



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	サイバースペースと表現の自由（八・完）：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(2)，165-207
Issue Date	2005-07-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/36658
Type	departmental bulletin paper
File Information	56-2_p165-207.pdf



サイバースペースと表現の自由（八・完）

——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
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)

(二まで、五五卷六号)
(以上、五六卷一号)

(以上、本号)

第四章 表現内容規制論の再検討

第三節 日米の対比

一 アメリカ法理論の「移植」

第一章において、リアルスペース上における表現法理を概観し、第二章では、サイバースペース原理論を、第三章では、アメリカにおけるサイバースペース上の表現内容規制の現状を概観し、本章第一節、第二節において、わが国におけるサイバースペース上の表現内容規制をめぐる判例、立法等を見た。本節では、以上の議論を踏まえたうえで、アメリカとの対比を行なう。これにより、わが国は、アメリカ合衆国憲法が示すところの表現法理を「移植」した「はず」であるにもかかわらず、サイバースペース上においては、アメリカにおける表現法理とは異なつた形へ移行しようとする動きが見られることが浮き彫りとなろう。筆者は、結論から言うところ、このような動きをネガティブに捉えるものであるが、この点に関する主張は後で述べることとして、まず最初に、一般論としてのアメリカ合衆国憲法のわが国の憲法への「移植」の点を検討しよう。

この点に関して積極的に議論を展開されている、橋本公巨教授は、（憲）法の移植が成功するための条件として、五つの点をあげられる。①被移植国の政治的・経済的・社会的条件に著しい変化があつて、旧来の法秩序を改革する要請が存在すること、②被移植国の国民の意識が、新しい法を進んで受け入れる状況にあること、③被移植国の国民が異文化への適応性を備えていること、④移植される法にすぐれたところがあつて、旧来の法の欠陥を是正するに足るもので

あること、⑤新しい法を移植するための何らかの権力的契機が存在すること、がそれである。終戦直後のわが国では、これらの諸条件が整っていたがゆえに、「移植」が成功したといえるのである。⁽²⁾そして、日本国憲法を考える場合に、アメリカ憲法が顧みられる理由として、(a)アメリカ人が原案をつくり、憲法の成立過程で実質上決定的な役割を演じたこと、に加えて、(b)日本国憲法の基本原理にアメリカ憲法の思想的系譜に属するものがあること、(c)憲法の内容についてもアメリカ憲法の影響の多いものがあること、の三点をあげられている。⁽⁴⁾(a)については、既に数多くの論者により同様の指摘がなされており、⁽⁵⁾ここで新たに追加することはないが、(b)(c)について若干敷衍すると、(b)のアメリカ憲法の思想的系譜に属し、その強い影響を受けている事項として、(i)旧時の天皇主権主義を排して民主主権主義を確立した点、(ii)自然権の法思想が導入された点、をあげられる。⁽⁶⁾(c)のアメリカ憲法の影響を強く受けている点としては、基本的人権の保障にかかわる部分をまずあげられる。(i)言論・出版の自由、(ii)宗教の自由と政教分離、(iii)法の下の平等、(iv)法定手続、刑事手続における人権保障、(v)財産権、がこれにあたる。また、統治機構においては、司法権の領域について、アメリカ型を移植したということができるとされる。⁽⁷⁾これらの領域においては、「アメリカ憲法に遡って、その条項がいかに解釈され運用され、現実の社会の中で、いかなる機能を果たしているかを理解し、日本国憲法の解釈運用にあたる⁽⁸⁾ことが正当」であるとされ、表現の自由のようにアメリカ法の影響度が更に強い領域においては、「日米両国の背景事実に差異はないか、もしあるとすれば、果たして同一の法理が妥当するか」⁽¹⁰⁾の省察が必要であると主張される。

この点に関連する問題として、一九八〇年代中頃に積極的に議論された、「憲法訴訟論批判」がある。アメリカ法理論の「移植」を検討するにあっても、この議論に対する検討を行なっておく必要があるであらう。ここでの批判の対象となった憲法訴訟論とは、主として「憲法訴訟の技術や手続をめぐる議論をその中心とするもの」⁽¹¹⁾たる、狭義の憲法訴

訟論であつた。⁽¹²⁾ここでの批判論は多くの論者が多岐にわたる議論を展開しており、うまくまとめることができないが、その中心的批判とは、①憲法訴訟論の内実は訴訟技術の問題であり、「（これらよりも）より重要な憲法学の課題は、人権を始めとする憲法価値の徹底した理解、および憲法判断の前提となる諸問題の適確な認識にある」⁽¹³⁾こと、②わが国の司法権がアメリカを範としたものであることから、アメリカにおける判決・学説が大量に「直輸入」されたこと⁽¹⁴⁾、に対する批判である。この二つの批判の根底には、「わが国の司法審査制は、付随的違憲審査制であることが確認され、確立すると」「体制批判の政治運動勢力にとつては、憲法訴訟論が」厄介な存在となり、⁽¹⁶⁾特に、「訴訟要件論・司法判断適合性の法理・憲法判断回避の法則等の司法権による実体判断を遠ざける内容の議論は、好ましくない、厄介なものとして受け取られた」⁽¹⁷⁾状況の存在があつたとの指摘もあるが、この点はさておくとして、本稿との関係で特に重要なのは、②にかかわる批判である。この点につき、奥平康弘教授は、「日本国憲法が設定した憲法訴訟を理解するばあい、合衆国のそれをモデルにし、それに引きつけて理解する」「アプローチにはある程度の正当性があるといまでも思っている」⁽¹⁸⁾しかしながら、「最近の司法審査論がアメリカ憲法判例・理論の直輸入にすぎうらみがあるように感ぜられる。たとえば、ムートネスの法理であるが、これはあたかも日本に同様の法制・理論がないがごとく、アメリカ判例だけによつて説明される傾向が、少なくとも一部にみられる」⁽¹⁹⁾。「ここでの判例理論を日本の側に機械的にひきつけるにしては、わが憲法訴訟制度はアメリカのそれとあまりにも違った格好で成長し発展してしまったようである」⁽²⁰⁾。「違ったものをそれとして認識したうえで、ではこれをどう評価すべきかと考えるべきなのであつて、アメリカの法理や訴訟理論をそのままわが法上にすべり込ませるのは、わが法に固有な問題を糊塗することになつて、正当ではない」⁽²¹⁾と主張された。⁽²²⁾ここで奥平教授が念頭に置いていたのは、佐藤幸治教授の主張であつたと解されるが、しかしながら、佐藤教授にあつても、「アメリカ的司法権を、日本国憲法の定める司法権とどのように結びつけて理解するかは、もとより別個の問題である。

ただ、日本国憲法がアメリカ憲法思想を背景にできたことから、その司法権をアメリカ的に理解すべきであることは、基本的に誤っているとはいえない。しかし、だからといって、日本国憲法上の司法権がその委細にわたってまでアメリカ的司法権に従っていると解釈しなければならないわけではない。アメリカの憲法構造およびその法的伝統にはもとよりアメリカ固有のものがあるのであって、日本国憲法上の司法権は、日本国憲法自体の理念・構造に照らして独自に理解されなければならない⁽²⁴⁾とされており、この点は、「批判の対象の外に置かれている」芦部信喜教授の主張⁽²⁵⁾と大きな差は見られない⁽²⁷⁾。両教授の差は、日米の差異の強調の度合いとアウトプットに対する評価の差異から来たものである⁽²⁸⁾が、いずれにしても、「これがアメリカの憲法訴訟の手続や技法を考察する学説の多くのものの共有する態度であ」と考えられる。

先に、批判の①としてあげた点は、(狭義の)憲法訴訟論が「手続論」にこだわりすぎることから生じる、憲法がもつ実体的価値への軽視の批判⁽³⁰⁾と言い換えることが出来るであろう⁽²⁹⁾。その後の憲法訴訟論においては、この「実体論」も含めた形で議論が進められた⁽³¹⁾。憲法訴訟論における「実体論」の内実は、本稿の検討対象ともなっている、違憲審査基準論である。「最高裁の初期の単純な公共の福祉論に對抗して、違憲審査の緻密化・厳格化によって実体憲法価値を」擁護する理論として多大な成果をあげてきたと解されるが、これも「手続論」と同様に批判の対象とされてきた。その批判としては、狭義の憲法訴訟論たる「手続論」に対する批判とかなり重なり合う部分が多いが、①「手続論」同様、アメリカ判例理論を手本として始められたことに起因する批判、すなわち、アメリカ法理論の受け売りではないかという批判、②法理や基準が理論化され、純化される過程において、本来、これらの法理や基準と結びついていたはずの実体憲法価値が脱落してしまい、いわば、実体憲法価値をそぎ落とした形での法理や基準が独り歩きする恐れがあるという批判である。①の批判に対する再批判としては、「手続論」の場合と同様のものがあてはまる。②について、この点

を主張する論者は、いわゆる「香城理論」⁽³³⁾を念頭に置きつつ、違憲審査基準が「持つ危険な半面―人権論を八あてはめパズル」にわい小化する危険―に十分な留意が必要であ」⁽³⁴⁾ると警告する⁽³⁵⁾。確かに、違憲審査基準が「パズル」にならないように注意する必要があるだろう。実体憲法価値と違憲審査基準を結びつけて理論を構築していく必要があるのはもちろんである。ただ、この「実体論」批判を生じさせた大きな要因とされる「香城理論」については、「確かにアメリカでの理論に触発されている面があるように見受けられる」が、「アメリカ法の比較法的理解として示されてもいなければ、アメリカでの議論を無媒介的に導入したものではないし、またその議論がいわゆる『憲法訴訟論』の支配的見解であるわけでもない」ことから、「香城理論」批判と「憲法訴訟論批判」とは分離して考える必要があるだろう⁽³⁶⁾。

日米比較の問題はそれ自体が大きなテーマであり、また、この問題について細かい検討を行なうことは、本稿のテーマから大きく道をそらしてしまうので、これ以上の議論は避けるが、「憲法訴訟論批判」の議論の結果も先に見た橋本教授の議論のスタンスと同じ軌跡を描いているということが指摘できる。ここでは、アメリカ法の影響を強く受けている領域においても、アメリカ固有の憲法構造あるいは法的伝統が存在する場合には「移植」が否定されることとなるが、言論の自由をめぐるアメリカ法理論の中で、わが国への「移植」を否定すべきアメリカ固有の要素が存在するか否かが問題となる。筆者は、アメリカにおける言論の自由の法理のわが国への「移植」可能性の問題につき、アメリカ法理論を日米間の相違を無視してまで「移植」するべきではないとしても、わが国の憲法において、人権の中でも表現の自由は、特に、アメリカ憲法の影響を強く受けてきた領域であることが認められ、更に、次に示す点からも、アメリカの言論の自由の法理の「桎梏」から逃れることはできないはずであると主張したい。

その理由としては、次の点があげられる。現在のアメリカの表現内容規制における判例法理は、厳格審査基準ないし

「やむにやまれぬ利益の基準」⁽³⁷⁾が適用され、例外的に煽動の場合にはブランデンバークの基準が、名誉毀損の場合には「現実の悪意 (actual malice)」の法理⁽³⁸⁾が適用されるものとされている。⁽³⁹⁾この原則部分に関するアメリカの判例は、①一九二〇年代における「危険性の基準 (bad tendency test)」をはじめとし、②ホームズ (O. W. Holmes) 裁判官が *Schenk v. United States* ⁽⁴⁰⁾において定式化を行った「明白かつ現在の危険の基準 (clear and present danger test)」③マッカーシズムの影響下での「明白にしてありうべき危険の基準 (grave and probable danger test)」への退行、⁽⁴¹⁾④ *Yates v. United States* ⁽⁴²⁾における「煽動の判断基準 (incitement test)」を経て、④⑤と②を組み合わせたものと解される「ブランデンバークの基準」⁽⁴³⁾あるいは、厳格審査基準の採用へと目まぐるしく変動していったのであるが、初期の段階においては、②ないし③の部分が紹介され、「明白かつ現在の危険の基準」が、わが国にもストレートに適用可能な法理であるとされた。⁽⁴⁵⁾そして、④⑤へと時間軸が移動するにつれて、「明白かつ現在の危険の基準」に対する問題点が指摘されるようになり、⁽⁴⁶⁾当該基準の適用範囲は著しく狭められ、⁽⁴⁷⁾その間隙を縫って、厳格審査基準がわが国の学説においても登場することになる。この点は、ある程度のタイムラグを伴っているとはいえ、アメリカと同様の（判例・学説の）軌道を描いてきたといえるであろう。⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾これらのわが国における学説形成のあり方は、アメリカにおける判例法理の「移植」を基本的に承認したものであると思われる。

この点をさらに裏の側面から考えてみたい。従来、わが国の人権領域において、アメリカ法理を「移植」しなかった、あるいは、アメリカ法理を変容させたうえで「移植」した領域としては、まず第一に、経済的自由の制約の問題があげられ、わが国の学説の多くは、「アメリカのデュー・プロセスが問題となる事件で最高裁判所がとったようなアブローチを、日本にそのまま取り入れるのは、非常に問題で」⁽⁵⁰⁾あるとしてきた。この判断の背後には、「議会の行なったことをあげて信頼してよろしい、議会にまかしておけば国民の権利・自由はほとんど守られるんだ、という状態にはない」⁽⁵¹⁾

とのわが国の政治過程あるいは立法過程に対する(懷疑的)認識があつたことは明らかである。⁽⁵²⁾ 自由に対して厳格な審査を適用する」だけではなく、「経済的自由に対してもいくらか厳格な審査を適用させようとの意図」から、アメリカ法理を變容しているのである。⁽⁵³⁾ 第二にあげられるのは、憲法三一条論ないし実体的デュー・プロセス論にかかわる部分である。⁽⁵⁴⁾ この領域においては、「特殊アメリカ的背景(人権規定の少なさ、連邦制、修正九条・特権免除条項に対する一定の理解の形成の先行)から成立してきた理論である」こと、⁽⁵⁵⁾ 「日本国憲法の場合は、刑事手続に関しては三三条以下に詳細な定めがあり、また実体についても豊富な規定があり、さらに「三三条を」「包括的な基本権規定と解すべきものとすれば、」アメリカのように「三一条を広く解釈しなければならない必然性に乏しい」と指摘され、アメリカ流の理解の「移植」を否定する議論が強い。このように、前者においては、できるだけ司法の介入を認める方向への変容が行われ、後者においては、特殊アメリカ的背景を根拠として、アメリカ法理の遮断が行われてきたのであるが、本稿における検討素材である表現の自由の法理にこれらの「変容」ないし「遮断」根拠が存在するかといえば、基本的には存在しないといえるだろう。議論が分れるのは「現実の悪意」の法理に関わる部分等のみであるように思われる。

二 個々の検討

「一」サイバースペース原理論

次に、本稿において検討対象としてきた、アダルトコンテンツ、名誉毀損的表現、差別的表現の三つのカテゴリーについて見ていかなければならないが、それに先立って、サイバースペース原理論⁽⁵⁷⁾に対する評価を再度、確認しておこう。

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のうち、わが国には第一世代に分類されるジョン・ペリー・バーロー (John Perry Barlow) による「サイバースペース独立宣言」をはじめとした主張が、サイバー・リバタリアンないしサイバー・アナキスト的スタンスをとる論者たちによって先行して紹介されてきた。これに対して、従来の法学者の多くの議論は、暗黙のうちに、第一世代の主張を（自らの）常識論で否定したフランク・イースターブルック (Frank Easterbrook) のようなスタンスに立っていた（あるいは、現在も立っている）ように思われるが、この点に対する法学者のスタンスは明確ではなく、⁽⁵⁸⁾ 主要な三つのカテゴリーを検討する前段階として、サイバースペース原理論に対するスタンスを示す必要があるように思われる。なぜなら、サイバースペース原理論とは、サイバースペース上の表現理論のメタ理論とも言うべき存在のものであるからである。更に、この原理論は、従来のリアルスペース上において形成されてきた表現の自由に係わる法理論に対して「変容」をせまるものでもあることから、この原理論の検討を抜きにして、サイバースペース上の表現規制を語ることはできないように思われる。

この点において、最も注目に値する議論が、ローレンス・レッシング (Lawrence Lessig) による「コード (Code) 論」であり、その内実は「四つの規制要素 (regulator) 論」とも言い換えることができるものである。この議論で最も特徴のある点は、従来の議論が実定法を中心とする「法 (Law)」を規制要素として据えたものであったのとは異なり、「法」以外の「(社会) 規範 ((Social) Norm)」、「市場 (Market)」そして「アーキテクチャ (Architecture)」ないし「アーキテクチャ」を構成する「コード」を規制要素として含めた議論を展開しており、特に、「コード」による規制可能性 (regulability) を強調している点に議論の眼目がある。この点、レッシングは自覚的ではないが、「法」と「コード」と

の関係はトレード・オフ (trade-off) の関係であると考えられる。「法」の必要性が「コード」の働きの強弱（規制可能性の高低）によって決定されるのは、「公的センサー (censor)」としての「コード」がよりよく機能することにより（広い意味での）表現受領者の保護が可能となり、それに応じて、規制根拠自体が消滅ないし弱められ、「法」が規制要素として出てくる必要がないことになるからである。

もちろん、本稿は、既に述べてきたことからわかるように、サイバースペース上の表現に対して一様に「法」の機能がオフ (off) になることを主張するものではない。本稿では、更に、アダルトコンテンツ、名誉毀損的表現、差別的表現の三つのカテゴリーにおいて、「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の二つに分けて議論を行なった。「コード」が「公的センサー」として機能する場合には、裁判所による「直接的」なコントロールとして、厳格審査基準が適用されることにより、「コード」の憲法適合性が担保され、その一方で、「私的センサー」として機能する場合には、「公的センサー」の場合とは異なり、「間接的」あるいは「反射的」なコントロールが「コード」に憲法的価値を書き込ませることを担保することになる。

現在の状況では、「公的センサー」として「コード」を機能させる場合には、厳格審査基準が適用されることから、更なるソフィステイケートが「コード」に求められることになるが、この点を一旦括弧に括ると、結論部分は次のようになろう。

アダルトコンテンツの規制根拠は、子どもの保護と当該表現を見たくない者の保護にあるとされ、名誉毀損的表現の規制根拠は被表現者の（社会的）名誉の保護にあるとされるが、これらは、いずれも（広い意味での）表現受領者の保護⁽⁵⁹⁾と言換えることができる。この領域における「法」の必要性は、「コード」の働きの強弱（規制可能性の高低）に

よって決定される。なぜなら、「公的センサー」としての「コード」により（広い意味での）表現受領者が保護できるのであれば、〔法〕による）規制根拠自体が消滅し、それにより「法」が出てくる必要がないことになるからである。そのため、「コード」が最も強く働く（規制可能性が最も高い）と考えられる、アダルトコンテンツについては、今後、「公的センサー」が是認され「法」の役割が極小化される可能性が高いのに対し、「コード」の働きが最も弱い（規制可能性が最も低い）形でしか効かないと考えられる名誉毀損的表現においては、「公的センサー」としての「コード」を用いることは難しく、ここでは、従来型の「法」が今まで通り機能することになる。そして、差別的表現については、通説・判例はこの領域における表現内容規制自体を認めないため、規制根拠自体が存在しない。この場合において、「公的センサー」としての「コード」を用いることは違憲となり、その使用は許されないと考えられる。

これに対して、「私的センサー」として用いられる「コード」の使用は、あくまでも自らの意思、あるいは親の意思によるものであることから、それ自体は憲法論の土俵にのらない議論であり、また、親の教育権の観点からもその使用は正当化されることになる。ただし、「私的センサー」としての「コード」においても、「コード」に憲法的価値を書き込ませることを担保することが重要であることは、「公的センサー」として機能する「コード」と同様に求められる。

〔二〕アダルトコンテンツ

従来、アメリカにおけるサイバースペース上の表現内容規制の検討にあつては、アダルトコンテンツ規制を素材とした検討が主流であり、これらの議論がわが国に多く紹介されてきた。⁽⁶⁰⁾ アダルトコンテンツ規制が素材とされた理由としては、アダルトコンテンツに関する判例が他の表現領域に先行して出されていたという点もあるが、アダルトコンテンツ規制に対する解決方策いかにサイバースペースの将来のアーキテクチャを大きく左右する可能性が高いことを各論

者達が、明示的であるかどうかは別にしても、認識していたからであるように思われる。従来、リアルスペースにおけるアダルトコンテンツについては、「ある意味ではあまり快くもなく、若干喜劇的な要素もある主題でもある」と奥平教授が指摘されていたように、この種のテーマはあまり表現の自由論の表舞台で堂々と論じられるテーマではなかったように思われるが、サイバースペース上では、この種のテーマを「瑣末な」問題にとらえて、詳細な議論を回避したまま表現内容規制を容認することはできないように考えられる。この点は、アダルトコンテンツにおいて、もともと「コード」による規制可能性が認められるとしたレシグの主張からも裏付けることができるだろう。

本稿でも、このような理解に立ち、アダルトコンテンツ規制にウエイトを置いた形で検討を行なってきたが、日米間におけるアダルトコンテンツ規制については、以下の点で相違が見られる。

まず、第一点目として、サイバースペース上の表現に対してどのような憲法上の保障を与えていくべきであるか、という議論が、最近活発に行われるようになってきたといっても、アメリカのそれと比較すると全然比べ物にならないほど低調であることを指摘できる。⁽⁶²⁾ 本稿の冒頭でも指摘したように、サイバースペース上のアダルトコンテンツをどのように規制していくか、という問題は、将来のサイバースペースのアーキテクチャ全体にかかわる問題であるだけに慎重かつ活発な議論が求められているのである。⁽⁶³⁾

第二点目として、（第一点目とも密接な関係があるが）サイバースペース上のわいせつ罪をめぐる判例、およびアダルトコンテンツ規制に係る立法等において、表現の自由の観点からの検討が欠如している点を指摘できる。わいせつ罪をめぐる国内判例については、第四章第一節で検討したが、ここで扱った一九件の判決のうち、判決文の中に「表現の自由」の語が登場するのは、FLMASH リンク事件大阪地裁判決のみであり、しかも（被告人側がどのような主張をしたのか、判決文から読み取ることができないが）結論部分において、「以上の通り、当裁判所が認定した事実によれば、

被告人の判示各行為は、いずれも、善良な性道德・性風俗を侵害する危険の大きい行為と認められるのであり、これを処罰することが、表現の自由を侵害するものであるとして、憲法に違反するものであるなどとは、およそ考えることができない」と判示されているのみである。わが国におけるサイバースペース上のわいせつ罪をめぐる裁判においては、被告人・国側の双方とも、憲法上の表現の自由の問題としてではなく、「純然たる刑法一七五条の解釈論」として争い、そして、裁判所も両者の主張に対して「純然たる刑法一七五条の解釈論」としての回答を示しているのである。確かに、被告人側が憲法的主張を行なうことも一部の訴訟の中では補足的になされていたようであるが、その際にあつても、わいせつ「情報」を刑法一七五条のいうわいせつ「物」を含む解釈の流れに對抗して、罪刑法定主義を定める憲法三一条違反を主張するに止まっている。この点は既に見たように、わが国においては、チャタレー事件最高裁判決ないしその後の一連の判決において、判断手法等には揺らぎが見られるものの、合憲性自体は一貫して維持されているために、被告人側が大上段に憲法違反を主張するのは、訴訟経済上の観点からしてもためらわれたのであろう。しかし、憲法上の表現の自由の観点の欠如は、専ら言論の自由の問題と捉えられているアメリカの判例と比べると著しいコントラストをなしており、わが国においても、憲法上の表現の自由の問題として理論化を行なう必要がある。その際の手本になるのが、アメリカの判例法理である。リアルスペース上の表現については、確かに、コミュニティスタンダードに係る部分については、わが国に「移植」することは難しいであろうが、それ以外の部分については「移植」が可能であらうし、サイバースペース上の表現においても、それぞれの規制領域において用いられた法理を、わが国に「移植」することが可能⁽⁶⁵⁾なはずである。

このような状況下で、憲法上の価値である表現の自由の観点からの吟味を欠いたまま、改正風営適正化法、児童ポルノ法が、サイバースペース上の表現内容規制に「一役買う」こととなり、また、各都道府県がその役割を担っていた青⁽⁶⁶⁾

少年保護条例を法律へ「格上げ」することをねらった青少年社会環境対策基本法案も、にわかに現実味を帯びる状況になっている。これらの内容については、第四章第二節で検討したので繰り返さないが、ここで再度、指摘しておきたいのは、アメリカでは連邦地裁および連邦控訴裁判所で違憲の判断をうけている子どもオンライン保護法（Child Online Protection Act; COPA）と改正風営適正化法⁽⁶⁷⁾、連邦控訴裁判所および連邦最高裁において違憲の判断をうけているチャイルドポルノ防止法（Child Pornography Prevention Act; CPPA）と児童ポルノ法⁽⁶⁸⁾の類似性である。もちろん、これらは同一内容の法律ではないが、これらの法律が目的とする規制対象は同じものであり、わが国の憲法二一条が、アメリカにおける第一修正を「移植」したものである以上、原則として、その違憲判断にあたっては、同様の法理が適用されて良いはずである。更に、公立図書館、公立学校におけるプロッキングソフトウェアの採用への対応も日米間では極めて異なっている。わが国では、北海道の高等学校を例にとってみると、平成一一年度から三年間の計画で全道二四五校ある道立高校全部にコンピュータを導入すると同時にプロッキングソフトウェア（サイバーパトロール日本語版）をインストールすることにしてきたが、平成一四年一月からは、道立教育研究所と道立高校、特殊教育諸学校等の三〇二の教育機関との間で、光ファイバーによる接続が開始され（ほっかいどうスクールネット）、従来、個々の学校で対応していた「有害情報」の排除についても同研究所が一括して対応することになった⁽⁷⁰⁾。しかし、そこには、表現の自由の観点からの吟味が完全に欠落している。アメリカにおいて、公立図書館でのフィルタリングを違憲とした *Mainstream Loudoun v. Board of Trustees of the Loudoun County Library* や、二〇〇〇年一二月に連邦議会を通過した子どもインターネット保護法（*Children's Internet Protection Act; CIPA*）の違憲性を主張する訴訟が提起されているのを見ると、わが国の対応は表現の自由に対してあまりにも無頓着すぎるといえよう。この領域においてもアメリカにおける判例法理がわが国の表現内容規制に対する違憲審査において用いられるべきであろう。

第三点目は、サイバースペース上の表現内容規制に対する違憲審査基準の問題である。アメリカの判決では既に見たように、メディア特性分析の手法を用いることによつて、一貫して、嚴格審査基準をサイバースペース上の表現内容規制の判断にあたつて適用してきている訳であるが、わが国の対応と比べて極めて対照的であるといえる。この点について、わが国では放送と通信の概念が新しいメディアの出現によつて曖昧になっていることから、「公然性を有する通信」といった概念を新たに創出し、そこに中間的な審査基準を適用しようという議論が旧郵政省・総務省を中心になされている⁽⁷³⁾。サイバースペースが「放送」と「通信」の「ウエハース」である以上、「公然性を有する通信」概念ないし、それに類似する概念が求められる必要性自体は否定できないが、わが国の「公然性を有する通信」概念は、違憲審査基準の緩和ともリンクした概念であり、意図的にアメリカとは異なつた方向にわが国が進もうとしていることがわかるであろう。ここでは、「ウエハース」を一体としてとらえるのではなく、「ウエハース」内部のそれぞれの「層」の性質に着目して判断を行なうことが求められているはずである。

〔三〕 名誉毀損的表現

名誉毀損的表現を検討するにあつては、第一章第二節において示したように、リアルスペース上の名誉毀損的表現とサイバースペース上の名誉毀損的表現の両者では性質の相違が見られることに着目する必要がある。つまり、リアルスペースにおいては、情報の発信者とメディアの管理者（所有者）が未分離であり、情報の「うつわ」と「中身」の責任主体を別個に検討する必要があるのに対して、サイバースペースでは、責任主体の分離が顕著であることから、情報の発信者の責任とメディアの管理者（所有者）の責任を分離して検討する必要があるのである。ただ、従来の判例では、情報の発信者の責任たる一次的責任（直接責任）の部分に関してはリアルスペースでのケースと判断枠組みを

変えることなく適用されてきたために、個別の論点として取り上げられることが少なかつたのとは対照的に、メディアの管理者（所有者）の責任たる二次的責任（間接責任）がサイバースペース上の名誉毀損的表現を論じる際の主要な論点となってきたのである。

まず、二次的責任（間接責任）から見ていくと、わが国の判例でこの点を初めて明らかにしたのは、ニフティサーブ・現代思想フォーラム事件（第一審）判決⁽⁷⁴⁾であった。第一審判決では、シスオペの二次的責任（間接責任）を作為義務の観点から導き出し、結論としては、「運営・管理するフォーラムに、他人の名誉を毀損する発言が書き込まれていることを具体的に知ったと認められる場合には、当該シスオペには、その地位と権限に照らし、その者の名誉が不当に害されるべきではないような必要な措置をとるべき条理上の作為義務がある⁽⁷⁵⁾」ものとされ、シスオペの二次的責任（間接責任）をも認めた。しかし、その後の判決は、この作為義務の範囲を限定し、二次的責任（間接責任）を限定的に解することになる。控訴審判決⁽⁷⁶⁾では、第一審判決において具体的な作為義務の内容が当該発言の削除にあったと考えられるのに対して、これをより広く解し、①シスオペが当該発言内容に対して直接発言者に疑問を呈したこと、②直ちに書き込みを削除せず、議論を重ねることで発言の質を高めていきたいとするシスオペの運営方法は不当とは言えないことから、削除義務違反を否定し、また更に、都立大学事件判決⁽⁷⁸⁾では、「発信を妨げるべき義務を被害者に対する関係においても負うのは、名誉毀損文書に該当すること、加害行為の態様が著しく悪質であること及び被害の程度も甚大であることが一見して明白であるような極めて例外的な場合に限られる⁽⁷⁹⁾」と判示し、判例法理は作為義務が生じる範囲を更に限定する傾向を示しているといえる⁽⁸⁰⁾。このような傾向を示す判例は、戸松秀典教授が的確に示されているように、「訴訟当事者の表現の自由をいかに保護すべきかの問題が争点の背後にあることは明らかであ⁽⁸¹⁾」り、裁判官にあっても、その検討の結果として、従来の判例よりも作為義務が生じる範囲を限定していると考えられるが、わが国においては、この点に関

し明確な解が与えられたとはいえない状況である。この点の検討を行なうためには、表現の自由からの検討を背後からではなく、前面に打ち出して検討する必要がある。その際においても、アメリカとの比較は重要な意味を持つはずである。

二次的責任（間接責任）に関するアメリカの動向は第三章第二節において検討したが、ここで結論部分のみを再度示すと、一九九六年通信法改正により「グッド・サマリタン（Good Samaritan）」条項⁽⁸²⁾が追加された以降の判決である *Zeran v. AOL*⁽⁸³⁾ を境界線として、アメリカの判例は大きく異なっている。*Zeran* 判決以前の判例は、第一章第二節で見たように、従来はリアルスペースにおいて適用されてきた、当該メディアの管理者（所有者）がディストリビューター（distributor ≡ 配布者）にあたるとのか、パブリッシャー（publisher ≡ 発行者）⁽⁸⁴⁾ にあたるとのかにより、その法的責任を確定する手法をストレートにあてはめていた。これにより、*Cubby v. CompuServe* において、CompuServe はディストリビューターにあたるとされ、名誉毀損的表現の存在を「知っていた（knew）」か、もしくは「知り得べきであった（had reason to know）」⁽⁸⁵⁾ 場合にのみ、被害者に対して責任を負うこととされたのに対して、*Stratton Oakmont v. Prodigy Service* では、Prodigy Service が、当該表現を行なった者と同様の責任を負うとされたのである。これとは異なり、*Zeran* 判決以降の判決においては、「グッド・サマリタン」条項をふまえた判例変更が行われ、その後の判例は、*Zeran* 判決が示した法理に支配されていくことになった。すなわち、*Zeran* 判決では、①プロバイダに責任を課すと、責任を回避しようとするプロバイダは書き込まれる表現内容を厳しく制限することになること、②プロバイダが名誉毀損的表現を「知り得べきであった」場合に責任を負うとすると、プロバイダが知る努力をしなくなり、自発的規制に対するインセンティブを削ぐことになること、そして、③プロバイダに（対応しきれないほどの）膨大な量の名誉毀損を受けたとの通知が行われた場合においても、当該表現の存在を「知っていた」ことを理由として責任を負うとすると、その負担はプロバ

イダにとって極めて重いものとなること、を理由として、「グッド・サマリタン」条項の趣旨をプロバイダがパブリッシャーとしての責任もデистриビューターとしての責任も否定したものと解したのである。⁽⁸⁶⁾このようにアメリカにおいては、従来の判例を覆す意図をもって挿入された「グッド・サマリタン」⁽⁸⁷⁾条項により、プロバイダ、あるいはシスポ等のメディアの管理者（所有者）に対して、完全な免責を認めることになったのである。

これに対して、わが国における、「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）」の基となった「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」（報告書第二章五）であるとし、アメリカにおける「グッド・サマリタン」条項を念頭に置いているようにも思われた。しかし、同報告書における「セーフハーバー」規定の中身とは、①「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、②「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（法三条一項参照）、更に、③「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、サービスプ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しており（法三条二項二で具体化された）、アメリカとの理解の溝は大きいものがあつた。

③の点に関して、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、「ノータイス・アンド・テイクダウン（Notice and Take Down）」のシステムを参考にしたものであるとするが（報告書第二章五）、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システムを名誉毀損的表現などが問題となるような他のコンテンツに対してまで拡大適用して良いのであろうか。⁽⁸⁸⁾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ウム著作権法 (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、というと、そうとは言えないであろう。更に、二次的責任 (間接責任) の問題一般としても、アメリカにおける法理を全く無視した形でわが国のシステム作りがなされようとしている点については注意しなければならない。わが国の憲法二一条がアメリカ合衆国憲法における第一修正を「移植」したものである以上、リアルスペース上においても、サイバースペース上においてもアメリカにおける言論の自由に関する法理がわが国の表現の自由に関する法理を検討するに際して、「日米両国の背景事実に差異はないか、もしあるとすれば、果たして同一の法理が妥当するのか」⁽⁸⁹⁾の省察が必要とされるのであって、アメリカにおいて形成されてきた法理を故意に適用しないことは厳に慎む必要があるだろう。この二次的責任 (間接責任) におけるアメリカ法理の「移植」については、松井茂記教授が、「日本でも、法律ないし判例でプロバイダーの責任を免除することは可能である」⁽⁹⁰⁾と指摘されているが、以上のようなスタンスに立つならば、日本でも、法律ないし判例でプロバイダーの責任を免除することが要請されているはずである。

次に、一次的責任 (直接責任) について見よう。ここでのアメリカにおける法理は、「公人・私人」二分論ともいべきものであり、「公人」の場合は、*New York Times v. Sullivan* ⁽⁹¹⁾で示されたように、「現実の悪意」の法理が適用され、それが一般的損害賠償および懲罰的損害賠償を認める際の要件となるが、これに対して、対象が「私人」である場合は、*Gertz v. Robert Welch* ⁽⁹²⁾で示されたように、一般的損害賠償を求めるには「過失 (negligence)」⁽⁹³⁾の立証で十分であるが、懲罰的損害賠償を求めるには「現実の悪意」の立証が必要であることになった。アメリカでは、このような法理がサイバースペースにも適用されると解されてきた。わが国のこの点における法理は、本章第一節で検討したので繰り返さ

ないが、名誉毀損的表現の一次的責任（直接責任）のカテゴリーについては、他のカテゴリーとは異なり、アメリカにおいて形成されてきた法理をそのまま「移植」することが容認されずとも、唯一の解であるかについては更なる検討が必要であると思われる。なぜなら、アメリカとわが国とは、名誉毀損的表現の責任者に対する法的サンクションの「重大さ・過酷さ」が決定的に異なっているからである。⁽⁹⁴⁾⁽⁹⁵⁾ この法的サンクションの程度の差が表現の自由と名誉の保護のバランスに違いをもたらすとも考えられる。アメリカのように法的サンクションを強く課す国では、表現に対する萎縮的効果も大きくなり、その萎縮的効果を取り除くために「緩衝地帯 (buffer zone)」を広く取る必要が出てくるのに対して、わが国のように法的サンクションが弱い国では、「緩衝地帯」はアメリカに比べて、小さくて良い、ということになる。⁽⁹⁶⁾ このように解するならば、「緩衝地帯」を小さく取るようなシステムを設計したとしても、それが直に憲法二一条違反とはいえないことになる。もちろん、「緩衝地帯」を広く取るというアメリカ型のシステムを一旦取ったうえで、サンクションの強度をあげていく、という方法も憲法上取りえる方法であると考えられる。⁽⁹⁷⁾

更に、一次的責任（直接責任）における、サイバースペースの問題としては、「対抗言論 (more speech)」の成立を理由とする違法性阻却の点がある。この点をわが国でもっとも強調される、高橋和之教授の主張は、本章第一節で見たが、少なくとも、サイバースペースの中でも「対抗言論」がよりよく働くと考えられる「クローズドなスペース」においては、違法性が阻却されるべきであろう。この点において、結論は、アメリカの学説においても同様である。⁽⁹⁸⁾

〔四〕差別的表現（ヘイトスピーチ）

第三章第三節で見たように、アメリカにおいても日本においても、サイバースペース上で差別的表現ないしヘイトスピーチが多く見られるようになってきているが、両国において、判決はまだ出ていないように見受けられる。サイバー

スペース上の表現をめぐる判決自体がそれほど頻繁に出されていないわが国のみならず、アメリカにおいても判決が見られないのは、若干、分析に窮するところではあるが、この点における、*R.A.V. v. City of St. Paul*⁽⁹⁹⁾ が果たした役割は大きいように思われる。*R.A.V.* 判決は、ヘイトスピーチを規制対象とした市条例を違憲と判断したわけであるが、この判決は、当時、社会的に支持を受けていた「*P.C. (political correctness) 現象*」⁽¹⁰⁰⁾への連邦最高裁からの「ノー」の意思表示を含蓄するものであったともいわれる。おそらく、この辺が、潜在的原告に心理的なブレイキを踏ませる原因となっているのではないだろうか。

このカテゴリーに対して形成されたアメリカの判例法理は、そのまま適用可能であり、わが国の学説においてもそのような（表現保護的な）スタンスをとる立場が主流であるように思われるが、現在、その流れを政府が変えようとしている点には注意が払われなければならない。すなわち、人権擁護推進審議会における人権擁護推進審議会答申、および、それに基づく人権擁護法案において、「人権委員会」の創設が明記されている点である。⁽¹⁰²⁾ この「人権委員会」では、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」を含め、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、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掲示するなどの表現行為」、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）」に対して、（政府から独立性を持ち、中立公正であるとしても）⁽¹⁰⁴⁾「表現の交通整理」を行うことが想定されている。そこでの活動範囲は、リアルスペース上の表現に限られるものではなく、サイバースペース上の表現に対しても「介入」が行われるように思われるが、「人権委員会」が設置された場合の差別的表現ないしヘイトスピーチの法理への影響については精査が必要である。確かに、差別的表現を何らかの形で「是正」しようとすることは、政治的（political）な意味で適切（correct）であるのかもしれない。しかしながら、法的（legal）な意味では不適切

(incorrect) である⁽¹⁰⁵⁾が R.A.V. 判決多数意見の意味するところであつたはずである。⁽¹⁰⁶⁾

(1) 橋本公巨教授は、法律学において従来から用いられてきたところの「継受 (reception)」と「移植 (transplantation)」とは、語感上、多少の差異があると指摘されている(『継受』といえは、継受国の主体性が認められるに對して、『移植』といえは、むしろ移植者の主体性が強くあらわれるように思われる)が、ここでは両者の差異は重視しない(橋本公巨「アメリカ憲法の移植と日本国憲法」日本比較法研究所編『比較法の方法と今日的課題』(日本比較法研究所・一九九〇年)五八頁)。法の継受一般につき、沢木敬郎「法の継受」伊藤正巳編『岩波講座 現代法 14 外国法と日本法』(岩波書店・一九六六年)一一五頁以下参照。

(2) 橋本・上掲論文五九頁。

(3) 「合衆国の憲法経験は日本にとって重要な規範でありうるといわなければならない。なぜなら、日本国憲法それ自体、二〇〇年以上に及ぶ合衆国の経験の直接の結果であると考えられるからである」(鵜飼信成「日本におけるアメリカ憲法の制度および思想の受容の意義」ローレンス・W・ピア編(佐藤功監訳)『アジアの憲法制度—アメリカの影響に對するアジア的対応—』(学陽書房・一九八一年)一五六頁)。

(4) 橋本・前掲論文「注1」六〇頁。

(5) 例えは、田中英夫「憲法制定過程覚え書」(有斐閣・一九七九年)、古関彰一「新憲法の誕生」(中央公論社・一九八九年)、高柳賢三ほか編『日本国憲法制定の過程—連合国総司令部側の記録による—II 解説』(有斐閣・一九七二年)、村川一郎編『帝国憲法改正案議事録』(国書刊行会・一九八六年)、憲法制定の経過に關する小委員会編『日本国憲法制定の由来』(時事通信社・一九六一年)等。

(6) 橋本・前掲論文「注1」六二—六三頁。その他、議院の自律権(議院規則制定権、議院役員の選任権、議員の資格争訟の決定権、議員懲罰権)について、アメリカ憲法の影響を明らかに受けていると指摘される(同論文六三頁)。これに對し、アメリカ憲法と異なる点としては、①アメリカ合衆国は連邦制を採っているのに對して、日本は単一国家であること、②天皇制を存置していること、③アメリカが厳格な三権分立制を採り、大統領制を採用しているのに對して、日本は議院内

閣制を採用したこと、④アメリカ憲法が一八世紀の憲法として社会権を保障する規定をもたないのに対して、日本国憲法では、若干の社会権規定を設けていること、があるとされる（同論文六三―六四頁）。

- (7) 同様の指摘を行なうものとして、伊藤正己「日本国憲法と英米憲法」ジュリ六〇〇号一五三―一五四頁、木下毅『アメリカ公法―日米比較公法序説―』（有斐閣・一九九三年）八四―九二頁、木下毅「日本法と外国法・法継受論(2)」北法四六卷四号三七八頁、木下毅『アメリカ法入門・総論』（有斐閣・二〇〇〇年）六―九頁がある。これらの領域においては、「アメリカの裁判所の判例（特に合衆国最高裁の先例）が説得的法源（*Persuasive authority*）」としてわが国の憲法判決の中に取り入れられたり、参照されたりすることが少なくなく、「また憲法訴訟の理論のように、アメリカの判例・学説がいわばトータルな形でわが国の憲法理論の中に摂取され、有効に機能している場合もある」とされる（木下・上掲『アメリカ公法』九一―九二頁）。

- (8) 橋本・前掲論文「注1」六六頁。

- (9) 河原峻一郎『言論及び出版の自由』（有斐閣・一九五九年）はじめに一頁、芦部信喜『憲法叢説1 憲法と憲法学』（信山社・一九九四年）二七二頁参照。

- (10) 橋本・前掲論文「注1」七一頁。

- (11) 野中俊彦「憲法訴訟論の意義と問題点」『憲法理論研究会編『違憲審査制の研究』（敬文堂・一九九三年）一七四頁。

- (12) 芦部信喜教授は、「憲法訴訟論とは、狭義においては次の五つの手続的事項、すなわち、①誰が司法審査を請求する資格があるのか（当事者適格（*standing*）の理論、②争訟中のいかなる時点で裁判官は司法審査を行使できるのか（成熟性、*ムートネス*の理論、③誰の行為が司法審査の対象になるのか（免除（*イミュニティ*）の理論、④いかなる類型の行為が司法審査の対象になるのか（政治問題の理論、⑤いかなる裁判所において司法審査を請求することができるのか（連邦裁判所の管轄権の問題）に関するものである」とされる（芦部信喜「憲法訴訟論の課題」芦部信喜編『講座 憲法訴訟（第一巻）』（有斐閣・一九八七年）一〇一―一一頁）。

- (13) 小林直樹「憲法保障と裁判所」『法学セミナー増刊 現代の裁判』（日本評論社・一九八四年）四〇頁。

- (14) この点につき、芦部教授は、憲法訴訟論とは、「もともと司法判断適合性（*justiciability*）の問題を中心として構成されるものであるから、技術論・手続論に大きな比重が置かれるのは当然だ」という側面もある。また技術とか手続とか言っても、

それが本来憲法の基本原理とか憲法価値と呼ばれるものに深く結びつくものがあることにも、注意しなければならないであろう。」「要は技術論だけに溺れず、憲法の本質が国家権力に制限を加えそれを通じて人権を保障する価値体系であり、司法審査はまさに」「司法的憲法保障制であること、そこに憲法訴訟の諸問題を考察する場合の最も重要な原点があることを踏まえて技術論の意義と限界を検討することであろう」と応答されている（芦部・前掲「憲法訴訟論の課題」〔注12〕六頁）。

(15) 「特に違憲審査制に固有の手続・技術論は、これまでのわが国には全くなかったといつてよいのであるから、手掛りをアメリカに求める必要性は一層大きかったのである。」「アメリカの違憲審査制の歴史は当時でも一五〇年を超えており、その間さまざまな揺れ動きながらも確固たる実績を示してきたのであり、それは今日でも憲法訴訟論にとつての素材の一大宝庫となっている。開拓者がその宝庫に分け入るのはいわば必然の成行きのようなものであった」（野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』（有斐閣・一九九五年）一九三頁）。

(16) 戸松秀典「法解釈論としての憲法訴訟論の現実的成果と課題」法時六五卷一一号四五頁。

(17) 同論文四八頁注四。大久保史郎教授は、「これまでの憲法訴訟論研究がアメリカのそれに大きく依存してきたことは言うまでもないが、その限りで、わが国最大の憲法問題であり、憲法訴訟研究をうながした原因の一つである九条裁判に対応できない」ことを指摘される（大久保史郎「憲法判例と憲法訴訟論——規制類型の基準」論をめぐって①——法セ三五三号三九頁注四）。長谷川正安教授も、憲法九条の存在を理由に、アメリカ法を自衛隊問題に「移植」することはできないと主張される（長谷川正安『政治と裁判』（日本評論社・一九七八年）一八〇—一八二頁）。

(18) 奥平康弘「憲法裁判の可能性」（岩波書店・一九九五年）二二頁。

(19) 同書五四頁。

(20) 同書五五頁。

(21) 同書二二頁。

(22) 更に、「憲法訴訟研究には、アメリカ法の訴訟手続上の議論のみを、日本の現状と関わらせる緊張感を欠いたままで紹介するという傾きが色濃く生じた」とする指摘（小林武「憲法訴訟の現状」法科一四号一一六頁（小林『憲法判例論』（三省堂・二〇〇二年）所収二三三頁）、「ただ日本では、戦後になってそれまで全然なかった憲法訴訟論をはじめたのだから、

初めの頃は、手続論のあらましも、アメリカのモデルに真似て一応やっておかなければということがあったのだと思う。だけど最近の議論はどうなのだろう。アメリカの議論をしているのか、日本の議論をしているのか分からないような議論が多すぎるのではないか」との指摘（野中俊彦・江橋崇・浦部法穂・戸波江二「ゼミナール」憲法裁判（日本評論社・一九八六年）九頁）をあげておく。

(23) 奥平・前掲「憲法裁判の可能性」〔注18〕五六―五七頁注三三は、佐藤幸治「司法権の観念と現代国家」法教三七号六頁以下を明示する。また、浦部法穂教授も、アメリカ流の司法権理解をそのまま、わが国に持ち込もうとする佐藤教授の議論に疑問を呈され（浦部法穂「憲法訴訟論」法時五八巻六号六一頁）、野中俊彦教授は、（特に行政事件訴訟にかかわって）日米間の違いを十分に認識する必要性を強調される（野中・前掲「憲法訴訟論の意義と問題点」〔注11〕一八〇頁、野中・前掲書〔注15〕一九四―一九七頁）。この点につき、市川正人「違憲審査制と憲法学―『批判的憲法訴訟論』の構築に向けて―」法科一五号一六五頁をあわせて参照。

(24) 佐藤幸治「司法権の観念について」『大石義雄先生喜寿記念論文集 日本国憲法の再検討』（嵯峨野書院・一九八〇年）五二四―五二五頁。佐藤教授の議論につき、市川正人「佐藤幸治教授の憲法訴訟論」法時五九巻九号三九頁以下参照。

(25) 市川・前掲「違憲審査制と憲法学」〔注23〕一六五頁。

(26) 「日本国憲法八一条に実定化された通常裁判所による違憲審査制は、その源流をアメリカの憲法思想と制度に求めることができるが、だからといって、アメリカにおける憲法訴訟の理論と技術がそのまま直接にわが国法に妥当するものではないことは、いうまでもない」（芦部信喜「憲法訴訟の理論」（有斐閣・一九七三年）二八四頁）。「研究を進めるにあたって、アメリカの憲法判例および学説―そこには新しく開拓されるべき人権論に貴重な示唆を与える多くの法理が見出される―の分析に大きな比重をおいた。その趣旨は『憲法訴訟の理論』の場合とまったく同じであり、法体系ないし歴史・伝統の相違を無視して、外国法の法理を日本の憲法問題の解決に無批判に導入したのではない（芦部信喜「現代人権論」（有斐閣・一九七四年）はしがき二頁）。「外国の判例ないし学説に論及したのは、『現代人権論』のはしがきでも述べたように、私としては、法体系ないし歴史・伝統の相違を無視して外国法の法理を日本の憲法問題の解決に無批判に導入したわけではなく、両者の相違を念頭に置きながら、日本の憲法訴訟論を新しく構成するためには、現在なお多くの点で外国法の法理に学ぶことが重要だと考えたにはかならない」（芦部信喜「憲法訴訟の現代的展開」（有斐閣・一九八一年）はしがき三頁）。

(27) 「アメリカ憲法研究に従事してきた憲法研究者の多くは、こうした研究姿勢に立っており、必ずしもアメリカの憲法理論をすべて日本に直輸入しようとしてきたわけではない。直輸入しようとしているように見えても、そこには、当該理論については日本においても妥当するのではないか、アメリカの憲法理論を持ち込むことによってわが国の法制度・実務を批判的に考察できるのではないかという論者なりの判断があったと思われる」（市川正人「アメリカ憲法研究の50年」樋口陽一・森英樹・高見勝利・辻村みよ子編『憲法理論の50年』（日本評論社・一九九六年）二六四頁）。

(28) 「憲法訴訟論批判」に対して、積極的に再批判を行なった、松井茂記教授にあつても、「たとえ我が国の司法権と司法審査制度がアメリカ型をモデルとして成立したといつても、アメリカと我が国では全体的法制度も異なり、アメリカの司法権概念やそこでの司法権理解がそのまま我が国に妥当するものではないことは言うまでもない。それ故、言われるように、学説がアメリカの憲法訴訟手続についての判例理論や学説を無媒介に日本に持ち込もうとしているのであれば、批判されても当然である。」「アメリカの憲法訴訟論を我が国に採用すべきと主張された場合、問われるべきは、その根拠と採用すべきとされた理論の内容であつて、その検討は個別に行われるべきであ」とされる（松井茂記「憲法訴訟論への展望——現代司法権の展開と憲法学(1)——」ジュリ八八〇号一二二頁）。

(29) 井上典之『司法的人権救済論』（信山社・一九九二年）二一三頁参照。

(30) 市川正人教授は、憲法訴訟論を「憲法問題が争点となる訴訟（憲法訴訟）に固有の諸問題に関する解釈論」と定義され、これらに、狭義の憲法訴訟論たる、「裁判所は、いつ、誰の申し立てに基づいて、どの程度憲法判断するか（しないか）」、また、その憲法判断はどのような効果を持つか等の問題を扱うものと、「憲法訴訟を念頭に置いた実体論である違憲審査の基準論」が含まれるとされる（市川・前掲「違憲審査制と憲法学」〔注23〕一六一頁）。実体論たる違憲審査基準論を憲法訴訟論に含めて解する論者の手によるものとして、芦部・前掲「憲法訴訟論の課題」〔注12〕三頁以下、大久保史郎「司法審査制と人権保障——最高裁判例を素材に——」法時五八巻六号五二頁以下、大久保・前掲「憲法判例と憲法訴訟論」〔注17〕三八頁以下、戸松・前掲「法解釈論としての憲法訴訟論の現実的成果と課題」〔注16〕四四頁以下、野中・前掲書〔注15〕一八七頁以下、浦部・前掲論文〔注23〕六〇頁以下がある。更に、右崎正博教授は、同様の理解に立ちつつ、憲法訴訟研究を、①憲法訴訟固有の手続的、技術的課題を扱うもの、②憲法訴訟に固有の手続や技術を、その前提となる違憲審査制や司法権のあり方などとも結びつけて論じるもの、③権利の実体的価値まで視野に含めて違憲審査基準の考察を行い、そ

れと結びつけて憲法判断のあり方や手続を論じるもの、に三分類されている（右崎正博「戦後日本憲法学とアメリカ憲法訴訟研究」樋口陽一編『講座憲法学別巻―戦後憲法・憲法学と内外の環境―』（日本評論社・一九九五年）二二―二三頁）。

(31)「違憲審査基準は、憲法判断の方法（文面判断のアプローチと事実判断のアプローチ、立法裁量論など）」と深くかわる点では、手続論の領域に属するとも言えるが、それが個別の人権価値の憲法解釈と密接に結びつくものである限り、手続論というよりもむしろ実体論も問題だと考えたほうが妥当である」（芦部・前掲「憲法訴訟論の課題」〔注12〕一六頁）。「人権規制立法に関する違憲審査基準論は、憲法訴訟の中でもいけば実体論にあたるのであり、単なる訴訟技術論とか裁判所の機能論などではなく人権論の訴訟法的表現、いいかえれば、憲法訴訟という場をかりて語られる人権論として位置づけられる」（藤井俊夫「憲法訴訟と違憲審査基準」（成文堂・一九八五年）はしがき一頁）。

(32) 野中・前掲書〔注15〕二〇四頁。渋谷秀樹「憲法訴訟における主張の利益」（大阪府立大学経済学部・一九八八年）三頁参照。

(33)「香城理論」とは、立法目的においては「積極的―消極的」規制、（立法目的）達成手段においては「直接的―付随的」規制であるかの類型化を行い、結論的には、学説が主張するものよりもはるかに広い立法裁量を導く理論であることから、強い批判が出された。「香城理論」を検討したものとして、奥平康弘「なぜ「表現の自由」か」（東京大学出版会・一九八八年）一七―一八頁、一六三頁以下、奥平・前掲「憲法裁判の可能性」〔注18〕五〇―五三頁、大久保史郎「人権主体としての個と集団―戦後日本の軌跡と課題―」（日本評論社・二〇〇三年）九三頁以下、大久保・前掲「憲法判例と憲法訴訟論」〔注17〕四〇―四一頁、右崎・前掲論文〔注30〕二三―二五頁、棟居快行「人権論の新構成」（信山社・一九九二年）二二―四頁以下があり、香城敏磨教授（元最高裁判所調査官）ご自身によるものとして、香城敏磨「人権に関する判例理論」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開（下）』（有斐閣・一九九三年）一五一―一五三頁（香城「憲法解釈の法理」（信山社・二〇〇四年）所収二九―三一頁、一三八頁）、芦部信喜ほか「〔研究会〕憲法判例の三〇年―学説と実務との関連において―」（ジュリスト臨時増刊 日本国憲法―三〇年の軌跡と展望―）四五二頁以下（特に、四七四頁以下）、芦部信喜ほか「〔研究会〕憲法判断の基準と方法」ジュリ七八九号二二頁以下、香城敏磨「憲法裁判の客観性と創造性」ジュリ八三五号一〇頁以下、香城敏磨「最高裁判例解説」曹時二七卷一一号八六頁以下がある。

(34) 浦部・前掲論文〔注23〕六七頁。

(35) 野中・前掲書〔注15〕二〇五頁も同様の指摘をする。

(36) 松井・前掲「憲法訴訟論への展望」〔注28〕一二五頁注四三。

(37) 芦部教授は、「厳格審査 (strict scrutiny) の基準と呼ばれる『やむにやまれぬ（高度に重要な、必要不可欠な、という意味）公共的利益 (compelling public interest) の基準』につき、以下のように説明されている。

「(イ)やむにやまれぬ必要不可欠な公共的利益とは (compelling government [or state] interest といわれる場合が多いので、わが国では『政府利益』という訳語が一般に用いられているが、用語としてはやや適切を欠く)、立法目的が『やむにやまれぬ必要不可欠な公共的利益』であること、立法目的達成手段がその公共的利益のみを具体化するように『厳密に定められている』(narrowly tailored) こと、とこう二つの要件の充足を求める基準である。一般に立法目的は、その追求する公共的利益の重要性の程度によって、① compelling、② substantial (or important)、③ legitimate (or significant) の三段階に分けられ、①は公共的利益 (公共目的) の重要性が最高度に大きいものでなければならぬことを意味する。」

「(ロ)規制手段に課せられた『厳密に定められていること』という要件は、立法目的を達成するために是非とも必要な最小限度のものでなければならぬ、というきわめて厳格な意味に解されている。それを具体的に説明すると、①まず、規制権力 (政府) の側に当該法律は公共的利益を実際に促進させるものであることを最高裁の納得のいくまで証明しなければならぬ責任があることである。」②次に、当該法律が過大規制でないこと、すなわち、公共的利益と深く結びついていないような相当量の言論まで制約するものでないこと、③また過小規制でもないこと、すなわち、制約される言論と同じ程度に公共的利益を害するような相当量の言論を規制しないままにしておくようなものでないこと、が必要である。④とくに重要な要件は、規制手段が言論に対して『最も制限的でない他の選びうる手段』(least restrictive alternative) であること、すなわち、立法目的である公共的利益を達成するであろう他のより言論制限的でない手段の利用が不可能であり、それを証明する責任は規制権力の側にある、ということである。これは①②をいわば包括した要件であり、②の要件と同じ理由に基づく」(芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1)』(有斐閣・一九九八年) 四一―四二頁)。

(38) 拙稿「サイバースペースと表現の自由(二)」北法五五巻二号八七―九一頁、拙稿「サイバースペースと表現の自由(六)」北法五五巻六号一九二―一九三頁、および、本稿(本節二〔三〕) 参照。

(39) 松井茂記『アメリカ憲法入門〔第5版〕』(有斐閣・二〇〇四年) 一五七頁。

- (40) Schenk v. United States, 249 U.S. 47 (1919).
- (41) see Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951).
- (42) Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957).
- (43) ブランデンバークの基準ないし法理は、*Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)において示された基準ないし法理である。「ある過激な宗教団体の幹部が、暴力による政治改革を、そのような教義を広める意図をもって教育し、もしくはそのような教義を唱道するグループと集会することを禁止する州法（オハイオ州の criminal syndicalism 法）に基づいて起訴された事件で、合衆国最高裁は、『暴力の行使もしくは違法行為の唱道は、それが差し迫った非合法な行為をせん動すること、もしくは生ぜしめること、に向けられており、かつ、そのような行為をせん動し、もしくは生ぜしめる蓋然性のある場合でなければ、州は禁止することはできない』と述べ、右法律を違憲と判示した。差し迫った非合法の行為のせん動の制限だけが許される旨説いたのである」（芦部・前掲『憲法学Ⅲ』[注37] 四一八―四一九頁。更に、芦部信喜『憲法判例を読む』（岩波書店・一九八七年）一九〇―一九一頁参照）。
- (44) 木下・前掲『アメリカ公法』[注7] 一八〇―一八二頁、伊藤正己『言論・出版の自由』（岩波書店・一九五九年）二一―三頁以下、芦部・前掲『憲法学Ⅲ』[注37] 四一四―四一六頁、T・I・エマソン・木下毅『現代アメリカ憲法』（東京大学出版会・一九七八年）九〇―九五頁、河原・前掲書[注9] 三四―六八頁参照。
- (45) 「表現の自由をできるだけ尊重するために、ホームズ裁判官およびブランドイス裁判官によって唱道された『明白かつ現在の危険の原則』（the clear and present danger doctrine）をわが憲法のもとでも認めてよいと思われる」（橋本公巨『憲法原論（新版）』（有斐閣・一九七三年）二二―二四頁）。ただし、その後、橋本教授は「主として政治的言論の処罰の場合」に限定されるようになった点に注意されたい（橋本公巨『憲法（改訂版）』（青林書院新社・一九七六年）二二三頁、橋本公巨『日本国憲法（改訂版）』（有斐閣・一九八八年）二七〇―二七一頁）。「明白にして現在の危険」の基準は「日本国憲法にもそのままちこんでよいと考えている」（伊藤・上掲『言論・出版の自由』三〇五頁）。「伊藤氏が、この研究（伊藤・同書を指す一筆者）のおわりで、『言論の自由の制約の合憲性の判断の基準についての論究』の結論として、要約しているところ（同書三〇五―三〇六頁。ここでは、『明白にして現在の危険』の基準、事前の抑制の理論、明確性の理論のわが国への「移植」を主張されている一筆者）は、日本国憲法に関する考え方としても、妥当すると思われる」（宮沢俊義『憲

法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣・一九七四年）三七一頁注二〇。宮沢俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法』（日本評論社・一九七八年）二四八―二四九頁も同旨。「言論の自由に對しどの程度まで制約が許されるのかの判断基準としての『明白かつ現在の危険』（clear and present danger）の原則が」「わが国の法律家の共通の財産となっている」（田中英夫「日本における外国法の摂取」伊藤正己編『岩波講座 現代法14 外国法と日本法』（岩波書店・一九六六年）二九一頁）。制約「基準は『公共の福祉』といった抽象的基準では不明確であり、アメリカ判例法で形成された」「明白かつ現在の危険』（clear and present danger）の要件の理論などにより厳格な審査を必要とする」（久田栄正編『憲法』（法律文化社・一九七二年）六〇頁〔小川環執筆〕。久田栄正編『憲法と政治』（法律文化社・一九七〇年）六〇頁〔小川執筆〕も同旨）。その他、小林直樹『憲法講義（新版）上』（東京大学出版会・一九八〇年）三九七―三九八頁、久保田きぬ子『明白且つ現在の危険』の原則小論「国家七〇巻六号二頁、三五―三六頁、河原峻一郎「表現の自由について」公法二三号二三頁等。

(46)「この基準は、そもそも刑罰によって一定の表現を直接に禁止する場合の事件について構成されたもので、言論の自由そのものを直接に規制せず間接にそれに重大な影響を与える最近の立法形式に適用できるかどうか、疑問であるし、また、一九四〇年代の判例でその適用範囲が拡大されたため、『言論の自由の行使から重大な害悪を生ずるといふ緊急の切迫した危険があつて、他の手段でその発生を防止しえず、しかも、言論と害悪の発生との間に不可避的な密接な因果関係のある場合にのみ、言論の制限が正当化される』とすると、複雑な相対立する利益の衡量を裁判所に要求することになるが、これを司法手続に期待することが可能かどうか、かえって『現実には規制する側の利益だけが強調され、真の意味の比較衡量が行われない恐れが充分にある』のではないか、こういう疑問にも十分の理由がある」（芦部信喜『現代人権論』（有斐閣・一九七四年）一一四頁）。この基準に對しては、奥平教授も批判を加えられている（奥平康弘『表現の自由Ⅰ』（有斐閣・一九八三年）一二四―一二六頁）。

(47)「明白かつ現在の危険」の基準の「移植」にもっとも大きな役割を果たされた、伊藤正己教授は、「立法が文面上表現の自由を縮減する場合に、その立法そのものの合憲性を判断するための基準にまで高められて」おり、また、「この理論は、およそ言論に含まれる思想自体が制限される場合に限られず、広く言論の自由の行使の態様、すなわちその行使の時、場所、方法などを規制する場合にも適用される。」（このように、「明白にして現在の危険」の基準は、言論の自由の規制に對してきわめて広く利用される範囲をもつものである。すなわち、ある特定の場合に限られず、およそ表現の自由一般に関

する憲法理論と考えるべきではない」と主張され（伊藤・前掲『言論・出版の自由』〔注44〕二八四―二八五頁）、その射程は公務員の政治活動の制限等にまで及ぶものと主張されていた（同書二九二頁）。現在は、伊藤教授にあっても、公務員の政治活動の制限に関してはLRAの基準が適用されることを承認され（伊藤正己『憲法（第三版）』（弘文堂・一九九五年）三一八―三一九頁、伊藤正己『憲法入門（第三版）』（有斐閣双書・一九九三年）一五五―一五六頁。ただし、LRAの基準の射程については必ずしも明確にされていない）、若干の戦線縮小を図られているが、基本的なスタンスは不変であるように思われる。

(48) 芦部教授は、表現内容規制にあつては、厳格審査基準としての「やむにやまれぬ公共的利益」の基準ないし「明白かつ現在の危険」の基準によって判断されるとされており（芦部・前掲『憲法学Ⅲ』〔注37〕四一―頁）、「やむにやまれぬ公共的利益」の基準と「明白かつ現在の危険」の基準を並列に理解されているように見えるが、実際には後者の基準を「違法行為のせん動（おおる行為）を処罰する法律に関わる事件で、その合憲性ないし有罪・無罪を判断する審査基準として用いる」等に限定することによって（同書四二〇頁。芦部・前掲『現代人権論』〔注46〕一六九頁も同旨）、アメリカ法理と同様の理解を示される。奥平教授も、「国家権力（主として立法権）がこの自由を制限しようとする場合には、制限を正当化するほど強い理由（規制をすることをどうしてもやむなしとする根拠“compelling reasons <or interests> for government restraint”）が納得的に示されなければならない」ということ、その点に關し「当該規制立法の合憲性が争われるにいたった場合―裁判所はとくに厳格な審査（“strict scrutiny”）をおこなうこと、これを要請する」とされる（奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣・一九九三年）一五九頁）。長谷部教授、松井教授も表現内容規制に対して厳格審査基準が適用されることを主張される（長谷部恭男『憲法（第3版）』（新世社・二〇〇四年）二〇九頁、松井茂記『日本国憲法（第2版）』（有斐閣・二〇〇二年）一一六―一一七頁、松井茂記『インターネット上の表現行為と表現の自由』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）三一頁）。

(49) 既に述べてきたことからわかるように、わが国の表現の自由の法理がアメリカにおけるその「桎梏」から逃れられないとしても、「アメリカの最高裁における判例の動向」がリジッドに「そのままわが国の違憲審査に反映されなければならない」というわけではない（藤井・前掲書〔注31〕はしがき二頁）。わが国における「現実の悪意」の法理への対応の問題がこれにあたる。わが国において、「現実の悪意」の法理の採用が憲法上要請されとしても、現行の「相当の理由」の

基準が直に、憲法二一条に反するものとはいえないであろう。

(50) 芦部信喜『司法のあり方と人権』（東京大学出版会・一九八三年）三一頁。

(51) 同書三一頁。

(52) 市川・前掲『アメリカ憲法研究の50年』〔注27〕二六六頁。

(53) 松井茂記『二重の基準論』（有斐閣・一九九四年）二四六頁。

(54) 市川・前掲『アメリカ憲法研究の50年』〔注27〕二七一頁注二一。田中英夫『憲法三一条（いわゆる適法手続条項）について』宮沢俊義先生還暦記念『日本国憲法体系第八巻 基本的人権』（有斐閣・一九六五年）一六五頁以下参照。

(55) 市川正人『刑事手続と憲法三一条』樋口陽一編『講座憲法学4 権利の保障』〔2〕（日本評論社・一九九四年）二〇〇頁。

(56) 佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院・一九九五年）五八七頁。

(57) 拙稿・前掲『サイバースペースと表現の自由（二）』〔注38〕一〇八頁以下。

(58) 逆に考えれば、常識論で処理している以上、明確化する必要がなかったとも言えるのかもしれない。

(59) ただし、チャイルドポルノについては、別異に扱われなければならない。なぜなら、当該表現の規制目的は、被写体たる未成年者の保護、あるいは、子どもの搾取をもたらすような市場の破壊にあり（拙稿『サイバースペースと表現の自由（二）』北法五五巻一・号八八―九〇頁）、（広い意味での）受け手の保護を目的とする、その他の表現とは大きく異なっているからである。

(60) 先行業績につき、拙稿『サイバースペースと表現の自由（三）』北法五五巻三号一四九―一五一頁〔注7〕。

(61) 奥平康弘『表現の自由Ⅱ』（有斐閣・一九八三年）七六頁。

(62) 「いまだ大きく変貌しつつあるメディアに対して、憲法の表現の自由はどのような保護を与えてくれるのか。残念ながら、この点については、日本の議論はようやく始まったばかりであり、まだその方向性すら定まっていはいない」（松井茂記『表現の自由理論の現在―日本』『ジュリスト増刊 変革期のメディア』（有斐閣・一九九七年）二二六頁）。

(63) 拙稿・前掲『サイバースペースと表現の自由（二）』〔注59〕五八頁。

(64) 大阪地判平成二二年三月三〇日（判例集未登載）。拙稿『サイバースペースと表現の自由（六）』〔注38〕一七九―一八〇

頁。

(65) わが国の判例・学説につき、拙稿・前掲「サイバースペースと表現の自由(二)」[注59] 九九一〇一頁[注68] 参照。

(66) 表現の自由の観点からの吟味を欠いているのは、アダルトコンテンツ規制のみに限らず、わが国のサイバースペース規制において広汎に見られる現象である。本稿では扱わなかったが、いわゆる「迷惑メール」規制法案を、「与党三党案の事務局役を務める総務省と経産省の縄張り意識、族議員の対立」から一本化できず、そこには、表現の自由の観点から「国家によるメール規制」を吟味しようとの立場が見られないとの指摘(「ネット規制―表現の自由をふまえて―」北海道新聞平成一四年二月二六日朝刊社説)は、この点を適切に示している。

(67) 改正風営適正化法も子どもオンライン保護法(COPA)も主として「商用サイト」を規制対象としている点でかなりの類似点が見られる。

(68) チャイルドポルノ防止法(CPPA)をめぐる訴訟では、主として、生身の子どもを被写体としないマテリアルである、コンピュータイメージによるチャイルドポルノの制作及び配布の合憲性が問題となったが、この点に関する、児童ポルノ法の射程は今一つ明確ではない。すなわち、当初の法律案から「絵」を規制対象から削り、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あたらないこととなったが、「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、コラージュしたデジタル画像についても「實在する児童の姿態」を描写したのとして規制が可能であるとする主張も見られるからであるが、ここでは、アメリカ流の規制対象と同じであることを想定して考えておく。

(69) 北海道新聞平成一〇年一月四日朝刊。同様の措置は、市町村立の小学校、中学校でもそれぞれ行われている。

(70) 北海道新聞平成一三年一月二四日朝刊。横浜市教育委員会では市立学校系五一七校をネットワークの出入り口で管理しており、平成一一年度までは「見ても良いサイト」を並べたホワイトリストを教員や生徒の要望を集めて制作、四年間で七六〇〇件を登録した。しかし、インターネットの利用を制限するマイナスポイントが目立ちはじめたため、平成一二年度からはブラックリスト方式に切り替え、市販のプロッキングソフトウェアを使っているという(<http://www.asahi.com/tech/feature/K2001092300440.html> (last visited Mar 11, 2002))。

(71) *Mainstream Loudoun v. Board of Trustees of the Loudoun County Library*, 2 F.Supp. 2d 783 (E. D. Va. 1998), 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・ジャーナル六号二二四頁。

(72) 福島力洋「表現の自由とインターネット」渡辺武達・松井茂記編『マスメディアの法理と社会的責任』(ミネルヴァ書房・二〇〇四年)一〇八—一〇九頁、森脇敦史「図書館に対するフィルタリングの義務づけと今後のインターネット上における表現規制の態様」CDA、COPA、CIPAの事例から」『版法五三巻三・四号三九三頁以下(特に、四〇一頁以下)、拙稿・前掲「サイバースペースと表現の自由(三)」[注60]一三三—一三四頁参照。

(73) 拙稿「サイバースペースと表現の自由(七)」北法五六巻一号一九—一九二頁[注65]。

(74) 東京地判平成九年五月二六日判時一六一〇号二二頁。拙稿「サイバースペースと表現の自由(六)」[注38]一八二—一八六頁。

(75) 判時一六一〇号三八頁。

(76) 東京高判平成一三年九月五日判時一七八六号八〇頁。拙稿「サイバースペースと表現の自由(六)」[注38]一八九—一九〇頁。

(77) 「シスオペにおいては、当該フォーラムに他人の名譽を毀損するような内容の発言が書き込まれた場合には、これを削除するなどして、その有線送信を停止する措置をとることができ、これらの措置をとれば、それ以降は、当該発言自体が他の会員の目に触れることがなくなる」と、「その反面、当該発言によつて名譽を毀損された者には、右のような内容の発言が多数の会員によつて読まれてしまう事態を避けるため、自らが得る具体的な手段は何ら与えられていないこと」と判示し(判時一六一〇号三七頁)、当該発言の削除を義務ではないにしても、作為義務のかなりの部分を占めるものであると捉えているように思われる。また、控訴審判決では、「削除義務違反」との語が使われているが、この用語は、作為義務に当該発言の削除と解していたからこそ出てきた言葉であらう。

(78) 東京地判平成一一年九月二四日判時一七〇七号一三九頁。拙稿「サイバースペースと表現の自由(六)」[注38]一八六一—一八八頁。

(79) 判時一七〇七号一四五頁。

(80) 作為義務の範囲を限定的に解する、ニフティサーブ・現代思想フォーラム事件控訴審判決以降の判決には、高橋和之教授の議論の影響があるように思われる(高橋和之「判批」ジュリ一二二〇号八〇頁以下、および、拙稿「サイバースペー

スと表現の自由(六)」「[注38]一九一頁参照)。

(81) 戸松秀典「憲法価値の具体的実現ーコンピュータの寄与を考えるー」法教二四四号八頁。

(82) 拙稿「サイバースペースと表現の自由(五)」北法五五卷五号一五一一一五二頁。

(83) *Zeran v. AOL*, 958 F. Supp. 1124 (E. D. Va. 1997), 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997), cert. denied, 524 U.S. 937 (1998). 拙稿・同論文一五二一一五三頁。

(84) *Cubby v. CompuServe*, 776 F. Supp. 135 (S. D. N. Y. 1991). 拙稿・同論文一五〇頁。

(85) *Stratton Oakmont v. Prodigy Service*, 1995 N. Y. Misc. LEXIS 229 (N. Y. Sup. Ct. 1995). 拙稿・同論文一五一頁。

(86) ジョナサン・ローズナー(銀座第一法律事務所訳)『サイバーローイーインターネットの法律ー』(中央経済社・一九九九年)九七頁。

(87) *S. Rep. No. 230*, 104th Cong., 2d Sess. 194 (1996). 「一九九六年通信法に付帯する議会のレポートには、『二三〇条(c)』の目的の一つは、問題のあるコンテンツへのアクセスを制限していることを理由に、自己のものでないコンテンツについてまでプロバイダおよびユーザを出版社又は送信者の立場にあるものと取り扱った *Stratton Oakmont v. Prodigy* 事件判決その他の類似判決を覆すことにある」と明記されている(H.R. Conf. Rep. No.458, at 194, 104th Cong., 2d Sess. (January 31, 1996))。ジェフリー・P・カナードほか(二関辰郎訳)『インターネット法の発展状況(一)』(際商二七卷五号五二六頁)。

(88) (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、既に、それぞれ別の立法により法的対応が異なっている点に注意されたい。

(89) 橋本・前掲論文「注一」七一頁。

(90) 松井茂記「インターネット上の表現行為と表現の自由」高橋和之・松井茂記編『インターネットと法(第2版)』(有斐閣・二〇〇一年)四四頁注一二。その後、松井教授はプロバイダ責任制限法との関係において、「権利侵害を知っていたか権利侵害となるかを全く顧慮しなかった場合、つまり現実的悪意があった場合を除いてプロバイダーに責任を負わすことは二一条に反する」との主張もされるようになった(松井茂記「日本国憲法(第2版)」[注48]四六七頁。松井茂記「インターネットの憲法学」(岩波書店・二〇〇二年)一三八頁、松井茂記「マス・メディアと名誉毀損・プライバシーの侵害」法時七四卷一四二頁、松井・前掲「インターネット上の表現行為と表現の自由」[注48]三九頁も同旨)。

- (91) New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964). 拙稿・前掲「サイバースペースと表現の自由 (一)」[注38] 八七—八九頁。
- (92) Gertz v. Robert Welch, 418 U.S. 323 (1974). 拙稿・同論文八九—九一頁。
- (93) この場合の立証責任は原告が負うこととされているのに対して、わが国では、表現者の故意・過失は被告が負うものとされる。この点の批判として、松井・前掲「インターネット上の表現行為と表現の自由」[注48] 三四頁。
- (94) この議論は、一次的責任(直接責任)にのみ通用する議論であろう。二次的責任(間接責任)にあつては、仮に法的サンクションⅡ賠償額が小さいとしても、起訴それ自体を恐れるプロバイダ・シスオペが過剰な規制を行なう可能性が高いからである。プロバイダ・シスオペがユーザによる表現を削除することは容易に行ないうるのに対して、ユーザ側の削除されたことによる被害は甚大である。ここでは、アメリカと同様の「緩衝地帯」Ⅱ「グッド・サマリタン」条項が憲法上要請されよう。
- (95) 最近、注目されるのが、損害賠償額の高額化である(この点を指摘するものとして、松井・前掲「マス・メディアと名誉毀損・プライバシーの侵害」[注90] 三八—三九頁、松井茂記「変貌する名誉毀損法と表現の自由」ジュリー一二二—一二二号八二頁)。損害賠償額の高額化自体については評価できるとしても、損害賠償が法的サンクションとして機能している以上、名誉毀損法理全体の中で、その高額化がもたらす表現の自由への影響、他の救済手段としての差止めとの関係等について慎重な検討が必要と思われる。損害賠償額の高額化は、わが国における名誉毀損法理の従来のバランスを変更改せるものであるからである。
- (96) 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)五二頁。長谷部教授も「日本における名誉毀損訴訟での損害賠償額の水準は、アメリカに比べても相当低いため、表現活動に対する萎縮効果もさほどではなく、それだけ、『現実の悪意』の法理によつて損害賠償請求を限定する必要性も低いはずである」とされる(長谷部・前掲書[注48] 一六四頁)。
- (97) 松井教授は、この点に関し、「インターネット上での表現行為に対して名誉毀損として損害賠償責任を負わせるためには、原告側で、表現が虚偽であつたこと、虚偽の事実を公表したことに故意・過失があつたことを証明すべきであり、公職者・公的人物に関する場合には、表現者が『現実の悪意』を有していたことを証明すべきである」と主張される(松井・前掲「インターネット上の表現行為と表現の自由」[注48] 三四頁)。また、高橋教授にあつても、このようなスタンスを直ち

に否定するものではないであらう。なぜなら、高橋教授のこの点に関する議論は、現状を前提とした議論であるからである。前提が変われば、議論の内容も変わることとなる。

- (98) see MIKE GODWIN, CYBER RIGHTS: DEFENDING FREE SPEECH IN THE DIGITAL AGE 73-100 (1998); Mike Godwin, *The First Amendment in Cyberspace*, 4 TEMP. POL. & CIV. RTS. L. REV. 1, 7 (1994); I. Trotter Hardy, *The Proper Legal Regime for "Cyberspace"*, 55 U. PITT. L. REV. 993, 1042 (1994).

- (99) R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992). 戸松秀典「表現の自由と差別的言論」ジュリ一〇二二号五九頁以下、拙稿・前掲「サイバースペースと表現の自由(二)」[注38]九三一九四頁参照。

- (100) PCにつき、内野正幸「差別問題論序説 PCをきっかけにして」法時六八巻六号一七頁以下参照。

- (101) 奥平康弘「表現の自由」を求めて—アメリカにおける権利獲得の軌跡—(岩波書店・一九九九年)三二一—三二二頁。

- (102) 拙稿「サイバースペースと表現の自由(七)」[注73]一七八—一七九頁。

- (103) ②の行為の一部については、条例による規制が行われている。「大阪府部落差別事象に係る調査等の規制等に関する条例(大阪府興信所条例)」がそれである。同条例は、興信所に対し、「1特定の個人又はその親族の現在又は過去の居住地が、同和地区にあるかないかについて調査し、又は報告しないこと。2同和地区の所在地の一覧表等の提供及び特定の場所又は地域が同和地区にあることの教示をしないこと」を求め(五条一項)、興信所が同条項に違反した時は行政指導(九条一項)、営業停止の行政命令(九条二項)、三ヶ月以下の懲役又は一〇万円以下の罰金の行政罰(一三条)を課すことができることになっている(<http://www.pref.osaka.jp/inken/measure/kojin/>) (last visited Dec 31, 2004)。同条例のように興信所を対象とした規制は、「被差別部落民のプライバシーの権利などを援用することによって正当化することができよう」(内野正幸『差別的表現』(有斐閣・一九九〇年)一三六頁。阪本昌成「部落差別調査等規制条例と営業の自由」部落解放研究所編『憲法と部落問題』(解放出版社・一九八六年)二四九—二五八頁、北口末広『人権社会のシステムを—身元調査の実態から—』(部落解放人権研究所・一九九九年)参照)。

- (104) 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。

(105)「アメリカ合衆国では、共通の言語をより包括的で、より一般的にするポリテイカリー・コレクト (Politically Correct) 運動ないしマルチカルチュラル (Multicultural) 運動というものと聞く。」「それが社会的な圧力の形で行われているかぎり、私は健全なことだと思う。」「しかし、「社会一般の差別表現の規制には賛同できない」(池端忠司「人権救済機関と差別―『中間取りまとめ』を読んで―」ジュリー一九六号一三頁)。

(106)「表現の自由の優越的地位を認めるとは、このような『常識』(「表現行為や態様を穏和なものにしようとする規制に強い理解を示す」ような一般常識―筆者)に反して、最大限表現活動を認めるのだという『非常識な』立場をとることである」(市川正人「憲法判例50年 表現の自由(4)」法教二〇七号五〇頁)。

結語

一 サイバースペースの出現は、社会全体に対して衝撃を与えるのと同時に、法律学の世界に対しても大きな衝撃を与えるものであった。サイバースペースは我々に対し、先例のない形で情報へのアクセスを可能にし、また、世界中のあらゆる人とリアルタイムでコミュニケーションをとることを可能にする先例のないメディアである。特に、憲法のレンズを通して見てみると、このサイバースペースというメディアは、「理念的」な形での「思想の自由市場」を実現する(あるいは再現する)メディアであると評価することができる。この「思想の自由市場」論が初めて判決のレベルで語られたのは、一九一九年の *Abrams v. United States* (109)におけるホームズ (O. W. Holmes) 裁判官の反対意見であったが、この理論に対しては、経済的障壁のために自分の意見を「市場」に出すことができないケースが往々にしてあり、非現実的である、との批判がなされてきた。例えば、スタンリー・インガー (Stanley Inger) は、「『思想の自由市場』論は従来から欠陥があった。なぜなら、広く普及している唯一の情報伝達手段であるマスメディアにあっても独占的慣行

(monopolistic practice) のために社会で選ばれた一部分の者しかアクセスできなかったからである」と述べていた⁽¹¹⁾。しかしながら、この批判に対して、サイバースペースというメディアは従来のメディアとは異なり、非常に低コストで(場合によってはコストなしで) 自分の意見を世界中に伝えることを可能にするメディアであり、これらの経済的障壁が少なくともサイバースペース上では解消された、という意見が強く出されてきている。その典型例はペンシルベニア東部・地区連邦地裁決定におけるダルゼル (Stewart Dalzell) 裁判官の個別意見に求められるであらう⁽¹²⁾。個別意見の中で彼は、インターネットは「民主化」効果をもち、「望まれてやまない (hoped-for) 多様性」を実現するがゆえに「思想の自由市場」の理想に近づくメディアであると述べているのである。

二 かつて筆者は、「子どもを保護するといった政府利益の実現や他人の権利の保護を考慮に入れながら、『思想の自由市場』に『出荷』される表現を極大化させるのが憲法学の仕事である。今後は、この見地から、サイバースペースのグランドデザインを考えていく必要があるだろう⁽¹³⁾」との指摘を行なったことがあるが、本稿においても既に明らかになっているように、子どもの保護といった政府利益の実現や他人の権利の保護を考慮に入れながら、この「思想の自由市場」に「出荷」される表現をどのように保障していくのか、という問題にあつては、既存の法理が前提としてきたような(制定法一辺倒型ともいえるような) リアルスペースにおけるものとは異なるバランスングが要求されることになる。そのバランスングを行なう際には、ローレンス・レッシング (Lawrence Lessig) が正当にも示すように、その考慮要素として、従来型の「法 (Law)」に加えて、サイバースペース上の「アーキテクチャ (Architecture)」を事実上決定づける「コード (Code)」あるいは、「社会」規範 ((Social) Norm)、「市場 (Market)」がその具体例となり、その中でも、「コード」の持つ役割がサイバースペース上では非常に大きくなることが予測される。

このバランスングを行なうにあたっては、新しいメディアの性質や技術を正確にとらえた上で、既存の法理との「突き合わせ」を行っていかなければならない。第三章で見たように、アダルトコンテンツ規制に関して、子どもの保護の観点から「コード」を積極的に活用することを主張する、ジャック・Ｍ・バルキン (Jack M. Balkin) の提示するスキームがベストの選択肢であるかどうかは議論の余地があるにしても、「コード」を理解し、そこに憲法上の価値を書き込もうとする彼のスタンス自体については積極的な評価が与えられなければならないであろう。「コード」自体は時間の進展にとまって進化する厄介なものである。しかしながら、我々は、この「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。また、その際にあっても、本稿において見てきたように、（アメリカ法理論を日米間の相違を無視してまで「移植」するべきではないとしても）わが国の憲法において、人権の中でも特に表現の自由は、アメリカ憲法の影響を強く受けてきた領域であることを考え合わせても、アメリカの言論の自由の法理の「桎梏」を無視するような形で理論構成は許されないはずである。このことは、従来型である、制定法一辺倒型の規制スキームであっても、「コード」等の新しい規制要素 (regulator) を含めた規制スキームであっても不変である。

三 その点で、本稿は、「新しいバランスングの究明」憲法学（特に、表現の自由論）の見地からサイバースペースの『グランドデザイン』をどう考えていくか、という将来の作業のスタートラインに位置づけられる」とした、前稿から一歩歩みを進めて、「グランドデザイン」の青写真は少なくとも示すことができたと思う。次に筆者が行なわなければならない作業は、現在進行形で発展しつつある「コード」を更に理解し、この青写真を更に具体化することであろう。⁽¹¹⁵⁾

(107) 常本照樹「インターネットと表現の自由」野村豊弘編『法学キーワード〔第2版〕』（有斐閣・二〇〇三年）二一〇頁。

(108) 「思想の自由市場」論は、ジョン・ミルトン (John Milton) の『アレオパジティカ (Areopagitica)』（一六四四年）にまで遡ることができると考え方であり、その後、ジョン・ロック (John Lock) や J・S・ミル (John Stuart Mill) らによって発展させられた (Stanley Iger, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, 1984 DUKE L.J. 1, 35-37 (1984))。

(109) *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919) のケースでは、ロシア革命を鎮圧するために軍隊を送ったウィルソン (Woodrow Wilson) 大統領の政策を批判したビラの配布が、第一修正の保障を受けるか否かが問題となった。

(110) 「時が多くの戦闘的教義 (fighting faiths) をひっくりかえしたということ」を人が理解したとき、彼らは、その欲する究極的な善が思想の自由な交換によってよりよく達せられるということ、すなわち真理の最上のテストは、市場の競争において自らを容認させる思想の力であるということ、および真理は、自分たちの欲望を安全に実現することができる唯一の基盤であるということ、を、みずからの行動の基礎そのものを信ずるよりも、いっそう信ずるようになるだろう。これが、少なくともわが憲法の理論である」(*Abrams*, 250 U.S. at 630. 訳は、芦部信喜『現代人権論』(有斐閣・一九七四年) 一二九頁以下)。see also *Gilow v. New York*, 268 U.S. 652, 673 (1925) (Holmes, J., dissenting).

(111) Iger, *supra* note 108, at 16-17, 38-39. 現在「思想の自由市場」論については様々な問題点が指摘されている。例えば、「思想の自由市場」論には、価値・機能論的側面と成立条件論的側面の二側面があることを指摘したうえで、主に、前者の価値・機能論的側面に対しては、「果たして真理なるものは存在するのか、存在するとしても市場競争において真理が勝利する保障はあるのか」、「真理への到達や文化文明の向上という客観的帰結をもつて表現の自由を評価する姿勢は、帰結主義・功利主義的姿勢であって、個人主義的憲法観と矛盾するのではないか」といった原理論的批判が向けられており、また、主に後者の成立条件的側面に対しては、「巨大メディアの寡占などによって市場が歪められている」といった経験的・実践的批判が加えられたりしている (駒村圭吾「思想の自由市場と情報新時代」根岸毅・堀部政男編『放送・通信新時代の制度デザイン』(日本評論社・一九九四年) 九一―九三頁) が、ここでは、「思想の自由市場論は、市場で勝ち残ったものが必ず真理だといっているのではない。重要なことはむしろ、いかなる思想であれ、それが覆される可能性を常に残しておくべきだということである。また、それはある特定の人、裁判所を含む政府の諸機関に、表現が真理かどうかの判断を委ねることの危険性をも問題としたものである。その意味では、やはり思想の自由市場論は、表現の自由を考える上できわ

めて重要な立場だといえるであろう」（松井茂記『マス・メディア法入門（第3版）』（日本評論社・二〇〇三年）三一頁）。『思想の自由交換市場』が『真理』に到達することを疑問視するのに対しては、私はこう考える。あらゆるコミュニケーションにとって大事なものは、われわれにとって多かれ少なかれ超越的な『真理』という価値の獲得よりもむしろ、必要な者同士の『同意』であり『納得』だろう。これは、『強制』や『コミュニケーションの制限』からは、いちじるしく出にくいものなのであって、『思想交換の市場』とは、ひとびとの合意または納得をとりつける場として重要なのだ、と思う」（奥平・前掲『憲法Ⅲ』〔注48〕一六三頁）との主張を紹介するにとどめ、細かい議論は検討課題としたい。

(112) ACLU v. Reno, 929 F.Supp. 824, 880 (E. D. Pa. 1996). 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71〕二二八―二二九頁。

(113) この点を強調するものとして、山口いつ子「サイバースペースにおける表現の自由・再論」『東京大学社会情報研究所紀要五三号三九―四一頁、山口いつ子「コンピュータ・ネットワーク上の表現の自由」ジュリスト増刊 変革期のメディア』（有斐閣・一九九七年）一六五頁。

(114) 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71〕二四三頁。

(115) 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約束して、ご寛恕いただきたいと思う。

* 本稿は、平成一三年度・一四年度文部科学省科学研究費補助金（特別研究員奨励費）による研究成果に基づく、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇二年二月二五日授与）に補筆したものである。なお、補筆にあたっては、平成一六年度・一七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。