HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	サイバースペースと表現の自由（四）：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(4), 233-278
Issue Date	2004-11-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/36654
Type	departmental bulletin paper
File Information	55-4_p233-278.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

サイバースペースと表現の自由（四）

――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
　第二節　名誉毀損的表現

（以上、五五巻一号）

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
第一節　第一世代
第二節　第二世代
第三節　小括
第三章　サイバースペースに対する表現内容規制
第一節　アダルトコンテンツ
一　通信品位法（CDA）連邦最高裁判決
二　通信品位法（CDA）以降の連邦法に対する違憲判断
三　州法に対する違憲判断
四　サイバースペース原理論（レシッグの「コード論」）の具体的適用
第二節　名誉毀損的表現
第三節　差別的表現
第四節　小括
第四章　表現内容規制論の再検討
結語

（以上、五五巻二号）

（以上、五五巻三号）

（以上、本号）

第三章　サイバースペースに対する表現内容規制

第一節　アダルトコンテンツ

三　州法に対する違憲判断

ここで、ALA v. Pataki[1]以降の州法に対する違憲判断も見ておこう。いずれも、かつてのニューヨーク州法型（Pataki判決型）の州法、すなわち、未成年にとって有害な表現をコンピュータを用いて送信した者を新たに処罰することにした州法の違憲性が問題となったケースであり、ACLU v. Johnson（ニューメキシコ州）、Cyberspace Communications v. Engler（ミシガン州）、PSINet v. Chapman（バージニア州）、People v. Wheelock[2]（カリフォルニア州）がその具体的ケースである。[3]これらの訴訟では、いずれも原告が勝訴しているが、そこには、Pataki判決はもちろんであるが、通信品位法（Communications Decency Act; CDA）および後続の子どもオンライン保護法（Child Online Protection Act; COPA）に対する違憲判断の影響を色濃く見てとることができる。

［一］ACLU v. Johnson

1998 N.M. Laws Chapter 64により、一八歳以下の未成年にとって有害な表現をコンピュータにより送信することを禁ずる規定を置いたN.M. Stat. Ann. §30-37-3.2 (A)に対して、暫定的差止命令が出されたケースである。[4]ニューメキシコ連邦地裁は、（原告の）第一修正、第五修正、第一四修正、および、州際通商条項（Commerce Clause）違反の主張等により勝訴する可能性が高いと判断した（一九九八年六月三〇日）。特に、第一修正違反に係る主張としては、CDA連邦最高裁判決やPataki判決を用いつつ、①大人に対して憲法上保障された表現を事実上、禁止すること、[5]②（厳格審査基準の適用にあたって）州において、当該条項が、やむにやまれぬ政府利益を促進するものであること、[6]および、当該利益を達成するための最も制限的な手段（the least restrictive means）であることの立証ができていないこと、[7]③当該条項

が実質上、過度広汎であること[8]、④当該条項が、匿名による情報の伝達、アクセスを妨げるものであること[9]、⑤当該条項とともに防御条項[10]が、オンライン上の話し手（online speakers）に対して利用可能であることを州が立証できていないこと[11]、があげられている。また、州際通商条項違反に係る主張としては、①完全にニューメキシコ州外で起こっている行為を規制しようとするものであること[12]、②州際及び外国との通商に対して不合理かつ過度な負担を課すものであること[13]、③インターネットの州際間の使用を一貫しない州の規制に属させることは許されないこと[14]、の三点をあげている。

本件は控訴され、一九九九年一一月二日に、連邦地裁決定を支持する判断を下した。第一〇控訴裁判所の判断にあっても、第一修正（及び第一四修正）と州際通商条項の検討を中心とするものであり、基本的な立場は連邦地裁決定と同様である。第一修正については、連邦地裁決定をふまえたうえで（違憲とされたCDAとの類似性から、CDA連邦最高裁判決と同様のスタンスに立ちつつ[15]）、州が主張した合憲限定解釈（Ginsberg v. New York[16]により制約の合憲性が支持された「未成年にとって有害な」表現を、受け手が未成年であることを知りつつ、故意に送信した場合にのみ当該条項が適用されるとの解釈[17]）が取りえないことを示し[18]、当該規定はCDAと同様に、憲法上保障されている表現に対して、違憲というべき制約を課すものであるとした。また、CDA連邦最高裁判決で問題となった、47 U.S.C. §223 (e) (5) (A)及び(B)と同様の防御条項にあっても、CDAと同様に[19]、違憲性を治癒することはできないと判示した。更に、州際通商条項についても、Pataki判決に依拠した連邦地裁決定を全面的に支持する内容となっている[20]。

［二］Cyberspace Communications v. Engler[21]

1999 Mich. Pub. Act No.33により修正された[22]、コンピュータによる、明らかに性的な、未成年にとって有害な視覚および聴覚（visual or verbal）に訴える表現の未成年への故意の伝送（dissemination）を禁止したMich Comp. Laws §722.

671以下の違憲性が争われた。[23] ミシガン東部地区連邦地裁（一九九九年七月二九日）は、ミシガン州がニューメキシコ州のケースと同様にGinsberg判決を、そして、付加的にMiller判決[24]を正当化根拠としてあげていた[25]点に対して、次のように応答している。

Ginsberg判決で問題となった表現は、雑誌や小冊子の類いであり、これらは（売り手の側で）袋に入れて運んだり、奥の部屋に隠すことが可能である。また、売り手が未成年へ「明らかに性的な（sexually explicit）」ものを売り渡したことに対して法的責任を負うのは、買い手が物理的に存在しているためであり、対面での受け渡しであることから、年齢確認を行なうことも容易に可能である。しかしながら、インターネットにおいては、（年齢確認を行なう手段が貧弱であり）売り手・送り手の側で、買い手・受け手が大人であるか、未成年であるかの区別をすることができない。このため、処罰を避けるために売り手・送り手がとりうる手段は、本屋をたたむ（close the bookstore）か、それとも、子どもに適した表現による通信のみを行なうかの二者択一となる。このような表現に対する完全な抑圧（complete suppression）は、「豚をローストするために小屋を燃やす（burn the house to roast the pig）」[26]に等しい愚行であるとして、州の正当化根拠を否定した。[27]

その上で、当該条項は表現内容規制立法であり、この領域に適用される違憲審査基準は、「制限がやむにやまれぬ州の利益に仕えるものであり、かつ、その目的を達成するために精密に調整されたもの」であることをチェックする、厳格審査基準で判断されるとした。[28] この点において興味深いのは、厳格審査基準をさらに分化させ、①州により主張された利益がやむにやまれぬものであるか否か、②制限がこれらの利益を促進するために必要なものであるか否か、③制限がこれらの利益を達成するために精密に調整されたものであるか否か、の三つのプロング（prong）により判断されるとしている点である。[29] 通常いわれている厳格審査基準と本件が示す違憲審査基準との違いは、②のプロングである。本

件では、通常、言外の意味で捉えられていた、②のプロングを、一つのプロングとして独立させたところに特徴があるが、通常の厳格審査基準との差はないであろう。本件決定では、三つのプロングにより判断を行い、①（州は、この点につき主張を行なわなかったが）子どもから、明らかに性的な表現を隔離することには、州のやむにやまれぬ利益があると考えられ、連邦最高裁の従来の考え[30]もこの点を支持しているとした。しかし、②州において、当該条項による制限が、州のやむにやまれぬ利益を促進するものであることが立証できておらず（これに対して、原告において、当該条項が「思想の自由市場」を創出する自由なインターネットと子どもの保護のバランシングを取る、という社会の期待とは正反対の結果を生みだす可能性が高いことが示され[31]）、③子どもによる当該表現へのアクセスを、親がコントロールすることを可能にするソフトウェアが低額で利用でき、プロバイダにおいても、年齢に応じたサービスを提供するところが現れつつあること、更に、④インターネットユーザは、「上品さと好奇心（decency and curiosity）」の不文のコードを持っており、法律によらずとも自主的な解決が可能であること[32]、を理由として、達成手段の面においても、より制限的な手段になるように精密に調整されたものとはいえず、第一修正に違反するとした。

州際通商条項違反の点については、①州が主張するように、ミネソタ州内で発受される（originates and terminates）表現に対してのみ当該規定が適用されるとしても、インターネットは地理的境界をもたないものであり、例えば、ニューヨーク州民が開設したホームページをミネソタ州民に読んでもらおうとの意図がない場合であっても、（送信者側で受け手をコントロールする手段がないことから）ミネソタ州内にも届いてしまうように、インターネット上のあらゆる表現が当該規定の適用対象となってしまうこと、②インターネットの約半分が外国発のものであることからして、当該規定による規制は、完全に非効率であること、③インターネット上の表現に対して萎縮的効果を生じさせないことの方が、州が主張する利益よりも重要であり、他の州法の規制と同様に、当該規定においても、一貫しない州の規制に属させる

べきではないとして、州際通商条項にも違反すると判断した。[33] これらの違憲性を主たる理由として、当該規定に対する暫定的差止命令が出された。

本件は、第六控訴裁判所に控訴され（二〇〇〇年四月）、口頭弁論を経た後、一二月に連邦地裁決定を支持するメモランダム・オピニオン（Memorandum Opinion）が出された。[34] このメモランダム・オピニオンでは、当該規定に対する憲法判断は行なわれず、この点については、連邦地裁に差戻されたが、終局的差止命令（Permanent Injunction）を連邦地裁は命じて（二〇〇一年六月一日）、本件訴訟は終結した。[35]

［三］ PSINet v. Chapman[36]

上の二つのケースと同様に、未成年にとって有害な表現をコンピュータにより送信することを禁ずる VA. CODE. ANN. §18.2-391[37] の執行差止を求める訴訟が提起され、バージニア西部地区連邦地裁シャーロッツビル（Charlottesville）支部は、二〇〇一年一〇月一一日、当該規定の違憲性（第一修正違反、州際通商条項違反）を理由として、当該規定を差止める略式判決（Summary Judgment）を出した。[38]

原告による第一修正違反の主張に対しては、当該立法が表現内容規制であることから、厳格審査基準が適用される。[39] その際の立証責任は規制を行なう州に課せられるが、[40] 当該立法においては、子どもを保護するという立法目的にやむにやまれぬ利益が認められるのに対し、[41] 達成手段が精密に調整されたものではないとした。[42] その根拠は、（上の二判決で用いられた Ginsberg 判決と同様の判断を示す）American Booksellers v. Commonwealth[43] で問題となったリアルスペース上の規制と本件で問題となった州法の規定とは同視できないものであり、American Booksellers 判決におけるリアルスペース上の規制は、リアルスペースが帯有する物理的制約により、買い手が大人であった場合と子どもであった場合との対

応を異ならせることが可能であるのに対して、サイバースペースでは、（現在のインターネット技術を前提とする以上）当該規定による規制は大人と子どもの両方のアクセスを制限することになり、その結果として、大人においては憲法上保障されている表現に対して、憲法上許されない規制を課すものであるからとした。(44)

ここで、検討の中心となったインターネット技術とは、第三者機関が（大人であることを確認した上で）発行する Adult Identification Number（PIN）である。判決によると、一九九九年二月現在で、約二五の組織がサービスを行なっており、これらの組織の中で最大の所では、三〇〇万人分の PIN を発行しており、この PIN を用いて約四万六千のウェブサイトが閲覧可能になっている。(45) この PIN 及びそれに類する技術に対する評価に関して、原告は、従来の判例の流れを継承していると解される COPA に対する第三控訴裁判所決定に依拠しつつ、① PIN 及びそれに類する認証システムを用いる場合には、クレジットカード番号ないし他の個人情報を事前に送信しておく必要があることから、クレジットカードを所有していない大人、インターネット上でこのような情報を開示したくない大人、「アダルトサイト」にアクセスすることに興味があることを記録されたくない大人によるコミュニケーションに対して負担を課すものであること、②当該サイトへのアクセスが減少することにより、ウェブサイトに対して経済的損失を与えるものであること、更に、③ PIN の認証システムを構築するためのソフトウェア自体は無料で入手できるものの、（実際に認証システムがなければ）表現物を見られないようにするにはコストがかかること、を理由として、ウェブサイトと大人のユーザの両方に対して（違憲といえるほどの）負担を課すものであると主張した。(46) これに対して、判決は、「厳格審査基準は、ある特定の商用サイトを破産へと追いやる危険性があるからではなく、特定の表現形態を思想の自由市場から排除する危険性があるからこそ要求されるのである」(47)と判示した、COPA に対するペンシルベニア東部地区連邦地裁決定の判示部分を過度に強調することにより、PIN システム自体は思想の自由市場からアダルトサイトを排除するものではなく、PIN

及びそれに類する認証システムを用いさせること自体は、ウェブサイトに対する過度な負担を課すものではないとした。[48][49]しかしながら、判決は、商用サイトに対して過度な負担を課すものではないにしても、これらに対してアクセスする者への負担（burden）については別途判断する必要があり、インターネット上でのクレジットカード情報の送信に係る信頼性の問題とともに、PINシステムを利用した場合、利用記録が残り、それを嫌がる大人のユーザがアクセスしなくなることから、（PINシステムは商用サイトに対して萎縮的効果を生じさせるものではないが）ユーザに対して、それらのサイトにアクセスしようとする意思を萎縮させるものであるとした。[50]すなわち、判決においては、サイトと大人のユーザの両方に対する負担ではなく、大人のユーザに対して過度な負担を課すものであることを理由としているのが特徴である。

更に、判決では、州際通商条項違反の主張に対しても、現在の技術では、表現を行なう者の側でアクセスを効果的にコントロールすることができない以上、当該条項のような規制を行なうことは、州際通商に対して相当の負担（substantial burden）を課すものであるとして、この点でも違憲であるとしている。[51]

以上、検討してきたように、（PSINet判決において、ニュアンスの異なる判示部分があるにしても）いずれの裁判所においても、ほぼ同様の判断を下しているといえるが、第一修正違反と州際通商条項違反に係る判断のウエイトの置き方には、若干の相違を見て取ることができよう。

すなわち、Johnson連邦地裁決定、Cyberspace Communications連邦地裁決定においては、両者を並列に捉えるのに対して、Johnson連邦控訴裁判所決定における、「この問題（州際通商条項－筆者）を議論するまでもなく、原告は、第一修正の議論において勝訴する可能性を示している」[52]との一文、PSINet判決における、「当裁判所においては、第一修

正（違反）の主張で勝訴するには十分であるので、州際通商条項（違反）の議論について検討する必要はないが、（原告が主張しているので）州際通商条項についても簡潔に検討する」[53]との一文からもわかるように、第一修正違反の問題があくまでも中心であり、州際通商条項違反の問題は付加的ないし補強的な位置づけになっているのである。更に、Pataki 判決は、ここで検討を行なった決定のいずれとも異なっている点で興味深い。Pataki 判決では、違憲性が争われた条項が州際通商条項に違反していることが明白であり、この点のみの判断で、暫定的差止命令を出すことが可能であることから、第一修正について更に判断する必要はないとしていたからである。Pataki 判決型の州法が問題となったケースにおいて、なぜ、このような相違が生じたのかについて、明確なことをいうことはできないが、おそらく、連邦法と州法という形式的な差異はあるものの、CDA および後続の COPA をめぐる違憲判断の方に先例拘束性を強く認めた結果であるように思われる。なお、Pataki 判決以降、裁判所によって連綿と承認されてきた、州際通商条項違反の主張は、アダルトコンテンツ規制に限定されたものではなく、サイバースペース上のその他の規制にも適用されている。例えば、①インターネット上で匿名ないしペンネーム（pseudonyms＝一種のハンドルネーム）の使用、②商標権を持つサイトへの（正当とは認められない）リンクを貼る行為、を禁止した州法を違憲とした ACLU（of Georgia）v. Miller[54]、ジャンクメール規制を目的とした州法を違憲とした Ferguson v. Friendfinder[55]、インターネット上でのアルコール販売を規制する州法が違憲とされた Bridenbaugh v. O'Bannon[56] のケースがあげられる。

四　サイバースペース原理論（レシッグの「コード論」）の具体的適用

第二章において、地理的な国家や法域に区分されずに存在し、かつ、分散型の特質を持つ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どうか、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、サイバースペース原理論を検討した。そこでは、ローレンス・レシッグ（Lawrence Lessig）の「コード（Code）論」ないし「四つの規制要素（regulator）論」、すなわち、「法（Law）」、「（社会）規範（(Social) Norm）」、「市場（Market）」、「アーキテクチャ（Architecture）」の四つの規制要素の視点から観察した場合、表現行為ないし表現活動の制約がどのように捉えられるのかを中心に検討した。レシッグの「コード論」は、サイバースペース上の表現行為が問題となるときには、とりわけ、規制要素としての「アーキテクチャ」の役割が大きな地位を占めるものと理解されており、この「アーキテクチャ」の内実が、プログラマ達によって書かれる「コード」そのものであることを考えると、サイバースペース上の表現行為を制約（もしくは促進）する鍵を握っているのが他ならぬ「コード」であり、この「コード」をどのように位置づけていくのかが、従来型の制定法を中心とする「法」の位置づけとともに問題になる、と指摘するものであった。

わが国の学説においても、「コード」について、レシッグによる理解と同期をなすものが現れつつある。例えば、園田寿教授は、「このような問題（サイバースペース上の規制を指す－筆者）の場合、どの程度まで法的な規制が有効なのかどうかということです。そもそも、人間の行動をコントロールする場合、二つの方法があります。一つは物理的な方法。もう一つは言葉による規制です。物理的な規制というのは、有無をいわさず強制的にさせて、行動を規制することです。もう一つは言葉の意味を理解させ、意味に従わせてコントロールすることです[57]」と述べ、物理的な（「コード」による）規制と言葉によるコントロール（「法」規制）の区分を明示的に行い、更に、「社会の変化が急激であるとき、解釈による適用の限界が生じることがある。おそらく、国家主権を基礎にした地理的な法域という点を考えても、従来の法規制には規範的な限界があるのであり、もしもサイバースペースに対する規制を考えるならば、それは技術的なも

の、とくにインターネット全体に関係するソフトウェアの問題に収斂されるような気がする。あたかも日本の自動車がいわゆるリミッターと呼ばれるソフトウェア（ROM）によって一八〇キロ前後になれば自動的に燃料がカットされあるいは点火が停止されるような仕組みになっているように。サイバースペースに妥当する（刑）法とは、実はソフトウェアなのかもしれないのである[58]」として、サイバースペースにおける規制にあってはソフトウェア、レシッグの用語によれば「アーキテクチャ」を決定する「コード」が大きな役割を果たすことを示唆している[59]。

また、古いものでは、奥平康弘教授が、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、「『情報社会』論者が手ばなしで、未来社会を〝コンピュートピア〟と呼び、ばら色でえがき礼讃してみせてくれるのには、批判的に接しなければならない。かれらの〝コンピュートピア〟に、逆ユートピアとしてのハックスリーの『みごとな新世界[60]』やオーウェルの『一九八四年[61]』などを、オームがえしに対置させようとするつもりはない。むしろ、わたくしたちは、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[62]」とし、表現の自由の質的量的増大をもたらすエレクトロニックス領域における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されているが、この奥平教授の議論も、（園田教授の議論のようにサイバースペースそのものについて論じたものではないが）技術＝サイバースペースの「アーキテクチャ」を決定する「コード」と解すれば、その議論の根っこは同じものであるように思われる[63]。

ここでは、サイバースペース上の「アーキテクチャ」を決定する「コード」が、アダルトコンテンツ規制にあたってどのように機能するのかを検討する。現在、発展途上の「コード」と既存の刑事罰を伴った「法」との関係を検討する

ことは、「依然としてサイバー世界の法律問題のひとつといえ」るからである。[64] ここでの「コード」とは、具体的には、個々のコンピュータ上に、あるいは、サーバー上にインストールされる、ブロッキングソフトウェアないしフィルタリングソフトウェアを指す。もちろん、サイバースペース上の「コード」はこれだけに限られるわけではない。他にも、ブラウジングソフトウェアがあり、メッセージングソフトウェアがあり、MP3 ソフトウェア等もあり、これらも、レシッグが懸念する「コード」であることには変わりはないが、ここでは、もっとも今、サイバースペース上における表現内容を規制するものとして機能しているブロッキングソフトウェア（フィルタリングソフトウェア）を中心に見ていくことにする。

［一］「コード」としてのブロッキングソフトウェア

最初に、「コード」としてのブロッキングソフトウェアの機能を見ておきたい。[65] 現在、数多くのブロッキングソフトウェアが利用可能であり、その代表例としては、Surfwatch、CyberPatrol、Cybersitter、X-Stop 等があげられる。[66] これらはいずれも、ソフトウェアによって細かい仕様は異なるものの、[67] サイバースペース上の「問題のある」表現へのアクセスを遮断する仕組みとして、キーワードブロッキング（表示されるサイトの中の文字を自動的に検索し、問題となる言葉（例えば、sex や breast 等）が含まれている場合には、そのサイトをブロックする技術）[68] とサイトブロッキング（人間の手によってウェブサイトをチェックし、そのサイトに問題があった場合、その URL のものは表示しないようにする技術）の技術を併用したものであり、[69] 更に、下品な（indecent）表現も含むのか、差別的表現（ヘイトスピーチ）まで含むのか、あるいは、ソフトウェアの稼働時間等まで、詳細にソフトウェアの仕様をユーザ側で変更することができるようになっている。[70] これらのソフトウェアは、当初、家庭において親が子どものためにインストールすることを想定

して作られたものであり、親の（子どもに対する）教育権[71]の一環として正当化されるものであった[72]。また、当該ソフトウェアのインストールは、あくまでも私的な行為ないし規制であって、「対国家」を念頭に置く憲法論、表現の自由論からすれば、議論の土俵に乗らないものでもある[73]。

この点はひとまず置くとしても、これらのソフトウェアには、いくつかの法的・技術的問題点が指摘されている[74]。①キーワードブロッキングは特定の言葉がページに含まれている場合に、その特定のURLのページ全体を表示しないようにするものであるが、問題となる言葉のチェックが文脈を考慮せずに機械的に行われるために、本来ブロックされるはずのないページまでブロックされるケースがあること、②サイトブロッキングについては、人手によってチェックが行われるために、すべてのページをチェックすることができないこと[75]、③ブロックする基準が業者によって異なり（Miller判決に従って本当に違法なものだけをブロックすることをめざすX-Stopから比較的広い範囲でのブロッキングを行うCybersitter等がある[76]）、更に、④これらの判定は一民間企業にすぎない各社が「一方的に」行っていること、⑤問題のないページがブロックされた場合、そのサイトの作成者が法的に争うことが難しいこと（私人間の争いになるため）等があげられていた[77]。

このような技術的欠陥を補うものとして提案されたのが、PICS（Platform for Internet Content Selection）である[78]。このPICSは、（主としてウェブ上の）表現内容にレイティングを行なうためのラベリングを行ない、その当該情報をブロックすることを可能にする技術であり[79]、それを利用する形で、非営利団体のRSAC（Recreational Software Advisory Council）[80]はページの内容を暴力、裸体、性、言葉の四つの観点を五段階で評価するレイティングシステム（RSACi）を提案している[81]。このPICSでは、複数の種類のラベリングを（そのページの作者に限らず、第三者も[82]）行なうことが可能であり、また、受け手はラベリングを行なった主体を選択して利用することが可能である[83]。このため、最も適した「コード」に

よるコントロールであると考えられていた。[84]

しかし、PICSに対しても次の点が指摘されるに至った。第一に、ウェブ上のサイトを管理する者に（何らかの強制力を持った形で）セルフレイティング（self-rating＝ページの作成者が自らレイティング（ラベリング）を行なうこと）を行なわせる場合には、表現行為の強制となり、この領域にあっては、厳格審査基準により審査されるとしたRiley v. National Federation of the Build of North Carolina[85]との関係が問題になること。[86]第二に、（自主的な形で）セルフレイティングを行なわせる場合には、どれだけの者がセルフレイティングを行なうか疑問であり、また、レイティングが行なわれていないサイトのすべてをブロックするとの設定を前提とすれば、[87]問題のある表現を含むサイト管理者が、わざわざセルフレイティングを行なうインセンティブは生じないとされる。このように、セルフレイティングには、問題があるように思われるが、これは、セルフレイティングに限られる問題である。PICSはあくまでも、そのページの作成者に限らず、第三者によるレイティングをも可能にするものであり（ゆえに、重層的（multi-tiered）に存在する）、セルフレイティングに問題があるからといって、PICSによるレイティング自体が欠陥を持つものとはいえない。[88]

第三に、レイティングが、国家レベルで（特に、レシッグは情報規制に熱心な中国、[89]シンガポールにおいて、国家による検閲の代用品として用いられることを危惧している）、[90]会社レベルで（社員に対して特定の情報を与えないために）、あるいは、公立図書館（Public Library）や学校で（異論が出されるような（controversial）ページを見せないために）「悪用」される恐れを指摘し、レシッグはPICSも問題であるという。[91]これに対して、レシッグがあげているような問題は、運用次第で解消可能であると考えられる。レイティングはあくまでも未成年の保護と見たくない者の保護のためにだけ利用されるべきであり、このような利用に限定されるシステムの構築が可能であるからである。問題は、「システムの構築」にあたって、憲法的価値をどれだけ盛り込むことができるかにかかっている。[92]本稿の最初に紹介した高橋論文が

的確に指摘しているように、「新しい基底的メディア」たるサイバースペースに、表現の自由という憲法上の価値を盛り込まなければならない[93]。「コード」という未知の物体に恐れることなく、従来の規制枠組みの中に「コード」の集合により構成される「アーキテクチャ」による規制を取り込んでの「再構成」が求められているのである[94][95]。

「再構成」の試案の検討に先立って、「コード」が今までの裁判において、二つの次元で用いられていることを明確にしておきたい。違憲審査基準の適用に際して「コード」が用いられる場合（〔二〕）と、「コード」それ自体が違憲審査の対象となる場合（〔三〕）である。

〔二〕法規制における「コード」（違憲審査基準の適用に際しての「コード」）

既に見てきたように、従来の判例において「コード」が登場したのは、主としてこの領域であった。従来の判例は、「コード」による規制（自体）の違憲性が争われたのではなく、サイバースペースにおける表現内容規制立法の違憲性判断（この領域には厳格審査基準（strict scrutiny）、すなわち、①政府にやむにやまれぬ利益があること、②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ものであること、が適用される）における一判断要素として「コード」が用いられてきた。この点が顕著に現れるのが、COPA に対するペンシルベニア東部連邦地裁決定である[96]。ここでは、COPA がその立法目的を達成するために精密に調整されたものであるか否かを判断するにあたり、親が自発的にインストールするブロッキングソフトウェアが、サイバースペース上の「未成年にとって有害な」表現から子どもを保護するという政府のやむにやまれぬ目的を達成するために、より制限的でない他の選びうる手段が、これらのソフトウェア以外にあるか否かの判断を行ない、これらは技術的にはまだ未熟であることを認めるものの、四〇ドル程度の金額で利用できること、あるいは、アメリカ以外のウェブサイト及び http 以外のプロトコルをカバーしている点で COPA よりも

優れていることから、COPAは違憲であると判断した[97]。このように、「コード」は、表現内容規制立法の違憲審査を行なうにあたって、二つ目のプロング（prong）である、「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ものであること」を判断するための試験紙として用いられたのである[98][99]。

ただ、「コード」は表面上、試験紙の役割しか担ってこなかったために、裁判におけるステージでは、「法」の独り芝居となっているようにみえるが、舞台裏からみれば、既にこの段階において、法規制＝「法」、自主規制＝「コード」、「（社会）規範[100]」という図式が存在していたといえよう。レシッグの「四つの規制要素論」は、いち早く、舞台裏の側からそれぞれの規制要素を観察していたところに意義があるのである[101][102]。

［三］法規制の代案としての「コード」（「コード」自体の違憲審査）

しかし、今度は、表現内容規制立法の違憲審査における試験紙的役割としてではなく、「コード」そのものが、違憲審査の俎上にあがることになる。つまり、憲法上の権利である表現の自由を守りつつ、下品な表現から子どもを守るという、やむにやまれぬ政府利益を達成するための手段としての「コード」が裁判のステージに登場することになった。また、レシッグをはじめとする論者は、この点を見落としているが[103]、「コード」が裁判のステージに登場するに伴い、従来、舞台裏において純然たる自主規制として機能してきた「コード」が分化し、①旧来型の自主規制としての「コード」ないし、「私的センサー（censor）」としての「コード[104]」とは別に、②「コード」が「法」によって、その使用を強制されるケース（「公的センサー」としての「コード」）が出現したのである[105]。この点に関するケースとしては、公立図書館におけるブロッキングソフトウェアの使用をルーデューン郡図書館委員会が規則により強制したMainstream Loudoun v. Board of Trustees of the Loudoun County Library[106]があげられる。Loudoun判決の内容については省略するが、この

判決は、ブロッキングソフトウェアを採用している他の公立図書館のみならず、公立学校、州立大学、役所等にも影響を与えるものである。[107] 確かに、一つの郡における「コード」による規制（を目的としたポリシー）を違憲とした連邦地裁支部の判断が直ちに全米中に影響を与えるものであると考えるのは早計であるかもしれない。しかし、Loudoun 判決の厳格審査基準を導く論理は他の裁判所に対する先例として機能することが期待されており、また、同様の規制を目的とする連邦法である子どもインターネット保護法（Children's Internet Protection Act; CIPA）の司法判断[108]においても先例として機能すると考えられる。このように考えると Loudoun 判決の影響を軽視することはできないといえよう。そのため、②のケースが判断されることにより、①の自主規制として機能してきた「コード」の射程もまた明確化するということも可能である。

［四］「アーキテクチャ」の「再構成」試案

次に、サイバースペースの「アーキテクチャ」の基をなす「コード」をどのように「再構成」して位置づけるのかが問題となる。「コード」が機能分化しているのは今見た通りであるので、ここでは、「公的センサー」／「私的センサー」を分けて一つの分析基軸とし、もう一つの軸を「コード」の技術の相違から、ブロッキングソフトウェア（フィルタリングソフトウェア）／PICS として考えてみたい。

（a）「公的センサー」として機能する「コード」

（a－一）ブロッキングソフトウェアの場合

この領域には、Loudoun 判決の判示部分がそのままあてはまる。「法」が後方に控えていることにより、ブロッキン

グソフトウェアが「公的」場面で用いられる場合には、規制要素として機能する「コード」の違憲審査ないし、その使用を強制する「法」の違憲審査にあっては、厳格審査基準が適用され、少なくとも、今の技術水準を前提とした Loudoun 判決からすれば、その使用は違憲となるのが学説を含めた大方の見方である。[109] 学説の中には、Loudoun 判決以降、「より制限的でない手段」として、一八歳未満のユーザと一八歳以上のユーザとを区別し、一八歳未満のユーザに加えて一八歳以上でも希望するユーザに対して、ブロッキングソフトウェアをインストールしたパソコンを利用させる規則を採択する公立図書館が増加している点を捉えて、規則が合憲となる可能性を示すものもある。[110] この主張は確かに、大人も含めてすべてのユーザにブロッキングソフトウェアがインストールされたパソコンを使わせることを強制した、ルーデューン郡図書館（Loudoun County Library）の規則よりも「より制限的でない手段」とはいえる。しかし、これをもって、この選択的な規則が違憲審査基準をクリアーする、「より制限的でない手段」であるとの保障はない。少なくとも、「より制限的でない手段」であるか否かの判断にあたっては、ブロッキングソフトウェアの性能、すなわち、どの内容を含むサイトまでブロックし、あるいはブロックしないのかも吟味されなければならないだろう。このように考えると、ブロッキングソフトウェアの性能をチェックせずにその利用形態だけを検討して合憲性を導くことはできないと思われる。

また、ブロッキングソフトウェアの欠点として、（特に、サイトブロッキングの場合）メーカごとの価値判断の下でブロックするウェブサイトを確定しており、その（ブロックするサイトの）リストは営業上の秘密とされていることが問題点の一つとして指摘されることがある。[111] しかし、この批判に対しては、そのリストを積極的に公開しているソフトメーカもあり、[112] また、（仕様はそれぞれ異なるが）ユーザ側で選択的に規制対象を選択することが可能となっているブロッキングソフトウェアも多いことから、批判は的を得ていないといえよう。確かに、サイトブロッキング（の判断）

を入手に行なわせる以上、その恣意性を否定し去ることはできない。[113] しかし、「公的センサー」として機能する場合には、あくまでも司法判断が及び、かつ、その判断には厳格審査基準が適用されることを考えると、合憲とされるブロッキングソフトウェア（＝憲法上制約が許される表現のみをブロックするソフトウェア）が出現するのもそう遠いことではないように思われる。なぜなら、メーカにとっても自社のソフトウェアが、公立図書館や公立学校で採択されるかどうかは極めて重要な問題であるからである。ソフトウェアのソフィスティケートには、「市場」の力が働くのである。[114]

（a－二）PICSの場合

従来、PICSの技術は価値中立的なものであり、大人の表現の自由を守りつつ、それと同時に、子どもの保護をも図ることが可能な「より制限的でない手段」であると解されてきた。[115] PICSは既に見てきたように、ブロッキングソフトウェアに比べて、欠点の少ないものと考えられる。ただし、PICSが「より制限的でない手段」であり、その使用自体は合憲であるとしても、そのレベルの選択ないし（第三者のレイティングを用いる場合）ラベリングを行なう主体の選択の問題は依然として残る。[116] ここでは、憲法上、その表現の保障が与えられない領域に限ってレイティングを行なっているセットが選択されなければならない。これを越えた表現を規制するようなセットを選択している場合（例えば、フィルタリングの対象として、差別的表現を含むようなセットの選択を行なっている等）には、そのセットの選択自体が違憲と判断されることになる。ここでのセットの選択によりもたらされる結果は表現内容規制であることから、厳格審査基準が適用される。

また、「積極的」レイティングシステム（"positive" rating system）として機能するPICSは、CDA連邦最高裁判決の一部同意・一部反対意見において、[117] オコナー（Sandra Day O'Connor）裁判官が、インターネット上に「アダルト・ゾー

ン」を設定するゾーニング立法であると見たのと同様に、一種のゾーニングと見ることもできる。[118] このゾーニング（立法）は、禁じられた表現物を読む権利自体を子どもが持っておらず、かつ、大人のアクセスを制限していない場合にのみ合憲とされる。[119] 表現内容規制立法たるCDAやCOPAは、子どものアクセスを制限すると同時に大人のアクセスをも制限してしまったがために、合憲とされる「アダルト・ゾーン」を設定できなかったのである。これらの表現内容規制立法を擁護する側からは、Ginsberg判決[120]やRenton判決等[121]が正当化根拠として引用された。[122] しかし、合憲とされたGinsberg判決では、（リアルスペースにおいて）売り手が買い手の年齢を確認することが容易であるのに対して、（サイバースペースでは）大人のアクセスを制限しない形で年齢確認を行なうことが難しく、また、年齢確認がうまくいかないところで法規制を行なってしまうと、表現者は、処罰を恐れて自己検閲（self-censored）を行なうようになってしまう。[123] 更に、Renton判決では、成人向け映画館（adult theater）の設置によって犯罪が増加する等の二次的影響により（物理的空間（physical space）であるリアルスペースにおける）ゾーニング規制を支持したが、[124] ここでは、二次的影響の存在とともに、大人のアクセスを制限していないことを立証しなければならないとしていた。

従来型の表現内容規制立法を前提とすると、サイバー・ゾーニング（cyber-zoning）を合憲とすることは難しい。しかし、PICSによりゾーニングを行なった場合、合憲となる可能性が出てくる。その根拠としては、①PICSを用いた場合、子どもによるアクセスの場合のみがブロックされ、大人によるアクセスの場合はブロックされないこと。また、起訴を恐れて自らのサイトを検閲させるような委縮的効果（chilling effect）も生じないこと。②PICSを用いたサイバー・ゾーニングは、（子どもに対する害などの）表現の二次的影響を防ぐためのものであり、[125] その規制は子どもに見せないためだけのゾーニングにすぎないこと、があげられる。これにより、上で見たような問題点をPICSはクリアするのである。更に、PICSを用いる利点として、③PICSないしPICS全体の「アーキテクチャ」は、ウェブ作成者に対して経

済的負担を課すものではないこと。この点は、COPA 連邦地裁決定が認定しているように、三百ドルから数千ドルかかるとされるクレジットカードによる認証システムとは、対照的である。[126] ④クレジットカード[127]を用いない「アーキテクチャ」である以上、匿名性が守られること。ここにおける匿名性は、第一修正から導かれる憲法上の要請である。[128] ⑤インターネット上の表現物は国外からも流入してくるものであり、ラベリングが普遍的なコード（universal code）であることから、ラベリングが容易であり、また、ラベリングされていないサイトを一括してブロックすることもできること等があげられる。

このように考えると、政府の役割は、あくまでも、PICS、ブロッキングソフトウェアを中心とする「コード」技術の促進・普及、および、「コード」運用の円滑化等に限られてくることになろう。（a）の領域では、「法」と「コード」が連結した一つの規制要素として機能している。そのため、「法」、「コード」が独自に機能することはない。しかし、「コード」が PICS のように有効に機能するのであれば、それに応じて「法」の役割が狭められることになる。もちろん、「法」の出番が全くなくなるわけではないが、ここでの「法」の役割は、PICS を含むブラウザソフトやブロッキングソフトウェアの配布を、メーカやプロバイダに命じる法律[129]のように、規制要素としての「コード」を側面から支えるものに限られるであろう。

（b）「私的センサー」として機能する「コード」

この領域において、自らの意思、あるいは親の意思によりブロッキングソフトウェアをインストールし、PICS 技術を用いたブラウザソフトを用いることは、憲法論の土俵にのらない議論であり[130]、また、親の教育権の観点からも正当化される、というのが従来の議論であった。しかし、レシッグは、この領域においてこそ「コード」が問題になるという。

レシッグは、「コード」が生み出す「アーキテクチャ」が「法」などと同様に、あるいはそれ以上に、表現内容規制を行なう恐れがあることに警鐘を鳴らしていたわけである。

レシッグの警鐘の根底には、「コード」がプログラマ達の価値判断により、自ら考える価値を外部からコントロールできない形で書き込まれてしまうとの危機感があったことは、第二章で検討したとおりである。しかし、「コード」のコントロールは司法審査以外の手法でも、①「コード」を書き換えるに際しての動機の多様性、ないし、その動機の多様性から生じる力学の複雑さの存在、②インターネットにおける「アーキテクチャ」等の標準化における NPO のイニシアチブの存在、③標準化の際の「コード」の寄託、オープンコード（Open Code）化のルールの存在、④「コード」を監視する組織の存在、⑤倫理綱領ないしガイドラインの存在、等により可能である[131]。更に、「私的センサー」として機能する「コード」に対して、司法審査が直接には及ばないとしても[132]、「コード」そのものは「公的センサー」として機能する「コード」と同じものであることから、片方がコントロール可能であれば、実質的には両方をコントロールできるものと考えて構わないだろう（厳密には、「私的センサー」として機能する「コード」をストレートに裁判で争うことはできないことから生じる違いは存在する）。

この領域は、「法」が機能する所ではない。なぜなら、「法」を用いることにより、「コード」を何らかの形で強制する場合には、それは即、（a）の領域、すなわち、「公的センサー」として機能する「コード」となってしまうからである。この（b）の領域では、あくまでも、「コード」が規制要素として機能することになる。

ここでもっと注目されて良いと思われるのが、「私的センサー」として機能する「コード」を重層的に用いることを主張する、ジャック・M・バルキン（Jack M. Balkin）の提唱する「三層フィルタリング・スキーム（three-layer filtering scheme）」ないし「レイヤー・ケーキ・モデル（layer cake model）」[133]である。このスキームないしモデルは、ドイツ・ベ

ルテルスマン財団（Bertelsmann Foundation of Germany）のスタッフが、一九九九年九月に主催したインターネットの自主規制に関する会議において、メモランダムの形で提示したものであるが、その実質は、バルキンの起案によるものであるといわれている。バルキンは、インターネットにおける情報過多[134]、あるいは子どもの保護の観点から、インターネットにおいて「コード」が用いられるようになることは（好き嫌いに係わらず）必然であって、そうである以上、表現の自由等の市民的自由（civil liberties）を同時に守れるような「コード」の設計[135]が必要であることを主張していたのである[136]。

バルキンの提唱以前のスキームは、ウェブ作成者・管理者の自発的行為により、もしくは第三者によりレイティングが行われ、そのレイティングをユーザがそれに対応したブラウザソフト等により、当該表現をブロックするものであったが、バルキンのスキームは、より重層的になっている点に特徴がある。なぜ重層的なスキームが求められるのかといえば、それは、ブロッキングソフトウェアが有するとされた、単一の組織が行なう、単一の評価を用いての「コード」規制のデメリットを排し、従来型のPICSのメリットと考えられてきた、多元的組織による多元的評価をより有効的な形で用いるためにある。ここでは、国際的にも統一されたシステムが求められるため、そのシステムを支える「コード」についても世界的レベルでの規格化が必要になるが、まず、その一層目は、世界中のウェブ作成者・管理者が、自らの表現内容をディスクリプター（descriptors）を用いて、「コード」により表示することである。ここでは、三〇ないし六〇の基本用語を含む単語集（vocabulary）をソフトウェアもしくはウィザード（wizard）による質問表（questionnaire）により作成する[137]。

二層目は、様々な、政治的、思想的スタンスを持ったグループが作成するテンプレート（template）[138]から構成される。このテンプレートは、一層目の各コンテンツに付された「単語集」を基にして、第三者の側で、どの程度の表現内容までを通過させるか否かを決定するものである。この決定には、各グループのスタンスの違い、あるいはイデオロギーが

反映されることになる。このテンプレートでは「単語集」に含まれる全ての用語に対して行われる必要はなく、第三者の側で規制する用語を選択して規制をかけることができる[139]。また、このテンプレートは、一層目のディスクリプターと同様にオープンソースとして公開されるべきものであり、他のグループが他者のテンプレートを参照し、その一部をコピーして用いることも奨励される。このことは、テンプレートの透明性の確保、作成にかかるスピードアップに貢献するものである[140]。なお、このテンプレートはユーザ側において複数選択して使用することが可能である[141]。

そして、最後の三層目では、従来のブロッキングソフトウェアに見られたような第三者による個々のウェブサイトに対するブラックリスト方式によるブロッキングシステム[142]、下の二層と統合的に機能するPICSと互換性を持つレイティングシステムがその構成をなし、さらに、一種のホワイトリストとして機能する「救済リスト（redemptive lists）」も用意されている。この「救済リスト」は、一層目のディスクリプター、二層目のテンプレートの使用の結果にかかわらず表示を可能にするものであり、他の二者と相まって（ブロックするか否かの）結果の調整を行なうためのものである[143][144]。そして、ユーザ側では、これらを自ら選択してインターネットを利用することになる。

このスキームは、いずれの層においても各人・各グループの自発性を用いたものであり、また、最終的なテンプレートの選択の場面においても各ユーザ（実際には、ユーザが子どもであることから、親・教員等）の自発的な選択により用いられるものである[145]。しかしながら、このスキームについても、表現規制反対論者から強い批判を浴びることになった。従来の表現規制反対論者は、レシッグがいうところの「ネット九五（Net 95）」[146]を守ることがサイバースペース上の表現の自由を守ることであると考える傾向が強いこともあり、強いアレルギー反応が出たのも当然といえば当然といえるであろう。例えば、ジョン・ペリー・バーロー（John Perry Barlow）は、（バルキンの表現の自由を守るのと同時に、子どもの保護等も考えなければならないとの趣旨自体には反対しないものの）このようなスキームを作ること自体が、

政府に対してサイバースペースを規制する手段を与えるものであり、それは、政府によるレイティングの法的強制となって具体化するという[147][148]。しかし、これに対して、バルキンは、法的あるいは政治的[149]に政府による「コード」の誤用（misuse）を争うことは可能であり、誤用の可能性の故をもって、ただ、「コード」の技術的発展に反対すればよいものではない。未成年を保護し、かつ、憲法上の権利である、表現の自由を守るのに効果的な「コード」のデザインを考案することこそが大事であると再反論している[150]。

バルキンの提示したスキームがベストの選択肢であるとは言い切れないとしても、「コード」を理解し、そこに憲法上の価値を書き込もうとしている点[151]については、積極的な評価が与えられなければならないだろう。「コード」自体は、時間の進展にともなって進化する厄介なものでもある。しかしながら、我々は、「コード」と対峙し、理解し、それを規制論の中に取り込んでいくことが求められているはずである。（プラスの意味で）「コード」を活用しようとする立場からすれば、バルキンが提示したスキームは積極的に評価されて良いだろうし、少なくとも、「アーキテクチャ」を具体化する一つの有力な案として検討されるに値するものである。

なお、既に述べてきたことからもわかるように、「コード」自体は、私的ドメインと公的ドメインの両方にまたがって存在していることから、その意味では、「私的センサー」として機能する「コード」と「公的センサー」として機能する「コード」は、基本的には同一内容を持つものであるということができる。そのため、このスキームは、（バルキン自身はこの点につき認識していないが）公的ドメインの領域においては、「公的センサー」として機能する「コード」ということになる。しかし、このようなスキームであれば、仮に、公立図書館等でテンプレートの使用を義務づけられたとしても、ユーザ自らの判断により、テンプレートの選択（規制を無効にするテンプレートの選択を含む）を自由に行なうことが可能であり[152]、従来型のブロッキングソフトウェアの使用強制とは異なり、表現内容規制であるとの批判を

かわすことが可能となろう。これにより、この「スキーム」においても、「コード」の役割が大きく働き、それに対して、「法」の役割が極小化することになる。(153)

以上、見てきたように、ブロッキングソフトウェア（フィルタリングソフトウェア）のソフィスティケートに要する時間はそれほどかからないと思われるが、現状では、ブロッキングソフトウェア（フィルタリングソフトウェア）を「公的センサー」として用いることはできない。また、従来型の（バルキン型ではない）PICSによるレイティング・フィルタリングについても同様の問題が生じると思われるが、PICSの場合は、一種のサイバー・ゾーニングであると解することも可能であり、今後、この技術がソフィスティケートされた場合には、表現内容規制としての厳格審査基準をクリアーするのと同時に、ゾーニング規制の合憲性もクリアーすることになろう。そして、レシッグは、「コード」が「公的センサー」として機能する場合と、「私的センサー」として機能する場合を一緒くたにした議論を行なっていたわけであるが、この二つは明確に区別される必要があり、この区別を行なった場合、レシッグが「コード」に関して議論を行なっていたのは、主として、「私的センサー」として機能する「コード」に対してのものであったといえる。ここでは、「コード」が規制要素として機能する領域であり、直接的に「法」が登場してくる場面は存在しない（直接登場すれば、それは既に「公的センサー」として機能することになるからである）。しかし、「公的センサー」として機能する「コード」と同じものであることから、「公的センサー」として機能する「コード」がコントロール可能である結果として、「反射的な」コントロールが可能であるし、更に、国家あるいは「法」を介在しない「間接的な」コントロールも可能である。

バルキンが提唱する「三層フィルタリング・スキーム」ないし「レイヤー・ケーキ・モデル」が一つのたたき台とな

ろうが、「コード」がソフィスティケートされていくにしたがって、「コード」の役割が最大化し、その反比例として「法」の役割が極小化することになるといえよう。(154)

(1) ALA v. Pataki, 969 F. Supp. 160 (S. D. N. Y. 1997). 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・ジャーナル六号二一三頁。

(2) People v. Wheelock, No.990875-7, Contra Costa Cty., CA Sup. Ct., Jan. 3, 2000. ここでも、州法が、第一修正違反および州際通商条項違反とされたと伝えられるが、詳細については不明である。

(3) Pataki 判決型以外の、ニューヨーク州（People v. Foley, No. 17 (N.Y. Ct. App., Apr.11, 2000)）、カリフォルニア州（Hatch v. The Superior Court of San Diego, D032423 (Cal. 4th Dist. Ct. App., Div. 1, Mar. 31, 2000)）[("with intent to lure minors into sexual activity" or "in an attempt to seduce minors") 型]）は判断が分かれる。ここでは詳述する余裕はないが、これらの規制は、通信法五〇八条の規定を州法に移植したものといえる。また、ニューメキシコ州においても、コンピュータを用いて子どもを誘惑（lure）することを N.M. STAT. ANN. §30-37-3.2 (B) により禁止している（Johnson 判決における原告はこの規定について争っていない）。同様の規制は、既に、リアルスペース上では行われており、逆にいえば、リアルスペース上の規制をサイバースペースにも拡大適用したに過ぎない。*See* 18 U.S.C. §2422 (b)（性的行為を行うために未成年をそそのかすことの禁止）、18 U.S.C. §2423（少年／少女と性的行為を行う意図をもって移動することの禁止）、Cal. Penal Code 311.4 (c)（ポルノグラフィーを制作することを目的として性的行為を行うよう未成年を誘惑することの禁止）。

(4) ACLU v. Johnson, 4 F. Supp. 2d 1029 (D. N. M. 1998), 194 F. 3d 1149 (10th Cir. 1999).

(5) *Id.* at 1033, *quoting* Reno v. ACLU, 117 S. Ct. 2329, 2346 (1997) [hereinafter *Reno II*].

(6) *Id., quoting Sable*, 492 U.S. at 129-131.

(7) *Id., quoting Reno II*, 117 S. Ct. at 2346-2347.

(8) *Id., quoting Reno II*, 117 S. Ct. at 2347-2348.

(9) *Id.*, *quoting* McIntyre v. Ohio Elections Commission, 514 U.S. 334, 357 (1995); Talley v. California, 362 U.S. 60, 65 (1960).

(10) N.M. STAT. ANN. §30-37-3.2 (C) は、①コンピュータ上の下品な表現を制限するために、現状における、合理的、効果的、かつ適切な行為を誠実にとったこと、②認証済みのクレジット・カード、支払い勘定（debit account）、成人アクセス・コード（adult access code）又は成人識別番号（adult personal identification number）の使用を要請することによって、下品な表現へのアクセスを制限したこと、③下品な表現をソフトウェアにより自動的にブロックもしくはスクリーン可能とするラベリング等の装置を備えること等の防御条項を規定している（*Johnson*, 194 F. 3d at 1152-1153）。この規定は、CDA の違憲訴訟で問題となった、47 U.S.C. §223 (e) (5) (A) 及び (B) と同様の防御条項を含む規定である（*Id.* at 1156）。

(11) *Johnson*, 4 F. Supp. 2d at 1033, *quoting Reno II*, 117 S. Ct. at 2329; *Pataki*, 969 F. Supp. at 160.

(12) *Id.* at 1033-1034, *quoting Pataki*, 969 F. Supp. at 171.

(13) *Id.* at 1034, *quoting Pataki*, 969 F. Supp at 177-180.

(14) *Id.*, *quoting* Southern Pacific v. Arizona, 325 U.S. 761, 767 (1945). 列車の長さを規制するアリゾナ州法が、各州間の通商の自由な流れを実質的に阻害するものであるとして、州際通商条項に違反するとされたケースである（木南敦『通商条項と合衆国憲法』（東京大学出版会・一九九五年）二二七－二三〇頁参照）。

(15) *Johnson*, 194 F. 3d at 1158.

(16) Ginsberg v. New York, 390 U.S. 629 (1968). ここで問題となったのは、主として、未成年に対する雑誌等の対面販売であった（拙稿「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－」北法五五巻一号八七頁）。

(17) *Johnson*, 194 F. 3d at 1158. 大人のグループの中に未成年が混在している場合、あるいは、受け手のグループに未成年が含まれているかもしれない恐れがある場合は、処罰の対象とはならず、（メール等における）一対一の場面において相手が未成年と知りつつ送信した場合が当該規定の規制対象であると州側は主張していた。

(18) 州側は、合憲限定解釈を行なったうえで、当該規制を Ginsberg 判決により正当化するが、第一〇控訴裁判所は、CDA 連邦最高裁判決を用いつつ、「このケースは電子上の Ginsberg 判決ないし cyber-Ginsberg 判決であり、それ以上のものでもそれ以下のものでもない」（*Id.*）と主張した州側の立場を以下の理由で否定した。① Ginsberg 判決が支持した未成年に対する

販売規制は、（親が）子どものために当該表現を購入する余地が与えられているのに対して、CDAや本件ではそのような選択肢は認められないこと（*Reno II*, 521 U.S. at 865）、②Ginsberg判決で問題となった規定は、商用取引（commercial transaction）にのみ適用されるが、CDAや本件規定は、それだけにとどまらず、サイバースペース上で大きな割合を示す非商用取引をも規制対象とすること、③Ginsberg判決で問題となった規定は、一七歳以下を規制対象とするのに対して、CDAや本件規定は、一八歳以下を規制対象とすること（*Reno II*, 521 U.S. at 865-866）。

(19) *See Reno II*, 521 U.S. at 881-882.

(20) *Pataki*, 969 F. Supp. at 168-183.

(21) 無料でインターネットへのパブリック・アクセスを提供する非営利企業である。

(22) 一九七八年制定の規定は、子どもの保護を目的として、州内の子どもに、わいせつな表現の配布を禁じるものであった。今回、問題となった一九九九年の修正は、①インターネットによる配布を規制対象にするとともに、②わいせつな表現を、明らかに性的な（sexually explicit）表現に変更し、規制対象を広げることにあった。

(23) Cyberspace Communications v. Engler, 55 F. Supp. 2d 737 (E. D. Mich. 1999). 本件においても、わいせつな表現の伝送の違憲性については争われなかった（*Id.* n3）。

(24) Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973). 拙稿・前掲「サイバースペースと表現の自由（一）」［注16］八〇－八一頁。

(25) *Cyberspace Communications*, 55 F. Supp. 2d at 747.

(26) Butler v. Michigan, 352 U.S. 380, 383 (1957). 拙稿・前掲「サイバースペースと表現の自由（一）」［注16］八七頁。

(27) *Cyberspace Communications*, 55 F. Supp. 2d at 747-748. この判示部分は、Johnson控訴裁判所決定においても引用されている（194 F.3d at 1158. n7）。

(28) *Id.* at 748, *quoting* Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association, 460 U.S. 37, 45 (1983); Carey v. Brown, 447 U.S. 455, 461 (1980).

(29) *Id.*, *quoting* Mainstream Loudoun v. Board of Trustees of the Loudoun County Library, 24 F. Supp. 2d 552, 564-565 (E. D. Va. 1998).

(30) *Id.* at 749, *quoting Sable*, 492 U.S. at 126; *Ginsberg*, 390 U.S. at 639-640; *Ferber*, 458 U.S. at 756-757.

(31) *Id.*

(32) *Id.* at 750-751.

(33) *Id.* at 751-752. その他、判決では、原告からの主張がなかったにもかかわらず、親の教育権（Fundamental Right of Child Rearing）からも判決を正当化できるとしている。ソフトウェアにより子どものオンライン上の行動をモニター可能とする、より制限的な手段が存在する以上、政府が大人には保障された表現の自由を制限する必要はないというのが判決の立場である（*Id.* at 752-753）。

(34) http://www.cyberspace.org/lawsuit/ruling.html (last visited Apr 1, 2004).

(35) http://www.cyberspace.org/lawsuit/order.html (last visited Apr 1, 2004).

(36) インターネットサービスプロバイダを営む企業である。

(37) 当該条項は、一九七〇年に挿入された、少年／少女（juveniles）にとって有害な表現を商業目的により、物理的空間（physical space）において故意に陳列することを禁ずる規定であったが（当該条項は、American Booksellers v. Commonwealth, 882 F. 2d 125 (4th Cir. 1989) により合憲とされた）、1999 Va. Acts ch. 936 によりその射程が、リアルスペースから、電子ファイル・メッセージにまで拡大され、更に、2000 Va. Acts ch. 1009 において、当該条項が規制する行為を媒介した、インターネットサービスプロバイダ、電子メールサービスプロバイダに対する免責条項が追加された。本件訴訟で争われたのは、一九九九年の修正に係る部分である（PSINet v. Chapman, 167 F. Supp. 2d 878, 881-882 (W. D. Va. 2000)）。

(38) *PSINet*, 167 F. Supp. 2d 878 (W. D. Va. 2000).

(39) *Id.* at 884.

(40) *Id.*

(41) *Id.* at 884-886.

(42) *Id.* at 886-890.

(43) American Booksellers v. Commonwealth, 882 F. 2d 125 (4th Cir. 1989).

(44) *PSINet*, 167 F. Supp. 2d at 883-884.

(45) *Id.* at 887, *quoting* Jack L. Goldsmith & Alan O. Sykes, *The Internet and the Dormant Commerce Clause*, 110 YALE L. J. 785, 809 (2001).

(46) *PSINet*, 167 F. Supp. 2d at 887-888.
(47) *Reno III*, 31 F. Supp. 2d at 495.
(48) 商用目的（commercial purpose）の定義の甘さについては、COPAをめぐる訴訟においても問題となった。本判決においても、広告バナーを貼った無料サイトが商用目的を持つものと判断される危険性を認め、その被害の甚大さを承認しているにも係らず（*PSINet*, 167 F. Supp. 2d at 888）、このような判断を行なっているのは理解に苦しむところである。
(49) 更に、本判決では商用目的を持つサイトのみを規制対象としていることから、この点におけるCDA連邦最高裁判決（*Reno II*, 521 U.S. at 865）の法理は適用できないとした（*PSINet*, 167 F. Supp. 2d at 888）。
(50) *Id.* at 889.
(51) *Id.* at 890-891.
(52) *Johnson*, 194 F. 3d at 1160.
(53) *PSINet*, 167 F. Supp. 2d at 890.
(54) ACLU (of Georgia) v. Miller, 977 F. Supp. 1228 (N. D. Ga. 1997).
(55) Ferguson v. Friendfinder, No. A092653 (Cal. Ct. App. Jan. 2, 2002), http://www.courtinfo.ca.gov/opinions/archive/A092653M.DOC (last visited Apr 1, 2004). また、State of Washington v. Heckel は、Superior Court of King County (Docket No: 98-2-25480-7) において、州際通商条項違反とされたが、これに対し、州最高裁は、州際通商条項が違反となる射程を限定し合憲とした（143 Wn.2d 824; Wash. LEXIS 388 (2001), *cert.denied*, 122 S. Ct. 467 (2001)）。*See* Brian Krebs, *Wash. Junk E-Mail Law Upheld, Spammer To Stand Trial, available at* http://www.newsbytes.com/news/01/166617.html (last visited Apr 5, 2002); Peter Lewis, *State asks Supreme Court to uphold anti-spam law, available at* http://seattletimes.nwsource.com/news/technology/html98/spam07_20000407.html (last visited Apr 5, 2002); Carl S. Kaplan, *In Spam Case, Another Defeat for State Internet Laws, available at* http://www.nytimes.com/library/tech/00/03/cyber/cyberlaw/24law.html (last visited Apr 1, 2004).
(56) Bridenbaugh v. O'Bannon, 78 F. Supp. 2d 828 (N. D. Ind. 1999).
(57) 園田寿ほか『ハッカーVS.不正アクセス禁止法』（日本評論社・二〇〇〇年）二二九頁〔園田発言〕。
(58) 園田寿「情報化社会と刑法」園田寿編『知の方舟－デジタル社会におけるルールの継承と変革－』（ローカス・二〇〇〇

年）二二頁。

(59) 園田教授は、前田雅英ほか「〔座談会〕ハイテク犯罪の現在」『現代刑事法一二号』（現代法律出版・一九九九年）一〇一一一頁においても同様の発言をされている。

(60) A・ハックスリー（松村達雄訳）『すばらしい新世界』（講談社文庫・一九七四年）。

(61) ジョージ・オーウェル（新庄哲夫訳）『一九八四年』（ハヤカワ文庫・一九七二年）。

(62) 奥平康弘『表現の自由とはなにか』（中公新書・一九七〇年）一七一一八頁。

(63) 名和小太郎教授にあっても、別の文脈ではあるが、「情報社会を支えているのはプログラムなのであり」、「このプログラムというものはじつは脆弱な存在である」と指摘される（名和小太郎『デジタル・ミレニアムの到来―ネット社会における消費者―』（丸善ライブラリー・一九九九年）一七二頁）。

(64) 國生一彦ほか『e―の法律―サイバー世界の法秩序―』（東京布井出版・二〇〇〇年）七六頁。

(65) ブロッキングソフトウェア一般については、*see* Jonathan Weinberg, *Rating the Net*, 19 HASTINGS COMM. & ENT L. J. 453 (1997), *available at* http://www.law.wayne.edu/weinberg/rating.htm (last visited Apr 1, 2004); JOSEPH MIGGA KIZZA, CIVILIZING THE INTERNET: GLOBAL CONCERNS AND EFFORTS TOWARD REGALATION 90-91 (1998); ELECTRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER, FILTER & FREEDOM: FREE SPEECH PERSPECTIVES ON INTERNET CONTENT CONTROLS (1999); KAREN G. SCHNEIDER, A PRACTICAL GUIDE TO INTERNET FILTERS (1997).

(66) 日本語版ソフトウェアとしては、CyberPatrol 日本語版、CYBERsitter 日本語版、Smart Filter 日本語版、WebSENSE 日本語版、Kids GoGoGo 等がある。

(67) 例えば、CyberPatrol では、暴力／不敬、性行為を含む一五のカテゴリに、CyberNOT（表示可能）あるいは CyberYES（表示不可）のタギング（ラベリング）を行なっているのに対して、CYBERsitter は“questionable site”であるか否かによりタギングを行なっているにすぎない（Kelly M. Doherty, *www.obscenity.com: An Analysis of Obscenity and Indecency Regulation on the Internet*, 32 AKRTON L. REV. 259, 295-296 (1999)）。

(68) CYBERsitter では、キーワードブロッキングとして、該当する言葉のみを消去する方式を採用している。そのため、CYBERsitter でニュースサイトを見ると、“President Clinton opposes homosexual marriage.”とする一文が“President Clinton

opposes marriage." と表示されることが指摘されている（Weinberg, *supra* note 65, at 460）。もちろん、これは一時的なもので、「コード」の進歩にともなって問題は解消されていくであろう。

(69) Mary Minow, *Filters and the Public Library: A Legal and Policy Analysis, available at* http://www.firstmonday.dk/issues/issue2_12/minow/index.html (last visited Apr 1, 2004). 更に、現在では、後で見るPICSの技術も併用するものとなっている（J. M. Balkin & Beth Simone Noveck & Kermit Roosevelt, *Filtering the Internet: A Best Practices Model, in* PROTECTING OUR CHILDREN ON THE INTERNET: TOWARDS A NEW CULTURE OF RESPONSIBILITY 199, 217 (Jens Waltermann & Marcel Machill, eds., 2000), *available at* http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/Filters0208.rtf (last visited Apr 1, 2004)）。

(70) *Id.* at 215-219.

(71) 連邦最高裁は、既に一九三〇年代において、（親自らが適していると考えるように子どもを養育する）親の権利を承認してきている。*E.g.* Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925)（子どもの教育を自ら行なう親の権利を侵害するものとして、子どもを公立学校（Public School）へ通わせることを強制した法律を違憲としたケース）、Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923)（自らの子どもの教育内容をコントロールする親の権利を侵害したとして、子どもに外国語を教えることを禁じた法律を違憲としたケース）。

(72) *See* James V. Dobeus, *Rating Internet Content and the Spectre of Government Regulation*, 16 J. MARSHALL J. COMPUTER & INFO. L. 625, 656 (1998).

(73) このような理解から、アメリカ自由人権協会（American Civil Liberties Union; ACLU）においても、家庭において親が自らの判断により、ブロッキングソフトウェアをインストールすることについては反対していない（ACLUの主張一般については、*see* ACLU, Censorship in a Box: *Why Blocking Software is Wrong for Public Libraries, available at* http://archive.aclu.org/issues/cyber/box.html (last visited Apr 1, 2004); ACLU, *"Fahrenheit 451.2: Is Cyberspace Burning? How Rating and Blocking Proposals May Torch Free Speech on the Internet", available at* http://archive.aclu.org/issues/cyber/burning.html (last visited Apr 1, 2004); EPIC, *supra* note 65, at 1-19.

(74)「コード」による規制の可能性を指摘した邦語文献として、常本照樹「サイバースペースにおける表現の法的規制と私的コントロール」田村善之編『情報・秩序・ネットワーク』（北海道大学図書刊行会・一九九九年）二五五頁以下（特に、二

七三－二七九頁）。

(75) インターネット上のサイト数は日々増加しており、また、その内容も頻繁に変更が加えられているためにチェックが追いつかないとの指摘も、サイトブロッキングの問題点としてあげられる（Eugene Volokh, *Freedom of Speech in Cyberspace from the Listener's Perspective: Private Speech Restrictions, Libel, State Action, Harassment, and Sex*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 377, 430 (1996)）。

(76) この他、ブロッキングソフトウェアの不完全性を主張する側からは、ある程度の知識を持った子どもであれば、当該ソフトウェアをアンインストールしたり、そのソフトウェアを終了することができることが指摘される（「好ましくないホームページに子どもたちが迷い込むのを防ぐソフトウェアはいくつかあるが、これで絶対というにはほど遠い。ある日、十二歳になる私の娘は、友人の家でインターネットで遊んでいたが、彼女らはいともやすやすと私の隣人－知識が豊かで技術的にも優れた司書－が苦労して取り付けた検閲ソフト、ネットマインダーを取り外すことに成功した」（アリソン・アームストロング＆チャールズ・ケースメント（瀬尾なおみ訳）『コンピュータに育てられた子どもたち』（七賢出版・二〇〇〇年）二二二－二二三頁））。また、実際問題として、このようなブロッキングソフトウェアは「センサーウェア（Cesorware）」であることから、その使用に反対している団体は、ブロッキングソフトウェア自体を無効にするソフトウェアをインターネット上で配布している（ただし、すべての反フィルタリング組織がこのような立場を支持しているわけではない。例えば、Jonathan Wallace らが設立した Censorware Project を見よ（*See* Lawrence Lessig, *What Things Regulate Speech: CDA 2.0 vs. Filtering*, 38 JURIMETRICS J. 629, 652 (1998)））。無効ソフトの代表例は、CPHack と Peacefire である。前者の CPHack については、Microsystem Software v. Scandinavia Online AB, 98 F. Supp. 2d 74 (D. Mass. 2000), *aff'd*, 226 F. 3d 35 (1st Cir. 2000) により、被告に対し、CPHack のソースコード、バイナリを配布することを禁止した（ただし、イギリスのサイト等で入手可能である）。LAWRENCE LESSIG, THE FUTURE OF IDEAS: THE FATE OF THE COMMONS IN A CONNECTED WORLD 184-187 (2001).

(77) そのため、ブロックされるサイトの範囲が過度広汎に渡っているとの指摘がある。EPIC, *supra* note 65, at 53-66, *available at* http://www2.epic.org/reports/filter-report.html (last visited Apr 1, 2004).

(78) *See* Albert Vezza, *Platform for Internet Content Selection: What does it do?, available at* http://www.w3.org/PICS/951030/AV/StartHere.html (last visited Apr 1, 2004).

(79) このラベリングされた情報は、SurfWatch や CyberPatrol といったブロッキングソフトウェアのみならず、ウェブブラウザである Internet Explorer 等でも利用可能である。

(80) RSAC は、コンピュータゲームやインターネットのようなメディアにレイティングシステムを導入することを目的として、一九九四年、The Software Publishers Association を母体として創設された。一九九九年には、Internet Content Rating Association（ICRA）にその活動が引き継がれている。

(81) KIZZA, *supra* note 65, at 81-83. 受け手は、それぞれのカテゴリにおけるレベル（〇－四）を選択する。設定を変更するにはパスワードが要求され、子どもは容易に設定を変更することはできないとされる。

(82) World Wide Web Consortium, *PICS Statement of Principles, available at* http://www.w3.org/PICS/principles.html (last visited Apr 1, 2004).

(83) Paul Resnik & James Miller, *PICS: Internet Access Control Without Censorship, available at* http://www.w3.org/PICS/iacwcv2.htm (last visited Apr 1, 2004).

(84) Jill Jacobson, *The Child Online Protection Act: Congress's Attempt to Regulate Speech on the Internet*, 40 SANTA CLARA L. REV. 211, 253 (1999). ラベリングが普遍的なコード（universal code）であることもメリットとしてあげられている（*Id.*）。名和教授も、社会的なルールとは異なり、「技術はだれもが納得できる普遍性をもつものであるので」、「技術的な規範たとえば技術標準については、自由主義者もコミュニストもアラブ原理主義者も合意できるはずである」とされる（名和・前掲書［注63］七六頁）。また、PICS 技術について、CDA ペンシルベニア東部地区連邦地裁決定では、両親に選択権を与える有力なユーザベースの規制（user-based regulation）であると評価されていた（ACLU v. Reno, 929 F. Supp. 824, 838 (E. D. Pa. 1996) [hereinafter *Reno I*]）。ユージーン・ボロックも PICS を評価する。ただし、レイティングシステムが複雑になりすぎると、誤ってラベリングされる恐れがあることも指摘している（Volokh, *supra* note 75, at 432）。なお、RSACi がこのシステムを開発した目的はあくまでも、子どもの保護を図りつつ、表現の自由を守る点にあったことはいうまでもない（JAMES SLEVIN, THE INTERNET AND SOCIETY 227 (2000)）。

(85) Riley v. National Federation of the Build of North Carolina, 487 U.S. 781 (1988).

(86) 常本・前掲論文［注74］二七八頁。また、ジョナサン・ワインバーグもセルフレイティングを法律により強制すること

は違憲であるとする（Weinberg, *supra* note 65, at 473-477）。これに対し、ボロックは、誤ったレイティングを行った結果、未成年に有害な表現を子どもに対してアクセス可能な状態に置いた者を刑罰により処罰することは憲法上禁止されないとする。なぜなら、既存の連邦最高裁判例からすれば、未成年に対する配布の制限、あるいは、未成年が存在する場所における陳列の制限により、当該表現に制約を課すことは憲法上許されていることからしても、自らの表現物に対して、レイティングを要求することは、未成年が読むことのできない隔離された棚（separate shelf）に当該表現物を置くことを要求するのと何等、異ならないからだとする（Volokh, *supra* note 75, at 432-433）。だが、ボロックが、ここで先例としてあげるGinsberg判決は、あくまでも書店等の情報媒介者による販売規制を念頭に置いたものであり、表現者自身を対象とするレイティングの強制とは、その規制対象が異なる（ここでの販売規制は表現者に対する規制ではない。どちらかといえば、プロバイダ等にレイティングを義務づけるのに近いのではないか）といえ、また、書店等が別の棚に当該表現物を移動させるのと、レイティングを行なうのとでは、行為の容易さが異なるように思われる（現段階ではインターネットでウェブページを作成する者すべてが容易にレイティングを行う知識を有しているとはいい難い）。しかし、レイティングの容易化については、時間の問題にすぎないであろうし、セルフレイティングの違憲審査に対して厳格審査基準が適用されるとしても、セルフレイティング以外に、より制限的な手段がなければ合憲となる可能性も出てくるであろう。

(87) PICSは現在、「積極的」レイティングシステム（"positive" rating system）として機能しており、ラベリング（レイティング）されていないサイトは一括してブロックされることになっているという（Jacobson, *supra* note 84, at 253; *see Reno I*, 929 F. Supp. at 839）。

(88) 中国の状況については、辛在卿「中国におけるインターネットの現状」本田英夫編『中国のコンピュータ産業』（晃洋書房・二〇〇一年）二五一―二五三頁参照。

(89) シンガポールの状況については、小林宏一「サイバースペース時代における情報規制」『岩波講座・現代の法10―情報と法―』（岩波書店・一九九七年）二五六―二六〇頁参照。

(90)「コード」を「悪用」する国の存在を理由として、「コード」の有用性そのものを否定しようとするのには無理があるように思われる。仮に、そのような国が存在するとしても、法的あるいは政治的コントロールが可能である多数の国においては、何らの影響もない以上、これらの情報「後進国」を基準として議論をする必要はないからである。また、「コード」

を「悪用」することによりサイバースペース上の表現を規制する恐れがあるとされる国は、既に（リアルスペース同様）サイバースペースにおいても何らかの表現規制を行なっているのであって、これらの国からすれば、「コード」という新しい規制手段がまた一つ増えるに過ぎないのである。

(91) Lawrence Lessig, *The CDA was bad-but PICS may be worse, available at* http://www.wired.com/wired/5.07/cyber_rights.html (last visited Apr 1, 2004); Lawrence Lessig, *Law of the Horse*, 113 HARV. L. REV. 501 (1999). *Law of the Horse* については http://www.fps.chuo-u.ac.jp/~cyberian/cyberConstitution.html (last visited Apr 1, 2004) において、要旨が紹介されている。

(92) 高橋和之「インターネットと表現の自由」ジュリ一一七号二六－二七頁。

(93) *See* Junichi P. Semitsu, *Burning Cyberspace in Public Libraries: Internet Filtering Software vs. The First Amendment*, 52 STAN. L. REV. 509, 516 (2000).

(94) PICS については、ホワイトハウスも支持を表明しており（http://www.whitehouse.gov/WH/New/Ratings/19970716-7030.html (Not Found)）、サーチエンジンである Yahoo、Lycos、Excite も、セルフレイティングを行うように働きかけている（Joseph D. Lasica, *"Ratings Today, Censorship Tomorrow"*, SALON MAGAZINE (July 1997), *available at* http://www.salon-magazine.com/july97/21st/article.html (last visited Apr 1, 2004)）。

(95) また、自宅で、親が子どもの使うコンピュータにブロッキングソフトウェアをインストールするように、純然たる私的なケースにおいては、市場経済原理による「神の見えざる手」が、ブロッキングソフトウェアの内容・選択にあたって大きな力を発揮するだろう。広汎なブロックをよしとする親は、そのようなソフトウェアを選択するであろうし、それとは逆に、より限られた範囲でのみブロックを求める親はそのようなソフトウェアを選択するであろうし、また、ブロック自体に反対する親は、そのようなソフトウェアは購入しないであろう。ブロッキングソフトウェアの（少なくとも当初の）目的は、あくまでも親（学校における場合には教員）が子どものアクセスする表現物をモニタする点にあったことからすれば、親がソフトウェアの選択を行い、その購買行動に対して、ソフトウェア業者が対応するというのは当然の成り行きである（ただし、公的な機関がその選択を行なう場合においては、別の議論が必要となる）。

(96) 正確にいえば、原告の ACLU が当初から主張していたスタンスが、裁判官たちによって認容されたのである。Weinberg, *supra* note 65, at 453-482; SLEVIN, *supra* note 84, at 222.

(97) ACLU v. Reno, 31 F. Supp. 2d 473, 497 (E. D. Pa. 1999) [hereinafter *Reno III*]. この点に関し、CDA 連邦最高裁判決（Reno v. ACLU, 521 U.S. 844, 879 (1997) [hereinafter *Reno II*]）は、「言論に対するこれほどまでに広汎な内容に基づく規制は、なぜより制限的ではない規定では CDA ほどの効果が得られないかを説明する特に重い責任を政府に課すのだが、政府はそれについて説明していない。当裁判所における主張の中には、家庭内に入ってくる情報に対する親のコントロールを容易にするような形で下品な情報に『タグを付ける』ことを要求」「するなどの、可能な代替手段に言及するものもあった。特に、連邦議会による詳細な認定がなく、また、CDA の特別の問題を扱った聴聞すらなかったことに照らすと、我々は、たとえその要求に何らかの意味があるものだとしても、CDA は必要最小限の手段を持つものではないことを確信するものである」とする（訳は、松井茂記・福島力洋「資料：レノ対アメリカ自由人権協会事件合衆国最高裁判所判決」阪法四八巻四号一六八頁による）。

(98) 原告である ACLU は、ブロッキングソフトウェアと COPA との関係について、①海外サイトから、②個人運営のもしくは、無料の商用サイト（amateur or non-commercial commercial sites）から、③クレジットカード決済を求めるサイトから、子どもが性的な表現を手に入れることを防ぐためには、COPA による法規制よりも（ブロッキングソフトウェアは）明らかに制限的な手段であると評価していた（ACLU Freedom Network, Temporary Restraining Order Brief in ACLU v. Reno II, http://www.aclu.org/court/acluvrenoII_tro.html (last visited Dec 19, 2001)）。また、ジェームス・V・ドベウス（James V. Dobeus）も、①ブロッキングソフトウェア、フィルタリングソフトウェアは、低価格ないし無料で入手でき、複数の種類のものが入手できること、②海外のサイトであってもブロックすることが可能であること、③あらゆる形態の政府規制よりも「コード」によるフィルタリングの方が、表現の自由によりよく適していること、をあげ、同様の立場に立つ（Dobeus, *supra* note 72, at 657）。なお、ボロックは、「コード」による規制よりも、親が子どものアクセスを監視することの方がより制限的な他の選びうる手段となる可能性を示すが、結論的には、「テストをされている手段と同じぐらい効果的である」ことも合憲判断のための言外の要件であり、親の監視は、受け入れられないほどのコストを強いるものであるがために、より制限的な他の選びうる手段とはならないとする（Volokh, *supra* note 75, at 431-432）。

(99) この点を支持するものとして、*see* Jacobson, *supra* note 84, at 250.

(100) 自主規制には、「コード」の他、「（社会）規範」も含まれるが、以下では議論を単純化させるために省略する。

(101) James Boyle, *Foucault In Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hard-Wired Censors*, 66 U. CIN. L. REV. 177 (1997), *available at* http://www.law.duke.edu/boylesite/foucault.htm (last visited Apr 1, 2004); Balkin et al., *supra* note 69, at 204-205.

(102)「私の批判は、『法』の観点からのみサイバースペース規制を考えている者に向けられる。『法』は技術革新のペースに影響を与えるが、ソフトウェアの構造（structures of software）は、自由を制約することも行なうのである。プログラマ達によって作られた足かせ（shackles）は我々の大部分を制約するかもしれないのである。」Lawrence Lessig, *Tyranny in the Infrastructure, available at* http://www.wired.com/wired/archive/5.07/cyber_rights.html (last visited Dec 26, 2001). *See* Lawrence Lessig, *The Zones of Cyberspace*, 48 STAN. L. REV. 1403, 1408 (1996). また、ジェームス・ボイル（James Boyle）も従来のデジタル・リバタリアン（digital libertarian）が、公権力による規制（法規制）にのみ気を取られ、技術的あるいは、経済的な要因による規制環境の形成には全くといってよいほど無頓着であった点を批判する（Boyle, *Id.*）。

(103) *See* Lawrence Lessig, *What Things Regulate Speech: CDA 2.0 vs. Filtering*, 38 JURIMETRICS J. 629, 652 (1998). 従来の議論は、「コード」が「法」に対抗できるか否かを論ずるものであった。本文にもあるように、筆者は、この「コード」を「公的センサー」として機能する「コード」と「私的センサー」として機能する「コード」の両者に区別する。

(104) *See* JAMES BOYLE, SHAMANS, SOFTWARE, AND SPLEENS: LAW AND THE CONSTRUCTION OF THE INFORMATION SOCIETY 254. n2 (1996).

(105) その他、ボイルが指摘するように（Boyle, *supra* note 101）、規制主体たる私人と国家の係わり合いの度合いによって、ステイトアクションの適用が認められるケースも考えられるが、ここでは、割愛する。

(106) Mainstream Loudoun v. Board of Trustees of the Loudoun County Library, 2 F. Supp. 2d 783, 24 F. Supp. 2d 552 (E. D. Va. 1998). 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1］二二四頁、前田稔「フィルターソフトを用いた公立図書館による『わいせつ物』インターネット利用規制の合憲性－ルーデューン判決の評価－」筑波二九号一三一頁以下参照。

(107) Geraldine P. Rosales, *Mainstream Loudoun and the Future of Internet Filtering for America's Public Libraries*, 26 RUTGERS COMPUTER & TECH. L. J. 357, 358 (2000).

(108) *See* ALA v. United States, CIVIL ACTION NO. 01-1303; Multnomah County Public Library v. United States, CIVIL ACTION NO.

01-1322 (E. D. Pa, 2002), http://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/02D0415P.HTM (last visited Sep 4, 2002).

(109) *E.g.* Eileen M. Candia, *The Information Super Highway-caution-Road Blocks Ahead: Is the Use of Filtering Technology to Prevent Access to "harmful" Internet Sites Constitutional?*, 9 TEMPLE POL. & CIV. RTS. L. R. 85, 107 (1999).

(110) Matthew Thomas Kline, *FIRST AMENDMENT: 1. Limiting Internet Access: a] Public libraries: Mainstream Loudoun v. Board of Trustees of the Loudoun County Library*, 14 BERKELEY TECH. L. J. 347, 369 (1999).

(111) Jennifer Zick, *Casting a Net over the Net: Attempts to Protect Children in Cyberspace*, 10 SETON HALL CONST. L. J. 1133, 1148 (2000).

(112) その例として、NetNanny があげられる。

(113) エスター・ダイソン（Ester Dyson）は、市場原理が恣意性を縮減させるという。「人々は原則的に、格付けに対して疑問を呈することができるわけですから、サービス会社は、その反論に対する採決委員会を自ら設置することになるでしょう。信頼できない格付けを提供するサービス会社は、市場シェアを失うことになるでしょう。」「最終的に、人々や会社は、第三者が管理する格付けが増えることを快適に感じ始め、市場が問題を解決してくれることを信じざるをえなくなるでしょう」（エスター・ダイソン（吉岡正晴訳）『未来地球からのメール RELEASE2.0—二一世紀のデジタル社会を生き抜く新常識—』（集英社・一九九八年）三〇三—三〇四頁；ESTER DYSON, RELEASE 2.1: A DESIGN FOR LIVING IN THE DIGITAL AGE 240 (1998)）。*See* Balkin et al., *supra* note 69, at 205.

(114) 「ブラウザと附属ソフトを用いてPICSの特性をさらに多くの人が活用するようになれば、そして格付けサービスが、プロバイダにとっては顧客に提供しやすく、顧客にとっては自分で調べやすいものになれば、多くの起業家や投資家が格付けに関連するさまざまビジネスを自ら参加すべき市場と見なすようになる」という（ダイソン・上掲書一八三—一八四頁；Dyson, *Id.* at 226）。この「市場」の力は、「コード」あるいは、PICSを用いたシステムのソフィスティケートにも力を与えるものであろう。

(115) Jacobson, *supra* note 84, at 255.

(116) この点は、［一］において紹介したような、従来型のPICSを前提とした場合の話である。後で見る、ジャック・M・バルキンの提唱する「三層フィルタリング・スキーム」においては、この問題もクリアーできるであろう。

(117) *Reno II*, 521 U.S. at 886-897.
(118) Jacobson, *supra* note 84, at 253-255.
(119) *Reno II*, 521 U.S. at 888-889.
(120) Ginsberg v. New York, 390 U.S. 629 (1968). 拙稿・前掲「サイバースペースと表現の自由（一）」[注16] 八七頁。
(121) City of Renton v. Playtime Theaters, 475 U.S. 41 (1986). 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六五－六六頁（市川『表現の自由の法理』（日本評論社・二〇〇三年）所収一四四－一四五頁）参照。
(122) *Reno II*, 521 U.S. at 864-868.
(123) Jacobson, *supra* note 84, at 251.
(124) *Id.*
(125) *Id.* at 254.
(126) *Reno III*, 31 F. Supp 2d at 488.
(127) クレジットカードを用いた認証システムにつき、Balkin et al., *supra* note 69, at 202-203 参照。
(128) McIntyre v. Ohio Elections Commission, 514 U.S. 334 (1995) は、「わが憲法の下で、匿名によるパンフレットの発行は有害でも不正な手段でもなく、支持および不同意の輝かしい伝統である。匿名性は多数派の専制に対する盾である（*Id.* at 357）」とし、Talley v. California, 362 U.S. 60 (1960) は、「匿名性は、第一修正により保障される。なぜなら、身元を強制的に開示すること、および、報復の脅威は、重要な公的事柄の平和的な議論を完全に阻害してしまうからである（*Id.* at 65）」とする。*See* ACLU v. Johnson, 4 F.Supp. 2d 1029, 1033 (D. N. M, 1998). なお、McIntyre 判決の抄訳が、町村泰貴教授のホームページにある（http://member.nifty.ne.jp/matimura/hanrei/cyberlaw/mcintyre.html (last visited Apr 1, 2004)）。
(129) かつて、下院に提出された、ブロッキングソフトウェアに関する二つの法案（ゾー・ロフグレン（Zoe Lofgren）下院議員によるインターネット自由および子ども保護法案（Internet Freedom and Children Protection Act (H.R. 774)）、ジョセフ・M・マクデイド（Joseph M. McDade）下院議員による家族に役立つインターネットアクセス法案（Family-Friendly Internet Access Act (H.R. 1180)）がその例である。いずれも、インターネットサービスプロバイダに対し、自らのユーザにブロッキング

ソフトウェアを配付することを求める法案であった。

(130) 私的フィルタとして機能する「コード」の最大の眼目は、これらが、公的フィルタではないところにある。第一修正はあくまでも政府によるセンサーシップを禁じているだけであって、個人が自ら見たいと考えるものをコントロールすることまでも禁止しているわけでない。「コード」は個人の判断によって選択され、インストールされる以上、第一修正の問題を生じえない。なぜなら、そこに、ステイトアクションが介在しないからである。Rachel Weintraub-Reiter, *Hate Speech over the Internet: A Traditional Constitutional analysis or a New Cyber Constitution?*, 8 B. U. PUB. INT. L. J. 145, 169-170 (1998).

(131) 拙稿「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－」北法五五巻二号一一四－一一六頁。

(132)「司法審査が及ばない」というのは、「コード」自身の司法審査あるいは「コード」の使用を強制する「法」への司法審査が及ばない、という意味である。二〇〇二年七月二五日、コンピュータ研究者のベンジャミン・エイデルマン（Benjamin Edelman）は、ブロッキングソフトウェアを制作しているN2H2に対して、ソフトウェアに含まれるブロックを行なうサイトのリストの公開を求める訴訟をマサチューセッツ連邦地裁に対して提起している（Edelman v. N2H2 (D. Ma., filed Jul. 25, 2002)）。本件ではフェアユース（Fair Use）を規定したデジタルミレニアム著作権法（Digital Millennium Copyright Act; DMCA）と当該ブロッキングソフトウェアのライセンス内容が問題となっており（もちろん、その背後に第一修正が控えていることはいうまでもない）、ここで検討を行なう余裕はないが、本件のような訴訟が「政策」形成機能を持つものであることは、少なくともいえそうである。*See* ACLU Freedom Network, *In Legal First, ACLU Sues Over New Copyright Law: Says Blocking Program Lists Should Be Revealed, available at* http://archive.aclu.org/issues/cyber/Edelman_N2H2_feature.html (last visited Apr 1, 2004); ACLU Freedom Network, *Frequently Asked Questions About Benjamin Edelman's Lawsuit Against N2H2, available at* http://archive.aclu.org/issues/cyber/Edelman_FAQ.html (last visited Apr 1, 2004).

(133) Balkin et al., *supra* note 69, at 245.

(134) バルキンは、インターネットにおける情報過多こそが、フィルタリングないしフィルタリング技術の一種であるサーチエンジン（search engine）を生み出した源であるとする（*Id.* at 204）。

(135)「サイバースペースは（プラスチックのように）可塑性のものであり、アーキテクチャをいかようにも形作ることができ

る。フィルタの選択はサイバースペースのアーキテクチャにとって重要な役割を演ずる。従って、フィルタを選択する際に我々が直面する選択は、どのようなアーキテクチャをサイバースペースが持つかについての選択である。この選択は重要な決定である。なぜなら、アーキテクチャは人間の行為を規制し、人間の思考を形作るからである」（*Id.* at 204-205）。バルキンも、レシッグやボイルと同様に、「アーキテクチャ」ないし「コード」の重要性を認識しているのである。

（136）Carl S. Kaplan, *Yale Law Professor Is Main Architect of Global Filtering Plan*, N.Y. TIMES ON THE WEB (Sep. 10, 1999), *available at* http://www.nytimes.com/library/tech/99/09/cyber/cyberlaw/10law.html (last visited Apr 1, 2004).

（137）Balkin et al., *supra* note 69, at 245, 258. 従来型の RSACi の四つのカテゴリーを五段階で評価するシステムでは、例えば、「言葉」のカテゴリーのレベル三では、「強い言葉（strong language）」「わいせつなジェスチャー（obscene gesture）」「ヘイトスピーチ」を含むものが同格と評価され、RSACi のシステムの粗さが問題となっていた。バルキンのスキームでは、「単語集」の基本用語を RSACi よりも多く取ることにより、問題を解決する（*Id.* at 245-246）。また、RSACi とは異なり、一層目のセルフレイティングにおいては、自らのコンテンツに対して段階的な評価を行なうのではなく、各コンテンツにどのような内容が含まれているのかを「単語集」の中の用語により示すに留まる（*Id.* at 246）。

（138）もちろん、ブロッキングソフトウェアのメーカ等も参入してくるであろう。必ずしも、何らかの政治的色彩を持ったグループのみが参入するわけではない。バルキンは千程度のテンプレートができるのではないかと予測している（Kaplan, *supra* note 136）。

（139）Balkin et al., *supra* note 69, at 246.

（140）*Id.* at 248-249.

（141）*Id.* at 249.

（142）ただし、この方式は、技術的には実現可能であるとしても、ブロッキングソフトウェアが持つ、ブロックするか否かの判断基準およびその結果の不透明さという当初からの欠陥をそのまま引き継いでいるがゆえに、推奨される方式ではない（*Id.* at 249）。

（143）*Id.* at 250-251. *See* Kaplan, *supra* note 136; Rosales, *supra* note 107, at 394-396.

（144）バルキンは、最終的に、ウェブ作成者・管理者が用いることになる一層目のディスクリプターはウェブページ作成ツー

ル（web authoring tool）に、ユーザが選択して用いることになる三層目の「コード」はブラウザソフトに統合されることにより、ユーザが利用しやすい形で普及するという。もちろん、後者にあっては、インストールしないこともユーザ側の有力な選択肢の一つである（*Id.* at 256-258）。

(145) バルキンは、これらの「コード」によるフィルタリングがエンドユーザ（end-user）により、分権的かつ自発的に用いられる必要があるとする（*Id.* at 204）。

(146) LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 27-29 (1999).

(147) ACLU、EPICも同じスタンスを取る（Kaplan, *supra* note 136; Rosales, *supra* note 107, at 395-396）。セルフレイティングを政府が強制した場合の憲法上の問題は、既に述べたとおりである。その立場からすれば、バーローらの心配は杞憂に終わろう。

(148) 更に、反対する側は、自らのコンテンツがフィルタリングされるかもしれないという恐れが、ネット上の表現を穏当なものにしてしまい、このような自己検閲はインターネット上の独自性を失わせるものであるというが（*See* Rosales, *supra* note 107, at 397）、この批判は、バルキンのスキームを正確に捉えたものであろうか。

(149) 特に、政治的プレッシャーが必要になるのは、フィルタリングを政治目的で「悪用」する恐れのある国に対する場合であろう（*See* Kaplan, *supra* note 136）。

(150) Kaplan, *Id*; Rosales, *Id.* at 396.

(151) バルキンもレシッグと同様に、「ソフトウェアのアーキテクチャ、インターネットのアーキテクチャに関心を寄せなければならない。なぜなら、現代において、インターネットのアーキテクチャが、誰が話しあるいは誰が聞くのかを決定するからである」と発言している（Kaplan, *Id.*）。

(152) もし、ユーザによるテンプレートの自由な選択を制限するのであれば、従来型のブロッキングソフトウェアの使用強制と同じことになる。

(153) Pamela Mendels & Carl S. Kaplan, *Summit to Discuss Global System for Rating Internet Content*, N.Y. TIMES ON THE WEB (Sep. 9, 1999), *available at* http://www.nytimes.com/library/tech/99/09/cyber/articles/09ratings.html (last visited Apr 1, 2004).

(154) 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（二〇〇二年一二月二五日授与）に補筆したものである。なお、補筆にあたっては、平成一六年度文部科学省科学研究費補助金（若手研究Ｂ）による研究成果の一部を取り入れている。