

# アメリカ合衆国における児童ポルノ規制の新たな取組み

——バンダリング規制の合憲性に関する Williams 判決を素材として——

加藤 隆之

アメリカ合衆国における児童ポルノ規制の新たな取組み

## 第一節 アメリカ合衆国における児童ポルノ規制の経緯

### 1 アメリカ合衆国における児童ポルノ判例の経緯

#### 2 PROTECT 法の成立

##### (1) PROTECT 法成立の経緯と主要な改正点

##### (2) 改正点の合憲性

## 第二節 Williams 判決

### 1 事実の概要と下級審判決

#### (1) 事実の概要

#### (2) 下級審判決

### 2 連邦最高裁判所判決

## 第三節 立法事実の存否——立証の困難性

### 1 法廷意見と反対意見の間隙

### 2 真正児童ポルノであることの証明方法

3 被告人の防御

- (1) 積極的防御方法の規定の利用
- (2) 合理的疑いをこえる程度の証明を揺るがす方法
- (3) 記録保持に関する規定の利用
- (4) 小括

第四節 過度の広汎性の理論—表現の自由条項違反

1 連邦最高裁判所判例の理論

2 学説の批判

- (1) 審査手法の例外性
- (2) 実質性の要件
- (3) 第三者への違憲的適用の主張

3 PROTECT法パンダリング規定の過度の広汎性

- (1) Williams 判決の法廷意見と反対意見
- (2) 学説の評価
- (3) 私見

結語

第一節 アメリカ合衆国における児童ポルノ規制の経緯

1 アメリカ合衆国における児童ポルノ判例の経緯

アメリカ合衆国の性表現規制の核心はわいせつ表現である。連邦最高裁判所は、一九五七年の Roth 判決において、不十分ながらも初めて、わいせつ概念を定義づけたと同時に、同表現が表現の自由の保障外にあると判示

した。<sup>(1)</sup>その後、一九七三年の Miller 判決では、わいせつ概念の定義がより明確化された。<sup>(2)</sup>

児童ポルノは、当初、わいせつ表現の一亜種という程度の認識しかなく、これと別の性表現類型とは考えられていなかった。しかし、一九八〇年代に入り、児童ポルノ問題に対する社会的関心が急激な高まりをみせ、研究者の間でも議論されるようになった。これは、この時代になって児童性愛者が増加したというよりは、インターネットの発達により、児童ポルノの取引が頻繁に行われるようになり、児童性愛者の存在が顕著になってきたことが影響していると考えられよう。

そして、これまでおよそ三〇年間にわたって、連邦最高裁判所は、児童ポルノ問題と対峙してきている。まず、同裁判所は、一九八二年の *Ferber* 判決において、わいせつ要件を充足しない児童ポルノも、表現の自由として保護されないとし、その頒布を違法とするニューヨーク州法が修正第一条に反するものではないと判示した。<sup>(3)</sup>つまり、児童ポルノがわいせつ表現と別カテゴリーであるとしたうえで、その規制の合憲性を容認したのである。

また、同判決では、社会的に価値のない表現であることが要求されるわいせつ表現とは異なり、児童ポルノでは、その価値の有無にかかわらず処罰の対象とされると判示した。<sup>(4)</sup>

続いて、連邦最高裁判所は、一九九〇年の *Osborne* 判決において、児童ポルノの自己鑑賞目的での所持（以下、単純所持という）を処罰するオハイオ州法を合憲と判示した。<sup>(5)</sup>一九六九年の *Stanley* 判決では、わいせつ物の単純所持はプライバシーを侵害するものであり、その処罰を違憲と判示していたところ、*Osborne* 判決では、児童ポルノに対してその判決の射程が及ばず、わいせつ表現では容認されない厳しい規制が許容されると判示したのである。

もつとも、児童ポルノに対するこのように広汎な政府の規制権限が無制限に認められるわけではもちろんない。

連邦最高裁判所は、二〇〇二年の Free Speech Coalition 判決において、児童ポルノ保護法 (Child Pornography Protection Act of 1996<sup>7</sup> 以下 CPPA という) の二つの規定を文面上過度に広汎であり違憲と判示した。

その規定のひとつでは、「児童又は児童に見える」(is or appears to be) 者が、性的にあからさまな行為を行う写実的描写の頒布行為を規制していた。それゆえ、仮に、若く見える成人やコンピュータで作成された児童の擬似的描写のみを含む場合であっても規制対象としていた。連邦最高裁判所は、表現規制のための児童保護という根拠が、実在する児童不在で作成された物には妥当しないことを理由に、同規定が過度に広汎なものであり、違憲であると判示した。

もうひとつの規定では、当該物が「児童の性的行為の描写を含むという印象を与える」(conveys the impression) 態様で宣伝や頒布された児童ポルノを規制対象としていた。それゆえ、他人が児童ポルノとしてパングリングした表現物の所持に関して起訴にさらされる可能性があった。連邦最高裁判所は、この規制についても、パングリング行為を超えて規制しており、過度に広汎なものであり、違憲であると判示した。

## 2 PROTECT 法の成立

### (1) PROTECT 法成立の経緯と主要な改正点

このように、二〇〇二年の Free Speech Coalition 判決によって、擬似的児童ポルノの規制に対する一定の限界が示された。この判決に対する学説の賛否は分かれているが、<sup>8</sup>連邦議会では、直ちに、改善された更なる立法規制を目指して動き出した。

というのも、連邦議会は、児童ポルノ規制を実在する児童を被写体と証明できる物に限定することにより、児



児童ポルノの製造や頒布等に関与した者が有罪を逃れるのではないかという懸念を抱いており、その解決のための立法を急いでいたからである。<sup>⑨</sup>つまり、児童ポルノの被写体の実在性が争点となった場合、検察官は、その物又はその原本の被写体を特定することによって、その児童ポルノが真正であることを証明しなければならぬが、科学技術の発達やインターネット上の継続的なファイルの送信によって、当該画像が本物の児童を利用して製造されたことを専門家ですら証明できなくなっていると連邦議会は考えていたのである。

そこで、Free Speech Coalition 判決後、連邦議会下院は、擬似的児童ポルノと児童に対する危害の因果関係を立証するため、FBIの児童犯罪 (Crime Against Children) 部署の主任を召喚し、児童ポルノの製造過程ではなく、その出版が実在する児童にいかなる危害をもたらすのかについて証言させた。<sup>⑩</sup>しかし、これらの主張は、Free Speech Coalition 判決で政府が主張したものと特段異なったところはなく、Ferber 判決及びその趣旨が確認された Free Speech Coalition 判決に照らすと、児童ポルノの表現行為と児童への危害という因果関係は否定せざるをえないものだった。<sup>⑪</sup>

それにもかかわらず、二〇〇三年の四月に、連邦議会は、CPPAの憲法上の問題点を克服したものとして、「今日児童搾取を終了させるための訴追上の改善策とその他の手段に関する法律」(Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children Today Act of 2003<sup>12</sup>) 以下 PROTECT 法という) を圧倒的多数の支持を得て制定した。このような流れをみてみても、あらゆる形態の児童ポルノに対する社会の嫌悪感が相当強いことを看取できる。<sup>⑫</sup>同法による主な改正点は、次の五点である。

① 児童ポルノの定義を真正児童ポルノ及び真正児童ポルノ画像と見分けがつかない (indistinguishable) コン

ピュータ画像（擬似的児童ポルノ）とすること。<sup>13</sup>

② 新たなパンダリングと懲徳に関する定めをおくこと。<sup>14</sup>

③ 所持罪及びコンピュータ等によって製造された児童ポルノに対してCPAでは存在しなかった積極的防御方法（affirmative defense）の定めをおくこと。<sup>15</sup>

④ わいせつな擬似的（を含む）児童ポルノの受領や所持を規制対象とすること。<sup>17</sup>

⑤ わいせつ性の第三要件しか満たしていない擬似的児童ポルノの受領や所持を規制の対象とすること。<sup>18</sup>

ところが、多くの学説によって、これらの改正点はその合憲性が疑問視されている。そこで、それぞれの規定の問題点を順次みてみることにする。

## （2）改正点の合憲性

CPAでは、児童ポルノを実在する児童を被写体とした表現物に限らず、「児童に見える」者のそれも含まれると定義していたが、この規定が、二〇〇二年 Free Speech Coalition 判決によって、過度に広汎であり違憲と判示された。これに対応して、PROTECT法では、①のように、児童ポルノを本物と区別できないものに限定して定義した。しかし、同判決の法廷意見は、本物と区別できない擬似的児童ポルノであれば児童ポルノに含めることができるとは述べておらず、むしろ、この考えに否定的と理解するのが妥当である。

この本物と区別できない児童ポルノを児童ポルノ概念に含めるという考えは、同判決で一部賛成・一部反対意見を書いていた O'Connor 裁判官に従ったものである。<sup>19</sup> この部分に関する O'Connor 裁判官の反対意見には、

Rehnquist 長官及び Scalia 裁判官も同調している。しかし、現在この裁判官のうち、O'Connor 裁判官及び Rehnquist 長官の二人がいずれも退官しているため、仮に、連邦最高裁判所で、この点が争点となった場合、この規定が合憲と判断される可能性が決して高いとはいえない。

また、学説上も、本物と区別できないとはいえず、実在する児童という被害者が全く存在しない擬似的児童ポルノを本物の児童ポルノと同一に扱うことに対しては反対する見解が多いように思われる。<sup>20)</sup>

②のパンダリングの規定は、CPPAの「児童の性的行為の描写を含むという印象を与える」というパンダリング規定が違憲と判示されたため、これを削除し、新たなパンダリング規定としておかれたものである。しかし、このパンダリングの規定は、とりわけ、児童ポルノが本物であることや実在することさえ要求していない点で、議論を呼んでいる。下院報告書によれば、児童ポルノの詐欺的な購入又は売却の申出ですら、違法な市場を維持するために役立ついるため、その現物が存在することを同規定で要求していないことを認めている。<sup>21)</sup>

③の積極的防御の規定は、二〇〇二年 Free Speech Coalition 判決で問題点を指摘された部分を修正し、所持罪やコンピュータで製造された画像に対しても、積極的防御の方法が利用できるようにされた。そのため、同規定は、相当程度、合憲的に修正がなされたといえるが、依然として、いわゆるモーフィングの規定には適用されていないことが問題であるという指摘もある。<sup>22)</sup>

また、三つ以上の児童ポルノに意図せずに出くわしてそれを警察へ通報した者に対しても、積極的防御方法の規定が適用されないように思われるのであるが、同判決では、この適用を防ぐための限定解釈を示すことができず、多くの市民を危険にさらしていると指摘する見解もある。<sup>23)</sup>

④わいせつな擬似的児童ポルノと⑤わいせつ性の第三要件しか充足しない児童ポルノの規定は、児童ポルノ規

制の章におくことも考えられるが、わいせつ規制の章におかれている。いずれにせよ、④の規定は、結局、わいせつな表現を規制しているに過ぎないから、その単純所持を規制することは、Stanley 判決に正面から反し、かつ、実在する児童ポルノに関する Ferber 判決、Osborne 判決、二〇〇二年の Free Speech Coalition 判決の趣旨に反するように思われる。<sup>(24)</sup>

さらに、⑤の規定は、わいせつ要件を充足していないにもかかわらず、その規制対象物の受領や単純所持まで規制しており、明らかに Stanley 判決、Miller 判決、Ferber 判決、Osborne 判決、二〇〇二年の Free Speech Coalition 判決に反するものといえよう。<sup>(25)</sup>

このように、これらの PROTECT 法の規定は、いずれもその合憲性が検討されるべきものであるが、まず、連邦最高裁判所でその合憲性が争われたのは、②のパンダリング規定である。二〇〇八年の Williams 判決では、パンダリングの罪を犯した被告人が、同条の合憲性を争ったが、その主張は認められなかった。<sup>(26)</sup>

そこで、本稿では、この判例を素材として、PROTECT 法のパンダリング規定の合憲性に焦点をあてて検討する。また、③積極的防御方法に関する規定についても、パンダリング規定の合憲性を判断する際に検討が必要であるため、同規定の利用についてもふれることにする。

## 第二節 Williams 判決

### 1 事実の概要と下級審判決

#### (1) 事実の概要

二〇〇四年四月二六日、被告人 Michael Williams は、インターネットのチャット・ルームにサイン・インした。シークレット・サービスの作業員も、そのルームに「Lisa n Miami」という名前でサイン・インした。作業員は、Williams が「幼児の父親であり、彼女のいい (good) 写真を持っているから、君の幼児の写真又はライヴカメラで交換する」というメッセージを掲載しているの気がついた。作業員は、Williams と会話をはじめ、子供たちの非ポルノ的写真をコンピュータ上で交換するように導こうとした。程なくして、Williams は、彼の四歳の娘に性的いたずらをする男の写真を持っていると伝えたてきた。

その後、Williams は、「Lisa n Miami」が法執行作業員であるとの疑念を抱き、他の写真を見せるよう求めた。その作業員がその求めに従わなかったところ、「ここの部屋だ。私が本物だからアップ・リンクをはる」とができる。彼女はできない」というメッセージをそのチャット・ルームで公然とはり付けた。このメッセージに付加されたハイパーリンクをクリックすると、およそ五歳から一五歳の実在する児童が性的にあからさまな行為を行い、自分たちの生殖器をあらわにしている七枚の写真にリンクした。

そのため、シークレット・サービスは、Williams の自宅の搜索令状を取り、実在する児童がサドマゾ的のものを含む性的にあからさまな行為を行う少なくとも二二画像を保有する二枚のハード・ドライブを押収した。そして、Williams は、児童ポルノのパンダリング罪 (2252A(a)(3)(B) 条) 及び児童ポルノ所持罪 (2252A(a)(5)(B) 条) で起訴された。被告人 Williams は、両罪に対する罪を認めたが、パンダリング罪の合憲性に異議を唱える権利を留保し、その合憲性を争った。

このパンダリング規定では、故意に、性的にあからさまな行為に関与する児童のわいせつな視覚的描写、若しくは、性的にあからさまな行為に関与する実在する児童の視覚的描写が、当該物に含まれていると信じているこ

とを示すような態様、または、他人がそのように信じるよう意図した態様で、州際若しくは国際取引において、コンピュータなどの手段によって、宣伝、頒布、懇願する行為等を行った者に対して、五年以上二〇年以下の懲役刑を科し、さらに、同等の前科を有する場合には、一五年以上四〇年以下の懲役刑を科すと定められている。<sup>28)</sup>

## (2) 下級審判決

連邦地方裁判所は、児童ポルノのパンダリング罪と所持罪の両罪について、六〇月の懲役という同時執行の刑の宣告をした。<sup>28)</sup>ところが、第一巡回控訴裁判所は、PROTECT法のパンダリング規定が、営利的表現のみならず非営利的表現も規制していることを根拠として厳格な基準を適用し、次の理由に基づき、同規定が過度に広汎であり、許されないほどに不明確であると判示した。<sup>29)</sup>

- ① 同規定によって、いかなる画像も存在しない場合であつたとしても、児童ポルノであると主張された (purported) 物のパンダリング行為が禁止されている。また、自慢屋、誇張者、うそつきが、完全に合法的な画像を有している場合ですら、処罰の対象となり得る。
- ② 違法活動の唱道も扇動ではない限り、修正第一条によって保障されている。すなわち、非営利的、非扇動的な違法児童ポルノの促進行為は、不快であるものの保護された表現である。
- ③ 問題となっている物の実際の性質や存在に関係なく、それが児童ポルノであると信じていることを示す表現を処罰するパンダリング規定は、とりわけ問題がある。この規定は、画像が本物の児童であるとだまされて信じていることを根拠として、責任を認めることを許容するものである。

④ 信じていることを示す態様、または、他人がそのように信じるよう意図した態様という文言によって意味するところが全く明らかでない。その結果、無辜の者を処罰しかねない多くの仮定的な事例が想定されるため、同規定の適用に関して、法執行機関に過大な裁量を与えてしまっている。

そこで、連邦最高裁判所は、サーシオレイライを認めた。連邦最高裁判所は、次のような理由から原審を破棄し、Williams が有罪であると判示した。

Scalia 裁判官が法廷意見を書き、それに Roberts 長官、Stevens 裁判官、Kennedy 裁判官、Thomas 裁判官、Breyer 裁判官及び Alito 裁判官が同調した。Stevens 裁判官は、同意意見を書き、それに Breyer 裁判官が同調した。Souter 裁判官は、反対意見を書き、それに Ginsburg 裁判官が同調した。

## 2 連邦最高裁判所判決

### (a) 法廷意見

(過度の広汎性の理論について)

当該規定の過度の広汎性が認められるためには、絶対的な意味のみならず、その規定の明白な合法的射程範囲 (plainly legitimate sweep) との関連においても、実質的なものであることが要求される。<sup>30)</sup> 過度の広汎性ゆえに無効の理論は、「劇薬」であり、「容易く用いられる」べきではない。<sup>31)</sup>

そして、過度の広汎性審査の第一段階は、当該規定の解釈を行うことである。252A(a)(3)(B) 条は、概して、児童ポルノ提供の申出及びその入手の依頼を規制している。この規定は、児童ポルノの現実の存在を要求してい

ない。この観点からいえば、Ferber判決、Osborne判決及びFree Speech Coalition判決で問題となった児童ポルノの所持や頒布を規制する法律と異なる。この規定では、その対象となる物に焦点をあてるのではなく、その物を児童ポルノの流通ネットワークにのせるといふ副次的表現行為を規制している。それゆえ、児童ポルノ不所持の囲捜査員に児童ポルノを求めたインターネット利用者は、当該規定に違反する。同様に、擬似的児童ポルノであるにもかかわらず、実在する児童を描写しているように宣伝した者も、当該規定に違反する。

本規定のいくつかの点が、当裁判所の審査にとって重要である。

第一に、本規定は、故意の規定を含んでいる。2252A(a)(3)条の頭文字の「故意に」は、従来から存在する2252A(a)(3)(A)条と本件で問題となっている新しき2252A(a)(3)(B)条の双方の規定に直接適用される。当裁判所は、文脈を考慮した本文言の最良の解釈が、これら二つの規定のあらゆる要素に適用されることであると考える。第二に、本規定の作用的な動詞、すなわち、「宣伝する、促進する、提示する、頒布する、求める」の部分は、伝達的な(Transactional)意味を有するものと合理的に解釈される。すなわち、本規定は、「複製や物理的な伝達行為によって、人から人へ児童ポルノを転送しようとする表現を処罰している」。

ここに列挙されているあらゆる文言が伝達に関連しているという当裁判所の結論は、それらが営利的(Commercial)取引に関連しているということと主張しているわけではない。本規定に違反するためには、その言論が、ある者から他の者へと児童ポルノの移転を伴うか、または、移転を誘引しようとしさえすればよい。

第三に、「信じていることを示す態様」という文言は、主観的要素及び客観的要素の双方を含む。同文言は、「他人が信じるように意図する態様」とは全く異なる。被告人が児童ポルノを提供していると受け手が誤信するように導く表現であっても、被告人が実際、その表現物が児童ポルノであると信じていなかった場合、本規定違反と



はならない（もつとも、その表現が意図的であれば、「他人が信じるよう意図した態様」という規定に反する可能性がある）。本規定の客観的な要素は、当該表現又は行為が、客観的に、その表現物が児童ポルノであると信じていることを表象するものでなければならぬ。被告人がそのような確信を有していると合理的な人間が考えるように誘導する行為を伴わない単なる確信のみでは、不十分である。

第四に、「他人が信じるように意図する態様」という規定は、主観的な要素のみ含む。被告人は、その表現物が児童ポルノであると受け手が信じるよう「意図」しなければならず、また、合理的な人間がいかに解するかとは無関係に、そのような確信を生じさせると行為者が考える表現物の「宣伝等」の行為態様をとらなければならぬ。

第五に、「性的にあからさまな行為」の定義は、*Ferber* 判決において、過度に広汎との主張を否定したニュージャージー州法の「性的な行為」のそれと非常によく似ている。本規定使用されている文言は、単に「性的な行為」ではなく、「性的にあからさまな行為」であるため、文面における憲法上の疑義がより少ない。

つぎに、当裁判所が解釈した本規定が、保護された表現活動の実質的範囲を処罰しているか否か検討する。

違法な取引行為への関与の申出は、典型的に修正第一条の保護の対象から外されている。<sup>32</sup> 第一一巡回控訴裁判所は、法禁物の提供又は受領の営利的な (commercial) 申出に限り、修正第一条の保障外となしうと考えた。しかし、典型的に保障対象外とする根拠は、営利的表現の修正第一条における低い保障ではなく、所持禁止物の提供や受領の申出は社会的に無価値であり、わいせつ表現のように、修正第一条の保障外であることに基礎をおくものである。

確かに、違法な行為への関与の申出とその抽象的な唱道とは重要な差異が依然として存在する。<sup>34</sup> しかし、本法

は、児童ポルノの唱道を禁止しているのではなく、その提供の申出や入手の依頼を禁止している。Free Speech Coalition 判決で問題となったパンダリング規定について、当裁判所が判示した憲法上の瑕疵は、保障外とされるパンダリングの域を超えて、物の所持を禁止していたという点にあった。<sup>(35)</sup>

よって、当裁判所は、児童ポルノの提供の申出又は入手の依頼は、類型的に修正第一条の保障外であると認める。

第一一巡回控訴裁判所は、本法の適用に児童ポルノの不存在であるという点に憲法上の難点があると考えていた。当裁判所は、詐欺的な申出又は違法な物の提供の申出というそれぞれ、行為を政府が規制できると判示しているが、第一一巡回控訴裁判所は、違法な物を提供する詐欺的申出の処罰を政府に禁じていると解している。しかし、当裁判所は、その見解に理由がないと解する。

また、第一一巡回控訴裁判所は、Brandenburg 判決において、「違法な児童ポルノの非営利での非扇動的促進行為 (promotion)」が保障されているため、2252A(a)(3)(B) 条が児童ポルノの促進行為を処罰していることが過度に広汎な規制であると判示した。しかし、促進とは、抽象的な唱道を指すのではない。

第一一巡回控訴裁判所は、本法の「信じていることを示す態様」条項によって、当該物が児童ポルノであると誤って信じる者をわなにかけることができるという点に「とりわけ異議がある」と判示した。この異議は、概念的に二つの部分にわけられる。第一に、第一一巡回控訴裁判所は、真正児童ポルノを擬似的児童ポルノとして誤って頒布した者を処罰することは違憲であると解している。しかし、未遂や共謀などの他の初期的犯罪のように、事実関係が被告人の考えていたところと異なったため、その犯罪が既遂に至る可能性がないということは、防御とならない。すべての裁判所は、未遂の起訴に対して「事実関係上の不可能性」といわれるものが防御とな

らない点に賛同している。

第二に、第一一巡回控訴裁判所は、児童の無害な写真をみだらであると主観的に信じた者に本法を適用しようとも解している。しかし、そうではない。被告人は、当該写真が一定の要素を含み、その要素が現実（被告人の単なる推測ではなく）、本法の要件を充足していると信じていることが必要である。

被告人は、児童性愛者に対し幼女の非ポルノ的写真を提供した者も、仮に、その写真が児童ポルノを含むとその児童性愛者がひそかに期待していた場合には、本法で処罰されうると主張している。しかし、その提供者は、その物が児童ポルノであると信じておらず、また、受領者が信じることも意図していない。

さらに、性行為を行う青少年を描く主流のハリウッド映画の広告には、本法に違反するものがあると法廷助言者は主張している。しかし、当裁判所は、アマゾン・ドット・コムのような定評あるハリウッド映画の配給元がそれらの映画において現実の又は擬似的な性行為を行う実在する児童が含まれているとは考えられないと解する。いわんや、アマゾン・ドット・コムが、そのようなことを顧客に信じさせようとは意図しているとは、考えられない。

口頭弁論では、さらに、本法が軍人の児童に対する強姦行為のように、外国で行われた残虐行為のドキュメンタリー映画にも本法が適用されることが示唆されている。仮に、その物が、当裁判所が判示した要求水準のあからさまさを有するのであれば、そうであろう。おそらく裁判所は、残虐行為の情報を流通させる教育上の利益と児童の品位を下げる「永続的な記録」となり、「児童への危害」を増加させる物の流通を防ぐという政府利益とを衡量することとなる。しかし、「ある法律に対して許されない適用の場合も考えられるという事実のみでは、過度に広汎な規制となるには不十分である」<sup>(37)</sup>。

最後に、反対意見は、Ferber 判決や Free Speech Coalition 判決を黙示的に覆していると非難している。反対意見によると、議会は、画像そのものを禁止せず、その取引の申出を禁止することにより、擬似的児童ポルノに対する修正第一条の保障を回避しているという。しかしながら、本法において、擬似的児童ポルノ提供の申出や入手の依頼は禁止されていない。真正な児童ポルノとしてではなく、擬似的児童ポルノとして提供し又は依頼される場合には、これまでと同様、擬似的児童ポルノの入手が可能である。

(不明確性ゆえに無効の原則について)

第一巡回控訴裁判所は、文面上無効とするための他の根拠として、2252A(a)(3)(B)条が不明確性ゆえに無効であると判示した。不明確性ゆえに無効の原則は、修正第一条ではなく、修正第五条の適正手続条項から派生するものである。本法が禁止していることを通常の能力を有する者に正当に告知 (fair notice) <sup>(38)</sup> していない場合、または、あまりに基準を欠いており、深刻な差別的適用を招く場合、適正手続条項違反となる。通常、「明らかに違法な行為をする原告は、他人の行為に適用される法律の不明確性を主張できないが」、当裁判所は、当該法律が保護された言論を相当程度規制するか否か不明であることから、この要件を修正第一条の文脈において緩和している。<sup>(39)</sup> とはいえ、完璧な明確性や精密な内容の提供は、表現活動の規制に対してさえ求めることができない。<sup>(40)</sup>

第一巡回控訴裁判所は、「風呂に入っている小さなJanie — 急げ」というメッセージを含む写真付きEメールや「ベッドにいる児童のいい写真」と件名に記載され、幼児がベッドにパジャマ姿で眠っている写真が添付されたEメールに対して、本法が適用されうると解している。しかし、当裁判所は、これらの仮定的ケースのいずれも、これ以上の事実関係がなければ、合理的な陪審員が合理的な疑いを超えて、本法の要件を満たすと認定できないと解する。

もつとも、第一一巡回控訴裁判所の基本的な誤りは、きわどいケースがみられるという一事をもつて、法律が不明確になると考えている点にある。しかし、ここでの問題は、明確性の理論ではなく、合理的疑いを超える証明の要求によって対処すべきである。

ある法律が不明確となるのは、その定める構成要件の充足性の決定が時折困難となる可能性ではなく、その構成要件の非決定性が原因である。それゆえ、当裁判所は、被告人の行為が「迷惑な」(annoying) 又は「下品な」(indecent) か否か—立法の定義、限定解釈できる文脈又は確立された法的意味がなければ、完全に主観的判断となる—によって有罪が決定する法律を違憲と判示した。<sup>(1)</sup>

このような非決定性は、本法に存在しない。ある者が信じている又は意図を有しているという要件も、特定の表現が児童ポルノであると信じていることを示すという要件も、主観的な判断に依拠せずその真偽が確定できるものである。

(b) 同意意見 (Stevens 裁判官の同意意見に Breyer 裁判官が同調)

本法が文面上違憲ではないという私の結論は、Scalia 裁判官が不要と考えた関連する二つの考慮事項によって強化される。まず、「法律の違憲性から救済するため、あらゆる合理的な解釈手段がとられなければならない」という原則である。

つぎに、文言のみが不明確である以上、憲法上の疑義を回避する当裁判所の義務として、立法者意思を確認するためその文言を超えて検討することがとりわけ妥当である。本法では、パンダリングという文言が存在しないが、議会は、その審議中、本規定を「パンダリング」又は「パンダリング及び懇願」と表現していた。

(c) 反対意見 (Souter 裁判官の反対意見に Ginsburg 裁判官が同調)

PROTECT 法は、実在する児童の描写を含まない可能性のある児童ポルノの取引を直接規制することを回避し、取引や展示の客体が実在する児童を含む又は含むであろうと、被告人自身が明らかに信じている又は受領者がそのように信じるよう誘導する場合を処罰している。議会が現存する画像と無関係な申出を処罰できるという当裁判所の説明は受け入れるが、特定の、現存する表現物に関してなされた申出の規制については、当裁判所と決別する。

この新法では、画像が実在する児童に関する物か否かにかかわらず、パンダリング罪の構成要件は同じである。しかし、実在する児童を描写していない画像の取引を起訴することは、修正第一条に反する。パンダリングされた表現物を表面上保護すると同時に、同一物のパンダリングの起訴を容認することとの緊張関係に対峙せず、保護された言論を抑圧する新しいパンダリング規制を許容しているため、当裁判所は、*Ferber 判決*と *Free Speech Coalition* 判決の理由及び結論の双方を害している。

本法適用の容易な例は、実在する児童を描写していると考えられる児童ポルノの入手又は提供の申出であり、それらの行為が、いかなる画像の存在とも無関係な場合である。提供者が他人を欺く場合、その有罪は詐欺が保障されない地位であることと整合的である。また、他人に移転するための法禁物が入手可能であると誤解した非詐欺的提供者でさえ、刑法の一般原則と整合的に有罪となしうる。

しかし、議会は、不成功に終わった懇願者又は販売する画像を所持しない詐欺的な提供者を逮捕するために本法を通過させたわけではない。むしろ、議会は、本物の児童の描写と区別できない合成画像やコンピュータで作成された画像を製造する技術が存在するのではないかという単なる見込みによって、本物の児童の画像を有する

被告人の起訴を免れさせるのではないかとということを危惧していた。

保護された物を含む取引への関与の申出を独立した犯罪とする根拠として、当裁判所は、三つの回答を示している。第一の回答は、提案された取引の客体物が実在する児童を描写していると信じていること又は信じさせるよう導くことの証明が必要であるため、本法が合法的な取引の申出を犯罪としていることは間違っていないという。しかし、問題の核心は、犯罪とされている申出には、本物の児童であるという証明がない又はそれができない物に関連しているものが存在するという点にある。

犯罪行為の申出は、言論として保護されないという当裁判所の二番目の回答についても、ほぼ同様のことがいえよう。Ferber 判決及び Free Speech Coalition 判決が妥当するのであれば、本法のもとでの有罪の十分要件として、(おそらく単に擬似的な)画像やその画像の移転が憲法上の保障外であることを示すだけでは十分ではないはずである。

当裁判所の第三の回答は、犯罪行為の申出から類推したもので、何らかの障害によって犯罪行為の完遂が不可能となった場合でさえその未遂は罪となるという刑法上のルールに依拠したものであるという。さらに、この主張は、申出者が意図した実際の取引が罪とならないと後に判明したとしても、その意図した取引の申出は罪となるという。

本法の枠組みと当裁判所の回答との不一致は、2252A(a)(3)(B)条のパンダリング規定を含む本法の実質的規制の未遂又は陰謀を処罰している2252A(b)(1)条に表れている。よって、パンダリングを未遂の一種として考えることは、実質的な児童ポルノの罪の未遂という支離滅裂な罪の規定が存在するということを意味する。

もつとも、未遂による類推のより深刻な欠陥は、古典的な事実の欠如のルールを不当に拡張していることにあ

る。銃弾が装てんされていると誤解して、殺害の意図と共に銃を握る者は、仮に銃弾が銃に装てんされていれば殺人罪を犯していたかもしれない。まさに銃弾を撃つことを意図した行為の遂行の不可能性ゆえに、その犯罪の完遂が妨げられたのである。

しかし、当事者がいかに信じようとも、また、被告人が予定していた取引の遂行に際して、彼の行為が意図していた行為の流れにいかにも正確に合致していたとしても、画像の製造に本物の児童が利用されていたかについて合理的疑いがあると判明したか又は全く利用されていなかった場合には、それぞれ犯罪も成立しないであろう。

よって、古典的な不能犯の例では、被告人が誤解し、また、意図された客観的行為の完遂を妨げる何らかの事実によって、意図された行為の一連の流れが完遂されえなかった場合、未遂の責任を負うのである。だが、当裁判所の理由では、行為が意図されたとおりに完遂されたが、いかなる犯罪も成立しない場合ですら未遂の責任を負いかねないのである。

当裁判所の第一の解答では、麻薬以外の物を販売する麻薬密売人の例を挙げて異議を唱えている。ベイキング・パウダーだと知らずに麻薬販売を試みた密売人を有罪となしうることについて、誰も疑いをもたないが、ベイキング・パウダーの販売は、擬似的児童ポルノのそれと同様に犯罪ではないという。

しかし、当裁判所は、ベイキング・パウダー販売の合法性と擬似的児童ポルノの合法性の特徴との相違を見落としているため、この解答が十分とはいえない。パウダーの販売は合法であるが、憲法上保障されたものではない。他方、擬似的児童ポルノは、修正第一条の保障下にある。

当裁判所の第二の解答では、この目的物に内在する特権的性格について論じている。そこでは、別のおそらく有罪となる未遂の例として、機密扱いであると誤って信じたスパイが、国家機密文書を手渡したところ、既に機



密性が外され公開されていた場合をあげている。公開文書の出版は、修正第一条の特権の保障を受け、擬似的児童ポルノに与えられていない価値を有する。当裁判所は、その文書の出版が国家秘密規制の違反の未遂として処罰されるにもかかわらず、真正児童ポルノと誤って信じた者を処罰できない理由はないと考えている。当裁判所が指摘するように、誤って信じたスパイの起訴を正当化する抑止的価値が、擬似的児童ポルノの申出をする者の起訴を正当化するようにも思われるが、両ケースには決定的な違いがあるため、そうではない。

政府文書やベイキング・パウダーが関連している場合、他の重要な政策を害することなく抑止効果が促進されるが、児童ポルノと誤って提供する行為の処罰には、このことがあてはまらない。

第一の違いは、コカインを売るつもりがベイキング・パウダーだった場合のように、擬似的児童ポルノの取引の申出を法律が処罰できるとすれば、憲法は、極めて重要な何かを失うことになるだろう。本日の判決後、誰も、政府が児童ポルノ販売を理由に、被告人を起訴し続けるとは真剣に考えないだろう。政府は、画像が本物の児童を描写していることの証明の必要なく、単に、画像が本物の児童ポルノであると明示する又はそのように信じさせるような取引の申出を訴追することになるだろう。

児童ポルノを別に扱うことの第二の理由は、第一の違いから導かれる。騙された麻薬取引者が未遂の責を負う場合、合法的な商品の取引からベイキング・パウダーを消滅させる危険性はない。しかし、本法が、本物の児童要件を事実上除外した結果、保護された表現のひとつの類型は消滅するだろう。

最後に、本法が、同一性確定の可能な現存する性的写真に適用されるにもかかわらず有効であるとすれば、*Ferber* 判決及び *Free Speech Coalition* 判決は事実上覆される。他方、ベイキング・パウダーと公開文書に関する未遂は、先例の信頼を害することなく処罰できる。

政府は、議会及び当裁判所において、本物の児童を描写しているか否かに関する合理的疑いを持ち出すことによつて、擬似的児童ポルノであるとの単なる可能性を陪審員が認めることは、本物に対する有罪を妨げることになると主張した。

この主張を額面どおり受け取ることにはできない。このような懸念が生じなかつた時期は存在しない。たとえば、本法が通過する遙か前にも、性的写真に未成年者のモデルを使うことができたが、若く見えるモデルが未成年者であることを証明する必要性によつて起訴が妨げられたという証拠はない。

もつとも、状況は変化するものであり、仮に、プロや素人の性愛者の児童搾取をやめさせる効果的な他の方法が存在しないのであれば、表現の自由の保護が児童の保護にある程度屈しなければならないというのも正当な主張であろう。議会は、当該児童ポルノが擬似的である可能性を被告人が「ほぼ例外なく主張する」と認めている<sup>(4)</sup>が、議会も当裁判所も、被告人の無罪がこの防御に合理的に起因するケースをひとつも引用していない。

仮に、当該写真の児童が本物であるように見えるのであれば、政府は、その要素について事実上証明をしたことになるだろう。被告人は、科学技術によつてもつともらしい模造品を製造できるという趣旨の専門家による証言を当然提出するだろう。しかし、その限度の証言に過ぎないのであれば、反対尋問によつて、その証人は、本物に見える当該表現物が単なる模造品であると証言できるのかが問われるだろう。仮に、その証人がそのような証言し、その見解の根拠及びその真实性に関する更なる尋問に耐えたとすれば、その被告人を無罪放免とするのが適切であろう。つまり、その被告人は、児童が被害を受けたか否かについて合理的な疑いを生じさせたのである。しかし、仮に、その被告人が、当該画像が実在する児童を描写していないという明白な証拠を有していない場合、陪審が合理的疑いを抱くか疑わしいだろう。

### 第三節 立法事実の存否—立証の困難性

#### 1 法廷意見と反対意見の間隙

本判決の法定意見は、PROTECT法制定の主要目的として、真正児童ポルノに関与する犯罪の有罪立証の確保にあったことを正面から肯定しているわけではないが、それが連邦議会の掲げる根拠であったことを指摘している。よって、法廷意見もこの根拠を容認したうえで、条文の合憲性を検討しているものと推察される。しかし、反対意見を述べたSouter裁判官とGinsburg裁判官は、連邦議会、連邦最高裁判所のいずれも、実際に有罪立証が困難であること又は擬似的児童ポルノであるという防御を理由に無罪となったケースはなく、このような立法目的は存在しないと主張している。

すなわち、PROTECT法の成立前の審議において、司法省は、擬似的児童ポルノという防御によって起訴に失敗したと考えられる三つの例を議会に提出したが、<sup>(43)</sup> 反対意見は、そのいずれも、Free Speech Coalition判決を契機として起こった一時的な立証責任の過渡期に関連したものであり、擬似的児童ポルノという防御を理由として陪審又は裁判官が被告人を無罪としたものではなく、さらに、その政府の法廷助言者も、この防御が成功した他の事例を示していないと指摘している。<sup>(44)</sup>

また、反対意見は、司法省の統計からも、児童ポルノに関与する犯罪の圧倒的多数が有罪とされてきており、このような見解を否定したFree Speech Coalition判決から<sup>(45)</sup> 状況がほとんど変化していないと主張している。<sup>(46)</sup> 司法省法務統計課によれば、二〇〇六年に判決が確定した一二〇九件の連邦児童ポルノ事件のうち、九五・一%の被

告人が有罪とされたが、これと比較してみると、一九九六年に判決が確定した一六一件の児童ポルノ事件のうち、九六・九%の被告人が有罪とされていたとい<sup>47</sup>う。

さらに、二〇〇六年では、九二・二%の事件で有罪と認められ、有罪と認定されなかった四・九%の事件のうち四・五%は却下されており、わずか〇・四%の事件が審理の結果有罪と判断されなかったのである。<sup>48</sup>二〇〇六年に連邦検察官が処理した二三七六件の児童ポルノ事件のうち、三七・八%の事件の起訴が断念されたが、五八・五%の事件が起訴され、三・七%の事件が合衆国治安判事によって処理されたところ、これを他の犯罪全体の起訴率が五九%であることと比較しても、<sup>49</sup>反対意見は、不起訴率の割合が高いという証拠はないと主張している。<sup>50</sup>

また、児童ポルノの起訴が断念された事件のうち、二四・三%が証拠の証明力が弱いこと又は証拠能力を欠いていること、二二・七%が故意を証明する証拠の欠如、一八・七%が被告人がその他の犯罪で起訴されていることが原因とされているが、他方、性的虐待の起訴が断念された事件のうちの五三%が、また、性的行為目的の移送に関する事件のうち二〇・四%が、証拠の証明力が弱いこと又は証拠能力を欠いていることが原因であるとされてお<sup>51</sup>り、<sup>52</sup>反対意見は、仮に、これらの統計の一般性に問題があるのであれば、政府こそ必要な主張をすべきであるとい<sup>53</sup>う。

このような反対意見の主張は説得的である。また、以下にみるように、真正児童ポルノであることの合理的疑いをこえる程度の証明は、本物に見える児童ポルノを証拠として提出することによって可能であることに鑑みると、反対意見が正当である。

## 2 真正児童ポルノであることの証明方法

ところで、連邦議会が認める立証の困難性という立法事実の存否を判断する前提として、児童ポルノが実在する児童を被写体とする物であることの立証活動として、いかなるものが検察官に要求されるのか検討しなければならない。

この点について、Williams 判決の反対意見は、外観上、真正児童ポルノとして見えるのであれば、事実上この要素については証明ができていくことになるため、立証の困難は理論上も生じないと主張している。<sup>(33)</sup> 事実上とあえて指摘しているのは、被告人からの反対尋問によって、その合理的疑いをこえる程度の証明が揺らく可能性を有しているからである。その可能性が生じる場合とは、当該表現物が真正でないことを根拠と共に専門家が証言した場合を指し、その専門家の証言が、本物に見える擬似的児童ポルノを科学技術によって作成可能であることを、一般的に指摘しただけでは足りない<sup>(34)</sup>と反対意見は指摘している。

この論旨には、二つの論点が存在する。まず、真正児童ポルノであることの証明には、検察官がいかなる証拠によって証明すべきであるかという論点である。つぎに、その証明に対し、合理的疑いを生じさせるために被告人はいかなる証拠を提示すべきであるかという論点である。前者の論点が、検察官の真正児童ポルノ処罰のための立証に必要な行為に関する問題であり、後者の論点が、検察官が児童ポルノの真正に関する証明をした後に生じる、被告人の事実上の立証活動の問題である。

前者の点について、反対意見のように、本物に見える児童ポルノを証拠として提出することで足りるという見解は、真正児童ポルノであることについて、専門家の証言は不要であるという多くの下級審判決<sup>(35)</sup>—陪審が、当該画像のみで当該表現物が真正であると判断できるため、専門家の証言を要求するものではないと二〇〇二年の

Free Speech Coalition 判決を解釈している——と整合的といえよう。また、学説にもこの立場を支持する見解がある。<sup>(57)</sup>

Williams 判決の法廷意見は、この点についての見解を明確にしているとはいえない。しかし、仮に真正に見える児童ポルノの実物を提出するのみで検察官の証明が足りると考えているのであれば、真正児童ポルノであることの証明の困難性ゆえにその処罰が確保できないという点を問題視する必要はないはずである。それゆえ、少なくとも、本物らしく見える現物以外の証拠によって、当該表現物そのもの又はその原本が、実在する児童を被写体としていることを証明することが必要であると解していると推察される。

確かに、憲法や刑事訴訟法で要求されている合理的疑いをこえる程度の証明の程度は、いわゆる「疑わしきは被告人の利益に」の原則から導かれるものであり、<sup>(58)</sup>この観点からは、検察官が、すべての構成要件要素について合理的疑いをこえる程度に証明をしなければならない。<sup>(59)</sup>

とすれば、児童ポルノが真正であることについても、常に、被害者及び被害事実を特定しなければならないようにも思われる。わいせつ物と異なり、児童ポルノの保護法益は、被写体である児童の保護にあるため、被害者の特定が児童ポルノに関する犯罪処罰にとって重要だからである。個人的法益を侵害する刑法犯において、通常、被害者とその被害の状況は、犯罪事実を特定するうえで必要とされていることが想起されるべきである。

しかし、本物らしい概観を有する児童ポルノであれば、真正児童ポルノであるとの心証を形成することが自由心証主義の帰結として誤りともいえないように思われる。<sup>(60)</sup>また、児童ポルノ産業は秘密裡に行われることがほとんどであるため、被写体を特定することが困難であることが多い。にもかかわらず、常に被害者の特定を検察官に要求することは、あまりにも過大な負担となる立証行為を要求することになり不合理である。検察官に求めら

れる合理的疑いをこえる程度の証明とは、事実上不可能な証明を強いるものであつてはならない。さらに、専門家による証言を不要と判断した下級審判決に対する連邦最高裁へのサーシオレイライが認められていないことに鑑みると、<sup>(61)</sup>連邦最高裁自身もそのような証明は不要と考えているように思われるのである。

日本でも、被写体である女子児童の人定に至らなかつた児童ポルノビデオテープ販売目的所持罪の有罪認定が争われた事件で、大阪高等裁判所が、同ビデオテープの画像自体から、被撮影者が実在する一八歳未満であると合理的疑いをこえる程度に認定できることを理由に原審の有罪を維持し、<sup>(62)</sup>さらに、最高裁がその被告人の上告を棄却したという判決がある。<sup>(63)(64)</sup>

### 3 被告人の防御

#### (1) 積極的防御方法の規定の利用

以上のように、検察官によって、当該表現物が真正児童ポルノであるとの事実上の証明がなされた場合、被告人は積極的防御方法である2252A(c)条を利用して、有罪を免れることが可能である。

かつて、CPPAでも、作品が成人のみを使った作られたものであること及び実在する児童を描いているという印象を与えないように頒布したということを証明することによって罪を免れるという積極的防御方法の定めをおいていた。<sup>(65)</sup>しかし、Free Speech Coalition判決では、この定めが、所持罪及びコンピュータで製造された画像に対しては適用されないこととなつていたため不十分であると指摘していた。<sup>(66)</sup>そのため、PROTECT法では、これらの場合を含めて、被告人の積極的防御方法の規定の利用を可能としたのである。

すなわち、2252A(c)条では、①当該児童ポルノが、性的にあからさまな行為を行う実在する者を利用して製

造され、かつ、その者が、その製造時に成人であったこと、または、②当該児童ポルノが実在する児童を利用して製造していないことを証明した場合、同条(a)(1)、(2)、(3)(A)、(4)、(5)の罪を免れるとしている。なお、本稿の検討対象である2252A(a)(3)(B)条は、バンダリングの規定であり、児童ポルノの実在性及び真正性が要求されていないことから、積極的防御の定めから外されている。

もつとも、この積極的防御方法の規定における被告人の立証活動の内容は、裁判官や陪審員の合理的疑いをこえる程度に心証形成された結果、被告人にとって事実上必要と考えられるものと重複している。つまり、被告人は、有罪との心証が形成された場合、それを揺るがすために、一定程度の立証活動が事実上求められるが、その必要な立証活動の内容として、2252A(c)条の内容が考えられるのである。2252A(c)条は、被告人が有罪認定される場合に必要な立証活動を積極的防御方法という形式で定めたと考えられるのである。

とすれば、2252A(c)条のような積極的防御方法を定めることは、被告人にとって防御方法が明示されるという利点を有すると考えられるが、あえて、この規定をおく必要があったのかについては疑問である。アメリカ合衆国では、立法の及びその条文数が多い—日本でも、近年、これに倣う傾向にあるが—ため、2252A(c)条のような規定をおくことに抵抗がないように思われる。

また、そもそも、積極的防御方法とは、罪を犯したが、正当防衛や心神喪失等それ以外の要因が存在することによってその成立を否定（違法性や責任を阻却）するといふものである。しかし、2252A(c)条の積極的防御方法とは、罪を犯したこと自体を否定（構成要件該当性を否定）するものであり、従来考えられてきた積極的防御方法とは異なる意味を有していることに留意すべきである。

なお、このような積極的防御方法の規定が、被告人に立証責任を転換させたと解釈すれば、「疑わしきは被告



人の利益に」の原則と正面から衝突することになる。よって、被告人に証拠提出責任を負わせたと考えるのが適切である。

(2) 合理的疑いをこえる程度の証明を揺るがす方法

ところで、被告人は、このような積極的防御方法の定めによらずして、合理的疑いを超える程度の証明を揺るがすことによって、有罪認定を回避することが可能である。積極的防御方法は有効な手段であるが、それ以外の方法による証拠提出を法廷が拒むものではないからである。とすれば、積極的防御方法の不完全性を厳密に追求していくという立場は厳格に過ぎるといえよう。

問題となるのは、検察官が事実上の証明をなした場合、被告人がその合理的疑いをこえる程度の証明を揺るがすために、当該児童ポルノが真正でない可能性を単に主張すれば足りるのか（主張責任、争点形成責任）、それとも一定程度の証拠を提出する必要があるのかということである（証拠提出責任）。

そもそも、この被告人の立証の負担の問題は、「疑わしきは被告人の利益に」「無罪推定」の原則から導かれる「証拠調べをつくした後に証明されるべき事実の存否いずれとも決定することができない場合に、不利益を受けらるべき一方当事者の地位」<sup>(67)</sup>に関するものではなく（実質的挙証責任）、裁判官又は陪審員が合理的な疑いを入れない程度に立証された犯罪事実を揺るがすために必要な立証行為である（形式的挙証責任）。とすれば、検察官による実質的挙証責任が果たされた場合に、被告人が、事実上の立証活動として何をすべきであるかという問題である。

この観点から考えてみると、被告人が、当該児童ポルノの不真正性を主張しただけでは、有罪認定に対し合理

的疑いが生じるとは一般的にいえず、有罪の認定を回避することはできない。これを回避するためには、被告人は、合理的疑いを生じさせる程度の証拠提出責任を果たすことが必要である。<sup>(68)</sup>つまり、その証拠は、関連性のないものはもちろん、証明力の低いものであっても、児童ポルノが真正であるとの心証を揺るがすことのできないものでは不十分である。

そこで、このような証拠提出責任を果たすことは実際に可能であるのか、この点を次に検討する。

(3) 記録保持に関する規定の利用

二〇〇二年の Free Speech Coalition 判決では、被告人が児童ポルノの製造者でない場合、被写体の存在すら知らないこともままあるため、その身元を証明する方法がないという問題を指摘していた。<sup>(70)</sup>それゆえ、右判決では、そのような証明の負担を被告人に負わせて良いか疑問視していた。

ところが、2257(a)(6)条では、一九九〇年一月一日以降に、性的にあからさまな物を製造した者に対して、被写体に児童を利用していないということを保障するため、その身元を身分証明書などによって確認し、その記録を保持することを義務付けている。<sup>(71)</sup>この規定は、PROTECT法が制定される以前より存在していたが、「製造物」(produces)の定義にコンピュータによって作られた画像、デジタル画像や写真が明示的には含まれていなかったため、PROTECT法はそれを含めたのである。<sup>(72)</sup>

また、2257(f)(4)条では、製造者のみならず、それを頒布する者等に対しても、被写体の身元に関する告知(notice)を収集することを義務付けている。<sup>(73)</sup>よって、児童ポルノの流通過程に関与しているいかなる者からも、その受領者は、被写体の身元に関する情報を入手することが可能でなければならないことになる。

さらに、児童ポルノの頒布者が、これらの証明書や記録の内容の正確性を決定する必要性がないことから、児童ポルノの受領者であってもその必要性はなく、それらの存在を確認することで足りると解すべきである。とすれば、仮に、その証明書の内容に誤りがあったとしても、被告人がその存在を確認していた場合には、少なくともも問題となる児童ポルノ罪の故意や過失を否定すべきであろう。

このような記録保持の規定に鑑みると、被告人が児童ポルノの真実性に合理的疑いを投げかける程度の証拠を提出することが過大な負担となることはないかと解することにも一理ある。しかし、こうした義務が遵守されずに児童ポルノが作成され流通している場合も多い。とすれば、被告人が擬似的児童ポルノである旨の証拠を提出することは依然として困難な場合も想定される。

もっとも、こうした物のうち、本物に見える児童ポルノは、真正児童ポルノと認定されてもやむを得ない物であり、被告人が、その認定に合理的疑いを入れる証拠を提出できない以上、有罪判決を甘受すべきといえよう。

#### (4) 小括

裁判官や陪審員は、検察側の本物に見える児童ポルノの証拠提出によって、それが真正児童ポルノであるとの心証を形成することが可能である。その場合、被告人がその認定を崩すためには、その唯一の方法ではないが、積極的防御方法の規定を利用することが可能である。いずれにせよ、被告人は、裁判官や陪審員の合理的な疑いを入れない程度の心証を揺るがす程度の証拠の提出が必要となる。その証拠の提出は、記録保持義務の規定に定められている製造物の被写体に関する証明書などを利用することによって、より容易に可能となろう。

結局、検察官による真正児童ポルノの立証は、本物らしく見える児童ポルノの提出で足りる——真正児童ポルノ

に関与する者を処罰しているという結論に達するのであるが—のであり、それが困難であるとは考えられない。Williams 判決の Souler 裁判官の反対意見にあるように、実際に、立証困難ゆえに処罰できなかったケースなどほとんどないように思われる。

そこで、検察官の立証が事実上なされた場合、被告人は、記録保持の規定を遵守した擬似的児童ポルノを購入したという証拠を提出することにより、その検察官の立証を揺るがすことが可能である。それゆえ、被告人も過大な防御が要求されている訳ではない。

にもかかわらず、PROTECT 法には、新たな類型のパンダリングと懲罰に関する規定が定められた。しかし、それは議会の主張する、真正児童ポルノに関与する犯罪の立証困難性の回避という立法根拠を欠いた—このパンダリング規定の制定によって、確かに検察官の立証は容易となるうが—ものであった。

とはいえ、こうした立証の問題から離れて、従来の児童ポルノ立法で強調されていた、性的児童搾取から児童を保護するというより抽象的な立法理由に依拠すれば、PROTECT 法のパンダリング規制も許容される余地がある。このようにきわめて重要な立法理由に鑑みると、それを達成するための多様な立法手段をとることが可能だからである。

そこで、このパンダリング規制の問題は、児童保護という立法目的達成との関連で過度に広汎な規制であるか否かであり、次にこの点を検討する。

#### 第四節 過度の広汎性の理論—表現の自由条項違反

##### 1 連邦最高裁判所判例の理論

連邦最高裁判所において、修正第一条に関する過度の広汎性 (overbreadth doctrine) に関する理論は、労働者や市民の権利の活動を背景として、*Thornhill* 判決<sup>(25)</sup>を走り、一九四〇年代に生まれたといわれている<sup>(26)</sup>。この理論は、当該紛争に対する法令の適用を違憲とするのではなく、その問題となっている法令そのものを違憲と判断するものである。当該法令が違憲とされれば、その法令を適用することは違憲となる。他方、法令が違憲とされなくとも、その適用が合憲というわけではない。この場合、当該事件に当該規制を適用することが違憲となるか否かは、別途検討を要する。

連邦最高裁判所は、一九六五年の *Dombrowski* 判決や一九七二年の *Broadrick* 判決において、過度の広汎性の理論の内容をより一層明確にするよう努めてきた。これらの判決では、保護された表現を規制しかねない法律の存在が、萎縮的効果をもたらし、表現の自由に許容できない負荷をかけていることを認めている<sup>(27)</sup>。そのため、そのような規制は、仮に合憲的な部分があるとしても、保護された表現を規制する程度いかによっては、違憲と判断されることになる。

そして、*Broadrick* 判決では、過度の広汎性に基づく判決が、例外的なものであり、原則的には、当該条文の合憲性については判断せずに、その条文に当該事件を適用することが違憲となるか否かという適用審査によって判断すべきことを強調した<sup>(28)</sup>。過度の広汎性の審査は、事件から離れて法文そのものの審査 (文面審査、*facial*

adjudication) するという特別な労力が必要となるからである。<sup>(79)</sup> その結果、その条文が違憲と判断されれば、文面上違憲 (facial invalidation) であると判示される。

また、Broadrick 判決は、とりわけ、純粹な言論ではなく、行動を伴う言論規制の場合には、当該規定の明らかな規制範囲との関連で同規定の過度の広汎性が、現実的かつ実質的 (real and substantial) か否かによって判断すると判示した。<sup>(80)</sup> さらに、Dombrowski 判決は、この理論によって、何人も、自己に適用された条文が他者の表現を違憲的に規制しているという主張ができると明示していたが、この点も Broadrick 判決は維持した。<sup>(81)</sup>

そして、その後の連邦最高裁判所の判決でも、これらの判決は維持され、Williams 判決でも、この過度の広汎性の理論を継承したのである。<sup>(82)</sup>

ところで、この理論は、表現の自由のみならず、他の重要な権利との関係で認められるようになっていった。たとえば、墮胎の際にその旨を夫へ通知しなければならぬと定めるペンシルベニア州法が問題となった Casey 判決では、この過度の広汎性の理論の適用を認めたといえる。<sup>(83)</sup>

他方、学説も、この過度の広汎性の理論が、広汎な規制が存在することによって、国民が政府の制裁を恐れ自らの権利行使を控えてしまうということ、<sup>(84)</sup> また、このような規制は、政府の恣意的な運用を招く危険性が高いことを理由に認められると解しており、このような論拠は必ずしも、表現の自由の領域にのみ妥当するものではないといえよう。

もつとも、これらの判例や学説の主張する、過度の広汎性が認められる根拠に基づき、この理論の特徴が必ずしも演繹的に導かれるわけではないため、その個々の特徴の細かい点について見解が一致している訳ではない。そこで、本稿では、連邦最高裁判所が認める過度の広汎性の理論における次の三つの特徴について、若干の考察

を加えたいと思う。

- ① 適用違憲の手法が原則であり、過度の広汎性による法律の違憲を認めることは例外であること（審査手法の例外性）。
- ② 過度の広汎性が認められる要件として、当該法律の違憲的適用の範囲が実質的なものであること（実質性の要件）。
- ③ 自己への法律適用が合憲的になされる場合であっても、他者に対する違憲的な適用の存在を理由に、当該法律の過度の広汎性を主張できること（第三者への違憲的適用の主張）。

## 2 学説の批判

### （一）審査手法の例外性

まず、過度の広汎性の理論に基づく審査を例外的なものにとらえる点についてであるが、一定のカテゴリーに属するケースでは、重要な憲法的規範の実践のために、文面審査を積極的になすべきであるという批判がある<sup>86</sup>。その理由として、ある事件では違憲とされ、別の事件では合憲とされる適用違憲の手法では、自己の表現がそのいずれにあたるか判断しなければならぬ不安定な期間が存在すること、また、公務員に過度の裁量を付与する立法及び烙印や下等であることのメッセージを伝達する立法に対して、この理論を適用することが戦略的に適切だという点をあげている<sup>87</sup>。

この見解は、適用審査よりも文面審査の方がより戦略的に適切と主張するのであるから、決して、前者が後者

よりもその手法において論理的に劣るといのではない。また、このような戦略自体も、論理的に誤りとはいえないため、その可否を判断することは困難である。この見解は、法の統一的解釈を重視し、実務的な混乱を避ける利点を強調するが、他方、それが過度に過ぎれば、個別の紛争を解決するという裁判所の役割を逸脱することになってしまう。

確かに、程度問題として、現在の最高裁が過度の広汎性の理論に消極的であるという指摘は他の学説によってもなされているところであるが、いかなる紛争に対する司法審査の場合にも、文面審査を要求する見解はない。つまり、具体的紛争を解決することが司法権の中心的役割であるから、適用審査はこの紛争解決のため常に必要であるが、文面・法令の合憲性審査が常に要求されるとまで主張する見解は存在しないのである。裁判所が司法審査に費す労力及び時間に限りがある以上、これは当然の結論である。

とすれば、文面審査が求められる過度の広汎性の理論の適用は、適用審査の例外であることは否めない。問題は、その例外性の程度であるが、それは、結局のところ、具体的にいかなる場合に違憲と判断するかを精査することと差し当たり足りる―過度の広汎性判断の司法審査を行うか否かという司法審査の入口の問題と、いかなる場合に当該法令の違憲性が認められるかという問題は論理的には区別されるが、この点は今後の検討課題としたい―ではないかと考える。

そこで次に、過度の広汎性が認められるための要件として、判例の明示する実質性の要件についてみてみることにする。



(2) 実質性の要件

Williams 判決で法定意見を書いた Scalia 裁判官は、当該規定の過度の広汎性が認められるためには、絶対的な (absolute) 意味のみならず、その規定の明白な合法的射程範囲 (plainly legitimate sweep) との関連においても、実質的 (substantial) なものであることが要求されると述べている。<sup>(89)</sup>

過度の広汎性審査における「実質的」という要件は、それまでの判例で既に定着したものとなっているが、Williams 判決までその「実質的」か否かの判断をほとんど行わずに審査する判例も存在し、その内容が具体的に明らかにならなかったところ、この判決によって、その意味が明らかとなったと評価する見解もある。<sup>(90)</sup>

この見解によると、Williams 判決は、当該立法の適用において、保護された表現が制約される量と保護されない表現が制約される量との割合に焦点をあてて、この「実質的」という要件を判断することを容認したが、同判決は、当該規定の限定解釈をおこなった後であっても、違憲的な適用が存在しうることを指摘しているため、<sup>(91)</sup>このような比較的視点に基づく「実質的」という判断は、同判決で不可欠なものであるという。<sup>(92)</sup>だが、このような比較を要する事例は、決して Williams 判決に特有のものではなく、過度の広汎性が問題となってきたケースの多くでは、少なくとも黙示的にその判断を要求されるものであったといえよう。

もつとも、保護された表現と保護されない表現が制約される量とを数量的に比較することは容易でないようにも思われるところ、事実、この点の判断を誤り、違憲と判断すべきでない法令について違憲と判示しているという批判もある。<sup>(93)</sup>

とはいえ、過度の広汎性は、違憲となるケースが多く想定されるため、個別の適用違憲で救済するには不十分であり、当該法令そのものを違憲とせざるを得ないケースで認められるものであるから、合憲的適用の場合と比

較して違憲的な適用の余地が高いといえるか否か—前者が後者の過半数を超えることまで要求することは不当であろうが—によって判断せざるを得ないのではないかと考える。

また、学説上、この判断が何か複雑な考察を要求するものではなく、単に、当該法令の射程範囲を理解し、その法令が多くの事例で保護された表現を違憲的に侵害するか否かの評価を裁判所に求めているに過ぎないと主張する者もいるが、<sup>(94)</sup>正当である。なぜなら、この判断は、法令に対する法的な評価であり、数学的な精緻さが求められるものではないからである。

### (3) 第三者への違憲的適用の主張

過度の広汎性の理論においては、萎縮効果が生じやすいという表現の自由の特殊性から、何人も、自己に合憲的に適用される法令が、第三者に対して違憲的に適用される場合が多いため、当該法令が文面上違憲であり、その結果自己への適用も否定されるべきであると主張できると判例上認められている。

ところが、刑事事件において、当該法令が自己に合憲的に適用されるにもかかわらず、第三者に違憲的に適用されることを理由として、過度の広汎性を認めた連邦最高裁判所の判決は、一九八一年の *Schad* 判決<sup>(95)</sup>以来存在せず、同判決後、少なくとも八の判決でこれを容認しない判決がなされているが、他方で、民事事件では、同時に少なくとも一一の判決で過度の広汎性が認められているという指摘がなされている。<sup>(96)</sup>

そして、*Williams* も児童ポルノ所持とパンダリングに関する罪を犯したこと—この点が、二〇〇二年の *Free Speech Coalition* 事件と異なる点であり、そのことがおそらく主要な原因となつて、結論に差異をもたらしたという主張もある—に疑いはなく、これら *PROTECT* 法の規定を適用された場合でも適用違憲の主張はできない

ケースであった。

実際、口頭弁論において、とりわけ、Roberts 長官及び Kennedy 裁判官は、適用違憲を認められない Williams に対して、過度の広汎性による救済を拒絶すべきである旨を示唆しており、この理論の再構築を容認する発言をしている<sup>(98)</sup>。

とはいえ、この要素は、過度の広汎性の理論にとって要の部分である。なぜなら、この理論が認められる根拠は、法令の適用範囲が広汎に及ぶ可能性があるため、自己への適用を恐れる者がその規制に当たりうる行為を控えるという萎縮効果の回避に求められており、この点に鑑みると、この理論によって救済されるべき対象は、当該紛争によって現にその法令の適用を受けている者に限られないべきだからである。

また、自己に違憲的に適用される法令であれば、その法令自体の違憲を争うことについても認められるべきであることは、この理論に依拠せずとも当然のことであり、自己に法令が合憲的に適用されるにもかかわらず、その法令自体の合憲性を争える場合にこそ、この理論が意味を持つてくると考えられる。

それゆえ、この理論を支持するためには、この第三者への違憲的適用の主張を可能とすることが、必然でないにせよ、必要であるといえよう。もっとも、仮にこの点を否定したとしても、当該法令が過度に広汎な規制であるかについての検討は一般論として必要である。

なお、Williams 判決では、Williams に対するバンダリング規定の適用は、おそらく合憲的に適用される場合であるにもかかわらず、その規定の合憲性について争うことを認めているので、この点に関する従来の判例を維持したといえる。

### 3 PROTECT法パングリング規定の過度の広汎性

#### (1) Williams判決の法廷意見と反対意見

二〇〇二年のFree Speech Coalition判決では、問題となったパングリング規定が、流通過程で他人が児童ポルノであるとパングリングされた物に参与する行為を規制していたため、過度に広汎であると判示した。<sup>(10)</sup>つまり、パングリングの行為というよりも、パングリングされた物に参与する行為を処罰していた点を非難していた。そこで、PROTECT法は、パングリング行為自体を処罰する形式に修正したところ、Williams判決は、その点を評価したのである。<sup>(11)</sup>

もっとも、この点だけでは、PROTECT法のパングリング規定である2252A(a)(3)(B)条の過度の広汎性を否定することはもちろんできない。そこで、Williams判決では、同条の射程を理解しなければ、その過度の広汎性の判断はできず、同条を解釈することがまず必要であると判示している。<sup>(12)</sup>とりわけ重要なのは、法廷意見の指摘する第三と第四の点である。そこでは、「信じていることを示す態様」が、主観的要素及び客観的要素の双方を含み、「他人が信じるように意図する態様」が、主観的な要素のみを含むと解釈された。<sup>(13)</sup>

このように解釈したうえで、同判決は、①違法な取引への関与の申出又は詐欺的な申出は、典型的に修正第一条の保障外である、②高裁判決が、同条に該当する可能性のある合法的な場合としてあげている仮定的な例は、いずれも同条に違反しない、③擬似的児童ポルノをそのような物として提供し又は求める行為は、修正第一条によって保護されている、とどうことを理由に2252A(a)(3)(B)条が過度に広汎ではないと判示した。

これに対し、反対意見は、真正児童ポルノが存在しない場合のパングリング行為の処罰が先例に反すること等を理由に法廷意見を非難している。<sup>(14)</sup>この点について、高裁判決も同様に、完全に合法的な画像を所有している自慢

屋、誇張者、うそつきや本物の児童ポルノであるとだまされて信じている者を処罰対象としていることを非難している。<sup>(18)</sup>

(2) 学説の評価

確かに、CPAは、バンダリングされた物を規制対象としており、その物の定義が広く擬似的児童ポルノを含んでいたことと相俟って、規制の射程が広汎に及ぶ可能性が高かったといえよう。それに比較すれば、PROTECT法の規制対象は、バンダリング行為そのものであり、さらに、Williams判決では、行為者も児童ポルノと信じ、その物が児童ポルノであると信じていることが客観的に明らかであるような態様での表現行為、または、行為者が当該物を児童ポルノであると他人に信じさせようと主観的に意図してなす表現行為を規制対象としていると同条を限定解釈しているため、相当狭まっているといえる。

学説上も、問題のある目的物が不存在であるとしても、バンダリング行為が児童ポルノへの興味を高め、実在する児童への性的行為が行われる可能性を高めることから、その行為そのものが犯罪の手段を構成するとして、この処罰に賛成する見解のほか、児童保護の観点から更なる立法すら必要かつ可能であるとする見解もある。<sup>(19)</sup>

また、やや留保付であるが、当該物をわいせつ物又は真正児童ポルノとして宣伝すれば憲法上保護されず、それを非わいせつ物又は擬似的児童ポルノと宣伝すれば表現の自由として保護されるという両者の境界線は科学技術の発達によって不明瞭となりうるが、現時点では、区別可能であり法定意見を支持するという見解もある。<sup>(20)</sup>

その他、刑法理論の観点から、反対意見は、法律的不能犯説<sup>(21)</sup>及び純粹な客観説に依拠するものであるため不当であるとし、Williams判決の法廷意見を支持する見解もある。<sup>(22)</sup> この見解によれば、不能犯理論において、かつて

法律的不能説・事實的不能説によつて未遂犯と不能犯の区別がなされていたが、法律的不能の場合に不能犯とする既に葬り去られた学説と反対意見の主張とが一致しているため不当であるという。

他方、Ferber 判決や Free Speech Coalition 判決において児童ポルノ規制の必須要件とされていた、実在する児童という要件を黙示的に放逐した点を非難し、反対意見を支持する見解がある<sup>16)</sup>。また、日本の学説でも、児童ポルノに係る著しく峻厳な刑罰や単純所持規制は、被写体児童の心身の安全という個人的法益によつてのみ正当化されるため、その規制に関し児童ポルノの不存在を前提としつつ、扇動的商法の低劣性に基づく処罰を認めるパンダリング理論を持ち込むことは、児童ポルノ規制の本旨にも、その手段の最小限性の要件にもそぐわないという主張がある<sup>16)</sup>。

### (3) 私見

Williams 判決の法廷意見と反対意見の対立の核心は、パンダリングの目的物が真正児童ポルノであること、さらには、それが実在することすら、パンダリング規定によつて要求されていない点にある。反対意見やこれを支持する学説は、この点を Williams 判決の最大の問題点として批判する傾向にあるが、疑問である。

なぜなら、重大な犯罪行為に関して、その結果が生じない限り罪に問えないとは考えられないからである。たとえば、殺人や強盗罪などの犯罪に関しては、その未遂のみならず、予備罪までもが処罰される（刑法二〇一条、二〇三条、一三七条、二四三条）。重大な犯罪であればあるほど、その犯罪結果に向けられた行為を早期の段階で処罰することは考えられるのである。

性的搾取から児童を保護するという利益が極めて重要なことであることについては、ここで改めて論じる必要

はないだろう。とすれば、この利益と処罰の謙抑性などの利益を衡量した場合、前者の利益達成のため、真正児童ポルノに関与する又はこれに関与しようとするあらゆる態様の行為が処罰対象となることもやむを得ないといえよう。しかし、このことは、その規制対象行為が無制限であることを意味しない。

ところが、Williams 判決を支持する学説は、児童保護を強調するあまり、その規制の限界を必ずしも精査しておらず、論理的とはいえないものが多く散見される。児童の性的搾取からの保護の重要性は、強調してしすぎるということがないが、その利益確保の実効性の乏しい規制は否定されなければならない。

具体的に本件バンダリング規制をみてみると、性的にあからさまな行為に関与する実在する児童の視覚的描写を含むと①信じていることを示すような態様、②他人がそのように信じるよう意図した態様で、当該目的物を宣傳する行為等を規制している。そして、Williams 判決の法廷意見は、①について主観と客観面を有するものの、②については主観面のみを有すると判示している。

これらの規定のうち①は合憲であるが、②は反対意見のいうように、過度に広汎な規制である。しかし、繰り返してあるが、その根拠は、児童ポルノの真正性やその存在が要求されていないからではない。なぜなら、これを要求すれば、単純に、児童ポルノに関与する未遂罪の処罰すらできなくなってしまうからである。

①の場合には、行為者が真正児童ポルノであると考え、そのように信じていると合理的人間が考えるような行為を表象しなければならない。よって、一般人からみて、行為者の勘違いであると考えられるようなケースは処罰の対象から外れることになる。この場合、一般人が擬似的児童ポルノであると識別できるのであるから、その行為者を処罰する理由はない。

とすれば、①で処罰されるケースとは、対象物が真正児童ポルノであり、それが擬似的なものとは、本人及び

一般人も念頭においていない場合である。この場合には、結果的に擬似的な物と判明したとしても、真正児童ポルノ流通に向けた危険な行為であると一般人も考えるものであるから処罰すべきである。肝心なことは、主観的に行為の危険性を認識していたのみならず、客観的にも結果に向けた危険な行為が存在するという点である。

他方、②の場合には、主観的な要素しか含まないのであるから、合理的な人間がいかにか解するかは問題とならない。よって、行為者が、他人が信じるように意図していることだけで足りる。しかし、これでは、一般人からみて誰も信じないようなケースであったとしても、つまり、社会的に影響が全くなく、また、明らかな擬似的児童ポルノであったとしても、行為者の主観のみを根拠にして処罰されることになるため不当である。Williams判決の高裁判決は、児童ポルノであるとうそをついた者が処罰されることになる点を問題視していたが、正当である。

Williams判決の反対意見は、①も違憲となる根拠として、擬似的児童ポルノも修正第一条の保障下にあること及び萎縮効果によってその保護された表現が消滅することをあげている。しかし、法廷意見も前者の点については否定しておらず、また、そうであったとしても、修正第一条の保護下にあることによって、必然的にパンダリング規制の否定に傾くわけではない。そのため、反対意見は、①の規定を否定する実質的根拠を萎縮効果に求められているように思われるが、疑問である。

なぜなら、擬似的児童ポルノを真正児童ポルノとして販売することは規制—②の規制であるから、私見によれば違憲であるが—されているが、法廷意見の指摘するように、擬似的児童ポルノをそのようなものとして販売することなどは処罰されていないからである。それゆえ、本件パンダリング規制によって、擬似的児童ポルノの表現行為に対する萎縮効果が生じると解するには実質的な説明が必要であろう。



なお、このような結論は、未遂犯処罰に関する刑法の多数説の見解にも合致するものであろう。不能犯と未遂犯の区別として、行為者の認識した事実のうち、真実に合致している場合又は一般人もそのように認識したであろう場合に判断の基礎に置くという具体的危険説を支持する見解に依拠すれば、①の規制は、行為者が真正児童ポルノと認識しており、そのように一般人も認識しえたような場合であるから未遂処罰が肯定されるのに対し、②の規制は、行為者が擬似的児童ポルノであることを特に知っており、それが真実である場合、その事実が基礎事情に含まれることになり、未遂処罰が否定されるべきなのである。

確かに、重大犯罪で認められる陰謀罪は、行為者の主観のみを処罰するものにも思えるが、②の規制とは異なり、結果発生に向けられたものである。②の規制では、そもそも、真正児童ポルノに関与する犯罪を企図していない場合をもその処罰対象としている点で、陰謀罪とも質が異なるものである。

最後に、①の規制が合憲であるとしても、反対意見の指摘するように、2352A(b)(1)条によってその未遂まで処罰することは行きすぎである。①の規制が、実質的に未遂罪としての本質を有しているからである。<sup>(12)</sup>

#### 結語

一九九六年に制定されたCPPAでは、「児童に見える」児童ポルノに関与する表現行為の処罰及び「児童ポルノであるような印象を与える」表現行為を処罰していたが、これを二〇〇二年のFree Speech Coalition判決は、違憲であると判示した。

この判決を受けて、児童ポルノ根絶に向けて二〇〇三年に制定されたPROTECT法は、「児童ポルノであるこ

とを信じていることを示すような態様」、または、「他人がそのように信じるよう意図した態様」で、当該目的物を宣伝する行為等を規制する、いわゆるバンダリング規定を新たに制定した。

これらの規定は、二〇〇八年に七対二で法定意見を形成した *Williams* 判決によって、いずれも合憲と判示された。二〇〇二年の *Free Speech Coalition* 判決と続けて違憲判決を受けなかった議会は、その面目を保ったといえる。

しかし、*Williams* 判決の法廷意見の論理は磐石なものとはいえない。まず、同法廷意見は、真正児童ポルノの立証の困難性という立法事実をあげているが、そのような事実の不存在を主張する反対意見が正当である。検察官が本物に見える児童ポルノを証拠として提出することによって、裁判所又は陪審は、合理的疑いを入れない程度に真正児童ポルノであるとの心証を形成することが可能である。被告人が有罪判決を免れるためには、その心証を揺るがすための証拠を提出する必要がある。

もっとも、この法廷意見が主張する立法事実が不存在であるからといって、直ちに本件バンダリング規定が違憲というわけではない。なぜなら、こうした立証の困難性回避という訴訟上の理由に依拠せずとも、より抽象的な、児童を性的搾取から保護するという極めて重大な利益に鑑みると、国家は、その利益達成のための多様な規制手段をとることが可能だからである。

とはいえ、この利益達成のために、あらゆる法的規制が許されるわけではない。その規制は、表現の自由や適正手続の要請に反するようなものであつてはならず、必要最小限のものにとどめるべきである。本件のような刑事規制においては、とりわけ、慎重な判断が必要である。

*Williams* 判決は、本件規制について過度の広汎性は存在せず、表現の自由を侵害しないと判示した。しかし、

他人が真正児童ポルノであると信じるよう意図した態様での宣伝行為を規制する部分については、本人の主観以外の事項は考慮されず、結果に対する客観的な行為の危険性を問題としない点で、過度に広汎な規制であると解すべきである。

なお、Williams 判決では、本件パンダリング規定の漠然不明確性についても検討したが、文言の非決定性はなく、その要件を充足するか否かを判断できると判示した。ところが、同判決の高裁判決では、本件パンダリング規定の意味が不明確であると指摘している。このように裁判所でも見解が分かれる条文に関して、一般人への事前告知という適正手続の要請が充足されているのか、疑問がないわけではない。この点については、今後の検討課題としたいと思う。<sup>(12)</sup>

以上の理由から、検察官の立証困難性という立法事実の存在、および、信じるよう意図するというパンダリング規定の合憲性を肯定する Williams 判決については支持できない。なお、この判決では、PROTECT 法のパンダリング規定の合憲性のみが争点となっているため、同法の他の規定の合憲性が、今後争われることは必至であろう。

注

(1) Roth v. United States, 354 U.S. 476, 189 (1957).

この判決以前にわいせつ表現の定義をしたイギリスの判決として、Regina v. Hickin, [1868] 3 Q.B. 360, 371 がある。また、Roth 判決以前にも、わいせつ表現が表現の保障外であると指摘していた判決として、Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 572 (1942) があげられる。

(2) Miller v. California, 413 U.S. 15, 24-25 (1973).

- (3) New York v. Ferber, 458 U.S. 747, 751-753, 758 (1982).
- (4) *Id.* at 761.
- (5) Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103, 111 (1990).
- (6) Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969).
- (7) Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234, 258 (2002).
- (8) 賛成多数の「ソニー」 James Nicholas Kornegay, *Protecting Our Children and the Constitution: An Analysis of the "Virtual" Child Pornography Provisions of the Protect Act of 2003*, 47 Wm. & Mary L. Rev. 2129, 2140-2147 (2006) 参考。  
 反対多数の「ソニー」 Rikki Solowey, *A Question of Equivalence: Expanding the Definition of Child Pornography To Encompass "Virtual Computer-Generated Images"*, 4 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 161, 175-176 (2002) 参考。
- (9) §501 (9), (10), 117 Stat. 677-678.
- (10) *Enhancing Child Protection Laws After the April 16, 2002 Supreme Court Decision, Ashcroft v. Free Speech Coalition: Hearing Before the Subcomm. on Crime, Terrorism, and Homeland Security of the House Comm. on the Judiciary*, 107th Cong. (2002) (report of Michael J. Heimbach, Unit Chief, Crimes Against Children Unit, Federal Bureau of Investigation), available at <http://www.house.gov/judiciary/79366.pdf>.
- (11) Sara C. Marcy, *Recent Development: Banning Virtual Child Pornography: Is There Any Way Around Ashcroft v. Free Speech Coalition?*, 81 N.C. L. Rev. 2150 (2003).
- (12) Free Speech Coalition 判決までの連邦最高裁判決の流れと PROTECT 法に関する考察については、辻雄一郎「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」駿河台法学第二三卷第二号(二〇一〇年)一章—三章、拙著『性表現規制の限界—「わいせつ」概念とその規制根拠—』(二〇〇八年、ミネルヴァ書房) 第一章を参照。
- (13) 18 U.S.C. §2256(8)(B).
- (8) "child pornography" means any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means, of sexually explicit conduct, where—(B) such visual depiction is a digital image, computer image, or computer-generated image that

is, or is indistinguishable from, that of a minor engaging in sexually explicit conduct; 18 U.S.C. §2256(11).

(11) the term “indistinguishable,” used with respect to a depiction, means virtually indistinguishable, in that the depiction is such that an ordinary person viewing the depiction would conclude that the depiction is of an actual minor engaged in sexually explicit conduct. This definition does not apply to depictions that are drawings, cartoons, sculptures, or paintings depicting minors or adults.

(14) PROTECT 法でバンダリングと云う言葉は使用されていないが、その規制対象の宣伝行為などはそのように表現される (See, Note, *Leading Case*, 122 Harv. L. Rev. 385, 387 n.20 (2008))。また Williams 判決で同意意見を書いた Stevens 裁判官が PROTECT 法の議会審議におけるそのように表現されていたと指摘している (United States v. Williams, 553 U.S. 285, 307-308 (2008) (Stevens, J., concurring))。

(15) 18 U.S.C. §2252A(a) (3) (B).

(a) Any person who—

(3) knowingly

(B) advertises, promotes, presents, distributes, or solicits through the mails, or in interstate or foreign commerce by any means, including by computer, any material or purported material in a manner that reflects the belief, or that is intended to cause another to believe, that the material or purported material is or contains—

(i) an obscene visual depiction of a minor engaging in sexually explicit conduct; or

(ii) a visual depiction of an actual minor engaging in sexually explicit conduct, shall be punished as provided in subsection (b).

(16) 18 U.S.C. §2252A(c).

(c) It shall be an affirmative defense to a charge of violating paragraph (1), (2), (3) (A), (4), or (5) of subsection (a) that—  
(1)

(A) the alleged child pornography was produced using an actual person or persons engaging in sexually explicit conduct; and

記

(B) each such person was an adult at the time the material was produced; or  
(2) the alleged child pornography was not produced using any actual minor or minors.

全

No affirmative defense under subsection (c) (2) shall be available in any prosecution that involves child pornography as described in section 2256(8)(c). A defendant may not assert an affirmative defense to a charge of violating paragraph (1), (2), (3) (A), (4), or (5) of subsection (a) unless, within the time provided for filing pretrial motions or at such time prior to trial as the judge may direct, but in no event later than 14 days before the commencement of the trial, the defendant provides the court and the United States with notice of the intent to assert such defense and the substance of any expert or other specialized testimony or evidence upon which the defendant intends to rely. If the defendant fails to comply with this subsection, the court shall, absent a finding of extraordinary circumstances that prevented timely compliance, prohibit the defendant from asserting such defense to a charge of violating paragraph (1), (2), (3) (A), (4), or (5) of subsection (a) or presenting any evidence for which the defendant has failed to provide proper and timely notice.

(17) 18 U.S.C. §1466A(a)(1)-(b)(1).

(a) In General.— Any person who, in a circumstance described in subsection (d), knowingly produces, distributes, receives, or possesses with intent to distribute, a visual depiction of any kind, including a drawing, cartoon, sculpture, or painting, that—

(1)

(A) depicts a minor engaging in sexually explicit conduct; and

(B) is obscene

(b) Additional Offenses.— Any person who, in a circumstance described in subsection (d), knowingly possesses a visual depiction of any kind, including a drawing, cartoon, sculpture, or painting, that—

(1)

(A) depicts a minor engaging in sexually explicit conduct; and

(B) is obscene

- (81) 18 U.S.C. §1466A(a)(2)-(b)(2).
- (a) In General.— Any person who, in a circumstance described in subsection (d), knowingly produces, distributes, receives, or possesses with intent to distribute, a visual depiction of any kind, including a drawing, cartoon, sculpture, or painting, that—
- (2)
- (A) depicts an image that is, or appears to be, of a minor engaging in graphic bestiality, sadistic or masochistic abuse, or sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex; and
- (B) lacks serious literary, artistic, political, or scientific value
- (b) Additional Offenses.— Any person who, in a circumstance described in subsection (d), knowingly possesses a visual depiction of any kind, including a drawing, cartoon, sculpture, or painting, that—
- (2)
- (A) depicts an image that is, or appears to be, of a minor engaging in graphic bestiality, sadistic or masochistic abuse, or sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex; and
- (B) lacks serious literary, artistic, political, or scientific value
- (19) *Free Speech Coalition*, 535 U.S. at 263-264 (O'Connor, J., concurring in part and dissenting in part).
- (20) 私見でも、児童という被害者の存在しない擬似的児童ポルノと同様に扱うことはできないことから、PROTECT法の児童ポルノの定義に反対である(拙著三一〇—三一三頁)。また、所持罪の未遂の処罰規定を利用することの方が、擬似的児童ポルノを児童ポルノに含めるよりも、より合理的であることを理由に、この定義に反対する見解もある(Timothy J. Perla, *Attempting to End the Cycle of Virtual Pornography Prohibitions*, 83 B.U.L. REV. 1209 (2003))。
- 他方、本物と区別できない児童ポルノを児童ポルノの定義に含む規定が、次のような理由で、過度に広汎なもので

- はないとの主張もある (Kornegay, *supra* note 8, at 2161)。① PROTECT 法では、2252A 条における児童ポルノの定義が「真正児童ポルノに見える物」から「それと区別できない物」へと修正されたため、同条によって保障外とされる物の量が大幅に減少した。② 真正児童ポルノと区別できない児童ポルノが問題となった事件では、積極的防御方法によって被告人が適切に保護される。③ 仮に、そのような事件で、積極的防御方法によって被告人が保護されないような場合であっても、裁判所は、その規定がその被告人に適用される限りで違憲と判断することが可能である。
- (21) H.R. Rep. No. 108-66, at 61-62 (2003).
- (22) Kyle Duncan, *Prosecution Responses to Internet Victimization: Child Pornography and First Amendment Standards*, 76 Miss. L.J. 677, 694-695 (2007).
- (23) Note, *supra* note 14, at 392-393.
- (24) 拙著三二二頁。
- (25) Gabrielle Russell, *Pedophiles in Wonderland: Censoring the Sinful in Cyberspace*, 98 J. Crim. L. & Criminology 1467, 1486-1493 (2008)；拙著三二二—三二三頁。
- (26) この Williams 判決については、日本でも紹介されている。たとえば、川岸令和「座談会 合衆国最高裁判所二〇〇七—二〇〇八年開廷期重要判例概観」(アメリカ法二〇〇八—二〇〇九年)一八七頁がある。
- (27) 18 U.S.C. §2252A(b) (1).
- Whoever violates, or attempts or conspires to violate, paragraph (1), (2), (3), (4), or (6) of subsection (a) shall be fined under this title and imprisoned not less than 5 years and not more than 20 years, but, if such person has a prior conviction under this chapter, section 1591, chapter 71 section 1591, chapter 71, chapter 109A, or chapter 117, or under section 920 of title 10 (article 120 of the Uniform Code of Military Justice), or under the laws of any State relating to aggravated sexual abuse, sexual abuse, or abusive sexual conduct involving a minor or ward, or the production, possession, receipt, mailing, sale, distribution, shipment, or transportation of child pornography, or sex trafficking of children, such person shall be fined under this title and imprisoned for not less than 15 years nor more than 40 years.
- (28) No. 04-20299-CR-MIDDLEBROOKS, 2004 U.S. Dist. LEXIS 30603 (SD Fla., Aug. 20, 2004).



- (29) *United States v. Williams*, 444 F.3d 1286 (11th Cir. Fla., 2006).
- (30) Board of Trustees of State Univ. of N. Y. v. Fox, 492 U.S. 469, 485 (1989); *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973).
- (31) *Los Angeles Police Dept. v. United Reporting Publishing Corp.*, 528 U.S. 31 (1999) (quoting *Ferber*, 458 U.S., at 769).
- (32) *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Comm'n on Human Relations*, 413 U.S. 376, 388 (1973); *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.*, 336 U.S. 490 (1949).
- (33) *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Serv. Comm'n of N. Y.*, 447 U.S. 557 (1980).
- (34) *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447-448 (1969); *see also NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886, 928-929 (1982).
- (35) *Free Speech Coalition*, 535 U.S. at 258.
- (36) *Madigan v. Telemarketing Associates, Inc.*, 538 U.S. 600 (2003).
- (37) *Members of City Council of Los Angeles v. Taxpayers for Vincent*, 466 U.S. 789, 800 (1984).
- (38) *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703, 732 (2000); *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104, 108-109 (1972).
- (39) *Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489, 494-495, and nn.6 and 7 (1982); *see also Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 870-874 (1997).
- (40) *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 794 (1989).
- (41) *Coates v. Cincinnati*, 402 U.S. 611, 614 (1971); *see also Reno*, 521 U.S. at 870-871, and n.35.
- (42) §501 (10), 117 Stat. 677.
- (43) Hearing on H. R. 1104 and H. R. 1161 before the Subcommittee on Crime, Terrorism, and Homeland Security of the House Committee on the Judiciary, 108th Cong., 1st Sess., 9 (2003) (Statement of Daniel P. Collins, Associate Deputy Attorney General).
- (44) *Williams*, 553 U.S. at 324-326 n.3.
- (45) *Free Speech Coalition*, 535 U.S. at 254-255.
- (46) *Williams*, 553 U.S. at 325-326 (Souter, J., dissenting).

- (47) Bureau of Justice Statistics Bulletin, Federal Prosecution of Child Sex Exploitation Offenders, 2006, p 6 (Dec. 2007), online at <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pbu/pdf/fpcse06.pdf> (as visited May 8, 2008, and available in Clerk of Court's case file).
- (48) *Id.*
- (49) *Id.* at 2.
- (50) *Williams*, 553 U.S. at 325 n.4 (Souter, J., dissenting).
- (51) Bureau of Justice Statistics Bulletin, at 3.
- (52) *Williams*, 553 U.S. at 325 n.4 (Souter, J., dissenting).
- (53) *Id.* at 327 (Souter, J., dissenting).
- (54) *Id.*
- (55) 反対意見も、現時点では、法廷意見の主張するような検察官の立証が困難となる事態に陥っていないためという点を強調しており、仮にそのような事実が存在した場合には、法廷意見に与するべきを示唆している (*Williams*, 553 U.S. at 323-327 (Souter, J., dissenting); see *Free Speech Coalition*, 535 U.S. at 259-260, 267-68 (Thomas, J., concurring, Rehnquist, C.J., dissenting))。学説でも、真正児童ポルノと擬似的児童ポルノの区別は可能であり、本物特別でない程度の擬似的児童ポルノの製造には、相当な時間や費用及び専門技術を要するため、実際にそれを製造する者はほとんど存在しないと主張する見解がある (Susan S. Kreston, *Defeating the Virtual Child Pornography Prosecutions*, 4 J. High Tech. L. 49, 60-62 (2004))。他方、現段階でも、専門家である、コンピュータやカメラなどで作成されたデジタル画像が真正なものか否かの区別はつかないという指摘もある (Timothy, *supra* note 20, at 1218-1219)。
- (56) *United States v. Wilder*, 526 F.3d 1, 11 (1st Cir. 2008), *cert. denied*, 129 S. Ct. 626 (2008); *United States v. Salcido*, 506 F.3d 729, 733-734 (CA9 2007); *United States v. Rodriguez-Pacheco*, 475 F.3d 434, 437 (1st Cir. 2007); *United States v. Irving*, 452 F.3d 110, 121 (2d Cir. 2005); *People v. Normand*, 831 N.E.2d 587 (Ill. 2005); *United States v. Farrelly*, 389 F.3d 649, 655 (6th Cir. 2004) (*quoting United States v. Stanina*, 359 F.3d 356, 357 (5th Cir. 2004) (*per curiam*), *cert. denied*, 543 U.S. 845 (2004); *United State v. Kimler*, 335 F.3d 1132, 1142 (10th Cir. 2003); *United States v. Deaton*, 328 F.3d 454, 455

- (8th Cir. 2003) (per curiam); United States v. Hall, 312 F.3d 1250, 1260 (11th Cir. 2002).  
 その他の判例については、Kreston, *supra* note 55, at 56-57 に示された判例を参照。Wilder 判決について、Gretchen L. Duhaime, *Criminal Law-Expert Testimony Not Required to Distinguish Pornographic Images of Real Children from Virtual Children-United States v. Wilder*, 526 F.3d 1 (1st Cir. 2008), cert. denied, 129 S. Ct. 626 (2008), 42 SUFFOLK U. L. REV. 347 (2009) を参照。
- (57) Arnold H. Loewy, *Taking Free Speech Seriously: The United States Supreme Court and Virtual Child Pornography*, 1 FIRST AMEND. L. REV. 1, 10 (2003).
- (58) 合理的疑いをこえる証明を要することについて、日本では、憲法三一条の要請であり、刑事訴訟法三三六条からも推測されると考えられる。また、アメリカ合衆国でも、適正手続条項によってこの証明が要求されていると解釈されており、判例もこれを認めている (See, e.g., *In re Winship*, 397 U.S. 358, 364 (1970))。
- (59) 二〇〇二年の Free Speech Coalition については、被写体が存在する児童であるか否かに関する挙証責任を被告人に転換するかどうかを否定した (*Free Speech Coalition*, 535 U.S. at 255-256)。
- (60) Loewy, *supra* note 57, at 10.
- (61) 注 56 参照。
- (62) 大阪高判平成二二・一〇・二四 (判例集未登載)。  
 この事件に関する評釈として、藤本治彦「実務刑事判例評釈」[八二] KEISATSU KORON 第五六巻第五号 (二〇〇一年) 五九頁がある。この評釈で指摘されているように、今後も、被写体の「児童性」及び「実在性」が問題となるケースが出てくる可能性がある。
- (63) 最判平成一四・六・一七 (判例集未登載)。
- (64) 最高裁は、児童ポルノの事件ではないが、刑事裁判における有罪認定に必要な合理的な疑いを挟む余地のない程度の立証の意味について、「反対事実が存在する疑いを全く残さない場合をいうものではなく、抽象的な可能性としては反対事実が存在するとの疑いをいれる余地があっても、健全な社会常識に照らして、その疑いに合理性がないと一般的に判断される場合には、有罪認定を可能とする趣旨である」と判示したものがあがる (最判平成一九・一〇・一

六、刑集六一卷七号六七頁)、児童ポルノが本物であることの立証の程度を考える際にも参考とならう。

(65) 18 U.S.C. §225A(c)(1).

(c) It shall be an affirmative defense to a charge of violating paragraph (1), (2), (3) (A), (4), or (5) of subsection (a) that—  
(1)

(A) the alleged child pornography was produced using an actual person or persons engaging in sexually explicit conduct; and

(B) each such person was an adult at the time the material was produced; or

(66) *Free Speech Coalition*, 535 U.S. at 256.

(67) 福井厚『刑事訴訟法講義』〔第四版〕(二〇〇九年、法律文化社)三一八頁。

(68) いわんや、反対意見の指摘しているように、被告人は、児童ポルノが模造品として製造されている可能性を一般的に有していることを指摘するだけでは合理的疑いを生じさせるには足りないと考えるのが正当である。刑事事件である以上、当該表現物の真正の有無が問われているのであり、他の児童ポルノが模造品である可能性については、問題となつている当該表現物の真正に関する評価に直接影響を与えないと考えられるからである。

(69) 擬似的児童ポルノを児童ポルノに含める規定について、擬似的児童ポルノを真正児童ポルノと推定しているものと限定解釈する学説もある。この見解によれば、本物に見えるという規定と積極的防御方法に関する2252A(c)条とを合わせて理解することによつて、そのような解釈が可能であるという (Kornegay, *supra* note 8, at 2153-2154)。この見解では、PROTECT法は、事実認定者が、本物と区別できない児童ポルノと判断した場合、それを真正児童ポルノと認定することを許容的なもの (a permissive presumption) とせず、そのような認定を要求するもの (a mandatory presumption) としたうえで、証拠提出責任を被告人に転換するものであり、挙証責任まで転換するものではないと解している (*Id.* at 2154-2157)。

確かに、本物に見える児童ポルノを真正児童ポルノと認定することには十分な合理性があるため、この規定を推定規定と解することも不可能ではないであろう。しかし、定義そのものに本物と区別できない児童ポルノを含めるといふことは、その物が擬似的なものであつても真正なものと扱ふという意味と考えるのが当然の解釈であり、そのよう

に解しないことはやや無理があるように思われる。また、この解釈は、立法意思とも整合的である。つまり、下院議事録によれば、児童をモデルとした漫画や像と区別し、コンピュータによって製造された本物に見える画像 (images created or altered with use of a computer) については児童ポルノの定義に含める趣旨であると説明されている (H.R. Rep. No. 108-66, at 60 (2003))。さらに、推定規定と解した場合には、挙証責任まで被告人に負わせることは利益原則と衝突する虞がある。

(70) *Free Speech Coalition*, 535 U.S. at 255.

(71) 18 U.S.C. §2257(a)(b).

- (a) Whoever produces any book, magazine, periodical, film, videotape, digital image, digitally- or computer-manipulated image of an actual human being, picture, or other matter which—
- (1) contains one or more visual depictions made after November 1, 1990 of actual sexually explicit conduct; and
- (2) is produced in whole or in part with materials which have been mailed or shipped in interstate or foreign commerce, or is shipped or transported or is intended for shipment or transportation in interstate or foreign commerce; shall create and maintain individually identifiable records pertaining to every performer portrayed in such a visual depiction.
- (b) Any person to whom subsection (a) applies shall, with respect to every performer portrayed in a visual depiction of actual sexually explicit conduct—
- (1) ascertain, by examination of an identification document containing such information, the performer's name and date of birth, and require the performer to provide such other indicia of his or her identity as may be prescribed by regulations;
- (2) ascertain any name, other than the performer's present and correct name, ever used by the performer including maiden name, alias, nickname, stage, or professional name; and
- (3) record in the records required by subsection (a) the information required by paragraphs (1) and (2) of this subsection and such other identifying information as may be prescribed by regulation.

- (72) 18 U.S.C. §2257(h)3.
- (73) 18 U.S.C. §2257(f)4.
- (f) It shall be unlawful—
- (4) for any person knowingly to sell or otherwise transfer, or offer for sale or transfer, any book, magazine, periodical, film, video, or other matter, produce in whole or in part with materials which have been mailed or shipped in interstate or foreign commerce or which is intended for shipment in interstate or foreign commerce, which—
- (A) contains one or more visual depictions made after the effective date of this subsection of actual sexually explicit conduct; and
- (B) is produced in whole or in part with materials which have been mailed or shipped in interstate or foreign commerce, or is shipped or transported or is intended for shipment or transportation in interstate or foreign commerce; which does not have affixed thereto, in a manner prescribed as set forth in subsection (e) (1), a statement describing where the records required by this section may be located, but such person shall have no duty to determine the accuracy of the contents of the statement or the records required to be kept; and
- (74) *Id.*
- (75) *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940).
- (76) *Richard H. Fallon, Jr., Making Sense of Overbreadth*, 100 *Yale L.J.* 853, 863 (1991).
- (77) *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601, 611-612 (1972); *Dombrowski v. Pfister*, 380 U.S. 479, 486 (1965).
- 萎縮効果という点に焦点をあてて、*Thornhill*判決以後の *Warren Court* における表現の自由分野の判例史・判例分析を論じている論稿として、『毛利透』表現の自由—その公共性ともうひとつについて』(二〇〇八年、岩波書店) 第四章、第五章が重要である。同論稿では、『*Dombrowski* 判決の重要性を指摘し、その後の判例が、萎縮効果論を意識的に辺境に追いやるることによって、同判決の射程を狭めていった過程を克明に描き出しており、圧巻である。なお、*Broadrick* 判決では、結論的には文面審査を否定している。』
- (78) *Broadrick*, 413 U.S. at 613-615.

- (79) ある法令が違憲か否かという審査方法は、表現の自由の領域以外の領域、たとえば、経済的自由の領域でも利用可能なものであるとすれば、過度の広汎性の理論の実体的な特徴は、文面審査という審査手法にあるのではなく、その審査の判断基準が表現の自由以外の人権が問題となっている場合よりも厳しくすべきであるという点に求められよう。これは、判例や学説で繰り返し主張されているように、表現の自由が民主主義にとって必要不可欠であり、その萎縮効果が生じ易いという、この権利の特殊性に鑑みた帰結と考えられている。
- (80) *Broadrick*, 413 U.S. at 615; see *Alexander v. United States*, 509 U.S. 544, 555 (1993).
- (81) *Dombrowski*, 380 U.S. at 486; *Broadrick*, 413 U.S. at 612-613.
- (82) *Williams*, 553 U.S. at 292-293.
- (83) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); see *Michael C. Dorf, Facial Challenges to State and Federal Statutes*, 46 *STAN. L. REV.* 235, 276 (1994).
- (84) *Fallon*, *supra* note 76, at 861-862; *Frederick Schauer, Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the "Chilling Effect"*, 58 *B. U. L. REV.* 685, 694-701 (1978).
- (85) *David H. Gans, Strategic Facial Challenges*, 85 *B. U. L. REV.* 1333, 1345-1346 (2005).
- (86) *Id.* at 1337-1338.  
この論稿では、過度の広汎性理論の例外性を強調した *Salerno* 判決 (*United States v. Salerno*, 481 U.S.739 (1987)) をとりわけ批判している。
- (87) *Id.* at 1338.
- (88) *David L. Franklin, Looking Through Both Ends of the Telescope: Facial Challenges and the Roberts Court*, 36 *HASTINGS CONST. L.Q.* 689, 699 (2009).  
この論稿では、*Roberts Court* が文面審査を回避し、適用審査を採用しつつも、前者の論理を展開していると主張している。
- (89) *Williams*, 553 U.S. at 292.
- (90) *Note, supra* note 14, at 392.

- (61) *Williams*, 553 U.S. at 302-303.
- (92) *Id.*
- (93) *Secretary of State v. J.H. Munson Co.*, 467 U.S. 947, 985 (1984) (Rehnquist, J., dissenting); *Winters v. New York*, 333 U.S. 507, 527 (1948) (Frankfurter, J., dissenting).
- (94) *Gans, supra* note 85, at 1347.
- (95) *Schad v. Borough of Mount Ephraim*, 452 U.S. 61 (1981).
- (96) Note, *supra* note 14, at 390-391.
- (97) *Id.* at 394.
- (98) *Transcript of Oral Argument* at 39-40, *Williams*, 553 U.S. 285 (No. 06-694).
- (99) 反対に、原告の表現が憲法上保護される場合には、裁判所は適用審査のみすべきであるという判例もある (Colorado Republican Campaign Commission v. FEC, 518 U.S. 604, 623-624 (1996) (plurality opinion); *United States v. National Treasury Employees Union*, 513 U.S. 454, 478 (1995))。
- (100) *Free Speech Coalition*, 535 U.S. at 258.
- (101) *Williams*, 553 U.S. at 298-299.
- (102) *Id.*
- (103) *Id.* at 295-296.
- (104) *Id.* at 298-299.
- (105) *Id.* at 299-304.
- (106) *Id.* at 303.
- (107) *Id.* at 313-314, 320.
- (108) *Williams*, 444 F.3d at 1298.
- (109) *Id.* at 1298-1299.
- (110) Stephen T. Fairchild, *Protecting the Least of These: A New Approach to Child Pornography Pandering Provisions*, 57 *Duke*



L.J. 163, 190 (2007).

この評釈は、Williams 判決の連邦最高裁判所判決に書かれた前のものであるから、高裁判決を検討し、これを批判している。もっとも、その内容としては、過度に児童の保護を強調し、あらゆる規制を許容するかのような論調となっており、ややバランスを失っているように思われる。

(111) Kelsey Mezzanatto, *The Birth of Criminal "Pandering" and the Death of Free Speech Coalition's "Actual Child" Requirement: The Implications of United States v. Williams*, 30 U. LA VERNE L. REV. 532, 551-552 (2009).

(112) Andrea Shepard Shaw, *Federal Ban on Pandering of Child Pornography Does Not Infringe upon First Amendment Rights*, 39 CUMB. L. REV. 581, 595-596 (2009).

(113) この法律的不能の意味は多義的であるが、反対意見は、不能犯か未遂犯かの区別を客観的・事後的にみる客観的危険説(古い客観説)と親和的であることは疑いのないところであろう。この立場からは、事件を事後的かつ客観的にみることになるので、現に結果は発生しなかった—ここでは、真正児童ポルノが存在しなかった—という事実自体が、その行為が危険な行為ではなかったということを実証していることとなり、一般的に未遂犯処罰を否定することになるからである(たとえば、齊藤信治『刑法総論』(第六版)(二〇〇八年、有斐閣)二二二—二二三、二三三—二三五頁参照)。

(114) Audrey Rogers, *Protecting Children on the Internet: Mission Impossible?*, 61 BAYLOR L. REV. 323, 340-352 (2009).

(115) Taylor McNeill, *Protecting Our Children or Upholding Free Speech: Does One Exclude the Other?* *United States v. Williams*, 60 MERCER L. REV. 1059, 1072 (2009).

(116) 永井善之「最近の判例 U.S. v. Williams, 553 U.S. 285, 128 S. Ct. 1830 (2008)——児童ポルノとの確信に基づきまたは他人にそう信じさせようとしてそれを宣伝等する行為を、当該ポルノの存否を問わず処罰する規定は過度に広汎でなく合憲であるとされた事例」(アメリカ法(二〇〇九—)(二〇〇九年)一五九、一六二—一六三頁)。

(117) *Williams*, 553 U.S. at 303.

(118) たとえば、井田良「講義刑法学・総論」(二〇〇八年、有斐閣)四二—四二三頁を参照。

(119) 「真正児童ポルノを含むと信じていることを示すような態様」規制を未遂理論にあてはめた場合、厳密に言えば、

一般人が児童ポルノの真実性を認識できるであろうということよりも、真正児童ポルノが存在すると行為者が認識していることを示す態様であると一般人が考えているという点が考慮されるべきといえよう。しかし、両者の差異は紙一重であり、基本的に後者が充足される場合には前者も充足されるように思われる。なぜなら、一般人が擬似的児童ポルノであると知り得つつも、真正児童ポルノが存在すると行為者が認識していることを示す態様であると考えているという場合は、あり得なくはないかもしれないが、想定し難いからである。このような場合は、一般人の見地から危険な行為とはいえないので、仮に、このような場合の処罰を含むとすれば、過度に広汎な規制となり、違憲である。

(120) *Williams*, 553 U.S. at 316-317 (Souter, J., dissenting).

(121) 本件で問題となったパンダリング規定とは異なる形式で、パンダリングが未遂以上の何か別類型の行為を規制できるものであるかについては、さらに検討の余地がある。つまり、本稿では、本件パンダリング規定を刑法の未遂理論に則して検討しているが、パンダリング規制が未遂以上の行為を規制するものとして許容される余地があるのかについて考察すべきであろう。なお、連邦最高裁は、わいせつ規制におけるパンダリング規定を合憲と判示している (*Splawn v. California*, 431 U.S. 595 (1977); *Ginzburg v. United States*, 383 U.S. 463 (1966))。この点については、拙著一六一—一八頁を参照。

(122) 差し当たり、この点に関する *Williams* 判決の立場に肯定的な論稿として、Samuel A. Terilli, *Inartful Drafting Does Not Necessarily a Void, as Opposed to a Vague, Statute Make-Even Under the First Amendment: The Eleventh Circuit Applies Common Sense to "Common Understanding" in Void-for-Vagueness Challenges to Lobbying Regulations*, 63 U. Miami L. Rev. 793, 809, 811 (2009) を参照。