

児童ポルノとわいせつ規制に関する若干の憲法学的考察

辻 雄一郎

はじめに

二〇〇三年にアメリカ連邦議会は、インターネット上の児童ポルノの配布について連邦法を制定したが、二〇〇八年に連邦最高裁は本法に合憲判断を下した。本法は、モデルとなる子どもが現実には存在しない疑似的なコンピュータグラフィックを用いた児童ポルノのインターネット上での仲介行為を刑事上の犯罪と規定している。

しかし、二〇〇八年判決以前に、連邦議会は一九九〇年にインターネット上の児童ポルノを規制する法律を既に制定しており、二〇〇二年に本法は文面無効の判断を受けていた。連邦議会と連邦裁判所はどのように保護されるべき言論と保護されない言論の境界を定めようとしているのか？二〇〇八年判決と二〇〇二年判決をどのように整理するべきだろうか？

アメリカのわいせつ概念は二百年前のイギリスコモンローを起源としている。二百年前に確立されたわいせつ概

念は、現代でも利用可能だろうか？ インターネットによってわいせつなコンテンツが流通することを起草者たちは予想していたとは考えられない。ネットに氾濫するわいせつなコンテンツを見れば、起草者たちは卒倒してしまうかもしれない。わいせつに関する法律は立法院に置いて制定され、行政府によって刑事訴追される。問題となる作品のわいせつ物の該当性は、司法院の判断にゆだねられる。時代が変わっても法律の文言は立法者によって固定されており、現代でもなお連邦憲法起草者の意図を忠実に反映させて、法律の文言を解釈すべきだろうか？ それとも憲法を起草者の理解にとらわれることなく、社会の変化に応じて、現代に生きる人たちの感覚を法解釈に反映させることが許されるだろうか？

ネットの登場によって、高速に、安価で、国境を越えて情報を多数の者に発信することが可能になった。情報発信の手段は多様化し、通信と放送の融合が政府によって意識されるようになった。進化し続ける通信媒体に法律は常に後追いつている。明らかに文言に反する解釈は当然認められない。このような法律の後追いつをどこまで法解釈で追認できるだろうか？

現在、ネット上の児童ポルノ配信について、子どもの虐待防止という視点から統制すべきだという点に一致は見られても、その目的の達成手段には争いがある。コンピュータで作成された児童ポルノを仲介する行為について刑事制裁を科す法律を議会で新たに制定すべきだろうか？ その際に、明確性の問題はクリアできるだろうか？ それとも従来の判決や法律の解釈や修正で十分足りるだろうか？ このようなアメリカにおける児童ポルノをめぐる議論は、日本でも参考になるだろう。佐藤幸治は、憲法の物語性（ナラティブ）を提唱する⁽¹⁾。法律の起草期から今を生きる現代までの物語を記述することが憲法学者の使命であるという。法律学者の使命は、立法者の制定する法律、裁判官が下す判決と一般国民との間に存在する奈落を埋めることにある。

一章 児童ポルノ規制に関する一九六〇—八〇年代の問題

1. 児童ポルノの自己所持規制の合憲性に係る議論

本稿では、なぜネット上のわいせつに関係する素材が憲法上の保護を与えられたり、場合によっては規制が容認されたりするのか？をアメリカ法を中心に検討する。この問いに解答を与える際、従来のわいせつ物に関する表現の自由理論は放棄を迫られるだろうか？それとも従来の法律解釈で足りるのか、という争点を与えられる。この争点を解決するにあたって、二〇〇八年の連邦最高裁判決は参考になる。しかし二〇〇八年判決は単独で存在するわけではない。一九八二年のファーヴァー判決、そして、二〇〇二年判決を考察することで初めて二〇〇八年連邦法の合憲判断を検討する資格を得る。

児童ポルノグラフィ（以下、ポルノ）とは、未成年者の性行為を撮影あるいは録画した素材をいう。対象者となる未成年者の年齢は、それぞれの個別の連邦法あるいは州法上の基準があり、「性行為」の定義も州によって異なる。また、児童ポルノは、通常のわいせつ議論と異なる争点も提示している⁽²⁾。

児童ポルノに関する連邦最高裁の著名な判断は一九八二年のファーヴァー判決⁽³⁾で示された。本件では、児童ポルノを禁止するニューヨーク州法⁽⁴⁾が問題となった。州法は、故意に、一六歳以下の子どもの性的行為を描写する素材を、作成、促進、展示、売却する行為を刑事上の犯罪として禁止している。ここにいう「性的行為」とは、現実のあるいは擬似的な性的交渉、異常な性的交渉、知性の欠けた性的交渉、自慰行為、サドマゾ的行為、生殖器の淫らな展示と定義される。

本件では、二人の少年の自慰行為を映したフィルムを覆面捜査官に販売しようとした行為者に対してニューヨー

ク州最高裁にて有罪判決が下された。⁽⁵⁾ 第二審は、有罪判決を維持したが、ニューヨーク州控訴審裁判所は、州法を連邦憲法第一修正に違反し無効であると判断した。⁽⁶⁾

連邦最高裁は、原判決を破棄して、有罪判決を支持した。ホワイトが法廷意見を執筆し、バーガー、パウエル、レーンキスト、オコナーが同調した。法廷意見によれば、少年の肉体的、心理的健康を保護する州の利益は、やむにやまれぬものであり、ポルノの対象に子どもを利用することは、対象とされる少年の心理、感情、精神的健康を害する。少年を利用したポルノはいったん流通されると永久的に利用され、ポルノ市場に流布される。有罪判決を受けたファーヴァー氏は、過少包摂あるいは広範ゆえに無効であつて、文面無効と適用違憲を主張したが受け入れられなかった。⁽⁷⁾

それぞれの裁判官はどのように述べているだろうか？それぞれの裁判官の意見を参考に、わいせつに関する議論を批判的に検討する。例えば、オコナーは、法廷意見に参加し、同意意見を述べた。オコナーによれば、真剣な文学的価値が認められても児童ポルノを禁止できるか、ということを経廷意見は検討していない。州法から真剣な文学的、科学的、教育的素材を文面上、例外扱いする必要はないという。もし文学作品を排除するというような例外規定を置く場合、内容規制に該当するし、本件では、ニューヨーク州法は文面上、過度に広範とはいえないと述べたに過ぎない。⁽⁸⁾

ブレナンは同意意見を述べ、マーシャルが同調した。未成年者に対する害悪が存在しない場合、州は、性的志向を有する素材を禁止する権限を有しない。真剣な文学的価値が認められる作品に州法を適用することは違憲の疑いがある。⁽⁹⁾ ステイーンズは判決に同意した。ステイーンズによれば、本件について合憲的に適用されるのだから、広範性ゆえに無効の議論を法廷意見は扱うべきではなかった。

ファーヴァー判決は二〇〇二年及び二〇〇八年判決の下敷きになっている。ファーヴァー判決を現在、どのように批判的に評価すべきだろうか？

本件のニューヨーク州法は、文面上、わいせつ該当性についての証拠を必要としていない。この判決では、連邦最高裁は積極的に児童ポルノの範囲を確定したわけではない。オコナーは、真剣な文学的価値を有していても「児童ポルノ」として禁止される可能性を指摘している。わいせつ性と真剣な文学的作品としての価値が両立する場合もあることを示している点で他の裁判官とは異なる。

ファーヴァー判決は、他州で児童ポルノが作成された場合でもニューヨーク州法が適用され、児童ポルノの自己所持について禁止することを認めている。判決によれば、児童ポルノ規制は、わいせつの要件を示したミラー判決（後章で検討する）の基準を満たす必要はないという。ファーヴァー判決にさかのぼること一三年前、一九六九年のスタンリー判決ではわいせつ物の自己所持を州が禁止することはできなかった。ジョージア州法¹⁰は個人所持を禁止する州法を制定していたが、プライバシーを侵害するという理由で連邦最高裁によって違憲無効と判断された。本件では、ジョージア州法¹¹によって、捜索令状に基づきスタンリー氏の自宅寝室の机の引き出しからわいせつ物の証拠が押収された事例である。この証拠に基づき、スタンリー氏は有罪判決を受けた。マーシャル執筆の法廷意見は、ジョージア州法を文面無効であると判断した。

本章では、児童ポルノは通常のわいせつ物とは異なるアプローチがとられていたこと、個別の裁判官に衝突が存在していたことが理解できる。憲法上、わいせつ物の自己所持規制は許されないが、児童ポルノの自己所持規制は許される¹²。次に、このファーヴァー判決が一九九〇年末から、どのような先例としての意味を持つように至るのか、を検討する。

二章 コンピュータ擬似ポルノの問題

1. 二〇〇二年判決と一九八二年判決の整合性

一九八二年のファーヴァー判決は、児童ポルノを規制する目的が子どもの虐待を防止して、子どもを保護することであると示した。児童の性的虐待が、子どもの精神的滋養に悪い影響を与え、性的搾取につながるという。ファーヴァー判決以前に、連邦議会は連邦法である「一九七七年児童の性的虐待禁止法 (The Protection of Children Against Sexual Exploitation Act of 1977)」¹³⁾を用意していたが、禁止される行為は、商業目的の児童ポルノに限定されていた。この七七年法の特徴は、問題となる素材が州を越えて流通する場合に刑事処罰されることである。本法は、連邦憲法一編八条三項の州際通商条項を根拠にしている。初犯には最高十年、一万ドルの罰金が科せられる。再犯には最高十五年、一万五千ドルの罰金が科せられる。

一九八二年のファーヴァー判決以降、連邦議会は一九八四年にわいせつ及び商業目的の文言を削除した。¹⁴⁾七七年法は、児童の性的虐待の防止を目的にしていたが、児童ポルノ禁止の対象年齢を十六歳とし、売春禁止年齢を十八歳としていた。新法は、年齢を一律にした。制裁規定も、初犯は、一万から十万ドルの罰金、再犯は、一万五千ドルから二十万ドルとした。児童ポルノの大量頒布を行う企業に向けて、組織的な利用に対しては最高二十五万ドルの罰金が科せられるようになった。当時、スタンリー判決に従い、児童ポルノに該当しないわいせつ物の自己所持は権利として認められることになるが、幾つかの州では児童ポルノの所持及び鑑賞を禁止していた。たとえば一九九〇年にオズボーン判決¹⁵⁾は、子どもを搾取する児童ポルノの所持及び鑑賞を禁止するオハイオ州法が問題となった。連邦最高裁は、州法の合憲性を支持した。連邦最高裁によれば、未成年者を保護するという州のやむにやまれぬ利

益が存在し、州法の文言も過度に広範であるとはいえないという。本判決は、オハイオ州法の文言を限定的に解釈した。未成年者の裸体であつてもそれが性的関心を刺激する場合だけが訴追の対象となるという。⁽¹⁶⁾ 本判決以降、連邦議会は、「一九九〇年子どもを保護する回復及び罰則向上法 (The Child Protection Restoration and Penalties Enhancement Act of 1990)」を制定した。⁽¹⁷⁾ 九十年法は、児童ポルノを視覚的に描写した素材を販売する行為を処罰する。児童ポルノを掲載した三冊以上の書籍、雑誌、週刊誌、フィルム、ビデオテープを所持する行為は連邦法上の犯罪となる。

この連邦議会の立法活動には、一九九〇年代にインターネットが一般の家庭にも普及し、ネットを通じた情報発信が社会上問題視されるようになった背景がある。また、児童ポルノが数百万ドルを生み出す産業として発達したため、連邦政府は、州際通商条項を利用して、利益を生む産業として発達した児童ポルノ産業を取り締まろうと意図した。表現の自由ではなく、州際通商の問題となる「取引」といつてしまえば、規制根拠を容易に連邦政府は手に入れることになる。一九八〇年代のファーヴァー判決やオズボーン判決が将来に残した問題は、コンピュータグラフィックを利用した児童ポルノを規制することは許されるか、という点である。ファーヴァー判決と異なり、子どももの性的活動を撮影したり、録画したりする行為を伴わず、想像やコンピュータグラフィックでモデルを使わずに性的活動を描写するだけの場合、性的に搾取される子どもは実在しない。

二〇〇二年判決 (アシュクロフトリースピーチ判決)⁽¹⁸⁾ は、この争点を審理した判決である。「一九九六年児童ポルノ禁止法 (The Child Pornography Prevention Act of 1996) 通称CPAと呼ばれる」⁽¹⁹⁾ は、十八歳以下の者を利用した「児童ポルノ」を禁止する。本法で禁止される2256(8)は次のように規定する。

「児童ポルノ」とは、視覚的描写であつて、写真、映画、ビデオ、絵、コンピュータで作成されたイメージや写

真を指し、電子あるいは機械他の手段によって性的に明白な行為を含むものをいう。

(A) 性的に明白な行為に未成年者が従事している様子を視覚的に描写しているもの。

(B) (二〇〇二年違憲判決前) 視覚的描写で、写真、映画、ビデオ、絵、コンピュータあるいはコンピュータで作成された、未成年者が性的行為に従事しているらしくみえるイメージあるいは絵をいう。視覚的描写とは、作成方法を問わず、あらゆる描写を含む。

(二〇〇二年違憲判決後の連邦議会による修正) 視覚的描写がデジタルイメージ、コンピュータイメージ、あるいはコンピュータで作成されたイメージであつて、未成年者が明白に性的行為に従事しているイメージと判別不能なもの。あるいは、

(C) 視覚的描写が、識別できる未成年者が性的に明白な行為に従事しているように作成、編集、修正されたもの。

(D) (二〇〇二年判決以降削除) 視覚的描写が児童ポルノであるという印象を与える方法で広告、促進、提示、記述、配布するものをいう。

児童ポルノの素材の所持及び配布が禁止される規定として2252A(a)が用意されている。²⁰ 以上の規定のうち、2256(8)(B) (児童ポルノの定義規定のうちコンピュータで作成された要件)と2256(8)(D) (疑似ポルノ配布規定のうち実在の性的行為らしく見える規定) が本件で問題となった。

条文を見れば、2256(8)(B)は、写真、映画、ビデオ、絵、コンピュータで作成したイメージで、視覚的に描写された未成年者の性的行為を指すことが理解できる。²¹ 2256(8)(D) (疑似ポルノ配布規定) は、児童ポルノを、未成年者が性的行為を行っているという印象を与える方法 (conveys the impression) で、当該イメージを広告、促進、展示、描写、配布する行為を規定している。²² もし違反した場合、2252(b)(1) (違反者に対する制裁規定) に

従い、初犯で最高一五年の懲役になる。再犯の場合、五年から三十年の懲役刑を科せられる。

抗弁として、素材が成年者を対象にしており、素材が現実の児童を描写している印象を与えないまま伝達されるものが用意されている。⁽²³⁾ 本法に対して成年映画協会、ヌーディスト擁護団体などが本法に対して宣言的及び暫定的インジャンクションをカリフォルニア州北部地区地方裁判所に求めた。地裁は、本法に合憲判断を下した。⁽²⁴⁾ しかし、第九巡回裁判所は、一九九四年、本法に対して違憲無効の判断を下していた。⁽²⁵⁾

ケネディ裁判官が法廷意見を執筆し、ステイーブンズ、スーター、ギンズバーク、ブレイヤーが同調した。⁽²⁶⁾ 法廷意見は、擬似児童ポルノを禁止する諸規定のうち、定義に関する規定^{(2)(3)(6)(8)(B)}及び擬似児童ポルノ規定^{(2)(3)(6)(8)(D)}に対して違憲無効の判断を下した。両規定は過度に広範ゆえに無効である。擬似児童ポルノ（児童ポルノらしく見える）規定は、現実の児童ポルノと異なり、児童の性的虐待と関連性がない。擬似イメージと現実の児童虐待の関連性は間接的に過ぎない。配布に何ら介在しない場合であっても処罰される可能性がある。本法の児童ポルノに含まれる可能性のある作品の中には、重要な文学的、芸術的価値を有する素材も存在するかもしれない。児童ポルノを政府が禁止する場合、小児性愛者が子どもを誘惑したり、児童を誘惑して違法行為に従事させたりするきっかけを与えるという連邦議会の判断をかりに支持できても、本法の文言は十分に正当化できていない。保護された言論も規制の対象にしている。抗弁も合憲性を支えるほどに十分ではない。

2. 二〇〇二年判決に対する批判的評価

本判決をどのように批判的に評価できるだろうか？

一九八二年のファーヴァー判決は、どのように児童ポルノが作成されたか、が争点だったが、この二〇〇二年判

決では、問題となる素材がどのように作成され、そして伝達されたか、も争点として浮上した。本件では、作成方法を問わず受領者はすべて本法で訴追されることになることが問題視された。もともと本判決後も、違憲判断を受けた本規定によって訴追されなくても他の要件(A)や(B)によって訴追される場合もある。

トーマスは、判決に一部同意し、次の点を強調した。²⁷⁾もし技術が進歩すれば、実在と疑似の区別がつかなくなり、政府は実在の児童ポルノ禁止法すら執行することができなくなるのかもしれない。なぜなら政府は、特定のポルノイメージに実在の児童が含まれているかどうか、を立証できないからである。トーマスは、政府は疑似児童ポルノについて、抗弁を慎重に設定して、規制対象を限定すれば規制できるのかもしれないと述べている。

レーンキストは反対意見を執筆している。連邦議会は、実在の児童ポルノを禁止するという、やむにやまれぬ利益を有している。急速に進歩する技術によって、児童ポルノを禁止する法律を議会が制定することが将来、不可能になるかもしれないという議会の判断を裁判所は尊重しなければならない。連邦議会は、実在の子どもの明白に性的な行為の視覚的描写、コンピュータグラフィックによって現実と疑似の区別がつかないイメージとして区別すべきであったがしなかった。²⁸⁾

オコナー裁判官の一部同意一部反対意見は、2256(8)(D)の「実在の児童ポルノらしく見える」規定について法廷意見の判断を支持する。²⁹⁾しかし、「コンピュータで作成された」に関する2256(8)(B)について法廷意見は妥当でなかったという。本件の規定は、二つの素材を含んでいる。対象が未成年者に見えるが成年者である場合と完全にコンピュータで作成された素材である。未成年者に見える成年者を利用した素材に適用する限りは違憲である。コンピュータで完全に作成された疑似ポルノについて違憲判断を下すには証拠が不十分である以上、合憲である。この点についてレーンキストとスカリアが同調している。

二〇〇二年にアシックロフトフリースピーチ判決を受けて、連邦議会は新たな法律を制定した。「二〇〇三年現代の子どもの搾取を終わらせるための訴追による救済及び他の方策に関する法律 (Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act of 2003, 略称PROTECT Act)以下二〇〇三年法」と表記する」と一九九六年法との大きな違いは、主観的要件と客観的要件が2252と2256に追加されたことである。

二〇〇三年法§2252A(a)(3)(B) (受領者に信じさせる態様で、それを知りながら実行する規定) は、他者に、それが児童ポルノであると信じさせるような態様 (in a manner that reflects the belief) で問題となる素材を知りながら広告、促進、提示、配布、勧誘、要求する行為 (以下、仲介行為) を禁止する。

定義に関する2256(3)(A)は、「性的に明白な行為」として、現実あるいは疑似的な性的交渉、猥褻、自慰、サドマゾによる虐待、公的な場所における淫らな展示を示している。⁽³⁰⁾ 本法で対象となる児童ポルノは、実在する未成年者と判別不能なイメージを含む。連邦議会によれば、通常の人が見て、未成年者が性的に明白な行為を現実に実行していると感ずる描写を指すという。そして、2256(1) (未成年者の疑似ポルノと実在ポルノの区別不可能性の説明規定) によれば、通常の人が見て、未成年者が性的に明白な行為に従事しているかどうか、を判断する。成年者あるいは未成年者を描いたデッサン、マンガ、彫刻、絵画は本法の対象とならない。⁽³¹⁾ 本法に違反する行為は、五年から最高二〇年の懲役刑を科せられる。⁽³²⁾

三章 二〇〇八年ウィリアム判決に対する批判的考察

1. ウィリアム判決に対する批判的考察

本件は二〇〇二年判決を破棄した判決ではないのか?として当初、驚きを持って受け入れられた。⁽³³⁾ 本件の訴訟がどのような経緯を辿ったのか、を概括する。

マイケル・ウィリアム氏はネット上のチャットルームに、覆面捜査中の連邦捜査官とのチャットの間に見るポルノのイメージを七つ投稿した。問題となったイメージはウィリアム氏の四歳になる娘の写真である。チャット中に彼は、ハイパーリンクを相手に与え、リンク先は、ウィリアム氏の自宅のコンピュータのハードドライブに接続されていた。連邦捜査官は、ウィリアム氏の家宅を搜索し、二つのコンピュータハードドライブと二十二のイメージを押収した。彼は二〇〇三年保護法に従い、児童ポルノの仲介行為で訴追され、二〇〇四年に有罪判決を下された。⁽³⁴⁾ 二〇〇六年に第十一巡回裁判所は、過度に広範そして漠然性ゆえに無効であると判断した。⁽³⁵⁾

スカリア執筆の法廷意見に、ロバーツ、ステイブンズ、ケネディ、トーマス、ブレイヤー、アリトーが参加した。法廷意見によれば、本法は合憲である。⁽³⁶⁾

252A(a)(3)(B) (受領者に信じさせる態様で、それを知らずながら仲介する行為) は過度に広範ゆえに無効とはいえない。もし本規定が保護された言論を実質的に禁止している場合、文面無効である。252A(a)(3)(B)は児童ポルノを提供、要求する行為を一般的に禁止している。法廷意見によれば、本規定は、幾つかの特徴を持っている。

第一に、児童ポルノを他者と交換することを勧める、あるいはそれに伴う言論に刑事制裁を科している。

第二に、「意図を実行する方法 (in a manner that reflects the belief)」規定は、行為者は現実に当該素材が問題

となる児童ポルノであるという意図 (belief) を有していなければならない。この主観的要件に加えて、客観的要件として、行為者は、その意図を実現する言明や行為を実行しなければならない。⁽³⁷⁾

第三に、「児童ポルノである」と他者に信じさせる態様 (in a manner... that is intended to cause another to believe) の文言は、主観的要件として用意されている。問題となる素材を受け取った視聴者がその素材を児童ポルノであると信じるだろうという行為者の意図が存在しなければならぬ。換言すると本規定は、主観的要件と客観的要件が用意されており、行為者は、他者に素材が児童ポルノであると信じさせる意図を有しなければ処罰されず、また、他者にもその信念を生むような態様で、広告、促進、提示、配布あるいは勧誘を行わなければ処罰されない。主観的要件を用意している目的犯である。また、本法の定義する「性的に明白な行為」の明確性は、ファーヴァー判決によって支持される。

このように解釈すれば、本法は憲法上保護された言論行為を実質的に侵害していない。違法取引に従事させる教唆行為は第一修正の保護の範疇から排除される。第十一巡回裁判所は、この違法行為を商業取引に限定している点で判断を誤っている。受領及び提供は、問題となる素材が社会的価値を欠く違法な素材であるならば、これを禁止しても憲法上の争点は生じない。一九九六年法は、禁止してはならない素材の所有も禁止したため、違憲判断を受けた。

252A(a)(3)(B)は、次の理由からも不明確ゆえに無効であるとはいえない。法の文言が不明確であれば、通常の知性を備えた個人に対して、禁止される行為について公正な通知を欠き、深刻で差別的な法執行をまねく。しかし、本法は不明確ではなく、単なる事実判断を求めている。本法の要件を満たしているかどうかは、陪審の個別具体的な判断に委ねられるかもしれないが、行為者の実行為である言明と意図という要件が法文に用意されている。

本法の禁止する文言中の広告、促進、提示、配布、勧誘は、他の法律に規定される準備行為同様、合憲的に解釈できる。児童ポルノがコンピュータグラフィックで作成されていても児童ポルノを提供及び要求する行為は禁止される。

本法では、わいせつあるいは現実の児童ポルノの仲介行為は禁止されるが、わいせつに該当しない素材、疑似児童ポルノは訴追されない。技術の発展によって両者の区別は不明瞭になるかもしれないが、現在のところはまだ区別可能である。

2. 二〇〇二年判決とウィリアム判決の整合性

二〇〇八年判決をどのように二〇〇二年判決と結びつけて分析すべきだろうか？ 個々の裁判官の意見を参考として検討する。

ステイブンズ同意意見にブレイヤーが同調している。⁽³⁸⁾ ステイブンズは、文面上合憲であるという法廷意見の結論に同意するが、その根拠を支持しない。ステイブンズによれば、第一に、どのような議会制定法であっても、違憲性の疑いを回避する形で文言を解釈しなければならない。第二に、文言が不明確な場合は、起草者の意図を確定することで不明確性を補完できる。本法は、合理的な判断能力を有する個人によって判断したり、起草者の意図を探ったりすることによって確定することが可能である。

ステイブンとブレイヤーは、憲法起草者の意図が固定化され、変動せず、現代であつても、起草者の意図に従うべきであるというスカリア独自の解釈を表明したのかもしれないが、反対意見を構成するまでには至らなかった。⁽³⁹⁾ 本件では連邦議会が二〇〇二年判決の後に、新たな文言を用意したという背景が存在しているのかもしれない。

ない。

スーター反対意見にギンズバーグが同調している⁽⁴⁰⁾。スーターによれば、擬似の児童ポルノは保護された言論であり、本法がイメージの提供あるいは勧誘を行う者がどのような意図を持っていたかどうかという条件で刑事的制裁を科すことは許されないと考える。受領者がイメージについて抱く主観的な印象とは無関係に刑事制裁を科すことはできない。法廷意見はファーヴァー判決とフリースビーチ判決の理由づけを誤って理解しているという⁽⁴¹⁾。

二〇〇二年判決以降、連邦最高裁の構成が大きく変わった点も指摘できる。レーンキストが亡くなり、ロバートが引き継ぎ、オコナーからアリトーに変更した。ステイーブンズ、ブレイヤーとケネディが二〇〇二年判決から二〇〇八年判決で違憲から合憲にシフトしている。スーターとギンズバーグは、二〇〇二年判決からその態度は変化していない。

二〇〇二年判決のトーマス、オコナー、レーンキストの主張を反映して連邦議会は本法を修正したように思われる。二〇〇二年判決で、彼らは、連邦議会が慎重に要件を設定すれば、合憲性をクリアできるかもしれないと述べたが、現在の児童ポルノと疑似ポルノの区別が不可能になる時期がいつになるのか、という判断を将来に留保していた。二〇〇八年判決で合憲判断が下されたのは、ブレイヤーとケネディが二〇〇二年判決から合憲側にシフトしたことが大きいかもしれない。

四章 二〇〇〇年前後で並行する問題 一九九七年の下品な表現事件

1. 一九九七年判決に対する連邦最高裁の姿勢

二〇〇二年判決と二〇〇八年判決は、文面無効の判断を受けた後の連邦議会の努力を好意的に評価しているのかもしれない。次に、児童ポルノと同時に並行して連邦最高裁が直面したインターネット上の「下品な」表現を禁止する連邦法に関する判決を検討する。こちらは、連邦議会の努力を連邦最高裁が認めなかった事例として位置づけられるかもしれない。

一九九七年判決は、インターネットを憲法上、どのメディアに位置づけるか、という問題を扱った⁽⁴²⁾。一九九七年判決は、インターネットについて「相互に接続されたコンピュータの国際ネットワーク」であり、新聞・雑誌同様、厳格審査が適用されると判断した。連邦議会は、一九九六年通信品位法 (The Communications Decency Act of 1996; 通称CDA) を制定した。本法で問題となったのは二つの規定である。223(a)(1)(B)(ii)と223(d)によれば、下品・過度に攻撃的なコンテンツを受信者が一八歳未満であることを知りながら伝送・展示した者は罰せられる⁽⁴³⁾。本違反に対する抗弁は、未成年者が禁止されるコンテンツに触れることのないよう、アクセスを認証システムを利用して誠意を持って (with good faith) 制限することである。

ペンシルバニア州東部地裁は、インジャンクションを認め、連邦最高裁も支持した。東部地裁は、223(d)で示された「文脈において」「過度に攻撃的な」規定によって刑事制裁を課しては、保護される言論の話を萎縮させるとい⁽⁴⁴⁾う。

多数意見を執筆したステーブンスは、一九九六年通信品位法が内容規制であり、厳格審査を適用するが、政府

はLRAの立証で失敗しているという。⁽⁴⁵⁾ スティーブンズは議会の提出した証拠では制定法を支持する証拠が足りず、立法を十分に審議すれば規制範囲を狭く画定できたはずと判断した。彼によれば、芸術的、教育的価値のあるコンテンツという例外を設ける、両親のコントロールによって子どもを下品な素材に触れないようにする、商業的サイトだけを刑事罰の対象にするといった方法に関して、議会の議論が不十分であった。「(以上のような) 九六年通信品位法の特異な問題を扱う議会の詳細な事実認定や公聴会すら欠けているという点から、政府が主張するように本法が狭く設定されているとはいえない。」⁽⁴⁶⁾

次に、インターネットと地上波放送の差異が問題となる。インターネットに稀少性は存在しないので、レッドライオン判決は適用されない。⁽⁴⁷⁾ 「それぞれの表現メディアは特有の問題を提示するかもしれないことを我々は確認してきた。ゆえに我々の先例の幾つかは、放送メディアに対する規制について他の話者に適用されないような特別な正当化根拠を認めてきた。」⁽⁴⁸⁾ しかし、サイバーペースにはこういった事情も存在しない。⁽⁴⁹⁾ また、ケーブルテレビに関する連邦法を扱ったデンバー判決は、家庭への侵入性が指摘されたが、本判決では、侵入性は否定された。⁽⁵⁰⁾ テレビやラジオ同様の侵入性がインターネットには存在せず、情報受信にも積極的な一連の操作が必要である以上、下品なコンテンツに出会う可能性が低いと判断した。

2. 二〇〇四年「子どもをオンラインから保護する法律」に関する判決について

一九九七年の通信品位法違憲判決において、連邦最高裁は地上波放送とインターネットを区別し、稀少性の問題と侵入性の問題を扱った。そして、連邦議会の立法過程を慎重に考察した。この反省を踏まえて連邦議会は、ウェブ上の下品なコンテンツに子どもが触れることを制限する新立法を制定した。一九九六年通信品位法の規制範囲を

狭く設定しようとした「子どもをオンラインから守る法」(The Child Online Protection Act、通称COPA)の規定⁽⁵¹⁾は、商業目的の全てのサイトにおいて未成年者に有害なコンテンツを受信者が未成年者であることを知りながら送信した者を罰していた。この有害なコンテンツはコミュニケーション、写真、イメージ、グラフィックイメー、録音、印刷物によって伝達される。有害であるかどうかは、平均的な成人がコミュニケーションの基準に従って、コンテンツを全体として判断し、未成年者にとって性的興味を刺激するものであり、未成年者にとって過度に下品で攻撃的な方法によって描写、記述、表示された、実際または擬似的な性的行為や接触、通常・異常な性的行為や接触、または生殖器や年頃の女性の胸部のわいせつな展示をいう。これらは全体として、真剣な文学的、政治的、あるいは科学的価値を欠くかどうか、で判断される。

二〇〇〇年、第三巡回裁判所は、本法に対する暫定的インジャンクションを認めた地裁の判断を支持した。巡回裁判所によれば、未成年者にとって有害かどうかをミラー判決に従い、コミュニケーションの基準で判断することはもつとも厳格な地域での基準を満たす必要があつて認められない⁽⁵²⁾。この判断についてサーシオレイが与えられた。

二〇〇二年、連邦最高裁は第三巡回裁判所の判断を破棄し、「子どもをオンラインから守る法」の規定のうち未成年者に有害であるかをコミュニティで判断するべきか、についての判断を差戻した⁽⁵³⁾。

判決を執筆したトーマスによれば、「子どもをオンラインから守る法」は一九九六年通信品位法の処罰範囲を限定するために連邦議会は立法上の議論を行った。未成年者への有害性の判断が、各地域のコミュニティを基準にするからといって、「子どもをオンラインから守る法」の規定を過度に広範であるということとはできない。その他の争点については判断していない⁽⁵⁴⁾。

この争点について二〇〇三年、差戻し審において、第三巡回裁判所は「子どもをオンラインから守る法」につい

て地裁が暫定的インジャンクションを与えた点について、本法の本案審理において必要とされる厳格審査をクリアできない以上、インジャンクションを与えた地裁の裁量権に問題は無いと判断した⁽⁵⁵⁾。未成年者に有害なコンテンツを触れさせないという立法目的を達成する手段として、商業サイトに限定すること、コミュニティの基準によって有害性を判断する手段は合憲性を支えるのに不十分である。本法の対象となる者は、訴追を恐れてもっとも厳しいコミュニティの基準に合わせるに至るだろう⁽⁵⁶⁾。

この争点について再度、サーシオレーライが与えられた。二〇〇四年判決（コミュニティ判決）⁽⁵⁷⁾では、ケネデイが法廷意見を執筆した。ケネデイは、インジャンクションを支持した巡回裁判所の判断を受け入れた。もしインジャンクションを破棄してしまえば、保護されるべき言論が刑事訴追を恐れて萎縮してしまう。法廷意見は、本件を審理する間に「子どもをオンラインから守る法」よりも制限的でない方法が二つも登場したことを連邦議会が確認したという。ひとつは、紛らわしいドメインネームを禁止する。もうひとつは子どものためのサイトを設定するという方法である。また、フィルタリングが「子どもをオンラインから守る法」より優れているという点は連邦議会の各委員会によって確認されていた⁽⁵⁸⁾。法廷意見は、「子どもをオンラインから守る法」が九六年通信品位法を反省して考案された法律であったことを認めたが、連邦議会の提出する証拠は現在のインターネット技術に適合しておらず、地裁の認めた判断の方が望ましいと判断した⁽⁵⁹⁾。

これらをどのように整理すべきだろうか。連邦最高裁は、言論の自由を侵害しない形での、未成年者を保護するための技術の利用可能性を連邦議会とは別個に検討した。インターネットでは議会制定法よりも保護者の用いるフィルタリングや、子どものためのサイトを作るといった手段によって未成年者を保護するという立法目的が達成できると判断している⁽⁶⁰⁾。

3. 二〇〇八年ウィリアム判決以降の下級裁判決の動向

二〇〇八年のウィリアム判決後も児童ポルノに関する訴訟が巡回裁判所レベルで問題となっている。ウィリアム判決は、チャット上の行為が問題となったが、その後、例えば、Eメールを通じた送信行為が争点となっている。⁽⁶¹⁾ 本件では、ホーレイ氏 (Dwight Whorley) が、受信に同意した成年に対して個人的な幻想物語をEメールで送信した。本行為のうち、問題となったEメールには、文章だけで、イメージは含まれていない。児童相互の性的行為を読者が想像できるような文章が描写されている。文章それ自体と児童の搾取とは直接的な関連性はない。第四巡回裁判所によれば、ミラー判決に従い、文章それ自体も本法に抵触する可能性がある。第四巡回裁判所は、二〇〇九年六月に、エンバンクの申立てを却下している。

また、バージニア州では、未成年者が性的行為に従事している二十のわいせつな日本のアニメーションを送受信している行為が、連邦法の1462A(a)(1)及び2252(a)(2) (所持、仲介、目的犯規定) に抵触していることを理由に同じくホーレイ氏が有罪判決を受けた。⁽⁶²⁾ 第四巡回裁判所によれば、1462A(a)(1)の規定は、単なる所持ではなく仲介行為を禁止している。巡回裁判所によれば「受信」自体は、わいせつと異なり統一的に理解されることが可能である。文面無効の申立ては却下された。今後の行方を見守る必要がある。

五章 アメリカのわいせつ概念

1. イギリス法の継受に対する批判的考察

一九九七年通信品位法に関する諸判決や二〇〇八年ウィリアム判決を見れば、連邦最高裁は、最初に法律の文言

に着目して文面審査する。次に、提出された証拠をもとに、連邦議会の立法努力を別個に検討する場合がある。場合によっては議会の提出する証拠をもとに好意的に判断する場合もあるが、連邦議会の判断に合憲性を盲目的に推定せずに、委員会での議論を参考にして、独立して判断していることが理解できる。

建国期の当初、立法者たちは、わいせつ規制をどのように評価し、どのような規制を用意してきたのだろうか？本章では、一九九七年通信品位法違憲判決以前のわいせつ規制をめぐる主要な連邦最高裁判決を検討することで、時間を経るにつれてわいせつをめぐる議論が憲法起草者の予想をはるかに超えている点、ウォーレンとバーガーコートの裁判官の個別意見が形を変えて、一九九七年通信品位法判決前後の連邦最高裁の判決に受け継がれることも示していく。

アメリカのわいせつ規制はイギリス法を起源としている。当初、アメリカの裁判所はイギリスコモンローで形成された基準を採用した。イギリスでは、一八五七年法⁽⁶³⁾によってわいせつ物が規制されていた。一八六八年にイギリスの裁判所では、わいせつ素材をどのように統制するか、という問題を扱った⁽⁶⁴⁾。本件では、ヘンリー・スコットの執筆した「The Confessional Unmasked」というパンフレットが問題となった。ヘンリー・スコットは、工業関係の商人であって、商売を職業とする業界に親和的なプロテスタントを擁護しようとしていた。彼は、ローマ・カトリック教会が墮落したことをパンフレットの中で批判していた。彼の作品二五二部は、裁判所によって差し押さえられ、破棄命令を受けた。スコット氏は、わいせつ物の所持及び配布について争わず、争点は、行為者スコットに公衆の道徳を墮落させる意図が存在したかどうか、が問題となった。

このヒックリン判決において法廷意見は、精神を墮落、腐敗させ、不道徳な影響を与える素材を行為者は流通させようとしているかどうか、によって処罰できるというテストを示した。その判断に際して、読者個人は影響を受

けやすく、作品を全体として判断する必要はなく、作品中の文章の一節についての判断で足りると述べた。⁽⁶⁵⁾

本判決は、どのように評価されるべきか。まず、当時の出版流通事情が現在と異なる点、ローマ・カトリックへの批判が問題視されたことを留保しなければならない。当時の社会的背景として、ローマ・カトリックを否定するパンフレットはわいせつ物に該当するという他宗派に対する敵対的姿勢が存在した。そして、イギリス法では、わいせつ物規制はコモローによって規制され、公衆の道徳を保護する犯罪として理解されていた。

イギリスもアメリカでも、不作為に選出された陪審員がわいせつ物該当性を判断する。ヒックリン判決の基準は、わいせつ物に該当するかどうか、という陪審員の事実判断を補助する役割を提供した点で評価できる。⁽⁶⁶⁾ 本判決は、植民地時代から建国期を通じてアメリカの州裁判所でもわいせつ物を規制する根拠となった。⁽⁶⁷⁾

次に、イギリスで生まれたヒックリン判決は、アメリカでどのように展開したのか、を検討する。例えば、ウィンターズ判決⁽⁶⁸⁾に判断が下された一九四〇年代末期では、アメリカの各州は、ライベル以外に神に対する不敬罪 (blasphemy) やわいせつ物について独自の規制を実施していた。ニューヨーク州法⁽⁶⁹⁾は、残虐な犯罪行為に関する話題をニュースとして配信する行為を処罰していた。本法の目的は、残虐な事実が人々の目に触れることによって、さらなる暴力が生みだされることを防止することである。連邦最高裁は、ニュースの配信者に対する有罪判決を破棄した。州法は文面無効である。行為者にどのような行為が制裁を受けるのかという点で、本法は予測可能性を欠き、不明確かつ漠然ゆえに無効であるという。

2. ロス判決に対する考察

一九五〇年以降どのように連邦最高裁はわいせつに関する法理を形成してきたのだろうか？

一九五七年ロス判決⁽⁷⁰⁾でブレナン裁判官執筆の法廷意見はヒックリン判決の示した基準を放棄した⁽⁷¹⁾。本件で問題となった連邦法は、わいせつ、好色、みだらな、不浄な素材の掲載された印刷物を郵送してはならないと規定する⁽⁷²⁾。本行為を知って実行あるいは幫助した者は罰金あるいは五年から一〇年以下（実行及び幫助双方の場合）の刑事制裁を科せられる。本件ではニューヨーク州のロス氏とカリフォルニア州のアルバート氏についての二つの事件が同時に連邦最高裁によって判断された。

ニューヨーク州で本、写真、雑誌の出版業を営むロス氏は連邦法に従い、有罪判決を受けた。アルバート氏はカリフォルニア州にて通信販売の業を営んでいたが、わいせつ物の販売目的の所持をカリフォルニア州刑法に従い、起訴され、有罪判決を受けた。カリフォルニア州法では、わいせつ、下品な素材を執筆、生産に係るあらゆる行為を禁止していた⁽⁷³⁾。アルバート氏とロス氏の両事件は、連邦最高裁において同時に審理されることになった。ロス氏側は、連邦憲法第一修正と第十四修正第五項に従い、違憲無効を主張した。

ブレナン裁判官執筆の法廷意見によれば、あらゆる言辞が憲法上保護されることはない。わいせつに関する法理は、ライベルをひとつの起源としている⁽⁷⁴⁾。社会的に重要な思想は保護されるべきだが、規制する重要な利益があれば、問題となる言辞は保護の対象から排除されることもある。わいせつは社会的重要性を欠くので、憲法上、保護されない⁽⁷⁵⁾。

ロス判決をどのように評価すべきだろうか？ 第一に、ヒックリン判決では、文章の一節を抜き出してわいせつ性を判断したが、アメリカの下級裁判所では、この基準を採用しない州も存在していた。ロス判決は、ヒックリン判決の文章の一節のみを判断する手法を破棄して、作品を全体として評価する基準を採用した⁽⁷⁶⁾。

第二に、州の権利侵害について第十四修正五項を適用できるかどうか、について問題になった時代であることを

留保しなければならぬ。起草期には、連邦憲法は連邦政府を名宛人としていたが、州政府の権利侵害について連邦憲法が適用されるかどうか、について争いがあった。例えば、ロス判決においてハーラン意見は、わいせつ規制は、連邦政府の仕事ではなく、州政府の仕事であると述べていた。

第三に、判決文の脚注の中で、法廷意見は「好色的 (lustful) 思考を刺激する傾向を有するもの」と示している。⁽⁷⁷⁾ 性行為 (セックス) とわいせつは同意類義語ではなく、わいせつ物は性的関心に訴える手段で性を描写する素材をいう。

第四に、ロス判決以降、二十数年間、連邦最高裁は紆余曲折する。ロス判決は、わいせつ物一般が憲法上保護されるかどうか、を判断したに過ぎない。特定の素材がわいせつ物に該当するかどうか、はロス判決の射程を越える。例えば、ウォーレンは法廷意見の結論に同意しながらも、基準を客観化するために、有罪判決を受ける可能性のある行為者の行為態様よりも作品自体に即して判断すべきだ、と述べていた。⁽⁷⁸⁾ ロス判決以降、わいせつ判断は、連邦最高裁の個別判断に左右されることになった。連邦最高裁は、問題となる素材を視聴して判断するという義務を負うことになった。

例えば、ジョン・クレランド判決 (マサチューセッツ判決)⁽⁷⁹⁾ では、ロス判決の基準をさらに客観化しようとした努力が見て取れる。「John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure」というジョン・クレランドの作品が問題となった。通称「ファニーヒル」と呼ばれる作品は、マサチューセッツ州法⁽⁸⁰⁾に基づき、マサチューセッツ司法省によって作品自体がエクイティ上の訴訟として持ち込まれた。出版社は途中から訴訟参加した。

この作品は、一七四九年に初版が出版され、ロンドンで売春婦をする若い女性の冒険を描写している。最終的には、彼女は売春婦を辞めて、恋人と結婚する。マサチューセッツ州最高裁は好色的関心よりも文学的価値が上回る

と判断した。連邦最高裁によれば、「平均的な人から見て、作品の主題が全体として見て、当代のコミュニティの基準に照らして、卑猥な性的関心に訴えるかどうか、社会的価値を欠くかどうか」で判断する。

このジョン・クレランド判決をどのようにロス判決と結びつけて評価すべきだろうか？

ロス判決は五対四の判決であり、このジョン・クレランド判決では六対三で判断されているが、個々の裁判官の判断は独自の根拠に基づいている。例えば、ダグラス裁判官やブラック裁判官は、わいせつ規制そのものを違憲無効であると考えた。本判決以降、作品ごとの各裁判官の判断に首尾一貫性が欠けることを恐れて、連邦最高裁は、しばらくの間パーキュリアムで判断を示すことになった。

例えば、レッドラップ判決では、ニューヨーク州とケンタッキー州法に基づいてニュースタンドの店員と本屋営業者がわいせつ物販売を理由に民事及び刑事上、訴えられた事例である。⁽⁸¹⁾ レッドラップ判決は、パーキュリアムで、下級裁判所の判断を破棄する。ミッシュキン判決⁽⁸²⁾では、ニューヨーク州法に基づき、刑事訴追され有罪判決を受けた事例である。連邦最高裁によれば、州法の定義は漠然性ゆえに無効ではない。ミラー判決で示された定義を州法の文言は一層狭く設定しており、文面及び適用上に違憲性は認められない。

わいせつ物該当性を行為者の行為態様で判断してしまう点にウォーレン裁判官は疑義を唱えたが、この点につき、ギンズバーグ判決が参考となる。ギンズバーグ判決⁽⁸³⁾では、連邦法に基づき二八の容疑について訴追された事例について、下級裁判所の適用違憲が争点となった。連邦最高裁によれば、わいせつ物を医療関係者にのみ販売されているのであれば、わいせつ物には該当しない。他方、わいせつ物の卑猥性を強調して販売した行為を有罪としても問題はない。

3. ミラー判決のわいせつ要件に対する批判的考察

連邦最高裁は、ロス判決以降、バーガーコートになって、ようやくわいせつ概念の精密化を行う。一九七三年のミラー判決をめぐる裁判官の衝突が、二〇〇〇年前後の連邦最高裁のそれぞれの裁判官の議論に接近する。ミラー判決⁽⁸⁴⁾では、「成人向け」雑誌の購買を案内する郵送物の大量発送が問題となった。郵送物には、性的活動を撮影した写真が同封されていた。これを受け取った人が告発した事例である。ミラー氏はカリフォルニア州法⁽⁸⁵⁾に従い、有罪判決を受けた。

バーガー執筆の法廷意見は、州裁判所の判決を破棄差し戻して、次の要件を示した。平均的な人が、現代のコミュニティの基準に照らして、作品を全体として見て、性的関心に訴えるかどうか。過度に下品な方法で、州法で明確に定義される性的行為をきわめて卑猥に描写、記述し、真剣な文学的、芸術的、政治的あるいは科学的価値を欠くかどうか。さらに「過度に下品な」とは、「通常あるいは異常な、実際のあるいは擬似的な、究極的には性的行為」であり、「自慰行為、排出器官、生殖器官のみだらな描写」をいう。⁽⁸⁶⁾

ミラー判決をどのように理解するべきか？

第一に、連邦最高裁は、法の文言の解釈上ハードコア・ポルノを確定できると示している。

第二に、事実判断としては郵送物配布が問題となった。ヒックリン判決はもちろんロス判決と比べてミラー判決では郵便業務が発達し、大量の郵便物を発送できることが問題視されるようになった。

第三に、ミラー判決は、ロス判決よりも政府の規制権限の拡大化を認めている可能性がある。なぜならロス判決では合憲判断を下したブレナン裁判官は、ミラー判決では反対意見に加わっているからである。これをブレナンのただの変節とも評価できるかもしれないが、ミラー判決でブレナンは、法廷意見の示すわいせつの定義は漠然ゆえ

に無効であると批判する。州の規制利益は、子どものアクセスを制限し、購読を望まない成人を保護することにある。本件で問題となる州法は、読みたいと望む成人の購読も制約する可能性がある。

第四に、ミラー判決はコミュニティの要素を示した。コミュニティの基準のメリットは、連邦最高裁の裁判官が逐一判断してきた争点を再び各州の陪審員に判断させることになった。しかし、「問題となる作品が文学的価値を欠くかどうか」、の判断については陪審員に対してコミュニティの基準が用意されておらず、その点に対する積極的な理由が示されておらず、混乱している。

この点をジェンキンス判決が示している。一九七三年のミラー判決以降、わいせつ性の該当性判断は、連邦最高裁から各州の陪審員にゆだねられたが、一九七四年、連邦最高裁は、ジョージア州で陪審によるわいせつ判断を破棄する。⁽⁸⁷⁾ 本件では、ジャック・ニコルソン、アン・マーガレットとキャンディス・バーゲン出演の映画「Carnal Knowledge」が問題となった。この判決では、映画を上映した行為がわいせつ物頒布に該当するとして、ジョージア州法に従い、劇場のマナージャーが起訴された事例である。連邦最高裁は、陪審の評決した有罪判決を破棄した。映画には、俳優の肉体にフォーカスしておらず、わいせつ性に該当しないという。

本件事実に対する有罪判決はミラー判決以前に判断されたものだが、連邦最高裁によればミラー判決の基準がマナージャーに有利に働く限り適用されるという。⁽⁸⁹⁾ 連邦最高裁によれば、たとえ争点が性的関心に訴えるかどうか、という事実判断であっても、下級裁の判断を連邦最高裁が再審理する場合がある。最高裁の説明によれば、州裁判所における陪審の判断裁量には一定の限界が存在するためだという。陪審員に対して当該地域ではなく全国的なコミュニティの基準が説示される必要はない。

ミラー判決のわいせつ概念の該当性をだれが判断するのか、という点で連邦最高裁の混乱をさらに示しているの

がワード判決⁽⁹⁰⁾である。本件では、イリノイ州法⁽⁹¹⁾に従い、わいせつ物の販売行為で起訴され、有罪判決を受けた。本法は、社会的価値を欠く発言を禁止している。有罪判決を受けた被告は、本法は不明確あるいは過度に広範であることを理由に文面無効を主張した。連邦最高裁は有罪判決を支持した。本判決では、わいせつ規制の規制対象は例示列挙で足りることが示された。連邦最高裁によれば、ミラー判決はガイドラインとして働き、各州は独自の基準を設定できるといふ。また、刑事制裁に該当する行為は例示列挙で足り、すべての対象を個別列挙する必要はない。州法はミラー判決より厳格な基準を示しているといふ。

以上をまとめると、バーガーコート時代に、コミュニティの要件を通じて、その地域の住民たちが判断すべきであるという基準が示され、実質上、連邦最高裁から州に判断が移ることになる。州の事実審での陪審の判断と連邦最高裁の裁判官のどちらが、わいせつ性判断で優れているか、も争点として浮上した。ヤコベル判決⁽⁹²⁾では、この点を端的に示している。スチュワート裁判官は、「見れば判る」と述べている。

4. ミラー判決に「例外」を付け加えたパリアダルトシアター判決の評価

ミラー判決は、コミュニティの基準をわいせつ性判断に入れて、当該地域から選定される陪審の判断の正統性を支持する点を評価できるかもしれないが、イギリス法で問題となった公衆の道徳の保持という争点をまだ解決していなかった。公衆の道徳とは別個に存在する、素材をすすんで観賞を楽しまたいと願う成年者の第一修正の権利がパリアダルトシアター判決で問題となった。

公衆の道徳の保持と同時に、成年者の映画観賞を無制約に認めてしまっていないのか、という争点を連邦最高裁はどのように扱うのか。もし成年者に成年者向け映画を観賞する自由が無条件でコミュニティの利益とは無関係に保

障されると理解するのであれば、わいせつ物の要件の中に「コミュニティ」の要件を加えることは難しい。公衆の道徳、コミュニティを支える利益とは何か、が問題となった。

パリアダルトシアター判決⁽⁹⁴⁾は、パリアダルトシアターの映画上映のインジャンクションをジョージア州政府が求めた事例である。パリアダルトシアター側は、上映前に観客に警告を示し、二十一歳以上の者しか視聴できない旨を掲示していた。連邦最高裁は、五対四で、成年である観客が同意していることを理由に、わいせつな「映画」の上映を無条件で認めることはできないと示した。未成年者や通行人を保護するために実効的な防御策を実施したとしても、商業化されたわいせつ物の流布を規制する州の正当な利益が認められる。生活の質についての公衆の利益や関心、コミュニティの全体環境、大きな都市の中心街の人々の交流などを、ジョージア州を支持する根拠として示すことができる。しかし、わいせつ物と、その引き起こす反社会的行動との間の因果関係は、ジョージア州法を支持する根拠として十分とはいえない。

法廷意見は、次のように説明する。現在及び将来の生活様式、質を保つという社会の品格が認められ、自分の部屋で読むわいせつな本を読む自由をプライバシーとして認める余地があるかもしれない。しかし、もし本を市場で入手する権利があると考えてしまえば、他者の世界に影響を与え、他者のプライバシーを侵害する可能性⁽⁹⁵⁾がある。

ミラー判決は、コミュニティの利益がわいせつ規制の正当化根拠となることを示している。しかし、このコミュニティの基準に従って判断されると、もっとも厳しい地域の基準によってわいせつ性が判断されることになる。ミラー判決の時代よりも、情報流通が頻繁になり、問題となる素材は州際を越える。この争点は、「子どもをオンラインから守る法」判決で問題となったことは前述した。

5. ミラー判決に例外を加えることに反対する「チャタレー夫人」の恋人映画判決

パリアダルトシアター判決は、少なくともミラー判決との結びつきを切り離して考えれば、何がコミュニティのためになるか、を社会から無作為に選出され、地域の代表となる陪審が判断できるという権限を最高裁が追認したようにも読める。しかし、映画「チャタレー夫人の恋人」判決を検討すれば、政府は、社会にとって何がベストか、を少なくとも個人を離れて判断することはできないと考えていることが示される。この争点でチャタレー夫人判決とパリアダルトシアター判決は矛盾する可能性もあることが連邦最高裁によって示された。

本件は、「チャタレー夫人の恋人」という映画配給許可を求めたところ、ニューヨーク州政府教育部門が州法に従い、不許可にした事例⁹⁶である。連邦最高裁は不許可処分を違憲無効であると判断した。姦通を容認し、性的に不道徳的行為を望ましい行為として描写していることを理由に州は上映を禁止することはできない。上映の不許可処分の理由は、姦通が一定の場合には許される思想を映画が示したからだという。第一修正の核心は、思想を唱道することにあり、映画の主題を道徳的に好ましくない、という理由で、州は上映不許可処分を下すことはできない。何が道徳であるかどうか、を決定するのは州ではない。

ミラー判決からチャタレー夫人判決、パリアダルトシアター判決に至る諸判決をどのように位置付けて考えるべきか？一九七〇年代のウォーレン、バーガーコートを見れば、連邦最高裁は、イギリスに端を発するロス判決以降の枠組みを廃棄することなく、ハードコアに限定するという加工を施すことによって、延命させようとした姿勢を見ることができる。しかし、コミュニティと個人の利益という保護法益の混乱が見える。

6. 内容中立規制としてのゾーニング規制の妥当性

連邦最高裁は、ミラー判決とその後の判決でわいせつな境界を定義づけによって確定しようとしているが、規制の妥当性及びその実効性に疑いが残っていた。地域の事情に応じた規制を促すために連邦最高裁の用意したコミュニケーションの基準に加えて、地方政府はゾーニング規制を一九七〇年代に用意しはじめた。これらのゾーニング規制は二〇〇〇年以降に問題となるインターネット上の表現の自由に関する議論として適用可能だろうか、が本稿では問題となる。

ヤングミニシアター判決⁽⁹⁷⁾では、デトロイト市は、条例によって成年向け劇場の所在を規制していた。条例の定義に該当する特定地域において、問題となる施設が性的な活動を描写する素材を強調することで特徴づけられる (characterized by an emphasis) 場合、指定地域から一〇〇〇フィート以内における施設の建築が禁止される。

成年向け劇場の運営者は、本件条例の暫定的インジャンクションを求めた。

連邦最高裁は、本件条例の合憲性を支持した。条例の用意する手続は、成年向け劇場以外の当事者にとって漠然故に無効であるという申立てを劇場運営者側は主張できない。条例は、文面上、成年向けの劇場に向けられており、成年者向け劇場以外の当事者にとって違憲かどうか、という点を判断する必要はない。本条例では、成年者は特定地域の劇場で成年向け映画を観覧できるため事前抑制にも該当しない。条例は、劇場付近で発生する犯罪抑止と、近隣住民に対する影響を統制するための合理的な規制であって、性的志向を含む素材は、他の内容を扱う映画とは別に扱われる。よって、市の目的は正当である。本件は、市が条例によって地域の事情に応じた場所による規制を行うことが支持された。

連邦最高裁によれば、漠然性ゆえに無効の理論は、芸術的な内容とポルノの線引きが難しい場合に、事件の当事

者でない者に対する仮定的な判断を下すことは妥当ではないという。

レントン判決⁹⁸でも成年者向け劇場が違憲無効の宣言的判決を求めて出訴した。本件の条例も居住区、教会、公園、学校地域一〇〇〇フィート内での成年向け劇場の建設を禁止していた。申立人は、二つの劇場を成年向け映画を上映するために購入した。連邦最高裁によれば、条例は内容中立規制であって、内容に向けられた規制ではなく、劇場の二次的効果を防止するための規制として支持できるといふ。最高裁は、実質的な政府利益のために設定されており、合理的な他のコミュニケーション手段が用意されていれば合憲である。犯罪の発生を防止し、地域の生活の質を保つという目的のために設定されており、全地域の五パーセントが成年向け劇場にも用意されている以上、十分な手段が残されているといえる。

ヤングミニシアター判決、レントン判決を二〇〇〇年前後の判決とどのように結びつけて評価すべきだろうか？
 まずは規制する条例の合憲審査が問題となる。ロス判決やチャプリンスキー判決⁹⁹で、連邦最高裁は、四〇から五〇年代にかけて第一修正の保護の及ばない範疇を明らかにしたが、わいせつについては、その定義該当性の困難性から判決の射程は明らかではなかった。その後、連邦最高裁は五十から六十年代にかけて内容中立規制を編み出し、緩やかな合憲審査がわいせつ規制（地域規制）に適用されることになった。¹⁰⁰ 条例を支持したい政府側からは、条例は内容中立規制に該当するという反論を持てるように至る。しかし、これはあくまで物理的な場所を対象としているのであって、インターネット上の児童ポルノは、二〇〇八年ウイリアム判決で検討したように、被告のコンピュータサーバに記憶されている。

例えば、一九九七年の通信品位法違憲判決でオナー反対意見は、一九九六年通信品位法はネット上の成年者向け地域を設定するものであると述べている。彼女はアリゾナ、アラスカ、コロラド州などで未成年者の保護を理由

にして成年向け劇場のゾーニング規制が採用されていることを例にして、ゾーニングが支持される基準として、未成年者には禁止された素材を受領する権利を認められないが、問題となる規制が成年者の受領を不当に妨げないかどうか、で審査する。ゾーニングという手法は、一九九六年通信品位法は違憲無効となる。しかし、オコナーの主張は法廷意見を構成しなかった。

また、二次的効果が問題となる。犯罪抑止と二次効果は、ウインターズ判決で問題となっていた。二次的効果説は、ヌードダンスに限定していると考えるべきかもしれない。⁽¹⁰⁾

第六章 アメリカ憲法上の議論の日本での適用可能性

1. アメリカ憲法学の何を参考にできるのか?

これまでの議論をどのように日本憲法学で利用できるだろうか? 幾つかの争点があげられるが、次に検討する個別の論点どれもが相互に関連している。

第一に、一九九七年通信品位法に関する諸判決や二〇〇八年ウィリアム判決を見れば、連邦最高裁は、最初に法律の文言に着目して文面審査する。次に、提出された証拠をもとに、連邦議会の立法努力を別個に検討する。場合によっては議会の提出する証拠をもとに好意的に判断する場合もあるが、二〇〇四年判決(コミュニティ判決)⁽¹⁰⁾のように連邦議会の判断に合憲性を盲目的に推定せずに、独立して判断していることが理解できる。

第二に、定義該当性の問題がある。連邦および州議会は、立法上、明確性の原則をクリアしなければならぬという永遠の課題に直面する。⁽¹⁰⁾ 裁判所の判断は、素材のわいせつ性該当性という個別具体事例に限定され、判決の射

程は狭くなる傾向がある。⁽¹⁰⁴⁾ スチュワート裁判官は、ヤコベル判決において、定義の一般化が不可能であると述べていた。⁽¹⁰⁵⁾ ミラー判決のわいせつ要件よりも厳しく州が規制範囲を拡大しようとすれば、場合によっては不明確性を理由に、連邦最高裁は文面無効の違憲判決を下している。⁽¹⁰⁶⁾

しかし、連邦最高裁は、オズボーン判決で児童ポルノだけは例外的に合憲限定解釈を容認していた。⁽¹⁰⁷⁾ 日本の憲法では、表現の自由の規制立法には文面審査と適用審査が妥当し、文面審査には、事前抑制の禁止や明確性の原則が働き、適用審査には、明白かつ現在の危険やより制限的でない他の選びうる方法が働くとされる。そして、表現の自由に対する合憲限定解釈は許されないという。⁽¹⁰⁸⁾

日本で議論される合憲限定解釈とは、問題となる規制立法の文言を憲法の趣旨に合致するように解釈することをいう。この日本で議論される合憲限定解釈は、ブランドイスルールないしアシワンダールールと呼ばれる。第四ルールと第七ルールがある。第四ルールとは、事件を解決できる他の根拠があれば合憲判断を行わない（憲法判断回避のルール）という。そして第七ルールを、憲法問題を回避できるような合理的な解釈がないかどうかを常に考慮する。（合憲限定解釈）という。⁽¹⁰⁹⁾

通常、日本では表現の自由の規制立法には合憲限定解釈は用いることができないと一般に説明されている。その合憲限定解釈を禁止する理由は、萎縮的效果をもたらすからであるという。⁽¹¹⁰⁾

しかし、アメリカでは、児童ポルノ規制は、問題となる州法あるいは連邦法の文言が過度に広範な規制ではないか、が争点となっていた。

例えば、ファロンによれば、過度に広範性の法理は劇薬であるため限定解釈が図られることもあると述べている。過度に広範性の法理が劇薬であることは二〇〇八年ウィリアム判決でも示されていた。⁽¹¹¹⁾ わいせつを禁止する州法は、

わいせつ性をハードコアに限定することによって合憲性を導くという。他方で、ファイティングワードを禁止する州法は、表現の自由の一般原則に従って文面無効であると判断される。ファーヴァー判決によれば、児童ポルノを禁止する州法の文言を審査する際は、合憲限定解釈が許されている。禁止される児童ポルノは、ハードコアに限定されていた。ファロンは、一方に、萎縮効果という視点から第一修正の利益を置き、他方で、法律の実質的な利益と他の選びうる手段がないか、を対置させることで調和を図るべきであるという。ファロンが述べるように、過度に広範ゆえに無効の法理は劇薬であるため慎重になるべきだという考え方もあるのかもしれない⁽¹³⁾。

過度に広範ゆえに無効の理論からは、わいせつ規制の原告適格の論点も導かれる。児童ポルノやわいせつに関する訴訟は、おおまかに分けて次の二つの訴訟を辿っていた。ひとつは、連邦法や州法によって刑事訴追され、有罪判決の基礎となる法令あるいは事実を争う場合である。この場合、有罪判決の基礎となる法令の文面無効を争う場合と、法令自体ではなく、当該事件に対する適用違憲を争う場合があった。

もうひとつは、一九九七年の通信品位法違憲判決、二〇〇二年のアシユクロフトフリースピーチ判決のように、法執行の前に暫定的インジャンクションを求める場合である。原告は、問題となる法律が自分に対して適用されることで、自分の憲法上の権利が侵害される可能性があることを理由にして違憲無効を主張することができる。しかし、ヤングミニシアター判決では、条例の文面上、成年者向け映画館に向けられていることを理由に、却下された。また、チャタレー夫人判決では、映画館の上映禁止処分を取り消しを求めた事例であり、必ずしも刑事制裁だけが訴訟の理由とならないことが示される⁽¹⁴⁾。

第三に、連邦制度という日本法に存在しないアメリカ裁判管轄制度を留保しなければならぬ。わいせつ物該当性は、通常、第一審である州裁判所で争われる。それぞれの州は、独自の州裁判所制度を連邦裁判所と別個に用意

している。ヒックリン判決やミラー判決で示されたように、わいせつ物の事実認定はコモロー上、陪審が判断する。州裁判所では、州のコミュニティから無作為に選出された陪審員が事実認定を行う。したがって、同じ素材であつても裁判管轄によってわいせつ物に該当したり、該当しなかったり、その判断が分かれることになる。連邦法で許追される場合は連邦地裁が第一審になる。この点が幾つかの問題を生む。

上訴審は原則として法律審であり、陪審に対する説示に明らかな誤りがあれば上訴理由になるが、通常は、第一審の事実認定に拘束される。連邦最高裁は、場合によっては、事実認定について、下級裁が審理に過りがある点、考慮すべきなのに判断しなかった点について再審理を命じる場合もある。わいせつ該当性は、場合によっては原審に差し戻され判断される場合があつた。⁽¹⁵⁾

州裁判所は、通常、州法に関する問題を扱う。連邦裁判所は、連邦法の問題及び連邦憲法の問題を扱う。連邦憲法は、裁判所の修正一条は連邦政府を名宛人しているが、判例法上、修正十四条第五項に従い、州の規制にも及ぶ。州は、人民の連邦憲法上の自由を侵害してはならない。

例えば、一九九六年電気通信品位法という連邦法が用意されている場合は、連邦裁判所に裁判管轄が認められる。わいせつ物規制の場合、各州は州法や条例によって、ミラー判決に抵触しない限りで州法あるいは条例で独自の基準を設定できる。禁止される項目を列挙する場合、ジェンキンス判決に従い、包括的な列挙でなく、例示列挙で足りることになる。

州裁判所で被告が州法によって有罪判決を受けた場合、上訴を州裁判所あるいは連邦裁判所で第一修正を主張して争うかは、被告の戦略にゆだねられる。被告は他州で類似の州法がある場合、それを比較して争う場所を検討することになる。

わいせつ素材は、作成者や配布者側に利益を得たいという欲求が働き、州の境界を超えることが多い。作成者や配布者側は、自分の素材が別の州で問題となるかもしれないリスクを負う。作成者側はもつともわいせつ物に対する規制の厳しい州で訴追されないようなマイルドな素材を選ぶことも考えられる。または、もつとも厳しい州だけに通用する素材を別途に作成するという負担を負うかもしれない。他方で、わいせつ性を判断する陪審の判断も無制約ではない。陪審への説示は、あくまでコミュニティの基準であつて全国的な基準ではない。

第四に、ミラー判決⁽¹⁶⁾によれば、わいせつ該当性は、連邦最高裁から地方の陪審に委ねられた。わいせつ性該当性は、地方の事情に精通した陪審によつて判断されるが、その判断基準は、地方のコミュニティから見ても問題となる素材が性的関心を惹起するかどうか、で判断される。このミラー判決に従えば、コミュニティの基準が採用される理由は、広大な国土の中で多様な価値観が存在しているため単一の基準で統一化することが妥当ではないからだという。ただし、真剣な文学作品としての価値にはコミュニティの要件は要求されていない。

わいせつに関する法律は立法府に置いて制定され、行政府によつて刑事訴追される。二〇〇八年判決は、疑似ポルノ禁止法の合憲性を支持したが、二〇〇二年の違憲判決を見れば、今後は、わいせつ性の定義該当性よりもむしろ行為者の主観と客観が問題となつてくるかもしれない。二〇〇二年判決では宣言的あるいは暫定的インジアンクションが扱われた。文面無効の判断を踏まえたからこそ、二〇〇八年判決では、被告であるウィリアム氏のような行為者がどのように行動したのか、という検察側の立証責任の負担が大きくなる。例えば、本件では、ウィリアム氏は、性的に明白なユーザーネームを利用して、ネット上のチャットルームにサインインしていた。そして、覆面捜査官に対して、「よちよち歩き (toddlers) の父さんが、スワップ用に良い写真…を持っていてるよ。」と述べた。さらに、「自分の四歳の娘を男が乱暴している写真を持っていてる」とメッセージを投稿している。今後、ウィリア

ム氏よりも行為者の主観と客観の立証に手間取る場合には、素材をどのように作成したのか、という訴追側の負担は重くなるだろう。⁽¹²¹⁾ 市場に出回る一般向けのコンピュータソフトを利用すれば、コラーージュ⁽¹²²⁾であれば一時間程で素材をコンピュータグラフィックに加工することもできる。二〇〇八年判決が法の文言を支持した以上、今後、法執行あるいは陪審の認定に大きく左右されるという意味で、第一修正の権利は、危機に瀕している。⁽¹²³⁾

最後に、地域の多様性を尊重した結果がゾーニング規制かもしれない。連邦最高裁は、ヤングミニシアター判決でゾーニング規制を容認した。チャップリンスキー判決⁽¹²⁴⁾で、連邦最高裁は、第一修正の保護の及ばない範疇を一九四二年に確認したが、ロス判決以降、わいせつの定義性と作品の該当性に右往左往することになる。ヤングミニシアター判決は、地域の自治をある程度尊重しているのかもしれない。ゾーニング規制の支持された一九六〇年代ごろは、連邦最高裁は、別の文脈でも内容規制と内容中立規制の区分を支持するようになった。しかし、その区別はいまだ明らかではない。⁽¹²⁵⁾

2. 残された課題 女性蔑視の差別的表現との関係

本稿では、考察されなかった問題が幾つか存在する。二〇〇八年判決を中心にして、わいせつ規制について検討してきたが、国際法⁽¹²⁶⁾の問題もある。ネット上の配布は国境を超える。他にも差別的表現の論点を抜きに考察を締めくくることはできない。⁽¹²⁷⁾

マッキノン⁽¹²⁸⁾は、ポルノは女性に対する差別的表現であり、女性を従属的な立場に置き、強姦を奨励する表現だと主張した。統計によれば、ポルノは暴力を増加させるという⁽¹²⁹⁾。ポルノを禁止することで男女平等が促進されると主張する。

フレッドリック・シャウワーは、ハードコアのポルノは、「表現」ではなくて物理的行動を引き起こすため保護されない、と主張する。革やプラスチックの性的道具とポルノグラフィ―は同視できる。⁽¹²⁴⁾

これに否定的な意見もある。トーマス・エマーソンは、マッキノンのポルノ規制が、文学作品も規制対象に入れてしまい、広範に過ぎると批判する。⁽¹²⁵⁾ もしポルノが女性蔑視の政治的メッセージを含んでいるとするなら、マッキノンは見解に基づく規制を容認していることになる。⁽¹²⁶⁾

マッキノンの提案はインディアナポリスにて条例として採用された。条例によれば、ポルノとは、女性を事実上差別し、ポルノはわいせつとは異なるものとして定義される。例えば、女性が苦痛、屈辱の性的対象として提示されているもの、強姦されていることに性的喜びを体験している性的対象として提示されているもの、縛られたり、切られたり、物理的に傷つけられ、肉体的に切断されたりして、性的対象として提示されているもの、道具や動物によって女性が姦淫されている様子を提示しているものなどである。文言上は、好色的関心、攻撃性、コミュニケーションの基準に言及していない。雑誌社、本の読者は、本条例が行為ではなく言論を規制している以上、違憲無効であると主張した。地裁は、この主張を受け入れ、条例は違憲無効であると判断した。第七巡回裁判所も違憲判決を支持した。⁽¹²⁷⁾ 第七巡回裁判所によれば、表現の内容を根拠に差別することは許されない。本条例は見解に基づく差別であって、許容できない。どれだけ性的な描写であっても、合法的な方法で描写することは憲法上の権利である。他方で、女性を違法な方法で描写することは、たとえ真剣な文学的、科学的価値があっても許されない。インディアナは、自ら好まざる見解を禁止する条例を制定することは許されない。⁽¹²⁸⁾

3. 日本の児童ポルノ法案

現行刑法一七五条は、二二章「わいせつ、姦淫及び重婚の罪」に規定されている。一七五条は、「わいせつな文書、図画その他の物を頒布し、販売し、又は公然と陳列した者は、二年以下の懲役又は二百五十万円以下の罰金若しくは科料に処する。販売の目的でこれらの物を所持した者も」同様である。本法の文言は、わいせつな文書、図画その他の物を対象とするが、「その他の物」にわいせつなコンピュータ・データが含まれるか、が問題となった。⁽¹³⁾ さらに、日本では、「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」が存在している。(通称「児童ポルノ法」で議論を進める。)二〇〇八年六月一七一回国会法務委員会では、本法の改正が次のように検討されていた。⁽¹⁵⁾

児童ポルノ法の一条は、「児童に対する性的搾取及び性的虐待が児童の権利を著しく侵害することの重大性にかんがみ、あわせて児童の権利の擁護に関する国際的動向を踏まえ、児童買春、児童ポルノに係る行為等を処罰するとともに、これらの行為等により心身に有害な影響を受けた児童の保護のための措置等を定めることにより、児童の権利を擁護する」ことを目的とする。

本法の立法動機は、児童搾取や性的虐待から児童を保護しようとする国際的動きの中で制定された。本法にいう「児童」とは一八歳未満のものをいう。本法は一九九九年に公布、施行された。本法の禁止する「児童ポルノ」とは、同法二条三項によれば、「写真、電磁的記録に係る記録媒体その他の物をさし、次の各号のいずれかに掲げる児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写したものをいう。

- 一 児童を相手方とする又は児童による性交又は性交類似行為に係る児童の姿態
- 二 他人が児童の性器等を触る行為又は児童が他人の性器等を触る行為に係る児童の姿態であつて性欲を興奮さ

せ又は刺激するもの

三 衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態であつて性欲を興奮させ又は刺激するもの

本法は二〇〇八年に見直しされ、「児童ポルノ」の定義が変更される可能性があつた。本改正によつて、擬似的な児童ポルノ（実際には存在しないコンピュータグラフィック）が禁止されたり、単純所持や取得罪が規定されたり、対象年齢の引き下げが検討された。たとえば、会議録によれば、自己の性的好奇心を満たす目的での児童ポルノの所持について罰則を一年以下の懲役または百万円以下の罰金に処するという改正案が提示された。

会議録によれば、現行法の定義を「児童性行為等姿態描写物」に改め、さらに二条第三項第二号を「殊更に他人が児童の性器等を触り、若しくは殊更に児童が他人の性器等を触る行為に係る児童の姿態又は殊更に児童の性器等が露出され、若しくは強調されている児童の姿態」と改め、同項第三号を削除する法案が検討された。民主党案と自民党案が議論されたが、二〇〇九年の衆議院解散によつて廃案となつた。

例えば、議事録では、児童ポルノを好まない場合、たとえば芸術活動であつても規制対象になつてしまふことが指摘された。本法の適用を恐れた過剰な自主規制も問題視されていた。⁽¹⁸⁶⁾二〇〇八年判決での議論が今後参考にされるだろう。⁽¹⁸⁷⁾ホーレイ氏に関わる下級裁の事件でも検討したように、日本は児童ポルノの発信源として悪名高く、「児童ポルノ法」以外に、政府の関係省庁（警察庁、厚生労働省、文部科学省、外務省）の取り組みが議論されている。二〇一〇年一月には、児童ポルノ排除対策ワーキンググループが設置されるという。議論の対象は、画像分析班の設置、インターネットプロバイダ等に違法・有害情報の早期削除、検索エンジンでの非開示の推進を要請、被害児童の早期発見とカウンセリングなどで、関係省庁が連携するようである。

まとめ

本稿では、わいせつと児童ポルノに関わる議論を、主要な連邦最高裁判決に絞って検討した。国際法の問題、差別的言論、自主規制の実効性、作成者の自己管理といった争点も残されている。二〇〇八年判決は、結果として児童ポルノの規制立法を支持したが、本法の適用範囲は未だ明らかではない。本稿で検討したのは次の点である。

連邦最高裁は、最初に法律の文言に着目して文面審査する。次に、提出された証拠をもとに、連邦議会の立法努力を別個に検討する。場合によっては議会の提出する証拠をもとに好意的に判断する場合もあるが、連邦議会の判断に合憲性を盲目的に推定せずに、独立して判断していることが理解できる。

連邦議会は、立法上、明確性の原則をクリアしなければならないという永遠の課題に直面する。裁判所の判断は、素材のわいせつ性該当性という個別具体事例に限定され、判決の射程は狭くなる傾向がある。

法の文言の解釈にあたって連邦最高裁は、オズボーン判決で児童ポルノだけは例外的に合憲限定解釈を容認していた。一九九七年リノⅠ判決では「下品な」の文言に限定解釈を認めなかった。レントン判決では、ヌードダンスに限って二次的効果を容認していたのかもしれない。過度に広範ゆえに無効の理論は、わいせつ規制の原告適格の論点も導かれる。児童ポルノやわいせつに関する訴訟は、おおまかに分けて次の二つの訴訟を辿っていた。ひとつは、連邦法や州法によって刑事訴追され、有罪判決の基礎となる法令あるいは事実を争う場合である。有罪判決の基礎となる法令の文面無効を争う場合とウイリアム判決のように適用違憲を争う場合があった。もうひとつは、一九九七年リノⅠ判決や二〇〇二年アシクロフトブリースピーチ判決のように、法執行の前に暫定的インジャンクションを求める場合である。原告は、問題となる法律が自分に対して適用されることで、自分の憲法上の権利が侵

害される可能性があることを理由にして違憲無効を主張することができる。場合によっては、「チャタレー夫人」判決では、映画館の上映禁止処分の取り消しを求めた事例であり、必ずしも刑事制裁が訴訟の理由とならないことが示された。

九十年代の連邦法を見れば、連邦政府は、児童ポルノが商業的な素材であって、複数の州を越える問題であるという口実で、州際通商条項を規制根拠に利用できる可能性があることを理解できる。問題となる連邦法を第一修正の表現の自由の問題ではなく、州際通商の問題としてしまえば、緩やかな合憲審査が導かれる。なぜなら州の国境を越えて利益を生む「取引」だといってしまえば、州ではなく連邦政府の問題として扱われるからである。

アメリカ法を参考にする際、連邦制度という日本法に存在しないアメリカ裁判管轄制度を留保しなければならぬ。ミラー判決によれば、わいせつ該当性は、連邦最高裁から地方の陪審に委ねられた。ミラー判決に従えば、コミュニティの基準が採用される理由は、広大な国土の中で多様な価値観が存在しているため単一の基準で統一化することが妥当ではないからだという。

さらに、地域の多様性を尊重した結果がゾーニング規制かもしれない。連邦最高裁は、ヤングミニシアター判決でゾーニング規制を容認した。ヤングミニシアター判決は、地域の自治をある程度尊重しているのかもしれない。ゾーニング規制の支持された一九六〇年代ごろは、連邦最高裁は、別の文脈でも内容規制と内容中立規制の区分を支持するようになった。

最後に、二〇〇八年判決に従えば、被告であるウィリアム氏のような行為者がどのように行動したのか、という検察側の立証責任の負担が大きくなる。今後、ウィリアム氏よりも行為者の主観と客観の立証に手間取る場合には、どのように作成したのか、という訴追側の負担は重くなるだろう。第一審の訴追側は、常に合理的な疑いを入れな

いまでに陪審に対して立証する責任を負う。

市場に回る一般向けのコンピュータソフトでも、一時間程で素材をコンピュータグラフィックに加工することもできる。二〇〇八年判決が法の文言を支持した以上、今後二〇〇八年判決で問題とならなかった他の規定でも、法執行や陪審の認定に大きく左右されるという意味で、第一修正の権利は危機に瀕している。児童ポルノが未成年者の性的搾取や虐待を導くと言う点で一致は見られてもその目的達成手段については、連邦議会と連邦最高裁の衝突がある点を留保しなければならない。以上の点を無視するべきでなく、表現の自由の視点から見れば、二〇〇八年判決の射程は限定的に理解すべきであり、本判決をメインに日本に盲目的に持ち込むことに慎重でなければならぬ。

- (1) 佐藤幸治『憲法とその物語性』(有斐閣 二〇〇三年)。
- (2) 本稿では「児童」「子ども」を互換的に扱う。
- (3) *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).
- (4) N.Y. Penal Law § 263.15.
- (5) ニューヨーク州では、州最高裁が第一番である。
- (6) *People v. Ferber*, 52 N.Y. 2d 674 (1981).
- (7) *Id.* at 764-66.
- (8) *Id.* at 774-75. (O'Connor, J., concurring).
- (9) *Id.* at 776-77. (Brennan, J., concurring in the judgment).
- (10) *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).

- (11) Ga. Code 1933, § 26-6301.
- (12) 後章で検討するが、この時期にわいせつに関連する法理が現代の形に近づいてきたのかもしれない。See, *Rosenbloom v. Metromedia*, 403 U.S. 29 (1971). 本件では、わいせつな本を所持していたことを理由に逮捕された私人についてラジオ局が報道した事例である。私人は、自分が公的人物でも公職者でもないことを理由にラジオ局をライベルで訴えた。連邦最高裁は、公共の関心事については現実の悪意論が適用されると判断した。「公的関心事」についても現実の悪意論が適用される。
- (13) The Protection of Children Against Sexual Exploitation Act of 1977, Pub. L. No. 95-225, 92 Stat. 7, codified at 18 U.S.C. § 2251-2253 (2006).
- (14) Child Protection Act of 1984, Pub. L. No. 98-292, 98 Stat. 204, codified at 18 U.S.C. § 2251-2253 (2006).
- (15) *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990).
- (16) *Id.* 114 at footnote 10, 11.
- (17) The Child Protection Restoration and Penalties Enhancement Act, Pub. L. No. 101-647, 104 Stat. 4789, codified as 18 U.S.C. 2257.
 この1989年法 (the Protection of Children from Sexual Predators Act of 1998) によって、州際を越えて郵送、運搬された視覚的な素材に、まず処罰対象が拡大されるようになった。
- (18) *Aschcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002).
- (19) The Child Pornography Prevention Act of 1996 (CPPA), Pub. L. No. 104-208, 110 Stat. 3009-25, codified as 18 U.S.C. § 2251 et seq.
- (20) 18 U.S.C. 2252A(a) (所持及び配布規定)
- (21) 18 U.S.C. 2256(8) (B) (児童ポルノの定義規定のうち「コンピュータで作成された」要件)

- (22) 18 U.S.C. 2256 (8) (D) (児童ポルノの定義規定のうち「それらしく見える」要件)
- (23) 18 U.S.C. 2252A(c). (抗弁規定)
- (24) *Free Speech Coalition v. Reno*, 25 *Media L. Rep.* (BNA) 2305 (N.D. Cal. Aug. 12, 1997).
- (25) *Free Speech Coalition v. Reno*, 198 F. 3d 1083 (1999).
- (26) *Askeroff v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002).
- (27) *Id.* at 259 (Thomas, J., concurring in the judgment).
- (28) *Id.* At 268 (Rehnquist, C.J., dissenting in part).
- (29) *Id.* At 258, 268 (O'Connor, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part).
- (30) 18 U.S.C.S. § 2256(2) (A) (定義規定)
- (31) 18 U.S.C.S. § 2256(11) (識別不可能の説明規定)
- (32) 18 U.S.C.S. § 2256A (b) (1) (制裁規定)
- (33) <<http://edition.cnn.com/2008/CRIME/05/19/scotus.porn/index.html>>
- (34) *United States v. Williams*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 30603 (S.D. Fla. Aug. 20, 2004).
- (35) *United States v. Williams*, 444 F. 3d 1286, (11th Cir. Fla., 2006).
- (36) *United States v. Williams*, 128 S. Ct. 1830 (2008).
- (37) 18 U.S.C.S. § 2252A(a) (3) (目的犯規定)
- (38) *Id.* At 1847. (Stevens, J., concurring; Breyer, J., joins, concurring).
- (39) Stephen Breyer, *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution* (Knopf 2005).
- (40) Antonin Scalia & Bryana A. Garner, *Making Your Case: The Art of Persuading Judges* (Thomson & West 2008).

- (41) *Id.*
- (42) 九四、九七年のターナーI・II、九六年のデンバー判決では、ケーブルを放送・新聞どちらに分類するか、という点が論争の的になった。しかしインターネットにおいても原則として第一修正の原則に戻ることが確認された。インターネットにレッドドライオン判決が適用されないことはリノIにおいて確認された。下品なコンテンツをラジオで禁止することはパシフィカ判決で許されたが、地上波放送と異なるインターネットでは一九九七年に本判決が下されるまで明らかではなかった。大沢秀介「インターネットと表現の自由」法学教室一九四号八一頁（一九九六）。山口いつ子「サイバースペースにおける表現の自由・再論 東京大学社会情報研究所紀要第五三号（一九九七）。
- (43) 47 U.S.C.S. § 223 (a) (1) (B) (ii), 223 (d).
- (44) *ACLU v. Reno*, 24 Media L. Rep. 1379 (1997).
- (45) *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997). 通称 *Reno I*.
- (46) *Reno I*, at 879, 859, footnote 24.
- (47) *Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission*, 395 U.S. 367 (1969). 地上波放送局に対して、周波数の希少性を理由に、FCC（連邦通信委員会）の管轄の下に免許制にすることが許される。本判決で連邦最高裁は、公正原則を支持した。
- (48) *Id.* at 869.
- (49) *Denver Area Educ. Telecoms. Consortium v. FCC*, 518 U.S. 727 (1996). デンバー判決では、下品なコンテンツが家庭に侵入するよう争点を扱った。新聞・雑誌では許容されない規制もケーブルや地上波放送では許容される可能性もある。
- (50) *Id.*
- (51) 47 U.S.C.S. § 231

- (52) *ACLU v. Reno*, 217 F. 3d 162 (2000).
- (53) *Ashcroft v. ACLU*, 535 U.S. 564 (2002).
 フレトナーは、コミュニティの文言は全国的な基準を意図しており、地方のコミュニティを意識したものではないと分析する。Breyer, J., concurring in part and concurring in the judgment, at 590.
 ケネディは、巡回裁判所の判決を破棄、差し戻した点を支持するが、未成年者に対する有害性をコミュニティを基準に判断する点について全国的な基準であってもCOPAを支持できるかもしれないと述べている。Kennedy, J., joined by Souter and Ginsburg, JJ., concurring in the judgment, at 591.
- (54) Thomas, J., delivered the opinion, joined by Stevens, Souter, Thomas, and Ginsburg, J.
- (55) *ACLU v. Ashcroft*, 322 F. 3d 240 (2003).
- (56) *Id.* at 270-71.
- (57) *Ashcroft v. ACLU*, 159 L.Ed. 2d 690, 542 U.S. 656 (2004). 通称 *Reno II*.
- (58) *Reno II*, at 667, 685.
- (59) *Id.* フレトナー反対意見は、COPAは合憲であるという。彼は連邦議会がCOPAよりも狭く立法を制定できたはずだとこの点が誤っていると批判する。COPAを合憲限定解釈することによって違憲判断を防ぐことができたはずだという。Breyer, J., joined by Rehnquist, Ch. J., and O'Connor, J., dissenting, at 677.
 スカリアは、COPAは商業サイトにだけに適用することが可能であり、厳格審査は妥当せず合憲であると述べる。
Scala J., dissenting, at 677.
- (60) *ACLU v. Gonzales*, 478 F. Supp. 2d 775 (2007). 司法省は、本判決を受けて、各検索エンジンに対して、問題のあるサイトのURLを提出するように求めている。大部分の検索エンジンは司法省の文書提出命令 (Subpoena) にしたがっている。この文書提出命令を争う訴訟において二〇〇七年三月COPAについて違憲無効の判断を下している。

- (61) *United States v. Whorley*, 569 F. 3d 211 (2009).
- (62) *United States v. Whorley*, 550 F. 3d 326 (2008).
- (63) The Obscene Publications Act of 1857.
- (64) *Regina v. Hicklin*, L.R. 3 Q.B. 360 (1868).
- (65) 作品中の半分がわらわらびであるを判断された。
- (66) James Alexander, *Roth at Fifty: Reconsidering the Common Law Antecedents of American Obscenity Doctrine*, 41 J. Marshall L. Rev. 393, 406–14 (2008).
- (67) *United States v. Bennett*, 24 F. Cas. 1093 (C.C.S.D.N.Y. 1879).
- (68) *Winters v. New York*, 333 U.S. 507 (1948).
- (69) N.Y. Penal Law § 1141 (2)
- (70) *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).
- (71) ロス判決は、次のアルブーン判決と一緒に判断された。 *People v. Alberts*, 138 Cal. App. 2d Supp. 909, 292 P. 2d 90 (Cal. App. Dep't Super. Ct. 1955).
- (72) 18 U.S.C. 1461.
- (73) Cal. Penal Code § 311 (1955).
- (74) *Roth*, at 483–484.
- (75) ロス氏は、明白かつ現在の危険が適用されると主張したが、法廷意見によれば、保護される言論にのみ明白かつ現在の危険が適用されるという。
- (76) *Roth*, at 488–489.
- (77) *Id.* at n. 20.

- (78) *Id.* at 495 (Warren, C.J., concurring).
- (79) *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966).
- (80) Mass. Gen. Laws ch. 272, § 28C et seq.
- (81) *Redrup v. New York*, 386 U.S. 767 (1966).
- (82) *Mishkin v. New York*, 383 U.S. 502 (1966).
- (83) *Ginzburg v. United States*, 383 U.S. 463 (1966).
- (84) *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).
- (85) Cal. Penal Code § 311.2(a).
- (86) *Miller*, at 15, 25.
- (87) *Jenkins v. Georgia*, 418 U.S. 153 (1974).
- (88) *Id.*
- (89) 遡及処罰の禁止は被告に有利に働く限りは適用されない。
- (90) *Ward v. Illinois*, 431 U.S. 767 (1977).
- (91) Ill. Rev. Stat. ch. 38, § 11-20(a) (b) (c).
- (92) *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964).
- (93) *Paris Adult Theater I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973).
- (94) ショービーズ州では判例法理によつてわいせつ素材の展示の差止めを求めることができる。
- (95) *Paris*, at 59-60.
- (96) *Kingsley International Pictures Corp. v. Regents*, 360 U.S. 684 (1959).
- (97) *Young v. American Mini Theater, Inc.*, 427 U.S. 50 (1976).

- (98) *City of Renton v. Playtime Theaters, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986).
- (99) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571-72 (1942).
- (100) Daniel A. Farber, *First Amendment* (Foundation Press 2003), at 136.
- (101) *Id.* Farber, at 140.
- (102) *Ashecroft v. ACLU*, 542 U.S. 656 (2004).
- (103) Jeffrey G. Sherman, *Love Speech: The Social Utility of Pornography*, 47 *Stan. L. Rev.* 661, 662 (1995). 同性愛者に与えるホルノの必要性を主張する点でバンキソンに近す。Cass R. Sunstein, *Pornography and the First Amendment*, 1986 *DUKE L.J.* 589, 612-17. 第一修正の価値を強調する点でホルノの社会的価値に対して消極的な姿勢を示している。この主張は、シャウワーに近す。
- (104) Geoffrey R. Stone, *Justice Brennan and the Freedom of Speech: A First Amendment Odyssey*, 139 *U. Pa. L. Rev.* 1333, 1343-44 (1991). ストーンによれば、ブレナンは憲法起草者の意図を探ろうとするアプローチにニューヨークタイムス判決で限界を認めていたが、ロス判決では第一修正の起源に触れ、ライベルの方がわいせつ問題よりも発展しているたと述べている。ストーンは、連邦最高裁の判断に統一性を持たせようとする試みとして理解できる。
- (105) *Jacobellis*.
- (106) Paul Gewirtz, *On "I Know It When I See It"*, 105 *Yale L.J.* 1023, 1026 (1996). わづせつ物該当性を、定義によって確定し、保護されない範疇を決める定義づけアプローチの欠陥を指摘する。
- (107) Richard H. Fallon, *Making Sense of Overbreadth*, 100 *Yale L.J.* 853 (1991).
- (108) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣 一九七三)。
- (109) しかし、日本で言うアシユワンダールの理解については争いがある。前掲芦部。
- (110) 毛利透『表現の自由 その公共性ともろさについて』(岩波書店 二〇〇八年)。

- (111) Fallon, *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, 113 Harv. L. Rev. 1321 (2000).
- (112) *Chaplinsky*.
- (113) *Supra*, note 111, Fallon.
- (114) Michael C. Dorf, *Facial Challenges to State and Federal Statutes*, 46 Stan. L. Rev. 235 (1994).
- (115) *William*, at 1838-39.
- (116) *Ashcroft v. ACLU*, 542 U.S. 656 (2004).
- (117) *Ferber*.
- (118) *Miller*.
- (119) *Id.* At 30-31.
- (120) *Williams*, at 1837-39.
- (121) 児童ポルノの作成は、連邦最高裁が指摘するように、作成方法の認定が、将来、非常に困難になることが予想される。問題は、対象となる子どもが存在しないが、まるで存在するかのように作成された素材に対して訴追が及ぶ場合である。
- (122) コラージュとは、素材の一部（例えば顔や裸体）を未成年者と成年者のものと交換して結合させる手法をいう。境界部分をぼかしたり、変形したりして一体化させる。
- (123) 九十年代以降のわいせつ規制に関する考察としては、何よりもまず加藤隆之『性表現規制の限界』（ミネルヴァ書房 二〇〇八）を参照。本原稿の第二校正直前に、有益な助言を頂いた。二〇〇〇年判決後の連邦議会の立法の動きを表現の自由の視点から厳しく批判している。前掲 毛利参照。仲介行為の評価については、永井善之「判批」『アメリカ法（二〇〇九—一）』一五三頁参照。

(124) *Chaplinsky*.

- (125) *Supra note 104*, Stone.
- (126) 例えは「児童の売買、児童買春及び児童ポルノに関する児童の権利に関する条約の選択議定書」(略称 児童の売買等に関する児童の権利条約選択議定書)は平成一七年に日本で発効している。
- (127) ヘイト・スピーチの検討として、奈須祐治「ヘイト・スピーチの害悪と規制の可能性」(二・完)関西大学法学論集五四巻二号一六一頁。小谷順子「米国における表現の自由とヘイトスピーチ規制」法政論叢四〇巻二二号一四九頁。
- (128) Catherine Mackinnon, *Pornography: Civil Rights and Speech*, 20 Harv. C.R.-C.L.L. Rev. 1, 18-20 (1985).
- (129) Fredrick Schauer, *Speech and "Speech" - Obscenity and "Obscenity": An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language*, 67 Geo. L.J. 899, 922-23 (1979).
- (130) Thomas Emerson, *Pornography and the First Amendment Reply to Professor Mackinnon*, 3 Yale L. & Pol. Rev. 130, 131-132 (1985).
- (131) Amy Adler, *What's Left?: Hate Speech, Pornography, and the Problem for Artistic Expression*, 84 Calif. L. Rev. 1499, 1508 (1996).
- (132) *American Booksellers Assn. v. Hudnut*, 771 F. 2d. 323 (7th, Cir. 1985).
- (133) *Id.* at 325.
- (134) 最高三小決平成一三年七月一六日 刑集五五巻五号三二七頁。長谷部恭男「インターネットによるわいせつ画像の発信 ヘッコアメ・インターネット事件」法律時報六九巻一号(一九九七年)一三三頁。園田寿「メディアの変貌 わいせつ罪の新たな局面」『中山研一先生古稀祝賀論文集第四巻』(成文堂)(一九九七年)一六七頁。前掲加藤が詳細。
- (135) <http://www.shugin.go.jp/tdb_kaijirokunsi/html/kaijiroku_000417120090626012.htm#p_honbun> やぶこ 森山 眞由美・野田聖子『よく分かる改正児童買春・児童ポルノ禁止法』(ぎょうせつ 二二〇〇五年)。
- (136) 議事録 田島意見参照

(137)

永井善之『サイバー・ポルノの刑事規制』(信山社

二〇〇三)。

(本研究は平成二二年度駿河台大学特別研究費の助成を受けた。)