

〔査読論文〕

ソフトウェアを通じた間接的な表現規制の可否に関する検討

——青少年に有害な表現に関するフィルタリングの導入義務づけに関する論議などを手がかりとして——

岡 根 好 彦

目 次

- I はじめに
- II コード論
- III ソフトウェアによる規制—日本—
 - 1. 青少年インターネット環境整備法の概要
 - 2. 青少年インターネット環境整備法に対する評価
- IV コードを通じた規制—アメリカ合衆国—
 - 1. 児童オンライン保護法違憲訴訟
 - 2. 児童インターネット保護法違憲訴訟
- V 検討
 - 1. 小括および検討課題
 - 2. 青少年に有害な表現へのフィルタリングを通じた規制の援用可能性
 - 3. 表現に対する直接的な規制と間接的な規制
 - 1) 助成を通じた間接的な規制
 - 2) 公共図書館の裁量
- VI まとめ

I はじめに

今日世界中で爆発的に普及しているコンピュータ・ネットワークという表現媒体は、従来の新聞や放送等のメディアと異なり、「国家を越えて誰にでも開かれている」とともに、「情報を発信受信することが、それほどの費用を負担することなく誰にでも行える」ことができるために、「誰でもが表現活動を行い、他の人と意見を交換し、さまざまな議論を行いながら、社会的な真理に到達する道」、つまり表現の自由の中核的な価値を実現する機会を社会に広く提供している¹⁾。しかし、一方で、表現の自由を行使する機会が広く提供されるようになったために、名誉毀損やわいせつ表現など問題ある表現が発信され他者の権利が侵害される状況が

増加している。それゆえ、今日では、刑事処罰等を通じてネットワーク上の問題ある表現の受信が規制されたりするなど、ネットワーク上の表現活動を抑制する動きもみられている。

もっとも、ネットワーク上の問題ある表現を規制する場合、従来のように法令を通じて表現者に直接働きかけようとしても、匿名性などネットワークの特性が原因で十分に機能しないことがありうる²⁾。それゆえ近年では、ネットワーク上の問題ある表現に対して、法規制よりもコードを通じた規制、つまりネットワークの特性や技術を通じた規制のほうが効果的であるとの見解が示され、その見解の是非を巡る議論がなされるようになってきている。そして、そのようなコードを通じた規制は憲法との関係でも問題となる場合がある。すなわち、国家が法令等でプロバイダーや技術者にコードの利用を義務づけて間接的に特定の表現を規制しようとする場合である。

本稿ではこのような、国家による、コードを通じた間接的な規制がネット利用者の憲法上の権利、特に表現の自由との関係から可能であるのかについて検討していきたいと考える。コードを通じた規制に関しては現状、プロバイダーによる規制かソフトウェアによる規制³⁾が具体的に考えられるが、本稿では特に後者に焦点を当てたい⁴⁾。すなわち、名誉毀損表現やわいせつ表現など問題ある表現がネットワーク上で発信されることを防ぐために、それらの表現を自動的に検出、削除するフィルタリングなどのソフトウェアの導入を国家が法令等で義務づけたり推奨したりすることが表現の自由を侵害す

るのかという問題についてである。

この点につき、わが国では、2009年にいわゆる「青少年インターネット環境整備法」が施行され、同法を通じて18歳未満の青少年に携帯電話のインターネット接続を提供する携帯電話会社が有害情報フィルタリングサービスの提供を原則として義務づけられるなど、青少年に有害な表現に対してはソフトウェアを通じた間接規制がすでに実施されているが、その利用に関する法的な論議は必ずしも十分になされてきたとはいえない状況にある⁵⁾。他方、アメリカ合衆国では、2001年に「児童インターネット保護法 (Children's Internet Protection Act)」が成立し、連邦政府から支援を受けている公立図書館等のコンピューターにフィルタリングソフトウェアの導入が義務づけられたことに関して連邦最高裁の判決が下されており、また、同国の学者がコードを通じた規制の可否について以前から積極的に主張してきたのもあって、そのほとんどは青少年に有害な表現に対する規制との関係で論じられるにとどまっているものの、わが国よりは活発に議論されている⁶⁾。そこで本稿では、米国のこれらの議論も比較参照しながら、ソフトウェアを通じた規制の可否を検討していきたいと考える。

II コード論

ソフトウェアを通じた規制を検討するにあたって、まず、そもそもなぜネットワーク上の表現に対してそのような規制がなされることになるのかあるいは問題になるのか、その議論の中心となっているコード論について簡単にみていきたい。コード論については、すでにわが国でも多くの学者が紹介しているところであるが、アメリカ合衆国の法学者であるローレンス・レッシングが中心となって主張している。

レッシングによると、人間の行動を規制する要素としては、「法 (Law)」、「規範 (Norm)」、「市場 (Market)」、「アーキテクチャ (Architecture)」およびそれを構成する「コー

ド (Code)」の4つが挙げられるという。たとえばネットワーク上の場合、「法」は、名誉毀損法や著作権法などを通じ、法的権利の侵害に対する事後処罰を明らかにすることで、ネット利用者の活動を規制している。一方で、「規範」は、メーリングリストで話すぎたときに共通迷惑フィルタに入れられ自動削除されてしまう場合など、コミュニティの何らかの共通理解のもとでネット利用者の活動を規制する。そして、「市場」は広告業者による人気サイトへの広告料など市場のニーズと関連した規制であり「アーキテクチャ」および「コード」は、ウェブサイトへアクセスする前のパスワード入力など、ネットワークを形作っているソフトウェアおよびハードウェアを通じた規制である。これらは相互に依存しあっており、それぞれの規制はお互いに支持したり打ち消し合ったりする⁷⁾。

そして、ネットワーク上においては特に「アーキテクチャ」および「コード」が自由に対する脅威になり得るとレッシングは主張する。すなわち、現実の空間ではその環境のほとんどに対して手出しできないが、ネットワーク上ではプログラミングやコーディングなどの技術をもってその環境を構築することができる。それゆえ、現在のネットワークが匿名性などを確保し表現活動に対する国家や企業からの干渉を排除している表現媒体であったとしても、そのアーキテクチャおよびコードが技術者を通じて書き換えられて、表現の自由を規制しやすい環境に変えられてしまうことがありうる⁸⁾。

また、表現活動に対するこのような間接的な規制は国の政治的な責任を不透明にして民主主義に反することにもなりうる⁹⁾とレッシングは主張する。つまり、国が医師たちに対して患者に中絶を勧めないように指示を下した場合にどちらが患者の中絶を規制した責任を負うのか患者側が混乱するのと同様に、国がアーキテクチャおよびコードを技術者に書き換えるように指示を下して表現を規制する場合にはその責任者が国にあるのか技術者にあるのか規制を受ける側からは把握できなくなってしまう⁹⁾。

Oct. 2016

ソフトウェアを通じた間接的な表現規制の可否に関する検討

さらに、このようなネットワーク上のコードを通じた規制については、干渉を受けにくいコードにするかあるいは受けやすいコードにするかを国民が自ら選択することで解決しなければならず、法廷や政府に解決を求めることは期待できないとの見解をレッシングは示している。なぜなら、法廷においては、憲法が明白に想定しておらずまた技術の進歩など不確定要素が多いネットワーク上の諸問題に対して何らかの判断を下せば政治的な責任が生じるため、裁判官がその判断を回避しようとしている。また、憲法は国家を対象とした法であると伝統的に位置づけられているため、大学や企業のような国家ではない組織が本来構築しているネットワーク上で生じた権利侵害に対しては、憲法を適用することが困難になっている。一方、政府においては、その構成員である議員たちが、選挙費用を確保するために、法を曲げてまで資金提供者の便宜を図ろうとする結果、公益を実現するという本来の役割が果たされなくなっている。なお、これら期待できない状況に対してレッシングは、それでもなお法廷は自由の価値観を守るような議論を主張するかあるいは問題提起すべきであり、政府は市民の討論を通じた合理的な意見に基づき方針を決定すべきであると主張している¹⁰⁾。

Ⅲ ソフトウェアによる規制—日本—

コードを通じた規制に関する論議は以上のレッシングの主張を中心に展開されているが、実際にコードを通じた規制がインターネット上の表現活動などに対してなされているのであろうか。表現の自由など憲法上の権利との関係で問題となるのは、レッシングも危惧しているように、国家がコードを通じて間接的に国民の言論活動等を規制する場合、より具体的には法令等でソフトウェアの導入を義務づけて都合の悪い表現を排除しようとする場合である。そこで次に、このような法規制に関するわが国の現状をみていきたいと考える。

1. 青少年インターネット環境整備法の概要

わが国では、2009年にいわゆる「青少年インターネット環境整備法」が施行され、青少年に有害な表現に対してソフトウェアを通じた規制がなされている¹¹⁾。同法では、青少年の安全なインターネット利用が可能になって青少年の権利擁護に資する目的のもと、青少年有害情報フィルタリングソフトウェアの性能向上や利用普及の措置に関する規定が置かれている(第1条)。具体的には、国および地方公共団体、青少年のインターネットの利用に関係する事業者等は、青少年が家庭内でインターネットを利用する場合の青少年有害情報フィルタリングソフトウェアの利用普及に必要な施策を講じなければならない(第14条、第16条)。そのうえで、携帯電話インターネット接続役務提供事業者は、提供契約の相手方や携帯電話端末等の使用者が青少年である場合、少年の保護者が青少年有害情報フィルタリングサービスを利用しない旨を申し出ない限り、フィルタリングサービスの利用を条件として、提供しなければならない(第17条)。また、インターネット接続役務提供事業者も、接続役務の提供を受ける者から求められれば、フィルタリングソフトウェアまたはフィルタリングサービスを提供しなければならない(第18条)。一方で、インターネットと接続する機器で青少年に使用されるものを製造する事業者は、フィルタリングソフトウェアを組み込むなどフィルタリングサービスの利用を容易にする措置を講じて機器を販売しなければならない(第19条)。さらに、青少年有害情報フィルタリングソフトウェアを開発する事業者等は、閲覧制限の情報を、青少年の発達段階などに応じて細かく設定できるようにするソフトウェアの開発やサービスの提供の努力義務が課せられている(第20条)。

2. 青少年インターネット環境整備法に対する評価

以上のように、青少年インターネット環境整備法は、フィルタリングソフトウェアの導入な

どを企業や技術者に義務づけ、青少年の情報受領権等を制約することで発信者の通信の自由や表現の自由を実質的に制約しており、国家がソフトウェアを通じて間接的に国民の表現の自由を規制する一例であるといえる¹²⁾。これらの規定につき、裁判所はいまだに判断を示していないが、方々から様々な意見が提示されている。たとえば、海野敦史は、発信する行為そのものが禁止されるわけではないため、そのような措置が表現の自由等を侵害することにはならないとしており、表現の自由に対するフィルタリングソフトを通じた規制は侵害というレベルには達していないと評価している¹³⁾。一方で、藤村明子らは、フィルタリングが導入され一定のコンテンツの閲覧が遮断されれば、発信された情報が受信者に到達することが妨げられて表現の自由が侵害されることになる主張する¹⁴⁾。

また、松井茂記は、政府が積極的に関与して企業や技術者に自主規制を促す行為は本来の自主規制とはいえず、政府による法的規制を企業等に肩代わりさせる行為で、表現の自由に照らして疑問であるとの意見を示している¹⁵⁾。同様に、鈴木秀美も、このような規制について、国家と企業等が癒着する可能性がある、国家が自主規制を装い表現の自由を過剰に制約するおそれがあると指摘する。そのうえで、「インターネット上の表現の自由を尊重しつつ、自主規制の活用、教育による利用者のリテラシーの向上と言ったソフトな対策が志向されるべきであり、かりに法的規制を課すとしても、自主規制の実効性確保という観点からの規制に限定すべきである」と主張する¹⁶⁾。

以上の指摘などをまとめると、青少年インターネット環境整備法については、フィルタリングの導入などの義務が企業等の自主規制といえるにとどまるレベルであれば青少年保護のために許容されるが、自主規制といえない程度にまで国家が積極的に企業等に関与しているのであれば、インターネット利用者の表現活動を実質的に侵害しているために憲法違反になるというのが大方の評価であるといえよう。

Ⅳ コードを通じた規制—アメリカ合衆国—

一方、アメリカ合衆国では、わが国よりも早い時期から、連邦最高裁がフィルタリングソフトウェアを通じた規制について言及しており、また、その判決を受けて、特定の公共図書館等に対してフィルタリングソフトウェアを義務づける規定が設けられるに至っている。そこで次に、アメリカの現状についてみていきたい¹⁷⁾。

1. 児童オンライン保護法違憲訴訟

まず、連邦最高裁がフィルタリングソフトウェアに言及した判決として、2002年の子どもオンライン保護法違憲訴訟が挙げられる。児童オンライン保護法は未成年者にとって有害な表現を商業目的でインターネットを通じて配布することを禁じ、児童を保護することを目的としており、1997年のReno v. ACLU 連邦最高裁判決¹⁸⁾において1996年通信品位法(Communication Decency Act, CDA)が違憲であるとの判断を受けた反省から設けられた規定である。なお、Reno判決で問題となったのは、ネットワークを通じ、「わいせつな(obscene)」、「下品な(indecent)」、「明らかに不快な(patently offensive)」通信を故意に未成年者に対して発信した者に刑事罰を科するという規定であった¹⁹⁾。Reno判決で連邦最高裁は、インターネットが、放送のような稀少性、家庭への侵入性、政府によって規制されてきた歴史は認められないとして、放送以外の表現媒体で採用される厳格審査基準のもと、「未成年者を有害情報から保護する」という立法目的はやむにやまれる政府利益であるが、規制する通信の範囲が非常に曖昧であり、過度に広汎でもあるなどを理由に、連邦地裁の違憲の決定を支持した²⁰⁾。そこで、連邦議会は翌年、児童オンライン保護法(Child Online Protection Act; COPA)を制定し、刑事罰の対象を未成年にとって有害な表現としたうえで、その表現を、①通常人が、そのときの地域共同体の基準を適用し

Oct. 2016

ソフトウェアを通じた間接的な表現規制の可否に関する検討

た場合において、全体として未成年者の好色的興味に意図的に訴えており、②実際のあるいは想像の性的行為を明確かつ不快に描写しており、③未成年者にとって重大な芸術性や政治性に欠いた表現と定義した。そして、この規定に対し、ACLU（アメリカ自由人権協会）らが修正第1条に違反するとして執行差止めを求めたため、連邦裁判所において憲法判断がなされることになった²¹⁾。

この請求について、連邦控訴裁判所は、インターネットに対する規制の合憲性につき厳格審査基準が適用されると判断されたReno判決を確認したうえで、地域共同体の基準を適用することが過度に広汎な規制であるとして、連邦地裁の違憲決定を支持した。すなわち、インターネット上の表現は世界中のネット利用者が閲覧できるため、利用者の居住地域に応じて表現の発信を規制することは現在の技術では困難であり、地域共同体の基準を用いようとするれば、最も制限的な基準を採用する地域共同体の基準に従うことになるのは明らかであるから、COPAの規定は過度に広汎となりうると判断した²²⁾。

この決定に対し、連邦最高裁の相対多数意見では、未成年者に有害な表現かどうかを地域共同体の基準をもって確定すること自体は修正第1条に違反せず、この基準のみから過度に広汎であると判断することはできないため、そのほかの根拠等を検討する必要があるとして、連邦控訴裁に差し戻す判断が下された²³⁾。

そこで連邦控訴裁は再びCOPAの違憲性につき判断することになり、最終的に、修正第1条に違反するとの連邦地裁決定を支持する判決を下すことになったが、この判決ではフィルタリングソフトウェアに関する言及がなされている。すなわち、連邦控訴裁は、COPAが違憲であることの根拠として、政府がCOPAよりもフィルタリングソフトを利用したほうが表現の自由に対してより制限的でないということを否定するための証明に成功していないとの判断を下した。つまり、フィルタリングソフトウェアの利用については、親の自主的な判断に委ねら

れているし、外国のウェブサイトにもで効果を及ぼすことができる点でCOPA以上に効果的である。他方で、COPAが規定する、クレジットカードを利用した年齢認証は成人に容認できない負担を課しているのも、近い将来の技術的發展にも期待して、より制限的でない手段であるとの考えを示している²⁴⁾。

また、連邦最高裁も連邦控訴裁と同様にフィルタリングソフトウェアがより制限的でない手段であると判断している。すなわち、フィルタリングソフトウェアは、カード情報など個人情報情報を提供させることなく、未成年に対してのみ表現を制約でき、あらゆる表現を犯罪として非難することがないため、インターネット上の表現の萎縮効果を排除、緩和できる。加えて、国外から発信された有害情報の遮断も可能であり、ウェブを通じたコミュニケーションに限らずEメールも含むすべてのインターネット上のコミュニケーションにも対応できるので、COPAよりも効果的である。そして、政府はこれらフィルタリングソフトウェアの可能性を否定できていないとして、下級審の決定を支持している²⁵⁾。

もっとも、ブライヤー裁判官の反対意見では、フィルタリングソフトウェア導入に関する問題点も指摘されている。すなわち、①フィルタリングソフトウェアの機能は不完全であって、いくつかの問題ある表現はフィルタから漏れてしまう、②どの家庭もフィルタリングソフト導入にあたって費用がかかる、③フィルタリングの効果を及ぼすためには、親が子どものインターネットの利用場所を把握したり、利用場所を強要したりしなければならないが、それらは現実的に不可能である、④フィルタリングソフトウェアは正確性に欠けており、価値ある表現まで規制されるおそれがあるといった点である²⁶⁾。それゆえ、家庭や学校等で自由にコンピューターを使用でき、それらのコンピューターにすでにフィルタリングソフトウェアがインストールされているような状況でない限り、フィルタリングの導入がより制限的でない規制

とはいえ、そのような使用状況を政府が実現することも不可能であるから、フィルタリングの導入を推奨することは憲法では要請されていないとの考えが示されている²⁷⁾。

2. 児童インターネット保護法違憲訴訟

また、政府は、公共図書館がインターネットにアクセスするための整備に関する助成を受ける条件として²⁸⁾、インターネットに接続するコンピュータすべてにつき、未成年者に有害な映像的描写を遮断するためのフィルタリングソフトウェア等技術的保護手段の運用などを義務づける児童インターネット保護法 (Children's Internet Protection Act, CIPA) を制定した。同法の特徴としては、インターネット上の表現の発信者に対する刑事罰等を通じた直接的な規制ではなく、受信者が利用する小中学校や図書館等を対象とした助成金の給付条件という形式での規制であり、また、成人の利用者が誠実な調査などを目的としてインターネット利用を申し出た場合には、図書館はフィルタリングを解除することも規定されていた。この規定に対し、全米図書館協会やフィルタリングによって遮断されたサイト運営者等が、憲法で保護された表現に利用者がアクセスすることを阻害するとして訴訟を提起した²⁹⁾。

まず、連邦地裁では、フィルタリングソフトウェアが、その索引精度が低いうえに、ウェブページが急速に増加しているために、過小なブロックになってしまっていること、憲法上で保護されたすべての表現へのアクセスを許可しながら、未成年に好ましくない表現のみを遮断することは技術的に不可能であること、最先端のフィルタリング技術の状況や急速に拡大するインターネットの性質を鑑みて、近い将来にフィルタリングの精度が技術的に解決されとも考えられないことなどを理由として、CIPAは違憲無効であるとの判断が下された³⁰⁾。

この連邦地裁の判断に対し、連邦最高裁の相対多数意見でははじめに、公共図書館は、私的な発言者による見解の多様性を促進するため

はなく学習や研究などを促進するために、必要かつ適切な品質を備えた資料を利用者に提供する裁量が広く認められており、伝統的または指定的パブリック・フォーラムには該当しない。また、その裁量は書物に限らずインターネットのアクセスでも同様であるため、館内ではポルノの書物が不適切であることを理由にすでに排除されている以上、インターネット上でも同じ理由でポルノがブロックされてもよく、厳格審査 (strict scrutiny) で違憲性を判断した連邦地裁には同意できないとの立場を示した³¹⁾。加えて、インターネット上の表現は膨大であり変化も急速であるため、これらの表現から適切な表現とそうではない表現を逐一分離していくのは不可能であり、図書館がそのような判断方法を拒否して特定のカテゴリーの内容を含む表現を一括して排除する方法を採用することはまったく合理的であるとした³²⁾。一方、連邦地裁が指摘するように、フィルタリングソフトウェアが憲法上保護される表現まで過大にブロックしたり、ブロックされたウェブページに未成年にとっても成人にとっても無害な表現が含まれていたりすることもある。しかし、これらの問題については、CIPAが図書館の職員に対し、誠実な研究目的やそのほかの合法目的のもと、フィルタリングを解除してその表現にアクセスできるようにする権限を与えているため、利用者は単に図書館に対してフィルタリングを無効にするよう申請することで解消できる³³⁾。以上などを理由に、CIPAは修正第1条が保障する表現の自由を侵害しておらず、助成を受ける公共図書館に違憲な条件を課しているわけではないために有効であるとして、連邦地裁に差し戻す判決が下された³⁴⁾。また、ブライヤー裁判官による同意意見においても、フィルタリングソフトウェアはわいせつなど未成年に有害な表現を除外するという正当な目的を達成するための安く効果的な手段を提供している。確かに、現在の技術水準においては、完全に合法的表現まで過大にブロックしたり、フィルタリングによって検出すべきわいせつな表現がブロックできな

Oct. 2016

ソフトウェアを通じた間接的な表現規制の可否に関する検討

かったりすることもある。しかし、より優れた手段を誰も提示しておらず、多数意見でも述べられているように、ブロックしたサイトへのアクセスを成人に許可できる規定が設けられているため、CIPAは憲法上の要請を充たしているとの考えが示されている³⁵⁾。

ただし、スティーブンス裁判官による反対意見では、CIPAは、個々の図書館職員が審査できない、莫大な量の価値ある表現に成人がアクセスすることを無遠慮かつ全国的に規制しているが、これらの表現のほとんどは憲法的に保護すべき表現であるため、違憲な制約であるとの考えも示されている³⁶⁾。すなわち、望ましくないサイトであるか否かを特定の言語の有無によって判断するフィルタリングソフトウェアに依存すれば、必然的に未成年にも成人者にも無害な何千ものサイトがブロックされることになる。また、ブロックされた理由が「ポルノ」など特定の言語を含んでいるからであると結論づけることが通常人ではできない。それゆえ、このような過大なブロックは表現の自由を制約しており、その制約は違法な言論を抑制する利益や未成年者を有害な表現から保護するという利益では正当化できない³⁷⁾。加えて、フィルタリングが解除されるまでは、図書館の利用者は何がブロックされているか知ることはできず、それゆえにフィルタリングを解除すべき表現があるかどうかとも知ることができないため、好奇心旺盛な利用者以外の多くはブロックされた表現へのアクセスを諦めることになる。したがって、表現を可能な限り広く発信したいという、ウェブサイト作成者の利益は侵害されることになるし、フィルタリング解除への対応が各図書館で疑いもなく異なるために法の一律的な効果も見込めないことから、単なる確認的な規定と捉えないと、保護された表現への成人のアクセスに対する明白な事前抑制として判断しなければならないとの考えが示されている³⁸⁾。

また、スーター裁判官による反対意見では、フィルタリングの解除について、CIPAでは「誠実な」調査そのほかの合法的な目的の申請を受

けた場合に図書館がフィルタリングを解除「できる」と規定している。しかし、解除の請求に関しては、無条件に認めないと、図書館の職員に誰がアクセスできるかの判断を委ねることになってしまう。結果として、広汎かつ不確実な判断が下されて萎縮効果が生じるし、図書館も法の意図を解釈する際に混乱するとの指摘がなされている³⁹⁾。

V 検討

1. 小括および検討課題

以上の通り、日米いずれにおいても、プロバイダーや技術者にフィルタリングソフトウェアの導入を義務づける法令が実際に規定されており、国家がインターネット上の表現を直接規制するのではなく、民間の技術を通じて規制するアプローチがすでに採り入れられている。

わが国では、いわゆる「青少年インターネット環境整備法」のもと、携帯電話インターネット接続役務提供事業者に対し、青少年に接続サービスを提供する際のフィルタリングサービスの導入を義務づけているとともに、インターネットと接続する機器で青少年に使用されるものを製造する事業者に対し、フィルタリングサービスの利用を容易にする措置を講じた機器の販売を義務づけており、民間の技術を通じて青少年に有害な表現への規制がなされている。このような規制が表現の自由に対する侵害になりうるかについて裁判所では確固とした判断がいまだに示されていないが、学説では、国家による関与の程度によって判断すべきとの主張がなされており、民間企業等の自主規制にとどまる程度の関与であれば合憲、そうでなければ違憲であるとの評価が示されている。

他方、アメリカ合衆国では、青少年に有害な表現に対する、フィルタリングソフトウェアを通じた規制やその評価がわが国よりも積極的なされている。特にCIPAでは、インターネットにアクセスするための整備に関する助成を受けようとする公共図書館に対して、インター

ネットに接続するすべてのコンピューターにフィルタリングソフトウェアの導入などを義務づけている⁴⁰⁾。このような、青少年に有害な表現に対する、民間の技術を通じた規制について、連邦最高裁や学説では以前から議論されており⁴¹⁾、年齢認証システム等ほかの技術よりは表現の自由への影響は少ないとみて肯定的に評価する見解が示されている一方で⁴²⁾、現代の技術レベルではフィルタリングは表現を過大にブロックしてしまうか、過小にブロックしてしまうことになるとみて否定的に評価する見解も示されている⁴³⁾。

もっとも、青少年に有害な表現へのフィルタリングソフトウェアを通じた規制に関するこれらの議論では、名誉毀損の表現等ほかの有害な表現に対してフィルタリングを導入する場合においてもこれらの指摘がそのまま妥当するののかについてはほとんど言及されていない。また、問題ある表現を直接に規制する場合との違いについても明らかにされていない。そこで本稿では、青少年に有害な表現へのフィルタリングを通じた規制に関するこれらの考え方が、はたして名誉毀損の表現等ほかの問題ある表現にも援用できるのか、および、表現に対する直接的な規制と間接的な規制の間に差異があるのかといった問題に焦点を当てて検討していきたいと考える。

2. 青少年に有害な表現へのフィルタリングを通じた規制の援用可能性

青少年に有害な表現に対するフィルタリングソフトウェアを通じた規制が名誉毀損の表現等ほかの問題ある表現にも援用可能であるのかについて検討するにあたっては、青少年に有害な表現に対する規制目的と名誉毀損の表現などに対する規制目的を比較する必要がある。つまり、前者の目的が後者の目的よりも重要な価値であれば後者への援用可能性は否定的に評価せざるをえないし、前者と後者が同等の価値であれば援用可能性は肯定的に評価できることになる。

そこでまず、青少年に有害な表現に対する規

制の目的であるが、わが国の青少年インターネット環境整備法第1条では、青少年にとって安全なインターネットの利用が可能になることで青少年の権利擁護につながる旨が規定されている。また、最高裁も、いわゆる岐阜県青少年保護育成条例事件において、青少年に有害な表現を規制する目的について意見を述べている⁴⁴⁾。同事件では、青少年に有害な図書を自動販売機へ収納することを禁止し、違反者には処罰するとした、岐阜県青少年保護育成条例の規定が検閲の禁止に該当するかなどが争われた⁴⁵⁾。最高裁は、「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」として、青少年の育成を規制目的として挙げている。この言及については、伊藤正己が補足意見においてより詳しく解説している。伊藤によると、「青少年は、一般的にみて、精神的に未熟であって、右の選別能力を十全には有しておらず、その受ける知識や情報の影響をうけることが大きく」、「青少年のもつ知る自由を一定の制約をうけ、その制約を通じて青少年の精神的未熟さに由来する害悪から保護される必要がある」ため、青少年の知る自由や表現の自由を侵害しているか否かについては厳格な基準が適用されないという。また、伊藤は、成人の知る自由まで制限すれば、憲法上の厳格な判断基準が適用されて違憲とされることもありうることを確認したうえで、自販機での販売禁止という包括的な規制につき、自販機での購入は、「書店などでの購入と異なって心理的抑制が少なく、弊害が大きいこと、審議会の調査審議を経たうえでの個別的指定の方法によっては青少年が自販機を通じて入手することを防ぐことができないことから」、当然に許容されるとまではいえないが、指定範囲が必要最小限度であり、成人の知る自由などが封殺されていなければ違憲とはいえないとしている。したがって、わが国の法令や裁判所では、青少

Oct. 2016

ソフトウェアを通じた間接的な表現規制の可否に関する検討

年の健全な育成を促すという利益が規制目的として考えられているうえに、その目的を達成するための規制内容が必要最小限度であれば、成人の知る自由が制限されることになったとしても許容されうると考えられており、その利益は重要な価値であることが示されている。もっとも、同判決では、なぜ青少年の健全な育成という規制目的が正当であると当然に認められるかの説明が不足しているように見受けられる。また、有害図書に指定された書籍の出版者が有する表現の自由との関係についてはほとんど言及されておらず、補足意見において、「表現の自由の保障を受けるに値しないと考えられる価値のない又は価値の極めて乏しい出版物がもっぱら営利的な目的追求のために刊行されており、青少年の保護育成という名分のもとで規制が一般に受け入れられやすい状況がみられるに至っている」と述べられているのみである。「わいせつ」ではなく青少年にとって有害にすぎない表現まで含めた規制について違憲審査基準を緩和するのであれば、規制目的についてのさらなる言及が必要であったと思われる。この点に関し、松井茂記は、一般に判断能力が未熟である青少年を保護するための、パターンリズムに基づいていると解しつつ、有害図書として指定される書籍がなぜ青少年に有害であるのか明らかにされていないとして、本件での規制に疑問を呈している⁴⁶⁾。なお、このパターンリズムに基づく制約の法的性質に関しては、主に3つのアプローチがこれまでに提示されている⁴⁷⁾。第一は、青少年固有の「人間的に成長・発達する権利」の実質的な保障を目的とした、保護者の生存権や教師の教育の自由などに対する保障の一環であると捉えるアプローチである。このアプローチは、青少年が権利実現のために自ら学習できないことを根拠としている。堀尾輝久は、親の生存権が保障されていなければその子どもは児童労働に追いやられてしまうように、「子どもの発達と学習にかかわる他者との関係のなかで、そのかわりをもつ者の権利保障と、子どもの権利保障は不可分の関係にある」と主張

する⁴⁸⁾。第二は、青少年の権利保護と成人の権利保護を同等とみたうえで、青少年の自己決定権に関しては発達権に不可欠な範囲内での制約があると捉えるアプローチである。大津浩によれば、「子どもの人権の制約原理を論ずる場合には、『他者性』が強く混入する『発達権』と自己決定性を重視する『一般人権』という二つ(複数)のその子ども自身の権利の対立の調整として考えられ、そのような調整の原理として新しい内在的制約論が構想されなければならない」という⁴⁹⁾。第三は、青少年の発達権を成熟化過程の保護として包摂的に捉えたうえで、そのような権利に基づく国および親の保護を必要最小限にとどめる一方、子どもの自律を最大化するように制約内容を構築する、いわば双方の利益のバランスと捉えるアプローチである⁵⁰⁾。パターンリズムに対するこれらのアプローチに関しては、海野も指摘するように、青少年の発達権を保護するという規制目的が青少年のほかの権利との関係からどこまで正当化できるかについて差異はあるものの、わが国での、青少年に有害な表現に対する規制が青少年の発達権の保護を目的としているとみていることは共通しているように思われる⁵¹⁾。

他方、アメリカ合衆国では、インターネット整備に関して助成を受ける公共図書館などに対しフィルタリングソフトウェアの導入を義務づけるCIPAについて、連邦最高裁が、教育や情報を提供するために必要かつ適切な質の資料を獲得するという伝統的な役割を公共図書館が達成することを援助するための規定であるとの評価を下している。特にポルノに関する資料については伝統的に図書館から排除されているので、議会がその資料をフィルタリングの導入など合理的な形で制限することは可能であるという⁵²⁾。つまり、CIPAの規制の根拠として、適切な教育と情報の提供という図書館の役割を実現するという観点からはポルノは不要であると伝統的に捉えられていることが挙げられている。また、児童オンライン保護法違憲訴訟の連邦最高裁判決では、フィルタリングソフトウェアに

よる規制の可能性が示されたCOPAの前身であるCDAにつき、議会在児童をインターネット上のポルノから護るために規定したものであるとの評価がなされている⁵³⁾。さらに、CDAに関して違憲判決を下したReno判決の法廷意見では、未成年者を有害な情報から保護するという規制目的は正当で重要であるとの確認が冒頭でなされている⁵⁴⁾。これらの判決では未成年者を有害な表現から保護するという目的が正当であるとはほぼ当然に認められているが、その根拠に関しては、これらの判決でも引用されているGinsberg v. New York事件判決で詳細に述べられている。同事件では、文房具店および食堂を経営していた被告人が、16歳の少年に女性の裸体が写された雑誌を販売したために、未成年者に対する有害な文書等の販売を禁止したニューヨーク州刑法の規定に違反するとして有罪判決を受けたことから、同規定の合憲性が問題となった⁵⁵⁾。連邦最高裁の法廷意見では、政府には児童の健康や安全、福祉、モラルを不愉快な言論から守るという急迫の利益を有しているために、成人にとっては問題ない情報でも未成年者に発信する場合には制限されることがあると述べられている⁵⁶⁾。そのうえで、同規定は、両親や教師など子どもの幸福について主な責任を負う者がその履行を補助するように規定された法令の援助を受ける権利を有すること、および政府も独自に同様の権利を有することに基づいているとの考えが示されている⁵⁷⁾。したがって、アメリカの連邦最高裁では、未成年者に対する有害な表現の発信を制限する根拠を、子どもの「倫理的および道徳的な発達」を目的とした、両親等の子どもに対する教育の補助と政府自身の子どものための教育の一環であると捉えているようである⁵⁸⁾。

以上のように、青少年にとって有害な表現を規制する理由については、日米両国ともに、青少年の健全な育成を目標とした、両親等の子どもに対する教育に責任ある者の補助であるとの見解が提示されている。そこで、この見解をもとに援用可能性について考えてみると、名誉毀

損的表現などほかの有害な表現につき、青少年に有害な表現において認められる間接的な規制を安易に導入することは困難であるとの結論が導かれることになる。すなわち、後者の規制においては、発信者の表現の自由および受信者の知る自由とその表現によって被害を受ける者の名誉などの権利との関係からその可否が判断されるのに対し、前者の規制における、発信者の表現の自由等の対立利益は、子どもの発達権に加え、その権利をより実質的に保障することを目的として、親などの教育の自由も考えられており、いわば重層的な権利保障が図られている。それゆえ、前者の規制はそのような強い権利保障の要請に基づき正当化されているので、他者の名誉などの権利を単層的に保護することを目的にフィルタリングソフトの導入を義務づけようとするれば、発信者の表現の自由等に対する過度の制約となってしまうおそれがある。

3. 表現に対する直接的な規制と間接的な規制

次に、フィルタリングソフトウェア等表現を排除するような技術の導入を義務づけることで特定の表現に脅威を与える規制の合憲性を判断する場合と、特定の表現を法令等で直接禁止する規制の合憲性を判断する場合の間に差異があるのか、つまり後者よりも前者のほうが合憲性を判断するにあたって緩やかな基準が採用されるのかについて検討していきたい。

この点に関しては、前述の通り、わが国の最高裁でフィルタリングソフトウェア等の導入につき判断が下されたことがなく、また、アメリカの連邦最高裁でも特に言及されているわけではないが、児童インターネット保護法違憲訴訟における連邦最高裁判決の相対多数意見ではこの点についての考えを読み取れる部分がある。すなわち、相対多数意見では、連邦地裁が厳格審査で判断すべきと述べたことに対し、公共図書館は必要かつ適切な品質を備えた資料を利用者に提供するための広い裁量を有しており、インターネット上でポルノなどをブロックするこ

Oct. 2016

ソフトウェアを通じた間接的な表現規制の可否に関する検討

とも裁量の範囲内であるから同意できないと述べられている。言い換えれば相対多数意見では、フィルタリングソフト等の導入を義務づけてポルノなどをブロックする規制につき、実際にその表現を規制する公共図書館の裁量を強調することで、厳格審査に服さないとの判断が下されている。つまり、このような間接的な規制については、実際に規制する者の地位や判断の性質を考慮したうえで、国家が直接的に規制するよりも緩やかな判断基準が採用されることがありうると主張されているのである⁵⁹⁾。もっとも、同事件はあくまで「助成」を「望んだ」公共図書館等のみが導入を義務づけられており、導入の義務づけが助成の条件にすぎず、導入の時点で公共図書館の判断が強く介在している。また、公共図書館の地位が特殊であるために、連邦最高裁がフィルタリングソフトウェア導入の義務づけを通じた間接的な規制につき緩やかな判断基準を採用したとも解することができる。したがって、この言及のみをもって間接的な規制につき常に直接的な規制よりも緩やかな基準が採用されていると断言することはできない。そこで、この言及がほかの事例でも当てはまるかについて検討していきたいと考えるが、この問題に関しては、導入の義務づけが助成の条件であるか否かがどれだけの違いを生じさせるのか、つまり、助成の条件として導入を義務づけるほうが法令等で直接に導入を義務づけるよりも緩やかな判断基準が採用されるのかという点、および、公共図書館の裁量が何を根拠としているのかあるいはどの程度まで認められるのかという点を分析することで示唆が得られると思われるので、これらについて順に検討していきたいと考える⁶⁰⁾。

1) 助成を通じた間接的な規制

まず、助成を通じた間接的な規制の判断基準が法令等よりも緩やかであるのかに関し、児童インターネット保護違憲訴訟の連邦最高裁相対多数意見では、CIPAが連邦助成の受領につき違憲な条件を課しているとの主張に対して、

「政府が助成プログラムを構築するためにその公的資金を割り当てる際には、プログラムの制約を定義する権限が与えられる」としたRust v. Sullivan事件判決が引用されている。そのうえで、CIPAの助成プログラムは公共図書館の伝統的な役割、つまり、教育や情報提供のために必要かつ適切な品質の資料獲得を達成することの援助を意図しており、特に公共図書館は従来からポルノの資料を排除してきたのであるから、インターネットの助成プログラムにおいてそのような制限を課すことは可能であるとの判断が示されている⁶¹⁾。

助成プログラムを通じて特定の表現を制限する場合、その可否は違憲な条件を課しているのか否かで判断することが同判決においても示されているが、その詳細については、同判決でも引用されているRust v. Sullivan判決で述べられている。同事件では、家族計画を促進する病院や団体等に対して連邦政府から捻出される助成金を付与する際の、社会福祉省長官による制限の合憲性が争われた。合衆国法典第10編公衆衛生事業法(Title X of Public Health Service Act) 1008条では、「中絶を家族計画の方法として用いられるプログラムにおいて」、助成金が使用されることを禁じており、社会福祉省長官は、同法で与えられていた規則制定権に基づき、中絶を提供することを禁じるのみならず、中絶を助言したり促進したりすることまで禁じる規則を改めて定めていた。それゆえ、助成を受ける医師ら原告が、特定の観点に基づきこのような差別的な条件を課すことは、助成を受けられない言論を処罰するに等しいため、表現の自由を侵害するとして訴訟を提起した⁶²⁾。連邦最高裁の法廷意見では、政府は、憲法に違反することなく、公益になると考えられる特定の活動を奨励するプログラムを選択的に助成することができると同時に、ほかの方法によってそのプログラムを実現しようとする別のプログラムに助成しないことができ、それは単に一つの活動に助成することを選択してほかの活動を排除したにすぎないとの判断が示されている⁶³⁾。そ

して、「基本権に基づく活動に対して助成しないという政府の決定はその権利を侵害したことにはならない」とした先例や「保護された活動に政府が直接に干渉することと政府の政策に一致するほかの活動を奨励することには根本的な違いがある」とした先例が確認された。そのうえで、政府には、助成プログラムを設けて公的資金を割り当てる場合、そのプログラムの限界を確定する権限が与えられており、またその限界は原告が認めるよりもかなり広範であるとして、政府があるプログラムを補助する場合にはもう一方の類似したプログラムにも補助しなければならないとの原告の主張が退けられている⁶⁴⁾。また、違憲な条件を課しているケースというのは、政府がそのような条件を特定のプログラムやサービスではなく助成金の受領者に対して課すことにより、受領者がプログラムの範囲外で憲法上保護された活動を禁じることに関係していると述べられている。そのうえで、当該規則について、議会は単に中絶に関連した活動に公庫から助成することを拒否しただけであり、また、長官も連邦の助成プログラムの誠実性を確保するためにそのような活動に対して第10編からある程度区別することを求めているだけにすぎず、これら以外で中絶に関連する活動に従事する権利までは否定していないため、「違憲な条件」に該当しないと判断されている⁶⁵⁾。

したがって、Rust判決を参考にすれば、助成を通じた間接的な規制は、そもそも特定の表現を制約するものではなく、政策に基づき特定の活動を奨励したことによって生じた影響にすぎない。ゆえに、その許容される範囲は特定の表現を直接制限する場合よりも広くなると解されている。仮にこのような解釈が児童インターネット保護法の連邦最高裁判決にもそのまま妥当するのであれば、法令等によってフィルタリングソフト等の導入を義務づけることが憲法上許容されるか否かについては、より厳格な判断基準が採用されることになる⁶⁶⁾。

2) 公共図書館の裁量

次に公共図書館の裁量について、児童インターネット保護法違憲訴訟連邦最高裁相対多数意見の公共図書館に関する言及からみてみると、前述の通り、相対多数意見では、公共図書館が学習や研究などを促進する役割を担う組織であり、そのために必要かつ適切な品質を備えた資料を収集選択する裁量が広く与えられているとして、公共図書館が伝統的または指定的パブリック・フォーラムであり厳格審査に服すると判断した連邦地裁の主張が否定されている。つまり、公共図書館はいわば利用者の学問の自由等を補助するための組織であるとの見解が示されている。

他方、連邦地裁は、厳格審査に服すると判断した根拠として、公共図書館が支持する全米図書館協会による「図書館権利宣言 (Library Bill of Rights)」や「読む自由宣言 (Freedom to Read Statement)」に基づき、広範な情報とアイデアを利用者に提供するという共通の使命を担っていることを挙げている⁶⁷⁾。すなわち、図書館権利宣言では、「書籍やその他のほかの図書館の資料はコミュニティのすべての人々の関心、情報、啓発のために提供されなければならない」、公共図書館は「現在あるいは歴史的な問題に関してすべての観点からの資料や情報を提供すべきであって、党派的または協議的な不承認を理由に禁止、排除すべきでない」と規定されている。そして、読む自由宣言では、多数派にとって異端あるいは不人気なものも含む、見解や表現の多様性を出版者や図書館職員は広く確保しなければならない、職員には自分たちの基準などが強制されて自由が侵害されているかをチェックする責務を負っていると規定されている。それゆえ連邦地裁は、公共図書館の役割を情報やアイデアを広く利用者に提供し流通させて国民の知る自由や表現の自由に貢献することであると解し、フィルタリングの導入等はこれらの自由を制限するために厳格審査で判断すべきと述べている⁶⁸⁾。

公共図書館の裁量に関するこれらの判決から

Oct. 2016

ソフトウェアを通じた間接的な表現規制の可否に関する検討

わかることは、裁量の根拠が国民の表現の自由などと強く関係していると捉えれば間接的な規制は厳格審査で判断され否定される可能性が高まり、国民の表現の自由などと強く関係していないと捉えれば間接的な規制は厳格審査で判断されず肯定される可能性が高まるということである。したがって、結局のところは、間接的な規制が直接的な規制と同視できるように政府からの干渉が強ければ直接的な規制と同視すべきであるし、そうでなければ緩やかな基準で判断してもよいというのが連邦裁判所の立場ともいえる⁶⁹⁾。

そして、このような立場に基づいた場合、インターネット上の表現の間接的な規制に関するほかの事例においては、直接的な規制よりも緩やかな判断基準によって判断される可能性が高くなると思われる。なぜなら、フィルタリングソフトの導入等を義務づける対象として一般的に考えられるのはプロバイダーや民間技術者などであるが、これらの組織については、公共図書館とは異なり、表現の自由など国民の権利に貢献する役割を負っているわけではなく、国民との間に強い結びつきは認められず、直接的な規制と同視できるような状況は存在しないからである。したがって、法令等を通じて問題ある表現を直接的に規制するよりも、フィルタリングソフト等の導入を義務づけることで間接的に規制するほうが裁判所に許容される可能性が高いといえる。

Ⅵ まとめ

以上、本稿では、インターネット上の問題ある表現につきソフトウェアを通じて間接的に規制しようとした場合、そのような規制は表現の自由との関係から可能であるのかについて、青少年に有害な表現に対してフィルタリングソフトウェアの導入を義務づける法令に関する論議などを通じて検討を試みた。

より具体的には、青少年に有害な表現につき、政府から助成を受ける際の条件として、公

共図書館に対してフィルタリングソフトウェアの導入を義務づけたことにつき合憲とした判決などを分析した。その結果、かかる規制は、青少年の権利とその親などの権利を重層的に保障しようとしていることを理由に正当化されているため、名誉毀損の表現等の問題のように被害者の権利を単層的に保障しようとしている場合には、正当化されない可能性があるとの結論が得られた。

また、政府が助成を通じてソフトウェアの導入を義務づける場合には、特定の表現を規制するものではないために許容される可能性が高いが、法令等を通じてソフトウェアの導入を直接義務づける場合には、そのように捉えることは比較的困難であるために許容されない可能性がある。

さらに、公共図書館など学習研究等を促進するための施設においてソフトウェアの導入を義務づけるのであれば、その目的を理由として許容される可能性が高いが、そうではない一般のネット利用者に導入を義務づけようとするれば許容されない可能性が高い。

よって、ソフトウェアを通じた間接的な表現規制の可否に関して以上からわかることは、これまでに裁判所等で認められたケースは条件がきわめて揃っていたために許容されたにすぎないのであって、このような規制が一般的に可能であるとまではいえないということである。言い換えれば、どのような表現について、どのような形で、どのような者に対して規制するかによって、その許容される程度が変化するということである。今後も技術発展によって様々な規制方法が生まれる可能性が高いコンピューター・ネットワーク上の表現の問題においては、そのように問題状況を細分化し、それぞれを個別に分析して結論を柔軟に変えていくことがむしろ適切な判断方法なのかもしれない。

注

- 1) 町村泰貴「サイバースペースにおける匿名性とプライバシー(一)」亜細亜法学第34巻第2号 74ページ

- ジ(2000年)。
- 2) なお、匿名表現に関する分析については、岡根好彦「匿名言論の価値に関する分析—アメリカ合衆国の裁判例を素材として—」阪南論集社会科学編第51巻2号(2016年)33ページ以下を参照。
- 3) フィルタリングソフトウェアによる規制といってもその態様は様々であり、代表的なのは特定の好ましくない言語の有無でブロックすべきか判断する形式、特定のウェブサイトにつきブロックすべきか判断する形式がある。Edward Stein, *Queers Anonymous: Lesbians, Gay Men, Free Speech, and Cyberspace*, 38 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 159, 168 (2003)。なお、後者の判断形式に関しては、ブロックの要否をソフトウェアの制作会社あるいはプロバイダーが判断することになるが、いずれも民間団体であるために、その判断基準の恣意性をチェックするにあたって憲法上の権利を主張できないといった問題がある。詳細に関しては、常本照樹「サイバースペースにおける表現の規制と私的コントロール」田村善之編『情報・秩序・ネットワーク』(北海道大学図書刊行会, 1999年)255ページ以下を参照。
- 4) プロバイダーによる規制については、アメリカの議論を分析した論考として、岡根好彦「コンピューター・ネットワーク上の名誉毀損表現の二次的責任—通信品位法第230条とZeran v. America Online Inc.事件判決に関する評価を中心として—」法学政治学論究第93号(2012年)37ページ以下を参照。
- 5) 新保史生「フィルタリングと法」情報の科学と技術第56巻10号475ページ(2006年)。
- 6) なお、フィルタリングソフトウェアの導入が議論されているほかの事例としては、ビデオ放映を視聴できるコンピューターに対して性的あるいは暴力的な内容の放映を視聴制限する半導体であるVチップの取り付け、プロバイダーに対する商業的なEメールを排除するフィルタリングなどが挙げられる。Jack L. Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, 65 U. Chi. L. Rev. 1199, 1228 (1998)。
- 7) Lawrence Lessig, *Code Version 2.0* (2006) (山形浩正訳『CODE VERSION2.0』(翔泳社, 2007年)170-177ページ)。
- 8) 同上・22ページ。
- 9) 同上・187-191ページ。
- 10) 同上・437-468ページ。
- 11) 青少年に有害な表現に対する規制としては、伝統的青少年健全育成条例のもと有害図書類の販売等の制限によってなされていたが、インターネット上の表現については、「地理的な適用範囲が限定される条例での対処は不十分である」ために、フィルタリング規制が選択されている。曾我部真裕ほか『情報法概説』(弘文堂, 2016年)246ページ。
- 12) 海野敦史「憲法上の要請としての『青少年の保護』と青少年インターネット環境整備法」経営と経済第90巻4号59ページ(2011年)。
- 13) 同上・89ページ。
- 14) 藤村明子ほか「インターネット上の違法有害情報対策に関する最近の法制度動向」研究報告コンピュータセキュリティ(CSEC)2009(20(2009-CSEC-44)), 112ページ(2009年)。
- 15) 松井茂記『インターネットの憲法学』203ページ(岩波書房, 2014年)。
- 16) 鈴木秀美「インターネット上の有害情報と青少年保護」高橋和之ほか編『インターネットと法』(第4版, 有斐閣, 2010年)153ページ。
- 17) なお、インターネット上の表現につきフィルタリングによる規制やその議論が活発である要因として、ジャック・ゴールドスミスは、インターネットでは情報が膨大に発信されるために情報の取捨選択を可能にする手段が強く求められること、およびネット規制の議論の関係者、つまりプロバイダーや政府などがそのような管理方法を望んでいることを挙げている。Goldsmith, *supra* note 6, at 1228-1229。
- 18) Reno v. ACLU, 521 U.S. 844 (1997)。
- 19) *Id.* at 849。
- なお、同判決の邦語文献として、松井茂記ほか「<資料>レノ対アメリカ自由人権協会:インターネットと表現の自由」阪大法学第48巻2号147ページ以下を参照。
- 20) Ashcroft v. ACLU, 535 U.S. 564, 566-572 (2002)。
- 21) Ashcroft v. ACLU, 217 F.3d 162, 166, 174-175 (3rd Cir. 2000), *rev'd*, 535 U.S. 564 (2002)。
- 22) *Id.* at 62-64。
- 23) 535 U.S. 564, 584-585。
- 24) Ashcroft v. ACLU, 322 F.3d 240, 263-265 (2003), *aff'd*, 542 U.S. 656 (2004)。
- 25) Ashcroft v. ACLU, 542 U.S. 656, 667-670 (2004)。
- 26) *Id.* at 684-686 (Breyer, J., Dissenting)。
- なお、これらの指摘、特に規制が行き届かない、あるいは規制しすぎてしまうとの指摘について、ジャック・ゴールドスミスによれば、これらは、たとえば刑事処罰から逃れようとしたり、未成年者が身元を偽って飲酒したりというように、ネット上に限らず現実世界においても同様に生じる問題であって、フィルタリングの効果を否定する論拠にはならないと主張する。Goldsmith, *supra* note 6, at 1229-1230。
- 27) *Id.* at 688-689 (Breyer, J., Dissenting)。
- 28) 連邦政府は、インターネットアクセスを導入しようとする図書館に対して以前から助成

Oct. 2016

ソフトウェアを通じた間接的な表現規制の可否に関する検討

制度を設けており、1996年電気通信法 (the Telecommunications Act of 1996) によるE-rate プログラムでは導入コストの減額、図書館サービスおよび技術法 (the Library Services and Technology Act, LSTA) ではコンピューターや通信技術を導入しようとする図書館への援助などが定められており、CIPA はこれらの助成を受ける条件として新たに設けられた規定である。United States v. American Library Association, 539 U.S. 194, 198-201 (2003).

29) *Id.* at 198-202.

なお、政府や全米図書館協会などの児童インターネット保護法違憲訴訟に至るまでの政治的な動向に関しては、上田信治『本と民主主義—アメリカの図書館における「表現の自由」の保護と制限』(大学教育出版, 2006年) や川崎良孝『図書館裁判を考える—アメリカ公立図書館の基本的性格—』(京都大学図書館情報学研究会, 2002年) などを参照。

30) United States v. American Library Association, 201 F. Supp. 2d 401, 447-450 (E.D. Pa. 2002), rev'd, 539 U.S. 194 (2003).

31) 539 U.S. 194, 205-206.

32) *Id.* at 208.

33) *Id.* at 208-209.

34) *Id.* at 237-238.

35) *Id.* at 218-219 (Breyer, J., concurring).

36) *Id.* at 220 (Stevens, J., dissenting).

37) *Id.* at 222 (Stevens, J., dissenting).

38) *Id.* at 224-225 (Stevens, J., dissenting).

39) *Id.* at 232-234 (Souter, J., dissenting).

40) CIPA は連邦政府による規制であるが、州レベルにおいてもフィルタリングを通じた規制が試みられており、フィルタリングそのほかの規制を求める州もあれば、学校図書館には導入を義務づけるが公立図書館には導入を義務づけない州、インターネットの導入は推進してもフィルタリングは推進しない州など、その規制の様子は様々である。Anuj C. Desai, *Filters and Federalism: Public Library Internet Access, Local Control, and the Federal Spending Power*, 7 U. Pa. J. Const. L. 3, 57-59 (2004).

41) フィルタリングに関するほかの問題点として、フィルタリングはあくまで特定の「言語」の有無でブロックするか否かを判断するため、ポルノ問題のような特定の「画像」を規制対象とする場合にはフィルタリングを利用しても十分な効果が得られないことが挙げられる。Heidi Wachs, Comment, *Permissive Pornography: the Selective censorship of the Internet under CIPA*, 11 Cardozo Women's L.J. 441, 453-454 (2005).

42) なお、フィルタリングの導入を義務づけるよりも表現の自由に対して制限的でない規制手段として、許容可能な利用規約 (Acceptable Use Policy) の制定、プライバシースクリーンの使用、成人使用時にオフできるフィルタリングの使用、インターネットを使用場所の変更、インターネット利用者への教育、使用時間の制限、子どもに対する親の家庭内教育などが挙げられる。*Id.* at 461-462.

また、小倉一志は、フィルタリングの導入がより制限的でない手段であるか否かにつき判断するにあたっては、「ソフトウェアの性能、すなわち、どの内容を含むサイトまでブロックし、あるいはブロックしないのかも吟味されなければならない」、「ソフトウェアの性能をチェックせずにその利用形態だけを検討して合憲性を導くことはできない」と主張する。小倉一志『サイバースペースと表現の自由』(尚学社, 2007年) 161-162ページ。

43) もっとも、あくまで現時点での技術状況のもとでは評価できるだけで、今後の技術発展によってより制限的でない規制手段が提示される可能性もあるとの立場も提示されている。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」阪大法学第53巻3・4号(2003年)1015ページ以下を参照。

44) 最判平成元年9月19日刑集43巻8号785ページ。

なお、同判決の評釈として、松井茂記「『有害図書』と表現の自由——岐阜県青少年保護育成条例事件」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』(有斐閣, 第6版, 2013年)118ページ以下、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)89ページ以下を参照。

45) 一般に、青少年健全育成条例の内容は、「①青少年を取り巻く社会環境の整備、②健全な成長を阻害する行為の規制」によって成り立っている。そして、条例の規制対象は非常に広範であり、その具体例として、着用済み下着の買受け禁止のような規制まで含まれる。曾我部ほか・前掲注11) 247-248ページ。

46) 松井・同上119ページ。

47) 海野・前掲注9) 60ページ。

48) 堀尾輝久「子どもの権利再考」ジュリスト増刊総合特集43号(1986年)11ページ。

49) 大津浩「憲法論としての『子どもの人権』論の現状」法政理論第21巻4号56ページ(1989年)。

50) 米沢広一「子ども・家族・憲法」公法研究第54号76, 78ページ(1992年)。

51) 海野・前掲注9) 62ページ。

52) 539 U.S. 194, 211-212.

- 53) 535 U.S. 564, 567.
- 54) 521 U.S. 844, 849.
- 55) Ginsberg v. New York, 390 U.S. 629, 631-633 (1968).
- 56) *Id.* at 636.
- 57) *Id.* at 639-640.
- 58) Ashutosh Bhagwat, *What if I Want my Kids to Watch Pornography?: Protecting Children from "Indecent" Speech*, 11 Wm. & Mary Bill of Rts. J. 671, 675-676 (2003).そして、連邦裁判所は Ginsberg 判決以降30年間、この考え方に大きな変更を加えていない。*Id.* at 677.その背景として、アシュトッシュ・バグワットは、当時は両親が独力で、あるいは政府の助けがあったとしても、子どもを性表現から個別に守ろうとすることはほとんど不可能であり政府による規制が必要であったことを挙げている。それゆえ、フィルタリングソフトなど近年の技術的な発展によって、両親自身が子どもを容易に管理できるようになったために、その考え方は表現の自由との関係で正当化できなくなっているとして主張する。*Id.* at 723-724.
- 59) なお、連邦最高裁と同様に、アーノルド・ローウィも表現に対する間接的な規制については直接的な規制と異なる判断を下すべきと主張する。Arnold H. Loewy, *Distinguishing Government Suppression of Speech from Government Support of Speech*, 6 First Amend. L. Rev. 171, 179 (2007).
- 60) 本稿では、フィルタリングを通じた規制の判断基準にあたり、これら2点を検討課題としているが、このような規制が事前抑制に該当することを理由に、厳格な判断に服すべきとの見解も提示されている。成原慧「サイバースペースにおける情報流通構造と表現の自由——米国における『情報流通経路の管理者を介した表現規制』の検討を中心に——」情報学研究第76号(2009年)137ページ以下を参照。
- 61) 539 U.S. 194, 210-212.
- 62) Rust v. Sullivan, 500 U.S. 173, 177-183 (1991).
- 63) *Id.* at 193.
- 64) *Id.* at 193-194.
- 65) *Id.* at 197-198.
- 66) 助成を通じた間接的な規制に関する判断基準については、横大道聡が詳細な分析を試みている。横大道によると、まず助成プログラムが受領者自身の資金を通じた活動にまで影響を及ぼしていれば違憲な条件を課しているとして許されない。そして、そうでない場合、助成目的が「政府自身のメッセージを伝達するための助成」であれば許容される範囲は広く、助成目的が「私人の表現の促進のための助成」であれば限定的パブリック・フォー

ラムであることを理由とした審査に服することになると結論づけている。もっとも、後者の目的による助成に関して具体的にどのように判断されているのかは不明瞭であると横大道は評価しており、児童インターネット保護法違憲訴訟の連邦最高裁判決もその例として挙げている。横大道聡『現代国家における表現の自由 言論市場への国家の積極的関与とその憲法的統制』(弘文堂、2013年)123-125ページ。

なお、連邦地裁では、1998年のMainstream Loudoun v. Board of Trustees of the Loudoun County Library事件において、フィルタリングソフトの導入を義務づける規則の合憲性につき判断が示されている。同事件では、ルーデューン郡図書館委員会が規則を通じて公立図書館でのフィルタリングソフト使用を義務づけたことが修正第1条に違反するのかが争われた。同規則では、公共図書館が利用者にインターネットアクセスを提供するにあたり、①Eメール、チャットルーム、ポルノグラフィの提供を禁じ、②すべてのコンピューターに、児童ポルノやわいせつな表現物、および未成年を傷つけるような表現物を表示しているサイトをブロックするフィルタリングソフトの導入を義務づけ、③導入時には図書館職員が立ち会うとともに、④利用者にポルノへのアクセスは許されず、アクセスしようとすれば警察の介入を要請するかもしれないことが定められていた。ヴァージニア州東地区連邦地裁では、公共図書館はインターネットを通じて情報の受領やコミュニケーションといった表現活動を明らかに提供しているために限定的パブリック・フォーラムに該当し、それゆえに公共図書館に対する表現内容の規制は厳格審査に服することになると述べたうえで、プライバシースクリーンの導入など、より制限的な規制手段が考えられることや成人の閲覧までブロックしており過度に規制していることなどを理由に違憲の判断を下している。Mainstream Loudoun v. Board of Trustees of the Loudoun County Library, 24 F. Supp. 2d 552 (E.D. Va. 1998). 同判決は、公立図書館を限定的パブリック・フォーラムであると評価しているため、今後の連邦裁判所の動向に強い影響を与える裁判例とはいえないかもしれないが、フィルタリングソフトの導入を直接義務づけることの可否につき厳格審査で判断された一例である。

- 67) 201 F. Supp. 2d 401, 420.
- 68) *Id.*
- 69) なお、松井茂記は連邦最高裁相対多数意見と連邦地裁の判決内容の相違の原因を収集と撤去を区別しているか否かの違いと解している。つまり、連邦地裁は同事件におけるフィルタリングが資料を

Oct. 2016

ソフトウェアを通じた間接的な表現規制の可否に関する検討

撤去する場合に該当し、それゆえに図書館の裁量は資料を収集する場合よりも狭くなり厳格審査に服することになる。一方で、連邦最高裁相対多数意見では「図書との収集拒否といったん収集されたあとの図書等の書架からの撤去の事例とを区別しようとする姿勢は見られない」という。加えて松井は、「インターネット上のフィルタリングを、図書館職員による図書の購入の専門的裁量の行使と同一視できるのかどうかにも疑問がありう

る」こと、物理上および予算上の制約がないインターネットにつきフィルタリングを通じて提供価値のあるものだけを提供する必然性はないことなどを理由に相対多数意見を批判している。松井茂記『図書館と表現の自由』52-56 ページ (岩波書店, 2013 年)。

(2016 年 7 月 15 日掲載決定)