

# 「わいせつ」概念の形成過程と二つの最高裁判例

梅 崎 進 哉

## はじめに わいせつ犯罪をめぐる近年の動向

一 性に関する犯罪を規定した刑法典第22章「わいせつ、強制性交等及び重婚の罪」は、個人法益侵害罪と社会法益侵害罪が入り組んだ複雑な構造を持っている。

現在、同章の犯罪の区分として、伝統的な立場からは、(1)「あきらかに社会法益としての性秩序に向けられる」公然わいせつ罪(174条)・わいせつ物頒布等罪(175条)、(2)風俗犯としての性格を持ちつつも「主としては個人の性的自由ないし貞操を保護法益とする」強制わいせつ罪(176条)・強制性交罪(177条)等および淫行勧誘罪(182条)、(3)風俗犯としての性格と家庭の保護を考慮した重婚罪(184条)という分類<sup>1)</sup>がなされる。これに対し、戦後刑法学の中で台頭した、いわゆる個人法益への還元論<sup>2)</sup>の陣営からは、(1)見ることを欲しない人の性的な感情を害する「公衆の性的感情に対する罪」としての公然わいせつ罪・わいせつ物頒布等罪、(2)個人の性的な自由、あるいは性的自己決定権を保護する強制わいせつ罪・強制性交罪等、(3)現代では、もはや存在意義が失われているとされる

---

1) 団藤重光『刑法綱要各論(第3版)』310頁以下。大塚仁『刑法概説各論(第3版)』514頁、川端博『刑法各論講義』526頁、大谷實『刑法講義各論(第3版)』497頁等もほぼ同旨である。

2) 個人法益への還元論については、原田保『刑法における超個人的法益の保護』および梅崎進哉「個人の保護と社会法益の構造」刑法雑誌35巻2号172頁以下参照。

淫行勧誘罪と重婚罪に分類される<sup>3)</sup>。

本稿では、淫行勧誘罪が、売春防止法・児童福祉法等の制定により存在意義を失っており、また、重婚罪についても、法律婚を前提に考えられているため、実質的には虚偽の離婚届の提出等による私文書偽造・行使や公正証書等原本不実記載・供用としても罰される場合以外ありえず<sup>4)</sup>、実質的な被害者なき犯罪として非犯罪化が有力に主張されている事情に鑑み<sup>5)</sup>、この二種は検討の対象から外し、以下では、(1)公然わいせつ・わいせつ物頒布等などの、「性信号を発する行為」を対象とするものを「わいせつ表現罪」として、(2)強制わいせつ・強制性交などの、「暴力的に他者の性的自由を侵害する行為」を対象とするものを「わいせつ暴力罪」として、検討の対象とする<sup>6)</sup>。

二 ところで、この分野に関しては、今世紀に入り、立法、判例のいずれの面でも状況が慌ただしく変遷し、性を巡る犯罪のとらえ方が激変している観がある。簡単に変遷を追ってみよう。

法改正の状況としては、まず、「わいせつ暴力罪」について、2004(平成16)年に、「暴力的性犯罪に関する現在の国民の正義観念」に合致させるため(法制審議会刑事法部会における法務省説明)などとして、強制わいせつ罪の法定刑を6月以上7年以下の懲役から6月以上10年以下の懲役に引き上げ、強姦罪の法定刑を2年以上の有期懲役から3年以上の有期懲役に引き上げるなど<sup>7)</sup>の改正がなされた。さらに、2017(平成29)年に

---

3) 平野龍一『刑法概説』179頁および268頁。林幹人『刑法各論』91頁および394頁もほぼ同旨。

4) 同旨、松原芳博『刑法各論』508頁。戦後の稀有な判例として知られる水戸地判昭33・3・29も神戸高判昭36・11・8もこの類型である。

5) 平野『前掲』272頁。

6) 和田俊憲は、『鉄道における強姦罪と公然性』慶應法学31号255頁以下において、「強制系犯罪」「公然系犯罪」という区分を用いている。適切な区分だと思うが、ここでは、わいせつ罪であることも含めて、この名称を用いることにする。

7) 法務省のHPのpdf「性犯罪の法定刑に関する改正経過等」(<http://www.moj.go.jp/content/001137764.pdf>)による。

も、「明治40年の制定以来110年ぶりの大幅改定」<sup>8)</sup>が敢行され、強姦罪の構成要件の見直し及び罪名の変更（強制性交等罪）、監護者としての影響力に乗じたわいせつな行為等の処罰規定（監護者わいせつ及び監護者性交罪）の新設、強盗強姦罪の構成要件の見直し等に加え、強姦罪等の非親告罪化等がなされるとともに、強制性交（旧強姦）の法定刑の再度の引上げがなされ、5年以上の有期懲役とされた<sup>9)</sup>。

「わいせつ表現罪」についても、2011（平成23）年に、インターネットを利用してわいせつ画像データ等を配信する、いわゆるサイバー・ポルノに対応するべく、従来の「わいせつな文書、図画」に「電磁的記録に係る記録媒体」を追加し、頒布方法として「電気通信の送信によりわいせつな電磁的記録等を頒布」する行為及び有償頒布目的での所持を明示的に処罰対象とする改正がなされた（175条1項・2項）。

判例の情況に目を移すと、まず「わいせつ暴力罪」については、2017（平成29）年に劇的な判例変更をもたらす大法廷判決が出された。事件は、被告人が、13歳未満（7歳）の被害者に、被告人の性器を触らせ、口にくわえさせ、被害者の陰部を触るなどのわいせつな行為をする等したとして起訴されたもので、地裁・高裁は、被告人に性的意図があったと認定するには合理的な疑いが残るとしたまま、強制わいせつ罪の成立を肯定していた。最高裁は、強制わいせつ罪の成立には「行為者の性欲を満足させる意図」が必要であるとしていた昭和45年判例を覆し、「故意以外の行為者の性的意図を一律に強制わいせつ罪の成立要件とすることは相当でなく、昭和45年判例の解釈は変更されるべきである」<sup>10)</sup>として、判例変更のうえ、原審判断を是認した。

「わいせつ表現罪」についても、まず、2001（平成13）年に、上記サイ

---

8) NHK福祉情報サイト「ハートネット」 (<https://www.nhk.or.jp/heart-net/article/128/>) による。

9) 「国立国会図書館調査と情報—ISSUE BRIEF—No.962(2017.5.22)性犯罪規定に係る刑法改正法案の概要」による。なお、強制性交の法定刑は、この改正により、下限では殺人と並んだことになる。

10) 最大判平29・11・29刑集71巻9号471頁。

バーポルノに対応するための立法作業を先取りする形で、パソコンネットのHOSTコンピュータのハードディスクを「その他の(わいせつ)物」ととらえ、画像データをダウンロードして画像表示ソフトを用いて再生閲覧可能な状態に置くことを「公然陳列」とする最高裁決定<sup>11)</sup>が出された。さらに近年では、「わいせつ性」そのものを巡る注目すべき事件が現れている。巷間「ろくでなし子事件」と呼称される事件で、被告人が、(1)女性器を印象剤で型どって石膏を流し込んで固めたものに、着色・装飾を加えた作品をアダルトショップに展示(わいせつ物公然陳列)し、(2)女性器の3Dデータを、これを使って新たな作品を作ってほしいとの意図で、オンラインストレージのサーバーコンピュータに記録・保存し、アクセスした5名のPCに記録・保存させて再生閲覧可能な状況を設定させ(わいせつ電磁的記録頒布)、(3)同様のデータが記録されたCD-Rを2名の不特定者に送付・受領させて販売した(わいせつ電磁的記録媒体頒布)ものである。(1)女性器オブジェについては、当該造形物が「これらが女性器であると認識し、あるいは、これらから性的刺激を受けるほど明確に女性器であると認識することは、困難である」として高裁で無罪が確定した<sup>12)</sup>。これに対し(2)(3)の電磁記録については、弁護側は、①本件データには性行為や性的コンテクストは皆無であり、見る者の性欲を興奮・刺激せしめるものではないから、わいせつ物とは言えない、②被告人は、女性器を男性の愛玩物としてのみとらえるイメージを払拭し、健康的にとらえることを求めるフェミニズム思想に基づき女性器をかたどった舟(カヤック)を創作・進水させるためのクラウドファンディングにおいて、出資者への返礼として送信する等したものであるから、この企画全体をプロセサートとしてとらえ、フェミニズム・アートとしての思想性・芸術性によるわいせつ性緩和を考慮すべきである、等の主張をおこなったが、1・2審はいずれも、女性器の精密な形状データであるからわいせつ性が認められ、データ自体からは思想性・芸術性を読み取ることはできないからわいせつ性は解

11) 最決平13・7・16刑集55巻5号317頁以下。

12) 東京高判平29・4・13刑集74巻4号451頁。

消されないとして、電磁記録および記録媒体頒布罪の成立を肯定し、最高裁も、「わいせつな電磁的記録又はわいせつな電磁的記録に係る記録媒体に該当するか否かを判断するに当たっては、電磁的記録が視覚情報であるときには、それをコンピュータにより画面に映し出した画像やプリントアウトしたものなど同記録を視覚化したもののみを見て、これらの検討及び判断をするのが相当である」<sup>13)</sup>として、あっさり与被告側上告を斥けている。

三 先に刑法典第22章を巡る急激な変遷を指摘したが、変遷の内容に踏み込んで検討すると、外観上の変貌にもかかわらず、実際には、本質的な変化は「わいせつ暴力罪」に集中しており、「わいせつ表現罪」に関しては、外観上の変化にもかかわらず実質的には無風状態が続いていることが観取される。

まず立法状況を検討してみよう。「わいせつ暴力罪」の分野では、単に表面的な変化にとどまらず、旧強姦罪を強制性交罪として改組して、被害者を女性のみにとどめず男性をも含みうる形にし、また、新設された監護者わいせつ罪では、準強姦・強制わいせつの抗拒不能類型を拡張して処罰対象にするなど、性に関する捉え方の変化を受けた、かなり抜本的な再編がなされている。平成29年の大法廷判決が、これらの立法を「性に関する社会の一般的な受け止め方の変化」の例証として掲げた所以である。これに対し、「わいせつ表現罪」分野での法改正は、デジタル社会の到来という、性とは直接関係のない事情に対応するための小改正にとどまり、しかも、改正前の状況下で苦しい解釈で処罰を肯定した最高裁判例をバックアップしたものにすぎず、決して性表現に対する社会的評価の変遷に促されたものではない。

ことがらは、判例の状況についても同様である。「わいせつ暴力罪」に関する平成9年大法廷判決は、「性的な被害に係る犯罪やその被害の実態

13) 最判令2・7・16刑集74巻4号345頁以下。なお、同事件に関しては、梅崎進哉「チャタレー体制下のわいせつ概念とその陳腐化—ろくでなし子事件を素材として—」西南学院法学論集50巻4号46頁以下参照。

に対する社会の一般的な受け止め方の変化」を前提として、「今日では、強制わいせつ罪の成立要件の解釈をするに当たっては、被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度にこそ目を向けるべきであって、行為者の性的意図を同罪の成立要件とする昭和45年判例の解釈は、その正当性を支える実質的な根拠を見いだすことが一層難しくなっているといわざるを得ず、もはや維持し難い」<sup>14)</sup>としているように、従来性の秩序(性風俗)に対する侵害の面を重視していた昭和45年判決の支配を劇的に変更するものであった。

これに対し「わいせつ表現罪」の領域では、チャタレー判決、すなわち大審院時代より連綿と受け継がれた「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」というわいせつ概念を戦後も継承することを宣言して「性器・性行為非公然性の原則」を戦後判例の指導原理として打ち出した昭和32年の大法廷判決<sup>15)</sup>や、これを継承しつつ、作品全体の思想性・芸術性を考慮してわいせつ性の緩和・解消の可能性を検討するという「作品(但し、その『作品』のみ)の全体的考察」を導入した昭和44年の大法廷判決(悪徳の栄え事件)<sup>16)</sup>は、何ら疑問を付されることもなく、令和2年判決は事務的に上告棄却している。このことは、令和2年判決が、「(わいせつ性については)同記録を視覚化したもののみを見て、これらの検討及び判断するのが相当である」(悪徳の栄え判決:「作品」のみに限定した全体的考察をおこなう絶対的わいせつ概念)<sup>17)</sup>として思想・芸術性の主張を斥け、事実上、女性器のデータであることだけを理由に、わいせつ性を肯定した1・2審を支持した(チャタレー判決:性器・性行為非公然性の原則)点に明白に表れている。判例は、「わいせつ表現罪」の領域では、昭和32年以来のチャタレー体制を変更する必要は全く感じていないらしい<sup>18)</sup>。

14) 最大判平29・11・29刑集71巻9号470頁以下。

15) 最大判昭32・3・13、刑集11巻3号997頁以下。

16) 最大判昭44・10・15、刑集23巻10号1239頁以下。

17) 最判令2・7・16、刑集74巻4号345頁以下。

18) もっとも、写真集につき、関税定率法の輸入禁制品(風俗を害すべき書籍、図画)

四 そこで、一つの疑問が生じる。すなわち、強制わいせつ等を明白に「性的自由」に対する侵害と捉えかえして昭和45年判例を変更した「わいせつ暴力罪」に関する平成29年判例と、昭和32年チャタレー判決および昭和44年悪徳の栄え判決を「わいせつ」の定義にすら言及せずに踏襲して、事務的に原審判断を肯定した「わいせつ表現罪」に関する令和2年判例との間に矛盾はないのか、という点である。特に、同じく「わいせつ」という文言で禁止の内容を示している処罰規定を対象にしながら、「わいせつ暴力罪」の領域では性に関する社会通念の変化を理由に昭和45年判例を変更する一方で、「わいせつ表現罪」の領域では、昭和32年判例と、それを補完した昭和44年判例からなる「チャタレー体制」を連綿と維持していることの整合性が問われなければならない、このような観点から、両罪を巡る学説と判例を検討する必要がある。

本稿では、以上のような観点から、まずはその前提作業として、「わいせつ表現罪」に関するチャタレー判決と「わいせつ暴力罪」に関する昭和45年判決の出現に至る経緯を、明治期に始まるわいせつ規制に関する理論の展開を踏まえ（第1章・第2章）、これが両判例に結実していく（第3章・第4章）過程を検討する。

## 1 明治以降の黎明期の理論状況

一 強制わいせつに関する平成29年大法廷判決は、性に関する社会通念の変化を理由として判例変更をおこなった。この「社会通念の変化」は、主としてチャタレー判決が出された1950年代以降の「性」に関する学問的

---

指定の取り消しを争った行政事件につき、わいせつ性を否定して処分を取り消した最判平20・2・19（第2次）メイプル・ソープ事件がある（本事件とは別に、メイプルソープの回顧展における展示作品を掲載したカタログが問題とされた第1次事件—最判平11.2.23、裁判集民事191号313頁以下—があり、こちらでは、「風俗を害すべき書籍、図画」に当たるとの判断が示されている）。但し、本判決は、行政事件であり、内容的にも、昭和44年の悪徳の栄え判決の「全体的考察」を最大限利用したものとは言えても、それを越えるものではなく、基本的にチャタレー体制の枠内での例外的処理にとどまるものと言える。メイプル・ソープ事件判決に関しては、梅崎「前掲」40頁以下参照。

解明の成果に由来するものである。人間性を蹂躪して敢行された第二次世界大戦後、人々は人間の自由・自己決定の重要性を再確認し、人間性に対する抑圧を排除しようとする動きが、それまでタブー視されてきた性に関する様々な研究を促し、個人の人格に占める性の重要性と脆弱性の認識が共有されていくと同時に、1960年代のいわゆる「性の解放」の社会運動が生じて、性に関する一般認識は激変した。元々、17世紀に始まる科学革命以降の近代科学において、自然に対する研究に比して、人間、とりわけ性に関する研究は大きく遅れていた<sup>19)</sup>。性が「性科学」として本格的な研究の対象となるのは、ようやく20世紀初頭のことである<sup>20)</sup>。同じく20世紀初頭に現れた精神分析学の先駆者ジークムント・フロイトの心理学的発達理論<sup>21)</sup>も、幼児性欲理論に基づいて子どもの発達段階を説明する画期的なものであったが、当初は、社会から激しい反感を買うことになり、その本格的普及は、第二次大戦後を待たなければならなかった。いずれも、当時を支配していた近代ヨーロッパの性倫理に起因するものである。

- 
- 19) 安田一郎「性科学の歴史」ジュリスト増刊総合特集25号『人間の性 行動・文化・社会』(1982年)によると、「人間は有史以来自然現象については冷静に、克明に観察し、記述した。しかし人間自身の問題になると、このような精神は失われた。それは、人間が自分たちは神の特別な創造物なのだから、自分たち自身を研究の対象とすることは、神に対する冒瀆だと考えたからである。とくに『肉』、つまり動物と共通点のある性現象は『霊』においてすぐれている人間の大きな汚点として、ことさらに無視された。そしてそれは、いやらしいもの、みだらなもの、動物的なものという価値づけがなされた。すぐれた自然科学者リンネさえ、その『自然の体系』(一七四七年)の中で、性器を研究の対象にしなければならないかと思うと身震いがすると言ったほどであった」(27頁)とされている。
- 20) 安田「前掲」39頁によれば、初めて性科学(Sexual Wissenschaft)という言葉が現れたのは、イヴァン・ブロッホ『現代の性生活』(1906年)だとされている。
- 21) 中山元訳「性理論三篇(原著は1905年)」『エロス論集(1997=平成9年)』所収15頁以下。アンソニー・ストー、山口泰司訳『性の逸脱(1992年—原書は1964年)』は、「この五十年でセックスに対する社会の態度はずいぶん変わってきた。昔にくらべると性的な問題についての議論ははるかにオープンになっているし、子どもたちの性的関心や行動にたいしても社会の態度はずっと寛容になってきている。セックスにたいする態度がこのように変化してきたことの一因は、フロイトの業績にあると言ってよい。フロイトは今世紀の初頭に、幼児にも性欲があることを証明して世間から激しい反発を買うことになったが、その後『性の段階的発達』についてのかれの主張は広く社会に受け入れられるようになったからである」(20頁)としている。

デヴィッド・リチャーズが「生殖モデル (Procreational Model)」と呼んだヨーロッパの伝統的性倫理は、性衝動を動物的なものとして罪悪視し、生殖に必要な限度でのみ例外的に許容する構成をとっていた<sup>22)</sup>。エドワード・ウィルソンは、この生殖モデルの性倫理が、ユダヤ=キリスト教に由来するものであるとし、それが形成された時代・地域の生活環境と結びつけ、旧約聖書の牧畜民族の特殊な生活様式に合致するように作り上げられたものと指摘する<sup>23)</sup>。一方、アンドレ・モラリーダニノスは、神話等の研究により、歴史上の様々な宗教と、諸部族における「性欲」のイメージを検討している<sup>24)</sup>が、これを見ると、性欲に罪悪感を持つ性倫理がいかに特異なものであるかがわかる。中世ヨーロッパ社会の性生活に関する様々な禁忌は、この特異な性倫理に由来していた。自慰・売春・同性愛等の非生殖的性行為はもちろん、配偶者間での避妊したうえでの性行為やエロティシズムの享受も「唯一教会の許容する正当な性の形式—結婚における再生産の意図—から逸脱するものとして禁止された」<sup>25)</sup>。中世の贖罪規定書（民衆の告解を聞き贖罪させる司祭のためのハンドブック）の一つであるヴォルムスのブルヒャルト（1000年頃に成立）でも、「女性の裸身を見ること（133章）」「妻と入浴し、その裸身を見ること（134章）」などが贖罪を要する罪として規定されていた<sup>26)</sup>。

その後に出現した近代国家も、この生殖モデルを継承しつつ、新教、特にプロテスタントによって導入された一夫一婦制を前提とした「愛」と

---

22) David A.J. Richards, *Sex, drugs, death and the law*, p.89.

23) エドワード・ウィルソン、岸由二訳『人間の本性』210頁。「ユダヤ=キリスト教的道徳観の基礎となっている旧約聖書は、攻撃的な牧畜民族の預言者たちによって書かれたものであった。彼らの繁栄は、たび重なる領土征服によって促進された急激かつ規則的な人口増加に基づいていた。……聖書の論理は、人口増加が特に奨励されている時代における自然法の一つの単純な見方に合致しているように見える。なぜなら、そのような状況下においては、性行動は、もっぱら子供を作ることを目的とするものと思われたらうからである」と述べている。

24) A.モラリーダニノス、宮原信訳『性関係の歴史』84頁以下参照。

25) Richards, *op.cit.*, pp.97-98.

26) 阿部勤也『西洋中世の罪と罰』192頁以下参照。

いう要素を付け加え<sup>27)</sup>、家族を通じた労働管理の手段として社会的性倫理を利用した。その結果、近代資本主義国家では生殖目的や婚姻関係以外でのエロティシズムが法によって禁圧されることになった。近代市民社会は、「恋愛を制度としての婚姻と直結させ、エロティックなエネルギーを体制内化することを試み」、「恋愛と結合した近代的一夫一婦制は、資本主義の要請に応えながら、資本制的性秩序の基幹的役割を担い」、「この枠をはみだす性に対して……禁欲主義のモラルによって禁圧」したのである<sup>28)</sup>。こうして形成された近代ヨーロッパの性倫理の支配下では、公の場において性について語ることは憚られ、性を巡る科学的研究の進展と普及は他分野に比して大きく遅滞する<sup>29)</sup>とともに、性行動についての法規制も、科学的根拠に基づかない漠然とした倫理観によるものとならざるを得なかった<sup>30)</sup>。

## 二 元々、ヨーロッパの性倫理に無縁であった江戸期までの吾国では、

27) See. Richards, *op.cit.*, p.90.

28) 佐藤雅美「<猥褻>表現罪の起源について」九大法学45号50頁以下。なお、生殖モデルと近代ヨーロッパ社会の性規範の連続性については、梅崎進哉「性風俗の刑事規制と社会法益の構造」久留米大学法学14号23頁以下において、すでに検討したところである(1992年)。このような前世紀の議論を蒸し返さざるを得ないところにも、チャタレー体制の「陳腐さ」が表れている。

29) ストー『前掲書』も「性の衝動は人間性を構成するなくてはならないものとして、私たち一人ひとりの性格や行動に深い影響を与えているのに、今日の西洋社会では、性の営みについての客観的研究はまだやっと始まったばかりである」と述べている(2頁)。

30) この点に関し、白田秀彰『性表現の文化史』79頁以下は、18～19世紀の理性主義・啓蒙主義の下にあったヨーロッパ近代国家は、教会法領域の倫理規制を世俗法の管轄に移していくに際して、「いったん宗教的道徳によって社会制度が形成されてしまっているので、すでに機能している社会統制の根幹部分である『神』を『理性』で置き換えることになりました。この際に『神』が備えていた絶対性と超越性が、『理性』の絶対性と超越性として再現されることとなります。このとき、国家すなわち法は、理性を体現するものとして認識されていたので、法の枠組みの中でかつての(ギリシャ・ローマ期の一筆者補)ような『自然な性のあり方』を容認するような論理が作用する余地はありませんでした(傍点筆者)」と説明する。そして、19世紀半ばのイングランドで現れた、性・性表現に関する規制の世俗裁判所への管轄移行は、「性や性表現に関する規範侵害が、神への冒瀆や宗教的秩序への攻撃ではなく、社会秩序や道徳への攻撃と認識されたことを意味します(傍点筆者)」と説明している。

「庶民層においては、とくに性に対する忌避の感覚はなく、おおらかに楽しみとして受容されて」いた<sup>31)</sup>。その後、1868（明治元）年に成立した明治維新政府は、不平等条約の解消を悲願とし、「文明国」としての体裁を整えるべく、西欧上流階級の文化を国内法に取り込もうとした。その中で、わいせつに対する刑事規制が現れた<sup>32)</sup>。ヨーロッパではわいせつ罪の管轄が宗教裁判所から世俗裁判所に移され、わいせつ規制が強化される時期にあっていた<sup>33)</sup>。アメリカでも、南北戦争が終わった時期にあたり、戦時中に放任されていた性表現を改めて引き締める動きが起こると同時に、奴隷の解放により重要な政治目標の一つを失った宗教関係者が、新たな目標としてわいせつの根絶を唱え、ここでも、わいせつ規制が強化される時期にあっていた<sup>34)</sup>。このように、元々吾国のわいせつ規制体制は、当時のヨーロッパの性倫理が持っていた「（性を罪悪視する）宗教的コンプレックス」と、後発近代国家としての「（「野蛮」を罪悪視する）文明コンプレックス」の二重のコンプレックスを持ちつつ形成されたのである。海老澤侑は、現在の刑法175条に対応する、1880（明治13）年に公布された旧刑法259条（風俗ヲ害スル冊子図画其他猥褻ノ物品ヲ公然陳列シ又ハ販売シタル者ハ四円以上四十円以下ノ罰金ニ処ス一旧字は改めてある）の立法過程を研究する<sup>35)</sup>中で、ヨーロッパ流の厳格な性規制をめざすポアソナードと、それに戸惑いつつ寛刑化をはかる日本側関係者との葛藤

31) 白田秀彰『前掲』196頁。なお、白田は、江戸期の春画や黄表紙の規制については「性表現がダメなのではなく、性表現によってさまざまな遊びへの誘惑が増え、奢侈や蕩尽に至るとというのが禁圧の理由だった」と説明している（『前掲』196頁）。

32) 白田『前掲』195頁以下参照。

33) 白田『前掲』75頁以下（特に80頁）参照。

34) 白田『前掲』124頁以下参照。

35) 海老澤侑「刑法175条の再検討―旧刑法の立法、議論情況について―」中央大学大学院研究年報47号151頁以下。なお、同論文は「175条の議論の多くは、チャタレー事件最高裁判決以降のものが多くのように思われる。確かに、少なくとも裁判所が、明治日本の近代刑法導入期からチャタレー判決に至ったことで猥褻物規制の議論の一つの区切りが付けられたと考えていけば、チャタレー判決の考察を始めることから、175条の議論は開始されたと考えるのも可能である。しかし175条を巡る議論は、チャタレー判決から突発的に生じたのではなく、それまでの一定の議論の蓄積を含めつつ形成されてきたと見ることに、十分説得力があるはずである」（152頁以下）との動機から、明治期の研究を行ったものである。

を描き出している<sup>36)</sup>。当時の日本側関係者が、突如として現れた、上述のとおり「科学的根拠に基づかない漠然とした倫理観」によるわいせつ規制の導入に戸惑ったのは当然だろう<sup>37)</sup>。幸いと言うべきか、当時の日本側法務官僚がヨーロッパ流の「反自然的猥褻行為」の処罰にまで踏み込まなかったのも、この「戸惑い」のゆえと言えるかもしれない<sup>38)</sup>が、いずれにせよ、吾国のわいせつ規制が、その根本において近代ヨーロッパ性倫理に基づき性風俗を規制するものとして現れたことは事実である。その後、旧刑法259条は、現行刑法175条に引き継がれるが、「旧259条と175条とは、その趣旨について基本的な変更はなく、改正内容としては構成要件の拡張と量刑の変更を行ったのみ」と評されている<sup>39)</sup>。泉二新熊も、その教科書において第22章を「風俗ヲ害スル罪」とし、これらの罪については「旧刑法ニ於テハ現行法第22章ノ中第百七十六条乃至第百八十四条ノ罪ヲ以テ身体ニ対スル罪トシテ分類シタル他異ル所ナシ」としている<sup>40)</sup>。旧刑法は、

36) 海老澤侑「前掲」151頁以下参照。同「刑法175条の戦前期の検討」中央大学大学院研究年報48号249頁以下でも、「旧刑法特有の認識としては、そもそも日本人立法者は、わいせつ物を規制すること自体に疑問を持っており、旧刑法の立法者の一人であったボアソナードが作成した法案に対しても、主に処罰範囲の限定、量刑をより軽くする修正を重ねた」としている。

37) 海老澤「刑法175条の再検討」162頁は、「判例は現在まで175条の保護法益を『健全な性秩序、性風俗』に求めているが、その内実は、明確とは言えない。そのような中で、改めて立法過程に目を向けてみると、同様の問題に突き当たっていたことが明らかとなる」としている。科学的根拠のない性倫理が突然出現した当時としては、まったく当然であっただろう。

38) 小野清一郎は、現行刑法175条との関連で「我が現行刑法の処罰規定は割合に簡単である。例へば近親相姦の如きは、我が邦従来の立法例に依るも、また外国の立法例に依るも、概ね之を処罰してゐるに拘らず、現行刑法は之を罪としてゐない。また或る立法は『反自然的猥褻行為』を罰してゐるが(ドイツ刑法一七五条)、我が刑法には其の規定がない。蓋し、我が邦の社会が此等の点に無関心であるといふよりは、かかる事項を刑法により処罰することを適当としないためであらう」と述べている(小野清一郎『新訂刑法講義各論15版(1956=昭和31年)』133頁—旧字体は改めてある)。宮本英修『刑法大綱5版(1936=昭和11年)』464頁も同旨。

39) 倉富勇三郎=平沼騏一郎=花井卓蔵監修・高橋治俊=小谷二郎編『刑法沿革綜覧(1916=大正5年)』2191頁(引用は海老澤「刑法175条の戦前期の検討」中央大学大学院研究年報48号250頁による)。なお、1947(昭和22)年の改正まで、175条は罰金刑のみを規定していた。

40) 泉二新熊『日本刑法論下巻43版(昭和11年)』393頁。なお、旧字体は改めてある。

「第二編公益ニ関スル重罪軽罪」中の「第6章風俗ヲ害スル罪」に「公然猥褻ノ所行(258条)」・「風俗ヲ害スル冊子凶書其他猥褻ノ物品」の「公然陳列・販売(259条)」を、「第三編身体財産ニ対スル重罪軽罪」「第一章身体ニ対スル罪」中に、「第11節猥褻姦淫重婚ノ罪」として、わいせつ暴力罪(346~351条)及び淫行勧誘・姦通・重婚罪(352~354条)を置いていた。ボアソナードの母国フランスの刑法の構成に倣ったものと思われるが<sup>41)</sup>、現行刑法では、わいせつ暴力罪が身体に対する罪から風俗を害する罪に移された。泉二はこの点について、「蓋此三個ノ罪種ハ社会的生活上ニ於ケル一般ノ良習ヲ紊乱スルノ点ニ於テ共通ノ觀念ヲ有スルモノト認ムルニ妨ナシト雖モ又他ノ一面ヨリ觀察スレハ法典第七十六条乃至第一百八十二条ノ罪ハ個人ノ自由ニ対スル罪ニシテ第一百八十三条、第一百八十四条ノ罪ハ婚姻上ノ権利ヲ侵害スル罪ナリト認ルヲ得ベキナリ。然レドモ之ヲ何レノ方面ヨリ觀察スルモ解釈適用ノ上ニテハ別ニ損益スル所ナキナリ」<sup>42)</sup>と、淡々と受け止めている。「わいせつ暴力罪」につき「社会法益性と個人法益性のどちらを本質とするか」という問題意識は、改正期の研究者にはなかったようである<sup>43)</sup>。

三 このような背景事情の下に、現行刑法における「わいせつ」の意義を巡る議論が開始された。既述のとおり、性についての学問的研究がほとんどされていなかった戦前期には、「わいせつ」の定義や、「わいせつ表現罪」の保護法益を巡る本質的な対立はなかったようである。海老澤も「保護法益については、学説上、具体的な議論は殆どなされていなかった……。当時発行されていた教科書類においても、『性風俗を保護するた

41) この点に関しては、淵脇千寿穂「性犯罪処罰規定の法体系上の位置付け―旧刑法制定過渡期の刑法体系を基礎に―」志學館法学19号27頁以下参照。

42) 泉二『前掲』393頁。

43) 淵脇「前掲」29頁は、わいせつ暴力罪は、フランス刑法でも「一八三二年改正の頃は『第二編 個人に対する重罪及び軽罪』として、生命・身体や人身の自由、偽証、中傷、侮辱、秘密の漏洩と共に『第一章 人身に対する重罪及び軽罪』として規定されていたが、その条文の実質的な適用は、①公共の風俗侵害と捉えられるものであった」としている。

め』の規定であると紹介するも、その具体的な理由は示されていない<sup>44)</sup>としている。もっとも、「保護法益の内実を述べている者と評価することができる」例として、「色欲を多く満たすことで、社会の風俗が壊乱され、人倫の危機を起し、それ故社会生活の基礎が乱される点(傍点筆者)」を挙げた森田司樓<sup>45)</sup>、「風俗とは、我々の日常生活関係から生ずる衣食住その他、一般の現象に関して広く習俗となっているものを称する」とし、「之を一層墮落せしめる」ことが風俗を害することとなし、久禮田益喜<sup>46)</sup>を挙げている。また、日本法学会が大正8年に作成した『理論応用日本刑法通義』における風俗を害する罪への説明を紹介しているが、その内容は「社会ノ風俗ヲ害スル点ニ於テ共通スルモノトス、蓋シ習俗ノ良否又は風紀ノ張緩ハ内ニ於テハ国利民福ニ付キ至大ノ関係ヲ有スルト共ニ外ニ対シ一般国民ノ品性ヲ表彰スルモノナルヲ以テ各国ノ法律ニ於テ社会ノ風俗ヲ以テ独立ナル法益ト為シ特ニ刑罰制裁ヲ加ヘテ之ヲ保護セル所以ナリ(傍点筆者)」<sup>47)</sup>というものである。傍点箇所前者は文化国家に邁進しようとする時代思潮を、後者は先述の文明コンプレックスを表すものとして興味深いが、当然ながら科学的な根拠説明はない。このように、有害性についての科学的根拠も明らかでないまま、漠然と「(善良な)性風俗」の保護を訴え、「(生殖以外の目的で)性欲を満足させる」ことが、「人倫」「習俗」「風紀」「一般国民の品性」等を害する「わいせつ」として禁じられているという理解が支配的であったようである。

「わいせつ」の定義についても、後にチャタレー判決が肯定的に引用したわいせつ物陳列に関する大判大正7(1918)年6月10日は、「刑法第七十五条に所謂猥褻の文書図画其の他の者(ママ)とは性欲を刺戟興奮し又は之を満足せしむべき文書図画其他一切の物品を指称し、従て猥褻物たるには人をして羞恥嫌悪の感念を生ぜしむるものたることを要する(傍

44) 海老澤「前掲」259頁。

45) 森田司樓『刑法提要(1913=大正2年)』356頁。引用は海老澤「前掲」265頁註63による。

46) 久禮田益喜『刑法学概説(1930=昭和5年)』537頁。なお、旧字体は改めてある。

47) 海老澤「刑法175条の戦前期の検討」259頁。

点筆者)」としている<sup>48)</sup>。「性欲の刺戟・興奮・満足」と「羞恥嫌悪の喚起」とを「従って」で結んでいる点が注目される。この点、上に示した森田の「色欲を多く満たすことで、社会の風俗が壊乱され、人倫の危機」が生じるという処罰根拠説明も同様だが、「性欲（色欲）の満足」即「羞恥嫌悪の喚起（風俗壊乱・人倫危機発生）」という論理であり、いわば「性欲の刺戟・興奮・満足」があれば「羞恥嫌悪の喚起」等が擬制されるような構造になっている。性欲の満足に対しては羞恥心と嫌悪を感じるべきであるというヨーロッパ性倫理の反映とも言えそうであるが、上述来、「人倫」「習俗」「風紀」「一般国民の品性」等、様々な侵害性の根拠が示されてきたが、結局のところ「性欲の満足」という主観が実質的に侵害性を基礎づけていることがわかる。規範主義刑法学では、行為の侵害性ではなく規範違反性に犯罪の本質が求められ、とくに風俗犯罪ではそれが顕著となる。この時期の刑法学が、素朴な規範主義刑法に立っていたことの表れともいえそうだが、規範主義刑法学もまた、教会法由来の思考慣性である<sup>49)</sup>。

海老澤は、この「判例の登場以降、学説上もこの見解に従うものが多く、原則的な批判は全くといってよいほど見られなかった」<sup>50)</sup>としているが、確かに、先に上げた久禮田も、猥褻物を「性欲の刺戟又は満足を目的として制作された物」としている<sup>51)</sup>。更に、公然猥褻の「猥褻ノ行為」を「性欲の刺戟又は満足を目的とする行為であって、その覚知者をして羞恥の感情を懐かしめる（「いだかしめる」の読みか—筆者）もの」<sup>52)</sup>、強制

48) 法律新聞1443号22頁。但し、旧字体は改めてある。なお、強制わいせつ罪の「猥褻ノ行為」を直接問題にした判例は、見つからなかった。但し、大判大3・7・21では、強制猥褻罪の「猥褻ノ行為」と強姦罪の「姦淫」とを対比して「前者ハ春情ノ満足ヲ目的トスル異性ノ狎昵ニシテ後者モ亦タ同様ノ目的ニ出タル異性ノ狎昵結合ナリ（傍点筆者）」（大審院刑事判決録20輯1543頁）とされており、ここでも、「春情の満足」即ち「性欲の満足」に核心が置かれている。

49) この点については、梅崎進哉『刑法における因果論と侵害原理』21頁以下（特に29頁以下）参照。

50) 海老澤「前掲」256頁。

51) 久禮田『前掲』539頁。

52) 久禮田『前掲』538頁。

猥褻の「猥褻ノ行為」を「性欲を満足せしむべき行為」<sup>53)</sup>としている。性欲を罪惡視し、生殖以外の目的で性欲を満たすことを禁じる近代ヨーロッパ性規範が浸透していることが看取されると同時に、22章のわいせつ罪全体を、「性欲の満足」を核とするわいせつの概念構成で説明する姿勢が伺える。性に関する科学的知見の乏しかった当時の刑法学では、「禁じられるべき性行動」を包括するキーワードとして「性欲の満足」しか連想し得ず、「性欲の満足→風紀の紊乱」という論理以外には、性に関する犯罪を説明する術もなく、従って、「(潜在的にせよ)性欲の満足」を伴わない「わいせつ」犯罪は考えられなかったということだろう。そして、このような理解は、チャタレー判決にまで続く通説を形成していく<sup>54)</sup>。

## 2 1900年一戦前期の理論状況

一 こうして、当初は、社会法益・個人法益の区別も強くは意識されないまま、わいせつ犯罪全般が、「性欲の満足」を中心としたわいせつの定義と「(善良な)性風俗に反する」という風俗侵害性を軸に語られていたように思われる。「わいせつ表現罪」と「わいせつ暴力罪」との法益論的区別を意識した議論が生じるのは、1900年頃からのドイツ流の法益論の普及によるものと言えるだろう。いわゆる「超過的内心傾向」の問題は、この議論との関連で、強制わいせつ罪において、行為者自身に「自己の性欲を満足させる意思」が必要か、という形での現在の議論に発展してきた。以下その概況を検討する。

まず、強制わいせつ罪を社会法益侵害犯として捉えることに異議を唱えた立場として、大場茂馬は、「元来人ハ自己ノ意思ニ依リテ活動スルノ自由ヲ有スルモノナリ。男女ノ交際即チ性交ニ関シテモ亦然リ。此自由ニシテ侵害セラル、トキハ、爰ニ性交ノ自由ヲ侵害スル犯罪ノ成立スルモノト

53) 久禮田『前掲』540頁。

54) 海老澤「前掲」257頁も、大正7年判例は「今日に至るまで判例理論の中心にある根本思想をすでに先取りしたものであるということが出来る」と評している。

ス。抑々男女ノ交際夫レ自身ハ風俗ヲ害スル行為ニ非ス。又猥褻ノ所業ト謂フコト能ハス。若シ男女ノ交際其モノヲ以テ姦淫若シクハ猥褻ト謂フコトヲ得ハ即チ世間ノ夫婦ハ総テ姦淫罪若クハ猥褻ヲ犯シツツアルモノト為ルベシ。豈如斯道理アラシヤ（傍点筆者）」<sup>55)</sup>と云う。そして、強制わいせつ・強姦について、性交の自由（ここでは狭義の「性交」に限定せず「性的行為」一般を含んだ「性的交際」という意味で用いている<sup>56)</sup>）に対する罪と捉え、「学理的ニ論究スルトキハ……現行刑法ノ規定ハ二個ノ相同シカラサル法益ニ対スル罪ヲ規定シタルモノナリ。一面ニ於テ性交ノ自由ナル法益ニ対スル罪ヲ定メ他ノ一面ニ於テ社会ノ風俗ニ対スル罪ヲ定ム。前者ハ一私人ノ法益ヲ害スル罪ニシテ後者ハ社会ノ法益ヲ害スル罪ナリ。性交ノ自由ニ対スル罪ハ一私人ノ承諾ニ出ツルトキハ犯罪成立セス。コレニ反シテ社会ノ風俗ニ対スル罪ハ其目的公共ノ利益ヲ保護スルニ在ルカ故ニ一私人ノ承諾ノ有無ハ犯罪ノ成立ニ何ラノ影響ヲ及ホサス。斯ノ如ク兩者ヲ区別スルノ実益存スルカ故ニ我刑法ニオイテ之ヲ同一章中ニ規定スルニ拘ハラス以上ノ学理的分析ニ従テ之ヲ考究スルヲ以テ相当トス（傍点筆者）」<sup>57)</sup>と論じている。

性交等は、それ自体として犯罪行為といえないから、風俗を害するものではないとして、強制わいせつと強姦は「性交の自由」に対する侵害だと捉える論法は興味深い。この発想は、戦後の性に関する学問的究明の進展による、人間における「性」の特殊性・重要性の認識の深化に伴い、「性的自由（自己決定）」という概念に発展し、さらには、性欲を罪悪視する性倫理を脱して、逆に「わいせつ表現罪」についての性風俗侵害論への疑問を呈する論へと発展していくことになる。

もっとも、大場は、「わいせつ表現罪」である公然わいせつ罪の「猥褻ノ行為」を「性欲ヲ刺激セシメ又ハ之ヲ満足セシメントスル行為ニシテ風

55) 大場茂馬『刑法各論5版上巻(1912=大正元年)』341頁。なお、旧字体は改めてある。

56) 大場『前掲』341頁では「男女の交際即ち性交」という表現も現れている。

57) 大場『前掲』341頁以下。

紀ニ背反スルモノヲ謂フ(傍点筆者)」<sup>58)</sup>という形で定義し、これは同じく社会法益(風俗犯)に属するわいせつ物等頒布罪の「人ノ性欲ヲ刺激シ又ハ之ヲ満足セシム可キ」物<sup>59)</sup>とする定義に共通している。他方、「わいせつ暴力罪」である強制わいせつ罪の「猥褻ノ行為」は「客観的ニ之ヲ言ヘハ淫事ニ関シ風紀ヲ紊ル行為、即チ羞恥ノ感覺ヲ惹起スル行為ヲ謂ヒ主観的ニ之ヲ言ヘハ行為者カ淫欲ヲ起シ若クハ之ヲ満足セシムル為ニ行フ行為ヲ謂フ(傍点筆者)」<sup>60)</sup>とする。ここでは、客観面においては、個人法益性を意識してのことだろうか、「性欲を刺激・満足せしむ」という表現ではなく、「羞恥の感覚を惹起する」という文言が使われており<sup>61)</sup>、被害者側の観点を導入しているとも思えるが、「風紀を紊る」という点はわいせつ表現罪(「風紀に背反する」と)と共通であり、その点では強制猥褻の社会侵害性をも認めていることになる。そして、主観に関しては、結局のところ、わいせつ暴力罪でも「(自己の)性欲を刺激せしめ又は之を満足せしめる(ためにする行為)」という点で共通であり、強制猥褻についても「羞恥の感覚を惹起する行為」という客観的定義にもかかわらず、主観的には「自己の性欲を満足させる意思」が要求されている<sup>62)</sup>点が注目される。

## 二 一方、法益論の観点を意識しつつも、「わいせつ暴力罪」も、「わ

58) 大場『前掲』464頁。

59) 大場『前掲』467頁。

60) 大場『前掲』359頁。

61) これに対し、小野は、猥褻罪全般について、「人をして羞恥嫌悪を感ぜしめる」という要件を加えていた。

62) 大場が、同じ文言である「猥褻ノ行為」の定義に関して、強制わいせつ罪でのみ客観と主観を区別する定義を示した理由は不明である。「犯罪構成事実」という言葉で構成要件論の萌芽的思想を示していた(『刑法総論下巻(1913=大正2年)』425頁以下)大場は、構成要件の故意規制機能についても言及している(『前掲』708頁)から、「客観を越えた主観(超過的内心傾向)」のような意識があったのかもしれない。あるいは単に、被害者側には、性欲の満足がありえないことを意識して、行為者側の主観としてそれを要求する趣旨だったのかもしれない。但し、いずれにせよ、大場の定義の主観・客観両者を合わせると結局は、公然わいせつでの定義とほぼ同等になる。

いせつ表現罪」と同様に、本質的には性風俗を害する罪だと捉えて通説的地位を得た小野清一郎は、その教科書において、これら22章の罪を一括して「性欲生活に関する風俗の保護」を目的とした社会法益に対する罪とする。ここでも「性欲」が22章の核とされている。そして、「第二十二章は性欲生活に関する風俗の保護を目的と……する。」「此等の法条に規定する犯罪の或るものは、単に善良の風俗に反するのみならず、個人の私権乃至法益を侵害すること明らかなるものである。例へば、姦通の罪は夫権を侵害するものであるし、強姦の罪は性交の自由に対する侵害である。……しかし、其の処罰の根本理由を結局其の風俗を害する点に在るものと観ることが、少くとも我が現行法の編別方法に適する所以であらう（傍点筆者）」<sup>63)</sup>と言う。戦後に出版された教科書では、「我が改正仮案が姦通、重婚を風俗を害する罪としてゐることは理由があると思ふが、強姦、強制猥褻を個人的法益に対する罪と見てゐるのは如何なものであらうか。姦通、重婚よりもなほ一層社会の『風俗』に関するものとして取扱はるべきものの如くにも思はれる」とも述べている<sup>64)</sup>から、前註引用箇所の「少くとも我が現行法の編別方法に適する」という部分も、現行法規定に拘束された限定的主張ではなく、法典編纂方法に関する本質的主張として社会法益性を唱えていると解される。つまり、小野は、現行法規定とは無関係に、「わいせつ暴力罪」を性風俗を害する社会法益侵害性を本質とする犯罪と見ているのである。

そして、「猥褻の行為」を「性欲の興奮又は満足を目的とする行為にして、善良の風俗に反し、人をして羞恥嫌悪を感ぜしむべきものをいふ（傍点筆者）」<sup>65)</sup>と定義して、これを公然わいせつ、強制わいせつの共通のものとし、また戦後版では「猥褻な物」についても「性欲の興奮又は満足の手段となる物である（傍点筆者）」としている<sup>66)</sup>。やはり「性欲の興奮又

63) 小野清一郎『刑法講義（1932=昭和7年）』448頁以下。

64) 小野『新訂刑法講義各論15版（1956=昭和31年）』132頁以下。

65) 小野『刑法講義』450頁。

66) 小野『新訂刑法講義各論15版』133頁以下。戦前版には、猥褻物の定義はないが、同旨であると思われる。

は満足」がわいせつ概念の核である。「自己の性欲を満足させる意図」については、上の定義では、わいせつ概念の中に「目的」として織り込まれており、特にそれ以上の言及はないが、『犯罪構成要件の理論』では、猥褻罪全般について、「一種の超過的内心傾向」としての「猥褻の動機」が必要とされている<sup>67)</sup>。つまり性欲を核として構成された「猥褻」概念が、「性的意図」の必要性を導いているわけである。戦後のチャタレー判決と、これを前提とした45年判決の原型をなしていると言えるだろう。

三 日高義博は、わいせつ暴力罪の社会法益性を重視する小野らの立場を敷衍して、「問題は、性的自由の保護ということだけで現行法上の強制わいせつ罪を説明しうるのかという点である。……強制わいせつ罪の法定刑は『六月以上七年以下の懲役』となっており、それは暴行罪、脅迫罪、強要罪の法定刑に比較して相当重いものとなっている。これは被害者の性的自由の侵害にとどまらず社会的法益の侵害という面が考慮されているためだと思われる。つまり強制わいせつ罪には、風俗環境を適正に維持するために合理的な歯止めをかけようとする目的があり、性的自由の保護という面のほかに風俗犯罪としての性格が依然のこされているのである（傍点筆者）」と説明し<sup>68)</sup>、そして、このような立場では、「風俗犯罪としての性格上、行為者の主観面においては猥褻行為についての認識がありかつ性的意図が必要だということになろう（傍点筆者）」と説明している<sup>69)</sup>。

確かに、戦前を支配した小野らの通説的立場は、強制わいせつ・強制性交等の「わいせつ暴力罪」をも基本的に性風俗を害するものにとらえ、個人法益としては、性的自由に他の自由一般と区別する必要を認めず、強要

67) 小野『犯罪構成要件の理論（1953＝昭和28年）』45頁。

68) 日高義博「強制わいせつ罪における主観的要件」植松他編『現代刑法論争Ⅱ第二版（1997＝平成9年）』所収68頁。

69) 日高「前掲」71頁。さらに、「わいせつ行為であるか否かは、社会の性に対する考え方、社会の風俗等をぬきにしてはかんがえることができないものであり、それは被害者個人の性的羞恥感や性的嫌悪感と必ずしも一致しない。刑法上、わいせつ行為であるか否かは、社会的にどの程度まで性風俗を維持することが現実に要求されているかという観点から客観的に判断されなければならない」という点も根拠として挙げている。

等の一つであるが、性風俗を害する点に着目して刑が重くされており、ここに「わいせつ暴力罪」の本質があると捉えるものと言えよう。逆に言えば、行為者自身が性風俗を侵害している点に重罰化根拠を求めない限り、性的強要だけを他の強要に比して重く罰する法益論上の根拠が見あたらないことになる。そして、閉ざされた強制わいせつの実行空間には、被害者と犯人しかいないのだから、犯人にそれがない限り、「(徒らに)性欲を興奮又は満足させた」者、つまり「性風俗を害した」者はどこにもいないことになる<sup>70)</sup>から、「自己の性欲を満足させる意思」は、「わいせつ暴力罪」における行為者主観として必須なのである。強制わいせつ罪の「わいせつ行為」の定義について、性的自由の被害の重大さ・深刻さを科学的に理解し、そこから出発して「性的自由を侵害する行為」の内容を特定するという順に思考を展開する現代人にとってはわかりにくい発想だが、何が悪いのかよくわからないまま「性欲に対する罪悪感」を出発点に、「(生殖以外の目的で)性欲を満たすこと」を禁止すべき「わいせつ」の核とし、そこから個別犯罪行為を説明する思考慣性が染みついていた時代の思考法だと考えれば納得できる。

だが、強制わいせつの個人法益侵害性を強調した大場もまた、「自己の性欲を満足させる意図」を強制わいせつの要件に含めている。この点はどう説明できるのか。要は、大場もまた、当時の性を巡る学問状況の限界に直面していたということだろう。人格形成・維持にとっての性の格別の重要性とその脆弱性の科学的認識は戦後に普及したものであり、当時としては、個人法益侵害性だけでは強要に対する重罰化の説明ができないため

---

70) 「わいせつ表現罪」が問題となる場合においても、犯人自身に「自己の性欲を満足させる意思」がない場合もありうる。しかし、その場合でも、表現を受け取る相手の側(例えばわいせつ文書の読者)には、それがあり、そのことを犯人も知っている。要するに性欲を満足させるような不埒な物を提示・頒布等するという点に風俗侵害性が見出せるということだろう。これに対し、強制わいせつでは、性信号は被害者から発せられる(意思に反して発信させられる点に性的自由の侵害があるのだが)のであり、犯人は受信側である。被害者が「性欲を満足させる」はずはないから、犯人にそれがない限り「性欲を満足させる」者はいないことになる。要するに、「性欲」を基に「わいせつ」を定義する限り、何らかの形で「性欲を満足させる意図」は不可欠なのである。

に、性風俗違反という社会法益侵害性を残さざるを得なかった。そして、同じく歴史状況の限界のために、「性交」自体の反風俗性を否定したにもかかわらず）性欲を罪悪視するヨーロッパ法の性倫理に抗することができず、小野と一致して「性欲を満足させる」点に風俗違反性を求めざるを得なかった。その結果、「性交の自由」という個人法益性を打ち出したものの、結果的には、小野らの社会法益論と大差ない解釈論になってしまったと言うことができそうである。

だとすれば、「自己の性欲を満足させる意図」という、いわゆる超過的内心傾向の問題は、学説サイドでは様々な体系的議論が交わされてきた<sup>71)</sup>

71) 戦前に「性欲を満足させる意思」に言及した教科書は、本稿で紹介した大場・小野らの(萌芽的形態を含む)構成要件論を採り、規範主義に強い親和性を示した後期旧派の論者のものくらいしか発見できなかった。いずれも、「性欲を満足させる」点に「わいせつ」概念の核を置き、その結果として「自己の性欲を満足させる意図」を要求することになっている。但し、戦前の教科書の段階では、それを巡る体系的議論は発見できなかった。教科書レベルで体系的議論が本格化するの戦後であると思われる。

これに対し、新派陣営に目を移すと、まず、勝本勘三郎は旧刑法の体系書において、公然わいせつの「公然猥褻ノ所行」につき「猥褻トハ仏語所謂『pudeur(「羞恥心」一筆者補)』ニ反スルモノ、義ナルカ故ニ淫事ニ関シ見ルニ堪ヘサルコトヲ云フ(旧字体は改めてある)」としており(『刑法析義各論上巻3版(1901=明治34年)』675頁)、これを強制わいせつと共通のものとしている(『刑法析義各論下巻』(1902=明治35年)212頁)。「自己の性欲を満足させる意図」への言及はない。また、宮本英脩『刑法大綱5版(1936=昭和11年)』464頁は、法益論的には大場と同様に「刑法が猥褻、姦淫及び重婚の罪として規定する所は凡べてが公共の法益に対する罪なのではない。即ち公衆の性生活を廢頽せしめる危険を實體とする罪は僅かにその一部であって、他の一部は個人の性生活に於ける自由又は権利(人格権)を侵害する罪である。たゞ共に性生活に関するの故をもって、刑法は併せてこれを同一の章に規定した(旧字体は改めてある)」とした。わいせつ概念については、「猥褻の行為とは性的本能に起因する行為及び言語形容によってこれを模擬する行為をいふ。」とし、これを公然わいせつ・強制わいせつ共通の定義とする(465頁)。当時としては珍しい「性欲の満足」に訴えない、やや科学的な定義である点で、新派らしいと言えそうだが、「自己の性欲を満足させる意図」への言及はない。勝本や宮本のわいせつ定義を前提にすれば、「自己の性欲を満足させる意図」不要説もありうるかもしれない。なお、牧野英一は、その教科書において、第22章中の「猥褻罪」という括りで、(一)公然猥褻ノ行為ヲ為ス罪、(二)猥褻ノ文書図画等ニ関スル罪、(三)他人ニ対シ猥褻ノ行為ヲ為ス罪、という順で、淡々と「わいせつ表現罪」と「わいせつ暴力罪」を並べて説明している(『日本刑法下巻各論重訂版(1938=昭和13年)』228頁以下)が、強制わいせつの法益についての踏み込んだ検討はない。わいせつの定義もなく、「自己の性欲を満足させる意図」についての言及もない。このように、上に示した後期旧派と異なり、新派では「自己の性欲を満

が、実用的なレベルで言えば、「(徒らに)性欲を興奮又は刺戟せしめる」点に風俗侵害性の本体を求める、現在まで続く判例の伝統的「わいせつ」概念に引きずられたものと言える。「わいせつ暴力罪」において、小野のように風俗侵害性に犯罪の本質を置くか、あるいは大場のように性的自由の侵害に置くかに関わらず、「わいせつ」概念について、近代ヨーロッパの性倫理に即して「性欲を満足させる」点に本質を求めるのは、当時としては、なかば常識だったのではないか。だとすれば、現に大場がそうであったように、「わいせつ暴力罪」においても「わいせつ」を問題とせざるをえない以上、超過的内心傾向と呼ぶかどうかはともかく、「自己の性欲を満足させる意図」は、必須要件ということになる<sup>72)</sup>。「性欲の満足」を内容とするわいせつ定義が、強制わいせつ罪での「自己の性欲を満足させる意図」の要求を生んでいるのである。

このような思考慣性が、「わいせつ表現罪」に関する昭和32年のチャタレー判決と、それに基づく、「わいせつ表現罪」に関する)チャタレー体制および「わいせつ暴力罪」に関する)昭和45年判決に結実する。これらの判例に目を転じよう。

### 3 わいせつ表現罪の戦後判例 — チャタレー体制の構築

#### 一 戦後、新憲法下でのわいせつ罪規制についての嚆矢となり、転とも

足させる意図」に関しては、関心が薄かったようである。

72) 佐伯仁志は「昭和四五年以前の学説が、強制猥褻罪の保護法益との関連で、昭和四五年判決のような事例まで念頭において、自覚的に展開されていたかは疑わしい。むしろ、これらの問題をめぐる本格的な議論は、昭和四五年判決によってはじめて引き起こされたといえる」と評している(判例タイムズ708号63頁)。確かに戦前の学説は、昭和45年判例のような事例を意識することなく、性欲の満足を核とする猥褻の定義から、深く考えることもなく、当然の帰結として「自己の性欲を満足させる意図」を導き出してきたように思われる。逆に言えば、昭和45年判決の事例は、反面教師的ではあるが、戦後学説にとって、強制わいせつ罪のみならず、「性欲の満足」に依拠する猥褻の定義そのものにも疑問を投じる契機となったものであったといえる。そして、昭和45年判決はチャタレー判決の猥褻の定義を踏襲したがゆえに、「自己の性欲を満足させる意図」を要求し、これを平成29年判決が覆したわけである。

なった昭和32(1957)年3月13日のチャタレー事件大法廷判決と、その後の「チャタレー体制」については、本稿に先立つ論稿「チャタレー体制下のわいせつ概念とその陳腐化」<sup>73)</sup>において詳細に検討した。ここでは、必要な限度でその概要を再確認する。

チャタレー判決は、先に紹介した大判大正7(1918)年6月10日の「性欲を刺戟興奮し又は之を満足せしむべき文書図画其他一切の物品を指称し、従て猥褻物たるには人をして羞恥嫌悪の感念を生ぜしむるものたることを要する(傍点筆者)」<sup>74)</sup>としたわいせつの定義と、最判昭和26(1946)年5月10日の「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの(傍点筆者)」としたわいせつの定義<sup>75)</sup>を並べて引用しつつ、「我々もまたこれらの判例を是認するものである(傍点筆者)」<sup>76)</sup>としたうえで、後者を戦後判例を指導するわいせつ概念として採用した<sup>77)</sup>。但し、このチャタレー判決が一括承認した二つの定義は、改めて並べてみると内容が異なっている。大審院の定義は「性欲の満足」と「羞恥嫌悪の喚起」とを、「従って」で結ぶものであったが、最高裁が採用した最判昭和26年の定義は、「性欲の喚起」「羞恥心の侵害」「反道徳性」を「且つ」という連言で並べており、そのいずれもが必要だという論理である(わいせつ三要件)。この二つの定義を一括して「我らもこれらを是認する」と言いきれぬ感覚は容易に理解しがたいが、チャタレー判決が、結局のところ、大正判決と同様に「性欲の満足」に実質を置き、後続の「羞恥心の侵害」「反道徳性」はそこから擬制ないし推定される(先に検討したとおりヨーロッパの

73) 梅崎進哉「チャタレー体制下のわいせつ概念とその陳腐化—ろくでなし子事件を素材として—」西南学院大学法学論集50巻4号1頁以下。チャタレー体制については、もちろん本稿でも最も重要な考察対象であるが、ここで詳述する余裕はないので、詳細は上記論文を参照されたい。

74) 法律新聞1443号22頁。

75) 刑集5巻6号1026頁以下。

76) 最大判昭32・3・13、刑集11巻3号1003頁。

77) 前掲1003頁。

性倫理の反映)と考えていたと解すれば、腑に落ちないでもない<sup>78)</sup>。

ともあれ、最高裁は、この定義から、「猥褻文書たるためには、羞恥心を害することと性欲の興奮、刺戟を来すことと善良な性的道義観念に反することが要求される」として、いわゆる「猥褻三要件」を打ち出した<sup>79)</sup>。その根拠として示されたのが人類普遍の原理としての「性器・性行為非公然性の原則」であった。判決によれば、「羞恥心」は、「人間を動物と区別するところの本質的特徴」であり、「自分の中にある低級なものに対し羞恥の感情をもつ」ことが、人間の「普遍的な道德の基礎を形成する」。これに対し「性欲」は「それ自体として悪ではなく、種族の保存すなわち家族および人類社会の存続発展のために人間が備えている本能である」が、「他の動物と共通にもつているところの、人間の自然的面」にすぎないため、「人間の品位がこれに対して反発」するのが「性的羞恥心」のメカニズムだとする<sup>80)</sup>。人間的で高級な「羞恥心」と動物的で低級な「性欲」という対概念は、まさしく近代ヨーロッパの性倫理を表明するものである。動物的な性欲から人間的な羞恥心を護るというわけである。そして、この論理から、いわゆる「性器性行為非公然性の原則」が普遍的原理として導き出される。人間固有で普遍的道德の基礎となる羞恥感情が性欲に反発し、現に「未開社会においてすらも性器を全く露出しているような

78) もっとも、1審・2審では、かなり踏み込んだ検討をしている。まず1審(東京地判昭27・1・18)は、当時の性科学の情況に言及した後、猥褻文書は「一般的に性慾を刺戟するに足る表現があり、これにより人が性的興奮を惹起し理性による制御を否定又は動揺するに至るもので、自ら羞恥の念を生じ且つそのものに対して嫌悪感を抱く文書」をいうと定義した(高刑集5巻13号2566頁)。2審(東京高判昭27・12・10)は、チャタレー事件最高裁の言及した二つの判例と1審の示した定義および両当事者の示した定義を比較し、チャタレー事件最高裁に近い説明を展開した後で「大審院及び最高裁判所の判決の各定義は、その表現に多少の相違はあるが、同一趣旨のものとして解すべく、又右と検察官及び原判決の各定義もそれぞれ趣旨において右両判決の定義と異なるところはない」としている(前掲2446頁)。驚くべき包摂力であり、「性欲の満足」「羞恥・嫌悪の惹起」「反道徳性」(わいせつ三要件)は、実際には、並列要件というより三者一体のものとして捉えられているように思える。

79) 前掲1003頁。

80) 前掲1004頁。ここでも、「性欲に対しては、羞恥心を感じるべきだ」という近代ヨーロッパ性倫理の片鱗が伺える。

風習はきわめて稀れであり、また公然と性行為を実行したりするようなことはない」ように、性器・性行為の非公然性は、人間性に由来する羞恥感情の発露であり、「羞恥感情の存在が理性と相俟つて制御の困難な人間の性生活を放恣に陥らないように制限し、どのような未開社会においても存在するところの、性に関する道徳と秩序の維持に貢献している」<sup>81)</sup> と言うのである。こうして、わいせつ概念を支える「性器・性行為非公然性の原則」が、風土・歴史を超えた人類普遍の原則として掲げられる。これらの、核となる上記「わいせつ概念」と、適用基準としての「わいせつ三要件」・「性器・性行為非公然性の原則」が、現在まで続くチャタレー体制の不動の礎石となった。

二 また、チャタレー判決は、「わいせつ概念」と「わいせつ三要件」・「性器・性行為非公然性の原則」のみならず、いわば、その判断のための「下位規範」も示している。

まず、チャタレー判決では、わいせつ性を作品全体との関連において判断する「全体的考察」は、ほとんど介意されず、作品の一部にでも、性器・性行為非公然性の原則に反するわいせつな箇所があれば、作品自体がわいせつとなるという、いわゆる「部分的わいせつ概念」が採られた<sup>82)</sup>。当然、作品全体としては思想性・芸術性を持ったものであっても、「芸術といえども、公衆に猥褻なものを提供する何等の特権をもつものではない」と一刀両断される<sup>83)</sup>。

また、わいせつ性の判断基準としては、「一般社会において行われている良識すなわち社会通念」を挙げるが、「かような社会通念が如何なるものであるかの判断は、現制度の下においては裁判官に委ねられている」<sup>84)</sup>

---

81) 前掲1004頁以下。

82) 同旨、団藤重光『注釈刑法(4)』287頁。いかなる場合にも性器・性行為を公然化してはならないという普遍的な性器・性行為非公然性の原則を前提とする以上、必然的な帰結と見ることもできる。

83) 刑集11巻3号1008頁。

84) 前掲1006頁。

とするから、結局は、（普遍的な性器・性行為非公然性の原則・わいせつ三要件に即して）裁判官があるべきと考える社会意識が判断基準となり、その結果、「相当多数の国民層の倫理的感覚が麻痺しており、真に猥褻なものを猥褻と認めないとしても、裁判所は良識をそなえた健全な人間の観念である社会通念の規範に従つて、社会を道徳的頹廢から守らなければならない。けだし法と裁判とは社会的現実を必ずしも常に肯定するものではなく、病弊墮落に対して批判的態度を以て臨み、臨床医的役割を演じなければならぬ」<sup>85)</sup> という強烈なパターンリズムが発揮されることになる<sup>86)</sup>。

さらに、チャタレー判決は、わいせつ性は「作品自体からして判断されなければならない、作者の主観的意図によつて影響さるべきものではなく、「作品の誠実性必ずしもその猥褻性を解消するものとは限らない」<sup>87)</sup> とした。性器・性行為の公然化の禁止は普遍の原則であるから、作者の意図や頒布方法、購読者の属性等とは一切かわりなく、性器・性行為の描写があれば、それだけでわいせつ性が肯定される。いわゆる「絶対的わいせつ概念」である。

三 チャタレー判決は、すべての訴訟関係者が、新憲法の下でのわいせつ規制のありかたについて誠実に議論を重ねた到達点であった。かの時代を支配したある種の「真摯さ」は、高らかに「裁判所の臨床医的役割」を唱えた最高裁大法廷判決の文章の格調高さにも伺える。しかし、結果的には、チャタレー判決によって、戦前のわいせつ定義の内容がそのまま継承されることになった。さらに、実際にわいせつ性が認められる範囲の点では、おそらく「性器・性行為非公然性の原則」の強調により、むしろ拡大されたのではないか。例えば、チャタレー判決がわいせつの定義を引用した大判大正7年6月10日は、女性の陰部を模した物を店頭陳列した事案であった。「凡そ成人の陰部なるものは之を表見的に露出せしむべからざ

85) 前掲1006頁。

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

87) 前掲1009頁。

るは社会の風俗を取締り醜態を為さしめざる為に必要なのみならず一般道徳の破壊を防遏する上に於て最も緊要なることと信ず(傍点筆者)」とした検察官上告に対して、大審院は「本件物件は……其婦人の陰阜の膚毛を模擬したる物たることを認識するに難からざるも該模擬物は未だ以て人をして其の性欲を刺激し興奮し羞恥厭惡の念を生ぜしむるべき程度に至れるものと為すに足らず(傍点筆者)」として、検察側上告を棄却した<sup>88)</sup>。性器・性行為非公然性の原則を訴えたのは、むしろ検察側であり、判決は「女性の陰部に見えない」からではなく、「陰部に見えても性欲を刺激・興奮し羞恥厭惡の念を生じさせない」から、わいせつでないとしたのである。当時は、チャタレー体制下におけるほどの性器等に対する強い心理的抵抗はなかったのではないか<sup>89)</sup>。だとすれば、チャタレー判例は、「性器・性行為非公然性の原則」の強調により、戦前の判例の性規範をさらに「行儀よく」したともいえそうである。

実は、この点についても、時代の影響が指摘できる。明治維新以降の吾国の風俗規制が二重のコンプレックスを抱えていたことは既に示した<sup>90)</sup>が、チャタレー判決の時代になると、これに第2次世界大戦の敗戦という要因が加わる。終戦後、日本は、1951(昭和26)年9月8日のサンフランシスコ講和条約と翌1952年4月28日の発効により主権を回復するまで、GHQ(連合軍総司令部)の統治下に置かれており、チャタレー事件の1審開始時(1951年5月8日)には、日本はまだ主権国家ではなかった<sup>91)</sup>。当然、ここでも主権回復という悲願に向けて、「大戦を引き起こした蛮行」を反省する優等生を演じる必要があった。昭和22年の刑法改正で、それま

88) 法律新聞1443号22頁。

89) この点につき、白田秀彰『性表現の文化史』198頁以下は、「現在の私たちの社会につながる、性愛や性表現を問題視する視線は、中核都市部や学校教育(国家制度の内側)の現場において大正期あたりにおおよそ一般化し、農山漁村においては戦後の高度成長期あたりによく一般化したものであるにすぎない」と言う。

90) 第1章2節参照。

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

で罰金刑のみを規定していた175条につき、2年以下の懲役が加えられたのも、そのような配慮の表れと言えるだろう。また、『チャタレイ夫人の恋人』については、欧米でも議論にのぼっており、日本の裁判の行方を注視していた。チャタレー判決の「真摯さ」の実相には、このような一面もあるのではないか。つまり、チャタレー体制は、初めから「背伸びした優等生」として、近代ヨーロッパ性倫理の忠実な再現を目指して誕生したのではないかと思われるのである。

だが、チャタレー判決後の性規制を巡る欧米社会の情勢は、性を肯定的に受け止める社会の動きにより、急速に変化し、性表現について、国家がパターンナリストティックに秩序を押し付けるのではなく、性的自由を保証する観点から、「同意している成人間での頒布」を原則的に容認する方向<sup>92)</sup>に進んだ。現に、アメリカでは、チャタレー判決の2年後の1959年にグロウブ・プレス社の無削除版の出版が認められ、イギリスでも、1960年に「ペンギン・ブックス」の無削除版のわいせつ性が否定された。いずれも陪審員の評決によるものである<sup>93)</sup>。「優等生」は、あっさり肩を透かされたことになる<sup>94)</sup>。現在に至るまで還暦を越える60年以上に亘って「わいせつ表現罪」の判断の軸となっているチャタレー判決とは、このようなものである。

四 ともあれ、チャタレー判決が、わいせつ罪の領域で、近代ヨーロッパの性倫理を取り込んだ戦前の理論の集大成として出現したことは疑いな

---

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

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

94) 梅崎進哉「チャタレー体制下のわいせつ概念とその陳腐化」71頁以下。

い。こうして戦後のわいせつ表現罪に対するチャタレー体制が構築された。もちろん、その後の判例は、性表現に対する寛容化の社会風潮に対応するために、チャタレー判決の基本前提は維持したまま、「下位規範」に修正を加えていった。最後に、この点を概述してチャタレー体制下のわいせつ判断方法を確認しよう。

まず、「部分的わいせつ概念」に修正を加えたのが、昭和44年10月15日の悪徳の栄え事件大法廷判決である。悪徳の栄え判決は、作品の個別箇所をピックアップしてわいせつ性を検討するチャタレー判決の「部分的わいせつ概念」を継承して個別箇所のわいせつ性を肯定した後、「文書がもつ芸術性・思想性が、文書の内容である性的描写による性的刺激を減少・緩和させて、刑法が処罰の対象とする程度以下に猥褻性を解消させる場合がある」<sup>95)</sup>として「全体的考察方法」を導入し、思想性・芸術性による、いわば「わいせつ性阻却」の余地を認めた<sup>96)</sup>。また、社会通念の「判断基準」に一石を投じたのが、英語で書かれた文書のわいせつ性が問題となった昭和45年4月7日の英語文書事件の最高裁判決であった。同判決は、「各書籍の読者たりうる英語の読める日本人および在日外国人の普通人、平均人」を基準として猥褻性の判断をすることにつき、チャタレー判決の趣旨を本件事案に「調整適用」するものとして容認した<sup>97)</sup>。そこから、下級審では、社会通念とは「智的にも情的にもかたくなでなく、人間の態度、考え方などが多種多様であることをも容認している人々のもつ集団意識をいう」<sup>98)</sup>として、いわば社会学的な「社会通念」が示されるなど、チャタレー判決の頑ななパターンリズムは、一定限度、和らげられている。また、「判断基準」の柔軟化を梃子として「(チャタレー判決の基準を)その読者層におけるいわゆる平均人、あるいはその読書環境における普通

95) 最判昭44・10・15、刑集23巻10号1242頁。

96) 但し、結論的には、わいせつ性を肯定している。なお、「わいせつ性阻却」の構造について詳細は、梅崎「前掲」27頁以下参照。

97) 最判昭45・4・7、刑集24巻4号156頁以下。

98) 日活ロマンポルノ事件東京高判昭54・3・20、高刑集32巻1号78頁以下。

人を基準とすると置き換える（傍点筆者）」<sup>99)</sup> 下級審判例も現れ、絶対的わいせつ概念についても揺らぎが見られる<sup>100)</sup>。

五 こうして、現在のチャタレー体制下でのわいせつ性の判断構造は、次のようなものとなっている。①「わいせつ概念」としては、「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、かつ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」であるかどうか判断される。その際、まずは、②「性器・性行為非公然性の原則」に照らしつつ、「わいせつ三要件」に即して、わいせつ性を「推定」させる個別箇所が抽出される（部分的わいせつ概念）。次に、③作品全体の思想性・芸術性等との関連でわいせつ性の減少・緩和・解消の度合いをはかる（全体的考察方法）。但し、④判断対象となるのはあくまで「作品」であり、作成意図や頒布方法等は考慮されない（絶対的わいせつ概念）。最後に、⑤「判断基準」としては、上述のとおり、不透明ではあるが、「社会一般人」あるいは「想定される閲覧者中の平均人」がそれにあてられる<sup>101)</sup>。

以上が、現在のチャタレー体制の概要である。①②は、戦前から引き継がれた近代ヨーロッパの性倫理そのものである。③～⑤は、その後の社会変化に対応するべく、チャタレー判決に続く判例の加えた修正であるが、③の思想性・芸術性を理由とした「わいせつ性阻却」の論理は、「生殖目的（あるいは愛）が、本来悪である性行為を例外的に正当化する」という生殖モデルのヨーロッパ性倫理の阻却要件を僅かに広げたものにすぎず、依然として「性欲の罪悪視」を引きずっている。しかも、④その「阻却事由」は作品そのものから伺えなければならず、⑤判断基準も、現実の社会状況からすれば、「社会の平均人」というよりは、「あるべき社会人」が想定されているとしか思えない判例も少なくない。何より、①性欲の興奮・刺戟にわいせつの本質（すなわち、侵害性の本体）を置く定義と、②

99) 艶本研究国定事件大阪高判昭46・8・6、刑集27巻3号391頁以下。

100) 下級審判例による判断基準の操作を通じた相対的わいせつ概念の導入の試みについて詳細は、梅崎「前掲」29頁以下参照。

101) 梅崎「前掲」39頁以下。

性器・性行為非公然性の原則を基底に置く点において、近代ヨーロッパ性倫理を輸入・定着させた戦前の刑法学の集大成といえることができる。そして、次に検討するように、チャタレー判決は、わいせつの定義を通して、「わいせつ表現罪」のみならず、「わいせつ暴力罪」をも含む、わいせつ犯罪全般についての戦後判例の軸となったのである。

#### 4 わいせつ暴力罪の昭和45年判例

一 「わいせつ暴力罪」である強制わいせつ罪の「猥褻ノ行為」の解釈において、戦後判例は、小野と同様、「わいせつ表現罪」でのわいせつの定義をそのまま流用してきた。従って、チャタレー判決のわいせつの定義は、強制わいせつ罪でも共有されることになる。例えば、接吻を強制猥褻罪における「猥褻ノ行為」にあたるとした名古屋高金沢支判昭和36年5月2日は、「刑法第七十六条にいわゆる『猥せつ』とは徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反することをいうものと解すべき」だとしたうえで、「被告人の所為たるや、単なる飲食店の経営者と客という間柄にすぎない原判示Aに対し、白昼他に客の居ないのを奇貨としていきなり背後から抱きつき同女に接吻しようとしたもので、前段認定の諸事実からも明らかな如く、同女がこれを承諾すべきことを予期しうる事情は少しもないのに、専ら自己の性的満足を得る目的で相手方の感情を無視し、暴力を用いて強いて接吻を求めたものであるから、かような状況の下になされる接吻は、親子、兄妹、或は相思相愛の者同志が愛情の発露や友情としてなされる場合と異なり、一般人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念の許容しないところというべきであ」としている(傍点筆者)<sup>102)</sup>。チャタレー判決のわいせつ概念が前提とされ、「自己の性欲を満足させる意思」も認定されている。また、「被害者の意思に反する(自由の侵害)」という側面が、わいせつ暴力罪における「猥褻」の範囲を拡張する論理として用いられてい

102) 名古屋高金沢支判昭和36・5・2下刑集3巻5・6号400頁以下。

る<sup>103)</sup>。この点をさらに明確に示しているのは(チャタレー判決よりわずかに先行するが)東京高判昭和32年1月22日である。ここでは、「性的の接吻をすべて反風俗的のものとし刑法にいわゆる猥褻の觀念を以て律すべきでないのは所論のとおりであるが、それが行われたときの当事者の意思感情、行動環境等によつて、それが一般の風俗道徳的感情に反するような場合には、猥褻な行為と認められることもあり得る(傍点筆者)」とし「同女がこれを承諾すべきことを予期し得る事情は少しもないのに、単に自己の性欲的満足を得る目的で相手方の感情を無視し、暴力を以て強いて接吻を求めたものであり、かような情況の下になされる接吻が一般の道徳風俗感情の許容しないことは当然であつて刑法の猥褻の行為に該るものといわなければならない(傍点筆者)」としている<sup>104)</sup>。「自己の性欲を満足させる目的」については、いずれの判例でも言及されているが、単なる主観的要素というよりも、わいせつ性の決定的要件とされているように思われる。この点、最も明確に表れているのは、高松高判昭和33年2月24日である。「男女間における接吻は性欲と関連を有する場合が多く、時と場合即ちその時の当事者の意思感情や行動状況環境等により一般の風俗性的道徳感情に反し猥褻な行為と認められることがあり得る。人通りの少い所や夜間暗所で通行中の若い婦女子にその同意を得られる事情もないのに強いて接吻を為すが如きは、親子兄妹或は子供どうし等が肉身的愛情の発露や友情として為すような場合とは異り、性的満足を得る目的をもつて為したものと解せざるを得ず、かかる状況下になされる接吻は猥褻性を具有するに至るものといわなければならない(傍点筆者)」<sup>105)</sup>とするのだが、傍点箇所は「性的満足を得る目的で為したと解せざるを得ないから猥褻性を具有する」という論理になっている。先に戦前の学説の検討の末尾で示したよ

103) つまり、キス程度ならば、「わいせつ表現罪」では問題とならないが、個人の性的自由をも害する「わいせつ暴力罪」では同意のないキスはわいせつとなる、という論理である。注意しておきたいのは、「自己の性欲を満足させる意思」がその機能を果たしているわけではない点である。公然わいせつ等の「わいせつ表現罪」でも、通常、キスは自己の性欲を満足させるものとして実行される。

104) 東京高判昭和32・1・22高刑集10巻1号12頁。

105) 高松高判昭和33・2・24高等裁判所刑事裁判特報5巻2号57頁以下。

うに、性欲を満すことを罪悪視する近代ヨーロッパ性倫理に由来するわいせつ概念を採る限り、「性欲を満足させる」という要件は、わいせつ性の要となる要素なのである。

このように、戦後の強制わいせつに関する判例は、チャタレー判決に示された「わいせつ表現罪」でのわいせつ概念をそのまま強制わいせつ罪に流用し、それ故に、「自己の性欲を満足させる目的」をわいせつ性判断の要としつつ、(性的)自由に対する侵害の側面を、これを拡張する論理として用いてきた。「自己の性欲を満足させる意図」の必要性を公式確認した最判昭45年1月29日は、このような状況下で出現した。

二 最判昭45年1月29日は、自己の内妻が、その友人女性の手引きで逃げたものと信じた被告人が、内妻を伴い、友人女性に対し「よくも俺を騙したな。俺は東京の病院に行つていたけど何もかも捨ててあんたに仕返しに来た。硫酸もある。お前の顔に硫酸をかければ醜くなる。」などと申し向けて脅迫し、同女の裸体写真を撮つてその仕返しをしようと考え、畏怖している同女を裸体にさせて撮影した事件であった。

1 審の釧路地裁は、「成程本件は前記判示のとおり報復の目的で行われたものであることが認められるが、強制わいせつ罪の被害法益は相手の性的自由であり、同罪はこれの侵害を処罰する趣旨である点に鑑みれば、行為者の性欲を興奮、刺激、満足させる目的に出たことを要する所謂目的犯と解すべきではなく、報復、侮辱のためになされても同罪が成立するものと解するのが相当であるので、右事實は本罪の成立の妨げにならない(傍点筆者)」<sup>106)</sup>として、強制わいせつの成立を肯定していた。2 審の札幌高判も、「報復侮辱の手段とはいえ、本件のような裸体写真の撮影を行つた被告人に、その性欲を刺戟興奮させる意図が全くなかつたとは俄かに断定し難いものがあるのみならず、たとえかかる目的意思がなかつたとしても本罪が成立することは、原判決がその理由中に説示するとおりである(傍

106) 釧路地判昭和42・7・7 刑集24巻1号13頁以下。

点筆者) 」として1審を支持<sup>107)</sup>した。これらの下級審判例を見ると、戦後の性に関する科学的知見の拡大と、それを受けて展開された刑法学における性的自由侵害論が、下級審では一定程度の普及を果たしていたことがわかる。

三 これに対し、最高裁は、「刑法一七六条前段のいわゆる強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が犯人の性欲を刺戟興奮させまたは満足させるという性的意図のもとに行なわれることを要し、婦女を脅迫し裸にして撮影する行為であつても、これが専らその婦女に報復し、または、これを侮辱し、虐待する目的に出たときは、強要罪その他の罪を構成するのは格別、強制わいせつ罪は成立しないものというべきである(傍点筆者) 」<sup>108)</sup>として、原判決を破棄差戻した。

強制わいせつに関する昭和45年判決では「猥褻ノ行為」の定義への明白な言及はないものの<sup>109)</sup>、判決がチャタレー判決のわいせつ概念を前提として「犯人の性欲を満足させるという性的意図」の必要性を導き出していることは明らかである。チャタレー判決が連言の形で要求する「わいせつ三要件」のひとつに「性欲の興奮、刺戟」が含まれているから、それがなかぎり「猥褻ノ行為」といえないということだろう。その論理は、第2章末尾で検討したところである。

以上、昭和45年判例が示した性的意図の要求もまた、「性欲を満足させる」ことを反倫理性の核心とした近代ヨーロッパ性倫理に由来し、それを継受した吾国の戦前の性秩序維持論に由来している。また、「性的意図」の有無を以て強制わいせつ罪と強要罪を区別する点でも、先に検討した戦

107) 札幌高判昭和42・12・26 刑集24巻1号15頁。

108) 最判昭和45・1・29 刑集24巻1号2頁。

109) 平成29年大法廷判決は、「昭和45年判例は、強制わいせつ罪の成立に性的意図を要するとし、性的意図がない場合には、強要罪等の成立があり得る旨判示しているところ、性的意図の有無によって、強制わいせつ罪(当時の法定刑は6月以上7年以下の懲役)が成立するか、法定刑の軽い強要罪(法定刑は3年以下の懲役)等が成立するにとどまるかの結論を異にすべき理由を明らかにしていない。」と批判している(刑集74巻4号451頁)。

前の風俗侵害論を継承している。性的意図があるからこそ風俗侵害犯としての強制「わいせつ」罪が成立しうるのである。入江・長部両裁判官の性的自由論に立脚した反対意見はあるものの、多数意見は、戦前からの小野らの性秩序侵害論を忠実に反映したものと言えるだろう。

四 以上のとおり、この時期では、チャタレー判決が、「わいせつ表現罪」のみならず、「わいせつ暴力罪」を含んだわいせつ罪全般を支配していたことがわかる。「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」というチャタレー判決のわいせつ概念は、性欲を罪悪視する近代ヨーロッパの性倫理に由来するものであるがゆえに、「わいせつ表現罪」では「性器・性行為非公然性の原則」を導き、「わいせつ暴力罪(強制わいせつ罪)」では「自己の性欲を満足させる意図」の必要性を導いたのであった。

#### 小括 — 結びに代えて

一 以上、明治から戦前期にかけての「わいせつ」概念の形成過程と、それを反映した「わいせつ文書」に関する昭和32年のチャタレー判決、「強制わいせつ」に関する昭和45年の強制わいせつ判決という二つの最高裁判例を検討した。得られた成果と、今後の課題を整理して結びに代えよう。

明治期にもたらされた吾国のわいせつ規制は、時代を反映して、性に関する十分な科学的知見がないまま、近代ヨーロッパの性倫理を継受することになった。そこでは、「(結婚や愛に基づかない)性欲」を罪悪視し、その充足が即ち社会風俗を紊すものとして捉えられ、「性欲を満足させる」点を性風俗犯の核とすることにほぼ異論はなく、「(生殖以外の目的で)性欲を満足させる」ことが、即、「『人倫』『習俗』『風紀』『一般国民の品性』等を害する」という論理で、性風俗犯罪の侵害性が理解されていた。そして、「わいせつ」の定義としては、「性欲を刺戟興奮し又は

之を満足せしむべき文書図画其他一切の物品を指称し、従て猥褻物たるには人をして羞恥嫌悪の感念を生ぜしむるもの」という大判大正7年のわいせつ物陳列に関する定義が、ほぼ争いなく受け容れられ戦前の刑法学での共通認識となった。

強制わいせつ罪については、20世紀初頭の法益論の普及によって、社会法益、個人法益のいずれに属するのか議論が開始された。但し、「わいせつ暴力罪」を個人法益としての性的自由を害する罪として捉える立場も、性被害の深刻性を示して性的自由と他の自由一般との決定的違いを説明する科学理論のない時代状況の限界のため、強制わいせつ罪を他の自由一般の侵害である強要罪よりも重く罰する根拠が提示できず、風俗犯罪としての性格を残さざるを得なかった。そのため、通説化していた上記大審院判例の「わいせつ」の定義を通じて、「自己の性欲を満足させる意図」を要件として受け容れることになり、近代ヨーロッパの性倫理を内包せざるをえなかった。

二 このような戦前の「わいせつ」の定義は、「わいせつ表現罪」において、「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」をいうとする、昭和32年チャタレー判決の定義に踏襲された。チャタレー判決は、戦前の判例・通説の「わいせつ」の定義を引き継ぐものであり、近代ヨーロッパの性倫理を継承したものであった。その後、昭和44年の悪徳の栄え事件大法廷判決等、いくつかの判例を経て、「下位規範」は修正・緩和されたものの、「性欲の刺激・満足」を核とする定義と、わいせつ三要件と「性器・性行為非公然性の原則」を適用基準とする根本原理は変わることなく、「わいせつ表現罪」の領域では、現在に至るまで、チャタレー体制が連綿と維持されている。

他方、「わいせつ暴力罪」である強制わいせつ罪に関しても、チャタレー判決のわいせつの定義が「猥褻ノ行為」の定義として共有され、昭和45年最高裁判例が、これを前提として、強制わいせつ罪の成立には「自己の

性欲を満足させる意図」を必要とするという判断を示した。同判決の趣旨は、「わいせつ」の定義自体が「性欲を興奮・刺戟する」ことを要件とする以上、「自己の性欲を満足させる意図」がない限り、強制「わいせつ」罪は成立しないという、「猥褻ノ行為」の解釈にあったものと思われる。つまり、性欲を罪悪視する近代ヨーロッパの性倫理が、わいせつ表現罪に関する大審院判決、チャタレー判決を通じて、強制わいせつに関する昭和45年判決に引き継がれて戦後の吾国のわいせつ罪裁判全般を支配してきたのである。

### 三 さて、冒頭に紹介した二つの新判例である。

「わいせつ暴力罪」の強制わいせつに関する平成29年大法廷判例は、「性的な被害に係る犯罪やその被害の実態に対する社会の一般的な受け止め方の変化」<sup>110)</sup>を根拠に、昭和45年判例を覆し、「故意以外の行為者の性的意図を一律に強制わいせつ罪の成立要件とすることは相当でなく、昭和45年判例の解釈は変更されるべきである。」<sup>111)</sup>として、判例変更をおこなった。確かに、先に示唆したとおり第二次世界大戦後に開花した様々な分野での性に関する研究の成果として、性被害の特殊性・深刻性が明らかにされている。この点において、強制わいせつ罪に関し、性風俗侵害性から、性的自由という個人法益の侵害性に本質を移した平成29年判例は、正しい。だが、昭和45年判例が、戦前の通説判例の延長で「猥褻ノ行為」の解釈として「自己の性欲を満足させる意図」を要求していたとすれば、29年判例は「わいせつな行為」の解釈を変更したことになる。ところが、判決には、「いかなる行為に性的な意味があり、同条による処罰に値する行為とみるべきかは、規範的評価として、その時代の性的な被害に係る犯罪に対する社会の一般的な受け止め方を考慮しつつ客観的に判断されるべき事柄である」<sup>112)</sup>という一節があるのみで、わいせつの定義への言及は一

110) 最大判平29・11・29刑集71巻9号470頁。

111) 前掲471頁。

112) 前掲471頁。

切ない。この記述から見ると、29年判例は、強制わいせつ罪の「わいせつな行為」の意義、従って「わいせつ」の意義について、重点を「性欲の満足」から「性的な意味」にシフトしたようにも思われる。この重点のシフト自体もまた正しい方向を示すものと思われるが、これは「わいせつな行為」の定義を変更するものではないのか。また、同じく「わいせつ」の文言が使われている「わいせつ表現罪」の解釈に影響はないのか。「わいせつな行為」の定義を明示することなく、性的意図の処理の変更だけを宣言した点に、29年判例への疑問がある。

「わいせつ表現罪」に関する令和2年の最高裁判決（ろくでなし子事件）では、冒頭に示したとおり、弁護側は、①本件データには性行為や性愛的コンテクストは皆無であり、見る者の性欲を興奮・刺激せしめるものではないから、わいせつ物とは言えない、②被告人の企画全体を、フェミニズム思想に基づくプロセスアートとしてとらえ、フェミニズム・アートとしての思想性・芸術性によるわいせつ性緩和を考慮すべきである、等の主張をおこなった。これに対し、1・2審はいずれも、女性器の精密な形状データであるからわいせつ性が認められ（チャタレー判決：性器・性行為非公然性の原則）、データ自体からは思想性・芸術性を読み取ることはできないからわいせつ性は解消されない（悪徳の栄え判決：「作品」のみに限定した全体的考察をおこなう絶対的わいせつ概念）として、電磁記録・記録媒体頒布罪の成立を肯定し、最高裁も、「わいせつな電磁的記録又はわいせつな電磁的記録に係る記録媒体に該当するか否かを判断するに当たっては、電磁的記録が視覚情報であるときには、それをコンピュータにより画面に映し出した画像やプリントアウトしたものなど同記録を視覚化したもののみを見て、これらの検討及び判断をするのが相当である」<sup>113)</sup>（絶対的わいせつ概念）として、事務的に被告側上告を斥けた。ここでは、チャタレー判決以来のチャタレー体制が、揺らぐことなく維持されている。

この令和2年判決でも、わいせつの定義への言及は一切ない。だが、平成29年大法廷判決が「（強制わいせつの）わいせつな行為」の解釈を変更

113) 最判令2・7・16、刑集74巻4号345頁以下。

したとすれば、「わいせつ表現罪」の「わいせつ」概念にも影響するはずである。「暴行」概念のように、法益との関連で異なった解釈を使い分けることが承認されているものはある。しかし、暴行の場合でも、最低限、「有形力の行使」という、核となる共通部分は確保されている。「わいせつ」概念の形成過程を見る限り、「性欲の満足」は、わいせつ概念の核であり、暴行の「有形力の行使」に相当するものである。平成29年大法廷判決が、その核を放棄したのであれば、わいせつ概念そのものが改められるか、罪種により使い分けるのであれば、その合理的な理由説明があつてしかなるべきだろう。強制わいせつに関する昭和45年判例もそうであつたが、特に近年のわいせつ罪に関する判例には、法の文言の語義に踏み込むことなく、事例処理を最優先する傾向が見られるが、法の語義確定は、刑法の自由保障の至要条件であることを再確認する必要がある。

四 もちろん、昭和32年のチャタレー判決・昭和45年の強制わいせつ判決から、平成・令和の上記二判決に至る間、本稿の随所で示唆したとおり、戦後の諸科学領域において性についての知見は拡大しており、それを背景とした性についての社会的認識の変化を反映して、吾国でもわいせつ犯罪に関する新たな議論が展開されてきた。上記二判決の内容への踏み込んだ検討や、わいせつ犯罪の理論構成の模索には、これらの内容の精査が必須だろう。この点を課題として意識しつつ、ひとまず稿を脱することにする。