

## 憲法判例研究(3)

## 「愛のコリーダ」事件控訴審判決

わいせつ文書図画販売、わいせつ文書図画販売目的所持被告事件、東京高裁昭五四(5)二五三一号、昭和五七年六月八日刑事六部判決、控訴棄却(確定)、判例時報一〇四三号三頁。

松 本 昌 悦

## (事実)

本件は、極めて著名ないわゆる阿部定事件に題材をとっている被告人X脚本・監督の日仏合作映画「愛のコリーダ」の宣伝用スチール写真と脚本等を掲載した同題名の単行本中の一二葉の写真と二三か所の脚本部分が、わいせつの図画及び文書に当たるとして、署名である同監督と出版者とがわいせつ文書図画販売、わいせつ文書図

画販売目的所持に問われた事件の控訴審判決である。

被告人Xは、松竹株式会社映画製作の助監督、監督を経て、映画製作を目的とする株式会社創造社を設立し、後に、株式会社大島渚プロダクションを設立して、両会社の代表取締役となるとともに、映画の製作等を行って現在に至っている。被告人Yは、京都市内に書籍小売販売店三一書房を開店し、同店を東京都に移して株式

会社三一書房と改め、被告人が同会社の代表取締役となり、図書雑誌の出版販売の業務を行い現在に至っている。

被告人Yは、昭和五一年二月初ころ、被告人Xが、前記大島渚プロダクションとフランスの映画製作会社フルゴス・ファイルスとの合作で映画「愛のコリーダ」を製作したことを知って、被告人Xの執筆にかかるその脚本を同人から借り受けて読み、右脚本には、男女の性交・性戯の場面等が露骨に記述された部分のあることを了知したが、それを単行本として発行することを企画し、そのころ同人に右脚本の出版を提案し諒承された。

このような経緯から、「愛のコリーダ」の書名で男女の性交・性戯の姿態を撮影した、わいせつのカラー写真及び男女の性交・性戯の場面等を露骨に記述したわいせつの文章を掲載した単行本「愛のコリーダ」が発行された上、前記「三一書房」の通常の販売方法である取次店に対する委託販売、若しくは注文販売等の方法により、合計一二、五二四冊を売り渡し、更に搜索差押を実施し

た際、合計四七三冊を販売のため所持していた、というものである。

第一審判決では、わいせつの一般的意義に関しては、最高裁の定義に従うのが相当であるとしつつ、具体的事実案における文書、図画がわいせつに当たるか否かの判断に当たっては、これを具体化した判断基準を設定することが有用であるとし、その基準として、「文書・図画がわいせつと評価されるためには、(1)当該文書・図画中に過度に性欲を興奮、刺戟させるに足る煽情的手段によって、性器、性交ないし性戯に関する露骨、詳細、かつ、具体的な描写（性表現）のなされていること、(2)右のような描写の存在により、その文書・図画が全体として、好色的興味をそそるもので普通人の性的羞恥心を害する程度に卑わいである」と評価されるものであること、(3)二点が肯定されることを要し、また、右(1)、(2)の各要件の存在（性表現の程度）を判定するには、普通人の間に存する良識、すなわち社会通念に従うべきである」とした。

## 判 例 研 究

そこでいう社会通念とは、個々の人の意識の集合ないしその平均値をこえる規範的な概念としての集団意識であるが、このことは社会の変化に応じて変る性質をもつものであり、わが国の近時の性表現は大たん化し、率直化し国民の多くのものがこのような性表現に馴れ、これを受容するように変化しつつあることも事実である。こうした点から捜査機関は、おおむね性表現を放任する傾向があり、処罰の範囲に一線を画していると推測される。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「馴れ」、「受容」及び捜査機関等の「放任」の程度を重要な資料としたうえで性表現による社会的諸価値実現の要請の観点と性に関する生活の秩序ないし健全な性風俗維持の要請に対する脅威の観点の接点において社会通念における性表現許容の目安を見出すのが妥当であると判示したというものである。

「ところで、近時、科学、芸術等様々な文化領域でそれら諸価値の実現の過程において、『性』を自覚的に採り上げ、正面から関心の対象として追求する志向が強ま

り、従って性表現を伴う作品の数は増える傾向にあり、このこと自体は、社会的諸価値の実現である以上、社会通念による評価においても基本的に容認されるべきであるが、その一方、この種作品の輩出に伴い、社会的諸価値や有用性の有無にかかわらず、様々の場面での性表現の程度が、時を追って増進する趨勢にあることも明らかである。すなわち近時、我が国でも各種様式における性表現の程度は大胆化し、往時タブー視された性表現方法が公開流布され、漸次その程度を高めつつあることは周知のとおりである（弁護士提出の証拠多数あり。）そして、かかる性表現に多くの者が接触せざるを得ぬ状況下にあつては、徐々にそれら性表現に馴れ、右表現手法によって性的刺戟を受ける程度も低くなる結果、普通人の意識が旧時に比し、より率直、大胆な性表現をも肯定し、受容するように変化しつつあることは否定し得ないところである。また、流布されている性表現のうち多くものが捜査、訴追機関により、処罰の対象として取り上げられず、『放任』されているが、それらには、ほほ

共通した煽情性抑制の手法と表現程度の限定努力がうかがわれることから、捜査機関等は、単に個別事情の勘案により、検挙、訴追を差控えているというに止まらず、一定の基準を設けて著しく露骨、煽情的でないものを処罰の対象から解放しているものと認められる。この『放任』の状況は、前記普通人の肯定、受容する性表現の程度を反映し、その種性表現が性秩序や性風俗へ脅威とは感ぜられなくなったことを推認させるものである。このような性表現流布のもたらした普通人の意識の変化は、社会通念にも影響を及ぼす。すなわち、普通人の現時点までに到達した『馴れ』、『受容』、捜査機関等の『放任』の程度を重要な資料としたうえで、一面、性表現による社会的諸価値実現の要請をふまえ、他面該表現が性に関する生活秩序や健全な性風俗維持の要請に対して与える脅威の程度を測り、この両者の接点に社会通念における性表現許容の目安を見出すのが妥当である。」。

本判決も、右の第一審判決が述べた、わいせつ性の具体的判断基準は、四畳半襖の下張事件（最判昭55・11・28

刑集三四・六・四三三）がわいせつ性判断の方法として示した「当該文書の性に関する露骨で詳細な描写、叙述の程度と、その手法・右描写叙述の文書全体に占める比重、文書に表現された思想等と右描写叙述との関連性、文書の構成や展開、芸術性、思想性等による性的刺激の緩和程度、これらの観点から該文書を全体としてみたとき主として読者の好色的興味にうったえるものと認められるか否かなどの諸点」を総合してその時代の健全な社会通念に照して決すべきであるとしたのと実質的に軌を一にするものであり、また「社会通念」における性表現程度許容の目安を見出すのに普通人の「馴れ」、「受容」及び捜査機関等の「放任」の程度を重要な資料として、性表現の持つ社会的諸価値実現の面と性秩序に与える脅威の程度を測るといふ第一審判決の手法も従来の判例と同趣旨に出たものであることが明らかであるとして結局第一審判決のわいせつ性の判断方法・基準に関する判断を是認した。このような判断をしたうえで、本判決は、公訴事実にかかる写真は、過度に性欲を興奮、刺激させ

るに足る煽情的手法による描写とはいえないし、脚本部分も、性交・性戯に関する露骨で具体的な描写叙述となつてゐることは肯定できるが、その描写が簡潔であつて煽情的効果は滅殺されてゐるし、脚本全体との関連で見れば、主として受け手の好色的興味に訴えるものとはいえず、写真と脚本の相乗・増幅作用の問題を考慮しても別異に解す余地はないとして、わいせつ性を否定してきているのである（判例時報一〇四三号コメント参照）。

### （判旨）

(一) 「所論（検察官の控訴趣意書）は、まず、原判決は、刑法一七五条にいう『わいせつ』の一般的意義については『徒らに性欲を興奮又は刺激せしめ、かつ、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』とする従来の最高裁判例の定義に従うとしながら、わいせつ性の判断基準をなす社会通念は時代の變遷につれて変容し、今日においては本件起訴にかかる部分はわいせつの文書・図画にはあたらないと

するが、いわゆるチャタレー事件最高裁判決（昭和三二年三月三日大法院判決・刑集一一卷三号九九七頁）は、性に関する社会通念の変化にかかわらず超えるべからざる限界としていずれの社会においても認められ、また一般的に守られてゐる規範として性行為非公然性の原則が存在する旨判示し、これによれば、性行為非公然性の原則はわいせつ性の判断基準としての社会通念の中核と解すべきところ、原判決は、右性行為非公然性の原則についていかなる立場をとるのかなんら判示しないまま無罪判断を導き出した点において、原判決には理由不備の違法があるかあるいは規範的概念たる社会通念についての解釈を誤つた違法があるといふのである。

しかし原判決は、刑法一七五条にいう文書・図画の『わいせつ』の一般的意義については、チャタレー事件判決を含む累次の最高裁判例の定義に従い『徒らに性欲を興奮又は刺激せしめ、かつ、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』

とするとともに、わいせつ性の有無の判断についても、結局は社会通念に従う旨判示しているものであり、右判断はもとより正当であるから、さらに進んでいわゆる性行為非公然性の原則について原判決が言及していないことをもって、所論のような理由不備ないし判例違反などの違法があるということはできない。」

(二) 「社会通念が如何なるものであるかの判断は、判例上、事実認定の問題ではなく法的評価の問題であって裁判所に委ねられているところではあるが、それが所によつては必ずしも同一でなく、また同一の社会においても時の経過により変遷することがある以上、その判断を委ねられた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は決して不都合なことではない。もとより、普通人の性表現に対する馴れ、受容の程度を的確に把握することはきわめて困難であるばかりか、巷間に流布されている性表現物すべてが普通人に受容されているとは限らないのであって、これを性表現程度許容の唯一の目安とするような

ことは、わいせつ性の判断が捜査官憲の取締の実情に左右されるという不合理な結果を招来し、とうてい許されるべきでないことは論をまたないところである。

しかしながら、原判決の『馴れ』、『受容』及び捜査機関による『放任』の程度を性表現程度許容の目安を見出すにあたっての重要な資料とするとの趣意が決して右のような趣旨にでたものでないことは、原判決がこれらを重要な資料としたうえで、一面、性表現による様々な領域での社会的諸価値実現の要請をふまえ、他面、性表現が性に関する生活の秩序ないし健全な性風俗維持の要請に対して与える脅威の程度を測り、この両者の接点において、社会通念における性表現程度許容の目安を見出すのが妥当であるとしているところからも明らかであり、原判決の右判断自体が、本来、社会通念に関する資料としてとりあげてはならないものを判断対象としたと非難するのはあたらない。」

(三) 「さらにわいせつ性の判断と性表現の各種領域における社会的価値との関連について検討すると、わいせ

つ性の有無、程度と、他の領域における社会的価値とは、所論の指摘するとおり別異の次元に属する概念であり両立しえないものでないことは、当裁判所もこれを肯定するものである。しかしながら、所論引用の悪徳の栄え（続）事件判決（昭和四四年一〇月一五日大法廷判決・刑集二三卷一〇号二三九頁）が、わいせつ性と芸術性・思想性とはその属する次元を異にするとしながらも、『文書がもつ芸術性・思想性が、文書の内容である性的刺戟を減少・緩和させて、刑法が処罰の対象とする程度以下にわいせつ性を解消させる場合があるうことは考えられる』とし、さらには、いわゆる四疊半襖の下張事件判決（昭和五五年一月二八日第二小法廷判決・刑集三四卷六号四三三頁）が、『文書のわいせつ性の判断にあたっては、（中略）文書に表現された思想等と右描写叙述との関連性、文書の構成や展開、さらには芸術性・思想性等による性的刺戟の緩和の程度、これらの観点から該文書を全体としてみたときに、主として、読者の好色的興味にうったえるものと認められ

るか否かなどの諸点を検討することが必要である（る）』としていたのであって、これらの判例はいずれも、わいせつ性の判断にあたってはその文書・図画のもつ芸術性・思想性等の社会的諸価値をも考慮に容れるべきことを積極的に肯定しているところであり、原判決の前記判断も、結局においてこれと同趣旨に出たものであることが明らかであるから、この点に所論のような判例違反はもとより法令解釈適用の誤りはない。」

（四）「所論は、原判決がわいせつ性の意義につき『徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、かつ、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』とした最高裁判例の定義にしたがうとしながら、よりこれを具体化した判断基準として、『文書・図画がわいせつと評価されるためには、(1)当該文書・図画中に過度に性欲を興奮、刺戟させるに足る煽情的な手法によって、性器、性交ないし性戯に関する露骨、詳細、かつ、具体的な描写（性表現）のなされていること(2)右のような描写が存在することにより、その文書・図

画が全体として、好色的興味をそそるもので普通人の性的羞恥心を害する程度に卑わいであると評価されるものであることの二点が肯定されることを要し、右(1)(2)の各要件の存在(性表現の程度)を判定するには、普通人の間に存する良識、すなわち社会通念に従うべきであると考える。』としている点をとらえて次のように非難する。

すなわち、その第一は、原判決が露骨性・詳細性・具体性の三要素を必要としたのは、従来の判例が『露骨、かつ、詳細、具体的に』と判示して、露骨性と詳細ないしは具体性の二要素を定義していたのに反するというのであるが、従来の判例が所論のような判断を示しているというのは、必ずしもその文理解釈からくる当然の帰結とはいえない。

第二に、原判決が『煽情的な手法によって性描写がなされていること』及び『その文書・図画が全体として、好色的興味をそそるもので普通人の性的羞恥心を害する程度に卑わいであると評価されるものであるこ

と』を要するとした点は、いずれもわいせつ性の判断にあたって作者の主観的意図をもちこもうとするもので、チャタレー事件判決が、わいせつ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、作者の主観的意図によって影響されるべきものではないとした点に反するし、また、わいせつ性の有無は、文書等の全体との関連における考察を必要とするにせよ、あくまで当該部分について判断されなければならぬ性質のものであって、文書等が全体として好色的興味をそそるものでなければならぬことは、チャタレー事件判決、悪徳の栄え(続)事件判決等の従来の判例理論に反するというのである。

しかしながら、原判決の所論指摘部分の説示は、作者の主観的意図をわいせつ性の判断にもちこもうとしたものではなく、文書・図画の描写それ自体から客観的にこれらの要件が充たされていることを要するとしたものであることは、原判文の表現自体から看取し得るところである。ところで、わいせつ性の意義について



は、徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、かつ、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、とすることはすでに確立した判例理論であるとはいえ、刑法一七五条の規定は憲法二一条に定める表現の自由と深くかかわりあうものであることにかんがみれば、原判決が、わいせつ性の有無の判断をより客観的なものとするために、最高裁判例の右定義に則してこれをより具体化する判断基準の設定を試みたことは十分に首肯し得るところである。この点について、さきに引用した四疊半襖の下張り事件判決は、『文書のわいせつ性の判断にあたっては、当該文書の性に関する露骨で詳細な描写叙述の程度とその手法、右描写叙述の文書全体に占める比重、文書に表現された思想等と右描写叙述との関連性、文書の構成や展開、さらには芸術性・思想性等による性的刺戟の緩和の程度、これらの観点から該文書を全体としてみたときに、主として、読者の好色的興味にうったえるものと認められるか否かなどの諸点を検討することが必

要であり、これらの事情を総合し、その時代の健全な社会通念に照らして、それが『徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、かつ、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』といえるか否かを決すべきである。』と判示している。右の判示は、所論が引用する悪徳の栄え(続)事件判決にいうわいせつ性判断についての全体的考察方法の線にのっとってこれをより具体化したものと解されるのであって、原判決の説くところも実質的にこれと軌を一にするものであり、従来の判例に違反するものとはいえない。』

(五) 「当裁判所は、わいせつの文書・図画の意義自体については、『徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、かつ、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』との従来の判例理論を踏襲するものではあるが、そのわいせつ性の有無の判断方法並びに基準については、過度に性欲を興奮、刺戟させるに足る煽情的な手法によって、性器、性交ないし性

戯に関する露骨、詳細、かつ、具体的な描写叙述のなされていく文書・図画であって、その文書・図画の構成や描写方法、その性的描写叙述の全体に占める比重や思想性・芸術性・学術性等との関連性を、その時代の健全な社会通念に照らして、全体的に考察したときに、主として受け手の好色的興味にうったえ、普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的観念に反すると認められるか否かによって、わいせつ性の有無を判断すべきものと考える。」

(評釈)

チャタレー事件判決(最大判昭三二・三・一三刑集一一巻三号九九七頁)がとってきた刑法一七五条にいう「猥褻文書」とは、「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、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」との定義は、最高裁判所のこれまでとってきた一貫したわいせつ概念であるが、本判決においても、この定義の先例は、先ず出発点において尊重さ

れているということである。そしてこれは、大審院判例の「性欲を刺戟興奮し又は之を満足せしむべき文書・図画・其の他一切の物品を指称し、従って、猥褻物たるには人をして羞恥嫌悪の感念を生ぜしむるものなるを要する」(大正七年六月一〇日判決、新聞一四四三号二二頁)とする判旨を踏まえて出てきており、性表現の自由を制約するわいせつ概念の基準として述べられてきているのである。

最高裁の判決において、この性表現の自由をめぐって、最初に最も注目される判決がなされたのが、このチャタレー事件判決であるが、極めて古いわいせつ性の概念を用いて、わいせつ性を定義づけ、更に著作が刑法一七五条のわいせつ文書にあたるかどうかの判断は、当該著作についてなされる事実認定の問題ではなく、法解釈の問題であって、裁判所がその判断をなす場合の基準は、一般社会において行われている良識すなわち社会通念であるとしてきたのである。このわいせつ性概念は、その漠然性・不明確性・あいまい性などの点から強く批

判を受けることとなるが、更に、その判断基準が、「社会通念」ということで、更にあいまいなものとなっていることが、学界においての批判の対象となっていたのである。更に、この「社会通念」の判断基準の根底には、「性行為非公然性の原則」が置かれており、裁判官全員一致の意見で、わいせつ罪に当るとして判断された。

また、昭和四四年一〇月一五日判決の「悪徳の栄え」事件判決でも、芸術性・思想性とわいせつ性との関係において、文書のもつ芸術性・思想性によってわいせつ性が刑法の処罰対象以下に解消される可能性はあることを認めながらも、同時に両者については、別次元の問題であるとしたチャタレー事件判決を支持してきており、多数意見は、基本的にチャタレー事件判決を踏襲してきているのである。ただ少数意見の中で、田中（二郎）裁判官は、「文書等の猥褻性は、その科学性・思想性・芸術性に判断さるべき」（刑集二三卷一〇号一二三九頁）ものであるとする立場から、相対的猥褻概念を展開してきたものである。同時に表現の自由を、「絶対的な自由とも称

し得べきもの」としてとらえてくる注目すべき見解を述べられた。同様、少数意見の色川裁判官も、憲法二一条には、「知る自由」も含まれるものとして、「性表現の自由」を「知る自由」の立場からとらえる見解を示し、「知る自由」の本質を国民の幸福追求の権利（憲法一三条）に求めてきているのである。

このように、チャタレー事件判決から悪徳の栄え事件判決に至る間一〇年間余りの時間的経過を経て、最高裁の裁判官にも、五人の裁判官の反対意見が付せられるに至っており、その意味からは、チャタレー事件のハードな判断から、悪徳の栄え事件については、ソフトな弾力的な判断が、性表現の自由をめぐる事件には出てきたものといえるであろう。しかし、わいせつ性概念についても、またその判断を行う基準についても、基本的に多数意見の結論では変化はないのであり、最高裁レベルにおける判断は今日まで一貫した形で存続しているものといえるであろう。

下級審判決では、黒い雪事件があり、壇の浦夜合戦が

あり、更に、日活ポルノビデオ事件、ふたりのラブ・ジュース事件、四畳半襖の下張事件、日活ロマンポルノ事件がある。これらのうち、黒い雪事件、日活ポルノビデオ事件、日活ロマンポルノ事件が、映画やフィルムに関するものであり、あとはほとんど著作物についてである。ただ本件の事案に関しては、映画フィルムと著作権による中間的な性格のものといえるであろう。この中において、黒い雪事件と日活ロマンポルノ事件については、一審判決も控訴審判決もいづれも無罪となっているのであるが、それらの判旨の基本的な点において、「映倫も審査をつくし、社会的規制手段としての役割を果たしているので、その審査結果は尊重されるべきだ」（日活ロマンポルノ事件判決）といい、「映倫をパスしており、被告たちがわいせつでないと信じても無理はなかった」（黒い雪事件判決）として、いづれも映倫の審査を経たことが重視されているのであり、また審査結果が尊重されていることが述べられてきているのである。そして、黒い雪事件の第一審判決では、「映画は部分的な画

面やせりふだけで評価すべきでない。全体で評価すべきだ」との評価がなされており、従来の論理からすると、新しく映画の社会性が示されてきているのである。一方、日活ロマンポルノ事件においても、第一審判決で、従来の最高裁におけるわいせつ罪構成の三要件はそのまま尊重されてくるのであるが、「本件は四本の映画（『牝猫の匂い』、『恋の狩人』など）には、大胆、露骨な描写があるとはいえ、ひわい感や性的しゅう恥心を与えるほどのものではなく、いまの社会通念からみてわいせつとはいえない」として、「社会通念」を使って、その判断の基準をゆるめる方向の論理が展開されてきているのである。

しかしながらこれらの下級審判決の結論である有罪か否かはともかくとして、刑法一七五条に照らして、どの程度の表現が、わいせつ性を持つのかという憲法二一条にもとづく性表現の自由の範囲を確定することが、極めて重要な論点であり、むしろ本件を憲法論として扱う点からいえば最も重要な論点であるといえるであろう。従来

の最高裁の一貫してとってきた判断基準としての(一)性欲を興奮又は刺激せしめ、(二)普通人の性的羞恥心を害し、(三)善良な性的道義観念に反する、とする極めてあいまいな、かつ包括的な基準は、これらの下級審の中から徐々にではあるが、その判断基準をより具体的にかつ個別的に、そして明確なものとして設定してゆかねばならないものとしての傾向が生じてきていることも事実である。

#### 判 例 研 究

このような傾向がはっきりと出てくるのは、昭和五一年四月二七日判決の四畳半襖の下張事件判決であり、ほぼ同時期(昭和五十一年三月二九日)に判決のあった、ふたりのラブ・ジュース事件判決においてである。前者の判決は、社会通念に照らしてもわいせつ文書に当るとして有罪とされ、最高裁判決の堅持する「性行為非公然の原則」を重視してきているのであるが、後者の判決は、わいせつ文書の基準は時代とともに変化する。表現の自由尊重の趣旨からすればわいせつ罪の適用は最小限にすべきであるとの方向から読者層(若者)の性的環境を考えるとわいせつとはいえない、として無罪とされている。

判決の結論においては、両者は全く相異した対象的な判決であるが、しかし、わいせつ判断についてのその基準は、より具体的になっており、最高裁の判断からすると詳細なものとなってきているのである。前者の判決は、二審においても、一審判断を支持してきており、同様な罪とされており、後者の判決では、破棄自判で逆転有罪とされて、性的行為が露骨、具体的に描かれ、社会通念とされて、許容される限界を超えているとして、ほぼ同じ論理の展開から全く逆の結論が導かれてきていることである。これらの経過はともかくとして、前者の判決の二審、すなわち、四畳半襖の下張事件控訴審判決について考えてみると、わいせつ性の有無の判断を一層客観的なものとし、その構成要件概念明確化の目的に資するためには、その判断の方法並びに基準がより具体化されていることが望ましいものと考えられるとして、次の様な判断基準の設定が行われてくる。

文書がわいせつと評価されるためには、①「先ず性器または、性的行為の露骨かつ詳細な具体的描写叙述があ

り、②「その描写叙述が情緒、感覺あるいは官能にうったえる手法でなされている」という二つの外的事実の存在することが最少限度必要であるとする。ただこの場合において、具体的描写叙述があつたとしても、冷静で客観的手法でなされているような医学書の如きものや、情緒、感覺あるいは官能にうったえる手法で書かれているが、性器または性的行為の描写叙述がまだ露骨、詳細、具体的ではないいわゆる艶笑小説あるいは官能小説のたぐいは、わいせつ文書に当る外的事実の存在を欠くものであるとされている。

更に刑法一七五条のわいせつ文書に当るためには、この二つの外的事実の存在のみでは足りず、③「その文書自体の客観的内容を全体としてみたときにその効果が専らもしくは主として読者の好色心をそそることにあり、言いかえればその支配的效果が好色的興味にうったえるものと評価され」、④「かつその時代の社会通念上普通人の性欲を著しく刺戟興奮させ性的羞恥心を害するいやらしいものと評価されるものであることを要する」(以上引

用四点ともに、東京高裁判決昭五四・三・三判例時報九一八号一七頁)としてきており、ほぼ四点に亘ってその評価の判断基準が設定されてきているのである。そしてこのような外的条件をみたす文書であつても、これを客観的にみたとき、その支配的效果がむしろ性についての真摯な思想表明にあつて好色的興味にうったえるものではないと評価されるようなものはわいせつ文書に当らないし、また、外的条件をみたす文書でその支配的效果が好色的興味にうったえるものであつても、外的事実に当る部分があく一部にすぎない場合のように、全体としてはいまだ普通人の性欲を刺戟興奮させ性的羞恥心を害するいやらしいものと評価するに足りない場合もありえようとして、③の支配的效果の要件にその限定を行つてきているのである。

ここにいう支配的效果を判断するに当っては、「(イ)前記の二つの外的事実に当る描写が、その文書の全部または大部分を占るかあるいはその一部に含まれているにすぎないか、(ロ)右の外的事実に当る性表現が、その文書に

含まれている思想などを伝えるうえで必然性もしくは合理的関連性を有するかどうか、(イ)当該性表現の読者に与える性的刺戟ないし印象が、文書全体の構成や展開の仕方などとの関連で減少、緩和されているかどうか、(ロ)その文書の内容に芸術的、思想的、学問的等の重大な社会的価値が認められるものである場合には、その芸術性、思想性などにより、当該性表現の性的刺戟ないし印象が昇華、克服されているかどうかなどの諸点が総合考慮されなければならない」として、支配的効果に四つの要件を挙げるのである。

このような基準に準拠して考えると、従来審議してきた「チャタレー事件」や「悪徳の栄え事件」などで争われてきた文書が現時点において、わいせつと断定されるかという点では多大な疑問が生ずるであろうという。この意味は、ここで述べてきた新しい判断基準に従えば、刑法一七五条のわいせつ性を有するとされる一方で、芸術、思想、学問などの著しい社会的価値を備えることとされる文書の存在する余地は著しく減縮されることと

なってくるのであり、その結果として、刑法一七五条のわいせつ文書に当たるとされるものは、多くの場合みるべき社会的価値をもたないもののみとなる筋合いであるとする。いわゆる判断基準を最高裁のとってきた三要件から、ここで述べてきたような詳細な基準が設定されるべきものであることが強調されてきているのである。

もとより、この判断の根底には、最高裁のわいせつ概念の三要件の更に基礎になっている「性行為非公然の原則」に対する考え方をより一層詳細に理論づけることでもあり、一方では最高裁の粗雑な判断基準に対する批判の意味も込められているようにも考えられる。そして、従来あいまいに使われ続けてきている「社会通念」といわれる概念が、この判断基準の構造の中で使われてきていることである(前述の評価の判断基準④参照)。ただ、この「社会通念」の法的概念については、これまで極めてあいまいであり、不明確であり、必ずしも統一的な意義が付与されているものということはできない。ひとり、刑事判例にのみあらわれているものではなく、民事

判例、労働判例、そしてわいせつ性を除いた憲法判例の中でも、この概念は、しばしば使われてきたところである（特集「社会通念と法」法律時報五二巻五号八頁以下参照）。

しかし、この法概念は、あいまいなままで、判旨の展開の中で不用意にこれまで使われてきており、本件の四畳半襖の下張事件控訴審判決でも同様であり、このあいま性は、「愛のコリダ」控訴審にも同様引き継がれているといえる。

私見では、ここに示されてきた判断基準の詳細な設定は、いわゆる「性行為非公然の原則」に対する基準設定であり、それから出発するところの「わいせつ性」概念確定及び評価についての基準設定であると理解される。

そして当然、④に示される如く、「社会通念」との関連が現出するのであるが、この場合、その前提には、社会通念の法概念は、予め明らかにされていなければならぬはずである。そして、更にその上で、明らかにされた「社会通念」の法概念の上で、それに即応して、わいせつ性概念の判断基準の設定がなされるべきものと考

る。いいかえれば、「性行為非公然の原則」の方向からと、「社会通念」の方向からの両方向からの基準設定が要請されるということである。この意味からいえば、前者の方向からのみしか基準設定は行われていないのであり、後者の方向からは何らなされていないのであり、かつ、その概念の設定すら行われていないということである。

この「社会通念」の概念は、判断基準の④におけると同様、四畳半襖の下張控訴審判決の結論部分にも、何ら意味を確定することなく出てくるのである。即ち「その作品は、客観的にみて、全体の支配的効果が好色の興味に主としてうったえるものであって、かつ当代の社会通念上普通人の性欲を著しく刺戟興奮させ性的羞恥心を害するいやらしいものであると評価されるから、これを刑法一七五条のわいせつ文書に当るとした原判断の結論は正当として肯認することができる」（傍点筆書）とされている。

これに対して、本件の「愛のコリダ」事件控訴審判



決では、「社会通念」の概念は若干その内容が示されてくることとなり、右の判決に対比すれば、その扱いに前進がみられるものとまではいえないが、多少の展開が見られてくる。すなわち「社会通念が如何なるものであるかの判断は、判例上、事実認定の問題ではなく法的評価の問題であって裁判所に委ねられているところではあるが、それが所によっては必ずしも同一でなく、また同一の社会においても時の経過により変遷することがある以上、その判断を委ねられた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は決して都合なことではない。もとより、普通人の性表現に対する馴れ、受容の程度を的確に把握することはきわめて困難であるばかりか、巷間に流布されている性表現物のすべてが普通人に受容されているとは限らないのであって、これを性表現程度許容の唯一の目安とするようなことは、わいせつ性の判断が捜査官憲の取締の実情に左右されるという不合理な結果を招来し、とうてい許されるべきでないことは論をまたないところである。しかしなが

ら、原判決の『馴れ』、『受容』及び捜査機関による『放任』の程度を性表現程度許容の目安を見出すにあたっての重要な資料とするとの趣意が、……一面、性表現による様々な領域での社会的諸価値実現の要請をふまえ、他面、性表現が性に関する生活の秩序ないし健全な性風俗維持の要請に対して与える脅威の程度を測り、この両者の接点において、社会通念における性表現程度許容の目安を見出すのが妥当であるとしているところからも明らかであり、原判決の右判断自体が、本来、社会通念に関する資料としてとりあげてはならないものを判断対象としたと非難するのはあたらない」として、検察官の控訴趣意書に示された説明を批判し、原判決の社会通念論を支持してきている。

ところで、日常語と法律専門語との中間に位置づけられると思われる「社会通念」の語は、社会の「常識」とか「良識」などの概念で説明される日常語の一面と、例えば「公共の福祉」などの専門用語に一面説明が重複する側面を持つものといえよう（ただ「公共の福祉」概念

については、憲法条文に述べられており、それを前提として裁判所は、判決の中で用いてきたと思われる。ただし「社会通念の用語、判決の中で裁判官によって積極的に用いられている意味は明確ではないが、その概念のあいまいさの故に、二つの意味、すなわち相反の意味に用いられる現象が見られるということである。チャタレー事件（最高裁判決）におけるわいせつ判断に当って、裁判所がその判断をなす場合の基準は、「一般社会において行われている良識すなわち社会通念である」とする場合に、その判断が性表現の自由に対して厳しいものとして用いられてきている場合と、本件において用いられてきている場合（ふたりのラブ・ジュース事件第一審判決についても同様と思われるが）の如く、社会通念の概念がわいせつ性判断について、いわば緩和の役割を果している場合である。奥平教授の指摘においても、「性表現の自由化にフローティングする『社会通念』と、性表現の自由化に抵抗するものとしての『社会通念』の二つのうち、どっちが一体正しい『社会通念』なのかであ

る」（奥平康弘「わいせつと『社会通念』」法学セミナー二九八号五頁）との指摘がなされてきている。

もっとも社会通念の概念は、本件事案の如く、わいせつ性の限界を問題とされる刑事判例に限られてくるわけではない。同様刑事判例においても、正当防衛、緊急避難、それに刑事免責があるか否かの争いで、労働争議行為の正当性、団体交渉の正当性、現行犯逮捕の事例、因果関係の錯誤、注意能力の標準、間接正犯、窃盗罪における占有の意義、強盗罪における暴行・脅迫の程度などに亘って、広く「社会通念」の判断基準が用いられてきていることである。これらに関する具体的事案で、「社会通念」は、刑法学者の理解では、ほぼ四つの意味に用いられてきているという。すなわち、経験則、評価基準、経験則と評価基準の一体的機能、一般常識という四つの意味であるという（阿部純二「刑法判例と社会通念」法律時報五二巻五号三七頁）。これらの分析に従って、刑法各則においての「社会通念」の補充的基準性を明らかにし、そして、わいせつ性に関しては、その社会道徳を内

## 判 例 研 究

容とする点において、規範的な集団意識、集合意識としてとらえてくる。もとより労働判例、民事判例においても「社会通念」はひんばんに用いられてくる。ここで、わいせつ罪にかかわる「社会通念」は、刑法領域と憲法領域の両面から問題とされる接点の領域の問題であると思われるが、憲法のアプローチとしては、表現の自由の—内容としての性表現の自由の範囲を確定するものである重大な問題である。当然、他の憲法上の事案においても「社会通念」は、これと同様に人権の範囲を確定する問題として重要になってくる。例えば、三菱樹脂事件（最大判昭四八・一二・二民集二七卷一—号一五三六頁）においても、あるいは外国人の人権問題としてのマクレーン事件（最大判昭五三・一〇・四民集三三卷七号一二二三頁）においても、「社会通念」が使われてくる。前者においては、「解約権の行使は、解約権留保の趣旨、目的に照らして、客観的に合理的な理由が存在し、社会通念上相当として是認されうる場合にのみ許される」（傍点筆者）としており、後者については、最高裁は（高裁判決も同様の趣

旨であるが）法務大臣の更新決定処分について広汎な自由裁量をみとめて、その上で「法務大臣の裁量権の性質にかんがみ、その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があったものとして違法となる」（傍点筆者）としてきているのである。

この後者の事案において、全く同じ事案であるが、地方裁判所は、転職を理由として更新不許可処分をしたことを、「社会観念上著しく公平さ、妥当さを欠く」としており、また政治活動を理由としたことを、「社会観念上著しく妥当性を欠くもの」としてきていることは、社会通念（社会観念）によって同じ条件で判断しても、裁判官によっては、全く逆の結論が導かれるということである。このことは、社会通念の判断基準としての意味が極めてあいまいなものであることを論証していることとなる。

この点に関連して、長谷川正安教授は次のように指摘する。「最高裁の論理をかりに承認したとしても、法務

大臣の更新不許可処分には、なお問題がのこっている。法務大臣の自由裁量に憲法および法律上の制約はかりにないとしても、倫理的制約がありうることまで最高裁判決は否定しているわけではないからである。「マクリーンの政治活動について、法務大臣はその当不当を考慮して処分をおこなっているのであるから、正当なものを不当と判断しないよう倫理的な制約をうけるのは当然である。この倫理的制約をいちじるしく超えた場合が、『社会通念上著しく妥当性を欠く』ことになり、裁量権濫用の問題となる。最高裁判決の『社会通念』の用い方を、このように読むことができる（長谷川正安「憲法判例と社会通念」法律時報五二巻五号二二頁）とされる。このように考えてくるとマクリーン事件において、その政治活動の意味をどのように評価するかということに焦点がしぼられてくる。すなわち、政治活動を正当と考えないとする評価が倫理的制約の範囲を超えないものである時には、社会通念の枠内にあり、そして逆に地裁判断のように、政治活動を正当と考える時には、更新不許可処分は倫理的

制約の範囲を超えてしまうこととなって、社会通念上許されないもので、裁量権の濫用があったものとなる。このように社会通念を考える場合、これに先行する行為に存在する行為者の一定の倫理乃至規範を基準にして、その結果を客観的に通常人の判断する「行為基準」に照合する役割を社会通念と考えてゆくべきものであろうか。ともかく仮説として、「社会通念」に対する概念をこのように提言しておきたいと思う。

なお、本件控訴審判決は、判旨(四)で引用してきた如く、最高裁のわいせつ性三要件を踏まえながらも、なお、四畳半襖の下張事件で展開されたわいせつ性判断の基準の詳細な設定に従って「文書・図画がわいせつと評価されるためには、(1)当該文書・図画中に過度に性欲を興奮、刺戟させるに足る煽情的な手法によって、性器、性交ないし性戯に関する露骨、詳細、かつ具体的な描写（性表現）のなされていること、(2)右のような描写が存在することにより、その文書・図画が全体として、好色的興味をそそるもので普通人の性的羞恥心を害する程度

に卑わいであると評価されるものであることの二点が肯定されることを要し、右(1)(2)の各要件の存在(性表現の程度)を判定するには、普通人の間に存する良識、すなわち社会通念に従うべきであると考える。」としてきているのであり、四畳半襖の下張事件控訴審で示された判断基準で、二つの外的事実の要件は、相互併合され、簡略化されているが、そこには、最高裁の三要件から更に一步進められた基準が示されてきているといえよう。しかしながら、四畳半襖の下張判決(控訴審)とは逆に被告人は無罪が判決されてきているのであるが、この無罪を引き出す過程の中で、矢張ここでも、「性行為非公然の原則」が克服されてきているとは思われない。本件の第一審判決のあと、被告人の一人大島渚は、「ワイセツ、なぜ悪い!」との論稿を発表しており、わいせつそのものが刑罰の対象となる論拠と、刑法一七五条の憲法判断を求めてきた真意が述べられてきている(大島渚「ワイセツ、なぜ悪い!」法学セミナー二九八号一〇頁以下)。ここにおいて、無罪になったことより、むしろわいせつ性が憲

法判断されなかったことについて強く無念の意思を表明した。

ところで、四畳半襖の下張裁判の一審段階で、被告人の特別弁護人に立った文学者の丸谷才一氏は、二審判決が出され、結論が逆転し、被告人野坂昭如氏等有罪となった際に、裁判所が依然として性行為非公然の原則を固持する態度について批判的な論文を「世界」で発表している。その中で「性行為非公然の原則」を分析的に次のように述べる。

A 「人間の社会には、性道徳ないし性風俗がある。その根幹をなすものが性行為非公然性の原則で、これは、人間が他の動物にはない羞恥感情を持つことのせいで生じた。

B 『この原則は、性器を公然と露出したり、性交やこれに関連する性戯(以下これらを含めて「性的行為」という)公然と実行したりしないことを基本的な内容とする。』(このところは、大事なところなので、そのまま引きます。)

C なぜ公然とおこなはないかと言へば、もし公然とおこなふならば、それを見る者を性的に刺戟、興奮せしめ、理性によって抑制することをむづかしくし、性的羞恥心を失はせ、性秩序をみだす振舞ひをさせるかもしれないからである。

D それゆゑ文書・絵画・写真などでも、現実に性器が露出されたり、性的行為がおこなはれたりするのを見るのとほぼ同じくらの露骨かつ詳細な描写を發表すれば、それが見る者に与へる効果は、実際の性器露出や実際の性行為とまったく変らない。」（丸谷才一「四畳半襖の下張裁判二審判決を批判する」世界一九七九年九月号二五七頁以下参照。なお、丸谷氏の引用されるBは本判決の二審判旨からである）。

このように性行為非公然の原則の内容を分析的に分類するが、Aについては、人間以外の動物についても性的羞恥心がないと断定するのは、今日の動物心理学上から問題がある乱暴すぎる主張であるという。ならば人間にのみ限定して考えるのはおかしいではないかとする。C

の人間が性行為を公然と行わない傾向は、本来的な羞恥心というのとはおかしいとする。それはむしろ防衛本能から来ているもので無防備状態になることから、公然と行うことがなくなったのではないかという。その証拠として、ポリネシア地方の伝統的な社会やエスキモー人は人前で公然と行っているという。Dについては、実際の行為と行為の模倣を区別しない論理で、実際の殺人と芝居の上で役者が殺人の演技をすることと混同しているのではないかという。すなわち両者同質としてみて、役者を殺人犯として責任を問うことと同じであるという。

このような観点から文学や芸術を猥褻文書として取りしまり、重大な誤りを裁判所は犯し続けているのではないかと警告を行ってきた。