



所持規制をめぐる憲法問題

——児童ポルノの単純所持規制を素材にして——

大 林 啓 吾

序

- I 児童ポルノ単純所持規制
 - 1 従来の児童ポルノ規制
 - 2 条例による児童ポルノ単純所持規制
 - 3 2013年の児童ポルノ禁止法の改正案
- II アメリカにおける児童ポルノ単純所持規制の問題
 - 1 わいせつ物の単純所持規制
 - 2 児童ポルノの位置づけ
 - 3 児童ポルノの単純所持規制
 - 4 児童ポルノ規制の限界
- III カナダにおける児童ポルノ単純所持規制の問題
 - 1 カナダにおける児童ポルノ規制
 - 2 R.v. Sharpe——下級審
 - 3 R.v. Sharpe——連邦最高裁の判断
 - 4 立法府の反応
- IV 両国の異同と憲法問題
 - 1 両国の比較
 - 2 両国の事例から浮かび上がる単純所持規制の問題
 - 3 表現の自由と単純所持規制
 - 4 単純所持規制の理由
 - 5 空想児童ポルノ単純所持規制の問題
 - 6 プライバシーの問題
- V 日本における憲法問題
 - 1 単純所持規制の保護法益
 - 2 具体的な権利侵害
 - 3 表現の自由の射程

後序

「誰でも、自身の家では王である」(柴田光蔵・林信夫・佐々木健編『ラテン語法格言辞典』53頁(慈学社、2010年))

序

世の中には、所持することすら禁止されているものがある。麻薬⁽¹⁾や銃刀類⁽²⁾などはその典型例である⁽³⁾。これらは、所持する時点ではまだ具体的危険が生じていないにもかかわらず、不適當に使用されることの危険性から、所持自体が禁じられている。しかし、自らのものを所持するという行為または状態は、憲法上の権利と関連する。自己の物を所持する場合、財産的価値があるものを所有していれば財産権として保障される。さらには、所持品をどのように使うかは幸福追求権とも密接に関連しており、それに宗教性があれば信教の自由、メッセージ性があれば表現の自由ともリンクしうる。

それにもかかわらず、所持規制に対する憲法上の問題はこれまで十分検討されてこなかった⁽⁴⁾。その理由としては、所持規制が行われるのは社会にとって危険なものに限られ、それは公共の福祉のために合理的な

-
- (1) 麻薬については、麻薬及び向精神薬取締法28条1項が「麻薬取扱者、麻薬診療施設の開設者又は麻薬研究施設の設置者でなければ、麻薬を所持してはならない。ただし、次に掲げる場合は、この限りでない。」と規定し、免許制になっている。
 - (2) 銃刀類については、銃砲刀剣類所持等取締法3条1項が「何人も、次の各号のいずれかに該当する場合を除いては、銃砲又は刀剣類を所持してはならない。」と規定し、許可制になっている。
 - (3) その他に、たとえば、特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律3条は、「何人も、業務その他正当な理由による場合を除いては、特殊開錠用具を所持してはならない。」と定めており、侵入用具等の所持が禁止されている。
 - (4) たとえば、曾我部真裕「表現の自由論に関する雑感」書斎の窓626号10頁(2013年)は、児童ポルノ単純所持規制に関する憲法学の分析の少なさを指摘している。

規制だという理解が暗黙の前提として存在していたように思われる。実際、最高裁は公共の福祉による制限であるとして、所持規制の合憲性を認めてきた。

たとえば、銃刀類の所持規制については、「銃砲刀剣類は、殺人、傷害等の用に供せられる危険物であるから、銃砲刀剣類等所持取締令は、かかる犯罪を未然に防止するため原則としてこれら物件の所持を禁止し、もって国民の生命財産の安全を期する目的をもって制定せられたものであり、右、所持を原則として禁止した同令2条は社会公共の福祉保持のため必要な規定と解すべきであるから、同条は何ら所論憲法29条に違反するものではない⁽⁵⁾。」として、危険使用のおそれから規制の正当化をはかっている。

また、所持自体が直接争われたわけではないが、覚せい剤の販売授与規制の合憲性が問題となった事件において最高裁は、「指定医薬品の不適當使用により不特定多数人の生命・身体等が危害をこうむることを防止しようとする公共の保健衛生上の目的にでていること疑をいれない。すなわち、右薬事法41条7号、44条7号、56条の規定は本来憲法13条の本旨に従い公共の福祉のために必要なものであるから、指定医薬品を販売授与する等の自由を制約することになっても憲法13条に違反するとはいえない⁽⁶⁾。」としている。つまり、不適當な使用のおそれを理由に規制の正当化をしているわけである。

こうした危険物の所持を規制することには一定の合理性が推定されるが、しかし、それを公共の福祉の一言で片づけてしまっていていいだろうか。所持は自らの意思に基づいて特定の物を持つという自主的な選択的行為である以上、一般的行為の自由の1つとして保障されるはずであり、それに財産的価値があれば財産権とも密接に関わるはずであって、その規制には少なくとも相応の正当化理由があつてしかるべきである。

とりわけ、所持が表現の自由やプライバシー権の問題を提起するとなれば、なおさらのことである。これまで、表現物の所持規制については

(5) 最大判昭和33年2月12日刑集12巻2号209頁。

(6) 最大判昭和31年6月13日刑集10巻6号830頁。

主にわいせつ物の所持規制が問題視されることがあったが、しかし、判例・学説ともに所持規制の問題を正面から検討してこなかった。判例では、昭和58年3月8日判決⁽⁷⁾において、伊藤正己補足意見が「なお、ハード・コア・ポルノについても、それを自らの利用のために単に所持することにまで法的規制を及ぼすときには、個人のプライバシーの面から問題を生ずる可能性があるが、それは、刑法175条とは別の問題である。」と述べて問題提起を行ったが、学説はその後の検討を引き継いでいるとはいえない。また、メイプルソープI事件⁽⁸⁾における園部逸男補足意見が、「私は、性器を描写又は撮影した書籍、図画、彫刻物その他の物品であって、わいせつ性を有するものであっても、既に内外の著名な美術館で展示されその複製品や展示作品のカタログ等が公然と販売されている場合には、右複製品やカタログ等を個人の所持のために輸入することについて、公権力による介入を認めるべきではないと考える。本件写真集は、ニューヨーク市所在の著名な美術館であるD美術館で開催された写真家Eの回顧展のカタログであるから、右カタログの購入が個人の所持を目的とすることが明白であれば、右カタログの我が国への輸入を規制すべき筋合いのものではない。」と述べている。ただし、園部意見は結局、「しかしながら、税関検査に関する我が国の行政上の事前及び事後の手の実情では、個人の所持を目的とする輸入であるか、頒布・販売を目的とする輸入であるかを明確に識別して判断することが容易でない場合があり得る。このような状態は速やかに改善されなければならないと考えるが、現況では、輸入目的のいかんにかかわらず、その流入を一般的に、いわば水際で阻止することはやむを得ない措置といわざるを得ない(最高裁平成4年(あ)第776号同7年4月13日第一小法廷判決・刑集49巻4号619頁参照。)」としている。

もともと、わいせつ物については頒布や陳列といった目的で所持することを禁止しているのだから、少なくとも形式上、単純所持を規制しているわけではない。ただし、事実上は単純所持規制となっている可能性があ

(7) 最3小判昭和58年3月8日刑集37巻2号15頁。

(8) 最3小判平成11年2月23日集民191号313頁。

る。税関検査事件は、「わが国内において猥褻文書等に関する行為が処罰の対象となるのは、その頒布、販売及び販売の目的をもってする所持等であって(刑法175条)、単なる所持自体は処罰の対象とされていないから、最小限度の制約としては、単なる所持を目的とする輸入は、これを規制の対象から除外すべき筋合いであるけれども、いかなる目的で輸入されるかはたやすく識別され難いばかりでなく、流入した猥褻表現物を頒布、販売の過程に置くことが容易であることは見易い道理であるから、猥褻表現物の流入、伝播によりわが国内における健全な性的風俗が害されることを実効的に防止するには、単なる所持目的かどうかを区別することなく、その流入を一般的に、いわば水際で阻止することもやむを得ないものといわなければならない。」としており、税関検査において事実上単純所持規制が行われることを認めている⁽⁹⁾。だが、税関検査に対する学説の関心は事前抑制に向いてしまい、単純所持の問題には十分光が当てられてこなかった。

ところが、近年、単純所持の憲法問題を考えざるをえない状況に直面している。なぜなら、2013年5月に提出された児童ポルノ禁止法(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)の改正案には、自己の性的好奇心を満たす目的で児童ポルノを所持することを禁止する規定が含まれていたからである。児童ポルノ禁止法は、これまで提供目的の所持を禁止していたにすぎなかったが、その射程を単純所持規制にまで広げようとしているのである。また、所持規制の憲法問題は、所持目的のみならず、対象物の射程にも関連する。改正案には漫画等の児童ポルノについても規制すべきか否かを検討するという検討規定が置かれており、将来的に空想表現も規制対象になる可能性が強まってきているからである。空想表現の単純所持も禁止対象になれば、所持規制の射程は大幅に広がり、表現の自由に対する委縮効果の問題が出てくるように思われる。

このように、児童ポルノの単純所持規制については表現の自由の問題をはじめとする様々な憲法問題が潜んでいるといえるが、この問題に関

(9) 最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁。

する憲法的考察が十分に行われているとはいえない。そこで本稿では、児童ポルノの単純所持規制に関する憲法問題について考察することにした。もっとも、本稿の目的は、この問題の合憲性について結論を出し、その解決方法を探ることまでも検討対象とするわけではない。むしろ、その前段階として、いかなる憲法上の問題が存在するのかを明らかにすることを目的とする。その際、この問題に関する司法判断がすでに下され、さらに憲法的議論も活発になされているアメリカとカナダを素材にしなが、その憲法問題を炙り出すことにしたい。

I 児童ポルノ単純所持規制

1 従来の児童ポルノ規制

1999年に制定された児童ポルノ禁止法は、18歳未満の者を児童とし(2条1項)、児童ポルノを「写真、電磁的記録(電子的方式、磁気的方式その他の他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。以下同じ。)に係る記録媒体その他の物であって、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。」(2条3項)とした。その上で、具体的には、「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っ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って性欲を興奮させ又は刺激するもの」(2条3項1～3号)を指すとしている。

この条文からは、現実の子供を用いたものだけを対象とするのか、それともCGを用いて加工した画像や漫画等の表現をも含むのかははっきりとしない。そのため、当初は現実の子供を用いた写真等の児童ポルノだけが処罰対象とされていた。しかし、2013年7月、18歳未満の少女の写真を下絵にCGを作成・販売した者が児童ポルノ禁止法違反で初めて逮捕され、本法がそうした表現にも及ぶことが明らかになった⁽¹⁰⁾。

規制対象となる行為については、児童ポルノを提供する行為を基本的

な処罰対象とし、児童ポルノを提供した者は3年以下の懲役又は300万円以下の罰金が科せられることになっている(7条1項)。ただし、提供を目的として、「児童ポルノを製造し、所持し、運搬し、本邦に輸入し、又は本邦から輸出した者も、同項と同様とする。同項に掲げる行為の目的で、同項の電磁的記録を保管した者も、同様とする。」(7条2項)とされた。つまり、基本的には提供行為が処罰の対象となるが、提供の意図をもって、児童ポルノを製造、所持、移動することも処罰対象とされたのである。この時点では、提供目的の所持が規制対象になっているものの、単純所持は規制対象になっていない⁽¹¹⁾。

さて、本法の適用が始まると、本法が表現の自由や幸福追求権を侵害するのではないかという問題が浮上し、最高裁でも被告人側が憲法上の権利侵害を主張する事案が出てきた。最高裁は、「原判決が認定するような内容の児童ポルノである本件ビデオテープにつき、児童買春、児童

(10) 毎日新聞「児童ポルノ—CGで再現し販売容疑で逮捕 警視庁」(毎日jp 2013年7月11日最終更新)〈<http://mainichi.jp/select/news/20130711k0000e040188000c.html>〉(最終閲覧2013年7月12日)。

(11) なお、児童ポルノ該当性の判断については、京都地判平成12年7月17日判決(判例タイムズ1064号249頁)が、児童の権利保護という特殊性を考慮した上で、わいせつ物の定義と異なり、児童ポルノの定義には「徒に」という文言が抜けていることを踏まえると、過度に性的感情を刺激するような内容のものでなくても、性欲を興奮させ又は刺激するものと認められる以上は三号児童ポルノに該当すると解すべきであると。そして、その判断方法については、「三号児童ポルノの範囲が拡大すると、表現の自由や学問の自由等の憲法上の権利を制約することになりかねないという懸念もある」とした上で、衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態については性器等が描写されているか否か、児童の裸体等の描写が当該写真またはビデオテープ等の全体に占める割合(時間や枚数)等の客観的要素に加え、児童の裸体等の描写叙述方法をも検討し、性欲を興奮させ又は刺激するものであるかどうかを一般通常人を基準として判断すべきであると、全体から見てストーリー性や学術性、芸術性などから児童の裸体等を描写する必要性や合理性が認められるかなどを考慮して、性的刺激が相当程度緩和されている場合には、性欲を興奮させ又は刺激するものと認められないことがあるというべきであるとしている。

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(以下「法」という。)7条2項を適用することが憲法21条、13条に違反するものでないことは、当裁判所大法廷の判例(昭和57年(行ツ)第156号同59年12月12日判決・民集38巻12号1308頁、昭和57年(あ)第621号同60年10月23日判決・刑集39巻6号413頁)の趣旨に徴して明らかであって、所論は理由がない⁽¹²⁾。」として、先例を挙げるだけで何ら理由を示さずにその合憲性を認めている⁽¹³⁾。

また、表現の自由との関連ではないが、憲法13条に基づく児童の性的自由が制約されているとの主張について、最高裁は、「原判決が児童の権利を侵害しているなどとして憲法13条、24条違反をいう点は、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、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鑑み、児童ポルノに係る行為等を処罰すること等により、児童の権利を擁護することを目的とするものであるから、前提を欠⁽¹⁴⁾」くとして退けている。

2 条例による児童ポルノ単純所持規制

その後、通信手段の発達や犯罪件数の増加もあり、各地方公共団体でも児童ポルノ禁止条例が制定されるようになり、中には単純所持規制を盛り込んだ条例もでてきた。

最初に児童ポルノの単純所持を規制に含めたのは、2005年に制定された奈良県の「子どもを犯罪の被害から守る条例」であった⁽¹⁵⁾。同条例13条は、「何人も、正当な理由なく、子どもポルノを所持し、又は第2条第4号アからウまでのいずれかに掲げる子ども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情報を記録した電磁的記録を保管

(12) 最2小判平成14年6月17日集刑281号577頁。

(13) なお、ここで挙げられている先例は、税関検査事件と福岡県青少年保護育成条例事件である。

(14) 最3小判平成24年6月5日集刑308号3頁。

(15) 奈良県子どもを犯罪の被害から守る条例(平成17年7月1日奈良県条例第9号)。

してはならない。」とし、違反者に対しては30万円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処するとしている(15条)。

2011年に制定された京都府の児童ポルノ禁止条例でも、単純所持規制が盛り込まれたが、所持者を直接罰するのではなく、廃棄命令に従わなかった者を罰するという形をとっている⁽¹⁶⁾。それによれば、「何人も、正当な理由なく、児童ポルノを所持し、又は児童ポルノの提供を受けてはならない。」とし、単純所持を禁止した(7条)。所持者に対しては、知事が廃棄を命じることができ(8条)、命令に従わない場合には30万円以下の罰金に処されることになっている(13条2項)。

また、児童ポルノの廃棄命令を実施するために、児童ポルノを所持または保管していると認められる者等に対し、当該児童ポルノを所持または保管していると認められる場所に立入調査を求めさせることができるとしている(9条1項)。

さらに、努力義務ではあるものの、「何人も、児童に係るわいせつな行為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写真、電磁的記録(電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。以下同じ。)に係る記録媒体その他の物で児童ポルノに該当しないものを、正当な理由なく、製造し、所持し、提供し、又は運搬しないように努めなければならない。」(10条1項)とし、児童ポルノに該当しないものについても製造、所持、提供、運搬をしないようにしなければならないとした。

また、2013年には栃木県でも児童ポルノの単純所持を規制する条例が制定された⁽¹⁷⁾。栃木県の条例は、京都府の条例と同様、廃棄命令制度を導入している。まず、8条が、「何人も、正当な理由なく、子どもポルノを所持し、又は第2条第3号イからハまでのいずれかに掲げる子ども

(16) 京都府児童ポルノの規制等に関する条例(平成23年10月14日京都府条例第32号)。

(17) 栃木県子どもを犯罪の被害から守る条例(平成25年3月25日栃木県条例第30号)。

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情報を記録した電磁的記録(以下「子どもポルノ記録」という。)を保管してはならない。」として単純所持を禁止し、続く9条1項で「公安委員会は、前条の規定に違反して、子どもポルノを所持し、又は子どもポルノ記録を保管する者があるときは、その者に対し、期限を定めて、当該子どもポルノの廃棄又は当該子どもポルノ記録の消去その他必要な措置をとるべきことを命ずることができる。」として児童ポルノ所持者に対する廃棄命令制度を採用している。そして、廃棄命令に従わない場合に30万円以下の罰金を科すとしている。

3 2013年の児童ポルノ禁止法の改正案

こうした条例の動向を横目に、法律レベルでも、単純所持規制などが盛り込まれた児童ポルノ禁止法の改正案が提出された⁽¹⁸⁾。2013年5月29日、自民党・公明党・日本維新の会は、「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の一部を改正する法律案」を第183回国会に提出したのである。改正案の主なポイントは、所持規制の追加と漫画等の規制の追加である。

まず、所持規制については、「第6条の次に次の1条を加える。(児童ポルノ所持等の禁止)第6条の2 何人も、みだりに、児童ポルノを所持し、又は第2条第3項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情報を記録した電磁的記録を保管してはならない。」とし、さらに、「自己の性的好奇心を満たす目的で、児童ポルノを所持した者は、1年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。自己の性的好奇心を満たす目的で、第2条第3項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

(18) なお、これまでも単純所持規制を追加する改正案が提出されたことがあったが(たとえば第159回衆議院議員総会第12号など)、成立には至っていない。この点につき、児童ポルノ犯罪組織の国際的ネットワークを断ち切るために児童ポルノの単純所持規制を行う諸外国と異なり、日本では主に道徳的観点から規制する傾向があったことから、単純所持規制を設けてこなかったという指摘がある。辻村みよ子『人権をめぐる十五講』156頁(岩波書店、2013年)。

り描写した情報を記録した電磁的記録を保管した者も、同様とする。」という規定を7条1項として新設するとした。これにより、所持および保管が禁止されることとなり、提供行為よりは軽いものの、罰則が科せられることになっている。

つぎに、漫画等の児童ポルノの規制については「検討」と題して、「第2条 政府は、漫画、アニメーション、コンピュータを利用して作成された映像、外見上児童の姿態であると認められる児童以外の者の姿態を描写した写真等であって児童ポルノに類するもの(次項において「児童ポルノに類する漫画等」という。)と児童の権利を侵害する行為との関連性に関する調査研究を推進するとともに、インターネットを利用した児童ポルノに係る情報の閲覧等を制限するための措置(次項において「インターネットによる閲覧の制限」という。)に関する技術の開発の促進について十分な配慮をするものとする。」という規定を設けている。

また、インターネット事業者に対しても、児童ポルノ規制に向けて捜査機関への協力を要請し、児童ポルノ拡散防止に向けた措置を努力義務として追加している(14条の2)。

かかる改正案の提出に踏み切った理由について、平沢勝栄衆議院議員(自民党)は、「児童ポルノが出回り、警察による検挙も増えている状況がある。相当数の児童が強姦や強制わいせつなどの被害に遭い、しかもネット上にその画像などが出回っており、将来にわたりダメージを受けることになる。これを救済するには、そうした画像の所持自体を規制しなければならない。現行法でも製造や販売には罰則があるが、それだけでは不足だ。もう一つに、国際的潮流として、単純所持が欧米の多くの国で規制されていることがある。児童ポルノ禁止について、日本だけが後ろ向きと取られてしまうのはまずい⁽¹⁹⁾」と語っている。

また、単純所持規制については「罰則適用には『性的好奇心を満たす

(19) 産経新聞「児童ポルノ禁止法改定案、推進派・反対派の意見は『青少年を正しい方向に』『漫画は切り離して』」(IT mediaニュース2013年7月11日最終更新)(<<http://www.itmedia.co.jp/news/articles/1306/25/news040.html>>(最終閲覧2013年7月12日))。

目的で所持』という条件があり、捜査当局が裏付けなければならず、簡単にはいかない。」と回答し、漫画等の児童ポルノ規制については、「実在児童の人権救済とは関係ないが、海外では漫画も規制対象だ。漫画やアニメに影響されて青少年らが性犯罪に走る例も、警察の資料によれば実際にある。可能性が否定できない以上、規制の話が出るのは当然だ。日本がこうした漫画の輸出国と批判される状況も踏まえ、漫画などの規制についても検討する規定は入れた方がいい」としている⁽²⁰⁾。

これに対して、山田太郎参議院議員(みんなの党)は、単純所持規制について、「所持自体を禁止すると、摘発など捜査機関の裁量によるグレーゾーンが大きく、問題がある。」とし、漫画等の児童ポルノ規制については「児童ポルノの被害者になった実在の子供の人権を守るのが法の趣旨なのに、実際の被害者が存在しない漫画やアニメの話を盛り込むのはまったく筋が違う話だ」として批判している⁽²¹⁾。

このように、日本でも児童ポルノ規制が単純所持規制や漫画等の規制にまで広がろうとしている。しかしながら、この問題に対する憲法的議論は現時点ではまだ十分蓄積されているとはいえない。そこで、以下ではこの議論が進んでいるアメリカとカナダの状況を考察することにする。

II アメリカにおける児童ポルノ単純所持規制の問題

元来、アメリカは、他の国と比べて国家に対する懐疑的志向が強い国である。だからこそ、銃所持の権利が認められているのであり⁽²²⁾、所持規制に対しても「自分の恋人や同僚に対して規制された物品を意図的に所持していないかどうかをチェックしなければならないようなドラコニア的社會はもはやアメリカとはいえない⁽²³⁾。」といわれることがある。こうした事情に加えて、表現の自由を手厚く保障してきたという特殊性と重なり、所持規制の問題は表現の自由の問題とリンクしやすい土壌が

(20) 産経新聞・前掲注(19)。

(21) 産経新聞・前掲注(19)。

(22) District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008)。

形成されているといえる。

他面において、アメリカの児童ポルノに対するアプローチも特殊であることも忘れてはならない。当初、アメリカでは、児童ポルノは児童虐待の一類型とは思われていなかった。しかし、1960年代から1970年代にかけてポルノが社会問題化すると、連邦と州はわいせつ物規制とともに児童ポルノ規制にも取り組むようになった。その過程の中で、児童虐待は性的な事柄から始まり、虐待につながっていくことが明らかになってきた⁽²⁴⁾。つまり、現在のアメリカでは、〈児童ポルノ＝児童虐待〉という認識が一般化しており、その規制はやむをえない利益と直結すると考えられているのである。

とはいえ、所持規制が表現の自由の問題だとすると、規制を正当化するためのハードルが上がり、相応の理由が必要となる。この点につき、最初に単純所持規制の合憲性が問題となったのはわいせつ物規制の方であった。

1 わいせつ物の単純所持規制

① Stanley v. Georgia判決

わいせつ物の「単純所持」(mere possession)規制の合憲性が争われたのは、1969年のStanley v. Georgia連邦最高裁判決⁽²⁵⁾であった。

ジョージア州はわいせつ物を故意に所持することを禁止していた⁽²⁶⁾。

(23) Rachel A. Lyons, *Featured Contributor: Florida's Disregard of Due Process Rights for Nearly a Decade: Treating Drug Possession as a Strict Liability Crime*, 24 ST. THOMAS L. REV. 350, 381 (2012).

(24) Michelle K. Collins, *Child Pornography: A Closer Look*, POLICE CHIEF (Mar. 2007), http://www.policechiefmagazine.org/magazine/index.cfm?fuseaction=display&article_id=1139&issue_id=32007

(25) Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969).

(26) Ga. Code Ann. § 26-6301 (Supp. 1968)。「故意に……わいせつ物を所持……する者は、もしその者が当該作品にわいせつ性があることを知っていたかまたは合理的に知っていたと考えられる場合、……1年以上5年以下で刑務所収監の罰を受ける」。

被告人がわいせつ物製本をしているとの容疑が高まったため、警察官は令状に基づき被告人の自宅を捜索した。製本の証拠は見つからなかったが、わいせつフィルムを発見したため、警察官はわいせつ物所持違反で被告人を逮捕した。そして、上告審ではわいせつ物所持規制の合憲性が争われることになった。

マーシャル(Thurgood Marshall)判事による法廷意見は、わいせつ物の単純所持に刑罰を科すことが憲法に反しないかどうかについて判断した。ジョージア州は、Roth v. United States連邦最高裁判決⁽²⁷⁾を引き合いに出しながら、わいせつ表現は憲法によって保護された表現ではないとし、公共の福祉に害悪をもたらす物の所持を禁じることができるのと同様にわいせつ物所持を禁止できると主張した⁽²⁸⁾。

これに対してマーシャル判事はRoth判決と本件との区別をはかる。Roth判決はわいせつ物の送付や広告が問題となった事案であり、わいせつ物の単純私的所持が問題となった事案ではない。

そのため、本件はRoth判決を参照するだけで解決できるとはいえない。Roth判決によれば、修正1条や修正14条はわいせつ物を規制する政府の利益を認めているとした。しかし、その利益はあらゆる文脈において妥当するわけではない。Roth判決やその他の先例は、営利目的でわいせつ物を頒布することに対し、政府にはそれを規制する重要な利益があるとしたのであって、私的所持の文脈で憲法上の問題がないとしたわけではない。

本件の憲法上の問題は表現の自由とプライバシーの権利が関係する。憲法は情報や思想を受領する権利を認めている。それは表現の自由の一環として理解されており、その表現内容の社会的価値にかかわらず、情報や思想を受ける権利が保障されている。さらに、本件では、自宅での私的所持が問題になっていることから、プライバシーのエリアに対する政府の介入から逃れる権利も関係している。

州はわいせつ物とみなすだけで規制を正当化できるとしているが、そ

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

(28) *Stanley*, 394 U.S. at 559-560.

れだけでは修正1条と修正14条の自由への侵害を正当化することにはならない。「他のわいせつ物規制立法の正当化がいかなるものであれ、我々はその正当化が個人の自宅という私的領域まで及ぶとは思えない。もし修正1条が何かを伝えようとしているなら、それは自宅に1人でいるときに、いかなる本を読みどのような映画を見るかについて干渉してはならないことを意味しているのである」⁽²⁹⁾。

これに対し、州は、わいせつ物の悪影響から個人の精神を守らなければならないと反論する。しかし、州は個人の思想の道徳的内容につきコントロールする権限を持っていない。「公共の道徳に有害な思想の伝搬をコントロールする州の権限がいかなるものであれ、それは個人の私的な思想をコントロールしようとする立法の合憲的な根拠にはならない」⁽³⁰⁾。

また、州は、わいせつ物を見ると常軌を逸した性行為や性犯罪を行う人がでてくる可能性があるとして主張している。しかし、工業化につながることを理由に科学本の所持を禁止することができないのと同じく、反社会的行動につながることを理由にわいせつ物の単純所持を禁止することはできない。たしかに、わいせつ物の公共への流布は子供の目に触れたり一般人の感情を害したりするおそれがあるが、本件はそのような事案ではない。

最後に、州はわいせつ物の流通を避けるために、単純所持を禁止する必要があると主張している。それによれば、実際に頒布するかどうかの意図は証明できないことから、単純所持の段階から規制することが必要であるとする。しかし、そうした事情があるとしても、それは個人が好きなものを見たり読んだりする権利を制約することの正当化にはならない。「その権利は我々の個人の自由のスキームにとってきわめて基本的なものであり、その制約はその他の点において有効な刑法の実行しようとする必要性によって正当化されない」⁽³¹⁾。

(29) *Id.* at 565.

(30) *Id.* at 566.

(31) *Id.* at 568.

したがって、「我々は修正1条および修正14条がわいせつ物の単純私的所持に刑罰を科すことを禁止していると判断する。Roth判決およびその後の判決は本件判断によって影響を受けるものではない。先述したように、州はわいせつ物を規制する広範な権限を有する。しかし、その権限は個人の自宅というプライバシーエリアにおいて個人が単純に所持することにまで及ぶわけではない」⁽³²⁾。

本件にはブラック(Hugo L. Black)判事とステュワート(Potter Stewart)判事の同意意見がつけられているが、このうち、ブラック判事の同意意見は短いながら表現の自由について言及している。ブラック判事によれば、「私は、わいせつ物であれ何であれ、修正14条によって州にも適用される修正1条を侵害することなく、州が書籍や映画の単純所持を犯罪にすることはできないとする法廷意見に賛同する⁽³³⁾」としている。

2 児童ポルノの位置づけ

① Ferber判決

児童ポルノの単純所持規制が争われた事件に進む前に、児童ポルノと表現の自由の関係について判断した1982年のNew York v. Ferber連邦最高裁判決⁽³⁴⁾を確認しておかなければならない。Ferber判決は、わいせつ物規制と児童ポルノ規制とを区別した上で、児童ポルノ規制の特性に言及しながら合憲性の判断を行ったからである。

ニューヨーク州は、わいせつ物に該当するか否かを問わず、16歳以下の者が性的行為を行う描写の写真や映画を販売したり頒布したりすることを禁止していた。マンハッタンで性的関連商品に特化して本屋を営んでいたファーバー(Paul Ferber)は、「Kiddie Films」というタイトルのフィルムを販売したところを覆面警察に逮捕された。そのため、連邦最高裁では本法の合憲性が争われることになった。

ホワイト(Byron White)判事の法廷意見は、本法には子供を虐待等か

(32) *Id.* at 568.

(33) *Id.* at 568–569 (Black, J., concurring).

(34) New York v. Ferber 458 U.S. 747 (1982).

ら守るという目的があることに言及しつつ、それにはわいせつ性の判断基準であるミラーテストを適用することができないとする。なぜなら、ミラーテストはわいせつ性の有無を基に当該表現が保護されるか否かを判断するものであるが、児童ポルノは子供の虐待につながるものであるため、わいせつ性の有無とは直接の関係性がないからである。

そこで判決は、州には児童ポルノを規制する正当な理由があるとして、5つの理由を挙げた。すなわち、①子供の保護というやむをえない利益があること、②規制が子供の性的虐待防止の本質的な部分に関わること、③児童ポルノの広告や販売は児童ポルノ製造の動機となり違法であること、④みだらな性的行為をしている子供の実演や写真複製を認める価値は低いこと、⑤児童ポルノは修正1条の保護の外にある作品のカテゴリーとして認識または分類されること、である。判決は、これらの要素を考慮しながら、規制が子供の保護という、やむにやまれぬ利益に関連し、児童ポルノ自体の価値も低いことから、児童ポルノは表現の自由の範囲外にあるとの判断を行った。その上で、過度広範の問題についても検討し、本件では法律の広範性の問題が現実的かつ実質的ではないとして、合憲性を認めた。

法廷意見の判断構造からすると、児童ポルノもわいせつ物と同じく表現の自由のカテゴリーから除外されるとしつつ、児童ポルノ規制の利益はわいせつ物とは違ったものがありその規制利益の重要性と表現価値の低さから児童ポルノ規制の合憲性を認めるという論理になっている。児童ポルノがカテゴリーから除外されるとはいつても、わいせつ物と同様、定義が必要なこと(本法でいえば16歳以下の性的な行為を内容とする視覚的表現物)はいうまでもなく、さらに規制利益と表現の自由(価値)との比較衡量を行っているようにみえる⁽³⁵⁾。

これに対してブレナン(William J. Brennan, Jr.)判事の同意意見は、結論部分に賛成しながらも、その判断方法には異を唱えた⁽³⁶⁾。子供を描写

(35) Eric L. Dauber, *Child Pornography: A New Exception to the First Amendment—New York v. Ferber*, 50 U.S.L.W. 5077 (U.S. July 2, 1982), 10 FLA. ST. U.L. REV. 684, 696 (1983).

する作品の中には文学的価値や芸術的価値等を含むものがあるのであって、それらをも修正1条から除外してしまうことは問題である。法廷意見は子供の被害にばかり目を奪われていて、こうした価値に配慮していないと批判した。

また、スティーブンス(John P. Stevens)判事の同意意見も、法廷意見が包括的に修正1条から除外してしまったことを問題視している⁽³⁷⁾。本法が規制する対象には憲法上保護される内容のものも含まれており、これをカテゴリー的に修正1条の保護から除外することには問題がある。このようなカテゴリーカルなアプローチではなく、ケースバイケースで対応すべきであるとしている。

3 児童ポルノの単純所持規制

① Osborne判決

そして、児童ポルノの単純所持規制の合憲性が争われたのが、1990年のOsborne v. Ohio連邦最高裁判決⁽³⁸⁾であった。児童ポルノの単純所持規制の問題は、わいせつ物の単純所持規制を違憲としたStanley判決と児童ポルノ規制を合憲としたFerber判決が交錯する領域の問題であり、どのような判断が下されるか注目された。

オハイオ州は、医療、教育、芸術等の適切な理由がある場合やその子供の両親の同意がある場合を除き、自分の子供または後見人の子供ではない未成年者のヌード作品を所持してはならないとしていた⁽³⁹⁾。あるとき、オハイオ州に住むオズボーン(Clyde Osborne)に、子供のヌード写真を所持しているという容疑がかけられた。警察官は裁判所の令状に基づき、オズボーンの自宅を搜索したところ、あからさまに性的な男児のヌード写真を発見した。そのため、オズボーンはオハイオ州法違反で逮

⁽³⁶⁾ *Ferber*, 458 U.S. at 775-777 (Brennan, J., concurring).

⁽³⁷⁾ *Id.* at 777-781 (Stevens, J., concurring).

⁽³⁸⁾ *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990).

⁽³⁹⁾ Ohio Rev. Code Ann. § 2907. 323 (A) (3) (Supp. 1989). 「(A) 何人も以下の行為を行ってはならない (3)自分の子供又は後見人の子供以外の未成年者を裸の状態で写した作品又は演技を所持又は閲覧してはならない」。

捕・起訴された。

ホワイト判事による法廷意見は、「本件の争点はオハイオ州が合憲的に児童ポルノの所持および閲覧を禁止することができるかどうか、オズボーン氏が主張するように、我々の先例たるStanley判決が異なる結果を要請しているかどうかである⁽⁴⁰⁾」とし、Stanley判決との関係を中心に判断していく。

法廷意見はまず、「Stanley判決を広くとらえすぎてはならない⁽⁴¹⁾」とする。その上で、わいせつが問題となったStanley判決における政府利益と本件のような児童ポルノ規制における政府利益とは大きな違いがあり、区別して考えなければならないとした。

Stanley判決における政府の利益は、わいせつ作品がそれを見る者にとって有害であるがゆえに規制する必要があるというパターンリスティックなものであった。そうした規制は思想の自由の制約として合憲とはいえないとされた。しかし、本件における政府の利益は、児童ポルノの被害者を保護するために所持規制を行うというものである。そして、その目指すところは子供の搾取をたくらむ市場の根絶である。Ferber判決によれば、児童ポルノは子供の心理、感情、精神に害をなすものであり、それを規制するための立法府の判断は修正1条の壁を乗り越えやすい。Ferber判決は、児童ポルノの広告や販売を規制することは児童ポルノの製造を減らすことにつながるとした。本件でも、児童ポルノの所持を規制することによって、児童ポルノが少なくなると想定することは合理的である。児童ポルノ市場は地下に潜って暗躍するようになっており、それにストップをかけるためにも、所持規制を行うことが必要になってきている。実際、19の州が児童ポルノの所持規制を行っている。

また、児童ポルノ作品は永続的に記録として残ってしまうことから被害者の虐待になるという点や小児性愛病者が児童ポルノを利用して他の子供をかどわかすことを防ぐという利益も含んでいる。つまり、本件で

(40) *Osborne*, 495 U.S. at 108.

(41) *Id.*

は、児童ポルノの被害者である子供を保護するというやむをえない利益のために規制がなされているのである。

これに対し、被告人はたとえ政府が児童ポルノの所持を禁止することができるとしても、当該規制は過度に広範であって無効であると主張する。これを判断するにあたり、先例は、過度広範性の判断につき、法律の広範性の問題が現実的かつ実質的でなければならないとしてきた。本件規制をみても、オハイオ州法は文面上、未成年者のヌード写真の所持を禁止している。ヌード自体は保護された表現であるが、本法は医療や教育などの適切な目的のために所持する場合には免責しているので、広範性が実質的であるとはいえない。また、オハイオ州最高裁が判示したように、適用対象がみだらなヌードに限定されるとすることで広範性の問題が回避できるとした。本件もそうした合憲限定解釈が可能であり、本法は修正1条に反するとはいえない。

② ブレナン判事の反対意見

ブレナン判事は、オハイオ州法が過度に広範ゆえに無効であり、かりに広範でないとしてもStanley判決の趣旨に反しているとして反対意見を述べている⁽⁴²⁾。本法が所持を禁止している対象は子供の裸であるが、ここでいう「裸」(nudity)とは、性器や臀部、女性の胸などを描写したものとされている⁽⁴³⁾。しかし、裸がただちに修正1条の保護から除外されるわけではなく、適用対象をみだらな裸に限定したとしても、過度広範性を治癒するには至っていない。

また、過度広範でないとしても、単純所持を違憲としたStanley判決との整合性が問われることになる。本件で問題となった写真は、販売されたという証拠がなく、何年間も私的に所持されてきたというものである。Stanley判決は、規制される対象がわいせつ物かどうか、あるいは憲法上保護されているかどうかに関係なく、思想の自由の観点から自宅で好きなものを閲読する自由を認めた。法廷意見はFerber判決に依拠しながら児童ポルノが修正1条から除外されているとしているが、しか

(42) *Id.* at 126-148 (Brennan, J., dissenting).

(43) Ohio Rev. Code Ann. § 2907.01 (H).

しそのことは単純所持にまで延長できるものではない。また、Ferber判決は、児童ポルノの製造や頒布が規制されることを示したにすぎないのであって、所持までも対象としていたわけではない。

たしかに、子供の搾取は問題であるが、それを規制するのであれば、他の方法がありうる。オハイオ州は他の方法よりも単純所持規制が必要であることを示していない。しかも、児童ポルノの所持禁止が児童ポルノの製造の減少につながることも証明していない。

「言論が感銘的でかつその思想が高尚なことを表している場合、それらに対する規制を無効にすることはたやすい。しかし修正1条の保障がそうした内容のディスコースに限定されるとなると、我々の自由は事実上不毛なものにされてしまう。オズボーン氏の写真は好ましくないものであるが、憲法はそれらを私的に所持する権利と過度広範な法により刑罰を避ける権利を保障しているのである」⁽⁴⁴⁾。

4 児童ポルノ規制の限界

① FSC判決

Osborne判決によって単純所持規制が認められると、つぎの問題は児童ポルノの射程に移っていった。なぜなら、単純所持規制という強力な制限は対象物を限定しておかなければ表現の自由やプライバシー権に対して過度な制約になってしまうからである。とりわけ、問題となったのが未成年者と区別できない成人が登場する児童ポルノや非実在児童を用いた児童ポルノの問題である。

この種の規制の合憲性が最初に問題になったのが、2002年のAshcroft v. Free Speech Coalition判決⁽⁴⁵⁾(FSC判決)であった。1996年に連邦法として制定された児童ポルノ防止法(Child Pornography Prevention Act of 1996: CPPA)は、規制対象となる児童ポルノについて、未成年者を描写しているようにみえる性的に露骨なイメージにまで拡大した⁽⁴⁶⁾。その結果、実際の子供を描写していない児童ポルノ(=バーチャル児童ポルノ)

(44) Osborne, 495 U.S. at 148.

(45) Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002).

を禁止することになったため、本法は子供を保護するという州の利益を理由に児童ポルノの合憲性を認めたFerber判決と矛盾する可能性が出てきた。そこでアダルト業界の「表現の自由連盟」(Free Speech Coalition)がCPPAの違憲性を主張して提訴したのが本件である。

ケネディ (Anthony Kennedy) 判事の法廷意見は、CPPAの2256条(8)(B)によるバーチャル児童ポルノ規制は実際の子供という被害者が存在せず、しかもわいせつ物でもないため、表現の自由から除外されない表現が対象になりうる規制になっているとする。また、CPPAの2256条(8)(D)は未成年者を描写しているという印象を抱かせる性的に露骨な作品を禁じているが、そうすると作品の内容が児童ポルノと関係ないものであっても、作品のタイトルだけで性的に露骨な場面があるとの印象を抱かせてしまう場合には児童ポルノとして扱われてしまうおそれがある。そのため、CPPAの2256条(8)(B)及び(D)は保護された表現をも規制する内容となっており、過度に広範ゆえに無効であるとした。

② その後の立法とWilliams判決

FSC判決が下されると、連邦議会は早速修正作業に入り、2003年にPROTECT法⁽⁴⁷⁾を制定した。本法により、2256条(8)(B)規定は「性的に露骨な行為を行っている未成年者又は未成年者と区別できないデジタルイメージ、コンピューターイメージ、コンピューターで作成されたイメージ」となった。ここでは、「未成年者のようにみえる」を「未成年者と区別できない」とし、デジタルやコンピューターイメージ等に限定した

(46) 18 U.S.C. 2256 (8)。「児童ポルノとは、電子、機械、又はその他の手段で作成若しくは製造されたかどうかにかかわらず、写真、フィルム、ビデオ、絵画、又はコンピューター若しくはコンピューターで作成されたイメージ若しくは絵画を含むいずれかの視覚的描写であり、以下のような場合が該当する。(B)性的に露骨な行為を行っている未成年者又は未成年者のようにみえる視覚的描写 (D)当該作品が性的に露骨な行為を行っている未成年者を描写しているという印象を抱かせる方法で広告、宣伝、提示、描写、又は配布された視覚的描写」。

(47) Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children Today Act of 2003, Pub. L. No. 108-21, 117 Stat. 650 (2003).

点が主な修正点である⁽⁴⁸⁾。その結果、現在の児童ポルノの定義規定は、「児童ポルノとは、電子、機械、又はその他の手段で作成若しくは製造されたかどうにかかわらず、写真、フィルム、ビデオ、絵画、又はコンピューター若しくはコンピューターで作成されたイメージ若しくは絵画を含むいずれかの視覚的描写であり、以下のような場合が該当する。(A)そのような視覚的描写の製造が性的に露骨な行為を行っている未成年者の利用を伴う場合、(B)そのような視覚的描写がデジタルイメージ、コンピューターイメージ、又はコンピューターで作成されたイメージで、性的に露骨な行為を行っている未成年者又はそれと区別できない場合、又は(C)そのような視覚的描写が、身元を特定しうる未成年者が性的に露骨な行為を行っているように見えるように、創作、加工、修正されている場合⁽⁴⁹⁾」となっている。

つぎに、(D)規定を削除し、新たに2252条A(a)(3)(B)を制定した。それによれば、「いずれかの者が故意に、当該作品又は提示された作品が以下の内容であることを信じさせる方法、又は他者を信じさせる意図をもって、作品又は提示された作品をメール又はコンピューターを含む他のいずれかの手段で州際通商又は外国通商において広告、宣伝、提示、頒布、又は勧誘すること (i)性的に露骨な行為をしている未成年者のわいせつな視覚的描写、(ii)性的に露骨な行為をしている実際の未成年者の視覚的描写⁽⁵⁰⁾」と規定された⁽⁵¹⁾。ここでは、(i)で「わいせつな」という文言と(ii)で「実際の」という文言を加えることで、規制対象を限定している。

また、「性的に露骨な行為」(sexual explicit conduct)についても定義規定を設け、実際又は類似の(i)同性又は異性にかかわらず、生殖器同士、

(48) Henry Cohen, *Child Pornography: Constitutional Principles and Federal Statutes*, CRS REPORT 95-406A, 14 (2003).

(49) 18 U.S.C. 2256 (8).

(50) 18 U.S.C. 2252A (a) (3) (B).

(51) 18 U.S.C. 2252A (b).なお、当該行為を行った者に対しては、5年以上20年以下の懲役、再犯の場合には15年以上40年以下の懲役、という罰則が設けられている。

口腔と生殖器、肛門と生殖器、又は口腔と生殖器の間のもを含む性交、(ii)猥褻、(iii)自慰、(iv)サディスティック又はマゾスティックな虐待、又は(v)いずれかの者の生殖器若しくは陰部のわいせつな展示としている⁽⁵²⁾。

なお、所持規制については、児童ポルノのイメージを内容とする書籍、雑誌、定期刊行物、フィルム、ビデオ、コンピューターディスク、又はその他の素材を故意に所持、又は故意に閲覧の意図をもってアクセスすることを禁止するという形で規定⁽⁵³⁾されており、違反については10年以下の懲役になっている⁽⁵⁴⁾。

PROTECT法は規制対象となるバーチャル児童ポルノを限定することによって、広範性をクリアしようとしているので、一応、FSC判決の趣旨に従っているかのようにみえる。つまり、バーチャル児童ポルノ全般を対象とするのではなく、あくまで未成年者と区別できないバーチャル児童ポルノのみを対象とするのであって、それは実際の子供が登場している児童ポルノと変わらないとみなしているのである。しかしながら、FSC判決はバーチャル児童ポルノが保護された表現に入る可能性を認めていることから、この規定の合憲性にはなお疑問の余地が残った。関連して、PROTECT法は「わいせつな」という限定をつけたが、バーチャル児童ポルノはミラーテストのようにコミュニティを基準として判断することは難しく、全国レベルでわいせつ性を判断せざるをえないのでは

⁽⁵²⁾ 18 U.S.C. 2256 (2) (A).

⁽⁵³⁾ 18 U.S.C. 2252A. 「(a)何人も以下の規定のいずれかに該当する場合は本条の(b)規定に基づいて処罰される。……(5)(B)郵送、若しくは州際若しくは外国通商の設備を用いて、若しくはコンピューターによるものを含む、いずれかの方法によって州際又は外国通商において、運搬若しくは運送されたか、又は郵送、若しくはコンピューターによるものを含む、いずれかの方法によって州際又は外国通商において、運搬若しくは運送された素材を用いて製造された、児童ポルノのイメージを内容とする書籍、雑誌、定期刊行物、フィルム、ビデオ、コンピューターディスク、又はその他の素材を故意に所持、又は故意に閲覧の意図をもってアクセスする場合」。

⁽⁵⁴⁾ 18 U.S.C. 2252A(b)(2).

ないかという指摘もあり⁽⁵⁵⁾、そうなるに従来のわいせつ概念とは異なってくる可能性もある。

そこでPROTECT法の合憲性が争われたのが、2008年のUnited States v. Williams連邦最高裁判決⁽⁵⁶⁾である。この事件は、チャットを通じたおとり捜査によって、被告人宅から実際の子供がみだらな行為をしている内容が含まれているハードドライブが見つかり、逮捕されたというものである。したがって、被告人自身の行為は明らかに違法なのであるが、裁判において被告人はPROTECT法が保護された言論を制約しており、過度に広範ゆえに無効であると主張した。スカリア(Antonin Scalia)判事の法廷意見は、Ferber判決やFSC判決に言及しながら、CPPAは憲法上保護されている言論を規制するものであったが、PROTECT法は違法な児童ポルノを規制するものであり、修正1条は違法な取引を保護していないとし、合憲であるとした。

こうして、現時点では、児童ポルノ規制の広範性の瑕疵は治癒されたものとみなされている。しかし、PROTECT法は児童ポルノ所持の罪と受領の罪を分けて規定しており、二重処罰の禁止に触れるおそれがあるとの指摘⁽⁵⁷⁾もあることに加え、何をもって所持とみなすかについても不明瞭であることから、なお憲法上の問題をはらんでいる状態にある。

Ⅲ カナダにおける児童ポルノ単純所持規制の問題

1 カナダにおける児童ポルノ規制

つぎに、カナダにおける児童ポルノ規制の問題をみることにする。2002年に児童の売買等に関する児童の権利条約選択議定書が発効して以

⁽⁵⁵⁾ Matthew K. Wegner, *Teaching Old Dogs New Tricks: Why Traditional Free Speech Doctrine Supports Anti-Child-Pornography Regulations in Virtual Reality*, 85 MINN. L. REV. 2081 (2001).

⁽⁵⁶⁾ United States v. Williams, 553 U.S. 285 (2008).

⁽⁵⁷⁾ Stephen L. Bacon, *A Distinction Without a Difference: "Receipt" and "Possession" of Child Pornography and the Double Jeopardy Problem*, 65 U. MIAMI L. REV. 1027 (2011).

来、児童ポルノ規制は世界的潮流になりつつあるが、カナダではすでに20世紀後半からその土台が作られていた。1978年に司法及び法律問題に関する常任委員会が下院に児童ポルノ規制立法の勧告を行ったことをきっかけに議論が始まり、1987年に法案が提出され、1993年に児童ポルノ規制(163.1条)が刑法に追加された。

163.1条は、児童ポルノの定義につき、写真、フィルム、ビデオ等の視覚的表現物で、18歳以下の者又は18歳以下の存在として描写された者が明らかに性的行為を行っているか又は行っているように描写されていることを示している場合や性的な目的をもって18歳以下の者の性器又は肛門部の描写をしている場合、また文書又は視覚的表現物が本法に違反する18歳以下の者の性的行為を奨励又は勧奨している場合も含まれるとした⁽⁵⁸⁾。非實在児童を用いたポルノも規制対象にしていることから、カナダでは早くから児童ポルノ規制が行われているだけでなく、その禁止態様も厳しいという特徴がある。

さらに、163.1条(4)は、児童ポルノの頒布や販売に加え、所持それ自体をも禁じている。だが、所持自体を禁止することは、表現の自由を制約するおそれがあることから、重要な憲法問題を惹起する。そのため、所持禁止の合憲性が、*R.v. Sharpe*カナダ連邦最高裁判決⁽⁵⁹⁾で争われることになった。

(58) *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163-1. 「(1)本条における“児童ポルノ”とは以下のことを意味する (a)写真、フィルム、ビデオ又はその他の視覚的画像で、それらは電子又は機械によって製造されたか否かを問わない、(i)18歳以下の者又は18歳以下の存在として描写された者が明らかに性的行為を行っているか又は行っているように描写されていることを示している場合、又は(ii)その描写の主な性格が、性的目的のために、18歳以下の者の性器又は肛門部の描写になっている場合、又は(b)文書又は視覚的画像が本法の下で犯罪となる18歳以下の者の性的行為を奨励又は勧奨している場合」。

(59) *R.v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45 [*Sharpe*].

2 R.v. Sharpe——下級審

1995年、シャープ(John Robin Sharpe)はオランダ旅行から帰国した際、コンピューターディスクの中に「Sam Paloc's Boyabuse—Flogging, Fun and Fortitude: A Collection of Kiddiekink Classics」というタイトルのテキストファイルを税関職員に発見された。その内容が児童ポルノに該当したため、その後捜索令状が発行され、警察により家宅捜索が行われた。その際、児童のヌード写真等が出てきたため、シャープは、児童ポルノ所持の罪(163.1条(4))⁽⁶⁰⁾により起訴された⁽⁶¹⁾。

これに対してシャープは憲法上の異議を唱え、所持禁止を規定する163.1条(4)が表現の自由を侵害して違憲であると主張した⁽⁶²⁾。一審であるブリティッシュコロンビア州地裁は、シャープの主張を認容し、当該規定を違憲と判断した⁽⁶³⁾。地裁によれば、児童ポルノ規制の目的は児童の性的虐待であり、当該規制と被害防止との関連が証明されなければならないとする。ところが、当該規制の有効性を示す科学的証拠はほとんど見当たらない。その反面、当該規制がもたらす表現の自由およびプライバシーへの侵害は強く、その侵害は規制の効果によって正当化されない。したがって、所持禁止規定は違憲であるとした。

政府側はブリティッシュコロンビア州高裁に控訴したが、控訴審も一審の判決を支持した⁽⁶⁴⁾。ただし、3人の判事はそれぞれ別の観点からアプローチしており、うち1人は反対意見を執筆している。まず、サウシン(M.F. Southin)判事は、自由で民主的な社会において表現物をただ所

(60) *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163-1.「(4)何人も児童ポルノを所持する者は以下のいずれかの有罪となる。(a)正式起訴による刑事事件となり5年以下の懲役。又は(b)陪審によらない有罪判決」。

(61) 結局、シャープは、税関で発見された児童ポルノと自宅で発見された児童ポルノの両方について、それぞれ所持の罪と、頒布または販売の罪の計4つの罪で起訴された。

(62) なお、シャープは、頒布と販売の規制については憲法上の問題を争っていない。

(63) British Columbia Supreme Court (1999), 22 C.R. (5th) 129.

(64) British Columbia Court of Appeal (1999), 136 C.C.C. (3d) 97.

持するだけで犯罪となることはおよそ合理的な制限とは考えられないとする。それを正当化するためには、やむにやまれぬ必要性を証明しなければならないところ、当該規定は子供の被害とは無関係な行為を規制していることから、そのような証明がなされておらず、違憲であるとした。

ロールズ(M. Anne Rowles)判事も当該規定を違憲としたが、その理由はサウシン判事と異なる。ロールズ判事によれば、児童ポルノの所持禁止は子供の被害を防止することになることから合理的方法であるものの、必要以上に広範な規制をしているという。その結果、合法的表現に対して委縮効果をもたらしてしまうおそれがあることから違憲だとした。

一方、マケカーン(Allan McEachern)判事は当該規制が合憲であるとの反対意見を書いた。マケカーン判事によれば、児童の保護と児童ポルノ所持禁止との間には合理的関連性があり、子供の保護は所持よりも大きな利益を有するので、合憲であるとしたのである。

そこで政府側が上告し、事件はカナダ連邦最高裁で審理されることとなった。

3 R.v. Sharpe——連邦最高裁の判断

マクラクリン(Beverley McLachlin)長官による法廷意見は、まず、本件では2つの争点があることを示した⁽⁶⁵⁾。すなわち、①児童ポルノの所持を禁止することは表現の自由を侵害するかどうか、②侵害する場合正当化されるかどうか、の2点である⁽⁶⁶⁾。

① 保護領域と侵害の認定

法廷意見によれば、表現の自由は最も基本的な権利のうちの1つであり、自由や民主主義を実現するものであるという。自由な民主主義は善

(65) *Sharpe, supra* note 59, at paras. 1-130.

(66) なお、被告人側が過度に広範な規制により委縮してしまうことが憲法7条の基本的正義にも反すると主張していたが、最高裁はこの問題を表現の自由の別問題として扱う必要はないとしている。*Ibid.* at para. 18.

良な意見や一般的意見のみならず少数意見や好ましくない意見をも表現の自由として保障することで成り立つ。表現の自由を保障することが真実に近づく最善の方法であり、多元社会において人々が共存する方法なのである。

しかしながら、表現の自由といえども絶対的なものではなく、憲法1条に基づく制約を受けることがある。R.v. Keegstra連邦最高裁判決⁽⁶⁷⁾で問題となったような社会を分裂させてしまう憎悪表現の規制やR.v. Butler連邦最高裁判決⁽⁶⁸⁾で問題となったような傷つきやすい社会の構成員に脅威をもたらすわいせつ表現の規制は正当化される。だが、表現の自由の制限は「最も慎重に審査」(most careful scrutiny)を行わなければならない。

本件で問題となっている児童ポルノは真実の探求や社会の対話につながるため、自己実現に寄与しないであろうが、問題は当該規制が付随的に自己実現の要素をはらんだ表現や子供に害のない表現をも制約してしまうのではないかという点である。本件規制は所持それ自体を禁止しているため、そのようなおそれが生じる。こうして法廷意見は、所持自体を禁止することが表現の自由を侵害することにつき、以下のよう
に言及する。

「表現物の所持禁止が自由な表現の問題を惹起しないという主張について、私は賛成できない。憲法2条(b)によって認められた権利は知の連続スペクトルと自由な表現——思想、信条、意見、表現——を包含している。表現物を所持する権利は思想、信条、意見、表現の発展と一体的な関係にある。表現物を所持することで我々が他者の考えを理解し自身の考えをまとめることができる。表現物を所持する権利がなければ、思想、信条、意見、表現の自由は危うくなってしまふ。それゆえ表現物の所持は憲法2条(b)によって保護された権利の連続スペクトルの中に入るのである」⁽⁶⁹⁾。

(67) R. v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697.

(68) R. v. Butler, [1992] 1 S.C.R. 452.

(69) Sharpe, *supra* note 59, at para. 25.

このように、法廷意見は表現の自由を動的に捉え、その発展のプロセスの中に表現物の所持を位置づけた。さらに、法廷意見は、禁止された表現物が私的性質を帯びていることに着目する。そのような場合、表現の自由に対する制限の度合いが高まる。プライバシーは、憲法に直接の規定がないとはいえ、憲法7条および8条によって保障の対象となる。私的領域における表現は、他者に与える危害が少ないうえに、密かに行っている表現であることから、表現の自由の保障の程度が高まる。しかし、児童ポルノについては子供に被害をもたらすものであることに注意すべきである。

いずれにせよ、以上のことから、本件規制は表現の自由とプライバシーの両方を制限しているものといえる。児童ポルノは憲法上の保護が弱いかもしれないが、表現の自由の射程は不快な表現に対しても及ぶことから、これを制限することは表現の自由の侵害となる。だが、児童ポルノが子供に害悪をもたらすことも明らかであり、本件では双方の利益が対立する。とりわけ、児童ポルノの所持がもたらす子供への被害は児童ポルノの頒布による子供への被害と比べて、因果関係が弱い。したがって、当該規制が正当化されるかどうか大きな争点となってくる。

② 過度広範の問題

法廷意見は正当化の実質的審査に入る前に、当該規定が過度に広範な規制となっていないかどうかについて判断した。法廷意見によれば、法律は広範性を絞って解釈すべきであるとし、当該規定をそのように解釈できるかどうかを検討する。163.1条(1)(a)は、児童ポルノについて、「(1)本条における“児童ポルノ”とは以下のことを意味する(a)写真、フィルム、ビデオ又はその他の視覚的画像で、それらは電子又は機械によって製造されたか否かを問わない、(i)18歳以下の者又は18歳以下の存在として描写された者が明らかに性的行為を行っているか又は行っているように描写されていることを示している場合、又は(ii)その描写の主な性格が、性的目的のために、18歳以下の者の性器又は肛門部の描写になっている場合、又は(b)文書又は視覚的画像が本法の下で犯罪となる18歳以下の者の性的行為を奨励又は勧奨している場合」と規定している。この規定からつぎのことがわかる。本法のいう視覚的画像には、写真、映画、

ビデオ等が該当する。ポルノの主体については、18歳未満の実際の子供が登場する場合だけでなく、コンピューターによって作り出された場合も含まれる。明らかな性的行為とは、客観的にどう見ても性的行為をしている様子を意味する。このように、児童ポルノの射程は限定されていることに加え、163.1条(6)は児童ポルノに該当する可能性があっても、芸術性がある場合、教育、科学、医学的目的がある場合、宗教または道徳等の公共的目的がある場合には、児童ポルノに該当しないとしている。したがって、本法が対象とする児童ポルノは限定的になっているといえる。

③ 侵害の正当化審査

そうなると、問題は、当該規制が実質的に正当化されるか否かである。本法が正当化されるためには、規制目的が緊切かつ実質的であり、当該目的を達成するために制定された法律はその目的を実施する上で比例していなければならない、権利を過剰に制限しないために慎重に対応されなければならない、規制によって得られる利益が表現の自由に与える不利益に勝っていなければならない⁽⁷⁰⁾。まず、立法目的が緊切かつ実質的であるかについては、児童ポルノが子供に被害をもたらすため、子供の搾取を減らすために児童ポルノを規制するという目的は緊切かつ実質的である。

つぎに、当該規制が表現の自由に関する規制手段として合理的で比例性があるかどうかが問題となる。政府側は、目的と手段との関係性を証明しなければならない、ここでは児童ポルノの所持が子供に被害を及ぼすものであることを示さなければならない。ただし、具体的証拠に基づく科学的証明を行う必要はなく、その関係について合理的に理解できる程度で構わない。政府側は、児童ポルノが性的虐待につながる歪んだ認識をもたらし、犯罪を誘発することから、所持を禁止することによって子

(70) いわゆるオークステストであるが、法廷意見は、*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103に加え、それを改善した*Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835や*Thomson Newspapers Co. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 877を引用している。

供に被害を及ぼすような使用を防ぐことができると主張した。このような主張は社会科学的に合理性があると理解できることから、目的と手段との間には関連性があるといえる。

そうすると、続けて、当該規制は表現の自由に対して最小限の制約になっているかどうかを審査することになる。もっとも、ここでいう最小限は、最も制限的でない手段であることまでをも要求するものではない。それは、問題を解決するための手段として合理的な範囲内に収まっていればよいのである。本件規制は目的に適うように慎重に組み立てられたものであるが、しかし、児童ポルノに該当しない表現や子供に被害を及ぼすおそれのない表現が含まれてしまう可能性がある。すなわち、本人が私的使用だけを目的として所持する場合と、違法な性的活動を描写したものではないものであることに加え私的使用だけを目的として所持する場合である。このような場合、当該規制は子供の保護に関連する面は少ないと言わざるをえない。とはいえ、そのようなリスクが大きいとはいえ、それは付随的制約にとどまる。そのため、最終的には、規制によって得られる利益と表現の自由に与える損害とを比較衡量して判断しなければならない。

本法による子供の保護の利益は表現の自由に与える不利益よりも勝ることから、本法の適用の大部分は比例性があるといえる。しかし、本法による訴追のおそれやスティグマをおされるリスクは、合法的な表現に対して委縮効果をもたらすおそれがある。それゆえ、本法の適用については、委縮効果をもたらさないような解釈が必要である。とりわけ、私的使用だけを目的として自分で表現物を作成した場合や私的使用だけを目的として合法的な性的内容の表現物に対して本法を適用することは、子供の保護になる面が少ない一方、表現の自由に対する影響が大きい。したがって、この限りにおいて、本法は憲法1条のいう合理的制約になっているとはいえない。

④ 救済

このような場合、下級審のように当該規定を違憲無効にするか、本件では違憲の適用がなされていないことから本件適用を合憲とするという方法がある。前者の場合、新たな立法を待つ間、子供が犠牲になるおそ

れがある。そのため、違憲となるような適用を排除する形で本法を解釈し、当該規定を残すべきである。ゆえに、本法はつぎの場合を除き適用されると解釈しなければならない。すなわち、「1 自己が作成した表現物。たとえば、一人で作成した文書または視覚物で、自分が私的に使うためだけに所持する場合、または 2 合法的な性的行為の私的な記録。たとえば、……非合法的な性的行為を描写しておらず、自分が私的に使うためだけに所持する場合⁽⁷¹⁾」である。このような解釈を施す限り、本法は合憲であるとした。

⑤ 反対意見

なお、本件にはデュベ(Claire L'Heureux-Dubé)判事らの反対意見があり、児童ポルノ規制は子供の尊厳の観点から合憲になることを強調する⁽⁷²⁾。それによれば、児童ポルノは被写体を傷つけるのみならず、子供の尊厳を傷つけるものであり、子供の社会の構成員としての地位をおとしめるものである⁽⁷³⁾。児童ポルノは社会にとってその存在自体が有害となるものであって、それを規制することの利益を重視しなければならない。児童ポルノ所持規制によって制約される表現の自由やプライバシー権の侵害の程度はわずかにすぎないが、その反面、児童ポルノは傷つきやすい存在である子供の尊厳をおとしめるため、子供の権利を強く侵害することから、本件規制は正当化される。そのため、法廷意見と異なり、合憲限定解釈は不要であるとする。

表現の自由の問題につき反対意見は、法廷意見のとりアプローチを批判しながら、判例法理に従う以上、表現の自由の問題にならざるをえないとしている。かれらによれば、法廷意見が表現の自由は他者の見解を理解するために表現物を所持する権利を保障しているとするのは理解できるが、自己が創造した作品について他者を念頭におかずに所持する権利まで含まれるとすることについてはにわかに賛成しがたいとい

(71) *Sharpe, supra* note 59, at para. 115.

(72) *Ibid.* at paras. 131–243 (L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ., dissenting).

(73) *Ibid.* at paras. 145–146.

う⁽⁷⁴⁾。だが、メッセージの伝達に関連する行為に対する制約は表現の自由の侵害になるとする判例法理に従うと児童ポルノも表現の自由の問題になってしまうとする。つまり、かれらはメッセージの伝達に着目した判例法理に従うと児童ポルノも表現の自由に含まれてしまうことになりかねず、それを暗に批判しているのである。

4 立法府の反応

カナダ連邦最高裁は、表現の自由を動的的に捉え、表現行為のみならず、表現物を所持することも表現の自由のプロセスの一部だとし、表現の自由として保障されるとした。とりわけ、プライベート目的で外部にさらさずに所持していることに対し、より表現の自由の保障レベルが高まると述べている。そして、その表現物が違法なものであれば所持を制限することが正当化されるが、私的使用のために自分で創造した場合や私的な性的記録についてはその対象から外すように運用しなければ違憲になるとしたのである。

このような判断には、カナダ連邦最高裁特有の判例法理が内在している。カナダ連邦最高裁は、かつて *Irwin Toy Ltd. v. Quebec* 連邦最高裁判決⁽⁷⁵⁾において、メッセージを伝えようとするものであればすべて表現の自由の保護を受けるとし、それを制約する行為があれば表現の自由の侵害になるとした上で、規制が正当化されるか否かを判断するとした。つまり、いったん入口を広くした上で、あとは正当化審査において実質的な検討をするというスタイルをとったのである⁽⁷⁶⁾。それを児童ポルノ所持規制の問題に当てはめると、自宅で自己が作品を創造することはメッセージ性を伴う行為であり、所持規制はそれを制約する以上表現の

(74) *Ibid.* at paras. 148–151.

(75) *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

(76) ただし、このアプローチに対しては、ほとんどの行為を表現の自由の射程に入れてしまうため、結局表現の自由の中身を定義していないとの批判もある。See, e.g., Chanakya Sethi, *Beyond Irwin Toy: A New Approach to Freedom of Expression Under the Charter*, 17 APEAL 21 (2012).

自由の問題になるとしたのである。

こうしたアプローチは、表現の自由の保障範囲を広げているものの、実際の判例法理をみると、規制の正当化審査の段階では比較衡量的な判断を行いながら規制利益の重要性から規制の合憲性を認める判断が少なくないため、必ずしも表現の自由を強く保障しているとは限らない。

もっとも、本件では、合憲限定解釈を施せば合憲であるとしたことから、やはり本件を表現の自由の問題と捉えたことはそれなりに大きな意味を持つ。だからこそ、反対意見は児童ポルノのような表現であっても表現の自由の保障範囲に含まれ、また所持規制のような規制手法も表現の自由の侵害となってしまうことから、こうしたアプローチに疑問を呈しているのである。

本件に対する社会の反応は合憲限定解釈を施した本件判決が犯罪を擁護するかのように受け止められ、マスコミや市民はややヒステリック気味に判決批判を行うことが多かったとされる⁽⁷⁷⁾。その後、カナダ連邦議会は判決の趣旨に適うように児童ポルノ規制法の修正をはかるが、修正箇所の一部は世論に押されて規制強化をはかっている。2002年にも修正を行ったが、判決結果に対応する修正を行ったのは2005年の修正の時である。まず、163.1条(1)の児童ポルノの定義規定には、つぎのようなcとdが追加された。すなわち、「(c)文書内容の主な性格が、性的目的のために、本法の下で犯罪となる18歳以下の者の性的行為を描写している場合(d)オーディオレコードの内容の主な性格が、性的目的のために、本法の下で犯罪となる18歳以下の者の性的行為を描写している場合」という規定である。これらの要素は違法となる児童ポルノを限定するものであり、Sharpe判決が合法的な表現物は規制対象とならないようにすべきであるとした判示に対応する形になっている⁽⁷⁸⁾。

もともと、163.1条(2)は、「児童ポルノを公表する目的で製造、印刷、出版又は所持した者は以下の刑に処す。(a)正式起訴による刑事事件とな

(77) Robert Martin, *R. v. Sharpe*, 39 ALBERTA L. REV. 585, 593-594 (2001).

(78) Travis Johnson, *Child Pornography in Canada and the United States: The Myth of Right Answers*, 29 DALHOUSIE L.J. 375, 381 (2006).

り1年以上10年以下の懲役、又は(b)陪審によらない有罪判決となり6か月以上2年未満の懲役」と規定しており、公表目的の製造は禁止されている。したがって、判決の合憲限定解釈により保護された自宅内製造は公表目的でない製造ということであり、それはもっぱら(4)の所持規制にかかる問題であり、所持禁止は公表目的でない製造をも禁止するわけではないということになる。

また、この修正では163.1条(4)の単純所持規制に関する規定にも手が加えられている。ただし、この修正点は表現の自由に配慮する方向での修正ではなく、むしろ児童ポルノ規制を強める方向での修正であった。それによれば、「(4)何人も児童ポルノを所持する者は以下のいずれかの有罪となる。(a)正式起訴による刑事事件となり6か月以上5年以下の懲役。又は(b)陪審によらない有罪判決により90日以上18か月以下の懲役。」とされた。修正前と比べて、最低懲役年等が追加されている。

IV 両国の異同と憲法問題

1 両国の比較

以上の考察を踏まえて、アメリカとカナダの異同を分析しながら、それぞれの特徴を抽出してみる。

アメリカでは、わいせつ表現や実際の子供を用いた児童ポルノは表現の自由から除外されるとするのが判例の立場である。ただし、表現の自由から除外されるとはいっても、その表現に対する規制について何ら審査しないというわけではなく、正当な理由が必要となる。わいせつ表現については性道徳の維持、児童ポルノについては当該規制が子供の保護を目的とし、子供の虐待防止に寄与し、違法行為を取り締まるものであることを理由に挙げ、その正当性を認めた。

所持規制が許されるか否かについてはその帰結が異なる。わいせつ表現については自宅での所持を禁止することは表現の自由やプライバシーの権利を侵害するため、性道徳といったパターナリスティックな理由を基に規制することは違憲となる。憲法は自宅内において表現物を閲覧する権利があるからである。ところが、児童ポルノは自宅での所持が規制

されても違憲にはならない。なぜなら、実際の子供を用いた児童ポルノはその存在自体が子供の被害に直結するからである。

そうなると、バーチャル児童ポルノは実際の子供が登場しないので、子供の被害と直結せず、その所持規制はただちに合憲とはならない。そのため、現在は、実際の子供と区別できないようなバーチャル児童ポルノのみが規制対象になっている。

カナダでは、アメリカと異なり、児童ポルノも表現の自由の保護を受けると司法が明言している。そして、所持規制は、他者の考えを理解し自身の考えをまとめることを制約してしまうため、表現の自由を制限するものとしている。また、私的所持は他者に与える危害が少ないうえに、密かに行っている表現であることからプライバシーも関連する。このように、所持規制が表現の自由とプライバシーの両方を規制することになっているとしている点はアメリカと共通している。

カナダではプライバシーが関連することから、当該表現規制に対する審査密度が高まるとした上で、規制目的の正当性、目的と手段の関連性、両者の比較衡量という順で審査している⁽⁷⁹⁾。児童ポルノの所持規制については、自宅内における私的製造や合法的性的表現を規制対象に含まない限りにおいて合憲とされている。ただし、バーチャル児童ポルノも規制対象となっており、これについては実際の子供を用いた場合との違いに言及することなく、規制を認めている。

2 両国の事例から浮かび上がる単純所持規制の問題

両国に共通しているのは、まず、所持規制が表現の自由とプライバシー権を制約することになるという点である。両国の判例では、表現物の所持規制は自宅内というプライベートエリアで閲覧する自由を制約す

(79) Jane Bailey, *Missing Privacy Through Individuation: the Treatment of Privacy in the Canadian Case Law on Hate, Obscenity, and Child Pornography*, 31 DALHOUSIE L.J. 55 (2008).なお、カナダの判例では、児童ポルノとプライバシーの関係については特別な考慮が働いているという指摘もある。

ることから、表現の自由およびプライバシー権を侵害するとしている。

ただし、アメリカの判例は、児童ポルノについては表現の自由を侵害しているか否かについて明確に言及しないまま政府利益の重要性から所持規制の合憲性を認めているため、児童ポルノ所持規制は表現の自由を侵害しているとは考えていないとみなすこともできるかもしれない。というのも、判例は児童ポルノが修正1条の保障外であるとしていることからすると、表現の自由を侵害しているとは考えていないようにみえるのである。だが、Osborne判決はわいせつ物と児童ポルノの規制利益の相違について言及しただけで後者が表現の自由を制約していないとは述べていない。そもそもわいせつ物も児童ポルノも修正1条から除外されているという点では同様であり、わいせつ物については所持規制が表現の自由を制約していると明言していることからすれば、児童ポルノの所持規制についても表現の自由の問題として理解していると思われる。また、ブレナン判事の反対意見は、児童ポルノが修正1条から除外されるとしても、所持規制を正当化することにはならないとしていることから、児童ポルノ所持規制が表現の自由を侵害するかどうかを検討する必要がありそうである。

一方、カナダの判例は表現の自由の保護に含まれると明言している点が特徴的である。カナダの判例は、思想、意見、表現を知の連続スペクトルとして一体的に捉えた上で、そこにメッセージ性があれば表現の自由として保障されるとした。つまり、外部に出すことを前提としていなくても、そこにメッセージ性があれば、その表現行為は表現の自由として保障されるとしているのである。そのため、児童ポルノの所持も表現の自由として保障されるとしているのである。ただし、アメリカと同様、児童ポルノは表現の自由の価値が低いとしていることから、アメリカが児童ポルノを表現の自由の問題として考えているのであれば、両国の違いは見た目ほど大きくないかもしれない。しかしながら、両国の違いは規制の正当化を行う場面において表出することになる。

規制の正当化につき、カナダでは最終的に比較衡量を行っているが⁽⁸⁰⁾、アメリカの判断手法は必ずしも明らかではない。なぜなら、規制利益の正当性を明らかにするだけで合憲性を認めているからである。そ

れは、規制が特定の憲法上の権利を制約しない場合であっても、規制一般にはつねに正当化理由が必要であると考えているのか、それとも児童ポルノは低価値表現であるがゆえに比較するほどの価値がないとみているのだろうか。この点はまさにカテゴリーとして除外されるということの意味が問われることになる。

それでは、両国における児童ポルノ単純所持規制の保護法益は何であろうか。児童ポルノ規制によって実現される利益は両国において共通している。双方ともに個人の自由を重視するリベラル国家であるにもかかわらず、子供の保護については強い国家の利益があると理解している点である⁽⁸¹⁾。しかも、リベラリズムが特に重視する表現の自由でさえ、子供の保護の前には譲歩を迫られる傾向にある。ここまで子供の保護が重視されるのは、「子供は自ら選択したり決定したりする能力に欠けているとみなされているので、リベラリズムにおいて特殊な地位にある⁽⁸²⁾」と指摘されるように、まさにパターナリスティックな理由に起因する。とすると、Osborne判決が、わいせつ物の所持規制と児童ポルノ所持規制を区別するにあたり、前者がパターナリスティックなものであるとしたことは何を意味しているのであろうか。Osborne判決は、わいせつ物規制は性道德の維持という抽象的利益のための規制であるのに対し、児童ポルノ規制は子供という実際の被害者を守るための規制であるという違いを強調するためにパターナリスティックという言葉を使っていた。この文脈からすれば、Osborne判決のいうパターナリスティックとは、

(80) Magdalena Parnell, *Child Pornography: Protections Need Not Sacrifice Free Expression-R.v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45 (Can.), 26 SUFFOLK TRANSNAT'L L. REV. 469, 475 (2003). とりわけ、Sharpe判決では表現の自由の重要性を考慮して厳密な比較衡量を行っているとされる。

(81) Maurice Mac VerStandig, *Actual Exploitation, Simulated Exploitation, and a Tin Drum: A Comparative Analysis of Child Pornography Law in the United States and Canada*, 16 U. MIAMI INT'L & COMP. L. REV. 213, 247 (2009).

(82) SUSAN M. EASTON, THE PROBLEM OF PORNOGRAPHY: REGULATION AND THE RIGHT TO FREE SPEECH 23 (1994).

国家が抽象的理念を押し付けるような規制を指していると理解できる。したがって、自律的決定が困難な未成年者に対し、国家が後見的立場から保護するために規制を行うパターンリスティックとは意味が異なることに注意が必要である。

さて、保護法益が子供の保護にある以上、児童ポルノの所持を規制することによって子供の安全を実現するという関係が成立しなければならない。ここでいう子供の安全の利益は、換言すれば、虐待や搾取という被害にあわないための利益である。そのため、児童ポルノ所持規制によって子供を虐待や搾取という被害から保護することにならなければ、子供の保護という規制利益を掲げることはできない。

そこで問題となるのは、自宅内で児童ポルノを所持することがどのように子供に被害を与えているといえるのか、また空想表現であればなおさらいかなる被害が存在するのかという点である。この点につき、両国の判例は児童ポルノの所持規制が子供の性的搾取防止に関連していればよいとし、その関連性については厳密さを要求していない。しかし、当該規制が憲法上の権利を侵害しているとすれば、そうした判断でいいのかどうかを検討しなければならない。

3 表現の自由と単純所持規制

Osborne判決は子供の保護の必要性を理由に自宅における児童ポルノ所持規制の合憲性を簡単に認めたが、Stanley判決やSharpe判決のいうように自宅での所持規制は表現の自由の制約になっているとすれば、まずは表現の自由の問題を考えなければならない。

わいせつ物規制の文脈ではあるが、Stanley判決において連邦最高裁は、その表現内容の社会的価値にかかわらず情報や思想を受ける権利が保障されているとして所持規制が表現の自由を侵害していることを認め、さらに自宅での私的所持が問題になっていることからプライバシー権も侵害しているとした。その際、表現価値が低くても表現の自由の侵害になるとしていることから、修正1条から除外される表現内容であっても、所持規制が表現の自由を侵害することが明らかにされている。判決によれば、「もし修正1条が何かを伝えようとしているなら、それは

自宅に1人にいるときに、いかなる本を読みどのような映画を見るかについて干渉してはならないことを意味しているのである⁽⁸³⁾」としていることから、自宅内所持を規制することが表現の自由を侵害しているとした。つまり、所持規制といっても、携行場面ではなく、自宅の場面を念頭に置いている点が特徴である。そして連邦最高裁は、自宅というきわめてプライバシー性の高い領域での思考過程に政府が介入することを問題視しているのである。このことは児童ポルノについても当てはまる。

Osborne判決におけるブレナン反対意見は、「ホワイト判事が他の文脈で注目したように、“Stanley判決のように自宅でわいせつ物を所持したり読んだりする個人の憲法上の権利や内心または思想の自由はその内容がわいせつかどうかまたはわいせつが憲法上保護されているかどうかと関係ない。プライベートでその内容を所持したり閲覧したりする権利は憲法によって独立して保障されている。” United States v. Reidel, 402 U.S. 351, 356 (1971).⁽⁸⁴⁾」ことに言及しながら、自宅内における所持および閲覧の自由が児童ポルノの文脈においても妥当するとしている。したがって、Osborne判決が児童ポルノ所持規制の合憲性につき、表現の自由の侵害に触れなかったとしても、Stanley判決の論理構成からすれば、児童ポルノについても同様に表現の自由の侵害になっていたと考えられる。にもかかわらず、児童ポルノについては所持規制も合憲とされたのは、規制利益の正当性が強いという点である。規制利益の正当性についてはOsborne判決が強調していた点でもあり、児童ポルノの所持規制については規制利益の正当性を吟味する必要がある。

4 単純所持規制の理由

先に述べたように、児童ポルノ所持規制は子供の保護を目的とするものである。そのため、児童ポルノ所持規制が子供の保護につながるものであるかどうかを検討しなければならない。児童ポルノの単純所持規制を行う理由は、子供の被害をなくすために児童ポルノの根絶を目指す

⁽⁸³⁾ *Stanley*, 394 U.S. at 565.

⁽⁸⁴⁾ *Osborne*, 495 U.S. at 140-141 (Brennan, J., dissenting).

ということと、コンピューターの普及により所持者も製造者になりうるということが挙げられる。

① 児童ポルノがもたらす子供の被害

まず、児童ポルノ所持が子供にどのような被害をもたらすのかを明らかにしなければならない。児童ポルノ規制は、性的虐待や性的搾取から子供を守ることを目的とする。そして、子供に対する性犯罪者は児童ポルノを所持していることが多いとされることから、それを禁止することが子供の被害を減らすことになる⁽⁸⁵⁾。つまり、児童ポルノ所持の禁止は子供に対する性犯罪の減少につながるというわけである。

また、児童ポルノ所持規制は子供の保護を目的とするものであって、表現物としての児童ポルノを取り締まることを目的とするわけではないとされる。児童ポルノは、表現物としての存在が悪なものではなく、それによって子供に被害が生じることが問題なのである⁽⁸⁶⁾。というのも、児童ポルノはあらゆる過程で子供と関わることになる。児童ポルノを作成する時点で子供と関わり、その後も所持されることで関係が続き、さらにそれを利用されることで他の子供と関わってしまうおそれもある。ゆえに、児童ポルノの販売や頒布に関わっていなくても、所持するだけで犯罪となるのである。

② 規制の正当化

児童ポルノ所持規制の正当化理由としては、規制利益が大きいことと規制によってもたらされる不利益が小さいことの2つが挙げられる⁽⁸⁷⁾。規制利益は子供の保護、すなわち虐待の被害から子供を守るというものである。具体的には、児童ポルノが半永久的に被写体とされた子供を苦

(85) Megan Westenberg, *Establishing the Nexus: The Definitive Relationship Between Child Molestation and Possession of Child Pornography as the Sole Basis for Probable Cause*, 81 U. CIN. L. REV. 337 (2012).

(86) VerStandig, *supra* note 81, at 245.

(87) Joseph Paravecchia, *Sexting and Subsidiarity: How Increased Participation and Education from Private Entities May Deter the Production, Distribution, and Possession of Child Pornography Among Minors*, 10 AVE MARIA L. REV. 235 (2011).

しめること、また児童ポルノが将来別の子供をかどわかすために利用されるおそれがあることである。

他方、当該規制によってもたらされる不利益は小さいとされる。なぜなら、所持規制によって表現の自由が制約されるとしても、児童ポルノの表現価値は低く、アメリカでは表現の自由の保護から除外されるほどである。とすれば、この規制によってもたらされる不利益は小さなものであり、規制利益の大きさと比べるとその差は明らかということになる。

しかし、これらの規制理由および正当化については検討が必要である。まず、児童ポルノ所持規制が虐待防止につながっているという確たる証拠があるわけではないという批判がある⁽⁸⁸⁾。所持規制によって虐待が減る可能性が指摘されているが、それがどこまで信憑性があるのか不明であるというわけである。もちろん、すべての規制に科学的証拠が必要というわけではないが、政府による自由への介入が強ければ強いほど相応の合理性が要求されるべきであり、当該規制についてはその正当化理由が吟味されることになる。

これについては、児童ポルノと子供の被害との関連性を考えなければならぬ。子供の虐待に至るプロセスの中で、児童ポルノの所持は子供に損害を与える程度が最も少ないとされる。なぜなら、「ポルノの所持は子供を搾取する連続的行為——所持から頒布、製造、異常者による虐待——の中で最も軽い犯罪である。児童ポルノ所持者は製造者や頒布者とは比べてかなり悪質性が弱く子供の搾取全般からすれば取るに足らない者にすぎない⁽⁸⁹⁾」からである。

また、児童ポルノは、それが存在するだけで被写体となっている子供に被害をもたらしているという見解があるが、所持者が自宅内で私的に

(88) Kari Beth Kipf, *Constitutional Law—Ohio Statute Prohibiting In-Home Possession of Child Pornography Upheld Against First Amendment Interest—Osborne v. Ohio*, 110 S. Ct. 1691 (1990), 25 SUFFOLK U.L. REV. 280, 287–288 (1991).

(89) *United States v. Baird*, 580 F. Supp. 2d 889, 893 (D. Neb. 2008).

閲覧し、被写体がそれに気づいていなければ、現実の被害は生じていないという反論もありうる。販売されたり公開されたりするおそれらつきまとうわけだが、それはその行為を行った時点で処罰すればいいという考え方もあるだろう。つまり、所持の段階で被害が生じうるのは、直接的には、被写体がそれを廃棄してほしいと望んでいる場合に限られる。将来、販売や頒布されてしまうおそれはあるが、それは抽象的なおそれということになろう。

さらに、将来、別の子供をかどわかすために利用されるという理由は、これも抽象的な危険にとどまるものであり、しかも子供をかどわかす際に児童ポルノを利用することの有効性は必ずしも明らかではない⁽⁹⁰⁾。

なお、児童ポルノはたしかに低価値表現とみなされているが、わいせつ物も同じ低価値表現である。わいせつ物についてはStanley判決で所持規制が違憲とされていることからすれば、児童ポルノにつき、規制利益の重要性だけで合憲とされていいのかという疑問もある。

③ コンピューターの普及の影響

他面、所持規制の正当化には時代や社会の変化も関連している。従来、児童ポルノは郵送により取引されていたが、現在ではほとんどコンピューターを利用してしている。そのため、これまでは児童ポルノを製造する者が限られていたおり、規制対象もその根源を断つべく児童ポルノ製造者が主とされた。しかし、今では誰でも製造できるようになり、かつ容易に入手できるようになったことから、従来、〈製造→販売・頒布・取引→所持〉という過程において別々の人物が関与していたのに対し、現在では1人の人物がいずれの過程にも容易に関与できるようになっている。そのため、児童ポルノを生業としている者に限らず、それを所持

(90) W. Jesse Weins & Todd C. Hiestand, *Sexting, Statutes, and Saved By The Bell: Introducing a Lesser Juvenile Charge with an "Aggravating Factors" Framework*, 77 TENN. L. REV. 1, 3 (2009).この点に関連して、規制目的は子供の保護そのものではなく(表現物によって直接被害にあう子供自身ではなく)、大人による児童搾取の抑制ではないのかと指摘されている。

している者も規制対象になったのである⁽⁹¹⁾。

もっとも、児童ポルノの入手が容易になった結果、実際に虐待を行っていない者も児童ポルノを所持するようになってきていることにも注意しなければならない。アメリカでは、2006年には、児童ポルノ犯罪のおよそ8割は児童虐待や児童搾取に直接関係しないケースになっているという指摘がある⁽⁹²⁾。つまり、現在の児童ポルノ犯罪者は、児童虐待そのものには関与していない者がほとんどを占めているのである。

ゆえに、児童ポルノ所持規制を正当化するためには、児童ポルノ自体が被写体に対する虐待であることを示すか、児童ポルノ所持が将来の虐待につながるおそれが強いことを明らかにしなければならない。さらにそれがインターネットを通じて拡散しやすい状況になっていることを強調する必要もある。

④ オンライン上の所持

もっとも、オンライン上での所持規制は規制が過度に広範に及ぶ危険性が高いことに留意しなければならない。とりわけ、オンライン上の児童ポルノ所持につき、どのような状態が所持に該当するのかといった問題がある。たとえば、児童ポルノの問題について調べようとしてネットで検索したところ、いくつか児童ポルノの画像を開いてしまい、それが履歴に残ってしまった場合や、児童ポルノと関係のないタイトルのファイルを保存したら実は中身が児童ポルノだったというようなこともありうる。

合衆国法典2252条A(5)(B)は、故意に児童ポルノを所持することを禁止しており⁽⁹³⁾、それにはオンライン上の児童ポルノも規制対象になっていると理解されている⁽⁹⁴⁾。「故意に」という要件がついていることから、

(91) Christina M. Copsy, *Show Many Is "Any?": Interpreting § 2252A's Unit of Prosecution for Child Pornography Possession*, 62 AM. U.L. REV. (2013).

(92) Jelani Jefferson Exum, *Making the Punishment Fit the (Computer) Crime: Rebooting Notions of Possession for the Federal Sentencing of Child Pornography Offenses*, 16 RICH. J.L. & TECH. 8 (2010).

(93) 18 U.S.C. 2252A (5) (B).

児童ポルノを閲覧する意図がなかった場合は規制対象にならないわけであるが、その境界線は難しい。また、「過失」に関する規定がないことから、不注意で児童ポルノを保存してしまった場合にも適用される可能性がある。こうした不安を払しょくするためには、いかなる行為が所持になるのかを明らかにする必要がある。

下級審の判例には、オンライン上の児童ポルノ所持に関するケースがいくつかでている。United States v. Stulock連邦高裁判決⁽⁹⁵⁾は、児童ポルノのウェブを閲覧しただけで、ダウンロードや保存をしていなければ、児童ポルノを所持したことにはならないとした。また、United States v. Tucker連邦高裁判決⁽⁹⁶⁾では、ウェブ上の児童ポルノを閲覧し、それがハードドライブのキャッシュに保存されたものの、それを削除していた場合に所持に当たるかどうかの問題となった。連邦高裁は、被告人がコンピューターに保存されることを知っていた以上、それは所持に当たると判断している。

5 空想児童ポルノ単純所持規制の問題

以上の問題は被写体となっている子供が実在する場合であるが、最近では規制対象が空想児童ポルノにまで広がる傾向にある。空想児童ポルノとは、CG、アニメ、漫画などで児童ポルノの内容を描写するものであり、技術が発達するにつれ、実在するかのような描写も可能になってきている。そのため、事実上の児童ポルノとして規制対象に含める動きが出てきたのである。

しかしながら、空想児童ポルノの場合、被写体が実在しないため、被害が生じるのかどうかを考えなければならない⁽⁹⁷⁾。空想児童ポルノといっても、およそ本物と区別できないような描写を行う場合で、かつ特

(94) Rebecca Michaels, *The Insufficiency of Possession in Prohibition of Child Pornography Statutes: Why Viewing a Crime Scene Should Be Criminal*, 30 W. NEW. ENG. L. REV. 817 (2008).

(95) United States v. Stulock, 308 F. 3d 922, 925 (8th Cir. 2002).

(96) United States v. Tucker, 305 F. 3d 1193 (10th Cir. 2002).

定の実在する子供を認識しうる場合には通常の児童ポルノと同様の被害が生じるといえるだろう。PROTECT法は実際の子供と区別できないとしか規定していないが、それが特定の子供の措置につながることをも危惧しているとすれば、その規制には保護法益が存在することになる。問題は、実在の子供とは関係なく、空想上の子供が登場する場合である。このとき、被写体自身の被害が生じないため、別の保護法益を提示しなければならない。

これについて、政府側はしばしば将来の犯罪に使われるおそれを指摘し、子供をかどわかす手段として用いられる可能性があることから、そうした被害から子供を守る利益が存在すると主張してきた⁽⁹⁸⁾。だが、そうした抽象的危険性を認めてしまうと、あめ玉も子供を誘惑するために用いられる危険があるがゆえに規制されるという話になってしまうおそれがあり、連邦最高裁はFSC判決でそうした保護法益を否定している。つまり、空想児童ポルノは、当該表現物自体に犯罪性があるわけではなく、あまりに抽象的な保護法益ではこれを規制することはできないとしているのである。

これに対し、空想児童ポルノはコンピューター技術の発達により、実際の子供を用いているかどうかの区別ができなくなってきたので、子供の被害と直結していなくても、やむをえない利益が存在するという指摘もある⁽⁹⁹⁾。やむをえない利益とは、①子供をかどわかすことの防止、②子供への性犯罪の防止、③市場での流通の防止を指す。

(97) Sarah Wastler, *The Harm in "Sexting"?: Analyzing the Constitutionality of Child Pornography Statutes That Prohibit the Voluntary Production, Possession, and Dissemination of Sexually Explicit Images by Teenagers*, 33 HARV. J.L. & GENDER 687, 698 (2010).なお、空想児童ポルノだけでなく、自発的なsextingも被害は生じていないのではないかという指摘がある。

(98) See, e.g., *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. at 251-255.

(99) David B. Johnson, *Why the Possession of Computer-Generated Child Pornography Can Be Constitutionally Prohibited*, 4 ALB. L.J. SCI. & TECH. 311 (1994).

しかし、規制利益の抽象性もさることながら、空想児童ポルノ規制はまさに自由な思考を許さないというものであって、思想の自由、ひいては表現の自由を強く制約するものである。実際、FSC判決は空想児童ポルノを保護される表現としているので、これを規制するためには相当程度実質的な規制利益を示す必要があるといえよう。

6 プライバシーの問題

所持規制が自宅内での所持にも及ぶとすると、それはプライベート空間に侵入することになる。言い換えれば、その捜査方法は自宅内で児童ポルノを発見するということになるため、プライバシー権を侵害するおそれがある⁽¹⁰⁰⁾。

所持規制が自宅内のプライバシー権を侵害としたのはStanley判決であるが、法廷意見は侵害を認めるだけでプライバシー権固有の問題について多くを語っていない。そのため、いかなる意味でプライバシー権を侵害することになるのかを考えなければならない。

Stanley判決がプライバシー権侵害の根拠としたのは修正14条であった。これは、同じく自宅内におけるソドミー行為規制を違憲としたLawrence v. Texas連邦最高裁判決⁽¹⁰¹⁾に通じるようなように思える。プライバシー性がきわめて高い自宅内は公権力が入り込むべきではなく、とりわけ道徳性を理由とした介入はすべきではないからである。

また、Stanley判決は自宅内というプライベート空間では何を読むかは自由であり、それを制約することが修正1条を侵害するとしたが、それはプライバシー権と表現の自由が密接にリンクしている構図になっている⁽¹⁰²⁾。つまり、法廷意見はプライバシー権の侵害と表現の自由の侵害を形式上分けたが、実質的には両方が混在する形で違憲の判断が下さ

⁽¹⁰⁰⁾ John Quigley, *Child Pornography and the Right to Privacy*, FLA. L. REV. 347 (1991).

⁽¹⁰¹⁾ Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

⁽¹⁰²⁾ Susan G. Caughlan, *Private Possession of Child Pornography: The Tensions Between Stanley v. Georgia and New York v. Ferber*, 29 WM. & MARY L. REV. 187 (1987).

れたと解するわけである。

また、児童ポルノ所持違反の認定が実質的アプローチをとっており、被告人が実際に児童ポルノだと思って所持していたか(故意)、また所持する量が多いかどうか(PROTECT法では3つ以上の所持が要件となっている)⁽¹⁰³⁾などの要素を重視している⁽¹⁰⁴⁾。警察官が自宅に入って違法性の実質的判断を行うことはプライベートで何を見ているのかを探ることになり、まさにプライバシーの実質部分を捜査することになるともいえる。

一方、単純所持規制は修正4条に基づく刑事手続上のプライバシー権の問題も惹起するとの指摘がある⁽¹⁰⁵⁾。修正4条のプライバシー権が物理的対象に限定されなくなってきている以上、ネット上の所持や交換にもプライバシー権の保護を及ぼすべきであるというのである。もし、ネット上の所持の摘発について令状のないまま捜査されるような場合には修正4条の問題が生じよう。また、自宅内所持を規制することは、別件逮捕によって捜索令状を取り、その際に自宅内で児童ポルノを発見するなどの手法も予想されるところである。そうなると、この場面でも刑事手続上の問題が出てくる可能性がある。

V 日本における憲法問題

1 単純所持規制の保護法益

以上の考察を基に、日本における児童ポルノ単純所持規制の問題を考察することにする。児童ポルノの存在が問題であるとしても、本来公権力が介入すべきでない自宅というプライベート空間に触手を伸ばし、そこ

⁽¹⁰³⁾ 18 U.S.C. 2252A (d).「(a)(5)違反の罪に対して被告人は以下のような積極的抗弁を行うことができる。(1)児童ポルノの所持が3つ未満であった場合」。

⁽¹⁰⁴⁾ Robert M. Sieg, *Attempted Possession of Child Pornography-A Proposed Approach for Criminalizing Possession of Child Pornographic Images of Unknown Origin*, 36 U. TOL. L. REV. 263, 268-271 (2005).

⁽¹⁰⁵⁾ Marc Jonathan Blitz, *Stanley in Cyberspace: Why the Privacy Protection of the First Amendment Should Be More Like That of the Fourth*, 62 HASTINGS L.J. 357 (2010).

で個人が何を見聞きするかについて規制を及ぼすのであるから、それには相応の正当化理由が必要である。自宅内は、外からの介入を拒絶できる空間であり、法令もこの私的領域を保護してきた。住居侵入⁽¹⁰⁶⁾やのぞき行為⁽¹⁰⁷⁾を規制しているのはその典型例である。そのため、家族を含む他者に危害を加えない限り、自宅内は原則として自由が保障される領域であった。しかし、近年、福祉国家の名の下に公権力が介入する傾向があり、虐待はその代表例である⁽¹⁰⁸⁾。たしかに、虐待は他者に危害を加える行為であり、公権力による保護が必要な場面ともいえる。ただし、それは生命や身体の安全といった具体的かつ重要な保護法益が存在するからこそ例外的に許容されるものであって、安易に拡大してはならない。

実際、アメリカやカナダが児童ポルノの単純所持規制を合憲としているのは、児童ポルノが児童虐待に直結するものだと考えていることが大きく、日本でも同様の規制を行うのであれば、その関連性を明らかにする必要がある。

児童ポルノ規制の保護法益として考えられるのは、①被害児童の福祉、②一般児童の安全、③社会の性道德である⁽¹⁰⁹⁾。①は、被写体とされた具体的な子供自身を保護すると解する個人的法益説であり、具体的な保護法益が存在しているので正当化されやすい反面、具体的な子供の

(106) 刑法130条。「正当な理由がないのに、人の住居若しくは人の看守する邸宅、建造物若しくは艦船に侵入し、又は要求を受けたにもかかわらずこれらの場所から退去しなかった者は、3年以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する」。

(107) 軽犯罪法第1条23号。「正当な理由がなくて人の住居、浴場、更衣場、便所その他人が通常衣服をつけないでいるような場所をひそかにのぞき見た者」。

(108) 虐待に関する法律として、2001年に、「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律」が制定され、警察官による被害防止措置や裁判所による保護命令に関する規定が設けられている。

(109) 阿部哲夫「なぜ児童ポルノは規制されるのか?——児童の性的虐待・変質的趣味からの保護」法学セミナー671号38頁(2010年)。

保護と関係しない空想児童ポルノについてはその正当化が難しくなる⁽¹¹⁰⁾。②は、子供一般の健全な成長する権利を保護すると解する社会的法益説に近く、保護法益の具体性は稀釈されるが、児童ポルノ関連物を広範に規制しやすくなる。③は、わいせつ物と同様、性道德の維持という抽象的な保護法益であるため、児童ポルノの特殊性を提示しなければ、わいせつ物規制以上の規制を正当化することは困難になる。児童ポルノ規制の保護法益は以上のいずれか、または複数の法益を含む可能性がある⁽¹¹¹⁾。

しかし、②と③の理由は抽象的な利益にとどまっており、そうした保護法益によりプライベートエリアを規制することは原則として許されないはずである。もし、そのような利益が認められるとしても、それは生じうる危険や被害を相当程度明らかにし、それを防ぐために当該規制が必要不可欠であることを示す必要がある。また、かりに規制利益が明らかにされたとしても、単純所持規制は憲法上の権利を制約する可能性があることから、権利侵害を正当化する理由を提示しなければならない。

そもそも所持規制は自宅内だけを対象にするとは限らない。所持とは、物に対する事実上の支配が及んでいる状態を指すことから⁽¹¹²⁾、それは自宅内に限られたことではない。所持規制の対象は自宅内のみならず、携行している状態をも指す。アメリカやカナダの判例法理に従え

(110) 西垣真知子「子どもの性的保護と刑事規制——児童ポルノ単純所持規制条例の意義と課題」龍谷大学大学院法学研究15巻76頁(2013年)。

(111) 後藤弘子「児童ポルノ規制をどう考えるか」法学セミナー671号41頁(2010年)。この点につき、児童ポルノは被写体への性的搾取・虐待であると同時に、子供に対する性的搾取・虐待を許容しないという社会の善良な風俗を侵害するものであるとの指摘もある。

(112) 法令用語研究会編『法律用語辞典』(第4版)620頁(有斐閣、2012年)。(以下、『法律用語辞典』という)。「所持」の概念については、「民法上は、ある人が物を事実上支配していると認められる客観的状态をいい、占有の要素とされる。刑法上は、支配の意思をもって事実上物をその支配下に置くことを意味する。」と説明される。

ば、自宅内所持を規制することだけが表現の自由およびプライバシー権を侵害するとしていたことから、自宅内所持には適用しないという合憲限定解釈を行えば、当該規制は合憲となる可能性がある。

しかし、児童ポルノ所持規制の狙いは児童ポルノの根絶であり、その存在をなくそうとするものである。そのため、自宅内所持に適用しないことになると、およそ規制の意味が失われてしまうことになる。

また、存在の消滅を意図する点は、銃刀類や麻薬類の規制と趣を異にする。これらの規制は、不適當使用のおそれから、所持が禁止されたものであり、その存在の消滅を狙いとしているわけではない。これらについては許可制をとっていることからわかるように、所持というよりも、使用権を否定することに本来の意図があり、それに伴って所持を規制しているといえる。つまり、これらについては物に対する法的支配権を意味する所有⁽¹¹³⁾を規制することに狙いがあり、それを実効化するために所持も規制されているのに対し、児童ポルノについては事実上の所持すら禁止することに狙いがあるのである。このため、児童ポルノ単純所持規制は主として自宅内所持を規制するものであり、私的領域への介入が強いことから、それが規制利益を有するとしても憲法上の権利を侵害する度合いが強いといえる。

2 具体的な権利侵害

それでは、児童ポルノの所持規制はいかなる憲法上の権利を侵害するのであろうか。アメリカやカナダでは、表現の自由とプライバシー権に関する問題として認識されていたが、とりわけ表現の自由の問題が大きくクローズアップされていた。両国ともに表現物を所持する行為が表現過程において重要な要素を占めているとし、とりわけアメリカでは自宅で閲覧する行為が、カナダでは自宅で創造する行為が、表現の自由とし

(113) 『法律用語辞典』・前掲注(112)626頁。「所有」とは「特定の物について所有権を有すること」をいい、「所有権」とは、「目的物を全面的・一般的に支配する物権で、所有者はその所有物を自由に使用し、収益し、処分することができる」と説明される。

て保障されると考えられている。しかし、それは1人で完結してしまう行為であり、他者に伝達することを意図するものではなく、公表も前提としているわけではない。閲覧および創造という行為は、それ自体は外形的行為であるものの、公になるとたちまち被害児童との関係および誘惑のおそれにより違法行為となる児童ポルノの特性上、外部とのコミュニケーションをはかろうとするものではない。そのような行為が表現の自由として保障されるといえるだろうか。以下では、日本においても児童ポルノ所持規制が表現の自由の侵害となるかどうかについて、考察する。

① 表現の自由の意味

まず、「表現」の定義についてであるが、一般的意味の「表現」は、「心的状態・過程または性格・志向・意味など総じて内面的・精神的・主体的なものを、外面的・感性的形象として表すこと⁽¹¹⁴⁾」とされる。ここでいう「表現」は、必ずしも他者とのコミュニケーションを前提としているわけではなく、内面的なものを外に表す行為全般を意味することになる。つまり、その行為は必ずしも外部に向けて行わなければならないわけではなく、内面的なものを形として表出さえしていればいい。そのため、家の中で、1人で行う表現も「表現」に含まれることになる。

しかし、憲法上の表現の自由といった場合、単なる表現とは意味が異なるものと理解されている。憲法学において「表現の自由は、思想・情報を発表し伝達する自由⁽¹¹⁵⁾」、すなわち、「表現の自由は、情報をコミュニケートする自由⁽¹¹⁶⁾」あるいは「思想・信条・意見・知識・事実・感情など人の精神活動にかかわる一切のものの伝達に関する自由⁽¹¹⁷⁾」であるとされるからである。コミュニケーションは、伝達する側だけでは成り立たないので、そこには伝達する側だけでなく、発表を受ける側の自由も含まれる。したがって、「現在においては、表現の自由を保障

(114) 新村出編『広辞苑 第6版』2394頁(岩波書店、2008年)。

(115) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法』(第5版)170-171頁(岩波書店、2011年)。

(116) 芦部・前掲注⁽¹¹⁵⁾171頁。

(117) 佐藤幸治『日本国憲法論』249頁(成文堂、2011年)。

する21条は、情報流通の自由一般を保障していると解されている⁽¹¹⁸⁾」。

すると、情報流通過程における表現とは何かということになるが、情報という概念で捉える以上、それは思想や信条に限定されず、事実も含まれることになる。ただし、情報を構成するためには、何らかのメッセージ性を有していなければならない。

これは、アメリカやカナダでも要請されることである。アメリカでは、Texas v. Johnson連邦最高裁判決において、ブレンナン判事は、「特定の行為が修正第1条の保護に値するコミュニケーション的要素を十分備えているかどうかを判断する場合、我々は“特定のメッセージを伝える意図が存在しているかどうか、または当該メッセージがその受け手によって理解される可能性が十分にあるかどうか”を検討してきた⁽¹¹⁹⁾。」と述べた。カナダでも、Irwin Toy判決においてメッセージ性を有する行為が表現であるとされている。ただし、メッセージ性を持つためには、①何らかの意味の伝達をはかろうとする行為で、②それを受け手が何らかの意味を持つ表現として認知しうるものでなければならない⁽¹²⁰⁾。日本でも、「意味内容をもつということは、外形上は音や表象などによるものであっても、そこから何らの意味内容を感じることができないものは、単なる雑音や意味不明の落書きにすぎない⁽¹²¹⁾」とされる。

② 表現の自由の射程

このように、表現の自由として保護されるためには、何らかのメッセージ性を持つ表現でなければならない。しかし、日本の憲法学における表現の自由は、コミュニケーションを前提とする傾向があるので、メッセージ性があるだけでは表現の自由の射程に含まれない可能性がある。そうなると、自宅内で、自分と表現物との間だけで完結してしまう行為は表現の自由として保障されないのだろうか。換言すれば、ある表

(118) 渋谷秀樹『憲法』324頁(有斐閣、2007年)。

(119) Texas v. Johnson, 491 U.S. 397, 404 (1989) (quoting Spence v. Washington, 418 U.S. 405, 410-411 (1974)).

(120) RICHARD MOON, THE CONSTITUTIONAL PROTECTION OF FREEDOM OF EXPRESSION 40-43 (2000).

(121) 渋谷・前掲注⁽¹¹⁸⁾324頁。

現物と自己の対話だけを通して思考を発達させること(閲覧行為等)は、思想の自由なのか、それとも表現の自由なのか、あるいは一般的行為の自由にとどまるか、そもそも憲法上の権利とはいえないか、という問題である。

この点、アメリカやカナダの判例が思想の自由を語りながらそれを表現の自由として認めているのは、アメリカ憲法の修正1条が思想の自由に言及していないこと⁽¹²²⁾、またカナダの憲法が表現の自由と思想の自由を分けずに1つの条文で扱っていること⁽¹²³⁾に起因すると考えれば、思想良心の自由に関する個別規定を有する日本では表現の自由と区別するのが素直なのかもしれない。もっとも、アメリカの判例法理は表現の自由と著作権の関係の文脈において、思想・表現区分論を展開しており、必ずしもつねに表現の自由と思想の自由とを混在させているわけではないことに注意しておく必要がある⁽¹²⁴⁾。また、カナダでは、Sharpe判決において思想と表現は1つの連続したプロセスと判断されており、〈思想=表現〉とみなしているわけではないことにも留意すべきであろう。

この問題は、表現の自由の射程の問題であると同時に、どこまで表現の自由プロパーの問題として取り扱っていいのかという問題でもある。日本では、「あらゆる『表現』が表現の自由という『表現』に入るわけではない。たとえば、髪型や服装なども『自己表現』の一形態といわれるが、特殊な状況を除けば、表現の自由の対象とは考えていないのであ

(122) 高橋和之編『新版 世界憲法集 第2版』75頁 [土井真一訳] (岩波書店、2012年)。(以下、『世界憲法集』という)。「合衆国議会は、国教を樹立する法律もしくは自由な宗教活動を禁止する法律、または言論もしくは出版の自由または人民が平穩に集會し、不平の解消を求めて政府に請願する権利を奪う法律を制定してはならない」(修正1条)。

(123) 『世界憲法集』前掲注⁽¹²²⁾134頁 [佐々木雅寿訳]。「(b)出版、その他のコミュニケーション媒体の自由を含む、思想、信条、意見および表現の自由」(カナダ憲法2条)。

(124) See, e.g., Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985); Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003).

る⁽¹²⁵⁾。」と指摘される。

また、他の権利規定との関係においては、「表現の自由をもって、基本的には不特定多数の人に対する精神作用の表出(公表)にかかわるものと解するならば、それ以外の場面における内心の精神作用の表出は、表現の自由の問題ではなく、むしろ第20条や第23条のほか、たとえば警察官・検察官等の前で思想にかかわる事項や特定の事実についての告白を強制されるような場合であれば、第19条違反や第38条違反の問題となりうるであろうし、その他の場合にも、第13条によって保障されると解すべき場合もあろう⁽¹²⁶⁾。」と指摘されている。

すると、外部に発表することを前提とせず、自宅内で日記を書く行為やメモを取る行為は、表現の自由ではなく、思想良心の自由または幸福追求権に含まれることになるのだろうか。この点、Stanley判決が自宅内における閲覧が修正14条に基づくプライバシー権の保障対象にもなることからすれば、アメリカでも表現の自由とは別にプライバシー権侵害を構成しているので、表現の自由以外の権利侵害で対応することも可能であろう。Stanley判決が修正4条ではなく、修正14条を持ち出したのは、特に自宅内をプライバシーエリアとして保障したからだという指摘もあり⁽¹²⁷⁾、所持規制はプライバシー権侵害の度合いが強いといえる。

一方、表現という言葉には、表現行為と、その結果としての表現物、表現内容が含まれることから、憲法21条もそれらを含み、「たとえば、アトリエで制作中の画家を、その創作活動のゆえに警察が逮捕すること(表現物の産出プロセスとしての表現行為の規制)も、展示されたその画家の作品を警察が強制撤去すること(表現物ないし表現内容の規制)も、いずれかの表現の自由の規制だということになる」可能性もある⁽¹²⁸⁾。

(125) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(第3版)201頁(有斐閣、2013年)。

(126) 初宿正典『憲法2 基本権』252-253頁(成文堂、2010年)。

(127) Claudia Tuchman, *Does Privacy Have Four Walls? Salvaging Stanley v. Georgia*, 94 COLUM. L. REV. 2267, 2273-2274 (1994).

(128) 赤坂正浩『憲法講義(人権)』18頁(信山社、2011年)。

ただし、それでもそこで想定されているのは、外部に表現するために産出されたものであろうから、児童ポルノのように外部に公表されることを前提としない行為が含まれるかどうかは別問題といえるかもしれない。表現の自由が保障する「表現」の意味を細かく分析した阪本昌成は、「表現とは、記号を通してなす対人的コミュニケーション行為をいう⁽¹²⁹⁾」と定義しており、「この定義は、コミュニケーション行為のうち、他者の存在を前提条件としないものを表現の定義から排除することを含意している。たとえば、独り言をいう、日記をつける、新聞を読む、パソコンに向かって“語りかけながら”キーボードを打つ等々の行為がこれである⁽¹³⁰⁾」として、対人的でない行為を表現の対象から外している。

③ 表現の自由と表現物所持規制

そうすると、表現物の所持規制が表現の自由の侵害となるか否かは、表現の自由が何を保障しているのかに行き着く。表現の自由があくまでコミュニケーション過程を保護するものであるとすれば、個人が自宅内で外部には公表されることのない表現物を閲覧する行為は保障外となる。この点につき、シャウアー(Frederick Schauer)は、表現の自由は自己表現を保障しているものの、それはコミュニケーション過程の一側面としての自己表現を保障しているとする⁽¹³¹⁾。そのため、単に物を使って楽しむことは表現の自由の範囲外となる。

一方、表現の自由は、他者とのコミュニケーション過程のみならず、個人が私的に自己実現する行為をも保障していると解するのであれば、所持規制は表現の自由を侵害することになる。このように考える代表的論者がベイカー(C. Edwin Baker)である⁽¹³²⁾。ベイカーの自己実現に重点を置いた表現の自由論は有名であり、日本でもしばしば取り上げられて

(129) 阪本昌成『表現権理論』29頁(信山社、2011年)。

(130) 阪本・前掲注⁽¹²⁹⁾29頁。

(131) Frederick Schauer, *Speech and "Speech"-Obscenity and "Obscenity": An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language*, 67 GEO. L.J. 899, 913-914 (1979).

(132) C. Edwin Baker, *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, 25 UCLA L. REV. 964 (1976).

いる⁽¹³³⁾。たとえば奥平康弘によれば、ベイカーは「平等で理性を具えた、自主的な道徳主体は、自分の選択、自己規定、自己発展、自己表現において、国家から介入を受けてはならない⁽¹³⁴⁾」という理由によって表現の自由による自己実現の要素を重視し、徹底して個人の権利の観点から表現の自由を考えている点に特徴があるとしている⁽¹³⁵⁾。

そのベイカーによれば、「人々は他者に自己の言論を聞かせたり文書を見せたりするつもりがなくても頻繁に話したり書いたりする。さらに、人々の“孤独な”言論の使用は——日記をつけて記録したり、概略や目録をしてまとめたり、歌ったり物語を創ったりすることで楽しんだりくつろいだり、祈ることによって義務を果たしたり、自分に関する記述をすることで自己の行動を律したりすること——自己実現に寄与するものでありしばしば個人や社会の変革にも役立つのである⁽¹³⁶⁾」という。それにもかかわらず、これらの表現は修正1条の範囲に含まれないと考えられているが、政府は反社会的な表現や反道徳的な表現を取り締まるためにこれらの表現を規制することがあるため、こうした孤独の表現の重要性を看過すべきではないというのである⁽¹³⁷⁾。

ベイカーのいうように、孤独な表現であっても、それは自己の人格形成にとって不可欠な行為であり、個人にとって重要な意味を持つ。ともすると、孤独な表現は、何らかの行動を伴っている点で思想の枠から飛び出し、他者または外部とのコミュニケーション性に欠けているという点で表現の範疇に入ることができないという、谷間の権利になってしまい、一般的行為の自由として救い出すしかないように思えてしまう。だが、孤独な表現は自己とのコミュニケーションをはかる行為であり、単

(133) ベイカーの議論を取り上げた最近の論考として、蟻川恒正「会社の言論」『憲法の理論を求めて——奥平憲法学の継承と展開——』121頁(日本評論社、2009年)。

(134) 奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』32頁(東京大学出版会、1988年)。

(135) なお、奥平自身は、表現の自由につき、個人の権利の側面にとどまらず、制度的側面も考慮すべきとの考えに立つものである。

(136) Baker, *supra* note 132, at 992-993.

(137) *Id.* at 993.

純な一般的行為に収斂できるものではない。孤独な表現と一般的行為との区分は時に困難性を伴うこともあるが、少なくとも政府が特定の観点から当該行為を規制し、それが本人にとっての表現行為である場合には表現の自由の問題となりうるのではないだろうか。

こうした考えを財産権の構成になぞらえ、表現の自由を所持、使用、交換という段階に分けて説明する見解がある⁽¹³⁸⁾。マギニス(John O. McGinnis)によれば、マディソン(James Madison)は個人がコミュニケーション過程において自分の見解に対する財産を有しており、その意見を交換する権利を有すると考えていたという。そうした発想は表現の自由を財産権的に捉えるものであり、個人には自己の見解を持ち、使用し、交換する権利があるというのである。

もっとも、表現物の所持が表現の自由に含まれるとしても、そこでいう表現物とは何を指すのかを明らかにしなければならない。なぜなら、表現物の定義次第では銃刀類を観賞することが芸術鑑賞という表現行為であるとの主張も可能であり、その規制も表現の自由の侵害になる可能性がある⁽¹³⁹⁾。実際、銃刀類の所持であっても、財産権以外にも権利侵害となりうる可能性がある。表現の自由の文脈ではないが、たとえば、カナダではMultani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys連邦最高裁判決⁽¹⁴⁰⁾において、宗教上の信仰を理由に短剣を学校でも所持できるか否かが争われた事案があり、カナダ連邦最高裁は信教の自由を侵害するとして所持禁止を違憲としている。

⁽¹³⁸⁾ John O. McGinnis, *The Once and Future Property-Based Vision of the First Amendment*, 63 U. CHI. L. REV. 49 (1996).

⁽¹³⁹⁾ なお、本稿では取り扱わないが、ドイツでは意見表明の自由(狭義の表現の自由)と芸術の自由とが分けられており、それぞれにおいて異なる保障がなされる場面があることから、こうした区分も表現の自由の射程に影響をもたらす可能性がある。この議論については、たとえば小山剛「表現の自由の保護領域——基本権の区分に関する一考察——」法学研究77巻2号1頁(2004年)参照。

⁽¹⁴⁰⁾ *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256.

これについて、先述したように、アメリカもカナダも表現の自由の射程に含まれるかどうかにつき、メッセージ性があるか否かを判断基準としている。とりわけ、カナダ連邦最高裁は、このメッセージ性を広くとる傾向があり、いったん保護の射程に入れた上で、規制の正当化審査を細かく分析する手法をとっている。たしかに、メッセージ性の有無の判断は難しいところがあり、広くとらざるをえないともいえる。しかし、そうなると、当事者が表現行為と主張すればほとんどの行為が表現行為に含まれることになり、銃刀類の観賞もそれに入ることになろう。

そのため、これについては規制目的または規制態様との関係で考えざるをえないように思われる。つまり、銃刀類規制のように、危険使用の禁止を目的として所持を禁じる場合、少なくとも法令の目的は表現の自由を制約するものではなく、それによって観賞行為等が制約されることになったとしても、それは間接的制約にとどまる。このとき、具体的適用の段階で、当人が観賞行為を規制されたとする場合には表現の自由の問題として構成することもできるかもしれない。他方、たとえば殺害目的で銃等類を所持していたとすれば、それは表現の自由とは一線を画することになろう。

ところが、児童ポルノの場合、規制目的に道徳的理由が入り込んでいる可能性があり、児童ポルノの存在をなくすために規制されているので、その法令自体が表現の自由の制約として成立する余地を含んでいる。あわせて、所持者が自己の思考過程の一環としてそれを所持していると主張する場合には、表現の自由の問題として把握することができよう。

3 表現の自由の射程

理論的に児童ポルノの単純所持規制が表現の自由の問題であるとしても、判例法理上もそのように考えることができるだろうか。この問題に密接に関連すると思われるのが、法廷内メモ訴訟⁽¹⁴⁾である。

法廷内メモ訴訟は、「憲法21条1項の規定は、表現の自由を保障して

(14) 最大判平成元年3月8日民集43巻2号89頁。

いる。そうして、各人が自由にさまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつことは、その者が個人として自己の思想及び人格を形成、発展させ、社会生活の中にこれを反映させていく上において欠くことのできないものであり、民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるものたらしめるためにも必要であって、このような情報等に接し、これを摂取する自由は、右規定の趣旨、目的から、いわばその派生原理として当然に導かれるところである(最高裁昭和52年(オ)第927号同58年6月22日大法廷判決・民集37卷5号793頁参照。)」とし、よど号ハイジャック記事抹消事件⁽¹⁴²⁾を引用しながら、情報を摂取する自由が憲法21条から派生するとした。その上で、「筆記行為は、一般的には人の生活活動の一つであり、生活のさまざまな場面において行われ、極めて広い範囲に及んでいるから、そのすべてが憲法の保障する自由に関係するものということとはできないが、さまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取することを補助するものとしてなされる限り、筆記行為の自由は、憲法21条1項の規定の精神に照らして尊重されるべきであるといわなければならない。」(傍点著者)とし、筆記行為は表現の自由によって直接保障されたものではないが、尊重に値するとしている。ただし、「情報等の摂取を補助するためにする筆記行為の自由といえども、他者の人権と衝突する場合にはそれとの調整を図る上において、又はこれに優越する公共の利益が存在する場合にはそれを確保する必要から、一定の合理的制限を受けることがあることはやむを得ないところである。しかも、右の筆記行為の自由は、憲法21条1項の規定によって直接保障されている表現の自由そのものとは異なるものであるから、その制限又は禁止には、表現の自由に制約を加える場合に一般に必要とされる厳格な基準が要求されるものではないというべきである」とし、「公正かつ円滑な訴訟の運営は、傍聴人がメモを取ることに比べれば、はるかに優越する法益であることは多言を要しないところである。してみれば、そのメモを取る行為がいささかでも法廷における公正かつ円滑な訴訟の運営を妨げる場合には、それが

(142) 最大判昭和58年6月22日民集37卷5号793頁。

制限又は禁止されるべきことは当然であるというべきである。」とした。

表現の自由から情報に接する自由が派生し、そのために筆記を行うことも尊重されるとしているので、一見すると、筆記行為という自己内で完結する行為も、あらゆる筆記行為が対象になるわけではないにせよ、いわば表現準備行為として表現の自由のプロセスの中に組み込まれているかのようなのである。しかしながら、当該行為は憲法21条の精神に照らして尊重されるという言述にとどまり、表現の自由そのものとはいえないと判示されている。そのため、当該行為は表現プロセスの一環ではあるが、表現の自由そのものではないという位置づけとなっている⁽¹⁴³⁾。

とはいえ、本件は必ずしも筆記行為を軽くみたわけではない。法廷意見は筆記行為が直接表現の自由として保障されているものではないことから厳格審査は要求されないとしているが、それに続く言い回しを見る限り、筆記行為の位置づけよりも、法廷という場面をきわめて重視していることがうかがえる⁽¹⁴⁴⁾。すなわち、法廷意見によれば、公正かつ円滑な訴訟の運営がはるかに重要であり、傍聴それ自体も制限される場所であるとしているのである。ゆえに、法廷意見は法廷という特殊な空間だからこそ表現行為に付随する筆記行為であってもその制約が認められやすいと考えているといえる。このアプローチからすれば、自宅というプライベート空間における表現準備行為はむしろ重視される可能性がある。

しかも、法廷意見は、「傍聴人のメモを取る行為が公正かつ円滑な訴訟の運営を妨げるに至ることは、通常はあり得ないのであつて、特段の

(143) 松井茂記「裁判傍聴者のメモ採取と憲法21条1項」民法雑誌101巻4号600-601頁(1999年)。この点につき、松井茂記は、表現の自由を情報の伝達のみならず、情報の収集や受領を含む1つのプロセスとして保障すべきであると、本件も筆記行為が憲法21条に基づく情報収集権として認めるべきであったとする。

(144) 浜田純一「傍聴人のメモ制限と情報収集の自由」憲法判例百選I〔第5版〕161頁(2007年)。本件については、「規制利益の優先を容易にするために、筆記行為の法的地位が定められているように見える」と指摘されている。

事情のない限り、これを傍聴人の自由に任せるべきであり、それが憲法21条1項の規定の精神に合致するものということができる。」と判示していることから、表現準備行為が何らかの支障をもたらすものではない限り、それは尊重されるべきことになる。とりわけ、自宅という空間内にとどまる表現準備行為は公益上の問題が生じるおそれが少ないことから、それを規制する場合にはその害悪が明らかにされなければならないといえるだろう。

もっとも、外部との接触が前提とされていない場合にも表現準備行為が尊重されるかどうかについては別途考えなければならない。法廷意見は、様々な情報を摂取する限りにおいて尊重されるとしているため、外部からの情報に接することが前提となっているように推察される。すると、閲覧したり創造したりする行為も表現の自由の準備行為として尊重されそうであるが、児童ポルノの場合は公にならないことが前提であることから外部からの情報摂取といえず、それを閲覧する行為は表現の自由に含まれないことになりそうである。

だが、ある物に情報の要素が内在している場合、それを見たり読んだりする行為自体は重要であり、たとえ外部とのコミュニケーションを前提としていない閲覧行為等であっても表現の自由のプロセスに入ると考えるべきではないだろうか。この点につき、表現の自由を情報の収集・伝搬・受領のプロセスとして考える場合、「人の精神作用に由来する情報以外の情報(自然環境に関する情報など)を、他人への伝達ないし公表を目的とすることなく、摂取する(たとえば写真撮影する)自由は、むしろ13条の問題として処理されるべきであろう⁽¹⁴⁵⁾」という指摘がある。たしかに、あらゆる知覚行為が表現行為になるわけではなく、それは精神作用に由来する情報、換言すれば何かしらの意味を有する情報が対象となっていなければならない。ただし、精神作用に関わる情報に触れることで当人と対象物との間でコミュニケーションが成り立ちうるとすれば、外部的コミュニケーションは必ずしも要求されないのではないだろうか。つまり、人が表現行為を行っていれば、外部的コミュニケーション

(145) 内野正幸「法廷メモ訴訟最高裁判決」ジュリスト936号35頁(1989年)。

ンを前提としない場合であっても、表現の自由のプロセスに入るものと考えられる。たとえば、有意な情報を閲覧する行為は閲覧者と表現物との対話であり、それは自己実現に寄与するものである。また、その段階では外部とのコミュニケーションにつながらないとしても、当人にとっては将来何らかの表現に生まれ変わる可能性もあるといえよう。

たとえ直接的に他者を相手にしたり、公表を前提としたりする行為でなくても、自宅内における自由な活動が保障されなければ、自由な人格の発展を阻害し、自己実現を制約することになる。それは、思想の自由や一般的自由として構成することも可能であるが、所持規制が表現物の内容に着目している以上、それは表現の自由のプロセスにおける表現準備行為を阻害するものとして認識することができるように思われる。

後序

所持規制は、自宅における個人の思考過程や私的行動を制約するものであり、国家による私的領域への強度な介入をもたらすものである。また、所持概念が事実上の支配という曖昧な概念であることから、所持の対象も広がる可能性を秘めており、規制を広範に及ぼすこともできる。たとえば、最近では所持の中に情報も含まれるようになってきている。対象物が情報である場合、それはプライバシー性だけでなく、個人の思想や表現にも密接に関連することになる。このように、所持規制は様々な自由または権利に影響をもたらすものであり、必然的に憲法上の問題を惹起することになる。

所持規制が何らかの憲法上の権利を制約しているとすれば、憲法13条の幸福追求権またはプライバシー権、19条の思想の自由、21条の表現の自由、29条の財産権のいずれか、または複数の権利にまたがって制約する可能性がある。結局、どの権利の問題になるのかについては、個別の規制目的や規制態様に応じて権利を対応させていくしかない。

本稿で取り上げた児童ポルノの所持規制も、規制態様次第でどの権利に対しても侵害をもたらす可能性がある。とりわけ、空想表現を含めて所持規制を行う場合、それは個人の私的な思想や表現に及ぶ⁽¹⁴⁶⁾。被写

体の保護という保護法益を超えて抽象的な危険性や社会道徳に規制利益を求める空想表現所持規制は、自宅の中にまで国家の道徳観を持ち込むものであり、幸福追求権またはプライバシー権、思想の自由、表現の自由を複層的に制約するものである。

しかしながら、これらのうち、日本では表現の自由の問題があまり意識されていない。なぜなら、日本の表現の自由論はコミュニケーションを前提としてきたため、所持規制に対しては表現の自由の問題として捉えられない可能性があるからである。だが、アメリカやカナダを考察するとわかるように、自宅内における閲覧や創造は表現活動に関わるものであり、たとえ対外性または対人性に欠ける孤独な表現⁽¹⁴⁷⁾であったとしても、自己実現のプロセスの一環としての表現行為または表現準備行為と考える余地がないだろうか。とりわけ、所持規制が一定の社会道徳的見地から特定の情報を制約する性質を帯びるとき、私的介入性や広範性とあいまって、表現の自由に影響する制約となろう。*

⁽¹⁴⁶⁾ Keisha April, *Cartoons Aren't Real People, Too: Does the Regulation of Virtual Child Pornography Violate the First Amendment and Criminalize Subversive Thought?*, 19 CARDOZO J.L. & GENDER 241 (2012).

⁽¹⁴⁷⁾ Marc Jonathan Blitz, *Freedom of Thought for the Extended Mind: Cognitive Enhancement and the Constitution*, 2010 WIS. L. REV. 1049, 1069 (2010). アメリカでは、司法が孤独な表現も修正1条の射程に入るとする傾向があると指摘される。See, e.g., *Baumgartner v. United States*, 322 U.S. 665, 673–677 (1944); *Porter v. Ascension Parish Sch. Bd.*, 393 F. 3d 608, 611, 620 (5th Cir. 2004).

* なお、本稿を執筆するにあたり、「児童ポルノの単純所持規制をめぐる憲法問題」について、憲法問題研究会(2013年9月10日午前於早稲田大学)、科学研究費基盤研究(C)(研究課題番号24530117)「性風俗と法秩序」(研究代表者・陶久利彦)の2013年度第2回研究会(2013年9月10日午後於広島大学東京オフィス会議室)において、報告させていただく機会を得、諸先生方から大変有益なご指摘とご助言をいただいた。記して厚く感謝申し上げます。