

# 「図書販売業者の・青少年に対する・有害指定図書の・販売」の自由とその禁止(下)

——「有害指定図書」という商品の対面販売について——

大 野 悠 介

## 目 次

1. はじめに
  - (1) 有害図書指定とインターネット
  - (2) 本稿の目的
  - (3) 本稿の内容
2. 各都道府県条例における「図書販売業者の／青少年に対する／有害指定図書の／販売」
  - (1) 青少年
  - (2) 図書の類型
  - (3) 販売
  - (4) 図書販売業者
  - (5) 「図書販売業者の青少年に対する有害指定図書の販売」の規制
  - (6) 小括  
(以上、67 卷 1 号)
3. 従来の日本憲法学における有害指定図書の販売規制の「論じ方」
  - (1) 論点の整理
  - (2) これまでの「論じ方」
4. 「指定」と「販売」規制の区別<sup>1</sup>
  - (1) 対物的な行政行為としての「指定」と、青少年の図書の閲読の自由
  - (2) 「有害指定図書の」販売の禁止
  - (3) 「有害指定図書の」販売」方法の規制
5. おわりに
  - (1) 本稿の概要
  - (2) 本稿の課題と意義  
(以上、本号)

### 3. 従来の日本憲法学における有害図書の販売規制の「論じ方」

#### (1) 論点の整理

前章では、各都道府県条例の規定を参照しながら、本稿で検討すべき「図書販売業者の青少年に対する有害指定図書の販売」の意味内容を「書店などが、18 歳未満の者に対して、知事による個別指定などを受けた有害指定図書を、営業又は事業として反復継続的に有償で（対価を得て）譲渡する（入手させ

る）こと」として理解した。各都道府県の条例は、このような行為の禁止とそれに対する罰則による実効性確保を定めるだけでなく、このような行為の方法に対する一定の義務付けとそれに対する勧告・公表・命令・罰則などによる実効性確保を定めている。

青少年条例に規定されたこのような有害指定図書制度については、憲法学も議論を重ねてきたところである。本稿は有害指定図書制度の憲法適合性自体を検討するものではないため、ここでは従来の憲法学においてどのような議論がなされたのかについて、その概観を提示するにとどめる。

主として岐阜県青少年保護育成条例事件（最判平成元年 9 月 19 日刑集 43 卷 8 号 785 頁）を契機に有害指定図書について検討した加藤隆之の整理によれば、①判例の射程、②青少年保護を規制目的とする表現規制の可否、③青少年の表現の自由への規制に対する審査基準、④規制手段の合憲性（過度の広汎性、明確性、検閲該当性、事前抑制禁止、条例間の不平等）、⑤行政法上の問題（処分性、原告適格、行政手続）が論点として挙げられる<sup>2</sup>。

行政法の問題である⑤以外について敷衍すると、まず①判例の射程とは、例えば、岐阜県青少年保護育成条例事件は、有害指定図書の自販機収納禁止が憲法 21 条 1 項に反しないことについてチャトレイ事件判決（最判昭和 32 年 3 月 13 日刑集 11 卷 3 号 997 頁）、「悪徳の栄え」事件判決（最判昭和 44 年 10 月 15 日刑集 23 卷 10 号 1239 頁）および福岡県青少年条例判決（最判昭和 60 年 10 月 23 日刑集 39 卷 6 号 413 頁）を援用し、有害指定図書の指定が検閲（憲法 21 条 2 項）に該当しないことについて税関検査事件判決（最判昭和 59 年 12 月 12 日民集 38 卷 12 号 1308 頁）および北方ジャーナル事件判決（最判昭和 61 年 6 月 11 日民集 40 卷 4 号 872 頁）を援用したが、そのうち主として前者の引用に対して提起された批判である。具体的には、わいせつ文書が問

題となったチャタレイ事件判決および「悪徳の栄え」事件判決はわいせつ文書よりも広い有害指定図書の先例として不適切ではないか、青少年に対する淫行などの禁止が問題となった福岡県青少年条例事件は有害指定図書として不適切ではないかといった批判である<sup>3</sup>。

次に②青少年保護を規制目的とする表現規制の可否という論点については、加藤はそれを1つの論点としているが、(i) 青少年保護という目的は理論的に政府の規制権限を発動する目的たりうるか、(ii) そのような目的たりうるとして現時点でそのような目的で介入する必要があるか、という2つに分節することが可能であろう。(i) について、多くの憲法学者は青少年の健全な育成に有害である要因を排除すること自体は否定していない、または少なくとも明確には否定していない<sup>4</sup>。なぜなら、憲法学が問題としてきたのは、図書が青少年の健全な育成に有害であるという点に関する立法事実の有無だからである<sup>5</sup>。逆に言えばそのような立法事実があれば、青少年の健全な育成への弊害をもたらす有害要因を排除することを政府の任務として了承していると考えられる。議論がなされてきたのは、「有害指定図書が青少年の健全な育成への弊害をもたらす」という事実の証明に成功しているかどうかであり、これが本稿で整理した(ii)に当たる。この点について、岐阜県青少年保護育成条例事件判決が「社会共通の認識になっている」と述べてそのような弊害の存在を肯定し、同判決の伊藤正己補足意見が「相当の蓋然性のあることをもって足りると解してよい」と述べている。これに反対する憲法学者はより客観的な証明を要求するが、その客観性の度合については論者によって異なり、「科学的証明」を要求する者もいれば<sup>6</sup>、そのような科学的証明の可能性に疑問を提起する者もあり<sup>7</sup>、科学的証明までは要しないとしても「高度の蓋然性」を要求する者もいる<sup>8</sup>。弊害の存否に関する判断は論者によって異なるが、本稿では論点を提示するにとどめる<sup>9</sup>。

③青少年の表現の自由への規制に対する審査基準については、岐阜県青少年保護育成条例事件判決の伊藤補足意見が言うように「ある表現が受け手として青少年にむけられる場合には、成人に対する表現の規制の場合のように、その制約の憲法適合性について厳格な基準が適用されないものと解するのが相

当である」といえるのかどうかの主たる関心であり、憲法学においてはそのような基準の緩和については批判的な立場が多い<sup>10</sup>。

④規制手段の合憲性は、過度の広汎性、明確性、検閲該当性、事前抑制禁止、条例間の不平等など主張が多岐にわたる。過度の広汎性および明確性という2つの主張の区別については議論の余地もあるが、基本的な趣旨は有害指定図書の要件の文言が曖昧であるということである。この点についても、憲法学者の中では、明確性について疑義があり、刑罰法規の明確性を求める憲法31条だけでなく、表現行為に対する萎縮効果があるとして憲法21条1項に反するという立場が多い<sup>11</sup>。検閲該当性については、税関検査事件判決の定義（「行政権が主体となつて、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不相当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるもの」）に従うならば、有害指定は出版後であることおよび少なくとも成年へのルートが確保されていることから「検閲」に該当しないと見えるだろう<sup>12</sup>。他方、学説上は、判例の「検閲」概念よりも広く捉えた上で、有害図書指定の「検閲」該当性を否定することに疑義を呈する見解も存在する<sup>13</sup>。また、たとえ「検閲」に該当しないとしても指定がもたらす萎縮効果に鑑みて「事前抑制的性格」を問題とし、憲法上の疑義を呈する見解もある<sup>14</sup>。これに対して、伊藤補足意見は「たとえ発表された後であっても、受け手に入手されるに先立ってその途を封ずる効果をもつ規制は、事前の抑制としてとらえられ、絶対的に禁止されるものではないとしても、その規制は厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許されるものといわなければならない」とした上で、「受け手の知る自由を全面的に閉ざすものではなく、指定をうけた有害図書であっても販売の方法は残されていること」、「指定の判断基準が明確にされていること」、「規制の目的が青少年の保護にあること」を考慮に入れるならば合憲であると判断しており<sup>15</sup>、学説上も合憲との見解はある<sup>16</sup>。そして、条例間の不平等つまり憲法14条1項違反であるが、これについても違憲ではないかという見解はあるものの<sup>17</sup>、憲法21条1項に関わる先の諸論点と比べると憲法学者の態度は

トーンダウンしているように思われる<sup>18</sup>。

この他にも、営業の自由（憲法 22 条 1 項または 29 条 1 項）を含めた経済的自由の問題を挙げることが可能であるが<sup>19</sup>、表現の自由と比べると主要な論点とはされていない。

## (2) これまでの「論じ方」

このように有害指定図書制度に関するこれまでの憲法学における「論じ方」を概観すると、2つの事柄を指摘できる。第一に、憲法論議が表現の自由に偏重していることであり、第二に、「指定」「収納規制」「販売規制」の各政府活動を明確に区分せず単に「(主に表現の)自由への規制」として論じているということである。

第一の表現の自由偏重の傾向は明らかであろう。確かに、ある図書を有害なものとして指定し青少年のアクセスを禁止することは、わいせつ文書の場合と同様に「検閲」や事前抑制という表現の自由に対する重大な問題を想起させるため、憲法論議が表現の自由に集中することは理解できる。しかし、憲法 31 条が関わる明確性についても、表現行為に対する萎縮効果を論じ相応の明確性を求めることが多いが、この論点にまで表現の自由を持ち出す必要があるのだろうか。明確性は、判例である徳島市公安条例事件判決（最判昭和 50 年 9 月 10 日刑集第 29 卷 8 号 489 頁）において、「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうか」で判断するとされており、これは自身の「当該行為」が刑罰法規に該当するかどうかという認識（判断）の可否が問題なのだから、「当該行為」が表現行為かどうかで基準が変わりはないはずである。それにもかかわらず、萎縮効果論を持ち出すことによって、一般人が正確に認識できるように刑罰法規を定めているかどうかという文言表現に関する形式的な問題が、刑罰法規が表現の自由を害するかという実体的な問題へと実質的に議論がシフトしているのではないだろうか。そしてその場合、当該文言が実体的権利を適切に包摂しているかという過度広汎性の議論と重複してくる。このような「論じ方」は形式の問題と実体の問題を曖昧にしているのであり、それを可能にしているのが「表現の自由」の援用なのである。

また、営業の自由といった経済的自由についてもほとんど語られることはない<sup>20</sup>。むしろ、営業の自由として論じることが不適切であるとの理解さえあるのではないか。例えば、自販機収納規制の地域差について語る文脈ではあるが、それをむしろ表現の自由として論じるべきだという戸松秀典は、それを営業の自由の差別的取扱いと捉えることも容認できるとしながら、「図書の販売行為を営業の自由に結びつけることは、その行為の性質を正しく捉えていないから、適切ではない」と述べている<sup>21</sup>。

もっとも、この状況は、岐阜県青少年保護育成条例事件判決において営業の自由が問題とならなかったことを反映しているとも考えられる。実際、営業の自由（憲法 22 条 1 項）違反も主張された福島県青少年健全育成条例事件判決（最判平成 21 年 3 月 9 日刑集 63 卷 3 号 27 頁）についての評釈では、本件は消極目的規制として理解し合憲としたという理解が示されている<sup>22</sup>。しかし、これらの評釈において表現の自由が先に語られ、営業の自由はそれに次いで語られるに過ぎない<sup>23</sup>。この点は調査官解説（最判解刑事篇平成 21 年度 16 頁）においても同様であるが、そこではさらに次のように語られている。

薬事法距離制限違憲判決における判示を前提にすると、図書類の出版・販売をしている者に対するその活動の規制が、その者の表現の自由（出版の自由）を侵害しないにもかかわらず、営業の自由を侵害するということは考え難いと思われる。そうすると、既に検討したとおり本条例の規制は有害図書の送り手側の出版の自由も侵害するものではないのであるから、営業の自由を侵害するものではないことも導かれると思われる。（33 頁）

本判決は、従来型の自動販売機のみならず、監視カメラで撮影した客の画像を監視センターに送信し、監視員がモニターでこれを監視する等の機能を備えている販売機について、有害図書類の収納を禁止しても表現の自由を保障した憲法 21 条 1 項等に違反しないことを明らかにした点で、実務上も憲法解釈上も、参照価値が高いと思われる。（42 頁）

この記述からして、主として表現の自由の問題が念頭にあり、営業の自由は副次的な論点であったこ

とは明らかである。また、「表現の自由（出版の自由）を侵害しないにもかかわらず、営業の自由を侵害するという事は考え難い」という記述も、少なくとも審査基準が異なる場合には論理的には判断が分かれうることに鑑みれば、表現の自由の優越的地位という思考が前提となっているのではないと思われる。

以上のことから、これまでの憲法論議において有害指定図書制度は表現の自由に偏重して論じられてきたと評価すべきだろう。

第二に、これまでの憲法論議では、ある図書を有害とする「指定」行為と、有害指定図書の「販売禁止」行為（そしてまた、有害指定図書の自動販売機への「収納禁止」行為）とを区別して論じられてこなかった。例えば、芦部信喜の「知事の指定処分（販売等の禁止）」<sup>24</sup>という表現は、「指定」と「販売禁止」という2つの行為の混淆を端的に示している。確かに、どの現行条例においても指定がなされた場合には販売が禁止される。しかしながら、それは論理必然的な帰結ではない。有害なものと指定された図書について、販売させないようにする努力義務にとどめることもできれば、端的に青少年に対して閲読を禁止するにとどめることもできるのである。また形式的ではあるが、どの条例においても有害指定図書への指定と販売禁止は別個の条文で定められている。

以上をまとめると、従来の憲法学の「論じ方」では、「指定」と「販売禁止」を（さらには「収納禁止」も含めて）1つの行為として認識した上で、その行為が主として「表現の自由」を制約するという問題を設定し、それについて憲法論議を展開してきたのである。次章ではそれとは異なる「論じ方」を提示する。

#### 4. 「指定」と「販売」の区別

##### (1) 対物的な行政行為としての「指定」と、青少年の図書の閲読の自由

前章で述べたように、有害指定図書に関する憲法論議は、「指定」と「販売禁止」を一体化して論じているが、両者は別個の行為として区別することが可能である。この点、恐らく両者の区別を意識しているわけではないが、初宿正典が「有害図書指定を

めぐる問題の中心は、この指定処分によって憲法21条1項の表現の自由に含まれる「情報受領権」……が、青少年について著しく制約されることの問題である」と述べているような筋道で考えるべきである。つまり、表現の自由、厳密には青少年の「図書の閲読の自由」は「指定」によって制約されるのであり、「指定」と「販売禁止」の問題は区別して論じるべきである。

ここで、近年、「物の地位」に関して、行政行為という切り口から論じた土井翼の『名宛人なき行政行為の法的構造』<sup>25</sup>を参照することは許されよう。同著の内容は公物（ないし公共用物）に関する議論であり、運転免許や営業停止といった典型的な行政行為ではないけれど一般処分のように処分性が認められている（その意味で行政行為的な）ものの説明を探求している点で、行政事件訴訟法等の処分性要件と密接にかかわっている議論であるとも思われる。そうだとすれば、必ずしも同著全体の趣旨が本稿の発想と軌を一にするわけではない。しかし、同著では、最終的に、「物の法的地位を付与する行為」ないし「法的地位への個体の割り当て行為」という理解を提示しているところ<sup>26</sup>、本稿はこの理解と親和的である<sup>27</sup>。

「物の法的地位を付与する行為」ないし「法的地位への個体の割り当て行為」という土井の理解を本稿なりに咀嚼するため、法哲学者ハンス・リンダール（Hans Lindahl）の具体的秩序論から考えていこう<sup>28</sup>。リンダールは、現象学に影響を受けながらハンス・ケルゼン（Hans Kelsen）およびカール・シュミット（Carl Schmitt）を批判的に検討し、再帰的かつ反復する「私たち」を提示し、その「私たち」の共同行為の志向的要点（point）との関係で具体的秩序の諸構成要素（時間・場所・行為主体・行為内容）は（合）法的である（要点との関係でこれらの構成要素が具体的秩序として体系化される）とする。例えば、ある小売店では、客は、商品を手に取り、レジで代金を払った後に店を出ることが当然である。私たちは普段そのことを気にかけないが、いざ代金を払わずに店を出る人がいた場合、それは「違法」だと考えるだろう。翻って、「合法／違法」はそのような具体的な時間・場所・行為主体・行為内容からなる秩序において判断されるのである。私たちは各々が潜在的にであれ法を理解して

生活し時に法を解釈する主体であって、具体的秩序はこのような私たちが共同して志向する要点を中核として先の4要素を組織化したものともいえるだろう。この点は、ケルゼンの「解釈図式」の理解を（共同の）志向性という現象学的発想から語り直すものと評価しうる。このとき「合法／違法」は、「私たち」の要点との関係で判断される。そのため、具体的秩序は要点の及ぶ範囲でのみ存在し、必ず「合法／違法」の限界がある。その限界を問うのが異法性（a-legality）であって、それに応答するかたちで具体的秩序は生成変化していく、というのがリンダールの基本的な発想であるが、本稿との関係で重要なのは、具体的秩序ないし共同行為の要点との関係で諸構成要素が法的存在となるという発想である。換言すれば、法的秩序は要点を中核とした具体的な諸要素の集合として存在しているのである。

このようなリンダールの具体的秩序論の発想を推し進めれば、究極的には、アプリオリに法的な存在であるものはない、ということになるだろう。人も物も、何かしらの要点との関係でのみ法的でありうるのであって、要点から無関係に法的ではありえない<sup>29</sup>。それらのものが当該具体的秩序の構成要素となる道筋としては、紛争時に裁判所が人の行為を「合法／違法」に割り当てるように、当該具体的秩序の權威（authority）によって要点との関係があるものとして承認されることが考えられよう。「物の法的地位を付与する行為」ないし「法的地位への個体の割り当て行為」という土井の理解は、このようなリンダールの発想と馴染むものである。つまり、土井の理解は、個体を具体的秩序の要素として承認する行為として行政行為を理解するものと解することが可能である<sup>30</sup>。

以上を踏まえて、有害指定図書の指定処分について考えると、その指定処分は「図書」（これ自体も法的存在ではあるが）に「有害指定図書」という（別の）法的地位を割り当てる行為であると解することが可能であろう。そして、この「有害指定図書」は、仮に（青少年条例の目的に記載されている）「青少年の健全な育成ないし有害環境の排除」という私たちの共同行為があり、それが要点であると解すれば、当該要点を中核とした具体的秩序の構成要素である。指定処分は、ある「図書」をその具体的秩序の構成要素たる「有害指定図書」として権威的に承

認する行為であり、それ以上のものではない。

したがって、未成年者の閲読行為や成年者などの閲読させる行為については、別個検討する必要がある。後者については別に条文があるため、有害指定図書と成年者などと有害指定図書をめぐる法的関係について別個の条例制定行為によって規律したと理解できるが、前者については未成年者と有害指定図書との関係を規律する（その閲読行為を禁止する）条文はない。そのため、指定処分の規定があるからといって、未成年者の閲読の自由の制約があるといえるかどうかは自明ではない。愛媛県青少年保護条例の解説によれば、条例は「青少年自身の行為を直接制限したり、罰したりするものでなく、青少年の健全育成を阻むおそれのある大人の行為から青少年を保護するという間接的な方法により、青少年の健全な育成を図ろうとするものである」<sup>31</sup>。仮にいずれの条例も同様の趣旨であるとすれば、指定処分によって未成年者の閲読が直接禁じられているわけではなく、少なくとも条文解釈上は「指定処分“によって”当該図書との関係で未成年者の閲読の自由が間接的に禁止される」というにとどまるだろう<sup>32</sup>。

有害指定図書と青少年との直接的な関係をもう少し掘り下げると、団体指定には「青少年の視聴等が不適當」という要件がよく見られる。団体指定の制度は全条例にあるわけではないが、仮に指定方法の差異は内容上の有害指定図書性の差異ではないとした場合（個別指定や包括指定による有害指定図書と内容上は変わらないとした場合）、個別指定や包括指定の要件については各条例でほぼ共通していることから、いずれの有害指定図書も程度や地域の差はあれ「青少年の視聴等が不適當」なものと理解されている、と解することはさほど不当ないし不自然ではないだろう。もしそのような解釈が許されれば、有害指定図書は未成年者との関係で視聴などが不適當であるものと解し、そのため「指定処分“によって”当該図書との関係で未成年者の閲読が不適當とされる」という言明は可能であろう。本稿の冒頭で、「青少年の閲読が禁止されている商品」の流通を考えると書いたが<sup>33</sup>、より正確に記述すれば「青少年の閲読が間接的に禁止されている商品」の流通または「青少年の閲読が不適當な商品」の流通」という主張であったことになる。以下では、有害指定図書と青少年との関係が直接に表れ

ている「青少年の閲読が不適当なもの」として有害指定図書を理解する。

他方、「図書販売業者に対する有害指定図書の未成年者への販売禁止」もそれ自体が指定処分の効果というよりも、指定処分による「有害指定図書」の存在を前提とした上で、別個の条例制定行為によって図書販売業者と未成年者との有害指定図書をめぐる法的関係が規律されたと理解可能であり、閲読させることの制約よりも指定処分との直接性は希薄であろう。したがって、憲法学がしばしば（暗黙裡にであれ）想定しているような「指定処分“によって”有害指定図書の販売が禁止される」という理解のみが唯一の理解ではない。そして本稿では、このように「指定」と「販売」規制を区別する「論じ方」を提示することを主眼としている。

リンダールの具体的秩序論を踏まえると、有害指定図書の指定処分をめぐる事態をこのように分析することが可能である。

## (2) 「“有害指定図書の”販売」の禁止

このように「指定」と「販売禁止」を区別した上で「指定」によって「図書」が青少年の閲読が禁止される「有害指定図書」という法的地位を得ると解釈した場合、「販売禁止」で問題となるのは単なる「図書の販売の自由」ではなく「“有害指定図書”の販売の自由」である。このような「“有害指定図書”の販売の自由」の禁止について、憲法学的にどのように論じるべきだろうか。

まず、本稿でいう「販売」とは「営業又は事業として反復継続的に有償で（対価を得て）譲渡する（入手させる）こと」であるから、営利性を伴う行為として営業の自由の問題として論ずるべきであろう。営業の自由の日本国憲法における位置づけについては、22条1項なのか29条1項なのかで議論の余地はあろうが、本稿では22条1項として理解しておく。この場合、販売の対象である有害指定図書は「商品」として認識される<sup>34</sup>。厳密には「有害指定図書を商品化する自由<sup>35</sup>」が問題となるが、どの条例も有害指定図書を青少年以外に販売することは禁止しておらず、その意味で商品化すること自体は禁止していないため、かかる自由の制約はここでは検討しない。ここで「有害指定図書」は「有害指定図書という商品」として、「有害指定図書」が構成

していた具体的秩序とは別個の商品流通（経済市場）秩序の構成要素と把握すべきである。

なお、「有害指定図書」を「情報媒体」として認識し、その「販売」行為を「情報流通」の中で考えるということも可能であろう。この場合、情報流通を保護する表現の自由として論じることが可能である。しかしながら、そのことは「有害指定図書」の有する「情報」を「商品」として認識し、その情報の「販売」行為を「商品流通」における営業の自由として論じることがを排除しない。憲法学が表現の自由やプライバシー、自己決定などとの関係で議論している情報の流通と商品たる情報の流通では問題関心が異なり、そのため物理的な身体や情報の動静としては一つであっても、その行為の意義や当該流通において情報が果たしている役割ないし機能は必ずしも同一ではない。換言すれば、両者は具体的秩序を異にする。本稿の目的は、従来の憲法学とは異なる「論じ方」を提示し、これまでと異なる景色を提示することであるから、有害指定図書に関して主として論じられてきた表現の自由に関わる情報流通ではなく、さほど論じられてこなかった営業の自由に関わる商品流通に焦点を当てる。

このように、「有害指定図書という商品を販売する自由」を考えた場合、そのような自由は営業の自由として憲法によって保障されると解される。その場合、青少年への販売禁止とは、営業者から見れば商品を売る相手が限定されることであり、商品市場全体を見れば市場範囲を狭くすることである。つまり、青少年への販売禁止は「有害指定図書」という「商品」の政府による市場画定を意味する。

それでは、販売禁止条項の合憲性はどのように論じられるか。留意すべきは、これは政府による市場画定だということである。そのため画定後の市場における規範、例えば、市場内で活動しているかどうか、自由かつ公正な競争をしているかどうかという規範から正当化することはできない。「その商品の適正な客は誰か」という問題はいわばサーキットを作る作業の1つであり、「その商品を適正な客に適正な方法で売っているか」はサーキットの中で競走しているかどうかという問題である。

本稿では、政府による市場画定の正当化について、試みに、これを商品内在的な性質から論じてみたい<sup>36</sup>。「有害指定図書」は青少年の閲読が不適当と

されているという内在的な性質のある物であり、そのような物を商品化している、と考えるのである。このように考えると、青少年への販売禁止はそのような内在的な性質の発現と説明が可能である。このような内在的な性質による制約（内在的制約）については、憲法上の権利の許容される制約として考えるか、そもそも憲法上の権利性が否定されると考えるかについては議論の余地はあろう<sup>37</sup>。いずれにせよ、「青少年への販売禁止」が「青少年の閲読が不適當」という有害指定図書の内在的な性質が発現した制約といえるかどうか、が問題である。その判断基準・考慮要素・結論のいずれについても、見解の対立のありうるところであり、「論じ方」を提示する本稿ではそれについてこれ以上の検討はしない。もっとも、本稿の「販売」の定義によれば「青少年への販売」は青少年への譲渡（入手させること）まで含むのであり、青少年が有害指定図書を入手すればよほどのことがない限りそれを閲読するだろう。それは「青少年の閲読が不適當」とされた商品が内包していた危険が発生してしまったことを意味する。このような「有害指定図書」の販売と青少年による閲読との蓋然性の高さゆえに販売を禁止する必要性と相当性があり、青少年条例の目的である青少年の健全な育成ないし有害環境の排除という観点から「青少年への有害指定図書の販売禁止」は有害指定図書という商品の内在的な性質の発現として憲法上許容されると解される。

このように考えると、「指定」が合憲であれば「青少年への有害指定図書の販売禁止」も合憲となるのではないか、結局「青少年への有害指定図書の販売禁止」は「指定」の問題、つまり表現の自由の問題に還元され、従来の「論じ方」と変わらないのではないかとの疑問もありうる。しかし、本稿の主張はあくまで、「指定」が合憲であることは「青少年への“有害指定図書の”販売禁止」という行為が存在するための前提だということである。「指定」を定める条項が違憲である場合、そもそも「有害指定図書」という商品は法の世界には存在しないのである。したがって、「指定」条項がそれ自体合憲であるかどうかを厳密に検討することなく「青少年への“有害指定図書の”販売禁止」という行為を議論するような従来の「論じ方」は、「有害指定図書」が法の世界に存在することを前提としておきながら

「表現の自由」でもって「有害指定図書」の存在をも否定するような議論をする点で論理的に問題がある。本稿は「指定」による「有害指定図書」の存在を前提としていることを自覚した上で、「青少年への有害指定図書の販売禁止」を論じるのであるから、従来の「論じ方」とは異なる。また、「指定」条項を合憲とし「有害指定図書」の存在を認めたとしても、「入手」と「閲読」の間には時間的に差があることから、「有害指定図書の指定」（と閲読させることの制約）が合憲であるからといって必ずしも「青少年への有害指定図書の販売禁止」が合憲とは限らない。ただ合憲になる蓋然性が高いということにとどまる。例えば、（思考実験的な仮定ではあるが）仮に有害指定図書について青少年には閲読が不可能な措置がなされている場合、そのような措置がなされている場合についてまで「販売」が禁止されれば、それは営業の自由を侵害すると評価すべきだろう<sup>38</sup>。このように「指定」の合憲性は「青少年への有害指定図書の販売禁止」の合憲性を論理的には必ずしも意味しない。

### (3) 「“有害指定図書の”販売」方法の規制

以上のように、本稿のような「論じ方」をしたとしても、販売禁止について結論が変わるものではない。しかし、販売の方法については結論が変わりうる。本稿では対面販売を念頭に置いているため、以下では対面販売における販売方法規制を前提とする。

第2章で指摘したように、有害指定図書については青少年への販売が禁止されるだけでなく、一定の販売方法の規制がなされる。おおよそ共通するのは、「他の図書類と区分して陳列すること」（区分陳列義務）および「有害指定図書であることの表示（揭示）」の義務（有害指定図書表示義務）であり、これに加えて包装義務や年齢確認義務を定めている条例もある。これらの販売方法規制は、非青少年（以下「成年」という。）への有害指定図書の販売が営業の自由として保障されることを前提とした上での販売方法規制であり、憲法上はこの制約の正当性が問題となる。

ここで留意すべきは、販売方法規制を論じる場合、有害指定図書は既に「青少年への販売が禁止されている」商品であること、換言すれば建前としては青

少年が除外された商品市場であることを前提とした上で検討すべきだということである。商品流通の観点からいえば、有害指定図書は成年のみをアクターとする市場として画定した上で、その市場におけるルールとして販売方法が規制されると考えられる。このような市場においては、有害指定図書は成年にのみ配分（流通）されるべき商品なのであり、そのことを前提として自由かつ公正な競争（適正な競争）がなされる「有害指定図書商品市場」という建前が維持されるかどうか、有害指定図書を適正な客に適正な方法で売っているかどうかを考えるべきである。

試論の段階ではあるが、このように成年のみをアクターとする有害指定図書商品市場を想定した場合、そこにおける営業の自由は、①有害指定図書が成年にのみ配分（流通）され、②その配分（流通）が経済市場秩序固有の理念ないし規範（一般的ないし典型的には自由かつ公正な競争）に基づいて行われなければならない。本稿ではこのように考えておこう。政府の側からいえば、その理念ないし規範から逸脱する営業活動に対しては政府干渉が可能であり、判例によれば必要かつ合理的な範囲でその干渉が許容される<sup>39</sup>。

②については自由かつ公正な競争を害しない限り政府は干渉すべきではない、ということ以上のものではなく、管見の限り、青少年条例においてその要請に明確に反するような規定はなさそうである（自由かつ公正な競争の維持を目的としたものではないのだから自然ではあるが）。そのため以下では、①の点から販売方法規制を検討する。

有害指定図書商品市場という具体的秩序は「青少年の健全な育成および有害環境の排除」を中核とする具体的秩序（青少年保護秩序）に「有害指定図書」を介していれば重層的に存在しており、有害指定図書商品市場内のアクターは青少年保護秩序のアクターと重なってくる<sup>40</sup>。そのため、有害指定図書が成年にのみ配分（流通）されるべきだということがいずれの秩序からの要請なのか、そして青少年に有害指定図書を販売するという行為が前者からの逸脱なのか後者からの逸脱なのか、ということが問題となる。ここで問題とする販売方法規制は、政府の市場画定によって有害指定図書商品市場が生じたことを前提としたアクターの逸脱を問うものであるから、

有害指定図書が成年にのみ配分（流通）されるべきという要請は有害指定図書商品市場秩序からの要請であり、青少年に有害指定図書を販売するという行為は当該秩序の逸脱として考えられる。異論はあるだろうが、本稿ではこのように考えておく。

さて、有害指定図書が成年にのみ配分（流通）されるべきという要請から販売方法規制について検討してみよう。この世に青少年または成年しかいないのであれば話は単純であるが、現実には成年も青少年も存在する。この場合、自由な営業活動によって有害指定図書商品市場秩序（有害指定図書が成年にのみ配分（流通）されるべき）に対する弊害が生じるかどうかを先ず問題にしなければならない。何らの販売方法規制もせずに自由な営業活動を認めた場合、(a) 図書販売業者が相手を青少年と知らずに販売してしまうことや、(b) 青少年が有害指定図書と知らずに購入してしまうことが考えられる。そのため、販売方法に対する政府干渉が一概に不可であるということとはできない。

しかし実際に規定された政府干渉が必要かつ合理的なものかどうかについては別途問題となる<sup>41</sup>。(a)の場面を想定して和歌山のように年齢確認義務を課すのは必要かつ合理的な手段でありうる。しかし(b)については、相手が青少年であることを図書販売業者が知っているならば「販売」を防ぐことが可能であり、それで十分である。つまり、(b)に対処するのであれば年齢確認義務で十分であって、区分陳列義務、有害指定図書表示義務、包装義務は「販売」方法規制としては疑問の余地がある。

もっとも、有害指定図書を青少年が手に取って内容を確認できるようにしておく販売方法は、青少年を有害指定図書商品市場のアクターとして扱っているということだと理解することも不可能ではない。このような理解から、政府が画定した有害指定図書商品市場の範囲を超えて図書販売業者が販路を形成し当該市場秩序における自身の地位を逸脱している（その意味で当該秩序への弊害を生じさせる）ため、政府干渉が可能だという説明はできるだろう。そのような販売方法を排除し成年だけの有害指定図書商品市場を維持するために区分陳列義務や有害指定図書表示義務、包装義務があると理解すれば、有害指定図書商品市場秩序の観点からもそれらの義務づけは正当化できるだろう<sup>42</sup>。もっとも、その場合でも、

青少年の立ち入りが禁止されている場所における例外の規定は要請される。なぜなら、そのような場所は成年のみの市場という建前と合致した部分市場ともいえ、そのような場合にまで図書販売業者の営業に政府が干渉することは必要かつ合理的な干渉とは言いがたいからである。確かに可能性としては青少年が入ってくることは否定できないが、この世に青少年が存在する以上、そのような可能性を排除することは不可能である。そのような排除不可能な可能性まで考慮して図書販売業者の自由を制約することが正当化できるかどうか、それが問題である。結局は、青少年がその場に立ち入る蓋然性とそれによる弊害の大きさを掛け合わせて例外規定の内容を適切に定めるしかないであろう。

他方、区分陳列義務や有害指定図書表示義務、包装義務は「閲読（閲覧）させる（見せる）こと」の禁止との関係で理解することもできる。このように理解する場合、それらの義務づけは青少年保護秩序における弊害から語るべきである。換言すれば、上述のように区分陳列義務などは青少年に有害指定図書という商品が流通してしまう（入手させてしまう）という有害指定図書商品市場秩序における弊害とは関係がなく、その表紙や内容が見えることによる青少年への悪影響という青少年保護秩序における弊害との関係でその当否を検証すべきである<sup>43</sup>。そのため商品流通の観点から有害指定図書に関する規制を検討する本稿の対象ではないが、もう少し検討を深めてみよう。一口に「有害指定図書」といっても、①表紙は問題なく内容が悪影響を与えるもの、②表紙も内容も悪影響を与えるもの、③表紙だけが悪影響を与えるもの、が論理的にはありうる。①については包装義務だけで十分であり、それに加えて区分陳列義務を課す必要はない。②については、図書を開けなくする包装義務だけでは不十分であるが、表紙を見えなくする措置がされていれば区分陳列義務は不要である。③については、表紙を見えなくする措置がなされていれば十分である。とすると、区分陳列義務は、青少年保護秩序においては、②または③のような有害指定図書でありかつ表紙が見えるような場合に限りて正当化できるのではないか。また、包装や区分陳列が適切になされているのであれば、青少年が店舗に並べられた有害指定図書を閲読し悪影響を受けることはないだろう。とすれば、それに

加えて有害指定図書表示を義務づけることが必要なのかは議論の余地がある。もっとも、これらの義務がすべて課されるわけではない。しかし、閲読による青少年の悪影響という弊害の存否ということを考えて、有害指定図書を類型化することなく一律に義務を課することは正当化できない可能性があり、適切な義務づけの組み合わせを青少年保護秩序における弊害の存否の観点から再検討すべきだということはいえるだろう。

このような販売方法規制に対しては、第2章で述べたように、ほとんどの条例がその実効性確保手段として知事による勧告（要請、指導）とその勧告に従わない場合の「公表」、「命令」または「警告」を定めているほか、命令や警告違反に対して罰則を科している条例もある。これはあくまで実効性確保手段であり、販売方法規制が合憲であることを前提として、その実効性を確保するという目的に照らして必要かつ合理的かどうかを判断すれば足りる。これは営業の自由よりも適正手続の領域であろう。

## 5. おわりに

### (1) 本稿の概要

本稿では、日本憲法学において既に手垢のついた議論であるいわゆる有害図書規制について、商品流通という観点から論じる「論じ方」を提示した。

従来の日本憲法学においては、「図書」の法的地位への着目や「販売」の定義内容に関する厳密な検討がなされることなく、有害図書の販売規制が論じられてきた。本稿では、各条例を眺めながら、ある程度共通する要素を抜き出すようなかたちでそれらについて検討を加え、本稿で検討すべき「図書販売業者の青少年に対する有害指定図書の販売」の意味内容を「書店などが、18歳未満の者に対して、知事による個別指定などを受けた有害指定図書を、営業又は事業として反復継続的に有償で（対価を得て）譲渡する（入手させる）こと」として理解した。

このような有害指定図書の規制について、日本国憲法学においては、「指定」と「販売」規制とを1つの行為として認識した上で、表現の自由の問題に焦点が当てられてきた。しかし、本稿では、「指定」と「販売」規制とを区別し、後者について営業の自由から論じることを提示した。

また、従来の「論じ方」は、物の法的地位という発想が欠けていたと思われる。この点について、土井翼の著作にそのような発想を見出しつつ、リンダールの具体的秩序論を踏まえて本稿なりの見解を示した。リンダールの発想を徹底した場合、物もまた具体的秩序における法的地位を割り当てられて初めて法的存在となるはずである。本稿では、対物的な行政行為に関する土井の理解をも合わせれば、「図書」を「有害指定図書」とする指定処分は、そのような法的地位を割り当てる権威的行為として理解が可能であることを示した。「指定」によって、「図書」は青少年保護秩序の構成要素である「青少年の視聴等が不適当なもの」としての「有害指定図書」となるのであり、「指定」と「閲読させること」や「販売」の規制は別個の行為であるという理解を示した。そのため「指定」の正当性と「閲読させる」ことの規制や「販売」規制の正当性は別個の問題である。

そのように「指定」と「販売」規制を区別した上で、販売規制と販売方法規制について検討した。販売規制については、「有害指定図書」を「商品」とする自由を認めた上での、政府による有害指定図書商品市場の画定であると理解し、その正当性については「青少年の視聴等が不適当」であるという「有害指定図書」の内在的性質の発現かどうかという観点から検討すべきことを述べた。販売方法規制については、有害指定図書商品市場が成立したことを前提として、有害指定図書は成年にのみ配分（流通）されるべき商品なのであり、そのことを前提として自由かつ公正な競争（適正な競争）がなされるという建前が維持されるかどうか、有害指定図書を適正な客に適正な方法で売っているかどうかを考えるべきである、と述べた。この観点からすれば、販売方法規制のうち、年齢確認義務は有害指定図書商品市場秩序における弊害への対処として正当化しうるとしても、区分陳列義務・有害指定図書表示義務・包装義務は正当化が困難であり、それらは青少年保護秩序という別の観点からその正当性を検討すべきことを示した。

## （2）本稿の課題と意義

以上が本稿の概要であるが、これは試論にとどまる部分が多い。例えば、有害指定図書と青少年との関係については、団体指定の要件から「青少年の視

聴等が不適当」という要素を取り出し、有害指定図書はそのような内在的性質を有するものであると考え、そこから販売禁止の正当性を検討している点は仮定を多く含むだろう。また、流通政策論では自由かつ公正な競争が規範として掲げられるにとどまり、本稿で示したような有害指定図書は成年にのみ配分（流通）されるべきだという要請は明確ではない。その要請が有害指定図書商品市場秩序におけるものであって青少年保護秩序におけるものではないとした部分も詳細な検討が必要であると思われる。

後者の点について敷衍しよう。確かに、多様な具体的秩序の各々においてという現象は見られるだろう。しかし、商品市場秩序と青少年保護秩序とではアクターも規範ないし要点も異なる。商品市場秩序では商人や客（消費者）などがアクターとなり、貨幣などを媒介にして自由かつ公正な競争などを繰り広げている。他方で、青少年保護秩序は青少年と成年などがアクターとなり、青少年の健全な育成および有害環境の排除のための諸活動を繰り広げている。前者だけでなく後者についても「モノの移動」という意味での「流通」は考えられるが、後者の「流通」で問題となるモノは「商品としての有害指定図書」ではなく、「情報媒体としての有害指定図書」であろう。「情報媒体としての有害指定図書」は「青少年の視聴等が不適当」な情報をその流通（移動）によって拡散し、“その目に止まった”青少年に悪影響を及ぼすことから、閲読させることが制約され、区分陳列義務や包装義務などが課せられる。青少年保護秩序におけるそのような事態と、商品市場秩序における「適正な客に流通させるべきこと」とは、「情報を取得させること」と「入手させること」という点で問題視していることが異なるように思われる。そしてその際は、両秩序の規範ないし要点の差異、つまり両秩序の「私たちは何をしていたのか（何をすべきだったのか）」という点の差異に由来するように思われる。そのため、現象としては同じく「有害指定図書というモノの移動」ではあるが、「適正な客（＝成年）に流通させるべきこと」は商品市場秩序における要請だと解する方が一貫性があるようにも思われる。

もっとも、商品と情報とに通底する「流通秩序」という具体的秩序が別個にあり、その秩序において「適正なアクターへの流通」という要請がある、と

いう理解も可能かもしれない。従来の流通政策論などは、流通と（自由かつ公正な競争が妥当する）市場経済とを切り離すことなく論じてきているように思われるが、両者を切り離して考えることもありうるのではないだろうか。適正な配分と自由かつ公正な競争とは別の要請として捉えることが可能であるようにも思われるのである。

この点は、これまでの筆者の理解も定まっておらず、場合によって理解が左右されているところである<sup>44</sup>。本稿では、商品市場秩序の要請として理解しておいたが、その厳密な検討はこれからの課題であり、これからの研究で自分なりの定点を確保したいと考えている。

また、今後は、対面販売だけでなく、自販機の「収納」禁止やオンライン販売についても、同様に検討を加えることを考えている。

このように、本稿はより厳密な検討の余地が多い。しかしながら、たとえそのような粗削りのものであっても、本稿で示した新たな「論じ方」、つまり「指定」と「販売」規制の区別・「有害指定図書」という法的地位への着目・販売禁止規制についての政府による市場画定行為という理解とのその正当性の検討・「販売」方法規制における有害指定図書商品市場秩序と青少年保護秩序との二重性の指摘と前者におけるその正当性の検討という「論じ方」を提示したことは、従来の日本憲法学とは異なる見方を提示するものとしてそれ自体に意義のあることだと考える。特に、様々なイラストが「公共の場に相応しくない」などとして批判され隅に追いやられるような現状において、そのような「相応しさ」を要請する青少年保護秩序または健全な風俗秩序とは別個の観点からの検討の余地を残すような「論じ方」は、実践的にも意義があるように思われる。

#### 注

- 1 前号では「指定」と「販売」の区別としていたが、これを改めた。
- 2 加藤隆之「青少年保護と有害図書規制条例」青森法政論叢 8号（2007年）1頁以下。
- 3 主として、横田耕一「判批」ジュリ 947号（1989年）90-91頁、手島孝「判批」判時 1343号（1990年）212頁、山口和秀「判批」法教 113号別冊付録判例セレクト '89（1990年）12頁。
- 4 例えば、堀部政男は有害指定図書の自動販売機の収納

規制について「青少年の社会環境の整備という観点から取り上げられていると考えられるので、そのこと自体は反対ではないし、また、青少年に悪影響を与え、かつ、非行に走らせるような有害出版物の自動販売機による販売を野放しにしておいてよいとは考えていない」と述べている（同「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）655頁）。また、立法事実の存在に否定的な横田も「有害図書」等に触発されて青少年が非行に走ったり、それが青少年の感情形成等に多大の悪影響を与える事実があるならば、規制理由は認められよう」と述べている（奥平康弘＝横田耕一＝江橋崇『青少年保護条例・公安条例』（学陽書房、1981年）118頁〔横田執筆〕）。なお、戸松秀典は青少年の保護・育成という「基本的思想」について「適切な政策判断に基づいた立法目的といえるものか考察を要する」としているが、「そのような考察は、立法者に委ねられる事で司法審査が踏み込む領域でない」としており、そのような目的を掲げた規制自体を否定するものではないだろう（同「判批」判タ 717号（1990年）42頁）。

- 5 このような立法事実を問題とするものとして、例えば、芦部信喜「青少年条例の憲法問題」同『現代人権論』（有斐閣、1974年）210-214頁〔初出1964年〕。なお、人格形成への弊害と非行などとの因果関係を混同する傾向が指摘されるが（加藤・前掲注2）22頁脚注（16）、本稿は有害指定自体の合憲性を論ずるものではないため、そのような指摘の存在を示すにとどめる。
- 6 横田・前掲注3）94頁。なお横田は、横田・前掲注4）119頁においても、「有害図書」等と少年非行・反社会的性癖との間に関係がない以上、あるいは少なくともその関係が科学的に実証されていない以上は表現の自由を制限する根拠・必要性を欠くとしている。
- 7 戸松・前掲注4）42頁。
- 8 手島・前掲注3）212頁。
- 9 補足すれば、加藤は「そもそもあらゆる表現規制に科学的証拠を要求することは困難であり、不当である」としている（加藤・前掲注2）9頁）。曾我部真裕は、弊害が存在する可能性が全くないとまでは言えず、一度弊害が生じると青少年にとって取り返しがつかないことを配慮して、科学的因果性が不明確であるからといって規制が許されないとは言えないとする（同「青少年健全育成条例による有害図書類についての覚書」法学論叢 170巻4・5・6号（2012年）501頁）。なお、アメリカの諸判例を検討した上で有害指定図書に包含される性的表現と暴力的・残虐的表現とを区別して因果関係の立証について議論すべきであると主張する井上幸希は、結論としては立法事実が存在しないために有害指定図書の規制についての合理的根拠が疑わしいと考えているようである（井上幸希「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 巻4号（2017年）72-78頁）。
- 10 例えば、横田・前掲注3）94頁、手島・前掲注3）214頁、戸松・前掲注4）42頁、芹沢齊「判批」法教114号（1990年）84頁、井上・前掲注9）106頁。
- 11 論点の提示として、芦部・前掲注3）227-229頁、横田・前掲注4）121-122頁。岐阜県青少年保護育成条例事件判決に関連して、その明確性について批判的な見解として、例えば、横田・前掲注3）95頁、芹沢・前掲注6）85頁、手島・前掲注3）214頁、橋本基弘「判批」堀部政男＝長谷部恭男編『メディア判例百選〔初版〕』（有斐閣、2005年）129頁。他方、加藤は、個別指定については下位規範における具体化・明確化がなされていること、指定の際に審議会が介入すること、指定処分を行政訴訟で争うことができることなどを考慮して「かろうじて」過度の広汎性および明確性に関する批判を免れているとし、包括指定については量的に範囲を画定しておりなおかつ下位規範で明確化に努めていることから、それらの批判を免れると判断している（加藤・前掲注2）11-15頁）。
- 12 参照、藤田昇三「判批」ひろば43巻1号（1990年）70-71頁、加藤・前掲注2）15頁。また宮崎地判平成6年1月24日判時1495号57頁についての評釈であるが、初宿正典「判批」判時1509号（1995年）201頁も事後的な規制であり青少年に限っていることから「検閲」に該当しないという判決を支持している。
- 13 例えば、芦部・前掲注5）233-234頁、奥平康弘＝沢登俊雄＝清水英夫＝中村泰次「“青少年条例”をめぐって」『青少年条例』（日本評論社、1981年）44頁〔奥平発言〕。
- 14 例えば、横田・前掲注3）94頁、手島・前掲注3）213頁、戸松・前掲注4）43頁、芦部信喜『憲法学Ⅲ〔増補版〕』（有斐閣、2000年）342-343頁。なお、論者によって「事前規制」と明記するか、事後規制であるが実質的に事前規制であるとして「事前規制」と表現をするかで差はあるものの、本稿では同一の議論として扱っている。
- 15 包括指定については個別の指定がないことなどから「検閲」の側面があるため、伊藤補足意見はさらに議論をしているが、いずれにせよ合憲としている。
- 16 例えば、加藤・前掲注2）15-16頁。
- 17 手島・前掲注3）214頁。横田も岐阜県青少年保護育成条例事件判決には否定的であるが表現の自由に関する議論と比較するとトーンダウンしている印象を受ける（横田・前掲注3）95頁）。
- 18 例えば、芹沢は「平等違反の問題としてではなく、個々の規制の厳しすぎる内容や運用それ自体の違憲性を争うべきである」ため判例の立場を支持するとし（同・前掲注6）85頁）、戸松も表現の自由の問題に収斂するとしながら地域差を設けることについて「制限する側にどうしても必要な利益があることの立証を課す審査を行うべきである」と述べるにとどまっている（戸松・前掲注4）44頁）。また、参照、奥平ほか・前掲注4）107-111頁〔江橋執筆〕。
- 19 奥平ほか・前掲注4）127-130頁〔横田執筆〕、清水英夫「青少年条例の憲法的社会的問題点」『青少年条例』（前掲注13）3頁。なお、清水の論稿は、表現の自由および経済的自由だけでなく、青少年条例に関して考え得る多様な論点が網羅的に挙げられている。
- 20 堀部政男は「表現の自由・出版の自由と流通手段とを区別し、後者は、憲法22条で保障されている営業の自由に属するに過ぎないという観点から、その規制の合憲性を導き出そうとする議論も出てきている」と指摘するが、具体的に誰の主張かは不明である（同「青少年条例—雑誌自販機規制条例と表現の自由」法時50巻1号（1978年）74頁）。
- 21 戸松・前掲注4）44頁。
- 22 穂透「判批」法セミ659号（2009年）122頁、田中祥貴「判批」速報判例解説5号（2009年）17頁、建石貴公子「判批」法教353号別冊付録判例セレクト2009〔I〕（2009年）12頁。また、参照、金井光生「判批」行政社会論集23巻2号（2010年）39頁以下。
- 23 なお、福島県青少年保護育成条例事件はむしろ下級審において憲法22条1項しか主張していなかったものであり（福島地判平成18年9月11日刑集63巻3号58頁、仙台高判平成19年7月25日刑集63巻3号70頁）、上告審において表現の自由を追加的に主張していた。
- 24 芦部・前掲注5）230頁。
- 25 土井翼『名宛人なき行政行為の法的構造—行政法と物の法、序論的考察』（有斐閣、2021年）。
- 26 土井・前掲注25）267、269頁。
- 27 もっとも、本稿は土井の理解を踏まえて書かれたものではなく、次に述べるリンダールの具体的秩序論を応用したものまたは着想を得たものである。
- 28 本稿はHans Lindahl, *Fault Lines of Globalization*, Oxford University Press, 2013の趣旨の概要を紹介するものである。リンダールの法理論については、参照、近藤圭介「一人称複数における法・政策・政治」田中成明＝足立幸男（編）『政治における法と政策』（勁草書房、2023年）81頁以下、拙稿『【l'État / l'institution nationale】の制作・試論』法学政治学論究121号（2019年）41-43頁、拙稿「「国家の変動」という問題と〈差異と反復〉の位相—リンダール・オーリウ・タルドの可能性—」下関市立大学論集64巻2号（2020年）52-56頁。なお、訳語については近藤論文に準拠している。
- 29 法の世界を語るとき、「人」や「物」は常に「法的な人」や「法的な物」なのであるから、究極的には、法的存在でなければ「人／物」の区別すらないといえるかもしれない。
- 30 そのため、土井の著作自体は物との関係に絞っている

- が、人も含めて「法的地位を割り当てる行為」として行政行為を理解することは可能であると思われる。
- 31 愛媛県『愛媛県青少年保護条例の解説（令和5年4月）』1頁、<https://www.pref.ehime.jp/h20300/seisyounen/documents/0001.pdf>（2023年10月4日確認）。
- 32 しかし、青少年の閲読が建前上は自由である（制約されていない）のに、成年は閲読させたり販売したりすることが制約ないし禁じられるという理屈は私には不合理に映る。このような制度設計は、成年の制約のみで青少年を取り巻く環境が形成されるようになっており、その「健全な」環境は、成年が様々な規制を引き受けることで成立し、青少年自身の環境であるにもかかわらず青少年自身はその環境形成に直接の関係を持たない。それは成年たちの素晴らしいホスピタリティによって形成されている。しかし、それは果たして憲法学的に健全な制度設計なのであろうか。むしろ、成年側が青少年に対して有害なものの摂取を明確に禁止し、その禁止に対して青少年が争う、という関係の方が自己決定権という憲法上の権利の観点からも健全ではないだろうか。換言すれば、青少年条例の趣旨は「青少年は自由である（しかし成年が有害だと認めたものを排除した中で）」と言っているように聞こえるのであり、そうだとすれば青少年が自分自身の環境を形成する自由を否定しているのではないか。確かに、青少年の環境が健全なものであるべきだということ、「健全さ」を青少年のみに判断させることはその判断能力の未熟さからいって問題があること、だからこそ成年（によって構成された政府）が関与するということは理解できる。しかし、その環境において青少年はゲストではなくホストたるべきであり、青少年と成年とは共同ホストであるべきではないか。それは対等な関係だからこそ、青少年も成年と同様に自由を直接に制約され、青少年は成年による指定制度の創設や指定処分などの運用を直接に（成年に対する閲読させることの禁止や販売禁止を介することなく）争いうることであり、それによって成年が課した環境に異議を唱えることができるということを明確にすべきではないだろうか。それが青少年を「人」として扱うことなのではないだろうか。なお、2022年6月に成立し2023年4月に施行されたこども基本法は、こども（心身の発達の過程にある者）の意見の尊重を基本理念としている（同法3条3号、4号）が、「その年齢及び発達の程度に応じて」という留保が付されており、これをどこまで認めるかが、有害図書指定制度との関係でも問題となるだろう。
- 33 拙稿「「図書販売業者の・青少年に対する・有害指定図書の・販売」の自由とその禁止（上）―「有害指定図書」という商品の対面販売について―」下関市立大学論集67巻1号（2023年）17頁）。
- 34 河原峻一郎は春本の類を「思想の表現ではなく、人の五感に訴えるものであり、出版物よりもむしろ商品とみなすべきものである」として「出版の自由の問題とはならない」とするが（河原峻一郎「検閲と憲法問題―青少年保護条例に関連して」法時28巻1号（1956年）95頁）、本稿はそのような趣旨ではない。内容に関係なく、出版物は出版物であり、商行為の対象となっているのであればそれは同時に「商品」である。
- 35 ある物を商品化する自由は日本憲法学においては論じていないが、例えば、「奴隷的拘束」を受けないという憲法18条の規定は「人間（≠労働力）」の商品化の禁止とも解されうるだろう。また、「売血」や「売春」（ないしセックスワーク）、大麻などの薬物の問題も、それらの商品化の自由が憲法上認められるかどうかが第一に問題となる。
- 36 余談であるが、近年の「ビジネスと人権」についても、「人権の瑕疵ある商品」というようなかたちで商品の性質に着目した法理論によって理解ないし説明することも可能ではないかと思われる。
- 37 財産権行使の事例であるが、奈良県ため池条例事件（最判昭和38年6月26日刑集17巻5号521頁）についても、条例による「制約」を認めたと解するか、「財産権の埒外」ゆえにそもそも憲法上の権利性を否定していると解するかの見解の相違はありうる。このような財産内在的な制約の発現という視点は、損失補償の事例についても見られる（例えば、ガソリンの貯蔵タンクの移設について「それは道路工事の施行によつて警察規制に基づく損失がたまたま現実化するに至ったものにすぎず、このような損失は、道路法70条1項の定める補償の対象には属しない」とした最判昭和58年2月18日民集37巻1号59頁）。
- 38 このような場合でも「販売禁止」条項の（全部）法令違憲となるかは別問題である。（全部）法令違憲以外に考えられるのは、①そもそもそのような有害指定図書は販売が禁止される「有害指定図書」に含まれないと解釈する、②そのような有害指定図書の販売については「販売」に該当しないとする、③「販売禁止」条項の意味上の一部違憲・適用違憲・処分違憲といった処理をする、ということなどである。
- 39 この記述の背景については、参照、拙稿「《自由な経済活動に起因する弊害》と憲法22条1項」慶應法学41号（2018年）53頁以下、同「薬事法判決における流通システムの析出」下関市立大学論集64巻3号（2021年）1頁以下。
- 40 拙稿「「消費者」の二重性と国家」（憲法理論研究会編『憲法学のさらなる開拓』（敬文堂、2020年）197頁以下）は、消費者の重層性を指摘したものであるが、それとパラレルな発想である。
- 41 なお、本稿では小売市場判決（最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁）および薬事法判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）をはじめ

めとした諸判例を参照しつつ論じているが、両判決の解釈をはじめ、いかなる審査基準によって判断するかは議論の余地があり、本稿では踏み込まない。

- 42 また、現在は努力義務にとどまっている、店の外部から見えなくようにすることについても、青少年を有害指定図書市場の客として扱うことを問題とすれば、仮に強制的な義務だとしても正当化される可能性はある。
- 43 ここに両秩序の重層性が表れている。つまり、物理的には「有害指定図書を店舗内に陳列する」という1つの行為ではあるが、有害指定図書市場秩序においては商品流通の一要素としての「販売」であり、青少年保

護秩序においては「閲覧させること」なのである。この重層性を意識することなくどちらか一方の観点のみから（そして従来の憲法学はえてして後者の観点からののだが）評価するのは不当である。

- 44 「流通秩序」という別個のものを想定してみたものとして、拙稿「薬事法判決における流通システムの析出」下関市立大学論集 64 巻 3 号（2021 年）1 頁以下。

#### 謝辞

本研究は JSPS 科研費 JP21KO1131 の助成を受けたものです。