

【論文】

わいせつ表現規制に関する一考察

井上 幸希

Yuki Inoue

キーワード 表現の自由 合衆国憲法修正1条 未成年者保護

本稿は、わいせつ表現はなぜ規制されるべきなのかについて検討を加えるものである。

はじめに

何が禁止される表現行為なのか明確でないと、憲法上保護されるべき表現に対して萎縮的効果をもたらしうするため、表現内容に基づいて規制する立法については、特に規制対象を明確に規定すべきであるといえる。日本においては、性的表現に関する法的規制として、青少年保護育成条例のほか刑法175条のわいせつ物頒布等を禁止する法律¹、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律（いわゆる児童ポルノ禁止法）等の制度が存在する。

これらの規制のうち、青少年保護育成条例における有害図書類規制の合憲性が争われた岐阜県青少年保護育成条例事件判決²において、最高裁が先例として引用した判例は、わいせつ表現規制の合憲性が争われたチャタレー事件判決³および「悪徳の栄え」事件判決⁴、さらには青少年に対する「淫行」を処罰することの合憲性を認めた福岡県青少年保護育成条例事件判決⁵であった。最高裁が、このようなわいせつ

¹ 刑法175条は1項において、「わいせつな文書、図画、電磁的記録に係る記録媒体その他の物を頒布し、又は公然と陳列した者は、2年以下の懲役又は250万円以下の罰金若しくは科料に処し、又は懲役及び罰金を併科する。電気通信の送信によりわいせつな電磁的記録その他の記録を頒布した者も、同様とする。」とし、2項において「有償で頒布する目的で、前項の物を所持し、又は同項の電磁的記録を保管した者も、同項と同様とする。」と規定する。

² 最高裁平成元年9月19日第三小法廷判決（刑集43巻8号785頁）。松井茂記「『有害図書』指定と表現の自由」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿編『憲法判例百選I [第7版]』（有斐閣、2019年）113頁参照。

³ 最高裁昭和32年3月13日大法廷判決（刑集11巻3号997頁）。池端忠司「わいせつ文書の頒布禁止と表現の自由—チャタレイ事件」長谷部他編・同書114-15頁参照。

⁴ 最高裁昭和44年10月15日大法廷判決（刑集23巻10号1239頁）。阿部和文「わいせつの概念—『悪徳の栄え』事件」長谷部他編・同書116-17頁参照。

⁵ 最高裁昭和60年10月23日大法廷判決（刑集39巻6号413頁）。村西良太「刑罰法規の不明確性と広範性—福岡県青少年保護育成条例事件」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿編『憲法判例百選II [第7版]』（有斐閣、2019年）240-41頁参照。

表現に関する判決を岐阜県青少年保護育成条例事件判決の先例として引用したことについて、憲法学界から批判がなされている⁶。それは、有害図書規制が青少年にとって有害ではあるが、わいせつな表現とまではいえない表現を規制するものであるにもかかわらず、「有害図書」と「わいせつ表現」とを区別せずに同一視しているためである。確かに、有害図書規制をめぐる問題とわいせつ表現規制をめぐるそれとは共通する点もあるといえるだろう。しかし、有害図書およびわいせつ表現とは何かについて明確に定義しておかなければ、表現者が表現することを萎縮してしまう可能性があり、当該表現が有害図書に該当するにも関わらず、わいせつ表現として規制されるおそれもあるといえよう⁷。また、有害図書およびわいせつ表現の定義を明確にすることも重要なことであるが、そもそも、いかなる根拠に基づいてこれらの表現を規制することが許されるのかということを議論する必要があるといえよう。そこで、本稿においては、わいせつ表現を規制する根拠について、改めて整理するとともに、そもそもなぜわいせつ表現を規制することは許されるのかということについても若干の検討を加えたいと思う。

1. わいせつ表現規制の合憲性が争われた日本の最高裁判決の整理

わいせつ表現の規制根拠について検討する前に、わいせつ表現の規制の合憲性が争われた最高裁判決を整理しておきたい。まず、わいせつな文書とは何かについて検討を行っているのが、チャタレー事件判決である。同判決において提示された、わいせつ三要件とは、「猥褻文書たるためには、(普通人の)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」というものであった。そして、このわいせつ性の判断基準をより具体化しようとしたのが、「四畳半襖の下張」事件判決であった。同判決は、文書のわいせつ性の判断にあたっては、第一に、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、第二に、当該描写叙述の文書全体に占める比重、第三に、

⁶ 戸松秀典「判例批評」判例タイムズ717号(1990年)44頁。長谷部他編・前掲注(2)113頁参照(松井茂記執筆部分)。

⁷ この点に関して、成人向け漫画のわいせつ性が問題となった事例がある。この事例は、男女の性交場面などを描写した成人向けコミック『蜜室』が刑法175条のわいせつ図画にあたるとして、松文館の代表取締役、著者である漫画家、編集局長が逮捕され、著者及び編集局長には罰金50万円の略式命令が出されたが、代表取締役は全面的に争う意向を示したために東京地裁に起訴されたというものである。東京地裁判決(平成16年1月13日)において、懲役1年、執行猶予3年の有罪判決が下されたが、原告である代表取締役が控訴し、高裁判決(平成17年6月16日)では地裁判決を破棄し罰金150万円に減刑された。最高裁は二審判決を支持し、有罪が確定した。『蜜室』事件の評釈として、高佐智美「マンガの“わいせつ”性と刑法175条」法学セミナー592号(2004年)114頁、園田寿「コミック性表現と刑法175条—『蜜室』事件東京地裁判決を契機に」法律時報76巻9号(2004年)44頁、梶原健佑「判例研究 公法判例研究(2) 漫画本について刑法175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16.1.13判決)」法政研究71巻2号(2004年)499頁、白木豊「漫画本と『わいせつな図画』—『蜜室』事件」長谷部恭男・山口いつ子・穴戸常寿編『メディア判例百選[第2版]』(有斐閣、2018年)120頁参照。

当該描写叙述との関連性、第四に、文書の構成や展開、第五に、芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、第六に、これらの観点から当該文書を全体としてみたときに、主として、読者の好色的興味に訴えるものと認められるか否か、という六項目に関する事情を総合した上で、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として、具体的に考慮すべき要素について指摘している。

また、これらのわいせつの定義を誰が判断するのかについては、チャタレー事件判決では「社会通念」に従って裁判官が判断するとされ、その判断の客観性を保つものは社会通念の限界を画する「性行為の非公然性の原則」であるとする。そして、同判決において、最高裁は、「芸術性と猥褻性とは別異の次元に属する概念であり、両立し得ないものではない」ため、芸術作品であるという理由で作品のわいせつ性が否定されるというわけではないと判断している。一方、「悪徳の栄え」事件判決では、チャタレー事件判決をほぼ踏襲しているが、文書の猥褻性と芸術性・思想性との関係性の捉え方に変化がみられる⁸。つまり、「悪徳の栄え」事件判決において、最高裁は「芸術的・思想的価値のある文書であっても、これを猥褻性を有するものとするのはなんらさしつかえない」と述べつつ、「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・緩和させる場合があることは考えられる」との立場を示し、さらに、文書のわいせつ性の判断にあたって、わいせつ性の有無は文書全体との関連において判断されなければならないとする、いわゆる「全体的考察方法」を採用しているのである。

以上のように、最高裁はチャタレー事件判決以降、わいせつ性の判断方法・基準を具体化しようと試みており、この点については憲法学説においても評価されているが、そもそも国家がわいせつ文書の頒布・販売を規制することができるのかという、規制根拠について問い直す必要があると批判されている⁹。そこで、今一度刑法 175 条の保護法益としてあげられているものを確認したいと思う。

2 刑法 175 条の保護法益について

刑法 175 条の保護法益について、チャタレー事件最高裁判決では、「性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持することが公共の福祉の内容をなすことについて疑問の余地がない」と述べ、わいせつ文書の規制根拠を「性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持すること」であるとしているが、これについては、具体的な害悪を防止するためではなく、漠然とした性道徳および性秩序を維持するということを理由に表現の自由を規制しうるのか問題であるという批判がなされている¹⁰。また、「悪徳の栄え」事件判

⁸ チャタレー事件判決と「悪徳の栄え」事件判決とを比較し、後者の判決において「規範的な社会通念というトーンが弱まった」と指摘するものとして、阪口正二郎「わいせつの概念—『悪徳の栄え』事件」芦部信喜・高橋和之・長谷部恭男編『憲法判例百選 I [第 4 版]』（有斐閣、2000 年）121 頁参照。

⁹ 芦部他編・同上参照。

¹⁰ 浦部法徳『憲法学教室』（日本評論社、2007 年）166-67 頁参照。また、チャタレー事件最高裁判決で

決においてあげられた、わいせつ文書の規制根拠も「性生活に関する秩序および健全な風俗を維持すること」であり、チャタレー事件判決と同様の批判がなされており、憲法学説においては、以上のような規制根拠を支持するものは少ない。わいせつ文書の規制根拠を「性道德の維持」とすることについて、批判的な見解は、性道德を害するという理由でわいせつ文書を禁止することは表現の自由の根本原理に相反すると指摘している¹¹。つまり、表現内容の良し悪しの判断は、公権力が行うべきではなく、市民に委ねられるべきであり、反道徳的な内容の表現物であってもそれを理由に公権力が規制することができないのが原則である。そのため、それにもかかわらず公権力が当該表現を規制することができるというためには、なぜ公権力がわいせつ文書をほぼ全面的に禁止することができるのかを説明する必要があるだろう。また、わいせつ文書が性犯罪等の誘発につながるという理由で、わいせつ文書を規制するというのも、実際にわいせつ文書を見たものが性犯罪等を犯したということが科学的に実証されているならば、規制根拠として説得力があるが、そうでないかぎり規制根拠としては不適切であろう¹²。

一方、わいせつ文書の規制根拠としては、「わいせつ物を見たくない人の性的感情の保護（性感情ないし性的自己決定権の保護）」や「青少年の保護」があげられよう¹³。まず、前者については性表現を規制

は、表現の自由といえども絶対無制限のものではなく、公共の福祉によって制限されることを示したが、この点について、阪本昌成教授は以下のように批判する。つまり、通説は「公共の福祉」とは、基本的人権の相互間の衝突対立を調整するための公平の原理であると捉えており、公共の福祉をこのように捉えるならば、「性的秩序を守り、最少限度の性道德を維持すること」や『悪徳の栄え』事件判決で挙げられていた「性生活に関する秩序および健全な風俗を維持すること」というわいせつ物の頒布・販売を規制する根拠は、通説のいうところの「公共の福祉」には該当しないことになる。チャタレー事件が提示した規制根拠は、「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」と指摘する。そして、この「道徳原理」（リーガル・モラリズム）とは、「他者への危害の有無にかかわらず、反道徳的な基本権行使は制約されてよいという理論」をいい、これを制約根拠とすることは、「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、妥当ではない」と批判している。阪本昌成「わいせつ文書の頒布禁止と表現の自由—チャタレー事件」芦部他編・前掲注（8）119頁、阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（成文堂、1995年）65-6頁参照。

¹¹ 市川正人『ケースメソッド憲法』（日本評論社、1998年）119-20頁、松井茂記『マス・メディア法入門〔第5版〕』（日本評論社、2013年）177頁参照。また、「わいせつ文書が性道德や性秩序に一体いかなる具体的影響を与えるのか、なぜ国家が性道德や性秩序を維持すべきなのかは明らかではない」と、そもそもなぜ国家がわいせつ文書の頒布・販売を規制することができるのかについて考える必要があると指摘しているものとして、芦部信喜他編・前掲注（8）121頁参照（阪口正二郎執筆部分）。

¹² 浦部・前掲注（10）167頁、市川・同書119頁参照。

¹³ これらの規制根拠について問題があると指摘する見解もある。つまり、この見解は、「頒布・販売の方法を規制することによって、見たくない者がわいせつ文書を見せられたり、未成年者が直接に販売ないし頒布を受けて入手することはなくなるが、未成年者が成人を通じてわいせつ文書を間接的に入手するのを防ぐことはできない」ため、「見たくない者の見ない自由、未成年者の保護を確保するために、特定の態様の頒布・販売等の行為を規制するので十分であるのか」という問題がある」と批判している。野中

する正当な理由となりうるという指摘がある¹⁴。つまり、全国民がわいせつ表現を見たくないというわけではないだろうが、わいせつ表現を見たくないという人の「見ない自由」を侵害するような方法（たとえば、日常的に利用するスーパーやコンビニ等で販売する）でわいせつ文書の頒布・販売等が行われる場合には、実質的な害悪をもたらすものとして、わいせつ文書の規制が正当化されうるというのである。ただ、刑法 175 条がわいせつ文書をほぼ全面的に禁止するものであるため、わいせつ物を見たくない人の保護を目的とするならば、表現の時、場所、方法を規制し、わいせつ物を見たくない人の目に触れさせないようにすれば十分であろう。他方で、「青少年の保護」をわいせつ文書の規制根拠とする場合であるが、青少年を保護するために成人への頒布・販売をも禁止するとすると、それは成人が有する表現にアクセスする機会を奪うことになるため違憲であるとの指摘がある¹⁵。したがって、青少年の保護を規制根拠とするならば、わいせつ文書を全面的に禁止するのではなく、青少年の目に触れないように、また青少年が入手できないように時、場所、方法の規制ことどもておこななければならないだろう¹⁶。なお、これらをわいせつ文書の規制根拠とする場合、特定の態様の頒布・販売等の行為のみを規制すれば十分であるため、わいせつ文書をほぼ全面的に禁止する刑法 175 条は、過度に広汎な規制を定めるものとして憲法 21 条に違反するとの見解が示されている¹⁷。

これらの規制根拠の他に、「社会環境としての性風俗を清潔に保つこと」、すなわち「性風俗の維持」もわいせつ文書の規制根拠としてあげられる。これはポルノ写真誌事件判決において、団藤重光裁判官が補足意見の中で提示したものであるが、同裁判官は「性風俗を維持するということは、…端的に社会環境としての性風俗を清潔に保つことじたいを本来の目的とする」と述べた上で、「たとえば市街等の美観風致を保持するために広告物等の制限や一定地区内における建築物の制限などが刑罰の制裁のもとに認められていることを考えるとき、…風俗的にいかがわしい商品等が世上に氾濫することのないようにして、いわば精神的な社会環境ともいふべきものを保護することが許されないはずはないであろう」と論じている¹⁸。これについては、「一定の性倫理を強行するために刑罰を用いることは許されない」が、わ

俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法 I [第 4 版]』（有斐閣、2006 年）366 頁参照。

¹⁴ この規制根拠を評価する者に阪本昌成教授がいる。同教授は、わいせつ文書の規制が憲法上の正当な基礎をもつためには、刑法 175 条が、性的表現からの自由を保護するという『感情侵害原理』を満たす必要があるという。つまり、回避できない状況において、不特定多数の者にわいせつ文書を開示して、「明らかに強度の不快・嫌悪の念を抱かしめる表現行為を処罰の論拠とするのであれば、憲法上、正当な基礎をもつといえる」と論じている。阪本・前掲注 (10) 68-9 頁参照。

¹⁵ 阪本・同書 69 頁。なお、阪本昌成教授は、わいせつ文書の規制根拠として青少年の保護がたびたび言及されるが、これについては一般化されてはならないと批判的である。

¹⁶ 市川・前掲注 (11) 121 頁、浦部・前掲注 (10) 167 頁参照。

¹⁷ 野中他・前掲注 (13) 366 頁、浦部・同上参照、芦部他編・前掲注 (8) 121 頁参照（阪口正二郎執筆部分）。

¹⁸ 最高裁昭和 58 年 10 月 27 日第一小法廷判決（刑集 37 卷 8 号 1294 頁）。この見解を支持するものとし

いせつ文書によって一般人の「性的感情」が傷つけられるのを保護することは許されるとの観点からは、妥当であると評価できるとする見解がある一方で¹⁹、「見たくない人が強制的に見せられるということの防止であればともかく、一般的な精神的な社会環境を国家が判定しそれを維持することは許されぬ『お節介』」ではないのかという批判もある²⁰。

以上のように、わいせつ文書の規制根拠としてどのようなものがあげられているのかを概観したが、どの規制根拠が妥当であるのか学説においても定まっていらないように思われる²¹。ただ、強いていうならば、「見たくない大人の保護」を規制根拠と捉えれば、わいせつ文書の頒布・販売の場所や方法を規制すれば十分であり、そうであれば、刑法 175 条の規定は過度に広汎な規制を定めるものであり違憲であると捉える見解が妥当ではないだろうか²²。

3. 国家はなぜわいせつ表現を規制するのか

刑法 175 条の規制根拠を概観してみると、いずれの規制根拠も憲法 21 条との関係で正当化することは困難なものであるといえる。それにもかかわらず、国家がわいせつ表現を規制するのはいかなる理由からなのだろうか。この点、最高裁は、わいせつ表現の規制は憲法 21 条に違反しないと述べている。先述したが、チャタレイ事件判決において、最高裁は「猥褻文書たるためには、(普通人の)羞恥心を害することと性欲の興奮、刺激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」と定義した上で、表現の自由といえども絶対無制限のものではなく、「公共の福祉」によって制限されることを示した。上記のわいせつ表現の定義から、わいせつ表現が国民に与える弊害とは、「人の羞恥心を害し、性欲を興奮・刺激し、性的道義観念に違反する」という三つの弊害であるといえ、これら三つの弊害を防止し、これらの弊害から国民を保護することこそが「公共の福祉」であると、最高裁は捉えているといえよう²³。果

て、高橋則夫『刑法各論〔第二版〕』(成文堂、2014年)561頁参照。

¹⁹ 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)〔増補版〕』(有斐閣、2000年)333頁参照。

²⁰ 芦部他編・前掲注(8)121頁参照(阪口正二郎執筆部分)。

²¹ 先にも述べたが、なぜわいせつ文書の頒布・販売が規制されなければならないのかを明確にしなければならぬ。

²² なお、刑法 175 条の合憲性については、同条が『わいせつ』文書の頒布・販売などの方法(頒布の仕方、売られ方)に着眼しつつ(文脈的アプローチ)、通常人にとって明白に嫌悪的なものでかつ埋め合わせできるような社会的価値を全く欠いている文書類の規制に限定するよう適用される必要がある」と刑法 175 条の規定自体は合憲であると解する立場もある。佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)264頁参照。そして、佐藤幸治教授は、「このような規制が憲法上容認されるとすれば、『わいせつ』的表現はそれをみたくない人にとって苦痛事であり、ポルノ大量陳列などがその周辺の生活環境にある種の衝撃を与えることは否定できないこと、専ら公職の興味に訴えて商業的利潤追求の対象としていると認められるものは結局埋め合わせできるような社会的価値を認め難いこと、などに求めるほかはないであろう」と論じている。

²³ 奥平康弘『ジャーナリズムと法』(新世社、1997年)279頁参照。

たして、これら三つの弊害は国家が取り締まらなければならないものなのであろうか。加えて、そもそも、わいせつ文書等の頒布は、名誉毀損的表現などと異なり、他人の自由や権利に明白な危害を加えるものではない²⁴。強いていえば、わいせつ表現を見たくない人が当該表現を見たことによって嫌悪感を抱くという程度であり、これを理由に当該表現を公権力がほぼ全面的に禁止することを正当化することは困難であろう。したがって、わいせつ表現といえども表現内容に基づく規制を行う場合、当該表現規制は憲法21条に違反するといわざるを得ないのではないだろうか²⁵。

では、実質的な害悪が存在しているというような、明確な規制根拠が存在しないとなれば一体、いかなる理由でわいせつ表現の規制は正当化されているのであろうか。おそらく、それは性器および性行為等の叙述描写があまりにも行き過ぎていやらしいという、もっぱら主観的な考え方に基づいて当該表現を公権力が規制しているのではないだろうか²⁵。仮にそうであれば、このような「いやらしい」などという主観的な考えをもとに、当該表現をわいせつ表現として規制することは何ら説得力がなく、加えて、当該表現が「いやらしい」という評価は、最高裁がわいせつ表現を規制すべきであるとする弊害には該当しないといえよう。そして、このような理由で公権力が当該表現をわいせつ表現として規制するのであれば、そこには不正な政府の動機が隠されているといえるであろう。この点、アメリカ連邦最高裁判所の Kagan 裁判官は、彼女が学者時代に執筆した論文の中で、「不快」であるとか、「好ましくない」などの理由は「憲法上、容認しえない不正な動機」に該当し、そのような不正な動機に基づき、政府がある特定の表現を規制することは許されないと指摘している²⁶。よって、国家が当該表現をいやらしく、好ましくないと評価したとしても、表現内容の良し悪しの判断は公権力ではなく国民に委ねられており、そのような判断を公権力が行い、当該表現を規制するのであれば、その表現規制は表現の自由（知る自由）を侵害するものであり、憲法21条に違反することになるであろう。

おわりに

2020年7月16日、最高裁は、わいせつ表現規制が問題となった、いわゆる「ろくでなし子」事件にお

²⁴ 樋口陽一・佐藤幸治編『憲法の基礎』（青林書院新書、1975年）299頁参照（浦部法穂執筆部分）。

²⁵ この点、長谷部恭男教授は、問題となる文書、図画などが全く社会的価値のないハード・コア・ポルノであれば、それは憲法21条によって保護されず、「たとえ規制と規制目的との事実上の因果関係ははっきりしない場合でも、合憲性の推定が働いたためにだちに違憲との結論は導かれない」と指摘しているが、仮に当該表現物が社会的価値が低い、あるいはないと評価されたとしても、社会的価値があるか否かの評価は人それぞれ異なるため、社会的価値の存在を根拠として当該表現を規制することはやはり正当化できないのではないだろうか。長谷部恭男『憲法第4版』（新世社、2008年）212-13頁参照。また、表現の社会的価値に関する記述としては、奥平・前掲注（23）277-81頁を参照。

²⁵ 奥平・同書275-81頁参照。

²⁶ Elena Kagan, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Government Motive in First Amendment Doctrine*, 63 U. CHI. L. REV. 413 (1996).

いて、被告人ろくでなし子の上告を棄却し、一部無罪・一部有罪という一審の東京地裁判決と二審の東京高裁判決を支持した²⁷。本件は、ろくでなし子と名乗って活動しているアーティストが、3D スキャナと3D プリンタを利用し、自身の性器をかたどったアート作品をアダルトショップ内で展示したことがわいせつ物公然陳列罪に、自身の性器の3D スキャンデータを第三に提供したことがわいせつ電磁的記録頒布罪に問われた事案であった。同判決においても、刑法 175 条の憲法適合性について十分な検討が行われていないまま、同条は憲法 21 条に違反しないと判示された。しかし、わいせつ表現規制の憲法適合性ならびに、そもそもわいせつ表現を公権力がなぜ取り締まるのかについて、今一度考え直す必要があるのではないだろうか。

²⁷ 最高裁令和2年7月16日判決(刑集74巻4号343頁)。一審は東京地裁平成28年5月9日判決(判タ442号235頁)、二審は東京高裁平成29年4月13日判決(判例集未掲載)。同事件については、志田陽子「ろくでなし子裁判と性表現規制」阪口正二郎・毛利透・愛敬浩二編『なぜ表現の自由か—理論的視座と現況への問い』(法律文化社、2017年)180頁、曾我部真裕「『ろくでなし子』事件とわいせつ表現規制」樋口陽一・中島徹・長谷部恭男編『憲法の尊厳—奥平憲法学の継承と展開』(日本評論社、2017年)215頁参照。