

猥褻物頒布・販売罪

— 刑法一七五条 —

武 田 誠

目 次

- 一 はじめに
- 二 猥褻物とその規制許容性
 - 1 憲法二一条と刑法一七五条
 - 2 憲法三一条と刑法一七五条
 - 3 本章の結論
- 三 猥褻物の頒布、販売、公然陳列
 - 1 大審院の判例
 - 2 最高裁の判例
 - 3 下級審の判例
 - 4 若干の考察
 - 5 本章の結論
- 四 むすびに

一 は じ め に

本稿は刑法一七五条をめぐる諸問題のなから、憲法と刑法一七五条の関係ならびに刑法一七五条の規制対象となる行為という二つの問題を考察対象とするものであるが、ここでもかんとんにその内容を明らかにしておきたい。

まず第一の考察対象は憲法と刑法一七五条の関係である。刑法一七五条が憲法に違反する規定ではないのかという疑問は、一部の学説を含めてさまざまな方面から主張されているが、これに対する裁判所の反応は概してきわめて冷淡であるように思われる。本稿では、おもに判例理論を素材にし、さらに学説を参考にしながら、刑法一七五条が違憲であるとの主張にはたして根拠はないのかを、憲法二一条（表現の自由）、憲法三一条（罪刑法定主義）という二側面から検討をくわえてみたい。

つぎに第二に考察をおこなうのは、刑法一七五条によって規制の対象とされている猥褻物の頒布、販売、公然陳列という行為についてである。意外にも、この問題の研究は過去においてあまり蓄積されていない。そこでこの領域においても判例に取材することによって若干の検討をこころみることにした。ただ本稿でとりあげる判決の数は、私がおおとしている判決があるかもしれないが、必ずしも多いとはいえない。それだけをとってもここでおこなわれる考察は十分なものとはいえないが、従来あまり研究されていない領域であることにかんがみて、あえてこころみただ次である。

以上かんとんに本稿の内容を述べたが、いずれの考察についてもきわめて不十分な研究になってしまったのではないかと考えている。大方の御批判をいただきたいと思う。

私はこれまでに、「猥褻概念の再検討——主に米連邦最高裁判決を素材にして——」（本論集三二巻五号）、「猥褻概念の再検討——日本の判例・学説を素材にして——」（同三八巻一号）を公けにしており、本稿はこのテーマに関する第三論文である。私はこの第一、第二論文において、おもに猥褻概念ならびに猥褻物の規制根拠に重点をおいて研究をすすめてきたが、この間にさまざまな御批判をいただってきた。そこで本稿ではそれらの御批判を私なりに消化したうえで、従来の研究で取り扱うことを怠ってきた問題のうち冒頭に掲げた二つの論点について前二作とはいささかことなるアプローチを採用して考察をすすめてみたいと考えている。まず考察の対象についてであるが、第一のテーマは憲法と刑法一七五条の関係である。これはもともと基本的かつ困難な問題であって、私も従来は意識的にこの点にふれることを避けてきたというのが正直なところであった。しかし、猥褻物規制をめぐる問題の研究をおこなう者にとっては、これは避けて通ることのできない道である。現時点においても、私じしんの考えが十分に固まっているというわけではないが、あえてそれを形にしてみようと考えた次第である。もともとこのような大問題を本稿のような小論で論じつくすということはおよそ不可能である。そこで本稿で示されるのは、この問題をめぐる議論の骨子にすぎないということはお断わりしておきたい。これに肉をつける作業は私じしんに研究課題として残しておくつもりである。つぎに第二のテーマすなわち頒布、販売行為の考察については、たんに私じしんが研究してこなかったというだけではなく、学説一般としても研究不足であったように思われる。その点からいえば、不十分なながらも本稿でおこなわれるところのみもながしかの意味はもちろぬかもしれないと考えている。

さらに考察の方法に関しては、本稿では前二作における立法論、政策論的アプローチとはことなり、むしろ解釈論的アプローチによって考察をすすめてみたいと考えている。

二 猥褻物とその規制許容性

刑法一七五条は憲法に違反する規定であるから無効であるという議論は、従来からたびたび裁判の場で主張されて

きているが、裁判所はその主張に対して必ずしも十分に答えてきていないように思われる。本章では、さきの主張には根拠が認められないのかについて憲法的な側面から考察をおこなうが、その際論点を二つにしぼってみることにする。すなわちまず第一に憲法二一条の表現の自由、第二に憲法三一条の罪刑法定主義（とくに刑罰法規の明確性の問題）と刑法二七五条の関連という二側面である。

1 憲法二一条と刑法一七五条

「チャタラー」事件上告審において弁護士は、憲法二一条の表現の保障は無制限に近いもので公共の福祉によっても制限できないものであると主張したが、これに対して最高裁判所はつぎのように判示した。憲法二一条の保障する表現の自由は「憲法の保障する各種の基本的人權についてそれぞれに関する各条文に制限の可能性を明示している」と否とにかかわりなく、憲法二一条、一三条の規定からしてその濫用が禁止せられ、公共の福祉の制限の下に立つものであり、絶対無制限のものでないことは、当裁判所がしばしば判示したところである。……この原則を出版その他表現の自由に適用すれば、この種の自由は極めて重要なものではあるが、しかしやはり公共の福祉によって制限されるものと認めなければならない。そして性秩序を守り、最少限度の性道徳を維持することが公共の福祉の内容をなすことについて疑問の余地がないのであるから、本件訳書を猥褻文書と認めその出版を公共の福祉に違反するものとなした原判決は正当である。この判示部分は、弁護人の、憲法二一条の保障する表現の自由はたとえば憲法二二条、二九条のように公共の福祉による制限が条文上明白に規定されている基本的人權とはことなり、公共の福祉による制限が明示されていないから絶対無制限であり公共の福祉によっても制限できない、という主張に答えたものであるが、最高裁の判断はきわめて明瞭に示されているといえよう。その後も刑法一七五条は憲法二一条に違反する規定である

との主張はくり返されているが、最高裁の見解は「チャタラー」事件判決以後一貫している。たとえば「サド」事件上告審判決では、「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ことは、前記当裁判所昭和三年三月一三日大法院判決の趣旨とするところである」⁽⁴⁾とされ、「艷本研究国貞」事件上告審判決では、「被告人らに対し刑法一七五条を適用して処罰することが憲法二一条に違反するものでないことは、当裁判所大法院判例（昭和四四年一〇月一五日判決・刑集二三卷一〇号一二三九頁）により明らかである」⁽⁵⁾とされ、さらに五八年三月八日第三小法院判決でも、刑法一七五条が憲法二一条に違反するという主張が、「わいせつ文書の出版を刑法一七五条で処罰しても憲法二一条に違反しないとする当裁判所大法院判例の趣旨に徴し明らか」⁽⁶⁾であるとかんたんに一蹴され、その事情は五八年一〇月二七日第一小法院判決においても同様である。⁽⁷⁾

最高裁が「チャタラー」事件上告審判決以来憲法二一条に関して一貫して採用している解釈論は、憲法が国民に保障する基本的人権はきわめて重要であるが、⁽⁸⁾ けつして絶対的性格を有するものではなく公共の福祉によって制限可能である、⁽⁹⁾ というものである。その事情は、憲法二二条、二九条のように、明示的に公共の福祉による制約が可能であるとされている基本的人権であると、憲法二一条のようにそのような明示のない基本的人権であろうとことなるわけではない。そして目を刑法一七五条に転じれば、性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持すること（「チャタラー」事件上告審判決）あるいは性生活に関する秩序および健全な風俗を維持すること（「サド」事件上告審判決）が公共の福祉の内容をなすことに疑いはないのであるから、この観点からこれらを侵害すると考えられる猥褻物を、刑法一七五条によって事後的に規制することは憲法的に許容される、とするのである。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

公共の福祉制約説に対して有力な反対説が存在したことは周知の事実である。ここではその代表的な見解として「サド」事件上告審判決の田中二郎裁判官の反対意見をとりあげる。田中裁判官は、表現の自由についての基本的な理解において多数意見と見解をことにするというところから説きおこされる。「憲法二一条の保障する言論出版その他一切の表現の自由や、憲法二三条の保障する学問の自由は、憲法の保障する他の多くの基本的人権とは異なり、まさしく民主主義の基礎をなし、これを成り立たしめている、きわめて重要なものであって、単に形式的に言葉のうえでだけでなく、実質的に保障されるべきものであり、『公共の福祉』の要請という名目のもとに、立法政策的な配慮によって、自由にこれを制約するがごときは許されないものであるという意味において、絶対的な自由とも称し得べきものであり、公共の福祉の要請に基づき法律によって制限されることの子想されている職業選択の自由や居住移転の自由などは、その性質を異にする¹¹⁾。とはいえ、田中裁判官も表現の自由や学問の自由が絶対無制限のものであり、さらに刑法一七五条がただちに違憲無効であると考えられるわけではない。「私も、決して、これらの自由が絶対無制限のものであることを主張するのではない。これらの自由にも、必然的にこれらに伴うべき内在的な制約が存在することは、これを否定することができない。……この意味での内在的制約のみがこれらの自由に対する制約として承認されるとみるべきであって、この限界を超えて、『公共の福祉』に基づくというような名目のもとに、立法政策的ないし行政政策的見地から、外来的な制限を課することを目的とする法律の規定やその執行としての処分のごときは、憲法の保障するこれらの自由に対する侵害として許されないところというべきである。ところで、右にいう内在的制約とは何か、どういう制約が内在的制約として承認され得るか等の問題は、頗るむずかしい問題であり、一般的・抽象的な基準を立ててこれに答えることは困難であるが、それは、これらの自由を保障している憲法の趣旨から

汲みとられるほかはない。これらの自由は、元來、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・道徳の觀念に違反し、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らう⁽¹²⁾。「言論出版の自由にして、学問の自由にして、右に述べたような意味における内在的制約に服すべきものであることは、これを認めなければならぬのであって、他人の名譽を毀損する行為とか猥褻文書を販売・頒布する行為とかを処罰の対象としているのも、右の意味での内在的な制約に反する行為を対象としている趣旨と解すべきであり、またそう解し得る限りにおいて、その合憲性が承認されるべきものと考える。刑法一七五条の定める猥褻罪の処罰規定も、右の言論表現の自由や学問の自由内に在する制約を具体化したものと解し得る限りにおいてのみ、違憲無効であるとの非難を免れ得るのであって、若し、その規定が、『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』という理由のもとに、外来的な政策的目的実現の手段としての意味をも、あわせもたしめられるべきものとすれば、それは、もはや、自由に内在する制約の範圍を逸脱するおそれがあり、したがって、右規定も違憲の疑いを生ずるものといわなければならない⁽¹³⁾」。

公共の福祉制約説との相違を念頭において田中裁判官の見解を要約すればつぎのようになる。憲法二一条によって保障されている基本的人権は民主主義の根幹をなしているきわめて重要なものであり、たんに「公共の福祉」の要請のもとに、立法政策的に制限することを許容するというような性格を有するものではなく、一種の絶対的な自由である。その意味では憲法二二条、二九条によって保障されている基本的人権とは性格をことにする。ただ絶対的とはいっても、およそ「権利」というものが必然的にともなうはずの内在的な制約があることまで否定されるわけではな

い。内在的制約とはなにか、どのような内在的制約が承認されるかは、結局は憲法の趣旨からくみとるほかはないが、表現の自由の制約はこの内在的制約に反する行為のみに限定されるべきであって、刑法一七五条に則しているならば、性生活に関する秩序および健全な風俗を維持することが公共の福祉に合致することを理由として、外在的な政策的目的の実現としての意味をも同時に果たされるならば違憲の疑いが生じる、というものである。

現在の憲法学の理論状況からいえば、この問題を、公共の福祉制約説と内在的制約説というような単純な対立の図式で説明することは明らかに不適切であろう。しかし本稿では「二重の基準の理論」に至るまでの判例・学説の流れを遂一たどる余裕はない。¹⁵⁾ 二重の基準の理論については必要に応じ、「注」の部分などでふれることにし、ここではそれを十分に意識したうえで、あえて公共の福祉制約説と内在的制約説の対立という図式を援用して考察をすすめてみる。ある意味ではこの単純な対立の図式のなかに問題点が明らかにされるかもしれない。それでは公共の福祉た制約説と内在的制約説の異同についてはどのように評価されるだろう。すくなくとも最終的な結論だけを比較すれば両者に差はない。というのも、内在的制約説といえども、たとえば表現の自由といった基本的人権がおよそ制限不可能であるとは主張しないからである。この限度で両説は、人権の保障範囲を、人権の内側からアプローチするの叫人権の外側からアプローチするかだけの相違をもつにすぎず、結果的にはまったく同じ保障範囲に帰着するともいえる。¹⁶⁾ 刑法一七五条についていえば、内在的制約説によっても必ずしもただちにそれが違憲であるとの結論がひき出されるわけではないのであるから、この点に関しても両説に差はないと評価しうる。しかしわれわれはこれらの単純な結論の一致だけに目を奪われてはならない。すなわち内在的制約説のアプローチには公共の福祉制約説とは明らかにことなる点が認められるのである。つまり(一)表現の自由に「優越的地位」を認めること(二)外在的制約∥政策的制約を拒否

する可能性を留保している点である。内在的制約説には、なにをもって内在的制約とするかは必ずしも容易に明らかにならず、どのようなばあいはその限界を越えたとみるか、そのばあいにどのような種類、方法の抑制・制約を課するのが妥当かの判断が第一次的に国会（法律）の責務と考えなければならぬなどの難点があるが、私は上記二点を強調する内在的制約説のアプローチにこそ積極的な評価が与えられるべきであると考え¹⁸⁾。

公共の福祉による制約が可能であるとするにせよ内在的制約のみが可能であるとするにせよ、基本的人權は絶対的であって一切の制約は認められないとすることは妥当ではない。そのことは、人間が共同生活をいとなみ、他の人間とのかかわりあいの中で生活していく以上はきわめて当然のことなのである。基本的人權の絶対性とは、他人を侵害しないという前提においてのみ認められることなのである。問題は他人を侵害する行為としてどのようなものを指定するかにある。そしてここでは、憲法二一条の保障する表現の自由とその制約を可能にする根拠となりうる「他人を害する行為」が問題となつてゐるわけであるから、この問題を解決するためにはまず表現の自由の性格を明確にする必要があるということになる。表現の自由の内容になにをもち込むかはさておき、これが基本的人權の中でもっとも基本的な権利であることにはほぼあらず思われる。憲法が予定している立憲民主主義の維持にとつて、個人が自分の精神活動を外部に表明し、また他人の精神的所産を受けるといふことが保障されることが必須であることについてもあらず思はれないように思われる。その結果、表現の自由にはとくに（経済活動の自由とは區別された）「優越的地位」が与えられると解されるのである¹⁹⁾。さてこのような表現の自由の優越的地位を承認することはどのような意味をもつのであろうか。上述のように、たとえ表現の自由といえども、他人との関係においてのみ肯定されるのであるから当然制約はうける。しかしその優越的地位に着目すれば、この領域での規制立法の合憲性の判定基

準としては、緩やかな審査基準は排除され厳格な審査がおこなわれなければならないということになる。つまり、この領域では通常の合憲性の推定原則が排除され、むしろ違憲性の推定原則が妥当するし、また合理性の基準による制約は一般的に許されないと²⁰⁾なる。このようにして、政策的制約を拒否する可能性を留保していた「サド」事件上告審判決の田中反対意見が積極的に評価されることになる。

これまでに確認した一般原則を前提にして刑法一七五条という具体的な素材を検討してみよう。田中裁判官は、刑法一七五条が性生活に関する秩序および健全な性風俗を維持するためというような外来的な政策的目的実現の手段としての意味をもあわせもたされるならば、それは自由に内在する制約の範囲を逸脱するおそれがあり、違憲の疑いを生ずる、とされていたが、それでは、性生活に関する秩序および健全な性風俗の維持という外在的政策目的のみでその合憲性を肯定することができるであろうか。注(20)で示しておいたように、公共の福祉を理由として表現活動に制約をくわえるばあいにおいて、いわゆる政策的制約をくわえる余地はなく、内在的制約のみに限定されるのであるから、その答はいなとせざるをえないであろう。今すこしこの点について分析をくわえてみる。刑法一七五条の合憲性を肯定する論理の中で、「性生活に関する秩序および健全な風俗を維持すること」と猥褻物を頒布、販売することとの間にどのような関連性が想定されているのであろうか。おそらくそこには、猥褻物を手にする者が性秩序、性道徳を無視することになるという命題は、実証されているわけではないが、かといって否定されているわけではないから不合理なものとはいえないという思考が認められるように思われる。とすればそこでは、合憲性推定の原則あるいは合理性の基準といったいわゆる緩やかな審査基準が用いられていることが明らかである。表現の自由の領域では緩やかな審査は、すでに述べたように、排除されなければならない。すなわち、たんにたとえば合理性の基準がみだされ

るのみでは規定の合憲性は許されず、さらに厳格な基準、たとえば明白かつ現在の危険の原則が満足させられないかぎり合憲性は肯定されないのである。⁽²¹⁾ この問題は刑法的には保護法益の問題とからんでくるわけであるが、ちなみに昭和五八年一〇月二七日の最高裁第一小法廷判決では団藤裁判官が「精神的社會環境」という概念を提示されていた。これはアメリカ合衆国連邦最高裁判所の判例にあらわれた「上品な社會を維持する」(to maintain a decent society)⁽²²⁾ という概念とも一脈通じるように思われるのであるが、結局は「健全な風俗の維持」にいきつくのではないだろうか。⁽²³⁾ しかしこのような根拠だけで刑法一七五条の合憲性を肯定することに対しては多大の疑問があるといわざるをえない。まずこの点を第一に確認しておかなければならないであろう。

外在的制約のみでは刑法一七五条の合憲性を肯定することができないことは明らかになったとして、それでは刑法一七五条は違憲ということになるであろうか。あらためて述べるまでもなく、さらに内在的制約に関する検討が必要となるであろう。すでに確認しておいたように、基本的人権の絶対性とは、他人を侵害しないという前提においてのみ認められることであった。いわばそれが内在的制約といわれるものである。それでは刑法一七五条によって規制対象とされている行為、すなわち猥褻物を頒布、販売する等の行為は他人を侵害する行為であるといえようか。もしこれが肯定されるならば刑法一七五条の合憲性は肯定されるということになろう。私はこの点に関し、猥褻物を法的に規制する根拠があるとすれば、それは個人の感情の侵害に求めざるをえないのではないかと考えている。⁽²⁴⁾ この考え方を憲法二一条によって保障されている表現の自由の観点から整理すればつぎのようになろう。表現の自由が内心の思想、信条等の表出活動をその内容として有していることは当然であるが、同時にそれは、表出される内容が、伝達したいと欲する他者に実際に伝達されるところに成立する。つまり表現の自由は、元來、提示される思想、意見、事

実の自由な受領によって補完されることを論理的、⁽²⁵⁾ 実際的前提としているのである。それはたんに情報の送り手の自由だけではなく、その受け手の自由をも保障しているのである。猥褻物に限定して述べるならば、猥褻物を提供する者の自由と猥褻物を欲する者の自由双方が保障されてはじめて表現の自由の保障がまっとうされるのである。刑法一七五条は、猥褻物頒布、販売等の行為の対象者にまったく限定を付していないが、その当然の解釈として、たとえ頒布、販売行為の相手方が猥褻物を欲していても犯罪は成立するとされている。しかしそこには侵害される者が存在しないのであるから、憲法的にいえば内在的制約を認める余地はないといわなければならない。つまり刑法一七五条は、⁽²⁶⁾ 憲法二一条が許容する規制を越える規制までを可能にする規定であると結論せざるをえないのである。その意味で刑法一七五条は過度の広汎性のゆえに文面上違憲である。

猥褻物は(とくにハード・コアと称されるものは)なんらかの思考を伝達するわけではなく、たんに受け手の好色心を満足させるだけの価値しか有していないのだから、いわば取るに足らない物であり、そのような物にまで憲法の表現の自由は及ばない、したがってそのような物を頒布、販売する等の一切の行為は法的に規制されてしかるべきである、⁽²⁷⁾ という議論もありえよう。しかし欲していない者にむりやり猥褻物をおしつけるばあいに法的規制が許されるとしても、それ以外のばあいの法的規制は憲法上許容されないのである。低俗で無価値な物がもし存在するならば、それは国民じしんの道徳的判断によって否定されるべきものである。⁽²⁸⁾ すなわち健全な性秩序は道徳によって維持されるべきものであり、⁽²⁹⁾ 国家が法的に介入すべきことではないのである。法と道徳の俊別は、近代市民法が成立した時点ですでに確認されていたはずである。

2 憲法三一条と刑法一七五条

刑法一七五条が刑罰構成要件としては不明確であるという主張に対する最高裁判所の対応は、憲法二一条に違反するとの主張に対するそれよりもなお消極的であるように思われる。たとえば昭和五四年一月一九日第二小法廷判決では、「同条の構成要件が所論のように不明確であるということはできない」、⁽³¹⁾ 五五年一月二八日第二小法廷判決では、「刑法一七五条の構成要件は、所論のように不明確であるということはできない」、⁽³²⁾ さらに五八年三月八日第三小法廷判決でも、「刑法一七五条の構成要件は、所論のように不明確であるということはできない」とされており、いかなる理由も示されず、結論が示されるだけである。ただ五八年一月二七日の第一小法廷の判決では団藤裁判官の補足意見があり、それによれば「チャタレー」事件最高裁判決による定義はそれじたいとしてかなり明確なものであり、刑法一七五条の構成要件が不明確なものであるといえないということから始めて若干の見解が述べられている⁽³⁴⁾が、これとてもこの説示部分のみを素材にして議論を進めることもできないように思われる。そこで本稿では刑法一七五条の明確性を問題にするのにさきだつて、構成要件の明確性が直接あらそわれた事件を素材とすることにより、そこからなんらかの示唆をくみとりそれを糧にして本来の問題の検討にうつるという方法を採用することにした。

昭和五〇年九月一〇日、最高裁判所大法廷は、徳島市の公安条例三条三号の「交通秩序を維持すること」という条項の構成要件としての明確性⁽³⁵⁾について説示をおこない、結論として当該条項が不明確であるとはいえないとしたが同時につきのように述べている。「刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法三一条に違反し無効である」とされるのは、その規定が通常の判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ

告知する機能を果たさず、またその運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的な判断にゆだねられ恣意に流れる等、重大な弊害を生ずるからであると考えられる。……ある法規があいまい不明確ゆえに憲法三一条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによってこれを決定すべきである⁽³⁶⁾。のちの議論を念頭において、本判決から抽出される重要点をあげておく。まず第一に、結果的に本件では否定されたが、最高裁は一般論としては刑罰法規があいまい不明確という理由で違憲無効とされる可能性は認めたと見える。つぎに、明確性の原則が要求される根拠として(一)国民に対する告知機能(二)刑事司法運用の規制機能という二つの機能が示されたということ。第三に、刑罰法規の明確性の判断基準として、一般人がその法規の適用をうけるかいかを判断することのできる基準が示されているかいなかというものが提示された、ということである。

つぎに着目しなければならないのは昭和六〇年一〇月二三日大法廷判決(福岡県青少年保護育成条例「事件判決」)である。当該条例一〇条一項は「何人も、青少年に対し、淫行又はわいせつの行為をしてはならない」と規定しているが、被告人は、この規定の処罰範囲が不当に広汎にすぎた「淫行」の範囲が不明確であるから違憲であると主張した。多数意見は本条例の各規定の趣旨から説きおこしている。「一般に青少年が、その心身の未成熟や発育程度の不均衡から、精神的に未だ十分に安定していないため、性行為等によって痛手を受け易く、また、その痛手からの回復が困難である等の事情にかんがみ、青少年の健全な育成を図るため、青少年を対象としてなされる性行為等のうち、その育成を阻害するおそれのあるものとして社会通念上非難を受けるべき性質のものを禁止することとしたもの」である⁽³⁷⁾。そこで『淫行』とは、広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきではなく、青少年を誘惑し、威

迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような性交又は性交類似行為をいうものと解するのが相当である。けだし、右の『淫行』を広く青少年に対する行為一般を指すものと解するときは、『淫らな』性行為を指す『淫行』の用語自体の意義に添わないばかりでなく、例えば婚約中の青少年又はこれに準ずる真摯な交際関係にある青少年との間で行われる行為等、社会通念上およそ処罰の対象として考え難いものを含むこととなって、その解釈は広きに失することが明らかであり、また、前記『淫行』を目して単に反倫理的あるいは不純な性行為と解するのでは、犯罪の構成要件として不明確であるとの批判を免れないのであって、前記の規定の文理から合理的に導き出され得る解釈の範囲内で、前叙のように限定して解するのを相当とする⁽³⁸⁾。そしてこのような解釈は、「通常の判断能力を有する一般人の理解にも適うものであり、『淫行』の意義を右のように解釈するときは、同規定につき処罰の範囲が不当に広すぎるとも不明確であるともいえないから、本件各規定が憲法三一条の規定に違反するものとはいえ⁽³⁹⁾」ないとしたのである。多数意見が「淫行」の意義についてこのような見解を示したのには、従来下級審において採用されていた解釈が、処罰される行為の限定機能をほとんど有さず処罰の範囲があまりに広すぎ、刑罰構成要件としては不明確であることなどを考慮したためであるとされている⁽⁴⁰⁾。

本判決の特徴は、まず一般論として、刑罰法規の文言それじたいが多少明確性を欠いていても、その規制目的、文理等との関係から合理的に導きだすことのできる限定解釈をくわえることによって明確性を確保できるばあいには、当該刑罰法規を有効として扱うのが刑罰法規の解釈⁽⁴¹⁾であるという、いわゆる合憲的限定解釈⁽⁴²⁾の手法を採用した点に認められよう。そして本件具体的事案にあたっては、あいまいな法律の違憲の疑いがこの限定解釈によって治癒される

としたわけであるが、その際、このような限定解釈が通常の判断能力を有する一般人にも可能であるとしたのである。⁽⁴³⁾さて、この合憲的限定解釈という手法は、すでに本判決にさきだつ五九年一月二日の最高裁判所大法廷判決（札幌税関検査⁽⁴⁴⁾事件判決）においても示されていたのであるが、ここでは「表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈をすることが許されるのは、その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものが明確に区別され、かつ、合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならず、また一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるとでなければならぬ。けだし、かかる制約を付さないとすれば、規制の基準が明確であるかあるいは広汎に失するため、表現の自由が不当に制限されることになるばかりでなく、国民がその規定の適用を恐れて本来自由に行い得る表現行為までも差し控えるという効果を生むことになるからである」とされて⁽⁴⁵⁾いたのである。

「徳島市公安条例」、「札幌税関検査」、「福岡県青少年保護育成条例」各事件の最高裁判所大法廷判決を総合することによってつぎのような一般原則がえられるであろう。(一) 最高裁は刑罰法規が不明確であることを根拠にしてそれが憲法三一条に違反すると判断する余地を認めている——もちろん最高裁は現実⁽⁴⁶⁾にそれを認めたわけではないが、すくなくとも「徳島市公安条例」事件判決を読むかぎりこのことは否定はされないのである。(二) 法規の文言じたいが多少明確性を欠いていても、その規制目的、文理との関係から合理的に導きだされる限定解釈をくわえることによつて明確性を確保できるばあいには、当該法規を有効としてとりあつかうことが可能である（合憲的限定解釈）——ただしそのばあいでも、表現の自由は「憲法の保障する基本的人権の中でも特に重要視されるべきものであって、法律

をもって表現の自由を規制するについては、基準の広汎、不明確の故に当該規制が本来憲法上許容されるべき表現にまで及ぼされて表現の自由が不当に制限されるという結果を招くことがないように配慮する必要がある⁴⁷⁾。るので、「札幌税関検査」事件判決多数意見)、その解釈によって、規制されるものとされないものが明確に区別されかつ合憲的に規制することのできるもののみが規制対象となっていることが明確にされ、また、一般国民の立場から具体的ななばあいに、当該行為が規制の対象となるかいなかにについての判断が可能となるばあいでなければならぬのである。

本項のはじめに示しておいたように、構成要件の明確性が直接あらそわれた事件の検討によってえられた一般原則に照らして、刑法一七五条が明確な刑罰構成要件であるといえるかという本来の問題の考察にうつってみよう。刑法一七五条は「猥褻ノ文書、図画其他ノ物」と規定しており、ここで採用されているのは「猥褻」という概念のみである。たとえば、ある者がある物を販売しようとする際、刑法一七五条を読んで自分がその適用をうけるかいなかの判断は可能であろうか。すくなくとも刑法典には「猥褻」という概念の説明がないのであるから、行為者はたとえば辞書を引くかもしれない。ちなみに広辞苑によれば猥褻とは「男女の性に関する事柄を健全な社会風俗に反する態度・方法で取り扱うこと」と説明されている。健全な社会風俗に反する云々とは説明されてはみても、行為者にとってやはりその内容は明らかにならない。そこでつぎに行為者は判例を調べてみることにする(はたして一般人がそこまでこのことをおこなうか、あるいはそこまで国民に要求することが妥当なのかについてはここでは問題にしない)。ところが判例を調べることによって行為者はおお一層の困難にでくわすことになる。すなわち「徒らに性欲を興奮又は刺激せしめ且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」という、われわれにとっては周知の定義が行為者を待ちかまえているのである。この定義のみでは猥褻物とはなにかが明らかにならないということ

は他ならぬ裁判所じしんが認めていることなのであるから、行為者が途方にくれるのは当然である。⁽⁴⁸⁾

私見によれば、この時点で以下のことが確認されなければならないように思われる。刑法典を読みさらに判例による定義を認識するだけでは、具体的にどのような物が刑法一七五条の規制対象とされるのかは一般人に理解可能ではない。その際さらに、猥褻物という概念が、たとえば判例のような方法でしか定義できないというのであれば、それでもやむをえないということになるのかもしれない。しかし事情はけっしてそうではないのである。具体例として大阪府青少年健全育成条例施行規則七条二項⁽⁴⁹⁾をあげることができよう。もちろん当該条例の規制の趣旨や目的は刑法とはことなるが、「猥褻物」を定義するという点においては両者にどのような径庭もないはずである。第七条に規定されている基準は以下のようなものである。一 性器若しくは陰毛を露出しているもの（これらが露出と同程度の状態であるものを含む。）又はこれらを強調しているもので、青少年に対し卑わい又は煽情的な感じを与えるものであること。二 全裸若しくは半裸又はこれらに近い状態での自慰行為を露骨に表現するもので、青少年に対し卑わい又は煽情的な感じを与えるものであること。（以下省略）ほかに明確性を確保する余地が残されていないならばともかく、このような形式でより明確に、国民に禁止される行為を告知することが可能なのである。もしそうであるならば、刑法一七五条は不明確性のゆえに憲法三一条に違反し文面上無効であると結論することができよう。⁽⁵⁰⁾

もっともこのような私見に対しては、それはあまりに短絡的、わりきりすぎた議論であるとの批判がありえよう。立法技術上規制の対象となる行為をあますことなく具体的に特定することはおよそ不可能ではないか。法文がいくぶんあいまいになることはやむをえないのだから、そのようななばあいにもそのあいまいさのゆえに当該規定が憲法三一条に違反するとの見解は失当である、との批判は十分想定することができる。このような批判は、おそらく、いわゆ

る合憲的限定解釈という手法の採用の主張へとつながっていくのではないかとすることもまた推測されるところである。そこでつぎには、刑法一七五条についてもこの手法が実効性をもつのかを検討することとする。これに関し興味深いと思われるのは「四畳半襖の下張」事件控訴審判決以降の一連の裁判所による判断方法、基準の客観化、具体化のこころみである。以下焦点をこれらの判例にしばって考察をすすめることにする。⁽⁵¹⁾

「四畳半襖の下張」事件控訴審判決は、構成要件概念明確化のための判断方法ならびに基準を提示する。⁽⁵²⁾ それによれば、当該物件が猥褻であると評価されるために二つの外的事実の存在が必要である。まず第一に性器または性的行為の露骨かつ詳細な具体的描写の存在である。外的事実の存在ということが語られる以上、それは判断主体の評価とは独立に存在するはずであり当然それとは独立に認識可能なはずである。⁽⁵³⁾ 性器または性的行為の具体的描写叙述は、評価の客体としての外的事実として客観的に捕捉可能であろう。しかしその露骨かつ詳細な描写叙述は客観的に捕捉可能であろうか。このような主観的な価値をとまなう概念を捕捉するためには、当然、判断主体の主観的评价というスクリーニングを経たうえでしか、その外的事実をとらえることができないであろう。第二の外的事実についても同様の評価が妥当する。すなわち当該描写叙述が情緒、感覚あるいは官能にうったえる手法でなされているという外的事実、すでに判断主体の価値評価を経たうえでしか存在することのできない外的事実であろう。つまりこの二つの外的事実なるものはけっして客観的な事実ではありえないのである。つぎに判決は、当該文書の内容を全体的に考察して、その効果が専らもしくは主として読者の好色心をそそることにあり、かつその時代の社会通念上普通人の性欲を著しく刺戟興奮させ性的羞恥心を害するものと評価されることが必要である、としているが、前段の「効果が専らもしくは主として読者の好色心をそそる」という部分についてもこれが判断主体の価値評価をはなれてはありえない

ことは明白であるし、後段部分についてはもはや論評する必要はなからう。⁽⁵⁵⁾ ついで判決は、読者の好色心をそそるといふ効果を判断するための基準をも提示しているもので、それらについてもかんたんにコメントしておきたい。(イ) 二つの外的事実に当る描写叙述が、その文書の全部または大部分を占めるかあるいはその一部に含まれているにすぎないか——すでに外的事実の存在が判断主体の主観に左右されている。(ロ) 外的事実に当る性表現が、その文書に含まれている思想などを伝えるうえで必然性もしくは合理的関連性を有するかどうか——必然性もしくは合理的関連性を有するかいなかは、なんらかの客観的な尺度によって判定されるものではなく、判断主体の主観的な解釈の問題である。(ハ) 当該性表現の読者に与える性的刺激ないし印象が、文書全体の構成や展開の仕方などとの関連で減少、緩和されているかどうか——(ロ)の判断基準と同様の評価が妥当する。(ニ) その文書の内容に芸術的、思想的、学問的等の重大な社会的価値が認められるものである場合には、その芸術性、思想性などにより当該性表現の性的刺激ないし印象が昇華、克服されているかどうか——前段は当該物件の価値の存在についての評価、後段はその価値といやらしいさとの価値衡量、いずれも判断主体の評価に依存する。以上、判決が提示した判断方法、基準を概観した。判決はいわゆる猥褻三要件を含んだ猥褻の定義のみでは猥褻概念が必ずしも明確にならないことを念頭においたうえで、猥褻性の有無の判断を客観的なものとし、構成要件概念を明確にするという目的でその判断方法ならびに基準を提示したはずである。しかし残念ながら、その目的は、それらがすべて判断主体の主観的な判断に委ねられてしまうという意味で、結果的には達成されなままであると評価せざるをえないであらう。⁽⁵⁶⁾

このような評価に対しては、かような判断方法、基準を具体的に個々の事案に適用する判決が集積されることによって、しだいに猥褻性の有無の判断の客観化がはかられ、構成要件の明確化はすすめられていくのであるとの反論が

可能となるかもしれない。しかし私は「四畳半襖の下張」事件上告審判決を一例として提出し、再反論してみたい。判決は、「文書のわいせつ性の判断にあたっては、当該文書の性に関する露骨で詳細な描写叙述の程度とその手法、右描写叙述の文書全体に占める比重、文書に表現された思想等と右描写叙述の関連性、文書の構成や展開、さらには芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、これらの観点から該文書を全体としてみたときに、主として、読者の好色の興味にうったえるものと認められるか否かなどの諸点を検討することが必要であり、これらの事情を総合し、その時代の健全な社会適応に照らして、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。本件についてこれを見ると、本件『四畳半襖の下張』は、男女の性的交渉の情景を煽情的な筆致で露骨、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の興味にうっ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にいう『わいせつの文書』にあたることを認められた(57)と説示している。全体的考察をおこなう際に検討すべきであるとして列挙されている諸事項に逐一検討をくわえることは控えておきたい。ただ控訴審判決に対するのとはほぼ同様の評価が可能であるとのみ指摘しておく。本判決で私が着目したいのはむしろつぎの点である。すなわち本判決は、基準を示しその適用結果を述べているだけである。提示された基準が、その具体的な物件の猥褻性判断という最終目標にむかって、裁判官の思考過程でどのように適用されていったのかという判断がまったく示されていないのである。判断基準を提示することはなるほど有益ではあろう。しかし重要なのは(とくにその基準がさきに指摘したように判断主体の主観的判断に多く委ねられているばあいにはなおさらのこと)その基準の適用過程を明確にすることなの

である。それが示されることによって、第三者からのそれに対する批判を可能にし、それが議論を活性化しその議論の中から猥褻性判断の客観化、明確化という成果もあらわれてくるのである。判断主体の主観に依存する基準を提示しその適用結果をたんに示すだけというような判決は、いくら集積されたとしても猥褻判断の客観化、刑法一七五条の構成要件の明確化に資するところはないであろう。

さて、一応の定義がありながら、なぜ裁判所はその判断の方法の具体化、客観化という努力をしなければならないのであろう。その理由はきわめて明白である。それは猥褻概念が規範的構成要件要素であると解釈されているからである。裁判官による規範的評価につきまとう不明確性を払拭することができないために、さらに判断方法、基準の具体化、客観化が必要とされざるをえないのである。「四畳半襖の下張」事件以降の裁判所の努力はこのコンテキストにおいて理解すべきなのであるが、問題はそこで提示される基準が有用であるかである。念のために「愛のコリーダ」事件事実審判決にも目をむけておこう。判決によって提示された判断基準は、(一) 当該文書、図画中に過度に性欲を興奮、刺激させるに足る煽情的な手法により、性器、性交ないし性戯に関する露骨、詳細、かつ具体的な描写(性表現)があり、(二) その描写の存在により、当該文書、図画が全体として、好色的興味をそそるもので普通人の性的羞恥心を害する程度に卑わいであると評価されることを要するが、この二要件の存在を判定するためには、社会通念にしたがうべきである、⁵⁸⁾ というものである。やはりここでもそれは、判断主体の主観的な(そして裁判という場では当然裁判官による規範的) 評価を必要とするという形でしか提示されていないのである。猥褻概念が規範的概念であることの障害を除去あるいは緩和するために、それをより客観化、明確化するための作業がおこなわれているはずが、またぞろ規範的な判断基準を提出することになり、その基準じたいをさらに解釈する必要すら生じていること

はきわめて皮肉であるといわなければならない。

団藤裁判官は、「当審の前記定義は、このような判例による種々の具体的基準の集積によって、その具体的な意味内容が次第に形成されて来ているのである。わたくしは構成要件の定型は判例によって固められて行くべきものであるという見解をもっているものであり、そのばあいの判例とは不級裁判所の判例をも含めた総合的な全体を考えているのである。猥褻の意義についての判例は、なお形成途上にあるが、現段階の判例を前提として考えても、刑法一七五条の規定を構成要件の不明確という理由でただちに憲法三一条に違反するものということはできないとおもう⁽⁵⁹⁾」とされているが、私見によれば、以上論じた理由により構成要件の明確化は図られていないと結論せざるをえない。さらに、当然のことではあるがあえて付記しておくならば、裁判所による猥褻概念の判断はその審理の最後に示されるのであって、つねに事後的であり、国民に対してあらかじめ処罰される行為を予告しているわけではないのである⁽⁶⁰⁾。

最近の判例の傾向は、規制の対象をいわゆるハード・コア・ポルノグラフィーおよびその周辺に限定していくというところにあるように思われる。ところでその点を明確に述べておられる伊藤裁判官の見解にも言及しておく必要があるが、結論をいえば同裁判官のハード・コア・ポルノと準ハード・コア・ポルノの概念も必ずしも明確ではないということである。伊藤裁判官によればハード・コア・ポルノとは、常識的に判断すれば足りるとも考えられるとされているが、「性器または性交を具体的に露骨かつ詳細な方法で描写叙述し、その文書図画を全体としてみたときにその支配的效果がもっぱら受け手の好色的興味に感覚的官能的に訴えるものであって、その時代の社会通念によっていやらしいと評価されるもの⁽⁶¹⁾」でありさらに準ハード・コア・ポルノとは「性器または性交の直接的具体的描写ではないが、その描写から容易に性器や性交を連想させ、その支配的效果がもっぱら又は主として好色的興味をそそるも

のであり、社会通念に照らして、ハード・コア・ポルノに準ずるいやらしさをもつ文書⁽⁶²⁾とされている。ここではもはや伊藤裁判官の定義の概念分析はおこなわない。なるほどハード・コアについては同裁判官の述べておられるようにある程度の見解の一致はみられるかもしれないので「常識的に判断」することは可能かもしれないが、準ハード・コアについては事はそう単純に運ばないであろう。伊藤裁判官の準ハード・コアの定義にしたがって、どの範囲、程度にまで処罰範囲が拡張されるのかはおそらくは明確にはならないであろう。さて、「札幌税関検査」事件判決において最高裁が説示するところによれば、表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈をすることが許されるのは、その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものが明確に区別され、かつ、合憲的に規制されるもののみが規制の対象とされることが明らかにされるばあいでないものが明確に区別され、かつ、合憲的に規制されるもの、準ハード・コアの定義を含めて検討をくわえた「四畳半襖の下張」、「愛のコリーダ」各判決における判断方法、基準の具体化、客観化のころみは、いわば限定解釈の一種のあらわれと評価することが可能であるが、それらのころみによっては規制の対象とされる猥褻物としからざる物との区別は明確にされなかったのである。⁽⁶³⁾とすれば最高裁の多数意見にしたがうかぎり、そのような限定解釈は許容されないとしなければならぬ。

しかし、さらに、たとえば団藤裁判官が述べておられるように判例による解釈努力によって猥褻物としからざる物の区別が明確にされていると仮定して議論をすすめてみることにしよう。ところがそのような仮定のうえにたってもまだ問題は残されているのである。ふたたび「札幌税関検査」事件最高裁判決にもどれば、限定解釈が許されるのは、一般国民の理解において具体的なばあいに当該表現物が規制の対象となるかどうかについての判断ができるような基準がよみとれるばあいでなければならぬのである。すなわち、裁判所による解釈はそのような形で可能である

としても、「その解釈が通常の判断能力を有する一般人の理解に適うか」というテストが残されていたのである。たとえば「四畳半襖の下張」事件控訴審判決によって示された判断基準を一般人が読みとることが可能であろうか。伊藤裁判官は、「札幌税関検査」、「福岡県青少年保護育成条例」各事件においていずれも反対意見の立場に立たれ、多数意見の採用する「合憲的限定解釈」によっては処罰範囲が合憲的に限定され、当該規定が明確になるとはいえず、いずれのばあいの多数意見の解釈も通常の判断能力を有する一般人に可能ではないとされている。⁽⁶⁵⁾私も両事件における伊藤裁判官の判断はきわめて妥当であると思うが、ひるがえって猥褻物に関する伊藤裁判官の解釈は、通常の判断能力を有する一般人に可能であろうか。この点私には大きな疑問があるのである。⁽⁶⁶⁾

一般的にいえば、裁判所による合憲解釈の基準があまりに法技術的すぎる内容をもっているばあいには、そのような「限定」のための基準を一般人にあらかじめ「読みとる」べきことを求めるのは無理というべきであり、「適正な事前の告知」という、そもその憲法三一条の要請に反するものとなるといえよう。⁽⁶⁷⁾刑法はたんに裁判規範という性格だけを有しているのではなく、行為規範としての意味も有しているのである。そして憲法三一条は、まずは、刑罰法規は国民に対して処罰される行為について事前に適正な告知をしなければならないというまさに行為規範としての側面に関する規定なのである。刑罰法規の明確性が要求される根拠は、たしかに捜査官や裁判官の行動を規制することにも求められようが、⁽⁶⁸⁾それにも増して犯罪行為告知機能に求められるべきである。以上の理由から、判例による刑法一七五条の構成要件明確化の努力にもかかわらず結果的にその目的は達成されておらず、同条は憲法三一条に違反し無効であるといわなければならない。

3 本章の結論

憲法と刑法一七五条の関係について考察をすすめてきたが、ここまでにはえられた結論をまとめておきたい。すなわち、刑法一七五条は憲法に違反し無効とされるべきであるが、その根拠は二つあげることができる。まず憲法二一条との関係では、刑法一七五条は過度の広汎性のゆえに文面上違憲無効とされるべきであるということである。なぜならば刑法一七五条は、猥褻物を欲している者に対してそれを頒布、販売したばあいにも適用されるが、それは憲法上保障されるべき情報の受け手の権利を侵害する結果をとまなうからである。つぎに憲法三一条との関係では、刑法一七五条は不明確性のゆえに違憲無効とされるべきであるということである。その根拠は二段階に分けて示すことができる。まず刑法一七五条は不明確性のゆえに文面上違憲無効とされる余地があるということ。つぎに、たとえ文面上違憲無効とまではいえないとしても、たとえば判例によっておこなわれている解釈は、合憲的限定解釈として許容されるものではなく、その限界をこえる解釈であり、結論的に刑法一七五条の合憲性を肯定しうるものではないということにある。⁽⁷⁰⁾

おそらく判例が意図しているであろうと想定される、猥褻物をハード・コア・ポノーグラフィーあるいはその周辺に限定していこうとする姿勢じたいには私も賛成である。しかしそのことは現行刑法一七五条を温存した状態ではなく、新しい立法によって実現されるべきである。そして(刑法典の中であれば他の立法形式であれ)新しい構成要件が設けられるばあいには、情緒的、規範的な要素を用いず、客観的、具体的な要素を用いて条文化をおこなうべきであるし、またそれは不可能なことでもないと思われる。もちろんその際、情報を受ける者の憲法上の権利(つまり猥褻物を欲する者の権利)が保障されるべきであることはいうまでもなからう。

(1) 私は憲法学に關してはまったくの門外漢であり、その理論についての理解もきわめて皮相である。本稿では問題の性質上議論が当然、人權論、公共の福祉論におよぶことになるが、私じしんの氣づかない大きな誤りをおかしているかもしれない。さらに、このテーマについては従来きわめて多くの著書、論文等が蓄積されているが、私じしんの能力ならびに論述の關係上引用することのできた文献はきわめて限られている。以上の二点につき本稿はきわめて不十分な内容のものであるが、現在私が考えていることを表現するために必要最少限のことだけは盛り込んでおいたつもりである。とくに憲法学の諸先生の御批判と御教授がいただければ幸いである。

(2) 有倉遼吉・時岡弘編『条解日本國憲法』改訂版(平成元年)三省堂六四―六五頁によれば基本的人權と公共の福祉の關係については以下の學説が存在するとされている。①基本的人權は法律をもつても侵すことのできない絶対性を有するが、公共の福祉に必要な限度において法律をもつてこれを制限することは、もとより憲法の容認するところである。②自然權的人權は前國家的であり、憲法がとくに「公共の福祉」による制限を認めるほかは制限されない。しかし、社會權的人權は後國家的であるから、「公共の福祉」の制限に服する。③經濟的自由權の無制限な享有による社會的に救いがたい害惡の發生に鑑みて、憲法がとくに二二条と二九条を選んで、「公共の福祉」を挿入したことは、むしろ自然といわねばならない。その反面として、とくにこのような規定のない他のいっさいの基本的人權には、なんらの制限をも加えることはできないといわねばならない。④「公共の福祉」を、自由權・社會權を問わず、人權一般の制約根拠とすべきではなく、現代では、經濟的自由權を制約して、社會權を認めることこそが、「公共の福祉」である。⑤「公共の福祉」による制限を受けない人權にも、その恣意的行使、濫用は許されるはずがなく、その限りで内在的制約を受ける。それは古典的權利宣言も認めるところである。ただ、内在的制約は、「公共の福祉」と異なり、政策的、外在的制約、事前の制限などから免れ、裁判所の判断にゆだねられるのである。⑥基本的人權を制限することによつてもたらされる利益と、それを制限しない場合に維持される利益とを、比較衡量して、前者の価値が高いと判断される場合に、前者の利益を「公共の福祉」とよぶ。⑦「公共の福祉」には「自由國家的公共の福祉」と「社會國家的公共の福祉」がある。前者は、人權衝突の可能性を調整することを要請し、後者は、社會權を保障するために自由權(とくに財産權)を制約することを要請する。前者は、基本的人權の公平な保障に、後者は實質的な保障に資するものである。

なお「公共の福祉」じたいについては、たとえばつぎのように説明されている。「公共の福祉は、人權相互の關係を調整

するための概念であり、その意味においては基本的人権を実現するための概念であるから、当然その前提において個人主義を容認していることはいうまでもない。したがって公共の福祉概念は個人の利益と切りはなしがたく結びついているのであり、それを超越したところに成立するものでありえないのである。しかし同時に、公共の福祉は、社会公共的な利益ないしは価値を志向しようとするものであって、その意味では個人の利益を超える側面をもつものであり、そのことはアリストテレスやトマス・アクィナス以来の歴史をひもどくまでもなく明らかなことである。それ故個人が相集って社会を形成し、そこで共同生活を営む場合に指向される利益ないしは価値が、公共の福祉概念の内容なのである。そして個人主義は利己主義と全体主義を否定するものであるから、公共の福祉は、特定の個人の利益を超えた社会共同生活の利益ではあっても、すべての個人の利益を超えた「全体」の利益であってはならない。大須賀明『憲法講義2基本的人権』(大須賀・戸松・笹川・浦部・藤井・平松・横田著)(昭和五四年)有斐閣二九頁。

(3) 最高裁昭和三二年三月一三日大法廷判決 刑集一一卷三号一〇一一頁。

(4) 最高裁昭和四四年一〇月一五日大法廷判決 刑集二三卷一〇号一二四四頁。ここでも公共の福祉に関して「性生活に関する秩序および健全な風俗を維持するため、これを処罰することが国民生活全体の利益に合致する」と判示されている。

(5) 最高裁昭和四八年四月一二日第一小法廷判決 刑集二七卷三号三五二頁。

(6) 最高裁昭和五八年三月八日第三小法廷判決 刑集三七卷二号一六頁。

(7) 最高裁昭和五八年一〇月二七日第一小法廷判決 刑集三七卷八号一二九五〜一二九六頁。

(8) 以下便宜上この考え方を公共の福祉制約説とよぶ。

(9) 判例による基本的人権と公共の福祉についての考え方を、すべての領域において現在このようにとらえることはおそらくは妥当ではないであろう。しかしこのような考え方が判例の中に基本的に存在していると評価することは現在でも可能であると思われる。

表現の自由と公共の福祉に関する判例の分析については清水教授の論文が有益である。清水英夫「表現の自由と『公共の福祉』『精神的自由権』(昭和五五年)三省堂一六八頁以下。

(10) 基本的人権と公共の福祉に関する学説については、すでに注(2)で紹介しておいたが、杉原教授によれば以下の諸点は憲法学界においてはほぼ共通の了解事項となっているとされているとされている。(1)人権は、「公共の福祉」によって制限される。人権を

制約する権力が作用しうるのは、「公共の福祉」に基づき、「公共の福祉」の許容する範囲においてのみである。(9)人権制約原理としての「公共の福祉」は、原則として、人権に内在する制約の意味に解されている(「内在的制約論」)。それは、「自由とは、他人を害さないすべてをなしうることにある。したがって、各人の自然権の行使は、社会の他の構成員にこれら同種の権利の享有を確保するという限界以外の限界をもたない」(一七八九年人権宣言四)と同義と解され、人権と人権の矛盾・衝突を平等に調整する原理と解されている。「原則として」という条件をつけたのは、日本国憲法が、他の二〇世紀市民憲法の場合と同様に、社会国家理念(福祉国家理念)に基づいて、一方で社会経済的弱者の利益に仕える社会権を保障すると同時に、他方でこれに対応し経済的自由権について特別の「公共の福祉」を留保しているからである。社会経済的弱者の地位の向上のために、「大きな財産」の制約に積極的に働きかける、実質的平等の実現を理念とする制約原理である。前者を自由国家的公共の福祉と呼び、後者を社会国家的公共の福祉と呼ぶこともある。(10)自由国家的公共の福祉(内在的制約)の内容は、一般には、他の国民に人権の平等の享有を確保するための「必要最小限度の規制」という表現をもって示すことができる。人権の不可侵性、人権の最大限の尊重原則からみて当然のことであろう。他の国民に人権の平等の享有を保障するうえで必要がある場合で、選ぶうる最小の人権規制でなければならぬとするものである。(11)公共の福祉の具体的内容は、予め法律で定められていなければならない。この点も人権尊重の原則から当然に要求される。(12)これら諸点は、憲法三一条においても確認されている。同条は、たんに手続的適正を要求しているだけではなく、実体的適正をも要求しているからである。刑罰権も、また、以上の諸原則を免れることはできない。杉原泰雄『憲法Ⅲ人権(2)』(芦部信喜編)(昭和五六年)有斐閣二五〇～二五一頁。

(11) 刑集二三卷一〇号一二七一～一二七二頁。

(12) 同二七二～二七三頁。

(13) 同二七三～二七四頁。

(14) 以下内在的制約説とよぶ。

(15) この点に関しては、芦部信喜『憲法判例を読む』(昭和六二年)岩波書店八七～九七頁に簡潔に叙述されている。また『文献選集 日本国憲法 4 基本的人権』(山下・隅野編)(昭和五三年)三省堂二二六～二二八頁の山下健次教授による解題では重要な文献の紹介がおこなわれている。

(16) 大須賀明『憲法講義2 基本的人権』二六頁。

(17) 佐藤幸治『憲法』(昭和五六年) 青林書院新社二八四頁。

(18) 清水教授は、この内在的制約説に基本的に賛成であるが、田中裁判官の説明は抽象的にすぎる、ともされている。『内在的制約』の概念が余りに抽象的・一般的であると、やはり『形式的に言葉のうえだけ』になってしまおうそれは、いぜん残るものといわなければならない。清水英夫『精神的自由権』一七九頁。

(19) この時点で「二重の基準の理論」についてかんたんにふれておきたい。芦部教授によれば、(1)その基本思想は「内在的制約説」の考え方を基本におき、その説で基準がまだ十分にルール化されていなかった点を、それぞれの人権について準則化していこうというところにねらいがあり(2)その内容は①精神活動の自由の規制は厳しい基準によって合憲性を審査する②経済活動の規制は立法府の裁量を尊重して緩やかな基準で合憲性を審査するという考え方である。そして自由権を二つに分けるもつとも重要な根拠は精神的自由が、政治組織の基本的な建前である代表民主制のシステムとの関連できわめて重要な意味をもっているということにある。すなわち「精神的自由、そのなかでも典型的な言論・表現の自由、思想の自由が不当に制約されると、民主政治のプロセス自体が破壊される、大きく傷つけられることとなります。……そうしますと、不当な違憲と考えられるような立法その他の規制を国会によって矯正していくことが事実上非常にむずかしい、あるいは不可能となる場合も考えられる。そこで、それに代わって裁判所が違憲審査を求められた場合には、積極的に介入して民主政治のプロセス自体をもどおりに回復する必要がある。それには厳格な審査が必要である。これが表現の自由は人権のカタログにおいて『優越的地位』を占める、とよく言われることの意味です」。これに対して経済的自由のほうは「表現の自由、選挙の自由が確保され、民主政治のプロセス自体が正常に運営されている場合には、仮に不当な制限が、職業選択の自由とか財産権などの経済活動の自由に加えられても、国会、つまり民主政治のプロセスを通じてそれを修正し矯正することが可能である。そのために、司法がそれに積極的な介入をするよりも、立法府の裁量的な判断を尊重していく必要が大きいのではないかというので、より緩やかな基準で合憲か違憲かを判断するということです」。「このように、二重の基準の理論は、自由権を二つに分け、それぞれの権利とその権利が問題になる状況のちがいに応じて審査基準を区別し、『公共の福祉』の内容をはっきりさせていく。それによって裁判所に対してひとつの指針を明らかにし、憲法の人権保障の趣旨をより実質的に活かしているという、そういう考え方に基づいているのです」。芦部信喜『憲法判例を読む』九八〜一〇〇頁。

江橋教授の論文では、この理論の提唱者としての伊藤正己裁判官の理論、その深化としての芦部信喜教授の理論、さらに二重の基準の修正の試みという順で詳細な検討がおこなわれている。江橋崇「二重の基準論」『講座憲法訴訟第2巻』（昭和六二年）有斐閣一二五頁以下。なお最近はさらに新二重の基準の理論も唱えられているとのことであるが、ここではその点については論じない。

緩やかな審査基準と厳格な審査基準とはつぎのようなものである。藤井俊夫『憲法訴訟と違憲審査基準』（昭和六〇年）成文堂第一章ならびに第二章。一「緩やかな審査基準」(一)明白性の原則——法律が違憲無効であるとされるのは問題の法律が著しく不合理であることが明白な場合に限られる。(二)合憲性推定の原則——①議会による憲法解釈に対して合憲性の推定を与える ②立法を支える事実状態の存在の推定(三)合理性の基準——法律はその目的ないし手段が著しく不合理なものではない限りは合憲とされる。二「厳格な審査基準」(一)検閲禁止(事前抑制の禁止) (二)明確性の原則(漠然性の故の無効) (三)「明白かつ現在の危険」の原則 (四)利益衡量論 (五)過度の広汎さの故の無効 (六)LR Aの原則(必要最小限の規制手段の選択の原則) (七)表現—行動の区分論

藤井教授は同書において、表現の自由の分野においては緩やかな審査が排除され、厳格な審査がおこなわれなければならないということについては学説上ほぼ定説になっていると評価しているが、判例(とくに最高裁の)は、むしろ原則として緩やかな基準に従った審査をくり返して行ない、学説とは際立った対立を示している、とされている。藤井俊夫『憲法訴訟と違憲審査基準』三一頁。この点については伊藤正己裁判官も教科書において、「わが国では、この原則が裁判法理のなかで十分生かされておらず、そこに、言論の自由の保障を確保するための課題が存しているということが出来る。ことに、最高裁判所は、のちにみるように経済的自由の規制立法に対して、二重の基準による審査の方法をとなえているにもかかわらず、精神的自由の規制立法についてそのことを十分生かす審査方法をとっていないという一般の傾向を指摘することができる」とされている。伊藤正己『憲法』（昭和五七年）弘文堂三〇四頁。

(20) 佐藤幸治『憲法』三五四頁。

(21) 清水英夫『精神的自由権』一六三頁「『実証もされていない』命題で合理性を主張するのは、少くとも表現の自由のように高次の基本権の場合、はなはだ不適当なテストのように思われる」。曾根威彦『表現の自由と刑事規制』（昭和六〇年）一粒社一八七頁「刑罰の対象となるのは、積極的に社会的侵害を伴う行為に限られるべきである。行為が社会的意義・価値を

有しないという消極的理由だけでこれを処罰することはできないのである。真正正銘の春本であってもその頒布等によって読者を反社会的行動に導く明白にしてかつ現在の危険が証明されないかぎり、これを鎮圧することは憲法三一条に抵触し許されないといわなければならない」。

- (22) *Jacobellis v. Ohio* 378 U. S. 184 (1964).
- (23) 奥平康弘『性表現の自由』（奥平・環・吉行著）（昭和六一年）有斐閣一三六―一三七頁。
- (24) 拙稿「猥褻概念の再検討——日本の判例・学説を素材にして——」本論集三八卷一―二〇八頁以下。
- (25) 佐藤幸治『憲法Ⅱ人権(Ⅰ)』（芦部信喜編）（昭和五三年）有斐閣四五六頁 教授はこの権利を情報受領権とよんでおられる。
- (26) 過度の広汎性とは、ある法律は、その適用範囲が過度に広汎であるために、その法律が憲法上保障された権利を規制することになるばあいには法律それじたいが違憲とされるべきであることとあり、文面上違憲とは、法律上の合憲性の審査を、ある特定の事件における法律の適用が合憲的か違憲的かということにかかわりなく、まず、一般的にその法律が違憲的に適用されることがありうるかいなかを問題とし、もしその違憲的な適用の可能性があるといふばあいは、その法律は文面上違憲であるとして、その法律じたいを違憲とするものである。ちなみに、のちに引用する「札幌税関検査」事件上告審判決における伊藤、谷口、安岡、島谷各裁判官による反対意見では「表現の自由を規制する法律の規定自体が何を規制の対象としているのかという点について不明確ではないとしても、憲法上規制することが許されない行為までを規制の対象とするものである場合には、同様に、本来許容されるべき行為の自己抑制を招くものといわなければならない。したがって、表現の自由を規制する法律の規定の適用範囲が広汎に過ぎ、右規定が本来規制の許されるべきでない場合にまで適用される可能性を無視し得ない場合には、やはり憲法二一条一項によって違憲無効と判断されなければならない」と判示されている
民集三八卷一―二号一三三三頁。
- 浦部法穂『事例式演習教室 憲法』（昭和六二年）勁草書房六四頁『「わいせつ文書」の頒布・販売等を全面的に禁止する刑法一七五条は、過度に広範な規制を定めるものとして、憲法二一条に違反するものとしなければならない。』
- (27) 五八年三月八日最高裁第三小法廷判決の伊藤裁判官の補足意見（刑集三七卷二―九頁以下）、同一〇月二七日最高裁第一小法廷判決の団藤裁判官の補足意見（刑集三七卷八―一二九頁以下）参照。
- (28) 浦部教授も「本当に社会的価値を全く欠くものであれば、『思想の自由市場』において自然淘汰されるはずではないかと

の疑問が生ずる」とされている。浦部法穂『事例式演習教室 憲法』六一頁。

- (29) 伊藤裁判官は教科書でつぎのように論じておられる。「私見によれば、わいせつ文書、図画といえども憲法二一条の保障する表現物であるから取締りの対象とすべきでないという考え方に基本的には賛成である。しかし、わいせつなるものを見たくない人や心の準備のできていない青少年の目にとまらないようにすることの制約が、そのような表現の自由には含まれているとみるべきである。その制約を実効化するためには、刑法一七五条の適用をわいせつ文書の頒布・販売方法やきわめて限られた文書にのみ及ぼす裁判法理の確立が求められるが、他方、国家による取締りも社会における自律的な対応策が施されることも必要である。ところが、わが国の社会の実情は、見たくない人や青少年に対してほとんど配慮をしていないといつてよいくらいである。……裁判所がわいせつ物とされるものに対し、表現の自由を優越させる判断をするためには、社会の方でその判断を引き出させるため用意をする必要があると思われる」伊藤正己『憲法』三〇二〜三〇三頁。社会の自律作用が必要であるとされる伊藤裁判官の見解には私も賛成である。たとえば一例として、日本では映画館の外部に上映中の映画のステール写真等を掲示することは常態となっているが、ヌード写真などは見たくないという人の権利を保障するためにこのような宣伝はおこなわないといった自制作用はぜひ必要とされなければならない。

(30) 罪刑法定主義あるいは刑罰構成要件の明確性をめぐる刑法学者の論稿もきわめて多い。しかし本稿は憲法的な考察をおこなうことを意図しているのでそれらについての検討は控えておく。

(31) 刑集三三卷七号七五五頁。

(32) 刑集三四卷六号四三五頁。

(33) 刑集三七卷二号一六頁。

(34) 刑集三七卷八号一二九八〜一三〇〇頁。団藤補足意見については後述する。

(35) 本判決については私も判例研究をおこなったことがあるので、本稿での論評はそれにゆずりたい。武田 誠「公安条例と道路交通法——徳島市公安条例についての最高裁大法廷判決——」同志社法学一四五号一〇七頁以下。

(36) 刑集二九卷八号五〇四頁。

(37) 刑集三九卷六号四一五〜四一六頁。

(38) 同四一六頁。

猥褻物頒布・販売罪

(39) 同

(40) 高橋調査官はつぎのように解説されている。本条例一〇条一項にいう「淫行」の意義については、立案当局は、「淫行とは、みだらな性行為のことで、健全な常識を有する一般社会人からみて、結婚を前提としない、専ら情欲を満たすためのみ行う不純とされる性交又は性交に類する行為をいう」と説明しており、「淫行」又は「みだらな性行為」についての右のような解釈は高裁判決等の主流をなしていた。多数意見が「淫行」の意義につき前示のような見解を採用したのは、従前高裁判決等で示された解釈にいう「専ら情欲を満たすためにのみ行う」との点は、性行為の性質上それを当罰性を認め得る性行為の範囲に限定する作用をほとんど営まず、また、他の動機、目的を伴った場合右の要件を充足しないことになるのかも明らかでないこと、右の解釈では、結婚を前提としない性行為のうちどの範囲のものが不純とされる性行為に当たるのかは必ずしも明確でなく、もし、青少年を相手とする結婚を前提としない性行為のすべてが「淫行」に当たるとするのでは、現在の社会通念からみて余りにも処罰の範囲が広きに過ぎること、「淫行」を目して単に「反倫理的」あるいは「不純な」性行為と解するのでは、犯罪の構成要件として不明確であること、などを考慮したためと思われる。高橋省吾「福岡県青少年保護育成条例大法廷判決」ジュリスト八五三号六〇頁。

(41) 伊藤正己『言論・出版の自由』（昭和三四年）岩波書店一七六頁「制定法の文言が明確性を欠くとき直ちに違憲として無効になるわけではない。立法において立法者の合理的意思を探究してゆくのは裁判所の任務である。従って一見したとき明確性を欠く立法もまたそれを救済する手段がなくはない。このような救済方法によって明確化される限り、それを違憲とする必要はないであろう」。

(42) 高橋和之「憲法判断回避の準則」『講座 憲法訴訟第2巻』二二頁「合憲解釈というのは、文面上の憲法判断に際して、法律のある解釈を採ると違憲となるかあるいは違憲の重大な疑いが生じ、他の解釈を採れば合憲となるかあるいは少なくとも違憲の疑いは生じない、という場合には、後者の解釈を採用するという解釈方法あるいは解釈結果を指す。換言すれば、ある法律が違憲（の疑い）を含むとき、それを除去するような意味に法律の意味を解釈するのが合憲解釈といわれるものである。ただし「合憲限定解釈」といわれることが多いが、それは、通常、合憲解釈という法律の可能な意味を限定して、違憲的部分を除去する場合が多いからである。しかし、合憲的に拡大解釈することもないわけではない」同三四頁。

(43) これに対して伊藤、谷口、島谷各裁判官の反対意見は、当該条項は犯罪構成要件の明確性を欠くので憲法三一条に違反す

るといふ点では一致しているが、その理由づけは必ずしも一致していない。伊藤反対意見は、当該条項による処罰範囲は多数意見よりもさらに限定されざるをえず、不当な手段により青少年との性交または性交類似行為がなされたばあいに限定されるが、しかもはやそのような解釈は通常の判断能力を有する一般人の理解の及びえないものであり、「淫行」の意義の解釈の域を逸脱するものである、とする。谷口反対意見は、憲法三一条が実体的適正処罰の原則を含むものであるとの前提にたち、年長者（たとえば一六歳以上の者）については、両者の自由意思に基づく性行為の一切を罰則をもって一律に禁止することは、性的自由に対し公権力が不当に介入するものであって、適正な処罰規定といえないものである。島谷反対意見は、多数意見による限定解釈は、「淫行」という言葉から通常の判断能力を有する一般人が想到しうる範囲をはるかに超えている、というものである。刑集三九卷六号四二九頁以下。

横田教授が指摘されるように（横田耕一「青少年に対する淫行の条例による規制と憲法」ジュリスト八五三号四五〜四六頁）、本判決は、多数意見・補足意見・反対意見を含めて、本条例によって制限されている自由ないし権利がなにてあり、それに対してどのような憲法的評価が与えられるべきかについてふれていない点で大きな問題をはらんでいるといえよう（教授じしんは「性的自己決定権」とされそれは憲法一三条によって保障されるとされている）。しかし私は、基本的には伊藤、谷口、島谷反対意見が妥当であり、結論として「裁判所は、法律でなく条例による規制が妥当か（ひいては、適法か）という問題をも含めて、青少年保護という立法目的に合わせて、より明確な規定を起草すべきことを求めて、規定そのものを違憲・無効として立法府に問題を差し戻すべきだったのではないかと思われる」（藤井俊夫「過度の広汎性の理論および明確性の理論」『講座 憲法訴訟第2巻』三七六頁）という見解に賛成したい。なお本判決に関し前田教授は（前田雅英「法文の明確性と解釈の明確性」ジュリスト八五三号五六頁）「本件で問題となった『淫行処罰規定』はより明確な形への改正が望ましいことは疑いない。だが、法文自体を違憲とする程不明確とはいえない。『しかし、それではあまりに不合理な処罰をすることになり不当である』との批判が予想されるが、それに対しては不合理でないように限定解釈を施せばよいと答えざるを得ない。そしてその限定解釈が可能か否かを『法文の明確性』の議論に結びつけるのは、議論を混乱させることになる。もっとも、不合理な処罰は回避し得たとしても、本件淫行処罰規定は、『青少年と性交を行うと処罰されるおそれがある』との不安感を国民に与え、行動の自由につき『萎縮的作用』をもたらすことは否定できない。しかし、表現の自由の保護の場合と異なり、この程度の『萎縮的作用』は、法文の違憲・無効を十分基礎づけ得るとは言い得ないように

思われる」とされ、すくなくとも法文の明確性のレヴェルでの違憲無効は主張できないとされている。

- (44) 民集三八卷一二号一三〇八頁以下。本件は、税関検査が憲法二一条一項前段にいう「検閲」にあたらざる合憲であることを最高裁がはじめて認めた事案である。判決はそのうえで、関税率法二一条一項三号の「公安又は風俗を害すべき書籍・図画」を猥褻な書籍・図画等に限定して解釈することができ、そのように限定的に解釈することによって、合憲的に規制するものがその対象となることは明らかであるから、当該規定は明確性を欠くわけではないとした。

- (45) 民集三八卷一二号一三二四頁。

- (46) これに対して伊藤、谷口、安岡、島谷各裁判官による反対意見は三つの要点から成っている。①風俗という用語の意味内容は多義的であり、それを性的風俗に限定し「風俗を害すべき書籍・図画」を猥褻な書籍・図画に限定すべき根拠はなく、同規定がそれ以外の憲法上保護されるべき表現にまで適用される可能性は否定できないので同規定は憲法二一条一項に違反し無効である。②表現の自由を規制する法律の限定解釈には他のばあいより厳しい枠があるべきであり、規制の目的、文理および他の条項との関係から合理的に導きださうな限定解釈のみが可能である。多数意見のおこなった解釈は、その限界をこえる解釈でありまたそのような解釈が通常の判断能力を有する一般人には可能でない。③同規定によって猥褻な書籍・図画のみを規制対象とするのであれば、同規定を「猥褻な書籍・図画等」と規定することによって明確性を確保することは立法上容易なはずである。とすれば同規定は憲法上要求される明確性を満たしたものでなく、これに限定解釈をくわえることによって合憲とするのは適切ではない。民集三八卷一二号一三三三〜一三三四頁。結論のみをいえば、本判決においても反対意見の見解に積極的な評価があたえられるべきであろう。

- (47) 民集三八卷一二号一三三三〜一三三四頁。

- (48) つぎに検討する「四疊半襖の下張」事件控訴審判決以降の裁判所による猥褻判断の方法・基準の種々の具体化、客観化の試みがまさにそれを雄弁に語っているといえよう。

- (49) 昭和五九年一〇月二二日大阪府規則第七八号。

- (50) 「札幌税関検査」事件最高裁大法廷判決の反対意見(前出注(46))によれば「表現の自由を規制する法律の規定が明確かどうかを判断するには、より明確な立法をすることが可能かどうかも重要な意味を持つと解されるが、多数意見のいうように、同号の『風俗を害すべき書籍、図画』等という規定が猥褻表現物の輸入のみを規制しようとするものであるとするなら

ば、右規定を『猥褻な書籍、図画』等と規定することによってより明確なものにすることは、立法上容易なはずである。この点からみても、表現の自由の事前規制の面をもつ同号の右規定が憲法上要求される明確性を充たしたものであるとはいえない。これに限定解釈を加えることによって合憲とするのは適切でない」（『民集三八卷二二号一三三四頁』）。さらに一般論としてではあるが、佐藤幸治『憲法』三五七頁「『表現の自由』の『優越的地位』に鑑み、表現行為に対する萎縮的效果を最小限にするべく、とくに明確性が厳格に要求され、法文上少しでも明確にする余地が残されている限り、文面上無効の判決手法が妥当すべきものと思われる」、浦部法穂『違憲審査の基準』（昭和六〇年）勁草書房四六〇四七頁「精神的自由の領域では、右の『適正な告知』、『恣意的適用の排除』に加えて、不明確な法令のみならず『萎縮効果』という点に主要な関心が向けられる。すなわち、適正な告知がなされず恣意的適用が行なわれることによって自己抑制を招き、結果的に、本来規制すべきでない行為をも規制することとなるからである。したがって、精神的自由の規制立法に関しては、一層厳格な明確性が要求されると考えるべきであり、少しでも明確にする余地が残されているかぎり無効としなければならないと考えられる」。

(51) 裁判所はこの手法を「合憲的限定解釈」とよんでいるわけではないが、この一連のころろみをその一種ととらえても誤りではないと思われる。なお芦部教授によれば、この手法は定義づけ衡量のテストとよばれるものである。「これもやはりアメリカの判例理論においてよく使われる基準で、範疇化 (categorization) の理論とも言われます。日本の判例の考え方もそれをかなり参考にして書かれていると思われまますので、ここでも「定義づけ衡量」のテストと呼んでおきます。これは、性表現が問題になる場合には、それも表現の自由の一形態であることを前提として、判例に言うところの性道徳あるいは性秩序の維持という価値ないし利益とのバランスを計りながら、表現の自由的比重をおいて猥せつの定義を厳格にしばっていき、それによって表現内容の規制をできるだけ限定していこう、しぼりつつ、しかも具体的な事情も考慮していく、こういう考え方です」芦部信喜『憲法判例を読む』一九七頁。

(52) 高刑集三二卷一七三〇七五頁。

(53) 判断主体がその外的事実を客体として評価することが可能であることはいうまでもない。

(54) 厳密にいえば「性的行為」とほどの範囲、どの程度の行為をさすのかも不明確であると評価されざるをえない。

(55) 「社会通念」については拙稿「猥褻概念の再検討——日本の判例・学説を素材にして——」本論集三八卷一七二頁以下

下。

- (56) 浦部法穂『事例式演習教室 憲法』六一頁「その基本的枠組みは、依然として、心理的反応を基礎とする社会通念を基準とするものであり、この点でお、客観的なものになりえているとは言い難いところがある。『四畳半襖の下張』事件の東京高裁判決のいう二つの『外的事実』でさえ、相当程度主観的な要素が含まれているのである」。
- (57) 最高裁昭和五五年一月二八日第二小法廷判決 刑集三四卷六号四三五く四三六頁。
- (58) 判例時報九四五号一八頁。
- (59) 刑集三七卷八号一二九九く一三〇〇頁。
- (60) 藤井教授は「限定解釈」についてつぎのように述べておられる。藤井俊夫「過度の広汎性の理論および明確性の理論」『講座憲法訴訟第2巻』三七四く三七五頁「『適正な告知』という観点からさらに一歩進めていえば、このような限定解釈によって『無罪』の結論を下すことはできるとしても、その逆に、本件のように裁判所による法技術的な『限定』を加えた上で法律を有効とし、かつ、『有罪』の判決を下すことは、『適正な告知』の観点からみて許されないとすべきではないだろうか。このような場合には、その裁判所による『限定』以後に生じた事件についてのみ『有罪』とすることができるとどまるとすべきである。もちろん、そのような取扱いをするよりは、本来、法律そのものを無効として書き直させることの方がより望ましいことはいうまでもない」。
- (61) 刑集三七卷二号一九頁。
- (62) 同 二〇頁。
- (63) 芦部信喜『憲法判例を読む』一九八頁においても性表現についてもその限界を画定する定義づけが判例で十分成功しているとはいえない、との評価が示されている。
- (64) 「福岡県青少年保護育成条例」事件最高裁大法廷多数意見 刑集三九卷六号四一六頁。
- (65) 前出注(43)、(46)参照。
- (66) 萩原講師は、猥褻物を「ハード・コア・ポルノグラフィ」にかぎるといふ限定解釈は許容されると理解されている
- (67) 藤井俊夫「過度の広汎性の理論および明確性の理論」『講座憲法訴訟第2巻』三七二頁。

(68) 最高裁昭和五八年一〇月二七日第一小法廷判決における団藤補足意見「このように、当審および下級審の判例、ことに後者は、かなり具体的に詳細な、したがって捜査機関が事件を摘発するにあたっても抛りどころとなりうるような基準を設定することに努力していることが見受けられる」。刑集三七卷八号一二九九頁。

(69) 清水教授も刑法一七五条は不明確性のゆえに憲法三一条に違反し無効であるとされている。清水英夫『法とマス・コミュニケーション』(昭和四五年) 社会思想社二二五頁以下、さらに『精神的自由権』一六三頁以下。小林孝輔教授は①猥褻概念の不明確性②猥褻文書の反社会的価値(実害)の立証不能③規制の無効果④規制の実害という四つの根拠をあげて猥褻文書の規制には合理的根拠がないとされている。小林孝輔『基本的人権論』(昭和五一年) 文真堂五九頁以下。

(70) 曾根教授は、猥褻表現が①見たくない者の意思に反する②未成年者の健全な育成に反する形でなされたときには処罰することに合理的理由があるが、刑法一七五条はこのような規定形式を採用していないことに憲法上の疑義があり、さらに合憲限定解釈のアプローチを採用するにしても、刑法一七五条の形式上技術的に可能なのは猥褻文書を端的な春本にかざるとするまでであって、右にあげた①②に処罰をかざることまでは、解釈の限度をこえるものであり、たとえそのような解釈は可能であるとしても、優越的地位の認められる表現の自由の領域ではかような限定解釈を認めるべきではない、とされ結局刑法一七五条は違憲とすべきである、とされている。曾根威彦『表現の自由と刑事規制』一八八〜一八九頁。

三 猥褻物の頒布、販売、公然陳列

前章で明らかにしておいたように、⁽¹⁾ 処罰範囲を限定せず一切の行為状況を処罰する形式を採用している刑法一七五条は違憲無効の存在である、と私は考えている。しかし本章では一応刑法一七五条を前提にその解釈論について検討をくわえてみたい。昭和五二年一二月二二日の最高裁第一小法廷判決を契機にして、販売目的所持罪については学界においても議論がおこなわれたが、⁽²⁾ 頒布、販売、公然陳列の各罪については、教科書における叙述をのぞいて、学界での研究はほとんどないといつてよいくらいである。おそらくその理由は、刑法一七五条をめぐる議論が「猥褻概

念」に集中しているからなのであろう。そこで、本章では考察の対象を頒布、販売、公然陳列の各罪に限定し、その素材を判例にもとめることにしたい。判例の検討にあたっては、大審院の判例、最高裁の判例、そして下級審の判例という順で紹介をおこなない、順次考察をくわえながら問題点を明確にしてみようと考えている。

1 大審院の判例

まず頒布罪に関しては①大正一五年三月五日判決^③があげられよう。事案は壇ノ浦夜戦記と称する猥褻文書を三名の者に配布したというものであるが、判決は、頒布罪は不定多数の人に配布することを要するが多数とは必ずしも数十百または数千数万の人数である必要はなく、配布をうけるべき人が特定されずなりゆき上不特定多数人に配布されることになるようであれば、現実に配布をうけた者が数名であっても頒布罪は成立する、とした。つぎにあげられるのは②昭和一年一月三十一日判決^④である。本件でも、頒布罪は不特定多数に配布することによって成立するとされているが、結果的には刑法一七五条の適用が否定されている。事實は、郵便禁制品を七七〇〇名程度の者にあてて郵便物中に封入して郵便局に差し出しただけにとどまるというものであったが、判決は、いまだそれが相手方に配布されていないことを根拠に刑法一七五条の成立を認めなかったのである。^⑤本判決に対しては、郵便による頒布、販売は間接正犯であり、郵便機関に受けつけられた時点で頒布、販売行為は完了したとみるべきであるので不当であるとの団藤博士の批判があるが、間接正犯(あるいは離隔犯)はここでの直接の検討対象ではないので、このような批判があることを指摘するだけにとどめておきたい。第二は販売罪である。③大正六年五月一九日判決^⑦においては、販売とは不定多数に対しておこなわれる目的をもった有償の譲渡行為をさすとされ、たんに一人に対して一回おこなわれたばあい

であってもその目的をもっておこなった以上販売罪は成立するとされている。さらに④昭和一〇年一月一日判決⁽⁸⁾では、酒代の不足代金五〇銭の代償として猥褻画を酒商に譲渡したという事案について、販売とは不定多衆に対しておこなう目的をもった有償の譲渡行為をさすとし、その目的をもっている以上一人に対する一回の有償譲渡行為であっても販売というに妨げないとされている。最後は公然陳列であるが、⑤大正一五年六月一九日判決は、三〇名の者に対して映画を映写した行為に対して公然陳列罪を適用した。

以上きわめてかんたんに大審院の判例をあげたが、この時点で判例による頒布と販売概念はつぎのように理解することができるであろう。まず頒布とは不特定多数の者に配布することであるが、その際相手方がなりゆき上不特定多数人になりうるばあいには、現実には配布をうけた者が数名であっても差しつかえないことである。つぎに販売とは、不特定多数に対する有償の配布であるが、この際注意すべきことは、たとえ当該行為が一人を相手に一度おこなわれたばあいであっても、不特定多数の者に対しておこなう目的を行為者が有している以上販売といえるということである。この点に関し、団藤博士は、当該概念はその限度において一種の主観的違法要素を含んでいると評されているが、これについてはのちに若干の検討をくわえてみたい。ただ頒布、販売共通の問題点として、なぜ相手方が不特定多数でなければならないのか、さらにそれは不特定かつ多数なのかそれとも不特定または多数なのかは、この時点では明らかにされていなかったということも指摘しておこう。

2 最高裁の判例

大審院時代の判例では明らかにされていない問題に解決を与える判決が最高裁の時代に登場することになる。

すなわち⑥昭和三四年三月五日第一小法廷判決は、「不定多衆」とは不定または多衆の意味に解するのが相当である、なぜならば不定人に販売または頒布するときは結局多数人にいきわたるおそれがあるからであると説示した。なお本判決に関連して⑦原判決も紹介しておく必要がある。なぜならば本判決は原判決を肯認するという形式を採用しているからである。原判決では以下のように説示されていた。「およそ、刑法一七五条の猥褻の文書、図画その他の物を販売する罪は、いわゆる風俗を害する罪であつて、性的秩序ともいふべき一定の社会生活上の秩序を維持するため猥褻の文書、図画その他の物を公表することを禁止することを目的とするものであるから、同条にいう『販売』とは、多数人に対する有償の譲渡を建前とし、たとえ少数人に対する場合であつても、相手方が不特定であるときはすなわち公表性を帯びるが故に、これもまた有償の譲渡を禁止する法意と解すべきであつて、所論引用の判例にいう『不定多衆』とは『不定または多衆』の意義に解すべく、これを『不定かつ多衆』と解すべきではない」。この判決の重要な点は、不定多衆の意義を不定または多衆と理解したこと、およびその根拠が刑法一七五条の保護法益と結びつけられて示されたことにあるといえよう。すなわち、判決によれば、猥褻物が公表されることによって社会生活上の秩序が乱される（危険性がある）のでそれを禁止する必要がある。そこで販売行為をして処罰すべきは、本来は多数人に對する有償の譲渡であるべきことになる。そしてこの趣旨からすれば、たとえ相手方が少数であつたとしても不定であるならばやはり公表性を帯びるといふ意味でそれも販売行為に含まされべきである、ということになる。そこで相手方が不特定または多数と理解されることになつた結果、販売行為があるといえるためには相手方が特定多数のばあいも不特定少数のばあいも含まれることになる。そして同時に、相手方が特定かつ少数のばあいには販売罪が論理的に成立しないことが明確にされたといえよう。

つぎに公然陳列について⑧昭和三三年九月五日第二小法廷決定⁽¹³⁾をあげておく。本件事案は、外部から遮断された小部屋で五名の者に対して映画を上映観覧させたものであるが、その客が不特定人のなかからだれかれをとわず勧誘してきたときは結局不特定の者の観覧しうべき状態においたもので公然性を認めることができる⁽¹⁴⁾とされている。ちなみに「公然」性に関しては、⑨昭和三二年五月二日第二小法廷決定⁽¹⁵⁾において、刑法一七四条および一七五条という公然とは不特定または多数の人が認識することのできる状態をいう(原判決 東京高判昭三二・一・二四)⁽¹⁶⁾といさる。

さてこの時点で明確になったことを確認しておきたい。刑法一七五条は「猥褻ノ文書、凶画其他ノ物ヲ頒布若クハ販売シ又ハ公然之ヲ陳列シタル者」と規定しており、公然陳列をのぞく行為すなわち頒布行為ならびに販売行為についてはとくに公然性(不特定または多数人の認識することのできる状態)は要求されていない。そこで文言上は、特定の一人を相手に一度だけの行為がおこなわれたばあいでも頒布、販売行為があったとして処罰されても当然なわけである。すくなくとも規定の文言をすなおに読むかぎりそのような解釈になるはずである。にもかかわらず判例は、⑥⑦判決が示した根拠によって、文言上は要求されていないにもかかわらず、実質的には頒布、販売行為に対しても公然性を要求する解釈を採用していることになるわけである(もともと「頒布」という概念は「広く分けて配り、行きわたらせること」⁽¹⁷⁾とされているので、概念上当然公然性が要求されているといえるのかもしれないが)。以上の考察によって、頒布とは不特定または多数人に対する無償の交付、販売とは不特定または多数人に対する有償の交付、公然陳列とは不特定または多数人に対する観覧の提供という定義が判例によって採用されていることが明らかにされた。なお通説もそのように考えていることも付言しておく。⁽¹⁸⁾そして今一度念のために確認しておくならば、そのよう

な判例の解釈の論理的帰結として、相手方が特定かつ少数人であるときは犯罪の成立が否定されなければならないということである。

3 下級審の判例

ここまで大審院、最高裁の判決を概観してきたが、②判決をのぞいては、すべて犯罪の成立が肯定されていた。ところが下級審においては、犯罪の成立が否定された判決も散見される。そこでつぎには下級審判決を概観するが、まずは肯定判決からみていくことにする。

頒布罪に関しては⑩東京高判昭和四七年七月一日⁽¹⁹⁾があげられようが、そこでは不特定または多数人に対してなす目的のもとに無償交付したばあいには、特定の一人に対して二回の無償交付をしたばあいでも頒布罪が成立すると説示がなされている。つぎに販売については⑪東京高判昭和四五年九月一〇日⁽²⁰⁾があげられよう。判決は「刑法第一百七十五条にいう販売とは、不特定または多数人に対する有償譲渡をいうものと解すべきところ、相手方を不特定または多数人と解する所以は、けだし不特定の人に猥褻文書、凶画を譲渡するときは該文書等は多数の人に行き渡る虞れがあるから公然性を帯びるものというべく、また多数の人に猥褻文書等を譲渡するときは、相手方が特定していても該文書は公然性を有するものと認めざるを得ず、従って、不特定の人に対する猥褻文書、凶画の譲渡も、多数の人に対するそれも、ともに社会生活における性的秩序の保持の必要上、猥褻物の公表を禁遏しようとする右同条の法意に抵触するものと認められるからである。しかし多数であるか少数であるかは、もとより相対的な観念であり、その間に基準を設けることは困難ではあるが、結局、当該規定の法意を勘案し、社会通念に従って決するのほかはない。……

その対象者延九十名という人数は必ずしも多数とはいえないようであるが、刑法第七十五条の法意を勘案し、社会通念に従って観察するときは、右会員に対する本文文書、図画の配布は、それが有償譲渡に当るか否かの判断は次項に譲り、少なくとも販売の概念要素の一つである多数人に対する配布に当るものと解せざるをえない」としたうえで、贖金名義をもって組織会員から全員を徴収し機関紙を配布したばあいには、両者の間に対価関係が認められるならば販売罪が成立するとした。販売を不特定または多数人に対する有償譲渡と解することの根拠はすでに⑦判決で示されていたが、本判決でそれがより明確に示されていること、さらに相対的であるとの留保つきであるが、のべ九〇という数を多数としたことも参考とすることができるかもしれない。ついで、公然陳列に関し三件のケースを紹介する。すなわち、⑫東京高判昭和三三年四月二一日、⁽²¹⁾⑬東京高判昭和三三年七月二三日、⁽²²⁾⑭東京地判昭和三〇年一〇月三一日である。⑫判決は⑧の最高裁決定の原審であり、⑬判決は、⑫判決の事実とある程度共通性を有しているが、不特定多数の客を勧誘し観覧の機会を提供したばあいには、たとえ会員組織のようになかば秘密に会員券を売り会場は外部の人の出入りを許さず、客同志もほとんどわからず、未成年者が入場しなかったとしても公然となされたものであると判示している。⑭判決は、あるショーの実演とともに、猥褻な発声を録音したテープを再生して、三回にわたって各五名、二名、二名の者に聴取されたという事案に関し、公然陳列罪の成立を認めたものである。事実関係が必ずしも明確ではないが、おそらくそのようなショーを業としていたのではないかとも思われ、観覧した者はそれぞれ少数ではあるが不特定の者ではなかったかと思われるケースである。

ついで逆に、犯罪の成立が否定されたケースを概観する。それは公然陳列罪に集中していることが特徴的であるが、販売罪についても否定判決は一件存在している。⑮札幌高裁函館支判昭和三五年一月二二日⁽²⁴⁾では、特定人からその持

参した写真の複製を依頼されてこれを複製し依頼者に複製写真を交付したという事案に關し、当該複製写真を依頼者以外の第三者には交付する意思のなかつたばあいは、たとえ有償で複製しても販売罪には該當しないと判示された。本件では、被告人が不特定または多数者に交付する目的を有していなかつたということが重視されたことは明らかである。⁽²⁵⁾公然陳列罪については否定判決が四件認められる。⁽²⁶⁾広島高判昭和二五年七月二四日⁽²⁶⁾では、外部から遮断された一室で知人または特別の關係のある少数者(二回に分け計一六名)に映画を觀覽させた被告人に対し、いまだ公然陳列したということはできないと判示されている。⁽²⁷⁾名古屋高判昭和二六年一月一四日⁽²⁷⁾でも、外部からのぞき見できな一室で二名の者に映画を觀覽させた被告人に、公然となされた事跡を肯認するにたる証左が十分でないとして無罪が言い渡されている。⁽²⁸⁾福岡高判昭和三八年六月二一日⁽²⁸⁾は、施錠すれば完全に密室となる部屋において知人とその友人計五名の者に対しテープを聞かせ映画を觀覽させた事実を認定したが、本件以前は不特定の人に映写觀覽させたとか、その後もひきつぎ映写觀覽させる意図があつたことが証明されないかぎり、五名程度は公然性の内容としての多数者とも解されないの、結局被告人の行為は密室内で特定少数者に觀覽させたものと判示した。最後に⁽²⁹⁾宮崎地判昭和三九年五月一三日⁽²⁹⁾がある。事案は、外部から遮断された室内で知人三名とその知りあい二名に対し映画を觀覽させたものであるが、裁判所は、右五名の者から被告人が対価をえなかつたしまたその気持もなかつたこと換言すれば対価さええればなんびとにでも見せるといった性質の映写でなかつたという事実認定をしている。そのうえで裁判所はつぎのように判示した。「一般に『公然陳列』とは不特定または多数の者が觀覽することのできる状態におくこと(現実に不特定または多数の者に觀覽させた場合を含むことはいうまでもない)をいうものと解すべきであるが、これを本件についてみるに、前段認定事実によると、被告人の映写は外部からしつ断された被告人方自宅の一室で、

夜間約一時間ひそかに、特定の知人三名と、これらの者と特別の関係ある者二名の限られた少数の者に対してなされたものであるから、現実には不特定または多数の者に観覧させたものでもなく、また観覧させうる状態においたものでもないこと明らかである。……また、五名の員数が『多数』でないと解した点につきふえんに、『およそ多数とは二名以上をいう。』と定義づけられないでもないが、これはすでに、規範概念を即物的に機械的に解する誤りをおかしているのみでなく、かりに右定義を採用するとしても、それは、二名以上の者に観覧させ、またはさせうる状態における『公然』性を充足する場合があるという趣旨（充分条件）であつて、逆に二人以上なら必ず公然性があるとの趣旨に解すべきものでないと考える。いずれにしても本件の場合、前記認定の諸般の事情を総合すると、五名をもつて多数と解するわけにはいかない。」

以上の公然陳列罪が否定された四件の判決にはある程度の共通性がみられる。すなわち、陳列行為がおこなわれた場所が外部から遮断されたいわば密室内であること、観覧した者がある程度特定された少数の者であること（その点少数ではあるが不特定の者から選ばれてきた者に観覧させた②、③判決との相違がみられる）である。その意味では、対象者が特定かつ少数であるばあいには犯罪の成立が否定されるという当初の前提に忠実な解釈がおこなわれている、と評価することができよう。ただ、たとえば④判決において、「その後もひきつづき映写観覧させる意図」なるものがかりになんらかの形で認定され、あるいは、⑤判決においてかりに対価をえていたとするならば、将来なんびとにも見せる意図が認定されたかもしれない、いずれも別の結論がひき出された可能性もあり、必ずしも明確な評価をおこなうこともできないかもしれない。

4 若干の考察

判例によれば、頒布、販売とはそれぞれ不特定または多数の人を相手にする無償、有償の交付、公然陳列とは不特定または多数の人の観覧することのできる状態におくことを意味することが、これまでの考察で明らかになった。頒布、販売については文言上公然性が要求されていないのであるから、特定の一人を相手に一度の無償あるいは有償の交付がおこなわれたとしても、頒布、販売罪が成立すると解釈されても不思議ではないはずである。にもかかわらず判例の解釈によれば、頒布、販売についてもその相手方が不特定または多数人であるとされている。そのように解釈する必要があるとされる根拠についてもすでに明らかにしておいた。すなわち、たとえば⑦判決によれば、刑法一七五条の保護法益である社会生活上の秩序の維持のため猥褻物が公表されることを禁止する必要がある、つまり、それが広く社会にいきわたることを禁止する必要がある。そこで販売罪（ならびに頒布罪）が成立するためには公然性が要求されるというのであった。結局判例によれば、社会生活における性秩序の維持という前提のもとに、それが抽象的にも危殆化されれば処罰が必要である、という論理が提示されているもののように思われる。すでに前章で明らかにしておいたが、私じしんは、刑法一七五条の保護法益を（性的な）社会秩序の維持と理解することには賛成できず、したがってそれを基礎にする判例の考え方には基本的に疑問を抱かざるをえない。しかしここでは私じしんの疑問は度外視し、あくまで判例じしんの論理に基づいて検討を進めていきたい。要するに判例は頒布、販売罪の成立に公然性を要求したのであるから、その前提に忠実な解釈が判例全体を通じて採用されなければならないということになる。

さてその前提の論理的帰結としては、相手方が特定かつ少数人であるばあいには犯罪の成立が否定されるというこ

とを認めなければならぬが、問題は、すでに紹介した諸判決がそのような結論を採用しているか、すなわち判例じしんの解釈として一貫性があるかということである。公然陳列罪の成立が否定された⑬⑭⑮の各判決ならびに販売罪の成立が否定された⑯判決については、結論的にはこのことが守られたと評価されよう。しかし、ここで問題となるのは、③④⑩各判決を代表例とするタイプの判決である。③判決においては販売に関し、たんに一人に対して一回おこなわれたばあいでも「不定多衆に対してなす目的」がある以上、犯罪の成立が肯定され、④判決においても同様のことが述べられ、⑩判決においては頒布に関し、「不特定または多数人に対してなす目的」がある以上、特定の一人に対して二回の無償交付をしたばあいでも、やはり犯罪の成立が肯定されていた。これら三判決では、たとえ相手方が「特定かつ少数」であっても「不特定あるいは多数に対しておこなう目的」があるかぎり犯罪の成立が肯定されているのである。前述のように、⁽²⁰⁾ 団藤博士は、これを一種の主観的違法要素とされているが、判例が「不特定あるいは多数に対しておこなう目的」という言葉で表現していることは、おそらく、当該行為がそのような危険性を有しているということではなからうか。すなわちそれは、「当該行為あるいはそれに付随する事情が、不特定または多数に対しておこなわれる危険をはらんでいるか」、換言すれば、当該行為が、行為者による不特定または多数者に対するさらなる頒布、販売行為を徴表するの⁽²¹⁾か、という意味なのではなからうか、とするならば、これは必ずしも主観的違法要素と理解する必要はないように思われる。

そこで、特定かつ少数の者に対しておこなわれたにもかかわらず、その行為が、不特定あるいは多数人を相手にする行為者の将来における行為を徴表するものであると認定して犯罪の成立を肯定することは是非が問われなければならないであろう。このような観点から、今一度、③④⑩の各判決を吟味する必要があるように思われる。まず③判決

であるが、⁽³²⁾事実関係が必ずしも明確ともいえないが、写真業者である被告人がMの依頼に依じてある女性の裸体を写真撮影しその写真を完成のうえMに販売したというものである。裁判所は、被告人が過去において同種の行為をおこなったことがあるとか、将来それをくり返す可能性があると、いうようなことを一切吟味もせず、上記の事実を認定しただけで「不定多衆に対してなす目的」の存在を唐突に認定しているのである。つぎに④判決の事実、被告人が酒商S方において飲酒した際に飲酒代金の不足分である五〇銭のかわりにその有していた猥褻画を一枚置いていったというものである。ここでも「不定多衆に対してなす目的」を認定する根拠となったと思われる資料はみあたらない。⁽³³⁾すくなくともこの二件についていえば、特定人に対するその一度の行為によって、さらなる、不特定または多数人に對する行為の存在の危険性は認定することはできないのではなからうか、にもかかわらず、どのような証拠をも示さず「不定多衆に対してなす目的」を認定し、犯罪の成立を肯定する態度には疑問があるといわなければならない。それでは⑤判決はどのように評価することができるだろうか。事実の概要は、被告人がSに対してある猥褻写真集を無償交付したというのであるが、その写真集は、被告人がNからたのまれて、自分の分をも含めて三〇〇部を印刷会社に依頼して作成したものの一部であったというものである。この事実以外にも、さらに、被告人がパチンコ店員に八ミリの猥褻フィルムを賃貸したいと申し出たことがあること、そのパチンコ店に来るときはいつも猥褻本、春画などを入れた鞆を携帯していたこと、前出のパチンコ店員が、他の店員も被告人が猥褻物を売りに来たといっているのを聞いたことがあると述べていること、さらに、被告人がSに対して交付したものと同種のもをKにも販売していることなどの事実が認定され、これらの諸事実によって、被告人に猥褻图画を不特定または多数人に対して交付する目的があったとされるのである。私は、本件に関しては、当該行為じたいは特定の一人に対する一度の交付行為

にすぎないが、当該行為ならびに付随する諸事情から「不特定または多数人に対しておこなう目的」すなわち不特定または多数人に対しておこなわれる危険性を認定することは可能であり、その意味で判決の結論は首肯しうるのではないかと考える。

5 本章の結論

本章では刑法一七五条によって処罰される行為のうち、頒布、販売、公然陳列の各行為をめぐる判例理論を考察対象としてとりあげた。判例理論によれば、これらすべての行為が成立するためには「公然性」が要求される。それは、刑法一七五条の保護法益を社会秩序の維持に求める判例の立場からは、ある意味では、必然的に導かれる論理であるかもしれない、そのかぎりではうなづけないわけではない。しかしいったんそのような前提が採用されたならば、その論理は貫徹されるべきであろう。ところが判例のなかには、特定かつ少数人が相手であって犯罪の成立が否定されるべきであると思われる事案であるにもかかわらず、「不特定または多数人を相手におこなう目的」を安易に認定しその結果公然性を肯定し、有罪判決を維持するものがみうけられる。そのような判決の存在は、判例の論理の実践の過程での一貫性を疑わせるものといえよう。この点については、今後の判例の動向に着目して、さらに検討を深めていく必要があるであろう。

さて以上の考察によって判例がかかえている問題点を解釈論的アプローチによって明らかにしてきた。そこで最後にこの時点で私見についてもいささかふれておきたい。前章の結論において述べておいたように、⁽³⁸⁾私じしんは、猥褻物を欲する者の権利は憲法二一条の保障する表現の自由のカテゴリーにふくまれており当然憲法上の保護をうけるべ

きである、と考えている。この考え方は、猥褻物頒布、販売行為の法的規制というシステムのなかにどのように組み込まれるべきであろうか。本章で取り扱ってきた概念を用いて、結論的に示すならば、頒布、販売行為の相手方が特定しているばあいには、たとえその数が少数であろうと多数であろうと法的規制は許容されないということになる。この際、特定という概念は「猥褻物を欲している」という意義で用いている。逆に、たとえ頒布、販売の相手方が一人であっても、その者がその物を欲していないばあいには法的規制が許容されるということになるであろう。念のため公然陳列について付言するならば、「不特定」の人のなかに当該猥褻物を欲しない者がふくまれているかぎり、法的規制は当然許容されることになる。ところで以上のような私見は現行一七五条の解釈から導くことができるであろうか。おそらくその答はいなとせざるをえないであろう。結局それは、新しい猥褻概念を設定することをふくめて、新しい立法によってのみ実現可能であるといわなければならないと思われる。

(1) 本論文二一九頁以下。

(2) 本判決に関連して以下の判例研究がある。亀山継夫 研修三五五号、宮沢浩一 ジュリスト六五九号、中山研一 判例時報八八六号(判例評論二三三三号)、藤尾彰 捜査研究二七巻五号、羽山忠弘 警察公論三三巻十号、森下 忠 ジュリスト昭和五三年度重要判例解説、岩井宜子『刑事判例評釈集三八―三九巻』。

販売目的所持罪というのは一種の予備罪ではないかと思われるが、私見によればそのような行為の処罰の妥当性にはきわめて疑問がある。

(3) 大審院刑集五巻二号七八頁。

(4) 同 一五巻一号六八頁。

(5) ただし旧郵便法四六条の成立は肯定された(郵便禁制品ヲ郵便トシテ差出シタル者ハ五百円以下ノ罰金又ハ科料ニ処シ其ノ物件ヲ没収ス)。

- (6) 団藤重光『注釈刑法(4)各則(2)』(昭和四〇年)有斐閣二九一頁。
- (7) 大審院刑録二三輯四八七頁。
- (8) 大審院刑集一四卷一九号一一六五頁。
- (9) 大審院刑集五卷七号二六七頁。
- (10) 団藤重光『刑法網要各論改訂版』(昭和六〇年)創文社三二二頁。
- (11) 刑集一三卷三号二七五頁。
- (12) 東京高判昭和三年三月三一日 高等裁判所刑事裁判特報五卷四号一四七頁。
- (13) 刑集一二卷一三号二八四四頁。
- (14) たとえ不特定人のなかから無作為に勧誘したとはいえ勧誘された時点では「特定」されたとは考えられないのであろうか。判例がいう「特定」とはどのような概念なのであろうか。
- (15) 刑集一一卷五号一五二六頁。
- (16) ⑥判決については吉川由起夫『最高裁判所判例解説刑事事編 昭和三四年度』九七頁、⑧判決については竜岡資久『最高裁判所判例解説刑事事編 昭和三三年度』五八〇頁、宮崎昇 警察研究三一巻一〇号九七頁、⑨判決については吉川由起夫『最高裁判所判例解説刑事事編 昭和三三年度』二六六頁にそれぞれ判例評釈がある。さらに諸澤英道「猥褻文書」『判例刑法研究7』(昭和五八年)有斐閣三三八頁参照。
- (17) 『岩波国語辞典』第四版(昭和六一年)九二五頁。
- (18) なお植松博士は、頒布とは「不特定または多数の者に対し、販売以外の方法で交付すること」であり、たとえば有償であっても貸貸は販売でなく頒布にあたることされている。植松正『刑法概論II各論 再訂版』(昭和五〇年)勁草書房二〇五頁。
- (19) 判例タイムズ二八八号三八一頁。
- (20) 高刑集一一卷四号三五三頁。
- (21) 東京高等裁判所判決時報九卷四号一一九頁。
- (22) 高等裁判所刑事裁判特報五卷八号三四五頁。
- (23) 判例時報六九号二七頁。

- (24) 高刑集一三卷一号四三頁。
- (25) ダビング機器を店舗に設置したうえ、客の持ち込んだ生テープに有償で自己の猥褻ビデオテープ等を転写して交付し、または客の持ち込んだ猥褻ビデオテープ等を転写して交付した行為が販売にあたるとした判決がある。大阪地裁堺支判昭和五四年六月二二日判例時報九七〇号一七三頁。
- (26) 高等裁判所刑事判決特報一二号九七頁。
- (27) 判例大系三三・一四五頁。
- (28) 福岡高等裁判所刑事判決速報八九七号。
- (29) 下刑集六卷五・六号六五二頁。
- (30) 本論文一五九頁。
- (31) この点につきより詳細はつぎの論文を参照。中 義勝「主観的不法要素について」本論集三七卷五・六合併号一六五頁。
- (32) 大谷教授は(3)判決を評して、反覆する意思を業務上過失の場合の業務概念と同様に解する根拠が明らかにされるべきであり、否定的に解しうるのではなからうか、とされていたが、『別冊法学セミナー基本法コンメンタール刑法』初版(昭和四五年)一五九頁)、現在その論述部分は削除されており(三版(昭和六一年)一八七頁)おそらく改説されたのであろう。
- (33) もっとも被告人は、この行為の約六ヶ月後にMに対して同種の猥褻画を一枚一円で販売しており、これらが包括一罪とされている。
- (34) 三〇〇〇部のうち被告人じしんの分として印刷を依頼したのが何部であるかは不明である。
- (35) 本論文一四四頁。

四 む す び に

以上、猥褻物の規制許容性と規制対象となる行為についての考察をすすめてきたが、第一のテーマについては専門外かつきわめて困難な問題であり、第二のテーマについては従来あまり研究されていない問題であるということから、

その考察には思わぬ独善がひそんでいるかもしれない。いずれにしても、私じしんの今後の研究によってその欠陥を補なっていきたいと考えている。

また第二論文で課題として残しておいた、客観的、具体的な猥褻概念の設定という問題があるが、本稿ではまったくふれることができなかった。いずれ将来の機会にこの点についても検討しなければならぬと考えている。

(平成元年八月脱稿)