168）51-3 頁参照。

¹⁷⁴ 青少年委員会の活動については、(https://www.bpo.gr.jp/?page_id=1273) を参照した。

当該放送事業者が当該番組の視聴等関連資料の提出について協力を求めることができる」（同規則5条）と定められている。なお、「審議の対象となる番組は、原則として放送のあった日から3か月以内のもの」とされている（同規則3条4号）。そして、青少年委員会が上記手続きに従って審議を行った結果、「委員会の考え」をまとめ、また、委員の3分の2以上の賛成があれば「見解」としてまとめることができる（同規則6条）。この「委員会の考え」は、放送事業者の自主的検討を促すために公表するものであるため、委員会で出された意見や放送局側の回答などをウェブ上に公表するのみである。一方で、「見解」は、放送事業者の自主的検討を要請するために公表するもので、その具体的検討結果についても報告を求め、公表するという違いがあり、青少年委員会は、「見解」以外にも「提言」、「要望」、「声明」、「注意喚起」という形で公表する場合もある。これらの見解や要望などの内容は、暴力や性的表現など子どもにとって刺激が強すぎる番組等について、放送局側に配慮を求める内容になっている¹⁷⁵。

青少年委員会は、視聴者から寄せられた番組に対する意見をもとに審議すること以外にも、テレビを中心とするメディアが青少年に対してどのような影響を及ぼすのかについて、縦断的な調査研究を行っている¹⁷⁶。この調査は、小学5年生の児童が中学2年生になるまでの4年間において、児童とその保護者1500人を対象に、テレビが子どもに与える影響を調

¹⁷⁵ 例えば、これまで青少年委員会が公表した見解の一つに、2000年11月29日に公表された「バラエティー番組に対する見解」というものがある。そこで取り上げられた番組は、フジテレビ『めっちゃめっちゃイケてるッ!』のコーナー「しりとり侍」と、テレビ朝日『おネプ!』の「ネップ投げ」というコーナーであった。前者は、しりとりゲームをして間違えた人が罰として野武士の集団に一種の袋叩きにあうコーナーであり、これについて視聴者から「罰が暴力的でいじめを肯定するような内容」との苦情が寄せられた。一方、後者は、出演タレントが主に若い女性を巴投げで投げるコーナーであり、視聴者からは「投げられる際に女性の下着や肌が見えるのは不愉快であり、セクシュアルハラスメント、女性蔑視にもつながり、中高生に悪い影響を与えるのが心配だ」との苦情があった。この青少年委員会の見解によって指摘された問題につき、各放送事業者が各社内において検討した結果、フジテレビおよびテレビ朝日はそれぞれ問題となったコーナーを終了することを決めた。これはまた別の問題であるが、上記「見解」を青少年委員会が公表してから短期間のうちに、各放送局が問題を指摘されたコーナーを自主的に終了を決めたことが、青少年委員会が公権力による規制を行うことのできる機関であるかのような誤った印象を視聴者に与えた可能性があり、実際、この点に関する視聴者からの批判が青少年委員会に寄せられていたようである。このような誤解を生じさせた理由は、青少年委員会がNHKと民放連によって自主的に設置された第三者機関であるということが視聴者に広く認知されていないためであるといえる。それゆえ、青少年委員会がどのような機関であり、どのような活動を行っているのかについて、より多くの視聴者に理解してもらうことが重要であるといえよう。鈴木・前掲注（168）52-4頁参照。<https://www.bpo.gr.jp/?p=5111>も参照。

¹⁷⁶ BPO・放送と青少年に関する委員会『青少年へのテレビメディアの影響調査（4年間追跡調査）』（BPO・放送と青少年に関する委員会、2005年）1頁参照。

査するというものであった。これまでもメディア、特にテレビが青少年の行動や意識に及ぼす悪影響について懸念されており、この点について、日本においても研究がなされてきたが、そのいずれもテレビの視聴と青少年の意識や行動との相関関係を分析するにとどまっております。因果関係の立証には至っていない。このことから、青少年委員会は同一対象者に長期間の調査を縦断的に行うことによって、テレビが青少年に影響を与えるという因果関係を立証するために、2001年から調査を開始した。そして、2004年に青少年委員会はその調査報告を行っている。この調査では、小学5年生から中学2年生になるまでの4年間を通じて、「社会的ルール違反傾向」や「不安な気持ちの現れ」に影響を与えた要因には、どのようなものが含まれるのかということが検討されるが、その際、要因の一つとして、テレビを中心とするメディアに関わる要因を組み込むことにより、テレビを中心とするメディアが青少年へどのような影響を及ぼしているのかを検討している。ここでいう「社会的ルール違反傾向」とは、たとえば『子どもだけでゲームセンターなどに行く』、『タバコを吸う』など（当該年齢における）社会的規範からの逸脱を容認する傾向を指すと定義されている。調査の結果、調査対象の子どもたちには、11～14歳という思春期特有の発達の变化がみられるとともに、「不安な気持ちや社会的ルール違反傾向を高める要因は多様で複雑に絡み合っており、テレビを中心とするメディアの要因もその中の一つとして含まれていることが示された」という報告がなされている。

以上のように、青少年委員会の設置および活動、民放連や放送事業者がそれぞれ番組基準を制定していることから、テレビの暴力シーンが青少年に与える影響について何らかの懸念を示しているのは間違いない。先述したように、テレビによる暴力シーンなどへの青少年に対する影響については、日本だけでなくアメリカ合衆国においても懸念されており、アメリカ合衆国では、1990年にテレビ暴力番組規制法（TV Violence Act of 1990）および子どもテレビ法（Children's TV Act of 1990）が制定された。これにより、ケーブルテレビを含むテレビ界が自主的に暴力番組を放送から排除するためのガイドラインを策定することが求められ、それを受け、放送業界はさまざまな自主対応策を行った。しかし、その後も警官ドラマやアニメ等、人気番組の暴力シーンが問題とされたため、放送機関による自主的な対応策では不十分であると判断した連邦議会が、Vチップをテレビに搭載することをメーカーに義務づける法案を提出し、1996年電気通信法においてVチップの導入を義務づける規定が制定され、それに伴って、放送業界において自主的なテレビ番組のランク付けシステムが開発された¹⁷⁷。他方で、日本においては、上述のアメリカ合衆国のように法によって暴力

¹⁷⁷ 小平さち子『子どもに及ぼすテレビの影響』をめぐる各国の動向～新たな議論と研究

番組を放送から排除するためのガイドラインを策定することを放送事業者等に要請することとは行われておらず、放送については、放送に対する規制として放送法4条1項のような規定が定められているのみで、原則として放送事業者による自主規制に委ねられているため、有害図書規制のように各自治体が定める青少年保護育成条例によって規制されるということもない。民放連基準には、その前文において、「基本的人権と世論を尊び、言論および表現の自由をまもり、法と秩序を尊重して社会の信頼にこたえる」と記されており、このような自主自律を守るという姿勢は1951年に民放連放送基準が制定された当時から変化していない。このことから、放送における青少年保護については、これまで通り、各放送事業者による自主規制ならびにBPOにおける青少年委員会の活動に委ねるべきではないだろうか¹⁷⁸。

の展開に向けて～」NHK放送文化研究所編『NHK放送文化研究所年報45集』（NHK出版、2000年）45-51頁参照。なお、番組のランク付けについては、各放送機関が自ら実施することとされており、映画のように第三者機関がランク付けを行うという事はなされていない。現在、アメリカにおける番組ランク付けは、まず年齢別6段階に分類され、そのうち子ども向け番組は2段階（TV-Y：2～6歳の子どもでも視聴可、TV-Y7：7歳以上の子どもが視聴対象）、一般向け番組は4段階（TV-G：親の付き添いなしの視聴可、TV-PG：子どもの視聴には親の付き添いが望まれる、TV-14：子どもの視聴には親の付き添いが必要、TV-MA：成人向け。17歳未満の者の視聴には不適切）に分類されている。これに加えて、5種類の内容別（V：Violence Content…暴力、S：Sexual Content…性的描写、L：Coarse Language…下品な言語表現、D：Suggestive Dialogue…性行為を暗示する会話、FV：Fantasy Violence…現実でない世界での暴力場面）を組み合わせた表示を行うことが求められている。

¹⁷⁸ 鈴木秀美「メディア融合時代の青少年保護—ドイツの動向」『メディア・コミュニケーション』61号（2011年）31頁参照。

第4章 インターネット上の未成年者を保護するための規制

第1節 青少年インターネット環境整備法制定の経緯

第2章において考察したように、有害図書については各都道府県が制定する青少年保護育成条例によって規制され、また放送の規制については、第3章において考察したように、法による制約によらずに、民放連や各放送事業者が定める放送基準に基づいた自主的な規制に委ねられている。この点、インターネット上の有害情報の規制については、1997年に福岡県が条例に追加したのが最初であるが、この当時は同様の規制を追加する自治体がまだ少数であり、加えて、インターネット上の有害情報を規制する法が存在しなかったことから、1998年の風俗営業法（風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律）改正により、「専ら、性的好奇心をそそるため性的な行為を表す場面又は衣服を脱いだ人の姿態の映像を見せる営業で、電気通信設備を用いてその客に当該映像を伝達すること（放送又は有線放送に該当するものを除く。）により営むもの」は、「映像送信型性風俗特殊営業」として同法の規制を受けることとなった（同法2条8項）。その他にも、インターネットの急速な普及により、携帯電話でインターネットを利用する青少年が増加するにつれ、インターネット上の有害情報を閲覧したり、出会い系サイト等において青少年が性犯罪に巻き込まれる被害も急増した¹⁷⁹。これを受けて、1999年に児童買春等禁止法（児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律）、2003年には出会い系サイト規制法（インターネット異性紹介事業を利用して児童を誘引する行為の規制等に関する法律）が制定された。しかし、出会い系サイトが規制されても状況は変化せず、今度は一般のSNSサイトを經由して青少年と接触し、性被害にあう青少年が急増した¹⁸⁰。この当時、インターネットを利用するにあたって使用する機器は、パーソナルコンピュータ（以下、パソコンと略す。）の他に、携帯電話・PHSが用いられており、青少年、特に高校生については、パソコンよりも携帯電話・PHSを用いてインターネットを利用していた。パソコンは親と共用していることが多く、比較的保護者の目が届きやすいが、一方で、携帯電話・PHSの場合は、保護者の目が届きにくいということから、青少年を有害情報から保護するために携帯電話のフィルタリングへの関心が高まっていった¹⁸¹。そのような中、2008年6月、青少年インターネット環境整備法（以下、環境整備法と略す。）が制定された。

¹⁷⁹ 曾我部真裕「青少年インターネット環境整備法改正」国民生活70号（2018年）11頁参照。

¹⁸⁰ 曾我部・同上参照。

¹⁸¹ 鈴木秀美「インターネット上の有害情報と青少年保護」高橋和之・松井茂記・鈴木秀美編『インターネットと法 [第4版]』（有斐閣、2010年）139頁参照、鈴木「インターネット上での青少年保護」松井他編・前掲注（36）128-29頁参照。

第2節 青少年インターネット環境整備法の概要

環境整備法の制定目的は、同法1条に、「インターネットにおいて青少年有害情報が多く流通している状況にかんがみ、青少年のインターネットを適切に活用する能力の習得に必要な措置を講ずるとともに、青少年有害情報フィルタリングソフトウェアの性能の向上及び利用の普及その他の青少年がインターネットを利用して青少年有害情報を閲覧する機会をできるだけ少なくするための措置等を講ずることにより、青少年が安全に安心してインターネットを利用できるようにして、青少年の権利の擁護に資すること」と定められている¹⁸²。

そして、同法においては、以下のような三つの基本理念が規定されている。第一に「青少年が安全に安心してインターネットを利用できるようにするための施策は、青少年自らが、主体的に情報通信機器を使い、インターネットにおいて流通する情報を適切に取捨選択して利用するとともに、適切にインターネットによる情報発信を行う能力（以下「インターネットを適切に活用する能力」という。）を習得することを旨として行われなければならない」こと（3条1項）、第二に、「青少年が安全に安心してインターネットを利用できる環境の整備に関する施策の推進は、青少年有害情報フィルタリングソフトウェアの性能の向上及び利用の普及、青少年のインターネットの利用に係る事業を行う者による青少年が青少年有害情報の閲覧をすることを防止するための措置等により、青少年がインターネットを利用して青少年有害情報の閲覧をすることをできるだけ少なくすることを旨として行われなければならない」こと（同条2項）、第三に、「青少年が安全に安心してインターネットを利用できる環境の整備に関する施策の推進は、自由な表現活動の重要性及び多様な主体が世界に向け多様な表現活動を行うことができるインターネットの特性に配慮し、民間における自主的かつ主体的な取組が大きな役割を担い、国及び地方公共団体はこれを尊重することを旨として行われなければならない」こと（同条3項）である。なお、同法における「青少年有害情報フィルタリングソフトウェア」とは、「インターネットを利用して公衆の閲覧に供されている情報を一定の基準に基づき選別した上インターネットを利用する者の青少年有害情報の閲覧を制限するためのプログラム」（2条9項）のことをいう。要するに、インターネット上の情報のうち、青少年にとって有害な情報と評価判別された情報以外は、閲覧することができるということになる。以上のような基本理念を示した上で、4～6条において、青少年が安全に安心してインターネットを利用することができる環境を整備するにあたり、国および地方公共団体、「青少年のインターネットの利用に係る事業を行う

¹⁸² この法律でいう青少年とは、18歳未満の者を指す（同法2条1項）。

者¹⁸³」、保護者それぞれの責務に関する規定を設けている。

この法律においては、以下に述べるようにフィルタリングサービスに関する規定の部分が中心であるが、同法が制定される過程においてフィルタリングによる規制については議論がなされていた。たとえば、同法が法案としてまとめられる以前より、マイクロソフト、ヤフー、楽天などのインターネット事業者に加えて、日本新聞協会、民放連、インターネット先進ユーザーの会（MIAU）、高等学校PTA連合会などから、国がインターネット上の情報の有害性を審査すべきではないこと、また、どのような情報が青少年有害情報に該当するののかについての判断や基準の策定に国が関与すべきではないという懸念がなされていた¹⁸⁴。また、同法制定時における参議院附帯決議においても、「フィルタリングの基準設定の内容によっては、インターネット利用に際しての表現や通信の自由を制限するおそれがある」と指摘されていた¹⁸⁵。

では、このような懸念を解消する形で、環境整備法は制定されているのであろうか。どのような情報が「青少年有害情報」に該当するののかについて、同法2条3項は、「青少年有害情報」とは、「インターネットを利用して公衆の閲覧（視聴を含む。以下同じ。）に供されている情報であって青少年の健全な成長を著しく阻害するもの」とし、同条4項において、青少年有害情報として「一 犯罪若しくは刑罰法令に触れる行為を直接的かつ明示的に請け負い、仲介し、若しくは誘引し、又は自殺を直接的かつ明示的に誘引する情報」、「二 人の性行為又は性器等のわいせつな描写その他の著しく性欲を興奮させ又は刺激する情報」、「三 殺人、処刑、虐待等の場面の陰惨な描写その他の著しく残虐な内容の情報」の三つを例示している。もっとも、同法は表現の自由に配慮するため、国は民間の自主的かつ主体的な取り組みを尊重するものと規定されており（3条3項）、それゆえ、具体的にどのような情報が青少年有害情報に該当するののかについての個別の判断や具体的な基準の策定は、関係事業者や保護者などの関係者に委ねられている¹⁸⁶。

そして、国は、これらの基本理念や責務の下、内閣府に「インターネット青少年有害情報

¹⁸³ 「青少年のインターネットの利用に係る事業を行う者」とは、具体的には、インターネット接続役務提供事業者（2条6項）、携帯電話インターネット接続役務提供事業者（2条8項）、サーバー管理を事業として行っている場合の「特定サーバー管理者」（2条11項）、インターネット接続機器の製造事業者（18条）、そして青少年有害情報フィルタリングソフトウェア開発事業者等（20条）などを含むものと解される。

¹⁸⁴ 松井他編・前掲注（36）129-32頁参照（鈴木執筆部分）。

¹⁸⁵ 参議院附帯決議（平成20年6月10日：参議院内閣委員会）4号参照。

¹⁸⁶ 内閣府＝総務省＝経済産業省「青少年が安全に安心してインターネットを利用できる環境の整備等に関する法律関係法令条文解説」（平成30年1月）3-4頁参照。

（<https://www8.cao.go.jp/youth/youth-harm/law/pdf/kaisetsu.pdf>）。

対策・環境整備推進会議」を設置し（旧8条1項）、この会議によって、「青少年が安全に安心してインターネットを利用できるようにするための施策に関する基本的な計画」（以下、「基本計画」と略す。）を定められることになっていた。この基本計画は、同法の基本理念に基づいて、「青少年が安全に安心してインターネットを利用できるようにするための施策についての基本的な方針」として、以下の四つを提示している¹⁸⁷。まず第一に、「青少年が自立して主体的にインターネットを利用できるようにするための教育・啓発の推進」、第二に、「保護者が青少年のインターネット利用を適切に管理できるようにするための啓発活動の実施」、第三に、「事業者等による青少年が青少年有害情報に触れないようにするための取組の促進」、第四に、「国民によるインターネット上の問題解決に向けた自主的な取組の推進」である。そして、これらの基本方針に加え、「青少年のインターネットの適切な利用に関する教育及び啓発活動の推進に係る施策に関する事項」、「青少年有害情報フィルタリングの性能の向上及び利用の普及等に係る施策に関する事項」、「青少年のインターネットの適切な利用に関する活動を行う民間団体等の支援に関する事項」、「その他青少年が安全に安心してインターネットを利用できるようにするための施策に関する重要事項」を定め、以上の事項に関する施策を国および地方公共団体が行うことになった。現在、「インターネット青少年有害情報対策・環境整備推進会議」は、2009年に子ども・若者育成支援推進法が制定されたことによる環境整備法の改正に伴い、「子ども・若者育成支援推進本部」に名称が改められた。

続いて、本法の中核は、フィルタリングサービスに関する規定であるが、どのような規定が定められているのであろうか。そもそも、フィルタリングについては、有害ではない情報まで遮断してしまうおそれがあり、その点で表現の自由の侵害につながるという問題が指摘されている。また、携帯電話におけるフィルタリングとパソコンにおけるそれとは同じではなく、後者については、利用者ごとにフィルタリングソフトをインストールすることが可能であり、これにより閲覧したいサイト、若しくは閲覧したくないサイトを個別に設定するのに対し、前者については、それぞれが契約する携帯電話事業者のゲートウェイサーバーにおいて、一律にサイトへのアクセスを制限しているという違いがある¹⁸⁸。さらに、携帯電話事業者が提供しているフィルタリングサービスは、携帯電話事業者が認めた有害でないサ

¹⁸⁷ 以下の基本計画に関する内容については、インターネット青少年有害情報対策・環境整備推進会議「青少年が安全に安心してインターネットを利用できるようにするための施策に関する基本的な計画（平成21年6月）」1頁以下参照。

¹⁸⁸ 岡村信悟「携帯電話フィルタリングをめぐる最近の動き」ジュリスト1361号（2008年）34頁参照。

イトのみをリスト化し、それだけにアクセスできるようにする方式（ホワイトリスト方式）と、携帯電話事業者がアクセスすべきではないと判断したサイトをリスト化し、同サイトにはアクセスできないようにして、それ以外のものは閲覧できるとする方式（ブラックリスト方式）の2種類しかなく、利用者の選択肢が限られているという問題があった¹⁸⁹。

このようなことから、環境整備法においては、携帯電話事業者にフィルタリングサービスの提供を義務づけた。携帯電話インターネット接続役務提供事業者（携帯電話事業者）には、「携帯電話インターネット接続役務を提供する契約の相手方又は携帯電話端末若しくはPHS端末の利用者が青少年である場合」、青少年有害情報フィルタリングサービスの利用を条件として、携帯電話インターネット接続役務を提供することが義務づけられた（旧17条1項）。ただし、保護者が不要との申し出をした場合においては、フィルタリングソフトを提供しなくてもよいものとされた（同条同項但書）。そして、保護者には、契約時に携帯電話・PHSの利用者が青少年であることを申し出る義務が課された（旧17条2項）。これに加えて、インターネット接続役務提供事業者（以下、ISPと略す。）も、「インターネット接続役務の提供を受ける者から求められたときは、青少年有害情報フィルタリングソフトウェア又は青少年有害情報フィルタリングサービスを提供しなければならない」と定められている（旧18条）¹⁹⁰。この規定は、携帯電話事業者におけるフィルタリングサービスの提供義務の規定とは異なり、インターネットの利用者から「求められた」場合にのみ、青少年有害情報フィルタリングソフトウェア又は青少年有害情報フィルタリングサービスを提供する義務をISPに課している。両規定にこのような差異を設けた理由は、青少年はパソコンよりも携帯電話を通じて青少年有害情報に触れることが特に多い現状にあるといえるため、携帯電話事業者に対して携帯電話におけるフィルタリングサービスの提供を義務化することで、フィルタリングの利用率を高めることができるが、一方で、パソコンの場合は、家族で共用していることが想定される上、パソコンではフィルタリングソフトが利用可能

¹⁸⁹ 曾我部・前掲注（179）11-2頁参照。高橋他編・前掲注（181）139-40頁参照（鈴木執筆部分）。

¹⁹⁰ ここでいう「青少年有害情報フィルタリングサービス」とは、「インターネットを利用して公衆の閲覧に供されている情報を一定の基準に基づき選別した上インターネットを利用する者の青少年有害情報の閲覧を制限するための役務又は青少年有害情報フィルタリングソフトウェアによって青少年有害情報の閲覧を制限するために必要な情報を当該青少年有害情報フィルタリングソフトウェアを作動させる者に対してインターネットにより継続的に提供する役務」のことである（2条10項）。なお、「インターネット接続役務提供事業者」とは、インターネットサービスプロバイダー（ISP）のことであり、ISPは回線事業者（例えば光回線、ADSL回線等）の提供する回線の上で、インターネット接続サービスを提供する役割を担っている。

になっていることから、ISP に携帯電話事業者と同様の規制を課すことは過度の規制になるおそれがあるためであると指摘されている¹⁹¹。環境整備法には、携帯電話事業者や ISP のフィルタリングサービス提供義務の規定以外にも、インターネットと接続する機能を有する機器を製造する事業者の義務や、OS 開発事業者および特定サーバー管理者に関する努力義務の規定が設けられている¹⁹²。

また、上記法律のように携帯電話事業者等がフィルタリングサービスを提供することを義務づけるだけでなく、モバイルコンテンツ審査・運用監視機構（Content Evaluation and Monitoring Association、略称は EMA）が携帯電話会社やモバイルサイト運営会社などを会員として設立された。この EMA は、民間の第三者機関であり、モバイルサイトの管理状況等を審査した上で、青少年の利用に相応しいサイト・アプリか否かを認定し、同サイト・アプリの運用状況の監視を行ったり、ICT（情報通信技術）リテラシーの啓発および教育活動などを行っていた¹⁹³。

¹⁹¹ 内閣府=総務省=経済産業省・前掲注（186）31 頁参照。

¹⁹² インターネットと接続する機能を有する機器を製造する事業者の義務については旧 19 条（改正法は 18 条）、OS 開発事業者の努力義務については 20 条、特定サーバー管理者の努力義務については 21 条に規定されている。

¹⁹³ EMA の設立の経緯および主な活動については、<http://ema.mcf.or.jp/ema.html> を参照した。なお、EMA は 2019 年 4 月末をもって事業を終了した。

第3節 青少年インターネット環境整備法の改正

以上のような環境整備法や EMA の活動の結果、一般の SNS サイトを利用して性犯罪等の被害にあう青少年の数が一度は減少したものの、2008 年 7 月に「iPhone」が発売され、スマートフォン（以下、スマホと略す。）が急速に普及したことにより、再び状況が悪化し始めた。携帯電話ではネットへのアクセスは携帯電話回線を通じて行われ、フィルタリング機能も携帯電話事業者の管理の下に行われていたが、スマホの場合は、携帯電話回線だけではなく Wi-Fi 経由においてもネット接続がなされるという特徴があった。ところが、環境整備法において、携帯電話事業者によるフィルタリング提供義務が課されているのは、携帯電話回線を通じたネット接続に対してのみであり、Wi-Fi 経由におけるネット接続に対しては同法は適用対象外であった。つまり、同法はもともと従来型の携帯電話（いわゆるガラケー）を想定して制定されたものであったため、Wi-Fi 経由においてもネット接続が可能なスマホを利用してインターネットを利用することは想定外であったのである。加えて、スマホが普及し始めた当初、フィルタリングを機能させることができなかつたため、フィルタリングの普及が遅れてしまうという事態が生じていた。

また、このような事情とは別に EMA による認定制度の実効性の低下が問題とされていた¹⁹⁴。EMA による認定を取得していなければ、フィルタリングの対象となるため、青少年は当該サイト・アプリを利用することができなくなる。実際、青少年が利用する人気のメッセージアプリが、当初は EMA による認定を取得していなかつたため、フィルタリングの対象となり、これにより、このサイトを利用したいということからフィルタリングを解除してしまう青少年が続出し、その結果フィルタリングの利用率が低下してしまったということである¹⁹⁵。

¹⁹⁴ 曾我部・前掲注（179）13 頁参照。

¹⁹⁵ このような事情により、環境整備法が改正される以前には、条例により独自の取り組みを行っている都道府県があった。例えば千葉県、愛知県をはじめ多くの都道府県では、条例により販売店が青少年にスマホを販売する場合、フィルタリングの効用を説明する義務が販売店に課されていた。また、三重県においては、2015 年に青少年健全育成条例を改正し、携帯電話事業者等（事業者・販売店）には、携帯電話等の使用者の年齢確認を行い、使用者が 18 歳未満である場合、携帯電話からインターネットに接続することにより青少年有害情報を閲覧（視聴を含む）する機会が生じること、事業者が提供できるフィルタリングサービスおよびフィルタリングソフトウェアの内容等を契約者に説明し、説明事項を記載した書面を交付することが義務付けられている（18 条の 7）。また、保護者には、携帯電話事業者等からの説明を受けた上で、フィルタリングサービスを利用しない場合、携帯電話販売店等に正当な理由を記載した書面を提出する義務が課された（18 条の 8）。環境整備法改正前の条例によるインターネットの有害情報規制について考察したものとして、小倉・前掲注（26）35 頁参照。

こうしたインターネットを利用する環境の変化に対応するため、2018年に環境整備法は改正された。改正のポイントはいくつかあるが、まず、携帯電話インターネット接続役務提供事業者の対象業種の範囲が拡大された。これまでは、「携帯電話やPHSからのインターネット利用を提供している事業者」、要するに携帯電話会社だけであったが、改正後は、携帯電話やPHSからのインターネット利用を提供している事業者（格安SIMや格安スマホの提供事業者も含む）に加え、携帯電話ショップを運営している契約代理店も含まれるようになった。続いて、携帯電話インターネット接続役務提供事業者および契約代理店は、契約時にあらかじめ契約をしようとする者が青少年（18歳未満）かどうかを確認しなければならない（13条1項）、さらに、改正前は、保護者が携帯電話の使用者が青少年であることを申し出ることとされていたが、改正後は、契約を締結しようとする者が青少年ではない場合は、その携帯電話端末等の使用者が青少年であるかどうかを確認しなければならないという規定が新たに設けられた（同条2項）。このように新たに追加された規定は他にもあり、14条においては、契約しようとする者が青少年である場合、「携帯電話端末等からのインターネットの利用により青少年が青少年有害情報の閲覧をする可能性がある」とことと、「フィルタリングサービスの利用の必要性及び内容」並びに「青少年有害情報フィルタリング有効化措置の必要性及び内容」について、青少年とその保護者に対して説明しなければならないとされた。加えて、16条には、携帯電話端末等の契約者又は使用者が青少年である場合、「青少年有害情報フィルタリング有効化措置を講じなければならない」と規定した。この「青少年有害情報フィルタリング有効化措置」とは、「インターネットを利用する者の青少年有害情報の閲覧を制限するため、インターネットと接続する機能を有する機器に組み込まれたプログラムの機能を制限する措置」と定義されている。要するに、携帯電話事業者および契約代理店には、契約とセットで販売される携帯電話端末等について、販売時にフィルタリングソフトウェアやOSの設定を行うという義務が課されたのである。ただし、青少年の保護者がフィルタリングサービス等の説明を受けた上で、同サービスを希望しない旨の申し出をした場合、携帯電話事業者および契約代理店は、当該措置を講ずる必要はないとされている（16条但書）。さらに、19条には、インターネット接続機器の動作を直接制御する機能を有するプログラムを開発する事業者（OS開発事業者）の努力義務として、プログラムの実行をするためにOS開発事業者は、「携帯電話インターネット接続役務提供事業者等の青少年有害情報フィルタリング有効化措置及び当該インターネット接続機器を製造する事業者の青少年有害情報フィルタリングソフトウェア又は青少年有害情報フィルタリングサービスの利用を容易にする措置が円滑に講ぜられるように、当該プログラムを開発するよう努めなければならない」という規定が追加された。以上のように、携帯電話事業者等

に18歳未満かどうかの確認義務やフィルタリングの説明義務等を課すという改正を行うことによって、フィルタリング導入の強化が期待されているといえるだろう。

第4節 フィルタリングの現状と課題

環境整備法が2008年に制定された後、従来型の携帯電話に代わり、スマホやタブレット端末が急速に普及したことや、Wi-fi経由でもインターネット接続が可能であるスマホには、改正前の環境整備法は適用対象外であったことなどから、フィルタリングの利用率が減少していた。このような現状を改善するために、環境整備法が改正されたことは先に述べたとおりである。内閣府は、2009年から「青少年のインターネット利用環境実態調査」を毎年実施しているのであるが、その最新版（令和元年度）の調査によれば、青少年（満10～17歳）の93.2%がインターネットを利用しており、その際利用する機器はスマホ63.3%、携帯ゲーム機31.2%、タブレット29.6%が上位を占めているという結果が出た¹⁹⁶。2009年度の調査開始時からの推移から、スマホによるインターネット利用が年々増加傾向にあるといわれている。また、インターネット利用機器の上位3種のうち、タブレットでは「親と共用」が47.0%、「子ども専用」が33.6%と、親と共用する割合が高いのに対し、スマホの場合では「親と共用」が17.1%とタブレットよりも低いという結果が出た。しかも、スマホの場合、小学生よりも中学生、中学生よりも高校生の方が「子ども専用」の割合が高いという結果が出た（高校生は98.6%）。

一方で、子どものインターネット利用に関する保護者の取り組み（子どもが青少年の場合）については、青少年の保護者の84.8%が以下のいずれかの方法で管理していると回答した。保護者が実施している取り組みとは、「子どものネット利用状況を把握」（39.6%）、「フィルタリング」（37.4%）が上位を占めていた。ただ、高校生の保護者については、「ネット利用の管理は行っていない」（22.8%）という回答が小学生および中学生の保護者よりも高く、また「大人の目の届く範囲で使わせている」と回答したのが11.4%と、他の保護者よりも低いという結果が出された。そして、青少年の保護者のフィルタリングの認知については、「知っていた」が60.2%で、前年度よりも増加したということである。

以上の調査結果から、青少年のインターネットの利用率（93.2%）が高い割に、青少年の保護者のフィルタリングの認知（60.2%）がまだ十分になされていないように思われる。フィルタリングの存在を知っているが、子どもの自主性に任せ、フィルタリングを利用しないということと、始めからフィルタリングの存在を知らないために、当然子どものスマホにもフィルタリングをつけていないということでは全く次元が異なるといえる。今回の環境整備法の改正により、携帯電話端末等の使用者が青少年である場合、携帯電話事業者および

¹⁹⁶ 以下の内容についても、内閣府「令和元年度青少年のインターネット利用環境実態調査調査結果（概要）」1頁以下参照。

(https://www8.cao.go.jp/youth/youth-harm/chousa/r01/net-jittai/pdf/kekka_gaiyo.pdf)。

契約代理店側にフィルタリングの必要性等を説明する義務が課されたとはいえ、それ以前に、インターネットを利用するために青少年に携帯電話端末等を持たすのであれば、その保護者は最低限度フィルタリングを認知しておくべきである。そのためには、インターネットに関する啓発や学習の機会を保護者に与える必要がある。この点、内閣府の調査では、青少年の保護者がインターネットに関する啓発や学習を受けた経験は 77.7%と比較的高く、このうち「学校や保育園・幼稚園等の保護者会や PTA の会合など」(68.0%)で啓発を受けていることが多いということが報告されている¹⁹⁷。

また、保護者だけではなく、スマホを使用する青少年にもリテラシー教育を行う必要がある。これについては既に総務省が行っており、総務省は文部科学省および情報通信分野等の企業・団体等と協力しながら、子どものインターネットの安全な利用に係る普及啓発を目的とした出前講座である「e-ネットキャラバン」を、児童・生徒、保護者・教職員等を対象として全国で実施しており、2019年度は全国 2660 箇所で開催された¹⁹⁸。加えて、総務省は、2016年より、保護者・教職員のフィルタリングについての理解の向上を図るために、「e-ネットキャラバン Plus」を新設したほか、インターネット利用者が低年齢化していることから、講座の対象学年を小学5年生から小学3年生の児童およびその保護者へと引き下げている。さらに、総務省は、2011年に青少年のインターネット・リテラシーを可視化するテストとして「青少年がインターネットを安全に安心して活用するためのリテラシー指標 (ILAS: Internet Literacy Assessment indicator for Students)」を開発し、2012年より全国の高校1年生相当を対象に実施している¹⁹⁹。総務省では、「ILASを地域での周知啓発活動や、事業者による安心・安全サービスの提供・改善に役立てるとともに、国際的な指標づくりにインプットしていくことを目指している²⁰⁰」。以上のように、2008年に環境整備法が制定された当時から国が主導する形で、児童・生徒、保護者・教職員等を対象としてフィルタリングについての理解を図るために出前講座が開講されたり、2018年における環境整備法

¹⁹⁷ その一方で、低年齢層(0～満9歳未満)の子どもの保護者がインターネットに関する啓発や学習を受けた経験は、57.1%と、青少年の保護者の場合よりも低くなっている。

¹⁹⁸ e-ネットキャラバンについては

<https://www.soumu.go.jp/johotsusintokei/whitepaper/ja/r01/html/nd246450.html> を参照した。2006年の活動開始時における出前講座の開催状況は、全国で453箇所であった。

(https://www.fmmc.or.jp/Portals/0/images/e-netcaravan/news/pdf/070331_2006.pdf)。

¹⁹⁹ インターネットリテラシーに関して、ILASおよび当該テストで測定しようとする能力は、「知識基盤社会、高度情報通信社会を生きる力のひとつとして重要な、安全に安心してインターネットを活用できる能力」のことであり、義務教育修了時(15歳)までに、すべての青少年に身につけて欲しい能力であるとされている。

(<http://www.cec.or.jp/cecre/soumu/PDF/ILAS.pdf>)。

²⁰⁰ 松井他編・前掲注(36)139頁参照(鈴木執筆部分)。

の改正によって、フィルタリングの導入を強化することが期待されている。

ところで、環境整備法の中核は、青少年を有害情報から保護するために、インターネット上の有害情報を遮断する手段としてフィルタリングを利用することにあるといえる。先述したように、同法において、「青少年有害情報」とはどのようなものかについては、2条3項に定めがあり、そして、その例として同条4項が規定されている。ただ、これらは例示規定であるため、具体的にどのような情報が青少年有害情報に該当するのかについての判断や基準の策定は、国が判断するのではなく、関係事業者や保護者に委ねられている。また、同法には、携帯電話事業者および契約代理店には使用者が青少年である場合、フィルタリングの利用について説明義務が課されているが、この説明義務に違反しても罰則は課されず、加えて、保護者がフィルタリングを利用しない旨の申し出をした場合は、フィルタリングを利用しなくてもよいと定められている。このことから、フィルタリングの利用は法による強制ではなく、使用者および契約者の自主性に任せられているといえ、この点は評価できるといえるだろう。

この点につき、例えば、法律で有害情報とは何かを定義した上で、行政がインターネット上の情報の有害性を審査することに加え、携帯電話事業者等にフィルタリング提供義務を課し、これらの事業者のフィルタリング提供義務違反について罰則規定を設けるとすれば、青少年健全育成条例による有害図書規制の場合と同様の憲法上の問題が生じるであろう²⁰¹。つまり、わいせつ表現や有害図書の定義が不明確であるという指摘がなされているように、わいせつ表現よりもより広範な表現である「青少年有害情報」を法律によって定義することは困難であるように思われるのである。それゆえ、青少年有害情報を法律により規制すれば、青少年有害情報ではない情報までもが規制されてしまうおそれがあり、青少年の表現の自由（情報受領権）を侵害するものであるといえよう。また、このような規制は表現内容に基づく規制であるといえるため、厳格な司法審査基準を満たさない限り、当該規制は憲法21条に違反したものであるといえるだろう。よって、以上のような憲法上の問題を生じさせないためには、法律で有害情報を規制するのではなく、環境整備法のように、具体的にどのような情報が青少年有害情報に該当するのかについての判断や基準の策定については、関係事業者や保護者に委ねるといった自主規制の形を採るのが妥当であるといえるだろう。ただ、フィルタリングを用いることによって、インターネット上に存在するすべての有害情報を遮断することは困難であることに加え、有害とはいえない情報までも遮断してしまう可能性があるが、最終的にフィルタリングサービスを利用するか否かは、携帯電話端末等を

²⁰¹ 松井他編・同書 129、143 頁参照（鈴木執筆部分）。

使用する青少年の保護者が判断するのが妥当であろう。また、環境整備法には罰則規定は設けられていないが、携帯電話事業者等にはフィルタリングサービスの説明義務等を遵守させた上で、青少年だけでなくその保護者および学校の教員に対しても、フィルタリングの周知啓発活動を継続して行っていくべきであろう²⁰²。

他方で、アメリカ合衆国においても、青少年をインターネット上の有害な情報から保護する試みは日本よりも早い段階で行われてきた。アメリカ合衆国においては、1990年代中頃からインターネット上の有害表現を規制することが求められ、その結果、連邦議会は1996年に通信品位法（Communications Decency Act of 1996、以下、CDAと略する。）を制定した。同法は、「わいせつなまたは下品なメッセージを18歳未満の者へ故意に伝達すること²⁰³」、および「18歳未満の者が入手可能な形で明らかに不快なメッセージを送信し、または陳列すること²⁰⁴」を禁止し、上記に違反した者については罰金または2年以下の自由刑に処されるか、もしくはその両者が科されるという規定であるが、同法制定直後に規定の違憲性が疑われ、1997年、アメリカ連邦最高裁はCDAが合衆国憲法修正1条に違反すると判示している²⁰⁵。その後、連邦議会は、CDAよりも規制対象を限定した児童オンライン保護法（Child Online Protection Act、以下COPAと略する。）を制定した。同法は、インターネットの情報提供者が、営利目的で17歳未満の未成年に有害な情報を配布することを禁じるもので、CDAと比較してWWWを用いた「営利目的」の表現のみを規制対象とし、加えてCDAにおいて用いられた「下品な」および「明らかに不快な」という表現は避け、COPAにおいては、規制対象を明確にするため、未成年者にとってわいせつな表現の規制の合憲性が争われた判決²⁰⁶で定義された「未成年者にとって有害」という表現を使用し、CDAが合衆国憲法修正1条に違反すると判示されたReno判決を考慮し、慎重に制定された。しかし、COPAについても、アメリカ自由人権協会等が合衆国憲法修正1条に違反すると主張し、加えて同法の差止めを求める訴訟を提起した。2002年、アメリカ連邦最高裁は控訴審の理由付けが不十分であるとして判決を控訴裁判所に差戻したが²⁰⁷、再び控訴審で違憲判決が出され、アメリカ連邦最高裁に再度上訴された。アメリカ連邦最高裁は再度、インターネット上における未成年者に有害な情報を規制する手段として、COPAによる規制

²⁰² 松井他編・同書143頁参照（鈴木執筆部分）。

²⁰³ 47 U.S.C.A. § 223 (a)(Supp. 1997).

²⁰⁴ 47 U.S.C.A. § 223 (d).

²⁰⁵ Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844 (1997). Reno判決については本稿第二部において詳細に検討する。

²⁰⁶ Ginsberg v. New York, 390 U.S. 629 (1968).

²⁰⁷ Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 535 U.S. 564 (2002).

とフィルタリングソフトとでは、どちらがより制限的でない手段であるかについて検討し、結論としてアメリカ連邦最高裁は、フィルタリングソフトは完全なものではないとしても、COPA による規制よりも有効であるといえるが、政府が COPA による規制こそがより制限的でない他の選べる手段であるという立証を行っていないことに加えて、本件訴訟が初めて裁判所に提起されてから 5 年が経過していることから、現在のインターネットの技術水準に沿って審査をし直すよう、控訴審に事件を差し戻した²⁰⁸。差し戻し後の控訴裁は、再度 COPA を違憲と判断し、アメリカ連邦最高裁が審理を拒否したため、違憲判決が確定し、同法は消滅した²⁰⁹。以上のようなアメリカ合衆国における法律による規制とそれらに関連する訴訟の展開について、詳細は本稿第二部に委ねるとするが、アメリカ合衆国におけるインターネット上の有害情報の規制についても、日本と同じく、フィルタリングソフトがより制限的でない手段といえるか否かが議論されているといえよう。

²⁰⁸ Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 542 U.S. 656 (2004).

²⁰⁹ ACLU v. Mukasey, 534 F. 3d 181 (3rd Cir. 2008), cert. denied 555 U.S. 1137 (2009).

第5章 児童ポルノ禁止法をめぐる議論

第1節 児童ポルノ禁止法成立の背景

日本において、児童売春・児童ポルノ禁止法が制定されたのは1999年のことである。同法が制定された背景には、欧米諸国において、児童ポルノが有する問題性が意識され始めたことにある。児童ポルノは幼い子どもを被写体としているため、その製造過程において子どもに対する性的虐待が行われるおそれがあるのではないかと指摘され、欧米諸国では、1970年代以降、児童ポルノを含む児童の性的搾取・虐待の規制が行われるようになった²¹⁰。このような国際的な取り組みの始まりは、児童の権利に関する条約（子どもの権利条約）が採択されたことにある。同条約は1989年に国連総会で採択され（日本は1994年に批准）、2019年現在において196の国と地域で締結されている条約である。同条約の34条には、「締約国は、あらゆる形態の性的搾取及び性的虐待から児童を保護する」ために、特に、「不法な性的な行為を行うことを児童に対して勧誘し又は強制すること」、「売春又は他の不法な性的な業務において児童を搾取的に使用すること」、「わいせつな演技及び物において児童を搾取的に使用すること」を防止するための適当な国内、二国間及び多数国間の措置をとることが定められており、また、35条においては、「締約国は、あらゆる目的のための又はあらゆる形態の児童の誘拐、売春又は取引を防止するためのすべての適当な国内、二国間及び多数国間の措置をとる」ことが定められている。また、1996年、スウェーデンのストックホルムで、「第1回子どもの商業的性的搾取に反対する世界会議」が開催され、「子どもの商業的性的搾取に反対するストックホルム宣言及び行動計画」が採択された。この会議には、日本からも国会議員や関係省庁職員などが参加したが、同会議において、日本人による東南アジアでの児童買春や日本国内において児童ポルノが大量に製造されているとの非難を受け、日本政府として何らかの法的対応が迫られた²¹¹。

その結果、日本においても、1999年に「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」（以下、児童ポルノ禁止法と略する。）が制定された。2000年以降、児童ポルノ規制に関する国際的な取り組みがさらに進展し、1999年、国際労働機関（ILO）において、「最悪の労働形態の児童労働の禁止及び撤廃のための即時の行動に関する条約」（ILO182号条約）が採択された（日本の批准は2001年）。加えて、2000年には子どもの権利条約の34条・35条・39条を実施するための措置を具体化した「児童の売買、

²¹⁰ 曾我部真裕「インターネットにおけるわいせつな表現・児童ポルノ」松井他編・前掲注(36)102頁参照。園田寿「第1章 児童ポルノ禁止法の成立と改正」園田寿・曾我部真裕編『改正児童ポルノ禁止法を考える』（日本評論社、2014年）2頁参照。

²¹¹ 松井他編・同書102-3頁参照（曾我部執筆部分）。園田他編・同上参照。

児童買春及び児童ポルノに関する児童の権利に関する条約の選択議定書」(以下、選択議定書と略する。)が国連総会において採択され(日本の批准は2005年)、この選択議定書には、子どもの性的搾取に関する具体的な規定が設けられた。さらに、2001年には欧州評議会において「サイバー犯罪に関する条約」が採択され、インターネットを利用した児童ポルノに関する規定が定められた。

ところで、アメリカ合衆国では、児童ポルノが1970年代に急速に流行し、児童ポルノの製作における子どもの搾取的使用が深刻な社会問題となっていたため、1970年代後半から各州において児童ポルノに対する規制がなされた²¹²。1996年には、児童ポルノを禁止する法律、すなわち1996年の連邦児童ポルノ防止法(Child Pornography Prevention Act of 1996、以下CPPAと略す。)が制定されたが、同法がコンピュータグラフィックによるものや、未成年者のように見える成人俳優の視覚的な性行為の描写を児童ポルノと捉え、それらの所持および配布を禁止していたことから、同法が過度に広汎な規制であり、合衆国憲法修正1条に違反するとアメリカ連邦最高裁において判断された²¹³。この判決を受けて、連邦議会は2003年にPROTECT法²¹⁴を制定した。同法は、バーチャル児童ポルノ全般ではなく、未成年者と区別できないバーチャル児童ポルノのみを規制対象とし、CPPAが過度に広汎な規制であるという点を修正し制定されたものである。PROTECT法についても合憲性が疑問視されていたが、結局アメリカ連邦最高裁は同法を合憲と判断している。したがって、現在のアメリカ合衆国においては、児童ポルノの単純所持および未成年者と区別できないバーチャル児童ポルノの規制まで認められているということになる。

²¹² アメリカ連邦最高裁は、児童をモデルとしたポルノの提供を禁じたニューヨーク州法や、児童ポルノの単純所持を禁じたオハイオ州法を合憲と判断している。なお、児童ポルノの提供を禁じた事例については、本稿第二部において検討する。

²¹³ Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002).

²¹⁴ Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children Today Act of 2003, Pub. L. No. 108-21, 117 Stat. 650 (2003) .

第2節 児童ポルノ禁止法の成立と二度にわたる法改正

児童ポルノ禁止法の目的は、個々の児童の性的権利を搾取や虐待から保護することである(1条)。そして、この法律における「児童」とは、18歳未満の者とされ(2条1項)、「児童ポルノ」については、以下のように定義されている。児童ポルノとは、「児童を相手方とする又は児童による性交又は性交類似行為に係る児童の姿態」、「他人が児童の性器等を触る行為又は児童が他人の性器等を触る行為に係る児童の姿態であって性欲を興奮させ又は刺激するもの」、「衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態であって、殊更に児童の性的な部位(性器等若しくはその周辺部、臀部又は胸部をいう。)が露出され又は強調されているものであり、かつ、性欲を興奮させ又は刺激するもの」を描写した写真・電磁的記録等のことである(2条)。そして、児童ポルノの頒布、販売、公然陳列等の行為を処罰対象とした(7条)。

2004年、児童ポルノ禁止法は改正された。これは、1999年に同法が施行されて3年を目処として同法を見直すという規定が、児童ポルノ禁止法附則6条に設けられていたからであり、加えて、1999年に同法が制定されて以降、ILO182号条約、選定議定書、サイバー犯罪条約に日本が批准したことから、国内法の整備が必要となったためである。2004年の主な改正点は、第一に、目的規定の修正、第二に、法定刑の引き上げ、第三に、処罰範囲の拡大という三点であった。まず、目的規定の修正であるが、以下のように、「この法律は、児童に対する性的搾取及び性的虐待が児童の権利を著しく侵害することの重大性に鑑み、あわせて児童の権利の擁護に関する国際的動向を踏まえ、児童買春、児童ポルノに係る行為等を規制し、及びこれらの行為等を処罰するとともに、これらの行為等により心身に有害な影響を受けた児童の保護のための措置等を定めることにより、児童の権利を擁護すること」が目的であるとされた。この1条の目的規定の修正は、先述したように日本が批准した条約等による義務に対応したものである²¹⁵。続いて、法定刑の引き上げについてであるが、これまでは児童ポルノの頒布、販売、業としての貸与および公然陳列並びにこれらの目的による所持、製造、運搬、輸出入の罪(7条)については、「3年以下の懲役又は300万円以下の罰金」とされていたが、これを「5年以下の懲役又は500万円以下の罰金」に法定刑が引き上げられた²¹⁶。さらに、1999年の児童ポルノ禁止法の規定では、特定かつ少数の者に対する提供が処罰対象外であったことから、処罰範囲が拡大され、「児童ポルノの画像データの提供とこれを目的とした保管(2条3項、7条)、特定かつ少数の者に対する提供とこれを

²¹⁵ 松井他編・前掲注(36)104頁(曾我部執筆部分)参照。園田他編・前掲注(210)6頁参照(園田執筆部分)。

²¹⁶ 園田他編・同上参照(園田執筆部分)。

目的とした製造・所持等（7条1項、2項）、児童に（2条3項各号の）姿態をとらせて児童ポルノを製造する行為（7条3項）」の三点が処罰対象とされた²¹⁷。なお、児童ポルノ禁止法が1999年に制定されて以来、いわゆる単純所持に対する規制を導入するか否かが議論されていたが、2004年改正時においても、2003年の通常国会に提出された法案の中に単純所持に対する規制（罰則はなし）が盛り込まれていたものの、国会審議の段階で野党の反対があり、削除された²¹⁸。

前回の改正から10年後の2014年、児童ポルノ禁止法は再び改正された。今回の改正においても、2004年の改正法附則2条において、同法を見直すという規定が設けられていたことから、各党において議論がなされた。その議論の中心は、単純所持に対する規制の導入と漫画・アニメ等による非実在児童の性的な表現の規制であったが、結果的に2014年の法改正においては、単純所持に対する規制が新たに追加され、加えて、児童ポルノの定義（いわゆる3号ポルノ）の明確化、盗撮による児童ポルノ製造罪の新設がなされた。まず第一に、児童ポルノの定義の明確化であるが、児童ポルノの定義は、児童ポルノ禁止法2条3項1号から3号に規定されており、今回の改正ではこのうち3号の改正が行われた。同号は、以下の下線部分が追加され、「衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態であって、殊更に児童の性的な部位（性器等若しくはその周辺部、臀部又は胸部をいう。）が露出され又は強調されているものであり、かつ、性欲を興奮させ又は刺激するもの」とされた。第二に、単純所持に対する規制については、同法3条の2において、「何人も、児童買春をし、又はみだりに児童ポルノを所持し、若しくは第2条第3項各号のいずれかに掲げる児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写した情報を記録した電磁的記録を保管することその他児童に対する性的搾取又は性的虐待に係る行為をしてはならない」と定めた。ただし、「自己の性的好奇心を満たす目的で」、「自己の意思に基づいて所持するに至った者」であることが「明らかに認められる者」に限り処罰することとされた。第三に、盗撮による児童ポルノ製造罪が新たに処罰されるようになった（7条5項）。

²¹⁷ 園田他編・同上7頁参照（園田執筆部分）。

²¹⁸ 松井他編・前掲注（36）104頁参照（曾我部執筆部分）。

第3節 児童ポルノ禁止法をめぐる憲法上の問題点

前節で概観したように、児童ポルノ禁止法は、1999年に制定されてから二度にわたる改正を経たが、2014年改正時に新設された単純所持に対する規制や、児童ポルノの定義が不明確であるということなど、憲法学界から批判されている。そこで、以下、児童ポルノ禁止法をめぐる憲法上の問題点について考察する。

第1項 児童ポルノの定義

児童ポルノの定義については、児童ポルノ禁止法2条3項に規定されている。同法によれば、「児童ポルノ」とは、「写真、電磁的記録…に係る記録媒体その他の物であって、次の各号のいずれかに掲げる児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写したもの」とされており、2条3項1号から3号には、児童ポルノの類型が列挙されている。同条同項1号（1号ポルノ）は、「児童を相手方とする又は児童による性交又は性交類似行為に係る児童の姿態」を描写したもの、2号（2号ポルノ）は、「他人が児童の性器等を触る行為又は児童が他人の性器等を触る行為に係る児童の姿態であって性欲を興奮させ又は刺激するもの」を描写したもの、3号（3号ポルノ）は、「衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態であって、殊更に児童の性的な部位（性器等若しくはその周辺部、臀部又は胸部をいう。）が露出され又は強調されているものであり、かつ、性欲を興奮させ又は刺激するもの」を描写したものを児童ポルノと定義している。このうち、2014年の法改正によって、3号の規定に「殊更に児童の性的な部位（性器等若しくはその周辺部、臀部又は胸部をいう。）が露出され又は強調されているものであり、かつ、」という文言が追加された。改正前の3号ポルノの規定では、保護者が自宅などで水浴びしている幼児の自然な姿を撮影した画像なども児童ポルノに該当する可能性があるため、3号ポルノの規定は従来より過度に広汎な規制ではないかという批判がなされていた²¹⁹。

しかし、上記のような文言の追加がなされてもなお、児童ポルノの定義については過度に広汎であるとの指摘がある。加えて、2号および3号の規定には、児童ポルノの範囲を限定するために「性欲を興奮させ又は刺激するもの」という要件が付されているものの、この要件がほとんど機能していないという批判がある²²⁰。そもそも、この要件は誰の「性欲を興奮させ又は刺激するもの」が児童ポルノとされるのかが不明確であるといえ、実際、この点については裁判においても争われており、たとえば、「性欲を興奮させ又は刺激するもの」か

²¹⁹ 松井他編・同上 106頁参照（曾我部執筆部分）。園田他編・前掲注（210）8頁参照（園田執筆部分）。

²²⁰ 松井他編・同上 107頁参照（曾我部執筆部分）。

否かの判断方法を示したものとして、京都地裁平成12年7月17日判決の事例があげられる²²¹。同事例において、京都地裁は、「性欲を興奮させ又は刺激するものであるか否かの判断は、児童の姿態に過激に性的に反応する者を基準として判断したのではあまりにも処罰範囲が拡大してしまうことから、…児童ポルノの定義から最高裁判所判例の掲げる『普通人の正常な性的羞恥心を害し』という要件が割愛されているとしても、法の一般原則からして、その名宛人としての『普通人』又は『一般人』を基準として判断するのが相当である」と判示している。この京都地裁の事例は、児童ポルノ禁止法が改正された2014年以前の事例であるが、その後の事例においても、この判断基準が踏襲されており、また、「性欲を興奮させ又は刺激するもの」という文言について、最高裁は不明確ではないと判示している²²²。裁判所の判断では、「性欲を興奮させ又は刺激するもの」という要件は、小児愛者ではなく一般人を基準にするということであるが、裁判所は一方で、乳幼児が入浴している写真等についても児童ポルノ該当性を認めている。しかし、上記のような写真を見て、性欲を興奮させられるのは小児愛者であり、一般人はそのようなことはないであろう。それにもかかわらず、乳幼児の入浴写真を児童ポルノとして規制するのであれば、2号・3号の「性欲を興奮させ又は刺激するもの」という要件は、児童ポルノの範囲を限定する要件としては機能していないといえ、結果的に2号・3号によって児童ポルノとされるものは非常に広汎であるといえるだろう。

他方で、定義上2条3項1号から3号に該当しないものの、性的搾取・虐待というべきものも存在するという批判がある。たとえば、頭部や顔面に精液をかけられた着衣の児童の写真などについては、定義上、児童ポルノに該当しないことになる。それは児童ポルノの定義が「裸か裸でないか」という点に着目して定義されているからであるといえる。先述したように、2014年の法改正により、3号ポルノの規定に「殊更に児童の性的な部位（性器等若しくはその周辺部、臀部又は胸部をいう。）が露出され又は強調されているもの」という文言が追加されたが、この3号ポルノの規定に該当するものは具体的にどのようなものなのかについて、日弁連がその意見書において説明している。日弁連の意見書によれば、乳幼児の女性器が不自然な開脚によって見える写真は、「殊更に（児童の）性器等が見える状態」にあたりとされている²²³。では、性的な部位について、モザイク処理等を施して見えなくす

²²¹ 京都地裁平成12年7月17日判決（判タ1064号249頁）。鎮目征樹「児童ポルノ禁止法2条3項3号の意義—児童ポルノ販売事件」長谷部他編・前掲注（103）122-23頁参照。

²²² 最高裁平成14年6月17日第二小法廷（集刑281号577頁）。

²²³ 「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」の見直し（児童ポルノの定義の限定等）を求める意見書」（2010年11月16日）参照。

れば、その写真等は児童ポルノに該当しないということになるのであろうか。この点につき、日弁連は、「女性器の部分を黒塗りにして完全に見えないようにすれば、その段階では児童ポルノには該当しないということになる」と述べている²²⁴。以上のように、児童ポルノの定義を性器等が見えているかどうかという形で定義することは、一方で、恣意的な判断を排除し、判断の明確性を保障するものであるといえるが、「児童ポルノに関してはそのような方法を採用することは間違った方向に行く可能性があるのではないか」という指摘がなされている²²⁵。児童ポルノの規制目的は、児童の裸を取り締まることではなく、児童を性的搾取・虐待から保護することにあるといえる。このような児童ポルノの定義をめぐる問題を回避するためには、児童ポルノがどのようなものなのかという定義を明確にするのではなく、どのような行為が性的虐待行為に該当するのかということをも明確に定義すべきかもしれない。

第2項 単純所持規制をめぐる憲法上の問題

2014年の法改正により、児童ポルノの単純所持も規制されるようになったが、この規定については、アメリカ合衆国だけでなく諸外国の立法において規定されていることが多いことから、日本においても以前より導入が主張されていた。しかし、その一方で、単純所持規制については憲法学界や刑法学界等から批判がなされている²²⁶。主に批判されているのは、第一に、単純所持を処罰する根拠（保護法益）が不十分であるということ、第二に、単純所持規制は基本的人権の制約にあたり、単純所持を処罰する根拠が不十分であることから当該制約を正当化することはできず違憲の疑いがあるということである。これら二点は別個の問題ではなく、関連性のある問題であるといえるため、まず、児童ポルノ規制の保護法益が何かを明確にした上で、単純所持規制の保護法益について考察し、さらに、単純所持規制によってどのような基本的人権が制約されるのかについて考察したいと思う。

第一の問題点であるが、単純所持罪の保護法益について議論する際、これまで、児童ポルノを頒布目的等で製造・所持等することが児童ポルノ禁止法の処罰の対象とされてきたことから、まず、このような場合に児童ポルノを規制する根拠を確認しておく必要がある。児童ポルノを規制する根拠としては、被写体とされた具体的な児童の心身の健全性等を保護

(<https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/101116.pdf>)。

²²⁴ 同上参照。

²²⁵ 園田他編・前掲注（210）12頁参照。

²²⁶ 刑法学からの批判については、高山佳奈子「第4章 所持規制の刑法上の論点」園田他編・同上63頁参照。

すると解する見解（被写体児童に係る個人的法益説）がある。この見解に依拠し、児童ポルノ禁止法が性的な搾取・虐待からの児童の保護を問題としていることや、刑法 175 条によるわいせつ表現規制と児童ポルノ禁止法による児童ポルノ規制を比較した場合、児童ポルノ禁止法における性描写の要件は「徒に」ではなく、単に「性欲を興奮または刺激せしめる」ものであればよく、わいせつ性の判断基準である他の要件、すなわち「且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」という要件を必要としないため、同法における処罰範囲は広範であり、法定刑も非常に厳しいものであることから、児童ポルノの規制は、憲法 21 条が保障する表現の自由に対する「極めて厳格かつ広範な制約」となっていると見えよう。また、児童ポルノ禁止法では 15 条および 16 条に、被写体とされた児童への保護措置が規定されていることや、描写対象を実在の児童を前提としていると解されることなどから、児童ポルノを規制する根拠としては、その規制利益を被写体とされた児童の個人的利益と解することでしか正当化できないと主張されている²²⁷。さらに、児童ポルノ規制の保護法益が、被写体とされた児童の利益にあることについては裁判例においても基本的に認められている²²⁸。また、児童ポルノ禁止法の保護法益を個人的法益と捉える見解には、「児童ポルノの所持や拡散が招来しうる、その描写内容の模倣や、新たな児童ポルノ需要の喚起に基づくその市場形成によって、児童が将来被りうる性的な搾取や虐待からの保護という利益と解する見解（児童一般に係る個人的法益説）」も存在する²²⁹。

他方で、児童一般の健全育成という利益や、児童を性欲の対象としない良好な社会環境の維持という利益が児童ポルノ規制の実質的根拠であると解する見解（社会的法益説）も存在する²³⁰。この見解の理論的根拠としては、児童ポルノ禁止法における児童ポルノを規制する規定と刑法 175 条の規定は、文面上類似しており、両規定の違いは児童の権利を対象とするのか、成人を含むすべての人々の良俗を対象とするのかであるが、このような相違は児童が成人よりも広く保護されるべきであるためであると考えられることなどがあげられる。

²²⁷ 個人的法益説による規制根拠については、永井善之「児童ポルノの刑事規制について（2・完）—いわゆる『擬似的児童ポルノ』の規制の検討を中心に—」法学 67 卷 4 号（2003 年）147 頁、同「サイバー・ポルノ規制と刑事法改正」刑法雑誌 45 卷 3 号（2006 年）34 頁参照。

²²⁸ 京都地裁平成 12 年 7 月 17 日判決（判タ 1064 号 249 頁）。

²²⁹ 永井善之「実在児童の写真素材とした、同児童が 18 歳以上となっていた時点で行われたコンピューターグラフィックスの作成と児童ポルノ製造罪の成否」TKC ローライブラリー新・判例解説 Watch 刑法 No.153（文献番号 z18817009-00-071531900）3 頁参照、高良幸哉「児童ポルノ規制における保護法益について」比較法雑誌 51 卷 3 号（2017 年）131 頁参照。

²³⁰ 上野芳久「児童買春と児童ポルノの刑事規制」西原春夫ほか編『佐々木史朗先生喜寿祝賀・刑事法の理論と実践』（第一法規出版、2002 年）528-31 頁参照。

ただ、このような見解に対しては、批判がなされており、たとえば、刑法 175 条のわいせつ物規制では「わいせつな文書、図画、電磁的記録に係る記録媒体その他の物」が規制対象であるのに対し、児童ポルノ禁止法では視覚的に認識される写真等に規制対象が限定されており、本説が児童一般の健全な成育という利益を保護することを目的としている以上、規制対象が写真等に限定されてしまうと、当該目的を達成することは困難ではないとかの指摘がある²³¹。また、先述したように、児童ポルノ禁止法においては、被写体とされた児童への保護措置が規定されていること、描写対象を実在の児童を前提としていると解されること、本説は児童ポルノと保護対象である児童との関係性を直接的には問題としないことから、「処罰の著しい早期化、無限定化を招来するおそれがある」という点で批判がなされている²³²。さらに、児童ポルノの被写体となった児童の個人的利益と、児童一般の健全な成育やそのための良好な社会環境といった利益のいずれもが児童ポルノの規制根拠となるとする見解（混合説）も存在する。

では、単純所持規制の保護法益は上記の見解のうち、どの見解に該当するのであろうか。単純所持規制が実在する児童の心身の健全性等を保護することを目的とするのであれば、児童ポルノの存在自体が被写体とされた児童の利益に損害を与えるものであることを理由に、児童ポルノの単純所持によって害悪が発生しているとみなすことになるため、単純所持の規制根拠は、被写体とされた具体的な児童の心身の健全性等を保護すると解することができよう。ただ、単純所持の保護法益を被写体とされた具体的児童の保護という観点のみで、理論づけすることは困難であるように思われる。つまり、児童ポルノの製造は直接的な児童への侵害行為であるといえるが、児童ポルノの所持行為および提供等の行為については、原則として、児童ポルノの流通による児童への侵害がその処罰根拠であるためである²³³。よって、単に鑑賞目的で児童ポルノを所持する場合、直接的に被写体とされた児童を侵害することはないことから、単純所持の規制目的を被写体とされた児童の保護という観点のみから説明することは困難であるということになる。では、単純所持規制の保護法益には、被写体とされた児童個人の利益の保護に加えて、児童一般の健全な成育やそのための良好な社会環境といった利益の保護も含まれるのであろうか。この点、被写体とされた児童に対する損害がどの時点で発生するのかについて考察することにより、この問題を解決することができるかもしれない²³⁴。単純所持の場合は、所持している段階では直接的に被写体と

²³¹ 園田寿『解説児童買春・児童ポルノ処罰法』（日本評論社、1999年）26頁参照。

²³² このような批判は、個人的法益説の立場からのものであるといえる。

²³³ 高良・前掲注（229）141頁参照。

²³⁴ 大林啓吾「単純所持規制の憲法上の論点」園田他編・前掲注（210）51頁参照。

された児童に損害を与えることはないが、当該児童ポルノが市場に流通される可能性がないとはいえず、また児童ポルノの所持や拡散によって、その描写内容が模倣されれば、その後被写体とされた児童に直接的な被害が生じうるため、将来被るおそれのある性的搾取・虐待から児童を保護する必要があるといえるだろう。よって、単純所持規制の保護法益については、「将来の被害児童の保護」という、児童一般に係る個人的法益をも含むと解すれば、先述したような問題も解決することができるであろう。一方で、「児童を性欲の対象としない良好な社会環境の維持」という社会的法益を規制目的と捉えた場合、児童ポルノ禁止法においては、被写体とされた児童への保護措置が規定されていることや、仮想児童ポルノが規制対象とはなっておらず、同法においては描写対象を実在の児童を前提としていると解されることから、単純所持規制の保護法益に上記のような社会的法益を含めるべきではないといえよう²³⁵。したがって、処罰範囲の拡大を防ぐという点から、児童ポルノ規制の保護法益と同様に単純所持規制の保護法益についても、被写体とされた児童と将来被害を被りうる児童という複合的な個人的法益を解するのが妥当ではないだろうか²³⁶。

続いて、単純所持が規制されることで、児童ポルノを所持する者の、どのような基本的人権が制約されるのかという問題について、以下検討を加える²³⁷。まず、児童ポルノの所持ができなくなることによって直接制約される基本的人権については、単純所持の規制によって、「自己の性的好奇心を満たす目的」での所持も規制対象となったことから、以前から所持していた児童ポルノの廃棄をも余儀なくされるという点で、憲法 29 条が保障する財産権の制約が考えられる。一方で、単純所持規制によって間接的に制約される基本的人権については、以下のものがあげられる。まず、自己が所有するものをどのように使用するのかは個人の自由であるが、単純所持の規制により「自己の性的好奇心を満たす目的」での所持ができなくなることから、憲法 13 条が保障する幸福追求権（一般的行為の自由）を侵害する可能性が考えられよう。この点については、「自己の性的好奇心を満たす目的」での所持は、児童ポルノの提供目的での所持とは異なり、「児童に対する何らの危険も基礎づけるものではなく」、また、「自己の性的好奇心を満足させる」行為（典型的な行為は自慰行為）は何の

²³⁵ 判例は「児童を性欲の対象としてとらえる風潮」、「児童一般」の保護を社会的法益であると認めつつも、児童ポルノの認定においては、「児童の実在性」を要件としている。東京高裁平成 29 年 1 月 24 日判決（高刑集 70 卷 1 号 1 頁）。高良・前掲注（229）142-43 頁参照。

²³⁶ 高良・同上参照。この点、東京高裁平成 29 年 1 月 24 日判決（高刑集 70 卷 1 号 1 頁）は、処罰範囲の拡大を防止するためには、「児童を性欲の対象としない良好な社会環境の維持」という社会的法益の保護を実質的根拠としている。

²³⁷ 以下の基本的人権の制約に関する点については、松井他編・前掲注（36）110-11 頁参照（曾我部執筆部分）、園田他編・前掲注（210）49-62 頁参照（大林執筆部分）。

社会的な害悪をももたらさないため、このような「自己の性的好奇心を満たす目的」での所持をも規制することは、幸福追求権の制約と考えられるであろうという指摘がなされている²³⁸。加えて、児童ポルノの単純所持の疑いで逮捕・起訴された場合、「自己の性的好奇心を満たす目的」で児童ポルノを所持していたということ、すなわち性的嗜好が有罪判決により暴露されるという点で憲法 13 条が保障するプライバシーの権利の制約も考えられよう²³⁹。さらに、単純所持規制によって児童ポルノの所持ができなくなるということは、当然のことながらその閲覧もできなくなるため、憲法 21 条が保障する表現の自由の制約も考えられる。

では、単純所持規制を表現の自由の問題と捉えた場合、そもそも、児童ポルノを憲法上保障される「表現」として捉えることができるのであろうか。この点、児童の描写も原則として表現の自由の保護を受けると考えるべきであり、児童ポルノが表現の自由の保護を全く受けないとすべきではないとの見解があることから、児童ポルノを自宅で閲覧する行為を一般的行為の自由としてだけでなく、表現行為として捉えることが可能であるといえよう²⁴⁰。ただ、この場合、表現の自由をコミュニケーションの自由と捉えると、自宅で画像を閲覧する行為が表現の自由に含まれるのかどうかという問題が生じるであろう²⁴¹。憲法学説において、「表現の自由」は、「思想・情報を発表し伝達する自由」や「情報をコミュニケーションする自由」であると考えられており、また、表現の自由における「表現」とは、「人の内面的な精神活動を外部に（他者に対して）公表する精神活動であるが、それは単に思想・信条の発表に限定されず、『思想・信条・意見・知識・事実・感情など個人の精神活動にかかわる一切のものの伝達に関する活動』を意味する」と解されている²⁴²。加えて、「思想・信条・意見・知識・事実・感情など個人の精神活動にかかわる一切のもの」を包含して「情報」と捉え、表現の自由とは、情報の「伝達に関する活動の自由と解することができる」とされる²⁴³。そして、「情報を伝達する行為は、情報を受けとる行為があってはじめて有意的となるという意味で、『表現の自由』は『情報を受け取る自由』を前提とするといえる」と解されている²⁴⁴。このように、憲法学界において表現の自由とは、コミュニケーションを前

²³⁸ 園田他編・前掲注（210）70 頁参照（高山執筆部分）。

²³⁹ 松井他編・前掲注（36）111 頁参照（曾我部執筆部分）。

²⁴⁰ 園田他編・前掲注（210）77 頁参照（高山執筆部分）。

²⁴¹ 松井他編・前掲注（36）111 頁参照（曾我部執筆部分）。また、以下の単純所持規制と表現の自由に関する議論については、園田他編・前掲注（210）51 頁以下（大林執筆部分）を参照。

²⁴² 芦部・前掲注（71）175-76 頁、芦部・前掲注（54）240 頁参照。

²⁴³ 佐藤・前掲注（73）249 頁参照。

²⁴⁴ 佐藤・同上参照。

提とする傾向があるといえるだろう。よって、児童ポルノを閲覧する行為が表現の自由に含まれるものであるといえるためには、当該行為が外部とのコミュニケーションをなすものである必要があるが、当該行為は他者とコミュニケーションをするものではない。このように捉えるならば、児童ポルノを閲覧する行為は表現の自由の問題として考えることが困難であるといえるのではないだろうか。

他方で、児童ポルノ禁止法の規制対象が過度に広汎であるが故に、児童ポルノを所持する者の表現の自由を侵害するという主張についてはどう考えるべきであろうか。児童ポルノ禁止法における児童ポルノの定義が不明確であることは先述した通りであるが、それに加えて、改正法において追加された単純所持を規制する規定においても以下のような問題が指摘されている。その問題とは、単純所持を規制する規定には「自己の性的好奇心を満たすため」という文言が付加されたのであるが、この「自己の性的好奇心を満たす」目的か否かを、誰がどのように判断するのかということである。児童ポルノ禁止法は、7条1項において、「自己の性的好奇心を満たす目的で」の児童ポルノの所持を処罰する規定を設けているが、この文言には、禁止される行為を限定する機能は備わっていないと園田寿教授は指摘する²⁴⁵。同規定は、いわゆる目的犯として規定しているものであるが²⁴⁶、たとえば、通貨偽造罪であれば、実際に使用するつもりで偽札を作った場合を通貨偽造罪として重く処罰しており、一般的にどのような目的で当該行為に至ったのかという「行為の目的」を要求することによって行為が限定されると園田寿教授は説く。しかし、このような目的犯とは異なり、以下のような目的犯も存在すると同教授は述べる。たとえば、刑法92条には外国国章損壊罪という犯罪が規定されている。同規定は、「外国に対して侮辱を加える目的で、その国の国旗その他の国章を損壊し、除去し、又は汚損した者は、2年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処する」と定めているが、同規定における目的には行為を限定する機能がないと園田教授は指摘する。つまり、たとえ、外国を侮辱する目的はなくても、外国の「国旗その他の国章を損壊し、除去し、又は汚損した」者は、客観的な状況から、外国を侮辱する目的があったと認定されてしまうのである。そして、園田寿教授は、同規定と児童ポルノ禁止法における単純所持罪の規定が、同じようなものだとして指摘する。単純所持の場合、所持の客観的な状況から、「自己の性的好奇心を満たす目的で」所持していたかどうか判断されることになる。よって、たとえ「自己の性的好奇心を満たす目的で」所持していなくても、当該所

²⁴⁵ 以下の園田寿教授の指摘については、園田他編・前掲注(210)12-3頁(園田執筆担当)を参照。

²⁴⁶ 目的犯とは、犯罪の構成要件上、故意のほかに一定の目的の存在を必要とする犯罪のことである。

持の客観的な状況から単純所持として処罰される危険性があるといえよう。そして、このように判断するのは、司法機関ではなく捜査機関であるため、運用によっては恣意的な判断がなされるおそれがある。また、単純所持をも規制されるということになれば、児童ポルノに該当しないにも関わらず、その所持を躊躇してしまうということが考えられる。たとえば、自身の子どもの成長記録として撮影した全裸あるいは半裸で水浴びをしている児童の画像は、通常児童ポルノには該当しないとされるが、捜査機関の恣意的な判断によって児童ポルノとして規制される可能性も考えられるであろう。以上のことから、児童ポルノ禁止法における単純所持規制は、過度に広汎な規制であるといえるのではないだろうか。

児童ポルノの定義については、以上のような点から憲法学界および刑法学界からも批判されているが、一方で、児童ポルノを規制するにあたっては、「子どもの最善の利益を第一次的に考慮し、いかなる措置をとるかを判断すべきであって、子どもの性的虐待・搾取の上に成り立つ表現の自由は認められるべきではない」という批判もなされている²⁴⁷。この見解によれば、被写体とされた児童の保護および児童一般の心身の健全性の保護は、個人が児童ポルノを所持することに関連する表現の自由に優先するため、児童ポルノの単純所持に対する一定の合理的な制限は許されるであろうとする。また、この見解では、児童ポルノの存在自体および将来当該児童ポルノが拡散する可能性から生じうる具体的な子どもの被害とその被害の甚大さから単純所持の規制を正当化できると捉えている。確かに、単純所持規制の保護法益を、「被写体とされた児童の保護」および「将来被害を被りうる児童の保護」という個人的法益であると捉えると、児童ポルノによる害悪が非常に大きいことから、児童ポルノの単純所持に対する一定の合理的な制限は許されるということになる。ただ、先述したように、そもそも児童ポルノの定義、特に3号ポルノの定義が不明確であるが故に、通常児童ポルノには該当しないものまで児童ポルノと判断される可能性がある以上、単純所持規制を正当化することは困難ではないだろうか。

第3項 仮想児童ポルノに対する規制

1999年に児童ポルノ禁止法が制定された当時から、漫画・アニメ・ゲームにおける児童ポルノを規制対象にするか否かが議論されている。今現在、児童ポルノ禁止法においては、このような実在しない児童をモデルとした表現を児童ポルノとして規制していないものの、今後、漫画・アニメ・ゲームにおける児童ポルノをも規制しようとする動きが生じることも

²⁴⁷ 佐藤幸「児童ポルノに関する国際的規律と子どもの権利」北大法政ジャーナル 21-22巻 (2015年) 95頁参照。

考えられる。実際、2010年2月、東京都健全育成条例の改正案において、「非実在青少年²⁴⁸」に係る表現の規制が改正案として追加されたものの、漫画家や作家、出版関係者等からの強い批判により、結局はこの改正案は廃案となったという経緯がある²⁴⁹。

憲法学界においては、仮想児童ポルノの規制については否定的であるといえるが、以下、児童ポルノ禁止法における保護法益の観点から、仮想児童ポルノに対する規制の可否について検討する。まず、児童ポルノ禁止法における保護法益には、個人的法益説と社会的法益説に大別することができることについては、本節第2項の単純所持規制をめぐる憲法上の問題を考察した部分で言及しているが、このうち、同法における保護法益について、社会的法益説を前提とするならば、児童を性欲の対象とする風潮を招来しうるような描写であれば、児童ポルノに該当すると解される可能性がある。よって、たとえば、架空の児童の性的姿態を描く漫画等も児童ポルノとして規制される可能性が生じうるといえる。すなわち、児童ポルノ禁止法における保護法益が社会的法益説を前提としているとするならば、仮想表現を規制対象とすることも可能であるといえるのである。一方で、児童ポルノ禁止法1条の目的規定は、児童に対する現実的な性的虐待・搾取の禁止を前提としており、また、同法においては被写体とされた児童への保護措置が規定されている。このことから、同法は描写対象を実在する児童を前提に規定されているといえ、仮想児童ポルノについては規制対象とされていないと解することができるであろう。そうであるならば、児童ポルノ禁止法の保護法益は、社会的法益説ではなく、被写体とされた具体的な児童の心身の健全性等を保護すること、および児童が将来被りうる性的な搾取や虐待から保護することと解する個人的法益説を前提としていると解することができるであろう。以上のように児童ポルノ禁止法に

²⁴⁸ この東京都条例における「非実在青少年」とは、「年齢又は服装、所持品、学年、背景その他の人の年齢を想起させる事項の表示又は音声による描写から18歳未満として表現されていると認識されるもの」である。この定義に依拠すれば、アニメやゲームなどの中でのヴァーチャルな青少年（2、3次元）も非実在青少年に該当することになる。

²⁴⁹ この改正案は一度廃案となったものの、2010年11月に再度提出され、その際、「非実在青少年」という語と、「何人も児童ポルノをみだりに所持しない責務を有する」という単純所持に対する規定が削除され、最終的には、「漫画、アニメーションその他の画像（実写を除く。）で、刑罰法規に触れる性交若しくは性交類似行為又は婚姻を禁止されている近親者間における性交若しくは性交類似行為を、不当に賛美し又は誇張するように、描写し又は表現することにより、青少年の性に関する健全な判断能力の形成を妨げ、青少年の健全な成長を阻害するおそれがあるもの」を規制対象とする改正にとどまった。なお、この改正案には「作品の芸術性・社会性などの趣旨をくみ取り、慎重に運用する」という付帯決議が付されている。これにより、一応作品制作者および出版社の表現の自由を確保できると考えられる。辻村みよ子『人権をめぐる15講 現代の難問に挑む』（岩波書店、2013年）148-49頁参照。

おける保護法益の観点から考察する限り、仮想児童ポルノを同法の規制対象にすることは困難であるといえよう。また、児童ポルノ禁止法の規制対象が実在する児童に限定していることから、同法の規制対象を仮想児童ポルノにまで拡大することは、過度に広汎な規制であり、児童ポルノの制作者や所持者の表現の自由を侵害する可能性があるといえよう。

他方で、実在する児童の写真の画像データをもとに、画像編集ソフトを用いてコンピュータグラフィックス（CG）である画像を作成した場合、このCG画像は児童ポルノに該当するのであろうか。この点について、初めて争われた東京地裁平成28年3月15日決定は、児童ポルノ禁止法の目的や同法7条の趣旨に照らせば、「同法2条3項柱書及び同法7条の『児童の姿態』とは実在の児童の姿態をいい」、「当該CGに記録された姿態が、一般人からみて、架空の児童の姿態ではなく、実在の児童の姿態を忠実に描写したものであると認識できる」ことで「実在の児童とCGで描かれた児童とが同一である（同一性を有する）と判断でき」るCGの画像データに関しては同法による規制の対象となり、このことは当該CGが「実在の児童を写した写真を基に描かれた場合であっても、それが同写真（写真撮影時には、架空の児童でなく被写体の児童が存在していることが前提である。）を忠実に描き、上記の意味において同写真と同一と判断できる場合についても、同様」とすると判示している。同事例の最高裁においても、児童ポルノ禁止法の規制対象が実在の児童であるということが述べられていた²⁵⁰。このことから、実在する児童の写真の画像データをもとに作成されたCG画像は、児童ポルノに該当するといえよう。また、児童ポルノ禁止法が、実在する児童をモデルとした児童ポルノを規制対象とすることから、モデルのいない完全なるCG画像は、児童ポルノには該当しないということになるであろう。

²⁵⁰ 最高裁令和2年1月27日第一小法廷決定（裁時1740号3頁）。

第6章 残された問題

これまで、第2章においては岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決をもとに、各都道府県が定める青少年保護育成条例における有害図書規制をめぐる諸問題を、第3章においては、未成年者保護を目的とした放送上の規制を、第4章においては、未成年者保護を目的としたインターネット上の規制である青少年インターネット環境整備法を、第5章においては、児童ポルノ禁止法をめぐる法的諸問題について考察した。それぞれの領域において憲法学界から指摘されている諸問題について、今一度整理し直すと、青少年保護育成条例における有害図書規制については、まず第一の問題として、そもそもこの規制目的における立法事実が存在するのかという点についての批判がなされていた。立法事実が不明確な状態で、条例による有害図書規制を行うことになれば、青少年の表現の自由だけではなく、有害図書とされる出版物を製作・出版する者、さらには成人の表現の自由をも侵害するおそれがあるといえよう。

続いて第二の問題として、有害図書と青少年の非行との因果関係の立証について、科学的な証明がなされていないということが憲法学界のみならず、岐阜県青少年保護育成条例最高裁判決における伊藤裁判官の補足意見においても指摘されていたが、この点につき、伊藤裁判官は、有害図書規制が合憲であるためには青少年非行などの害悪を生ずる「相当の蓋然性」があることを証明するだけで十分であり、明確な因果関係の立証までも必要ではないという見解を示している。この伊藤裁判官の意見に対し、憲法学界においては有害図書と青少年の非行との因果関係が科学的に証明されていないのであれば、有害図書規制は許容できないという批判的な見解がほとんどである。ただ、同時に、そもそも有害図書と青少年の非行との因果関係というものは、科学的に立証できるものなのかという疑問も提示されている。いずれにせよ、有害図書を規制するにあたり、有害図書と青少年の非行との因果関係、または有害図書が青少年に与える精神的悪影響との因果関係の立証が必要なのか否かについては、議論の余地があるため、未成年者保護を目的とした表現規制に関する裁判例が豊富なアメリカ合衆国の議論を参考にし、再度上記問題に向き合う必要があるだろう。そこで、第三部ではこの点について検討を行う。

そして、第三の問題として、青少年保護育成条例による有害図書規制の合憲性を判断するに際して、最高裁は合理性の基準を適用したが、これについても厳格な司法審査基準が適用されるべきであるという主張が憲法学界からなされている。未成年者の表現の自由を制約する規制に対し適用される司法審査基準に関する問題については、アメリカ合衆国の議論を参考にして、第二部において考察するとともに、再度日本の状況と照らし合わせ、第三部において考察したいと思う。

さらに、第四の問題として、岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決および当時の憲法学界では、青少年保護育成条例における有害図書規制において、暴力的・残忍的内容の表現と性的表現の区別に関しては、憲法上の問題点として述べられていなかったが、現在の学説においては、暴力的表現と性的表現を同列に扱うべきではないという批判的な見解が見られることは第2章4節において指摘したとおりである。この点についても、アメリカ合衆国の判例理論において、これらの表現を区別して扱っているのか、またその場合、当該表現を規制する立法の合憲性を判断する際に、どのような司法審査基準が適用されているのかについても比較検討をした上で、日本の議論に応用すべきであると考えており、この点については第二部で検討を行う。

加えて、第五の問題として、そもそも子どもと大人の違いは何かという点について、岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決は十分に説明していなかった。一方で、同判決において伊藤裁判官は、子どもが大人に比べて精神的に未熟であり、自己に関する情報を自ら選別する能力が不十分であることをあげているが、このような理由で、大人の場合では許されない規制が子どもの場合では許されるといえるのであろうか。この子どもと大人の相違点や、その違いを理由に子どもの表現の自由が制約されるのかという点については、第三部において、アメリカ合衆国の判例理論と比較検討を行いたいと思う。また一方で、子どもの表現の自由を制約する側は、何のためにこのような制約を課すのかという、表現規制の正当化事由についても、第三部において、アメリカ合衆国の判例理論と比較検討を行いたいと思う。

次に、第5章において考察した児童ポルノ禁止法については、まず第一に、同法における児童ポルノの定義が不明確であるということ、第二に、単純所持規制が憲法21条に違反するのではないかという見解があるが、これらについても、第二部において児童ポルノに関する判例の蓄積があるアメリカ合衆国の判例理論と比較検討を行うこととする。

ところで、そもそもある表現物が未成年者に有害であるという理由でその表現物を国家が規制することは許されるのであろうか。有害図書規制や放送上の規制、青少年環境整備法の規制目的は、いずれも有害な表現から未成年者を保護することであるが、このような規制はいわゆるパターンリスティックな規制であるといえる。そして、このような規制が認められるとして、どの程度の制約であれば許されるのかという点については、日米の判例比較を行った上で、第三部において考察したいと考える。

第二部 未成年者保護を目的とした表現規制をめぐるアメリカ連邦最高裁判例の展開

第二部においては、アメリカ合衆国における未成年者保護を目的とした表現規制をめぐる議論について検討を行う。第7章では未成年者保護を目的とした表現規制の可否について、学説の見解を整理する。そして、第8章では、アメリカ連邦最高裁がこれまでどのような見解を示してきたのかについて考察し、第9章では、未成年者保護を目的とした表現規制に適用すべき司法審査基準について検討を加える。

第7章 未成年者保護を目的とした表現規制に関する学説の見解

合衆国憲法修正1条は、連邦議会が言論および出版の自由を制限する法律を制定してはならないと定めているが、このことはあらゆる言論の自由が保障されているということではない。伝統的にアメリカ連邦最高裁は憲法上保護される言論と、保護されない言論があるとの立場を採っている。つまり、わいせつ表現²⁵¹、けんか言葉²⁵²、違法な行為の煽動²⁵³については合衆国憲法修正1条の保護が与えられないが、これらの例外を除いては言論および出版の自由を保障している。近年では児童ポルノが新たに保護されない言論のカテゴリーに追加されたが²⁵⁴、その後アメリカ連邦最高裁は保護されない言論のカテゴリーを新たに創造することに消極的である。これらの保護されない言論については、それらの内容に基づいて規制されたとしても合衆国憲法修正1条の問題とはならないとされる。もっとも、保護される言論を、その内容に基づいて規制することは原則認められない。

未成年者保護を目的とした表現規制においては、未成年者が見たり聞いたりすると精神的な悪影響を及ぼす可能性のある表現であっても、大人にとっては有害ではない表現の規制ということになる。では、未成年者保護を目的とした表現規制を支持する見解はどのようなものであろうか。まず、未成年者保護を目的とした表現規制は合衆国憲法修正1条違反の問題にはならないという見解がある。この見解を代表するのが Thomas 裁判官である。同裁判官は Brown 判決²⁵⁵において反対意見を執筆し、合衆国憲法修正1条がすべての言論を保護しているわけではなく、「両親や保護者の同意なく未成年者と話す権利（あるいは言論にアクセスする未成年者の権利）が、憲法制定当時の『表現の自由』の中に含まれるとは理解されていなかった」と説く²⁵⁶。つまり、憲法制定当時、合衆国憲法修正1条は未成年者の

²⁵¹ Miller v. California, 413 U.S.15 (1973).

²⁵² Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S.568 (1942).

²⁵³ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S.444 (1969).

²⁵⁴ New York v. Feber, 458 U.S.747 (1982).

²⁵⁵ Brown v. Entertainment Merchants Association, 564 U.S. 768 (2012).

²⁵⁶ Brown, 564 U.S. at 821. (Thomas, J., dissenting).

表現の自由を保障していないと理解されていたため、未成年者保護を目的とした表現規制はそもそも合衆国憲法修正1条の問題として扱われないという。このような Thomas 裁判官の反対意見を Brown 判決において法廷意見を執筆した Scalia 裁判官は批判している。Scalia 裁判官は、18歳未満の未成年者が両親の同意なく言論にアクセスし表現する憲法上の権利を有するとされた Erznoznik 判決を、Thomas 裁判官が無視していると主張した²⁵⁷。Erznoznik 判決とは、画面が公道から見える形で、ドライブイン映画館でヌードを含む映画を上映することを禁じた条例が合衆国憲法修正1条に違反すると判断された判決である²⁵⁸。Scalia 裁判官は Erznoznik 判決を引用し、「子どもも合衆国憲法修正1条の保護を受けるのであるから、十分に限定された状況においてのみ、未成年者保護を目的とした表現規制が許される」と説いた。現在 Thomas 裁判官のような見解をとる論者はほとんどおらず、後述するように未成年者保護を目的とした表現規制を支持する者もそうでない者も、子どもにも合衆国憲法修正1条の権利が保障されていると考えている。ただ、その保障の程度が異なり、前者は成人の権利の保障より劣るという考えであるのに対し、後者は成人と同じように保障されるという立場をとっている。

続いて、未成年者保護を目的とした表現規制を支持する見解を代表する者として Kevin W. Saunders があげられる²⁵⁹。彼は表現の自由が有する価値に関して、子どもと大人では異なるという見解の下、以下のように説く。まず、Saunders は、表現の自由の自己統治に対する重要性は、決断を下す人たちがすべての情報を持ち、最も賢明な進路を互いに納得させることができるということであるが、子どもはそのような決断を下す人々の中には含まれないため、少なくともこの正当化に関して、合衆国憲法修正1条が子どもにどれほど強く適用されるのか疑問である、と述べる²⁶⁰。つまり、Saunders は、子どもが参政権を持つことを許されていないため、子どもに保障される表現の自由は、政治的プロセスにおいては重要性が低いと主張するのである²⁶¹。ただ、子どもには表現の自由が全く保障されないという訳ではなく、たとえば、子どもたちは、政治的共同体の積極的な構成員として、将来彼らが担う役割を学ぶ必要があり、政治的な話題について自分自身を表現することを学ぶことは

²⁵⁷ *Id.* at 795, n 3. (Scalia, J., judgement of the court).

²⁵⁸ *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205 (1975).

²⁵⁹ Saunders と同じ立場の者として、Amitai Etzioni, *Symposium, Do Children Have the Some First Amendment Rights as Adults?*, 79 CHI.-KENT L.REV. 3 (2004).

²⁶⁰ KEVIN W.SAUNDERS, *SAVING OUR CHILDREN FROM THE FIRST AMENDMENT* 2-3 (New York University Press 2003).

²⁶¹ Kevin W. Saunders, *The Need for a Two(or More) Tiered First Amendment to Provide for the Protection of Children*, 79 CHI. -KENT L. REV 257, 271-72 (2004).

その準備の一部であると Saunders は述べる²⁶²。しかしながら、それは本質的な権利というよりむしろ、訓練によって得られる利益であるとともに、思想の自由市場における真理追究の過程において、子どもは大人よりも重要な役割を果たしておらず、子どもに対する表現規制が市民の不安につながる可能性は低い、と Saunders は主張する。さらに、Saunders は子どもも合衆国憲法修正 1 条上の権利を持つが、その保障の程度が大人に比べて弱く²⁶³、また、子どもが知的・精神的に成長過程にあり、大人にとっては深刻でない影響が子どもにとっては深刻な悪影響を及ぼす可能性があるという理由で、未成年者保護を目的とした表現規制は合衆国憲法修正 1 条に違反せず、同規制の合憲性を判断する基準としてより緩やかな司法審査基準の適用を主張している²⁶⁴。

一方で、Saunders と同じく、未成年者保護を目的とした表現規制を支持する論者として、Amitai Etzioni があげられる²⁶⁵。彼の見解も Saunders と同様に、合衆国憲法修正 1 条の保障は、大人と子どもで異なり、大人には許されない制約でも子どもには認められるという見解に立っている。そして、Etzioni の見解において特徴的な点は、未成年者を一括りにして捉えるべきではなく、未成年者といっても年齢により成熟度や判断能力の程度に差があることを理由に、年齢に区分を設けて、未成年者を有害な表現物から保護するの可否かを判断するという点であり、彼はこの方法を The age-differentiated approach と呼んでいる。Etzioni は、このアプローチにおいて minors、children、teenagers という言葉を区別することが極めて重要であると述べた上で、children は 12 歳以下の者を、teenagers は 13 歳から 18 歳の者を、minors は両者を合わせて指す場合に用いられると説く。そして、minors のうち children は非常に傷つきやすく、両親や教師などに依存するため、彼らは彼ら自身の考えに基づいて合理的な選択をなすことができないが、teenagers に関しては彼らが彼ら自身のことについて十分判断することができる場合は、彼らの自己決定権を尊重する必要があると説く。

他方、未成年者保護を目的とした表現規制を批判する代表的な論者として、Marjorie Heins があげられる²⁶⁶。Heins は、子どもにとって有害であるという理由で表現を規制し子

²⁶² KEVIN W.SAUNDERS, *supra* note 260, at 38.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ Kevin W. Saunders, *supra* note 261, at 270-71.

²⁶⁵ Amitai Etzioni, *On Protecting Children From Speech*, 79 CHI.-KENT.L.REV.3, 42-7 (2004); Michael S. Wald, *Children's Rights: A Framework for Analysis*, 12 U.C.DAVIS L. REV. 255, 274 (1979).

²⁶⁶ Marjorie Heins, *Do Need Censorship to Protect Youth?*, 3 MICH.ST. L.REV 795, 796, 806 (2005); NOT IN FRONT OF THE CHILDREN: "INDECENCY," CENSORSHIP, AND THE INNOCENCE OF YOUTH 11 ((Hill & Wang 2001).

子どもを保護するのではなく、より多くの表現に子どもを触れさせることによってこそ子どもを保護することができる」と説く。つまり、Heins は、未成年者を保護する表現規制によって、未成年者から言論に触れる機会を奪うのではなく、正確な性的情報、独立したメディアの視点、批判的思考の教育という形で、より多くの言論を未成年者に与えることこそが、未成年者を保護することにつながるのだと指摘している。それ故、暴力的あるいは性的な表現に対するアクセスを制限されることの方が未成年者にとって有害であると Heins は主張する。そして、子どもも大人と同じ合衆国憲法修正 1 条の権利を有するのであるから、未成年者保護を目的とした規制は原則認められず、実際に害悪が生じる場合にのみ規制が許されると説く。

未成年者保護を目的とした表現規制の支持する論者も批判する論者も、子どもが合衆国憲法修正 1 条上の権利を有しているとする点は共通しているものの、その保護の程度が大人と同程度に認められるのか、そうでないかで見解が異なっているといえよう。また、興味深い点は、有害なメディアが未成年者に悪影響を及ぼすのかという因果関係の立証について、両者ともに困難であるということを確認している点であろう。他方で、日本の憲法学説も有害図書規制の事例において、有害図書と青少年の非行との因果関係の立証は困難である、あるいは不可能に近いという見解を示しており、この点で日米の見解は一致しているといえるだろう。また、日本の憲法学説において、Heins の見解と一致すると思われるのが松井茂記教授である。松井茂記教授も Heins と同様に、未成年者保護を目的とした規制が全く認められないというわけではないが、そのような規制を行う場合は必要最小限度の規制でなければならないと指摘している。一方、Saunders の見解に最も近いのは、岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決において示された見解であろう。同判決において、最高裁は、子どもは大人と同程度に憲法上の権利を保障されてはおらず、それ故に当該規制の合憲性判断基準についても大人の表現の自由が制約された場合に適用されるような、厳格な司法審査基準の適用は必要ではなく、むしろより緩やかな司法審査基準でよいと判示しており、この点が Saunders の見解と一致しているといえるだろう。

第8章 アメリカ連邦最高裁判例の展開

アメリカ連邦最高裁は未成年者保護を目的とした表現規制について、どのような立場を採ってきたのだろうか。放送およびインターネットにおける下品な表現や、児童ポルノ等をめぐるアメリカ連邦最高裁判例を概観し、それらについてそれぞれ個別に検討を加えた研究はこれまでもなされているが、主要なアメリカ連邦最高裁判決を表現内容に分けてそれぞれ考察したものは存在しないといえる。そこで、本章においては、主要なアメリカ連邦最高裁判決を表現内容に分けて概観した上で、それぞれの判決について第一部において考察した日本の状況との比較検討を行うこととする。

第1節 大人にとってはわいせつではないが、子どもにとってはわいせつな表現について

第1項 Ginsberg 判決の概要

子どもにとってはわいせつな表現に対する規制の合憲性が争われたのは、Ginsberg 判決である²⁶⁷。同判決において問題となった表現物は、女性の裸体が掲載された雑誌であるが大人にとってはわいせつなものではないというものであり、同判決においては、女性の裸体が掲載された雑誌を17歳未満の者に販売することを禁じたニューヨーク州法の合憲性が争われた。法廷意見を執筆した Brennan 裁判官は、まず、女性のヌード (girlie) を掲載した雑誌は、大人にとってはわいせつではないものであると述べた上で、17歳未満の未成年者に販売された表現物のわいせつ性を判断する subsection 1(f)の3つの基準は、Roth 判決のわいせつ判断基準から変えることができる、と説く。続けて、同裁判官は、「わいせつの概念あるいは保護されない言論の概念は、疑わしい表現物が向けられたグループあるいは孤立したグループに関連して変化するといえ、不快な表現物の子どもに対する配布を妨げるといふ州の急迫した利益のため、大人にとって適切であると認識される書籍を子どもに配布することを禁じることによって、その共同体の健康、安全、福祉、道徳を保護するために州はその権限を行使することができる」と説示する²⁶⁸。

そして、同裁判官は、「上訴人の主張はニューヨーク州が17歳で規制年齢の線引きをする権限を有していないというのではなく、むしろ、彼の意見は、性に関する表現物を読んだり見たりすることを市民に確保した憲法上保護された表現の自由の範囲が、大人か子ど

²⁶⁷ Ginsberg v. New York, 390 U.S. 629 (1968). なお、同判決の評釈として、時国康夫「Ginsberg v. New York, 390 U.S. 629 (1968); Interstate Circuit, Inc. v. City of Dallas, 390 U.S. 676 (1968)—青少年の保護育成のため、わいせつな書籍(前者)や映画(後者)を規制する法の憲法上の効力」日米法学会刊『アメリカ法』[1969-1] (1969年) 68頁以下参照。

²⁶⁸ *Id.* at 636.

もか否かということの変動されるべきではないというものであった」と述べる。そして、このような上訴人の主張に対して、同裁判官は、「我々は未成年者と州との全体的な関係性に基づいて、表現の自由の保障の影響を考察する必要がなく、この事例の目的はニューヨーク州法が憲法上許されるか否かということ審査するだけで十分であり、我々は当該州法が未成年者に憲法上保護されている表現の自由の範囲を侵害しているとはいえない」と指摘する²⁶⁹。

さらに、Brennan 裁判官は、子どもの行為を規制する州の権限が、大人の行為を規制する場合よりも広範に及ぶことを示した Prince 判決を引用し、「子どもの幸福 (well-being) はもちろん政府の憲法上の権限内のことであり、少なくとも、立法府にとって性的な表現物に未成年者がさらされることが害悪であるということ認定することが合理的ならば、二つの利益が当該州法 (484-h 条) における制限を正当化する」と述べた上で、同裁判官は、この二つの利益とは、まず第一に「親権の行使を補助すること」であり、実際、484-h 条 1 項 (f)(ii) は、性に関する表現物が未成年者にとって害悪があると評価する際、両親の役割をはっきりと認めており、当該表現物の未成年者に対する販売が禁止されているからといって、親が希望して子どものために雑誌を購入することを妨げるものではないと説く²⁷⁰。そして、今ひとつは、「子どもの福祉を保護するという州独自の利益」であり、「Prince 判決においても、州が子どもの福祉を保護し、自由で独立し、成熟した人間や市民に成長することを妨げるような侵害から子どもたちを保護するという利益を有していることが認められている」と同裁判官は述べる²⁷¹。それゆえ、「残存している唯一の問題は、ニューヨーク州の立法府が 484-h 条によって禁止された表現物を未成年者に晒すことが有害であるという立法府の認定が合理的であるか否かということである」と同裁判官は述べ、同裁判官は、当該州法の合憲性を判断する基準として、本件に合理性の基準を適用した²⁷²。そして、同裁判官は、以下のように論じる。「484-e 条は、484-h 条によって非難された表現物が、若者の倫理的および道徳的な発達、ならびに州の人々に対する明白かつ現在の危険性を害する基本的な要因であるということ認定している。この認定が、容認されている科学的事実を示しているか否かは非常に疑わしい。しかし、わいせつ表現は合衆国憲法修正 1 条によって保護された表現ではないことから、保護された表現への適用において『明白かつ現在の危険』という語句の背後にある状況を示すことなく抑制することができる。484-h 条によってわいせつ表現

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ *Id.* at 639.

²⁷¹ *Id.* at 640-41.

²⁷² *Id.* at 641.

と定義された表現物を排除するために州の権力を維持するためには、当該法律によって非難された表現物に晒されることが未成年者にとって有害であると立法府が判断することが不合理ではないといえることが必要である²⁷³」。続けて、同裁判官は、未成年者が性描写を読んだり見たりすることについては、合理的に有害とみなされないとはいえないと指摘する。この点につき、同裁判官は、「確かに、わいせつ表現が若者の倫理的および道徳的発達、ならびに州の人々に対する明白かつ現在の危険性を害する基本的な要因であるかどうかを証明することを目的とする研究は存在しないわけではないが、コメンテーターの意見では、これらの研究において、因果関係が証明されていないという点で一致しているものの、因果関係が反証されていないという点でも同じように一致しているという意見が増加している」と説示する一方で、同裁判官は、「我々は立法府に『科学的に確かな立法の基準』を求めてはおらず、したがって、484-h 条は、17 歳未満の未成年者にアピールすることに基づいて表現物のわいせつ性を定義するものであり、484-h 条が未成年者を害悪から保護するという目的と合理的な関連性がないとはいえない」と判示した²⁷⁴。

また、Stewart 裁判官が結果同意意見を執筆している²⁷⁵。同裁判官は、「合衆国憲法修正 1 条は、Holmes 裁判官が『思想の自由市場』と呼んでいたものを国民に維持するために、我々の表現の自由を保障しており、そのために、憲法は、人が望むものを発言したり、書いたり、公開したりする自由以上のものを保護しているし、また同様に、各個人が自分の読むものと聞くものを自分自身で決定する自由をも保障している」と説示し、加えて、「憲法は自由に選択できる社会を保障しており、そのような社会は、その社会の構成員が選択する能力を有していることを前提としている」と述べる。そして、同裁判官は、「州は、少なくとも正確に線引きされた地域において、とらわれの聴衆のように、子どもは合衆国憲法修正 1 条の保障の前提である個々の選択する能力を十分に有していないということを何の問題もなく判断するように思われる」と指摘した上で、同裁判官は、「州が子どもたちから他の権利、例えば結婚する権利、投票権などを奪う可能性があるという前提に基づいているだけであり、そのような権利の奪取は成人にとっては憲法上耐えられないものである」と言及し、「この法律が文面上、合衆国憲法修正 1 条および修正 14 条を侵害していると判示することはできない」と結論づけた。

一方、Douglas 裁判官が反対意見を執筆している (Black 裁判官が同調)。同裁判官は、ま

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ *Id.* at 641-43.

²⁷⁵ *Id.* at 649-51 (Stewart, J., concurring in the result).

ず、「法律によって、新鮮で、はかない性の自然の開花を『罪』の範疇に入れようとする見識を真剣に疑っているが、多くの人は、いわゆる『わいせつ』本や雑誌は若者に有害な影響を与えると考えており、このような見解はアンソニー・コムストックの見解でもあった」と述べる²⁷⁶。アンソニー・コムストック²⁷⁷とは、連邦議会に働きかけ、わいせつ物の輸送を禁じる法律を制定させるなど、わいせつ物を取り締まる活動を行った社会改革家であるが、続けて同裁判官は、以下のように論じる。「アメリカ連邦最高裁とアンソニー・コムストックが、ニューヨークが非難する文学の種類が害を及ぼすと結論付けるのが間違っているということではない。実際問題として、検閲の概念は、言論や報道が時には害を及ぼすため、規制すべきであるという考えに基づいている。かつて私は、検閲の体制が非常に厳しかった外国を訪れた際、本棚で見つけることができたのは、宗教の教科書と数学の教科書だけだった。今日、法廷意見は、子どもの福祉を考慮し、法律の合理性に基づいて、児童への文学の販売を規制するニューヨーク州法の合憲性を判断した。州および連邦政府による『わいせつ表現』の規制の問題が、実体的デュー・プロセスの分野にある場合、私は立法府が子どもだけを保護する理由はないと考える」と Douglas 裁判官は述べ、本件州法による規制は違憲であると判示した²⁷⁸。

他方、Fortas 裁判官による反対意見は、以下の理由により、本件における有罪判決を維持することはできないという²⁷⁹。まず、同裁判官は、「アメリカ連邦最高裁は、本件の雑誌が16歳の少年が見るとわいせつであるが、17歳以上の人が見るとわいせつではないという問題に直面することを避けている」という。続けて、Ginsberg の弁護士は、当該法律が文面上違憲であるということのみを主張し、当該雑誌がわいせつではないという主張をしなかったため、「法廷意見は、当該雑誌が『わいせつ』として合衆国憲法修正1条の保護の範囲から除外される可能性があるか否かを判断する必要はないが、法廷意見は、若者に売られた雑誌を検閲するという目的でわいせつ表現を定義するという基本的な義務を回避することはできず、特定の雑誌がわいせつか否かを決定せずにここでどのように有罪判決を維持することができるだろうか」と Fortas 裁判官は指摘する。そして、同裁判官は、「憲法の影響

²⁷⁶ *Id.* at 650 (Douglas, J., dissenting).

²⁷⁷ 米国の社会改革家。ピューリタンの家庭に生まれる。YMCA をバックにわいせつ物取締りの粛正運動を開始し、1873年連邦議会に働きかけてわいせつ物の輸送を禁ずる通称コムストック法を成立させ、その特別執行官に就任した。その他ニューヨーク悪徳抑圧協会を組織したりして取締りに励んだ。彼の取締りの犠牲になったわいせつと無関係の思想家や芸術家も多い。

²⁷⁸ Ginsberg, 390 U.S. at 651-54 (Douglas, J., dissenting).

²⁷⁹ *Id.* at 671-73 (Fortas, J., dissenting).

は可變的なものであり、大人にとってわいせつではないものが、子どもにとってわいせつであるかもしれないため、本件においては Ginsberg の有罪判決が正当化されている」と説示する²⁸⁰。また、この「大人にとってわいせつではないものが、子どもにとってわいせつであるかもしれない」という「可變的わいせつ」概念について、同裁判官は反対しないと述べたが、同裁判官は「この原則を正確に適用するために、本判決はそれを定義しなければならない」と指摘した上で、「本件においては 16 歳の少年が、おそらくわいせつではない二冊の女性の裸が売り物の雑誌を、悪意を持って意図的に選び、支払いを行っているため、州が軽食堂の経営者を有罪とする可能性はなく、Ginsberg の有罪判決を覆すだろう」と判示した²⁸¹。

第 2 項 Ginsberg 判決の意義

Ginsberg 判決は、わいせつな表現物への子どものアクセスを規制することが合衆国憲法修正 1 条との関係で問題となった、最も初期の判決の一つといわれている。本件において問題となった表現とは、「大人にとってはわいせつではないが、子どもにとってはわいせつな表現」であり、これまでわいせつ表現か否かを判断する基準として用いられてきた、いわゆる Roth 基準を本件においても適用するのかが、一つの争点であった。この Roth 基準とは、Roth 判決²⁸²において示されたものであり、アメリカ連邦最高裁がわいせつ文書の規制は合衆国憲法修正 1 条に違反するか否かを、はじめて問題にしたのが同判決であった。同判決において、アメリカ連邦最高裁はわいせつ表現が埋め合わせする社会的価値を全く持たないものとして、合衆国憲法修正 1 条の保護は及ばないと定義し、わいせつ性の判断は、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否かによるとした²⁸³。

Ginsberg 判決において法廷意見を執筆した Brennan 裁判官は、この Roth 基準を放棄し、

²⁸⁰ *Id.* at 673.

²⁸¹ *Id.* at 674-75.

²⁸² Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957) . Roth はニューヨークにて本や写真・雑誌の出版のビジネスを行っていた。彼はセールで人を呼ぶために広告や看板、回覧板等の宣伝材料を用いた。しかし、この Roth の商品の中にはわいせつなものもあり、またそれを宣伝していたことが問題とされた。

²⁸³ Roth, 354 U.S. at 484-85. 現在においては、Miller 判決において示された、いわゆる Miller 基準がわいせつ性を判断する基準としてほぼ維持されている。なお、Miller 基準とは、(a) 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、(b) 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、(c) 全体としてその作品が真面目な文学的、芸術的、政治的、あるいは科学的価値を欠いているかどうか、というもので、禁止することのできるわいせつな表現をハード・コア・ポルノに限定している。Miller, 413 U.S. at 24.

問題となっている表現物がわいせつであるか否かにかかわらず、政府は害悪から未成年者を保護するという実質的な利益を持ち、未成年者は成人と同じように憲法上の権利を有していないため、必要に応じてそのような表現物を規制すべきであると主張した。表現の受け手によってわいせつか否かの基準が異なるというこの概念は、「可変的わいせつ (variable obscenity)」として知られるようになった。この可変的わいせつ概念について、ニューヨーク州は、子ども特有のわいせつの定義は、その子どもを保護するという目的にかなうため適切であると主張していた。この点につき、法廷意見も子どもの福祉を促進するという州の権限を強調し、当該州法に対する二つの正当化事由をあげた。一つは親権の行使を補助することである。当該州法は、未成年者が子どもにとってはわいせつな表現にアクセスすることを禁じている一方で、両親が自分の子どもにそのような表現物を与えることまでは禁じていない。何が良いか悪いかを選択するのは一義的には両親であり、州はそのような親の裁量を支持するという。今ひとつは、子どもの福祉を保護するという州独自の利益であり、先述した親権の行使を補助するという正当化事由とともに、Prince 判決において認められた州の利益である。以上のような当該州法の規制を正当化する根拠をあげた上で、Brennan 裁判官は当該州法の合憲性を判断する基準として合理性の基準を適用した。これは、表現内容に基づく規制の合憲性を判断する司法審査基準には、厳格審査基準が適用されていることから、変則的であるといえる。ただ、本件における規制が未成年者のアクセスのみを禁止するものであったことからすると、この点が司法審査基準の厳格度に影響を及ぼしたものと推測できる²⁸⁴。つまり、州には未成年者の生活や活動を規制する上で大きな役割があるため、未成年者の憲法上の権利が問題となる場合、裁判所は合理性の基準を適用することがあるのである。また、法廷意見は、規制されている言論を大人にとってはわいせつではないが子どもにとってはわいせつな表現、つまり合衆国憲法修正 1 条によって保護されない言論のカテゴリーに分類したことも、適用される司法審査基準の厳格度に影響を与えたのかもしれない²⁸⁵。

また、法廷意見は当該表現物に未成年者が晒された結果生じうる害悪について、明確な説明をしておらず、ただ、未成年者の「倫理的および道徳的発達」の障害について漠然と言及しているだけであり、また当該表現を規制するためには、州が科学的証拠をもってそのよう

²⁸⁴ Ashutosh Bhagwat, *What if I Want My Kids to Watch Pornography?: Protecting Children from "Indecent" Speech*, 11 WM. & MARY BILL RTS. J. 671, 675-76 (2003); Lois A. Weithorn, *Constitutional Jurisprudence of Children's Vulnerability*, 69 HASTINGS L. J. 179, 250 (2017).

²⁸⁵ Ashutosh Bhagwat, *supra* note 282, at 676. See *Interactive Dig. Software Ass'n v. St. Louis Cty.*, 329 F.3d 954, 959 (8th Cir. 2003).

な危害の存在を証明しなければならないという主張を認めなかった。他方で、反対意見を執筆した Douglas 裁判官は、法廷意見が子どもたちへの危害について懸念していることを否定し、性的に露骨な文学が成人より子どもにとって有害であるという証拠は存在しないと主張した²⁸⁶。最終的に、同裁判官は自分が「検閲者」としての裁判所の役割として特徴付けたものと、他人にとって卑猥または有害なものとを判断しようとする試み全体を非難するとともに²⁸⁷、同裁判官は、Ginsberg 判決で規制されている種類の表現物を読むことに向けられた子どもたちの興味を「新鮮で、はかなく、自然な性の開花」と呼び、「罪と混同してはいけない」と述べた²⁸⁸。当該表現物が子どもに与える悪影響について、因果関係の立証が必要か否かという点につき、法廷意見は明言を避け、また Douglas 裁判官による反対意見においては、そもそも、当該表現物のように性的に露骨な表現が成人よりも子どもにとって有害であるという証拠は存在しないとして、因果関係の存在自体を否定している。当該表現が子どもに与える害悪の立証の問題については、以下で概観するアメリカ連邦最高裁判例においても問題となるため、判例の展開とともに着目することにしたい。

ところで、本判決と同様の事例として、第一部において取り上げた岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決をあげることができる。先述したように、Ginsberg 判決においては、大人にとってはわいせつではないが、子どもにとってはわいせつな表現の規制が、一方で、岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決においては有害図書に対する規制が問題となった。この有害図書とは、第 2 章 3 節 4 項において言及したように、「青少年の性的感情を著しく刺激、又は残忍性を助長し、青少年の健全な成長を阻害するもの」をいい、各都道府県によって定められた条例により、18 歳未満の者について販売等が禁止されるものであるため、販売店は 18 歳以上の者について販売することは許されている。他方で、性的表現には「有害図書」とは異なるものとして「わいせつ表現」があり、わいせつ表現は刑法 175 条によって規制され、年齢の如何を問わず同規定はすべての者に適用されることになるため、この点において、有害図書とわいせつ表現を一応区別することができる。以上の点から、有害図書は、Ginsberg 判決において問題となった「大人にとってはわいせつではないが、子どもにとってはわいせつな表現」と同視できるといえよう。そこで、日米の両判決において問題となった州法および青少年保護育成条例を比較すると、まず、ニューヨーク州法では 17 歳未満の者に当該表現物を販売することを禁じ、これに違反した者は逮捕・起訴されるのに対し、岐阜県青少年保護育成条例は、18 歳未満の者への販売等を禁じており、これに違反

²⁸⁶ Ginsberg, 390 U.S. at 654-55 (Douglas, J., dissenting).

²⁸⁷ *Id.* at 656.

²⁸⁸ *Id.* at 650.

した者には罰則が科されるという違いがある。また、両者の相違は、成人の表現の自由を制約するか否かという点でも認められる。日本の青少年保護育成条例の場合、条例上、18歳以上の者は有害図書を購入することができるとともに、販売店も18歳以上の者に有害図書を販売しても罰則が科されることはないということになる。しかし、実際のところ、各都道府県が定める条例によって、青少年に有害な図書として指定された「指定図書」は、書店では包装され成人専用コーナーなどに区分陳列され、また、知事が指定した民間団体が図書類を審査し、自主的に青少年の閲覧などが不相当であるとされた「表示図書」についても、「18禁」と記された成人向けのマークが表示される。そして、指定図書も表示図書もコンビニエンスストアでは販売されておらず、一部の専門店の販売に限定されている。加えて、有害図書類の自販機での販売についても、岐阜県青少年保護育成条例をはじめ、他の自治体において規制されている。そのため、当該条例によって実際は青少年の表現の自由だけではなく、成人の表現の自由をも制約されているといえよう。これに対し、アメリカの場合、Ginsberg判決において問題となった、大人にとってはわいせつではないが、子どもにとってはわいせつな表現物については、当該表現物のみを販売している店舗が存在するため、そのような書籍を購入したい大人はそこに行けば問題なく購入できるため、成人の表現の自由は保障されているといえるだろう。

続いて、当該規制を正当化する事由として、Ginsberg判決では、「親権の行使を補助すること」と、「子どもの福祉を保護すること」という二つの正当化事由が示されていたが、これに対して、岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決では、「性犯罪あるいは非行の誘発・助長の危険性」および「青少年の人格形成への悪影響」を有害図書規制の正当化事由としている。両判決における正当化事由を比較すると、子どもを有害な表現から保護するために当該表現を規制するという点では一致しているが、その一方で、岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決においては、「親権の行使を補助する」という正当化事由が示されていなかった。この点については、Ginsberg判決以降のアメリカ連邦最高裁判例も併せて、次節以降においても比較検討を行うこととする。

また、当該規制の合憲性を判断する司法審査基準として、Ginsberg判決では、子どもにとってはわいせつな表現の規制という理由で、通常、表現内容に基づく規制の場合に適用される厳格審査基準ではなく、合理性の基準が適用されている。同様に、岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決においても、最高裁は、有害図書によって生じうる害悪から子どもを保護するという点を重視し、大人の場合とは異なる基準で判断するとして、合理性の基準を適用している。もっとも、成人の表現の自由の場合においても、日本の最高裁はアメリカ連邦最高裁のように、厳格な司法審査基準を適用したことはないが、岐阜県青少年保護育成条

例事件最高裁は、大人の場合に適用される厳格な司法審査基準では判断しないと述べている。両判決ともに、子どもの権利性よりも子どもの保護の点を重視しており、これにより、成人の表現の自由の場合とは異なり、単なる合理性の基準が適用されたのではないだろうか。

さらに、そもそも「子どもにとってはわいせつな表現」や「有害図書」の定義が明確ではないという点が指摘できるであろう。アメリカの判例理論では、合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論と保護されない言論に二分することを行い、この理論に基づいて、わいせつ表現は合衆国憲法修正 1 条によって保護されない言論とされている。そして、当該表現がわいせつ表現か否かを判断する際、Miller 判決において示された、いわゆる Miller 基準に基づいて判断するという判例理論がアメリカにおいては確立しているといえる。ただ、Ginsberg 判決において、法廷意見は、Miller 判決以前の事例であることに加え、Miller 判決以前において、当該表現のわいせつ性を判断する基準を提示した Roth 判決の法理にさえも依拠せず、問題となった表現が未成年者に悪影響を及ぼすという理由に基づき、当該州法の合憲性を判断している。その際、法廷意見は、「子どもにとってはわいせつな表現」の定義を定めることなく、加えて、当該表現が未成年者に悪影響を及ぼすという因果関係の立証もなく、単に当該表現が未成年者に悪影響を及ぼすという理由のみで、当該表現を規制しているが、このような規制は違憲の疑いが強いといえよう。この点については、日本の場合にも同様のことがいえ、第 2 章 2 節 4 項において述べたように、青少年保護育成条例における有害図書の定義が不明確であるという批判がなされている²⁸⁹。

²⁸⁹ 横田・前掲注 (37) 95 頁、松井・前掲注 (86) 37 頁参照。この点については、本稿第 2 章 2 節において論じた。

第2節 下品な表現 — (1) ラジオ放送 —

第1項 Pacifica 判決の概要

連邦通信委員会(以下、FCC とする)は、放送免許の付与・取消や放送周波数の割り当て、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。下品な放送内容を規制する権限は、18 U.S.C. § 1464により FCC に与えられている。同規定は「わいせつ (obscene)、下品 (indecent) 又は冒とく的な (profane) 言論を電波通信 (radio communication) 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」と規定する。この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が初めて争われたのは Pacifica 判決である²⁹⁰。同判決において問題となった言論は、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用いた7つの汚い言葉 (shit, piss, fuck, cunt, cocksucker, motherfucker, tits) であり、Carlin がこれらの言葉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 に苦情を申し立てた。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、18 U.S.C. § 1464 が禁止する「下品な表現」に該当すると認定した。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、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 側が上告したのが本件である。本件における争点は、第一に、委員会の命令が § 326 によって禁止されている検閲に該当したかどうか、第二に、司法審査の範囲が、そのモノローグが「放送番組として」わいせつであるという委員会の決定を超えているかどうか、第三に、問題となった放送が § 1464 の定義からして下品な表現であったかどうか、第四に、その命令が合衆国憲法修正1条に違反するかどうかである。

法廷意見を執筆した Stevens 裁判官は、「我々の審査の焦点は、Carlin のモノローグが放送として下品な表現であるという委員会の決定が合衆国憲法修正1条に違反するかどうか

²⁹⁰ FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S.726 (1978). なお、同判決の評釈として、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年) 148頁を参照。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年) 35頁以下参照。

を判断するということである」と述べ、まず、第一の争点である、委員会の命令が § 326 によって禁止されている検閲に該当したかどうか、そして、明らかにわいせつ表現ではない言論が 18 U.S.C. § 1464 によって、「下品な表現」として制限されるかどうかについて、§ 326 がわいせつ表現、下品な表現、または冒瀆的な放送を行っているライセンシーに制裁を課すという委員会の権限を制限するものではないと判断した²⁹¹。

続いて第二の争点について、Stevens 裁判官は、本件が提示する他の唯一の法律の問題は、「汚い言葉」と題するモノローグの午後の放送が、§ 1464 が禁止する下品な表現に該当するかどうかであると述べる。被上告人である Pacifica は、本裁判所が関連法令の「下品な表現」という用語は、Miller 判決において定義された「わいせつ」を意味すると解釈していると主張した²⁹²。その際、「わいせつな、みだらな、好色的な、下品な、卑猥な、または下劣な」表現物の郵送を禁じる § 1461 に対する漠然性の訴えを拒否した Hamling 判決を援用した。同判決においては、「わいせつな、みだらな、好色的な、下品な、卑猥な、または下劣な」という語句は、全体として明らかにわいせつに限定されているとされ、§ 1461 は主に個人から別の個人に郵送される封筒の中の印刷物が、わいせつ表現である場合に規制することを目的としていたと判示された²⁹³。これに対し、Stevens 裁判官は § 1464 にいう「わいせつ、下品な、または冒瀆的」という語句は分離して書かれており、それぞれが別々の意味を持っていると説示する²⁹⁴。よって、同裁判官は、好色的な興味はわいせつの要素であるが、通常の「下品な表現」の定義は、道徳的基準とは一致せず、本件での発言は § 1464 に該当すると判示した。

第三の争点である、放送が § 1464 の定義からして下品な表現であったかどうかについて、Stevens 裁判官は、Carlin のモノローグの言葉が、合衆国憲法修正 1 条の意味の範囲内において、疑いなく「言論」であると述べた上で、本件における問題は、性器や排泄物を扱う明らかに不快な言葉の放送が、その内容のために規制されているかどうかということであると説く²⁹⁵。わいせつ表現は、その内容が現代の道徳的基準に照らし、非常に不快であるため、合衆国憲法修正 1 条の保護が否定されている。しかし、社会が言論を不快に感じるかもしれないという事実は、その言論を抑圧する十分な理由ではない。実際、それが発言者の意見であれば、その結果が憲法上の保護に従う理由となる。なぜなら、政府は思想の自由市場に

²⁹¹ *Id.* at 735-38.

²⁹² *Id.* at 740.

²⁹³ *Hamling v. United States*, 418 U.S. 87 (1974).

²⁹⁴ *Pacifica*, 438 U.S. at 740.

²⁹⁵ *Id.* at 744.

において中立を保たなければならないというのが、合衆国憲法修正 1 条の中心的な原則であるからであると同裁判官は説く。そして、同裁判官は、「Carlin のモノローグで用いられた言葉は、通常、文学的、政治的、または科学的価値を欠いているが、それらは完全に合衆国憲法修正 1 条によって保護されないわけではなく、最も不快な言葉の使用でさえも、疑いもなく保護される」と指摘する一方で、同裁判官は、「確かに、このモノローグは他の文脈でも保護されるかもしれないが、それにもかかわらず、そのような明らかに不快な性的および排他的な言葉を含むコミュニケーションに一致する憲法上の保護は、あらゆる状況において同じである必要はない」と述べた²⁹⁶。そして、本件において、Pacifica の放送内容が「下品で」、「不快で」、「衝撃的」だったことは疑いようがなく、その内容はすべての状況下で絶対的な憲法上の保護を受ける権利がないため、我々は、委員会の行動が憲法上許容されるものかどうかを判断するために、その文脈を考慮しなければならないと同裁判官は判示した²⁹⁷。

最後に、第四の争点である、FCC の命令が合衆国憲法修正 1 条に違反するかどうかについて、Stevens 裁判官は、あらゆる形態のコミュニケーションの中で、最も限定的な合衆国憲法修正 1 条の保護を受けているのは放送であると述べた上で、放送メディアの特徴として、以下の二点を指摘した²⁹⁸。まず、第一に、放送メディアはすべてのアメリカ人の生活の中に、特異な形で浸透している。放送電波を介して提示された明らかに不快で下品な表現は、人民や、公衆だけでなく、家庭のプライバシーにも直面する。第二に、放送は読むことが難しい幼い子どもにとって、唯一アクセス可能なものである。Ginsberg 判決において認識された懸念と相まって、子どもが放送番組へアクセスできる容易さは、下品な放送番組の特別扱いを十分に正当化する。以上のことから、Stevens 裁判官は、結論として、我々の判決の狭さを強調することは適切であるとし、FCC の命令は合衆国憲法修正 1 条に違反しないと判示した。

一方、Powell 裁判官は一部同意・結果一部同意意見（Blackmun 裁判官が同調）を執筆した。Powell 裁判官は、Steven 裁判官の意見のパート I、II、III、および IV-C に同調し、またパート IV で述べられている多くのこと、および委員会の決定が合衆国憲法修正 1 条に違反していないという結論に同意するが、そこでの理由づけに異なる部分があるため、個別に意見を述べることにするとし、以下のように論じる。まず、本件において問題となった Carlin のモノローグは、「憲法上わいせつではないと認められ、その言語は Chaplinsky 判決におけ

²⁹⁶ *Id.* at 746-47.

²⁹⁷ *Id.* at 747-48.

²⁹⁸ *Id.* at 748-50.

るけんか言葉とも異なり、また、使用されている単語の一部は、他の事例や状況において、合衆国憲法修正1条によって保護されている」が、「ほとんどの人にとって、Carlin のモノログにおいて使用されている言語が下品で不快なものであることも事実である」ため、委員会が Carlin のモノログにおいて使用されている言語を、「年齢に関係なくほとんどの人にとって『明らかに不快』であると性格づけることは誤りではなかった」と Powell 裁判官は説示する²⁹⁹。続けて、同裁判官は、「しかしながら、問題は、FCC が午後2時にモノログを放送したことを理由に、ラジオ局に刑罰を科してもよいかどうかである」と述べ、以下のように言及する。「FCC の主要な関心事は、その放送がそのような時間帯に、ラジオを聴くことのできる子どもたちの耳に届かないようにすることであり、私はそのような FCC の決定を支持する。アメリカ連邦最高裁は、大人が利用できる表現媒体よりも、未成年者が利用できるそれの方に、より厳しい規制を適用する社会的権利を認めている。この認識は、概ね『子どもは個々の選択能力がまだ未成熟である』という事実に基づいている。ほとんどの大人にとって衝撃的な表現物であったとしても、大人は自分自身でそれを見るか否かを選択することができる一方で、子どもは選択能力が未成熟であるため、そのような言論から自分自身を守ることができないかもしれない。同時に、そのような言論は、大人よりも子どもに悪影響を及ぼすであろう。このような理由から、社会はそのような言論を子どもに一般的に普及させることを防ぐことができ、子どもがどのような言論を聞いて繰り返すかは親の判断に委ねられている。FCC は、社会が子どもたちから守ろうとしている言論は、好色的な興味に訴えていることに限定されていないと裁定した。つまり、当該言論は、多くの性欲をかきたてる行為と同様に、子どもにとって潜在的に下品であり、害悪があるのである。ほとんどの事例において、この種の言論が子どもたちに広まることは、この種の言論への大人のアクセスを制限することなく、制限されるかもしれない。印刷物や記録媒体の売り手たちは、子どもにそのようなものを販売することをやめるように求められるかもしれないが、そのような要求は、大人においては何ら影響がない。困難なことは、放送メディアにおいては、大人と子どもといったように、聴衆を物理的に分離することができないということである。放送時間のほとんどの間、大人と監視されていない子どもは、放送を聴くことができるし、放送局はその放送を子どもに聴かせることなく、大人に聴かせることはできない。アメリカ連邦最高裁が強調しているように、これは我々が放送メディアの異なる取り扱いを正当化するものとして、よく言及する放送と他のメディアの違いの一つである³⁰⁰」。このように論

²⁹⁹ *Id.* at 757 (Powell, J., concurring in part and concurring in the judgment).

³⁰⁰ *Id.* at 757-59.

じた上で、Powell 裁判官は、FCC の命令が合衆国憲法修正 1 条に違反しないと判示した法廷意見に同意している。

一方で、Powell 裁判官は、「本法廷の裁判官が一般に、合衆国憲法修正 1 条によって保護された言論は最も価値があり、したがって最も保護に値するものであると判断し、他方で、合衆国憲法修正 1 条によって保護された言論であっても価値が低いものであれば、保護の程度を弱めるという言論内容に基づいて自由に判断できるという理論に依拠しているが、私はこの見解には同意できない」として、Stevens 裁判官が下品な放送番組はけんか言葉やわいせつ表現のように「価値の低い」言論であると主張した部分については批判した³⁰¹

これに対し、Brennan 裁判官が反対意見を執筆している（Marshall 裁判官が同調）。Brennan 裁判官は、「§ 1464 における『下品』という言葉は、わいせつ表現のみを禁止すると解釈されなければならないという Stewart 裁判官に同意する」と述べ、加えて、同裁判官は、「本件において関係する憲法上の問題について意見を表明することを控えるが、本法廷が基本的な合衆国憲法修正 1 条の原則を誤って適用したことは明白であるとともに、アメリカ国民全体にその適用が正当化されるべきであるという見解を押しつけようとする本法廷の姿勢はあまりにも見当違いであるため、黙っておくことはできない」として、以下のように論じている³⁰²。「Carlin のモノローグが合衆国憲法修正 1 条によって保護された言論であるということに裁判官全員の意見が一致しているにもかかわらず、多数意見は、FCC が Pacifica の午後の Carlin の汚い言葉の録音を認めないことは、許容される時、場所、方法の規制であると考えているようである。Stevens 裁判官の意見と Powell 裁判官の意見はどちらも、ラジオ放送の侵入する能力、聴いている聴衆の中に子どもたちがいることという二つの要因に依拠し、この結論に達している。疑いもなく、自宅の個人のプライバシーの利益は実質的なものであり、重要な保護に値する。しかし、これらの利益が保護された言論の内容規制を正当化するのに十分であると認定する際に、アメリカ連邦最高裁は二つの誤りを犯している。第一に、個人が自発的に自宅への無線通信を認めることを選択した場合に関係するプライバシーの利益の性質を誤解している。第二に、送信を希望する人々と、FCC や本法廷を含む多くの人々が不快感を覚える放送の受信を希望する人々の両方の憲法上保護された利益を無視している。そして、Carlin のモノローグは明らかに子どもの好色的興味に対する好色的なアピールではないことを理由に、アメリカ連邦最高裁はまず、政府がわいせつではない、すなわち合衆国憲法修正 1 条によって保護された表現に未成年者がアクセスでき

³⁰¹ *Id.* at 761.

³⁰² *Id.* at 762-77 (Brennan, J., dissenting).

ないようにすることを認めている。しかし、これは『若者に対してわいせつでもなく、他の正当な禁止事項の対象にもならない言論は、立法機関が彼らに適さないと考えるアイデアやイメージから若者を保護するためだけに抑制することはできない』という最近の判例における警告を無視している。また、Powell 裁判官および Stevens 裁判官はどちらも、聴衆に子どもたちがいることが、FCC が Pacifica の Carlin のモノローグの放送に対し制裁を課すのに十分な根拠となると結論づける際、子どもを育てるという親の権利を強調している。しかし、この理論は、裁判所が達した結論とは正反対の結論を支持している。つまり、Yoder 判決と Pierce 判決において、アメリカ連邦最高裁は、政府ではなく親が子どもの教育に関して一定の決定を下す権利を有していると判示した。本裁判所の個々のメンバーにとっては驚くことかもしれないが、一部の親は実際に、Carlin の 7 つの汚い言葉に対する恥じない態度は、健全なものであると認めているし、Carlin の言葉にまつわるタブーを和らげる方法を子どもに見せてほしいと望んでもいる。そのような親はアメリカ人の少数派を構成するかもしれないが、このような方法で子どもを育てる権利を行使しようとする人が多くなるといって、権利の性質や存在が変わることはない。裁判所の残念な決定のみが、少数派の親の権利を無視して、子どもを保護するために FCC の決定を認めている」と Brennan 裁判官は説示し、過去の先例に基づき、法廷意見および Powell 裁判官の結果同意意見を批判している。

また、Stewart 裁判官も反対意見を執筆している (Brennan、White、Marshall 各裁判官が同調)³⁰³。Stewart 裁判官は、「§ 1464 について、『下品』は『わいせつ』以上の意味ではないと正しく解釈すべきだと考える」と述べた上で、Carlin のモノローグは「わいせつ」ではなかったため、委員会はそれを禁止する法的権限を欠いていたといえ、したがって、FCC の行為は違憲であると結論づけた。

第 2 項 Pacifica 判決の意義

本件において、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 1 条には違反しないと判示したが、その判断については 5 対 4 と判断が分かれた。法廷意見を執筆した Stevens 裁判官は、わいせつ表現が合衆国憲法修正 1 条によって保護されない言論とされている一方で、Carlin のモノローグで用いられた言葉、つまり「下品な表現」は、合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論であることに疑いはないと指摘したものの、下品な表現であっても憲法上の保護は絶対的なものではなく、その表現がなされた文脈を

³⁰³ *Id.* at 777-80 (Stewart, J., dissenting).

考慮する必要があると主張する。つまり、同裁判官は、放送メディアがすべてのアメリカ人の生活の中に広く浸透した特別な存在であることと、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という、放送メディアが有する特殊な社会的影響力を指摘した上で、「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³⁰⁴」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。Stevens 裁判官は、放送メディアと印刷メディアで同じ表現がなされても、以上のような放送メディアの特異性を理由に、印刷メディアの場合よりも広範な規制が放送メディアにおいては許容されるという考えに立っている。この点については、多数意見を形成できたものの、Stevens 裁判官が、下品な放送番組はけんか言葉やわいせつ表現のように「価値の低い」言論であると主張した部分（パート IV-B）については、多数意見を形成することができず、相対多数意見にとどまった³⁰⁵。同裁判官は、「合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論は、ほとんど価値があり保護されるが、価値が低いとされる言論は、ほとんど保護されない」という理論を展開していた。Stevens 裁判官が相対多数意見にとどまったのは、Powell 裁判官がこの部分について同調しなかったためである。Powell 裁判官は、結論としては Stevens 裁判官に同調したものの、それは子どもの保護という観点から、FCC の決定を合憲と判断したのであって、当該言論の価値が低いことを理由に、放送内容の規制は許されるという理由で合憲とはしていないということに注意する必要がある。Powell 裁判官はその結果同意意見において、「子どもは個々の選択能力がまだ未成熟である」ため、国や自治体は、「青少年が利用可能な表現物（communicative materials）について、成人が利用可能なそれよりも厳格な規制を採用することができるということは、これまでの最高裁が認めてきたことである」と、同裁判官が法廷意見を執筆した *Erznoznik* 判決を引用した上で、午後 2 時に Carlin のモノローグを放送したラジオ局に刑罰を科した FCC の決定を支持すると述べた。同裁判官は、子どもの判断能力が未成熟であることを理由に、大人には許されないような表現規制でも、当該規制が子どもに向けられている場合は規制が許容されるが、その規制の程度は必要最小限度でなければならず、子どもにどのような表現物を与えるかという判断は第一義的には子どもの両親に帰属すると捉えており、この点が、Stevens 裁判官の見解と異なる点であるといえるであろう。ただ、このように言及しつつも、Powell 裁判官は、FCC が決定し

³⁰⁴ *Id.* at 748.

³⁰⁵ ある言論について、低い価値しか持たないからより緩やかな司法審査基準を適用してもよい（どの司法審査基準かは明らかにしていない）という主張を Stevens 裁判官は、*Young v. American Mini Theaters, Inc.*, 427 U. S. 50,70 (1976)においてもしていたが、同判決においてもそのように主張した部分については相対多数意見にとどまっている。

たように、本件において問題となった言論は、多くの性欲をかきたてる行為と同様に、子どもにとって潜在的に下品であり、害悪があるということを認め、さらに、放送メディアと印刷メディアとの違いに依拠し、「放送メディアにおいては、大人と子どもといったように、聴衆を物理的に分離することができないため、ラジオ放送の間、大人と監視下にはない子どもの両方が、放送の聴衆の中にいる可能性が高く、そのような状況下で、放送局はその放送を子どもに聴かせることなく、大人に聴かせることはできない³⁰⁶」と述べ、結論として FCC の決定は合衆国憲法修正 1 条に違反しないと判示している。Powell 裁判官の意見を概観して分かることは、同裁判官は、子どもにどのような表現物を与えるかという判断は第一義的には子どもの両親に帰属するものとして捉えているが、その一方で、規制されている言論が子どもにとって潜在的に下品であり、害悪があると認められるものであれば、国家はそのような子どもに悪影響を及ぼしうる言論から彼らを保護するべきであるという考えに立っているといえるだろう。

ところで、下品な放送内容の規制の合憲性を判断する基準として、Stevens 裁判官はどの司法審査基準を適用すべきかについて明言していないが、本件において問題となった下品な表現は、合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論であるが、その保護は絶対的なものではないと判示していることから、厳格審査基準ではなくより緩やかな司法審査基準の適用を示唆しているように思われる。また、Ginsberg 判決においては、「親権の行使を補助すること」と、「子どもの福祉を保護すること」という州独自の利益があると述べられていたが、本件においてはそのことについては触れられていなかった。他方で、Pacifica 判決以降の事例において、昼間におけるラジオやテレビでの不適切な内容の放送を禁止する議会の法律や FCC の規制を是認し、そのような規制は、親の監督を促進し、子どもを下品な表現から保護するという州のやむにやまれぬ利益を促進するために厳密な整合性を有することを認定している下級審判決も存在する³⁰⁷。

また、本判決において、Stevens 裁判官は下品な表現とは何かについて定義しておらず、本判決以降の下品な表現の規制が争われた事例においても、アメリカ連邦最高裁は下品な表現の定義を明確に行っていない。他方で、FCC は、Pacifica 判決以降、1987 年に放送における下品な表現を包括的に禁止することを目的とした「すべての放送免許所有者およびアマチュア無線免許所有者に適用されるべき下品な表現に関する新実行基準に関する公告」

³⁰⁶ Pacifica, 438 U.S. at 758-59 (Powell, J., concurring in part and concurring in the judgment).

³⁰⁷ Action for Children's Television v. FCC, 58 F.3d 654, 659-67 (D.C. Cir.1995).

を公表した³⁰⁸。同公告において、FCC は下品な表現を「放送メディアにおいて、その時代の共同体の基準に従って、明らかに不快であると判断される方法によって、性的または排泄行為、あるいは性器または排泄器官を描写あるいは記述する言葉または題材」と定義している。そして、2001 年に、FCC 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、第一に、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、第二に、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、第三に、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) を制定している。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、18 U.S.C. § 1464 における下品な表現と認定されるというものであった。同規則については、FCC v. Fox Television Stations, Inc., 判決 (Fox II 判決) において、アメリカ連邦最高裁は、FCC による下品な放送内容の規制が、Fox 社や ABC 社にどのような表現が規制の対象となるのかについて、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ている³⁰⁹。もっとも、同判決において、アメリカ連邦最高裁は、FCC による下品な表現に対する規制が、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ないと述べ、その判断を避けている³¹⁰。一方、同判決において反対意見を執筆した

³⁰⁸ FCC, Public Notice, New Indecency Enforcement Standards to be Applied to An Broadcast and Amateur Radio Licensees, 2 FCC Rcd 2726 (1987).

³⁰⁹ FCC v. Fox Television Stations, Inc., 567 U.S. 239 (2012) (Fox II). 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) にもとづき、下品な放送内容に対する FCC の規則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 巻 1 号 (2013 年) 210 頁、拙稿「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—」広島法学 37 巻 2 号 (2013 年) 207 頁参照。

³¹⁰ 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).

Ginsburg 裁判官は、時の経過や科学技術の発展、そして FCC による下品な放送内容の規制は、Pacifica 判決が再考されるべきことを示していると説示したが、この反対意見に対して誰一人同調する裁判官はいなかった。他方で、法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官の意見には 6 人の裁判官が同調したものの、同裁判官は Pacifica 判決と本判決との違いについて明確には言及していない。この点、Fox I 判決において反対意見を執筆した Stevens 裁判官は、自身が法廷意見を執筆した Pacifica 判決において問題となった FCC の規制と、Fox I 判決において問題となったそれとは異なるという点を指摘していた。つまり、Pacifica 判決においては、Carlin が用いた 7 つの汚い言葉を意図的に繰り返し使用している場合に、FCC による下品な放送内容の規制が認められる一方で、Fox I 判決における FCC の規制は、突発的な卑猥な言葉に対するものであり、Pacifica 判決において FCC が行った規制よりも規制範囲が広いと同裁判官は指摘するのである³¹¹。その上で、同裁判官は、Fox I 判決と Pacifica 判決とでは事案が異なると述べている。両判決の事案の相違については、同裁判官が Pacifica 判決において「Pacifica 判決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³¹²。いずれにせよ、今後、アメリカ連邦最高裁が放送内容に対する FCC の規制について考察する場合、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³¹³。

他方で、Brennan 裁判官は、多数意見が Carlin のモノローグは合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論であると認めているにもかかわらず、本件における FCC の規制を時・場所・方法の規制であると捉えていることに対し、Erznoznik 判決を引用し、「未成年者に対してわいせつでもなく、他の正当な禁止事項の対象にもならない言論は、立法機関が彼ら

³¹¹ FCC v. Fox Television Stations, Inc., 556 U.S. 502, 543-44 (2009). (以下、Fox I 判決という)。

³¹² Pacifica, 438 U.S. at 750 ; at 760-61 (Powell, J., concurring in part and concurring in the judgment). Pacifica 判決と Fox I 判決とでは事案が異なるという指摘については、Fox I 判決における Thomas 裁判官の結果同意意見にも見られ、この点について、Stevens 裁判官は Fox I 判決において、Thomas 裁判官と自身の考えが同じであることを述べている。Fox, 556 U.S. at 544, n 5 (Stevens, J., dissenting). なお、Thomas 裁判官は、Fox I 判決において、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たという理由により、Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969) (同判決では、放送電波の希少性を根拠に下品な表現内容の規制を正当化した。) および Pacifica 判決と本判決とでは事案が異なると判示している。Fox, 556 U.S. at 530-32 (Thomas, J., concurring).

³¹³ 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).

に適さないと考えるアイデアやイメージから未成年者を保護するためだけに抑制することはできない」と指摘し、Carlin のモノログが合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論と認定したのであれば、それに対する言論規制は表現内容に基づく規制であると批判している³¹⁴。そして、本件における FCC の規制により子どもは Carlin のモノログを聞くことができなくなるが、この点につき、Brennan 裁判官は、未成年者を暴力的または墮落した、または不道徳な行為に誘導する傾向があり、明らかに若者の道徳の腐敗を招く傾向のある印刷物の出版、販売、または配布を禁止するミシガン州法の合憲性が争われた *Butler v. Michigan* 判決³¹⁵の原則に反していると指摘する³¹⁶。同裁判官は、*Butler* 判決において問題となった州法が規制しようとした表現物は、少なくとも憲法上子どもには与えるべきものではないと疑われていたが、それにもかかわらず、アメリカ連邦最高裁は当該法律を違憲と判断したと述べる。このことから、未成年者を暴力的な行為等に誘導するような表現であり、未成年者に与えるべきものではない表現内容であっても、そのことを理由に、政府が当該表現を規制することは合衆国憲法修正 1 条に違反するといえるだろう。よって、*Butler* 判決に依拠すれば、本判決における FCC の規制も合衆国憲法修正 1 条に違反するものであると判断されるべきであるが、そのように判断されていないと Brennan 裁判官は批判する。以上のような同裁判官の指摘をまとめると、同裁判官は、子どもに対する表現規制は大人の場合よりも厳しく規制することができるが、本判決において問題となった Carlin のモノログは合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論であるとアメリカ連邦最高裁が認めた以上、当該言論が不快であるなどという理由で、当該言論を規制することは許されないと指摘する。

さらに、Stevens 裁判官と Powell 裁判官が子どもの幸福のために、子どもに何を与えるべきか否かを判断する権限は第一義的には親に帰属するという点を強調し、Carlin のモノログに制約を課すことを正当化しているが、それは逆にそのような表現でも規制を望んでいない親の権利を侵害していると Brennan 裁判官は述べる³¹⁷。同裁判官は、*Yoder* 判決³¹⁸および *Pierce* 判決を引用し、政府ではなく親が子どもの教育に関して一定の決定を下す

³¹⁴ *Pacifica*, 438 U.S. at 767-68 (Brennan, J., dissenting).

³¹⁵ *Butler v. Michigan*, 352 U.S. 380 (1957).

³¹⁶ *Pacifica*, 438 U.S. at 768 (Brennan, J., dissenting).

³¹⁷ *Id.* at 769-70 (Brennan, J., dissenting).

³¹⁸ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972). 同事件は、キリスト教の一派であるアーミッシュ (Amish) の親が、宗教的信仰を理由に、それぞれの子どもを第 8 学年終了後は公立学校に通わせなかったことが、「子どもが 16 歳になるまで、公立または私立の学校にその子どもを通学させること」を親に要求するウィスコンシン州の義務教育法の規定に違反したとして訴追された事件である。

権利を有していることを指摘した上で、当該表現が合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論であるが、その一方で、子どもにとっては有害な表現であったとしても、そのような表現を子どもに与えるか否かは、第一義的に子どもの両親が判断すべきことであり、親よりも先に国家が判断すべきではなく、それゆえ、法廷意見は、親権行使の補助という点に関して、少数派の親の権利を無視してしまっていると説示する。

以上のように Brennan 裁判官は、問題となっている言論が合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論であれば、同言論に対する制約は表現内容に基づく規制であると捉えており、このことから同裁判官は明確に述べていないものの、本件における FCC の規制の合憲性については、より厳格な司法審査基準によって判断されるべきであると考えていると推測できるだろう³¹⁹。

ところで、日本の放送規制については、第 3 章において論じたが、日本においては *Pacifica* 判決のような、未成年者保護を目的とした表現規制をめぐる事例は存在しない。そこで、仮に未成年者にとって有害な内容の放送を禁止し、これに違反した場合には罰則が科されるような法律が制定された場合、このような法律は憲法上許容されるのだろうか³²⁰。

まず、当該法律は、有害な放送内容の規制であることから、表現内容に基づく規制であり、したがって、厳格な司法審査基準によって当該法律の合憲性を判断する必要があるといえる。未成年者の表現の自由が問題となっているからといって、直ちに成人の場合に適用される基準よりも緩やかな基準が適用されるべきではなく、立法目的の審査および規制手段の審査は厳格な基準によって判断されなければならない。この場合における立法目的が、青少年保護育成条例のように「青少年の保護」や「青少年の健全育成」であり、これらが合理的なものであるといえるならば、続いて当該立法目的とその目的を達成するための手段との整合性について審査する必要があるだろう。

この点、問題となる規制が放送内容を規制する立法であることから、有害とされる放送がもたらす青少年への悪影響を示す因果関係の立証が必要であり、それがなければ、当該規制は憲法上許容されないことになるといえよう。*Pacifica* 判決において、法廷意見は、問題となった下品な表現とわいせつ表現を区別し、前者は合衆国憲法修正 1 条によって保護されるが、放送メディアにおける下品な表現については、放送メディアの特徴を理由に規制が許されると判示した。先述したように、放送電波の希少性や、放送メディアがアメリカ人の生

³¹⁹ Stephen W. Gard and Jeffrey Endress, *The Impact of Pacifica Foundation on Two Traditions of Freedom of Expression*, 27 CLEV. ST. L. REV. 465, 487 (1978).

³²⁰ 以下の内容は、青柳幸一「子どもの人権とマスメディアの自由」横浜経営研究IV巻4号(1986年)43頁以下参照。

活になくなくてはならないものであること、および子どもによって放送へのアクセスが容易であるということを根拠に、Pacifica 判決では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指摘されている³²¹。そうであるならば、これらの規制根拠をもとに放送内容の規制を行うことは許されないといえ、結果的に有害とされる放送がもたらす青少年への悪影響を示す因果関係の立証が必要といえるであろう。

また、放送内容の規制についても、どのような放送内容が有害なのかということについて明確に定義する必要がある、この定義が漠然不明確であれば、放送事業者に対して表現の萎縮効果を与えるおそれがあるといえる。その場合、放送事業者は、どのような放送内容であれば青少年にとって有害なものではないのかが分からず、そのため当該立法によって規制される前に、放送内容が有害であると判断されうる内容については、あらかじめ放送を差し控えるということが考えられるからである。この点、Pacifica 判決において問題となった表現は「下品な表現」であるが、法廷意見は同表現が合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論であることは認めたものの、下品な表現とは何かについて定義することを避けている。しかし、この点を明確にしておかなければ、罪刑法定主義の観点から問題であるといえよう。

さらに、放送における規制の場合、印刷メディアとは異なり、未成年者のみの視聴を禁止するということが困難であるといえるため、放送内容の規制よりも未成年者が視聴することのできない時間帯に放送すれば、成人の表現の自由を制約することにはならないのではないだろうか。Pacifica 判決において問題となった FCC の規制は、まさに放送時間の規制であった。もっとも、先述したように Pacifica 判決において反対意見を執筆した Brennan 裁判官が指摘していたように、たとえ下品な表現であったとしても規制を望んでいない親の権利を侵害しているといえる。どのような放送であれば子どもに視聴させても良いか否かの判断は、第一に国家ではなく子どもの両親が判断すべきことであり、またその権利が親には認められているといえよう。したがって、日本においては、法律や条例、さらには連邦機関である FCC による規制のように、公権力による規制ではなく、放送事業者による自主的な規制による方が Pacifica 判決において議論された憲法上の問題は生じないのではないだ

³²¹ Fox I 判決における Thomas 裁判官の意見を参照。また、Pacifica 判決において結果同意意見を執筆した Powell 裁判官は、放送メディアの特徴の他に子どもの保護という観点の特を特に重視し、下品な放送内容に対する FCC の規制を合憲と判断している。ただ、Powell 裁判官も法廷意見と同様に、有害とされる放送がもたらす青少年への悪影響を示す因果関係の立証を必要としていない。一方、事例は異なるものの、岐阜県青少年保護育成条例事件判決において最高裁は、当該条例による有害図書規制を正当化するために害悪の立証は不要であるとしており、この点で同判決と Pacifica 判決は共通しているといえよう。

ろうか。

第3節 下品な表現 — (2) ケーブルテレビ —

第1項 Playboy 判決の概要

ケーブルテレビにおける下品な放送内容の規制が問題となった事例として、Playboy 判決がある³²²。1996年電気通信法第505条³²³（以下、§505とする。）では、ケーブルテレビ事業者が「主に性的指向の番組専用」チャンネルを「完全にスクランブルをかけるか、またはその他の方法で完全に遮断」すること、または、行政規制によって午後10時から午前6時という、子供が視聴しにくい時間帯に送信を制限することを義務づけている。§505の制定以前でも、ケーブル事業者は、特定の番組へのアクセスをチャンネルの契約者に限定するために、スクランブルをかけて送信していた。しかし、スクランブルは完全なものではなかったため、そのチャンネルの非契約者がスクランブルのかかった番組の音声、映像の一方または双方を聞いたり、視聴することが可能であった。このような現象を「信号漏れ」(signal bleed)と呼ぶ。§505の目的は、まさにこのような「信号漏れ」から子どもたちを保護することであった。§505を遵守するために、ケーブル通信事業者の大多数は、「時間帯制限法 (time channeling)」を採用した結果、1日の3分の2の間、チャンネルの契約者であっても問題の番組を視聴することができなくなってしまった。以上のことから、Playboy Entertainment Group社は、§505が合衆国憲法修正1条に違反する規定であるとして、連邦地方裁判所に訴えを提起した。

連邦地裁は、§505は合衆国憲法修正1条に違反するという判断を下した³²⁴。連邦地裁は、§505が表現内容に基づく規制であると認め、法律が促進する利益はやむにやまれぬものであるということに同意したが、政府はそれらの利益をより制限的でない手段において遂行することができるであろうと結論づけた。その妥当な、より制限的でない他に選ぶ手段とは、§504の規定である。同規定は、ケーブル事業者に、ケーブルサービスの加入者が受信を望まないチャンネルを「契約者の要請により、無料で、完全にスクランブルをかけるか、または完全に放映阻止する」ことを要求している。契約者がこの規定について知っている限り、§504は§505と同程度に、視聴を望まない番組から契約者を保護する効果を有すると論じた。連邦地裁はまた、Playboy Entertainment Group社にケーブル事業者との契約においてこれらの通知規定を主張するよう要求した。一方、政府は§561に従って、ア

³²² United States v. Playboy Entertainment. Group, Inc., 529 U.S. 803 (2000). なお同判決における評釈として、大日方信春「ケーブルテレビにおける品位に欠ける放送内容の規制」広島県立大学論集6巻1号(2002年)63頁参照。

³²³ The Telecommunications Act of 1996 § 505, 47 U.S.C. § 560 (1996).

³²⁴ Playboy Entertainment. Group, Inc. v. United States, 30 F. Supp.2d 702 (D. Del 1998).

メリカ連邦最高裁に直接上告した。

Kennedy 裁判官が法廷意見を執筆し、Stevens、Souter、Thomas、Ginsburg 各裁判官が同調した。まず始めに法廷意見は、本件において問題となっている言論について重要な点が二点あると指摘する。それは「第一に、我々は成人の多くが、問題となっている言論を非常に不快であると感じていると推定する。そして、親の希望や同意に反して、子どもがそのような言論を見たり聞いたりする可能性のある、家庭に望みもしないのに侵入してくるという状況を考慮する場合、我々にはそのような言論を規制する正当な理由がある。第二に、すべての当事者が Playboy 社の番組は合衆国憲法修正 1 条によって保護されるという前提で、訴訟を提起している。本訴訟において、当該言論はわいせつであるとは主張されていないため、大人はそれを見る憲法上の権利を有しており、政府は、両親の同意があれば、子どもたちがそれを見たり聞いたりすることを防ぐことはできない」ということである³²⁵。

続いて、法廷意見は、§ 505 が主に性的に露骨なアダルト番組またはその他の下品な番組を専門とするチャンネルにのみ適用されるということから、同条は表現内容に基づく規制であると主張する。「§ 505 は、規制のために特定の番組の内容を選び出すだけでなく、特定の番組作成者を選び出している。§ 505 は、その番組編成の選択に対する懲罰として Playboy 社の市場を制限したが、同様の素材を放送することができる他のチャンネルはすべて免除されている。かなりの数のケーブル事業者が § 505 の文言を遵守するための唯一の合理的な方法は、時間帯制限法 (time channeling) を使用することであり、これは子どもの存在や視聴者の希望の存在にかかわらず、ケーブルサービスエリア内のあらゆる家庭で 1 日の 3 分の 2 の保護された言論を抑制するというものである。地方裁判所によると、すべての成人向け番組の 30~50% は、午後 10 時より前に家庭において視聴されており、安全時間帯 (safe-harbor) はその後から始まる。これほど多くの言論を禁止することは、表現者と意欲的な成人の視聴者との間のコミュニケーション、合衆国憲法修正 1 条によって保護されたコミュニケーションに対する重大な制限である。したがって、§ 505 は表現内容に基づく規制であるため、厳格審査基準を満たす場合にのみ有効である。制定法が表現内容に基づいて言論を規制する場合、当該法律はやむにやまれぬ政府の利益を促進するために厳密な整合性を有していなければならない。より制限的でない他に選ぶ手段が政府の目的を満たすのであれば、議会はその代替手段を使用しなければならない。そうでないとすると、十分な正当化事由なく言論を規制することになり、それは合衆国憲法修正 1 条が許容して

³²⁵ Playboy, 529 U.S. at 811.

いないことである」³²⁶。

さらに、法廷意見は「ケーブルシステムには、不要なチャンネルを世帯ごとにブロックする能力がある」と述べ、ケーブルテレビと放送メディアの間には大きな違いが存在すると指摘した上で、以下のように論じる。「当然のことながら、仮に表現に人気がなく、下品なものだとすれば、プライバシーの存在する自己の家庭が最適な視聴場所となるかもしれない場合に、ブロック技術により、視聴希望者や、表現者の、合衆国憲法修正1条上の利益に影響を与えることなく、政府は親の権限を支持することができるだろう。単純化して言えば、限定的ブロックは包括的な禁止よりも非制限的であるから、政府は、限定的ブロックが、そのやむにやまれぬ政府の利益を促進するのに実現可能で効果的な手段であるのなら、表現を包括的に禁止することができないのである。政府にとってその目的を達成するために、より制限的でない代替手段が利用可能であるなら、政府は、そちらの手段を使わなければならない³²⁷」。

次に、法廷意見は、連邦地裁が、より制限的でない他に選びうる手段として § 504 が利用可能であると結論づけたことに言及した。法廷意見は、同条が、要求に応じて個々の世帯で受信を希望しないチャンネルをブロックすることを、ケーブル通信事業者に対して要求するものであり、受信を希望しないチャンネルをブロックしたい親を支援するという政府の目的との関係で厳密な整合性を有していることに誰も異議を唱えていないと指摘し、問題は § 504 が有効なものか否かであると述べ、以下のように論じる。「§ 505 の執行が差止められていた間、§ 504 のみが有効な妨害規制であり、ケーブル事業者の調査では、その間にケーブル加入者の 0.5% 未満しか § 504 に基づきブロッキングを要求していなかったということである。それにもかかわらず、連邦地裁は、適切な方法で契約者に広報されるならば、§ 504 はより制限的でない他に選びうる手段になり得ると結論づけた。当法廷は、この連邦地裁の判断は正しかったと考えている。その理由は、以下の通りである。まず、政府が言論を制限するとき、政府はその規制の合憲性を証明する責任を負う。そして、政府がその内容に基づいて言論を制限しようとするとき、通常の立法に関する合憲性の推定は転換され、政府の側がその推定をくつがえす立証責任を負うことになり、政府はその推定に反証する責任を負う。この立証責任を念頭に置いて、連邦地裁は、§ 505 の執行が差止められていた間、わずかの契約者しか § 504 に基づいたブロッキングを要求しなかった理由として三つの理由が挙げられると述べる。それは第一に、技術的またはその他の制限により、§ 504 による

³²⁶ *Id.* at 812.

³²⁷ *Id.* at 813.

個別的なブロッキングは効果的な代替手段ではなかったということ。第二に、たとえ適切に広報されたブロッキング条項が効果的であったとしても、§ 504 は契約者に十分周知されていなかったということ。第三に、実際の信号漏れの問題は、当初政府が想定していたほど深刻なものではなかったということである³²⁸。

法廷意見は、「政府が § 505 の合憲性を主張するには、第一の理由が正しいことを立証しなければならないが、連邦地裁によると、第一と第三の理由は同程度の説得力であると考えられる一方で、第二の理由については、審理記録から契約者に十分周知されていたかどうかは明らかではなく、したがって、連邦地裁の判決が明らかに誤っていない限り、表現の自由の方が優先される」と述べる³²⁹。

続けて、法廷意見は、政府にはそれぞれの理由について立証する責任があるが、いずれの理由についても立証に失敗しており、特に信号漏れの問題については、「連邦地裁の審理記録からも明らかのように、信号漏れの問題がどれほど広範囲に及んでいるか、またはどれほど深刻であるかについて確かな証拠をほとんど提示しておらず、実際、どの子どもが識別可能な明示的画像を見る可能性があるかについての証拠はなく、信号漏れの継続時間あるいは写真または音の質についての証拠も提示されていない」と指摘するとともに、「§ 505 のもとでは、ほんの数秒の間画面に表示される画像であっても信号漏れとされてしまう」と説示する³³⁰。

また、法廷意見は、第二の理由について、政府は以下のとおり、適切な通知をもって § 504 が § 505 の無効な代替手段になると証明することに失敗していると述べる。「十分に促進された自発的なブロッキング条項が、少なくともまだ信号漏れに気付いていない親には信号漏れを知らせることができないということ、そして、信号漏れを問題であると考えているが、まだ信号漏れを阻止していない親に対しては信号漏れをブロックする権利を有していることを知らせることができないということの証拠がない。政府が、情報を与えられ、権限を与えられた両親のために親の代わりになるという利益を持っていると仮定しても、その利益は、言論に対するこの広範な制限を正当化するほど十分やむにやまれぬものではない。政府の主張は、親が自分の子供が害悪を引き起こすような規模または頻度で、問題となる表現を閲覧していることを知らないということ、または子どもがそのような表現にさらされていることを親が知っている場合、親がそれを阻止するための積極的な措置を講じることを望まないという考えに基づいている。しかし、その仮定は確立されていない。そしてい

³²⁸ *Id.* at 816 -18.

³²⁹ *Id.* at 819.

³³⁰ *Ibid.*

れにせよ、その仮定はブロッキングを選択できるということが説明されていない体制においてのみ適用される。政府は、この代替手段が、子どもを保護するという目的を確保するのに不十分であること、または政府による言論規制を正当化するほど圧倒的な害悪が存在していることを示していない。もちろん、自発的な阻止体制の下では、たとえ十分な通知があっても、何人かの子どもたちが信号漏れにさらされることは疑いの余地がない。しかし、子どもたちはタイムチャネリングの下でも信号漏れにさらされることを忘れてはいけない。タイムチャネリングは、ブロッキングとは異なり、24 時間体制で発生する信号を排除するものではない。青少年が自分の家庭の外で監督されていないのと同じように、午後 10 時以降にテレビの前で監督されていないことはほとんど知られていない。連邦地裁の審理記録では、§ 504 と § 505 の有効性の比較については明らかにされていない³³¹。

結論として、法廷意見は、「たとえ自分の家でも親の同意がなくても、下品な表現にさらされることにより、テレビ放送が子どもたちを真の危険にさらす可能性がある場合、政府が対処できる問題があるが、それは合衆国憲法修正 1 条の原則と一致する方法でそうしなければならぬことに加え、本件において、政府は合衆国憲法修正 1 条が課す立証責任を満たしていないとともに、§ 505 が現実の問題に対処するための最も制限的でない手段であることを示していない」と説示し、§ 505 は合衆国憲法修正 1 条に違反すると判示した³³²。

Stevens 裁判官による同意意見は、Ginzburg 判決³³³に依拠し、合衆国憲法修正 1 条によって保護されている番組内容を、当該番組の宣伝方法によっては、それらがわいせつな番組であるかのように扱われることもあり得ると判示した Scalia 裁判官を批判している。Ginzburg 判決におけるわいせつの理論とは、つまり、裸のダンサーを「トップレス」として宣伝することは誤解を招く可能性があるが、それによって彼女のパフォーマンスがわいせつになることはないというものであった。しかし、「Splawnn 判決³³⁴において、私が説明したように、Ginzburg 判決はアメリカ連邦最高裁が合衆国憲法修正 1 条の保護の範囲を営利的言論にまで拡大する前に下されたものであり、したがって、Scalia 裁判官の提案は時代遅れであるだけでなく、我々の営利的言論に関する事例を審査する場合に重要となる前提を見落としている」と Stevens 裁判官は指摘する³³⁵。そして、同裁判官は、その前提とは、「情報自体は有害なものでなく、人々は十分に情報を提供された場合に限り、自身の最善の

³³¹ *Id.* at 825-26.

³³² *Id.* at 827.

³³³ *Ginzburg v. United States*, 383 U.S. 463 (1966).

³³⁴ *Splawnn v. California*, 431 U.S. 595 (1977).

³³⁵ *Playboy*, 529 U.S. at 829 (Stevens, J., concurring).

利益を知覚する」と述べ、「そのための最善の手段は、コミュニケーションのチャンネルを閉ざすのではなく、むしろ開くことである」と判示した³³⁶。

続いて、Thomas 裁判官による同意意見であるが、同裁判官は、まず「§ 505 の影響を受けるケーブルテレビ番組の少なくともいくつかに関して、政府はその放送を完全に禁止する、憲法上、および法律上の権限を十分に持っているように思える」と述べる³³⁷。そして、同裁判官は、「Miller 判決において定義されたわいせつ判断基準に照らすと、本件において問題となっているすべての番組がわいせつな表現であるとはいえないが、多くのコミュニティにおいて適用されうる基準の下、一部の番組についてはわいせつであると明確に結論づけることができる」と説示しつつも、「法廷意見が指摘しているように、本件において問題となっている番組はわいせつではなく、単に下品であるという仮定に基づいて訴訟が提起されている」ため、「問題となっている番組のいずれかが、実際にわいせつであるという事実は判明していない」と述べ、本件において問題となった番組がわいせつ表現であるという仮定を斥けている³³⁸。続けて、同裁判官は、「結局、残るのは、§ 505 によって制限された番組がわいせつではなく、単に下品であるという仮定であり、政府は、当該法令をわいせつ物に対する規制として擁護することを否定するとともに、（合衆国憲法修正 1 条によって保護されない言論というよりむしろ）合衆国憲法修正 1 条によって保護された言論の適切な規制として § 505 を支持するために、合衆国憲法修正 1 条に適用される厳格な司法審査基準の厳格度を弱めることを我々に求めているが、それはできない」と述べ、本件においては合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論とされる、下品な表現に対する規制の合憲性が争われているため、厳格審査基準を適用し、§ 505 を違憲と判断した法廷意見に同意している³³⁹。

これに対し、反対意見を執筆した Scalia 裁判官は、「§ 505 が、やむにやまれぬ政府の利益によって支持され、目的との関係において厳密な整合性を有しているという本件における Breyer 裁判官による反対意見に同意する」と述べた上で、同裁判官は、「ただ、私は、わいせつ物を規制する法理により、当該法律が正当化されることを示すために、個別に意見を述べる」として、以下のように説示する³⁴⁰。同裁判官は、「§ 505 と連邦通信委員会の実施 (implementing) 規則は、単にわいせつなものではなくむしろ下品な番組を規制すること

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ *Ibid* (Thomas, J., concurring).

³³⁸ *Id.* at 829-30.

³³⁹ *Id.* at 830-31.

³⁴⁰ *Id.* at 831 (Scalia, J., dissenting).

を目的としており、個々の番組自体は合衆国憲法修正 1 条の保護を受けるが、私はここで審査を終わらない」と述べ、さらに検討を加えている³⁴¹。同裁判官は、「好色的な興味を引くために、『わいせつではない商品』の性的に刺激的な側面を意図的に強調することによって営業活動を行うことは、憲法上保護された行動にはあたらない」と述べ、「§ 505 の適用範囲は、『現代のコミュニティーの基準に照らし、明らかに不快な方法で、性的行為または排泄行為あるいは性器を記述または描写するケーブルテレビ番組に限定されている』」ことから、§ 505 は、まさにこの種のビジネス（わいせつ表現）のみを規制しているといえる」と指摘する³⁴²。さらに、当該規定は、「主に性的な番組に特化した」チャンネルにのみ適用されており、プレイボーイ社が、「事実上 100%性的に露骨な成人向け番組」を提供していることから、Scalia 裁判官は、「私は Breyer 裁判官の子どもを保護するという分析に同意するが、被上訴人が成人向けの番組と呼ぶものに、時に無意識にさらされることから保護されうるのは子どもだけではなく、我々は皆そのような番組から保護されうるのである」と説示し、§ 505 を合憲と判断している³⁴³。

一方で、Breyer 裁判官による反対意見（Rehnquist 首席裁判官、O'Connor、Scalia 各裁判官が同調）は、法廷意見が以下の二つの理由によって § 505 を違憲と判断しているが、その理由は支持できないため、法廷意見に反対すると述べている。Breyer 裁判官が支持できない理由として、「第一に、政府は全国的に昼間の言論を禁止することを正当化するほど、問題が全国的に広範囲にわたって生じていることを立証できていないこと、第二に、他の選りうる手段、つまり、情報が与えられた視聴者が、性的に露骨な番組の送信を停止するように要求するという手段に効果がないことを政府が立証できていないということ」をあげている。同裁判官は、この二点について、「法廷意見は、まず最初に政府が、そのような性的に露骨な放送を要求しなかった両親の子どもによるアダルトチャンネルの受取りという問題の重要性を証明できていなかったという結論を下しているが、この主張は誤っている」と指摘する³⁴⁴。たとえば、基本的な RF スクランプリングは番組の音声部分を遮断できないことを両当事者は認めていることや、政府側の分析では、プレイボーイ社またはスパイス TV に加入している世帯数に、子どもがいるケーブル世帯の割合と世帯あたりの平均の子どもの数を掛けると、2900 万人の子どもが成人向け番組の信号漏れにさらされている危険性があるとされている、と Breyer 裁判官は論じる。

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² *Id.* at 832.

³⁴³ *Id.* at 834-35.

³⁴⁴ *Id.* at 839 (Breyer, J., dissenting).

続いて、Breyer 裁判官は、「法廷意見の二つ目の主張、つまり政府が『より制限的でない他の選ぶ手段』がないことを立証できていないという主張は、より簡潔な問題を提示している」と述べる³⁴⁵。つまり、同裁判官は、「具体的な問題は、§ 504 の『オプトアウト』の規定が、§ 505 の子どもを保護するという目的を達成するためのより制限的ではないが、同様に実用的で効果的な方法に相当するかどうかであり、Reno 判決で判示されているように、より制限的でない他の選ぶ手段は、法律が制定された正当な目的を達成する上で、少なくとも同程度効果的なものでなければならない」と指摘しているのである³⁴⁶。

次に、Breyer 裁判官は、§ 504 (オプトアウト) と § 505 (オプトイン) は、全く異なる立法上の目的を達成するために異なる働きをすると説示する。つまり、同裁判官は、「§ 504 は、ケーブルオペレーターにチャンネルを家庭の外に出さないように指示する権限を両親に与えるが、一方で、§ 505 はそれ以上のことを行う」と述べ、以下のように論じるのである。同裁判官は、「両親が明示的に同意しない限り、§ 505 は、両親が、子どもが何を見ているのか知らないかもしれない場合、両親がテレビの視聴習慣を簡単に監視できない場合、両親が彼らの § 504 の『オプトアウト』の権利を知らない場合、両親が、子どもがそのような番組に晒されている時に単に利用できない場合に、子どもへの成人向けのケーブルチャンネルの配信を禁止し、この点で、§ 505 は、子どもが大人のキャバレーまたは X レーティングの映画にアクセスできないようにする法律と同じ利益をもたらす」と述べた上で、「この規定は、政府の独立の利益を遂行すると同時に、政府による親の監督の援助を目的とするものであり、このことから、§ 505 の立法目的は完全に正当なものである」と説示する³⁴⁷。そして、同裁判官は、§ 505 について、「政府が親の監督がない場合に、性的にあからさまな番組への子どものアクセスを防止することで親を援助するという、やむにやまれぬ利益を有しているが、一方で、§ 504 は、このようなやむにやまれぬ政府の利益を促進するものではなく、したがって、§ 504 は § 505 と同程度に効果的な他の選ぶ手段とはいえないであろう」と判示した³⁴⁸。以上のように、§ 504 と § 505 はそもそも異なる目的をもって制定されたものである以上、法廷意見のように § 504 を § 505 のより制限的でない他の選ぶ手段とすることはできず、したがって、§ 505 を違憲であると判断することはできないと Breyer 裁判官は結論づけた。

³⁴⁵ *Id.* at 840.

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ *Id.* at 841-42.

³⁴⁸ *Id.* at 842-45.

第2項 Playboy 判決の意義

これまでアメリカ連邦最高裁は、放送メディア（ラジオ）³⁴⁹、有料電話³⁵⁰、インターネット³⁵¹上の下品な表現に対する規制の合憲性を判断してきており、本件においてはケーブルテレビ上の下品な表現に対する規制の合憲性が争われたが、本件が初めてではなく1994年のTurner判決³⁵²、1996年のDenver判決³⁵³という先例が存在する。Turner判決においては、ケーブルテレビ放送における「マスト・キャリー・ルール」(must carry rule)の合憲性が争われた。この「マスト・キャリー・ルール」とは、同一市場内にある地方テレビ局の信号を再送信する義務をケーブル施設者に課す規定である。同判決において法廷意見を執筆したKennedy裁判官は、「マスト・キャリー・ルール」が放送内容に基づく規制ではなく、その方法を規制する、表現内容中立規制であるため、「マスト・キャリー・ルール」の合憲性を判断する基準として中間審査基準³⁵⁴を適用し、合憲と判断した。Turner判決から2年後のDenver判決においては、ケーブルテレビにおける「明らかに不快な」方法で行われる性的な表現の放送を規制した「1992年ケーブルテレビ消費者保護および競争促進法」(以下、1992年ケーブル法とする。)の3つの規定³⁵⁵が合衆国憲法修正1条に違反するか否かが争われた。アメリカ連邦最高裁は、どの司法審査基準を適用するのか、明確に示さなかったものの、慎重な利益衡量を用いて1992年ケーブル法の§10(b)および§10(c)の規定を違憲と判示した。これに対し、本件Playboy判決において法廷意見を執筆したKennedy裁判官は、§505の規定は表現内容に基づく規制であるため、厳格審査基準を適用し、加えてより制限的でない他の選ぶ手段が政府の目的を満たすのであれば、議会はその代替手段を使用しなければならないと説示した。そして、法廷意見は、§505の合憲性を判断する前

³⁴⁹ FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S.726 (1978).

³⁵⁰ Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC, 492 U.S. 115 (1989).

³⁵¹ Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844 (1997).

³⁵² Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC, 520 U.S. 180 (1997).

³⁵³ Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC, 518 U.S. 727 (1996).

³⁵⁴ 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。

³⁵⁵ 1992年ケーブル法の3つの規定とは、ケーブル事業者に対してリース・アクセス・チャンネル上の下品な番組を禁止する権限を与える§10(a)、ケーブルテレビ事業者は、リース・アクセス・チャンネル上のすべての下品な表現を別のチャンネルに「分離」し、次にそのチャンネルが書面によるアクセスを要求する加入者だけが利用できる「リバースブロッキング」方式を実装することを要求する§10(b)、ケーブル事業者に対しパブリック・アクセス・チャンネルにおける下品な番組を禁止する権限を与える§10(c)である。

に、より制限的でない他の選びうる手段として § 504 が利用可能であるのかについて言及した。法廷意見は、§ 504 が受信を希望しないチャンネルをブロックしたいと願う親を支援することが目的であり、そのような政府の利益はやむにやまれぬものであり、当該目的との関係で § 504 が厳密な整合性を有していることに加えて、同条はより制限的でない他の選びうる手段になり得ると結論づけたアメリカ連邦地裁の判断は正しかったと述べた。一方で、§ 505 については、「親権行使の補助」という政府の目的との関係性において厳密な整合性を有するものであるか否か、加えてより制限的でない他の選びうる手段であるか否かについて、政府側の立証は不十分であるとして、§ 505 の規定は合衆国憲法修正 1 条に違反すると判示した。

本件のように下品な表現規制の合憲性を判断する基準として、厳格審査基準を適用したということは、ケーブルテレビは放送メディア（ラジオ）とは区別されるということであろう。すなわち、Pacifica 判決においてはラジオ放送における下品な表現の規制が合衆国憲法修正 1 条に違反するか否かが争われたわけであるが、そこでは放送メディアが有する社会的影響力を理由に、印刷メディアとは異なり広範な規制が許されるとされた。また、Pacifica 判決においては、合憲性を判断する基準として明確には述べられなかったものの、上記説示からより緩やかな司法審査基準の適用を念頭に置いていたものと推測できる。さらに、ラジオ放送においては、「家庭への侵入性」および「子どものアクセス容易性」を統制するための有効な装置が存在しないが、法廷意見が指摘しているように、ケーブルテレビにおいては視聴したくない番組を契約者が個々に遮断することができるという点においても、Pacifica 判決と本件を区別する決め手となったのではないだろうか。

以上のようなケーブルテレビに関する問題について、日本においてはケーブルテレビにおける下品な放送内容の規制は存在しないが、仮にこのような規制を法律や条例により制定するとなれば、Playboy 判決において問題とされた点が議論されるといえよう。法律等によって規制するよりも、それと同程度に制限的でない他の選びうる手段が存在するならば、それを用いるべきであり、たとえば、V チップを内蔵したテレビの製造をメーカーに義務づけることなどが考えられる。もっとも、経済的な理由などで、上記のような手段を講じることのできない家庭があれば、子どもを有害な表現に晒さない状況を作るのは完全には不可能であるため、この点については議論の余地があるといえよう。

ところで、Ginsberg 判決以降、未成年者保護を目的とした表現規制の合憲性が争われた事例において、政府が主張する利益は主に二つあり、一つが「有害な表現から子どもを保護すること」、いま一つが「親権の行使を補助すること」であったが、Playboy 判決においては、これらの利益のうち後者の利益しか政府によって主張されていない。加えて、「有害な

表現から子どもを保護する」という政府の利益について、政府が提示していなかったとはいえず、この利益がやむにやまれぬ利益か否かについて法廷意見は言及していない。他方で、反対意見を執筆した Breyer 裁判官は、§ 505 が、有害な表現から子どもを保護するという政府の利益を遂行すると同時に、政府による親の監督の援助を目的とするものであり、このことから、同条の立法目的は完全に正当なものである述べる。加えて同裁判官は、§ 505 について、政府が親の監督がない場合に、性的にあからさまな番組への子どものアクセスを防止することで親を援助するという、やむにやまれぬ利益を有しているが、一方で、§ 504 は、このようなやむにやまれぬ政府の利益を促進するものではなく、したがって、§ 504 は § 505 と同程度に効果的な他の選びうる手段とはいえないため、法廷意見は誤っていると説示した。この点、法廷意見とは異なり、Breyer 裁判官は、有害な表現から子どもを保護するという利益を強調しているが、法廷意見も当該利益について言及していないだけで否定しているとはいえないことから、上記のような Breyer 裁判官の見解については曖昧さが残るといえるのではないだろうか。また、未成年者保護を目的とした表現規制における正当化事由についても、これまでの判例の展開とは異なっており、これが何を意味するのかについては議論の余地があるため、この点については第三部において改めて検討を加えることとする。

第4節 下品な表現 — (3-1) インターネット—

第1項 Reno 判決の概要

1996年、インターネット上の有害な情報から未成年者を保護するために通信品位保持法 (Communications Decency Act of 1996、以下 CDA という) が制定された。同法は、「わいせつなまたは下品なメッセージを 18 歳未満の者へ故意に伝達すること³⁵⁶」、および「18 歳未満の者が入手可能な形で明らかに不快なメッセージを送信し、または陳列すること³⁵⁷」を禁止し、上記に違反した者については罰金または 2 年以下の自由刑に処されるか、もしくはその両者が科される、という規定である。この規定の合憲性が争われた事例が Reno 判決³⁵⁸である。原告であるアメリカ自由人権協会 (American Civil Liberties Union、以下 ACLU という) は、合衆国司法長官、および司法省に対して CDA のうち、上記規定が合衆国憲法修正 1 条に違反するという旨の宣言的判決および差止命令を求めて出訴した。連邦地方裁判所は、同法が合衆国憲法修正 1 条に違反するという判断を下し³⁵⁹、争われている規定の両方の執行を差し止める暫定的差止命令を発したため、連邦政府が上訴したのが本件である。

Stevens 裁判官が法廷意見を執筆し、Scalia、Kennedy、Souter、Ginsburg、Breyer 各裁判官が同調した。法廷意見は、政府が CDA は以下の三つの先例に照らして明らかに合憲であると主張しているが、それらの先例を詳細に審査すれば、それらの先例において合憲とされた規制と、CDA の規制は区別されるべきであると説示するとともに、まず、Ginsberg 判決において合憲と判断された法律は、次の四つの点において CDA よりも限定的なものであると述べ、以下のように論じる³⁶⁰。「第一に、我々は Ginsberg 判決において、未成年者への販

³⁵⁶ 47 U.S.C.A. § 223(a) (Supp. 1997).

³⁵⁷ 47 U.S.C.A. § 223(d).

³⁵⁸ Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844 (1997). なお、同判決の邦訳として、松井茂記・福島力洋「レノ対アメリカ人権協会事件合衆国最高裁判所判決—インターネットと表現の自由」阪大法学 48 巻 4 号 (1998 年) 1087 頁を参照、また、同判決の評釈として、阪口正二郎「インターネットにおける性表現の規制 (Reno v. ACLU, 117 S. Ct 2329 (1998))」法律時報 70 巻 8 号 (1998 年) 70 頁、福島力洋「インターネットと表現の自由」阪大法学 48 巻 4 号 (1998 年) 57 頁を参照、インターネット上の有害情報の規制が許容されるのかについて論じるものとして、松井茂記『インターネットの憲法学 新版』(岩波書店、2014 年) 103 頁以下参照。また、Reno 判決以降のインターネット上の未成年者にとって有害な情報の規制の合憲性が争われた事例を整理し、論じるものとして、佐々木秀智「アメリカにおけるインターネット上の児童に有害な情報の規制」法律論叢 77 巻 6 号 (2005 年) 57 頁参照。

³⁵⁹ American Civil Liberties Union v. Reno, 929 F. Supp. 824 (E. D. Pa. 1996).

³⁶⁰ *Id.* at 864-66.

売の禁止は、購入を望む親が自らの子どもに雑誌を購入してやることを妨げるものではないと述べたが、対照的に、CDA の下では、インターネットへのアクセスについて、両親が同意していても、さらには両親も共にアクセスしていたとしても、同法の適用を回避することはできない。第二に、Ginsberg 判決において問題となった州法は、営利的な取引のみに適用されるものであったが、CDA にはそのような限定は含まれていない。第三に、Ginsberg 判決において問題となった州法の未成年者にとって有害なものの定義は、『未成年者にとって埋め合わせとなるような社会的価値を完全に欠いたものでなければならない』という要件によって限定されていた。これに対し、CDA は、§ 223(a)(1)で用いられている『下品な』という言葉の定義を定めておらず、§ 223(d)の対象となっている『明らかに不快な』情報が真の文学的、芸術的、政治的、科学的価値を欠いているという要件を省いている。第四に、Ginsberg 判決において問題となった州法は、未成年者を 17 歳未満の者と定義していたが、CDA は 18 歳未満の者すべてに適用されるとしている」。

続いて、法廷意見は、Ginsberg 判決において問題となった州法と同様に、Pacifica 判決において支持された FCC による宣言的命令と CDA との間には重大な差異があるとして、以下の三点を指摘する³⁶¹。「第一に、Pacifica 判決において問題となった命令は、何十年にもわたりラジオ放送局を規制していた行政機関によって発せられたものであり、伝統的な番組内容から劇的に逸脱するような特定の放送番組を、特定のメディアで放送することが許容されるかどうかではなく、いつ許容されるのかを明確に示すために標的にしたものであった。これに対し、CDA による広汎な範疇的禁止は、特定の時に限定されたものではなく、インターネット特有の性格を熟知している機関による評価に依存しているものでもない。第二に、CDA とは異なり、FCC による宣言的命令は刑罰規定ではなく、我々は下品な放送が『刑事訴追を正当化する』かどうかについて判断することを明白に拒絶した。最後に、FCC による命令は、警告だけでは思いがけない番組内容から聴取者を適切に保護することができないということを主たる理由として、歴史的に『最も限定的な合衆国憲法修正 1 条の保護しか受けて』こなかった放送メディアに対して適用されるものである。しかしながら、インターネットはそれに相当する歴史を持っていない上、地方裁判所が認定したように、インターネットにおいては、特定の情報にアクセスするためには一連の積極的な手段を採る必要があるため、偶然、下品な情報に出くわす危険性はわずかである」。

さらに、法廷意見は、Renton 判決において、アメリカ連邦最高裁が居住地域から成人映画館を排除するゾーニング条例を合憲と判断した点に触れ、「同条例は、劇場で上映される

³⁶¹ *Id.* at 866.

映画の内容ではなく、劇場が助長する犯罪や不動産価値の下落といった『二次的効果』に向けられたものであったのに対し、CDA はサイバースペースの世界全体に広く適用されるものであるとともに、CDA の目的は、下品な言論や明らかに不快な言論の一次的効果から子どもを保護することであるため、このような言論の『二次的』効果から子どもを保護するというのではなく、CDA は表現内容に基づいた規制であるといえる」と法廷意見は説示する³⁶²。さらに、法廷意見は、インターネットが有する特徴について、ラジオやテレビほど「侵入的」ではなく、放送電波のような稀少性もないため、Pacifica 判決と本判決とは区別できると述べ、以上のことから、法廷意見は、これらの先例が我々に対し、CDA を支持することを要求するものではなく、CDA の規制に対して厳格審査基準を適用しても問題はないと判示した³⁶³。

法廷意見は、未成年者が潜在的に有害な言論へアクセスできないようにするために、CDA は成人が相互に受信し、伝達する憲法上の権利を有する非常に多くの言論を事実上、抑圧していると述べ、同法が制定した立法目的を達成する際に、より制限的でない他の選ぶう手段によっても、少なくとも同程度にその目的を達成することができるのであれば、成人の言論に対するそのような負担は、受け入れることができないと論じる³⁶⁴。そして、下品であるがわいせつではない性的な表現は、合衆国憲法修正 1 条によって保護されることは明らかであり、実際、Pacifica 判決において、「社会がある言論を不快に感じているかもしれないという事実は、その言論を抑圧する根拠としては十分ではない」という警告を示している、と法廷意見は指摘する³⁶⁵。

以上のように、CDA の合憲性を判断するために厳格審査基準を適用することを確認した上で、法廷意見は、まず目的審査について、「子どもを有害な情報から保護するという政府利益は、成人に向けられた言論を不必要なまでに広汎に抑圧することを正当化するものではない」と述べる³⁶⁶。続いて、手段審査について、法廷意見は、「CDA の適用範囲が、Ginsberg 判決および Pacifica 判決において合憲とされた規制とは異なり、営利的表現や営利団体に限定されておらず、下品なメッセージを投稿したり、未成年者のいる前で自らのコンピューター上に下品な内容のメッセージを表示させたりするすべての非営利団体や個人をも包含するほど広汎な規制である」と説示する³⁶⁷。そして、法廷意見は、「未成年を保護するとい

³⁶² *Id.* at 867-68.

³⁶³ *Id.* at 868.

³⁶⁴ *Id.* at 869-70.

³⁶⁵ *Id.* at 874-75.

³⁶⁶ *Id.* at 875.

³⁶⁷ *Id.* at 877-78.

う政府利益の重大さは、この広汎な法律がカバーする領域のどの点においても一様に重大なものだとはいえないのは明らかであり、加えて、言論に対するこれほどまでに広汎な内容に基づく規制が、なぜより制限的ではない規定では CDA ほどの効果を得ることができないのかを、政府は立証しなければならないが、それについて政府は説明していない」と述べ、法廷意見は CDA が合衆国憲法修正 1 条に違反すると判示した³⁶⁸。

これに対し、O'Connor 裁判官は結果一部同意・一部反対意見を執筆した (Rehnquist 長官同調)。O'Connor 裁判官は、CDA の規定がインターネット上に「アダルトゾーン」を作成しようとするものであるが、当該規定の目的は健全であるにもかかわらず、先例が発展させてきた枠組みから逸脱しているため、CDA の一部は違憲であると述べる³⁶⁹。そして、法廷意見は「明らかに不快な陳列」規定を単一のものとして捉えているが、同裁判官は、CDA の規定が、18 歳未満の特定の人物に対し、故意に明らかに不快なメッセージまたは画像を送信することを禁止する規定(「特定の者」規定)と、未成年者が「利用できる方法で」、明らかに不快なメッセージや画像を陳列することを禁止する規定(「陳列」規定)という、二つの別個の規定から構成されていると指摘する³⁷⁰。また、同裁判官は、「これらの規定のいずれも、下品な(あるいは明らかに不快な)言論を入手するという合衆国憲法修正 1 条の権利を有している成人から、このような表現を遠ざけようとするものではなく、したがって、CDA の目的は、紛れもなく、インターネット上の下品な情報を未成年者がアクセスできない一定の領域に隔離することである」と説示する³⁷¹。加えて、このような「アダルトゾーン」の作成は決して新しい概念ではなく、アメリカ連邦最高裁は、そのようなゾーニング法を支持してきたが、同法は成人と未成年者の合衆国憲法修正 1 条の権利を尊重する場合、つまり、第一に、成人による情報へのアクセスを過度に制限しない場合、第二に、未成年者が、禁止された情報を読んだり閲覧したりする合衆国憲法修正 1 条の権利を持たない場合に限り有効とされていた、という諸点を指摘した。

以下、O'Connor 裁判官は、CDA の規定がこの二つの要件に該当するか否かを、「陳列」規定と「下品な送信」規定(§ 223(a)(1)(B))および「特定の者」規定(§ 223(d)(1)(i))に分けて、それぞれ判断している。まず、同裁判官は、「成人による情報へのアクセスを過度に制限しない場合」について、「陳列」規定の合憲性をゾーニングに関する先例をもとに、以

³⁶⁸ *Id.* at 879.

³⁶⁹ *Id.* at 886 (O'Connor, J., concurring in part and dissenting in part).

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ *Ibid.*

下のように論じている³⁷²。「Ginsberg 判決において、アメリカ連邦最高裁は、当該ニューヨーク州法が未成年者のアクセスのみを否定していた点で、憲法上適切なアダルトゾーンを作り出していた。アダルトゾーンを作り出すことを可能にする特徴として、場所とアイデンティティーがあげられる。例えば、未成年者は成人ダンスショーを観たいと思うならば、そのようなエンターテイメントを行っている施設に入場しなければ観ることができないし、もし入場しようとするならば、彼らは自らのアイデンティティーを（結果的には年齢を）完全に秘密にしておくことはできないであろう。このような二つの特徴によって、当該施設の所有者は未成年者の入場を防止しつつ、成人を入場させることができるのである。一方、電子的世界はこれと根本的に異なっている。サイバースペースにおいては、自らのアイデンティティーや年齢を隠しつつ、インターネット上でメッセージを送信したり、受信したりすることができるため、アイデンティティーに基づいて、その者が一定のメッセージにアクセスすることを排除することは現在のところ不可能である。また、サイバースペースは柔軟性に富んでいる点で、物理的世界とは異なっている。インターネット上での表現者は、『ゲートウェイ』技術を用いることによってサイバースペースそのものを区画し始めてきており、その技術を用いれば、インターネットの利用者は、サイバースペースの一定の領域にアクセスする前に、自分自身に関する情報を入力しなければならなくなる。これは、ナイトクラブに入る前にチェック係の者が運転免許証をチェックすることとよく似ている。このようにサイバースペースは変化をしつつあるが、その変化は完全ではない。つまり、ゲートウェイ技術はサイバースペース上のどこにおいても利用可能なものではなく、サイバースペースはまだ大部分において区分けされておらず、かつ区分けできないものなのである」。このように論じた上で、O'Connor 裁判官は、以上のようなサイバースペースの現状を考えると、「陳列」規定は、成人が下品な表現を入手する合衆国憲法修正 1 条の権利を侵害するため、法廷意見と同様に違憲であると結論づけた。

一方、「下品な送信」規定および「特定の者」規定について、同裁判官は、そのすべての適用において違憲ではないと述べる。同裁判官は、「例えば、一人の成人が、受信者が未成年者であると知りつつ電子メールを送ったり、未成年者とチャットルームで会話をしたりする場合においては、成人が未成年者に対して言ってもよい内容を規制したとしても、それは決して同人が他の成人とコミュニケーションするのを規制するものではないため、当該インターネット上の表現者である成人の合衆国憲法修正 1 条の権利は不当に制約されてはいない」と説示する一方で、「しかしながら、成人のみで会話が行われていたチャットルー

³⁷² *Id.* at 889-91.

ムに未成年者が参加してきた場合、たとえその発言が他の成人に向けたものであっても、下品な発言をすることができなくなり、チャットルームで下品な会話を行う成人の権利が制限されてしまうことになる」と指摘する。そして、同裁判官は、「下品な送信」規定および「特定の者」規定について、一人の成人と、一人または複数の未成年者のみが行う会話に適用される限りで、これらの規定は合憲であるといえるが、「これらの規定は、当該コミュニケーションに参加している成人の人数にかかわらず、成人と未成年者との間のあらゆるコミュニケーションをその射程としており、この点において、当該規定は過度に広汎である³⁷³」と判示した。

続いて、CDAの規定が未成年者の合衆国憲法修正1条の権利を侵害するか否かについて、O'Connor 裁判官は、Ginsberg 判決をもとに CDA の合憲性を判断している。Ginsberg 判決においては、未成年者に対し、成人にとってはわいせつではないが、未成年者にとってはわいせつな表現へのアクセスを禁止する州法は合憲であると判断された。同判決において、アメリカ連邦最高裁は、ある表現が未成年者に関してわいせつとなるのは、それが「未成年者にとって何が適しているかに関して、大人の社会全体の一般的基準に照らして明らかに不快なものであり、未成年者の好色的興味に訴えるものであり、未成年者にとって、埋め合わせになるような社会的重要性を全く欠いているものであるような場合」であると判示した³⁷⁴。他方で、O'Connor 裁判官は、「本件における CDA の規定が、未成年者にとって下品であるがわいせつではない一定の言論をも禁止してしまうという意味において、CDA は過度に広汎である」が、「文面上の争いに勝つためには、『現実的』かつ『実質的な』広汎性を証明する必要があり、本件においてはその証明がなされていないため、CDA の規定は憲法上保護された、未成年者のかなりの量の言論に負担を課すものではない」と説示する³⁷⁵。

以上のように、同裁判官はゾーニング法としての CDA の合憲性は、それがどれだけ実質的に成人の合衆国憲法修正1条の権利を侵害しているか否かによって判断されるものであり、結論として、「陳列」規定と、複数の成人が参加するコミュニケーションに適用される限りでの「下品な送信」規定および「特定の者」規定は無効であると判示した。

第2項 Reno 判決の意義

インターネット上の下品な表現の規制の合憲性について、アメリカ連邦最高裁が初めて判断を下したのが本件であった。法廷意見を執筆した Stevens 裁判官は、まず、CDA とア

³⁷³ *Id.* at 892-94.

³⁷⁴ Ginsberg, 390 U.S. at 633.

³⁷⁵ Reno, 521 U.S. at 896.

アメリカ連邦最高裁が過去に合憲と判断した規制との区別を行った。同裁判官は、先に示した Ginsberg 判決および Pacifica 判決、さらに居住地域から成人映画館を排除するゾーニング条例を合憲と判示した Renton 判決³⁷⁶という三つの先例をもとに、CDA の規定が過度に広汎であること、インターネットは放送メディアが有する電波の希少性という特徴を有していないこと、CDA の目的が下品な表現および明らかに不快な表現から子どもを保護することであり、ゾーニング条例のように劇場が助長する犯罪等の二次的効果から保護することではないことを指摘した。以上の点を踏まえ、法廷意見は CDA が表現内容に基づく規制であるため厳格審査基準を適用すると述べ、CDA は合衆国憲法修正 1 条に違反すると判示した。

本件において注目すべきは、法廷意見は CDA における「下品な表現」に対する規制の部分を違憲と判断したのに対し、「わいせつ表現」の規制については問題としていないということである。アメリカ連邦最高裁は、これまでわいせつ表現は合衆国憲法修正 1 条によって保護されない言論として扱い³⁷⁷、本件における原告も CDA のわいせつ表現の規制の合憲性については争わなかった。このことから、わいせつ表現と下品な表現を区別していることが伺える。

下品な表現は、わいせつ表現とは異なり、合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論とされるため、下品な表現を規制する立法は表現内容に基づく規制であるといえ、このような規制の合憲性を判断する場合には厳格審査基準が適用されることになる。しかし、これは表現内容にのみ着目した場合においてのことであり、表現媒体の種類によっては合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論である下品な表現であっても、規制が許される場合があるということが前述した Pacifica 判決において示されている。同判決では、このような規制が許容されるのは、放送メディアがすべてのアメリカ人の生活の中に広く浸透した特別な存在であることと、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という、放送メディアが有する特異性を根拠としていた。一方、インターネットは既存のメディアとの関係でどのように位置づけられるのだろうか。この点につき、法廷意見はインターネットと放送メディアを区別し、インターネットが有する特徴について、ラジオやテレビほど「侵入的」ではなく、放送電波のような稀少性もないと説いた上で、Pacifica 判決と本判決とは区別できると指摘していた。むしろ、法廷意見は、本件において依拠すべき判決は Sable 判決であると示唆している。Sable 判決では、事前に録音された性的な電話

³⁷⁶ Renton v. Playtime Theatres, Inc., 475 U.S. 41 (1986).

³⁷⁷ See, Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957); Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).

メッセージ（「ダイヤル・ア・ポルノ」）の提供を業務としている企業が、州際営利的電話メッセージについて、わいせつな表現だけでなく下品な表現までも包括的に禁止する、通信法改正の合憲性が争われた。同判決において、アメリカ連邦最高裁は、同法はわいせつなメッセージに適用される限りにおいて合憲であるが、下品なメッセージに適用される限りにおいては違憲無効であると判示した。その際、アメリカ連邦最高裁は、未成年者の身体的、精神的福祉を保護するというやむにやまれぬ政府の利益が存在することを認めたが、Pacifica 判決における「きわめて限定的な判示」とは区別されるとした。つまり、ダイヤル・ア・ポルノを利用するには、利用者は自分自身の意思で積極的にダイヤルを回す必要があるが、ラジオの場合はラジオをつければ下品な表現に偶然出くわすことがあり、この点が両者の違いであるとアメリカ連邦最高裁は指摘するのである。加えて、アメリカ連邦最高裁は、インターネット上で情報を受領するためには、ラジオ放送のように単にダイヤルを回すこと以上の、一連の意図的かつ積極的な手段をとる必要があり、子どもが一人で情報を引き出すためには一定の能力が必要とされると指摘する。よって、法廷意見はインターネットの位置づけとして、インターネットをラジオ等の「放送」と区別し、電話の「通信」に分類した上で、CDA の合憲性を判断する基準として厳格審査基準を適用しているといえるであろう。

他方で、日本において、インターネット上で青少年に有害な情報の送信を禁止した法律は、現時点では制定されていない。また、青少年保護育成条例においても、規制対象は図書類を対象としており、インターネット上の情報は規制対象にはなっていない³⁷⁸。その代わりに、2008年に青少年インターネット環境整備法（以下、環境整備法と略する。）が制定され、また風俗営業法の改正により青少年に性的な映像を提供することに規制が設けられており、現在のところ、インターネット上の有害な表現から青少年を保護する法律は、この二つの法律ということになる。これらの法律、特に環境整備法の内容については本稿第4章において概観したため、同法の詳細について、ここで改めて説明することは控えるが、Reno 判決および後述する Ashcroft 判決において議論されていた点を考慮する限り、未成年者保護のためにインターネット上の有害情報を法によって規制する場合には慎重な対応が求められるといえよう³⁷⁹。このように、未成年者を保護するために法によって有害な表現を規制することは、未成年者を保護することができる一方で、成人の言論へのアクセスを制限してしまう。それゆえ、法による規制ではなく、未成年者が有害であるとされる情報に未成年者がア

³⁷⁸ この点、各地方公共団体が定める青少年保護育成条例によって、インターネット上のコンテンツを規律することは、地方公共団体の権限という点で疑問の余地がありうるとの指摘がなされている。松井・前掲注（358）178頁参照。

³⁷⁹ 高橋編・前掲注（181）123、131-37頁参照（鈴木執筆部分）。

アクセスできないような手段を講じる方が必要最小限の規制であるといえよう³⁸⁰。

この点、Reno 判決において提示されていた手段の一つとして、クレジットカードによる年齢認証という方法があげられていた。この方法は、利用者にクレジットカードの利用を求め、これにより成人であることの証明が可能となるという点で有効な手段であるといえる一方で、クレジットカードを所有しないユーザーや、経済的理由等によってそもそもクレジットカードを所有することができないユーザーにとっては、クレジットカードを所有していないためにインターネットを利用することができなくなってしまう。また、実際問題として、クレジットカードによる年齢認証を求めることは、サイトの運用者にクレジットカード会社と契約することを要求することになるが、この点につき、Reno 判決連邦地裁が認定していたように、営利的な表現者だけではなく、ウェブサイトを有する非営利的な表現者にとっては多額の費用負担を余儀なくされ、その結果、サイト自体を閉じざるをえなくなる可能性もあることから、クレジットカードによる年齢認証という方法は、未成年者の有害な情報へのアクセスを制限する方法としては有効ではないといえよう³⁸¹。以上のアメリカにおける状況からしても、日本において未成年者保護のためにインターネット上の有害情報を規制する場合、法による規制に依らず、各家庭においてフィルタリング・ソフトを使用し、これにより未成年者にとって有害な情報をブロックすることの方が、そのような情報にアクセスしたいと思う成人の表現の自由を侵害しなくて済むであろう。もっとも、Reno 判決では、フィルタリング・ソフトがより制限的でない他の選びうる手段であると判断されたわけではないが、その後の Ashcroft 判決において法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官がフィルタリング・ソフトの有効性を評価する見解を述べていることから、フィルタリング・ソフトを活用する方がより制限的でない手段であるといえるのではないだろうか³⁸²。

もっとも、フィルタリング・ソフトが本当に必要か否かは、親の判断に委ねられるべき問題であるが、フィルタリング・ソフトを親が必要としていても、その子どもが不要であると考えている場合、子どもは見たい情報にアクセスすることができなくなることから、子どもの表現の自由および自己決定権が侵害されてしまうであろう。また、仮に、政府がフィルタリング・ソフトの使用を各家庭に強制する場合も、子どもの表現の自由だけでなく自己決定権が侵害されてしまうといえる。この場合、このような政府による子どもに対するパターナ

³⁸⁰ Amitai Etozioni, *supra* note 263, at 9.

³⁸¹ 松井・前掲注 (358) 199 頁参照。

³⁸² 一方で、フィルタリング・ソフトについては、これを使用したからといって必ずしも未成年者にとって有害な情報をすべてブロックできるわけではないという欠陥があるとともに、憲法上保護された表現をもブロックしてしまう危険性があるという指摘もなされている。松井・同上同頁参照。

リズムな規制は許容されるのか否かについて検討する必要がある。

第5節 下品な表現 — (3-2) インターネット—

第1項 Ashcroft 判決の概要

連邦議会は、CDA を違憲と判断した 1997 年の Reno 判決において指摘された憲法上の問題点を修正した形で、1998 年に児童オンライン保護法 (Child Online Protection Act、以下 COPA と略する。) を制定した。COPA は、営利目的で未成年者にとって有害な情報を WWW を用いて通信した者に対して、5 万ドル以下の罰金および (または) 6 ヶ月以下の懲役という刑事罰を課しており、さらに、同法の規定に故意に違反した場合には、5 万ドルの罰金を追加すると規定している³⁸³。そして、同法は、「未成年者」を 17 歳未満の者と定義し³⁸⁴、加えて、「未成年者にとって有害なもの」(harmful to minors) を、以下に示す三要件を満たすあらゆる種類の通信、写真、画像、写実的な画像ファイル、記事、記録、著作、その他のものと定義している³⁸⁵。その三要件とは、第一に、その時代の共同体の基準を適用した場合、未成年者の観点から全体としてみた際に、その素材が好色的興味に訴えかけ、または迎合するように作成されていると一般人が認識するものかどうか、第二に、未成年者にとって著しく不快な方法で、現実のもしくは擬似的な性的行為や性的接触、現実のもしくは擬似的な正常なまたは異常な性的行為、または性器または思春期以降の女性の胸部のみだらな露出を描写、記述、表現しているものかどうか、第三に、全体として、未成年者にとって真面目な文学的、芸術的、政治的、または科学的価値を欠くものかどうかというものである。加えて同法は、以上の定義に該当するすべての言論を犯罪となる言論と規定している一方で、クレジットカード、デビット口座、成人アクセス・コード、成人用個人識別番号の使用を要件とすること、年齢を認証する電子証明書を受領していること、さらに、利用できる技術のもとで実現可能なその他の合理的な手段を用いて、WWW 上で禁止されている情報に未成年者がアクセスするのを防いだことを示した者については、違法性が阻却され、有罪とはされないという積極的抗弁の規定を定めている³⁸⁶。

本件の原告は、インターネット・コンテンツ・プロバイダーや言論の自由を守る人々であり、彼らは 1998 年 11 月 20 日の COPA の執行に先立ち、同法が合衆国憲法修正 1 条に違反するため、同法の暫定的差止を求めた。これに対し、ペンシルバニア州東部地区連邦地方裁判所は、同法が未成年者にとって有害な素材へのアクセスを妨げる最も制限的でない手

³⁸³ 47 U.S.C. § 231(a)(1).

³⁸⁴ 47 U.S.C. § 231(e)(7).

³⁸⁵ 47 U.S.C. § 231(e)(6).

³⁸⁶ 47 U.S.C. § 231(c)(1).

段であることが示されていないとして、仮差止命令を認めた³⁸⁷。政府は当該差止命令に対して第3巡回区連邦控訴裁判所に控訴したが、同裁判所は、仮差止命令を支持し、被告の主張を斥けた。ただ、同裁判所は、連邦地裁と異なり、「未成年者にとって有害な情報」を「その共同体の基準」に従って判断することは、実質的に最も制限的で保守的な共同体の基準に従ってその内容を制限しなければならない、これは憲法上保護された言論に対する許されざる負担になると判断した³⁸⁸。しかし、2002年、アメリカ連邦最高裁は、第3巡回区連邦控訴裁の判断を覆し、現代の共同体の基準を用いることだけで COPA の規定が過度に広汎であるとはいえないと判断する一方で、アメリカ連邦最高裁は、原審が現代の共同体の基準のみに依拠して違憲判決を下したことを問題とし、それ以外の点も検討すべきであるとして原審に差し戻した³⁸⁹。

差戻審において、第3巡回区連邦控訴裁は、COPA が、やむにやまれぬ政府の利益を満たすほど厳密な整合性を有しておらず、加えて COPA は過度に広汎であり、未成年者がインターネットを利用して有害な情報にアクセスするのを防ぐという利益を満たすために政府が利用できる最も制限的でない手段ではないと判示したため³⁹⁰、政府は再度、アメリカ連邦最高裁に審理を求め、同裁判所は再びサーシオレイライの発給を認めた。

本件において法廷意見を執筆したのは Kennedy 裁判官であり、Stevens、Souter、Thomas、Ginsburg 各裁判官が同調した。Kennedy 裁判官は、COPA が合衆国憲法修正1条に違反する可能性があるため、その施行を差し止めるべきであるというアメリカ連邦地裁判決を支持したアメリカ連邦控訴裁の判断が正しいかどうかを判断しなければならないと述べた上で、以下のように説示する³⁹¹。同裁判官は、まず COPA より制限的でない他の選ぶうの手

³⁸⁷ American Civil Liberties Union v. Reno, 31 F. Supp. 2d 473 (E. D. Pa. 1999).

³⁸⁸ American Civil Liberties Union v. Reno, 217 F. 3d 162 (3d Cir. 2000).

³⁸⁹ Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 535 U.S. 564 (2002)(Ashcroft I). なお、同判決については、森脇敦史「図書館に対するフィルタリングの義務づけと今後のインターネット上における表現規制の態様—CDA、COPA、CIPA の事例から—」阪大法学 53 巻 3・4号(2003年)1015頁、松井・前掲注(358)171頁以下、加藤隆之「アメリカ合衆国におけるわいせつ概念の地域的基準—インターネット上の性表現行為への地域的基準を適用することの合憲性に関する2002年 American Civil Liberties Union 判決の検討を中心として—」法学新報 111 巻 11・12号(2005年)95頁を参照。

³⁹⁰ American Civil Liberties Union v. Ashcroft, 322 F. 3d 240 (3d Cir. 2003).

³⁹¹ Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 542 U.S. 656, 665-66 (2004)(Ashcroft II). なお、同判決の評釈として、紙谷雅子「インターネット上の未成年に有害な情報を年齢確認手段を用いて規制する Child Online Protection Act (COPA) の暫定的差止め」ジュリスト 1292号(2005年)156頁、佐々木秀智「アメリカにおけるインターネット上の児童に有害な情報の規制」法学論叢 77 巻 6号(2005年)57頁以下参照。

段が存在しないということを政府が立証すべきであると強調する。「厳しい刑事罰が科される表現内容に基づく規制は、国民の自由な生活や自由な思想を抑圧するおそれが常に存在することから、合衆国憲法は表現内容に基づく規制を無効と推定することを求めており、過去のアメリカ連邦最高裁も、政府が表現内容に基づく規制の合憲性を立証する責任を負うべきであると判断している」と同裁判官は説示するとともに、本判決においてもこのことは妥当すると述べる。そして、同裁判官は、「アメリカ連邦地裁が仮差止命令を出したことは裁量権を逸脱していないとするアメリカ連邦控訴裁の見解に同意するが、この結論を支持する我々の根拠は、アメリカ連邦控訴裁が依拠した根拠とは異なる」と述べ、以下、差止命令を認める判断を下すにあたり、アメリカ連邦地裁が議論した、COPA より制限的でない他の選びうる手段が存在するか否かという問題について検討を加えている。同裁判官は、「COPA より制限的でない他の選びうる手段が存在するか否かを検討する際、裁判所は、ある保護された言論が規制される可能性があることを前提とし、当該言論を規制することによって得られる利益を達成するために利用できる最も制限的でない他の選びうる手段は何かを議論すべきである」と論じる。加えて、同裁判官は、仮差止命令を出すか否かを決定する際、政府が原告の提案した、より制限的でない他の選びうる手段が COPA よりも効果が低いことを示さない限り、原告側が勝訴する可能性が高いとみなされると述べるとともに、政府が COPA が最も制限的でない手段であることを立証できなかったことから、アメリカ連邦地裁が差止命令を認容したことは裁量権の濫用ではないと説示する。さらに、同裁判官は、COPA より制限的でない他の選びうる手段がいくつも存在すると指摘し、アメリカ連邦地裁が検討したブロッキングおよびフィルタリングソフトウェアが、COPA よりも制限的ではないということについて検討を加えている³⁹²。まず、同裁判官は、フィルタリング・ソフトが、発信元における制限ではなく、情報を受信する側で言論を選択して制限することができるため、COPA よりも制限的な規制手段ではないと評価する。そして、同裁判官は、「フィルタリング制度の下では、子どものいない大人は、本人確認やクレジットカード情報を提供することなく、子どもにとっては有害であるが大人にとってはそうでない言論にアクセスすることが可能であり、またその一方で、子どものいる大人でも、フィルタリングをオフにするだけで、子どものいない大人と同様に同様の言論にアクセスすることが可能である」と述べるとともに、「アメリカ連邦地裁が差止命令を認容したのは、原告側がフィルタリング・ソフトこそが COPA よりも制限的でない他の選びうる手段であると主張したのに対し、政府がこの主張に対する反証を行わなかったためである」と指摘する。

³⁹² *Id.* at 667.

また、Kennedy 裁判官は、COPA よりもフィルタリングソフトの方が効果的である点として、フィルタリングは、アメリカからウェブに投稿されたポルノだけでなく、すべてのポルノを未成年者に見せないようにすることができるという点をあげる³⁹³。「アメリカ連邦地裁において、ある証人が、未成年者にとって有害な内容の 40%は海外から発信されたものであると推定していることを事実認定で指摘していることや、COPA が合憲と判断された場合、COPA の規制対象となる情報を発信する者が拠点を海外に移せば、未成年者にとって有害な情報を発信することが可能となること、さらに、フィルタリングソフトは、WWW を通して利用可能な通信だけでなく、電子メールを含むすべての形態のインターネット通信に適用できることから、フィルタリングソフトの方が効果的である可能性がある」と、同裁判官は指摘する。さらに、同裁判官は、フィルタリングソフトが COPA よりも効果的である可能性があることが、連邦議会が設立した公益委員会である Commission on Child Online Protection (児童オンライン保護委員会) の調査結果によって確認されているという点についても言及した³⁹⁴。同裁判官は、以上のようにフィルタリングソフトがいかに有効であるのかについて述べる一方で、フィルタリングソフトが、未成年者にとって有害ではない情報をブロックしたり、あるいは逆に有害な情報をブロックできない場合があると説示するとともに、フィルタリングソフトを使用したとしても、未成年者にとって有害な情報に彼らがアクセスするという問題を完全に解決することはできないという点を指摘する³⁹⁵。

他方で、Kennedy 裁判官は、本件の一年前に判断された American Library Assn, Inc., 判決³⁹⁶において、アメリカ連邦最高裁が、連邦議会は学校や図書館にフィルタリングソフトを使用する強力なインセンティブを与えることができると判示したことについて触れ、「連邦議会はフィルタリングソフトの使用を促進するプログラムを制定することで、合衆国憲法修正 1 条によって保護された言論を厳しい罰則の対象とすることなく、親にフィルタリング

³⁹³ *Id.* at 667.

³⁹⁴ *Id.* at 668.

³⁹⁵ *Ibid.*

³⁹⁶ *United States v. American Library Assn, Inc.*, 539 U.S. 194 (2003). 連邦政府の助成を受ける条件として、初等中等教育機関および公共図書館などに対して、インターネットに接続するすべてのコンピュータにフィルタリングソフトを導入することを要請した法律、子どもインターネット保護法 (Children's Internet Protection Act、以下、CIPA と略する) の合憲性が争われた事件。同判決における評釈として、紙谷雅子「フィルタリング・ソフトウェアを連邦政府の補助金要件とする子どもインターネット保護法 (CIPA) の規定は図書館利用者の第 1 修正の権利を侵害しないとした事件」ジュリスト 1274 号 (2004 年) 192 頁参照、また、森脇・前掲注 (389) 1015 頁以下、松井・前掲注 (358) 175 頁以下参照。

ソフトの使用を強く促すことができる」と同裁判官は説示する³⁹⁷。そして、本件と同様に、フィルタリングソフトと法律による言論規制のどちらの手段が、より制限的でない他の選ぶ手段か否かが争われた事例として、同裁判官は Playboy 判決を引用した上で、本件においても、政府は現時点で、提案されているより制限的でない代替案がより効果的でないことを示すことができていないことから、同裁判官は、Playboy 判決の判例理論および先例拘束性により差止命令を支持する必要があると判示した³⁹⁸。

さらに、本件はアメリカ連邦控訴裁に差戻されるのであるが、再度審理が行われるまで差止命令を維持する重要な理由として、Kennedy 裁判官は、第一に、差止命令を覆すことで生じうる損害は、誤って差止命令を残しておくことで生じる損害よりも大きいということ、第二に、本件においてはフィルタリングソフトの有効性に関する証拠に当事者間で大きな隔たりがあり、事実関係に重大な問題が残っていること、第三に、本件が初めてアメリカ連邦地裁において審理されてから 5 年が経ち、その間にインターネットに関する技術が急速に発展し、アメリカ連邦地裁が判決を下したときよりも、より多くの、より優れたフィルタリングの選択肢が存在している可能性があることをあげる³⁹⁹。加えて、Kennedy 裁判官は、再審理により、アメリカ連邦地裁が COPA に代わる制限的でない他の選ぶ手段として、2000 年以降に連邦議会が制定した法律について考慮することができることも指摘する⁴⁰⁰。最後に、本判決は、未成年者が有害な情報にアクセスできないように制定されたインターネット上の規制を連邦議会が制定できないとするものではないことに留意する必要があるということと同裁判官は言及した上で、政府が、現時点では COPA に代わる、より制限的でない他の選ぶ手段があるという原告の主張に反論できておらず、現状からも仮差止命令を支持することが望ましいと考えられることから、同裁判官は COPA を違憲と判断したアメリカ連邦控訴裁判決を支持し、事実審理を行うよう、本件をアメリカ連邦地裁に差し戻すと判示した⁴⁰¹。

Stevens 裁判官が同意意見を執筆し、Ginsburg 裁判官が同調している⁴⁰²。Stevens 裁判官は、アメリカ連邦控訴裁が、未成年者に有害な情報を特定するために同法が「その時代の共同体の基準」を用いていることは、重大かつ致命的な欠陥である可能性があることと判断したことと同意し、また 2002 年の Ashcroft I 判決において、同裁判官は、インターネットの文脈

³⁹⁷ Ashcroft, 542 U.S. at 669.

³⁹⁸ *Id.* at 670.

³⁹⁹ *Id.* at 670-72.

⁴⁰⁰ *Id.* at 672.

⁴⁰¹ *Id.* at 672-73.

⁴⁰² *Id.* at 673-75 (Stevens, J., concurring).

において、その時代の共同体の基準を用いることの危険性について述べた反対意見を執筆している。しかし、同裁判官は、「COPA が共同体の基準を使用していることは、同法の唯一の憲法上の欠陥ではなく、法廷意見が指摘しているように、フィルタリングソフトの方が COPA よりも制限的でない手段であるといえる」と論じる。そして、同裁判官は、「フィルタリングソフトなどのユーザーベースのコントロールの導入を促進することは、WWW の膨大なコンテンツを元から規制しようとするのと同様かそれ以上に、インターネット上の性的に露骨な情報から未成年者を保護するという議会の利益を満たすことになるであろうし、加えて、合衆国憲法修正 1 条の価値に対する重大な代償ははるかに少なく済むであろう」と指摘する。また、同裁判官は、COPA が表現内容に基づく規制であるとともに、同法がいかに制限的な手段であるかを強調する。さらに、同裁判官は、COPA が定める刑事罰について触れた上で、同法を完全に遵守したとしても、起訴される可能性があると述べる。加えて、同裁判官は、「犯罪行為を特定するには、不快感を与える情報とそうでない情報との境界線があまりにも曖昧であるため、同法による刑事訴追は、わいせつ物として分類された表現を規制するには不適切な手段である」と指摘するとともに、「未成年者にとって有害」であるという、曖昧な定義に基づいて刑事制裁を加えることは、明らかに合衆国憲法修正 1 条の自由の行使に重大な制約を課すことになる」と説示する。

以上のような法廷意見および同意意見に対して、Scalia、Breyer 各裁判官が個別に反対意見を執筆している。まず、Scalia 裁判官による反対意見であるが、同裁判官は、COPA が合憲であるという Breyer 裁判官の結論に同意すると主張する。その一方で、Scalia 裁判官は、同法が対象としているのは商業用ポルノであると言及するとともに、法廷意見も Breyer 裁判官も、このような表現行為を規制する COPA の合憲性を判断する際に、厳格審査基準を適用しているが、Scalia 裁判官はこれが誤りであると指摘する⁴⁰³。そして、Scalia 裁判官は商業用ポルノが合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論ではないことを根拠に、これを規制する COPA は合衆国憲法修正 1 条に違反するものではないと説示する。

一方で、Breyer 裁判官による反対意見に Rehnquist 首席裁判官、O'Connor 裁判官が同調した。Breyer 裁判官は、法廷意見と同じく、厳格審査基準を適用し、COPA の合憲性を判断すると述べるとともに、「同法がより制限的でない他の選びうる手段であることを政府が立証する必要がある」と判示した⁴⁰⁴。しかし、同裁判官は、第一に、同法が合衆国憲法修正 1 条によって保護された言論に課している負担、第二に、やむにやまれぬ利益を促進する同

⁴⁰³ *Id.* at 676 (Scalia, J., dissenting).

⁴⁰⁴ *Id.* at 677 (Breyer, J., dissenting).

法の能力、第三に、提案されているより制限的でない他の選びうる手段の三点を検討した結果、インターネット上の商業用ポルノから子どもを保護するという COPA の目的を、COPA ではない、より制限的でない他の規制手段において達成することができたはずであると判示する法廷意見を同裁判官は否定する⁴⁰⁵。

まず、Breyer 裁判官は、COPA が合衆国憲法修正 1 条によって保護された言論に課している負担について、本件において法廷意見がより制限的でない他の選びうる手段が存在するか否かという点を重視しているのに対し、同裁判官は、COPA が合衆国憲法修正 1 条によって保護された言論に対する制約を課しているか否かを検討しなければならないと述べ、同法の定義について検討を加えている⁴⁰⁶。同裁判官は、COPA の定義について、規制対象となる情報を合衆国憲法修正 1 条によって保護されていない言論、すなわち、わいせつな表現に限定していると指摘する。同法の定義は、わいせつ表現か否かを判断する基準を提示した Miller 基準⁴⁰⁷を参考にして制定されているが、同裁判官は、両者の定義において事実上の相違は、「未成年者にとって有害」という文言が追加されているという点であると述べ、この点につき、同裁判官は、思春期以降の青少年の好色的興味に訴える表現物は、ほぼ必然的に成人の好色的興味にも訴えるものといえるため、「未成年者にとって有害」という文言を追加したとしても法律の適用範囲をわずかに拡大するにすぎないと指摘する。加えて、COPA の定義について、「未成年者にとって真面目な文学的、芸術的、政治的、または科学的価値」がないことが要件として定められているが、成人に対しては真面目な文学的、芸術的、政治的、または科学的価値を持つが、その一方で、未成年にとってはそのような価値を持たない表現がどのようなものなのか、誰も容易に想像することができないことから、同法の適用範囲はさらに限定されていると、同裁判官は論じる。たとえば、若い男性の自慰行為と性的羞恥心の経験についてのエッセー、治療目的で書かれた 15 歳の少女による 13 歳のときにレイプされた体験談、コンドームの使い方の図解など、これらの表現物は COPA が制限する表現物の定義から外れており、したがって、同法の適用範囲は商業用ポルノに限定されており、このような表現は合衆国憲法修正 1 条によって保護されない言論であると同

⁴⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁶ *Id.* at 678-83.

⁴⁰⁷ 脚注 283 においても説明したが、Miller 基準とは、(a) 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、(b) 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、(c) 全体としてその作品が真面目な文学的、芸術的、政治的、あるいは科学的価値を欠いているかどうか、というもので、禁止することのできるわいせつな表現をハード・コア・ポルノに限定している。Miller, 413 U.S. at 24.

裁判官は説示する。また、同裁判官は、「COPA が未成年者にとって有害な情報の提供者に対して、クレジットカード、成人の個人識別番号、またはその他の同様の技術を使用して年齢を確認する画面を挿入することにより、未成年者のアクセスを制限することを求めている点について、規制対象の情報にアクセスしようとする成人や、その情報提供者に金銭的なものに加えて、個人の情報を提供するという負担を強いるものである」と述べる。そして、同裁判官は、「これらの負担を視聴者に強いることで、サイトへのアクセスを制限する可能性があるが、同法が、わいせつとされる表現と、合衆国憲法修正1条によって保護されているがわいせつ表現に近い表現に成人がアクセスする場合に、わずかな負担しか課していない」と指摘する。

次に、商業用ポルノに未成年者がさらされないように保護するという、やむにやまれぬ利益の問題について、Breyer 裁判官は、この利益がやむにやまれぬ利益であることを否定する者はいないと論じた上で、「むしろ、ここでの問題は、成人のアクセスを制限する COPA が、その利益を著しく促進するかどうかである」と指摘する⁴⁰⁸。法廷意見は、ブロッキングソフトやフィルタリングソフトの存在を理由に、同法がやむにやまれぬ利益を促進するものではないと主張するとともに、フィルタリング・ソフトを、より制限的でない他の選ぶ手段であると判示しているが、同裁判官は、「これは誤りであり、フィルタリングソフトは、商業用ポルノへの接触から未成年者を保護するという問題に対する代替的な法的アプローチではない」と説示する。そして、同裁判官は、ここで議論すべき問題は、フィルタリングソフトを含む現状と、その現状に年齢確認のための画面表示を追加した場合との比較を行うことであろうと指摘した上で、「フィルタリングソフトには四つの重大な欠陥があるため、連邦議会はフィルタリングソフトの自主的な使用に頼るのではなく、法律を制定する必要がある」と説示する。同裁判官が指摘したフィルタリング・ソフトの欠陥とは、第一に、現在のフィルタリングソフトでは、正確に定義されたカテゴリーの画像を除外する能力がないため、一部のポルノ画像がフィルタリングを通過してしまうということ、第二に、フィルタリングソフトには費用がかかるということ、第三に、フィルタリングソフトの場合、子どもがどこでウェブを閲覧するかを決定し、その決定を実行できるのは親であるため、たとえば友達の家など、家の外において、未成年者にとって有害なサイトにアクセスする可能性があるということ、第四に、ソフトウェア・ブロッキングは正確さに欠けるため、合衆国憲法修正1条によって保護されている言論と保護されていない言論を見分けることができず、その結果、価値のある多くの情報を不適切にブロックしてしまうことである

⁴⁰⁸ Ashcroft, 542 U.S. at 683-87.

という、四点である。そして、このようなフィルタリングソフトの欠陥を理由に、連邦議会がフィルタリングソフトに全面的に依存するようなシステムは効果的ではないと結論づけるのは合理的なことであるとともに、年齢確認の要件を加える法律は、システムの有効性を大幅に向上させるといえると Breyer 裁判官は論じる。したがって、「COPA は、スクリーニングされたプログラムへのアクセスを希望する成人にわずかな負担をかけるだけでよく、加えて家庭の内外を問わず、より優れた、より正確なブロッキングを実現することができるため、同法は合衆国憲法修正 1 条によって保護された言論へのアクセスに対してはるかに制限的でない負担しか課していないといえ、さらに、その負担の少なさと、同法がやむにやまれぬ利益を著しく促進する可能性を考慮すると、同法は、合衆国憲法修正 1 条の厳格な司法審査基準を十分に満たすものと考えられる」と同裁判官は説示する。

最後に、Breyer 裁判官は、法廷意見が提案している、より制限的でない他の選ぶ手段について検討を加えている⁴⁰⁹。本法廷は、二つのより制限的でない他の選ぶ手段を提示しているが、まず第一に、ブロッキングおよびフィルタリングソフトの使用を奨励することについて、同裁判官は、政府がこの問題に十分な資源を投入し、おそらくさらなる科学的進歩があると考えれば、当然、フィルタリングソフトの使用は効果的でより制限的でないものになるであろうが、実際問題として、これらのことに費やす予算には限界があるという現状に鑑みると、フィルタリングソフトの使用を推奨することは、より制限的でない他の選ぶ手段とはいえないと指摘する。続いて、第二の方法として、法廷意見は、ある種の言論を犯罪とすることで言論の萎縮効果をもたらすことができることを理由に、COPA に違反したとしても罪に問わないようにすることを提示しているが、この点につき、Breyer 裁判官は主要な制裁措置を取り除くことは、事実上、同法の効果を低下させることになる旨を指摘する。

以上のような検討を行った上で、同裁判官は、COPA について、合衆国憲法修正 1 条によって保護された表現にわずかな負担を強いる危険性があるが、同表現の閲覧を希望する成人については、さほど費用等をかけずにその負担を克服することができるとともに、同法が商業用ポルノにさらされることから子どもたちを保護するという、政府のやむにやまれぬ利益を達成することに大きく貢献していること、加えてこのやむにやまれぬ利益を促進するのと同様な、より制限的でない手段は、現実的には存在しないことから、同裁判官は、同法を合憲を判断したのである。

⁴⁰⁹ *Id.* at 688-89.

第2項 Ashcroft 判決の意義

本判決では、本章第4節において検討した Reno 判決と同様に、インターネット上の有害な情報から未成年者を保護するために制定された法律の合憲性が問題となっている。本判決において合衆国憲法修正1条に違反するか否かが争われた法律は、COPA であり、同法は、先述した Reno 判決において、指摘された憲法上の問題点を修正した形で連邦議会によって制定されたものである。COPA と CDA の相違点は、第一に、CDA が営利目的か否かを問わず、インターネット上の情報提供者を規制対象としていたのに対し、COPA は営利目的もしくはそれを業とする WWW 上の情報提供者を規制対象としている点、第二に、CDA が「おいせつな」または「下品な」メッセージを18歳未満の者に伝達することを禁じていたのに対し、COPA は、「未成年者にとって有害な」情報を17歳未満の者に送信することを禁じている点である。加えて、CDA においては、「下品な」および「明らかに不快な」表現がどのようなものであるのかについて定義がなされていなかったのに対し、COPA においては「未成年者にとって有害な」情報に関する定義がなされている。第三に、COPA には、WWW 上で禁止されている情報に未成年者がアクセスするのを防いだことを示した者については、違法性が阻却され、有罪とはされないという積極的抗弁の規定が定められているが、CDA には上記のような規定は存在しないという点である。

本判決において法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官は、COPA が表現内容に基づく規制であるため、厳格審査基準を適用し、同法の合憲性を判断すると述べるとともに、同法よりも制限的でない他の選ぶ手段が存在するか否かについて検討を行っている。その際、同裁判官が提示した COPA よりも制限的でない他の選ぶ手段というのが、フィルタリングソフトであった。フィルタリングソフトの有効性については、1997年の Reno 判決および2003年の American Library Assn, Inc., 判決においても議論されているが、フィルタリングソフトに対する評価は判決ごとによりかなりの相違が認められる。例えば、Reno 判決では CDA が違憲と判断された一方で、フィルタリングソフトがより制限的でない他の選ぶ手段であると判断されたわけではないものの、アメリカ連邦最高裁は、フィルタリングソフトがまもなく一般に利用可能となるであろうという、アメリカ連邦地裁の指摘を引用している。ただ、Reno 判決において法廷意見を執筆した Stevens 裁判官は、政府が提案するフィルタリングソフトは、この当時はまだ存在しておらず、フィルタリングのシステムについて懐疑的である⁴¹⁰。この Stevens 裁判官の法廷意見には、Scalia、Kennedy、Souter、Thomas、Ginsburg、Breyer 各裁判官が同意している。他方で、結果一部同意・一部反対意見を執筆

⁴¹⁰ Reno, 521 U.S. at 881.

した O'Connor 裁判官 (Rehnquist 首席裁判官が同調) は、フィルタリングソフトについて評価するものの、現時点ではフィルタリングソフトがまだ広く普及していない点を指摘している⁴¹¹。一方、Reno 判決から 6 年後の American Library Assn, Inc., 判決では、Rehnquist 首席裁判官が、インターネット上には膨大な量の資料があり、その変化のスピードも速いため、図書館は、掲載に適したインターネット資料とそうでないものとを、項目ごとに分離することは不可能であることから、フィルタリングソフトを使用して、個別判断ではなく特定のカテゴリーに基づいて情報を遮断することは、まったく合理的であると述べ、フィルタリングソフトの有効性を評価している⁴¹²。この Rehnquist 首席裁判官の相対多数意見には、O'Connor、Scalia、Thomas 各裁判官が同調しているのに対し、Kennedy 裁判官は、図書館員が成人利用者の要求に応じて、フィルタリングされたコンテンツのブロックを解除したり、フィルタリングソフト全体を無効にしたりするのであれば問題ないが、その一方で、仮に一部の図書館が特定のウェブサイトのブロックを解除したり、フィルタリングソフトを無効にしたりする能力を持っていない場合や、憲法で保護されたインターネット資料を閲覧する成人の利用者の選択が相当程度に妨げられていることが証明された場合について懸念を示している⁴¹³。

また、Breyer 裁判官は、CIPA の制定目的が、わいせつ表現、児童ポルノ、そして未成年者のアクセスに関しては、これらと同等の有害性を持つ表現へのアクセスを制限することであり、アメリカ連邦地裁が認定したように、フィルタリングソフトは、この目的を達成するための比較的安価で効果的な手段であると述べる一方で、現段階において、フィルタリングソフトには技術的に限界があり、合衆国憲法修正 1 条によって保護されている言論と保護されていない言論を見分けることができず、価値のある多くの情報を不適切にブロックしてしまうと指摘する⁴¹⁴。ただ、Breyer 裁判官は、フィルタリングソフトの技術的な限界を指摘しつつも、相対多数意見が指摘しているように、CIPA は、図書館員が成人の利用者の要求に応じて、フィルタリングされたコンテンツのブロックを解除したり、フィルタリングソフト全体を無効にすることを認めているという点に一定の評価をしている。

他方で、反対意見を執筆した Stevens 裁判官は、Breyer 裁判官と同様に、フィルタリングソフトにおけるブロッキングは正確さに欠けると指摘し⁴¹⁵、また、Souter 裁判官もその反

⁴¹¹ *Id.* at 890-91 (O'Connor, J., concurring in part and dissenting in part).

⁴¹² American Library Assn, Inc., 539 U.S. at 207-9.

⁴¹³ *Id.* at 214-15 (Kennedy, J., concurring in the Judgement).

⁴¹⁴ *Id.* at 218-19 (Breyer, J., concurring in the judgement).

⁴¹⁵ *Id.* at 222 (Stevens, J., dissenting).

対意見において、Stevens 裁判官と同様の見解を示しており、Souter 裁判官の反対意見には Ginsburg 裁判官が同調している⁴¹⁶。

では、American Library Assn, Inc.,判決から 1 年後の本判決において、各裁判官はフィルタリングソフトの有効性についてどのような評価を行ったのであろうか。まず、法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官は、American Library Assn, Inc.,判決において、Stevens 裁判官および Souter 裁判官がそれぞれ反対意見で指摘していたように、フィルタリングソフトにおけるブロッキングは正確さに欠けるという点を指摘する一方で、フィルタリングソフトの方が COPA よりも制限的でない他の選びうる手段であり、効果的であると判示している。このフィルタリングソフトの評価に関する部分については、法廷意見に同調していた Stevens 裁判官が個別に同意意見を執筆し (Ginsburg 裁判官が同調)、Stevens 裁判官は、フィルタリングソフトの導入を促進することにより、インターネット上の性的に露骨な情報から未成年者を保護するという議会の利益を満たすことになるだろうと説示していることから、フィルタリングソフトに対して一定の評価をしているといえる。このような肯定的な評価に対して、反対意見を執筆した Breyer 裁判官 (Rehnquist 主席裁判官および O'Connor 裁判官が同調) は、フィルタリングソフトのブロッキングが正確さに欠けることに加えて、フィルタリングソフトの導入には費用がかかることなどの点を指摘し、フィルタリングソフトに対して否定的な評価を示している。総じて、本判決の時点では、フィルタリングソフトに対して評価する裁判官が多数を占めているが、たとえば、フィルタリングソフトに否定的な評価を示している O'Connor 裁判官および Rehnquist 主席裁判官は、Reno 判決および American Library Assn, Inc.,判決において、フィルタリングソフトに対して、一定の評価を示しており、また、これとは対照的に Reno 判決および American Library Assn, Inc.,判決において、フィルタリングソフトの有効性に疑問を呈していた Stevens、Ginsburg 各裁判官は、本判決において肯定的な評価を示している。そして、Reno 判決から本判決まで同じ見解を示し続けた裁判官は一人もいなかった。この点につき、フィルタリングソフトに対する各裁判官の評価が、この 7 年間に於いて変化していることから、フィルタリングソフト等の技術的進歩をふまえて、COPA より制限的でない他の選びうる手段の存否について、アメリカ連邦地裁に差戻し、再検討すべきであるとした法廷意見の判断は正しかったといえるのではないだろうか。

ところで、日本の場合は、インターネット上の有害情報から未成年者を保護することを目的とし、インターネット上の有害とされる情報を直接規制する法律は存在しないが、2008

⁴¹⁶ *Id.* at 233-34 (Souter, J., dissenting).

年6月に青少年インターネット環境整備法が制定されている。同法は、「インターネットにおいて青少年有害情報が多く流通している状況にかんがみ、青少年のインターネットを適切に活用する能力の習得に必要な措置を講ずるとともに、青少年有害情報フィルタリングソフトウェアの性能の向上及び利用の普及その他の青少年がインターネットを利用して青少年有害情報を閲覧する機会をできるだけ少なくするための措置等を講ずることにより、青少年が安全に安心してインターネットを利用できるようにして、青少年の権利の擁護に資すること」を目的としている（同法1条）。よって、同法は、インターネット上の青少年にとって有害な情報を規制するものではなく、フィルタリングソフトを利用し、これにより有害とされる情報に青少年が触れる機会をできるだけ少なくするという点で、アメリカにおけるCDAおよびCOPAとは異なる法律であるといえよう。本稿第4章においても言及したが、フィルタリングソフトへの懸念としては、具体的にどのような情報が青少年有害情報に該当するのか否かを判断する際に、企業等が自主的に判断するのではなく、国が企業等に関与し、どのような情報が青少年有害情報に該当するのか否かを判断する可能性もないとはいえないという点があげられる⁴¹⁷。このようなことがなされれば、それは国が間接的に表現内容に基づく規制を行っているのと同じことになり、そのような行為は未成年者の表現の自由を侵害するものであるといえよう⁴¹⁸。仮にこのようなことがなされた場合、状況的にはアメリカにおけるCDAおよびCOPAをめぐる憲法上の問題が提起されることになるであろう。

⁴¹⁷ 松井・前掲注(358)203頁参照。また、松井茂記教授は、民間企業にレーティングやブロッキングの指定を委ねておくだけでは、どのようにレーティングが行われ、ブロッキングの指定が行われるのか不明確であると指摘している。松井・同書同頁参照。

⁴¹⁸ 松井他編・前掲注(36)129、143頁参照(鈴木執筆部分)。

第6節 暴力的内容のビデオゲーム

第1項 Brown 判決の概要

暴力的内容のビデオゲームの規制が合衆国憲法修正 1 条に違反するか否かが争われた事例として、Brown 判決⁴¹⁹をあげることができる。アメリカでは、1999年に起きたコロンバイン高校での銃乱射事件をきっかけにして、暴力的内容のビデオゲームが未成年者に与える影響への懸念が強まっていた。そして、2005年、カリフォルニア州の上院議員が、暴力的内容のビデオゲームは子どもの攻撃的な感情を高め、反社会的な行動を増長させるという懸念から California Assembly Bill 1179⁴²⁰（以下、本件州法とする。）を提出した。本件州法は、未成年者(18歳未満)に対して「暴力的内容」のビデオゲームの販売、貸し出しを禁じ、そのビデオゲームのパッケージに「18」(対象年齢 18歳以上)というラベルを貼ることを義務づけていた。本件州法の規制対象となるのは、ビデオゲーム上で操作するキャラクターが殺害、暴行、手足の切断、性的暴行を加える映像を含むビデオゲームである。そして、それらの内容が、通常人がゲーム全体をみたときに、未成年者にとって不健全な内容であると認められること、何が未成年者に相応しいのかということについて、一般社会の基準に照らし、明らかに不快であること、全体として真面目な文学的、芸術的、政治的、科学的価値を欠いていることという三つの要件を満たしていれば、「暴力的内容」のビデオゲームとして規制されることになる。さらに、本件州法は、これに違反した者に最大で 1,000 ドルの罰金を科していた。本件州法はカリフォルニア州議会で可決され、アーノルド・シュワルツェネッガー前知事の署名を経て成立した。ビデオゲームとソフトウェア業界を代表する被告人は、本件州法の執行の差し止めを求めて、カリフォルニア州北部を管轄する連邦地方裁判所に訴えを提起した。同地裁は、本件州法が合衆国憲法修正 1 条に違反すると判断し、終局的差止命令を出した。これに対し、カリフォルニア州が第 9 巡回区連邦控訴裁判所に上訴したが、同控訴裁においても地裁判決が支持されたため、カリフォルニア州がアメリカ連邦最高裁判所に上告したのが本件である。

法廷意見を執筆したのは Scalia 裁判官であり、Kennedy、Ginsburg、Sotomayor、Kagan

⁴¹⁹ Brown v. Entertainment Merchants Association, 564 U. S. 768 (2011). なお、同判決の評釈として、藤井・前掲注(140) 140(90)頁、辻雄一郎「暴力的なゲーム規制を中心とした表現の自由の考察」駿河台法学 25 卷 2 号(2012 年) 117 頁、青野篤「暴力的ビデオゲームの規制と表現の自由—アメリカ連邦最高裁判決：Brown v. Entertainment Merchants Ass'n, 131 S. Ct. 2729 (2011)—」大分大学経済論集 63 卷 5・6 号(2011 年) 頁、桧垣・前掲注(141) 3225 頁、拙稿・前掲注(141) 81 頁参照。

⁴²⁰ Cal. Civ. Code Ann. § § 1746-1746.5 (West 2009). 2005 年に制定された直後に本件州法の合憲性が下級審において争われ、違憲判決が出されたため、本件州法は実際に執行されることはなかった。

各裁判官が同調した。法廷意見はまず、暴力的内容のビデオゲームが、合衆国憲法修正1条によって保護される言論か否かについて以下のように検討した。「暴力的内容のビデオゲームは、言論の自由を保障する合衆国憲法修正1条の保護を受けると認められる。合衆国憲法修正1条により憲法上保護される書籍、娯楽、映画と同様に、ビデオゲームはキャラクター、会話、ストーリー、音楽などのビデオゲームではよく用いられる方法や、バーチャルな空間でプレイヤー同士が対話するといった他のメディアとは全く異なる機能を通じて、メッセージを伝達する。そして、ビデオゲームに対しても、合衆国憲法修正1条が要求する言論・出版の自由の基本的な原則が適用される。その最も基本的な原則とは、一般的に、政府はそのメッセージ、その思想、その主題、その内容を理由に表現を制限する権限を有していないというものである。しかし、歴史的に保護されない言論とされてきた、わいせつ表現、暴力行為の煽動、けんか言葉などにおいては、このような原則は適用されない。他方で、動物虐待映像の製作、販売、所持を禁じた連邦法の合憲性が争われた *Stevens* 判決⁴²¹において、我々は、言論を規制することによって得られる社会的価値と、特定の言論カテゴリーの価値を比較衡量することによって、新たな保護されない言論のカテゴリーを創ることができるとする州の主張を容認しなかった」と、法廷意見は論じた⁴²²。

さらに、法廷意見は、以下のように説示する。「この *Stevens* 判決は本件にも妥当する。暴力的な言論とわいせつ表現を同じものとして扱うべきという州の主張に対し、それを拒絶したのは *Stevens* 判決が初めてではなかった。我々は *Winters* 判決⁴²³においても、暴力的内容の表現は、わいせつ表現には含まれないということを明確に判示している」。さらに、「州は、*Ginsberg* 判決において容認された未成年者に対するわいせつ表現を規制するニューヨーク州法に依拠して、子どもに直接向けられた言論のみを規制できるような、全く新しい表現内容に基づく規制のカテゴリーを創ろうと試みるが、それは先例のないことであり、誤っている」と法廷意見は指摘するとともに、「暴力的内容の表現物に対する子どものアクセスを特別に規制するという長年にわたる伝統も存在しないことに加え、ビデオゲームの画面上で暴力行為にプレイヤーが参加したり、ストーリーの結末を選択できるという点で、ビデオゲームは双方向的 (interactive) であることから、ビデオゲームには特別な問題が存在すると州は主張するが、あらゆる文学は双方向的であるといえるため、この州の主張には説得力がない」と法廷意見は説示し、暴力的内容のビデオゲームを規制すべきであるという

⁴²¹ *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, (2010).

⁴²² *Brown*, 564 U.S. at 790-92.

⁴²³ *Winters v. New York*, 333 U.S. 507 (1948).

州の主張を退けた⁴²⁴。

次に、司法審査基準の適用について、法廷意見は、「本件州法は、合衆国憲法修正 1 条によって保護されるべき言論に対する内容規制にあたるといえ、したがって、州の側が、本件州法につき厳格審査基準を満たすことを証明できないかぎり違憲無効である」と述べるとともに、「この厳格審査基準の下では、州は当該規制目的がやむにやまれぬ政府の利益を実現するためであること、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 drawn) があることを立証しなければならない」と判示し、厳格審査基準の適用を主張した⁴²⁵。

まず、目的審査について法廷意見は以下のように説示する。「本件州法による規制には、第一に、暴力的内容のビデオゲームから未成年者を保護すること、第二に、親権の行使を補助すること、という二つの目的が存在する。まず、第一の目的について、政府が害悪から未成年者を保護することにつき、立法権限を有していることに疑いはない。しかし、その権限には、未成年者に向けられた思想を自由に規制する権限までは含まれておらず、暴力的内容のビデオゲームと未成年者に対する害悪との直接的因果関係について州が立証できない限り、州の規制目的はやむにやまれぬものとはいえない。州は、Craig Anderson 博士や他の心理学者が行った科学的調査に基づき、暴力的内容のビデオゲームが未成年者に与える悪影響を立証しようとした。しかしながら、これらの調査のほとんどすべてが、暴力的内容のビデオゲームと未成年者に与える有害な影響との相関関係 (correlation) を証明したものであり、暴力的内容のビデオゲームをプレイした未成年者が攻撃的な行動に走るという因果関係 (causation) を証明していない。ゆえに、州の規制目的はやむにやまれぬものとはいえない。他方で、第二の目的 (親権行使の補助) について、州は本件州法による規制は、親権行使の手助けとなるため正当化されると主張する。しかし、合衆国憲法修正 1 条によって保護された言論であるにもかかわらず、両親がその言論を好ましく思っていない場合に、子どもにその言論を伝達した第三者を罰することが、親権行使を補助する適切な手段であるということについては、大いに疑問である。そして、本件州法による規制が、暴力的内容のビデオゲームに対する子どものアクセスを制限したいが、それがかなわない両親の切実な要求を満たすということを、州は立証していない。ゲーム産業は、消費者にゲームの対象年齢が分かるように、ゲームのパッケージに『AO』(成人向け)、『M』(17 歳以上推奨) などのラベルを貼る自発的な評価システム⁴²⁶を以前から導入している。このシステムによって、上

⁴²⁴ Brown, 564 U.S. at 793-98.

⁴²⁵ *Id.* at 799.

⁴²⁶ この自発的な評価システムを実施する機関は、ESRB (Entertainment Software Rating

記の二つの目的を十分に達成できるにもかかわらず、このシステムを適用しても規制できない部分を州が法律によって規制することは、やむにやまれぬ政府の利益とはいえない⁴²⁷」。

法廷意見は、本件州法に厳格審査基準を適用し、本件州法の目的はやむにやまれぬものではないと判示したにもかかわらず、手段審査も行った。法廷意見は本件州法の手段審査について、以下のように論じる。「本件のように、規制目的が二つ存在する場合、それらは過小包摂でもなく、過大包摂でもない手段によって目的が達成されなければならない。第一の目的からみて、本件州法はビデオゲーム以外の表現を規制対象にしていないという点で過小包摂である。すなわち、暴力的内容のビデオゲームが未成年者に与える影響力は小さく、暴力的内容のテレビ番組や銃の写真など他のメディアが未成年者に与える影響と大差がないにもかかわらず、本件州法は、暴力的内容のビデオゲームのみを規制し、同じ内容の他のメディアを規制していないという点で過小包摂である。また、本件州法は、両親が暴力的内容のビデオゲームを子どもに買い与えることは禁じておらず、この点が第一の目的からみて過小包摂である。これは重要な社会的問題に取り組むべき方法としては適切とはいえない。また、第二の目的からみて、暴力的内容のビデオゲームは無害な遊びであると考えている両親をもつ子どもの合衆国憲法修正 1 条の権利を奪っているという点で、本件州法は過大包摂である。自分自身で暴力的内容のビデオゲームを購入することを禁じられた子どもがすべて、暴力的内容のビデオゲームを購入するかどうかに関心をもつ両親をもっているわけでない。法律の効果の一部は、暴力的内容のビデオゲームに対する子どものアクセスを制限したいと思う両親の要求を満たしているかもしれないが、その全体的な効果は、両親がそのようなビデオゲームを子どもの手に委ねたくないと思っているに違いないとする州の考えを促進しているだけである」。法廷意見は、以上のように説示した上で、結論として本件州法は厳格審査基準を満たすことができず、それゆえ合衆国憲法修正 1 条に違反すると判示した⁴²⁸。

Alito 裁判官による結果同意意見に Roberts 長官が同調した。Alito 裁判官は、本件州法による規制範囲の明確性について、本件州法の立法目的は正当であるが、その規定の文言が漠然不明確であるため合憲とはいえないとする法廷意見に同意すると説示する⁴²⁹。同裁判官は、規制対象を明確にしていなければ、言論に対する萎縮効果が生じうるという点につい

Board) であり、1994 年に IDSA (Interactive Digital Software Association) (現在の ESA: Entertainment Software Association) が設立した。

http://www.esrb.org/ratings/ratings_guide.jsp (last visited Jan.16, 2021).

⁴²⁷ Brown, 564 U.S. at 799-804.

⁴²⁸ *Id.* at 804-5.

⁴²⁹ *Id.* at 805-13 (Alito, J., concurring in the judgment).

て触れた上で、州は、アメリカ連邦最高裁が Ginsberg 判決において合憲と判断した州法を参考にしようとしたが、それに失敗していると同裁判官は指摘している。つまり、Ginsberg 判決において問題となった州法は Miller 判決で確立された成人向けのわいせつな表現物に関するテストに依拠しており、このテストは、具体的に定義された「ハードコア」な性描写に対してのみ法律を適用するというように、規制対象を明確にしていると Alito 裁判官は説示するのである。これに対し、本件州法は Miller 判決のように規制対象を明確にしておらず、また、わいせつ表現は長年にわたり規制されてきたという歴史が存在するが、暴力に関する表現については、そのような歴史は存在しないという理由により、同裁判官は、本件州法が規制対象を明確に規定していないと判示した。加えて、同裁判官は、新たな科学技術がもたらす影響についても言及しており、法廷意見がビデオゲームの有する双方向性という特徴について性急に否定していることに警鐘をならしている⁴³⁰。

他方で、Thomas 裁判官による反対意見は、法廷意見が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り、それを規制する本件州法は文面上違憲であるとするが、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ない言論であり、そもそも本件においては憲法上の問題は生じないとともに、たとえ暴力的内容のビデオゲームが合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論であると仮定しても、法律の適用のほとんどの場合において、本件州法は合衆国憲法修正 1 条に違反せず、したがって文面上違憲ではないと説示する⁴³¹。

また、Breyer 裁判官はその反対意見において、法廷意見と同じく厳格審査基準を適用するが、法廷意見のように厳格審査基準を形式的に適用するわけではないと主張する。つまり、本件州法が言論によって生じる害悪に対して有効か否かを判断するにあたり、本件州法が言論によって生じる利益を侵害する程度や、本件州法がやむにやまれぬ利益を促進する程度、そして、他に選ぶ手段の有効性などを総合的に評価すると説示するのである⁴³²。同裁判官は、まず目的審査について、本件州法が促進する利益、すなわち、家庭内において子どもに対する教育内容を決定するという基本的な親の利益と、未成年者の福祉という州独自の利益はやむにやまれぬものであり、加えて、本件州法には、暴力的内容のビデオゲームをプレイした未成年者が攻撃的になるということを立証した科学的研究など、このやむにやまれぬ利益を十分促進する証拠が存在すると説示する⁴³³。続いて、手段審査について、

⁴³⁰ *Id.* at 819-21.

⁴³¹ *Id.* at 821-40 (Thomas, J., dissenting).

⁴³² *Id.* at 847 (Breyer, J., dissenting).

⁴³³ *Id.* at 849-50.

同裁判官は、本件州法は、子どもが両親の同意なしに過激な暴力的内容のビデオゲームを購入することを禁じているだけであり、表現に対する規制として適切であると説く⁴³⁴。それゆえ、本件州法と少なくとも同程度に効果的である、より制限的でない他に選ぶ手段を見つけないことができず、加えて法廷意見は、自発的な評価システムこそがより制限的でない他に選ぶ手段であると指摘しているが、この自発的なシステムには実効性がないと同裁判官は判示するのである⁴³⁵。

第2項 Brown 判決の意義

本件は、暴力的内容のビデオゲームが合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論か否かについて、アメリカ連邦最高裁として初めて判断を示したものであり、注目を集めた判決である。米国では、1970 年代にビデオゲームが発売された当時から、暴力的内容のビデオゲームが未成年者に与える悪影響について懸念されており、かかる悪影響について、数多くの実証研究が行われている。1999 年には、コロンバイン高校で銃乱射事件が発生し、その犯人である少年が日常的に暴力的内容のビデオゲームをしていたということもあり、暴力的内容のビデオゲームが未成年者に与える影響への懸念がさらに強まった。この事件をきっかけにして、いくつかの州において、暴力的内容のビデオゲームの未成年者に対する販売等を規制する動きがみられるようになり、実際にこのような規制の合憲性が下級審レベルで争われた⁴³⁶。本件州法も、暴力的内容のビデオゲームが未成年者に与える影響を懸念して、カリフォルニア州議会で可決されたものであった。

法廷意見は、暴力的内容のビデオゲームが合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論であると述べた上で、動物虐待映像を新たに保護されない言論カテゴリーに追加することを拒否した Stevens 判決を本件の先例として引用し、暴力的内容のビデオゲームを保護されない言論カテゴリーに新たに追加することを拒否した。さらに、法廷意見は、暴力的内容の表現はわいせつ表現には含まれないことを明確に判示した Winters 判決をもとに、暴力的内容の表現はわいせつ表現とは別の言論類型であることを強調した。

暴力的内容のビデオゲームが合衆国憲法修正 1 条の保護を受ける言論であるならば、本件州法の合憲性が、どのような司法審査基準によって判断されるべきかが次の問題である。

⁴³⁴ *Id.* at 850-55.

⁴³⁵ *Id.* at 855-56.

⁴³⁶ 東川浩二「合衆国における残虐ゲームの法的規制」金沢法学 49 卷 1 号 (2006 年) 1 頁、Garrett Mathew – James Mott, *Game Over for Regulating Violent Video Games? The Effect of Brown v. Entertainment Marchants Ass’n on First Amendment Jurisprudence*, 45 LOY.L.A.L.REV. 633, 636-42 (2012).

法廷意見は、本件州法は保護されるべき言論の内容規制にあたるため、厳格審査基準を適用すると述べた。まず、目的審査について、本件州法による規制には暴力的内容のビデオゲームから未成年者を保護すること、親権の行使を補助すること、という二つの目的が存在するが、そのどちらもやむにやまれぬものではないと判示した。本件における二つの規制目的は、Ginsberg 判決においても州は同様の規制目的を有すると述べられていた。結論として、本件における法廷意見は、問題となっているカリフォルニア州法は厳格審査基準を満たすことができず、合衆国憲法修正 1 条に違反すると判示した。他方で、反対意見を執筆した Breyer 裁判官も厳格審査基準を適用したが、Breyer 裁判官は、本件州法を合憲と判示した。このように判断が分かれた要因として、法廷意見と Breyer 裁判官の反対意見とでは、ビデオゲームが有する「双方向性」という特徴に対する見解が異なっているという点を指摘できる。法廷意見は、ビデオゲームが有する双方向性という特徴は、他のメディアのそれと何ら異ならないと考えており、ビデオゲームの画面上でプレイヤーが暴力行為に参加したり、ストーリーの結末を選択できるという点で、ビデオゲームは双方向的であるという。しかし、ビデオゲーム特有の双方向性とは、そのようなものではないという批判がある⁴³⁷。ビデオゲームでは、自分の意思でプレイヤーを自由自在に操作し、目の前の人物を殺害し、暴行を加えることでポイントが加算され、レベルが上がっていく。現実世界において犯罪とされる行為は、ビデオゲームの世界では犯罪行為とされず、むしろそのような行為をすることで、物やお金などの褒美がプレイヤーに与えられる。この繰り返しにより、暴力的内容のビデオゲームをプレイする未成年者が、現実世界において攻撃的になる可能性がある。これがビデオゲーム特有の双方向性という特徴であり、本や映画といった、他のメディアとは質的に異なるといえるのではないだろうか⁴³⁸。

また、法廷意見は、Kendrick 判決⁴³⁹における Posner 裁判官の意見を引用し、ビデオゲー

⁴³⁷ Robert Bryan Norris, Jr., *It's All Fun and Games Until Someone Gets Hurt: Brown v. Entertainment Merchants Association and The Problem of Interactivity*, 13 N.C.J.L.& TECH.ON. 81, 96-101(2011). Lindsay E. Wuller, *Losing The Game: An Analysis of the Brown v. Entertainment Merchants Association Decision and Its Ramifications in the Area of "Interactive" Video Games*, 57 ST.LOUIS.U.L.J. 457 (2013).他にも Brown 判決を批判する者に、Vincent S. Onorato, *Shielding Children From Nudity, But Not Violence...Do Minors' First Amendment Rights Make Sense?*, 41 WASH.U.J.L.& POLY.151,166-80 (2013)。

⁴³⁸ *The Supreme Court 2010 Term : Leading Cases*, 125 HARV. L. REV. 182, 191; Alan E. Garfield, *"Reasoning-Lite" in the Violent Video Game Case*, 1 WAKE FOREST L. REV. ONLINE 124, 190 (2011).

⁴³⁹ *American Amusement Machine Association v. Kendrick*, 244 F. 3d 572 (7th Cir. 2001). 未成年者に悪影響を及ぼすビデオゲームを未成年者にプレイさせることを、ビデオゲーム

ムに限らず、すべての文学は双方向的であるため、暴力的内容のビデオゲームの販売等を未成年者にのみ規制するということはできないと主張する。ただ、法廷意見は、未成年者保護を目的とした規制が全く認められないというのではなく、「子どもも合衆国憲法修正 1 条の保護を受けるのであるから、十分に限定された状況においてのみ、その規制が許容される⁴⁴⁰」と理解している。つまり、未成年者の保護を目的とした規制は、必要最小限度の規制でなければならないということであり、法廷意見は本件州法ではなく自発的な評価システムこそが必要最小限度の規制であると説示している。

これに対し、Breyer 裁判官は、未成年者に向けられたコミュニケーションの規制は、成人と同じ方法で合衆国憲法修正 1 条の要求に適合する必要はないと述べる。つまり、子どもは外部からの影響を受けやすく、十分な判断能力を有していないため、大人よりも子どものアクセスについては、より広範に規制できるということである。したがって、同裁判官は、ビデオゲーム特有の双方向性という特徴が未成年者に悪影響を与えることを理由に、未成年者に関しては暴力的内容のビデオゲームの販売等を規制することができると説く。その根拠として、同裁判官は、未成年者への悪影響を理由に、大人にとってはわいせつではないが子どもにとってはわいせつな表現の規制を認めた先例である Ginsberg 判決を引用した。しかし、この点につき、法廷意見が主張するように、Ginsberg 判決では、合衆国憲法修正 1 条によって保護されない言論とされるわいせつ表現が問題とされたのであって、本件のように、憲法上保護されるべき暴力的内容のビデオゲームへのアクセスが、未成年者に対してのみ規制できるのかという問題とは異なる。また、法廷意見は憲法上保護される言論でありながら、未成年者への悪影響を理由に未成年者に対してのみ規制が許されるとした先例は存在しないし、そのような考えは誤っていると指摘する。さらに、法廷意見は、政府が害悪から未成年者を保護することにつき、立法権限を有していることに疑いはないが、規制された表現と未成年者への悪影響を示す、単なる相関関係ではなく因果関係を立証できない限り、未成年者保護を目的とした規制は認められないと説示している。

確かに、法廷意見のように、問題となっている言論が合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論であれば、その言論を規制する立法は表現内容に基づく規制であるが故に、厳格審査基準を適用するということが、先例により確立されている。しかし、Breyer 裁判官や Alito 裁判官が指摘しているように、法廷意見はビデオゲームが有する双方向性という特徴について性急に否定しているように思われる。反対意見を執筆した Breyer 裁判官も、法廷

を販売する経営者に禁じた市の条例が合衆国憲法修正 1 条に違反するかどうか争われた事件。

⁴⁴⁰ Erznoznik, 422 U.S. at 212-13.

意見と同様に、当該規制の合憲性を判断する際に厳格審査基準を適用しているが、当該規制は合憲であると判示した。同じ厳格審査基準を適用しても、このように結論が異なるのは、両者における子どもの権利の捉え方が異なっているからなのではないだろうか。

ところで、日本においては、アメリカのように暴力的表現を禁止した法律は存在しないが、各地方自治体が定める青少年保護育成条例では、「暴力的・残虐的内容の表現」を含む図書が有害図書として規制されている。有害図書として規制される表現としては、この暴力的・残虐的内容の表現の他、「性的表現」や「犯罪・自殺を助長する表現」があるが、これらの表現類型は特に区別されることなく、「有害図書」として一括りに定義されているように思われる。この点は、第2章4節においも言及したが、最高裁も性的表現と残虐的内容の表現を特に区別せず、加えてそれらの表現が未成年者に与える悪影響は同じかそうでないか、特に区別していない。しかし、Brown 判決において、Scalia 裁判官が本件では暴力的内容の表現に対する規制が問題となったのであって、未成年者にとってわいせつな表現の規制が問題となったのではないと述べ、本件の先例として Ginsberg 判決に依拠することを否定したことからも、暴力的内容の表現と性的な表現とは区別すべきであるといえよう。

また、実際に青少年保護育成条例によって、暴力的内容のビデオゲームが有害図書に指定されているが、この場合の指定方法は個別指定ではなく団体指定であることは、第2章4節において言及した。そして、団体指定制度によって暴力的内容のビデオゲームを有害図書として指定する場合においても、当該表現が未成年者に与える悪影響について因果関係の立証が必要とされうるといえ、この点は、Brown 判決においても同様の見解が述べられている。実際、日本において、未成年者が暴力的内容のビデオゲームの影響を受けている可能性を示唆する研究も報告されているが、暴力的内容のビデオゲームを利用した未成年者に悪影響が生じるという明確な因果関係を立証した科学的実証データは、現在においては存在しない。この因果関係の立証の有無の問題については、本件のような暴力的内容のビデオゲームの規制に限らず、下品な表現の規制の場合についても同様のことがいえ、この問題に関しては章を改めて後述することにする。

では、仮に、暴力的内容のビデオゲームを利用した子どもに悪影響が生じるという明確な因果関係が立証されたとして、そのデータの存在を理由に、各都道府県が制定する青少年保護育成条例により、暴力的内容のビデオゲームを規制することは、憲法上、許されるのだろうか。これについても、第2章4節において論じたが、有害な表現から未成年者を保護するという目的が正当なものであったとしても、その目的を達成するための手段が正当なものでなければ、当該規制が許されないということになる。団体指定の場合、個別指定とは異なり、各自治体の知事が有害図書として指定するのではなく、知事が指定した民間の指定団

体が定めた基準によって、有害図書か否かを判断し、指定することから、各条例により有害図書と指定されることに比べると、統一的な判断が下される可能性があるといえるが、その一方で、団体指定制度は個別指定と異なり、有害図書類に指定された図書類の商品名が告知されないという問題点がある。したがって、団体指定制度については、以上のような問題点を克服しない限り、未成年者を保護するための規制とはいいい難いが、事前の告知の機会や指定手続を明確にするなどの問題点を解決すれば、自主規制団体の判断を尊重しつつ、各自治体が自主規制の不完全な部分を補完することができるとともに、なおかつ未成年者を保護するための規制となり得る可能性があるといえよう⁴⁴¹。

⁴⁴¹ 松井・前掲注(358)123頁参照。一方で、松井茂記教授は、グリム童話などを含め、広く童話として知られている話には残虐な内容の話が多く、加えて、現実の社会においても暴力表現はあふれており、これら暴力的内容の表現すべてを未成年者から遠ざけることが青少年の育成のために望ましいかどうかは疑問であるという批判的な見解を示している。また、同教授は、日本国憲法の下でも、暴力的内容の表現規制を正当化することは困難であると指摘している。

第7節 児童ポルノ

第1項 Ferber 判決⁴⁴²の概要

アメリカでは、児童ポルノが1970年代に急速に流行し、児童ポルノの製作における子どもの搾取的使用は深刻な社会問題となっていたため、連邦政府と各州は、児童ポルノを規制する法律を制定し、この問題に立ち向かおうとしていた。1977年、ニューヨーク州議会は刑法263条を制定した。本件において問題となっているのは、クラスDの重罪を定義する§263.15であり、同規定は「その性格やその内容を知って、16歳未満の子どもによる性行為を含むあらゆる行為を生み出し、指示し、または助長した者は、子どもによる性的行為を促進したとして有罪となる」というものであった。同条の「助長する (promote)」という言葉は、次のようにも定義されている。「助長するとは、調達、製造、発行、販売、贈与、提供、貸与、郵送、配達、譲渡、転載、公開、配布、回覧、配布、提示、展示または宣伝、あるいは同じことを申し出るか同意することを意味する」。他方、§263.10は、わいせつな表現を故意に配布することのみを禁止している。

本件の事実の概要は以下の通りである。性的指向の商品を専門とするマンハッタンの書店の所有者である Paul Ferber が、少年の自慰行為を扱った映画2本を覆面捜査官に販売し訴追された。Ferber は、児童ポルノの普及を規制している §263.10 および §263.15 違反の二件の訴訟で起訴された。陪審裁判の後、Ferber はわいせつな性的行為を促進した二つの訴訟で無罪となったが、§263.15 の下で二つの訴訟の有罪判決を受けた。Ferber の有罪判決は、ニューヨーク州地方裁判所上訴部により、意見なしに確認された。これに対し、ニューヨーク州最高裁は、§263.15 が合衆国憲法修正1条に違反していると判断し、原審の判断を覆した。州は、この判決を不服として、アメリカ連邦最高裁にサーシオレイライの発給を申し立てた。

White 裁判官が法廷意見を執筆し、Burger 首席裁判官、Powell、Rehnquist、O'Connor 各裁判官が同調した。法廷意見は、まずこれまでアメリカ連邦最高裁がわいせつ表現の定義について議論してきたことに触れ、1973年の Miller 判決においてわいせつ表現を判断する基準を確立し、過去10年間におよび同基準を順守してきたことを述べた。その上で、法廷意見は、わいせつ表現を規制する法律と同様に、児童ポルノの配布を規制対象とした法律は、検閲官の手を過度に重くすることで、保護された表現を抑制する危険性があるが、州が、児童ポルノ描写の規制においてより広汎な規制権限を持っているといえるとして、以下の五

⁴⁴² New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982). なお、同判決の評釈として、藤田浩「判批」アメリカ法[1983-2]372頁、江橋崇「児童モデルポルノの規制と表現の自由—New York v. Ferber, 102 S. Ct. 3348 (1982)—」ジュリスト 828号 (1985年) 218頁参照。

つの理由をあげた。

「第一に、未成年者の肉体的および心理的福祉を保護するという州の利益がやむにやまれぬものであることは、明白である。したがって、法律が憲法上保護された権利の重要な分野で機能している場合でさえ、我々は若者の肉体的および心理的福祉を保護することを目的とした法律を支持している。Prince 判決において、アメリカ連邦最高裁は、路上で文学を配布するために子どもを使用することを禁止する法令は、合衆国憲法修正 1 条に対する制定法の効果にかかわらず有効であると判断した。Ginsberg 判決では、我々は子どもをわいせつではないが下品な文学にさらされることから保護するニューヨーク州法を合憲と判断した。ごく最近になって、Pacifica 判決において、我々は、若者の幸福に対する政府の利益が、子どもと同様に大人も聞く下品な放送番組の特別な扱いを正当化すると主張した。性的搾取の防止と子どもの虐待は、重要性を上回る政府の目的を構成している。ニューヨーク州法の成立に伴う立法上の調査結果は、この事柄を反映している⁴⁴³」。「第二に、児童による性行為を描写した写真や映画の配布は、本質的に少なくとも二つの点において子どもの性的虐待に関連している。まず、製作された物は子どもたちの参加の永久的な記録であり、子どもへの害悪はそれらの流通によって悪化する。二点目は、児童の性的搾取を必要とする作品の生産を効果的に管理するためには、児童ポルノの流通ネットワークを閉鎖しなければならないということである。唯一の実用的な法執行方法ではないにしても最も迅速な方法は、製品の販売、宣伝、またはその他の方法による宣伝に厳しい刑事罰を科すことによって、この作品のために市場を一掃することである。35 の州と連邦議会は、ポルノ作品の配布の制限が、効果的に問題に立ち向かうために要求されているということを結論づけた。そして、これらの立法上の結論を支持する多数の文献と証言がある。被告人は、州が児童ポルノを配布する者を追求することを不当であるとは主張していない。むしろ、彼は、Miller 基準の下で、法的にわいせつな表現物の配布を州が禁止することで十分であると主張している。Miller 基準は、わいせつとして禁止される可能性があるもののすべての一般的な定義と同様に、子どもの性的搾取を促進する人々を起訴するという、州の具体的かつよりやむにやまれぬ利益を反映していない。このように、Miller 基準の下では、その作品が全体として、平均的な人の好色的興味に訴えているかどうかという問題は、子どもがその作品の制作によって、肉体的または心理的な害悪を受けるかどうかという問題とは関係がない。同様に、性的に露骨な描写は、その作品に対する子どもの性的搾取を要求するため、明らかに不快である必要はない。それに加えて、全体的に見て、真面目な文学的、芸術的、政治的、または

⁴⁴³ *Id.* at 756-757.

科学的価値を含む作品は、それにもかかわらず、児童ポルノの最も中心的なものを体現するかもしれない。その作品が文学的、芸術的、政治的または社会的価値を持つかどうかは、(虐待された)子どもには関係がない。したがって、Miller 基準が児童ポルノの問題に対する満足のいく解決策であると結論付けることはできない⁴⁴⁴。「第三に、児童ポルノの宣伝と販売は、制作に営利的な動機を与え、その意味で、児童ポルノの宣伝と販売は児童ポルノの生産の不可欠な部分であり、全国的に違法な活動である。もしこれらの映画や写真の中での児童の雇用を禁止する法律が完全に有効であり、これらの法律の合憲性が疑問視されていなかったとしても、販売されるような児童ポルノを残してはいけない⁴⁴⁵」。「第四に、みだらな性行為に従事している子どもたちのライブパフォーマンスや写真の複製を許可することの価値は、それほど大きくないとしても、非常に控えめなものである。我々は、性行為を行ったり、生殖器を卑猥に見せたりする子どもたちの視覚的描写が、しばしば文学上のパフォーマンスや科学的または教育的作業の重要かつ必要な部分を構成するとは考えることもない。本件において、もしそれが文学的または芸術的価値のために必要であれば、子どものように見える成人を利用することも可能である⁴⁴⁶」。「第五に、合衆国憲法修正 1 条の保護の範囲外の表現カテゴリーとして、児童ポルノを認識し分類することは、我々の先例と矛盾しないわけではない。言論が何によって保護されるか、保護されないかという問題は、言論の内容に依拠することが多い。したがって、表現内容に基づく分類が受け入れられていることは珍しくない。それは、与えられた分類の範囲内では、制限されるべき害悪が圧倒的に表現的利益より重要であるため、ケースバイケースの判断は必要とされないということが適切に一般化されているからである⁴⁴⁷」。

以上のように論じた上で、法廷意見は、児童ポルノが合衆国憲法修正 1 条によって保護されない言論であるとし、当該言論が児童ポルノか否かを判断する基準として、わいせつ表現を判断する基準として適用される Miller 基準の適用が妥当か否かについて、次のように説示する。「わいせつ表現のように、合衆国憲法修正 1 条によって保護されていない、児童ポルノのカテゴリーにはもちろん制限がある。このセンシティブな分野のすべての法律と同様に、禁止される行為は、書面または正式に解釈されたとおり、適用される州法によって適切に定義されている必要がある。ここで議論されている害悪の性質は、国家犯罪が特定の年齢以下の子どもによる性行為を視覚的に描写する作品に限定されることを必要とする。

⁴⁴⁴ *Id.* at 759-61.

⁴⁴⁵ *Id.* at 761-62.

⁴⁴⁶ *Id.* at 762-63.

⁴⁴⁷ *Id.* at 763-64.

禁止されている性行為のカテゴリーも適切に限定され、記述されなければならない。児童ポルノに適用される基準は、Miller 判決で公言されているわいせつ基準とは区別されるが、明確にするために Miller 基準と比較することができる。裁判官は、その作品が平均的な人の好色的興味に訴えることを認定する必要はなく、描かれた性的行為が明らかに不快な方法であることも必要ない。さらには、問題の作品が全体として考慮される必要もないのである⁴⁴⁸」。

続いて、法廷意見は § 263.15 が刑罰法規であるため、当該規定の明確性について検討を加えている。「§ 263.15 の禁止は、上記の原則に適合する性行為の定義を取り入れている。我々は、§ 263.15 が、合衆国憲法修正 1 条の保護を受ける権利がない表現カテゴリーの製造と配布について、十分説明していると判示する。したがって、規制のための表現カテゴリーを選び出す制定法について違憲で過小包摂ではないことは明らかである。また、州外で生産されたポルノを規制している点も、児童ポルノの市場を撲滅するという立法目的に照らし肯定できる。ニューヨーク州最高裁は、過度広汎性の審査は行為に関連した規制に関して制限されていると認めたが、その見解では異議を唱えられた法令は『純粋言論』(pure speech) に向けられていたため、Broadrick 判決⁴⁴⁹において明確に述べられた、実質的な過度の広汎性の基準を適用しなかった。ニューヨーク州最高裁はさらに、§ 263.15 は致命的に過度に広汎であると判断した。しかし、§ 263.15 は実質的に過度に広汎ではないため、ニューヨーク州が、合衆国憲法修正 1 条と一致して制限する可能性のあるタイプの性的行為を描写していない表現に、その適用を考慮する必要はない。Paul Ferber および同様の表現を配布した他の人々に適用されたように、この法律は 14 の州に適用されたように合衆国憲法修正 1 条に違反しない⁴⁵⁰」。結論として、法廷意見は、ニューヨーク州最高裁の判決は覆され、この意見と矛盾しないさらなる手続きのために訴訟は原審に差し戻されると判示した。

Blackmun 裁判官は結果同意意見 (O'Connor 裁判官が同調) を執筆し、同裁判官は、「私は法廷意見に同意しているが、法廷意見はニューヨーク州が『深刻な文学的、科学的、教育的価値を持つ資料』を法律から除外しなければならないとしているわけではないことを強調するために個別意見を執筆する」と述べる。そして、同裁判官は、「法廷意見において特定された、やむにやまれぬ政府の利益は、実際には、その描写の社会的価値にかかわらず、露骨な性行為に従事する未成年者を描いた作品の承知の上での頒布を禁止することを、憲法が認めている可能性があることを示唆しているとともに、深刻な社会的価値のある描写

⁴⁴⁸ *Id.* at 764-65.

⁴⁴⁹ *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973).

⁴⁵⁰ *Id.* at 765-74.

の例外を設けることは、合衆国憲法修正 1 条が嫌う表現内容に基づく検閲の機会を増やすことになる」と論じ、「同法は、子どもを生々のモデルとして使用する可能性のある人々による思想の表現を制限しようとすることなく、虐待から未成年者を保護しようとしているのである」と同裁判官は説示する⁴⁵¹。その一方で、同裁判官は、「ニューヨーク州法は、裁判所が指摘した被害を実際に脅かすものではない描写を禁止しているため、法の範囲が広すぎる可能性があるが、このような可能性は、ニューヨーク州法の文面上無効を正当化するには十分なものではないため、今日はこれらの可能性をさらに論じる必要はない」と判示する⁴⁵²。

一方、Brennan 裁判官による結果同意意見（Marshall 裁判官が同調）において、Brennan 裁判官は、法廷意見において述べられていることの多くに同意するとして、自身が法廷意見を執筆した Ginsberg 判決に依拠し、子どもを保護するための表現規制についての許容性について以下のように説示する。同裁判官は、まず、「Ginsberg 判決における私の法廷意見において明らかにしたように、州は青少年の幸福を保護することに特別な利益を持っており、加えて、この特別でやむにやまれぬ政府の利益と、子どもたちの特別な脆弱性は、子どもたちに有害なポルノ素材の宣伝を規制する余地を国に与えているが、同意した大人をそのような素材への暴露から保護するだけであれば、国にはそのような余地はない」と説示する。また、同裁判官は、「当該州法の範囲内に入る可能性のある重大な芸術的、科学的、または教育的価値のある資料の『ごく一部』は、過度に広汎であるという理由で同法の違憲性を正当化するには不十分であるとする裁判所の見解にも同意するが、私の見解では、それ自体が深刻な文学的、芸術的、科学的、医学的価値を持つ子どもの描写に対する § 263.15 または類似の法律の適用が、合衆国憲法修正 1 条に違反することになる」と判示した⁴⁵³。

また、Stevens 裁判官による結果同意意見は、「第一に、今回の刑事訴追の原因となった特定の行為は連邦憲法によって保護されていないこと、第二に、被告人が違反した州法は合衆国憲法修正 1 条によって保護されている行為を禁止していることという二つの命題は、明確である」と指摘する。そして、同裁判官は、「そこで重要な問題は、当該州法が憲法に違反することなく適用される可能性がある被検者が、裁判所の前にはいない状況で、当該州法が他の人に違憲として適用される可能性があるという理由で、当該州法に異議を唱えることができるかどうかということである」と説く。続けて、同裁判官は、「この質問に対す

⁴⁵¹ *Id.* at 774-75 (Blackmun, J., concurring in the judgment).

⁴⁵² *Id.* at 775.

⁴⁵³ *Ibid.* (Brennan, J., concurring in the judgment).

る法廷意見の回答には同意するが、この問題を分析する方法には同意しない」と述べる⁴⁵⁴。

「アメリカ連邦最高裁は、これまでに何度か、合衆国憲法修正 1 条は、ある言論形態には他の言論形態よりも政府の規制からの保護が大きいという見解を表明してきたが、今日、法廷意見はこの見解を受け入れ、ニューヨーク州法に記載されている言論のカテゴリーをこの階層の最下層に近い位置に置いた」と同裁判官は述べ、「このような言論が合衆国憲法修正 1 条の保護を全く受けないという裁判所の立場には同意できないが、一般的に限界のある言論は、過度に広汎の故に無効の法理によって与えられる特別な保護を受ける必要がないことには同意する」と判示した⁴⁵⁵。

第 2 項 Ferber 判決の意義

これまでアメリカ連邦最高裁は、合衆国憲法修正 1 条によって保護されない言論として、わいせつ表現、神への冒瀆、名誉毀損、暴力行為の煽動、けんか言葉を承認してきたが、ここに新たに児童ポルノを加えるか否かが本判決における最大のポイントである。

法廷意見は、わいせつ表現と児童ポルノを比較することから検討を始めた。まずわいせつ表現の規制目的は、わいせつ表現から未成年者を保護することと、見たくない者の保護であった。これに対し、児童ポルノの規制目的は、未成年者の肉体的および心理的福祉を保護することであり、法廷意見は、このような州の利益をやむにやまれぬものであると判断した。その理由は、児童ポルノへの出演が、子どもへの害悪がより直接的で、より強力であるからであった。続いて、児童ポルノが合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論か否かであるが、法廷意見は児童ポルノが合衆国憲法修正 1 条によって保護されない言論に該当すると明示した上で、わいせつ表現のように、禁止される行為を州法によって適切に定義する必要があると説示した。この点、§ 263.15 は、性行為 (sexual conduct) を「実際のまたは模擬的な性交、マスターベーション、異常性交、性的猥褻、サド・マド的虐待、性器の卑猥な露出」の 6 つの行為とし、またパフォーマンスについても「演劇、映画、写真、ダンス」、または「その他客の前で視覚的に上映されるもの」に明確に限定されていると、法廷意見は論じている。さらに、法廷意見は、児童ポルノに適用される基準は、Miller 判決で公言されているわいせつ基準とは区別されると説く。つまり、法廷意見は、その作品が平均的な人の好色的興味に訴えることを認定する必要がないとともに、描かれた性的行為が明らかに不快な方法であることも必要がなく、さらに、問題の作品が全体として考慮される必要もないと

⁴⁵⁴ *Id.* at 775-76 (Stevens, J., concurring in the judgment).

⁴⁵⁵ *Id.* at 777-81.

説く。この点につき、アメリカ連邦最高裁が積極的に児童ポルノのカテゴリーに関する基準を定立しようとしていないことこそが、本判決の最大の問題点であるという指摘がある⁴⁵⁶。このような状況において、児童ポルノを合衆国憲法修正 1 条によって保護されない言論として認めてしまうと、新たな保護されない言論領域を生み出していくきっかけになり得るのではないだろうか⁴⁵⁷。

このようなアメリカの状況に対して、日本においても 1999 年に児童ポルノ禁止法が制定され、これまで二回の改正を経ているが、2014 年改正時に新設された単純所持に対する規制や、児童ポルノの定義が不明確であるということなど、憲法学界から批判されていることは、第 5 章 3 節において論じた。ここで改めて児童ポルノの定義に対する批判について言及すると、児童ポルノ禁止法 2 条 3 項において児童ポルノの定義が定められているが、このうち同規定の 3 号は、「衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態であつて、殊更に児童の性的な部位（性器等若しくはその周辺部、臀部又は胸部をいう。）が露出され又は強調されているものであり、かつ、性欲を興奮させ又は刺激するもの」を描写したものを児童ポルノと定義している。2014 年の法改正によって、3 号の規定に「殊更に児童の性的な部位（性器等若しくはその周辺部、臀部又は胸部をいう。）が露出され又は強調されているものであり、かつ、」という文言が追加された。改正前の 3 号ポルノの規定では、保護者が自宅などで水浴びしている幼児の自然な姿を撮影した画像なども児童ポルノに該当する可能性があるため、従来より 3 号ポルノの規定は過度に広汎な規制ではないかという批判がなされていた。このような批判を受けて、2014 年に改正されたものの、「性欲を興奮させ又は刺激するもの」という要件が不明確であるという点⁴⁵⁸、および「殊更に児童の性的な部位が露出され又は強調されている」という要件はなお曖昧であるといえるのではないだろうか。

この点、Ferber 判決においても、当該州法における児童ポルノの定義について、文学的、科学的、教育的な価値を有する表現物まで規制対象としていることから過度に広汎であるという主張が被告人からなされていた。これについて、法廷意見は、実質的な過度の広範性の基準を示した Broadrick 判決を引用し、同判決では「行為を伴う言論」(conduct plus speech)に関する事例にまで適用されるべきであると判示したが、本件のような児童ポルノの事例はまさに「行為を伴う言論」に関する事例であり、それゆえ、法廷意見は、本件においても

⁴⁵⁶ 藤田・前掲注 (442) 376 頁参照。

⁴⁵⁷ *The Supreme Court, 1981 Term*, 96 HARV. L. REV. 145 (1982).

⁴⁵⁸ この点については裁判においても争われており、たとえば、「性欲を興奮させ又は刺激するもの」か否かの判断方法を示した事例として、京都地裁平成 12 年 7 月 17 日判決がある。同判決については、第 5 章 3 節において取り上げたため、詳細はそちらを参照していただきたい。

同判決の法理を適用すべきであると述べた⁴⁵⁹。そして、法廷意見は、Broadrick 判決の法理を当該州法に適用し、当該州法の規定は、合衆国憲法修正 1 条によって保護されている言論をも規制対象としている点で規制対象が過度に広範であるといえるが、その一方で、過度に広範である部分は当該州法の規定のうち、ごく一部であることから実質的な過度の広範性があるとはいえないと判示した。この点、本件におけるニューヨーク州最高裁は、当該州法の規定が過度に広範であるか否かという点について、当該州法に Broadrick 判決の法理を適用する必要はないとした上で、当該州法は過度に広範な規定であると判示している。両判決の相違は、Broadrick 判決の法理を「純粋言論」(pure speech)に限定すべきか、それとも「行為を伴う言論」にまで拡大適用すべきかという点にあるといえる。合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論すべてに、上記法理が拡張されれば、仮に過度に広範な表現を規制する立法が存在したとしても、同法の違憲性を主張する側が実質的に過度に広範な規制であることを立証しない限り、同法は違憲とは判断されないということになり、この点について、Broadrick 判決の法理が有する特性は相当失われることになるとの批判がなされている⁴⁶⁰。

また、そもそも、過度の広範性の故に無効の法理は、劇薬であるため、その適用は慎重になるべきであると考えられる。とはいえ、Ferber 判決において、法廷意見が Broadrick 判決の法理を適用したとしても、過度に広範である部分は当該州法の規定のうち、ごく一部であることから、当該州法を文面上違憲と判断しなかったことに異論はないといえよう⁴⁶¹。

このように、アメリカにおいても、児童ポルノの定義について議論されており、加えて、そもそも児童ポルノはわいせつ表現には該当せず、両者は区別されるべきであるという点についても日米において一致している。また、立法目的についても、子どもの性的利用および虐待の予防である点は日米ともに一致しており、この目的を達成するための手段が必要不可欠な限度に限定されていれば、憲法 21 条に違反しないといえるであろう。しかし、児童ポルノの定義が漠然不明確であったり、過度に広範なものであれば、その立法は違憲であるといわざるをえないのではないだろうか。

⁴⁵⁹ この Broadrick 判決の法理とは、法律を過度に広範性の故に無効とするのは劇薬であり、とりわけ純粋言論とは異なる表現行為が問題となっている場合には、過度の広範性が実質的な (substantial) 程度にまで及ばない限り違憲無効とはしないというものである。

⁴⁶⁰ 江橋・前掲注 (442) 220-21 頁参照。

⁴⁶¹ 藤田・前掲注 (442) 377 頁参照。

第8節 仮想児童ポルノ

第1項 Free Speech Coalition 判決⁴⁶²の概要

1996年の児童ポルノ保護法（Child Pornography Protection Act of 1996, CPPA。以下、CPPAとする。）は、児童ポルノに対する連邦の禁止事項を、実際の子どもを使って作られたポルノ画像だけでなく(18 U.S.C. § 2256 (8) (A))、「性的に露骨な関係に従事する未成年者のもの」であるか、またはそのように見える写真(photograph)、映画、ビデオ、写真、絵画、またはコンピュータまたはコンピュータが生成したイメージあるいは絵画を含む、あらゆる視覚的描写にまで拡大している（§ 2256 (8) (B)）。そして、「性的に露骨な行為に従事している未成年者」を描写する「イメージを伝達するような方法で、宣伝、促進、提示、描写、あるいは配布された」性的に露骨なイメージにまで拡大している（§ 2256 (8) (D)）。§ 2256 (8) (D) は、児童ポルノとして流用されるポルノ表現の製造または配布を防止することを目的としている。

被上告人である、成人向けエンターテインメント業界団体などは、CPPAが彼らの活動を脅かしたことを懸念し、本件において問題となっている条項は過度広汎かつ曖昧であり、合衆国憲法修正1条によって保護された作品の制作を萎縮させると主張し、訴訟を提起した。地方裁判所はこの主張に同意せず、政府による略式判決を下したが、第9巡回区控訴裁判所は原審の判断を覆した。一般的に、ポルノは Miller 判決にしたがってわいせつである場合にのみ禁止することができるが、実際の子どもを描いたポルノは、搾取された子どもを保護するという州の利益を理由に、そのイメージがわいせつであるかどうかにかかわらず禁止される。当該規定は Miller 判決の下でもわいせつでもないし、Ferber 判決のように本物の子どもたちの搾取によって作り出されたものでもない材料を禁止しているため、第9巡回区控訴裁判所は CPPA を文面上無効にし、実質的に過度に広汎であると認定した。

Kennedy 裁判官が法廷意見を執筆し、Stevens、Souter、Ginsburg、Breyer 各裁判官が同調した。法廷意見は、まず CPPA の規定が広範な表現を規制するものであることを指摘するために、以下のように説く。「CPPA は、児童ポルノに対する連邦の禁止を、未成年者を描写しているように見えるが本物の子どもを使用せずに作成された性的に露骨な画像にまで拡張している。当該法律では、特定の状況下で、未成年者のように見える成人を使用することに加えて、コンピュータ画像を使用することによって作成される可能性があるこれらの画像の所有または配布を禁止している。連邦議会によると、新しい技術は存在しない子ど

⁴⁶² Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002). 同判決については、大林啓吾「表現の自由とバーチャル児童ポルノ規制」大沢秀介・大林啓吾編『アメリカ憲法判例の物語』（成文堂、2014年）89頁以下参照。

もたちのリアルなイメージを作成することを可能にするという。しかし、政府は、CPPAの規定を Ferber 判決において問題となった法律のように、わいせつ表現以上のものに適用しようとしているとともに、Miller 基準に適合させようともしていない。それゆえ、解決されるべき主要な問題は、Miller 判決の下でわいせつ表現でもなければ、Ferber 判決の下で児童ポルノでもない、合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論を禁止する CPPA が合憲か否かである⁴⁶³」。

続いて、法廷意見は、本件において問題とされるのは § 2256(8)(B)および § 2256(8)(D)であると述べ、まず前者の規定について審査する。法廷意見は、§ 2256(8)(B)では、仮想児童ポルノと呼ばれることもある、コンピュータで生成された画像や、より伝統的な方法で作成された画像など、さまざまな描写を取り上げており、これらの画像は制作過程のいかなる子どもも巻き込まず、害悪もないと説示した⁴⁶⁴。しかし、一方で、連邦議会はその表現が他のより直接的ではない方法で、子どもたちを脅かすと判断しており、連邦議会は以下のように主張している。「小児性愛者は、子どもたちが性的行為に参加するのを奨励するために、この作品を使用することがあるとともに、大人との性行為に従事したり、性的に露骨な写真を撮ったりすることに消極的な子どもは、そのような活動に『参加している』他の子供たちの描写を見ることによって納得させることができる」。「さらに、小児性愛者は自分の性的欲求をポルノ画像で掻き立て、それによって児童ポルノの作成と分布、および実際の子どもの性的虐待および搾取を増加させる可能性があるため、これらの理論的根拠の下では、害悪は画像の手段 (means) からではなく、画像の内容から生じる⁴⁶⁵」。加えて、連邦議会は、画像技術が進歩するにつれて、特定の画像が実際の子どもたちを使って作られたことを証明することがより困難になると述べ、本物の未成年者を使って児童ポルノを所有している被告が起訴を回避することができないようにするために、連邦議会は当該法律の規制対象を仮想児童ポルノにまで拡大したと、法廷意見は指摘した。

このような政府の主張に対し、法廷意見は、「合衆国憲法修正 1 条が、議会は言論の自由を縮減する法律を作成してはならないということを要求しており、政府は、多くの点でこの義務に違反するかもしれないが、合衆国憲法修正 1 条によって保護された言論に刑事罰を科す法律は、言論の抑圧の典型的な例である」と説示する。そして、法廷意見は「CPPA の罰則は確かに厳しいものであり、最初の違反者は 15 年間投獄される可能性があるとともに、再犯者には、5 年以上 30 年以下の刑が宣告されるため、合法的な映画製作者や書籍出版者

⁴⁶³ *Id.* at 239-40.

⁴⁶⁴ *Id.* at 241.

⁴⁶⁵ *Id.* at 241-42.

など、いかなる種類の話し手であっても、同法が適用されるか否かが分からない場所で映像を配信する危険をおかす者はほとんどいないであろう」と説くとともに、「合衆国憲法は、合衆国憲法修正 1 条の広大で特権的な範囲内で言論を萎縮させる、過度に広汎な法律から著しい保護を与えており、この原則の下において、CPPA が相当広範囲の保護された表現を禁止している場合、CPPA は文面上違憲とされる」と反論した⁴⁶⁶。

次に、法廷意見は、CPPA の規定がわいせつ表現を判断する基準よりも広範なものであると、以下のように説示する。「CPPA は既存の猥褻行為に対する連邦の禁止事項を補完するものではない。 Miller 判決の下では、政府は全体としてとらえられた作品が共同体の基準に照らして明らかに不快であり、真面目な文学的、芸術的、政治的、芸術的、科学的価値が欠如していることを証明しなければならない。ただし、CPPA は、Miller 判決の要件に関係なく、性的に露骨な活動に従事している未成年者を描写しているように見える画像にまで及び、その真面目な文学的、芸術的、政治的、または科学的価値にもかかわらず、言論を禁じているとともに、同法の下では、人物が 18 歳未満であるように見える限り、画像は禁止される⁴⁶⁷」。さらに、法廷意見は、CPPA が Ferber 判決における児童ポルノの基準までも超えていると述べ、以下のように論じる。「Ferber 判決は、以下の二つの方法において、本質的に児童の性的虐待に関連していたため、児童ポルノの流通および販売ならびにその製作の禁止を是認した。第一に、子どもの虐待の恒久的な記録として、継続的な流通自体が、その作品に参加した子どもに害悪を及ぼすことになる。名誉毀損の声明のように、言論が新たに発表されるたびに、子どもの名声および情緒の健康は新たな害悪を受ける。第二に、児童ポルノにおける取引 (traffic) はその制作の経済的動機であったため、州は配給ネットワークを閉鎖するという利益を有していた。Ferber 判決において問題となった言論、つまり、それ自体が性的虐待の記録である言論とは対照的に、CPPA は犯罪を記録せず、その製作によって犠牲者を生み出さない言論を禁止している。したがって、仮想児童ポルノは、Ferber 判決において問題となった表現のように、本質的に児童の性的虐待とは関係がない⁴⁶⁸」。以上の理由により、法廷意見は、CPPA は Miller 判決と矛盾しており、Ferber 判決における支持も認められないと言及した。

一方、政府の側は他の方法で CPPA による禁止を正当化しようとしている。政府は、小児性愛者が子どもを誘惑するために仮想児童ポルノを使用する可能性があるため、CPPA が必要であると主張する。これに対し、法廷意見は、「子どもの手に渡る可能性があるからと

⁴⁶⁶ *Id.* at 244-45.

⁴⁶⁷ *Id.* at 246-47.

⁴⁶⁸ *Id.* at 249-50.

いって、大人に適した言論を禁止することはできない」と述べる。続けて、法廷意見は、「問題となっている害悪は、行為者の違法行為や、問題となっている言論とは関係のない全く別の犯罪として定義された行為に依拠しており、このことは、言論の禁止が厳密な整合性がないということを立証していることに加え、同法の規制目的は違法行為を禁止することであるが、この制限は、法を遵守する成人に適している言論を制限しているため、州の利益をはるかに超えている」と説く⁴⁶⁹。

また、政府の側は、仮想児童ポルノが小児性愛者の性欲をかき立て、違法行為に従事するように促していると主張しているが、この主張に対して、法廷意見は、「政府がその容認できない目的のために思想を統制しようとしたり法を正当化しようとしたるとき、合衆国憲法修正1条の自由は最も危険にさらされる」と指摘する。続けて、法廷意見は、「明白かつ現在の危険」が存在しない限り、「漠然とした将来において、違法な行為が犯される機会が増加することを理由に、政府は言論を禁止することはできない」と述べ、「著しく強力な直接的なつながりがなければ、政府は小児性愛者が違法行為をすることを奨励する可能性があるという理由で言論を禁止することはできない」と法廷意見は判示する⁴⁷⁰。加えて、政府は、本物の子どもを使って作られたポルノの市場を排除するというその目的は、仮想画像の禁止をも必要とする主張するが、法廷意見は、政府が主張している仮想画像は、実際のものとは見分けがつかないと指摘する⁴⁷¹。さらに、政府の側が、コンピュタイメージングを使用して画像を作成する可能性があるため、実際の子どもを使用してポルノを作成した人を起訴することは非常に困難であると主張しているのに対し、法廷意見は、政府が違法な言論を抑圧する手段として、合法的な言論を抑圧することはできないと反論する⁴⁷²。

以上の理由により、法廷意見は「§ 2256(8)(B)は、Ferber 判決および Miller 判決において認められたカテゴリ以外の表現を規制対象としており、言論の自由を制限するために政府が申し出た理由は、我々の先例または合衆国憲法修正1条に照らし、正当化されるものではない」と説示するとともに、「同規定は、かなりの量の合法的な表現を行う自由を奪っていることから、同規定は過度に広汎な規定であり違憲である」と判示した⁴⁷³。

他方、被上告人は、§ 2256(8)(D)にも異議申し立てをしているが、これについても法廷意見は、「§ 2256(8)(D)の下では、作品は性的に露骨なものでなければ禁止されず、それ

⁴⁶⁹ *Id.* at 252-53.

⁴⁷⁰ *Id.* at 253-54.

⁴⁷¹ *Id.* at 254.

⁴⁷² *Id.* at 254-55.

⁴⁷³ *Id.* at 256.

以外の内容は規制対象外であるにもかかわらず、映画に未成年者を含む性的に露骨なシーンが含まれていなくても、タイトルや予告編において、そのようなシーンが映画に含まれるという印象を与える場合、その映画は児童ポルノとして扱われる可能性があり、「結果として、§ 2256(8)(D)は、パンダリング (pandering) 以上のことを禁止しているといえることから、§ 2256(8)(D)は実質的に過度に広汎な規定であり、合衆国憲法修正 1 条に違反する」と判示した⁴⁷⁴。

Thomas 裁判官による同意意見は、「CPPA を支持するために政府側が主張する最も説得力のある利益とは、実在の児童のポルノ画像を所持して拡散した者が、当該画像は実在の児童を撮影したものではなく、コンピュータ上で作成したものであると主張することで有罪判決を免れる可能性があり、それによって彼らが無罪になる可能性が生じるという検察側の主張である」と説示する⁴⁷⁵。また、Thomas 裁判官は、「裁判所が、現実の児童ポルノに対する禁止を強制する政府の利益によって、仮想的な児童ポルノに対する禁止を正当化することはできないとしているが、技術の進歩によって違法な表現に対する訴追が妨げられた場合、政府は、実在の子供の虐待によって作られたポルノに対する法律を効果的に施行するために、ある種の狭いカテゴリーの合法的な表現を禁止するか、あるいは規制することについて、やむにやまれぬ政府利益を有する可能性がある」と論じる。そして、同裁判官は、「一方で、裁判所は、仮想的な児童ポルノの規制が合憲である可能性を暗黙のうちに容認することで、仮想的な児童ポルノを規制する立法を合憲とすることができる可能性を残しているが、積極的抗弁 (affirmative defense)、すなわち、当該画像は実在の子供を撮影したものではなく、コンピュータ上で作成したものであるという被告人の主張が、仮想的な児童ポルノの所持と頒布を禁止する刑法を違憲とする唯一の方法であるかどうかということについて判断を下すのは時期尚早である」と判示し、法廷意見に同意している⁴⁷⁶。

O'Connor 裁判官による一部同意意見・一部反対意見 (パート II の部分に Rehnquist 首席裁判官と Scalia 裁判官が同調) は、以下のとおりである⁴⁷⁷。O'Connor 裁判官は、「法廷意見の適用違憲の部分には同調するが、法廷意見の CPPA そのものが文面上違憲という部分には同調できない」と述べる。同裁判官は、「§ 2256(8)(B)が、未成年者のように見える成人のポルノ画像といわゆる仮想児童ポルノのカテゴリーをその規制対象としており、裁判所は、CPPA が規制しているポルノの範囲が過度に広汎であると結論付けているが、私の見

⁴⁷⁴ *Id.* at 257-58.

⁴⁷⁵ *Id.* at 259 (Thomas, J., concurring in the judgment).

⁴⁷⁶ *Id.* at 259-60.

⁴⁷⁷ *Id.* at 260-267 (O'Connor, J., concurring in judgment in part and dissenting in part).

解では、被告人は、仮想児童ポルノの規制が過度に広汎であるであるという十分な証拠を提示していない」と説示する。そして、同裁判官は、「先例⁴⁷⁸が示すように、過度に広汎であるが故に無効とする理論は劇薬であるため、CPPA の適用上、未成年者『と思われる』(appears to be) ポルノの規制は、未成年者のように見える (被写体が) 成人のポルノ (youthful-adult pornography) に適用される限りにおいてのみ、その規制を無効とする」と論じ、法廷意見の CPPA そのものが文面上違憲であるという部分について反対すると主張する。

O'Connor 裁判官は、問題となった CPPA の規定のうち、「未成年者のように見える (被写体が) 成人のポルノに対する規制」と、「仮想児童ポルノの規制」とを区別して、それぞれの規定に対する法廷意見の見解と自身の見解との異同について次のように検討を加えている。まず、同裁判官は、「未成年者のように見える成人のポルノに対する CPPA の禁止は過度に広汎であるという法廷意見の見解に同調するが、CPPA の仮想児童ポルノの禁止が過度に広汎であるという点で、法廷意見とは見解が一致しない」と述べる。そして、そもそも、「仮想児童ポルノの規制が厳格審査基準をクリアしないのかという点と、仮想児童ポルノの禁止が憲法上、容認し得ないほど漠然不明確であるのかという点について疑問であるが、私はいずれの点についても否定する」と説示し、これらの疑問に触れつつ、自身の見解と法廷意見との見解が異なる部分について論じている。

同裁判官は、「アメリカ連邦最高裁は長い間、政府が私たちの国の子どもたちを保護するという、やむにやまれぬ政府の利益を有していることを認識しており、この利益は、性犯罪者や真の児童ポルノに対する取り組みによって促進されている」と述べ、子どもを保護するという利益がやむにやまれぬものであるということは、CPPA が禁止している仮想児童ポルノにも当てはまると同裁判官は説く。同裁判官は、「性的なものを示唆する漫画の子どものスケッチや彫像が、子どもに害悪を与えるような方法で利用されていなかったという被告人らの主張に同意するが、その一方で、『未成年者のものと思われる』(appears to be of a minor) という文言は、被告人らが主張する例示を含まない解釈をする場合と実質的に区別がつかない」と指摘した上で、同裁判官は、「結局、『・・・のように思われる』(appears to be...of) という文言が漠然としていることから、それを限定解釈することによって、目的との関係で厳密な整合性を有していないという憲法上の問題を回避することができる」と説示する。そして、同裁判官は、「現実の未成年者と実質的に区別がつかない画像のみを禁止するように当該立法を解釈することは、仮想児童ポルノの規制が目的との関係で厳密な整合性を有することが認められるようにするだけでなく、『未成年者のものと思われる』と

⁴⁷⁸ Broadrick, 413 U. S. at 613.

いう文言の規制対象が漠然不明確であるという懸念を和らげることにもなるとともに、そのような限定解釈は、差別的な法執行によるリスクを大幅に減少させる」と判示する。さらに、同裁判官は、「被告人らが、たとえ政府が仮想児童ポルノを禁止することを正当化するためのやむにやまれぬ政府の利益を有していたとしても、CPPA は性的なものを示唆する漫画の子どものスケッチや彫像さえもその規制対象とするため、『未成年者のものと思われる』という文言は、その利益を満たすために狭義に調整されたものではない」と指摘する。

一方で、同裁判官は、「法廷意見が、仮想児童ポルノに対する CPPA の規制は過度に広汎であると結論付けているが、この判断の根拠は不明である」と指摘し、「表現内容に基づく規制は、やむにやまれぬ政府の利益を促進し、その利益を実質的に促進しつつ、可能な限り厳密に整合性のある手段による規制を行うことができるが、その規制は、純粋な文学的、芸術的、政治的、科学的価値を持つ表現や無害な言論を無意識のうちに封じ込めてしまう可能性がある。その場合、訴訟当事者は、規制の表面上では、規制が過度に広汎であるとして異議を唱えることができる一方、その際には、規制が相当量の価値のある、あるいは無害な言論を禁じていることを証明するという重責を負うことになるが、被告人らはそのような立証をしていない」と説示する。以上のように述べ、O'Connor 裁判官は、「過度に広汎であるが故に当該立法を無効にするのは、極端な方法であり、最後の手段としてのみ用いられるべきものであるとともに、アメリカ連邦最高裁は、不必要に過剰な判断を下すことは司法上の慣行ではなく、望ましいとはいえないと判断してきた」と説示した上で、同裁判官は、「このような先例を受け、私は『あるように思われる』という規定を、未成年者のように見える成人のポルノに関係するケースに適用される限りにおいてのみ、無効とすべきである」と判示した。

Rehnquist 首席裁判官は、O'Connor 裁判官の結果同意意見のパート II (Scalia 裁判官もこの部分に同調) に同調するとともに、法廷意見の一部に同意し、法廷意見の一部に反対している。Rehnquist 長官は、「議会が、実際の児童ポルノの禁止を執行する能力を確保するという、やむにやまれぬ政府の利益を有しており、急速に進歩する技術が間もなくそれを不可能にするという議会の見解を尊重すべきであるが、その一方で、たとえば『トラフィック』や『アメリカン・ビューティー』のような文学的・芸術的価値のある映画を単純に配布・所持しただけで起訴された場合、合衆国憲法修正 1 条上、重大な懸念が生じるという点は、私も O'Connor 裁判官と同じ意見を有している」と説示するとともに、「CPPA は、このような懸念が生じるような解釈をしてはならない」と同長官は指摘し、以下、性的に露骨な行為

に関する CPPA の定義に着目し、CPPA の適用範囲を明確にしようと試みている⁴⁷⁹。

Rehnquist 長官は、同法が性的に露骨な行為について、「性器と性器、口腔と性器、肛門と性器、猥褻、自慰行為、サディスティック、人の性器または陰部の露出」という視覚的描写のみを対象としている点で、非常に明確に定義していると指摘する⁴⁸⁰。そして、同長官は、このような非常に生々しい定義に関し、「法廷意見と O'Connor 裁判官は、上記定義がシミュレートされた性交にまで及んでおり、おそらくは、それが未成年者のように見える成人俳優の性行為の描写にまで及ぶことを示唆している」と説示するとともに、「全体として条文を読むと、上記定義はハードコアな児童ポルノの類型にしか及ばない」といえ、「このように解釈すると、CPPA の規定は、未成年者のように見える成人俳優の視覚的な性行為の描写を禁止しているということになる」と説く⁴⁸¹。一方で、同長官は、「擬似的な性行為への言及は、この法律が最初に成立して以来、性的に露骨な行為の定義の一部となっているが、実際の性行為と並んで擬似的な性行為が含まれていたとしても禁止されている画像のハードコアな性質は変わらない」と述べた上で、同長官は、「しかし、実際の行為やシミュレートされた性行為のいずれも、議会が意図したハードコアなポルノ描写とはかけ離れた『ロミオとジュリエット』のような映画の描写にまで及ぶとは当然解釈されておらず、また、実際、条文や議事録もこのことについて示唆していないことに加え、連邦議会も、このような CPPA の解釈は妥当ではないと明示的に示している」と説く⁴⁸²。さらに、同長官は、「議事録を読むと、CPPA は実在の児童ポルノに対する既存の禁止事項を、実在の子どもの写真と混同する蓋然性の高いコンピュータ上で作成された画像にまで拡大しているにすぎないことが明らかになる」と指摘するとともに、同長官は、「また、CPPA は、たとえ性描写された個人が未成年者であるように見える場合でも、大人を使って製作された描写には適用されず、また適用されることを意図していないし、これは先例とも一致する」と説示する⁴⁸³。

加えて、同長官は、「この法律は、未成年者の性行為を視覚的に描写したものであるか、またはそれを印象付けるような広告、宣伝、提示、説明、頒布のみを禁止しているというのが最も妥当な条文の読み方であり、合衆国憲法修正第 1 条は、画像を娯楽として用いるビデオ店主や映画配給者を保護している一方で、道徳に反する者 (panderer) を保護するものではないことから、CPPA の規制対象は、道徳に反する者 (panderer) に限定されるべきで

⁴⁷⁹ *Id.* at 267-68 (Rehnquist, C. J., dissenting).

⁴⁸⁰ *Id.* at 268.

⁴⁸¹ *Id.* at 269.

⁴⁸² *Id.* at 269-70.

⁴⁸³ *Id.* at 270-71.

ある」といえ、「児童ポルノの所持で起訴された者が、性行為をしている実在の未成年者の描写が含まれていることを実際に知っていたことを政府が証明しなければならないとしたアメリカ連邦最高裁判決や、CPPA が禁止することを意図している画像を考慮すると、CPPA は、故意による児童ポルノのみを禁止していると解釈することができる」と指摘する⁴⁸⁴。

以上のような考察に基づいて、Rehnquist 長官は、「CPPA が、性行為をしている実際の未成年者の視覚的描写を含む画像であることを知りながら所有していること、あるいは性行為をしている実際の未成年者と実質的に区別がつかないコンピューターで作成された画像の所持のみを禁止すると解釈でき、未成年者のように見える成人俳優の性行為を示唆する描写のみを含む画像の単なる所持をそこに含むべきではない」といえ、結論として、CPPA は合衆国憲法修正 1 条に反するものではなく、また、これ以上その規制対象を拡大する必要はないと判示した⁴⁸⁵。

第 2 項 Free Speech Coalition 判決の意義

政府は、児童ポルノから子どもを保護するために CPPA を制定したのであるが、同規定のうち、§ 2256(8)(B)および § 2256(8)(D)が Miller 基準によってわいせつ表現とされる言論だけでなく、Ferber 判決における児童ポルノの基準をも超えた言論をも規制する規定であったため、法廷意見はこれらの規定が過度に広汎な規定であり、合衆国憲法修正 1 条に違反すると判示した。このような判断を下すにあたり、法廷意見は Sable 判決に依拠した上で、有害な表現から子どもを保護するという目的は正当なものであるといえるが、その目的を達成するために大人に適した言論、つまり合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論を規制することには問題があると判断した。法廷意見が依拠した Sable 判決において、アメリカ連邦最高裁は厳格審査基準を適用し、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については下品であるという理由で禁止することはできないとして、違憲と判断している。一方で、本判決における法廷意見はいずれの司法審査基準を適用するのかについて全く言及しておらず、当該規定が実質的に過度に広汎であると判示するにとどまった。これに対し、Thomas 裁判官による同意意見、O'Connor 裁判官による一部同意・一部反対意見、Rehnquist 長官による反対意見においては、当該規制の合憲性を判断する基準として厳格審査基準を適用している。

⁴⁸⁴ *Id.* at 272-73.

⁴⁸⁵ *Id.* at 273.

ところで、本判決においてはコンピュータグラフィックを利用した、仮想児童ポルノの規制について合衆国憲法修正 1 条に違反すると判断されたが、実在の子どもを使用する児童ポルノの規制については 20 年前の Ferber 判決や、1990 年の Osborne 判決⁴⁸⁶において合憲と判断されていた。この判決の差異は、法廷意見が述べているように、児童ポルノを規制する目的は、子どもの性的利用および虐待を予防することであり、子どもの児童ポルノへの出演は、子どもへの害悪がより直接的でより強力であるため、児童ポルノを規制する州の利益はやむにやまれぬ政府の利益といえ、その規制も許されるが、一方で、政府は小児性愛者が違法行為をすることを奨励する可能性があるという理由で、つまり漠然とした将来において、違法な行為が犯される機会が増加することを理由に、言論を禁止することはできないと説示していることから理解できよう⁴⁸⁷。

このようなアメリカの状況に対し、日本においては、実在の児童をモデルとした児童ポルノを規制する立法は存在するが、仮想児童ポルノを規制する立法は存在しない。一方で、第 5 章 3 節において論じたように、東京都は、2010 年にこれまでの東京都の青少年の健全な育成に関する条例（以下、東京都条例と略する。）の規定に加えて、不健全図書類として規制対象とするものに「漫画、アニメーションその他の画像（実写を除く。）で、刑罰法規に触れる性交若しくは性交類似行為又は婚姻を禁止されている近親者間における性交若しくは性交類似行為を、不当に賛美し又は誇張するように、描写し又は表現することにより、青少年の性に関する健全な判断能力の形成を妨げ、青少年の健全な成長を阻害するおそれがあるもの」という条件を追加した改正を行った。2010 年の東京都条例の改正については、同条例の改正案が都議会に提出された当時から問題点が指摘されていた。つまり、改正案には、当初「非実在青少年」に係る表現規制の規定が設けられていたのである。この「非実在青少年」とは、「年齢又は服装、所持品、学年、背景その他の人の年齢を想起させる事項の表示又は音声による描写から 18 歳未満として表現されていると認識されるもの」とされる。要するに、同規定を条例に組み込むことにより、東京都は仮想児童ポルノを規制対象としようと試みていたのである。しかし、この「非実在青少年」の定義に依拠すれば、18 歳未満の青少年の性に関する描写は、すべて同条例の規制対象とされるおそれがあるため、非常に規制対象が広範なものであるといえる。また、東京都が上記のような条例改正を行えば、他の自治体も追随する可能性も考えられるであろうし、何よりポルノ漫画やポルノ雑誌を制作する者および出版社の表現の自由を制約するものであるといえよう。この改正案に対し

⁴⁸⁶ Osborne v. Ohio, 495 U.S.103(1990).

⁴⁸⁷ Paul Finkelman, *Picture Perfect: The First Amendment Trumps Congress in Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 38 TUL.L. REV. 243, 260 (2002).

ては、漫画家や作家、出版関係者等からの強い批判があり、結果的に「非実在青少年」の規定は削除される形で、東京都条例は改正された。とはいえ、漫画やアニメーションの中の有害とされる表現は規制対象とされており、この点について、漫画やアニメーションが青少年にどのような影響を与えるのかを示した科学的な実証研究に基づくデータは存在しないということ、加えて、他の写真や映像と異なり、漫画やアニメーションだけが規制対象とされるのか、その規制根拠が不明確であるという批判がなされている⁴⁸⁸。したがって、今後も東京都条例の改正の動向については注視すべきであるといえよう。

⁴⁸⁸ 松井・前掲注（358）201頁参照。

第9章 未成年者保護を目的とした表現規制に適用すべき司法審査基準について

前章において表現内容に分けてアメリカ連邦最高裁の動向を概観したが、そこでは州あるいは連邦政府は各言論を規制することが正当化される事由として、有害な言論から子どもを保護するという、親権を補助することという二つの正当化事由をあげていた。では、それらを目的とした表現規制の合憲性を判断する際、いかなる司法審査基準を適用すべきなのだろうか。本章においては上記の点について検討を加えたいと思う。

第1節 未成年者保護を目的とした表現規制に適用すべき司法審査基準

未成年者保護を目的とした表現規制の合憲性を判断する際、いかなる司法審査基準を適用すべきであろうか。前章において概観したアメリカ連邦最高裁判例をもとに、検討を加えていく。合衆国憲法修正1条の判例法理により、規制されている言論が合衆国憲法修正1条によって保護される言論と認定され、その言論に対する規制が表現内容に基づく規制であれば厳格審査基準を適用してその規制の合憲性を判断することになる。それゆえ、Ginsberg判決ではわいせつ表現に対する規制が問題となったが、わいせつ表現は合衆国憲法修正1条によって保護されない言論であるとされるため、そのような表現に未成年者がアクセスすることを禁じたとしても、それは未成年者を有害な表現から保護するという理由で正当化されている。

また、下品な表現に対する規制については、わいせつ表現と区別されているため、合衆国憲法修正1条によって保護されることになるが、Pacifica判決で示されているように、放送メディアについては放送電波の希少性や放送が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。しかし、そのような規制根拠には問題があるということがその後の判決において指摘されている。たとえば、下品な放送内容に対するFCCの規制が問題となったFox I判決において結果同意意見を執筆したThomas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の様々なデジタル・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している⁴⁸⁹。また、Fox II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している。とはいえ、アメリカ連邦最高裁は、Pacifica判決をいまだに維持している。Pacifica判決では、放送メディア（ラジオ放送）において問題となった下品な表

⁴⁸⁹ FCC v. 556 U.S. at 530-32.

現に対する規制の合憲性を判断する司法審査基準については明示されていないものの、放送メディアには広範な規制が認められていることから、厳格審査基準ではなくより緩やかな司法審査基準の適用を示唆しているといえるだろう。一方、Sable 判決、Reno 判決、Playboy 判決など放送メディア以外において問題となった下品な表現に対する規制については、いずれも合衆国憲法修正 1 条によって保護されるべき言論に対する規制であるとして厳格審査基準を適用し、当該規制の合憲性を判断している。また、暴力的内容のビデオゲームに対する規制の合憲性が争われた Brown 判決においても、アメリカ連邦最高裁は、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ため、当該規制は表現内容に基づく規制であり、厳格審査基準を適用した上で、当該規制の合憲性を判断している。Brown 判決において、Scalia 裁判官が「子どもも大人と同じ合衆国憲法修正 1 条の保護を受ける」と述べていることから、成人の情報受領権が制限された場合と同様に、未成年者保護を目的とした表現規制についても、問題となっている表現が合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論と認定されれば、厳格審査基準を適用し、その合憲性を判断するということが確立しているといえるだろう。

問題は、未成年者保護を目的とした表現規制の合憲性を判断する司法審査基準として、厳格審査基準が適用されたとしても、形式的な適用がなされれば即違憲と判断されてしまうということである。この点を指摘しているのが Breyer 裁判官である。同裁判官は、Brown 判決において、法廷意見のように形式的に厳格審査基準を適用するわけではないと主張し、本件州法が言論によって生じる害悪に対して有効か否かを判断するにあたり、本件州法が言論によって生じる利益を侵害する程度や、本件州法がやむにやまれぬ政府の利益を促進する程度、そして、他に選ぶ手段の有効性などを総合的に評価すると述べている。また、Brown 判決においては、テレビゲームが有する双方向性という特徴について、十分な検討がなされていないという批判がある⁴⁹⁰。実際、前章において、未成年者保護を目的とした表現規制の合憲性が争われた判例を概観したが、厳格審査基準が適用された事例において合憲と判断された事例は存在しない。厳格審査基準の形式的な適用方法については、未成年者保護を目的とした表現規制に限らず、表現の自由全般や平等の領域においても指摘されているところである。事実、アメリカ連邦最高裁は、平等の領域において、形式的な厳格審査基準の適用を払拭するために、不正な動機を多り出す厳格審査基準の適用を行っている⁴⁹¹。

⁴⁹⁰ *The Supreme Court 2010 Term : Leading Cases*, 125 HARV. L. REV. 182, 190 (2011).

⁴⁹¹ 日本において動機審査について検討しているものとして、時国康夫「立法の動機目的を憲法判断に当り考慮に入れることの適切性—司法審査の一考察—」下山瑛二・高柳信一・和田英夫編『アメリカ憲法の現代的展開 2 統治構造』（東京大学出版会、1978 年）

このような動機審査の展開は表現の自由の領域においてはまだ見られていない。しかし、以前から表現の自由の領域においても、動機審査を活用すべきであると提唱する論者が存在した。それが Kagan 裁判官である。彼女は学者時代に執筆した論文” *Private Speech, Public Purpose: The Role of Government Motive in First Amendment Doctrine*”⁴⁹²において、憲法上、容認しえない「不正な動機」を炙り出す手法について論じており、アメリカ連邦最高裁の裁判官になった彼女が今後、自身の意見の中で、動機審査について言及する可能性があるだろう⁴⁹³。よって、以下においては、まず Kagan の提唱する「不正な動機」を炙り出すという司法審査の方法とはいかなるものかを論じた上で、平等の領域において炙り出し論を提唱した O’Connor 裁判官の判例理論と同じか、それとも異なるのかについて検討し、Kagan の動機審査の方法の特徴を明確にしたいと思う⁴⁹⁴。そして、最後に未成年者保護を目的とした表現規制の合憲性を判断する際、動機審査の応用可能性について検討する。

179-209 頁、黒澤修一郎「John Hart Ely の動機審査理論の生成と展開（１）（２）」北大法学論集 61 巻 1 号 155 頁、61 巻 2 号 605 頁（2010 年）、同「合衆国判例における『動機審査』・覚書」憲法理論叢書 20『危機的状況と憲法』（敬文堂、2012 年）177 頁、大林敬吾「動機審査—憲法事実審査の可能性」山本龍彦・大林敬吾編『違憲審査基準—アメリカ憲法判例の現在』（弘文堂、2018 年）189 頁参照。平等の分野においては、中曾久雄「平等保護における動機審査の意義」阪大法学 59 巻 1 号（2009 年）153 頁、同「憲法 14 条と動機審査」愛媛大学教育学部紀要 59 巻（2012 年）221 頁を参照。また、表現の自由の分野においては、市川・前掲注（81）171-76 頁、233-260 頁、大林啓吾「表現の自由と動機審査」千葉大学法学論集第 30 巻第 3 号（2015 年）1 頁。

⁴⁹² Elena Kagan, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Government Motive in First Amendment Doctrine*, 63 U. CHI. L. REV. 413(1996).

⁴⁹³ Kagan 裁判官が動機審査に触れた判決については、本章第 6 節において検討する。

⁴⁹⁴ 以下の内容については、拙稿「表現規制に対する動機審査の可能性について」同志社法学 72 巻 4 号（2020 年）881 頁を加筆したものである。

第2節 動機審査の必要性

Kagan が先述した論文において、表現の自由の領域における動機審査の必要性を説く以前より、動機審査の可能性について指摘していた学者として、Geoffrey R. Stone があげられる。Kagan はこれから概観する Stone による動機審査の必要性に関する主張を受けて、自身の動機審査の方法を提唱していると考えられるため、以下では、Stone がどのような文脈で動機審査の必要性を指摘したのかについて検討していく。

Stone は、表現内容規制と表現内容中立規制の区別のメリットとその限界について考察した論文の中で、表現内容規制と表現内容中立規制の区別に関する説明の一つとして「動機審査」について言及している⁴⁹⁵。Stone は、表現規制が言論の内容に基づいている場合、公務員が話し手の見解に賛同しないという理由で、意思伝達が禁止されないようにするために政府の行為をきわめて注意深く審査しなければならないと説く。さらに、Stone は、政府が話し手の見解に賛同できないという理由で、表現を規制している場合、そこには「不正な」動機 (“improper” motivation) が隠されている可能性があるとして指摘する。Stone は、このような憲法上、容認しえない「不正な」動機を炙り出すことについて、ウォーレン・コート (1953~69年) は消極的であったものの、バーガー・コート (1969~86年) は積極的な姿勢を示したと述べる。ウォーレン・コートの動機審査に対する姿勢が如実に表れた事例として、1968年の *United States v. O'Brien* 判決⁴⁹⁶があげられる。同判決は、ベトナム戦争に反対する意思表示のために、公衆の面前で自身の徴兵カードを焼却した行為が、徴兵カードを故意に焼却することにより破棄、損壊および変更を犯罪とする連邦法に基づき起訴された事例であり、いわゆる象徴的言論の規制の合憲性が問題となった。動機審査について、O'Brien 判決は、「本裁判所は、主張された違法な立法動機に基づいて、その他の点では合憲である法律を違憲とすることはないだろうというのが、一般的な憲法上の原則 (a familiar principle of constitutional law) である」と説示する⁴⁹⁷。そして、このように説示する理由につき、同判決は、ごく少数の議員の動機とその他の多数の議員が賛同した動機とが同じであるとは限らないため、裁判所が立法の背景にある動機を確定するのは著しく困難であると判示していた⁴⁹⁸。このように、O'Brien 判決において、アメリカ連邦最高裁は、立法動機を理由に法律を違憲とすることの困難性を示した上で、本件法律を表現内容に中立的な規制

⁴⁹⁵ Geoffrey R. Stone, *Content Regulation and the First Amendment*, 25 WM.& MARY L. REV. 189, 227-33 (1983).

⁴⁹⁶ *United States v. O'Brien*, 319 U.S. 367 (1968).

⁴⁹⁷ *O'Brien*, 319 U.S. at 383.

⁴⁹⁸ *Id.* at 384.

であると判断したが、Stone は当該立法が単なる表現内容に中立的な規制ではないと述べる⁴⁹⁹。つまり、Stone は、当該立法の与える効果が、「政府の政策に対する抗議の象徴的な表現として」徴兵カードを焼却することを禁じるような立法は、戦争に反対する意思を表明することを禁じるような立法と実質的に同じであるといえる、と指摘するのである。したがって、Stone は、本件法律が実質的には戦争に反対するという、ある特定の表現を狙い撃ちにした規制であるといえるが、アメリカ連邦最高裁は、この法律が有する上記側面について注意を払っていないと説示するのである⁵⁰⁰。Stone は、このような状況を打破するための一つの手段として動機審査について着目した上で、合衆国憲法修正 1 条のコンテキストにおいて、政府の不正な動機の概念は、主に政府が話し手の見解と意見が異なるという理由だけで政府は表現を規制してはならないという原則 (corollaries) からなると説く。そして、Stone は、この原則が、政府が話し手の見解に賛同するという理由で、それ以外の一般的な制限から表現を除外することはできないということと⁵⁰¹、政府は開示された情報の公表により支障をきたすという理由で、表現を制限してはならない⁵⁰²という二つの重要な結果を導くと説く。さらに、この原則とそこから導き出される規範 (precept) は、我々の合衆国憲法修正 1 条法学の中心であり、言論が「誤った」または「悪い」考えを伝達するという理由で、政府が言論を制限しようとするあらゆる努力は、次の三つの基本的な合衆国憲法修正 1 条の諸価値と矛盾すると Stone は説示する。

まず、表現の自由の優越性を基礎づけるものとして、いわゆる「思想の自由市場」論という理論がある。この理論は、「真理を定める最良のテストとは、思想が、市場における競争において自らを受け入れさせる力にある」という、*Abrams v. United States* 判決における Holmes 裁判官の反対意見に最もよく示されている⁵⁰³。この理論によれば、真理は市場における競争の中で発見されるものであり、ある情報が真理か虚偽かを判断するためには、情報の自由な流通が不可欠であるため、表現の自由を保障する必要があるとされる。さらに、この理論ではある情報が真理か虚偽なのかについては個人の判断に委ねるべきであり、また、

⁴⁹⁹ Geoffrey R. Stone, *supra* note 495, at 221-22.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ John Hart Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, 88 HARV. L. REV. 1482, 1507 (1975).

⁵⁰² Vincent Blasi, *The Checking Value in First Amendment Theory*, 1977 AM. B. FOUND. RES J. 521.

⁵⁰³ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 610, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting). なお、「思想の自由市場」論については、阪口正二郎「表現の自由はなぜ大切か」阪口正二郎・毛利透・愛敬浩二編『なぜ表現の自由か—理論的視座と現況への問い』(法律文化社、2017年) 16-7頁参照。

表明される意見が真理である場合、それを例えば公権力が規制することは、自由な討論を歪めてしまうことになる。

そして、表現の自由の価値には、自己統治の価値と自己実現の価値というものがあるとされ、前者は、国民が表現活動を通じて政治的意思決定に関与するというものであり、後者は、国民が表現活動を通じて自己の人格を形成し、発展させることを実現するというものである。Stone は、政府が不正な動機に基づいて表現規制を行う場合、上記の「思想の自由市場」論や、自己統治の価値および自己実現の価値と衝突するというのである。

このように論じた上で、Stone は、政府の不正な動機の正確な役割を明確にするために、不正な動機の理論とパターナリスティックな正当化事由 (paternalistic justification) に関する問題を対比させることは、合衆国憲法修正 1 条の理論において有用であると思われると述べる⁵⁰⁴。そして、Stone は、不正な動機に基づいて表現を規制するということと、パターナリスティックな考えに基づいて表現を規制するということは、多くの点で類似しているが、その一方で重要かつ明確な相違が存在すると説く。Stone によれば、まず、不正な動機付けの概念は、話し手の意見に対して政府が賛同しないという点に焦点を合わせているのに対し、パターナリスティックな正当化事由の概念は、他者が話し手の意見を受け入れた場合に生じ得る結果に対する政府の懸念 (concern) に焦点を当てていると説示する。そして、Stone は、多くの場合、両方の懸念が存在し、たとえば、ある者の道徳的義務が軍隊への徴兵を拒否することを主張する表現を政府が制限する場合、政府は不正な動機 (人々が徴兵を拒否する道徳的義務があるという「悪い」考えを抑制する欲求) と、パターナリスティックな正当化事由 (人々が徴兵を拒否するように説得されるという懸念) の両方を有している可能性があると述べる。また、たとえば、戦争の残忍性を非難する表現によって、人々が徴兵を拒否するかもしれないという理由で、政府がそのような表現を制限する場合、政府は人々が徴兵を拒否するように誘導されるというパターナリスティックな正当化事由を主張するであろうが、それは必ずしも不正な動機 (戦争が非常に残忍であることに同意する) ではないかもしれないと Stone は述べる。その一方で、Stone は、政府が戦争に反対する人々を防衛工場で採用することを拒否する場合、政府には、憲法上、容認しえない不正な動機、つまり戦争が不当であるという「悪い」考えを抑圧したいという欲求があり、それはパターナリスティックな正当化事由ではないと説く。

また、Stone は、パターナリスティックな正当化事由はそれ自体違法ではないと述べる。すなわち、Stone は、たとえば、明白かつ現在の危険が存在するような、やむにやまれぬ

⁵⁰⁴ Geoffrey R. Stone, *supra* note 495, at 229-30.

(compelling) 状況において、表現規制を維持する場合、そこには政府の憲法上、容認しえない不正な動機というものではなく、パターンリスティックな正当化事由に基づいて表現を規制するということになるのである⁵⁰⁵。しかし、その一方で、Stone は、不正な動機については、それ自体が違法であると述べ、それゆえ、政府は、話し手の見解と意見が異なるという理由だけで、保護された表現に対する規制を正当化することはできないと指摘するのである。

以上のように、Stone によれば、政府が表現規制を行う理由には、憲法上、容認しえない不正な動機とパターンリスティックな正当化事由が存在し、両者が混在している場合が多い一方で、どちらか一方の規制理由しか存在しない場合もあるという。そして、Stone は、パターンリスティックな正当化事由については、憲法上好ましく思われていないものの、それ自体違法ではないが、他方で、憲法上、容認しえない不正な動機についてはそれ自体違法であると説く。また、「不正な動機」とは、政府が話し手の見解に賛同できないという理由で表現を規制している場合に存在するといえ、このような不正な動機は、合衆国憲法修正 1 条が有する諸価値、すなわち、自己統治の価値、自己実現の価値、さらには「思想の自由市場」論の考えからしても矛盾するものであると Stone は説示する。そして、そうであるからこそ、Stone は、動機審査を活用することによって、憲法上、容認しえない不正な動機を炙り出す必要があると主張するのである⁵⁰⁶。

⁵⁰⁵ See, e.g., *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927); *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

⁵⁰⁶ 不正な動機を炙り出すことは、動機付け分析の重要な要素である。See, JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 136-45 (Harvard University Press 1980); Geoffrey R. Stone, *Restrictions of Speech Because of its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions*, 46 U. CM. L. REV. 81, 103-7 (1978).

第3節 「不正な動機」を炙り出すという方法

Kagan は、先に述べた論文において、表現の自由の領域においても動機審査が行われるべきであると主張している。そして、Kagan は、自身が提唱する動機審査を論じるにあたり、合衆国憲法修正1条の根底にある憲法上、容認しえない不正な動機に対する懸念を検討するために、*R.A.V. v. City of St. Paul* 判決⁵⁰⁷で用いられた議論を紹介している⁵⁰⁸。そこで、まず *R.A.V.*判決を概観したいと思う。

第1項 *R.A.V. v. City of St. Paul* 判決

本件は、*R.A.V.* (Robert A. Victra) ら数名の白人少年たちが、黒人家族が住む家の庭で壊れた椅子の脚で作った十字架を燃やしたため、セントポール市の「偏見を動機とした犯罪条例」によって起訴された事件である。同条例は、「人種、肌の色、信条、宗教又は性別に基づいて、他者に怒り、恐怖、憤りを生じさせると知られている、あるいは知られていると解すことが相当な、シンボル、物、名称を書いたもの (appellation)、特徴の描写 (characterization) または落書き (火のついた十字架ないしナチスのかぎ十字を含むがそれに限らない) を、公有財産または私有財産に設置する物は何人であれ、秩序紊乱行為をなすものであり、軽罪として有罪である。」と規定していた⁵⁰⁹。これに対し、*R.A.V.*たちは、セントポール市条例が過度に広汎な規制であり、容認できないほどの表現内容に基づく規制であるとして、同条例

⁵⁰⁷ 505 U.S. 377 (1992). *R.A.V.*判決に関する邦語文献として、例えば、市川正人「*R.A.V. v. City of St. Paul*, 112 S. Ct. 2538 (1992)—hate speech (差別的表現)を処罰する市条例が合衆国憲法第1修正に違反して文面上無効であるとされた事例」日米法学会編『アメリカ法』[1993-2] (1993年) 305頁以下、神谷雅子「表現の自由—憎悪と敵意に満ちた言論の規制—*R.A.V. v. City of St. Paul*, 112 S. Ct. 2538 (1992)」ジュリスト 1021号 (1993年) 136頁以下、長峯信彦「憎悪と差別の表現—第1修正法理の新奇な展開—」大須賀還暦記念『社会 国家の憲法理論』(敬文堂、1995年)477頁以下、小谷順子「アメリカ合衆国憲法修正一条下における十字架を燃やす行為の規制についての *RAV* 判決後の一考察」法学政治学論究 32号(1997年)571頁以下、同「合衆国憲法修正一条の表現の自由とヘイトスピーチ」日本法政学会法政論叢 36 巻1号(1999年)160頁以下、紙谷雅子「憎悪と敵意に満ちた言論の規制—*R.A.V. v. City of St. Paul*, Minnesota, 505 U.S. 377(1992)」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣、1998年)63-70頁、奈須祐治「ヘイト・スピーチ (hate speech) の規制と表現の自由—『内容中立性原則 (content neutrality principle)』の射程」関西大学法学論集 50 巻6号 (2001年) 243頁以下、安西文雄「ヘイト・スピーチ規制と表現の自由」立教法学 59号 (2001年)28-34頁、市川正人『表現の自由の法理』(日本評論社、2003年)37-44頁、藤井樹也「ヘイト・スピーチの規制と表現の自由—アメリカ連邦最高裁の *R.A.V.*判決と *Black* 判決」国際公共政策研究 9 巻2号 (2005年)1頁以下を参照。

⁵⁰⁸ Elena Kagan, *supra* note 492, at 416-23.

⁵⁰⁹ Bias-Motivated Crime Ordinance, St. Paul, Minn., Legis. Code § 292.02 (1990).

は合衆国憲法修正 1 条の下では文面上無効であるという理由で、この訴因を却下するよう州裁判所に求めた。しかし、ミネソタ州最高裁判所は、これまでの州裁判所の判決が条例の適用範囲をけんか言葉（fighting words）に限定しているため、過度に広汎であるという主張は認められない、などとして合憲判決を下した。アメリカ連邦最高裁は、サーシオレイライの発給を認めて、本条例は合衆国憲法修正 1 条に違反し文面上無効であるとして、原判決を破棄して差し戻した。

Scalia 裁判官による法廷意見（Rehnquist 首席裁判官、Kennedy、Souter、Thomas 各裁判官が同調）は、「合衆国憲法修正 1 条が、一般に政府は表明された考えに賛成しないという理由で、言論や表現行為を禁止することを妨げており、表現内容に基づく規制は、無効の推定を受けるが、一方で、名誉毀損的表現、わいせつ表現、けんか言葉といった、いくつか限定された範囲においては、表現内容に基づく規制が許されている」と説く。続けて、法廷意見は、「我々は、時折こうした表現類型には合衆国憲法修正 1 条によって保護されないと述べるが、そのような声明は文字通り真実ではなく、文脈において理解されなければならず、「それらが意味することは、これらの言論領域はその憲法上禁止しうる内容の故に規制されうるということであり、合衆国憲法修正 1 条は、州が禁止しうる言論を規制するにあたり、その明らかに禁止しうる内容とは無関係な内容による差別をすることを制限している」とし、伝統的に合衆国憲法修正 1 条の保護が及ばない言論とされる表現類型について論じる。そして、法廷意見は「けんか言葉も、合衆国憲法修正 1 条の保護の範囲外にあり、それを規制することができるが、政府は表現の根底にあるメッセージに向けた敵意—や偏愛（favoritism）—に基づいて言論を規制してはならない」と説く。その上で、法廷意見は、「本件条例がミネソタ州最高裁によって *Chaplinsky v. New Hampshire* 判決⁵¹⁰の意味でのけんか言葉を構成する表現にのみ及ぶと限定解釈されていても、文面上無効と判断される」と述べ、以下にその理由を説明している。すなわち、「本条例は、人種、肌の色、信条、宗教または性別に基づいて、他人を侮辱しあるいは暴力を誘発するけんか言葉にのみ適用されるのであり、たとえば、政治的系列、労働組合員、または同性愛に基づいた敵意を表現するために、他の思想と関連性のある『けんか言葉』を用いようとする者には、本条例を適用してはならない。合衆国憲法修正 1 条は、セントポール市が好ましく思っていない主題に

⁵¹⁰ 315 U.S. 568 (1942). エホバの証人の信者が路上で警察官に“You are a God damned racketeer”などの暴言をあげたため、侮辱的な言葉の使用を禁じた州法に違反したとして起訴された事例。アメリカ連邦最高裁は、同判決において、「まさにそれを言うだけで、精神的苦痛を与えたり、即座に治安紊乱を引き起こす恐れのある言葉」をけんか言葉と定義した。

意見を表明する表現者に、特別な禁止を課すことを許していない。さらに、同条例は、その実際の作用において、単なる内容差別を超えて見解差別となっている。……我々が強調しなければならないことは、ある特定の人々や集団に向けられたけんか言葉の禁止ではなく、偏見を動機とするメッセージを含むけんか言葉の禁止である」。

続いて法廷意見は、本条例の合憲性を判断するにあたり、セントポール市が本条例によって得ようとしていた利益が何かについて審査した。「したがって、本件における問題は内容差別がセントポール市のやむにやまれぬ利益を達成するのに合理的に必要かどうかであり、本条例は明らかにそうとはいえない。たとえば、好ましいトピックスに限定しない条例でも同じ効果を得ることができよう。実際、内容を制限することによって明らかに得られる唯一の利益は選ばれた特定の偏見に向けた市の特別な敵意であろう。それはまさしく合衆国憲法修正1条が禁止することである」と法廷意見は論じ、結論として、法廷意見は、本条例が合衆国憲法修正1条に違反し文面無効であると判示した。

第2項 検討

法廷意見は、まず *Chaplinsky* 判決を引用し、名誉毀損的表現、わいせつ表現、けんか言葉といった合衆国憲法修正1条によって保護されない言論類型があることを確認し、保護されない言論については、表現内容規制が許されていると述べている。しかし、保護されない言論であったとしても、「政府は表現の根底にあるメッセージに向けた敵意—や偏愛—に基づいて言論を規制してはならない」と説く。そして、法廷意見は、本条例が、「人種、肌の色、信条、宗教、または性別に基づいた」一部のけんか言葉を規制する一方で、けんか言葉全体を規制しているわけではないことに着目し、合衆国憲法修正1条によって保護されない言論を規制することは許されているが、それらの言論に対する敵意に基づいた規制は許されないため、本条例は文面上無効であると判断した。Kagan によれば、本件においては、動機に着目するアプローチが採られているという。これは、コミュニケーション過程における政府の行為に着目するアプローチに基づくものであり、規制の効果ではなく規制の理由を重視するものである。ほとんどの議論は、規制の効果に焦点を当てることにより、言論規制が許されるか否かを考察しているが、そうではなく、動機に着目するアプローチは規制理由に着目することにより、政府の不正な動機 (*impermissible motive*) を炙り出すことができると、彼女は考えているのである⁵¹¹。

ところで、表現の自由の領域において、初めて立法動機に着目した判決は *R.A.V.*判決で

⁵¹¹ Elena Kagan, *supra* note 492, at 413-14.

はなく、先に触れた 1968 年の O'Brien 判決であり、そこでは立法動機の認定が困難であるということがいわれていた。しかし、Stone が述べているように、バーガー・コートでは徐々に立法動機に着目した判決も出されてはいたが、表現の自由の領域においてはそのような判決は存在しなかった。O'Brien 判決以降の状況や、本章第 1 節において概観した Stone などの主張を受けて、Kagan は表現の自由の領域においても動機審査が必要であると主張したわけであるが、次節において、Kagan が提唱する動機審査について概観したいと思う。

第4節 Elena Kaganの動機審査について

第1項 動機審査を行う理由は何か

Kaganが表現の自由の領域において、動機審査の重要性を強調するには理由がある。すなわち、Kaganによれば、立法府が表現内容を規制する法律を制定した場合、裁判官は、立法府が好ましくないと思っている表現を抑圧するという許されない目的で表現内容に基づく規制を行っているのではないかという疑念を持つという⁵¹²。しかし、これでは立法府の実際の意図を事例毎に精査することができない。つまり、いわゆる「表現内容規制・内容中立規制二分論」では、隠された不正な動機を炙り出すことができないというのである。たとえば、表現内容中立規制であったとしても、実はある特定の表現を狙い撃ちにした規制である可能性があり、そのような動機は憲法上、容認しえない不正な立法動機であるといえる。したがって、Kaganは、このようなルールを当てはめるだけでは、不正な動機を炙り出すことができないため、動機審査の重要性を強調するのである。

第2項 「動機審査」のアプローチ

Kaganによれば、従来の表現の自由に関する学説は、合衆国憲法修正1条にとって二つのアプローチを区別する傾向にあるという⁵¹³。一つは、「表現者に着目した」アプローチであり、表現機会の授与の中にあるという合衆国憲法修正1条の主な価値について理解している。このアプローチの下において、合衆国憲法修正1条が保障する表現の自由は、個人が自身の考えを伝達することを可能とすることによって、彼らの「自律性」や「自尊心」、「自己開発(self-development)」を高めるといふ。このアプローチを採る代表的な論者は、Martin H. Redishであり⁵¹⁴、彼は、表現の自由の保障が自己実現に寄与するものと捉えるもので、表現の機会を奪うことに対して強い警戒の念を抱く。これに対し、二つ目のアプローチは、「表現の受け手に着目した」アプローチであり、表現する場所の質に焦点を当てる。このアプローチの下において、合衆国憲法修正1条が保障する表現の自由は、国民を真実にたどり着かせ、国民が賢明な決定を下すことを可能とするため価値を有する、という。そして、言論規制の異なる効果をもたらす上記二つのアプローチに対し、Kaganは規制の理由に焦点を当てた第三のアプローチを提唱する⁵¹⁵。

合衆国憲法修正1条をめぐる三つ目のアプローチは、「動機審査」のアプローチであり、

⁵¹² *Id.* at 443.

⁵¹³ *Id.* at 423-27.

⁵¹⁴ Martin H. Redish, *The Value of Free Speech*, 130 U. PA. L. REV. 591(1982).

⁵¹⁵ Elena Kagan, *supra* note 492, at 425-27.

このアプローチは規制の効果ではなく、規制の根底にある理由が重要であることを要求するものである。この「動機審査」のアプローチにおいて注意すべき点は、表現者や受け手ではなく、政府の行為に着目することである。このアプローチのもとでは、表現機会のすべてあるいは公的議論の状況に置ける行為の効果にかかわらず、その政府行為の根拠が違法であれば、政府の行為は合衆国憲法修正 1 条を侵害するであろう、と Kagan は説く。逆にいえば、結果にかかわらず、合理的な理由が政府行為の根底にあれば、その行為は合衆国憲法修正 1 条に違反しないということになる。

第 3 項 不正な動機とは何か

Kagan は、不正な動機とは何かについて定義する前に、アメリカ連邦最高裁がこれまで不正な動機とは何かについて、全く注意を向けたことがなく、また、多かれ少なかれこの問題を解決したことはないものの、先に概観した R.A.V.判決のように、アメリカ連邦最高裁は時に表現を制限するための政府の理由を探ることがあると指摘する⁵¹⁶。しかしながら、O'Brien 判決における法廷意見が述べるように、アメリカ連邦最高裁は詳細にあるいは直接的に、憲法上、容認しえない不正な動機の問題を議論することに消極的であった。そのため、Kagan は、このような状況を打破するために憲法上、容認しえない不正な動機に着目した理論を提唱しようとしているのであるが、その理論はある側面において概念上難解であることを Kagan 自身が認めている。

では、表現の規制に対する憲法上、容認しえない不正な動機とは、どのようなものであろうか。この点について、Kagan は以下のように説く。第一に、「政府は表現者の考えに賛同しないと好ましくないという理由で、表現活動を制限してはならない」⁵¹⁷。つまり、政府は、何が真実（か虚偽か）かという信念、あるいは何が正しい（あるいは誤った）意見かという見解を根拠として行動することはできないというのである。第二に、「政府は支持された考えが役人自身の自己利益を脅かすという理由で表現を規制してはならない」⁵¹⁸。つまり、政府は政治的過程を通じて、現職の政府の役人の罷免を助長するような表現を害悪とみなすことはできないというのである。第三に、上記に述べた禁止の原則として、「例えば、一般的な禁止からある一定の考えを除外することによって、政府は政府が好ましいと思う

⁵¹⁶ アメリカ連邦最高裁が R.A.V.判決と同時期に立法動機を審査した判決は、Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC, 512 U.S. 622 (1994)である。

⁵¹⁷ Elena Kagan, *supra* note 492, at 428.

⁵¹⁸ *Ibid.*

考えや政府の自己利益を促進するような考えに特権を与えてはならない」⁵¹⁹。そして、Kagan によれば、Scalia 裁判官は、R.A.V.判決においてこれらの原則 (tenets) を要約し、「政府は、表現の根底にあるメッセージに向けた敵意—や偏愛—に基づいて表現を規制してはならない⁵²⁰」と説示しているという。

そこで、Kagan は、このような憲法上、容認しえない不正な動機の定義に、さらにもう一つの注解を付け加えなければならないとして、「政府は、その考えが誤っていたり不快であると他の市民が思っているという理由で表現を制限してはならない」と説く。続いて、Kagan は、アメリカ連邦最高裁の不正な動機概念(conception)は、公務員だけでなく彼らを通じて行動する国民にも適用されなければならないと指摘する。そして、Kagan は、法の平等保護の場合と同様に、政府は多数者支配の政治プロセスにおける偏見に基づき人を差別することは許されないため、合衆国憲法修正 1 条においても政府はメッセージを区別してはならないと述べた上で、動機に関する重要なポイントは、政府が単なる不承認を理由に表現を制限してはならないということであると指摘している。さらに、Kagan は、このような原則は表現を規制するための多くの動機 (reason) を手つかずのままにしていると述べるとともに、これらの動機を「害悪に基づいた」ものと形容し、「イデオロギー上の」動機と対比させている。また、Kagan は R.A.V.判決において争われたセントポール市条例を例にして、それぞれの動機の本質的特徴を理解しようと試みている。Kagan は、①セントポール市が、人種差別、性差別などの考えに対する市自身の、あるいは市民の憎しみを表現するために法律を制定した可能性がある」と述べるとともに、同条例はそうではないが、②セントポール市は保護された言論が地域社会にもたらしたと考える害悪を防止するために法律を制定することもできたと指摘する。さらに、Kagan は、おそらく、セントポール市はその言論が原因で人々が精神的な外傷あるいは他の感情的な害悪を引き起こすことを恐れていた、と説明する。

先に説明した Kagan の不正な動機概念は、これらの説明の前者、つまり「イデオロギー上の」動機に該当する。よって、動機審査によって憲法上、容認しえない不正な動機とされるのは、「害悪に基づいた」動機ではなく「イデオロギー上の」動機ということになる。Kagan の説明によると、①は「イデオロギー上の」動機に該当し、どの考えが正しいか誤っているか、賞賛に値するか恥ずべきかという政府自身または多数者の見解に基づいて、政府が言論を規制してはならないという原則に違反するという。一方、②は、「害悪に基づいた」

⁵¹⁹ *Id.* at 429.

⁵²⁰ R.A.V., 505 U.S. at 386.

動機であるといえ、イデオロギー上の敵意に基づいて規制したものではなく、具体的な害悪の認識に基づいて規制しているため、政府が害悪を防止するという理由は正当であるといえ、Kagan は述べる。このように Kagan は、政府の動機には不正なものとは正当なものがあると述べるが、他方で両者の区別が困難であることにも言及している。しかし、Kagan は政府の動機の判断が容易ではないことを理由に、不正な動機の炙り出しが果たす重要な役割を無視することはできないと説示する。

第4項 動機審査はどのような事例において行うことができるのか

以上、Kagan は何が憲法上、容認しえない不正な動機に当たるのかについて論じているが、次の問題として動機審査をどのような事例において行うべきなのかということ考察しなければならない。この点、Kagan は、立法動機が合憲とされうる立法目的や立法動機を前面に出した場合、憲法上、容認しえない不正な動機を立証することは困難であるが、そのような場合に隠された不正な動機を炙り出すために、以下のような一連のルールを提示している⁵²¹。第一のルールは、表現内容規制と表現内容中立規制との区別を明確にし、表現内容規制の中でも、主題に基づく規制と観点に基づく規制の区別はあいまいなので、その区別を明確にすることが必要であるということ。第二のルールは、表現内容中立規制であっても違憲性が推定されることを理由に、司法審査基準の厳格度を高めることが求められるということ。第三のルールは、表現内容規制であっても、明らかに不正な動機でないならば厳格度が弱められた司法審査基準が適用されるべきであるということ。そして、第四のルールは、直接規制か間接的・付随的規制かの区別を明確にすべきであるというものである。Kagan が提示した一連のルールを概観すると、Kagan は特定の場面において動機審査を行うことを考えておらず、以上のような場面において動機審査の可能性があると考えており、また、特に第二および第三のルールが示しているように、形式的に規制類型から判断するのではなく、規制の内容から不正な動機があるか否かを実質的に判断する点が特徴的であるといえよう。Kagan が提唱する動機審査の核心には、政府が特定の思想を我々国民に強制してはならないという合衆国憲法修正 1 条が要求する命題が存在し、それに反するような動機は容認されないという点にある。それゆえに、この命題に反する規制であれば、その規制が表現内容規制であろうと表現内容中立規制であろうと合衆国憲法修正 1 条に違反するということになるのである。

ところで、Kagan がいう「不正な動機」と、本章第 1 節において概観した Stone によるそ

⁵²¹ Elena Kagan, *supra* note 492, at 443.

れとは同じものであろうか。Stone も Kagan と同様に、政府が話し手の見解に賛同できないという理由で表現を規制することは許されないと指摘しており、表現の自由において、何が憲法上、容認しえない「不正な動機」なのかという点については見解が一致しているといえよう。ただ、両者とも、表現内容規制・内容中立規制の区別をする際に、動機審査を行うことが有益であるという点では一致するが、その一方で Stone は、見解 (viewpoint) に基づく表現規制の場合には、憲法上、容認しえない不正な動機が存在する蓋然性が高いため、アメリカ連邦最高裁は、そのような不正な動機を炙り出すために、見解に基づく表現規制の合憲性を判断する際には、厳格審査基準を適用する必要がある指摘している⁵²²。この点、上記第一から第四のルールに従えば、Kagan の動機審査は、不正な動機を炙り出すために厳格審査基準を適用するわけではないため、動機審査の方法については Stone の見解と異なるといえるだろう。

⁵²² Geoffrey R. Stone, *supra* note 495, at 231. このような Stone の厳格審査基準の適用方法については、芦部・前掲注 (54) 404 頁参照。

第5節 O'Connor 裁判官が提唱する炙り出し論との相違について

第1項 O'Connor 裁判官が提唱する炙り出し論について

前節において、Kagan が提唱する動機審査について概観したが、本節においては、平等の領域ではあるが、O'Connor 裁判官が展開した不正な動機を炙り出す方法との相違について検討を加えたいと思う⁵²³。

O'Connor 裁判官は、人種的分類を用いたアファーマティブ・アクションの合憲性が争われた Croson 判決⁵²⁴において、厳格審査基準の適用を主張した。この Croson 判決では、公共事業を請け負った業者が、その契約額の 30%を人種的マイノリティが所有する下請業者に留保するよう求めるヴァージニア州リッチモンド市の条例が問題となった。法廷意見を執筆した O'Connor 裁判官は、本件条例の合憲性を判断するにあたり、厳格審査基準を適用しなければ、政府による人種的分類の利用が良性の目的のためであるのか、人種的劣等性という道徳的に不正な概念、あるいはあからさまな人種的政治力学によって動機付けされているのか否かを判断することはできないと判示し、厳格審査基準の適用を主張した。厳格審査基準とは、当該分類の利用が「やむにやまれぬ政府の利益」(a compelling interest)を実現するためであることと、当該目的と手段との間に「厳密な整合性」(narrowly tailored)があることを政府の側が立証しなければならないというものである。かつて、ウォーレン・コートでは、厳格審査基準が適用されると、どのような目的のためであろうとも、政府による人種的分類の利用は、ほぼすべて合衆国憲法の平等保護条項に違反すると判断されてきた⁵²⁵。このような形式的な厳格審査基準の適用について、O'Connor 裁判官は批判的であり、憲法上の平等原則違反が争われたその後の判決においても憲法上、容認しえない隠された不正な動機を炙り出すために厳格審査基準を適用している。

第2項 Kagan の動機審査と O'Connor 裁判官が提唱する炙り出し論との相違について

O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用の特徴は、「実際には悪性であるにもかかわらず、良性であるかのように装っている政府による人種的分類の利用を暴き出すこと

⁵²³ O'Connor 裁判官の厳格審査基準の適用方法については、井上一洋「Affirmative Action をめぐる平等観の対立と厳格審査基準の適用方法」2号(2012年)50-3頁参照。

⁵²⁴ *Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469(1989).

⁵²⁵ このような形式的な厳格審査基準の適用について、Gunther が「理論上厳格であるが、事実上致命的である」と説いたことは有名である。See, Gerald Gunther, *The Supreme Court 1971 Term-Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model of for a Never Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972).

を目的としている⁵²⁶」ことである。よって、厳格審査基準を適用しなければ、不正な動機を炙り出すことができないということがいえる。これに対し、Kagan の動機審査は、表現内容規制であるから厳格審査基準を適用するというわけではなく、規制の理由に着目して、そこに不正な動機が存在するか否かを審査するのが特徴である。それゆえ、先述したように、Kagan の動機審査に依拠すれば、問題となっている表現規制に合衆国憲法修正 1 条に抵触するような不正な動機が存在する場合、当該規制が表現内容に基づく規制であったとしても厳格審査基準を適用せず、司法審査基準の厳格度を弱め、中間審査基準を適用するということになる。よって、Kagan は、厳格審査基準を適用しなければ不正な動機を炙り出すことができないとは考えていないといえる。したがって、この点については、不正な動機を炙り出す Kagan の方法と O'Connor 裁判官の方法は、異なるものであるといえよう。他方で、Kagan の方法では、表現内容中立規制であっても、そこに何らかの狙いがあるような場合には司法審査基準の厳格度を高めるため、この点については、O'Connor 裁判官の方法と共通しているといえるのではないだろうか。また、O'Connor 裁判官は、厳格審査基準という司法審査基準の適用の中で、要するに目的手段審査の段階で不正な動機を炙り出すということを行うのに対し、Kagan は、特定の場面で動機審査を行うことを考えておらず、様々な場面において動機審査を活用できると考えているといえよう。

⁵²⁶ *Adarand Constructor, Inc v. Pena*, 515 U.S. 200, 275 (1995) (Ginsburg, J., dissenting).

第6節 表現規制に対する動機審査の可能性について

第1項 最近の事例

これまで Kagan による動機審査の方法がいかなるものかを考察してきたが、実際、Kagan はアメリカ連邦最高裁の裁判官として、自身の提唱する動機審査の考えに触れた意見を述べた事例として、2015 年の Reed v. Town of Gilbert 判決があげられる⁵²⁷。以下では、同判決における Kagan 裁判官の結果同意意見を中心に検討を加えていきたいと思う。

Reed 判決の事実の概要は、以下の通りである。アリゾナ州ギルバート町には、無許可での屋外標識の表示を禁止する屋外看板規制条例 (Sign Code) が存在するが、23 種の看板は除外されていた。本件において関連するのは、23 種の看板類型のうち以下の 3 種である。第一の類型は、メッセージまたは思想を伝達する看板として定義される「意見看板 (Ideological Sign)」は、面積が 20 平方フィート (約 1.86 平方メートル) まで認められ、配置や時間の制限はなく掲出が可能である。第二の類型は、選挙の結果に影響を与えるためにデザインされた「選挙看板 (Political Sign)」は、居住用不動産においては 16 平方フィート (約 1.49 平方メートル) まで、非居住用不動産・未開発の町有不動産・公道用地においては最大 32 平方フィート (約 2.97 平方メートル) まで認められ、選挙シーズンの間だけ掲出することができる。③公衆に教会や他の「参加資格が必要な行事」を案内する看板として定義される「一時的標識看板 (Temporary Directional Signs)」は、私有地または公道用地に 6 平方フィート (約 0.56 平方メートル) まで設置できるが、行事開始から 12 時間以上前に展示することはできず、行事終了後 1 時間を超えて展示することができない。

原告のグッドニュースコミュニティ教会とその牧師の Clyde Reed は、日曜の教会の礼拝を町内およびその近くのさまざまな一時的な場所で開催しており、毎週土曜日のはじめに教会名とその時間と場所を記した看板を設置していた (上記のうちの③一時的標識看板に該当する)。しかし、教会は日曜日の正午頃まで看板を取り除かなかつたため、一時的標識看板を掲出することのできる期限を超えたことなどにより、出頭を命じられた。そのため、原告はアリゾナ州条例が合衆国憲法修正 1 条および修正 14 条に違反し、表現の自由を侵害するとしてアリゾナ地区連邦地方裁判所に訴えを提起した。

アリゾナ地区連邦地裁は、本件条例が表現内容に基づくものではないと判示し、第 9 巡

⁵²⁷ Reed v. Town of Gilbert, 576 U.S. 155 (2015). Reed 判決については、塚田哲之「アメリカ憲法判例の最前線 Reed v. Town of Gilbert, 135 S. Ct. 2218 (2015) 判決」法学セミナー 751 号 (2017 年) 70 頁、大林・前掲注 (491) 39 頁、青井志帆「司法審査の様式としての『類推によるリーズニング』—アメリカ例外主義の一断面」石川健治・山本龍彦・泉徳治編『憲法訴訟の十字架—実務と学知のあいだ』(弘文堂、2019 年) 155 頁以下参照。

回区控訴裁判所は、本件条例は表現内容に中立的な規制であり、合衆国憲法修正 1 条に違反しないと判示した。アメリカ連邦最高裁は、サーシオレイライの発給を認めて、全員一致で原判決を破棄し、差し戻した。法廷意見を執筆した Thomas 裁判官は、本件条例が看板の伝達する内容に基づき規制をしているため、文面上、表現内容に基づく規制であるとともに、条例の合憲性を審査するにあたり厳格審査基準を適用すべきか否かを判断する際、政府が条例を制定した理由および目的を考慮する必要はないと説示した。そして、同裁判官は、本件条例の合憲性を判断する基準として厳格審査基準を適用した上で、本件条例は合衆国憲法修正 1 条に違反すると判示した⁵²⁸。

これに対し、Kagan 裁判官が結果同意意見を執筆している。Kagan 裁判官は、「法廷意見が述べるように、当該法律が文面上、表現内容に基づく規制であるとき、それらが自動的に厳格審査基準に資することになれば、そのような法律のほとんどが違憲と判断される可能性がある」と説示する。そして、そのような条例すべてに厳格審査基準を適用することが、合衆国憲法修正 1 条の自由を保護するために不可欠であると法廷意見は主張しているが、Kagan 裁判官は文面上、表現内容に基づく規制であれば形式的に厳格審査基準を適用することに疑問を呈している。法廷意見は、表現内容規制の合憲性判定基準として厳格審査基準を適用する理由として、真実が勝ち残るであろう、制約されていない思想の自由市場を維持することと、政府が確実に表現の根底にあるメッセージに向けられた敵意—または偏愛—に基づいて表現を規制しないようにすることをあげているが、多くの看板条例に含まれている主題に関する除外規定は、これらの事柄と関係がないと同裁判官は指摘する。続けて、同裁判官は、たとえば、住民に名前と住所の標識の上に電球を取り付けることを許可しても、他の人が思想の自由市場をゆがめるわけでもなく、また、異なる取扱いが不正な政府の動機を推定するわけでもないと述べる。そして、主題規制が現実的に可能であるときは、当該法律は厳格審査基準を通過するといえるが、それが現実的に不可能な場合は、厳格審査基準によって危険にさらされた「完全に合理的な」法律が存続できるように、我々は司法審査基準の厳格度を緩めるのがいいかもしれない、と同裁判官は説示する。結論として、同裁判官は、表現内容に基づく規制に対する我々の懸念が、政府が国民の思想の討論を歪めることになるという恐れから生じており、そのため、その危険が重要でない（存在しない）場合、厳格審査基準の適用は妥当ではないと指摘し、本件条例については厳格審査基準を適用しなくても、「時・場所・方法」の表現規制に適用する中間審査基準の下でさえ違憲と判断される、と判示した。

⁵²⁸ Roberts、Kennedy、Scalia、Alito、Sotomayor 各裁判官が同調した。

法廷意見と Kagan 裁判官の結果同意意見の違いについて検討を行うと、まず本件条例の合憲性を判断する基準として、法廷意見は本件条例が文面上、表現内容に基づく規制であれば、自動的に厳格審査基準を適用すると判示したのに対し、Kagan 裁判官は、本件条例は確かに文面上、表現内容に基づく規制ではあるが、表現内容の規制によって国民の自由な討論が歪められる危険性が存在しない場合には、表現内容に基づく規制であったとしても厳格審査基準ではなく中間審査基準を適用すればよく、同裁判官は、本件においては中間審査基準を適用しても違憲と判断されると主張する。その理由として、「一時的案内看板 (Temporary Directional Signs)」においては 6 平方フィートまでしか設置できないのに対し、他の看板については 20 平方フィートに達するまで設置が許されていることの違いを正当化する根拠をギルバート町が示していないためであると、同裁判官は説明している。続いて、両裁判官の意見の相違点として、法廷意見は規制の形式に着目しているのに対し、Kagan 裁判官は規制の目的に着目した判断をしているといえるだろう。それゆえ、法廷意見によれば、文面上、表現内容に基づく規制であれば、たとえ政府に表現を抑圧する動機が全くない場合でも表現内容規制として扱われることになるが、Kagan 裁判官のように規制の目的に着目した判断をした場合、それは実質的には、憲法上、容認しえない隠された政府の動機を審査することになるであろう。そして、実際、本件条例においては、憲法上、容認しえない不正な動機が存在しなかったため、厳格審査基準を適用するまでもなく、中間審査基準を適用することによって十分に本件条例が違憲であると判断することができる、と Kagan 裁判官は指摘している。同裁判官は、自身が提唱する動機審査の適用場面として、本章第 2 節において触れたように、表現内容に基づく規制であっても、明らかに不正な動機がないならば緩やかな司法審査基準が適用されると述べており、本件はまさにこれに該当するといえよう。この点に関する Kagan 裁判官の指摘は、表現内容規制であれば厳格審査基準を適用し、表現内容中立規制であれば中間審査基準を適用するという、「表現内容規制・内容中立規制二分論」の形式的な司法審査基準の適用方法を問題視し、本件法廷意見のような形式的な厳格審査基準の適用を批判するものにつながるといえるだろう⁵²⁹。

第 2 項 動機審査の応用可能性について

Kagan は、表現内容中立規制であっても、そこに憲法上、容認しえない不正な動機に基づいて規制がなされていると疑うような場合に、動機審査を行い、その際、司法審査基準の厳

⁵²⁹ この点について、Kagan 裁判官の結果同意意見は、法廷意見のような厳格審査基準の適用方法が硬直的であることを批判する実質的な反対意見ともいうべきであるとの指摘がある。塚田・前掲注 (527) 72 頁参照。

格度を高めることが求められると説いている⁵³⁰。Kagan のように形式的な厳格審査基準の適用を批判する立場からすると、上記のような状況下においてこそ、動機審査が行われることが期待されるということになる。

日本においても、表現内容中立的な規制であるが、実際はそうではなく、ある特定の表現を狙い撃ちにしたような規制というものが存在する。その例として、政治的ビラ配布が問題となった、立川ビラ事件判決をあげることができる⁵³¹。この事例は、反戦ビラ配布の目的で立川自衛隊官舎内に立ち入った3名が、住居侵入罪の容疑で逮捕・起訴された事件であり、一審においては原告を無罪としていたにもかかわらず、二審および最高裁は原告に有罪判決を下したものである。最高裁は、「本件では、表現そのものを処罰することの憲法適合性が問われているのではなく、表現の手段すなわちビラの配布のために『人の看守する邸宅』に管理権者の承諾なく立ち入ったことを処罰することの憲法適合性が問われている」と述べているが、本件において着目するのは、住居侵入罪の規定が憲法に違反するか否かではなく、住居侵入罪に問うことによって、ある特定の表現、たとえば政治的な表現を制約しているのではないかという点である。

同判決の概要について確認すると、立川自衛隊官舎内の管理者が、立川自衛隊官舎の敷地

⁵³⁰ このような事例として、Kagan は二次的効果(secondary effects)が問題となった、1986年の City of Renton v. Playtime Theatres, Inc., 475 U.S. 41 (1986)をあげている。この二次的効果とは、形式的には表現内容に基づく規制であったとしても、言論の伝達効果に向けられた規制でなければ表現内容中立規制とみなすものである。Renton 判決において問題となったゾーニング条例は、居住区域等から 1000 フィート以内に成人映画館 (adult theater) を建設することを禁じていた。アメリカ連邦最高裁は、本件ゾーニング条例による制約は、上映される映画の内容ではなく映画館の存在に伴う二次的な効果によるものであり、それゆえに本件条例は表現内容に中立的な時・場所・方法の規制と判断した。Renton 判決については、太田裕之「成人映画劇場のゾーニング規制と修正 1 条 (アメリカ合衆国憲法制定 200 年と人権)」同志社アメリカ研究 24 号 (1988 年) 25 頁参照。このように、判例は二次的効果を表現内容中立規制とみなす傾向にあるが、実質的には表現内容規制ではないかという批判が以前からなされている。See, Cristopher J. Andrew, *The Secondary Effects Doctrine : The Historical Development, Current Application, and Potential Mischaracterization of an Elusive Judicial Precedent*, 54 RUTGERS L. REV. 1175(2002).

⁵³¹ 最高裁平成 20 年 4 月 11 日第二小法廷判決 (刑集 62 卷 5 号 1217 頁)。立川ビラ事件に関する憲法学による評釈として、市川正人「自衛隊宿舎へのビラ戸別配布のための立入りと表現の自由」立命館法学 311 号 (2007 年) 1 頁、阪口正二郎「防衛庁宿舎へのポスティング目的での立入り行為と表現の自由」法学教室 336 号 (2008 年) 13 頁、橋本基弘「平成 20 年度重要判例解説・集合住宅へのビラ配布と憲法 21 条」ジュリスト 1376 号 (2009 年) 21 頁、木下昌彦「集合住宅へのビラ投函と表現の自由」長谷部他編・前掲注 (1) 128-29 頁参照。

からの出入口わきのフェンスに「ビラ貼り・配り等の宣伝活動」などを禁止する禁止事項表示板を設置したのであるが、それ以降も、商業的な宣伝ビラが集合郵便受けに投函されたり、宗教の勧誘を目的とする者が居住玄関ドアの前まで来て勧誘を行っていた。これらに対しては居住者が 110 番通報をしたこともなく、被害届も出されていなかったが、一方で、官舎の管理者は、政治ビラの投函については、各居住者に対して、自衛隊のイラク復興支援に関する反自衛隊的内容のビラを郵便受けに投函または配布している者を見かけた場合、直ちに 110 番通報することを求めるとともに、東立川駐屯地等に連絡することを求める内容の依頼文書が配布されており、実際に、被告人らが行ったビラ戸別配布に関して被害届が出されていた。

この点、第一審判決及び控訴審判決も認定しているように、禁止事項表示板・表示物が、被告人らの「テント村」のビラの投函への対策として掲示されたものであること、および上記に示したような禁止事項表示板・表示物掲示後の管理者の対応からしても、同掲示は、被告人らのビラ配布を抑止するという目的にのみなされていたと捉えるのが合理的であるといえ、そうであるならば、立川官舎の管理者は、被告人らのビラの戸別配布のための立入りを拒否する意思を有していたといえよう。しかし、被告人らのビラ配布に対して、110 番通報した居住者は一部の者に限られており、居住者すべてが自衛隊のイラク派遣に反対するビラを受け取って不快感ないし精神的なダメージを被ったわけではないことは注意しなければならない。警察に通報した居住者は、確かに被告人らの政治ビラを見て、不快感を感じたのかもしれないが、国家機関である管理者が、ある表現をその表現が伝達するメッセージを理由に、居住者の表現の自由（知る自由）を制限することは容認しえないものといわざるをえない⁵³²。以上の点から、立川官舎の管理者の管理権の行使は、表向きは、官舎の管理のためにビラ貼り・配り等の宣伝活動を禁止するものであるが、実際のところは、居住者に被告人らの政治ビラを受け取ったことによって、その内容から受け手が受け取るであろうインパクトを抑止するためであったといえよう。この点、本節において論じたように、Kagan は、「不快」であるとか、「好ましくない」などの理由は「憲法上、容認しえない不正な動機」に該当し、そのような不正な動機に基づき、政府がある特定の表現を規制することは許されないと指摘している。

そこで、Kagan が提唱する動機審査の理論を、本件に援用した場合、裁判所はどのような判断を下すことができるのかについて、以下論じていく。まず、立川ビラ配布事件判決においては、刑法 130 条（住居侵入罪）の適用によるビラ戸別配布を目的とした住居への立入

⁵³² 市川・同書 22-3 頁参照。

りの処罰が、表現内容規制か、それとも表現内容中立規制にあたるのかを問題としているが、Kagan が提唱する動機審査を本判決において活用した場合、政府の行為に着目し、その政府の行為の根拠が違法であれば、当該行為は憲法 21 条に違反するものであるといえる。本判決において問題とされる政府の行為とは、官舎の管理者による管理権の行使であり、この権利行使が被告人らの政治ビラを受け取ったことによって、居住者が受け取るであろう何らかの影響から彼らを守るためであったであろうこと、加えて、第一審判決および控訴審判決においても認定されていたように、官舎の管理者は、被告人らのビラの戸別配布のための立入りを拒否する意思を有していたことが認められていることは、先述したとおりである。これらの点を考慮すれば、このような管理権の行使は、表現の根底にあるメッセージに向けた敵意に基づいて表現を規制しているといえ、このような表現規制には、憲法上、容認しえない不正な動機が存在するといえよう。

続いて、裁判所は、刑法 130 条の適用によるビラ戸別配布を目的とした住居への立入りの処罰の合憲性について、審査することになる。その際、Kagan の理論に依拠すれば、管理者の権利行使における不正な動機の存在を理由に、司法審査基準の厳格度を変えていくのであるが、日本の裁判所においては、アメリカ連邦最高裁のように三段階の司法審査基準を適用して判断する判例理論は存在しない。それゆえ、日本の裁判所が用いる司法審査基準は合理性の基準であり、事例によって同基準の厳格度を変えて判断している。もっとも、裁判所が表現の自由を制約する立法の合憲性を判断する際には、そのような合理性の基準を適用するのではなく、表現の自由の優越的地位に鑑み、経済的権利の制約の合憲性を判断する際に用いられる司法審査基準よりも、厳格な司法審査基準によって判断するという、いわゆる「二重の基準」論に基づいて、厳格な司法審査基準によって判断することになる⁵³³。本件はビラ配布の禁止により、被告人らの表現の自由が侵害されたか否かが問題となっているため、表現の自由を制約する立法の合憲性を判断する際に用いられる厳格な司法審査基準が適用されるといえるが、先述したように、本件においては動機審査により、管理者の権利行使における不正な動機が存在していたことから、当該処罰の違憲性が推定されることになる。加えて、Kagan の提唱する動機審査の理論においては、不正な動機が存在し、なおかつ問題となっている規制が表現内容に中立的な規制である場合、不正な動機の存在を理由に司法審査基準の厳格度を高めることが求められる。この点、本件のような事例では、一般に、「ビラの戸別配布のための立入りに対して、刑法 130 条を適用することは、住居権ないし管理権の保護、あるいは住居の平穏の維持のために、表現内容に関わりなくビラの戸別配

⁵³³ 芦部・前掲注 (71) 103-6 頁参照。

布という表現手段を制限するものであるので」、表現内容に中立的な規制にあたりと考えられる⁵³⁴。よって、本件において Kagan の提唱する動機審査の理論を用いれば、本件における刑法 130 条の適用によるビラ戸別配布を目的とした住居への立入りの処罰は、表現内容に中立的な規制であるといえるが、不正な動機が存在することを理由に、当該処罰の合憲性を判断する際、厳格な司法審査基準が適用され、結論として当該処罰は憲法 21 条に違反することになるといえるだろう。したがって、このような形で、表現の自由の領域においても、動機審査が行われることになれば、表現の自由を尊重した判決が下される可能性があるといえるのではないだろうか。

では、他の事例において応用可能性はあるだろうか。たとえば、未成年者保護を目的とした表現規制、つまり有害図書規制の合憲性を判断する際、動機審査を行うことは可能であろうか。以下、岐阜県青少年保護育成条例事件判決をもとに、Kagan が提唱する動機審査の理論の応用可能性について検討を加えることとする。まず、岐阜県をはじめとする青少年保護育成条例による有害図書類の規制目的は、「青少年の保護」や「青少年の健全育成」である。このような青少年を有害な表現物から保護するという目的は、Kagan の理論でいうと、本章 4 節において述べたように「害悪に基づいた」動機に該当するといえる。そして、「害悪に基づいた」動機についてはメッセージに着目した規制ではなく、表現の結果、つまり特定の言論が引き起こす害悪を防止するための規制であるため、これは正当な政府利益であるといえる。よって、Kagan の理論に依拠すれば、有害図書規制の合憲性を判断する際、動機審査は必要ないということになるだろう。しかし、青少年保護育成条例による有害図書規制が、表面上は有害図書とされる表現物が引き起こす害悪から「青少年を保護する」ための規制と装っておきながら、実は特定の思想への嫌悪感に基づいた規制であったならば、憲法上、容認しえない不正な動機が隠されているといえる。本章 4 節において述べたように、Kagan は、表現を規制する動機として「害悪に基づいた」動機と「イデオロギー上の」動機があり、動機審査によって「不正な動機」とされるのは後者であるというが、動機審査によって炙り出す「不正な動機」とは何かを定義することは、概念上難解であることを Kagan 自身も認めている。このことから、本件が当該規制に隠された不正な動機を定義するのが難解な事例であったならば、Kagan の動機審査の理論に依拠したとしても、隠された憲法上、容認しえない不正な動機を炙り出すことは不可能となってしまう。しかし、仮に Kagan の理論に依拠しつつも、動機審査によって炙り出される動機を「害悪に基づいた」動機と「イデオロギー上の」動機とに区別せず、本件のような未成年者保護を目的とした表現規制の事例に動機審

⁵³⁴ 市川・前掲注 (531) 27 頁参照。

査を行うことができれば、真の規制目的を炙り出すことが可能となろう。そこで、次に Kagan が提唱する動機審査の理論を用いて、青少年保護育成条例による有害図書規制における隠された不正な動機を炙り出したいと思う。

ところで、本件条例による有害図書規制は、有害な表現から青少年を保護することを目的としているが、有害とされる図書は、実際に青少年に悪影響を及ぼしているのであろうか。この点、有害とされる図書が青少年に悪影響を及ぼしているという因果関係の立証がなされているか否かについては、本稿第 2 章において論じたとおりであるが、今一度確認したいと思う。本件最高裁は、「本条例の定めるような有害図書が一般に思慮分別の未熟な青少年の性に関する価値観に悪い影響を及ぼし、性的な逸脱行為や残虐な行為を容認する風潮の助長につながるものであって、青少年の健全な育成に有害であることは、既に社会共通の認識になっていると見てよい」と述べている。ここから、最高裁は有害図書規制を正当化する根拠として「性犯罪あるいは非行の誘発・助長の危険性」を念頭においていることが考えられるが、有害図書とされた図書と性犯罪との因果関係の立証が必要であるか否かについて、最高裁は何ら言及していない。これに対し、補足意見を執筆した伊藤裁判官は、青少年が有害図書に接したことにより犯罪を犯すという因果関係については、科学的に立証されていないということを認めているが、その一方で、同裁判官は、「青少年保護のための有害図書の規制が合憲であるためには、青少年非行などの害悪を生ずる相当の蓋然性のあることをもって足りると解してよい」と述べ、因果関係の立証までは必要ないとの見解を示している。しかし、有害図書と青少年の非行との因果関係につき、科学的な証明がなされていないにもかかわらず、有害図書規制を許容できるか否かについて、ほとんどの憲法学説が批判的な見解を示していることから、有害図書と青少年の非行との因果関係や、有害図書が青少年に与える悪影響について実証的な調査研究が不十分であれば、立法事実の存在が不明確であるといえ、加えて、立法事実が存在しないということは有害図書規制の合理的根拠の存在が疑わしいということになろう。では、有害図書と青少年の非行との因果関係が立証されていないならば、本件最高裁は、何を根拠に当該条例による規制を正当化しているのであろうか。仮に他の規制根拠があるならば、最高裁はそれを明確に述べればよいところ、他の規制根拠についての言及はなされていない。このことから、隠された不正な動機があるといえるのではないだろうか。ここで考えられる隠された不正な動機とは、有害図書とされる表現物に対する不快感や嫌悪感が考えられる。

続いて、この隠された動機が憲法上、容認しえない不正な動機であるか否かであるが、この点、Kagan が説いているように、「政府は、表現の根底にあるメッセージに向けた敵意—や偏愛—に基づいて表現を規制してはならない」のである。したがって、ある特定の表現、

つまり有害図書の内容が青少年にとって「好ましくない」とか「不快である」という理由に基づく表現規制は違憲であるといえ、したがって、本件条例による有害図書規制には憲法上、容認しえない不正な動機があるといえるのではないだろうか。

次に、当該条例による規制の合憲性を判断していくのであるが、本件において最高裁は、本件条例による有害図書規制が「有害環境を浄化するための規制」であり、表現内容を規制するものではなく、あくまでも付随的な規制であると判示している。この最高裁の見解に依拠すれば、本件条例による規制は表現内容に基づく規制ではなく、付随的な規制であり、この付随的規制は表現内容に中立的な規制に該当するといえよう⁵³⁵。そうであれば、先に論じた政治ビラの事例と同様の事例といえる。よって、Kagan の理論では、当該規制がたとえ表現内容に中立的な規制であったとしても、当該規制に憲法上、容認しえない不正な動機が存在することを根拠に司法審査基準の厳格度を高めることが可能となる。この理論に依拠すれば、本件条例による規制の合憲性については厳格な司法審査基準で判断すべきであり、これにより当該規制が違憲であるという結論を導くことができよう。

以上のように、未成年者保護を目的とした表現規制の合憲性を判断する際、Kagan が提唱する動機審査の理論を用いれば、隠された不正な動機を炙り出すことが可能であるとともに、子どもの特性を理由に、当該規制の合憲性を判断する際、大人の場合に適用される司法審査基準ほど厳格なものを適用する必要はないのか否かという問題についても解決することができるといえよう。未成年者保護を目的とした表現規制の合憲性を判断する際、Kagan が提唱する動機審査を活用するという点については、これまで日本において論じられことはないが、このような理論に依拠すれば、上記のような問題点を解決することが可能であると考えため、その点においては意義があるように思われる。

⁵³⁵ これはあくまでも最高裁の見解に立った場合に対して論じたことであって、当該条例による有害図書規制は、表現内容に基づく規制であるといえよう。

第三部 未成年者保護を目的とした表現規制の可否について

第10章 子どもの人権の捉え方について—アメリカ連邦最高裁判例の展開—

本稿第一部および第二部において、日米における未成年者保護を目的とした表現規制をめぐる諸問題について考察したが、そもそもある表現物が未成年者に有害であるという理由でその表現物を国家が規制することは許されるのであろうか。第三部はこの問題を解決するべく、第一部および第二部において考察したことを踏まえて、さらに考察を深めていきたい。そこで、まず、これまで子どもは大人と同じ権利主体として捉えられてきたのか、それとも保護の対象としてでしか捉えられていなかったのかを確認するために、アメリカ連邦最高裁判例における子どもの人権の捉え方について考察する。

第1節 1967年以前のアメリカ連邦最高裁判例における子どもの人権の捉え方

子どもの権利について、アメリカ連邦最高裁はこれまでどのように捉えてきたのであろうか。この点については、1967年の Gault 判決⁵³⁶を境にして、子どもの権利に対する捉え方が変化しているという指摘があるため、以下、子どもの人権に関連する 1967年以前の代表的なアメリカ連邦最高裁判例を概観する⁵³⁷。

第1項 Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923)

この事例は、公立、私立を問わずすべての学校において、8年生以下の生徒に英語以外の言語を教えることを禁止したネブラスカ州法に違反して、ドイツ語の授業を行った教員が起訴された事例である。法廷意見を執筆した McReynolds 裁判官は、「我々が判断すべき問題は、解釈され適用された当該法律が、合衆国憲法修正 14 条によって原告に保障された自由を不当に侵害しているかどうかということである」と述べた上で、同裁判官は以下のように論じる。「いかなる国家も、法の適正な手続きなしに、いかなる人の生命、自由、財産をも奪ってはならない。本法廷は、合衆国憲法修正 14 条によって保障される自由 (liberty) を正確に定義しようとはしていないが、この自由に含まれるものが存在することはこれまで明確に述べられてきたことである。つまり、合衆国憲法修正 14 条によって保障される自由には、単に身体的拘束からの自由だけでなく、個人が契約する権利、生活上の一般的な職業に従事する権利、有用な知識を身につける権利、結婚する権利、家庭を築き子どもを育て

⁵³⁶ 387 U.S. 1 (1967).

⁵³⁷ 1967年の Gault 判決を境にして、子どもの権利に対する捉え方が変化していると指摘するものとして、樋口範雄『『子どもの権利』思潮の展開』『講座・現代家族法：島津一郎教授古稀記念』（日本評論社、1992年）51頁参照。

る権利、自分の良心の指示に従って神を崇拝する権利までもが含まれる。そして一般的には、自由人が秩序ある幸福を追求するために不可欠なものとして、コモンローで長い間認められてきた特権を享受することもできる⁵³⁸」。続けて、「この自由については、公共の利益を保護するという名目の下に、恣意的であるか、あるいは国家の権限の範囲内で、何らかの目的と合理的関連性のない立法行為によって、干渉されてはならないという原則が確立されている」と同裁判官は説示する⁵³⁹。さらに、McReynolds 裁判官は、「また、若者の教育は、常に有用で名誉あるものであり、公共の福祉にとって不可欠なものであると考えられてきた」と述べるとともに、これまでのところ、ドイツ語の知識は有用であり、望ましいものであると一般的に考えられてきたため、ドイツ語の知識が有害であると考えすることはできず、また、「原告は、職業の一環として学校でこの言語を教えていたといえ、職業の一環として学校で言語を教えた原告の権利と、両親が言語を子どもに教えさせる権利は、合衆国憲法修正条項の自由の範囲内にあると考えられる」と説示した⁵⁴⁰。

一方で、当該法律が、学校でラテン語、ギリシャ語、ヘブライ語を教えることを禁止していないが、英語以外のあらゆる外来語について禁止していることから、同裁判官は、「明らかに立法府は、現代語教師の職業、生徒が知識を習得する機会、そして自身の子どもの教育をコントロールする親の権限(the power of parents to control the education)を妨害しようとしているといえる」と指摘した⁵⁴¹。続いて、同裁判官は、「この法律の目的は、未熟な子どもたちが英語を学び、アメリカの理想を身につける前に、外国語や理想を身につける訓練や教育を阻害することで、市民の発展を促進することであり、『この州で育つすべての子どもたちの母国語は英語であるべきであり、英語が母国語になるべきである』というものであるといわれている」と説くとともに、「確かに、国家は、身体的にも、精神的にも、道徳的にも市民の質を向上させるために、多くのことを行い、非常に広範な権限を有していることは明らかであるが、個人は、一定の基本的権利 (fundamental rights) を有しており、それらの権利は尊重されなければならないものである」と判示した⁵⁴²。そして、同裁判官は、憲法の保護が英語を母国語とする者だけでなく、他の言語を話す者にも及ぶため、当該法律の目的が正当なものであるとしても、英語以外の言語を禁止する方法では当該目的を促進することはできず、したがって、当該法律は、国家権力の限界を超えており、原告に保障された

⁵³⁸ Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 399 (1923).

⁵³⁹ *Id.* at 400.

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ *Id.* at 400-1.

⁵⁴² *Id.* at 401.

権利を侵害するものであり、規制目的との合理的関連性を見出すことはできないと述べ、結論として、当該法律は合衆国憲法修正 14 条のデュー・プロセス条項に違反すると判示した⁵⁴³。

第 2 項 Pierce v. Society of the Holy Names of Jesus and Mary ,268 U.S. 510 (1925)

オレゴン州は、1922 年、州民投票により、8 歳から 16 歳の子どもの公立学校への就学を親に義務づけ、それに違反した親は軽犯罪に問われるという義務教育法（Compulsory Education act）を制定した。これに対し、原告である私立学校 Society of the Holy Names of Jesus and Mary は、5～21 歳までの男子を対象に初等・中等教育や軍事教練を行う学校を営んでいた Hill Military Academy と共に、義務教育法は合衆国憲法修正 14 条が保障するデュー・プロセス条項に違反するとして、同法の差止めを求めて出訴したというのが本件である。法廷意見を執筆したのは、先述した Meyer 判決と同じく McReynolds 裁判官であった。同裁判官は、まず、当該法律が制定され、執行された場合、「被上訴人らの小学校だけでなく、おそらくオレゴン州内の他のすべての私立小学校が破壊されるであろう」と述べる。そして、「被上訴人の私立学校は、本質的に害悪を及ぼすものではなく、長い間有用で功利的とみなされてきた事業に従事していることに加え、初等教育に関連して特別な措置を必要とするような緊急事態も生じていない」と、同裁判官は説示し、私立学校が子どもたちにとって有害でないことを指摘する。

さらに、McReynolds 裁判官は、自身が二年前に法廷意見を執筆した Meyer 判決を引用し、以下のように論じる。「Meyer 判決における原則に依拠すれば、当該法律は、その管理下にある子どもの育成と教育を指示するために両親と保護者の自由を不当に妨害することは完全に明白であると考えられる。これまでしばしば指摘されてきたように、憲法で保障されている権利は、国家の権限の範囲内での何らかの目的と合理的関係性のない立法によっては、制限されてはならない。合衆国内のいかなる政府によっても依拠されなければならない自由の基本理論は、子どもたちに公立の教師からのみ指導を受けるよう強制することによって、子どもたちを画一化しようとする州の一般的な権力を排除する。子どもは州の単なる創造物ではない。子どもを育て、その運命を決定する者は、高度な義務を有すると同時に、子どもにさらなる責務を認識させ、それに備えさせる権利を有する⁵⁴⁴」。結論として、同裁判官は、当該法律の差止めを容認した。

⁵⁴³ *Id.* at 401-2.

⁵⁴⁴ Pierce v. Society of Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary , 268 U.S. 510, 535 (1925).

第3項 Prince v. Massachusetts ,321 U.S. 158 (1944)

マサチューセッツ州は、児童労働法 69 条において、「12 歳未満の男子もしくは 18 歳未満の女子は、街頭およびその他の公共の場において、新聞、雑誌、定期刊行物その他の品物を販売したり、それを手伝ってはならない」と規定していた⁵⁴⁵。この事例は、エホバの証人の信者である原告が、9 歳の姪に宗教雑誌を販売させたことが同法に違反するとして起訴された事例である。法廷意見を執筆した Rutledge 裁判官は、「子どもの信教の自由と、自己の宗教上の信念に基づいて子どもを教育する自由は、Pierce 判決などにおいて認められ、また、Meyer 判決においては、国民の共通言語以外の言語で教育を受ける子どもの権利が認められており、これらの判決においては、子どもの保護、世話、養育を行う権利は第一に親に帰属し、親の主要な機能と自由は、国家が供給したり妨げたりすることのできないものであることが認められ、国家が立ち入ることのできない家庭生活の私的領域を尊重してきた」と説く。このように説示しつつ、同裁判官は、「しかし、宗教の自由にも親の権利にも限界があり、したがって、青少年の幸福に対する一般的な利益を守るために、州はパレンス・パトリエ (parens patriae) として、就学を制限し、子供の労働を制限・禁止し、あるいはその他多くの方法によって親のコントロールを制限することができる」と述べる。続けて、同裁判官は、「子どもの活動に対する州の権限は、成人に対する場合よりも広範であるといえ、民主主義社会を存続するためには、若者が市民として十分に成熟し、健康で健全な成長を遂げていくことが必要であるとともに、州が子どもの健全な成長にとって妨げとなる抑制や禁止から彼らを守ることは、州のポリスパワーの範囲内である」と説示し、結論として、親は自ら殉教者となる自由を有しているが、十分な選択能力を有していない子どもを殉教者にする自由までも有していないと判示した⁵⁴⁶。

第4項 Meyer 判決、Pierce 判決、Prince 判決における子どもの権利の捉え方

以上、三つの判例を概観したが、Meyer 判決においては、外国語教育を制限する立法が親の教育の権利を侵害しているかどうかという点、Pierce 判決においては、公立学校の教育を義務づける立法が親の学校選択の自由を侵害しているかどうかという点が問題とされており、両判決においては、親の教育の自由が合衆国憲法修正 14 条の保障する自由に含まれるか否かについて主に議論されていた。一方、Prince 判決においても、親の養育の自由や宗教的教育の自由について述べられていたが、それらの権利にも限界があるとして、児童労働法

⁵⁴⁵ Prince v. Massachusetts ,321 U.S.158, 161 (1944).

⁵⁴⁶ Prince, 321 U.S. at 165-70.

のもと、州が子どもの健全な成長にとって妨げとなる抑制や禁止から彼らを守ることは、州のポリスパワーの範囲内であるとして同法を合憲と判断した。いずれの事例も主に親の権利が問題とされていることが分かるが、その一方で、子どもの権利についての言及もみられた。たとえば、Meyer 判決においては、「生徒が知識を習得する機会」についての言及がなされ、Pierce 判決においても、「親の学校選択に影響を与える子どもの権利」(the right of the child to influence the parents' choice of a school) についての言及がなされていた。また、Prince 判決においても、「子ども自身の宗教活動の自由」について言及されていた。ただ、これら子どもをめぐる判決において、訴訟の当事者は州と親であり、子ども自身は必ずしも前面に表れていたというわけではなかった。加えて、たとえば Prince 判決において問題となった児童労働法は、子どもの健康を守るために制定されていることからすると、子どもは州によって保護される客体とされている。このことから、1967 年以前の子どもの権利をめぐるアメリカ連邦最高裁判例においては、子どもは権利主体としてではなく、どちらかといえば保護を受ける客体であると捉えられていたといえるのではないだろうか⁵⁴⁷。

⁵⁴⁷ 樋口・前掲注 (537) 57 頁参照。

第2節 1967年以降のアメリカ連邦最高裁判例における子どもの人権の捉え方

先述したように、1967年のGault判決は、その後の子どもの権利の確立に影響を与えた判決であると指摘されているため、以下では、Gault判決が子どもの権利についてどのような考え方を示しているのかを確認したいと思う。

第1項 Gault判決の概要と同判決における子どもの権利の捉え方

Gault判決では、少年裁判所においても成人の刑事手続と同様に、適正手続の保障が認められるということが明らかにされたのであるが、同判決が下された当時には同様の少年事件に関連する訴訟が他にも提起されていた⁵⁴⁸。このように少年裁判所に関する事例が提起された背景には、1960年代以降、少年裁判所制度に対する批判がなされていたことにある。アメリカ合衆国においては、19世紀前半から刑事手続において犯罪を犯した少年と成人を区別して扱う制度的な試みが始まっていたといわれている⁵⁴⁹。そして、1899年、イリノイ州における少年裁判所の創設により、手続面において、成人の刑事司法から分離・独立し、成人とは異なる独自の審判手続が形成され、その後、1920年までにはほぼすべての州で少年裁判所が設立された⁵⁵⁰。

成人の刑事裁判と異なる審判手続を行う少年裁判所においては、非行少年を犯罪者としてではなく、保護を必要としている子どもとして扱うこととされていたため、そのような子どもに刑罰を科すのではなく保護処分を行うというところに、少年裁判所制度の存在意義があった。よって、当初は非行少年が社会復帰できるように、「子どもの最善の利益」のために治療的処遇を行う福祉的・教育的機関としての少年裁判所制度が目指されていた⁵⁵¹。このように、非行少年を社会復帰させることと、司法の個別化が少年裁判所における指導理念であるといえるが、この指導理念に基づく少年裁判所制度を正当化する根拠として、「パレンス・パトリエ（国親）」思想が用いられた。このパレンス・パトリエとは、「イングランドの衡平法裁判所に由来し、親のいない子どもや後見を必要とする未成年者の資産や、未成年者自身を、国親（パレンス・パトリエ）としての国王の委託を受けた大法官裁判所(Court of

⁵⁴⁸ Gault判決と同時期の少年事件に関するアメリカ連邦最高裁判例として、Kent v. United States, 383 U.S. 541 (1966)、In re Winship, 397 U.S. 358 (1970)、Mckiever v. Pennsylvania, 403 U.S. 528 (1971)などがあげられる。

⁵⁴⁹ 辻脇葉子「少年の『責任』概念の形成—「青年期」の社会的構成とアメリカ少年司法の変容—」情報コミュニケーション学研究1巻（2005年）27頁参照。

⁵⁵⁰ 辻脇・同書27-8頁参照。

⁵⁵¹ 辻脇・同書28頁参照。

Chancery)が親に代わって保護するという法理である⁵⁵²」。この思想は中世において発展したものであるが、この理論のもと、非行少年が社会復帰できるように親に代わって国家が介入し、保護処遇を行うことが正当化された。

しかし、1960年代に入り、少年裁判所制度に対する批判が高まる。その批判は、少年裁判所における指導理念とは異なることが実際に行われていたことに対するものであった。その当時の少年裁判所においては、非行少年を保護することよりも処罰することに関心を持ち、非行少年が収容された施設での処遇は成人が収容される刑務所と変わらないという実態が明らかにされ、親の代わりに国家が介入し、非行少年を保護するというパレンス・パトリエに対する信頼が揺らぎ始めた⁵⁵³。また、少年裁判所においては、成人の刑事裁判においては当然認められている手続上の諸権利は必要がないとされていたことから、少年裁判所においても手続上の諸権利を認める必要性が主張されるようになるとともに、このような主張が裁判上でも主張された⁵⁵⁴。その一つが Gault 判決であり、事件の概要は以下の通りである。

この事件は、15歳の少年である Gerald Gault が、隣人の Cook 夫人にわいせつで下品な (lewd or indecent) 内容の電話をかけたとして、友人の Ronald Lewis と共に逮捕されたことから始まる。Gault は逮捕された時、保護観察中であったが、それは女性の鞆から財布を盗んだ(今回の事件とは別の)少年と一緒にいたことを理由に逮捕されたためであった。Gault が隣人にわいせつな内容の電話をかけて警察官に逮捕された時、Gault の母親は仕事のため自宅に不在であったが、逮捕した警察官は両親に何の通知もせず、Gault が逮捕されたことを知らせる努力もしなかった。結局、Gault の逮捕について、彼の両親は同時に逮捕された Lewis の家族から聞かされた。さらに、Gault の母親が拘置所に到着すると、翌日に少年裁判所での審問が予定されていることを告げられた。逮捕時において、Gault やその両親に対し、告知と聴聞の機会が与えられなかったということだけではなく、この審問で保護観察官は Gault がわいせつな内容の電話をしたという報告書を提出したが、これについても Gault の証言と矛盾する内容であった上に、報告書が Gault や彼の両親には開示されなかった。以上のことから、Gault の両親は、人身保護令状を申請したが、アリゾナ州上級裁判所とアリゾナ州最高裁判所の両方で却下されたため、続いて Gault の両親はアメリカ連邦最高裁に救済を求め、同裁判所は少年の刑事被告人の手続的デュー・プロセスの権利について判断するためにこの事件を審理することに同意した。

⁵⁵² 辻脇・同書 31 頁参照。

⁵⁵³ 辻脇・同書 32 頁参照。

⁵⁵⁴ 辻脇・同上参照。

法廷意見を執筆したのは Fortas 裁判官であった。同裁判官は、「これまで、少年裁判所制度は、パレンス・パトリエに基づき、子どもは大人とは異なり、『自由ではなく、保護』が与えられる存在として捉えられてきたため、成人の刑事手続では保障されている手続上の権利が子どもには保障されていなかった」と指摘した。しかし、続けて、同裁判官は、Kent 判決において、アメリカ連邦最高裁は、少年裁判所の裁判官がパレンス・パトリエに基づき、国家権力を行使することは無制限ではなく、加えて、少年裁判所が、必要とされる聴聞の機会を与えず、かつその理由も述べずに少年事件の裁判権を放棄して刑事裁判所に送致したことは適正手続に違反していると判示したことについて言及した。その上で、同裁判官は、「本件において問題となっている少年審判の手続についても、合衆国憲法修正 14 条が保障するデュー・プロセス条項が適用されるといえる」と説示し、刑事手続において保障されている適正手続の保障が少年審判にも及ぶことを確認した。そして、同裁判官は、少年審判の手続においても成人の刑事手続と同様に、適正手続の保障は必要であるとし、少年に対しても一定の範囲で弁護人依頼権 (right to counsel) 等の保護措置を受ける権利が保障されると判示した⁵⁵⁵。

Gault 判決における Fortas 裁判官の法廷意見から分かることは、これまで子どもは保護の客体として捉えられてきたが、少年審判においても成人の刑事手続と同様に適正手続の保障が必要であると判示することにより、子どもも権利の主体として捉えるべきであるということである。Gault 判決は少年事件に関する事例であったが、同判決の二年後の Tinker 判決においても、Fortas 裁判官は、Gault 判決と同様の見解に基づき、法廷意見を執筆している。Tinker 判決は、公立高校の生徒である Tinker ほか二名が、ベトナム戦争の反対および休戦を支持することを表明するため黒い腕章をつけて学校に登校したところ、この計画を事前に知っていた公立高校の校長が、腕章をつけて登校する生徒がいればそれを外すことを求め、それにも応じなければ腕章なしで登校するまで停学処分とする決定をしたとして、Tinker たちに停学処分を下したことが彼らの表現の自由の侵害に当たるのかが争われた事件である⁵⁵⁶。同判決において法廷意見を執筆した Fortas 裁判官は、「学校のような特別な状況において適用される合衆国憲法修正 1 条の権利は、教師や生徒にとって有効なものであるため、教師や生徒が学校内において、表現の自由という憲法上の権利を脱ぎ捨ててから校門をくぐる者はほとんどいないだろう」と述べた上で、「公立学校の校長や職員が、学校内において、ある特定の言論を禁じることを正当化するためには、その表現行為が単に不

⁵⁵⁵ Gault, 387 U.S. at 18-31.

⁵⁵⁶ Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S. 503 (1969).

快であるという理由では認められず、また、それ以外の理由において表現行為を規制する場合においても、当該表現行為を規制する側がその規制理由を立証しなければならない」と同裁判官は判示する⁵⁵⁷。そして、同裁判官は、「公立学校の校長は生徒に対して絶対的な権限を有しておらず、子どもは学校の内外において、憲法上の権利を有する『人』であり、子どもは政府が尊重しなければならない基本的な権利を有する」と説き、生徒にも表現の自由の保護が与えられているということを明示した⁵⁵⁸。Tinker 判決においても、Fortas 裁判官は、子どもを保護の客体ではなく権利の主体として捉えているとともに、同判決においては、学校内における生徒の表現の自由の制約が問題となったのであるが、子どもは学校内だけではなく、学校の外においても憲法上の権利を有する「人」とであると明示した点が注目される。このようなことから、同裁判官は、子どもが州の単なる創造物ではなく一人の「人間」として、子どもにも大人と同じ憲法上の権利が保障されていると解していることが理解できるであろう。

以上のように、Gault 判決以前において、アメリカ連邦最高裁は子どもを保護の客体として捉えるのみであったが、Gault 判決をはじめとする一連の少年裁判に関する判決および Tinker 判決をきっかけとして、子どもも大人と同じ憲法上の人権を享有する権利主体であると判断されるようになったといえる⁵⁵⁹。

その一方で、Gault 判決では、少年手続においても刑事裁判と同様に適正手続の保障が認められることが明示されたが、あくまでも少年裁判所の指導理念である社会復帰という点についてはこれまでと変わらず、パレンス・パトリエの思想のもと、個別的に治療的処遇を行うことが示されたこと、加えて、その後の Tinker 判決においても、子どもも大人と同じ権利主体であると判示されたことから、子どもを保護するために国家が介入し、子どもの権利や自由を制限するという、いわゆるパターンリズムに対する批判がなされるようになり、子どもの権利に対する考え方を考え直す契機となったといえるだろう⁵⁶⁰。

第2項 Gault 判決以降のアメリカ連邦最高裁判例における子どもの人権の捉え方

もっとも、アメリカ連邦最高裁における子どもの権利に関する見解が、上記の一連の判例によって統一されたのかといえば、そうではなく、可能な限り子どもを大人と同様に取り扱

⁵⁵⁷ *Id.* at 505-9.

⁵⁵⁸ *Id.* at 511.

⁵⁵⁹ 少年事件や表現の自由に関する事例以外にも、プライバシー権の事例として *Planned Parenthood v. Canforth*, 428 U.S. 52 (1976)、自己決定権の事例として *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678(1977)があげられる。

⁵⁶⁰ 辻脇・前掲注 (549) 35 頁脚注参照。

おうとする見解と、子どもは大人とは異なる存在であることを理由に、子どもを権利主体として認めたとしても、直ちに権利の内容までも大人と同じであるということにはならないとする見解との対立があったため、この時期の判例には動揺がみられる⁵⁶¹。

たとえば、手続的権利に関する事例として、Goss v. Lopez 判決において、法廷意見を執筆した White 裁判官は、本節第 1 項において触れた Tinker 判決を引用し、生徒は学校内でも憲法上の権利を有すると述べた上で、同裁判官は、「学校における行動基準を規定し、施行するために国が保有する権限は、憲法上の保護（safeguard）と一貫して行使されなければならない、違法行為が発生したかどうかを一方的に、手続きを経ずに決定する州の行為は、直ちに憲法上の要件と衝突することは明らかである」と説示するとともに、同裁判官は、生徒の懲戒処分についても適正手続の保障が及ぶということを確認した⁵⁶²。一方で、Ingraham v. Wright 判決においては、公立学校における教師による生徒への体罰の問題について、法廷意見を執筆した Powell 裁判官が、「州は『子どもの適切な教育と集団規律の維持のため』に合理的に必要な体罰を課することができる」という理由で、体罰を加える際に事前の告知と聴聞を要求することは、憲法上の要件ではないと判示している⁵⁶³。

続いて、未成年者が妊娠中絶を行う際に、親の同意要件が必要か否かについて争われた事例である、Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth 判決において、法廷意見を執筆した Blackmun 裁判官は、「憲法上の権利というものは、国家が定めた成人年齢に達したときにだけ、魔法のように成熟して誕生するものではなく、成人と同様に未成年者も憲法によって保護され、憲法上の権利を有している」と説示し、同裁判官は、未成年者が妊娠中絶を行う際に、親の同意要件を必要としていたミズーリ州法を違憲と判断し、未成年者の妊娠中絶を受ける権利を認めた⁵⁶⁴。また、Danforth 判決と同じく、未成年者が妊娠中絶を行う際に、親の同意要件を必要としていた州法の合憲性が争われた Bellotti v. Baird 判決においても、アメリカ連邦最高裁は同州法を違憲と判断したが⁵⁶⁵、同判決において法廷意見を執

⁵⁶¹ Stephen Wizner, *Commentary on Children's Rights*, 17 OHIO N. U. L. REV. 647, 647-49 (1991). 樋口・前掲注 (537) 60 頁参照。

⁵⁶² 419 U.S. 565, 574-75 (1975). 同判決は、事前の手続的保護なしに 10 日間の停学処分を受けた公立学校の生徒たちが、聴聞などの事前の手続的保護を規定していないオハイオ州法は、合衆国憲法修正 14 条が保障するデュー・プロセス条項に違反すると訴えた事例である。

⁵⁶³ 430 U.S. 651, 662 (1977). 同判決は、教師の指導に従わなかったことを理由に、事前の手続的保護なしに板片で打たれた生徒が、当該体罰は合衆国憲法修正 8 条および修正 14 条のデュー・プロセス条項に違反するとして、宣言的および差止的救済を求めた事例である。

⁵⁶⁴ 428 U.S. 52, 74 (1976).

⁵⁶⁵ 443 U.S. 622 (1979).

筆した Powell 裁判官の見解は、先述した諸判例よりも子どもと大人の違いについて詳細に論じていることから、以下、同判決における Powell 裁判官による法廷意見を考察したい。

同判決において法廷意見を執筆した Powell 裁判官は、子どもの憲法上の権利が大人のそれと比べて制約に服しやすいということを正当化する根拠として、子どもが傷つきやすいということ、子どもは分別のある決定ができるほど成熟していないこと、子どもの成長によって親の果たす役割が重要であることという三つの根拠をあげ、それぞれの根拠について考察している⁵⁶⁶。まず第一に、子どもが傷つきやすいということについて、Powell 裁判官は、少年裁判の事例である Gault 判決をもとに、非行少年も大人と同様に合衆国憲法修正 14 条が規定する法の適正手続に基づいて人身の自由が保障されていると説く。加えて、同裁判官は、少年裁判所と成人の刑事司法制度とが区別されているという点について、「実際、我々は少年裁判所と成人の刑事司法制度を区別するということを容認しており、このことは非行少年が憲法上、大人とは異なる取り扱いを受ける可能性があることを前提としているといえ、アメリカ連邦最高裁においても、非行少年の事例における審問は、必ずしも成人の刑事裁判において求められているすべての要件に適合する必要はないとされ、未成年者には少年裁判において憲法上、陪審裁判を受ける権利は与えられていないと判示している」と説示した。そして、同裁判官は、少年裁判手続きにおける適正手続の適用には一定の限界があることを示した上で、子どもは大人と同じように憲法上の保護が与えられている一方で、政府は子どもが傷つきやすいということを理解し、子どもにとっては彼らを心配し、思いやり、親のように注意することが必要であることを理由に、少年裁判所と成人の刑事司法制度を区別するという権限が政府には与えられていると同裁判官は説示する⁵⁶⁷。

第二に、子どもは分別のある決定ができるほど成熟していないことについて、Powell 裁判官は、Ginsberg 判決および Prince 判決を引用し、「Ginsberg 判決においては、精神的に成熟し分別のある (mature) 選択をなすことが未成年者にはできないということについて十分説明されており、アメリカ連邦最高裁は常に合衆国憲法修正 1 条の権利に付随する重要性を認識しているにもかかわらず、保護された自由の侵害があるとしても、子どもの行為をコントロールする州の権限は大人に対する場合よりも広範に及ぶという結論を下して」おり、このようにアメリカ連邦最高裁が判断したのは、「幼少期から青年期の人格形成の期間において、未成年者は彼らにとって有害となりうるものを避けるだけの経験やもの見

⁵⁶⁶ *Id.* at 634-39.

⁵⁶⁷ Bellotti, 443 U.S. at 634-35. なお、未成年者には少年裁判において憲法上、陪審裁判を受ける権利は与えられていないと判示した最高裁判決は、McKeiver v. Pennsylvania, 403 U.S. 528 (1971)である。

方、判断力を欠いていることが多い」ためであると説示する⁵⁶⁸。そして、同裁判官は、この理由により、これまでアメリカ連邦最高裁は「子どもが重大な結果をもたらす重要な選択をする際、州が子ども自身の選択する自由を正当に制限してもよいと判断してきた」と述べる⁵⁶⁹。

第三に、子どもの教育における両親の役割は未成年者の自由に対する制約を正当化すると Powell 裁判官は述べる。同裁判官は、「州は一般に、未成年者の重要な意思決定に親の同意や関与を求めることで、政府の不利益な行動や未成年者の未熟な判断から未成年者を保護している」ことを認めつつも、「子どもを養育する者は、子どもが社会的責任を負うことができるように教育し指導する権利および義務を有するとともに、このような権利および義務は、まず両親に帰属するものであり、その両親の主な役割に対して、自由に州が介入すべきではない」と説示する。加えて、同裁判官は、「これらの理論は我々の国家の歴史や伝統に深く根ざしており、家庭における子どもを養育する親の権限は、社会構造の基本となっているといえ、それゆえ、親の権限という伝統は個人の自由という伝統と矛盾するものではなく、むしろ前者は後者の基本的前提条件である」と論じ、さらに、同裁判官は、「未成年者に対する法的な規制、特に子どもに関する決定を親に行わせるという規制は、子どもが十分に成熟して、最終的に彼らが社会で活躍できるようにするために重要な場合がある」と説示する⁵⁷⁰。

以上の Powell 裁判官の法廷意見から理解できることは、まず子どもも憲法上の権利を享有する主体であることを認めているということである。ただ、同裁判官は、子どもの権利が、大人の場合と比較して制約に服しやすく、その制約を正当化する根拠として先述の三点をあげ、それらを根拠として、子どもの憲法上の権利の保障の程度は大人よりも低い、子どもが全く憲法上の権利を有していないとは考えていないと理解していることは注目に値するであろう。伝統的な子ども観とは、子どもは弱く、大人に依存しやすく、不完全な人間で

⁵⁶⁸ Bellotti, 443 U.S. at 635-36. この点については、Ginsberg 判決における Stewart 裁判官の結果同意意見において述べられている。同裁判官は、合衆国憲法修正 1 条の権利が未成年者に与えられるのかについて、「少なくとも正確に区切られたある範囲において、子どもは（囚われの聴衆のように）合衆国憲法修正 1 条によって保護されると推定される個人の選択に対して完全な決定権を持たされていないため、他の子どもの権利、例えば結婚する権利や選挙権も奪ってもよいと考えられるが、大人にとってはこのような諸権利の剥奪は憲法上耐えられないものである」と説いている(See Ginsberg, 390 U.S. at 649-50.)。なお、Ginsberg 判決においては本稿第二部において、Prince 判決においては本章第 1 節第 3 項において検討を加えている。

⁵⁶⁹ *Id.* at 635.

⁵⁷⁰ *Id.* at 637-39.

あり、自分の利益を知り、追求することができないため、大人による保護および管理が必要であるというものであるが⁵⁷¹、子どもを完全に親の保護を受ける客体として捉えるのではなく、あくまでも子どもも大人と同じ憲法上の権利を享有する主体であると捉えた上で、大人の場合と比較して子どもの権利は制約に服しやすいと考えることができるであろう。

また、Gault 判決以降の子どもの権利をめぐるアメリカ連邦最高裁判決における特徴としては、州の規制に対して、子どもも権利主体であることを前提として、訴訟当事者として当該規制の合憲性について訴えを提起している事例が増加しているという点があげられるであろう。Gault 判決以前の事例では、子どもの権利を中心とした争いではなく、訴訟当事者である政府と親が互いに子どもの権利を主張しつつ、両者が対立している事例が多くみられたのに対し、Gault 判決以降は、子どもと親が一体となって政府と対立する事例が多く見られるようになったが、これらの事例においては、子ども自身の権利や判断が親から完全に分離されていたわけではなかった⁵⁷²。しかし、本節において取り上げた子どもの妊娠中絶の自由に関する事例は、子どもの自己決定権に関する事例であり、このような事例においては子ども、親、政府の三者の関係が正面から問われることになった⁵⁷³。ただ、やはり、いずれの事例においても、子どもの権利に関する事例とはいえ、子どもと親の関係性を抜きにして判断されることはないように思われる。

このような傾向は、子どもの表現の自由に関する事例においても当てはまることである。たとえば、大人にとってはわいせつではないが、子どもにとってはわいせつな表現の規制が問題となった Ginsberg 判決において、法廷意見を執筆した Brennan 裁判官は、問題となっている表現物がわいせつであるか否かにかかわらず、政府が害悪から未成年者を保護するという実質的な利益を持ち、未成年者は成人と同じように憲法上の権利を有していないため、必要に応じてそのような表現物を規制すべきであると判示している。このように判示する上で、同裁判官は、子どもの行為を規制する州の権限が、大人の行為を規制する場合よりも広範に及ぶことを示した Prince 判決を引用し、「少なくとも、立法府にとって性的な表現物に未成年者がさらされることが害悪であるということを認定することが合理的であるならば」、「親権の行使を補助すること」と「子どもの福祉の保護」という二

⁵⁷¹ Stephen Wizner, *supra* note 561, at 649.

⁵⁷² *Comment: Adjudicating What Yoder Left Unresolved: Religious Rights for Minor Children after Danforth and Carey*, 126 U. PA. L. REV. 1135, 1138 (1978); Nanette Dembitz, *The Supreme Court and a Minor's Abortion Decision*, 80 COL. L. REV. 1251, 1259 (1980).

⁵⁷³ 米沢広一「子ども、親、政府（三・完）」神戸学院法学 15 卷 4 号（1985 年）32 頁参照。

つの利益が当該州法（484-h 条）における制限を正当化すると述べている⁵⁷⁴。同裁判官は、「親権の行使を補助すること」を州の利益として提示されていることから、子どもの表現の自由を制約する立法の合憲性が争われる場合においても、子どもは親から独立した一人の人間としては捉えず、子どもと親を一体のものとして捉えているように思われる。加えて、州が提示したもう一つの利益である「子どもの福祉を保護する」という利益についても、Brennan 裁判官の法廷意見からは、未成年者は感受性が豊かなため、あるいは分別のある決定をなす能力がないために、政府は未成年者にとって有害な表現から彼らを保護するという考えが表れており、子どもは権利主体ではあるものの、有害な表現の影響から彼らを保護する必要がある場合には、州は親に代わって有害とされる表現から子どもを保護するということが認められることになる。

一方で、Ginsberg 判決において提示された二つの州の利益について、改めて概観すると、先述した Bellotti 判決における Powell 裁判官が展開した、子どもの憲法上の権利が大人のそれと比べて制約に服しやすいということを正当化する根拠は、未成年者保護を目的とした表現規制を正当化する根拠を導き出すヒントとなりうるのではないだろうか⁵⁷⁵。Powell 裁判官が展開した主張を、未成年者保護を目的とした表現規制の文脈に当てはめると、以下のような正当化事由を示すことができるだろう。一つは、未成年者は感受性が豊かなため、あるいは分別のある決定をなす能力がないために、政府は未成年者にとって有害な表現から彼らを保護するということであり、いま一つは、政府が子どもを養育する責任を担う両親を援助するということである。Ginsberg 判決では、Bellotti 判決のように大人と子どもの違いについて検討されることはなかったが、親権の行使を補助すること、および子どもの福祉を保護することという州独自の利益が当該州法による制限を正当化すると述べられていることから、Bellotti 判決において提示された三つの正当化事由と関連しているといえるだろう。

Ginsberg 判決以降、未成年者保護を目的とした表現規制の合憲性が争われた事例として、第二部において Pacifica 判決について考察したが、同判決において Powell 裁判官が結果同意意見を執筆しており、同裁判官は子どもに悪影響を及ぼしうる言論から彼らを守るべき

⁵⁷⁴ Ginsberg, 390 U.S. at 638-39.

⁵⁷⁵ Alan E. Garfield, *Protecting Children From Speech*, 57 FLA. L. REV. 565,605-6 (2005). ただ、Bellotti 判決は妊娠中絶に関する事例であり、表現の自由の制約が問題となった Ginsberg 判決とは事例が異なるため、Bellotti 判決において展開された理論がそのままの形で Ginsberg 判決に適用されるとはいえない点には留意する必要があるだろう。しかし、Ginsberg 判決において提示された表現を規制する正当化根拠は、その後の未成年者保護を目的とした表現規制をめぐる事例においても提示され続けているため、Bellotti 判決において Powell 裁判官が提示した三つの正当化事由との関係性について以下、検討を加える。

であるという考えに依拠し、下品な放送内容に対する FCC の規制を合憲と判示した法廷意見に同意している。同判決において FCC の規制が合憲と判断された要因としては、放送メディアに対する規制という印刷メディアとは特性が異なるという理由があげられるが、同判決における Powell 裁判官の結果同意意見においては、下品で子どもにとって有害な表現を親に代わって FCC が規制することは、親の権利を侵害するものではないという考えが根底にあるのではないだろうか。そのような考えは、まさに *Pacifica* 判決の一年後に判断された *Bellotti* 判決における Powell 裁判官の法廷意見の中で提示された三つの正当化事由に表れているといえるだろう。

また、*Pacifica* 判決より以前の事例である、*Erznoznik v. City of Jacksonville* 判決において、Powell 裁判官が法廷意見を執筆している⁵⁷⁶。同判決は、画面が公道から見える形で、ドライブイン映画館でヌードを含む映画を上映することを禁じた条例が合衆国憲法修正 1 条に違反するか否かが争われた事例である。Powell 裁判官は、「国や自治体は、子どもが利用可能な表現物に対して、大人の場合よりもより厳しい規制を用いることができるということは、よく知られたことであるが、子どもも合衆国憲法修正 1 条の保障を受けるため、十分に限定された状況においてのみ、未成年者保護を目的とした表現規制が許されるべきである⁵⁷⁷」と説いた上で、同条例がすべてのヌードを禁じている点で、同条例は過度に広汎であるとして文面上無効と判示した。同判決においても、Powell 裁判官の子どもの権利の捉え方は、*Bellotti* 判決や *Pacifica* 判決と同じく、子どもの憲法上の権利が大人のそれと比べて制約に服しやすいということを述べつつも、子どもも合衆国憲法修正 1 条の権利を有するため、子どもに向けられた表現規制については必要最小限度の規制でなければならないと指摘している。このような Powell 裁判官の見解を、「子どもの権利」論による子どもの人権の捉え方に当てはめれば、同裁判官による子どもの人権の捉え方は、「保護」と「自律」の両者を視野に入れたアプローチに依拠しているといえるであろう⁵⁷⁸。

⁵⁷⁶ 422 U.S. 205 (1975).

⁵⁷⁷ *Id.* at 213-14.

⁵⁷⁸ 「子どもの権利」論については、後述第 11 章 1 節 1 項において触れている。なお、米沢広一教授は「保護」と「自律」の両者を視野に入れたアプローチのことを「調整的自律」のアプローチと呼んでいる。米沢広一「『子どもの権利』論」佐藤幸治・初宿正典編『人権の現代的諸相』（有斐閣、1990 年）52 頁参照。

第3節 近年のアメリカ連邦最高裁判例における子どもの人権の捉え方

さて、近年において、アメリカ連邦最高裁は子どもの人権についてどのように捉えているのであろうか。本章第1節および第2節においては、表現の自由に関する事例以外の裁判例を主に取り上げたが、近年においては未成年者保護を目的とした表現規制の合憲性が争われた事例として重要な判例がいくつかあるため、本節においては、第二部で取り上げたBrown判決をもとに、子どもの人権の捉え方について考察したいと思う。

Brown判決は、暴力的内容のビデオゲームの未成年者に対する販売等を禁止した州法が合衆国憲法修正1条に違反するか否かが争われた事例である。同判決において法廷意見を執筆したScalia裁判官と反対意見を執筆したBeyer裁判官の見解に着目してみると、まず、法廷意見を執筆したScalia裁判官は、Erznoznik判決を引用し、未成年者保護を目的とした規制が全く認められないというわけではなく、「子どもも合衆国憲法修正1条の保護を受けるのであるから、十分に限定された状況においてのみ、その規制が許容される⁵⁷⁹」と理解している。つまり、未成年者保護を目的とした規制は、必要最小限度の規制でなければならないということであり、同裁判官は本件州法ではなく自発的な評価システムこそが必要最小限度の規制であると述べている。これに対し、反対意見を執筆したBreyer裁判官は、子どもは外部からの影響を受けやすく、十分な判断能力を有していないため、大人よりも子どものアクセスについては、より広範に規制できるといえるため、子どもに向けられたコミュニケーションの規制については、成人と同じ方法で合衆国憲法修正1条の要求に適合する必要はないと説示している。両者共に、子どもは単なる保護の客体ではなく、子どもも大人と同様に憲法上の権利を享有する主体であると捉えており、それゆえに子どもも合衆国憲法修正1条の保護を受けるのであるが、子どもに向けられたコミュニケーションの規制については、制約が可能であるとする点は共通しているといえる。しかし、その一方で、Scalia裁判官は未成年者保護を目的とした規制については、必要最小限度にとどめておかなければならないと述べるのに対し、Breyer裁判官は、大人よりも子どものアクセスについては、より広範に規制できると述べている。両者の違いは、その制約の程度にあるといえる。Scalia裁判官の立場からは、子どもの特性上、子どもは保護を必要とする場合があるといえるものの、子どもの権利主体性をより積極的に捉えようとする考えが読み取れるのに対して、Breyer裁判官の立場からは、子どもを権利主体と捉えているものの、大人よりも子どものアクセスについては、より広範に規制できると述べていることから、どちらかといえば子どもの保護という点に重きを置いているといえ、同裁判官の見解は先述したBellotti判決や

⁵⁷⁹ Erznoznik, 422 U.S. at 212-13.

Erznoznik 判決において法廷意見を執筆した Powell 裁判官の見解と同じであるといえるであろう。

ところで、表現の自由の事例においては、Bellotti 判決のように明確に子どもと大人の違いについて検討を加えた判例は存在しないのであるが、未成年者保護を目的とした表現規制をめぐる事例では、一般にいわれるような、子どもは外部からの影響を受けやすく、十分な判断能力を有していないということについて言及されている。加えて、表現の自由の事例においては、このような子どもの特性に基づいた上で、表現規制の正当化根拠として、有害な表現から子どもを保護すること（子どもの福祉の保護）と、親権行使の補助という二つの利益が提示されており、この点については第二部において取り上げた判例においても同様であった⁵⁸⁰。ただ、判例の展開を追うと、近年の事例において、Playboy 判決では、「有害な表現から子どもを保護する」という利益自体、政府は表現規制の正当化事由として提示しておらず、また、Brown 判決においては、「未成年者を有害な表現から保護すること」と「親権の行使を補助すること」という二つの正当化事由について、やむにやまれぬ政府の利益ではないと判断されている。このことが何を意味するのかについては、さらに検討を加える必要がある。この点について考察することで、未成年者保護を目的とした表現規制が許されるのか否かという問題を解決する手がかりとなる可能性があると考えられるため、以下では、この二つの正当化事由についてももう少し考察したいと思う。

⁵⁸⁰ ただし、児童ポルノの事例については、規制根拠は異なる。

第4節 「未成年者を有害な表現から保護すること」および「親権の行使を補助すること」

第1項 「未成年者を有害な表現から保護すること」への疑問

第二部における判例の展開において確認したように、Ginsberg 判決以降も、性的に露骨な、あるいは下品な表現から未成年者を保護することを目的とした表現規制の合憲性が争われ、その度に政府はそのような表現から子どもを保護するという利益について主張してきた。しかし、そこでの議論は、もっぱら当該規制が、そのような表現から子どもを保護するという目的を達成するために、厳密な整合性を有するか否かという点に焦点が当てられ、当該規制を行う政府の目的が、子どもに対して道徳的な教育を行う親を援助することにあるのか、それとも、子どもの道徳的な発達をコントロールするという政府自身の利益であるのか不明確であった。それゆえ、アメリカ連邦最高裁は、この政府の規制目的が不明確な点について、これまで十分に議論してこなかったという指摘がなされている⁵⁸¹。しかし、ここ近年、未成年者保護を目的とした表現規制における正当化事由について疑問を呈し、特に、有害な表現から子どもを保護するという独立した政府の利益が、やむにやまれぬものといえるのか否かについて議論している判例がみられるようになった。それが Playboy 判決より5年前の Action for Children's Television v. Federal Communications Commission (以下、ACT III とする)である⁵⁸²。同判決は、下級審判決であるものの、その反対意見において、Ginsberg 判決以降、当然のように提示されていた未成年者保護を目的とした表現規制における正当化事由について疑問を呈し、これまでにない議論を展開した。

ACT III 判決では、ラジオやテレビの放送局が深夜から午前6時までの時間帯に下品な番組(indecent materials)を放送(channel)することを要求した、FCCの施行規則に沿って制定された法律の合憲性が争われた。問題となったFCCの規則は、表現内容に基づく規制であることから厳格審査基準に資するものとされた。同規則は、親の監督を容易にし(facilitating parental supervision)、子どもの「倫理的および道徳的な発達」を保護するという政府の目的を達成するように厳密な整合性を有していたため、厳格審査基準を満たし、結論として合憲と判断された。法廷意見は、これまでの下品な表現規制の事例と同様に、「親権行使の補助」と「子どもの福祉を保護すること」という二つの政府の利益を容認しているが、この点につき、法廷意見は、政府には、性的な表現が子どもに有害であるという経験的な証拠を提供する義務はなく、道徳的な市民を輩出するという政府の役割は、民主的自治の重要な側面であるということを強調し、明らかに子どもの福祉を保護するという独立した政府の利益の

⁵⁸¹ Ashutosh Bhagwat, *supra* note 284, at 678.

⁵⁸² Action for Children's Television v. FCC, 58 F.3d 654 (D.C. Cir. 1995).

方を重視した⁵⁸³。また、法廷意見は、この二つの政府の利益は互いに緊張関係にあるのではなく、「補完的」なものであるとの見解を示した⁵⁸⁴。

一方、ACT III 判決において反対意見を執筆した Edwards 裁判官と Wald 裁判官は、法廷意見とは異なり、法廷意見がやむにやまれぬものと判断した政府の利益のうち、「子どもを有害な表現から保護する」という利益について、異議を唱えている。特に、Edward 裁判官は、昼間に下品な放送番組を全面的に禁止することは、子どもを保護するという政府の利益を促進することに異論はないが、その一方で、子どもには下品な放送番組を見せるべきではないという FCC の見解を、すべての親が正確に理解しない限り、親の監督を促進することはできないため、この事件のコンテクストでは、法廷意見が依拠した二つの利益は必然的に互いに相反するものであると説示した⁵⁸⁵。つまり、子どもに何を見せるかの判断は第一義的に親が行うことであるため、下品な表現であろうと親が見せても良いと考えている場合においては、当該規制は親の教育権を侵害しているということになるというのである。また、政府の独立した利益について、同裁判官は、性的に露骨な表現にさらされることが子どもにとってどのような悪影響を及ぼすのかということを経験的に証明するという責任を政府が果たしていないと判示した⁵⁸⁶。同様に、Wald 裁判官は反対意見の中で、政府が性的な表現に子どもがさらされたことによって引き起こされる害悪を立証できていないことから、「本件における政府の第一の関心は、子どもの親の監督を容易にすることにありに違いない」と指摘し、さらに、同裁判官は、「政府が、昼間の時間帯に親が子どもを十分に監督できないことを証明できなかったため、政府は昼間の放送を全面的に禁止する必要があるのか、あるいは昼間の放送を全面的に禁止することが、目的との関連性において厳密な整合性を有していることを立証できなかった」と説示した⁵⁸⁷。以上のように、ACT III 判決における法廷意見と反対意見の相違は、Ginsberg 判決やその後の類似した裁判で裁判所が依拠してきた二つの政府の利益の関係性をどう捉えるかという点にあるといえるだろう。Ginsberg 判決以降、裁判所はこの二つの利益の関係性について深く議論することがなかったが、同判決以降の下品な表現規制の合憲性が争われた判例⁵⁸⁸の展開を概観すると、この二つの利益はそれぞれ別個の利益ではなく、補完的なものとして捉えられ、少なくとも相反するものとして

⁵⁸³ *Id.* at 662-63.

⁵⁸⁴ *Id.* at 663.

⁵⁸⁵ *Id.* at 678-79 & n.29 (Edwards, C.J., dissenting).

⁵⁸⁶ *Id.* at 680-82.

⁵⁸⁷ *Id.* at 686-88. (Wald, J., dissenting).

⁵⁸⁸ 本稿第二部において取り上げた判例以外では、*Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC*, 492 U.S. 115 (1989)があげられる。

は捉えられていないように思われる。

他方で、ACTIII判決から5年後、アメリカ連邦最高裁においても、Ginsberg判決において提示された二つの政府の利益について、議論がなされることとなった。Playboy判決⁵⁸⁹において問題となった1996年電気通信法第505条⁵⁹⁰（以下、§505とする。）は、ケーブルテレビ事業者が「主に性的指向の番組専用」チャンネルを「完全にスクランブルをかけるか、またはその他の方法で完全に遮断」すること、または、行政規制によって午後10時から午前6時という、子どもが視聴しにくい時間帯に送信を制限することを義務づけていた。しかし、完全なブロックは経済的に実現不可能であったため、大規模なオペレーターの大多数は、対象となる番組のタイムチャンネル化を選択せざるを得なかった。法廷意見を執筆したKennedy裁判官は、§505とは別に、§504が§505と同じ目的を達成するための、より制限的でない手段を提供していたことから、§505が信号漏れを介して子どもが性的な画像や音声にアクセスすることに対する親のコントロールを容易にするという、やむにやまれぬ利益を達成するような厳密な整合性を有してはいないとし、§505を違憲と判示した⁵⁹¹。同判決において留意すべき点は、Ginsberg判決において提示された二つの政府の利益のうち、有害な表現から子どもを保護するという利益について、政府が主張していないため、法廷意見はこの利益についての判断をしていないということである。ただ、法廷意見は、子どもを有害な表現から保護するという政府の利益について、親が子どものために行動することができない場合にのみ、このような利益が関連する可能性があるとして述べており、有害な表現から子どもを保護するという政府の利益だけでは表現規制を正当化することはできないと判示している⁵⁹²。

以上のような法廷意見に対し、同判決において反対意見を執筆したBreyer裁判官は、§505を合憲と判示する際に、子どもを保護するという政府の利益に強く依拠し、一方で、§504における自主的なブロック・メカニズムについては、子どもたちを保護するという政府のやむにやまれぬ利益を「全く促進するものではない」と指摘した⁵⁹³。Ginsberg判決において提示された二つの政府の利益に関する、Kennedy裁判官による法廷意見とBreyer裁判官による反対意見との相違を確認すると、この意見の相違が§505の合憲性の判断に影

⁵⁸⁹ United States v. Playboy Entertainment. Group, Inc., 529 U.S. 803 (2000).

⁵⁹⁰ The Telecommunications Act of 1996 § 505, 47 U.S.C. § 561(1996).

⁵⁹¹ *Id.* at 825-26.

⁵⁹² *Id.* at 825.

⁵⁹³ *Id.* at 842-43. 「親の同意がない場合」や「親の監督がない場合」に子供が性的なものを見るのを防ぐための利益と記述することで、独立した政府の利益の存在とその強さについては、反対意見でさえも多少曖昧にしていることが認められる。

響しているということが考えられるが、Playboy 判決においては、法廷意見も反対意見も子どもを保護するという政府の利益について、曖昧な見解を示しているとの批判がなされている。例えば、Bhagwat は、Kennedy 裁判官における法廷意見について、同裁判官は、子どもを保護するという政府の利益について否定しているように思えるが、そのような利益が存在しないということについて同裁判官は明確に述べておらず、政府が、見聞の広い (well-informed) 親が子どもを保護することを怠っていたことを証明することができれば、親の代わりに政府が有害な表現から子どもを保護することができるという可能性を残しているように思えると指摘している⁵⁹⁴。また、Bhagwat は、Breyer 裁判官による反対意見についても、同裁判官が有害な表現から子どもを保護するという独立した政府の利益について強調しているにもかかわらず、そのような利益は親の同意や監督なしに子どもが性的な表現にさらされた場合にのみ存在すると述べており、発言内容が曖昧であると指摘している⁵⁹⁵。さらに、Bhagwat は、法廷意見も反対意見も真に的を射ておらず、それ自体が全く分析に欠けており、有害な表現から子どもを保護するという政府の利益が、やむにやまれぬ利益といえるのか否かについて、十分審理していないと批判している⁵⁹⁶。そして、有害な表現から子どもを保護するという政府の利益が、やむにやまれぬ利益といえるのか否かという問題は、Ginsberg 判決以降、未成年者保護を目的とした表現規制の合憲性判定基準として厳格審査基準を適用した事例において、十分審理されてきたとはいえず、この問題について、裁判所がどのように解決すべきなのかという分析的枠組みを提供しない限り、この問題は解決できないと Bhagwat は主張している⁵⁹⁷。

では、Playboy 判決以降、未成年者保護を目的とした表現規制が問題となった事例において、上記の問題点に裁判所は着手したのであろうか。下品な表現規制の合憲性が争われた事例ではないが、有害な表現から子どもを保護するという政府の利益がやむにやまれぬ利益といえるのか否かについて検討している事例として、暴力的内容のビデオゲームの子どもへの販売等を規制する州法の合憲性が争われた Brown 判決⁵⁹⁸があげられる。同判決が下される以前のいくつかの下級審判決において、州は子どもを暴力的内容のビデオゲームから保護するという、やむにやまれぬ利益を有すると主張していた。これに対し、アメリカ連邦控訴裁は、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

⁵⁹⁴ Ashutosh Bhagwat, *supra* note 284, at 682.

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ *Id.* at 682-83.

⁵⁹⁷ *Id.* at 683.

⁵⁹⁸ *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 564 U.S.768 (2011).

り、当該規制が厳格審査基準に資するものと述べた上で、州に対し暴力的内容のビデオゲームが子どもに悪影響を及ぼしているという、害悪の立証を求めたが、州はその立証に失敗したため、同連邦控訴裁は、当該規制が合衆国憲法修正 1 条に違反すると判示した⁵⁹⁹。また、Video Software Dealers Association v. Webster において、第 8 巡回区アメリカ連邦控訴裁は、政府が子どもに不適切と考える思想やイメージから子どもたちを保護するという理由だけで、子どもにとってわいせつではない言論を規制することはできず、政府が子どもに与える悪影響を理由に言論を規制するためには、政府が防ごうとしている害悪の正確な性質を明らかにしなければならないことを明らかにした⁶⁰⁰。

その後、暴力的内容のビデオゲームの規制のコンテクストにおいて、有害な表現から子どもを保護するという政府の利益がやむにやまれぬ利益といえるのか否かについて、アメリカ連邦最高裁においても判断されることになり、Brown 判決において、アメリカ連邦最高裁は、暴力的内容のビデオゲームが合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論であるという判決を下した。この Brown 判決において、法廷意見を執筆した Scalia 裁判官は、先述した Webster 判決と同様、Erznoznik 判決を引用し、国家が子どもを保護する正当な権限を有していることに間違いはないが、この権限には、子どもたちがさらされる可能性のある思想を自由に制限する権限までは含まれておらず、「立法機関が子どもに不適切と考える思想やイメージから子どもたちを保護するという理由だけで、子どもにとってわいせつではない言論を規制することはできない⁶⁰¹」と説示した⁶⁰²。そして、Scalia 裁判官は、「暴力的内容のビデオゲームから未成年者を保護するという目的について、政府が害悪から子どもを保護することにつき、立法権限を有していることに疑いはないが、その権限には、子どもに向けられた思想を自由に規制する権限までは含まれておらず、暴力的内容のビデオゲームと未成年者に対する害悪との直接的因果関係について州が立証できない限り、州の規制目的はやむにやまれぬものとはいえない」と判示した⁶⁰³。ところで、これら暴力的内容のビデオゲームの規制の合憲性が争われた事例において、裁判所は、暴力的内容のビデオゲームから子どもを保護するという州の目的が、やむにやまれぬものといえるか否かを判断する際、暴

⁵⁹⁹ See, e.g., Video Software Dealers Association v. Webster, 968 F.2d 684 (8th Cir. 1992) ; American Amusement Machine Association v. Kendrick, 244 F. 3d. 572 (7th Cir. 2001); James v. Meow Media, Inc., 300 F.3d 683 (6th Cir. 2002) ; Interactive Digital Software Association v. St. Louis County, 329 F. 3d 954 (8th Cir. 2003); Video Software Dealers Association v. Schwarzenegger, 556 F. 3d 950 (9th Cir. 2009).

⁶⁰⁰ Webster, 968 F.2d 688.

⁶⁰¹ Erznoznik ,422 U.S. at 213-14.

⁶⁰² Brown, 564 U.S. at 794-95.

⁶⁰³ *Id.* at 799.

力的内容のビデオゲームと未成年者に対する害悪との因果関係の立証を州に要求している。この点については、先述した下品な表現規制の合憲性が争われた ACTIII判決における Edward 裁判官による反対意見においても言及されていた。そこで、以下では、害悪の立証の必要性について検討を加えていく。

第2項 害悪の立証の必要性

下品な表現規制における合憲性が争われた ACTIII判決や、暴力的内容のビデオゲームの規制の合憲性が争われた Brown 判決および Webster 判決をはじめとした下級審判決が示していたように、有害な表現から子どもを保護するという政府の利益がやむにやまれぬ利益であるといえるためには、当該言論が子どもに与える害悪の存在を政府側が立証しなければならない。その際、裁判所は当該言論が子どもに害悪を与えるという科学的実証研究の結果をもとに判断するものと考えられ、この方法を用いることで、少なくとも裁判官の恣意的な判断は回避することができるといえよう。しかし、この判断方法も完全なものではないことに注意すべきである。この点、未成年者保護を目的とした表現規制に批判的な論者は、下品な表現が子どもに有害であるという立証が不十分であり、そのような立証がなされたとしても、その立証が当該表現を規制するのに決定的な要因とはならないと批判する。例えば、Catherine J. Ross は、単に思い込みではなく、害悪が実際に存在するという証拠、すなわち、言論と害悪との間に因果関係があることを政府が立証しなければならず、加えて、当該規制が「直接的かつ物質的な方法で」害悪を軽減するものであることについても政府が立証しなければならないと説くが、下品な表現規制の支持者は、要求されている具体的な害悪との関連性をいまだに特定していないと指摘する⁶⁰⁴。そして、Ross は、やむにやまれぬ利益を司法的に認定するのに必要な害悪を立証するために、言論規制の支持者は、まず、彼らが規制したいと考える言論が実際にかんりの数の子どもたちに届いていることを証明するとともに、その言論がそれを受け取った子どもたちに与える具体的な害悪を特定する必要があると説く⁶⁰⁵。これらの証明はいずれも、害悪が実際に存在するかどうか、それとも単に思い込みであるかどうかという点に直接関係しているといえるが、裁判所はこれまで上記の要件を軽視してきたと、Ross は批判している⁶⁰⁶。以上のように、Ross は、下品な表現（性的に

⁶⁰⁴ Catherine J. Ross, *Anything Goes : Examining State's Interest in Protecting Children from Controversial Speech*, 53 VAND. L. REV. 427, 429, 501-2 (2000) .

⁶⁰⁵ *Id.* at 502.

⁶⁰⁶ *Id.* at 503. さらに、Ross は、政府が子どもにとって有害であるという理由で、表現を規制する際、害悪の立証を要求されるが、それについて十分な立証がなされたことはなく、それにもかかわらず有害な表現から子どもを保護するという目的のもとで表現規制が

露骨な表現) が子どもに有害であるということを政府が立証することはほぼ不可能であるとの考えを示している⁶⁰⁷。しかし、性的表現物の有害性を立証している証拠がないということは、逆をいえば害悪を否定する証拠もないということがいえるのではないだろうか⁶⁰⁸。他方で、そもそも、後述する暴力的内容のビデオゲームの場合とは異なり、性的で、下品な表現が子どもに与える悪影響を立証するために、子どもをそのような言論にさらすこと自体、倫理的な配慮から不可能であるといえ、そのような理由により、下品な表現が子どもに与える影響を示す調査結果はほとんど存在しないと指摘する論者もいる⁶⁰⁹。

一方、暴力的内容のビデオゲームが未成年者に与える影響については、数多くの実証的研究がなされており、未成年者保護を目的とした表現規制を支持する論者は、暴力表現が暴力行為を生むという決定的な証拠が立証されていると主張し、実証的研究の結果を評価している。例えば、Kevin W. Saunders は最近の研究報告書を要約し、メディアの暴力と現実世界における攻撃性に関連性があることは明らかであると主張している⁶¹⁰。これに対し、Ross は、社会学者たちがメディアの中の暴力と現実世界の暴力行為との関連性を指摘しているが、彼らは暴力の描写にさらされることが反社会的行動を引き起こし、あるいはその一因となっているという因果関係の立証までは行っていないと批判している⁶¹¹。いずれにせよ、害悪の実証的研究の数が豊富であっても、そのことは当該表現を規制するのに決定的な要因とはならないようである。

第3項 有害な表現から子どもを保護するという利益はやむにやまれぬ利益といえるのか

前項において、有害な表現から子どもを保護するという政府の利益がやむにやまれぬ利益であるといえるためには、当該表現が子どもに与える害悪の存在を政府側が立証しなければならず、その表現の有害性を政府側が立証しない限り、その規制は許容されないということ論じた。つまり、裁判所は、未成年者保護を目的とした表現規制の合憲性を判断する上で、規制される言論が有害か否かを判断することが一つの重要なポイントであるといえ、先に触れた ACTIII 判決や Brown 判決においても、裁判所は当該言論と未成年者に対する害

許容されることになると、「未成年者にとって有害」な表現以外の表現をも国家が自由に規制することを可能にしてしまい、場合によっては成人の表現の自由を侵害する規制が許容されるおそれがあるという点を危惧している。

⁶⁰⁷ *Id.* at 504.

⁶⁰⁸ Alan E. Garfield, *supra* note 575, at 608.

⁶⁰⁹ Amitai Etzioni, *supra* note 265, at 38.

⁶¹⁰ KEVIN W. SAUNDERS, *supra* note 260, at 45.

⁶¹¹ Catherine J. Ross, *supra* note 604 at 506.

悪との因果関係について州が立証できない限り、州の規制目的はやむにやまれぬものとはいえないと判示していた。しかし、前項において検討したように、規制される言論と子どもに対する害悪との因果関係を立証することは、特に下品な表現規制の場合は不可能に近く、そうであるならば、政府はいかなる理由に基づき当該言論を規制しているのだろうか。

この点、Bhagwat は、そもそも有害な表現から子どもを保護するという利益が、やむにやまれぬ利益といえるのか、疑問を呈している。Bhagwat は、まず下品な表現規制の正当化事由として、Ginsberg 判決に依拠すること自体問題であると指摘する⁶¹²。Ginsberg 判決は、子どもにとってはわいせつな表現の規制が問題となった事例であり、合衆国憲法修正 1 条によって保護される言論である下品な表現の事例とは質的に異なる上、同判決においては合理性の基準に基づき、当該規制の合憲性が判断されていることから、厳格審査基準ややむにやまれぬ利益とは無関係であると説示する。加えて、Bhagwat は、性的に露骨なものにさらされることによって引き起こされる子どもへの精神的害悪に関する証明は不可能であるという点を指摘し、それゆえ、Ginsberg 判決において、アメリカ連邦最高裁は、問題となっている表現物が子どもに「有害である」ということに基づくのではなく、子どもの「倫理的・道徳的発達」に関する懸念をもとに、子どもを保護するという独立した政府の利益について判断していると Bhagwat は述べる⁶¹³。一方で、Bhagwat は、下品な表現に対する規制においても、害悪の立証が不可能であることから、政府は、子どもの倫理的・道徳的発達に関する懸念に基づき、有害な表現から子どもを保護するという政府の利益を主張しているのは明らかであると指摘しながらも⁶¹⁴、倫理的・道徳的な問題については、その性質上、経験的・科学的な立証を行うことは不可能であり、むしろ、その答えは見る者の主観に左右されるため、子どもを保護するという政府の主張する利益に対して、害悪の立証を求めることは妥当ではないと論じる⁶¹⁵。加えて、Bhagwat は、道徳的に徳のある市民を増やすための一歩として、下品な表現へ子どもたちがアクセスすることを規制することによって、道徳的・倫理的価値観を子どもたちに植え付けるといふ、正当な、あるいはやむにやまれぬ利益を政府が有しているのか否かという問題に裁判所が真剣に取り組んでいないと指摘している⁶¹⁶。

このように、下品な表現に関する事例が提起した問題は、非常に複雑で議論の余地があることは明らかであると Bhagwat は述べる。そして、政府が身体的虐待やネグレクトという

⁶¹² Ashutosh Bhagwat, *supra* note 284, at 685.

⁶¹³ *Ibid.*

⁶¹⁴ *Ibid.*

⁶¹⁵ *Ibid.*

⁶¹⁶ *Ibid.*

意味での「危害」から子どもを守ることができるということは広く受け入れられているのに、対し、政府が市民の倫理や道徳に責任を持つということは、はるかに議論の余地があるが、ほとんどの人は、コンテキストによっては、国家が倫理的・道徳的価値観を植え付けるために、例えば、公教育の提供や公的資金の受領条件の設定などにおいて、強く正当な利益を有することは間違いないと認めるだろうと Bhagwat は論じた上で、そこで問題となるのは、私的な言論の検閲を正当化するために、そのような利益が適切に展開されているかどうかということである、と Bhagwat は説く⁶¹⁷。そして、Bhagwat は、この問いについて検討する上で、主張された政府の利益を評価する際に、問題となっている憲法の規定が何であるかが重要であり、問題となっている憲法の規定は、政府の利益を評価する上で関連性があるだけでなく、決定的なものでなければならぬと主張する⁶¹⁸。続けて、Bhagwat は、現在のアメリカ連邦最高裁の憲法上の原則について、国家と個人との間の紛争は、個人の憲法上の「権利」とより広範な利益のためにその権利を制限しようとする社会的利益との間の衝突として説明される傾向があり、憲法上好ましい権利への侵害の程度が大きければ大きいほど、そのような侵害を正当化するための国家の負担は大きくなると説示する⁶¹⁹。そして、この憲法上の原則は、制限を受ける権利がより基本的な権利であればあるほど、行動を正当化するための政府の理由（「正当な」から「重要な」から「やむにやまれぬ」へ）を段階的に強く要求するという方法で、司法審査において取り入れられているが、実際には、このような判断枠組みは誤った判断に導いてしまうおそれがあると Bhagwat は指摘する⁶²⁰。それゆえ、Bhagwat は、特定の法律やその他の政府の行為が合衆国憲法修正 1 条に違反しているか否かを判断する際、政府が言論を制限する正当な政策上の根拠があるか否かではなく、政府の行為が合衆国憲法修正 1 条から派生した何らかの原則に違反しているか否かということが問題とされるべきであると説く⁶²¹。

さらに、Bhagwat は、子どもたちの倫理的・道徳的な成長を促すために、性的に露骨なものから子どもたちを保護するという、政府が主張する利益に対して、上記のような分析が妥当なのか否かについて、検討を加えている。まず、Bhagwat は、好ましくない言論を抑圧することで道徳的な価値観を植え付けようとする国家の利害と、合衆国憲法修正 1 条の定義する原則の一つとして広く受け入れられていることとの間には、明らかに、決定的な矛盾

⁶¹⁷ *Id.* at 685-86.

⁶¹⁸ *Id.* at 686.

⁶¹⁹ *Id.* at 687.

⁶²⁰ *Ibid.*

⁶²¹ *Ibid.*

が生じているように思われると述べる⁶²²。合衆国憲法修正 1 条の基本的な原則の一つに、政府は強制的な手段によって、信条 (belief) の「正統性」を規定してはならないというものがある。West Virginia Bd. of Educ. v. Barnette 判決⁶²³において、アメリカ連邦最高裁は、この合衆国憲法修正 1 条の原則について初めて言及したが、それ以降、アメリカ連邦最高裁は、一貫してこの原則に依拠し、判決を下しており、たとえば、その後の国旗掲揚事件⁶²⁴においても、「一般的な原則として、合衆国憲法修正 1 条は我々が見たり読んだり話したり聞いたりするものを政府が指図することを禁じている」と判示している。また、この原則は、学術的な文献⁶²⁵においても広く支持されていると Bhagwat は述べている⁶²⁶。以上のことから、Bhagwat は、憲法の規定の根本的な目的に直接反する政府の利益は「違法なもの (illegitimate)」であり、したがって、当然ながら「やむにやまれぬもの」ではないことは確かであると述べた上で、言論を抑圧することによって子どもの倫理的・道徳的発達をコントロールすることは、基本的な合衆国憲法修正 1 条の原則に反し、違法であるため、政府が、性的に露骨な表現から子どもを保護するという政府の利益に基づいて、言論を規制することを正当化することはできないと説示するのである⁶²⁷。

ただ、上記の論理は、下品な表現の事例において、国家が「正統的な価値観を強制」しようとする対象が、大人ではなく子どもであるという事実を考慮していない点が問題であり、加えて、「我々が見たり読んだり話したり聞いたりするものを政府が指図してはならない」という合衆国憲法修正 1 条における原則が、子どもに対しても妥当するの否かについては明確ではないと Bhagwat は述べるが、その一方で、Bhagwat は下品な表現規制をめぐる多くの判例が、政府が子どもたちに倫理的・道徳的な害悪を与えると考える価値観や思想から、政府が適切に子どもたちを保護することができるかどうかという問題を提起していると説示する⁶²⁸。

そして、この問題を解決する上で重要なことは、子どもが大人とは異なるということであると Bhagwat は述べる。つまり、我々は、子どもが大人と同じレベルの自律性や同じ範囲

⁶²² *Id.* at 688.

⁶²³ 319 U.S. 624 (1943).

⁶²⁴ *See*, United States v. Eichman, 496 U.S. 310, 315-19 (1990); Texas v. Johnson, 491 U.S. 397, 410.

⁶²⁵ *See*, e.g., Steven G. Gey, *Is Moral Relativism a Constitutional Command?*, 70 IND. L. J. 331, 353 (1995); Elena Kagan, *supra* note 462, at 428-37; Jed Rubenfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 STAN. L. REV. 767, 818-22 (2001).

⁶²⁶ Ashutosh Bhagwat, *supra* note 284, at 688.

⁶²⁷ *Ibid.*

⁶²⁸ *Id.* at 699.

の「権利」を享受していないことを広く受け入れており、特に、親、法定後見人、そして状況によっては国を含む他者が、大人には想像もつかない方法で子どもを強制する力を有していることを我々は受け入れていると Bhagwat は説くのである⁶²⁹。そして、このような子どもと大人の違いを考慮した上で、先に確認した合衆国憲法修正 1 条における原則が子どもにも妥当するの否かについて、Bhagwat は、Erznoznik 判決を引用し、政府は、政府が支持しない思想から子どもを保護する無限の力を有するわけではないと述べ、合衆国憲法修正 1 条における原則がある程度、子どもにも妥当することをアメリカ連邦最高裁も認めていると説示した⁶³⁰。また、暴力的内容のビデオゲームの規制の合憲性が争われた Kendrick 判決において、Posner 裁判官は、情報にアクセスできないような状況下で子どもが育てられれば、子どもたちは自立心のある大人や責任ある市民にはなりにくいため、子どもたちには情報へのある程度のアクセスが提供されなければならないと指摘している⁶³¹。

しかし、その一方で、Bhagwat は、合衆国憲法修正 1 条の中心的な目的の一つが、政府は検閲を利用して自分たちの政治的・道徳的価値観を国民に押し付けることを防ぐことだとしても、アメリカ連邦最高裁は、性的に露骨な言論を他の言論とは異なるものとして明確に扱ってきたことから、下品な表現規制に関する問題が完全に解決されるわけではないと説く⁶³²。つまり、Bhagwat によれば、性的な言論のコンテキストでは、成人に関する場合でもわいせつ表現の規制のように、表現内容に基づく規制が許容されているが、その他のコンテキストにおいては、政府が好ましくない言論であることを理由に、その言論を規制することは許されておらず、性的なものに対するこのような差別的な扱いを考えると、政府は、他の思想やイメージよりも、性的指向の思想やイメージから子どもを保護するために、より大きな力を有している可能性があるという⁶³³。結局のところ、なぜ性的な言論が他の言論よりも

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ Erznoznik, 422 U.S. at 213-14. Erznoznik 判決において、法廷意見を執筆した Powell 裁判官は、「青少年に対するわいせつな言論でも、その他の合法的な禁止事項でもない言論は、立法機関が青少年にふさわしくないと考える思想やイメージから青少年を保護するためだけに抑圧することはできず、ほとんどの状況において、政府が未成年者への情報の流れを規制しようとする場合でも、合衆国憲法修正 1 条によって保護されている価値観は大人と同様に適用される」と判示した。

⁶³¹ Kendrick, 244 F.3d, at 577.

⁶³² Ashutosh Bhagwat, *supra* note 284, at 690-91.

⁶³³ *Id.* at 691. 一方で、この点につき Garfield は、わいせつ表現や営利的表現に関するアメリカ連邦最高裁判決について、表現の価値判断を行っているが、このように裁判所が言論に格付けをするという考え方は、どの言論が保護に値するかを裁判官が決めるということと同じことであり、政府がどの思想を支持するかを選択してはならないという合衆国憲法修正 1 条における基本原則とは全く対照的なものであるが、その一方で、裁判所は言論

はるかに大きな州の規制の対象とならなければならないのかについて、アメリカ連邦最高裁は明確な答えを出したことはなく、性的な言論を好ましくない言論として扱うことは、文化的にも判例の中でも確立されすぎていて、異議を唱えることは不可能であると Bhagwat は説くのである⁶³⁴。

では、下品な表現に対する規制は許容されるべきなのであろうか。この点につき、Bhagwat は、この問題を解決するためには、親と国家の相対的な役割について検討するのが得策であると述べる。特に、政府が未成年者の養育を管理する場合には、そのことを念頭に置くべきであり、殊に、好ましくない言論へのアクセスを制限することによって、二つの異なる憲法上の原則、または権利が関連していると Bhagwat は説く⁶³⁵。つまり、政府が好ましくない言論へのアクセスを制限することで、まず政府は子どもの言論へのアクセスを直接妨害し、さらに、政府は子どもの道徳的・知的発達と育成を第一に管理する親の権利をも妨害している可能性があるとして Bhagwat は指摘するのである⁶³⁶。この親の権利は、アメリカ連邦最高裁によって憲法上保護されている。第 10 章第 1 節において概観した Meyer 判決 と Pierce 判決 において、アメリカ連邦最高裁は、政府が広範な権限を有していることは明らかであるが、個人が一定の基本的権利を有している以上、それらの権利は尊重されなければならないと判示しており⁶³⁷、これらの判例から、合衆国憲法修正 1 条の原則は、成人市民が政治的・道徳的問題について自ら判断する能力を有しているという前提に基づくものであり、それゆえ、政府は、それらの判断に影響を与えるために言論を抑圧してはならないということを示唆していると Bhagwat は論じる⁶³⁸。一方で、子どもについては、政治的・道徳的問題について自ら判断する能力や適性が十分備わっていない者もいるであろうから、政府が子ど

の価値判断を行うことから完全に逃れることができおらず、裁判所は、未成年者保護を目的とした表現規制についても言論の価値判断を行わなければならないかもしれないと論じている。つまり、たとえすべての両親が子どもの言論へのアクセスを禁じるべきであるということに同意したとしても、政府が政治的言論を規制することは憲法上の審査を通過しないであろうし、他方で、わいせつ表現ではないが下品な表現のような「低価値」言論の規制については、合憲とされうる可能性があることから、裁判所は規制されている言論の相対的な価値を考慮するほか仕方がないことを示唆している、と Garfield は説く。Alan E. Garfield, *supra* note 575, at 615-16, 621-22.

⁶³⁴ Ashutosh Bhagwat, *supra* note 284, at 691.

⁶³⁵ *Id.* at 692.

⁶³⁶ *Ibid.*

⁶³⁷ Meyer 判決において、アメリカ連邦最高裁は、親の教育の権利を侵害しているとして外国語教育を制限する立法を、また Pierce 判決では、親の学校選択の自由を侵害しているとして親が子どもを公立学校に通わせることを義務づけた法を無効と判断した。

⁶³⁸ Ashutosh Bhagwat, *supra* note 284, at 692-93.

もの情報や言論へのアクセスをある程度コントロールすることは避けられないが、性的であろうとなかろうと、未成年者の「不適切な」言論へのアクセスをコントロールする権限は、第一義的に親に与えられており、合衆国憲法修正1条が、子どもの倫理的・道徳的な発達を抑制するために政府が言論を抑圧することを禁じていることは明らかであると Bhagwat は説示する⁶³⁹。

第4項 親権行使を補助するという利益

ところで、未成年者保護を目的とした表現規制における正当化事由としてあげられる政府の利益には、親権行使を補助するという利益もあり、この利益について否定的な見解を示す論者もいるが⁶⁴⁰、アメリカ連邦最高裁は、親権行使の補助という利益については認めており議論の余地がないとされている。実際、アメリカ連邦最高裁は、1923年の Meyer 判決において、親は子どもの教育を恣意的な国家介入から自由に制御することに自由な利益を持っていると判示し、同判決以降、子どもの養育をコントロールする親の権利に独立した憲法上の意義を認めてきた⁶⁴¹。子どもの養育を管理する親の権利が憲法上の地位を有するのであれば、政府がその権利の行使を容易にするためにやむにやまれぬ利益を有するのは当然のことであると思われる。そして、またほとんどの裁判所もそのように理解しているようである。

しかし、子どもの養育をコントロールする親の権利が憲法上認められているからといって、州が親権行使の補助を理由に表現規制を行う必要性はないといえよう。たとえば、Wisconsin v. Yoder⁶⁴²において、反対意見を執筆した Douglas 裁判官は、「アーミッシュの子どもが高校に通うことを希望し、その希望を尊重してもらうために十分に成熟している場合、政府は親が宗教的な動機に基づき、子どもの意思に反対したとしても、その親の意思を無効にすることができるかもしれない」と説示しており⁶⁴³、その他の裁判官も、この点につ

⁶³⁹ *Id.* at 693.

⁶⁴⁰ たとえば、Catherine J. Ross は、家族間の不均質性のために、親の監督を容易にすることにより、一般的に言論規制を正当化することはできないと主張している。Catherine J. Ross, *supra* note 604, at 472-93. また、Posner 裁判官も、議論の余地のある

(controversial) 表現への子どものアクセスを制御するために政府の援助を求める親の権利には、ある程度の制限が必要であると主張している。Kendrick, 244 F.3d, at 577.

⁶⁴¹ 最近の事例としては、Troxel v. Granville, 530 U.S. 57 (2000) において、アメリカ連邦最高裁は、子どもに無制限の面会権を与える法律は、「子どもの世話、親権、管理」に関する親の憲法上の権利を侵害している判示している。

⁶⁴² Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972).

⁶⁴³ *Id.* at 242 (Douglas, J., dissenting in part).

いて、Douglas 裁判官と同様の疑問を呈した。このことから、親のコントロールを容易にするために言論を規制しようとする政府の利益は、あいまいな根拠に基づいており、また、親が子どもの思想へのアクセスを否定するのを手助けすることが、州の正当な権限行使であるかどうか不明確である⁶⁴⁴。よって、裁判所は親が実際にこのような政府による援助を必要としているかどうかを考察しなければならないであろう。たとえば、Pacifica 判決⁶⁴⁵において反対意見を執筆した Brennan 裁判官が、「7つの『汚い言葉』を用いる Carlin の態度は健全なものであり、Carlin の言葉にまつわるタブーを和らげる方法を子どもに見せてほしいと望む親もいる⁶⁴⁶」と指摘しているように、たとえこのような親権行使に対する補助を、未成年者保護を目的とした表現規制を正当化する根拠として裁判所が採用するとしても、裁判所は親が実際にこのような政府による援助を必要としているかどうかを検討しなければならない。常に子どもに付いて監視することはできないという理由から、たいていの親は子どもが有害な表現にさらされないように政府の援助を求める可能性が高いが、その一方で、政府による援助を必要としない親の存在も無視してはならないといえよう。ここで重要なことは、子どもを養育する権利および義務はまず第一に親に帰属するものであり、その親の役割と自由に対し政府が介入すべきではないということである。したがって、政府は、親が支持しない言論に子どもが触れることを規制したいと願う親を支援することについては、正当かつやむにやまれぬ利益を有しており、このような利益は合衆国憲法修正1条に抵触することはなく、憲法の原則に支えられているが、その一方で、政府による表現規制を必要としない親について、同規制は、彼らの子どもを養育する権利を侵害するものといえるため、仮に、すべての親がゲームセンターで子どもたちを監視したり、あるいは家庭内のテレビにVチップを導入したり、PCにフィルタリング・ソフトをインストールすることができれば、政府による表現規制は不要ということになろう⁶⁴⁷。ただ、経済的な理由などで、

⁶⁴⁴ Alan E. Garfield, *supra* note 575, at 617. この点につき、Catherine J. Ross は、いつ、子どもの言論へのアクセスに対する利益が、子どもの言論へのアクセスを拒否するという親の利益よりも優先されるべきなのかを説明しなければならないと主張している。

Catherine J. Ross, *An Emerging Right for Mature Minors to Receive Information*, 2 U. PA. J. CONST. L. 223, 227-33.

⁶⁴⁵ 社会風刺家である George Carlin が用いた7つの汚い言葉を放送したラジオ番組を、下品な放送番組であると認定した FCC の決定が、合衆国憲法修正1条に違反するか否かが争われた事件。

⁶⁴⁶ *Pacifica*, 438 U.S. at 770.

⁶⁴⁷ 下品な表現については、Vチップの導入やフィルタリング・ソフトをインストールすることが考えられるが、たとえば、暴力的内容のビデオゲームについては、州による規制がなされる以前より、業界団体によるレーティングシステムが導入されていたことから、親はそのレーティングを基に子どもに適切なビデオゲームを提供することが可能であった

上記のような手段を講じることのできない親もいる可能性があるため、そうである以上は、親権行使の補助を目的とした表現規制を完全に否定することはできないのではないだろうか。

第5項 日本法との比較

岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決の多数意見は、有害図書の有害性について社会の共通認識であることを認めているが、その一方で、社会の共通認識が有害図書の有害性を示していることと因果関係の立証の要否については論じていない。このことから、有害図書の有害性を根拠に当該表現を有害図書類として規制していることは疑わしく、当該表現が不快であるという主観的な理由に基づき規制している可能性もあるといえるだろう⁶⁴⁸。

他方で、伊藤正己裁判官はその補足意見において、有害図書が青少年に悪影響を及ぼすという科学的証明がなされておらず、規制目的には立法事実を欠くという学説上の指摘をあげながらも、有害図書が青少年に及ぼす悪影響については因果関係の立証までは必要ないと説示している。害悪の立証の有無については、先に確認したようにアメリカ連邦最高裁においても議論されており、日本の学説においても、そもそも因果関係の立証自体が困難ではないのかという見解⁶⁴⁹や「厳密な科学的証明」までは必要ないとしても、一定の科学的証明がなされるべきであるという見解があり⁶⁵⁰、意見の一致がみられていない。加えて、日本における青少年保護育成条例における有害図書類の規制が有する問題点は、(わいせつではないが)性的な表現と暴力的内容の表現とを区別していないということである。アメリカにおいては、これらの表現は区別されており、日本における有害図書類規制においては、下品な表現についても性的な表現の一つとして規制されているように思われるが、この下品な表現についても、アメリカにおいては、大人にとってわいせつではないが子どもにとってはわいせつな表現と区別されている。アメリカにおいて、このような表現類型による区別は、合衆国憲法修正1条によって保護される言論か否かということ、および当該規制の合憲性を判断する上で重要となるが、加えて、因果関係の立証が可能か否かという点でも重要であるといえる。たとえば、性的な表現や下品な表現については、そのような表現に子どもをさらし、子どもにどのような影響が生じるのかを調査すること自体、倫理的・道徳的に非難され

ため、Brown 判決では、政府により主張されていた親権行使の補助という利益は、やむにやまれぬものとはいえないと判示されたといえる。

⁶⁴⁸ この点については、第9章第6節において言及した。

⁶⁴⁹ 松井・前掲注(46)98頁参照。戸松・前掲注(37)42頁参照。

⁶⁵⁰ 横田・前掲注(37)94頁参照。

ることであるため、これらの表現に関する因果関係の立証は実質的に不可能であるとされるが、一方で、暴力的内容のビデオゲームについては下品な表現の場合とは異なり、豊富な実証的研究が存在し、心理学者による研究や米国心理学会(American Academy of Pediatrics)などの複数の専門機関が、暴力的内容のビデオゲームが子どもに与える悪影響を示している⁶⁵¹。ただ、これらの実証的研究について、未成年保護を目的とした表現規制を批判する論者がその研究結果を否定しているが、これらすべての研究結果を否定することには無理があるように思われる。また、因果関係の立証といっても、上記のよう表現類型により因果関係の立証自体が困難である場合もあることを考慮すれば、青少年保護育成条例による有害図書類規制によって規制対象とされる性的な表現と暴力的内容の表現等を一括りに「有害図書類」として規制することには、問題があるといえるのではないだろうか。加えて、因果関係の立証が必要であるとするならば、厳密なものまでは必要がないとしても、一定の科学的証明、つまり相関関係の立証はなされるべきであり、伊藤裁判官のように、「社会の共通認識」という主観的な要素から「相当の蓋然性」があるとの結論を導くのは疑問であろう。

他方で、岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決は、有害図書類規制を正当化する根拠として「性犯罪あるいは非行の誘発・助長の危険性」を念頭においていることが考えられる。実際、有害図書が「青少年の人格形成に与える悪影響」についても、岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決および同判決の伊藤補足意見が言及していた。ところで、未成年者保護を目的とした表現規制に関する事例において、アメリカ連邦最高裁が認定している主要な政府の利益は、「有害な表現から子どもを保護すること」と「親権行使の補助」である。前者は、先に示した有害図書類規制を正当化する根拠としてあげられていた「性犯罪あるいは非行の誘発・助長の危険性」および「青少年の人格形成に与える悪影響」に該当し、規制根拠として日本の裁判所も言及しているが、後者の規制根拠については、日本の裁判所は言

⁶⁵¹ 例えば、暴力的内容のビデオゲームをした子どもの攻撃性を示す研究として心理学者である Craig Anderson と Karen Dill が行った研究をあげることができる。彼らはまず大学生を対象にし、現在ビデオゲームをしているか否か、特に暴力的内容のビデオゲームをしているか否か、そして中学生あるいは高校生の時にそのようなゲームをしたことがあるのかについて質問した。さらに、彼らは学生たちが短気かどうか、肉体的および言葉による攻撃性を有するかどうか、過去の非行についても調査した。その結果、Andersonらは暴力的内容のビデオゲームをすることは、暴力的ではないビデオゲームをすることよりも非行とより強い関連性があるという結論を下した。そして、この研究と同時に、実際に暴力的内容のビデオゲームと暴力的内容ではないそれを学生にしてみようという研究も行っている。その結果、暴力的内容のビデオゲームをした学生の攻撃性がゲームをした後、高まったという研究結果が報告されている。See, Craig A. Anderson & Karen E. Dill, *Video Games and Aggressive Thoughts, Feelings, and Behavior in the Laboratory and in Life*, 78 J. Personality & Soc. Psychol. 772 (2000).

及していない。

日本の裁判所が「親権行使の補助」について言及したことがないのは、いかなる理由なのだろうか。この点、先述したアメリカ連邦最高裁判例における子どもの人権の捉え方を参考にすると、日本の裁判所は、1976年以前のアメリカ連邦最高裁判例のように、子どもを権利主体としてではなく、どちらかといえば保護を受ける客体として捉えられているといえよう。このような子どもの人権の捉え方をすれば、子どもにとって有害な表現であれば、政府が親に先立って当該言論に対する規制を行うことが容認されるということになる。実際、岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決において、最高裁は、有害な表現から子どもを保護することは社会一般の共通認識であるという考えに強く依拠していたように思われる。ここから、最高裁は、子どもを権利主体としてではなく、保護の客体として捉えるとともに、子どもにとって有害な表現であれば、政府が親に先立って当該表現に対する規制を行っても、最高裁は当該規制を容認するという考えに依拠しているといえよう。それゆえ、有害とされる表現を親が子どもに見せたくないが、それがかなわない親の子どもの養育を管理する権利を政府が補助するという、いわゆる「親権行使の補助」は、少なくとも岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決においては採用されていないといえるのではないだろうか。

第11章 子どもの人権の捉え方について—日本の判例および学説の展開—

本章においては、子どもの人権の捉え方および日本の判例および学説の展開について考察し、前章において考察したアメリカ合衆国における議論と比較検討を行いたいと思う。

第1節 憲法学説における子どもの人権の捉え方

第1項 子どもの人権享有主体性

日本の憲法学説において、子どもの人権はどのように捉えられているのであろうか。一般的な憲法の概説書における記述を概観すると、いずれも人権の享有主体に関する記述がなされている部分において、子どもも日本国民である以上、当然に人権享有の主体であるということが述べられている⁶⁵²。それは、基本的人権が「人間がただ人間であることにのみ基づいて当然に」有する権利であるとされることから理解できよう⁶⁵³。しかし、子どもの人権が大人のそれと同様に認められるのかといえばそうではなく、「人権の性質によっては、一応その社会の成員として成熟した人間を主として眼中に置き、それに至らない人間に対しては、多かれ少なかれ特例をみとめることが、ことの性質上、是認される場合もある」として、子どもの判断能力が未成熟であることを理由に、必ずしも成人と同程度の権利を保障されているとは考えられていない⁶⁵⁴。実際、日本国憲法の規定においても、子どもの人権を制限している規定として15条3項の規定があり、同規定は、「公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障する」と定める。他にも日本国憲法には、子女に普通教育を受けさせる義務（26条2項）や児童酷使の禁止（27条3項）という、子どもと成人との別扱いを明示する規定が設けられている。また、法律上にも職業の制限（労働基準法56条以下）、児童福祉法、財産上の行為の制限（民法5条）、飲酒・喫煙の禁止（未成年者飲酒禁止法1条、未成年者喫煙禁止法1条）等、子どもを保護する規定が多く規定されている。

このような子どもの権利に関する保護規定が憲法上および法律上規定されているのは、子どもが未成熟であるためであるといえるが、ただ単に彼らを保護するのではなく、子どもも大人と同じ権利の享有主体として認めているのが、日本の子どもの権利の捉え方であるといえる。子どもの権利の捉え方については、「子どもの権利」論として、日本だけではなく、アメリカ合衆国においても多くの議論がなされてきた⁶⁵⁵。前章2節1項において考察し

⁶⁵² たとえば、宮沢・前掲注（2）246頁、佐藤・前掲注（73）136頁、野中他・前掲注（115）216頁、辻村みよ子『憲法[第2版]』（日本評論社、2004年）155頁等参照。

⁶⁵³ 宮沢・同書77頁参照。

⁶⁵⁴ 宮沢・同書246頁参照。

⁶⁵⁵ 日本における「子どもの権利」論に関する研究においては、憲法学および教育学の観点からなされており、本稿においては、佐藤他編・前掲注（578）42頁以下（米沢執筆部

たように、アメリカ合衆国においては、1899年にイリノイ州において少年裁判所が創設されたことにより、手続面において、成人の刑事司法から分離・独立し、成人とは異なる独自の審判手続が形成され、その後、1920年までにはほぼすべての州で少年裁判所が設立された。この少年裁判所制度においては、非行少年について刑罰を科すのではなく保護処分を行い、当初は非行少年が社会復帰できるように、「子どもの最善の利益」のために治療的処遇を行う福祉的・教育的機関としての少年裁判所制度が目指されていた。このように、非行少年を社会復帰させることと、司法の個別化が少年裁判所における指導理念であるといえるが、この指導理念に基づく少年裁判所制度を正当化する根拠として、「パレンス・パトリエ」思想が用いられた。この当時は、「子どもの権利」といっても、圧倒的に子どもを保護するという点に関心が向けられていた⁶⁵⁶。このような傾向は、1924年に国際連盟が採択した「児童の権利に関するジュネーヴ宣言⁶⁵⁷」や、1959年に国際連合が採択した「児童の権利に関する宣言⁶⁵⁸」においてもみられる。「ジュネーヴ宣言」では、「すべての国の男女は、人類が児童に対して最善のものを与えるべき義務を負う」ことを認め、「児童は、身体的ならびに精神的の両面における正常な発達に必要な諸手段を与えられなければならない」と宣言し、また、「児童の権利に関する宣言」では、「児童は、身体的及び精神的に未熟であるため、その出生の前後において、適当な法律上の保護を含めて、特別にこれを守り、かつ、世話することが必要である」ため、「人類は児童に対し、最善のものを与える義務を負う」ことを謳い、具体的権利に言及した規定が設けられているが、そのいずれもが子どもの「自由」について正面から規定しているものはみられない⁶⁵⁹。加えて、同宣言においては、児童には「特別な保護」が必要であるとの記述がみられ、このことからこの当時の子どもは保護の客体として捉えられていたことが理解できるであろう⁶⁶⁰。

子どもを人権の享有主体であることが広く認められるようになったのは、1967年のGault判決以降である。たとえば、表現の自由の領域においては、1969年のTinker判決において、一人の「人間」として、子どもにも大人と同じ憲法上の権利が保障されていると明示され、生徒の表現の自由を認める判断が下されている。そして、1989年に国連総会において「児童の権利条約」が採択され、その12条において、「締約国は、自己の意見を形成する能

分)、佐藤幸治『現代国家と人権』(有斐閣、2008年)等を参考にした。

⁶⁵⁶ 佐藤・同書198頁参照。

⁶⁵⁷ 宣言の内容については、<http://naga-jinken.c.ooco.jp/shiryo1/geneva.htm>を参照した。

⁶⁵⁸ 宣言の内容については、<http://naga-jinken.c.ooco.jp/shiryo1/child-sengen.htm>を参照した。

⁶⁵⁹ 佐藤・前掲注(655)198頁参照。

⁶⁶⁰ 横藤田誠・中坂恵美子『人権入門 [第4版]』(法律文化社、2021年)145頁参照。

力のある児童がその児童に影響を及ぼすすべての事項について自由に自己の意見を表明する権利を確保する。この場合において、児童の意見は、その児童の年齢及び成熟度に従って相応に考慮されるものとする」と規定し、子どもの意見表明権が明記された⁶⁶¹。もっとも、このように認められた権利であるが、「児童の意見は、その児童の年齢及び成熟度に従って相応に考慮されるもの」という限定が付いていることから、子どもに大人と全く同じように権利が保障されるというわけではなく、必要な場合には子どもを保護するという考えが表れているといえよう⁶⁶²。

1960年代以降、「子どもの権利」に関する議論が活発化し、多様な視点および内容の「子どもの権利」論が展開されることとなった。その結果、「子どもの権利」論は以下の三つに大別することができるといわれている。まず第一のカテゴリーは、「親による虐待・遺棄、使用者による酷使、危険な環境等から子どもを保護するよう主張するもの」、第二のカテゴリーは、「親の支配から子どもを解放し、成人と同等の権利をすべての子どもに保障するよう主張するもの」、第三のカテゴリーは、「成人に保障される権利を制限的にはあるが可能な限り子どもにも保障するよう主張するもの」である⁶⁶³。第一のカテゴリーの「子どもの権利」論は、基本的に子どもは保護するものであると捉えており、第二のカテゴリーでは、子どもの自律に焦点を当てている。そして、第三のカテゴリーの「子どもの権利」論は、子どもの保護と自律の両者を視野に入れたアプローチを行っている。子どもの権利の捉え方として、以上の三つの類型に大別したが、アメリカ合衆国において、現在の学説の多くは、第二の類型である「子ども解放」のアプローチには批判的であるが、その一方で、第一のカテゴリーである「子どもの保護」のアプローチについても満足しているとはいえないようである。「子どもの保護」を強調しすぎると、子どもの自律性が損なわれ、また「子どもの解放」を全面に主張すると、子どもは政府の命令により解放されるのであるが、その場合、子どもは大人と同じ憲法上の権利を有することが認められる一方で、家族から解放された子どもを政府による抑圧や疎外から誰が守ることができるのかという問題⁶⁶⁴が常につきまとうことになる⁶⁶⁵。よって、最近の学説は、第三のカテゴリー、つまり「保護」と「自律」の両者を視野

⁶⁶¹ 条約の内容については、<http://naga-jinken.c.ooco.jp/shiryo1/child.htm> を参照した。なお、アメリカ合衆国は同条約に署名しているが、批准はしていない。

⁶⁶² 横藤田他・前掲注(660)147-48頁参照。米沢広一『憲法と教育15講[第3版]』26頁参照。

⁶⁶³ 佐藤他編・前掲注(578)43-4頁参照(米沢執筆部分)。

⁶⁶⁴ Tribe, *American Constitutional Law* 988 (1st ed 1978); M. D. A. Freeman, *The Rights and the Wrongs of Children* 3 (1983).

⁶⁶⁵ 「子どもの保護」のアプローチおよび「子ども解放」のアプローチについては、佐藤他編・前掲注(578)45-51頁参照(米沢執筆部分)。

に入れたアプローチに依拠している。このアプローチは、「『調整的自律』のアプローチ」と呼ばれる⁶⁶⁶。このアプローチに依拠すれば、子どもの権利に対する政府のパターナリスティックな介入は容認されつつも、その介入の程度は子どもの判断能力の成熟度合いに応じて必要な限度で認められるということになろう⁶⁶⁷。

以上、「子どもの権利」論の観点から、子どもの人権の捉え方について検討を加えたが、そこでの議論は、日本における未成年者に対する人権制約の問題についても基本的に妥当するものと考えられる。実際、先述したように未成年者に対する人権制約に関しては、憲法上、または法律上も認められているのであるが、日本においては、人権一般の制約根拠として用いられている「公共の福祉」の原理が、未成年者の人権制約の根拠としても妥当するのかがということが問題とされる。

第2項 未成年者に対する人権制約の根拠

基本的人権が永久不可侵の権利であるということは、憲法 11 条および 97 条に規定されているが、そのことは基本的人権の保障が絶対的なものであり、一切の制約が認められないということではない。つまり、人権にも限界があるということであるが、問題は人権の限界はどこまでで、それを誰がどのように判断するのかということである。この点につき、J・S・ミルは、『自由論』の中で、「人類が、個人的にまたは集団的に、だれかの行動の自由に正当に干渉しうる唯一の目的は、自己防衛だということである。すなわち、文明社会の成員に対し、彼の意志に反して、正当に権力を行使しうる唯一の目的は、他人に対する危害の防止である。彼自身の幸福は、物質的なものであれ道徳的なものであれ、十分な正当化となるものではない」と述べている⁶⁶⁸。これは、「他者加害原理 (harm principle)」として、人権の制約を考える際の出発点であると解されている。

さて、日本国憲法は、12 条において、国民は憲法が保障する自由および権利を「公共の福祉のために」利用する責任を負うと定め、また、13 条において、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、

⁶⁶⁶ 佐藤他編・同書 52 頁参照。

⁶⁶⁷ 佐藤・前掲注 (655) 232-33 頁参照。なお、「『調整的自律』のアプローチ」に依拠する学説については、佐藤他編・前掲注 (578) 52-7 頁参照 (米沢執筆部分)。なお、「パターナリスティックな介入」・「パターナリズム」という用語の定義については、次章において検討を行う。

⁶⁶⁸ JOHN STUART MILL, ON LIBERTY (1859)16 (Prometheus Books 1986) .ミル「自由論」〔早坂忠訳〕『世界の名著 49・ベンサム、J・S・ミル』(中央公論社、1967 年) 224 頁参照。

最大の尊重を必要とする」と定めている。さらに、22条1項において、「公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する」と定め、29条2項において「財産の内容は、公共の福祉に適合するように、法律でこれを定める」と規定している。以上の条文中に規定されている「公共の福祉」が何を意味するのかについては、これまで数多くの研究がなされており、今もなお議論されている問題であるが、大別すると二つに分類される。第一説（二元的内在・外在制約説）は、人権が公共の福祉によって制約されるのは、憲法22条および29条のように、個別的人権規定において「公共の福祉」による制約を認めている場合のみであり、憲法12条および13条は法的効力のない訓示規定であると解し、憲法22条および29条以外の人権の制約については、人権に性質上当然に伴うべき内在的制約によるものと解する見解である⁶⁶⁹。この説については、何をもって内在的制約と捉えるのか、外在的制約といっても憲法上の許容限度があるのではないかという批判に加え、憲法13条における幸福追求権の権利性を否定するという解釈に対して、「13条をもって憲法の根幹をなす『包括的基本的人権』保障規定と解する立場からは、到底容認できない⁶⁷⁰」という批判がなされている。第二説は、いわゆる一元的内在的制約説と呼称されているものであり、この説は憲法12条、13条が規定する「公共の福祉」が人権制約の憲法上の根拠になると解する見解であり、現在の通説的見解とされている⁶⁷¹。この見解は、「公共の福祉」を「人権相互間に生ずる矛盾・衝突の調整をはかるための実質的公平の原理」と捉え、これには「基本的人権を公平に保障すること」を狙いとする「自由国家的公共の福祉」と、「基本的人権を実質的に保障すること」を狙いとする「社会国家的公共の福祉」があるとするとする⁶⁷²。この点、佐藤幸治教授は、「抽象的にいえば、『公共の福祉』には、内在的制約原理と政策的制約原理との二種類が含まれ」と述べた上で、「公平の原理の中には形式的なものと実質的なものがあり、前者は、各個人の基本的人権の共存を維持するという消極目的のための最小限の秩序」（内在的制約原理）を意味するのに対し、「後者は、形式的平等に伴う弊害を除去し多数の人々の生活水準の向上をはかるという積極目的のための原理」（政策的制約原理）を意味すると述べている⁶⁷³。このような佐藤幸治教授の公共の福祉の捉え方は、先述した通説的見解における公共の福祉の捉え方と軌を一にするといえる。

以上のように人権制約の根拠については通常、内在的制約とは他者への害悪防止のため

⁶⁶⁹ 法学協会編『註解日本國憲法(上)』（有斐閣、1953年）293-98頁参照。

⁶⁷⁰ 佐藤・前掲注（73）133頁参照。

⁶⁷¹ 佐藤・同上参照。

⁶⁷² 宮沢・前掲注（2）235-36頁参照。

⁶⁷³ 佐藤・前掲注（54）403頁参照。

の制約であり、政策的制約とは弱者保護、国民経済の発展等のための制約であると説明されるが、子どもの人権が制約される場合においても、上記の人権制約の根拠が妥当するのだろうか⁶⁷⁴。この問題については、米沢広一教授が詳細に説明しているため、以下では同教授の見解を取り上げ、子どもの人権制約の根拠について検討を加えることとする⁶⁷⁵。同教授は、憲法上の自由を精神的自由と経済的自由に二分した上で、それぞれの自由に対する制約の内容を具体的に検討している。なお、本稿は精神的自由に関する内容であるため、精神的自由に対する制約の内容についてのみ取り上げたいと思う。同教授は、精神的自由について、「子どもに固有の制限を政策的制約原理で説明することは、子どもについてのみ、精神的自由と経済的自由との『二重の基準』をあいまいにし、広範な立法裁量を導き出す危険が存する」ため、妥当ではないと説く。よって、精神的自由の制約については、内在的制約原理を用いて説明する方法が考えられるが、「そこでの制約には、通常いわれている他者への害悪防止のための制約という意味での内在的制約原理では説明しきれない要素が残る」と同教授は述べる。つまり、子どもに固有の制限は、第一に、「他者（成人）への害悪を防止するために制限がなされる場合」、第二に、「他者（他の子ども）への害悪を防止するために制限がなされる場合」、第三に、「子ども本人を保護するために制限がなされる場合」、の三つの類型に一応区分できるが、第三の場合は、本人とのかかわりによる制限であるため、他者への害悪防止のための制約という意味での内在的制約原理では説明しきれないと、米沢広一教授は指摘する。結局、子どもの固有の制限については、内在的制約および政策的制約では説明しきれない部分が残らざるを得ないため、子どもの人権が制約される場合においては、人権制約の根拠として通常説明される内在的制約および外在的制約では説明することが困難であると同教授は説く。

では、子どもの人権制約の根拠については、どのように考えればよいのだろうか。この点、佐藤幸治教授が「それは率直にパターナリズムに基づく第三の範疇として捉え、その妥当する根拠と範囲を明確にすることが必要というべきではなかろうか」と述べ、子どもの人権制約の根拠を「限定されたパターナリスティックな制約」原理に求めることができると主張している⁶⁷⁶。また、子どもは心身ともに未成熟であり、経済的にも親に依存せざるを得ないことを理由に、「他からの保護を受けざるをえないという点で完全にパターナリズムを排除す

⁶⁷⁴ 子どもの人権制約の根拠については、後述第12章においても、他の論者の見解と比較し、子どもに対するパターナリスティックな制約は正当化されるのかについて考察している。

⁶⁷⁵ 以下の内容については、米沢・前掲注（662）30-1頁参照。

⁶⁷⁶ 佐藤幸治「子どもの『人権』とは」自由と正義38巻6号（1987年）4頁参照。

ることにはできない」と指摘する論者もいる⁶⁷⁷。

子どもの人権制約の根拠が、通常の人権制約、つまり大人の人権制約の根拠と同じであるならば、子どもの権利は大人のそれと同程度に保障されなければならないのではないだろうか。実際、先述したように憲法上および法律上において、子どもの権利を制限したり、子どもを保護する規定が制定されていることに加え、判例上も、たとえば第一部において取り上げた岐阜県青少年保護育成条例において、未成年者の表現の自由に対する制約は、成人の表現の自由の制約の場合よりも広く認められていることから、成人の人権が制約される根拠と子どもの人権制約の根拠とは区別して考える必要があると思われる⁶⁷⁸。

⁶⁷⁷ 樋口範男「子どもの権利のとらえ方」法律時報 61 卷 13 号（1989 年）21 頁参照。

⁶⁷⁸ 一方で、岐阜県青少年保護育成条例最高裁判決において問題となった有害図書規制については、立法事実の不存在や包括指定制度を用いていることなどから、憲法学説においては違憲であるという批判がなされており、私も同意見である。

第2節 判例における子どもの人権の捉え方

従来、日本において「子どもの人権」論といえば、子どもの成長発達権・学習権論が中心であったといえるかもしれない⁶⁷⁹。一方で現在において、子どもの人権制約が問題となりうる場合として、多くは学校との関わりの中で校則等による制限を受ける場合があげられる。子どもの権利をめぐる日本の裁判例においては、政治活動、髪型、服装、オートバイに関する校則に違反したことを理由に、校則を守らなかった生徒に対して停学処分あるいは退学処分が課せられ、その処分に納得できない生徒が自身の自己決定権の侵害を理由に訴訟を提起するという形が多い。本節においては、子どもの学習権をめぐる事例と生徒の自己決定権が侵害されているか否かが争われた事例をいくつか概観し、そこでの子どもの人権の捉え方について考察したいと思う。

第1項 旭川学力テスト事件最高裁判決⁶⁸⁰—教育を受ける権利に関する事例—

この事件は、労組役員らが、1961年に実施された全国中学校一せい学力調査（以下、学テと略する。）を阻止するため、旭川市立永山中学校内に侵入し、校長らに暴行を加えた等として、建造物侵入罪、公務執行妨害罪等で起訴されたというものである。最高裁は、まず子どもの学習権について、「国民各自が、一個の人間として、また、一市民として、成長、発達し、自己の人格を完成、実現するために必要な学習をする固有の権利を有」し、「特に、みずから学習することのできない子どもは、その学習要求を充足するための教育を自己に施すことを大人一般に対して要求する権利を有する」と説示した。続けて憲法26条の規定について、同条は教育権の所在を「直接一義的に決定」してはおらず、「憲法の次元におけるこの問題の解釈としては、右の関係者らのそれぞれの主張のよって立つ憲法上の根拠に照らして各主張の妥当すべき範囲を画するのが、最も合理的な解釈というべきである。そして、この観点に立って考えるときは、まず親は、子どもに対する自然的関係により、子どもの将来に対して最も深い関心をもち、かつ、配慮をすべき立場にある者として、子どもの教育に対する一定の支配権、すなわち子女の教育の自由を有すると認められるが、このような親の教育の自由は、主として家庭教育等学校外における教育や学校選択の自由にあらわれるものと考えられるし、また、私学教育における自由や前述した教師の教授の自由も、それぞれ限られた一定の範囲においてこれを肯定するのが相当であるけれども、それ以外の領

⁶⁷⁹ 佐藤・前掲注（676）9頁参照。

⁶⁸⁰ 最高裁昭和51年5月21日大法廷判決（刑集30巻5号615頁）。今野健一「教育を受ける権利と教育権—旭川学テ事件」長谷部他編・前掲注（19）296-7頁参照。

域においては、一般に社会公共的な問題について国民全体の意思を組織的に決定、実現すべき立場にある国は、国政の一部として広く適切な教育政策を樹立、実施すべく、また、しうる者として、憲法上は、あるいは子ども自身の利益の擁護のため、あるいは子どもの成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるため、必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてもこれを決定する権能を有するものと解さざるをえず、これを否定すべき理由ないし根拠は、どこにもみいだせないのである」と説示した上で、教育内容に対する「国家的介入についてはできるだけ抑制的であることが要請され」、「子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲法26条、13条の規定上からも許されない」と判示した。

このような最高裁の判断から、どのような子どもの権利の捉え方がなされているのかに着目してみると、最高裁は、まず親と子どもの関係性について「親は、子どもに対する自然的関係により、子どもの将来に対して最も深い関心をもち、かつ、配慮をすべき立場にある者として、子どもの教育に対する一定の支配権」を有すると述べている。次に、国と子どもの関係性については、国は「憲法上は、あるいは子ども自身の利益の擁護のため、あるいは子どもの成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるため、必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてもこれを決定する権能を有する」が、教育内容に対する「国家的介入についてはできるだけ抑制的であることが要請され」、「子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入」は許されないと説示する。以上の点から、本件においては、主に親の教育の自由について判断されており、子どもを権利の主体としてというわけではなく、子どもは親に保護される客体として捉えられていることが読み取れる。しかし、子どもと親を一体として捉えた上で、教育内容に対する国家的介入はできるだけ抑制的であるべきことが指摘されている点は、ただ単に子どもを保護の対象として捉えているわけではないということを示しているのではないだろうか。この点は、第10章において概観した Meyer 判決、Pierce 判決、そして、州のポリス・パワーについては Prince 判決においても言及されており、1920 代から 1940 年代におけるアメリカ連邦最高裁における子どもの権利の捉え方と同様であるといえよう。

第2項 生徒の髪型の自由と自己決定権

生徒の髪型に関する校則が問題となった事例として、公立中学校の丸刈り強制校則の事例と私立修徳高校パーマ事件があげられる。まず前者の事件は、1981年4月、Xが熊本県下の町立中学校に入学し、1984年3月に同校を卒業するまで在籍していたところ、同校校

長は 1981 年に男子生徒の髪型について「丸刈、長髪禁止」とする服装について定めた校則を制定、公布した。長髪を続けていた X は、級友から嫌がらせを受け、校長から不当な仕打ちを受けたとして、本件校則が憲法 14 条、31 条、21 条に違反すること等を理由として、町および校長を相手どり本件校則の無効確認を請求し、加えて町に対し損害賠償を求めたという事例である⁶⁸¹。熊本地裁は、憲法 14 条違反の主張に対して、「男性と女性とでは髪型について異なる慣習があり、いわゆる坊主刈については、男子のみその習慣があることは公知の事実であるから、髪型につき男子生徒と女子生徒で異なる規定をおいたとしても、合理的な差別であって、憲法 14 条には違反しない」と判示した。続いて、憲法 31 条違反の主張に対しては、「本件校則には、本件校則に従わない場合に強制的に頭髪を切除する旨の規定はなく……強制的に切除することは予定していなかったのであるから、右憲法違反の主張は前提を欠くものである」と説示し、さらに憲法 21 条違反の主張に対しては、「髪型が思想等の表現であるとは特殊な場合を除き、見ることはできず、中学生において髪型が思想等の表現であると見られる場合には極めて希有であるから、本件校則は、憲法 21 条に違反しない」と判示した。

本判決は以上のように原告の憲法違反の主張をすべて退け、髪型規制を憲法問題として捉えることなく校長に広範な裁量を認め「校則が……教育を目的として定められたものである場合には、その内容が著しく不合理でない限り」違法とはならないとして、損害賠償請求を棄却している（なお、校則の無効確認等は却下している）。これに対し、学説の多くは、髪型の自由は憲法 13 条の問題であることを指摘している⁶⁸²。つまり、それらの学説は髪型の自由を憲法 13 条の自己決定権の一つとして捉えているのである。もっとも、学説においても、髪型の表現的側面を積極的に評価する見解や、男子について丸刈のみを強制することが性差別にあたる場合もあることを指摘する見解もあるが、これらの見解も憲法 12 条を合わせて援用している。

他方で、下級審においては、他に生徒の髪型に関する校則が問題となった事例として、いわゆる修徳高校パーマ退学事件⁶⁸³がある。同事件は、校則に違反してパーマをかけたことを理由として自主退学の勧告を受け、それに従って退学した高校生が卒業認定および損害賠償等を求めた事例である。結論として、東京地裁は、当該校則が髪型決定の自由を不当に制

⁶⁸¹ 熊本地裁 1985 年 11 月 13 日判決（行集 36 卷 11・12 号 1875 頁）。浅利祐一「公立学校における髪型の規制」高橋和之・長谷部恭男・石川健治編『憲法判例百選 I [第 5 版]』（有斐閣、2007 年）48-9 頁参照。

⁶⁸² 浅利祐一「公立中学校における髪型の規制」芦部他編・前掲注（110）47 頁参照。

⁶⁸³ 東京地裁 1991 年 6 月 21 日判決（判時 1388 号 3 頁）。

限するものとはいえないと判示したが、その一方で、東京地裁は、「個人の髪型は、個人の自尊心あるいは美的意識と分かちがたく結びつき、特定の髪型を強制することは、身体の一部に対する直接的な干渉となり、強制される者の自尊心を傷つける恐れがあるから、髪型決定の自由が個人の人格価値に直結することは明らかであり、個人が頭髪について髪型を自由に決定しうる権利は、個人が一定の重要な私的事項について、公権力から干渉されることなく自ら決定することができる権利の一内容として憲法 13 条により保障されている」と説示し、髪型の自由を憲法上の権利とみなしている。この点は、子どもも憲法上の権利を有すると東京地裁は明確に述べており、評価できるであろう。対象的に、同事件における最高裁判決では、私立学校の校則について、「それが直接憲法の右基本権規定に違反するかどうかを論ずる余地はない」として、子どもの権利性について真剣に議論していない。校則による生徒の基本的人権の侵害については、学校内という、ある種特別な状況下ではあることに注意すべきではあるものの、校則という名の制約により、憲法上保障されるとされている自己決定権やその他の憲法上の権利が侵害されていないかについて、慎重に判断する必要があるのではないだろうか。

第 3 項 青少年保護育成条例と表現の自由

本節第 1 項および第 2 項において取り上げた判例は、子どもの学習権に関する事例や、学校内における校則が生徒の憲法上の権利を侵害するか否かが問題とされた事例であったが、そこでは真正面から子どもの権利について検討されたものはなかったように思われる。一方で、青少年保護育成条例における有害図書規制の合憲性が争われた岐阜県の事例においては、子どもの表現の自由について、特に伊藤裁判官の補足意見において論じられている。そこで、改めて同事件における伊藤裁判官の補足意見において、子どもの権利がどのように捉えられているのか確認すると、伊藤裁判官は、本件条例における規制が、「明らかに青少年の知る自由を制限するものであり」、「当裁判所は、国民の知る自由の保障が憲法 21 条 1 項の規制の趣旨・目的から、いわばその派生原理として当然に導かれるところである」と述べ、成人と同様に青少年も「憲法上知る自由を享有していることはいうまでもない」と述べ、子どもの権利主体性を認めている。その一方で、同裁判官は、「知る自由の保障は、提供される知識や情報を自ら選別してそのうちから自らの人格形成に資するものを取得していく能力が前提とされている」が、「青少年は、一般的にみて、精神的に未熟であって、右の選別能力を十全には有しておらず、その受ける知識や情報の影響をうけることが大きいとみられるから」、その保障の程度は成人の場合と比較して低いと指摘し、子どもに対する表現

規制が必要とされる場合があることを明示している⁶⁸⁴。

ただ、このような制約が許される場合があるといっても、子どもの権利主体性を認めていることから、子どもを単なる保護の対象として捉えてはいないといえよう。したがって、「子どもの権利」論における子どもの人権の捉え方に当てはめれば、「保護」と「自律」のカテゴリーに該当するといえ、前節において取り上げた生徒の自己決定権の事例と比較すると、本件における伊藤裁判官の補足意見の方がより積極的に子どもの権利性について評価しているといえるのではないだろうか。もっとも、本件における多数意見については、「本条例の定めるような有害図書が一般に思慮分別の未熟な青少年の性に関する価値観に悪い影響を及ぼし、性的な逸脱行為や残虐な行為を容認する風潮の助長につながるものであって、青少年の健全な育成に有害であることは、既に社会共通の認識になっているといつてよい」と述べていることから、未成年者に悪影響を及ぼすものから彼らを保護することが政府の役割であるという、いわゆるパターンリズム的な考えが認められよう。よって、本件における多数意見については、子どもを権利の主体として捉えることよりも、むしろ子どもを保護の客体として捉えているように思われる。

他方で、本件における憲法学説の子どもの人権の捉え方は、いうまでもなく子どもの権利性を認め、子どもも大人と同じ憲法上の権利を有すると捉えている。その一方で、憲法学説は、伊藤裁判官のように、子どもの未成熟性や判断能力が十分備わっていないことを理由として、子どもの人権が制約される場合も認めており、子どもの人権の捉え方に関していえば、憲法学説と伊藤裁判官の見解が一致しているといえよう。しかし、決定的に異なるのは、憲法学説が子どもも大人と同程度の憲法上の権利が保障されると解しているのに対し、伊藤裁判官は、子どもが精神的に未成熟であり、十分な判断能力が備わっていないことを理由に、子どもの憲法上の権利の保障の程度は大人の場合と比較して低いという見解に立っているという点である。そして、このことを根拠として、伊藤裁判官は、有害図書規制の合憲性を審査する司法審査基準についても、青少年に対する表現の自由の規制は成人の場合のように、厳格な基準が適用されないものと解するのが相当であり、「明白かつ現在の危険」の原則および「より制限的でない他の選ぶ手段」の原則（LRAの基準）はそのまま適用されないし、事前規制の原則ないし明確性の原則といった諸原則の適用も、成人の場合と比べて「多少とも緩和した形で適用される」と論じているが、やはり、この点についても憲法学説とは見解が異なっている。

⁶⁸⁴ この点、Saundersの見解と伊藤裁判官の見解は一致しているといえよう。Saundersの見解については、本稿第7章を参照。Kevin W. Saunders, *supra* note 261, at 270-71.

第12章 未成年者保護を目的とした表現規制の可否について

第10章および第11章において、日米における子どもの人権の捉え方について、判例や学説をもとに検討を加えてきた。現在において、子どもの人権の捉え方は、子どもの自律性を尊重しつつ、保護が必要な場合には国家が介入し子どもを保護するという理解であるといえるが、そもそも、親の代わりに国家が介入し、子どもを保護することは許されるのであろうか。より具体的にいえば、有害な表現物から子どもを保護するか否かの判断は、第一義的に親に任せるべきであるが、親に先立って国家が表現の有害性を判断し、その表現を規制するということが許されるのであろうか。一般に、そのような国家の規制は、パターナリスティックな規制であるとされるが、そもそもこの「パターナリズム」とは何か、その定義を明確にした上で、パターナリズムに基づく国家の介入について認められるか否かについて議論する必要があると思われる。よって、以下においてまず「パターナリズム」の定義を明らかにし、その上で、パターナリスティックな介入が正当化されるのか否かについて検討を加えるとともに、実際に起こりうる問題について解決の糸口を見出したいと思う。

第1節 「パターナリズム」の定義

佐藤幸治教授は、子どもの人権制約の根拠について、「それは率直にパターナリズムに基づく第三の範疇として捉え、その妥当する根拠と範囲を明確にすることが必要というべきではなかろうか」と指摘する⁶⁸⁵。この「パターナリズム」(paternalism)という用語は、父権的干渉主義、温情的干渉主義などと訳され、その原型は父親が子どもを保護するために介入・干渉するという関係にみられるが、このパターナリズムをめぐる問題を憲法学的に検討する上で、倫理学・哲学の領域、法律学では法理学(法哲学)および刑事法学などの領域における議論を参照しつつ、考察する⁶⁸⁶。そこで、子どもの人権制約の原理としてのパターナリズムを論じるにあたり、そもそもパターナリズムとは何かを明らかにしなければならない。その際、先述したJ・S・ミルの「他者加害原理」を今一度確認する必要がある。ミルが提唱した「他者加害原理」とは、「文明社会の成員に対し、彼の意志に反して、正当に権力を行使しうる唯一の目的は、他人に対する危害の防止である」という原理である。この原理は、人権が制約されるのは他者の権利と衝突する場合だけであるというもので、「ミルの

⁶⁸⁵ 佐藤・前掲注(676)4頁参照。

⁶⁸⁶ なお、以下の内容については、パターナリズムの問題を憲法学の見地から検討を行っている竹中勲教授の「憲法学とパターナリズム・自己加害阻止原理」という論文に依拠しつつ、検討を加えている。竹中勲「憲法学とパターナリズム・自己加害阻止原理」『佐藤幸治先生還暦記念 現代立憲主義と司法権』(青林書院、1998年)169頁以下参照。

原理 (Mill's Principle)」と称されて、ミルの「反パターナリズム(anti- paternalism)」の立場を示すものと捉えられてきた。もっとも、この原理が妥当する領域について、ミルは、たぶん、いうまでもないことだが、この理論は、成熟した諸能力をもつ人間に対してだけ適用されるものであり、子ども達や、法が定める成人年齢以下の若い男女を問題にしているのではないと述べている。このことから、人権制約の根拠とされる「他者加害原理」は、子どもの人権制約の根拠としては適用されないということ、つまり、子どもの人権制約の根拠については、ミルの「反パターナリズム(anti- paternalism)」原理が妥当しないということがいえるであろう。

一方、パターナリズムはどのように定義されるのだろうか。日本の法理学等における「パターナリズム」および「パターナリスティックな介入・干渉」という語の用語法については、必ずしも一致がみられるわけではないものの、少なくとも介入・干渉の目的の捉え方の点では一致しているようである⁶⁸⁷。たとえば、最近の議論では、「本人自身の保護のためにその自由に干渉するという形態をパターナリズムに共通の基本的特質とみるのが一般的である⁶⁸⁸」といわれている。パターナリズムの問題を憲法学の見地から検討する上でも、憲法解釈論レベルにおけるパターナリスティックな介入の定義を明確に定める必要がある。この点、竹中勲教授は、憲法解釈論を展開する際、「〈パターナリズム〉という用語と〈パターナリスティックな介入〉という用語とは、識別されるべきである」と指摘した上で、憲法解釈論レベルにおいて、〈パターナリズム〉という用語は、「〈本人のためとして他者が行う介入が正当化されることがありうるとの考え方・原理〉を指すものとして用いることとしたい」と述べている⁶⁸⁹。加えて、「パターナリスティックな介入」の定義について、竹中勲教授は、「憲法解釈論レベルにおいて、……〈パターナリスティックな介入〉というカタカナの形容詞を付した日本語を使用する場合には」、慎重にならなければならないと述べている⁶⁹⁰。そこで、同教授は、憲法上の自由および自己決定権の制約の正当化事由を検討する場合には、むしろ、「干渉、介入、関与」という行為に「『パターナリスティックな』という形容詞が付され

⁶⁸⁷ パターナリズムについて初めて本格的に論じた Gerald Dworkin は、「パターナリズム」とは「ある人の行動の自由に対する干渉で、強制されるその人の福利、善、幸福、必要、利益、価値に専ら関連する諸理由によって正当化されるもの」と定義している。Gerald Dworkin, Paternalism 108, in RICHARD A. WASSERSTROM ED. MORALITY AND THE LAW (1971).

⁶⁸⁸ 田中成明『法理学講義』(有斐閣、1994年) 144頁参照。

⁶⁸⁹ 竹中・前掲注(686) 180頁参照。以下の「パターナリズム」および「パターナリスティックな介入」に関する定義等については、竹中勲教授の見解に則って検討を進めている。

⁶⁹⁰ 竹中・同書 182頁参照。

た場合には、これらを同様のものとしてとらえて分析する方が混乱を招かないのではないかと考える」と述べた上で、「“パターンナリスティックな「干渉」・「介入」・「関与」・「行為」”を、〈パターンナリスティックな介入〉と表記し、これを〈他人が本人の保護を目的として、本人の自由・自己決定を制約する（介入・干渉・関与・行為を行う）こと〉、〈公権力によるパターンナリスティックな介入〉とは、〈公権力が国民（本人）の保護を目的として、本人の憲法上の自由・自己決定権を制約する〉」と定義している⁶⁹¹。

以上の用語の定義を行った上で、続いてパターンナリスティックな介入の手段・方式・形態にはどのようなものが含まれているのかについて検討する必要がある。パターンナリスティックな介入の手段・方式・形態には、多様なものが包摂されうるとして、竹中勲教授は、次の三つに分類する。同教授は、第一として、「公権力によるパターンナリスティックな介入には、立法府による介入……のみならず、行政府による介入、司法府による介入も含まれうる」とし、第二に、「パターンナリスティックな介入には、作為の形態をとった介入（作為型介入）のみならず、不作為の形態をとった介入（不作為型介入）—たとえば医師が患者の自己決定に必要な情報を与えないという形態で患者の自己決定に介入すること—をも含まれうる」とし、第三に、「被介入者の判断能力の有無・不十分性はパターンナリスティックな介入の定義の要素とはせず、この点は、パターンナリスティックな介入の正当化要件の検討のレベルで問題とすることとする」と述べている。また、同教授は、「なお、パターンナリズムの語源からすると、父親が幼児のために干渉するという態様は、パターンナリスティックな介入の一類型として本来念頭におかれていたものであるということができ、このことから、判断能力の有無はパターンナリスティックな介入の定義の一要素としないという立場で」、検討を進めており、本稿においてもこの点に依拠する。

次に、パターンナリスティックな介入の分類として、法理学等においては、いくつかの類型区分が用いられているが、それらのうち特に重要な区分として、「強い(hard)パターンナリズム」と「弱い(soft)パターンナリズム」の区分、そして「直接的パターンナリズム」と「間接的パターンナリズム」の二つがあげられるとの指摘がある⁶⁹²。このうち、「強いパターンナリズム」と「弱いパターンナリズム」の区分についてみると、「前者は、被介入者の選択・行動が完全に任意的(voluntary)であっても干渉するのに対して、後者は、被介入者が何らかの仕方で適切な判断能力を欠き、実質的に任意的でない(nonvoluntary)場合にのみ干渉する」という説明がなされている⁶⁹³。この区分においては、被介入者の判断能力をどのような基準によ

⁶⁹¹ 竹中・同書 182-83 頁参照。

⁶⁹² 田中・前掲注(688) 144-45 頁参照。

⁶⁹³ 田中・同上参照。

って識別するかが重要な問題となるといえる。よって、憲法上の自由および自己決定権の制約の正当化事由について検討する場合には、当該制約を受ける個人の判断能力の有無やその程度の識別が重要となるため、憲法解釈論レベルにおいても、「強いパターンリズム」と「弱いパターンリズム」の区分は重要であるといえるであろう⁶⁹⁴。

さらに、パターンリスティックな介入の諸事例として、Gerald Dworkin が刑事罰や民事罰を定める諸法律を例示しており、日本における法理学等においても同様の諸事例を検討対象としているが、一方で、竹中勲教授は、憲法解釈論レベルにおいては、法理学等における検討諸事例を念頭において、その憲法学的個別具体的な検討を後に確定すると述べている⁶⁹⁵。

⁶⁹⁴ 竹中・前掲注(686) 185頁参照。

⁶⁹⁵ 竹中・同書 187-88頁参照。

第2節 憲法学におけるパターナリスティックな介入の正当化論

法理学等におけるパターナリスティックな介入の正当化論としては、諸説提示されているが⁶⁹⁶、この点、法哲学者である田中成明教授は、「生命・身体の安全や健康の維持などに限らず、道徳・経済活動・社会保障などに関しても、様々のパターナリズム的干渉が原理的に正当化され、また、強いパターナリズムや間接的パターナリズムのなかにも、正当化可能な事例がある」といえるが、それ自体必ずしも望ましい措置ではなく、むしろ「パターナリズム的干渉を必要としないように、個人の自立的判断能力が成熟し、各人の判断・選択に基づく善き幸福な生き方の追求を可能とする公正な社会的仕組が確立されるならば、それに越したことはなく、「パターナリズム的干渉も、このような個人・社会の在り方を促進するような形で行われるべきである」と指摘している⁶⁹⁷。さらに、続けて、同教授は、一般的にはパターナリズム的干渉は必要最小限度にとどめておくべきであるが、「実効性の確保という考慮も無視できず、パターナリズムの種類や正当化理由の強弱、被介入者（子供か大人か）などと相関的に決められるべき」とであると指摘している⁶⁹⁸。

では、憲法学におけるパターナリスティックな介入の正当化論にはどのような見解がみられるのであろうか。先述したように、本稿においては、子どもの人権制約の根拠を「限定的なパターナリスティックな制約」原理に求めるという佐藤幸治教授の見解に依拠して、検討を行っているが、憲法学における諸説としては同教授の見解を含め、以下の四説があげられる。

（1）佐藤幸治教授の見解⁶⁹⁹

佐藤幸治教授は、憲法13条の「公共の福祉」を「人権相互間に生ずる矛盾・衝突の調整をはかるための実質的公平の原理」と捉え、この「公共の福祉」には「形式的な」公平の原理と「実質的な」公平の原理があるとする。そして、同教授は、「人格的自律そのものを回復不可能な程度永続的に害する場合には、例外的に介入する可能性を否定しきれないと解される」とし、これを内在的制約および外在的制約とは「明確に区別して、第三の範疇たる『限定されたパターナリスティックな制約』として位置づけるべきものと思われる」と主張する⁷⁰⁰。

⁶⁹⁶ 法理学等におけるパターナリスティックな介入の正当化論として主張されている諸説については、竹中・同書190-92頁、田中・前掲注（688）146-49頁参照。

⁶⁹⁷ 田中・同書149頁参照。

⁶⁹⁸ 田中・同上参照。

⁶⁹⁹ 佐藤・前掲注（54）403-6頁参照。

⁷⁰⁰ 「限定されたパターナリスティックな制約」は、憲法13条後段の「公共の福祉」の内

(2) 米沢広一教授の見解

第 11 章第 1 節において考察したように、米沢広一教授は、憲法 13 条の「公共の福祉」を人権制約の根拠として捉え、そしてこの「公共の福祉」原理には、内在的制約原理と政策的制約原理との二種類が含まれ」と述べており、公共の福祉の捉え方は、佐藤幸治教授と同じである⁷⁰¹。米沢広一教授は、以上のような人権制約の根拠である「公共の福祉」が子どもの人権制約の根拠となり得るのかという点について、子どもの固有の制限については、内在的制約および政策的制約では説明しきれない部分が残らざるを得ないため、子どもの人権が制約される場合においては、人権制約の根拠として通常説明される内在的制約および外在的制約では説明することが困難であると指摘する。それゆえ、子どもの人権制約の根拠は、佐藤幸治教授が説く「限定的なパターンリスティックな制約」原理に求めるべきであり、保護のための制限が妥当する範囲を必要最小限に限定する必要があると米沢広一教授は説く。子どもと成人で人権を制約する根拠が異なることを明確に認めることに対して、「子どもと成人との違いを強調しすぎ、子どもを不当に抑圧することにならないか」という批判が予想されるが、これに対し、同教授は、子どもは心身が未成熟であり、親に依存しやすいため、親の保護を必要とするが、子どもは「そのような保護の下で自律能力を形成していく側面を有している」ため、子どもと大人で人権制約の根拠に差異を認めたとしても、そのことが必ずしも子どもを抑圧することに結びつくわけではない、と主張している。そして、同教授は、「国家による『子どもの保護』と親による『子どもの保護』とを区別したうえで、国家による『子どもの保護』を最少限とし、それ以外の保護については家庭内での自律的解決に委ねられねばならない」が、国家による子どもの保護については、「原則的には、個々人が必要と考える保護の最大公約数にとどめるべきである」と指摘する。さらに、同教授は、「子どもへのそれ以上の保護は、それを必要と考える親が自己の子どもに対して個別に行えばよ」く、「このように解することによって、家族の自律への政府の過度の介入が避けられ、社会の多元性が維持されることになる」と指摘している⁷⁰²。

容をなすものではないとされるが、この点については、それであるならば、「自己決定権の『限定されたパターンリスティックな制約』原理に基づく制約は自己決定権に内在するもので、とくに人権制約の根拠規定をあげるまでもないと解されているのであろうか」との指摘がある。竹中・前掲注(686)193頁参照。

⁷⁰¹ 米沢・前掲注(662)30-1頁参照。

⁷⁰² 佐藤他編・前掲注(578)61頁(米沢執筆部分)、米沢広一『子ども・家族・憲法』(有斐閣、1992年)245頁参照。

(3) 内野正幸教授の見解⁷⁰³

内野正幸教授は、人権制約の根拠を「自由制約正当化事由」と呼び、他者の権利・利益（治安・公衆衛生などを含む）の確保、本人の客観的利益の保護、公共道徳の確保、経済取引秩序の確保、自然的・文化的環境の保護、国家の正当な統治・行政機能の確保、社会政策的・経済政策的目的の実現という、7つの制約根拠を提示する。そして、同教授は、自身の提示した人権制約の根拠のうち、本人の客観的利益の保護について、「佐藤説は、パターナリズムに基づく制約を『第三の範疇』に属するものとして位置づける点では、私見と軌を一にするが、かかる制約をより狭く捉える点では私見と微妙に異なるもののように思われる」と論じている。

(4) 阪本昌成教授の見解⁷⁰⁴

阪本昌成教授は、憲法13条の「『公共の福祉』にいう『公共』とは、『無作為抽出したさいの、どの個人にとっても』との意味であり、『福祉』とは、『利益を追求するにあたっての普遍的条件』をいい、『公共の福祉』とは、『だれの基本的人権であれ、基本的人権の行使によって生ずるであろう矛盾・衝突を調整するために国家が強制力を用いる場合、その根拠となる法令に普遍的原理が組み入れられていること』をいう」とし、人への強制を正当化する原理として次の6つをあげている。第一は、「各人に自由な活動領域を保障するために、他者の保護領域への侵害を万人に禁止する『加害原理』(harm-to-others principle)」、第二は、「他者の精神的平穏さへの侵害を万人に禁止するための『感情侵害原理』(principle of offensiveness)、第三は、「社会全体の効用を促進するためには基本的行使が制約されてよいとする『直接的(単純な)功利主義原理』」、第四は、他者への危害の有無にかかわらず、反道徳的な基本権行使は制約されてよいとする『道徳原理』または『リーガル・モラリズム』」、第五は、「判断能力を十分にもっていない行為者本人にとって有害である行為は、本人の利益保護のために、これを制約してよいとする『徳行原理』(principle of beneficence)、第六は、「自己の利益となるか否かにつき判断能力を十分にもっている人であっても、基本権行使が本人の不利益となることを理由に、本人の意思に反してもその行為を制約してよいとする『パターナリズム原理』(principle of paternalism)」である。このうち、「公共の福祉」にあたるのは、第一から第三の原理であり、一方で第四から第六の原理は「公共の福祉」にあたらないと、同教授は指摘する。つまり、第四の「道徳原理」は個人に基礎を置かないた

⁷⁰³ 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』(日本評論社、1991年)340頁以下参照。

⁷⁰⁴ 阪本昌成『憲法理論II』(成文堂、1993年)165頁以下参照。

め、基本的人権制限の論拠として成立する余地はなく、第五の「徳行原理」および第六の「パターナリズム」については、「人のなかに判断能力の有無という一定の範疇を設けて、その基本的人権行使についての限界を画定しようとする」ため、「『公共の福祉』とは別の論拠として扱わなければならない」と同教授は述べる⁷⁰⁵。また、同教授は、「徳行原理」および「パターナリズム原理」の違いはどこにあるのかについて、「最近の論者は、判断能力の十分でない人々（たとえば、一定年齢以下の未成年者、重度精神障害者）については、『パターナリズム』という用語を避けて、『徳行原理』と表現していると述べていることから、佐藤幸治教授の見解でいうところの「パターナリズム」と阪本昌成教授が呼称する「徳行原理」は同一のものであるといえるのではないだろうか⁷⁰⁶。もっとも、阪本昌成教授がいう「パターナリズム」とは、判断能力の十分でない人々を対象としたものではなく、成人に対するものであり、同教授は、成人に対するパターナリスティックな介入は正当化されないとの見解を示している⁷⁰⁷。

⁷⁰⁵ この点につき、竹中勲教授は、「『パターナリズム原理』と『徳行原理』の憲法上の根拠規定をどこに求めるのかについては、必ずしも明らかではない」と指摘している。竹中・前掲注（686）195頁参照。

⁷⁰⁶ 阪本・前掲注（704）174頁参照。

⁷⁰⁷ 阪本・同書 175-76頁参照。

第3節 未成年者保護を目的とした表現規制の可否について

前節において考察した憲法学におけるパターンリスティックな介入の正当化事由をもとに、未成年者保護を目的とした表現規制が許されるか否かについて検討を加える。

上記の点について考察するために、まず、子どもの人権制約の根拠を明確にする必要がある。前節における諸学説では、子どもの人権制約根拠についてどのように捉えているのかについて、大別すると佐藤幸治教授の見解（米沢広一教授、基本的な考えについては内野正幸教授も含まれる）と阪本昌成教授の見解に分けることができる。子どもの人権制約の根拠について、佐藤幸治教授の見解は、「内在的制約」原理と「外在的制約」原理とは区別された、第三の範疇として「限定的なパターンリスティックな制約」原理が、子どもの人権制約の根拠であると指摘している一方で、阪本昌成教授は基本的に子どもの心身の未成熟性や判断能力が不十分であることを理由に、子どもの人権が制約されうるとは考えていない⁷⁰⁸。阪本昌成教授は、「子どもの自由な基本権行使」は、最大限尊重されなければならない、「国家の関与は、親、家族、親族等による子どもの保護・援助を支えるための間接的な規律にとどまるべきであり、加えて、国家は親に先立って子どもの基本権行使を制限することは許されないと指摘している⁷⁰⁹。同教授の見解に依拠すれば、例外的に国家による規制が認められる場合とは、「子の養教育権を親が濫用していることが客観的に明らかである場合」であるとされ、その場合、「子どもが独自の生存能力を習得するまでの過渡的な保護措置として、最低限の手段によって国家が介入することは容認される」という⁷¹⁰。本稿においては、佐藤幸治教授の見解に依拠した上で、未成年者保護を目的とした表現規制が許されるか否かについて検討を加える。

憲法学説の多くは、子どもの権利享有主体性を認め、子どもも大人と同じ憲法上の権利を有するものであると考えているが、子どもは心身ともに未成熟であり、判断能力も不十分であることを理由に、権利の制約が許される場合があるという見解に立っているといえる。よって、そこでの見解は、子どもを「保護の客体」と捉えつつも、より積極的に子どもが「権利の主体」であると捉えているといえる。子どもの権利について、以上のような捉え方をした場合、問題はそのような子どもに対してパターンリスティックな介入が正当化されうるのか否かということである。この点につき、子どもの権利を分析するにあたり、子どもの特質に着目した上で、「子どもの保護」と「子どもの自律の尊重」との関係性について論じている米沢広一教授の見解が大いに示唆に富むといえるだろう。

⁷⁰⁸ 阪本・同書 183 頁参照。

⁷⁰⁹ 阪本・同書 184 頁参照。

⁷¹⁰ 阪本・同書 187 頁参照。

同教授は、子どもの権利に関する諸論点のうち、「(i)『子ども』の特質、(ii)子どもの『判断能力』の捉え方、(iii)『子どもの保護』と『子どもの自律の尊重』との関係」という三つの論点を取り上げ、分析を行っている⁷¹¹。まず、「子ども」の特質として、子どもは心身ともに未成熟であり、未成熟状態から成熟状態へと成長していく際に、子ども自身の力のみでは不十分であり、そのために親や政府による特別の保護を必要とする場合があると同教授は述べる。そして、同教授は、「子ども」という属性は、すべての人間が一定期間のみ有する属性であって、永久的に有する属性ではなく、いずれは通過してしまうという属性であると指摘する⁷¹²。

続いて、「子どもの判断能力」について、同教授は、まず第一に、子どもの判断能力は、継続する成長過程の中で徐々に形成されていくものであるため、継続する成熟化過程自体の保護を視野に入れる必要があると述べる。そして、同教授は第二として、必要とされる判断能力の程度は、判断を求められている対象に応じて異なるため、それぞれの判断対象に応じた判断能力の個別的検討が必要になると指摘する。加えて、同教授は、子どもの判断能力には個人差が大きいために、そのような個人差をどのように扱うのかという点が、年齢による子どもと成人の区分との関係で問題となると言及する。さらに、同教授は、第三に、子どもの場合は特に、日常生活に依存している家族とのかかわりの中で判断能力を形成していく面が強いといえるため、子どもの判断能力は他者とのかかわりにおいて捉える必要があると指摘する。

また、米沢広一教授は「子どもの保護」と「子どもの自律の尊重」との関係について、以下のように述べている。まず同教授は、「子どもの保護」の点について、子どもは一般的に心身ともに未成熟であることを理由に、「保護」が必要であることは否定し得ないが、「子どもの保護」のための制限であれば、すべて許容されるわけではないと指摘する。

他方で、同教授は、子どもによる権利の自律的行使について、常に子どもにとって適切な結果をもたらすとは限らないが、自律の価値は結果のみによっては評価しきれないという面を有しており、加えて、権利を行使する能力は実際にそれを行使することによって形成されていくという面を有しているため、判断能力が未成熟な子どもにとっても、大きな意義を有していると指摘する。

⁷¹¹ 以下の「子どもの権利」の分析に関する記述については、佐藤他編・前掲注(578)58頁以下参照(米沢執筆部分)。

⁷¹² この点、米沢広一教授は、「子ども」という属性は、人種や性別のように特定の人間のみが永久的に有する属性とは異なるため、成人と子どもとの区分と、人種や性にに基づく区分とを同じ次元の問題として扱うのは妥当ではないと述べている。佐藤他編・同書58頁参照(米沢執筆部分)。

以上のことから、米沢広一教授は、子どもの権利について、一方では子どもの保護を図りつつ、他方で子どもの自律を最大化することが必要となるといえ、そこから次のような一般的要請が生じるという。つまり、一つ目の要請として、「成人」の範囲の最大化が図られねばならないと同教授は述べる。すなわち、判断対象に応じた個別的「成人」年齢を設定する必要があると同教授は主張する。続いて、第二の要請として「子どもの保護」は、単に現時点での保護にとどまるのではなく、子どもの将来の判断能力の成熟化過程の保護をも包摂するものとして理解されなければならないと同教授は主張する。この要請は、政府だけでなく親に対しても向けられており、親が子に対して養教育権を有するといえども、それは無制限ではなく、子どもの判断能力の成熟化過程の保護という要請によって制限をうけることになると同教授は指摘する。さらに、第三の要請として、同教授は、国家による「子どもの保護」と親による「子どもの保護」とを区別した上で、国家による「子どもの保護」を最少限とし、それ以外の保護については家庭内での自律的解決に委ねられねばならないと主張する。

以上のような米沢広一教授の見解に依拠すれば、子どもに対するパターンリスティックな介入は正当化されうるといえるであろう。しかし、その場合の介入は、「未成年者の判断や行為の成熟化の過程を育成促進し、自律的存在性に寄与するためのものでなければならない」といえる⁷¹³。では、子どもが有する憲法上の権利について、どこまでパターンリスティックな制約が認められるといえるのだろうか。特に本稿においては表現の自由に関する問題を扱っていることから、未成年者保護を目的とした表現規制の可否については考察する必要がある。この点、憲法上の「権利」と「自由」とを区分して、子どもの権利の分析を行っている John H. Garvey の理論が参考になるといえるだろう⁷¹⁴。Garvey は、まず、選択にかかわる「憲法上の自由」と「その他の憲法上の保護」ないし「権利」とを区別する。この選択にかかわる「憲法上の自由」とは、具体的には表現の自由、信教の自由、結婚の自由、墮胎の自由等が含まれるのに対し、「権利」には、選択を内実としない不当な搜索押収を受けない権利、陪審裁判を受ける権利、正当な補償を受ける権利等が含まれると、Garvey は解する。その上で、Garvey は、上記の「権利」については、子どもにも成人と同等の保護

⁷¹³ 佐藤幸治教授は、米沢広一教授の見解について、「換言すれば、未成年者が、成熟した判断を欠く行動の結果、長期的にみて未成年者自身の目的達成諸能力を重大かつ永続的に弱化せしめる見込みのある場合に限りて容認されるとするアプローチである」と述べている。佐藤・前掲注（655）233頁参照。

⁷¹⁴ John H. Garvey, *Freedom and Choice in Constitutional Law*, 94 HARV. L.REV. 1756-61, 1794 (1981). 以下の Garvey の理論については、佐藤・前掲注（655）233-34頁を参照した。

が及ぶが、「憲法上の自由」については、未成熟な子どもの不合理な判断によって予見しえない重大な社会的・個人的害悪が生ずる可能性があるとともに、「自由」の価値は個人の判断能力に応じて異なるのに対し、「権利」の価値はすべての人にとって同一であるという理由で、必ずしも成人と同等の保障が及ばないと主張する。その際、Garvey は、成人と子どもの「自由」の保障の程度に差異があるとしても、子どもにもその保障が及ぶのであるから、政府が子どもの「自由」を制限する際、以下の点が考慮されなければならないと指摘する。Garvey は、まず第一に、特定の憲法上の自由を奪うことが苛酷である場合には、子どもの判断能力を個別的に判断し、成人と同等の判断能力を有している子どもにも、成人と同等の「自由」を保障すべきであること、第二に、子どもが合理的な判断能力を身につけるためには、「自由」を行使するに際して、子どもをしつける (train) ことに意義があるかどうかを検討する必要があること⁷¹⁵、第三に、上記の二つに該当しない場合でも、直ちに政府が介入するのではなく、その前に、その子どもと密接な関係にあるもの (具体的には親やその家族) による、その子どものための選択に委ねるべきであること、という点をあげる。以上の三点が期待できない場合に初めて、政府が子どもに代わって選択することが許されると Garvey は指摘している。したがって、このような Garvey の理論に依拠すれば、未成年者保護を目的とした表現規制は許容されるということになるが、その場合においても、先述したように、未成年者といっても年齢や個人差によって発達段階に相違が見られるため、年齢によって画一的に判断すべきか個別的に判断すべきか、また親の選択よりも先に政府が介入すべき否か、さらに、より制限的でない規制手段が存在するか否かなどが検討されなければならないであろう⁷¹⁶。なお、未成年者保護を目的とした表現規制が許容されうるとしても、上記の諸点については、さらに検討が必要であるといえるため、これらの点について検討を加えることとする。

まず、未成年者保護を目的とした表現規制が 18 歳未満の未成年者すべてに認められるのかについては、なお議論の余地があろう。たとえ、有害な表現から未成年者を保護することがやむにやまれぬものであったとしても、生まれてから 18 歳未満の未成年者すべてを保護する必要があるといえるのか疑問である。この点、第 7 章において紹介したが、Amitai Etzioni の見解が注目に値する⁷¹⁷。Etzioni は、未成年者を一括りにして捉えるべきではなく、

⁷¹⁵ たとえば、表現の自由は、成人へと成長する過程で大きな意義を有するため、成人と必ずしも同等ではないが、可能な限り子どもにも最大限保障すべきである。佐藤他編・前掲注 (578) 55 頁参照 (米沢執筆部分)。

⁷¹⁶ 佐藤・前掲注 (655) 233-34 頁参照。

⁷¹⁷ Amitai Etzioni, *supra* note 265, at 42-7.

未成年者といっても年齢により成熟度や判断能力の程度に差があることを理由に、年齢に区分を設けて、未成年者を有害な表現物から保護するの可否かを判断するというものである。この点について、松井茂記教授も同様の指摘をしている。同教授は、一括りに未成年者といっても、一般にその年齢によって成熟度が異なり、未成年者の年齢が低ければ低いほど未成熟であるといえ、パターンリスティックな制約は許される余地が広がるが、その一方で、未成年者の年齢が高くなれば、それに伴って成熟度が高まるといえ、パターンリスティックな制約が許される余地は狭くなるといえる⁷¹⁸。しかし、このような年齢による成熟度の相違については、一概に未成年者すべてに当てはまるとは考えにくいであろう。年齢が低くても成熟している者もいれば、年齢が高くてもまだ未成熟な者もいるであろう。よって、未成年者保護を目的とした表現規制の場合には、事例によって個別的に判断する必要があるといえよう。

また、日本の青少年保護育成条例による有害図書規制のような、有害な表現への未成年者のアクセスを禁止する立法について、同法が18歳未満の未成年者がそのような表現にアクセスすることを禁じている一方で、親がその子どもに当該表現物を買わせることまで禁じていない場合は、親が有する子どもの養育に関する権利を侵害するものではないといえる⁷¹⁹。しかし、同法が18歳未満の未成年者がそのような表現にアクセスすることを禁じるだけではなく、親がその子どもに当該表現物を買わせることまで禁じる場合、そのような立法は、親が有する子どもの養育に関する権利を侵害するものといえよう。そして、仮にこのような親権行使に対する補助を、未成年者保護を目的とした表現規制を正当化する根拠として裁判所が採用するとしても、裁判所は親が実際にこのような政府による援助を必要としているか否かについて検討しなければならない。子どもに対して何を与えるか否かを判断するのは、政府ではなく子どもの親であり、子どもにとって有害な表現であれば、親の考えに先立って当該表現物に対する規制を容認することは許されないことである。もっとも、当該表現における害悪の立証がなされた上で行う表現規制であれば、立法事実が明確で

⁷¹⁸ 松井・前掲注(46)91頁参照。同様の見解として、佐藤・前掲注(655)229-30頁参照。

⁷¹⁹ この点、日本における青少年保護育成条例による有害図書規制は、有害図書とされる図書を18歳未満の者に販売等禁じているのみであるため、同規制が親が有する子どもの養育に関する権利まで侵害するものではないといえる。他方で、岐阜県青少年保護育成条例事件において問題となった、当該条例による自販機収納の禁止については、一見、上記のような親の権利とは関係なくみえるが、たとえば、子どもが見たいといった有害図書が書店では販売されておらず、自販機にしか販売されていなかった場合、(そのような親が実際に存在するかないかは別として)当該図書を子どもに買わせたいと思う親の権利を侵害しているといえよう。

あることから認められ得るであろうが、その場合においても、親がその子どもに当該表現物を買わせ、親がそれを手にするまで禁ずることは許されないとはいえよう。子どもにとって有害な表現であれば、親の考えに先立って当該表現物に対する規制を容認するという考えは、やはり親が有する子どもの養育に関する権利を侵害しているといえ、許されないものというべきであろう。したがって、当該規制が親権行使の補助を目的としている場合はなおのこと、裁判所は上記の点に注意して判断する必要がある。

さらに、裁判所は、より制限的でない他の選びうる手段の有無についても判断することが求められる。これについては、第二部におけるアメリカ連邦最高裁判例の展開を概観したことから明らかなように、裁判所は当該規制の目的がやむにやまれぬものであり、その目的を達成するための手段が厳密な整合性を有したものでなければならないことに加え、当該規制の他により制限的でない手段が存在するか否かを判断しなければならない。よって、当該規制の目的がやむにやまれぬものであったとしても、他のより制限的でない規制では当該規制ほどの効果を得ることができないということについて規制する側は立証する必要がある。この点、日本の裁判所において、未成年者保護を目的とした表現規制の合憲性を審査する際、そもそも日本の裁判所は、アメリカの裁判所のように厳格審査基準を適用してはいないが、それでも合理性の基準ではなく厳格な司法審査基準を適用することが望まれよう。しかし、これまで最高裁は表現の自由の制約が問題となった事例において、厳格な審査基準を用いて当該制約の合憲性を判断したことがないことに加え、より制限的でない他の選びうる手段の有無についても判断したことはないといえる。たとえば、子どもは大人と違って精神的・肉体的にも未成熟であるという理由で、子どもには特別の制約を受ける場合があるとしても、そのことを理由として未成年者に対するパターンリスティックな制約が認められるわけではなく、日本の裁判所においてもアメリカのように厳格な司法審査基準を適用することによって、当該規制の合憲性を判断すべきであろう。

より制限的でない他の選びうる手段については、有害とされる表現を直接規制する方法よりも、有害とされる表現へのアクセスを制約する方法の方が望ましいといえる。つまり、有害とされる表現規制においては、子どもを保護することができる一方で、成人の表現の自由を制約することになるためである。この点、特にインターネット上の有害情報の規制手段として、フィルタリング・ソフトの有効性が評価されているといえるが、このフィルタリング・ソフトにおいても完全に有害とされる情報をブロックすることは不可能であることに加え、経済的な理由によりフィルタリング・ソフトを利用することができない家庭が存在す

るという問題がある⁷²⁰。ただ、いずれにせよ、成人の表現の自由との関係上、有害とされる表現へのアクセスを制約する手段を採る方が憲法上、問題にはならないのではないだろうか。

したがって、これらの諸点をもさらに検討した上でなければ、未成年者保護を目的とした表現規制は許容されないといえよう。そして、未成年者保護を目的とした規制に関して、一般に「必要最小限度」の規制でなければならないといわれるが、当該規制が「必要最小限度」の規制か否かについては、上記のような観点から理解されるべきものと解されうるだろう⁷²¹。

ところで、これまで考察したように未成年者保護を目的とした表現規制が許容されるということが明らかにされたが、その一方で、第二部において取り上げたアメリカ連邦最高裁判決はいずれも、当該規制が未成年者の表現の自由を侵害しているとして未成年者自身が単独で訴えを提起した事例ではなかった。これまで表現の自由の領域における子どもの権利をめぐる事例において、子どもが州（あるいは政府）を相手に、自身が有する合衆国憲法修正1条の権利を侵害するとして訴えを提起した事例は、Tinker 判決のみであった。先述したように、Tinker 判決では、公立高校の生徒である Tinker たちが、ベトナム戦争の反対および休戦を支持することを表明するため黒い腕章をつけて学校に登校したことが、腕章をつけて登校する生徒がいればそれを外すことを求め、それにも応じなければ腕章なしで登校するまで停学処分とするという公立高校校長の指導を無視したとして、Tinker たちに学校が下した停学処分が、表現の自由の侵害に当たるとして Tinker たちが裁判所に訴えた事例であった。同判決において、法廷意見を執筆した Fortas 裁判官が、「公立学校の校長は生徒に対して絶対的な権限を持っておらず、子どもは学校の内外において、憲法上の権利を有する『人』であり、子どもは政府が尊重しなければならない基本的な権利を有する」と述べ、生徒にも表現の自由の保護が与えられているということを明示したが、これはあくまでも学校内における生徒の表現の自由が問題となった事例であるため、その点は留意する必要があるだろう。よって、学校内における生徒の表現の自由ではなく、たとえばある州法によって、子どもの表現の自由が侵害されたという事例は、今までアメリカ連邦最高裁において判断されたことはないように思われる。

⁷²⁰ 日本において、インターネット上の有害情報の規制手段として、フィルタリング・ソフトが利用されているということについて、本稿では第4章で論じた。また、アメリカ連邦最高裁判決において、フィルタリング・ソフトの有効性について議論されているという点については、第8章4節および同章5節において論じた。

⁷²¹ 佐藤・前掲注（655）234頁参照。

したがって、将来起こりうる事例として、ある州法により、未成年者一個人が自身の表現の自由の侵害を理由に州を訴えた場合、裁判所はどのような判断を下すことができるのか（あるいは下すべきか）について、若干の考察を行いたいと思う。たとえば、Brown 判決において問題となった州法をもとに考えてみたい。同判決において問題となった州法は、未成年者に対して暴力的内容のビデオゲームの販売、貸し出しを禁じ、そのビデオゲームのパッケージに「18」（対象年齢 18 歳以上）というラベルを貼ることを販売事業者に義務づけていた。その一方で、同州法は、両親が暴力的内容のビデオゲームを子どもに買い与えることまでは禁じていなかった。それ故、未成年者は直接自分自身で暴力的内容のビデオゲームを購入することができないが、その一方で、未成年者が成人を通じて暴力的内容のビデオゲームを間接的に入手する可能性は残されているといえる。その点では、子どもが当該ビデオゲームにアクセスする機会は完全に奪われてはいないが、このような場合、親が子どもに当該ビデオゲームを買い与えることをやめてしまえば、その子どもは当該ビデオゲームで遊ぶことができなくなってしまい、子どもが当該ビデオゲームにアクセスする機会は完全に奪われてしまうことになる。以上のような状況下において、暴力的内容のビデオゲームをプレイしたいと思う未成年者が、当該州法により、自身の知る自由を侵害されたとして訴訟を提起した場合、そのような訴えは認められるのであろうか。この点を検討する上で、Ronald Dworkin の『権利論』（TAKING RIGHTS SERIOUSLY）において展開された理論を参考にし、上記問題の糸口を模索したいと思う。

Dworkin は、『権利論』の「第六章権利の尊重」の「三 議論の余地ある権利」について言及している箇所において、「人 (a man) が、表現の自由のように強い意味での基本的権利を有することを公権力に対して主張する場合、これが有意味な主張となるのは、人格的に自立した強い個人としての尊厳、そして、配慮や尊重を平等に享受する資格、その他同様の重みをもつ人格的価値 (personal value) を保護するために、当の権利が必要である場合であり、そうでない場合には権利を有するという主張は意味のないものとなる」と述べている⁷²²。この説に依拠すれば、子どもが憲法上保障された表現の自由の権利が侵害されたと国家に対して主張する場合、この主張が認められるのは、「人格的に自立した強い個人としての尊厳、配慮や尊重を平等に享受する資格、その他同様の重みをもつ人格的価値 (personal value) を保護するために、当の権利が必要である場合」だけであり、そうでない場合には国家に対して自身の表現の自由の権利が侵害されたということを主張することはできない

⁷²² 同書の邦訳書として、木下毅・小林公・野坂泰司共訳『権利論』（木鐸社、1993年）265頁参照。

ということになろう。そこで、問題となるのは、子どもが大人と同様に「人格的に自立した強い個人としての尊厳、配慮や尊重を平等に享受する資格、その他同様の重みをもつ人格的価値 (personal value)」を有する存在であるか否かである。

この点、子どもの権利の捉え方を参考にすると、子どもは憲法上の権利を享有する主体であるが、子どもの心身の未成熟性や判断能力の不十分性を理由に、その権利の保障の程度は大人と同じではなく、制約されうると解される。よって、子どもは大人と同じ人格的価値を有するとはいえないということになり、子どもが自身の表現の自由の侵害を裁判所に訴えたとしても、その訴えは認められないということになるのではないだろうか。以上の説明を私が提示した事例に当てはめると、暴力的内容のビデオゲームをプレイしたいと思う未成年者が、当該州法により、自身の表現の自由を侵害されたとして訴訟を提起したとしても、子どもが大人と同様に「人格的に自立した強い個人としての尊厳、配慮や尊重を平等に享受する資格、その他同様の重みをもつ人格的価値 (personal value)」を有する存在ではないことを理由に、当該主張は認められず、結果的に未成年者保護を目的とした表現規制は許容されうるといえるであろう。

結論

大人の場合には認められないような表現規制が、なぜ子どもの保護を理由に許容されるのかについて、筆者はかねてより疑問を抱いていた。そこで、本稿では、子どもと大人の相違点を明確にすれば、未成年者保護を目的とした表現規制が許容されるか否かについても明らかにすることができるのではないかと考え、従来の研究をもとに、アメリカとの比較法的な観点を取り入れつつ、子どもと大人の相違点を明らかにすることを試みた。

まず、第一部において、岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決を中心に、そこで議論された論点についてそれぞれ検討を加えた。同最高裁判決において議論された憲法上の問題点は数多く、たとえば、有害図書規制を正当化する根拠として因果関係の立証が必要か否かという問題、また、当該条例による有害図書規制の合憲性判定基準について、大人と同程度の厳格度を有する司法審査基準を適用すべきか否かという問題、さらに、規制基準が明確であるか否かという問題等があげられよう。それぞれの問題に対して、岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決における多数意見および補足意見を執筆した伊藤裁判官と、憲法学説との見解の相違を明確にしつつ考察した結果、三者それぞれ、子どもの人権の捉え方が異なっていることが認められた。同判決における多数意見は、子どもの心身の未成熟性を理由に、当然、未成年者保護を目的とした表現規制は容認されるという考えに立脚し、当該規制を合憲と判示したのに対し、伊藤裁判官は、子どもの心身の未成熟性のゆえに、未成年者保護を目的とした表現規制も認められうる場合があるといえるが、「青少年保護のための有害図書の規制が合憲であるためには、青少年非行などの害悪を生ずる相当の蓋然性のあることをもって足りると解してよいと思われる」と述べ、本件においては相当の蓋然性が認められるとして、当該規制は憲法に違反しないと判示した。一方で、憲法学説の多くは、多数意見および伊藤裁判官の補足意見に対して、批判的な見解を示している。憲法学説の多くは、子どもは大人と異なり、心身ともに未成熟であり、その特性ゆえに未成年者保護を目的とした表現規制が許容されうる場合があることを認めつつも、有害図書と青少年の非行との因果関係の立証が科学的に立証されていないのであれば、有害図書規制は許容できないとの見解を示している。このうち、子どもを保護の対象としてのみ捉えているのが多数意見の見解であるのに対し、伊藤裁判官および憲法学説の多くは、子どもの権利享有主体性を認め、子どもも大人と同じ憲法上の権利を有するものであると考えているが、子どもは心身ともに未成熟であり、判断能力も不十分であることを理由に、権利の制約が許される場合があるという見解に立っていると見える。よって、このような見解は、子どもを「保護の客体」と捉えつつも、より積極的に子どもが「権利の主体」とであると捉えているといえる。一方で、子どもの権利の捉え方という点に着目した場合、因果関係の立証までも求めている伊藤裁

判官の方が、子どもの保護という点に若干の重みを置いて判断しているといえよう。このような伊藤裁判官の補足意見に対して、憲法学説の多くが批判している。ここに未成年者保護を目的とした表現規制の合憲性の判断においては、困難が伴うことが判明した。

また、第一部においては、放送上、およびインターネット上の有害情報の規制をめぐる問題に加えて、児童ポルノ禁止法をめぐる問題についても考察した。日本における放送上の規制には、法によるものは存在せず、放送事業者の自主規制によるものであるのが現状であるが、インターネットについては、青少年インターネット環境整備法が制定され、児童ポルノについては児童ポルノ禁止法が制定されている。このような日本の制定状況やそれぞれの法律や自主規制の課題や問題点を明確にした上で、第二部では、未成年者保護を目的とした表現規制をめぐる判例の蓄積が豊富なアメリカ連邦最高裁判例を概観し、印刷メディア、放送、ケーブルテレビ、インターネット、暴力的内容のビデオゲーム、児童ポルノという形で、それぞれ日米の比較法的な観点から検討を行った。そこで明らかになったことは、アメリカの方が、子どもにとって有害な表現に対して、法による規制を積極的に行うことである。法による規制は、販売事業者等が行う自主規制とは異なり、強制力があるとともに、規定に違反した場合には販売事業者や情報の発信元とされる者に罰則が科されるため、憲法上の問題が生じるといえる。そのため、アメリカにおいては、法による規制ではなく、フィルタリング・ソフトの有効可能性について議論がなされていた。この議論は、日本においても示唆に富むといえよう。また、第二部においては、未成年保護を目的とした表現規制に適用すべき司法審査基準についても考察を行った。ここでは、平等の領域に用いられている動機審査の応用可能性について、Elena Kagan が提唱する動機審査の理論が、未成年者保護を目的とした表現規制の合憲性を判断する際にも応用できるか否かについて論じた。Kagan の動機審査を活用することで、子どもを保護するという目的の背後に隠された、憲法上、容認しえない不正な動機を炙り出すことができ、その不正な動機の存在を理由に、有害図書規制のような未成年者保護を目的とした表現規制であっても違憲と判断される可能性があることを示した。

第三部においては、第一部および第二部においても明らかとならなかった、子どもと大人の違いについて明確にするために、子どもの妊娠中絶の自由に関する事例である Bellotti 判決を取り上げ、検討を試みた。同判決において法廷意見を執筆した Powell 裁判官は、子どもの憲法上の権利が大人のそれと比べて制約に服しやすいということを正当化する根拠として、子どもが傷つきやすいということ、子どもは分別のある決定ができるほど成熟していないこと、子どもの成長にとって親の果たす役割が重要であることという三つの根拠をあげていた。Powell 裁判官は、子どもの憲法上の権利が大人のそれと比べて制約に服しやす

いということ正当化する根拠として、上記の三つの根拠を提示しているが、その一方で、同裁判官は、子どもも大人と同じ権利享有主体であることを認めている。加えて、同裁判官の見解を「子どもの権利」論に依拠した子どもの人権の捉え方に当てはめれば、同裁判官による子どもの人権の捉え方は、米沢広一教授が提唱する「保護」と「自律」の両者を視野に入れたアプローチと類似しているということが判明した。この米沢広一教授のアプローチに依拠し、検討を加えた結果、子どもに対するパターンリスティックな介入は正当化されるということが明らかとなった。以上の点を踏まえれば、この「子どもの保護」と「自律の尊重」こそが、子どもと大人の相違点に深く関係しているといえよう。子どもと大人の違いは、子どもの心身の未成熟性や判断能力の不十分性といった、子どもの特性のみで捉えるべきではなく、そのような特性を備えつつも、子どもは大人と同じ憲法上の権利を享有する主体であるということを抜きにして論じるべきではなく、これらの点を考慮した上で、子どもの保護を重視すべきか、あるいは子どもの自律性を尊重すべきかについて、個別具体的に判断する必要があるだろう。

一方で、子どもの憲法上の権利について、どこまでパターンリスティックな制約が認められるのかについては、なお検討する必要があるといえることから、この点について、John H. Garvey の理論を参考に検討を行った。この Garvey の理論に依拠すれば、未成年者保護を目的とした表現規制は許容されるといえるが、その場合においても、未成年者といっても年齢や個人差によって発達段階に相違が見られるため、年齢によって画一的に判断すべきか、個別的に判断すべきか、また親の選択よりも先に政府が介入すべき否か、さらに、より制限的でない規制手段が存在するか否かなどが検討されなければならないであろう。未成年者保護を目的とした表現規制をめぐる様々な課題について、日本の最高裁も今後、積極的に取り組むべきであろう。