

平成15年(行ノ) 第63号 輸入禁制品該当通知取消等請求上告受理申立  
事件

申立人 浅井 隆  
相手方 国 外1名

## 上告受理申立て理由書

2003年(平成15年)5月30日

最高裁判所 御中

上告人は、次のとおり、上告受理申立て理由を主張する。

## 第1 原判決の判断と上告受理申立て理由

原判決は、1 税関検査が必要か否かは、当該貨物の生産地が外国であるか否かによるのであり、わが国で生産されたからといって税関検査の対象にならないとはいえない（同12ないし14頁）、2 第一判決別表記載の番号1から20までの写真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（同14ないし18頁）、3 第一判決別表記載の写真がわいせつな書籍、図画等に該当するか否かの判定が容易ではないということできない（同18頁）などと判断している。

しかしながら、原判決は、関税法2条1項3号及び税関定率法21条1項4号の解釈を誤るものであり、法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められるから、速やかに上告審として事件を受理すべきである。

第2 我が国で発行され流通していた書類等についても税関検査するとの原判決は最高裁昭和59年大法廷判決に相反し、関税法2条1項3号の解釈を誤っていること

### 1 原判決の判断

原判決は、税関検査が必要か否かは、当該貨物の生産地が外国であるか否かによるのであり、わが国で生産されたからといって税関検査の対象にならないとはいえないと判断している。

しかしながら、次に述べるとおり、原判決のこの判断は、最高裁昭和59年大法廷判決に違反するとともに、関税法2条1項3号の解釈を誤るものであり、法令の解釈に関する重要な事項を含むものである。

2 表現物に対する税関検査は国外で領布・販売されたことを前提としていること

(1) 原判決は、関税法2条1項3号の「輸入の許可を受けた貨物及び外国から本邦に到着した貨物で輸入が許可される前のもの」という文言から、税関検査が必要か否かは、結局、当該貨物の生産地が外国であるかわが国であるかとは無関係に、当該貨物がわが国に到着した貨物であるかによるのであり、我が国で生産されたからといって税関検査

の対象にならないとはいえないと判断している。

この解釈は、一般の貨物については妥当するとしても、関稅定率法 21 条 1 項 4 号による税関検査の対象となる表現物については、関稅法 2 条 1 項 3 号の「貨物」との文言は、表現の自由の保障との関係から、限定的に解釈（合憲限定解釈）されなければならない。

- (2) このことは、最高裁大法廷昭和 59 年 12 月 12 日判決（民集 38 卷 12 号 1308 頁）は、輸入が禁止される表現物は、一般に、国外においては既に発表済みのものであって、その輸入を禁止したからといって、それは、当該表現物につき、事前に発表そのものを一切禁止するというものではない。」とか、「このようにしてわいせつ表現物である書籍、図画等の輸入が一切禁止されることとなる結果、わが国内における発表の機会が奪われるとともに、国民のこれに接する機会も失われ、知る自由が制限されることとなるのは否定し難いところであるが、かかる書籍、図画等については、前述のとおり、もともとその領布、販売は国内において禁止されており、これについての発表の自由も知る自由も、他の一般の表現物の場合に比し、著しく制限されているのであって、このことを考慮すれば、右のような制限もやむをえないものとして是認せざるを得ない。」などと述べているが、この箇所を見れば、上記最高裁大法廷判決が、国外で領布、販売された表現物に対する税関検査について論じていることは明らかであり、関稅定率法 21 条 1 項 4 号の税関検査は、「国外で発表住みのもの」、すなわち、「輸入」されたものが対象となると解していると考えられる。

そうであるならば、輸入禁制品該当通知の対象となりうる表現物については、国外で領布、販売された表現物が税関検査の対象となるのであり、わが国で発行されて流通していたものについては、税関検査の対象とはならないかいすべきことが憲法 21 条の要請なのである。

- (3) これに対して、既にわが国で領布・販売されている表現物については、これを一旦国外に持ち出した上で国内に持ち込むような場合において、その表現物を税関検査の対象として、輸入禁制品か否かを審査することは、もはや税関検査の目的を逸脱しているといわなければならない。すなわち、上記最高裁大法廷判決が、「わが国内における健全な性的風俗を維持確保する見地からするときには、猥褻表現物がみだりに国外から流入することを阻止することは、公共の福祉に合致する」とか、「猥褻表現物の流入、伝播によりわが国内における健全な

性的風俗が害されることを実効的に防止するには、単なる所持目的かどうかを区別することなく、その流入を一般的に、いわば水際で阻止することもやむを得ないものといわなければならない。」と判示しているところからすれば、税関検査の目的は、わいせつ表現物の流入・伝播によって、わが国内における健全な性的風俗が害されるのを防止するためのわいせつ表現物が国外から流入することを阻止することにあると考えられる。

ところが、既に国内において平穩に領布、販売されていた表現物であれば、それが一旦持ちだれて改めてわが国に持ち込まれたとしても、それによって新たに我が国内の健全な性的風俗が害されるおそれは全くない。

- (4) ■ しかも、国内において領布・販売された際に、健全な性的風俗が害されるおそれがあったのであれば、既に国内においてわいせつ物領布罪等によって対処されているはずであり、逆にそのような対処がなされていないということは、その表現物がわが国の健全な性的風俗を害するものではない認知されて流通に置かれていたことを意味するのである。

もっとも、原判決は、これに対して、「既にわが国において領布、販売されているわいせつ表現物であっても、それがいったん外国に持ち出され改めてわが国に持ち込まれることによって、わが国の健全な性的風俗が害されるおそれが高まることは明らかであり、捜査機関の捜査能力には限界があることを考慮すれば、それまでわいせつ物領布罪等の適用等によって対処されていないからといって、今後ともそのような対処がされることがないということとはできない」などと判断している。

しかしながら、原判決の「いったん外国に持ち出され改めてわが国に持ち込まれることによって、わが国の健全な性的風俗が害されるおそれが高まる」との判断は全く実証的な根拠をとまわらない抽象論であって、何の説得力もない。

この点については、むしろ、第一審判決が、既にわが国において出版等がなされ流通に置かれていたものが、いったん外国に持ち出され、その後わが国内に持ち込まれる場合には、当該表現物の流通によってわが国における健全な風俗がいかなる影響を受けていたのかが現に生じた客観的事実として存在し、特段の事情の変化がない限り、再びこれが持ち帰られたとしても、それによって生ずる事態は以前に生じ

たところと異なるものでないと考えられると判断していたのは(同13頁)、誠に正当な判断と言うべきである。

- (5) さらに、そもそも、本件写真集は、1994年(平成6年)11月1日に出版され、以後、比較的最近まで、八重洲ブックセンターを始め、全国各地の大手書店やレコード店や直接注文販売の方法により、わが国において販売され、流通していたものである(甲4、甲5、甲6)。

また、本件写真集は、国立国会図書館にも納品され(甲4)、現在においても国民が閲覧できる状態におかれているのである。

このように、既にわが国の国内において流通し、現在でも国内(それも国立国会図書館)で閲覧することができる写真集を、税関において「水際」で阻止することは全く無意味である。そのような表現物がわが国に流入することによって、新たに社会秩序等を侵害することは全くありえないからである。

- (6) したがって、既に国内において頒布・販売されていた表現物については、それが一旦国外に持ち出された後に再びわが国に持ち込まれたとしても、その税関検査については、関税定率法21条1項4号による税関検査の目的を逸脱するものであり、関税定率法21条1項4号に対する合憲限定解釈として、そのような表現物は税関検査の対象とされるべき「貨物」には該当しないと解すべきである。

### 3 まとめ

したがって、関税定率法21条1項4号の「貨物」は、当該貨物の生産地が外国であるかとは無関係に、当該貨物が外国からわが国に到着した貨物であるかによるのであり、わが国で生産されたからといって税関検査の対象にならないとはいえないと判断した原判決は、最高裁大法廷昭和59年12月12日判決(民集38巻12号1, 308頁)に相半するとともに、関税法2条1項3号の解釈を誤るものであり、法令の解釈に関する重要な事項を含むものである。

第3 本件写真集が関税定率法21条1項4号にいう「風俗を害すべき書籍」に該当するとの原判決の判断は、同法の解釈を誤るものであること

## 1 原判決の判断

原判決は、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」という。)はわいせつな図面であり、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るが、この判断は、同法の解釈を誤るものであり、法令の解釈に関する重要な事項を含むものである。

## 2 本件写真集自体から判断される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たおり、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、わいせつな図面であると判断している(原判決15頁)。

本件写真は、いずれも男性ヌードにおいて男性性器が撮影された写真である。いずれの写真も「性戯」そのものを撮影したものではないし、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ない。

そうであるならば、原判決の判断は、要するに男性性器が「直接的、具体的に」写されていることをもって、わいせつであると判断していることになる。

(2) しかしながら、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である。

しかも、原判決は、本件写真集が国内で販売されて流通していたという事実をも全く捨象して、そのわいせつ性を判断しようとしているが、これは前記第4で述べたとおり、税関検査の目的を逸脱するものであって、不当である。

(3) また、原判決は、「いずれも主として観るものの好色的興味に訴える効果を有する」と認定しているが、いずれも、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、いわゆる色情をさせる類のものとは全く次元が異なるものと言わなければならない。

この点については、憲法学者である奥平康弘教授が、別件訴訟に対する最高裁判決の批評において、「メイプルソープの件でいえば、『わいせつ』と断定された写真の多くは男性ヌードのそれである。これは、よかれ悪しかれ伝統的に『わいせつ』とされた範疇の文書とかなり違う」と指摘していることから窺われるところがある（甲25・86頁）。

- (4)したがって、これらの写真を収録している本件写真集は、その性格、撮影者に対する評価及び本件写真集の体裁、出版の趣旨等をも併せ考慮するば、被告らがわいせつだと指摘する各写真をわいせつと認めることはできないというべきである。

なお、原判決は、別件訴訟の最高裁判決が、本件写真中の一部の写真についてわいせつと風俗を害すべき物品に当たるとした東京高等裁判所の判決を正当と是認されていることを指摘しているが（原判決18頁）その後の社会通念の変動等によりその判断は改められるべきであるから、もはやその前提を欠いていると言わなければならない。

### 3 わいせつ性の判断方法等と本件写真集の芸術性について

- (1) 関税定率法21条1項4号の「風俗を害すべき物品」等につき、そのわいせつ性の判断基準とすべき社会通念は時代の変遷によって変容するものであるから、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べきである。

現在、わが国では、いわゆるヘア・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り、さらには、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が誰でも容易に閲覧できるようになっている。

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設の抵抗感を感じなくなりつつある。

我が国の国内においても、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るようになってきている。このように、現在、社会一般のわいせつ概念は大きく変化し、性表現の自由が大幅に拡大されてきているのである。

江戸時代の版画家による枕絵類の複製に限らず、現代人の作にかかる文芸、絵画でも、性器のみならず性関係すらも写實的に描写したものが、一般人が容易に入手し得る書籍や新聞雑誌等にしばしば掲載され、あるいは美術館において公開され、さらに、インターネットによって世界中のサイトにおいて自由に閲覧できるようになっている。

こうした現状の下においては、性欲を興奮又は刺激させる、普通人の正常な性的羞恥心を害する、善良な性的道義観念に反するというわいせつの定義の内容自体も、大きな変貌を遂げていると認めなければならない。

このような観点からすれば、本件写真は、いたずらに性欲を興奮又は刺激せしめるものでも、普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道徳観念に反するものでもなく、わいせつな図面とはいえないと解釈されなければならない。

しかるに、原判決は、インターネットの利用に関して、「インターネットの利用により、性器や性戯を露骨に撮影した画像を提供するわが国の内外のサイトにアクセスすることができるというけれども、そのような写真による直接的な性器や性戯の表現が、現在、一般社会において、自らはそれに接することは積極的に望まないまでも、多彩の表現のありかたの1つとしてであれ、あるいは多様な趣味嗜好を満足させるものとしてであれ、ともあれ社会に流布すべきものとして受容されているとは認められない」と判断している（原判決16頁）。

しかしながら、現在においては、コンビニエンスストア等極めて身近な所で、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きていることは公知の事実であり、その中には、いたずらに性欲を興奮又は刺激せしめ、普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道徳観念に反するような類の写真が掲載されており、既に、このような表現物が社会に流布すべきものとして受容されるべきである（なお、この点については補充書を提出する予定である）。

- (2) 本件写真を撮影した米国人写真家であるメイプルソープは、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あり、日本国内においては、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わが国でも有名である（甲7ないし甲19）。

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、ポートレイト、花、静物、ヌード、SM写真、そして同氏の死の真近に撮られたセルフ・ポートレイ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」の日本版である（甲21ないし甲28）。

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、極めて専門的な内容である。そのことは、本書に、アーサー・C・ダントによる「崖っぷちで戯れてーロバート・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や、また定価が1万6800円と極めて高価であることから明らかである。

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家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であって、本件写真集はいわゆる専門書に属する書籍である。本件写真集が、広告媒体によって通念的興味をかきたて、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ある（甲26）。

- (3) 本件写真集に掲載されている写真は、すべてメイプルソープ（白黒）であるが、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。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ない。

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、その作品は高い芸術性を有するものであり、殊に、本件写真集は、同人の初期から後期までの写真を総覧したもので、同人の写真芸術の全体像を概観するための貴重な資料であって、全体として芸術的価値を有するから、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すべきである。

(4) なお、本件と同じメイプルソープの写真集についての最高裁平成11年2月23日第3小法廷判決(判例時報1670号3頁以下)における裁判官尾崎行信、同元原利文の反対意見においても、「右のような社会一般の情勢も考慮して検討するのに、本件写真集に収録されている写真のうち被上告人らがわいせつであると主張するのは一三枚、うち男性性器が撮影されているものは一〇枚であるが、各写真の構図、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することができ、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異なるものと認めざるを得ない。ただ、見る人によってはこれをグロテスクであるとし、あるいは直視することに違和感を持つ可能性のあることは否定できないが、それは個人の嗜好や美意識の問題であって、これを直ちに性欲の興奮・刺激に結びつけるのは過度の反応というべきである。したがって、これらの写真の収録している本件写真集は、その性格、作者に対する評価及び作品回顧展の意義、体裁。出版の趣旨、目的、頒布方法等をも併せ考慮すれば、わいせつ図面を認めることは容易でないものであったというべきである。現に第一審判決も、主として読者の好色的興味に訴えるものといいいながらも、性欲を興奮・刺激するものとの認定、判断を行っていないとみられるのである。前示のとおり、わいせつ性について見解が分かれる可能性のある書籍や図画等については、税関長に事前審査の権限がないと解すべきであるから、本件写真集のように、わいせつ図画とは容易に判定できない場合には、関税定率法二一条三項の規定による通知の対象とすることなく通関を認め、その後は一般の国内出版物と同一の取扱いにゆだねるべきであった。したがって、被上告人東京税関長が上告人に対して本件写真集が輸入禁制品に該当する旨の通知は違法というほかない。」と判断しているのである(下線は上告人訴訟代理人による)。

(5) もっとも、原判決は、本件写真がわいせつ書籍、図画等に該当するか否かの判定が容易でないということはではできないと判断し、一部の写真が別事件で風俗を害すべき物品に当たるとする判断がなされていることを指摘している(原判決18頁)。

しかしながら、前記(4)で引用した最高裁判決の裁判官尾崎行信、同元原利文の反対意見においては、その一部の写真について、明確に「わ

いせつ図画とは容易に判定できない」と判断されているのであり、原判決の判断は失当と言われなければならない。

#### 4 まとめ

したがって、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あり、法令の解釈に関する重要な事項を含むものである。

#### 第 4 結語

したがって、原判決は、最高裁大法廷昭和 5 9 年 1 2 月 1 2 日判決に相反するとともに、関税法 2 条 1 項 3 号及び関税定率法 2 1 条 1 項 4 号の解釈を誤るものであり、法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められるから、速やかに上告審として事件を受理すべきである。

以上