

文芸裁判と「猥褻文書」の概念（上）

飛田茂雄

言論・出版の自由に関わるわが国の裁判史上、現代の観点からして最大の重要性を持つチャタレイ事件裁判は、一九五七年（昭和三十二年）三月十三日の最高裁判所大法廷における上告棄却の判決によって法律的には終止符が打たれたが、言論・出版界に重大な問題を残すことになり、その判決直後に本格化した議論は十年余を経た今日までつづけられている。ところが、本格的と称し得る議論ないし研究は、ほとんどもっぱら憲法および刑法学者によるもので、文学関係者による見解の表明は、あまりにも性急に判決への賛成反対の立場を訴えようとして、道徳や芸術的価値に関する自己の意見を、刑法という土俵の外で、すなわち法律的価値判断を抜きにしてぶつけたものが多く、「文壇方面からの判決の批判には、いささか見当がちがっているとおもわれる点が少なかつた」と、法学者からたしなめられるありさまだった。もちろん、チャタレイ事件の被告人であった伊藤整、弁護側証人であった福田恆存、この事件に触発されて検閲必要論を説いた石川達三、それに真向から反対した中村光夫などをはじめとして、法律を充分わきまえての、あるいは法律の基礎となるべき人権についての実のある議論がなかつたわけではないが、それもしだいに下火になり、その後のいわゆる「文芸裁判」に係る作家、評論家を除けば、注目すべき発言は最近見当らない。

法律にはまったくの門外漢である筆者が、あえてこの時点で右の最高裁判決に批判を試み、猥褻文書頒布販売の罪に関する現行法と、その解釈に関して不遜とも思われるであろう私見を述べるのは、つぎのような動機による。

第一に、筆者はここ数年来、D・H・ロレンスの作品のみならず、性描写を含む他の外国作家の作品の翻訳が出版社自体によって自己検閲され、出版企画の中止や、過度の削除がなされている事例を一再ならず見聞している。それは出版社の道義的責任感、使命観から発した自主的な事前抑制ではなく、もっぱら不安感にもとづく営業上の安全策にすぎない。これに対して、一方的に出版

文芸裁判と「猥褻文書」の概念（上）

社の弱腰を責める声を聞くが、最高裁判所の判決そのものが出版社にこのような自己規制を課する必然性を持っている以上、経済的基盤も弱く、公権力の不当な干渉に対して抵抗する組織的な力も相互扶助の態勢も全然ないわが国の出版社に、ある程度以上の決断を要求するのは酷かもしれない。だから已むを得ない、というのではもちろんなく、弱い立場の出版社に先んじて、表現と読書の自由という法益を不当に侵害されたことを自覚する文学関係者（作家、評論家、翻訳家、文学研究者等）が、最高裁判決に縛られた法律的な現状を可能なかぎり法律的な手続き、および法律上の議論を通じて打破する必要があると痛感する。

第二は時期に関するものである。文学関係者による本格的な文芸裁判批判をはじめめるのに、今後の数年は時期として早すぎもせず遅すぎもしない。チャタレー事件以後、性に関する社会通念が急激に変化したことや、諸外国における猥褻文書販売事件の裁判で、言論・出版の自由の擁護範囲が顕著に拡大されつつある最近の事実からして、刑法学者のあいだにはこれまでの猥褻性の判断の基準に対する批判がますます高まっていく傾向があると見受けられる。この批判が直ちに最高裁判所の判断に全面的な影響を及ぼすとは考えられないが、さりとて、これをいつまでも無視し得るものでもあるまい。かりに伊藤整による「チャタレー夫人の恋人」の完訳がふたたび出版され、これが起訴されたとしても、最高裁判所は単に法的秩序の安定を維持するという目的だけで、前例に固執することは困難であろう。その意味では、年月とともに変化した社会通念を基礎としてのかかる批判は、遅きに失するどころか益々強力なものとなるであろうが、反面、法益の侵害を確信する者の社会的な責任として、この種の批判を加えることが時期的に早すぎるといふことはあり得ない。特に現在は政府の手によって刑法の全面改正が行なわれつつあり、最終的な改正案作成の時期も近づいている。猥褻文書頒布販売罪について、言論界、出版界から直接法制審議会に有効な働きかけをすることは不可能であるとしても、立法の段階で、充分言論・出版の自由が保障されるよう政治的工作を図ることは可能なはずで、そのためにも、刑法典の条文にわたって、問題点と、その対策とを明らかにしておく必要がある。言論・出版の自由は政治家や法律家まかせにするのではなく、まず言論界、出版界がイニシアティブをとって擁護すべきであり、そのために法律改正が必要とあれば、自ら改正草案を作成するくらいの熱意がなくてはならない。後に詳述するとおり、イギリスの猥褻出版物取締法の改正 (The Obscene Publications Act of 1959) が実現したのも、当時フェイビアン協会々々長であった労働党の下院議員ロイ・ハリス・ジェンキンス (Roy Harris Jenkins, 1920-) をはじめとする政治家の活躍もさることながら、真の原動力となったのは著作家協会、出版社、著者、書店、印刷業者から成る実行委員会、法律改正案も彼らの手によって起草されたのである。

しかし、筆者はこの場でそういう運動を提起するつもりはないし、刑法改正草案にまで立ち入るつもりもない。動機は動機として、できるかぎり法の論理に従って、現行の刑法一七五条の解釈と適用について、筆者独自の立場からその問題点を明らかにし、今後の在り方については、専門外の者として当然のことながら、示唆的な私見を述べるに止めたい。参考にさせていただいた刑法学者の学説はそのつど出典を註記するが、特に近畿大学教授前田信二郎氏の——「文芸裁判の条理」（有光書房、一九六四年）にまとめられた——諸論文に負うところが大きい。（文中の敬称は省略させていただいた。）

一、芸術と猥褻性

(一) 最高裁判所の判断とその論理

D・H・ロレンス著『チャタレイ夫人の恋人』の訳者伊藤整と出版人小山久二郎とを被告人とする猥褻文書販売被告事件の上告審において、最高裁判所大法廷は（少数意見を附した真野毅、小林俊三両裁判官をも含めて）全員一致で、右訳書を猥褻文書と判断した第二審判決を支持し、ここに両被告人の有罪が確定した。この上告審判決（昭32・2・13
大法廷判決）の判決理由のうち、その後最も問題になったのは、猥褻文書の定義、社会通念に関する裁判所の見解、およびここでまずとりあげる芸術性と猥褻性との両立に関する裁判所の判断である。

この問題についての最高裁判所の判断は、第二審判決（昭31・12・10、東
京高裁判二部判決）と微妙に喰いちがっている。第二審判決はこう述べている——

「……その文学書の表現中極めて僅少な部分が『猥褻』に該当するものと認められる場合でも、当該部分を削除する等の手段を講じない以上、その文学書は右当該部分と不可分的に文学書の全部について『猥褻文書』の取扱を受

けることも避け難いところである。尤も文学書の芸術性がその内容の一部たる性的描写による性的刺戟を減少または昇華せしめて、猥褻性を解消せしめ、あるいは、その哲学または思想の説得力が性的刺戟を減少または昇華せしめて猥褻性を解消せしめる場合があり得ることは考えられるのであつて、かかる場合には、多少の性的描写があつても、『猥褻文書』に該当しないこととなるのである。⁽⁸⁾

この判決文はひとつの矛盾をはらんでいる。右引用文の前半では、文書の一小部分に猥褻な描写を含んでいても、刑法上の猥褻文書になるとして、文学書の全体的評価を無用視しているのに対して、後半（「尤も……」以下）では、文学書全体の芸術性や思想性等の評価が部分の猥褻性を解消せしめる可能性ありとしている。この矛盾はつぎの段にいたつて、より明確にあらわれている――

「これを要するに、文学書としての芸術的価値があることと、当該文学書が猥褻性を持つこととは、まったく別個の問題であつて、前者は人生の探究の観点から、後者は社会的秩序維持の観点からそれぞれ判断される結果の避け難い結論であるといわなければならない。当該文学書の芸術性または説得力が猥褻性を解消するほど高いものか否かも、後者の立場から決定されなければならないことは、いうまでもないところであろう。」（傍点筆者）

人生の探究とまったく別の次元に社会的秩序維持の観点があるということ自体おかしなことであるが、“人生の自由な探究は社会秩序に抵触することがあり得る。そしてそれは秩序維持のために防がねばならないのだ”という立場が現実にあることは（決して是認という意味ではなく）認めなければならぬ。しかし、文学書の芸術的価値と猥褻性とを全く別個の問題だと断じた直後に、芸術性が猥褻性を解消する可能性を認めるのみならず、ことは猥褻性の程度に関わるとはいえ、文学書の芸術性の高さを（芸術とはまったく別の立場だと判断した）社会的秩序維持の観点か

ら判断すべきことは「いうまでもない」ときめつけるのは、支離滅裂の論理というほかはない。察するに第二審の裁判所は、文学の全体的評価のなかで猥褻性の問題をとらえようとする立場を貫こうとしながらも、なお、部分のみの判定で足りるといふ旧来の考えを捨離しきれなかったところから、こういう矛盾を来たしたのであろう。この全体的評価と部分的判断との混交は、「ある文書図画が法律上猥褻性を有するか否かの判定は……単に問題となった一定の部分だけで十分判定できる程度に猥褻性濃厚な場合は格別、当該部分を含む全体を観察して総体的関連においてはじめて妥当な判定をなし得る場合も少なくない」(裁判昭27・4・1、刑集六卷四号五七三頁) という(雑誌『奇譚クラブ』事件裁判における)最高裁判決にも見られる。

だが、最高裁判所はチャタレイ事件上告審の判決において、「問題は本書の中に刑法一七五条の『猥褻の文書』に該当する要素が含まれているかどうかにかかっている」として、「当該部分を含む全体を観察して総体的関連において」判定する方法を暗に否定し、第二審判決よりも一層明らかに、芸術性と猥褻性とは両立し得るとの判断を下しているのである。判決は伊藤整訳の『チャタレイ夫人の恋人』に関連して言う――

「本書の芸術性はその全部についてばかりでなく、検察官が指摘した十二箇所に及ぶ性的描写の部分についても認め得られないではない。しかし芸術性と猥褻性とは別異の次元に属する概念であり、両立し得ないものではない。」

「……芸術性を備えている本件訳書はこれを春本と認めることができないこと第一審以来判定されてきたところである。しかしそれが春本ではなく、芸術的作品であるという理由からその猥褻性を否定することはできない。何となれば芸術的面上においてすぐれた作品であっても、これと次元を異にする道徳的、法的面上において猥褻性をもって

いるものと評価されることは不可能ではないからである。」

そしてこの判決は「高度の芸術性といえども作品の猥褻性を解消するものとは限らない」と主張する。厳密に言
うと、最高裁判所の論理にも矛盾がある。「……を解消するものとは限らない」(傍点筆者) というのは、高度の芸術
性が作品の猥褻性を解消することを原則的に認めて、例外があることを示す表現である。にもかかわらず、最高裁判
所は芸術性と猥褻性を別異の次元に属する概念として見ており、芸術性が猥褻性を「解消」する可能性については
他のいかなる箇所においても認めておらぬのみか、問題の訳書が芸術性を備えていることを理由にその猥褻性を否定
することはできないと断じているのである。従って、右の引用文を「高度の芸術性といえども作品の猥褻性を解消す
るものではない」と言い換えないかぎり、文理上の矛盾は排除し得ない。同様のことが、同じ判決文の、「作品の誠
実性**必**ず**し**もその猥褻性を解消するものとは限らない」(傍点筆者) という表現についても言い得る。これは、「誠実
な主観的意図をもって書いた文書でも、猥褻文書と判定されることがあり得る」という意味ではなく、文脈からして
(また特に「解消」という語の用法からして)、「ある文学作品の主観的意図が誠実なものと(客観的に)認められた
からといって、その作品の刑法上の猥褻性が減少したり消えたりすると必ず認められるわけではない」という意味に
ちがいない。ここでもやはり、「必ずしも……とは限らない」という表現で、作品の誠実性がその猥褻性を解消する
という原則を、少なくともその可能性を、認めているのだが、その一方で、「猥褻性の存否は純客観的に、つまり作
品自体からして判断されなければならず、作者の主観的意向によって影響さるべきものではない」と断じているので
ある。

筆者は従らに批判のための批判をしているわけではない。げんに『悪徳の栄え(続)』にかかる猥褻文書販売同所

持被告事件の第一審判決(昭37・10・16、東京地裁刑二八部判決)において、裁判所は最高裁判決のうち筆者がいま右に引用した部分を引いて、「当裁判所は、この判例をもって正当とし、その見解に従うものである」としておりながら、「作品はこれを全体として考察し、猥褻文書にあたるかどうかを判断すべきであるという見解に立つものである」と述べ、さらに「芸術性ないし思想性は、猥褻性と全く無関係なものとはいえないのであって、作品が芸術的、思想的であるため、一部に露骨な性的描写があっても、性的刺戟の程度を相対的に軽減し、あるいは消失させる場合のありうること、すでに述べたとおり」(傍点筆者)と、最高裁判所の見解に従ったとは言えぬ(チャタレイ事件の第二審判決に近い)考えを表明しているし、映画「黒い雪」の第一審判決(昭42・7・19、東京地裁刑二部判決)においても、裁判所は最高裁判所の判示を尊重するとの立場を表明しながら、猥褻性の判断の要素として製作者の意図も重要なもののひとつと認めているのである。(映画の特殊性からして、全体的な評価が必要だという見解については、ここでは問題にしない。)筆者はここで、結果的には最高裁判決の表現上の矛盾という「隙」につけ入ったとも見えるこれら地方裁判所の判断の可否を論じているのではない。後にも二、三の例を挙げるが、チャタレイ事件の裁判が第一審から上告審にいたるまで、あまりにも矛盾や論理の飛躍に満ち、それが審理を誤った方向に導いたり、法律解釈に曖昧さをもたらしている事実を指摘したのである。

くだいようであるが、(チャタレイ事件上告審判決の拡大解釈を戒め、相対的猥褻性の理念を刑法解釈にとり入れる可能性を示唆した点で注目するに足る)『悪徳の栄え(続)』事件の第二審判決(昭38・11・21、東京高裁刑二〇部判決)も、前記チャタレイ事件第二審判決と同じ問題について、同じ論理的矛盾をおかしていることを指摘しておきたい。この判決においても裁判所はチャタレイ事件上告審判決に全面的に従って、「現行刑法の下では、裁判所は、文書が法にいう猥褻である

かどうかという点を判断すれば足りるのであって、この場合、裁判所の機能と職務は、文書の猥褻性の存否を社会通念に従って判断することであつて、その文書の芸術的思想的の判定をなすことにはなく、また裁判所はかような判定をなす適当な場所ではない。結局裁判所においては、芸術性思想性の評価が猥褻性に関する法的評価に優先することができないことは当然といわなければならない（傍点筆者）と述べている。最後の一文は芸術至上主義を批判するかのごとくだが、実は法的評価の優先を、さらに進んで法的評価という力で芸術性、思想性を切り捨てる可能性を、是認するもので、この点については次の項（一のロ）に再び触れる。『悪徳の栄え（続）』事件第二審判決は右のように、芸術的思想的価値の判定は裁判所の職能にあらざると明言した上で、猥褻性の評価は、部分的判断によれば充分だとした最高裁判決を確認するがごとくである——

「法の問題とする猥褻の観念は「思想でも、反風俗、反道徳的なテーマでもなく」表現の仕方に関するものである関係上、その猥褻性の捉え方は部分的に観念されるとする外はない。そして文書の一部に猥褻部分があるときは、文書の一体性からその文書が全体として刑法第一七五条の猥褻文書となるのである。」

ところがその直後に、問題の部分の猥褻性はやはり文書全体のなかで評価されねばならぬと言う——
「しかしながら、その部分も文書全体の一部としてその意義があり表現がなされているのであって、問題となる性的描写の部分も、その文書の性格、その部分はその文書中に置かれている位置関係、前後の状況等によりその猥褻性が影響され、また文書（作品）そのものの有する芸術性、思想性の故に、更にその作品自体から窺われる作者の問題を扱う真面目な態度等により、その問題の部分の猥褻性の判断が影響されるということは、もとよりあり得るところであり、問題の部分を機械的に他の部分と切離し、全体を離れた断片として観察する〔原文の〕べきでないこ

とは当然である。」

この判決に言う全体的評価は、筆者がその必要を主張する文書の全体的評価とはまったく異質のものである。もっぱら猥褻部分に関心をおき、文書全体がその猥褻性にどう影響を及ぼすかを判断しようという意図のもとにそれを読む。これは芸術的価値ある文学作品を最初から猥褻文書としてのみ扱う態度にほかならない。しかも、芸術性、思想性が問題の猥褻性の判断に影響を及ぼす可能性を認めているながら、その芸術性、思想性の評価を拒否するのは矛盾した態度である。また、「作品自体から窺われる作者の問題を扱う真面目な態度等により、その問題の部分の猥褻性の判断が影響されるということは、もとよりあり得る」とこの高裁判決は言うが、これは同じ判決に、「文書（作品）が猥褻であるかどうかの判断は……」文書自体に表われない作者、訳者、出版者の主観的意図にかかわらない」（傍点筆者）とことわってあることからして、判決自体の論理に内的矛盾はないように見えるが、実際には意識的にか、無意識的にか、最高裁判所の判示には背いている。最高裁判所は、猥褻性の存否の判断は、「作者の主観的意図によって影響されるべきものではない」としているが、これは弁護士が（その文書以外に表わされた著者の主観的意図のみならず、作品自体から客観的に判断される）訳者そのものの誠実性を重視すべし云々と主張したのに対して、「弁護士は……本件訳書が誠実性をもって理を理由として、原判決を非難する。しかしこの「弁護士側の」定義によれば、いやしくも芸術的、学問的その他の意図を有する文書は極端に猥褻なものといえども猥褻文書から除外され、猥褻文書はいわゆる春本の類に限局されることになる」と述べ、その直後に、さきに問題にした「作品の誠実性必ずしもその猥褻性を解消するものとは限らない」と断じているのである。つまり、さきに指摘したとおり、「必ずしも……するものとは限らない」という前後の文理上どうしても矛盾する、韜晦的な一句を別にすれば、

最高裁判所は、たとい作品それ自体の客観的な分析評価からして、その作品の著者の「真面目な態度」が認められたとしても、それをもって猥褻性の存否の判断は影響さるべきでない、と明白に断言しているのである。

思うに、『悪徳の栄え(続)』事件第一審、第二審判決にしても、「黒い雪」事件第一審判決にしても、性に関する社会通念の激変や、諸外国における文芸裁判の進歩性を背景とする弁護人側の主張にかなり同調する必要性を意識しながらも、法的安定性維持の使命観に縛られて、最高裁判所の判示に固執しているのである。ここでもう一度念を押して言うが、この『悪徳の栄え(続)』事件第二審判決は、「刑法第一七五条の……規定によって制約を受けるのは、ある思想の表現そのものではなく、叙述(表現)の仕方に止まるといえる」と言明しているのである。裁判所は「叙述(表現)の仕方」を制約しても思想表現そのものは制約を受けぬとでも考えているのである。果してD・H・ロレンスやサドの思想の表現そのものは有罪判決によっても制約を受けなかっただろうか。右の言はまことに不可解というほかはない。またこの判決は、かなり露骨な性描写でも、それが作品の(真面目な態度を持つていると客観的に認められる)著者の思想を表現するために不可欠なものであつたら、幾分なりともその猥褻性が「萎縮する」⁽⁶⁾可能性ありと真に考えているのかどうか、これまたはなはだ疑問である。作品全体の思想性その他が猥褻性の判断に影響を及ぼすことがあり得ると言いながら、その具体的な説明を回避したまま、問題の訳書に関して「当該性的場面の人を与える刺戟、興奮が、全く消失するか、あるいは社会通念に照し問題とならない程度に萎縮されていると、到底考えられない」と否定的な断定だけを示すのは無責任の譏りを免れまい。

(二) 芸術性は猥褻性と両立し得るか

最高裁判決が用いる「芸術」と「芸術的」という語は、単に活動や創造物のカテゴリーを指すものではなく、「芸術性」という価値観念を含んだものと見られる。この意味での芸術が猥褻であり得るか否かについては、こういう問題のたてかたを仮に是として考えた場合に、大まかに言って、(1)芸術性と猥褻性は両立し得る、(2)この両者は両立し得ない、(3)芸術性が猥褻性を減殺、解消することがあり得る、(4)芸術性が猥褻性を減殺、解消し得ると同時に増大することもあり得る、などの見解が成り立つであろう。(3)の見解はチャタレイ事件上告審判決における真野裁判官の少数意見のうちに、(4)の見解は『悪徳の栄え(続)』事件第一審判決のうちに見られる。然らば、猥褻の疑いある文学作品を擁護する側に立つ者がすべて(2)の立場をとっているかという点、かならずしもそうではなく、たとえばチャタレイ事件で弁護側に立った、あるいは弁護側と意見を同じくする人々のうちにも(1)の立場をとる者が少なくない。⁽⁷⁾また法律学者の多くが、チャタレイ事件裁判に対する賛否とは関わりなく、(1)の立場をとっている。⁽⁸⁾

この芸術性と猥褻性との両立可能論は、芸術作品には次元の異なる多くの価値——芸術的価値、思想的価値、道徳的価値、法的価値、政治的価値、社会的価値、歴史的価値等々——が含まれており、それぞれの価値体系において評価し得るものだとその前提に立っている。そして最高裁判決は、「我々は、作品の芸術性のみを強調して、これに関する道徳的、法的の観点からの批判を拒否するような芸術至上主義に賛成することはできない」として、事実上は芸術的価値に対する法的価値の優位性を主張している。なぜそれを主張したことになるかは説明するまでもあるまいが、裁判においても、出版物の公権力による事後抑制(押収、発禁等)においても、処罰という力を伴った批判は一方的に法的観点からのみなされるからである。いかに芸術的価値の高い文学作品でも、刑法一七五条の「猥褻文書」に該当する要素を僅かでも備えていれば、その文書全体が猥褻文書と判定され、頒布、販売を禁じられる、ということは

その作品の芸術的価値が社会的には葬られることになる。最高裁判決の主旨をもっと端的に言えば、文芸裁判においては、本来法によって尊重され、保護さるべき作品の芸術的価値など、最初から問題にする必要がないということである。ここに重大な問題点がある。

筆者は「芸術的価値」と「芸術性」とを区別なく用いてきたが、ある作品の「芸術性」というものは、狭義の芸術的価値だけでなく、哲学的、道徳的、歴史的等々の諸価値を総合した概念であると考える人々もいるだろう。また、ある作品の「芸術性」はその作品の不動の属性ではなく、相対的なものである、あるいはたぶん主観的なものであると主張する人々もいるだろう。「猥褻性」のほうもそれと同様に実体のとらえがたいものである。かりに芸術性と猥褻性とは両立するか、という問題のたてかたが正しいとしても、それらの概念についての共通の了解のないところで議論をしたならば、両立するしないは水かけ論に終わってしまうであろう。「猥褻なものとは真の芸術といえないというならば、また真の芸術は猥褻であり得ないというならば、それは概念の問題に帰着する」という最高裁判決の一節は、その限りにおいて一理ある。芸術性が猥褻性を昇華する、解消する云々といった議論は、文芸裁判ではほとんど常に行なわれているけれども、これもまた概念規定がはなはだ不明確なために空疎なことばの応酬に終りがちである。

だが、芸術性や猥褻性について万人の首肯し得る完璧な概念規定をした上で、その両者が両立し得るか否かを議論しなおすことは、到底不可能であるばかりではなく、不必要でもある。最高裁判所は憲法や刑法の問題を離れた価値観の問題に深入りしすぎているが、文芸裁判が関与するのはより法理的な憲法的判断や刑法解釈でなくてはならない。そこでは、行為的な決断が認識と同じように、あるいはそれ以上に重要である。たとえば、なにが猥褻文書であるか

についての客観的な認識や記述と同様、あるいはそれ以上に、刑法上の犯罪の客体としての（狭義の）猥褻文書をどう規範的に定めるかが肝心な点なのである。芸術作品は猥褻文書であり得るか否か、ではなく、芸術作品の頒布、販売を刑法一七五条の罪に問うてよいか否かの決断が問題なのである。芸術性とはなにかではなく、訴訟進行の必要上、ある特定の作品を芸術作品と認め得るか否かを、だれがどうやって決めるかを決めることが大事なのである。決断の基礎となるべきものは、第一義的には事実認識の学問的な厳密さではなく、刑法の強制規範の適用による社会正義の擁護である。言論・出版の自由の擁護と、個人的、社会的法益の保護である。たとえば「猥褻な作品は、科学的、教育的、芸術的性格を持つ作品とは区別される。芸術的表現も性的興奮をよびおこすことはあり得るが、しかしそのことのみによって、いまだこの表現を猥褻と言うことはできない」とか、「一箇の文書が本質的に科学的または芸術的興味に奉仕する場合には、一定の目的のために猥褻な説明が組み入れてあるということによって猥褻となるものではない」といったドイツの学説は学問的に厳密な概念規定を試みた上での事実認識を、いわば辞書的に記述したものである。まさにもちろんな避けなければならないが、刑法一七五条の法解釈のうちには、この種の決断をとり入れ、改めて芸術作品の頒布販売を猥褻罪に問うか否かの原則を立てることが望ましい。

(三) 芸術作品と刑法一七五条

筆者は、前項に述べたようなひとつの法的決断として、芸術作品であろうと、学術的著作であろうと、とにかく全体的に見て社会的な価値ありと認められた文書の頒布販売は猥褻の罪に問うべきではないと考える。ただし、これは

社会的な価値として総称される芸術的、学問的、思想的等々の価値を無条件に法的価値よりも優先させるという意味では毛頭ない。また、著者の主観的意図が芸術的、学術的であれば、それだけで猥褻罪に問わないということでもない。(逆に主観的に春本として作られた文書が、時代を経て社会的価値を帯びることもあり得る。)筆者は刑法一七五条によって頒布販売を有罪にすべき文書の範囲を、もっと合理的に縮小することは可能であると思うし、もしそうしたならば右のような原則を設けても、実質的に言論・出版の自由が拡大されるという利益のみあって、反社会的な危険の発生という弊害はあり得ないと信じるのである。

右の原則を設けるための重要な前提条件を整理すると、

- (1) 文書の全体的かつ一元的な評価が必要である。
- (2) 裁判所は事実認定に関して専門家の意見を充分聴取し、それを尊重すべきである。
- (3) あまりにも主観的な規範によって言論・出版の自由を不当に侵害せぬよう、猥褻文書の定義を改めるべきである。

当然のことながら、刑法は一般社会の生活秩序を侵害する反社会的行為のすべてに対して罰則をもつてのぞむものではない。刑法典から姦通罪が削除されたことから明らかなように、単に反道德的であるからとか、風俗壊乱のおそれがあるからといって、これを刑法上の犯罪とするものではない。もしこれまでの裁判所の判決が示すような猥褻文書の定義が正しいとするならば、普通人あるいはそれよりも精神的に未熟な者がこれを所持し、読むことは危険であるはずなのに、かかる行為を禁ずる実定法は存在しない。猥褻文書の存在や、(販売を目的とせぬ)所持や、その読書行為は法的には無罪とされているのである。こういう法の謙抑主義を重んずるならば、刑法一七五条の解釈も、

社会秩序の維持に関して絶対に譲ることのできぬ、いわば最低限の道德の実現を企図すべきで、それ以上に拡大することによって言論・出版の自由という法益を侵すことのないよう裁判所は自戒しなければならない。従って、(これは用語上の問題でもあり、刑法改正の際には是非考慮してもらいたいことだが)文書が、これまでの最高裁判所の定義による「猥褻」(“obscene”)なるがゆえに頒布販売を禁じるのではなく、もっと狭く「悪質なる猥褻文書」(“hard-core pornography”)——営利を目的とした春本、猥本および偽装的な好色本のたぐい)のみの頒布販売を禁じるべきである。(たとえばそれを「有害文書」と呼ぶことによって、芸術性と猥褻性とは両立し得るか否かといったような不毛の議論は防げるかもしれないが、反面これは有害文書所持を犯罪とする道を開くおそれなしとしない。)

二、猥褻文書販売の危険性

(一) 表現の自由とその制約

刑法一七五条に規定する猥褻文書頒布販売罪の取扱いに関して、「裁判所に期待されるのは、わいせつ文書販売行為の法益侵害性と、表現の自由のもつ価値とを個別的に比較検討し、禁止すべきものの範囲を慎重に画定することである⁽ⁱⁱ⁾」という説がある。この論者は、「最高裁判所は、『チャタレイ夫人の恋人』の完全版訳本がわが国から姿を消すことのマイナス面にはまったく考慮を払わず、また、十二個所の性的描写だけを対象として、そのわいせつ性を肯定した。ここでは『利益の較量』は、ごく一面的にしかなわれないように見える」と述べていることからして、文芸裁判のたびにいちいちの事例について「表現の自由のもつ価値」と、当該文書の法益侵害性の比較計測が必要で

文芸裁判と「猥褻文書」の概念(上)

あると主張しているかのような誤解を与えるかもしれないが、実は下級審がそうした至難の認定をしなすむよう、「禁止すべきものの範囲」についての最大原則を最高裁判所が確立するよう期待したものである。芸術的価値とか、思想的価値というのならともかく、「表現の自由のもつ価値」はいちいちの文書について測定し得るものではない。もちろん表現の自由も他のあらゆる自由と同じく、憲法第十二條、十三條の規定に従うべきだが、表現の自由の価値は、と問われるならば、無限とでも答えるほかはなく、従ってこれを猥褻文書頒布販売行為によって侵害される法益の対立利益と見なして両者を比較し、一方が侵害されても他方の利益がより大きければ、利益の大きいほうをとるという考えには二重の無理がある。もしそんな功利的合理主義に根ざした利益較量説であるならば、やはり芸術作品を全体的に評価せず、猥褻性という要素を独立して抜き出し、それを芸術性と比較して価値判断する誤りに陥るであろう。原則的には、表現の自由はあくまで公共の福祉を侵害せざる程度に止めらるべきで、明らかな法益侵害があつても、他面の利益がより大きければ許容されるといった功利主義的差引勘定は許されない。にもかかわらず、刑法一七五條に関しては、最高裁判所が法益について慎重に検討し、それとのかねあいにおいて表現の自由の許容範囲について具体的な原則をうち出す余地があると思う。なぜなら、刑法一七五條の罪は他の刑事犯の大部分に比して、それによって侵害されるとされる法益の種類、範囲等がはなはだ曖昧で、それを拡大解釈すれば逆に表現の自由が不当に侵害されるといった意味での対立が起る可能性が認められるからである。宮沢俊義は、表現の自由が制限されるべき程度について有益な示唆を与えている――

「……言論の自由に対する各種の制限は、通例『公共の福祉』によって説明されるが、この点については、アメリカ合衆国憲法増補第一條（言論の自由の保障）の解釈について、ホウムズ判事によって代表的にのべられた『明白

かつ現在の危険』(clear and present danger)の原則が参考さるべきである。これは、言論によって明白かつ現在の危険がある場合にのみその制限が許されるとするもので、本条「憲法第二十一条」に関して採用さるべき『公共の福祉』の内容も、それにしたがって解すべきものとおもわれる。¹²⁾

伊藤正己も、「わが国においてもすでに有名なホームズ裁判官の提唱した『明白にして現在の危険』(clear and present danger)の理論は、この較量の根拠となる基準として最も適切なものといふことができよう」と言っている。¹³⁾ここで較量というのは、最高裁判所が、立法そのものの効力、あるいは具体的事実に対する法の適用の有効性を判断するに際して、そこで衝突している諸社会的利益を比較衡量すべきだという考えを指している。さきにも言ったとおり、表現の自由の制約を要求する利益なるものが明確性を欠いているために、かえってある程度の利益較量の必要は認められる。

これに対して、前田信二郎は、「いわゆるホームズとブランドイスによる『明白にして現在の危険の理論』は、言論・表現の性質・評価の判断の規準が対立する場合、判断の価値を比較秤量せねばならず、すこぶる不安定なものであって、政治的な時代精神の干渉に免疫性をもちえるものでないだけに、事後抑制の理論としては、他に違憲立法の問題を配置されない限り効果が薄く、刑事法廷に、憲法論をもちこまざるをえなくなり、B B D F W (ブラック、ブランドイス、ダグラス、フラン克福ーター、ウォーレン各判事)ほどの裁判官を最高裁判所にいただかない限り、言論の自由は保障されないであろう。……やはり……刑事法廷における訴訟対象物の、法的無拘束性とその自由な価値判断のチャンス、国民の納得できる形式をとって、立法的に保障する法制にこそ、まさに文芸裁判の公正なさばきを期待しうるのではあるまいか」¹⁴⁾(傍点原著者)と批判する。この論者はわが国の最高裁判所のこれまでのあり方へ

の失望から、もっぱら法改正に期待をかけ、「明白にして現在の危険」の理論に不信を抱くかのごとくに見えるが、かならずしもそうではなく、⁽¹⁵⁾この理論の適用に対するもっと根の深い困難さを感じての意見であると思う。つまりそれは、猥褻文書頒布販売行為に関する裁判では「明白にして現在の危険」の基準を適用すべきでないという有力な学説を意識しての見解であると推察される。

(二) 猥褻文書頒布販売行為と「明白にして現在の危険」の基準

猥褻文書頒布販売罪に関して「明白にして現在の危険」の基準を適用すべきでないという学説は、つぎの二つの考えを根拠にしている。ひとつは、「『明白にして現在の危険』の基準は……言論に含まれる価値と、言論を制約することによってえられる社会的価値が抵触する場合に、果していずれをとるべきかを較量するためのものである。しかるに、その言論そのものが思想の自由市場にあらわれることによって真理の獲得に資する意味をほとんどもっていない以上、社会の道徳なり秩序なりの維持という価値との抵触のときにいずれを優先させるかという問題を生ずることなく、従って『明白にして現在の危険』の基準を適用することは無意味といってよいと思われる」⁽¹⁶⁾という考え。これは春本や猥本など、前に筆者が述べたような意味での悪質な猥褻文書と判断されたものに関してのみ言えることだが、そういう可罰的猥褻性の判定に際しても「明白にして現在の危険」の基準の適用が有益だという立場からすれば、有害無益なるがゆえにこの基準を適用しないというのは順序が逆である。いまひとつの考えは、常識的にも当然に処罰に値する猥褻な言語、名誉毀損、脅迫的言辞などまで、明白にして現在の危険を生むとする拡大解釈は、この基準そのものを弱化するおそれ大きい、というものである。

「たとえば猥褻の場合に、一冊の猥褻文書によって社会の道徳が崩壊するという重大な害悪を招く現在の危険があるとはいえず、そこで、読者の猥褻に対する感受性に重大な衝撃を与えるという害悪を考えてこざるをえず、そのために『実質的害悪』の観念を動揺させることになろう。そしてそれは結局は憲法上の言論の自由の価値を低下させることになるのである。⁽¹⁷⁾」

右の問題に関しては二つの判断が拮抗する。ひとつは、猥褻文書の頒布販売によって明白にして現在の危険が生じるとの立証はなされないものであるから、この行為を刑法上の犯罪として刑罰をもつてのぞむこと自体不当であるという判断。いまひとつは、「猥褻文書の頒布販売行為によって人が反社会的行動に走るなどの実質的害悪が生ずる可能性は充分あるから、これを法によって規制すべきだ」という社会通念による判断である。(たとえば最高裁判決のごとく刑法一七五条の保護法益を広く解釈した場合には、こういう拮抗はもちろん生じない。)しかし、前者のほうが条理に合っていると信じる者も、現実的には、後者が判断するような、内容的には漠然としても強力な世論(社会通念)があり、裁判所も現在はそれに従うほかないことを認めざるを得ないであろう。アメリカでは、猥褻についての法規範を「明白にして現在の危険」の基準にはめこむことは至難であるとして、その「現在」の要件を緩和して、「明白にしてあり得べき危険」(clear and probable danger)の基準を提唱する学説も生まれている。⁽¹⁸⁾これは“possible”ではなく、“probable”と規定してあることからしても、あり得るかもしれない程度の漠然たる危険を基準とする考えよりははるかに進んでいるが、時間的に「差し迫った」(“imminent”)とか、程度、性質において「不可避的」(“inevitable”)であるとかの嚴重な規定を欠くために、やはり拡大解釈される危険がないとは言えない。しかし、わが国の文芸裁判の現実には、いまこのような議論に深入りするにはあまりにも理想から遠すぎる。

(三) 猥褻文書頒布販売行為の危険性

刑法一七五条は、これを誤って適用すると、頒布販売行為のみならず、所持、閲読をも処罰するのが法理上当然であるという、言論・出版の自由の不当な制限への道を開く可能性が生じる。チャタレイ事件第一審判決の判決理由のなかには明らかにその危険性がひそんでいる。猥褻の疑いある文学作品を犯罪の誘因と見て、これを予防拘禁的に抑圧する危険性である。

右第一審判決は、フロイトの理論のうち、その生理学的唯物主義を強調した時代錯誤的な性本能論を語るかと思えば、「青春期においては……衝動は泉の如く湧いて制御するを得ず、自ら求めて懊悩、煩悶するにいたるが、結婚により性欲を満足し得るに及び始めて理性による克己の余裕を生ずる……」とか、「性欲が背景となり成立したる結婚は、その性欲を浄化して恋愛に導くものである」などという非科学的かつ独断的な「新説」を展開するなど、実証性も客観性も欠いた議論が多すぎるが、そのひとつとして、「性欲は……これを利那的、享樂的の具とするときは乱倫となりてその人は亡び、社会の秩序は失われてついに民族の滅亡を来すに至るのである」という前提を立て、「かかる〔社会的制御の線から逸脱した〕文書が猥褻文書として排除せられるのは、これによって人の性欲を刺戟し、興奮せしめ、理性による性衝動の制御を否定または動揺せしめて、社会的共同生活を混乱に陥れ、延いては人類の滅亡を招来するに至る危険があるからである」と結論している。筆者の言う危険性とはまさにこういう春秋の筆法を指している。数多くのまったく別種の条件を附加してさえ到底起こるとは考えられぬ人類滅亡の招来などという危険性まで持ち出す論法は、旧憲法下の裁判においてすら稀ではなかっただろうか。

さらにこの第一審判決は、一読者がロレンスの性の思想に同感したのを、「『行動の直前的状態』とも解すべきであ

ろう」と、牽強附会の言を弄したあと、この裁判で証人が、青少年が伊藤整訳の『チャタレイ夫人の恋人』を読んで、「性描写に興味を持って読み、自ら実行することによって性を解決するのではないかと思われる」とか、「本書を読んで青少年は肉体の面に強い刺激を受け、実行したいとの衝動にかられてキャンプ生活等で再現したいとの考えを抱くのではないかと思う」と供述したのを引用し、「同証人等の経歴に徴すればこの推察はけだし正鵠を得たものであろう」と、これを肯定している。こういう、事実にもとずかぬ単なる臆測によって、猥褻な文学作品は性犯罪の誘因になるのだとする判断ほど危険なものはない。実際、性犯罪の主要な誘因が読書にあったと証明された例はよもやあるまい。筆者の知るかぎり、非行少年についての学問的な研究のなかにも、春本を読むことによって不良化したというような記録は見当らない。未成年の喫煙の責めを専売公社の広告に帰する程度ならともかく、たとい性犯罪者がいかなる証言をなそうとも、犯罪の責任を文書に帰することはできない。アメリカでは、少年非行の誘引的要素に読書能力不充分は挙げられていても、読書という要素は全然見られないという信頼すべき研究がある、とゲルホーン(Walter Gellhorn, 1906-)は言い、「公衆は、読書を取縮まれば、犯罪行為も取縮まれるというまちがったのぞみをいだかぬことである。こと犯罪の問題に関する限り、われわれにとって有益なことは、むしろ素質のある犯罪人達に良書を読み始めるように説得することであって、読物を彼らの手から奪おうと努力することにわれわれのエネルギーをついやすことではないのである」と傾聴すべき意見を述べている。性描写を含む文学作品の思想に共鳴したのを「行動の直前的状態」と解して危険視するのは、たとえば営利誘拐をテーマにした小説や映画に積極的な興味を示すのを「行動直前の状態」を見なして危険視するようなものであり、裁判官の態度としては行き過ぎもはなはだし。新憲法下のわが国には、破廉恥罪の誘因となる危険な文書の存在を認め、かつその購入や、単純な所持、閲読、

交換、贈与、貸与まで取締る実定法はない（補註参照）。また、さようなものを必要とするという学説もない。にもか
かわらず、補足的にもせよ、刑法一七五条を通じて「危険文書」そのものをまで取締まるかのごとき言辭が判決文の
なかに見られるのは遺憾である。

三、猥褻の概念と法益の問題

(一) 「行動の直前的状態」

チャタレイ事件の第二審判決は、さすがに第一審判決のうち「人類の滅亡を招来するに至る危険」云々の主張には
「多少行き過ぎの点もある」と認め、さらに、「刑法第七十四条または第七十五条の犯罪成立の要件としては、
『猥褻行為』または『猥褻文書』が前記説明の意味で、性的秩序及び性的道義觀念に反するをもって足り、その結果
として発生を予想される性欲の濫用及びこれにもとづく風紀の頹廢等の具体的な弊害またはその発生の具体的危険性
を必要としないものと考えられる」としている。これは第一審判決よりも簡にして要を得ているようであるが、具体
的危険性を必要とせずして犯罪が成立すると断定したことから、一般の結果犯、実質犯とは性格が異なり、禁止規範
がきわめて主観的に流れるおそれなしとしない。

第二審判決は右のように、具体的危険性を猥褻文書頒布販売罪の構成要件要素に加える必要はないとしているが、
問題の訳書の模倣による現実的行動に出る危険性についての第一審判決を否定してはいない。そして、「行動の直前
的状态」とは、きわめて強い思想的影響力のことなりとして、こう言っている、「本件訳書の性的描写の部分は……

過度の性的興奮または刺戟を与える性質を持っているのであるから、右の行動直前的ともいふべき性的興奮を生じ、率において少数であるにしても、これを模倣して、現実的行動に出る者も絶無であるとも断定できないし、現実的行動に出ないのであるが、行動をばらんだ心的態度即ち行動直前的状態を生じ、これが解消しても、心に痕跡を残し、蓄積され、何らかの程度において、将来に影響力を及ぼすものと思われる……」これはたしかに第一審判決よりも慎重な見解である。なるほど文学作品が読者に思想的感化を及ぼし、その生活態度を変えようとの意欲を生ぜしめることは充分あり得る。また、場合によっては性的興奮の結果、自制心を動揺させられる者もいるだろう。しかし、それが進んで刑法上の犯罪を「模倣したい」と思うことと、これを実行することとは、単に読書の影響力の大きさだけで直線的に結びつくようなものではない。刑法上の犯罪を模倣したいと思うことは、犯行の「おそれがある」ということですらない。(殺意すら含めて、そういう反社会的な衝動的願望を持った経験のない人間がどれだけいるだろうか。)第二審の裁判官は、危険な現実的行動を予想させる「行動直前的状態」などという語の濫用を戒めるのが当然であるのに、逆に第一審判決を弁護するがごとく、「現実的行動に出ないのであるが、行動をばらんだ心的態度……を生じ、これが解消しても、心に痕跡を残し、蓄積され、何らかの程度において、将来に影響力を及ぼすものと思われる」などと、猥褻文書頒布販売罪はおろか、他の刑法犯の構成にもまったく関係のない無用の臆測を述べているのは不見識と言うほかはない。

(二) 刑法一七五条の保護法益

前項に引用したチャタレイ事件第二審判決は、刑法一七五条が、性的秩序および性的道義観念の維持をその法益と

することをほほ明らかにしている。『悪徳の栄え(続)』第二審判決はチャタレイ事件上告審判決に従って、これをより明確に示している――

「刑法一七五条は、性に関する社会秩序、性道德の基盤を形成している普通人の正常な性的羞恥心およびその善良な性的道義観念の維持をその法益とし、この性に関する社会秩序は、社会秩序一般の重要な一環であり、憲法にいう公共の福祉の一部をなし、それ自体、法の力をもって保護するに値するものといわなければならない。」

各種の猥褻罪が侵害すると考えられる法益は、個人的な法益と社会的なそれとに分類されるが、前項(三の(一))引用のチャタレイ事件第二審判決によれば、刑法一七四条と一七五条は社会的法益を保護するものとされている。一七四条は個人的法益を保護することもあり得ると思うが、一七五条が社会的法益を保護するものとの解釈には異論があるまい。猥褻文書の頒布販売行為は、個人の読まない自由を奪って、あるいは抗拒不能の状態において、あるいは事実上選択の自由を許さぬほどの強制的勧誘によって、個人の尊厳や性的自由などを侵害するものではないからである。

(三) 猥褻の概念

チャタレイ事件上告審判決以後、文芸裁判において裁判所が示す猥褻の定義は、最高裁判所が『サンデー娯楽』事件の際に示した、「徒らに性欲を興奮または刺戟せしめ、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をいう」(昭26・6・10、最高裁判第一小法廷判決)というものである。実は右上告審判決は大正七年六月十日の大審院判例をも是認しており、これには「羞恥厭悪ノ感念ヲ生セシムルモノナルヲ要ス」(刑事第二部判決)とあるのだが、『チャタレイ夫人の恋人』の伊藤整訳が厭悪の感念を生ぜしめるとはさすがに判断しかねてか、この語を故意に避けている。²⁰(しかし、

これが猥褻文書等頒布・販売・陳列罪の構成要件の一要素として消えたことにはならない。

右の昭和二十六年の最高裁判決による定義は句点ごとに区切られた三要素から成り、いずれのひとつも猥褻文書たるために欠くことのできない要件と見なされる。もちろん最初の二要素は、文書の頒布・販売を受けた、あるいは陳列物を見た当事者について証明されれば足りるというのではなく、(未成年者、好色漢、極端に性的に潔癖な者、通常の性的刺戟に対して反応を示さぬ者等を除く) 普通人を基準として、裁判所が独自に判断するのである。だが、一般の結果犯とは異なり、個人的な法益侵害による具体的な危険性を構成要件としないこの種犯罪の構成要件要素を規範するにしては、あまりにも個人的な反応ないし影響に傾きすぎた定義である。

筆者は特に「徒らに性欲を興奮または刺戟せしめ」の要素は、生命の自然で健康な活動そのものである性を罪悪視するもので、到底容認し得ない。たとい「徒らに」の語が、理性による制御の動揺を意味しているとしても、それをもって反社会的行動ないしそのおそれある状態と言えるはずはない。反社会的行動を夢想することと、その実行とは同日の談ではない。裁判官は、あるいは生殖を目的としない性の満足や性器の自由な使用(性交、自慰行為等)をひとしなみに性的秩序をおかす猥褻行為と見なしているのかもしれないが、もしそうだとすれば、これは極端な禁欲主義ないしは肉体蔑視の歪められた考えで、それ自体が不健康であり非現実的な態度の反映と言えよう。『悪徳の栄え(続)』事件第一審の論告(昭37・7・16 第十五回公判)で、検事は、「猥褻行為たとえば男女間の性交もそれ自体は刑法第七十四条の犯罪とされるものではなく……」⁽²¹⁾と言って、性交を猥褻行為と見なしていることを明らかにした。法律学者のなかにも、「例えば、性交やこれに類する行為、または性器を露出することは猥褻行為である」としている者がいるが、これでは正常な夫婦関係や人間の身体そのものまで、刑法犯とはならぬが反道徳的な行為ないし物品ということにな

る。もちろん、それは社会通念からいちじるしく逸脱する。悪質な猥褻文書の最大の特徴こそ、性の尊厳を否定し、性欲や性器、性行為等を罪悪視し、猥褻視するところにある。いまひとつ、未成年が性欲の興奮と刺戟を感じるのは、決して読書によってのみではないことにも注意を払う必要がある。そういう本能的な反射現象を起させるものすべてを猥褻の要素ありと判断するのはナンセンスである。

性一般ないし性欲を低級なものと見る考えは、「且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し」の要素に関する最高裁判所の判決文のうちにも露呈されている。判決は、「人間は自分と同等なものに対し同情の感情を、自分より崇高なものに対し畏敬の感情をもつごとく、自分の中にある低級なものに対して羞恥の感情をもつ」とし、「性欲はそれ自体悪ではなく、種族保存……のために人間が備えている本能である」と言いながらも、「しかしそれは人間が他の動物と共通にもっているところの、人間の自然的面である。従って人間の中に存する精神面即ち人間の品位がこれに対し反撥を感じる。これすなわち羞恥感情である」(傍点筆者)と、あたかも性欲が(動物的劣情であるがゆえに)品位をけがすのごとき見解を述べている。だが羞恥心は動物的本能の抑制機能ではないし、自分のうちにある低級なものに対して直ちに感じるものとも限らない。それ自体劣等でも低級でもないものが、ある特定の集団(国、民族から数名のグループまで)に独得な見かたからして軽蔑視あるいは異様視され、それを意識したとき羞恥心を感じるということもある。他人に知られるかもしれないという状態で、特定社会のタブーを破るとき、その罪悪感が羞恥心を害することもある。無理にタブーを聞かされて羞恥心を害されることもある。他人の欠点を見て羞恥心を感じることもある。初対面の人に会うときのごとく、「てれる」(“become bashful”)という意味での羞恥心もある。それらも精神分析学的には、自己の劣等ないし低級なものへの無意識的な拘泥や敵視のあらわれかもしれないが、問題はむしろ、

そういう意識ないしは無意識を強制する特定の社会や集団の歪みにある場合が多い。性欲は他の動物と共有している自然の面であるから品位を損なうという考えは、食欲の例を持ち出すまでもなく、事実には反するし、普通人が読書によって性欲を刺戟興奮させられたことによつて（他人の目を意識せぬところで）羞恥心を害されるかどうかははなはだ疑問である。そこで最高裁判所は、「本件訳書『チャタレイ夫人の恋人』は……家庭の団欒においてはもちろん、世間の集会などで朗読を憚る程度に羞恥感情を害するものである」という別の基準を持ち出す。ここには文学作品の全体的評価の必要を認めず、性描写の部分のみをもつて全体を猥褻文書ときめつける誤った考え方が見えるだけでなく、読書についての根本的な無理解がうかがわれる。普通人が文学作品を読むのと同じ心的態度をもつた人々を相手に、作品の全体を、黙読するときに近い静かさと反芻の余裕をもつて朗読することは、長い時間と熟練なしには不可能であろう。少なくともそれが家庭の団欒の席や世間の集会でできないことは明白である。これは文学への攻撃のための攻撃ではなく、単に程度を示す例として出したのかもしれないが、最高裁判所の判決としてははなはだ不用意と言わなければならない。

筆者は、性に関する現在の社会通念からして、性的羞恥感情を法益として認める可能性を否定するものではない。しかし、それは読書によつて侵害されるものではない。文芸裁判で問題になるほどの文書を読んで理解し得る年齢の者ならば、読まないという選択の自由を侵されてまで猥褻な文書を読まされるとは考えられないからである。性的羞恥感情は、見ない自由、聞かない自由、行動しない自由などを奪われて、卑猥な言語や行為による攻撃を受けた場合に侵害される。従つて、これは多くは刑法一七五条以外の猥褻罪に伴うものであるが、その侵害そのものを刑法犯罪の構成要件とする条項はない。性的羞恥心それ自体が卑猥な言語の表示によつてはなはだしく侵された場合も、名誉

感情が毀損されたとして侮辱罪（刑法二三一条）が成立する（それも小さな）可能性がある程度である。従って、刑法一七五条がこの個人法益を保護するものとは考えられず、この性的羞恥感情を猥褻文書頒布販売罪の構成要件要素に含めることには重大な疑問がある。

つぎに「善良な性的道義観念」であるが、これは理性による性欲の抑制と性行為非公然の原則を指しているものようである。この性行為非公然の原則については、真野毅裁判官が少数意見のなかで、「性行為の非公然性の原則に反するとは、性行為を公然と実行するということに帰着する。（本訳書はもとより生き物ではないから、公然であろうと秘密であろうと、訳書そのものが性行為を実行することはありえないことである。）本訳書の性的場面の描写は、性行為を公然と実行している場面をえがいたものではない。この意味においてはどこにも、性行為の非公然の原則に反すかどはないはずである」と批判し²²、かつこの原則を時空を超越した普遍的規範であるとする多数意見に反対している。団藤重光も、最高裁判所が普遍的道德原理として性行為非公然の原則を主張したのを自然法思想の表明と見て、「最高裁判所ともあろうものが自然法論の一色に塗りつぶされるとはどういうことだろう」と深い疑問を提出し、真野裁判官と同じく、「性行為そのものの非公然性と、性行為に関する描写の非公然性とのあいだには、大きな距離があるはずだ」と述べ、さらに性行為の非公然性の原則を自然法というならば、表現の自由もまた自然法に属するものと言わねばならぬだろうに、判旨のごとく、性行為非公然性の原則を一方的に持ち出すだけで割り切ってしまうのは、この判決全体を支配している「例の一刀両断的態度の現われであり、人権についてのセンスの不充分さを物語るものではないか²³」と鋭く批判している。

『悪徳の栄え（続）』第二審判決もこの性行為非公然の原則を支持し、「文書による性的行為の表現は、その表現の

仕方によっては、現実の性的行為が行なわれたと同様、あるいはそれ以上の心理的影響を見る者に与え、更に文書の性質上、現実の性行為によるものより影響が広範囲に亘る虞れがあることを考えれば、文書による性行為の表現も、現実の性行為と同じく、性行為非公然性の原則の適用があると解するのが相当である」(傍点筆者)と主張する。これも証拠にもとずいた客観的な事実だとは到底受けとりがたい。言語芸術が人の想像力や美的情操や思考能力を喚起して、他に比類を見ぬ独得な感化を与えることはたしかにあるが、読書という記号的経験によって受ける感化ないし影響は、複雑な構造を持つ現実経験から受ける影響とは比較にならぬほど異質である。また、これらの経験から心理的影響のみを抽象して比較することは不可能であろう。戦争小説が戦争という現実経験を与え得ない(端的に言えば、それを読んで戦死するおそれはない)のと同様に、言語表象による性描写は現実の性行為を目撃するときの(しばしば悲劇的な)衝撃的経験と同じものを与えるとはどうしても考えられない。しかも現実の性行為は、目撃者に回復しがたい心理的な傷を負わせ、その後の正常な対人関係を阻害することさえあり得るだろうが、読書という自発的かつ選択的な行為によって普通人が受ける心理的影響は、どれほど深刻なものであるにせよ、あくまで内心の問題にとどまり、証拠もなく反社会的行動への転化の危険性ありとして裁判所が干渉すべき性質のものではあるまい。

くりかえして言うとおり、筆者が文芸裁判の記録を見て最も不安に思うのは、かかる臆測、非論理、独断の積み重ねによって、表現の自由を制限するに足る公共の福祉(社会法益)の内容を不明確にしたまま、心理的悪影響や、反倫理的観念をまで審こうとする裁判所の姿勢である。その過度に規範主義的、職権主義的な姿勢はチャタレイ事件における最高裁判決のつぎのようなことばにも表われている――

「かりに一步譲って相当多数の国民層の倫理的感觉が麻痺しており、真に猥褻なものを猥褻と認めないとしても、

裁判所は良識をそなえた健全な人間の観念である社会通念の規範に従って、社会を道徳的頹廢から守らなければならぬ。けだし法と裁判とは社会的現実を必ずしも常に肯定するものではなく、病弊墮落に対して批判的態度を以て臨み、臨床医的役割を演じなければならぬのである。」

ここには性に関する社会通念の変化を、進歩と見るどころか、倫理感覚の麻痺ときめつける旧弊な權威主義が感じられないだろうか。裁判所が社会を道徳的頹廢から守る役割を（教育者、宗教家、政治家等とともに）、その限られた職権のなかで担うことについては異論はないが、社会の病弊を矯正せんがために、罪刑法定主義の原則を忘れ、公共の福祉を守るとの名のもとに、明白にして避け難い公共の危険だけではなく、「麻痺した倫理感覚」まで審く道徳・裁判になっては一大事である。

以上述べてきたとおり、最高裁判所の判決に示された猥褻の概念は、はなはだ不明確で、猥褻文書頒布販売罪の持つ反社会的危険性を証明することなく、臆測によって保護法益を拡大していると断ずるほかはない。

四 概念規定を改正する必要

正常な普通人を問題にした場合には、明白な危険性の認められない猥褻文書も、未成年のあいだに大量に頒布されれば、道義観念の形成期にある青少年にいちじるしい悪影響を与えるから、やはりかかる文書の頒布販売は刑事犯として処罰すべきだという説がある。これに対して、悪質な猥褻文書の頒布販売は検閲や押収によっては到底解決しないひとつの社会問題だという考えがある。ゲルホーンやクロンハウゼン夫妻 (Eberhard W. Kronhausen, 1915- and Phyllis C. Kronhausen, 1929-) などは、抑圧よりも解放を、読ませないことよりも、よりよいものを読ま

せる努力を、と説き、公権力による抑制よりも、青少年が自分でよいものを選ぶ能力を養うことが肝要であると主張している。ハーバート・リード (Herbert Read, 1893-) も、道徳は自由によって強められるのであり、抑圧は猥褻文書頒布の病弊をますますつものらせる効果しかないとして、一方では猥褻文書の出版者と消費者の動機を分析し、彼らの性本能を昇華すること、もう一方ではもっと広く芸術を通じての教育方法を開発することによって、こういう悪質な文書を必要としない社会を形成することを提唱している。²⁴ 筆者はこうした考えを理想的すぎるとは思わないが、現在のわが国の社会通念はもちろん、憲法学者や刑法学者も（ごく僅かな例外は別にして）そこまで成熟した考えを持っていないので、なお当分は猥褻文書頒布販売行為を刑法によって規制する方法がとられるにちがいない。この法規制に関して進んだ方法をとっている英米両国の場合でも（中および下の部で述べるように）一朝一夕にして変化が遂げられたわけではない。

そこで差当つての問題としては、猥褻文書概念を、その文書によって影響される「被害者」の「感情」とか「観念」とかによって漠然と規定する現在の方法を改め、（そういう影響面を無視することはできないが）可能なかぎり文書それ自体の性質（——文書それ自体に猥褻性という性質を認め得るか否かの議論は下の部の「全体的評価と相対的猥褻性の概念」の項にゆずる——）によって明確に、具体的、詳細に規定し、この罪の危険性なるものを不当に拡大せぬよう努力すべきである。単純な所持および閲読を刑法上は有罪と認めない文書を、頒布販売するだけで、つまり量的な要素と非強制的な勧誘による公然化という要素が加わっただけで、公共の福祉を侵害すると認定するのであるから、刑法一七五条の取扱いには慎重の上にも慎重な態度が望まれる。

現在のところ、右のような意味での猥褻文書の定義としては、(1)現在の社会的基準に照らし、平均的な人間にとつ

て文書全体を支配する主題が、もっぱら好色的興味に訴えると判断されるものであり、(2)かつ、その償いとなるような社会的重要性を全然持たぬものとする、アメリカの連邦最高裁判所の判決が最も範にするに足るものと思われる。(アメリカ法律協会 [American Law Institute] の模範刑法典も、やはり文書それ自体の性質による概念規定をしている。) わが国でも刑法の強権を伴った規制対象としては、かかる「悪質な」猥褻文書に限るべく、司法当局のみならず、立法府も最大の努力を傾けるべきである。

中および下の部においてはアメリカの連邦最高裁判所による「猥褻文書」の定義の詳細と、同裁判所が現行の定義を下すに至るまでの、またイギリスで猥褻出版物取締法が改正されるに至るまでの、可罰的猥褻性評価基準の変遷を辿るとともに、全体的判断と相対性猥褻性の概念、社会通念と裁判所の判断、犯意と責任などの諸問題について論ずる。(一九六七・一〇・二八)

参 考

憲法第二十一条 集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。

検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない。

憲法第十二条 この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない。また、国民は、これを濫用してはならないのであって、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負う。

刑法第七十五条 猥褻ノ文書、図画其他ノ物ヲ頒布若クハ販売シ又ハ公然之ヲ陳列シタル者ハ二年以下ノ懲役又ハ五千元以下ノ

罰金若クハ科料ニ処ス販売ノ目的ヲ以テ之ヲ所持シタル者亦シ

- (1) 宮沢俊義「チャタレイ裁判について」(『ジュリスト』一二九号、二〇頁。)
- (2) 大江健三郎は「自己検閲の誘惑」(『文芸』一九六六年一月号)で、出版社の自己検閲に関連して「あきらかに強大な強権に弱者がともかく対抗するためには、つねに一種の二面作戦をとるほかない」と述べ、その内容をこう説明している——「まず第一に、こうした文学外からの干渉(『公権力による発売禁止処分』)が不当であることを主張しつつづける必要がある。そのためには処分をうけた出版社が、異議を申し立ててつづける必要がある。そして第二には、とくに翻訳において、こうした干渉に乗ぜられないよう細心の注意を払い、同時に読者に対してそうした注意を知らざるを得なかったことを明記し、原典への関心を喚起することが必要である。しかもその際に、出版社は、その種の注意力の規範を、あくまでも自分の内部に保持するべきで、すなわち文学の専門家の手に確保するべきで、それを外部の《その筋の情報通》にゆずりわたしてはならない。」これは正論であるが、わが国の出版界の現状は、この程度の期待すら実現するにはほど遠い。やはり、作家、評論家、翻訳家、文学研究者等々の側が卒先協力して、自己検閲を廃止し得るよう、法律的条件を変えるよう努力すべきではあるまいか。
- (3) チャタレイ事件判決文の引用は「判例時報」一〇五号(臨時増刊)による。
- (4) その証拠に、第二審判決でしきりに用いられた猥褻性や性的刺戟の減少ないし昇華という表現を、最高裁多数意見は注意深く避けている。ただ真野裁判官のみが少数意見において、「文学的・芸術的の主張、思想、価値、誠実性がある場合においては、猥褻性が減殺され、浄化され、醇化され、払拭されることがあり得る」と認めているのである。(この点についての筆者の批判的な見解は下の部の、「全体的評価と相対的猥褻性の概念」の項で述べる。)
- (5) 「悪徳の栄え(統)」に関する第一審(無罪)の記録は「サド裁判」上・下(現代思潮社、一九六三年)による。控訴審判決(有罪)については高裁判集一六卷八号五七三頁以下を参照。
- (6) 性的な刺戟、興奮が「萎縮する」ということばを用いたのは、この「悪徳の栄え(統)」事件第二審判決が最初であろう。
- (7) 福田恆存は「良識家の特権意識」(『中央公論』一九五七年五月号)で、第一審以来、ジャーナリズムが常に「芸術か猥褻か」というキャッチ・フレイズを用いてこの裁判を扱ってきたことに大きな迷惑を感じていると述べ、その理由として、人々はそのキャッチ・フレイズから暗々のうちに「芸術作品でありさえすれば、猥褻ではあり得ない」という主張を読みとるからだ、と言っている。阿部知二と奥野健男はもっとはっきりと、芸術的価値のある作品が法律的価値の面から猥褻と見られることがあっても仕方が

- ない、という意見を表明している（座談会「文芸作品の社会性」——『法律時報』三七二号）。
- (8) たとえば勝本正晃、宮沢俊義、植松正、江家義男、加藤一郎など。芸術性と猥褻性とは両立するという考えに批判的なのは、木村亀二（『チャタレー事件の裁判』——『法律時報』三二五号、七頁）、前田信二郎（日本刑法学会編『刑法講座』第五卷、一七二頁）など。団藤重光（『刑法各論』一九四頁）は、相対的猥褻論を主張し、真野裁判官の意見に近い。
- (9) Mezger, *Strafrecht, II. Besondere Teil*, 5. Aufl., S. 94.
- (10) *Leipziger Kommentar, begründet von Ebermayer, Lobe u. Rosenberg, hrsg. von Jagusch u. Mezger*, 6-7. Aufl., Bd. 2 (1951), S. 110. (9)とともにドイツ刑法一八四条——わが国の刑法一七五条と類似のもの——に関する解釈である。『悪徳の栄え（統）』事件第一審の弁護士最終陳述から重引。）
- (11) 松尾浩也「わいせつ文書頒布等の処罰と表現の自由」（『ジュリスト』増刊「基本判例解説シリーズ——憲法の判例」一九六六年、三九頁。）
- (12) 宮沢『日本国憲法』（日本評論社、一九五五年）、二四七頁。
「明白にして現在の危険」の原則の発生、展開、修正、分析、評価については、伊藤正己「言論・出版の自由」（岩波書店、一九五九年）、第七章を参照。
- (13) 「言論・出版の自由」二二四頁。
- (14) 前田「規範的構成要件要素と猥褻法の再検討」（『近畿大学法学』十二卷二号、一九六三年、七二頁）。
- (15) 同じ著者（前田信二郎）が、『刑法講座』第五卷（一九六四年）では、「……規範主義・職権主義の支配的なわが国の刑事法廷においては、この「明白にして現在の危険の」原則の適用は、作品効果の事実認定や猥褻法の解釈および反社会的の評価に関して、必要不可欠だと考えるし、また表現の自由の事後抑制のあり方として……あくまでも公共危険罪として、頒布・販売等公然化の行為のもつ反社会的危険性の有無を、明確に、かつ、現在の時間において判断すべきことが強く要望されるのである」（一七八頁）（傍点―飛田）と、見解を変えている。
- (16) 「言論・出版の自由」二九六頁。
- (17) 「言論・出版の自由」二九五頁。

(18) 「言論・出版の自由」二九六頁。

(19) ゲルホーン(猪俣幸一他訳)『言論の自由と権力の抑圧』(岩波書店、一九五九年)、七七頁。同様のことが Eberhard & Phillips Kronhausen, *Pornography and the Law* (New York, 1960) の最終章にも述べられている。そこには、猥褻文書は性犯罪の誘因にならぬどころか、むしろそれを読む者は読まぬ者よりも性犯罪をおかす率が小さいというワシントン、セント・エリザベス病院精神療法医長、カープマン博士(Benjamin Karpman)の意見や、「読書その他の空想的機能が反社会的行動に導く」という信頼すべき証拠はない」というブラウン大学心理学者グループの結論が紹介されている。精神分析学者であるクロンハウゼン夫妻は、色情的な本が「おそらく妄想型や抑圧型の神経患者に」いくつかのきわめて有用かつ治療的な機能を果たすこともあり得ると述べている。わが国でも阪本一郎(『読書指導——原理と方法』、一九五〇年)、樋口幸吉(『少年犯罪』、一九五三年)、渡辺正亥(『非行少年の読書能力』——『読書科学』十五、十六号)などが、非行少年の読書能力の異常に低いことを指摘し、読書療法の有効性を説いている。

(20) 前田信二郎は、敗戦後の日本の判決は「羞恥厭悪ノ感念」ということばを用いていないと言う(『刑法講座』第五卷、一七五頁)が、それは最高裁判決の意味であろう。昭和二十五年六月二十日の大阪高裁判決は、「一般読者をして性欲の発動を連想し、羞恥厭悪の感念をひきおこしめるもの」を猥褻文書と定義している。もっともこれは大正十二年三月十四日の大審院判例に従ったものであるが、またチャタレイ事件第一審、第二審も、「嫌悪感」を猥褻の概念のなかに含めている。

(21) 江家義男『刑法各論』(青林書院新社、一九六七年、一七二頁)。これは、猥褻物を頒布陳列するなど、とにかく公然化すると犯罪になるという条文から、公然化する以前に猥褻物という不都合なものが当然存在しているという単純な考えから出たのかもされない。しかし、人を殺傷する目的で出刃庖丁や角材などを準備して集合したならば、その時点において、本来人の殺傷を目的として作られたものではない出刃庖丁や角材までが凶器と見なされるのと同様に、性器も(絵画、彫刻などの裸体モデルなどと異なり)これを不特定多数者の前に(主として営利目的を持ちかつ意識的に、または性行為を連想させる動作を伴って)、公然と露出するその時点で猥褻物と見なされるという解釈は可能ではあるまいか。そして、用法上の凶器に対して性質上の凶器があるように、性質上の猥褻文書(*Pornography per se*)を認めることも可能であろう。

(22) これに対して宮沢俊義は、「言葉の揚足とりとしても、あまりに下らないとおもう。……「クツおよびゾオリのほか入るべから

「ず」という揭示を見て、クツやゾオリは生きものではないから、ひとりで行くことはできない、と評するようなものである。……いずれにしても最高裁の名譽を高めるゆえんではないようである」(『ジュリスト』一二九号、二二頁)と批判したが、逆に福田恆存から、「宮沢さんはどうかしているのではないか……『あげ足とり』といえば、法律学は、私たちの眼にうつるかぎり、すべて『あげ足とり』です」(『中央公論』一九五七年五月号、二〇四頁)と噛みつかれる一幕があった。

なお、性行為非公然の原則は、刑法一七四条および一七五条に規定する公然猥褻の禁止から逆に生まれる解釈法学的原則にすぎぬ、という注目すべき見解がある。(木村龜二「チャタレー事件の裁判」——『法律時報』三二五号、四頁。)

(23) 「チャタレー裁判の批判」(『中央公論』一九五七年六月号、五四頁。)

(24) C. H. Rolph (ed.), *Does Pornography Matter?* (London, 1961), pp. 11-26.

補註 法が危険文書と見なしているものがあるとすれば、破壊活動防止法三八条二項二号に規定する、内乱、外患誘致、外患援助を實行させる目的で、その実行の必要性または正当性を主張する宣伝文書がそれかもしれない。これも単純な所持や閲読は犯罪とされないが、印刷、頒布、公然揭示は犯罪を構成する。しかし、これに対しては、長谷川正安、滝川春雄、小林孝輔、奥平康弘など違憲の疑いをさしはさむ法律学者が多い。

刑法一七五条に関連するものとして、例外的に、ある種の文書の単純所持をも禁止し得る法律がある。関稅定率法二二条がそれで、その一項三号は「公安または風俗を害すべき書籍、図画、彫刻物その他の物品」の輸入を禁じており、税関はこの法律をもって憲法で禁じているはずの検閲を行なっている。これまでのところは、旅行者の旅具検査による押収だけが行なわれ、一九六六年には一七九四件が猥褻物等として差し止められているが、大部分はいわゆるエロ写真で、文学書は含まれていない。前大蔵省関稅局企画課長は、これに関して、「大部分は……旅行者が一人ひそかに楽しみ、あるいは酒席の余興に友人にみせびらかす類のものが多く、たわいないといえどもそれまでだが、その反面、表現の自由の不当な拘束として憲法学者を心配させるような代物ではない。……人あるいはこの種の単純所持物的なものを輸入禁止すること自体が不当だという意見があるかも知れない。しかし、かりに立法政策上の不当の判断が分かれるにしても、少なくとも憲法論議を引き起こすような問題でないことは確かだ」(植松守雄「税関検閲」の現状と問題点——『ジュリスト』三七八号、二八頁)とたかをくくったような議論をしているが、こういう官吏の独断が、将来拡大して、文学書の輸入抑止に至る可能性はないとは言えない。一部の猥褻文書やエロ写真等を取締るという便宜

上の理由から、刑法に触れぬ単純な文書所持をも抑制する権限を検閲官に与え、芸術作品をすら輸入禁止する可能性を放置しておくのは、これを是認すれば国内での検閲復活必要論への口実を与えるおそれがあるだけに、立法的な再検討を要する問題である。この法律はまだ合憲性が裁判所で審理されたことはないが、宮沢俊義、我妻栄、鶴飼信成など、これに違憲の疑いを持つ法律学者は非常に多い。

いまひとつ、有害文書の存在を認めるものに、地方の青少年保護育成条例があり、たとえば現在三十道府県の同条例のうち大阪府のそれを除く二十九には、有害文書図画の販売等の制限規定があり、大部分は罰則を伴っている。これは北海道の場合「著しく性的感情を刺激し、粗暴性を助長し、もしくは、道義心を傷つけるものなどであって、青少年の健全なる育成を害するおそれあり」と認められる「有害文書」の販売等を禁ずるもので、他の条例もほぼこれと同じである。こういう文書も、青少年自身の単純な所持や閲読や貸与等を有罪とするものではないが、青少年への販売、頒布、貸付、交換等は禁止される。筆者はこの条例が適正に効果的に施行されれば、刑法一七五条に代り得る可能性すらあると思うが、現在はまだ可罰的有害性の認定基準が厳格と云えず、拡大解釈の余地が大きすぎることに、条例運用の際に取締り機関としての知事ないし地方自治体の権限が大きすぎて公正な審査を期しがたいこと、異議申立て者に対する保護が充分でないこと等からして、違憲の疑いすら持たざるを得ぬ実状である。条例運用には、刑法の場合よりはるかに政府機関、警察、地方有力団体（政党支部、新聞社、母の会、PTA連合会、宗教団体等々）、その他の不当な圧力が加わりやすく、条例が青少年保護の目的と範囲とを逸脱した出版物取締り運動に利用されるおそれもないとは言えないので、運用には特に厳しい注意が必要である。（現在まで実際に有害指定を受けたのは特定の雑誌——『夫婦生活』、『実話と秘録』、『奇譚クラブ』等々——に集中しており、あまり問題はないようであるが。）

人文研究 第三十五輯