



# HOKKAIDO UNIVERSITY

|                  |                                                                                   |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| Title            | サイバースペースと表現の自由（七）：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，56(1)，149-196                                                              |
| Issue Date       | 2005-05-20                                                                        |
| Doc URL          | <a href="https://hdl.handle.net/2115/36657">https://hdl.handle.net/2115/36657</a> |
| Type             | departmental bulletin paper                                                       |
| File Information | 56-1_p149-196.pdf                                                                 |



# サイバースペースと表現の自由（七）

——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、五五卷一号）

- 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
    - 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
    - 第一節 サイバースペースをめぐる国内判例
      - 一 アダルトコンテンツ
      - 二 名誉毀損的表現
      - 三 その他(サイバースペース上の表現の根幹に係わるケース)
    - 第二節 サイバースペースをめぐる法律・条例等
    - 第三節 日米の対比
  - 結語
- (以上、五五卷二号)
- (以上、五五卷三号・四号)
- (以上、五五卷五号)
- (以上、五五卷六号)
- (以上、本号)

## 第四章 表現内容規制論の再検討

### 第一節 サイバースペースをめぐる国内判例

#### 三 その他（サイバースペース上の表現の根幹に係わるケース）

本節一では、アダルトコンテンツに関する判例、本節二では名誉毀損的表現に関する判例を駆け足で見てきたが、これらを本節三で扱う判例と比較すると、前二者は、ある表現行為が刑事上あるいは民事上の責任を負うか否かが主たる問題であつたのに対して、後者は、ある表現行為を行ったことを理由としてサイバースペース上からパージし、表現の機会を失なわせるのが妥当であるか否かが問題となつている点に大きな違いがある。従来の研究は、前二者の判例動向に影響を受けているためか、専らサイバースペース上で表現を行うことが可能であることを所与の前提として、実際に行われた表現がどのような責任を負うのかを考察対象とするものであり、ここで扱うような事案は、研究の隅に追いやられていたように思われる。おそらく、学説のサイレントマジョリティーは、パソコン通信ないしインターネットサービスピロバイダとの契約関係は完全な私法関係である、あるいは、ユーザとの契約を業者側から解除するケースは非常に稀であつて、瑣末な問題でしかない、と考えていたのかもしれない。しかしながら、暴力団組員が暴力団対策法を批判する文章を掲載した自らのホームページを会員規約の「公序良俗に反する」行為に該当するとして、削除を要求したケース、あるいは、オウム真理教（現・アールフ）の出家信徒でつくる「破防法に反対するオウム信者の会」のホームページを「会員が脱退するなど、運営に影響がある」として一方的に削除したケース等、直接、法律に触れる行為はな

かったにも係わらず、プロバイダの一方的な判断により表現が遮断されるという事態が生じつつある。<sup>(1)</sup>

この点につき、町村泰貴教授は、「情報アクセスと情報発信の手段を確保することはサイバースペースにおける基本的人権ともいふべきであ」り、「無限定な会員契約上の禁止事項を恣意的に運用」すれば、「この基本権は空洞化すると言わざるをえない」と指摘されているが、ここでは、ケイネット事件の二つの地裁判決を中心として、公法的な見地から少しく詳しく検討してみたい。

## 「二」事件の概要・判決の内容

- (1) ケイネット事件（第一事件） 東京地判平成一〇年二月二日（判時一六八四号七九頁）
- (2) ケイネット事件（第二事件） 横浜地判平成一〇年二月二五日（判時一六八四号七九頁）
- (3) ケイネット事件（第一事件・控訴審） 東京高判平成一二年一月一九日（判時一七四八号二二五頁）

被告Yは、(1)判決、(2)判決ともに、平成二年一〇月に神奈川県が呼びかけ人となり、パソコン通信サービスの提供を目的として、地方公共団体も出資者となる、いわゆる第三セクター方式により設立された株式会社ケイネットである。<sup>(5)</sup>

(1)判決によると、平成八年一〇月段階の出資割合は、神奈川県が二五パーセント（出資金二〇億円）、財団法人神奈川県市町村振興会が二・五パーセント（同二億円）、民間団体・民間企業が合計七二・五パーセント（同合計五八億円）<sup>(7)</sup>。

(2)判決は、(1)判決とは若干異なり、神奈川県の出資割合は発行済株式総数二四万株中の四万株、一六・七パーセントであると認定しているが、被告Yはそのような第三セクターである。この被告Yと第一事件の原告X<sup>1</sup>および第二事件の原告X<sup>2</sup>は、それぞれパソコン通信サービス・ケイネット利用契約を締結し、原告X<sup>1</sup>は平成四年五月ごろ、原告X<sup>2</sup>は同年一

○月に会員となったが、その後、ケイネット上の電子掲示板に種々の書込み等を行ったことが会員規約に違反するとし、被告Yから利用契約を解除され、識別番号(ED)を抹消された。そこで、原告X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>はそれぞれ契約解除が無効であるとして、本件契約上の会員としての地位を有することの確認を求めるとともに、D抹消等の措置が不法行為に当たるとして損害賠償を求めた。

(1)判決は、大要、次のように述べて、原告X<sub>1</sub>の請求の一部を認容し、会員の地位を有することを確認した。「個々の会員にとっては、契約解除により、従前ケイネット上で築いてきたコミュニケーションを完全に断たれ、被告ネット上の共同体から排除されることになる」こと、「モデムの無償貸与を受け入会後四年を経過していない場合には一定の価格でモデムを買い取らなければならない」ことから、「契約解除の効果は重大なものになることが認められる」。

そのため、「本件契約解除条項は、被告に広範な解除権を付与する趣旨ではなく、一般会員規約に規定された他の方法によったのでは回避し得ない重大な不利益を生じさせる等、当該会員に対してパソコン通信サービスの提供を継続しがたい重大な事情が存する場合に、会員契約を解除できる趣旨の規定であると」解すべきであり、より具体的には、「被告が本件契約を解除するためには、右列挙された解除原因に形式的に該当するだけでは足らず、当該事由に該当する行為をするに至った動機、経緯等諸般の事情を勘案し、当該会員に対してパソコン通信サービスの提供を継続しがたい重大な事情が存すると認められることを要する」とした。その上で判決は、このような判断枠組みに従って、原告X<sub>1</sub>の行った行為のうち、①サロンの書込みの抹消、②第三者(被告役員、被告代理人、管理人等)を誹謗・中傷する書込み、③被告役員らの写真のホームページへの無断掲載、の各行為が解除事由に該当するか否かを個別に検討する構成をとる。

まず、①サロンの書込みの抹消について、判決は、「サロンマネージャーとして不適切な行為であったと言わざるを得」ず、また、抹消行為が規約の「サービスの運営を故意に破壊または妨害した場合」に形式的には該当するとして

も」、「原告との会員契約を解除しなければならないほどの重大な違反行為であるとは認められない」とする。

②ケイネットの運営やリニューアルを批判する書込みについては、規約上、被告Yは「ローカルルールを定めることができ」、「会員はこれを遵守する義務を負っている」のであるから、原告Xは形式的には会員規約に違反している。しかしながら、「混乱が生じるとして運営に関する書込みを禁じ、被告に対する批判は一切許さないとするもの」問題であり、「コミュニケーションマニュアルの中には事務局批判の書込みがなされることを前提」とした記述があることも考え合わせると、被告自身が「批判の書込みに対して信頼関係を破壊するもの、禁止されるべきものとの評価をしていただけではなかったことが窺われる」。このように考えると、原告Xの「批判的書込みの中には不適切な表現もあったといわざるを得ないけれども、これらは重大な違反ということではない」。また、アンチケイネットマークを使用することは、被告Yに対し「継続的に批判的な立場を明らかにする行為であるが、これによって具体的に被告ネットの運営」が妨げられたわけではなく、解除事由にはあたらないとした。管理人を誹謗・中傷する書込みについては、「原告が不適切な表現を含む中傷書込みを行ったことが認められるが」、「U停止前には批判的書込みに対して隠蔽措置を講じていたのに、中傷された主な被害者である管理人自身が」隠蔽措置をとっておらず、原告Xが「誹謗・中傷にはあたらない程度の管理人に対する批判であると認識し、これを繰り返したとしてもやむを得ない面があり」、被告代理人に対する中傷書込みについても同様であるとした。それから、原告Xが社長補佐である人物に対して、「鉄槌を下す」等の表現を含む不穏当なメールを送信したことについては、「これが身体的危害を加える趣旨ではないことは文面全体の趣旨から明白である」こと、また、和解の覚書を締結する際、「慰謝料の関係については『話し合いにより問題を解決するものとする』との合意をしたにもかかわらず」、具体的な進展が見られなかったこと等からすれば、会員規約で禁止している「法令に違反する行為」にあたるとは認められず、これにより被告ネットの運営が妨げられたとは認められ

ないとした。

そして、③写真を無断で撮影し自らのホームページ上で公開した行為については、不法行為となり得るものであり、また、当該行為は、「被告ネットを利用するにあたりなされた行為と同視できるものである」ことから、会員規約で禁止している「法令に違反する行為」にあたると判断した。しかし、判決は続けて、「原告には形式的に規約に違反する行為があったが、他方、当該違反行為をするに至った経緯等諸般の事情を勘案すると、原告に対してパソコン通信サービスの提供を継続したい重大な事情があったとまではいうことができず、原告の右各行為が会員規約に定める解除事由にあたるとして本件契約を解除することはできない」と結論づけている。なお、不法行為の成立は否定されている。

これに対して、(2)判決は、「被告ケイネットは第三セクターで設立された株式会社であり、公共性の高い会社であるので「神奈川県と同視すべき団体であり、「こうした被告との間の会員規約の解釈においては、憲法二一条の表現の自由ないし民法九〇条によるその間接適用によって限定的に解釈されるべきである」との原告Xの主張に対して、「被告に対する神奈川県の出資割合は二四万株のうち四万株、一六・七パーセントであることが認められるから、被告は神奈川県とは独立した法人格を有する株式会社であり、原告主張のように神奈川県と同視すべき団体ということはできない」としたうえで、「契約の自由の原則に照らすと、メディアは、自己と契約関係に立つ利用者がメディアとの事前の合意に反する表現行為を行った場合には、それが正当なものであっても、当該利用者をメディアとの契約関係から排除することは許されてしかるべきであるから、会員規約の文言が相当性、合理性を欠く場合を除き」、会員規約に定める「違反する行為の内容を文言以上に限定して解釈することを要しない」と判示した。このような会員規約の解釈に基づいて、原告Xが、電子掲示板で行った書込みは、「ケイネットないしコペルニクス並びにその運営者である被告及びマネージャーの名誉を毀損し、又は、侮辱し誹謗中傷するような行為に該当することは明らかであり、また、アンチ

ケイネットマークを考案して自ら使用を継続したほか、他の会員に呼び掛ける書込みを行った」行為は、「ケイネットの主宰者である被告に対する信頼関係を大きく損ねるとともに、ひいては被告のケイネットの運営上重大な支障を来すもの」といえ、これらの行為は会員規約に「違反する行為に該当するものと認めるのが相当である」とした。そして、判決は、会員契約解除の解除原因の存否について判断している。判決では、「信頼関係の法理」ないし「信頼関係破壊理論」が適用されることを前提として、原告X<sub>2</sub>が行った行為を検討すると、掲示板への書込み自体から原告が主張するような公益目的は推認できず、また、両者の信頼関係を破壊する行為であったことは先ほど認定したとおりであり、これと合わせて、平成七年七月に原告X<sub>2</sub>が「損害賠償等の要求と債務不履行への警告及び違法不当な処分に対する要求」と題する書面を起草し提出した行為は、「原告と被告間の信頼関係を失わせる結果を招くものといわざるを得ない」とから、「本件契約を解除するに足りる程度に信頼関係が破壊されているとは認められない特段の事情がある」ということはできない」として、本件会員契約の解除を是認している。なお、不法行為については、「被告がした本件解除及び抹消の措置が有効であることは、以上の認定及び判断に照らして明らかであるから、これらが原告に対する不法行為責任を構成する余地はない」としている。

ここで、(1)判決に対する控訴審判決である、(3)判決<sup>(9)</sup>についてもふれておく。(3)判決においても、「会員契約の解除の効力につき判断するに当たっては、会員に形式的に当該事由に該当する行為があればそれだけで当然に控訴人に対する契約を解除することが許されるものということはできず、会員の当該事由に該当する行為のため、控訴人において当該会員との会員契約を継続することが困難であると判断することにつき合理性を肯認することが困難であると判断する場合に該当するものというべきである」とし、(1)判決と同様の枠組みをとるが、事実認定及びその具体的なあてはめの段

階で結果が異なってくる。つまり、(1)判決では、「当該事由に該当する行為をするに至った動機、経緯等諸般の事情を勘案」することによって、原告X<sup>1</sup>の行為を割引いてあてはめるのに対して、(3)判決ではこのような配慮を行わない点が結論を一八〇度異ならせている。この点に関しては、検討すべき課題もあるが、ここでは、(1)判決と(3)判決の判断枠組みは同じであることのみを確認し、検討を先に進めることにする。<sup>(10)</sup>

## 〔二〕二つの判決に対する見方

最初に、とりわけ(2)判決のキー概念となっている「信賴関係の法理」ないし「信賴関係破壊理論」について見る。この法理は、当初、不動産賃貸借契約上の解除の法理として形成され、その後、他の契約関係（例えば、継続的契約関係）にも適用されるようになったものである。民法五四一条の条文は、わずかな債務不履行でも催告期間内に履行がなされなければ解除が可能であると読めるために、これを制限することを目的として理論化がなされた。判例では、家賃の値上げをめぐる賃借人と賃貸人との間で生じた紛争について、「被告にはいまだ本件賃貸借の基調である相互の信賴関係を破壊するに至る程度の不誠意があると断定することはできない」として、原告である賃貸人からの解除を否定した。最判昭和三十九年七月二十八日がリーディングケースであるといわれているが、この理論には、①賃借人の債務の不履行があっても、信賴関係を破壊しない些細な不履行では解除できないとする側面と②厳密には賃貸借契約上の債務の不履行といえなくても信賴関係が破壊されるに至れば解除可能となるという側面があるとされている。<sup>(11)</sup>

このような法理を前提としつつ、二つの地裁判決の判断枠組みを見ると、まず、(2)判決は、契約自由の原則により会員規約に違反する行為の内容は規約の文言に従って解釈すれば十分であるとしたうえで、本件で問題となった書込み行為の一部及びアンチケイネットマークの継続的使用が規約に違反する行為に該当し、また、本件契約を解除するに足り

る程度に信賴關係が破壊されているとは認められない特段の事情があるとはいえないので、本件解除は正当である、すなわち、会員規約該当性を解除のベースとしたうえで「特段の事情」がないとして解除可能とする。これに対して、(1)判決は、原告Xの行為が会員規約に違反する行為に該当するか否かを判断し、該当する部分があることを認めるものの、「サービスを継続したい重大な事情があったとまではいえない」ことから、会員規約に該当することを理由とする解除は認められない、とするのが判決の大枠である。(1)判決では、それに付随して、本件契約のような継続的契約關係にあつては「信賴關係の法理」が適用されるとの被告Yの主張に依じて、いわば、おまけ的に「信賴關係の法理」も用いて契約解除を否定しているのが、(2)判決との枠組みの相違であると思われる<sup>12)</sup>。

この判決の枠組みの妥当性を考えてみると、(2)判決については、①県が所有する株式の割合が一六・七パーセントであることのみを理由として県と被告Yが同視すべき団体ではないとしたうえで、契約自由の原則をストレートに適用している点が問題であり、また、②本件のような第三セクターについて、(2)判決が理解しているような形の「信賴關係の法理」を用いるのは妥当ではないこと、③この点を仮に措くとしても、(2)判決は「信賴關係の法理」をミスリードしているように思われる。つまり、(2)判決は、今見たように、会員規約該当性を解除のベースとしたうえで「特段の事情」がないので解除可能とするわけであるが、このような判断枠組みは、先に見たような「信賴關係の法理」の二つの側面を生かす判断枠組みにはなっていないように思われる。この点で、参考になるのが、(1)判決の「被告がリニューアルを実施するにあたってとった対応、それまでの原告の本件ネットに対する貢献度の度合い、原告の違反行為の態様、会員契約を維持することに対する双方の利害關係の濃淡等を総合考慮するときは、原告の本件行為は、社会常識に照らしや逸脱した面もあるものの、いまだ利用取消の要件を満たさないものというべきであつて、本件の場合に信賴關係の破壊を理由として本件契約を解除することはできないものというべきである」との判示部分である。(2)判決が「信賴關係

の法理」を用いるのであるならば、このような総合考慮的な判断手法であるべきであつたと思われる。次に、(1)判決については、①被告ケイネットの性質を明らかにしていない点、②会員規約を限定的に解することによって、被告が利用契約を解除できる場合を限定していること自体は妥当であるとしても、継続的契約関係に適用される「信賴関係の法理」以上に限定的に解釈するにはそれなりの理由が必要であつて、判決においても、「契約解除により、従前ケイネット上で築いてきたコミュニケーションを完全に断たれ、被告ネット上での共同体から排除されることになること」、「モデムの無料貸与を受け入会後四年を経過していない場合には一定の価格でモデムを買い取らなければなら」ないことを理由としているが、それだけでは理由としては弱いといわざるをえない点が問題であると考えられる。以上のように考えてみると、二つの判決両方に問題があると思われるので、本稿では、被告ケイネットの性質を明らかにし、(1)判決が挙げている制限の根拠を補強しつつ、会員規約をより限定的に解する立場をとつてみたい。

### 〔三〕 本件解除権の限定的理解

#### (a) 第三セクターと出資比率、被告の性質（公益性）の判断

そこでまず問題になるのは、被告ケイネットの性質である。ケイネットは、(1)判決の認定によれば出資比率が二五パーセント、(2)判決によれば一六・七パーセントの第三セクター方式で運営されている株式会社である。従来の学説は、「地方公共団体が出資した民間的経営形態をとる法人」たる第三セクターをこの定義のみを用いて全体像を議論することが困難であるため、一定の基準で類型化して分析を行つてきた。<sup>(13)</sup> この分析手法は大別して、法人の性格や役割に応じて類型化する実質的手法と、法人の形態や地方公共団体の出資比率のような客観的基準によって類型化する形式的手法があるが、それぞれ欠点を内包するものである。

実質的手法の中でも、地方公共団体との関わり方によって分類する手法としては、①「行政の補完・代替を主な目的とするもの」と「民間機能の活用、誘導を目的とするもの」に類型化する手法、あるいは、これとはやや観点を変えて、②事業運営の主体性から「公共主導」「民間主導」に類型化する手法が考えられている。これらの手法は、公共的色彩の強い法人については地方公共団体の関与のあり方の観点から、民間的色彩の強い法人については逆にいかにして自由な活動を保障すべきかという観点から議論を行うことを可能にするものといわれているが、このような定義だけから一概に結論付けることができるかについては疑問視されている。次が、③法人の事業内容によって分類する手法である。この手法は自治省（現・総務省）が「三種類に類型化を行っているが、この分類はあくまでも統計的な意義を持つにとどまり、何らかの理論的な帰結が伴うものではないとされている。そして、形式的手法としては、④出資比率二五パーセント（この数字は、地方自治法一九九条七項および地方自治法施行令一四〇条の七、一項により、出資比率二五パーセント以上の第三セクターに対して監査委員が必要と認めるとき又は地方公共団体の長の要求のあるときに監査することができるところを根拠とする）を境として、二分割する手法がある<sup>(14)</sup>。しかし、この規定は、監査の対象を「出納その他の事務の執行で財政的援助に係わるもの」のみとする非常に限定的なものであり、また、本件の事実認定と照らし合わせて考えてみても、(1)判決と(2)判決で被告の性質が異なることになることから、出資比率二五パーセントをメルクマールとする手法も第三セクターの分類には不適切であると考えられる。

そこで、第三セクターの公益性判断にあたっては、次の三種の判決が参考になると思われる。まず、①上尾市が第三セクターとして設立した法人（出資比率は五〇パーセント）に職員を派遣し、その給料等を負担することが違法とされた、第三セクター派遣職員給与支給不当利得返還等請求事件（上尾市）である。第一審、第二審ともに、設立時の法人の使命ないし目的の中には公益性が認められなければならないものが含まれるが、本質的には営利を目的とする私企業であつ

て、実態も私企業と変わらないとしている。②公園の建設・管理運営を目的とした第三セクターへの県職員派遣のため、の職務専念義務の免除及び派遣職員への給与等の支給が争われた、岡山県職員第三セクター派遣事件岡山地裁判決<sup>16</sup>では、第三セクターの事業は営利目的であることに代わりはなく、出資金額（出資比率は一六パーセント弱）も低いと判示している。③福島県川内村が設立した第三セクターに対して役場の会議室の無償使用を許可したこと及び村役場の職員に第三セクターの職務を執行させて手当を支給したことが争われた、村役場庁舎使用許可及び村職員手当支給住民訴訟事件福島地裁判決<sup>17</sup>は、出資比率が五二パーセントであることからすると同社の事業が反射的に村や村民の利益に関わる点で公益性が認められないわけではないが、本質的には営利を目的とする私企業であつて、営業実態も私企業とは変わらないとしている。

②あるいは③のケースでは、出資比率も考慮要素とされているが、基本的に判決は、出資比率などよりも営業目的、営業実態の方を重視して判断しているように思われる。このように考えるならば、被告ケイネットの性質について全く判断していない(1)判決はもちろんであるが、一六・七パーセントという出資比率だけをあげて県と同視できないと述べるのみで、その目的、実態を見ずに、後は全く民間企業と同様に判断している(2)判決も失当であろう。それでは、本件のようなケースではどうかということになるが、この点については、「神奈川県の情報施策の一環として県民のくらしの分野の情報化を促進するために」設立された当初と、七二億円の累積赤字を抱え、社長が交代したりリニューアル後は、若干性質が異なるのかもしれないが、被告ケイネットは、①わが国初の行政主導による地域複合型VAN（付加価値通信網）という情報インフラの整備を目的として設立されたものであり、他のパソコン通信と比べても使用料が低く押さえられており、②通信セット（通信モデム、通信ソフト）の無料貸与も行われていたこと。それに加えて、③高齢者や障害者のネット参加を促進するために（神奈川県「高齢者・障害者へのヒューマンテクノロジー応用研究」のモ

ニター実験の一環として行われていたようである) NAPPS (ナプルプス) という画像を用いて直感的に理解しやすい操作方法で利用可能な通信ソフトを作成し、一部の障害者にはパソコンも無料貸与していたことから考えると、他のパソコン通信事業者とは大分、趣を異にしているのであって、公益性、当該事業の公的色彩をより強く認めることは十分可能であると思われる<sup>(18)</sup>。

### (b) 私人間効力

被告ケイネットとユーザである原告は、いずれも私人であることから、次に検討すべき問題は、私人間効力の問題となる。ここでは、学説の分類等については全て省略し、本件の適用の問題に限って検討する。

代表的学説である芦部信喜教授の説は、間接効力説に立ちつつ、その適用類型を、(私的な人権侵害が) ①法律行為に基づくもの、②事実行為に基づくが、その行為自体が法令の概括的な条項・文言を根拠としているもの、③純然たる事実行為に基づくもの、に分類する。③では、ステイトアクションの法理 (State Action Theory) が参考となるのに対して、①②には、民法九〇条の「公序良俗」に反するか否かを吟味する過程で人権規定の趣旨が勘案され、私的自治の原則等によって人権規定の私人間における効力は相対化されるものの、最終的には「権利の性質および事案の具体的事情を踏まえたうえで」利益衡量が行われるとする<sup>(19)</sup>。本件では、民法五四一条が問題となっていることから①の法律行為にあたるものであり、その結果、私人間において利益衡量を行うことになるが、中村睦男教授は、ここでの考慮要素には、(a)当該私法関係がどのような性質のものであるか、(b)いかなる性質の人権が保障され、いかなる性質の人権が制約を受けるか、の二つが含まれるとされる。本件に当てはめると、パソコン通信事業者たる第三セクターは、既に見たように、公益性を持つ公的色彩を帯びた法人であり、(法人に対する) 出資比率分は行政主体であるとも考えられ、少な

くとも財政援助や特権付与等よりも国家とのかかわりが強く認められる。また、本件で問題となっている人権は、精神的自由権たるユーザの表現の自由と経済的自由権たる法人の契約の自由、営業の自由であることを考え合わせるならば、本件契約関係の中に憲法二一条の趣旨を読み込み、会員契約の解除の要件を「パソコン通信の提供を継続しがたい重大な事情が存すると認められる」場合と限定することは可能であると思われる。

なお、私人間効力説では、民法の一般規定である九〇条等を用いてその契約関係を無効にする手法がとられるのが一般的であるが、本件のような場合には別に九〇条を持ち出さずに、会員規約あるいは契約の解除に関する民法の規定に憲法の趣旨を読み込ませて解釈させても、特に問題はないように思われる。民法九〇条のような一般規定に対して、より具体的な契約の解除に関する条文に憲法の趣旨を読み込むことによって、解除要件を限定し、要件を満たさない場合には解除を無効とする手法と、九〇条という一般条項を持ち出して、解除要件と同レベルのものを念頭に置きながら、公序良俗に反し無効とする二つの手法にはそれほど大きな差は見られないからである。

### （c）一般論として

最後に、議論を一般化するとどうなるのかを検討する。ここでは、便宜上、事業主体を民間企業、自治体などの行政主体、第三セクターに分け、そして、事業者の行為をD削除のレベルと表現内容の削除のレベルに分けて考えてみたい。

まず、民間企業としてのパソコン通信事業者ないしインターネットサービスプロバイダと私人たるユーザの関係は、一般的には、私的自治の問題、契約自由の問題と解され、表現内容の削除の可否は、当該利用契約の解釈に委ねられる。また、D削除に関しては、利用契約の解釈の中に「信頼関係の法理」を取り込みつつ判断することになる。ただし、

私的自治の原則、契約自由の原則に委ねられるとしても、利用規約の解釈は恣意的であってはならないし、また、その当てはめについては的確に行われる必要がある。このようなスタンスをとれば、民間企業の事業者においても、暴力団組員のホームページを規約上の公序良俗違反で削除することは許されないはずであり、また、オウム真理教の信者のホームページを規約上の「運営に影響が出る」行為として削除したケースでは、果たして本当に影響が出たのか、そして、その影響はどの程度のものであったのかが判断されなければならないと思われる。

次に、民間企業の対極にあるのが、行政主体である自治体等が運営しているものである。例えば、サンタモニカ市では、Santa Monica Public Electronic Network (PEN) と呼ばれる市立のパソコン通信が設置されており、そこでは、メンバー間及び市の職員や議員に対してメールを送信でき、また、PEN 内のフォーラムへの参加が可能で、そこにおけるユーザの発言内容について、PEN 側では規制をかけることはしていないという。<sup>(21)</sup> このようなシステムの場合、憲法が直接適用されることになり、表現内容の削除に対しては、厳格審査基準（当該表現内容規制がやむにやまれぬ政府利益を達成するものであり、かつ、その目的を達成するために必要不可欠の制限であることを政府側が立証しなければならぬ、とする基準）が適用され、ED の削除は、原則として禁止されることになると思われる。

わが国において、自治体がパソコン通信やインターネットサービスプロバイダを運営しているケースはないと思われるが、インターネット上で電子掲示板を運営している自治体はいくつか散見される。例えば、岡山市は、同市が運営する電子掲示板上で、部落差別に係わる表現がポストされたことをきっかけとして、<sup>(22)</sup>「岡山市電子掲示板に係る有害情報の記録行為禁止に関する条例」を制定し（平成一四年三月）、同掲示板にポストしてはいけない（ポストされた際には削除される）<sup>(23)</sup>「有害情報」<sup>(24)</sup>などを規定しているが、厳格審査基準をクリアすることができないと思われる情報も含まれているといえよう。

そして、本件で問題となったような、民間企業と自治体のいわば中間にある第三セクターのケースであるが、ここで  
 の「削除は、上述の理由に加えて、「情報アクセスと情報発信の手段を確保することはサイバースペースにおける基  
 本的人権」であるという観点からも「人権の剥奪」についてはより慎重にならなければならないという点も考え合わせ  
 ると、(1)判決で用いられたような、「サービスの提供を継続しがたい重大な事情」があつたか否かの基準により判断さ  
 れるべきである。サイバースペースに接続さえできれば、自らのコンテンツを載せてくれるサーバを自らの力で探すこ  
 とができ、その後は、その接続業者に迷惑をかけることなく表現行為ができるようになる、という実際上の点からも、  
 アクセスの遮断については非常に慎重になるべきである。なお、先に触れたオウム真理教（現・アールフ）のホームペー  
 ジは、現在、海外のサーバ上で運営されている<sup>(25)</sup>。これは、信者のサイバースペースへのアクセス自体は否定されてい  
 かつたからこそ可能であつたといえるだろう。ただし、表現内容の削除については、厳格審査基準までは要求できな  
 いように思われる。ここでは、憲法が間接適用されることになるが、人権規定の効力は相対化されたうえで利益衡量がな  
 される。表現内容規制たる削除に関しては、人権の中でも特に重要視される表現の自由の規制が問題となつてい  
 ることから、より厳格に解釈しなければならないのは確かであるが、少なくとも、本件のような第三セクターに  
 対して、厳格審査基準のようなレベルまでは要求できないのではないかと考えられる。

## 第二節 サイバースペースをめぐる法律・条例等

本節では、わが国における法律・条例等の内容を概観する。わが国における法律・条例による規制は、アダルトコン  
 テンツに係わる立法が先行し、次いで、名誉毀損的表現に係わる立法がなされている。また、差別的表現に係わる立法

作業も進められており、サイバースペース上の表現を考える際には、これらについても注意を払う必要がある。

〔一〕福岡県青少年健全育成条例ほか

福岡県は他の都道府県に先駆けて、青少年健全育成条例を改正し（平成九年七月）、何人もインターネットやパソコン通信上の有害情報を青少年に見せ、聞かせ、又は読ませないように努めなければならないとともに（二一条二項）、プロバイダ等に対しても、自主規制の規約を制定する努力義務を課した（二五条四項<sup>26</sup>）。当初、この福岡県条例に追隨する都道府県は現れず、販売等が規制される「不健全な図書類等」に「コンピュータ用のプログラム又はデータを記録したシー・ディー・ロムその他の電磁的方法による記録媒体」を含める改正のみを行った都道府県がほとんどであった（例えば、東京都青少年健全育成条例二条一、北海道青少年保護育成条例五条<sup>27</sup>（三）など）。

しかし、平成一三年一二月には、鳥取県が青少年健全育成条例を改正し、インターネットを利用して情報を提供しようとする者、インターネットサービスプロバイダ、インターネット端末の頒布・販売等を行う者などに対して、青少年の健全な育成が阻害されることのないように情報を遮断する努力義務を課した（二二条の二<sup>28</sup>）。また、大阪府も、青少年健全育成条例の改正により（平成一五年三月）、インターネット端末を青少年に利用させる場合において、有害情報を遮断するためにフィルタリングソフトを用いるように努力義務を課した（二三条<sup>29</sup>（三〇））。青少年条例の中に努力義務規定を置く動きは、奈良県（平成一五年三月）、福島県（平成一六年三月）、埼玉県（平成一六年一〇月）も追隨しており、更に、京都府、東京都も検討作業に入っている<sup>31</sup>。

〔二〕改正風営適正化法

風営適正化法の改正（平成十一年四月一日施行）では、既存の規制に「接ぎ木する」する形で、サイバースペース上の行為についても規制の網がかけられることになった。<sup>(33)</sup>

改正のポイントは、「無店舗型性風俗特殊営業」と「映像送信型性風俗特殊営業」に対する規定の新設である。まず、①「無店舗型性風俗特殊営業」（二条七項）の規定によって、店舗を構える「風俗関連営業」（店舗型性風俗特殊営業）に対して従来から行われてきた、公安委員会への届出（二七条）、営業禁止区域（二八条一―三項）、営業時間（同条四項）、広告等の制限（同条五―八項）、あるいは「一八歳未満の者を営業所に客として立ち入らせること」の禁止（同条一―三項）などの規制を店舗を設けずに提供する場合（例えば、専ら電子メールを使って注文を引き受けるような場合）にも適用されるようになったが、次の、②「映像送信型性風俗特殊営業」の規制が一番問題となる点であろう。「映像送信型性風俗特殊営業」とは、「専ら、性的好奇心をそるため性的な行為を表す場面又は衣服を脱いだ人の姿態の映像を見せる営業で、電気通信設備を用いてその客に当該映像を伝達すること」により営むもの（二条八項）と定義されている。このような営業を行う者に対しては「店舗型」や「無店舗型」の性風俗特殊営業と同様に、営業の届出を義務づけ（三一条の七）、一定の方法での街頭における広告・宣伝の禁止（三二条の八、一項）、一八歳未満の者を客とすることの禁止が規定され（同条二項）、公安委員会による「指示」（三一条の九）、「措置命令」（三一条の一〇）が行われ、この「措置命令」に違反したときは、六月以下の懲役又は五〇万円以下の罰金（併科も可能）に処せられる（四九条三項一―号）。更に、年齢確認義務も課されており（三一条の八、四項）、違反した場合には、必要な措置を取るべきことの「指示」（三一条の九）、「措置命令」（三一条の一〇）が行われ、それに違反した場合には、上と同様の行政罰が科せられる（四九条三項一―号）。

同改正法では、「自動送信装置設置者」すなわちインターネットサービスプロバイダに対しても規制を加えている。

プロバイダは、「その自動公衆送信装置の記録媒体に映像送信型性風俗特殊営業を営むものがわいせつな映像を記録したことを知ったときは、当該映像の送信を防止するため必要な措置を講ずるよう努めなければならない」(三一条の八、五項)とされ、努力義務が課されることになった。この努力義務が果たされない場合であっても公安委員会は勧告ができる(三一条の九、二項)のみで罰則等の定めはおかれておらず、その意味では緩やかな規制ではある。<sup>(34)</sup>また、後述の児童ポルノ法の成立にともない、児童ポルノ映像・画像についても、プロバイダに発信停止と削除の努力義務が課されることになった。<sup>(35)</sup>

同改正法は、サイバースペース上の営利を目的とした表現を規制対象とする点で特徴を持つが、リアルスペースにおける、青少年保護を目的とした有害図書類の規制と同様の問題点を含んでいる。確かに、憲法上保障されているはずの表現物が大人に対して幾分の制約になるとしても許されるとした、岐阜県青少年保護条例事件最高裁判決<sup>(36)</sup>多数意見と同様のスタンスに立つならば、青少年保護を目的とした規制<sup>(37)</sup>それ自体は必要かつ合理的であるとして合憲となるであろう。しかし、この判決で注目すべきは、伊藤正己裁判官補足意見である。多数意見の理由づけは、「比較的簡単に骨組みを示すものであり、さらに合憲判断の基準に及んでいない」欠陥を持つために、伊藤裁判官は次のような補足意見で肉付けを行ない、合憲性を導いている。

青少年も大人同様「憲法上知る権利を享有していることはいうまでもない」が、その保障の程度は「成人の場合と比較して低いといわざるをえない」。なぜなら、「青少年は、一般的にみて、精神的に未熟であるから」であり、知る権利の制約を通じて、その「害悪から保護される必要がある」(この場合、「第一次的には親権者その他青少年の保護に当たる者の任務であるが」、公的な立場から「関与が行われることも認めねばならない」)。このため、「ある表現が受け手と

して青少年にむけられる場合には、成人に対する表現の規制の場合のように、その制約の憲法適合性について厳格な基準」を適用する必要はなく、「青少年非行などの害悪を生ずる相当の蓋然性のあることをもって足りる」と解される。

ただし、「青少年の知る自由を制限することを目的とするものであっても、その規制の実質的な効果が成人の知る自由を全く封殺するような場合には」「厳格な基準が適用される結果違憲と」なるが、本件の場合には「成人の知る自由にならきびしい制限」といえるが、「他の方法でこれらの図書に接する機会が全く閉ざされているとの立証はないし、成人に対しては、特定の態様による販売が事実上抑止されているにとどまる」から、本件条例は違憲ではない。また、「青少年を受け手とする場合に限つての規制であることからみて」、（規制の）基準の明確性も緩めてよい。本件では、「必ずしも明確性をもつとはいえない面がある」が、条例と施行規則さらに告示を併せ見ると「表現の自由の保障にみあうだけの明確性をそなえ、それによって、本件条例に一つの限定解釈ともいえるものが示されているので」違憲ではないとした。<sup>(39)</sup>

伊藤補足意見における、「規制の実質的な効果が成人の知る自由を全く封殺する場合」という判断基準をどのくらいの比重をもつてとらえるかで結論が異なってくるが、岐阜県青少年保護条例事件で問題となった「有害図書の自販機への収納禁止」を伊藤裁判官は「成人の知る自由にならきびしい制限」であるとするが、同改正法は、アメリカにおける子どもオンライン保護法（Child Online Protection Act; COPA）と同様に、商用サイトに限り、また、ホームページというインターネットにおける表現手段の一形式に限っていると、その規制は、「有害図書の自販機への収納禁止」よりも厳しい制限であろう。

この点を一先ずおくとしても、更に、規制の定義の不明確さ、<sup>(40)</sup> 営利を目的とした者のみが規制対象となることの妥当性、プロバイダに対する努力義務規定ないし勧告規定の当否も問題となる。<sup>(41)</sup>

〔三〕 児童ポルノ法

平成一〇年五月、当時の与党である、自民、社民、さきがけの三党から衆参両院に提出された「児童買春、児童ポルノにかかわる行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律案」は、平成一一年三月三十一日に全党一致法案として、参議院へ再提出され、四月二八日に参議院本会議で、五月一日に衆議院本会議で可決・成立した。<sup>(42)</sup>当初の法案では、対象となる児童ポルノを、写真、絵、ビデオテープその他のものであって、①性交等に係る児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写したもの、②衣服の全部または一部を脱いだ児童の姿態であって性的好奇心をそそるものを視覚により認識することができる方法により描写したもの<sup>(43)</sup>、③専ら児童の性器または肛門を視覚により認識することができる方法により描写したもの（専ら医学その他の学術研究の用に供するものを除く）と定義し（二条）、この定義に該当するものを「頒布し、販売し、業として貸与し、若しくは公然と陳列し、又はこれらの目的で製造し、所持し、運搬し、輸入し、若しくは輸入したもの」に対して「三年以下の懲役又は三〇〇万円以下の罰金に処する」（六条）ことになっており、また、「何人も、自己の性的好奇心を満たす目的で、児童ポルノを所持してはならない」（八条）とされている。<sup>(44)</sup>

最終的には、適用対象から、「絵」を削り、「實在しない架空の児童の姿態を描いた漫画のようなものは、児童ポルノには当たらないことになった」<sup>(45)</sup>。しかし、「絵」を「その他のもの」に入れて規制しようとする動きもあり、また、コンピュータでデジタル写真についても、「実在する児童の姿態」を描写したものとして規制が可能であるとする主張も見られ、その射程は定まっているとはいえない。<sup>(47)</sup><sup>(48)</sup>

サイバースペースへの適用について、同法は何も語るところがなかったが、法案作成のきっかけの一つとなった「ストックホルム世界会議のフォローアップ・国際シンポジウム」において採択された「子どもの商業的性的搾取に反対す

る共同声明」の九において、「すべての国家に対し、今後の技術にも考慮しつつ、（インターネット等の）コンピュータを通じて子どもの通信を禁止する立法措置を導入することを要請する」との一文が盛り込まれており、<sup>(49)</sup> 同法においても、サイバースペースの規制が念頭に置かれていることは間違いないとされていた。

この点につき、サイバースペース上の「情報」を（有体物を前提とした）特別刑法で規制することはできず、少なくとも、明文の「特別規定」が必要であることが指摘されていたが、平成一六年七月八日施行の改正法は、「電磁的記録に係わる記録媒体」を適用対象に含め（二条三項）、電気通信回線を通じた提供も処罰対象とすることによって（七条）、一応の解決をみている。<sup>(51)</sup>

#### 〔四〕プロバイダ責任制限法

平成一四年五月二七日に施行された「特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律（プロバイダ責任制限法）」の基になっているのが、「インターネット上の情報流通の適正確保に関する研究会」報告書（平成一二年一二月）<sup>(52)</sup>である。

同報告書では、①サービスプロバイダ等の責任の明確化に関するルール整備、②発信者情報開示に関するルール整備<sup>(53)</sup>、③フィルタリング・ラベリングとそのシステムの確立、について積極的な提言が行われていたが、今回の法律に盛り込まれたのは、①と②である。①について、同報告書は、「他人の権利利益を侵害するとされる情報について、サービスプロバイダ等による迅速で適切な対応を促していくため、サービスプロバイダ等の責任を明確化する必要がある、その際には、サービスプロバイダ等が責任を負わない方法を規定する方法（いわゆる「セーフハーバー」規定）によることが適当」（第二章五）であるとし、ここだけを見ると、アメリカにおいて、一九九六年に改正が行われた通信法二三〇

条に規定された「グッド・サマリタン」(Good Samaritan) 条項を念頭に置いていようにも思われた。<sup>(55)</sup>しかし、同報告書における「セーフ・ハーバー」(Safe Harbor) 規定の中身とは、(a)「単なる接続の提供をしているに過ぎない場合等」は責任を負わない、(b)「誠実に判断して措置を講じた場合には損害賠償を負わない」とするものであり、更に、(c)「被害を受けたと主張する者からの『通知』を発信者に伝達し、反論がなければ問題とされる情報の削除等をできること等、サービспロバイダ等が従えば責任を問われない形式的な手続の明示」についても、同規定に盛り込むべきだと<sup>(56)</sup>しており、アメリカとの理解の溝は大きかった。

②においても、アメリカとは異なる方向が示されていた。発信者情報開示に関するルール整備について、刑事事件では、裁判所が発する令状により発信者を特定することが可能となるが、名誉毀損あるいはプライバシー侵害を生じさせる表現がサイバースペース上で行われた場合、発信者が不明で訴訟の提起ができない事例が生じていた。その典型例は、ニフティサーブ・現代思想フォーラム事件<sup>(57)</sup>である。後に原告となる「被害者」から相談を受けていた弁護士がパソコン通信会社が発信者情報の開示を求めたところ、パソコン通信会社は、電気通信事業法四条に規定する通信の秘密<sup>(58)</sup>および罰則規定である一〇四条に違反するおそれがあるとして、発信者の氏名・住所の開示を拒んだのである。旧郵政省が平成八年一二月に公表した「インターネット上の情報流通について―電気通信における利用環境整備に関する研究会<sup>(59)</sup>」報告書においても、「電気通信事業法の通信の秘密については、発信内容ばかりでなく発信者の氏名等一定の範囲の外延情報についても保護の範囲に含まれる」としており、罰則規定だけではなく、発信者自身から不法行為責任を問われるおそれもあった。そのため、学説からは、「一旦、プロバイダに対して、違法行為の放置という不法行為を理由とする損害賠償請求事件を提訴し、その訴訟の中で、発信者が誰であるのかの点につき釈明要求をなし、その後に、発信者に対する訴訟を追加する」という、アメリカで見られた手法が主張<sup>(60)</sup>されたり、弁護士法二三条の二による照会請求<sup>(61)</sup>、あ

るいは、名誉毀損の刑事告訴を行い、警察に犯人（表現者）の氏名・住所を入手してもらい、それを知らせてもらう等の手法が主張されてきた。<sup>(62)</sup>

この点に関し、高橋和之教授は、「私は、掲示板に関しては、表現者のアイデンティティ（氏名・住所等）に関する情報は秘密性を持たないと解する。通信主体のアイデンティティ情報が秘密性を認められるのは、それ自体が通信内容とは独立に秘密性をもつからというより、通信内容を推測させることがありうるからである。つまり、通信内容の秘密をより完全に保障するために、内容を推測させる周辺情報をも秘密の範囲に取り込んできたのである。ゆえに、通信内容自体に秘密性がないときにまで、周辺の情報だけをとくに保障する必要はない」とされる。<sup>(63)</sup> この理解は、通信文本体が秘密性をもたなければ、発信者を特定する情報も秘密性をもたないとするアメリカの動向と軌を一にするものであり、正当であろう。また、高橋教授と同じ理解にたつて、ミニテルの出現によって、狭義の通信の秘密の概念を確定する必要があるが生じ、「守秘すべき私的通信」たる「私信（correspondance privée）」と「視聴覚通信（communication audio-visuelle）」に分割し、前者にのみ、旧来からの通信の秘密の概念を適用することとなった、フランスの状況を紹介する多賀谷一照教授においても同様であろう。<sup>(64)</sup> このように電気通信事業法四条の問題がクリアできれば、後は、プロバイダとユーザ間の契約内容の解釈に委ねられるとするのが、高橋教授の理解である。しかし、この点については、若干の留保が必要である。なぜなら、電気通信事業法四条の問題がクリアされたとしても、なお、表現者（ユーザ）のアイデンティティ情報にはプライバシーの保護が要請され、（匿名による）表現の自由も憲法上保障されていると解されるからである。実際には、表現者（ユーザ）のプライバシーや（匿名による）表現の自由をまったく考慮しないサービスプロバイダはないであろうから、それほどこの点は大きな問題とならないのかも知れないが、それでも、原則として、表現者（ユーザ）のアイデンティティ情報は開示されるべきではない。<sup>(67)</sup> 場合によっては、これらの侵害を理由とする不法行為責任が

表現者（ユーザ）側から追及されることもあるだろう。

この点については、ひとまず置くことにするが、いずれにしても、プロバイダに表現者（ユーザ）のアイデンティティ情報の開示を個別に判断させることは、プロバイダに過重な負担を負わせるものであり、開示の基準および（開示した場合の）免責を定めることが以前から考案されていた。例えば、平成十一年二月に出された「情報通信の不適正利用と苦情対応の在り方に関する研究会」報告書<sup>(68)</sup>では、「発信者情報の保護がほかの法益と抵触する場合にも絶対的に保護されるとは考えられない。他人の権利利益を侵害する通信については保護されない場合がある」として、「通信の秘密」に対する例外としての位置づけを行い、その例外の具体例として、①反復継続した発信又は大量若しくは大容量の発信を行なう行為であつて、②他人の個人情報、名誉を毀損する事項、侮辱する事項を不特定または多数の者に発信する行為を対象にし、「開示の手続」<sup>(69)</sup>については、③申立による開示手続の開始、④発信者への告知・反論の機会の付与などに留意すべきであるとしていた。

これに加えて、平成十一年の報告書は、プロバイダに対して、開示判断のための作業を行なわせることは不適当であるとし、別途、第三者機関を設けることで対応すべきであるとしていた。平成十二年の報告書は、これに引き続いて検討を行なったものである。開示が認められるべき具体的な要件としては、「(a)真に救済を必要とする被害者を救済できるようにするとともに、(b)不法な自力救済を助長したり力の弱い発信者に対する不当な圧力に用いられたりすることがないようにする必要がある、被害を受けたと主張する者が、(i)権利利益が侵害された蓋然性が高いこと、(ii)開示を受けなければ救済が得られないこと、などを要件とすることが考えられるが、この点に関しては、権利利益の侵害が重大なものであること等も要件に付加するかどうかなど、さらなる検討が必要である」としていた（第二章六）。また、開示を判断する主体については、平成十一年の報告書では、第三者機関となっていたが、平成十二年の報告書では、裁判所

が関与しての開示についても併記されており（第二章六）、立法作業の過程で、どのような仕組みを選択していくのが注目されていた。

プロバイダ責任制限法の内容は、<sup>(70)</sup>「損害賠償の責任の制限」と「発信者情報の開示請求」の二つに大別できる。前者の「損害賠償の責任の制限」については、更に、被害者に対する責任と発信者に対する責任の二つに分けることができる。①プロバイダ等（特定電気通信役務提供者）が当該侵害情報の流通により他人の権利を侵害されていることを知っていた（三条一項一）、あるいは、②当該侵害情報の流通を知っていた場合であって、他人の権利が侵害されていることを知ることができたと認めるに足りる相当の理由があった（三条一項二）にも係らず当該侵害情報を削除しなかった時には被害者に対して損害賠償の責任を負うことになった。そして、発信者に対する責任を負う必要が生じるのは、①プロバイダ等が当該侵害情報の流通によって他人の権利が不当に侵害されると信ずるに足りる相当の理由があった時（三条二項一）、および、②権利を侵害されたとする者から当該侵害情報の削除の申出があったことを発信者に連絡し（権利を侵害したとする情報、侵害されたとする権利および権利が侵害されたとする理由を示す必要がある）、七日以内に反論がない場合において当該侵害情報の不特定者に対する送信防止措置をとった時である（三条二項二）。

後者の発信者情報の開示請求については、①侵害情報の流通によって当該開示を請求する者の権利が侵害されたことが明らかである時（四条一項一）、②損害賠償請求権の行使のために正当である場合その他開示を受けるべき正当な理由がある時（四条一項二）、の二つの条件を満たす場合に、プロバイダ等が所有する発信者情報（氏名、住所その他の侵害情報の特定に資する情報）の開示をプロバイダ等に対して請求することができる。プロバイダ等は当該請求を受けた時は、開示するか否かの判断にあつては発信者の意見を聞くことが義務づけられているが（四条二項）、その結果、

プロバイダ等が開示の請求に応じないことにより当該開示の請求をした者に生じた損害については、故意又は重大な過失がある場合でなければ賠償の責めは負わないとされた（四条四項<sup>(71)</sup>）。

同法で定められた「損害賠償の責任の制限」については、報告書段階での批判がそのままではまるので省略するが、「発信者情報の開示請求」については、プロバイダに対して開示判断のための作業を行なわせることが不適当であるとした平成一一年の報告書、および、開示の判断を行う主体について第三者機関もしくは裁判所の関与を想定していた平成一二年の報告書とは微妙に異なる立法を行なったと評価できる。この裁判外の開示システムを用いてもプロバイダから発信者情報が開示されなかった場合には、裁判による開示請求を行うことになるが、そうなると、なぜこのような簡便かつ危険な制度を作らなければならなかったのかが疑問として残る。故意・重過失の場合に責任を限定しているとはいえ、開示請求者から責任を追及される恐れは依然残っているのに加えて、発信者情報を開示した場合に、今度は、発信者側から責任を追及される可能性もあるのである。このような過大な責任をプロバイダ等に課すことが果たして正当なシステム選択なのであろうか。また、更に、日米比較の観点からも同法が定めるシステムは否定的に解されなければならないだろう。

#### 〔五〕青少年社会環境対策基本法案

最後の二つは、サイバースペース上の表現の自由に対しても影響を与える可能性が高い法案であり、当初から注目されてきたものである。

青少年社会環境対策基本法案<sup>(73)</sup>は、平成一二年五月に、参議院自民党が議員立法の形でとりまとめたものである。同法案は、「青少年の健全な育成を阻害するおそれのある社会環境からの青少年の保護に関し、その基本理念を定め、国、

地方公共団体、事業者、保護者及び国民の責務を明らかにするとともに、青少年の健全な育成を阻害するおそれのある社会環境からの青少年の保護に関する施策を総合的に推進し、もって青少年の健全な育成に資すること」を目的（法案（素案）第1）とし、「一八歳未満の者」（第12(1)）である「青少年の性若しくは暴力に関する価値観の形成に悪影響を及ぼし、又は性的な逸脱行為、暴力的な逸脱行為若しくは残虐な行為を誘発し、若しくは助長する等青少年の健全な育成を阻害するおそれのある社会環境」（第12(2)）に対処するため、青少年に悪影響を与えるおそれのある情報を提供する「事業者」や「事業者団体」には、「協定」あるいは「規約」を設けさせ（第41）、それを総務庁長官もしくは都道府県知事に届け出る義務が課せられるほか（第42(1)）、届出を受けた総務庁長官もしくは都道府県知事はその内容を公表するとともに（第42(2)）、青少年の保護に関し必要があると認める時は、「事業者」又は「事業者団体」に対して、必要な「指導」「助言」を行なうことができる（第43(1)）。また、総務庁長官もしくは都道府県知事が「1」青少年の性的な感情を著しく刺激し、又は性的な逸脱行為若しくは残虐な行為を誘発し、若しくは助長するおそれがある場合」「2」青少年に粗暴な又は残虐な性向を植え付け、又は暴力的な逸脱行為若しくは残虐な行為を誘発し、若しくは助長するおそれがある場合」「3」その他青少年の不良行為を誘発し、又は助長する等の青少年の健全な育成を著しく阻害するおそれがある場合」にあたと判断した時には、「事業者」又は「事業者団体」に対して、必要な措置をとるように「勧告」し（第44(1)）、その「勧告」に従わない場合には、その旨を「公表」すること（第44(4)）ができることになっている<sup>(74)</sup>。

同法案は、従来から行われてきた都道府県レベルでの「青少年保護」を、かなり弱めた形ではあるが、国レベルに引き上げて行なおうとするものである<sup>(75)</sup>。規制対象に限定はなく、インターネットに対しても適用があると考えられ、同法案においても、青少年保護をうたった改正風営適正化法と同様の問題が生じるだろう。なお、改正風営適正化法より

もサンクションは軽いとはいえ、その射程はより広汎である点に注意しなければならない。<sup>(77)</sup>

#### 〔六〕人権擁護法案

平成八年一二月に制定された人権擁護施策推進法に基づき設置された人権擁護推進審議会が、平成一三年五月に、二  
号答申（人権救済制度の在り方について（答申）<sup>(78)</sup>）を行った。この答申は、マスメディアに起因する人権侵害を対象範  
囲とするか否かの点がクローズアップされて報道された嫌いがあるが、救済を行なう人権救済機関（仮称「人権委員会」）<sup>(79)</sup>  
の創設が明記され、また、インターネット上の表現についても明示的に言及されていた。

本稿に関連のある部分のみを簡単に見ると、「人権委員会」は、政府から独立性を持ち、中立公正さが制度的に担保  
されなければならない組織とされ（答申第7、1）、以下の表現に対して、救済としての介入を行なうとしている（第  
4、1イ）。①「差別表現のうち、特定の個人に対する侮辱や名誉毀損に当たるものについては」積極的救済が行われ、  
また「集団誹謗的表現のうち、個別的人権侵害であると考えられることができるもの」についても同様とする。②「いわ  
ゆる部落地名総鑑の出版やインターネット上の同種情報の掲示のように、<sup>(80)</sup>人種、民族、社会的身分等に係わる不特定又  
は多数の者の属性に関する情報を公然と摘示するなどの表現行為であって、差別を助長・誘発するおそれが高いにもか  
かわらず、法律上又は事実上、個人では有効に対処することが著しく困難な一定の表現行為が行われた場合において、  
勧告・公表までの手法で解決をみないときは」、「人権救済機関の積極的な関与により当該表現行為を排除していく仕組  
みを導入」する。③「集団誹謗的表現（人種、民族、社会的身分等により識別された一定の集団を誹謗・中傷する表現）」  
は、「その内容、程度、態様等において様々なものがあることから、その対応に当たっては」「人権救済機関による意見  
表明や行為者に対する個別指導等の方法によって適切に対応すべきである」とする。

その後、この答申に基づいて人権擁護法案が準備され、平成一四年一月三十一日に、法務省が大綱を発表し、三月八日には、同法案を閣議決定し、同日参議院に提出された。当初は、平成一五年七月までに「人権委員会」の発足と救済制度のスタートをめざしていると伝えられたが、平成一五年一〇月に廃案となつて以降、先行きが不透明な状況にある。<sup>(82)</sup> いずれにしても、同答申・法案を評価するにあつては、その核となる「人権委員会」の活動内容を注視する必要がある。表現はあくまでも、自由であることが原則であつて、公権力、ましてや行政権が介入していくことは常に謙抑的であればならない。仮に、活動主体となる「人権委員会」が政府から独立性を持ち、中立公正であるとしても、<sup>(84)</sup> (広い意味での) 行政権が「表現の交通整理」を行なうことには、多くの疑問があるが、ここでは、同答申・法案がインターネット上の表現についてもその射程を及ぼそうとしている点を確認し、これ以上の議論は省略する。<sup>(85)</sup> <sup>(86)</sup> <sup>(87)</sup>

(1) 町村泰貴「インターネット上の紛争とその解決」法時六九巻七号一八一―一九頁。立山紘毅教授も「いかにインターネットが憲法上望ましい情報環境をもたらす可能性をもつものであるとしても、それは国家による自由の領域への介入を排除するだけで問題を解決することにはならない」。「すなわち、マス・メディアと同様、その接続のためには通信回線を所有し運用する者との関係が生じ、その関係を放任しておくならば、そこには私的検閲といった事態さえ発生しかねないからである。たとえば、オウム信徒によるホームページに対して、あれこれ苦情が来て『商売の邪魔だから』と一方的に削除した、という事件はその一例であろう」と指摘される(立山紘毅「現代的言論状況の一断面」『法と情報 石村善治先生古稀記念論集』(信山社・一九九七年)二五六頁)。

(2) 町村・上掲論文一八頁。

(3) 地裁の二判決を検討したものとして、町村泰貴「判批」判時一七一八号二〇五頁(判例評論五〇〇号二七頁)以下、夏井高人「二つの異なる判決―ケイネット事件」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)二九一頁以下、船越一幸『情報とプライバシーの権利—サイバースペース時代の人格権—』(北樹出版・二〇〇一年)一三—一四頁参照。第一事件原告の手によるものとして、寺田慶治「ネット裁判 コミュニケーションの『場』を守るために—ケイネット裁判」法七五三三三六二一六五頁、同氏のホームページ (<http://www.monty.konan.yokohama.jp/silly/silly.htm> (last visited Sep 8, 2001))、第二事件原告の手によるものとして、高木寛「知っていますか? インターネットと人権 一問一答」(解放出版社・二〇〇〇年)一三頁、同氏のホームページ (<http://www.asahi-net.or.jp/~LG9H-TKG/kin-dex.htm> (last visited Dec 6, 2004))が参考になる。また、ケイネットを紹介したものとして、堀部政男『自治体法学全集10 自治体情報法』(学陽書房・一九九四年)七三、七七一七八頁参照。

(4) 夏井高人教授も、公法的見地からの検討の必要性を指摘される(夏井・上掲論文二九九頁)。

(5) 第三セクター方式でパソコン通信ないしインターネットサービスプロバイダを運営しているところは、本件のケイネット以外にも散見される。例えば、大分県を中心とするコアラ、宮城県と仙台市を中心とするコミネット仙台などがあり、北海道では、函館市を中心とする函館インフォメーションネットワーク(HINET)が存在している。

(6) 本件で、紛争の火種となった、平成七年四月の各BBS(電子会議室)の改編とそれにもなうサロンマネージャー、ボードマスターの一方的な解雇は、ケイネットの経営再建が目的であったという(「別冊 Mail Magazine Radica 一九九八年二月二日(火)号」<http://www.ninjia.net/radica/HTML/981222.html> (last visited Dec 6, 2004))。寺田・前掲論文[注c]六二頁)。このケイネットは、平成七年八月に、インターネットサービスプロバイダ事業も行うことになり、Copenicusと改称したが(パソコン通信事業も継続された)、約七二億円の負債を抱え、平成一〇年二月、清算手続に入った。なお、経営再建当時の記事として、「株式会社ケイネット きめ細やかな個人向けサービスとコンテンツの充実で成功する、異色の第三セクター」<http://www.rnts.co.jp/SO/sol/kei/index.html> (last visited Dec 6, 2004)がある。

(7) 判時一六八四号八一—八二頁。

(8) 判時一六八四号九九頁。

(9) 松沢栄一「判批」岡村久道編『サイバー法判例解説』(商事法務・二〇〇三年)九四—九五頁参照。

(10) なお、(3)判決では、「控訴人が神奈川県の出資を受けたいわゆる第三セクター方式の株式会社であることなどを考慮に入れても」結論に違いはないとする(判時一七四八号一三三頁)。

- (11) 内田貴『民法Ⅱ 債権各論』(東京大学出版会・一九九七年) 一三〇―一三二頁参照。
- (12) この点に関し、町村教授は、「契約を継続しがたい重大な事情と信頼関係の破壊とは、表現こそ違うが、そこで評価されている内容は従前のケイネット運営に対する $X_1$ 、 $X_2$ の貢献や交渉過程における両当事者の対応等から削除を是認すべきかどうかであり、その判断要素からすれば、実質的に同一のことを指しているといつてよい。ただし(1)判決解除権成立要件として『継続しがたい重大な事情』を要求しているのに対して、(2)判決はいわば解除権成立却要件として『信頼関係が破壊されているとは認められない特段の事情』を問題としており、サービスを継続しがたい重大な事情または信頼関係の破壊があるとの評価を支える事実の主張立証については異なった理解がみられる」のみであるとされる(町村・前掲「判批」[注3] 二〇八頁)。
- (13) 第三セクターの概念につき、石龍潭「いわゆる第三セクターに関する行政法学的考察(一)」北法五四卷六号六六頁以下参照。
- (14) 山下茂編『新地方自治法講座10 特別地方公共団体と地方公社・第三セクター・NPO』(ぎょうせい・一九九七年) 三二六―三三一頁参照。
- (15) 浦和地判平成四年三月二日判タ七九一号一一頁、東京高判平成六年一〇月二五日判時一五一五号七二頁。
- (16) 岡山地判平成八年二月二七日判タ九三八号一〇八頁。その後、広島高岡山支判平成一三年六月二八日判自治二二四号六三頁、最判平成一六年一月一五日判時一八五〇号三三〇頁が出ている。
- (17) 福島地判平成八年一〇月二八日判自治一六六号四四頁。
- (18) (1)判決、(2)判決の事実認定、及び、内山幸久「パソコン通信への道―受ける側から支援の側へ―」月刊ノーマライゼーション一九九六年五月号四九頁以下 ([http://www.dinf.ne.jp/doc/japanese/prd/jstc/normah178/h178\\_049.htm](http://www.dinf.ne.jp/doc/japanese/prd/jstc/normah178/h178_049.htm) (last visited Dec 6, 2004))、「訪問レポート 株式会社ケイネット」(<http://www.abc.co.jp/press/nendai/no23/23u04.html> (Not Found) 参照)。
- (19) 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』(有斐閣・一九九四年) 二九六頁以下。
- (20) 中村睦男『憲法30講(新版)』(青林書院・一九九九年) 五一頁、中村睦男・常本照樹『憲法裁判50年』(悠々社・一九九七年) 八三頁〔中村執筆〕。
- (21) 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・ジャーナル六号二四〇―二四一頁。

(22) 池田信夫『ネットワーク社会の神話と現実』(東洋経済新報社・二〇〇三年)三四頁。

(23) 第二条2 有害情報 本市が管理する電子掲示板に記録されてはならない情報として、次のいずれかに該当する情報という。

ア 個人のプライバシーを侵害するおそれがあると認められる情報  
イ 他人を誹謗、中傷すると認められる情報

ウ 他人に財産的不利益又は精神的苦痛を与えると認められる情報

エ 不当な差別を助長するおそれがあると認められる情報

オ 性的好奇心をそそると認められる情報

カ 非行・犯罪をおおると認められる情報

<http://com.city.okayama.okayama.jp/reiki/reiki.html> (last visited Dec 6, 2004).

(24) 削除対象となる内容は、「有害情報」のみに限られず、「営利を目的とする情報、政治的又は宗教的中立性を損なうと認められる情報その他の本市が管理する電子掲示板の設置趣旨に著しく反する内容の情報」も対象となる(四条二項)。

(25) <http://www.aleph.io/> (last visited Dec 6, 2004).

(26) 第一条 何人も、図書類の内容の全部又は一部が次の各号のいずれかに該当すると認められるときは、当該図書類を青少年に販売し、交換し、貸し付け、贈与し、若しくは頒布し、又は見せ、聞かせ、若しくは読ませないように努めなければならない。

一 青少年の性的感情を刺激し、その健全な育成を阻害するおそれがあるもの  
二 青少年の残虐性を助長し、又は青少年の非行を誘発し、若しくは助長し、その健全な育成を阻害するおそれがあるもの

2 何人も、通信番組の内容の全部又は一部が前項各号のいずれかに該当すると認められるときは、その内容の全部又は一部を青少年に見せ、聞かせ、又は読ませないように努めなければならない。

第十五条 次に掲げる者又はその組織する団体は、当該者がその営業に関し、青少年の健全な成長を阻害しないように

するための遵守すべき基準についての協定又は規約を締結し、又は設定するように努めなければならない。

四 通信番組の提供の媒介に係るものであつて、規則で定めるものを業とする者

<http://cebc.jp/data/education/law/chino/fukukokai-kenzen.htm> (last visited Dec 6, 2004).

- (27) 東京都青少年の健全な育成に関する条例（平成九年二月一六日施行）は、「第二条第二号中『ビデオディスク』の下に『並びにコンピュータ用のプログラム又はデータを記録したシー・ディー・ロムその他の電磁的方法による記録媒体』を加える」とする (<http://www.2s.biglobe.ne.jp/~law/law/ldb/keij/H09TKJ75.htm> (last visited Dec 6, 2004))。北海道青少年保護育成条例五条（三）は、「前二号に掲げるもののほか、知事が、図書類（書籍、雑誌、絵画その他の刊行物及び映画フィルム、スライドフィルム、録画テープ、録音テープ、録音盤、フロッピーディスクその他の映像又は音声記録されているもので機器を使用して当該映像又は音声再生されるものをいう。以下同じ。）」の内容の全部又は一部が、著しく粗暴性を助長し、性的感情を刺激し、又は道義心を傷つけるもの等であつて、青少年の健全な育成を害するおそれがあると認め指定したもの」と規定してゐる (<http://www.pref.hokkaido.jp/ks/kskatu/ks-ssku/ssfourai.htm> (last visited Dec 6, 2004))。

平成一三年三月三〇日に改正された、東京都条例においても、「不健全」図書の指定事由に「自殺・犯罪」が新たに加えられる（七条）、区分陳列の強化及び処罰を科すこととなつたが（九条の二、二五条）、インターネットに対する規制は行われていない。

- (28) 第二条の二 インターネットを利用して情報を提供しようとする者は、情報の内容の全部又は一部が第一条第一項各号のいずれかに該当すると認めるときは、自主的に当該情報を青少年に見せ、聴かせ、又は読ませないよう努めなければならない。

2 インターネットに接続している自動公衆送信装置（著作権法（昭和四五年法律第四八号）第二条第一項第九号の五に規定する自動公衆送信装置をいう。以下同じ。）の設置者は、当該自動公衆送信装置の記録媒体に記録され、又は当該自動公衆送信装置に入力された情報の全部又は一部が第一条第一項各号のいずれかに該当すると認めるときは、自主的に当該情報を青少年に見せ、聴かせ、又は読ませないよう努めなければならない。

3 インターネットを利用することができる機能を有する端末設備（電気通信事業法（昭和五九年法律第八六号）第四九

条第一項に規定する端末設備をいう。）又は当該端末設備が附属した機器の販売、頒布、貸付け又は交換を業とする者は、その営業に関し、自主的にインターネットを利用して提供される情報を選択し、又は当該情報のうちその全部又は一部が第一条第一項各号のいずれかに該当するものの受信を防止するための方法を青少年に周知する等インターネットを利用する青少年の健全な成長が阻害されることのないよう努めなければならない。

<http://www.pref.tottori.jp/kyoudousuishin/youth/kaiseigo-zyouei.pdf> (last visited Dec 6, 2004).

(29) 第二三条 インターネットを利用することができる端末装置（以下「端末装置」という。）を青少年に利用させるために設置する施設の管理者その他端末装置を公衆の利用に供する者は、当該端末装置を青少年の利用に供するに当たっては、フィルタリング（インターネット上の情報について、一定の条件により、受信するかどうかを選択することをいう。）の機能を有するソフトウェアの活用その他の適切な方法により、青少年の健全な成長を阻害するおそれのある情報の視聴を防止するよう努めなければならない。

第二四条 府は、前条の規定に基づく取組についての必要な助言を行い、及び同条に規定する方法の周知に努めるものとする。

<http://www.pref.osaka.jp/koseishonen/jorei.pdf> (last visited Dec 6, 2004).

(30) 大沢秀介「インターネットと表現の自由」大沢秀介編『はじめての憲法』（成文堂・二〇〇三年）一二六頁、園田寿「コミック性表現と刑法一七五条」法時七六卷九号四六―四七頁。

(31) <http://hpl.cyberstation.ne.jp/strycat/watch/top.htm> (last visited Dec 6, 2004).

(32) 「風俗営業法」というのは、これまで営業所・店舗を設けて、そこに人々が集まるという観点から、未成年者や児童に影響がないようにということ、風俗営業は原則禁止、申請したものに対して、要件が満たされていることを確認して許可するという制度、許可制である。ところが今回の改正は、無店舗営業、映像送信型という形態を設定して、情報産業自体を規制対象とするというのだ。場所的に限定されない、インターネットを利用する映像の配信サービスもこれにあたるというのである。したがって、情報産業を許可制の下におくという決定をしたのである。情報産業、情報提供行為は、言うまでもなく、表現の自由と深く係わる」（牧野二郎『市民力としてのインターネット』（岩波書店・一九九八年）六四頁）。「風営法」という、基本的に場所に着目した規制体系を有してきた規律を、物理的な空間の制約を越える性質を持つハサイバー

スペースVに持ち込むことは、『店舗型』のアダルトビデオの販売営業への規制を『無店舗型』のそれに適用する際の問題とはさらに異なる側面を有するのであって、いっそう慎重な検討が求められる」(山口いつ子「風営法改正と青少年保護―インターネット上の表現に対する規制を中心として―」法時七〇巻一一号四二頁)。

- (33) 「平成九年九月に、総務庁青少年対策本部が実施した『青少年の情報通信を利用したコミュニケーションに関する調査』では、子供のインターネット等の利用に当って改善・配慮が必要な事項として『ポルノや暴力などの有害な情報を子供に見せないようにする』を挙げる保護者が調査対象者の六五・九%にも上がっているほか、一〇年二月、(社)日本LTA全国協議会から国家公安委員長等に対して、インターネット上のポルノ画像等を少年の目に触れさせないようにするための善処を求める旨の要望書が提出されている。また、『平成一〇年九月に総務庁が発表した『青少年とパソコンなどに関する調査研究報告書』では、男子高校生の四六%がインターネットでポルノ画像を見た経験があるという結果が示されており、その時の感想は、『驚いた』(四三%)、『興奮した』(三二%)、『つまらなく感じた』(二九%) などとなっている」という(警察庁長官官房総務課監修『ハイテク犯罪の現状と対策―平成10年警察白書特集解説書―』(立花書房・一九九九年)一六―一七頁)。

- (34) 山口・前掲論文「注32」四一頁以下、風俗問題研究会『最新風営適正化法ハンドブック』(立花書房・一九九九年)一七九―一九一頁、後藤啓二「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律の一部を改正する法律について」ジュリー一四〇号六四頁以下、牧野・前掲書「注32」六三頁以下、内田晴康・横山経通編『インターネット法―ビジネス法務の指針―(第4版)』(商事法務研究会・二〇〇三年)四二、七三―七四頁参照。

- (35) 平成一三年九月二〇日施行。

- (36) 最判平成元年九月一九日判時一三二七号九頁。高見勝利「判批」憲法判例百選I(第四版)一一六頁以下、清水英夫「有害図書」販売規制と最高裁判決―岐阜県青少年条例の合憲判決について―清水英夫・秋吉健次編『青少年条例―自由と規制の争点―』(三省堂・一九九二年)四五頁以下参照。

- (37) 青少年保護条例につき、芦部信喜『現代人権論』(有斐閣・一九七四年)二〇九頁以下、清水英夫『精神的自由権』(三省堂・一九八〇年)一一五頁以下、清水英夫『言論法研究―憲法21条と現代―』(学陽書房・一九七九年)一二七頁以下、右崎正博「青少年保護条例の過去・現在・未来―東京都条例改正を中心に―」法時七六巻九号三九頁以下、新井誠「表現の

自由に対する規制」岡田信弘編『憲法のエチュード』（八千代出版・二〇〇四年）八二頁以下、清水英夫「公権力による出版規制の危険性と問題点―規制強化の意味するもの―」新研四八七号四二頁以下、横田耕一『「有害図書類」に指定されたフロッピーディスク』新研五一三三号八七頁以下、横田耕一「コミックの規制と表現の自由」法民二六八号二二一六頁、奥平康弘『ジャーナリズムと法』（新世社・一九九七年）二九九頁以下、紙谷雅子「猥褻・ポルノグラフィ・エロティカ」法民二六八号三〇一三四頁、清水英夫「情報と権力」（三省堂・一九八四年）一四一頁以下、清水英夫『現代出版論』（理想出版社・一九八〇年）二二九頁以下、吉居秀樹「国家権力と言論の自由」石村善治編『新版 現代マスコミ法入門』（法律文化社・一九九八年）一七七一―二〇頁、三浦大介「青少年保護という名の落とし穴」インパクション九八号（インパクト出版会・一九九六年）八〇頁以下参照。

(38) 伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣・一九九三年）二〇九頁。

(39) 伊藤補足意見については、青少年に向けられた表現に対する憲法適合性に（大人の場合よりも）緩められた基準が適用される（アメリカ流に言えば、わいせつな（obscene）表現の射程を広げる）としても、伊藤裁判官の提示した「相当の蓋然性」は、果たして基準足りうるのか、違憲性の審査基準とともに規制の基準の明確性までもリンクして基準が引き下げられていることが正当なのか等、いろいろ問題があるように思われが、ここでは詳述しない。

(40) 規制する側も、この点を理解しているのか、平成二年二月に警察庁生活安全局より「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律等の解釈基準」が出されている（風俗問題研究会・前掲書「注34」五〇〇頁以下参照）。この「解釈基準」に対しては、以下のような強力な批判がある。少し長いが、引用する。「この『解釈基準』は、警察庁の表現を借りると、改正風営法を『円滑、かつ、適正に運用するために』取りまとめたものであるが、これは改正風営法の施行のための『附則』の一部として規定されたものではなく、改正風営法の一部をなすものではない。また、『解釈基準』は裁判所における公権的な解釈を取りまとめたものでもなく、取り締まる側の考え方を『解釈基準』として取りまとめたものにすぎない。これは、いわば憲法上の唯一の合憲性審査権を有する裁判所（憲法八一条）以外の公権力が、改正風営法が違憲とならないよう（憲法二一条に違反しないよう）に、自らの判断で限定解釈を加え実際の取り締まりの範囲を限定することを一方的に宣言したものであり、明確な法的根拠を有するものではない。その意味では、各都道府県の青少年保護育成条例に付されているような有害図書指定の認定基準といった基準とは異なるものと言える。実際に、改正風営法に基づく取り

締めりがなされた場合に、裁判所において刑罰が科されるかどうかは、改正風営法に従って裁判所が判断するのである。

警察庁の『解釈基準』に従って判断されるなどという保障はどこにも存しないのである。恣意的に『解釈基準』が変更され、処罰範囲が容易に変動してしまうことになる。処罰範囲に関する国民の予測可能性を奪うことになり、国民の行動を不当に制約することにつながる。また、「改正風営法自体警察庁が強力に後押しした立法であるだけに、なぜ立法の段階で可能なかぎり文言を明確化しなかったのか疑問が残るところである。『解釈基準』によって、このような限定解釈を施さざるを得ないこと自体、警察庁が改正風営法の規制文言の『不明確』性もしくは『過度に広範』性を認めているに等しいと言えよう。もし、改正風営法の表現内容の規制が明確なものであれば、元々この点に関する『解釈基準』の必要はないはずである」(佐々川直幸「ネット情報を規制する法律・条例―改正風営法」インターネット弁護士協議会編『インターネット事件と犯罪をめぐめる法律』(オーム社・二〇〇〇年)二二〇頁)。また、笹田栄司教授は、同改正法の「営業」概念の不明確さを指摘し、「表現の自由を制約する可能性がある」とされる(笹田栄司「青少年保護―有害な表現とは何か」・犯罪報道―法教二二六号三三頁)。

(41) 規制対象の妥当性については、アメリカにおいて、子どもオンライン保護法(COPA)の訴訟の中でも同様に問題となっており、定義の不明確さについては、未成年に有害な(harmful to minors)表現をめぐめる判決との対比で、わが国との違いが浮き彫りになるだろう。

(42) 成立までの経緯は、森山眞弓編『よくわかる児童買春・児童ポルノ禁止法』(ぎょうせい・一九九九年)一七―三四頁、園田寿『解説 児童買春・児童ポルノ処罰法』(日本評論社・一九九九年)六一―八頁参照。

(43) 定義の不明確さが、同法に対する批判の中心となっている(清水英夫『言論の自由はガラスの城か』(三省堂・一九九九年)一八一頁以下)。特に、②衣服の全部または一部を脱いだ児童の姿態、が規制対象であれば、一八歳未満のアイドルの普通の水着写真が「児童ポルノ」にあたる可能性も否定できない(佐々川直幸「ネット情報を規制する法律・条例2―児童買春・児童ポルノ禁止法」インターネット弁護士協議会編『インターネット事件と犯罪をめぐめる法律』(オーム社・二〇〇〇年)二二―二三頁。ただし、森山編・上掲書四八―四九頁は否定的に解する)。また、長峯信彦教授も「(同)規定は、行為の客観的態様ではなくその主観的解釈を含む点で、明確性の原則に反する疑いが強い」とされる(長峯信彦「『わいせつ』映像類はどこまで自由に表現できるか」法セ五六五号一七頁注九)。

- (44) 紙谷雅子「チャイルド・ポルノグラフィと表現の自由」法時七〇巻一一号三七頁以下。
- (45) 森山編・前掲書「注42」四六頁。
- (46) この点を示すものとして、園田・前掲書「注42」三〇頁。坪井節子「子ども買春・子どもポルノ禁止法」法七五三七号五四頁は、再度の法規制が必要であるとする。
- (47) 森山編・前掲書「注42」一二七頁。
- (48) この点に関しては、アメリカのチャイルドポルノ防止法（Child Pornography Prevention Act, CPPA）に対する判断が参考になるだろう（拙稿「サイバースペースと表現の自由（三）―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―」北法五五巻三号一三九頁以下参照）。
- (49) 森山編・前掲書「注42」一七一―一九頁。園田・前掲書「注42」六四頁は、「インターネット上で流通する児童ポルノについては、本法に明確な規定が存在しない」が、「特別な規定がなくとも対応可能という趣旨であろう」とする。
- (50) 園田・前掲書「注42」六四頁。
- (51) 児童ポルノ法が問題となったケースについては、奥村徹弁護士のプロゲ（<http://d.hatena.ne.jp/okumuraosaka/>（last visited Dec 6, 2004））、奥村徹「判批：児童ポルノネット公開事件（甲府地判平成一四年八月五日）」および「判批：児童ポルノ写真集販売事件（大阪高判平成一四年九月二二日）」岡村久道編『サイバー法判例解説』（商事法務・二〇〇三年）八〇―八三頁参照。その他、チャイルドポルノ規制に関しては、「サイバー犯罪条約（Convention on Cybercrime）」が、不正アクセス、著作権侵害とともに、チャイルドポルノを規制するための立法及びその他の措置を締約国に求める内容になっている（九条）。同条約は、憲法上の観点から多くの検討を必要とするが、ここでは省略する（サイバー犯罪条約につき、工藤正晴・森純子「サイバー犯罪対策とセキュリティ」および陳一・横溝大「サイバーセキュリティと国家管轄権」NTTデータ技術開発本部システム科学研究所編『サイバーセキュリティの法と政策』（NTT出版・二〇〇四年）二七頁以下参照）。
- (52) [http://www.soumu.go.jp/joho\\_tsusin/pressrelease/japanese/PDF/denkij001220j60101.pdf](http://www.soumu.go.jp/joho_tsusin/pressrelease/japanese/PDF/denkij001220j60101.pdf)（last visited Dec 6, 2004）概要について、[http://www.soumu.go.jp/joho\\_tsusin/pressrelease/japanese/denkij001220j601.html](http://www.soumu.go.jp/joho_tsusin/pressrelease/japanese/denkij001220j601.html)（last visited Dec 6, 2004）内田晴康・横山経通編『インターネット法―ビジネス法務の指針―【第3版】』（商事法務研究会・二〇〇一年）七〇―七一頁参照。
- (53) プロバイダ責任制限法施行以前における発信者情報開示に関する運用については、社団法人テレコムサービス協会事業

者倫理委員会が平成一〇年二月に取りまとめた、「インターネット接続サービス等に係る事業者の対応に関するガイドライン」(<http://www.teleso.or.jp/guideline/1998/19980216guide.htm> (last visited Dec 6, 2004)) に準じた取り扱いがなされていた。ガイドライン一九条では、「事業者は、利用者に関する問合せを受けた場合、利用者本人であることを確認できるときにはこれに応じるものとし、利用者本人以外の者からの問合せであるときには原則として応じないものとする」と規定し、一八条は、「事業者は、警察官、検察官、検察事務官、国税職員、麻薬取締官、弁護士会、裁判所等の法律上照会権限を有する者から照会を受けた場合、書面の呈示を求めるものとし、記載事項等を確認のうえ、照会に対して必要と認められる範囲内で協力することができる。ただし、緊急避難または正当防衛の場合を除き、以下(一)通信の存在及び内容、二通信当事者の氏名、住所または居所、三通信当事者の電話番号、FAX番号、メール・アドレス等の通信ID、四通信日時(筆者注)に掲げる通信の秘密に属する事項等を開示してはならない」と規定し、ユーザのアイデンティティ情報も含めて原則非開示としていた(笠原毅彦『ネットユーザーの危ない現実―まったく新しいトラブルへの法律・新常識』(青春出版社・二〇〇一年)五七―五八頁参照)。

(54) 第二三〇条 不快な素材についての私的な阻止及び選択の保護

〔c〕不快感を与える素材の「親切なサマリヤ人 (GOOD SAMARITAN)」によるブロック及び選別に対する保護―

〔1〕発行者 (Provider) 又は代弁者 (User) としての取扱―双方向コンピュータ・サービスのいかなる提供者又は利用者をも、別の情報コンテンツ提供者が提供する情報の発行者又は代弁者として扱ってはならない。

〔2〕民事責任―いかなる双方向コンピュータ・サービスのいかなる提供者又は利用者も、次の事項を理由として責任があるとなしてはならない。

〔A〕当該提供者又は利用者がわいせつな、淫らな、好色な、卑猥な、過度に暴力的な、困惑させるようなその他の好ましくないと判断した素材が憲法上保護されているかどうかにかかわらず、当該素材へのアクセス又はその利用可能性を制限するために誠実に、かつ、任意にとった措置

〔B〕(1)に規定する素材へのアクセスを制限する技術的手段を可能にし、又は情報コンテンツ提供者その他の者に当該手段を利用可能とするためとる措置

(郵政省郵政研究所編『一九九六年米電気通信法の解説』(商事法務研究会・一九九七年)二九八頁)

(55) 平成八年一二月の「インターネット上の情報流通について―電気通信における利用環境整備に関する研究会―」においても、通信法改正により追加された「グッド・サマリタン」条項のような立法例を参考に検討すべきだとされていた。

(56) 同報告書によれば、このシステムはアメリカにおけるデジタルミレニアム著作権法 (Digital Millennium Copyright Act; DMCA) における、*Notice and Take Down* のシステムを参考にしたものであるとするが(第二章五)、アメリカにおいてもサイバースペース上の著作権侵害に係わるコンテンツにのみ適用される原則を民事責任が問題となるような全てのコンテンツに拡大適用して良いのであろうか。確かに、わが国の判例状況からすれば、アメリカのデジタルミレニアム著作権法 (DMCA) におけるシステムの「移植」の方が好都合かもしれない。しかし、そのような「移植」が適切であるか、という点、そうではないように思われる。デジタルミレニアム著作権法 (DMCA) について詳述する余裕はないが、(アメリカにおいては) 名誉毀損の場合と著作権侵害の場合には、それぞれ別の立法により法的対応が異なっている点に留意されたい。

(57) 拙稿「サイバースペースと表現の自由(六)」北法五五巻六号一八二頁以下。

(58) 棟居快行教授は、(憲法レベルであるが) 通信の秘密の保障の背後に、言論を公的言論と私的言論とに二分する考え方がありと指摘される。公的言論とは異なり、後者の私的言論の場合、「第三者による盗み聞きや批判や、それどころか賛辞すらも、私的言論への干渉であり、私的言論という形態の表現の自由に対する妨害とな」り、「また、私的言論という閉じたコミュニケーション空間をブライバシーの領域と捉えるならば、第三者からの右のような干渉はブライバシー権の侵害ともなる」。「かくして通信の秘密とは、通信手段を用いてなされる私的言論の保護であり、それは私的言論という形態の表現の自由の保障であると同時に、私的言論の空間というブライバシーの領域の保護ともいえるのである」とされる(棟居快行「通信の秘密」法教二二号四五頁)。

(59) [http://www.soumu.go.jp/joho\\_tsusin/pressrelease/japanese/denki/12261601\\_1.html](http://www.soumu.go.jp/joho_tsusin/pressrelease/japanese/denki/12261601_1.html) (last visited Dec 6, 2004) 電気通信における利用環境整備に関する研究会「インターネットと法規制」赤木昭夫ほか編『いまの生活「電子社会誕生」』(晶文社・一九九八年) 三六頁以下、斉藤啓昭『インターネット上の情報流通について』の概要「電気通信における利用環境整備に関する研究会報告書」NBL 六一〇号一三頁以下、石村善治「ネットワーク社会の諸問題」石村善治編『新版 現代マスコミ法入門』(法律文化社・一九九八年) 二九三―三〇二頁参照。

- (60) 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)二七〇頁。
- (61) 栗田隆「Web ページによる権利侵害と通信設備設置者の責任―インターネットプロバイダーと大学について―」<http://ci-vipro.law.kansai-u.ac.jp/kurita/copyright/articles.html> (last visited Dec 6, 2004).
- (62) 高橋和之「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」高橋和之・十松井茂記編『インターネットと法〔第2版〕』(有斐閣・二〇〇一年)七一頁。
- (63) 同論文七一頁。
- (64) 多賀谷一照『行政とマルチメディアの法理論』(弘文堂・一九九五年)一九八―一九九頁。フランスにおいて「私信」とみなされるのは、電子メールと同じ機能をもつ「テレマテイク通信」であり、サービス提供者等が記録した情報を引き出す類のサービス、パソコン通信におけるフォーラムと同様の機能を持つ「同好者グループ」は、私信性をもたない「視聴覚通信」とされる。
- (65) わが国においては、一対一を基本としたメディアである通信と、一対Nを基本としたメディアである放送についてそれぞれの法制度がエスタブリッシュされてきたが、両者の中間領域的なメディア・メディアへの対応が迫られている(木村順吾『情報政策法―ネットワーク社会の現状と課題―』(東洋経済新報社・一九九九年)一〇八―一一頁、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)二二―二八頁参照)。このメディア・メディアを「公然性を有する通信」として捉えようとするのが、旧郵政省・総務省を中心とする議論の流れであったといえる(菅谷実「情報サービスの融合―日本のアプローチ―」および坂部望「融合化における法的諸問題―ネットワーク利用における信頼性の確保に向けて―」菅谷実・清原慶子編『通信・放送制度の融合―その理念と制度変容―』(日本評論社・一九九七年)三頁以下、吉崎正弘『マルチメディア社会と法制度―何が変わり、何が生まれるのか』(ダイヤモンド社・一九九七年)一〇二頁以下、岡崎俊一「通信の秘密の意義と課題」多賀谷一照・岡崎俊一『マルチメディアと情報通信法制―通信と放送の融合―』(第一法規・一九九八年)二九頁以下参照)。
- 例えば、二一世紀に向けた通信・放送の融合に関する懇談会「情報環境の変化と通信・放送の融合―背景と論点―社会経済の構造変化と情報通信産業の展望―」[http://www.soumu.go.jp/joho\\_tsusin/policyreports/japanese/group/tsusin/kankyout/](http://www.soumu.go.jp/joho_tsusin/policyreports/japanese/group/tsusin/kankyout/) (last visited Dec 6, 2004) が、「公然性を有する通信」の典型例としてサイバースペースを挙げている(堀部政男「わいせつ画像の

発信とインターネットの規制」法教一八七号一〇五頁、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ー各国の理念と実態』（日本評論社・一九九四年）一七頁以下、堀部政男「インターネット時代の到来と人権」月刊ヒューマンライツ一七号五七頁参照）。しかし、平成九年二月に「電気通信サービスにおける情報流通ルールに関する研究会」がまとめた報告書「インターネット上の情報流通ルールについて」[http://www.sounu.go.jp/joho\\_tusisin/policy/reports/japanese/group/internet/kankyou-1.html](http://www.sounu.go.jp/joho_tusisin/policy/reports/japanese/group/internet/kankyou-1.html) (last visited Dec 6, 2004) では、「公然性を有する通信」概念に基づく規制が提言されるのではないかと、この事前の予想に反して、今後の検討課題ということに収まった（立山紘毅「インターネットを見極めるー効用と反効用」インターネット弁護士協議会編十村井純『インターネット法学案内』（日本評論社・一九九八年）四四頁）。この点につき、立山教授は、一九九七年一月に四〇と国連での会合が行われ、どちらもインターネットの情報内容に対する自己責任原則を強調し、法規制に慎重な構えをとったことが影響しているのではないかと分析されているが、現在においても、「公然性を有する通信」概念は法改正までには及んでいない（名和小太郎『変わりゆく情報基盤ー走る技術・追う制度ー』（関西大学出版部・二〇〇〇年）一四六頁）。

アメリカ、フランスのように「通信の秘密」をより限定的に捉えるために、定義を精密化することは現状では正当な判断であろう（ベストの選択であるかどうかはわからない。松井茂記「表現の自由理論の現在ー日本」『ジュリスト増刊・変革期のメディア』（有斐閣・一九九七年）二二二頁以下、池端忠司「インターネットの自由」の憲法上の位置づけ」香法二三巻三・四号二四二頁以下参照）。なお、「公然性を有する通信」概念の出現が、サイバースペースを規制する立法における違憲審査基準を緩める議論（大沢秀介教授は、「通信と放送の融合を前提にインターネットを」「通信と放送の中間的なもの」ととらえる場合には、違憲審査基準との関係においては、緩やかになることが考えられる」と指摘される（大沢秀介「科学技術の発展と人権ーインターネットと表現の自由」法教一九四号八七頁）とセットになっている点については注意されたい（批判的に検討するものとして、立山・上掲論文三六頁以下、牧野二郎「公然たる通信」概念とその効用に対する批判」<http://www.asahi-net.or.jp/~VR5J-MKN/rususinganen.htm> (last visited Dec 6, 2004)、牧野二郎「弁護士にとってのインターネット 表現の自由のあらたな局面と弁護士の役割」自正一九九七年四月号一二四頁）。

(66) さしあたり、拙稿「サイバースペースと表現の自由（四）」北法五五巻四号二七四頁【注128】参照。

(67) 川岸令和教授は、「匿名の表現も憲法上保護を受ける」ことから、「掲示板への書き込みやホームページも表現行為であ

る以上、発信者情報の開示は、権利侵害や犯罪発生の高度な蓋然性がある等例外的な場合に厳格な要件のもとに認められるべきである。プロバイダと会員の自発的な合意の形成が期待される」と主張される(川岸令和「インターネット(表現の自由②)」法教二二四号二三頁)。また、松井教授もプライバシー保護の観点から、プロバイダ責任制限法における発信者情報開示制度を問題視されている(松井茂記『日本国憲法〔第2版〕』(有斐閣・二〇〇二年)四九五頁)。

(68) <http://www.johotsusintokei.soumu.go.jp/whitepaper/ja/11/press/japanese/susin0201101.htm> (last visited Dec 6, 2004).

(69) 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)一八―一八二頁。

(70) 総務省電気通信利用環境整備室『プロバイダ責任制限法―逐条解説とガイドライン―』(第一法規・二〇〇二年)、飯田耕一郎編『プロバイダ責任制限法解説』(三省堂・二〇〇二年)、高橋和之「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」高橋和之・松井茂記編『インターネットと法〔第3版〕』(有斐閣・二〇〇四年)七二頁以下、大沢秀介「インターネットと表現の自由」大沢秀介編『はじめての憲法』(成文堂・二〇〇三年)一二四頁以下、松井茂記「インターネットの憲法字」(岩波書店・二〇〇二年)二二五頁以下、五十嵐清「人格権法概説」(有斐閣・二〇〇三年)一〇七頁以下、酒匂一郎「インターネットと法」(信山社・二〇〇三年)二八頁以下、町村泰貴「ネットワークトラブルとISPの責任」J&T一五号二八頁以下、町村泰貴「プロバイダに対する発信者情報開示請求権と仮処分」南山二八巻三号一頁以下、内田・横山編・前掲書「注34」七六頁以下、松本恒雄「違法情報についてのプロバイダーも民事責任」ジュリ二二五号一四一―一六頁、松本恒雄「ネット上の権利侵害とプロバイダー責任制限法」自正五三巻六号五八頁以下、藤原宏高「プロバイダの法的責任と紛争処理」ひろば五五巻六号二頁以下、拙稿「インターネットに対する規制」岡田信弘編『憲法のエチュード』(八千代出版・二〇〇四年)一〇七頁以下参照。

(71) プロバイダ等が不当な開示をした場合に、開示をされた発信者がプロバイダに損害賠償を求めることは条文上否定されていない。

(72) 東京地判平成一五年三月三一日判時一八一七号八四頁(掲示板・ヤフー)を皮切りに、発信者情報の開示請求が裁判により認容されるケースが見られるようになってきた。判例集に登載されたものとして、他に、東京地判平成一五年九月一七日判タ一五二二号二七六頁(經由プロバイダ：DDIポケット)、東京地判平成一五年一月二八日金判一八三三五頁(經由プロバイダ：So-net)などがある。

(73) 同法案を批判的に検討したものととして、田島泰彦『人権が表現の自由から個人情報保護法・メディア規制立法を問う』（日本評論社・二〇〇一年）一〇八頁以下、田島泰彦『青少年保護と表現の自由——『青少年有害社会環境対策基本法案』の検討——』法時七四巻一四九頁以下、松井茂記『青少年健全育成基本法案・青少年有害環境自主規制法案と表現の自由』法時七六巻九号三〇頁以下がある。

(74) 党内には、罰則規定を盛り込むべきだとの意見もあり、検討が行われたが、最終的には見送られた（<http://www.mainichi.co.jp/digital/internet/2001/2/04/03back.html> (last visited Sep 20, 2001)）。その他、法案（素案）第二では、国が青少年保護に関する基本方針を策定すること、第五では、苦情処理、啓蒙活動、相談受付、情報提供・収集を目的とした、「青少年有害環境対策センター」の設置が規定されている。

(75) 「青少年保護」を理由とした情報規制の運動は、一九五〇年代の第一期、一九八〇年代の第二期、そして、現在の第三期というように、二〇一三〇年周期で行われている。第一期においては、「青少年保護育成法案」、第二期においては、「青少年の健全な育成を阻害する図書類の販売等の規制に関する法律案（図書規制法案）」が議員立法で作成されたが、今回の法案は、第三期における法案と位置づけられよう。今回の法案が、非常にサンクションを緩めた形で作られているのは、前回の図書規制法案が、「これまで地方自治体にゆだねられていた青少年向け出版物や興業等の規制を、国の手に移して一元化をはかるとともに、罰金刑に加えて懲役刑も課す」ものであったからであろう（奥平康弘『日本人の憲法感覚』（筑摩書房・一九八五年）一三三頁以下、清水英夫『公権力による出版規制の危険性と問題点——規制強化が意味するもの——』新研四八七号四二頁以下、中河伸俊・永井良和編『子どもというレトリック——無垢の誘惑——』（青弓社・一九九三年）四七頁以下〔竹内オサム、中河伸俊執筆〕）。

(76) 「放送番組、ビデオ、映画、新聞・雑誌・書籍、ゲームソフト、インターネット、広告など、あらゆるメディア、表現活動が対象に含まれる」（田島泰彦『メディア規制にどう対応するか』原寿雄ほか『メディア規制とテロ・戦争報道——問われる言論の自由とジャーナリズム——』（明石書店・二〇〇一年）六七頁）。

(77) 参議院自民党は、平成一三年の通常国会での提出を予定したが、マスメディア等からの批判が強く、提出は見送られた。その後、紆余曲折を経て、同法案を「青少年健全育成基本法案」と「青少年を取り巻く有害社会環境の適正化のための事業者等による自主規制に関する法律案」に分割し、総論的役割を果たす前者のみを議員立法の形で、参議院に提出した（二

- 〇〇四年三月二四日。条文は、[http://www.shugiin.go.jp/ridb\\_gian.nsf/html/gian/honbun/howan/g1.5902012.htm](http://www.shugiin.go.jp/ridb_gian.nsf/html/gian/honbun/howan/g1.5902012.htm) (last visited Dec 6, 2004)。なお、政府の青少年育成推進本部が二〇〇三年二月九日に決定した「青少年育成施策大綱」(<http://www8.cao.go.jp/youth/index.html> (last visited Dec 6, 2004)) には、「インターネット上の違法・有害情報への対応」が盛り込まれている。
- (78) <http://www.moj.go.jp/SHINGI/010525/010525.html> (last visited Dec 6, 2004)。
- (79) 救済については、相談、あっせん、指導等の「簡易的救済」(第五、一)と、調停、仲裁、勧告・公表、訴訟援助、特定の事案に関する強制的手法の「積極的救済」(第五、二)の二種類がある。
- (80) 拙稿「サイバースペースと表現の自由(五)」北法五五巻五号一五五一―一五六頁。
- (81) <http://www.moj.go.jp/PRESS/020131-1.html> (last visited Dec 6, 2004)。
- (82) 北海道新聞平成一四年三月八日夕刊。
- (83) 同法案は、平成一七年三月一五日に閣議決定され、今国会(第一六二回国会)に再提出される予定であったが、三月一〇日の自民党法務部会は了承を見送り、提出時期が遅れる模様である(北海道新聞平成一七年三月一〇日夕刊)。いずれにしても、与党側は、以前の法案にあった(報道機関などの取材活動を制限する)メディア規制条項を「凍結」した上での成立を目指していると伝えられるが(北海道新聞平成一七年三月一〇日朝刊)、このメディア規制条項の「凍結」か「削除」かが法案審議の焦点となることが予想され、本稿でも簡単に指摘した、「人権委員会」が含む問題やインターネットへの適用の問題が、どこまで扱われるかについては不明である。
- (84) 同法案の中心部分となる「人権委員会」は、法務省の外局として、独立行政委員会の形式となるが(委員長と四人の委員で構成)、事務局は法務省の人権擁護局を改組することで対処する模様であり、行政からの独立性の観点からも疑問が投げかけられている。
- (85) 横田耕一教授は、「近代国家の成り立ちからして、国家にあまりやってほしくない分野と積極的にやってほしい分野があります。」「国家が精神作用にまで入って『何を考えるべきか、何を言うべきか』を強制することは、絶対にやるべきではない」のに対して、「許されるのは、呼びかけ、問題提起型の啓発教育」あり、また、「積極的にやるべきは、苦情処理、相談窓口、あるいはドメスティック・バイオレンスのシェルターのような場所の設置と運営です。これは、裁判に行く前段階の、いわば仲介役の役割です。ここでも、国家が強制的な調査や裁定をやることには、あまり賛成できません」と主

張される（横田耕一・浦部法穂「マイノリティの人権」法七五五四号四六頁（浦部法穂・棟居快行・市川正人編『いま、憲法学を問う』（日本評論社・二〇〇一年）所収二三五―二三七頁）。中村睦男教授にあつても、人権救済はあくまでも裁判所による保障が原則であつて、日本の裁判所が必ずしも人権保障、救済に積極的に取り組んでいないとすれば、そのこの問題をまず検討すべきだと主張される（座談会・人権擁護推進審議会の答申をめぐって」ジュリ一六七号二四頁）。田島泰彦教授も、「規制の手法は、伝統的な司法権ではなく、行政権が中心とされている点に注意が必要」であると指摘される（田島・前掲「メディア規制にどう対応するか」〔注76〕六四頁）。

（86）人権擁護法案につき、常本照樹「平等権の現代的展開」高見勝利・岡田信弘・常本照樹編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣・二〇〇四年）九八頁以下、田島泰彦・梓澤和幸編『誰のための人権か―人権擁護法と市民的自由―』（日本評論社・二〇〇三年）、山田健太『法とジャーナリズム』（学陽書房・二〇〇四年）三四八頁以下、山崎公士『人権擁護法案』審議の注目点―国会へ目を向けよう―月刊ヒューマンライツ一六七号四頁以下、山崎公士「国内人権システムと人権救済制度」法七五五号二八頁以下、紙谷雅子「人権救済制度のあり方」法時七三卷二号一頁以下、池端忠司「人権救済機関と差別―「中間取りまとめ」を読んで」ジュリ一六六号八頁以下、高野眞澄『現代の人権法と人権行政』（有信堂・二〇〇二年）一一三頁以下、田島・前掲書〔注73〕六八頁以下、窪誠「日本に作られようとする人権救済機関とは？」法七五五号三五頁以下参照。

（87）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。その後の動向についても、できる限りフォローするように努めたが、なお、不十分な点が数多く残されている。これらの点については、さらに研鑽を積むことをお約束して、ご寛恕いただきたいと思う。

\* 本稿は、平成二三年度・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。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。