

〔判例研究〕

了仙寺秘仏写真事件

東京高判昭29・11・12高刑集7巻12号1709頁(昭27(う)3627)

最二小判昭33・6・6判例集不登載(昭30(あ)731)

原 田 保

I 序言

本件は、仏教寺院で所蔵されていた物件の写真等が「猥褻」であると認められて、その販売・販売目的所持につき当該寺院の住職が刑法175条で処罰された事例である¹。本件が学会で特に大きな話題とされた形跡は見当たらないが、被写体の宗教的性質を含めて刑法解釈上の議論を要する点が幾つかあると認められるので、刑事宗教法研究の一環として若干の検討を行う次第である²。

1 田口守一ほか編『寺社をめぐる刑事判例（下級審篇）』愛知学院大学宗教法制研究所紀要28号（昭56）27頁「寺院秘仏の写真の猥褻性」は表題付記出典判例集の再録である。本判例評釈として、内田文昭「いわゆる「秘仏」の「写真」は刑法一七五条の「猥褻物」か」若原茂編『宗教判例百選』2版（別冊ジュリスト109号、有斐閣、平3）100頁。

2 本件については、出典判例集に第一審判決・弁護人控訴趣意・控訴審判決が登載されているものの、いずれも一部省略であり、上告審裁判は判例集に登載されていない。研究のため静岡地方検察庁下田支部・下田区検察庁に本件確定記録閲覧謄写を申請したところ、下田区検察庁で保存されている第一審裁判書・控訴審裁判書謄本・上告審裁判書謄本（上告趣意書を含む）の閲覧謄写を御許可頂き、貴重な情報が得られた。関係各位の御高配・御手数につき、この場を借りて感謝申し上げますところである。

II 事実概要³

1 了仙寺および秘仏の沿革⁴

本件は、静岡県下田市（当時は下田町）所在の法順山了仙寺（日蓮宗）所蔵物件に係るものである。同寺は、寛永12年（西暦1635年）に徳川3代将軍・家光が命じて建立させた寺院であり、安政2年（西暦1854年）の所謂「下田条約」締結の地として著名である。

大正時代から、了仙寺檀家総代を務めていた某素封家が家財を投じて多数の性器崇拜関係物件等を収集していた。同人が死去した後、了仙寺住職（本件被告人の先代）がこれを譲り受けて同寺境内に建設した「武山閣」で「秘仏」⁵の呼称を以て供覧を開始した。拝観者は多数あったが、日中戦争中に戦時下の処置として供覧は中止された。戦争中、米軍の空襲により了仙寺は武山閣を含めて被災したが、疎開中の秘仏は戦災を免れた。

- 3 本章記述の際には前掲註1～2資料の他に下記新聞記事も参照した。新聞記事引用は同所記載略号による。紙名に付した括弧書きは国会図書館所蔵マイクロフィルム請求記号である。本件当時の朝日新聞地方版は同図書館に所蔵されておらず、全国紙東京本社版に本件関係記事は見当たらない。静岡新聞伊豆版は静岡③以外には接しなかった。

毎日新聞（東京本社）地方集刷版（YB301）静岡版

昭27・6・12朝4面静岡版(1)(2)-----性コレクション適当に処理-----毎日①

昭27・7・27朝4面静岡版(1)(2)-----わいせつ物公開陳列-----毎日②

読売新聞地方集刷版（YB295）下巻・静岡版

昭27・6・12朝8面静岡読売-----了仙寺秘仏閣を善処-----読売①

静岡新聞（YB30）

昭21・10・14朝2面-----幽閑の仏像公開-----静岡①

昭27・8・24朝3面-----下田のエロ寺蘇生-----静岡②

昭27・9・19朝4面伊豆版-----エロ解除で大賑-----静岡③

- 4 前掲註1～3資料および目黒遊「下田港にあり「秘仏閣」」同『エロ寺傑作展』（大陸書房、昭52）143頁参照。同書は、性器崇拜に関する調査研究であり、卑猥なものではない。前掲註1～3掲記資料を含めて記述が相互に異なる場合は信頼性が高いと判断した事実を記載した。

- 5 寺院の「秘仏」は、礼拝対象物件を非公開として宗教的権威を保持する趣旨のものが多い。本件「秘仏」は了仙寺自身の礼拝対象ではなく随時拝観可能であるから一般的な「秘仏」とは趣旨が異なるが、同寺自身も本判例もこの呼称を使用しているので、本稿もこれに従う。

2 秘仏供覧再開の経緯

敗戦後の昭和21年に、了仙寺は秘仏供覧を再開して収益を戦災復興に充てることとし、下田町も観光繁栄を期待して同調した。そこで、了仙寺住職（本件被告人）および下田町長は秘仏公開公認の願書を下田警察署長宛に各々提出し、下田警察署長はその趣旨を諒とする副申添付の上でこれを静岡地方検察庁に申達した。これに応じて同庁検察官が3回に亘り同寺で秘仏を調査したが、公開に対する許可も禁止も行われなかった⁶。了仙寺住職は、検察官が現物を確認しながら禁止しなかったので検察庁の黙認が得られたと理解し、下田警察署に届出の上で秘仏供覧を再開した。但し、秘仏本来の宗教的目的を冒瀆しないよう、供覧の際には同寺住職が説明を行うこととし、酒気を帯びた者および18歳未満の者には拝観を許していなかった⁷。

こうして、了仙寺秘仏は再び多数拝観者を集めるに至り、占領軍関係者や司法関係者・警察関係者の拝観もあった⁸。そして、了仙寺は秘仏を勝手に写真撮影する拝観者の要求に応じるべく秘仏写真を来訪者に販売するようになり⁹、これは下田町観光課でも頒布され¹⁰、下田町を訪問した来賓に対する町長からの慣例的贈呈品になった¹¹。また、各地の各種展示会に美術品・学術品として秘仏写真が出展されることもあり、概して文化的価値ある収集品として高く評価されていた¹²。更に、了仙寺は本堂修理財源の一助として昭和25～26年頃から境内に土産物売店を設置して秘仏写真だけでなく性交図入りハンカチ等の各種物件も販売するようになった¹³。

6 弁護人控訴趣意。弁護人高橋銀治上告趣意4頁には検察官から口頭の承認が行われた旨の記載があるが、他に同種情報はない。

7 静岡①、弁護人控訴趣意。検察庁発足は昭和22年であるが、出典表記に従う。

8 弁護人控訴趣意、弁護人高橋銀治上告趣意2頁。

9 弁護人高橋銀治上告趣意2頁。販売開始時期に関する情報はない。

10 弁護人高橋銀治上告趣意5頁。

11 弁護人控訴趣意。

12 弁護人控訴趣意、弁護人高橋銀治上告趣意2頁。

13 控訴審裁判書2丁裏。

その頃、了仙寺に対する下田条約締結地としての史跡指定に関して、静岡県教育委員会は秘仏を同寺から分離することを条件として指定を申請し、文部省はこれを了承して、文化財保護委員会は昭和26年に仮指定を行った。ところが、了仙寺は「秘仏閣」を建設して秘仏移転先とする旨を独断で決定し、その場所が同寺境内であるため文化財保護委員会が難色を示して紛糾することとなった。この問題については、了仙寺・檀家総代・下田町・観光協会・町民代表の協議によって文化財指定に沿うように処理する旨の合意が、昭和27年6月11日に成立した¹⁴。

3 捜査および訴追

前記合意の直後、昭和27年6月12日に秘仏写真等に対して捜査が行われ¹⁵、更に同年7月26日に秘仏本体に対して検察官による捜査が行われて「封印」され、秘仏を展示していた宝物館は閉鎖同様の状態になった¹⁶。その1ヶ月後、同年8月23日に一部の極端に猥褻な秘仏を除く大部分の物件について「封印」が「解除」された¹⁷。

14 毎日①、読売①。合意成立日の記載はないが、6月12日の報道であることから6月11日と推測される。どちらの記事にも「適当に処理」「善処」の具体的内容は全く記載されておらず、不明である。

15 静岡③。同記事中で6月12日の措置は主体の記載なく「手入れ」との表記に留まるが、概して捜索等の捜査を指す言葉であり、静岡②は7月26日に「地検下田支部の手入れ」があったと記載しているので、6月12日の措置も捜査であったと推測される。また、静岡③は6月12日の措置につき「エロ土産物事件」の名称を付して9月17日の罰金刑宣告を記載しているので、本判例の秘仏写真等に対する捜査であったと認められる。しかし、強制捜査か任意捜査かは、断言し得る資料がなく、判然としない。また、新聞が「地検支部」と「区検」とを正確に識別しているか否かにも疑問があるが、この点は探究しない。

16 毎日②、静岡②。毎日②は「実地検証」、静岡②は「手入れ」と表記しているところ、いずれも検察官の措置である旨を明記しており、毎日②は「わいせつ物公開陳列」と表記しているので秘仏本体に対する捜査であったと判断できる。この捜査も強制か任意か判然とせず、両記事中の「封印」は、差押の上で了仙寺に保管を命じたとの推測もできるが、毎日②にある「任意に公開をやめてもらった」との担当副検事談話に鑑みれば法令外措置の可能性もあり、意味不詳である。

17 静岡②。前掲註16で述べたように「封印」が差押なら「解除」は還付の筈であるが、同記事にはその他の秘仏につき「任意保管の形式で公開しない誓約書を寺院側より提出させる」との記載があり、法令外措置の可能性もあって意味不詳である。

以上の捜査¹⁸につき新聞で報道された捜査主宰者は検察官¹⁹であり、警察官による旨が明記された捜査の報道はない。警察官の捜査もある²⁰が、本件捜査は当初から検察官主導で遂行された様子が窺われる。この種の犯罪においては異例と認められるが、理由を明示する情報は見当たらない。

そして、昭和27年6月1日に実行された性交図入りハンカチ1枚180円の販売および同年7月12日に実行された同種ハンカチ等各種物件の販売目的所持につき、了仙寺住職は猥褻物²¹販売・販売目的所持罪で起訴された²²。秘仏本体に関する猥褻物公然陳列罪については、不起訴処分が行われたと認められる²³。

18 秘仏写真等の土産物に対する捜査が「6月12日」とであるという静岡③の記事には疑問がある。認定された犯行日と報道された捜査日とを順に列挙すると、

6月1日 土産物販売罪実行

6月12日 土産物捜査

7月12日 土産物販売目的所持罪実行

7月26日 秘仏本体捜査

となるが、7月12日の犯罪に関する捜査は同日以後の筈であり、7月26日の秘仏本体に対する捜査が2週間前の土産物販売目的所持罪に関する証拠収集になるとは考え難い。売店での販売罪の嫌疑は当然に当該売店での販売目的所持罪の嫌疑を伴い、売店に入れば必然的に販売目的所持罪実行を現認するから、訴追に係る販売目的所持罪実行は同罪捜査と同日になる筈である。誤記・誤植の疑念もあるが、第一審裁判書記載の販売目的所持罪実行日は「7月12日」であって出典判例集に犯罪実行日の誤植はない。同罪捜査は「7月12日」であって静岡③の「6月12日」が誤植であると考えれば合理的に理解できるが、確証がないので可能性の指摘に留める。

19 毎日②に捜査指揮者として下田区検察庁副検事の名が記載されている。なお、同記事では副検事名の一部に誤植がある。

20 第一審裁判書1丁裏～2丁表の証拠標目には司法警察員作成に係る供述調書3本が掲げられている。

21 本判例は一貫して猥褻「物」と表記しているが、写真は「図画」である。罰条の相違は生じないが、罪名表記の正確性を欠く。

22 罪となるべき事実では住職と妻との共謀が認定されているが、被告人は住職だけであるから、妻は起訴猶予になったと推測される。起訴・不起訴の新聞報道は見当たらず起訴状も不起訴裁定書も廃棄済であるため各裁定の日付も不起訴理由も確認できないが、6月1日および7月12日の各犯行について9月17日に判決が宣告されたという経緯に鑑みれば、起訴は7月下旬ないし8月初頭頃と推測される。

23 秘仏本体については、弁護士控訴趣意に不起訴処分への言及があり、捜査されたにも拘らず起訴されていないので、不起訴処分が行われたと判断する他ない。そして、起訴の可能性がある時点で証拠物に対する「封印」を「解除」とは考え難いので、不起訴処分は8月23日の封印解除の直前頃と推測される。

4 本判決後の動向

本件各審級裁判について論じる前に、裁判以外の動向を略述しておく。

第一審判決の罰金宣告は昭和27年9月17日であるが、その翌日である同年同月18日から、了仙寺では性器崇拝関係物件がまた一般観光客の拝観に供されることとなった²⁴。そして、これらの物件は、昭和33年6月6日の上告審判決による有罪確定の後も、相当の長期間に亘って展示され続けていた²⁵。

しかし、現在の了仙寺宝物館は、従前と相当に異なる状況に変化している。施設名は「了仙寺宝物館／黒船美術博物館」という併記になり、爾後に収集したものを含めて、ペリー来航や下田条約に関する物件の展示が中心となっている。かつて主眼として扱われていた性器崇拝関係物件の展示は著しく縮小されており、平成28年以降は年少者来訪への支障をなくするために同物件の展示を完全に止めて「黒船ミュージアム」に変更する予定の

24 静岡③。8月23日の封印解除に際して「解除された秘仏には逸品はないしまった事件後で微妙な関係にあるので直ちに公開するのは慎むべきだと思う、当分は自粛し公開する場合はいかなる方法を講ずるのがもつとも妥当であるかは研究してからにしたい」との了仙寺住職の談話が静岡②に記載されているが、静岡③によれば了仙寺住職と檀家総代との協議を経た供覧再開理由は「秋の行楽シーズンをえたので」であり、静岡②記載諸事情の考慮如何は不明である。

また、秘仏供覧再開は第一審判決の翌日であるところ、供覧再開に際して同判決が考慮されたか否かも不明である。秘仏本体は訴追対象にならなかったが、それでも、秘仏写真に関する有罪判決の翌日に秘仏供覧を再開するという行動には有罪判決を深刻に受け止める姿勢が見受けられず、これは犯罪報道の一般的傾向からすれば「無反省」との批判が想定される事態である。

しかし、供覧再開を報じた静岡③は、「エロ解除で大賑」との見出しを付した観光の報道であり、刑事裁判については「なお」の語を付して「了仙寺は罰金十萬円の処罰をいい渡され、控訴する模様である」との記載しかない。新聞は本件を「犯罪」「刑事事件」という深刻な事態として報じる姿勢を全く持っていなかったと認められる。

25 展示物件の変遷を調査した訳ではないが、本稿筆者は大学2年生当時の昭和45年に同級生数名（全員男性）と共に下田を訪れた際に地元の見知らぬ中年男性から勧められるまま全員で了仙寺秘仏を拝観したことがある。我々全員が「刑事法研究会」所属の法学部学生であったにも拘らず、本判例を知らず、秘仏のことも知らなかったが、ラマ教仏像等の性器・性交を表現する展示物があつたと記憶している。

由である。²⁶

下田市の全体的状況としても、今日の下田観光はペリー来航に始まる幕末外交史にはほぼ一本化されており、本件当時の下田観光が専ら了仙寺秘仏に依拠していたと認められることと全く異なる。²⁷伊豆急下田駅改札口は黒船を模した形であり、同駅前にはペリー艦隊旗艦サスケハナ号の模型が設置されている。市内には幕末外交史関係の展示施設が幾つもあり、マンホールの蓋にも黒船が描かれ、「ペリー・ロード」の愛称が付された街路もある。

このような下田市全体の状況の中で、了仙寺は自らを幕末外交史の中心たる下田条約締結地と明確に位置付ける展示を意図したと認められる。

Ⅲ 判旨

1 第一審

第一審・下田簡判 昭27・9・17は、物件の一部について猥褻性を否定²⁸

26 この点は、平成27年8月7日に本稿筆者が下田区検察庁において本件確定記録を閲覧謄写させて頂いた後に了仙寺宝物館において見聞したところによる。

なお、了仙寺宝物館／黒船美術博物館HPの「秘仏コレクション」紹介には、「いたずらに性的な関心をあおる低俗な秘宝館のような展示ではなく、性を人間の生き方から見た宗教を探究することを展示の目的としています。」との記述がある。文化的価値を明確に肯定する内容であるが、展示を止めた後の取扱については情報を得ていない。

27 現状は下田市に行けば直ちに一目明白に判るところであるが、本件当時の状況については「観光下田が客寄せの唯一の手段を失った」という静岡②の秘仏封印に対する表現が象徴的である。

28 出典判例集には表題部で第一審を「静岡地方裁判所下田支部」と記載して参照登載第一審判決末尾で裁判所名を「下田簡易裁判所」と記載するという齟齬があるが、第一審裁判書は「下田簡易裁判所」のものであり、出典判例集表題部記載は誤記である。控訴審裁判書は主文の前に「―昭和二十七年九月十七日静岡地方裁判所下田支部が云渡した判決に対し―」とタイプ打ちした裁判所名を「下田簡易裁判所」に手書き修正しており、出典判例集表題部記載と符合する誤記がある。

したが、前記ハンカチ 1 枚の販売および同種ハンカチ等³¹29品目合計9249点に及ぶ各種物件³²の販売目的所持につき刑法175条前段後段³³を包括して1罪成立を認定し、罰金10万円・不完納労役場留置日額1000円および当該販売目的所持に係る物件の没収を宣告した。しかし、猥褻性判断基準に関する説示はなく、量刑の理由に関する説示もない。

29 控訴審判決にその旨の記載があるところ、第一審判決本文に当該判示はないが、第一審裁判書3丁表～4丁表および控訴審裁判書10丁表～11丁裏の各没収品目録中で「三四 絵葉書（袋入り）四〇八組」に「但し第二輯中西蔵大聖歡喜天像及び江戸御殿女中の張型の写真を除く」との括弧書きが付されており、これが第一審による猥褻性否定と認められる。しかし、その次の「三五 絵葉書 八一八九」にはこのような括弧書きがない。疑問があるが、探究方法はない。

また、公知の事実として前者は性交暗示の抱擁像であり後者は模擬男性器であるから、猥褻性否定が当然視されるべき物件であるとは考え難い。没収品目録中には「一八 サック付張形 六」があり、この物件に関する猥褻性肯定との整合性を欠く可能性もある。しかし、猥褻性判断基準が説示されていないので検討不可能であり、疑問の提示に留めざるを得ない。

30 出典判例集は「男子性交図入りの白絹製ハンカチーフ」と記載しているが、第一審裁判書は「男女性交図入りの白絹製ハンカチーフ」と記載しており、出典判例集記載には誤植・脱字がある。

31 第一審判決は、本文で「右同種のハンカチーフ」と記載し、没収品目録で「白地性交図入りハンケチ」と記載している。控訴審没収品目録での記載は「白地交接図入りハンカチ」である。また、没収品目録にある他の2種類のハンカチは第一審没収品目録でも「ハンカチ」である。同一・同種の物件について3種類の異なる表記が行われているが、合理的理由があるとは認められず、その意味で不適切である。

32 没収品目録によれば、「絵葉書」と表示された秘仏写真が、袋入り408組、単品8189枚、と圧倒的に最多である。しかし、前掲註29で指摘したように宗教と無関係な性的物件があり、ハンカチ以外にも「盃」「煙草ケース」「麻雀牌」「花瓶」「扇子」「パイプ」「楊枝入れ」といった実用品が多々ある。いずれも秘仏や他の性的描写を付した物件であると推測されるが、没収品目録の記載からは具体的内容を知ることができず、猥褻性認定の可否を検討することは不可能である。

33 本件当時の刑法175条後段に規定されていた販売目的所持は、平23法74の改正により同条2項の有償頒布目的所持になった。

34 本条の罪につき数行為を包括して1罪という法適用は判例・学説上の合意事項であると認められる。団藤重光編『注釈刑法（4）各則（2）』（有斐閣、昭40）292頁（団藤）、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第三版』9巻（青林書院、平25）80頁（新庄一郎＝河原俊也）参照。

2 控訴審

被告人側は控訴し、共謀の否定・猥褻性の否定・量刑不当を主張した。³⁵ 控訴審・東京高判昭29・11・12は、前二者の主張を斥けて犯罪成立の認定を維持し、量刑不当の論旨だけを認容して³⁶、原判決破棄・自判により罰金5万円・不完納労役場留置日額500円および当該販売目的所持に係る物件の没収を宣告した。以下、猥褻性に関する説示を引用する。³⁷

「そこで右「秘仏」写真が猥褻物に該当するか否かをみるに、この写真に輯録されたもの、第一、二輯合計十二枚の中原審が猥褻物たることを否定した西藏大聖歓喜天像とはりがたとを除いて爾余は性器そのものを表現しているか又は性器を人に擬らえ衣裳その他に宗教的な装飾を施しているか或は男女両性がことさら性行為中であることを暗示する姿態をとりつゝ、抱擁しているかであつていずれにせよ性器或は性交を表現したものののみなのであるから、人の性欲を刺激興奮せしめ、通常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たること明白であり、刑法第一百七十五条の猥褻物に該当することはいうまでもないところである。

所論は[弁護人控訴趣意要約、略]というのである。

35 控訴趣意のうち出典判例集に登載されているのは猥褻性の否定に関する部分だけである。共謀の否定については控訴審裁判書1丁裏～5丁裏、量刑不当については同9丁表～9丁裏の、各控訴審判示参照。なお、控訴趣意では猥褻性の否定と共に秘仏写真に関する「絵葉書」との表記が誤認である旨も主張されているが、この点には論及しない。

36 この点に関する控訴審裁判書9丁表の説示は「本件犯行の動機態様、その他に及ぼした影響や被告人の経歴、環境等諸般の事情を斟酌し、原審の科刑は過重と認められる」との抽象的叙述に留まる。量刑判断につき、内田・前掲註1論文101頁によれば、10万円という金額は「当時、特に重い罰金刑」であり、控訴審判決はこの点を考慮したと推測されているところ、控訴審は罰金額を半分にしたが不完納労役場留置日額も半にしたので、全額不納付の場合の労役場留置日数は10万円÷1000円/日＝5万円÷500円/日＝100日であって変化がない。量刑を軽くしたとの評価に疑問の余地もあるが、この点には論及しない。

37 亀甲書き引用者。前掲註35の「絵葉書」という表記の当否を説示した部分は省略する。閲覧用貸与に係るコピーでは一部にマスキングが施されていたが、本稿ではマスキング部分についても出典判例集記載をそのまま引用する。但し、仮名遣いは出典判例集で現代仮名遣いに改められている部分も裁判書の仮名遣いによる。漢字は今日の略字体に改める。

思うに古代の社会では、人智も発達せず、性交、妊娠、出産という生命力の発生してくる由来を理解できないので、性そのものに神秘的な力を感じ、性器を崇拝するという風習を生じ、我が国各地に散在している社祠堂宇の類の中には現時なお性器を模した本件の「秘仏」と類似したものを以って神体としているものがあり、地方民衆の尊崇を受けている事実を窺えないわけではない。しかし近代宗教は古代の性器崇拝から転化したものではなく、これと全然無関係なものであり、現時に於ける性器崇拜的風習の遺物の如きも、その実性器を性器と知りつゝ礼拝しているわけではなく、祭神の本体が何であるかを知らず、かつ又知らうともせず、昔からのいゝつたえに従つて神聖なものとし畏み崇めているだけの事で、そのベールを剥ぎ実体を白日の下に曝すならば、何人と雖もこれを崇拝するの愚をやめるに至るであらう（証人武田久吉の証言³⁸ 参照。）本件秘仏も同様であつて、その中には嘗つては民衆の崇敬の対象であつたかも知れないものも存するが、今や一個の蒐集品として了仙寺内に移されてしまえば聖なるいゝつたえを伝承する人としてなく、いわば宗教的ベールを剥がれた存在に過ぎないのである。してみればそれが嘗て民衆の尊敬を受けていたというだけでは、その本質が猥褻物であることを否定し得ないところといわなければならない

38 「証人」「証言」と記載されているが、説示内容が性器崇拝に対する評価であることに鑑みれば実質的には「鑑定」に属する供述と認められる。裁判書に証人尋問を摘示する証拠標目の記載はないが、弁護士正木晃上告趣意 7 頁、同高橋銀治上告趣意 4 頁は控訴審での鑑定の証人 2 名に「秘仏等の鑑定について権威ある学者又は専門家」等の説明を付してその供述を引用している。閲覧用貸与に係るコピーでは氏名にマスキングが施されていたが、その 1 名が控訴審判決で引用された「証人武田久吉」であることは明白である。他の 1 名については、推測方法もなく不明である。

なお、本稿筆者が調査した結果、出典判例集に証人として記載された氏名の人物としては、著名な英国外交官アーネスト・サトーの次男で、尾瀬の発見・保護に功績を遺した植物学研究者・登山家として知られる、武田久吉・理学博士しか見当たらなかった。多数の大学で講師を務めた際の担当科目も植物学であるが、国際民芸民俗学会委員の肩書も持ち、道祖神等を対象とする民俗学関係著作もあって、この分野でも相当程度の知見を有する識者として供述を求められたものと推測される。廣瀬弘監修『大衆人事録』19版（帝国秘密探偵社、昭32）＝大野義夫発行『昭和人名辞典Ⅱ第一巻〔東京版〕』（中外アソシエーツ、平元）512頁、相徹夫編『日本大百科全書14』（小学館、昭62）707頁（徳久球雄）参照。

い。又学術書に本件と同様の写真の一部が掲載されたり従前屢々展覧会に秘仏写真が出陳されたからとて、学術的或は美術的価値が（もしそのような価値があるとしても）その猥褻物と認定することを妨げるものでもない。

而して記録を調査するに、了仙寺は由来日蓮宗の一寺院であるが、同寺を詣でる人々は日蓮宗の信者とは限らないのであり、格別宗教的に了仙寺と結びついているわけではなく、単に行楽の旅路を、下田町にとり、了仙寺の「秘仏」のことを聞きつたえてその観覧を求めるもの大部分なのであるから、これらの人々は秘仏を見ることにより性的な刺激興奮を味はい猟奇心を満足させんとするにあつて秘仏を学問的に研究し、或は美術的に鑑賞しようというのではないことが明白であると同時に、了仙寺住職たる被告人もこの事を知り旅客の性的好奇心に媚びることにより収益を図らんがために、猥褻物たる秘仏を人々の観覧に供し、その写真を販売してきたものと認められるのである。従つて右写真は不特定多数の観光客に販売するためのもので所論のように特定の者のみに販売する目的であつたと云えないのであり、被告人が秘仏の観覧に際し自ら案内解説し、未成年者には拝観を許さない等多少の注意を払っていたとしても、被告人の所為が刑法に触れないものとするとはできない。なるほど被告人から秘仏の公開を許されんことを求め下田警察署に願書を提出した結果、静岡地方検察庁から秘仏の調査に來た事実及びその後秘仏の公開を禁止すべしとの指示を受けたことのない事実は記録上認められないではない。しかし被告人がそれ故に秘仏の公開を許されたものと信じていたとまでは認められないのみならず、本件処罰の対象となつた所為は右秘仏の公開自体ではなく、秘仏の写真を作成し販売の目的で所持したとの所為であり、このような所為は写真の携帯も容易でこれを買ひ求めた人々の手から更に転々することも考えられるし、従つていつ何処で何人の目に触れないでもないことを考えると、秘仏の観覧を許すことよりも一層その弊害が大きいといわねばならない。それ故原審が右所為を処罰したことは当然で、所論のように民を網するなど、いう非難は当らず、論旨はそれ故いづれもその理由がない。」

3 上告審³⁹⁾

被告人側は判例違反および憲法違反を主張して上告した。弁護士 2 名の各論旨は、要約すると次のようなものである。

・ 弁護士正木晃上告趣意

一 性器・性交の表現を直ちに猥褻と認定することは、「徒らに」という限定を付した最一小判昭26・5・10刑集5巻6号1026頁に違反し、かつての出版法に規定されていた「風俗壊乱」が「猥褻」より広義の概念であると定義した大三刑判大12・3・14刑集2巻3号193頁に違反する。[1頁～3頁]

二 秘仏写真は表現の客体であるところ、性を神秘と感じて崇拝することは必ずしも愚ではなく、これを愚と評価することは性を穢れと認識する非学問的心理であって、かかる裁判官の個人的認識に基づいて刑罰を科すことは、憲法前文、11条、12条、13条、19条、20条、21条、99条に違反する。秘仏写真の文化的価値を認める権威ある専門家の証言に反する猥褻性認定には証拠がない。[3頁～8頁]

・ 弁護士高橋銀治上告趣意

第一点 秘仏写真販売は文化財の写真を出版して人々の鑑賞・研究に供するものとして憲法12条の趣旨に沿う行為であり、これを処罰することは憲法21条に違反する。[1頁～2頁]

第二点 性器・性行為の暗示が直ちに猥褻である訳ではなく、権威ある学者が秘仏の猥褻性を否定したことを無視して証明もなく猥褻物と認定したことは憲法37条、76条に違反する。[3頁～4頁]

第三点 秘仏公開は検察官から適法として容認された行為であり、秘仏写真は町の観光課からも頒布されていたものであって、これを突如起訴して有罪とすることは憲法39条前段に違反する。[4頁～5頁]

39) 前掲註2に述べた通り上告審裁判は判例集不登載であり、本節の記述は下田区検察庁において閲覧膳写させて頂いた記録に基づく。

第四点 通常人の羞恥嫌悪と美術的価値とは両立不可能であるから、学術的・美術的価値があっても猥褻物と認定できるというのは矛盾である。秘仏は猥褻物ではないから秘仏写真の弊害が更に大きいと評価することもできない。秘仏の宗教的価値が失われて蒐集品となっても歴史的・美術的価値は存在可能であり、過去の尊崇は猥褻性を否定し得るものではないが同時に猥褻性の証明にもならない。このように条理に違反する猥褻性認定は、破棄しなければ著しく正義に反する。〔5頁～7頁〕

第五点 専門家の鑑定にもよらず一般人が羞恥・嫌悪の感情を抱いたことの証明もなく秘仏写真を猥褻物と認定することは証拠によらない裁判であり、破棄しなければ著しく正義に反する。〔7頁～8頁〕

第六点 秘仏写真の形状大小は携帯の難易の差を生じて控訴審判決の説示する転々流通の可能性に影響するところ、絵葉書の倍近い大きさの秘仏写真を「絵葉書」と表示することは、郵便法規の解釈を誤ったことによる理由不備・審理不尽であるから、破棄しなければ著しく正義に反する。〔8頁～9頁〕

これに対して、上告審・最二小判昭33・6・6は被告人側主張を全面的に斥けて上告を棄却した。以下、その理由を引用する。

「弁護人正木昊の上告趣意第一は判例違反を主張するが、原判決は「徒らに」という文言こそ使用していないけれども、論旨引用の当裁判所の判例に則つて判断していること原判文上極めて明白であるから、所論は採用できない。その余の論旨および第二は違憲をいうが、いずれも、理由のないものであることは当裁判所昭和二八年（あ）第一七一三号、同三二年三月一三日大法廷判決、集一一卷三号九九七頁⁴⁰の趣旨に徴し明らかである。

弁護人高橋銀治の上告趣意第一点は違憲をいうが、その採用し難いものであることは前記大法廷の判決によつて明瞭である。同第二点は違憲をいうけれども、憲法三七条一項にいう公平な裁判所の裁判とは構成その他に

40 「チャトレイ夫人の恋人事件」上告審判決。これは本件上告後の判例であるが、弁護人正木昊上告趣意4頁には同事件控訴審判決に対する批判もある。

において偏頗のおそれなき裁判所の裁判という意味であることは当裁判所屢次の判例であり、また、憲法七六条三項にいう裁判官が良心に従うという意味も、既に、前記大法廷の判決に示されているとおりであるから、所論は採用できない。同三点は違憲をいうが、所論承認の事実は原判決の認定しないところであるから、論旨は前提を欠くものである（なお、当裁判所昭和三十一年（あ）第九〇〇号、同三十二年五月二四日当小法廷判決、集一一卷五号一五四〇頁⁴¹参照）。同第四点、第五点、第六点は単なる法令または訴訟法違反の主張を出でないものであつて、すべて、刑訴四〇五条の上告理由にあたらない（なお、原判決は郵便法規⁴²の解釈をしているわけではなく、この点に関する原判示は相当である。）。

また、記録を調べても、本件につき同四一一条を適用すべき理由ありとは認められない。

よつて同四〇八条により主文のとおり判決する。

この判決は、裁判官全員一致の意見である。⁴³」

IV 検討

本件で起訴されたのは秘仏写真等の販売・販売目的所持だけであり、秘仏本体の公然陳列は起訴されていない。これは検察官の判断であつて裁判所の判断は存在しないが、本体不起訴の理由が犯罪不成立か起訴猶予か、

41 いっただん不起訴とした事件を起訴することは憲法39条に違反しない旨を判示した判例である。同判例は最大判昭26・12・5刑集5巻13号2471頁を引用しており、これは刑の廃止、大赦・特赦、社会情勢上処罰必要性消滅が憲法39条の「既に無罪とされた」に含まれない旨を判示した判例である。

42 前掲註35に述べた通り、弁護人は秘仏写真に関する「絵葉書」との表示を誤認であると主張しており、絵葉書ではないことの論証のために郵便法規に言及したものである。

43 上告審裁判書ではこの1行だけ手書きである。末尾に列挙された裁判官は藤田八郎・河村大助・真野健一の3名だけであり、他の2名の氏名はない。

前者なら犯罪成立要件につき秘仏本体公然陳列と秘仏写真等販売・販売目的の所持とが如何に異なるのか、検討を要する。

1 客体の猥褻性

一般的に写真の猥褻性は被写体の猥褻性に依拠するから、秘仏写真の猥褻性を肯定する判断は当然に被写体たる秘仏本体の猥褻性を前提とする筈である⁴⁴。控訴趣意も控訴審判決も、まず秘仏本体の猥褻性について論じ、次いで秘仏写真の猥褻性を論じる、という順序で構成されている⁴⁵。

この点に関する控訴審判決説示のうち、性器・性交の表現が猥褻たり得ることは一般的了解事項であり、これを当罰的猥褻性と区別して広義猥褻性と表現しておく。広義猥褻性は当罰的猥褻性の必要条件であるが十分条件であるとの断言は困難であり、当罰的猥褻性を肯定するためには学術・美術や宗教等の性質との関係に関する検討を要する。

この点の検討方法としては多様な議論があり得る⁴⁶が、当然に不可罰の学術書や美術作品でも、処罰に異論の余地のない猥褻物でも、性器・性交の表現という広義猥褻性は同一である。両者の相違点は、学術・美術や宗教等の積極的価値の有無である。そこで、かかる積極的価値が広義猥褻性の反価値性を凌駕するなら、猥褻物としての当罰性は否定されるべきであ

44 特定表現に関する猥褻性の如何を表現全体の中での当該表現の位置付けを以て論じるなら、例えば、裸体像彫刻が全体的に芸術作品であって猥褻物ではないと判断されても、当該彫刻の性器部分のみの拡大写真は猥褻図画であると判断される可能性はあり得る。逆に、性器表現の故に猥褻物と判断される彫刻でも、性器が見えないように撮影された写真は猥褻図画ではないと判断される可能性もある。裸体写真のモザイクはかかる判断に基づく措置である。しかし、本件写真はかかる議論を要するものではないと認められる。

45 ハンカチ等の実用品や宗教と無関係な性的物件への明示的論及はない。控訴趣意は「猥褻物でないものまで猥褻物と認定した」と第一審判決を批判しているところ、「まで」との表現は猥褻物との認定に異議がない物件もあるとの趣旨にも読める。弁護人主張が完全無罪であったか否かを明示する情報はないが、内田・前掲註1論文101頁は、弁護人にハンカチの猥褻性を争う意思がなかったと推測している。

46 団藤編・前掲註34書286頁～290頁（団藤）、大塚ほか編・前掲註34書34頁～42頁（新庄＝河原）等参照。

る。積極的価値が微小であれば、皆無の場合ほどではないとしても、広義猥褻性の方が凌駕するため、猥褻物としての当罰性は否定されないことになる。この比較衡量による犯罪成立否定が構成要件不該当か違法性阻却かについては更に議論の余地もあるが、本稿ではこの点を留保して、以下、⁴⁷当罰性否定に足る積極的価値について論じる。

本件においてはまず宗教性との関係を検討するべきところ、その検討に際して説示された性器崇拜に対する控訴審判決の認識は誤っており、宗教性に関する説示は極めて不当であると評さざるを得ない。

性器崇拜が太古の風習であったことは公知の事実であり、その当時の状況を「人智未発達」と表現すること自体は必ずしも誤謬ではない。しかし、古代社会では人智未発達の故に性交・妊娠・出産という生命力発生の由来を「理解できないので」との控訴審判決説示については、当時の人々が何を理解できなかったと認識しているのか、本稿筆者には判旨の意図が理解できない。古代社会の人々も生命誕生に至る因果関係を明確に認識していたからこそ生命誕生の源として性器を崇拜していた筈である。今日の自然科学的知見はかかる現象を合理的に説明しようとするものであるが、生命というものに関する「神秘」が既に消滅した訳では決してない。公知の事実として、性器崇拜は世界各地に存在するところ、その内容は生命への畏敬の表明に他ならず、宗教の始原的形態と認められるものである。性器崇拜自体は衰退したとしても、性器崇拜によって表明されていた生命への畏

47 これは「相対的猥褻概念」や「比較衡量説」に類似する分析である。学術的・美術的価値の程度判断という方法に対する批判は承知しているが、複数判断要素の各々に対する個別判断に基づく分析的思考が適切であるという理解の故に、敢えてこの方法を採用する。勿論、「広義猥褻度64・美術度122」といった数値が算出できるものではないから、比較衡量の画一的基準は存在しないが、判断基準の不明確性は他の説でも同様である。内田・前掲註1 論文101頁等のように、性器・性交の表現を「美的に昇華」させた美術作品は猥褻物ではない、と論じる見解でも、「美的」と評し得るか、「昇華」と認め得るか、という判断を法適用として安定的に行うことは不可能である。ロダンの彫刻がしばしば例示されるが、「ロダン＝美的に昇華」という絶対的命題も存在せず、各個人の嗜好やロダンに対する好悪の感情によって当然に異なる。私見によれば、例示するならまずベルニーニである。

敬は、宗教的信条として尊重すべき事柄であり、法的にも軽視できる事柄ではない。

控訴審判決はこれに続けて「近代宗教」が性器崇拜と全く無関係である旨を説示しているところ、近代でも今日でも世界各地において広範に信仰されている宗教の殆どは古代から始まっているものであって、判旨に所謂「近代宗教」が何を意味するのかは不明である。しかし、判旨が如何なる宗教を想定しているとしても、宗教としての尊重に値するのは「近代宗教」だけであるとの判断がこの説示に内包されていることは明白である。かかる論理によれば性器崇拜やアニミズムその他の「古代宗教」に宗教としての積極的価値は皆無であることになるが、少なくとも信仰の外形を示す人々が現に存在する限り今日の法適用に際して信教の自由の範疇から外れることはない筈である。故に、「近代か否か」という趣旨不明の基準による差別が憲法20条および14条に違反することは明白であり、宗教の始原的形態たる生命への畏敬の表明を「近代ではない」との理由で否定的に評価することは、宗教に対する無理解を示すものでしかない。

そして、性器崇拜的風習の（当時の）現状に関する説示は、控訴審判決中で最も批判されるべき部分である。判旨は「性器を性器と知りつつ礼拝しているわけではなく、祭神の本体が何であるかを知らず、かつ知ろうともせず、昔からのいいたえに従つて神聖なものとし畏み崇めているだけの事で、そのベールを剥ぎ実体を白日の下に曝すならば、何人と雖もこれを崇拜するの愚をやめるに至るであらう」と説示しているところ、ここにある「ベール」という言葉は一般的に「隠蔽」を意味する比喩表現として使用される言葉である。かかる表現に鑑みれば、控訴審判決の当該説示は「性器であるという真実が隠蔽されている」旨の認識表明であり、判旨がこの真実隠蔽状態を人々が真実を知らずにいる原因と理解していることは明白である。

しかし、当然ながら古代の性器崇拜は性器であることを明確に認識して行われていたものであり、現代の性器崇拜的宗教行事も一見明白に同様に

あって、古代でも現代でも崇拜対象に対する隠蔽や認識欠如は凡そ想定し難い。少なくとも、崇拜者全員が真実不知であるということは絶対にあり得ない。⁴⁸ 控訴審判決の説示は驚愕せざるを得ない誤謬であり、性器であることを知らない者の無知に基づく愚行と断定することは逆に評価者の無知に基づく偏見と断定する他ない。⁴⁹ このように性器崇拜に無知蒙昧というラベルを貼って蔑視することは、信仰者に対する重大な侮辱であり、信教の自由・思想信条の自由を否定する論理である。⁵⁰ 故に、秘仏の宗教性を全面的に否定する控訴審判決は到底支持できない。

尤も、だからといって、本件秘仏に関する宗教性の全面的肯定・可罰的猥褻性の全面的否定が直ちに導かれる訳ではない。本件秘仏は、了仙寺自身の礼拝対象ではなく、外国を含めて各地から収集された物件であるから、「信仰としての宗教性」を標榜することは困難である。「仏像」「秘仏」と称する限り仏教寺院と全く無縁であると断言することはできないとしても、日本仏教から見れば「異教」に近いものもあり、直接的関係は認め難い。古代インドの神々は相当数が日本仏教の信仰対象として定着しているが、ラマ教は事情が異なる。⁵¹

48 目黒・前註 4 書参照。本稿筆者居住地近傍でも、例えば愛知県小牧市所在の田縣神社では巨大な性器模型を掲げる神事が多数の参加者・観覧者を集めているが、性器模型であることは一見明白である。また、前掲註 38 武田博士の著作に性器崇拜を無知と蔑視する叙述はなく、同註弁護士上告趣意で引用された証人 2 名の供述も秘仏の文化的価値を認めて猥褻性を否定するものであって、控訴審判決の当該認定を根拠付け得るとは認められない。性器崇拜は無知であるとの認識が如何にして形成されたのか、全く理解不可能である。

49 弁護士正木晃上告趣意 5 頁はこの判示を「いわれなき[略]独断」「おそろべき独善」と酷評している。

50 団藤編・前掲註 34 書 354 頁(板倉宏)は「風俗に害ある淫祇妖堂(性器礼賛など)」を「一部の迷信家によつて尊崇されていても」礼拝所不敬罪の客体から除外し、大塚ほか編・前掲註 34 書 229 頁(岩村修二)等もこれを支持するが、同様の問題がある。このような解釈によれば多数の宗教行事・宗教施設が猥褻物公然陳列罪に該当することになり、それが適切な法適用であるとは認め難い。内田・前掲註 1 論文 101 頁はこの問題が「かなり重要かつ困難なものを包蔵している」と評している。

51 公知の例として「帝釈天」「毘沙門天」「弁才天(弁財天)」「大黒天」等。なお、後 2 者は各々神道の「市杵嶋姫命」「大国主命」に附会されて混同されることがまある。

加えて、その設置場所は、本堂等の宗教活動の場ではなく、博物館・美術館と同様の展示場である。この事実は、宗教性を論じる上で軽視し得ない変化を生じる。宗教活動が一定の場で行われることを予定する限り、信仰・礼拝の対象たる物件は、宗教活動の場に設置されてこそ信仰・礼拝の対象であり、博物館・美術館等の展示場に移置されると宗教活動の場という設置環境を喪失する故に「信仰としての宗教性」は希薄化して「信仰」とは別の「宗教関係文化」を中核とするに至ると解するべきである。控訴審判決の「嘗つては民衆の崇敬の対象であつたかも知れないものも存するが、今や一個の蒐集品として了仙寺内に移されてしまえば [略]、いわば宗教的ペールを剥がれた存在に過ぎない」という説示は、かかる設置環境変更による価値内容変化を指摘する趣旨であるなら、その限りにおいては認することも不可能ではない。⁵²

更に、信仰に基づいて仏像を真剣に礼拝する人にとっても、同じ仏像の写真は必ずしも礼拝対象ではないから、「信仰としての宗教性」は秘仏写真において一層希薄になる。⁵³ ましてや、ハンカチ等の実用品が礼拝対象とされることは想像し難い。礼拝対象の描写がある限り当該物件を尊重することは考えられるが、それ自体は礼拝ではなく、「信仰としての宗教性」は写真よりも更に希薄化している。このような物件に関して信仰を内容とする「信教の自由」を論じることは著しく困難である。加えて、本件においては張型（張形）のように宗教と全く無関係な性的物件もあり、かかる

52 内田・前掲註1 論文101頁は各地の本件類似秘仏等が従来猥褻物扱いされなかった理由として「四囲の宗教的雰囲気」を指摘しており、設置環境の相違が評価の相違を導くとの理解が窺われる。なお、同論文同頁は了仙寺が秘仏を観光物件としたことにつき「被告人らは、みずからの手で、その「ペール」を剥いでしまったというべきではなかろうか。本判決は、この点を衝いたものとしてとらえられようように思われる。」と評しているが、元々「ペール」（＝隠蔽）は存在しないのであり、論評の際に控訴審判決の偏見を含む比喩表現を引用することは適切と認め難い。また、本文で後述するように、宗教性の希薄化だけで直ちに当罰性を肯定することは論理飛躍である。

53 例えばアイコンのように礼拝対象物が平面画像であればその写真が原本と同等の礼拝対象とされることも十分に想定可能であるが、立体彫刻とその写真とが同等の扱いを受けることは少ないと推測される。

物件に関して宗教性を論じる余地があり得る筈もない。

かようにして、礼拝の場に設置されていた秘仏本体が有していた宗教性は、展示場に移置された秘仏本体→秘仏写真→秘仏描写を付した実用品、の順に希薄化する、という程度差を認めることができる。そうすると、当罰的猥褻性の程度という点で各々が異なる評価を受けることがあり得ることになる。即ち、本体については希薄化しながらもなお残存する宗教性によって当罰的猥褻性が否定され得るとしても、写真・実用品については当罰的猥褻性を否定するに足る程度の宗教性を認め得ず、宗教と無関係な性的物件については本体も写真も宗教性皆無である、という区別である。このように考えるなら、本件における本体不起訴・写真等起訴という区別を、各物件に認められる宗教性の程度差に基づく当罰的猥褻性の有無による犯罪成否によって説明することが可能になる。

しかし、宗教性が希薄または皆無であっても、当罰的猥褻性が直ちに肯定される訳ではない。秘仏は宗教活動の場から展示場に移置されても学術・美術等の文化的価値を担い続けており、この積極的価値を理由として当罰的猥褻性を否定する可能性はなお存在する。秘仏写真等についても同様である。故に、本件においては性に関する文化を担う物件としての価値を論じるべきところであり、その一部として宗教文化との関係を有する物件も存在することになる。

そして、文化的価値についても、前記の宗教性と同様に程度差を認めることができる。即ち、例えば国宝の写真は国宝ではないのであって、本体と写真との文化的価値の差は歴然としている。実用品に付された本体描写の文化的価値は概ね皆無に等しい。故に、文化的価値の観点からも、秘仏本体と秘仏写真等との間に当罰的猥褻性の有無という差異を認めることが可能である。

しかし、控訴審判決の判示は、このような分析に基づくものではなく、学術・美術等の文化的価値があっても猥褻性は否定されないと判示するに留まる。これも直ちに是認し得るものではない。公知の事実として、医学

等の学術書に性器の写真や絵が掲載されている例はまあある。また、各地の美術館では古代ギリシャ等の裸体像彫刻が公然陳列されており、売店ではこれらの写真が販売されると共に販売目的で所持されている。仮に専ら性的好奇心のみを以てこれらの物件を観覧する者がいるとしても、性器表現を理由に展示者・販売者を刑法175条で処罰することは考えられない。控訴審判決説示のように学術性・美術性は猥褻性を否定するものではないと単純に断言すると、相当数の学術書や美術品が性器表現の故に刑法175条による処罰の対象となってしまう、かかる結論が不当であることは論じるまでもない。

反面、浮世絵のうち春画と呼ばれるものは著名作家の作品でも美術館で展示される例は稀である⁵⁴。了仙寺の秘仏や一般に供覧されていない浮世絵春画は違法であると判断するのであれば、前述した学術書や古代ギリシャ彫刻作品との間に違法・適法の区別が行われていることになるが、刑法による処罰が予定されているのであれば、その区別の基準が明示されなければならない。しかし、この問題全般を論じることは本稿筆者の能力を超えるので、問題の指摘に留めておく。

かようにして、本件秘仏写真等の当罰的猥褻性が肯定されるとしても、それは前記のような分析に基づいて判断されるべきものである。控訴審判決は、秘仏の宗教性を全面的に否定する点および学術性・美術性が当罰的猥褻性否定の根拠になり得ないと説示する点において、憲法上の諸権利を悉く無視しており、当罰的猥褻性肯定という結論が支持されるとしても、極めて不当なものである。

そして、上告審判決は、かかる刑法解釈に一切論及することなく、至って形式論的に判例違反・憲法違反の主張を排斥するに留まるものである。

54 愛媛県宇和島市所在の多賀神社では、未成年者入館禁止と明記された「凸凹神堂」の中で、「性文化財」との名称を以て、外国のものを含めた性器崇拜関係物件や通例と異なり性器を備えた仏像の他、著名作家による浮世絵春画も展示されている。同神堂のパンフレットには、「性は宗教なり、哲学なり、性は道德なり、科学なり、性は生命なり、人生なり」という同神社宮司の言葉が掲載されている。

控訴審判決の刑法解釈を支持するなお書きを説示することすらなく職権破棄理由も否定したことに鑑みれば、上告審はこの問題について付言する価値も否定したものと理解せざるを得ないが、この価値判断も不適切であると批判せざるを得ない。

2 行為の違法性

まず秘仏供覧の実態について検討すると、秘仏を真剣に礼拝する人が至って少数であることは容易に推測可能であり、学術・美術・宗教といった文化に関する知見を求めて秘仏を拝観する人が下田観光の中心を担うほどの多数に上るとは考え難い⁵⁵。むしろ、了仙寺に対する「エロ寺」の呼称が定着していたと認められる⁵⁶ことに鑑みれば、少なからざる人々が同寺を性的好奇心対象物件展示場と捉えていたと推認できる。

かかる事情に鑑みれば、拝観者の相当数が物見遊山の一環として性的好奇心満足を求めており、そのような人々を受け入れて拝観料を徴収することは宗教・文化と無縁の営利事業である、という理解も不可能ではない⁵⁷。控訴審判決が被告人の行為を違法と評価する理由も、このように観光客の

55 この点は、他の宗教施設についても同様である。著名な神社仏閣を訪ねる人々は多数に上るが、大多数が非信者であることは公知の事実であり、祭神・本尊の如何を意識することもなく形式的に礼拝の挙動をしているだけの人も珍しくないと推測される。社殿・堂宇や仏像が重要文化財・国宝であっても、文化に関する知見を求めて来訪する人がどれだけいるのか、甚だ怪しいものがあり、概して単なる物見遊山でしかないと認められる。

56 静岡①には、了仙寺が戦前から「エロ寺」と呼ばれていた旨の記載がある。本件当時も、読売①、静岡②、静岡③は同じく「エロ寺」の呼称を使用しており、静岡②の「エロ秘仏」、静岡③の「エロ解除」「エロコレクション」「エロ土産品事件」という用語も同種の例である。前掲註25に記載した某中年男性の本稿筆者等に対する勧誘発言も「兄ちゃん達、行く所を決めていないなら「エロ寺」に行きな。」であって、本判例の後にもかかる認識が長期間維持されていたことが窺われる。

57 第一審裁判書では証拠標目中 5 番目以下田税務署長作成の静岡地方検察庁下田支部宛回答書が掲げられており、控訴審裁判書 3 丁表によればこれは所得名義人照会に対する回答である。本件裁判では秘仏写真等販売に対する住職の関与を立証するものであるが、同時に販売代金に関する所得申告が行われていたことを示すものである。宗教と無関係な物件の販売代金は当然に課税対象であるが、宗教活動か否かに関する税務当局の判断は裁判所の刑法解釈に直結するものではない。

性的好奇心に迎合した金銭獲得目的によるものと認識した点にあると理解することができる。

しかし、前述した学術書や美術品の例と同様に、「見る者」の意図に基づく猥褻罪成否判断は不合理であり、供覧が適法か違法かは「見せる者」の行為および意思に基づいて判断されなければならない。この点につき、敗戦直後の秘仏供覧再開計画に際して金銭獲得が意図されていたという事実は宗教・文化という主張の説得性を損ないかねないが、宗教団体の金銭獲得に対する否定的評価も概して宗教・宗教団体に対する無理解による偏見である⁵⁸。

敗戦直後の了仙寺は、戦災に遭った堂宇の復興を必要としていた。宗教活動のためには当然のことであり、その手段として金銭獲得を要することは論を俟たない。戦災がなくても、どの神社・仏閣でも、建物の保存・修理には費用がかかる。日常的にも、光熱費等の維持管理費用を要することは勿論であり、神職・住職の生活のためにも金銭が必要である。しかし、氏子・檀家・信者の喜捨にも限界がある。ならば、拝観料や物品販売代金に期待することは、宗教施設維持・宗教活動遂行のための合理性・必要性を十分に有するのであって、非難されるべき事柄ではない。現に、著名な宗教施設の相当数は多数の拝観者からの多額の拝観料によって滞りなく維持・運営されており、拝観料徴収を行わないために金銭的困窮に陥る宗教施設もある⁵⁹。かようにして、金銭獲得の意図は宗教的性質を否定する理

58 井上薫「宗教活動による犯罪と宗教の自由との関係」捜査研究575号（平11）72頁、74頁～75頁参照。

59 例えば、中日新聞平27・3・3朝28面によれば、京都市所在の下鴨神社は、式年遷宮の費用を捻出するために境内の一部を高層住宅用地として賃貸するに至っている。「金を払わないと神様を拝めなくなる拝観料」の徴収を回避する限り他に手段がないとの判断による由であり、本稿筆者はその当否を論じる立場にないが、所謂「観光寺院」の繁栄と対比して納得し難いものを感じざるを得ない。同紙平27・3・31夕1面も幾つかの神社の金銭的困窮を報じている。貨幣経済の中にある限り宗教団体も金銭を必要とするという事実を看過するべきではない。

由にならない。⁶⁰

また、本件において、住職が秘仏拝観者に対して案内説明を行う際には、信仰・宗教学・民俗学・美術等に関する理解・知見の普及が意図されていた筈である。性に関わるからといって、理解・知見の普及に関する積極的価値が否定されるべきことにはならない。そして、かかる理解・知見を得るに値するのは、信者・研究者・芸術家だけではない。供覧がこのような人々だけに限定されていれば宗教や学術・美術を理由とする適法評価は容易であるが、限定されていなければ違法であると断言できる訳ではない。むしろ、元々は理解・知見を持たない人々に理解・知見を獲得させてこそ、理解・知見の普及である。故に、案内説明付きであることを前提にする限り、秘仏供覧を違法と評価することはできない。⁶¹

従って逆に、秘仏写真等の販売・販売目的所持については、適法評価が困難になる。文化に関する理解・知見を獲得させるべく説明を施した物件を描写していても、転々流通可能な写真や実用品に当該説明は付着していないから、秘仏写真等に接する者が文化に関する理解・知見を獲得する保証はない。秘仏拝観を禁止されている18歳未満の者が秘仏写真に接する可能性を排除する手段もない。そうすると、積極的価値の存在は危うくなり、専ら性的好奇心を満足させるだけの物件に墮してしまう虞がある。⁶²

60 「お守り」の販売（という表現は必ずしも適切ではないが）も同様である。人々の相当数が単なる記念品として入手していることは想像に難くないところであり、キーホルダーやストラップの外形であって観光土産品店で販売される記念品との識別が困難なものもある。しかし、某寺院住職が本稿筆者に語ったところによれば、これらの物件は真剣な宗教的儀式を経て人々に提供される由であり、神仏の加護を意図している限り対価的に金銭徴収が行われても宗教活動性は失われない。

61 控訴審判決は「聖なるいつたえを伝承する人とてなく」と示して秘仏の宗教的性質を否定しているが、案内・説明の存在を無視する点において誤謬である。

62 弁護人正木晃上告趣意7頁は控訴審判決が証人武田久吉の証言を自己の宗教論の根拠とした点を批判するために証言を引用しているところ、それは「先の写真（本件の写真十葉を指す）は、十分な説明がつけば配布してもよいか」との同弁護人の質問に対して「左様。よい結果をもたらすものと思う。要するに誤解されないような方法を構[ま]ずることが必要と思う」というものである。十分な説明や誤解回避の方法が適法評価の条件であるなら、かかる措置を欠く秘仏写真等販売・販売目的所持は違法評価を免れ得ないことになる。

控訴審判決は秘仏写真が転々流通する可能性を指摘して弊害がより大きい旨を説示しているところ、この判断には合理性を認めることもできる。このように考えれば、秘仏本体の説明付き供覧は適法であっても、説明のない秘仏写真等の不特定多数人に対する販売・販売目的所持は違法である、という区別も可能になる。

3 責任故意

前述のように本件秘仏供覧や秘仏写真等販売が構成要件該当違法行為であると評価することが可能であるとしても、被告人に故意犯成立を認めることには多大な疑問がある。

警察官にも検察官にも、他の官公庁にも、秘仏の供覧や秘仏写真等の販売を「許可」する権限はなく、法的義務付けとして「禁止」する権限もない。しかし、「犯罪の予防」は警察法2条に規定された警察の責務に属するから、犯罪となる行為の計画を知ったなら同規定に基づく任意手段として当該行為を実行しないよう説得・指導するべきである。検察官はかかる説得・指導の権限・責務を有していないが、事実上の措置は可能であり、犯罪の成否や予防措置の要否に関して警察官と検察官との協議があっても不合理ではない。故に、警察官も検察官も秘仏供覧再開計画を知りながら防止措置を執らなかつた、という不作為の事実は、「犯罪にならない」あるいは少なくとも「犯罪になるとの確信を持ってない」の判断が警察官・検察官によって行われたことを意味すると理解する他ない。

そうすると、警察官・検察官によってそのような判断が行われた旨を被告人が認識していたことは十分に推認可能である。控訴審は禁止指示の不存在を認定しながら「許されたものと信じていたとまでは認められない」と判示しているが、違法性意識の存在を推認させる事情の摘示はなく、違法性意識の存在につき合理的疑いを超える立証があつたとは到底認められない。これは、証拠欠如の違法を伴う著しく不合理な経験則違反の事実認定と評さざるを得ない。

敗戦直後の秘仏供覧再開計画の時点では、戦争中の供覧中止という過去の経緯もあって、被告人は供覧が適法であるとの確信を抱くことができなかったと推認される。だからこそ、被告人は警察署長に対して公認の申請を行ったのである。これに対する警察署長の対応が制止どころか逆に支援であったと共に検察官も制止しなかったという事情に鑑みれば、実行前に違法の疑念が払拭されて実行当初から適法であると確信し続けていたという推認が十分に可能である。そして、これは秘仏本体に関するものであって本件訴追対象たる秘仏写真等に関するものではなく、それは控訴審判決も説示しているところであるが、秘仏本体の供覧を適法と確信した被告人が秘仏写真等の販売・販売目的所持をこれと区別して違法と判断する可能性は想像し難い。故に、秘仏本体についても秘仏写真等についても、被告人には違法性意識がなかったと認定するべきである。

そうすると、本件では違法性意識可能性・違法性錯誤相当性を論じるべきことになる。この問題に関して警察官の言動に対する評価が論じられる判例として「百円札事件」⁶³があるが、同事件では警察組織末端附近の警察官が第 1 模造行為終了後に肯定的態度を示したのに対して、本件では多大な権限・職責を有する警察署長・検察官の双方が事前に秘仏供覧再開計画を知らながら防止措置を執るところか逆に警察署長は積極的支援を行った。そして、秘仏供覧再開後も、更には秘仏写真等販売開始後も売店設置後も、本件刑事立件以前に防止措置が執られることはなかった。行政上・司法上の権限を全く持たない家族や近隣住民の言動から適法と誤信した事案について違法性錯誤相当性を理由として故意阻却を認めた判例⁶⁴に鑑みれば、警察署長・検察官の言動に基づく本件での違法性錯誤相当性は一層

63 最一小判昭62・7・16刑集41巻5号237頁。同判例に関する文献は膨大であって刑事宗教法との関係はないので引用摘示は省略する。

64 大一小判昭7・8・4刑集11巻15号1153頁。出典判例集では昭和6年宣告とされているが、昭和7年遂行手続の記述がある等の事実から昭和6年宣告はあり得ず、出典判例集記載は誤記と認められる。原田保「公務に対する業務妨害罪の成否に関する判例の意義」愛知学院大学論叢法学研究55巻3・4号（平26）85頁、109頁参照。

大きい。本件において被告人側が違法性錯誤相当性を論じた形跡は認められない⁶⁵が、故意阻却による犯罪不成立を当然に認めるべき事案であったと評価しなければならない。

4 手続的問題

① 不起訴

本件においては、秘仏写真に係る猥褻図画販売・販売目的所持罪に関する住職の妻、および、秘仏本体に係る猥褻物公然陳列罪、の2件の不起訴処分が行われている。以下、各々について論じる。

住職との共同正犯たる妻の不起訴は起訴猶予しかあり得ないところ、事案の具体的内容を考慮して最高責任者以外を起訴猶予とする判断は通常のことである。故に、妻の起訴猶予は妻の関与の程度が小さいとの判断に依拠すると推測され、そのような判断を前提とする限り妻の不起訴は特に問題視するに値しない⁶⁶。

これに対して、秘仏本体に関する全面的不起訴については、理由に関する確実な資料がない⁶⁷。そこで、「罪とならず」「起訴猶予」の各可能性を検討する。

前述したように、行為客体について秘仏本体と秘仏写真との間に宗教性・文化性の程度差を認め得ることから、当罰的猥褻性の有無という点で両者が異なると解し得る。また、同じく前述したように、行為態様について案内説明を伴う秘仏本体供覧と案内説明を欠く秘仏写真等販売・販売目的所持との間で知見・理解の普及という内容の有無という相違が適法・違法の

65 弁護士控訴趣意、弁護士高橋銀治上告趣意4頁～5頁は過去の承認・黙認を専ら猥褻性存否や罪刑法定主義の問題として論じているところ、違法性錯誤相当性の問題として論じることは、戦術的にはともかく、理論的には十分に可能である。

66 弁護人の共謀否定の主張に関する控訴審裁判書2丁表～4丁裏の説示によれば弁護人は本件主導者が住職の妻である旨を主張したことが窺われるが、この点には論及しない。

67 弁護士控訴趣意には「秘仏の陳列は罪とならずとして起訴もなく」との記載があるが、不起訴理由に関する検察官言明等の情報はなく、確認できない。

相違を導くと解し得る。このように理解するなら、構成要件不該当または違法性阻却による犯罪不成立を理由とする秘仏本体供覧の不起訴は論理的に可能である。

しかし、当罰的程度の明確な客観的基準は存在しないから、本件において秘仏本体供覧についてなお当罰性を肯定する解釈も成立可能である。そのように解釈するなら、実体法上は秘仏本体供覧につき猥褻物公然陳列罪が成立することになるから、それにも拘らず不起訴にするなら、その理由は起訴猶予しかない。これも、理論的に成立可能な結論である。

加えて、検察官は、秘仏本体に対する捜査の際に、爾後の措置につき下田の観光に配慮する意向を示している⁶⁸。不起訴処分がかかる判断に基づくものであるなら、犯罪不成立という結論は理論的に成立困難である。それは、前述した犯罪不成立の論理は表現自体が担う文化・宗教といった積極的価値を根拠とするものであり、検察官が言及する下田の観光は表現自体の性質ではないため、両者を同一範疇で論じることができないからである。観光への配慮は多数観光客の来訪・金銭費消による了仙寺・下田町・同町住民の金銭的收益を阻害しないという配慮に他ならず、このように表現客体・表現行為とは別の事情を考慮することは、適法か違法かという刑法上の評価と無関係である。本件における検察官の判断がこのようなものであるなら、それは犯罪の成否ではなく訴追の要否に関わる判断であると認めざるを得ない。そうすると、秘仏本体に係る不起訴は起訴猶予としてのみ理解可能な判断であることになる。

以上の通り、秘仏本体に係る不起訴処分の理由としては、「罪とならず」も「起訴猶予」も理論的には可能であるが、報道された検察官の意向によれば後者とししか考えられない。このような考慮に基づいて犯罪不成立という判断が行われたなら、不起訴の理由に齟齬があると評さざるを得ない。

68 毎日②には「観光地としての特殊性もあり慎重検討するつもりだ」との検察官の談話があり、静岡②には「下田支部では秘仏の観光的地位を考慮して」との記載がある。

② 起訴

本件では、部分的に不起訴処分があったものの、秘仏写真等に関する住職の行為は処罰相当と判断されている。しかし、刑事立件の経緯も不可解であり、訴追裁量権行使の適否という観点からも疑問の余地がある。

前記の通り昭和21年の時点で警察官も検察官も了仙寺秘仏供覧を知悉して放置しており、その後に就任した警察官・検察官・検察事務官も下田観光の中心を担う著名物件たる秘仏や町当局も頒布している秘仏写真を知らないまま年月を過ごすことはあり得ない。承認・黙認と理解する他ない数年間の放置の後の刑事立件・訴追は、突然の方針変更と評し得る。当初から検察官主導の捜査であった点も、この種の事件に関する捜査としては異例である。

この点については、秘仏写真等の販売は多数人に対して多数回反復された筈であるのに、本件で起訴された販売が昭和27年6月1日のハンカチ1枚だけであることに着目せざるを得ない。当然に、この1件を具体的に認識した者からの申告があり、これが捜査端緒になったと推測される⁶⁹。そして、担当副検事が本件捜査につき「上層部からの指揮」によるものであった旨を述べている⁷⁰点も捜査端緒に関わる事情である。同副検事にとって「上層部」は静岡地方検察庁本庁である⁷¹ところ、本件捜査頃に同地検本庁所属検察官8名のうち検事正を含む6名が異動になっており⁷²、これが放

69 出典判例集には当該ハンカチ購入者の氏名が記載されているところ、閲覧用貸与に係る第一審裁判書コピーでは氏名にマスキングが施されていたが、1丁裏～2丁表の証拠標目中2番目の司法警察員に対する参考人供述調査は同購入者の供述であり、同標目中8番目に存在の記載されたハンカチに括弧書きで付記された差出も同購入者によるものと推測される。しかし、同購入者が如何なる人物であるのかについては、情報を得ることができなかった。

70 毎日②。

71 当時、静岡地方検察庁下田支部に専任の検察官は配属されておらず、下田区検察庁の検察官は本件を担当した副検事1人だけであった。大蔵省印刷局編集発行『職員録』昭26発行版（昭25・10・15現在）80頁、同書昭27発行版（昭27・11・15現在）86頁参照。

72 大蔵省・前掲註71各書各同頁参照。因みに、三木晴信「宗教類似団体に随伴する犯罪型態の考察」（司法研究21輯、昭12）は、このとき着任した検事正の著作である。

置から刑事立件への方針変更の一因となった可能性も否定し難い。

しかし、特定検察官の個人的見解に基づく方針変更は、検察官一体原則に直接抵触する訳ではないとしても、適切とは認め難い。本件訴追を是認するためには、見解の相違ではなく事実の相違に基づく説明を要する。即ち、昭和21年から行われていた秘仏供覧は放置・黙認できるとしても、その後開始された秘仏写真等販売・販売目的所持は放置・黙認できない、ということである。前述したように秘仏本体供覧と秘仏写真等販売・販売目的所持との間に適法・違法の区別を認めることは可能である。また、秘仏本体供覧は昭和21年の時点で静岡地方検察庁本庁検察官の認識するところであったが、その後開始された秘仏写真等販売・販売目的所持については、下田区検察庁検察官が知悉していたとしても静岡地方検察庁本庁検察官がその認識を共有していたとは考え難い。かかる状況で同地検本庁検察官が昭和27年6月頃に初めて秘仏写真等販売の事実を知ったなら⁷³、秘仏本体とは別の事実として刑事立件することは特に異常な事態ではない。加えて、直接的捜査端緒たるハンカチは宗教と無関係な性交描写を付した物件であり、性文化としてはともかく寺院の宗教活動に属するとの評価は極めて困難である。このように解するなら、故意阻却の余地があるとしても、秘仏写真等販売・販売目的所持に対する違法評価に基づく刑事立件は秘仏本体供覧に対する放置・黙認と矛盾しないことになる。

③ その他の問題

前述の理解によって秘仏写真等販売・販売目的所持に対する訴追が是認されるとしても、更に2点の問題がある。それは、秘仏写真を頒布していた下田町当局者が刑事立件の対象とされなかった点および秘仏写真等に対する捜査の後に更に秘仏本体が捜査対象とされた点である。

実用品はともかく、前述の通り秘仏写真は下田町観光課でも頒布される

73 下田区検察庁副検事に本件捜査を指揮した「上層部」が本件を知った経緯を明示する資料はないが、下田で勤務する警察官・検察官がハンカチ購入者から犯罪事実の申告を受けても町当局すら公然頒布している物件に関する刑事立件の当否を直ちに判断するとは考え難く、静岡地方検察庁本庁に伝達したと推測することができる。

と共に下田町長から来賓に贈呈されていたのであり、了仙寺住職が猥褻物販売・販売目的所持罪に問われるなら下田町当局者も同罪であると評価されなければならない筈である。下田町当局者が捜査・起訴の対象とされなかった理由を示す資料は見当たらないが、同一写真の頒布販売について了仙寺住職と下田町当局者とを区別する合理的理由があったとは考え難い。合理的理由がないなら、明白に憲法14条違反の措置であり、手続の適正に対する疑念も生じて憲法31条も問題となる。

秘仏本体に対する捜査については、秘仏写真を捜査しながら秘仏本体を無視するのでは捜査を尽くしたことになるという見解もあり得るが、前述の通り昭和21年から放置・黙認されてきた物件であることに鑑みれば捜査は突然の方針変更であり、検察官の異動が方針変更をもたらした可能性を否定し得ない。そして、捜査が上層部からの指揮に基づくなら起訴・不起訴の判断についても上層部からの指揮が推測されるところ、秘仏本体は了仙寺で保管されたままであったから、秘仏本体に係る起訴・不起訴の判断は同寺で行われた秘仏本体観察の報告に基づく⁷⁴と推測される。そうであるなら、秘仏本体を「封印」する必要はない。最終的に起訴されなかったとはいえ、「封印」によって事実上の供覧禁止となり、了仙寺が宗教的・文化的意義を認識して遂行していた活動が約1ヶ月に亘って妨害されたことは否定できない。その意味で、本件捜査は仏教寺院に対する弾圧的效果を生じるものであったと評価するべきである。

74 静岡地方検察庁下田支部・下田区検察庁の合同庁舎は道路を挟んで了仙寺の斜め前100m足らずの位置にあり、同庁検察官・検察事務官が秘仏を観察することは至って容易である。また、重要な観光資源として扱われている物件を了仙寺が毀棄隠匿することも想定し難い。

V 結語

以上に検討した通り、本判例は宗教に対する無理解・誤解および責任論証に関する誤謬・欠落という点で不当である。加えて、刑事立件についても適切と認め難い点がある。

その後の「銀閣寺住職横領事件」⁷⁵で故意阻却が認められている⁷⁶ことと対比すると、了仙寺に対する司法の対応は実に過酷であったと評さざるを得ない。これが仏教寺院に対する態度の変遷であったのか、何等かの差別的対応であったのか、断定は困難であるが、対応の相違も問題として指摘せざるを得ないところである。

(平成27年10月15日稿)

75 京都地判昭35・3・16下刑集2巻3・4号477頁。同判例評釈として、大谷實「僧侶の寺院財産処分権限」若原編・前掲註1書164頁。

なお、同判例出典判例集は昭和33年宣告と記載しているが、公訴事実の一部が昭和33年11月の追起訴であって下刑集2巻が昭和35年宣告判例を登載したものであることに鑑みれば真実は昭和35年宣告判例であると判断されるので、本註ではそのように表記した。

76 専ら寺院財産関係法令に関する知識欠如の故に権限ありと誤信した錯誤を業務上横領罪の「構成要素たる事実の錯誤」と認めて「相当の理由の有無を問わず」故意阻却という判示であり、事実の錯誤と違法性の錯誤との区別基準を含めて理論的にも相当の議論を要するところである。