



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	サイバースペースと表現の自由（一）：表現内容規制をめぐるアメリカ憲法理論の検討を中心に
Author(s)	小倉，一志
Citation	北大法学論集，55(1)，53-112
Issue Date	2004-05-06
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/36651
Type	departmental bulletin paper
File Information	55-1_p53-112.pdf



サイバースペースと表現の自由（二）

——表現内容規制をめぐるアメリカ憲法理論の検討を中心に——

小倉 一 志

目 次

はじめに

第一章 リアルスペース上の表現諸理論の形成

第一節 アダルトコンテンツ

一 わいせつな表現

- 二 下品な表現
- 三 未成年に有害な表現
- 四 チャイルドポルノ
- 五 サイバースペースへの既存法理の適用
- 第二節 名誉毀損的表現
- 第三節 差別的表現
- 第四節 小括
- 第二章 サイバースペース原理論
- 第三章 サイバースペースに対する表現内容規制
- 第四章 表現内容規制論の再検討
- 結語

(以上、本号)

はじめに

一 かつて、アメリカの未来学者アルビン・トフラー (Alvin Toffler) は、農業革命、産業革命に続く「第三の波」である、「情報革命の時代」が到来することを予測した。トフラーは、その著作の中で、「情報革命の時代」におけるコンピュータの重要性を次のように指摘している。

「第三の波の情報体系への移行は、人類史上はじめてと言っていい大きな飛躍である。なぜなら第三の波は、社会的な記憶を多方面にひろめるだけでなく、第二の波の時代に失われた社会的記憶の生命を、ふたたびよみがえらせるから

である。コンピュータは、蓄積された情報を処理することによって、それまで存在しなかった新しい状況をつくり出す。すなわち、コンピュータは社会的記憶にひろがりを持たせると同時に、活動的なものにするのである。記憶量の増大とその活性化という二つの機能が結合される結果、大きな推進力となるであろう。

コンピュータによって新たに拡大された記憶に活力が与えられると、新鮮な文化的エネルギーが活発に動き出す。コンピュータは、断片的な情報文化をきちんとした情報の形に組織し、総合するのに役立つだけでなく、可能性の範囲を押しひろげる働きをする。図書館や資料の入ったキャビネット、それ自体は、ものを考える力をもっていない。もちろんユニークな発想など生まれてくるはずもない。ところがコンピュータは、『人間の考えおよばないこと』を考えたり、以前は『思いもよらなかったこと』を考えさせるのに役立つ。コンピュータは、従来、言葉の真の意味で、思考や想像の領域外にあった新しい理論、概念、イデオロギー、芸術的直観、技術的進歩、経済的および政治的革新といったものを、可能にしていく。それによってコンピュータは、歴史の変化の速度を早め、第三の波の社会の多様化を推し進めるのである⁽¹⁾⁽²⁾。

トフラーは、今から約二〇年前に、この著作を著したのであるが、現在の状況は、彼が予測した通りに事が進んでいるといえる。企業、学校のみならず家庭においてもコンピュータが広く普及し、かつ、それがスタンド・アローン(stand alone)の状態ではなく、専用線ないし電話回線等によってサイバースペース⁽³⁾⁽⁴⁾に接続されるのが当たり前になってきているのである。この現象は、データ処理をその主たる仕事としてきたコンピュータが、コミュニケーションツールとしての側面を強く持つようになってきていることを表しているといえよう⁽⁵⁾。

この現象を憲法のレンズを通してみると、サイバースペースがきわめて民主的なメディアであり、様々な情報を誰もが低コストで送受信できる点が、特に注目される。「貧民の放送局」の言葉に代表されるように、現在では、わずかな

資力と設備しかもない一個人さえもが、世界中の不特定多数の人々に向けて自己を表現することができ、そして同時に、受け手としても、新聞や放送に代表される従来のマスメディアには見られないような、多様な観点にもとづく多様な表現内容を入力することが可能となりつつあるといえる。⁽⁷⁾ また、これまでの憲法理論では、意見や思想を表現する手段が、事実上、マスメディアに独占されていることを前提とした上で、これを補完するものとして、デモ行進を含む集会の自由の民主主義的意義が強調されることが多く見られたが、サイバースペースにおける表現活動は、リアルスペースにおけるそれと比べても弊害が少なく（あるいは、ほとんどなく）、また、表現をより広汎に伝達できることを考えると、サイバースペースが表現の自由に対して持つ意義は非常に大きいものであるようにも思われる。⁽¹⁰⁾

この「集会の自由の民主主義的意義」の強調を初めて行ったのは、渡辺洋三教授である。⁽¹¹⁾ 渡辺教授は、古典的な市民社会秩序における財産権が質的に変化している点を指摘した上で、言論の自由もまた、財産権の質的变化と連動して変化しているという。なぜ連動しているのかというと、「古典的な意味での言論の自由は、思想の自由市場への参加とそこにおける選択の可能性とを前提としてなりたっていた」のであるが、「そのような思想・言論市場への参加を現実的に保障するものは」、あくまでも「財産権の自由にはかならなかった」からである。⁽¹²⁾ 言論の自由と財産権の自由との間に密接なリンクがあり、一方の財産権が変化しているのであれば、もう一方の言論の自由にあっても変化を免れないことになる。「今日もつとも大衆的影響力をもつ」がゆえに、現代の言論の自由の内核に位置する電波メディアは、「電波管理権を独占する国家権力とむすびついた少数の大企業にのみ特権的に許された言論活動」であり、言論手段の独占は言論の自由における古典的形態と相反するものとなる。⁽¹³⁾ また、「印刷メディアにおいても、言論市場の圧倒的大部分が、巨大資本の手中に握られ」ているがゆえに、電波メディアが抱える問題は印刷メディアにおいても変わりがないとする。電波有限論等により正当化された免許制度を持つ電波メディアと、そのような制度を持たず、自由に言論活動が

行える印刷メディアとでは、質的な差異があるように思われるが、財産・資本の独占（この場合は、表現手段の独占とした方が良いかもしれない）に注目する渡辺教授の理解からすれば、このような「質的差異」は差異とはならないことになる。このため、「言論の自由市場に個人として参加しえない大部分の民衆にとって、みずからの思想・意見を表明してゆく手段としては、むしろ、大衆的集会・集団示威行進などが、非常に重要とな」り、「かくて、大衆行動の自由が中核的位置を占めてくる」という。⁽¹⁴⁾このようなスタンスは、その直後に、芦部信喜教授が、「思想の送り手と受け手の分離など、マス・コミ時代の表現の自由が伝統的な自由と異なる性格をもつに至ったことは、集会・結社の自由の現代社会における意義を考える場合にとつても重要である」と指摘したことからも見て取れるように、憲法学への受容が即時に行われたといえる。⁽¹⁶⁾ペンシルベニア東部地区連邦地裁決定におけるダルゼル (Stewart Dalzell) 裁判官個別意見は、インターネットには他のメディアと比較して、四つの特徴があることを示したが、これらからさらに公約数ないし共通解を求めると、その解は「インターネットの参入障壁の低さ」となるだろう。渡辺教授は、古典的な財産権観から財産・資本が独占ないし集中されていく流れの中で、言論の自由もまた（悪い方向に）質的変容を遂げる様を分析したのであるが、この程度の低い「参入障壁」しかないような言論手段であれば、誰でも持つことが可能となる。また、一旦、その手段を獲得してしまえば、他の巨大資本群とも対等に表現活動を行うことができるのである。⁽¹⁹⁾このように考えれば、少なくとも、サイバースペースにおいて、上記のような問題は生じないといえるだろう。⁽²⁰⁾

二 しかしながら、「インターネットの参入障壁の低さ」という共通解は、言論ないし表現の自由にとって、プラスの意味を持つだけではなく、マイナスの意味をも合わせ持つものである。⁽²¹⁾「インターネットへの参入障壁の低さ」は、表現を行なおうとする者にとって、自己実現や自己統治の価値をまさに具体化するものであるが、それと同時に、容易に

他者の権利を侵害することが可能となる「諸刃の剣」⁽²²⁾ ⁽²³⁾なのである。

実際問題としても、(負の側面である) わいせつな表現、名誉毀損的表現、差別的表現などがサイバースペース上で流通していることもまた事実であり、現在、各国も対策に苦慮しているといえる。近年、わが国においてもサイバースペース上のこうした表現をめぐる法的紛争や裁判が生じるようになってきており、また、これに対して法的手当てをしようとする動きも加速しつつある。⁽²⁴⁾ しかしながら、(わが国の) 学説側の対応は不十分であるように思われ、アメリカにおける状況と比較すると極めて対照的であるといえる。⁽²⁵⁾

このような状況の中で、高橋和之教授は次のように述べている。「(表現の自由論における) 基底的メディアが出版から電子情報システムに移るとすれば、新しい基底的メディアが自由なアクセスをどのような形でどの程度まで保障しうるのか、そして、出版メディアをモデルに形成されてきた表現の自由の諸理論が新たなメディアの下でどこまで通用しうるのかが問われざるを得なくなろう。しかも、その検討を電子情報システムが基底的メディアになってしまってから行うのでは遅すぎる」。「技術が将来のシステム設計図を模索しながら展開しつつある今のうちから、模索の考慮要素として表現の自由の要請を組み込むことが必要なのである」⁽²⁶⁾と。

わが国でも、理論的検討を早急に行うことが求められているのである。⁽²⁷⁾

三 本稿では、アメリカ、日本両国のサイバースペースに対する表現内容規制の現状を検討することは当然であるが、アメリカのサイバースペースにおける表現内容規制とわが国のそれとを対比させることにより、わが国が選択しようとしている規制手法の「特異性」を浮き彫りにする。その上で、表現内容規制をめぐるアメリカ法理論が、わが国の法理論に対して、どのように「移植」可能であるのかを検討する。更に、本稿では、従来の議論が実定法を中心とする「法

「Law」を(事実上)唯一の規制要素(regulator)とする議論とは、切り口を変えて、ローレンス・レッシング(Lawrence Lessig)が示した「コード(Code)論」ないし「四つの規制要素論」ともいえるべき議論を用いて、近い将来、サイバースペース上で「法」と同様の規制可能性(regulability)を発揮すると解される、「コード」を含めた形での表現内容規制論も検討する。後で見ると、この「コード」の規制可能性が最も効果的に機能すると思われるのが、わいせつな表現に代表される、アダルトコンテンツに対する規制である。そのため、本稿では、アメリカにおける表現内容規制の中でも、アダルトコンテンツ規制に、やや重点を置いた形で検討を行うことにする。確かに、かつて、ある論者が、「ある意味ではあまり快くもなく、若干喜劇的な要素もある主題でもある」と評したことからもわかるように、(リアルスペースにおいて)この種のテーマは、あまり表現の自由論の舞台上で堂々と論じられるテーマではなかったように思われる。しかしながら、新しいメディア、特に、サイバースペースの領域ではリアルスペースとは異なり、アダルトコンテンツ規制が(少なくとも現在)中心の問題となっており、また、その解決方策いかにサイバースペースの将来のアーキテクチャを大きく左右する可能性が高いことを考えると、この種のテーマを「瑣末な」問題ととらえて、詳細な議論を回避したまま表現内容規制を容認することはできないはずであるからである。⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾

その他、本稿では、アダルトコンテンツに対する表現内容規制とともに、サイバースペース上で広く流通している、名誉毀損的表現や差別的表現に対する表現内容規制についても検討を加える。⁽³¹⁾これらはアダルトコンテンツとともに、「二段階アプローチ」ないし「三元論」が認めてきた二つの極のうち、憲法上保障が及ばない「段階」ないし「次元」であるか、そうではなくとも、その周囲に存在するものとして位置づけられてきたものであった。しかしながら、サイバースペース上の表現内容規制を検討するにあたっては、これらに対する検討が重要な意味を持つのである。

なお、筆者が、アメリカを比較対象国とした理由は、次の点に求められる。第一に、アメリカは、日本の表現の自由

論の準拠枠であること⁽³²⁾、第二に、インターネットを中心とするサイバースペースの起源は、アメリカに求められること、第三に、アメリカにおいては、サイバースペースをめぐる議論が（法律の分野を含めて）最も活発に行われてきており、現在では、「サイバースペース・ロー（Cyberspace Law）」ないし「サイバー・ロー（Cyberlaw）」と呼ばれる法領域が形成されつつあること、そして、第四として、世界各国でインターネットが利用されるようになってきている現在においても、なお、アメリカ発のデータ量が一番多いことがあげられる⁽³³⁾。インターネット上の規制を考える場合、一つを例にとってみても、アメリカの動向を無視した議論はその説得力を欠くように思われるのである。

四 本稿の構成は、次の通りである。本稿では、サイバースペース上の表現の中でも、とりわけ問題となっている、アダルトコンテンツ、名誉毀損的表現、差別的表現の三つに焦点をあてて、分析・検討を行うが、第一章では議論の前提として、それぞれの法理がリアルスペース上において、どのように形成されてきたのかを中心に見ていく。サイバースペースにあっても、リアルスペース上の法理がその前提となっており、サイバースペース上の表現法理との相違を明らかにするにあっても、リアルスペース上の法理の理解が欠かせないからである。第一節では、アダルトコンテンツの要素である、わいせつな（obscene）表現、下品な（indecent）表現、未成年に有害な（harmful to minors）表現、チャイルドポルノの四つのカテゴリーについて、判例の流れに沿いながら、各々について、どのような法理の形成が行われてきたのかを検討した上で、United States v. Thomasをきっかけとして、既存の法理がうまく適用できないケースが生じていることを見る。第二節では、名誉毀損的表現を扱う。ここでは、表現者自身が責任を問われるケースと、その表現媒体を管理ないし所有する者に責任を問うケースの二つに分けて考える。リアルスペースにおいては、サイバースペースとは異なり、情報の発信者とメディアの管理者・所有者の未分離、すなわち、情報の「うつわ」と「中身」の責任主体

が同一である傾向を見せる関係上、主として、最初に見る一次的責任(直接責任)の部分において、判例・学説の展開がみられる。第三節では、*R.A.V. v. City of St. Paul* ⁽³⁴⁾を中心に、差別的表現を扱う。

第二章以降が、サイバースペースの問題となる。第二章では、サイバースペース原理論を扱う。ここでの原理論とは、地理的な国家や法域に区分されずに存在し、かつ、分散型の特質を有するサイバースペースに対して、トップダウン型の制定法をそのままストレートに適用できるのか、もしできなければどのようなオルターナティブが考えられるのか、という点をめぐって、法適用の前段階として論じられてきた問題である。ここでは、セルフ・ガバナンス (self-governance) を支持する議論としての第一世代と、その第一世代への反発から生じた議論ともいうべき、第二世代の二つに分けて議論を行なう。しかし、ここで最も注目したいのは、デビッド・ポスト (David Post)、デビッド・ジョンソン (David Johnson)、あるいはエスター・ダイソン (Ester Dyson) 等が主張した、第一世代における「セルフ・ガバナンス論」よりも、第二世代としてのレシッグの「コード論」である。ここでは、レシッグの議論の内容、およびその評価を中心に検討していきたい。レシッグの「コード論」の内実は、「四つの規制要素論」と言い換えることが可能である。サイバースペースに限らず、人間の行動一般を規制する要素としての規制要素として、制定法を中心とする「法 (Law)」、⁽³⁵⁾「(社会) 規範 ((Social) Norm)」、値段やコストが問題となる「市場 (Market)」そして「アーキテクチャ (Architecture)」ないし「アーキテクチャ」を構成する「コード (Code)」の四つを抽出する所に、レシッグのオリジナリティがあるといえるが、本稿では、「法」と「コード」との関係を中心にみる。この点につき、レシッグは自覚的ではないが、「法」と「コード」との関係はトレードオフ (trade-off) の関係であると考えられる。そうすると、「コード」が(リアルスペースよりも) より良く機能すると考えられるサイバースペースにおいて、「法」の役割は「コード」の力に反比例して、相対的に弱められていくことになる。第二章では、総論的な部分を扱い、具体的な当てはめについては、

第三章および第四章の各箇所であつて、第三節では、以上の前提をふまえて、サイバースペースにおける、アダルトコンテンツ、名誉毀損的表現、差別的表現の三つの類型に属する表現が、(アメリカの司法・立法において)どのように対処されてきたのか、あるいは、どのように対処されようとしているのか、を見る。第一章で見ると、これらの類型に属する表現は、「二段階アプローチ」ないし「二元論」が認めてきた二つの極のうち、憲法上保障が及ばない「段階」ないし「次元」であるか、そうではなくとも、その周囲に存在するものと位置づけられてきたものであった。しかしながら、サイバースペースにおけるこれらの類型に属する表現に対する規制が、(少なくとも)現在の中心的問題となっており、また、その解決方策いかんがサイバースペースの将来のアーキテクチャを大きく左右する可能性が高いといえる。特に、リアルスペース上で最も「瑣末な」位置づけしかなされてこなかった、アダルトコンテンツへの対処が、サイバースペースのアーキテクチャ全体を最も大きく左右するものであることは、ある意味皮肉であらう。アダルトコンテンツがサイバースペースのアーキテクチャの命運を握っているのは、差別的表現や名誉毀損的表現と比べて、「コード」による規制が、最も有効に機能する可能性が高いからである。

第一節では、サイバースペースにおけるアダルトコンテンツ規制を扱う。一九九六年六月にアメリカ連邦最高裁が出した、通信品位法 (Communications Decency Act; CDA) 違憲判決⁽³⁶⁾を皮切りとして、その後、「Son of CDA」ないし「CDA II」として制定された、子どもオンライン保護法 (Child Online Protection Act; COPA) に対する判決⁽³⁷⁾、更には、チャイルドポルノ防止法 (Child Pornography Prevention Act; CPPA)⁽³⁸⁾、子どもインターネット保護法 (Children's Internet Protection Act; CIPA)、州法に対する各判決を検討する。第二節では、サイバースペース上の名誉毀損的表現を扱う。リアルスペース上における名誉毀損的表現においては、一次的責任(直接責任)が主たる問題となるのに対し、サイバースペースに

おいては、二次的責任(間接責任)が主たる問題点として議論されてきた。これは、情報の発信者とメディアの管理者・所有者の分離、すなわち、情報の「うつわ」と「中身」の責任主体がサイバースペースでは分離していることの結果である。この点につき、アメリカにおいては、*Zeran v. AOL*⁽³⁹⁾以前とそれ以降において、司法判断に大きな相違が見られる。連邦議会が表現の自由という憲法的価値を通信品位法(CDA)の中に「グッド・サマリタン(Good Samaritan)条項」の形で組み込んだ結果として、インターネットサービスプロバイダ等のメディアの管理者・所有者への法的責任は、大きく緩和されたことになったのである。第三節では、差別的表現(ヘイトスピーチ)を扱う。アメリカにおいて、サイバースペース上の差別的表現が問題となったケースはあるが、いずれも判決までには至っていない。また、わが国でもサイバースペース上の差別的表現について司法判断が下されたことはまだない。しかし、これは、サイバースペース上に差別的表現が存在していないという証左にはならない。実際、サイバースペースにおいては、リアルスペースと同様に(あるいは、それ以上に)差別的表現のカテゴリーに入るであろう表現が数多く散見される。サイバースペース上では、差別的表現を行なうことによって、彼らのグループの主張を行なうことは当然であるが、それと同時に、ストームフロント(Stormfront)や、クー・クラックス・クラン(Ku Klux Klan)等においては、グループ構成員間の連絡手段としても機能していることが指摘されている⁽⁴⁰⁾。ここでは、差別的表現をめぐる具体的なケースを概観する。

最後に、第四章の前半部分では、アダルトコンテンツ、名誉毀損的表現などに係わるサイバースペース上の(日本国内の)判例、改正風営適正化法、児童ポルノ法、プロバイダ責任制限法、福岡県青少年保護条例をはじめとする法律・条例、更には、人権擁護法案など、サイバースペース上の表現に影響を与える可能性のある法案についても、学説を交えながら検討する。後半部分では、まとめとして、日米比較を行う。ここでは、日米間における相違を浮き彫りにし、表現内容規制論の再検討を行なう。

- (1) アルビン・トフラー(徳山二郎監訳)『第三の波』(日本放送出版協会・一九八〇年)二五七―二五八頁、A・トフラー(徳岡孝夫監訳)『第三の波』(中公文庫・一九八二年)一四二―一四三頁。
- (2) トフラーの議論とのかかわりで「情報社会の進行」を論ずるものとして、夏井高人『ネットワーク社会の文化と法』(日本評論社・一九九七年)一八―三四頁がある。
- (3) 「サイバースペース」という用語は、コンピュータ科学の小説家ウィリアム・ギブスンによって考案され、初めて用いられたものであるといわれている(WILLIAM GIBSON, NEUROMANCER 51(1984)邦訳として、ウィリアム・ギブスン(黒丸尚訳)『ニューロマンサー』(ハヤカワ文庫・一九八六年)がある)。ローレンス・H・トライブは、「サイバースペース」に対して、「無数のユーザ間あるいはユーザとコンピュータ間のリアルタイムないし時間の遅れを伴った双方向的(インタラクティブ)な様々な形態により、通常の電話、ボイスメール(voice-mail)や電子メール、画像データ等をやり取りしたり蔵置したりする―物理的な障壁や空間さえも持たない―場所」という定義を与えているが(Laurence H. Tribe, *The Constitution in Cyberspace: Law and Liberty Beyond the Electronic Frontier*, Address at the First Conference on Computers, Freedom & Privacy, http://cpsr.org/cpsr/free_speech/tribe_constitution_cyberspace.txt (last visited Dec 27, 2003))、本稿における検討にあたって、詳細な定義づけはそれほど重要ではなく、「パソコン通信やインターネットといった双方向ネットワーク(ないし、そのネットワークが作り出す空間)」という程度の定義で十分であるように思われる。第三章で検討する、通信品位法(Communications Decency Act; CDA)連邦最高裁判決においても、インターネットの歴史、現状、あるいは、そこで行われるサービスについては詳細な事実認定が行われているが、定義そのものについては、「インターネットとは、相互に接続されたコンピュータの国際的なネットワークである」としか記述されていない(Reno v. ACLU, 521 U.S. 844, 849(1997) [hereinafter *Reno II*])。なお、子どもオンライン保護法(Child Online Protection Act; COPA)では、「コンピュータ装置、電子的送信媒体および関連装置、ソフトウェアの結合であつて、TCP/IP (Transmission Control Protocol)もしくは情報送信用の後継プロトコルを用いることにより相互に接続されたコンピュータネットワークの世界的ネットワークからなるもの」との定義が与えられている(47 U.S.C. §231(e)(3))。
- (4) サイバースペースの構成要素である、パソコン通信とインターネットについて見ておく。まず、パソコン通信は、その運営母体の違いに応じて、商用オンラインサービスと草の根ネット(Private Bulletin Board System)に分けることができる。

インターネットの普及以前は、商用オンラインサービスがサイバースペースの中心的構成要素であった。そのユーザは、アカウントを取得した上で、ホストコンピュータにアクセスすることによりサービスを受けることが可能となる。それぞの商用オンラインサービスは、個々の名称や内容に若干の違いが見られるものの、電子メールサービス、ソフトウエアのライブラリーへのアクセス、データベースの検索サービス、ニュースや情報の提供は、最低限含まれているといつてよい。また、これらに加えて、掲示板を設けて、ユーザがメッセージを書き込めるようにしたり、他のユーザとリアルタイムでチャットが楽しめるようなサービスを付加しているのが通常である (William Grimes, *Computer as a Cultural Tool: Charter Mounts on every Topic*, N.Y. TIMES, Dec. 1, 1992)。アメリカの主要な商用オンラインサービスとしては(カッコ内のユーザ数は一九九六年六月現在)、America Online (約六五〇万人)、CompuServe (約五二〇万人)、MSN (約一三〇万人)、Prodigy (約一〇万人) 等があり (小林憲夫『ニフティサーブ成功の軌跡』(コンピュータエージ社・一九九七年) 一九一頁、赤木昭夫『インターネット社会論』(岩波書店・一九九六年) 一五七頁参照)、日本では(カッコ内のユーザ数は一九九七年三月現在)、NIFTY-Serve (約二二六万人、現在の@nifty)、BIGLOBE (約二二三万人)、PEOPLE (約七〇万人、現在のFENet (エフエフネット) インターネットサービス) が代表格であったが (日本インターネット協会編『インターネット白書'97』(インプレス・一九九七年) 二九頁参照)、現在は、インターネットサービスプロバイダとして衣替えしている会社が大半である。

草の根ネットは、商用オンラインサービスと機能的に類似している。第一章で見える *United States v. Thomas*, 74 F.3d 701, 705 (6th Cir. 1996) は、草の根ネットを「電子メール、チャット、掲示板、およびメンバーがアクセスし自分のコンピュータないしプリンタに(アップロードあるいは)ダウンロード可能なファイルを提供するために、電話線、モデム、パーソナルコンピュータを用いることによって運営されるシステム」と定義する。アメリカでは、一九九五年段階で約六万局の草の根ネットがあったといわれる (Katie Hafner, *Online on a Shoestring*, NEWSWEEK, Mar. 6, 1995)。草の根ネットは規模が小さいのが特徴で、小さな企業、あるいは個人が趣味で運用しているケースが多かった。多くの草の根ネットは、特定の領域を専門的に扱うものであることが一般的で、その点に存在意義があったともいえるが、インターネットの普及により、商用オンラインサービスのユーザと同様に、彼らの活動の舞台もそちらに移動することになった(当時のアメリカにおける草の根ネットを紹介したものとして、岡部一明『インターネット市民革命—情報化社会・アメリカ編—』(御茶の水書房・

一九九六年）八四頁以下がある）。

インターネットでは多様なコミュニケーション手段が利用可能である。その主要なものをあげると、一対一の手段としては、電子メールがある。一対多の手段としては、メーリングリスト、ニュースグループ（アメリカでは伝統的に「ユースネット（USENET）」と呼ばれることが多い）、ワールドワイドウェブがあり、リアルタイムによるコミュニケーション手段としては、チャットと呼ばれる、文章によって会話するものがあり、また、テルネットにより、地理的に離れているコンピュータを遠隔操作し、そのコンピュータ内に蓄積されている情報を検索することも可能となっており（ACLU v. Reno, 929 F. Supp. 824, 834-836 (E. D. Pa. 1996) [hereinafter *Reno*]）、従来のパソコン通信を進化させたものといえる。しかし、①インターネットは「ネットワークのネットワーク」といわれるように、規模においても内容においても他を圧倒していること、②ワールドワイドウェブ、および、それを表示可能とするブラウザの登場によって、非常に視覚に訴えるような形で情報提供が行われていること（John S. Zanghi, "Community Standards" in *Cyberspace*, 21 DAY. L. REV. 95, 105-106 (1995)）、③商用オンラインサービスや草の根ネットワークが中央集権型の閉鎖的なネットワークであるのに対して、インターネットは分散型・開放型のネットワークである、という点で性質に大きな違いが見られる。特に、③の性質、すなわち、技術的意味あるいは管理方式において分散型をとっている点については留意しておく必要がある。インターネットは、全ての電子情報が通過しなければならない中心地がない、すなわち、インターネットを管理する中心的な組織が存在しないのである。なぜ、インターネットが自律分散型のシステムをとっているかといえば、それはARPANETがインターネットの前身である点に求められる。このシステムはパケット交換方式と呼ばれており、伝送された情報やメッセージをいくつかのパケットに分割し、そのパケットを順不同に「ネットワークのネットワーク」を通じて目的地に到達させ、すべてがそろった時点で元の順番に並び替えるというものであるが、村井純教授はインターネットを鉄道網とのアナロジーで説明されている。「駅」⇨コンピュータ、「線路」⇨ネットワークと考えれば、駅と駅の間を走る「電車」は情報ということになり、他の路線との「乗換駅」がゲートウェイやルーターになる（村井純『インターネット「宣言」』（講談社・一九九五年）六八頁）。基本的に見えているのは出発駅と到着駅だけで、どのようなルートを通るかは、インターネットにしても鉄道にしても任意である。インターネットでは「切符」に該当するものは円（インターネット・プロトコル）であり、ここに書き込まれている情報は、行き先と発信人、そして何バイト、何ビット入っているかの情報しかないのである（村井純『インターネッ

- ト」(岩波新書・一九九五年)一八頁以下、村井純「インターネット構築サイドから利用者とのコラボレーションへの熱い思い」インターネット弁護士協議会編著十村井純『インターネット法学案内』(日本評論社・一九九八年)二六一―二七頁。
- インターネットは、現在も驚くべきスピードで成長している。インターネット人口は一ヶ月に一〇パーセントの伸びを示しているともいわれている。「約四〇〇〇万人が現在、インターネットを利用しており、一九九九年には二億人に達する」との予告通り(Reno I, 929 F. Supp. at 83)、二〇〇〇年末現在で、世界全体のインターネット利用人口は、約二八九三〇万人(そのうち、わが国は約二六三〇万人)と推定されている(日本インターネット協会編『インターネット白書2000』(インプレス・二〇〇〇年)二二〇頁参照)。
- (5) イシエル・デ・ソラ・プール(Thiel de Sola Pool)は、コンピュータを「二世紀の印刷機」と呼んできた(イシエル・デ・ソラ・プール(堀部政男監訳)『自由のためのテクノロジー ニューメディアと表現の自由』(東京大学出版会・一九八八年)二三五、二七九、二八一頁)。
- (6) 「サイバースペースでは、あらゆる者がウェブページ上からソープボックス(soup box)を組み立てることができ、バーチャルなビレッジグリーン(Village Green)において自らが思うことを、憲法起草者が考えていたよりも多くの、そして、多様な聴衆に対して話すことができるのである」(ACLU v. Reno, 31 F. Supp. 2d 473, 476 (E. D. Pa. 1999) [hereinafter Reno III])。ビレッジグリーン(サイバースペースへの)アナロジーを主張したロバート・クラインについては(Robert Kline, Freedom of Speech on the electronic village green: Applying the first amendment lessons of cable television to the Internet, 6 CORNELL J. L. & PUB. POL'Y 23, 58-60 (1996))、拙稿「サイバースペースに対する表現内容規制立法とその違憲審査基準―アメリカにおけるアダルトコンテンツ規制を素材として―」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル六号二三五―二三六頁参照。
- (7) 山口いつ子「コンピュータ・ネットワーク上の表現の自由」『ジュリスト増刊・変革期のメディア』(有斐閣・一九九七年)一六三頁。
- (8) 奥平康弘『表現の自由とはなにか』(中公新書・一九七〇年)一八四頁以下、奥平康弘『表現の自由Ⅲ』(有斐閣・一九八四年)六、三三―三四、五六頁、田島泰彦・右崎正博・服部孝章編『現代メディアと法』(三省堂・一九九八年)三七―三八頁〔右崎執筆〕。
- (9) 中村睦男・常本照樹『憲法裁判50年』(悠々社・一九九七年)三三七頁〔常本執筆〕。

(10)「インターネットは、個人のもつ力を大きく変えた。これまでのマス・メディアの場合、個人はもっぱら情報の受け手としての地位しかもちえず、情報の送り手としての可能性は乏しかった。しかも、情報を受け取るといっても、個人はマス・メディアが選択し発信した情報だけを受け取ることでできなかった。個人はマス・メディアの情報発信に大きく依存し、マス・メディアは発信する情報を操作することで情報市場を取り仕切ることができた。個人はきわめて無力な受け身の存在であった。ところがインターネットは、その個人が情報を自ら主体的に選択して収集することを可能にした。もはや流通する情報の内容を一部のものが操作することは困難である。しかも、インターネットは地球規模のコミュニケーションを可能にした。情報を国内だけで統制することはもはや困難である。また、インターネットは個人が自己の情報を発信することを可能にした。個人は表現者としての地位を再び取り戻したのである」(松井茂記「インターネット」高橋和之・松井茂記編『インターネットと法(第2版)』(有斐閣・二〇〇一年)六頁)。「現代の情報環境における最大の問題は、『送り手』と『受け手』の分離と、それが所属する社会階層に対応して固定化された状況である。すなわち、『送り手』たるか『受け手』たるかは、その人の意思のみが決するのが本来の自由であるが、そのような双方向性は、現代の情報環境の主役であるマス・メディアには保障されていない。ところが、上述した二つのインターネットの特質(①ネットワークへの参加者は基本的に対等なこと、②ネットワークの性質上、国境を越えてメッセージを伝達することが容易なこと―筆者)は、誰もが情報環境への双方向的なアクセスを可能とするための具体的な道具が、かなり現実的な可能性をもって提供されたということを意味する。すなわち、その道具はパーソナルなレベルで運用可能でありつつ、その影響力・伝達力において、マス・コミュニケーションに匹敵し、『受け手』との双方向性が確保されている点でそれを凌駕するメディアである、という特質を帯びている」(立山紘毅「インターネットを見極める―効用と反効用」インターネット弁護士協議会編著十村井純『インターネット法学案内』(日本評論社・一九九八年)三七―三八頁)。

これに対して、市民的共和主義ないし共和主義的な統治システムを標榜するキャス・R・サンステインは、サイバースペースにおける表現活動が極めて手軽に、かつ、コストをほとんどかけずに行いえる点を強調して、「少なくとも現段階では」問題点が多いことを指摘し、あまり好意的にはとっていない(Cas R. Sunstein, *The First Amendment in Cyberspace*, 104 YALE L. J. 1757, 1785-1787 (1995))。表現の自由原理として、いわゆる、マディソニアン・モデルを支持するサンステインの立場からすれば、市民(citizen)間および市民と代表者間のコミュニケーションを容易にし、かつ促進する点でメリットを

持つものであるが、しかし、インターネットの発達にはデメリットの方が多いことを指摘する。従来から、サンステインは、第一修正における中核的保障に値するものが「政治的言論」であり、その判断要素として、「何らかの問題についての政治的熟慮」討論 (deliberation) に寄与するものとして意図され、かつ受け取られる「必要性をあげていた。また、サンステインは、自らが支持するマディソニアン・モデルを効果的な運用」「政治的熟慮」討論の活発化のための介入は権利侵害ではなく、むしろ好ましいものであると捉えていたわけであるが、インターネットは、サンステインが望む「政治的熟慮」討論とは正反対の、一時的な感情に押し流された一種の「レファレンダム」のような傾向を生じさせ、更には、(顕著な例としてはフィルタリング、プロッキング技術に代表されるような情報遮断技術があげられるが) インターネットは「政治的熟慮」討論を困難にし、社会のバルカン化 (social balkanization) を引き起こすものとして、マイナスに評価されることになる (サンステイン論文を検討したものとして、高橋和之「インターネット法制」の現況と未来像」ジュリリー五〇号八二八三頁、松井茂記「インターネットと憲法」公法六四号六七七〇頁 (松井「インターネットの憲法学」(岩波書店・二〇〇二年) 三三六頁以下も同旨)、福島力洋「インターネットと表現の自由」阪法四八巻四号六四一六六頁、安西文雄「表現の自由と合衆国裁判所のメディア特性論」舟田正之・長谷部恭男編『放送制度の現代的展開』(有斐閣・二〇〇一年) 一五五―一五七頁がある。また、最近の著作として、CASS R. SUNSTEIN, republic.com (2001) がある。基本的なスタンスは不変であるが、細かい検討は他日を期したい)。

(11) 渡辺洋三『憲法と現代法学』(岩波書店・一九六三年) 七四―七九頁。この点に関し、奥平教授は、すでに、一九五九年の段階で指摘したとされている (奥平・前掲「表現の自由Ⅲ」[注8] 九三―九四頁)。確かに「とりわけ現代日本においては、集会・集団行進は、少数者の、政治的な目的達成のための重要な意思表現手段であることは否定できない」(奥平康弘「集会・結社の自由」大西芳雄・佐藤功編『総合判例研究叢書 憲法(2)』(有斐閣・一九五九年) 二頁 (奥平・前掲「表現の自由Ⅲ」[注8] 所収一〇八頁) との指摘があるが、この段階では、まだ理論的な主張としてなされているものではないことを考えると、やはり、渡辺教授を(実質的な) 最初として挙げるべきだろう。

(12) 渡辺・同書七四頁。

(13) 渡辺・同書七四―七五頁。

(14) 渡辺・同書七六頁。

(15) 芦部信喜「表現の自由」清宮四郎・佐藤功編集『憲法講座2―国民の権利及び義務―』（有斐閣・一九六三年）一四七頁（芦部『現代人権論』（有斐閣・一九七四年）所収一〇三頁）。なお、笹川紀勝教授は、「伝統的な個人主義的表現の自由を現代国民大衆のものに造りかえる」ために、①「ビラ配り、ビラ貼り、街頭演説、街頭署名活動、ハガキ書き、抗議激励電報、立看板、バッジ、ステッカー、ハンスト、ジャンボ・ハガキ等」による、大衆が容易に表現をなしうる手段の重視と、②「集会、結社、集団行進、集団示威運動等」による、大衆が寄り集まって集団を形成し行動することの重視が必要であるとする（大須賀明ほか『憲法講義2 基本的人権』（有斐閣・一九七九年）一〇三―一〇四頁〔笹川執筆〕）。

(16) 京都府学連事件地裁判決（京都地判昭和四二年二月二三日、判時四八〇号三頁）は、これらの学説と同様の理解を示す。「表現の自由は、人権保障の構造体系の中でも優れて重要な地位を占めるものである。けだし、近代民主制国家においては、国民は、通常その主権を選挙を通じて行使するが、選挙には政治的、思想的意見の存在を前提とする。表現の自由は、この政治的思想的意見の醸成をうながし、選挙の本来の目的を発揮させる必須の要件であり、したがって、表現の自由は民主制社会の基礎とされ、憲法の保障するすべての自由の母体であるといえられている。」ところが現代社会において、大部分の民衆にとつては、印刷（新聞雑誌等）、電波（テレビ、ラジオ等）など大規模且つ最も有効な思想伝達手段であるマス・コミュニケーションは、実際上ほとんどこれを駆使することができず、したがって、これらの者にとつては、自らの思想を主体的に表明する手段として、集会、集団行進、集団示威運動（以下これらを「集団的行動」という）は極めて重要な役割を果たすものであり、また、代議政治のもとでは、その正常な運営上、選挙権を補う参政権の要素を有する。しかして、これらの集団的行動は、正に憲法二一条の保障する表現の自由の一形態なのである」（この判決を示すものとして、山口和秀「デモ行進の自由」奥平康弘・杉原泰雄編『憲法学2―人権の基本問題Ⅱ―』（有斐閣双書・一九七六年）一三三頁、芦部信喜「現代における言論・出版の自由」東京大学社会科学研究所編『基本的人権4 各論Ⅰ』（東京大学出版会・一九六八年）二二二頁（芦部・上掲『現代人権論』所収一八一頁）、奥平康弘「大衆運動と表現の自由」内川芳美ほか編『講座現代の社会とコミュニケーション3 表現の自由』（東京大学出版会・一九七四年）一五六頁、奥平・前掲『表現の自由Ⅲ』〔注8〕九三頁）。

(17) インターネットの歴史についてもここで見ておく。インターネットの起源は、米ソ冷戦下の一九六九年に、アメリカ国防総省が ARPANET 計画を策定したことに求められる（ARPANET がソ連の核ミサイル攻撃による被害から、国家の機能、

軍の指揮指令系統などを守るために作られたことはよく知られているが、これはベトナム戦争において米軍の通信網がベトナム人民軍の格好のターゲットになった反省に基づいたものである(村井・前掲『インターネット「宣言」』[注4]七六頁)。国防総省は政府と、政府が資金援助を行っている研究者との間のコンピュータ通信が有効かつ確実に行われることを目指し、物理的に離れているコンピュータを相互に接続したのである(このネットワークには軍事研究以外の研究者も参加可能なシステムになっており、その中で、彼らが中心になって各種データの相互利用や、異機種コンピュータ間における相互利用などの研究、あるいは、インターネットの標準的通信規約となっているTCP/IPの開発などが行われた(村井・同書七七頁))。当初はUCLAを中心に、四つの大学を結んだだけの小さなネットワークであったが、その後、ARPANETには全米各地の大学・研究機関が相次いで接続されるようになり、三年後にはその数は五〇を越えた。一九八三年には増加する利用に対処するため、および軍事機密を秘匿するために、当初の目的であった軍事研究専門のネットワークがMILNETとして独立し、ARPANETは一般的な学術研究開発のためのネットワークとして発展していくことになった。そして、一九八六年には全米科学財団(National Science Foundation; NSF)が高速通信を可能にするバックボーンを備えた自前のネットワークを立ち上げ(NSFNET)、それが後にARPANETに接続され、一九九〇年にはNSFNETのバックボーンがARPANETのそれに取って代わるようになった(Maureen A. O'Rourke, *Fencing Cyberspace: Drawing Borders in a Virtual World*, 82 MINN. L. REV. 609, 615-619 (1998))。このNSFNETは、公的な資金提供により成り立っている研究者用ネットワークという性質上、私的利用や商用利用は認められていなかったが、一九九一年に入って商用インターネットの相互接続機関であるCIX (Commercial Internet eXchange association) が設立されたことを機にビジネス利用実験が本格化し、更に、一九九五年にはNSFNETがバックボーンを民間ネットワークプロバイダに移管し、アメリカ政府が手を引いたため、アメリカにおける基幹ネットワークは完全に商用化されることになった(古瀬幸広・廣瀬克哉『インターネットが変える世界』(岩波新書・一九九六年)一七頁以下、JOSEPH MIGA KIZZA, *CIVILIZING THE INTERNET: GLOBAL CONCERNS AND EFFORTS TOWARD REGULATION* 1-3 (1998); ニール・ランダル(村井純監訳)『インターネットヒストリーオープンソース革命の起源』(オライリージャパン・一九九九年)、岡村久道・近藤剛史『インターネットの法律実務』(新日本法規・一九九七年)四頁以下参照)。

日本からの接続は、USENETとJUNET (Japanese University Network) の略称。東京工業大学、慶応義塾大学、東京大学

を中心に運用され、研究者同士の情報交換、ディスカッション支援と、ネットワーク研究者のテストベッドを目的として、一九八四年一〇月に設立された学術団体」が、一九八六年三月に KDD 研究所を通じて接続されたのが最初であった。これにより日本からのメールを海外にも送ることが可能になった(一九八九年八月には専用回線による接続が開始された)。民間ベースでインターネットが使われるようになったのは、一九九二年八月に、JUNET の後身である WIDE (Widely Integrated Distributed Environment) が間に入って、NIFTY-Serve や PC-VAN (現在の BIGLOBE) が「実験的に」インターネットとのメールのやり取りを開始したのが最初である(小林・前掲書[注4]一五八頁以下参照)。翌年には、日本で最初の商用サービスプロバイダである、インターネットイニシアティブ (IIJ) が設立され、民間ベースでのインターネット利用が加速的に増加していった(村井・前掲『インターネット』[注4]一三六頁以下、力武健次『国際ネットワーク最前線 インターネットコミュニティ』(オーム社・一九九四年)一八〇—一八六頁参照)。

(18) *Reno I*, 929 F. Supp. at 877.

(19) その例として、よくあげられるのが、東芝クレーマー事件である。東芝のビデオデッキを購入した人物が東芝のサポートセンターで起こったトラブルの一部始終を自分のホームページに公開したことに対して、ホームページの一部削除を求める仮処分申請をした所、東芝がインターネット上でバッシングの対象となり、最終的には仮処分申請を取り下げざるを得なくなった、という事案である。本件に関しては、町村泰貴「告発ページー東芝クレーマー事件」岡村久道編『インターネット訴訟2000』(ソフトバンクパブリッシング・二〇〇〇年)二七六—二九〇頁、町村泰貴「東芝クレーマー事件の問題の核心」(http://www.iic.gr.jp/journal/990805_1.htm (last visited Dec 27, 2003))、牧野二郎「東芝問題 問題の核心 私はこう思う」(<http://www.asahi-net.or.jp/~VR5J-MKN/poin/AccuserSite.htm> (last visited Dec 27, 2003)) 参照。

(20) もちろん、この主張はデジタルディバイド (digital divide) が生じないことを前提としている。収入・学歴・人種の違いによって(この三つは相互に関連しあっているが)、他のメディアと比べてもはるかに低いとされている「参入障壁」であっても、引つかかってしまう人が出てきてしまうのである。アメリカでは、この点に関する調査・研究が行われており、アメリカ商務省は、シリーズ三段目のレポートとして、「ネットワークから落ちこぼれるデジタルディバイドを定義する (Falling Through the Net: Defining the Digital Divide)」を一九九九年七月に出した (<http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/ftn99/contents.html> (last visited Dec 27, 2003))。現在、アメリカ政府は、これらのレポートに基づいて、デジタルディバイド解消の

ためのプログラムを設定している。「ユニバーサルアクセス」をめざす活動がこれである（デジタルディバイド一般に関する研究書として、木村忠正『デジタルデバイスとは何か』（岩波書店・二〇〇一年）、アメリカにおける低所得者地域のコンピュータ・アクセスの現状を紹介したものとして、岡部一明「インターネットで差別とたたかうー表現の自由を求める米マイノリティー」部落解放四三一号三三―三六頁参照）。なお、わが国において、初めて、デジタルディバイド（情報格差）の語が用いられたのは、二〇〇〇年七月の九州・沖縄サミットにおける「グローバルな情報化に関する沖縄憲章（IT憲章）」であるといわれる（木村・同書九頁。IT憲章仮訳は http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaikou/summit/ko_2000/documents/itl.html (last visited Dec 27, 2003) で入手可能）。

この点につき、立山紘毅教授は、「インターネットというキーワードが、憲法上、本来のコミュニケーションの自由を實現化する手段であるとしても、『通信回線に接続できれば』の話であり、それは公的、私的いずれのセクターによつて接続されるものであったとしても、そもそも一般の市民の個人的努力で調達可能なものではない。すなわち、一定の社会的な制度が整備されて初めて、利用者としての一般の市民が接続することが可能になるのである。一般にこれをユニバーサル・サービスの提供と呼ぶが、この種のインフラの整備を精神的自由権のいかなる要素として考慮に入れるかは、今後重要な問題たらざるをえない」とする（立山紘毅「高度情報化社会における『自由』と『秩序』」全国憲法研究会編『憲法問題』9（三省堂・一九九八年）三一頁。また、立山紘毅「情報にアクセスできるものとできないものをどうする？」林紘一郎ほか監修『IT2001 なにが問題か』（岩波書店・二〇〇一年）一〇九頁以下をあわせて参照）。

(21) *E.g., Reno III*, 31 F. Supp. 2d at 476.

(22) 浜田純一教授は、「インターネットの参入障壁の低さ」に加えて、①表現内容に対する事前チェックの困難性、②表現内容への責任感や倫理観の欠如、をあげ、③インターネットの情報伝達力の強さ、④表現の匿名性、といったインターネットの特性が被害をさらに拡大させていると分析する（浜田純一「インターネットによる差別の扇動」部落解放研究一二六号四八―五〇頁）。

(23) Eugene Volokh, *Cheap Speech and What It Will Do*, 104 YALE L. J. 1757, 1805-1850 (1995).

(24) この点については、第四章で検討する。

(25) 「わが国では、（情報ネットワークにおける法制度の）基盤となる言論の自由やプライバシーといった基本的権利をどの

ように取り扱うべきかの議論に関して、先進国であるアメリカに比較して大きく立ち後れている。情報ネットワークの応用が先んじていることを考慮に入れても、彼の国の議論が一九八〇年代半ばから政府、議会、学界、言論界、市民団体、利用者を参加者として展開しているのに対して、わが国の取組みはまだまだこれからの感がある」(白田秀彰「情報テクノロジーの発展と法的課題」堀部政男編「情報公開・プライバシーの比較法」(日本評論社・一九九六年)三七七―三七八頁)。「サイバースペースへの法の過剰な侵入を警戒するならば、技術者もまた法を知り、立法者、法曹に対する継続的な指導と警戒をつづけなければならない。アメリカにはこうした団体が多数存在する一方で、我が国にはそうした団体がまだ見られない。これが筆者が最も懸念し警戒するところである。このことは、日本のサイバースペースにおける政策や法律上の欠陥を生む要因となるだろう」(白田秀彰「アメリカにおけるインターネットへの司法権力の介入」LAN News, Vol.3 No.1 (一九九六年四月) <http://orion.mt.tama-hosei.ac.jp/hideaki/aj964.htm> (last visited Dec 27, 2003))。

(26) 高橋和之「インターネットと表現の自由」ジュリー一七号二六―二七頁。同様のスタンスに立つものとして、松井茂記「表現の自由理論の現在―日本」『ジュリスト増刊・変革期のメディア』[注7]二二―頁以下。また、議論の射程をサイバースペースに限定しなければ、一九七〇年代社会を「情報化社会」と命名し、未来社会のビジョンを好んで論ずる風潮に警鐘を鳴らした文章の中で、「知識・情報にかんする技術開発が、潜在的客観的に有する人類一般のための価値を、そのときどきの開発段階において正確に認識し、その価値にふさわしい位置づけがなされるように、まえむきで取りくんでゆくべきであろう」(奥平康弘「表現の自由とはなにか」(中公新書・一九七〇年)一七―一八頁)と述べ、表現の自由の質的量的増大が「エレクトロニクス領域における技術革新」によりもたらされるが、その技術についても法学者が「理解」し、その技術を法律論の中に取り込んでいく必要性を強調した、奥平教授の議論もこの中に含まれるであろう。

(27) 佐藤幸治教授も、「わが国でもこの種の規制(インターネット上の表現内容規制―筆者)が問題化する可能性がある。その際、このメディアの性格をどう捉えるか(印刷メディア的に捉えるか、放送メディア的に捉えるかなど)、どのような違憲審査基準によるか、などが課題となろう」と指摘されていた(佐藤幸治「国家と人間―憲法の基本問題―」(放送大学教育振興会・一九九七年)八九頁)。また、辻村みよ子教授も、「日本では、インターネットによるわいせつ画像の展示や名誉毀損表現に関して、刑法を適用する判例が出現し、規制方法が検討されつつある段階である。」「従来の放送や印刷とは異なる電子通信メディア上の表現をコントロールすることの困難さが示され、プロバイダに対する責任追及を含めた規制

手段と、憲法上の表現の自由の保障との抵触が問題とならざるをえない。」「インターネット上の表現規制の場合の違憲審査基準(放送モデルと印刷モデルのいずれに依拠するか、別の基準によるか等)をはじめとして、困難な問題を投げかけている」とされる(辻村みよ子『憲法』(日本評論社・二〇〇〇年)二五二―二五三頁)。

(28) 奥平康弘『表現の自由Ⅱ』(有斐閣・一九八三年)七六頁。

(29) 米九恒治『インターネットの構造と規制』法時六九巻七号六頁以下も同様の立場に立っているように思われる。また、通信品位法(CDA)連邦最高裁判決におけるステイブンス(John Paul Stevens)裁判官の法廷意見もこのような観点から書かれているように思われる(第三章で検討する)。

(30) ちなみに、サイバースペース上のアダルトコンテンツ規制をめぐる動きに関して、ある論者は次のように述べている。「これ(サイバースペース上のアダルトコンテンツ規制―筆者)は言論の自由、表現の自由だから、断固、抵抗すべきという人はわりと少ない。通信規制に対する抵抗があまりに弱すぎる。アメリカで猥褻情報を規制しようとした『通信品位法』をめぐる、これは憲法違反ではないかと大論議が起こり、いろいろな言論活動をしている人たちがほとんど一致して反対したのとは対照的だ。」「アメリカ人は『通信品位法』に対して、別にみんなが一丸となってエッチなページを守ろうとしたのではなく、言論の自由を守ろうということで一斉に立ちあがったのです。」「アメリカ(の裁判所)は昔から政府のやることをバチッと止めることがあるが、今度みたいな判決を眼のあたりにするとアメリカの成熟した民主主義を感じてしまう」(立花隆『インターネットはグローバル・ブレイン』(講談社・一九九七年)二五六―二五七頁)。

(31) (広い意味で)「問題のある」表現をサーバ管理者やシステムオペレータが自らの判断ないしは第三者からの通報に基づいて「一方的に」削除を行うケースが見られるが(町村泰貴『インターネット上の紛争とその解決』法時六九巻七号一五―一六頁参照)、この場合においても、どのような表現が憲法上許され、あるいは許されないのか、という範囲を確定する作業は、彼らに対しても削除にあたっての指針を与えることになるだろう。

(32) 橋本公巨「アメリカ憲法の移植と日本国憲法」日本比較法研究所編『比較法の方法と今日的課題』(日本比較法研究所・一九九〇年)六二、八二―八三頁。

(33) 約六〇パーセント程度のコンテンツがアメリカ国内のサーバによるものと認定されている(See *Reno II*, 521 U.S. at 850; *Reno III*, 31 F. Supp. 2d at 484 (E.D. Pa. 1999); *Cyberspace Comms., Inc. v. Engler*, 55 F. Supp. 2d 737, 741 (E.D. Mich. 1999))。1)の

点につき、赤木・前掲書「注4」二〇九―二一四頁参照。

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

(35) 「社会規範」とは、「違反に対し何らかの制裁（サンクション、ただし、このことは、人の行動様式に対する社会の反応一般を意味し、消極面のほか、積極面―良い行動に対する賞賛なども含む）を課するもの」である。「法規範」は「社会規範」の中にある、違反行為に対する制裁が外的強制力により担保され、社会規範の中でも最も有力な社会統制の手段として機能する（五十嵐清『法学入門（新版）』（一粒社・二〇〇一年）三二―三三頁）。レッキングの「コード論」では、法規範たる「法」と「社会規範」をそれぞれ別個の規制要素としているために、(Social) Norm の訳語が問題となる。

この点につき、平野晋弁護士は「社会常識」の語をあてられており（平野晋『電子商取引とサイバー法』（NTT出版・一九九九年）三二―三三頁、平野晋「サイバー法は可能か」林紘一郎ほか監修『IT2001 なにが問題か』（岩波書店・二〇〇一年）八四頁等参照）、イメージ的にはこちらの訳語の方が適切であるかもしれないが、本稿では原語を忠実に訳すことにする。

(36) *Reno II*, 521 U.S. 844 (1997).

(37) *Reno III*, 31 F. Supp. 2d 473 (E. D. Pa. 1999); *Reno v. ACLU*, 217 F.3d 162(3rd Cir. 2000) [hereinafter *Reno IV*]. 後続判決である、*Ashcroft v. ACLU*, 535 U.S. 564 (2002); *ACLU v. Ashcroft*, 322 F. 3d 240 (3rd Cir. 2003) 等については別稿にて検討した。

(38) *The Free Speech Coalition v. Reno*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 12212, No. C 97-0281 VSC (N.D. Cal. 1997), 198 F.3d 1083 (9th Cir.1999); *United States v. Pearl*, 89 F. Supp. 2d 1237 (D. Utah 2000). 後続判決である、*Ashcroft v. The Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002); *United States v. Pearl*, 89 F. Supp. 2d 1237 (D. Utah 2003), 324 F. 3d 1210 (10th Cir. 2003) 等については別稿にて検討した。

(39) *Zeran v. AOL*, 958 F. Supp. 1124 (E.D. Va. 1997), 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997), cert. denied, 524 U.S. 937 (1998).

(40) Chris Gosnell, *Hate Speech on the Internet: A Question of Context*, 23 *QUEEN'S L. J.* 369, 381-382 (1998); Sally Greenberg, *Threats, Harassment, and Hate On-line: recent Developments*, 6 *B. U. PUB. INT. L. J.* 673, 686-687 (1997).

第一章 リアルスペース上の表現諸理論の形成

アメリカの憲法起草者が言論の自由に対して非常に高い価値を見出した結果が、「連邦議会は、……言論または出版の自由を制限する法律……を制定してはならない」と規定した第一修正に結実しているといえる。しかしながら、第一修正の文言にもかかわらず、連邦最高裁は繰り返し、言論のある領域に対しては、第一修正の保障が及ばないと判示し、これへの例外も同時に認めてきた。

Chaplinsky v. New Hampshire⁽⁴¹⁾において連邦最高裁は、言論のある領域が憲法上の保障を受けないことを認めた上で、その領域に何が含まれるのかを示している。⁽⁴²⁾ この手法は、学説上、「二段階（two-tier）アプローチ」ないし「二元論（“two-level” theory of speech）」と呼ばれており、後でとりあげる Roth v. United States などにおいても引き継がれている立場である。具体的には、わいせつな表現⁽⁴³⁾の他、名誉毀損的表現が New York Times v. Sullivan⁽⁴⁴⁾により、ファイティング・ワーズ（fighting words）が Chaplinsky v. New Hampshire により、シャウティング・ファイアー（shouting fire; 劇場で）火事だと偽って叫びパニックを招くような表現⁽⁴⁵⁾のように、明白かつ現在の危険（clear and present danger）を生じさせる表現については Schenck v. United States⁽⁴⁵⁾により、第一修正の保障が及ばないとされている。⁽⁴⁶⁾

本稿では、サイバースペース上の表現の中でも、とりわけ問題となっている、アダルトコンテンツ、名誉毀損的表現、差別的表現の三つに焦点をあてて、分析・検討を行うが、本章では、その前段階として、それぞれの法理がリアルスペースにおいて、どのように形成されてきたのかを中心に見ていく。サイバースペースにあっても、リアルスペース上の法理がその前提となっており、サイバースペース上の表現法理との相違を明らかにするにあっても、リアルスペース上の法理の理解が欠かせないからである。

第一節 アダルトコンテンツ

本節では、わいせつな表現、下品な表現、未成年に有害な表現、チャイルドポルノのそれぞれにおいて、判例上、どのような法理が形成されてきたのかを明らかにする。次いで、これらの既存の法理をサイバースペースで生じた問題に對して、ストレートに適用した場合に不都合が生じる一例を、*United States v. Thomas*⁽⁴⁷⁾を紹介しながら考えてみたい。

一 わいせつな表現

〔1〕 *Roth v. United States*

アメリカ連邦最高裁が、わいせつな表現⁽⁴⁸⁾について、はじめて真正面から憲法問題として扱うこととなったケースが、*Roth v. United States*⁽⁴⁹⁾である。この判決は、現在においても、アメリカにおけるわいせつ法理の礎石であり続けている⁽⁵⁰⁾。

事案は、わいせつな写真や雑誌等の出版を業としていた被告人が、連邦のわいせつ立法に違反して、(彼の会社が出版する)雑誌等、および、その雑誌等の広告を掲載したちらしを郵送したとして起訴されたものである。被告人側は、この法律からは、どのような行為が犯罪となるのかを判断するための合理的に確かめることが可能な基準が示されておらず、ゆえに、憲法上のデュープロセスの要件を満たしておらず、違憲であると主張していた。これに對し、ブレナン(William J. Brennan, Jr.) 裁判官の手による多数意見は、被告人の主張を斥け、また、わいせつな表現は、「全く埋め合わせとなる社会的重要性を欠く(utterly without redeeming social importance)」ものであるがゆえに「憲法上保障された領域の外にあるもの」であるとした上で、わいせつな表現の定義づけを行っている。その定義とは、「好色的興味

(*prudent interest*) に訴える方法で性を扱うもの」⁽⁵¹⁾であり、その判断にあたっては、「平均人 (*average person*)」⁽⁵²⁾にとつて、その時代の共同体の基準 (*contemporary community standard*) にてらし、全体としてみたその表現物の支配的テーマが好色的興味に訴えるものであるかどうか」の基準により判断されるべきと判示したのである。⁽⁵³⁾

この判決に対しては、反対意見も付されており、それによると、多数意見が示した基準は、「その時代の共同体」に對して非常に大きな裁量を与えることになり、それは、憲法上許されない検閲にあたると指摘する。更に、この基準は、当該言論自体が違法ではないとしても、好ましくない影響を与える言論や出版を陪審が罰することを可能にするものであつて、第一修正の保障を著しく損なうものである⁽⁵⁴⁾という。

[1] Roth 判決の修正

Roth 判決以降において、連邦最高裁は、自らが定式化した定義の精密化に追われることになった。Roth 判決では、抽象的な議論が中心であつたが、これ以降の事件では個別具体的な基準の適用が争われることになり、裁判官たちは否応無しに、精密化の作業に駆り出されていったのである。

まず、一九六二年の *Manual Enterprises v. Day*⁽⁵⁵⁾において、ハーラン (John Marshall Harlan) 裁判官は、Roth 判決が採用したわいせつ判定基準は、決して唯一絶対のものではないことを述べたうえで、これを(少なくとも連邦法レベルにおいて)適用するに際しては、「描写叙述の方法が明らかに不快 (*patently offensive*)」であり、そのため現在の共同体の習俗上 (*current community mores*) それを受容できないもの」かどうかと同時に検討されなければならない、と述べた。ハーラン裁判官は Roth 判決によつて示された基準に(彼自身の発案である)「明らかに不快」という要件を更に付加することによつて、わいせつの定義を精密化しようとしたのである。

その二年後の *Jacobellis v. Ohio* ⁽⁵⁶⁾においても、連邦最高裁は、わいせつ物規制の射程を更に狭めることになる。判決の中でブレナン裁判官は、「全く埋め合わせとなる社会的重要性を欠く場合にのみ、その表現物はわいせつであると考えらるべきであつて、もし思想を唱える方法として性を扱った表現物、あるいは、文学的科学的芸術的価値ないし社会的重要性を他の形態で有する表現物である場合には、わいせつと判断されるべきではなく、憲法上の保障が与えられるべきである」と述べたのである。また、ブレナン裁判官は、「A Book "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Massachusetts」⁽⁵⁷⁾において、①当該表現物の支配的テーマが全体として (taken as a whole) 好色の興味に訴えるものであること、②当該表現物が明らかに不快 (patently offensive) であること、③当該表現物が全く埋め合わせとなる社会的重要性を欠いていることの三要件を示し、この三つを同時に満たして初めてわいせつと判断されると述べたのである。この法廷意見は、*Roth* 判決およびそれ以降の諸判決で展開された、わいせつ概念を再定義し、一応完成させたものであると評価されており、この *Memoirs Test* の下では、検察官がわいせつ性を立証することが更に困難になったといわれている。⁽⁵⁹⁾

〔三〕 *Miller v. California*

しかしながら、(*Roth* 判決以降) *Memoirs* 判決までの判決は、相対的多数意見に基づいて形成されたにすぎなかった。そのため、わいせつ概念についての真の意味でのコンセンサスは得られず、裁判官の見解はかなり分岐していたといえるが、⁽⁶⁰⁾一九七三年の *Miller v. California* ⁽⁶¹⁾によって、状況は一変する。*Miller* 判決において、連邦最高裁の多数意見が新しいわいせつの定義を提示したのである。

連邦最高裁は、わいせつであると疑われる表現物は、①平均人にとって「その時代の共同体の基準」を適用し、その作品が全体として好色の興味に訴えているか、②その作品が明らかに不快な方法で適用可能な州法によって具体的に定

義される性的行為を描写もしくは叙述しているか、③その作品が全体として重大な文学的芸術的政治的ないし科学的価値を欠いているか、の三つの基準によって判断されなければならないと判示した。

この Miller 判決には、いくつかの注目すべき特徴がある。まず、第一に、Miller 判決では、以前の判決で述べられていた「全く埋め合わせとなる社会的重要性を欠いていること」の要件に代って、「全体として重大な文学的芸術的政治的ないし科学的価値を欠いていること」の要件が採用されたことがあげられる。第二に、連邦最高裁が、(州法が定義できるとされている) 明らかに不快な表現物に対して、(a) 正常なもしくは性的倒錯に導かれた、生身の人間のもしくは疑似的なものによる、この上ない性的行為 (ultimate sexual acts) の描写叙述、(b) 自慰行為、排泄作用の描写叙述と性器のみだらな陳列、という二つの例を判決の中で挙げた点である。第三に、わいせつな表現物を規制する州法は、ハードコア・ポルノに限定されなければならない、と連邦最高裁が述べた点である。そして、第四として、Miller 判決で最も注目すべき特徴は、作品のわいせつ性判断にあたつて、ローカル・コミュニティスタンダード (local community standard) の概念を用いることを連邦最高裁の多数意見が承認したことである。多数意見を書いたバーガー (Warren Earl Burger) 首席裁判官は、ナショナル・コミュニティスタンダード (national community standard) に基づいて州が(わいせつについての) 起訴を行うことは無益であり、また、第一修正をメーンやミシシッピの人がラスベガスやニューヨークの街で許容されている叙述を受け入れることを要求するものであると理解することは現実的ではないし、憲法上妥当なものであるともいえない」と述べ、適用されるべきコミュニティスタンダードがナショナル・コミュニティスタンダードであるとする、一部の主張を明示的に否定したのである。⁽⁶³⁾これによりローカル・コミュニティスタンダードを用いてわいせつ性判断を行うことが確定したのである。⁽⁶⁴⁾⁽⁶⁵⁾

[四] Miller 判決以降

Miller 判決が、ナショナル・コミュニティスタンダードの採用を明示的に否定したことは、上で見た通りであるが、しかしながら、Miller 判決は、わいせつ性を判断するローカル・コミュニティの範囲ないし定義を述べていなかったのである。連邦最高裁は、後の判決において、この点を明確にしようとする。この点について、連邦最高裁は、*Hamling v. United States* ⁽⁶⁶⁾において、州は、州全体の基準という観点から、わいせつな表現物を規制しているが、憲法上、そのような（州全体をローカル・コミュニティと考える）基準は要求されておらず、わいせつ性を判断する陪審は、彼らが所属するコミュニティにおける認識に基づいて判断すればよい、と判示した。更に、*Smith v. United States* ⁽⁶⁷⁾では、「わいせつ性を判断する陪審を選ぶ地域を限定することにより、州は、コミュニティスタンダードの画定にあたって地理的な制限を課してもよい」と判示したことからわかるように、連邦最高裁の頭としては、原則として地理的な基準によってコミュニティスタンダードをとらえようとしていることが見て取れるのである。⁽⁶⁸⁾

二 下品な表現

第三章で検討する通信品位法（CDA）は、既存の連邦法・州法において禁止されていた、わいせつな表現のみならず、下品な表現に対しても一定の範囲で規制の網をかぶせようとするものであるが、この下品な表現は、（わいせつな表現とは異なり）連邦最高裁はもちろんのこと、下級審においても第一修正の保障が与えられると認められてきた領域である。しかしながら、裁判所は、下品な表現が性的問題（sexual matter）を扱うものであるがゆえに、ある一定の場合に限り、政府がこのような表現を規制することが可能であるとの立場をとってきている。ここでは、電波メディア（ラ

ジオ) が問題となった *Pacifica* 判決、電話 (による有料テレホンサービス) による「ダイアル・ア・ポルン (dial-a-porn)」が問題となった *Sable* 判決を中心として、アメリカにおいて下品な表現がどのように裁判上扱われてきたのかを概観する。

[1] *FCC v. Pacifica Foundation*

Pacifica 判決⁽⁹²⁾は、性器や性交に関する用語を繰り返し使った、ジョージ・カーリン (George Carlin) による二十分間のモノローグが、わいせつな、下品な、あるいは、冒瀆的な (profane) 放送を禁止している連邦法 (18 U.S.C. §1464) に違反しているか否かが争われたケースである。彼は、*Pacifica Foundation* (放送局) で言葉に対する社会の考え方について考察する番組を持っており、放送局側は番組開始前に、「この番組はある人にとっては不快であると思われるセインシティブな言葉を含むものです」といった告知を行った上で放送していた。この番組がある親子がドライブ中に聞き、連邦通信委員会 (Federal Communications Commission; FCC) に対して苦情を申立てたのが事件の発端である⁽⁷¹⁾。

この申立てが FCC によって認容され、放送局は、何らかの行政措置を受けてしかるべきであったとする命令 (宣言処分) が下されたために、法廷で争われることになった⁽⁷²⁾。放送局側は、立法府は、わいせつと下品を同義と解しており、ゆえに連邦法は *Miller Test* でパスしえなかった内容のみを禁止しているとの主張を行った⁽⁷³⁾。これに対して、連邦最高裁 (相対的多数意見) は、法文が「わいせつな、下品な、あるいは、冒瀆的な」となっている点を強調し、この三つの言葉は、それぞれ別の意味に解されなければならないとした上で、特定の放送を禁止することができる権限を FCC が有していることを認め、その結論において FCC の判断を認めている。連邦最高裁によれば、放送メディアはすべてのアメリカ人の生活において非常に普及した存在であり、当該メディアは、まだ幼くて読み書きができない子どもにとって

も容易にアクセスしうるものであるがゆえに、伝統的なプリントメディアよりも低い憲法上の保障しか受けてきていないのであり、「この文脈（放送メディアが非常に普及した存在であることと非常にアクセスが容易であること）から考えると、放送の途中で聞くのを止める聴取者もいるのと同様に、途中から聞きはじめる聴取者もいるのであって、放送局による事前の告知が行われていることによって（その放送を聞きたい者や未成年が）保護されることにはならない」と判示している。⁽⁷⁶⁾ また、連邦最高裁は、FCCが「下品な言葉」を放送で流すことを禁じている 18 U.S.C. §464 の規定を執行するために策定した定義を承認している。この定義は、「聴取者の中に子どもがいるかもしれない合理的危険性がある日中の時間帯において、『その時代の共同体の基準』⁽⁷⁶⁾にてらし、明らかに不快な方法で、性的あるいは排泄的行為ないし器官を描写するもの」というものであり、FCCは、親が子どもに視聴させたくないと思う言葉から子どもを守る目的で、時間帯を区切って放送を規制したのであった。⁽⁷⁸⁾

〔一〕 Pacifica 判決以降

一九八〇年代後半は、いわば「揺り戻し」の時期であった。FCCは自らが策定した下品な放送番組を規制するルールの具体化である、下品な放送が認められる時間帯とそうではない時間帯を隔てる分水界をめぐる争いに振り回されることになったのである。

その発端は、一九八八年のコロンビア特別区控訴裁判所における判決であった。この判決は、下品な放送内容を規制するルールを執行する権限が FCCにあることを再確認したのであるが、それと同時に、子どもを一八歳以下の者とし、午前〇時から午前六時までを（きわどい放送が可能とされる）セーフハーバー・ピリオド（safe harbor period）とするルールを違憲としたのである。⁽⁷⁹⁾

しかし、この判決に対して、連邦議会が猛反発し、（判決の趣旨とは正反対に）二四時間、下品な表現を禁止するルール作りをFCCに対して命じたのである。FCCは、連邦議会の命じるままにルールの策定を行ったのであるが、この（終日、下品な表現を禁じるという）ルールについても違憲判断が下されたのは想像に難くない。先程と同じく、コロンビア特別区控訴裁判所は、わいせつとはいえない下品な表現は、第一修正の保障の下にあり、それを全面的に禁止するFCCのルールは、表現内容に基づく規制が満足すべき、必要不可欠な目的に即して厳格に画定されていなければならぬという審査基準をパスできないとして、違憲と判断したのである⁽⁸⁰⁾。

この判決を契機として、連邦議会はセイフハーバー・ピリオドを法律で画定する方針をとり、一九九二年には午前六時から深夜〇時まで、下品な放送を禁ずることが法律レベルで規定されることになったが、これについても、「子ども⁽⁸¹⁾の保護というやむにやまれぬ政府利益を促進するにあたって、大人の第一修正の利益を政府が考慮したという証拠が記録として残っていない」ことを理由に、違憲と判断された⁽⁸²⁾。また、この判決からは合憲とされるセイフハーバー・ピリオドが、どの点にあるのかということが読み取ることができず、この点は棚上げされたままであった⁽⁸³⁾。

〔三〕 Sable Communications of California v. FCC

電波メディアの中でも、ラジオにおける下品な表現の規制は、今見た通りであるが、これ以降、連邦議会は、（下品な放送番組の規制を認めた）*Pacific* 判決についての検討を欠いたままであるにもかかわらず、他の電子メディアに対しても、下品な表現を規制する立法を行おうとするのである。一九八八年に連邦議会は、当時、社会問題化しつつあった「ダイアル・ア・ポルン」を規制するために通信法を改正し、わいせつな番組内容のみならず、下品な番組内容についても全面的に禁止することにしたのである⁽⁸⁴⁾。この規定の合憲性が、一九八三年から *Pacific Bell* のネットワークを通

してボルノ番組を提供していた、Sable Communications によって争われた⁽⁸⁵⁾。

連邦最高裁は、判決の中で、下品な表現は第一修正によって保障されていることを認めたとうえで、「政府は子どもを保護するために下品な表現を規制することができるが、それは、第一修正が保障する自由を不必要に制限することなく・・・狭く限定された規制によって行われなければならない」と判示し、本件で問題となった規制は、(下品な表現の)全面規制であり違憲であると判断したのである⁽⁸⁷⁾。この Sable 判決は、Pacifica 判決の射程を非常に狭いものであるとし、電波メディアのケースと電話(による有料テレホンサービス)のケースを区別して理解している点に特徴がある。連邦最高裁によれば、「ラジオとは異なり、ダイヤル・イット・サービス(Dial-It-Service)は、受信者が下品なメッセージを受け取るために積極的な行為が必要とされるのであって、通常、電話をかけた者が(そのようなメッセージを)聞きたくないということはない⁽⁸⁸⁾」のであり、ゆえに、電話(による有料テレホンサービス)は電波メディアと実質的に異なるとしたのである。

以上、簡単に、下品な表現が、どのように扱われてきたのかを見てきたが、下品な表現における判断手法の特徴は、わいせつな表現との対比でとらえると、よく分かるように思われる。まず、わいせつな表現とは異なり、下品な表現は第一修正によって保障されるものの、その判断にあたっては(Roth 判決以前における判断基準であった) Hicklin Test (ないし Cockburn's Test)⁽⁸⁹⁾と非常に類似した判断基準が取られているといえる。下品であるかどうかの判断をする場合に、FCC は、その番組の一部が下品な表現を含むものであるかどうかを検討すればよく、文脈全体から、下品であるか否かを判断することは要求されていないのである。また、FCC が策定した「下品」の定義には、わいせつ性が問題となる場合の考慮要素の一つとされる、当該作品が重要な文学的芸術的政治的あるいは科学的価値を有していること

要件が欠けており、いわば、絶対的「下品」概念が採用されているのである。⁽⁹⁰⁾ このような判断手法は、下品な表現が、第一修正の保障の下にあることを考えろといささかパラドキシカルであるようにも思われる。

三 未成年に有害な表現

未成年に有害な表現に対する規制は、元来、州法や条例によって行われてきた。これに対して、裁判所は、大人を含む国民一般を対象とする場合とは異なり、未成年のみを対象とする場合には、別個の判断を行ってきた。Butler v. Michigan⁽⁹¹⁾では、未成年に及ぼす効果によりわいせつ性を判定し、未成年に対する関係でわいせつなものを大人との関係においても規制することは許されないとしていたが、例えば、Jacobellis v. Ohio⁽⁹²⁾では、「州は、大人にとっては、わいせつとはいえないようなものの頒布から未成年を保護することができ」と判示しており、また、Ginsberg v. New York⁽⁹³⁾では、未成年に有害な出版物等を（一七歳未満の）未成年に販売することを禁じたニューヨーク州刑法⁽⁹⁴⁾を合憲としている。連邦最高裁は、「性に関するものを読んだり見たりするため、市民に保障されている表現の自由の範囲は、市民が大人であると未成年であるにより、異なるものであつてはならない」とする被告人の主張を斥けた上で、「両親は、自分の家庭で子どもを養育するにあたり、自分の考える通り、これをなしうる権利を持ち」、また、立法府は、その親を援助するような立法をなすことができる⁽⁹⁵⁾とした。連邦最高裁は、未成年に対する出版物等について、「わいせつな」表現のみが規制対象とされる（大人の場合よりも、広範囲の規制が可能であると判示したのである（「可変的わいせつ概念」⁽⁹⁶⁾の採用）。

ただ、後の判例では、女性のヌード・シーンが含まれている映画を放映するドライブイン式の映画館を規制するジャ

クソンヴィル市条例が問題となった *Erznoznic v. City of Jacksonville* ⁽⁹⁷⁾ において、子どもにも当該情報を受け取る権利を認め、それでも未成年保護のために規制が必要であるのならば、その規制は必要最小限度でなければしないと判示し、当該条例を過度広汎な規制であるとして違憲としている。また、ダラス市映画分類条例により、同市映画分類委員会が、「ビバ・マリア (*Viva Maria*)」という題名の映画の上映を禁止した *Interstate Circuit v. City of Dallas* ⁽⁹⁸⁾ において、連邦最高裁は、「本件条例は、検閲者が従うべき、限定され合理的で明確な基準を欠いている」として違憲であるとしている。

第三章で検討する、子どもオンライン保護法 (COPA) は、サイバースペース上の表現に限ってはあが、州法や条例によって行われてきた規制を連邦法レベルで行おうとするものである。実際、子どもオンライン保護法 (COPA) の立法者は、主として *Ginsberg* 判決にならって条文を作成したと伝えられている。しかし、この *Ginsberg* 判決が承認した、「可変的わいせつ概念」は、「未成年を保護するために大人の権利を侵害してはならない」ことが成立条件の一つと解されていることから、この条件を満たさない限り、「豚をローストするために小屋を燃やす (*burn the house to roast the pig*) ⁽⁹⁹⁾」ような立法であると評価されることになるう。

四 チャイルドポルノ

わいせつな表現とある意味では類似するが、実質的には異なると理解されている表現物として、チャイルドポルノがある。連邦法は 18 U.S.C. §2256 において、一八歳以下の子どもを用いた性行為等に関する表現物を (外国を含む) 州外へ送り、または、受け取った者を処罰することになっているが、⁽¹⁰⁰⁾ 州 (刑) 法においても規制がなされている。ここで

扱う二つの判例も州(刑)法による規制の合憲性が問題となった。性に関する出版物を専門に扱う書店主が、おとり捜査⁽¹⁰¹⁾によって、警察官に二本のフィルムを販売したことが、チャイルドポルノの頒布・販売を禁止しているニューヨーク刑法に違反するとされた *New York v. Ferber* ⁽¹⁰²⁾ において、連邦最高裁は、未成年の肉体的および心理的福祉を保護する州の利益は、やむにやまれぬもの (compelling) であり、当該表現物は、子どもへの害悪をもたらす (頒布・販売を通じてその害悪は拡大する) が、文学的科学的または教育的作品の重要で本質的な部分を構成しない「とるに足らない」ものにすぎないと判示した。その上で、当該表現物がチャイルドポルノであるとされるためには、それと同時に、わいせつといえるものでもなければならぬとする考えを否定し、⁽¹⁰³⁾ 子どものビジュアルな描写、それ自体が、チャイルドポルノであり、禁止される表現形態であると判断した。⁽¹⁰⁴⁾

更に、連邦最高裁は、チャイルドポルノの所持に対しても、憲法上の保障が及ばないとしている。 *Osborne v. Ohio* ⁽¹⁰⁵⁾ は、被告人が所持していた、撮影当時、一四歳であったといわれる男子を被写体とする写真が問題となり、チャイルドポルノ写真などの所持を禁止するオハイオ州法 2907.32[A] ⁽¹⁰⁶⁾ [3] の合憲性が争われた。判決では、チャイルドポルノに認められる価値は、「最小ではないにしても、きわめて穏やか (exceedingly modest)」なものにすぎないのに対して、同法の立法目的は、①チャイルドポルノの犠牲者を生じさせないため、②子どもの搾取をもたらす市場を破壊するため、にあると判示し、「未成年が身体的・心理的に健全であるよう保護するという州の利益は、やむにやまれぬものである」以上、わいせつな表現物の所持に対して、保障が与えられるとした *Stanley v. Georgia* ⁽¹⁰⁷⁾ は、チャイルドポルノのケースには適用できないとした。⁽¹⁰⁸⁾ 本件については、① *Ferber* 判決と同様に) チャイルドポルノの定義が曖昧で、かつ過度広汎な規制である。②仮に、過度広汎ではないにしても、*Stanley* 判決との保護法益の差を強調することにより、単純所持の禁止までも正当化する多数意見には賛成できない。単純所持までも規制する必要性の根拠が薄弱であるからであり、

オハイオ州による単純所持の禁止が、チャイルドポルノ制作の減退をもたらすという因果関係の立証も十分になされているとはいえないとの批判が、ブレナン裁判官によりなされている。しかし、少なくとも多数意見においては、わいせつな表現や下品な表現とは異なり、立法者たちの強硬な姿勢が、裁判所においても追認されているといえよう。⁽¹⁰⁹⁾

五 サイバースペースへの既存法理の適用

以上、順を追って、わいせつな表現、下品な表現、未成年に有害な表現、チャイルドポルノについて、既存の法理が判例を通じてどのように形成されてきたのを見てきたが、サイバースペースの出現によって、既存の法理がうまく適用できない部分も生じてきている。ここでは、これらの議論の発端となった、Thomas 判決を手がかりとして、Miller 判決以降において、わいせつ性判断の一要件とされているローカル・コミュニティスタンダードが、その変容をせまられている点を見てみたい。⁽¹¹²⁾

〔一〕 United States v. Thomas

一九九一年に、カリフォルニア州ミルピタス (Milpitas) の自宅において、被告人となったトーマス夫妻は、Amateur Action Computer Bulletin Board System (AABBS) という名称の草の根ネットの運営を開始し、料金を支払ったメンバーに対して、電話回線を通じて、約一四〇〇〇もの画像ファイルを提供していた。一九九三年七月、テネシー州西部に住む一住民から連邦郵政調査官 (United States Postal Inspector) に対して苦情が出されたのをきっかけとして、捜査が開始された。調査官は、偽名による申込書とともに五五ドルを送付することによって、IDとパスワードを入手し、わいせ

つ画像が存在することを確認した。⁽¹¹³⁾一九九四年一月二五日、テネシー西部地区連邦大陪審が、トーマス夫妻の行為がわいせつな表現物の州際間の伝送を禁じている 18 U.S.C. §1465 等に違反しており、起訴を相当とする評決を出し、アメリカで初めて、草の根ネットのオペレータが起訴された。七月二八日には陪審が兩名を有罪とする評決を出し、地裁は、三〇ヶ月ないし三七ヶ月収監 (incarceration) とコンピュータ・システムの没収を言い渡した。この判決に対して、トーマス夫妻は控訴した。第六控訴裁判所では、Miller 判決以降において用いられてきたローカル・コミュニティスタンダードが、サイバースペース上の表現にも適用されるか否かが争点となった。

第六控訴裁判所判決は、サイバースペースにおいても従来のリアルスペースと同様に、ローカル・コミュニティスタンダードが適用されることを示した最初の判決である。判決は、裁判地の問題とコミュニティスタンダードの問題は、相互に結びついていることを指摘し、裁判地ルール (venue rules) を適用した。このルールを本件に適用した場合、「連邦法によって起訴が可能である裁判地は、わいせつとされる表現物が発信され、通過し、または到達したあらゆる場所」で許されることになり、⁽¹¹⁴⁾発信地であるカリフォルニアだけではなく、その到達地であるテネシー州内においても起訴が可能となる。つまり、わいせつな表現物の州際間の輸送が問題となるケースにおいては、起訴が可能である(地理的な)領域のローカル・コミュニティスタンダードが適用され、本件の場合には、テネシー州内のローカル・コミュニティスタンダードに従って判断されることになる。

更に、わいせつな表現物の配付者は、配付しようとするコミュニティによって、選択的にその表現物の内容を変更することが可能であることから、異なるいくつかのローカル・コミュニティスタンダードに服することになっても、そのコストは違憲というほどのものではないとした *Sable* 判決で示されたリーズニングを、「インターネットがそれ特有の性質を持つために、インターネットの地理的無限性を考慮に入れた、新しい『コミュニティスタンダード』が必要であ

る」との被告人の主張を否定するために援用する。⁽¹¹⁶⁾その上で、トーマス夫妻が運営していた草の根ネットは会員制であり、入会するには、会費のほか、会員の住所、名前、電話番号を記した申請書の提出を求めている点をとらえて、⁽¹¹⁷⁾テネシー州メンフィス(Memphis)からの入会を彼らが認めたことから、メンフィスの裁判管轄に服し、そのローカル・コミュニティスタンダードによって、判断されることになっても致し方ないとしたのである。⁽¹¹⁸⁾

〔一〕 Thomas 判決が示した法理の適用

Thomas 判決の射程を本件で問題となったような会員制の草の根ネットに限定して解する場合には、それほど強い異論は出されていないといえるが、これに対して、Thomas 判決で認められた法理が、インターネットのように、比較的自由にアクセス可能であるサイバースペースにも適用可能と解するならば、状況は一変する。すなわち、学説の多くは、(少なくとも)インターネットに対する Thomas 判決で認められた法理の適用に反対しているのである。

インターネット上のわいせつとされる表現物について、ローカル・コミュニティスタンダードを適用するには、二つの点で問題があると指摘されている。その一点目は、ローカル・コミュニティスタンダードの趣旨からいって、サイバースペースにこれを適用することは誤りであるとする主張である。連邦最高裁は、先ほど見たように、「コミュニティ」を地理的な基準によって定義づけ、わいせつな表現物の規制にあつては、それぞれのコミュニティ自身の(道徳的)基準がそれぞれのコミュニティで適用されることを承認するものであるが、この「コミュニティ」の地理的基準は、サイバースペースの世界に適用することは出来ない。なぜならば、リアルスペースにおいてこのような規制が許されるのは、ローカルガバメントが本屋あるいは映画館などの店舗等を実際に規制することができ、そしてまた、そのような店舗等の存在、あるいは、そこにおいて入手したり見ることが出来る表現物が、コミュニティ全体の環境に対して影響を与え

ているためであつて、家でひそかに表現物をオンライン上で入手できるサイバースペースとでは、事案が大きく異なる⁽¹¹⁹⁾ といふのである。⁽¹²⁰⁾

そして、批判の二点目として、Thomas 判決によつて示された法理がそのまま適用されれば、サイバースペース上でわいせつな表現物等を扱っている者は、あらゆる州でその表現物の閲覧が可能になるというサイバースペースの性質上、全米中の様々なローカル・コミュニティスタンダードに基づいて、全米のあらゆる場所で起訴される可能性が生じる⁽¹²¹⁾ ことが指摘される。このことは、デュープロセスの保障を定める第五修正に違反し、また、サイバースペースにおける表現者に対して、強力な萎縮的効果（chilling effect）を生じさせるがゆえに、第一修正にも違反すると主張されている。この場合、起訴を行う検察官としては、有罪判決を得るのに、非常に有利な裁判地を自由に選択する（Thomas 判決の例でいえば、わいせつの認定に関して比較的寛容なカリフォルニアではなく、厳格に解するテネシーで起訴する）ことが可能となり、表現者から見れば、どの州から起訴されるか解らないという不安定な状況にさらされることになる。起訴されたくない⁽¹²²⁾ と考える多くの表現者は、必然的に全米中の最もコンサバティブなローカル・コミュニティスタンダードに従うことになってしまうのである。⁽¹²³⁾⁽¹²⁴⁾

現在、ローカル・コミュニティスタンダードをサイバースペース、特に、インターネット上の表現物の判断について用いるのは不適当であるという意見が、アメリカにおいて有力になっている。⁽¹²⁵⁾ 確かに、このローカル・コミュニティスタンダードは、アメリカにおける特殊固有の問題であるということができるが、少なくとも、アメリカの判例法理がサイバースペースの出現によつて、その一部の変更をせまられているという点は強調されて良いように思われる。

Thomas 判決以降、立法者がアダルトコンテンツに対してどのような対応をとったのか、については、第三章で詳し

くみることにする。通信品位法 (CDA) 及び子どもオンライン保護法 (COPA)⁽²⁶⁾ は、Thomas 判決が提示した問題に對する議会からの回答といえるのである。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾

(41) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942). エホバの証人 (Jehovah's Witnesses) に所属する人物が街頭で宗教文書の配付を行っていた際に、歩行者からの非難を発端として騒動が発生し、それを鎮圧するために出動してきた警官に對して、「悪漢野郎 (You are a God damned racketeer)」 「ファシストの畜生 (a damned Fascist)」等と罵倒したため、かかる表現を規制する法律により有罪とされたケースである (T・I・エマソン・木下毅『現代アメリカ憲法』(東京大学出版会・一九七八年) 一五二—一五三頁参照)。

(42) *Chaplinsky*, 315 U.S. at 671-672.

(43) 現在、ほぼすべての州において、わいせつな表現物の配付を禁止する州法が制定されており、連邦法においても同様の規制が行われている。例えば、テネシー州では TENN. CODE ANN. §39-17-902、カリフォルニア州では CAL. PENAL CODE §31.2 において、わいせつ物の配付が禁じられている。連邦法のレベルでは、わいせつ物を配布する意図を持って所持することを禁ずる 18 U.S.C. §1460、州際間もしくは外国との商取引において、コモンキャリアを用いてわいせつ物を配布もしくは受領する行為を禁ずる 18 U.S.C. §1462、わいせつな、下品な、あるいは冒瀆的な (profane) 放送を禁止する 18 U.S.C. §1464、州際通商において、わいせつな、みだらな (lewd)、もしくは汚らわしい (filthy) 表現物であることを知りつつ (knowingly) 輸送もしくは販売業に従事することを 18 U.S.C. §1465 及び 18 U.S.C. §1466 で禁止しており、47 U.S.C. §223 におおづめ規制がなわれている (Robert F. Goldman, *Put Another Log on the Fire, There's a Chill on the Internet: The Effect of Applying Current Anti-Obsecenity Laws to Online Communications*, 29 GA. L. REV. 1075, 1108-1111)。

(44) *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

(45) *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

(46) 「修正一条の保護を受けない表現」につき、市川正人「表現内容の規制・内容中立的規制二分論と表現の自由(一)」三

重大学法経論叢四卷一三二一五頁(市川『表現の自由の法理』(日本評論社・二〇〇三年)所収九五—九九頁)。

(47) *United States v. Thomas*, 74 F.3d 701 (6th Cir. 1996), *cert. denied*, 117 S.Ct. 74 (1996). 平野晋・牧野和夫「判例国際インターネット法—サイバースペースにおける法律常識—」(プロスパー企画・一九九八年)二七六頁以下、真嶋理恵子「サイバーポルノ判断の米国連邦最高裁判理の問題点—通信品位法違憲判決後も残る『コミュニティ・スタンダード—』」ジュリ一一五九号九八頁以下、松井・前掲『インターネットの憲法学』[注10]三四九—三五二頁参照。

(48) 日米間のわいせつな表現の概念については相違が見られる。アメリカでは、本節で見るように非常に制限的であり、事實上、ハードコア・ポルノに限定されているといえるが、日本の判例でいうところの「わいせつ物」の定義はそれとは異なり、「徒に性欲を興奮又は刺激せしめ、且つ普通人の正常な羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」(最大判昭和三年三月一三日、判時一〇五号七六頁)とされている。そのため、わが国では、アメリカにおける下品な表現をも含む可能性が高いといえる(長谷部恭男「インターネットによるわいせつ画像の発信」法時六九卷一号一二五—一二六頁)。

(49) *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957). *Roth* 判決以前においても、州レベルにおいて、わいせつな表現を憲法問題として争ったケースは存在したようである。しかしながら、表現の自由に対するアプローチが非常に貧弱であったがゆえに、合憲性も容易に引き出されていた(奥平・前掲『表現の自由Ⅱ』[注28]四九頁参照)。なお、連邦レベルで初めて争われたケースは、*Doubleday & Co. v. New York*, 335 U.S. 848 (1948)にあるが、この点に関して、何の意見も加えずに原審を維持している(堀部政男「性表現の自由」内川芳美はか編『講座現代の社会とコミュニケーション3 表現の自由』(東京大学出版会・一九七四年)一六八—一六九頁)。

(50) 後で見る、サイバースペース上のアダルトコンテンツ規制を目的とした立法に対する訴訟で中心的な役割を果たしている、アメリカ自由人権協会(American Civil Liberties Union: ACLU)の、この点に関するポリシーを見ておきたい。ACLUの基本的なスタンスは、「成人を対象として表現物を創作、出版及び販売する権利、ならびに、自ら読みまたは観賞する表現物を選択する成人の権利に対するわいせつ、ポルノグラフィ、もしくは俗悪を基準とするいかなる規制にも反対」であり、これらの表現に対する「規制は違憲であると考ええる」。「修正第一条があらゆる形態のコミュニケーションの頒布を保護しているものと考え」られるからであり、「わいせつ性についてのどんな定義も」「無意味である」からである。また、「入手および利用を規制するすべての地域的区分の計画に反対」する。なぜなら、「憲法上保障された言論を侵害する別の

形態の規制を構成するもの」にはかならないからである。さらに、「未成年者を対象とするかかる表現物の配付や展示を処罰する法令は、修正第一条違反」である。なぜなら、「不可避免的にかかる表現物を成人を対象として出版し販売する権利を規制するもの」に他ならないからであり、また、「あからさまな性表現物への接触と少年の非行との因果関係は決定的立証に至っていない」といえ、これらの表現物に責任を持つのは、親以外には考えられず、「言論・出版の自由を制限すること」で解決するものではない」からである。ただ、ACLUはこれらの違憲の主張とともに、「裁判所が何らかの形態による制限を支持するかぎり、当協会はその制限による影響を最小限に留めるために活動する」としている。一連の裁判の過程で、ACLUが、わいせつな表現についての自らの見解を一旦棚上げにした上で、他の団体・企業との連携を優先したのは、このためであろう。

この他、ACLUは、「女性の従属性を助長するとの理由でボルノグラフィを規制する法令」や「あからさまな性的行為の映像描写に子どもを使用」した表現の規制も許されず、表現規制以外の刑事訴追等の手段によるべきであるとする。また、名誉毀損による刑事訴追にも、「民事上の損害賠償で被害者の救済は十分である」こと、「名誉毀損を防止するという公共の利害は」規制を正当化するものはないとし、いわゆる「集団名誉毀損」法にも「それらが自由に表現されて公の批判や反論にさらされるほうがむしろ望ましい」として反対する（アメリカ自由人権協会（社団法人自由人権協会編訳）『アメリカのめざす人権—アメリカ自由人権協会（ACLU）ポリシーガイド』（明石書店・一九九四年）二二—二八、二九—三三頁）。

(51) 連邦最高裁は、ウェブスターの辞書（の定義）、判例、模範刑法典を参照することによって、「好色的興味」の定義づけを試み（JOHN E. NOWAK & RONALD D. ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW 1197 (5th ed. 1995)）、最終的に、好色的興味とは「裸体、性、あるいは排泄に対する、恥ずべき興味ないし不健全な興味のことであり、かつ、そのような事柄の描写叙述において誠実さの慣習的限界（customary limits of candor）を實質的に越えているもの」とした。

(52) Roth 判決以前においては、Hicklin Test（ないし Cockburn's Test）により、「感受性に強い人々、すなわち未成年者や性的に敏感な人々」に与える効果を重視して判断されていた（武田誠『わいせつ規制の限界』（成文堂・一九九五年）四—五頁）。Hicklin Test（なごし Cockburn's Test）については【注89】参照。

(53) 連邦最高裁が「その時代の共同体の基準」を用いたのは、Roth 判決が初めてであるが、下級審においては、それ以前か

ら取られていた判断手法である。

- (54) 反対意見の中で、ダグラス (William O. Douglas) 裁判官は、多数意見が採用した基準は第一修正と衝突するものであるとし、また、「共同体の現在の道徳的基準を変えてしまう危険性、読者に対してショックを与え気分を害する危険性、性的思考ないし欲望を刺激する危険性のいずれも (原告の) 文学的自由を侵害する根拠にはならない」としている (354 U.S. at 509-510)。また、ハーラン裁判官反対意見は、端的な春本に限って法規制を正当化する。なお、ダグラス裁判官のこの点の主張をまとめたものとして、ウィリアム・O・ダグラス (奥平康弘訳) 『基本的人権』(学陽書房・一九八五年) 四六―五四頁がある。

- (55) *Manual Enterprises v. Day*, 370 U.S. 478 (1962). この事件では同性愛雑誌三点の判断が争われ、結論としては、わいせつ性が否定された。

- (56) *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964). この事件は、被告人が経営する映画館で上映された、フランス映画『Les Amants (恋人たち)』のわいせつ性が争われたものである。オハイオ州の控訴裁判所および最高裁は、この映画がわいせつであるとして被告人を有罪としたが、連邦最高裁ではわいせつ性が否定された。なお、この判決は、「その時代の共同体の基準」の下でわいせつ性を判断するために用いられるコミュニティとは、ナショナル・コミュニティを指すものであると判示している点が注目される (*Jacobellis*, 378 U.S. at 194-195)。

- (57) A Book "John Cleland's *Memoirs of a Woman of Pleasure*" v. *Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966). この事件では、"Funny Hill" の別名で知られる (一八世紀中葉の) ジョン・クレランド (John Cleland) の著作のわいせつ性が争われた。松尾浩也「『最近の判例』ファニー・ヒルは社会的価値をもち、わいせつ文書ではない」アメリカ法 (一九六八―二) 三〇六―三〇八頁、奥平・前掲『表現の自由Ⅱ』[注28] 二二七頁参照。

- (58) ブレナン裁判官による法廷意見には、ウォーレン (Earl Warren) 首席裁判官、フォータス (Abe Fortas) 裁判官が同意した。

- (59) 武田・前掲書 [注52] 六一―七頁。

- (60) この時期における、各裁判官の意見の分離状況については、奥平・前掲『表現の自由Ⅱ』[注28] 四七頁以下が詳しい。

- (61) *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973). この事件は、本の販売促進のために (請求されたわけでもないのに) 広告用の小冊

子を郵送した被告人が、その小冊子のわいせつ性を理由として、州裁判所から有罪判決をうけた、という事案である。時国康夫「[最近の判例] わいせつ性判定基準の再検討」アメリカ法(一九七五—) 九七一—〇二頁、奥平康弘「わいせつと言論の自由」英米判例百選Ⅰ(二二—一二三頁、戸松秀典「わいせつと言論の自由」英米判例百選〔第三版〕四八—四九頁参照。

(62) *Miller*, 413 U.S. at 25.

(63) *Id.* at 30-34. バーガー首席裁判官は、更に、判決の中で、「ある表現物が実際にわいせつであるかどうかを判断しようとする際に、陪審が仮説的かつ不確定的な『ナショナル・スタンダード』に基づいて判断しなければならぬとする理由は第一修正のどこから導き出すことは出来ない」と判示している。

(64) これに対して、反対意見は、ローカル・コミュニティスタンダードを適用することは、合衆国憲法が禁じている言論に対する(ローカル・コミュニティにおける)検閲に他ならないとし、また、ローカル・コミュニティスタンダードの概念は漠然としており、また、不確定的であるがゆえに第五修正にも違反するとしている。この点は、*Manual Enterprises v. Day* でハーラン裁判官が(370 U.S. at 488) '*Jacobellis v. Ohio* においてブレナン裁判官が(378 U.S. at 193-194)、それぞれ、相対的多数意見においてナショナル・コミュニティスタンダードの導入を提案していることからして、批判が出てくるのは当然の結果といえよう。

(65) なお、わいせつな表現の規制根拠(立法的利益)についで、*Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973) は、*Miller* 判決により示された、「少年や同意していない成人を猥褻物にさらすことを規制する利益」だけではなく、「商業的なわいせつの流れを止めるという生活の質及び共同体の全体的環境に対し公衆の有する権利の保護」をあげている(この点を指摘するものとして、松井茂記『アメリカ憲法入門(第4版)』(有斐閣・二〇〇〇年) 一七五頁、武田・前掲書「注52」 九一二頁、榎原猛編『世界のマス・メディア法』(嵯峨野書院・一九九六年) 九九頁〔松井茂記執筆〕、浅利祐一・福岡学「わいせつ性判断方法と表現の自由」釧路論集(三三号一二三頁))。『*Consenting Adult*』につきわいせつ物をみせることを規制する州の利益の存在につき、『当裁判所は、しばしば、わいせつ物を、青少年や、みたがらない大人に示すことを規制する州の利益が、まことに重大なものであることを指摘してきたが、それが、わいせつ物の規制を許されている州の唯一の適正な利益であると表明したことはない。』『青少年や、歩行者に見せないようにする有効な方途の存在が可能であることを前提

としても、商業ベースでのわいせつ物の氾濫に抵抗する州の適正な利益が存在すると当裁判所は考える。州のこの利益とは、一般公衆が、日常生活の質を向上し、全社会環境を守り、大都市での商業の品格を維持し、公衆の安全自体を維持するなどの諸利益を包含するものである』(時国・前掲「最近の判例」わいせつ性判定基準の再検討」[注61]一〇〇一〇一頁)。

(66) *Hamling v. United States*, 418 U.S. 87 (1974). この事件では、明らかに性的な写真を含んだ広告用小冊子を郵送した人物が起訴された。連邦最高裁は、*Miller* 判決で示されたローカル・コミュニティスタンダードを支持した上で、被告人の有罪を認めている。これに対して、ブレナン裁判官による反対意見は、ナショナル・コミュニティスタンダードが、特に、本件のように表現物の配付が複数の州にまたがる場合には適用されるべきではないと主張する。なぜなら、これらのローカル・コミュニティスタンダードは傍目からは容易に理解することができないために、起訴されたくないと考える者は、第一修正によって保障された「最低の基準」に従うことになり、その結果として、憲法上保障されている表現よりも、はるかに低い表現しか表現しえなくなるからだ、というのである。

(67) *Smith v. United States*, 431 U.S. 291 (1977).

(68) わが国の判例・学説についても、ここで触れておきたい。この点についてのリーディングケースは、チャタレー事件最高裁判決(最大判昭和三十三年三月二三日、判時一〇五号七六頁)である。この判決の要点は、①刑法一七五条にいう「猥褻文書」とは、「徒に性欲を興奮又は刺激せしめ、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をいう」。②『猥褻文書』にあたるかどうかの判断は、事実認定の問題ではなく法解釈の問題であり、「裁判所が右の判断をなす場合の基準は、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。③「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。」「芸術といえども、公衆に猥褻なものを提供する何等の特権を持つものではなく、「一般国民の負担する義務に違反してはならない」。④「性行為の非公然性の原則」が認められる以上、「性的秩序を守り、最小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の疑問の余地」はない、とするものであった。その後の判決は、チャタレー事件最高裁判決で示された大枠を維持しつつも、その精密化ないし微調整を図る。悪徳の栄え事件最高裁判決(最大判昭和四四年一〇月一日、判時五六九号三頁)は、上の③の大枠は維持しつつも、「文章の個々の章句の部分は、全体としての文書の一部として意味をもつものであるから、その章句の部分の猥

藝性の有無は、文書全体との関連において判断されなければならない」とし、「検察官が指摘する一二箇所に及ぶ性的場面の描写」の判断から「訳書自体を刑法一七五条の猥褻文書と判断した」チャタレー事件最高裁判決とは異なっている。更に、四畳半襖の下張事件最高裁判決（最判昭和五年一月二八日、判時九八二号六四頁）は、悪徳の榮え事件最高裁判決において示された、全体的考察方法の具体化・精密化を図る。判決は、「文書のわいせつ性の判断にあたっては、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、文書に表現された思想等と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見たときに、主として、読者の好色の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『徒に性欲を興奮又は刺激せしめ、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』といえるか否かを判断するという。

学説側では、これらの判決の評価とともに、規制根拠についても論じられてきた。学説は二つに大別され、①規制根拠を、未成年の保護と見たくない者（大人）の見ないでいる自由と限定的に解し、表現の時、場所、方法の規制で十分であることから、わいせつ表現を全面禁止（頒布・販売等の規制）することは許されないとする立場（市川正人「表現の自由とわいせつ」法セ四八六号八四頁以下（市川『ケースメソッド憲法』（日本評論社・一九九八年）所収一二二頁以下）、浦部法穂『全訂憲法学教室』（日本評論社・二〇〇〇年）一六二一―一六三頁、松井茂記『日本国憲法（第2版）』（有斐閣・二〇〇二年）四四九―四五〇頁（松井茂記『マス・メディア法入門（第3版）』（日本評論社・二〇〇三年）一五九―一六〇頁も同旨）、渋谷秀樹『憲法への招待』（岩波新書・二〇〇一年）一〇一―一〇三頁）と、②規制根拠に「（ハードコア・ポルノ）によって汚染されない」生活環境の保全」を加え、規制態様においても、①で許容される表現の時、場所、方法の規制だけではなく、「全体としてみだらな興味をそそり、埋合せとなるような社会的価値をまったく欠き、かつ、社会に害悪を与えるもの」である「端的な春本」（ハードコア・ポルノ）に限定した形での頒布・販売等の規制は許されるとする立場がある（この立場を支持するものとして、中村睦男『憲法30講（新版）』（青林書院・一九九九年）一二二―一二四頁（野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法I（第3版）』（有斐閣・二〇〇一年）三四八頁以下（中村執筆）も同旨）、佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院・一九九五年）五二八―五二九頁、内野正幸『憲法解釈の論点（第3版）』（日本評論社・二〇〇〇年）七七頁、長谷部恭男『憲法（第2版）』（新世社・二〇〇一年）二二―二二頁）。②の立場は、アメ

リカにおいても、「性の『商業化』」に毒された社会的環境そのものを公権力は規律すべき正当な利益」を有するとされている点に注目し、わが国の刑法一七五条の(規制の)射程をアメリカにおける判例の射程と合わせようとする点にメリットがある。ただ、②においても、「刑法一七五条を廃止して、わいせつ文書等の時Ⅱ場所Ⅱ方法を規制する法律を制定することとは、もとより立法政策上ありえる」(中村・上掲書一三三頁)とする点には、留意すべきである。この説は、時Ⅱ場所Ⅱ方法の規制といった必要最小限度の規制手段を越えて、(ハードコア・ポルノに限って)頒布・販売等の規制を行なうかどうかは立法政策に任されるところなのである。最終的に、この領域に規制を認めるか否かにあつては、②から①を引いた残余の部分の妥当性、すなわち、規制根拠としての社会的環境の保全と、規制対象であるハードコア・ポルノの頒布・販売等の規制の妥当性をどう判断するにかかっているといえる。

この点については、これ以上深入りしないが、上記の注において示したもののほか、奥平康弘『ジャーナリズムと法』(新世社・一九九七年)二五九頁以下、奥平・前掲『表現の自由Ⅱ』[注28]二頁以下、奥平康弘「性表現の自由になぜこだわるか」奥平康弘・環昌一・吉行淳之介『性表現の自由』(有斐閣・一九八六年)一〇三頁以下、曾根威彦『表現の自由と刑事規制』(一粒社・一九八五年)一六二頁以下、駒村圭吾『ジャーナリズムの法理―表現の自由の公共的使用―』(嵯峨野書院・二〇〇一年)二七四頁以下、浅利祐一「性表現」岩間昭道・戸波江二編『別冊法学セミナー・司法試験シリズ憲法Ⅱ『基本的人権』(第三版)』(日本評論社・一九九四年)一二七―一二九頁、紙谷雅子・角田由紀子「性表現としてのポルノと表現の自由」自正一九九七年三月号一四〇頁以下、堀部政男「性表現の自由」内川芳美ほか編『講座現代の社会とコミュニケーション3 言論の自由』(東京大学出版会・一九七四年)一六七頁以下、清水英夫「表現の自由と刑法一七五条」奥平康弘・杉原泰雄編『憲法学2―人権の基本問題Ⅱ―』(有斐閣双書・一九七六年)九八頁以下、田島泰彦ほか編『現代メディアと法』(三省堂・一九九八年)一六六頁以下〔後藤登執筆〕、角田由紀子「性差別と暴力―性の法律学―」(有斐閣選書・二〇〇一年)一五〇頁以下、清水英夫「精神的自由権」(三省堂・一九八〇年)一五八頁以下、清水英夫『法とマス・コミュニケーション』(社会思想社・一九七〇年)一七〇頁以下をあげておく。

(69) わいせつな表現とは異なり、通信品位法(CDA)において、下品な表現が規制対象となるものは、ある程度(法文上は)限定的である。詳しいことは、第三章で扱う。

(70) FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 726 (1978), Pacifica 判決以前において、わいせつな表現と下品な表現との区別は行われ

ていなかった (NOWAK & ROTUNDA, *supra* note 51, at 196)。そのため、*Pacific* 判決以前の下品であるかどうかを決める判断基準には、わいせつ性を判断する基準がそのまま適用されたのである (e.g., *Hamling v. United States*, 418 U.S. 87 (1974))。 *Pacific* 判決においても、スチュワート (Potter Stewart) 裁判官の反対意見 (ブレナン、ホワイト (Byron R. White)、マーシャル (Thurgood Marshall) の三裁判官が同意) がこの立場に立つ。なお、わいせつな放送が問題となったケースとしては、*Illinois Citizens Comm. for Broad. v. FCC*, 515 F.2d 397 (D.C. Cir. 1974) がある。この判決では、わいせつな放送の禁止を合憲とした後で、*Miller* 判決によって示された三要件を用いて判断を行っている。阪本昌成「[最近の判例] 下品なラジオ放送の FCC による規制と表現の自由」アメリカ法 (一九八〇) 一四八—一五三頁、市川・前掲「表現内容の規制・内容中立的規制二分論と表現の自由」(一)「[注46]」三二—三三頁 (市川・前掲「表現の自由の法理」[注46]所収一〇八一—一〇九頁)、城所岩生「米国通信改革法解説」(木鐸社・二〇〇一年)二二—四頁以下参照。

(71) この申立てについては、いくつかの「うさんくささ」がある。まず、第一に、苦情申立人であるジョン・R・ダグラス (John R. Douglas) は、放送内容に対する規制を主張する、「メディアに対して道徳を求める国家計画委員会 (The national planning board for Morality in Media)」のメンバーであったこと、第二に、申立人は、車に同乗していた(と彼が主張する)息子が一五歳であることを FCC に対して隠していたこと(平日の午後二時に親とドライブできたはずがない)、第三に、苦情が当該放送の六週間以上過ぎた後で提出されていること、等があげられる (LUCAS A. POWE JR., *AMERICAN BROADCASTING AND THE FIRST AMENDMENT* 86 (1987))。

(72) 奥平康弘『日本人の憲法感覚』(筑摩書房・一九八五年)一三九頁。

(73) この主張は、スチュワート裁判官の反対意見 (ブレナン、ホワイト、マーシャルの三裁判官が同意) で支持された。

(74) *Pacific*, 438 U.S. at 739-740。「その放送内容が、憲法上の意味において、わいせつではないとしても、子どもが聞いていそうな時間に、その放送が行われたのであれば、その下品な放送は罰せられるべきである」。

(75) *Id.* at 748-749.

(76) この定義は、下品な表現に関しても、(*Miller* 判決以降のわいせつな表現をめぐる判例と同様に)ローカル・コミュニティスタンダードによって判断しようとするものである。この判決により、下品な表現についてもローカル・コミュニティスタンダードが適用されることになった点を強調するものとして、Erik G. Swenson, *Redefining Community Standards in Light of*

the Geographic Limitlessness of the Internet: A Critique of United States v. Thomas, 82 MINN. L. REV. 855, 869 (1998) がある。

(77) この定義に従うならば、わいせつな表現の時には問題となる(放送内容が有する)文学的価値等の判断は、考慮要素にはならず、また、下品であるかどうかの判断にあたっては、放送内容の全体を考慮する必要はなく、放送内容の一部分において下品な表現が使われたと認定されれば十分であることになるであろう。なお、当該文書に一部分でもわいせつな箇所があれば、文書全体がわいせつと判断される、「部分わいせつ」の原則」は、かつての *Hicklin Test* の一部をなすものであったが、一九五七年の *Roth* 判決によって否定されている。

(78) *Pacifica* 判決のように、①メディアの浸透性・普及性 (pervasiveness) と②子どもによるアクセスの容易さ、をメルクマールとして、「ラジオやテレビのメディアには、プリントメディアのような以前から考えられてきたメディアよりも低い保障しか与えられない」との結論を導き出す手法を、メディア特性分析 (medium-specific analysis) と呼ぶ(メディア特性分析一般に関しては、拙稿・前掲「サイバースペースに対する表現内容規制立法とその違憲審査基準」【注6】二二九頁以下参照)。本件でも、「テレビやラジオがすべてのアメリカ人の生活の中で非常に普及しており、また、幼くてまだ文字の読めない子どもであっても容易にアクセスすることができると」(*Pacifica*, 438 U.S. at 748) を理由として、プリントメディアでは許されないような規制であっても放送については許されるとしている(更に、連邦最高裁は、「雑誌や本に書いてあるダーティ・ワーズ (dirty words) は小学一年生には理解できない。しかし、テレビやラジオの番組で同じ言葉が使われるのであれば、子どもは容易に理解し、彼らのポキャブラリーの中にそのダーティ・ワーズが取り込まれるであろう」とも述べている)。

(79) *Action for Children's Television v. FCC*, 852 F.2d 1332 (D.C. Cir. 1988).

(80) *Action for Children's Television v. FCC*, 932 F.2d 1504, 1509 (D.C. Cir. 1991).

(81) *Public Telecommunication Act of 1992*, Pub. L. No. 102-356, 106 Stat. 949 (1992).

(82) *Action for Children's Television v. FCC*, 11 F.3d 170, 181 (D.C. Cir. 1993), *vacated en banc*, 15 F.3d 186 (D.C. Cir. 1994).

(83) 現在は、FCC 規則 73.3999 条(b)により、午前六時から午後一〇時までの時間は、下品な番組を放送してはならないことになっている (http://www.joho.soumu.go.jp/policy/reports/japanese/group/youth/youth80514_9.html (last visited Sep 29, 2001))。ちなみに、イギリスの独立放送協会 (Independent Broadcasting Authority: IBA) は、自律的規制の一環として、午後九時を番組

編集の分水界 (watershed hour) とし、視聴者の選択の自由と子どもによる視聴への配慮を調和させようとしてきている(この点につき、長谷部恭男『テレビの憲法理論』(弘文堂・一九九二年) 一六〇頁以下参照)。

- (84) アメリカでは、有料テレホンサービス (AT&T) により一九八二年に開始された、九〇〇十七桁番号の州際有料テレホンサービス (Dial-it) が最初であるといわれている。その翌年には、市内電話会社も参入し、九七六十四桁番号の州内有料テレホンサービスが開始されたが、テレビショッピング、座席予約などの双方向サービスに利用されており、市民に大きな利便を与えている一方で、ポルノ番組 (ダイアル・ア・ポルン) も多く存在しており、特に、サービスが開始された当初は、未成年への影響が懸念された。そこで、連邦議会は、一九八八年四月に、わいせつな州際営利的電話サービス (Obscene interstate commercial telephone messages) ばかりでなく、下品な内容のものも全面的に禁止することを目指した法律 (教育法案の中に規定され、後に通信法23条(b)項として組み込まれた) を成立させた(堀部政男「マルチメディア時代の放送の自由・通信の自由」根岸毅・堀部政男編『放送・通信新時代の制度デザイン』(日本評論社・一九九四年) 三三頁)。日本ではアメリカとは対照的に行政指導によって同様の(日本ではダイヤルQ2)問題を対処してきている。この点を指摘するものとして、Rieko Mashima & Katsuya Hirose, *From "Dial-a-Porn" to "Cyberporn": Approach to and Limitations of Regulation in the United States and Japan*, JOURNAL OF COMPUTER-MEDIATED COMMUNICATION, Vol. 2 No. 2, 1996, available at <http://www.usc.edu/dept/annenberg/vo12/issue2/mashima.html> (last visited Dec 27, 2003) がある。なお、同規定の注解書として、米国通信法研究会編『米国通信法注解(第一分冊)』(電気通信政策総合研究所・一九九一年) 三七七―三九〇頁がある。
- (85) *Sable Communications of California v. FCC*, 492 U.S. 115 (1989). 他の注であげたもののほか、城所岩生「米国通信法改正」[11]「際商二五卷一〇号一〇二頁(城所・前掲『米国通信改革法解説』所収一八七―一八八頁) 参照。
- (86) *Id.* at 127.
- (87) *Id.* at 131.
- (88) 両者の違いを連邦最高裁は、両方の電子メディアが持つ性質の違いから導き出している。「電話によるテレホンサービスは、ラジオやテレビほど浸透しているものではなく、また、子どもにとってアクセスが容易であるというわけではない」。「また、電話によるテレホンサービスにおいては、『捕らわれの聴衆 (captive audience)』の問題は、まず生じず、テレホンサービスを聞くためには(ダイヤルを回すという) 積極的な行為が必要とされることから、(リモコンを操作するだけで良

いテレビとは違って) アクセスが容易とはいえない」と認定し (*Id.* at 127-128)、「電話 (による有料テレホンサービス) をプリントメディアに類するものとする立場に立ったのである。これにより、連邦最高裁は、電話 (による有料テレホンサービス) に対して厳格審査基準を採用することになった。電話 (による有料テレホンサービス) を聞く者の年齢を考慮することなく、下品なメッセージについても全面的に禁止されてしまう点に着目し、政府には、未成年を保護するというやむにやまれぬ利益があるものの、当該法律は、その目的を達成するために精密に調整された (*narrowly tailored*) ものではないことから、法律は過度に広汎であり無効であると判断したのである (*Id.* at 128)。なお、連邦最高裁は、「クレジットカード、アクセスコード、もしくはスクランブルなどの使用によって、より制限的ではない規制によって未成年を保護することも可能である」とも述べている。連邦議会は、判決後、リバースプロッキング (ポルノ電話サービスの利用を文書で申し込んだ者以外にはアクセスを不可能とするシステム) を採用した法改正を行っている。この規定については合憲判断 (*Information Providers' Coalition for Defense of the First Amendment v. FCC*, 928 F.2d 866 (9th Cir. 1991)) が下されている (この点につき、堀部・前掲「マルチメディア時代の放送の自由・通信の自由」[注84]三四頁参照)。

- (89) *Hicklin Test* (なごし、当時の裁判官の名前をとって *Cockburn's Test* と呼ぶ) は、一八六八年にイギリスで下されたヒックリン判決 (*R. v. Hicklin*, [1868] L.R.3.Q.B. 360) の中で示された基準である。一九世紀後半から二〇世紀前半にかけてのアメリカにおいても、同様のテストが用いられていた。この *Hicklin Test* は、出版物のわいせつ性の判断基準として、二つの特徴をそなえていたと理解されている。その第一は、当該文書に一部でもわいせつな箇所があれば、文書全体がわいせつ物になる、部分わいせつの原則。第二に、文書のわいせつ性が、感受性の強い人々、すなわち未成年や性的に敏感な人々に与える効果を重視して判断される点にある (武田・前掲書 [注52] 三三四頁参照)。ただし、こいで *Hicklin Test* と類似しているといわれているのは第一の点のみである。

- (90) ただし、子どもオンライン保護法 (COPA) のように、未成年に有害な表現を規制する場合には、「全体として見た場合に、未成年にとって重大な文学的芸術的政治的あるいは科学的価値を欠いた」ものであることがその要件の一つとなっている。

- (91) *Butler v. Michigan*, 352 U.S. 380 (1957). エマン・木下毅・前掲書 [注41] 一九八頁参照。

- (92) *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964).

- (93) Ginsberg v. New York, 390 U.S. 629 (1968). 時国康夫「[最近の判例] 青少年保護育成のため、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」アメリカ法(一九六九一一)六八―七〇頁参照。
- (94) 同条において、「未成年に有害な」とは、「①青少年の好色的、いかがわしい、不健全な興味に強く訴え、②何が青少年に適した内容であるかに関して、成人社会全体における支配的な基準に照らして明らかに嫌悪感をもよおすものであり、かつ③青少年に対し償いうる社会的重要性を欠いているもの」と定義されていた(エマソン・木下毅・前掲書[注41]一九八頁)。
- (95) 本件におけるリーズニングは、岐阜県青少年保護条例事件最高裁判決における、伊藤正己補足意見に「移植」されている。伊藤補足意見については、第四章で検討する。
- (96) 萩原滋教授は、Ginsberg 判決のような理解は、「性表現物が少年にもたらす悪影響が明らかであるときには、合理性がないとはいえない」が、「猥褻物の潜在的効果が具体的に明らかになっていない以上、猥褻の概念をこのように柔軟化させること」は疑問であり、結局のところ、「少年に対する頒布・販売が禁止されるのは、成人の場合と同様に『ハードコア・ポルノグラフィ』に限られるべきである」とする(萩原滋『実体的デュー・プロセス理論の研究』(成文堂・一九九一年)二四六頁)。
- (97) Erznoznik v. City of Jacksonville, 422 U.S. 205 (1975). 市川正人「表現内容の規制・内容中立的規制二分論と表現の自由(二)」三重大学法経論叢五巻一号五七―五八頁(市川・前掲『表現の自由の法理』[注46]所収一三四―一三五頁)参照。
- (98) Interstate Circuit v. City of Dallas, 390 U.S. 676 (1968). 時国・前掲「[最近の判例] 青少年保護育成のため、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」[注93]七〇―七二頁、エマソン・木下毅・前掲書[注41]一九八―一九九頁参照。
- (99) Butler, 352 U.S. at 383.
- (100) 輸送手段については、どのような手段であつても 18 U.S.C. §2256 に違反するものとされており、特に、コンピュータによる輸送の禁止については、明示的に規定されている。ペドファイルが、チャイルドポルノの流通にインターネットを利用していることの指摘については、Yaman Akdeniz, *The Regulation of Pornography and Childpornography on the Internet*, available at http://ejl.warwick.ac.uk/jilt/Internet/97_lakdz/ (last visited Dec 27, 2003) 参照。

(101) おとり捜査が、違法性を帯びる可能性がある点については、留意が必要である。被告人に二六ヶ月にわたり、サンプルの郵送、偽の機関を用いての意思疎通等により、ネブラスカ州の農夫にチャイルドポルノを購入させたケースにつき、連邦最高裁は、当該捜査の違法性を認め、被告人を無罪としている (Jacobson v. United States, 503 U.S. 540 (1992))。

(102) New York v. Ferber, 458 U.S. 474 (1982). 江橋崇「児童モデルポルノの規制と表現の自由」ジュリハ二八号二一八頁以下、藤田浩「[最近の判例] チャイルド・ポルノの規制は第一修正に違反しない」アメリカ法(一九八三二二) 三七二頁以下、関哲夫「児童ポルノ頒布の規制と修正一条」判タ八〇二号六一六三頁、武田誠「[最近の判例] 子どもポルノの配付を禁ずる規制の合憲性」アメリカ法(一九九二一一) 二二二頁以下参照。なお、この判決が、連邦議会による 18 U.S.C. §2256 制定の契機となった。

(103) 以前は、チャイルドポルノであるためには、(Miller Test によつて判断される) わいせつな表現物でもある必要があったが、この要件は、Child Protection Act of 1984, Pub. L. No. 98-292, 98 Stat. 204 (1984) により撤廃された (See The Free Speech Coalition, 198 F.3d at 1088)。

(104) Ferber, 458 U.S. at 753. 連邦最高裁は、チャイルドポルノの制作プロセス、それ自体が、描写される子どもの性的な虐待を生じさせる(やむにやまれぬ利益である児童の保護と児童虐待の危険性)のに対し (Id. at 756-757)、表現としての価値が、いくらかであるにすぎないがゆえに違法とされると判示している。

(105) Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103 (1990). 矢口俊昭「児童ポルノの私的所持と第一修正の保護」憲法訴訟研究会・芦部信喜編「アメリカ憲法判例」(有斐閣・一九九八年) 四一頁以下、武田誠「[最近の判例] チャイルド・ポルノグラフィの所持を禁止する州の制定法の合憲性が争われた事例」アメリカ法(一九九二一一) 二二二―二二五頁、角田由紀子「性の法律学」(有斐閣・一九九一年) 二二二―二二六頁参照。

(106) 同条によれば、何人も、自分の子どもではない、あるいは、自分が後見人ではない未成年を裸の状態(in a state of nudity)で見せる、いなるものの所持・閲覧が禁止され、また、同種のパフォーマンスについても禁止されるが、これらのものが芸術的・科学のおよび医学的などの適切な目的のために科学者や医者などにより販売・伝達・陳列・所持された場合、あるいは、親や後見人などが撮影、利用およびその形態につき文書で同意している場合には免責される(矢口・上掲論文 四一頁)。

(107) Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969). この判決において、連邦最高裁は、個人が自分の家でひそかにわいせつな表現物を所有することは許されると判示している。法廷意見を書いたマーシャル裁判官によれば、「個人は情報や思想を受け取る憲法上の権利があるのと同時に、個人のプライバシーに対する政府の（望ましくない）介入を拒否する憲法上の権利がある」。「情報と思想を受け取る権利は、それらの社会的価値のいかんを問わず」、「わが自由社会に基本的なものである」(Id. at 564) からである。

(108) Osborne 判決により、連邦議会は、チャイルドポルノを三点以上所持する者を処罰することにした、Child Protection Restoration and Penalties Enhancement Act of 1990, Pub. L. No. 101-647, 104 Stat. 4789 (1990) を成立させた (301条、後「18 U.S.C. §2252(a)(4) に編入」)。

(109) わが国では、「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」が平成十一年五月二十六日に成立している。内容については、第四章で扱う。

(110) 上の注で示したもののほか、アメリカにおける、リアルスペース上のアダルトコンテンツ規制を扱ったものとして、阪本昌成「わいせつ物規制に関する日米の比較法的考察」判タ四二二号一四頁以下（阪本『情報公開と表現の自由』（成文堂・一九八三年）所収七七頁以下）、高橋和之「ポルノグラフィと性支配」『岩波講座現代の法』11 ジェンダーと法（二二二頁以下、紙谷雅子「性的表現と繊細な神経」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』（日本評論社・一九九五年）一一六頁以下、T・I・エマースン（小林直樹・横田耕一訳）『表現の自由』（東京大学出版会・一九七二年）一五七一一六五頁、木下毅『四畳半襖の下張』事件控訴審判決と合衆国憲法判例の動向」判時九三二号一四〇頁判例評論二四七号二頁）、飯野守「わいせつ裁判の行方—アメリカ連邦最高裁判例にみる『社会的価値』判断」『青法』三二巻三・四合併号三〇九頁以下、土居靖美「わいせつ的表現—概念と規制について—」姫路二二号一頁以下、大日方信春「ケーブル・テレビにおけるindecent な番組規制の合憲性」『広法』二二巻三三頁以下、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」『一法二二巻』二二巻三五頁以下、外国刑事判例研究会『猥褻物規制に関する米連邦最高裁判決—ミラー判決以降の動向—』法学ジャーナル（関西大学大学院）二二七号七九頁以下（武田誠執筆）、田宮裕「わいせつに関するアメリカ大統領委員会の報告書について（一）」『ジュリ』四七七号九三三頁以下、田宮裕「わいせつに関するアメリカ大統領委員会の報告書について（二）・完」『ジュリ』四七八号一一一頁以下、加藤隆之「性的表現とプライバシー—アメリカ合衆国の連邦最高裁判所判例を手がかりと

して」新報一〇五卷四〇五号一八一頁以下、藤崎葉子「児童ポルノと成人女性ポルノ規制をめぐる考察」同法四八卷三号三六六頁以下等がある。

(111) *Thomas* 判決は、アメリカの裁判所において、サイバースペース上のアダルトコンテンツ規制が問題となった、最初のケースであると理解されている。また、本件は、リアルスペース規制を念頭に規定された 18 U.S.C. §1465 が適用されたケースである (*Thomas*, 74 F.3d at 707-708) 点に注意されたい。

(112) コミュニティスタンダードの問題以外にも、①有体物 (intangible objects) であるサイバースペース上のわいせつな表現に対して、連邦法、州法が適用できるのか、②連邦法と州法の適用範囲のバッティングの問題などがある。①については、*Thomas* 判決において、18 U.S.C. §1465 の適用対象は、あくまでも有体物に限られ、画像ファイル等は、その規制対象にはあたらないとの原告の主張に対して (*Id.* at 706)、第六控訴裁判所は、有体物と無体物の区別を認めず、コンピュータによる送信であっても、同規定に違反すると判示した (*Id.* at 707-708)。しかし、その後、「インタラクティブなコンピュータ・サービス」の設備もしくは装置の使用) (uses a facility or means of an interactive computer service) との明文の規定が追加され (一九九六年二月)、その疑義は解消された (この時の改正により、例えば、18 U.S.C. §2252 などにおいても「コンピュータによって行われる送信」をカバーすることが明文で規定されるようになった)。なお、チャイルドポルノ防止法 (CPA) 制定以前における、チャイルドポルノのインターネットによる送信が問題となった *United States v. Carroll*, 105 F.3d 740 (1st Cir. 1997) は、インターネット上の配布を州際通商における輸送 (transportation) と同視し (*Id.* at 742)、18 U.S.C. §2251(a) に該当するとしたが、チャイルドポルノ規制に関しては、一九八八年一月の修正により、「コンピュータを含むあらゆる装置を用いて (by any means including computer)」の規定が挿入されていた関係で、有体物に限られるか否かの議論は行われなかった。②については、第三章で扱う。

(113) *Thomas*, 74 F.3d at 705; *Goldman*, *supra* note 43, at 1105-1106.

(114) 判決では、この原則を 18 U.S.C. §3237 に基づいて認めた。 *United States v. Perino*, 645 F.2d 548 (6th Cir. 1981) を先例として引用している (*Thomas*, 74 F.3d at 709)。

(115) テネシーは、厳格なコミュニティスタンダードを有しているがゆえに、リアルスペースにおいて、わいせつな表現物が問題となった場合においても、検察官が好んでこの地を利用しているとの指摘もある (*Swenson*, *supra* note 76, at 871)。

(116) *Thomas*, 74 F.3d at 712, *quoting Sable*, 492 U.S. at 125.

(117) *Id.* at 705.

(118) *Thomas* 判決を、草の根ネットについてののみ、既存の法理であるローカル・コミュニティスタンダードが適用されることを認めたものである（つまり、インターネットは別）と射程を限定して理解することも可能であると思われるが、学説の中には、この判決の妥当性自体を否定的に解する文献も見受けられる。例えば、先ほどあげた、スウェンソンは、*Sable* 判決等を援用したリーズニング自体に反対し、草の根ネットを含むサイバースペース全体に対して、ネチズンによるコミュニティスタンダードを適用すべきではないとする（Swenson, *supra* note 76, at 873-884）。*See Joanna H. Kim, Cyber-Porn Obscenity: The Viability of Local Community Standards and the Federal Venue Rules in the Computer Network*, 15 LOY. L.A. ENT. L.J. 415, 441-442 (1995); Robert C. Bortone, *Electronic Online Dispute Resolution: A Systems Approach - Potential, Problems, and a Proposal*, 3 HARV. NEGOT. L. REV. 175 (1998); Todd H. Flaming, *The Rules of Cyberspace: Informal Law in a New Jurisdiction*, 85 ILL. B. J. 174, 178 (1997).

(119) *Paris Adult Theater I*, 413 U.S. at 58.

(120) 「サイバースペースは無数のバーチャルなオンラインのコミュニティからなっているが、ポルノグラフィが電話線を通じて送受信される場合、（地理的な）ローカルコミュニティに対しては、ほとんど全くといってよいほど影響を及ぼしていない」。「ポルノグラフィを受け取る者の家の外に対しては、いかなる（物理的）対象物にも影響を与えてはいない」（Zanghi, *supra* note 4, at 112-113）。「インターネット上のわけつな表現物は、ニューススタンド等に置いてあるがために、見たくない者の気分まで害してしまうような、『伝統的な』わけつな表現物とは異なる。なぜなら、インターネットのユーザは自分の意思でログオンするのであるから、見たくないインターネットユーザの気分を害することはめったにないからではない」（C. Trim, *Protecting Children from Cyber Porn*, COMPUTERS & LAW (Spring 1996), available at <http://wings.buffalo.edu/Complaw/ComplawPapers/trim.html> (Not Found))。

(121) Kelly M. Doherty, www.obscenity.com: *An Analysis of Obscenity and Indecency Regulation on the Internet*, 32 ARKTON L. REV. 259, 286-291 (1999); Flaming, *supra* note 118, at 178; Donald T. Stepka, *Obscenity On - Line: A Transaction Approach to Computer Transfers of Potentially Obscene Material*, 82 CORNELL L. REV. 905, 939-940 (1997); Eric Handelman, *Obscenity and the Internet*:

- Does the Current Obscenity Standard Provide Individuals with the Proper Constitutional Safeguards?*, 59 ALB L. REV. 709, 711 (1995); Robyn Forman Pollack, *Creating the Standards of a Global Community: Regulating Pornography on the Internet-An International Concern*, 10 TEMP. INT'L & COMP. L. J. 467, 475 (1996); Kimberly A. Gobla, *The Infeasibility of Federal Internet Regulation: The Online Parental Control Act of 1996 - A Reaction to the Communications Decency Act of 1996*, 102 DICK L. REV. 93, 129 (1997).
- (122) Thomas 判決の場合、送信地であるカリフォルニアで裁判が行われていたならば、彼らは無罪であったと理解されている。なぜなら、彼らの送信した表現物はテネシーのローカル・コミュニティスタンダードにてらせば、わいせつなものであるが、比較的わいせつに対して寛容なカリフォルニアでは、わいせつなものといえるものではなかったからである。
- (123) この点をスウェンソンは、「最小公約数 (lowest-common-denominator) 的効果」と呼び、批判している (Swenson, *supra* note 76, at 878-880)。See Doherty, *supra* note 121, at 289-290; Hadelman, *supra* note 121, at 731 & 737; William S. Byassee, *Jurisdiction of Cyberspace: Applying Real World Precedent to the Virtual Community*, 30 WAKE FOREST L. REV. 197, 210 (1995); Gary D. Allison, *The Cyberwar of 1997: Timidity and sophistry at the First Amendment Front*, 33 TULSA L. J. 103, 116 (1997).
- (124) リアルスペース上の判例法理で形成されてきた『コミュニティ・スタンダード』の基準をインターネット上に適用した場合、全米中のユーザが入手可能とされるあらゆるコミュニケーションが、そのメッセージによって最も不快と感じるであろうコミュニティの基準によって判断されることになる」と通信品位法 (CDA) 連邦最高裁判決・多数意見も指摘している (*Reno II*, 521 U.S. at 877-878)。本件においてサーシオレイライ (certiorari) が否定されているのを考えると、連邦最高裁はインターネットと草の根ネットワーク (BBS) を別個に扱っていると思われる。
- (125) 真嶋理恵子弁護士も、スウェンソン論文を引用しながら、「確かに、会員向けの個々の映像のダウンロードは管理できなくとも、会員制であれば入会の時点でそのようなスクリーニングはできる。しかし、プロモーション用の映像については、この手法は使えない。さらに、クレディット・カード番号をコンピュータ・スクリーン上に打ち込んで個別に買う場合にも、妥当しない。また、アダルト・ビジネス以外のサイトやフォーラムはインターネット上にも多数存在するが(例えば、エイズ禍防止のためのセーフ・セックス、中絶問題、身障者のための性生活のためのアシスト、官能的な問題作の紹介・ディスカッション)、それらは会員制など採っていない。従って、情報の発信者が情報の通過地点・ダウンロード地点をコントロールできないインターネットには、上述のコミュニティ・スタンダードの擁護論は的を射ていない」とされる

(真嶋・前掲論文「注47」九九―一〇一頁)。

(126) 議論を先取りして述べるならば、子どもオンライン保護法 (COPA) において、立法者は、「未成年に有害な (harmful to minors)」の定義を、「猥褻 (obscene) な、あるいは、(A) 平均的な人が現在のコミュニティ・スタンダードを適用し、全体として未成年者の好色的関心に訴えるまたははびこるようにデザインされたと考え、(B) 実際のあるいはシミュレートされた正常もしくは倒錯した性行為・性器の露出・女性の乳房を、未成年者に明白に不快な方法で表現・描写し、かつ (C) 全体として、未成年者にとり真剣な文学・芸術・政治もしくは科学的価値を欠くところのあらゆる種類のコミュニケーション、写真、イメージ、グラフィック・イメージ・ファイル、記事、録音、書き物もしくは他のもの」とし、Miller Test をなぞってリライトしていると評価できる (真嶋・前掲論文「注47」一〇一―一〇二頁)。この点は、特に、第三控訴裁判所 (Reno IV, 217 F.3d 162 (3rd Cir. 2000)) が同法を違憲とするのに際して、最も注目した所である。

(127) Trim, *supra* note 120.

(128) 判例・学説の状況については、論文提出時点 (二〇〇二年九月三〇日) を一つの区切りとしている。それ以降の動向については、別稿にて、改めて検討したいと考えている。この点をご寛恕いただきたい。

* 本稿は、平成一三年度・一四年度文部科学省科学研究費補助金 (特別研究員奨励費) による研究成果に基づく、北海道大学審査博士 (法学) 学位論文 (二〇〇二年二月二五日授与) に補筆したものである。