

《 論 説 》

思想の自由とわいせつ表現の規制

宮原 均

序 論

内心の絶対的保障とその社会生活における意義

日本国憲法19条は「思想及び良心の自由はこれを侵してはならない。」と規定し、この自由には、絶対的保障が及ぶとされる。その内面に懐いている思想等（以下、「内心」という。）が、たとえ社会常識や多数派の支持しているところとは異なっても、国家権力がこれに立ち入り、その内容自体を理由として不利益を及ぼし、あるいは、強制的にこれを変更することはできない⁽¹⁾。個人の尊厳を究極の価値とする日本国憲法にあって、個人の内心は人格の核心として、これへの介入は許されず⁽²⁾、更には、内心が内面にとどまっている限りにおいては、他者や社会に影響が及ぶことはない、というのがその主な理由である⁽³⁾。

もっとも、このような一般論については疑問の余地はないとしても、その保障が現実・具体的にいかなる範囲に及び、いかなる内容を有するかについては、なお、検討の余地があるように思われる⁽⁴⁾。

まず、内心が内面にとどまっているならば、その内容は本人以外が知ることはできず⁽⁵⁾、これを他者が認識できるようにするためには、言語を中心とする表現行為を媒介としなければならない⁽⁶⁾。内心への干渉の第1歩は、その内容を引き出すために、何らかの表現を強制することからはじめられる⁽⁷⁾。こうした強制は、精神の領域におけるプライバシー、また、消極的表現として沈黙の自由への侵害という問題を提起することになろう（この意味で、思想・良心の自

由（憲法19条）と表現の自由（同法21条）は密接な関係がある）。

内心の絶対と情報提供・行為の義務づけ

しかしながら、他者・社会との密接な関わりを必要とされる現代社会において、個人が、その内心を一切開示することなく生活することはほとんど不可能であろう。現実の法制度においても、例えば、公正な裁判の実現のための証言義務（民事訴訟法190条以下、刑事訴訟法143条以下）、あるいは行政の円滑・公正な遂行のための報告義務等（道路交通法72条1項）が規定されている。もしも、思想の自由の絶対性を貫徹しようとするれば、これらの義務は違憲・無効とされよう。そこで、内心の開示を求める現実の必要性に鑑み、その強制にはいかなる方法が用いられるべきか、その妥当性について議論がなされている⁽⁸⁾。

更に、内心への干渉及びその正当化については、こうした内心の強制的な開示だけでなく、意に反する一定の行為の強制、又は一定行為に対する制裁、という形でも問題になる⁽⁹⁾。前者の例としては、国旗への敬礼や国歌の斉唱等の例を挙げることができ、これらの行為の強制は、これを拒否する内心との軋轢をもたらし、又はその行為の内心への肯定を強制することになるのではないか等の問題が提起される⁽¹⁰⁾。

表現的行為と物理的行為との区別

ところで、内心と結び付く外部的行為には様々なものがあるが、大きく言って、物理的行為と表現的行為の2つに分けられるように思われる。前者には、殺人、傷害、放火等の、他者・社会に対して、直接に、現実・物理的に影響するものも含まれる。後者は、一定の思想・思考を表示する行為、通常、表現の自由としてカバーされるものである⁽¹¹⁾。両者ともに、内心によって支えられ、行為への規制が内心に影響する点では共通しているが、前者の場合、いかなる内心に支えられようとも、その物理的な実行行為によって他人を不当に害する場合には、これを自由に許すことはできない⁽¹²⁾。

他方、後者は、個人の内心を外部に表示する行為であり、物理的に外部に影

響するというよりも、その思想・思考の表示にとどまるのが通常である⁽¹³⁾。そこで、憲法19条の保障を絶対と考えるならば、その及ぶ範囲は外部への物理的作用ではなく、個人の内心の表示行為に限定されるように思われる。そのための通常的手段である表現行為については、憲法21条が「一切の表現の自由」を保障すると規定しているところからも、平仄が合うところであろう⁽¹⁴⁾。これに対して、物理的な外部行為については、その規制によって、これを支える思想等に間接的、付随的に制約は及ぶものの、憲法19条の解釈に関する限りは、少なくともその絶対的保障という観点からは、保障の対象外となろう（こう考えたからといって、表現行為に絶対的な保障が及ぶとはいえない。侮辱や名誉毀損等は、物理的ではないが精神的に直接に他者を害している点を考えれば、その規制は当然といえよう）。

物理的行為に基づく表現行為

このように、内心への間接的影響という点では共通するものの、行為を、表現的行為と物理的行為との2つに区別して考察することには、憲法19条との関係では大いに意味があるといえる。しかしながら、事はそれほど単純ではない。表現行為には様々な形態のものがあり、単なる言論によるばかりでなく、これ以外の物理的作用を用いて内心をアピールする場合がある。象徴的行為（シンボリック・アクション又はスピーチ・プラス）といわれる行為である⁽¹⁵⁾。

この場合、物理的行為ではあっても、その目的とするところは、一定の思想を外部に鮮烈に印象づけることであり、したがって、行為のもたらす一般公衆への危険性等に着目してこれへの規制・制裁を行ったとしても、内心そのものへの制約に直結する。この場合、物理的行為に着目して規制がなされているのか、それともその行為を手段とした、政策批判等の思想に着目して規制がなされているのか、検討することが必要になろう⁽¹⁶⁾。

わいせつ表現物の単純所持と内心の自由

以上、憲法19条に基づく内心の絶対的保障とこれと密接に結びつく行為への

規制に関する問題点を指摘したが、同様の問題はアメリカにおいても生じている。合衆国憲法においては、内心の自由を保障する直接の規定は存在しないが、言論の自由を保障する修正1条の解釈として、思想・思考といった内心の自由が保護されていると理解されている⁽¹⁷⁾。そして、日本におけると同様に、内心と外部的行為への規制の問題として検討されている。

その1つとして、わいせつ表現規制の問題がある。その表現がわいせつとされ、一般公衆に伝達することが犯罪となっている場合でも、その表現物を、自宅のプライバシーにおいて個人的に鑑賞する限りにおいては、その自由が保障されるという考え方がある（プライバシーという言葉は多義的な意味をもつと思われるが、本稿においては、住居等空間に関する個人の領域、という意味で用いている。別の意味が適当である場合には、その都度確認する）。その根拠の1つとして挙げられるのが、「思考」の自由である。個人は自由な思考によって内心を形成し、そのためには、いかなる書籍等の表現物に接するかは、自らが自由に決定できなければならない。それにもかかわらず、その選択された表現物をわいせつであるとして規制するならば、何を鑑賞すべきかを国家権力が決定し、ひいては人民に対する洗脳を許すことになるというのである（*Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969)）。

このような、わいせつ表現物の単純所持規制（販売目的によらない所持の意味でこの言葉を用いる）について、合衆国最高裁判所（最高裁）は、合衆国憲法修正第1条の解釈として、個人の内心と外部的行為がもたらす影響を考慮しながら検討してきた。当初は、単純所持・自己鑑賞によって形成される内心への保護を重視してきたが、次第に、その行為が、個人の内面にとどまらず、社会にもたらす影響について認識されるようになり、その規制をいかなる理由からどのように行うか、模索されるようになった。そして、この問題は更に発展して、わいせつ表現から派生してはいるものの、これとは区別されるべきチャイルド・ポルノの規制の問題に発展しているのである。

そこで本稿では、主としてわいせつ表現物の規制をめぐる展開された内心と行為に関する最高裁の判例の流れをフォローし、内心の自由とその外部的行

為との関連性を明らかにし、内心の自由の範囲を考察したい。そこで、まず、この問題を最初に提起したと思われるスタンレー事件 (1969年) (Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969)) を紹介しよう。この事件では、わいせつ表現物の単純所持を規制することが、州による個人の内心への立入、洗脳につながるとして、修正1条等を根拠に違憲と判断された。

第1章 わいせつ表現物の単純所持規制と内心の自由の保障

わいせつ表現物への単純所持規制と政府による内心のコントロール

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

事実の概要

ノミ行為の証拠収集のために令状に基づく捜索がなされたが、その際に被告人の自宅2階にあった机の引き出しから8ミリフィルム3巻が発見された。捜査官が、それらを2階の寝室にあったプロジェクターを用いて閲覧したところ、わいせつ表現物であった。ジョージア州法 (本法) は、故意にわいせつ表現物を所持することを禁止・処罰しており、被告人はこの規定に基づき起訴された。州は、Roth v. U.S. 354 U.S. 476 (1957) を根拠として、わいせつ表現物は憲法上の保護の範囲外であると主張し、原審は、被告人の有罪を支持した⁽¹⁸⁾。しかし、最高裁は、対象となる表現物の内容の妥当性と、その私的所持を処罰することとは別問題であるとした⁽¹⁹⁾。

判 旨

幸福追求と内心の保護

「憲法の創設者は、幸福追求のためにふさわしい状況を確保しようとした。彼らが認識したのは、人間の有する精神、感覚、知性の重要性である…彼らがアメリカ人に保障しようとしたのは、その信条、思考、感情そして感覚である。彼らが、政府に対抗するものとして与えたのは、1人で放っておいてもらう権利であり、この権利は、最も包括的で、文明人にとっては最も価値のある権利である」。Stanley, 394 U.S. at 564.

わいせつ表現物の規制と自宅における表現物鑑賞の自由

「本件のフィルムをわいせつ表現物としてひと括りにできるとしても、修正 1 条…によって保障された個人の自由への過激な侵入を正当化するには十分ではない…自宅に 1 人である間に、いかなる本を読み、又はいかなるフィルムを鑑賞すべきかを決定するのは、州の役割ではない…公衆のモラルに反する考え方を世間一般に伝播させないようにする、いかなる権限が州において存在しようとも、個人が私的に懐く思想をコントロールすることが望ましいとの前提に基づく立法は、憲法上認められない」。 *Id.* at 565–66.

この事件では、わいせつ表現物の単純所持は、憲法による保護を受けるのが問題となった⁽²⁰⁾。この点について直接保障する、憲法の明文規定は存在しないが、最高裁は、憲法の創設者は、幸福追求の前提として、思想・思考・感情等の個人の内心に価値を置いており、その保護のためには「1 人で放っておいてもらう権利」が認められることが重要であるとした。

その結果、州には、個人が自宅でいかなる表現物を鑑賞するかを決定し、その者の心をコントロールする権限は認められない、たとえ、鑑賞されている表現物が、公衆のモラルに反し、その伝播を防止するための措置をとる権限が認められているとしても、とした⁽²¹⁾。すなわち「書籍又は動画の単純所持は、たとえそれらがわいせつであろうとなかろうと、州によって犯罪とすることは修正 1 条に反して許されない」としたのである。 *Id.* at 568–69 (Black, J. concurring).

このように、最高裁は、個人の内心は州によって侵害されてはならず、内心の自由は、個人が鑑賞する表現物の選択等を個人に委ねることによって、保障されるとした。しかしながら、表現物の単純所持といっても、自宅で制作しない限りは、それらは何らかの形で外部から自宅に入ってくるはずである。全く同じ表現物であっても、自宅外での伝播や流通過程においては規制の対象となり、いったん自宅に入り、そこに有りさえすれば規制を免れる、とする点はどうであろうか。また、この判旨の力点は、内心の自由一般についての保障に置

かれているのか、それとも自宅という空間のプライバシーの保護にあるのか⁽²²⁾、前者のように見えるが、後者を重視しているようにも見える⁽²³⁾。

この点については、わいせつ表現物の単純所持への保護は、それらが自己鑑賞目的において、輸入され又は郵送する等、社会と接点を生じた場合においても、同様に考えられるのか、という形で検討されていくことになる(同様の問題は日本においても提起されている。最一判平成7年4月13日刑集49巻4号619頁、この事件の判評として常本照樹「もぎたて判例紹介—憲法」法学セミナー40巻11号81頁(1995年))。最高裁は、内心の自由を自宅というプライバシーの空間に限定して保障していく方向を示していくことになる。まず、税関検査の場面で生じた事件を紹介しよう。

自宅におけるわいせつ表現物の単純所持と輸入との区別(1)

United States v. Thirty-Seven (37) Photographs, 402 U.S. 363 (1971)

事実の概要

Aはヨーロッパから帰国した際に、バックの中に37枚の写真を所持していた(この写真は、多くの性的体位を描写するハードカバー本、カーマ・ストラの中に取り込まれることが意図されていた)。合衆国の税関職員は、それらをわいせつ表現物であるとして押収し、ディストリクト・コートにおいて没収の手続がとられたが、Aは、これらの写真はわいせつ表現物に該当せず、19 U. S. C § 1350 (a) (本法) は、文面上及び適用上違憲であると主張した。すなわち、本法においては、いかなる者も、外国から合衆国にわいせつな書籍、フィルム等を持ちこむことが禁止され、ただし、文学や科学的価値が認められた古典で、かつ非営利目的である場合には、財務長官の裁量により、持込みを認めることができる、とされていた。

原審は、本法は違憲であると宣言し、37枚の写真の返還を命じたが、最高裁は、破棄・差戻しの判断をした。

判 旨

「事実審裁判所は、スタンレー事件（1969年）において、自宅のプライバシーでは、わいせつ表現物に接し、及びその目的でわいせつ表現物を受け取る権利は少なくとも保護されていると理解した。それ故に、商業的な頒布と共に、自己鑑賞目的でわいせつ表現物の海外からの持込みを禁止している本法は、過度に広範で違憲であると判断した… [しかしながら] スタンレー事件（1969年）においては、自宅におけるわいせつ表現物の所持を理由とする起訴は認められなかったが、このことは有害な物資を商業活動から排除しようとする議会権限の行使から自由に、外国からそれを輸入する権利が有るということを意味しない。スタンレー事件（1969年）で強調されたことは、自宅のプライバシーにおける思考と信条の自由についてである。税関は、旅行者の自宅ではない」。*Stanley*, 402 U.S. at 375-76.

この事件では、スタンレー事件（1969年）の判断が限定的にとらえられている。結論からいえば、わいせつ表現物の単純所持の問題は、自宅という空間のプライバシーを重視して考察されるべきとした⁽²⁴⁾。このことは、「税関は、旅行者の自宅ではない」との判旨において、明確に示されている。

このように、自宅の内・外という観点から、わいせつ表現物の憲法上の取扱いを区別することは、非常に明快でわかりやすい⁽²⁵⁾。しかしその反面、スタンレー事件（1969年）で提起された、より根底にある問題はやや置き去りにされているように思われる。すなわち、自らの内心を形成し、そのために何を鑑賞するかは個人に委ねられるべきで、この決定への干渉は州による洗脳をもたらすと指摘に関しては、十分には答えられていないように思われる。わいせつ表現物の単純所持が許されるならば、これを目的とする自宅への持込行為は、その重要な手段として憲法上の保護を受けるのではないかと問われるところであろう。

この点を指摘しているのが、ブラック裁判官である。「修正1条によって、連邦議会が検閲者として活動し、市民がどのような本を読み、いかなるフィル

ムを鑑賞するかを決定する権限は認められていない…そうした表現物は、海外において適法に購入されたならば、税関通過後、自宅で読むことができるのは当然である。自己鑑賞目的で持ち込む行為は、自宅で個人的に読むことと同様に、他者にとってほとんど害をなさない。自宅において読み、鑑賞する権利の中に、入国時にカバンの中において私的にそれらを運ぶことが含まれないならば、その権利は空疎なものになってしまう」。 *Id.* at 379–381 (Black J., *dissenting*).

ブラック裁判官の意見は、自己鑑賞という目的のための手段として、自宅等への持ち込み行為の重要性を指摘し、後者を規制すれば、前者の内容は空疎化するとしている(ブラック裁判官は端的に「市民が、自宅のプライバシーにおいてわいせつ表現物を所持する権利があるならば、郵便により任意にわいせつ表現物を受け取る権利があるはずである」と述べている。 *Id.* at 381.)。しかしながら、持ち込みの段階で有していた目的一単純所持・自己鑑賞目的一は、その後も堅持されるのかという疑問が生じる。容易に商業目的に転化されうるし、又これを阻止することも困難である⁽²⁶⁾。そこで、本法は、その持ち込みの段階では若干の抗弁事由はあるものの、一律にこれを規制し、最高裁も憲法上の保護は、単純所持そのものに限定されるとしたと考えられる。

しかし、ブラック裁判官は、こうした多数意見の考え方に対して、手段の広範さ、いわゆる *overbreadth* 理論の観点から、批判している。「自己鑑賞を目的とするわいせつ表現物の国内持ち込みを禁止しても憲法に違反しないのは、それらが最終的に商業的に頒布されてしまうことを防止するために規制が必要であるということが、相対多数意見によって暗黙のうちに認められているからである。商業的頒布の意図を証明することは大変に困難である…商業的頒布の可能性を阻止するために、すべての国内への持ち込み行為を禁止できるとする考え方は、当裁判所の多くの判断を無視している。すなわち、修正1条の自由に関わる法律は、修正1条が保護しようとしている表現を窒息させないように、正確に、限定的に規定されなければならない」。 *Id.* 381–82. このブラック裁判官の意見は、表現の自由規制立法には厳格な審査基準が用いられるべきということであり、手段は、目的達成のために最小限度であるべきとの考え方に通じるも

のと理解できる。

しかしながら、審査基準を含めた審査方法という観点については、別の見解も示されている。すなわち、具体的審査制において、訴訟当事者はどのような憲法上の争点を提起できるのかが問われる。本件の訴訟当事者 A は、商業目的で写真を持ち込もうとしたのであり、その結果、自己鑑賞目的で持ち込もうとした者が訴えを提起した場面を想定して、本法に修正 1 条違反があるかを裁判所に判断させることができないのではないかということである。「[本法は] 少なくとも商業目的でのわいせつ表現物の国内持込みを規制対象としていることは争いがない…本件の表現物が、商業目的で持ち込まれたことについては、当事者双方が認めている。そこで、[A は] 自分の行為が、法律の規制の範囲に該当することを意図していなかったと主張することはできない…現に存在する事件の判断にとって必要ではないならば、憲法問題の解決は回避されるべきとの政策の方が明らかに上回っているように思われる」。Id. at 377-78 (Harlan, J., concurring in the judgment).

この見解は、いわゆる争点適格 (standing to issue) の問題として、第三者の権利援用が認められるかという観点から、消極的な判断を示したものと考えられる⁽²⁷⁾。同様の見解はスチュワート裁判官の意見においても示されている。「修正 1 条は、商業的な頒布を目的に持ち込もうとしたわいせつ表現物を、税関のところで押収することを妨げていない…しかし、本件においては…私は、政府が純粋に自己鑑賞目的を意図した文書を押収することが適法であるかに関しては判断しようとは思わない」。Id. at 378-79 (Stewart J., concurring in the judgment).

以上のように、この事件においては、内心の自由及びその形成のための手段としての書籍選択の自由等については、十分に検討されていない。その理由は、本件の当事者が、商業目的により、わいせつ表現物を持ち込もうとした事例であったため、事件解決に必要な限りでの憲法判断という観点からすると、単純所持を目的とする持込みが修正 1 条によって保障されているかについては必ずしも十分に明確にされていない、と見ることもできよう。その意味で、自

己鑑賞目的・単純所持に関して下したスタンレー事件(1969年)の考え方をこの事件にあてはめることが適切であったのか、という問題点も残る⁽²⁸⁾。

しかしながら、最高裁はその後の判決の中で、自己鑑賞目的でのわいせつ表現物の保護は、あくまで自宅というプライバシーにおいて限定されるとの考え方を明確にしていくようになる。これについて、動画フィルムをメキシコから持ち込もうとしたことが問題となった12,200フィート・リール事件(1973年)(*United States v. 12200-Ft. Reels of Super 8 mm Film*, 413 U.S. 123 (1973))を紹介しよう⁽²⁹⁾。

自宅におけるわいせつ表現物の単純所持と輸入との区別(2)

United States v. 12200-Ft. Reels of Super 8mm Film, 413 U.S. 123 (1973)

事実の概要

原告は、動画フィルムなどをメキシコから持ち込もうとしたが、税関職員によってこれらはわいせつ表現物であるとされ、押収・没収の対象となった。19 U.S.C. § 1350 (a) (本法)は、いかなる意国からも、合衆国にわいせつな書籍やフィルムを持ち込むことを禁止すると規定していたが、原審は、本法が文面上違憲であるとして、没収の申立てを棄却した。

判旨

「国境における輸入の規制…は、国内規制とは異なる考慮、及び異なる憲法上のルールに基づかれている。連邦議会は、憲法によって、外国との通商について規制を行う広範で包括的な権限を与えられている」。 *Id.* at 125.

「スタンレー事件(1969年)が根拠としているのは、わいせつ表現物を購入し、又はこれを所持する権利が修正1条によって認められているということではなく、自宅のプライバシーに関する権利である…自宅のプライバシーにおいてわいせつ表現物を所持する権利が認められ、その結果、そうした表現物を他国から入手し、又は輸入する権利が創設されたとする原告の見解は、スタンレー事件(1969年)において、その輪郭が正確に限定的に示されたプライバシーの権

利について、誤解するものである」。 *Id.* at 126-27.

「スタンレー事件（1969年）の…考え方を、それが、もっぱら私的な鑑賞を目的とするからといって、わいせつ表現物の輸入行為を許容することまで及ぼそうとは考えない。もしもそのような主張を許すことがあれば、禁止されている、又は管理されているドラッグの輸入を、それが一般公衆への頒布又は販売ではないならば、政府はその許容を強いられうることになる」。 *Id.* at 128.

「スタンレー事件（1969年）においては、外国に行き、自己鑑賞目的でわいせつ表現物を輸入することは認められていない。そこで強調されているのは、自宅におけるプライバシーにおける思考及び心の自由である。税関は旅行者の自宅ではない」。 *Id.* at 128-29.

この事件で最高裁は、スタンレー事件（1969年）においては、自宅という場所に関するプライバシーを重視した上で、何を鑑賞するかについて政府が干渉することは許されない、とした。自宅の中での鑑賞行為と、その対象となる表現物の輸入行為との間には、厳然たる境界線が存在することを示した判決といえよう。その結論自体は明確である。

しかしながら、スタンレー事件（1969年）において提起された問題、すなわち何を鑑賞するかの決定は個人に委ねられ、それによって内心の自由な形成が可能になる、については必ずしも十分には検討されていないように思われる。自宅であろうと、海外からの輸入品であろうと、それを鑑賞することが妨げられる点においては変わりがないからである。しかしながら、最高裁はその後の判例においても、スタンレー事件（1969年）において保護されたのはわいせつ表現物の単純所持に限定されたとし、自宅のプライバシー外での輸送や郵送にはこの保護は及ばないと考え方を維持していった。次に、わいせつ表現物の郵送が問題になったライデル事件（1971年）（*United States v. Reidel*, 402 U.S. 351 (1971)）を紹介しよう。

自己鑑賞目的と郵送

United States v. Reidel, 402 U.S. 351 (1971)

事実の概要

18 U.S.C. § 1461 (本法) は、わいせつ表現物の郵送を禁止していたが、希望する成年者へのわいせつ表現物の郵送に適用された場合、本法は違憲となるかということであった。被上告人は「輸入されたポルノグラフィについての真実」と題するブックレット1部を郵送したことを理由として起訴された。原審は、被上告人の行為は憲法上保護されており、本法は被上告人に適用される限りにおいて、違憲であるとした。最高裁はこれを破棄した。

判 旨

「[ロス事件 (1957年) (Roth V.U.S, 354 U.S. 476 (1957)) において] 最高裁は、わいせつ表現物は、憲法上保護された言論又は出版の範囲にないと判示した…ロス事件 (1957年) は判例変更されてこなかったし、依然として当裁判所の法として本件を支配している… [スタンレー事件 (1957年) において] 最高裁は…わいせつ表現物の私的な所持というだけでは犯罪とすることは憲法上許されないと判断したが、ロス事件 (1957年) の判断を変更していないし、混乱させてもいない…州は、わいせつ表現物を規制する広範な権限を有するが、この権限は、自宅のプライバシーにおける個人の所持には及んでいない」。 *Id.* at 354.

「[原審は] その社会的価値を考慮することなく、情報や思想を…受け取り、所持する権利が保障されているならば、その表現物を伝達してもらう権利も有していなければならない…わいせつ表現物が、未成年者にも、これを希望していない公衆にも向けられていないならば…本法の適用は正当ではないとした… [しかし] スタンレー事件 (1969年) において言及されている、情報を受領する自由の範囲がいかなるものであるにせよ、わいせつ表現物のやり取りを免責するほどまでにまでは広くはない…スタンレー事件 (1969年) で主張されていた権利は、自分の希望する表現物を読み、鑑賞する権利であるが、この権利は、自宅のプライバシーにおいて、知的及び感情的な需要を満たす権利である」。 *Id.*

at 355.

「我々の憲法上の全財産は、人の心をコントロールする権限を政府に認めてしまふことに反対するということである。この文言の中心は、心と思考の自由及び自宅のプライバシーにあり…わいせつ表現物を伝達し、又は販売する憲法上の権利を創設し、又は認識することではない」。Id. at 356.

この事件ではわいせつ表現物の郵送が問題になっているが、郵送先においてそれらが単純所持されるのか、それほど明確になっていない。しかしながら、最高裁は、スタンレー事件（1969年）の射程範囲と郵送との関係について詳細に論じている。まず、一般論として、わいせつ表現を規制する権限が州にあり、わいせつ表現物には憲法上の保護は及んでいないことを確認した。次に、たとえその表現物に憲法上の保護が及んでいないとしても、それを、自宅におけるプライバシーにおいて所持することには、憲法上の保障が及ぶとしたのがスタンレー事件（1969年）であるとした。更に、スタンレー事件（1969年）においては、その社会的価値に関わりなく、情報を自宅で受け取る権利について言及されているが、その権利は、少なくとも情報を伝達してもらう権利を含むものではないとした⁽³⁰⁾。

最高裁は、原審で示された考え方に丁寧に答える形で判断を示している。原審は、スタンレー事件（1969年）において、わいせつ表現物の単純所持に憲法上の保護が及ぶとした、その前提にあるのは、情報を受け取る自由（仮に情報受領権とする）であるとし、その自由が意味をもつためには、情報伝達の自由が表裏となっていなければならない、この意味で郵送は憲法上の根拠を有すると判断した⁽³¹⁾。しかし、最高裁は、この考え方はスタンレー事件（1969年）の範囲を超えているとした。

まず、この情報受領権について、スタンレー事件（1969年）では次のように言及されている。「憲法は、情報及び思想を受け取る権利を保護している…この権利は、情報等の有する社会的価値いかにに関わりなく、我々の自由社会にとって基本的なものである。更に、本件のように、表現物を個人の自宅のプラ

イバシーにおいて所持していたことだけを理由に起訴されている場合に、この権利には更に付け加えられるべき方向性が認められる」。Stanly, 394 U.S. at 564.

原審は、その社会的価値を考慮することなく、情報や思想を受け取り、所持する権利が保障されているならば、その表現物を伝達してもらう権利もあわせて保障される必要があるとした。しかしながら、最高裁は、自宅というプライバシーにおいて、自分の希望する書籍等をその社会的、法的評価を懸念することなく、鑑賞する自由を保障するにとどまり、それらを自宅外でやり取りすることまでは保障されていないとした⁽³²⁾。最高裁の懸念するところが、個人の鑑賞の対象を州が決定することによってもたらされる内心のコントロールから、個人の自宅におけるプライバシーへの干渉、という観点に力点が置かれるようになってきたことがうかがえる。

同様の判断は、わいせつ表現物を飛行機により州際を移動させる場合にもあてはまるとされたのが、オリート事件 (1973年) (United States v. Orito, 413 U.S. 139 (1973)) である。

わいせつ表現物の航空機輸送

United States v. Orito, 413 U.S. 139 (1973)

事実の概要

被告人は、サンフランシスコからミルウォーキーまで、公共の飛行機を利用して83巻のわいせつフィルムを故意に輸送したとして、18 U.S.C. § 1462 (本法)に基づいて起訴された。原審は、本法は、わいせつ表現物の輸送に関し、その目的を区別することなく規制しており、過度に広範であると判断した。

最高裁は破棄・差戻した。

判 旨

「憲法は自宅のプライバシーに特別の保護を及ぼしている…しかしながら、成人向けに一般公開している商業劇場でわいせつフィルムを鑑賞すること…又は州際通商において公共の事業者 common carriers によりそうしたフィルムを輸

送することに対しては、特別な配慮はなされない…最高裁は、一貫して自宅の外でのわいせつ表現物の憲法上の保護を拒否してきた」。 *Id.* at 142-43.

「(a) わいせつ表現物は修正 1 条の下では保護されていないこと… (b) わいせつ表現物の商業的流通を防止し、商業環境を保護しようとすることは政府の正当な利益であること… (c) 憲法上保護されたプライバシーが問題になっていないこと…これらの条件が整っている場合には、わいせつ表現物の輸送が、私的な輸送方法 *private carriage* によりなされ、又は輸送者が私的な鑑賞を意図しているからとあって、それらの州際輸送を連邦が包括的に規制することを憲法が禁止しているとはいえない」。 *Id.* at 143.

「自宅にある表現物は、通常は私的なままに維持される傾向があるが、いったんその場を移されると、輸送者の明示した意図にかかわらず、これとは逆の傾向をもつこと…に基づいて議会が規制を行うことは許される」。 *Ibid.*

この事件では、自家用飛行機ではなく、公共の飛行機を用いて、わいせつ表現物を州際において移動させたことが問題になっている。最高裁は、これまでの判例の考え方を修正することなく、この行為を規制することは憲法に違反しないとした。すなわち、わいせつ表現物は憲法によって保護されていないことを前提に、商業環境の保護という観点からその流通を規制する権限が政府に認められること、ただしその規制はプライバシーを侵害しないこと、とした。

このプライバシーが何を意味するのかは直接示されていないようであるが、自己鑑賞目的により、州際を輸送している場合でも、政府による規制権限が及ぶとしていることから、わいせつ表現物の自宅における鑑賞とそれらの飛行機による移動とを対比したものと考えられ、憲法のプライバシーの保障は前者に限定されることを再度確認したものと考えられる。

しかしながら、この判断には 4 名の裁判官による反対意見がある。ダグラス裁判官は、読書等への制約が人の心をコントロールすることを懸念し、バス等の移動手段の中で、個人的に楽しむ表現物への干渉は許されないとする。「憲法のもたらす遺産は、政府がその権限により、人の心をコントロールできると

の考え方に抵抗してきた、ということである。これからすれば、飛行機、バス、列車でわいせつな本を読む者は保護される。この場合、個人的な楽しみのために旅行する際に、こうした本をポケットに入れて運んでいる…しかし、本法は、こうした州際移動を不法とし…個人鑑賞目的のわいせつ表現物を規制する限りにおいて、広範に過ぎる」。 *Id.* at 146 (Douglas, J., *dissenting*) .

同様に、ブレナン裁判官も、本法におけるわいせつ表現物の移動制限は過度に広範な規制であるとしている。「本法は、わいせつ表現物の輸送を禁止しており、格別の政府利益が存在しないのに公共的な輸送にまで適用されている…わいせつとされる表現物を未成年者に頒布し、又はそうした表現物を、同意のない成人に不快にも曝させることを禁止することが、連邦政府の権限としてどこまで認められるのかは別として、本法は明らかに過度に広範で文面上違憲である」。 *Id.* at 147-48 (Brennan J., *dissenting*) .

以上、わいせつ表現物の単純所持について、スタンレー事件（1969年）及びその後の判例法の形成について紹介してきたが、最高裁は、自宅というプライバシーにおける自己鑑賞に限定して、わいせつ表現物に接する憲法上の自由を認めた⁽³³⁾。この考え方が示される前提には、一方で、わいせつ表現物には本来、憲法上の保護は及んでいないこと、他方、鑑賞の対象への規制は、人の心のコントロール、洗脳を政府に許すことになる、との二つの対立する要素があった。判例の流れは、その鑑賞の自由を、自宅のプライバシーに限定し、自宅外での移動や流通等には憲法の保障は及ばないとした。

しかしながら、この考え方には、いくつかの問題点が残されている。自宅での鑑賞をプライバシーの観点から重視しているが、同じわいせつ表現物の鑑賞に関して、自宅の内と外とを区別することにどのような意味があるのか、特に、これらの鑑賞等による内心形成の自由を考えた場合、最高裁の判断は妥当であるのかということである。

もうひとつは、わいせつ表現物の鑑賞を自宅に限定した根拠の1つに、わいせつ表現物は、本来、憲法による保護を受けていないということがあった。と

ころが、わいせつ表現物のひとつのジャンルとしてチャイルド・ポルノの問題が生じてきた⁽³⁴⁾。これには、未成年者の性的な行為が描写されているが、必ずしもわいせつとはいえないものも含まれている。では、わいせつに至らない、チャイルド・ポルノの問題を、スタンレー事件（1969年）で示された考え方に基づいて判断することは可能であるか、問われることになってきた。この場合、2つの正反対の方向に進むことが考えられる。

ひとつは、表現そのものは、憲法上の保護を受けうるので、単純所持に限定されていた保護を、より拡大する方向、例えば自己鑑賞目的であれば、税関や州際での移動などへの保護も認める方向である（もっとも、わいせつにあたらないからといって、それが言論の自由として保護されているとは限らない。後に紹介するように、最高裁は、チャイルド・ポルノは憲法上の保護に値する価値を有しないとしている）。もう一方は、チャイルド・ポルノがもたらす、従来のポルノグラフィとは異なる害悪に着目し、その規制を強化する方向、例えば、単純所持にまで規制を及ぼすことが考えられる。最高裁は、後者の方向をたどることになるが、そこにはまたいくつかの問題が生じている。

まずは、チャイルド・ポルノの問題を、その販売・頒布の観点からはじめて扱ったとされるファーバー事件（1982年）（*New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982)）から紹介しよう（この事件の判評として江橋崇「アメリカ憲法判例研究28」ジュリスト828号218頁（有斐閣、1985年）、藤田浩「最近の判例」アメリカ法1983-2、372頁（1984年））。

第2章 チャイルド・ポルノの単純所持への規制

未成年者の福祉とチャイルド・ポルノの憲法上の価値

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

事実の概要

近年、ポルノグラフィ制作において、子どもが搾取されることが認識され、これに対処するために、連邦及び47州ではチャイルド・ポルノの制作に特化した法律を制定した。20州は、性的行為を行う子どもを描写する表現物の頒布

を、それが法的にわいせつであることを要件とすることなく禁止し、ニューヨーク州もその1つである。

被告人は、専ら性的な商品を扱う書店の経営者であるが、覆面捜査官に2巻のフィルムを販売したところ、それには専ら少年の自慰行為が描写されており、チャイルド・ポルノの蔓延を規制するニューヨーク州法（本法）に違反したことを理由に起訴された。被告人は、フィルムがわいせつであるとの証明を必要としていない本法に該当するとして有罪とされた。

しかし、原審は、未成年者の福祉を保護するのは州の正当な利益であり、この利益は修正1条の利益を上回るが、本法には2つの致命的な欠陥があるとした。まず、本法は過小包摂 *underinclusive* である。性的行為の描写のみを処罰対象とし、他の危険な行為の描写は処罰しておらず差別的である。他方、過度に広範 *overbreadth* でもある。本法は、医学書や教育書籍において、わいせつ的ではない方法によって未成年者の性を扱ったものも規制しているとし、本法は修正1条に違反していると判断した。

その結果、最高裁において問題になったのは、子どもへの性的虐待行為が商業目的からなされるのを防止するために、その表現物がわいせつにあたるか否かに関わりなく、性的行為を行う子どもを描写した表現物の頒布を禁止することが修正1条に違反するか、ということである。

判 旨

「州は、チャイルド・ポルノの規制に関しては、比較的広範な権限を有していると判断する。第1に、未成年者の心身の福祉を保護する州の利益は、やむにやまれぬものである…したがって、憲法上保護されたセンシティブな権利の領域に法が介入している場合であっても、これらを保護することを目的とする立法が支持されてきた…ポルノグラフィの対象として子どもを利用することは、子どもの心理・感情・精神の健康にとって有害であるとの立法府の判断は、修正1条の審査を容易にクリアすると考えられる。第2に、未成年者の性的行為を描写する写真やフィルムの頒布は、次の少なくとも2つの点で、子どもの性

的虐待に本質的に結びついている。1つには、制作された作品は、その子どもの出演について永久に記録され、その作品が出回ることによって子どもにもたらされる害悪は増幅されるのである。もう1つは、チャイルド・ポルノの頒布のネットワークは閉鎖されなければならない…唯一とはいえないにせよ、最も効果的な方法は、販売し、広告し、その他販促行為を行う者に対して厳しい刑罰を科し、これによってこうした表現物の市場を枯渇させることである…第3に、チャイルド・ポルノの広告及び販売は、全土にわたって違法行為がなされるための経済的な動機を与え、そうした表現物の制作にとって不可欠な部分である…第4に…性的行為を行う…子どもを描写する映像が、文学作品、科学又は教育素材にとって重要かつ必要な部分であるとは考えられない…第5に、チャイルド・ポルノは修正1条の保護の及ぶ表現物の範疇にないと認識することは、先例の考え方に反しない…言論を内容に基づきグループ分けすることが受け入れられたことは稀ではない。なぜならば、次のことは適切にも一般化されているからである。すなわち、一定のグループ分けされた範囲内において、制限されるべき害悪が、表現がもたらす利益…よりも圧倒的に大きいため、個別事例ごとに判断するというプロセスが必要とされないのである」。Id. at 756-64.

この事件では、わいせつにはあたらないが、未成年者による性的行為の場面を描写するチャイルド・ポルノの販売を禁止・処罰することが、修正1条に違反するかが問題となった⁽³⁵⁾。最高裁は、主として5つの理由から、これに違反しないとした。要約すると、未成年者の心身の福祉を守ることは、州にとってのやむにやまれぬ利益であり、未成年者による性的行為をフィルムに収めることは、彼等に対する性的搾取・虐待行為にあたり、更に、こうした虐待を防止するためには、その頒布を行うネットワークの閉鎖が必要であるとした。すなわち、その市場の枯渇が重要であり、そのためには、販売・広告・その他販促行為を行う者の厳罰化が必要であるとした。また、チャイルド・ポルノをカテゴリーとして、内容に基づく言論規制を行うことも許されると判断した⁽³⁶⁾。

この判断で注目すべきは、未成年者に性的行為を行わせ、それをフィルムに収めることが性的搾取・虐待にあたるならば、その防止のための手段として、本来は、その制作を規制するべきであり、それで足りるとも考えられる。それにもかかわらず、本法はそれを超えて、頒布・広告・販促等の流通過程にも規制を加え、最高裁もこれを支持したということである。

その理由は、未成年者を虐待から守るためには、直接的な性的虐待行為のみならず、これを助長する市場の撲滅が重要であることが認識されたからである。チャイルド・ポルノが経済的利益をもたらしている以上は、その制作への規制のみによっては十分に目的を達成することができないからである。そして、チャイルド・ポルノという、ひとつのカテゴリーに該当する表現には、未成年者にもたらす不利益を上回るだけの、文学、科学、教育等の価値は存在しない、としたのである。

このような法廷意見に、個別裁判官の意見も基本的には同意している。まず、表現を規制するために必要とされる、やむにやまれぬ利益に、未成年者の性的虐待の防止が該当し、その規制の正当性を認めるのがオコナー裁判官である。「今日の多数意見の中で確認された、やむにやまれぬ利益によって示唆されているのは、その描写に社会的価値があるか否かにかかわりなく、あからさまな性的な行為を行う未成年者を描写する作品を、故意に頒布することをニューヨーク州が禁止することを、憲法は、事実上認めたということである」。*Id.* at 774 (O'Connor J., *concurring*).

同様に、ブレナン裁判官も未成年者に悪影響をもたらすチャイルド・ポルノの流通を制限することが州に認められるとする。「州は、未成年者の福祉を守る具体的な利益を有している…未成年者が特に脆弱であることとあいまって、州には、その普及が彼等にとって有害であるポルノグラフィを規制する権限が与えられている」。 *Id.* at 776 (Brennen J., *concurring in the judgment*).

両裁判官は、チャイルド・ポルノが未成年者に悪影響を及ぼすことを理由に、頒布等の流通過程に規制を加えることができる点においては共通している。しかしながら、チャイルド・ポルノの中に、文学、思想、医学等の社

会的な価値を有する部分が含まれうることに関しては見解が分かれている。オコナー裁判官は、そうした社会的価値の有無にかかわらずチャイルド・ポルノには規制がなされるべきとしているが、ブレンナン裁判官はこれとは異なり、修正1条違反の問題を提起するとしている。「子どもの描写であっても、そこに重大な文学、芸術…的価値を有する場合、これに〔本法が〕適用されるならば、修正1条に違反する…芸術…に大いに貢献する子どもの描写は、修正1条の価値を最低限にしか有しないとはいえない…こうした表現物を弾圧する州の利益は、やむにやまれぬ、というよりもはるかに小さいと思われる」。Ibid.

この点について法廷意見は、上述のとおり、チャイルド・ポルノにこれら社会的価値はないとし、それ故にカテゴリカルに修正1条の保障を受けないとした。1本の作品において規制可能な部分とそうでない部分とが含まれうるとし、この点についていかに判断するかは、わいせつ表現の規制において議論され、本件もその延長として位置付けることは可能であろう。ブレンナン裁判官は、チャイルド・ポルノにおいても社会的価値ある表現は含まれうるとし、これを規制する場合には修正1条違反となる可能性があるとするが、法廷意見は、そもそもそうした価値が含まれることを想定せずに、カテゴリカルにその流通を規制できるとしている。オコナー裁判官は、そうした価値が含まれる可能性を認めつつも、未成年者への性的虐待を守る利益を上回ることはないとしている。

わいせつ表現物規制に関する判例法理の展開を考えると、法廷意見の考え方はやや未成年者の福祉保護に傾斜しているようにも見える。しかしながら、結論に関して反対意見が示されなかったのは、この事件で問題となったチャイルド・ポルノにおいては、そうした社会的価値が含まれていなかったことにも原因があると思われる。この点についてスチーブンス裁判官は次のように指摘している。「被上告人が販売していた…フィルムに文学、芸術…的価値があるとの主張は一切なされていない。被上告人は、自らの意思により、ニューヨーク州が規制を加えることについて正当な利益を有する商業市場に参加していた。性的虐待から子どもを保護する州利益の性質からすれば、こうしたフィルムを

助長させることによって、直接・間接に利益を得ている者に対して、刑事上の制裁を科すことは正当である」。Ferber, 458 U.S. at 777-78 (Stevens J., *concurring in the judgment*)。)

以上のとおり、最高裁は、チャイルド・ポルノというジャンルを新たに認識し、未成年者に対する性的虐待・搾取を防止するという、やむにやまれぬ利益を守るために、販売・頒布等の商業的な流通過程への制約を行っても修正1条に違反しないと判断した⁽³⁷⁾。この判断で注目すべきは、未成年者に対する性的虐待行為そのもの（フィルムの撮影・制作）の直接規制ではなく、こうした行為を助長させる商業市場の存在を考慮し、その撲滅を図ることによって未成年者の福祉を擁護しようとしたことである。

こうした流れにあって、単に販売・頒布の流通過程のみを規制することで足りるのか、この表現物に対する需要を断つためには、むしろ鑑賞者を処罰することが、市場を枯渇させるためには有効ではないかとの議論が起こってきた。これに応えた州のひとつにオハイオ州があるが、この規制を行うことによって、前章までで展開された、自宅と内心への侵害の問題が、再度、提起されてきたのである。これについて検討されたオズボーン事件 (Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103 (1990)) を紹介しよう (この事件については、柳川重規「判評」比較法雑誌27巻3号13頁1993年)。

チャイルド・ポルノの単純所持規制と市場の撲滅

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

事実の概要

上告人は、自宅において、性的なポーズをとっている裸体の少年が映っている写真を所持し、これを禁止するオハイオ州法に違反したとして有罪とされた。原審はこれを支持したが、チャイルド・ポルノの私的所持を規制することは修正1条によって禁止されているとして上告がなされた。

判 旨

鑑賞者へのパターンリスティックな規制と未成年者保護

「本件はスタンレー事件（1969年）とは区別される。その理由は、チャイルド・ポルノを禁止する利益は、スタンレー事件（1969年）において問題となったジョージア州法を正当化していた利益をはるかに上回っているからである…スタンレー事件（1969年）では、わいせつ表現物がそれを目にする者の精神を害すること懸念し、その私的な所持を規制しようとしたが…個人の私的な思考をコントロールしようとするを前提とする法律は、憲法上許されないとした。この事件と本件との違いは明らかである。オハイオ州は、パターンリスティックに、[上告人の] 心を規制しようとする利益に基づいているのではなく…チャイルド・ポルノの犠牲者を保護することを目的とし、子どもを搾取する市場を撲滅しようとしているのである」。 *Id.* at 108-09.

鑑賞者の規制による市場枯渇

「未成年者の心身の福祉を守る政府利益は、やむにやまれぬものである…未成年者をポルノグラフィの対象として利用することは、彼等の心理・感情・身体の健康に害を与え、その表現を規制しようとする場合に、修正1条の下での審査を容易にクリアさせる。更に、そうした表現物を所持し、鑑賞する者を処罰すれば、チャイルド・ポルノの制作を減らすことになろうと州が判断したことは合理的である…チャイルド・ポルノの宣伝及びその販売は、全土において違法行為を行わせるための経済的な動機…を与える」。 *Id.* at 109-110.

鑑賞者への規制とチャイルド・ポルノ市場の地下化

「チャイルド・ポルノの市場を枯渇させるためには、単純所持を規制する以外の別の手段を用いるべきとの主張がなされている [が] …チャイルド・ポルノの犠牲者を保護することの重要性を考慮すると、頒布のプロセスのあらゆるレベルにおいて、この害悪を打ち砕こうとしたオハイオ州の判断が誤りであったとはいえない。州によれば、ファーバー事件（1982年）以来、チャイルド・ポルノの市場の多くは地下に潜ったとされ、その結果、現在では制作と頒布とを規制するだけでは、この問題の解決が不可能ではないにせよ、困難である…加

えて、オハイオ州法が支持される理由としては、第1に…作品は被害者への虐待を永久に記録し、その継続的な存在によって、被害にあった子どもは、繰り返して害悪をもたらされる…第2に…小児性愛者は、別の子どもに性的行為をさせようとする場合にチャイルド・ポルノを利用する、ということが証拠上、示唆されているのである」。 *Id.* at 110-11.

この事件で最高裁は、チャイルド・ポルノの規制を、その単純所持にまで及ぼしても修正1条に違反しないことを確認した。すなわち、未成年者の心身の福祉を守ることは州にとってのやむにやまれぬ利益であり、そのための手段として、単純所持を規制する必要性があるとした⁽³⁸⁾。この考えを支えているのは、やはり市場枯渇論である。未成年者への直接的性的虐待・搾取をもたらすのは、チャイルド・ポルノの制作であるが、ファーバー事件（1982年）ではこれを防止するためには、販売・頒布の全流通過程の規制が必要であるとされた。しかし、この判決以来、チャイルド・ポルノの市場の多くは地下に潜り、制作と頒布の規制のみによっては、性的虐待から未成年者を保護するとの目的を達成するのが困難になった。そこで、チャイルド・ポルノの需要自体を減らし、制作・販売への経済的動機を失わせるためには、単純所持の規制を行う必要性があるとした⁽³⁹⁾。

この考え方について、まず、「目的」の正当性については問題がなく、更には「目的」と「手段」との間に合理的関連性が存在することについても、争いはないと思われる。しかしながら、修正1条の自由が問題となっているため、「手段」に関しては、その相当性、最小限度、LRA等の観点からの分析も必要であると思われる。ブレンナン裁判官は、「確かに、子どもの性的搾取は深刻な問題であるが、オハイオ州にはこれに対処するための別の手段がある。既に、チャイルド・ポルノの制作、販売、頒布…を禁止する一連の法律が定められているが…州は、これらの法律では不十分であることを証明していない」としている。 *Id.* at 141 (Brennen J., *dissenting.*)。この見解は、LRA、あるいは *overbreadth* 理論が考慮されるべきことを指摘したものといえよう。

この「手段」の相当性を考える上で重要な要素となったのは、自宅のプライバシーにおける表現物の鑑賞の自由である。最高裁はこの点について、本件とスタンレー事件（1969年）とは区別されるとする。すなわち、後者においては、わいせつ表現に接することによって精神が歪められ、これを防止するために、州がパターナリスティックに介入することが規制の目的であった。ところが本件は、未成年者の福祉の保護が「目的」である、としている。「手段」は、両者ともに自宅のプライバシーにおけるフィルム鑑賞の自由への制約であるが、「目的」の違いが結論を左右している。

しかしながら、この最高裁の説明には若干の問題があるように思われる。まず、スタンレー事件（1969年）で問題になった法律の「目的」が「パターナリスティックな配慮からする心のコントロール」にあったと割り切れるのか疑問であるが、この点は措く。しかし、オズボーン事件（1990年）において、市場枯渇が目的であったとしても、結果として「自宅のプライバシーにおける自己鑑賞」に規制が加えられている点については同じである。未成年者への性的虐待・搾取がいかにか非難され、その取締りの必要性が高いとしても、現実にはこれを行ってはならず、それらを素材とする表現物を自宅において鑑賞している、つまりその行為自体は内心にとどまっている者を処罰することは許されるのか、という点である。

チャイルド・ポルノはわいせつ表現のアナロジーとして派生し、わいせつ表現物の規制に関する判例法の展開は参考になる。この点については、前章で紹介したとおり、憲法上保護されていないわいせつ表現物であっても、その自己鑑賞への規制が許されるのは、国外からの輸入など、外部的な、社会と接する行為への規制に伴う、間接的な影響にとどまるため、と説明されてきた。では、わいせつ表現物の規制において展開してきた判例法理は、チャイルド・ポルノ規制の場合にはどこまで妥当するのであろうか。

本件においては、チャイルド・ポルノについて、外部的行為に対してではなく、内部的な自己鑑賞行為そのものに規制が加えられている。最高裁は、自己鑑賞行為が、外部的行為である販売・頒布を活性化させ、そのことが未成年者

の性的虐待につながっていることを重視している。その意味で、単純所持規制という「手段」と性的虐待防止の「目的」との関連性は、直接的ではなく間接的であるにすぎない。

では、「目的」の達成のために直接的ではなく、間接的にしか機能しない「手段」までも法律の中に取り入れることが正当化される理由は何か、それは「チャイルド・ポルノの地下活動化」である。この現象により、地上に現れた制作・販売・頒布への規制では「目的」を達成するために十分ではなくで、その結果、個人の自由の牙城ともいうべき、表現物の単純所持への規制も許される、としたのである。目的達成のための、他の手段—おそらくはLRAと考えられる販売・頒布規制—によっては「目的」が達成されないとの判断に基づかれていますと思われる。

しかし、こうした考え方は、スタンレー事件(1969年)において提起された問題—表現物を鑑賞することによる内心形成の自由及び州による洗脳防止—の再検討を迫ることになると思われる。最高裁は、販売・頒布への規制にとどまっている場合には、内心の自由への制約は間接的、付随的なものとしてこれを肯定したが、自己鑑賞の自由そのものについては、自宅のプライバシーにとどまることに限定しつつも、その規制自体は肯定していない。はたして、市場枯渇の目的のためであれば、外部行為である販売・頒布規制を超えて、内部的な、個人の精神に直結する単純所持を規制できるのか、十分な説明が必要であるように思われる。

このことが問われたのが、次に紹介するアシュクロフト事件(2002年)(Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002))である。この事件では、実在の未成年者が出演していないチャイルド・ポルノの単純所持規制が問題になっている⁽⁴⁰⁾。単純所持規制の正当化を支えていたのは市場枯渇論であるが、その前提となっていた未成年者への性的虐待は、そのフィルムの中では実際には行われていない。この場合、これを鑑賞し、自らの内心を形成する自由の保護はどのように考えられるべきか。まずは、この事件の紹介を行おう。

バーチャル・チャイルド・ポルノの自己鑑賞と現実の性的虐待の関連性

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

事実の概要

本件においては、連邦法律である、チャイルド・ポルノ防止法 (18 U.S.C. § 2256 (8)) (1996年) (本法) が問題になっている。本法制定以前において連邦議会は、規制の対象となるチャイルド・ポルノについて、ファーバー事件 (1982年) で議論されたと同様のもの、すなわち実在の未成年者が映っている表現物と考えていた (18 U.S.C. § 2252 (1994 ed.))。本法では、この考え方を (A) 項において維持すると同時に、3つの場合を規制対象に加え (B) (C) (D) 項とした。本件では (B) 項と (D) 項が争われている⁽⁴¹⁾。

(B) 項によって禁止されるのは、「ビジュアルの表現物すべて、これには写真、フィルム、ビデオ、絵画、コンピューター、コンピューターによって生み出された画像で、未成年者が、あからさまに性的行為を行い、又はそのように見えるもの—イタリックは筆者」が禁止されている。この規定は、その映像がどのようにして作成されたかを問うことなく、要件を満たすビジュアルによる表現物が禁止の対象になっている。その結果、コンピューターを用いて作成された、いわゆるバーチャル・チャイルド・ポルノも、ルネッサンス期の名画も、更には、未成年者に似せた成人の俳優が演じているハリウッド映画も、規制の対象になりうる。

これら規制の対象物は、その制作過程においては未成年者に被害をもたらしていないが、より間接的な方法で、彼らに脅威を与えていると考えられた。その理由として、小児性愛者は、性的行為を嫌がる未成年者に、他の子どもが楽しそうに、そうした行為を行っているようにみえる画像を見せて、自分もやってみたくなるように仕向けるための道具として、それらを用いることができる。また、小児性愛者は、そうした画像をみることによって性的欲望をそそられ、チャイルド・ポルノの制作と頒布の意欲をかきたてられ、未成年者への性的虐待・搾取を行うようになる、とされた。

連邦議会は、コンピューターが生み出した画像であっても、それが実在の未

成年者を用いて制作されたかどうかを判断することが困難であることを重視した。そこで、後者のポルノグラフィを所持する者が処罰を免れないようにするため、バーチャル・チャイルド・ポルノにまで禁止を広げたのである。

(D) 項は、チャイルド・ポルノを定義して、「未成年者による、あからさまな性的行為が描写されているとの印象が与えられるように、宣伝、販促、提示、記述、頒布が行われているもの—イタリックは筆者による」としている⁽⁴²⁾。しかし、いったん、チャイルド・ポルノと判断されれば、宣伝等に加わっていないにもかかわらず、後にこれを所持するに至ったにすぎない者にも違法性は引き継がれ、処罰の対象となるのである⁽⁴³⁾。

本件において訴えを提起したのは、大人向け娯楽産業の事業者団体（その他、書籍出版社、画家、写真家も含まれている）であり、そのメンバーは、あからさまな性的行為を描写する作品を扱っているが、未成年者は出演させていない。それにもかかわらず本法によって拡張されたチャイルド・ポルノの定義に該当すると思われる作品も制作していた。すなわち、本法の「見える」「印象を与える」との文言は、過度に広範、漠然であり、本来、修正1条によって保護されるべき作品の制作に対して萎縮的効果を及ぼしているとした。

第7巡回区控訴裁は、その鑑賞者による犯罪行為を助長する傾向があるからといって、その表現物を禁止することはできない。本法は、わいせつでもなければ、実在の未成年者も出演していない表現物を禁止している点において、相当程度に過度に広範であるとし、文面無効とした⁽⁴⁴⁾。

最高裁はこれを支持した。

判 旨

わいせつ表現とチャイルド・ポルノとの区別

「ミラー事件（1973年）（413 U.S. 15（1973））」で、政府が証明しなければならなかったのは、その作品が全体として好色的な興味に訴え、コミュニティ・スタンダードに照らして明らかに攻撃的であり、重要な文学、芸術…的価値が欠けているということである。しかしながら、本法は、ミラー事件（1973年）の要

件を考慮することなく、あからさまに性的行為を行っている未成年者を描写しているように見える映像を規制対象としている」。Ashcroft, 535 U.S. at 246.

性的虐待の記録とバーチャル・チャイルド・ポルノ

「ファーバー事件（1982年）における言論は、それ自体が性的虐待の記録であったが…〔本法〕が禁止しているのはこの言論とは異なって、何らかの犯罪を記録したものではないし、犠牲者を生じているものでもない…政府は、バーチャル・チャイルド・ポルノも子どもの虐待を生じさせる可能性がある」と主張するが、その因果関係は…間接的である。害悪は、その言論から必然的にもたらされるわけではなく、その後引き続き犯罪行為が行われるかもしれないと、数値化されない、何らかの可能性に基づいている」。Id. at 250.

違法行為の助長と思考の自由

「バーチャル・チャイルド・ポルノは、小児性愛者の欲望をそそり、違法行為を行わせることを助長する、との主張がなされている…単に不法行為を助長する傾向があるというだけでは、禁止の理由としては不十分である。政府は、個人の私的な思考をコントロールしようとして立法することは、憲法上認められない…政府が思考をコントロールし、又はその許されざる目的のための法律を正当化しようとする場合に、修正1条は最も危険にさらされるのである…本件においては…思考又は刺激を助長しうる言論と、それが惹き起す子どもへの虐待行為、その両者の結びつきは希薄であるにすぎない。より強固な、より直接的な両者の結びつきが存在しなければ、小児性愛者が違法行為を行うことを助長しているとの理由により、その言論を禁止することは許されない」。Id. at 253-54.

实在画像とバーチャル画像の区別の困難性

「实在の子どもを出演させて制作されたポルノグラフィの市場を消滅させるためには、バーチャル映像も同じく規制する必要がある」と主張される。すなわち、バーチャル画像は…实在画像と区別がつかないし、同一のマーケットの一部であり、相互に互換性がある…コンピューター画像を用いて画像処理することが禁止されないならば、实在の子どもを出演させてポルノグラフィを制作し

ている者を起訴することが大変に難しくなる…専門家でも実在の子どもなのか、それとも、コンピューター画像を用いて制作されたのかを区別することは難しいとされ、その結果、双方の画像を禁止することが解決策として必要であると主張されている。[しかし、]この議論は、保護されない言論を規制するために、保護されている言論の規制も可能であるということになり、修正1条の自由を本末転倒させる」。 *Id.* at 254-55.

判旨の確認

バーチャル・チャイルド・ポルノがもたらす実在未成年者の性的虐待

本件においては、実在の未成年者への性的虐待行為ではなく、非現実のチャイルド・ポルノ、すなわち「違法行為の場面」は描写されていない作品への規制が問題になっている。ファーバー事件（1982年）では、わいせつに至らないにもかかわらず、チャイルド・ポルノの頒布・販売・制作を禁止することが支持されたが、その理由は、これらが継続的に循環することによって、出演した実在の未成年者に害を及ぼし、また、その制作への経済的動機を生じさせる、そこで、頒布のネットワークを遮断する必要性があったからである。また、オズボーン事件（1990年）では、チャイルド・ポルノの地下化を重視し、単純所持も含めた規制も許されるとした。

これら先例の根底にあるのは、出演し、性的虐待を受けた未成年者への配慮である。ところが、本件のバーチャル・チャイルド・ポルノの場合には、実在の未成年者への性的虐待は行われておらず、その単純所持への規制は正当化できないとした⁽⁴⁵⁾。すなわち、その単純所持を許すことによって、具体的な犯罪行為が行われるかもしれないが⁽⁴⁶⁾、このことは数値化もされていない何らかの可能性があるととどまり、これを理由に、自己鑑賞の自由を制限することはできないとした⁽⁴⁷⁾。

単純所持規制と「思考の自由」への侵害

もっとも最高裁は、単純所持が許されないとした理由は、この「数値化されない可能性」のみを考慮したのではなく、単純所持への規制そのものが、「思

考の自由」という憲法上の自由への重大な侵害をもたらしていると判断したからである⁽⁴⁸⁾。すなわち、バーチャル・チャイルド・ポルノの単純所持自体は實在未成年者への性的虐待をもたらさず、その規制は、性的虐待行為の妄想という「思考」への侵害であり、このことは修正1条に最も重大な危険をもたらすとする。バーチャル・チャイルド・ポルノの鑑賞によって、「思考」が刺激・助長され、未成年者への現実の性的虐待が行われるおそれは否定できないが、その両者の結びつきは、希薄であり、もしも、単純所持を規制して、思考の自由に制約を及ぼそうとするならば、より強固な、より直接的な結びつきが必要であるとした⁽⁴⁹⁾。

本法と overbreadth 理論

最高裁は、實在とバーチャルとを区別することが困難であるので、双方のチャイルド・ポルノの単純所持を規制することも許されるとの主張は、修正1条の自由についての考え方を本末転倒させるものとして退けている。一定の目的を達成するために、憲法上保護されていない言論のみならず、保護されている言論までも規制する法律は文面無効となる。いわゆる overbreadth 理論が適用されているが、本件に、この理論を純粹に適用することに反対する個別裁判官の意見もみられる⁽⁵⁰⁾。トーマス裁判官は、實在ポルノの単純所持とは異なってバーチャルポルノの単純所持自体は適法であっても、この両者を共に規制することは許されるとした。その理由はテクノロジーの発達により両者の区別が困難であり、未成年者保護という目的を達成するためにはこうした行為への規制も必要であるとしている。「多数意見は…違法な言論を禁止するための手段として、適法な言論をも抑圧することはできないとした…しかしながら、テクノロジーの発達によって違法な言論を起訴することが妨げられるならば、適法な言論についても、狭い範囲で禁止または規制することが、政府にとってやむにやまれぬ利益をもつこともあり得る」とする。*Ashcroft*, 535 U.S. at 259 (Thomas J., concurring in the judgment).

同様にオコナー裁判官も「多数意見が、[本法による] バーチャル・チャイルド・ポルノの禁止は過度に広範であるとしている点には反対である…コン

コンピューター・グラフィックスの急速な進歩を考えると、政府の懸念するところは合理的である」としている⁽⁵¹⁾。 *Id.* at 263–64 (O'Connor J., *concurring in the judgment in part and dissenting in part*).

その行為自体は憲法上の自由であっても、やむにやまれぬ利益を守るために、それらもあわせて規制する場合がある（信仰の自由においてはこうした例がみられる）。2つの個別意見は、テクノロジーの発達により、性的な行為を行っている未成年者が現実のものか仮想のものかを画面の上からはほとんど区別できないという状況に照らし、それ自体は害悪をもたらさない後者についても制約しようと考えたと思われる。overbreadth 理論の発展を考える上で参考になると思われる⁽⁵²⁾。

以上、本判決の要旨を3点にわたって確認したが、本稿においては、2つ目の「思考の自由」侵害についての判旨が重要である。繰り返しになるが、実在チャイルド・ポルノの場合には、実際に「犯罪行為」が行われ、それを描写した表現物の単純所持も、それ自体は「自宅というプライバシー」における精神的な作用であるが、チャイルド・ポルノの「制作・頒布の地下化」という現象に鑑み、「犯罪行為」の助長に密接なつながりがあるとし、その規制は憲法上許されるとした。

これに対して、バーチャル・チャイルド・ポルノの場合には、鑑賞の対象である作品の中では「犯罪行為」は行われていない。その鑑賞は通常は犯罪行為を「妄想」させるだけであるが、場合によっては、現実的に「犯罪行為」を助長する可能性はある⁽⁵³⁾。しかし、最高裁は、その可能性ははまだ数値化されていない、希薄なものにとどまっているとして、単純所持への規制は修正1条に違反するとした⁽⁵⁴⁾。では、「妄想」と「犯罪行為」との結びつきが希薄とはいえない場合はあるのか、この点について、表現物の鑑賞行為ではなく、公園への立入行為への規制と「妄想」との関係が問題になった事件ではあるが、第7巡回区控訴裁の示した判断がある (*Doe v. City of Lafayette, Ind.*, 334 F.3d 606 (7th Cir. 2003) (*Doe II*)). この事件では、未成年者に対する性的行為を理由として有罪判決を受け、刑の執行も終えた者が、公園で遊ぶ未成年者を、彼らと

の行為を「妄想」しながら見ていたところ、事態を把握した当局により、市内の一切の公園への立入を禁止されたということが問題になった。本稿においては直接の関連性はないが、参考までに紹介しておこう。

「妄想」に基づく行為への規制と「思考の自由」

Doe v. City of Lafayette, Ind., 334 F.3d 606 (7th. Cir. 2003) (*Doe II*)

事実の概要

上訴人には未成年者への性的ないたずら、のぞき、露出等の犯罪歴があり、これらは学校やコンビニ等で実行された。1986年以来、積極的心理治療を受け、更に、性犯罪者のための自助グループに参加してきた。上訴人は、依然として子どもに対する妄想 *fantasies* を抱いていることを認めており、精神科医は、彼はこうした衝動を一生受け続けるとしていた。上訴人が最後に有罪とされたのは10年前であるが、彼は2000年1月、仕事からの帰りに、とある公園に車で通りかかり、そこで野球をやっていた10歳くらいの少年たちを見ていた。この間、15分から30分くらいであるが、上訴人は彼らとの性的な接触を「妄想」していたが、彼らとは何らの接触もなく、公園を後にした。彼は動揺し、精神科医及び自助グループに、この状況を報告した。

ところが、この公園での状況については、かつて上訴人の保護観察官であった者に匿名の通報があり、この保護観察官から警察に情報が提供され、更に、警察署長、公園管理長、検察官による協議がなされた。上訴人は、この時点では刑の執行及び保護観察も受けていなかったが、協議の結果、上告人は、いつ、いかなる目的においても、市の公園に入園することを永久に禁止され、違反した場合には不法侵入を理由として逮捕するとの命令（本件禁止命令）が、市公園管理局により発せられ、上訴人は、その取消しを求めて訴えを提起した（なお、本件禁止命令については、事前の見直し及び処分に対する不服申立ての機会とは与えられなかった）。

判 旨 (ウィリアムス裁判官の法廷意見)

「思考それ自体が、行為を促すことが懸念されるとの理由では、思考への保護を制限するには十分ではない…例えば、バーチャル・チャイルド・ポルノは、小児性愛者の欲望をそそることが、その禁止のための理由として主張されたが、最高裁は、正面からこれを否定した。私的な思考をコントロールするために立法することは、憲法上許されていない…思考と思考に基づく行為とははっきりと区別すべきことは、修正1条の法律学によって堅持されている」。 *Id.* at 610.

「本件禁止命令は、上訴人が子ども達に対して妄想を抱いたことを問題として発せられていることは、状況からして明らかである [が]、公園にいた子ども達からは何らの苦情も寄せられておらず、上訴人がその場にいたことによって誰かが不利益を被ったこともない。数えきれない程多くの…住民が、毎日公園を散策し、彼らの中にはよからぬことを頭に浮かべている者も少なくないと思われる…にもかかわらず、こうした思考を理由に上訴人だけが公園に立ち入ることが禁止されているのである」。 *Id.* at 611-12.

「[上訴人の] 行為は、未遂 attempt の理論の下で、可罰的と認識されているものにもあたらないと考えられる。インディアナ州法において、未遂として処罰されるのは、犯罪を行ったというに値する行為、すなわち、犯罪に向けて相当程度のステップを踏み出す行為を行った場合である。本件では… [上訴人は] 公園に車で訪れ子ども達を見ていた。この時に、彼らにいたずらをしようと考えていたと考えるのが当然としても、その場にいたというだけでは…相当程度のステップを踏み出したとはいえない」。 *Id.* at 612.

この事件でウィリアムス裁判官は、「思考」と「行為」の区別を重視している。そして「思考」が「犯罪行為」に結びつく可能性については肯定するものの、「思考」にとどまっている時点で、行為へのおそれがあるというだけでは、不利益を及ぼすことはできないとしている⁽⁵⁵⁾。「おそれ」に過剰に反応することは、「思考」への侵入をもたらし、修正1条によって禁止されていると

している⁽⁵⁶⁾。

この問題は、未遂犯の処罰や実行行為の着手の時点を何時に定めるか、という刑事政策上の問題とも関連する重大な問題ではあるが⁽⁵⁷⁾、「思考」を安易に「犯罪行為」と結びつけ刑事責任等を問うことを、修正1条の観点から批判していると思われる⁽⁵⁸⁾。しかしながら、「思考」と「犯罪行為」との関連性は、一般論では把握できない難しさがあることも事実である。一般論としては「思考」「妄想」だけで処罰されることはあり得ない。しかし、過去の状況から、これを看過することが危険である特定の者がいることも確かである。本件はまさにこのケースであり、この点に着目するのが、リプル裁判官の反対意見である。

少し長くなるが引用しよう。「本件においては〔上訴人の〕思考については問題になっていない。その思考のゆえに、公園に行って、子ども達に近づき、性的な行為を成し遂げるといふ、子ども達に危害を及ぼすことを問題としているのである…彼は単に自宅で妄想にふけているわけではない…公園に行くのは、そこで遊ぶ子ども達によってもたらされる性的満足感を得ようとしているのである…違法で重大な害悪をもたらすことを思考しているだけでなく、それに向けられた活動を行っていたのである。本件禁止命令を下すにあたり、市は、〔上訴人の〕行為、すなわち危険で違法な害悪をもたらす目的に向けられた活動に対して、焦点を絞っているのである…市は、〔上訴人の〕思考を制限しようとしていない…子どもに対する性的妄想をもつことを禁止する法律を定めているわけではない…こうした思考に基づかれて行われる行為、すなわち、管理下でない子ども達に彼が接近すること…を問題としているのであり、正当である」。Id. at 614-15.

リプル裁判官は、本件においては、公園立入という「行為」を規制しているのであって、「思考」そのものを規制しているわけではないことを強調している。上訴人は「思考」を自宅のプライバシーにおいて行っているのではなく、「思考」を実践する「公園」に赴いていることが問題なのである⁽⁵⁹⁾。公園への立入は、「思考」の場としてではなく、「行為」の場として上訴人に認識されて

いる。これを禁止することは「思考」への制約ではないとしている⁽⁶⁰⁾。

以上のように、第7巡回区控訴裁においては見解が対立し、更に別訴においては両裁判官の意見が、法廷意見と反対意見とに入れ替わりながらも議論が展開している⁽⁶¹⁾。しかしながら、「思考」そのものを直接に制約することが許されないとする点では争いはない。問題は、「思考」への間接的な影響をもたらす「行為」への規制を、いかなる理由からどこまで行うことが認められるかということである⁽⁶²⁾。

まとめ

以上、外部的行為への規制を内心への影響という観点から検討してきた。内心は個人の尊厳、人格の核でありこれに立ち入ることはできない。その意味で絶対的保障が及んでいるはずである。しかし、行為は内心と密接な関係があり、行為への規制は内心に影響し、これを制約する。内心の保障の絶対性を強調し、又はその保障の意味の理解の仕方によっては、行為への規制は尽く内心への侵害として許されないことになろう⁽⁶³⁾。しかしこれでは社会が成り立たないのは明白である。そこで、本稿では、主として、アメリカにおけるチャイルド・ポルノ規制を素材に、この問題を考察してきた。

最高裁は、当初、わいせつ表現物に関して、作品の鑑賞行為が内心を形成するのであるから、何を鑑賞するか・してはならないかを政府が決定することは、洗脳につながるとして許されないとの立場をとった。しかしながらこの考え方は、やや限定的な形で発展していくことになった。鑑賞の自由を強調するならば、表現物を受け取ること、ひいてはそれを流通させることもできるだけ自由であるべきとの結論が導き出されうる。しかし、最高裁はこの方向には進まず、自宅のプライバシーにおける自己鑑賞に保障を限定することとなった。この考え方は、わいせつ表現物の販売・頒布への規制が憲法に違反しないとの判例法の考え方が、単純所持規制をめぐる問題にも反映されたといえよう。

ところが、わいせつ表現物のひとつの範疇としてチャイルド・ポルノが出現

し、その規制が問題になった。チャイルド・ポルノでは未成年者による性的行為の描写がなされているが、わいせつ表現物とまではいえず、したがって、わいせつ表現物への規制に関する判例法理をそのまま適用することはできない。最高裁は、チャイルド・ポルノをわいせつ表現物から切り離し、別の観点からその規制の範囲を考察する方向を選んだ。すなわち、チャイルド・ポルノ規制の「目的」は、わいせつ表現物とは異なって、作品中で行われている未成年者への性的虐待行為の防止であり、そのための「手段」として、作品の販売・頒布をこえて個人のプライバシーの領域である自己鑑賞・単純所持をも規制できるとしたのである。

このことは、「市場の地下化」という現象に対処するために、「目的」を達成するための「手段」として憲法上許容されるとした。しかしながら、バーチャル・チャイルド・ポルノの問題も提起されてきた。この場合、鑑賞の対象である作品中においては、違法行為は行われていない。その意味で、鑑賞行為そのものは害悪を生じさせていない。他方、实在チャイルド・ポルノの場合には、鑑賞者はフィルムを鑑賞しているだけであるが、作品を支持することによって、その制作に経済的なインセンティブを与えている。鑑賞行為は、未成年者の虐待行為には直接は関わっていないが、両者には密接な関連性があるとされたのである。

これに対してバーチャル・チャイルド・ポルノの場合には、非現実で、それ自体は未成年者に実害を与えていない。しかし、バーチャルであっても、实在の作品との区別が困難であること、その作品は、实在未成年者に対し、性的虐待行為を描写する別の作品への出演のための「好餌」となること、实在チャイルド・ポルノの制作者の意欲をかきたてること、を理由としてこれを規制する立法がなされた。しかし、最高裁はこれを無効とした。自己鑑賞と、それがもたらす害悪との関連性が一層間接的であり、鑑賞が未成年者へ現実の性的虐待をもたらす蓋然性は低い、と判断したからである。鑑賞がもたらす内心の形成の自由への制約は、外部的行為との密接性を基準に検討されることになる、との判例法の流れが確認されたと思われる。

注

- (1) 「思想・良心」が何を意味するかについては争いがある。名誉毀損謝罪広告事件（最大判昭和31年7月4日民集10巻7号785頁）においては、個別裁判官の意見のなかで議論が展開された。栗山茂裁判官は、「良心」は英語のフリー・ダム・オブ・コンシャンスの邦訳であり、信仰選択の自由を意味し、倫理的内心の自由を意味しないとした。これに対して田中耕太郎裁判官は、沿革的には「良心」と「信仰」は同義的に用いられていたが、今日ではより広く世界観や思想や主張をもつことも含まれるとした。本稿においても、田中説に基づき、その内面でのたらしき、内心という意味で用いている。「思想」については、日常用語では一定のまとまった主義・主張等を指すことが多いと思われるが、本稿では、より機能的に、何を、いかに考え、支持するか、という意味で用いている。アメリカでは、*freedom of mind* とりわけ *freedom of thought* という言葉を用いて議論することが多いが、本稿では「思考の自由」という訳語を与えている。「思考の自由」に関して、個人は単に多数派の嫌悪する事柄を思考したというだけで不利益を与えられてはならない、とされる。しかし、何をもち「思考」といえるのか。ほとんどの場合、言葉やその他によって伝達された内部的な思想や感情は、思考という言葉の厳格な意味からすれば、もはや思考とはいえない。この時点で、思想や感情は思考ではなく、言論その他でありうる。そういうものとして、これらは、修正1条の下においても、他のコミュニケーションと同じ制限を受ける。See Jacob D. Mahle, *We don't need no Thought Control: Doe v. City of Lafayette*, 74 U.CIN.L. REV. 235, 254 (2005) [hereinafter *Mahle*].
- では、表現と思考の関係及び言論の自由の保障が思考の自由がいかに及んでいくのか、それが本稿の課題でもある。これについてホームズ裁判官は、思想と表現の関係について「思想の自由市場」という考え方を示している。その考え方はモルナーによって次のようにまとめられている。すなわち、真実についての最良のテストは、市場における競争の中で、その考え方が受け入れられるための力を有しているかどうか、である。したがって、思想の表現を抑制できるのは、国家を維持していくために早急なチェックを必要とする、切迫した脅威をその思想がもたらしている場合のみである。このような修正1条の価値を説明するための根拠としては、まず、民主主義が挙げられ、すなわち、民主的な政府は、市民が政治問題について自由に意見を表明できる場合にのみ成り立つ。

また、自己実現、個人の自由と自己理解にとって言論の自由が必要である。言論の自由はこれらを備えるための手助けをする。See Isaac Molnar, *Resurrecting the Bad Tendency Test to Combat Instructional Speech: Militias Beware: Rice v. Paladin Enterprises, Inc.*, 128 F.3d 233 (4th Cir. 1997), 59 OHIO ST. L. J. 1333, 1335–36 (1998) [hereinafter *Molnar*].

- (2) 思想の自由を人格の核心、アイデンティティの認識という、より深い価値に結びつけた場合、薬物使用の問題が提起される。再犯者の矯正のために、一定の薬物を投与して、そのストレスや性格の改善を図ることが考えられる。社会防衛の観点からは望ましいとしても、果たして思考の自由、個人の尊厳という観点から許されることなのか、議論される必要がある。ブリッツは次のように批判的に見解を述べている。薬物の使用は、自分が何になりたいのかを判断する自己をも変更しうる。この場合、よりよいパーソナリティを獲得したとしても、所詮、自分のものではなく、自律した自分の昂揚ではない。なぜなら、精神をコントロールしようとしていた、オリジナルの自我が掘り崩されているからである。幸福の条件が、その過程において自分のアイデンティティを失い、だれか別の人間になっていることであるならば、その幸福を得ようとは思わない。See Marc Jonathan Blitz, *Freedom of Thought for the Extended Mind: Cognitive Enhancement and the Constitution*, 2010 Wis. L. Rev. 1049, 1081 (2010) [hereinafter *Blitz*]. 更には、刑事手続における薬物と思考の自由への侵害が問われうる。Washington v. Harper, 494 U.S. 210 (1990)において、強盗犯に対して精神ドラッグの服用を強制することは合衆国憲法修正14条のデュープロセスに違反すると判断された。Sell v. United States, 539 U.S. 166 (2003)において、最高裁はトライアルに耐える能力を維持するためになされたドラッグの服用命令は無効であるとした。これを命ずることが許されるのは、服薬が医療上適切であり、トライアルの公正を害する副作用がないこと、より制限的な手段が考慮されたこと、とした。最高裁は、今のところ、この種の事件に思考の自由をもちだすことには消極的であり、デュープロセスの問題として扱っているが、下級審や学説には思考の自由の問題として扱っているものもあると指摘されている。See *Blitz*, at 1096–97.
- (3) 佐藤功『ポケット註釈全書 憲法(上)[新版]』(有斐閣、1983年) 293頁。なお、わが国における憲法19条をめぐる議論を総合的に整理・分析したものとして、芦部信喜編『大学双書 憲法Ⅱ人権(1)』(有斐閣、1978年)(種谷春洋担当) 254頁以下。

- (4) 思考の自由は、思考から生じ、又は思考に影響を及ぼすすべての活動に対して保護することはできない。保護の対象となるのは、思考そのものと機能的にみて同等のもの、又はその思考を行う自身のいずれかである。換言すれば、思考の自由は外界におけるある種の道具や文化的なリソースを使って考える自由である。See *Blitz*, *supra* note 2, at 1072. このように、思考はきわめて個人的な作業であり、突き詰めていくと本人すらも把握できない神秘的な現象ともいえる。このことは、作曲などの芸術活動において顕著であろう。しかしながら、神経科学、精神医学、認識昂揚 cognitive enhancement の発展により、思考することは、もはや、隠されたメカニズムから神秘的に生じてくるプロセスとはいえなくなった。See *id.* at 1052.
- (5) 真の意味で、内心が内面にとどまっていれば、これを憲法上の保護の対象とする意味はない。何が内心であるかは、本人しか知ることができないからである。この保障が現実の意味をもつのは、何が内心であるかを外部に伝達させ、それに社会的な評価を加え、不利益を課し、または、意に反する思想やそれに基づく行為を強制されるという場面であろう。アメリカにおいても、思考の自由は絶対であるが、この意味での思考が問題になる状況はほとんど考えられない、個人の内部の思考を我々が感知することはまずあり得ないからである。See *Mahle*, *supra* note 1, at 251. 政府は、内面 mind をその内側から操ることはできない。精神的な活動を制約するための唯一の方法は、精神の活動を具体化しているコミュニケーション、又はその他の表現行為をターゲットとすることである。See *Blitz*, *supra* note 2, at 1052.
- (6) 個人の思考が法的に意味をもつのは、それらがプライベートでなくなったとき、すなわち、思考が一定の行為と結びつき、他者の、法的に認識されている利益に影響した場合である。犯罪行為についてプライベートに考えをめぐらせることには保護が及び、犯罪が行われた場合に、その処罰を行うに際しては、行為者の意図及び動機について法的な考慮が払われるのはこの理由からである。See *Recent Case: Constitutional Law — Freedom of Thought - Seventh Circuit Upholds City's Order Banning Former Sex Offender from Public Parks - Doe v. City of Lafayette*, 377 F.3d 757 (7th Cir. 2004) (*en banc*)., 118 HARV L. REV. 1054, 1060 (2005) [hereinafter *CASE*].
- (7) この点について、思想調査が修正1条に違反することを主張した、ダグラス裁判官の

意見を紹介しておく。「思想は、政府が侵入することが許されていない聖域であると考えられてきた…私は、思想の問題はすべて、サピーナや調査官による調査の対象にはならないと考える。調査委員会によってなされるプライバシーへの侵害が違憲であることはよく知られているからである…1947年にトルーマン大統領がはじめた、悪名高き忠誠心確保のためのヒアリング…は、主として思考・思想・信条・信念に関心をもつものであった。これらは、かつてなされた最も露骨な修正1条違反であった」。Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 456 (1969)。

- (8) 情報の開示を強制することは、思想の自由・沈黙の自由（憲法19条）において問題となるだけでなく、刑事手続における自己負罪拒否特権（憲法38条1項「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」）との関係でも議論されている。交通事故の報告義務が問題になった最大判昭和37年5月2日刑集16巻5号295頁においては、報告義務の内容は、「交通事故の態様に関する事項」であり、「刑事責任を問われる虞のある事故の原因その他の事項」は含まれない、とし憲法38条1項に違反しないとされた。同様に、所得税に関する調査について、収税官吏は、必要があれば事業に関する帳簿書類を検査できるとする旧所得税法36条が問題になった最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁においては、検査は「所得税の公平確実な賦課徴収のために必要な資料を収集すること」を目的としており、「所得税の遁脱その他の刑事責任」追及を目的とするものではないとした。これに対して、国税犯則取締法に基づく調査手続は、国税の公平確実な賦課徴収という行政目的を実現するためのものであるが、この手続より得られた資料等は捜査及び刑事訴追の証拠資料として利用されることが予定されている、として憲法38条1項の保障が及ぶとした（最三判昭和59年3月27日刑集38巻5号2037頁）。もっともこの事件では、この手続に自己負罪拒否特権が及ぶことを、相手方国民に事前に通知する義務を課すところまでは保障されていないとした。これらの事件では、その手続が刑事手続であるか否か、刑事責任を追及するものであるかどうかの観点から検討され、やや形式的な議論になっている。しかし、麻薬取扱者の記帳義務が問題になった最二判昭和29年7月16日刑集8巻7号1151頁では、営業上の免許を受ける等の利益を得ることの見返りとして、自己負罪拒否特権を放棄しているとの指摘がなされている。すなわち、麻薬の取扱いに関する事実を帳簿に記載することは、違反行為発覚の端緒となりうるが、「麻薬

取扱者たることを自ら申請して免許された者は…当然麻薬取扱法規…の命ずる一切の義務に服することを受諾している」とされた。更には、表現・報道の自由を保障する憲法21条に関して、報道機関の取材源の秘匿と公正な裁判の実現を目的とする証言義務との調整が問題となった事件がある。民事裁判と刑事裁判とで結論においては違いが生じているが、これらを紹介するものとして、拙著『日米比較 憲法判例を考える [人権編・改訂第二版]』(八千代出版、2018年) 191頁以下。

- (9) マールは、刑事法の目的は、個人の行為に影響を及ぼすことであるが、思考が、これら行為に決定的な役割を演じている。したがって、犯罪行為を抑制しようとする立法は、個人の思考プロセスに必然的に影響していると指摘する。See *Mahle, supra note 1, at 252*. また、ブリッツは意図的な行為すべては、思考から生じ、その行為を目にした者に更に別の思考を生じさせる。そこで、意図的行為への制約は、情報の流れを滞らせ、思考を制約することになる、としている。See *Blitz, supra note 2, at 1072*.
- (10) わが国においては、この問題は「君が代」ピアノ伴奏拒否事件(最三判平成19年2月27日民集61巻1号291頁)や謝罪広告拒否事件(最大判昭和31年7月4日民集10巻7号785頁)等において議論されてきた。これらについては、拙著・注(8)117頁、拙稿「思想・良心の自由と一般的義務の免除」『日本法の論点第3巻』笠原俊宏編(文真堂、2013年)17頁参照。アメリカにおいても、意に反して国旗への敬礼や表示を強制することが、修正1条によって保障されている言論の自由を侵害するか、問題になっている。判例の流れを紹介するものとして、拙稿「謝罪の強制と言論の自由—アメリカにおける判例法理の分析—」東洋法学63巻3号37頁(2020年)。
- (11) 例えば、強盗を行うときに用いられる言語、手を挙げろ、財布を出せ、は何かを表現するというよりも目的が限定された一定の事を行わせることを意図している。この言語は強盗の機能的な要素であり、それ以上のものとは聞き手に理解されず、犯罪を行うための付随的・第二次的な作用である。See Benjamin Means, *Criminal Speech and the First Amendment*, 86 MARQ. L. REV. 501, 528 (2002) [hereinafter *Means*]. また、表現が、違法な行為にどのように関わるかによって、その表現への保護のあり方も異なってくる。一連の犯罪行為の一部を表現が担っているような場合、行為の処罰と同様に表現を規制することは可能であるとの考え方がある。これらの言論、すなわちスピーチ・アクトに対して

は、一般の刑事法と同様に、政府に対して明らかに敬讓を示す、合理的根拠の審査という最も寛容な審査が行われるとの指摘がある。See Michal Buchhandler-Raphael, *Overcriminalizing Speech*, 36 CARDOZO L. REV. 1667, 1672 (2015) [hereinafter *Buchhandler*].

- (12) 合衆国最高裁判所においても、古くから内心の自由は、これに支えられている行為の自由にも必ずしも結びつかないと判断してきた。信教の自由が問題になった事件においてであるが、社会秩序を害するとして一定の行為が規制された場合、信仰を理由として処罰等を免れることはできない。これを許せば特定宗教を国家の上位に位置づけることになる」と指摘している。「その行為が、社会の平和、秩序、モラルにとって害悪をもたらす場合、これを処罰する法律の適用を免れるために修正1条の援用が意図されたことは一度としてなかった…宗教行為の自由がいかなるものであったとしても、その国の刑事法の下になければならない」。Davis v. Beason, 133 U.S. 333, 342–43 (1890). 「信仰を理由に…自分の行為に言い訳をすることができることを許してしまったならば、告白された信仰の教義を、国家の法よりも上位に位置づけることになり、事実上、全ての者が…法になることを認めてしまうことになる。こうした状況では、政府は名目だけの存在になり下がる可能性がある」。Id. at 344. 更に、思想の絶対的自由は行為への絶対的保障を意味しない事を確認したのが、Cantwell v. Conn., 310 U.S. 296 (1940) である。「修正1条には2つの概念が含まれる。信仰の自由と行動の自由である。前者は絶対的であるが、後者は、事柄の性質上、絶対であることは許されない。行動は、依然として社会を保護するための規制に服している…州は立法により、宗教上の見解を広める…権利を完全に否定することはできない」。Id. at 303–04.
- (13) 最二判平成2年9月28日刑集44巻6号463頁は、破壊活動防止法39条及び40条は、現住建造物放火などの重大な犯罪を引き起こすようにせん動する行為を処罰しているが、その行為の基礎となった思想・信条を処罰するものではなく、その行為は表現の自由の保護を受けるに値しないとした。
- (14) 思考に基づくという点では、表現行為も物理的行為も共通しているが、思想そのものの交換、あるいは思想の形成といった、思想との関係性から表現の自由の優越的地位が説明されている。すなわち、言論の自由を保護する判決が強調している価値は、思想の交換ということであるが、他方、思考の自由については、意識についての私的な領域を

守ることの必要性が指摘されているとされる (see *CASE, supra* note 6, at 1060)。また、ブリッツは、スモーラの見解を引用して、言論の自由の優越的地位は、言論が他の自由とは異なって思考に結びついているからである。最高裁も同様に、言論が憲法の中心を成しているのは、思考への表現を行うのみならず、思考を開始させるからである、思考は自由のはじまりであり、言論が思考の始まりであるがゆえに、言論を保護するとしている。See *Blitz, supra* note 2, at 1091-92.

- (15) ミーンズによれば、象徴的言論は次のように説明されている。修正1条は、ある種の行為については、象徴的言論としてその保護の対象としている。行進、国旗の焼毀、選挙寄付等がそれである。行為には、修正1条の保護に値する表現的な価値があることが一般論として認められている。表現的要素をもつ行為に対して修正1条の適用を考える場合、考慮されるポイントとして、1 コミュニケートする意思、2 その意思の受け手への伝達、3 政府規制における言論中立理由の存在、4 言論行為がなされた社会的なコンテキストが挙げられる。1・2については、特定のメッセージを伝える意図が存在し、その状況下において、メッセージが伝わる可能性が大であるかどうかが問題になる。3については、州が、一定の行為を制約する根拠として、言論とは無関係な利益の保護を提示できれば、行為には修正1条の保護は及ばない、たとえ、行為者に何らかのメッセージを伝える意図があったとしても、とした。4については、言論は常に社会的なスペースで行われるから、言論によって公共財への損失を防止する必要性が考慮される。See *Means, supra* note 11, at 514-23. これらのポイントについて、更にコービン、行為には表現的な要素が含まれているとされるためには、言論者が特定のメッセージを伝達することを意図しており、聴衆がそのメッセージを理解したことが必要であり、この2つを判断する場合にはコンテキストが重要であることが強調されている。一定のシンボルが表現のために用いられている場合、そのコンテキストこそが、そのシンボルに意味を与えることができるからである。See *Caroline Mala Corbin, Speech or Conduct? The Free Speech Claims of Wedding Vendors*, 65 *EMORY L.J.* 241, 246 (2015) [hereinafter *Corbin*].
- (16) この象徴言論に関して合衆国最高裁は、徴兵カードを焼毀する行為を処罰することが修正1条に違反するか問題になった事件において、その行為が、一定の思想を伝えるためであれば常に「言論」として修正1条の保障が及ぶとすることはできないとした。

United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968) (この事件については、榎原猛「判評」伊藤正己ほか編『英米判例百選1 公法』(有斐閣、1978年)114頁)。以下、この事件の判旨についてやや詳しく紹介しておこう。まず、言論と非言論の2つの要素が、ひとつの行為となっている場合、非言論の要素について規制を及ぼすことに正当な理由があるならば、その規制によって言論に付随的な制限が及んだとしても許されるとした。「その行為が、一定の思想を伝えるためになされているならば、常に、無限定に「言論」とのラベルを張ることが許されるとの見解は、受け入れることはできない。[被告人の]行為に含まれるコミュニケーションの要素が、修正1条を適用するのに十分であるとしても、登録証明書を破壊した行為が、当然に、憲法上保護された行為になるとはいえない。言論と非言論の2つの要素が、ひとつの行為のプロセスに混在している場合には、非言論の要素について規制を及ぼすのに十分な利益が政府にあるならば、修正1条の自由に付随的な制限を及ぼすことは正当化される」。Id. at 376. このように一般論を述べた後で、徴兵を募る権限が議会にあることを前提に、その登録と適性を証明するカードの毀損を禁止することは許されるとした。「軍役のために連邦議会が…徴兵を行う権限を有することは疑問の余地がない…この権限に従い、議会は訓練と奉仕活動の義務を負担させるための登録制度を創設することができる…登録と適性の証明書の発行は、このシステムを機能させるために正当で、相当程度において行政上の助けとなるものである。証明書の継続的利用を可能とする立法は、このシステムが機能するための、正当な目的に役立つのである」。Id. at 377-78. 徴兵への反対という言論と、徴兵カード焼毀という非言論、後者の規制は、徴兵制度とその所持者の登録・適性証明という正当な政府利益を役立ち、前者に付随的に影響しても修正1条には違反しないとした。更に、被告人には、その思想を伝えるために別の手段が利用できたか、ということも重要である。「表現への制約が付随的であっても…発信者のコミュニケーションが、相当程度の聴衆に対して妨げられるという、例外的な場合があり、この場合には修正1条が配慮される…[しかし]本件はこのような場合ではない。なぜならば、[被告人は]徴兵カードを焼毀すること以外の別の方法により、自分のメッセージを伝えることができたからである」。Id. at 388-89 (Harlan J., concurring). なお、コービンも、この事件を言論への内容中立規制という観点から審査基準に結びつけて論じている。すなわち、最初に検討されるの

は、規制が実際に内容中立的であるかどうか、それとも真の目的は言論を規制することであるのかである。もしも後者であるならば、厳格な基準が適用される。規制の目的が言論の制約と無関係であるならば、そして、言論に及ぶ効果が意図的なものでなく付随的であるならば、中間的な審査が適用される。中間的な審査を行うことに加えて裁判所は、規制を受けた言論者が自分のメッセージを伝えるための別の手段を有しているか、検討する。規制が中間的な審査をクリアできず、言論者に別の手段がなければ、規制は言論の自由を侵害していることになるとする。See *Corbin, supra* not 15, at 245. 更にブッチハンドラー-ラファエルはこの事件においては、言論規制が許されるための3つの要素が示されているとした。すなわち、法律が、政府の重要な相当程度の利益を促進していること、政府利益は言論の自由の抑制に無関係であること、修正1条の自由への付随的制約が、政府利益の促進にとって不可欠であることよりも大きくないこと、である。これにより、表現的な行為に基づく言論は、思想的要素からもたらされる害悪を理由として制限することは許されないとしたが、この判決に基づき、裁判例及び学説は言論規制を行う政府の動機に着目するようになった、と指摘されている。See *Buchandler, supra* note 11, at 1710.

- (17) コルバーは、思考の自由は、修正1条の中に明示的には言及されていないが、憲法創設にかかわった世代にとっては、この概念について知られていたとする。1778年、トマス・ジェファソンは、権利章典の採用を促進するために、政府に譲渡すれば元も子もなくなり、政府が常に侵害しようとしているのは、思考の自由であり、言論と著述によって思考をあきらかにしようとすることに対してである、としている。思考の自由は、列記されていた言論の自由に既にして深く根ざしていたと考えられていた。See Adam J. Kolber, *Two Views of First Amendment Thought Privacy*, 18 U. PA. J. CONST. L. 1381, 1388 (2016) [hereinafter *Kolber*]. 思考の自由と表現の自由の関係について、コルバーは学説を次のように要約整理している。シフリンは、言論の自由は、思考の自由を保護するものとして理解され、表現の自由への保護は、思考の自由という、より深い原理を発展させるためである、としている。言論の自由は、自己及び他者との関係を発展させ、思考を行う者の機能にとって不可欠であるとする。同様に、ニール・リチャーズは、憲法上絶対とされる権利があるとすれば、それは思考の自由であり、あらゆる政治及び宗教

上の権利の前提条件である。たとえ完全にプライベートで共有されないものであったとしても、個人の分別及び自律という理由から、意識活動は修正1条によって保護されているのである。他方、ポロクは、修正1条が現実コミュニケーションを促進しているならば、思考の自由は、補足的な役割を担うだけである。思想の自由市場にとってコミュニケーションが不可欠であるならば、表現と結び付いた思考だけが保護される。なぜならば、思考は表現されなければ市場に並べられることは決して可能ではないからである。See *id.* at 1389-91. 更に、最高裁の裁判官も両者の関係について言及し、ブランドイス、カードーズ、バーガーは、思考の自由について広範な権利を支持している。しかしながら、この自由が最高裁によって保護されたのは、常に、表現又は表現行為への規制が問題となっていた事件においてであり、思考が保護されるためには、表現との密接な関連性が必要であるかについては、最高裁は、その立場を明らかにしていない、とする。See *id.* at 1391. このように、学説も判例も、思考 *thought* の自由が、憲法上の自由の中で中心的な位置を占めていることについて認めているが、その自由の正確な意味についての言及は最高裁においてなされておらず see *Blitz, supra note 2, at 1051*, また、最高裁の多くの判決の中で、修正1条は内心又は思考 *mind or thought* の自由を保障している、とされているが、その多くは傍論であり、思考の自由に基づいてなされた判断はごくわずかであるとの指摘がある。See *CASE, supra note 6, at 1054*.

- (18) *Roth v. U.S.* 354 U.S. 476 (1957) の簡単な紹介に続き、わいせつ表現物と修正1条の関係について、コフランは最高裁の判例の流れを次のようにまとめている（なお、アメリカにおけるわいせつ概念について判例法を詳細に分析したのとして、加藤隆之『性表現規制の限界―「わいせつ」概念とその規制根拠―』（ミネルヴァ書房、2008年）。すなわち、修正1条とわいせつ表現に関する最高裁の考え方が示された最初の事件は、ロス事件（1957年）であり、わいせつ言論に修正1条の保護は及ばず、わいせつ表現によって埋め合わされるべき社会的価値はないとした。しかしこの基準の実務的な困難さが明らかになり、レドラップ事件（1967年）（*Redrup v. New York*, 386 U.S. 767 (1967)）で最高裁は、コミュニティ・スタンダードを新しい基準として示し、問題となったわいせつ表現物に埋め合わせるべき社会的価値が存在するかを判断しようとした。しかし、この基準も主観的であるとして、ガイドラインとしてそれほど役に立たなかった。そこで、

- ミラー事件 (1973年) (Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973)) において (この事件について、金井光生「判評」樋口ほか編『アメリカ法判例百選』(有斐閣、2012年) 66頁)、重大な芸術、科学、政治、文学価値を有するならば、その表現物は保護されるとした。こうした流れの中で、スタンレー事件 (1969年) で最高裁は、これら一般ルールの例外として、わいせつと表現物の所持を違法とする判断を破棄した。修正1条は、自宅において何を読み、鑑賞するかについて州が定めることは許されないとした。すなわち、その社会的価値にかかわらず、情報や思想を受領する権利を認めたのである。しかし、これによって、わいせつ表現物を伝達する権利、輸入する権利が認められたのではない。また、パリス・アダルト・シアター事件 (1973年) (Paris Adult Theatre I v. Slaton, 413 U.S. 49 (1973)) では、更にスタンレー事件 (1969年) の考え方を限定して、成人向け映画館のプライバシーにおいて上映されるわいせつ表現物には、修正1条は及ばないとした。商業的な映画館は私的な自宅とは同じではない、自宅の外にはスタンレー事件 (1969年) の保護は認められないとした。生活の質、及びコミュニティ全体の環境という公共の利益により、制約は認められるとの根拠が示された。See Susan G. Caughlan, *Private Possession of Child Pornography: The Tensions between Stanly v. Georgia and New York v. Ferber*, 29 WM. & MARY L. REV. 187, 189-92 (1987) [hereinafter *Caughlan*].
- (19) 最高裁が内容に基づく制約を言論に認めているのはごく狭い領域である。ファイティングワード、わいせつ、商業言論、切迫した違法行為へのあおりである。See *Means*, *supra* note 11, at 507.
- (20) 最高裁は、この事件がわいせつ表現に関わる事件であるため、先例としてロス事件 (1957年) に言及しているが、この事件と本件が区別されることを強調している。ロス事件 (1957年) では、わいせつ表現の規制には、その表現に接することにより、反社会的な行為を行う明白かつ現在の危険を生じていることまでの証明は必要ないとしたが、問題とされていたのは、わいせつ表現物の自己鑑賞ではなく公衆への伝達であったことが強調されている。See *Stanley*, 394 U.S. at 567.
- (21) 本法を制定するにあたりジョージア州は、わいせつ表現物に接することにより、異常な性的行為又は性的暴力の犯罪へと駆り立てられることを懸念していたようである。しかしながら、最高裁は、この主張には経験則からする根拠はほとんど存在しないと

退け、更に、犯罪防止のために通常用いられるべき手段は教育であり、また、法律違反を犯した者に対しては制裁を行うことである、とした。See *Stanley*, U.S. at 566–67.

- (22) スタンレー事件（1969年）については、修正1条の問題というよりも、プライバシーの事件として理解されるべきとの考え方がある。保護された言論、又は情報の受領という領域で検討するよりも、自宅等の特定の場所の問題とするのである。しかしながら、最近のコンピューターやネットの普及を考えると、個人はすぐさま表現物を自宅で見ることができ、多くの文化的な活動は自宅で行うことができる。いわゆるデジタル・ホームという概念が登場し、プライバシーを自宅という物理的空間を中心に理解することは困難になり、伝播・流通といった概念と相対化されてくると思われる。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, 361 (2010) [hereinafter *Blitz II*].
- (23) この事件について、修正1条よりも、修正4条の令状主義の観点から検討しているのがスチュワート裁判官である。本件の令状は、あくまで賭博行為の証拠を収集することを目的に発付されているので、これに基づいてわいせつ表現物の単純所持の証拠を収集したことは問題であるとする。「捜査官には、被告人の住居に適法に侵入し、令状に具体的に示された証拠物すべてを捜索し、押収する権限が認められているのは明らかである。その結果、捜査官が、被告人の寝室に行き机の引出しを開けたことは、令状によって認められている範囲の活動である。しかしながら、引出しの中に、賭博に関する物品ではなく、動画フィルムを発見した場合には、その令状によってそのフィルムを押収する権限は捜査官にはあたえられていない」。Stanly, 394 U.S. at 570–71 (*Stewart J., concurring in the result*). また、ブリッツは、修正4条と修正1条の重なりについて言及している。修正4条は単に物理的な作用だけでなく、機能的にみてこれと同等の作用に対しても保護が及ぶ。同様に、修正1条も書籍を自宅から物理的に押収することを禁止するだけでなく、このような押収による規制と機能的にみて同等といえる行為もまた禁止しているとしている。See *Blitz II, supra* note 22, at 367.
- (24) スタンレー事件（1969年）に関して、プライバシーという空間への保護がなされたことを強調し、それ自体は憲法上保護されていないわいせつ表現物の所持も許される、と理解するならば、麻薬や火器等違法な物品の自宅での所持を規制できなくなるのではな

いかとの指摘がある。ブリッツは、スタンレー事件 (1969年) で示された思考の自由は、鑑賞されている表現物がいかなるものであったかによって左右されない。何らかの表現物を私的に鑑賞する自由が憲法によって保障されているとされた。他方、麻薬や火器、盗品等を所持することを犯罪とする州の権限を否定するものではないとした。ドラッグ等の所持が、自宅という壁によって違法と認定されることを阻まれないのであれば、違法なわいせつフィルム等の所持も同様に、自宅の壁によって違法活動とされることを阻まれることはない。See *Blitz II*, *supra* note 22, at 393.

- (25) わいせつ表現物の規制に関し、最高裁の立場を明らかにしたのがパリス・アダルト・シアター事件 (1973年) (*Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973)) である。最高裁は、わいせつ表現物は修正1条によって保護されておらず、自宅での鑑賞とは異なり、公衆への伝達過程においては、品位ある社会の維持のためこれら表現を規制する権限が州に認められるとした。「当裁判所は一貫して、わいせつ表現物は、州のポリスパワーに基づく限界として、修正1条によって保護されないと判断してきた…わいせつな、ポルノグラフィックなフィルムは、それに同意している成人のみによって鑑賞可能であるという理由から…州の規制から憲法上免除されるとの理論は、カテゴリーカルには承認されてこなかった」。Id. at 54-57. 「州には、商業的なわいせつ表現物の流通を防止するという正当な利益が存在する…これらには、生活の質の維持、及びコミュニティの環境全体という公共の利益が含まれている…個人は、自分の部屋でわいせつな本を読むことができる…しかし、書店において、自分の望むままに本や写真を入手できる権利…が認められたならば…他者のプライバシーを侵害することになる…品位ある社会を維持するのは国家と州の権限である」。Id. at 57-59. このように最高裁がわいせつ表現を規制する理由は、上述の品位ある社会の維持と共に、性の問題は個人の人格にとって不可欠であり、その下品な形での商業利用は人間関係の土台を侵害するとしている。「家庭生活、コミュニティの福祉、そして個人の人格の発展にとって中心的であるのは、センチティブで重要な人間関係であるが、これは、性を下品な形で、商業的に利用することによって、その土台が失われ、破壊されるのである」。Id. at 63. こう述べた上で最高裁は、わいせつ表現物の規制を議会は憲法上命ぜられてはいないとしつつも、わいせつ表現物のもたらす害悪について決定的な証拠がないからといって、その規制が修正1条に違反

することはないとした。「州は…商業化されたわいせつ表現物への規制を一切行わないことも可能であるが…憲法は州に対してそうすることを強制してはいない…立法者は、経済、ビジネス、社会問題に関わる法律について、その賢明さ、必要性、妥当性について判断するが、その上位に裁判所が位置しているわけではない」。Id. at 64. 「成人一般に開放された商業施設において、わいせつな行為の描写を…商業的に利用することの規制は、通商を規制して、公共の環境を保護する州の広範な権限の範囲内である…わいせつ表現物の公衆へ陳列が…コミュニティ全体に害を及ぼし、公共の安全を危険に曝し…上品な社会を維持する州の権限を危うくする傾向があることについて、州は、道徳的に中立的な判断を下す権限を有している」。Id. at 68-69. その結果「何らの決定的証拠や経験的なデータが存在しないからといって、この結論に達し、この結論に基づいて立法することを、立法者は憲法上禁止されているとは一切いえない」とした。Id. at 63. 更に、最高裁は、スタンレー事件（1969年）判決を踏まえ、映画館におけるわいせつ表現物の上映に規制を加えることは、個人の思考をコントロールするとの主張に対して、自宅というプライバシーが問題になっていない場合には、その規制が付随的に思考に影響したとしても、州の正当な利益を守る妨げにはならないとした。「州は、人民の思考の道徳的内容をコントロールする正当な利益を有しない、との主張…について我々は争う必要はない。しかしながら、本件においては、州が、映画館をひいきする人々の思考をコントロールしようとしている、との主張は受け入れない。その定義上、コミュニケーションにおける重大な文学・芸術・政治・科学の価値に欠けているとされる、わいせつ表現物を、無制限に陳列し、又は頒布することを妨げること、そのことと理性及び知性をコントロールすることとは異なるのである…修正1条によって保護された思想のコミュニケーション、スタンレー事件（1969年）で保護された特定のプライバシー、又はその他憲法上保護されたプライバシーのエリア若しくはゾーンが問題となっていない場合、人によって発せられた何らかの言葉又は思考が、結果として付随的に影響を受ける可能性があるというだけでは、州が正当な州利益を保護することの妨げとはならないのである」。Id. at 67.

- (26) その所持の目的が、自己鑑賞か、それとも販売・頒布かを区別することは困難であり、また、当初は単純所持であったものが、後に、販売目的に容易に転ずることが考え

られる。この点についてはスタンレー事件（1969年）においても指摘されていたが、最高裁は、所持の目的を判断することが困難であるからといって、自己鑑賞の自由を制約する理由にはならないとしてこれを退けていた。「わいせつ表現物の所持を禁止することは、その頒布を禁止する法律にとって必要であり、付随的なものであるとの主張がある…これらは、頒布の意図を証明することが困難であることに基づかれている [が] …たとえそうした困難が存在したとしても、自分が希望するものを読み、鑑賞する個人の権利への侵害を正当化することにはならない。この権利は、個人の自由という体系にとって非常に根本的なものであり、正当な刑事法の執行を容易にするとの必要性によっては、その制約は正当化され得ない」*Stanley*, 394 U.S. at 567-68.

- (27) この問題については、拙稿「アメリカにおけるスタンディングの研究—第三者の権利援用—」中央大学大学院研究年報14号I-1 83頁（1985年）。また、文面審査を内容とする *overbreadth* 理論を、仮定的第三者の権利を援用するスタンディングの観点から分析したものと、拙稿「オーバーブレドス [*overbreadth*] 理論の新展開」法学新報93巻3・4・5号77頁（1986年）。文面審査を具体的審査制のもとで説明するものとして、拙稿「法令の憲法判断を求める当事者適格—アメリカにおける宣言判決と憲法3条の要件を中心に—」東洋法学57巻3号1頁（2014年）。
- (28) もっとも、スタンレー事件（1969年）においては、わいせつ表現物を受け取る自由までは保障されておらず、このことはその所持の目的いかにかわらない、というのが多数意見の認識である、との指摘がある。See *United States v. Thirty-Seven (37) Photographs*, 402 U.S. 363, 376 (1971).
- (29) 日本においても、わいせつ表現物を単純所持目的で国内に持ち込むことを禁止することが、憲法31条、憲法13条に違反するか問題になったのが、第一判平成7年4月13日刑集49巻4号619頁である。原審・東京高裁は、わいせつ表現物の規制が許されるのは「それが個人の領域を越えて社会との間に接点を生じ、健全な精神的な社会環境秩序に対する侵害となる場合のみ」である。「単純所持までも規制の対象とすることは、明らかに本来個人の自由委ねられるべき領域と、法律を以て規制すべき領域との境界線を踏み越えるものである」とした。最高裁は破棄・差戻しの判決を下した。目的の認定が困難であること、目的は容易に変化すること、その流入を一般的に、水際で阻止することの必

要性を指摘した。「わいせつ表現物がいかなる目的で輸入されるかはたやすく識別され
難いだけでなく、流入したわいせつ表現物を頒布、販売の過程に置くことは容易であ
るから…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」。この事件
について、拙稿「判批」法学新報103巻8号147頁（1997年）。

- (30) ライデル事件（1971年）（*United States v. Reidel*, 402 U.S. 351（1971））が、スタンレー
事件（1969年）と区別されるのは、自分自身が鑑賞するためにわいせつ表現物を所持し
ていたからではなく、他者にそれを送ろうとした点である。換言すれば、内から外へと
伝播させ、自分自身に留め置こうとしなかったことである。スタンレー事件（1969年）
のももとの考え方にはなかった方法で、公的問題となるように拡散しようとしたので
ある。See *Blitz II*, *supra* note 22, at 388–89.
- (31) この事件では、自己鑑賞の前提として、情報を郵送という手段によって受け取る自由
が認められるか問題になっている。この場合、情報の選別能力が十分でない未成年者に
成年者と同程度の自由が認められるかという問題が生じる。この点について、マーシャ
ル裁判官は未成年者への制約について一層厳格な手段をとることは許されるとしてい
る。「郵送による頒布は、わいせつ表現物が未成年者の手にわたる危険性をもたらし…
これを防ぐ唯一の方法は、購入者に自分の年齢を申告させるということであった…わい
せつ表現物の販売者に対して、未成年者がこうした表現物入手できないようにするた
め、一層厳格な手段をとるように求めることは許されると考える」。Reidel, 402 U.S. at
361–62 (Marshall J. *dissenting*).
- (32) この点について、わいせつ表現物を規制して、未成年者やそれを嫌悪する成年者には
伝達されないようにすることは認められるとしても、自己鑑賞の自由が保障されている
ならば、それが実際に伝達されたときに規制するのが筋であるとするのがマーシャル裁
判官の意見である。「法廷意見は…わいせつと考えられる表現物に、未成年者及びそれ
を望まない成年者が曝されることから保護するための規制は正当であることを認めた…
[本件において] 問題の表現物は、上訴人がヨーロッパ旅行から合衆国に帰国した際に、
そのバックの中から押収されたが、その時点では、その表現物は純粋に、私的な所持に
とどまっており…政府は、商業的な頒布がなされたときに、その正当な利益を守るため
にこれを規制するための十分な機会を有している」。Id. at 360–61.

- (33) ブリッツは、スタンレー事件 (1969年) とその後の判例法の流れについて次のようにまとめている。スタンレー事件 (1969年) では、どのような本を読み、フィルムを鑑賞するかを州が規制できるとすれば、内面のコントロールを許し、修正1条の思考の自由に反するとした。この判断は、その後、数多くの裁判所において引用されるが、一連の判決において、自宅の内部において保護される表現物も、自宅に入るまでのルートにはその保護は及ばないとされ、この判決の有する意義は、かなり限定的である。ライデル事件 (1971年) では、わいせつ表現物によりビジネスを行うこと、そのために郵送手段を用いることまで、スタンレー事件 (1969年) で示された情報受領権は及ばないとした。37枚写真事件 (1971年) (*United States v. Thirty-Seven (37) Photographs*, 402 U.S. 363 (1971)) では、税関は旅行者の自宅ではない、たとえ表現物を自己鑑賞目的で持ち込もうとしていたとしても、としている。一連の判決の中でバーガー首席裁判官は、スタンレー事件 (1969年) で保護された思想の自由は、通商のための公的手段のみならず、公的生活がなされるいかなる場所においても、及ばないとした。See *Blitz II*, *supra* note 22, at 359-60.
- (34) 連邦議会は、性的搾取から子どもを保護する法律を1977年に制定し、アメリカ全土においてチャイルド・ポルノの取引を禁止した。しかしながら、これによつては、個人観賞を目的とする制作を規制することができず、また、わいせつにあたらなければ、その頒布も禁止できなかつた。そこで、1984年に連邦議会は、ファーバー事件 (1982年) (*New York v. Ferber*: 458 U.S. 747 (1982)) 判決の後押しも受けて、77年法律では規定されていたわいせつ要件を外し、州際取引、受領、郵送の禁止に関し付けられていた商業目的という要件も削除した。この法律により、連邦での起訴件数が劇的に増加したとされている。See *Caughlan*, *supra* note 19, at 198-99.
- (35) 最高裁は、チャイルド・ポルノ問題を考えるにあたり、わいせつ表現への規制に関する先例を次のように整理している。「未成年者による性的行為…を描写する作品を規制するにあたり、州には一層の規制権限が認められるのかを検討することから始められた…ロス事件 (1957年) では…わいせつ表現は、憲法上保護された領域には含まれないとされ…15年間にわたり支持されてきた [が] …この間、我々が認識してきたのは、いかなる表現もその規制を行うことに本質的な危険が存在しているということである…ミ

ラー事件（1973年）では…州によって責任を追及することが可能な作品は次のような限定されたものでなければならない。すなわち、全体として性に関する好色的な関心に訴えるもの、明らかに不快な方法で性を描写するもの、全体として、重要な文学、芸術…的価値を有していないものである、としている」。New York v. Ferber, 458 U.S. at, 753-55 (1982).

- (36) この点についてコフランは以下のとおりに要約している。ポルノ規制に関して、鑑賞の対象物に未成年者が含まれている場合、憲法上許容される規制の範囲は一層広がっていく。その理由として5つ挙げられ、第1に、未成年者の身体・精神の福祉を守るとは、やむにやまれぬ利益であること。第2に、チャイルド・ポルノの頒布と子どもの性的虐待との間には関連性があること。子どもの性的虐待のシーンは永久に記録され、その拡散によりもたらされる害悪は増大するため、頒布のネットワークは断たれねばならないこと。第3に、チャイルド・ポルノの宣伝・販売は、経済的な動機をもたらす。こうした動機こそが制作が行われる際の不可欠な部分である。頒布が制作への経済的なインセンティブを生じ、子どもの虐待が永続化する。第4に、その価値は最小といわないまでも極めてわずかであること。第5に、制約されるべき害悪が、表現の利益を圧倒的に上回っている場合には、言論の内容に基づく制約を課すことは正当とされる。See *Caughlan, supra* note 19, at 193-95.
- (37) コフランはこの事件の判旨を次のようにまとめている。最高裁は、法的にはわいせつといえないチャイルド・ポルノを規制する州法の合憲性に取り組み、バランスング・テストを適用し、子どもの福祉を守る州権限の範囲で立法されていると判断した。コミュニティへの新しいレベルの侵害、すなわち子どもの身体及び精神の虐待を認識し、チャイルド・ポルノの製造及び頒布を禁止することを認めた。See *id.* at 188.
- (38) チャイルド・ポルノの所持は、危険を生じさせる行為である、それには3つあり、ひとつは視聴者の妄想をかきたて、未成年者への性的犯罪の実行を煽る。2は、小児愛好者が、成年者との性的行為を行うことを未成年者に説得するための道具として利用すること、3は、市場の創設とサポートにつながるということである。See *Buchhandler, supra* note 11, at 1704-05.
- (39) ブレナン裁判官は、多数意見は、チャイルド・ポルノの単純所持とその流通・市場と

を結びつけて議論しているが、本件においては、市場とは関係がない純然たる私的所持のケースであり、ファーバー事件（1982年）というよりもスタンレー事件（1969年）の考え方に基づいて判断されるべきことを主張している。「本件写真が、商業的に制作又は頒布されたとの証拠は存在しない。すべての写真は、上告人が数年間、自己観賞のために個人的に所持していたアルバムの中におさめられていた。この状況の中で、多数意見がスタンレー事件（1969年）ではなく、ファーバー事件（1982年）に焦点を絞ったことは誤りである…スタンレー事件（1969年）では…州は、わいせつ表現物を規制する広範な権限を維持しているが…この権限は、自宅のプライバシーにおいて個人が所持しているにすぎない場合には及ばない…何を、そしてそれをどのように規制することが許されるかを判断する場合に、スタンレー事件（1969年）において示された区別は、依然として有効である」。Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103, 139–40 (1990). (Brennen J., *dissenting*).

- (40) インターネットの普及は、小児性愛者のような、危険な嗜好を潜在的に有する個人に対して便利なフォーラムを提供している。このフォーラムにおいて、こうした嗜好を論じ、時として行動に移す。更に、1対1のみならず、無限定の特定できない個人間で効果的に情報をやり取りすることを可能にするのである。See *Buchhandler*, *supra* note 11, at 1676.
- (41) (C) 項において禁止されているのは、コンピュータ・モーフィングといわれる方法によって制作されたチャイルド・ポルノである。これは、コンピューターによって一から作成するのではなく、実在の未成年者の、それ自体は犯罪とかかわりのない写真に修正を加え、性的行為を行っているように見える映像に変えていくのである。この画像においては、実在の未成年者の利益が侵害されることになるので、本件においては、その規制が違憲であるとの主張はなされていない。
- (42) この規定の意味についてレンキスト裁判官は「あからさまに性的行為」は「実際の…性的行為…の「視覚的描写」のみに適用されることは明らかである…したがって、性的行為を連想させるだけの行為、例えば幼い顔立ちの成人俳優が、毛布の下で何やらもぞもぞと動いている場合には…法律の射程の範囲外である」とする。Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234, 268–69 (2002) (Rehnquist J., *dissenting*).
- (43) なお、本法には2つの積極的抗弁事由が規定されている。ひとつは、被告人は禁止さ

れた画像を2本以下しか所持しておらず、それらを即座に廃棄するか、法執行官に報告する場合、もうひとつは、画像は成年者のみを用いて制作され、未成年者による、あからさまな性的行為は描写されないようにしている場合である。この抗弁事由を踏まえ、多数意見は、幼い顔の成年者が演じたポルノグラフィを禁止することは、過度に広範な規制であるとした。オコナー裁判官はこの点については多数意見を支持しているが、バーチャル・チャイルド・ポルノの禁止も過度に広範であるとする点に疑問を呈し、このことを証明するに足る証拠は提示されていない、と判断した。See *id.* at 260-61 (O'Connor J., concurring in the judgment and dissenting in part).

- (44) この最高裁判決が下されるに先立って、第7巡回区控訴裁判所以外に、3つの巡回区控訴裁判所において本法が争われ、いずれもその合憲性が支持されていた。主として、未成年者に見える成年者を出演させてのチャイルド・ポルノに関し、これを含めて規制対象とすることは過度に広範の規制とはいえないとしていた。その判旨をごく簡単に紹介しておこう。United States v. Hilton, 167 F.3d 61 (1 Cir. 1999) では、制作過程において実際の未成年者は出演していないが、そう見える表現物を規制することは許される。まず、チャイルド・ポルノは実際の未成年者が演じようとそうでなかりと社会的価値はほとんどないこと。そうした表現物はチャイルド・ポルノの取引を助長し、未成年者への虐待を促すことになる。「コンピューターで作成され又は画質を高められた表現物は他のやり方で制作されたチャイルド・ポルノと同じように売買され取引の対象となり、地下に潜ったチャイルド・ポルノの産業に燃料を供給することになっている。これらの表現物は実際の未成年者が出演するものと同じく、未成年者を潜在的な未成年者虐待者と協力させるべく、誘い又はこれを強要すべく用いられるのである。更には…これらは加工され、実際の未成年者が作成に加わっていたのかどうかを判断することが不可能になるのである…もしも、議会が実際の未成年者に「見える」あからさまな性的行為を規制対象とすることができないならば、チャイルド・ポルノ産業を撲滅しようとの試みは挫折することになる」。Id. at 73. 次に United States v. Acheson, 195 F.3d 645 (11 Cir. 1999) においては、本法の文言からすれば、違憲的な適用が相当程度においてなされることはなく、文面上過度に広範として無効となることはないとしている。すなわち、成人を用いてその性的な行為がなされていることを、その作品の制作者に積極的に証明さ

せる抗弁事由が規定されていること、チャイルド・ポルノについて、故意に、所持していることの証明は検察側にあること、チャイルド・ポルノは小児性愛者の求めに応じて調達されるのが通常であるとの議会の結論は、本法が不適切な適用がなされることの歯止めになること、とした。See *id.* at 651-52. 更に *United States v. Mento*, 231 F.3d 912 (4 Cir. 2000) において 被告人はチャイルド・ポルノの映像をインターネットからダウンロードしたとして起訴されたが、本法が、言論内容に基づく規制を行っており、厳格審査がなされるべきである、チャイルド・ポルノであるように見える、またはチャイルド・ポルノである印象を伝える方法で伝達するビジュアルの表現物を犯罪としているが、過度に広範であり漠然としていると主張した。議会はLRMによれば、やむにやまれぬ政府利益を守るために保護されている言論を規制することができる。「最高裁は、所持も含めてチャイルド・ポルノの禁止は狭く規定されていることを認めた、その理由はチャイルド・ポルノと未成年者の性的虐待と搾取との間の因果関係が存在するからである。そこで、問題なのは、伝統的な意味でのチャイルド・ポルノと未成年者がバーチャルであるチャイルド・ポルノとの違いが存在するかどうかである…これを鑑賞する者にとっては、実際の未成年者と未成年者に「見える」画像との間に違いはない。同様に、未成年者に見せられる画像は、いかなるチャイルド・ポルノを見せられた場合であっても同じように有害なのである…チャイルド・ポルノであるように見える、又はその印象を伝える表現物を禁止することは、成人が未成年者を装っているだけのポルノグラフィにも何らかの影響を与えることはあり得る。しかしながら、政府はこうした表現物を禁止するにあたり、やはり、やむにやまれぬ利益を有している。なぜならばこの表現物によってもチャイルド・ポルノの視聴者は満足を得ることができ、結果として未成年者にマイナスな影響を及ぼすことに違いはないからである」。 *Id.* at 920-21.

- (45) 単純所持者の立場からすると、その処罰を免れるための主張立証は容易ではない。自分が制作したのではないフィルムの登場人物が成人者であること、又はバーチャルであることを立証することの負担は大きいとの指摘がある。「自分の言論が不法なものではないことを被告人に証明させようとすることは、深刻な憲法上の問題を提起する… [本件の場合] 証拠上の負担はごくわずかとはいえない。被告人は作品の制作者ではないので、出演者が誰であるのか、はたして実在者であるのかさえも証明する術をもたない」。

Ashcroft, 535 U.S. at 255.

- (46) わいせつ表現物はその鑑賞者の精神にはたらきかけ、犯罪行為を引き起こすことを理由に、その表現物の販売頒布及び単純所持を禁止することが考えられる。この場合、鑑賞と犯罪行為との因果関係が問われるが、この点についての確定的な証明はなされていない。そこで、この証明がない以上、規制は許されないと考え方が成り立つ。しかし、最高裁はこれを否定した。「わいせつ表現物に曝されることによって、男女又は社会に悪影響が及ぶことを証明する決定的な社会的データは存在せず…この点についての証明がない以上、州による規制は不可能である、とする主張を受け入れることはできない。州の立法に経験則上、何らかの不確かさが潜んでいても、憲法それ自体によって明らかに保護している権利を侵害するという例外的な場合を除いては、この問題についての解決を行うことは我々の役割ではない…立法者は、科学的に全く正確な根拠に基づいて立法することを求められていない…反社会的な行為とわいせつ表現物との間の因果関係について、決定的な証明がない場合にも…その因果関係が存在し、又は存在しうると判断することは、全くもって合理的である。その結論に基づいて、社会的な価値である、秩序と道徳を保護するために立法することは正当である…社会が文明化されて以来、立法府と司法部は、証明されていない様々な推定のもとに活動し、こうした推定は、商業およびビジネスに関する多くの州の規制の根底を成しているのである」。 *Paris Adult*, 413 U.S. at 60-61.
- (47) 本法においては、非実在の未成年者だけでなく、実在の成人であるが、幼い顔のために未成年者が演じているように見える作品も規制対象にしている。こうした作品によっても、実在未成年者への性的虐待を助長することが問題になるが、オコナー裁判官の個別意見は「多数意見は、未成年者が出演しているように見えるポルノグラフィの映像によって、現実の未成年者への虐待がなされることについての因果関係は十分には証明されておらず、したがって、その表現への修正1条の保護を失わせることは正当化されないとしているが、これに同意する」としている。 *Ashcroft*, 535 U.S. at 262.
- (48) 思考の自由について憲法上、明文の保障は存在しない。しかし、最高裁は、思考の自由は自由の起点であり、言論が思考の起点であるがゆえに、言論は政府から保護されねばならない、とする。 See *Ashcroft*, 535 U.S. at 253. このように「思考」と「言論」の相互

の関連性を確認した上で、修正1条は、言葉と行為、並びに思想と行為とを截然と区別して議論を展開し、不確定な将来において不法な行為がなされる機会が増えるとの理由によっては、言論を禁止することはできないとしている。See *Ashcroft*, 535 U.S. at 253–54. コルバーはアシュクロフト事件（2002年）では、政府が思考をコントロールしようとすれば、修正1条の自由は最も危険にさらされる、思考の自由は自由の始まりであり、言論は思考の始まりであるがゆえに、言論は保護されなければならないとしている。その言わんとすることは必ずしも明快とは言い難いが、言論の自由は、思考の自由に仕えていることを示唆していると理解することは可能であろうとしている。See *Kolber*, *supra* note 17, at 1393–95.

- (49) 暴力行為を行うことを示唆している表現行為の禁止・処罰をめぐって争われた事件がブランデンバーグ事件（1969年）（*Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)）である（この事件については、浦部法穂「判評」伊藤正己ほか編『英米法判例百選工公法』（有斐閣、1978年）110頁）。最高裁は、表現行為を禁止できるのは、切迫した違法行為を煽動し、又は生じさせることを指示している場合に限定されるとした。この事件では、KKKの集会の様子がテレビフィルムに収められ、12名のフードを被った人物が、木製の巨大な十字架の周りに集まり、それを燃やし、大統領、議会、最高裁が、このまま白人を弾圧し続けるならば、報復措置もありうる、黒人はアフリカに、ユダヤ人はイスラエルに帰れ、等のスピーチがなされていた。被告人は、サボタージュや暴力行為の必要性や妥当性を唱えることなどを処罰していた、オハイオ州反サンジカリズム法に違反しているとして起訴された。最高裁は違法行為を煽動する表現を規制するためには、その表現により違法行為がなされるのが切迫していることが必要であるとされた。「[先例が確立してきたのは] 言論・出版の自由が憲法上保障されていることにより、州が、暴力の使用又は法律違反の奨励を禁止できるのは、それが、切迫した違法行為を煽動し、又は生じさせることを指示している場合に限定される…暴力に訴えることが道徳的に正しく、道徳的に必要であるということを抽象的に教えるにとどまる限りは、そのことは、団体に暴力行為の意思を固めさせることとは同じではない…このような区別がなされていない法律は、修正1条への侵害を行っているものとして許されない」。Id. at 447–48. ところで、いかなる表現が、違法行為を切迫化させるとして規制の対象になるか、これについて

て、デモ行進に関して、デモ隊に違法行為を促す発言に関して問われたのが *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105 (1973) である。最高裁は、表現の内容が違法行為を促すものであったとしても、何らかの漠然とした、将来に違法行為を行うように呼びかけているにすぎない場合には規制しえないとした。この事件では、大学のキャンパスでの反戦デモに関して、約100~150人がストリートに移動し、車両の通行を妨げた。そこで、警察官等は、そのストリートに歩いて近寄ったところ、デモ隊は2手に分かかれ、デモを見物していた多くの群衆と合流した。警察官は、被告人が大きな声で *fuck* 等と叫んだのを聞いて、秩序違反行為があったとしてすぐさま逮捕した（より正確には、被告人は、このくそつたれストリートを後で占拠しようぜ、このくそつたれストリートをもう一度占拠しようぜ、と叫んだようである）。しかし、こう叫んだときに被告人は特定の人・グループに向けて叫んでいたようにも見えず、大声ではあったが、その場にいた他の者たちと比べて特に大きいという程のことはなかった。最高裁は「その言葉は…何らかの漠然とした、将来に違法行為を行うように呼びかけているにすぎない。このことは…[被告人の] 言論を処罰することを州に認めるに十分ではない。先例によれば…暴力や法律違反の行為を呼びかけることを禁止し、規制するためには、そうした呼びかけが、切迫した不法行為を煽動し、生じさせるための指示であり、及びそうした行為を支持し、生じさせている場合である」。 *Id.* at 108. このような、違法行為を切迫させる言論とその言論の前提となる思想との関係をケースは次のように分析している。ブランデンバーグ事件（1969年）では、不法行為の実行を切迫化させる言論を規制することができるとしたが、思考が犯罪を行う可能性を高めるからといって、そうした思考は、ブランデンバーグ事件（1969年）において保護されないとされた言論と類似しているとはいえない。思考によって確たる意図が形成されてはじめて、犯罪を行わせるように方向づけがなされるのである。不法行為の実行を切迫化させる言論と同等な思考については、既にして企図を処罰する法律によって明確になっている。すなわち、犯罪を行う方向への一步を相当程度に踏み出させる行為を伴っている場合に、犯罪の意図は処罰されるのである。しかし、この定義に至らない思考及び行為は保護されるべきである。内心の自由によって保護されたプライバシーの領域に未だ止まっているからである。See *CASE*, *supra* note 6, at 1061. なお、上述の2つの判例も含め、モルナーは表現規制の歴史的展開を明白かつ現

在の危険の見地から整理している。20世紀初頭、第1次大戦と共産主義に遭遇したアメリカ議会は、社会主義者に対抗するために盗聴法を制定したが、それをめぐって修正1条の保障の範囲に関する重要な判例が形成された。シェンク事件（1919年）（*Schenck v. United States*（1919））で最高裁は、明白かつ現在の危険理論を示した。言論が実体的な害悪を生じさせる明白かつ現在の危険を生じる性質を有し、及びそうした状況において用いられている場合を除いて、言論は修正1条によって保護されている。この事件をより詳細に分析すると、悪性傾向 *bad tendency* テストに基づかれている。ホームズは、徴兵への現実の妨害があったなら、言論を述べた者は、自分の言葉がもたらした効果に対して責任を負うことになるとした。言論行為、言論傾向、その意図が同じであるならば、成就した結果だけが、行為を犯罪とするのではない。悪性傾向テストを適用する場合、ホームズは言論がもたらしうる結果、及び言論がなされた環境から意図を引き出す。これによってホームズは、被告人は、徴兵を妨害する謀議という犯罪で有罪とされるために必要な犯意を有していたと結論した。1週間後、最高裁は徴兵を妨害することを奨励する言論は、修正1条によって保護されていないとした。自らが用いた言葉が、徴兵を妨害する傾向があるならば、その言葉がその結果を生じさせるべく意図していた、すなわち言葉のもたらす傾向から意図を導き出すことができるとした。その結果、徴兵を妨害するとの傾向を有し、その効果を合理的に生じさせる言葉を用いることについて具体的に意図があったならば有罪となる。See *Molnar, supra* note 1, at 1337-38. 次の発展は、冷戦下において生じ、デニス事件（1951年）（*Dennis v. United States*, 341 U.S. 494（1951））では、被告人は共産党を結成し、暴力による政府の転覆、その必要性和義務を唱道した。最高裁は、修正1条の保護が及ぶかどうかは害悪の大きさ、そのことが生じる可能性に左右されるのであるが、そうした危険を避けるために必要とされる制約を言論に対して行うことが正当とされるのかどうか問題になるとした。有罪を支持するにあたり、最高裁は、共産主義的世界的な拡散と結び付く言論は、修正1条による保護が及ばない程に重大な危険性を有すると考えた。一方、イエーツ事件（1957年）（*Yates v. United States*, 354 U.S. 298（1957））では、直接的ではなく抽象的な唱道は、修正1条の保護を受けるとし、明白かつ現在の危険について再び言及されたブランデンバーク事件（1969年）（*Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444（1969））では、暴力に訴えることがモラル

に照らして正しく又その必要性がある、と抽象的に教示するだけでは、団体に対して暴力行為を準備させその意思を固めさせることにはならないとした。ヘス事件（1973年）（*Hess v. Indiana* 414 U.S. 105 (1973)）では、被告人の言葉は、不明確な将来において違法行為を行うことを唱道したにすぎないとした。See *id.* at 1337-42. ブランデンバーグ事件（1969年）では過度に広範を理由として法律を無効とした。言論者が切迫した犯罪を行うように他者を脅し、又はあおってすらいなない状況で、不法行為を単に唱道したというだけで処罰することは違憲であると判断した。この判決に従うと、州が個人による不法行為を唱道する権利を制約できるのは、次の2つの要件が満たされた場合のみである。法律違反の可能性と侵害の切迫性である。この切迫性についてヘス事件（1973年）では、何らかの不明確な将来において違法行為を行うように唱道するだけでは、その言論を修正1条の保障の外に置くには十分ではない。See *Buchhandler*, *supra* note 11 at 1677.

(50) **Overbreadth** 理論はいわゆる文面審査であるが、この理論について簡単に説明しておく。具体的審査制における法令の審査は、その適用により当事者の憲法上の自由を侵害しているかどうかという観点からなされるのが通常である。もしその自由を侵害しているとされれば、法令は適用違憲となるが、別の場合、第三者に適用された場合にその憲法上の自由を侵害するかどうかについては、事件解決にとって必要がないので、争点適格を認められずに事件は終了する。しかし、当事者に適用された場合に合憲である場合にも、第三者の権利侵害を主張し、なおかつ文面無効を判断させることができるかについては、別途考慮される。**Overbreadth** 理論は、表現の自由への萎縮的効果を考慮して表現規制立法における第三者の表現の自由を主張する適格を認め、又、文面無効の判断を行わせることによって当事者が法令の効力を免れるとの審査方法を認めたものである。しかし、当事者の表現の自由はその法令の適用によっては侵害されない（適用合憲）にもかかわらず、重箱の隅を突くようにして第三者の表現の自由侵害の可能性を指摘して法令違憲・無効とすることに問題ありとして、その違憲適用の範囲が相当程度に及ぶ場合に限定して法令違憲を認めるとしたのが **substantial overbreadth** である。「当裁判所においては明らかとされてきたことは、法律の適用がされても相当程度の場合に正当であるならば、その法律を文面上無効とすることには躊躇される、ということである」。*Ashcroft*, 535 U.S. at 268.

- (51) 未成年者保護が、やむにやまれぬ利益であることについては争いが無いが、これを達成するための手段については、必要最小限の規制であるべきことが多数意見によって確認されている。すなわち、未成年者がチャイルド・ポルノを鑑賞することによってもたらされる害悪を防止するために、成年者には許されている鑑賞の自由を制限することは認められないとしている。「先例は、子どもに聞かせまいとして、成人には聞く自由がある言論を全面的に規制することはできないとしている…暴力…をかきたてる傾向があるとして、下品な *indecent* 出版物の頒布を禁止していた法律は無効とされた…子どもを守るという目的があるからといって、その保護が LRA によって達成できるならば、全面禁止を支持するために十分とはいえない…子どもを有害な表現物から保護すると政府利益は、成人向けの言論を、不必要に、広範に抑制することを正当化しない」。 *Id.* at 252. このような、未成年者に限定してその表現物を規制し、成年者の自由をも侵害しないようにすべきことを最高裁は修正1条の自由が問題になった事件において、かなり徹底してきた。その例として、未成年者による、電話回線を利用したポルノ情報へのアクセス規制に関し、立法府と裁判所の間で激しい対立が続いた事例がある。これについては、拙稿「アメリカにおけるダイヤルポルノの規制」国士館法学24号89頁（1992年）。
- (52) チャイルド・ポルノへの規制に関しては、未成年者の性的行為と芸術性等の社会的価値ある描写の関係をどのように考えるかという論点もある。チャイルド・ポルノには社会的価値ある表現は一切含まれることはないのか、たとえそれらが含まれていても、未成年者の性的行為が一箇所でも描写されていれば、すべて規制されるべきか難しい問題である。多数意見はその作品の規制には批判的な考え方を示した。「10代の若者による性的行為、及び未成年者に対する性的虐待という2つのテーマは、数多くの文学作品の中に取り込まれている（シェクスピアの小説「ロミオとジュリエット」、アカデミー賞を受賞した映画作品「トラフィック」及び「アメリカン・ビューティ」等がこの例として挙げられている—筆者注）…こうしたフィルムに…本法の定義にあてはまる性的行為の描写が1箇所でもあれば、そのフィルムの所持者は、その作品の…価値を考慮されることなく、厳しい刑罰を受けることになる（初犯は15年の自由刑、再犯は5年以上30年以下の自由刑という重い罪である—筆者注）」 *Ashcroft*, 535 U.S. at 247-49.
- (53) スタンレー事件（1969年）とアシュクロフト事件（2002年）の2つの事件で最高裁

は、思考の自由侵害が生じるのは、政府が規制を行うという点ではなく、いかなる目的により規制を行っているかであるとし、イマジネーションの自由の保護は、政府がいかなる規制を行ったかではなく、その規制の理由がいかなるものか、であるとした。この自由は、自分の抱くイマジネーションを自分の好きなように行使する権利ではなく、イマジネーションすることを理由として処罰はされないということである。See *Blitz, supra* note 2, at 1085. グラディッシュ事件（2008年）（United States v. Gladish 536 F. 3d 646 (7th Cir. 2008)）では、35歳の男性がインターネットのチャット・ルームにおいて未成年者に対して自分との性的行為を誘うことを企てたとして起訴された。通常は、この犯罪は同意があって相手と出会うとしてその場に着いたときに逮捕される。しかし、被告人の場合は、具体的な出会いのプランたてる前に逮捕された。ポズナー裁判官は、この起訴は、被告人のサイバースペース上の相手とのコミュニケーションにのみ基づいている、とした。See *Buchhandler, supra* note at 1694–95.

- (54) 言論そのものが違法である名誉毀損等とは異なって、言論が、別の違法行為を誘発し、助長し、煽動するにとどまる場合がある。この場合、言論を規制し処罰するためには、言論によって違法行為が実行されるとの切迫性が必要であり、バーチャル・チャイルド・ポルノについてはこの点が満たされていないとの指摘がある。「暴力の行使や法律違反を呼びかけるための言論を抑止できるのは、そうした呼びかけによって切迫した違法行為をもたらすことに直結し、又はそうした行為を刺激して行わせうるとの場合に限定されている…本件においては…政府によって示されている、思考又は刺激を助長しうる言論によって未成年者への虐待行為が生じるとされる、その結びつきは希薄であるにすぎない。より強固な、より直接的な両者の結びつきが存在しなければ、小児性愛者が違法行為を行うことを助長しているとの理由により、その言論を禁止することは許されない」。Ashcroft, 535 U.S. at 253–54.
- (55) 思考と物理的行為を区別することは重要であるが、何が思考内容であるのかについては、結局のところ、表現等のコミュニケーションがなされて初めて認識可能になる。その認識された思考をどのように評価するか、問われることになるが、そのコミュニケーションはいかなる目的でなされているか、この点にも注意が必要であるとするのがマールである。すなわち、上訴人の思考はコミュニケーションとなり、その結果、規制対象

となり得る一方で、その目的は医療上の援助を求めるものであったことが認識されている。その思考は、恐怖等を与えるためではなく、将来の犯罪行為を防止することを目的として伝達されている。また、彼は、子どもには近づいていないし、早急に治療を受けており、こうしたことは軽減理由として考慮されるべきである。こうした点からすれば、公園への立入全面禁止は行き過ぎである。See *Mahle, supra* note 1, at 256.

- (56) 多数意見は、軽減されるべき要因を見落としている。彼は、公園のところで性的衝動を抑え、即座にこの衝動を抑えるためのアドバイスを求めている。彼の見せたセルフ・コントロールは、彼が性的犯罪の瀬戸際のゲームに興じているとする多数意見の考え方が偽りであることを示している。See *id.* at 253.
- (57) バアレ事件（2014年）（*United States v. Valle*）においては、何人かの女性を誘拐し殺害し解体して食するなどを他3名と共謀したとして、元警察官が起訴された。被告人は、3名と上述の犯罪を行うことを謀議し、その計画を実践するための具体的な意図を有していたとした。その証拠としてメールやチャットが示された。また、被告人のコンピュータには89のフォルダが有り、多くの女性の名前と写真が格納されていた。これら女性の自宅アドレスや職場の所在地に関する情報は、法執行官のデータベースに違法に侵入することによって取得されていた。政府の主張は、これらのインターネットのコミュニケーションは妄想上のロール・プレイにすぎないとしつつも、現実には女性の誘拐に関する謀議であるとした。被告人は、これらの計画のいずれにも従って行動していない、こうした妄想を暴力行為に転ずるための明白な行為をとっていないことを強調した。問題は、謀議は特定されている女性を誘拐するとの真の同意 *agreement* に至ったか、実際に誘拐する具体的な意図があったのかということである。ディストリクト・コートは、被告人が女性を誘拐する真の同意には至っていたことについて合理的な疑いを超える証明がなされていないとした。被告人は実際には誘拐するつもりはなかった、このことは、サイバースペース上の計画を現実社会で実行する何らの策をとることは決してなかったこと、特定の日時場所において誘拐を行っていなかったこと、からも明らかである。この事件は、バーチャルと現実の世界が実際に交わるのかどうか、問題を提起している。被告人は被告人が醜悪な思考をめぐらせていたことを理由に処罰しようとしているが、このことは修正1条によって保護されているので、処罰はできないと

主張している。共謀理論の前例なき拡張は共謀罪の洪水をもたらすことに警鐘が鳴らされるべきである、との指摘がある。See *Buchhandler*, *supra* note at 1688-92.

- (58) 法廷意見を執筆したウィリアムス裁判官は、犯罪に関する実行の着手時期という観点から次のように述べている。「[上訴人]の行為は、彼に不利益を及ぼすことを正当化するための十分なレベルには至っていない…銀行強盗の犯罪歴を有する者が、銀行の駐車場に立ち、強盗を頭に浮かべているからといって処罰されない…麻薬を求めてその売人の家の外に立ち、しかし、その家には入らず、麻薬も購入しなかった麻薬中毒者を処罰することは、刑事法の限界に関する我々の理解を超える」。Doe v. City of Lafayette, Ind., 334 F. 3 d 606, 612 (7 Cir. 2003)。
- (59) 公園に赴いた行為を問題とし、このことは小児性愛行為が犯される瀬戸際であったとする主張に対しては、その妄想も行為も、彼が毎日押さえてきた衝動よりも大きいとはいえない。公園の子どもに近づかなかつたし、接触しようとしなかつた。彼は性的妄想を抱いて公園を徘徊したが、リプル裁判官が主張するような危険のレベルの行為ではなく、広範な立ち入り禁止を正当とする程のものではない。See *Mahle*, *supra* note 1 at 253.
- (60) この事件では、直接的には公園への立入行為が規制されているが、この行為を「思考」と結び付け、その表現行為とするならば、規制に対する司法審査は厳格なものとなるとの考え方が成り立つ。しかしこの点については、リプル裁判官は次のように批判する。「[上訴人は] 成年者が未成年者と性的な関係をもつことの合法性を主張するために、公園に行っているわけではない…こうした性的関係を賛美するための彫刻を展示し、詩を朗読し、演劇を行うためでもなく…性的な欲求を満たすために、そこで遊ぶ子ども達を物色することが目的である…自分の性癖を認識しながらも、こうした衝動に突き動かされ、その行為を行う可能性を相当程度に高める状況に自らを置いている…この行為が、修正1条の保護に幾分なりとも値すると考える多数意見に加わることはできない」。City of Lafayette, Ind., 334 F. 3 d at 616. 更にリプル裁判官は、「立入行為」を象徴的言論の観点からも検討している。「最高裁は、不快で価値の薄い表現すべてを保護してきたが、非表現的行為にまでこの保護を及ぼすことが正しいとは思われない。保護された表現の要素が全く明らかにされていない行為を規制しようとする場合には、修正1条

は問題とされないのである…表現行為を行っている」と主張したいならば、修正1条が適用になることを証明する義務を負担しなければならない。もしもそうでなければ、あらゆる行為は表現である、とのルールが定められてしまうことになる。』*Id.* at 617. なお、一定の行為になされる禁止・処罰等が、表現行為への制約に結びつき、修正1条に違反するのではないかと主張がなされることがある。「行為」への規制は、表現への付随的・間接的な影響をもたらすが、これをどのように考えていくべきか、営業活動への制約と表現の自由が問題になった *Arcara v. Cloud Books, Inc.*, 478 U.S. 697 (1986) を紹介しておこう。経営する書店の中に成人向けのフィルムを上映するブースが設置され、その中で卑猥な行為等が行われていたことを理由に書店の営業を中止する処分がなされた。これに対して、この処分は書籍を販売する等の表現の自由への侵害があるとして争われた事件である。最高裁は、表現への規制であったとしても常に LDM 等の厳格な審査基準を用いて判断される必要はない。本件営業停止は書籍販売に影響するが、その規制は表現とは無関係な違法な行為を理由としているとした。「被上告人は、営業規制の法効果によって、修正1条によって保護されている書籍販売行為への許容し難い負担を及ぼすと主張するが…被上告人は、同一の書籍を別の場所で販売する自由を依然として有しており、この負担は軽減されている」。 *Id.* at 705. 「確かに、本件の営業停止命令によって、書籍販売のビジネスを別の場所に移すことが必要となる。しかしながら、それぞれの具体的な措置が、それを受けた者の修正1条の活動に何らかの効果と及ぼしたからといって…刑事及び民事の責任が LRM でなければならないということにはならない… [本法] は書籍又はその他による表現活動とは無関係な違法な行為を対象としている。売春に用いられるスペースでの書籍販売に関し、そのスペースが違法に用いられることを処罰し、禁止することは正当であり、これをさだめる法律を無効とするために、修正1条の保護が及ぶことはない」。 *Id.* at 706-07. 本件営業停止は、表現行為への制約を目的としておらず、更には象徴的言論の非表現的要素に着目した規制ですらない。したがって、本件規制が表現にもたらす影響は付随的、間接的であり、厳格な審査で臨む必要はないとするのがオコナー裁判官である。「その規制が言論に対してではなく、また言論に付随する非表現的効果への規制でもない場合に、修正1条の審査基準を用いることは誤りである、とする点に同意する。この結論に至らないならば、例えばニュース

キャスターを交通違反で逮捕した場合にも、何らかの言論抑制的な結果を生じさせているとして、修正1条の下での分析が必要になるという不合理な結果を生じることになる」。 *Id.* at 708 (O'Connor J., *concurring*). これに対してブラックマン裁判官は、書店の営業停止は結果として表現の自由への相当程度の侵害をもたらしており、この場合には厳格な審査がなされるべきであり、店内で行われた違法行為に対処するためには、書店の営業停止ではなく、その行為者の逮捕・処罰等によるべきであるとしている。「非言論の規制を目的とする、一般的に適用される法律も、それが不当に言論…を処罰している場合には、繰返し無効とされてきた…州による規制が、修正1条にわずかな影響を及ぼすだけでなく…直接及び相当程度に修正1条を侵害する場合、例えば書店の営業停止の場合には、その正当な目的を達成するための手段としてLRMが選ばれていることを、州は、最低限度でも証明しなければならない」。 *Id.* at 709-11 (Blackmun J., *dissenting*). 「州は、書店のような公的場所でなされる性的行為を禁止する正当な利益を有する。そうした行為をなくすための明らかな手段は、そうした行為を行う顧客の逮捕である。しかし、本法はそれを定めず、そうした行為が店内で行われているという理由のみで、書店に絶対的な責任を課している。更に1年間の営業停止は、言論への不必要な制約である…州の目的である、公的場所でのみだらな行為の禁止は、修正1条の権利に相当程度の侵害を及ぼすことによって正当化することはできない」。 *Id.* at 711.

- (61) *Doe v. City of Lafayette*, 377 F. 3 d 757 (7th Cir. 2004) (*Doe III*) においても両裁判官の見解は変わるところはないが、念のため判旨を掲げておこう。リプル裁判官の法廷意見は「政府は、純粹思考を処罰し得ないとの上訴人の主張を、抽象的には受け入れることはできる。しかしながら、上訴人に対する命令が、彼の純粹思考を理由とする制裁であるとの点については、受け入れることはできない…彼に対する禁止は、子どもに対する性的妄想を抱いたことを理由とするものではない…上訴人は、子どもに対する性的ないたずらを行う限界点までに、自らを追いやったのである…その場所に赴くことによって、自分の欲望を満足させるための危険な一歩を踏み出したのである」。 *Id.* at 766-77. ウィリアムス裁判官の反対意見は「この公園で遊んでいた子どもからの苦情は一切なく、上訴人がその公園にいたことによって悪影響を受けたとの主張は一切なされていない…毎日、数えきれない程の住民が、市の公園の周囲を散策し、そのうちの多くの者はよから

ぬことを考えている可能性がある…上訴人と他の者たちとを区別する唯一の点は、彼が公園にいる間に何を考えていたか、及び過去に何をを行ったかについて知られていたということである」。 *Id.* at 779.

- (62) 思考を理由とする不利益な扱いを禁止する、といっても、結局は、思考が他者に伝わっていることが前提である。このことは、沈黙の自由の問題と、もうひとつ、思考を外部に表示したことに対する制約等が問題になる。いったん外部に表示された以上、それへの制約は絶対的自由を保障されている思考への制限ではなく、表現の自由の問題として把握されるべきとの指摘がある。この点について、マールはラファイエット事件を例に、いったん、思考が言語化されると、単なる思考が言論へと変形される。この事件のウィリアムス裁判官は、純粋な思考を理由に処罰されたとしているが、この両者の違いが見落とされている。上訴人が、セラピストやサポートグループに性的欲求を言葉に出した以上、その表現行為はもはや思考ではなく、言論である。言論の自由には広範な保護が及ぶとはいえ、限界がないとはいえないとしている。 *See Mahle, supra* note 1, at 251-52.
- (63) 思考に影響する規制をどのような場合に行うことができるのか、まず、直接に思考を侵害することは一般に禁止されている。しかし、思考の私的領域に付随的に影響を与えるだけであるならば、政府により広範な規制の権限がある。直接的な攻撃とは、思考をターゲットとしている場合である。付随的な攻撃とは、他の目的を達成するために採られた規制が、意図せず、又はアクシデント的に結果がもたらされる場合である。たとえば、運転への制約は、運転行為にいかなる影響を及ぼすかという観点から問題となり、運転者の思考にいかに影響するかを問題とする必要はない。確かに、音楽を聞くとか会話すること等を禁止しようとする規制は、最終的な安全運転という目的を達成するため、その行為に着目した規制であり、正当化される。 *See Blitz, supra* note 2, at 1085-86.