

| | |
|------------------|---|
| Title | 判例評釈:福島県青少年健全育成条例による有害図書類の規制に関する判決 : 最高裁判所 2009(平成 21)年3月9日第二小法廷判決, 2007(平成 19)年(あ)第 1594 号, 刑集 63 卷3号 27 頁, 判時 20064 号 157 頁, 判タ 1313 号 100 頁 |
| Author(s) | 松村, 芳明 |
| Citation | 聖学院大学論叢, 24(2), 2012. 3 : 193-206 |
| URL | http://serve.seigakuin-univ.ac.jp/reps/modules/xoonips/detail.php?item_id=3668 |
| Rights | |



聖学院学術情報発信システム : SERVE

SEigakuin Repository and academic archiVE

〈研究ノート〉

判例評釈：福島県青少年健全育成条例による 有害図書類の規制に関する判決

——最高裁判所 2009（平成 21）年 3 月 9 日第二小法廷判決，2007（平成 19）年（あ）
第 1594 号，刑集 63 卷 3 号 27 頁，判時 20064 号 157 頁，判タ 1313 号 100 頁——

松 村 芳 明

Case Note: The Regulation of Materials Harmful to Youth in the Youth-Protection
Ordinance of Fukushima Prefecture

Yoshiaki MATSUMURA

The youth-protection ordinance of Fukushima Prefecture includes articles which punish a person for putting materials (including books, videotapes, DVDs, etc.) harmful to youth in automatic vending machines. The Supreme Court of Japan upheld this regulation in a case on March 9, 2009. The automatic vending machine in which the defendant in this case put a DVD had a remote control system. This case note aims to examine this decision, including relevant precedent cases, in view of constitutional law. This case note concludes that the defendant in this case should have been found not guilty.

Key words; youth-protection ordinance, automatic vending machine (remote control system included), harmful books for youth, freedom of speech

Key words; 青少年健全育成条例，（遠隔制御機能付き）自動販売機，有害図書，表現の自由

事実の概要

福島県青少年健全育成条例は，18 歳未満の者（婚姻により成年に達したものとみなされる者を除く）を「青少年」と定義した上で（14 条 1 号⁽¹⁾），「青少年の健全な育成を阻害する行為を規制し，もって青少年の健全な育成を図る」ことを目的とし（1 条），以下に示すような図書類⁽²⁾ への規制等を規定している。

すなわち本条例は，「販売又は貸付けの業務に従事する者と客とが直接対面する方法によらずに

販売又は貸付けを行うことができる設備を有する機器」を「自動販売機等」と定義し（16条1項）、図書類の販売等を業とする者は、その設置する自動販売機等に、「有害図書類」を販売又は貸付けの目的で収納してはならないとし（21条1項）、違反者には6月以下の懲役又は30万円以下の罰金を科していた（34条2項、35条）。また、自動販売機等を設置する場合には、設置場所、販売する図書類の種類等を知事に届け出なければならないとし（20条の3）、違反には10万円以下の罰金を科していた（34条5項）。

なお「有害図書類」とは、「著しく青少年の性的感情を刺激し、その健全な育成を阻害するおそれのあるもの」として、知事が、(a)審議会の意見を聴いたうえで、あるいは(b)緊急の場合にはその手続きを経ずに指定した図書類のほか、(c)卑わいな姿態等に関する写真・絵・描写が一定ページ数または一定時間を超える図書類であって⁽³⁾、これらは販売などが禁じられ、違反者には30万円の罰金が科されものとされていた（18条1～3項、34条4項）。

被告人が取締役としてその業務全般を統括していた被告会社は、2004（平成16）年11月8日、福島県二本松市内の土地に、DVD等の販売機を届出を行うことなく設置したうえで、2005（平成17）年1月28日、DVD1枚を販売目的で収納した。これらの行為が本条例に違反するとされて起訴された。一審⁽⁴⁾、控訴審⁽⁵⁾とも、販売目的での自販機収納の禁止および届出義務への違反により有罪とされたため、上告がなされた。

なお本件機器と有害図書類の販売に関する事実関係について、最高裁は大要次のように認定した⁽⁶⁾。

本件機器は、一般住宅や事業所、田畑が混在する一角で、かつ中学校から800メートル、同中学校の生徒らが乗降するバス停から25メートルの地点にあり、三方をプラスチック製の板で囲まれた小屋内に設置されていた。小屋には扉もなく自由に出入りできる上、外壁や看板には扇情的な表示・掲示がなされていた。

小屋内にはセンサーがあり、客を感知すると監視カメラが作動し、客の画像が、被告会社の委託を受けた株式会社DSS&T社（以下「DSS社」）の東京都練馬区内にある監視センターに設置されたモニターに送信される。監視センターは全国約300か所に設置された同様の無人小屋の監視に当たっていた。

監視員が遵守すべきマニュアル等によれば、監視員は、モニター上の客の容ぼう等を見て、明らかに18歳以上の者であると判断すれば、販売機の電源を入れて販売可能な状態に置き、また、年齢に疑問がある場合には、運転免許証などの身分証明書を呈示するよう求める音声を通し、呈示された身分証明書の画像を確認して客との同一性及び18歳未満の者ではないことを確認できた場合には、同様に販売可能な状態に置くこととされていた。

しかし、監視センターのモニター画面では、必ずしも客の容ぼう等を正確に判定できるとはいえない状態にあった上、客が立て込んだ時などには18歳未満かどうか判定が困難な場合でも購入可

能なように操作することがあった。

判旨

最高裁は以下のように述べて上告を棄却した⁽⁷⁾。

(a)上告人は、「本件機器は対面販売の実質を有しているので、本条例にいう『自動販売機』に当たらない旨主張する。しかしながら、上記の事実関係によれば、本件機器が対面販売の実質を有しているということはできず、本件機器が客と対面する方法によらずに販売を行うことができる設備を有する機器である以上、『自動販売機』に該当することは明らかである」。

(b)「本条例の定めるような有害図書類が、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すなどして、青少年の健全な育成に有害であることは社会共通の認識であり、これを青少年に販売することには弊害があるといえることができる。自動販売機によってこのような有害図書類を販売することは、①売手と対面しないため心理的に購入が容易であること、②昼夜を問わず販売が行われて購入が可能となる上、③どこにでも容易に設置でき、本件のように周囲の人目に付かない場所に設置されることによって、一層心理的規制が働きにくくなると認められることなどの点において、書店等における対面販売よりもその弊害が大きいといわざるを得ない。本件のような監視機能を備えた販売機であっても、④その監視及び販売の態勢等からすれば、監視のための機器の操作者において外部の目にさらされていないために18歳未満の者に販売しないという動機付けが働きにくいといった問題があるなど、青少年に有害図書類が販売されないことが担保されているとはいえない。以上の点からすれば、本件機器を含めて自動販売機に有害図書類を収納することを禁止する必要性が高いといえることができる。その結果、青少年以外の者に対する関係においても、有害図書類の流通を幾分制約することにはなるが、それらの者に対しては、書店等における販売等が自由にできることからすれば、有害図書類の『自動販売機』への収納を禁止し、その違反に対し刑罰を科すことは、青少年の健全な育成を阻害する有害な環境を浄化するための必要やむを得ないものであって、憲法21条1項、22条1項、31条に違反するものではない。このように解することができることは、当裁判所の判例（昭和28年（あ）第1713号同32年3月13日大法廷判決・刑集11巻3号997頁〔チャタレイ事件判決〕、昭和39年（あ）第305号同44年10月15日大法廷判決・刑集23巻10号1239頁〔「悪徳の栄え」事件判決〕、昭和45年（あ）第23号同47年11月22日大法廷判決・刑集26巻9号586頁〔小売市場事件判決〕、昭和43年（行ツ）第120号同50年4月30日大法廷判決・民集29巻4号572頁〔薬事法事件判決〕、昭和57年（あ）第621号同60年10月23日大法廷判決・刑集39巻6号413頁〔福岡県青少年健全育成条例事件判決〕）の趣旨に徴し明らかである（最高裁昭和62年（あ）第1462号平成元年9月19日第三小法廷判決・刑集43巻8号785頁〔岐阜県条例事件判決〕参照）。なお、上記のとおり、本件機器は『自動販売機』に該当するのであるか

ら、本件機器に上記規制を適用しても憲法の上記各条項に違反しないことは明らかというべきである」(①～④および〔 〕による先例名の挿入は本稿筆者)。

検討

1. はじめに

現在、長野県を除く46都道府県において、本件で問題となっているような青少年健全育成条例⁽⁸⁾が制定されている。これは、戦後の悪書追放運動等を契機として誕生・発展したものであり、いわゆる「有害図書」への規制の強化・拡大を現在まで一貫して行ってきた経緯をもつものである。1970年代半ばから80年代にかけて、自動販売機への販売目的の収納を刑罰でもって禁止する改正が全国で行われたが、それに対して1989(平成元)年、すぐ次に見るように最高裁が合憲と判断した(岐阜県条例事件判決)⁽⁹⁾。近年では技術の進歩に伴い、岐阜県条例事件で判断されたような従来型のタイプの自動販売機ではなく、本件のように遠隔地からの制御を行う機能やその他の年齢確認機能の付された販売機が登場し、条例において各地でそのような新たなタイプの販売機にも規制を及ぼす動きが相次いだ。本件判決は、そのような新たなタイプの販売機への規制について、最高裁が初めて判断を示した注目すべき判決である⁽¹⁰⁾。

2. 関連判例の検討

本件の検討に入る前に、関連する判例として、岐阜県条例事件最高裁判決および埼玉県青少年健全育成条例事件1審・控訴審判決を検討することとする。

(1) 岐阜県条例事件判決

これは、包括指定方式⁽¹¹⁾によって有害図書に指定された雑誌を自販機に納入した業者が、自販機収納罪違反で起訴された事件をめぐる最高裁判決である。当時の岐阜県条例は、包括指定方式、直罰方式(警告等の行政上の措置を介在させずいきなり刑事的規制にかからせる方式)、自販機納入規制の3つの特徴を兼ね備えており、全国の青少年健全育成条例がますます治安維持・罰則型の傾向を強めていたなかにあつて、当時その最先端を行く部類のものであつた⁽¹²⁾。この判決はそのような規制にお墨付きを与えることにより、その後の全国の条例規制強化の有力な論拠として猛威を振るつたと言われている⁽¹³⁾。

多数意見の判示から主要な部分を抜き出すと、以下のようなになる⁽¹⁴⁾。

「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つて、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つているといつてよい。さらに、

自動販売機による有害図書の販売は、①'売手と対面しないため心理的に購入が容易であること、②'昼夜を問わず購入ができること、③'収納された有害図書が街頭にさらされているため購入意欲を刺激し易いことなどの点において、書店等における販売よりもその弊害が一段と大きいといわざるをえない。しかも、自動販売機業者において、前記審議会の意見聴取を経て有害図書としての指定がされるまでの間に当該図書の販売を済ませることが可能であり、このような脱法的行為に有効に対処するためには、本条例六条二項による指定方式〔本稿筆者注：包括指定のこと〕も必要性があり、かつ、合理的であるというべきである。そうすると、有害図書の自動販売機への収納の禁止は、青少年に対する関係において、憲法二一条一項に違反しないことはもとより、成人に対する関係においても、有害図書の流通を幾分制約することにはなるものの、青少年の健全な育成を阻害する有害環境を浄化するための規制に伴う必要やむをえない制約であるから、憲法二一条一項に違反するものではない」（①'～③'は本稿筆者）。

また伊藤正己裁判官がやや詳細な補足意見を加えている⁽¹⁵⁾。青少年も知る自由を享有しているがその保障の程度は成人と比べれば低く、したがってその制限に対する違憲審査基準はより緩やかでよいこと、有害図書と青少年の非行等との因果関係に関しては、厳密な科学的な証明までは必要でないこと、他に入手手段の残る成人の知る自由への制限も違憲なものとははいえないことなどのほか、次の2点に関する判示が、本稿にとっては興味深い。

まず伊藤は、包括指定方式の規制の検閲・事前抑制的性格に関して次のように述べた。すなわち、図書規制は審議会等、「一般に公正な機関の指定の経路を経る」ことが、合憲となるための「有力な一つの根拠」であり、この手続きを欠き、「概括的に有害図書として規制の網をかぶせる」ものである包括指定方式は、「検閲の一面をそなえていることは否定できない」が、自販機販売のもつ多数意見の指摘する弊害の存在、他に有効な手段がないこと、包括指定の基準が不明確とは言えないこと、成人の知る自由が封殺されているとまでは言えないこと等から、「違憲とは断定しえない」と。

また、条例による規制と子どもの親との関係について述べた次のような何気ない判示にも注目したい。すなわち伊藤は、元来青少年の「保護を行うのは、第一次的には親権者その他青少年の保護に当たる者の任務であるが、それが十分に機能しない場合も少なくないから、公的な立場からその保護のために関与が行われることも認めねばならないと思われる」と述べたのである。

(2) 岐阜県条例判決の検討

岐阜県条例事件判決に対して主要な憲法学説は、例えば次のように対応した。

まず、青少年の知る自由を含む表現の自由への規制に対しては、立法事実の精査を含めた厳格審査基準で判断するのが原則であるとの主張を行った。例えば横田耕一は、「青少年の知る自由の規制立法についても、厳格な審査基準が適用されるとした上で、青少年の特性を立法事実や目的・手段審査の際に考慮するアプローチをとるべき」であり、「成人と青少年の保障状況が同一でないとし

でも、それを保障程度の『高低』と考えるべきではなく、青少年の特性からでてくる差異として把握すべき⁽¹⁶⁾、「少なくとも『明確性』の要件は厳密に適用されるとすべき」であると述べた⁽¹⁷⁾。

成人の知る自由や業者の表現（出版）の自由の制限に関しては、自動販売機での図書販売は、出版業者と販売業者が一体化していて、そのような業者は自販機以外の販売ルートをもっていないのが通例との状況認識と⁽¹⁸⁾、規制が検閲的・事前抑制的性格をもつとの評価のため、厳格審査基準の適用が主張された⁽¹⁹⁾。

以上のような学説の主張には賛同すべき点が多い。たとえば、少なくとも明確性の原則は緩めるべきでないとする点は、表現物の受け手は青少年だとしても、規制を受ける業者の側から見れば、もっともな主張である⁽²⁰⁾。

また、優越的地位を占める表現の自由が問題となっているにもかかわらず判決（とくに多数意見）があまりに説明にかける言葉が少なく、表現の自由と青少年保護との調整における綿密な吟味を示していないことは批判されて当然である⁽²¹⁾。統治者にとって都合の良い一定の青少年像の押しつけへの懸念を示す学説もある⁽²²⁾。

しかし、厳格審査を求める学説も、結果的に「成人と青少年の保障状況が同一でない」ことを容認している（横田）。その原因の一つとしては、青少年の健全育成や保護（の少なくとも一定の範疇のもの）が強い政府利益であるとの認識があるからではないかと思われる⁽²³⁾。

ここで本稿は、『青少年保護法』という著書⁽²⁴⁾を持つとともに、青少年の健全育成を目指す民間の運動団体である青少年育成国民会議にかかわってきた安部哲夫の所説に注目したい。青少年育成国民会議は2001年に子どもを有害環境から保護すること等を目的とする青少年育成基本法案を発表したが、それに関して安部は次のように発言した。すなわち、「問題は……子どもの育ち方、子どものパーソナリティの形成といったところで、もともとこれは親が関与すべき問題です。周囲の情報のある方によっては、その親と子どもとの関係をシャットアウトしてしまう、親の立場から自分の子どもにこう育てほしいという視点が有害環境によって害されてしまうということだ」と⁽²⁵⁾。

このように親と子のコミュニケーションを阻害する要因を排除するために公的規制を容認する安部も、有害図書規制は個別指定によるのが本来であるとして包括指定には批判的である。すなわち、「私は各自治体の条例でどんどん個別指定から包括指定に替えていったことに対しては、相当危機感を持って」いた。包括指定では「地域の目なり親の目というのは、はっきり言えば要らない」のであり、「いかにも何か客観的基準が示されているように思われがち」だが、結局は、「エイヤッと一括でやってしまった方が楽だという話」なのである⁽²⁶⁾。

本稿は以上のような安部の議論に大いに注目するものである。ただ、そうだとすると、通学路も含め街頭に有害図書類が収納された自動販売機があり、未成年者でも自由に購入できるような状況

は、親と子のコミュニケーションの成立の余地がない状況ともいえなくもない。したがって、それに対して何らかの規制を行おうとすることは、立法目的として正当化できるだけでなく、手段も、場合によっては正当化できるだろう。ただその場合も収納罪という態様が許されるかは一概に言えず、まずは、自動販売機の設置場所等に関する規制が追及されるべきではないか。それでは不十分であるときにはじめて収納罪等の規制が考えられることになるのではなかろうか⁽²⁷⁾。

(3) 埼玉県青少年健全育成条例事件

これは、挿入される運転免許証の生年月日欄の数字を読み取り、挿入時の年月日との差を計算し、18歳以上か未満を判断する年齢識別装置を取り付けた自動販売機への有害図書類の収納行為が埼玉県青少年健全育成条例違反とされた刑事事件である。

1審の熊谷簡裁⁽²⁸⁾は、起訴された6台への収納行為のうち年齢識別装置が正常に作動する5台については無罪とし、作動していなかった1台につき過失犯として有罪としたが、無罪の判断に関して次のように述べた。

「年齢を識別するための装置にも様々な仕組み及び性能があり得るから、一律に本条例……にいう『自動販売機』に該当するか否かという観点から決するよりも、……個々の装置の仕組み及び性能を認定し、青少年が有害図書等を入手することが比較的容易であるか否かという実質的な評価を加えた上で、個別的に可罰的違法性の存否を判断するのが相当である」。「運転免許証の重要性等からして、運転免許証を他人に貸すなどしてこれを他人に使用させることが経験則に照らしてまれな事態であること」も考え併せると、「本件自動販売機のように、年齢識別装置が設置されこれが正常に作動しているものについては、青少年が容易に有害図書を入手し得ることは通常困難で、相当の蓋然性をもって予測されるものではないから、その自動販売機への有害図書等の収納を処罰するのは、『必要やむを得ない制約』を超えるものであ」る。

これに対して控訴審・東京高裁⁽²⁹⁾は、次のように述べて6台すべてについて有罪と判断した。

本条例の自販機収納禁止規定は、「文面どおり、自動販売機への有害図書等の収納を一律に禁止しているものであって、本件のような年齢識別装置が取り付けられているか否か、その機能、特質等によって、規制の対象としたり、対象外とするように適用を異にする運用を容認し、予定しているものと解することはできない」。

「自動販売機に年齢識別装置が取り付けられている場合においても、年齢識別装置は挿入された運転免許証が満一八歳以上の者のものであるかどうかを判別するだけで、収納された有害図書等を購入しようとする者の年齢が実際に確かめられるわけではなく、また、購入に当たって対面販売等の場合のように、年齢が確かめられるというようなこともなく、購入しようとする者に心

理的な負担感が少ないことも明らかなところであり、年齢識別装置が取り付けられている場合であっても、青少年が、自動販売機が街頭に設けられているために購買意欲を刺激され、満一八歳以上の近親者、友人らの運転免許証を無断で借用して、あるいは、本件においてもあったように年齢識別装置が作動していない状態に乗じるなどして、自動販売機に収納されている有害図書等を購入することはあり得るところと考えられる。年齢識別装置が取り付けられた自動販売機への有害図書等の収納を禁止することは、右のような弊害を防止する上においても、必要であるといわなければならない。

なお、本条例の有害図書等についての規制の趣旨は、「可能な限り有害図書等を青少年の目に触れさせないようにすることにあ」る。

(4) 埼玉県青少年健全育成条例事件の検討

1審と控訴審の判断を分けたのは、本条例による規制を購入規制と見る（1審）か有害図書等を目に触れさせないための規制と見る（控訴審）かの違いだとの分析がある⁽³⁰⁾。前者であれば、将来、青少年の購入が完全に排除できるような技術が導入されれば不可罰とされることになる。しかし後者であればそれをも可罰とされかねない。このことは、青少年への販売の蓋然性が残るとして控訴審の結論を支持する立場に仮に立つとしても問題である⁽³¹⁾。

しかしそもそも、1審の言うように「元々、対面販売の場合においても、18歳以上の他人（先輩等）に購入してもらったものを譲り受けるということはあり得るのであって、販売業者を処罰するだけでは青少年が有害図書等を入手することを完全に防ぐことはできない」はずである。したがって、「青少年が容易に有害図書を入手し得ることは通常困難で、相当の蓋然性をもって予測されるものではない」（傍点本稿筆者）場合には不可罰とする1審の判断が妥当であろう。

そのことは、「言論、出版の自由の保障は、その社会的責任をまずメディアの自主規制にゆだねることをも意味しているところ、自動販売機に年齢識別装置を設置することが、考えられる範囲で最善の自主規制方法である」（控訴審引用の弁護人の主張）という、妥当な主張に照らしても言えることである⁽³²⁾。また、刑法の謙抑性原則に従い⁽³³⁾、リーガル・モラリズム⁽³⁴⁾の回避をはかるという見地からも1審の判断が妥当である。

3. 本件判決の検討

以上の考察を前提に、いよいよ本件判決の検討に入る。

(1) 判旨(a)の検討——自動販売機か否か

冒頭の判旨(a)にあるように、上告人側は本件販売機は対面販売の実質を持つものであって自動販売機ではないため構成要件に該当せず無罪であると主張し、それに対して裁判所は自動販売機であるとして有罪判決を下した。

上告趣意書によれば⁽³⁵⁾、本件の販売機による販売システムは、DSS社がその責任において個別来

店客に対して販売を行うものであり、販売機は「自動販売機」ではなく「商品交換機」であるという。すなわち、趣意書によれば、このDSSシステムにおいては、店内（小屋内）に客がいない状態においては販売機はいわば「閉店」状態にあり、来客をセンサーが感知して回線が接続されて初めて「開店」状態になる。販売行為はDSS社のセンターにいる販売員が1件ごとに責任を持って行っている。したがって、販売機に収納する行為は販売の包括的な承認（従来型の自動販売機への収納はこれに該当する）ではなく、単なる商品の保管・準備行為であり、販売機は「自動販売機」ではない。万一裁かれるとすればDSS社の販売員が販売罪で裁かれるべきであるが、教育・訓練を受けて判断を行うDSS社の販売員の販売は実質的に対面販売と言え、教育等を受けず漫然と店員が販売を行っている有人店舗よりもむしろ優れているとさえいえる。

小林武は、名古屋地裁に当時係属中であった事件の鑑定意見書のための試稿において、上記埼玉県条例事件1審判決を高く評価しつつ、係属中事件において問題となったDSSシステム付き販売機における販売システムを、埼玉県条例事件で問題となった自動販売機よりもより先進的なものと述べた。すなわち、「運転免許を機械に挿入させて年齢を確認する方法では、それが本人のものであるか否かの判断はできないが、DSSシステムは、この点を、モニター映像をとおしてする対面によって根本的に解決している」ため、「精度を質的に高めた」ものなのである⁽³⁶⁾。

実は、本件福島県条例の自動販売機の定義に関する文言も（16条1項）、愛知県条例の定義（4条2号）も、本件で問題となっているようなシステム付きの販売機を規制対象に入れるために制定されたという経緯がある⁽³⁷⁾。その結果愛知県条例は自動販売機を「物品を販売するための機器で、物品の販売に従事する者と客とが直接に対面（電気通信設備を用いて送信された画像によりモニターの画面を通して行うものを除く。）をする方法によらずに、当該機器に収納された物品を販売することができるものを言う」と定義してかなり明確に本件のようなシステム付き販売機を特定しているようにも思えるが、小林はそれでも問題となった販売機を含まないような限定解釈を主張した。他方、福島県条例は「直接対面する方法によらずに販売又は貸付けを行うことができる設備を有する機器」として愛知県条例よりは特定化されていないが、裁判所は本件販売機を自動販売機と認定した⁽³⁸⁾。こうして、「優れている」「精度を質的に高めた」システムを付したものであっても自動販売機に含まれることになる。

以上、本件上告趣意書や小林の立場はDSSシステム付きの販売機は自動販売機ではないと明確に断じ、逆に本件の裁判所は明確に自動販売機であると断じていて、水掛け論の様相を呈する。本判決の先例としての価値の一つは、客観的にはこの論争に終止符を打ったことにあると言えるかもしれない。

しかし本稿は、本件販売機が自動販売機か否かということよりも、仮に自動販売機であったとしても無罪を導けると考える。岐阜県条例事件においては街路の目に付くところに置かれ、年齢を確認するための仕組みの一切ない自動販売機が問題となって有罪判決が下されたのであるが、それで

も包括指定の違憲性の懸念を内在させつつの判断(伊藤補足意見)であったし、学説の反発も強かった。またすでに述べたように、従来型自販機でも設置場所の規制などより緩やかな規制を考える余地がある。DSSシステム付きの販売機はそのような自動販売機とは異なり、青少年への販売を回避しようとするものである。このような仕組は、業界の自主的な努力の成果と判断することも十分可能である。以上から、本件販売機が、現実には青少年に対して販売を行ってしまう蓋然性の程度にもよるが、もし「通常困難」ではなく、蓋然性が「相当程度」あるという場合ならば別として、そうでなければ、自動販売機に該当すると判断するとしても、可罰的違法性なしとするか、あるいは違法性が阻却されるとするべきである。さらに、蓋然性がそれより高いとしても、設置場所規制(例えば小屋の設置に関するゾーニング規制)などのより緩やかな規制がまず追求されてしかるべきである。

(2) 判旨(b)の検討

判旨(b)の前半部分は、次のような論理構造となっている。すなわち、「(ア)有害図書類を青少年に販売することには弊害がある→(イ)自動販売機による販売は、①②③のため、書店による対面販売よりもその弊害が大きい→(ウ)監視機能付きの販売機でも、④などのため、青少年に販売されない担保がない→(エ)以上から、本件機器を含めた制限は必要性が高い」というものである。

本条例が購入規制であれば、すなわち、青少年への販売を防止することを狙いとするならば、(イ)の判断に先行して(ウ)の判断がなされるべきである。完全に成人しか購入できないものであるならば、青少年の健全育成を目指す本条例としては問題ないはずである。すでに述べたように、1970年代後半から80年代にかけては、自動販売機が街頭の目に付くところに設置されていたが(岐阜県条例事件判決③)、本件の販売機は、人目につかないところに設置され(本件判旨③)⁽³⁹⁾、さらに扇情的な掲示等があるとはいえ小屋の中に設置されている。しかも上告趣意書によれば、「閉店」時には電気が消え外からは販売機の中の品ぞろえを確認することができない状況(「ディスプレイ・オフ」)であった⁽⁴⁰⁾。もしそのような状況で成人への販売機での販売を禁ずるとすれば、例えば現在存在するインターネットでのポルノの販売や24時間営業のコンビニエンス・ストアにおける有害図書の販売も一切禁止されるべきということとならないか(その場合、成人の知る自由への違憲の制限であることは明らかではないか)。

判旨(b)を岐阜県条例事件判決と改めて比較したい。後者は、①'~③'があるため自販機での販売の方が書店等におけるよりも「弊害が一段と大きい」と述べたが、それは、①'~③'があるため、成人・青少年ともに(とくに青少年の)購入が容易であるからだ、という論理構造になっている。本件判旨における①~③にも同じ構造が当てはまるのだろうか。(成人ではなく)青少年の購入を容易にするか否かは、DSSシステムが期待通りに作動するか否か、つまり本件判決が④を根拠として述べた問題に帰着するのであって、①~③のゆえではないのではなからうか。

仮に①'~③'も①~③も同じ論理構造にある(つまり両者とも、成人・青少年双方の購入の容易さ

を根拠づける) 場合、③と③が異なることはどう考えるべきであろうか。芥川は同じ構造にあると
する前提に立ったうえで、本件判決は③のような場所に設置された場合にも収納規制ができること
を明らかにしたために「判例としての意義がある」とするが⁽⁴¹⁾、本稿のように本件規制をそもそも
問題視する立場からは、あまりに少ない説明によってこのように規制の射程を広げることを正当化
する判旨は無節操であるように思える。

本条例の趣旨が購入規制ではなく「有害図書類の管理を厳格にして可能な限り有害図書類を青少
年の目に触れないようにすることにある」(本件控訴審判決、刑集63巻3号77頁)とする立場に立
てば、本件判決は正当化されるだろうか。もし本条例の趣旨を上記のように考えても、本件機器の
諸特徴(人目につかない場所・小屋の中に設置、客がいなければ電気が消えていて品ぞろえが確認
できない等)からすると、「可能な限り有害図書類を青少年の目に触れないようにする」ことは、少
なくとも相当程度は、達成できているのではないだろうか。

しかしそもそも、「優越的地位」にある表現の自由への規制が「可能な限り有害図書類を青少年の
目に触れないようにする」といった徹底的なものであってよいのであろうか⁽⁴²⁾。本条例は、本稿冒
頭に掲げたもののほか、有害図書を青少年の健全な育成を阻害しない方法で陳列する義務(18条4
項)、何人も青少年に有害図書を見せたり聴かせたりしてはならない努力義務(23条)などをも定
め、かなり徹底的な規制を行っている。しかし、すでに見たように、許される規制は本来、親たち
の目が子どもに届くことが阻害される限りそれを排除することをめざしたものであって、かならず
しも「可能な限り有害図書類を青少年の目に触れないようにする」こと自体を目指すものではない
のではなからうか。青少年がたまたま有害情報を目にするのがあっても、親と子のコミュニケー
ションが存在すれば問題はないはずである⁽⁴³⁾。本件では規制対象がDVDであり書籍と異なって購
入が鑑賞に直ちには直結しないものであることや、そもそも販売機への反対運動も苦情も大きなも
のはなかったことも重要である⁽⁴⁴⁾。そのような状況における本件規制はまさに、「エイヤッと一括
でやってしまった方が楽だという話」の極みであり、リーガル・モラリズムの危険性をはらみ刑法
の謙抑性原則を破る、問題のある規制といえ、それを容認した本判決も問題があると言わざるを得
ない⁽⁴⁵⁾。

注

- (1) 本稿では、福島県青少年健全育成条例は、原則として、本件で適用されたもの、すなわち2007(平
成19)年3月20日福島県条例第16号による改正前のものを指すこととする。
- (2) 本条例は「図書類」を、書籍だけでなく、映像や音声が記録されているものを含むと定義している
(14条4項)。
- (3) 順に、いわゆる(a)個別指定、(b)緊急指定、(c)包括指定と呼ばれ、全国の青少年健全育成条例にほぼ
共通する3種の指定方式である。なお後注11も参照。
- (4) 福島地判2006(平成18)年9月11日刑集63巻3号58頁。
- (5) 仙台高判2007(平成19)年7月25日刑集63巻3号70頁。
- (6) 参照、刑集63巻3号28-30頁。

- (7) 刑集 63 卷 3 号 30-32 頁。
- (8) 名称は自治体ごとに少しずつ変わり、「青少年保護育成条例」「青少年愛護条例」「青少年健全育成条例」等がある。本稿では一般的には「青少年健全育成条例」や単に「条例」を用い、必要に応じ特定の条例の呼称を記すこととする。なお青少年健全育成条例の役割や重点が、萌芽期では不良化の防止、次いで青少年の保護や環境調整に移り、さらにその後は健全育成へと移行するにつれ、今日では名称は「健全育成条例」が圧倒的多数を占めるに至っている。参照、安部哲夫『新版 青少年保護法』尚学社、2009年、247-48頁。
- (9) 最三判 1989（平成元）年9月19日刑集 43 卷 8 号 785 頁。
- (10) 本件の先行評釈として、芥川正洋「監視カメラを介し、遠隔操作により制御された販売機が福島県青少年健全育成条例 16 条 1 項にいう『自動販売機等』に当たるとされた事例」法律時報 82 卷 8 号、2010 年、榎透「有害図書規制と憲法 21 条 1 項、22 条 1 項、31 条」法学セミナー 659 号、2009 年、金井光生「福島県青少年健全育成条例の有害図書規制に関する判決」行政社会論集 23 卷 2 号、2010 年、重井輝忠「福島県青少年健全育成条例 16 条 1 項にいう『自動販売機』に該当するとされた事例」刑事法ジャーナル 18 号、2009 年、只野雅人「福島県青少年健全育成条例と憲法 21 条・22 条・31 条」平成 21 年度重要判例解説、2010 年、建石真公子「遠隔監視システム機器による『有害図書類』販売の規制と表現の自由——福島県青少年健全育成条例違反被告事件」判例セレクト 2009-I、2010 年、田中祥貴「青少年の健全育成を目的として有害図書類の自動販売機への収納を禁止する県条例が憲法 21 条・22 条・31 条・14 条に違反しないとされた事例」速報判例解説 5 号、2009 年、西野吾一「時の判例」ジュリスト 1400 号、2010 年、本田稔「有害図書類販売の規制における自動販売機の意義」法学セミナー 656 号、2009 年等。なお、校正の段階で、東雪見「刑事判例研究」ジュリスト 1435 号、2011 年に接した。
- (11) 周知のように、有害図書を 1 件ずつ審議会によって指定（個別指定）するのではなく、条例及びそれより下位の行政法規によって定められた基準を満たす図書をすべて自動的に有害図書とみなす方式を「包括指定」方式ないし「みなし指定」方式と呼ぶ。すでに見たように、本件福島県条例事件で問題となった DVD の指定方式も包括指定方式である。
- (12) 参照、清水英夫「有害図書、販売規制と最高裁判決——岐阜県青少年条例の合憲判決について」清水英夫・秋吉健次編『青少年条例——自由と規制の争点』三省堂、1992 年、49 頁以下等。
- (13) 参照、清水前掲論文 46 頁等。なお、耳目を集めた 2010 年の東京都青少年健全育成条例の改正において論拠の一つとされるなど、この岐阜県条例事件判決は、いままって猛威を振っているといえる。東京都議会 2010（平成 22）年第 4 回定例会・総務委員会速記録第 21 号（2010 年 12 月 9 日審議分）における、松本玲子委員に対する浅川英夫・青少年対策担当部長の答弁参照。
- (14) 刑集 43 卷 8 号 788-790 頁。
- (15) 参照、刑集 43 卷 8 号 790-801 頁。
- (16) 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、93-94 頁。
- (17) 横田耕一「コミックの規制と表現の自由」『法と民主主義』268 号、1992 年、15 頁。また横田は、立法事実に関しては、厳密な証明ではなくとも「一定の科学的証明」がなされるべきであり、伊藤補足意見のように「『社会の共通の認識』といった主観的な要素から『相当の蓋然性』があるとの結論を導くのは疑問」とした。参照、横田前掲注 12、94 頁。
- (18) 参照、芹沢齊「青少年条例の思想」『憲法訴訟と人権の理論』有斐閣、1985 年、492 頁、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・松井茂記・鈴木秀美編『インターネットと法〔第 4 判〕』有斐閣、2010 年、136 頁等。
- (19) 参照、横田前掲注 16、94-95 頁。
- (20) ただし、青少年に限定した制限においては明確性の要件の緩和を認めるものに、芦部信喜「青少年条例の憲法問題」『現代人権論』有斐閣、1974 年。なお、「子供たちに向けられたコミュニケーション

- ンの規制は、成人に適用される規制と同じように修正第一条の要請と適合させる必要はない」とのエマーソンの言明もある（T.Iエマースン〔小林直樹・横田耕一訳〕『表現の自由』東京大学出版会、1972年、165頁）。
- (21) より言葉をかけた利益衡量を示す例として、芹沢斉「未成年者の人権——青少年の成熟度との関連で——」樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開 上』有斐閣、1993年、242頁以下。
- (22) 例えば参照、芹沢前掲注18、505頁。また、岐阜県条例事件判決に直接関するものではないが、紙谷雅子「猥褻・ポルノグラフィ・エロティカ」『法と民主主義』268号、1992年、34頁。
- (23) この点につき詳細な吟味はできないが、本稿はこのような認識が一応妥当だとの立場で論を進める。なお青柳幸一は、次のように述べる。「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的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」。「ドイツ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 であると解される。この点に、異論はない」（青柳幸一『個人の尊重と人間の尊厳』尚学社、1996年、280頁）。
- (24) 安部前掲注8。
- (25) 「座談会 青少年法案をどう見るか」法律時報76巻9号、2004年、8頁。
- (26) 以上、同9-10頁。なお安部は、伊藤補足意見はむしろ「包括指定一般について違憲の疑いの存するものと指摘した」とものと読むべきであり、よって合憲判断は当該事件限りの限定的な性格のものと解すべきという。参照、安部前掲注8、200頁。
- (27) 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（三）」自治研究68巻9号、1992年、47頁注71参照。
- (28) 1999（平成11）年6月9日判決。本文以下の引用はLEX/DVによる。
- (29) 2000（平成12）年2月16日判タ1035号278頁。
- (30) 参照、門田成人「刑罰法規の適正性と限定解釈の限界」法学セミナー554号、2001年、99頁。
- (31) 参照、島田聡一郎「年齢識別装置つき自販機への有害図書等の収納と埼玉県青少年健全育成条例14条1項の罪」判例セレクト'00、29頁。
- (32) ただし憲法学においては、自主規制を重視することへの懸念も強い。参照、芹沢前掲注18、502頁以下。本稿は自主規制には意義があると考ええる。
- (33) 近年の「安心・安全」が追求される傾向は、刑法の謙抑性原則を曲げるものであると思われる。この点につき本稿筆者は、入門書においてはであるが簡単に触れる機会を得た。参照、宿谷晃弘編『学校と人権』成文堂、2011年、8-9頁（本稿筆者担当部分）。
- (34) リーガル・モラリズムとは、「刑法の目的は倫理の実現そのものなのであり、殺人や強盗を処罰するのも、個人を保護するためではなく、むしろ倫理を実現するにほかならず」、「したがってまた、逆に倫理的に悪いことは、それが悪いことであるというだけの理由で、刑罰権の行使を正当化する」立場と定義できる。参照、平野龍一『刑法の基礎』東京大学出版会、1966年、102頁。なお平野の記述への着目は、藤本哲也「有害環境の規制とバターリズム」法学新報93巻6・7・8号、1987年3頁以下より示唆を得た。
- (35) 参照、刑集63巻3号33-58頁。
- (36) 小林武「愛知県青少年保護育成条例における『自動販売機』定義の憲法問題——憲法学の観点からの鑑定意見書〔試稿〕」法経論集179号、2008年、161頁。
- (37) しかも本件被告人はその制定過程において意見を聴かれている。本件1審判決参照（刑集63巻3号70頁）。
- (38) 本件1審も認定した行政当局及び捜査機関の解釈によれば、本条例16条1項の定義にある「対面」とは人同士が互いに顔を合わせている状態を言い、「直接」とは対面者が互いを認識するために何らの媒体を要しない形態を言うのであって、「直接対面」とは、販売の業務に従事する者と客とが同一

空間に現在し、互いに顔を合わせている場合をいうという。参照、本件1審判決（刑集63巻3号66頁）及び上告趣意書（同52頁）。

- (39) なお本件1審は最高裁とは異なって、本件の小屋の設置場所が「付近に中学校があって周辺が生徒らの通学路となっており、極めて青少年の目に触れやすい地域である」と認定した（刑集63巻3号70頁）。この点、本稿は最高裁の見立てに沿うものである。
- (40) 参照、上告趣意書（刑集63巻3号37-38頁）。その限りで、「収納された有害図書が街頭にさらされている」（岐阜県条例事件判決^③）とはいえない。
- (41) 参照、芥川前掲注10, 120頁。すなわち芥川によれば、岐阜県条例事件判決の^③は、いまだ購入意欲を有していない青少年にも購入意欲を喚起する要素であるのに対し、本件判決の^③は、すでに一定程度購入意欲がある青少年がより一層有害図書類を手に入れやすくなる要素である（参照、同121頁注15）。こうして本件判決は、判例の立場をより明確にしたものと評価できるという（参照、同120頁）。しかし、「必要やむを得ない」制限の範囲の拡張がこのようにたやすくなされてもよいのであろうか。わが国では、1980年代には路上の目に付きやすいところに設置されている自販機での有害図書の販売が悪であるという「社会共通の認識」があったが、それは2000年代にはよりすすんで、人目につかないところに設置された自販機にわざわざ赴き、正規の方法ではない仕方を工夫してまで青少年が購入することさえなされないように、業者に刑罰でもって規制するべきとする「社会共通の認識」へとバージョン・アップしたということなのかもしれないが、果たしてそうだろうか。
- (42) 芹沢もすでに80年代に、「規制目的の正当性や規制の必要性という大前提がひとたび承認されると、目的達成が第一義的となり、手段との調和は軽視されやすい。その結果、往々にして最大限の効能をもつと考えられる手段が追求・選択され」という傾向があることを指摘していた。芹沢前掲注18, 496頁。
- (43) この点、金井は次のように述べる。「大人の都合による『臭いものにフタ』ではなく、一般に『悪書』といわれる表現物の誘惑と葛藤と、青少年を取り巻く大人たちとの対話的關係性のうちにこそ、『健全な育成』としての教育の存在意義と道徳感覚の陶冶を含んだ人格の完成はあるのではないだろうか。『青少年問題』というものは、とりもなおさず『大人の問題』である」（金井前掲注10, 52頁）。
- (44) 本件1審判決によれば、「弁護士は、本件販売機から現実に未成年者が購入できたという報告や苦情が寄せられていない」と主張した（刑集63巻3号65頁）。これに対して岐阜県条例事件に象徴される時期（70年代後半から）には全国的な反対運動があった（参照、「座談会 雑誌自販機と青少年」ジェリリスト635号, 1977年, 15頁以下）。
- (45) 本稿では検討できなかったが、本件規制を営業の自由への規制ととらえ、それでも合憲とした本件判決を、批判するとともに重要視するという捉え方がある。本件判決は薬事法事件判決を先例として挙げるが、同判決は消極目的規制の場合は、それが認められるためには「より緩やかな制限……によっては右の目的を十分に達することができないと認められることを要する」（民集29巻4号577頁）と判断したのであるから、本件でもそうした検討があるべきであったとする批判であり、「最高裁が有害図書に対する販売規制の憲法22条1項適合性を判断したのものとして重要である」（榎）との見方である。参照、榎前掲注10, 建石前掲注10, 本件上告趣意書（刑集63巻3号44頁）。