

◆ S32.03.13 大法院・判決 昭和28(あ)1713 猥褻文書販売(「チャタレイ夫人の恋人」)

判例 S32.03.13 大法院・判決 昭和28(あ)1713 猥褻文書販売(第11巻3号997頁)

判示事項:

- 一 刑法第一七五条にいわゆる「猥褻文書」の意味。
- 二 「猥褻文書」に当るかどうかは事実問題か法律問題か。
- 三 「猥褻文書」に当るかどうかの判断の基準。
- 四 社会通念とは何か。
- 五 刑法第一七五条にいわゆる「猥褻文書」に当る一事例。
- 六 芸術的作品と猥褻性。
- 七 猥褻性の存否と作者の主観的意図。
- 八 刑法第一七五条に規定する猥褻文書販売罪における犯意。
- 九 憲法第二条に保障する表現の自由と公共の福祉。
- 一〇 旧出版法第二七条と刑法第一七五条との関係。
- 一一 憲法第二条第二項による検閲の禁止と猥褻文書販売罪。
- 一二 憲法第七六条第三項にいう裁判官が良心に従うとの意味。
- 一三 刑訴法第四〇〇条但書に違反しない一事例。

要 旨:

- 一 刑法第一七五条にいわゆる「猥褻文書」とは、その内容が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文書をいう。
- 二 文書が「猥褻文書」に当るかどうかの判断は、当該文書についてなされる事実認定の問題でなく、法解釈の問題である。
- 三 文書が、「猥褻文書」に当るかどうかは、一般社会において行われている良識、すなわち、社会通念に従って判断すべきものである。
- 四 社会通念は、個々人の認識の集合又はその平均値でなく、これを超えた集団意識であり、個々人がこれに反する認識をもつことによつて否定されるものでない。
- 五 伊藤整の翻訳にかかる、昭和二五年四月二日株式会社小山書店発行の「チャタレイ夫人の恋人」上、下二巻(ロレンス選集1・2)は、刑法第一七五条にいわゆる猥褻文書に当る。
- 六 芸術的作品であつても猥褻性を有する場合がある。
- 七 猥褻性の存否は、当該作品自体によつて客観的に判断すべきものであつて、作者の主観的意図によつて影響されるものではない。
- 八 刑法第一七五条に規定する猥褻文書販売罪の犯意がありとするためには、当該記載の存在の認識とこれを頒布、販売することの認識があれば足り、かかる記載のある文書が同条所定の猥褻性を具備するかどうかの認識まで必要とするものではない。
- 九 憲法第二条の保障する表現の自由といえども絶対無制限のものではなく、公共の福祉に反することは許されない。
- 一〇 旧出版法第二七条と刑法第一七五条とは特別法と普通法の関係にある。
- 一一 憲法第二条第二項によつて事前の検閲が禁止されたことによつて、猥褻文書の頒布、販売を禁止し得なくなつたものではない。

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

一二 憲法第七六条第三項にいう裁判官が良心に従うとは、裁判官が有形、無形の外部の圧迫ないし誘惑に屈しないで自己の内心の良識と道徳感に従う意味である。

一三 本件第一審判決がその判示のごとき理由で被告人に無罪の言渡をしても控訴裁判所において「右判決は法令の解釈を誤りひいては事実を誤認したものとして」これを破棄し、自ら何ら事実の取調をすることなく、訴訟記録及び第一審裁判所で取り調べた証拠のみによつて、直ちに被告事件について、犯罪事実を認定し有罪の判決をしたからといつて、必ずしも刑訴第四〇〇条但書の許さないところではない。

参照・法条:

刑法175条, 刑法38条1項, 憲法21条, 憲法21条2項, 憲法76条3項, 出版法(明治26年法律15号)27条
刑訴法400条

内 容:

件 名 猥褻文書販売 (最高裁判所 昭和28(あ)1713 大法廷・判決 棄却)
原 審 東京高等裁判所

判 決

小 山 久 二 郎
伊 藤 整

右被告人等に対する猥褻文書販売被告事件について、昭和二七年一二月一〇日東京高等裁判所の言渡した判決に対し、被告人から上告の申立てがあつたので、当裁判所は次の通り判決する。

主 文

本件各上告を棄却する。

理 由

被告人小山久二郎、同伊藤整兩名の弁護士正木昊、同環直彌、同環昌一の各上告趣意は後記のとおりであつて、これに対する当裁判所の判断は次のとおりである。

一、「チャタレー夫人の恋人」の翻訳出版と刑法一七五条

「チャタレー夫人の恋人」は英文学界において名前が通つているD・H・ロレンスの長編小説であり、芸術的観点からして相当高く評価されている作品である。それは小説の筋の運び方や、自然、社会、登場人物の性格の描写、分析や、著者の教養の広さを示すところの、ユーモアと皮肉に富む対話などからして、著者の芸術的才能を推知せしめるものがある。次にこの小説は思想、文明批評等に関する諸問題を含んでいる。これらの点において著者は一般的にいえば伝統的な、ことに英国において支配的な観念に対し反抗的革新的な自己の理想を卒直に表明している。

話の発端は第一次大戦において負傷し、性的機能を失つた若い貴族のクリフオードとその妻コニーとの、中部イングランドのラグビー邸における彼女にとって不自然で退屈な生活である。そのうちにコニーとクリフオードの雇人で、その領地内に住んでいる、妻と別居していたメラーズという森番の男との間に恋愛および肉体的関係が発生、発展し終に兩人ともに社会的拘束をふり切り、離婚によつて不自然と思われる婚姻を清算して恋愛を基礎とする新生活に入らうとする。これがこの小説の構造のあらましである。そしてこの構造は思想的、社会的、経済的の主題によつて肉附けがなされているのである。それらは貴族階級の雰囲気に対する批判、工業化による美しい自然の破壊、農村の民衆の生活に及ぼす影響、鉱業労働者の悲惨な境遇、人心の荒廃、非人間化等の事実を指摘し、また著者自身が真に価値のある生活と認めるものおよび著者のもつ社会理想を暗示している。そしてその主題の中で全篇を一貫

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

する最も重要なものは、性的欲望の完全な満足を第一義的のものとし、恋愛において人生の意義と人間の完成を認めるかのような人生哲学である。

かような人生哲学からして著者は彼の祖国のみならず他の国々においてもあまねく承認されているところの、性に関する伝統的な、彼のいわゆる清教的な観念、倫理、秩序を否定し、婚姻外の性交の自由を肯定するが、同時に性的無軌道な新時代の傾向に対しても批判的であり、精神と肉体との調和均衡を重んずる性の新たな倫理と秩序を提唱しているものであること本書の内容、著者自身の序文、その他の著書および原判決において引用するロレンスの書翰からして推知できるのである。この点から見て本書がいわゆる春本とは類を異にするところの芸術的作品であることは、第一審判決および原判決も認めているところである。しかしながらロレンスの提唱するような性秩序や世界観を肯定するか否かは、これ道徳、哲学、宗教、教育等の範域に属する問題であり、それが反道徳的、非教育的だという結論に到達したにしても、それだけを理由として現行法上その頒布、販売を処罰することはできない。これは言論および出版の自由の範囲内に属するものと認むべきである。問題は本書の中に刑法一七五条の「猥褻の文書」に該当する要素が含まれているかどうかにかかっている。もしそれが肯定されるならば、本書の頒布、販売行為は刑法一七五条が定めている犯罪に該当することになるのである。

しからば刑法の前記法条の猥褻文書(および図画その他の物)とは如何なるものを意味するか。従来の大審院の判例は「性欲を刺戟興奮し又は之を満足せしむべき文書図画その他一切の物品を指称し、従つ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」ものとしており(例えば大正七年(れ)第一四六五号同年六月一〇日刑事第二部判決)、また最高裁判所の判決は「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ものをいう」としている(第一小法廷判決、最高裁判所刑事判例集五卷六号一〇二六頁以下)。そして原審判決は右大審院および最高裁判所の判例に従うをもつて正当と認めており、我々もまたこれらの判例を是認するものである。

要するに判例によれば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。

およそ人間が人種、風土、歴史、文明の程度の差にかかわらず羞恥感情を有することは、人間を動物と区別するところの本質的特徴の一つである。羞恥は同情および畏敬とともに人間の具備する最も本源的な感情である。人間は自分と同等なものに対し同情の感情を、人間より崇高なものに対し畏敬の感情をもつごとく、自分の中にある低級なものに対し羞恥の感情をもつ。これらの感情は普遍的な道徳の基礎を形成するものである。

羞恥感情の存在は性欲について顕著である。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。しかしそれは人間が他の動物と共通にもつているところの、人間の自然的面である。従つて人間の中に存する精神的面即ち人間の品位がこれに対し反撥を感ずる。これすなわち羞恥感情である。この感情は動物には認められない。これは精神的に未発達かあるいは病的な個々の人間または特定の社会において缺けていたり稀薄であつたりする場合があるが、しかし人類一般として見れば疑いなく存在する。例えば未開社会に導いてすらも性器を全く露出しているような風習はきわめて稀であり、また公然と性行為を実行したりするようなことはないのである。要するに人間に関する限り、性行為の非公然性は、人間性に由来するところの羞恥感情の当然の発露である。かような羞恥感情は尊重されなければならない、従つてこれを偽善として排斥することは人間性に反する。なお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のである。

ところ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。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。もちろん法はすべての道徳や善良の風俗を維持する任務を負わされているものではない。かような任務は教育や宗教の分野に属し、法は単に社会秩序の維持に関し重要な意義をもつ道徳すなわち「最少限度の道徳」だけを自己の中に取り入れ、それが実現を企図するのである。刑法各本条が犯罪として掲げているところのものは要するにかような最少限度の道徳に違反した行為だと認められる種

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

類のものである。性道德に関しても法はその最少限度を維持することを任務とする。そして刑法一七五条が猥褻文書の頒布販売を犯罪として禁止しているのも、かような趣旨に出ているのである。

しからば本被告事件において問題となつている「チャタレイ夫人の恋人」が刑法一七五条の猥褻文書に該当するか否か。これについて前提問題としてまず明瞭しておかなければならないことは、この判断が法解釈すなわち法的価値判断に関係しており事実認定の問題でないということである。

本件において前掲著作の頒布、販売や翻訳者の協力の事実、発行の部数、態様、頒布販売の動機等は、あるいは犯罪の構成要件に、あるいはその情状に関係があるので証人調に適しているし、また著者の文学界における地位や著作の文学的評価については鑑定人の意見をきくのが有益または必要である。しかし著作自体が刑法一七五条の猥褻文書にあたるかどうかの判断は、当該著作についてなされる事実認定の問題でなく、法解釈の問題である。問題の著作は現存しており、裁判所はただ法の解釈、適用をすればよいのである。このことは刑法各本条の個々の犯罪の構成要件に関する規定の解釈の場合と異なるところがない。この故にこの著作が一般読者に与える興奮、刺戟や読者のいさぐさ羞恥感情の程度といえども、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われている良識すなわち社会通念である。この社会通念は、「個々人の認識の集合又はその平均値でなく、これを超えた集団意識であり、個々人がこれに反する認識をもつことによつて否定するものでない」とこと原判決が判示しているごとくである。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のである。社会における個々の人について、また各審級の裁判官、同一審級における合議体を構成する各裁判官の間に必ずしも意見の一致が存すると限らない事実は、他の法解釈の場合と同様である。これは猥褻文書であるかどうかの判断の場合のみではなく、これを以て裁判所が社会通念の何たるかを判断する権限をもつことを否定し得ないものである。従つて本著作が猥褻文書にあたるかどうかの判断が一部の国民の見解と一致しないことがあつても止むを得ないところである。この場合に裁判官が良識に従い社会通念が何であるかを決定しなければならぬことは、すべての法解釈の場合と異なるところがない。これと同じことは善良の風俗というような一般条項や法令の規定する包括的な諸概念の解釈についてとくに問題となる。これらの場合に裁判所が具体的の事件に直面して判断をなし、その集積が判例法となるのである。

なお性一般に関する社会通念が時と所によつて同一でなく、同一の社会においても変遷があることである。現代社会においては例えば以前には展覽が許されなかつたような絵画や彫刻のごときものも陳列され、また出版が認められなかつたような小説も公刊されて一般に異とされないのである。また現在男女の交際や男女共学について広く自由が認められるようになり、その結果両性に関する伝統的觀念の修正が要求されるにいたつた。つまり往昔存在していたタブーが漸次姿を消しつつあることは事実である。しかし性に関するかような社会通念の変化が存在した現在かような変化が行われつつあるにかかわらず、超ゆべからざる限界としていずれの社会においても認められまた一般的に守られている規範が存在することも否定できない。それは前に述べた性行為の非公然性の原則である。この点に関する限り、以前に猥褻とされていたものが今日ではもはや一般に猥褻と認められなくなつたといえるほど著しい社会通念の変化は認められないのである。かりに一步譲つ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觀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のである。

さて本件訳書を検討するに、その中の検察官が指摘する一二箇所及び性的場面の描写は、そこに春本類とちがつた芸術的特色が認められないではないが、それにしても相当大胆、微細、かつ写實的である。それは性行為の非公然性の原則に反し、家庭の団楽においてはもちろん、世間の集会などで朗読を憚る程度に羞恥感情を害するものである。またその及ぼす個人的、社会的効果としては、性的欲望を興奮刺戟せしめまた善良な性的道義觀念に反する程度のもので認められる。要するに本訳書の性的場面の描写は、社会通念上認容された限界を超えているものと認められる。従つて原判決が本件訳書自体を刑法一七五条の猥褻文書と判定したことは正当であり、上告趣意が裁判所が社会通念を無視し、裁判官の独断によつて判定したものと攻撃するのは当を得ない。

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

次に本訳書の猥褻性の判定に関し二、三の点に立ち入って説明する。

本書が全体として芸術的、思想的作品であり、その故に英文学界において相当の高い評価を受けていることは上述のごとくである。本書の芸術性はその全部についてばかりでなく、検察官が指摘した一二箇所にあつた性的描写の部分についても認め得られないではない。しかし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。猥褻なものは真の芸術といえないというならば、また真の芸術は猥褻であり得ないというならば、それは概念の問題に帰着する。これは我々が悪法は法と認めることができるかどうかの問題と類似している。実定法の内容が倫理的に悪であり得ると、我々が普通に芸術的作品と認めるところのものでも猥褻性を有する場合があるのである。いわゆる春本の類はおおむねかような芸術性を欠いているから、芸術性を備えている本件訳書はこれを春本と認めることができないこと第一審以来判定されてきたところである。しかしそれが春本ではなく芸術的作品であるという理由からその猥褻性を否定することはできない。何となれば芸術的面上においてすぐれた作品であつても、これと次元を異にする道徳的、法的面上において猥褻性をもっているものと評価されることは不可能ではないからである。我々は作品の芸術性のみを強調して、これに関する道徳的、法的の観点からの批判を拒否するような芸術至上主義に賛成することができない。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。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。芸術家もその使命の遂行において、羞恥感情と道徳的な法を尊重すべき、一般国民の負担する義務に違反してはならないのである。

芸術性に関し以上述べたとほぼ同様のことは性に関する科学書や教育書に関しても認められ得る。しかし芸術的作品は客観的、冷静に記述されている科学書とことなつて、感覚や感情に訴えることが強いから、それが芸術的であることによつて猥褻性が解消しないのみか、かえつてこれにもとづく刺激や興奮の程度を強めることがないとはいえない。

猥褻性の存否は純客観的に、つまり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い。弁護人は猥褻文書とは「専ら自発的判断力の未熟なる未成年者のみの好奇心に触れることを予想し性の種族本能としての人道的職分を否定又は忘却せしめ肉体を消耗的享樂の具たらしめ未成年者をして恢復し難い心身の損失を招かしめるような悪意ある性関係の文書」と定義し本件訳書が誠実性をもっていることを理由として、原判決を非難する。しかしこの定義によれば、いやしくも芸術的、学問的その他の意図を有する文書は極端に猥褻なものといえども猥褻文書から除外され、猥褻文書はいわゆる春本の類に限局されることになる。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。従つてこの上告論旨は採用することができない。

次に論旨は本件訳書の出版が「警世的意図」に出たことを主張して、被告人等の犯意の成立を否定し以て原判決を攻撃する。

しかし刑法一七五条の罪における犯意の成立については問題となる記載の存在の認識とこれを頒布販売することの認識があれば足り、かかる記載のある文書が同条所定の猥褻性を具備するかどうかの認識まで必要としているものでない。かりに主観的には刑法一七五条の猥褻文書にあたらぬものと信じてある文書を販売しても、それが客観的に猥褻性を有するならば、法律の錯誤として犯意を阻却しないものといわなければならない。猥褻性に関し完全な認識があつたか、未必の認識があつたのにとどまつていたか、または全く認識がなかつたかは刑法三八条三項但書の情状の問題にすぎず、犯意の成立には関係がない。従つてこの趣旨を認める原判決は正当であり、論旨はこれを採ることを得ない。

論旨は猥褻文書たるためには未熟な未成年者のみの好奇心に触れるもので、未成年者に恢復しがたい心身の損失を招かしめるものであることを要するものとしている。猥褻文書の普及は未成年者の心身に悪影響を及ぼすから、その禁止は未成年者にとつて極めて重要な意義を有することも当然である。しかし何が猥褻文書なるかの判定については、一定の読者層に対する影響のみを考えるべきでなく、広く社会一般の読者を対象として考慮に入れるべきである。論旨が読者層を未成年者のみに限局して論じているのは独断であつて採用することができない。

二、刑法一七五条と憲法二一条

上告趣意(弁護人環昌一)は次のように主張する。憲法二一条の表現の自由の保障は無制限に近いものであり、か

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

りに「公共の福祉」の名の下に制限できるにしても許否の判断の基礎が事前に明白でなければならない。従つて検閲制度が禁止された新憲法の下では「公共の福祉」に反するか否かは各人の自主的判断に委ねられなければならない。ところが原判決は本件訳書に対する自主的判断の誤を取り上げて被告人等を処罰したから、憲法二一条に違反する。と。しかし本件訳書の許否についての判断の基礎は一般社会において行われている良識または社会通念として存在しているから、事前に不明白であるとはいいい得ない。また公共の福祉に反するか否かは、客観的に判断すべきものであり、各人の自主的判断に委ねられるべきものではない。この故に論旨はこれを採用することができない。

上告趣意(弁護人環直彌)は、憲法二一条の保障する表現の自由が他の基本的人権に関する憲法二二条、二九条の場合のように制限の可能性が明示されていないから、絶対無制限であり、公共の福祉によつても制限できないものと主張する。しかしながら憲法の保障する各種の基本的人権についてそれぞれに関する各条文に制限の可能性を明示していると否とにかかわりなく、憲法一二条、一三条の規定からしてその濫用が禁止せられ、公共の福祉の制限の下に立つものであり、絶対無制限のものでないことは、当裁判所がしばしば判示したところである(昭和二二年(れ)第一九号同二三年三月一二日大法廷判決、昭和二三年(れ)第七四三号同年一月二七日大法廷判決、昭和二四年新(れ)第四二三号同二五年一月一日大法廷判決、とくに憲法二一条に関するものとしては昭和二三年(れ)第一三〇八号同二四年五月一八日大法廷判決、昭和二四年(れ)第二五九一号同二五年九月二七日大法廷判決、昭和二五年(ク)第一四一号同二六年四月四日大法廷判決、昭和二四年(れ)第四九八号同二七年一月九日大法廷判決、昭和二五年(あ)第二五〇五号年二七年八月六日大法廷判決)。この原則を出版その他表現の自由に適用すれば、この種の自由は極めて重要なものではあるが、しかしやはり公共の福祉によつて制限されるものと認めなければならない。そして性的秩序を守り、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のであるから、本件訳書を猥褻文書と認めその出版を公共の福祉に違反するものとなした原判決は正当であり、論旨は理由がない。また論旨は、右に述べた立場から、刑法一七五条の適用を受ける場合があるとするならば、あらゆる立場から見て有害無益な場合例えば春本類に限るべきものとするが、その理由がないこと前に述べたごとくである。

上告趣意(弁護人正木昊)は、基本的人権の尊重の面のみから公共の福祉を観念し、また本書が性の問題を真面目に取り扱っているから公共の福祉に適合するものとなし、これについて刑法一七五条の罪の成立を認めた原判決を攻撃する。しかしこれは基本的人権が無制限でなく、公共の福祉によつて制限されることに関し前掲判例と異つた独自の見解に立つものである。また本件訳書が誠実性を備え、内容的に見て公共の福祉に適合するものをもつていても、それは猥褻性を相殺解消するものではない。この故に論旨は理由がない。

上告趣意(弁護人正木昊)は旧憲法下における出版法が廃止され、同法二七条の「風俗を壊乱する文書、図画」が現在処罰の対象となっていないことを援用して原判決を非難する。上告趣意の主張のごとく、以前には出版法が存在し、風俗壊乱文書を処罰し、そしてその中にふくまれる猥褻文書の出版に関しては出版法に準拠し、刑法一七五条の適用が排除されていたことはこれを認めることができる。それは猥褻文書に関してこの二法が特別法と普通法の関係にあることによるものである。しかし特別法たる出版法が廃止されている現在の状態の下では猥褻文書の出版は刑法一七五条の適用を受けるにいたつたものと認めなければならない。従つて論旨は理由がない。

上告趣意(弁護人環昌一)は憲法二一条が検閲を禁止していることを援用して、何が公共の福祉の名の下に許されないかは事前に知ることができず、被告人等の自主的判断に委ねられているのに、その判断の誤りを取り上げて被告人等を処罰した原判決は憲法二一条に違反するものと主張する。しかし憲法によつて事前の検閲が禁止されることになつたからといつて、猥褻文書の頒布販売もまた禁止できなくなつたと推論することはできない。猥褻文書の禁止が公共の福祉に適合するものであること明かであることおよび何が猥褻文書であるかについても社会通念で判断できるものである以上、原判決には所論のごとき憲法違反は存在しない。

三、憲法七六条三項と原判決

上告趣意(弁護人正木昊)は原判決理由が故意に論理の法則を無視逸脱してなされた不正な判断にもとづく非良心的のものであるとして、原判決の憲法七六条三項違反を主張する。しかし同条の裁判官が良心に従うというのは裁

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

判官が有形無形の外部の圧迫ないし誘惑に屈しないで自己の内心の良識と道徳感に従う意味であることは判例(昭和二年(れ)第三三七号同二三年十一月一七日大法院判決)の認めているところである。所論は結局原判決が弁護人の見解と異なるものがあることを以て、原審裁判官を非良心的と非難するに帰着する。従つて所論憲法七六条三項違反の主張はもとより、これを前提としたその他の違憲の主張もすべて理由のないものといわなければならない。

よつて刑訴四〇八条により主文のとおり判決する。

この判決は裁判官真野毅、同小林俊三の後記各意見のあるほか裁判官全員一致の意見である。

本件に関する裁判官真野毅の意見は、つぎのとおりである。

第一 小山久二郎の上告に関する多数意見の結論及び左記を除く理由にも大体賛成である。

本件では、本訳書が刑法一七五条の猥褻文書にあたるかどうか、最も主要な問題となつている。わたくしは、本来猥褻であるかどうかは、絶対的なものでもなく、不変不動のものでもなく、時代と民族と社会の風俗、習慣、伝統、道徳、民族意識、民族感情、宗教、教育等の相違によつて異なり、また次第に歴史的变化を重ねていくものであると考える。裁判上からいつてもそれは結局、裁判官が社会通念と認めるところに従つて判定しなければならぬ問題であり、そしてその社会通念は基盤たる社会の推移変遷によつて変化せざるをえないものである。それ故、猥褻であるかどうかは、その必然の結果として時と所によつて異なり、流動し変転すべき概念であることは、多言を要しないはずのものである。しかるに、多数意見は恰も時と所により変化する猥褻と時と所を超越して変化することのない猥褻の二段階ないし二類型があるかのような表現をし、その上本訳書の描写はその後者に属するかのような表現をしている点は、非科学的であつて、どういふ賛同することができない。

わが国の古典である古事記、日本書紀、万葉集、風土記等に現われる上代結婚の風俗習慣として、男女が配偶者を選ぶ方法は、はなはだ自由なものであつて、後代封建制度の下における堅苦しい選定の様式とは全く相反するものであつた。ことにその上代の歌垣またはかがいという習俗においては、多数の青年男女の集団が手を携えて平常神聖視している山などに登り、そこでは飲食、歌舞、音曲を共にし、歓楽の興趣きわまるころ、性行為の実行が公然としかも集団的に行われエクスタシーの境に入つたということである。この行事には未婚の男女ばかりでなく既婚の男女も参加したという。万葉集では歌垣について「かがふかがひに人妻に吾も交らむ。わが妻に人も言問え。」とまで歌われている。だがこれは、聖域において神に許されたものとして行われる春秋などの行事であつて、今日の単なるエロとか猥褻とかの感覚で律すべきものではなく、これを超えた当時の集団感情・集団意識にもとづく結婚習俗の一端を示すと共に、他面において宗教感情的農業的祭典の色彩が濃厚であるように思われる。ことごとく諸外国の事例を挙げるまでもなく、ただこの一事によつても、多数意見のごとく時代と民族を超越した絶対的の猥褻の限界を設けようとする考え方は、厳然たる歴史的事実を無視した概念論たるのそしりを免れえざるものである。のみならず、それは本件の判断には全く必要のない議論といわなければならない。わたくしの見解では、猥褻であるかどうかは、常にその社会のその時代における相対的な社会通念を規準として判断すべきものと考えるのである。米国における同種の事件において、ハンド判事は、羞恥心が未永く、人間性の最も大事で美しい面を十分描写することを妨げるだろうなどということは、実際ありうべからざることに思われるといつているのは注目の値いがある。

一九二三年九月二日ジュネーブにおいて締結された猥褻出版物の流布及び取引の禁止のための国際条約を、修正する一九四七年十一月二日附議定書によれば、猥褻なる字句の定義を国際的に定めるかどうかが問題となつたが、各国の風俗、道徳標準、民族意識等の相違により猥褻の定義を国際的に定めることを困難かつ不必要であるとした。これによつても時代と民族と社会を超越した固定不動な猥褻はありえないことを理解する一助となるであろう。

総じて性に関する考え方、思想、感覚、感情等は、外部社会の変動につれ個人的にも社会的にも変化を生ずる。その変化は、あるいは急転歩に、あるいは徐々に運ばれるが、固定するものではない。ことに世界が狭くなり、また一層そうなつていく傾向にある現代においては、異なる民族・社会の習俗が相触れ相交渉し互に影響し合う機会が著しくしげくなると共に、性に関する科学等の探究は日進月歩に行われているのであるから、性に関する社会的変化は、歴史的見地からいつて昔の時代とは比較にならない短かい年月の間にも実現され得る可能性があるように考えられる。

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

次に、本件におけるようないわゆる文芸訴訟(リテラツール・プロセス)において、文学的・芸術的の主張、思想、価値、誠実性がある場合においては、猥褻性が減殺され、浄化され、醇化され、払拭されることがありうるのであつて、考慮すべき重要な因子とは認められるが、常に決定的にそうあるべきわけのものではない。そこで、本訳書のいわゆるホット・パートである性交の場面の描写表現の程度は、性的感覚の露出が過度であつてわが国現時の社会通念に照らして判断すると、これをも寛容に包容し得る社会の現状とは認められず、猥褻の法解釈たる定義に掲ぐる事柄に該当し、本訳書は猥褻文書と判断するを相当とする。

なお、多数意見に賛成しがたい二、三の点について述べる必要を感じる。

多数意見は、「しかし性に関するかような社会通念の変化が存在した現在かような変化が行われつつあるにかかわらず、超ゆべからざる限界としていつれの社会においても認められまた一般的に守られている規範が存在することも否定できない。それは前に述べた性行為の非公然性の原則である。」と説く。そして、その前に述べたというのは、羞恥感情は、「人類一般として見れば疑いなく存在する。例えば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のである。要するに人間に関する限り、性行為の非公然性は、人間性に由来するところの羞恥感情の当然の発露である。」といっているに過ぎない。だから、いうところの「性行為の非公然性」とは、性行為を公然と実行しないというだけの意義を有するに過ぎないものである。「性行為の非公然性の原則」というといかにもいかめしく聞えるが、その中味はただこれだけのことである。多数意見は、一方において性一般に関する社会通念は、「時と所とによつて同一でなく、同一の社会においても変遷がある」ことを認めつつ、他方において社会通念の変化では「超ゆべからざる限界」として、時代と民族と社会を超越した普遍的規範たる「性行為の非公然性の原則」があるというのである。

そしてこの前提に立つて多数意見は、「本件訳書を検討するに、その中の検察官が指摘する一二箇所及ぶ性的場面の描写は、……相当大胆、微細、かつ写実的である。それは性行為の非公然性の原則に反したものであるとしている。しかし、わたくしをして言わしむれば、かような判断は、前後を弁まえない極めて非論理的なもの以外の何物でもない。

多数意見が前提として説いている「性行為の非公然性の原則」とは、すでに触れたように性行為を公然と実行しないというだけの意義に過ぎないから、性行為の非公然性の原則に反するとは、性行為を公然と実行するというに帰着する。(本訳書はもとより生き物ではないから、公然であろうと秘密であろうと、訳書そのものが性行為を実行することはありえないことである。)本訳書の性的場面の描写は、性行為を公然と実行している場面をえがいたものではない。この意味においてはどこにも、性行為の非公然性の原則に反すかどはないはずである。

また多数意見は前段において、性行為の非公然性の原則は、時と所と社会によつて変化することのない普遍的規範だというのであるから、本訳書の性的場面の描写が性行為の非公然性の原則に反するということは、とりもなおさず時と所と社会によつて変化することのない普遍的規範に反するということになる。一体そんな極端なことがどうして言えるのか、わたくしには全く理解することができない。現にフランスでは、原著やその完訳が出版されており、またイタリアでは原著が、ドイツではその完訳が出版されている。手近い話が、本件の第一審で証人となつた福原麟太郎、神近市子、吉田健一、宮城音彌、吉田精一、波多野完治、岩淵辰雄、峯岸東三郎、野尻与頭、曾根千代子の十人は、猥褻文書でないとし、金森徳次郎、沢登哲一、駒田錦一、宮川まき、土屋光和、森山豊の六人は、猥褻文書であるかどうか明らかでないとし、ガントレット恒、森淳男、阿部真之助、東まさ、斎藤勇、渡辺鉄蔵、宮地直邦、児玉省の八人は、猥褻文書であるとしている程度のものである。わたくしは、多数意見が本訳書の描写をもつて時代と民族を超えて変化することのない猥褻性をもつかのごとき表現をしている部分は削除すべきであると考えている。

次に多数意見は、「著作自体が刑法一七五条の猥褻文書にあたるかどうかの判断は、当該著作についてなされる事実認定の問題でなく、法解釈の問題である」と言いその後にも数箇所法解釈と言つて言うが、これもはなはだ耳障りな表現である。

本件に即していえば、刑法一七五条は「猥褻ノ文書……ヲ財売シ……タル者」を処罰するのである。そして本件では「猥褻」の意義が当面の問題となり、判決では、同条の猥褻とは、「徒らに性欲を興奮又は刺激せしめ、且つ普通

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義概念に反するものをいう」として、その意義内容を明らかにしている。ここまでの法解釈の問題である。

そこで著作の描写自体が、かように法解釈で明らかにされた事柄に該当するかどうかを判断し、従つて猥褻文書に該当するかどうかを判断するには、証人その他の証拠によることを要せず、裁判官の法的価値判断によつてなされるべきものである。それ故、著作自体が猥褻文書にあたるかどうかの判断は、具体的事実に法律を当てはめる法律適用の問題であつて、多数意見のように法解釈の問題というべき性質のものではない。法律解釈と法律適用とは、裁判上の作用として性質を異にし、両者を区別することは大切である(民訴三九四条、刑訴四〇五条一号、四〇六条参照)。ただ法律解釈と法律適用とは互に関連する作用であるから、時に両者を包括して広義において法律適用という場合がある。例えば刑訴三八〇条において「法令の適用に誤があつて」というのは、法令の解釈または狭義の法令の適用に誤がある両者を含んでいる。しかし、その反対に法律解釈という言葉の中に法律適用をも含ましめることはあり得ないことであるし、またないのである。また「法令の違背」または「法令の違反」という言葉を用いて、法令の解釈または法令の適用の誤の両者を含ませている場合がある(民訴三九四条、刑訴四五八条、旧刑訴四〇九条、五二〇条参照)。非常上告の場合にも「法令の違反」という言葉を用いており、これについて法律解釈の誤りだけであつて法令適用の誤は含まないと解した大法廷判決がある(判例集六巻四号六八五頁)。わたくしは、当時少数意見として詳細にその不当なることを述べ、その後多くの支持を得たが、かかる事例に徴しても、法律の解釈と法律の適用とについて常に明確な認識をもつことが必要であると考え。それ故、前述のように本件で法解釈の問題とした多数意見をそのまま承認することは出来ない。

一般的にいつて、猥褻の法律上の意義内容を明らかにする正確な解釈を打ち立てることは、はなはだ困難な仕事であるが、それをいかように定義を定めてみたところで、さて問題となつた具体的描写が、その定義として解釈された事柄に該当するかどうかの第二次の判断は、裁判官に負わされた一層困難な仕事である。というのは、裁判官が個人としての純主観によつて判断すべきものではなくして、正常の健全な社会人の良識という立場にたつ社会通念によつて客観性をもつて裁判官が判断すべきものである。純主観性でもなく、純客観性(事実認定におけるごとく)でもなく、裁判官のいわば主観的客観性によつて判断されるべき事柄である。

多数意見は、「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のである。」といつている。これは一つの本事件に関するばかりでなく、すべての事件に通ずる裁判の使命ないし裁判官の心構えに触れている点においてすこぶる重要な意義がある。法律上真に猥褻と認められるものに対し、裁判上猥褻なものとして処理することは当然すぎるほど当然な事柄であるが、それ以外の「社会を道徳的頹廢から守らなければならない」とか、「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」とかいつた物の考え方は、裁判の道としては邪道である、とわたくしは常日頃思い巡らしている。裁判官は、ただ法を忠実に、冷静に、公正に解釈・適用することを使命とする。これが裁判官として採るべき最も重要な本格的態度である。憲法で、裁判官は法律に拘束されるといつているのはこのことである。しかるに、前記のごとく道徳ないし良風美俗の守護者をもつて任ずるような妙に気負つた心組で裁判をすることになれば、本来裁判のような客観性を尊重すべき多くの場合に法以外の目的観からする個人的の偏つた独断や安易の直観により、個人差の多い純主観性ないし強度の主観性をもつて、事件を処理する結果に陥り易い弊害を伴うに至るであろう。思想・道徳・風俗に関連をもつ事件においてことに然りであることを痛感することがある。またこの邪道は、被告人の基本的人權の擁護に万全の配慮をしなければならぬ刑事事件において、却つて取締の必要を強制して法を運用しようとし、時に罪刑法定主義の原則を無視ないし軽視するに至る他の邪道にも通ずることを篤と留意しなければならぬ(判例集四巻一九八八頁、同七巻七号一五九一頁以下参照)。

第二 伊藤整の上告に関しては多数意見の結論に反対である。同人に関する原判決には左記の重大な違法があり、原判決を破棄しなければ著しく正義に反することが明らかであるから、職権をもつて刑訴四一一一条一号により原判

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

決を破棄し、上告趣意を判断するまでもなく原審に差し戻すを相当とする。

第一審判決が犯罪事実の存在を確定せず、犯罪の証明なしとして無罪を言い渡した場合に、控訴裁判所が右判決を破棄し、何等事実の取調をすることなく、訴訟記録及び第一審裁判所で取り調べた証拠だけで直ちに被告事件について犯罪事実の存在を確定し有罪の判決をすることは、刑訴四〇〇条但書の解釈として許されないところである。そしてこれは、すでに大法廷判決が数次にわたり示したところのものである(昭和三一年七月一八日判決、判例集一〇巻七号一一四七頁、同年九月二六日判決、判例集一〇巻九号一三九三頁)。この判例の理由とするところは、起訴の罪責なしとした第一審の「判決に対し検察官から控訴の申立があり、事件が控訴審に係属しても被告人等は、憲法三一条、三七条の保障する権利は有しており、その審判は第一審の場合と同様の公判廷における直接審理主義、口頭弁論主義の原則の適用を受けるものといわなければならない。従つて被告人等は公開の法廷において、その面前で、適法な証拠調の手続が行われ、被告人等がこれに対する意見弁解を述べる機会を与えられた上でなければ、犯罪事実を確定され有罪の判決を言渡されることのない権利を有するものといわなければならない。それゆえ本件の如く第一審判決が被告人の犯罪事実の存在を確定せず無罪を言渡した場合に、控訴裁判所が第一審判決を破棄し、訴訟記録並びに第一審裁判所において取り調べた証拠のみによつて、直ちに被告事件について犯罪事実の存在を確定し有罪の判決をすることは、被告人の前記憲法上の権利を害し、直接審理主義、口頭弁論主義の原則を害することになるから、かかる場合には刑訴四〇〇条但書の規定によることは許されないものと解さなければならない」というにある。

そして同判決においては、その結びにおいてわざわざ「そして刑訴四〇〇条但書に関する従来判例は右解釈に反する限度においてこれを変更するものである」と断わっている。この刑訴四〇〇条但書の解釈と憲法三一条等との関係は、随分以前から話題になつてきた問題であるが、例の三鷹事件を契機としてその後においても一層深い考察が加えられ、その結果控訴審における新らしき犯罪事実の認定については、従来判例態度を変更して前記のような大法廷判例が確立されるに至つたのである。

ところで本件において伊藤整は、第一審では無罪とせられ同人に対して有罪事実の認定はなかつた。第一審判決の事実認定の中には、「小山久二郎は……ロレンスの著作なる「チャタレー夫人の恋人」の翻訳出版を企図し、伊藤整に之れが翻訳を依頼しその日本訳を得た」旨の記載はあるが、原判決では翻訳者の協力の態様は種々のものがあり、協力の程度いかんによつては幫助犯が成立する場合もあり、共同正犯の成立する場合もありとした。そして原判決は、何等事実の取調をすることなく、訴訟記録及び第一審裁判所で取り調べた証拠だけで、伊藤整に共同正犯の成立する事実認定をしたものである。この点において本件は、まさにぴったりと前記大法廷判決の場合と同様であつて、刑訴四〇〇条但書に違反する違法があるから、原判決はこの点において破棄さるべきものである。

さらに、伊藤整は第一審においては無罪、第二審においては罰金十万円に処せられたことは明らかであるから、左記理由によりても原判決は破棄さるべきである。

わたくしは、一審よりも重い刑を新しく量定する場合についても、前記大法廷の判決と全く同様の理由によつて、同様の結論に達すべきものと思う。すなわち、控訴裁判所が第一審判決を破棄し、何等の事実の取調をすることなく、訴訟記録及び第一審裁判所で取り調べた証拠だけで直ちに被告事件について第一審の刑よりも重い刑を言い渡すことは、刑訴四〇〇条但書の解釈として許されないものと考えらる。

しかるに、同じ七月一八日に言渡された別件の大法廷判決(判例集一〇巻七号一一七七頁)における多数意見は、第一審の執行猶予の判決を破棄して控訴審で実刑を科した事件につき、「控訴審が検察官からの第一審判決の量刑は不当であるとの控訴趣意に基き第一審判決の量刑の不当を審査するにあつては、常に控訴審自ら事実の取調をしなければならないものではなく、訴訟記録及び第一審に於て取り調べた証拠によつてその量刑の不当なことが認められるときは、控訴審は自ら事実の取調をしないで、第一審判決の刑より重い刑を言渡しても刑訴四〇〇条但書の解釈を誤つたものといふことはできない」と判示している。冒頭にかかげた新らしい有罪事実の認定に関する大法廷判決は、詳細に理由を述べているのに反し、量刑に関するこの判決はこのように極めて簡単であつて、何故に有罪事実の認定と刑の量定について取扱を異にしなければならないかの理由に関しては、黙して何も語っていない。

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

だから格別取り押さえどころはない。がわたくしは、この判決は前者の判決に詳細に語られている理由そのものと明らかに矛盾する大きな欠陥があると考え。

冒頭の有罪事実の認定に関する判決の理由は、要約すると控訴審においても被告人は憲法三一条、三七条の権利を有し、その審判は第一審の場合と同様の公判廷における直接審理主義、口頭弁論主義の原則の適用をうけるといにある。憲法三一条は「何人も法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と定めている。同条は科刑に関し適正手続すなわち現代刑事訴訟の基本原則である直接審理主義、口頭弁論主義等による審理手続を保障したものである。言いかえると、この保障は科刑（ペナルティ）に対して与えられたものである。そこで裁判上「刑罰を科する」には、一面において有罪事実を認定し、他面において刑を量定することが必要である。この事実認定と量刑とは、科刑の両翼をなすものであつて、その一方だけで科刑ということは有りえない。（稀には判決において有罪事実の認定がなされておりながら、量刑がなされていない場合がある。これは真の科刑というものではない。例えば、かのプラカード事件の第二審判決は、有罪事実を認定した上で、大赦を理由として被告人を免訴している、判例集二巻六号六〇七頁。）憲法三一条は、明文の示すとおり科刑に対する保障である以上、科刑の両翼たる事実認定と量刑とは共に、同条の保障を受けるが当然である。されば事実認定について同条の保障あることを詳しく説明した冒頭判決の理由は、量刑についても妥当するものといわなければならぬ。

あるいは、事実認定の問題は重い、量刑の問題は軽いと考えるものがあるかも知れない。なるほど有罪事実の認定がまずなされて、次に刑の量定の必要が起つて来る。有罪事実の認定がなければ、量刑の問題は起らない。ただこのことから、事実認定の方は重要であつて憲法三一条の保障をうけるが、量刑の方は軽いから同条の保障をうけないと速断して差別的取扱をすべきものではない。これは全く観念論的な物の考え方である。よくつぶさに脚下を照らしてあまねく現実を見るがよい。有罪となる被告人は、無罪となる被告人に比しいかに圧倒的に多いか、また公判廷において起訴事実を素直に認める被告人は、これを否認して争う被告人に比しいかに多数であるかは、東西の司法統計資料が常に極めて雄弁に物語つているところである。これによつても被告人の大多数のものにとつて裁判上の重大関心事は、事実認定の問題ではなく、実はむしろ量刑の問題に帰するのである。だから、量刑の問題こそは、裁判の実際において最も多く考慮が払われなければならぬのが現実というものである。この現実に立てば、事実認定が憲法三一条の保障をうけるだけで、量刑が同様の保障をうけないような片翼的な偏つた司法の運営では、国民の基本的な人権は十分に保護されるとは言いえない。例えば、スリの狙罪事実を控訴審で新たに認定するには書面審理では許されないが、三鷹事件のように一審の無期懲役を控訴審で死刑に変更するには書面審理だけで許されるというのであつては、すこぶる不権衡な取扱方であつて、人権の保障にははなはだ事欠ける憾みがあるといわなければならぬ。

ここにまた、事実認定と量刑の取扱に差別をおく理由づけとして、事実認定は、真実の探究であつて裁量の余地のない事柄であるが、量刑は裁量が広く許される事柄であるとする見解があるが、これには賛同できない。この見解には二つの点の欠陥がある。（一）一つは、事実認定は裁量の余地のない事柄だとする点であり、（二）他の一つは、量刑は裁量であるから常に違法の問題は生じないと考える点である。

しかし、（イ）事実認定もまた裁量によるものであり、（ロ）量刑は裁量ではあるが、二審で重く科刑する場合には憲法三一条の要請によつて直接審理主義、口頭弁論主義の手続を通して量刑の裁量がなされることを要し、これに違反すればその裁量のやり方が違法となるわけである。この関係をすこし詳しく述べてみたい。犯罪事実の認定は、歴史的事実としての真実の探究・発見にあることはもちろんであるが、このことから直ちに事実認定は、「裁量の余地のない事柄」とであると速断することはできない。科学的な正確な方法で例えば精密機械の操作によつて過去（一定の近い過去でもよいが）の歴史的事実を的確・自由に再現しようとする人知が進歩しない限り、そして現行の裁判官による証拠裁判の手続でいく限り、人的証拠であれ物的証拠であれ証拠能力の問題は別として、その証拠価値は価値判断の対象として結局（経験則違反の問題を生じない場合には）裁判官の裁量にまかされることとならざるをえない。かように証拠の価値判断が裁判官の裁量にまかされている以上、いわゆる証拠裁判すなわち証拠の価値判断に基づき証拠の取捨選択をすることによつて真実として発見される事実認定そのものもまた究極において裁判官の裁量にまか

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

れているのである。一般に事実の認定は、事実審裁判官の専権に属するといわれているのは、この意義を有するものである。事実の認定は、真実の探究であつて裁量の余地のない事柄であるという見解は、目的と手段を混同した議論である。事実の認定は、真実の発見を第一義の目的とする。しかし、この目的を達成するための手段としては、証拠によることを要し、証拠を取捨選択するには証拠の価値判断をすることを要し、証拠の価値判断は結局裁判官の裁量によることを要する。現時の証拠裁判制の下においては、証拠能力の法規と経験則に反せざる限り、事実認定は、すべて裁判官の裁量にまかされていることは明白である。

次に、刑の量定もまた同様に、原則として裁判官の裁量にまかされている。事実の認定と刑の量定はもとより目標を異にするが、手段として裁量によることは同一であるのみならず、その裁量は証拠の価値判断を基本とすることも同様である。(ただ現行刑法の上では有罪事実認定の証拠は判決にかかげることを要するが、量刑の証拠はその必要がないとされている差があるだけのことである。)そして事実の認定についても、刑の量定についても、裁判官の裁量は、現代刑事訴訟の基本原則である口頭弁論主義、直接審理主義をとおしての上の証拠の価値判断を基本とすべきものであつて、原則として単なる書面審理による証拠の価値判断を基本として裁量することは許されていない。憲法三一条は、まさにこの意義を含むものであつて、人類多年の努力と経験によつて確立せられた現代刑事訴訟の基本原則である直接審理主義、口頭弁論主義は憲法においても保障するところであり、かかる適正手続によらなければ刑罰を科せられないことが基本的人権として保障されているものと解すべきである。直接審理主義、口頭弁論主義による証拠の価値判断と単なる書面審理によるそれとは往々にして異なる。一例をあげれば、直接審理主義、口頭弁論主義をとおして証人尋問をした裁判官は、証言の内容の外に証人の顔色、目色、音声、表情の変化、発言の態度などについても直接仔細に観察することができる立場にあつて、これらを総合して陳述内容の価値判断をするのであるから、いかに証言の内容が秩序整然として外観上一糸乱れぬものであつても、端的に偽証を観破しその証言の証拠価値を認めないこともあるであろう。またこれと反対に、証言の内容は、尋問に応じ幾変転しているが、それは当初の記憶の不明確なことによるものであつて、尋問の進め方で徐々に記憶を喚びさまし、最後の陳述が真実に合するものとしてこれに十分な証拠価値を認めることもあるであろう。この場合裁判官は生きた証言を聞いて心証を形成することになる。ところが、控訴審で書面審理だけで証拠の価値判断をしたら、裁判官は紙の上の死んだ証言を眺めて心証を形成する外はないから、前者の調書上秩序整然たるものに証拠価値を認め、後者の調書上供述の変転したものに証拠価値を認めないこともあるであろう。ここに人類の知恵として裁判殊に刑事裁判における直接審理主義、口頭弁論主義の必要性が強調せらるべき根本理由が存するわけである。

裁判官小林俊三の補足意見は次のとおりである。

私は多数意見に同調するものであるが、ただ私は、原審の審判手続に違法の部分があると信ずるところ、前記判示にはなんらこの点にふれるところがなく、誤解を受けるそれがあるから、私かぎりの意見を付け加えたい。

原審の審判手続は、被告人伊藤整に関するかぎりは違法である。すなわち右被告人に対し、第一審は無罪を言い渡したのであるが、控訴審は、その審理に当り、なんら事実の取調をすることなく、被告人の意見弁解もきかないで、単にいわゆる書面審理のみにより、破棄自判の有罪判決を言い渡したのであつて、このような手続は、二審においてはじめて被告人を有罪とする審判としては、刑法上許されないものであり、後記の大法廷判例の趣旨にも反するものであると信ずる。しかるに上告趣意はなんらこの点に関し主張するところがない。してみれば前記多数意見がこの点にふれなかつたのは、必しも原審の手続を是認したものではなく、特に判断する必要はないと認めたのかもしれない。しかし私見によれば原審の手続には前記ような重要な違反があるから、職権（刑訴四一条）でこの問題を取り上げ、結論が前記主文に帰するにせよ、その判断を示すべきであつたと考える。

まず、多数意見の含むところが、仮りに、前提として原審の手続を是認する見解に立つものとすれば、それは、本件において被告人の所為を有罪とするに足りる罪となるべき事実は、一審においてすでに客観的には確定しているから、二審がその確定した事実によつて有罪と認めるならば、いわゆる書面審理のみによつ

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

て有罪判決を言い渡すことは違法でなく、後記大法廷の判例は本件のような場合を含まないという趣旨であるかもしれない。しかし私は、一審が被告人を無罪とした場合は、その事実認定がいかなる段階に達していたとしても、刑事審判における有罪判決の最少限度の要件たる「厳格な証明」を経た「罪となるべき事実」としては確定したと見ることはできないと解するものである。仮りに、一審の無罪判決が、単に刑罰法規の解釈または適用の誤りに因つて生じ、被告人の所為は単なる一個の客観的事実にすぎないと認められるような場合は、見方によつては、一審でその「客観的事実」は確定しているといえるかも知れない。しかし私見によればかかる場合でも「罪となるべき事実」は決して確定しているものではない。人の行為は、単なる外界の事実とは異なつてすべて人の意思に関連するものであり、特に本件において原審は、一審と見解を異にする「犯意」の存在を要求しているのであるから、この事実認定には、改めて独自の厳格な証明の過程を経なければならないことは当然の理である（この点後記）。そして裁判所は、罪となるべき事実の外形的存在を認めた後も、なお違法性阻却事由等につき審理を遂げ、あらゆる駄目を押した上、最後に情状を取り調べ、ここにはじめて具体的な処断刑をもつてする有罪判決を言い渡すのであるから、本件のように一審が、すでに伊藤被告について公訴事実の成立を否定した場合は、違法性阻却事由等についてなんら審理考究をしなかつたであろうことが当然推認される。しかるにもし二審で有罪判決をする場合にかぎり、これらの問題を一切究明することなく書面審理のみによつてなすことができると解すると、結局これらの点を究明しない刑事審判や審級の存在を是認することとなり背理なることをまうたない。

本件において原審は、一審の見解を誤りとして否定し、本件訳書自体を刑法一七五条にいうわいせつ文書に当ると断定するとともに、被告人伊藤整について、わいせつ文書販売罪の成立を認めるに必要な犯意は、本件訳書に判示の性的描写の記載が存在すること及びこれを出版販売することの認識あるをもつて足りるとし、一審で取り高べた本件記録中に存する証拠を引用して、伊藤被告に本件犯罪の成立に必要な犯意に欠けることなく、また被告人小山久二郎と共同加功の意思及び行為の分担のあつたことを認定するに妨げるものでないと判断したのである。しかし一審判決は、本件訳書は、本質上わいせつ文書とはいえないが、ある関係においてわいせつ文書となるという見解の下に、伊藤被告について「前叙の如き環境を利用醸成して為されたことについては法律上加功しなかつたものと解すべく、刑法上共犯と目することは出来ない」としたのであるから、原審が本件犯罪の成立に必要な犯意とは法律上その性質を異にし、従つて原審の要求する「罪となるべき事実」について事実認定を行つたものではない。もちろん当事者も客観的事実も同じであるから、事実の個々の部分に互いに競合するところのあるのは当然であるが、事は、原審が新たに要求する犯意の認定の問題であり、その存否によつて原審として独自の有罪か無罪を決定するのであるから、原審は、自ら要求する犯意の成立について独自の事実の取調を行い、その事実認定の上に立つてはじめて有罪判決を言い渡すことができるのである。一審において全く要件を異にする「罪となるべき事実」を取り調べた結果、その事実なしとして無罪を言い渡した審判の余り物ともいべき事実を利用し、二審の有罪判決の基礎とするのは、人の行為としての罪となるべき事実を外界の事実と同一視するのそしりを免れないであろう。後記当裁判所大法廷の判例にいう第一審無罪の判決に対する第二審は、自から事実の取調をしないで破棄自判によつて有罪の判決を言い渡すことはできないとする趣旨には、本件のような場合をも含むことももちろんであつて、これを例外と解すべきなんの根拠もないと信ずる。従つて原判決は大法廷の判例の趣旨にも反するものと解すべきである。（昭和二六年（あ）第二四三六号同三一年七月一八日判決、集一〇巻七号一一四七頁。昭和二七年（あ）第五八七七号同三一年九月二六日判決、集一〇巻九号一三九一頁各参照）。

なお、前記のほか、原審の手続は量刑に関して否定し得ない違法を含むことを指摘して置きたい。一審は、被告人伊藤整に関する限り、同人を無罪と認めたのであるから、被告人の情状について全く審理をしなかつたのは当然であり、またその必要はなかつたのである。しかるに原審は、わいせつ文書並にわいせつ文書販売罪の成立について一審と異なる見解をとりながら、一審で取り調べた書面上の資料のみに基いて被告人に有罪を言い渡したのであつて、二審としては、被告人の情状につきなんの事実調も行わず、被告人本人の意

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

見弁解すらきかなかつたのである。加うるに二審は、本件訳書は本来わいせつ文書であるから、これと異なる見解に立つ一審は、すでに前提において事実誤認があると判示し、また本件訳書がわいせつ文書に当るかどうかの認識は、伊藤被告の犯罪の成否には関係がないが、情状の軽重には関係がありとし、一審はこの点についても、結論において判決に影響を及ぼすべき事実誤認があると判示しながら、しかも自から何の事実調も行わず書面上の資料のみによつて被告人伊藤整は、本件訳書がわいせつ文書たることにつき未必的認識を有していたという情状を重からしめる決定的な事実を認定したのである。二審で有罪判決をする場合にかぎり、情状についてこのような独断が許されると解すべき根拠は全く考えられない。そしてまた情状というものが、記録に存する資料である程度の判断をなしうることは否定しないが、もつとも重要なことは、裁判をする裁判官自身が、その耳目によつて被告人本人から直接意見弁解を聴き、現実を生な心証を形成することであつて、直接口頭審理主義の意義もここにあるのである。もし二審で有罪判決をする場合にかぎり、情状の取調は書面上の資料で足りるという見解に立つと、前示のように一審で全く情状を取り調べなかつた場合もあるから、勢いこのような二審は、なんら情状の取り調べをしないで有罪判決ができるという結論になることを是認しなければなるまい。非理なること論をまたないであろう。この非理を正当とするために、あるいは二審が事後審であるという名を掲げ、あるいは二審の裁判官は、書面上の資料によつて十分に情状を判断しようというのがごときは、手続を簡易にするために刑訴の主要な原則を犠牲にすることであり、また二審の裁判官の判断力に理由なき特段の優性を擬制することであり、独善であるというのほかなく、遑れば憲法三一条の保障を受けないで刑罰を科せられる刑事審判のあることを是認することにならざるを得ない。

以上のとおり原審の手続は違法であるが、前述のように被告人も弁護人も上告趣意においてなんらこの点を非難する主張をしていない。してみれば被告人はこれらの点について不服がないものと認めなければならぬ。私見によれば、前記の違法は、大法廷の判例にも反するから、職権（刑訴四一一一条）をもつてこの点を取り上げ、判断を示すのを相当とするところ、右上告趣意の態度と原判決の判示するところにかんがみるときは、結論としては、原判決を破棄しないでも著しく正義に反するものとは認められないと考える。よつて上告棄却の主文に同調するものである。

なお昭和二九年六月八日第三小法廷判決（判例集八卷六号八二一頁）。昭和三〇年六月二二日大法廷判決（判例集九卷八号一二一九頁）に掲げた私の意見をここに引用する。

昭和三二年三月一三日

最高裁判所大法廷

裁判長	裁判官	田中耕太郎
	裁判官	真野 毘
	裁判官	小谷勝重
	裁判官	島 保
	裁判官	斎藤悠輔
	裁判官	藤田八郎
	裁判官	河村又介
	裁判官	小林俊三
	裁判官	入江俊郎
	裁判官	池田 克
	裁判官	垂水克己

文書販売被告事件

事件番号 : 昭和27う1167

事件名 : 猥褻文書販売被告事件

裁判年月日 : S27.12.10

裁判所名 : 東京高裁

部 : 第二刑事部

結果 : 破棄自判

判示事項 :

- 一、 猥褻文書の意義とその判断の基準
- 二、 猥褻文書販売罪における犯意の成立要件
- 三、 憲法第二条の表現の自由と公共の福祉との関係

裁判要旨 :

- 一、 刑法第一七五条にいわゆる「猥褻文書」とは、性器又は性的行為の露骨詳細な記載あるため、一般社会人をして徒らに性慾を興奮又は刺戟せしめ、そ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行い、「猥褻文書」の範囲は、時代の進歩とともに、漸次減縮されて行く傾向にあるものと解せられるのであるが、「猥褻文書」に該当するか否かは、当時の一般社会人の良識に照らして客観的に判断すべきものである。
- 二、 同条の猥褻文書販売罪における犯意の成立には、当該文書の内容たる記載あることを認識しかつこれを販売することの認識あるをもつて足り、右文書の内容たる記載の猥褻性に関する価値判断についての認識を必要としない。
- 三、 憲法第二条の保障する表現の自由も、同法第一条及び第一三条による制限に服し、国民個人の基本的人権の行使が、公共の福祉のために利用する責任に違反し、権利の濫用となる場合においては、権利の行使たることが否定され、同法第二条の保障を受けないものと解すべきである。

裁判集登載巻号・頁:5-13-2429K

主 文

被告人兩名につき、それぞれ、原判決を破棄する。

被告人Aを罰金二十五万円に、被告人Bを罰金十万円に、それぞれ処する。

右罰金を完納することができないときは、金千円を一日に換算した期間、当該被告人を労役場に留置する。

原審における訴訟費用は、全部被告人兩名の連帯負担とする。

理 由

検察官の控訴の趣意は、別紙東京地方検察庁検事正検事馬場義続名義の控訴趣意書と題する書面(昭和二十七年七月九日第一回公判期日において別紙正誤表のとおり訂正)記載のとおりであり、被告人Aの弁護士正木・、同環昌一、同環直弥の各控訴の趣意は、それぞれ別紙同人ら名義の控訴趣意書と題する書面及び弁護士正木・名義の主任弁護人の控訴趣意書の補充と題する書面記載のとおりであり、被告人A、同Bの弁護士正木・、同環昌一、同環直弥の検察官の控訴の趣意に対する答弁は、別紙同人ら連名名義の答弁書と題する書面記載のとおりである。これに対し当裁判所は左のとおり判断する。

検察官の控訴の趣意に対する判断

第一、 被告人Aに関する部分

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

一、（理由のくいちがい、法令適用の誤、採証法則違反による事実誤認）（同控訴趣意書二頁乃至三九頁）について。

原判決が事実の摘示の項において、『被告人Aは東京都千代田区a町b丁目c番地出版業株式会社C書店の社長として出版販売等一切の業務を統轄して居るものであるが、D・Hロレンスの著作なる「チャタレイ夫人の恋人」の翻訳出版を企図し、Bに之れが翻訳を依頼しその日本語を得たる上、その内容に別紙（一）の如き性的描写記述のあることを知悉し乍ら之れを上、下二巻に分冊して出版し、昭和二十五年四月中旬頃より同年六月下旬頃までの間前記会社本店等に於いてD株式会社等に対し上巻八万二十九冊、下巻六万九千五百四十五冊を売渡し以つて猥褻文書の販売を為したものである。』との事実を認定し、法律適用の項において、右事実に対し、刑法第七十五条前段罰金等臨時措置法第三条第一項を適用し、罰金刑を選択の上、被告人Aを罰金二十五万円に処し、証拠説明の項において、同被告人の右「チャタレイ夫人の恋人」上、下二巻（以下本件訳書と略称する）が猥褻文書でないとの主張に対し、一、猥褻文書の意義 二、出版自由と刑法第七十五条 三、本件訳書と猥褻性（イ）本件訳書と春本等との関係（ロ）本件訳書の存在意義（ハ）本件訳書と一般読者等の項目を設け、一、猥褻文書の意義の項の結論として、猥褻文書とは、「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」と定義すべきであると説明し（原判決一一頁、一二頁）、二、出版自由と刑法第七十五条の項の結論として、「刑法第七十五条の猥褻文書を前記の如く定義するときは、かゝる文書は公共の福祉に反するものといふべきであるから、之が出版は基本的人権の行使と解し得ないのであつて、これを刑法によつて処罰することは基本的人権の侵害とはならないのである。所謂春本が刑法第七十五条に該当する猥褻文書とせられることは異論のないところであるが、かゝる文書が猥褻文書として排除せられるのは、これによつて人の性慾を刺戟し、興奮せしめ、理性による性衝動の制御を否定又は動揺せしめて、社会的共同生活を混乱に陥れ、延いては人類の滅亡を招来するに至る危険があるからである。従つてかゝる結果を招来する危険のある文書は所謂春本であると否とを問わず刑法第七十五条の猥褻文書として排除することが、社会的共同生活の幸福を確保する所以であるといふべきである。」と説明し（原判決一五頁、一六頁）、三、本件訳書と猥褻性（イ）本件訳書と春本等との関係の項の結論として、証人E1の供述を引用し、「本訳書の性描写は所謂春本のそれと異なるものであると認むべきである。」と説明し（原判決一七頁）、同（ロ）本件訳書の存在意義の項において「弁護人は本書は性の意識を解放せんとするところの純文学作品であるから、これを戦後の我が国の読者に与えることは公共の福祉に合するものであると主張するを以てその点について考察する。」と前提して、「大英百科辞典」（証五五）、リチャード・オールデントン著「D・H・ロレンス」（証六〇）、中橋一夫著「二十世紀の英文学」（証一三）、「世界文学辞典」（証一四）、「西洋文学辞典」（証一五）、志賀勝著「ロレンス」（証九）、E2著「D・H・ロレンス」（証五三）、ステイヴン・スペンダー著「破壊的要素」（証五六）、エー・シー・ウオード著「一九二〇年代」（証五八）等の証拠物及び証人E2、同E3、同E4、同E5の各供述を引用して、本書の文学的価値に関する研究の結果を紹介した上、「この小説をロレンスの傑作であるとすることは一般的に言ひ得ないと思われるが、英文学殊にロレンスを研究する人々にとっては価値あるものとして遇せられるべきものであることは認め得るのであるから、本書は英文学殊にロレンスを研究する人々より奪ふことは出来ないと云ふべきである。」と結論し（原判決二五頁乃至三三頁）、更に進んで、「然るところ、本件訳書はかゝる研究家にもみ与ふるものとして出版せられたものではなく、一般読者に対して無制限に購読せしめんとして出版せられたものであるから、英文学やロレンス研究家以外の者に対する関係について更に考察しなければならないのである。」とし（原判決三三頁）、英文学を専攻し、ロレンスを研究したもの以外の者が本件訳書を如何に理解したかについて、証人E6、同E7、同E8、同E9、同E10（以上弁護人申請で、被告人に有利な証言をしているもの）及び同E11、同E12、同E13、同E14、同E15、同E16、同E17、同E18、同E19、同E20（以上検察官申請で、検察官に有利な証言をしているもの）等の各供述を比較対照し、右各証人がそれぞれ現解を異にする理由を説明するについて、桑原武夫著「文学入門」（証六四）中の、「作品を書くことは主観的なインタレストを客観世界との連関の内におくことであり、読者はこの作品を読むことによつてインタレストを感じるのである。この様なインタレストは読者が作者と共通な基盤の上であり、作品が伝達可能即ち作品の精神が読者に働きかけて影響を

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

与えるものでなければならぬのであつて、『共通なもの』を読者が持たぬときは、それによつてインタレストを覚えないのである。」との部分等を引用し、本件訳書を読んで共感を覚えないのは、ロレンスとその基盤を異にし、共通なものがないからであるとし、次いで、ロレンスが、「誰が何と言つても、この小説が今日の人間に心要な、真摯な健全な作品であることを私は断言する」と強く宣言しているのに対し、エドウィン、ミュア著「一九一四年以後の現代」(証五七)、エー・シー・ウオード著「一九二〇年代」(証五八)(チャタレイ夫人の恋人を一般に販売するのは疲労し切つた熱病患者にビフテキとビールを与えるような無思慮なことである。)及び中橋一夫著「二十世紀の英文学」(証一三)の酷評並びに証人E5(この書を戦後の日本の社会に与えたいと考えて敢然と翻訳したBの勇氣に敬服した。フランスでは完本が自由に出ているときいていたので、日本もフランスの様な国になつたかとも思つた。広く世界の文学史上においてロレンスに似通つた作家は知らないし、「チャタレイ夫人の恋人」に似たような小説も知らない。)、同E8(性に関する内外の著書を沢山読んだが、本訳書より詳しく性行為を書いたものを見たことがないし、文芸書でも本訳書ほど性行為を赤裸々に詳しく書いたものはなかつた。)、同E3(ロレンスは性慾について行き過ぎの考を持つて居るから、本書の性描写はない方がよいと思う。)及び同E2(ロレンスと同じ問題を悩んで居る人々のみが共鳴するものである。)等の否定的な批判に関する供述を引用して、「『チャタレイ夫人の恋人』は検事指摘のような性描写がある為外国に於けるが如く我が国に於いても容易に一般の共感を得られるものでないと謂わざるを得ないのである。」とし、「D・H・ロレンス書簡集」(証五四)の一部、本件訳書のあとがきに記載されたロレンスの妻Fの言として、「僕はこれを出版したものだろうか、それともこれはまた、罵詈雑言と憎悪しか齎らさないものか知ら？」とロレンスが語つたとの部分引用し、「ロレンスもこの小説は一般的には容れられないものであり、本訳書の序文にある如く、『わづかな場所にこの作品の範囲は限られている』という特殊なものであることを知つていたことによつても裏付けられる。」と説明している(原判決三三頁乃至四六頁)。次に、証人E1の供述によつて、心理学上の「素地」と「図柄」という学術語を説明し、本件訳書特に検事指摘の性描写の部分が読者から、どのように受取られるかについて、同証人、証人E4、同E2、同E16、同E17、同E5、同E15、同E3、同E19、被告人B等の各供述を引用した上、「読者の多数は本訳書を読んでその性的描写を『図柄』として受取るのであり、更にその『図柄』よりロレンスの思想を汲みとるまでには至らないのが普通の状態と思はれるのである。然るところE15証人は少数の生徒に教育的な立場から読書指導をして、共に勉強するのであれば意味があると思ふが、それには生徒や教師その他のいろいろの条件がうまく行かなければ出来ないことであると供述したのである。このことからすれば、条件にして本訳書を理解するに適するものであれば、その性的描写により刺戟を受くるも、理性によりその性的興奮を制御し得ないような結果を招来せしめない場合もあり得るものと解すべく、本訳書はかかる条件下の読者に与うことは有意義であるとしなければならぬ。従つて本訳書は条件の如何によりその理解を異にせられるものであるから、猥褻文書に頗る類似(紙一重といふべきもの)したものとといふべきものである。」と説明し(原判決四六頁乃至五九頁)、同(ハ)本件訳書と一般読者の項においては、先ず証人E1の供述及びこれに引用せられている相良守次著「行動の理解」によつて、読者が書物を読んで猥褻感を受ける場合を分析して、その猥褻感(B)は読者(P)と書物並びに環境(E)の函数(f)である $[B=f(P \cdot E)]$ とし、「本訳書の如く僅かに猥褻文書たることを免れておる文書は読者並に環境の変化により、猥褻文書となることも考えられるのでその点について考察する。」とし(原判決五九頁)、前記桑原武夫著「文学入門」、G新聞の行つた「読書世論調査」(証一六)によつて、「従つて、本書が如何様に読みとられるべきかについては、青少年を主なる対象として、考察しなければならないのである。その学歴について見るに、前記調査によれば中学卒業者(新・旧中学・新高校)は半数以上の多数で、小学卒業者上高専卒業者以上は夫々同数位であるから、そのほとんどは中学卒業者以下であると言ふべく、従つて難解なる本訳書はE1証言によつて明らかである如く文学形象の第二層を掴む程度に読まれるのが通常であると認むべきある。」とし、その裏付けとし、証人E6、同E9の供述を引用し(原判決五九頁乃至六二頁)、次に、戦後の社会情勢について、証人E21、同E10、同E11、同E14、同E18、同E19、同E5、同E1の各供述、押収にかかる戦後的出版物によつて、戦後的出版物は、「その装幀、挿絵は極めて煽情的で、その記述も露骨或は擦り的な物で、いづれも煽情的である。従つてこれを購読する者は勿論、店頭に於いて披見し或は瞥見した者は、公然と街頭に貼出されてあるところのこの種出版物の露骨煽情的なる広告、新聞紙上に掲載されたる内容目次の広告を瞥見することと相俟つて性

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

的刺戟を累加されているものと認められるのである。」とし、証人E18、同E22の供述によつて、青少年の性的虞犯化の原因の一として、映画も重視すべきであるが、映画も時には社会的批判を甘受しなければならぬ作品を世に送つた実情であるとし、次いで、証人E18、同E17、同E5、同E12、同E19、同E20、同E13の各供述を引用して、「戦後は性的不良出版物が多く現われ、街娼の出現も加つて、性に関する考え方は乱れて居り、思慮の不十分な青少年に於ては、性的衝動について現性による制御力を著しく鈍化せしめられて居るものと解すべきである。」とし(原判決六二頁乃至六八頁)、戦後における性意識の解放について、証人E7、同E23、同E6の各供述を引用し、「このような点からすれば、戦後の性の混乱は単なる混乱であり、ロレンスの所謂『乱痴気騒ぎ』に過ぎないのであつて、性の意識はまだ『羞かしいもの』として、その脳裡に刻まれて居り、暴露的快樂を追ふている状況であると解すべきである。従つて我が国に於ける性についての社会的意識は、しかく解放されていないと認めなければならない。」とし、性教育の観点から、本件訳書について、証人E1、同E24、同E15、同E17、同E19、同E23、同E9、同E10、同E7及び被告人Bの各供述を引用し、「性教育との関係において、本書が如何に厳しい取扱いをせられねばならぬかを示唆しているものである。」とし、次に性科学書と本件訳書との関係について、「証人E1、E13が指摘した如く通常猥褻文学は性を禁止されたものであるとし、快樂的に下等な態度でこれを扱ひ、作中の人物に個性を持たせ、実在するが如く書かれているに反し性科学書は性を純粹に客観的に扱ひ作中の人物は人間という抽象的なもの(即ち人格のない物とも謂い得るもので親近感がない)としそれにより情緒的なものを受取らないような記述が為されて居るのである。

従つて性科学書に於いても抽象的でなく人物に個性を持たせて記述することにより情緒的なものを読者に与えるにいたれば猥褻文書となる可能性は強いのである。従つて読者にインタレストを与えることを本質とする文学作品に於いて性の探求を為さんとするときはその記述により読者が情緒的なものを、どの程度に受くべきかに充分なる考慮が払われるべきものである。)とし(原判決六八頁乃至七八頁)、更に、本件訳書の出版発売に当つての取扱について、第一に、本件訳書が上、下巻二冊に分冊されたこと、第二に、本件訳書の発売についての広告が適当でなかつたことを取り上げ、「本書は性についてのロレンスの考え方が小説として書かれて居るのであるが、これは他の小説と異なり上巻より下巻へと真面目なる態度で読むのでなければ、その意図を汲むことが困難であることは叙上の説明によつて明らかである。従つて本訳書が読者に与えられる際には如何にしたら真面目に読まれるかという点に重点をおいて考えられ、措置せらるべきであつて、手軽に、気安く買はれるというが如きは却つて本書を誤読することへの拍車となるのである。」、「読者はこれを低俗なる性慾小説と速断する疑は多分にあるのである。(中略)本訳書が広告により低俗化せられたとの感を深くするものであり、B被告が『煽情的な、刺戟的な広告をすると夫婦雑誌のような種類のもの」と誤解し、起訴状のように、春本的にとられる危険性がある』と懸念したことが、事実となつて現われたものと言ふべきである。」とし(原判決七八頁乃至八五頁)、ロレンスのような思想が生活そのものであり、その間に幾變転かして居るものにとつては、全集で出版するのが適当であり、被告人Aが選集とし、しかも第一回に本件訳書を出したことも適当でなかつたとし、「前叙認定の如き環境下にこの書を出版するについて、A被告は何等の措置を為さなかつたことはエー・シー・ウオードの指摘する如く『疲労し切つた熱病患者にビフテキとビールを与えるような無思慮な』企図であり、かくして出版された本訳書は読者の多数には低俗なる性慾小説として、春本的に受取られるであらうことが認められるのである。証人E25が『チャタレイ夫人の恋人』を出版するに際しA被告はこの書は性描写のところが世間で誤解されるおそれがあるといい、上巻発売の日に社員を一堂に集めて、この書は昔から問題になつて居るから、若しかしたら或反響を起すかも知れないが、一つの警世的意味で出版するから、社員は、誤解に対してはつきりした態度がとれるように本訳書を読んでおけと言つた、と供述し、A被告がアンケートを挿入するに際してその五項に『あなたがもし検閲官だつたら、本書を発禁にするか』との問があることについて、若し『発禁にせよ』という回答が五〇%以上あれば、私の独善的な考え方を訂正して出版を見合せなければならないと思つたから、アンケートの発案者に対してその間の訂正を申入れたが、研究上是非必要であるといふので、私は重大なる決意を以つてそのアンケートを挿入したのであると供述したことからすれば、そのことはA被告も予め知つていたものと認むべきである。」とし、更にこれを裏付けるため、証人E14、同E16、同E19、同E25、同E26の各供述、E27提出の販売一覧表、E28作成の出版発行一覧表を引用すると共に、証人E25作成のアンケート集計表(証一〇七)についてG新聞社の調査と対比して説明し

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

(原判決八五頁乃至九三頁)、本件起訴と本件訳書の春本的な取扱いとの関係については、証人E7、同E1、同E6、被告人Aの各供述及び前出G新聞社の調査を引用し、「起訴以前に於いて既に猥本的に取扱われ、それによつて爆発的売行を呈していたものと認むべきである。」とし(原判決九四頁)、前出「文学入門」中から、「読者はそこに表現された人生に強いインタレストを感じ作中人物に共感し、その行動をわがこととしてそこに強いインタレストを感じる。しかしその人物は現実世界に実在する人間でないからインタレストは人生そのものえのものとなり、この作品から受けたインタレストを直に現実的行動に出ることはないが、然も行動直前ともいふべき状態におかれるのである。即ちあらゆる条件が揃つたならばそのように振舞つて見たいという気持、行動をはらんだ心的態度が心の中に生じ、それは心に痕跡をのこしたまゝ蓄積され、何らかの程度で読者の将来の行動に影響を及ぼし、これを規制する。例えば恋愛小説を読んで異性一般への愛情の目ざめから特定の異性に改めて愛情を覚えることなどである。」との引用を為し、「本訳書を読んで、その性的描写記述を『図柄』として受取るところの多くの読者は、行動直前的とも謂ふべき性的興奮を覚え現性により制御するを得ざるか、著しく困難を感じるに至るであろうと思われるのである。」とし、証人E6、同E15、同E17、同E19の各供述によつて、これを例証し、「叙上の如き環境下に販売せられたる本訳書は、読者の性慾を刺戟し、性的に興奮せしめ、理性による性の制御を否定又は動揺するに至らしめるものとなり、ここに刑法第七十五条に該当する所謂猥褻文書と認めらるるに至るのである。」と結論している(原判決九四頁乃至九七頁)ことは所論のとおりである。

よつて案ずるに、刑法第七十五条の猥褻の文書(以下「猥褻文書」と略称する)の意義については、従来の大審院の判例は、「刑法第七十五条に所謂猥褻の文書図画其他の物とは性慾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なることを要することは、其前条の猥褻行為に関する規定と対照して、之を解するに余あり。」(例えば、大正七年六月十日刑事第二部判決、法律新聞一四三三三二二頁)としていたが、昭和二十六年五月十日の最高裁判所の判決は、「刑法第七十五条にいわゆる『猥褻』とは、徒らに性慾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。」と定義している(第三小法廷判決、最高裁判所刑事判例集第五卷第六号一〇二六頁以下)。検察官はこれを引用して、「我が国現代の一般読者に対し、欲情を連想せしめ、性慾を刺戟し、興奮し、且つ人間の羞恥と嫌悪の情を催さしめるもの」としたのに対し、弁護人は、「専ら自発的判断力の未熟なる未成年者のみの好奇心に触れることを予想し、性の種族本能としての人道的職分を否定又は忘却せしめ、肉体を消耗的享樂の具たらしめ、未成年者をして恢復し難い心身の損失を招かしめるような悪意ある性関係の文書」即ち『(個人差の無限に多い主観的の感覚によつて判断すべきものでなく)客観的に観察し、性器又は性行為を人間の現性又は情操等の高等なる精神機能(主として判断力)を前提とし、これに訴えて描写又は記述した文書図画(医学書類、哲学、文芸、宗教書、ロダンの作品等)を除外し、専ら感覚的官能的な描写又は記述(子供でも感覚的描写は分る、スースー、ハーハーの類は高等な判力を要しない)によつて興味的又は享樂的の効果を期待したと判断される「非学術的又は人道的の図書』』と定義すべきであると主張し、原判決は、前記引用のように、「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」と定義すべきであるとしている。

当裁判所は、「猥褻」又は「猥褻文書」の意義については、右大審院及び最高裁判所の例に従うをもつて正当と解するものであるが、右二つの判例は互に多少その表現の方法を異にし且ついずれも極めて抽象的であるから、これを補足的に説明すると共に、検察官、弁護人び原判決の各定義の当否を検討することとする。

〈要旨第一〉第一に、「猥褻文書」たるには、徒らに、性慾を刺戟又は興奮せしめるに足る描写又は記述の記載があることを要することはいまでもないところであつて、如何なる記載がこれに該当するかは、当該文書の具体的な記載を客観的に一般社会人の良識に照らし判断すべきものとする。そして、一般的にいえば、個人又は小説等の作中の人物の性器又は性交等の性的行為の露骨詳細な描写又は記述の記載がこれに該当すると解すべきである。例えば、個人又は小説等の作中の人物の性交、性交の前後に接着する接吻、抱擁その他性交の前技若しくは後技、これらの行為に関連して発せられる言語若しくは音声の表現、行為者の受ける感情若しくは感覚の表現又は性交に関

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

連する性器の状態の露骨詳細な描写又は記述の記載の如きものが、徒らに性慾を刺戟又は興奮せしめるに足る記載に該当することは疑のないところであろう。

元来性慾は、生物たる人間の本能であつて、性慾の発現である人間の性生活は、種族保存の作用を営み、人類存続の基礎を為しているのである。そして、性慾は、その本能たるの性質上不羈奔放に陥る虞があるのであるが、人間の性生活は、集団的共同生活たる社会生活において行われるがために、人間の社会生活における他のあらゆる行動が、程度の差こそあれ、ある程度の制約を受けると同様に、性慾の発現及び満足の様式において、ある一定の制約を受けることは避くべからざることというべく、この社会的制約は、性的秩序ともいふべき一定の社会生活上の秩序を形成しているのである。この性的秩序の様式は、時と処を異にするに従い、幾多の相違変遷があつたにもせよ、近代文明社会においては、性行為が男女両性の間に無秩序に行われるべからざること、性的行為を公然行うべからざること、性的行為についてこれを公然行つたと同一の効果を生ずる虞ある程度に描写又は記述した文書図画を公表すべからざること等をその内容と為すものであることは、否定し得ないところである。尤も、右の性的行為の秘密性保持の制約も、性慾延いては性生活について正しい理解を与えて人間の幸福な生活に資することを目的とする性教育等のために、漸次撤廃解放されて行く傾向にあり、かような正しい目的を有する限り、右の撤廃解放は望ましいことではあるが、これにも一定の限度があるものといわなければならない。わが国においても、右のような性生活に関する社会的制約が、善良の風俗の一つである性的秩序として侵すべからざることとして保護されていることは、刑法第七十四条乃至第八十二条及び第八十四条の規定の存することによつて明らかである。されば、一般社会人が、前記の社会的制約を超えた前記のような性器又は性交等の露骨詳細な描写又は記述ある文書図画に接するときは、人間の本能としての性慾は、右描写又は記述が社会的制約を無視したという異常性に影響されて過度に興奮又は刺戟せしめられるものと解すべきであり、最高裁判所の判決にいう『徒らに』とは、その他の説明と相俟つて、右社会的制約従つて性的秩序に違反し、過度に性慾を興奮又は刺戟せしめることを意味するものと解すべきである。

第二、『猥褻文書』たるには、右第一の徒らに性慾を刺戟又は興奮せしめるに足る記載がある結果、普通人即ち一般社会人の正常な性的羞恥心を害し且つ善良な性的道義觀念に反するものたることを要する。

人間の性生活は、性慾の発現及び満足の様式において、ある一定の社会的制約を受け、この社会的制約は、性的秩序ともいふべき一定の社会生活上の秩序を形成しており、その性的秩序は、性交の秩序保持、性的行為の秘密性保持等の制約をその内容としており、わが国においても、右の性的秩序は、刑法の規定によつて保護されていることは、前記説明のとおりである。又この性的秩序は、法規によつて保護される以前において、この秩序を善良の風俗として破るべからざることとする一般社会人の性的道義觀念ともいふべき道義觀念によつて支持されていることはいふまでもなく、このことは、刑法の他の諸規定が保護しようとする諸法益の根柢にいずれも道義觀念の存在することによつても疑うの余地はないものといわなければならない。従つて、ある行為が社会的秩序を破り延いてこれを保護する法規に違反するときは、社会的秩序を支持している道義觀念にも亦反するものなることは、当然の論結といふべきであり、この道義觀念に反する行為があつた場合には、一般社会人は、恐怖、憤怒、羞恥、嫌悪等各種の感情を抱くに至るものであることも多く説明を要しないところである。これを性的秩序の場合について考えてみると、前記の性生活に関する社会的制約に反し、文書によつて徒らに性慾を刺戟又は興奮せしめるに足る事項を表現し、一般社会人の閲読に供するときは、このことは一般社会人の性的道義觀念に反すると共に、右の表現が右社会的制約を無視したという異常性に影響されてその性慾は過度に興奮又は刺戟せしめられ、延いては羞恥感と嫌悪感との複合した特異の感情を抱くに至るものと認められるのである。(後記弁護人正木・の控訴の趣意[32]に対する判断参照)

第三に、以上第一及び第二の要件に該当するか否かは、一般社会人の良識に照らして客観的に判断しなければならない。一般社会人の良識は、これを社会通念といひ換えても差支なく、又この判断は、法律判断であり、価値判断である。

一般社会人中には、未成年者、未婚の青少年も含まれるけれども、弁護人主張のように、「自ら日発的判断力の未熟なる未成年者のみの好奇心に触れることを予想し云々」として、未成年者のみを対象としてこの判断を為すべきものでなく、国民各層を広く包括した一般社会人を対象として考察判断すべきである。そして、右の客観的判断とは、

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

裁判所が、国民各層を広く包括した一般社会人の抱くであろうと考えられるところの通念を基礎とし、当該文書自体の記載に即して判断することを意味するから、当該文書の作成者の意図目的で当該文書に表現されていないものは、判断の対象となり得ないものというべきである。このことは、著者の序文その他当該文書に共に記載された意図目的そのものが、本文と共に一体を為し、本文の性質に作用することを何ら妨げる意味ではないこと勿論である。又一般社会人の良識又は社会通念とは、個々人の認識の集合又はその平均値を指すものでなく、これを超えた集団意識を指すものであるから、個々人がこれに反する意識を持つことを否定するものでなく、かかる個々人が存在することによって、一般社会人の良識又は社会通念たることを否定されることのないこともいうまでもないところである。

そして、集団意識たる性的秩序又は性的道義観念に関する一般社会人の良識又は社会通念も、不動のものでなく、時代による変遷、社会による相違はあり得べく、性的行為の秘密性を極めて厳格に維持しようとする社会と、正しい性の理解のためにする性教育の必要性を認め、その必要に応じて、性的行為の秘密性の緩和を図ろうとする社会とでは、自らその内容に変化があるのである。近代社会においては、政治、経済、文化の進歩に伴い、性に関する一般社会人の良識又は社会通念は、盲目的無批判的な性的行為の秘密性の厳守から漸次意識的批判的な正しい性の解放に向って進んで行くような傾向にあるものと解し得られ、その限度において、次第に「猥褻文書」を認める範囲を減縮して行く結果を招来することは窺われるが、前記説明のように、これにも一定の超ゆべからざる限界があり、社会生活において、個人の性器若しくは性的行為を公然表示し、又は公然表示したと同一効果を生ずべき、個人又は小説等の作中の人物の性器若しくは性的行為の露骨詳細な描写又は記述を公然表示することは許されないものと解すべきである。

以上説明のとおりであるから、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ことはないものというべきである。即ち、先ず大審院及び最高裁判所の判決の各定義を比較すると、前者中の「人」は後者中の「普通人」と同一意義で、一般社会人を意味することが明らかであるし、後者中には「嫌悪の感念を生ぜしむる」という文言がないが、嫌悪の感情は性的羞恥心を害せられた場合当然同時に随伴して生ずるものであることは前記説明のとおりであるから、後者のように「正常な性的羞恥心を害し」とのみ表現しても決して不十分なものということとはできないし、前者中には「善良な性的道義観念に反する」という文言がないが、性的秩序を無視して性慾を刺戟し興奮せしめるような事項の表現に接することは当然性的道義観念に反することも前記説明によつて理解し得るところと考えられるし、又前者中には、「徒らに」という文言がないが、この「徒らに」とは、「過度に」という意味であることは、前記説明のとおりであつて、前者も正常な性慾の刺戟興奮は問題外としていることは明らかであるから、右両判決の各定義は、同一趣旨のものとして解し得るのである。次に検察官の定義は、その中の「我が国現代の一般読者」は、大審院判決の定義中の「人」及び最高裁判所判決の定義中の「普通人」と同一意義であり、前記説明によつて理解し得るように、最高裁判所の判決の宗義中にある「善良な性的道義観念に反する」という要件を不必要としている趣旨とも解し得られないし、その他の表現の相違も亦本質的なものでないと解せられるから、結局右両判決中の定義と同一趣旨と認むべきである。更に、原判決の定義も、その中にある「人」は右両判決の定義中の「人」又は「普通人」と同一意義であり、その中にある「理性による制御を否定又は動揺するに至るもので」とは、最高裁判所の判決の定義中の「徒らに」の部分具体的に説明したものと解せられ、その他の表現の相違も亦本質的なものでないと解せられるから、結局右両判決の定義と同一趣旨と認められる。

しかるに、弁護人の「猥褻文書」の定義は、前記のように、最高裁判所の判決に「普通人」とあるのを「未成年者」に限走しようとするもので、この点において狭きに失し、「性の種族本能としての人道的職分を否定又は忘却せしめ肉体を消耗の享樂の具たらしめ恢復し難い心身の損失を招かしめるような」高度の弊害を生ずるものだけが「猥褻文書」となるものとも解し難く、「客観的に観察し、性器又は性行為を人間の理性又は情操等の高等なる精神機能を前提とし、これに訴えて描写又は記述した文書図画」がすべて「猥褻文書」から除外されるのも行き過ぎであり、『専ら感覚的官能的な描写又は記述によつて興味的又は享樂的の効果を期待したと判断される「非学術的又は非人道的的

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

図書』のみが「猥褻文書」に該当するというのも亦狭きに失するのであつて、前記大審院及び最高裁判所の判決の各定義に反する限度において失当たるを免かれ難いのである。

右に関連して文学書及び科学書と「猥褻文書」との関係を考察する。

文学は、一般的について、人生におけるあらゆる問題を探究し、人間生活の重要部分を占める恋愛及び性の問題は、好んで採り上げられる傾向にあることは否定できないところである。しかしながら、文学も亦社会生活を基盤とし、社会生活上の問題を捉え、社会の中にあるのであるから、社会的秩序がよつてもつて形成される諸制約に従わなければならないのであつて、文学書にだけこの制約を無視するが如き絶対的自由が許されるものと解することはできない。即ち、文学書にも亦その表現に右の諸制約より来る一定の限界があるのであつて、その限界を超え、その表現が、前記「猥褻文書」の定義に該当する部分があれば、社会的秩序を維持するための刑罰法規の適用を受けることもやむを得ないところである。又その文学書の表現中極めて僅少な部分が「猥褻」に該当するものと認められる場合でも、当該部分を削除する等の手段を講じない以上、その文学書は右当該部分と不可分の文学書の全部について「猥褻文書」の取扱を受けることも避け難いところである。尤も、文学書の芸術性がその内容の一部たる性的描写による性的刺戟を減少又は昇華せしめて、猥褻性を解消せしめ、或いは、その哲学又は思想の説得力が性的刺戟を減少又は昇華せしめて猥褻性を解消せしめる場合があり得ることは考えられるのであつて、かかる場合には、多少の性的描写があつても、「猥褻文書」に該当しないこととなるのである。しかし、文学書の芸術性やその哲学又は思想の説得力が未だその内容の一部たる性的描写による性的刺戟を減少又は昇華せしめるに足りない場合もあり得べく、かかる文学書は、未だもつて「猥褻文書」の域を脱しないものというべきである。それ故、性的刺戟以外に一層高度な思惟的刺戟を与えることから、過度の性的刺戟を与える点を度外視することは許されないものといわなければならない。これを要するに、文学書としての芸術的価値があることと、当該文学書が猥褻性を持つこととは、全く別個の問題であつて、前者は人生の探究の観点から、後者は社会的秩序維持の観点からそれぞれ判断される結果の避け難い結論であるといわなければならない。当該文学書の芸術性又は説得力が猥褻性を解消する程高いものか否かも、後者の立場から決定されなければならないことは、いうまでもないところであらう。

右の理は科学書についても異なるところはないというべきである。ただ、一般的にいつて、科学書は、対象たる事物を客観的に観察し、普遍的な法則を研究することを目的とし、記述も亦客観的に為され、人間の肉体及び精神を探究するに際しても、人間一般に通ずる普遍的な法則を客観的に記述するを通例とする。従つて、人間の性慾、生殖作用、性器、性交、性感覺等を研究する医学、心理学等の分野における記述においても、通例、普遍的にこれを探究し、又は解説し、個別性、具体性を持たないのである。尤も、科学書において、具体的事例を取り扱うことがあることは否定できないけれども、この場合にも、対象たる右事例を客観的に観察又は研究した結果を普遍的な法則との関連において記述し、性的な具体的事例を取り扱う場合にもこれと異なることなく、且つ、性的刺戟を与える虞ある露骨詳細な記述を避くるをもつて通例とする。もとより、少数の個々の読者がその年齢、生活環境等に原因して、科学書によつて過度に性慾を興奮又は刺戟せしめられることのあることは否定できないけれども、一般社会人は、かかる記述によつては、右のような影響を与えられないものと解せられる。これに反し、一般的にいつて、文学は、人生のあらゆる分野を探究しながらも、これを生きた人間の個別的な具体的事件として表現し、これを一般社会人に与えるのである。即ち文学においては、その根本において哲学、思想を探究し、これを一般社会人に説得しようとする意図がある場合でも、これを生きた人間の行為として表現するのである。一般社会人は、これらの表現から、生きた人間の行為を見るが如く、聞くが如き印象を受けるのである。それ故、科学書の客観的な記述と比較すると、性器、性交、性感覺に関する表現から受ける性慾の興奮度又は刺戟度が強いこととなるのである。これを要するに科学書が「猥褻文書」に該当するか否かも亦、前記基準に照らして決定すべきものと考えられるのである。

よつて進んで、本件訳書が「猥褻文書」に該当するか否かの判断について、原判決に所論の理由のくいちがい、刑法第七十五条の解釈を誤つた違法又は事実誤認があるか否かについて案ずるに、記録を精査し、証拠物を通覧し、特に本件訳書(東京高等裁判所昭和二七年押第八七六号の一)を通読し、証人E22、同E24、同E11、同E12、同E13、同E14、同E17、同E18、同E19、同E20、同E5、同E8、同E3、同E2の各供述記載、エドウィン・ミュア

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

著「一九一四年以後の現代」(同押号の五七)、エー・シー・ウオード著「一九二〇年代」(同押号の五八)、中橋一夫著「二十世紀の英文学」(同押号の一三)の各記載、「D・H・ロレンス書簡集」(同押号の五四)、本件訳書のあとがきに記載されたロレンスの妻Fの言葉の部分、本件訳書の序文の各記載を参酌し、本件訳書を、前記「猥褻文書」を判定すべき基準に照らして判断すると、本件訳書には、検事指摘の十二個所に及ぶ原判決別紙(一)記載のような性的描写の記載があり、右記載は、それぞれ小説の作中の人物の性交、その前後に接着する性的行為、これらに関連して発せられる言語若しくは音声の表現、行為者の受ける感情若しくは感覚の表現又は性交に関連する性器の状態の露骨詳細な描写であつて、前記説明の一般社会人をして過度に性慾を刺戟興奮せしめるに足る記載に該当するものと認められ、従つて、公表すべからざる事項を公表したことによつて、一般社会人の正常な性的羞恥心を害し、性的道義観念に反するものと認定することができる。もとより、本件訳書は、その原作者ロレンスの序文や翻訳者たる被告人Bのあとがき等によつて明らかとなつて、その内容全体から見れば、ロレンスの真摯なる探究心の下に性に関する哲学又は思想を展開し、性を罪悪感から解放し、正しく現解せしめる意図をもつて書かれていることを知り得るのであり、この点に関する思惟的刺戟を与えられると共に、性的描写の部分もいわゆる春本と違つた文学的美しさがあり、その分量もいわゆる春本と異り全体の十分の程度に過ぎず、いわゆる春本程の極度の猥褻性がないことは認められるけれども、本件訳書中の性的描写は余りにも露骨詳細であるためこれによる過度の性的刺戟が解消又は昇華されるに至つておらず、その芸術的価値又は原作者の意図の如何にかかわらず、文学において許される前記説明の一定の限界をも超えているものと解することができる。

原判決引用の証人E6、同E7、同E9、同E10らの供述記載中に、右認定と反する趣旨の記載があることは、前記認定を左右するに足る程有力なものといふことはできない。蓋し、「猥褻文書」であるか否かを判断する基準たる一般社会人の良識又は社会通念は、個々人の意識とは別の集団意識であつて、個々人がそれに相反する意識を持つことは何ら妨げとならぬことは既に説明したとおりであるからである。

しかるに、原判決は、前記引用のように、「本訳書の性描写は所謂春本のそれと異なるものである。」「本訳書は条件の如何によりその理解を異にせられるのであるから、猥褻文書に頗る類似(紙一重よいふべきもの)したものといふべきである。」「紋上の如き環境下(読者層の構成、戦後の社会情勢、本件訳書の販売方法及び広告方法の不当等)に販売せられたる本訳書は、読者の性慾を刺戟し、性的に興奮せしめ、理性による性の制御を否定又は動揺するに至らしめるところのものとなり、ここに刑法第七十五条に該当する所謂猥褻文書と認められるに至るのである。」と説明しているのであるから、本件訳書を「猥褻文書」と認むるか否かの判断に誤があるものといわれなければならない。即ち、「猥褻文書」なりや否やの判断は、前記説明の基準によつてこれを為すべきであり、「猥褻文書」の代表的なものとされる春本とその描写の方法を異にする一事をもつて「猥褻文書」にあらずと断定することの許されないことはいふまでもなく、原判決の説明も決して春本と異なることから、直ちに「猥褻文書」にあらずとの結論を出している趣旨に読むべきでないが、本件訳書が、読者層の構成、戦後の社会情勢、被告人Aの本件訳書の販売方法及び広告法の不当等に関する特殊の環境下に販売されたことによつて、はじめて刑法第七十五条に該当するに至つたとの結論は、当裁判所の本件訳書を「猥褻文書」と認める前記判断に照らして、明らかに誤といわなければならない。もとより、読者層の構成、戦後の社会情勢等の環境は、「猥褻文書」を判定すべき基準たる一般社会人の良識又は社会通念を定めるにあつては参酌さるべきものであるけれども、被告人Aの本件訳書の販売方法及び広告法の不適當であつたことは、「猥褻文書」を判定するにあつて考慮さるべき環境には該当しないものと解すべきである。そして、右の誤は、刑法第七十五条の解釈の誤が延いて事実誤認を来した場合に該当するものといふべきである。即ち、刑法第七十五条の解釈としては、「猥褻文書」であるか否かは当該文書自体の記載を前記基準に照らして決すべきものと為すべきにかかわらず、特殊の環境下に販売されたことによつて「猥褻文書」に該当する場合もありと為した点において同条の解釈を誤り、延いて事実誤認を来したものだといふべきである。尤も原判決は、前記引用のように、事実摘示の項において本件訳書を販売した事実のみを掲げてこれを犯罪事実としているようにも解せられ、かく解するときには、原判決の犯罪事実の摘示には誤がないようにも考えられるが、原判決は、前記引用のように、証拠説明の項において被告人Aの主張に対する判断を併せて為す形式を採用し、本件に顕われた証拠の価値判断及び証拠によつて

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

認められる事実を基礎として本件訳書を「猥褻文書」と認定しているのであるから、この被告人Aの主張に対する判断は、事実摘示との関係においては、証拠説明の範囲を超えて事実摘示の一部たる関係を有し、事実摘示との間に密接不可分の関係あるものと認むべく、従つて、原判決は、前記認定のとおり、本件訳書を前記の特殊の環境下に販売した事実をもつて犯界事実の摘示と為すものと認むべきである。そして、本件訳書を「猥褻文書」と認めるか否かの問題は、本件の中心点であり、若し前記の誤認がなかつたならば、原判決の事実摘示及び証拠説明の項に包含せられている認定事実は、原判決の説示するところとは根本的に相違があつたであろうと考えられるから、前記の事実誤認は判決に影響を及ぼすことが明らかであり、原判決中被告人Aに関する部分を破棄する事由となり得べく、この点に関する論旨は理由があるのである。

なお、原判決が証人E1の供述を全面的に肯定し、「証人E1は、世に猥褻図書として定評のある『ガミアニ』『バルカン戦争』を取上げてその一部と本件訳書の性描写の部分とを、文章心理学的立場より検討したところ、本訳書は所謂猥褻文書の要件を具備していないとの結論(別紙(四))を得たと供述した。依つて該二図書(証六八、六九)を閲読するにその行文は所謂春本と異ならざるものであり、同証人の供述を詳細に検討したところ首肯し得べきものであるから、本訳書の性描写は所謂春本のそれと異なるものであると認むべきである。」と説明していることは、所論のとおりであるけれども、右説明の結論は「本訳書の性描写は所謂春本と異なる」というだけのことであり、「猥褻文書」でないと認定したものでないことは、原判決の後の説明によつて、明らかである。従つて、原判決の説明に多少不明確な点はあるにしても(本件訳書が「猥褻文書」でないと結論を肯定したものの如く誤解せられる虞ある点である。但し、右の「所謂猥褻文書」は「春本」の同意語として用いられたもので、刑法第七十五条にいわゆる「猥褻ノ文書」の意味でないと解せられるので、このように解する限りにおいては、所論の矛盾はない)、所論の理由のくいちがいや採証法則の違反あるものとは解し難い。即ち、いわゆる春本と「ガミアニ」「バルカン戦争」の二図書が同一類似したものであることは、原判決説明のように、これを閲読することによつて、明らかになし得るところであり、該二図書と本件訳書の性描写の方法とが文章心理学的に多少異なることについては、原判決の別紙(四)並びにこれに関する証人E1の供述記載を調査することによつて明らかになし得るところであるし、又、原判決は春本以外の「猥褻文書」の存在を肯定していることは、所論引用のとおりであり、原判決の前記判断は後の説明と相俟つて、本件訳書が春本の性描写と異なる点に関するものであり、所論のように、本件訳書が「猥褻文書」でないと認定した趣旨ではないと解すべきことは、明らかであるからである。以上説明のとおり、原判決には同証人の供述を採用して右事実認定をした点においては、何等所論の理由のくいちがいや、採証法則違反による事実誤認はないものというべきである。

第二、被告人Bに関する部分(事実誤認、法令適用の誤)(同控訴趣意書四七頁乃至六七頁)について。

原判決が四、B被告の刑事責任の項において、「敍上の如く、本訳書は、A被告の手により、猥褻文書として販売されたものであるが、B被告はこれに共犯として加功したかどうかについて考察する。作者或は翻訳者は作品をつくることによつてそのことを終り、その作品を販売することは出版業者の為すところであるが、作品は読者に読まれること即ち販売されることを予定してつくられるものであるから、作者と出版者は、作品を介し、販売なることを共にするものと解し得られるのが通常の事態であり、その共にすることの態様により、これを刑法上の正犯又は幫助犯と認め得るのである。然るところ『チャタレイ夫人の恋人』は所謂春本とは異なり本質的には刑法第七十五条の猥褻文書と認め得ないものであるが、敍上のような環境下に本訳書が販売されたことによつて、猥褻文書とせられたものと認むるを以つて、訳者たるB被告はかかる環境下のものとして本書を販売することに積極的な加功を為したかどうかを審らかにしなければならないのである。証人E26は本訳書上巻の原稿をB被告より受取つたとき同人は、完訳したが、出すかどうかはC書店に一任すると言つた。それは性的描写のところが誤解されるのではないかとの考慮からであると思つた。上巻発売後の昭和二十五年四月末頃B被告より、本訳書の短い広告文を取上げて、長い文章だと間違はないが、性を厳粛に、知的に扱つたことを書かずに、大胆な描写であるただけ書くと誤解され易いからと注意されたことがあつたと供述し、A被告は、B被告に『チャタレイ夫人の恋人』の翻訳を依頼したところ、同人はこの書にはこういうことが書いてある、過去に外国で問題が起つて、色々と論争され、非難もあつたから、慎重に考慮して、完訳のまま出版するなり、多少の手加減を加えるなり、よく考えてくれと言つた。B被告は読者がこの書の性描写のところをロレンスの

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

考えて居るように正しく受入れるかどうかを懸念しての申出と思つたと供述し、B被告は、A被告より『チャタレイ夫人の恋人』の翻訳を依頼されたときに、私はロレンスの性格、この書の性格、殊に先に誤解されたことがあること、現在では、英文学では第三番目に論ぜられる位で、これをぬきにしては、現代英文学は考えられないほどの重要な作品であることを説明し、全部訳してお目にかけるから、それを読んで慎重に考えた上でC書店側の決意に於いて完訳を出版するなり、多少の手加減をするなりしてくれと話した。この手加減というのは性的描写の部分で同じ意味の日本語のどれを使ふか、原文とかラテン語とか、学術語にするか、或は削除するかという意味であつた。その後C書店の者に『広告はカストリ雑誌のように煽情的な感じを絶体に出さないようにしてくれ。誤解されるから』と注意したが、それは、この書は性を取扱つたものであるから、そのことを書くのはよいが、下手な文章で書くと煽情的となり夫婦雑誌のような種類のものでないかとの誤解の下に読み起訴状のように春本的にとられる危険性があると思つたからである。この原著が世に出たときは世間の反抗を受けたので、現在では一流の批評家は猥褻であるとは言わないのであるが、これを翻訳するには気をつけなければならぬと考へ、思想的な固苦しさや文体とを合致するように直訳体をとつたのであると供述した。これらのことから考察すれば、B被告は本訳書を正しく読みとるものを読者と想定し、これらの人々のみ買われることを希望し、その具体策をA被告に申出でたことが認められる。証人E21、E29、E30の供述並にC書店出版図書目録によれば、A被告はH協会の有力会員であり、高級出版物を多数に出版して居るのであるから、B被告が、A被告を信じ右の申出を以て足れりとしたことは諒し得るところである。従つてB被告は本件販売行為が、前叙の如き環境を利用、醸成して為されたことについては、法律上加功しなかつたものと解すべく、刑法上共犯と目することは出来ないのである。尤も本訳書がその後爆発的売行を呈するにいたつたのであるから、さきに懸念したことゝの現れであることに考へを致し、その対策を講ずべきに、ことここに出でなかつたのは、文学を愛する者として怠慢であるとのそしりを免れないのであるが、これは文人としての徳義上のことに属し法律上の責任を問ふべきではないのである。」とし、被告人Bに対しては、無罪の言渡を為すべきであるとの説明を為し(原判決九七頁乃至一〇一頁)、主文において、同被告人に対し、無罪の言渡をしたことは、原判決の記載によつて明らかである。

よつて案ずるに、被告人Bの翻訳にかかり、被告人Aが出版した本件「チャタレイ夫人の恋人」上、下二巻が、その文学的価値の問題とは別に、刑法第七十五条の「猥褻文書」に該当し、原判決認定のように、読者層の構成、戦後の社会情勢、被告人Aの販売方法及び広告方法が不相当であつたこと等に関する特殊の環境下に販売されたことによつて、はじめて同条の「猥褻文書」に該当するに至つたものとは認め得ないので、右のような原判決の認定は判決に影響を及ぼすことの明らかな事実誤認に該当するものであることは、既に、前記第一、被告人Aに関する部分、一、について説明したとおりである。

従つて、右特殊の環境下に販売せられたことによつて、はじめて、本件訳書が「猥褻文書」となつたということを前提とする原判決の前記説明には、この点において既に、事実誤認があることが明らかである。

〈要旨第二〉又刑法第七十五条の猥褻文書販売罪における犯意の成立については、当該文書の内容たる記載のあること(要旨第二)を認識し、且つこれを販売することの認識あるをもつて足り、右文書の内容たる記載の猥褻性に関する価値判断についての認識、即ち、右文書の内容たる記載あるが故に当該文書が「猥褻文書」に該当することの認識はこれを必要としないものと解すべきである。即ち、性交等性的行為に関する記載あるが故に猥褻文書販売罪が成立する場合においては、当該性的行為に関する記載のあることを認識し且つこれを販売することの認識あるをもつて足り、右性的行為に関する記載の猥褻性に関する価値判断についての認識即ち、右性的行為に関する記載あるが故に当該文書が「猥褻文書」に該当することの認識はこれを必要としないものというべきである。

尤も、客観的には、右性的行為に関する記載あるが故に当該文書が「猥褻文書」に該当するも、主観的には「猥褻文書」に該当しないものと信じて、当該文書を販売する場合もあり得べく、かような場合には、「猥褻文書」に該当することを知らながら販売した場合に比し、情状軽きものと考えられることは否定できないけれども、右の場合は、法律的评价の錯誤即ち法律の錯誤あるものとして刑法第三十八条第三項但書によつてその刑を減輕し得るに止まり、犯意を阻却しないものというべきである。又同様に、客観的には、右性的行為に関する記載あるが故に当該文書が「猥褻文書」に該当するも、主観的には、「猥褻文書」に該当しないようにも考えられるが、或いは「猥褻文書」に該当するか

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

も知れないと考えながら、当該文書を販売する場合もあり得べく、かような場合は、未必的に猥褻性の認識を有していた場合として、犯意を阻却せず、全く「猥褻文書」に該当しないものと信じて販売した場合に比し、その情状重きものありというべきであることも亦多言を要しないであろう。

更に、翻訳書の出版販売が右猥褻文書販売罪に該当する場合における翻訳者と翻訳書の出版販売者との間の刑法上の共犯関係の成立について考えてみると、翻訳者は翻訳を完成し、出版販売者は右翻訳を出版販売するのであつて、翻訳行為と出版販売行為との両者が協力してそれぞれ分担するところを完了しなければ当該翻訳書の出版販売は実現し得ないのであるし、翻訳者は特別の事情の存しない限り、自己の翻訳がそのまま出版販売されることを知悉しているものというべきである。そして、この協力の態様は種々これあるべく、翻訳者の協力の程度如何によつては、翻訳者が幫助犯の責任を負うに止る場合のあることも否定できないが、少くとも翻訳者が出版販売者の依頼にもとずいて翻訳全部を独力をもつて完成してこれを引き渡し、出版販売者がそのままこれを出版販売し、その翻訳書が「猥褻文書」と認められる場合においては、翻訳者と出版販売者との間には、猥褻文書販売罪成立についてのいわゆる共同加功の意思と行為の分担が当然存在し、刑法第六十条の同正犯の成立があるものというべきである。

これを本件について考えてみると、本件訳書は検事指摘のような十二個所に及ぶ性的描写の記載があり、右記載のあることによつて、客観的に刑法第七十五条の「猥褻文書」に該当することは、前記説明のとおりであるから、本件における猥褻文書販売罪の成立に必要な犯意即ち事実の認識としては、本件訳書中に右十二個所の性的描写の記載が存在すること及びこれを出版販売することの認識あるをもつて足り、右十二個所の性的描写の記載あるが故に本件訳書が「猥褻文書」に該当するとの認識はこれを必要としないものというべきである。

前記のように、原判決が被告人Bの刑事責任を説明するについて引用した被告人A、同Bその他の各供述記載その他本件記録中にある証拠によれば、被告人Bは、被告人Aの依頼によつて本件訳書の翻訳を独力をもつて完成したのであり、右性的描写のあること及び右の翻訳が被告人Aによつて出版販売されることについて認識があつたことは明らかであると認むべく、殊に、被告人Bは、本件訳書の翻訳原稿中に前記性的描写の部分があるため誤解される虞のあることを考え、C書店側の決意において完訳を出版するなり多少の手加減をするなりしてくれと話したのであつて、被告人Aが、その決意において、完訳を出版することのあり得る場合も予想していたのであるし、出版販売までの間に、被告人Aから、訂正又は削除について何等相談がなかつたのであるから(原審第十六回公判調書中被告人Aの供述記載によれば、被告人Aが、被告人Bの申出によつて、訂正又は削除するを可としたならば、翻訳者たる被告人Bにこれを伝え又はその方法を相談するのが通例であると認められる)、被告人Bは、右翻訳が完訳のまま出版販売されることを認識していたものと認むべきである。従つて、被告人Bについて本件猥褻文書販売罪が成立するに必要な犯意には何ら欠けるところなく、又同被告人と被告人Aについて本件猥褻文書販売罪が成立するに必要な共同加功の意思及び行為の分担のあつたことも、前記原判決の説明中に引用された各証拠その他本件記録中にある証拠によつて明らかであるから、右被告人兩名に共同正犯の責任を負わしむべきものと認定するに何らの妨げもないものといわなければならない。

更に進んで、被告人Bが、所論のように、本件訳書が「猥褻文書」に該当することについての認識を持っていたか否かについて案ずるに、被告人Bの供述記載によつて明らかなどおり、同被告人が各大学において英文学を講じ、ロレンスの研究に従つていたこと、昭和十一年イギリス、セツカー版を底本とする削除版「チャタレイ夫人の恋人」全一冊をI書房から翻訳出版したこと、右I書房から出版された「チャタレイ夫人の恋人」に同被告人が書いた序文中に『一九二五年に彼はイタリアのプロオレンスの郊外で別荘を借りて住み、そこで「チャタレイ夫人の恋人」を書きはじめた。この作品の原稿を書き改めること三度に及んだといわれてゐる。余り直截な表現を含んでいたため、ロレンス自身もそれを発表する決意がつかずFに相談した。

Fは、この内容が世に容れられないのではないかと心配したが、あなたが芸術家として信ずる処があつて書いたのなら発表したらいいのではないかと言つた。それでロレンスも発表の決心をし、プロオレンスの小さな本屋から最初の限定版を出した。英国では発売禁止になつたが、後削除版を出した。』と書いてあり、同書末尾に訳者の言葉としてロレンスの死後その妻Fがプロオレンスにおいて「チャタレイ夫人の恋人」を書いていた頃のことを次のように述べていると

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

し『彼は画を描くことを楽しんでいた……どんなに彼はそれに熱中したことだつたらう……それから彼は「チャタレイ夫人」を書いた。朝食一大抵七時かそこらにした一が済むと彼は本とペンとクツションを持って、犬のジョンを相伴に、ミランダ荘の背後の森へ入って行く。そして昼食には書き上げた原稿をもつて帰ってくるのだつた。私は毎日それを読んで、どんな風に章が組み上げられて行くのか、まだどんな風にしたらそれらすべてが彼の頭に浮んでくるのか、不思議に思った。私はまた、誰一人書いたり言ったりしようとはしないああした秘密事を直視したり書いたりする彼の勇気と大胆さに驚歎した。「チャタレイ夫人」は二年間というもの、ロレンスが緑黄色の地に薔薇の花を描いた古い箱の中に仕舞っておかれた。私はその箱の前を通つた時、度々どう考へたものであつた。「この本がいつかここから出る時があるだろうか？」ロレンスは私に訊いた。「僕はこれを出版したものだろうか、それともこれはまた、罵詈雑言と憎悪しか齎らさないものかしら？」私は答えた「貴方はそれをお書きになり、それを信じていらつしやる。それでいいのだわ。是非出版なさいよ。」で、ある日私達はそれについて詳しくJと話し合つた。私達は小さい古い印刷機を持つてゐる、小さな旧式の印刷屋を訪ねた。そこには本を半分印刷するだけの活字があるきりだつた、一かうして「チャタレイ夫人」は印刷された。印刷が出来上ると、「チャタレイ夫人」一もしくは私達の言葉を使つていへば「私達の夫人」の夥しい堆積が、Jの店の床に積み上げられた。余り沢山の数に見えたので、私は恐れをなしてかう言つた位だ。「これをみんな売ることは、とても出来ないに相違ないわ」騒動が起る前に、大部分が売れて行つた。最初亜米利加へ送つたものが送り先へ届かず、その次に英国から悪罵が送られた……然しそれは、彼の最後の大努力が成し遂げられたのである。(足立重氏訳)ロレンスがこの小説を書きはじめたのは、一九二六年、彼が四十才の時である。フロオレンスのJ書店から出版されたのは一九二八年である。この小説については原稿が三つ作られた。彼は一九三〇年に死んでゐるから、死に先立つこと幾ばくでもなかつた。Fが書いてゐるやうに、彼はこの小説を初めから世に行はれる目あてがあつて書いたのではないらしい。だが彼がこれだけのことをそれにもかかはらず書かねばならぬ内的必要を感じていたといふとは特筆すべきだと思ふ。この小説は版行されるあてを作者が持てなかつたほどの神聖な露骨さで有名なものである。その原版はいまバリのKから発行されてゐる。しかし英国ではこの版はゆるされてゐない。ここに私が使用した原書は、危険な個所だけをとり去つて特に英国のLから流布されている「公認英国版」である。それだけ原著者の意志は満されてゐないものであるが、この作品の小説としての力量形態を知るには、これで足れりと言つていいであらう。とにかくロレンスがこの小説で語らんとした思想はこの「公認英国版」で尽されてゐるのである。』との記載があること、証人E31の供述記載中に、所論引用のように、ロレンスの原著書の外国における取扱例の記載があること、証人E5の供述記載中に、所論のように、被告人Bが本件訳書の完訳をしたことは大胆に過ぎるとの趣旨(「勇気に敬服」といつている)があること、その他所論引用の被告人兩名の供述記載(その内容は既に、前記原判決の説明を引用した際にその内容として掲記してある)を総合すると、被告人B(被告人Aについても同様であると解せられる)において、本件訳書が「猥褻文書」に該当することについて、前記説明の未必的な認識程度の認識があつたことも充分これを認定することができるのである。

しかるに、原判決は、前記のように、その前提において事実誤認をした結果、その結論においても、被告人Bに文人としての徳義上の責任はあるにしても、法律上の責任がないものとして無罪の言渡をしたのであるから、明らかに判決に影響を及ぼすべき事実の誤認があるのである。従つて、論旨は理由がある。

被告人Aの弁護人正木の控訴の趣意に対する判断

[32]について。

人間の羞恥心又は羞恥感と嫌悪感とは人間の精神機能中感情的又は感覺的機能によつて、外界から受ける刺戟又はこれと結合した身体的変化等の誘因に対して発生するもので、社会生活上人間に自然に存するに至るものであり、性的羞恥心又は性的嫌悪感とは性的な事柄に対する部面を抽出して考察したものであると解し得るのである。即ち、既に説明したように、集团的共同生活たる社会生活においては、性的な礼儀、慣習、道徳及び性的秩序が形成せられ、その秩序の中に生活する一般社会人の性的な羞恥嫌悪感情や性的道義觀念の基礎となっている。であるのそして、人間が青春期になり、心身の発達によつて、性感覺が起ると共に、自ら、性的な羞恥嫌悪感情や性的道義觀念が生ずるものと考えられるのである。「猥褻行為」又は「猥褻文書」は、前記説明のように、露骨詳細(「猥褻行為」は

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

露骨をもつて足ることはいうまでもない)で過度に性感を刺戟し、性慾を興奮させるものであり、且つ社会的慣習と衝突し、社会的制約を無視し、性的秩序及び性的道義觀念に反したものであるから、一般社会人は正常な性的羞恥心を害せられ、同時にこれに嫌悪感を随伴するものと解せられるのである。換言すれば、一般社会人は過度の性的刺戟興奮から来る心身的変化に原因して、異常に恥かしさと嫌らしさの複合した感情を抱くものと認められるのであつて、この状態を前記最高裁判所の判決が「普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義觀念に反するもの」と表現し、原判決が、「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、理性にある性慾の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」と説明したものと解せられるのである。原判決の「吾人は嫌悪感を抱き、自らは羞恥を感じず」、「自ら羞恥を感じ、かゝる文書に対しては嫌悪感を覚える」との説明も、以上説明したところと同一の趣旨に帰するのであつて、羞恥嫌悪の感情を抱く者は一般社会人であり、その対象は「猥褻行為」又は「猥褻文書」であることが明らかであるから、所論のように羞恥嫌悪の感情の主体に不分明な点や羞恥嫌悪の感情の実体に不明確な点はないものと認められる。又弁護人が、原審において、「嫌悪」とは、ヒューマニテイの自覚からこれに反する物件に対する排除を意味し、「羞恥」とはかかる物件を同胞が提供することに対する人類的自責の感以外にはあり得ないと主張したことは、本件記録によつてこれを認められるが、右の主張は、「羞恥」「嫌悪」の字義からかなり離れたものであり且つ前記説明の趣旨と反するものであるから採用し難く、前記説明の一般社会人の抱く羞恥嫌悪の感情とは既に屢々説明したとおり、個々人の感覚乃至感情に基礎をおくにしても、これを超えた集団意識を意味するものであるから、単なる個々人の感覚的な現象それ自体ではなく、一の客観的な基準であると考えられる。それ故前記説明の羞恥嫌悪の感情を単なる感覚的な現象として非難する所論は失当である。

尤も、右の羞恥嫌悪の感情は、性的好奇心とは別異のものとして解し得るのであつて、人が性的好奇心を持つてゐることは否定できないし、それが「猥褻行為」又は「猥褻文書」に接する機縁を作ることが考えられるのであるが、性的好奇心によつて、「猥褻行為」又は「猥褻文書」に接して生ずべき一般社会人の羞恥嫌悪の感情が、すべて消失してしまうものとは到底認められないところである。

なお、「猥褻行為」又は「猥褻文書」に関する処罰規定の存在理由は、善良な風俗としての性的秩序及び性的道義觀念を保護するにあるけれども、刑法第七十四条又は第七十五条の犯罪成立の要件としては、「猥褻行為」又は「猥褻文書」が前記説明の意味で、性的秩序及び性的道義觀念に反するをもつて足り、その結果として発生を予想される性慾の濫用及びこれにもとづく風紀の頹廢等の具体的な弊害又はその発生 of 具体的な危険性を必要としないものと考えられるから、弁護人主張の定義のように、「性の種族本能としての人道的職分を否定又は忘却せしめ」との具体的な危険性乃至現実の弊害の発生を要しないものというべきである。

従つて、原判決には、理由を附せざる違法又は理由のくいちがいありとは認められない。

同四、[33]乃至[45](理由不備、理由のくいちがい、法令適用の誤)(出版自由と刑法第七十五条)の部に記された部分について。二〇丁乃至二九丁)について。

日本国憲法(以下憲法と略称する)第二十一条は、「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない。」と規定し、大日本帝国憲法(以下旧憲法と略称する)第二十九条が、「日本臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ言論著作印行集会及結社ノ自由ヲ有ス」と規定していたのに比し、他の表現の自由と共に、出版の自由についても、法律の範囲内においてという制限を撤廃した。その結果として、旧憲法下の出版法、新聞紙法等、いわゆる事前検閲及び発売禁止処分に関する制度や出版物又は新聞紙等によつて、「猥褻文書」を出版又は発行する行為に関する処罰規定(出版法第二十七条、新聞紙法第四十一条)を定めていた諸法律が廃止されたのである。そして、旧憲法下においては、出版物又は新聞紙によつて、「猥褻文書」を出版又は発行した場合においては、出版法第二十七条又は新聞紙法第四十一条によつて処罰され、右処罰規定は、刑法第七十五条の特別法であると解されていたので、右刑法の規定の適用がなかつたのである。右のように、憲法第二十一条が、規定上、何等の制限をつけずに、出版その他の表現の自由を保障すると共に検閲制度を禁止し、旧憲法下の出版法、新聞紙法等諸法律が廃止されたので、出版物又は新聞紙の内容に猥褻

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

に該当する部分が存在する場合に、当該出版物又は新聞紙の出版又は発行を刑法第七十五条をもつて処罰し得るかとの問題を生ずる余地があるに至つたのである。

出版その他の表現の自由は、他の基本的人権と共に憲法が強力に保障するものであり、本質的には、天賦の自然的人権であると考えられて来たのであるが、憲法の保障する基本的人権は、憲法が日本国民に保障したことによる存立の基礎があるものと考えなければならない。即ち、本質的には人類普遍のものであると考えられるにしても、現実的には、憲法の各条章の範囲内においてのみ保障されるものである。憲法第十一条には、『この憲法が国民に保障する基本的人権は侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与へられる。』とあり、又同法第九十七条が、「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである。」と規定していることからその趣旨を窺うことができる(旧憲法が多数の規定において法律の範囲内においてという制限を附していたことと対比すれば、この「与えられる」という意味を一層明らかにすることができる)。そして、国民各自が享有する基本的人権も絶対無制限であり得ないことは、一人の基本的人権の絶対無制限の行使が、他人の基本的人権を侵害することのあり得ることによつて明らかである。従つて、国民相互の基本的人権行使の調節の問題を生ずることは看易き道理である。それ故、憲法は個別的な規定例えば、第二十二條、第二十九條等において、公共の福祉の範囲内においてのみ、その行使を保障し、或いは、第二十六條第一項において、法律の定めるところにより教育を受ける権利を保障しているのであるが、「公共の福祉の範囲内」又は「法律の定めるところにより」との制限がない憲法の各規定といへども、絶対無制限の行使を保障しているものとは解し得られないのであつて、このことは憲法が一般的にその第十二條において、「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断的努力によつて、これを保持しなければならない。又、国民は、これを濫用してはならないのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。」、その第十三條において、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他国政の上で、最大の[／]要旨第三[／]尊重を必要とする。」と規定していることによつてこれを知り得るのである。即ち、憲法第二十一條の表現の[／]要旨第三[／]自由も、右第十二條及び第十三條による制限に服するものと解すべく、従つて、国民個人の基本的人権の行使が、公共の福祉のために利用すべき責任に違反し、権利の濫用となる場合においては、権利の行使たることが否定され、憲法の保障を受けないものといわなければならない。そして、権利濫用に該当する行為が、憲法の条章に照らし、有効と認められる刑罰規定に触れる場合は、その規定によつて処罰を受けるものと解すべきである。この意味において、出版その他表現の自由も絶対無制限ではなく、公共の福祉の範囲内においてのみ、その行使を許すべきものと解すべきであるから、公共の福祉のために利用すべき責任に違反し、権利濫用となる場合においては、憲法の保障を受けず、犯罪行為として処罰されることもあり得るのである。

そして、ここに公共の福祉とは、日本国民全体の幸福を指すが、本質的には同時に人類全体が理想として有する永遠の幸福にも関連あり、これに寄与する概念であり、その構成員たる個々人の基本的人権を最大限度に尊重することも同時に包含するのである。しかしながら、時と処を超え、人類全体に共通した公共の福祉は、理想としては考えられるにしても、現実的にはあり得ないのであつて、時代を異にし、国を異にするに従い、その間に共通性と類似性とはあるにもせよ、公共の福祉の内容は異なるのであり、憲法の規定する公共の福祉は、わが国の現在(過去を承継し、未来に向上発展を目指すものであることは勿論である)のそれであるといわねばならない。その内容は、日本国民各個の基本的人権を最大限に尊重することを基礎としつつも、それを超越した日本国民全体の幸福の維持発展に必要な各種の要素によつて構成されているのである。これを例示すれば、個人の生命、身体、自由、財産、名誉等の保護のほか、憲法を根拠とする国家の基本組織の保持、国家作用の保護、社会生活の平穩の維持、文化の保持発展、善良な風俗の維持等があり、わが国現代における政治的、経済的、文化的、社会的諸利益を包括するのである。これらの諸利益を侵害する行為は、憲法の公共の福祉に違反するものとして、刑法その他の刑罰法規によつて処罰される場合があり、国家の刑罰法規は、公共の福祉の維持に奉仕するものと解し得るのである。従つて、国民各自の政治的、経済的、文化的、社会的な各般の活動が、公共の福祉に遵つて行われることが要請されているものというこ

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

とができるのである。「猥褻文書」はたとえ出版物として販売、頒布される場合であつても、前記説明の理由によつて、善良の風俗の一部である性的秩序に悪影響を及ぼす危険性があり、公共の福祉に違反するものというべきである。そして、刑法第七十五条は右性的秩序維持に向けられた公共の福祉維持を目的とする刑罰法規であつて、憲法に違反する点のないことが明らかであるから、前記出版法、新聞紙法等特別法の廃止後においては、一般法として、出版物による「猥褻文書」の販売、頒布の場合にも亦適用されるものと解し得るのである。

原判決の説明は、多少その表現を異にし又「猥褻文書」の危険性を、「人類の滅亡を招来するに至る危険」としている点に行き過ぎもあるのであるけれども、その趣旨は右と同一に帰着するのであつて、原判決には所論の理由を附せざる違法若しくは理由のくいちがいがり又は法令適用の誤ありとは認められない。従つて論旨は理由がない。

以下順次項目毎に説明することとする。

〔33〕 について。

この点は前記説明及び以下説明のとおりであつて所論の誤はない。

〔34〕 について。

原判決が「憲法がかかる自然権を法上の権利として確認するに至つたのは、この基本的人権を認めることが、人の社会生活をして価値あらしめるからである。」と説明していることは所論のとおりである。「社会生活をして価値あらしめる」とは、前記説明のとおり、個人の基本的人権を保障することが、その個人の幸福を増進すると共に、公共の福祉にも適合するとの趣旨であると解せられるから、所論のように不当の点は認められない。

〔35〕 について。

原審において、主任弁護人正木・が「公共の福祉」の意味を「ヒューマニティ」との関係にておいて詳細に論じていること(最終弁論「その二」)は所論のとおりであり、その要旨は、「知性と文化の向上、進歩、『増大しつつある世界の過去、現在、未来に亘るあらゆる可能性』を我が身の中に感じ、また我が身もその中に厳存しているを感じつつ進んで行く当体が『ヒューマニティ』であつて、これは各自が、自分達の『自我』が存在していると思つているのと同様な直観的事項と信じます。……凡て、人類の、この向上進歩、頭脳活動の無限の可能性を否定するものは悪であります。……凡て、部分だけをみて、全体との関係を、一元的に認識しないことは理性を否定することであつて、論理的には誤謬であり、実行的には不正であります。

論理の統一、法律の統一、人類の統一、科学原則の統一等、人類文化は、統一、無矛盾に対する一元化への強烈な要請を持つて居り、これを否定する時には、今日までの人類文化は崩壊する運命をもつています。これは現代人類文化成立上の仮定であると共に信仰であります。凡て、真実を尊び、虚偽を憎み、実行を愛し、観念の遊戯を排斥するのは、人類社会の健全なる新らしい風紀又は教育上の方向であり、これに反するものは、人類社会を停頓、混乱、不和、暴力使用等の未開時代に逆行させる悪であり、公共機関に関して行えば許し難き不正であると信じます。何故なら、地上の生命は幻でなく、永遠の現実だからであります。右の如く『ヒューマニティ』を解する時は、日本国憲法の規定する公共の福祉は『ヒューマニティ』に関するあらゆる条件を充たし、且つ不足するものがない故に、この五つの文字『公共の福祉』は生々とした新日本の指導原理となつて、憲法全体、法律全体を活かすこととなります。……』というに帰すると考えられるのである。従つて、原判決の『『公共の福祉』の本来の意味は人間の共同生活に於ける幸福をいうのである。』という説明と比較して、より詳細であり、含蓄あるやに認められる。しかしながら、「公共の福祉」は前記説朝のとおり、日本国民全体の幸福を意味するのであり、たとえ抽象的な嫌いはあるにしても、原判決の言わんとするところは、理解できるのであるし、弁護人の主張は「公共の福祉」が、「ヒューマニティ」に由来し、且つ、日本国憲法の指導原理であるというのであるが、右主張といえども原理、原則の解明に当然伴う抽象性を免かれていたものとは認めることができないのである。されば、原判決の説明と、右弁護人の主張とは、抽象的に公共の福祉を「人間の共同生活の幸福」と解する点においては、相矛盾するものとは解し得られない。従つて、原判決に前記抽象性を免れない点があるにもせよ、所論指摘の欠点があるものとはいえない。

〔36〕 について。

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

原判決が「人間は、自然的には心身の欲望を満足し、理性的には人格を向上せしめることによつて幸福を感じるのであるが……」と説明している、「自然的」と「理性的」との用語において、所論指摘のように、不正確な憾があるのであるが、右は人間に精神的及び肉体的方面における幸福追求の努力が存在することを説明した趣旨と解し得ない訳ではないから、原判決には、所論の違法はない。

[37] について。

原判決が「人間の人間たる所以を自覚すれば、自他共に平和と幸福をもたらす如く、行動すべきであり、かくてこそ、社会的共同生活の幸福が保たれるのである。」と説明していることは所論のとおりであるが、右は、当然のこととはいえ、正当なことを言っているのであるから、所論の非難は当たらない。

[38]乃至[41]について。

原判決が、「ここにいふ『公共の福祉』は我が憲法上の概念であるから、その『公共の福祉』は、日本国における国民の共同生活に於ける幸福と解すべく、何が公共の福祉であるかは、我が国の現在と近き将来を基準とし、一般社会通念に従つて決すべきものである。」と説明していることは所論のとおりである。そして、原判決の説明の趣旨は、既に説明したように、公共の福祉は本質的には人類全体に通ずる概念であるが、日本国憲法の規定する公共の福祉は、世界人類の進歩発展に寄与することを目指すにしても、日本の現代という時と処によつて制約されたものであり、従つてその時と処に適合する具体的内容を持つものと考えられることをいおうとするものと解すべきである。又、既に説明したように基本的人権は、これを享有する個人の立場から見たものであるに反して、公共の福祉は、個人の基本的人権を包摂しつつも、これを越えた集団的共同生活に関するものであるから、公共の福祉の解釈については、個人的立場を離れた国民全体の集団意識の立場において判断されなければならない。このような集団意識は、国家意識又は社会意識と観念し得るのであつて、これを合して、国民意識としての「一般社会通念」と称することもできるのである。従つて、前段の説明中「人類が天賦の権利として有したもの」、「自然権」、「永久の権利」、「侵すことができない」との用語を用い、後段に「日本国に於ける国民の共同生活の幸福」、「わが国の現在と近い将来」、「一般社会通念に徒つて定む」との用語を用いて説明したことは明らかであるが、かように説明したことについては何等所論の誤は認められない。

次に、原判決が、弁護人の主張の要旨を挙げ、「弁護人の主張は人類の現想そのものを我が憲法上の公共の福祉となすもので、現実の国家社会を直視しないうらみがある」としていることは所論のとおりであるが、その趣旨は、前記[35]に対する説明のように、弁護人は、わが憲法の公共の福祉は、ヒューマンテイのあらゆる条件を充たすものとして、その指導原理であると主張するものであり、わが国の現在という時と処に対応したより具体的な内容を持つた公共の福祉を超えて人類全体に通ずるものとして、公共の福祉の意味を定めようとする点を指したものであると解し得るのである。既に説明したように、わが憲法の公共の福祉は、人類全体に通ずることを目指すとしても、わが国の現在という時と処を超えることができないものと解せられること、既に説明したとおりであるし、わが国現在における公共の福祉を考えるに際しても、この立場から、人類全体に目を向け、国家百年の計を樹て、現代社会の風習や制度を批判し、これを改革することのできることはいうまでもないところであつて、ただ現在の状態を超越して、数百年後或いは数千年後にあるべき人類の理想状態を尺度として、現在の状態の可否を批判することの誤であることはいうまでもないところであるから、原判決の右説明には不当の点はないというべきである。(以上[38]、[41])

なお、弁護人は、その主張する公共の福祉の意味を、憲法前文及び各条並びに「ヒューマンテイ」の立場から主張し、最終弁論その一末尾添附のグラフ五枚をもつて説明しているが、その要旨は、前記[35]に対する説明に引用したとおりであり、第十八回公判期日に、証人E2が思想の自由、出版の自由に関連する公共の福祉の解釈についての見解を示していること等所論引用のように公共の福祉の概念の主張立証に努力し、原理的な説明としては、理解できるけれども、その具体的適用に関する点については、後記説明のように、弁護人主張の結論は、わが国現在の公共の福祉に照らし、到底採用し難いところである。従つて、原判決に所論の理由を附せざる違法はない。(以上[39]、[40])

[42]及び[43]について。

Web1 「チャタレイ夫人の恋人事件」最高裁判決

弁護人が、最終弁論その一末尾添附のグラフをもつて、公共の福祉及び「ヒューマニテイ」の概念を説明しているのに対し、原判決が、その添附の別紙(三)の図をもつて、公共の福祉の概念を説明しており、原判決が、弁護人のグラフについては特別に説明を加えていないことは所論のとおりである。右グラフ及び図はいずれも、その説明によつて、その趣旨を理解することはできるけれども、あくまで一応理解し得るというに止まり、社会的共同生活から発生するすべての社会現象を数学的正確性をもつて割り切ることが不可能であるし、又図をもつて説明し尽すこともできないと考えられるから、弁護人のグラフも原判決の別紙(三)の図も、公共の福祉の概念を理解する手段としての有用性を認め得るに過ぎないものというべきである。従つて、原判決が、弁護人のグラフに説明を加えず、原判決の別紙(三)の図に所論指摘のような不正確な点があつたとしても、原判決が右の図を援用して説明している公共の福祉の意味は理解することができ、且つ正当であると考えられるし、弁護人のグラフについては、原判決は間接にはその採り得ないことを文章をもつて前記[38]乃至[41]に引用したとおり判断しているのであるから、原判決には理由を附せざる違法又は理由にくいちがいがあるものということもできない。

[44]及び[45]につて。

原判決が、「人の性慾を刺戟し、興奮せしめ、理性による性衝動の制御を否定又は動揺せしめて、社会的共同生活を混乱に陥れ、延いては人類の滅亡を招来するに至る危険」ありと説明して、「猥褻文書」排除の理由としていること、いかに春本が悪影響を及ぼす文書であるにしても、それだけによつて、人類の滅亡が生じないであろうことはいずれも所論のとおりである。従つて、原判決の説明中「延いては人類の滅亡を招来する危険」との部分行き過ぎであり、他の政治的、経済的、文化的諸原因が結合してかかる危険を生ずると説明すべきであるといわなければならない。しかし、原判決は、一、猥褻文書の意義の項で「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」と定義すべきものとし、右の危険性を法律上の「猥褻文書」の成立要件とはしてはいない趣旨が窺われ、その限度において、右危険性を要せずして、既に「猥褻文書」となるものと解しておるのである。他方、弁護人の「猥褻文書」の定義も亦狭きに失すること既に説明したとおりである。従つて、原判決の右の部分には所論の違法はないものというべきである。

(その他の判決理由は省略する。)

(裁判長判事 下村三郎 判事 高野重秋 判事 真野英一)