

福岡大学 大学院論集

第51巻 第2号

目 次

法学研究科

- 「リベンジポルノ防止法」に関する検討 …………… 赤 城 浩 志 (1)
日本と中国における公開買付に関する比較法的検討
…………… 王 柏 涵 (31)
「日本人の配偶者等」の在留資格における「日本人の配偶者」の該
当性について
—— 法律上有効な婚姻関係を中心に—— …… 秦 星 (51)
会社法における内部統制とCSR報告書の連関性に関する考察
…………… 後 藤 浩 士 (63)

商学研究科

- ホテル専門学校におけるホテル人材育成のための教育プログラム
について …………… 牧 一 郎 (87)

福岡大学大学院論集刊行委員会

2019年 11月 20日

「リベンジポルノ防止法」に関する検討

赤 城 浩 志

はじめに

1. 日米のリベンジポルノに関する動向

(1) 日本

- ① 被害の実態
- ② 法律制定とその概要

(2) 日本国内の裁判

(3) アメリカ

- ① アメリカの現状
- ② 各州法
- ③ Ex parte Jones.

- 1) テキサス刑法 § 21.16(b) の合憲性—内容規制か内容中立規制か—
- 2) 文脈によるわいせつ
- 3) 厳格審査—過度広汎性—
- 4) 総括

④ 小括：アメリカにおけるリベンジポルノ規制

(4) 小括：日米におけるリベンジポルノ規制

2. リベンジポルノ規制と表現の自由

(1) 松井茂記

- ① 立法の必要性和定義の不明確性
- ② 規制の広汎性
- ③ 抗弁の困難性
- ④ 小括：松井茂記の見解

(2) 立法過程での指摘

(3) ジョン・A・フンバーク

- ① リベンジポルノ規制は違憲？

- ② 精神的に有害な言論の保護
- ③ リベンジポルノの公共性
- ④ 小括：フンパークによる批判
- (4) 小括：リベンジポルノ規制と表現の自由

3. リベンジポルノ規制の重要性を説く見解—ダニエレ・キーツ・シトロンとメアリー・アン・フランク の見解—

- (1) 民事訴訟の不適切性
 - ① 不法行為法
 - ② 著作権法
 - ③ セクシュアル・ハラスメント法
 - ④ 小括：リベンジポルノ被害者への民事的救済
- (2) 刑法の可能性
 - ① 刑法の重要性
 - ② 現行刑法の限界
 - ③ 児童ポルノ≠リベンジポルノ
 - ④ 小括：刑法の重要性
- (3) 第1修正の課題
 - ① 出版とプライバシー
 - ② プライベートな事実を公衆に公開することの不法行為
 - ③ わいせつ
 - ④ 言論の自由の価値
- (4) 小括：シトロン達の見解

4. 各章のまとめと検討

- (1) 日米のリベンジポルノに関する動向
- (2) リベンジポルノ規制と表現の自由
- (3) リベンジポルノ規制の重要性を説く見解
- (4) 結論
 - ① 「リベンジポルノ防止法」の意義
 - ② 「リベンジポルノ防止法」は必要か？
 - ③ 表現の自由への配慮—厳格審査を耐えうる規制法の考察—
 - ④ 小括：リベンジポルノ規制の在り方

おわりに

はじめに

リベンジポルノとは、「別れたり振られた腹いせに、元恋人のヌードなどの親密な身体部分が写っている写真・画像や映像や性的行為を行っている姿の写真・画像や映像など性的にあからさまなイメージをインターネット上で公表する行為」¹とされている。その被害は今もなお増え続けている。日本においては、警察庁の報告によればリベンジポルノに関する相談等の件数は、2018年で1347件（女性1257件、男性90件）になった²とされている。韓国では、以前日本においても人気となったアイドルグループ「KARA」の元メンバーであるク・ハラ（当時27歳）が、男性の友人からリベンジポルノでの脅迫を受け、脅迫等の疑いでその男性を告訴するということが起こっている。アメリカでは、45の州とD.C.そして準州がリベンジポルノを規制する法律を制定している³。

日本においては、2014年に「私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律」（以後「リベンジポルノ防止法」）が制定されているが、2018年4月にテキサス州のある裁判所が、テキサス州のリベンジポルノ規制法に違憲の判断を下した。この出来事は、リベンジポルノ規制がいかに一筋縄でいかず、表現の自由への配慮が必要かを物語るものであろう。本稿では、その表現の自由に関する問題点を挙げ、日本のリベンジポルノ防止法の合憲性について検討するものである。

第1章では、日本とアメリカでのリベンジポルノに関する動向を紹介する。まずは日本での最近の被害を紹介し、法律制定に至った経緯を述べる。その後法律の概要と裁判の状況を述べる。その次は、アメリカではどのようにしてリベンジポルノが問題となったか、そして各州の規制法と裁判も紹介する。第2章では、リベンジポルノ規制が抱える表現の自由に関する問題を検討する。日本で既にこの点について松井茂記が、そしてアメリカからは、ジョン・A・フンバークが検討を行っているため、彼らの主張から考察していく。第3章では、ダニエレ・キーツ・シトロンとメアリー・アン・フランクの述べるリベンジポルノ規制の重要性を説く見解を紹介する。この見解は、今後のインターネット上での表現の規制を検討するにあたって大いに参考になるだろう。第4章では、これらすべてを総括し、日本のリベンジポルノ防止法の合憲性について検討する。

1. 日米のリベンジポルノに関する動向

(1) 日本

まずは、日本についての紹介となる。まずは被害の実態を紹介し、リベンジポルノ防止法制定の経緯、そして法律の概要を解説し、そしてこの法律がどのように運用されているかの例として、現在までのこの

1 松井茂記「リベンジ・ポルノと表現の自由1」自治研究91号3巻（2015年）52頁以下（53頁）。なお、本稿ではリベンジポルノの他に「同意なきポルノ」というものが登場するが、これは相手方の同意なく裸の写真等をネットなどに投稿することである。つまり、同意なきポルノの一つの形がリベンジポルノである。

2 警察庁「平成30年におけるストーカー事案及び配偶者からの暴力事案等への対応状況について」<http://www.npa.go.jp/safetylife/seianki/stalker/H30taioujoukyou.pdf>（最終アクセス：2019年5月22日）

3 45 States+DC+One Territory NOW have Revenge Porn Laws, Cyber Civil Rights Initiative, <https://www.cybercivilrights.org/revenge-porn-laws/> (last visited May 22, 2019).

法律を使用した裁判について紹介する。

① 被害の実態

現在、リベンジポルノに関する被害は年に100件ほどのペースで増加している⁴。被害者と加害者の関係は、元を含む交際相手が一番多い⁵。また、相談内容については、2018年の場合、「画像を所持されている、撮影された」が1番多かった⁶。そして被害者と加害者は、20代が1番多いという結果が出ている⁷。

② 法律制定とその概要

リベンジポルノに関する問題が認識されるようになったのは比較的最近のことで、日本において認識されるようになったのは2013年に東京都三鷹市で起こったストーカー殺人事件⁸からであろう。この事件は被告人が、元交際相手である女子高校生（当時18歳）の被害者宅に侵入の上、被害者を刺殺したというものであるが、その前後に「児童」であった時期に撮影された被害者の性的な写真をインターネット上に陳列していたというもので、大きな話題を集めることとなった。当時の谷垣禎一法務大臣は「(リベンジポルノは) 我が国の現在の法制でも、ある程度想定される事案は大体処理はできる」⁹とし、新たな刑事立法については慎重な立場を示していたが、結局現行法では不十分だとされ新たな立法を求める動きが強くなり、その後自由民主党の議員によって、リベンジポルノ防止法案が取りまとめられて2014年11月18日に衆議院に提出され、同年11月19日に成立し、施行された。

このリベンジポルノ防止法の概要についてみると、まず本法の目的は「私事性的画像記録の提供等により私生活の平穏を侵害する行為を処罰」することと、「個人の名誉及び私生活の平穏の侵害による被害の発生又はその拡大を防止する」ことである（1条）。そして、ここにいう「名誉」とは、人の人格的価値に対する社会的評価（外部的名誉）をいい、「私生活の平穏」とは、性的なプライバシー、すなわち性に関する私生活上の事柄をみだりに公開されない権利ないしは自己の性的情報に関する自己決定権をいうと解されている¹⁰。

次に、「私事性的画像記録」に該当するのは、2条1項の各号で挙げられている姿態が撮影された画像の

4 内訳は女性1257件（91.6%）男性90件（8.4%）と、女性の被害が多い。また、2016年に2015年より100件ほど減少したことがあったが、それ以外はすべて増加している。

5 内訳については、交際相手（元を含む）が61.6%、ネット関係のみの知人友人が11.1%、それ以外の知人友人が13.1%、関係（行為者）不明が4.7%、配偶者（元を含む）が3.3%、職場関係者が1.8%、その他が4.4%となっている。

6 それ以降については、2番目が「画像を公表すると脅された」とあり、3番目に「画像を公表された」と続き、最後に「画像を送りつけられた」というようになっている。同報告では、複数に該当する場合は、それぞれに計上されている。さらに、この相談内容の順位については、2017年までと変わっている。2017年までは、「画像を公表すると脅された」が1番多く、次に「画像を所持されている、撮影された」と続き、3番目に「画像を送りつけられた」となり、最後に「画像を公表された」というようになっていた。特に、「画像を所持されている、撮影された」に至っては、2017年は362件だったものが、2018年には512件にまで増加している。今後の推移についても注目していく必要があると思われる。

7 しかし、被害者の年齢層はその後10代、30代、40代、50代、60歳以上と続くのに対して、加害者は、30代、10代、40代、50代、60歳以上というように多少の違いが見られる。

8 東京高立川支部判（第二次第一審）平成29年1月24日（LEX/DB文献番号25542693）。

9 第185回国会参議院予算委員会会議録第1号（2013年10月23日）34頁。

10 園田寿「リベンジポルノ防止法について」刑事法ジャーナル44巻（2015年）47頁以下（47頁）。

電磁的記録であり、任意に撮影を承諾した場合については、一定の条件下で除外される。そして、その画像の具体的な内容については、2条1項各号で規定されており、性交または性交類似行為に係る人の姿態(1号)、他人が人の性器等を触る行為または人が他人の性器等を触る行為に係る人の姿態(2号)、衣服の全部または一部を着けない人の姿態であって、性器等若しくはその周辺部、臀部又は胸部のような人の殊更に性的な部位が露出されまたは強調されているものである(3号)。そのうち、2号のいう性器等とは、性器、肛門、または乳首のことであると規定され、2、3号においてそれが性欲を興奮させ、または刺激させるものである必要があると規定されている。この法律では、従来リベンジポルノと呼ばれてきたものが「私事性的画像記録」と呼称されているものと思われる。これにより、この法律では、リベンジポルノや厳密にはリベンジポルノとは異なる同意なきポルノを具体的に分けることなく同一に表すようになっていると言えるだろう。上記の人の姿態の定義を見ると、児童ポルノ禁止法における「児童ポルノ」の定義を参考に、姿態の主体を「児童」から「人」に変える形で規定されている。また、同条2項においては、「私事性的画像記録物」についての規定が定められており、写真、電磁的記録に係る記録媒体その他の物であって、上記の各号のいずれかに掲げる人の姿態が撮影された画像を記録したものが該当する。

この法律によって罰則を受ける可能性があるのは、私事性的画像記録を不特定または多数の者に提供した者であり、その者を処罰するためには、電気回線を通じて提供しており、それを第三者が撮影対象者を特定できる方法で行っている必要がある(3条1項)。そして、この方法で、私事性的画像記録物を不特定もしくは多数の者に提供し、または公然と陳列した者(同条2項)、これらの行為をさせる目的で、電気通信回線を通じて私事性的画像記録物を提供し、また、私事性的画像記録物を提供した者も処罰対象となっている(同条3項)。以上の刑事罰は親告罪となっている(同条4項)¹¹。

(2) 日本国内の裁判

日本において、リベンジポルノ防止法の適用があった裁判は4件存在する。1つは、リベンジポルノが行われた場所がインターネット上でなく、被害者の勤務先の駐車場であっても適用が認められた事例である¹²。2つめが、リベンジポルノが行われた場所が、海外のサーバであっても、適用が認められた事例である¹³。3つめが、被告人が自身のパソコンを使用してインターネットを介し、被害者の顔を撮影した画像データとともに、同人の露出した胸部等や陰部を撮影したわいせつな画像データをストレージサービス内に送信して記憶、藏置させ、不特定多数のインターネット利用者に対してこれらの画像等の閲覧が可能な状態を設定し、第三者が撮影対象者を特定できる方法で公然と陳列したこと¹⁴を、「第三者が撮影対象者を特定できる方法で、衣服の全部又は一部を着けない人の姿態であって、殊更に人の性的な部位が露出され又は協調されているものであり、かつ、性欲を興奮させ又は刺激するものである私事性的画像記録物を公然と陳列するとともに、わいせつな電磁的記録に係る記録媒体を公然と陳列した」とした事例である¹⁵。

11 本法律の4条では、所謂「プロバイダ責任制限法」への言及が見られるが、本稿では、リベンジポルノを表現の自由の観点から検討することを目的としていること、そして文量の都合からプロバイダの責任については検討対象にはできないことから、紹介のみにとどめることとする。

12 福島地判郡山支部平成27年5月25日(LEX/DB文献番号25540674)。

13 横浜地判平成27年6月12日(LEX/DB文献番号25447325)。

14 ただし、このことを不特定多数の人物に公表するということはせず、被害者に伝えたのみであった。

4つめは、3つめの判決を被告人がストレージサービス内に記憶蔵置させたデータを公開設定した時点では、その公開URLが発行されたにすぎないから、いまだ第三者が同URLを認識することができる状態ではなく、被告人が同URLを明らかにした相手が被害者だけであったことから、ここでも第三者が同URLを認識しうる状態ではなく、データを不特定多数の者が認識しうる状態にはなかったと判断した事例¹⁶である。これらの裁判では、リベンジボルノ防止法の対象が争点となっているのみであり、法律の合憲性については争われていない。

以上のように、日本においてリベンジボルノは三鷹市のストーカー殺人をきっかけに広く認識されるようになり、それに対策するための法律も制定されている。元々の政府の見解は、既存の法律で対処可能というものであったが、政府はその方針をすぐに変え、リベンジボルノ防止法を短い審議期間で成立施行させた。その後についても、法律そのものが表現の自由と衝突しかねない危険性を有している可能性があるにもかかわらず、この法律の合憲性を争う裁判は未だに存在しない。とはいえ、少なくとも、官民間問わずリベンジボルノが非常に問題のある行為であり、規制が必要であると考えられていることは確かなようである。

(3) アメリカ

① アメリカの現状

リベンジボルノの規制は多くの国で行われるようになっており、アメリカにおいても同様である。アメリカには、リベンジボルノを募るサイト¹⁷が存在し、それによって利益を得ることが起こっていた。アメリカでは、そのようなサイトの対策のためリベンジボルノを規制する法律を制定する州が登場したのである。しかしながら、連邦レベルで、あるいはすべての州が足並みを揃えて対策に動き出したわけではない。現在においても、広範囲で規制されるようになってきているものの、全域で規制されているわけではない。それでも規制する州が着実に増加していることも事実であり、連邦法が制定されるか、あるいはすべての州で規制法が制定されることでアメリカの全域でリベンジボルノが規制される日が来ることも十分考えられることである。そのアメリカでは、現状どのような規制が行われているのだろうか。以下では、アメリカでの規制法の一部を紹介する。

② 各州法

初犯の場合は軽罪 (misdemeanor) とされており、再犯や、相手が未成年であった場合に重罪 (felony) となる州が多い。その軽罪については、多くの州がA級・1級に定めており¹⁸、重罪については、3級¹⁹であったり、6級²⁰であったり、G級²¹に認定されている州もある。つまり基本的に軽罪と考え

15 大阪地判平成28年12月15日 (LEX/DB文献番号25546417)。

16 大阪高判平成29年6月30日 (判タ1447号114頁)。

17 IsAnyoneUp.com、UGotPosted.com (2019年5月28日現在閉鎖中) が存在した。これ以外にも存在することや、リベンジボルノを専門に取り扱わないサイトにもリベンジボルノが投稿されることは十分考えられる。

18 アラスカ州 (Ak Stat. § 11.61.120) や、デラウェア州 (De Code § 1335, Title 11, Delaware Code) など2級やB級に認定している州もある。

19 フロリダ州 (Fla. Stat. § 784.049) や、グアム (Guam Pub. L. 33-141) などで、累犯は第3級重罪になると取り決められている。

られているのである。リベンジポルノを規制する最初の法律を制定したといえるのは、ニュージャージー州である。2003年に元となる法律が制定され、2013年に改正されている。このプライバシー侵害罪の規定によれば、親密な部分を露わにした、または性交もしくは性的接触に従事している他人のあらゆる写真、フィルム、ビデオテープ、記録またはその他の複製物を資格、権限もなしに公開した者は撮影対象者がその行為に同意していない限りは第3級の犯罪として処罰される。ここでいう「公開」とは、販売、製造、譲渡、提供、賃貸、交換、郵送、配達、配送、出版、配布、回覧、配布、表示、展示、広告、もしくは提供を意味すると規定され、罰金は最高で30000ドル²²となっている²³。他方、この違反については抗弁が認められており、行為者が先に挙げた行為をおこなう意図があるという行為者の人物に対して事前に警告していたこと、行為者が合法的な目的で行ったことが挙げられている。さらに、行為者が、特定の場所で人物を写真に撮影、フィルム、ビデオテープで撮影、記録、またはその他の複製をする意思があることを目立つように掲示した場合は違法にはならないことになっている。

カリフォルニア州のリベンジポルノ法では、6ヶ月以下の拘禁刑もしくは1000ドル以下の罰金を科している。同法の下で問題となる画像は、他の特定する人物の、親密な身体の部分の画像を撮影して故意に配布した者が処罰対象となっている。ただしそれは、その画像が私的なままであると合意している、もしくは理解されており、なおかつ、配布した人が、画像の配布が著しい精神的苦痛を生じさせると知っているもしくは知るべき場合であって、被写体がそのような苦痛を被った場合に限定されている。他方で、先に挙げた画像を故意に配布する行為は、本人自ら画像を配布したか、その画像を他の人に配布させるよう手配したか、明示的に要求したか、故意にそうさせたかを問わないと規定されている²⁴。上で挙げられた「親密な体の部分」とは、生殖器、肛門の部分及び女性の場合は乳首と乳房全体が、覆われていないか、衣服を透けて明らかに見えるかのいずれかといったように定義されている。また、この法律においても抗弁が認められており、その抗弁は、その公開が不法行為の報道の過程でなされたとき、その公開が法的手続にて使用するための罰則付召喚令状または裁判所命令に従ってなされたとき、その公開が、合法的な公的手続の中でなされたときに認められることになっている。

2017年に改正される形で制定されたアラバマ州の州法でも、リベンジポルノに関する法律が制定された。この法律で問題となるのは、「リベンジポルノ」または「同意なきポルノ」としても知られる親密、私的な画像の公開である。そしてこの法律は、金銭的利益を得る目的で、主として人を性的に刺激するためにデザインされたあるいは売り出されたわいせつ物もしくはデバイス(device)を故意に配布・製造した者、配布する意図をもって所有した者、または配布・製造を提案もしくはそれに同意した者は、違法となる。わいせつ物でないものも、その物の配布、または配布目的での所有が、単に好色的に訴える目的の性愛作品(erotica)の商業的利用であった場合、わいせつ物となることがある。被写体の人物が伝達に同

20 サウスダコタ州法 (S.D. Codified Laws § 22-21-4) において、被害者が17歳以下で加害者が21歳以上の場合、本来1級軽罪となるところ、6級重罪になると定められている。

21 前掲注(18)のデラウェア州法において、憎悪要因 (Aggravating Factors) があつた場合にG級重罪となる。

22 New Jersey Code of Criminal Justice § 2C:149 1.c.

23 また、覗き見や盗撮等にも刑罰を加えている (New Jersey Code of Criminal Justice § 2C:149 1.b.)。

24 Cal. Penal Code § 647(j)(4)(A)&(B).

意しなかった場合及び送信者が被写体の人物に嫌がらせまたは脅迫をする意図があった場合に適用されることになり、初犯はA級軽罪となり、10000ドル以下の罰金または1年以下の拘禁刑となる。また、再犯の場合はC級重罪となる²⁵。

以上のように、アメリカの州法において規制の態様は規制対象から罰則に至るまで様々であるが、共通する点を挙げると、基本的に初犯は軽罪として扱われ、再犯は重罪となる。ただし、その重罪は基本的に第3級が上限であること、被写体が未成年であると罪が重くなる州法が存在すること、精神的苦痛を与えることや金銭的な利益を得る目的のような要件が加えられていることがある。

③ Ex parte Jones.

アメリカでも、リベンジポルノ規制の動きは広がっているが、2018年の4月にある判決が²⁶出ている。この事件は、被告人ジョーンズがテキサス州のリベンジポルノ規制法である、テキサス刑法 § 21.16 (b)²⁷に違反し、親密な部分 (intimate parts) の画像等 (visual material) を不法に公開したことで起訴されたが、被告人が、この制定法が第1修正を侵害しており、文面上無効であると主張し、その § 21.16 (b) が過度広汎ゆえに違憲と判断されたものである。

テキサス州の第12控訴審裁判所は、以下のように判示している。

1) テキサス刑法 § 21.16 (b) の合憲性—内容規制か内容中立規制か—

本件において被告人ジョーンズは、「§ 21.16 (b) は、合衆国憲法にとって第1修正の下に文面的に過度広汎である」²⁸と主張した。本件で問題となった § 21.16 (b) の違反となるのは、(1) 描写された人物の有効な同意なく、親密な部分²⁹を露出した、または性行為に及んでいる他人を描写している画像等を故意に公開した場合、(2) その画像が、プライベートに留められると描写された人物が合理的な期待を持った状況下で、特定の人物によって画像等が取得されたまたは作成された場合、(3) 画像等の公開が被写体となった人物に損害を引き起こした場合、(4) 画像等の公開があらゆる手段で被写体となった人物のアイデンティティを漏洩する場合であった³⁰。「画像等」はあらゆる写真的な複製を含むとされており³¹、さらに、あらゆる物理的メディア³²及びあらゆるイメージ³³も含むとされていた³⁴。

裁判所はまず、言論の自由の権利が本件において関与しているかどうかについて、テキサス州の刑事事

25 Ala. Code Title 13A. Criminal Code § 13A-12-200.2

26 Ex parte Jones, No.12-17-00346-CR WL 2228888 (2018) .

27 Tex. Penal Code Ann. § 21.16 (b).

28 Ex parte Jones, WL 2228888 at *1.

29 この § 21.16 (b) では、「親密な部分」とは、性器、陰部、肛門、臀部、そして女性の乳首とされていた。

30 Ex parte Jones, WL 2228888 at *1.

31 Tex. Penal Code Ann. § 21.16 (a) (5) (A). あらゆるフィルム、写真、ビデオテープ、ネガもしくはスライド、または写真、ビデオテープ、ネガもしくはスライドといったあらゆる手段を含むあるいはそれに組み込まれたあらゆる写真的な複製が挙げられている。

32 ディスク、フロッピーディスク、または画像をコンピューター上もしくはその他のビデオスクリーンにディスプレイさせるその他の物理的メディアへのものが該当する。

33 電話回線、ケーブル、衛星通信、もしくはその他の手段によってコンピューター上もしくはその他のビデオスクリーンに伝達されたあらゆるイメージが該当する。

34 Tex. Penal Code Ann. § 21.16 (a) (5) (B).

件を取り扱う最高裁判所である刑事上訴審裁判所 (Court of Criminal Appeals) が、写真と記録 (visual recordings) は、本来的に表現的であると結論づけてきた点を、指摘する³⁵。裁判所はさらに、個人の断固とした目的のある写真及び視覚的記録の創作は、写真及び視覚的記録そのものと同じレベルの第1修正の保護を受ける資格が与えられるとも結論づけてきた³⁶。以上のことを踏まえると、§ 21.16 (b) は、特定の画像等³⁷の公開を禁止している。このことから控訴審裁判所は、本件において言論の自由の権利が関与させられると結論づけている³⁸。

次に、州が言論を表現内容または内容中立のいずれの手段を用いて本件において言論を規制しているかについて、§ 21.16 (b) (1) は他人を描写する画像等を意図的に公開することすべてを罰するわけではなく、他人の親密な部分をあらわにしている、もしくは性行為に及んでいる他人を描写している公開されたイメージの一部 (subset) のみを罰する点を控訴審裁判所は指摘する³⁹。それゆえ、控訴審裁判所は、§ 21.16 (b) (1) が内容に基づいて差別していると結論づけている⁴⁰。

2) 文脈によるわいせつ

言論に関する内容規制は、一般的に、表現のわずかしかなない歴史のおよび伝統的なカテゴリーに限定される場合にのみ許容されてきたものであり⁴¹、そう簡単に特定の言論が非保護言論のカテゴリーに含まれることはない⁴²。州は、プライバシーの期待と公開の非同意的性質は § 21.16 (b) によってカバーされるいかなる画像も、それが文脈上わいせつであるがために保護されない言論にすると主張しているが、裁判所によれば、§ 21.16は、公開された画像等がわいせつであるということを事実認定者が判断することを許容するような文言を含んでいない。さらに、仮に、州が主張するように、§ 21.16 (b) 下で公開されたあらゆる画像等がわいせつであるならば、その制定法 (§ 21.16) は、テキサス州のわいせつ法に照らして、全面的に過剰 (wholly redundant) になる点をする⁴³。

3) 厳格審査—過度広汎性—

表現の規制は、その規制がやむにやまれぬ政府の利益に尽くすために厳格に作成されている場合のみ、是認される⁴⁴。本件において州は、被害者のプライバシーの重大な侵害から個人を保護することには、やむにやまれぬ政府の利益が存在すると主張している⁴⁵。プライバシーは、そのプライバシーの利益が相当⁴⁶であり、そして許容不可能な手段で侵害が起こっているとき、やむにやまれぬ政府の利益を構成する。

35 *Ex parte Jones*, WL 2228888 at *3.

36 *Id.*

37 あらゆるフィルム、写真、もしくは様々なフォーマットでのビデオテープを含む。

38 *Ex parte Jones*, WL 2228888 at *3.

39 *Id.* at *4.

40 *Id.*

41 *Id.*

42 *Id.* この非保護言論のカテゴリーに含まれるのは、わいせつ、名誉毀損、詐欺、煽動、そして犯罪行為に付随する言論などであるとされる。

43 *Id.*

44 *Id.* at *5.

45 *Id.*

その点に関して、本件で問題となった制定法について、控訴審裁判所は描写された個人が、その画像がプライベートにとどめられるだろうという合理的な期待を持っていた場合に、この制定法を適用することを立法府が求めていたことは、この制定法から明らか⁴⁷とし、また、この制定法の「親密な部分」への言及から、普通は衣類によってカバーされる身体の部分を描写する視覚的資料にこの制定法を適用することを求めたようだと推測している⁴⁸。

§ 21.16 (b) (1) は、画像等は被写体となった人物が、その画像等がプライベートに留められるという合理的な期待を有していた状況下で入手された、またはその状況下で作成された場合に適用するとされているが、この問題点を控訴審裁判所は、以下の架空のシナリオを用いて説明する。

「アダムとバーバラというカップルおり、バーバラは、アダムが彼女のヌード写真を撮影することを承諾したが、アダムが写真を撮影する前に、彼にその写真を誰にも見せてはならないことを伝えた。アダムは、他人にその写真を決して見せないことを約束し、バーバラの写真を何も無い、白い背景で彼女の乳房を露にした状態で撮影した。

数ヵ月後、バーバラが浮気をしていたことをアダムが知った後、関係は終了した。数週間後、アダムは、彼が撮影したバーバラの胸部を露出した写真を再び見つけた。怒りと裏切られたことを感じ、アダムは同意なくその写真を、チャーリーを含む何人かの友人にEメールで送信した。チャーリーはバーバラと面識がなかったが、コメントをつけることなく、そのEメールをチャーリーの友人に転送し、バーバラの同僚ドナにも渡し、その写真がバーバラであると気づいたドナは、その写真をバーバラの監督者に見せ、その監督者はバーバラを解雇した。その間に、アダムはさらにその写真をエドにもEメールで送信した。エドは、そのEメールを読んだ後、何人かの友人に転送した」⁴⁹というものである。

この場合、アダムとエドは21.16 (b) の下に起訴されうるが、チャーリーとドナもその可能性がある点が指摘されている⁵⁰。チャーリーは、第1修正の写真を共有する権利を有する⁵¹。さらチャーリーには、バーバラがプライベートにとどめられるだろうと合理的に期待した状況下で、その写真が作成されたと知る道理がないとも指摘されている⁵²。また、チャーリーは、プライベートなものであると思わせるような解説付きでその写真を受け取ったわけでもない。アダムがウェブサイトでこの写真を見つけた、または被写体の人物によって他人とこのイメージを共有することの許可が与えられたということを、チャーリーが合理的に信じえなかったことを示唆するものは何もないのである⁵³。さらに言えば、チャーリーは、描写

46 *Ex parte Thompson* 判決 (*Ex parte Thompson*, 442 S.W.3d 325, 348) において、相当なプライバシーの利益とは「ある人物が自宅のようなプライベートな場所で同意なく写真を撮影されるか、あるいはスカートの中といったような、一般大衆にさらされない個人の領域に関して撮影されるときに、許容不可能な手段で侵害される」とされている。

47 *Ex parte Jones*, WL 2228888 at *5.

48 *Id.*

49 *Id.* at *5-6.

50 *Id.* at *6.

51 *Ex parte Thompson*, 442 S.W.3d, 336; see also *Brown v. Entertainment Merchants Ass'n*, 564 U.S. 786, 792 (2011).

52 *Ex parte Jones*, WL 2228888 at *6.

された人物に害を与えるという意図はない。すなわち、§ 21.16 (b) (2) の下では、チャーリーは、写真撮影時の周囲の状況、または描写された人物のプライバシーの期待が生じていることを認識していなかったのに非難に値することとなる⁵⁴。

控訴審裁判所によれば、§ 21.16 (b) (2) は、公開する人物が描写された人物のプライバシーの期待を生じさせる状況の認識を有していることを要求することにより、厳格にされうる⁵⁵が、§ 21.16 (b) は、相当なプライバシーの利益の許容不可能な侵害を避けるという、最低限の制限的な手段を使用していないがために、第1修正に違反する無効な表現内容規制である⁵⁶。

次に過度広汎性についてであるが、制定法⁵⁷の過度広汎性は、「現実のものでなければならぬだけでなく、さらに相当のものでもなければならず、制定法の明確に合法的な範囲に関して判断される」⁵⁸。その点について、控訴審裁判所は、§ 21.16は、他人が親密な部分を露出している、または性行為に従事している様子を描写する画像を公開したあらゆる人物に適用される点で過度に広汎と判断している。そして公開する人物がその画像を創造したときの周囲の状況が、描写された人物のプライバシーの発生を合理的に期待した状況下であったことを知らない、または知る道理のない場合にも適用され、その適用が弱められることもないため過度広汎性が認められている⁵⁹。

4) 総括

上記のように、控訴審裁判所は、§ 21.16 (b) が無効な内容規制であり、この規制が憲法の許容するものより多くの言論を規制することにより、非常に多くの第三者の権利を侵害するために過度広汎であると結論づけ、テキサス刑法 § 21.16 (b) は、第1修正の言論の自由条項を違反し、文面上無効であると判断された。この裁判は、リベンジポルノ規制が表現の自由とどのように衝突しうるのかを明確に示した形となる。リベンジポルノ規制は、一步間違えると違憲の判断を下されかねないのである。

④ 小括：アメリカにおけるリベンジポルノ規制

アメリカではほぼすべての地域でリベンジポルノを規制する法律が制定されていることを紹介した。アメリカにおいてリベンジポルノは第1級とはいえ基本的に軽罪であり、再犯や被害者が未成年であった場合に重罪となるが、それでも第3級が主である。しかしながら、そのアメリカにおいても、2018年にテキサス州においてテキサス州のリベンジポルノ規制法をその過度広汎性ゆえに違憲とする判決が出ており、リベンジポルノ規制法が有する表現の自由に関する諸問題を如実に表すこととなった。リベンジポルノ規

53 *Id.*

54 *Id.*

55 *Id.* at *7.

56 *Id.*

57 *Id.* § 21.16 (b) は、描写された人物のプライバシーが生じたという合理的な期待を持った状況下で、(1) その人物の親密な部分を描写する写真が撮影された場合、(2) その写真が作られた状況が、描写された人物が合理的なプライバシーの期待を持ったということを示す場合、(3) その写真が最終的に、その写真が作られたときの周囲の状況について認識していないまたは知る道理がない人物によって共有された場合に適用できるということになっていた。

58 *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 770 (1982).

59 *Ex parte Jones*, WL 2228888 at *7.

制はその性質上台憲性に問題を抱えることが十分考えらえるのである。

(4) 小括：日米におけるリベンジポルノ規制

日米においてもリベンジポルノは規制されるようになってきている。しかしながら、日本におけるリベンジポルノ防止法は、既存の法律で対処可能というものという方針をすぐに変え、短い審議期間で成立施行されたものであった。

アメリカにおいて、規制の態様は規制対象から罰則に至るまで様々であるが、基本的に初犯は軽罪として扱われ、再犯は重罪となる。そして、被写体が未成年であると罪が重くなったり、精神的苦痛を与えることや金銭的な利益を得る目的といった要件が加えられている州法も存在する。しかしながら、テキサス州第12控訴審裁判所は、§ 21.16 (b) が無効な内容規制であり、過度広汎であると結論づけ、同法は、第1修正の言論の自由条項を違反し、文面上無効であると判断した。このことは、リベンジポルノによる被害を防止するための法律が表現の自由と衝突し、違憲とされてしまう可能性が十分存在することを物語ると言えるだろう。

2. リベンジポルノ規制と表現の自由

学説上も、リベンジポルノ規制は、重大な表現の自由に関する問題を引き起こすという指摘がある。本章ではその見解を紹介する。

(1) 松井茂記

① 立法の必要性と定義の不明確性

松井茂記は、リベンジポルノのアメリカにおける規制の紹介⁶⁰と、規制の表現の自由の問題を指摘した一人である⁶¹。松井は日本ではリベンジポルノ防止法制定以前でも、適用可能な刑罰の範囲が広いこと⁶²、民事的救済の余地が広いことに照らし⁶³、果たして日本で新たな刑罰規定を導入する必要があるのかという点について疑問を投げかけている⁶⁴。

次に、要件が曖昧である点も松井は指摘している⁶⁵。憲法学において、表現内容に基づいて規制を行うときに漠然不明確な法は文面上無効とされている。また、リベンジポルノ防止法では、性的行為に関する画像ないしイメージは、「性交又は性交類似行為に係る人の姿態」と「他人が人の性器等・・・を触る行為又は人が他人の性器等を触る行為に係る人の姿態であって、性欲を興奮させ又は刺激するもの」とされ

60 松井・前掲注(1)。

61 松井茂記「リベンジ・ポルノと表現の自由2」自治研究91巻4号(2015年)44頁以下。

62 わいせつの範囲が広く、名誉毀損罪の成立の余地もある点。

63 アメリカと異なり差止めも可能で、プロバイダ責任制限法の存在もあって、リベンジポルノを募るウェブサイトの管理人にも責任を問いた点がある。アメリカでは、リベンジポルノを募るサイトがあり、この経営者に責任を負わせることができるかが問題となっていたためである。

64 松井・前掲注(61)〈60頁〉。

65 松井・前掲注(61)〈60頁〉。「衣服の全部又は一部を着けない人の姿態であって、殊更に人の性的な部位・・・が露出され、又は強調されているものであり、かつ性欲を興奮させ又は刺激するもの」や、「性器等若しくはその周辺部、臀部、又は胸部」が明確な定義となっておらず、臀部や胸部が一部でも衣服をつけていない場合には、禁止されている私事性的画像記録に当たる可能性があること、及び殊更に人の性的な部位が「露出され又は強調されている」点が曖昧であるとされている。

ており、性交類似行為の定義はないが、「性器等」の方は「性器、肛門又は乳首をいう」と定義されている。しかし、児童買春禁止法（以下「児童ポルノ禁止法」）でも同じ「性交類似行為」という概念が使用されているが、定義はおかれておらず、アメリカの州法と比較して、「性交類似行為」が厳密に定義されていない重大な問題がある⁶⁶。このリベンジポルノ防止法に使用された定義が児童ポルノ禁止法に使用されたものと同様のものである点についても指摘がある。園田寿からの指摘がそうであり、「どこの家庭にでもありうる乳幼児の入浴の場面などを記録したものを児童ポルノから区別するための要件であるから⁶⁷、本法においては不要であったのではないか」、また、「2号における『性器等』とは、『性器、肛門又は乳首』をいうとされているが、これも特に前思春期の児童の場合はいわゆる乳房が未発達の場合があることを想定して定義されたものであるので、本法ではこの部分も再考の余地があると思われる⁶⁸」と指摘している⁶⁹。

② 規制の広汎性

さらに、リベンジポルノ防止法では、規制の広汎性も問題となる。例えば、「性器等」は「性器、肛門又は乳首」をいうとされていて、男性の乳首まで含んでいる⁷⁰。それゆえ、日本のリベンジポルノ法での規制は過度に広汎なのではないかという指摘が存在する⁷¹。特に、先にも述べたように、表現の自由に関する制約を行う場合には、過度広汎な規制も許されない。また、規制の広汎性という点では、処罰の対象がインターネット上のポスティングに限定されていないこと、腹いせや嫌がらせを目的としていることが要件とされていない点も問題となるだろう。ただ、松井はリベンジポルノ防止法が、「第三者が撮影対象者を特定することができる方法で提供された場合のみ処罰を加えて」おり、また、処罰の対象を「不特定又は多数への提供又はそのような公表のための提供に限定されている」ことを取り上げ、その点は評価できるとしている⁷²。

③ 抗弁の困難性

また、アメリカの州法と比較すると、リベンジポルノ防止法では例外ないし抗弁が明記されていないこと、とりわけ公共の利益が上回る場合の違法性阻却が明記されていない点にも問題がある⁷³。リベンジポルノは確かに私人間で起こることが多いために、公的関心事としての性格はないとの批判や、あるいはその悪質性ゆえに違法性阻却があり得るのかという意見も考えられる。しかし、例えば被写体となった人物が国会議員等のような公人、著名人であった場合、公共の利益が上回ることは理論上は考えられ、それを

66 実際、児童ポルノ禁止法と同じ定義をリベンジポルノ防止法でも使用できるかについては慎重な検討が不可欠であると考えられる。

67 森山真弓・野田聖子『よくわかる改正児童買春・児童ポルノ禁止法』（ぎょうせい、2005年）〈79頁〉。

68 園田・前掲注（10）〈49頁〉。

69 なお、刑法においてわいせつとは、「徒に性慾を興奮又は刺激せしめ且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し善良な性的道義観念に反するもの」（最判昭和26年5月10日刑集5巻6号1026頁）とされているが、本法における2号と3号では、単に「性欲を興奮させ又は刺激するもの」とされており、必ずしもわいせつの程度に至っていないものであってもよいことになっている。園田・前掲注（10）49-50頁。

70 アメリカでは、女性の乳首及び乳房はカバーされている州法はあるが、男性の胸や乳首がカバーされているところはほとんどない。これを望ましいとする見解も考えられるが、この場合、逆に観点差別の可能性もある。

71 松井・前掲注（61）〈60-61頁〉。

72 松井・前掲注（61）〈60頁〉。

73 松井のこれらの問題意識につき、松井・前掲注（61）60頁以下参照。

理由に抗弁や違法性阻却が必要となることもあり得ないわけではないだろう。

④ 小括：松井茂記の見解

日本におけるリベンジポルノ防止法は2014年に制定された。そして実際に適用もなされている。しかしながら、日本の現行法は、立法の必要性及び定義の明確性、規制の広汎性と抗弁の困難性について問題があると考えられる。実際に日本においてはリベンジポルノ法が存在せずとも既存の法律で対処できそうな下地ができていたと考えられるし、前述の警察庁の報告からもそれが伺える。また、園田寿が指摘したように、リベンジポルノには不要な要件が用いられている可能性も存在する。それだけでなく、日本の法律の規制が性別によって規制の対象とすべきでない可能性がある部位にまで及び、過度広汎である可能性がある。そして、アメリカの州法と比べると例外や抗弁が明記されず、違法性阻却について触れられていないという問題点がある。アメリカの場合、医療目的である場合や公益が上回る際の違法性阻却等も定められている。

(2) 立法過程での指摘

衆議院総務委員会では、「私事性的画像記録であることを認識していない場合に拡散した、そういう場合も公表罪や公表目的提供罪として捜査対象となる」⁷⁴ことから、捜査権の濫用につながる恐れがあるため、この認識の有無を判断する具体的な根拠とは具体的にどのようなものか、捜査機関の恣意性を排除する、その保証は何かが問題となった。それに対して、故意は「関係者の供述だけでなく、客観的、外的な証拠によっても認定されることになる」⁷⁵との考えが示されている。

また、参議院総務委員会では、附帯決議で、私事性的画像記録であることを認識していない第三者が記録の提供を行った場合、罪を被らないように配慮する旨がうたわれている⁷⁶。さらに、リベンジポルノの拡散防止のための教育・啓発の重要性についての指摘がなされており⁷⁷、被害防止に資するため、関係行政機関、民間企業等と連携して必要な教育活動及び啓発活動を実施し、国民の十分な理解と関心を深めるよう努めることが盛り込まれている⁷⁸。加えて、性的画像に限らず本人が第三者に見られることを望まない画像の拡散についても規制対象とすべきとの指摘もある⁷⁹。

さらに、日本で新たな刑罰規定を導入する必要があるのかという点について指摘があったことを紹介したが、この点は立法段階でも指摘されている。これについて、発議者の1人である山下貴司衆議院議員(当時)曰く、リベンジポルノ防止法の保護法益は、「個人の性的名誉及び性的プライバシー」である。同議員は、わいせつとは「健全な性風俗や公衆の性的感情という社会的法益を保護する観点であって、これを中核に据えるということになると、本法の保護対象としては狭過ぎる」と回答がなされた⁸⁰。これが、

74 第187回国会衆議院総務委員会議録第3号(2014年11月18日)4頁。

75 前掲注(74)4頁。

76 第187回国会参議院総務委員会議録第4号(2014年11月18日)3頁。

77 前掲注(76)3頁。

78 第187回国会参議院議録第9号(2014年11月19日)37頁。

79 前掲注(76)4頁。

80 なお、こういった指摘に対して山下議員は、最初であるので、まずは限定的に規制を行い、今後の運営の実態を見ながら、三年後の見直しの規定があるので、そういった場で検討を行うことを予定していると述べている。第187回国会参議院総務委員会議録第4号(2014年11月18日)3頁以下(4頁)。

既存の法律ではリベンジポルノに完全に対処することは不可能ということの根拠である。

(3) ジョン・A・フンバーク

アメリカでもリベンジポルノ規制と表現の自由との関連性について議論が行われている。そのため、数多くの文献が存在するのだが、本稿ではジョン・A・フンバークの主張を取り上げることとする。

① リベンジポルノ規制は違憲？

フンバークは、最高裁の傾向と第1修正における例外⁸¹を挙げる⁸²。フンバーク曰く、このカテゴリーカルな例外が他人のあからさまな画像を同意なく投稿することの包括的な禁止を正当化されると思われるものは一つもなく、名誉毀損に関する例外は、リベンジポルノにおける嘘を罰するための法律に関する例外を提供しうるが、真実の暴露を禁ずる法律はカバーされないだろうと指摘する⁸³。わいせつ物の例外はわいせつなりベンジポルノの禁止を可能にしうるが、ことによるとただわいせつ物の制作者を刑事訴追のリスクにさらすというリスクをまた冒すだけであるとする。もちろん、児童ポルノに関する例外は、18歳未満の人物を描写するあからさまな画像の普及を罰する法律を正当化するために援用されうる⁸⁴。それゆえ、リベンジポルノはその例外に含まれない⁸⁵。フンバークは、「言論が精神的苦痛を与えるという事実は、その言論の規制の根拠として考えられてこなかったばかりか、それとは反対に、その言論を保護するための根拠として考えられてきた」⁸⁶と指摘する。そうであれば、リベンジポルノはその性質上むしろ保護されるべきものであるということになろう。

② 精神的に有害な言論の保護

フンバークは、連邦最高裁の判決は、言論が時折精神的苦痛になりうることを認めてきたが、この可能性を言論抑圧の正当化と一度もみなしてこなかったどころか、むしろ逆であったことも指摘する⁸⁷。すなわち、言論は、単にその言論が「聴衆にとって有害な精神的影響を有しうる」という理由で制限ないし罰せられない⁸⁸。それでは個人情報公開したことを問題とすべきであろうか。しかしながら個人情報における利益についてフンバークは、「その利益は、第1修正の自由な言論を保護するという利益に反する」と述べる⁸⁹。フンバークによれば、連邦最高裁は、明示された憲法上の権利を直接犠牲にすることでしか、個人情報の利益保護することができない⁹⁰。また、連邦最高裁は、プライバシーの利益について明確に示

81 名誉毀損、わいせつ表現、差し迫った不法行為の扇動、犯罪行為に不可欠な言論、真実の脅威、詐欺、喧嘩言葉、児童ポルノ、国家機密に重大かつ差し迫った脅威が挙げられている。

82 John A. Humbach, *The Constitution And Revenge Porn*, 35 Pace L. Rev. 215, 235 (2014).

83 *Id.* at 235. また、これの根拠として *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974) を挙げている。

84 *Ferber*, 458 U.S.

85 Humbach, *supra* note 82 at 237. 不快な言論、悪意的に動機づけられた言論、無礼な言論、精神的苦痛を与える言論、ポルノグラフィ、私的情報公開、同意されていない言論、有害な言論、公人でない人物に関する言論、低価値言論、非公的関心言論、娯楽言論を挙げ、リベンジポルノはこちら（特に精神的苦痛を与える言論、私的情報公開、非公的関係言論、悪意的に動機づけられた言論、同意されていない言論）と関係するのだと述べる。

86 Humbach, *supra* note 82 at 232.

87 *Id.*

88 *Id.* at 233.

89 *Id.* at 240.

90 *Id.*

してはきたが、その言論が個人情報を伝えたからという理由で、その内容に基づいて政府が差別を行うことを可能とする第1修正のカテゴリカルな例外が存在するとほのめかしたことすらない⁹¹。それゆえ、カテゴリカルな例外のリストに「情報プライバシー」を加えることについての歴史的根拠が存在することについては疑わしいとしている⁹²。

③ リベンジポルノの公共性

非公的関心事に関する言論については、「リベンジポルノが公的関心に関係しないがゆえに保護から除外される未だ未発見の『歴史のおよび文化的』な種の言論の範囲内となりうるかが問題である」⁹³としている。Snyder v. Phelps判決を踏まえて言えば、「公的問題に関する言論は、第1修正の価値のヒエラルキーにおいて、高い地位を占めており、特別の保護を与えられている」⁹⁴が、「純粋に私的な問題に関する言論を規制する法律は、公的利益の問題に関する言論の規制と同じレベルの憲法上の関心には含まれていない」⁹⁵といわれている。しかしながら、フンバークは、最高裁は、価値の低い言論はより低い保護の水準が与えられるということを実際には一度も支持したことがない点を指摘する⁹⁶。

この点につき、フンバークも「表現の自由は常にかつすべての状況において絶対的であるわけではない」⁹⁷ということや、「言論の自由例外が存在すること」⁹⁸は認めている。彼によれば、リベンジポルノの主な精神的損害を厳格審査の非常に高いハードルに服することなく処理する法律を作るとは可能であり、それは付随的に負担を課す場合であるという⁹⁹。だが、その場合、直接的にもしくは間接的に、あらゆる特定の言論の内容を標的とすることを目的とすることを示してはならないことになる¹⁰⁰。これは、明らかにリベンジポルノを標的とする法律を違憲とするものであろう。日本のものを筆頭に、殆どのリベンジポルノを規制する法律はリベンジポルノを標的とするものであり、それらすべてが許されないということになる。また、フンバークの見解において見逃せないのは、仮にこの種の法律が、言論に付随的な責任を課すものであるとして、憲法の厳格審査を耐え抜くことが可能であると信じることの根拠が存在するとしても、確証は持たず、結局、そのような法律は、政府が同意しない言論を抑圧することの政府による抑圧のイニシアティブをいっそう象徴するであろうし、修正1条の基本的意義は、まさにこの種の法律を禁止することなのだ最後に述べていることにある¹⁰¹。

④ 小括：フンバークによる批判

フンバークによればリベンジポルノは第1修正の例外に含まれないとしている。また彼はそれだけでな

91 *Id.* at 241.

92 *Id.*

93 *Id.*

94 Snyder, 562 U.S. 443, 452 (2011).

95 *Id.*

96 Humbach, *supra* note 82 at 245.

97 *Id.* at 220. citing *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571 (1942).

98 *Id.*

99 *Id.* at 249.

100 *Id.* at 250.

101 *Id.* at 259.

く、歴史的に第1修正で保護されるものの例外のリストに個人情報を加えることも難しいとしている。そしてリベンジポルノも、公的関心事でないがゆえに保護から除外されると歴史的、文化的に言えるかが問題となるが、その点についても、フンバークは、重大な価値を欠いた発言の殆どは政治的な規制から保護されたことを挙げている。フンバークは、直接的にもしくは間接的に、あらゆる特定の言論の内容を標的とすることを目的とすることを示さない間接的な制約ならば許されるとしているが、同時にそれが困難であることも認めている¹⁰²。

(4) 小括：リベンジポルノ規制と表現の自由

リベンジポルノに関する被害を防止するため、日米でも法律が制定された。リベンジポルノが引き起こす被害を考えれば、リベンジポルノへの対処と被害者への救済手段が必要と言えるかもしれない。しかしながら、それには表現の自由という障害が立ちほだかる。日本の現行法は、立法の必要性及び定義の明確性、規制の広汎性と抗弁の困難性について問題がある。また、既存の法律で対処できた可能性があり、現状もその懸念は払拭できておらず、不要な要件が用いられている可能性も存在するほか、例外や抗弁が明記されず、違法性阻却について触れられていない問題がある。

フンバークはリベンジポルノは第1修正の例外に含まれないとしている。また、歴史的に第1修正で保護されるものの例外のリストに私的情報を加えることも難しいとしている。そしてリベンジポルノも、公的関心事でないがゆえに保護から除外されると歴史的、文化的に言えるかが問題となるが、重大な価値を欠いた発言の殆どは政治的な規制から保護されたことを考えるとリベンジポルノもまた保護される可能性があると言えよう。少なくとも現状はリベンジポルノの表現としての価値を決定づけるだけの年月も知識の蓄積もない。付随的な制約を設けようにも、それも困難である。リベンジポルノの規制は、このような表現の自由からの反論に回答できるものでなければならないのである。

3. リベンジポルノ規制の重要性を説く見解—ダニエレ・キーツ・シトロンとメアリー・アン・フランクの見解—

ダニエレ・キーツ・シトロンとメアリー・アン・フランクは、リベンジポルノの被害の重大さを説き、当時のアメリカでの民事的な救済がリベンジポルノ被害者の救済や加害者への責任追及に不十分であると主張し、リベンジポルノの刑法上の規制の必要性を主張した人物である。本章では、彼女達の2014年の論文¹⁰³から、その見解を紹介する。

(1) 民事訴訟の不適切性

シトロン/フランクは、既存の民事法的救済がリベンジポルノに対処できるというリベンジポルノ規制反対論について、それは事実ではないという¹⁰⁴。同時に、民事訴訟が提供できるものよりも、リベンジポルノを効果的に妨げるものが必要とされると主張する¹⁰⁵。

102 *Id.*

103 Danielle Keats Citron & Mary Anne Frank, *Criminalizing Revenge Porn*, 49 *Wake Forest L. Rev.* 345 (2014).

104 *Id.* at 357.

105 *Id.*

① 不法行為法

なぜ、既存の民事的救済では不十分なのだろうか。理論上は、不法行為法は、リベンジポルノ被害者が苦しむこととなる被害に射程が及ぶとシトロン/フランクも認めている¹⁰⁶。被害者は、精神的苦痛を故意に与えたことに関して訴訟を提起することができ、故意または過失で引き起こされた深刻な精神的損害の賠償を求めて訴訟を提起することができる¹⁰⁷。シトロン/フランクによれば、リベンジポルノ被害者は、不法行為の主張を行い、実際に勝訴もしてきた¹⁰⁸。

しかしながら、シトロン/フランクの見るところでは、この不法行為法における一つの大きな問題は、殆どの被害者が民事訴訟を提起するだけの資金を欠くことである¹⁰⁹。問題となった投稿のために職を失ったことで被害者達は弁護士費用をカバーすることが不可能となるためである¹¹⁰。これらの問題はアメリカに限ったことではなく、本稿の1章で取り上げたように、日本においてリベンジポルノの被害者で多くを占めるのは、10代から20代である。その年代はまだ学生か、就職していても経済的に安定していない者が多い。そのような時期に、決して安くはない訴訟費用を捻出することは難しいであろうし、訴訟に消極的な態度を見せることは容易に想像がつく。

その他にも、民事訴訟において一般的に原告は実名で訴訟手続きを行わなければならないため、被害者はより望まれない公開の恐れがあるために訴訟に消極的になることがありうる点も指摘する¹¹¹。一般的にいて、裁判所は、偽名での訴訟に嫌悪感を抱いている¹¹²。アメリカにおいて仮名での訴訟は存在するが、全員がそのような形態で訴訟しているわけではない。日本においても裁判は基本実名が出される傾向にある。未成年の場合は、容易に仮名や匿名での訴訟ができるかもしれないが、成年であればその可能性が下がる可能性がある。

上記のことがすべて認められた理想的な状況においてすら、損害を完全に回復するのは困難であろうとされる。被告が十分な財力を有していないこともあるからである¹¹³。これも第1章で述べたが、少なくとも日本においては加害者もまた20代が一番多い。加害者の年齢層は30代が次に多いが、それでも経済的にゆとりがある人物ばかりというわけでもない。その点を考慮すると、加害者が損害賠償を支払うだけの金銭的な余裕を持っていないケースも十分考えられる。さらにその上、ウェブサイトがその画像の削除の

106 *Id.*

107 *Id.*

108 Taylor v. Franko, No. 09-00002 JMS/RLP, 2011 WL 2746714. ある女性が、元交際相手が彼女の裸の写真を23のウェブサイト上で彼女の個人情報とともに投稿したことで彼に訴訟を提起した。彼女の元交際相手は、彼女が「制限のない」マゾヒズムな性行為を求めているという、オンライン広告を製作し、そのことで彼女は不特定多数の人物から脅迫メールなどを送信されることとなり、不安と帯状疱疹の発作に苦しみ、その虐待が職場での彼女の安全検査に影響を与えるであろうという不安に苛まれることとなった。裁判官は、その女性が、精神的損害、名誉毀損、そしてプライベート事項の公的な公開を故意に行われたということで425000ドルの支払いを命じたという事例である。

109 Citron & Frank, *supra* note 103 at 358.

110 *Id.*

111 *Id.*

112 *Id.*

113 *Id.*

要請に応じることを保証しない点もシトロン/フランクの懸念事項である¹¹⁴。画像の削除は、殆どの被害者が何よりもまず切望する結果であることは容易に想像がつく。個人の加害者が判決執行不能である事件において、被害者がリベンジポルノを公開したウェブサイトへの訴訟提起をしようにも、一般的に言って、サイト経営者は第三者のコンテンツに関連する不法行為責任を免責される点をシトロン/フランクは指摘する¹¹⁵。裁判所は、230条¹¹⁶を第三者のユーザーによって投稿された不法な物に関するウェブサイトのオーナーまたは経営者の責任を大いに免責するものと解釈している。仮にユーザーが性的にあからさまな写真を入手するために他人のコンピューターにハッキングし、望まれていないのに、リベンジポルノサイトにその写真を投稿したとしても、そのサイトのオーナーはその写真を展示することに責任を負うことはないだろうとシトロン/フランクは述べる¹¹⁷。このことから、被害者の最も強く望む結末を迎えられないことが考えられる。

② 著作権法

他には著作権法が挙げられることもある。これについて、被害者自身が撮影したときに著作権が認められることに言及しつつ、被害者が自身の写真を撮影した場合でさえ、リベンジポルノサイトは、しばしば削除請求を無視することがある¹¹⁸。さらに、自身で撮影していないのならば、被害者は著作権を有しない¹¹⁹。他にも、著作権訴訟がうまくいった場合でさえ、一度画像が公開されればサイトからその画像を削除させるとしても、既に移動してしまった他のすべてのサイトからその画像が削除されることが保証されないことも問題である¹²⁰。何より重要なことは、著作権法が同意なきポルノに対して十分な対応になるという提案は、同意なきポルノの損害を財産権のひとつとして誤って特徴づけてしまうかもしれないことである¹²¹。著作権による救済は、確かに、他の被害者の救済手段と並行して存在しうるものであり、かつそれらの手段を補うが、リベンジポルノに係る損害は、財産に限らないからである。

③ セクシュアル・ハラスメント法

リベンジポルノがセクシュアル・ハラスメントを構成する可能性について、シトロン/フランクは、現行法下では、雇用と教育の環境の外ではわずかな強制力しか有しないことを指摘する¹²²。それゆえ、雇用や教育の場の人物によって作成や公開がされた同意なきポルノは、いくつかの法律¹²³の下でのセクシュアル・ハラスメントの主張の可能性を提起するが、そういった限られた範囲外のリベンジポルノに対処する

114 *Id.*

115 *Id.* at 359.

116 47 U.S.C. § 230(c)(1)(2012). 「インタラクティブ (相互作用)・コンピューター・サービスのプロバイダまたはユーザーは、他の情報コンテンツプロバイダによって提供されたあらゆる情報の公開者または話者として扱われない」と規定されている。

117 Citron & Frank, *supra* note 103 at 359.

118 *Id.* at 360.

119 *Id.*

120 *Id.*

121 *Id.*

122 *Id.*

123 シトロン/フランクは、その法律として1964年の市民的権利に関する法律の第7編などを挙げている。

ために利用できないかもしれない¹²⁴。これらの点から、民事的手法ではリベンジポルノ被害者の完全なる救済は不可能であり、刑法を制定することが重要になってくるのである。

④ 小括：リベンジポルノ被害者への民事的救済

シトロン/フランクはリベンジポルノに対する民事的な救済に限界があることを主張した。民事的救済にはリベンジポルノ被害者への救済に十分機能しそうなものも存在する。しかしながら、民事的救済は基本的にはリベンジポルノへの救済としては不完全なものが多い上、既に拡散された画像がすべて削除されることを保障しない。被害者が一番に望むものが画像の削除であるならば、なおさら不十分である。さらに、民事的な賠償が抑止力になりえないことも考えられる。そうであれば、刑法での対処が考えられることとなるだろう。

(2) 刑法の可能性

刑事法的解決策は、判決執行不能な加害者を防止するために不可欠であるとシトロン/フランクは主張する¹²⁵。エリカ・ジョーンストーンという、「例え、失うものが何もないため、訴訟されることを恐れぬ者達といえども、彼らは、犯罪の有罪判決を受けることを恐れる。なぜならば、彼らの記録が永遠に見られるようになるためである」¹²⁶という主張は刑事罰の重要性を物語るといえる。

① 刑法の重要性

刑法は、明確なメッセージを¹²⁷潜在的な加害者へ伝えるのに不可欠であるとシトロン/フランクは述べる¹²⁸。また、刑法的アプローチは、誰かの性的にあからさまな画像の同意のない公表を、性的虐待の一形態として我々が概念化する助けにもなる¹²⁹。

また、盗撮に関する法律は、個人が合理的なプライバシーの期待を享受する場で、衣服を着用しない状態の個人を同意なく記録することを罰する¹³⁰。刑法の盗撮の禁止は、個人の同意なく、ある人物が衣服を着用していない状態にいる、または性行為に従事している状態を見ることは、観察された個人に尊厳上の損害を与えるだけでなく、刑事上の禁止及び罰則を保証するに足る深刻な社会的損害を与えるという、一般的に許容された推定に依拠しているとシトロン/フランクは述べている¹³¹。

児童ポルノに対する司法と社会の姿勢も、例に挙げられている¹³²。New York v. Ferber判決において、連邦最高裁は、未成年者による性行為を描写する写真及びフィルムの配布は、その児童の関与する永

124 Citron & Frank, *supra* note 103 at 361.

125 *Id.*

126 Tracy Clark-Flory, *Criminalizing "Revenge Porn"*, Salon

https://www.salon.com/2013/04/07/criminalizing_revenge_porn/.(最終アクセス：2019年8月20日)

127 深刻な結果と罰則が与えられる多大なプライバシーの被害及び自律の損害を与えるというメッセージ、そして個人の身体が彼女達自身のものでありかつ社会は個人が自身の同意なくポルノグラフィーの対象になることから生じる重大な損害を認めるというメッセージである。

128 Citron & Frank, *supra* note 103 at 361-362.

129 *Id.* at 362.

130 18 U.S.C. § 1801.

131 Citron & Frank, *supra* note 103 at 363.

132 *Id.*

統的な記録であり、その記録の流通により、その児童への被害は悪化させられ、児童の性的搾取を減らすために児童ポルノの「流通ネットワーク」を閉鎖することは、不可欠であると判示した¹³³。シトロン/フランクは、この点について、同意なきポルノは同様の関心を引き起こすとする¹³⁴。同意のない性的にあからさまな画像を公開することは、永続的かつ破壊的な結果を有するというのである。

② 現行刑法の限界

シトロン/フランクは、既存の連邦及び州刑法はリベンジポルノの最初の投稿者 (original disclosure) に対して適用が制限され、サイト経営者に関して影響力を有しないとしている¹³⁵。既存の刑法が適切にリベンジポルノに対処できるという主張があるが¹³⁶、これは常に事実であるとは限らず、二つの障害が存在する¹³⁷とシトロン/フランクは主張する。最初の障害は、刑事ハラスメント法及びストーキング法は繰り返しハラスメント行為に従事した被告人に対してのみ適用されることにある¹³⁸。第二の障害は、いくつかの州ハラスメント法が、直接被害者に対してコミュニケートされた持続している虐待に適用できるのみということである¹³⁹。また、リベンジポルノが刑事ハラスメントの定義に該当する場合でさえ、警察が自己責任であると被害者を切り捨てることもある¹⁴⁰。

サイト経営者についてはどうであろうか。シトロン/フランクによれば、連邦のサイバーストーキング法の違反を理由としてサイト経営者を訴追する見込みは、最初の投稿者を訴追することよりもさらに低い¹⁴¹。殆どのサイト経営者は、特定の被害者と相対してハラスメントを行っていたと言われ得ないからである。また、彼等は、特定の人物に「相当な精神的苦痛を引き起こす」といったような意図を欠いていることもハラスメントに当たらない可能性がある¹⁴²。

③ 児童ポルノ≠リベンジポルノ

児童ポルノについても、シトロン/フランクは、これらの規定は、もちろん、18歳以上の被害者に対して適用できず、リベンジポルノのケースにおける、これらの規定の有効性を深刻に制限すると主張している¹⁴³。実際に、リベンジポルノの被害者は10代に留まらないことを考えると児童ポルノ関連の法律を頼り

133 *Ferber*, 458 U.S. at 759.

134 *Citron & Frank*, *supra* note 103 at 364.

135 *Id.* at 365.

136 Eric Goldman, *California's New Law Shows It's Not Easy to Regulate Revenge Porn*, *Forbes*, <https://www.forbes.com/sites/ericgoldman/2013/10/08/californias-new-law-shows-its-not-easy-to-regulate-revenge-porn/#63c4c46627bb>. エリック・ゴールドマンは、刑法は害を与える意図があったとき、性的にあからさまな画像の配布を罰すると主張している。

137 *Citron & Frank*, *supra* note 103 at 365.

138 *Id.*

139 *Id.* at 366.

140 Danielle Keats Citron, *How to Make Revenge Porn a Crime: Worried About Trampling on Free Speech? Don't Be.*, *Slate*, <https://slate.com/news-and-politics/2013/11/making-revenge-porn-a-crime-without-trampling-free-speech.html>.

141 *Citron & Frank*, *supra* note 103 at 369.

142 *Id.* at 369-370.

143 *Id.* at 370.

にすることは妥当とは言えないだろう。児童ポルノに限らないとしても、一般的なポルノ作家に対して適用可能な罰則は、リベンジポルノサイト経営者にも適用できると主張できなくてはなさそうだが、シトロン/フランクはこれは事実ではないと述べる¹⁴⁴。実際、ポルノとポルノサイトは違うものであり、同列に扱うことは難しいだろう。

④ 小括：刑法の重要性

シトロン/フランクの言うリベンジポルノに対処するための法律の施行の重要性は、加害者に「社会はそのような行為を許容しない」というメッセージを送るという意義、そして既存の刑法がリベンジポルノへの対処に不適切と考えられる点にある。確かに、ハラスメント法などがリベンジポルノなどに適用できるとは考えにくい。さらに、直接被害者に言われることを要件とされることがあることも問題である。リベンジポルノは直接被害者に対して行われることもあるが、基本的にネット上に同意なく投稿されることが多いためである。また、性的にあからさまな画像の同意のない公表を、性的虐待の一形態として概念化するというのは見逃せない刑罰化の利点であろう。例えばストーカーの場合、ストーカー規制法が制定されるまでは被害者がどれほど身の危険を訴えても、愛情の現れ、または痴情のもつれとして片付けられていたことが現在では犯罪行為として概念化されたようなことが、リベンジポルノにも起こるかもしれない。

(3) 第1修正の課題

「第1修正の根幹を成す基礎理論は、政府は、単に社会がその思想がそれ自体で不快または嫌に感じたという理由である思想の表現を検閲してはならない」というものである¹⁴⁵。一般的に、内容規制はやむにやまれぬ政府の利益に尽くすものでなければならない¹⁴⁶。しかしながら、第1修正の法理は、言論規制のすべての形態が厳格審査に服すわけではないことを支持してきた。特定のカテゴリーの言論は、深刻な損害を引き起こす傾向にあることと、第1修正の価値にわずかしか貢献しない傾向にあるという理由で規制されうる¹⁴⁷。この点、シトロン/フランクは、性的にあからさまな画像のプライバシーを保護するために厳格に作り上げられたリベンジポルノ刑事制定法は、第1修正と調和させられようと主張する¹⁴⁸。リベンジポルノ規制法が表現の自由を侵害しないというための根拠はどのようなものがあるのだろうか。

① 出版とプライバシー

Smith v. Daily Mail 判決¹⁴⁹において、連邦最高裁は「新聞社が公的に重要な問題に関する真実の情報合法的に得るのであれば、州公務員は、さらなる最高位の州の利益を必要とすることなく、その情報の公開を合憲的に罰することはできない」¹⁵⁰ということを宣言した。それと反対に、最高裁は、出版の自由とプライバシーの権利は、両方とも、「明白に伝統の中に根付いており、社会の重要な関心事であ

144 *Id.* 18 U.S.C. 2257(b)における「製作」は、第三者のユーザーにより投稿された物 (material) を促進、もしくは拡散するウェブサイトまでカバーすることを意味しないからである。

145 *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 414 (1989).

146 *Citron & Frank*, *supra* note 103 at 374.

147 フンバークの項目で述べた、真実の脅迫、犯罪行為に付随した言論、名誉毀損、わいせつ、そして差し迫ったかつ暴力を煽動するものが挙げられる。

148 *Citron & Frank*, *supra* note 103 at 376.

149 *Smith v. Daily Mail Pub. Co.*, 443 U.S. 97 (1979).

150 *Smith*, 443 U.S. at 98.

る」¹⁵¹ということに繰り返し言及してきた点にもシトロン/フランクは着目する。このことから、プライベートなコミュニケーションの同意のない公開に関する規制は、公共に関する合法的な関心ではなく、第1修正の低いレベルの保護を受けるに値すると言いうる¹⁵²。

② プライベートな事実を公衆に公開することの不法行為

下級審は、公開されたプライベートな事実が報道価値のある事実に関するものでない場合、すなわち、合法的な公的利益でない場合、プライベート事項の公衆への公開の不法行為の主張の合憲性を支持しているが、これはその画像がプライベートにとどめられるという被害者達の合意の違反における、誰かの性的な画像の公開を刑罰化する、厳格に作られたリベンジポルノ法の合憲性をサポートするものとシトロン/フランクは主張する¹⁵³。また、Snyder判決¹⁵⁴における、最高裁の判決は、性的な画像の同意のない公開が、低い第1修正の保護を受けるに値する純粋にプライベートな事項を構成するという考えをサポートするとしている¹⁵⁵。

③ わいせつ

同意なきポルノが保護されないわいせつになると判断しうるかについてであるが、Miller判決¹⁵⁶に照らして、個人の同意なく、個人の性器を露にする、または個人が性行為に従事している様子を明らかにする写真または動画を公開することは、性行為の「明らかに不快な表現」の資格を与えられうるとする¹⁵⁷。そのような物は、「真摯な文学的、芸術的、政治的、もしくは科学的な価値」を提供しないからである。リベンジポルノは、人の裸を写したものが多い。そうであるならば、リベンジポルノがわいせつ物に該当することは非常に多いと言えるだろう。

④ 言論の自由の価値

リベンジポルノや同意なきポルノに表現の自由としての価値は存在するだろうか。表現の自由には、自己実現の価値と自己統治の2つの価値があると考えられている¹⁵⁸。その点で言えば、リベンジポルノや同意なきポルノが主に民主制において重要な意味を持つとは考えにくい。ある人物の性的にあからさまな画像の同意のない公開は、表現的な自律と自己統治の進歩をわずかしか進めず、プライベートな自己表現を大いに傷つける¹⁵⁹。逆に、ある人物の性的にあからさまな画像¹⁶⁰の秘密性を維持することは、投稿者の思想の表現に僅かな影響力しか有しないというのがシトロン/フランクの見解である¹⁶¹。代わりに、ある人

151 Fla. Star v. B.J.F., 491 U.S. 524, 540-541 (1989).

152 Neil M. Richards, *The Limits of Tort Privacy*, 9 J. on Telecomm. & High Tech. L. 357, 378 (2011).

153 Citron & Frank, *supra* note 103 at 380.

154 *Snyder*, 562 U.S.

155 Citron & Frank, *supra* note 103 at 380.

156 *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

157 Citron & Frank, *supra* note 103 at 385.

158 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 第7版』(岩波書店、2019年) (180頁)。

159 Citron & Frank, *supra* note 103 at 385.

160 性的にあからさまな画像が、プライベートにとどめられるだろうという推定のもとで共有された。

161 Citron & Frank, *supra* note 103 at 385.

物の性的にあからさまな画像の同意のない公開は、その画像が社会全般で共有されるだろうという恐怖に基づいて、プライベートな表現を凍結させることも考えられる¹⁶²。そうであれば、活発な表現によって真理を探るために表現の自由があるとすれば、表現の自由にとってリベンジポルノや同意なきポルノはむしろ有害であると言えそうである。

(4) 小括：シトロン達の見解

リベンジポルノの規制はその性質上表現の自由との衝突が考えられる。リベンジポルノや同意なきポルノを規制するにはその性質上表現内容規制であることを避けられない。しかしながら、シトロン/フランクは、被害者達が精神的にも経済的にも甚大な被害を被る点を強調し、刑法の重要性を訴えた。民事的救済や既存の刑法に限界があるのならば、対処するための法律の立法は必要と言える。表現の自由といえども絶対無制約ではないことを考慮すると、被害者に多大な精神的経済的被害を与えるようなリベンジポルノが制約を受けることも考えられることである。

4. 各章のまとめと検討

(1) 日米のリベンジポルノに関する動向

日米においてリベンジポルノは規制されつつある。アメリカはほぼ全域で規制が行われ、日本でも2014年にリベンジポルノ防止法が施行された。しかし、アメリカのテキサス州において控訴審裁判所が当該州のリベンジポルノ法を表現の自由の観点から違憲とする判決を下している。このことから、リベンジポルノ規制の法律は違憲となりうることがわかる。

(2) リベンジポルノ規制と表現の自由

リベンジポルノを規制する法律はその性質上表現内容規制の可能性はある。日本のリベンジポルノ防止法を立法の必要性及び定義の明確性、規制の広汎性と抗弁の困難性について問題があると松井は指摘した。そして、アメリカの州法と比べると例外や抗弁が明記されず、違法性阻却について触れられていないという問題点がある。また、リベンジポルノには不要な要件が用いられている可能性も存在する。立法の必要性に関しても、実際にリベンジポルノ防止法を用いない例が見られることから、説得力が増していると言える。

フンバークは、リベンジポルノは第1修正の例外に含まれず、例外のリストに個人情報を加えることも難しいとしている。さらに直接的にもしくは間接的に、あらゆる特定の言論の内容を標的とすることを目的とすることを示さない間接的な制約ならば許されるとしているが、それが難しいことも指摘している。

(3) リベンジポルノ規制の重要性を説く見解

シトロン/フランクは2014年の論文において規制の重要性を主張した。彼女達によれば、リベンジポルノに対して既存の民事的救済は、十分に機能しそうなものも存在するが、リベンジポルノに対する有効な手段とはなりえない上、被害者の望む既に拡散された画像がすべて削除されることを意味するものではない。さらに既存の刑法にも2つの障害があると主張した。最初の障害は、刑事ハラスメント法及びストーキング法は繰り返しハラスメント行為に従事した被告人に対してのみ適用されること、第二の障害は、い

162 *Id.*

くつかの州ハラスメント法が直接被害者に対しておこなわれたもののみ適用できる点であった。また、児童ポルノ等に関する刑法は当然18歳以上には適用できず、他の刑法もリベンジポルノに適切に対処できるとは言い難いものであった。

表現の自由からの観点についても、わいせつに該当し得たりすることや、プライベートにとどめられるだろうという推定のもとで共有された性的にあからさまな画像の秘密性を維持することは、投稿者の思想の表現に僅かな影響力しか有さず、逆にその画像の公開は、その画像が社会全般で共有されるだろうという恐怖に基づいて、プライベートな表現を凍結させることになるとした。

(4) 結論

① 「リベンジポルノ防止法」の意義

リベンジポルノの被害は多種多様である。中には盗撮という形で撮影されてしまっていたという事例もある¹⁶³。しかし、シトロン/フランクが危惧していたことはリベンジポルノというよりは「被写体の同意なく個人の親密な画像がインターネット上などに拡散されること」である。日本のリベンジポルノ防止法は、このような事態に対処しようとしたのかもしれない。

② 「リベンジポルノ防止法」は必要か？

「リベンジポルノ自体を規制すること」は可能と考えられる。リベンジポルノはあまりに他者加害的な場合が多い。加害者側はただ画像をインターネット上に投稿するだけで他人に甚大な精神的苦痛と経済的損害を与えることができ、被害者の人生に多大な影響を与えることになる。いわば「非常に手軽に行うことのできる他者加害行為」である。そのためリベンジポルノ自体には規制がかけられることは必要で、被害者には適切な救済が与えられなければならない。しかしながら、その場合問題となるのは、「リベンジポルノ防止法」を制定せずとも規制ができる可能性である。松井の指摘のように、日本は十分刑法175条や名誉毀損などで対処できた可能性がある。また、警察庁の報告における「私事性的画像に係る事案の検挙件数」ではリベンジポルノ防止法が制定されてからの検挙数とその罪種の内訳を見てみると刑法犯・特別法犯が合計217件¹⁶⁴となっており、リベンジポルノ防止法は36件である。さらに、リベンジポルノ防止法の検挙件数は、制定以後ほぼ横ばいで推移していたが、2018年にはその数を21件も減らして36件となっている¹⁶⁵。そうでありながら、リベンジポルノの被害は毎年約100件ずつ増加していることは、リベンジポルノ防止法を制定せずとも対処できた可能性の裏付けとなりうる。加えて、シトロン/フランクは刑罰化の利点として社会がその行為を許容しないという明確なメッセージを送ることにあると主張したが、少なくとも「他人の裸をその個人の同意なく勝手にネットに拡散したりして良い」などという主張について賛同する者がいるとは考えにくく、刑罰化するまでもなく社会はリベンジポルノまたは同意なきポ

163 Former Boyfriend pleads No contest over Sex DVDs. Chesterfield Observer(Apr. 25, 2007). <https://www.chesterfieldobserver.com/articles/news-briefs-33/>

164 警察庁・前掲注(2) 24頁。脅迫46件、児童買春・児童ポルノ禁止法違反42件、強要22件、ストーカー規制法違反28件、名誉毀損9件、わいせつ物頒布5件、その他65件となっている。

165 警察庁・前掲注(2) 24頁。2014年0件、2015年53件、2016年48件、2017年57件、2018年36件である。2014年の0件というのは、リベンジポルノ防止法が制定された年であり、法律の制定は11月14日であったことによる。

ルノなど許容していないように思われる。また、日本の場合リベンジポルノのみを狙ったものとは言い難い内容となっているという問題もある。私事性的画像記録という、児童ポルノの定義から「児童の」の文言を変更しただけに近い文言が使用され、曖昧な文言も使用されている。さらには、仮にリベンジポルノの重大な被害を防止するために規制するのであれば、カリフォルニア州とアラバマ州の規制がそうであるように、被写体となった人物に著しい精神的苦痛を与える意図等（復讐目的）があった場合に限定する必要があるはずであるが、日本のリベンジポルノ防止法にそういった行為に限定する文言は存在しない。これではただ「他人の裸の画像や動画をネット上に流出させてはならない」という法律でしかない。しかしながら、リベンジポルノを包括的に取り締まろうとすると表現の自由と衝突し、過度広汎性ゆえに違憲の疑いが高まる。リベンジポルノがその性質上性的なものである以上、世間から嫌われやすい性的表現までもが規制の対象となることを避けるためにも個別のかつ限定的な対処をすることが必要であると言える。それゆえ、あくまでリベンジポルノの被害のみを問題とするのであれば、「被害者に対して精神的被害を与えるという意図」などといった要件を加えることが少なくとも必要であると言える。

③ 表現の自由への配慮—厳格審査を耐えうる規制法の考察—

シトロン/フランク曰く、「ある人物の性的にあからさまな画像の同意のない公開は、表現的な自律と自己統治の進歩をわずかしか進めず、プライベートな自己表現を大いに傷つける」¹⁶⁶。さらに「その画像がプライベートに留められるだろうという推定の下で共有された、ある人物の性的にあからさまな画像の秘密性を維持することは、投稿者の思想の表現に僅かな影響力しか有しない」¹⁶⁷と主張しており、そして「ある人物の性的にあからさまな画像の同意のない公開は、その画像が社会全般で共有されるだろうという恐怖に基づいて、プライベートな表現を凍結させる」¹⁶⁸と主張している。リベンジポルノは表現の自由にわずかしか貢献せず、逆に被害者の言論を抑圧する結果となりかねないものであるとはいえ、リベンジポルノの表現の自由としての価値について早急に結論を出すのは危険でもある。児童ポルノに対してさえ、連邦最高裁は「表現の自由としての価値がない」とまでは言っていない¹⁶⁹。リベンジポルノの規制目的は児童ポルノの規制目的と同じく「被写体の保護」であるが、リベンジポルノの場合には「そのような画像を撮影させた、もしくはそのような画像を共有した被害者にも責任がある」という認識もありえなくはない。実際そのような写真はそもそも撮影ないし共有しないに越したことはなく、被写体が未成年であるならばまだしも¹⁷⁰、十分な判断能力を有するはずの成年は、自身の裸を他人と共有することのリスクは想定すべきと非難されることも考えられる。その点からも、リベンジポルノ規制に対する反論は、児童ポルノの場合よりも厳しくなることが十分考えられる。

これを踏まえ、憲法上の審査を耐えうるリベンジポルノ規制について考察を行う。リベンジポルノ規制

166 Citron & Frank, *supra* note 103 at 385.

167 *Id.*

168 *Id.*

169 *Ferber*, 458 U.S.

170 さらに言えば、被写体が未成年であれば児童ポルノの適用で十分被写体の保護ができる可能性がある。サウスダコタ州法は被害者が未成年の場合罰則を重くするよう決められているが、この点もまた問題となる可能性があるのではないだろうか。

は、表現内容に基づいた規制である。それゆえ、規制目的が必要不可欠であって、その規制手段が必要最小限度な厳格審査をクリアする必要があると言える。規制目的は、被写体の保護である。被害者の受けるプライバシーの被害を考えれば、拡散されるものが被写体自身の裸であり、それが被写体となった人物が許したわけでもない不特定多数の人物に渡り、ほぼ永久に残ることになる被害者の心境、その被害がネット上に留まらず、現実空間にも脅迫や失業といった形で影響を及ぼされることとなる被害者の精神的苦痛や経済的損失を考慮すれば、その保護は必要不可欠なものであるといえる余地は十分ある。むしろ被害者の信頼を反故にした加害者が責を負うに値するだろう。それならば、どのような規制方法であれば厳格審査をクリアできるであろうか。シトロン/フランクは、リベンジポルノ規制法が、十分に厳格にフォーカスされていなければ、過度に広範に解釈されるとか、リベンジポルノ法は公衆が合法的な利益を有する言論を刑罰化してしまうだろうといったような懸念は、慎重かつ正確な起草で避けられると主張している。しかしながら、基本的に性的な表現というものが世間から嫌われる傾向にあり、度々規制の対象とされてきたことを忘れてはならない。リベンジポルノ規制法が明確性を欠く文言で書かれてしまえば、それを使用して性的表現が大幅に規制されるということは十分考えられることである。そのため、シトロン/フランクのいう「慎重かつ正確な起草」は、想像以上に困難と言える。

リベンジポルノまたは同意なきポルノとは、その写真の入手経路や投稿者が様々でありうる。それゆえ、リベンジポルノを規制するためには十分に規制内容が明確かつ限定的である必要がある。例として挙げるならば、規制の対象となる人物は基本的に最初の投稿者に絞るべきであろう。その後コピーされたものを投稿した者についてまで規制を広げる場合には、テキサス州の控訴審が § 21.16 (b) を違憲と判断したように、違憲となる可能性が高まる。それゆえ、最初に投稿した者以外は基本的に処罰の対象から外し、その画像がリベンジポルノであったと知っていながら投稿した者のみを規制の対象とすべきであろう。シトロン/フランクは、カリフォルニア州法の規制を「極端に度が過ぎている」¹⁷¹と指摘したが、ただでさえ世間から嫌われる傾向にある性的表現の対象をさらに広げかねない以上、慎重に行う必要があると考えられる。単なる裸の画像等であれば、それは刑法175条で対処可能な可能性がある。そうであれば、日本のリベンジポルノ防止法はあくまでそれを補う形である必要がある。以上のことから、理想的なリベンジポルノ規制は、わいせつに該当するようなものについては既存の刑法175条で対処し、単なる下着姿といったわいせつに該当しないようなものに対処するための極めて限定された法律¹⁷²が、厳格審査基準をクリアできるものとなると思われる。それに対して、現行のリベンジポルノ防止法は、極めて曖昧で広汎な文言が使用された極めて合憲性の審査をパスしにくい法律といえるだろう。リベンジポルノの被害は決して軽視されるべきものではなく、その被害を未然に防いだり被害者への救済を行ったりすることは必要であろうが、リベンジポルノに関する被害のいくつかは、既存の刑法で対処できた可能性が少なくとも日本にはあったのであり、規制の対象となるものを含めて再検討を行う必要があるといえるだろう。

171 Citron & Frank, *supra* note 103 at 387.

172 ただしこの点についてもどういったものが「性的でない」と言えるのかについて明確な回答が用意されなければならない。さらに少なくとも「同意」は要件に含まれなければならない。

④ 小括：リベンジポルノ規制の在り方

本稿において問題としてきたことは、リベンジポルノ防止法の存在意義、そして現行法が厳格審査を耐え抜くことができるのかということであった。リベンジポルノとは被害者に深刻な精神的苦痛や経済的な損害をも与える悪質な行為であり、被害者である被写体を保護しようとする立法府の動きは理解できる。表現の自由といえども、それは絶対無制約のものではなく、リベンジポルノの被害の甚大さゆえ、被害者の救済は不可欠であろう。しかしながら、松井も指摘したように、日本においてリベンジポルノの問題には既存の法律で対処できた可能性があり、当初の政府の見解も既存の法律で対処可能というものだった。それにも関わらず、現在のリベンジポルノ防止法が制定されたが、「私事性的画像記録」の定義は児童ポルノの定義のいわば「使い回し」であり、その法律の内容も「他人の裸の画像をその個人の同意なく拡散してはならない」というものでしかなかった。テキサス州の第12控訴審裁判所も述べたことであるが、既存の法律の適用範囲内に含まれうるものをさらに処罰することに意味はあるのかという問題がある。警察庁の報告によれば、リベンジポルノの相談件数は増加傾向にあること、リベンジポルノ防止法が適用された事例は全体で見ればむしろ少なく、それ以外の法律の適用がなされていることを考慮するとリベンジポルノ防止法が制定される前から存在した法律で対処できる可能性は現在においても非常に高いと言えそうである。そうであれば、この類の法律は「わいせつにも当たらなければ名誉毀損にも当たらない」ものを対象とした非常に限られた法律でなければならないということになる。この場合には適用事例が非常に限定的なものとなるが、既存の法律で対処できる可能性を考慮すれば、リベンジポルノ防止法は既存の法律で対処できない空白を埋めるためのものとしての運用がなされるべきであるので、ここまでの限定はやはり必須であると考えられる。

おわりに

本稿では、リベンジポルノに関する動向、裁判や学説で指摘されたリベンジポルノ規制が提起しうる憲法上の問題点、リベンジポルノ規制の重要性を説く見解、そしてそれに関する若干の検討を行った。現在のインターネット環境は、いわば「その気になれば個人がポルノ動画を作成できる」時代である。本稿で度々言及した「同意なきポルノ」に限らず、パートナーさえいればポルノ動画を個人的にかつ手軽に作成することが技術的に可能なのであり、当事者間でそのような撮影することに同意がある場合も少なからず存在する。

リベンジポルノの被害の態様を考えれば、画像の削除をはじめとした救済にはある程度の迅速性が必要であり、それだけでなく、リベンジポルノは「わいせつ」に該当しないものも含まれることから、本来のわいせつの概念とは別のもも規制を行う必要性がでてくる。しかしながら、まず夫婦あるいは恋人とといったような親密な関係において個人的なポルノ作品の作成、ないしは撮影そのものを法律で禁止することは憲法上正当化し難く、技術上実効的でもないだろう。そのため、リベンジポルノを事前に防止する策としては、あくまでもモラル的なものに訴えるほかなく、リベンジポルノに関する処罰は事後的なものとならざるを得ない。

日本でリベンジポルノ防止法が制定されてからおよそ5年が経過しようとしているが、リベンジポルノ

に関する事件は未だに数を増やし続けている。リベンジポルノの規制は、表現の自由と密接に関わるものであると指摘する声があることは本稿でも紹介した通りである。実際、規制の仕方を誤れば、リベンジポルノそのものの概念の複雑さから多くの表現を巻き添えとしてしまう可能性を秘めていると言えるものであり、それゆえその規制は慎重に行う必要がある。それでありながら、リベンジポルノが被害者にもたらす損害は甚大であることから、その被害は最小限に留められ、最大の救済が図られなければならない。リベンジポルノの規制とは、そういった難解な命題を抱えているのだ。おそらく今後もインターネット上で表現とプライバシーの対立は起こるだろう。リベンジポルノに関する問題はその一端に過ぎない。今後その問題が起きた場合に備えて、我々はインターネット上での表現の規制について更なる検討を行っていく必要がある。本稿では、近年問題となっているフェイク・ポルノについての言及は紙面の都合上避けたが、その点の検討は今後の検討課題としたい。

福岡大学大学院論集

第51巻 第2号

令和元年11月20日発行

発行 福岡大学
編集 福岡大学大学院論集
刊行委員会

〒814-0180

福岡市城南区七隈八丁目19番1号

☎092 (871) 6631

印刷所 有限会社 新幸印刷
福岡県久留米市小頭町10の1