

## チャイルドポルノ規制と猥褻物頒布罪の故意<sup>1)</sup>

橋本裕藏<sup>\*1)</sup>

What can enable us to protect children against sexual abuse?  
—Statutory Interpretation and “knowingly” Requirement.—

Yuzo HASHIMOTO

### ABSTRACT

“Marty testified that in Chicago many young boys - often referred to as ‘chickens’ - served as prostitutes for older men known as ‘chicken hawks.’ On any given night as many as fifty of these ‘chickens’ varying in age from 12 to 19 years old would congregate in the areas of Clark and Diversy streets waiting to be picked up by a ‘chicken hawks.’ On an average night, Marty might be picked up by two or three different “chicken hawks” and engage in various sexual acts with them or pose for pornographic pictures or both. In the process, he often could earn close to \$ 500 in a week.” See S.Rep. No. 95-438 p.7(1977), U. S. Code Cong. & Admin. News 95th Cong. 2d Sess.(1978) pp.44,45.

On February 6, 1978, the United States Congress enacted the Protection of Children Against Sexual Exploitation Act of 1977. Its purpose was especially to prohibit the use of children in the production of materials that depict explicit sexual conduct. However, the statute was based on First Amendment case law requiring a showing of obscenity as a condition precedent to a legislative interest in banning child pornography.

In 1982, the United States Supreme Court ruled, in *New York v. Ferber*, that the State’s interest in protecting children outweighed a need for First Amendment protection of child pornography.

So in 1984, the United States Congress amended the Protection of Children Against Sexual Exploitation Act of 1977 to strike out the “obscene” requirement, lowering the standard for the prohibited material from “obscene” to “sexually explicit.” Application of the amended Act has been problematic, however, because it holds both the distributors and recipients of videotapes containing child pornography strictly liable with respect to the contents of the tapes.

The Act rendered illegal the conduct of any individual who “knowingly makes, prints, or publishes” an advertisement offering to receive any visual depiction involving the use of minors engaged in sexually explicit conduct. The U.S. Congress explained its intention in using the word “knowingly” :the “government must prove that the defendant knew the character of the visual

---

\*<sup>1)</sup> 放送大学助教授 (社会と経済)

depictions as depicting a minor engaging in sexually explicit conduct, but need not prove that the defendant actually knew the person depicted was in fact under 18 years of age or that the depictions violated Federal law." See *infra* Christina Egan, at 1357.

On November 29, 1994, in *United States v. X-Citement Video Inc.*, the United States Supreme Court held that 18 USC § 2252 (a) (1) and (2), a statute criminalizing the distribution of child pornography, required the government to prove that a distributor had knowledge of the sexually explicit nature of the materials and the age of the performers.

This interpretation is supported by the canon that a statute is to be construed where fairly possible so as to avoid substantial constitutional questions.

This paper analyzes the "knowingly" requirement of the Protection of Children Against Sexual Exploitation Act of 1977 in light of the Court's decisions.

## I 序

チャイルドポルノ制作が子供に与える害悪の程度は高い<sup>2)</sup>。ビデオフィルム等の制作の中で性行為に関わる子供はその対価として靴や服等を買ってもらい、あるいは遊園地に連れていってもらって終わるともいわれる<sup>3)</sup>。我国では、10万円前後でポルノビデオへの出演勧誘をするケースもあると聞く。他方、性的虐待の被害者ですら、その被害を警察に届け出る割合は6パーセントにとどまるとの報告が示されている<sup>4)</sup>。子供を取り巻く性風俗環境の悪化に関する暗数は高いと見てよい。他方、チャイルドポルノビデオ制作は巨額の汚い富を生むビジネス産業となっている。これに「被害者」と呼ぶことに若干躊躇を覚える場合もある子供が絡む。もちろん、広い意味では追い込まれた被害者と見るべきではあるが。

The Protection of Children Against Sexual Exploitation Act of 1977の立法過程で明らかとなった合衆国での当時の実情は合衆国議会上院報告書の司法委員会報告が詳細である<sup>5)</sup>。

チャイルドポルノ制作者等が念頭に置く受け手は、いわゆる小児愛者 (pedophiles) である。したがって、チャイルドポルノで扱われる子供の年齢は3歳から5歳<sup>6)</sup>。もっとも、受けての層が変れば、子供の年齢もそれに応じて変る。子供の性別は女子に限定されない。否、1977年法の提案理由の一つに、それ以前の連邦猥褻物頒布禁止関係法令では男子が保護対象から外されていたことが指摘されている<sup>7)</sup>。

他方、猥褻又は猥褻に至らない性表現を中身とする映像表現物等の頒布及び販売は冊子体のものからオンラインネットワークで流通するものに急速に変化しつつある<sup>8)</sup>。ここに、新たな性風俗産業に対する規制の必要性が生じるのは当然といってよい。

だが、この問題の解決は簡単ではない。第1に、チャイルドポルノでは規制対象を「猥褻」に限定したのでは意味が無い。しかし、猥褻に至らない性表現を中身とする映像表現物等を規制対象に含めることには憲法上の表現の自由との関係で厄介な問題が生じる。第2に、オンラインネットワーク上で「流通する」猥褻又は猥褻に至らない性表現を中身とする映像表現物等については、それがいわゆるBBS (the bulletin board system) に掲載され、又

はホームページで公開され、不特定多数の人が自由に見ることができるようになされたとき、果たして、かかる状況を作り出す行為が頒布又は販売に該当するかという問題が生じる。合衆国の猥褻又は猥褻に至らない性表現を中身とする映像表現物等に関する法状況はNew York v. Ferber<sup>9)</sup>での合衆国最高裁判所の判断で新たな展開を見た。チャイルドポルノ規制から得られる利益は合衆国憲法第一修正が保障する表現の自由を陵駕するというのが合衆国最高裁判所の判示するところであり<sup>10)</sup>、この哲学は1977法の一部改正の原動力となり、The Child Protection Act of 1984 (1977年法の改正法)の制定を見た<sup>11)</sup>。

このような状況の中で、合衆国最高裁判所は1994年、子供の性的搾取禁止法(The Protection of Children Against Sexual Exploitation Act of 1977)(1984法による改正後のもの)<sup>12)</sup> § 2252 (a) (1) 及び (a) (2) 違反罪の成否が争われたUnited States v. X-Citement Video Inc.<sup>13)</sup>で、チャイルドポルノを制作、頒布及び販売した者に広く刑事責任を認める判断を示した。

本稿では、以上の事実状況及び合衆国での法状況を前提にチャイルドポルノ規制に付いての効果的法整備の必要性と、その背後にあり且つかかる法整備と密接にかかわりあう法解釈の困難さについて若干の検討を行なうこととする。

## II Child pornography規制の立法経緯

1977年合衆国議会は未成年者を扱う猥褻ポルノの制作、頒布及び販売等を禁じるため子供の性的搾取禁止法を制定し<sup>14)</sup>、同法2252条でいわゆるチャイルドポルノの制作に未成年者を関与させてはならない旨を定めこれに違反した者は1万ドル(現在は10万ドル)<sup>15)</sup>以下の罰金又は10年以下の収監刑に、また同種前科があるときは1万5000ドル(現在は20万ドル)<sup>16)</sup>以下の罰金又は2年以上(現在は5年以上)<sup>17)</sup>15年以下の収監刑に処せられる旨を定め、さらに、1984年、同議会は同法を改正し禁止対象物の基準を「猥褻(obscene)<sup>18)</sup>」から「露骨な性表現(sexually explicit)」に拡大した<sup>19)</sup>。

ところで、1977年法制定以前、連邦レベルでは猥褻物の頒布、販売及び輸入を禁じる法律はあった。だが、猥褻表現物の制作に子供を使用することで子供に害を及ぼすことを直接禁じる法律は無かった<sup>20)</sup>。したがって、1977年法の狙いは、猥褻物頒布等を止めることにはなく、子供を猥褻産業から保護するという点にこそあったのである。だが、1977年法には「猥褻」要件が入れられていた。たしかに、表現の自由との関係ではアダルトポルノでは「猥褻」要件が必要となる。だが、チャイルドポルノ規制関連法規に「猥褻」要件を入れることはその法律の無力化を意味する。なお、この点については1984年法の紹介の中で検討することとする。

ふたたび、1977年法制定の背景事情を追うことにしよう。議会記録によれば、外国で安価にて入手したチャイルドポルノのオリジナルは容易に複製され、高額で販売される<sup>21)</sup>。公聴会での証言によれば半年で10,000本の複製が作られ200万ドルの取引が行われた<sup>22)</sup>。他方、チャイルドポルノの制作は子供売春と密接な関係があることが指摘されている<sup>23)</sup>。The Committee on Human Resourcesの公聴会でのシカゴ在住の17才の若者の証言によれば、12才から19才までの“chickens”と呼ばれる50人程の少年が特定の日の

夜、街頭に立ち“chicken hawks”と呼ばれる売春客に拾われるのを待つ。そのようにして、彼らは売春の相手をし、あるいはチャイルドポルノの被写体となって、ときに1週間で500ドルを稼ぐのである<sup>26)</sup>。

かかる状況を認識したうえ、同委員会は次のような結論に至った<sup>26)</sup>。

1. チャイルドポルノ及び子供売春は高度に組織化され、数百万ドルレベルの産業に発展し、その規模は全米に広がっている。

2. 子供売春又はチャイルドポルノの被写体として子供を使用することは子供自身だけでなく社会全体にとっても大変な害悪を流すことになる。

3. 子供売春及びチャイルドポルノの頒布及び販売は郵便その他の通信媒体を通じて州際通商及び外国取引へと深刻な広がりを見せている。

4. 売春及びポルノグラフィを扱う現行連邦法は、かかる活動において子供を使用することを禁じていないのであるから、この領域における特別立法は当を得た物でありかつ必要であると認められる。

かくして、1977年法は制定された。だが、すでに触れたように、当初、法案には無かった「猥褻」要件が含まれていたのである。そもそも、1977年法の初期の草案では、規制の狙いはチャイルドポルノの制作者に向けられていたのであり、頒布及び販売する者は規制対象から外されていた。だが、チャイルドポルノの頒布者及び販売者がターゲットから外されていたことに危惧した上院議員 Roth 氏は、規制対象に頒布者及び販売者を含めるべきである旨の修正提案 (Roth Amendment) を行ない、結局、1977年法はチャイルドポルノの頒布者及び販売者を規制対象に含めた。これに対して、懸念を表明したのが合衆国司法省であった。同省は「非猥褻物頒布行為」を犯罪とすることに異論を唱えたのである。すなわち、猥褻に至らない性表現を中身とする映像表現物等憲法上保護された表現物の頒布が犯罪とされることになれば、過度に広汎であるが故に、その法律は無効とされることになるというのがその主張内容であった。下院司法委員会もこの懸念を認めた。事件になれば裁判所はチャイルドポルノを頒布する者に対しても、成人ポルノを頒布する者に対するのと同様に、その制作に加わっていない者の行為を罰するならば、訴追側に頒布対象物の猥褻性の証明を求め、結果として憲法上の保護を及ぼすことになるのではないか、との見方を示した。かくして、「猥褻」要件を欠く頒布罪の創設は見送られたのであった<sup>26)</sup>。

さらに、1977年法には弱点があった。それは、販売目的が要件とされていたのである。このため、同法違反罪の公判で被告人は販売目的の不存在を主張すれば、訴追側はこの目的の存在を合理的な疑いを容れない程度に証明しなければならない。この証明は困難である。この点もまた1984年改正を促す契機となったのである<sup>27)</sup>。

### III New York v. Ferber<sup>28)</sup>

#### 1. 事実と訴訟の経緯

マンハッタンで書店を経営する Paul Ferber は、もっぱら少年男子の自慰行為を露骨に描写したフィルム2巻を販売したとして、ニューヨーク州法<sup>29)</sup> 違反罪で大陪審起訴された。

陪審審理の公判で Ferber は猥褻性表現物頒布の助長及び煽動の罪 (§ 263.10) に

については無罪とされたが、「猥褻」要件を含まないチャイルドポルノ頒布罪（§ 263.15）については有罪とされた。ニューヨーク州控訴裁判所（The Appellate Division of the New York State Supreme Court）はFerberの有罪を確認した<sup>30</sup>。だが、ニューヨーク州最高裁判所（The New York Court of Appeals）は同控訴裁判所のFerber有罪確認の判断を破棄した<sup>31</sup>。その理由の骨子は次の通りである。第1、§ 263.10は「猥褻」要件を含んでいるのに、§ 263.15は「猥褻」要件を含むと解釈することができない。したがって、第2、§ 263.15は伝統的に合衆国憲法第一修正で政府の干渉が止められている憲法上保護された言論領域に属する表現物の頒布等を禁じているので、第3、未成年者を保護するとの国（ニューヨーク州）の正当な利益を勘案しても、第4、同法は、他の危険な活動を題材とするフィルムの頒布等を禁じていないのに、子供が関わる性に関する行為を題材とするフィルムの頒布等だけを禁じている点でunderinclusiveであり、且つニューヨーク州外で制作された、猥褻に至らない性表現を中身とする映像表現物等の頒布等を禁じている点でoverbreadthであるというものであった<sup>32</sup>。

ニューヨーク州側の事件移送令状の申請が認容され<sup>33</sup>同事件は合衆国最高裁判所が判断するところとなった。

## 2. 合衆国最高裁判所の判断

Ferberの争点は、16歳未満の子供が行なう性に関する表現行為を、かかる行為を描写した表現物の頒布等で助長及び煽動する行為を禁じるニューヨーク州法の合憲性にある。換言すれば、「猥褻」要件を含まない性表現物頒布等禁止法令がチャイルドポルノを禁止対象としていることで表現の自由を保障する合衆国憲法第一修正の制限を受けないか否かという点にある。

White裁判官執筆の法廷意見<sup>34</sup>は要旨次のように判示してニューヨーク州最高裁判所の判断を破棄し、更に審理を尽くすよう事件を同裁判所に差し戻した。

すなわち、国（＝州）には合衆国憲法第一修正が保障する表現の自由にもなおチャイルドポルノを規制する優越的権限が認められる。その理由は、第1、子供をチャイルドポルノの題材として用いることから生じる害は子供の生理学的、情緒的、精神的健康に及ぶ、第2、猥褻に関するMiller<sup>35</sup>の基準はチャイルドポルノから生じる問題を解決するには十分ではない、第3、チャイルドポルノの宣伝及び販売が進むと、チャイルドポルノによる金儲け志向が助長され、新たな子供虐待が生じる、第4、子供がする露骨な性表現を許すことから得られる価値は極小である、第5、チャイルドポルノを合衆国憲法第一修正が保障する表現の自由の外に置くとしても近時の合衆国最高裁判所の判断と矛盾するものではない、というものであった<sup>36</sup>。

ここに、Miller基準とは別の、性表現物に対するもう一つの規制基準が合衆国最高裁判所によって認められたのであった。それがチャイルドポルノ禁止基準である。つまり、チャイルドポルノはこれまでの猥褻の基準に当てはまらなくても禁止できるということなのである。

この時、すでにニューヨーク州に加え、19の州に、猥褻であるか否かに関係なくチャイルドポルノの頒布等を禁じる法律があり、15の州に、猥褻である場合に限定しつつもチャ

イルドポルノ頒布等を禁じる特別法があり、12の州にチャイルドポルノの制作に当たり未成年者の使用を禁じる法律があった<sup>37)</sup>。

かくして、猥褻要件を不要とするチャイルドポルノを規制する連邦レベルでの立法の下地が整ったのであった。

#### IV The Child Protection Act of 1984 (1984年改正法)

The Protection of Children Against Sexual Exploitation Act of 1977の「猥褻」要件はすべて削られた<sup>38)</sup>。また、これと併せて、「販売目的」要件も削られた<sup>39)</sup>。だが、この改正には問題がある旨の指摘が後になされた<sup>40)</sup>。すなわち、チャイルドポルノを頒布・販売等する者は自己が扱う物に、猥褻には至らないが未成年者の露骨な性表現を含む作品が含まれていると、その事実だけで子供の性的搾取禁止法違反罪が成立することになり、真に作品中で行為する者が未成年者であることを知らなかった者にも同法違反罪が成立することになり処罰範囲が著しく拡大することになる、というのがそれであった。

なお、ここで確認しておかなければならないことがある。それは、そもそも、「猥褻 (obscene)」表現は合衆国憲法第一修正の表現の自由によっては保護されないというのが合衆国の法の理解である<sup>41)</sup>。Chaplinsky v. New Hampshire<sup>42)</sup>で合衆国最高裁判所は合衆国憲法第一修正によって保護される言論の自由 (freedom of speech) の権利は、時・場所を問わず保障されるなどという絶対的な権利ではないと判示した<sup>43)</sup>。この理解は猥褻概念の基準化を伴いつつ、Roth v. United States<sup>44)</sup>で確認され、Miller v. California<sup>45)</sup>で、(1) その作品を全体として捉えた場合に、同時代の共同体の基準を適用したとき、平均人が、その作品を好色的興味に訴えているものと見るかどうか、(2) 適用される州法が具体的に定義している性行為を、その作品が明らかにいやらしいやり方で、描写し記述しているかどうか、(3) その作品が、それを全体として捉えた場合に、真剣な文学的、芸術的、政治的または科学的価値を欠いているかどうか、と定式化されるに至った<sup>46)</sup>。

したがって、性表現を中身とする映像表現物等が Miller の基準に照らして猥褻であると判断されれば、直ちに、その性表現を中身とする映像表現物等は規制対象とされることになる。そこで、性表現を中身とする映像表現物等を規制する法律が制定される場合、立案担当者は、合衆国憲法第一修正が保障する表現の自由を害さないように、法文に「猥褻な」という文言を入れることを求めることになるのである<sup>47)</sup>。

だが、1984年法でこの「猥褻」要件が削られた。すなわち、猥褻に至らない性表現を中身とする映像表現物等の制作、頒布及び販売が禁じられたのである<sup>48)</sup>。猥褻に至らない性表現 (音声) の流通を法律で禁じることができるか否かの問はすでに、dial-a-porn (性的内容の録音を電話を用いて一般に供する行為) に関し、猥褻だけでなく猥雑な内容の電話による伝達を全面的に禁止している1988年改正通信法第223条b項<sup>49)</sup>の執行の差し止めを求めた Sable v. FCC<sup>50)</sup>で論じられ、そこでは、未成年者を猥褻には至らないがいやらしい性表現 (音声) にさらさない国の利益に一定の理解が示された。だが、成人までも猥褻には至らない性表現 (音声) を入手できなくなる連邦法による規制は合衆国憲法第一修正が保障する表現の自由を侵害することになり許されない旨の判断が示された<sup>51)</sup>。Sable での関心

は受け手の側である未成年者を猥褻又は猥褻には至らない性表現を中身とする音声表現物から保護することに向けられた。したがって、そこには、当然のことながら子供の性的搾取の間は生じない。だから、規制が猥褻に限定されたのである。だが、チャイルドポルノの制作、頒布及び販売では事情が異なる。猥褻に至らない性表現を中身とする映像表現物等の制作、頒布及び販売を禁じることは、直接子供の性的搾取の防止につながる。

だが、他方、処罰範囲が曖昧になるとの懸念があり、この点は、1977年法ですでに指摘されていたところであった<sup>52)</sup>。だが、「猥褻」要件が削除されたことで、いよいよ現実の問題として解決が迫られることとなった。

この処罰範囲の不合理な拡大を止める要件として重要な意味を持つことになるのが、“knowingly”要件であった。

ここで、再度、問題を整理しておこう。つまり、猥褻に至らない性表現を中身とする映像表現物等の制作、頒布及び販売は、素材がチャイルドポルノでなければ合衆国憲法第一修正により保護されるので法律で禁じられることはない。だが、猥褻に至らない性表現を中身とする映像表現物等であっても素材がチャイルドポルノであれば1984年法でその制作、頒布及び販売が禁止されることになったのである。

したがって、1984年法違反罪での公判では、猥褻に至らない性表現を中身とする映像表現物がチャイルドポルノであることの認識が被告人にあったか否か、すなわち、その映像表現物の中で行為する者が未成年者であることの認識が被告人にあったか否かが最大の争点となることになった。

## V United States v. X-Citement Video Inc.<sup>53)</sup>

合衆国最高裁判所は1994年11月29日、子供の性的搾取禁止法(The Protection of Children Against Sexual Exploitation Act of 1977)(1984法による改正後のもの。)が定めるチャイルドポルノ頒布及び販売罪の成否が争われたUnited States v. X-Citement Video Inc.で、子供の性的搾取禁止法§2252の“knowingly”という文言は、通常の文法に従って解釈すれば頒布及び販売等、行為者の行為を修飾する語句と読むのが自然ではあるが、この解釈によると奇異な結論に至らざるをえない。法律解釈は深刻な憲法問題を生じないように行うのが原則であるから、本件法律の解釈に当たってもこの原則に従うべきである。そうであると、子供の性的搾取禁止法§2252の“knowingly”も同法の立法目的であるチャイルドポルノを止めるという狙いを前提に読まなければならない。そうであれば、本条の“knowingly”が、罰すべき行為と罰すべからざる行為とを区別するために置かれていると読むのがむしろ自然である。したがって、本条“knowingly”は「未成年者を使用すること」という文言に係ると解すべきであり、このような解釈が可能であるのだから本条が文面違憲であるとの第九巡回控訴裁判所の結論を支持することはできない旨判示して、X-Citement Video Inc.側の主張を退け、同法同条項を違憲無効とした第九巡回控訴裁判所の判断を破棄した<sup>54)</sup>。

## 1. 事実の概要及び訴訟の経緯

本件事実の概要は次のようなものである。1986年6月、Los Angeles Police OfficerでUndercover Police S及びFBI Special Agent NはX-Citement Video Inc. をターゲットにおとり捜査(sting operation)を展開していた<sup>56)</sup>。ハワイのポルノ小売業者を装ったSは本件被告人(X-Citement Video Inc.の経営者)に18歳未満のTraci Lordsが出演しているポルノビデオの入手方を申し向けた。被告人はこれに応じて、Traci Lordsのビデオ49巻をハワイにいるSに送付した。この行為に付き、被告人は未成年者(本件では18歳未満の者)を題材としたチャイルドポルノビデオの販売及び移送をしたとして、18 USC § 2252(a)(1)及び(a)(2)(The Protection of Children Against Sexual Exploitation Act of 1977)違反罪で大陪審起訴された。公判裁判所は、被告人には本件少女が未成年者であることについて完全な認識があったのであるから18 USC § 2252(a)(1)及び(a)(2)違反罪の成立に欠けることはないとして被告人に12カ月の収監刑及び罰金10万ドルの有罪判決を下した。

控訴審で被告人は、第1、18 USC § 2252(a)(1)及び(a)(2)は少女の年齢に関する認識を要件としていないので文面違憲であり、第2、本件ビデオテープはチャイルドポルノではないから本件に18 USC § 2252(a)(1)及び(a)(2)を適用したのは適用違憲である旨を主張した。

この主張に対して、第九巡回控訴裁判所は、Thomas<sup>56)</sup>に照らして審理をやり直すよう求めて事件を差し戻した。

被告人は、差し戻し後の公判でも有罪が維持されたため、再度控訴を申し立てた。第二次控訴審で第九巡回控訴裁判所は、18 USC § 2252を文面違憲であるとし、公判裁判所のした有罪判決を破棄した<sup>57)</sup>。その理由付は次の通りである。同条の解釈には、Thomasの結論が拘束力を持つところ、Thomasでは、同条は作品中で行為する者が未成年者だとの行為者の認識を要件とはしていないと解釈されていた。然るに、合衆国最高裁判所のこの種事件の判例では、被告人に対象物の性質及び特徴に関する事実認識があることが求められているのであるから<sup>58)</sup>、この論理に従えば、合衆国憲法第一修正は、本件ビデオが制作された時点での少女の年齢が成人年齢に達していないという具体的事実に関する認識を犯罪成立の要件とすることを求めているのであり、したがって、この要件を欠き、この点についての証明を要件としていない同条は合衆国憲法第一修正に違反し違憲であるということである<sup>59)</sup>。

法文中の“knowingly”という文言が、「未成年者を使用すること」という文言に係るか否かの判断を求めて国側がした事件移送令状の申請が合衆国最高裁判所により認容された<sup>60)</sup>。

## 2. 法廷意見

Rehnquist首席裁判官執筆の法廷意見<sup>61)</sup>の要旨は次のようなものである。すなわち、第九巡回控訴裁判所の採る文法的に最も自然な解釈に従えば、“knowingly”は「被使用者が未成年者であること」という要件にはかからない。だが、この解釈からくる結論の異常さ及び様々な主観的要件が各刑罰法規に黙示的に含まれていると推測できること、並びに法律の解釈は重大な憲法問題が生じないように行われるべきであるとの前提からこの解釈を採ること

はできない。

“knowingly”が本条の各動詞のみを修飾するとすれば、包みの中身を知らないで移送等をする行為者の行為と包みの移送行為自体の認識を欠く者の行為とを議会は区別していたと結論せざるをえない。だが、この結論は奇異である。

さらに被告人の見解を採ると、性表現を中身とする映像表現物等を、それと知らずに移送等した者を処罰するというおよそ馬鹿げた結論となる。

そもそも、刑罰法規に広範な黙示的主観的要素が含まれていることは合衆国最高裁判所の先例においても認められている。合衆国の国家財産の横領等を禁ずる法律違反事件で *Morissette*<sup>60</sup> は、同法所定の犯罪が成立するためには被告人に横領等の事実行為に関する認識の他に具体的対象物が合衆国の財産であることの認識が要件となる旨判示して、コモンロー上の *mens rea* の解釈を踏襲し領得罪につき悪意 (*evil intent*) を要件とした。

また、食料切符に関する一定の行為を禁じる連邦法違反事件である *Liparota*<sup>61</sup> で、合衆国最高裁判所は “knowingly” が「使用する」などの動詞の他「法律で認められていないあらゆる態様で」という文言の双方にかかると読んでも憲法上の問題は生じないのだから、*Morissette* 原理に従って意図の要件は双方の犯罪成立要件にかかると判示し、無辜の者を罰することになるとの解釈に懸念を示した。

この結論は連邦銃規制法 (*The National Firearms Act*) 違反事件に関する *Staples*<sup>62</sup> で踏襲された。合衆国では、もともと銃を所持する権利が認められている。したがって、特定の銃の所持、すなわち、同事件ではマシンガンの所持が禁じられ、その所持に刑事罰が科されるときには、行為者に自己が所持する銃に、法律が規制対象としている銃機能が備わっていることの認識がなければならない。これが *Staples* の判示内容であった。

*Morissette-Liparota-Staples* の原理を本件に適用すれば、第1に、意図要件重視の例外とされる、いわゆる *public welfare offenses*、すなわち、たとえば行為者の認識とは無関係に被害者の実際の年齢によって犯罪の成否が決まる強姦罪のような *public welfare offenses* に本件は当たらない。第2に、主観的要素の有無が処罰の程度に影響するときには特に慎重な審理を要するという *Staples* の懸念が本件でも生じる。

*Morissette* に従えば、意図の要件は犯罪成立要件のすべてに及ぶのであり、*Morissette* を踏襲した *Staples* は、行為対象の物理的性質及び人が適法行為を行っているとの期待を判断根拠とした。本件にもこれと同じ基礎がある。けだし、18歳以上の者を題材とし、且つ猥褻に至らないものは合衆国憲法第一修正で保護されるからである。したがって、作品中で行為する者の年齢は犯罪行為と非犯罪行為とを分ける決定的要素である。

立法経緯に照らしても “knowingly” は「未成年者」という文言にかかると読むことができる。

1959年の *Smith*<sup>63</sup> で合衆国最高裁判所は猥褻本の中身に関して何等 *mens rea* を定めていなかった *California* 州法を合衆国憲法第一修正に違反すると判示した。合衆国議会は本法制定に当たりこの判断を熟知していた筈であり、仮にそうでなくても、合衆国最高裁判所の判断に照らせば違憲となる法律を合衆国議会が通すとは考えにくい。

1977年法では猥褻映像物等が規制対象であった。したがって、合衆国議会が *Smith* を知っていたとすれば、同法の “knowingly” が「猥褻な」という文言を修飾すると解釈す

る方が議会の立法意図にあっていない。

1984年法では「猥褻な」という文言が削られ、サブセクションに規制対象物の特徴及び中身が示された。チャイルドポルノ規制に狙いを付けたこの改正で合衆国議会は *mens rea* を削除してはいない。

委員会審議の過程からは “knowingly” の意味を行為者がポルノビデオの中で行為する者を未成年者であると認識していることを要件とする趣旨とも、また事実上このポルノビデオの中で行為する者が未成年者であることを訴追側が証明しなければならない旨の要件であるととれる。

だが、「猥褻」物については合衆国憲法第一修正の保護が及ばないこととの関係を考慮すれば、内容物についての認識を欠く単なる運搬人を処罰の対象からははずすことができれば、“knowingly” を一個の条文の特定文言に限定してかけて読む必要もない。

被告人は、また § 2251 (a) からは “knowingly” が削除されたのに、§ 2251 (c) に “knowingly” が残っていることを理由に § 2252 を § 2251 と同じように読めというが、§ 2251 と § 2252 とでは事情が異なる。

要するに、被告人が拠る所とする立法経緯には被告人の主張を支えるものはない。法律解釈では憲法問題を生じさせる解釈を採るべきではないというのが判例の立場である。したがって、“knowingly” は性表現物の中身とそこで行為する者の年齢に関する事実の双方にかかると読むべきである。

以上が法廷意見の骨子である。

### 3. Scalia 裁判官の反対意見

この法廷意見に対して Scalia 裁判官の反対意見がある<sup>69</sup>。その要旨は次のようなものである。

法廷意見が根拠としてあげるとの先例も、法廷意見に理論的基礎を提供してはいない。Staples と Gypsum<sup>70</sup> では議会が故意の問題を提起していなかったのに解釈原則として、意図要件は厳格に解釈して法律上の犯罪成立要件のすべてについて適用があるものだとの大雑把な立場を採用し、この立場を Morissette と Liparota は合衆国議会の意図が不明瞭であるにもかかわらず、再び採用した。法廷意見は解釈原則を法原則に変えてしまっている。

Thomas で第九巡回控訴裁判所は § 2252 の “knowingly” は映像表現物の内容が性的内容であるという事実及び作品中で行為する者が未成年者であるという事実のいずれの認識も要件ではないと解し、本件でもこの立場を踏襲した。だが、これは文法的には最も正しい。また、本件条文には文言の曖昧さの問題もない。

さらに、条文を素直に解釈した結果およそ馬鹿げた結果にいたるという状況もないので、いわゆる、*scrivener's error*<sup>71</sup> の問題も生じない。

立法経緯を見ても、法廷意見とは逆の意見を支える根拠こそあれ、法廷意見を支える決定的根拠は認められない。

だが、法廷意見はこの解釈を、第1に、文法的理由から、第2に、表現の自由の制限の点から採用できないとする。しかし、第1の点については法廷意見がみずから文法的制限を解いて、“knowingly” は客体の性質だけでなく作品中で行為する者の年齢の点にも及ぶとし

ながら、後者の要件には及ばないという立場を文法的理由から退けるのは異常である。第2の点については、たしかに、18歳以上の者が演じる性的映像表現物については猥褻に至らない限度で合衆国憲法第一修正の保護を受けるので、年齢についての認識の有無は犯罪の成否に影響する。だが、もとより第一修正の保護といってもこの種の表現物に対する保護の程度は他のそれに対する保護とは程度に差異があることは合衆国最高裁判所の先例が示している。むしろ、本条の狙いは子供を性的に不当に搾取する行為及び虐待行為を禁じる点にある。

この種の映像表現物の送り手と受け手を子供の不当搾取に加担したとして罰することで合衆国憲法が保護する活動を止めてしまうことになるなどの危惧はわたくしには無い。むしろ、この種の映像表現物の制作者に年齢の認識があったことを証明する方が困難である。本条の狙いは、同意があっても強姦罪の成立を認める法の狙いと同じであり、これを認めても第一修正の価値は全く害されない。

本条の“knowingly”の解釈は第九巡回控訴裁判所の解釈でよい。だが、ポルノを扱っていることの認識を欠く者を罰することになる限度では本条は違憲であると認めざるを得ない。しかし、それだからといって合憲となるように解釈すべきではない。結果として裁判所が法律を書き換えてしまうことになるようなことはしてはならない。

法廷意見がしたことは、問題となる法律をできる限り合衆国憲法に添うように解釈するという解釈原理を越えて本条を解釈したことだけではない。年齢の認識を言うことで、ポルノ産業の被害者たる子供を一層厚く保護する法律を制定しようとする議会の動きに水を差すような憲法上の疑義を生じさせたことである。

以上が Scalia 裁判官の反対意見の骨子である。

#### 4. United States v. X-Citement Video Inc.の意義

猥褻表現物の頒布等を禁じる法律違反事件では、当該性表現物が猥褻に当たることの認識、すなわち、猥褻性についての mens rea は猥褻表現物関連の犯罪成立要件とされて来ている<sup>60</sup>。そこで猥褻表現物の頒布・販売等で訴追された被告人は、問題となった物件の猥褻性について認識がなかった旨の主張を理屈のうえからは為しうることになる。だが、チャイルドポルノでは基本的視座がアダルトポルノの場合と根本的に異なることとなった。New York v. Ferber では、チャイルドポルノを犯罪とする議会の狙いがチャイルドポルノに子供が使われることで生じる子供の健康に向けられた生理的、情緒的、精神的害悪を止めることにあるときは、国が猥褻法の基準に縛られずに規制することが許される性表現物領域としてチャイルドポルノという領域があることが認められたことはすでに述べた。もし、18 U S C § 2252 (a) (1) 及び (a) (2) 所定の“knowingly”要件がチャイルドポルノの中で行為する子供の年齢に向けられていないと解釈され、そのため本条が当該行為者の年齢に関する mens rea を欠くという理由で違憲無効とされたならば、New York v. Ferber の哲学を基礎に改正された1984年法の狙いは完全に掘り崩されたことであろう。1984年法の狙いはこの合衆国最高裁判所の判断で確実に実現されることになると見てよい。

本判決の意義はこれに止まらない。法廷意見は強調した。憲法上の疑義を生じさせる解釈は行うべきではないと。United States v. X-Citement Video Inc. のもう一つの意義はここにある。裁判所が行う法律解釈は文字解釈であってはならない。第九巡回控訴裁判所の解

積にしたがえば、合衆国議会の狙いは実現できない。立法経緯等立法の背景事情を前提にした法発見こそが裁判所の果たすべき役割であることが再度確認されたことの意義は極めて大きい。

## V 結 論

合衆国におけるチャイルドポルノ禁止法の中身が明らかとなった。チャイルドポルノを禁じる法は猥褻表現物禁止法とその基本的狙いがまったく異なる。チャイルドポルノ関連犯罪では行為者に性表現物の猥褻性の認識は不要となったのである。したがって、その結果チャイルドポルノ関連犯罪で訴追された被告人に残された反証の基礎は自己にチャイルドポルノを扱う認識はなかった、すなわち、性表現物たる作品の中で行為する人物が未成年者であることの認識がなかった旨を主張すること以外にはなくなったのである。だが、この主張を証拠を示して支えるのは困難である。これは、いわば、Scalia 裁判官が狙う厳格責任の法構造と近似する<sup>70</sup>。だが、一定の客観的事情を状況証拠として提出することで、性表現物たる作品の中で行為する人物が未成年者であることの認識が被告人になかった旨の主張を認めないこととする反駁を許さない推定としての厳格責任を採用することは刑事裁判の基本原則である弾劾主義との関係で越えなければならない大きな問題が残る。

だが、子供を取り巻く性風俗環境の悪化は歩みを止めることはない。mens rea 要件を緩和すべきだとの提案もある<sup>71</sup>。しかし、“knowingly” 要件はそれ自体緩やかな mens rea 要件である。“knowingly” にさらに緩やかな mens rea 要件を読み込むのは解釈の域を出るのではないかとの疑念がある。法廷意見が示す“knowingly” の解釈には合理性がある。客観的にも未成年であることがおよそ分からない場合であれば、猥褻に至らない性表現を中身とする映像表現物等を制作する側にそのことを示す証拠の提出を求めてもその証拠提出責任は容易に果たしうるのであろう。そうでない状況であれば、むしろ、かかる映像表現物等の中で行為する者が未成年であることを行為者が知っていたと事実上の推定を働かせても弾劾主義には違反しない。

振り返って、わが国の状況はどうであろうか。猥褻の問いを依然として表現の自由の枠内で議論し、チャイルドポルノまでも猥褻性の範疇で捉えるわが国の法認識に再考の余地はないのであろうか。1982年、New York v. Ferber ではチャイルドポルノを「猥褻」から切り離して独立の保護対象に据えた。その根拠の一つにチャイルドポルノの宣伝から生じるチャイルドポルノの増幅と子供に対する性的虐待の激化が上げられていた<sup>72</sup>。

現在、わが国ではチャイルドポルノの宣伝ビラの投げ込みが社会問題化しつつある。ビラに刷り込まれた写真から、その被写体の人物の年齢が未成年であることが判明するという。さらに、そのビラの記述文言からもこのことが判明するという。United States v. X-Citement Video Inc. の基準に照らせば、チャイルドポルノビデオ制作者はいうに及ばず、この「ビラ」の制作及び頒布に関わった者も、合衆国であれば 18 U.S.C. § 2252 (a) (1) 及び (a) (2) 違反罪が成立し 10 万ドル以下の罰金又は 10 年以下の収監刑に処せられる。

この領域でのわが国の法状況には改善すべき点がある。The Protection of Children

Against Sexual Exploitation Act 類似の立法が、わが国でも早急に望まれる。また、この領域での未成年者の同意は違法性を阻却しない。これはわが国の現行刑法176条後段、同177条後段に定める13歳未満の者に対する処理の基本哲学である、いわゆる public welfare offenses の考え方に由来する。

未成年者が性風俗産業の素材資源とされないためにもチャイルドポルノを独立に規制する立法が急務であるのではなからうか。

### 注

- 1) 本稿は中央大学総合政策学部長渥美東洋教授が主宰する米国刑事法研究会（日本比較法研究所・中央大学）で筆者が報告した合衆国最高裁判所の判例をもとに、同研究会での議論を参考に執筆したものである。
- 2) See Ulrich C. Schoettle, Child Exploitation: A Study of Child Pornography, 19 J. Am. Acad. Child Psychiatry 289.
- 3) Id. at 290.
- 4) Id.
- 5) See S. Rep. No. 95-438(1977), U. S. Code Cong. & Admin. News 95th Cong. 2d Sess. 1978.
- 6) 報告書は Robin Lloyd の “For Money or Love: Boy Prostitution in America” から実状を伝え、“Torrid Tots”, “Night Boys”, “Lolita”, “Boys Who Love Boys”, “Children-Love” 等の雑誌での子供の性的搾取の実態が明らかにされた。See S.Rep.No.95-438 95th Cong., at 6; “Such magazines depict children, some as young as three to five years of age, in couplings with their peers of the same and opposite sex, or with adult men and women. The activities featured range from lewd poses to intercourse, fellatio, cunnilingus, masturbation, rape, incest and sado-masochism.”
- 7) See S. Rep. No. 95-438, at 4 (1977), U. S. Code Cong. & Admin. News 95th Cong. 2d Sess (1978), at 41.
- 8) この点を指摘するものとして、John C. Scheller, “PC peep show: computers, privacy, and child pornography”, 27 J. Marshall L. Rev. 989 (Summer '94). がある。
- 9) 458 U. S. 747, 102 S. Ct. 3348 (1982).
- 10) Id. at 750.
- 11) P. L. 98-292 [H. R. 3635].
- 12) 18 USC § 2251-2259.
- 13) 115 S. Ct. 464, 130 L. Ed.2d 372 (1994).
- 14) The Protection of Children Against Sexual Exploitation Act of 1977, Pub.L. No. 95-225, 92 Stat.7 (1978), codified as amended at 18 U. S. C. §§ 2251-2257 (1978).
- 15) See Pub. L. 98-292, § 4 (9), cited in Historical Note of 18 USC § 2252 (1984).
- 16) See id.
- 17) See Pub. L. 99-500 cited in Historical Note of 18 USC § 2252 (1996).

- 18) Obscene is defined as anything that is “[o]bjectionable or offensive to accepted standards of decency.” Black’s Law Dictionary 1076(6th ed. 1990). See also that “pornographic” is defined anything that is “of or pertaining to obscene literature; obscene; licentious.” Material is pornographic or obscene if the average person, applying contemporary community standards, would find that the work taken as a whole appeals to the prurient interest and if it depicts in a patently offensive way sexual conduct and if the work taken as a whole lacks serious literary, artistic, political or scientific value. Id. at 1161, *Miller v. California*, 413 U. S. 15, 24-25, 37 L. Ed.2d 419. すなわち、厳密には「猥褻」と「ポルノ」という概念とは同心円で重なりあう概念ではない。
- 19) The Child Protection Act of 1984, Pub.L.No.98-292, § 4(3), 98 Stat.204(1984) (codified as amended at 18 U.S.C. § 2252(1984)). 本稿に關係する限度で本条の該当部分を引用しておく。
- (a) Any person who -
- (1) knowingly transports or ships in interstate or foreign commerce by any means including by computer or mails, any visual depiction, if-
- (A) the producing of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct; and
- (B) such visual depiction is of such conduct;
- (2) knowingly receives, or distributes, any visual depiction that has mailed, or has been shipped or transported in interstate or foreign commerce, or which contains materials which have been mailed or so shipped or transported, by any means including by computer, or knowingly reproduces any visual depiction for distribution in interstate or foreign commerce or through the mails, if-
- (A) the producing of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct; and
- (B) such visual depiction is of such conduct;
- .....
- shall be punished as provided in subsection (b) of this section.
- 20) See S.Rep. No. 95-438, at 10 (1977), U. S. Code Cong. & Admin. News 1978, at 47.
- 21) See S. Rep. No. 95-438 95th Cong., 1st Sess. 6 (1977).
- 22) Id.
- 23) Id.
- 24) Id. なお、これ以外の実態についても、同記録に詳細である。参照されたい。
- 25) Id. at 5.
- 26) See S. Rep. No. 95-438, at 17 (1977), U. S. Code Cong. & Admin. News 1978, at 52-53.
- 27) H. Rep. No. 95-536 98th Cong., 1st Sess. 1 at 1(1994).
- 28) 458 U. S. 747, 102 S. Ct. 3348(1982).
- 29) N. Y. Penal Law, Art.263 (McKinney 1980).
- 30) 74 A. D. 2d 558, 424 N. Y. S. 2d 967 (1980).
- 31) 52 N. Y. 2d 674, 439 N. Y. S. 2d 863, 422 N. E. 2d 523 (1981).
- 32) 52 N. Y. 2d, at 681, 439 N. Y.S. 2d, at 866, 422 N. E.2d, at 526.

- 33) 454 U. S. 1052, 102 S. Ct. 595, 70 L. Ed. 2d 587 (1891).
- 34) Burger 首席裁判官、Powell、Rehnquist、O'Connor の各裁判官参加。なお、Blackmun 裁判官の結論賛成の補足意見、O'Connor 裁判官の補足意見、Brennan 裁判官の理由付に関する補足意見 (Marshall 裁判官参加)、Stevens 裁判官の理由付に関する補足意見がある。
- 35) Miller v. California, 413 U. S. 15, 24-25, 37 L. Ed. 2d 419.
- 36) 102 S. Ct. 3348, at 3354-3358.
- 37) 州及び法律の詳細は 102 S. Ct. 3351 n.2.
- 38) Child Protection Act of 1984 Sec. 4 (3).
- 39) Child Protection Act of 1984 Sec. 4 (1), (2).
- 40) See Paul Furman, United States v. X-Citement Video : The Pariah Opinion, 15 Loy. L. A. Ent. L. J. 85, at 86.(1994).
- 41) See Chaplinsky v. State of New Hampshire, 315 U. S. 568, 62 S. Ct. 766 (1942).
- 42) 315 U. S. 568, 62 S. Ct. 766 (1942).
- 43) Id. at 571, 572. See also 62 S. Ct. at 769.
- 44) 354 U. S. 476, 77 S. Ct. 1304 (1957).
- 45) 413 U. S. 15, 93 S. Ct. 260 7(1973).
- 46) (1) The basic guidelines for the trier of fact must be : (a) whether "the average person, applying contemporary community standards" would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest ; (b) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; and (c) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value. id. at 24.
- 47) See S. Rep. No. 95-438, at 17 (1977), U. S. Code Cong. & Admin. News 1978, at. 52, 53.
- 48) 18 U. S. C. § 2252 (1984).
- 49) The Communications Act of 1934. 47 U. S. C. 223 (b).
- 50) 57 U. S. L. W. 4920 (U. S. June 23, 1989).
- 51) Id. at 4923.
- 52) See S. Rep. No. 95-438, at 11-12 (1977), U.S. Code Cong. & Admin. News 1978, at 48-50.
- 53) 115 S. Ct. 464, 130 L. Ed. 2d 372 (1994).
- 54) Id.
- 55) Brief for Petition at 4, United States v. X-Citement Video Inc., 115 S. Ct. 464 (1994) (No. 93-723).
- 56) United States v. Thomas, 893 F. 2d 1066 (CA9), cert. denied, 498 U. S. 826 (1990).
- 57) 982 F. 2d 1285, 1288-1289 (CA 1992).
- 58) 982 F. 2d, 1290, citing Smith v. California, 361 U. S. 147 (1959) ; New York v. Ferber, 458 U. S. 747 (1982) ; and Hamling v. United States, 418 U. S. 87 (1974).
- 59) 982 F. 2d, 1291.
- 60) 510 U. S.- (1994).
- 61) J. Stevens, J. O'connor, J. Kennedy, J. Souter, J. Ginsburg, J. Breyer が参

加。

- 62) *Morissette v. United States*, 342 U.S.246(1952).
- 63) *Liparota v. United States*, 471 U.S.419(1985).
- 64) *Staples v. United States*, 511 U.S.-(1994).
- 65) *Smith v. California*, 361 U.S.147(1959).
- 66) Thomas 裁判官参加。
- 67) *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U. S. 422 (1978).
- 68) 立法技術上の瑕疵。ここでスカリーヤ裁判官が念頭に置いた *scrivener's error doctrine* の必要条件とは本来狙いとされた立法意図が明白であるが、表現方法が不適切であるため内容に曖昧さがある場合に解釈でその法律の適用範囲を限定するというものである(63 US LW 4019, at 4024)。
- 69) *Smith v. California*, 361 U. S.147, 4 L. Ed. 2d 383, 80 S. Ct. 399 (1959). Smith では書籍頒布者にその書籍の内容に関する認識の有無を問うことなく猥褻書籍の所持を理由に書籍頒布者を訴追することは合衆国憲法第一修正に違反すると判示された。mens rea を欠く猥褻表現物規制法は合衆国憲法第一修正に違反するので文面違憲だとされたのである。
- 70) See Laurie L. Levenson, "Good Faith Defenses : Reshaping Strict Liability Crimes" , 78 Cornell L. R. 40 1(1993) ; Genevra Richardson, "Strict Liability for Regulatory Crime : the Empirical Research" , Crim. L. R.295(1987).
- 71) Christina Egan, " Level of Scierter Required for Child Pornography Distributors : The Supreme Court's Interpretation of 'knowingly' in 18 U. S. C. § 2252." (Supreme Court Review), 86 J. Crim. Law & Criminology 1341(Summ.1996).
- 72) *New York v. Ferber*, 102 S. Ct. 3348, 3357.

[付記]本小稿は、平成8年度放送大学特別研究費による研究の一部である。

(平成8年11月25日受理)