

作品のわいせつ性に関する法的判断と 非 - 法的知識

——メイプルソープ事件判決を事例として——

岡沢 亮

法学研究では、作品のわいせつ性をいかにして判断すべきかが議論されてきた。そこでは、判例におけるわいせつ該当性基準の曖昧さなどが批判されてきた。しかし、いずれにせよ基準を具体的対象に適用する際には、基準自体には定められていない非 - 法的知識を用いざるを得ない。本稿では、2008年のメイプルソープ事件最高裁判決と、メイプルソープ作品を論じた批評家や作者自身のテキストを検討し、用いられる非 - 法的知識の差異によって、わいせつ性の有無の判断も異なりうることを示す。この作業を通じて、わいせつ性判断をめぐる規範的議論にとって、裁判官はどのような非 - 法的知識を用いるべきかに関する考察が意義を持つことを示したい。特に、様々な非 - 法的知識があるなかで、芸術の専門性や作品の鑑賞経験に基づいた知識を裁判官が参照すべきか否かが、考察に値するひとつのポイントとして示唆される。

1 はじめに

日本では、わいせつ物頒布等の罪が刑法 175 条において定められている。

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、二年以下の懲役若しくは二百五十万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。

したがって、同法のもとでわいせつ物頒布等の罪が問われた裁判において、裁判官は問題となっている作品のわいせつ性を判断する必要

に迫られる。裁判官が作品のわいせつ性を認める判決を出せば、頒布した者に刑罰が与えられ、またその作品の流通も極めて難しくなる。この点において、作品のわいせつ性を法的に判断する裁判は、社会における文化や芸術のあり方と密接な関係を持った事象である。

また、憲法で表現の自由が保障されている状況において、わいせつ表現を規制対象とする以上、ある表現のわいせつ性に関する法的判断の適切性は、厳しく問われることになる。実際に法学者たちは、わいせつ性の判断が恣意的あるいは予測不可能になることを防ぐために、どのようにして作品のわいせつ性を判断することが望ましいのかに関する議論を積み重ねてきた。そのようなわいせつ性判断をめぐる規範的議論における考察の主要な方向性は、判例におけるわいせつ該当性基準の曖昧さや硬直性を批

判し、その明確化や柔軟化を試みるというものであった。

しかし、どのようなわいせつ性判断の仕方が望ましいかを考えるにあたって、わいせつ該当性基準だけに焦点を当てれば十分なのだろうか。他に考察すべきポイントはないのだろうか。このように考えたときに重要なのは、たとえばわいせつ該当性基準を明確にしたとしても、個別具体的な作品が基準に当てはまるかどうかを裁判官が判断する際には、基準には示されていない非-法的知識（判例や法解釈に関する専門的な知識とは異なる種類の知識）を用いざるをえない部分が残るだろうということだ。それゆえに、同じ対象について同じわいせつ該当性基準を用いても、基準に当てはまるかどうかを判断する際の非-法的知識が異なれば、わいせつか否かの判断も異なりうる。もし個別対象への基準適用において用いられる非-法的知識の差異が、わいせつ性判断の差異をもたらすとすれば、そこにはわいせつ性判断をめぐる規範的議論において考察に値する点があると考えられる。

そこで本稿は、作品のわいせつ性に関する法的判断をいかにして行うべきかという規範的議論にとって、わいせつ該当性基準をどのようなものにするべきかを考察することだけではなく、わいせつ性判断を行う際に裁判官はどのような非-法的知識を用いるべきかを考察することに意義があると論じたい。

なお、法学の領域においては、どのようにして作品のわいせつ性を判断すべきかに関する議論だけではなく、わいせつ規制・刑法 175 条そのものの合憲性を問う議論もなされている（奥平 1984）。この論点もまた重要であると考えられるが、実際の判例においては、刑法 175 条違憲論は簡単に退けられてしまう傾向にあ

り、今後も刑法 175 条の下で作品のわいせつ性が問われる事例は生じてくると考えられる。このような見立ての下で本稿は、刑法 175 条の合憲性に関する議論には踏み込まず、わいせつ性判断をいかにして行うべきかに関する規範的議論への貢献を目指す。

本稿の構成は以下のようになっている。2 章では、法学における先行研究の特徴を析出する。先行研究は、わいせつ性の法的判断に関する規範的議論にあたって、既存の判例におけるわいせつ該当性基準の曖昧さを批判し、その明確化を試みている。あるいは、判例における基準使用の硬直性を批判し、その柔軟化の方向性について具体的な提言を行っている。それに対して 3 章では、法社会学の議論を参照し、法的基準を具体的対象に対して適用する際には、基準には定められていない様々な非-法的知識を用いざるを得ないことを指摘する。続く 4 章では、一口に非-法的知識と言っても複数の対立する知識があること、非-法的知識の違いによって法的なわいせつ性判断に違いが生じる可能性があることを示す。そのために、まず写真家ロバート・メイプルソープの写真集のわいせつ性が争われた 2008 年の最高裁判決を取り上げ、裁判官がわいせつ性判断において用いていた非-法的知識を明らかにする。そのうえで、メイプルソープ作品を論じた批評家や作者自身のテキストを参照し、同判決で用いられていた非-法的知識には争いの余地があり、それらの非-法的知識の差異はわいせつ性の判断に影響を与えうるものであることを示す。5 章では、2 章で言及した法学の先行研究におけるわいせつ該当性基準に関する具体的な提言と、4 章で行った非-法的知識に関する検討を踏まえ、わいせつ性判断に関する規範的議論にとって非-法的知識に関する考察が持つ意義と

その具体的方向性について、改めて論じる。6章では、本稿のまとめを行う。

2 法学における先行研究の検討

法学における先行研究は、いかにして作品のわいせつ性を判断することが適切かをめぐる規範的議論を展開してきた。その際には、まず既存の判決におけるわいせつ該当性基準を明らかにしたうえで、判例における基準の曖昧さや硬直性を批判し、その明確化や柔軟化の必要性を主張している。本章ではこの点を確認しておきたい。

特に「芸術」作品のわいせつ性をめぐる裁判に関して、複数の裁判を取り上げまとめた分量の検討を加えているものとしては、奥平(1984)、中山(1994)、加藤(2008a)といった法学研究がある。そのなかでも、複数の最高裁判決を通時的に検討している姿勢が明確な加藤(2008a: 3章)の議論について以下にまとめておこう。

まず、イギリスの作家D. H. ロレンスの作品『チャタレー夫人の恋人』の翻訳者と出版者が起訴され、同作品がわいせつ物にあたるか否かが争点となったチャタレー事件の最高裁判決(最大判昭和32・3・13)において、わいせつ概念は次のように定義された。すなわち(1)普通人の羞恥心を害すること、(2)性欲の興奮、刺戟を来すこと、(3)善良な性的道義観念に反すること、がわいせつ性の3要件である。また、「作品が芸術的であるという理由からそのわいせつ性を否定することはできない」とされた。そのうえで、両被告人は有罪となった。

続いて、マルキ・ド・サドの『悪徳の栄え』の翻訳本がわいせつ物にあたるかが問題となった悪徳の栄え事件最高裁判決(最大判昭和44・

10・15)においては、3要件は維持されたうえで、次のわいせつ該当性判断基準が付加的に提示された。第1に、文書のもつ芸術性・思想性が、性的描写による性的刺激を減少・緩和させ処罰対象とする程度以下にわいせつ性を解消させる場合がある。第2に、文書の個々の章句の部分は、全体として文書の一部として意味をもつものであるから、その章句の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るべきである。このように、作品の芸術性とわいせつ性との関係や、いわゆる「全体的考察方法」が定められたうえで、被告人の翻訳者と出版者は有罪となった。

さらに、雑誌『面白半分』に掲載された戯作「四畳半襖の下張」がわいせつ文書か否かが問題となった四畳半襖の下張事件の最高裁判決(最二小判昭和55・11・28)では、わいせつ性の判断に関して考慮すべき点が以下のように示された。すなわち(1)性に関する露骨で詳細な描写叙述の程度とその手法、(2)同描写叙述の文書全体に占める比重、(3)文書に表現された思想等と同描写叙述との関連性、(4)文書の構成や展開、(5)芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、そして(6)これらの観点から当該文書を全体としてみたときに、読者の好色的興味に訴えるものと認められること、の6点である。なお、これらの基準は法学者から「全体的考察方法の具体的事項」(大谷1981: 59)とみなされている。

さらに、これらの法学研究は作品のわいせつ性の判断に関して規範的議論を行っている。その議論におけるひとつの主要な方向性が、わいせつ概念の定義やわいせつ該当性基準の曖昧さを批判するというものである。以下の引用を見てもらいたい。

一定のわいせつ規制を必要と解する立場を是とするのであれば、定義の問題は、避けて通れない問題である。(加藤 2008a: 80)

[わいせつ性の三要件について]「わいせつ」という規範的構成要件要素を、結局のところ、裁判官による規範的判断に還元することとなって、この判断に基礎を与えこれを拘束するような分析的定義の名に値しない。(中山 1994: 62)

具体的な判断基準なしにはわいせつ性を判定できないということが、次第にはつきりしてきている。このことは、逆に言えば、大法廷の三つの定義というものに、再検討を迫っているということになる。(奥平 1984: 104)

結局、判例の曖昧なわいせつ概念は、性表現行為者の処罰に関する予測可能性を困難にし、いわば、広汎な自己検閲とも言える状態を招いており、妥当でない。(加藤 2008b: 60)

裁判官によるわいせつ性判断が恣意的になることは、表現の自由の観点から問題になる。また、裁判官の表現者に対する処罰が予測不可能になることも、罪刑法定主義の観点から問題になる。法学者たちはこれらの問題意識の下で、わいせつ該当性判断が恣意的になったり予測不可能になったりすることを防ぐべく、わいせつ性判断をいかにして行うべきかをめぐる規範的議論を行ってきた。そして、そのような規範的議論の主要な方向性のひとつが、わいせつ該当性基準の曖昧さを批判し、その明確化の必要性を主張するというものだったのである。

また法学者たちは、わいせつ該当性基準の曖昧さだけではなく、その硬直性に対しても批判を加え、基準の柔軟化に関する具体的な提言も行ってきた。加藤は、現実の読者層をわいせつ性判断の枠外とするような判例を硬直的にすぎるとして批判したうえで、「わいせつ該当性は、当該文書のみで判断可能ではなく、作者の意図や販売・宣伝方法などのあらゆる状況を考慮して判断されるべき」(加藤 2008a: 76)であり、「表現が置かれた状況、表現の受け手などを考慮して、そのわいせつ性は判断されなければならない」(加藤 2008a: 337)とする。ここには、作者の意図や現実の読者層(鑑賞者層)のあり方を含めるという仕方、わいせつ該当性基準をより柔軟にしようとする方向性を見ることが出来る。

また、一般人の感覚であるとされる社会通念によってわいせつ性を判断することにも、批判が加えられている。その批判は、単に裁判官が「一般人」や「社会通念」を恣意的に決定してしまうのではないかと懸念にとどまるものではない。むしろ「一般人の性モラル意識を要素とする社会通念という基準で判断することは、いかに訴訟における事実認定を慎重になしたとしても、多数派の性的嗜好によって少数派に対するわいせつ規制を容認することになるため支持できない」(加藤 2008a: 227)とされる。すなわち、わいせつ該当性を判断する基準から「一般人の社会通念」を排するべきだという議論がなされている。このように法学研究においては、わいせつ該当性基準をどのようにすべきかに関する具体的な提言もなされているのである。

では、これらの法学研究に対して、本稿はどのような立場をとるのか。一方で本稿は、わいせつ性判断をめぐる規範的議論が重要であ

り、わいせつ性判断の恣意性や予測不可能性を出来る限り減らすことが重要だとする立場をこれらの法学研究と共有する。しかし他方で、1章でも述べたように、そのような議論を進めていくにあたって、わいせつ該当性基準それ自体に関する考察が唯一の適切な方向性なのかという点に関しては、疑問がある。わいせつ性判断をめぐる規範的議論を進めていくにあたっては、他にも意義ある考察の方向性があるのではないだろうか。

そして本稿はその方向性を、わいせつ該当性基準を具体的対象に適用する際に用いられる非-法的知識に求めたい。次章では、法社会学の議論を参照し、法的基準適用における非-法的知識の重要性を述べる。

3 法的基準の適用における非-法的知識の重要性

法的基準と個別対象へのその適用との関係については、法社会学の領域において議論が積み重ねられてきた。

棚瀬は、法命題が自然言語で書かれ、法解釈をめぐる議論が自然言語によって行われることに着目し、「法が社会の規律に必要な知識をその内に過不足なく含んでいて、具体的な規律に必要な法的判断が法のみから取り出される」（棚瀬 2001: 16）という見方を批判する。具体的事例に関する法的判断が、法に関する専門的知識のみから行われているという考え方が否定されているのである。

また小宮は、「規則の解釈は、それだけでは、個々の事例へのその適用のしかたを教えない。法命題を事実適用するというのはむしろ、そのつどの個別的な事実を、一般的な規則の適用対象であるものとして実際に扱うこと、すなわ

ち、規則の適用それ自身のうちで規則の命じることをあきらかにすることなのである。こうした実践に支えられることで、法的推論はその理解可能性を獲得している」（小宮 2011: 185）と指摘する。すなわち、法命題にいくら解釈を与えたところで、それをどのように具体的事例に適用するのかが一意に決まるわけではなく、裁判官は様々な非-法的知識を用いながら法的推論を行い、法的決定を正当化している¹。

これらの指摘は、わいせつ該当性に関する法的基準についてもあてはまると考えられる。先述したようにチャタレー事件最高裁判決で判示されたわいせつ性の三要件とは、(1) 普通人の羞恥心を害すること、(2) 性欲の興奮、刺戟を来すこと、(3) 善良な性的道義観念に反すること、であった。これら三要件は、いずれも法の専門家が専門家たりうるために持っていない（使用できなければならない）知識である。しかし、なお判然としない部分はある。わいせつ性の三要件には「普通人」さらには「善良な性的道義観念」など、それ自体どのようなものを指しているのか判断が難しい語彙が用いられていることが分かる。この判断の困難さは、これらの語を専門的かつ操作的に定義すれば解決するものではない。なぜなら、ある語を法的な専門用語として定義することを試みても、定義を与える文章自体は非-法的な語彙や知識を含んでいるし、それらに基づいたものでなければ理解できないはずだからだ。

このように、個別の対象に関して法的基準を適用し判断を行う際には、法的基準それ自体には示されていない非-法的知識が重要な役割を担っていると考えられる。本稿にとって、このことの含意は重要である。個別対象に関するわいせつ性判断において様々な非-法的知識が用いられざるを得ないならば、同じわいせつ該

当性基準を用いたとしても、そこで用いられる非-法的知識がどのようなものであるかによって、わいせつか否かの判断も異なりうるのではないだろうか。そうであるならば、望ましい作品のわいせつ性判断に関する規範的議論を行うにあたって、基準を用いる際にどのような非-法的知識を用いるべきかに関して考察することが、意義を持つと考えられる。

このような意義を主張するために重要になるのは、具体的な事例に即したうえで、非-法的知識の差異によって法的なわいせつ性判断に違いが生じうる可能性を示すことである。続く4章では、実際にわいせつ性が争われた作品に関する非-法的知識の差異や複数性を検討することで、まさにこの可能性を示したい。そのためにまず、写真家ロバート・メイプルソープの作品が収録された写真集のわいせつ性が争われた2008年の最高裁判決を取り上げ、裁判官がわいせつ性を判断する際にどのような非-法的知識を用いていたかを明らかにする。次に、メイプルソープの写真について論じた芸術批評家や作者自身のテキストをとりあげ、判決において用いられていた非-法的知識とは対立するような非-法的知識が存在すること、またこのような非-法的知識の差異は写真集がわいせつか否かの判断を変化させる可能性があることを論じる。

4 非-法的知識の差異がわいせつ性判断を変化させる可能性——裁判官の知識と芸術専門家の知識²

4-1 2008年のメイプルソープ事件最高裁判決

本章の目的は、同じわいせつ該当性基準のもとでも、いかなる非-法的知識を用いるかに

よってわいせつ性判断が異なりうる可能性を示すことである。まず本節では、分析事例となる2008年の日本におけるメイプルソープ事件の最高裁判決（最三小判平成20・2・19）について紹介する。

この事件は、米国の写真家ロバート・メイプルソープの写真集に対する輸入禁制品該当通知処分に関して、その取り消しなどをめぐって原告の出版社社長³と被告人の成田税関支署長、被告国の日本とのあいだで争われた行政事件である。そのなかで、同写真集が当時の関税定率法21条1項4号にいう「風俗を害すべき書籍、図画」であるかどうか争点となった。なお、「風俗を害すべき書籍、図画」という文言に関しては、同裁判において刑法175条の「わいせつな文書、図画」を意味するものと解されている⁴。したがって、刑法175条の適用が争われた裁判と同じように、作品のわいせつ性が争われた事件である。そして同事件では、最高裁判決で写真集はわいせつではないと判断され、輸入禁制品該当通知処分の取り消し請求が認められた⁵。このように具体的な作品のわいせつ該当性が最高裁で否定された点において、本判決は興味深いものであり、そこでいかなる判断方法が用いられていたかということは注目に値する。

メイプルソープ事件最高裁判決において、問題となった写真集のわいせつ性を否定する判断とその根拠が述べられているのが、以下の部分である。

[メイプルソープ事件最高裁判決]

前記事実関係によれば、本件各写真は、いずれも男性性器を直接的、具体的に写し、これを画面の中央に目立つように配置したものであるというのであり、当該描写の手

法、当該描写が画面全体に占める比重、画面の構成などからして、いずれも性器そのものを強調し、その描写に重きを置くものとみざるを得ないというべきである。しかしながら、前記事実関係によれば、メイプルソープは、肉体、性、裸体という人間の存在の根元にかかわる事象をテーマとする作品を発表し、写真による現代美術の第一人者として美術評論家から高い評価を得ていたというのであり、本件写真集は、写真芸術ないし現代美術に高い関心を有する者による購読、鑑賞を想定して、上記のような写真芸術家の主要な作品を1冊の本に収録し、その写真芸術の全体像を概観するという芸術的観点から編集し、構成したものである点に意義を有するものと認められ、本件各写真もそのような観点からその主要な作品と位置付けられた上でこれに収録されたものとみることができる。また、前記事実関係によれば、本件写真集は、ポートレイト、花、静物、男性及び女性のヌード等の写真を幅広く収録するものであり、全体で384頁に及ぶ本件写真集のうち本件各写真（そのうち2点は他の写真の縮小版である。）が掲載されているのは19頁にすぎないというのであるから、本件写真集全体に対して本件各写真の占める比重は相当に低いものというべきであり、しかも本件各写真は、白黒（モノクローム）の写真であり、性交等の状況を直接的に表現したものでない。以上のような本件写真集における芸術性など性的刺激を緩和させる要素の存在、本件各写真の本件写真集全体に占める比重、その表現手法等の観点から写真集を全体としてみたときには、本件写真集が主として見る者の好色的興味に訴えるものと認める

ことは困難といわざるを得ない。

これらの諸点を総合すれば、本件写真集は、本件通知処分当時における一般社会の健全な社会通念に照らして、関税率法21条1項4号にいう「風俗を害すべき書籍、図画」等に該当するものとは認められないというべきである。

こうして最高裁判決において写真集は「風俗を害すべき書籍、図画」には該当しない、すなわちわいせつではないと判断された。では、この法的判断はいかにして下されたのだろうか。次節ではまず分析の準備として、上記判決文において用いられているわいせつ該当性判断基準を確認する。そのうえで、その判断基準が当該写真集に対していかにして適用され、わいせつでないという判断が導かれたのかを、そこで用いられている非-法的知識に着目して分析する。

4-2 わいせつ性判断における裁判官の非-法的知識

上記判決文では、判例として引用こそされていないものの、悪徳の栄え事件判決（最大判昭和44・10・15）で採用された全体的考察方法を発展させた、四畳半襖の下張事件判決（最二小判昭和55・11・28）で示されたわいせつ該当性判断基準が用いられているとすることができる（加藤2008b: 59; 森2009: 90; 井口2010: 164）⁶。詳述すると、悪徳の栄え事件判決における全体的考察方法とは、文書の個々の部分の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、全体から切り離して特定部分だけについてわいせつ性の有無を判断するのは不適切だとするものである。四畳半襖の下張事件判決におけるそれを発

展させた基準とは、わいせつ該当性判断のためには、(1) 性に関する露骨で詳細な描写叙述の程度とその手法、(2) 同描写叙述の文書全体に占める比重、(3) 文書に表現された思想等と同描写叙述との関連性、(4) 文書の構成や展開、(5) 芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度を考慮しなければならない、(6) これらの観点から当該文書を全体としてみたときに、読者の好色的興味に訴えるものと認められるか否かを検討しなければならない、というものだ。

この基準がメイプルソープ事件の最高裁判決において用いられていたということを改めて確認しよう。同判決文ではまず、写真集に収録されていた中でも特に問題となった20点の「本件各写真」が「性器そのものを強調し、その描写に重きを置くものとみざるを得ない」と指摘される。しかし、写真集における芸術性など性的刺激を緩和させる要素の存在、各写真の写真集全体に占める比重、表現手法という3つの観点から「写真集を全体としてみた」結果として、写真集が「見る者の好色的興味に訴えるものと認めることは困難」とされ、そのわいせつ性が否定されている。すなわち、まずは個々の写真という「部分」が検討されたうえで、写真集「全体」のわいせつ性が検討されている。その際には、芸術性、比重、表現手法というより具体的な基準が利用されている。この点において同判決では「全体的考察方法を発展させたわいせつ該当性判断基準」が用いられているとすることができる。上記わいせつ該当性基準の(1)(2)(5)の観点から(6)該当性が否定されるという仕方、写真集のわいせつ性が否定されたのである(井口2010:164)。

以上で、分析の準備として、同判決で用いられていたわいせつ性判断基準を確認した。これを踏まえたうえで本稿が分析すべきなのは、

以下の3点である。第1に、写真集の芸術性はいかにして認められたのか。第2に、写真集全体に対する各写真の比重は、いかにして低いものと認められたのか。第3に、作品の表現手法が、写真集が「見る者の好色的興味に訴えるもの」であることを否定する効果を持つものであることは、いかにして認められたのか。これらの各判断において、どのような非-法的知識が用いられていたのかを解明する。

第1に、写真集の芸術性はいかにして認定されたのだろうか。写真集の芸術性は、メイプルソープが「写真による現代美術の第一人者として美術評論家から高い評価を得ていた」こと、そして「写真集は、写真芸術ないし現代美術に高い関心を有する者による購読、鑑賞を想定して、上記のような写真芸術家の主要な作品を1冊の本に収録し、その写真芸術の全体像を概観するという芸術的観点から編集し、構成したものである点に意義を有する」とみなせることから導き出されている。では、これらの要素は、いかなる知識を前提とすることで、写真集の芸術性を認定する根拠たりえているのだろうか。順番に見ていきたい。

まず、美術評論家というカテゴリーと、芸術の専門性(専門的な知識や能力)との結びつきが重要である。私たちは特定のカテゴリーに属する人に対して、その人が特定の知識を持っていることや特定の行為・活動を適切に行うことを期待する(Sacks 1972a=1989, 1972b)。例えば「医者」に対しては医療に関する専門的知識を用いて診察や治療を行うことを期待する。同じように、「美術評論家」というカテゴリーに属する人に対しては、美術や芸術に対する専門的知識や、それに基づいて対象の芸術性の有無や高低を判断する高い能力を持っていると期待することができる。だからこそ、「美術評論家」

がメイプルソープを芸術家として認め高く評価していることが、作品が芸術性を有していることの根拠として理解できるのである。

次に、写真集が編集された際の意図と芸術性との関連が重要である。判決文の中で興味深いのは、「写真芸術ないし現代美術に高い関心を有する者」が「購読、鑑賞」していることではなく、あくまでもそのような購読のあり方を想定して写真集が「編集」「構成」されたことが重視されている点だ。写真集が芸術的なものとして、芸術に関心を有する人々に鑑賞してもらうべく編集・構成されていたことが、芸術性の根拠として理解できるのは、写真集の編集行為における意図とその芸術性との結びつきが想定できるからだろう。写真集の芸術性の有無や高低が、その写真集の編集における意図によって影響されるものだと推論できるからこそ、これらの事実が芸術性の根拠たりうるのである。

第2に「各写真の本件写真集全体に占める比重」が、写真集のわいせつ性を否定する程度に低いものとして把握されたのは、いかにしてか。先述したように、特に問題となった「本件各写真」は「性器そのものを強調し、その描写に重きを置く」ものとされている。そのうえで判決文に示されているのは、写真が幅広く収録されていることと、写真集全体に対する各写真の比重の低さである。注意すべきなのは、このような「幅広さ」や「比重の低さ」自体の理解可能性がいかにして成立しているのかである。

まず、写真集に収録された写真の「幅広さ」は、「ポートレート、花、静物、男性および女性のヌード等」という表現を用いること、すなわち「列挙」というやり方をとることによって示されている。ここでは、特に違和感なく写真の被写体やジャンルとして理解できるものが

並べて表記されることで、列挙が行われているのである。さらに重要なのは、どのような種類のもものが列挙されているか、ということだ。たとえば、同じ列挙とはいっても、「男性のヌード、女性のヌード、子どものヌード等」といった表現が用いられていたとすれば、それは写真集に収められた写真の「幅広さ」の根拠として理解しがたいはずだ。なぜなら、それらはみな「ヌード」という共通した要素を含んでいるからだ。こう考えると、それぞれのあいだの差異が理解しやすいものを列挙することが、「幅広さ」を示すためには重要であると言えるだろう。この点に注意しながら、判決文を検討する。

判決文では「ポートレート」と「静物」が並べられているが、これらは単に被写体として異なる——「男性のヌード」「女性のヌード」も被写体としては異なっていると言える——だけでなく、より包括的な「写真ジャンル」としてそもそも異なっていると理解できる。また「ポートレート」「男性および女性のヌード」／「花」は、人間／植物という対比的な概念の下で把握することができる。この対比と関連して、わいせつ性との関係についても、「花」は植物であり人間を写したものではないがゆえに、少なくとも人間を写した「ヌード」と比べて性的な対象としてより理解しづらいと推論できる。すなわち、性的なものとしての理解可能性に差異がある被写体が列挙されているのである。

このように、異なる写真ジャンルを列挙し、人間／植物という性的なものとしての理解可能性に差異がある概念の下で把握できる被写体を列挙することによって、写真の「幅広さ」の理解可能性が成立している。加えて、最後に「等」と記すことは、これまでに列挙したものが、収録されている写真の被写体やジャンルの

一部を例示したに過ぎないことを示す効果を持っている。このこともまた、写真集に収録された写真の「幅広さ」のもっともらしさを補強している。

また、「比重」に関しては、写真集全体が384頁であるのに対し、問題となった各写真が掲載されているのは19頁に「すぎない」とされ、その比重は低いと判断されている。当然のことながら、比重の高低の基準は、それを判断する文脈によって様々に異なりうる。例えば同じ頁数の写真集に関して、風景をテーマとしているにもかかわらず男性性器を写した写真が19頁あればその比重は高すぎると判断されるだろう。そのような場合と比べてみれば、写真集全体がわいせつであるか否かを判断するにあたっては、384頁中19頁という比重は「低い」ものとして理解可能であるように思われる。そしてこの比重が低いという主張は、あらかじめ収録される写真が被写体やジャンルの点からみて「幅広い」ことを提示したがゆえに、よりもっともらしさを獲得している。

第3に、作品の表現手法が、写真集が「主として見る者の好色の興味に訴える」ものではないことの根拠となるのは、いかにしてか。ここで言われる「表現手法」に対応する箇所は「本件各写真は、白黒（モノクローム）の写真であり、性交等の状況を直接的に表現したものでもない」という部分である。この部分もまた、特定の非 - 法的知識に基づいて、写真集が好色的興味に訴えるものではないという判断の正当性を支える要素たりえていると考えられる。

「白黒（モノクローム）」という言葉あるいは概念は、写真の特徴を理解するためのものとして、「カラー」との対比で一般的に用いられる。そして、カラーよりも白黒の方がわいせつ性と結びつきにくいという理解は、両者が与え

る刺激の差異に関する常識的な知識によって可能になっていると思われる。カラー写真と比べて白黒写真は、色の強弱や多寡という観点において、私たちが実際に世界を見る仕方と隔たりが大きいと言える。そのような隔たりは、刺激の強弱とも密接に関係しているだろう。すなわち、白黒写真はカラー写真と比べて見る者に与える刺激が弱いものとして捉えられるのである。たとえば色鮮やかな風景を白黒で写した場合にはその衝撃は薄まるだろうし、大量の血が出る場面も白黒で写した場合には恐怖感やおぞましさ、残虐性等の印象は薄まるだろう。同様に、実際の見方よりも色が少なく色の強弱も目立ちにくい白黒で写された写真は、性的な被写体を写していたとしても、性的な刺激はカラー写真と比べて弱いものだととらえられる。カラー写真と比べて白黒写真の刺激が弱いという常識的知識を前提とすることで、写真が白黒であることが、それがわいせつではないという判断を支える根拠として理解可能になっているのである。

また、「性交等の状況を直接的に表現したものでもない」ことも、わいせつ性を否定する材料とされている。ここでは、実際の写真に写されている男性性器が性交と対比されている。確かに、性交の写真よりも男性性器の写真の方がわいせつ性の度合いは低いものとして理解できるように思われるが、なぜなのだろうか。そこで考察すべきなのは、男性性器の性交以外の使用可能性と、「わいせつ」以外の理解可能性の余地である。前者についていえば、(男性)性器は性交以外にも、排尿のような生理的行為にも使用される。後者についていえば、女性性器はともかく男性性器は、デフォルメされたかたちではあるがアニメや漫画などでギャグの要素として用いられる場合もあることを考え

れば、わいせつだけでなく滑稽なものとして理解される可能性があるように思われる。このように、男性性器が性交以外の行為のための使用可能性を持ち、滑稽なものとしてのイメージをまということは、性交と比べて男性性器がわいせつでないことを理解可能にしているだろう。

以上で見てきたように、メイプルソープ事件最高裁判決において裁判官は、写真集のわいせつ性を否定する法的判断を下すにあたって様々な非-法的知識を用いていた。具体的には、美術評論家というカテゴリと芸術の専門性との結びつき、人間と植物の間にある性的なものとしての理解可能性の差異、カラー写真と白黒写真の刺激の強さの差異などに関する知識が用いられていた。

ここで改めて述べておけば、本章で示したいのは、作品がわいせつか否かの判断は、そこで用いられる非-法的知識によって異なる可能性があるということだ。この可能性を示すことで、わいせつ性判断に関する規範的議論にとって、いかなる非-法的知識を用いるべきかに関する考察が意義を持つとすることができるだろう。そこで次節では、本節で明らかにした裁判官の非-法的知識と対立するような非-法的知識があることを示し、非-法的知識の差異がわいせつ性判断を変化させうる可能性を示したい。そのために、メイプルソープ作品について論じた批評家やキュレーター、さらにはメイプルソープ自身のテキストを取り上げる。

4-3 作品に関する芸術専門家の知識と裁判官の知識の差異

まずは、本節において、批評家やキュレーター、作者自身によるテキストを参照する理由について述べておきたい。もちろん、同じメイ

プルソープの写真集に関して、同じわいせつ該当性基準の下で、わいせつであるという法的判断をしているテキストと、わいせつでないという法的判断をしているテキスト（本稿ですでに扱った最高裁判決文）をとりあげ、そこで用いられている非-法的知識を比較することも考えられる。しかし、実際にメイプルソープの写真集のわいせつ性を認定した高裁判決（東京高裁平成15・3・27）は、写真集の芸術的価値を理由にわいせつ性を否定できないとしたり、写真集全体に対する各写真の比重を考慮しないなど、そもそも同じ基準を用いていると言いがたい部分があり、比較や参照の対象として適切ではない。

そのため本節では、メイプルソープ作品の見方に関する知識を示すような、批評家やキュレーター、作者自身のテキストを参照する。これによって、メイプルソープ作品に関する非-法的知識の複数性と、それらの非-法的知識の差異がわいせつ性判断に与える影響がみてとりにやすくなるだろう。

前節で見たメイプルソープ事件の最高裁判決では、写真の種類幅広さと写真集に対する各写真の比重が重要なポイントになっており、特に幅広さを示す際には、写真の被写体としての「花」や「ヌード」などを列挙する実践が行われていた。そのような列挙が「幅広さ」を示す実践たりえていたのは、「花」／「ヌード」が植物／人間という対比的な概念の下で把握できるものであり、両者には性的なものとしての理解可能性に差異があるという知識を用いることができるからだった。

しかし、メイプルソープにおける花（や静物）に関する写真作品に関して非常にしばしば言われるのは、花の写真とヌードの写真のあいだの性的なものとしての理解可能性の差異や対称性

ではなく、むしろ両者の類似性であり、ともに性的なものとして理解できるということなのである。

批評家のリチャード・ハワードは「[メイプルソープの写真における]花はフェティッシュ化されているので、私たちはそれらを植物の性的器官としてのみならず、私たち自身のそれと類似したものとして受け入れるに違いない」(Howard 1988: 154)と述べ、アーサー・ダントーも「[メイプルソープの] 展覧会を回るにつれて、ジャンルに関する疑問が訪問者についてまわることだろう。というのも、静物がますます展示された性的な部分のメタファーに見えてくるからだ。性的な部分は、しばしばヌードやセミヌードの肖像の主要な属性である」(Danto 1990: 212)と述べる。またキュレーターの福のり子(1996)は、メイプルソープのチューリップの写真はエロティックでポルノ写真のようであり、花の性的一面を提示していると主張する。

さらに、メイプルソープ自身もあるインタビュー記事において「[ある個展では]花を撮った作品をペニス、そしてポートレートと並列させて、どれも同じだということをわかってもらおうとした」と述べ、インタビュアーの「あなたは花をペニスのように、ペニスを花のように扱うのだと思うわ」という投げかけに「花とペニスは同じものだとぼくは思うよ」と応じている(「ロバート・メイプルソープ・インタビュー 被写体への愛」『美術手帖』1989年6月号44頁)。

以上で見てきたように、芸術に職業的に携わりメイプルソープの作品を鑑賞する人々によって、さらには作者自身によって、メイプルソープの写真においては花や静物も性的なものとして見えてくるという議論が展開されているのである。すなわち、前節で明らかにした裁判

官の非-法的知識——植物の写真と人間の写真のあいだには性的なものとしての理解可能性に差異があるという知識——と対立するような非-法的知識があるのだ。

もちろん写真が「性的」に見えることは、それが法的な意味でわいせつであることに直結するとは限らない。しかし少なくとも、このような見方を前提とした場合には、メイプルソープの写真集に収録された男性性器以外の写真もわいせつだと判断される可能性が、開かれることになるだろう。そして、この判断は、写真集に含まれる写真の幅広さやわいせつな写真の比重に関する判断にも影響を与え、写真集のわいせつ性に関する判断にも影響を与えうと思われる。

すなわち、メイプルソープ作品に関する非-法的知識には対立の余地があり、非-法的知識の差異によって、写真集がわいせつか否かの判断も変化する可能性があると考えられる。そして、このような非-法的知識の差異によるわいせつ性判断の変化可能性を踏まえると、作品のわいせつ性をいかにして判断することが望ましいかについて規範的議論を行う際には、わいせつ該当性基準をいかなるものにすべきかを考察することだけでなく、法的基準を適用する際に裁判官はどのような非-法的知識を用いるべきかについて考察することが、意義を持つと考えられるのである。

5 非-法的知識に関する考察の意義とその具体的方向性

本章では、これまでの議論を踏まえたうえで、わいせつ性判断に関する規範的議論にとって非-法的知識に関する考察が持つ意義とその方向性について改めて論じる。

2章で論じたように、法学研究におけるわいせつ該当性基準に関する具体的提言として、作者の意図や現実の鑑賞者層のあり方をもわいせつ該当性基準に加えるべきだというものや、一般人の社会通念によってわいせつ性を判断すべきではないというものがあった。それに対して、本稿で行ってきた非-法的知識の検討は、これらの提言を踏まえたわいせつ該当性基準が引き起こし得る問題を示唆しているように思われる。

4章で明らかにしたように、メイプルソープ事件最高裁判決においては、植物と人物の性的なものとしての理解可能性の差異に関するより常識的な非-法的知識が用いられ、作品のわいせつ性が否定された。それに対して、作品の鑑賞経験が豊富な批評家やキュレーター、そして作者自身が用いていた、植物の写真にも性的なものとしての理解可能性があるという非-法的知識を参照した場合には、むしろわいせつと判断される可能性があった。すなわち、より「一般人」の「社会通念」に近いと思われるようないわば常識的な非-法的知識を用いた場合にはわいせつとされないような作品が、実際の作品の鑑賞者層の知識や作者の意図を考慮した場合には、むしろわいせつなものとしてみなされてしまう可能性があるのである。

既存の法学研究において提示されてきた具体的な基準のあり方は、むしろわいせつと判断されるものの範囲を広げてしまう可能性がある。このことは、基準それ自体の明確化や柔軟化だけに方向性を限定した形で、わいせつ性判断に関する規範的議論を行っていくことの困難を示唆しているように思われる。このような状況において、わいせつ該当性基準を適用する際にどのような非-法的知識を用いるべきなのかを考察することが、意義を持つと考えられるの

である。

そして、本稿で行ってきたように、裁判官がわいせつ性を判断する際に用いてきた非-法的知識や、他の文脈において（たとえば批評という文脈において）作品のわいせつ性や性的側面を理解する際に用いてきた非-法的知識を具体的に明らかにすることは、そのような考察・規範的議論を行うための基盤を与えてくれるだろう。

そこで本章の最後に、本稿で行ってきた非-法的知識に関する検討を踏まえたうえで、わいせつ性判断においていかなる非-法的知識を用いるべきかを考察する際のひとつの方向性を具体的に示唆しておきたい。

これまで見てきたように、メイプルソープによる花や静物の写真が性的なものとして見えるか否かという点に関しては、対立の余地があった。重要なのは、作品の見方に関するこれらの非-法的知識は、単に個人によって異なっているというよりはむしろ、芸術に関する専門性や、問題となった作品の鑑賞経験の多寡に応じて異なっている可能性があることだ。たとえば、作品の見方に関して、裁判官は言ってみれば芸術の素人的な知識を持っているのに対し、批評家やキュレーターなどは芸術に関するより専門的な知識や、鑑賞経験に基づいた知識を持っているということである。

このように一口に非-法的知識と言っても、より常識的な知識から、法以外の専門性に基づく知識まで様々なものがあることを鑑みれば、わいせつ該当性基準の適用の際に用いる非-法的知識に関する考察のひとつのポイントとして、芸術に関する専門性や個別作品の豊富な鑑賞経験を持つ人々の非-法的知識を裁判官は参照すべきか否か、という論点があると考えられる。

6 おわりに

本稿の内容をまとめておこう。作品のわいせつ性に関する法的判断は、どのように行うことが望ましいのだろうか。この問題をめぐる規範的議論は、法学者たちによって行われてきた。そこでは、法的なわいせつ該当性基準の曖昧さが批判され、その明確化が目指されてきた。あるいは、判例におけるそれらの基準の硬直性が批判され、より柔軟な基準を用いることが提言されてきた。このようなわいせつ性判断の仕方をめぐる規範的議論は、表現の自由や罪刑法定主義との関連において重要であると考えられる。

しかし、わいせつ性判断に関する規範的議論を行うにあたっては、これらの方向性だけで十分なのだろうか。他にも意義ある考察の方向性があるのではないだろうか。本稿はその方向性を示そうとしてきた。

まず着目したのは、法社会学における法的基準とその個別対象への適用の関係についての議論だった。そこで指摘されていたのは、法的基準が明確化されたとしても、個別対象に基準を適用しわいせつか否かを判断する際には、裁判官は基準には示されていない非-法的知識を用いざるを得ないということであった。

そこで、具体的な事例に即して、非-法的知識の差異によって作品がわいせつか否かの判断が変わりうる可能性を示すことを試みた。まず、メイプルソープ事件最高裁の判決文を分析し、裁判官がわいせつ性を判断する際に用いていた非-法的知識を明らかにした。さらに、メイプルソープ作品について論じた批評家やメイプルソープ自身のテキストを検討し、判決文で用いられていた非-法的知識とは異なる非-法

的知識の存在を示した。具体的には、メイプルソープ作品において花とヌードは性的なものとしての理解可能性に差異があるか否かといった、作品の見方についての非-法的知識をめぐる対立可能性が見られたのである。そして、それらの非-法的知識の差異は、わいせつか否かの判断にも影響を与えうるものだった。

法解釈とはかかわらない非-法的知識にも争いの余地があり、用いられる非-法的知識の差異によって、わいせつ性判断も変化しうる。このことは、わいせつ該当性基準の曖昧さ／明確さ、硬直性／柔軟性に関する考察に限定されがちだった、わいせつ性判断に関する規範的議論にとって、もうひとつの考察に値する方向性を示している。すなわち、わいせつ該当性基準を適用する際に裁判官はいかなる非-法的知識を用いるべきかに関する考察が、わいせつ性判断をめぐる規範的議論にとって意義を持つと考えられるのである。

実際に、わいせつ該当性基準をいかなるものにすべきかに関する法学者の具体的提言として、作者の意図や現実の鑑賞者層を考慮に入れるべきだというものがあったが、本稿で行ってきた非-法的知識の検討を踏まえれば、むしろそのような基準はわいせつとされる対象の範囲を広げうる可能性があるという問題を抱えていると言える。このような状況においては特に、様々な非-法的知識があるなかで、裁判官は芸術の専門性や作品の鑑賞経験に基づいた知識を参照すべき否かが、考察に値するひとつのポイントとなるだろう。

注

¹ このことは、必ずしも法的基準とその具体的適用の関係に限られた論点ではなく、むしろ規則とその適用の関係一般についてもあてはまることであ

るように思われる。Lynch (2000=2000: 204-5) が述べるように、何らかのテキストにおいて示された概念の定義や適用規則と、それを参照しながら実際に概念を適用する社会成員の実践のあいだには隙間がある。社会成員はいわば常識的な知識を用いることで、その間隙を埋めているのである。

² 本稿における判決文の引用は、Westlaw Japan (<http://www.westlawjapan.com/>) から行った。

³ この出版社社長は、メイプルソープ写真集が法律上認められるのかを問うために「99年9月、商用で米国に渡って帰国した際、問題視されることを確信しながら、写真集を持っていることを税関職

員に『自首』した」(朝日新聞 2008年2月19日夕刊) という。

⁴ この法解釈に関しては、豊田 (2008) や森 (2009) や井口 (2010) の評釈も参照のこと。

⁵ なお、最高裁において、国家賠償請求は棄却されている。

⁶ なお、このわいせつ性判断方法は、いわゆる修正写真誌事件最高裁判決 (最三小判昭和 58・3・8) において、書籍だけではなく図画のわいせつ性判断にも妥当することが承認されたとみなされている (森 2009: 90)。

文献

- Danto, Arthur, 1990, *Encounters & Reflections: Art in the Historical Present*, New York: Farrar Straus Giroux.
- 福のり子, 1996, 「ショッキング」早川博明・新明英仁・富田章・荻田知子編『ロバート・メイプルソープ展カタログ』アート・ライフ.
- Howard, Richard, 1988, "The Mapplethorpe Effect," Richard Marshall ed., *Robert Mapplethorpe*, New York: Whitney Museum of American Art, 152-9.
- 井口文男, 2010, 「判例研究 メイプルソープ事件Ⅱ」『岡山大学法学会雑誌』60(1): 161-5.
- 加藤隆之, 2008a, 『性表現規制の限界——「わいせつ」概念とその規制根拠』ミネルヴァ書房.
- , 2008b, 「わいせつ判例の混迷」『青森法政論叢』(9): 57-70.
- 小宮友根, 2011, 『実践の中のジェンダー——法システムの社会的記述』新曜社.
- Lynch, Michael, 2000, "Ethnomethodology and the Logic of Practice," Theodore R. Schatzki, Karin Knorr Cetina and Eike von Savigny (eds.), *The Practice Turn in Contemporary Theory*, London/New York: Routledge, 131-48. (= 2000, 椎野信雄訳「エスノメソドロジーと実践の論理」情況出版編集部編『社会学理論の〈可能性〉を読む』情況出版, 195-218.)
- 森英明, 2009, 「時の判例」『ジュリスト』(1374): 88-90.
- 中山研一, 1994, 『わいせつ罪の可罰性——刑法 175 条をめぐる問題』成文堂.
- 奥平康弘, 1984, 『表現の自由Ⅱ——現代における展開』有斐閣.
- 大谷寛, 1981, 「『四畳半襖の下張』事件上告審判決の意義と問題点」『ジュリスト』(736): 56-62.
- Sacks, Harvey, 1972a, "An Initial Investigation of the Usability of Conversational Data for Doing Sociology," David Sudnow ed., *Studies in Social Interaction*, New York: Free Press, 31-74. (= 1989, 北澤裕・西阪仰訳, 「会話データの利用法——会話分析事始め」G. サーサス・H. ガーフィンケル・H. サックス・E. シェグロフ『日

常性の解剖学——知と会話』マルジュ社, 93-173.)

——, 1972b, “On the Analyzability of Stories by Children,” John Gumperz and Dell Hymes eds., *Directions in Sociolinguistics: The Ethnography of Communication*, New York: Holt, Reinhart and Winston, 329-45.

棚瀬孝雄, 2001, 「法の解釈と法言説」棚瀬孝雄編『法の言説分析』ミネルヴァ書房, 1-40.

豊田兼彦, 2008, 「最新判例演習室 刑法 写真集のわいせつ性が否定された事例 —— メイプルソープ写真集事件」『法学セミナー』53(5): 123.

(おかざわ りょう 東京大学大学院学際情報学府・日本学術振興会 boiledend0320@gmail.com)

(査読者 加島卓 小宮友根)

Non-Legal Knowledge used in Legal Judgment on Obscenity of a Work:

An Analysis of Mapplethorpe Case in Japan

Ryo OKAZAWA

Literatures in jurisprudence have criticized the obscurity of judicial criteria for deciding whether a work is obscene or not and tried to make them clearer. However, when judges apply judicial criteria to a particular work, they cannot help using non-legal knowledge. By analyzing the judgment of Mapplethorpe case in 2008 and art critics' texts, this paper shows the possibility that non-legal knowledge used by judges has an influence on legal judgment on obscenity of a work. Through this argument, this paper shows that it is important for normative debate on judicial judgment on obscenity of a work to deliberate non-legal knowledge used in legal judgment. Especially, it can be an important issue to be argued whether judges should refer to special knowledge of art and knowledge based on appreciation experience or not.