

平成15年(行ツ)第157号,平成15年(行ヒ)第164号

輸入禁制品該当通知取消等請求上告事件

上告人兼申立人 浅井 隆

被上告人兼相手方 国,東京税関成田税関支署長

## 弁 論 要 旨

平成20年1月22日

最高裁判所第三小法廷 御 中

上告人兼申立人代理人

弁護士 山 下 幸 夫

上告人兼申立人は,頭書事件について,次のとおり弁論する。

### 第1 原判決の判断の誤り

原判決は,本件写真集のうち,第1審判決別表記載の番号1から20までの写真(以下「本件写真」といいます。)はわいせつな図画であり,当該本件写真集は,それらの写真を掲載し,他の写真や解説の掲載された頁を含め1冊の書籍として一体となっているのであるから,当該本件写真集全体が,関税定率法21条1項4号にいう「風俗を害すべき書籍」に該当すると判断しています。

しかしながら,原判決の判断は,関税定率法の解釈を誤るものであり,破棄

されなければなりません。

## 第2 本件写真集の特徴とそのわいせつ性の判断について

1 関税定率法21条1項4号の「風俗を害すべき物品」等の判断に当たっては、そのわいせつ性の判断基準とすべき社会通念が時代の変遷によって変化することから、性表現の流布の程度、一般人の性表現に対する慣れや受容の程度、捜査機関等による放任の程度などを資料として、わが国の一般社会において性表現が許容される目安を探り、これを基準としてわいせつ性の有無を判断する必要があります。

2 わが国においては、遅くとも平成3年ころまでには、いわゆるヘア・ヌードと称される映像が写真集や週刊誌に掲載されたり、ヘア・ヌード写真集が相次いで出版されるなど、性器や陰毛を表現した多数の写真、雑誌、フィルム、ビデオ、絵画、学術書等が公然と展示・頒布・販売されるようになっていきます。

特に、最近においては、コンビニエンスストアなど、極めて身近な所でも容易に、ヘア・ヌード写真が掲載された雑誌を入手することができるようになっていきますし、インターネットの急速な普及により、海外における性器や陰毛等がそのまま露出した画像を誰でも容易に閲覧できるようになっています。

このように、性表現に対する社会通念は、時代や通信機器等の発達によって大きく変化し、普通人は性器や陰毛が表現されている写真等に接することに特段の抵抗感を感じなくなりつつあり、社会一般のわいせつ概念は大きく変化してきています。

このような現状を踏まえると、性欲を興奮又は刺激させること、普通人の正常な性的羞恥心を害すること、善良な性的道義観念に反することというわいせつの3要件の判断のあり方についても、変わらざるを得ないと考えられます。

3 本件写真集に掲載された写真を撮影した米国人写真家であるロバート・メイプルソープ(以下「メイプルソープ」と言います。)は、男性の裸体や性器などを

被写体とした衝撃的な写真などで注目を浴び、昭和40年代後半から平成元年に死亡するまでの約20年間、人間の性や肉体などをテーマとする作品を次々と発表し、写真を用いた現代美術の第一人者として、美術評論家等から高い評価を受けていた写真家です。

我が国においても、平成4年から同5年にかけて、外務省、文化庁、アメリカ大使館の後援の下に、同人の作品展が東京都庭園美術館その他5つの公立美術館において開かれるなど、その名声は米国内にとどまらず、我が国でも有名でした(甲7乃至甲19)。

- 4 本件写真集は、エイズ研究と写真芸術の助成を目的として設立されたロバート・メイプルソープ財団の協力により、メイプルソープの初期のポラロイド写真から、ポートレート、花、静物、ヌード、SM写真、そして同氏の死の間近に撮られたセルフ・ポートレートまでを幅広く収録した同氏のモノクローム写真を集大成してアメリカにおいて出版された「MAPPLETHORPE」の日本版であり(甲21乃至甲28)、日本国内において販売されていたものです。

本件写真集は、メイプルソープの写真家としての経歴と、その作品の芸術的特性を伝達することに徹しており、その意味において極めて専門的な内容の写真集です。

そのことは、本書に、アーサー・C・ダントによる「崖っぷちで戯れて - ロバート・メイプルソープの写真における業績」と題する論文の邦訳が掲載され、巻末には、年譜の翻訳、展覧会記録や文献リスト(原文)が掲載されていること、定価が1万6800円と極めて高価であることから明らかです。

したがって、本件写真集の購読者として想定される者は、メイプルソープの写真芸術の愛好者や同人の作品に関心を持ち、同人の作品集を手元に置いておきたいと希望する者に限られています。

本件写真集はいわゆる専門書に属する書籍であり、本件写真集が、広告媒体によって通俗的興味をかきたて、広く販売することを予定したものでないこと

も、その体裁や内容からも明らかです（甲26）。

- 5 本件写真集に掲載されている写真は、すべてモノクローム（黒白）であり、高度な写真表現技術を用い、メイプルソープ独自の照明手法によって、被写体である人体を、あたかも無機質な物体のように処理している点に特徴があります。背景等もほとんどないに等しく、性行為と直接結び付けて表現されたものも存在しません。
- 6 このように、メイプルソープは、写真を用いた現代美術の第一人者として高い評価を得て活躍した写真家であり、その作品は高い芸術性を有するものです。本件写真集が、メイプルソープの初期から後期までの写真を総覧し、同人の写真芸術の全体像を概観するための貴重な学術的価値のある資料であって、全体として芸術的価値を有することからすれば、本件写真は、関税定率法21条1項4号の「風俗を害すべき物品」には当たらないと解されなければなりません。

### 第3 本件写真自体のわいせつ性について

- 1 原判決は、本件写真について、「これらの写真は、いずれも男性性器を露骨に、直接的、具体的に写したもので、男性性器そのものを強調して表現されており、いずれも主として観る者の好色的興味に訴える効果を有する」として、わいせつな図画であると判断しています（原判決15頁）。  
しかしながら、以下に述べるとおり、その判断は誤っています。
- 2 確かに、本件写真は、いずれも男性ヌードで男性性器が撮影された写真です。  
しかしながら、いずれの写真も「性戯」そのものを撮影したものではありませんし、ほとんどの写真においては、被写体の男性は1人であり、「性戯」を連想させるものでもありません。
- 3 男性性器が「直接的、具体的に」写されていることのみをもって、直ちにわいせつと判断することは、その表現物の価値を極めて即物的に判断するものと言わなければなりません。

しかも、原判決は、本件写真集が国内で販売されて普通に流通していたという事実を全く捨象して、そのわいせつ性を判断しています。

- 4 原判決は、「いずれも主として観る者の好色的興味に訴える効果を有する」と認定していますが、本件写真の構図、色調、照明、背景等を総合してみれば、人体を冷徹な目で直視し、これを画像として固定しようとする作者の芸術的意図を容易に知ることができる写真ばかりであり、普通人の性欲を興奮又は刺激させることを専らとする、いわゆる色情を催させる類のものとは全く次元が異なるものです。

したがって、本件写真は、それ自体としてもわいせつと認めることはできないというべきであり、本件写真がわいせつと判断した原判決は、関税定率法 2 1 条 1 項 4 号の「風俗を害すべき物品」の解釈を誤るものです。

#### 第 4 結 語

したがって、原判決は、関税法 2 条 1 項 3 号及び関税定率法 2 1 条 1 項 4 号の解釈を誤っていますので、原判決は破棄され、第 1 審判決が支持されるべきであると思料致します。

以上