



Title	法による文学規制と〈法と文学〉：チャタレイ裁判再考
Author(s)	林田, 清明; Hayashida, Seimei
Description	論説
Citation	北大法学論集, 57(2), 1-50
Issue Date	2006-07-31
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/14547">https://hdl.handle.net/2115/14547</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	57(2)_1-50.pdf



論  
説

# 法による文学規制と〈法と文学〉

——チャタレイ裁判再考——

林  
田  
清  
明

## 目次

- はじめに
- 一 チャタレイ裁判再考
- 二 リーガル・ディスコースとしてのワイセツ

三（法と文学）としてのチャタレイ裁判  
おわりに

## はじめに

チャタレイ最高裁大法廷判決から、約五〇年の年月が経とうとしている。この間に、世界や社会、生活、人々の考え  
方など種々の面での多様な変化があり、当時と事情は大いに異なつたように見える。そこで、第一に、このチャタレイ  
大法廷判決が示した法ルール（規範）は人々を説得する力を有していたか、そしてわが国社会に法的な安定性をもたら  
したといえるのか。もしそうでないとすればそれはなぜか。第二に、約五〇年という時の経過によつて、チャタレイ裁  
判の最高裁大法廷判決のルールが、なお今後ともわが国の社会や知的生活を規制するものとして考えてよいのかを検討  
する。第三に、チャタレイ事件は、法が文学を規制するという「法と文学」研究の主要な領域にある。この領域におい  
て「法と文学」理論はどのように法のパフォーマンスを改善することができるとかを検討する。<sup>(1)</sup>

法による文学規制の領域では、典型的には文学作品による名誉毀損、プライバシー侵害、著作権侵害などがある場合  
に、法が介入することは一般に肯定されている。その理由は、たとえば名誉毀損やワイセツなどの場合には小説や映像  
作品などが外部費用を生じさせるから、これを内部化するために、法による介入・規制が肯定されるのである。また、<sup>(2)</sup>  
著作権の場合は著作からもたらされる外部便益を内部化させるために権利の保護を目的とする法制度とみることができ

## 一 チャタレイ裁判再考

## 1 事実経過と背景

一九五〇年四月から六月下旬にかけて、英国の作家D・H・ロレンス作「Lady Chatterley's Lover」の邦訳書「チャタレイ夫人の恋人」(訳者・作家伊藤整)上下巻本が、東京の小山書店から全国で発売された。一九五〇年六月二六日、最高検は本書の押収を指令し、同年七月八日に発禁処分とした。回収されるまで、全国で上巻八万二九冊、下巻六万九五四冊が販売された。同年九月二七日、翻訳者伊藤整と発行者小山久二郎社長の二名は、刑法第一七五条のわいせつ文書販売の容疑で、起訴された。日本ペンクラブおよび文芸家協会は、この問題に対応するために、特別委員会を設け、また、被告人側は、同委員会のメンバーであった文芸評論家の中島健蔵およびロレンス研究家の福田恆存の二名を特別弁護人とした。<sup>(3)</sup>

検察側の主張は、「戦傷の結果、性交不能に陥った夫クリフォードを持つその妻コニーが性交の満足を他の異性に求めて不倫なる私通を重ねる物語を叙述せる」<sup>(4)</sup>本書の一二箇所の記述が、「人間の憧憬する美は性交の動態とその愉悅を創造する発情の性器なりと迷信し、蔽もなく恥もなき性欲の遂行に浸り人間の羞恥を性欲の中に殺したる男女の姿態と感応享楽の情態とを露骨詳細に描写し」<sup>(5)</sup>たものであるとした。「これがため我国現代の一般読者に対し欲情を連想せしめて性欲を刺戟興奮し且人間の羞恥と嫌悪の感を催おさしめるに足るワイセツの文書」<sup>(6)</sup>とすることにあった。そして、これらは、刑法一七五条およびわいせつに関する戦前・大審院の判決の解釈に従えば、わいせつ文書に該当するとい<sup>(7)</sup>うのが主要な論点であった。

一九五一年五月八日に第一回公判が開始され、同年二月まで三六回の審理を経て、翌一九五二年一月一八日に東京

地裁で判決が言い渡された。第一審は、猥褻の定義として、「一般的に性欲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<sup>8)</sup>」という考え方を示した。また、わいせつ文書を罰するのは、健全な社会生活を守るためにあるという。すなわち「猥褻文書として排除せられるのは、これによって人の性欲を刺戟し、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<sup>9)</sup>」。さらに、このような文書や出版は公共の福祉に反するものであって、刑法によって処罰することは基本的人権の侵害とはならない、と判断した。この結果、翻訳者伊藤整無罪、出版人小山久二郎、罰金二五万円という判決が下された。<sup>10)</sup>

この判決の猥褻の定義が、前記大正四年の大審院の判例や戦後の最高裁判例と類似していることはいままでもない。<sup>11)</sup> ついで、第二審の東京高裁は、伊藤にも共同正犯の成立を肯定し、小山二五万円、伊藤一〇万円の有罪判決を下した。<sup>12)</sup>

最高裁は、わいせつの定義としてつぎの三つの条件を挙げた。「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。」<sup>13)</sup>このうち、羞恥感情は、「普遍的な道徳の基礎」であって、「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。」<sup>13)</sup>

つぎに、刑法一七五条の保護法益および根拠については次のように述べた。「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、羞恥の感情をいだかしめる。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。∴性道徳に關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。」<sup>14)</sup>

さらに、わいせつの判断基準はいわゆる社会通念に基づいて、裁判官が行う法解釈の問題であるとした。「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。…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差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』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。<sup>(15)</sup>

そして、刑法一七五条と表現の自由の関係については、表現の自由といえども公共の福祉による制限に服することがあると判断した。すなわち「憲法の保障する各種の基本的人權についてそれぞれに關する各条文に制限の可能性を明示しているか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〔引用判例省略〕。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る。」<sup>(16)</sup>

チャタレイ事件の最高裁大法廷判決が、田中耕太郎長官の手になるものであることは、その判決文からも判<sup>(17)</sup>決は彼の法律哲学の実践でもあった。田中耕太郎は、法の第一の任務は、法的安定性、平和、秩序であり、第二に正義・衡平であるというラートブルッフの見方に賛成する。法的安定性とは「社会生活において各人間の争いに解決を与え、各人が歩まなければならぬ道を指示する」<sup>(18)</sup>ことにほかならない。そして、「法の適用者たる司法官は法の解釈に關して

も自己の態度を把持していなければならない。而してその態度は単なる主観的のものではなくして、一つの科学的規準に合致するものでなければならない<sup>(19)</sup>とされるものの、どのようにすれば科学的になるかには触れていない。さらに、法の適用に関しては極力主観的な要素の干渉を排斥し「客観的な法に従う」ことを強調しながらも、「裁判官が法に従って裁判するとはいつても、そこに多分の個人的人格的要素が介入する余地があり、裁判官は単なる自動機械でない<sup>(20)</sup>」というのである。

また、田中によれば、法と道德の關係に関して、法は多数の倫理規範を有しているのであって、たとえば偽造、姦淫、殺人、詐欺などは犯罪定型として道德的にも是認されないのである。法は社会生活の秩序の維持を目的としており、法的安定がもたらされるためには、「法の解釈の使命は法律制度及び法律規定に現はれたる立法者の意思を把握し、法的安定を確保するに存する<sup>(22)</sup>」という。田中長官時代の判決で知られたものに、尊属殺人罪合憲判決、「踏んだり蹴ったり判決」として有名な有責配偶者の離婚請求事件などがあるが、いずれも田中は多数意見である。これらの判決には、ほかに保守派の論客として齋藤裕輔裁判官の価値観が色濃く出ているという指摘がある<sup>(23)</sup>。法学者や実務家にありがちな保守的な価値観・イデオロギー、また敗戦によって新生した司法・裁判所の独立した役割と自覚的な機能、法を社会統治の道具と考える法学観などが見て取れよう。

## 2 わいせつの規制と問題点

### (1) わいせつ性判断

一般に、規制される側は表現行為に関わっているから、チャタレイ裁判の大法廷判決で示された猥褻定義の三条件や社会通念に基づく判断基準をめぐって争わざるを得ない。チャタレイ以後のわいせつ裁判を見ると、「悪徳の栄え」事件<sup>(26)</sup>

では、翻訳出版されたマルキ・ド・サドの「悪徳の栄え」の一四箇所にワイセツな箇所があるとされて訴えられた。ワイセツの判断については、チャタレイ最高裁判決の三つの条件を踏襲したが、「その章句の部分の猥褻性の有無は、文書全体との関連において判断され(る)」として、いわゆる「相対的猥褻概念」を採用した。また、表現の自由については文書に猥褻性があれば「性生活に関する秩序および健全な風俗を維持するため」には公共の福祉により制限されるとした。なお補足意見に加えて、田中二郎裁判官ら四名の反対意見がある。また、「四畳半襖の下張」事件では、永井荷風作と伝えられる「四畳半襖の下張」が雑誌に掲載されたことを理由に刑法一七五条の罪に問われた。最高裁は、六項目を挙げて、チャタレイ最高裁判決の猥褻三要件について検討したが、猥褻ありと判断した。チャタレイ判決以降の訴訟の傾向としては、刑法一七五条の合憲性を問題にするよりは、同条の猥褻定義、判断基準や方法をめぐって争われてきたといえるだろう。また、同条による規制の対象範囲を限定することで表現の自由を確保し、また広げようという考え方であった。

また、学界の事情をみると、一九七〇年頃は、「この問題(猥褻と規制)引用者・注)に対する法律家の姿勢は、わずかの例外を除いて、内外ともきわめて消極的かつ保守的であり、たえずブレーキをかけ、しばしばタブーの守護者な<sup>(28)</sup>いしは文芸の抑圧者の役割さえ演じてきた」という状況であった。判例の打ち出したワイセツの意義やその司法判断に対抗できるものがない以上、口をつぐみ、判例の採用しているワイセツ定義を繰り返すのみで、諸手傍観ということであったのだろうか。また、「刑法一七五条の規定が、著しく時代遅れであり、憲法や刑法の原則に照らしても、はなはだ不明確・不適切のものであることは疑う余地がない。にもかかわらず、学説や裁判所の一部を除いて、ほとんど本質的な検討はされていない」と指摘<sup>(29)</sup>されている。

このようなわが国のワイセツ物規制が特殊であることは、アメリカ法との対比の中でつぎのように指摘されている。

「チャタレイの法理は、社会通念、善良な道義観念、普通人、性行為非公然、道徳の退廃等々、本質的に、これ以上の分析を許さない何かがある」<sup>(30)</sup> というのであるが、正当な指摘であろう。その理由はどこに存するのか。

## (2) 時の経過

チャタレイ裁判とくにその最高裁大法廷判決から約五〇年が経過したことは、最高裁の判決やそれによる猥褻の規制そのものが、いわば時の裁きにさらされているといつてよい。<sup>(31)</sup> 一九七三年には、ロレンスの「チャタレイ夫人の恋人」の完訳本が出現した。また、最近になって伊藤整訳の補完訳本も出版されている。<sup>(32)</sup>

また、小説など文字・テキストよりは映像・写真に関する訴訟・事件も増加している。ビニール本事件では、刑法一七五条は憲法二一条に反しないとされたが、この点に関して伊藤正巳裁判官の補足意見では、ハードコア・ポルノと準ハードコア・ポルノに区別して判断する考え方が示された。ついで、ポルノ・カラー写真事件では、団藤重光裁判官の補足意見で、思想・科学・芸術などの価値と社会環境としての性風俗を清潔に保つ精神的な社会環境という保護法益との利益衡量が示された。

わいせつ性を否定する下級審判決も現れた。<sup>(35)</sup> 映倫を通過した日活のロマンポルノ映画が猥褻凶画公然陳列罪に問われた事件である。また、映画「愛のコリーダ」の猥褻性も否定された。<sup>(36)</sup>

このように、チャタレイ事件の昭和二〇―三〇年代よりもわいせつ概念は変化してきている。しかし、その後は目立った判例はなく、論議も沈静化している。そして、論議はむしろ「風俗営業法、青少年保護条例、売春防止法などの問題に移ってきているように思われる」<sup>(37)</sup> と指摘されている。さらにインターネットが普及した今日では、「ワイセツ」は容易に国境を越えて、全世界から情報が大量に流布される状況となっている。文字テキストよりは映像・写真などによる

ものへと時代は変化し、それにつれて取締もこちらの方へ動いてきているといえるだろう。

いわゆるインターネット上の「わいせつ」画像などについては、刑法一七五条の新たな適用領域として、法解釈による規制が行われている。なかでも、刑法一七五条は有体物に限られるのではないか、また、サーバーやハードディスク自体がわいせつ物となりうるのか、さらに、立法的な解決が必要な場合に法解釈という名の下に自由に行われてよいかなどが議論されている。解釈の自由（融通無碍）という最後の問題は次項で触れるが、まず、インターネット上の「わいせつ」表現にも刑法一七五条が適用されている。ホームページ上でわいせつな画像を公開することは同条のわいせつな「図画」の公然陳列罪に当たるとした判例がある。<sup>(38)</sup> また、最高裁や判例は、わいせつ画像データが蓄積されたサーバーやハードディスクそれ自体をわいせつな「物」として認めた。<sup>(39)</sup> 刑法一七五条の規定「文書、図画、その他の物」からみて同条が有体物を前提にしていることが考えられるが、判例は有体物であることは重要ではないと考えたようだ。サーバーやハードディスクには電磁的に記録された記号が存在するにすぎないが、この電子情報もわいせつな「図画」に該当するというのである。

(3) わいせつ規制の根拠

わが国の判例および通説は、刑法一七五条の保護法益を性秩序ないし健全な性的風俗とする点では一致しているといわれる。<sup>(40)</sup> チャタレイ事件の東京地裁判決は、「猥褻文書として排除せられるのは、これによって人の性欲を刺戟し、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」と述べた。また大法廷判決は、「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、羞恥の感情をいだかしめる。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。……性道徳に關しても法はその最少限度を維持することを任務とする<sup>(41)</sup>。いずれにおいても、わいせつ文書によって、人々は理性を喪わされて、性秩序を乱し、ひいては社会を混乱に陥れ、人類を滅亡することになるからという点にある。しかし、司法・判例では、わいせつ規制(刑法一七五条)の「処罰根拠、法益論、表現の自由との関連など、憲法問題を含む原則的な論点は依然として実質的に回避されたままであるといつてよい」と指摘されている<sup>(42)</sup>。

さらに、刑法一七五条を中心とするいわゆる「ワイセツ解釈学(ドグマ)」が限界に来ていたとの指摘もある。そして、将来的には刑法一七五条の見直しが必要になるだろうと予測し、その際に「現行一七五条の解釈テクニクだけでは、もはや、時代の変化に対応できないとかがんがえられるときが到来する」と予想している<sup>(43)</sup>。このような指摘は、憲法学の立場からもなされており、わいせつ文書を規制する根拠が明らかにされなければならないという根本的な疑問が出されている。憲法学的視点から「国家はなにゆえにわいせつ文書を取り締まることができるのか、あるいは取り締まらなければならないのか」と本質的な再検討が求められている<sup>(44)</sup>。とくに刑法が予定していなかったインターネット上の画像や情報をわいせつ物として法解釈というテクニクを用いて拡大適用することは、かえって規定の明確性や刑法解釈の信頼を損なうことがあることに注意すべきである。刑法の立法者の意図や意思をも考慮しないのでは、たんなるわいせつ画像を規制すべしとの価値判断・政策に基づいたものとの印象を与えるからである<sup>(45)</sup>。

わいせつなるものに対する、「反道徳的・モラル的、審美性、わいせつ＝低俗・有害・無益という見方や評価が私たちの意識のうちに存在している。この問題を問うことは、なぜ今日の社会がわいせつに反対し、刑法一七五条をはじめとする、わいせつ法(規範群)によって取り締まるのか、その根拠をあらためて問うことになる。

この点はつぎのように説明されよう。キリスト教やプラトニズムなどの影響を受けて、欲望は、精神と身体という区

別をないがしろにするものであると考えられた。<sup>(46)</sup> 欲望によって、人間という主体がその精神のコントロールを身体に委ねてしまうことになり、人間はその身体へ服従することになる。このために、欲望は否定的に捉えられ、これを鎮め、コントロールすることが人であるという見方が有力になった。人間は欲望のままに行動する動物とは違った存在である。かくして、人間は理性的な存在である。

わいせつ規制は、性的欲望の規制の一環である。M・フーコーによれば、性的欲望を社会的にコントロールすることは完全にはできないし、権力によるセクシュアリティ（性的欲望）の規制は一貫したものではないという。

「性的欲望の装置が伝統的に「指導者階級」と呼ばれてきたものによって設定されたのは、どうやら他者の快樂を制限する原理としてはなかった。むしろそこに立ち現われるのは、彼らがそのような装置Ⅱ仕組みをまず自分自身に試してみたということだ。宗教改革について、労働の新しい倫理や資本主義の飛躍的發展に関して言われ尽くされてきた、あのブルジョワジーの禁欲主義というものの新しい変種であろうか。そこで問題になっていることは、まさに禁欲主義ではない、少なくとも快樂の放棄や肉慾を貶めることではないように思える。そうではなくて反対に、身体の濃密化であり、健康とその機能条件の問題化である。生を最大限にするための新しい技術である。搾取すべき階級の性に対する抑圧であるよりは、むしろ何よりもまず「支配している」階級の身体が、精力が、長寿が、その産み出す子供が、子孫が問題なのであった。そこにおいてこそ、性的欲望の装置が、初めて決定機関となつて、快樂の、言説の、真理の、権力の新しい配分の仕組みとして確立されたのである」<sup>(47)</sup> という。すなわち性的欲望の装置は、搾取される階級そのものの抑圧にあるのではなく、支配される階級の身体、精力、長寿の維持にあるというのである。性的欲望に関する秩序は、社会的、道徳的、宗教上の規則のみならず、社会秩序を維持したり、また再生産することに奉仕する財産や相続法にも埋め込まれているのである。<sup>(48)</sup>

エロスには際限がない。また、エロスのな文芸や演劇は、人間と動物の区別を曖昧にする。これらは、社会の既存の価値体系や選好など基本的な価値や社会の安定性・持続性、それに秩序付けられたヒエラルキー（権威秩序）を脅かすことになりかねない。<sup>(49)</sup>そこで、法がたえずエロスや欲望を監視する必要がある。法がエロスを恐れるのは、性的な越境（逸脱）が、社会秩序を脅かす存在であり、社会に不安定さを生み出す元となるものであるからである。かくして、法は、欲望を規制しなければならないことになる。<sup>(50)</sup>

## 二 リーガル・ディスコースとしてのワイセツ

### 1 ワイセツの不確定性と独占

以上のように、猥褻判断に大きな影響を与えたチャタレイ大法院判決であるが、司法・大法院が意図したような法的安定性をもたらしたといえるのだろうか。

#### (1) 社会通念という基準

チャタレイ大法院判決は、「この著作が一般読者に与える興奮、刺激や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、裁判所が右判断をなす場合の基準は、一般社会に行われている良識すなわち社会通念である」とした。<sup>(51)</sup>社会通念とは、法律学で造語された用語であるが、社会の常識とか良識とかを指すといわれる。社会において一般に行われている、経験則によつて認められた判断の集合ともいえる。いずれにしても多義的で曖昧な概念であるが、判例において用いられる「社会通念」には、それぞれ「経験則」「判断基準」「経験則と評価基準（の一体）」「一般

常識」を示す、四つの類型があるといわれている。一般に、経験則を示す社会通念は事実認定に使われ、評価基準を示す社会通念は法律解釈に係るものである<sup>(52)</sup>。ただし、前記大法廷判決では「文書が与える興奮、刺激や羞恥の感情の程度」を判定する基準も社会通念であるとしている。しかし、これは当該の文書がわいせつ概念に該当するような表現を持っているかどうかは、法的判断ではなく事実判断に属する事柄であり、経験則などに依らなければならぬ<sup>(53)</sup>。

つぎに、社会通念とはどのようなものであるかという点、「個々人の認識の集合又はその平均値ではなく、これを超えた集団意識」であるとしていたのである。集団意識とは何か、どのように認識するのか。また、それがなぜ規範となるのか<sup>(54)</sup>。判例は「性行為非公然の原則」を社会通念の代表例として挙げているが、この「原則」の妥当性にしても、性行為を公然と実行しないことと性行為を文章で表現することとの間には開きがあり、またかりに存在するとしてもそもそも刑法一七五条の対象となるかなどの問題がある<sup>(55)</sup>。

第三に、何をもちて社会通念とするかの決定・選択が裁判官に委ねられている点も問題である。もともと社会通念が裁判官を支配・拘束するはずのものであるはずなのに、「裁判官が社会通念とするものが社会通念となる」ということに帰着するのである。そうすると、すべてが裁判官の主観的判断に委ねられることになるのである<sup>(56)</sup>。

チャタレイ最高裁判決の挙げる猥褻に関する三つの要件は「そのどれを取っても決して明確ではない。むしろそういうものを判断基準とした場合、圧倒的に多くの性に関する文章やフィルムはわいせつになってしまふ可能性があるような、包括的、かつ曖昧なものである。したがって大法廷の示した三つのわいせつの意義は、どうしても直ちに判断基準にはなりえない」と指摘されるものである<sup>(57)</sup>。また、法解釈や推論からみれば、わいせつ性の判断は、刑法一七五条そのものから導き出すことの出来ない、いいかえると法テキストには存在しない社会通念というフィクションに依拠せざるを得ないのである。刑法の内部のみでわいせつ性を判断することはできないのであり、その意味において法が完結し

ており、自律的に判断できる仕組は致命的に欠如しているのである。

二つには、何が猥褻かの判断には、裁判官が、特別に諸ファクター（要因）を考量しなければならない点にある。一般条項とよばれる公共の福祉、社会通念、公序良俗などは、多様な面を持つているがそれぞれについて、裁判官はその広範な裁量を以て多様な複雑な諸要素を格別に考量しなければ、結論には至ることはできないものである。言い方を變えると、わいせつという規範は、それ自体、いわば種々の議論に開かれたテキストであるといえるのである。しかも、その判断プロセスは、判断の基準が曖昧なことから、きわめて「内密」である、つまり私（裁判官）がワイセツであると判断したから「猥褻」である。このような法的判断は、一般条項のみならず、多くの法領域に共通する作業といつてよいが、このような判断の仕方では、かりに判決で意味内容が規定されたとしても、より多くの不確定性が生み出されることは否定できないであろう。

## （2）ワイセツの独占とその弊害

第一に、何がわいせつかが明らかではない。わいせつとは何か、そしてその判断もすべて裁判官・裁判所の手に、いわば独占されたのである。社会通念がわいせつ判断の基本的なところに存在しているが、何時の、また誰（社会のどの階層）の通念なのか。また、なぜそれは将来を拘束するものとなり得るのか。確かに、社会通念が変化し、ついで裁判所がそれに従って判例を變更し、今度はそれが法律解釈の変化や発展になることも十分考えられる。社会通念の実態が動き、理論が再構成され、判決が変わるといふ次第である。しかし、事実認定やわいせつ性の判断も含めて、すべて裁判官の手にあるようでは、十分な理論的發展は期待できない。なぜなら、何がわいせつとなるかが明らかでなくては、罪刑法定主義の趣旨を損ない、ひいては自由な言論・行為が期待できなくなるからである。むしろ、チャタレイ最高裁

のような態度では、チャタレイ事件以後の多くの判決が示しているように、社会通念という一種価値中立的なもの、ないしは社会的にすでに経験的に是認されたものという「社会通念」はブラックボックスとして、裁判官の個人の主観的な価値を規範・ルールとして正当化し、これを社会全般に強制するものとなる。

第二に、わいせつ判断の曖昧さは、法適用の不明確さやその説得性の欠如・不足を生み出さずにはいない。それゆえ、猥褻の規制の領域（主に刑法一七五条や表現の自由、それに条例も含めた行政規制に関連する領域）は、法的には安定しない、いわば不確定性が支配する領域の一つであるといつてよい。曖昧な規範、不都合な、あるいは合理的でない規範は争われることになる。たとえば、著名な浪曲師が吹き込んだレコードの著作権が争われたが、その音楽著作権を否定した桃中軒雲右衛門事件の後には、大学湯事件を待たなければならなかつた。猥褻規制が不確定な領域に存在するという点は、一つには、制定法や裁判所などの公式のルール・規範があり、これと先鋭的に対立する見解や意見に基づいた規範・ルールが存在しうることに<sup>(60)</sup>ある。

第三に、わが国の最高裁はじめ司法は、わいせつとは何かの法的判断にのみ目を向けすぎたのではないか。そこには、司法が道徳的退廃から社会を守らなければならないという、いわば性・道徳十字軍を以て自己を任ずるという道徳的積極主義に陥らざるを得ない。わいせつの定義・判断は司法に独占されているから、刑法一七五条は国民指導の理念・根柢となってしまう危険がある。そこには視点欠落があり、わいせつをめぐる議論は閉塞的な状況に閉じこめられているという指摘に端的に示<sup>(61)</sup>されている。

もう一つの視点とは何か。規制には、一般的に見てプラスの面とマイナスの面が絶えず存在する。刑法一七五条の規制のプラスの面は、わいせつ性を合理的に制限することである。マイナスとは、言論・表現の自由を制限することになることである。とりわけ、表現・言論の自由への関心の高いアメリカ法・司法では、後者の面への言及が多い。たとえ

ば、アメリカのミラー事件におけるダグラス判事とブレナン判事の反対意見は有名である。<sup>(62)</sup> 道徳的価値判断を入れた法的判断であるわいせつの吟味・解釈だけでは不十分といわなければならない。刑法一七五条の規制の根拠や理由がどこに存在するかを今一度再考する必要がある。<sup>(63)</sup> わいせつの判断だけでは、何をどう規制するのかの結論に至るのは、一般に不明確か、不合理なものとなる。

猥褻規制は、猥褻＝道徳的に害悪な、無益なもの、審美的に不快なもの、を公権力が探し回り、社会的悪のレッテルを貼ることによって成り立ってきた。しかし、刑法一七五条の法益が何であるかは未だに明らかにされてはいないか、いまだに議論がなされているという曖昧なものである。むろん、法益が何か、明確であることが望ましいが、明確でなくとも条文がある以上はその補完や実行は裁判所や警察・検察に委ねられているだけなのかも知れない。ともあれ、法益の明確さが欠如していることは、わいせつ性をいかように定義しても、説得的ではなく、不確定性を免れてはいないし、むしろ増幅しているといえよう。

これを受けとめて、有力な刑法学者はつぎのように指摘している。「日本の実定刑法およびその解釈が戦後の憲法による価値観の転換にもかかわらず、いわば上からの秩序維持、本罪〔刑法一七五条Ⅱ引用者注〕の場合については善良な性秩序の維持という観点に傾きやすく、文書による表現の自由という憲法的契機が希薄とならざるをえなかった点の反映と見ることができるであろう。<sup>(64)</sup>」

猥褻の議論だけでは刑法一七五条を議論することはできないのである。わが国での刑法一七五条をめぐる多くの裁判例が「息苦しく」閉塞的であるのは、議論の展望が見えず、裁判所が猥褻なものは猥褻であると自同律的に判断し、宣言するものがそうであると決定されるからに他ならない。そこには対立軸が見えないのである。何のために猥褻を規制しているのが議論されなければならないはずである。

第四に、わいせつの法解釈や推論の中立性を疑う必要がある。法的安定性は司法が目指すべき目標ではあるが、現実的にみれば法的に安定しているものなどあり得ない。社会が変化し、また発展しており、そもそも法が依存している実態が動いている以上、ある時点では安定的に見えるものでも、たえず、不安定さ・不確定さの波によって洗われているようなものである。法的安定性それ自体が、一つのストーリーにすぎない。たとえば、D・ケアリズによれば、「…法的推論は、特定の法的あるいは社会問題に具体的、現実的な答えをもたらさない。法的推論は、合理的で、優秀な、かつまた公平な精神をもった人々がある特定の事件において特定の結果に導くような方法やプロセスではない。(中略)ある決定(判決)の究極の基礎は、その事件のコンテキスト、当事者たち、それに問題の本質を含めた、多様なファクターからなる社会的かつ政治的判断である。その判断(判決)は法的推論に基づいてはいないし、決定されていない<sup>(65)</sup>」である。

裁判所の判決が権威的であるのは、政治的に認められた司法権から発せられているからである。社会のメンバーが正しいと合意しているからではない<sup>(66)</sup>。

「(チャタレイ事件の)最高裁大法院は、これまでの解釈をほとんど踏襲したのみならず、猥褻性判断に関するオルマイティがその手中にあることを宣すとともに、伝統的な、道徳的・社会的秩序維持者としての役割を再確認したのである<sup>(67)</sup>」そこで、つぎに、独占者による法的安定性の押しつけに存在する、ワイセツ判断の独占の弊害を是正する方策は何かが問われなければならない。

## 2 裁判所による「読者の優位」と複数の語り

チャタレイ事件において、検察側、被告人側、そして裁判所という、「わいせつ」をめぐるそれぞれの語りが存在

しており、また、それぞれ対立し、競い合い、どれが法的な判断として通用すべきかの議論が存在していた。

これが示唆するのは、司法ではどのように事件という物語が読まれ、また理解されるかということにほかならない。検察官や弁護士も言語活動によって裁判官を説得しようとする。書面で、また口頭の弁論で、あるいは文字からなる証拠書類などである。裁判官は当事者の主張・立証を聴いて、解決されるべき法的問題の最善の答え・判断を出そうとする。また、裁判官は、手元にある事件について、提出された書類を読み、何が問題かを吟味する。まず、事件の事実関係を把握するためには、事件についての理解が必要となる。つぎに、何がこの事件の法的な問題・イシューかを洗い出して、これに対してどのような解決や学説・立場があるかを理解しなくてはならない。その上で、判決を下すことになる。そこには、事件の事実を理解することには、裁判官である彼もしくは彼女なりに事実を「組み立てる」、つまりは理解するという作業プロセスが潜んでいるのである。事実関係の把握だけではなく、法律問題の扱い方また法的判断においても、認識や理解が必要であるから、事件がどのような「ストーリー」であるのかについて、ナラティブという作業がなされなければならない。ここでナラティブとは、物語をする、もしくはストーリー・テリングという行為である。司法制度が前提にしているのは、弁護士や検察官など法律実務家たちが、言語とくに法的な言葉を駆使して、また、先例や制定法などの権威ある法的なテキストに依拠しながら、裁判官を説得する、また、裁判官も言語を用いて当事者をはじめとして説得するというプロセスである。<sup>68</sup>このように、法律にも言語作用とナラティブが必須であることは言うまでもなからう。

つぎに、物語にはたえず複数の語り・ナラティブが存在する。ある事件や訴訟においても複数の理解や把握があり、そこには原告もしくは検察、そして被告人（被告）、そして裁判官による、少なくとも三つの物語・ナラティブが存在しているのである。裁判や司法過程にもたえず複数の物語が存在しているのである。<sup>69</sup>そこで、つぎの疑問が生じる。

伝統法学では、法テキストの優位が前提とされていたわけであるが、これは何を意味するのか。実際は、読者の優位が取られていたと考えるとよいのか。第二に、複数の読みや物語が存在するならば、唯一の正解(判決)はどのようにして存在しうるのか。第三に、なぜ裁判所の物語が優先するのか、その正当性はどこにあるのか、である。チャタレイ事件(最高裁)では、猥褻性の判断は「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ず、作者の主観的意図によって影響されるべきものではない」とされた。裁判所は、作者の意図は問題とならず、作品の読みによって猥褻性の有無を判断するというのである。これは検察官の考え方も一致する態度である。ところが、一般に、法学では法条文や判例などのテキストを忠実に読むことが基本的な前提とされている。これはテキスト主義であり、とくに条文や判例などの法学テキストは国有の意味を讀者に強制するという「テキストの優位」の考え方が取られる。ではチャタレイ事件において、裁判所がテキストの優位ではなく、「読者の優位」に転換したのはなぜか。また、法学テキスト以外のもの、とくに規制の対象となる作品はむろん、被告人の行為や事実については裁判所が自由<sup>10</sup>といっても刑法の原則や条文の趣旨にしたがってという意味だが<sup>11</sup>に読むという峻別論や二元論がとられていることを示すものであるか。法学テキストとそうではないテキストを区別して、異なった読み方することは可能か。それはまた何のためかが問われる必要がある<sup>12</sup>。

しかし、伝統的に法学においては、裁判官をはじめとする法律家は、事件の解決のために制定法の目的や条文の意図など起草者や立法者などの作者の意図や法律意思の探求に向かうのが通例である。つまり、彼らは、一般に法テキストの中に作者の意図・意思が存在していると考えており、これが法律・条文の意味を明らかにするものである。したがって、法律家は、この意図をテキストの中に、中立的また虚心坦懐に探すことが求められるのである。つまり、伝統的な法律世界では、強制的テキストが存在し、読者の死があるのみであるとされてきた。ところで、罪刑法定主義を謳い、

条文や法律の目的に忠実であると思われる刑法にあつて、とくにわいせつ規制の領域では、条文や目的・趣旨にあまり固執せず、自由な読みを法解釈者である「読者」が行っているのは興味深い。<sup>71</sup>チャタレイ事件の裁判所は、作者であるロレンスの意図通りには、この小説を読まなかつたのである。チャタレイ事件の裁判所も法学テキストの優位という法学的建前とは裏腹に、実は文学理論に沿った読み方をしていたのである。そうであるならば、なぜ彼ら裁判所の読みが通用するのだろうか。

理由の一つは、前述したワイセツの判断の仕方にある。繰り返すことになるが、刑法一七五条の「わいせつ」に関する立法者の考えや立法の沿革史などはほとんど考慮されていない。また、「わいせつ」判断が社会通念というフィクションに依拠しており、さらにそれを裁判官が独占して判断するという構造になっているからである。第二に、現代の問題であるワイセツ規制のインターネット関係への最近の応用を見ても、有体物や電磁的記録などへの適用では、裁判官や法的判断者の自由な読みが肯定されている。これらから、裁判所や検察官の読み方は、文学理論という「読者の優位」にあるといえよう。法学はこれまで制定法や判例など法学テキストの優位や強制的テキストの立場にあると考えられたが、実は作者の死を肯定していたのである。

しかし、つぎの反論もありえよう。それは刑法でもワイセツ規制の領域に限定された方法で、例外的または特殊的にすぎないのではないか。刑法領域のすべてを精査したわけではないので不明だが、この領域に限定されたものではないと考えられる。つぎに、法学者や裁判官たちは、いわば読みのモードを変更して読んでいるのではないかとこの反論もありえる。つまり、制定法や判例など法学テキストについては、テキストの優位という立場で読んでおり、その刑罰判断の対象となるテキストや行為については、読者の優位というモードで読んでるのであって、使い分けているのである。しかし、対象となるテキストによって読み方を使い分けるといふ点は疑問であろう（後述三・2（2）参照）。

本チャタレイ翻訳本をめぐるもう一つの語りあるいはオリジナル・インテント（原意図・原意思）はどこにあったのか。伊藤整は当時すでにロレンスの研究者・翻訳者でもあった。彼は原書の著者であるロレンスをよく理解できる立場にあった人物の一人でもある。この点こそは、伊藤整やロレンスなどの研究者である文学者などの研究がなされてきた領域である。第一審の第一回公判から、検察の起訴状におけるワイセツに対する考え方に疑問が出された。それは、中込検事が起訴状で「牝大神」の有夫の「コニイ」とした表現に関して、福田恆存特別弁護人から、世俗的に牝犬から連想される「インワイな女」（コニイを指す）ものとして使われているが、「牝大神」とは  *bitch-poses*  のことで、ロレンスの作品の中では「男性にとつての世俗的な成功」を意味するものであるのに、検察官は誤解しているとの指摘がなされた。<sup>(73)</sup>

つぎに、『チャタレイ夫人の恋人』の性描写の特質は、記録によると被告人伊藤整自身の反論書である。検察の二カ所に及ぶワイセツの主張に対して、翻訳者伊藤自身の反論や説明が欲しいと裁判官の間でも希望があったようだ。<sup>(74)</sup> 雨の中で森番人のメラーズとコニイが出会う場面がある。伊藤は、「ここは生命そのものの祭典として、極めて美しい部分を形成していることがわかるはずである。「動物のようになし終えた」というのがいやらしいと思うのは、この形容に対する特定道徳からの反感にすぎない」という。「性はこの作者にとつては人間存在の意義の中心点であり、社会に対しては、正しい性関係が「金銭と機械と、全く猿のような無自覚な世界に対する戦いとなる」という風に意識されている。作者の言おうとしている思想が性行為の新しい認識に基づいていることを、我々は明らかに見て取ることが出来る<sup>(75)</sup>」と結論している。

また、亀井秀雄氏は、最近になって発見された、伊藤整自身が裁判対策としての必要から研究した書込みのある新資料の分析から興味深い検討をしている。その一つは、伊藤整自身が裁判の過程で作者ロレンスおよび本件作品の理解を

深めていったことである。たとえば、検察側はつぎのように主張することによって、本件作品の猥褻性を明らかにしようとした箇所の一つである。すなわち「完全なる男女の結婚愛を享樂し得ざる境遇の下に人妻コニイはマイクリスとの私通によつてこれを満たさんと企てたが、本能的な衝動による動物的な性行為によつても自己の欲情を満たす享樂を恣にすることが出来ず反つて性欲遂行中の男性に愉悅の一方的利己的残忍性すらあるを窃かに疑い失望した<sup>(77)</sup>」。これに対して、伊藤整は、「コニイの精神的なトラウマを中心化すること、その後の展開を、メラーズによるトラウマの癒しや、性と愛の一致による『生命そのものの祭典』<sup>(78)</sup>という、再生と至福の物語として整理していった<sup>(78)</sup>」とするのである。

また、右の検討によると、伊藤が裁判という過程の中で、当初は弁護団と同じ次元において、何が猥褻かそうではないかの判断の議論の中にいたが、彼はさらに進化させて、「性の存在論と言うべき言説領域を開いていった<sup>(79)</sup>」と評価されている。かくして「この新しい言説領域の創出なしには、性を政治状況のメタファとする大江健三郎の作品を受け入れる、文学的公共圏は生まれなかった。また、谷崎潤一郎をすぐれて現代的な小説の書き手と評価する、伊藤整自身の新しい批評視点も生まれなかった<sup>(80)</sup>」のであるという。

### 3 情報としてのポルノ・ワイセツと規制

わいせつやポルノの規制に関して今日も議論があるが、とくにアメリカのフェミニズム法字、とくにラディカル・フェミニズムにおいては、ポルノグラフィの法的規制を実現しようという動きがある。すなわち、アンドレア・ドゥオーキンやキャサリン・マッキノン<sup>(81)</sup>は、ポルノは公民権を侵害するものとして、これに対して法的規制をすべきだと主張するのである。これは今日におけるポルノ規制の強力な主張者といえるだろう。実際にミネアポリスやインディアナポリスなどの市では条例の制定を企図する運動やカナダでもワイセツ規制に大きな影響を与えるまでに至っている。彼女らの

ねらいはポルノに關してであるが、現在、法的規制をより積極的に活用しようとする点で注目し値する。

マッキノンによれば、「社会は言語から成り立つており<sup>(81)</sup>」、言語は抑圧の基礎を提供しているとされる。言語の抑圧的諸形式のうちでもっとも効果的であるのがポルノである。ポルノは、女性の劣位性（男性に比較して）と男性への従属を伝達しているのである。かくして、ポルノは、ジェンダーの不平等を構築するのに中心的な役割を果たしているとして、「攻撃」されるのである。ただ、フェミニズム法学といっても多様であるから、ポルノは法的規制すべきというのが異論なく了解されているわけではない。<sup>(82)</sup> マッキノンの主張はつぎの点にある。一つは、ポルノは強姦（レイプ）をするようにし向けるものである。第二に、ポルノのモデルや女優は、ポルノ本や映画のプロデューサーに虐待され、また搾取されている。第三に、合衆国憲法第一修正にもかかわらず、裁判所はポルノの展示（ディスプレイ）の使用を許している。第四に、ポルノは、言論の自由と結びついた社会的便益を何ら有していない<sup>(83)</sup>。

右の主張に対しては種々の反論があり得るが、ここではリチャード・ポズナーの批判を見ておこう。マッキノンの主張に対して、ポズナーは、まず、ポルノは強制的セックスの代替・補完物であるという。つぎに、ポルノモデルや女優の搾取は、ポルノの違法性の人工的産物である。それは、経営者による不法移民労働者の搾取に似ているという。あらゆるポルノが合法化されれば、これらの女性たちは、合法化以前の状態よりもより良くなるという意味において「良好する」であろうという。第三に、ポルノが職場でなら、費用は高いが、他の場合でなら低いし、また間接的であるという。第四に、ポルノは、その消費者には便益もたらすが、重大な外的便益をもたらすものではない。<sup>(84)</sup>

ポズナーは、言論の自由とその制限においても、いわゆるハンド公式を適用できるとしている。ハンド公式は「A × B」であるが、Bは国・政府の介入行為によって思想の蓄積が（stock of ideas）が減少することによる費用（コスト）を示し、Pとは、スピーカー（話し手）によって強調された犯罪が生じる蓋然性（可能性）と定義される。さらに、

しとは、犯罪が生じたことによる社会的費用である。そこで、かりに、事件において、B・H・P・Cであるときには、思想の蓄積が減少する費用が、犯罪が生起することによる費用よりも小さいのであるから、国や政府がスピーカーに対して措置をとることが効率的であるということになる。<sup>(87)</sup>

情報が公共財であるために、情報の価値は市場においても、また政治的にも低く評価されることになりがちである。たとえばフリー・ライダーの存在など、その公共財的性格によって、情報は市場では一般に過少生産されることになる。しかし、市場では最適な量の情報が生産されない、つまり過少生産になるにもかかわらず、政治プロセスでは、むしろ情報を過度に制限しようとする傾向にある。一般に政治家は反対の見解や言論を抑制するインセンティブを持っている。情報の生産者は一般に、情報に対する規制については十分にロビー活動して保護しようとするインセンティブを持たない。言論が政治的なものであればあるほど、これは弱くなる。また、議員や既存の政治家たちは、自分たちの利害を立法的保護する政治的回路や手段、ノウハウに詳しい。<sup>(88)</sup>このため、彼らは過剰な規制をする傾向がある。

このような状況において、公共財としての情報を位置づけることは、反対に、言論や表現を規制しようとする議論に對して、これを強く保護すべき理論<sup>(89)</sup>となりうるのである。憲法理論においても情報の公共財の理論は、分析的にも中心的な役割を担うことになる。より具体的に見ると、まず、言論や表現の自由の保護の中心的な対象が、政治的言論であることはつとに指摘されてきた。<sup>(90)</sup>政治的言論を規制すれば、これらに関わる言動は萎縮することになるから、これを憲法上保護することが必要になるのである。

つぎに、ポルノグラフィやわいせつ文書や図画の場合は、政治的言論とは異なっており、これらは一般に価値がないとも、あるいは有害とも言われそうである。ポルノはほとんどの場合、直接の購入者にとって意味があるが、第三者に伝達されるべき事実や考えなどはほとんどない。エロティックな内容のものは、直接の購入者にとって意味があるだけであり、

第三者への便益はあまりないといえる。この意味で、ポルノも通常の消費財と同じように見ることができるとは。したがって、ポルノだけが過剰に規制されていい訳ではない。通常の消費財と同じように扱えるという意味ではポルノを言論（スピーチ）の一形式として扱う必要はない。<sup>(91)</sup> かりにポルノやわいせつ物を価値のないものとして規制するとすれば、それにつれて表現行為への意欲低下などによって、結果としてより高い価値をもつ言論までも減少させることになることにも留意すべきであろう。

ワイセツ事件と比較的近いと思われる、いわゆる国旗焼却 (Flag burning) 事件を取り上げてみよう。チャタレイ裁判でも、「春本・エロ本の類(たぐい)……カストリ雑誌云々」と文学作品とを区別・峻別するような考え方は、被告人側にも、検察官側にも、裁判所にも散見されるものである。前者は価値が低いから、文学作品とは異なつて扱うべきだという価値観に基づくものであろう。わいせつなもの嫌らしい・下品なもの、見たくない・読みたくない、嫌悪する、役に立たない・メリットはない、規制されて然るべきであるということになるのだから。マツキノンらが主張するように、社会的便益もたらず、また役に立たないものは、当然に規制されてしかるべきなのであろうか。

国旗を焼却する行為は、それが意思表示として、あるいは政治的メッセージとしてなされる場合には、国民や国全体に対する敵対行為を示すものとしてなされることが多い。したがって、愛国者にとつては、有害な<sup>(92)</sup> (offensive) 行為として映るだろう。ハンド公式では、国旗を意図して焼却するのだから、P11であり、しも些細なものではない。ゆえにB×Cは大きいと考えられる。他方、愛国者側から見れば、国旗焼却者は、国旗を焼くという手段よりも、他の手段で自分の意思を伝達できるし、また表現することも可能であるから、Bは一般に低いか、ゼロにすぎないともいえる。とすれば、国旗焼却の場合は、つねにB∧P×Cとなるのであり、国・政府は国旗焼却する行為に介入して差し支えないという結論になる<sup>(93)</sup>。

しかし、第一に、上記Bについては、これが必ずしも無視できるほど小さいことにはならない。というのは、言語よりも映像などの表現行為・パフォーマンスや示威行為の方がメッセージとしての影響力は大きいから、Bはもつと大きいと評価できるだろう。しかし、その場合でも、言葉によるメッセージだけよりも国旗焼却行為がより大きな影響力を持つと見ても、なおB<A<Cであるかもしれない。

第二に、この点で前述した市場における情報の供給と最適性に注意する必要がある。市場では、思想は過小にしか生産されない。つまり、ある思想や考え方にフリーライドすることが可能であるために、情報は最適なレベルまでの生産が望めない。だれも情報を生産しようとしなからである。国旗の焼却を規制すれば、言論は萎縮して、さらに情報は提供されなくなるという悪循環に陥ってしまう。この点を評価する必要があるので、Bはさらに大きく評価されるべきと考えられる。<sup>(94)</sup>

第三に、考え方や思想それ自体に価値がない場合でも、それが人々の選好を明らかにしたり、また将来における行動を解く鍵をもたらす場合には、かなりの価値を持つことになることができよう。これらに注意を払わなければ、国は国民の要望に応えるようなサービスを提供することができなくなる。また、そのようなサービスを提供しなければ、政府は国民の要望や意見には全く無関心か、あるいは政府として機能しなくなり、崩壊することになる。<sup>(95)</sup>このように、国旗焼却という表現行為は、憲法上保証されたスピーチ（言論）といわなければならない。

以上から見る時、わいせつ物に関しても、一般に規制は好ましくないと見えよう。害のない娯楽雑誌やあけすけな情報ものを読むことを大人から奪うことの費用は、子どもたちをそのようなものに曝さないようにすることの便益と比較されなければならない。<sup>(96)</sup>

なお、今日における文学とくにテキストに対する“検閲”の衰退傾向は、今日、文学の影響が比較的小さくなって

いることを示している。一つは、教育が高くなることによって、人々がより批判的な読者となりうる素地ができてきたことによる。<sup>97</sup> 第二に、印刷されたものの、メディアとしての価値が減少してきたことによる。これに替わって映像や写真、デジタル化された情報など、いわば印刷物の競争メディアが登場してきて、これらがさらに重要性を増している。<sup>98</sup> わが国の規制もこちらの方に重点を移しつつある。

### 三 〈法と文学〉としてのチャタレイ裁判

以上まで、裁判所によるわいせつ概念・定義とその判断には、社会的安定性をもたらすといえるほどには説得的ではないことが明らかになった。第一に、わいせつの司法（法的）判断はたえず不確定性が付きまとい、そのゆえに司法の権威に依存するだけではかえって硬直・拘泥したものとならざるをえず、法規範としては説得的ではない。第二に、法のナラティヴという側面、つまり「法の文学性」という面を再評価すべきではないかという課題が示唆された。つぎに、〈法と文学〉研究は、伝統法学の問題点を是正して、具体的に法学にどのように寄与できるかを検討する。

#### 1 法のロゴセンチュリズム（理性中心主義）とチャタレイ裁判

チャタレイ裁判では、わいせつが人間を動物と化し、その理性を喪わしめる点が強調された。チャタレイ最高裁大法官は、「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、羞恥の感情をいだかしめる。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。……性道徳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」<sup>(99)</sup>と述べて、法がいわば「理性の言語」であり、その守護神であるべきことを疑わない。そこには法の理性中心主義の観念が強く見られるのである。法が理性に基づいた営為や学問であることを言うためにはどこがどのようにであるのかが明らかにされなければならない。とくに裁判所による法的判断の場面においては、論理的帰結、判断の客観性・解決の妥当性、さらには法的判断の真実性や一貫性などが強調されてきた。ここではわいせつ判断と関連の深いと思われる真実性と客観性に触れる。

前述までの分析によって、第一に、刑法をはじめとして近代法が持つと考えてきた法解釈の客観性の存在は、ことわいせつ判断に限ってみても懐疑的であることが明らかになった。わいせつの定義とその判断は、裁判官や検察官が思っているほどには客観的ではない。これまでに明らかにしたように、それは不確定であったり、不安定さ・不確実さをもたらすものであった。真実性またつぎに触れる客観性も「解釈の産物」にすぎないし、<sup>(100)</sup>法学における偏見の一つである。ナラティヴ法学はこの点を明らかにするものといえる。

第二に、法的ディスコースにおけるわいせつやその法的規制に関して語られる公式の物語には、そこに考慮されていない人々やグループの観点が入っていないことが明らかになった。裁判所の判断や判決は、一つの特権化された読み、もしくはストーリーに他ならない。しかし、それと相争うストーリーや解釈は無数に存在しているのである。それゆえ、わいせつに關しても法的判断としてある一つの見解を採ることは一つの政治的かつ価値的な判断をしていることに他ならない。法解釈の適用について直接の有資格者は、正当である、あるいは妥当であると装う特権的な解釈をしているにすぎない。いうまでもなく、この社会に公式なものとして通用する見解は政治権力がそれを国民に受け入れるように要請するがゆえに存在しうるのである。

しかし、それとても永遠に存立しうる規範であることはごく稀である。人々の考え方や社会の変化においては忘れら

れ、改められ、新たに確立されて行かざるを得ない運命のものである。この意味で「法と文学」は、人々や社会の変化に応じてゆく視点やストーリーを法に提供しうるのである。

第三に、裁判所が論理的に解釈した判断や結論が真実であるならば、それに越したことはないが、つねにそうであるとはかぎらない。裁判過程そのものは議論のプロセスであり、議論に優位した側が裁判に勝つというシステムである。それは真実を発見するプロセスではないからである。しかも、このプロセスは、労力・資金、当事者はじめ裁判官の能力それに時間とも限られているのである。たとえば、田中耕太郎最高裁判官時代の判決には有責配偶者の離婚請求を否定した判例があるが、このルールが真実であったかどうかは疑問であった。<sup>(10)</sup>

つぎに法的判断の客観性についてみるならば、わが国の法学では、判決が有資格の解釈（判断）者の手になるものであるがゆえ、かつまた、司法権力（それはとりもなおさず国家権力）を背景に持っているものであるがゆえに、これは客観的であると見られているし、またそれが今日でも根強く擁護される傾向がある。判決も裁判官という作者の手になる一つのストーリーにすぎないものである。ある判決の解釈や推論が客観的であるかどうかを判断することは、一般には困難な作業であるが、つぎのような見解がある。

「裁判は主観を生じる。裁判官が事件の事実について知らされているときは、彼はそれらに反応する。彼が上訴裁判所の裁判官であるならば、彼は、当事者たちのオリジナルな現実から、幾分か離れた事実状況に反応することになる。そして、彼自身の意見は本件をさらに擬制することに奉仕するのである。しかし、彼は、現実の事件の影に少なくとも反応しているのである。（意見を）書き始めるや否や、彼は自分自身の主観的なアプローチを以て、当該事件に色づけをするのである。彼が事実を表現することによって、以前の視点と同一とはなり得ない、法についての視点が生み出される。<sup>(11)</sup>」

さらに、法は確かにルール（規範）の体系であるが、法制度や法原理を理解するには、法の中にいるだけでは可能ではない。むしろ、それは社会的、経済的、歴史的、哲学的なコンテキストに依拠しているといわなければならない。

このような法の理性中心主義とそれがもたらす弊害を除くために、〈法と文学〉はどのような寄与をなすことができるか。第一に、法もまた言語から成り立っている。法学テキストの解釈は、文学テキストの解釈に近い、あるいは同じものではないか。R・カヴァーは、法そのものが解釈されるべきもう一つのストーリーにすぎないという<sup>(10)</sup>。また、法とはそれ自体ストーリー・テリング（物語）の特別な形式にすぎない<sup>(11)</sup>。それゆえに、ストーリー・テリングは、個人的経験を記録し、また法言説が被害者のストーリーに目を向けてこなかったことを明らかにすることが可能となる。

法の本質はナラティヴ（語り）にある。物語・ストーリー・テリングは、法の実践や法的思考の中心的な要素である<sup>(12)</sup>。法もまた一つのナラティヴであることは、法や法学テキストがあるイメージに依存していることを示している。それは、法が依って立っている基礎を強固なものとしており、また法の統一性や一貫性を確保するためでもある<sup>(13)</sup>。これは、逆に見れば、法が持っているイメージが変化すれば法や法テキストもまた変容せざるを得ないことを示している。法的イメージもまた変化するものである。

また、メタファーやナラティヴは、法的な物語の知的分析に従事する仕事にも関連している。ナラティヴを重視するナラティヴ法学は、伝統的な法や法的判断の客観性の主張を攻撃することによって、伝統的なモダン法学の公式的な解釈スタイルを批判する重要な手段となっている<sup>(14)</sup>。また、この面での〈法と文学〉は法言説の内部において法について述べられた公式のストーリーにおいては、考慮されていない人々やグループが持っている観点などを取り込むことを可能とすることによって、これまでの法学の改善につながりうる。

第二に、これに対して、「法と文学」には、法律に本質的な議論はいうまでもなく、変化する新らしい知的生活に対

応するような、*「新しい物語をする」*というプロセスが含まれている。<sup>(108)</sup>このように、法律家は、伝統的法学に欠けている、あるいは喪われている異なった声を掬い上げるものとして、この方法を用いることができる。この点で「法と文学」の寄与は、法理論、法学教育レベルでも主要なものとなりうるだろう。

## 2 特権的解釈と交わらない言説

### (1) 読者としての裁判所

チャタレイ事件においては、検察官はじめ裁判官も、ロレンスのこの小説の読者にすぎなかった。ただ、強大な権力をもった名だたる読者だった。伝統法学は、立法者意図や法律意思説などに見られるように、(法) テクストの作者がテキストの意味を所有しており、それを読者に指図しているという考え方をとってきた。作者はテキストを作り出し、読者が意味を探り出すのである。しかるに、チャタレイ事件の各裁判所は、いともたやすく作者の死を肯定し、テキストや読者の優位を肯定した。作者ロレンスの意図、またそれに近いと思われる翻訳者伊藤整の意図は、裁判においては退けられた。だとすれば、法律や条文の解釈・適用においては、テキストの優位が存在し、規制の対象となる小説作品を読む場合には、作者の死つまり読者(＝検察や裁判所)の優位が当然ながら肯定されるという、二元論ないしは峻別論に立っているのだろうか。

また、このような態度が、*「わいせつ法」*に関する裁判所や法律家の一般的な態度だとすれば、法学テキストも読者優位で読まれていることを前提にしなければならない。そして、それは文学批評理論とも軌を一にしていることを再確認する必要がある。それには、立法者の意図を明らかにすることを伝統的に前提としてきた態度変更のみにとどまらず、法解釈そのものをテキスト中心ではなく、読者の優位の観点から再構築する作業が必要になるのである。<sup>(109)</sup>

なぜ法では伝統的に「テキストの優位」を言ってきたかという疑問がある。一つは法にまつわる政治的なものである。もう一つは、主観を客観と装うためである。前者はいうまでもないことであろう。司法の判断は、正当性を有するものでなくてはならない。そして、それは権威的、命令的でなければならない。そのためには判決など法的意思決定が個人の主観からではなく、公式のテキストから導き出されたものであることが必要なのである。司法判断や法解釈では合理的にかつ精査・吟味して、正しい結論に至ったと考えられるものでなければならぬとされてきた。

裁判所が出した結論において、なお意見の不一致や残された議論が存在していたのでは、法的判断そのものへ懐疑を生じるからである。そこでは一つの正しい結論が存在するのであって、他の語りやストーリーの存在を否定するのが望ましい。もしそうでないならば、法的判断は意味不確定あるいは決定不可能の暗い深淵へと落ちざるを得ないことになる。言い換えるなら、それは法自身の虚構性と恣意性とをさらすことになるからである。後者の面は、裁判所の判断も社会的選択のひとつであるが、それには必然的に政治的あるいは道徳的価値判断を伴わざるを得ない。したがって、法解釈者である裁判官は一つの政策決定者として、自分たちのなす選択や決定の基礎となる何らかのものが欲しいのである。判決が主観的判断ではないように装うために法テキストの検討から抽出されたものであることをいうためである。

法における「読者の優位」の意義についてはどうか。むろん読み方自体にも曖昧な領域が存在するが、法において読者の優位を認めることは必要なのか。それは、厳格で、正確でなければならぬ法テキストの意味を曖昧にし、相対化するのではないか。しかし、肝腎なのは、なぜその当該の言説や物語が選択されるのかの判断プロセスと議論に目を向けることなのである。チャタレイ裁判の法的結論やわいせつの定義が複数の見解や物語の内の、一つにすぎないことを視野に入れることが重要なのである。そこでは、法解釈という行為は、権威に装われている社会的選択の一つであるというを念頭に置く必要がある。

(2) 法学テキストと文学テキストの峻別

法律家・法律実務家は、法律問題を分析し、法的な意見を形成し、制定法を解釈し、判例を一致させたり、また区別したりして実践する。ある法理についてその政策的な正当性を提供したり、裁判官などの法的意思決定者の行為を予測したり、顧客にアドバイスしたり、その法的な立場のために説得的な議論を展開している。<sup>(10)</sup>そこで重要なことは、その法的議論が説得的であることと、また、どちらかという旧来の議論を整理して詳細に類型化して、裁判所や有力な法律家などの司法上の権威に依拠するやり方が多いが、法らしい形式を備えていることである。そこには、発見や創造の過程というよりも、議論を整理して絞ってゆく手法が大事であり、新しい議論の方法はあまり好まれないのである。しかし、現代社会の変化や人々の意識のたえずなる変化を考えれば、このような法学の方法にはたえず限界があることはいうまでもない。<sup>(11)</sup>

チャタレイ事件における中込検事や各審の裁判所の言説と訳者・伊藤や多くの文学者たちの言説とは相容れることなく、両者の言説は交わることはないのだろうか。しかし、諦める必要はない。第一に、いうまでもなく法は言語から成っているという事実である。言語の使用にはたえずなる世界の再構築や再テキスト化が必要になるのである。<sup>(12)</sup>読むことは経験やテキストとの相互作用（インタラクティヴ）であり、また、広く社会や人生経験との相互作用でもある。言い換えると、ガダマーが言うように、過去の地平と現在の地平との融合があるのである。テキストは、文化との絶え間ない相互作用であり、これによってテキストの意味は明らかにになる。したがって、法学テキストや法言説だけが社会と没交渉で、不変な存在であるとは考えにくいからである。

第二に、解釈は変化する。法解釈といえども時代の産物であることは今日誰も否定はしないだろう。法解釈はたえず変化するのである。ある解釈によってオリジナルな意味が与えられたならば、それがどこまでも後世の解釈や判断を拘

東するというのには一面的な見方にすぎない。法解釈は発見と創造の両方でなければならぬ。そこには単一のオリジナルな意味など存在しないのである。<sup>(13)</sup> 解釈の変化をもたらし実態としての社会もそれ自体また変化するのである。社会の変化は技術革新によることも多いが、それとても多くは言語作用を通じてである。

第三に、ナラティヴあるいは物語の力が存在する。デイルガドローはつぎのように述べている。「法的かつ政治的ディスコースが起こりうる背景に関する諸前提や、受け入れられた英知、それに共有された理解といった思考様式を破壊する強力な手段となりうる」という。<sup>(14)</sup> 他方、文学上の言説も固定的なものではなく、たえず争いの場にあるといつてよい。法学における言説は權威に従うが、これとは違って、文学上の競争の場は市場の概念のように分権化されたものである。<sup>(15)</sup> このように、ナラティヴは、客観性の主張を攻撃することによって、法のモダニズムが持つ、形式的な解釈スタイルを批判する、重要な媒体となりうるのである。

ところで、法がナラティヴであるとしても、法や法律家が関心を持っているのは、法的言語もしくは法的主題や思考であるという反論がある。しかし、第一に、法は、自らが作った法的ストーリーにのみ依存できるわけではない。法的ストーリーは現実世界にそれが関わるものである以上、たえず現実の変化に対応して再構成されざるをえない。言い換えると、それはつねに新しいストーリーに依存せざるを得ないのである。ちょうどわいせつ概念のある特定の時期の「社会通念」によって定義付け得たとしても、わいせつを支える意識、価値観、それにメディアや技術の進歩が絶えず変化する限り、わいせつ概念もまた一定ではあり得ない。プライバシー、セクシュアル・ハラスメント(性的嫌がらせ)など、多様な声や経験を、取り入れ、また聴くことによって、法は新しい時代への対応をしてゆかざるを得ないのである。このように、文学的ストーリーと法的ストーリーとを区別しようとする試みは不可能である。法そのものが言語的構成の一つにすぎないのである。この意味で、法は特権化されたテキストではない。

第二に、一般に、法は現実世界を支配し、君臨するものとして考えられがちである。そのために法は万能と見られたり、法学にはほとんど無限のものが蓄積されていて、新しい時代や問題にオールマイティのように振る舞うことができると考えられがちである。しかし、それはいわば法学の思い上がりにすぎない。これに対して、ナラティヴは、多様性、声なき声、掘り起こし、などの機能を担いうるから、「法と文学」は、法的規制の対象として文学を見る、もしくは読むのではなく、広いコンテキスト・文脈の中に作品を入れて読むことを可能としている。

「法と文学」は、このような法の一面的な見方や規制としての対象としてしか見ない傾向を改善するものとして存在しうるのである。一方で、法の抽象的な言葉や理性の信奉という好みに対して、そこから漏れ落ちた、また無視・軽視され、さらには否定されてきたものに目を向けることができるのである。他方、それはまた単に「落ち穂拾い」的な、周縁的で補完的なものばかりではなく、中心的なあるいは法の確固たる基礎として考えられてきたものへの懐疑を抱かせ、根本的再考や再構築を促す契機となるものである。このようにナラティヴは、現実世界の社会的構築と見られるのである。<sup>(17)</sup>

さらに、チャタレイ事件とその後の「わいせつ」事件の判決は、法的判断がきわめて直感的であり、そのために解釈という名の下でなされた法的判断の大部分をレトリックに頼らざるを得なかった。わいせつ判断は、論理・ロジックで判断されたのではなかった。また、この判断は、過去の蓄積である同種同様な事件の判決からの演繹的な方法で得られた結論でもなかった。ここでは、法的判断は過去の事例からの経験的な論証によっても判断できなかったのである。この点で、レトリックそのものが法においても重要であることは、法律家といえども否定はしないだろう。法がレトリックの面を持ち、これに頼らざるを得ないことは、文学研究がこの点でも法的判断や法学の理解そのものにも十分に寄与しうるものであることを示しているのである。<sup>(18)</sup>レトリックそのものは、聞き手を効果的に説得する方法でもあるが、

当該の事件で解決されなければならない本質的問題の判断を回避する手法ともなりうるのである。

(3) 法的答え

文学理論を用いて、法的な結論や正しい答えに至ることができるか。一つの正しい結論に至る明確な方法や判断基準は存在しない。この意味においては、「法と文学」は解釈的な懐疑に立っているといえるだろう。ある規定や判例ルールが曖昧であれば、この法テキストを解釈する解釈者自身の好みや価値判断が法解釈の中に入り込む。チャタレイ判決でも、刑法一七五条の「わいせつ」概念は曖昧であるし、また、その判断基準とされる「社会通念」それ自体も、前述のように、不確定であった。ならば、最高裁の判事たちの個人的な―それは政治的支配階層のそれと共通する―価値観や性道徳・秩序観などに関する好み・価値判断が入ったものと見うるものである。

問題は、さらに、このように法解釈が個人的好みや価値判断に帰せられるとすれば裁判所をはじめとする「司法権力は独裁に相当する解釈を強制することができることを意味する」<sup>(10)</sup>ことになることである。とすれば、刑法にしる、憲法にしる、「条文は裁判官の個人的な好み・価値を強制するための正当化として使われかねない」<sup>(11)</sup>のである。

「伝統法学では、法的決定は制定法の条文や先例などの権威あるテキストの解釈に依拠していると考えられてきた。しかし、「法と文学」では解釈とは、自己と状況との、解釈を必然的に伴うより広い作業として理解される。このため、法解釈は、伝統法学のように、権威あるテキストの解釈によるのではなく、役割、社会的実践、文化的なアイデンティティーの意味にかかっているのである。そして、それは、絶えず文化的なコンテキストを再形成し続けているのである。法と文学はより大きな文化の一部として法を解釈・評価することになるのである」<sup>(12)</sup> そのための方法や考え方、ここではわいせつに関するナラティブの力を信じるほかはないように思う。そのためにも「法と文学」の研究方法を取り入れ

ることが重要となろう。

(4) 理性の言語と道徳

まず、法は理性の言語である面が強調されてきた。チャタレイ事件の各判決をはじめわいせつ判断には、必然的に道徳的評価や審美的な視点が入らざるをえない。伝統法学にとっては、「言語は理性による議論のためのルールでなければならぬ。このため、他者を説得しようとする者は、理性的議論に依拠せざるをえないのである」<sup>(12)</sup>

「法と文学」の論者のなかには、一般に文学作品の読者やその一部である法律家の道徳を向上させようとするとする見方もある。むろん、作家や文学者が道徳的に優れているのではないが、この面は、法を道徳の最小限度とする多くの法律家の考えと相容れるから、わいせつ判断など改善を促す余地があるといえるだろう。

つぎに、前述のように、近代では人間は合理的に欲望をコントロールすべき存在とされた。このため道徳や法はエロスや欲望を支配・コントロールするものという意識が強かった。欲望は人が本能的に振る舞うこと、また性的な動物であることを肯定して、理性が感情や欲望に屈服するものと考えられた。ことに性的欲望であるエロスは、人の身体と結びついており、ときに常軌を逸したものとなり得、男女や社会の階層を問わずに広がって行く傾向がある。さらに、これは社会の正しく築き上げられている文化や秩序・制度にとって危険な存在となりうる。かくして反文化、反社会的な要素を持つエロスは社会の大きな不安定要因となり、社会秩序の安定性を破る強力な源となりうるのである。それは各人が理性的・合理的に自己をコントロールするのが正しいという人間性それ自体を脅かすものとなりうる。それゆえに、法という道具を用いて、社会の安定性をもたらすためには、これを監督し、支配下に置いておくことが重要となる。かくして、法は一定の性的行動を禁止したり、処罰したりすることで欲望を監視し、また、ある場合には他の性的行動を

一定程度有すことでこの欲望をコントロールしようとしてきた。<sup>(13)</sup> このような意味において、「エロティックな劇また作品は動物と人間との区別をなくするような作用を持つのである。再生産を考慮せずに性的行動に走ることは、文字通りに欲望に身を委ねることであり、成果なしに出損する無駄な行為に他ならないという倫理的評価が与えられるのである」<sup>(14)</sup>

以上は法の理性中心主義の特徴を示しているが、法が理性性に基づくものであるとするのは一つのストーリーにすぎない。今日の私たちはより現実の人間を知る方法と考え方を持っている。法は多様に变化する私たちの生活や行動を規律するために、抽象的とならざるを得ない面があり、その意味で、私たちの日常生活から分離しているところがある。これに対して、文学は法が抽象化して曖昧にしたものを明らかにすることによって、法と私たちの日常生活とのギャップ（乖離）や法に必然的な曖昧さを再び明らかにしうるのである。法は、齟齬なく統一的・画一的に解釈・運用されることを目指すのに対して、文学は、私たち自身や日常生活、そして世界そのものの複雑さを明らかにする役割を果たすのである。これらの面を明らかにすることによって、文学研究は变化する日常や私たちについて再考し、また改善する機会を提供しているのである。

### おわりに

チャタレイ裁判における司法・裁判所のわいせつ判断も一つの見解に過ぎない。それは、判断者のモラルをはじめとする価値判断や法学観・政治的立場に基づいたものである。今日まで約五〇年、この見解が唯一の公式のものとしてわが国社会に法的安定性をもたらしたとはいえないことは、その後の幾多の訴訟事件が提起されたことでも明らかである。この見解をはじめとしてこれまでの考え方も、さらに多くの語りの出現によって争われるべきである。

つぎに、法学に唯一の正しい答えなど存在しない<sup>(126)</sup>。また正解が言語作用を駆使することによって求められ得るとする態度も改める必要がある。むしろ、複数の解からなぜそれが司法の解として、社会的に正当化されるかのプロセスや議論に目を向ける必要がある。法学において法学テキストの優位が太前提であるかのように説かれてきたが、ここわいせつ規制の領域においては、それは採られていない。法学のテキスト主義は裁判所や法的判断者といういわば、特権的な法的「読者」の「自由な」読みを、さも客観的なものとして装うための取繕いに近いものである。

第三に、あるトピックを用いた法の研究は、重要な法学教育となりうる。法的なトピックを研究することによって法文化を学ぶことができる。「法と文学」はこのようなトピックを提供するのである。こうして法的なトピックは法律実務を特徴づけることになる、理解の共通のツールとなるのである。また、わいせつの法的判断の内核には、前述のように「社会通念」が存在していることを認めるとしても、これには社会構成のメンバーである人間の理解や洞察が前提となっているはずである。どこのどのような階層の人や集団を想定しているかも避けて通れないが、無数の人々の属性や特徴を抽象化して一定の人間が持つている人間性やモラルを法学的に作出しているのである。そこには少なくとも人間性の理解がなくてはならないし、人間性の理解に文学が寄与しうることを誰も否定はしないだろう。

- (1) チャタレイ裁判は、わが国の「法と文学」研究の「法としての文学」の領域に属する。林田清明「法と文学」の諸形態と法理論としての可能性(二)(一・定) 北大法学論集五五巻四号五五頁、五号一頁(二〇〇四―〇五) 参照。なお二〇〇五年には、チャタレイ裁判の当事者である作家、「伊藤整生誕一〇〇年市立小樽文学館特別展記念講演会・シンポジウム『よみがえる伊藤整』」(二〇〇五年六月一八・一九日) などが催された。

- (2) Richard Posner, *Law and Literature* 320 (1st. ed., 1988).

(3) 弁護人側は、正木吳主任弁護人、環昌一・環直弥両弁護人のほかに中島健蔵・福田恆存両特別弁護人が加わった。環昌一は、のちに三木内閣時代に最高裁判事に任命される(在任期間一九七六・三・二七―一九八二・四・一)。弁護人側の方針は正木主任弁護人の主導で方針が決められたようだ。この事件は、新憲法下での表現の自由の問題として、社会的にも注目を集め、新聞紙でも「芸術か猥褻か」として、文芸界と検察・取締側といった対立図式で喧伝された事情がある。たとえば、毎日新聞一九五二年五月八日「文化界も真ツ二つ ワイセツか文学作品か」、日本経済新聞一九五二年五月七日「『わいせつ』か『芸術』か」などの記事が見える。

(4) 小澤武二・チャタレイ裁判公判ノート一巻一七―一八頁(一九五二)、伊藤整・裁判(一九五二、筑摩書房)、のち伊藤整全集一二巻九頁以下所収、同全集二五―二六頁(一九七四)(以下、伊藤全集一二巻として引用)。原作を問題とせず、邦訳本を問題にすることの奇妙さの指摘は、中野好夫「チャタレイの求刑に寄せて」文芸九巻一号四四頁(一九五二)など。

(5) いずれの引用も伊藤「裁判」全集一二巻二六頁。なお、チャタレイ裁判における検察・弁護側と伊藤整の立場の相違を説明する「チャタレイ裁判」と検閲の影(二〇〇五年八月)『亀井秀雄の発言』〈<http://homepage2.nifty.com/k-sekirei/otaru/chatterley.html>〉(二〇〇六年六月現在)がある。

(6) 大判大正七・六・一〇新聞一四四三号二二頁「猥褻ノ文書图画其ノ他ノ物トハ性欲ヲ刺戟興奮シ、又ハ之ヲ満足セシムヘキ文書图画其ノ他一切ノ物品ヲ指称シ、從テ猥褻物タルニハ人ヲシテ羞恥厭惡ノ感念ヲ生セシムルモノタルヲ要ス」(ワイセツ性否定)。

(7) 中込検察官による検察側の論告によれば、本書「チャタレイ夫人の恋人」が発売された後の、読売新聞一九五〇年五月三〇日の「編集手帳」、同新聞同年六月五日の中野好夫筆の記事「風紀」などによつて同書が社会的に問題であることが指摘されたようだ(伊藤「裁判」全集一二巻二四一頁による)。本件被告人伊藤整が裁判そのものをどのように見ていたかは一つの関心である。彼自身が公判にすべて立ち会い、陳述・見聞きし、判決後に公判記録を自ら読み直して書いた「裁判」は記録文字としても一つの方向を示しているが、裁判への熱意と説得とに満ちたものである。

なお、チャタレイ裁判に関する文献は多いが、当事者の手になるものとしては、他に公判中に連載された、伊藤整「伊藤整氏の生活と意見」(一九五四)のち同全集二巻(一九七三)所収、主任弁護人であった正木吳「チャタレイ裁判に

おける基本的人権論争」基本的人権の研究（一九五四、勁草書房）、同「チャタレイ事件」同著作集一卷（一九八三）などがある。

(8) 東京地判昭和二七・一・一八高刑集五卷一三三二五二四頁、二五二八頁。

(9) 同二五三〇頁。また、伊藤・裁判、全集一二卷三九二頁。

(10) 第一審の相馬貞一裁判長の判決後の談話が新聞（夕刊）に記載されている。それによると、本事件が難しい事件で、「割り切れないものを無理に割り切れといわれるようなもので、苦勞した：判決については、賛否両論がやかましく起るだろうが、もつともの事だと思ふ」との感想を述べた（伊藤・「裁判」全集一二卷四二二頁）。担当裁判官の感想が聞けるというのは今日では嘘のような話だが、この談話そのものが契機となったわけではないが、後に田中最高裁長官は、裁判について「裁判官は弁明せず」として「公開」を禁じた（田中耕太郎「裁判官は弁明せず」初出・ジュリスト八七号（一九五五）、同「裁判と世論」法の支配と裁判八九頁（一九六〇））。裁判所の語りそのものは、三審制という制度的にも、また制度の背後にある司法権力のヒエラルキーからも、支配や干渉の絶えざる過程にある。

(11) 前注6参照。また、最判昭和二六・五・一〇刑集五卷一〇二六頁は、「徒らに性欲を興奮又は刺激せしめ且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し善良な性的道義觀念に反するもの」（同一〇二七一―一〇二八頁）を援用して、「我が国現代の一般読者に対し欲情を連想せしめ、性欲を刺戟し、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。本判決の裁判長であった齋藤悠輔裁判官そして真野毅裁判官も、後にチャタレイ大法廷判決に参加することになる。

(12) 東京高判昭和二七・一二・一〇高刑集五卷一三三二四二九頁。

(13) 最大判昭和三一・三・一三刑集一一卷三九九七頁、判時一〇五号七六頁。

(14) 同、一〇〇四―一〇〇五頁。

(15) 同、一〇〇五―一〇〇六頁。

(16) 同、一〇一頁。

(17) 彼の考えや著書に依拠した表現や文が随所に見られる。この点を明確に指摘するのは、団藤重光「チャタレイ裁判の批判」中央公論七二卷八号四五、四六頁（一九五七）。田中耕太郎は、戦前は一九二二年から一九四六年まで東京帝国大学法学部の（商法）教授であり、日本国憲法の制定時には吉田茂内閣の文部大臣として、その制定に署名している（憲法前

- 文参照)。のち参議院議員に当選し、一九五〇年三月、やはり吉田茂内閣によって最高裁判所の第二代長官に任命された(在任期間、一九五〇・三・三一―一九六〇・一〇・二四)。この後、国際司法裁判所の裁判官に選ばれた。田中長官時代に公刊された訓示・年頭の辞・挨拶・式辞から分析した、石田雄「内容分析による田中耕太郎最高裁長官の観念構造の究明」社会科学研究二二巻一号―一二頁(一九七〇)がある。冷戦構造期でもあり、また国内の政治的・社会的混乱時期とも重なっており、長官としての立場またスピーチの性格上、社会における法の役割や司法の独立などを強調したものが多い。
- (18) 田中耕太郎「司法官の使命とその限界」法律哲学論集三巻一七二頁(一九五二)。  
 (19) 同、一六三頁。
- (20) 田中耕太郎「裁判官の良心と独立について」法の支配と裁判五六頁(一九六〇)。  
 (21) 田中耕太郎「法と道徳」ほか、法律哲学論集一卷五一―一二九頁(一九四二)。  
 (22) 同、一八、二九―三〇頁。また同二四九―二五五頁参照。
- (23) 最判昭二五・一〇・一一刑集四巻二〇三頁(合憲)。真野・穂積の両裁判官の反対意見と齋藤悠輔裁判官の補足意見がある。のち違憲、最大判昭四八・四・四刑集二七巻三号二六五頁。
- (24) 最判昭二七・二・一九民集六巻二号一〇頁(否定)。
- (25) 野村二郎・最高裁物語上巻一六六、一七八頁(一九九四)。
- (26) 最大判昭四四・一〇・一五刑集三三巻一〇号一二三九頁。田中久智「文書とわいせつ(2)―悪徳の栄え事件」マスコミ判例百選(第二版)三三二頁(一九八五)、阪口正二郎「わいせつの概念」憲法判例百選Ⅰ[第三版]一一二頁(一九九四)など参照。
- (27) 最判昭五五・一一・二八刑集三四巻六号四三三頁。江橋崇「わいせつ文書頒布等禁止と表現の自由(1)―四畳半襖の下張事件」マスコミ判例百選(第二版)三三六頁、角替晃「わいせつの概念の再構成」憲法判例百選Ⅰ[第三版]一一四頁。
- (28) 清水英夫・法とマス・コミュニケーション一七一頁(一九七〇)。
- (29) 同、二二七頁。なお、奥平康弘「わいせつ文書規制と表現の自由」同・表現の自由Ⅱ(一九八四)参照。
- (30) 阪本昌成「わいせつ物規制に関する日米の比較法的考察」判タ四二三号一四、二六頁(一九八〇)。アメリカにおいて文学との関係で議論するものとして、F. F. Lewis, *Literature, the Law of Obscenity, and the Law* (1976); W. B. Lockhart &

- R. C. McClure, *Literature, Obscenity, and the Law*, 38 Minn. L. Rev. 295 (1954); H. Kalven, Jr., *The Metaphysics of the Law of Obscenity*, 1960 Sup. Ct. Rev. 1.
- (31) わが国のわいせつ規制の歴史を概観したものに、清水、前注二八、一七三頁以下参照。
- (32) ロレンス・チャタレイ夫人の恋人（一九七三）、羽矢謙一訳、講談社文庫）、D・H・ロレンス・完訳チャタレイ夫人の恋人（一九九六、伊藤整訳Ⅱ伊藤礼補訳、新潮文庫）など。
- (33) 最判昭五八・三・八判集三七・二・一五頁。堀部政男「わいせつ文書頒布等禁止と表現の自由（2）」マスコミ判例百選（第二版）三八頁（一九八五）。
- (34) 最判昭五八・一〇・二七判集三七巻八号二二九四頁（カラー写真事件）。
- (35) 東高判決昭五五・七・一八判時九七五号二〇頁（日活ロマンポルノ事件控訴審）。
- (36) 東高判昭五七・六・八判時一〇四三号三頁。浦部法穂「わいせつ文書頒布等禁止と表現の自由（3）」マスコミ判例百選（第二版）四〇頁（一九八五）。一九八七年の刑法改正で第七条の二に「電磁的記録」の定義が追加された。
- (37) 中山研一・わいせつの可罰性一八七頁（一九九四）。有害情報の規制については、山口いつ子「風営法改正と青少年保護」法時七〇巻一・号四一頁（一九九八）、田島泰彦「青少年保護と表現の自由」法時七四巻一・号四九頁（二〇〇二）、松井茂記・インターネットの憲法学一六一頁以下（二〇〇二）、永井善之・サイバー・ポルノの刑事規制（二〇〇三）、尾島明「児童ポルノの規制と表現の自由」ひろば五五巻一〇号六三頁（二〇〇二）、園田寿・児童買春・児童ポルノ処罰法の成立、『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集三巻—現代社会と刑事法』三〇七頁（二〇〇〇）、圓谷勝男「表現の自由と刑法一七五条」比較法（東洋大）三二二号八三頁（一九九五）など参照。
- (38) 東京地判平八・四・二二判タ九二九号二六六頁（ベッコアメ事件）、大阪地判平九・一〇・三判タ九八〇号二八五頁（朝日放送ホームページ書換え事件）など。インターネットにおけるわいせつ規制につき、山中敬一「インターネットとわいせつ罪」高橋和之Ⅱ松井茂記編著インターネットと法七三頁以下（第二版、二〇〇二）、加藤昭「インターネット上のわいせつ画像情報と刑法一七五条」研修六〇四号九一頁（一九九八）、藤原宏高・サイバースペースと法規制二八七頁以下（一九九七）参照。
- (39) 最決平一三・七・一六判タ一〇七二号一五七、一五九頁は「わいせつな画像データを記憶、蔵置させたホスト・コン

- ビュータのハードディスクは、刑法一七五条が定めるわいせつ物に当たるといふべきである」とした。本件判例批評は山口雅高・法曹五六巻二号二六九頁(二〇〇四)、瀧波宏文・警察公論五七巻六号五〇頁(二〇〇二)など。同事件の下級審判決は、大阪高判平一・八・二六判時一六九二号一四八頁、京都地判平九・九・二四判時一六三八号一六〇頁(アルファネット事件)。また、堀内捷三「インターネットとポルノグラフィ」 研修五八八号三頁(一九九七)、前田雅英「インターネットとわいせつ犯罪」ジュリスト一一二号七三頁(一九九七)、山口厚「コンピュータ・ネットワークと犯罪」ジュリスト一一一七号七三頁(一九九七)など。
- (40) 中山、前注37、五頁。
- (41) 前注13、一〇〇四—一〇〇五頁。
- (42) 中山、前注37、一八九頁注(2)。ほかに、奥平ほか・性表現の自由(一九八六、有斐閣・人権ライブラリ)、曾根威彦・表現の自由と刑事規制(一九八五)。
- (43) 武田誠・わいせつ規制の限界一七一頁(一九九五)。
- (44) 奥平康弘「わいせつと「社会通念」」法セ一九七九年二月号二、四頁。
- (45) 山中敬一「インターネットとわいせつ罪」高橋II松井、前注38、八三—八七頁は、刑法上物とされている規定を情報に拡大することは法解釈の限界を超えたと指摘している。このほか、園田寿「わいせつの電子的存在について」サイバーポルノに関する刑法解釈論 関大法学四七巻四号一頁(一九九七)、同「メディアの変貌—わいせつ罪の新たな局面」刑法の諸相(中山研一古稀祝賀論文集第四巻)一六七頁(一九九七)、松井、前注37、二二七頁以下など。刑法解釈一般につき、福田平「刑法の解釈」同・刑法解釈学の基本問題三頁以下(一九七五)、阿部純二「刑法の解釈」中山研一ほか編現代刑法講座一巻一〇一頁(一九七七)など参照。
- (46) Richard Posner, *Sex and Reason* 357 (1992).
- (47) M・フーコー・性の歴史I 知への意志一五六頁(渡辺守章訳、新潮社・一九八六)。
- (48) 同 一五六頁。
- (49) T. Eagleton, *William Shakespeare* 48-57 (1986).
- (50) フェミニズムの立場からは、女性はエロティシズムの中心に位置するが、それはしかし、矛盾した対象としてである。

- 法によるエロス行為の規制は女性をその支配下に置くことでもある。Maria Aristodemou, *Law and Literature: Journeys From Her To Eternity* 86 (2000).
- (51) 前注13、一〇〇五頁。
- (52) 石井良三「判例から観た社会通念」民事法廷覚え書二五六、二五八頁以下(一九六二)。また、阿部純二「刑法判例と社会通念」法時五二巻五号三五頁(一九八〇)。
- (53) 大法院の社会通念の扱いについての考え方が誤っていると指摘するのは、石井、同二五九頁、「そうでなければ、事実の認定が裁判官の裁量に左右され、客観性を失ってしまうからである」という。
- (54) 日活ポルノ事件第二審判決(東高判決昭五五・七・一八、前注35)は、チャタレイ事件最高裁判決のこの部分を引用して、「猥せつ性の判断基準たる一般社会における社会通念とは規範的概念といわなければならないことに帰着する」といったのである。
- (55) 本最高裁判決の真野裁判官は少数意見で、「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」と指摘した。なお、団藤、前注17、五四頁、武田、前注43、五七頁など。
- (56) 清水、前注28、一九二―一九三頁、阿部、前注52、四〇頁、武田、前注43、六三頁など。
- (57) 奥平康弘「わいせつと「社会通念」」法七一九七九年二月号二、六頁。
- (58) 大判大三・七・四刑録二〇輯一三六〇頁(桃中軒雲右衛門事件)。
- (59) 大判大一四・一一・二八民集四巻六七〇頁(大学湯事件)。
- (60) 法規範の不確定性の検討をめぐりに負っている。L. Solum, *On the Indemnity Crisis: Critiquing Critical Dogma*, 54 U. Chi. L. Rev. 462 (1987)。本文に挙げた以外にも、第三に「カテゴリ上の理論的な区別からも生じる。循環的な理由付けのプロセスに陥るからである。Kennedy, *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, 130 U. Pa. L. Rev. 1349 (1982)。第四に、いわゆる政策的判断と呼ばれるパブリック・ポリシーに法的判断が依拠することである。Kennedy, *Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique*, 33 Stan. L. Rev. 387 (1981)。わが国でも法解釈が価値判断やポリシー判断に依拠することを嫌うことから窺えよう。
- (61) 阪本、前注30、一九頁。

- (62) Miller v. California, 413 U.S. 15, 93 S. Ct. 2607, 37 L. Ed. 2d 419 (1973). ポルノグラフィを文学的、芸術的、政治的もしくは科学的な価値を本質的に欠いた、好色でエロティックなもの (material) と定義する。英米判例百選四八頁(第三版、一九九六)。
- (63) 武田、前注43、一―二三頁参照。
- (64) 中山、前注37、三四―三五頁(原注略)。ほかに前田信二郎「わいせつの意義」刑法講座五卷一六六頁(一九六四)。
- (65) Kairys, Law and Politics, 52 Geo. Wash. L. Rev. 243, 244-247 (1984). 法規範の不確定性(論)はいわゆる批判的法学研究 (critical legal studies) の出発点ともなっているもので、不確定性テーゼとも呼ばれるが、これに「キ」Kennedy, Form and Substance in Private Adjudication, 89 Harv. L. Rev. 1685 (1976); Kairys, Legal Reasoning, in D. Kairys ed., The Politics of Law: A Progressive Critique 1-9 (1982); Singer, The Players and the Cards: Nihilism and Legal Theory, 94 Yale L.J. 1 (1984) など参照。しかし、法規範の不確定性の議論は新しいものではなく、ことに一九二〇―三〇年代のリーガリアリズム(法現実主義)の理論運動にも見られた。
- (66) Levinson, The Rhetoric of the Judicial Opinion, in Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., Law's Stories 187, 194 (1996).
- (67) 清水、前注28、一九二頁。
- (68) Farber & Sherry, Legal Storytelling and Constitutional Law: The Medium and the Message, in P. Brooks & P. Gewirtz eds., supra note 66, at 37, 40. わが国でも司法制度のこの基本的な側面は異ならないだろう。なお、法的言語ではない言語コードが使われるときの不利さにつき、田中克彦・法廷に立つ言語一四〇頁以下(二〇〇二、岩波現代文庫)参照。
- (69) 芥川龍之介の短編に今昔物語に題材をとったといわれる『藪の中』(大正十一年(一九二二年)一月「新潮」初出)があるが、これは、ある一つの事件をめぐる、多様な読みや語りが存在することを示している。
- (70) 林田、前注1、参照。
- (71) 前注43―45の本文参照。
- (72) 伊藤全集一二巻二六頁。
- (73) 同、二九―三〇頁。
- (74) 同、一六二頁参照。反論を口頭でなされると困るので、文書にして提出し、公判では読み上げたことになったという。

- (75) 下巻二二五頁下段五行。
- (76) 伊藤全集二二卷一七八頁。
- (77) 小澤武二・チャタレイ夫人の恋人公判ノート(論告・弁論・判決篇)二〇頁(一九五二)、亀井秀雄「戦略的な読み―〈新資料〉伊藤整による『チャタレイ夫人の恋人』書き込み」隔月刊・文学六巻五号一五一、一六一頁(二〇〇五)参照。なお、亀井秀雄・伊藤整の世界(一九六九)参照。
- (78) 亀井、同二六八頁。
- (79) 同二六九頁。
- (80) 同。
- (81) Catharine MacKinnon, *Only Words* 30, 106 (1993). 邦訳は、C・A・マッキノン・ポルノグラフィ―「平等権」と「表現の自由」の間で(柿木和代訳、一九九五)。
- (82) *Id.* at 13. なお、マッキノンの考え方に対する批判は、E. Jackson, *Catherine MacKinnon and Feminist Jurisprudence: A Critical Appraisal*, 19 *J. Law & Soc.* 195 (1992).
- (83) フェミニストのすべてがポルノグラフィの積極的規制に賛成しているわけではないことは、ヴァレリー・ブライソン・争点・フェミニズム二二六頁など(江原由美子監訳、二〇〇四)参照。
- なお、ポルノグラフィに対する見方や定義については、ほばじ・マッキノンと同じ見方をする、Catherine Itzin, *Pornography and the Social Construction of Sexual Inequality*, in Catherine Itzin ed., *Pornography: Women, Violence and Civil Liberties* 57 (1992).
- (84) MacKinnon, *supra* note 81; Andrea Dworkin, *Pornography* (1979).
- (85) Richard Posner, *Economic Analysis of Law* 698-699 (6th ed. 2003).
- (86) 一般には、不法行為の過失あるいは損害賠償の存否の基準として適用される。United States v. Dennis, 183 F.2d 201 (2d Cir. 1950), *aff'd*, 341 U.S. 494 (1951).
- (87) Posner, *supra* note 85, at 694; Posner, *Free Speech in an Economic Perspective*, 20 *Suff. U. L. Rev.* 1 (1986). 性規制全般についても、Richard A. Posner, *Sex and Reason* (1992).

- (88) Farber, *Free Speech without Romance: Public Choice and the First Amendment*, 105 *Harv. L. Rev.* 554, 564 (1991).
- (89) *Id.* at 556.
- (90) わが国の政治的言論に関しては、佐藤幸治「政治的言論制約の法理」法七増刊・言論とマスコミ六四頁（一九七八）、奥平康弘・表現の自由Ⅲ二二―二九〇頁（一九八四）、君塚正臣「扇動罪と破防法」阪大法学四二巻四号五〇―一頁（一九九二）など。
- (91) Farber, *supra* note 88 at 565.
- (92) それ自体曖昧な概念であるが、国旗を焼く側の者もある意味では愛国的といえるだろう。
- (93) 国旗焼却・冒涇におけるシグナル意味と機能については、E・ポズナー・法と社会規範一六八頁以下（太田勝造監訳、二〇〇二）参照。
- (94) Farber, *supra* note 88; Posner, *supra* note 85, at 699.
- (95) Posner, *supra* note 85, at 699. 刑法やとくに刑事政策の面では欠かせないデータ収集と解析が必要であろう。また、フリーも性の語りが隠蔽される以前の社会が存在したことの意義を説き明かしている。M・フリーコ、前注47、第二章、桜井哲夫・フリーコ―知と権力二五七頁（二〇〇三）参照。
- (96) Richard Posner, *Economic Analysis of Law* 737 (5th ed. 1998).
- (97) Posner, *supra* note 2, at 333.
- (98) Posner, *Law and Literature* 343 (revised ed. 1998).
- (99) チャタレイ大法廷判決、前注13、刑集一一巻三号一〇〇四―〇五頁。
- (100) 「真理は、解釈の産物であり、事実は、ディスタールによって構築されたものであり、客観性は、眉唾ものの解釈がいっつか大手をふってまかりとおるようになったものである」とT・イーグルトン・文学入門三五三頁（新版、大橋洋一訳、一九九七）。
- (101) 最判昭二七・二・一九民集六巻二号一〇頁（「踏んだり蹴ったり」事件）の有責配偶者による離婚請求の制限も、後の最大判昭六二・九・二民集四一巻六号一四二三頁によって一部緩和された。
- (102) Richard Weisberg, *Poetics: And Other Strategies of Law and Literature* 17 (1992).

- (103) Robert M. Cover, *Justice Accused* 1-7 (1975).
- (104) 法とナラティブの関係は多様である。 Guyora Binder & Robert Weisberg, *Literary Criticisms of Law* 201-291 (2000); Paul Ricoeur, *The Rule of Metaphor* (1978).
- (105) Brooks, *The Law as Narrative and Rhetoric*, supra note 66, at 14, 16.
- (106) Peter Goodrich, *Law in the Courts of Love: Literature and Other Minor Jurisprudences* 112 (1996).
- (107) Gary Minda, *Postmodern Legal Movements* 155 (1995).
- (108) Richard Rorty, *Consequences of Pragmatism* 221 (1982).
- (109) アメリカではすでに読者の優位 (reader-response theories) から法解釈を捉えなおすべくさまざまな議論がある。 Fajan & Falk, *Against the Tyranny of Paraphrase: Talking Back to Texts*, 78 *Cornell L. Rev.* 163 (1993).
- (110) Balkin, *A Night in the Topics: The Reason of Legal Rhetoric and the Rhetoric of Legal Reason*, in P. Brooks & P. Gewirtz, eds., supra note 66, at 215.
- (111) 伝統法学の基本的内容と考え方および問題点につき、林田清明「ポストモダンと法解釈の不確定性」瀬川編私法学の再構築一四五頁参照(一九九九)。
- (112) West, *Law as Language*, 60 *Tex. L. Rev.* 415, 419 & 425 (1982).
- (113) 林田、前注1、とくに五五巻五号二頁以下、また、イーグルト、前注100、一〇八頁など。
- (114) Delgado, *Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative*, 87 *Mich. L. Rev.* 2411, 2413-14 (1989).
- (115) 文学もまた政治的な制度に他ならない。Aristodemou, supra note 50, at 7.
- (116) 林田、前注11、一四五、一五八―一六二頁など参照。
- (117) Gewirtz, *Narrative and Rhetoric in the Law*, supra note 66, at 13.
- (118) Posner, supra note 2, at 372. 文学のレトリックの面が法に寄与できるとしている。
- (119) S. Levinson, *Law as Literature*, in Sanford Levinson & Steven Mailloux eds., *Interpreting Law and Literature* 155, 168 (1988); Guyora Binder & Robert Weisberg, supra note 104, at 154-160.
- (120) Levinson, id at 162.

- (121) Binder & Weisberg, *supra* note 104, at 199-200.
- (122) Farber & Sherry, *Legal Storytelling and Constitutional Law: The Media and the Message*, *supra* note 66, at 51.
- (123) Aristodemou, *supra* note 50 at 87.
- (124) *Id.* at 85; そこには功利主義や資本主義、キリスト教の精神などがある。わが国でも、すでに明治期において自慰行為や夫婦間の性以外のすべてを「浪費」とする考え方があったことにつき、上野千鶴子「解説(三三) 日本近代思想体系二 三卷(風俗性) 五三四頁(一九九〇) 参照。
- (125) 伝統法学でも比較的リベラルサイドからの指摘として、「一つだけの正しい解釈があるというわけではない」「妥当な解釈あるいはそれと同じ意味での正当な解釈を、われわれは求めることになる。」伊藤正己||加藤一郎編現代法学入門「第三版」七二―七五頁(一九九二)。
- (126) Balkin, *supra* note 110, at 221.