

## 子どもの人権とマスメディアの自由

青 柳 幸 一

- I. はじめに
- II. 子どもの人権
- III. マスメディアの自由の憲法上の意義

### I. はじめに

子どもの非行が重大な社会問題となっている近時、その原因の究明が試みられている。そのなかで、マスメディアによって生みだされる『有害環境』<sup>(1)</sup>がその有力な原因であるとする見解が主張されている。例えば、昭和60年版青少年白書は、「青少年を取り巻く社会環境、取り分け青少年の健全な育成に有害であると認められるもの、例えば、性的感情を著しく刺激し、又は粗暴性、残虐性を助長するおそれのある出版物、映画、広告物、放送番組等や享乐的な色彩の強いスナック、ディスコ、深夜飲食店、ゲーム・センター等は、少年非行防止対策上重要な問題である。有害環境は、発達途上にある青少年の人格形成に強い影響を及ぼし、しばしば非行の誘因ともなっている。ポルノ雑誌に刺激を受け、猥褻行為に走るケース、ディスコやゲーム・センターで遊ぶための小遣い欲しさに窃盗をするケースは依然として後を絶たない」<sup>(2)</sup>と述べている。

法律レベルでは、青少年保護を目的として表現の自由を直接的かつ一般的に規制するものは、今日存在しない。例えば代表的な青少年保護法である児童福祉法は、「国及び地方公共団体は、児童の保護者とともに、児童を心身とも

- IV. 放送メディアの一般的法規制
- V. 青少年の保護と放送規制

に健やかに育成する責任を負う」(同2条)視点から、34条1項で児童保護のための禁止行為を規定している。しかし、それらは、マスメディアの生み出す「有害環境」の排除を直接的に規定するものではない。

他方、条例レベルでは、周知のように、青少年保護を目的として表現の自由を規制するものが制定されている。1950年の岡山県の「図書による青少年の保護育成に関する条例」を嚆矢に、1951年には、より一般的に青少年の「有害環境」からの保護を目的として和歌山県で青少年保護育成条例が制定された。今日では、長野県を除く46の都道府県で同種の条例が制定されるに至っている<sup>(3)</sup>。そして、法律レベルでの同種の規制の要求も高まっている<sup>(4)</sup>。

必ずしも健全とはいえない今日のマスメディアの現状をみると、「『有害環境』によって青少年が非行に走る。だから、『有害環境』を規制しなければだめである」という命題は、一般に受容されやすい。しかし、問題をより具体的、個別的、根本的に突きつめていくと、この命題の妥当性は疑わしくなる。

本稿では、テレビ放送を中心に、青少年の保護を目的として法律によってマスメディアの自由を規制した場合に生ずる憲法上の問題について若干検討したい。テレビ放送を中心に検討するのは、主として、4つの理由からである。第

一は、それがメディアによる供給情報量のなかで圧倒的な割合を占める<sup>(6)</sup>からである。第二は、番組内容への公的規制合憲論の論拠の一つとして挙げられる<sup>(6)</sup>ほど、テレビは「受け手」に対して他のメディアにみられない強い影響力を及ぼし、大きな衝撃を与える機能を果しているからである。第三に、日本国憲法の下で姿を消した表現の自由への一般的規制が、放送に関する規制においてのみ未だ存在しているからである。そして、第四に、テレビは規制対象として明文化されていなかった青少年保護条例のなかに、「意識的・無意識的に、新聞や放送もカバーできるような規定がある」<sup>(7)</sup>からである。

本稿のテーマを具体的に検討するにあたって、2つの前提的問題が重要である。1つは、子どもの人権である。他の1つは、マスメディアの自由の憲法上の意義の問題である。以下、節を改めて、この前提的問題からみていくことにしたい。

## II. 子どもの人権

従来、わが国の憲法学は、子どもの人権の問題について必ずしも十分な議論を展開していなかった<sup>(8)</sup>。一般的には、次のように述べられている。

「人権の主体としての人間たるの資格がその年齢に無関係であるべきことは、いうまでもない。しかし、人権の性質によっては、一応その社会の成員として成熟した人間を主として眼中に置き、それに至らない人間に対しては、多かれ少なかれ特例をみとめることが、この性質上、是認される場合もある<sup>(9)</sup>。」

このように、一般的には、子どもの人権享有主体性が肯定され、他面で「この性質上」成人と異なる子ども的人格享有の制限が是認されている。問題は、「この性質上」の制限とは一体何か、である。

アメリカ合衆国（以下、アメリカと略称）でも、子どもの人権自体をめぐる問題は未だ十分

な議論が行なわれていないようである。

アメリカの連邦最高裁判所（以下、連邦最高裁と略称）は、子どもが「憲法のいう『人(person)』である」<sup>(10)</sup>ことを承認し、そして子どもも「成人と同様に、憲法によって保護され、そして憲法上の権利を享有する」<sup>(11)</sup>と述べている。しかし、連邦最高裁は、このような一般的叙述をこえて、成人の権利が未成年者にどのように、そしてどの程度適用されるかを分析する枠組を決定する「特別な要素を未だ明示していない<sup>(12)</sup>」。

1979年に、連邦最高裁は、墮胎権に関連して子どもの人権について幾分か明確に述べる機会をえた。それは、18歳未満の未婚の女性の墮胎に関するマサチューセッツ州法の合憲性が争われた *Bellotti v. Baird*<sup>(13)</sup> 事件である。当該州法は、18歳未満の未婚の女性に墮胎を行なう医師に対し、事前に両親の同意がある場合のほか施術を禁止している。ただし、親が同意しない場合には、上級裁判所 (superior court) に提訴し、裁判官が墮胎につき理由があると認定すれば墮胎できる、と規定していた。

連邦最高裁は、8対1で当該州法を違憲とした。その理由は、当該州法が親の認可を求めたくない未成年の妊婦のための両親の同意に代わる手続を規定していないことである。

多数意見のうち<sup>(14)</sup> Powell 判事による意見は、子どもの人権に関して、「子供は、単に未成年のゆえに、憲法の保護が及ばないということはない」と述べる。しかし続けて、法廷意見は、*May v. Anderson* 判決における *Frankfurter* 判事の補足意見<sup>(15)</sup>を引用しつつ、「子どもの憲法上の権利は成人のそれと同等とは考えられない」<sup>(16)</sup>とする。その理由として、3つの事由を挙げている。第一は、子どもの特別な傷つけられやすさである。それゆえ、「州は、子どもの傷つけられやすさと彼らの要求のために法制度を調整する権能を有する」<sup>(17)</sup>。第二は、「学識のある、熟慮したやり方で重大な決定を行なう能力が子どもにない」<sup>(18)</sup> ことである。それゆえ、

「州は、潜在的に重大な結果をもたらしかねない重要な、確定的な選択を自分自身で選択する子どもの自由を有効に制限しうる」<sup>(19)</sup>のである。第三の理由は、子どもの養育における親の役割の重要さである<sup>(20)</sup>。

Bellotti 判決は、子どもの人権をめぐって2つの重要な点をもたらしているように思える<sup>(21)</sup>。まず第一は、子どもの権利は、子どもが彼らに害悪を及ぼす結果になりうる重大な決定をする場合には、彼らの保護のために制約されうる点である。第二は、子どもを保護するための行為を行なうに際して、州は非常な配慮を払わなければならないことである。

さらに、連邦最高裁は、1984-85年の開廷期に、公立学校の教職員が生徒の持物検査をしたことが修正4条違反にするか否かが争われた、*New Jersey v. T. I. O.*<sup>(22)</sup>で、子どものプライバシーの権利について述べている。

事件の概要は、次の通りである。高校1年の女生徒(14歳)が校則に違反してトイレで喫煙をしたところを見つけられ、教頭(Assistant Vice President)のところへ連れて行かれた。教頭の質問に対し、女生徒はトイレで喫煙したことを否定した。教頭は、女生徒にバッグをみせるよう要請した。バッグを開けると、煙草や巻き紙(rolling papers)があった。教頭の経験によると、巻き紙はマリファナを喫うのに用いるものだった。そこでバッグをよく調べると、少量のマリファナ、パイプ、お金、彼女からお金をかりた生徒の名が書かれたカードなどがでてきた。教頭は、彼女の母親と警察に通報し、マリファナを証拠として警察に手渡した。女生徒は、警察で、学校でマリファナを売っていたことを告白した。女生徒は、バッグから見つかった証拠や、彼女の告白は教頭による不法な捜索によってえられたものであり、修正4条を侵害する捜索であると主張した。

連邦最高裁は、6対3で、結論的には本件教頭の捜索を合理的なものとし、修正4条に違反しないとした。

争点のなかで、子どものプライバシーの権利に関するものだけを見てみることにしたい。

州側は、次のような二つの事実に関する前提から、学校において子どもにはプライバシーがない、と主張<sup>(23)</sup>した。第一は、健全な教育環境の維持と生徒のプライバシーとの基本的な矛盾である。第二は、学校に私有物を持ちこむことにおける子どもの最小限の利益である。それに対して、White 判事による法廷意見は、「子どもの身体あるいは身体にもっている閉じた財布や他のバッグの捜索は、成人に関して行なわれる同様の捜索と同じく、プライバシーの個人的な可能性の苛酷な違反である<sup>(24)</sup>」と述べ、成人と異なる子どものプライバシーを認めた。そうしておいて、法廷意見は、今日の公立学校における規律の維持の困難さ、学校におけるマリファナの使用や暴力犯罪が大きな社会問題となっていることから、「プライバシーにおける子どもの利益に対して教室や学校のグラウンドで規律を維持する教師と管理者の実質的な利益が均衡されなければならない<sup>(25)</sup>」と述べる。そしてそのバランスのさいに、修正4条において通常要求される原則<sup>(26)</sup>を緩和した。

本件では、Bellotti 判決における子どもの権利が成人と異なる取り扱いをうける3つの理由はでてこない<sup>(27)</sup>。本件で、修正4条で要請される基準が緩和されたのは、子どもの重大な問題に対する決定能力の欠如のゆえではない。また、学校だからということでもない。なぜなら学校における子どもの人権については、表現の自由について後述する *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*<sup>(28)</sup>、適正手続について *Goss v. Lopez*<sup>(29)</sup> で成人と異なるものと認められているからである。したがって、本件で基準が緩和されたのは、少年非行問題との関連への配慮であったように思われる。

連邦最高裁の、子どもの人権に関する見解は、次のように要約することができよう。議論

の出発点として、子どもの人権享有が成人のそれと同一であることを認める。そして、子どもの保護という観点からのみ、子どもの人権享有の程度・範囲が成人とは異なって扱われうる。

それに対して、ドイツ連邦共和国（以下、西ドイツと略称）では、子どもの人権をめぐって従来から議論されている。周知のように、「基本権上の権利能力（Grundrechtsfähigkeit）」と「基本権上の行為能力（Grundrechtsmündigkeit）」との区別論に基づいた議論である。

「基本権上の権利能力」とは、民法の権利能力（Rechtsfähigkeit）の概念に倣ったもの<sup>(30)</sup>で、基本権の担い手（Träger von Grundrechten）でありうる能力のことを意味する<sup>(31)</sup>。それは、すべての基本権について一般的に論じることではなく、個々の基本権に関する具体的な事例のためにのみ確定されうる問題である<sup>(32)</sup>。それは、基本法がすべての基本権を人権（Menschenrechte）としてではなく、若干のものをドイツ人に留保された基本権（Grundrechte）<sup>(33)</sup>と規定していることによる。ここから、外国人の人権享有主体の問題がでてくる。また法人の人権享有主体性の問題でも、19条3項「基本権は、その性質上内国法人に適用されうるかぎり、これにも適用される」という規定から、外国の法人の人権享有主体性が個別的に問題となる。したがって、「基本権上の権利能力」においては、西ドイツ人の子どもは自然人として成人と同じく享有主体性を認められることになる<sup>(34)</sup>。

他方、「基本権上の行為能力」とは、民法の行為能力（Geschäftsfähigkeit）とパラレルな概念で、基本権を独自に行使しうる能力のことを意味する<sup>(35)</sup>。「基本権上の行為能力」の問題は、自然人でのみ問題となる。したがって、ここで、未成年者が基本権を主張しうるか否かが、具体的に問題とされる。

しかし、このような二分論、とりわけ、「基本権上の行為能力」という概念を認めるか否かについては、争いがある。学説は、この概念を

認めることに「圧倒的に抑制的である」<sup>(36)</sup>。連邦憲法裁は、「基本権上の行為能力」の問題について、まだ明確には述べていない。ただ、「青年は、年齢を重ねるとともにますます強く、基本法1条1項と結合した2条1項によって保護される固有の人格である」<sup>(37)</sup>と述べている。

子どもの人権の問題を、「基本権上の権利能力」と「基本権上の行為能力」とに区分して論じること、「憲法上の根拠はない」<sup>(38)</sup>と思われる。そもそも、子どもも成人と同一の人権享有主体性を有する。公権力が未成年者の人権を制限しうるのは、3つの場合だけである。第一は、憲法上、子どもの人権享有を否定する明文の規定がある場合である。第二は、人権の制約が一般的に許容されている場合である。そして、第三は、青少年の保護のための制約である。とすると、子どもであることを理由とする人権の制約の問題は、第一と第三ということになる。そこで、本稿では、子どもの人権が明文で人権享有を否定されている場合と、子どもの保護のために人権が制約される場合とに区分して試みることにしたい。後者の場合には、子どもの人権が制約される場合と他の人の人権が制約される場合とがある。

#### (1) 子どもの人権享有自体への制限

人権は、人間が「人間であるという自然的実に基づき人間らしい生活をするのに不可欠と認められる権利」<sup>(39)</sup>を意味するので、当然に子どもにも認められる。日本国憲法も、人権に関する総論的規定においても個別的規定においても、原則的には子どもを別異に取り扱っていない。ただし、つぎの3つの条文において、未成年者に関する特別規定を見出すことができる。

「公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障する」（15条3項）

「すべて国民は、法律の定めるところにより、その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ。義務教育は、これを無償とする」（憲

法26条2項)

「児童は、これを酷使してはならない」(憲法27条3項)

このうち、子どもの人権享有主体への制限を示すのは、憲法15条3項のみである。したがって、憲法上明文では、子どもは選挙権に関してのみその享有を否定されている。

本稿に関連しては、表現の自由の子どもの享有主体性が問題となる。憲法21条1項の文言は子どもの享有主体性を否定していない。また、「ことの性質上」も、表現の自由は「年齢を問わずすべての人間に原則的に具わっている、と考えるべきである<sup>(40)</sup>」ので、子どもが表現の自由の享有主体であることは承認される。問題は、表現の自由を行使するにあたっての、子どもゆえの制限である。

憲法21条が保障する表現の自由は、今日、両者の密接な関連性を踏まえつつも、二つのレベルで議論しうる。一つは、意見の表明という「送り手」としての自由である。他の一つは、「受け手」の立場での「知る権利(right to know)」である。より正確にいえば、「受け取る権利(right to receive)」である<sup>(41)</sup>。この二つのレベルにおいて、子どもの権利の「ことの性質上」の制約は、その内容を若干異にする。子どもの意思表示の自由の制約における「ことの性質上」とは、子どもの精神的未発達さを意味する。それに対して、子どもの知る権利の制約における「ことの性質上」は、それに加えて子どもの保護育成を意味する。この場合、他人の権利行使の制限ばかりでなく、子どもの知る権利の制約という問題も生じていることに留意しなければならない。

子どもの意見表明の自由に関して、わが国では、いわゆる内申書事件における生徒の政治活動の自由をめぐる論議された。生徒の学習権と教師の教育評価権が問題となった麴町中学内申書事件第一審判決<sup>(42)</sup>は、「教育の目的が生徒の人格の完成をめざし(教基法1条)、思想、信条により差別されるべきでない(同3条)とされ

ていることにかんがみれば、公立中学校においても、生徒の思想、信条の自由は最大限に尊重されるべきであ[る]……、また、生徒の言論、表現の自由もしくはこれにかかる行為も、教育の目的にかんがみ最大限に尊重されるべきである」と判示した。それに対して、本件控訴審判決<sup>(43)</sup>は、「特定の思想信条が思想信条にとどまる限り、これを理由として教育上の差別取扱いをなしえないことはもちろんであるが、仮りにそれが一定の思想信条から発したものであるとしても……生徒会規則に反し、校内の秩序に害のあるような行動にまで及んで来た場合において……その事実を知らしめ、もって入学選抜判定の資料とさせることは、思想信条の自由の侵害でもなければ、思想信条による教育上の差別でもない」と判示した。控訴審判決は、人権としての教育の視点も、子どもの人権への考慮も欠いた「教育裁判の上での汚点を残したときびしく批判されるに値するもの<sup>(44)</sup>」といわざるをえない。

アメリカの判例では、子どもの意見表明の自由に関して、1969年に下された、Tinker v. Des Moines Independent Community School District<sup>(45)</sup>事件がある。本件は、ヴェトナム戦争反対の意思表示として黒い腕章を着用して登校しようとする生徒に対して、公立学校長たちがそれを禁止し、違反した生徒には着用せずに登校するまで登校停止処分にするという政策を採用した。黒い腕章を着用して登校し、登校停止処分をうけた生徒が、当該規則の合憲性を争って、訴訟を提起した。

連邦最高裁は、7対2で当該規則を違憲と判示した。Fortas 判事による法廷意見は、学校当局が校内において生徒を紀律する権限があることを認め<sup>(46)</sup>つつも、修正1条の権利は「先生と生徒に有効である。生徒も先生も校門で言論または表現の自由という彼らの憲法上の権利を放棄するということは、ほとんど主張されえない<sup>(47)</sup>」として生徒の意見表明の自由を認めた。しかも、留意されるべきは、一定の政治的立場

を表明するという憲法上の権利に関して「ほとんど子どもと成人とに差異をつけていない<sup>(48)</sup>」ということである。

## (2) 子どもの人権の保護のための制限

本稿のテーマにより密接に関連する子どもの知る権利については、わが国ではほとんど議論されていない、といえる。アメリカでも、子どもの修正1条の権利をめぐる研究は「未探求であり、裁判上も未発達である<sup>(49)</sup>」といわれているが、わが国に比較すれば判例の集積があるといえよう。

まず、子どもの「知る権利」についてみると、関連する判決として *Ginsberg v. New York*<sup>(50)</sup> 事件をあげることができる。

連邦最高裁は、本件において、成人にとってわいせつでないものを子どもにはわいせつと認定しうるか否かについて判示した。本件でその合憲性が争われたニューヨーク州法は、17歳以下の未成年に、成人にとってはわいせつではなくても未成年者にアピールするわいせつなものを販売することを禁止していた。連邦最高裁は、6対3で、「わいせつは、保護された言論と出版の範囲内ではない<sup>(51)</sup>」として当該州法の合憲性を支持した。

Brennan 判事の法廷意見は、「子どもの行為をコントロールする州の権限は、成人に対するそれを超えて達する<sup>(52)</sup>」として、子どもと成人とでわいせつの認定に関して異なる基準を採用することを認めた。この広範な州の権限は、二つの利益から派生する。一つは、子どもをコントロールする親の権利である。州は親の役割を代行しうる<sup>(53)</sup>。他の一つは、州自身独自に有する、子どもの福祉を配慮する利益である<sup>(54)</sup>。こうした観点から、法廷意見は、青少年の保護のためにわいせつ出版物を規制する法律は、合理的な基礎があるかぎり合憲と判定しうると判示した。

*Ginsberg* 判決は、「少なくとも正確に描かれた領域において、子供は——捕われの視聴者の

ように——修正1条の保障の前提要件である個人の選択のための完全な容積を享有しない<sup>(55)</sup>」という哲学を示しているといえよう。

子どもの保護という観点から、他の人の憲法上の権利がより一層制約される。それを示した近時の事例が、修正1条によって保護されない言論に新しいカテゴリーを加えた<sup>(56)</sup>といわれる *New York v. Ferber*<sup>(57)</sup> 判決である。

児童をモデルにしたポルノの提供を禁止するニューヨーク州刑法の合憲性が争われた本件で、White 判事による法廷意見は、青少年の保護のため *Miller v. California*<sup>(58)</sup> 判決で確立したわいせつの認定基準（ミラー基準）を超えて規制範囲は拡大するとして、当該州法を合憲とした。

White 判事による法廷意見は、青少年保護を理由とする規制が通常よりもより広範囲に認められる論拠として、5つの理由を挙げている。第一は、青少年の精神的、肉体的の健全な育成は、政府のやむにやまれないほど必要な利益 (compelling interest) である<sup>(59)</sup> ことである。第二は、児童の性行為を描写した写真やフィルム頒布は、児童に対する性的な虐待行為である<sup>(60)</sup> ことである。第三は、児童をモデルにしたポルノの製作は本来違法な行為であり、その広告と販売は憲法上の保護を受けない<sup>(61)</sup> ことである。第四は、児童をモデルとするポルノを公認する価値は少なく、他の手段による代替（子どもっぽい成人の使用など）も可能である<sup>(62)</sup> ことである。そして、第五は、児童モデルポルノを概念的に一括して憲法上の保護の外に置くことは先例に反しない<sup>(63)</sup> ことである。

以上から、子どもの人権の保護のための人権の制限に関して、アメリカの判例動向は次のように要約できよう。

連邦最高裁は、必ずしも子どもの「知る権利」という視点からではないが、実質的には、成人とは別異に取り扱っているといえる。そしてそれは、青少年の保護という理由によって

正当化される。しかし、その場合でも、それは「比較的狭い、かつ厳密に定められた状況のもとにおいてのみ<sup>(64)</sup>」正当化される。ただし、目的と手段の関連性については、厳格な整合性までは要求されていない。

### III. マスメディアの自由の憲法上の意義

#### (1) 表現の自由とマスメディアの自由

憲法21条1項は、「言論、出版その他一切の表現の自由」を保障している。メディアとしては、「出版」としかでていないが、「その他一切の」という文言のなかにすべてのメディアが含まれる<sup>(65)</sup>。最高裁も、周知のように、国民の知る権利に奉仕するものとして報道機関の報道の自由を認めている<sup>(66)</sup>。つまり、「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の『知る権利』に奉仕するものである。したがって、思想の表明の自由とならんで、事実の報道の自由は、表現の自由を規定した憲法21条の保障のもとにあることはいうまでもない」と。本判決は、憲法21条の保障が意見の表明だけでなく、事実の伝達も含むか否かという問題について積極的に解したわけだが、それにとどまらず、メディアの自由を認めたものと解することができよう。

ここでは、表現の自由とマスメディアの自由の問題を、西ドイツやアメリカの議論を参照しつつ概観することにしたい。

意見表明の自由 (Meinungsäußerungsfreiheit) の前提として、意見形成の自由 (Meinungsbildungsfreiheit) が保護される<sup>(67)</sup>。人は、自らの思想を他の人とのコミュニケーションにおいて形成する。つまり、「コミュニケーションの過程において」情報の送り手と受け手の役割を相互に交換しながら、自らの思想を形成する<sup>(68)</sup>。そこから、表現の自由は、「意見を表明し、伝達する」者の自由 (Kommunikatorsfreiheit) と、「表明された意見を知り、情報を集め

る」者の自由 (Rezipientenfreiheit) を含む。両者は密接な関係にあるが、「受けとる自由」は、表明の自由の反映としてのみ保護されているのではなく、独自の権利である<sup>(69)</sup>。

コミュニケーションの形態は、古典的な、個人と個人のものだけではなく、マスコミュニケーションの手段によっても行なわれる。マスコミュニケーションの媒介手段が、マスメディアである。今日、メディアは「すべての生活領域で」重要な機能を果している<sup>(70)</sup>。

マスメディアは、古典的には出版であった。したがって、1791年に確定したアメリカ憲法修正1条も、1919年のワイマール憲法18条も「出版」しか明文上規定していない。1949年のボン基本法5条は、出版に加えて、それまでに発展してきた放送 (Rundfunk) と映画を明記している。ボン基本法は、単に明記するメディアの数を増しただけではなく、ワイマール憲法と比べてメディアの取り扱いに本質的な相違がある。ワイマール憲法18条では、意見の自由と検閲の禁止に関連して間接的にのみメディアが規定されているだけであった<sup>(71)</sup>。それに対して、ボン基本法5条1項2文は、マスコミュニケーションの増大する意義に対応して、「メディアのための独自の保障<sup>(72)</sup>」を規定している。

アメリカでは、修正1条に明記されていないメディアに対する憲法上の保護に関して、曲折があった。19世紀に開発された映画が修正1条の「出版」の一要素であると認められるまで、1世紀ほどの時間の経過が必要であった。連邦最高裁は、1915年の判決<sup>(73)</sup>において、映画に修正1条の地位を与えることを拒否した。それは、映画が出版とは異なるものであり、娯楽の伝達手段としてしか捉えられなかったことによる<sup>(74)</sup>。しかし、1952年の判決<sup>(75)</sup>で、漸く映画に修正1条の地位が認められた。つまり、1952年の判決は、「映画による表現は、修正1条と修正14条の保護の……範囲内に含まれる<sup>(76)</sup>」と明言した。映画は、娯楽の伝達手段としてば

かりでなく、重要な情報源として認められたのである<sup>(77)</sup>。この判決は、新しいメディアのための修正1条の勝利として一般に高く評価されている<sup>(78)</sup>。

コミュニケーション伝達の手段としてのメディアは、個人的・人格的関連ばかりでなく、「社会的関連」をも有する<sup>(79)</sup>。それは、世論の形成とメディアとの関連に明瞭に現われている。メディアの社会的関連の意味は、特に民主主義原理との関連によって強められる<sup>(80)</sup>。つまり、メディアの自由は、主観的権利においても客観的法においても意見の形成に「仕える自由(dienende Freiheit)」である<sup>(81)</sup>。

## (2) 優越的自由としての表現の自由

表現の自由が優越的地位(preferred position)を占める自由であることは、アメリカ同様わが国でも一般に承認されている。西ドイツにおいても、表現の自由は自由で民主的な国家秩序にとって正に構成的な(schlechthin konstituierend)自由であり、基本権の基礎にある基本権であることが認められている<sup>(82)</sup>。

表現の自由に優越的地位を認める点ではほぼ一致しているが、それが法令の合憲性審査の際にどういう意味をもたせるかについては必ずしも一致していない。

アメリカは、周知のように、精神的自由の優越的地位から合憲性審査においても、緩やかな審査基準である合理性のテスト(rationality test)と、精神的自由の場合に用いられる厳しい審査基準である厳格な審査(strict scrutiny)のテストとから成る「二重の基準(double standard)」を採用している。近時は、それらの中間の程度の厳しさをもつ「厳格な合理性(strict rationality)」のテストを加えて「三重の基準」が用いられている<sup>(83)</sup>。

西ドイツの連邦憲法裁判所は、表現の自由の意義を十分顧慮した比例原則(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)の審査を強調する<sup>(84)</sup>。しかし、表現の自由の場合に、アメリカにおけ

るような特別な審査基準を定式化してはいない。他方、わが国の最高裁は、「表現の自由は、民主主義国家の政治的基盤をなし、国民の基本的人権のうちでもとりわけ重要なものである<sup>(85)</sup>」とし、「個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なっていて、……一定の規制措置を講ずることも、それが右目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、許されるべきである<sup>(86)</sup>」とか、あるいは「職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわれる精神的自由と比較して、公権力による規制の要請がよ<sup>(87)</sup>」と述べている。その表現からすれば、アメリカでいう「二重の基準」をとるかのようである。しかし、最高裁は、精神的自由に関して厳格な審査を行ってはいない。西ドイツの連邦憲法裁判所のいう、表現の自由という基本権に照らしての検討さえしていない。上記の表現は、リップ・サーヴィスに止まっている。最高裁が近時展開している規制類型論は、「二重の基準」論がもつマイナス面、すなわち、経済的自由を規制する法令に対する司法の「無干渉(hands off)」を治癒するものとして、その点では一定の評価を与えることができる<sup>(88)</sup>。しかし、規制類型論は、二重の基準論の存在意義、すなわち、精神的自由への手厚い保護を否定するものである。規制類型論は、精神的自由に対する今日的な規制のタイプ、すなわち、表現内容そのものではなく表現の方法・態様等の規制を合憲とするための「巧妙な構成<sup>(89)</sup>」であって、その点で是認することができないものである。

筆者は、基本的には、精神的自由の優越的地位を根底におきつつ、「二重の基準」のもつ問題点を踏まえた<sup>(90)</sup>「三重の基準」をとるべきと考える。したがって、表現の自由をめぐる合憲性審査においては、次のような基準や理論が用いられることになる。

表現内容そのものの規制の合憲性は、「厳格な審査」のテストで判定される。したがって、立法目的はやむにやまれぬほど必要な利益

(compelling interest) をもたねばならず、かつ当該規制手段が立法目的達成にとって必要でなければならない。つまり、立法目的と規制手段との厳格な整合性が要求される。他方、表現の時・場所・方法の規制の合憲性は、「厳格な合理性」のテストで判定される。したがって、立法目的は重要な利益 (important interest) を促進するものであり、かつ立法目的と規制手段との間に実質的関連性 (substantial relationship) がなければならない。つまり、規制される手段の機能とか他に利用できる表現手段があるか否かが考慮される<sup>(91)</sup>。要するに、表現の自由を規制する場合には、立法目的と規制手段との関連性は、観念的、抽象的な関連では不十分であり、立法事実 (legislative facts) をふまえてその関連が実証されなければならない。「より制約的でない他の選びうる手段 (LRA)」があるときには、当該手段は違憲となる。そして、検閲は絶対的に禁止される (憲法21条2項)。さらに、表現の自由を規制する法令の場合には、規定の明確性が一層厳格に要請される。そこでは、漠然性ゆえに無効の理論 (void for vagueness) や過度の広汎さゆえに無効の理論 (void for overbreadth) が適用される<sup>(92)</sup>。

#### IV. 放送メディアの一般的法規制

表現の自由が法律の留保に服していた旧憲法(29条)の下では、それぞれのメディアが検閲制をも含めた一般的で広汎な規制に服せしめられていた<sup>(93)</sup>。放送も、逡信省令である「放送用私設無線電話規則」によって規制されていた。法律の留保なしに表現の自由を保障する現行憲法の下では、表現の自由およびそれぞれのメディアに対する一般的法規制は合憲的に存在しえないものとなり、唯一の例外を除いて姿を消した。その例外とは放送に関する一般的法規制である。

1950年に制定された、電波法、放送法および電波監理委員会法のいわゆる電波三法は、電波

による通信と放送についての基本的体制を規定している。放送法は、多分に保護法的性格をもっている。放送法3条は、「放送番組は、法律に定める権限に基く場合でなければ、何人からも干渉され、又は規律されることがない」と規定し、放送番組編集の自由を保障している。しかし、他面で、放送法は、間接的ではあるが、放送番組編集の自由に制約を加えている。つまり、放送法44条による国内放送の放送番組の編集基準の法定である。そのなかで、とりわけ問題なのが同条3項の規定である。それは、次のように規定している。

協会は、国内放送番組の編集に当っては、左の各号の定めるところによらなければならない。

- 一 公安及び善良な風俗を害しないこと。
- 二 政治的に公平であること。
- 三 報道は事実をまげないですること。
- 四 意見の対立している問題については、できるだけ多くの角度から論点を明らかにすること。

学説は、これらの規定は憲法上「印刷メディアには許されない一定の公的規制<sup>(94)</sup>」である、とする。そこで、このような番組編集基準が放送メディアの場合には何故合憲とされるのか、が問題となる。この問題は、三つのレベルで検討されなければならない。第一は、番組編集基準の根拠である。第二は、番組編集基準の法的性格である。そして、第三は、番組編集基準の個々の内容である。

##### (1) 放送メディア規制の根拠

番組編集基準を制定しうる根拠、すなわち、他のメディアなら憲法上許容されない規制が放送メディアでは何故許されるのか<sup>(95)</sup>、である。

アメリカでは、前章でみたように放送も修正1条の保障の下にあるが印刷メディアとは区別して取り扱われている。そのことを最も明確に示しているのが、連邦最高裁の二つの判決、すなわち、Red Lion Broadcasting Co. v. FCC<sup>(96)</sup>

と Miami Herald Pub. Co. v. Tornillo<sup>(97)</sup> である。前者はテレビに関する判決であり、後者は新聞に関する判決である。

Red Lion 判決では、周知のように、連邦通信委員会 (FCC) が定める、放送局が公共的に重要な争点に関する意見を放送中、人の「誠実、評判、高潔若しくはその他の個人的資質」を攻撃した場合、原則として無料で反論の機会を与えることを内容とする「個人攻撃」規則 (personal attacks rule) を含めて広く公平原則 (fairness doctrine) の合憲性<sup>(98)</sup> が是認された。Red Lion 判決から5年後に下された Tornillo 判決は、新聞の社説において攻撃された候補者に反論権を認めるマイアミ州法を違憲とした。同種の反論権規則が、Torillo 判決では、Red Lion 判決が引用されることなく「編集者の権能に干渉するものであって修正1条に対する制限としては納得できないものである<sup>(99)</sup>」として、違憲とされたのである。両判決の違いは、きわだっている。放送メディアでは許される理由として、Red Lion 判決は、周知のように、電波は物理的に有限であるという電波有限説あるいは稀少説 (scarcity theory) を挙げている<sup>(100)</sup>。稀少説は学説上も有力な支持があり、放送メディアに対する公的規制の合憲性を支える根拠として、今日最も広く用いられている見解である。わが国でも、放送法44条3項の正当化論のなかで「最も説得的な見解はいわゆる電波有限説であろう<sup>(101)</sup>」といわれている<sup>(102)</sup>。しかし、この電波有限説ないし稀少説に対しては、反対論も根強い。例えば、連邦最高裁の印刷メディアと放送メディアとの取り扱いの違いを「新しいメディアに対する恐れ」という視点から分析する D. E. Lively によれば<sup>(103)</sup>、Red Lion 判決のときでさえ放送メディアの数は日刊新聞の数を上回っていた。1982年末には9160のラジオ局と1079のテレビ局があるのに対し、1970年に1748あった日刊新聞が1980年末には1744になっている。さらに、有線テレビジョンに代表される技術的進歩が、放送メディアの有

限性議論をはかないものにする。したがって、電波有限説が物理的有限性や放送局の数の少なさを意味するものであるとすれば、それは全く説得力に欠ける論拠となる<sup>(104)</sup>。しかし、それを利用形態からみた有限性、すなわち、「利用可能な周波数と需要者の数を対比して帰結される社会的意味の有限性」と捉えれば、今日もなお「電波の有限性を理由とする放送局の免許制度の合理性を否定することはできない<sup>(105)</sup>」といえよう。しかし、免許制度は合理的だとしても、そこから直ちに放送内容への規制が許容されることにはならない。

印刷メディアとの違いを理由とする放送メディアへの内容規制は、説得力をもつものとはいえない<sup>(106)</sup>。したがって、放送メディアへの内容規制も、印刷メディアの場合と同様に、厳格な審査のテストでその合憲性が審査されるべきである。

## (2) 放送法44条3項の合憲性

従来放送法44条3項の番組編集準則合憲論は、「電波有限論を基本にしなが、放送の影響力・お茶の間性を加味して<sup>(107)</sup>」準則の根拠を肯定した上で、準則を法的なものではなく、倫理的な性格のもので捉える倫理規範説<sup>(108)</sup>である。しかし、堀部政男教授が指摘しているように<sup>(109)</sup> 電波法76条1項、同110条5号<sup>(110)</sup> によって、放送法44条3項に違反すれば、放送局の運用の停止を命じられ、運用を停止された無線局を運用すれば、罰則を科せられることになっている。とすれば、放送法44条3項は、単なる倫理規範ではなく、「法規範性をもつものと解するほかになく<sup>(111)</sup>」なる。有線放送テレビジョン法は、放送法44条3項を正に法的制裁を伴った規範と捉えている。つまり、それは、放送法44条3項を有線テレビジョン放送事業者の放送番組の編集または有線テレビジョン放送に準用し (有線テレビジョン放送法17条、25条2項で放送法44条3項の規定に違反したときは3カ月以内の業務停止を命じることができると規定

し、34条で業務停止命令違反者に対する罰則(「六月以下の懲役又は二十万円以下の罰金」)を定めている。

放送法44条3項を倫理規範と捉える見解の妥当性は、上記の規定からすると疑わしい。放送法44条3項には法規範性が認められる。とすると、放送法44条3項は「放送番組編集の自由を制約するものとして憲法違反の疑いがある<sup>(112)</sup>」ことになる。

芦部信喜教授は、放送法44条3項の法規範的性格を踏まえながら、「知る権利」理論を基本に据え、アメリカの判例理論を詳細に分析しつつ、放送法44条3項の合憲性について論じている<sup>(113)</sup>。従来、挙げられていた、①番組編成が大衆受けのするものに画一化する傾向が強いという電波メディアの特殊性と、②電波技術の著しい発展にもかかわらず放送用周波数に対する需要がなお供給を上回る状態にあることにより、最も有力な表現媒体である電波が一部巨大な企業の手中に寡占化される、という電波のユニークな性質、という論拠に加えて、放送番組編集基準の法定が「広く国民の『知る権利』に応える番組編集を担保するためのものである<sup>(114)</sup>」を挙げている。しかしながら、放送法44条3項の「憲法適合性を主張できる究極の根拠<sup>(115)</sup>」となる「知る権利」理論という論点からも、放送法44条3項1号の、いわゆる「公安・良俗」の準則の「合憲性につき大きな疑問を生ずるのではなからうか<sup>(116)</sup>」と芦部教授は述べている。なぜなら、その準則には「知る権利を充足するという積極的な根拠が乏しいだけでなく、漠然かつ広汎な準則である<sup>(117)</sup>」からである。

## V. 青少年の保護と放送規制

青少年保護条例のように、青少年の保護乃至健全な育成を目的に掲げて、青少年にとって「有害」な内容の放送を禁止し、違反行為に対して運用の停止規定、罰則規定を法定する法律

が制定された、と仮定する。禁止される「有害」な放送内容とは、神奈川県青少年保護条例を例にとると、次のようになる。

「その内容が、青少年に対し、著しく性的感情を刺激し、またはなはだしく粗暴性を助長する等青少年の福祉を阻害するおそれがあると認められるもの」(神奈川県条例8条1項1号)である。そして、その性的感情の刺激に関する「認定基準」は、「ア. ……性関係を興味本位に取扱うことを主眼としたもの、イ. 性行為の動作、感情等を具体的に叙述描写してあるもの、ウ. 裸体若しくは身体の一部をわい雑にまたは、りょう奇的に叙述描写してあるもの、エ. 詐術、誘惑若しくは弾圧によって性関係を結ぶに至るまでの方法、過程をわい雑に叙述描写してあるもの、オ. 変態性欲を叙述描写してあるもの、カ. 性的関係に主体をおき、殺人、傷害、暴行、心中、自殺、闘争、葛藤をみだらな表現で叙述描写してあるもの、キ. 文学的、医学的その他学術的内容であっても、性に関する叙述描写が扇情的であるもの」(神奈川県有害図書等の販売等及び有害興行の観覧禁止指定に関する認定基準1(1))である。

このような法律は、憲法上許容されうるのであろうか<sup>(118)</sup>。

Ⅲ(2)でみたように、表現内容を規制する法律の合憲性は、「厳格な審査」のテストで審査される。つまり、立法目的のやむにやまれぬほど必要な利益(compelling interest)と、目的と規制手段との厳格な整合性の有無の審査である。

### 〈立法目的の必要性〉

西ドイツの場合、ボン基本法5条2項は、表現の自由が「一般法律の規定、少年保護のための法律の規定、および個人的名誉権によって制限される」と規定している。したがって、西ドイツでは、表現の自由は「少年保護のため」に制約されることが憲法に認められているので、青少年保護という立法目的の合憲性は問題にならない。

ボン基本法のような憲法上の明文規定のない

わが国やアメリカの場合でも、青少年の保護乃至健全な育成という立法目的自体は、何が「保護」であり、「健全な育成」とは何かは問題になりうるが、compelling interest である<sup>(119)</sup>と解される。この点に、異論はない。

#### 〈目的と手段の整合性〉

憲法上「少年保護のために」表現の自由への制約が認められている西ドイツの場合でも、どのように表現の自由を制限するかは、わが国の最高裁のいうような全面的に「立法政策の問題として立法者の判断にまかされている<sup>(120)</sup>」わけではない。その規制手段は、実践的調和(praktische Konkordanz)の原則<sup>(121)</sup>を顧慮して、立法目的に適合的で、必要で、かつ調和がとれていなければならない<sup>(122)</sup>、とされている。

立法目的と規制手段との間には、表現の自由の内容規制の場合には、立法事実の実証的な検討に基づいた厳格な整合性が存在することが要求される。つまり、少年非行の防止と「有害」な放送の関連である。この点に関しては、実証的資料の多くが、「有害」といわれる不良文化財が少年非行と因果的關係にはないことを示している<sup>(123)</sup>。とすれば、立法目的と規制手段との厳格な整合性が存在しないので、このような放送規制法はそもそも憲法上許容されないことになる。

もし、青少年の保護を目的とした場合には、アメリカの判例でみたように、審査基準が緩やかになると解すれば、すなわち、目的と手段の間に実質的関連性乃至合理的関連性があればよいと解すれば、規制することが容認されうるかもしれない。つまり、「マスコミの影響力が非行に陥るような少年にまつわる他の悪条件と結びつきやすく、不良化傾向を促進したり、非行技術を教えたりするのに役立っている<sup>(124)</sup>」とか「マスコミが非行顕在化のきっかけとなる場合が多い<sup>(125)</sup>」ということで、両者の実質的関連性が容認されるとするならば。

#### 〈規定の明確性〉

かりに、少年非行と放送内容との因果的關係

が実証されたとしても、放送内容を規制する規定は明確でなければならない。憲法上の保護を受けない表現であっても、その規制には立法上の限界がある。構成要件の明確性が肝要なのである<sup>(126)</sup>。「有害」な、という概念は、わいせつ概念よりも広い。したがって、「有害」な表現は憲法上の保護をうけうる表現ということになる。

青少年の保護を目的とする場合、表現の自由において要請される厳格な明確性のテストかそれとも伝統的な明確性のテストでよいか、議論がある。厳格な明確性のテストによれば、設例の法律の文言は、漠然としかつ過度に広汎であるので「文面上無効(void on its face)」となる。必ずしも厳格な明確性のテストでなくてもよいとすれば、「要は合理的に許される限定解釈によって、どの程度まで基準を明確化できるか否かの問題になる」とし、「厳格な具体的な認定基準が設けられ、それにもとづく慎重な運営が行なわれなにかぎり、違憲問題も生ずるであろう」とする<sup>(127)</sup>。後者の立場によっても、設例の文言では「法文の内容が不明確で、その欠陥が裁判所によっても治癒できないもの<sup>(128)</sup>」と考えられるので、違憲といわざるをえないことになる。

本稿のテーマを考察するのに適合的な判決が、アメリカで1978年に下されている。それは、ラジオ放送での下品な(indecent)表現をめぐって争われた FCC v. Pacifica Foundation<sup>(129)</sup>である。

事実の概要は、次の通りである。

1973年12月3日、FCCは一人の男性からの苦情を受け取った。その内容は、彼が息子とドライブをしていたら、ラジオからG. Carlinの「卑わいな言葉(Filthy Words)」のモノローグが流れてきた。それは、Pacifica Foundationの非営利放送局であるWBAL-FMの放送番組であった。苦情者は、子供にとって卑わいであり、よくないと抗議してきた。FCCは、1975年2月に、不快な(offensive)な言葉を禁止する

のではなく、より適切な時間に放送を移すよう宣言的命命 (Declaratory Order) を発した。

Pacifica 側は 控訴裁判所へ控訴した。「わいせつで、下品で、そして冒とく的な (profane)」放送を禁止するのは、もし「下品」が「わいせつ」の下に包含されるならば漠然としており、憲法違反である、と主張した。控訴裁判所は、訴えを認め、FCC の命令を破棄した。その理由は、下品とわいせつの区別に関してではなく、放送時間帯を変えろという命令が FCC の権限を超えた検閲である、というものであった。

連邦最高裁は、5対4で原判決を破棄した。その理由は、問題となった Carlin のモノローグは憲法上の保護をうけるが、FCC の行為は権限の範囲内であった、ということである。連邦最高裁は、本判決で下品な番組を規制する——禁止ではない——FCC の権限の合憲性を初めて確立したのである。

連邦最高裁によれば、「わいせつ、下品、冒とく的」という文言は別々に用いられるし、別々の意味をもつ。わいせつとは異なり、『下品』には好色なアピールがない。ウェブスターの辞書を引用しながら、法廷意見は、「下品」を不相当な、不適切な表現と定義した。すなわち、「下品」か否かは、その「道徳の承認された基準に従わないこと」によって容易に見きわめることができる、と<sup>(130)</sup>。

法廷意見は、問題となった Carlin のモノローグが放送以外で述べられたものならば憲法上保護されることを認める。つまり、法廷意見は、Carlin のモノローグ自体はわいせつでも下品でもないことを認めている<sup>(131)</sup>。つまり、それは、法廷意見によれば、放送としてのみ下品なものとなるのである。

このような、放送に対する特別扱いの理由として、法廷意見は、2つ挙げている。第一は、放送メディアの「行きわたる存在 (pervasive presense)」という見方である。

すなわち、視聴者のプライバシーの権利の

保護である<sup>(132)</sup>。法廷意見は結論づける。「電波で提供される明白に不快で、下品な題材に市民が公共においてばかりでなく、家庭のプライバシーにおいても直面するならば、そこでは放っておいてもらう個人の権利が侵入者の修正1条の権利を明白に凌駕する<sup>(133)</sup>」、と。

法廷意見が挙げる第2の正当化論拠は、親の監視下にはない子どもが放送を視聴しうることである。すなわち、子どもの保護である<sup>(134)</sup>。

Pacifica 判決には多くの問題点がある<sup>(135)</sup>が、放送規制正当化の論拠とされている「捕われの聞き手 (captive audience)」論とプライバシーの権利論にも問題がある。家庭におけるラジオやテレビの視聴者は、バスや電車における車内放送に対する乗客と同様な「捕われの聞き手<sup>(136)</sup>」ではない。乗客は車内放送のスイッチを切ることにはできないが、ラジオやテレビの視聴者はスイッチを切れることも、局を変えることもできるからである。他方、法廷意見のプライバシーの権利論は、従来のそれと内容を異にするものである。従来のプライバシー論は、個人が何をしようとする自由な聖域の保護を内容としている。とすれば、家庭内では何を見ようと、何を聞こうと自由であることになる<sup>(137)</sup>。したがって、法廷意見のようにプライバシーの権利論から放送規制が導かれるのではなく、むしろ下品な放送をも聞く自由の保護が帰結されることになる。Pacifica 判決が挙げる放送規制正当化の論拠も、このように説得力に欠ける。

他のメディアより以上に放送における規制の問題を困難にするのは、視聴者として成人と子どもとを簡単に区別できないことである。したがって、青少年の保護を目的にした放送規制では、成人の知る権利と子どもの知らない権利 (right not to know)、より正確に言えば、たとえ子ども自身は知りたいと思っても子どもの保護や健全な育成という視点から子どもには知らされないことであるが、この両者の調節が問題となる。それゆえ、青少年にとって「有害な」

放送内容を規制することは、「有害」という概念が漠然としているだけに一層「豚をロース焼きにするために家を燃やす<sup>(138)</sup>」ことになる危険性が高く、そのような法令は違憲といわざるをえない。青少年の保護を目的とした法令によって規制しうるとすれば、放送時間の規制ぐらいであろう<sup>(139)</sup>。しかしながら、FCCによる放送時間の変更命令を合憲とした *Pacifica* 判決は、この点に関して3つの決定的な問題に答えていない<sup>(140)</sup>。第1は、保護される子どもの年齢はいくつであるのか、である。第2は、侵害される子どもの数を「最少限にまで減じる<sup>(141)</sup>」というときの最少限とはどの位の数をいうのか、である。第3は、いつの時間帯ならば下品な放送でも許されるのか、である。

優越的自由に関して採用される厳しい審査は立法目的と規制手段との2段階での審査をその特色としている。したがって、立法目的における *compelling interest* の認定が直ちに手段の審査基準を緩和とするのは、妥当ではないと思われる。とりわけ、青少年の「保護」あるいは「健全な育成」のように、その内容をめぐって議論のある場合には一層問題がある。「保護」が真に子どもの保護であるのか、それとも子どもへの管理であるのかは、子どもの人権にとって重要な問題である。また、どういう方向での育成が「健全な育成」といえるのかについても、議論があるところである。放送時間を規制したとしても、それだけで青少年の非行問題が解決されるわけではない。マスメディアの健全化は、表現の自由の生命線を侵しかねない公権力による規制によってではなく、受け手の側からの批判と、送り手の側のマスメディアの意義と責任を踏まえた自己批判<sup>(142)</sup>との絶え間のない交叉の中で達成されるべきであろう。

本稿は、1985年11月8・9日に常盤大学で開催された第4回トキワ・インターナショナル・セミナーでの私の報告「表現物規制の憲法上の問題」を改題し、加筆したものである。第4回トキワ・インターナショナル・セミナーは、世界17カ国30名の研究者

・実務家を迎えて、「マス・メディアと少年非行 (Mass Media and Juvenile Delinquency)」をテーマに報告・討論が行なわれた。本稿を執筆するにあたり、それらから多くの教示を受けた。ここに記して、感謝の意を表したい。

## 注

- (1) 「有害環境」とは、長野県を除く46の都道府県で制定されている、いわゆる青少年保護条例において青少年の育成にとって有害とされているものを総称した表現である。
- (2) 総務庁青少年対策本部編、昭和60年版・青少年白書、1986年、374頁。また、警察庁編、昭和60年版・警察白書も、「性を露骨に表現したり、暴力的表現を誇張したりするビニール本等の出版物や映画等は、少年の性的好奇心や残虐性を刺激し、その健全な育成の上から問題が多く、これらの影響を受けた少年の性犯罪、女子の非行等の事例が目立っている」(同、139頁)と述べている。
- (3) 青少年保護条例の変遷については、奥平康弘「青少年保護条例の沿革」、奥平編『青少年保護条例』(以下、奥平編・条例と略称)3頁以下(1981年)、中村泰次「条例規制と表現の自由」、法律時報増刊・青少年条例、1981年、12頁以下参照。
- (4) 1984年3月12日に、条例の全国版として、「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(仮称)試案」が、自民党から提示されている。さらに、規制対象が出版から放送や新聞へ拡大する傾向にある(芹沢斉「青少年条例の思想」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』〔以下、芦部還暦と略称〕〔1985年〕502-3頁、510頁注5、注8参照)。
- (5) 郵政省編『昭和59年版 通信白書』によると、テレビジョン放送が76.2%を占める。有線テレビジョン放送を加えると、81.3%になる(同、28頁)。
- (6) 衝撃説 (Impact Theory) といわれる見解である。cf. Note, *Offensive Speech and the FCC*, 79 *Yale L. J.* 1343, 1351 (1970)。なお、子どもとテレビをめぐる文献はわが国でも数多いが、さしあたり、NHK世論調査所編『日本の子どもたち(生活と意識)』(1980年); 同『幼児の生活とテレビ』(1981年); 同『家族とテレビ』(1981年); 堀部政男「マス・メディアと子ども」*ジュリスト*687号39頁以下(1979年); 依田新編『テレビの児童に及ぼす影響』(1964年)など参照。
- (7) 清水英夫「青少年条例の批判的考察」*新聞研究*1978年12月号24-25頁。例えば、1977年に制定

- された奈良県条例は、規制対象となる図書として「書籍、雑誌その他の印刷物、絵画、写真、映画フィルム及びスライドフィルム、録画テープ、録音盤並びに録音テープ」(17条4号)を挙げている。また、21条3項では「何人も青少年に有害図書類を販売し、頒布し、貸し付け、閲覧させ、視聴させ、又は聴取させないようにしなければならない」と規定している。傍点を付したところに注意すると、テレビ規制も可能であることになる(清水、同25頁)。
- (8) 子どもの人権を一般的に論じた近時の文献として、広沢 明「子どもの人権の試論的考察」早稲田大学大学院・法研論集27号197頁以下(1982年)、中村勝男『憲法30講』35頁以下(1984年)がある。
- (9) 宮沢俊義『憲法Ⅱ』(新版)246頁(1971年)。
- (10) *Tinker v. Des Moines Independent School District*, 393 U.S. 503, 511 (1969).
- (11) *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52, 74 (1976).
- (12) Note, *Parental Consent Requirements and Privacy Rights of Minors: The Contraceptive Controversy*, 88 Harv. L. Rev. 1001 (1975).
- (13) 443 U.S. 622 (1979).
- (14) 多数意見は違憲の理由をめぐって4対4に分れた。Burger 首席判事、Stewart 判事、Rehquist 判事が同調した Powell 判事の意見と、Brennan 判事・Marshall 判事・Bleckman 判事が同調した Stevens 判事の意見とである。
- (15) *May v. Anderson*, 345 U.S. 528, 536 (1953).
- (16) *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622, 633-34.
- (17) *Ibid.* at 635.
- (18) *Ibid.* at 634.
- (19) *Ibid.* at 635.
- (20) *Ibid.* at 634, 637-39.
- (21) Cf. D. M. Trauth, *Toward a Theory of the First Amendment Rights of Children*, Paper presented at the Annual Meeting of the International Commission Association (30th. 1980).
- (22) 53 USLW 4083 (1985). 本件について、第84回憲法訴訟研究会(1986年1月11回開催)において、学習院大学樋口範雄教授が報告された。
- (23) *Ibid.* at 4087.
- (24) *Ibid.* at 4086. なお、O'Connor 判事が同調した Powell 判事の補足意見は、「生徒が一般に全住民と同一のプライバシーの主観的可能性をもつと考えることは、単に非現実的である」(*ibid.* at 4089)と述べている。
- (25) *Ibid.* at 4086.
- (26) 通常、修正4条においては、令状主義および「相当な理由(probable cause)」要請される。本件が法廷意見は、学校では令状はいらないこと、そして「相当な理由」がなくても合理的な搜索であればよい、とする(*ibid.* at 4087)。
- (27) ただし、本件で州側が主張した(*ibid.* at 4086)ように教師=親代わり論からすると、Bellotti 判決の第三の理由がでてくるともいえる。しかし、法廷意見はそれを否定している(*ibid.* at 4087)。
- (28) 393 U.S. 503 (1969).
- (29) 419 U.S. 565 (1975).
- (30) ただし、「基本権上の権利能力」は、民法上の権利能力と同一ではない。一面では後者より広く、一面では後者より狭い(Vgl. I. v. Münch, in ders. (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 3. Aufl., 1985, Vorbemerkungen zu Art. 1-19, Rdnr. 8)。
- (31) Vgl. G. Dürig, in Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Art. 19 Abs. III, Rdnr. 16; E. Stein, *Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule*, 1967, S. 28; v. Münch, a.a.O. [Anm. 30], Rdnr. 7ff.; M. Roell, *Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige*, 1984, S. 15ff. m.w. Nachw.
- (32) v. Münch, a.a.O. [Anm. 30], Rdnr. 7.
- (33) 主語が「すべてのドイツ人は」となっているのは、8条、9条I項、11条、12条、16条I項、同II項1段である。
- (34) Vgl. Dürig, a.a.O. [Anm. 31], Rdnr. 18; H. Krüger, *Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt*, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 1956, S. 330; Kuhn, *Grundrechte und Minderjährigkeit*, 1963, S. 48; M. Franke, *Grundrechte des Schülers und Schulverhältnis*, 1974, S. 13.
- (35) Vgl. Dürig, a.a.O. [Anm. 31]; Stein, a.a.O. [Anm. 31]; v. Münch, a.a.O. [Anm. 30], Rdnr. 11ff.; Roell, a.a.O. [Anm. 31] S. 23ff. m.w. Nachw.
- (36) v. Münch, a.a.O. [Anm. 30], Rdnr. 12. 否定説としては、Stein a.a.O. [Anm. 31]; Reuter, *Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt*, 1974, S. 51ff.; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14. Aufl. 1984, Rdnr. 285; Roell, a.a.O. [Anm. 31] などがある。肯定説としては、Dürig, a.a.O. [Anm. 31]; H. Krüger, *Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt*, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 1956, S. 329ff.; v. Münch, a.a.O. [Anm. 30], Rdnr. 13ff. などがある。
- (37) BVerfGE 47, 46, 74.
- (38) Hesse, a.a.O. [Anm. 36], Rdnr. 285.
- (39) 奥平康弘「基本的人権の主体と青少年」, 奥平編・条例10頁。

- (40) 奥平, 同上101-2頁。
- (41) この点に関しては, III(1)参照。
- (42) 東京地判昭和54・3・28判時921号18頁。
- (43) 東京高判昭和57・5・19判時1041号24頁。
- (44) 大田 堯「内申書と子どもの人権」法セ1982年11月号115頁 (1982年)。
- (45) 393 U.S. 503 (1969)。
- (46) Ibid. at 507.
- (47) Ibid. at 506.
- (48) 奥平, 前出注39, 104頁。
- (49) D. M. Trauth, *supra* note 21, p. 1.
- (50) 390 U.S. 629 (1968)。
- (51) Ibid. at 635.
- (52) Ibid. at 638.
- (53) Ibid. at 639.
- (54) Ibid. at 640.
- (55) Ibid. at 649-50 (Stewart, J., concurring)。
- (56) The Supreme Court 1981 Term, 96 Harv. L. Rev. 62, 141 (1982)。
- (57) 458 U.S. 747 (1982)。本判決については, 藤田 浩「チャイルド・ポルノの規制は第一修正に違反しない」アメリカ法 1982-2, 372頁; 江橋 崇「児童モデルポルノの規制と表現の自由」ジュリスト828号218頁 (1985年) によって紹介されている。
- (58) 413 U.S. 15 (1973)。わいせつの認定に関するミラー基準とは, 3つの要件からなる。第一は, 全体としてみても好色な興味に訴えているか, である。第二は, 性行為を明らかにみだりに表現しているか, である。第三は, 全体として, 文学的, 芸術的, 政治的もしくは科学的価値を欠いているか, である。
- (59) 458 U.S. 747, 756-57.
- (60) Ibid. at 759-61.
- (61) Ibid. at 761-62.
- (62) Ibid. at 762-63.
- (63) Ibid. at 763-64.
- (64) *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205, 213 (1975)。
- (65) 宮沢俊義著・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』246頁 (1978年) 参照。
- (66) 博多駅テレビフィルム提出命令事件判決 (最大決昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁)。
- (67) Vgl. W. Hoffmann-Riem, *Massenmedien*, in Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1983, S. 390.
- (68) Vgl. BVerfGE 57, 319; 60, 64.
- (69) H. Ridder, *Meinungsfreiheit*, in Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. II, 1954, S. 249; M. Bullinger, *Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation*, 1980, S. 63; Hoffmann-Riem, a.a.O. [Anm. 67], S. 404; ders., *Medienfreiheit und der außenplurale Rundfunk*, AöR 109 (1984), S. 307. Vgl. auch W. Schmidt, *Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte*, AöR 106 (1981), S. 497, 505.
- (70) BVerfGE 35, 222; 57, 319; 59, 258.
- (71) Vgl. K. Hätzscel, *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, in Anschutz/Thoma, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, 1932, 2. Bd., S. 655ff.
- (72) H. D. Jarass, *Die Freiheit der Massenmedien*, 1978, S. 22.
- (73) *Mutual Film Co. v. Industrial Commission of Ohio*, 236 U.S. 230 (1915)。
- (74) Ibid. at 244.
- (75) *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495 (1952)。
- (76) Ibid. at 502.
- (77) Joseph Burstyn 判決は, 「映画が思想のコミュニケーションにとって重要なメディアであることを疑うことはできない」(ibid. at 501) と述べている。
- (78) The Supreme Court, 1951 Term, 66 Harv. L. Rev. 99, 115 (1952); 32 B.U. L. Rev. 451, 452-53 (1952); 41 Geo. L. J. 94, 94-96 (1952); 41 Ky. L. J. 257, 258 (1953); 37 Minn. L. Rev. 209, 209-10 (1953); 31 N.C. L. Rev. 103, 115 (1952); 27 N.Y.U. L. Rev. 699, 702 (1952)。
- しかし, IV(1)でみるように, 印刷メディア以外は, とりわけ放送メディアは修正1条の保障において「『第二級の市民権』(D. E. Lively, *Fear and the Media: A First Amendment Horror Show*, 69 Minn. L. Rev. 1071, 1079 [1985]) しかえていない。
- (79) Vgl. P. Badura, *Verfassungsrechtliche Bindung der Rundfunkgesetzgebung*, 1980, S. 23.
- (80) BVerfGE 8, 113; 10, 121; 12, 125 u.s.a.
- (81) BVerfGE 57, 320. Vgl. M. Bullinger, *Elektronische Medien als Marktplatz der Meinung*, AöR 108 (1983), S. 161, 183.
- (82) Vgl. BVerfGE 7, 198, 204f.; 12, 205, 259ff.; 35, 202, 219ff.; 52, 283, 296; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14. Aufl. 1984, Rdnr. 386ff.; E. Stein, *Staatsrecht*, 8. Aufl. 1982, S. 113ff.; G. Herrmann, *Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland*, 1975, S. 216ff., 242ff.; R. Herzog, in Maunz/Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz*, Rdnr. 5ff. zu Art. 5; Hoffmann-Riem, a.a.O. [Anm. 67], S. 392.
- (83) 「厳格な合理性」のテストは, 修正14条の平等保護条項との関連で Burger Court において採用されたテストである (戸松秀典「平等保護と

- 司法審査(一)~(四) 国家学会雑誌 90 卷 7・8 号 (1977年), 同 91 卷 1・2 号 (1978年), 同 91 卷 7・8 号 (1978年); 同「厳格な合理性の基準」芦部 還暦 249 頁以下; 拙稿「国公立女子大学の憲法適合性」横浜経営研究 V 卷 1 号 95 頁 (1984 年) 以下参照。
- (84) BVerfGE 7, 198, 2085; 28, 191, 201f. m.w. Nachw.; 42, 143, 150f.; 62, 230, 243f. なお, 比例原則については, 拙稿「基本権の侵害と比例原則」芦部 還暦 599 頁以下参照。
- (85) 猿払事件判決 (最大判昭和 49 年 11 月 6 日刑集 28 卷 9 号 393 頁, 398 頁)。
- (86) 小売商業特別措置法事件判決 (最大判昭和 47 年 11 月 22 日刑集 26 卷 9 号 586 頁, 591 頁)。
- (87) 薬事法事件 (判決最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁, 575 頁)。
- (88) 芦部『司法のあり方と人権』138 頁 (1983 年) 参照。
- (89) 奥平「憲法訴訟の軌跡と理論」法セ増刊『憲法訴訟』19 頁 (1983 年)。
- (90) 二重の基準およびその問題点については, 芦部『憲法訴訟の現代的展開』65-117 頁参照。
- (91) 芦部, 前出注 88 159 頁 (1983 年) 参照。
- (92) 漠然性ゆえに無効の理論および過度の広汎性ゆえに無効の理論については, 藤井俊夫『憲法訴訟の基礎理論』(1971 年), 特に 1-61 頁参照。
- (93) 例えば, 1883 (明治 26) 年に制定された出版法は, 「文書図画ヲ出版スルトキハ発行ノ日ヨリ到達スヘキ日数ヲ除キ三日前ニ製本二部ヲ添へ内務省ニ届出ヘシ」(3 条) とし, 「安寧秩序ヲ妨害シ又ハ風俗ヲ壊乱スルモノト認ムル文書図画ヲ出版シタルトキハ内務大臣ニ於テ其ノ発売頒布ヲ禁シ其ノ印本ヲ差押フルコトヲ得」(19 条) などと規定していた。そして, そのような場合差押えだけに止まらず, 罰則も法定 (26, 27, 28 条) していた。
- (94) 芦部「放送番組の編集基準と言論表現の自由」伊藤正己編『放送制度——その現状と展望』1, 52 頁 (1976 年)
- (95) 西ドイツでも, 印刷メディアと放送メディアとは別異の規制に服するとされている。基本権に関して, 西ドイツでは一般に, その二重の性格が説かれている。すなわち, 主観的権利 (subjektives Recht) としての側面と, 客観的秩序の基本要素 (Grundelement objektiver Ordnung) としてである (Hesse, a. a. O. [Anm. 36] Rdnr. 279 ff.). メディアの自由においても, 基本権の保護の二重の性格は「特に重要」である (Hoffman-Riem, a. a. O. [Anm. 67], S. 389)。メディアによって, 二重の性格の強調のされ方が異なる。プレスに比べて放送および映画の自由の場合には, 「権利的要素が完全に追い出されているわけではないとはいえ, 客観的要素が支配的である」(Hesse, a. a. O. [Anm. 36] Rdnr. 389) といわれる。民主的意見形成にとって重要なこれらのメディアを国家や個々の社会的権力集団による独占を阻止し, 放送メディアの提供する番組が現存する多種多様な傾向の意見を可能な限り広い範囲で再生することを保障するために, 法規制が必要になる (BVerfGE 12, 205, 259 ff.; 31, 314, 325 ff.; 35, 202, 222 f.; 57, 295, 319 ff.; 59, 231, 257 ff.; 60, 53, 63 ff.)。
- なお, 西ドイツでも放送メディアの規制の根拠として, 電波有限論が有力である。しかし, それは, 近時, 「周波数の有限性」そのものではなくして, 周波数利用形態からみた有限性論に移行しつつある」(塩野 宏「放送の特質と放送事業——西ドイツモデルの分析」[杉村章三郎先生古稀記念『公法学研究下』, 1974 年, 464 頁)。
- (96) 395 U.S. 367 (1969).
- (97) 418 U.S. 241 (1974).
- (98) 放送内容を規制する FCC の公平原則の合憲性については, 批判が多い (芦部, 前出注 94, 54-55 頁; そこに挙げられていないものでは, Comment, Power in the Marketplace of Ideas: The Fairness Doctrine and the First Amendment, 52 Tex. L. Rev. 727 (1974); Note, Enforcing the Obligation to Present Controversial Issues: The Forgotten Half of the Fairness Doctrine, 10 Harv. C. R.-C. L. L. Rev. 137 (1975); Bazelone, FCC Regulation of the Telecommunications Press, 1975 Duke L. J. 213, 234-37; Fowler & Brenner, A Marketplace Approach to Broadcast Regulation, 60 Tex. L. Rev. 207, 221-26 (1982); D. E. Lively, *supra* note 78. などがある)。このような学説による批判にもかかわらず, 連邦最高裁は, その後も公平原則の合憲性を支持している (FCC v. League of Women Voters, 104 S. Ct. 3106, 3116-18 [1984])。
- (99) 418 U.S. 241, 258.
- (100) 395 U.S. 367, 386-90.
- (101) 芦部, 前出注 94, 52 頁。
- (102) 稀少説以外に, 正当化の論拠として, 公物説, 衝撃説, 特権説などが主張されている (芦部, 前出注 94, 59-65 頁参照)。
- (103) Lively, *supra* note 78, at 1083-84.
- (104) 後述する FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 728 (1978) では, 連邦最高裁は, 放送規制正当化の根拠として, 従来と異なるものを挙げている。
- (105) 芦部, 前出注 94, 63 頁。
- (106) H. Geller, 山本隆治訳「マスメディア規制の多様化」ジュリスト 711 号 48-9 頁 (1980 年) 参

照。

- (107) 堀部政男「情報化時代と表現の自由」内川・森泉編『法とジャーナリズム』249頁(1983年)。  
 (108) 伊藤正己「放送の公共性」日本民間放送連盟放送研究所編『放送の公共性』57頁(1966年), 内川芳美「放送における言論の自由」内川・岡部・竹内・辻村編『現代の社会とのコミュニケーション3』『言論の自由』99頁(1974年)。  
 (109) 堀部, 前出注107, 249-50頁。  
 (110) 電波法76条1項は, 「郵政大臣は, 免許人がこの法律, 放送若しくはこれらの法律に基く命令又はこれらに基く処分に違反したときは, 三箇月以内の期間を定めて無線局の運用の停止を命じ, 又は期間を定めて運用許容時間, 周波数若しくは空中線電力を制限することができる」と定めている。同110条5号は, 76条1項の規定によって電波の発射または運用を停止された無線局を運用した者は「一年以下の懲役又は二十万円以下の罰金に処する」と規定している。  
 (111) (112) 堀部, 前出注107, 250頁。  
 (113) 芦部, 前出注94, 47頁以下。  
 (114) (115) 芦部, 前出注94, 52頁。  
 (116) 芦部, 前出注94, 77頁。  
 (117) 芦部, 前出注94, 55頁。  
 (118) 青少年条例の合憲性を論じる主要な文献については, 芹沢, 前出注4, 493頁注2参照。  
 (119) *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 756-57.; *Globe Newspapers v. Superior Court*, 457 U.S. 596, 607 (1982).  
 (120) 奥平, 前出注39, 103頁。  
 (121) Hesse, a.a.O. [Anm. 36], Rdnr. 399f.  
 (122) BVerfGE 59, 265.  
 (123) 横田「表現の自由」, 奥平編・条例, 115-119頁

参照。

- (124) 樋口幸吉『少年非行』141頁(1963年)。  
 (125) 山口透『少年非行への挑戦』245頁(1963年)。  
 (126) Cf. 458 U.S. 747, 764.  
 (127) 芦部『現代人権論』224頁。  
 (128) 横田, 前出注123, 121頁。なお, 最高裁は, 青少年保護条例の「いん行」規定に関して, 合憲限定解釈を施した(最判昭和60年10月23日判時1170号3頁)。これについては, 阿部泰隆「一八歳未満の青少年との性行為の可罰性」法セ1985年12月号20頁以下参照。  
 (129) 438 U.S. 726 (1978).  
 (130) *Ibid.* at 739-40, 740 n. 14.  
 (131) *Ibid.* at 744.  
 (132) *Ibid.* at 748-49.  
 (133) *Ibid.* at 748.  
 (134) *Ibid.* at 749-50.  
 (135) Cf. *The Supreme Court*, 1977 Term, 92 Harv. L. Rev. 57, 148 (1978).  
 (136) Cf. *Public Utilities Commission v. Pollak*, 343 U.S. 451 (1952).  
 (137) Cf. *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).  
 (138) *Butler v. Michigan*, 352 U.S. 380, 383 (1957).  
 (139) Cf. Note, *Morality and Broadcast Media*, 84 Harv. L. Rev. 664, 686 (1971).  
 (140) H. Jassem & Th. L. Glasser, *Children, Indecency and the Perils of Broadcasting: The 'Scared Straight' Case*, *Journalism Quarterly* 509, 510 (1983).  
 (141) *Pacifica Foundation*, 56 F.C.C. 2d 94 98 (1975).  
 (142) 自主規制について, 江橋 喬「自主規制」奥平編・条例, 147頁以下参照。

[あおやぎ こういち 横浜国立大学経営学部助教授]