

わが国の性表現規制の現在

——「社会通念」の検討を中心として

飯野 守

一 はじめに

性表現規制という問題を考えるとき、わが国では一般に、著名な「チャタレイ夫人の恋人」事件最高裁大法廷判決（後述）以来の判例の蓄積が厳然として存在するものと考えられてきた。ところが、現在では、かつては到底許されなかつたと思われる性表現が氾濫しており、一九九六年一月には、最高裁により「わいせつ」と判断された伊藤整訳「チャタレイ夫人の恋人」の削除部分を復活させた完訳版そのものも復刊されるに至っている。⁽¹⁾

このような現状の下で、裁判所による「わいせつ」性判断の基準や方法は変化したのかしていないのかについて、ここで問題を整理しておくことには大きな意義があると思われる。

以下、本小論では、「わいせつ」な性表現の規制という問題の重要な論点の一つである「社会通念」の問題点にテーマを絞って検討

することとし、次章で、今日までの主として最高裁の判例を整理したうえで、第三章および第四章で、「わいせつ」性判断の基準としての「社会通念」の問題点を明らかにしたい。⁽²⁾

二 わが国における性表現規制をめぐる主要な判例

「わいせつ」な性表現に関する今日までの判決のうち、最も重要なものと考えられてきたのは、「チャタレイ夫人の恋人」事件最高裁大法廷判決（以下、「チャタレイ判決」とする）である。また、その後の著名な最高裁判決として、「悪徳の栄え」事件最高裁大法廷判決（以下、「サド判決」とする）、⁽³⁾「四畳半襖の下張り」事件最高裁小法廷判決（以下、「四畳半判決」とする）⁽⁴⁾があり、これらの判決と、その他の主として最高裁の小法廷の判決が今日までの判例を形成している。

そして、これらの判決中では、(1)表現の自由といえども無制限で

はないので、「わいせつ」な性表現に対する刑法（一七五条）による

規制は憲法に違反しない、(2)刑法に言う「わいせつ」な文書とは「徒らに性欲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」（「わいせつ」三要件）であり、その概念は不明確でない、(3)文書がわいせつな表現に当たるか否かの判断は事実認定の問題ではなく、法的価値判断（「法解釈」の問題として「社会通念」に照らして裁判所が行う（以上、チャタレイ判決）、(4)「わいせつ」性と芸術性・思想性とは次元が異なる概念なので、芸術的・思想的な文書も「わいせつ」性を有することがありうる（チャタレイ判決、サド判決）、(5)文書の個々の章句の部分のわいせつ性の判断は、文書全体との関連で判断されなければならぬ（全体的考察方法）（サド判決）、さらに、(6)露骨で詳細な描写叙述の程度・手法、この描写が文書全体に占める比重、芸術性等による性的刺激の緩和の程度などの観点から文書を全体として見て、主として読者の好色の興味に訴えるものと認められるか否かなどの諸点を検討し、これらの事情を総合して、その時代の社会通念に照らし「わいせつ」三要件に該当するか否かを決する（四畳半判決）、以上の諸点についての判断が示されている。

このうち、四畳半判決の判断（右の(6)の部分）は、チャタレイ判決、サド判決という二つの大法廷判決に次ぐ最高裁の判断として重要と考えられるものであり、描写の程度・手法や芸術性等による性的刺激の緩和の程度（表現方法）を考慮事由に入れ、さらに、好色の興味に訴えるか否か（表現のもたらす効果）をも検討項目に入れた点は、表現方法やそのもたらす効果（表現物としての性質）によつては、露骨で詳細な描写を含む性表現も許容される可能性を示す

ものとして、評価されて良い。

しかし、この判断も、右のような諸点を単に考慮事由として示したに過ぎないのであって、小法廷の判断としての制約のため、前述の二つの大法廷判決の判例変更をするものではなく、単に「わいせつ」性の判断方法を精緻化したにとどまるものであった。また判決は、端的な春本のみが取り締まりの対象であるとしたものでもなく、最高裁自身が「春本」ではないと認めた「四畳半襖の下張り」が、なお「わいせつ文書」に当たるとしたのである。

結局、チャタレイ判決の示した、判断の基本点（前述の(1)から(4)）は、その判断方法が精緻化されたことを除けば、今日まで変更がないものと言わなければならない。ここで、特に重要なことは、「わいせつ」性判断が「社会通念」に照らして行われる法的価値判断であるという点（前述の(3)）である。

次章では、この点についてチャタレイ判決に即して少し詳しく検討することにする。なお、右に述べた判断は、いずれも文章による表現に関するものだが、最高裁は、これらの判断が写真のような映像による表現にも当てはまることを認めている。

三 チャタレイ判決にみる「社会通念」および「性行為の非公然性の原則」

前章において述べたように、チャタレイ判決は、文書が「わいせつ」文書に当たるか否かの判断は、事実認定の問題ではなく、法的価値判断（「法解釈」の問題として、裁判所が「社会通念」に照らしてこれを判断するものとした。問題となる著作はすでに現存して

おり事実と争いは無いのだから、裁判所はただ法を解釈適用すれば良いとするのである。

しかし、チャタレイ判決の判示事項はこれだけではなかった。同判決は右の前提から、実際の著作が「わいせつ」文書に当たるか否かの判断も、著作が読者に与える興奮・刺激や読者が抱く羞恥感情の程度も含めて、法的価値判断の問題として裁判所が判断すべきものとしているのである。判決はさらに、「社会通念」自体も「個々人の認識の集合又はその平均値でなく、これを越えた集団意識であり、個々人がこれに反する認識をもつことよって否定するものではない」と説明しており、実はこれも規範的概念(裁判所が法的な価値判断を行って確定する)と解していると考えられる。

そしてここに、チャタレイ判決の第一の重要なポイントがある。すなわち、右に見たように、同判決は「わいせつ」性判断の方法から事実認定の要素を排除して、「社会通念」の何たるかのみならず、著作が読者に及ぼす影響まで、すべてを裁判所が判断するとしたのである。これによれば、裁判所は個々人の意識により左右されることなく、文書が「わいせつ」文書に当たるか否かを、自らの判断した「社会通念」に従って決めることができることになる。

また、チャタレイ判決の内容上の第二の重要なポイントは、同判決が、人間社会には「性行為の非公然性の原則」なるものがあるとした点である。

最高裁は、人間には動物と異なり羞恥感情があるので、未開社会においてさえ「性器を全く露出しているような風習はきわめて稀であり、また公然と性行為を実行したりするようなことはない」ことに見られるように、「性行為の非公然性の原則」があり、この原則

に反する「わいせつ」書は、羞恥感情を抱かせ、性秩序無視を誘発する危険を含んでいるため、刑法上頒布販売が禁じられるのだとしている。そして、「社会通念」には変遷があるとしても、その「超ゆべからざる限界」としてこの「性行為の非公然性の原則」があるとするのである。

最高裁は右のような前提から、一二か所に及ぶ「相当大胆、微細かつ写実的」描写を含む『チャタレイ夫人の恋人』は、「性行為の非公然性の原則」に反し、「羞恥感情を害する」とともに、「性的欲望を興奮刺戟せしめまた善良な性的道義観念に反する」ので、「社会通念」上許される限界を超えており「わいせつ」書に当たるとした。

少なくとも最高裁の判決中には、個々の描写についての具体的な検討は見られず、右の判断は結局、性に関する大胆、微細、写実的な描写Ⅱ性行為の非公然性の原則に反する文書Ⅱ「社会通念」上許されない文書Ⅱ「わいせつ」三要件を満たす文書、とする単純な図式と選ぶところが無いものである。ここにあるのは、ただ、性に関する露骨な描写(あるいはそれを含む表現)は、性を隠すという性道徳に反し、「わいせつ」な表現として規制されなければならないとする厳格な倫理的立場であると言わざるをえない。

四 「社会通念」は変化するか、あるいは変化したか

三章において検討したチャタレイ判決の示した判断のうち、「性行為の非公然性の原則」については、チャタレイ判決以後の最高裁は、確かにこれを「わいせつ」表現規制との関わりでは使っていない

い。しかし、下級審の判決の中では比較的最近まで使われており、この原則に基づき有罪が言い渡されたケースもある。

たとえば、「四畳半襖の下張り」事件一審判決は「性行為の非公然性の原則」が性道徳ないし性風俗の根幹をなしてきたことは否定できないとしたうえで、「現実には性器が露出されたり、性的行為が行われているのを見るのに比せられるほどの露骨かつ詳細な性器または性的行為の描写のある」文書等の公表は、現実の性器の露出や性的行為の公然の実行と変わるところがないとして、性行為の非公然性の原則から「このような文書等を公表することもまた禁止されるべき」としていた。⁽¹⁰⁾

また、「フオーク小説、ふたりのラブ・ジュース」事件控訴審判決も、「(社会通念)の根幹をなすものはいわゆる性行為非公然性の原則であり……性器または性交、性戯等の性的行為の状況を、これらを目のあたりに見るのに比せられるほど露骨かつ具体的に描写しているかどうかが重要な基準になるというべきである」とする。⁽¹¹⁾

このように、下級審への「性行為の非公然性の原則」の影響力は否定できないが、この言葉を使っていない多くの判決にも、性器・性交の露骨かつ詳細な描写⁽¹²⁾「わいせつ」表現という図式がそのまま受け継がれて現在に至っていると思える節がある。

実際に、ある高裁判決は、「撮影の意図は、若い女性の裸体の美しさを表現することにあつたとみられないでもなく……一体のものとして鑑賞する限りにおいては、猥褻感が強いとはいえないものと認められる。」写真集について、「露出した陰部及び陰毛が明瞭に写し出されている写真」が含まれているため、「わが国における現下の性風俗の实情からすれば、なお猥褻性を有する」と判断している

のである(傍点筆者)。⁽¹³⁾

この判決は四畳半判決以後のものであり、ここからは、チャタレイ判決以降の判決への「性行為の非公然性の原則」の隠然たる影響力を読み取ることがができる。

他方で、下級審の判決の中には、「社会通念」そのものの変化を認め、その変化を理由として被告人を無罪としたものがある。

東京地裁昭和五〇年一月二十六日判決は、「わいせつの概念は社会通念によつて定まり、時代の一般文化を背景として変遷することを免れ得ない」とし、さらに、問題となったビデオテープが「わいせつ」物に当たるか否かの判断にあたつて、それが「制作・販売された昭和四六年頃から現在に至るまでの間における一般市民の意識、感情をとらえなければならぬ」としたうえで、弁護側提出のビデオなどの証拠を基に「いわゆるポルノ作品」が「大衆娯楽として定着している」と判断した。判決は以上の判断を前提として、問題となったビデオテープ(四本)のうち、弁護側提出のビデオなどと「質的な相違」がない三本について「わいせつ」性を否定するとともに、残りの一本の販売についても、犯意がなかったものとした。⁽¹⁴⁾

この判決は、「社会通念」をその時代における一般市民の意識・感情そのものと捉えたりうえで、その変遷を認めたものである。

また、東京地裁昭和五四年一〇月一九日判決は、「社会通念」を規範的概念と解したうえで、それが、「時と所によつて異なり、また、同一の社会においても時の経過につれて変遷する性質のもの」であるとす。判決はさらに、近時において、性に関する表現の程度が高まりつつあり「普通人」がそれに馴れ、受け入れるように変化しつつあること、捜査・訴追機関がこれを放任していることなど

の事実を挙げて、このような「性表現流布によって現時点までに普通人が到達した前記の『馴れ』『受容』及び捜査機関等による『放任』の程度を重要な資料としたうえで……社会通念における性表現許容の目安を見出すのが妥当」とする。同判決は結局、問題となった単行本の写真は、一般に流布されている出版物より露骨さ、煽情性などの程度が低く、社会通念上許容される限度を超えていないと判断した。これも、普通人の馴れや受容、捜査機関の放任の程度が社会通念の判断の資料たり得るとする判断である。

注目すべきことは、「社会通念」そのものの変化を認めるこれらの下級審の判断は、いずれも、「社会通念」の何たるかの判断を事実認定の問題に近づけようとしていることである。このような捉え方は、「社会通念」を客観的に判断する努力の一つとして評価に値しよう。

五 おわりに

以上、裁判所による「わいせつ」判断のポイントの一つである、「社会通念」の問題を中心にみてきたが、「社会通念」を「事実」として捉え、さらにその変化を認めようとする考え方は、今日まで裁判所内部では多数派とはなっていない。むしろ、昭和五六年の東京高裁判決（前掲注（12））に見られたように、「ポルノ」とは異なるヌード写真集さえ、裁判所は「わいせつ」書として葬ってきたのである。

最高裁は、昭和五五年に小法廷で「わいせつ」性判断の手法を精緻化した（四畳半判決）、「社会通念」が「事実」の問題でなく法

的価値判断の問題であるという点については、今日に至るまで判例変更がなされておらず、また「性行為の非公然性の原則」が現在もなお通用する原則なのか否かについての裁判所の明確な判断も存在しない。

性表現の規制緩和傾向が指摘され、取締側の姿勢にも明らかに変化が見られる中で、少なくとも右の点についての、少なくとも最高裁判所の判断は明確には変わっていないのである。

現行の制度の下では、裁判所が「社会通念」に基づいて「わいせつ」性を判断することはやむを得ないとしても、「社会通念」の何たるかが事実認定の問題でないことは、結局、すべてを裁判官の専門的判断（主観を入れる余地が全くないとは言えない）に委ねることを意味する。そして、裁判官が「事実」としての「社会通念」ではなく、「性行為の非公然性の原則」の隠然たる影響力に捕われて判断を行うならば、裁判となった場合に、様々な表現手段により性に真摯に取り組む作品にさえ、その表現の態様によっては「わいせつ」と判断される恐れが付きまとうことになる。

このように、「社会通念」の判断が判例上裁判官に完全に委ねられてしまっていることに、「わいせつ」という問題が市民（表現者および受け手の双方）にとり分かりにくい原因の最大の一つがある。最高裁の判事の中にさえ、「硬直した社会通念」を批判し、「わが国の社会の実態」に即した「社会通念」を事実を考慮して捉えることを説く判事があるのである。

なお、本小論では、問題点の極一部を示したにすぎない。より詳細な検討は別の機会に譲りたい。

- (1) ロレンス著・伊藤整訳・伊藤礼補訳『チャタレイ夫人の恋人』(新潮文庫・一九九六年)。同様に、最高裁により「わいせつ」と判断された、マルキ・ド・サド著、澁沢龍彦訳『悪徳の栄え(統)』(現代思潮社・一九九五年)も復刊されている。
- (2) 本稿をまとめるに当たり、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法』第七卷(青林書院・一九九一年)一六から五八頁から多くの示唆を得た。
- (3) 最大判昭和三二年三月一三日(刑集一一卷三号九九七頁)
- (4) 最大判昭和四四年一〇月一五日(刑集二三卷一〇号一二三九頁)
- (5) 最二小判昭和五五年一月二八日(刑集三四卷六号四三三頁)
- (6) 最三小判昭和五八年三月八日(刑集三七卷二号一五頁)
- (7) チャタレイ判決、一〇〇五から六頁。従って、「一般人の読後感等」は参考としての意味を持つに過ぎないのであり(サド判決、一二四八頁)、当事者が証人や証拠をもって裁判所の判断を覆す手立ては、事実上封じられていると言える。
- (8) チャタレイ判決、一〇〇四から七頁。「性行為の非公然性の原則」については、わが国上代の風俗習慣を例として、多数意見のような時代と民族を超越した「絶対的の猥褻の限界を設けようとする考え方」を批判する、真野毅裁判官の補足意見が参考になる(同判決、一〇一三頁以下)。
- (9) チャタレイ判決、一〇〇七頁。
- (10) 東京地判昭和五一年四月二七日(刑裁月八卷四二五号二八九頁)二九三から四頁。ただし、控訴審である東京高判昭和五四年三月二〇日(高刑集三二卷一号七一頁)および上告審判決中では、「性行為の非公然性の原則」への言及はない。
- (11) 大阪高判昭和五四年三月八日(判時九二三号一三七頁)一三八頁。最高裁も上告棄却して確定している(最二小判昭和五五年一月二八日、判タ四二六号七五頁)。
- (12) 東京高判昭和五六年二月二十四日(判時一〇二四号二三頁)三二頁。この判決は刑法一七五条に関するものではなく、SUN WARMED NUDESという写真集の輸入に対する税関検査の合憲性などが争われた事件の差戻し後の高裁判決である。
- (13) いわゆる日活ポルノビデオ事件一審判決(参考一審判決)として、判時九五一号二八頁に登載)。但し、控訴審判決(東京高判昭和五三年三月二日、刑裁月一〇卷三号一五一頁)は、一審判決の「社会通念」の捉え方を否定して、四本全部について「猥せつ性をもつもの」と認めた(一五四から六一頁)。
- (14) いわゆる愛のコリダ事件一審判決(刑裁月一一卷一〇号一二四七頁)一二五五から六三頁。控訴審である東京高判昭和五七年六月八日(刑裁月一四卷五二六号三一五頁)も控訴を棄却して無罪判決を支持した。特に、「社会通念」の判断にあたって「裁判所が性表現に対する普通人の意識を重要な資料のひとつとすること」については、明確に支持する(三一七頁)。
- (15) 最三小判昭和五八年三月八日(前掲注(6))、二二頁、伊藤正己補足意見。