慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔刑法三三〕芸術的・思想的価値のある文書と猥褻性、ほか：いわゆる「悪徳の栄え」事件判決(最高裁昭和四十四年一〇月一五日大法廷判決)
Sub Title	
Author	野阪, 滋男(Nosaka, Masuo) 刑法研究会(Keihō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1972
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.45, No.7 (1972. 7) ,p.87- 101
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19720715-0087

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔刑法　三三〕芸術的・思想的価値のある文書と猥褻性、ほか――いわゆる「悪徳の栄え」事件判決

（猥褻文書販売、同所持各被告事件
最高裁昭和三九年（あ）三〇五号
昭和四四年一〇月一五日大法廷判決、棄却
刑集二三巻一〇号一二三九頁
一審東京地裁　二審東京高裁）

〔事実〕

本件は、フランスの作家マルキ・ド・サドの著作「ジュリエットの物語あるいは悪徳の栄え」を縮少邦訳して出版された「悪徳の栄え・続――ジュリエットの遍歴――」に含まれている一四箇所の部分の猥褻性が問題とされたものである。本件公訴事実の要旨は、被告人両名は共謀のうえ、被告人Sが、性交、性戯に関する露骨にして具体的、かつ、詳細な描写記述一四箇所を含む本件訳書の邦訳原稿を作成し、被告人Iが、これを出版し、昭和三四年一二月ごろから同三五年四月ごろまでの間に、約一五〇〇冊を販売するとともに、二九一冊を販売の目的で所持した、というのである。

一審は、右公訴事実のうち、本件訳書が刑法第一七五条にいう「猥褻ノ文書」に該当するかどうかの点を除くその余の事実を認めたうえで、結局は被告人等の所為を無罪とした。その骨子は左の通りである。

1. 猥褻文書たるためには、その内容が㈠徒らに性欲を興奮または刺激せしめ㈡普通人の正常な性的羞恥心を害し㈢善良な性的道義観念に反することが要求される。

2. 検察官指摘の一四箇所の性的場面の描写は相当露骨かつ具体的であり、本訳書は社会通念に照らして判断すれば、明らかに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文書と認められるが、その内容は空想的、非現実的であり、その表現は無味乾燥であって、読者の情緒や官能に訴える要素が乏しく、徒らに読者の性欲を興奮または刺激せしめるものとは認められない。したがって、本件訳書は、刑法一七五条にいう「猥褻ノ文書」に該らない。(1)

これに対し、検察官は、右の三つの要素は、それぞれ独立して並列的関係にあるのではなく、性行為非公然性の原則を基準とし、文書がこの原則に反する内容をもつものと判断される限り、右文書は当然人の性欲を刺激興奮せしめることにより正常な性的羞恥心を害し、同時に善良な性的道義観念に反するものといわなければならな

い関係に立つものであるなどと詳細な主張をして控訴を申し立てた。

二審は、検察官の控訴をいれ、以下に述べる理由で一審判決を破棄し、刑訴法四〇〇条但書により、みずから有罪の言渡をした。

1. 本訳書の内容を通読検討した結果によれば、問題の一四箇所は、徒らに（過度に）性欲を刺激せしめるに足る記述描写であり、刑法一七五条にいう猥褻の文書にあたる。

2. 文書における猥褻性と芸術性・思想性との関係についてはチャタレー事件に関する最高裁判決の見解に従う。猥褻性と芸術性・思想性は、その属する次元を異にする概念であり、芸術的・思想的作品であつても、これと次元を異にする道徳的、法的の面において猥褻性を有するものと評価しうる。

3. 猥褻性の判断においては、ある思想の表現そのものではなく、叙述（表現）の仕方が問題とされる。したがつて現存の性道徳・性風俗に反する思想や反風俗、反道徳的なテーマ（たとえば、姦通、近親姦、獣姦）の故にこれを猥褻とするのではなく、その表現の仕方が最高裁判決のいう性行為非公然性に反するときに猥褻とするものである。

4. 猥褻の観念が表現の仕方に関するものである関係上、その猥褻性の把え方は部分的に観念される。勿論、問題の部分を機械的に他の部分と切離し、全体を離れた断片として観念されるべきではないが、文書の一部に猥褻部分があるときは、文書の一体性からその文書が全体として刑法一七五条の猥褻文書となるのである。

5. 文書が猥褻であるかどうかの判断は、普通人に与えられる性的刺激や羞恥心を基準として、客観的になされる。

6. 表現の自由・学問の自由も、公共の福祉のため制約を受ける。刑法一七五条の法益は、性に関する社会秩序、性道徳の基盤を形成している普通人の正常な性的羞恥心およびその善良な性的道義観念の維持にあり、憲法にいう公共の福祉の重要な一部をなしている。故に同条の適用により、表現の自由・学問の自由が一部制約されることになつても、それをもつて、右規定自体を違憲としえない。

これに対して、弁護人は、主に前記(2)、(4)のほか、訴訟記録および一審で取り調べた証拠により一審判決を破棄し、自判（有罪）したのは昭和三三年二月一一日第三小法廷判決（刑集一二巻二号一八七頁）等に違反するとして上告の申立をした。

〔判旨〕

大法廷は、関与裁判官一三名のうち八名の多数（入江、草鹿、城戸、石田、松田、岩田、下村、松本）で、本件上告を棄却した。このほか補足意見（下村）、意見（岩田）、反対意見（横田、大隅、奥野、田中、色川）がある。多数意見の判示するところの要旨は、次のとおりである（但し、訴訟法の部分は除く〈本号刑訴事例研究参照〉）。

1. 猥褻性と芸術性・思想性とは、その属する次元を異にする概念であり、芸術的・思想的の文書であつても、これと次元を異にする道徳的・法的の面において猥褻性を有するものと評価することはなんらさしつかえないところである。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、右のような程度に解消されない限り、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。当裁判所は、文書の芸術性・思想性を強調して、芸術的・思想的価値のある文書は猥褻の文書として処罰の対象とすることができないとか、名誉毀損罪に関する法理と同じく、文書のもつ猥褻性によつて侵害される法益と芸術的・思想的文書としてもつ公益性とを比較衡量して、猥褻罪の成否を決すべしとするような主張は、採用することができない。この点に関するチャタレー事件の判決の見解を支持する。

以上のような考え方によると、芸術的・思想的価値のある文書でも、猥褻の文書として処罰の対象とされることになり、間接的にではあるが芸術や思想の発展が抑制されることになるので、猥褻性の有無の判断にあたつては、慎重な配慮がなされなければならないことはいうまでもないことである。しかし、刑法は、その一七五条に規定された頒布、販売、公然陳列および販売の目的をもつてする所持の行為を処罰するだけであるから、ある文書について猥褻性が認められたからといつて、ただちに、それが社会から抹殺され、無意味に帰することはない。

2. 文書の個々の章句の部分は、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。したがつて、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。したがつて、原判決には論理の矛盾はない。

3. 出版その他の表現の自由や学問の自由は、民主主義の基礎をなすきわめて重要なものであるが、絶対無制限なものではなく、その濫用が禁ぜられ、公共の福祉の制限の下に立つものであることは、チャタレー事件の判決の趣旨とするところである。そして、芸術的・思想的価値のある文書についても、それが猥褻性をもつものである場合には、性生活に関する秩序および健全な風俗を維持するため、これを処罰の対象とすることが国民生活全体の利益に合致するものと認められるから、これを目して憲法二一条、二三条に違反するものということはできない。(2)

〔評釈〕

(一)（芸術的・思想的価値のある文書と猥褻性）　多数意見は、いわゆるチャタレー事件判決（最判昭三二・三・一三刑集一一・三・九九七）を再確認して、文書の芸術性・思想性とその猥褻性とは次元を異にする概念であり、したがつて、「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ことはなんらさしつかえない」とする。「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、かような場合を除き、「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」のである。ここから、つぎの二つの立場を排斥することを明言している。その一は、「文書の芸術性・思想性を強調して、芸術的・思想的価値のある文書は猥褻の文書として処罰の対象とすることができない」とするいわゆる芸術至上主義的主張であり、他は、「文書のもつ猥褻性によつて侵害される法益と芸術的・思想的文書としてもつ公益性とを比較衡量して、猥褻罪の成否を決すべし」とするいわゆる比較衡量論からの主張である。けだし、「刑法一七五条は、文書などを猥褻性の面から規制しようとするもので、その芸術的・思想的価値自体を問題にするものではない」のであり、したがつて、「裁判所は、文書の猥褻性の有無を判断する職責をもつが、その芸術的・思想的価値の有無それ自体を判断する職責をもつものではない」からである。

この第一の論点に関しては、多数意見が基本的にはチャタレー判決の線に従つているとみられるが、前掲「もとより　云々」の章句をとらえて、田中裁判官が、その反対意見で疑問を投げかけている。曰く、「チャタレー判決のとつた基本的立場を一歩踏み出し、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つ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」と。これに対し、下村裁判官が補足意見でつぎのように答えている。田中裁判官は、チャタレー判決が猥褻概念の相対性を認めていないことを前提としているが、右判決は猥褻概念の相対性を認めるとも認めないとも判示していないから、にわかに断定はできないと結論的には留保しつつも、本件多数意見のこの章句は、「芸術性・思想性をもつ文書のうちに猥褻性が存するとき、その猥褻性は、芸術性・思想性によつて減少・緩和される場合もあるし、却つて増大、亢進する場合もありうる」ことの理の一部を明らかにしたまでだとしている。

猥褻の意義については、判例上も学説上も大審院以来の判例によつて示された定義が踏襲されてきている。「猥褻の文書、図画その他の物とは、性欲を刺戟興奮し、又は、これを満足せしむべき文書、図画その他の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ことを要する」（大判大七・六・一〇法律新聞一四四三・二二）とした大審院判決は、表現に多少の相違はあつても、最高裁判所によつて支持されてきた。すなわち、「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」（最判昭二六・五・一〇刑集五・六・一〇二六、最判昭二七・四・一刑集六・四・五七三）こととなり、チャタレー判決も「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」（最判（大法）昭三一・三・一三刑集一一・三・九九七）との立場をとつた。「これらの判旨は、その表現の巧拙については、議論の余地がないではないが、その本旨とするところは、何人にも肯定されるであろう」[3]という言にもみられるように、

学者の所説も概ねこれらの判例と同趣旨と解せられる。

これらは要するに、一方では、「猥褻」概念が一定されているという意味では絶対的（不変的）猥褻概念をとつていることになるが、他方、その要件も結局はその時代の社会通念によつて判断されるという意味では相対的（流動的）猥褻概念をとつているものといえる。[4] このように、チャタレー判決で是認された猥褻概念が絶対的とも相対的とも解せられるため、田中裁判官をして、先のような疑問を投げかけさせたものと推定される。ともあれ、本件では、猥褻の定義そのものにつきとくに争われなかつたのであり、この点では同じく、多数意見も反対意見も、チャタレー判決で是認されたこの「猥褻」概念を踏襲しているものとみられる。

1.（芸術至上主義との関連）　芸術性・思想性と猥褻性とは別異の次元に属する概念である。芸術性・思想性と猥褻性を概念として取扱えばその通りである。その文書のもつ芸術性・思想性が高ければ、いくら猥褻な内容が盛られていても、処罰の対象からすべて除外すべしとの主張は、刑法一七五条が存するかぎり、かなり無理な解釈であろう。だから、この点に関しても、チャタレー判決も本件多数意見も、少数意見さえも、すべて認めるところである。だが、その根拠は何であろう。チャタレー判決の言うよう、「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。芸術家もその使命の遂行において、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」からであろうか。裁判所が「病弊堕落に対して批判的態度を以つて臨み、臨床医的役割を演じなければならぬ」と気負つているところからみると、芸術家の美的創作活動は表現の方法ばかりでなく内容も、法の許す範囲にとどまるべきで、芸術至上主義などとんでもない、というのであろうか。

惟うに、「表現の自由」を有して創作活動をする芸術家といえども、社会の構成員であるがために、芸術的観点とは別に現存社会秩序維持を目的とする法的立場から規制されるのであり、芸術家の使命の故からではない。[5] 芸術家の創作活動が、その性質上元来いかなる束縛からも自由であらねばならないのは、民主主義憲法の措定する価値体系において優位にある表現の自由の要請からくるのであつて、芸術家に単なる特権を与えるといつたしろものではない。[6] したがつて、芸術家が法的制約を受けるといつても、彼の創作活動が文化の発展や社会改革のために現存社会の秩序を否定するような形[7]をとつてはならないというわけではない。ただこの場合、性を素材とする芸術は、人間の性・性欲等をそのテーマとする関係から、世間一般からみて、猥褻とみられ、社会風俗を害する虞なしとしないのであり、性秩序維持の任務をもつ法があればその法が時として動き出すだけである。こう解することによつて、真正な芸術作品であつても、その部分に、猥褻とおぼしき箇所もありうるのであり、この意味で両者は並存し、別異の次元に属するという立場を肯認しうると考えられる。色川、田中裁判官は、芸術的な作品であつても同時に猥褻な文書たりうるとする多数意見に同調しつつも、「文学」の本来的特質及びその役割に鑑み、ただそれだけの理由から、その作品

を社会から抹殺することには慎重であらねばならないとする。色川裁判官はつぎのように主張する。「およそ世俗への妥協を拒み、神と道徳と法とを無視乃至否定し、現実の世界では許されない悖徳乱倫の諸相を描いて、人間の真実をたずね、苦渋に満ちた悩みの底から、読者の感動をゆるがす何ものかをくみ出そうとすることこそが、近代文学の手法のひとつの特質ではないかと思われる。もしそうだとすると、露骨な形で性が扱われているというだけの理由でかかる作品が禁圧されるならば、文学の名に値する文芸作品の少からざるものの抹殺へと途が通ずることになる」。田中裁判官はこの色川裁判官の主張に賛同し、文化的価値の享受する途を閉ざされることを懸念する。ここにおいて、多数意見と田中・色川裁判官の反対意見との間にある大きな相違点は、芸術的な作品であっても猥褻な内容があるときに、前者によれば当然のこととして禁圧されるような作品であっても、後者によればそれでもなお「文学」の性質上禁圧を免れるものがあるであろうということである。

だが多数意見でも猥褻な箇所があればどんな芸術作品でも猥褻文書として処罰するというのではない。すなわち、文書の芸術性・思想性が、刑法により処罰しようとする程度以下に、その文書の猥褻性を減少・緩和する場合もありうることを認めている。チャタレー判決で是認された「猥褻」概念を踏襲する多数意見が、この文言からみて、はたして、いわゆる相対的猥褻文書の概念を是認したと解しうるかが問題となる。

2.（相対的猥褻文書概念との関連）[8]　多数意見によれば、芸術性・思想性と猥褻性が別異の概念であり、しかも後述の(二)のように、個々の文章の章句は全体との関連で判断されるべきだとする。したがって、文書の芸術性・思想性は勿論のこと、猥褻性も、文書全体についての評価である。それでは、多数意見の立場をつぎのように換言しうるであろうか。「たとえ、その文書の一部分に、猥褻性を高度に有する章句があるとしても、文書全体のもつ高度の芸術性・思想性の故に、猥褻文書としての取扱いを免れる場合がある」と。もしこれが積極に解しうるならば、多数意見はいわゆる相対的猥褻文書概念を認めているとも考えられる。すなわち、もともとこの概念の出発点は、真正な科学・芸術作品はそれ自体としては猥褻ではない、しかしこの真正な科学・芸術作品といえども、部分的に猥褻的要素を含む限りにおいて、その取り扱われ方の如何では猥褻文書頒布罪として刑法の規制の対象となるというものとされている。表現こそ違うが、結局は重なり合う部分があると考えられる。しかし、そうだとすると、田中裁判官の指摘するように、チャタレー判決を一歩踏み出すことになろう。だから、下村裁判官は補足意見で消極に解しているようである。それでは先の言い換えは消極に解されるか。もしそうであれば、多数意見は相対的猥褻文書概念はとっていないとも考えられる。何故なら、この立場では、文書の猥褻性は徹底的に部分的になされるほうが、より論理的であると同時に合目的的でもあろう。つまり、部分的に猥褻であると判断されれば、どんなに芸術性・思想性が高くとも処罰の対象となしうるからである。ところが、多数意見は猥褻性も全体との関連で判断すべしとしている。

かようにして、多数意見が相対的猥褻文書概念をとつているかは、ここに示された文言からは即断しがたいというべきであろう。もつとも、この相対的猥褻概念の定義すら明確なものではないうえ、他方裁判官職責論とも関連して問題をより複雑にしていると考えられる。

3.（比較衡量論との関連）　多数意見は比較衡量論はとらないという。この立場につき論究した裁判官は、結論的には多数意見に同調する岩田裁判官、反対意見における横田（大隅）、奥野、色川裁判官である。しかし、同じく比較衡量論といつても少しくニュアンスが異るので左に略述してみよう。

①岩田裁判官の比較衡量論

（イ）刑法論的比較衡量論

A――文書の公表により猥褻性のため侵害される法益

B――文書の公表により社会が芸術的・思想的・学問的に享ける利益

BがAよりも大なれば、刑法三五条の正当な行為として刑法一七五条を構成しない。

（ロ）Bが大であることが立証されてもAより大なることが立証されなければ猥褻性を有す。

（ハ）本書は思想的・文学的に価値ある作品だが、本書のもつ猥褻性が一般読者に及ぼす弊害は、出版販売により社会が享ける利益をもつては到底償うに足りない。

②横田裁判官の比較衡量論（大隅裁判官同調）

（イ）刑法一七五条の適用範囲とその可罰性を論ずる際に「表現の自由」という憲法上の要請を考慮する

A――わいせつ文書の頒布行為等を許してはならないとする要請

B――思想性のある文書についての表現の自由の要請

（ロ）具体的事案における一つのメルクマール

i 猥褻性の強い文書→A優先

ii 猥褻性の弱い部分を含む文書

α 猥褻部分が文書中で占める重要度

β 文書のもつ思想性等の重要度

αがβより高い→A優先

βがαより高い→B優先

（ハ）本書は（イ）の基本的立場からすでに猥褻文書に該たらない。よしんば該たるとしても（ロ）の段階でiiの後者の場合に該り、被告人の行為に可罰性は認められない。

③奥野裁判官の比較衡量論

（イ）刑法論的比較衡量論

A――文書の猥褻性により侵害される法益

B――芸術的・思想的・文学的文書として持つ公益性

Bを犠牲にしてAを優先せしめる合理的理由のあることにより処罰可能。

（ロ）刑法二三〇条の二の名誉毀損罪の法理を援用する。

（ハ）本書はA、Bとも高度である。原判決はAだけに注目しBに

全然目を蔽つた。破棄差戻が相当である。

④色川裁判官の比較衡量論

（イ）春本の類に属さない文書は大なり小なり社会的価値を有す

（ロ）A――作品が猥褻性をもつているために帯びる反価値

B――作品そのものの具有する社会的価値

（ハ）本書は端的な春本でないのは勿論、娯楽のための読物でもなくそもそも比較衡量以前で解決できる。

以上、これらの意見で示された比較衡量論[9]は、必ずしも同一ではなく、明確なものでもない。岩田裁判官の見解は、社会的利益が一種の違法阻却事由として作用されるわけで、よほど社会的利益が大であることが立証されないかぎりは刑法一七五条を構成することになり、この点が特に反対意見の比較衡量論に比し内容を弱くしている。この点からは、奥野裁判官のそれは積極的な内容をもつていることがわかる。横田・色川裁判官の場合は、比較衡量論を持ち出すまでもなく、本書は猥褻文書とはみられないとする原則的立場が示されている。これらを総合して考えるに、これら抽象的な判断規準としての比較衡量論が具体的・個別的な場における判断規準としてどのように作用し実効性があるかは甚だ疑問と思われる。一方では「表現の自由」をめぐつて生ずる諸種の権利の調和をはかるべき要請があるわけで、結局は当該文書の公表によつて生ずる社会における利害得失が顧慮されるわけである。ただ注意しなければならないことは、その前提たる規制のための利益と自由保持のための利益が明確にされていることが必要であり、この点からの再編成の余地が残されているといわれる[10]。

かくして、多数意見が比較衡量論は採らないという、理由は必ずしも明らかではないが、要するに、裁判所は、たとえ作品が芸術的・思想的に高度なものであれ、猥褻性を有するものであることさえ判断すれば足りるのであつて、その作品のもつ芸術性・思想性に思いを至す必要はないばかりか、そうすべき職責もなくまたその任に相応しい場所ともいえない、との立場によるものと思われる。

㈡（文書の部分についての猥褻性と文書全体との関係）　「文書の個々の章句の部分は、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。したがつて、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。」　前項〈㈠の2〉で略述したので疑問を示すにとどめる。率直にいつて、この多数意見の表現からは、全体と部分についてのあまりにも単純な公式しか、読みとれないのである。「部分は全体の一部であるから、つねに部分の判断は全体との関連においてなされなければならない」のは一般的な論理として首肯しうるのであるが、そうだからといつて、裁判所が、文書の特定章句の猥褻性を文書全体との関連で判断しなければならない必然性も法的根拠も示されていないし、またそうであるべきだからといつて、

裁判所が特定章句を問題としていながら、全体的判断をしているという保証すらないのである。ところで、この場合、もしこの説示通りであるとすれば、伝統的な部分猥褻概念を捨てたと考えられるが、必ずしも明らかではない。

これに関連してつぎのような事態をどう説明したらよいのであろうか。すなわち、多少ともエロティックな性質をもつ作品のもつとも健全な読まれ方は、いわゆる「あちらこちらめくってすごい部分だけ」読む方法であつて、そのような部分を全体の一環として読むことはしないというのである。(11) もしこれが、世間通常一般人の健全な読書方法であるとすれば、猥褻性の判断が通常人への性的刺激等を規準としながら、無理やりに、猥褻部分を全体との関連で把えることは、むしろ何か不自然さを感ずるのである。もつとも、通常人とか一般人という概念や、社会通念なる概念の不明確さにも起因するともいえよう。

㈢（憲法二一条、二三条と公共の福祉）　多数意見は、「出版その他の表現の自由や学問の自由は、民主主義の基礎をなすきわめて重要なものであるが、絶対無制限なものではなく、その濫用が禁ぜられ、公共の福祉の制限の下に立つものである」となし、「芸術的・思想的価値のある文書についても、それが猥褻性をもつものである場合には、性生活に関する秩序および健全な風俗を維持するため、これを処罰の対象とすることが国民生活の利益に合致するものと認められるから、これを目して憲法二一条、二三条に違反するものとはいえない」と主張する。

猥褻文書頒布等の罪と憲法上の表現の自由および学問の自由に関する右のような見解もまた首肯しうる。しかし、これはこれまでの最高裁のとつてきた基本的人権に関する見解を踏襲するもので、それより一歩も出るところがない。憲法上の表現の自由・学問の自由とても「絶対無制限ではない」から、その行使には「濫用が禁ぜられる」のであり、「公共の福祉の制限の下に立つ」ものであるというわけである。ここにいう価値設定規準たる「公共の福祉」とは、その説示の末尾にあるように、「性生活に関する秩序および健全な風俗を維持する」といういわば現存体制側からする判断である。そしてこの処罰が「国民生活に合致する」場合だというのである。憲法上の表現の自由（以下学問の自由は省く）が抽象論として公共の福祉により制限されるとする立場を是認するとしても、所詮は具体的内容に乏しい「公共の福祉」から直線的に制限できるとすることに抵抗を感じるし、とりわけ表現の自由には、場合によつて、現存体制を批判・否定する自由も含まれなければ、多数意見が説くように、「民主主義の基礎をなすきわめて重要な権利」としての実効性は稀薄となろう。また表現の自由によつて、それを受けとる国民の「知る権利」「読む権利」もきわめて制限され、結局は無意味・無内容のものとなつてしまうのではないか。かくして賢明なる少数者をも尊重するという民主主義の前提条件をくずし、その形骸化への途を歩みかねない。多数意見は、刑法一七五条の「猥褻性の有無の判断にあつては慎重な配慮がなされなければならない」としつつも、芸術的価値のある文書でも、刑法一七五条所定の頒布・販売等が処罰され

るだけで、「ある文書について猥褻性が認められたからといつて、ただちにそれが社会から抹殺され無意味に帰するということはない」とする。

これに対し、色川裁判官は、反対意見で「はたしてそうであろうか」と疑問を投げかけている。そもそも「表現の自由は他者への伝達を前提とするのであつて、読み、聴きそして見る自由を抜きにした表現の自由は無意味となる」のであり、したがつて文芸作品は、「自由に出版、頒布され且つ自由に読まれてこそ、文化の進展が期待される」となし、「読者を全く予定しない小説はそもそもあり得ないのではないか。原稿だけしか存在しないような作品、上梓はされても、手当り次第押収もしくは没収せられ、辛くも残つた僅かの部数が好事家の筐中深く蔵するところとなり、秘密裡にしか閲読されない作品としてはほとんど意味をなさないのである。かかる事態に陥つた作品はもはや社会的存在としては抹殺されたにも等しいことになる」と論駁される。

多数意見によれば、その内容に猥褻なものが含まれている場合、その判断が作品全体との関連で為される以上は、その猥褻な章句といえども作品において果すべき役割を否定することにもなりかねないし、それ故にその作品自体の存在としての価値の抹殺にも似た事態が起りうるのではないかとの疑も生ずる。横田裁判官は反対意見でこれと同趣旨と思われる意見を述べている。同裁判官と同様このような多数意見を評して、芸術・科学そして文化に対し、あまりにも無理解なしかも憲法上の表現の自由の権利にも無関心な態度といわれるのは至極当然のこととして首肯しうる。(12)

また、反対意見は、それぞれの立場から何とかして公共の福祉に反しないよう、しかも表現の自由を確保するにはどうしたらよいか、を積極的にとらえようとしている。その一つが、田中裁判官の意見にみるいわゆる内在的制約論であり、もう一つが色川裁判官等の意見にみるいわゆるパンダリングによる頒布等の考慮であるといえよう。

1.（内在的制約論）　田中裁判官によれば、「自由は、元来、これを主張する者が相互に他の自由を尊重し合い、自由の共存を認め合うことを前提とし、それが濫用にわたることなく、社会の通念を基準として、社会一般の正義道徳の観念に違反し、ひいてはこれに現実の危険を及ぼすようなことのない規律を伴う自由としてのみ保障されたものと解すべきであ」り、したがつて、時に相反するような各種の自由を相互に調整する一つの価値規準として、権利それ自体に内在する制約があると解される。この意味において、刑法一七五条は、憲法上の表現の自由、学問の自由の内在的制約となるものであると解してこそ、この規定が違憲無効であるとの非難を免れ得るとされる。このように田中裁判官は、多数意見のように公共の福祉に反するという理由のもとに一律に表現の自由を制約することの不当を批判しつつ、学説として従来主張されてきた内在的制約による表現の自由の調整を展開している。もつとも、刑法一七五条の規定が、憲法の諸規定と調和するよう厳格に限定的に解釈されるべきだといつても、最終的には具体的事案において、裁判所によつて

判断されるわけであるので、公共の福祉による制約にくらべて、より表現の自由を保障するものとなるかは即断しがたい。しかし、ともかくも、最高裁の少数意見として、この内在的制約論が示されたことは注目してよい。[13] 色川裁判官もまた多数意見に対し同趣旨の批判をなしている。

2.（パンダリングの有無）　色川裁判官によれば、作者の主観的意図のほか、「出版・頒布、販売にあたり、商業的な利潤追及を主眼とし、印刷製本の体裁や、宣伝・広告・販売の方法その他が、明らかに、読者の低俗な好色淫蕩な興味、関心をかきたて、その性的な興奮を狙つたものであると認められるときは、作品が社会的価値を有しているとしても、猥褻の文書の頒布等としてこれを処罰してもこれまた憲法上の問題ではない」のであり、また田中裁判官によれば作者の姿勢・態度のほか、「文書等の販売・頒布にあたる者が、猥褻性の要素を特に抽出し、そこに焦点をあわせて宣伝・広告・陳列し、ために、当該文書等が低俗な興味の対象としてのみ受け取られるような場合」には、相当に高度の芸術性をもつた文書等でも猥褻文書として処罰の対象となりうるとする。かようにして、刑法一七五条の猥褻文書の概念の相対性が認められるのである。この観点から色川・田中裁判官は、本事案ではパンダリングによる販売方法をとらなかつたものとして処罰の必要性を消極に解している。なお岩田裁判官は、パンダリングにつき特に触れていないが、本訳書が一般普及を目的として出版・販売されたことを処罰方向に解している。

このように、作者の主観的意図や販売・頒布の方法によつては、それ自体高度の芸術的な作品でも猥褻文書となりうるとする考えはまさしく相対的猥褻文書の概念の採用にほかならない。ところでこの見解によれば、表現の自由が保障される範囲は拡大するか。この点甚だ危険な要素がある。パンダリングとよばれる頒布方法の有無を単純化すると、猥褻文書を処罰する範囲が拡大する虞なしとしないのである。したがつて、この見解により表現の自由や学問の自由を最大限保障するためには、芸術作品の原則的非猥褻性を確立するとともに、販売方法の考察には段階的・個別的方向を目指すべしとの示唆が注目される。[14]

〔むすび〕　以上、いわゆるサド裁判最高裁判決の主要論点を多数意見と反対意見とを対比しつつ、概評してきたが、この判決を通じて、わたくしの二、三の疑問を示して、むすびにかえることとする。

第一に、何はさて措いても、民主主義というものへの基本姿勢の確立を必要とするのではないか、ということである。そもそも、民主主義が成功を収めるべきであるとすれば、一見相反する方向に傾くような二つの性質がゆきわたることが必要である。そして、国民は、何事にも、過程においてはある程度の自主性をもつて自己を主張し、その結果として到達した決議がたとえ自分と反対方向にある場合であつてもよろこんでこれに従わなければならないのである。したがつて、民主主義はどうしても価値相対主義――寛容の精神――を要請することになるのである。かようにして、わが憲法の目

ざす民主主義もまたこの基本的観点から整序されているとみるべきである。それが各種の自由(権)保障という型態をとつたのである。

わが憲法下における表現の自由や学問の自由も基本的にはこのように幅広いものとして観念されるべきものであり、これが憲法一二、一三条と異り「法律の留保」がない所以とも考えられる。思想の表現——それが「過激」或いは一見愚劣な思想であろうと——は、社会の沈滞を克服する望ましい刺激の役を果す。そして究極の善は、強制された教義ではなく、思想の自由貿易によつて達成されるものと憲法が要請する。[15] ところで刑法一七五条の猥褻文書頒布・販売罪は、通常風俗犯とよばれ、性秩序ないし健全な性風俗を保護法益とすると解されるのであるが、これによる被告人有罪判決は、他の犯罪の場合と違つて、必然的に「表現の自由」の広狭を具体的に決定する特質を有すると考えられる。[16] したがつて、刑法一七五条の存在自体が先の憲法の要請に抵触しないか、また刑法一七五条の適用によつて憲法の要請に抵触する事態が生じはしないかが解明されねばならないと考える。

わたくしの第二の疑問は、刑法一七五条にいう「猥褻」なる概念をいかに正確に、的確、厳格に定義したところで、その抽象性・不明確性は否定しがたいばかりか、その判断規準としての〝社会通念〟という言葉は拡大される危険性があるのではないか、という点に関するものである。

先のチャタレー判決においては、「社会通念」は「一般社会に行なわれている良識」であるとともに「超ゆ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いる規範＝性行為の非公然性の原則」とされ、経験的事実であると同時に規範であるとされている。裁判などで、この社会通念という言葉が用いられると、それが日常的でその辺のどこにでもあるものと観念されるから意外に大きな通用力がある。しかし、今日のように価値の多様化時代にも社会通念なるものがあるだろうか。また、かりにあるとしても、社会通念を「だれが」「どのようにして」決めるのであろうか。時として、裁判官個人の倫理—価値観・信念・イデオロギーといつた主観的なものが、社会通念の名のもとに法的判断にくみこまれ、合理化され、通用力をもたされている場合もなしとしないのではなかろうか。とりわけ、表現の自由・出版の自由への制限が「社会通念」に名を借りて行なわれることへの危惧を感ぜざるをえないのである。[17]

そして第三の疑問は、いわゆる猥褻文書規制法なるものの存在が、文化の発展にどれほどの寄与をしてきたか、また寄与するであろうか、ということである。これについては、法学的観点より高次元で論究しなければならないが、この種の規制法とは関係のない遠い遙かなるところで、文化は発展してきたように思われるのである。悪書を禁止する法律はかならず善書をも禁止することにもなりかねない。たしかに、横田裁判官の主張するように「人間と性欲の関係には深刻かつ微妙なものがあるので、正常な性的社会秩序の維持は、究極的には宗教、道徳その他社会的良識にまつべきものである」。迂遠なようでも、この途(刑法の謙抑)こそ、文化の発展につな

がるものではないかと考えるのである。[18] 民主主義を熱望しつつ語る一法律家の提言のなかにより明確な途が示されている。曰く、「第一に、書物の入手は、検閲的にでなく、選択的に決定せらるべきであるということであり、第二に、読者の選択の可能性がとざさるべきではないということである。何となれば、良き選択をなす叡知は、悪しき選択からさえも生れうるものであるから。そして第三に、とりわけ、公衆は、読書を取締まれば、犯罪行為も取締まれるというまちがったのぞみをいだかぬことである」[19]と。

かようにして、私見としては、猥褻な出版物に対する刑法による規制は、わが憲法の要請する表現の自由・学問の自由等の基本権保障規定に抵触するのではないか、との疑を払拭しきれないのである。[20] 猥褻概念をいかに厳格に、制限的に、さらに相対的に[21]把えたところで、所詮はルーズな解釈になってしまうのではないだろうか。いわゆる春本、春画とならんで文学上・思想上価値ある文化的遺産が「わいせつ」の名において、一時的であろうと禁止されてきた歴史の教訓を銘記したいのである。

いま一歩譲って、刑法一七五条が規制対象としているものは芸術性・思想性のまったくないもののみであり、芸術作品は原則として猥褻とは考えられないという[22]基本的姿勢が確立すれば、違憲とはなりえないのではないかとも考えられるが、はたしてそうであろうか。芸術性・思想性もまた時代によって評価が異りうるし、さらに原則と例外の関係が逆転することもよく我々の知るところであろう。

本件多数意見は、憲法の保障する表現の自由・学問の自由につき実質的判断をすることを避けたのであるが、刑法一七五条は当然合憲との立場にある。そして少数意見もまた、憲法の表現の自由に最大限の配慮をしながら、内在的制約論や比較衡量論から、刑法一七五条を合憲たらしめようとしている。しかし、それらをどのように論理的に緻密なものとして構築していっても、具体的事案において、高度の芸術性・思想性をもった作品が健全な性的道義観念と相容れないものがあれば、当然のことのように処罰の対象とされる可能性がいつでも残る。だとすれば、それは、刑法一七五条自体が違憲であることに帰因するのではないか、と考えるのである。かようにして、立法論としては、これを刑法から削除し、とくに問題とされる青少年等への悪影響等は別途の法律を以って対処することが妥当のように思われる。

以上により、多数意見に反対。強いて言えば私見は反対意見中横田裁判官の立場に近い。[23]

(1) サド裁判第一審（東京地裁）の全記録を収めたものとして、現代思潮社編「サド裁判上・下」（昭38）がある。なお、渋沢竜彦「サド研究」（昭42）も本件訳者のサド裁判感がうかがえて参考となる。

(2) サト裁判上告審判決に対する批評及びその他の論稿中特に引用の関係で左に論稿名・略語を示す。奥平・判評（「サド判決とわいせつ概念のゆくえ」シュリスト四四〇号六六頁）、奥平・論文（「わいせつ文書頒布販売罪について」法政論集二〇号一頁）、中山・判評（「サド『悪徳の栄え』最高裁判決の問題点」判例タイムズ二四二号一〇頁）、中山・論文（「猥褻文書頒布・販売罪(一)」法学論叢八三巻五号一頁）なお、法

曹会「最高裁判所判例解説」刑事篇昭和四十四年度参照。

(3) 植松正「猥褻、姦淫および重婚に関する罪」（刑事法講座七巻・一五二七頁）。なお見よ、団藤重光「注釈刑法(4)二八五頁以下、中山・論文二六頁以下、奥平・論文三二頁以下、津田正良「猥褻文書の近代的考察」法曹時報一一巻五号一頁、前田信二郎「猥褻の意義」刑法講座五巻一六六頁以下等参照。

(4) ここにいう絶対的・相対的という用語は、団藤教授によつてわが学界に紹介されたビンデイングの相対的猥褻文書にいう相対的とは少しくニュアンスが異なる。後者においては、要するにそれ自体としては猥褻でない科学・芸術作品であつても、その取扱い方によつて猥褻性を帯びるという意味において相対的なのである（団藤重光「チャタレー裁判の批判」中央公論七二巻八号五〇頁、注釈刑法(4)二八六～八頁等参照）。

(5) 同旨・荘子（荘子邦雄「猥褻の意義〈芸術性と思想性〉」判例演習、刑法各論二二一頁）

(6) 奥平・判評六八頁。

(7) 「仮りに社会体制の打破を望むならば――これを望む人物をテーマにして書くのではなく、その作品を破壊の手段や武器にしたいというならば――やはりポーノグラフィが必要となる。そもそも、社会、少くとも西欧の社会は、これを構成する基本単位として家族が土台になつているのだから、ニヒリストや全体主義者たちはいきおい家族を敵として攻撃しなければならない」（D・A・ヒューズ編、中田耕治他訳「ポーノグラフィ論」（昭46）一一五頁所収のジョージ・P・エリオット「ポーノグラフィへの反論」）なにも、ニヒリストにかぎらず、性道徳タブーに懐疑的な者もこれと同様であろう。

(8) 中山・論文三三頁以下の本概念についての論考が示唆的である。

(9) 中山・判評一四頁以下に反対意見等で示された比較衡量論への詳細な批判検討が注目される。

(10) 奥平・判評七一頁。

(11) 荒正人『『チャタレイ夫人の恋人』と日本の社会」（阿部知二編・ロレンス研究〈昭30〉一五七頁以下所収）

(12) 中山・判評一一頁。

(13) 奥平・判評六九頁。

(14) 中山・判評一九頁、論文三九頁以下。奥平・判評七〇頁によれば、このような考え方は、「人間の弱さにつけこむ被告人の行為に対する評価」を問題とするもので「作品の即物的効果を問題にすることへの懐疑がある」。

(15) W・ゲルホン、早川武夫・山田幸男訳「基本的人権」（昭34）八六、八八頁。「真理の最善の試金石は、思想が市場の競争の中で受入れられうるかどうかである」というホウムズ裁判官の言葉が引用されている。

(16) 奥平・論文二三頁以下参照。

(17) この問題につき真正面から論じた矢崎教授の見解は示唆に富んでいる。矢崎光圀「法哲学と法社会学――社会通念を手がかりにして――」（思想一九六九年一月号二〇頁）、同「法の運用における社会通念と経験則」（思想一九七一年二月号一頁）、同「法と社会通念――その考察方法の若干の検討――」（思想一九七二年一月号四〇頁）、クロンハウゼン、中田耕治訳「性文学をどう読むか」（昭35）一二六頁以下はアメリカ最高裁判決等にみえる「社会通念」を問題としている。

(18) B・ラッセル、後藤宏行訳「結婚論」（著作集8・昭34）九〇頁以下、東宮隆訳「ラッセルは語る」六七頁以下参照。

(19) W・ゲルホーン、鵜飼信成等訳「言論の自由と権力の抑圧」（昭34）七七頁。

(20) なお付言するならば、研究会での討論においては、刑法一七五条は合憲であるが、本事案については猥褻性を否定してもよいのではないかとする説が大多数であつた。

(21) アメリカ模範刑法典（一九六二年）二五一・四条参照。
(22) イタリア刑法典（一九三〇年）五二九条二項、イギリス猥褻物出版取締法（一九五九年）四条一項等参照。
(23) 中山・判評一五頁参照。横田裁判官によれば、性的文書の頒布・販売等も憲法上優位にある表現の自由に原則として含まれる。その原則的観点に、裁判所が、刑法を防波堤として、道徳的頽廃の臨床医たるべしとの権威主義的な気負った態度に見切りをつけ、「人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚する」民主的国民に、この分野における進むべき途を自らの判断で選択させようとの姿をみる。

（野阪　滋男）