

【論文】

未成年者保護を目的とした表現規制における正当化事由 に関する一考察

井上 幸希

Yuki Inoue

キーワード 表現の自由 合衆国憲法修正1条 未成年者保護

本稿では、未成年者保護を目的とした表現規制を正当化する根拠とはいかなるものかを考察するものである。

はじめに

未成年者保護を目的とした表現規制について、我が国においては各地方自治体が青少年保護育成条例を制定している。右条例については、憲法21条1項が保障する表現の自由の侵害にあたるのではないかとといった批判が憲法学界においてなされている¹。その一方で、最高裁判所は、岐阜県青少年保護育成条例事件判決²において、有害図書類等の規制は憲法21条に違反しないと判示しており、現在もこの判断は変更されていない。有害図書類規制の問題点として、右規制の正当化事由に関する問題、規制手段の問題、さらに右規制の合憲性判断基準の問題³が挙げられるが、本稿においては正当化事由に関する問題

¹ 他にも、同条例が憲法21条2項の禁止する検閲に該当するのではないかと、「有害図書」の定義が不明確であるため、憲法31条が定める適正手続の保障がなされていないのではないかと等の批判がなされている。

² 最三判平成元年9月19日刑集43巻8号785頁。右判例の評釈として、『憲法判例百選I [第7版]』（有斐閣、2019年）112頁、『メディア判例百選』（有斐閣、2005年）128頁、戸松秀典「判例評釈」判例タイムズ717号（1990年）40頁を参照。

³ 岐阜県青少年保護育成条例事件最高裁判決においては、厳格な審査基準ではなく合理性の基準が適用されたため、青少年の知る自由の規制についても厳格な審査基準が適用されるべきであるとの批判がなされている。なお、これまで青少年保護育成条例の合憲性について、数多くの研究がなされている。代表的なものとして、河原峻一郎「検閲と憲法問題—青少年保護条例に関連して」法律時報28巻1号（1956年）95頁以下、芦部信喜「青少年条例の憲法問題」自治研究40巻10号（1964年）59頁以下、久世公堯「青少年保護育成条例と表現の自由」ジュリスト378号（1967年）55頁以下、堀部政男「雑誌自販機規制条例と表現の自由—一橋論叢78巻6号（1977年）643頁以下、芹沢斉「青少年条例の思想」芦部信喜先生還暦記念論文集『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣、1985年）485頁以下、横田耕一「有害図書規制による青少年保護の合憲性—岐阜県青少年保護育成条例違憲訴訟最高裁判決をめぐって」ジュリスト947号（1989年）94頁以下、奥平康弘編『青少年保護条例・公安条例』（学陽書房、1981年）、曾我部真裕「青少年健全育成条例による有害図書類規制についての覚書」法学論叢170巻4-6号（2012年）505-15頁、加藤隆之『性表現規制の限界』（ミネルヴァ書房、2008年）233頁以下、松井茂記「青少年保護育成条例による『ポルノ・コミック』の法的規制について(一)～(三)」自治研究68巻7号（1992年）67頁・8号98頁・9号45頁、拙稿「青少年保護育成条例による有害図書規制の合憲性について」広島法学40

に焦点を当て、検討を加えていきたいと思う。その際、日本のような青少年保護育成条例なるものは制定されていないものの、有害な表現から青少年を保護する立法の合憲性を判断した多くの判例の蓄積があるアメリカ合衆国の議論を参考にし、検討を加えていきたいと思う。また、そもそも、未成年者保護を目的とした表現規制は許されるのかという点についても、Ronald Dworkin の理論をもとに検討していく。

1. 未成年者保護を目的とした表現規制における正当化事由

(1) 連邦最高裁判例の展開

連邦最高裁判例は、未成年者保護を目的とした表現規制について、どのような立場を採ってきたのだろうか。主要な連邦最高裁判決を表現内容に分けて概観する。

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

子どもにとってはわいせつな表現に対する規制の合憲性が争われたのは、Ginsberg 判決である⁴。同判決において問題となった表現物は、女性の裸体が掲載された雑誌であるが大人にとってはわいせつなものではないというものであり、同判決においては、女性の裸体が掲載された雑誌を17歳未満の者に販売することを禁じた New York 州法⁵の合憲性が争われた。法廷意見を執筆した Brennan 裁判官は、大人にとって保護される表現物が子どもにとっても保護される必要があるかという点と必ずしもその必要はないと述べる。よって、州は共同体の健康、安全、福祉、道徳を保護するために、大人にとって適切であると認められる書籍であっても、子どもに対しては有害であると認められる言論の場合、そのような表現物を子どもに配布することを禁じることができると述べ、本件州法は未成年者に対し憲法上保障されている表現の自由の範囲を侵害しているとはいえないと結論づけた。

さらに、当該表現を規制する根拠として、Brennan 裁判官は、子どもの行為を規制する州の権限が、大人の行為を規制する場合よりも広範に及ぶことを示した Prince 判決⁶を引用し、「子どもの幸福 (well-being) はもちろん政府の憲法上の権限内のことである。少なくとも、立法府にとって性的な表現物に未成年者がさらされるのが害悪であるということを認定することが合理的ならば、二つの利益が当該州法における制限を正当化する」と述べる⁷。この二つの利益とは、まず第一に「親権の行使を補助すること」であり、実際、§ 484-h の 1 (f)(ii)は、性に関する表現物が未成年者にとって害悪があると評価する際、両親の役割をはっきりと認めている。さらに、未成年者に対する販売の禁止は子どものために雑誌を購入することを望む両親を禁じるものではない。今ひとつは、「子どもの福祉を保護するという州独自の利益」であり、Prince 判決において、連邦最高裁は州が子どもの福祉を保護し、自由で独立し、

巻4号(2017年)65頁参照。

⁴ Ginsberg v. New York, 390 U.S. 629 (1986).

⁵ Penal Law N.Y.1909 § 484-h.

⁶ Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158 (1944).

⁷ Ginsberg, 390 U.S. at 639.

成熟した人間や市民に成長することを妨げるような侵害から子どもたちが保護されていることを認めるという利益を有していることを認めていると説示した。

(ii) 下品な表現について

(a) ラジオ放送

下品な放送内容を規制する権限は、Title 18 U.S.C. §1464 により連邦通信委員会（以下、FCC とする）に与えられている⁸。下品な放送内容に対する FCC の規制が合衆国憲法修正 1 条に違反するか否かが初めて争われたのは *Pacifica* 判決である⁹。同判決において問題となった言論は、あるラジオ番組において、社会風刺家である George Carlin が「汚い言葉」(“Filthy Words”)と題するモノログの中で何度も繰り返し用いた 7 つの汚い言葉(shit, piss, fuck, cunt, cocksucker, motherfucker, tits)であった。FCC は Carlin が用いた 7 つの汚い言葉はわいせつではないが、「子どもが視聴する時間帯に、放送メディアに関するその時代の共同体の基準から判断して、明らかに不快な言葉で、性器、排泄器官または性行為、排泄行為を描写している言葉」であり、Title 18 U.S.C. §1464 が禁止する「下品な表現」に該当すると認定した。その際、FCC は同ラジオ番組を放送した原告である *Pacifica Foundation* に罰金を科さなかったものの、Carlin が用いた 7 つの汚い言葉は、わいせつではないが、「子どもが視聴する時間帯に、放送メディアに関するその時代の共同体の基準から判断して、明らかに不快な言葉で、性器、排泄器官または性行為、排泄行為を描写している言葉」であり、Title 18 U.S.C. §1464 が禁止する「下品な表現」に該当すると認定した。これに対し、*Pacifica Foundation* がコロンビア特別区連邦控訴裁判所に訴訟を提起し、同裁判所は、Carlin の 7 つの汚い言葉を下品な表現であると認定した FCC の決定を取り消した。これを受けて FCC 側が上告したのが本件である。

法廷意見を執筆した Stevens 裁判官は、放送メディアが全てのアメリカ人の生活に広く浸透した特別な存在であることと、子ども、とりわけ本を読むことができない子どもにとってアクセスしやすいものであることを認定した上で、「放送は合衆国憲法修正 1 条の下で最も限定的な保護しか受けてこなかった」と述べ、下品な放送内容に対する FCC の規制を合憲と判示した。なお、Stevens 裁判官は、未成年者保護を目的とした正当化事由として *Ginsberg* 判決において挙げられていた二つの利益、つまり、「子どもの福祉を保護すること」と「親権の行使を補助すること」については触れなかった。一方で、結果同意意見を執筆した Powell 裁判官は、当該言論が、多くの性欲をかきたてる行為と同様に、子どもにとって潜在的に下品であり、害悪があるとして、社会が子どもに悪影響を及ぼしうる言論から彼らを守るべきであるという考えに依拠し、下品な放送内容に対する FCC の規制を合憲と判示した法廷意見に同意している。

⁸ FCC は、放送免許の付与・取消や放送周波数の割り当て、放送に関する規則の制定・執行を主な役割とする、1934 年に設立された独立行政委員会である。

⁹ *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978).

(b) ケーブルテレビ

ケーブルテレビにおける下品な放送内容の規制の合憲性が争われたものとして **Playboy** 判決がある¹⁰。同判決において問題となった 1996 年電気通信法 505 条¹¹ (以下、§505 とする。)は、主に性的指向番組専門のチャンネルを完全にスクランブル化するか、またはその他の方法で完全に遮断すること、あるいは、行政規制によって午後 10 時から午前 6 時という、子どもが視聴しそうな時間帯に放送を限定するということをケーブルテレビの事業者に求めていた。しかし、§505 を遵守するため、ケーブル通信事業者の大多数が「時間帯制限法 (time channeling)」を採用した結果、1 日の 3 分の 2 の間、チャンネルの契約者であっても問題の番組を視聴することができなくなってしまった。以上のことから、**Playboy Entertainment Group** 社は、§505 が合衆国憲法修正 1 条に違反するとして、連邦地方裁判所に訴えを提起した。連邦地裁が、§505 は合衆国憲法修正 1 条に違反するという判断を下したため、米国は§561¹² に従い、連邦最高裁に直接上告した。

法廷意見を執筆した **Kennedy** 裁判官は、多くの成人が本件において問題となっている表現を明らかに不快であると感じており、親は子どもにそのような番組を視聴させたくないと思っている場合、そのような表現が家庭に侵入してくることを好ましく思っていないため、本件規定には正当な理由があると述べた。そして、同裁判官は性的な番組も合衆国憲法修正 1 条の保護が与えられ、それゆえ本件規定は表現内容に基づく規制であるため厳格審査基準を適用すると述べた上で、子どもを下品な表現から保護することはやむにやまれぬ政府の利益であるが、本件規定がその目的を達成するための最も制限的な手段であることの立証に政府は失敗したため、本件規定はその目的との関係において厳密な整合性を欠いているとし、本件規定は合衆国憲法修正 1 条に違反すると判示した。

本件において挙げられていた正当化事由は、**Ginsberg** 判決同様、子どもを有害な表現 (下品な表現) から保護することと、親権の行使を補助することであったが、親権行使の補助についてはやむにやまれぬものではないと判示している。一方で、反対意見を執筆した **Breyer** 裁判官は、上記二つの正当化事由について、どちらもやむにやまれぬものであるとして、その正当性を主張していた。

(c) インターネット

インターネット上の表現行為に対する規制の合憲性について判断したのは **Reno** 判決である¹³。同判決で問題となった規制は、18 歳未満の者にわいせつなまたは下品なメッセージを故意に送信すること、および一般社会の基準に照らして、明らかに不快な方法で性器、排泄器官または性行為、排泄行為を描写しているメッセージを 18 歳未満の者に故意に送信し、または画面に表示することを禁じた 1996 年通信

¹⁰ *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803 (2000).

¹¹ *The Telecommunications Act of 1996*, §505(47 U.S.C. §561).

¹² §561 of title V of Pub. L. 104-104, 47 U.S.C. §223 note. 通信品位法 561 条は、同法の既定の合憲性を争う際、連邦地裁の判決を不服として上訴する場合、直接連邦最高裁に上告できることを規定している。

¹³ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

品位保持法 (CDA) ¹⁴であった。法廷意見を執筆した Stevens 裁判官は、先に示した Ginsberg 判決および *Pacifica* 判決、さらに居住地域から成人映画館を排除するゾーニング条例を合憲と判示した *Renton* 判決¹⁵という三つの先例をもとに、CDA の規定が過度に広汎であること、インターネットは放送メディアが有する電波の希少性という特徴を有していないこと、CDA の目的が下品な表現及び明らかに不快な表現から子どもを保護することであり、ゾーニング条例のように劇場が助長する犯罪等の二次的効果から保護することではないことを指摘した。以上の点を踏まえ、法廷意見は CDA が表現内容に基づく規制であるため厳格審査基準を適用すると述べ、CDA は合衆国憲法修正 1 条に違反すると判示された。

本件において挙げられていた正当化事由も、有害な表現（下品な表現及び明らかに不快な表現）から子どもを保護することであり、法廷意見は、この目的がやむにやまれぬものであると認めた¹⁶。

(iii) 暴力的内容のビデオゲームについて

暴力的内容のビデオゲームの未成年者に対する販売、貸し出しの規制の合憲性が争われたのは *Brown* 判決である¹⁷。問題となった *California Assembly Bill 1179*¹⁸は、暴力的内容のビデオゲームが、子どもの攻撃的な感情を高め反社会的な行動を増長させるという懸念から制定されたものであり、未成年者(18歳未満)に対して「暴力的内容」のビデオゲームの販売、貸し出しを禁じ、販売業者にそのビデオゲームのパッケージに「18」(対象年齢 18 歳以上)というラベルを貼ることを義務づけていた。法廷意見を執筆した *Scalia* 裁判官は、本件州法による規制には暴力的内容のビデオゲームから未成年者を保護すること、親権の行使を補助することという二つの目的が存在し、前者の目的について州は暴力的内容のビデオゲームをした子どもが攻撃的な行動に走るという因果関係 (causation) を立証していないため、州の規制目的はやむにやまれぬものとはいえず、また後者の目的についても、当該州法による規制が暴力的内容のビデオゲームに対する子どものアクセスを制限したくても、それができない両親の要求を満たすということを州は立証していないため、州の規制目的はやむにやまれぬものではないと判示した。

(2) 大人と子どもの違いとは何か

州あるいは連邦政府が、以上の各言論を規制する際に掲げる正当化事由は、有害な表現から子どもを保護するという、及び親権の行使を補助することであるといえる。この二つの正当化事由を挙げる前提として、子どもが大人に比べて肉体的、精神的に成熟していないということが言われていたものの、

¹⁴ Communications Decency Act of 1996, Pub.L.104-104,110 Stat.56.

¹⁵ *Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986).

¹⁶ 目的審査において、有害な表現から子どもを保護するという目的はやむにやまれぬものであると判断されたが、手段審査において、当該目的とその目的を達成するための手段との間に厳密な整合性があること、加えて当該規制目的を達成するためには「より制限的でない他に選ぶ手段」(less restrictive alternatives)が存在しないことを、言論を規制する政府の側が立証しなければならないが、本件においては立証がなされていないと判断された。

¹⁷ *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 564 U.S. 786 (2011).

¹⁸ Cal. Civ. Code Ann. §§1746-1746.5 (West 2009) .

先に触れた判例において明確に大人と子どもの違いについて検討したものは存在しなかった。一方で、表現の自由に関する事例ではないが、未成年者の妊娠中絶に関する判決において、大人と子どもの違いについて詳細に検討しているものとして *Bellotti* 判決¹⁹を挙げるができる。

Bellotti 判決では、18歳未満の妊娠している未成年者が妊娠中絶をする際に両親の同意を必要とする州法の合憲性が争われた。同判決において法廷意見を執筆した *Powell* 裁判官は、子どもの憲法上の権利が大人のそれと比べて制約に服しやすいくことを正当化する根拠として、子どもが傷つきやすいということ、子どもは分別のある決定ができるほど成熟していないこと、子どもの成長にとって親の果たす役割が重要であることという三つの根拠を挙げた²⁰。同裁判官はそれぞれの根拠について考察した。まず子どもが傷つきやすいということについて、少年裁判の事例²¹をもとに、非行少年も大人と同様に合衆国憲法修正 14 条が規定する法の適正手続に基づいて人身の自由が保障されているということを述べた上で、政府は子どもが傷つきやすいということを理解し、子どもにとっては彼らを心配し、思いやり、親のように注意することが必要であることを理由に、少年裁判所と成人の刑事司法制度を区別するという権限が政府には与えられていると説明する。次に、子どもは分別のある決定ができるほど成熟していないことについて、幼少期から青年期の人格形成の期間において、未成年者は彼らにとって有害となりうるものを避けるだけの経験やものの見方、判断力を欠いていることが多いという。それゆえに、子どもが重大な結果をもたらす重要な選択をする際、政府が子ども自身の選択する自由を制限してもよいという。さらに、子どもの教育における両親の役割は未成年者の自由に対する制約を正当化すると *Powell* 裁判官はいう。「社会的責任を負うことができるように子どもを教育し指導する権利及び義務は、まず第一に両親に属するものであり、その両親の主な役割と自由に対して州が介入すべきではない。この理論は我々の国家の歴史や伝統に深く根ざしており、家庭における子どもを養育する親の権利は社会構造の基本となっている²²」と同裁判官は説明する。

Powell 裁判官が挙げた子どもに対する制約の正当化事由を概観して分かることは、同裁判官は子どもを保護の対象として捉えており、子どもが重大な決定をなす際には政府がその決定の自由を制限することができると考えていることである。ただ、同裁判官は子どもの憲法上の権利の保障の程度は大人よりも低い、子どもが全く憲法上の権利を有していないとは考えていないということに注意すべきであろう。そして、この *Powell* 裁判官の主張は未成年者保護を目的とした表現規制を正当化する根拠を導き出すヒントとなりうる²³。*Powell* 裁判官が展開した主張を、未成年者保護を目的とした表現規制の文脈に当てはめると、以下のような正当化事由を示すことができるだろう。一つは、未成年者は感受性が豊かなため、あるいは分別のある決定をなす能力がないために、政府は未成年者にとって有害な表現から彼らを保護するということであり、いま一つは、政府が子どもを養育する責任を担う両親を援助するという

¹⁹ *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622 (1979).

²⁰ *Id.* at 634-39.

²¹ *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967).

²² *Bellotti*, 443 U.S. at 637-39.

²³ Alan E. Garfield, *Protecting Children From Speech*, 57 FLA. L. REV. 565,605-06 (2005).

ことである。先に触れた連邦最高裁判例においては、いずれも *Bellotti* 判決のように大人と子どもの違いについて検討されることはなかったが、親権の行使を補助すること及び子どもの福祉を保護することという州独自の利益が各言論を規制するための正当化事由であることが述べられており、このことは上記正当化事由と関連しているといえるだろう。

(3) 日本における青少年保護育成条例が掲げる正当化事由について

では、我が国における有害図書類規制の正当化事由はいかなるものだろうか。従来から挙げられていた根拠は、「性犯罪あるいは非行の誘発・助長の危険性」であった。岐阜県青少年保護育成条例最高裁判決において、法廷意見は、有害図書の自動販売機への収納規制が憲法 21 条 1 項に違反するか否かにつき、「本条例の定めるような有害図書が一般に思慮分別の未熟な青少年の性に関する価値観に悪い影響を及ぼし、性的な逸脱行為や残虐な行為を容認する風潮の助長につながるものであって、青少年の健全な育成に有害であることは、既に社会共通の認識になっていると見てよい」と述べており、ここから、有害図書類規制を正当化する根拠として「性犯罪あるいは非行の誘発・助長の危険性」が考えられていると言えよう。

しかし、有害図書と性犯罪との因果関係は以前から疑問視されており、実際、有害図書の規制により青少年による犯罪の数が減少したというデータは挙げられてはいない²⁴。この点、上記最高裁判決において伊藤正己裁判官は、「…たしかに青少年が有害図書に接することから、非行を生ずる明白かつ現在の危険があるといえないことはもとより、科学的にその関係が論証されているとはいえないかもしれない」が、「…青少年保護のための有害図書の規制が合憲であるためには、青少年非行などの害悪を生ずる相当の蓋然性のあることをもって足りると解してよい」と述べ、結論として「青少年保護のために有害図書に接する青少年の自由を制限することは、右にみた相当の蓋然性の要件をみたまものと見てよいであろう」と論じている。一方で、学説の多数説においては、科学的な因果関係の証明は困難ではないのかというもの²⁵や、「厳密な科学的証明」までは必要ないが一定の科学的証明は必要であるとして、最高裁の見解に対し批判的なもの²⁶が大部分である。

続いて、岐阜県青少年保護育成条例最高裁判決および同判決の伊藤裁判官の補足意見においても示さ

²⁴ 松井、前掲注 (3) 「青少年保護育成条例による『ポルノ・コミック』の法的規制について (二)」 98 頁参照。

²⁵ 同書同頁、戸松・前掲注 (3) 42 頁参照。松井教授は、「ある表現の結果重大な害悪が生じる『明白かつ現在の危険』があったとして表現を制約するときでも、結果発生 の明白性・切迫性は決して科学的に立証できるような類のものではない」と述べている。なお、「パターナリズム」・「パターナリスティックな介入・干渉」という用語の定義について、竹中勲教授は、憲法解釈論レベルにおいては「(本人のためとして (本人の利益の確保ないし本人の保護を目的として)) 他者が当該本人の自由・自己決定に介入する場面を念頭におく用語として、使用すべき」であると指摘している。竹中勲「憲法学とパターナリズム・自己加害阻止原理」米沢広一他編・佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』(青林書院、1998 年) 169 頁参照。

²⁶ 横田、前掲注 (3) 94 頁参照。

れていた、「青少年の性に関する価値観」に与える悪影響、つまり「青少年の人格形成への悪影響」を理由に、有害図書類規制は許されるのだろうか。この点につき、松井茂記教授は、判断能力が十分備わっておらず、自己の判断によって政治的プロセスに参加することのできない未成年者については、限定的なパターンリズムによる制約を認めざるをえないが、政府が未成年者の保護者の代わりに、このようなパターンリズムによる制約を行うことは、「あくまで未成年者が自ら十分な判断能力を獲得し、政治的プロセスの完全な参加者として成長する過程を不可逆的に阻害するようなきわめて例外的な場合に限られるべきである」と論じた上で、そもそも有害図書については、未成年者が政治的プロセスの参加者として成長する過程を阻害するか否かを明確ではなく、政府が子どもたちの保護者の代わりに、子どもの情報受領権を制約することまで正当化できるとは考えられないのではないだろうか、と指摘している²⁷。

(4)日米の比較

以上のように、アメリカ連邦最高裁判例において挙げられていた、未成年者保護を目的とした表現規制の正当化事由は二つ存在し、一つが「有害な表現から子どもを保護すること」、いま一つが「親権の行使を補助すること」であった²⁸。これに対し、我が国の最高裁判例において挙げられていた正当化事由は、「性犯罪あるいは非行の誘発・助長の危険性」及び「青少年の人格形成への悪影響」であった。このうち、「青少年の人格形成への悪影響」という正当化事由は、連邦最高裁判例において挙げられた「有害な表現から子どもを保護すること」と同じ意味であると言えよう。一方で、日本の裁判所が、「親権行使の補助」を正当化事由として挙げたことはなく、この点において相違が見られる。ただ、連邦最高裁は *Ginsberg* 判決以降も「親権行使の補助」を正当化事由として挙げているが、先に触れた *Playboy* 判決及び *Brown* 判決においては、やむにやまれぬ利益ではないとして、その正当性を否定している²⁹。

確かに政府が子どもに悪影響が及ばないように、害悪があるとされる言論を規制することは、精神的にも肉体的にも未成熟な子どもを保護するためであると認められるが、その規制は必要最小限にとどめておかねばならない。ここで重要なことは、子どもを養育する権利及び義務はまず第一に両親に帰属するものであり、その両親の役割と自由に対し政府が介入すべきではないということである。政府による過度な介入は、子どもの表現の自由だけでなく親の養育権をも侵害するおそれがあり、それゆえ、

²⁷ 松井、前掲注(3)「青少年保護育成条例による『ポルノ・コミック』の法的規制について(二)」103-4頁参照。

²⁸ *Ginsberg* 判決から30年間、連邦最高裁は性的な表現物から子どもを保護するという政府が主張した利益の正確な根拠について、十分注意を払っておらず、特に、両親が規制を望んでいるか否かに関わらず、未成年者の性的な表現物へのアクセスを制限するという政府の利益を認定する際、*Ginsberg* 判決が正しいかどうかについて疑問を投げかけていないという批判がなされている。See, Ashutosh Bhagwat, *What If I Want My Kids to Watch Pornography?: Protecting Children from "Indecent" Speech*, 11 WM. & MARY BILL RTS. J. 671, 677 (2003).

²⁹ *Playboy* 判決及び *Brown* 判決において反対意見を執筆した Breyer 裁判官は、有害な表現から子どもを保護すること、および親権の行使を補助することという二つの正当化事由について、やむにやまれぬものであるとして、その正当性を認めており、連邦最高裁内において「親権行使の補助」という正当化事由に関して意見が異なると言える。

「有害な表現から子どもを保護する」という目的でなされた規制であれば、全て許容されるということにはならないと言えるだろう³⁰。

2. 未成年者保護を目的とした表現規制の許容性

松井教授をはじめ、他の多くの論者は、ある一定の範囲内であれば、政府が両親の代わりに、未成年者に対するパターンリスティックな制約を行うことが許されると述べている。そのように主張する根拠として、未成年者は大人と比べて判断能力が不十分であり、自己に関する事柄を自らの意思で決定できないということが言われているが、他の根拠は考えられないだろうか。ここからは、Ronald Dworkinの表現の自由論をてがかりに未成年者保護を目的とした表現規制の許容性について若干の考察を行う。

Dworkinは、『自由の法』(FREEDOM'S LAW)の中で、表現の自由を正当化する根拠として二つの根拠を挙げている³¹。一つは、手段主義的な正当化(instrumental justification)と呼ばれるもので、これは表現の自由を保障することによってもたらされる帰結に着目して、表現の自由を正当化するというものである。そして、今一つは、構成的な正当化(constitutive justification)と呼ばれるもので、これは「表現の自由には価値があるのは、それがもたらされる帰結のためではなく、政府が判断能力を欠く者は別にして、全ての成人の構成員を責任ある道徳的主体(responsible moral agents)として取り扱うことが、正義に適った政治社会の本質的で『構成的』な特徴であるからである」とするものである。この二つの正当化事由について、Dworkinは相互排他的ではないが、手段主義的な正当化事由は構成的な正当化事由よりも「脆弱であり、かつ限定的」であることから、後者の正当化事由の方を重視すると述べている。では、このようなDworkinの説に依拠すると、まず手段主義的な正当化事由は、主に政治的言論を保護する場合に集中して適用されるため、それはすなわち政治的言論以外の表現の規制は許されるということになる。したがって、未成年者保護を目的とした表現規制も許されるということになる。一方、構成的な正当化事由においては、道徳的主体である大人は、人生や政治において何が善で何が悪か、また正義や信仰の問題について何が正しくて何が誤っているかを自分自身で判断すると主張するため、政府が、この考えは良いがああ考え方は間違っているという理由で、あるいはこの表現は気に入らないという理由で、表現を規制することは正当化されないということになる³²。未成年者保護を目的とした表現規制において問題とされる表現は、アメリカ合衆国においては先に触れたように、大人にとってはわいせつではないが子どもにとってはわいせつな表現、下品な表現、暴力的内容のビデオゲームと多岐にわたり、また、日本においては、わいせつではないが性的な表現や暴力的な表現であるとされる(これらの表現を一括りに「有害図書類」としている)が、これらの表現が子どもに悪影響を及ぼすことが科学

³⁰ 米沢広一『『子どもの権利』論』佐藤幸治・初宿正典編『人権の現代的諸相』(有斐閣、1990年)59頁参照。

³¹ RONALD DWORIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION 199-201 (Harvard University Press 1996). 同書の邦訳書として、石山文彦訳『自由の法』(木鐸社、1999年)258-60頁。

³² *Id.* at 200. 邦訳書は259頁参照。

的に立証されていれば、政府によるこれらの表現に対する規制もパターンリスティックな規制として許容されると考えられる。しかし、構成的な正当化事由に依拠すれば、単にこれらの表現は気に入らないとか不快であるといった理由で、これらの表現を規制することは正当化されないため、右理由に基づく未成年者保護を目的とした表現規制は許容されないということになるのではないだろうか。

おわりに

本稿において、未成年者保護を目的とした表現規制を正当化する根拠とはいかなるものかを考察したが、連邦最高裁判例において挙げられていた正当化事由と、日本の最高裁判例において挙げられていたそれとを比較すると、日本の最高裁は「親権行使の補助」を正当化事由として挙げたことはなく、この点において相違が見られた。また、そもそも未成年者保護を目的とした表現規制は認められるのかについて、Dworkin の理論に依拠し検討を試みた。この点については、正当化事由の問題と合わせ、まだ検討の余地があると思われるため、それについては別稿に委ねたいと思う。