

# 搜索令状発付の際における

## 「相当な理由」に関する一考察(1)

——近時のアメリカ合衆国における児童に対する性的いたずらと  
児童ポルノ所持との関係を巡る議論を中心に——

A Study on *Probable Cause* at Issuing a Search Warrant (1):

Focusing on Recent Discussions regarding the Relationship between Child  
Molestation and Child Pornography Possession in the United States

隅 田 陽 介\*

### 目 次

#### はじめに

- 一 アメリカ合衆国憲法第4修正及び関連する判例
  - 二 児童に対する性的いたずらに関する証拠が児童ポルノ所持に関する搜索令状の「相当な理由」になるかどうか争われた事例（以上、本号）
  - 三 児童に対する性的いたずらと児童ポルノ所持との関係に関する調査研究等
  - 四 まとめ—提案されている対応策を含めて—
- おわりに

### はじめに

周知のように、児童ポルノに対しては、以前から各国で強い関心が寄せられている。しかし、近時、匿名性（anonymity）や利便性（availability）、廉価利用可能性（affordability）、利用容易性（accessibility）等を大きな特

---

\* 嘱託研究所員・帝塚山大学法学部専任講師

徴とするインターネットが地球規模で発達・普及したことによって、児童ポルノに関連する犯罪の様相は一変し、非常に深刻な事態に陥っている<sup>1)</sup>。すなわち、児童ポルノ犯罪者は、いつでも、どこからでも、自らの身元を明らかにすることなく、児童ポルノを入手・収集することが容易になった一方で、暗号化の技術を用いたり、インターネット上の侵入の痕跡を消し去るためのソフトウェアを利用するなど様々な手段を駆使して、自らの行為が捜査機関に発覚しないようにしているため、この種の犯罪に関する捜査は困難を来している<sup>2)</sup>のである。そのため、児童虐待に代表されるより

- 
- 1) Weissler, Emily, "Head versus Heart: Applying Empirical Evidence about the Connection between Child Pornography and Child Molestation to Probable Cause Analyses," *Fordham Law Review*, Vol. 82, 2013, p. 1496; Hamilton, Melissa, "The Child Pornography Crusade and Its Net-Widening Effect," *Cardozo Law Review*, Vol. 33, 2012, p. 1681; Endrass, Jérôme, Frank Urbaniok, Lea C Hammermeister, Christian Benz, Thomas Elbert, Arja Laubacher, and Astrid Rossegger, "The Consumption of Internet Child Pornography and Violent and Sex Offending," *BMC Psychiatry*, Vol. 9, 2009, p. 44; Frei, Andreas, Nuray Erenay, Volker Dittmann, and Marc Graf, "Paedophilia on the Internet — A Study of 33 Convicted Offenders in the Canton of Lucerne," *Swiss Medical Weekly*, Issue 33/34, 2005, p. 489; Wells, Amy E., "Criminal Procedure: The Fourth Amendment Collides with the Problem of Child Pornography and the Internet," *Oklahoma Law Review*, Vol. 53, 2000, pp. 100–102. もちろん、インターネットに代表される科学技術が発達し、それを法執行機関が利用することによって、犯罪者の居場所が迅速に特定され、逮捕につながっているというような利点があることも指摘することはできよう。See *Ibid.* at 107. また、もともとアメリカ合衆国の場合、児童ポルノに関連した犯罪というのは州によって訴追されていたのであるが、インターネットを利用して州を跨いで活動が行われるようになったということから、現在では、捜査や訴追の面で連邦政府が果たすべき役割が大きくなってきているということも指摘されている。See Hamilton, Melissa, "The Efficacy of Severe Child Pornography Sentencing: Empirical Validity or Political Rhetoric?," *Stanford Law & Policy Review*, Vol. 22, 2011, pp. 548–549.
  - 2) Balfe, Myles, Bernard Gallagher Helen Masson, Shane Balfe, Ruairi Brugha, and Simon Hackett, "Internet Child Sex Offenders' Concerns about Online Security and Their Use of Identity Protection Technologies: A Review," *Child Abuse*

重大な犯罪に児童が巻き込まれ、犯人が逮捕されてはじめて、児童ポルノ所持が明るみに出るといったこともしばしば生じている。これは、本来であれば、このような社会の中で急速に蔓延している危機に対しては予防的な対策が求められるところ、法執行機関の対応が事後的なものになってしまっている<sup>3)</sup>ということを意味しよう。しかし、児童ポルノに関連する問題はこれだけに留まるわけではない。言うまでもなく、これが児童ポルノ産業が栄える原因となっているのであるし、他にも、児童ポルノ所持は児童に対する性的いたずら (child molestation) への入り口となる犯罪である<sup>4)</sup>といった指摘もなされている。また、ある児童に対する性的虐待の様

---

*Review*, Vol. 24, 2015, p. 428 and pp. 431–436; Bourke, Michael L. and Andres E. Hernandez, “The ‘Butner Study’ Redux: A Report of the Incidence of Hands-On Child Victimization by Child Pornography Offenders,” *Journal of Family Violence*, Vol. 24, 2009, pp. 183–184; Child Exploitation and Online Protection Centre, *Threat Assessment of Child Sexual Exploitation and Abuse*, 2012, pp. 10–12, [https://www.ceop.police.uk/Documents/ceopdocs/CEOPTThreatA\\_2012\\_190612\\_web.pdf](https://www.ceop.police.uk/Documents/ceopdocs/CEOPTThreatA_2012_190612_web.pdf) (2016年10月20日最終確認。以下、同じ)。もっとも、Balfe, *supra*, at 430は、インターネットを通して児童に対する性犯罪を行っている者は、ある意味では、絶えず捜査機関による継続的な監視の下に置かれているため、インターネットというのはパノプティコン的な監視環境 (panoptican environment) の下に成り立っていると指摘する。また、*Ibid.* at 432 and 436–437は、一方で、こうした犯罪者の中には、インターネットというのは匿名が通用する非現実的な世界であるから、自らの身元を隠すためにこれを暗号化するなどの特別な手段は必要ではないと考えて、こうした手段を講じない者も多数存在すると指摘している。この点については、Beech, Anthony R., Ian A. Elliott, Astrid Birgden, and Donald Findlater, “The Internet and Child Sexual Offending: A Criminological Review,” *Aggression and Violent Behavior*, Vol. 13, 2008, p. 219も参照。

- 3) See Rigler, Kathryn A., “Child Pornography and Child Molestation: One and the Same or Separate Crimes?,” *Seton Hall Circuit Review*, Vol. 9, 2012, pp. 213–214; Rigler, Kathryn Anne, “Child Pornography and Child Molestation: One and the Same or Completely Separate Crimes?,” *Law School Student Scholarship*, Paper 370, 2013, pp. 27–28, [http://scholarship.shu.edu/student\\_scholarship/370](http://scholarship.shu.edu/student_scholarship/370) (同)。

- 4) See Weissler, *supra* note 1, at 1490.

子を撮影した児童ポルノが、その後、別の児童をおびき寄せ (grooming)、更なる性的虐待を行うための手段として利用される<sup>5)</sup>こともある。

こうしたこともあり、近時のアメリカ合衆国では、児童ポルノに対しては、これまで以上に大きな注目が集まっており、このことは、例えば、刑事司法の分野においては処罰の厳格化という形で表れている。すなわち、児童ポルノ所持や頒布等の罪で有罪とされた者に言い渡される刑罰の平均は、拘禁刑の場合、1997年は21ヶ月であったものが2008年には92ヶ月にまで拡大しており、この数字は、故殺 (manslaughter) や強盗、放火等他の重大犯罪や接触型の性的虐待 (contact sexual abuse crimes) の場合よりも重くなっている<sup>6)</sup>のである。また、州においては児童ポルノ所持が軽罪

---

5) Scheff, Jason "Disproving the 'Just Pictures' Defense: Interrogative Use of the Polygraph to Investigate Contact Sexual Offenses Committed by Child Pornography Suspects," *NYU Annual Survey of American Law*, Vol. 68, 2013, pp. 649-650; Kim, Candice, "From Fantasy to Reality: The Link between Viewing Child Pornography and Molesting Children," *Update* (Child Sexual Exploitation Program), Vol. 1, No. 3, 2004, pp. 1-2.

6) Hansen, Mark, "A Reluctant Rebellion: Laws Are Tough on Child Pornography. But Some Federal Judges Think the Time Isn't Fitting the Crime," *ABA Journal*, June, 2009, p. 56; Weissler, *supra* note 1, at 1487 and 1499; Hamilton, *supra* note 1, at 1686-1687; Hamilton, *supra* note 1, at 557. なお、Carlson, Kristin, "Strong Medicine: Toward Effective Sentencing of Child Pornography Offenders," *Michigan Law Review First Impressions*, Vol. 109, 2010, p. 27参照。この点については、児童ポルノ所持というのは、①現実には児童を性的に虐待することと同じである、あるいは、それ以上に悪質なものであるから、また、②児童ポルノを所持したり、閲覧するといったことに端を発して、ある者が児童を性的に虐待するというより重大な犯罪を引き起こすかもしれないという危険が高まる可能性があるから、より重く処罰されなければならないといった主張もあるとされる。See Hessick, Carissa Byrne, "Disentangling Child Pornography from Child Sex Abuse," *Washington University Law Review*, Vol. 88, 2011, p. 855 and p. 864; Hamilton, *supra* note 1, at 548. こうした主張の背景には、児童ポルノ所持と児童に対する性的虐待という二つの犯罪がどのように処罰されるかに関係なく、そもそもどちらの犯罪も児童を危険な目に遭わせる可能性を有しているという点で

から重罪へと再分類され、法定刑の上限及び下限が引き上げられるといった動きもある<sup>7)</sup>。連邦議会も、種々の児童ポルノ対策立法を制定してきているのであるが、インターネットがそれ以上に急速に普及していることもあり、そうした努力が必ずしも効果を現わしていない<sup>8)</sup>という状況にある。

児童ポルノに関連する様々な害悪や、これが児童を誘惑し、性的に搾取するためにも利用されているといったことを考えると、こうした犯罪を抑止し、児童を保護するという観点からは、児童ポルノを適切に規制するこ

---

は深く絡み合っているというような認識があるものとも考えられる。See Rigler, *supra* note 3, at 200; Rigler, *supra* note 3, at 9. 一方、Hessick, *supra*, at 864-886は、こうした理解の仕方には十分な根拠がなく、問題であるなどとして、児童ポルノを所持することの方が重く処罰されている現状を批判的に評価している。また、Carlson, *supra*, at 27, 29 and 30は、①性犯罪者にとっては、施設に拘禁されたとしても、それによって児童に対する性的な関心が弱まることはなく、自らの衝動をコントロールする機能が高まることもない、そして、②長期間に亘って拘禁したとしても、それほど大きな改善更生の効果は伴っておらず、刑罰の目的に資するところも少ない上に、更なる犯罪から社会を守ることもしないのであって、こうした対応は一時的な解決策に過ぎないと指摘する。さらに、Hansen, *supra*, at 56-57によれば、実際に事案を担当する裁判官の中にも、量刑ガイドラインに基づいたこうした量刑の現状を批判的に評価する者がいるようである。そこで、Hessick, *supra*, at 893以下は、このような現状を打開するための立法上の方策等を提案している。また、Hansen, *supra*, at 59でも、児童ポルノに関する犯罪の刑罰を引き下げるのではなく、逆に、その他の犯罪に関する刑罰を引き上げることが解決策として紹介されている。これに対して、Gelber, Alexandra, *Response to 'A Reluctant Rebellion,'* U.S. Department of Justice, Criminal Division, 2009, pp. 1-18, <http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-ceos/legacy/2012/03/19/ReluctantRebellionResponse.pdf> (同) は、Hansen の主張には誤解があり、法文の内容や構造、さらには、児童ポルノ犯罪の実態等について正確に理解すれば、こうした量刑の傾向は、急速に広がりつつある児童に対する性的搾取及び虐待への適切な対応であることを示しているとする。

7) Hessick, *supra* note 6, at 860. こうした州及び連邦の法制度の変化等については、*Ibid.* at 856-864に詳しい。

8) See Weissler, *supra* note 1, at 1503.

との意味はいくら強調しても強調し過ぎることはない。それでは、どのようにすれば、いかに迅速に児童ポルノを発見・押収し、所持人を処罰することができるのであろうか。合衆国では、近時、この問題が、児童に対する性的いたずらに関する捜査との関連で議論されている。すなわち、児童に対する性的いたずらに引き続いて児童ポルノに関して捜査を進め、これを捜索・押収するとした場合、児童ポルノに向けられた捜索令状が必要となるが、その際にはアメリカ合衆国憲法第4修正に基づいて「相当な理由 (probable cause)」が求められる。そこで、児童に対する性的いたずらに関する証拠のみでこの場合の「相当な理由」を構成するのかどうかというのである<sup>9)</sup>。この点に関しては、すでにいくつかの巡回区連邦控訴裁判所が判断を示しているのであるが、現時点ではこれが統一されるまでには至っていない。すなわち、第8巡回区裁判所は、児童に対する性的いたずらに関する証拠は児童ポルノ所持容疑で被告人宅を捜索するための「相当な理由」を構成する旨判示している。これに対して、第2及び第3、第4、第6各巡回区裁判所は、前者の証拠はそれだけでそのまま後者の犯罪について捜索するための「相当な理由」を構成することになるわけではないとしている。また、第9巡回区裁判所は、断定的にどちらかの立場に立つとはせず、前者の証拠は、場合によっては、後者の犯罪について捜索するための「相当な理由」を構成することもあるとしており、これは、唯一、捜索令状宣誓供述書 (affidavit) に記載された事実に基づいて、事案の内容ごとにケース・バイ・ケースで対応するという手法を選択したものと考えられる<sup>10)</sup>。このように、近時の合衆国の刑事司法、特に児童に対する性的

---

9) なお、児童ポルノに関する事案の場合には、この犯罪には忌むべき性質があるが故に、裁判所は「相当な理由」の基準を引き下げているのではないかといった指摘がなされることもあるようであり (See Bashore, Jacob D., "Probable Cause in Child Pornography Cases: Does It Mean the Same Thing?," *Military Law Review*, Vol. 209, 2011, p. 2), この観点からも注目されているといえよう。また、*Ibid.* は、一般のアメリカ社会のみならず、軍の中でも児童ポルノ事案が問題になりつつあることを指摘している。

10) See Jones, M. Jackson, "A Confusing Interaction between the Warrants Clause,

虐待・搾取に関連する分野においては、児童に対する性的いたずらに関する証拠が児童ポルノ所持容疑で被告人宅を搜索するための「相当な理由」になるかどうか司法の判断がまともでないものである。そのため、捜査機関にとっては混乱が生じている一方、被告人の側からすれば、本来であれば、すべての事案で同一の基準の下で搜索を受けるべきであるにも拘らず、裁判所の考え方によって、異なった対応を受けている<sup>11)</sup>ということになる。これは、児童ポルノに対する搜索の方を優先するのか、被疑者・被告人の権利を優先するのか、見過ごしにはできない問題であると考えられる。

そこで、本稿では、まず、一において、搜索及び押収の際の人権保障の要となる第4修正の内容及び骨子を概観し、合わせて、これに関する判例にも触れる。二においては、こうした基本的な考え方の下で判示されたいくつかの事例を通して、この問題に関する各巡回区裁判所の考え方が分かっていることを明らかにする。次に、三において、児童に対する性的いた

---

Child Pornography, and Child Molestation: Determining Whether Evidence of Child Molestation Creates Probable Cause to Search for Child Pornography," *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, Vol. 40, 2014, p. 76, pp. 84-85 and pp. 103-106. なお, Pisegna, Nicholas, "Probable Cause to Protect Children: The Connection between Child Molestation and Child Pornography," *Boston College Journal of Law & Social Justice*, Vol. 36, 2016, p. 294参照。ただし、第9巡回区裁判所の事例であっても、後述する本文二(一)2で触れる *United States v. Needham*, 718 F.3d 1190 (9th Cir. 2013) は別の理解の仕方を示しているものと考えられる。一方, Weissler, *supra* note 1, at 1487, 1491 & note 17 and 1517-1522や Rigler, *supra* note 3, at 195, Scheff, *supra* note 5, at 655-656 & note 426は、同裁判所を後者の第2巡回区裁判所等と同じ立場に分類している。

- 11) Rigler, *supra* note 3, at 195; Jones, *supra* note 10, at 84; Pisegna, *supra* note 10, at 318. なお、児童ポルノに関連する犯罪を捜査する際に第4修正との関係で問題となる争点について判示した近時の連邦の事例をまとめたものとして、Nicewander, Dennis, *Probable Cause Issues in Child Pornography Cases*, [http://www.locatethelaw.org/linked/probable\\_cause\\_issues\\_in\\_child\\_pornography\\_cases.pdf](http://www.locatethelaw.org/linked/probable_cause_issues_in_child_pornography_cases.pdf) (同) 参照。

ずらと児童ポルノ所持との関係について検討した調査研究等を紹介した上で、四において、第4修正との関係も念頭に置きながら、近時提案されている対応策も含めて、若干の検討をしてみたいと思う<sup>12)</sup>。

## 一 アメリカ合衆国憲法第4修正及び関連する判例

（一）合衆国憲法第4修正というのは、政府によって不合理な搜索及び押収が行われることから市民を保護し、同時に、それまでは「相当な理由」がないにも拘らず発付されていた令状に関連する濫用の問題を終結させることを目的として法典化されたものである<sup>13)</sup>。そして、同修正は、「合理性に関する条項（Reasonableness Clause）」及び「令状に関する条項（Warrants Clause）」から構成されている。前者は、すべての搜索及び押収が合理的なものであることを要求するものであり、これによって、市民は自らの身体及び住居、財産に対する不合理な搜索及び押収から保護されることになる。続いて、後者によって、搜索及び押収が行われる場合には令状が発付されていることが基本的な要件として求められることになる<sup>14)</sup>。この令状は、①「相当な理由」があり、②中立かつ公平な立場にあ

---

12) 本稿は、「児童に対する性的いたずらと児童ポルノ所持との関係—児童に対する性的いたずらに関する証拠は児童ポルノ所持に関する搜索令状を発付する際の「相当な理由」になるのか?—」として『法学新報』123巻9・10号（2017年）（予定）において検討したものに加筆したものである。

13) Gambale, Anthony J., “The Fourth Amendment and the Intuitive Relationship between Child Molestation and Child Pornography Crimes,” *Suffolk University Law Review*, Vol. 47, 2014, p. 581; Jones, *supra* note 10, at 77. 例えば, *Payton v. New York*, 445 U.S. 573, 583 (1980) は、第4修正が起草された背景には、一般令状（general warrants）に基づいた無差別の搜索及び押収から市民を保護するという目的があった旨を判示する。他に, Bashore, *supra* note 9, at 5-7参照。

14) *California v. Acevedo*, 500 U.S. 565, 581 (1991) (Scalia, J., concurring); Maclin, Tracey, “The Complexity of the Fourth Amendment: A Historical Review,” *Boston University Law Review*, Vol. 77, 1997, pp. 927-928; Jones, *supra* note 10, at 81-82; Pisegna, *supra* note 10, at 291 & note 23; Gambale, *supra* note 13, at 582.



る裁判官によって発付されており、③搜索される場所及び押収される物等が特に明示されている、④宣誓又は確約 (affirmation) によって担保されているもののみが正当なものと評価されることになる。特に「相当な理由」というのは、正当な令状が発付されるためには必ずこれが示されなければならないという意味で必須の要件となっている<sup>15)</sup>。仮に、令状が必要とされない場合でも、搜索及び押収が合理的なものであることを保証するためには、一般に「相当な理由」の証明が必要とされている<sup>16)</sup>。

上で述べたように、「令状に関する条項」には「特定性の要件 (particularity requirement)」が含まれている。そのため、令状には、搜索される場所及び押収される物等が特に明示されていなければならない。もちろん、その程度は、押収される物の内容によって変動することはあろうが、この要件によって、一般的な搜索は認められないことになり、さらに、令状に記載されたものとは別のものを押収することも禁止される<sup>17)</sup>ことになる。加えて、この要件によって、正当な令状であるためには、令状を執行する捜査官が合理的な確実性 (reasonable certainty) をもって、求めているものを特定できるように、記載内容は十分に詳細なものでなければならない<sup>18)</sup>ということになる。

ところで、「相当な理由」という文言の意味については、第4修正自体にも、また、関連する連邦法にも規定されておらず、裁判所の解釈によって運用されている<sup>19)</sup>。例えば、*Stacey v. Emery*<sup>20)</sup>では、「慎重な人間が、

---

15) LaFave, Wayne R. and Jerold H. Israel, *Criminal Procedure* (Second Edition), St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992, p. 138, § 3.3(a); Jones, *supra* note 10, at 82.

16) Wells, *supra* note 1, at 116.

17) See *Marron v. United States*, 275 U.S. 192, 196 (1927); Israel, Jerold H. and Wayne R. LaFave, *Criminal Procedure: Constitutional Limitations* (Sixth Edition), St. Paul, Minn.: West Group, 2001, p. 83, § 2.4(d); Wells, *supra* note 1, at 116.

18) See LaFave, *supra* note 15, at 161, § 3.4(f).

19) Siegel, Larry J. and John L. Worrall, *Introduction to Criminal Justice* (Fifteenth Edition), Boston, MA: CENGAGE Learning, 2016, p. 291; Government Printing

ある者が訴追される罪に関しては有罪であると信じることを十分に正当化するに足りる事情によって支持される、嫌疑の合理的な根拠のことであり」と判示されている。また、*Nathanson v. United States*<sup>21)</sup>では、犯罪の疑いについて単に（捜査官が）確約するだけでは、個人の住居を搜索するための令状を獲得するのに必要な「相当な理由」とはならない旨が判示されている。ただ、その後の合衆国最高裁判所の判例でも、どのような内容であれば「相当な理由」を構成するのかについては明確に判示されたことはなく、一般には「相当な理由」の内容に関する基準というものは厳密なもの（rigid）ではないとされている。むしろ、これは、法律の専門家ではなく、合理的で分別のある人が行動する日常生活の現実に関心を当てたもので、現実の特定の状況の中で可能性を認めることができるかどうかにかたよる流動的な（fluid）概念である<sup>22)</sup>というのである。

そして、「相当な理由」があるかどうかを判断する際の主体に関連して、*Johnson v. United States*<sup>23)</sup>では、証拠に関する推論は、犯罪行為を暴き出

---

Office, *Fourth Amendment: Search and Seizure*, p. 1393, <https://www.congress.gov/content/conan/pdf/GPO-CONAN-REV-2014-10-5.pdf> (2016年9月5日最終確認)。また、*Maryland v. Pringle*, 540 U.S. 366, 371 (2003) では、「相当な理由」というのは正確に定義することが困難な概念である旨が判示されている。なお、いくつかの州では、「相当な理由」という語の代わりに、同じ意味ではあるが、「合理的な理由（reasonable cause）」又は「合理的な根拠（reasonable grounds）」といった語が使用されているということである。See del Carmen, Rolando V., *Criminal Procedure: Law and Practice* (Ninth Edition), Belmont, CA: WADSWORTH CENGAGE Learning, 2014, p. 67.

20) 97 U.S. 642, 645 (1878).

21) 290 U.S. 41, 47 (1933).

22) *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, 241 and 246 (1983); *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160, 175 (1949); *United States v. Kelley*, 482 F.3d 1047, 1050 (9th Cir. 2007); Westenberg, Megan, "Establishing the Nexus: The Definitive Relationship between Child Molestation and Possession of Child Pornography as the Sole Basis for Probable Cause," *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 81, 2013, p. 355; Weissler, *supra* note 1, at 1504; Rigler, *supra* note 3, at 201.

23) 333 U.S. 10, 14 (1948).

そうとして競争するように捜査活動に従事している捜査官ではなく、「公平かつ中立的な立場にある合衆国治安判事 (magistrate)」によって導き出されなければならないと判示されている。これは、決して捜査官は合理的な推論ができないということの意味しているのではなく、十分な「相当な理由」がないにも拘らず、犯罪の捜査という職務に熱心になり過ぎる可能性のある捜査官が個人の住居に侵入すること等を防止するために、判断の基準を公平な立場にある裁判官に委ね、より確実な証拠が必要とされたという趣旨である<sup>24)</sup>と考えられる。

次に、「相当な理由」の有無を判断する基準については、最高裁判所によって判示されているものの、若干の変遷がある。すなわち、当初は、*Aguilar-Spinelli* テストと呼ばれるものが採用されていた。この基準の下で、裁判所は、①捜査機関に対して捜索に関する情報を提供した者の認識の根拠は何か、換言すれば、情報提供者はどのようにしてその情報を入手したのか、そして、②情報提供者は誠実なのか、換言すれば、宣誓供述人である捜査官が、情報提供者は信頼できる、又は、その情報は信用できると判断する基本的な条件を満たしているかどうかという「二方向の要件 ('two-pronged test')」を個別に検討することによって、令状に「相当な理由」が含まれているかどうかを判断する<sup>25)</sup>とされていたのである。

しかし、その後、1983年の *Gates* によってこの基準は廃止され、現在は「諸事情の総合判断 (totality of the circumstances)」テストと呼ばれるものが採用されている<sup>26)</sup>。現在、裁判所が児童ポルノ事案において、第4修

---

24) See *Ibid.* at 13–14; Rigler, *supra* note 3, at 200–201 and 209; Rigler, *supra* note 3, at 10 and 23.

25) See *Spinelli v. United States*, 393 U.S. 410, 412–413 (1969); *Aguilar v. Texas*, 378 U.S. 108, 114–116 (1964); *Commonwealth v. Upton*, 476 N.E. 2d 548, 556–557 (Mass. 1985).

26) Israel, Jerold H., Yale Kamisar, and Wayne R. LaFave, *Criminal Procedure and the Constitution: Leading Supreme Court Cases and Introductory Text* (2000 Edition), St. Paul, Minn.: West Group, 2000, pp. 104–105; del Carmen, *supra* note 19, at 76.

正との関連で「相当な理由」が認められるかどうかを検討する際には、この基準が大きな意味を持っている<sup>27)</sup>と考えられている。*Gates* では、まず、「相当な理由」に関しては、犯罪活動が行われた可能性又はその実質的な機会があったことの証明のみが求められており、そうした活動が行われたことを実際に証明することまでは求められていない<sup>28)</sup>とされた。そして、宣誓供述書というのは、通常、犯罪捜査の過程において、法律家ではない捜査官によって作成されるものであることを考えると、急を要する令状に対しては、宣誓供述書の中で専門的な用語（technicality）や特殊な用語（specificity）を用いて詳述することまでは求められない<sup>29)</sup>とされた。さらに、宣誓供述書に関して審査を行う、公平かつ中立的な立場にある治安判事に対しては、提出された宣誓供述書に記載されているすべての事情（この中には、情報を提供する者の誠実さや情報の入手先に関する認識も含まれる）を前提とした上で、特定の場所に禁制品又は犯罪の証拠が存在するであろうという確実な可能性（fair probability）があるかどうかについて、現実的かつ世間一般の常識に沿った判断を行う責任が課されている<sup>30)</sup>とされたのである。最高裁判所では、このような柔軟かつ容易に適用できる機能的な基準によって、第4修正が求めている社会全体の利益と個人の利益との間の均衡がよりよく維持されることになる<sup>31)</sup>と考えられているのである。

（二）合衆国における搜索令状発付の一般的な手順は以下のようになっている。まず、捜査官によって、治安判事に提出するための搜索令状請求書（warrant application）が用意される。その中には、①犯罪が行われたこと（犯罪遂行要件（‘commission’ element））及び②搜索が予定される場所に

---

27) See Gambale, *supra* note 13, at 588. なお, Bashore, *supra* note 9, at 12参照。

28) 462 U.S. at 244 & note 13.

29) *Ibid.* at 235; Westenberg, *supra* note 22, at 339.

30) 462 U.S. at 238.

31) *Ibid.* at 239.

犯罪の証拠が存在するであろうということ（関連性の要件（‘nexus’ element））を信じさせる「相当な理由」が記載されていなければならない<sup>32)</sup>。次に、捜査官は、宣誓又は確約によって担保された宣誓供述書を準備し、この中で令状の発付が正当化されると信じる事実を列挙していくことになる。その後、治安判事が宣誓供述書を正当なものであると認めれば、搜索令状が発付されることになる<sup>33)</sup>のである。この際、治安判事には、「相当な理由」が存在しているかどうかについて、前述したように、現実的かつ常識に沿った判断を行うことが求められており、具体的には、①宣誓供述書に記載されている内容や情報が十分に信頼に足るものであるかどうか、また、②それらが信頼できると考えられる場合には、それが「相当な理由」を構成するかどうかという2点が「諸事情の総合判断」テストに基づいて判断される<sup>34)</sup>ことになる。

もっとも、仮に、「相当な理由」を構成する事実が認められないにも拘らず、治安判事によって搜索令状が発付された場合であっても、そのために、即、収集された証拠が認められなくなってしまうというわけではない。*United States v. Leon*<sup>35)</sup>によって判示された、証拠排除法則の「善意に基づく例外（good faith exception）」という考え方に従って、当該証拠が認められることがあるからである。これは、証拠法上のルールとして、公平かつ中立的な立場にある治安判事が発付した搜索令状を、捜査官が客観的に合理的であると信頼した上で収集した証拠については、後にその令状が正当なものではないと評価された場合であっても、証拠として利用することは禁止されないというものである。つまり、治安判事が「相当な理

---

32) *United States v. Ribeiro*, 397 F. 3d 43, 48 (1st Cir. 2005); *United States v. Feliz*, 182 F. 3d 82, 86 (1st Cir. 1999).

33) Westenberg, *supra* note 22, at 338. また、ジョシュア・ドレスラー＝アラン・C・ミカエル（指宿 信監訳）『LexisNexis アメリカ法概説⑨ アメリカ捜査法』レクシスネクシス・ジャパン株式会社（2014年）237頁参照。

34) Weissler, *supra* note 1, at 1503–1504.

35) 468 U.S. 897, 922–923 (1984).

由」の有無に関する判断において誤りを犯したとしても、当該令状が明らかに不合理なものでない場合には、それによって収集された証拠の価値が認められることもある<sup>36)</sup>ということである。ただし、この考え方によって、被告人が証拠の排除を求めることもできる。例えば、①令状を発付する裁判官が、自らの公平かつ中立的であらねばならないという役割を捨て去っている、あるいは、②令状の発付を支える宣誓供述書の内容に「相当な理由」の存在を示す徴憑（*indicia of probable cause*）が全く欠けているために、その存在を信じる捜査官は全く不合理であるとみなされるような場合等<sup>37)</sup>には、被告人は証拠の排除を求めることができるということである。被告人側としては②に関する主張をして、証拠の排除を求めることが多い<sup>38)</sup>とされる。

それでは、このような基準及び運用の下で、児童に対する性的いたずらに関する証拠が児童ポルノ所持に関する搜索令状の「相当な理由」を構成するのかどうかについて争われた事例としてはどのようなものがあるか、次に紹介することにした。

## 二 児童に対する性的いたずらに関する証拠が児童ポルノ所持に関する搜索令状の「相当な理由」になるかどうか争われた事例

### （一）児童に対する性的いたずらに関する証拠のみで児童ポルノ所持に関する「相当な理由」を構成することを認めた事例

#### 1 *United States v. Colbert*

本件の事実の概要及び経過は以下の通りである。

本件被告人は、2006年6月、アイオワ州内の公園でおよそ40分間に亘って5歳の女兒に話しかけていた行動が不審に思われたことから、警察に通報され、被告人が乗って逃げた車両が手配された。直後に被告人の車両が

---

36) Weissler, *supra* note 1, at 1504–1505; Westenberg, *supra* note 22, at 338–339.

37) 468 U.S. at 922–923.

38) Jones, *supra* note 10, at 132–133.

発見され、捜査官が同意を得て車両の搜索を行ったところ、手錠や双眼鏡、「New York PD」という文字が縫い込まれた帽子が発見された。そして、被告人は、公園で、女兒に対して、自分が所有しているビデオについて話しかけていたことを認めた。そこで、児童ポルノ等に関する証拠を求めて被告人の居住アパートを搜索するための宣誓供述書が作成された。この宣誓供述書の中には、①被告人が公園で女兒に話しかけ、女兒を自宅に連れて帰ろうとしたという一連の出来事や、②車両の搜索によって発見された品目等が記載されていた。その後、地方裁判所裁判官によって搜索令状が発付され、アパートの搜索が行われた結果、児童を撮影した映画や児童ポルノを収めた大量のディスク、ビデオが発見された。被告人はこれらの証拠を排除する (suppress) よう求めたが却下されたため、控訴した<sup>39)</sup>のである。

これに先立って、まず、アイオワ南部地区連邦地方裁判所は、女兒に対する誘惑行為 (enticement) 等について記載された宣誓供述書の内容によって、児童ポルノ所持容疑で被告人宅を搜索するための「相当な理由」の存在が示されているかどうかを検討した。そして、一般的に考えて、児童に対して性的な関心を持っている者は、児童の拒絶感 (inhibitions) を和らげるためにしばしば児童ポルノを利用するものであるから、宣誓供述書に記載されている、女兒を誘惑しようとしていた事実は、十分に被告人宅を児童ポルノ所持容疑で搜索するための「相当な理由」を構成していると判示した。さらに、特に被告人が児童に対して見せたがっている映画やビデオについて公園で言及しているというような本件事実関係の下では、未成年者を性的に描写したものは児童に対する誘惑行為とも論理的に関連していると考えることができる<sup>40)</sup>とも指摘している。

そして、第8巡回区裁判所も、経験的なデータではなく、これまでのいくつかの裁判所の判断等に基づきながらではあるが、証拠として認める判

---

39) 605 F. 3d 573, 575-576 (8th Cir. 2010), *cert. denied*, 562 U.S. 1223 (2011).

40) *Ibid.* at 577.

断を下している。すなわち、①児童を虐待することによって性的な満足感を得ることを求めている者の場合、児童ポルノ所持というのは、論理的に考えれば、児童に対する身体的な接触へとつながる前兆を意味している、②児童を性的な餌食にする者にとって、パソコンやインターネットは交流のための手段としての性質を増しつつあり、また、児童ポルノには、インターネットを通せば自由自在に入手できる（ubiquitous）という性質があることを考えると、二つの行為の関係はさらに深刻化する<sup>41)</sup>、次に、③ *United States v. Byrd*<sup>42)</sup>を引用して、一般的に考えて、児童に対して性的な関心を持っている者は児童ポルノを注文したり、受け取ったりするというような偏向的な性質を持っている（predisposed）と考えることができるとし、さらに、④最高裁判所による *Osborne v. Ohio*<sup>43)</sup>を引用して、小児性愛者は性的な活動に従事させようと児童を誘い込むために児童ポルノを利用するものであるなどとして、児童に対する性的いたずら又は（強調は筆者）児童に対する誘惑行為と児童ポルノ所持との間には直感的な関係（intuitive relationship）があることを認めた。また、被告人が手錠や双眼鏡を持っていたことは、その地域を監視して、手頃な被害者を探していたことを推測させる十分な理由となる<sup>44)</sup>などとも指摘して、地方裁判所の判断を肯定したのである。

また、第8巡回区裁判所は、第6及び第2巡回区裁判所が、それぞれ *United States v. Hodson*<sup>45)</sup>及び *United States v. Falso*<sup>46)</sup>において、児童に対する性的いたずらに関する証拠では必ずしも児童ポルノ所持容疑で捜索を行うための「相当な理由」とはならない旨判示したことに言及しながら

41) *Ibid.* at 578; Rigler, *supra* note 3, at 204; Rigler, *supra* note 3, at 15.

42) 31 F. 3d 1329, 1339 (5th Cir. 1994).

43) 495 U.S. 103, 111 (1990).

44) 605 F. 3d at 577 and 578–579.

45) 543 F. 3d 286, 286–294 (6th Cir. 2008). 本件については、後述する本文(二)1 参照。

46) 544 F. 3d 110, 112–129 (2d Cir. 2008), *cert. denied*, 558 U.S. 933 (2009). 本件については、後述する本文(二)2 参照。



も、本件はこれらの事例とは異なっている<sup>47)</sup>ことを指摘している。すなわち、まず、事案の内容を考えてみても、他の2件は、被告人が同時に児童を誘惑しようとしたというものではないが、本件被告人は女兒を自宅に連れて帰ろうとして話しかけているということ、次に、他の2件は、その後、性犯罪を行うための住居を搜索するために令状が発付されたのではないが、本件は、被告人が女兒を連れて帰り、何らかの性犯罪を実行しようとしていた住居を搜索するための令状であったということである。

その上で、①上記2件は、児童に対する性的いたずらのような性的搾取行為と児童ポルノ所持とは明確に区別することができる (categorical distinction) と判断しているが、そのように区別することは、*Gates* でも言及されているような、一般的な経験則 (common experience) 及び「相当な理由」という流動的かつ非専門的な概念双方と衝突するところがある、②「相当な理由」を支持するために提示される証拠の評価に関しては、学者の学問的な知識に基づいた分析 (library analysis by scholars) のみによるのではなく、法執行や犯罪捜査の分野に精通している者の知識や経験によって理解されるべきであり、それによれば、二つの行為の間には直感的な関係があることが示されている<sup>48)</sup>としたのである。

最後に、仮に、本件宣誓供述書には、児童ポルノを搜索するための「相当な理由」が十分には示されていないとしても、被告人は、捜査官が搜索の過程において不合理に活動したことを示していないのであるから、本件搜索によって発見された証拠を排除することは適切ではないとしている<sup>49)</sup>。

なお、本件には反対意見が付されており、その中では、多数意見が、本件宣誓供述書は第4修正が求める要件を満たしているとして搜索令状の正当性を認めるに当たって、「危険な推定 (dangerous assumption)」に依拠

---

47) See 605 F.3d at 577-578.

48) *Ibid.* at 578.

49) *Ibid.* at 579.

している<sup>50)</sup>として懸念が表明されている。すなわち、まず、① *Falso*<sup>51)</sup>が引用され、宣誓供述書によっては証明できない事実から導き出された、誤りを含んだ推論によって、第4修正で保障された個人の権利が侵害されることがあってはならないということが強調されている。また、②本件宣誓供述書に記載されている内容は、児童に対する誘惑行為に関する証拠を探索するための「相当な理由」の根拠にはなっているが、搜索令状は児童ポルノに関連する犯罪の証拠のみを探索するためのものであると、そして、③ *Hodson*<sup>52)</sup>が引用されて、仮に、児童に対する誘惑行為と児童ポルノ所持との間に何らかの関係があるとしても、そのように推測することを支持する証拠は特になにも拘らず、治安判事がそれを演繹的に推測することは合理的ではない<sup>53)</sup>といったことも指摘されている。

## 2 *United States v. Needham*

本件の事実の概要及び経過は以下の通りである。

2010年6月、カリフォルニア州オレンジ郡警察署に、本件被告人が同郡にあるモール内のトイレにおいて5歳の男児に対して性的いたずらをしたという通報があった。被害男児やその母親の証言により、被告人が特定され、被告人は同郡に居住しており、性犯罪者として登録済みであること、そして、児童に対する性的いたずらの罪によって、2000年5月に逮捕されたことがあること等が確認された。そこで、被告人宅の搜索に向けた令状を取得するために、捜査官によって宣誓供述書が作成され、その中では、①被害男児の母親から、男児がモール内のトイレで被告人に性的いたずらをされたという申告があったこと、②被告人は、過去に、14歳未満の児童

---

50) *Ibid.* at 579 (Gibson, J., dissenting).

51) 544 F.3d at 122 (なお、判決原文では、123と表記されている)。

52) 543 F.3d at 293.

53) 605 F.3d at 580-581. そこで、この反対意見の立場であったとしても、児童に対する性的いたずらと児童ポルノ所持との間に関係があることが明確に記載された宣誓供述書であれば、「相当な理由」の存在を支持するに充分であったかもしれないということではできよう。See Westenberg, *supra* note 22, at 342 & note 33.

に対する性的いたずら行為等によって逮捕・起訴されたことがあるということ、③被告人は児童に対して異常な性的関心を抱く者特有の性質を有しているが、こうした者はしばしば児童ポルノを売買・交換したりしているということを、捜査官は自らの経験及び訓練によって認識していること等が記載されていた。ただし、捜査官がどのようにしてそうした児童に対して異常な性的関心を抱く者の性質を認識するに至ったのかといった経緯や、被告人がパソコン等を使用・所持していることを示す事実は記載されていなかった。しかし、同郡上位裁判所 (Superior Court) の裁判官によって搜索令状は発付され、被告人宅の搜索が行われた結果、被告人が所有する iPod から児童ポルノ画像やビデオが発見された。これに対して、被告人は、本件宣誓供述書には「相当な理由」が欠けている上、*Leon* による「善意に基づく例外」という考え方も適用されないことから、児童ポルノは証拠としては排除されるべきであると申し立てた<sup>54)</sup>のである。

地方裁判所は、本件搜索令状に関して「相当な理由」を認めることができるかどうかについては特に判断することなく、本件搜索は善意に基づいて行われたものであり、「善意に基づく例外」という考え方は適用されるとして、被告人の申立てを却下した<sup>55)</sup>。

続いて、第9巡回区裁判所も、①本件搜索令状は、同種の令状が違法なものであることを明確にした *Dougherty* (後述(三)1 参照) が同裁判所によって判示される前に発付されたものである、② *Dougherty* 以後、本裁判所内では、児童に対して性的いたずらを行う者は児童ポルノを所持しているものであるという推測だけでは、児童に対して性的いたずらを行ったとされる者の自宅を児童ポルノ所持容疑で搜索するための「相当な理由」を構成しないということは明らかになっている、しかし、③本件搜索後に判示された *Dougherty* では、捜査官に対して民事上の免責が認められており、この免責を認めるかどうかの基準は、*Leon* による客観的合理性の基準

---

54) 718 F. 3d at 1191–1193.

55) *Ibid.* at 1193.

（standard of objective reasonableness）と同じものである、そして、④児童に対する性的いたずらに関する証拠のみに基づいて発せられた、児童ポルノに関する証拠を搜索するための令状に関する事例において、搜索の結果、押収された証拠に関しては「善意に基づく例外」の考え方が適用されるべきであり、排除されるべきではない、⑤被告人は、本件宣誓供述書には被告人宅を搜索するための「相当な理由」を認めるのに必要な事実が記載されておらず、搜索令状は「一般令状」に該当すると主張しているが、同令状には、捜査官が搜索しようとしている物やそれが存在すると考えられている場所が明示されているのであり、「一般令状」には該当しない、また、⑥裁判所は、搜索令状については、高度に専門的な形で記載された供述書によって内容の評価を行うのではなく、一般常識に沿った形で記載された供述書によって内容の評価を行うべきであるとされている、⑦本件供述書の場合、捜査官が結論を導き出した論法は必ずしも明確には記載されていないが、これを見る限り、捜査官が被告人は児童ポルノを所持しているという疑いを持ったことは一般常識に合致しているなどとして、地方裁判所の判断を支持した<sup>56)</sup>のである。

## （二）児童に対する性的いたずらに関する証拠が児童ポルノ所持に関する「相当な理由」を構成することを認めなかった事例

### 1 *United States v. Hodson*

本件の事実の概要及び経過は以下の通りである。

本件被告人は、インターネット上で「WhopperDaddy」というニックネームを使って自らを名乗り、「kidlatino12」というニックネームで12歳の少年を装っていた捜査官とやり取りをしていた。その中で、被告人は、自身のことについて、①既婚で41歳、ケンタッキー州に居住し、9歳及び11

---

56) *Ibid.* at 1193–1196; Pisegna, *supra* note 10, at 299–300; Gillingham, Charles, *Child Pornography Search Warrant Based on Child Molest*, Third Degree Communications Inc., <http://www.tdcorg.com/article/?a=111> (2016年10月20日最終確認。以下、同じ)。

歳の2人の息子がいる、また、②少年に関心があり、息子たちの裸を見るのが好きである、③7歳の甥に対して性的いたづらをしたことがあるなどと虚偽の事実を伝えた上で、少年を装った捜査官に対して性的行為をしたい、そのためには現在の居住地からニュージャージー州まで出向く意思のあることを伝えていた。そこで、こうしたインターネット上のやり取りや America Online (AOL) が所有する情報等を基にして、児童ポルノ所持容疑で被告人宅を搜索するための宣誓供述書が準備された。ただし、この宣誓供述書には、インターネット上の会話以外には、被告人が児童ポルノ所持に関わっていることを示す事実は記載されていなかった。同様に、児童に対して性的いたづらを行う者は児童ポルノを所持しているものであるといったことを示す事実も記載されてはいなかった。しかし、搜索令状は発付され、搜索が行われた結果、押収されたDVDやパソコンの中から大量の児童ポルノ画像が発見された<sup>57)</sup>。2006年10月、被告人は、児童ポルノの譲り受け及び所持の罪で起訴されたが、その後、「相当な理由」の根拠になるとして宣誓供述書に記載された情報は無効であるから、本件搜索は正当ではない令状に基づいて行われたものであるなどとして、搜索の際に発見された証拠の排除を申し立てた<sup>58)</sup>のである。

これに対して、治安判事は、同年11月に証拠調べ審問 (evidentiary hearing) を開催した上で、児童に対する性的いたづらと児童ポルノの関係に焦点を当てて検討し、①本件宣誓供述書には、被告人が児童ポルノに関連する犯罪に関わっていたことを示す証拠が記載されているとしても、それは限定的、あるいは、間接的なものである、②被告人が児童ポルノ関連犯罪に関与していることを推論するためには、令状を発付する裁判官が、児童に対して性的いたづらを行う者は児童ポルノを所持しているものであるというように考える前提条件が必要となる、しかし、③児童に対する性的いたづらに関する証拠や宣誓供述書に記載されているインターネッ

---

57) 543 F.3d at 287-289.

58) *Ibid.* at 289-290.

ト上のやり取りのみでは、被告人が児童ポルノを所持していることを信じさせる「相当な理由」を構成するものではない<sup>59)</sup>などと判示した。このように、治安判事は、被告人が児童に対して性的いたずらを行っていたからといって、それだけでは、被告人が児童ポルノに関連する犯罪をも行っていたことを示すことにはならないと判断しているのであるが、ここでは、*United States v. Adkins*<sup>60)</sup>が引用されている。同判決では、児童ポルノに関連する犯罪によって有罪とされた者が児童に対して性的いたずらを行っていたという事実だけでは、必ずしも、児童に対して性的いたずらを行う者が児童ポルノを所持しているということを示すことにはならない<sup>61)</sup>とされていたのである。ただし、第6巡回区裁判所による *Hodson* の判決文の中では、治安判事の考えとして、捜査官が供述書の中で二つの行為の關係について自らの知見を述べていれば、結論が変わったかもしれない旨も引用されている<sup>62)</sup>。

一方、政府側が、捜査機関が本件搜索令状に依拠して搜索を行ったのは善意に基づくものであった（in good faith）と主張していることに対しては、治安判事は、捜査官は二つの行為を結び付ける証拠を提示することはできておらず、そのため令状の正当性は弱いものとなっている、しかし、このような手続自体は悪意に基づいて（in bad faith）行われたものではないとして、*Leon* が示した「善意に基づく例外」という考え方を適用した。

---

59) *See Ibid.* at 290–291.

60) 169 Fed. Appx. 961 (6th Cir. 2006), *cert. denied*, 549 U.S. 854 (2006).

61) *Ibid.* at 967. もっとも、この判決では、結論としては、捜査機関が全体として有している知見（institutional knowledge）、すなわち、児童に対してのみ性的な満足感を覚える者を意味する偏向的な犯罪者（preferential offenders）というのは、時間や金銭を児童ポルノの入手や児童との性的な接触を求めることに費やし、同時に、児童ポルノを大切に保存しているものであるといったことから、ある者が偏向的な犯罪者であることを示す証拠を総合的に判断することによって、本件では児童ポルノを搜索するための「相当な理由」を構成していると判示されている。*See Ibid.* at 966–967.

62) *Hodson*, 543 F.3d at 290–291; Rigler, *supra* note 3, at 206.

さらに、問題となっている行為や収集された証拠はともに未成年者に対する性的搾取に関連するものであるから、二つの行為の関係を示す証拠が欠けているからといって、令状を発付する裁判官が、未成年者との性的接触が児童ポルノを搜索するための「相当な理由」になると考えることが完全に不合理であるということとはできない、つまり、本件令状に基づく搜索の正当性が完全に失われることにはならないなどとして、被告人の主張を却下している<sup>63)</sup>。

その後、地方裁判所も両者の主張に関する審問を開催した上で、治安判事と同様に、本件において、捜査官は、性的な逸脱行為と児童ポルノ所持との間に関係があることを証明するために必要な専門的知見を提示することができていないため、本件搜索令状には「相当な理由」が欠けていることを認めた。しかし、地方裁判所も「善意に基づく例外」という考え方を適用した上で、①本件宣誓供述書には、少なくとも被告人が児童に対する性的いたずらやインターネット上の違法な行為双方に関与していたことを示す情報は含まれている、②児童に対する性的いたずらもインターネット上の行為もともに未成年者に対する性的搾取行為に関連していることを考えると、これらの行為は児童ポルノ所持にもつながるものであるなどとして、被告人の主張を却下し、71ヶ月の拘禁刑を言い渡した<sup>64)</sup>のである。

これに対して、被告人が控訴したところ、第6巡回区裁判所は、まず、捜査官は、本件宣誓供述書で、児童に対する性的いたずらという一つの犯罪に関する「相当な理由」は提示できているが、実際には、児童ポルノ所持というこれとは全く異なった犯罪の証拠を収集するための搜索を求めているのであって、この点において、本件搜索令状には不備があることは論を俟たない。したがって、同令状によって搜索を正当化することはできない<sup>65)</sup>とした。

---

63) *Hodson*, 543 F. 3d at 291; *Rigler*, *supra* note 3, at 206.

64) *Hodson*, 543 F. 3d at 291-292.

65) *Ibid.* at 292. また、治安判事は性的な逸脱行為と児童ポルノ所持との間に立証可能な関係があることを推測することはできないのであるから、宣誓供述書



その上で、同裁判所は、「善意に基づく例外」という考え方によって、本件で押収された証拠を認めることができるかどうかということを検討している。そして、この点については、地方裁判所とは異なり、搜索令状を執行した捜査官が、本件において、被告人が児童に対する性的いたずらを行っていたという単なる疑いのみに基づいて、児童ポルノ所持容疑で搜索するための「相当な理由」が存在すると考えたことは合理的であるとはいえないなどとして、「善意に基づく例外」という考え方は適用できないとした。さらに、本件において、捜査官が令状としては不完全なものであると認識できなかった唯一の理由は、捜査官がこの種の犯罪行為や搜索等に関して主観的な知識を持っていたことによる<sup>66)</sup>とも指摘している。

また、*Adkins* に依拠して、治安判事が、他に証拠がないにも拘らず、児童に対する性的いたずらと児童ポルノ所持との間に関係があるという推測を下したのは不合理である、また、令状を執行した捜査官がそうした関係があると推測したり、主観的な知識に基づいて、令状には合理的な信用性があると主張することも不合理である<sup>67)</sup>と判示した。このようにして、被告人の有罪判決は覆され、更なる審理のために差し戻された<sup>68)</sup>のである。

## 2 *United States v. Falso*

本件の事実の概要及び経過は以下の通りである。

本件では、2005年6月、児童ポルノ関連犯罪容疑で被告人宅を搜索し、証拠物を押収することを認めた搜索令状が発付された。発付に先立って捜査官が作成した宣誓供述書には、①一般に、児童を性的に搾取する者は、児童ポルノを収集したり、閲覧したり、保管したりするためにパソコン及びインターネットを利用していること、②児童ポルノを収集している者の

---

は両者の関係を指摘する専門家の分析によって補強されておくべきであったということも指摘されている。See *Ibid.* at 291; Westenberg, *supra* note 22, at 345.

66) *Hodson*, 543 F. 3d at 292-293.

67) *Ibid.* at 293.

68) *Ibid.* at 294.



大部分は児童に対して性的な魅力を感じている者であるということ、③児童ポルノ犯罪に関連して、あるウェブ上のサイトを捜査している過程において、このサイトに被告人がアクセスしたか、あるいは、しようとしていた事実が浮上したこと、④被告人には、以前18歳の時に、7歳の女兒に対して性的虐待を行ったことにより、児童虐待及び児童の福祉を危険に晒す罪で逮捕され、有罪判決を受けたという前科があることが記載されていた。しかし、児童に対して性的いたずらを行う者である傾向があることと児童ポルノを好むということとの間に関係があることを示すものは何も記載されていなかった。このように、被告人が児童ポルノを所持していることを示す情報というのはかなり限定的なものであったが、搜索の結果、被告人宅からは600枚に及ぶ児童ポルノ画像が発見され、被告人は逮捕された。そして、押収されたパソコンの中にも児童ポルノが保管されていた<sup>69)</sup>。これに対して、被告人は、自宅の搜索には「相当な理由」が欠けているとして、児童ポルノに関連する証拠を排除するように申し立てた<sup>70)</sup>のである。

しかし、2006年2月、地方裁判所は、①本件宣誓供述書には、被告人が児童ポルノに関連したサイトにアクセスした、あるいは、しようとしたことや、被告人は過去に未成年者と不適切な性的接触を持ったことがあるというような情報等5点が記載されており、搜索令状を発付するための「相当な理由」があることが認められる、②仮に、「相当な理由」の基礎となる事実を十分に見出せないとしても、かつて *Leon* によって判示された、証拠法に関する「善意に基づく例外」という考え方によれば、本件搜索によって押収された証拠物を排除することは正当化されなくなるなどとして、被告人の主張を却下した<sup>71)</sup>。

本件で争点とされたのは、本件宣誓供述書には、①被告人がインターネ

---

69) 544 F. 3d at 113-114; *Ibid.* at 130 (Livingston, J., concurring); Weissler, *supra* note 1, at 1517-1518; Gambale, *supra* note 13, at 590-591.

70) 544 F. 3d at 115.

71) *Ibid.* at 115-117.

ット上の児童ポルノに関連するサイトにアクセスしたこと、あるいは、しようとしたこと、また、②被告人が18歳の時に未成年者に対して性的虐待行為を行い、有罪判決を受けたということが宣誓供述書に記載されていたのであるが、こうした事実（特に②）が被告人宅に児童ポルノ犯罪に関連する証拠が存在するということを示す「相当な理由」に該当するかどうかということであった<sup>72)</sup>。

第2巡回区裁判所は、本件では「相当な理由」があると認めることはできず、宣誓供述書には「相当な理由」の記載があったとした地方裁判所の判断は適切ではなかったとしながらも、「善意に基づく例外」という考え方は適用できるなどとして、証拠を認めた上で、被告人の主張を却下した地方裁判所の最終的な判断も肯定し、被告人の有罪を維持した<sup>73)</sup>。

第2巡回区裁判所が、本件宣誓供述書には「相当な理由」が欠けていると評価したのは、まず、①同供述書には、被告人が児童ポルノに関連したサイトにアクセスしたこと、あるいは、しようとしたことは記載されているが、当該サイトの登録メンバーであった（subscribed）ということの証明はなされていないのであるから、アクセスしようとしたといったことは重要ではない、また、②被告人が児童ポルノをダウンロードし、閲覧していたことを立証する記述もない、そして、③地方裁判所は、被告人が以前行った児童の福祉を危険に晒す虐待行為に関する有罪判決と児童ポルノを所持することとを不適切に関連づけている<sup>74)</sup>などと判断したからである。

さらには、宣誓供述書に記載されている、児童ポルノを収集している者の大部分は児童に対して性的な魅力を感じている者であるという推論は非論理的である<sup>75)</sup>とも指摘している。すなわち、*United States v. Martin*<sup>76)</sup>で

---

72) *Ibid.* at 112 and 113; Rigler, *supra* note 3, at 207–208; Rigler, *supra* note 3, at 20–21.

73) 544 F. 3d at 113, 124 and 129.

74) *See Ibid.* at 114 and 120–122.

75) *See Ibid.* at 122; Jones, *supra* note 10, at 90.

76) 426 F. 3d 68, 82 (2d Cir. 2005) (Pooler, J., dissenting).

示された反対意見の考え方に基づき、グループ A（児童ポルノを収集する者）の構成員がグループ B（児童を誘惑する者）の構成員と類似しているから、グループ B はグループ A の構成員によって完全に、あるいは、その大部分が構成されているという結論を出すのは、古い時代の考え方に基づいた誤った推論であり、非論理的であるとした。さらに、このようにして、地方裁判所が公共の安全ということについて関心を持っていることは無理からぬことではあるが、宣誓供述書によっては証明できない事実から導き出された、誤りを含んだ推論によって、第 4 修正で保障された個人の権利が侵害されることがあってはならない<sup>77)</sup>としたのである。

また、宣誓供述書にある、一般に児童ポルノを収集・閲覧・保管するためにパソコン及びインターネットが利用されているという指摘については、こうした事実は、被告人が所有するパソコンに児童ポルノが含まれているかどうかに関するものではない<sup>78)</sup>と判断している。

そして、被告人が受けた以前の児童虐待に関する有罪判決との関係については、そのような不適切な行為が現在も継続していることを示す証拠は存在しないのであるから、18歳の時に受けた有罪判決と現在問題となっている児童ポルノ犯罪との間の時間的な隔たりを埋めることはできない、すなわち、両者の間に何らかの相関関係（correlation）があるとは認められない<sup>79)</sup>とした。また、以前の有罪判決は未成年者に対する性的虐待に関連するものであり、児童ポルノ所持に関連するものではない、両者は別々の犯罪であるということを強調した<sup>80)</sup>上で、児童ポルノ所持も児童に対する性的虐待も児童に対する搾取であるという点では関連しているが、宣誓供述書には二つの行為の間に関係があることを示すものは含まれていないなどとして、児童ポルノを搜索するための令状を発付する「相当な理由」が

---

77) See 544 F. 3d at 122.

78) *Ibid.*

79) See *Ibid.* at 122–123.

80) *Ibid.* at 123.

あるとは認められない<sup>81)</sup>と判示したのである。

### 3 *United States v. Doyle*

本件の事実の概要及び経過は以下の通りである。

本件では、ヴァージニア州の捜査機関が、被告人が3人の児童に対して異常な性的行為を行ったという情報を入手し、2003年8月、各児童に対して事情聴取を行った。その際、児童は3人とも、捜査官に対して、被告人から異常な性的行為を受けたことは認めたが、児童ポルノを見せられたことはないと話していた。ただし、本件で作成された宣誓供述書には、①3人の児童が被告人宅で性的な暴行を受けた旨述べていること、②児童のうちの1人が叔父に対しては、被告人が裸の児童が写った写真を見せてきたことを話しているといったことが記載されていた。その後、2004年1月、被告人宅の捜索が行われ、被告人が所有するパソコン用のハード・ドライブが押収された。そして、同ドライブ内に児童ポルノが収納されていることが判明した。そこで、被告人は、児童ポルノの譲り受けや所持等の罪で起訴されたのであるが、2007年8月、本件では宣誓供述書に「相当な理由」が記載されないまま捜索令状が発付されているなどとして、証拠を排除するよう申し立てた<sup>82)</sup>のである。

まず、治安判事は、2007年9月、証拠調べ審問を開催し、①本件宣誓供述書には、被告人宅に児童ポルノが存在すると信じる「相当な理由」を示す十分な証拠が含まれていない、また、②同供述書では、被告人が所持しているとされる画像が児童ポルノの法律上の定義に合致するかどうかも明確にはされていない、さらには、③同供述書の内容は虚偽に満ちており内容がなく、令状を発付する治安判事は機械的に審査を行ったに過ぎない（acted as a “rubber stamp”）、したがって、本件には *Leon* が示した「善意に基づく例外」という考え方は適用されないなどとして、被告人の主張を認めるべきである<sup>83)</sup>とした。

---

81) *See Ibid.* at 123 and 124; Weissler, *supra* note 1, at 1518.

82) 650 F.3d 460, 463–465 (4th Cir. 2011).

83) *Ibid.* at 466.

しかし、地方裁判所は治安判事とは異なった判断をし、被告人の主張を却下した。地方裁判所では *Leon* が示した「善意に基づく例外」という考え方は適用されると判断されたのである。すなわち、同裁判所でも、本件搜索令状には事実に関して不正確なところがあることは認められたが、それは故意によるものではないと、また、本件搜索令状は、捜査官に一見明らかに不合理であると思わせるほど、「相当な理由」の存在を示す懲憑が欠けていたとまでは言うことができず、必ずしも治安判事が機械的に審査を行ったというように信じることはできない<sup>84)</sup>とされたのである。

これに対して、被告人が控訴したのであるが、第4巡回区裁判所は、まず、本件で重要なのは、ただ単に令状に不十分なところがあるかどうかではなく、不十分なところがあるからこそ、それが合理的ではないと判断されることになるのかどうかであるとし、その判断を行うためには、宣誓供述書の文面に記載されている情報のみではなく、治安判事に提示されたすべての情報を総合的に吟味しなければならない<sup>85)</sup>とした。その上で、本件宣誓供述書には、被告人が児童ポルノを所持していることを示すものは何も含まれておらず、代わりに、そこに記載されている大部分の情報は児童に対する性的いたずらに関する証拠であるとし、このような証拠では、児童ポルノを搜索することを正当化する「相当な理由」を構成するとは考えられない<sup>86)</sup>とした。

また、被告人は、宣誓供述書には、本件で問題とされている画像が児童ポルノに該当することを示す証拠が含まれていない旨主張しているが、この点についても、第4巡回区裁判所は被告人の主張を認めている。すなわち、ヴァージニア州では、児童の裸の写真であれば即児童ポルノに該当するというわけではなく、児童ポルノであるというためには、「わいせつ性を伴った裸体の描写 (a “lewd exhibition” of nudity)」が含まれていなければならないのである (Va. Code Ann. § 18.2-374.1(A)参照) が、宣誓供述書

---

84) *Ibid.*

85) *Ibid.* at 471.

86) *Ibid.* at 472 and 473.

には、写真には裸の児童が写っていたということが記載されているだけで、被告人が児童に見せた写真に「わいせつ性を伴った裸体の描写」が含まれていたことを示すものは何もなかった<sup>87)</sup>としたのである。

#### 4 *Virgin Islands v. John*

本件の事実の概要及び経過は以下の通りである。

本件では、捜査官は、学校の教員である被告人が、①校内において不適切に女子生徒の体を触ったり、性的な暴行を加えている、また、②生徒に関することを記載した青と赤の2冊のノートを持し、女子生徒に関するいかがわしい内容の記述を青のノートに残している、そして、そのノートを持ち歩いている旨の証言を数人の女子生徒から入手した。そこで、捜査官は、こうした内容の他、児童に対して性的犯罪を行う者は常習的に自宅やパソコン内にこうした犯罪に関わる証拠を隠し持っているものであるとして、上記ノートに加え、児童ポルノ画像や児童ポルノ関連媒体の収集を認める搜索令状の発付を請求した。2007年12月、請求通りに令状が発付され、直ちに被告人宅の搜索が行われた。その結果、搜索の早い段階で青と赤のノートは発見されたが、その後も児童ポルノに関連する画像を発見するために搜索は継続された。最終的に児童ポルノに関連する画像は発見されなかったが、捜査官たちは、被告人のパソコンの他、被告人自身がまとめた10冊の記録ノートを押収した。ただし、その中には、強姦や違法な性的接触、児童虐待に関する証拠は含まれていたが、児童ポルノに関するものはなかった。そこで、被告人は、本件搜索令状は第4修正に違反する無効なものであるとして、これらの証拠を排除するように申し立てた<sup>88)</sup>のである。

これに対して、ヴァージン諸島上位裁判所は申立てを認め、同諸島最高裁判所も、本件宣誓供述書には、被告人宅の搜索によって児童ポルノに関する証拠が発見されるであろうという「相当な理由」を示す実質的な根拠

---

87) *Ibid.* at 473; Jones, *supra* note 10, at 99.

88) 654 F.3d 412, 414 (3rd Cir. 2011).

が示されていない、また、青と赤のノートが発見された後にも継続された搜索は搜索令状の許される執行範囲を超えている<sup>89)</sup>と判示した。

その後、第3巡回区裁判所も、まず、本件搜索令状は、被告人が勤務先の学校内で数人の女子生徒に対して性的な暴行を行っていたことに関する証拠が存在するであろうと信じさせるに足りる「相当な理由」のみが記載された宣誓供述書に基づくものであり、この中には、被告人が児童ポルノを所持していることを示す直接的な証拠や、児童に対する性的犯罪と児童ポルノ所持との間に何らかの関係が存在することを示す記述は含まれていなかった<sup>90)</sup>とした。続いて、本件宣誓供述書に記載されている児童ポルノに関する「『相当な理由』の存在を示す徴憑」の項目は全く内容がなく、被告人が女子生徒に対して性的犯罪を行っていたと信じさせる理由は提示しているが、児童ポルノ所持という全く別の犯罪の容疑で被告人宅を搜索するための「相当な理由」を構成するには十分ではない、あるいは、示唆することにすらなっていない<sup>91)</sup>、また、児童に対する性的犯罪と児童ポルノ所持との間に相関関係があるかどうかという問題は、証拠を評価することによってのみ解決できる問題であるから、「相当な理由」があるかどうかを判断するためには、両者の間に相関関係があるということが宣誓供述書の文面に記載されていなければならない<sup>92)</sup>とした。しかし、本件の場合には、捜査官が作成した宣誓供述書の中には、児童に対する性的犯罪と児童ポルノ所持との間に関連性があるということは示されておらず、本件捜査官は、供述書に記載されていない内容から何らかの推論を行うことや自分自身の知見に基づいて推論を行うことは許されていない<sup>93)</sup>とした。また、排除法則に関する「善意に基づく例外」という考え方については、①捜査官の令状に対する信頼は全く不合理なものなのであるから、憲法に合

---

89) *Virgin Islands v. John*, 2009 WL 2043872 (2009), at 4 and 6-7; *John*, 654 F. 3d at 414.

90) *Ibid.* at 413.

91) *Ibid.* at 418-419.

92) *See Ibid.* at 419.

93) *Ibid.* at 420.

致しない証拠の収集にはこの例外的な考え方は適用されない、②本件供述書には、「相当な理由」の存在を信じさせる合理的な理由につながるような主張は記載されていないのであるから、捜査官がこの例外的な考え方に基づいて捜索を行ったと判断することはできない<sup>94)</sup>としている。

なお、本判決には、反対意見が付されており、この中では、まず、「善意に基づく例外」という考え方が採用されるべきであった<sup>95)</sup>旨が主張されている。すなわち、証拠を排除するというのは捜査官の重大な過失等に基づく活動を抑止するためのものであるが、本件のような場合において証拠を排除するというのは、刑事司法システムの基本的な概念に反することになる一方、証拠を排除しても、本件のような状況下では捜査官の誤った活動を抑止することにはつながらないというのである。そして、児童に対する性的いたずらと児童ポルノ所持との間に何らかの関係があるかどうかという問題について各巡回区裁判所の考え方が統一されておらず、専門家の意見も異なっていることに鑑みれば、捜査官が、児童に対する性的いたずらの証拠を収集するための「相当な理由」によって児童ポルノを捜索するための「相当な理由」が構成されていると看做すことも全く不合理であるとはいえない<sup>96)</sup>とされた。続けて、ある者が児童に対して性的いたずらを行ったということで訴追され、さらに、その様子を何らかの媒体（紙の媒体）に記録していたというのであれば、その者はその様子を別の媒体（写真）にも記録しているであろうという確実な可能性があるとして捜査官が考えることは理に適っている<sup>97)</sup>とも判示されている。

### （三） ケース・バイ・ケースで判断するとした事例

#### 1 *Dougherty v. City of Covina*

本件の事実の概要及び経過は以下の通りである。

---

94) *See Ibid.* at 413 and 417–422.

95) *See Ibid.* at 422–423 (Fuentes, J., dissenting).

96) *See Ibid.* at 425.

97) *Ibid.* at 426; Westenberg, *supra* note 22, at 343.



2006年10月、児童ポルノ所持容疑で発付された搜索令状に基づいて被疑者宅の搜索が行われた。搜索に先立って、本件で準備された宣誓供述書には、まず、①被疑者が小学校で担任をしている6年生の児童の体を不適切に触ったという申立てがあったこと、②これを受けて行われた数人の児童に対する事情聴取等の結果、被疑者が児童を抱きかかえようとした際にその胸を触ったり、スカートの中を覗こうとしたといった事実が判明した旨記載されていた。他に、③本件捜査官は警察署の中で少年犯罪及び性犯罪を担当しており、そうした自らの経験を基にして、本件のように児童に対する性的いたずらで捜査の対象となる者は一般に児童ポルノを所持していることが多いと認識しているということも記載されていた<sup>98)</sup>。そして、被疑者のパソコン及び関連する物品が押収されたのであるが、その中からは児童ポルノは発見されず、被疑者は起訴されなかった。そこで、被疑者は、不合理な搜索及び押収を受けないという第4修正で保障されている権利が侵害されたとして、捜査官及び警察署等を相手にして民事上の訴えを提起した<sup>99)</sup>のである。

地方裁判所は、2009年8月、本件宣誓供述書には搜索令状を発付するための「相当な理由」が明記されているのみならず、搜索の手法自体は合理的なものであったなどとして、被疑者の訴えを却下した<sup>100)</sup>。

これに対して、被疑者が控訴したところ、第9巡回区裁判所は、まず、本件においては、裁判所は、*Gates* で示された「諸事情の総合判断」テストを前提として、提示された事実から、当該令状には搜索対象場所に犯罪の証拠等が存在するであろうという確実な可能性があると信じさせる十分な情報が含まれているかどうか判断されるべきである<sup>101)</sup>とした。そして、①以前、同裁判所が判示した *United States v. Kelley*<sup>102)</sup> や *United States*

---

98) 654 F.3d 892, 895–896 (9th Cir. 2011).

99) *Ibid.* at 896–897.

100) *Ibid.* at 897.

101) *See Ibid.*

102) 482 F.3d 1047 (9th Cir. 2007). 本件では、「相当な理由」を認めるためには、

v. *Weber*<sup>103)</sup>等を引用しながら、宣誓供述書には児童ポルノに関する直接的な証拠までは必要ではないが、搜索を認める決定を行うための「相当な理由」が存在することを支持する「実質的な根拠（substantial basis）」は含まれていなければならない、②本件宣誓供述書には、被疑者がある生徒に対して不適切な身体的接触をしたといった複数の陳述は含まれているが、児童に対して性的いたずらを行った被疑者の行為を児童ポルノ所持と結び付けるような事実や被疑者が小児性愛者であるとする専門家の見解は何ら含まれていなかった、また、③同様に、宣誓供述書には、被疑者が児童ポルノを閲覧することに関心を持っていたことや児童に対して児童ポルノについて話していたこと、被疑者が児童ポルノをダウンロードすることができるパソコンを所有していたことを示すような事実の記載もなかった<sup>104)</sup>とした。

次に、この問題に関する各巡回区裁判所の判断が分かれていることについても言及した上で、「諸事情の総合判断」テストによれば、ある事案においては、児童ポルノを搜索するための「相当な理由」を見出すことができるとする一方、本件の場合には、宣誓供述書には捜査官による結論という形で、児童に対して性的いたずらを行ったという申立ての対象となっている本件被疑者は児童ポルノを所持しているはずであるということが記載されているだけであり、これでは、被疑者宅を児童ポルノ所持容疑で搜索することを正当化するような「相当な理由」を構成していると考えるには

---

証拠の確実性（certainty）や優越（preponderance）は要求されないが、特定の場所で証拠等が発見されるであろうという確実な可能性は必要である旨が判示されている。See *Ibid.* at 1050.

103) 923 F.2d 1338 (9th Cir. 1990). 本件では、宣誓供述書に、①搜索が行われる約2年前に、被告人が児童ポルノのカatalogを受け取り、4枚の児童ポルノ画像を注文したという記述の他、②捜査官自身の経験に基づいた認識が記載されていたのであるが、これらのみでは被告人宅を児童ポルノ所持容疑で搜索するための「相当な理由」を構成していない旨が判示されている。See *Ibid.* at 1340–1346.

104) See 654 F.3d at 897–899.

不十分である<sup>105)</sup>旨を判示した。

#### (四) 小 括

まず、*Colbert* に関しては、本判決では、実際に被告人は女兒を自宅に連れて帰ろうとしていたことを指摘して、*Hodson* や *Falso* との違いを強調した上で、児童に対する性的いたずらに関する証拠であっても、同時に児童を誘惑しようとする (attempt to entice) ような行為があれば、被告人宅を児童ポルノ所持容疑で搜索するための「相当な理由」になり得るということが示された<sup>106)</sup>ことは重要である。ただし、この点については、*Hodson* においても、被告人は自身が少年と信じていた者と性的行為を行うことを希望して、自宅から相手の居住地まで出向く意思のあることを伝えている<sup>107)</sup>のであり、誘惑の事実の有無を指摘して事案を区別しようとする第8巡回区裁判所の手法は正しいものとはいえない<sup>108)</sup>という指摘がある。しかし、もちろん、児童に対する誘惑行為が存在しない場合であっても同様の結論に至ったかどうかは即答はできないが、実際に女兒を誘惑しようとする 것과移動する意思があることだけを伝えることは大きく異なっていると思われる。そして、*Colbert* では、児童に対する性的いたずら又は(強調は筆者)児童に対する誘惑行為と児童ポルノ所持との間には「直覚的」と称される関係があることが認められていることから判断すると、やはり結論に変化はなかったであろうと考えることはできよう<sup>109)</sup>。

また、*Pisegna* によれば、次のような点も本判決の特徴の一つであると考えられる。すなわち、本件宣誓供述書には、特に二つの行為を結び付け

105) *See Ibid.* at 899. ただし、併せて、本件の場合には、この問題に関する最高裁判所の考えは確立しておらず、下級裁判所の判断も分かれていたのであるから、捜査官は民事責任については免責される資格を有していると判示している。*See Ibid.* at 900.

106) *See* 605 F. 3d at 576–579; Jones, *supra* note 10, at 103.

107) 543 F. 3d at 287.

108) Weissler, *supra* note 1, at 1527.

109) *See* Jones, *supra* note 10, at 103.

るような証拠は提示されていなかったのであるが、二つの行為の間にある関係は十分に「直感的」なものであるから、これに常識的な判断や一般人の目から見た分析（non-technical approach）が加わることによって、児童に対する性的いたずらに関する証拠が児童ポルノに関する証拠を搜索するための「相当な理由」を構成すると判断されている<sup>110)</sup>ということである。

一方、Pisegna のこのような指摘にも関連すると思われるが、Weissler は、本判決が *Gates* にも言及した上で、「相当な理由」を支持する証拠の評価に関しては、学問的な知識のみによるのではなく、法執行の分野に精通している者の知識等こそが重視されるべきであるとしている<sup>111)</sup> ことについて、次のように指摘している。すなわち、①確かに、捜査官というのは犯罪捜査に関する経験は豊富にあるとしても、「相当な理由」が認められて、搜索令状が得られ、自分たちにとって有利な方向で捜査が進むようなシナリオの下で、二つの行為の間には関係があると主張するのは彼らの利害関係そのものである。したがって、彼らにバイアスがかかっていないとは言いきれないことから、後者の方にむやみに重点を置く考え方は間違っている、②裁判所は、「諸事情の総合判断」という手法を用いて、当該事案に存在するすべての事情を総合的に判断することによってバランスを図るべきである<sup>112)</sup> というのである。この点は、確かに捜査官の主張に過度に依拠することが好ましいことであるとは思われず、すべての事情を総合的に判断する裁判所の力量こそが問われることになると考えられる。

なお、本判決では「又は」という接続詞が用いられていることから考えると、第8巡回区裁判所では、児童に対する性的いたずらでも児童に対する誘惑行為でもどちらかの行為があれば、児童ポルノ所持容疑で搜索するための「相当な理由」になり得ると考えられていることが読み取れる<sup>113)</sup>。

因みに、その後、第8巡回区裁判所の管轄内にあるサウスダコタ連邦地

---

110) 605 F. 3d at 578–579; Pisegna, *supra* note 10, at 302.

111) 605 F. 3d at 578.

112) See Weissler, *supra* note 1, at 1527.

113) Jones, *supra* note 10, at 103.

方裁判所による *United States v. Houston*<sup>114)</sup> では、①第8巡回区裁判所では、児童ポルノ所持と児童に対する性的搾取との間に明確な相違があることは認められておらず、そこで、児童に対する性的いたずらや誘惑行為と児童ポルノ所持との間には直覺的な関係が認められるとされているのであるが、どのような直覺的な関係であったとしても、それだけで直ちに、すべての場合に児童ポルノを搜索するための「相当な理由」があると認められることになるとは限らない、ただし、②実証研究に基づいたより経験的な証拠があれば、二つの行為の間に関係があるかどうかを判断することにより役立ったであろうと判示され、その上で、本件搜索令状には「相当な理由」の記載が認められるとされている。本判決については、部分的に *Colbert* における第8巡回区裁判所の基本的な考え方が適用されたものである<sup>115)</sup>と評価されている。

*Needham* に関しては、もし、本件搜索令状が *Dougherty* の後に発付されていたのであれば、証拠は排除されていたであろう<sup>116)</sup> という指摘がある。また、本件被告人が過去に児童に対する性的いたずら等の犯罪によって有罪とされていることが、本件と *Dougherty* とを区別する大きな相違点となっているということが強調されているが、単に児童に対する性的いたずらを行っただけで、他に証拠がなかったのであれば、児童ポルノ搜索のための「相当な理由」を構成するとは認められるべきではなかった<sup>117)</sup> などとも指摘されている。

*Hodson* は、この問題に関して巡回区裁判所が否定的な判断を示した最初の事例なのであるが、本判決では、本件供述書に記載されている内容からは、児童に対する性的いたずらと児童ポルノ所持との間に明確な関係が

---

114) 754 F. Supp. 2d 1059, 1063–1064 (D. S.D. 2010), *aff'd*, 665 F. 3d 991 (8th Cir. 2012).

115) Weissler, *supra* note 1, at 1522 and 1524. また、Pisegna, *supra* note 10, at 301 & note 85参照。

116) See Gillingham, *supra* note 56.

117) See *Ibid.*

あることを認めることはできない<sup>118)</sup> 旨が明らかにされている。しかし、同時に、治安判事の考えを引用する形で、供述書の中で両者の間には関係があることがより明確に記述されていれば、「相当な理由」を認めて令状を発付することが可能であったことが示唆されており<sup>119)</sup>、この点も重要であると思われる。

*Falso* に関しては、本判決では、*Martin* の反対意見を引用しながら、児童ポルノの所持人が自動的に児童に対して性的いたずらを行う者に分類されるわけではなく、両者は別々の行為を行っている、にも拘らず、捜査官が両者に関係があるかのように推測するのは論理的ではない<sup>120)</sup> 旨が判示されたことは特徴的である。また、本件において、第2巡回区裁判所は、児童に対する性的いたずらと児童ポルノ所持とを関連させようとする主張には同意しなかったが、仮に、捜査当局が実質的な根拠を示し、自らの主張を立証できていれば、将来の事例においては、裁判所の考え方が変化する可能性は残されている<sup>121)</sup> と指摘されている。

*Doyle* に関しては、治安判事は自らに提示された情報を総合的に吟味しなければならず、児童に対する性的いたずらに関する証拠のみでは、児童ポルノに関する証拠を収集するための「相当な理由」を構成するには不十分であることが示された<sup>122)</sup> ことは重要である。

*John* に関して、*Westenberg* は、児童に対する性的いたずらに関する証拠は児童ポルノを捜索するための「相当な理由」を構成しないとした事例の中で言及しながらも、前者に関する証拠は、事案によっては、後者に関して捜索するための十分な「相当な理由」となる場合があることが示唆されたものである<sup>123)</sup> と評価している。また、本件事案の内容を考えると、

---

118) See 543 F. 3d at 286–294.

119) *Ibid.* at 290–291; *Westenberg*, *supra* note 22, at 345–346.

120) 544 F. 3d at 122; *Jones*, *supra* note 10, at 90.

121) *Weissler*, *supra* note 1, at 1518.

122) 650 F. 3d at 471, 472 and 473.

123) *John*, 654 F. 3d at 419–420; *Westenberg*, *supra* note 22, at 342. したがって、本

裁判所は被告人に対して寛大に過ぎ、治安判事や捜査官が、児童に対して性的ないたずらを行う者は児童ポルノを所持していると考えたとしても決して不合理ではなかった<sup>124)</sup>とも評価している。他に、Weissler も、本件の場合、捜査官が作成した宣誓供述書では、児童に対する性的いたずらと児童ポルノ所持との間に関連性があることは主張されておらず、そのことを示す証拠も提示されていないのであるが、裁判所は、宣誓供述書の中でそのような記載がなされていれば、二つの行為の間に関係があると認める可能性を完全に否定したわけではない<sup>125)</sup>旨を示唆している。

そして、*Hodson* や *Falso* 等の他、*Dougherty* にも該当することであるが、これらの判決では、総論としては、児童ポルノ所持に関して搜索令状を発付するためには、児童に対する性的いたずらの証拠や申立て、過去の有罪判決だけでは不十分である旨が判示されている。しかし、一方で、これらの判決の場合、必ずしも、児童に対する性的いたずらと児童ポルノ所持との間に関係があると認識すること自体には反対しておらず、その真意は、それぞれの事例において、捜査機関が提出した宣誓供述書には社会科学における調査研究の結果等が引用されていないため、インターネット上での会話の内容や捜査官自身の経験といった内容では二つの行為の間に関係があると認めることはできないということにあるとも思われるのである。そこで、今後、社会科学における調査研究の進展によって、二つの行為の間には関係があるという結論が導き出され、さらに、捜査機関が提出する宣誓供述書にそうした記述がなされていれば、裁判所が考え方を変更する可能性はある<sup>126)</sup>と考えられる。また、*Scheff* も、児童に対する性的いたずらと児童ポルノ所持とは異なった犯罪であるから、特別の事情がない限

---

件も見方によっては、ケース・バイ・ケースで判断する事例に加えることができるかもしれないが、こうした分類を設けて事例を検討している Jones は本件については特に言及していない。

124) *See Ibid.* at 343 & note 39.

125) *John*, 654 F.3d at 420; *Weissler*, *supra* note 1, at 1518–1519 & note 303.

126) *Ibid.* at 1526–1527.



り、一方の犯罪の証拠が他方の犯罪が発生したことを示す証拠になると考えることはできないとして、*Falso* 等の考え方に与しながらも、これらの事例は、二つの犯罪が相互に関係したものであることを認めることを拒否する、そうした姿勢を示すものではなく、二つの犯罪が同じ一つの犯罪であるとする考え方に反旗を翻しているだけである<sup>127)</sup>とする。

なお、*Dougherty* における第9巡回区裁判所の判断に対しては、まず、本件は、児童に対する性的いたずらに関する証拠が児童ポルノ所持容疑で捜索を行うための「相当な理由」に該当するとともに、しないとも明確に判示することは避け、裁判所は提示された事実に基づいて判断しなければならないとしている<sup>128)</sup>ことから、この問題について、唯一、事案の内容ごとに判断するという手法が採用されているというように評価して、本稿のように第三のカテゴリーとして分類するのか、そうではなく、第2及び第3巡回区裁判所等と同列に位置づけるのか、その評価の仕方が分かれている<sup>129)</sup>ことにも注意する必要がある。

他にも、*Dougherty* に対しては、Tringali によって、① *Weber* の解釈を誤っている、②児童に対する性的いたずらと児童ポルノ所持との間には一定の関係が存在することが明らかにされているにも拘らず、この重要な関係を不合理なまでに低く評価している、③すでに確立されている最高裁判所や第9巡回区裁判所の判断に従って捜索令状を認めるべきであった<sup>130)</sup>といった批判がなされている。

まず、①については、*Weber* において児童ポルノの捜索に関して「相当な理由」を認めることができないとされたのは、当該被告人が児童ポルノ

127) Scheff, *supra* note 5, at 656.

128) See *Dougherty*, 654 F.3d at 897.

129) この点については、前掲注10) 参照。

130) See Tringali, Carmelo, “Connecting the Dots: The Ninth Circuit’s Refusal to Find Probable Cause in *Dougherty v. City of Covina*,” *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 45, 2012, pp. 990–1001. なお, “Case Law: *Child Molest and Pornography: Dougherty v. City of Covina* (9th Cir. Aug. 16, 2011) 654 F.3<sup>rd</sup> 892,” *San Diego District Attorney: Legal Update*, Vol. 16, No. 12, 2011, p. 6参照。



を所持しているということを示す証拠が不十分であるからということだけではない、むしろ、否定された主要な原因は、当該宣誓供述書には、搜索の対象になっている者が児童ポルノを所持していると想定され得る集団（児童に対して性的いたずらを行う者）の構成員になっていることを示す基本的な主張が欠けていたからであると考えられる<sup>131)</sup>ということである。そして、そもそも *Weber* は、*Dougherty* で問題となっている、児童に対する性的いたずらに関する証拠のみに基づいて児童ポルノ所持容疑で搜索を行うための「相当な理由」を構成するかどうかということについては判断していないのであるとする。

次に、②については、第9巡回区裁判所は、現在のようにインターネット全盛の時代においても、児童に対する性的いたずらは児童ポルノ所持とは関連していないという誤った理論に依拠しているということである。すなわち、本判決は *Hodson* や *Falso* の考え方に拠っていると考えられるが、両判決ともに、児童に対する性的いたずらが児童ポルノ所持とは関連していないということを示す調査研究や見解を明らかにすることはできていない。むしろ、第2巡回区裁判所は、*Falso* の2年前には *United States v. Brand*<sup>132)</sup> において、児童ポルノと小児性愛者との間には直接的な関係があることを肯定していた<sup>133)</sup>。そして、児童に対する性的いたずらと児童ポルノ所持という二つの行為の間には密接な関係があるという考え方は議会における審議等でも実質的に肯定されており、第9巡回区裁判所はこうした議会における議論の内容にも耳を傾ける必要があったと考えられる。他にも、上院の報告書等でも、児童ポルノを閲覧することがやがて児童に対して性的な虐待を行うことへと発展していくことがある<sup>134)</sup>とされてい

---

131) *See Weber*, 923 F. 2d at 1345.

132) 467 F. 3d 179, 197 (2d Cir. 2006).

133) この結論自体は *Falso* においても否定されていない。See *Falso*, 544 F. 3d at 123–124 & note 18; Tringali, *supra* note 130, at 993.

134) Senate Report No. 104–358, *Child Pornography Prevention Act of 1995*, 1996, p. 13.

る。端的に言えば、小児性愛と児童に対する性的いたずら、児童ポルノ所持との間には密接な関係があることが数々の調査研究等によって示されているというのである。

そして、③については、最高裁判所が *Gates* において採用した「諸事情の総合判断」テストというのは、「相当な理由」の有無に関して判断する際の柔軟な、かつ、専門的な知識のみで構成されるわけではない概念であり、ここでは特定の禁制品が特定の場所で発見されるという確実な可能性のみが求められているのであるとする。そこで、*Dougherty* では、当該捜査官は、少年犯罪及び性犯罪に従事してきた専門家としての立場から、被疑者が児童に対して性的いたずらを行っていたという事実を前提にして、児童ポルノも所持しているはずであると考えに至る実質的な理由があったとすることができる、加えて、被疑者宅には児童ポルノが存在するという確実な可能性を認めることもできたとする。地方裁判所はこのような立場に立っているが、第9巡回区裁判所はそうではないということである。また、第9巡回区裁判所は、かつて、*United States v. Nance*<sup>135)</sup>において、薬物の密売人は自宅に武器等を所持していることが多いということから、こうした物に対する搜索令状を認めているが、薬物犯罪の場合に認められる武器等の所持との関係と、児童に対して性的いたずらを行う者が児童ポルノを所持しているという関係は並列的に考えることができるというのである。

---

135) 962 F. 2d 860, 862-865(9th Cir. 1992).