

公法判例研究(二)

梶原, 健佑
九州大学大学院法学府

<https://doi.org/10.15017/3905>

出版情報 : 法政研究. 71 (2), pp.265-277, 2004-10-12. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

公法判例研究(二)

九州公法判例研究会

漫画本について刑法一七五条にいう「わいせつ図画」に
当たるとされた事例

東京地裁平成一六年一月二三日判決(控訴)、平成一四
年刑(わ)第三六一八号 わいせつ図画頒布、判例時報
一八五三号一五一頁

梶原健佑

【事実の概要】

被告人は、一般に「一八禁コミック」といわれる、男女間の性交場面などを描写した成年向けコミックを出版する出版社(以下A社)の代表取締役である。A社は、A社と専属契約している漫画家(以下B)がA社発行の雑誌に掲載した成年向け漫画を、一冊の本(『蜜室』、以下「本件漫画本」)にまとめて、販売することにした。完成した本件漫画本約二万冊は市場に出回り、一部は既に販売されてい

た。

ところが、Bの漫画を掲載していた雑誌の内容が問題であるとの投書が寄せられ、警視庁は本件漫画本のほか数冊の成年向けコミックを入手・検分し、任意の事情聴取や自宅捜索などを行った。その結果、本件漫画本は「わいせつ物」であると判断されたため、漫画を描いたB、および編集に当たったA社編集局長(以下C)とともに、被告人は逮捕されたのである。B、Cは罪を認め罰金五十万円の略式命令で刑が確定したが、被告人はこれを認めず、起訴された(物流センター等へ送ったことに対するわいせつ図画頒布の罪)。

【判旨】(有罪、懲役一年、執行猶予三年)

一、刑法一七五条の合憲性

(1)刑法一七五条の保護法益

「同条の保護法益について、最高裁判所は、『性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持すること』…あるいは『性生活に関する秩序及び健全な性風俗の維持』…であると判示するところ、当裁判所も、これらの判例と同様に解するものであり現時点においてもこの解釈を変更すべき事情を見出すことはできない。」

国内で様々な性表現物が氾濫し、またその内容も過激さを増しており、インターネットの普及がその傾向を促進しているが、そのこと自体が、性的秩序やその基礎となる最小限度の性道徳、更には健全な性風俗の維持に脅威を及ぼしかねないものである。また「サイバー犯罪に関する条約」や、法制審議会での刑法一七五条の処罰範囲をサイバーポルノに拡大するべきとの審議を鑑みれば、サイバーポルノを含めて、わいせつ物の頒布等を処罰する必要性のあることは法律専門家の間でコンセンサスを得ている。更に、本条に係る刑法の運用（摘発、処罰）が、一般国民から当然のことと見られていることは公知の事実であり、露骨な性表現物の相当数が摘発を免れていても、それは捜査人員や能力の限界によるもので、事実上放任されているなどと評価することはできない。従って、一般国民の間にも性的秩序を維持すべきで、その脅威となるわいせつ物の頒布等は取り締まるべきであるとの社会的合意が確固として存在している。

また「わいせつ物の頒布等が、性的秩序や最小限度の性道徳、健全な性風俗を阻害するおそれのある行為であることは、社会通念上明らかというべきである。」「性的秩序や性道徳、性風俗が乱れることは、強姦、強制わいせつと

いった性犯罪を誘発し、青少年の健全な育成を阻害し、あるいは売春等が蔓延するなどして、その被害者や青少年等の様々な人権を具体的に侵害するおそれを誘発することは自明の理である。もとより、刑法一七五条によるわいせつ物の規制は性犯罪の抑止や青少年の健全な育成、売春の防止等といった個々の具体的法益の保護を直接の目的とするものではないが、性的秩序や最小限度の性道徳、健全な性風俗を維持することによって、これらの具体的法益の保護にも間接的に寄与するものといえることができる。」そうした法益「の保護は、決して、国家が一定の道徳や価値観を国民に一方的に押しつけるようなものではなく、国民の様々な基本的人権を保障するための基盤造りを目的とするものであって、憲法一九条に違反しないことは明らかである。」

「性犯罪が激増している原因を、前にみたような性表現物をめぐる社会状況の変化にすべて帰せしめることはできないにしても、性犯罪の増加は、社会における性的秩序の弛緩ないし性道徳の退廃を示唆するものであるから、性表現物をめぐる社会状況の変化とも一定の関係を有することは容易に推認できるところである。したがって、このような近時の性犯罪の動向に照らすと、性的秩序や最小限度の

性道徳、健全な性風俗の維持は、とりわけ今日において、法的に保護すべき喫緊の課題であるともいえるのである。」

(2) 刑法一七五条と表現の自由

「表現の自由といえども絶対無制限なものではなく、名誉毀損の例を考えれば明らかなおおり、表現行為が他の法益と衝突するような場合には、一定の制限を受けることがあり得ることは当然であり、もとより性表現物の頒布等において同様である。」「わいせつ物の頒布等は、これらの法益（評釈者注・性的秩序や最小限度の性道徳、健全な性風俗の維持）を害するおそれのある行為であることは、いずれも前に判示したとおりでである。したがって、刑法一七五条がわいせつ物の頒布等一般を処罰の対象とすることは、十分に合理的根拠があるといえるのであり、そのため表現の自由が一定の制約を受けることはあつても、憲法違反とはならないのである。」

「見たくない自由」や青少年保護を規制目的とするべきと弁護人らは主張するが、あくまで刑法一七五条の保護法益は性的秩序や最小限度の性道徳、健全な性風俗の維持であるため、その主張は前提を欠く。諸外国の立法例のように、そうした目的に応じた規制の在り方は立法政策として

は考えられるが、保護法益を前判示のように解する以上、わいせつ物の頒布一般を規制対象とすることには十分合理的根拠があり、表現の自由との関係においても、立法裁量の範囲内と言ひ得る。

(3) 刑法一七五条と明確性の原則・罪刑法定主義

最高裁判例（四畳半襖の下張事件判決・ビニ本事件判決等）が従来説示する通り、刑法一七五条の構成要件は不明確でないことは明らかといふべきである。

二、本件漫画本のわいせつ性

(1) 本件漫画本の構成・内容

「刑法一七五条にいう『わいせつ』とは、いたずらに性欲を興奮又は刺激せしめ、かつ、普通人の性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するものをいい、その判断に当たっては、前記のような判断基準（評釈者注・「四畳半襖の下張」事件最高裁判決で示された全体的考察方法の六つの判断要件のこと（後述））に従うことになる。」

その上で、判決は、本件漫画本を詳細に分析し、(a) 性器表現の方法（漫画という表現形態について、「漫画という手法は、写真と同様に、性交、性戯場面をありのままに表

現し、読者の視覚に直接訴えることができるという点において、文字情報のみにとどまる文書と比べると、読者に与える性的刺激の程度をより強くすることも可能な描写方法であるといえる」と判断し、本件漫画本における性器描写の十分な迫真性、生々しさを認定し、本件漫画本における修正によつて性的刺激の緩和はほとんど認められないとしている、(b)全体に占める性描写の割合（ページ数で全体の約八二・六％、各短編の七五〜八七・五％、コマ数で、全体の約六八・五％、各短編の約六二〜七六・六％に性器・性交・性戯場面が、全体の約三五％、各短編の約二六・七〜五〇％に性器の描写があると認定）を検討している。(c)物語の展開に使われているページ数が少なく、その筋書きも性交、性戯場面への導入展開のためのものにすぎず、かえつてその物語性が性的刺激を高める機能を果たしているとして、「作品の中心はあくまでも性交、性戯場面の描写にあるものと認められる」と認定し、(e)本件漫画本には芸術的・思想的価値のある意思の表明といった性的刺激を緩和する要素もほとんど存在しないと認める。そして、(f)「本件漫画は、正に、専ら読者の好色的興味に訴えるもの」と認定した。⁽¹⁾

(2)本件に適用すべき社会通念

時代の移り変わりによつて「わいせつ」に関する一般人の意識・社会的認識が変化していくことはあり得るが、「社会を構成する個々人の認識の集合ないしその平均値ではなく、これを超えた集団意識であ」つて、「健全な社会通念がいかなるものであるかの判断は、裁判所に委ねられた法解釈ないし法的価値判断といふべきである。」「近時の性表現物をめぐる社会状況の変化は、それ自体、刑法一七五条が保護法益とする性的秩序や最小限度の性道徳、健全な性風俗の維持に脅威を及ぼしかねないものであり、最近の性犯罪の激増とも一定の関係を有するとうかがわれることは、前にも判示したとおりである。したがつて、このような状況の中では、前判示のように価値観が多様化した今日においても、本件漫画本のような露骨で過激な性表現物を許容するような健全な社会通念が形成されているなどと解する余地はないといふべきである。」また、これまで漫画本が摘発されてこなかったのは捜査上の限界であり、弁護人が証拠として提出したその他の漫画本は本件漫画本よりも現実味や迫真性に欠けるのであつて、本件漫画本を許容するような健全な社会通念は、今日も存在せず、本件漫画本は「わいせつ凶画」に該当する。

三、故意

本罪の故意の成立には、当該図画の描写の内容とこれを頒布することについての認識があれば足り、その描写が刑法一七五条所定のわいせつ性を具備するという認識まで必要としない（チャタレー事件判決参照）のであり、被告人は原稿を確認し、修正の指示を出すなど、本件漫画本の内容を把握した上で頒布したことは明らかであり、公的機関に指示を仰ぐなどの形跡は見られないため、適法であると誤信するに相当な理由はなく、故意の成立が認められる。

【検討】

一、はじめに

従来、刑法一七五条「わいせつ物頒布等の罪」は憲法学の関心の対象であった。これまでも、『チャタレー夫人の恋人』『悪徳の栄え』『四畳半襖の下張』などの小説の他、ポルノ映画、写真誌などが、その対象として摘発され、裁判で争われてきた。本件事案は、漫画もそうした「わいせつ物」に該当することを初めて司法が判断したことで注目を集めたものである。それ以前にも、漫画誌や漫画同人誌が摘発されたことはあったが、いずれも裁判にはいたらず、罰金を払うなどして事件は処理されてきており、取次を経

由する市販のコミックス（単行本）としては初の摘発事例であり、また初の司法判断となった。

本件事案では、漫画という表現手法に対する判断とともに、インターネットを通じて無修正の露骨な性表現物を容易に入手することができるようになり、またその他の媒体における性表現の内容も過激さを増しているなかで、「わいせつ」性判断の要である「社会通念」が変化したか否かがひとつの争点であった。以下ではこの観点に注目しつつ、刑法一七五条の合憲性判断を中心に本判決を検討する。

二、本判決の位置づけ

戦後の刑法一七五条に関する判例の内実は、二つの最高裁大法廷判決（最大判昭和三二年三月一三日刑集一一卷三号九九七頁ヘチャタレー事件）、最大判昭和四四年一〇月一五日刑集二三卷一〇号一二三九頁ヘ「悪徳の栄え」事件）と一つの小法廷判決（最判昭和五五年一月二八日刑集三四卷六号四三三頁ヘ「四畳半襖の下張」事件）が示した見解に尽きるといってよいだろう。すなわち、「わいせつ」とは何か、その判断方法は客観的でありうるか、刑法一七五条は合憲か、といった基本的な諸問題については、まずチャタレー事件判決がこれに回答し、その後「四畳半

襖の下張」事件判決がその再構成を図った。また、芸術性、科学性、思想性の高い文書と「わいせつ」の関係については、「悪徳の栄え」事件判決がこれに明示的に回答している。

念のため、これらを振り返っておけば、チャタレー事件判決は、「わいせつ」の定義に関して、「徒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」³⁾をいうとし、その判断は「法解釈すなわち法的価値判断」であり、この判断をなす場合の基準となる「社会通念」が如何なるものであるかは裁判官が判断する、とされた。続いて、たとえ国民多数が真にわいせつなものをわいせつと認めないとしても、裁判所は「病弊墮落に対して批判的態度を以て臨み、臨床医的役割を演じなければなら」ないとして、自ら「道徳の守護者」を任ずる。さらに、刑法一七五条の保護法益は「性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持すること」であるとし、それ「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」と断じた。さらに「高度の芸術性といえども作品の猥褻性を解消するものとは限らない」としていた。

続いて「悪徳の栄え」事件判決は、「芸術的・思想的価値のある文書であっても、猥褻の文書としての取扱いを免れ

ることはできない」が、わいせつの判断に当たっては、「全体的考察方法」をとることを明示した。

更に下って「四畳半襖の下張」事件判決は、文書全体のわいせつ性判断の際に考慮すべき要素として、(a)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、(b)その描写叙述の文書全体に占める比重、(c)文書に表現された思想等と描写叙述との関連性、(d)文書の構成や展開、(e)芸術性、思想性等による性的刺激の緩和や程度を挙げ、これらを考慮して、(f)文書全体が主として読者の好色の興味に訴えるものと認められるか等を総合し、その時代の健全な社会通念に照らして、わいせつ三要件に該当するかを決定するとし、基準の客観化・明確化を一応図ってきた（なお、この要件は文書のみならず、写真にも応用されることは、後に示すビニ本事件で明らかにされている）。

以上に紹介した判例は、いずれも一定の社会的評価のある小説が対象とされたものであったが、これらと前後して、その基本的判断・解釈を変更することなく、刑法一七五条の処罰範囲・対象（「わいせつな文書、図画その他の物」の範囲）は、ビデオテープ（最決昭和五四年一月二〇日判時九五一号一三頁）や修正済みポルノ写真（最判昭和五八年三月八日刑集三七卷二号一五頁へビニ本事件）、映画

(東京高判昭和四四年九月一七日高刑集二二卷四号五九五頁「黒い雪」事件)、東京地判昭和五三年六月二三日判時八九七号三九頁「日活ロマンポルノ」事件)、わいせつ画像を記憶したハードディスク(最判平成一三年七月一六日刑集五五卷五号三一七頁)、へと拡大してきており、結論として、今回の成年向け漫画本もその例外ではなかった。

漫画という表現手法は、読者に対する視覚効果としては写真に近い一方、その向こう側に生身の人間は存在せず、一定の虚構性が確実に担保されるという点では小説に近いとも言える。しかし、そのどちらに対しても「わいせつ物」たり得るといふ判断がなされている以上、「わいせつ」性の定義やその判断枠組みに変更がない限り、基本的には漫画が特別扱いされる理由は存在しなかつたと言ふことができ、問題関心は判断の基準である「社会通念」に移ることとなる。

すなわち、本判決は「ほぼ二〇年ぶりとなる本格的な『わいせつ裁判』⁽⁴⁾」といわれるように、その間のインターネットの普及をはじめとする性表現物をめぐる社会状況の変化は極めて大なるものがあり、それに対して「檢察実務はこうした動向に対してわいせつ規制を放任→緩和化することに対応して⁽⁵⁾」たが、そうしたことが判例のいう「そ

の時代の健全な社会通念」に変化をもたらしたか否かが注目されていたのである。しかし、そうした社会状況の変化自体は裁判所も認めつつ、本件漫画本を許容する社会通念は形成されていないと判断している。

さらに本判決は、「四畳半襖の下張」事件判決で示された、文書全体に対する「わいせつ」性判断の基準を踏襲し、その基準を本件漫画本に丁寧に当てはめ、具体的数字を挙げるなど(判旨二(1)) 詳しい説明を施している。

してみると、この点では、本判決はこれまでの「わいせつ裁判」の見解を着実に承継した判決と評価することができると思われる。

三、本判決の特徴

チャタレー事件判決の「公共の福祉」論の背後には、「わいせつ文書の頒布販売→性欲の刺激興奮→性的羞恥心の惹起→良心・理性の麻痺→性道徳・性秩序の無視を誘発する危険⁽⁶⁾」という連鎖が想定されていたが、本判決はさらに進んで、これまで明示的には説明されてこなかつた「わいせつ表現物が刑法上の犯罪を惹起するおそれ」を持ち出している⁽⁸⁾。「わいせつ文書の頒布販売→性的秩序や性道徳、性風俗の紊乱→強姦、強制わいせつなどの性犯罪・売春・

青少年の健全な育成への阻害」という図式を明確に打ち出したところに、本判決のひとつの特徴がある。見るところ、この図式は本判決に一貫する思考形式である（この図式は一七五条の保護法益論のみならず、わいせつ判断の要である「社会通念」の判断の部分にも援用されている）。ただし、これまでも度々言われてきた「性表現が性犯罪を惹起するとの科学的証明は存在しない」との批判に対しては、「性的秩序や性道徳、性風俗の紊乱」という曖昧な概念でワンクッション置くことで、「性犯罪の抑止や青少年の健全な育成、売春の防止等といった個々の具体的法益の保護を直接の目的とするものではない」としてこれをかわす一方、「性犯罪が激増している原因を、前にみたような性表現物をめぐる社会状況の変化にすべて帰せしめることとはできないにしても：性表現物をめぐる社会状況の変化とも一定の関係を有することは容易に推認できるところである」と、「臨機応変に」、この論理を有罪判決の補強材料として利用している。

四、評価

従来、刑法一七五条と表現の自由の関係について、最高裁はチャタレー事件判決を引用するのみで新たな判断は見

られなかった。それは先に述べたような「公共の福祉」を理由とする「一括合憲論」⁹⁾であり、かつて最高裁判決にしばしば用いられ、また現在もその影響が色濃く残っている考え方である。学説はこうした傾向を早くから批判し、この問題に関しても、一刀両断的な判断でなく内在的制約の中身を詰めなければならぬとし、¹⁰⁾判例の解釈では刑法一七五条は何をどのように侵害する行為を処罰しようとしているのか具体的にでないことに批判が多かった。¹¹⁾それは、刑法一七五条の保護法益として表現の自由に対置される『性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持すること』は、ある人の基本権保護のための規制ではなく、『道徳原理』に基づく制約といわざるをえない。…これを制約原理とすることは、多数者の道徳的選好に基づく基本権の制約を正当化するものとなって、¹²⁾妥当ではない」というような指摘に表れている。

刑法学説は、この一七五条の保護法益を、社会的法益としての性秩序ないし健全な性的風俗であるとするものや、¹³⁾公衆の性的感情であるとするもの、¹⁴⁾社会の健全な社会道徳感情とするもの、¹⁵⁾「平均人」ないしは「通常人」の性的自由とするもの、¹⁶⁾あるいはより徹底して、性表現物がそれを欲していない者の感情を侵害する点にある（見たくない自

由)とするもの等多岐に分かれており、統一の見解を得ていない。⁽¹⁸⁾ただし、近年、学説上は、現実の読者の性的な墮落の防止、あるいは性的感情の侵害ではなく、潜在的な読者、一般の人々の性的感情の侵害を問題として捉える見解が増加しているようである。「人々の感情」自体が刑法で保障すべき法益たり得るかには議論の余地があるが、本条を単なる性倫理・性秩序の違反の処罰を定めたものとして解釈することは許されないことは共有されつつあると、いつてよいだろう。

海外の状況に目を転じてみると、こうした性表現に対する刑事規制に対しては、それは「被害者なき犯罪」であるとし、また「法と道徳の分離」という観点から、いくつかの国では従来の性表現物への一般的な刑事規制を見直して、非犯罪化 (Decriminalization) が進められていることに気づく。⁽²⁰⁾こうした動きの背景には、「なぜ国家が刑事制裁を發動して、全成人を対象にわいせつ物への接近を禁止することは許されるのか」という根源的疑問があるのであり、この問題を考えるに際しては、このような見解とも向き合わなければならぬ。裁判所も、現行規定の合憲限定解釈の論理捻出に汲々とするのみでなく、端的に違憲とすべきとするこうした見解に真剣に相對することが求められてい

た。

こうした諸方面での議論の高まりを意識してか、本判決は前節で示したように、刑法一七五条を正当化するために、同条の保護法益は「性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持すること」であるとする従来の議論に加えて、新たに「わいせつ表現物が刑法上の犯罪を惹起するおそれ」を持ち出している。しかし、刑罰を科すに際しては行為と法益侵害との因果関係が相当程度に明確でなければならぬにも拘らず、前節で示した論理展開の「↓」が本当に成り立つかは疑問である。判決がその点、「社会通念上明らか」であるとか「自明の理」といった説明しか施していないのは、それを説明できないからであろう。

ただし、本判決が「性的秩序や最小限度の性道徳、健全な性風俗の維持」こそ保護法益であるとの従来の見解を變更していない以上、最大の問題は、刑罰を科してまで保護しようとする「性的秩序や性道徳、性風俗」という「概念」は刑法上の法益たり得るかという問題に帰着する。

すなわち、刑法一七五条は表現内容に基づく規制であり、審査基準でいえば、少なくとも厳格な合理性の基準が妥当する領域であろう。であるとすれば、本条の保護法益とさ

れるものの重要性が検討されなければならない。これまで最高裁において「性的秩序や性道徳、性風俗」が積極的に定義されたり、その判断基準や方法が示されたりしたことはないように思われるが、チャタレー事件判決において「相当多数の国民層の倫理的感覚が麻痺しており、真に猥褻なものを猥褻と認めないとしても、裁判所は良識をそなえた健全な人間の観念である社会通念の規範に従って社会を道徳的退廃から守らなければならない」とされていたことからすると、そこでいわれる道徳や倫理とは、現実社会でそれと考えられているものではなく、裁判所が「社会通念の規範」によって判断するものという、最高裁の思考が看取される。ところが、わいせつ裁判における「社会通念」とても、現に存在する社会とは無関係に、裁判官の頭の中に存在する「社会通念」である。²¹ されば、それによって判断される「性的秩序や性道徳、性風俗」も、「あるべき秩序」でしかなく、「観念的な秩序」である。ところが、そうした「観念的な秩序」というような主観的な規範はそもそも侵害などされ得ないのではないだろうか。侵害は因果的に把握される必要があるが、主観的規範は「違反される」と言い得ても「侵害される」とは言い得ないように思われる。²² 「侵害」される法益がないとすれば、「犯罪とは法

益の侵害ないしその危殆化である」とする現在の通説の立場からは、この立論を正当化することはできないのであるまいか。であるとすれば、すでに目的審査の段階から妥当ではないと考えられる。あるいは、こうした「観念的な秩序」といって、侵害され得る法益であることを認めたとしても、次に手段との間の実質的関連性が要求される。果たして、より制限的でない他の選びうる手段 (less restrictive alternatives) が無いと言い得るかは疑問なしとしない。

他方、性表現の規制の目的としては、刑法の基本原則である「侵害原理」の観点からする「見たくない自由」と、一定のパターナリズムの観点からの「青少年の健全育成」²³ とが正当と評価されると思われるが、そうすると規制は、頒布販売の場所・方法の規制で足りることになる。しかし刑法一七五条は、たとえそうした規制目的に限定解釈できたとしても、規制手段として限定的な手法を取り入れるものではなく、過度に広汎な刑事規制として、違憲と評価されるべきであろう。²⁴ ただし、その上で、先述の目的に沿って、刑法の謙抑性・補充性を考慮した新たな立法がなされることは、十分考えられることである。

本判決は、以前のように「公共の福祉」という言葉を持ち出して、刑法一七五条を一気に合憲と判定する手法は採用していない。しかし、保護法益として曖昧な「性的秩序や性道徳、性風俗」という概念を持ち出す限り、侵害される法益とその行為との因果関係が抽象度の高い議論に終始することになり、いかに実際の性犯罪との関連をにおわせて不安感をおおろうとも、曖昧さゆえにその理論には限界がある。刑法一七五条を正当化するために、保護法益（表現の自由に対する制約根拠²⁵）に対する最高裁の判断を維持しつつ、一層の明確化・理論補強を図ろうとした気配は窺えるものの、表現の自由の価値や刑法の諸原則に立ち返るならば、本判決はそうした価値への真摯な態度に欠けるとの誹りを免れないように思われる。

なお、本判決の言い渡し後、被告人X側は東京高裁に即日控訴している。

(1) ここで付した(a)～(f)の記号は、後に示す「四畳半襖の下張」事件で示された要素に従って分類を試みたものである。

(2) 参照、高橋和之「インターネットと表現の自由」ジュ

リスト一一一七号、一九九七年、二九頁

(3) この定義は、「サンデー娯楽事件」最高裁昭和二六年五月一〇日第一小法廷判決（刑集五卷六号一〇二六頁）の時点から現れていたものである。

(4) 法学セミナー五九一号、二〇〇四年、一二二頁

(5) 角替晃「わいせつ概念の再構成」憲法判例百選「第四版」、二〇〇〇年、一二三頁

(6) 阪本昌成「わいせつ文書の頒布禁止と表現の自由」百選「第四版」、一一九頁

(7) 参照、奥平康弘「性表現の自由になぜこだわるか」奥平ほか『性表現の自由』、一九八六年、有斐閣、一三三頁

(8) わいせつ表現と性犯罪の因果関係については、その実証性に関して議論が闘わされてきた。例えば、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」宮澤浩一・中山研一編『性と法律 性表現の自由と限界』、一九七二年、成文堂、二二二頁、参照。また、ラディカル・フェミニズムの先駆者の一人であるロビン・モーガンの論文「理論と実践 ポルノグラフィとレイプ」(Robin Morgan, Theory and Practice: Pornography and Rape, first published in Robin Morgan, Going Too Far: The Personal Chronicle of a Feminist, Random House, 1977, reprinted in Take Back the Night: Women on Pornography, ed. By Laura Lederer, William Morrow and Company, Inc., 1980 [邦訳、森田成也、ポルノ・買春問題研究会 論文・資

- 料集 vol.11、二〇〇〇年、四四頁)以来、「ポルノは理論、レイプは実践」というスローガンが生まれ、やがて反レイプ闘争、反ポルノ闘争の議論のひとつの到達点として、キャサリン・マッキノンやアンドレア・ドウォーキンらの理論に至るのである。なお、ポルノと現実の性犯罪の一定の相関関係を指摘するものとして、宮園久栄「刑事司法とジェンダー」朝倉むつ子監修『導入対話によるジェンダー法学』、二〇〇三年、不磨書房、一八五頁。
- (9) 奥平康弘「表現の自由とわいせつ文書」法学セミナー七七号、一九六二年、三頁
- (10) 例えば、最判昭和五八年一〇月二七日刑集三七卷八号一二九四頁の団藤重光裁判官の補足意見を参照。
- (11) 例えば、内田文昭「長井圓「性表現と刑法」石原一彦ほか編『現代刑罰法体系 第四卷 社会生活と刑罰』、一九八二年、日本評論社、二六六頁、参照。
- (12) 阪本昌成「わいせつ文書の頒布禁止と表現の自由」、前掲注(6)、一一九頁
- (13) 参照、団藤重光編『注釈刑法(4)各則(2)』、一九六五年、有斐閣、二七七頁「団藤執筆部分」、団藤『刑法綱要各論』第三版、一九九〇年、創文社、三〇九頁、川端博『刑法各論概要』第二版、一九九六年、成文堂、三三〇頁
- (14) 参照、平野龍一『刑法概説』一九七七年、東京大学出版会、二七一頁
- (15) 参照、大塚仁『刑法要論〔各論〕』増補第五版、一九八九年、成文堂、一四五頁
- (16) 参照、内田文昭『刑法各論』第三版、一九九五年、青林書院、五〇〇頁
- (17) 参照、武田誠『わいせつ規制の限界』一九九五年、成文堂、九四頁
- (18) 参照、中山研一「わいせつ罪の保護法益」現代刑事法一一号、二〇〇三年、六頁
- (19) ここで想定されている「人」は具体性を持っておらず、「公衆の感情」や「平均人の感情」といった概念は、結局のところ、「秩序」「風俗」という言葉を言い換えたものでしかないとの批判がある(原田保『刑法における超個人的法益の保護』、一九九一年、成文堂、二四六頁、内田「長井「性表現と刑法」、前掲注(11)、二七一頁)。
- (20) 参照、宮澤浩一・中山研一編『性と法律 性表現の自由と限界』、一九七二年、成文堂に所収の諸論文、大塚仁・川端博編『新・判例コンメンタル刑法5 罪(2)』一九九七年、三省堂、五頁「加藤久雄執筆部分」など。なお非犯罪化の総論的説明については、法学セミナー三一〇号(一九八〇年)「特集 ディクリミナリゼーション」に詳しい。なお、平成七年の改正によって「猥褻」が「わいせつ」と平仮名に変わっただけで、諸外国の動向を考慮してこなかったことについて、「わが国は、刑事政策後進国の域を脱していないといっても過言ではないのである」との厳しい見解も示されている(加藤久雄「わいせつ犯罪と刑

事政策—成人ポルノ解禁と幼児ポルノ厳禁について—」現代刑事法一一号、二〇〇三年、三九頁。

(21) 参照、渡辺康行「違憲審査の正当性とヘコンセンサス」ないし「社会通念」ジュリスト一〇二二号、一九九三年、一二九頁、江橋崇「ポルノ写真と表現の自由」ジュリスト八一五号（昭和五八年度重要判例解説）、一九八四年、二七頁

(22) 参照、梅崎進哉「性風俗の刑事規制と社会法益の構造」久留米大学法学第一四号、一九九二年、三四頁

(23) 参照、内田一長井「性表現と刑法」、前掲注(11)、二七〇頁、平野龍一「刑法概説」、前掲注(14)、二七一頁など。なお、侵害原理に立脚しつつ、社会法益としての性環境を独自の視点から論ずる、梅崎進哉「性風俗の刑事規制と社会法益の構造」、前掲注(22)が興味深い。

(24) 参照、曾根威彦「表現の自由と刑事規制」、一九八五年、一粒社、一八九頁、松井茂記「表現の自由をめぐる今日の問題—東京高裁ポルノ輸入事件控訴審判決を契機に—」法律のひろば四六巻五号、一九九三年、二四頁、阪本昌成『憲法理論Ⅲ』一九九五年、成文堂、六九頁、武田誠『わいせつ規制の限界』、前掲注(17)、一一三頁、市川正人『ケースメソッド憲法』、一九九八年、日本評論社、一二二頁、浦部法穂『全訂憲法学教室』二〇〇〇年、日本評論社、一六二〜一六三頁、阪口正二郎「わいせつの概念」百選『第四版』、一二〇頁、など。また「わいせつとは何かとい

う問に答えた定義づけのうち、成功した例はないといつてよい」(伊藤正己『憲法』第三版、一九九五年、弘文堂、三一頁)と言われるほどに「わいせつ」という概念が曖昧である点に注目して、法文審査で違憲と評価することも考え得ることは勿論である。

(25) 本判決は、わいせつ表現を憲法二一条の保障する「表現」に入らない、あるいはそうした表現は無価値であるとの姿勢はとっていない。すなわち、端的な春本説、ハードコア・ポルノ説を採用していないということであり、あくまで「表現」とその制約という図式で考えている。憲法二一条一項は、「言論、出版その他一切の表現の自由」を保障しているのであるから、表現の中に「性表現」は含まれないと考えるのは不自然であり、本判決のようなアプローチの方が適切だと思われる。参照、松井茂記「表現の自由をめぐる今日の問題—東京高裁ポルノ輸入事件控訴審判決を契機に—」、前掲注(24)、二四頁。

※なお本判決の解説として、高佐智美「マンガの「わいせつ」性と刑法一七五条」法学セミナー五九二号、二〇〇四年四月、一一四頁。