

猥褻概念の再検討

——主に米連邦最高裁判決を素材にして——

武 田 誠

目 次

- 一 はじめに
 - 二 猥褻の概念と猥褻物の規制根拠
 - 1 ヒックリン判決
 - 2 ロス判決
 - 3 メモワール判決
 - 4 ミラー判決
 - 5 パリ・アダルトシアターI判決
 - 三 若干の検討
 - 1 猥褻の概念について
 - 2 猥褻物の規制根拠について
 - 四 むすびに
- 一 は じ め に

「刑法一七五条にいはゆる猥褻とは、徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、且つ通常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こと⁽¹⁾をいう」。

この定義に従い、ある物が猥褻物にあたるか否かは、「社会における良識すなわち社会通念」によって判断されるものであり、さらに「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」。判例によると、ごく簡潔に言えば、「猥褻物」は以上の操作を経て決定されることになろう。

他方、我が国の学説の大勢はどのようなものであろうか。もちろん諸家によってそれぞれニュアンスは異なろうが、刑法一七五条の構成要件については、これを代表的な規範的構成要件であると理解し、かつ猥褻の定義については、概ね上記の判決のそれを踏襲するものようである。この結果、「猥褻の概念に対する評価や解釈は、その準拠すべき、刑法以外の法律規範を見出せない以上、いわゆる条理とか社会通念によって、その意義内容を確定しなければならぬのである。このように、構成要件のもつ規範的要素としての猥褻の概念は、法意識の社会的平均値という抽象的・流動的評価基準をもととして、もっぱら裁判官の規範的認識活動にもとづくほかはないのである。構成要件の規範的要素を判断する場合には、その法解釈の結論は一般人に予測できず、その論理的推論にも客観性が認められない。したがって猥褻の概念に関する刑法的評価には法的安定性が乏しく、他の規範的構成要件と同様に、その運用いかんによっては罪刑法定主義に反する危険性もある⁽²⁾」ということになるのである。

さらに、猥褻物をめぐる問題においては、その定義とならんで、その保護法益についての議論も存在する。我が国の判例によれば、「性行為非公然性の原則」を中核とするところの「善良な性風俗の維持」が、刑法一七五条における保護法益であると考えられているようである。しかしながら、この概念とても非常に曖昧なものであり、その分析

を困難ならしめている。

ここで改めて述べるまでもなく、我が国の刑法学は圧倒的にドイツ刑法学の影響下にある。刑法一七五条の解釈においても当然この例外にあるわけではない。しかしながら、刑法一七五条は、上述の判例・学説のような方法でしか解釈できぬものであろうか。

ここで筆者は、従来より行なわれている考察方法から一度離れて、その法体系を異にする英米法における猥褻物をめぐる議論に注目したいと考える。そして英米法における、ドイツ法とは全く異ったアプローチによって、この問題を考察してみたい。従って本稿は、従来行なわれているような、刑法一七五条をめぐる我が国の判例や学説の分析という形式を敢えて採用せず、むしろ我が国の議論に対する「外在的批判」を行うともいうべき意識をもってその叙述を進めていきたいと考えている。このために本稿では、諸学説ならびに数多くの判例についての分析検討がきわめて不十分なものとなろうが、このことは筆者自身強く意識している点でもあり、今後の研究テーマとして留保しておきたい。⁽³⁾

以上簡単に述べた問題意識に従って、本稿においては、まず英米法における猥褻物をめぐる議論⁽⁴⁾について、猥褻の定義、猥褻の規制根拠の点について、主に米連邦最高裁の判例を一つの資料として提示し、ついでこれらの資料を基盤として現在筆者が考えていることを述べてみたいと思う。

(1) 最大判昭和三二・三・一三 刑集一一卷三号九九七頁。

なお本稿執筆中に新たに最高裁第二小法廷において「四畳半襖の下張」事件等の判決が出された(昭和五五・一一・二八判例タイムズ四二六号四九頁以下)。本判決については本稿のむすびにおいて若干の検討を加えてみたい。

(2) 大野真義「刑法一七五条にいう猥褻概念と規範的評価」(「阪大法学」一〇三号(昭和五二年))一〇三頁。

- (3) 特に本稿ではドイツの議論に関しては全く触れていないが、西ドイツの議論については宮沢教授の研究が存する。宮沢浩一「現代社会相と内外刑法思潮」刑事法論集第二巻(昭和五十一年)三三三頁以下。
- (4) この点については既に次の諸論文が存する。

田中久智「文芸裁判と猥褻の概念——猥褻概念の歴史的・社会的考察——」(「刑法雑誌」一六巻一号(昭和四六年))、芝原邦爾「わいせつ出版物等の規制に関する判例の変遷——アメリカ連邦最高裁におけるロス判決からスタンリー判決まで——」(「刑法の社会的機能」(昭和四八年)所収)、大谷実「イギリス猥褻法の行方」(「刑法改正とイギリス刑事法」(昭和五〇年)所収)。

本稿の叙述も、これらの諸論文と重複するところがあるが、本稿が「資料」を提供するという意図をもってのことと、筆者自身の確認のために、敢えて以下に示す次第である。なお筆者が参考にした文献については、それぞれの箇所において示しておいたが、アメリカにおける猥褻問題の展開については次の書籍に負うところが大きかった。F. Schauer "The Law of Obscenity" (1976) (The Bureau of National Affairs, Inc. (Washington, D. C.))

二 猥褻の概念と猥褻物の規制根拠

本章においては、先述の問題意識に従って、英米における諸判決を紹介することによって、英米法における猥褻物規制の問題の展開を概観してみたい。ここではまず猥褻の定義に関する判決の変遷からみてみよう。

1 ヒックリン判決

現代の理論に関連する限りにおいて、英米法における猥褻物規制の歴史を概観すると、イギリスにおけるヒックリン判決⁽¹⁾、ならびにそれに先立つカムベル法の制定⁽²⁾にさかのぼるとされている⁽³⁾。

このヒックリン事件は、ある小冊子の猥褻性が、青少年の品行を墮落させ、もしくは、よく調和のとれた精神の持主に備わっている通常の礼節の感情にショックを与える文書を禁止するカムベル法に基づいて争われたものであ

った。女王座裁判所 (Court of Queen's Bench) の首席裁判官ロックバイン (Cockburn) は以下のように判示した。「猥褻性のテストは、猥褻として非難されている物の傾向が、このような出版物を手に入れるかもしれず、そしてこのような不道徳な影響を受けやすい心を持つ人々を墮落・腐敗させるものであるか否かということにある」⁽⁵⁾。

このヒックリン原則は出版物の猥褻性の判断基準として、次の二つの特徴を備えていたと理解されている。

(1) 文書の一部でも猥褻であれば、その文書全体が猥褻であるということになる——部分猥褻の原則。

(2) 文書の猥褻性が、感受性の強い人々、すなわち未成年者や性的に敏感な人々に与える効果を重視して判断される。

この二つの特徴を有するヒックリン原則は、後にアメリカではロス判決によって否定されることになるのであるが、以後の英米の猥褻概念に非常に大きな影響を及ぼしたといえよう。⁽⁶⁾

(1) Regina v. Hicklin, [1868] L. R. 3. Q. B. 360.

(2) Lord Campbell's Act (1857).

(3) Norman St. John-Stevans "Obscenity And The Law" (1956), (Secker & Warburg (London)). なお筆者が所持している本は Da Capo Press 社 (New York) から一九七四年に出版された複製版である。

(4) "The Morality of Romish Devotion or the Confessional Unmasked" と題されたこの小冊子の第二版は (初版に削除・修正が施されているらしい) そのコピーが大英博物館に所蔵されているというところである。(註(3)掲記書六九頁)

(5) The test of obscenity is whether the tendency of the matter charged as obscenity is to deprave and corrupt those whose minds are open to such immoral influences and into whose hands a publication of this sort may fall.

(6) イギリスでは一九五九年に猥褻物出版法 (Obscene Publication Act) (一九六四年に改正法) が制定されているが、その定義によると、「本法の目的に照らし、ある出版物の影響あるいは (その出版物が二つあるいはそれ以上の項目を含む場合は) それらの項目のいずれかの影響が、あらゆる状況にかんがみ、それらの出版物に含まれるいは表わされている事柄を読んだり、見たり、聞いたりするであろう人々を、全体として、墮落・腐敗させる傾向を有する場合には、当該出版

物は猥褻であると考えられる」と規定されている。少なくともこの部分だけをとらえれば、イギリスにおいてはヒックリ原則からの脱却が必ずしも行なわれていないといえようか。Smith and Hogan "Criminal Law" 4th. ed. (1978) p. 691. (Butterworth, London)

但し、この制定法の大きな特徴は「公益の抗弁」の条項(四条)を含んでいることであるとされている。「当該出版物が、科学・文学・芸術・教育その他の利益を有するという根拠に基づき、公益のために正当化されることが証明される場合には、本法二条に対する罪の科で、ある人間は有罪判決を受けるものではない」。大谷実「イギリス猥褻法の行方」一一八頁。

2 ロス判決

イギリスのヴィクトリア王朝道徳の影響を反映したヒックリ原則からの脱却が、アメリカで行なわれたのは、ようやく一九五七年になってのことである。

すなわちアメリカ合衆国連邦最高裁判所の猥褻物規制の合憲性に関する判例の歴史は、事実上この年の六月二四日に判決されたロス事件⁽¹⁾⁽²⁾に始まる。

被告人ロス⁽³⁾は、連邦制定法に違反したかどでニューヨークの地方裁判所で有罪判決を受け、さらにその有罪判決は、連邦第二巡回裁判所によって確認された。そこで被告人は、当該制定法の合憲性を争って連邦最高裁に上告した。

ブレナン(Brennan)裁判官によって述べられた法廷意見は原審の判決を確認したのであるが、以下に本判決の重要部分を順を追って挙げてみよう。

「猥褻物は、言論・出版の自由によって保護されるものではない」。「言論と出版に与えられる保障は、人民によって望まれる政治的ならびに社会的変革をもたらすための足かせのない思想の交換を保証するために作られたものである」。「ほんのわずかばかりでも埋め合わせのできる社会的重要性を有するようなあらゆる思想は、——たとえそれら

が、異端的な思想、問題のある思想、世論の圧倒的多数によって忌避されるものであっても——それらがより重要な利益を侵害するという理由で排除されるものでない限りは、十分な保護を受けるのである。しかし修正第一条の歴史において明白なことは、猥褻物が、埋め合わせのできる社会的重要性を全く欠くものとして、排除されてきたということである」。

「しかし性と猥褻とは同義語ではない。猥褻物とは、好色的興味をそそらせるように性を扱うものことである。芸術・文学・科学的諸作品における性の描写は、それだけでは、その物に対する憲法上の言論・出版の自由の保障を否定する十分な根拠となるものではない」。「それゆえに、猥褻性を判断する基準は、性を好色的興味に訴える方法で取り扱っていない物に、言論・出版の自由の保障を与えるというものでなければならぬ。猥褻性に關する以前の基準は（ヒックリン・テストを指す——筆者註）、特に感受性の強い人々に対して部分的な抜粹によって与えられる影響によってその物が判断されることを許容した。この基準はアメリカのいくつかの裁判所によって採用されたが、これは拒否され、次のテストに代えられる。すなわち——平均的な人間にとって、現代社会の基準に照らし、その物の支配的なテーマが全体として好色的な興味に訴えるものであるか否か⁽⁴⁾」。「ヒックリン・テストは、最も感受性の強い人々に対する部分的な抜粹の影響によって猥褻性を判断するものであり、適法に性を取り扱う物をも包含し兼ねず、従ってそれは言論・出版の自由に対する違憲な制限として否認されなければならない」。

首席裁判官ウォレン（Warren）は、結論は多数意見に賛成したが、その理由づけは異っている。「審理されるべきは本ではなくて人である。被告人の行為が問題になるのであって、ある本や写真の猥褻性が中心的な問題になるのではない。もちろん、その物の性質（内容）は被告人の行為の屬性として重要ではあるが……」猥褻であるか否か

は「好色的な効果を持つ物を欲しがる人の欲求につけ込んで金もうけを企むという商売人の悪辣な行爲があるか否かにかかっているのである。⁽⁵⁾

これに対し、ハーラン (Harlan)、ダグラス (Douglas)、ブラック (Black) の三裁判官は反対意見を述べているので、それらを簡単にながめておこう。

ハーラン裁判官によれば、猥褻文書の規制については、連邦と州により憲法上の異なる制約があり、⁽⁶⁾連邦法の規制対象は「端的な春本」に限られるが、本件で問題になった物は、それに該当しないとす。

ダグラス、ブラック両裁判官は、猥褻な表現は修正第一条の保障外にあるという多数意見の前提自体に反対する。すなわち、猥褻物も、他の表現と同様、何らかの違法行爲と密接な関係があると認められない限り、それを規制することは憲法上許容さるべきではないとするのである。⁽⁶⁾

ロス判決の要は以上のとおりであるが、その意義は次の点に認められよう。

まずヒックリン・テストを拒否したこと。すなわちヒックリン・テストによる部分的猥褻判断を「全体的考察」に、感受性の強い人々という判断基準を「一般的平均人」に変更したことにある。

次に、「言論」を憲法上保護されるものと、そうでないものとに分ける「二段階論」⁽⁹⁾を採用していること。すなわち本判決によると、問題になった物が、提示された猥褻の基準に合致すると判断されれば、それは直ちに憲法上許容されない言論であるから、当該物件が有しているはずの社会的害悪の有無であるとか、またはその猥褻物を規制する根拠等について、裁判所は言及する必要はないということになる。

この後、連邦最高裁の判決は、このロス判決における基準を基礎として進んでいくのであるが、「好色的興味に訴

えるものであるか否か」を中核とする判断基準は必ずしも精確ではなく、次第に修正を受けていくことになる。⁽¹⁰⁾

- (1) *Roth v. U. S., Albers v. California* 354 U. S. 476 (1957).
- (2) もっともこのロス判決の少し前に、ヒックリン原則を批判した判決が現われている。Butler v. Michigan, 352 U. S. 380 (1957). 被告人バトラーは、ある警官に、青少年の道徳を腐敗させる傾向のある言葉を含む書籍を販売したかどで（ミシガン州法三四三条違反）下級審において有罪判決を受けたのであるが、連邦最高裁は、原審の有罪判決を破棄した。フランクファーター裁判官は原審の判断を評して、「それはローストポークを作るために家を焼くようなものである」とし、「ミシガン州法は、結局子供が読むのに適当な本のみを同州の成人に読ませる結果を導く。従って当該法は、自由社会の維持と発展のために不可欠の条件であると歴史が証明してきた、そして現在では修正第一四条のデュー・プロセスの中に安置されている。個々人の自由一つを恣意的に縮少するものである」と述べている。
- (3) 18 U. S. C. § 1461. 一四六一条は、猥褻な、あるいは犯罪を誘発するような物を郵送する罪を規定している。この条項はかなり長文なもので訳出することは省略するが、要約すると、いわゆる猥褻物は郵送禁制品であり、それに違反した場合は、初犯の際には五千ドル以下の罰金または五年以下の拘禁刑、もしくはこれらの併科、再犯以上の際には一万ドル以下の罰金または一〇年以下の拘禁刑、もしくはこれらを併科すると規定されている。ちなみにこの法律は、その制定のために運動し、その後郵政省の特別代理人となり、絶大な権力を奮って検閲を行ったといわれるコムストック（A. Comstock 1844~1915）の名を冠してコムストック法と呼ばれている。
- (4) whether to the average person, applying contemporary community standards, the dominant theme of the material taken as a whole appeals to prurient interest.
- (5) ウェレン裁判官のこの考え方は、猥褻性の有無を物の内容のみならず、物の置かれた状況との関係で判断するもので、pandering rational person 一種の「相対的猥褻概念」であるが、後述するギンズバーク事件でより明確にうち出されることになる。
- (6) ハーラン裁判官は同時に判決されたアルバート事件においては（それが州法違反の問題であるので）多数意見に賛成してゐる。
- (7) “hard-core pornography” しか（この）ではハード・コア・ポルノグラフィとは如何なるものを意味するのかは明らかに

されてはいない。後にステュワート裁判官はジャコベリス事件において「私はそれを定義することはできないが、それを見ればわかる」という有名な発言をすることになるが、これはステュワートのカサブランカ基準ということでマスコミにおいて評判になった。

(8) ダグラス裁判官の見解については後で少し詳しく述べてみたい。

(9) “two-level approach”

(10) ここでは次のメモワール判決に至るまでの諸判決のうち二つだけを挙げておこう。

- (i) *Manuel Enterprises, Inc. v. Day*, 370 U. S. 478 (1962). ハーラン裁判官によって書かれた法廷意見は、「好色な興味に訴えるか否か」という要件に、「明白な「いやむ」(patent offensiveness)」という要件を加えるべきだとした。
- (ii) *Jacobellis v. Ohio*, 378 U. S. 184 (1964). ロス判決では憲法的に許容されない言論を選別するための理論づけにすぎなかった「埋め合わせのできる社会的重要性を全く欠く」という要件が、本判決では、猥褻定義の独立の要件として採り入れられることになった。

3 メモワール判決

一九六六年三月二一日のメモワール判決⁽¹⁾は、ロス判決およびその後の諸判決において展開された猥褻の概念を再定義して一応完成させたものであるとされている。本判決は、一般に「ファニー・ヒル」と呼ばれているジョン・クレランドの小説が問題となったものである。

マサチューセッツ州裁判所は、その州法 (Massachusetts General Laws, Chapter 272, Section 28 B-28 H) に基づいて当該出版物が猥褻であり、言論・出版の自由の保障を受けるものではないと判示した。さらに二審の Supreme Judicial Court は、ロス・テストを適用して判決を下したのであるが、その際に、当該文書に全く社会的価値がないわけではないことを認めながらも、当該文書の支配的テーマが性における好色的な興味に訴えるものであり、

明白にいやらしい方法で表現・描写がなされているならば猥褻であると判断しようとして第一審判決を確認した。

連邦最高裁における法廷意見は、ウォレン、フォータス (Foras) 両裁判官の同意を得て、ブレナン裁判官によって書かれたものである。

猥褻の定義はロス判決によってなされたが、「それは、その後の諸判決によってさらに磨きをかけられ、以下の三つの要件のすべてが充足されねばならない。すなわち、(a)その物の支配的なテーマが全体として、性における好色のな興味に訴えるものであること、(b)その物が、性的事項の描写・表現に関する現代社会の基準に違反するがゆえに、明白にいやらしいものであること、(c)その物が埋め合わせのできる社会的価値を全く欠くものであること、が確定されねばならない」⁽²⁾。

このメモワール・テストの意義は、単にロス・テスト以後の猥褻の定義を整理、明確化したことにとどまらず、上述の三つの要件がそれぞれ独立して適用されるべきだとしたことにある。従ってたとえ三要件の内(a)、(b)の両要件が充たされている場合であっても、(c)の要件が充たされない場合には、すなわち、埋め合わせのできる社会的価値がわずかばかりでも存するならば、当該物件は猥褻物とは判断されないことになるのである。つまり判決が述べているように、「当該文書の社会的価値は、その好色のな興味や明白ないやらしさと衡量されることもないし、また相殺されることもない」ということになり、猥褻性と社会的価値とを比較衡量しない絶対的猥褻概念が、メモワール・テストによって採用されたということになる。⁽³⁾

かようにしてメモワール・テストによれば、規制が可能なのは全然価値のない物に限られることになり、その社会的影響は非常に大きく、以後アメリカでは「ポルノ雑誌」の氾濫がみられることになる。⁽⁴⁾

(1) A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Attorney General of the Commonwealth of Massachusetts, 383 U. S. 413 (1966).

なお同日にギンズバーグ判決、*シシキ* 判決がなされているが、ここで両判決を簡単に紹介しておこう（法廷意見はフナニによる）。

(f) *Ginzburg v. U. S.*, 383 U. S. 463 (1966).

本件は被告人ギンズバーグが出版した三冊の書籍を、郵送という方法で販売・宣伝したことが前述のコムストック法に触れるとして起訴されたものである。問題となった本の一冊は性教育や、精神治療的に価値のあるもので、端的な春本とは認めがたいものであったということである。しかしながら連邦最高裁は、それらが特定の者（例えば医師等）に販売されたものではなく、煽情的な方法で宣伝、販売された（被告人は当該書籍を最初は、ペンシルヴァニア州の *Intercourse* や *Blue Ball* という郵便局から発送しようとして試みたがこれに失敗し、結局ニュージャージー州の *Middlesex* から郵送した。宣伝のチラシには「許容される最大限まで性的率直さを追求」と書かれてあったり、また「当局の検閲により本書が到着しなかった場合には代金払戻し、無条件保証」と書かれたチラシも入っていたということである）という点に着目し、被告人の行為は「顧客の興味をそそるために公然と広告した出版物を供給する商売」(*pandering*)であるとし、このような場合には、猥褻性の判断には、当該出版物の置かれた状況を考慮に入れることが重要であるとして、被告人の有罪を認めた原審の判決を確認した。

(g) *Mishkin v. New York*, 383 U. S. 502 (1966).

被告人はサド・マゾを扱った書籍を出版したことでニューヨーク州法により有罪とされていたのであるが、被告人はかような物は平均人の好色的興味に訴えるものではないから、猥褻の要件を欠くと主張した。これに対して連邦最高裁は、当該文書が特定グループの者に頒布された場合には、全体としての文書の支配的なテーマが、そのグループの人々の好色的興味に訴える場合には、ロス・テストの要件を充たすとした。

(2) (a) the dominant theme of the material taken as a whole appeals to a prurient interest in sex.

(b) the material is patently offensive because it affronts contemporary community standards relating to the description or representation of sexual matters.

(c) the material is utterly without redeeming social value.

(3) 阪本昌成「わいせつ物規制に関する日米の比較法的考察」〔判例タイムズ〕四二二(号)一五一—一六頁。

(4) 一応「ハード・コア・ポルノグラフィ」が考えられるのではあるが、判決は(a)(b)の要件が充たされ、最小限度の社会的価値しか見出し得ない場合には、当該文書の製作・販売・宣伝等の状況が重要な意味をもち、もしそれが好色の興味に訴えるために商業的に利用された場合には、「埋め合わせのできる価値が全くないと判断しうる(いわゆるパンダリング理論)」としており、ハード・コア・ポルノグラフィ以外でも猥褻と判断される余地はあることになる。

(5) ゲイ・タリーズ「汝の隣人の妻」(下) (山根和郎訳) (昭和五五年) 一三〇頁。

4 ミラー判決

連邦最高裁がメモワール・テストを表明した影響は大きかった。現実的には前述したように、ポルノ雑誌の氾濫という社会現象を生み出すことになったし、裁判所内部においては、メモワール判決自体が既に示していたように(メモワール・テストは実際上は三人の裁判官の plurality opinion にしすぎないものである)、その後猥褻概念についての真の意味での多数意見は構成されず、見解の分裂状態が続くことになってしまったのである。

そしてこの分裂状態に終止符がうたれるのは一九七三年六月二日であった。当日連邦最高裁は、猥褻物関係の判決を五つ下したのであるが、その内二つの判決が特に重要である。その二つの判決とは、ミラー判決⁽²⁾、パリ・アダルトシアターI判決⁽³⁾であり、前者は猥褻の再定義、後者は猥褻物の規制根拠につきそれぞれ論じたものである。ここでは、もっぱらミラー判決について論じてみたい。

「成人向け」出版物の通信販売業者である被告人は、雑誌販売の大きかりな郵送キャンペーンを行った。しかし要求もしないのにその宣伝のパンフレットを送りつけられた者の告発に基づいて、被告人はカリフォルニア州刑法違反

のかどで起訴された。被告人は第一審の陪審裁判において有罪判決を受け、第二審(Supreme Court of California)もこの有罪判決を確認した。これに対して被告人は、この有罪判決が合衆国憲法修正第一四条、修正第一条に違反するものだとして連邦最高裁に上告を行った。法廷意見を述べたのは首席裁判官バーガー(Burger)であるが、以下はその大要である。

猥褻な文書の宣伝が、それを望んでいない顧客の感情を害したり、青少年をそれらの物にさらすという重大な危険性を伴う場合には、各州は当該猥褻文書の宣伝や展示を禁じる法的利益を有するということは当裁判所の確認しているところである。現在我々は、修正第一四条を通じて各州に適用されうる修正第一条を侵害することなく、ある州が規制を加えうる猥褻物を確定するために使用さるべき基準を定義するように求められている。

我々は過去において、ロス・テスト、メモワール・テストという試みを経てきたのであるが、その後当裁判所の多数意見は、各州の警察権力の下での規制に服する猥褻文書の概念を決定するための一つの基準というものを構成できずに今日に至ってしまっている。本件は、三段階のメモワール・テストとほとんど同一であるカリフォルニア州刑法三二一条に基づくものである。しかし今やメモワール・テストはその主張者⁽⁵⁾によってさえも実行不可能なものとして放棄されてしまったものであり、また当裁判所のいかなるメンバーも今日メモワール・テストを支持するものではない。

猥褻物が修正第一条によって保障されないということは、当裁判所によって無条件に確認されてきている。しかし、表現の自由を規制する試みにつきものである危険性に鑑みて、猥褻物を規制することを企図する各州法には慎重な制限が附されるべきである。結論的に我々は、かような規制の許容される余地を以下のように限定する。すなわち、事

実の認定者⁽⁶⁾にとつての基本的なガイドラインは、次のとおりである。

(a) 当該作品が、全体として、好色の興味に訴えているということを、「平均人が現代社会の基準に照らして」、認めるか否か。⁽⁷⁾

(b) 当該作品が、明白にいやらしい方法で、適用される州法により詳細に定義された行為を、描写しているか否か。⁽⁸⁾

(c) 当該作品が、全体として、まじめな文学的、芸術的、政治的、または科学的価値を欠いているか否か。⁽⁹⁾

我々は、憲法的な基準として、メモワールの「埋め合わせのできる社会的価値を全く欠く」というテストをもはや採用しない。そして上述のような限定がなされた以上、猥褻物を規制する各州法は修正第一条を侵害するようなことではない。ここで各州にとつての規制の図式を提示することは我々の任務ではなく、専ら各州の具体的な立法努力を待つべきことではあるが、本判決において表明された(b)の部分における規制にとつて、ある州法が定義しうるものの若干の簡単な例を我々が提示することは可能である。

(a) 正常なものであれ、変態的なものであれ、また実際的であれ、仮装的であれ、最終的な性的行動を明白にいやらしく表現・描写した⁽¹⁰⁾もの。

(b) マスタベーション、排泄行為を明白にいやらしく表現・描写した⁽¹¹⁾もの、および性器をみだらに露出したもの。

反対意見を述べている裁判官達は、(表現の自由の)抑圧という警告を発している。しかし我々の見解によると、自由な思想の交換、政治的な討論と、猥褻物の商業的利用とを等価視することは、修正第一条の品位を落として、その自由への歴史的闘争における高貴な諸目的の品位を落としてしめることになる。それは言論・出版の自由という偉大な保障の悪用に外ならない。言論・出版の自由の保護は、人民が望む政治的・社会的変革をもたらすための、思想の拘

束されない交換を保証するために創られたものである。しかし営利を目的としたハード・コアな性的行動の描写は、上述のこととは全く無関係な別物である。

近年の「性革命」は、長年あからさまに議論することを禁じられてきた事象に介入し、うわべだけの上品さという仮面をひきはがす上において大いに有益であったという議論もあるが、そのことから、明白にいやらしいハード・コアな物のいかなる規制も必要でないし、また許容されないのだという結論が導きだされるものでもないのである。

要約するに我々は、(a)猥褻物は修正第一条によって保護されないというロス判決を再確認し、(b)かような物は、その物が埋め合わせのできる社会的価値を全く欠くとの立証を要せず、各州によって規制されうるものであり、(c)猥褻性は、現代社会の基準に照らして判断されるべきものであって、全国的基準によって判断されるべきものではない、と判断するものである。本判決によって示された修正第一条についての基準と抵触しない手続を踏むことを求めて、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻す。

以上が多数意見の要約であるが、多数意見の中に述べてあったように、ダグラス、ブレナン⁽¹³⁾、ステュワート (Stewart)、トーションャル (Marshall) の四裁判官が反対意見を述べている。

ここで簡単にミラー・テストの意義を明らかにしておこう。

まず(a)の要件については、ロス、メモワール両テストと変わるところがない。次に(b)については、判決自体が例を挙げて示しているように⁽¹⁴⁾、いわゆる詳細性の要件が附加されている。

最後に(c)の要件であるが、これはメモワール・テストの第三要件を全面的に改めたものである。前述のように、メモワール・テストの第三要件は、わずかでも価値がありさえすれば当該文書が規制の対象外に置かれることになり、

先述のごとく実質的にボルノ解禁へのきつかけとなったものであるが、ミラー・テストはこれを廃棄したことになる。このことはメモワール・テストの第三要件が、バーガー裁判官の言葉を借りて言うならば、「事実上証明不可能」であったことへの反省から生じたものであろう。ミラー・テストの第三要件によると、「まじめな価値」が存在することが証明されねばならないが、このことはメモワール・テストよりも規制の対象が広がるという可能性を生ぜしめているとも考えられよう。⁽¹⁵⁾

ミラー判決は、猥褻の再定義を行い、混乱の続いていたこの分野での議論に一応の終止符をうったかにもみえるが、その後も猥褻物規制に関する事件は続出しており、それらを見れば、⁽¹⁶⁾必ずしもミラー判決が盤石の立場を有するものであるとは言いがたい。にもかかわらず、ミラー・テストは、「猥褻概念」として示しうる一つの例としては、非常に格好の素材を我々に提供してくれていると言えよう。その意味でこの判決の意義は非常に大きいものであるという評価ができるように思われる。

(1) ミラー判決、ハリ・ポダルトンブアターI判決以外の三判決を以下に挙げておこう。なおその内容については次の論文を参照されたい。奥平康弘「わがせうと言論の自由」(英米判例百選1公法別冊ジュリストNo. 59 1978年) 一三三頁。

Kaplan v. California, 413 U. S. 115 (1973); U. S. v. 12200 ft Reels of Film, 413 U. S. 123 (1973); U. S. v. Orto, 413 U. S. 139 (1973).

(2) Miller v. California, 413 U. S. 15 (1973).

(3) Paris Adult Theatre I v. Slaton, 413 U. S. 49 (1973). なお本判決の11574次項において詳しく触れることになった。

(4) California Penal Code § 311, 2(a). この制定法はメモワール・テスト型のものである。

(5) ブレナン裁判官のことを指す。ブレナン裁判官は先述のように、ロス、メモワール等重要判決において法廷意見を書き、猥褻物規制に賛成の立場を堅持していたが、このミラー判決以後は規制に反対の立場に変説した。

- (6) "the trier of fact" 陪審の心を握らねばならぬ。
- (7) whether "the average person, applying contemporary community standards" would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest.
- (8) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law.
- (9) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value.
- (10) patently offensive representations or descriptions of ultimate sexual acts, normal or perverted, actual or simulated.
- (11) patently offensive representations or descriptions of masturbation, excretory functions, and lewd exhibition of the genitals.
- (12) 現代社会の基準という際に、その「社会」とは如何なる社会を指すのかについては従来から議論のあったところである。連邦最高裁はジャコビリス判決において、この「社会」はアメリカ全国を指すと解したのであるが、今回これを改めて(カ) リフォーニア)州の基準にした。もっとも、本件は州法を対象とした裁判であったが、連邦法が対象になった場合は別問題であることになる。(後に連邦法が問題になった事件においても最高裁は、「地域の基準」を採用すべきであるとした。 *Hanling v. U. S.*, 418 U. S. 87 (1974).)
- (13) ダグラス・ブレナン両裁判官の意見については後述。
- (14) さらに判決は具体的な例として、オレゴン、ハワイの各州法を引用している。
- (15) このように予想されたが、第二要件たる詳細性の要件が存在することにより、結局はハード・コア・ポルノグラフィのみに禁止されることになっている、との評価が存する。阪本昌成「わいせつ物規制に関する日米の比較法的考察」二五頁。なおこの点については判決自身も、「ハード・コア」のみを処罰するのだということを強調している。
- (16) ミラー以後の若干の判決については、拙稿「猥褻物規制に関する米連邦最高裁判決——ミラー判決以後の動向——」(関西大学大学院「法学ジャーナル」二七号所収)を参照されたい。

さて前項までで一応猥褻の定義の問題を終え、次の問題すなわち猥褻物の規制根拠の問題に移りたい。しかしながら我々はここで一つの難関にさしかからずをえないのである。というのは我が国においても事情は大きくは異ならないと思われるのであるが、英米において猥褻物の規制根拠について詳細に論じたものが必ずしも豊富には見出し出されないからである。

従って筆者はその議論が必ずしも十分ではないことを意識しつつも敢えて一つの判決をここに提示してみたい。一九七三年六月二一日の米連邦最高裁の諸判決は、前述のように猥褻の再定義を行ったのと同時に、今一つの判断を明らかにした。それは連邦最高裁が、猥褻物を規制する上において国家や各州が有している利益という形で、猥褻物の規制根拠について言及している点である。ここではその代表として前述しておいたパリ・アダルトシアターI判決を引用し、議論の素材に供したいと考える。

ジョージア州アトランタにあるパリ・アダルトシアターIという映画館において、二本の映画が上映されたが、州側は当該映画がジョージア州法に違反しているとして当該映画の差止めを請求した。⁽²⁾第一審においては、法廷において当該映画が上映されさらに映画館の外部を写した写真が証拠として提出され、金を払って当該映画を観た州側の証人の証言等が行われた。そしてこれらの証拠を総合して以下の事実が明らかにされた。すなわち、映画館の外部には、上映されている映画の内容を示すスチール写真等は掲示されていない。また映画館の入口には、「成人向け劇場——二歳でなければ入館できません。年齢証明を要します。ヌードを覗るのが嫌な人は入館しないで下さい」と掲示されている。かつて未成年者が入館した証拠は存しないが、また逆に上述の掲示を除いては、経営者が積極的に未成年者を締め出す手段を講じていたという証拠も存しなかった。

公判裁判官 (trial judge) は以下のように述べて州側の提訴を棄却 (dismiss) した。「当該映画の猥褻性は確認しうる。しかし当該映画の内容について公衆に対して必要な注意がなされており、未成年者を入館させないような合理的な配慮が認められる場合には、かような映画の上映は憲法上許容しうるものである」。

しかしジョージア州最高裁 (Georgia Supreme Court) は全員一致で原審を破棄した。州最高裁は連邦最高裁の判決を引用して、⁽³⁾ 上述のような事実が認められかつたとえ同意した成人に対して上映された場合であっても、猥褻物を販売・交付することは修正第一条の保護を受けるものではないとした。州最高裁はスタンリー判決に言及している。

「スタンリー判決を本件のひき合いに出すことは不適當である。なぜならばスタンリー判決はポルノグラフィを管制的に配布した事案に関するものではなく、家庭内でポルノグラフィを所持する権利を問題にしたものだからである」。最後に州最高裁は以下のように結論する。「本件における映画が描写しようとしていることは明白である。すなわちそれは、最もいやらしい性質の行為である。我々は、これらの映画がハード・コア・ポルノグラフィであり、それゆえに修正第一条によって保護されずその上映が禁じられるべきであると考える」。

これに対して映画館側は連邦最高裁に上告を行った。

以下の法廷意見は、バーガー裁判官によるものである。

本日我々は、ミラー判決において猥褻に関する再定義を行ったが、我々はミラー・テストに照して再考慮するために、本件を原審に差し戻す。しかしながらかように判示することは、我々がジョージア州の民事手続を不可と認めたことを意味するものではない。逆にむしろかような手続は、州の規制に服するか否かに関する何らかの刑事的手続に先立って、当該物件の販売・頒布者に対して、当該物件が修正第一条によって保護されるか否かに関して最もよい警

告を与えうるものであると評価しうる。

我々は、猥褻・ポルノグラフィックな映画は、単にそれらが同意した成人のみのために上映されているというだけの理由で州の規制に対する憲法的免責を獲得する、という理論を拒否する。我々は従来から、猥褻な物に少年や同意していない成人をさらすことを規制するうえでの重大な州の利益が存することを明白に認めてきているのであるが、これらが猥褻物の規制を許容する州の唯一の立法的利益であるとは決して述べてこなかった。特に我々は、営利的な猥褻物による侵略をせき止めるうえにおいて、州の立法的利益が存すると考える。ここで我々が重要だと考えるのは、公共の利益 (interest of the public)、全体的な公けの環境 (total community environment)、公共の安全 (public safety) である。

猥褻とポルノグラフィーに関する委員会⁽⁴⁾ (Commission on Obscenity and Pornography) のヒル・リンク少数意見は、猥褻物と犯罪との間には少くとも問題にしうる相関関係が存することを指摘している。性犯罪との関連性は措くとしても、ビケル教授 (Professor Bickel) が適切にも指摘している一つの大きな問題が存する。すなわち、「ある人間は、彼の部屋で猥褻な本を読んだり自分自身をそこで下品なものにさらすことを保障されているかもしれない。我々は彼のプライバシーを保護すべきである。しかしもし彼が市場において彼の望む本や写真を得る権利を要求したり——控え目にしてはいるが、望めば唯にでも近づけるような——公けの場所で、趣味を同じくする他人と集うことを要求する場合に、彼の権利を容認することは、彼以外の世間の人々に影響を与えることになり、他人のプライバシーとの衝突を招くことになる。もし望めば、有効に目をそむけたり耳をふさいだりすることができる (そんなことは実際にできないことなのだが) ということを、たとえ認めるにしても、公けの場所で読まれたり、見られたり、

聞かれたり、為されたりすることは、望むと望まざるとにかかわらず、我々すべてを侵す結果を招来するのである」。首席裁判官ウォレンが述べたように、「国家や各州は、上品な社会を維持する (to maintain a decent society) という権利」を有するのである。

猥褻物が個人または社会に悪影響を及ぼすことを示す資料がないということが論じられており、上告人はかような証明がないので、いかなる種類の州の規制も「許容されない」と主張している。しかし我々はこの議論を拒否する。ある法律が、憲法それ自体によって保護されている諸権利を明らかに犯しているような例外的な場合を除いては、州法の根底に横たわっている経験的な不明確性を解決するのは我々の仕事ではない。反社会的行動と猥褻物との関係には決定的な証拠は存しないが、ジョージア州がかような相関関係が存在しようと考えて立法を行ったことは合理的である。立法者や裁判官は、市民社会が成立した頭初から多くの不確かな仮定に基づいて行動してきた。憲法は、単に確たる証拠や経験的資料がないからという理由だけで、それに基づいて我々が活動することを何ら禁じるものではない。

個人の自由な意思というものは貫徹されねばならず、政府は、立法的に個人の猥褻な本や劇や映画を見たり手に入れたりしたいという欲求を妨げてはならない、ということが主張されている。確かに我々は、人民が自由な選択の能力を有するという仮定の上に社会を築いている。しかし無制限なレッセ・フェール政策 (laissez-faire policy) は、我々の社会でも他の社会でも採用されるものではない。例えば現代社会においては、ごみや汚水の処理は個人の「自由な意思」に委ねられているのではなく、公衆衛生、公共の場所の景観の保持という観点から、規制が行なわれているのである。

上告人は、同意した成人の猥褻物に近づく権利 (access by consenting adults to obscene materials) に対して、州の規制が課せられるということは、上告人の顧客がそれらの映画を楽しむというプライバシーを侵害するものであると主張する。確かに、上告人が潜在的な顧客の諸権利を主張する代理的立場を有していることを認めるにしても、切符を買さえすればなんびとでも入場できる映画館と、スタンリーのプライベートな家庭を同視することはできない。我々は従来より、公開の施設 (public accommodation) において猥褻な映画を観るプライバシーが存するとうようなことは認めてきていない。この意味で「プライバシー権」という観念と、「公開の施設」という観念は、この関係ではお互い排他的なものである。

各州は「ある人間の思想の道徳的内容をコントロール」する何らの立法的利益をも有するものではない、ということも主張されており、我々もこのことを争おうとは思わない。しかし、本件において、ジョージア州が映画館の経営者の心や思想をコントロールしようとしている、との主張を我々は拒否する。まじめな文学的・芸術的・政治的・科学的価値を欠くような猥褻物を、無制限に展示したり配布したりすることを妨げることと、理性や知性をコントロールするということは区別されるものである。麻薬常習者のファンタジーは彼自身のものであって、確かに政府の手の届かないものではあるが、麻薬販売を政府が規制することは、憲法によって何ら禁じられるものではない。

最後に上告人は、「同意した成人」のみが直接問題になっているような行為は、単にそれだけの理由で、憲法的な保護に対する特別な要求を有しうるものだ」と論じているが、かような行為が常に州の規制外にあるという主張が、我々の憲法に結びつくとは考えられない。

各州は、猥褻物を公けに展示すること、またはかような営業を行うことが、全体として、社会を傷つけ、公共の安

全を危うくし、またはウォーレンの言葉を借りて言うならば、「上品な社会を維持する」という国家の権利を危胎化する、という道徳的に無色な (neutral) 判断をする権力を有するのである。

要約するに、我々は、猥褻物は修正第一条の保護を受けるものではないとのロス判決の基本的な判旨を再確認し、修正第一条の諸権利を侵害することなく各州が規制しうる詳細に定義された性的行動の表現・描写を指摘し、猥褻物による営業はプライバシーといういかなる憲法上のドクトリンによっても保護されるものではないという判決⁽⁶⁾を再確認する。

本件において、我々は、未成年者を排除したいわゆる成人劇場を含めて、公開の施設で猥褻物を展示することを規制し、猥褻物の営業を規制するうえで、各州が正当な利益を有することを判示する。以上の判旨に照らして、パリ・アダルトシアターIにおいて上映された映画をジョージア州が規制することを何ものも禁じるものではない。原審を破棄し、本判決並びにミラー判決と抵触しない手続を踏むことを求めて、ジョージア州最高裁に差し戻す。

以上がパリアダルト・シアターI判決の要旨であるが、連邦最高裁の考えている猥褻物規制の根拠がある程度は明らかになったことと思われる。

判決の述べているところから考えて、それらは、「公共の利益」、「公けの環境」、「上品な社会の維持」というグループと「公共の安全等の維持」、「反社会的行動を誘発しうる影響力」というグループに分けることができようか。後者はともかく、前者の諸概念はその内容がはなはだ曖昧であり、次章において検討を加えてみたい。

なお本判決を筆者が敢えて採り上げたのは、一つの特色に興味を引かれたからである。その特色とは、上述のように、本件において問題になった映画館には、(認定された証拠によると) 同意した成人のみが入館したということ

ある。

ここでは聞きたくもないのに聞かされる人、観たくもないのに観せられる人、そしてさらには未成年者が含まれていないのである。

我が国の刑法一七五条は、被害者に同意があったとしても処罰される構成要件の典型であるが、その際の処罰―規制の根拠はどこにあるのか、換言すれば保護法益は何であるのかは大きな問題である。

米国と我が国の違いはあるが、この間に対する解答への手がかりを本判決は我々に与えてくれるのではなからうか。かような問題意識をもって次章へ進みたいと考える。

(1) もっとも連邦最高裁がこの点に言及したのはこれが最初というわけではない。例えば一九六九年のスタンリー判決がこの点に触れているのでここに引用しておく。

Stanley v. Georgia, 394 U. S. 557 (1969).

被告人は猥褻なフィルムを自宅の寝室に所持していたが、賭博容疑で捜索中の捜査官に発見され、押収された。被告人は猥褻物所持の罪で起訴され、州裁判所で有罪判決を受けた。しかし連邦最高裁は、猥褻物を公然と頒布する場合は異なり、単にひそかに自宅に所持するような本件の場合までも処罰することは、修正第一条、第一四条に違反するものと判示した。この判決の中で連邦最高裁は猥褻物の規制根拠について述べているが、ここでは芝原教授の論文から引用をさせていただくことにする。

「連邦最高裁は、まず猥褻処罰の最も伝統的かつ一般的理由としてとりあげられるところの国民の性道徳の維持という目的の主張、すなわち州政府は州民の身体の完全を保護する義務があると同様に、州民の精神をその墮落から保護することもできるのだという主張に対して、かかる主張は政府が人々の倫理の内容を統制する権限があると主張することと等しいとし、これは修正一条の原理と根本的に相容れないものであると明言した。次に人々が猥褻物に接することによって性的非行や性的暴力犯罪を惹起する可能性があるという主張に対しては、猥褻物に接することとかかる性的反社会的行動との間に通常関

連性があるとする実証的根拠はほとんどないとし、またその場合、むしろ政府は教育と反社会的行為そのものの処罰によって問題の解決をはかるべきであるとする。また猥褻文書の頒布等の処罰の前提としてその単なる所持の禁止が必要であり、その処罰のために頒布の意図の存在等を要件とすることは立証が困難であるから妥当でないという主張に対しては、かかる理由だけのために基本的自由の保障の後退を認めることはできないと判示した。芝原前掲論文二二〇二三頁。

本判決について芝原教授は、「もっとも本判決が猥褻取締の根拠の具体的内容を積極的に示しているわけではない。判旨中にその萌芽こそみられるものの、猥褻処罰に関する新しいより合理的な判例理論の完成にはほど遠い現状にある」という評価をされており、大谷教授も同様の見解のようである。大谷前掲論文二八頁。

バリアダルト・シアター I 判決における猥褻物規制根拠の提出が、スタンリー判決よりはるかに進んだものであるとは断言しかねる。その点から言えば、やはり議論としては不完全なものであるかもしれない。しかし愚考するに、提出可能な規制根拠については、この辺が限界であり、これ以上のものが出される可能性があまりないのではなからうか。本稿ではこのような認識に立って、敢えてこの判決を素材として引用した次第である。

(2) 本件は民事訴訟である。ジョージア州法 § 26-2101 によれば、ジョージア州判例法に基づいて、猥褻物の展示が民事訴訟において禁じられることになっている。問題の「猥褻」の定義はメモワール・テストに従うものである。

さらに猥褻物頒布罪に関しては、初犯者は軽罪 (misdemeanor)、再犯者は一年以上五年以下の拘禁刑または五千ドルの罰金、あるいは両者の併科により処罰されるとの規定がある。

(3) U. S. v. Reidel, 402 U. S. 351 (1971).

本判決は、たとえ同意した成人に対しても、猥褻物を郵送販売した場合には、その販売者は修正第一条の保護を受けるものではないとしたものである。これはスタンリー判決の法理が、そのまま猥褻物の販売者には適用されるものではないとするもので、スタンリー判決に一定のしほりをかけたといえる判決である。

(4) 本委員会の報告書については、田宮教授の詳しい紹介がある。田宮裕「わいせつに関するアメリカ大統領委員会の報告書」(「性と法律—性表現の自由と限界—」宮沢・中山編(昭和四七年)所収)。

(5) Jacobellis v. Ohio, 378 U. S. 184 (1964).

(6) 上記引用をれいしる判決は(3)掲記の Reidel 判決と U. S. v. Thirty-Seven Photographs, 402 U. S. 363 (1971).

判決である。後者において、バーガー裁判官は次のように述べている。「単に私的な使用目的のみに輸入されたものであつたり、搬送されたりするものであつても、スタンリーの判旨をそこまで拡張することは認められない。スタンリー判決の趣旨は、ある者が、私的な目的のためにかような物（猥褻物）を所持して外国へ出かけたなり、国内へ持ち込んだりすることを何ら許容するものではない。すなわち私的な所持を認めることは、それを他人に販売したり、与えたりする相関的な権利を認めることになるのではない」。

三 若干の検討

前章において、不十分ながらも英米における猥褻物規制関係の諸判決の紹介を終えたわけであるが、以下本章では、そこで得られた認識に基づいて、チャタレイ判決によって代表される我が国の判例の問題点を検討することにした。ここでも前章の順に従いまず猥褻物の概念、ついで猥褻物の規制根拠の各問題の考察を行いたい。

1 猥褻の概念について

先述のように我が国の最高裁は猥褻の定義に関し、①徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ②通常人の正常な性的羞恥心を害し③善良な性的道義観念に反する、といういわゆる猥褻三要件なるものを認めている。問題は果してこの定義が、猥褻物とそれに非ざる物の区別をなしうるよう機能しているか、さらにそしてそれは裁判官や法律学者にとつてではなく、一般国民にとって可能であるかということにある。

まず第一の性欲を興奮刺戟せしめるといふ要件であるが、チャタレイ事件最高裁判決によると、「著作が一般読者に与える興奮、刺戟（は）……裁判所が判断すべきものである。そして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なわれている良識すなわち社会通念である」¹。そしてその社会通念は「個々人の認識の集合又はその

平均値ではなく、これを超えた集団意識であ」とされている。ここではまず、かような集団意識なものが果して存在するのか、全く何の論証もなくかような概念をもち出すことに対する疑問が生ずるのではあるが、しかしここでともかくも明らかになることは、ある物が一般人に対して興奮、刺戟を与えるか否かは、結局は裁判官が決定するものであり、一般人はその裁判官の判断がでるまでは、当該物件が興奮、刺戟を与えるものであるか否かの判断を下しえないことであろう。

つぎに第二要件たる、通常人の正常な性的羞恥心を害するという点であるが、「猥褻文書は性欲を興奮、刺戟し人間をしてその動物的存在の面を明瞭に意識させるから羞恥の感情をいだしめる」と述べられているだけで、第一の要件を充たす物件は、同時に当然に第二の要件を充たすかのように扱われており、独立の要件としては機能していないと評価されよう。⁽²⁾

さらに第三の要件たる「善良な性的道義観念」においては、一体何が意味されているのか概念自体が極めて曖昧不明確であるといわざるをえないのではなからうか。

このように、ごく簡単にながめただけでも我が国の判例における猥褻の定義がいかに機能していないかが明瞭になるのではなからうか。そしてこのことは従来より、種々の論文においても批判されてきているところでもある。⁽³⁾「アメリカの裁判官には種々のタイプがありこれが判例中に反映され緊張関係を生み、理論を深化させるが、わが国にはこれがない。チャタレイの法理は、社会通念・善良な道義観念・普通人・性行為非公然・道德の退廃等々、本質的にこれ以上の分析を許さない何かがある。それは、これらの言葉のもつ呪術性のためかも知れない。これらは、いずれも、積極的な定義になじまない、とりとめのなさを共通の性質としてもっている。定義的アプローチは不可能に近

い。⁽⁴⁾ 刑法一七五條は規範的構成要件であり、従つてその評価は究極的には裁判官に委ねられるべきものであると解し、さらに現在のようにチャタレイ最高裁判決の猥褻の定義を認容する以上は、かような諸批判から免れることは不可能であり、さらに極論すればこれ以上の議論の深化もまた不可能であるといわざるをえないのではなからうか。

従つて筆者はここで全く観点を變えてこの問題に対処すべきであると考え。そして本稿ではまず、およそ「猥褻」という概念を定義することが可能かという根本的な疑問を提出すことから議論を始めてみたい。というのは、現にかよふな観点に立っているのであろうと思われる議論が存在するのである。

その主張者は、米連邦最高裁のブレナン裁判官である。ブレナン裁判官は、本稿においても度々引用してきたことから明らかのように、代表的な猥褻物規制の諸判決における法廷意見を書き、規制に賛成する立場を堅持していた人物であるが、その彼が、一転して、規制に反対の立場を採るに至っている。その理由がどこにあるのかは非常に興味のあるところである。⁽⁵⁾

「私は過去一六年にわたる経験から、不本意ながら次の結論に至らざるをえなかった。すなわち、今日表明されたもの⁽⁶⁾を含めて、いかなる利用可能な基準も、修正第一条・第一四条の保障と、一定の性的な表現物を規制する州の利益のバランスをうまくとりながら、なおかつ同時に、その不明確性を、許容しうる程度に減じることができないということである」。

「州権力に対して、憲法的に許容可能な限界線を課するためのあらゆる努力は、結局は、『好色的な興味』(Prurient interest)、『明白にやらしう』(patently offensive)、『まじめな文学的価値』(serious literary value)と云うような不明確な諸概念に抛らざるをえない。これらの概念の意義は、必然的に、それらを定義する人間の経験、見

地、さらに個性によってさえも変化する。我々は、猥褻物は確かに存在し、『それを見ればわかる』⁽⁷⁾と結論づけはしたが、それをあらかじめ明白に記述することは不可能である」。

「猥褻領域における基準の不明確性は、いくつかの個別的な問題を生み出すことになる。第一に、不明確な制定法は、その制定法が禁止するであろうタイプの行為を犯そうとする人間に対する十分な注意を配慮しないことになる。

修正第一条のデュー・プロセス条項は、すべての刑事法が『州が何を命令または禁止しているか』という正当な注意(fair notice) について配慮することを要求している。猥褻の定義についてもこのことは当然妥当するが、いかなるタイプのテストも今日この観点から維持されるものではない」。

「言論並びに出版という基本的な自由は、我々の自由社会の発展に大いに寄与してきたし、その継続的発展にも不可欠なものである。ところが不明確な制定法は、自由な言論を封殺する効果を有することになる。これが第二の問題点である」。

「例えば、我々は、人間の性的器官を描写することは、その描写の目的とか方法とは無関係に、修正第一条の保障外にあるものであるがゆえに各州の規制に服するものである、との判示をなしうる。かような基準は、疑いもなく、各州の憲法的権力の領域内において許容されうる各州の制定法の範囲内で、規制に服するものに関して国民に対して正当な注意を提供しうるといえよう。そしておそらくその基準は、その下でのほとんどの司法的決定における画一性の実質的確率を引き上げることになる。しかしかような基準は、文学・科学・芸術的広範囲な領域にわたる抑圧を可能にするほどの、ぞっとするほどの広すぎるもの(overbreadth) であろう。修正第一条も、いかなる自由社会も、かような基準をおそらくは寛容するものではなからう」。

以上要点のみを引用したが、ここから読みとれることは、猥褻という概念を完全に明確に定義しようと試みてみてもその完遂は期し難く、その際には、それを定義する諸概念にどうしてもつきまとう払拭しきれない不明確性が存し、ロス判決以来、憲法によって保障される言論と、しからざる言論とを区別するために種々の試みがなされてきたが、それらのいずれもが十分なものとはいえず、その結果、修正第一条・第一四条に反することになってしまっている、ということになる⁽⁸⁾。

筆者が、ここに、ブレナン裁判官の反対意見を引用したのは、彼に倣って、猥褻の定義が不可能であるから、猥褻物の規制を廃すべきであるということを主張しようとするためではなく、猥褻を定義しようとする際には、如何なる点に留意すべきであるかを明確にして確認しておきたかったからに他ならない。その問題点は上述のとおりである。そしてここで強調しておきたいのは、ブレナン裁判官の批判は、(余りにも当然のことであるが)米連邦最高裁の多数意見に向けられたものであるということである。前章において明らかにしておいたように、ミラー・テストは、かなり具体的・記述的な要素をもって猥褻の定義を試みている。我が国の最高裁のチャタレイ判決のそれと比較すれば、米連邦最高裁のそれは、国民に対して「禁止されるもの」を事前に注意するという機能において、はるかに優れているといえよう。アメリカではかようなテストにさえ批判が存するのである。いわんや我が国の猥褻概念においてかような批判が妥当しないであろうか⁽⁹⁾。

猥褻を定義する概念が不明確であり、デュー・プロセスに違反するという批判に対処するためには、一七五条が規範的構成要件であり、究極的には裁判官がそれを決定するのだという態度からの訣別が必要ではなからうか。

その意味からも、筆者は、我が国においてもメモワールあるいはミラー・テスト流の具体的・記述的要素による猥

藝概念の導入の必要性を強調したい。もちろんアメリカの状況が示しているように、それだけでこの困難な問題の解決が完全に図られることはないのは明らかであるが、少くとも現在よりも、一歩進めた、実りのある議論が可能になることは明白であろうと思われる。

そしてたとえ現状を急激に変更できぬということになるのであっても、筆者は、最低限次のことだけは強調しておきたいと考える。

すなわち、一七五条が規範的構成要件要素である前提を一応肯定するにしても、裁判官による規範的評価が行なわれるためには、その評価の対象たる基礎的事実が必要なはずである。そして規範的構成要件を解釈するにあたっては、この基礎的事実を具体的・個別的に提起して、これを検討するという方向が採用されねばならない。

我が国では、どの程度の性的描写をすれば性行為非公然性に反するのか定かではないが、これでは困るのである。

如何なる事実を基礎にして、当該物件が性行為非公然性の原則に違反するものであり、従って猥褻物と認定するに至ったのかという経過が判決の中で具体的に明確化されねばならないのである。かような経過を経て初めて、国民に正当な注意を与える前例としての判例の意義があるのであり、また判例における猥褻物の具体化も可能となるのではなからうか。

(1) 「社会通念」に関しては阪本助教が、「社会通念の何たるかの判断がなぜ事実の問題でなく法的问题とされるのか説明はなく、理解しがたい。また社会通念とは個々人の認識の集団を超えた集団意識との定義を支えるデータも示されておらず、唐突な定義との印象を免れない」とされている。阪本昌成「わいせつ物規制に関する日米の比較法的考察」判例タイムズ四二二号二二頁。

なおこの阪本論文は、日米の判例に表われた諸概念を比較検討され、機能論的にアプローチされたものであり、その方法

論をも含めて大いに興味のあるもので、筆者も参考にさせていただいた。

(2) 阪本前掲論文二五頁。

(3) 奥平康弘「表現の自由とわいせつ文書——「サド裁判」を機にして考えてほしいこと——」法学セミナー七七号四〜六頁。
前田信二郎「猥褻の意義」刑法講座五卷(昭和三九年)一七四〜一七六頁。

中山研一「猥褻文書頒布・販売罪(刑法一七五条)——その構造と可罰性の限界——」法学論叢八三卷五号五頁。

(4) 阪本前掲論文二六頁。

(5) ロス判決から一六年経ったことをいう。

(6) ミラー・テストのことを指す。

(7) 前述のステューワート裁判官の見解である。

(8) これ以後ブレナン裁判官は、猥褻物規制の事件においては、問題になっている制定法を「明白に広すぎるものであり、一見して違憲である」(clearly overbread and unconstitutional on its face)との根拠に基づいて否定する態度を採っているが、これは個々の当該制定法を吟味しつゝ overbread であり unconstitutional であると判断しているのではなく、その真意は、猥褻概念を定義することは不可能であり、ひいては「猥褻物」を刑法によって規制することはできないのだということにあり、上記の表現はその標語的表現であるのではないかと思われる。

(9) アメリカと日本との政治・経済・社会等あらゆる差異を度外視して、単にこの点のみを比較することは一種のためらいもあるが、それにしても猥褻物規制に対する被我の(特に裁判所の)態度の差には余りに開きがありすぎるのではなからうか。

(10) 中山前掲論文八頁。

なおこの点に関連して下級審においては注目し得る判決が存在する。すなわち「愛のコリダ」第一審判決である。(東京地判昭和五四・一〇・一九判例時報九四五号一五頁以下)。判決は猥褻概念の中で結局最も重要な要素であると思われる「社会通念」について従来の判決とは少し異なる判断をしているのである。判決は近時、性的出版物が大量に出まわり、表現の程度が、大胆、率直化するにつれて国民の多数が次第にこれに馴れ、普通人の意識において漸次これを受け入れるに至っていると、その際の表現の程度は事実上捜査機関が放任している多くの性表現物の表現の程度として定着し、それが普通人の間に存する良識・社会通念にも影響を及ぼさざるを得ない、とする。この判断方法は規範的要素だとされている

「社会通念」を事実的な問題へ還元しようとする方法を採用する態度とうけとられるが、一つの試みとして積極的に評価されるように思われる。中山研一判例評論二五七号一八五頁。大谷実「四畳半襖の下張」事件上告審判決の意義と問題点」(ジュリスト七三六号)六二頁。

(11) 阪本前掲論文二五頁。

(12) 因みにこの点に関連していわゆる「映倫」の「性及び風俗」の審査基準を一つの資料としてここに引用しておきたい。「黒い雪」事件控訴審判決(東京高判昭四四・九・一七高刑集二二・四・五九五)においては映倫を通過したことにより、故意を欠くとの判決がなされたが、かような基準を利用することもまた有益であろう。

1(1) 男女全裸による性行為の体位をあらかじめさまに表現するフルショット。着衣であっても、また接写で表現する場合でも特に腰部の絡むショット等で体位を具体的に描写する。これらは避ける。

(2) 性器・恥毛は描写しない。

(3) 男女の体の動きによって「性行為を暗示する表現」は、その効果に対して十分注意する。

(4) 男女のエクスタシー的表現効果は、台詞、エフェクト等を含め極力簡潔化と抑制に留意する。事後についても同様である。

(5) 着脱衣、特に下着類の表現は簡潔化に留意する。

2 凌辱描写・輪姦等、暴力が加重される場合の表現は、殊に婦女子の人権侵害や虐待感をともなうから前項に準じ、エフェクト等を含め一段の留意をする。

3 その他、前戯的な愛欲描写または異常性愛的な性的遊戯等については卑猥な印象を避けるよう更に注意する。例えば

(イ) 男女の性器愛撫を想わず表現

(ロ) 性器具、または類似品による性器に対する愛撫や責め

(ハ) 動物を対象とした性的行為

(ニ) 排泄行為(特に放尿)女性生理等

上記の基準に関する補足事項。

(1) セックス場面の処理について

(イ) 体位になる瞬間から離れるまでの間、腰部を処理する。性器愛撫についても同様である。

(ロ) ボカシや物なめが不十分な場合は注意する。

(2) 性愛描写の長さ、あるいは頻度については注意する。

2 猥褻物の規制根拠について

我が国の判例は猥褻物の規制根拠として如何なるものを考えているのであろうか。再びチャタレイ最高裁判決をみてみよう。「人間性に由来する人間のもつ羞恥感情が性行為の非公然性を要求し、これが理性と相俟って性に関する道徳と秩序を形成している。ところが猥褻文書は、この性行為非公然性の原則に反して露骨な性的描写を行い、性欲を興奮・刺戟し、人間をしてその動物的存在の面を明瞭に意識させるから、羞恥の感情をいだしめる。そしてそれは人間の性に関する良心を麻痺させ、理性による制限を度外視し、奔放、無制限に振舞い、性道徳、性秩序を無視することを誘発する危険を包蔵している」。

ここでは、猥褻文書↓性的興奮・刺戟↓羞恥感↓良心麻痺↓理性的統御の度外視↓反社会的行為という一連の因果関係がとらえられている。すなわち最高裁によれば、反社会的行為誘発の危険性に、猥褻物の規制根拠の一つが求められていると考えられようか。しかしここで留意しておかねばならないことは、最高裁にとっては、およそ猥褻物なるものはかような危険性を包蔵していることが、証明ぬきで前提とされており、かような物は、初めから憲法上の保障の域外にある、⁽¹⁾ということである。つまり最高裁によれば、刑法一七五条は抽象的危険犯であり、また猥褻物なるものは、およそ憲法の表現の自由の保護を享けるものではないと⁽²⁾とらえられているものようである。

しかし果してかような考慮をすることが妥当性を有するものであろうか。以下検討を試みてみよう。

既述のように、米連邦最高裁も、パリ・アダルトシアターI判決においてこの点に触れていた。その述べるところは必ずしも十分とは言いがたいが、我が国の最高裁のそれよりは少しは詳細であり、また彼我共通するところも看取しうるので、以下パリ・アダルトシアターI判決を素材として、この問題に迫ってみたい。判決は、猥褻物と反社会的行動との関係につき、ヒル、リンクの意見を引用して、少くとも問題にしうる相関関係があると述べ、またそれに関する決定的な証拠は存しないが、かような相関関係が存在し、存在しうると考えることは合理的であるとしている。⁽³⁾ また前章において引用はしなかったが、判決は、「人間が、良いものを見たり読んだりすれば良い影響を受け、悪いものを見たり読んだりすれば悪い影響を受け、ひいては反社会的行動に走るとするのは、漠然とはしているが一つの常識である」とも述べている。

結局この連邦最高裁の判断によれば、猥褻物を規制するための根拠として、猥褻物と反社会的行動の間には、合理的な関連性があればよいとするもの⁽⁴⁾である。この考え方は我が国のチャタレイ最高裁判決が述べていた先述の一連の因果関係とも共通する点があるように思われるがどうかであろうか。

しかし、この両国の判決の述べるように、この両者の間には、単なる「合理的関連性テスト」で足りるとしてよいものであろうか。

ここで筆者は注目に値する一つの見解を紹介してみたい。それは終始一貫して猥褻物規制に反対の立場を堅持していた、米連邦最高裁のダグラス裁判官の意見である。⁽⁵⁾

「わが国のわいせつ性に関する法律に内在する、表現の自由への危険は、文学や芸術を検閲しようとする政府の企図に内在する危険と同じ種類のもつである。大衆をわいせつ性から保護するという外装の下で、大衆はどんな書籍を

読むのが安全か、を政府が決定することがありうるのである。わいせつ性というのは、つかみどころのない言葉である。わいせつ性という概念の、この漠然さこそまさに、役人をして、ただ単に書籍が現在の道徳基準や、通用している宗教原理に疑問を投げかけている、というだけの理由で、これらの書籍をわいせつであると烙印を押すのを可能にしている。わが国の様々な公共的および私的な集団は、これまで、集団が、『不快な』もの、ないしは『異議ある』ものというレッテルをはった書籍を、配布する人々に猛烈な圧力をかけてきている。みせかけの上では、ある種の集団は、犯罪行為ないしセックスを描写する文学から、青少年ないし精神薄弱者を保護しようという。ところで、書籍は、ただ単にそれが検閲官自身の道徳的な感情に反しているとか、検閲官が賛成しないような道徳律をあらわしているというだけで、検閲官のブラックリストに載せられることもまたしばしばである。他の集団は、あらゆる文学を害のない子供の育児室用のレベルにまで落とそうとする」。

「私は、社会に現存する道徳規程を保護し弁護する学校集団や教会集団の計画を諒とする（時としては同情さえ示ることができる）。私は、社会にビクトリア朝の規程を課そうとした、アンソニー・コムストックのような連中の動機を理解することができる。私は、ロヤかましい集団が自分達の道徳を他人にも課そうとする活動を許すことはできない（尊敬することはできないが）」。

「わいせつ性の事件においてわれわれが問題とするのは、私的な集団の主張ではない。このような事件においては、どの程度まで政府は立ち入ることができ、出版物を差し止め、または出版社や書籍取次業者を処罰しようかという範囲が、問題なのである。問題は政府が他の道徳律を排して、ある一定の道徳律を採用することができるかどうかという点であり、かかる道徳律に反して著作し演説するものに、強制を課することができるかどうかということである。

修正第一条は、政府のかかり合うものは、反社会的行動だけであって言論にはかかり合うのを許さない、というのが私の見解である」。

「われわれは、セックスを扱う文学が、行動に対して如何なる影響を与えるかということをはほとんど知らない。このような文学が、青少年非行に顕著な影響を与えているのかどうかも疑わしい。グリュック達が青少年非行に影響を及ぼす数々の要因を詳細に調査したのに、青少年の読み物を挙げていないのは、重要である。しかしながらわいせつ文学の出版を罰する憲法上の基礎があるとすれば、それはわいせつ出版物が精神病者の間に反社会的行動を惹起す、というのではなくて、出版物が読者としてねらっている集団の平均層の間に、反社会的行動を惹起すのが明らかであるということが理由でなければならない」。

「ある特定の出版物が、反社会的行動を惹起しやすいかを決定する場合、いくつかの要素が考慮されるべきものとなる。全体としての書籍の効果が、その一つの条件である。また、その出版物が『好色な人間をひきつけることだけをねらっている』という事実も、重要なものである。販売活動が、青少年を目的としてなされているという事実も、同様に考慮されるべきものでありうる。いかなる表現の手段を用いているかも、問題を左右する要素でありうる。冷たい活字で印刷されているものが、無害なものであるとしても、同一の主題が映画の中で生き生きと描写される場合には、人々を行動に馳りたてることも、あるかもしれない」。

「わいせつ性の法が、古い時代からのつながりをもつとしても現在においては、修正第一条の文言の中でのみ、定義される。たしかに、裁判所によって示唆された、通常の判断基準——出版物がセックスの考えを刺激するかいなか——は、修正第一条と適合しない。精神状況いかに問うだけでは、充分でない。かかる精神状態と外形に現われる

行動との関連こそが、決定的であるように思われる」。

「かかる判断によれば、一般に販売される目的の出版物の多くは、禁止をまぬかれるように考えられる。われわれが、修正第一条を遵守すべきであるとすれば、これは当然の結果であると思われる。この条項は、出版物が無害な内容のものである場合にだけ、出版の自由を保障するのではない。修正第一条は、もっとずっと広い保障を含むものである。それは、絶対的な文言で、規定されている。われわれが、かりに不快な内容のものに出くわそうとも、言葉と反社会的行動との間に非常に密接な関連があつて、この二つのものは密接につながっていると見えるほどである場合でない以上は、修正第一条を尊重すべきである。寛容の過剰によつてもたらされる害悪は、不快な内容のものを捜し回る検閲官のいる体制の場合の害悪に比べれば、より少い」。

以上、引用がかなり長くなつたが、敢えてこれを行ったのは、筆者が現在考えていることを、ダグラス裁判官が的確に表現しているからである。

このダグラス裁判官の批判は、もちろん、米連邦最高裁の多数意見に対して妥当するのと同様に、我が国の最高裁の判例に対しても妥当しうるものであるといえよう。

ここで浮かび上がってくる問題点を採り上げてみよう。

まず第一に、猥褻物がおよそ表現の自由の保障を受けないということに対する疑問である。これは日・米両国の裁判所に共通する考え方であるが、猥褻物はア・プリオリに表現の自由の保障を受けないとする態度は、果して妥当性を有するのであろうか。しかしここでは、ただ、ある表現が、その有する効果も十分に考慮されることもなく、いわば無条件に表現の自由の埒外に追いやられるという判断方法には、かなりの疑問があるといふことに留めておきたい。

第二点は、ダグラス裁判官が繰り返し述べている猥褻物と反社会的行動との関連性についてである。

前述のように、この両者の関係については、我が国最高裁においては論証もなく存在することが前提になっており、米連邦最高裁においては合理的関連性テストで足りるとするものであったが、ダグラス裁判官はかような態度に反論しているわけである。すなわち、彼によれば、この両者が密接につながっているということが明らかにされない以上は、猥褻物処罰の根拠たりえないのである。そこには、明言されていないが、「明白にして現在の危険の原則」が意識されているように思われる。

猥褻物と反社会的行動の間には、何か関連性があるかもしれない、いやおそらくはあるであろう、というような単なる漠然とした危惧感をもってして処罰の根拠とすることが許されてよいものであろうか。因果関係の考察が行なわれなければならないのは、単に犯罪論の内部のみではなからう。かような処罰根拠の考察においても、おざなりな因果関係論で済まされてはならないのではなからうか。そしてここで、ダグラス裁判官の主張するように両者の因果関係を捉えようとする立場は、我が国判例のように、刑法一七五条を、その危険性を擬制した抽象的危険犯として捉えるのではなく、むしろ具体的危険犯として考えようとする方向に親しむものであり、筆者としては後者の方向がより妥当であると考えられるものであり、ダグラス裁判官の主張を支持したいと考える。

ただ、猥褻物と反社会的行動との関連性を、「明白にして現在の危険の原則」の基準により考察するという立場を採用するものという前提に立つとしても、現在の我が国においては、両者の間に如何なる関係が存するのかを判断する資料が存在しないのではなからうか。筆者は寡聞にして、我が国においてかような調査が行なわれたということを知らない。処罰を肯定するにせよ、否定するにせよ、一応の科学的論証⁽⁸⁾を経た上での議論が必要とされるのではな

ろうか。現段階において筆者が目を通しえたのは、前述のアメリカ大統領委員会の報告書、ならびにデンマークにおいて行なわれた調査を下にして書かれた論文⁹⁾くらしいものであるが、その両者についてだけ述べれば、猥褻物と反社会的行動の間には密接な関係はない、あるいは前者による悪影響なるものは認められないというものである。もしそうならば、主張されている猥褻物規制の根拠の一つはその基礎を失うか、かなり脆弱なものになると言わざるをえないであろう。

さて、反社会的行為誘発の危険性以外に、パリ・アダルトシアターI判決において、規制根拠として挙げられているのは、「上品な社会を維持する」というテーマの下で考えうる「公けの環境」であろう。

しかしこの概念がまた極めて抽象的であり漠然としている。判決がこの概念によって具体的には何を意図しているのかを推察することには困難が伴うのであるが、可能な限りその意図を探ってみることにしよう。

さて前述のように、パリアダルト・シアターI判決で問題になったのは、同意した成人のみが観た映画である。採用された証拠によると、未成年者がかつて当該映画を観たということはないし、また、映画館の外部には当該映画が成人映画であり、観たくない人は入館しないようにとの表示が存し、さらに（我が国の映画館においては常態であるところの）当該映画のステール写真等も映画館の外部には掲示されていなかったのである。

すなわち本件においては、いわゆる「とらわれの観衆」(captive audience) が問題になっていないことが特徴的なのである。仮に、とらわれの観衆が問題になっている場合、すなわち、観たくもないのに無理に観せつけられるという状況が存在するのであれば、もちろんそれなりの根拠づけは必要であろうが、かような行為を処罰することにはさほどの疑問も投げかけられることはなかろう。

しかし本件では、あくまでも、「とらわれていない観衆」(non-captive audience)が問題になっているのであるから、彼らは不快感を感じるまで当該映画を観つつける義務は全くないわけである。とすると、かような場合には、当該映画を規制する根拠を欠くことになるはずである。しかるに判決はかような場合においても、やはり規制が可能であるとし、その根拠として挙げられているのが上述の「公けの環境」ということになっているのである。

判決は、個人が自己の家庭内で、何を読もうが見ようが自由であるが、公けの場所で、猥褻物が販売されたり展示されたりすることは、それを望んでいる人々以外の人々に悪影響を及ぼす結果になるのだと述べている。この判決の議論から察すれば、少くとも公けの場所においては、「同意」して当該映画館に入館した者が問題となっているのではなく、むしろかような映画館に興味を持たない者、あるいはさらに進んで、かような映画館の存在に不快感を有している者が考慮されていることになろう。すなわち、社会の中には、猥褻な映画を好み、喜んでかような物を観に行く人があれば、逆にかような映画に嫌悪感を感じ、ひいてはかような映画館が存在すること自体に不快感・嫌悪感を持つ人々があるはずである。

判決が、「公けの環境」という名目の下で護ろうとしているのは、正に、その後者の人々の利益ではなからうか。もちろん判決は、かようなことを明言しているわけではないが、判決の説くところを突きつめて考えていくと、結局は、その根拠は、「公共の場所でのいやらしい陳列物やふるまいによって不快感を抱かされる個人を保護する」という点に一応は到達するようには思われるのである。

しかし筆者はここで一つの大きな問題点にぶつかるのである。今筆者は「個人を保護する」と書いたが、ここで考えられるのは「具体的な」個人であろうか。もしそれが具体的な個人として考えられるのであれば、猥褻物規制の根

抛を個人法益侵害に還元するということも可能となるであろう。しかしここで考えられる個人はかような個々具体的なものではないのではなからうか。すなわち、言わば「抽象的な」個人が考えられているのではなからうかと思われるのである。すなわちここにはどうしても個人法益に還元しきれない「何か」が存在するように思われるのである。まさにその何か、猥褻物規制の根拠の問題の解決を困難ならしめているような気がしてならないのである。この問題の解決は現在の筆者にはいささか困難であり、将来への課題として残しておきたいと考えている。

このように刑法一七五条の保護法益の個人法益への還元が完全に行ないえないと考える以上は、結局は社会法益侵害が存するがゆえに処罰が肯定されるということになるのであろうが、その具体的内容はいえ、「ひどくいやらしい」物件を公共の場所に陳列することによって社会一般もしくは不特定多数の者に不快感情や社会生活上の不便を抱かせる、というようなことにならうか。例えばイギリスではこのような場合に、「権利の行使に際し、公共もしくは不特定多数の者に損害もしくは迷惑を加える行為は犯罪となる」というパブリック・ニューサンス (Public nuisance) の法理¹¹⁾というものも存することである。

もちろん、上述のような点に根拠が認められるからといっても、直ちにその処罰を肯定してよいかという問題も生じうるわけであるが、本稿ではそれは一応留保し、猥褻物処罰根拠としては、最後には上述のものが残ってくるのではないかということをも不十分ながらも明らかにしえたということでも満足しておきたいと考える。

ここで翻って、我が国において主張されている「善良な性風俗」、「善良な性道徳」とは一体何を意味しているのだろうか。その実体ははなはだ漠然としており、つかみどころのないものである。筆者には、従来より、このことに関し判例において必ずしも納得のいく説明がなされてきたとは思われないのである。「善良な性道徳」の実体は何か、

そしてそれが猥褻物によって、如何なる因果経過を経て侵され、如何なる結果を導くことになるのかが説明される必要があるのではなからうか。

我が国においても、上述したような猥褻物に対して不快感を抱く者の保護が考えられているのだろうか、またさらにそれ以外のものが想定されているのであろうか。我が国の判例は、このような疑問に解答を与えねばならないであらうし、また今後の学説も同様の義務を負っているのではないかと考える。

(1) 奥平康弘前掲〔表現の自由とわいせつ文書〕論文五頁。

(2) この問題に深く立ち入るためには、「表現の自由」についての言及は不可避であらうが、ここでは必要最小限の程度で触れておくことにしたい。

(3) 著者は本稿脱稿後、同志社大学の山中俊夫教授から、アメリカ大統領の猥褻に関する委員会の報告書をお借りすることになった(“The Report of the Commission on Obscenity and Pornography” (1970) A New York Times Book, Bantam Books) が、これは前掲の田宮教授の論文を引用させていただけだと思つて。

「多数意見はわいせつ業者のマグナ・カルタになりさがり、道徳的無政府状態を招来させるばかりで、わいせつの法規制を期待した議会の付託に答えず、かえって醜い商人たちにも白地手形を渡す結果となった。その意見の基礎となった科学的実験や資料はきわめて不備、疎漏なものであり、積極施策たる性教育についても、わいせつ物で教育されるとすれば、子供は愛情の中で成長することはできず、動物的水準にまで墮落するばかりである。結局それは、表現の自由という觀念論をふりまわし、背後に人権教会が控える委員長一派のかたよった見解であつて、すべからく連邦および州は勧告に従うことなく、わいせつ文書等の規制の方法を考慮すべきである」。

田宮裕前掲(「わいせつに関するアメリカ大統領委員会の報告書」論文二四〇～二四一頁)。

(4) 我が国の判決にもこの考え方はあらわれている、とされている。「憲法講義二基本的人権」大須賀明・戸松秀典・笹川紀勝・浦部法穂・藤井俊夫・平松毅・横田耕一著(有斐閣大学双書(昭和五四年))一一七頁。

(5) ダグラス「基本的人権」(アメリカ思想叢書IV鶴飼信成監修 奥平康弘訳(昭和三五年))六八頁以下。

(6) 「愛のコリーダ」裁判において、被告人は「ワイセツ、なぜ悪い」と主張しているが、その趣旨もこのような観点に立つての議論であろう。法学セミナー二九八号一〇頁以下。

(7) 「明白にして現在の危険」の原則は、現在アメリカでは憲法上、かつてほどに比重は大きくないことである(奥平康弘「表現の自由とは何か」八七頁。(中公新書(昭和四五年))が、現在の刑法理論においては、具体的危険犯との関係において、未だその価値を失うものではないと考えるが、どうであろうか。

(8) 諸外国において実施されている調査結果をみても、その方法、対象のとらえ方その他の関係で、必ずしも厳密な「解答」がえられるわけではなからう。もっとも社会科学の領域においては、そのこともある程度は仕方のないことであろう。しかし、かような調査も行わず、結論を下すという態度は少なくとも「科学」というものには、ふさわしくないと言わざるを得ない。

因に、筆者は以前ある警察において、猥褻な本が「青少年」に対して非行の原因となりうるかという点について質問を行ったことがある。その際には、かような具体的な調査資料はなく、また青少年非行に関しては、猥褻な本が唯一の原因となるのではなく、その他の諸原因と相俟つかような行動に走るのではないか、ということを示唆された。

(9) Berl Kutchinsky, "Pornography in Denmark - a General Survey" (in "Censorship and Obscenity" edited by Rajeev Dhavan and Christie Davies (Martin Robertson) (1978).)

著者カッチンスキーは、ポノーグラフィに悪影響がないとしても、しかし問題はそれで終わるわけではないとする。すなわち彼は特殊な場合が残ってくるというのである。彼によると、通常人はポノーグラフィによって何ら悪影響を受けるものではないが、まれにアブノーマルな人間が、ポノーグラフィの影響を受けて犯罪行為に走る場合がある。そしてかような場合には、ポノーグラフィを禁止するのには正当化が存在するのではなからうか、というのである。しかしながら、かような場合には(可能ならば)当該犯罪行為を処罰すればよいのであって、特殊な場合が存在するから一般にポノーグラフィ禁止が正当化されてもよいのだという結論には直結するものではなからうと考える。

(10) これはイギリスの一九六九年の芸術委員会の公刊したリポートにもあらわれている見解である。大谷実前掲(イギリス猥褻法の行方)論文一五七頁。また同趣旨のことを芝原教授は、スタンリー判決の評価の際に、ほのめかしておられる。

芝原邦爾前掲 (「猥褻処罰と米連邦最高裁判所」論文二一三頁。

(11) 大谷実前掲論文一六三頁。

四 む す び に

最高裁第二小法廷は昨年(昭和五五年)一月に、猥褻文書に関する三つの判決を言い渡したが、特に「四畳半襖の下張」事件については次のように判示している。

「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等との関連性、文書の構成や展開、さらには芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、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。本件についてみると、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核を占めており、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『わいせつ文書』にあたることを認められたことは正当である」。

本判決の特徴はサド判決によって明らかにされた全体的考察方法の具体的内容を明らかにしたことにあるとされて

いる。そしてその際に注意すべきことは原審⁽²⁾の猥褻判断の具体的基準とはほとんど同じ内容のものを採用していることなのである。その点から考えれば本判決は、従来の判例理論をわずかばかりは進展させたものとの評価はできると思われる。しかしながらそれにもかかわらず、本判決は上述のように単に基準を示しそれを適用した結果を述べただけであり、基準の適用過程で生ずるはずの判断の経緯については何も触れず、⁽³⁾さらに本稿において問題にしてきたような処罰根拠の点などについても何ら触れるところがないことなど、従来の判例の立場から必ずしも大きく踏みだすものではないものとの評価が可能ではなからうか。

筆者は先に注意すべきことは原審の猥褻判断の具体的基準とほぼ同内容のことを採用したことであると述べたが、それはなぜであろうか。その理由は以下の点にある。すなわち原審に関して筆者はかつて、その表現・内容からして、必ずしも従来の我が国の判例の中に矛盾なく納まりうるものではなく、ある意味では異質なのではないかと考える、という感想を抱いたのである。⁽⁴⁾ところが、それが何の苦もなく今回の最高裁の判決の中にとり込まれてしまっているのである。これはどのように理解すればよいのであろうか。

ここで再思して今回の最高裁判決をみて感じられることは、その中で一番重要な意義を与えられているのが、「社会通念」という概念ではなからうかということである。「愛のコリダ」第一審判決のように社会通念を社会の実態に基礎を置いた事実的判断に基づくのでなく、従来のように、また今回の最高裁のように規範的评价に委ねるのであれば、いくら判断方法の具体化を説いたとしても、結論的には納得のいきがたいものとなるのではなからうか。既述のようにアメリカにおいては、コミュニティ・スタンダードの問題は法的問題ではなくて事実認定の問題であった。それに対して我が国においては、「社会通念」の判断が法的問題になっているのである。この両国の裁判官の意

(4) 拙稿「猥褻物規制に関する米連邦最高裁判決——ミラー判決以後の動向——」(関西大学大学院「法学ジャーナル」二七号所収)八一頁。

追記—本稿は五六年二月に一応脱稿した原稿にいささかの加筆、修正を加えたものである。