

チャタレー体制下のわいせつ概念とその陳腐化

— ろくでなし子事件を素材として —

梅 崎 進 哉

はじめに

一 1957（昭和32）年3月13日、わいせつ文書販売事件につき、最高裁判決が言い渡された。有名なチャタレー事件大法廷判決（以下、「チャタレー判決」と言う）である。現在（2017年）を遡ること60年のことである。チャタレー裁判は、1951（昭和26）年5月8日の第1審の初回公判から、1957（昭和32）年3月13日の最高裁判決まで、6年近い歳月をかけて行われた。文学者伊藤整の翻訳したロレンス原作の小説『チャタレイ夫人の恋人』の「わいせつ性」を巡り、1947年に施行された新憲法の下でのわいせつ規制のあり方が、初めて本格的に議論されたのであった。被告人である伊藤整が1952年に著した1審の裁判記録である『裁判』¹⁾を見ると、施行後間もない新憲法の精神を踏まえ、わいせつ規制と表現の自由の関係をどのように考えるべきかについて、すべての関係者の間で、原点に立ち返った真剣な議論が交わされている様子が見える。1審だけで昭和27年1月18日の判決に至る6か月間に37回の公判が開かれ、文学者、心理学者、生理学者、教育関係者、宗教関係者等の学識者のみならず、高校3年の女子学生に対する読後感の尋問までおこなわれているのである。

チャタレー判決は、このような、時代を特徴づける「真摯・誠実さ」を

1) 伊藤整『裁判』（筑摩書房）。同書は、1997年に『裁判（上）・（下）』（晶文社）として復刻されており、本稿での引用はこの晶文社版による。

伴った議論を経て言い渡された判決ではあったが、結果的には、戦前と遜色ないわいせつ性の肯定範囲を認めるものとなった。詳細は次章以下で検討するが、そこでは、「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」という、有名なわいせつの定義（わいせつ三要件）が確認され、「性器・性行為非公然性の原則」が普遍的原則としてわいせつ性判断の基礎に据えられ、同原則に反する箇所があれば作品全体をわいせつとし、出版意図や頒布方法などの作品外の事情は一切わいせつ性判断の考慮要素とせず、また、思想性・芸術性は作品のわいせつ性に影響しないとする、純粋な「絶対的わいせつ概念」が採用された。こうしてチャタレー判決は、新憲法体制下でのわいせつ罪規制についての嚆矢となり、現在まで続く「チャタレー体制」の頸木となった。

しかしながら、『チャタレイ夫人の恋人』という作品自体がまさしくそうであったように、当時から既に現れていた「性に対する罪悪視を改め、肯定的に受け止める」思想は、その後、急速に世界中に普及し、思想・芸術活動の様々な分野において性の描出はその重要性を増し、性表現が社会に拡大していった。チャタレー判決に続く判例は、このような社会的現実に対応するべく、頑ななチャタレー判決の内容を緩和しようとした。チャタレー判決以降の唯一の大法廷判決である昭和44年10月15日の悪徳の栄え事件判決（以下、「悪徳の栄え判決」と言う）は、その結晶である。悪徳の栄え判決は、「作品全体の思想性・芸術性を考慮して、わいせつ性の緩和・解消の可能性を検討する」という「全体的考察」を導入した。但し、それは、チャタレー判決のわいせつ概念を根本的に捉え直すものではなかった。「全体的考察」は、チャタレー判決に即して個別部分のわいせつ性判断を行った後の、いわば「わいせつ性阻却」の判断であり、しかも、思想性・芸術性の考慮は、作品から推察できる範囲に限られ、作者の社会的評価、制作意図、作品の提示・頒布方法等の作品外の事情は、一切判断資料とされない絶対的わいせつ概念が基本的に維持された。

わいせつ性判断に関する「チャタレー体制」は、こうして構築された。

それは、基本的に、①性器・性行為非公然性の原則に即して、作品の個別部分のわいせつ性を判断し、次に、②作品全体に表れた限度で思想性・芸術性を考慮し、わいせつ性の緩和・解消の度合いを測る、という方法でわいせつ性を判断するものである。もちろん、悪徳の栄え判決以降も、社会の性に対する寛容化は進行しており、後続の判例の中には、種々の工夫をして社会の現実に対応しようとするものもあり、わいせつ性を否定した判例の中には、限界に近い無理を強いられているものもあったが、これまでのところ、チャタレー体制は限界を予感させつつも、わいせつ性判断の枠組みとして一応機能してきた。

二 ところで、本年、この点に関し、興味深い高裁判決が出された。東京高判平成29・4・13、巷間にいう「ろくでなし子事件」（以下、「本件」と言う）の控訴審判決である。事案は、概略、次のようなものである。

被告人は、(1)東京都内のアダルトショップにおいて、被告人ほか2名の女性器を印象剤で型どって石膏を流し込んで固めたもの3個に、水色、銀色／白色、濃茶色などの着色をし、ビーズ、スマイルマーク、クリーム・ビスケット・苺・真珠様のものなどで装飾を施して制作した3点の作品（以下、「オブジェ」と言う）を展示した（わいせつ物公然陳列）。(2)被告人方において、自己の女性器の三次元形状データファイル（以下、「3Dデータ」と言う）を、c社が管理するオンラインストレージのサーバーコンピュータに送信して、記録・保存したうえで、5名の不特定者のパーソナルコンピュータに前記ファイルの保存先を示すURL情報等のメールを送信し、同日から同月26日までの間に、サーバーコンピュータにアクセスした5名のパーソナルコンピュータに前記ファイルを送信させる方法により、同パーソナルコンピュータに記録・保存させて再生・閲覧可能な状況を設定させた（わいせつ電磁的記録頒布）。(3)自己の女性器の三次元形状データが記録されたわいせつ電磁的記録媒体であるCD-Rを2名の不特定者に送付し、これらを受領させて、それぞれ代金1300円で販売した（わいせつ電磁的記録媒体頒布）。

以上の起訴内容につき、1審の東京地裁は、(1)のオブジェにつきわいせつ性を否定し、展示行為を無罪、(2)(3)の3Dデータにつきわいせつ性を肯定して、頒布行為を有罪としていた。弁護・検察側双方から控訴がなされていたが、上記東京高裁判決は、原判決の結論を支持し、検察側は本件オブジェにつき上告を断念、弁護側は本件3Dデータにつき上告し、平成29年12月現在、最高裁に係争中である。

三 チャタレー事件以降、現代に至る60年の間に、性をめぐる思想と文化、芸術のあり方は劇的な変遷を遂げており、チャタレー事件と本件とでは、その内容において、大きな差異が見られる。本件は、少なくとも、次の二点において、上記チャタレー体制のわいせつ性判断枠組にとって想定外の事態であるように思われる。

まず、①個別部分のわいせつ性の問題である。上記の事案の概要からも伺えるように、本件は、性欲をそそるべく企画・制作された官能小説や官能画像などを販売・配布したという典型的なわいせつ物事件ではない。女性器を題材とした点が問題にされているが、被告人が展示・頒布したのは、ポップ・アートのデコレーションを施したオブジェ(1)や、無機質な3Dデータ(2)(3)に過ぎず、もとより被告人に「いたずらに性欲を刺激もしくは興奮し又はこれを満足させる」積極的意図はない。被告人の意図は、「女性の身体を男性の性の対象として捉えてきた現状を否定し、女性が自らの身体を取り戻し、社会に対して性器の持ちうる多様な意味を考えさせる」あるいは「女性器に対する否定的なイメージを茶化す」フェミニズム思想の実践にあった。(1)のオブジェはそのようなものとして作られており、(2)(3)の形状データは、その延長として企画したプロセス・アートとして、女性器を型どった舟（「マンボート」と名付けられたカヤック）を制作して進水するプロジェクトを立ち上げ、出資金を募る中で頒布したものである。そして、女性の身体の一部である性器も、非性的な文脈の中では、ことさらに隠し立てされるべきものではないという思想が制作動機であるから、当該オブジェやデータも、はじめからエロティック

な（官能的な、あるいは性欲を呼び起こすような）演出を排して作られている。

いうまでもなく、『チャタレイ夫人の恋人』は、性行為をエロティックに描いている。もちろん、性欲をそそること自体を目的とした官能小説ではないが、思想的・文学的意図を実現するのに必要な限度でのエロティックな性行為等の描写はある。これに対し、本件で問題とされたオブジェや3Dデータは、主題としては女性器そのものでありながら、エロティックな脚色を排する形で制作されている。その意図は上記のとおりフェミニズム思想に由来するが、チャタレー事件当時、そのような思想はまだ普及しておらず、性器はエロティシズムに直結したのものとしてのみ捉えられ、エロティシズムと無関係な側面から捉える発想はほとんどなかったのである。だから、単純に性器・性行為非公然性の原則を用いることで、機械的に部分的わいせつ性の判断ができたのだが、逆に言えば想定外ともいえる本件事例について、そもそもチャタレー体制の判断枠組によって対処できるのかという疑問が生じる。実際、本件判例では、オブジェについて無罪とした論理にも、3Dデータについて有罪とした論理にも、相当な苦心の跡が伺える。

次に、②全体的考察の問題である。本件オブジェ等は、上記フェミニズム思想に基づいて制作されている。上述のとおりフェミニズム思想自体が、チャタレー体制の形成期には、あまり知られていなかった思想である。しかも、本件での具体的内容は、「女性が自らの身体を取り戻す」という内容であり、女性器について、性行為にのみ一面的に関連付けられた暗いイメージを払拭し、非性的脈絡での、健康的な扱いを要求するものである。つまり本件行為は、チャタレー体制の大前提である性器・性行為非公然性の原則に真っ向から挑むものであり、緩和されたとはいえ、チャタレー体制を前提として成り立っている「全体的考察」の中で、わいせつ性緩和の考慮要素となりうるものなのかという疑問が生じる。チャタレー体制が、全体的考察の中でわいせつ性を緩和・解消する思想・芸術として、一体どんな内容を想定しているのかが問題となる。また、考慮要素としようとし

ても、それは、「作品に表れた限度」でのことである。3Dデータを「作品」と捉えれば、データ自体から何の思想も伝わってこないことはいうまでもない。ところが、本件3Dデータの頒布は、上述のとおり、女性器を型どったカヤックを進水させるプロジェクトの一環としてなされたものであった。従って、これら一連のプロジェクトを「作品」と考えれば、当然、上記フェミニズム思想は「作品」から感得できるだろう。後に詳しく検討するが、最終的な完成物だけでなく、その制作過程全体を芸術作品として捉えるプロジェクト・アートないしプロセス・アートと呼ばれる芸術領域は、現代芸術において確かに存在する。しかしながら、そのような新しい運動が現れたのは1960-70年代のことであった。つまり、ここでもチャタレー体制の想定外の事態が生じている。

四 以上のとおり、本件では、チャタレー判決以降60年の間に生じた、性についての社会的評価の変化のみならず、フェミニズムを含む思想状況の変化、芸術活動の多様化等により生じた問題が集約的に表れている。そしてその多くは、当初からのチャタレー体制の想定外のものであり、無罪・有罪の結論の是非以前の問題として、そもそも本件は、チャタレー体制の判断枠組の手に負えるのか疑われる。チャタレー体制は、もはや社会的現実への対応能力を失っており、陳腐化しているのではないかということである。

以上のような問題関心から、以下では、まずチャタレー体制下のわいせつ概念の中核をなす性器・性行為非公然性の原則と絶対的わいせつ概念の内容を検討し（第1章）、さらに、「全体的考察」の導入と「判断基準の設定」に焦点をあてて判例の変遷を検討し、チャタレー体制下でのわいせつ性の判断構造を確認する（第2章）。その上で、本事件における関係者の判断とその問題性を検討し（第3章）、あるべきわいせつ概念を模索することにする。

1 チャタレー体制の中核概念—性器・性行為非公然性の原則と絶対的わいせつ概念

前述のとおり、新憲法体制下でのわいせつ罪規制についての嚆矢となり、頸木ともなったのは、昭和32年3月13日のチャタレー事件大法廷判決である。そこでは、文学者伊藤整の翻訳したロレンス原作の小説『チャタレイ夫人の恋人』の「わいせつ性」を巡り、明治26年の出版法制定以来続けられた内務省による検閲制度を廃止した「新憲法の本質」の下でのわいせつ規制のあり方が、初めて本格的に議論された。第1審判決は、「『チャタレイ夫人の恋人』は所謂春本とは異なり本質的には刑法第七十五条の猥褻文書とは認め得ない」とし、翻訳者は「本訳書を正しく読みとるものを読者と想定し」ていたから無罪²⁾、出版者については、猥褻的に取り扱われ、それによって爆発的売行きを呈することが考えられたのに「何等の措置を為さなかつた」ことを以て有罪としている³⁾。同一物について、頒布方法によって異なった「わいせつ性」評価が与えられるという、いわゆる「相対的わいせつ概念」が採られたわけである⁴⁾。第2審は、1審判決の相対的わいせつ概念を批判し、わいせつ性は「その物自体」で決まるとする「絶対的わいせつ概念」を採り、販売方法等と関係なく本書は「猥褻文書」であるとして破棄自判、翻訳者・出版者ともに有罪とし⁵⁾、弁護側の上告により、大法廷判決に至ったものである。そして、大法廷で提示された「わいせつ概念」については原型のまま、「判断方法」については、その後の判例で多少の修正を受けつつ継承されて、現在に至るわいせつ事件の裁判を支配する「チャタレー体制」を形成していった。以下、その内容を検討する。

2) 東京地判昭27・1・18、高刑集5巻13号2566頁。

3) 前掲2561頁。

4) 一審の論理では、「本質的にはわいせつ文書とは認め得ない」のに、販売方法によってわいせつとなりうることが承認されており、相対的猥褻概念の用法上の危険性を示すものだろう。この点については、園田寿・臺宏士『エロスと「わいせつ」のあいだ』206頁以下参照。

5) 東京高判昭27・12・10、高刑集5巻13号2524頁以下。

(1) 性器・性行為非公然性の原則

一 チャタレー事件大法廷判決（以下、「チャタレー判決」と言う）は、その冒頭において、6年前の昭和26年に出されていたわいせつ罪に関する初の最高裁判決（小法廷）が提示した「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」というわいせつ概念を引用・支持し、「要するに……猥褻文書たるためには、羞恥心を害することと性欲の興奮、刺戟を来すことと善良な性的道義観念に反することが要求される」として、いわゆる「わいせつ三要件」を提示した⁶⁾。この定義・要件は、内容的には、大審院時代の判例、例えば大判大正7・6・10の、「猥褻の文書図画其の他の物とは性欲を刺戟興奮し、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、従つて猥褻物たるには人をして羞恥厭悪の感念を生ぜしむるものなるを要す」という定義⁷⁾と大差はない。「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」という法益侵害性に関する表現が付け加わっているが、この点は、戦前の事前検閲制度が廃止されたため、検閲のための「基準」では足りず、犯罪性（法益侵害性）を示す必要性を意識したものと思われる⁸⁾。いずれにせよ、チャタレー判決は、上記大審院判決をそのまま引用している点からも、戦前のわいせつ概念を基本的に引き継いだものといえる。

そしてチャタレー判決は、その内容の正当性を次のように敷衍する。この部分が、実質的にわいせつ性判断の内容を決定し、現在に至るチャタレー体制の竜骨となる部分である。少し長くなるが、原文のまま引用する（傍点筆者）。

「およそ人間が人種・風土・歴史・文明の程度の差にかかわらず羞恥感情を有することは、人間を動物と区別するところの本質的特徴の一つであ

6) 最判昭32・3・13、刑集11巻3号1003頁。

7) 法律新聞1443号22頁。

8) この点について、園田・臺『前掲書』259頁も、戦前の事前検閲制度が廃止されたためであろうとしている。

る。羞恥は同情および畏敬とともに人間の具備する最も本源的な感情である。人間は自分と同等なものに対し同情の感情を、人間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羞恥の感情をもつ。これらの感情は普遍的な道德の基礎を形成するものである。

羞恥感情の存在は性欲について顕著である。性欲はそれ自体として悪ではなく、種族の保存すなわち家族および人類社会の存続発展のために人間が備えている本能である。しかしそれは人間が他の動物と共通にもつているところの、人間の自然的面である。従つて人間の中に存する精神的面即ち人間の品位がこれに対し反撥を感ずる。これすなわち羞恥感情である。この感情は動物には認められない。これは精神的に未発達かあるいは病的な個々の人間または特定の社会において欠けていたり稀薄であつたりする場合があるが、しかし人類一般として見れば疑いなく存在する。例えば未開社会においてすらも性器を全く露出しているような風習はきわめて稀れであり、また公然と性行為を実行したりするようなことはないのである。要するに人間に関する限り、性行為の非公然性は、人間性に由来するところの羞恥感情の当然の発露である。かような羞恥感情は尊重されなければならない、従つてこれを偽善として排斥することは人間性に反する。なお羞恥感情の存在が理性と相俟つて制御の困難な人間の性生活を放恣に陥らないように制限し、どのような未開社会においても存在するところの、性に関する道德と秩序の維持に貢献しているのである」⁹⁾。わいせつ概念の大前提として、「性器・性行為非公然性の原則」が、風土・歴史を超えた人類普遍の原則として掲げられている。

さらに判決は、「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ない、作者の主観的意図によつて影響さるべきものではない。……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」¹⁰⁾と言う。性器・性行為の公然化の禁止は普遍の原則であるから、作者の意図や頒布方法、購読者の属性等とは一切かわりなく、性器・性行

9) 刑集 11 卷 3 号 1004 頁以下。

10) 前掲 1009 頁。

為の描写があれば、それだけでわいせつ性が肯定される。いわゆる「絶対的わいせつ概念」である。

このような「わいせつ概念」が、現在にまで続くチャタレー体制の礎石となった。

二 わいせつ概念を巡るチャタレー判決の論理は、要するに、「性欲」を動物的で「低級」だが、生殖のための必要悪的なものとしてとらえ、それを恥じる「性的羞恥心」を人間固有の普遍的にして崇高な感情であり、これを保護するのが刑法の役割だというものである。その前提となっている性倫理は、率直に言って、現在となっては古色蒼然としたものである。その内容は、20世紀中葉までの西欧社会を支配したプロテスタント的性倫理をほぼ忠実に敷衍したものといえそうだが¹¹⁾、人間の性衝動を動物的なものとして否定し、生殖のために必要な限度でのみ許容する「生殖モデル」(Procreational Model)¹²⁾と呼ばれる性倫理の一つのタイプにすぎないことは、現在では常識といえるだろう。エドワード・ウィルソンは、生殖モデルの原型となった聖書の倫理について、「人口増加が特に奨励されている時代における自然法の一つの単純な見方に、整合しているように見える。なぜなら、そのような状況下においては、性行動は、もっぱら子供を作ることを目的とするものと思われただろうからである」として、ユダヤ＝キリスト教思想が発生した旧約聖書時代の環境に由来するものと分析している¹³⁾が、生殖モデルは、明治以前の吾国の奔放な性文化を引き合いに出すまでもなく¹⁴⁾、とても普遍的なものとはいえないだろう。現に、1960年代以降、世界的に展開された「性の解放」あるいは「性の革命」と呼ば

11) 同旨、白田秀彰『性表現の文化史』84頁以下参照。なお、同書では、古代以来の様々な文化の下での性の位置づけが紹介され、キリスト教・プロテスタントを経て、近代西欧の性倫理が形成される過程を分析している。さらに、A.モラリーダニノス、篠沢秀夫訳『性関係の歴史』は、心理学的手法を用いて、同様なプロセスを説明している。同書の後半(84頁以下)では、神話等の研究により、歴史上の様々な宗教と、現代(といっても1960年代だが)のいわゆる「未開部族」における「性欲」のイメージを検討している。性欲に罪悪感を持つ性倫理がいかに特異なものであるかがわかる。

12) See, David A. Richards, Sex, Drugs, Death, and the Law, pp. 89-90.

れる動き¹⁵⁾は、まさにロレンスが『チャタレー夫人の恋人』を著して訴えた「性を肯定的に受け止める」社会状況を現出していった。吾国でも1996年には、有罪とされた『チャタレー夫人の恋人』の削除箇所を戻した完訳版も出版された¹⁶⁾が、今に至るも摘発された事実はない。

三 チャタレー判決の言う「性器・性行為非公然性の原則」についても、一面的との誹りを免れない。確かに、レヴィ＝ストロースも、未開社会の研究書『悲しき熱帯』において、「全裸で暮らしている民族も、私たちが羞恥と呼んでいる感情を知らないわけではない。ただ彼らは、その境界を、違ったところに設定しているのだ。」と記している¹⁷⁾ように、何らかの形で自己の発する「性信号」を隠そうとし、あるいは、他者の発する「性信号」との接触を避けようとする「性的羞恥心」の普遍性は、多くの文化人類学者の認めるところである。だが、他方で、性的な感情を意識的に喚起し、あるいは、本来生殖とは無関係な目的を持つ機能にまで性現象を拡大する「エロティシズム」もまた、他の動物にはない人間固有の普遍的な特徴として指摘されている。人間は、性行為を生殖目的に限定することなく、それを遊戯として捉え、性行為の相手方との共同演出によって得られる快楽を共有することで社会的結合の絆を深め、さらに、日常生活における緊張した場面でのエロティックなジョークによる（快楽連想作用を利用し

13) エドワード・ウィルソン、岸由二訳『人間の本性』210頁。部族繁栄を願いつつ約束の地を求めて砂漠を放浪した旧約聖書時代のユダヤの民の特殊状況が反映されたものというわけである。なお、A. モラリーダニノス、宮原信訳『性関係の社会学』24頁は、「性の機能を繁殖に限るのは、あらゆる機能をそれが創られた目的に限定することだ。これでは例えば、社会的に意味のある生産目的がない限り運動をしてはいけないと言うことになる。」と述べて、生殖モデルを批判している。

14) 園田・臺『前掲書』168頁以下、白田『前掲書』84頁以下参照。

15) 同時代的にこれらの動きを紹介したものとして、我妻洋『性の実験』、立花隆『アメリカ性革命』等がある。

16) D.H. ロレンス、伊藤整訳、伊藤礼補訳『チャタレー夫人の恋人』（新潮文庫）。なお、園田・臺『前掲書』218頁、223頁によれば、『悪徳の栄え』も1970年に（但し、わいせつ該当箇所のみ）、『四畳半襖の下張』も1997年に、いずれも復刻販売されている。

17) C.レヴィ＝ストロース、川田順造訳『悲しき熱帯（下）』147頁。

た) 緊張緩和の例に見られるように、社会生活においても有効利用してきたのである¹⁸⁾。プロテスタントの性倫理は、性器・性行為について、ほとんどトラウマに近い罪悪感を持ち、エロティックな動物としての人間の一面を根拠なく抑圧するものである。人類学者のマリノウスキーも、このような意味において、「文化の全然違った社会の性道徳を理解する最善の方法は、性衝動は完全に野放しに置かれるものではないということと、また性衝動は社会強制のもとに完全に屈服し従うものでも決してないということ」を思い出すことである」と述べている¹⁹⁾。モラリーダニノスが言うように、「個体にとって、エロチシズムの表現形態は彼の人格を形成するいかなる根本的特質にも劣らず本質的で不可欠なもの」であり、「エロチシズムのない性関係は平板な動物的なものに墮してしまう」²⁰⁾。まさに、その観点から、従来不当に貶められていたエロチシズムを復権させようというのが、上述の20世紀後半の動きだった。モラリーダニノスは、このような意味において「残された問題は、ほかならぬこの社会において性にしかるべき地位を与えること、つまり公然と存在する権利と同時に、個人・社会両者にとって、真の利益となるような発現を許す『地位』を性に与えることにある」と述べている²¹⁾。わいせつ犯罪を巡る議論は、性的羞恥心の片面的称揚を脱して、性的羞恥心とエロチシズムのバランスによる人間的生活の享受を保障する方向にシフトされる必要があるだろう²²⁾。

(2) 「わいせつ表現」の扱いの問題

一 「性信号」としての「わいせつ」のとらえ方の問題もある。チャタ

-
- 18) このような意味において、モラリーダニノス『前掲書』18頁以下は、人間における性行為の機能として、①生殖、②快楽の獲得、③愛情獲得(人間のきずなの促進)を挙げている。
- 19) B.マリノウスキー、泉靖一・蒲生正男・島澄訳『未開人の性生活』324頁。
- 20) モラリーダニノス『前掲書』24頁。
- 21) モラリーダニノス『前掲書』16頁。
- 22) この点については、梅崎進哉「性風俗の刑事規制と社会法益の構造」久留米大学法学14号23頁以下において詳論した。

レー体制下では、性器・性行為非公然性の原則を大前提とする絶対的わいせつ概念が展開されているから、性器や性行為それ自体の提示は当然に「わいせつ」となり、公然わいせつ罪（174条）の領域では、性信号という側面はほとんど問題とされない。これに対し、文書、図画等のいわゆる「わいせつ表現罪」（175条）の場合、性器・性行為を文書や図画で表現したものが客体であり、性器・性行為それ自体の提示ではないから、性信号の問題が浮上する。チャタレー判決では、あまりその意識が同えないまま文書につきわいせつ性が認められたが、その後の下級審判例では、わいせつ性判断に際してこのことを明確に意識したものも現れている。例えば、悪徳の栄え事件の第1審、東京地判昭和37・10・16は「文書の記載内容がいかなる場合に性的行為を公然行つたと同一の効果を生ずるおそれがあるか」という問題意識を持ち、後述する全体的考察の論理を導いている²³⁾。同様に、四畳半襖の下張事件の東京地判昭和51・4・27は「わいせつ文書販賣罪は……性行為非公然性の原則を文書の上でも維持しようとするものであるから、わいせつ文書というためには、現実に性器または性的行為を見るのと同じほどに性欲を刺戟または興奮させるような露骨かつ詳細な性器または性的行為の描写のあることが必要である（傍点筆者）」と言う²⁴⁾。わいせつであるためには、あたかも眼前に性器・性行為が展開されているような迫真の描写が必要だとするものであるが、後に検討する思想性・芸術性の考慮と併せて、性器・性行為の「表現」を全面禁止するのではなく、

23) 下刑集4巻9・10号940頁。これに対し2審は全体的考察そのものは否定しなかったものの、1審の前提となった問題意識については、「最高裁判所のいう性行為非公然性の原則は単に現実の性行為に関する原則たるに止らず、文書による性行為の表現についても認められなくてはならぬ原則である。論旨は、行為とその表現とは本質的に差異があり、行為に関する原則はそのままその表現に関し適用さるべきではないというが、文書による性的行為の表現は、その表現の仕方によつては、現実の性的行為が公然行われたと同様、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。」として否定している（高刑集16巻8号584頁）。

24) 刑集34巻6号298頁。

一定範囲でこれを許容しようという、性に寛容となった社会変化に促された動きのひとつといえるだろう。

二 実写を伴う映画等の映像の場合、この問題がさらに鮮明に浮かび上がる。例えば、「日活ポルノビデオ事件」の第1審である東京地判昭和50・11・26は、「男女の陰部や性行為の場面そのものを直接撮影した作品がわいせつ物であるとみることに争いがない」が、本件各ビデオは、「性戯又は性交を暗示させるような行為を演技したものであつて性行為そのものではない。この種のもののわいせつ性の有無の判断は、この演技から受けた暗示の結果が性欲を著しく刺戟せしめるかどうかという観点からではなく（そうだとすると、いかなる間接的表現方法も許されないこととなる）、演技それ自体の表現方法が如何であるかという点からのみ判断すべきである（傍点筆者）」²⁵⁾として、4本のビデオテープ中3本について「健全な性生活を経験している一般成人がみれば、（性行為等の設定が一筆者補記）奇異な感じを受けるものであつて、これが意図的に作られた演技であつておよそ現実の性生活とは遠いものであることが容易に看破でき、それがかえつてわいせつ感を失わしめる（傍点筆者）」²⁶⁾としてわいせつ性を否定した。これに対して2審の東京高判昭和53・3・2は、「性愛場面の描写をみると、……俳優があたかもそのような場面にみえるように演技していることが認められる点で（陰部付近と陰部付近とを接触させずに体位をずらしているところもある）、いわゆるブルーフィルムとの違いは肯認される（傍点筆者）」と認めつつも、性交等の場面が大半を占め、物語の筋は単純で、各性愛場面をつなぎ合わせる程度の意味しかなく、性愛場面の描写も「一般のポルノ映画などに多くみられる『ぼかし』はなく、腰部付近に遮蔽物を置くなどの措置もほとんどとられず、性交場面等を容易に連想させる全景（フルショット）が多く、「男女、また女性同志の姿態、動

25) 刑集33巻7号805頁以下。

26) 前掲806頁。残る1本のビデオについてはわいせつ性の認識を否定して、結局、すべての訴因について無罪としている。

き、色彩、音声などが知的な連想作用をまたず、視覚、聴覚を通じて直接的に訴える効果・迫力は甚だ強いものがあ」としてわいせつ性を認め、1審判決を覆した。最決昭和54・11・19は、2審判決を支持した。その決定要旨は、「男女の性器及び実際の性交場面を直接撮影していないモテル用ビデオテープであつても、男女の俳優による性交、性戯等の姿態、発声の演技をきわめて大胆、露骨、執ように描写することにより、見る者に対し、実際の性交場面等を容易に連想させて直接的かつ強度の性的刺激を与えるもの……は、刑法175条にいう『猥褻ノ凶画』にあたる（傍点筆者）」²⁷⁾としている。判例に類出する「大胆」「露骨」「執拗」という形容語は、このように、性器・性行為それ自体を提示する行為についてではなく、「表現（演技）」を「わいせつ」と評するに際して用いられるのである。それにしても、この最高裁決定は、性器・性行為の表現を全面的に禁止するものでこそないけれども、「性行為を描きながら実際の性行為を容易に連想させない」というのは、なかなか困難な要求ではある。

三 許容される「演技」の限界について、さらに踏み込んだ判断をし、無罪判決が確定したこともあって、その後の映像・画像作品の制作現場に大きな影響を与えたのは、「日活ロマンポルノ事件」である。第1審の東京地判昭和53・6・23（以下、「ロマンポルノ判決」と言う）は、「本件各映画は、いずれも男女の性器そのものを描写したものではないし、また、実際の性交行為や性器愛撫行為を実際の性交や性器愛撫とわかるように描写したものでもなく」、検察官の主張する「性交場面とか性戯場面とかいうものは、俳優達があたかも性交や性器愛撫をしているかのような演技をしているのを写したものであって、いわば性交や性器愛撫のまねごとであり、観客に性交や性器愛撫をしているように暗示を与え連想させるもの（傍点筆者）」にすぎないと言う。そして、「ただ、本件各映画は、演技によるものであるとはいえ、ロマンポルノといわれることから明らかなように、それぞれ一つのストーリーに従って、性交や性戯等の場面が設定されてお

27) 前掲 754 頁以下。

り、観客に暗示を与え連想させて、性的刺激を与えようとしている」²⁸⁾ から、「本件各映画が社会通念上、露骨で、過度に性欲を興奮又は刺激させるといえるか、普通人の正常な性的羞恥心を害するといえるかなどのわいせつの要件に該当するかどうかについて」さらに判断する必要があるとして、起訴された4本の映画作品の細部に立ち入って詳細に検討している。結論として、すべての作品についてわいせつ性を否定しているが、その主な理由を拾ってみると、「全体が喜劇風に作られており、……個々の場面における演技の滑稽さ、わざとらしさが、右各場面における描写の現実感、迫真性を弱め、性的な好奇心を殺いで刺激性を減殺している」²⁹⁾、「性交、性戯場面の表現方法としては、顔の表情や音声などによっているところが多く、……男女の交接を直接想像させる腰部付近は、画面上毛布あるいは電灯等のしゃへい物でもって隠されたり、遠景描写であったり、あるいは描写角度を工夫するなどされている」³⁰⁾、「自慰行為をしていると連想させる描写があり、それもかなり長く煽情的ともいえそうな描写であるが、その演技もオーバーであり、かえって不自然で奇異な感じさえも与える結果となり、性的刺激性をそれほど強いものとはしていない」³¹⁾、「男女とも全裸の場合には下半身部分がぼかされていたり、隠されていたりしており、また、全裸、着衣いずれの場合もいわゆる体位のずれが割合はっきりしていて、性交を連想させる姿態を直截露骨に描写するところもなく、……一般的にみて、抑えられた描写となって」いる³²⁾、等々である。この判断は2審の東京高判昭和55・7・18でも支持されて検察側控訴が棄却され、そのまま確定した。なお、2審では、検察官からなされた、「恥毛が見える」場面があるとする主張についても、退けられている³³⁾。1990年代に展開された週刊誌等の「ヘアヌード」キャンペーン以降、陰毛の表出は摘発

28) 刑裁月報10巻6・7・8号1135頁。

29) 前掲1136頁。

30) 前掲1138頁。

31) 前掲1141頁。

32) 前掲1143頁。

33) 2審東京高判昭55・7・18、刑裁月報12巻7号524頁。

の対象とされなくなったようであるが、かつては、わいせつ性の重大な判断基準とされていた。次に検討する愛のコリーダ事件でも、この点について検察官が主張しており、地裁判決は「検察官は……陰毛がそれぞれ写っている旨主張しているが、いずれも当該部分にとくに注目して初めてそれかもしれないもの（いずれも陰影であるのか、陰毛であるのか必ずしも明らかではない）を看取しうるといふ程度であつて、とくに問題とするには当らない」としてこれを退けている³⁴⁾。性器・性行為非公然性の原則が不動の前提として立ちはだかる状況での、性表現の許容努力が産んだ珍妙なエピソードといえるだろう。

四 ロマンポルノ事件判決は、性表現に対して寛容となった社会変化に対応し、「演技＝お芝居にとどまる」という論理で、性器・性行為の表現を許容する可能性を残そうとしたものである。特に、「ロマンポルノ」という、観客への性的刺激の提供を主目的とする作品について、許容領域を認めたことは、画期的であったといえるだろう。この動きは、映画のスクリーン写真と脚本を掲載した単行本が問題となった「愛のコリーダ事件」につき無罪を宣告した東京地判昭和54・10・19（以下、「愛のコリーダ判決」と言う。なお、同事件は、東京高判昭和57・6・8の検察側控訴棄却によって無罪確定している）に繋がっていく。愛のコリーダ判決は、「近時、様々な文化領域、ことに科学、芸術等の分野において、それら諸価値の実現の過程で、性に関する事柄をより自覚的に採り上げ正面から関心の対象として追究する志向が強まり、従つて、性表現を伴う作品の数は増える傾向にあり、このこと自体については、右のような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ところである」³⁵⁾とし、「映画や小説等芸術の分野において性を対象として取扱うこと、従つて、性交、性戯等の場面を描写の対象とすること自体が基本的に容認されるべきことは既に述べたとおりであるから、本件脚本の内容が

34) 刑裁月報 11 卷 10 号 1262 頁。

35) 前掲 1255 頁以下。

性描写の連続であることは刑法上非難されるべきことではない」³⁶⁾等としてわいせつ性を否定した。これらの判決は、性器・性行為非公然性の原則を絶対的原則としたチャタレー体制下において、先にモラリダニノストとの連続で論じた、エロティシズムに「個人・社会両者にとって真の利益となるような発現を許す地位」を与える方向、即ち、性信号の発信・受容に権利性を認める方向を志向するものであると評しうる。

にもかかわらず、これらの判決の判断内容を見ると、奇異な印象をぬぐい難い。例えば、ロマンポルノ判決は、わいせつ性否定の大きな理由の一つとして、「演技のわざとらしさ」を挙げていた。愛のコリーダ判決も同様に、スチール写真がわいせつといえない根拠の一つとして、「男女の局部付近と思われる部分にずれが認められ」、「性器の結合を直ちには推測しがたい態様にあ」り、「画面全体として静止した感じを与えるなどの点から、いずれも現に性交中ではなく、そのように見せる演技を行つて」との印象を与える」という点を挙げる³⁷⁾。だが、一方で性信号の発信を許しながら、性信号として巧みであれば許さない（お芝居は許すが、上手なお芝居は許さない）というのは矛盾している。これでは、実質的に性表現の権利性を認めたことにはならないだろう。また、「体位のずれ」にせよ、「陰毛の映り込み」にせよ、性信号として捉えたとき、それほどの重大な影響があるとは考えられず、法廷で大真面目にこれらの証拠調べをしている場面を想像すると、はなはだ滑稽である。結局、「性器・性行為非公然性の原則」の本体を維持したまま、「お芝居にすぎない」という論理で性表現を許容しようとする方法では、社会的現実に対応できないといわざるを得ない。また、これらの無罪判決については検察側の上告がなされずに確定しているため、下級審のこのような性表現許容の判断に対して最高裁がどう捉えるのかは明らかでなく、むしろ上述の日活ポルノビデオ事件における最決昭54・11・19の厳しい判断が主流をなしているようにも見える³⁸⁾。

36) 前掲 1263 頁以下。

37) 前掲 1261 頁。

五 ところで、「わいせつ行為」が「(徒らに)性欲を刺激する」行為だというのであれば、当然、それは人の感覚に訴えるもの、即ち、「性信号を送る」行為でなければならない。つまり厳密に言えば、公然わいせつ罪を含めて、すべてのわいせつ罪は、わいせつ「表現」罪であるはずなのである。いうまでもなく、「信号」とは、それ自体として存在するものではなく、具体的場面における発信者と受信者の関係において成立するものである³⁸⁾。ところが、チャタレー体制では「性器・性行為非公然性の原則」を普遍的前提とし、性器・性行為それ自体の提示については、性信号という観点からの考慮なしに、当然にわいせつであるとされる。この即物的な判断の結果、少なくとも「性器」の場合、その可視化が常に性信号を送るものとは限らないのに（「性行為」の提示は、性信号を送る行為そのものだから、表現性を考えるまでもなくわいせつ性を認めうる場合が通常といえるかもしれないが）、「(直接・間接に)それを見える状態にする」ことで直ちにわいせつ行為だとされてしまう。かくして、チャタレー体制下では、特段の性的意味もないポートレート写真に、性器が写っているというだけの理由でマスキングを施し、却って性信号を強調してしまうという、奇妙な性規制が繰り返されることになった⁴⁰⁾。上述の「体位のずれ」や「陰毛」をめぐる議論も、これと同列だろう。さらに、この性規制は、芸術表現の領域のみならず、日常生活領域にまで拡大する。例えば、交通事故の後遺症で義足を使っていた男性が、路線バス車内の最後部座席で、下半身を露出したとして現行犯逮捕され、起訴された事件で、福岡地裁は平成17年1月31日、目撃者の女子高生が、義足の調整をわいせつな行為と誤認した可能性があるとして、無罪を言い渡した⁴¹⁾。また、平成21年には、アイドルグループのメンバーの一人が、夜の公園で泥酔状態で裸に

38) その系譜の代表的な事件としては、アダルトビデオの自主審査機関の審査員であった被告人らが、アダルトDVDの適切な審査を怠ったとしてわいせつ凶画販売幫助罪等で起訴された事案につき有罪としたビデ倫事件（東京地判平23・9・6—東京高判平24・5・17—最判平26・10・7）、成人向けコミックにつき政治性・芸術性がほとんどないとして有罪とした松文館事件（東京地判平16・1・13—東京高判平17・6・16—最判平19・6・14）が挙げられる。

39) その意味では、「わいせつ」とは、本来、相対的なものであらざるを得ないといえる。

なっていたために、公然わいせつ容疑で現行犯逮捕・家宅捜索される事件も起きている⁴²⁾。チャタレー体制下での過剰反応が、かなり拡まっていることが伺える。

それはともかく、繰り返し確認したように、チャタレー事件は、「性行為を公然と行うこと」ではなく、それを「(文章として)描写する行為」のわいせつ性が問われた「(狭義の)性表現罪」の事件であった。「殺人行為」と「殺人を描写する行為」は、全く次元の異なるものであることを考えると、「性器・性行為非公然性の原則」から直ちに「(狭義の)性表現罪」の可罰性を導くことはできないようにも思える。どれほど迫真の描写であっても、殺人の描写行為から殺人罪の可罰性は生じえない。性行為の描写についても同様ではないのか。にもかかわらず、チャタレー判決(多数意見)がこの点を意識した形跡はない⁴³⁾し、その後の判例においても、(上掲のいくつかの下級審判例を除いて)この観点についてはあまり問題にされず、当然のように「性器・性行為非公然性の原則」を根拠に「(狭義の)性表現罪」の処罰がなされてきた。だが、このことは、逆に、上述の単純な公然わいせつ罪においても、本質は「性信号を発する」という「表現行為」にあることを暗示している。殺人との対比でいえば、殺人

40) その典型的な例として、園田・臺『前掲書』74頁以下で紹介されている「平成の腰巻事件」がある。名古屋市内の美術館での写真展において、展示作品の中に性器が写りこんでいたことを理由に、県警から行政指導が入り、美術館側は、裸体の男性二人が肩を組んで写っているポートレートの胸部以下に白い不織布を被せて展示を続行した(撤去という選択肢ではなく、警察の介入の痕跡を残すことを意図したようである)。著者は「白い布は布団にも見え、かえって布団の下を想像させるような効果さえ生んでしまったようにも思える」(『前掲書』75頁)と評している。これは、そもそもわいせつではない物に対して、わいせつと規定して対処することで、結果的にわいせつ物を作り出してしまうというチャタレー体制の持つパラドクスの一例である。なお、愛のコリーダ判決はこの点に関し、弁護側の提出した証拠物につき「複写のみのものと黒ぬりを施したものとを対比すると黒ぬりを施した写真の方が、その部分に性器の映像がかくされているように想像させ、明らかに、より煽情的で性的感情をより強く刺戟するものといえる。」として、このパラドクスを認めている(刑裁月報11巻10号1260頁)。

41) 朝日新聞2005年1月31日夕刊9頁。

42) 毎日新聞2009年4月23日西部夕刊9頁。

では「人を殺すこと」それ自体が問題であるのに対して、公然わいせつの場合では「性器を提示すること」「性行為を行うこと」それ自体ではなく、「その行為によって性信号を発すること」が問題なのである。だから、性行為を「実践」するのではなく、「描写」するだけの「(狭義の)性表現罪」も、同じく「性信号を発する」ものとして、同列に扱うことが可能となる。逆にいえば、「性信号の発信」こそが、わいせつ犯罪の本体なのであり、「性器・性行為非公然性の原則」を即物的に振りかざして、性器や性行為を提示・描写したというだけで原則的にわいせつ性を肯定してきたチャタレー体制の現状には、根本的問題があるといえる。「お芝居である」という方便で性表現を許容しようとする論理の奇妙さと、抜本的解決にならない理由もここにある。「殺人」という「本体」との関連で可罰性を考えるから「本当に殺しているか」が重大問題となるのであり、性信号の発信という観点からは、「本番」⁴⁴⁾であるか「お芝居」であるかは大し

43) 但し、この点は、チャタレー判決の中でも、真野判事が「意見」として指摘している。真野は「多数意見が前提として説いている『性行為の非公然性の原則』とは、すでに触れたように性行為を公然と実行しないというだけの意義に過ぎないから、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ここにも、性行為の非公然性の原則に反するかどうかはないはずである。」とし、「多数意見は前段において、性行為の非公然性の原則は、時と所と社会によつて変化することのない普遍的規範だということであるから、本訳書の性的場面の描写が性行為の非公然性の原則に反するという事は、とりもなおさず時と所と社会によつて変化することのない普遍的規範に反するということになる。一体そんな極端なことがどうして言えるのか、わたくしには全く理解することができない。」と述べて、「多数意見が本訳書の描写をもつて時代と民族を超えて変化することのない猥褻性をもつかのごとき表現をしている部分は削除すべきである。」と批判している(刑集11巻3号1017頁以下)。

44) 今や死語と化しつつあるが、映像撮影に際して、演技ではなく本物の性交を行うことを、「本番行為」と呼ぶ。こういう観点からアダルト映像の自主規制がなされていた時代に生まれた用語だが、判例を見る限り、このような観点は依然として堅持されているように思われる。なお、1976年公開の日仏合作映画「愛のコリーダ」は、日本国内ではフランス版に大幅なカット・修正を加えて上映されたが、それでも、日本映画界初の「本番行為」を含む映画(ハードコアポルノ)として話題になった。脚本・スチール写真集(こちらは三一書房刊で純日本製の)の摘発には、このような点も影響していたのかもしれない。

た問題ではない。正面から「性信号」の発信を許容しうる論理を示さない限り、本当の意味でのエロティシズムの享受は保障できないだろう。

2 チャタレー体制の変遷—わいせつ性の判断方法の修正

前章において検討したとおり、チャタレー判決は、「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」というわいせつ性の定義を掲げ、「性器・性行為非公然性の原則」に即して、即物的に、性器・性行為の提示・描写を原則的に禁じ、制作意図や頒布方法を考慮せずに作品のみを対象とする絶対的わいせつ概念を提示し、これが、チャタレー体制の骨格として、後の判例に引き継がれる頸木となった。このように「性器・性行為非公然性の原則」を中核に据え、周辺事情を一切考慮せず、かつ、直接的提示行為（公然わいせつ罪）のみならず描写行為（わいせつ表現罪）までを対象とする以上、わいせつ性が認められる範囲は相当に広範なものとなる。他方で、性を肯定的に受け止める「性の解放」の動きは急速に社会に拡大し、性に関する情報は巷間に拡がっていく。このような状況の中で、後続する判例は、チャタレー判決の「性器・性行為非公然性の原則」を核とする「絶対的わいせつ概念」を維持したまま、その「判断方法」に修正を加えることで対応しようとした。次にこの点を確認しよう。

(1) チャタレー体制の修正1—「全体的考察」と「思想性・芸術性による緩和」

— チャタレー判決は、冒頭で「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（傍点筆者）」⁴⁵⁾という問題意識を示している。ここから伺えるように、わいせ

45) 刑集11巻3号1003頁。

つ性を作品全体との関連において判断する「全体的考察」は、ほとんど介意してない。それは、本件作品のわいせつ性判断の核心をなす箇所にも表れている。「本件訳書を検討するに、その中の検察官が指摘する一二箇所に及ぶ性的場面の描写は、……相当大胆、微細、かつ写実的である。それは性行為の非公然性の原則に反し、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。またその及ぼす個人的、社会的効果としては、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程度のものと認められる。要するに本訳書の性的場面の描写は、社会通念上認容された限界を超えているものと認められる。従つて原判決が本件訳書自体を刑法一七五条の猥褻文書と判定したことは正当である」(傍点筆者)⁴⁶⁾。傍点箇所に明らかなように、作品の一部にでも、性器・性行為非公然性の原則に反する箇所、即ち「わいせつ」と言える箇所があれば、作品自体が「わいせつ」となるという、いわゆる「部分的わいせつ概念」が採られている⁴⁷⁾。いかなる場合にも性器・性行為を公然化してはならないという性器・性行為非公然性の原則を前提とする以上、必然的な帰結と見ることもできる。

二 このようなチャタレー判決の部分的わいせつ概念は、思想性・芸術性を、わいせつ性判断に際して考慮の対象外とする判決の姿勢と表裏一体のものである。判決は言う。「本書が全体として芸術的、思想的作品であり、その故に英文学界において相当の高い評価を受けていることは上述のごとくである。本書の芸術性はその全部についてばかりでなく、検察官が指摘した一二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

46) 前掲 1007 頁。「性器・性行為非公然性の原則」が「わいせつ三要件」に直結する論理が明白に表れた箇所である。余談だが、この箇所を見る限り、チャタレー判決の想定する「性的羞恥心を害する」とは、羞恥心を麻痺させるとか、羞恥心に異常を来すとかいうことではなく、単に「恥ずかしいと思わせる」ことらしい。だから「(家庭の団欒や集会などで)朗読を憚る」程度の内容でわいせつ性が肯定されてしまうことになるのである。

47) 同旨、団藤重光『注釈刑法(4)』287 頁。

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つても、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。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ができない。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。芸術といえども、公衆に猥褻なものを提供する何等の特権をもつものではない（傍点筆者）」⁴⁸⁾。

判決の論理では、性器・性行為非公然性の原則を前提とする限り、性器・性行為の（露骨な）描写がなされている箇所があれば、その時点でわいせつ性は確定しており、作品全体から感得される「芸術性」は「わいせつ性」の判断に影響しないから、全体的考察は採用すべきでないのである。

三 以上のようなチャタレー判決の「部分的わいせつ概念」と「思想・芸術性の考慮の排除」に対して修正を加えたのが、昭和44年10月15日の悪徳の栄え事件大法廷判決（以下、「悪徳の栄え判決」と言う）であった。

悪徳の栄え判決は、まず、「芸術といえども、公衆に猥褻なものを提供する何等の特権をもつものではない。芸術家もその使途の遂行において、

48) 刑集 11 卷 3 号 1008 頁。このような判決の「芸術とわいせつ」の捉え方は興味深い。前章（1章(1)節三）で論じたように、性的羞恥心のみならずエロティシズムもまた尊重されるべき人間固有の本性だとすれば、「エロティシズムの発揮」、即ち「性信号の発信」もまたそれ自体、重要な芸術活動のテーマでありうるはずであり、「芸術であるからエロティックでない」という論理は成り立たない。その意味では、チャタレー判決のとらえ方も、正しい一面を持っている。但し、判決の問題点は、「性器・性行為非公然性の原則」を絶対化して、「性信号の発信（正確には、それ以前の性器・性行為の展示・描写）行為」を、そのまま「わいせつ行為」として、処罰対象とする点にある。確かに「性信号の発信」と「芸術性」は別次元の問題である。だが、エロティシズムの権利性を考えると、「性信号の発信」が須らく「わいせつ」というわけではないだろう。「性信号の発信（エロティシズムの発揮）」と「わいせつ」との関係を整理する必要があるように思われる。

羞恥感情と道徳的な法を尊重すべき、一般国民の負担する義務に違反してはならない」というチャタレー判決の一節を引用して、「当裁判所も、また、右各見解を支持すべきものとする。そして、右各見解によれば、芸術的・思想的価値のある文書であつても、これを猥褻性を有するものとするのはなんらさしつかえのないものと解せられる。」とした。芸術性についてのチャタレー判決の判断を原則論として継承したわけである。ところが、それに続く箇所で、同判決は、「もとより、文書がもつ芸術性・思想性が、文書の内容である性的描写による性的刺激を減少・緩和させて、刑法が処罰の対象とする程度以下に猥褻性を解消させる場合があることは考えられるが、右のような程度に猥褻性が解消されないかぎり、芸術的・思想的価値のある文書であつても、猥褻の文書としての取扱いを免れることはできない（傍点筆者）」⁴⁹⁾と言う。つまり、「『芸術だからわいせつでない』という主張は認められない」という点ではチャタレー判決を支持したけれども、「芸術性によって、わいせつ性が、減少、緩和、解消される」場合がありうることも認めたのである。だが、チャタレー判決が芸術とわいせつの両立を認めたのは、性器・性行為非公然性の原則を前提にすれば、性器・性行為の描写はそれ自体としてわいせつであるから、全体として芸術作品であることはありうるが、そうであってもわいせつ性には影響がない（芸術性と猥褻性とは別異の次元に属する概念である）という理由（絶対的わいせつ概念）にあったことを考えると、チャタレー判決を前提に「芸術性によるわいせつ性の緩和・解消」を認める悪徳の栄え判決が、これに整合するかという点では疑問は残る。その意味では、この時点で、判例の流れは、性という主題と性表現とが思想・芸術の領域で急速に拡大していく社会的現実に促されて、相対的わいせつ概念に向けて一步を踏み出すことを余儀なくされたように思える⁵⁰⁾。

ともあれ、悪徳の栄え判決では、わいせつ性の緩和の限度で「芸術性」を評価するべく、性器・性行為を描写した個々の章句を超えて、作品全体を評価する必要があるが生じる。同判決によれば、「文書の個々の章句の部分は、

49) 最判昭44・10・15、刑集23巻10号1242頁以下。

全体としての文書の一部として意味をもつものであるから、その章句の部分の猥褻性の有無は、文書全体との関連において判断されなければならないものである。したがって、特定の章句の部分を取り出し、全体から切り離して、その部分だけについて猥褻性の有無を判断するのは相当でない（傍点筆者）」⁵⁰。但し、これは同判決が、作品全体の印象のみで作品がわいせつかどうかを決する立場に立っていることを意味するのではないことに注意が必要だろう⁵¹。問題なのはあくまで個々の章句であるが、性描写を行っている個々の章句をピックアップしつつも、そこから直ちにわいせつと断定するのではなく、全体の芸術性による緩和の可能性を検討するべ

50) この点、田中二郎裁判官の反対意見は、多数意見をチャタレー体制をはみ出すものと指摘している。「いわゆるチャタレー判決およびこの判決の趣旨に従った本件原判決は、猥褻性の概念は、その文書の芸術性・思想性とは次元を異にするもので、法的な面においては独自に判断されべきものとしており、多数意見も、基本的には、この見解を支持していることは前叙のとおりである。ところが、本判決の多数意見は、これに加えて、『もとより、文書がもつ芸術性・思想性が、文書の内容である性的描写による性的刺激を減少・緩和させて、刑法が処罰の対象とする程度以下に猥褻性を解消させる場合があることは考えられる』としているが、この表現は、猥褻概念の相対性を認める趣旨なのであろうか。……若し、そうだとすれば、チャタレー判決のとつた基本的立場を一步踏み出し、猥褻概念の相対性を認めつつ、結論において、チャタレー判決に従った原判決を支持するというのであろうか。多数意見の説示には、二つの考え方が混淆し、必ずしも首尾一貫しないものがあるように思われる」（刑集 23 卷 10 号 1275 頁）。部分的わいせつ概念が、性器・性行為非公然性の原則を前提とした絶対的わいせつ概念と結びついたものである以上、田中判事の指摘どおり、「全体的考察」は、チャタレー体制を相対的わいせつ概念の方向に一步を進めるものといえるだろう。

51) 園田寿・臺宏士『エロスと「わいせつ」のあいだ』122 頁、222 頁によれば、四畳半襖の下張事件（昭和 55 年）においても、成人向けコミックに関する松文館事件（平成 19 年）においても、起訴状に、わいせつ性が問題となる箇所の指摘はなかった。前者では検察官は釈明において「起訴状中に猥褻とされる文章を引用記載すべきであるとは考えていない」と明言し、後者に至っては、弁護側が第 2 回公判で検察官に猥褻描写の箇所を特定するよう求めたが拒否され、証人尋問中によりやく検察側が問題視している箇所が判明したとのことである。「全体的考察」を逆手に取った法廷戦術だとすると、わいせつ罪の本質を全く理解しないものと言わざるを得ない。もちろん、多々ある事件の中には対象物全体がわいせつであって該当箇所の特定が困難だという事例はありうるだろうが、「性信号」あってこそそのわいせつ罪であり、まず問題となる性信号を発している箇所を特定する作業は、「全体的考察」にとっての出発点だろう。

し、という内容なのである。先の引用箇所が続いて、「(だが) 特定の章句の部分について猥褻性の有無が判断されている場合でも、その判断が文書全体との関連においてなされている以上、これを不当とする理由は存在しない。したがって、原判決が、文書全体との関連において猥褻性の有無を判断すべきものとしながら、特定の章句の部分について猥褻性を肯定したからといつて、論理の矛盾であるということはできない。」と書かれているのは、このことを意味している。そして同判決は、以上の前提に立って、14か所の章句につきわいせつ性を認めて有罪とした控訴審判決を支持したのであった。

以上のとおり、悪徳の栄え判決では、性描写を行っている（性器・性行為が非公然性の原則に反する）個別箇所をピックアップしてわいせつ性判断を行う点ではチャタレー判決を継承しつつも、作品全体の芸術性を参照してわいせつ性緩和の可能性をさらに検討するという判断方法が示された。まず性器・性行為が非公然性の原則に基づいて個々の「わいせつ箇所」をピックアップし、次に、作品全体の思想性・芸術性等との関連でわいせつ性の減少・緩和・解消の度合いをはかるといふ、いわば「わいせつ性阻却」構造を持つ判断方式が示されたのである。

四 この判断方式を敷衍して要件化したのが、昭和55年11月28日の四畳半襖の下張事件最高裁判決（以下、「四畳半襖の下張判決」と言う）である。同判決では、「文書のわいせつ性の判断」について、「①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、②右描写叙述の文書全体に占める比重、③文書に表現された思想等と右描写叙述との関連性、④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激の緩和の程度、⑤これらの観点から該文書を全体として見たときに、主として、読者の好色的興味にうつたえるものと認められるか否か（付番・傍点筆者）」という判断要素が挙げられている⁵²⁾。この判断方法では、②の段階で、既に「右描写部分」が特定され、一応のわいせつ性が認められること

52) 最判昭55・12・28、刑集34巻6号435頁以下。

が前提となっているから、②以降の判断を行うにあたっては、当然①の箇所が特定され、一応のわいせつ性判断がなされていなければならない。つまり、①が、個々の部分のいわば「(性器・性行為非公然性の原則に即した)わいせつ性推定」の判断部分であり、②～⑤が作品全体として主として好色的興味に訴えるかという観点⁵³⁾からの「阻却」判断の部分といえるだろう。そして、「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』といえるか否かを決す」⁵⁴⁾のが同判決の基本的判断方法である。そのうえで、「本件についてこれをみると、本件『四畳半襖の下張』は、男女の性的交渉の情景を扇情的な筆致で露骨、詳細かつ具体的に描写した部分が量的質的に文書の中枢を占めており、その構成や展開、さらには文芸的、思想的価値などを考慮に容れても、主として読者の好色的興味にうつたえるものと認められるから、以上の諸点を総合検討したうえ、本件文書が刑法一七五条という『わいせつの文書』にあたると認めた原判断は、正当である。」⁵⁵⁾という結論が示されている。

五 以上のとおり、チャタレー体制下で全体的考察方法を導入した判例は、性について肯定的に受け止める社会的風潮とともに拡大していく性表現を一定程度受け容れるため、あるいは、社会的現実からの判例の極端な乖離を避けるための一方策であったとはいえるだろう。但し、そこでは、依然として性器・性行為非公然性の原則が不動の前提となっているため、同原則に基づいて個別箇所の部分的わいせつ性を確認した後の、阻却要因として思想性・芸術性が検討されるにすぎない。しかも、前章で検討した

53) 「主として好色的興味に訴えるか」という全体的考察は、悪徳の栄え判決でも少数意見の中で唱えられていた判断要素であるが、四畳半襖の下張判決以降、重要な判断要素となっていく。

54) 刑集 34 卷 6 号 436 頁。因みに、2 審判決は、この判断方法を前提に、「伊藤整訳『チャタレー夫人の恋人』(小山書店)や澁澤龍彦訳『悪徳の栄え(続)』(現代思潮社)などの文書が現時点においてなおわいせつと断定されるかどうかについては多大の疑問がある。」と評している(高刑集 32 卷 1 号 75 頁)。

55) 刑集 34 卷 6 号 436 頁。

56)、日活ロマンポルノ事件、愛のコリーダ事件という、上告がなされないまま無罪確定した少数の下級審判例を除いて、エロティシズムの表出を主目的とする活動にまで思想性・芸術性を認める寛容さは伺えず、「もっぱら好色的興味に訴える（即ちエロティシズムそのものをテーマにする）」ことは許されないのである。だとすれば、結局、全体的考察の論理は、「崇高な思想性や高尚な芸術性が、（本来悪である）性器・性行為の公然化を例外的に許容されるものにする」というにとどまり、「生殖目的（あるいは愛）が、本来悪である性行為を例外的に正当化する」という生殖モデルのプロテスタント性倫理と本質的に異ならず、依然として「性の罪悪視」を引きずるものと言わなければならない。

（２）チャタレー体制の修正 2—判断基準の修正

一 次に、わいせつ性の「判断基準」の問題である。

わいせつ性の判断につきチャタレー判決は、それが「評価」であることを強調した。即ち、判決はまず、「『チャタレー夫人の恋人』が刑法一七五条の猥褻文書に該当するか否か。これについて前提問題としてまず明瞭にしておかなければならないことは、この判断が法解釈すなわち法的価値判断に関係しており事実認定の問題でないということである」と前置し、次のように続ける。「本件において前掲著作の頒布、販売や翻訳者の協力の事実、発行の部数、態様、頒布販売の動機等は、あるいは犯罪の構成要件に、あるいはその情状に関係があるので証人調に適しているし、また著者の文学界における地位や著作の文学的評価については鑑定人の意見をきくのが有益または必要である。しかし著作自体が刑法一七五条の猥褻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なく、法解釈の問題である。問題の著作は現存しており、裁判所はただ法の解釈、適用をすればよいのである。このことは刑法各本条の個々の犯罪の構成要件に関する規定の解釈の場合と異なるところがない。この故にこ

56) 1章(2)節四参照。

の著作が一般読者に与える興奮、刺戟や読者のいづく羞恥感情の程度といえども、裁判所が判断すべきものである（傍点筆者）」⁵⁷⁾。前述のとおり、頒布方法等を含めてわいせつ性を判断する相対的わいせつ概念を否定し、わいせつかどうかはその物自体で決まるという絶対的わいせつ概念に立つ以上、わいせつかどうかの判断は、事実認定の問題ではなく、対象物に対する「評価（法解釈）」に尽きている、というわけである。

そしてチャタレー判決は、この「評価」の「基準」を「社会通念」に求める。「裁判所が右の判断をなす場合の規準は、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」。判決によれば、「この社会通念は、『個々人の認識の集合又はその平均値でなく、これを超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によつて否定するものでない』こと原判決が判示しているごとくである。かような社会通念が如何なるものであるかの判断は、現制度の下においては裁判官に委ねられているのである（傍点筆者）」⁵⁸⁾。「集団意識」という言葉が出ているが、判例の言うそれは、もちろん、社会学等で調査・認識されるような「社会意識」ではない。つまり、実在する「集団意識」ではなく、あくまでも「良識」すなわち、裁判官が「あるべきと考える意識」なのである。だから、判決は次のように続く。「往昔存在していたタブーが漸次姿を消しつつあることは事実である。しかし性に関するかような社会通念の変化が存在した現在かような変化が行われつつあるにかかわらず、超ゆべからざる限界としていづれの社会においても認められまた一般的に守られている規範が存在することも否定できない。それは前に述べた性行為の非公然性の原則である。この点に関する限り、以前に猥褻とされていたものが今日ではもはや一般に猥褻と認められなくなつたといえるほど著しい社会通念の変化は認められないのである。かりに一步譲つて相当多数の国民層の倫理的感覚が麻痺しており、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つて、社会を道

57) 刑集11巻3号1005頁。

58) 前掲1005頁以下。

德的頹廢から守らなければならない。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（傍点筆者）」⁵⁹⁾。ここでも「（性器・）性行為非公然性の原則」が強調されている点が注目される。要するに、チャタレー判決の論理では、「社会通念」と言いつつ、その実体は、普遍的で遷ろわざる（「著しい変化は認められない」）社会通念であり、かつ「（普遍的規範である性器・性行為非公然性の原則に即して）裁判官があるべきと考える社会意識」として判断基準となるため、すべてが法解釈の問題となり、社会的現実から乖離した強力なパターンリズムが発揮されることになる⁶⁰⁾。

二 悪徳の栄え大法廷判決も、「現行法の下においては、文書が猥褻性をもつかどうかは、裁判官がその文書自体につき社会通念にしたがつて判断するところに任されていて、この判断は法律判断というべきであ」⁶¹⁾として、チャタレー判決の「社会通念」論を基本的に継承している。そして、「一審が無罪判決を出したにも関わらず、控訴審が、文書に対する社会一般人の読後感あるいはそれへの影響の有無、程度等につき事実の取調を行わずに逆転有罪判決を出したのは、判例違反である」とする弁護人の上告趣意に対し、「前説示によれば、本件においては、第一審判決が犯罪事実の存在を確定している場合であると認むべく、原審は、第一審裁判所が取り調べた証拠によつてただちに判決することができると認めるならば、さらに事実の取調をすることなく有罪の判決を言い渡すことができるし、もともと、右のとおり、文書が猥褻性をもつかどうかは、裁判官が社会通念にしたがい判断するところに任されているのであるから、裁判官が、社会通念がいかなるものであるかを知るために、一般人の読後感等を知ることがは好ましいことではあるが、それは、あくまでも参考としての意味をも

59) 前掲 1006 頁。

60) このような観念的法益論に根差す秩序形成論の問題性については、梅崎進哉「性風俗の刑事規制と社会法益の構造」久留米大学法学 14 号 32 頁以下参照。

61) 刑集 23 卷 10 号 1247 頁以下。

つに過ぎないものである。(傍点筆者)』としてこれを斥けている。わいせつ性は事実認定の問題ではなく法解釈の問題であるが故に、書面審査のみで結論を逆転しうるし、わいせつ性の判断基準は、「裁判官のあるべきと考える社会意識」としての社会通念であるから、一般人の読後感は参考資料にすぎないのである。もっとも、同判決では、チャタレー判決を特徴付けていた裁判の「臨床医的役割」の強調という頑ななパターナリズムは、少なくとも顕在化はしていない。

以上、要するに悪徳の栄え判決の段階までは、わいせつ性の判断基準としては、「社会通念」に仮託した「裁判官のわいせつ観」が、漠然と考えられていたにすぎない。

三 「判断基準」の問題につき注目すべき最初の判決は、昭和45年4月7日に出された英語文書についてわいせつ性を認めた英語文書事件最高裁判決(以下、「英文書判決」と言う)である。

同事件は、書籍業者が、8種類、計454冊のわいせつな英語本を販売目的で所持していたとして、わいせつ文書の販売目的所持罪に問われた事件であり、一般的日本在住者にとっては理解しづらい英文で書かれた文書につきわいせつ性判断の基準が問われた事件である。第1審は、「(本件各書は)性戯性交に関する場面をきわめて露骨に、また具体的に描写しているのであるから、十分にこれを読みうる日本人に対しては(英米人に対する場合と程度の差こそあれ)、その性欲を刺戟し興奮させ、かつ、いわゆる羞恥嫌悪の情を抱かしめるに足りるものであることを率直に認めないわけにはいかない⁶²⁾」とした。一般人が内容を充分理解できるかを問題とせず、「読みこなせる」読者のみを前提に、わいせつ性を判断したのである。第2審は、「英文であるため、その読者はおのずから限定されることはもちろんであつて、その範囲は論旨指摘のとおり問題点ではあるが、本件英文書の英文は比較的平明であり、かつ、現代的であつて特に読みにくいというほどのものではないのであるから、我国における英語教育普及の現状か

62) 東京地判昭41・12・14、刑集24巻4号166頁。

らみても必ずしもその（わいせつ性と一筆者補記）公然性が否定せられるべきものではない。……さらに、本件のばあいは我国に存住ないし居住する外国人が多数購読している事実が看取されるので、これら外国人を含めて不特定多数者間に本件英文書が公然と販売されること自体我国社会の性的秩序を乱し善良な風俗を退廃、墮落に導くものといわなければならない⁶³⁾と述べている。文言上、「公然性」のみが語られているのは、弁護人が、英文であることを理由にわいせつ性と公然性を共に否定する主張を行ったのに答えたためであり、控訴審の判断は、文脈上、「わいせつ性」も同時に肯定したものである⁶⁴⁾。こちらは、1審と異なり、「英文の平易さ」や「英語教育の普及」に言及するなど、日本人の平均的読者を意識したものとさえそうだが、「判断基準」に関する明確な言及はない。「判断基準」の問題に踏み込んだのは、最高裁判決である。

英文書判決は、次のように言う。「原判決は、……英文で書かれているからといつて、ただちにその猥褻性が否定されるべき筋合のものではないこと、本件各書籍が英文であるため、その読者はおのずから限定されるが、その英文は比較的平明であり、かつ、現代的であつて、特に読みにくいというほどのものではないこと、および、本件各書籍は、わが国に在住ないし居住する外国人が多数購入している事実が看取されるので、これら外国人を含めて不特定多数者に本件各書籍が公然販売されること自体、わが国社会の性的秩序を乱し善良な風俗を頹廢墜落に導くものであることを判示しているものであり、本件各書籍の読者たりうる英語の読める日本人および在日外国人の普通人、平均人を基準として猥褻性の判断をしているものと解せられる（傍点筆者）」。そして、同判決によれば、このことは決してチャタレー判決に反するものではない。「（チャタレー）大法廷事件では、問題の訳書が日本語で書かれ、通常の出版販売方法で広く社会一般人に販売されていたため、一般読者に与える興奮刺戟や読者のいづく羞恥心の程

63) 東京高判昭43・1・31、刑集24巻4号173頁。

64) もちろん、チャタレー体制下では、性器・性行為非公然性の原則がわいせつ性判断の大前提だから、「公然性」はわいせつ性の要件でもある。

度は、一般社会において行なわれている良識すなわち社会通念により判断されるべきものとされていたのであり、ある書籍の読者たりうるものが社会一般人ではなく、ある限られた範囲のものにとゞまる本件において、その読者たりうるものの普通人、平均人を基準に猥褻性を判断している原判決は、右大法廷判決の判例に反するものではなく、むしろ、右大法廷判決の趣旨を、本件事案に調整適用しているにすぎない（傍点筆者）」⁶⁵⁾からである。

四 改めて考えてみると、「わいせつ性」は性信号であるから、「わいせつ性」の認識に至るプロセスには、まず知性的側面において対象を認知できるかという問題があり、さらに認知した対象を、感性的に「わいせつ」と感じるかという問題がある。例えば、文字が読めなければ、わいせつ文書の内容はそもそも認知できず、わいせつと感じるかは、認知した後の感性の問題である。もちろん、文字が読めても、たどたどしく文意を辿る程度の読解力では、わいせつ感を持つに至ることはないから、両者は分かち難く結びついているが、一応の区別は可能であろう。チャタレー事件では、対象が、日本在住者の大半が容易に読める日本語訳本であったため、前者は全く意識されず、後者の「わいせつ感」の基準をどこに求めるかという点のみが問題となったわけである。認知可能性の問題は、英文書事件で初めて浮上した。上述のとおり、1審は、一般人が内容を充分認知できるかを判断基準の問題とせず、当然のように、読みこなせる読者を前提にわいせつ性を判断した。「普遍的で遷ろわざる社会通念」を想定しているチャタレー判決にとっては、認知可能者が限定されたとしても、感性面において異なることはないはずだから、認知可能性としては公然性を充たし得る程度の数の者が存在すれば足り、後は、「（認知すれば）わいせつだと感じるか」という裁判官の独占的判断事項となる。その意味では、1審は、チャタレー判決に最も忠実な手法を採ったといえる。だが、最高裁判決は、「ある書籍の読者たりうるものが社会一般人ではなく、ある限られ

65) 最判昭45・4・7、刑集24巻4号156頁以下。

た範囲のものにとゞまる本件」においては、「その読者たりうるもの普通人、平均人を基準に猥褻性を判断」するとして、わざわざ、認知可能性を「判断基準の設定」の中に取り込んでいる。上述のとおり、チャタレー判決の（普遍的）社会通念論を前提にする限り、この判断基準の限定には意味がないはずなのである。他方、チャタレー判決を離れて英文書判決の言う「その読者たりうるもの普通人・平均人」を、「現実の読者層」として捉えたと、わいせつ性判断において現実の頒布方法等を考慮する相対的わいせつ概念に急接近することになる⁶⁶⁾。この点は、次の艶本研究国貞事件判決で検討しよう。

「判断基準の限定」を巡るチャタレー判決との整合性はともかくとして、この判決により、「読者たりうるもの平均人」を「判断基準」とすることで、「社会通念」を「実在する社会意識」に即して理解する道が拓かれたといえるだろう。事実、英文書判決以降の下級審判例では、「社会通念」を実在する社会意識に引き付けて捉えようとするものが頻出する。例えば、昭和53年の日活ロマンポルノ事件第1審判決は、チャタレー事件の「大法廷判決も述べるように、いかなるものが右にいうわいせつの要件を満たすかは、裁判所が一般社会において行われている良識すなわち社会通念に従って判断しなければならないところ、この社会通念は、所によりまた時代とともに変遷するものであり、……問題となっている物件がわいせつ物にあたるかどうかを判断するについては、このように判断の基準となる社会通念自体にも変遷があるものであることを考慮したうえ、その判断時点での社会における良識すなわち社会通念がいかなるものであるかを洞察することが必要である。」とし、「社会通念を判断するにあたっては、今日における国民の多様な価値観、倫理観、性に関する意識、娯楽に対する観念、更には現代の世相などを広く考慮に入れて判断しなければならない（傍点筆者）」と述べ、民間の審査機関である映倫の審査をパスしたという事実を、十分に尊重できるものであるとして無罪を言い渡した⁶⁷⁾。チャタレー判決を冒頭に掲げてはいるが、「普遍的で遷ろわざる」社会通

66) 最判解刑事編昭和45年度43頁以下（時國康夫）参照。

念を掲げたチャタレー判決とは、かなり異なった内容になっている。四畳半襖の下張2審判決も、社会通念とは「(チャタレー事件) 大法廷判決のいう『一般社会において行われる良識』、『個々人の認識の集合又はその平均値でなく、これを超えた集団意識』を意味するのであり、これを平明にいえば、智的にも情的にもかたくなでなく、人間の態度、考え方などが多種多様であることをも容認している人々のもつ集団意識をいうものである。右はその性質上主観を超え客観的なものにより近いものであり、またその変遷もそれほど急激なものではありえないから、裁判官によると同様一般人によつても捕捉が可能なるものである。(傍点筆者)」と言う⁶⁷⁾。これもまた、実質的にはチャタレー判決を離れて、社会通念を現存する社会意識としてとらえようとするものだろう。上述のとおり⁶⁸⁾、四畳半襖の下張最高裁判決は、「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』といえるか否かを決すべきである(傍点筆者)」とするのみで、高裁の社会通念の理解については、特に踏み込まないまま、高裁の結論を肯定しているが、普遍的で遷ろわざる社会通念を判断基準としていたチャタレー判決に対して、「その時代の社会通念」の存在を肯定している点では、高裁の判断を容認しているようにも伺える。

五 昭和48年4月12日の艶本研究国貞事件最高裁判決(以下、「艶本研究国貞判決」と言う)は、江戸時代の艶本と浮世絵を複製販売した行為が問題となった事件に対するものである。江戸文学の研究者と出版業者が、一般販売ではなく、新聞広告を見て申し込んだ相手に対してのみ応じる限定販売を行ったため、芸術性の観点からの全体的考察と、頒布・販売方法の問題が浮かび上がった。

艶本研究国貞事件の第1審判決は、「相対的猥褻概念への考慮」との見

67) 東京地判昭53・6・23、刑裁月報10巻6・8号1129頁以下。

68) 東京高判昭54・3・20、高刑集32巻1号78頁以下。

69) 上記、註54の箇所。

出しをつけた段落を設け、「芸術作品、学術書等においては、当該文書の有する社会的価値に対応して、いわゆる春本の類と異なり、頒布、販売の方法等当該文書の置かれた背景の如何によっては、その文書が或は猥褻性を帯び、或は猥褻性を帯びない場合の生ずることも考えられるわけである。すなわち、当該文書の著述の対象者、著作の価値ないしはこれに対する一般的な評価、広告、販売の方法、発行部数等により一定の読者層もしくは読者環境が設定されこれら読者層ないし読者環境の水準が高く、当該文書に記載されてある性的記述に対して、もっぱら芸術的、学術的な鑑賞または探究がなされ、卑俗な性的興味本位の読書が追放されることが保障されるならば、文書の猥褻性は生じないものと解することは、あながち不当でない場合もあるのではなかろうかと推察される（傍点筆者）」⁷⁰⁾と述べつつも、結局、本件の頒布方法では「読者層もしくは読者環境が自から限定されていたとは到底認められない」⁷¹⁾として有罪とした。

これに対し第2審は「文書の猥褻性の有無はその文書自体について客観的に判断すべきものであり、現実の購読層の状況あるいは著者や出版社としての著述、出版意図など当該文書外に存する事実関係は、文書の猥褻性の判断の基準外に置かれるべきものである。」として1審を批判し、チャタレー体制どおりに絶対的わいせつ概念を採った。ところが、それに続けて、「ただ、その文書の特殊性格（例えば学術書、科学書、医学書という如き）、販売方法あるいは販売広告の方法如何により、その読者層がおのずから限定され、あるいは一定の読書環境が設定されるような場合には、その文書の読者に対する心理的影響を、その限定された読者層あるいは一定の読書環境における読者を基準として判定することが相当であり、この場合は「（チャタレー判決の基準を）その読者層におけるいわゆる平均人、あるいはその読書環境における普通人を基準とすると置き換える」と言う（傍点筆者）」⁷²⁾。そして、「原判決が、読者層もしくは読書環境の限

70) 京都地判昭44・5・29、刑集27巻3号387頁以下。

71) 前掲388頁。

72) 大阪高判昭46・8・6、刑集27巻3号391頁以下。

定について説示したのは、本件につきいわゆる相対的猥褻概念を適用することを考慮した」ものである点を批判しつつも、「いわゆる相対的わいせつ概念の適用についても、本件はかかる考慮をすべき事案ではないとしてその適用を拒否しているので、原判決は結局においては正当に帰す、としている⁷³⁾。

1 審判決は、明らかに真正面から相対的わいせつ概念を採り、頒布方法を直接的にわいせつ性の判断要素にしようとしている。これに対して、2 審判決は、1 審の相対的わいせつ概念を否定したが、英文書判決を意識してか、①学術書、科学書、医学書といった文書の特殊な性格、②販売方法あるいは③販売広告の方法如何により、読者層がおのずから限定され、あるいは一定の読書環境が設定されるような場合には、「その文書の読者に対する心理的影響を、その限定された読者層あるいは一定の読書環境における読者を基準として判定する」として、「判断基準の設定」に関して、①～③の要素の考慮を認めている。①は当該文書から判断される要素であるから、絶対的わいせつ概念を前提に、当該文書外の事情を考慮に入れることを否定する立場からも考慮に入れうる事情である。但し、例えば「医学書」だということを考慮に入れるとしても、それは、従来の判例では「(学術性による)わいせつ性の緩和」の問題であり、「判断基準」の問題としてではなかった。「判断基準」の問題としてこれを顧慮するならば、「当該医学書を読む医師が、これをわいせつと感じるか」を問題とすることになる。しかも、英文書事件では、認知上の問題として英文読解力のある者という基準が出されたが、医学書であれば、認知の問題としては、医師でなくとも読むこと自体はできるから、ここで考慮されているのは「わいせつ性を感じるか」という、もっぱら感性上の判断基準の設定である。加えて、②③の要素は、明らかに当該文書外の事情であり、「わいせつ性判断」は当該文書のみに基づいて客観的に行われるべきだが、「(感性上の)判断基準の設定」に際しては文書外の事情を考慮に入れうる趣旨と考えるしかない。これでは玄関で拒絶した客を、裏口から迎え入れるよ

73) 前掲 394 頁以下。

うなもので、実質的には、かなり相対的わいせつ概念に接近したものとなる。

最高裁は、「(原判決の)『文書の猥褻性の有無はその文書自体について客観的に判断すべきものであり、現実の読者層の状況あるいは著者や出版社としての著述、出版意図など当該文書外に存する事実関係は、文書の猥褻性の判断の基準外に置かれるべきものである。』旨の見解は正当であ」として2審の判断を是認している⁷⁴⁾が、2審の示した「判断基準の設定」については言及しておらず、その後の判例でも、深い議論はなされていない。つまり、「判断基準の設定」に関する限り、チャタレー体制は不透明なままと言うことになるが、本事件では1審・2審のいずれも(入り口は異なっているが)読者層を考慮に入れる可能性を容認しており、「判断基準の設定」に関してではあれ、基準が相対化されていることは否定できない。芸術性の箇所(上記(1)節の三)で述べたのと同様、性器・性行為非公然性の原則の普遍性を前提としたチャタレー判決の絶対的わいせつ概念では、性器・性行為の描出があれば、裁判官の考える普遍的原則に従って、直ちにわいせつ性が肯定されるはずであり、判断基準設定の問題としてではあっても、読者層の限定を認めるのは、整合性が揺らいでいるように思われる。ここでも、判例の流れは、現実の社会的現実に促されて、緩やかにではあるが、相対的わいせつ概念肯定の方向に進んでいるように伺えるのである。

(3) チャタレー体制の判断構造

一 以上の分析により、チャタレー体制下での「わいせつ性」の判断構造が明らかになった。①「わいせつ概念」としては、「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」であるかどうか判断される。その際、まずは、②「性器・性行為非公然性の原則」に照らして、個々のわいせつ性が「推

74) 最判昭48・4・12、刑集27巻3号353頁。

定」される箇所が抽出される。次に、③作品全体の思想性・芸術性等との関連でわいせつ性の減少・緩和・解消の度合いをはかる（全体的考察方法）。但し、④判断対象となるのはあくまで「作品」であり、作成意図や頒布方法等は考慮されない（絶対的わいせつ概念）。最後に、⑤「判断基準」としては、上述のとおり、不透明ではあるが、「社会一般人」あるいは「想定される閲覧者中の平均人」がそれにあてられる。

ところで、チャタレー体制下の最高裁判例として、唯一、わいせつ性（行政事件であるから、正確に言うと風俗侵害性だが）⁷⁵⁾を否定したものとして、平成20年2月19日の（第2次）メイプルソープ事件判決⁷⁶⁾（以下「メイプルソープ判決」と言う）がある。最後に、この判例を素材としつつ、チャタレー体制の変遷の到達点を確認しておこう。

二 メイプルソープ事件は、上告人が、帰国の際の入国検査時に携行していた写真集について、税関支署長より、関税定率法の輸入禁制品（風俗を害すべき書籍、図画）に該当する旨の通知を受け、その処分の取り消しを争った行政事件である。原審は、概略、次のように判断していた。「本件各写真は、我が国の一般社会の健全な社会通念に照らして考察すると、いずれもわいせつな図画というべきであり、本件写真集は、本件各写真を掲載し、他の写真や解説の掲載された頁を含めて1冊の書籍として一体となっているものであるから、本件写真集全体が関税定率法21条1項4号という『風俗を害すべき書籍』に該当するものと認められる。メイプルソー

75) 厳密に言えば、刑事事件としてわいせつ性が問題とされたものではなく、関税定率法の輸入禁制品（風俗を害すべき書籍、図画）該当性が問題となった事件であるから「風俗侵害性」を否定したものであるが、最大判昭59・12・12（民集38巻12号1308頁以下）では、関税定率法21条1項4号に言う「風俗を害すべき書籍、図画」等とは、わいせつな書籍、図画等を指すものとされており、メイプルソープ事件でも、正面からわいせつ性が論じられている。

76) メイプルソープの写真集については、本事件とは別に、メイプルソープの回顧展における展示作品を掲載したカタログが問題とされた第1次事件（最判平11.2.23、裁判集民事191号313頁以下）があり、こちらでは、輸入禁制品に当たるとの判断が示されている。本事件（第2次事件）は、カタログとは別の、日本国内で出版されていた写真集が問題とされた事件である。

プの芸術家としての評価や本件写真集の芸術的価値を理由として、上記判断を否定することはできない」⁷⁷⁾。これに対し、最高裁第三小法廷は、堀籠裁判官の反対意見を除き、全員一致で処分を取り消しを認めた。その内容は、次のとおりである。

まず判決は、「本件各写真は、いずれも男性性器を直接的、具体的に写し、これを画面の中央に目立つように配置したものであるというのであり、当該描写の手法、当該描写が画面全体に占める比重、画面の構成などからして、いずれも性器そのものを強調し、その描写に重きを置くものとみざるを得ないというべきである。」として、写真集に収録されている作品中の20点の写真につき、原則的なわいせつ性（個別写真の部分的わいせつ性）を肯定した。

次に、判決は、「全体的考察」に進み、芸術性の検討に進む。「しかしながら、前記事実関係によれば、メイプルソープは、肉体、性、裸体という人間の存在の根元にかかわる事象をテーマとする作品を発表し、写真による現代美術の第一人者として美術評論家から高い評価を得ていたというのであり、本件写真集は、写真芸術ないし現代美術に高い関心を有する者による購読、鑑賞を想定して、上記のような写真芸術家の主要な作品を1冊の本に収録し、その写真芸術の全体像を概観するという芸術的観点から編集し、構成したものである点に意義を有するものと認められ、本件各写真もそのような観点からその主要な作品と位置付けられた上でこれに収録されたものとみることができる（傍点筆者）」⁷⁸⁾として、写真集の芸術性を高く評価している。傍点を付した箇所は、「判断基準」を示しているようにも読めなくもないが、むしろ「全体的考察」の中に、編集意図の考慮を容れたもののように見える。だすれば、チャタレー体制としては異質と言えるかもしれない。この点は、堀籠反対意見に関連して、後に検討する。

さらに、原則的なわいせつ箇所が全体に占める比重が検討される。「ま

77) 東京高判平成15・3・27、民集62巻2号530頁以下。但し、ここでは最高裁の判断との連続性を考慮して、最高裁判決中に示された要約を引用した。

78) 前掲450頁以下。

た、前記事実関係によれば、本件写真集は、ポートレイト、花、静物、男性及び女性のヌード等の写真を幅広く収録するものであり、全体で384頁に及ぶ本件写真集のうち本件各写真（そのうち2点は他の写真の縮小版である。）が掲載されているのは19頁にすぎないというのであるから、本件写真集全体に対して本件各写真の占める比重は相当に低いものというべきであり、しかも、本件各写真は、白黒（モノクローム）の写真であり、性交等の状況を直接的に表現したものでない⁷⁹⁾。

結論として、判決は、「以上のような本件写真集における芸術性など性的刺激を緩和させる要素の存在、本件各写真の本件写真集全体に占める比重、その表現手法等の観点から写真集を全体としてみたときには、本件写真集が主として見る者の好色の興味に訴えるものと認めることは困難といわざるを得ない。」とし、「これらの諸点を総合すれば、本件写真集は、本件通知処分当時における一般社会の健全な社会通念に照らして、関税法21条1項4号にいう『風俗を害すべき書籍、図画』等に該当するものとは認められない⁸⁰⁾と判じている。

三 この判決に対しては堀籠幸男裁判官の反対意見がある。チャタレー判決の原型に忠実な反対意見であり、多数意見と対比することでチャタレー体制の変容と矛盾点を読み取ることができる。

堀籠はまず、「ある物がわいせつであるかどうかの判断は、社会通念の変化により変化するものであることは認めなければならないが、写真がわいせつであるかどうかについては、少なくとも、男女を問わず、性器が露骨に、直接的に、具体的に画面の中央に大きく配置されている場合には、その写真がわいせつ物に当たることは、刑事裁判実務において確立された運用というべきである」とし、「いずれも男性性器を露骨に、直接的、具体的に写し」「中央に目立つように配置して画面が構成され」た20点の写真につきわいせつ性を否定した多数意見は、「『わいせつ』とは、『徒ら

79) 前掲 451 頁。

80) 前掲 451 頁。

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』をいうとする……確立した判例」に反すると言う（傍点筆者）⁸¹⁾。性器・性行為非公然性の原則とそれを前提とした部分的わいせつ概念が、（悪徳の栄え判決はなかったかの如くだが）刑事裁判実務において確立された運用として語られている。

さらに、堀籠は、チャタレー判決を引用し、「作者の主観的意図や作者の社会的地位・評価等は、わいせつ性存否の判断に際し、考慮することは許されない」し、「芸術性と猥褻性とは別異の次元に属する概念であり、……両立する概念であるから、ある作品が芸術性があることを理由にそのわいせつ性を否定することは許されない」とする。そして、前示のとおり、多数意見は、メイプルソープの作品のテーマや、評論家の評価、想定された購読者層等を重視してわいせつ性を否定した点で、「本件写真集の芸術性を重く見過ぎたものであり、前記大法廷判決の趣旨を逸脱し、判断の仕方の問題がある」と言う⁸²⁾。堀籠は、チャタレー判決の原点に即して、芸術性の考慮そのものを問題視しているが、作品に表れた限度での芸術性考慮を認めた悪徳の栄え判決の全体的考察論から言っても、堀籠の指摘する多数意見の箇所は、「全体的考察」の中に、必ずしも作品自体に表れているとはいえない、作者の社会的評価や編集意図等を織り込んでいられるように思われ、少々勇み足の感は拭い難い。ただ、「部分は全体との関連で判断せざるを得ない」という悪徳の栄え判決の全体的考察容認の出発点からすれば、「（すべての作品全体の評価から来る）その作者に対する社会的評価等を抜きに、（部分的な）個別作品の芸術性を語ることはできない」とも言えそうであり、その意味では、思想性・芸術性を考慮する全体的考察方法を導入した時点で、チャタレー体制は相対的わいせつ概念への一步を踏み出しているのである。このような意味において、堀籠の反対意見は、性器・性行為非公然性の原則を前提としたチャタレー体制を維持しつつ全体的考察を採用している現体制の矛盾を、チャタレー判決の原点に立ち

81) 前掲 453 頁。

82) 前掲 544 頁以下。

返って批判するものと言える。

堀籠の批判の第3点は、メイプルソープの回顧展における展示作品を掲載したカタログ（本事件の写真集とは編集が異なる）が問題とされた第1次メイプルソープ事件で、平成11年2月23日の小法廷判決が、「本件写真集には、その描写の画面全体に占める比重、画面の構成などからして、人間の裸体を自然な状態で描写したのではなく、性器そのものを強調し、性器の描写に重きが置かれているとみざるを得ない写真が含まれており、それらが1冊のものとして編てつされているというのであるから、本件写真集は関税込率法21条1項3号にいう『風俗を害すべき書籍，図画』等に該当」と判示していた⁸³⁾点にある。堀籠によれば、この判決は「性器の描写に重きが置かれたとみざるを得ない写真は、それぞれそれだけでわいせつ物であると判示したもの」であり、さらに「わいせつ物に当たる写真が1冊のものとして編てつされた写真集は、写真集全体がわいせつな書籍，図画等に当たることを判示したもの」である。ところが、多数意見がわいせつ性を否定した写真集では、編集は異なるものの、問題とされた20点の写真中、5点は第1次事件でわいせつ物にあたるものとされたものと共通であった。それ故、堀籠によれば、「多数意見は小法廷の判決におけるものであるから、少なくともこの5葉の写真が『わいせつ物に当たる』との原審判断は、否定されていないと解さざるを得ない。そうすると、これら5葉の写真が1冊のものとして編てつされている本件写真集は、わいせつ物に当たるといふべきである。本件写真集がわいせつ物でないとは判断することは、多数意見引用の上記判決の判断との整合性を保ち得ず、合理的理由もないものといわざるを得ない」⁸⁴⁾ことになる。多数意見は、この点につき、第1次事件判決は「本件各写真のうち5点と同一の写真に掲載した写真集（メイプルソープの回顧展における展示作品を収録したカタログ）につき、……『風俗を害すべき書籍，図画』等に該当するとしているが、上記の事案は、本件写真集とは構成等を異にするカタログを対象とするもの

83) 最判平 11・2・23、裁判集民事 191 号 313 頁。

84) 民集 62 卷 2 号 545 頁以下。

であり、対象となる処分がされた時点も異なるのであって、本件写真集についての上記判断は、上記第三小法廷判決に抵触するものではない」と言う⁸⁵⁾。「全体的考察」の基準となる「社会通念」の変遷に関して、普遍的で遷ろわざるものとして捉えたチャタレー判決の原点と、その後の、流動性の承認を余儀なくされた変遷の差異がはっきりと浮かび上がっている。また、一点一点の写真についての堀籠と多数意見の捉え方の差は、次章で検討する「ろくでなし子事件」で浮上する「作品とは何か」という問題を先取りしていて興味深い。考えてみれば、一点一点の写真は別の機会に撮影されたものであり、後に写真展の開催や写真集の出版にあたって、その都度選ばれたものである。その意味では、個々の写真が「作品」とも言うことも十分に可能であって、何故に当然の如く、「写真集」を、わいせつ性緩和判断における「全体」即ち「作品」として捉えうるのか。チャタレー体制下では、「作品」についての全体的考察を行い、「作品」外の事情を考慮に入れてはならないことが強調されてきたにもかかわらず、意外にも、肝心の「作品」とは何かという問題が等閑に付されてきたと言える。

四 ともあれ、上述のメイプルソープ判決多数意見のわいせつ性否定の論理は、基本的には、チャタレー体制の判断枠組を遵守している。その判断は、まず20点の写真につき、性器・性行為非公然性の原則に即して原則的なわいせつ性（個別写真の部分的わいせつ性）を認めた上で、作品全体の芸術性と、わいせつ箇所作品全体に占める比重等で、わいせつ性の緩和を認め、結局、作品全体としてのわいせつ性を否定するという論理である。作家に対する社会的評価や作品の編集意図等を直接に全体的考察の資料としているように思われる点、また結論においてわいせつ性を否定した初めての最高裁判決である点など、チャタレー体制からの「はみだし」の面も伺えなくはないが、わいせつ性否定の論理は、「全体的考察方法」、

85) 前掲 541 頁。

「芸術性・思想性の考慮」や、「変遷する社会通念」という、チャタレー判決以降の判例が補足した「判断方法」による規制緩和の工夫を反映したものであり、性器・性行為非公然性の原則を中核に据え、原則的なわいせつ性の根拠をそこに置く基本骨格としては、間違いなくチャタレー判決を踏襲するものといえるだろう。

以上のチャタレー体制下での「わいせつ性判断構造」の検討の成果を前提としつつ、次章では、冒頭に示した「ろくでなし子事件」の検討に進もう。

3 「ろくでなし子事件」とチャタレー体制の「陳腐化」

冒頭で示したとおり、ろくでなし子事件（以下、本件と言う）は、わいせつ物陳列、わいせつ電磁的記録等送信頒布、わいせつ電磁的記録媒体頒布被告事件である。煩を厭わず事案を再確認しておく。

被告人は、(1)共犯者と共謀の上、平成26年7月14日、東京都内のアダルトショップにおいて、被告人ほか2名の女性器を印象剤で型どって石膏を流し込んで固めたもの3個に、水色、銀色／白色、濃茶色などの着色をし、ビーズ、スマイルマーク、クリーム・ビスケット・苺・真珠様のものなどで装飾を施して作成した作品を展示した（わいせつ物公然陳列）。(2)平成25年10月20日及び平成26年3月20日、被告人方において、自己の女性器の三次元形状データファイルを、c社が管理するオンラインストレージのサーバーコンピュータに送信して、記録・保存したうえで、5名の不特定者のパーソナルコンピュータに前記ファイルの保存先を示すURL情報等のメールを送信し、同日から同月26日までの間に、サーバーコンピュータにアクセスした5名のパーソナルコンピュータに前記ファイルを送信させる方法により、同パーソナルコンピュータに記録・保存させて再生・閲覧可能な状況を設定させた（わいせつ電磁的記録頒布）。(3)同年5月30日、自己の女性器の三次元形状データが記録されたわいせつ電磁的記録媒

体であるCD-Rを2名の不特定者に送付し、31日、これらを受領させて、それぞれ代金1300円で販売した（わいせつ電磁的記録媒体頒布）。

1審の東京地判平成28・5・9は、装飾を施したオブジェ（以下、「オブジェ」という）を展示した(1)についてわいせつ性を否定して無罪としたが、3Dプリンター用のデータ（以下「3Dデータ」という）が問題となった(2)(3)については、わいせつ性を肯定し、有罪とした。その後、被告側、検察側双方から控訴がなされ、2審の東京高判平成29・4・13は、原判決の一部の判断や解釈を批判しているものの、結論において支持し、各控訴をいずれも棄却している。その後、オブジェについての無罪判決に関しては、検察側が上告を断念し、3Dデータについての有罪判決に関しては、被告側が上告し、現在は最高裁に係争中である。本件オブジェに関する無罪確定は、創作物のわいせつ性を巡る刑事裁判としては、愛のコリーダ事件以来、35年ぶりのこととして注目されている。また、3Dデータについて、最高裁で判断がなされるのは初めてのことであり、最高裁の判断の行方も注目されている。

以下、前章で検討したチャタレー体制下のわいせつ性判断枠組に即して、本事件の関係者の判断を検討しよう。

(1) 判決のわいせつ性判断枠組

一 本事件の1審も2審も、当然ながら、チャタレー体制の判断枠組を踏襲している。第1審判決に即して検討すると、まず、①わいせつ概念として、「わいせつ物（及び電磁記録一筆者補記）」とは、「いたずらに性欲を刺激もしくは興奮し又はこれを満足せしむべき物品（及び電磁記録一筆者補記）であって、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⁸⁶⁾。②「性器・性行為非公然性の原則」についての直接の言及はないが、後に検討するように、明らかにそれを前提

86) 1審判決、東京地判平 28・5・9 (LexDB【文献番号】25543071) 3頁（頁を設定したデータがないので、A4標準印刷による頁数を示す。以下同様）。

に、わいせつ性の「推定」判断を行い、思想性・芸術性による緩和性検討へ進んでいる。③芸術性・思想性については、「文書がもつ芸術性・思想性が、文書の内容である性的描写による性的刺激を減少・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り、この判断においては、わいせつ文書について、その章句の部分のわいせつ性の有無が文書全体との関連において判断されなければならず、その具体的な考慮要素としては、「当該物や電磁的記録の形状やその表象方法、作品全体に占める性的部位の割合、表現された思想とその表象との関連性、芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、これらの観点から当該物や電磁的記録を全体としてみたときに、主として受け手の好色的興味に訴えるものと認められるか否かなどの諸点から検討すべき」であり、「このような判断枠組は、物や電磁的記録についても基本的に異なるところはない」とする⁸⁷⁾。悪徳の栄え判決・四畳半襖の下張判決に即し、芸術性や思想性が作品自体から読み取れる範囲では、「わいせつ性の緩和」の方向で考慮要素とするわけである。④また判断対象については、「文書のわいせつ性を判断するにあたっては、わいせつとされる文書自体について客観的に判断すべきであって、文書外に存する事実関係は、文書のわいせつ性の判断の基準外に置かれ、作者の主観的意図によって（わいせつ性が一筆者補記）影響されるものではないと考えられる」が、「このような趣旨は、対象が物や電磁的記録であっても妥当すると認められる」⁸⁸⁾。作品としての芸術性・思想性を考慮する「全体的考察方法」を採るが、作品外の事情は考慮の対象としないという「絶対的わいせつ概念」が採用されている⁸⁹⁾。最後に、⑤わいせつ性の判断基準として、1審は、「その物や電磁的記録の内容や性質、展示・提供方法などを踏まえ、閲覧者たりうる者が社会一般人ではなく、特定の集団や者にとどまるといえる場合には、当該物や電磁的記録の頒布によって性生活に関する秩序及び健全な性風俗という保護法益を害する範囲も、特定の集団や者にとどまるといえるから、わいせつ

87) 前掲1審判決4頁。

88) 前掲1審判決4頁。

89) 大庭沙織「判批」刑事法ジャーナル51号101頁。

性は閲覧者たりうる者の中の普通人、平均人を基準として判断されるべきと考えられる」とする⁹⁰⁾。判断基準の設定に関しては、展示・提供方法といった「作品外」の事情を考慮要素として許容している点で、英文書判決及びそれに続く艶本研究国貞事件高裁判決の系譜に属するといえそうである⁹¹⁾。なお、2審はこの点につき特に触れないまま、「社会の平均的一般人」を判断基準としている。1審と異なり、絶対的わいせつ概念を遵守して、作品外の事情の考慮を全面否定する立場を採るものだろう。

二 以上、要するに、本事件でも、チャタレー体制のわいせつ性判断構造が踏襲され、「いたずらに性欲を刺激もしくは興奮し又はこれを満足させ、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」であるかどうかを、まず、個々の部分につき、「性器・性行為非公然性の原則」に照らしてわいせつ性が問題となる個所を抽出し、さらに、作品全体について、作品外の諸事情を排除しつつ、作品自体に現れた芸術性・思想性をわいせつ性の緩和要素として織り込みつつ、想定される閲覧者中の平均人（2審では社会の平均的一般人）を基準に判断する形で、作品のわいせつ性判断がなされたわけである。以下、この点に留意しながら、本事件におけるわいせつ性を巡る議論を、①オブジェ、②3Dデータの順に検討しよう。

(2)本件オブジェのわいせつ性

90) 前掲1審判決4頁。

91) なお、安田拓人「女性器アート・3Dデータのわいせつ性」法学教室431号144頁は、1審の判断基準の設定は、最判昭和48・4・12（艶本研究国貞判決）により「明確に否定されて」と評している。だが、先に検討したように（2章（2）節五参照）同判決は、相対的わいせつ概念を否定した2審を支持したものであるが、2審が同時に示していた「判断基準の限定」、即ち「読者層がおのずから限定され、あるいは一定の読書環境が設定されるような場合には、……その限定された読者層あるいは一定の読書環境における読者を基準として判定することが相当」とする判断については、肯定も否定もしていない。

一 第1審判決は、まず、本件オブジェのわいせつ性判断基準として、「閲覧者たりうる者は特定人に限られず……社会一般の健全な社会通念に照らし判断されるべきである」とする。本件オブジェは、18歳未満立入禁止の女性専用アダルトショップで展示されていたものであるが、未成年者や男性も立入らないとは限らないというのが、その理由である⁹²⁾。そのうえで1審は、本件オブジェにつき、「本件各造形物が女性器を象ったものだとしても、一見して人体の一部という印象を与えるものではなく、直ちに実際の女性器を連想させるものとはいえない」から、「本件各造形物が性的な刺激を惹起させうること自体は否定できないものの、それぞれの性的刺激の程度は限定的なものにとどまり、それだけでわいせつ性を肯定できるほど強いものではない」という評価から出発する。そして芸術性・思想性について「本件各造形物はポップアートの一種であると捉えることは可能であり、そこからフェミニズムアートの思想を直ちに読み取ることができるかはさておき、女性器というモチーフを用いて見る者を楽しませたり、女性器に対する否定的なイメージを茶化したりする制作意図を読み取ることができるのであって、本件各造形物には、このような意味での芸術性や思想性、さらには反ポルノグラフィックな効果が認められ、表現された思想と表象との関連性も見出すことができる。したがって、本件各造形物は一定の芸術性・思想性を有し、それによってそれぞれの性的刺激が緩和される」⁹³⁾とし、「本件各造形物が、女性器であるとの印象を殊更強く

92) 前掲1審判決6頁。結果的には、2審と同じ判断基準になったことになる。但し、この判断が、「わいせつ性は閲覧者たりうる者の中の普通人、平均人を基準として判断されるべきと考えられる」とする判例自身の立場（上記註90の箇所）と整合するかは疑問である。未成年者や男性が紛れ込む可能性はあるにしても、やはり、本来は女性向けのアダルトショップなのだから、その大半は成人女性であるはずであり、その「平均人」を基準とすべき判断が、何故、突然「社会一般の健全な社会通念」を基準にすることになるのかの説明はない。少しでも例外の可能性があれば、「社会一般」の基準に戻すというのであれば、ゾーニングする意味がほとんどなくなるし、「平均人」という設定も意味を失うだろう。なお、弁護人は「18歳以上の女性の中の普通人、平均人を基準としてわいせつ性を判断すべき」だと主張している（1審判決5頁）。

与えるものでなく、それぞれの性的刺激も限定的であることに加えて、本件各造形物に表象された一定の芸術性や思想性による性的刺激の緩和も認められることからすれば、本件各造形物は、主として表現の受領者の好色的興味に訴えるものとは認められない。これらの諸事情を総合すると、本件各造形物は、今日の健全な社会通念に照らしても、いたずらに性欲を刺激しもしくは興奮させるものといえず、性欲を満足せしむべき物品ともいえず、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も認められないから、刑法175条にいうわいせつ物には該当しない」と結論している。女性器を題材としている点で、それ自体としてはわいせつ性は（程度は低いとはいえ）認められるが、芸術性・思想性による緩和により許容範囲に収まっている、という論理である。

二 これに対して控訴した検察側は、「少なくとも、男女を問わず、性器が露骨に、直接的に、具体的に画面の中央に大きく配置されている場合には、その写真がわいせつ物に当たることは刑事裁判実務において確立された運用というべきである」というメイプルソープ判決における堀籠裁判官の反対意見を掲げ、「本件各造形物は、女性器の各部位が忠実に再現され浮かび上がっていることに加え、いずれも造形物本体の中央に女性器が据えられ、作品のほとんどの部分を女性器又はその周囲の部位が占めているものであるから、前記の『性器が露骨に、直接的に、具体的に画面の中央に大きく配置されている場合』と同視すべきものであることは明らかであり、わいせつ性に疑問の余地はない」とし、「原判決は、本件各造形物の色や装飾等を捉えた上で、『本件各造形物の形状に照らせば、本件各造形物が女性器を象ったものだとしても、一見して人体の一部という印象を与えるものではなく、直ちに実際の女性器を連想させるものとはいえない』と認定するが、本件各造形物は、いずれも、その色や装飾等により、一見して人体の一部という印象を与えるものではないとはいえないことは明らかであり、原判決の上記認定は、論理則、経験則に照らし誤ってい

93) 前掲1 審判決6頁。

る」と主張している⁹⁴⁾。そして、芸術性・思想性による性的刺激緩和についても、「仮に原判決のいう芸術性・思想性を肯定したとしても、それは、本件各造形物を見た者が、女性器そのものを再現した造形物である本件各造形物を女性器であると認識することを前提とするものであり、本件各造形物の性的刺激を緩和するような内容のものではないし、仮に緩和が認められるとしても、その程度は一定限度にとどまり、本件各造形物がその中央に女性器が据えられ、そのほとんどの部分を女性器又はその周辺部が占めているという形状等を踏まえて総合的に判断すれば、本件各造形物のわいせつ性は優に認められる（傍点筆者）」と反論している⁹⁵⁾。

三 第2審判決は、前提として、絶対的わいせつ概念を採ることを強調している。すなわち、「本件各造形物に関するわいせつ性の判断は、本件各造形物自体について、それを見る者が視覚等でどのように捉え理解するかということを前提に検討すべきであって、視覚等では理解することができない制作者の意図や作品の制作過程等は、わいせつ性判断の基準外に置かれるべきものである」。そして、「そのような観点から判断すると、本件各造形物は女性器を象って制作された作品とはいえ、その制作過程等を知らされずに、出来上がった本件各造形物を、社会の平均的一般人が見た場合、その着色や装飾、材質等と相まって、これらが女性器であると認識し、あるいは、これらから性的刺激を受けるほど明確に女性器であると認識することは、困難であるというべきである」から、一般人が「本件各造形物から性的刺激を受けることは考えにくく、芸術性・思想性等による性的刺激の緩和について検討するまでもなく、結局、本件各造形物はわいせつ物とは認められないから、原判決は結論において正当である」と結論している⁹⁶⁾。

94) 2審判決、東京高判平29・4・13、裁判所ウェブサイト「裁判例情報」所収37頁以下。

95) 前掲2審判決39頁。

96) 前掲2審判決20頁。

四 以上の本件オブジェのわいせつ性に関する議論を、「性器（性行為）非公然性の原則」との関連を意識して検討してみよう。既述のとおり、同原則はチャタレー判決で人間社会の普遍的原理として強調され、それ以降の判例の中で、「性器・性行為が描写されていれば原則的にわいせつであり、後は芸術性・思想性によるわいせつ性緩和の程度の問題である」という形で引き継がれてきたチャタレー体制の根幹をなすものである。メイプルソープ判決での堀籠反対意見を掲げた本件検察側の主張は、明白にこの原則に準拠するものと言えるが、上記三者の議論を分析すると、明らかに、1審判決、2審判決も含めて、同原則が共有されていることが判る。まず、その点を確認しよう。

第1審判決の論理は、端的に言えば、「本件オブジェは、装飾ゆえに直ちに女性器とは判りにくいし、芸術性・思想性で緩和もされるのでわいせつとは言えない」というものである。これに対し第2審は、芸術性・思想性に訴えるまでもなくわいせつ性は否定されるとしているが、その理由は、「これらが女性器であると認識することは困難である」というところにある。いずれにせよ、「女性器であると認識しにくい、あるいは認識できないから、わいせつでない」のであって、「性器だと（容易に）認識できさえすれば、わいせつと言える」（性器非公然性の原則）ことが前提とされている。この点、検察側の主張するところは、作者は女性器についての偏見を正そうとの意図で本作品を創ったのだから、当然、女性器と認識できるように創るはずで、閲覧者が、本作品の題材が女性器であることを認識することが困難なはずはなく、また、「女性器として見せる」ことがその思想上の目的だから、本件の場合、思想性はわいせつ性の強化方向に働きこそすれ、緩和方向に働くはずがない、というものだろう。2審判決が、絶対的わいせつ概念を強調して、制作意図等の考慮を排除しているのは、「制作意図を知らない一般人には、女性器とは判りにくい」という論理で、この検察側の批判から1審の結論を護ろうとしている印象が強い。だが、「本件各造形物がアダルトグッズ店で性玩具などとともに陳列されていたことから、来店した者が女性器と認識することは容易である」という、1

審段階からなされていた検察側の主張⁹⁷⁾も含めて考慮すると、やはり、性器非公然性の原則を前提とする限り、検察側の言い分に軍配が上がりそうである。

五 だが、もとよりこのことは、本件オブジェのわいせつ性を認める検察側の言い分が正しいことを意味しない。チャタレー体制の即物的な性器・性行為非公然性の原則という判断枠組をはなれて、性表現行為として本事例を考えてみると、事柄はたかだか、女性器とはいえ、人類の半数に授けられている身体の一部を模したオブジェに、お洒落なデコレーションを施して展示したという、まことにあっけらかんとした表現行為であって、性的な意味合いが全くないともでは言えないにしても、せいぜい「ちょっとエッチなジョーク」以上のものとは思えない。それ故、趣味の問題で眉をひそめる人はいるにしても、これを見て「性欲をいたずらに刺激・興奮される」成人は、なかなか考えにくい。未成年者にしても同様で、これを見て、異性の性器を見る機会が全く与えられてこなかったために何だかわからず戸惑う子どもや、過度の性的羞恥心から赤面して逃げ出す子ども—それはそれで、また、可愛らしいものではあるにしても—よりも、しばらく眺めて性器だと気づいてギャハハと笑う子どもの方が健全に思えるのは私だけだろうか。要するに、事柄は一笑に付すにふさわしいものであって、ことさらに「主として好色的興味に訴えるものであるか」などと大上段に議論を構える方がおかしいのではないか。

その意味では、「改めて芸術性や思想性を問うまでもなく、わいせつ物といえない」とした2審の結論は全く正当であると思われるが、問題は、「女性器に見えない」ことを理由にしない限り、この常識的結論を導けな

97) 前掲1審判決5頁。「アダルトグッズの一種であることを前提に、その理由を推察しつつ眺めれば、女性器のオブジェであることがわかるはずである」という論理である。1審は、「わいせつ性の判断はわいせつとされる物自体について客観的になされるべきであり、物の外に存する事実関係がわいせつ性の判断の基準外に置かれる」べきだとして、展示場所を考慮することを退けているが、「判断基準の設定」の問題としては、「アダルトショップを訪れる人」を基準にわいせつ性が判断されることになるから、展示場所も考慮対象となるはずである。

い判例の現状にあるだろう⁹⁸⁾。本来、「わいせつ」は「表現」としてしか成り立たないはずであるのに、即物的な性器・性行為非公然性の原則を振りかざして「性器・性行為＝わいせつ」という観念連合を絶対化し、「表現」から切り離して、性器それ自体を原則的にわいせつとすることで対処してきたチャタレー体制の判断枠組の問題性が明白に表れている。以下、この点に踏み込んでみよう。

六 まず、本事件で意図されていたのは、女性器について、男性の愛玩物としての性的意味合いにのみ一面的に関連付けられたイメージを払拭し、非性的脈絡での健康的な扱いを要求することであるから、問題のオブジェや3Dデータは、エロティックな信号を排する形で制作されている。それ故、本事件の判断対象は、「エロティックな信号を排する加工を施した（女性器に見えない加工を施した、ではない）女性器オブジェ」であり、「それが、わいせつ物といえるか」、即ち「女性器と判るオブジェであれば、常にわいせつなのか」という問いに正面から答えない限り、わいせつ性の判断はできないはずなのに、上記のとおり「女性器に見えるか」という筋違いの議論が展開されている。

さらに、芸術性・思想性の問題がある。既述のとおり、チャタレー体制下では、性器・性行為（及びその描写）をそれ自体としてわいせつなものとして扱い、文学作品等においてそれが描かれた場合、「芸術性・思想性による緩和」に訴えてわいせつ性を否定するという「原則—例外」型の構造でわいせつ性判断がなされる。この手法は、伝統的な「わいせつ—芸術」問題を処理するうえでは、それなりの有効性を持っていた。例えば、『チャタレー夫人の恋人』は、「性行為を、人間の最も人間らしい行為の一つとして肯定的に受けとめ、自らを解放し、豊かな性関係を築く」思想⁹⁹⁾を表そうとしたものである。そのため、当然ながら、性器・性行為が、エロティックなものとして描かれている。必要最小限のエロティックな描

98) 結局、本件オブジェがわいせつでないとするれば、それは、本件オブジェが「女性器に見えない」からではなく、「女性器をモチーフにしていることは明らかだが、性信号を発していない」からである。

写を伴わない限り、上記思想は表出できないからである。「悪徳の栄え」も、背景思想は異なっているが、エロティックな描写という点では同様であり、このエロティシズムの表出が、思想表明意図との関連で、どの程度まで許されるのかが問われたのが、これらの裁判だった。このように、問題となる芸術作品がエロティシズムの表出を含んでいる限りで、チャタレー体制の「原則—例外」型の判断枠組は、一定の有効性を持っていた。

これに対し、本事件はまったく逆方向のベクトルを持っている。上述のとおり、本事件では、女性器について非性的脈絡での健康的な扱いを受けること要求する意図から、作品は、女性器を題材としながらも、むしろエロティシズムの表出を排除する方向で制作されている。その意図は、「女性の肉体を男性の性の対象として捉えてきた現状を否定し女性が自らの肉体を取り戻し……社会に対して性器の持ちうる多様な意味を考えさせる」というフェミニズム思想¹⁰⁰⁾に由来するが、チャタレー事件当時、そのような思想はまだ普及していなかった。というより、当時は、芸術的・思想的表現行為においてすら、性器はエロティシズムに直結したものとしてみえられ、それをエロティシズムと無関係な脈絡で捉える発想自体がほとんどなかったのである。いずれにしても、性器を素材として用いながらエロティシズムの表出を排するように制作がなされている本件では、表現物に「エロティシズムの表出がない」という点、即ち「原則的わいせつ性」こそ主題であるのに、チャタレー体制の判断枠組では、即物的な性器非公然性の原則に従って、機械的に「原則的わいせつ性」が肯定されて、「例

99) チャタレー事件の弁護人である正木晃の表現では「最も神聖にして且つ人類の生物学的基本本能である性本能の真の意味と、植物の花にも比すべき神聖なる性の営みを、全く卑猥なるものとし、人生の上座におくべきこの本能と感覚とを、最も下劣なる生活の具とし、或いは感覚の遊戯とし、自己の尊厳性を否定すると共に、人類への反逆をあえてしている現状に対し、最も適切な精神的刺激を与え、彼らに対して文学作品のみの有する独特の感化力によって彼らのうちに潜在的に存在する向上心に訴え、他の方法を以てしては到底実現しえないような生物学的な、また哲学的な覚醒を促すこと」である（伊藤整『裁判(上)』晶文社版77頁）。被告人の伊藤もまた、「これこそ実に私がこの原作に見出した意味」だと評している（『前掲書(下)』234頁）。

100) 1審判決中に表れた弁護人の主張。前掲1審判決6頁。

外」となる「芸術性・思想性による緩和」の判断に移る。しかしながら、この「例外」領域では、本作品の制作意図は「女性器は（非性的脈絡では）ことさらに隠蔽されるべきではない」というフェミニズム思想の実践だから、性器非公然性原則を絶対的前提とする限り、それを真っ向から否定する思想は、むしろ、わいせつ性を肯定する方向に働くことはあっても、わいせつ判断を制限する機能は全く持たない。本件で「芸術性・思想性による緩和」を考えることは、混乱を呼ぶだけなのである。

七 このように、チャタレー体制の判断枠組は、本件のような事例では、ちぐはぐな形でしか機能しない。上述のとおり、2審判決が、芸術性・思想性に立ち入ることを避け、「それ以前に、女性器に見えない」という、（おそらくは無理のある）処理を採らざるを得なかったのは、この点に由来するといえる¹⁰¹。また、上記三で示した、「アダルトショップで展示されていたのだから、わいせつな女性器のオブジェだと判るはずである」とする検察側の論理も、そこで論じられている「女性器と判ったか」という主題との関連では、的確な指摘でありながら、全体としてみれば「アダルトショップで展示したから、わいせつ性が増す」というパラドキシカルな主張—ゾーニングによってわいせつ性が強まるという主張—になっており、性的意味のないポートレート写真に性器が映り込んでいるというだけの理由でマスキングを施して、逆に性信号を強調してしまうという、チャタレー体制下で繰り返されてきたわいせつ規制の奇妙さに通じるものがある。

以上、要するに、本件での二つの裁判所、検察の論理は、三者三様に、性器非公然性の原則を中核として作られたチャタレー体制のわいせつ性判断の矛盾を露呈しており、チャタレー体制の判断枠組の破綻を示しているのである。

101) さらに言えば、形式的にチャタレー体制の判断枠組に訴えてわいせつ性を主張する検察官に対して、芸術性・思想性に踏み込まず（本文で論じたとおり、本作品を貫く思想は、チャタレー体制が維持してきた「性器・性行為非公然性の原則」に真っ向から挑むものである）に、「女性器に見えない」として「原則的わいせつ性」の問題として処理し、「判例違反」とならない形でわいせつ性否定の結論を出した、2審の苦肉の策ともいえるかもしれない。

(3) 本件3Dデータのわいせつ性

一 本件3Dデータについては、1・2審共にわいせつ性を認めていることもあって、判断対象、判断基準、芸術・思想性による緩和の問題が複雑に絡んでいるが、前節との連続で、まずはデータ自体についての裁判所の評価を確認しておこう。本件データは、女性器を3Dスキャンしてデータ化することにより作成されたものである。第1審は、「色や感触に関するデータは含まれていないものの、大陰唇、小陰唇、陰核など女性器各部分や肛門などの女性器周辺部分についての形状がその起伏や細かいしわやひだも含めて立体的かつ忠実に再現されており、「その形状データから女性器であることが明らかである以上、女性器の精密な再現であることの印象を大きく妨げるものではない(傍点筆者)」とする。そして、「閲覧者の視覚に対し、直接的かつ立体的に女性器そのものの形状を訴えかけ、その情緒や官能に訴えて想像力をかきたてて、実際の女性器を彷彿とさせるものであり、「女性器及びその周辺部のみをその対象としたものであることをも考慮すれば、本件各データが閲覧者に対し、実際の女性器を強く連想させ、閲覧者の性欲を刺激することは明らかであって、本件各データによる性的刺激の程度も強いといえる」(傍点筆者)¹⁰²⁾と評したうえで、「本件各データは、今日の健全な社会通念に照らして、いたずらに性欲を興奮又は刺激せしめ、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認められる」と結論した¹⁰³⁾。2審判決も、大筋において、この判断を支持している¹⁰⁴⁾。

一見して明らかなように、判例が示すわいせつ性肯定の理由は、「実際の女性器を強く連想させる」すなわち「女性器の精密なデータである」という一点に尽きており、「性信号」という発想は希薄である。確かに、このデータを可視化したモニター画像を見て、女性器のデータであることに気づかない成人はいないだろう。そして、判例の論理は、この点の論証で

102) 前掲1審判決6頁。

103) 前掲1審判決7頁。

104) 前掲2審判決20頁以下。

終わっている。だが、性信号という観点から率直に言えば、その実態は、無機質な座標データの集合である3Dデータを可視化した地形図のような画像に過ぎず、前節で検討したオブジェ同様、それ自体によって「いたずらに性欲を興奮又は刺激せしめ」られる成人は稀有だと思われる。この点、弁護人は、「人体の写真と異なり、皮膚の質感や色とはかけ離れた平面の起伏のみのデータであって、女性器を精密に生々しく再現したとはいいい難い粗雑かつ無機質なもので一見しただけでは女性器には見えない程である。色彩や陰影も含まれておらず、白の単色であり、女性器部分のみが切り取られているため、現実感にも欠ける。」とし、また、「女性器を強く連想させたとしても、主として好色的興味に訴えるものと認められなければ、わいせつとはいえないが、本件各データは、性行為や性愛的なコンテクストは皆無であり、女性器とその周辺部分のみが切り取られた標本的なもので、一般的には非現実的で不気味、グロテスクなものとも感じられるものであって、これを主として見る者の好色的興味に訴えるものとか、その性欲を興奮、刺激せしめるものということとはできない（傍点筆者）」と主張している¹⁰⁵⁾。上記判例の説示との説得性の差は明らかである。

二 弁護人の上記主張に対し、1審判決は、「確かに、本件各データは、いずれも、色や感触に関するデータを含んでおらず、一見すると標本や地形図のような印象を与えうる無機質な特性を有しているもの、先述のとおり女性器等の形状がリアルな造形により露わなまま再現されており、その表現の生々しさからすれば、本件各データがいずれも閲覧者の性欲を強く刺激することを否定することはできない。（傍点筆者）」と応じている¹⁰⁶⁾。「無機質」だが「露わ」で「生々しい」という形容は、それ自体矛盾しているように思われるし¹⁰⁷⁾、そもそも「表現」と呼べる内実がこのデー

105) 前掲2審判決27頁。

106) 前掲1審判決6頁以下。

107) 第1章(2)節において検討したように、もともと、性器・性行為非公然性の原則を前提とするチャタレー体制下では、わいせつ性判断で頻出する「露骨」「生々しい」という言葉は、即物的な意味での性器・性行為の「再現度」を意味するにすぎず、エロティックであることは意味しない。判例において、このような、通常感覚では形容矛盾と思われる表現がしばしば現れるのはそのためだろう。

タにあるのかも気になるところであるが、それはさておき、文脈上「露わ」「生々しい」という言葉は、性信号としての意味を伴っておらず、「正確・精密である」という以上の意味を持っていないから、結局、この言明は、「性器非公然性の原則」を繰り返しているにすぎず、わいせつ性肯定に向けた修辞上の技巧で弁護人の主張をかわしているにすぎない。

また、1審は別の個所で「データの受領者が、本件各データに女性器の皮膚様の着色をすることでよりリアルな女性器の3Dデータを創作することも可能であるから、先述の意図（受取人に、これを素材として新たな作品を造ってほしいという送信・頒布の意図—筆者補記）がかえって本件各データのわいせつ性を高める可能性」がある¹⁰⁸⁾としている。この点は、弁護人から「予備罪の処罰規定がないのにこれを処罰するものであり、罪刑法定主義に反する解釈」¹⁰⁹⁾だと批判され、2審からも「芸術性・思想性による性的刺激の緩和の程度については、対象となる本件各データ自体について判断すべきであって、将来の加工の可能性などを考慮すべきでないから、原判決の上記説示は不適切といわざるを得ない」¹¹⁰⁾と批判されている。1審が本件データのわいせつ性を認めるにあたって、このような牽強附会や上述の修辞技巧に訴えざるを得なかったこと自体が、逆に、本件データの性信号としての無内容さ、即ち、非わいせつ性を暗示しているようにも思われるのである。

(4) 3Dデータに関する全体的考察

一 本件3Dデータについての全体的考察は、「判断対象」の特定の問題を核とし、「芸術・思想性の評価」、「判断基準の設定」の双方に関連して、問題は錯綜している。まず、被告人の本件データの作成・配信・頒布の動機、方法を確認しておこう。概略、次のようなものである¹¹¹⁾。

108) 前掲1審判決7頁。

109) 前掲2審判決27頁。

110) 前掲2審判決20頁以下。

被告人は、上記フェミニズム思想に基づき、女性器をスキャンした電子データを用いて、「マンボート」なる、女性器を型どった舟（カヤック）を制作・進水させる企画をした。そして、そのための資金集めから制作、進水に至るプロセス、及びプロセスを巡るコミュニケーション全体を、プロセスアートないしプロジェクトアートとして実施することにした。本件データの配信はその一環で、資金集めの方法としてインターネットのクラウドファンディングのシステムを利用したもので、「マンボート」の企画説明と資金提供の呼びかけを内容としたサイトを立ち上げ、3000円以上の出資者に対し、本件3Dデータファイルの保存先を示すURL情報等が送信され、出資者がアクセスしてダウンロードできるという方法で行われた。その後、マンボートは完成し、多摩川で観衆を集めた進水式が行われている。また、CD-Rは、マンボートの実物などの作品を展示した被告人の個展に来場した者のうち、被告人の作品であるミニチュアマンボートを購入した者に特典として添付したものである。いずれの行為にも、受取人に当該ファイルを素材にした新たな芸術作品を作り出してほしいという意図が込められていた。

以上を前提に、弁護人は、「本件各データの配布行為は、被告人のプロジェクトアートとしての創作活動の一環として行われたものであ」って、「本件各データの頒布はそのアートの一部を構成するに過ぎない。したがって、わいせつ性の判断は、被告人のプロジェクトアート全体について行われるべきであり、本件各データのみについて行われるべきではない」と主張している¹¹¹⁾。弁護人の主張を前提とすれば、本件3Dデータのわいせつ性は、「プロジェクトアートとしての一連の活動」という「作品」を「判断対象」とし、特定人、即ちプロジェクトアートに参加する者の平均人を「判断基準」とし、「作品」としてのプロジェクト全体から伺える芸術・思想性、即ちフェミニズムアートとしての「芸術性・思想性」を緩和

111) 前掲1審判決7頁、2審判決25頁参照。なお、本人による説明はろくでなし子のホームページ <https://6d745.com/>、及び、ろくでなし子『ワイセツって何ですか?』126頁以下、同『私の体がわいせつ?!』144頁以下で見ることができる。

112) 前掲2審判決26頁。

要素としつつ、判断されるべきことになる。

二 これに対し、判決は1・2審ともに、「判断対象」を、あくまでも3Dデータ自体に絞っている。すなわち、「一般論としてプロジェクトアートという芸術分野が存在するとしても、本件各データのわいせつ性判断は、本件各データについて行われるべきであって、アート全体がわいせつ性判断の対象となると解することはできない。このことは、例えば『わいせつな章句を含む文書』の頒布事案において、『頒布された文書』全体がわいせつ性判断の対象となり、その章句のわいせつ性の有無を文書全体との関連において判断することとは次元を異にする問題である」(2審)¹¹³⁾ というのである。

さらに1審判決は、判断対象が3Dデータに限定されることを前提に、わいせつ性の「判断基準」を検討する。「本件各データはいずれも三次元形状データファイルであって、再生するためには特殊なソフトが必要であるものの、閲覧するためのソフトを使用すれば、容易に本件各データを閲覧することができる」し、「本件各データは被告人の支援者等のみに頒布されているものの、コピーや転送が容易であることからすると、被告人が頒布した者以外の者が入手してその中身を目にする可能性」があるが、「本件各データは、閲覧すれば誰にとってもその意味内容を把握することは容易である」から、「閲覧者たりうる者は特定人に限られず、わいせつ性の判断も社会一般の健全な社会通念に照らし判断されるべきである」と言うのである¹¹⁴⁾。かくして、本件3Dデータのわいせつ性は、一般社会の

113) 前掲2審判決33頁。1審判決でも、「弁護人は、被告人による本件各データの提供以外の活動をも考慮して、本件各データの提供についての思想性や芸術性を判断すべきと主張するが、わいせつ性の判断はわいせつとされる電磁的記録自体について客観的になされるべきであり、電磁的記録外に存する事実関係がわいせつ性の判断の基準外に置かれることは先述のとおりであって、弁護人の主張は採用できない」(1審判決7頁)として、判断対象を3Dデータのみ限定することが明示されている。但し、1審判決では、プロジェクトアートと「作品」の関係をどのようにとらえているかについては、読み取れなかった。

114) 前掲1審判決6頁。

普通人・平均人を基準として判断されることになった。

最後に芸術性・思想性の点について、1審は、「本件各データを提供することで、他人にも本件各データを用いて各々の創作活動をしてもらいたいという意味で芸術性ないし思想性を含んでいると解する余地があることは否定できず、表現された思想と表象との関連性も見出すことができないわけではない」と、一応の理解は示すが、「本件各データ自体からは、被告人が当時進めていた創作活動の一環、すなわちプロジェクトアートないしプロセスアートとしての芸術性ないし思想性を直ちに読み取ることにはできない」とし、結局、「本件各データと表現された思想との関連性を見出すことができるとしても、その結び付きには自ずから限界があり、その芸術性や思想性等による性的刺激の緩和の程度をさほど大きく評価することはできない」¹¹⁵⁾と結論する。2審は、より端的に、「本件各データ自体は女性器の立体的な視覚情報であって、それ自体から、性的刺激を大きく緩和させるほどの芸術性や思想性を読み取ことは困難である」¹¹⁶⁾としている¹¹⁷⁾。

三 先述のとおり、本事件における一連の展示・頒布の動機は、「女性器は（非性的脈絡では）ことさらに隠蔽されるべきではない」というフェミニズム思想の実践、より端的に言えば、即物的な「性器・性行為非公然性の原則」への挑戦にあるから、本事件では、性器・性行為非公然性の原則を絶対的前提とするチャタレー体制の妥当性そのものが問われている。その意味では、基本的に性器・性行為非公然性の原則の維持を前提として事案処理せざるを得ない下級審の立場とすれば、思想性・芸術性を理由とした「わいせつ性阻却」は相当に困難だろう。だが、前章で検討したとおり、チャタレー判決以降の判例は、激変する社会的現実に従われて、性器・性行為非公然性の原則は維持しつつも、頑ななチャタレー判決を緩和する全体的考察の判断構造を構築してきたのであり、本件3Dデータにつ

115) 前掲1審判決7頁。

116) 前掲2審判決34頁。

いても、「判断対象の特定」及び「判断基準の設定」の二点で、「わいせつ性阻却」の可能性はあった。両者は、相互関連性をもって結びついているが、以下、順に検討してみよう。

既に検討したとおり、「全体的考察」は、まず個別部分について性器・性行為非公然性の原則に従って「一応のわいせつ性」が認められても、さらに、改めて「作品全体」として考察し、「作品」に表れた限度での思想性や芸術性を考慮して「わいせつ性の緩和・解消」の度合いを測る手法である。例えば、「『チャタレイ夫人の恋人』」には、12か所の性行為非公然性の原則に反する箇所があるが、作品全体としてみれば、真摯な思想と高

117) なお、「芸術性・思想性」を根拠とした正当行為としての違法阻却の可能性について、1 審は、「わいせつ概念は、憲法により保障される表現の自由を必要最小限かつ明確に規制すべく解釈したものであり、構成要件該当性の検討において表現の自由に対する考慮は十分に尽くされているのであって、構成要件該当性が充足された時点で違憲性の問題は生じないというべきであるから、正当行為による違法阻却の検討として再度表現の自由を斟酌すべき合理的理由はなく、「わいせつ性判断において作品外の事情を考慮しないことの意義は、わいせつ性の判断において恣意的な判断を極力排除し、わいせつ概念の明確化を図るためであって、正当行為の有無において作品外の事情を考慮すれば、結局その判断が主観的になり、表現の自由等に萎縮効果をもたらすおそれがあるから、作品外の事情を考慮すべきでない」としている（前掲1 審判決8 頁）。これに対し2 審は、「原判決は、原審弁護人の正当行為により違法性が阻却される旨の主張を排斥する理由として、わいせつ性判断において作品外の事情を考慮しないことの意義はわいせつ概念の明確化を図るためであって、正当行為の有無において作品外の事情を考慮すれば、結局その判断が主観的になり、表現の自由等に萎縮効果をもたらすおそれがあると説示しているが……、作品外の事情といっても様々なものがあり得るのであり、違法性が阻却される余地を一切否定することはできないというべきである上、表現の自由等への萎縮効果を理由に、かえって処罰範囲を広げるような結果を是認する説示とも受け取られかねず、刑法の解釈として極めて不適切といわざるを得ない」と批判する（前掲2 審判決21 頁）。こちらの方が正論だろう（同旨、安田「前掲」144 頁、大庭「前掲」102 頁）。但し、2 審も、本件での違法阻却については、本件データのわいせつ性が強度であるとの評価を前提に、「インターネットを通じて広く社会一般に活動資金の寄付を募り、一定額以上の寄付をすれば……本件各データを提供することとした……」のものであって、直接的な対価関係にあるとまではいえないにしても、結局のところ活動資金を得るための方策として、わいせつ性の強い本件各データを頒布したと評価するのが相当である。そうしてみると、本件各データの頒布行為について『芸術活動の一環である』という理由で正当行為に該当し違法性を阻却するなど到底いえない」として、違法阻却を否定している（前掲2 審判決35 頁）。

度の芸術性があるから、わいせつ性が緩和（解消）される」という説明は、伝統的な作品を前提とする限り、それなりに分かりやすい説明であろう。だが、本事件では、上述のとおり、被告人のマンボートを制作し進水させる企画は、その実現過程全体を重視した「プロジェクト・アート」あるいは「プロセス・アート」として進められていた。「プロセス・アート」とは、1960-70年代に展開され始めた芸術活動であり、「現代美術の一傾向で、結果としてできあがった作品だけではなく、芸術作品の創造と展開を重視する立場。行為と時間を作品の構成要素と考える」もの¹¹⁸⁾、あるいは、「完成品そのものよりも制作の過程を重視する態度。コンセプトを明らかにする資料や、制作過程の他、耐久性に欠ける素材の変化などを提示する」もの¹¹⁹⁾とされる。それ故、弁護人が主張したとおり、「一連のボートの制作・進水のプロセス」を「作品」として捉えれば、3Dデータの頒布は、いわば観衆参加型の演劇として成り立っている大きな作品の、ほんの一部のエピソードとなり、これに対して1・2審判決のように、「作品」はあくまでも3Dデータ自体であると捉えれば、「作品」は100%女性器の情報だけから成り立っていることになる。「わいせつな箇所作品全体に占める比重」は、四畳半襖の下張判決以来、全体的考察の最も重要な判断基準の一つであるから、この捉え方の差は、決定的に結論を分けることになる。そして、伝統的な「作品」概念を前提とすれば、判決の捉え方のほうが妥当なようにも見える。

だが、「作品」とは一体何なのか。実は、このことは古典的な「作品」についても問題となりうるテーマである。この点については、前章において、第2次メイプルソープ事件との関連で、「個々の写真」と「写真集」のいずれを「作品」とみるかという問題に関して触れたところである。写真や文学のような基本的に単独で行う芸術活動では、まだ分かりやすいが、始めから集団で芸術活動を行う演劇等を想定すると、事柄はさらに複

118) 田中為芳編『現代芸術事典』112頁。なお、「プロジェクト・アート」という項目はなかったが、プロセス・アートの一種で、企画性を重視するものと理解してよいと思われる。

119) 益田朋幸・喜多崎親編『岩波西洋美術用語辞典』269頁。

雑になる。例えば、ある演劇の性描写シーンで用いられた小道具が、それ自体としては、一定のわいせつ性を認められうるものであったが、演劇全体としては思想性・芸術性の観点からわいせつ性の解消が認められるとする。この場合、当該小道具を制作した者の「作品」は、「小道具」のみなのか、それとも「それを用いた演劇全体」が「作品」とされ、思想性・芸術性を考慮したわいせつ性の解消が認められるのか。このように考えてみると、「作品」という概念自体、絶対的なものではなく、相対的なものであることがわかる。改めて考えれば、全体的考察論は、考察対象を個々のわいせつな部分に留めず、「作品全体」に拡げるわけだが、では何故「作品」には留まるのか、それを越えて、作者の社会的評価や作品の頒布状況にはなぜ拡げないのか、実は明快な根拠は示されていないのである。前章において悪徳の栄え判決との関連で、「作品全体」という概念を持ち出した時点で、判例は、社会的現実に促されて、チャタレー判決の純粋な絶対的わいせつ概念を離れ、相対的わいせつ概念に一步を踏み出したと指摘したが、チャタレー体制は、「作品全体」という重要な限定概念を導入しながら、その範囲の特定方法も、相対化がそこで止まる理由も明示しえておらず、現代アート作品が問題とされた本事件では、その問題点が浮き彫りにされたと言える。

四 最後に「判断基準」の設定の問題である。2審は、特段の検討をすることもなく、当然のごとく「社会の平均的一般人」を判断基準としている¹²⁰⁾。3Dデータのみを作品とし、絶対的わいせつ概念を遵守して作品外の事情は一切考慮すべきでないとする立場としては、当然の処理だろう。但し、プロジェクト全体を作品と考えれば、弁護人の主張のように、作品から伺える事情として「プロジェクト・アートに参加する人」即ち「被告人のフェミニズム思想に共感し、女性器を男性の愛玩物としてのみ捉える社会状況に対する批判的創作活動として被告人の行為を受けとめる特定人」を基準とする可能性は生じうる。一方、1審は、英文書判決・艶本研

120) 前掲2審判決33頁。

究国貞事件高裁判決との連続で頒布方法による判断基準の特定人化を認めている¹²¹⁾ので、「作品」の捉え方の如何にかかわらず、判断基準の設定の問題が生じる。

この点、上述のとおり、1審が、支援者にのみ送付されたものであることを認めながら、「被告人が頒布した者以外の者が入手してその中身を目にする可能性」を理由として、特定人を判断基準とすることを回避した論理は、先に検討した受領者による加工の可能性をわいせつ性肯定の理由の一つとした論理¹²²⁾と同様、牽強付会の感を拭いがたい。加工の可能性の点では、「対象となる本件各データ自体について判断すべきであって、将来の加工の可能性などを考慮すべきでない」と批判した2審¹²³⁾が、再頒布の可能性について沈黙しているのは、「判断基準」については将来の可能性の考慮を容認する趣旨というよりも、既にオブジェのわいせつ性判断との関連で、作品外の事情を考慮する1審を批判しており、判断基準の特定も認めていないので、「言わずもがな」ということだろう。「データは容易に拡散し支援者以外のものが目にするのが十分に考えられるため、妥当である」として1審の論理を支持する論稿¹²⁴⁾もあるが、頒布システムが十分に閉ざされたものであったと仮定すれば（本件で判例にあらわれた限度では断定はできない）、そこから入手した者がさらに別人に頒布すれば、その行為自体が頒布罪に問われるべき新たな犯罪なのであって、それを最初の頒布行為の処罰の根拠とするのは、やはり事実上の予備処罰ではないかという疑問は拭いがたい。「データである」というだけでは、「現にそこにあるもの」がわいせつかどうかを判断するに際して「将来の可能性」を考慮要素とできる根拠が示されていないからである。1審の論理を見ると、問題の3Dデータが、デジタルデータであって再頒布による拡散が容易であることから、名誉毀損罪の「公然性」要件に関する「伝播性の理論」の発想を応用しているように思われる。しかし、ここで問題となって

121) 前記(1)節一参照。

122) 前記註108の箇所参照。

123) 前記註110の箇所参照。

124) 大庭「前掲」101頁

いるのは、「わいせつ性」の判断基準である¹²⁵⁾。もちろん、性器・性行為非公然性の原則がわいせつ性の前提になっているから、公然性もわいせつ要件の中に含まれるだろうが、ここでは公然性の点が問題となっているわけではない。特定人に頒布した場合の判断基準の限定を認める以上、行為者が、わいせつ性を感じない特定人にも頒布したのであれば、やはりそのデータは「わいせつでない」のであって、頒布を受けたものが、わいせつ性を感じる相手に再頒布したときに、初めてそのデータは「わいせつ電磁記録」となり、その時点で新たな犯罪行為として問題とするのが筋だろう。

いずれにせよ、判断基準の特定の領域では、判例自体が固まっていないこともあり、明快な処理は容易でない。というより、チャタレー体制下において社会的状況変化に対応するべく、頑なな絶対的わいせつ概念を部分的に相対化しようとして重ねられた努力が、その本質的矛盾ゆえに不調和を蓄積し、事態を複雑にしてしまっているように思われるのである。

(5) ろくでなし子事件に表れたチャタレー体制の陳腐性

一 以上、ろくでなし子事件を巡り、チャタレー体制を前提とした1審・2審での議論を検討した。裁判の結論の当否とは別に、様々な点において、チャタレー体制の限界状況が明らかになった。最後に、この点を整理しておこう。

まず、性器・性行為非公然性の原則の問題である。性器・性行為非公然性の原則は、本件判例に限らず、近年の判例では明示的表現として表れることは少なくなったが、意識されないが厳然と流れる通奏低音として引き継がれている。というより、全体的考察に先立って行われる部分的わいせつ性の検討は、依然として同原則による判断そのものである。繰り返す確認してきたとおり、同原則は、「性信号」という観点ではなく、即物的な「(性器・性行為の)再現性」という観点からわいせつを捉えるものであ

125) 名誉棄損罪の伝播可能性は、「公然性」の問題であって、摘示事実が「名誉を害する事実」であるかの問題ではない。

る。その結果、本件オブジェについての検察官の主張がそうであったように、本来放任されるべき邪気のない行為が、「性器が見える」というだけの理由で、わいせつとされる。第1章で検討した、性器を「罪悪」と考えるトラウマティックなプロテスタントの性倫理が引き継がれているのである。本件では、結果的にオブジェのわいせつ性が否定されたわけであるが、チャタレー体制下では、たったこれだけの結論を出すのに、大変な論理の工夫が必要とされる。なるほど、自己の発する「性信号」を隠そうとし、あるいは、他者の発する「性信号」との接触を避けようとする「性的羞恥心」は、現代でも存在するだろう。しかしそれは、罪悪感とは全く次元の異なるものである。チャタレー判決の出された昭和32年当時と異なり¹²⁶⁾、60年を経た現在では性器や性行為に罪悪感を覚えるのが「社会通念」とはとても言えないだろうし、「あるべき性秩序」として考えても、プロテスタント性倫理がそれにあたるとは、およそ考えられない。

二 チャタレー判決に続く判例は、頑ななチャタレー判決の絶対的わいせつ概念を緩和しようとして、全体的考察論を展開し、思想性・芸術性によるわいせつ性解消という判断枠組で、社会的現実に対応しようとした。しかしながら、そこで想定されているのは、「崇高な思想性や高尚な芸術性が、本来悪である性器・性行為の公然化を、例外的に許容されるものにする」という論理であった。この論理では、エロティシズムの追求それ自体は、芸術として認められえない¹²⁷⁾ばかりでなく、性器・性行為を罪悪視

126) チャタレー事件当時は、性的なものに対する「罪悪感」も、それなりに一般的であったようである。例えば、伊藤整『裁判(上)』386頁以下では、1審でおこなわれた、高校3年生の少女に対して『チャタレイ夫人の恋人』の読後感を尋ねた法廷でのやりとりが紹介されているが、少女は「性の感覚というものを非常に汚らしいものだと思っていた。正常な結婚においても、そういうことは怖ろしいことだと思っていた。だから自分は汚らしい行為の結果生まれたものだと思っていた。それが生理学で性のことを学んでから、性というのは自然な現象だと思うようになった。その次にこの小説を読んで、性が人間性全体とか道徳と結びつく大切なものであることを理解した。」と証言している(388頁)。

127) そこまで認めてしまうと、性器・性行為非公然性の原則自体の土台が揺らぐことになる。

するトラウマティックな前提のため、わいせつ性解消を許す思想・芸術と認められるには、「罪悪性」をカバーするだけの高い社会的有用性が求められがちとなる。

だが、この60年の間に、思想・芸術のあり方も大きく変わった。まず、本件オブジェが位置付けられるポップ・アートに代表されるように、肩肘を張らない、日常的・大衆的なものが興隆してきた。幸い、本件第1審は、ポップ・アートやフェミニズム・アートに理解を示したが、成人向け娯楽コミックにつき「本件漫画本には、政治的言論はもとより、芸術的・思想的価値のある意思の表明という要素はほとんど存在せず、本件漫画本は、その芸術性や思想性等によって性的刺激を緩和する要素を含むものではない」とした判例¹²⁸⁾もあり、高すぎるハードルとなっていないかが危惧される。

さらに、性の解放の進展とともに急速に発展した「性科学」の成果¹²⁹⁾により、人間の思想、文化、心理等にとっての性の重要性が確認され、今回のフェミニズム・アートがそうであったように、性・性器・性行為等それ自体を題材とした思想作品、芸術作品が多産されるようになっていく。だが、そのような作品は、本件オブジェがまさにそうであったように、チャタレー体制の大前提である性器・性行為非公然性の原則に真っ向から衝突する。性器・性行為非公然性の原則を維持する限り、これらをわいせつ性緩和に値する思想的・芸術的価値を持つものとするのは不可能なのではないか。

これに「作品とは何か」という問題が加わる。そもそも「写真集」という単純なケースについてさえ、「何が作品か」の解答は微妙である。そして、本件で弁護側が主張したプロセス・アートという芸術ジャンルは、

128) 松文館事件、東京地判平16・1・13、裁判所ウェブサイト「裁判例情報」所収7頁。なお同判決は、第2審東京高判平17・6・16、上告審最判平19・6・14を経て、有罪確定している。

129) 近代ヨーロッパの性規範は性をタブーとしていたために、人間の性行動に関する科学的研究が阻害されてきた。性に関する本格的な研究は、戦後の性解放の動きとともにようやく出現したものである。この点に関し、アントニー・ストー、山口泰司訳『性の逸脱』1頁以下参照。

チャタレー判決以降に隆盛となったものである。今回の事件で、その問題が明らかになったわけだが、今後さらに多様化していく芸術形態に対して、全体的考察論が対応していけるのかが危ぶまれる。さらに、未解決の「判断基準の特定」の問題もあり、「全体的考察論」の中途半端な相対的スタンス自体に根本的な疑問がある。

三 結局、本件の検討を通じて、「全体的考察論」という緩和策は、即物的な性器・性行為非公然性の原則と、それを前提とした絶対的わいせつ概念を前提とする限り、有効に機能しえないことが判明した。このことは、チャタレー体制を修正しつつ社会的現実に対応しようとする努力が限界点に達し、チャタレー体制自体が機能不全を起こしていることを意味している。だからといって、「裁判の臨床医的役割」を強硬に発揮して、「（裁判官のあるべきと考える）社会通念」のみを判断基準としつつ絶対的わいせつ概念を貫くチャタレー判決の原点に立ち返ることもできないだろう。社会的現実との乖離は甚だしいものとなり、青少年への販売を禁じる都道府県単位での有害図書規制や、販売店での成人コーナーの設置等、性表現への寛容化の流れに応じて社会に創り上げられてきたゾーニングによる性表現享受の工夫を、台無しにしてしまう。何よりも、特段の病状もない健康者に、リスクな大手術を敢行するのは、優秀な臨床医のやることではあるまい。もはや、社会的現実に対応するには、チャタレー体制そのものを変えるしかないと思われるのである。チャタレー体制が完全に陳腐化・旧弊化していることを率直に認めるべき時期が来ているのではないか。

結びにかえて

一 冒頭に記したとおり、チャタレー判決は60年前の判決である。つまり、「チャタレー体制」は、今年で還暦を迎えたわけである。なるほど、その原点となったチャタレー判決は、すべての訴訟関係者が、新憲法の下

でのわいせつ規制のありかたについて誠実に議論を重ねた到達点であった。かの時代を支配したある種の「真摯さ」は、高らかに「裁判所の臨床医的役割」を唱えた最高裁大法廷判決の文章の格調高さにも伺える。しかし、結果的には、チャタレー判決によって、わいせつの定義は戦前の内容がそのまま継承された。さらに、わいせつ性が認められる範囲の点では、おそらく性器・性行為非公然性の原則の強調により、むしろ拡大されたのではないか。例えば、チャタレー判決がわいせつの定義を引用した大判大正7・6・10¹³⁰⁾も、具体的な形状までは判然としないものの、「婦人の陰阜の膚毛を模擬したる物に『廓の花』なる名称を附したる儘之を通行人の見ることを得べき方法を以て店頭陳列したる」、つまり女性の陰部を模した物を店頭陳列した事案である。しかもこちらは、女性専用アダルトショップ店内どころか、堂々と通行人が見る店頭陳列したもののようである。検察官は、「凡そ成人の陰部なるものは之を表見的に露出せしむべからざるは社会の風俗を取締り醜態を為さしめざるに必要なるのみならず一般道徳の破壊を防遏する上に於て最も緊要なることと信ず（傍点筆者）」と、性器非公然性の原則とも思える主張をして上告している。これに対し大審院は、「本件物件は之を附記せる名称と相踰ちて其婦人の陰阜の膚毛を模擬したる物たることを認識するに難からざるも該模擬物は未だ以て人をして其の性欲を刺激し興奮し羞恥厭惡の念を生ぜしむべき程度に至れるものと為すに足らず（傍点筆者）」として、無罪とした。「女性の陰部に見えない」からではなく、「陰部に見えても性欲を刺激・興奮し羞恥厭惡の念を生じさせない」から、わいせつでないとしているのである。当時は、チャタレー体制下におけるほどの性器等に対する強い心理的抵抗はなく、酔余の裸踊や立小便程度の性信号の強くないものについては放任されていたのではないか¹³¹⁾。だとすれば、チャタレー判例は、性器・性行為非公然

130) 法律新聞 1443 号 22 頁。但し、旧字体は改めてある。

131) この点につき、白田秀彰『性表現の文化史』198 頁以下は、「現在の私たちの社会につながる、性愛や性表現を問題視する視線は、中核都市部や学校教育（国家制度の内側）の現場において大正期あたりにおおよそ一般化し、農山漁村においては戦後の高度成長期あたりによりやく一般化したものであるにすぎない」と言う。筆者自身も、現に昭和 30 年代を生きた体験からそのように実感する。

性の原則の強調により、戦前の判例の性規範をさらに「行儀よく」したともいえそうである。

実は、この点についても、時代の影響が指摘できる。白田秀彰の研究によれば、江戸期までの吾国では、「庶民層においては、とくに性に対する忌避の感覚はなく、おおらかに楽しみとして受容されて」いた。春画や黄表紙についても「性表現がダメなのではなく、性表現によってさまざまな遊びへの誘惑が増え、奢侈や蕩尽に至るとというのが禁圧の理由だった」¹³²⁾。周知のとおり、明治維新後、政府は、不平等条約の解消を悲願とし、「文明国」としての体裁を整えるべく、西欧上流階級の文化を国内法に取り込もうとした。その中で、わいせつに対する刑事規制が現れた¹³³⁾。しかも、その時期は、ヨーロッパではわいせつ罪の管轄が宗教裁判所から世俗裁判所に移される時期であり、わいせつ規制が強化される時期にあたっていた¹³⁴⁾。アメリカでも、南北戦争が終わった時期にあたり、戦時中に放任されていた性表現を改めて引き締める動きが起こると同時に、奴隷の解放により重要な政治目標の一つを失った宗教関係者が、新たな目標としてわいせつの根絶を唱え、ここでも、わいせつ規制が強化される時期にあたっていた¹³⁵⁾。このように、元々吾国のわいせつ規制は、ヨーロッパの性倫理が持っていた「宗教的コンプレックス」と、後発近代国家としての「文明コンプレックス」の二重のコンプレックスを持ちつつ形成されたのである。

チャタレー判決の時代になると、これに第2次世界大戦の敗戦という要因が加わる。終戦後、日本は、1951（昭和26）年9月8日のサンフランシスコ講和条約と翌1952年4月28日の発効により主権を回復するまで、GHQ（連合軍総司令部）の統治下に置かれていた。チャタレー事件の1審開始時（1951年5月8日）には、日本はまだ主権国家ではなかったのである¹³⁶⁾。

132) 白田『前掲書』196頁。

133) 白田『前掲書』195頁以下参照。

134) 白田『前掲書』75頁以下（特に80頁）参照。「性や性表現に関する規範侵害が、神への冒瀆や宗教的秩序への攻撃ではなく、社会秩序や道徳への攻撃と認識されたことを意味」するとしている。

135) 白田『前掲書』124頁以下参照。

当然、ここでも主権回復という悲願に向けて、「大戦を引き起こした蛮行」を反省する優等生を演じる必要があった。1947（昭和22）年になされた吾国の刑法改正で、それまで罰金刑のみを規定していた175条につき、2年以下の懲役が加えられたのも、そのような配慮の表れといえるだろう。加えて、1950年代に入ってアメリカでは、（南北戦争後と同様）大戦中に弛緩したわいせつ規制を引き締めようとする動きが生じている¹³⁷⁾。『チャタレイ夫人の恋人』についても、このような戦後期の事情から、欧米でも議論にのぼっており、欧米諸国は、日本の裁判の行方を注視していた。チャタレー判決の「真摯さ」の実相には、このような一面もあるのではないだろうか。つまり、チャタレー体制は、初めから、「背伸びした優等生」として誕生したのではないかと思われるのである。

二 だが、既に確認したように、チャタレー判決後の性規制を巡る欧米社会の情勢は、性を肯定的に受け止める社会の動きにより、急速に変化し、性表現について、国家がパターンリスティックに秩序を押し付けるのではなく、性的自由を保証する観点から、「同意している成人間での頒布」を原則的に容認する方向¹³⁸⁾に進んだ。現に、アメリカでは、チャタレー判決の2年後の1959年にグロウブ・プレス社の無削除版の出版が認められ、イギリスでも、1960年に「ペンギン・ブックス」の無削除版のわいせつ性が

136) 実際、第1審公判では、『チャタレイ夫人の恋人』が、連合国総司令部の無許可出版にあたるのではないかと、検察側から、GHQ 書簡の証拠申請がなされている。伊藤整『裁判(上)』（晶文社版）236頁以下参照。

137) 白田『前掲書』131頁以下参照。

138) 日本でも、相対的わいせつ概念の主唱者たちは、この立場を取ってきた。最近の研究では、白田『前掲書』が、明白にこの立場に立っている（特に199-207頁参照）。園田寿・臺宏士『エロスと「わいせつ」のあいだ』も、児童ポルノについては、被写体とされた児童の人権の観点から児童ポルノ禁止法によって規制し、青少年については、青少年保護条例等の有害図書規制の問題に純化し、同意している成人間のやりとりについては放任することを提唱している（236-240頁、250-252頁、及び長岡義幸『わいせつコミック裁判』188頁以下において紹介された松文館事件での園田の証言参照）。社会的現実に対応しうる唯一の方法だと思われる。なお、この点につき、後掲註140参照。

否定された。いずれも陪審員の評決によるものである¹³⁹⁾。「優等生」は、あっさり肩を透かされたことになる。

もちろん、チャタレー判決に後続する判例は、社会的現実とチャタレー体制間のギャップの拡大を意識し、それを埋めようとした。だが、チャタレー判決後の唯一の大法廷判決である悪徳の栄え判決でさえ、チャタレー判決の即物的な性器・性行為非公然性の原則と、絶対的わいせつ概念とを俎上に載せることはなく、思想性・芸術性を考慮した全体的考察という、中途半端な相対化による一種の応急措置にとどまった。本講で検討したとおり、その後も、チャタレー体制は、微修正を重ねつつ、急激な社会状況の変化に対応しようとしたが、両者の乖離は進む一方であり、逆に、チャタレー判決の前提とその後の修正の矛盾が露呈してきた。そのことを決定的に示したのが、今回のろくでなし子事件であったといえる。チャタレー体制の陳腐化は、もはや明らかである。そして、その最大の要因は、チャタレー体制下で一貫して維持されてきた即物的な性器・性行為非公然性の原則と、それを前提とした絶対的わいせつ概念にある。

繰り返し論じてきたように、「わいせつ」とは性信号の問題であり、「わいせつ」とされるには、最低限、「エロティックな信号の発信」がなければならない。しかし「エロティックな信号の発信」それ自体は、本来、「権利」であり、決して「罪悪」ではない。ならば「わいせつ」の処罰根拠は、一体、どこにあるのか。必然的に、性信号の受信者に対する有害性に目を向けざるを得ない。性信号という観点から「わいせつ」概念を整理しなおし、エロティシズムの発信の権利性を認めつつ、真に有害といえる範囲で規制を行うべく、わいせつ概念を再構築する必要がある¹⁴⁰⁾。チャタレー体制に代わる新たなパラダイムが求められているのである。

三 ところで、本年は、わいせつ罪について、大きな変化の生じた年であった。まず、強制わいせつ、強制性交等の罪について、大きな刑法改正

139) D.H. ロレンス、伊藤整訳、伊藤礼補訳『チャタレイ夫人の恋人』（新潮文庫）567頁（伊藤礼による「改訂版へのあとがき」）以下、及び園田・臺『前掲書』200頁参照。

がなされた。さらに、強制わいせつ罪について、「強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が犯人の性欲を刺戟興奮させまたは満足させるという性的意図のもとに行なわれることを要する」としていた最判昭45・1・29判決以来の判例を変更する大法廷判決（最大判平成29・11・29）が出された。同判決は、「性的な被害に係る犯罪規定あるいはその解釈には、社会の受け止め方を踏まえなければ、処罰対象を適切に決することができないという特質がある（傍点筆者）」¹⁴¹⁾とし、上記の強制わいせつ罪等の刑法改正について、「性的な被害に係る犯罪やその被害の実態に対する社会の一般的な受け止め方の変化を反映したものであることは明らかである（傍点筆者）」としたうえで、「今日では、強制わいせつ罪の成立要件の解釈をするに当たっては、被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度にこそ目を向けるべきであって、行為者の性的意図を同罪の成立要件とする昭

140) この点について、かつて、梅崎進哉「性風俗の刑事規制と社会法益の構造」久留米大学法学 14 号 23 頁以下（特に、45-53 頁）において、概略、次のように試論を展開した（なお、引用は、梅崎進哉「個人の保護と社会法益の構造」刑法雑誌 35 卷 2 号 188 頁以下で示した要約による）。「人間の性行動は、①『生殖』だけでなく、②『快楽の獲得』、③『快楽の共有を通じた人間関係の深化』という三つの役割を持っており、人間に普遍的に存在するエロチシズムがこれらの役割に直接的に貢献する一方で、同じく普遍的に存在する性的羞恥心が不必要な性信号を避けさせることで性信号に対する免疫化を防ぎエロチシズムの有効利用を助けている。それゆえ、あらゆる社会は、生活環境の差に応じて偏差はあるものの、基本的には、個人が不必要な性信号を避けることを保証しつつ、自ら求める場合には自由なエロチシズムの享受を保証している。従って、刑法は『性信号との接触が受動的にはなされない反面、積極的な作為によれば自由に獲得できる性的環境』を保護することで、そこに生きる個人の性行動の生き生きとした享受を保証しなければならない。この前提からは、禁止されるべき「わいせつ」とは、「ランダムな性信号の発信」あるいは「場違いな性信号の発信」に限られ、性信号の発信・受容それ自体は、本来的な人間の権利として、（少なくとも成人間では）能動的に求める場合には自由に行われることが保証されるべきである。当然、「エロチシズムの追究」それ自体も、芸術や思想の主題として認められ、表現の自由の対象となる。また、「わいせつ」であるためには、最低限の性信号であることが必要であるから、チャタレー事件 1 審判決の誤った相対的わいせつ概念と異なり、「わいせつでない」ものが頒布方法により「わいせつ」となったりすることはありえない。そして、一定以上の強さの性信号であっても、それだけでわいせつとなるのではなく、「場違いさ」すなわち「頒布・提示方法」が問題となり、わいせつ性判断の核心部分は、この点に移ることになる。

141) 最大判平 29・11・29 判例ウェブサイト「裁判例情報」所収 3 頁。

和45年判例の解釈は、その正当性を支える実質的な根拠を見いだすことが一層難しくなっているといわざるを得ず、もはや維持し難い。（傍点筆者）」¹⁴²⁾としている。確かに、自己決定権の思想がもたらした「性的自由」という考え方は、性秩序の侵害としての「わいせつ、姦淫及び重婚の罪」の章に性秩序侵害犯と並べて規定されている強制わいせつ・強制性交等¹⁴³⁾の被害について、「性的自由」という個人法益に対する侵害と捉える方向に社会的認識を変えた。「社会の一般的な受け止め方の変化」をくみ取って判例変更を行った判決は正しい。だが、本稿で繰り返し確認したように、性的自由の考え方は、わいせつ表現罪についても、多様な表現を許容する方向に「社会の受け止め方」を変え、チャタレー判決は「その正当性を支える実質的な根拠を見いだすことが一層難しくなっている」。また、強制わいせつ罪の違法性の本質を、「性欲を刺激・満足させる」ことから、「他者の性的自由を害する」ことに移した大法廷判決の正当な発想は、その根底において、わいせつ表現罪についても妥当するだろう¹⁴⁴⁾。つまり、この領域でも、「単なる（裁判官の観念する）性秩序に対する違反」ではなく、「（社会に対する）性的侵害」に違法性の実体を移し、それに即した解釈論が示されなければならない。この点、今回の大法廷判決は、「刑法176条にいうわいせつな行為に当たるか否かの判断を行うためには、行為そのものが持つ性的性質の有無及び程度を十分に踏まえた上で、事案によっては、当該行為が行われた際の具体的状況等の諸般の事情をも総合考慮し、社会通念に照らし、その行為に性的な意味があるといえるか否かや、その性的な意味合いの強さを個別事案に応じた具体的事実関係に基づいて判断

142) 前掲 4 頁。

143) かつての判例での強制わいせつ罪の位置づけは、個人法益侵害としては強要罪にあたるが、同時に性秩序をも害する点において、社会法益の中に配置され、強要より重い刑の設定がなされている（それでも財産侵害の強盗・恐喝より軽い）と解するものといえるだろう。

144) 「性的自由」の本質は、「自己にとって好ましい相手と性的関係をとり結ぶ自由」にある。そうであれば、わいせつ表現罪の領域においても、「ランダムな性信号の発信」あるいは「場違いな性信号の発信」に「わいせつ」の本質を求める考え方（前記註140 参照）に、正当性が認められるだろう。

せざるを得ない(傍点筆者)』¹⁴⁵⁾とも言っている。これは、強制わいせつ罪についての説示であるが、「わいせつな行為」を「性的な意味」において捉えている点で、明らかにチャタレー判決の「わいせつ」のとらえ方とは異なるものである。

悪徳の栄え判決以来の大法廷判決を期待したい。

145) 前掲4頁。