

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(被控訴人) 浅井 隆  
被上告人(控訴人) 国 ほか1名

## 答弁書

平成19年12月20日

最高裁判所第三小法廷 御中

被上告人ら指定代理人

## 略称

上告人	一審原告、被控訴人
被上告人	一審被告、控訴人
本件写真集	上告人が取締役を務める有限会社アップリンクが出版した写真集「MAPPLETHORPE」
本件通知処分	被上告人東京税関成田税関支署長が、平成 11 年 10 月 12 日、上告人に対して行った、本件写真集が関税定率法（平成 18 年法律第 17 号による改正前のもの。以下特に断りのない限り同じ。）21 条 1 項 4 号（現在の関税法 69 条の 11 第 1 項 7 号に相当する。）所定の輸入禁制品に該当する旨の同条 3 項の通知処分
アップリンク社	上告人が取締役を務める有限会社アップリンク
別件訴訟	本件写真集に掲載された写真集のうち、一審判決別表番号 2,7,18 ないし 20 の各写真と同一の写真を収録した写真集「ROBERT MAPPLETHORPE」を輸入しようとした際に、平成 4 年 9 月 9 日付で平成 6 年法律第 118 号による改正前の関税定率法 21 条 1 項 3 号（「風俗を害すべき書籍、図画」）所定の輸入禁制品に該当する旨の同条 3 項の通知処分を受けた者が、同通知処分が違憲、違法なものであるとしてその取り消しを求めて提訴した訴訟（1 審の事件番号：東京地方裁判所平成 5 年（行ウ）第 143 号輸入禁制品該当通知処分取消等請求事件）
最高裁昭和 59 年判決	最高裁判所昭和 59 年 12 月 12 日大法廷判決・民集 38 巻 12 号 1308 ページ
最高裁平成 11 年判決	別件訴訟に係る最高裁判所平成 11 年 2 月 23 日第三小法廷判決・判例時報 1670 号 3 ページ
国賠法	国家賠償法

(上告の趣旨に対する答弁)

- 1 本件上告を棄却する。
- 2 上告費用は上告人の負担とする。

(被上告人の主張)

## 第1 はじめに

### 1 事案の概要

上告人が、本件写真集(男性の性器、男性の自慰・男性同士の口淫・男性同士の性愛行為の様子を写したものが掲載されている。そのうち、わいせつ物というべき写真の内容は別紙1ないし20のとおりである。)を携行して出国し、その後帰国して入国旅具検査を受けた際にこれを自ら呈示し、これが関税定率法21条1項4号所定の輸入禁制品「風俗を害すべき書籍、図画」に該当する否かの判断を求めたため、被上告人東京税関成田税関史署長は、平成11年10月12日、本件写真集に掲載されている写真がわいせつ物にあたり、同号の「風俗を害すべき書籍、図画」に該当する旨の通知(本件通知処分)をした。

本件は、上告人が、税関検査制度が憲法21条に違反しており、また、本件写真集は「風俗を害すべき書籍、図画」にあたらないと主張して、被上告人東京税関成田税関史署長に対し、本件通知処分の取消しを求めるとともに、被上告人国に対し、国賠法に基づく損害賠償を求めた事案である。

### 2 被上告人の主張の要旨

#### (1) 税関制度の合憲性

わいせつな書籍、図画を「風俗を害すべき書籍、図画」として輸入禁制品とする税関検査制度が憲法に違反しないことは、確定した判例である。

#### (2) 本件写真集の「風俗を害すべき書籍、図画」該当性

ア 最高裁判所は、別件訴訟において、本件写真集に掲載された写真と同一の写真(男性の性器を写したもの。別紙の2,7,18ないし20)を

含む写真集につき、関税込率法 21 条 1 項 4 号にいう「風俗を害すべき書籍、図画」とは、わいせつな書籍、図画等を指すとした上、「性器そのものを強調し、性器の描写に重きが置かれていると見ざるを得ない写真が含まれている」として、これが「風俗を害すべき書籍、図画」に該当する旨の最高裁平成 11 年判決を言い渡している。本件写真集には、これ以外にも男性の自慰・男性同士の性愛行為の様子を写したもの（別紙 4,5,8,9,12）までふくまれているのであるから、これが「風俗を害すべき書籍、図画」に該当することは明らかである。男女の性器を露骨に描写した写真については、社会的に許容されたものとして流布させることをしないというのが、我が国における健全な価値観であり、社会通念である。別件訴訟の通知処分がされた平成 4 年当時から本件通知処分がされた平成 11 年までの間にこの社会通念が変化したという事実もなく、現在もそうであって、これに異論を唱える者は一部の例外を除いて存在しない。

イ 現在では、インターネットを通じてあらゆる電子情報が外国からわが国に流入しており、その中には、わが国の健全な性的風俗を害するおそれのあるわいせつ画像なども多数含まれていることは公知の事実である。しかしだからといって、わが国におけるわいせつ概念に関する社会通念が変化したということはなく、我が国における健全な性的風俗を維持するためにそれらわいせつな電子情報も何らかの形で取締りの対象とすべきことに変わりはない。男女の性器を露骨に描写した写真であっても、わいせつ物には当たらないということになれば、このような写真が街中にあふれ、更には公然と裸で街を歩いたとしても、このような行為を公然わいせつ罪によって処罰することもできないという事態まで招きかねないが、このようなことを社会通念が許容しているとは到底いえない。

(3) 本件写真集を「風俗を害すべき書籍、図画」に当たらないとした一審判決は失当であること

本件写真集がわいせつな書籍、図画に該当する以上、本件写真集は、関税込率法 21 条 1 項 4 号所定の「風俗を害すべき書籍、図画」にあたることは当然である。一審判決は、本件が本件写真集を刊行した会社の取締役である上告人がいったんこれを国外に持ち出し、再び我が国に持ち帰ったことだけであることを理由に、本件写真集にわいせつ性が認めら

れうるとしても、「風俗を害すべき書籍、図画」に該当しないと判断したようである。しかし、わいせつな書籍、図画であるにもかかわらず、「風俗を害すべき書籍、図画」に当たらない場合があると解釈することは、税関検査をなし得る場合が結局不明確なものとなってしまうことから、最高裁昭和 59 年判決の趣旨にも反し、関税定率法の予定するところではない。

この点においても、本件の上告人は、一度、最高裁判決でわいせつ性を認定された写真について、改めて、わいせつといえるか否かの行政上の判断、司法上の判断を求めることを企図して、本件通知処分を受けたことは明らかである。このような場合に、税関当局において、本件通知処分をしないでわが国への持ち込みを認めれば、本件写真集のわいせつ性を否定したとの行政上の判断がされた、すなわち、行政は、その流通・販売を公的に承認したと受け取られることは明らかであり、そうっては、わが国に持ち帰っただけであるという事情があるとしても、本件写真集が「風俗を害すべき書籍、図画」に当たるとしてされた本件通知処分には何らの違法もない。

## 第 2 事実関係

### 1 本件写真集が発行された経緯及びその内容

(1) 上告人が取締役を務めるアップリンク社は、先にアメリカ合衆国の会社が発行した、同国出身の写真家ロバート・メイプルソープに係る写真集につき、同社との間で出版契約を締結し、これを翻訳した上、平成 6 年 11 月 1 日、本件写真集としてわが国において出版した（原判決 3 ページ、一審判決 4 ページ）

(2) 本件写真集は、メイプルソープが撮影した初期のポラロイド写真からポートレート、花、静物、男性及び女性のヌード、晩年のセルフポートレートまでを幅広く収録したものであるが（原判決 3 ページ、一審判決 4 ページ）、本件写真集には、別紙 1 ないし 20 の各写真のとおり、男性の性器、男性の自慰・男性同士の口淫・男性同士の性愛行為の様子を写したものが掲載されている。

(3) メイプルソープは、1970 年代から、肉体、性、裸体という人間の存在の根元に関わる事象をテーマとし、ゲイのサド・マゾ儀式、女性ボデ

ィビルダーの肉体、黒人男性のヌード、ポートレイトを題材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、米国やわが国の美術評論家から高い評価を得ているが、他方では、米国において、その巡回作品展の会場として予定されたギャラリーの側からキャンセルされたり、国会議員からポルノグラフィであるとして非難されたり、展示会場となった美術館の館長がわいせつ幫助、チャイルド・ポルノ展示の疑いで起訴されるなど評価の分かれる面もある（原判決17ページ）。

（4）本件写真集に掲載された写真と同一の写真（男性の性器を写したもの。別紙2,7,18ないし20）を含む写真集については、本件の上告人とは別のものがこれを輸入しようとした際に関税定率法21条3項の通知処分を受けたため、同通知処分が違憲、違法なものであるとしてその取消しを求めて提訴した訴訟（別件訴訟）があった。同訴訟では、関税定率法21条1項3号（その後の関税定率法21条1項4号に相当し、現在の関税法69条の11第1項7号に相当する。）の「風俗を害すべき書籍、図画」等に該当するか否かが争われたが、東京地方裁判所は、平成6年10月27日、当該写真集は同号の「風俗を害すべき書籍、図画」等に該当するとして原告の請求を棄却する旨の判決をし（乙第2号証）、控訴審である東京高等裁判所は、平成7年10月31日、控訴を棄却した（乙第1号証）。最高裁判所は、平成11年2月23日、「源信の判断は、正当として是認することができる。」として上告を棄却した（最高裁平成11年判決、原判決3ページ、一審判決4,5ページ）。

（5）アップリンク社は、本件写真集について朝日新聞朝刊の第一面に販売広告を掲載するなどの販売促進活動を行い、全国紙や写真専門雑誌に紹介文や書評が掲載されたこともあり、平成7年1月1日から平成12年3月31日までの間に、都市部の大規模書店を中心とする書店販売や通信販売などの方法により合計937冊を販売した（原判決3ページ、一審判決5ページ）。

また、上告人は、後記3（2）の審査請求手続き中の平成12年5月22日に警視庁から呼び出しを受け、本件写真集の販売を続ければ取り締まらざるを得ないとの警告を受けたため、それ以降販売を見合わせるなどの始末書を提出した。しかし、それまでの販売行為については不問に付されたままである（原判決3ページ、一審判決5ページ）。

## 1 本件通知処分に至った経緯

- (1) 上告人は、平成 11 年 9 月 12 日、商用のためアメリカ合衆国に出国した際、自社出版物の見本として本件写真集を携行し、同月 21 日、帰国した原判決 3 ページ、一審判決 5 ページ)。
- (2) 上告人は、上記帰国の際、新東京国際空港(当時)第 2 旅客ターミナル成田税関支署旅具検査場所在の課税検査台において、検査官に対し、本件写真集を呈示し、本件写真集は、上告人が取締役を務めるアップリンク社において出版したものであり、上記のように見本としてわが国から携行したものであることを説明した(原判決 3 ページ、一審判決 5,6 ページ。検査官から「日本に持ち込めないものはないですか。」と尋ねられ、「はい、あります。」と答えて本件写真集を呈示した。本件写真集の内容を確認した検査官から、「関税定率法 21 条に該当すると思われるものがあります。」「念のため、本関の担当部門で確認したいので、本品を預かりたい。」と告げられた際、「結構ですよ。どうであれ、該当ということであれば、異議申し立てを行い、判例実績を作りたいと思っていますから。」と述べている(乙第 5,6)号証)。
- (3) 被上告人東京税関成田税関支署長は、平成 11 年 10 月 12 日、上告人に対し、関税定率法 21 条 3 項に基づき、本件写真集は風俗を害すべき物品と認められ、関税定率法 21 条 1 項 4 号に該当する旨の本件通知処分をした(原判決 3 ページ、一審判決 6 ページ)。

## 1 不服申し立てについて

- (1) 上告人は、平成 11 年 12 月 6 日、東京税関長に対し、本件通知処分の取消しを求めて異議の申し立てをした。東京税関長は平成 12 年 3 月 2 日、同申し立てを棄却する旨の決定をした(原判決 3 ページ、一審判決 6 ページ)。
- (2) 上告人は平成 12 年 4 月 2 日、大蔵大臣(当時。以下同じ。)に対し、本件通知処分の取消しを求めて審査請求をした。大蔵大臣は、同年 6 月 28 日、審査請求を棄却する旨の裁決をした(原判決 3 ページ、一審判決 6 ページ)。

## 第1 憲法 21 条適合性

### 1 税関検査は憲法 21 条 2 項前段が禁止する検閲に当たらないこと

- (1) 上告人は、「4号物品について税関検査による輸入規制を定めた関税定率法 21 条 1 項 4 号及び同条 3 項は、税関長に対して、輸入出版物の表現内容を強制的に検査し、国内における公表を禁止する権限を与えたものであるから、公権力による表現の自由に対する事前抑制であり、憲法 21 条 2 項前段が絶対的に禁止する「検閲」に当たる。(上告理由書 5 ページ)」と主張する。
- (2) しかしながら、憲法 21 条 2 項にいう「検閲」とは、表現を何らかの形で事前抑制するもの全てと解すべきでなく、「行政権が主体となって、思想内容などの表現物を対象とし、その全部または一部の発表の禁止を目的として、対象とされる表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不相当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものを指す」(最高裁昭和 59 年判決・民集 38 卷 12 号 1318 ページ)。

これを、関税定率法 21 条 1 項 4 号に該当する物品に関する税関検査についてみると、税関検査は、関税徴収手続きの一環として、これに付随して行われるもので、思想内容などそれ自体を網羅的に審査し規制することを目的とするものではない。税関検査によつて当該表現物の輸入を禁止したからといって、それは事前に発表そのものを一切禁止するというものではなく、また、当該表現物は、輸入が禁止されるだけであつて、税関により没収、廃棄されるわけではないから、発表の機会が全面的に奪われるてしまうものでもない。税関検査は行政権によつて行われるとはいへ、その主体となる税関は、関税の確定及び徴収を本来の職務内容とする機関であつて、特に思想内容などを対象として、規制することを独自の使命とするものではなく、また、思想内容などの表現物につき税関長の通知がされたときは司法審査の機会があたえられているのであつて、行政権の判断が最終的なものとされるわけではない。こうしたことからすれば、関税定率法 21 条 1 項 4 号に該当する物品に関する「税関検査は、憲法 21 条 2 項にいう「検閲」に当たらない」(最高裁昭和 59 年判決・民集 38 卷 12 号 1320 ページ) というべきである。

### 1 関税定率法 21 条 1 項 4 号は不明確な規制ではなく、過度に広汎な規制で



もないこと

( 1 ) 上告人は、「関税定率法 21 条 1 項 4 号は、表現の自由を規制する法律の文言として不明確に過ぎるとともに広汎に過ぎることから、萎縮的效果を及ぼす恐れが強いといわなければならない、憲法 21 条 1 項に違反するものとして、文面上無効とされるべきである。」( 上告理由書 6 ページ ) と主張する。

( 2 ) しかしながら、およそ法的規制の対象として「風俗を害すべき書籍、図画」などというときは、性的風俗を害すべきもの、すなわちわいせつな書籍、図画などを意味する。したがって、関税定率法 21 条 1 項 4 号にいう「風俗を害すべき」との文言についても、これを合理的に解釈すれば、上記の「風俗」とは専ら性的風俗を意味し、同規定により輸入禁止の対象とされるのは、わいせつな書籍、図画に限られるということが出来るから、同規定は何ら明確性に欠けるものではない ( 最高裁昭和 59 年判決・民集 38 卷 12 号 1322, 23 ページ ) 。

そして、わいせつ性の概念は、刑法 175 条の規定の解釈に関する判例の集積によって、「徒に性欲を興奮または刺激せしめ且普通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」であると既に明確にされている ( 最高裁昭和 26 年 5 月 10 日第一小法廷判決・刑法 5 卷 6 号 1026 ページほか ) 。したがって、一般国民は関税定率法 21 条 1 項 4 号にいう「風俗を害すべき」との文言によって、いかなる表現物とその対象となるかを判断することは出来るから、表現の自由に対する萎縮的效果は認められず、同規定は明確であり過度に広汎な規制ではなく、憲法 21 条 1 項に反するものではない ( 最高裁昭和 59 年判決・民集 38 卷 12 号 1324, 25 ページ ) 。

( 3 ) 上告人は、「税関職員を含む一般国民の理解において、規制の対象となるか否かを容易に判定し得ないような文書、図画などについてまで税関職員が一方的に審査することは「実験的検閲」にあたり、憲法 21 条 2 項の趣旨に反し許されないものと解すべきである。」「わいせつな書籍、図画などに該当するか否かの判定が容易でない物品については、税関長には事前審査の権限がないと解すべきである。」( 上告理由書 10 ページ ) と主張する。

しかしながら、一般国民は、上記のとおり、関税定率法 21 条 1 項 4 号にいう「風俗を害すべき」との文言によって、いかなる表現物とその対象となるかを判断することは出来るというべきであるから、上告人の上記主張は、前提において失当である。最高裁平成 11 年判決も、

本件写真集に掲載された写真と同一の写真（男性の性器を写したものの別紙2,7,8ないし20）を含む写真集につき、「性器そのものを強調し、性器の描写に重きが置かれていると見ざるを得ない写真が含まれている」とし、これが「風俗を害すべき書籍、図画」に該当する旨の判決を言い渡しているが、同判決も、いかなる表現物が関税込率法21条1項4号にいう「風俗を害すべき書籍、図画」に該当するかを一般国民が判断できるとの理解を前提としたものというべきである。

## 2 個人所持目的の輸入を禁止しても、過度に広汎な規制とはいえないこと

(1) ■上告人は、「単なる所持目的でわいせつ表現物を輸入することまでを禁止することは憲法上許されないというべきであり、関税込率法21条1項4号が、個人鑑賞のために所持することを目的とする場合を含めて、一律に、「風俗を害すべき」物品の輸入を禁止しているのは、表現の自由に対する過度に広汎な規制であるから、憲法21条1項に違反して、文面上無効とされるべきである。」(上告理由書7ページ)と主張する。

(2) 刑法175条がわいせつな表現物の単なる所持を処罰の対象としていないことにかんがみると、その輸入規制を最小限度のものにとどめ、単なる所持を目的とする輸入を規制の対象から除外することも考えられなくはない。しかしながら、わいせいつな表現物がいかなる目的で輸入されるかはたやすく識別され難いだけでなく、流入したわいせつな表現物を頒布し、販売の過程におくことは容易であるから、わいせつな表現物の流入、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、その輸入の目的のいかんにかかわらず、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というべきである（最高裁昭和59年判決・民集38巻12号1321ページ）。

したがって、関税込率法21条1項4号が、個人的鑑賞のため所持することを目的とする場合を含めて、「風俗を害すべき」物品の輸入を禁止していることは、表現の自由に対する過度に広汎な規制ではないから、憲法21条1項に反しない。

## 4 わが国で発行され流通していた書籍などについて規制しても、違憲とはいえないこと

- (1) 上告人は、わが国で発行され流通していた書籍などについても税関検査の対象になるとした原判決は最高裁昭和 59 年判決に違反し、憲法 21 条の解釈を誤っている旨を主張する(上告理由書 13 ページ以下)ほか、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が憲法 21 条の解釈を誤るものである旨を主張する(上告理由書 17 ページ以下)。
- (2) しかしながら、わが国で発行され流通していた書籍などについても、それがわいせつな書籍、図画である以上は、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れば、わが国の健全な風俗が害される恐れが高まることは明らかであり、これについて税関検査の対象としても、憲法 21 条 1 項に違反することはないし、最高裁昭和 59 年判決に反することもない。

また、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、図画」に該当するとした原判決の判断が憲法 21 条の解釈を誤るものである旨の上告人の主張は、結局、関税定率法の解釈適用の誤りをいうに過ぎず、上告の理由足りえないというべきである。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、図画」に当たるといふべきことは、後記第 5 で述べるとおりである。

#### 第 4 憲法 14 条 1 項適合性

##### 1 上告人の主張

上告人は、「最近のインターネットの発達(特に ADSL のようなブロードバンドの発達・普及)により、海外から性器や陰毛が隠されない画像データを誰でも容易に閲覧することができる時代になっている。」(上告理由書 11 ページ)とし、「現行の税関検査はわが国に対する情報流通手段として、税関検査を通る形で情報を流通させた者とそれ以外の者(特にインターネットを利用する者)との間で合理的な理由のない差別をするものであって、憲法 14 条 1 項の「法の下での平等」に違反するものである。」(上告理由書)と主張する。

##### 2 規制が困難な場合があるからといって当該規制が平等原則に違反するということはないこと

しかしながら、一般に、ある行為を法令により規制するか否か、また規

制するとしてどのような規制を行うかについては、広汎な立法裁量に委ねられているのであり、法技術上の問題その他の諸事情により、ある行為についての法令の整備が遅れ、同様に規制されるべき行為の一方は既に規制されているにもかかわらず、その後生じた他方の好意に関する規制が遅れても、その状態が直ちに憲法 14 条 1 項に違反するとはいえない（最高裁昭和 33 年 7 月 16 日大法廷判決・刑法 12 卷 12 号 2591 ページ参照）。

現行の税関検査においては、わが国に対する情報流通手段として、税関検査を通る形で情報を流通させた者については規制がなされている一方で、インターネットなどを利用し税関検査を通ることなく情報を流通させた者については規制がなされていないとしても、これは、関稅定率法 21 条 1 項各号に規定する輸入禁制品の対象となるのが「貨物」に限られ、インターネット等を利用した国外からの電子情報は「貨物」に当たらない一方で、現行法下では、インターネットなどを利用し税関検査を通ることなく情報を流通させるような事態に対応する法令が存在しないというにすぎない。

したがって、わが国に対する情報流通手段として、税関検査を通る形で情報を流通させた者については規制がなされている一方で、インターネットなどを利用し税関検査を通ることなく情報を流通させた者については規制がなされていないとしても、憲法 14 条 1 項に反するものではない。

## 第 5 本件写真集はわいせつ物であり、「風俗を害すべき書籍、図画」にあたること

### 1 「風俗を害すべき書籍、図画」の意義

関稅定率法 21 条 1 項 4 号にいう「風俗を害すべき書籍、図画」等とは、前記の第 3 の 2 のとおり、わいせつな書籍、図画などをいうものと解され、わいせつとは、いたずらに性欲を興奮または刺激せしめ、か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と解される。そして、その判断は、その時代の健全な社会通念に従って決せられる（最高裁昭和 32 年 3 月 13 日大法廷判決・刑法 11 卷 997 ページ参照）。

特に、写真は、視覚を通じて見る者に直接訴えることに特徴のある表現物である。そのわいせつ性を判断するに当たっては、性に関する描写の内容が露骨で直接的、具体的であるか否か、その描写が画面全体に占める比重、画面の構成、芸術性、思想性による性的刺激の緩和の程度、その写真を全体として見たときに、主として見る者の好色的興味に訴えるものと客觀的に認

められるか否かなどの諸点を総合し、一般社会の健全な社会通念に照らして、いたずらに性欲を興奮又は刺激せしめ、かつ、普通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といえるか否かを判断すべきものである（最高裁昭和 55 年 11 月 28 日第二小法廷判決・民集 34 卷 6 号 433 ページ）。

## 2 本件写真集のわいせつ物該当性

(1) これを本件写真集についてみた場合、原判決（15 ページ以下）が正しく判示するとおり、一審判決別表 1 ないし 20 の各写真は、いずれ男性の性器を露骨に、直接的に、具体的に写したもので、男性の性器の画面の中央に目立つように配置して画面が構成されており、殊更に男性の性器そのものを強調して表現されている。中には、男性の自慰・男性同士の口淫・男性同士の性愛行為の様子を写したもので含まれてる（別紙 4, 5, 8, 9, 12）。このような写真を見ても、単にグロテスクなものと感じるにすぎない者も多いと思われるが（中にはこれに芸術性を見出す者もいるかもしれないが「芸術性と猥褻性とは別異の次元に属する概念であり、両立し得ないものではない」ことは、確定した判例である（最高裁昭和 32 年 3 月 13 日大法廷判決・刑法 11 卷 3 号 997 ページ））、今日では、人々の趣味、嗜好、性向は多様化し、本件写真集に含まれている上記のような写真を見て、いたずらに性欲をかき立てられる者がいることも想像に難くない。また、本件写真集が、普通人の正常な性的羞恥心を害することも明らかである。男女の性器を露骨に描写した写真については、社会的に許容されたものとして流布させることをしない、これがわが国における健全な価値観であり、社会通念である。これに異論を唱える者は一部の例外を除いて存在しない。

そうであるならば、本件写真集は、見る者の好色的興味に訴える効果を有するものと認めるほかなく、現在のわが国の一般社会の健全な社会通念に照らして考察しても、いたずらに性欲を興奮または刺激せしめ、かつ普通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であり、わいせつな図画というべきである。

(2) しかも、前記の第 3 の 2 (3) で述べたとおり、本件写真集に掲載された写真と同一の写真（男性の性器を写したもので、別紙 2, 7, 18、ないし 20）を含む写真集について、最高裁平成 11 年判決は、同写真集には

「性器そのものを強調し、性器の描写に重きがおかれているとみざるを得ない写真が含まれている」とし、これが「風俗を害すべき書籍、図画」に該当する旨の判決を言い渡している。本件写真集には、これ以外に男性の自慰・男性同士の口淫・男性同士の性愛行為の様子を写したもの(別紙4,5,8,9,12)まで含まれているのであるから、これが、わいせつ物であり、「風俗を害すべき書籍、図画」に該当することは明らかである。

### 3 本件写真集のわいせつ性を否定する事は認められないこと

#### (1) 既にわが国で生産(出版)され流通していたからといってわいせつ性が否定されるわけではないこと

本件写真集は平成6年11月1日に出版されてから本件通知処分がされた平成11年10月までの間の約5年間にわたって、900冊以上販売されているが(一審判決14ページ)、本件写真集にわいせつ性があると判断する以上、「既にわが国において頒布、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恐れが高まることは明らか」である。この点は、控訴審判決である原判決が正しく判示しているとおりである(原判決14ページ)。

最高裁平成11年判決の事案においても、その原審である東京高等裁判所平成7年10月31日判決(乙第1号証)は、「本件写真集と同一内容のものが東京都内の書店で陳列・販売され、あるいは、本件で猥褻性があるとされる写真の一部が他の書籍などに掲載されて流布していることは、必ずしもそれらがその公然の陳列、頒布などを社会的に是認された猥褻でない表現物であることを意味するものと速断することはできない。」と判示しており(同判決3ページが引用する東京地方裁判所平成6年10月27日判決35ページ(乙第2号証))、最高裁平成11年判決もこの判断を当然の前提としているというべきである。国内で流通していたというだけでは、わいせつ性は失われないというのが判例である。

#### (2) 国立国会図書館で閲覧制限が行われていないからといってわいせつ性が否定されるわけではないこと

ア 一審判決は、本件写真集が国立国会図書館にも納本されており、「国立国会図書館のような公的機関においても一般に閲覧に供されてい

た」ことを、本件写真集が「専ら芸術的な書籍として流通し、健全な風俗への影響がないもとのとの評価が確立していた」とする根拠の一つとしている（15ページ）。

しかしながら、次に述べるとおり、国立国会図書館で閲覧制限が行われていないことは、当該出版物がわいせつな表現物でないことを意味しない。

イ 国立国会図書館は、図書及びその他の図書館資料を蒐集し、国会議員の職務を遂行に資するとともに、行政及び司法の各部門に対し、更に日本国民に対し、この法律に規定する図書館奉仕を提供することを目的とする（国立国会図書館法2条）。

国立国会図書館の図書館奉仕は、直接にまたは公立その他の図書館を経由して、両議院、委員会及び議員並びに行政及び司法の各部門からの要求を妨げない限り、日本国民がこれを最大限に享受することができるようにしなければならない。この目的のために、館長は、「館長の定めるところにより、国立国会図書館の収集資料及びインターネットその他の高度情報通信ネットワークを通じて閲覧の提供を受けた図書館資料と同等の内容を有する情報を、国立国会図書館の建物内で若しくは図書館相互間の貸し出しで、または、複写若しくは展示によって、一般公衆の使用及び研究の用に供する」との権限を有する（同法21条1項1号）。

そして、国、地方公共団体及び独立行政法人等以外の者は、出版物を発行したときは、文化財の蓄積及びその利用に資するため、発行の日から30日以内に、最良版の完全なもの一部を国立国会図書館に納入しなければならない（納本制度、同法25条1項）と規定されているため、民間出版物は、原則として、すべて国立国会図書館に納入されることがされている。

ウ 国立国会図書館長は、人権の侵害などにより利用に供することが不相当と認められる資料の利用の制限（利用を禁止し、又は資料について一定の条件を付すること。）をすることができる（国立国会図書館資料利用規則8条）が、そのようなものの例としては、「人権侵害又は刑法175条に規定するわいせつ物に該当することが裁判により確定した資料など」とされている（乙第4号証）。

エ そもそも、わが国では、わいせつ物が公然と流布することを防ぐ手段として、二つの方法を用意している。一つは、これを輸入禁制品とし

て水際で防止する方法であり、もう一つは、国内でその頒布などに刑事罰を科す方法である。しかし、国立国会図書館には、そもそもそのような役割はなく、公開すべき書籍がわいせつ物に当たるか否かを判断する能力も権限も存在しない。そこで、国立国会図書館では、上記のとおり、「人権侵害又は刑法 175 条に規定するわいせつ物に該当することが裁判により確定した資料など」については、「人権の侵害などにより利用に供することが不相当と認められる資料」として、その利用を制限している。しかし、これが、一つの例示にすぎないのであり、本件写真集がわいせつ物に当たることが裁判で確定すれば、利用制限措置の対象となることを、国立国会図書館も認めているのである（乙第 4 号証）。したがって、国立国会図書館が本件写真集について閲覧制限をしていなかったからといって、わいせつ性が否定されたなどとは到底いえない。

（ 3 ） 本件写真集の販売行為について刑事処分などを受けていないからといってわいせつ性が否定されるわけではないこと

ア 一審判決は、本件写真集が 5 年間で 900 冊以上販売され、その間、全国紙や写真専門誌において芸術的観点からの紹介や批評がされていることなどの事情を踏まえ、「原告が本件写真集の販売行為に関して刑法 175 条のわいせつ物頒布罪などに処せられたことはなく、本件通知処分後も原告が警察から警告を受けたものの、過去の販売行為については何らの刑事手続きも執られていないことが認められる。これらのことから、本件写真集は、単に官憲の目に留まらなかったために取締りを免れていたものではなく、それが専ら芸術的な書籍として流通し、健全な風俗への影響がないものとの評価が確立していたために取り締まりの対象とならなかったもの認めるのが相当である」（15 ページ）と判示した。

イ しかしながら、上告人は、本件通知処分後ではあるが、平成 12 年 5 月 22 日、本件写真集について警視庁から呼び出されて警告を受け、それ以降その販売を見合わせるとの始末書を提出し（前記第 2 の 1（5））、その結果、本件写真集の出版社であるアップリンク社が新たに本件写真集を販売することもなくなったのである。このような場合にはあえて刑事責任まで問わないというのが一般的な刑事実務であるというべきである。したがって、刑事処分などをうけていないからといって、本件写真集が「専ら芸術的な書籍として流通し、健全な風俗への影響がないも



のとの評価が確立していた」ということにならないことは明らかである。

(4) わいせつ性に関する社会通念に変化があったとはいえないこと

最高裁判所は、本件写真集に掲載された写真と同一の写真（男性の性器を写したもの。別紙2,7,18、ないし20）を含む写真集について、同写真集には「性器そのものを強調し、性器の描写に重きがおかれているとみざるを得ない写真が含まれている」とし、これが「風俗を害すべき書籍、図画」に該当する旨の最高裁平成11年判決を言い渡している。今回、第三小法廷が本件写真集の同一の写真について、わいせつ物には当たらない旨の判断をするというのであれば、社会通念に変化があったということになる。

しかしながら、男女の性器を露骨に描写した写真については、社会的に許容されたものとして流布させることをしないというのが、わが国における社会通念である。別件訴訟の通知処分がされた平成11年までの間にこの社会通念が変化したという事実はなく、現在においても何ら変わりはない。

現在では、インターネットを通じてあらゆる電子情報が外国からわが国に流入しており、その中には、わが国の健全な性的風俗を害する恐れのあるわいせつ画像なども多数含まれていることは公知の事実である。しかし、だからといって、わが国におけるわいせつ概念に関する社会通念が変化したということではなく、わが国における健全な性的風俗を維持するためにそれらのわいせつな電子情報も何らかの形で取締りの対象とすべきことに変わりはない。男女の性器を露骨に描写した写真であっても、わいせつには当たらないということになれば、このような写真が街中にあふれ、更には公然と裸で歩いたとしても、このような行為が公然わいせつ罪によって処罰することもできないということになるが、このようなことを社会通念が許容しているとは到底いえない。

4 一審判決のような考え方は採れず、本件写真集は「風俗を害すべき書籍、図画」に該当すること

(1) 関税込率法21条1項4号所定の「風俗を害すべき書籍、図画」とは、「わいせつな書籍、図画」と解釈すべきこと

ア 本件の一審判決は、「関税込率法21条1項4号の立法目的からして、4

号物品該当性の判断に当たっては、当該表現物のわいせつ性の有無及び程度のみならず、当該表現物がわが国に流入することにより、わが国における健全な風俗にいかなる害悪をどの程度及ぼすかという観点も考慮すべきであり、たとえわいせつ性が認められえりようなものであっても、それが我が国における健全な風俗に影響を与えないのであれば、当該表現物を規制する必要はないから、4号物品には該当しない」(12,13ページ)と判示し、関税込率法21条1項4号所定の「風俗を害すべき書籍、図画」は、必ずしも「わいせつな書籍、図画」と同義ではないとする。

イ しかしながら、最高裁昭和59年判決においては、税関検査の対象となる当時の関税込率法21条1項3号の「風俗を害すべき書籍、図画」との規定ぶりが明確性を欠き、その文言が不明確ゆえに当該規定自体が違憲無効であるか否かが争点となったが、同判決は、「関税込率法21条1項3号にいう「風俗を害すべき書籍、図画」等との規定を合理的に解釈すれば、右にいう「風俗」とは専ら性的風俗を意味し、右規定により輸入禁止の対象とされるのは猥褻な書籍、図画などに限られるものということができ、このような限定的な解釈が可能である以上、右規定は、何ら明確性に欠けるものではなく、憲法21条1項の規定に反しない合憲的なものというべきである。」(最高裁昭和59年判決・民集38巻12号1322,23ページ)と判示したのである。

ところが、一審判決のように、関税込率法21条1項4号所定の「風俗を害すべき書籍、図画」は、必ずしも「わいせつな書籍、図画」と同義ではないとした場合には、結局、どのような場合が税関検査の対象となる関税込率法21条1項4号の「風俗を害すべき書籍、図画」に当たるのか不明となってしまい、このような解釈は、最高裁昭和59年判決の趣旨に反することは明らかである。

最高裁平成11年判決も、最高裁昭和59年判決を引用して、「風俗を害すべき書籍、図画」等とはわいせつな書籍、図画等をさすものと解すべきであるとした上、同写真集には「性器そのものを強調し、性器の描写に重きがおかれているとみざるを得ない写真が含まれている」とし、これが「風俗を害すべき書籍、図画」に該当する旨の判決を言い渡しているのであって、一審判決のような解釈を前提としていないことは明らかである。

ウ 本件の一審判決は、上記アの解釈を前提とした上、「税関長においては、

現に生じた客觀的事態を十分に吟味し、従前の当該表現物の流通により、我が国における健全な風俗が害されたと認められる場合にのみ、当該表現物の輸入を許さないことができる」と解すべきである。」(13 ページ)と判示する。

しかしながら、税関長は、日々大量の輸入貨物に対して迅速に検査を実施しなければならないという要請があるから、税関検査は即物的、外形的な検査とならざるを得ず、それゆえに、関稅定率法 21 条 1 項各号の輸入禁制品は、すべて即物的、外形的に判断することができるもののみが列挙されているのである。にもかかわらず、税関長が、輸入禁制品該当通知処分までの間に、当該わいせつ物品が国立国会図書館に納本されて閱覽制限措置が採られているか否か、それが国内で販売されているか否か、それがいかなる書評をされているか、その宣伝及び流通形態が公然であるか否か、当該わいせつ物品が全国核都道府県警において取締りの対象となっているか否か、また、近い将来、警察などの取締りの対象となるか否かなどについて、全て一律に調査して判断することは不可能であり、このようなことは、関稅定率法の予定するところではない。

エ したがって、関稅定率法 21 条 1 項 4 号所定の「風俗を害すべき書籍、図画」とは、「わいせつな書籍、図画」と解釈すべきであり、これ以外の何物でもない。

(2) 本件写真集は「風俗を害すべき書籍、図画」であること

本件写真集がわいせつな書籍、図画に該当する以上、本件写真集は、関稅定率法 21 条 1 項 4 号所定の「風俗を害すべき書籍、図画」に当たることは当然である。

この点、一審判決は、「本件写真集は、平成 6 年 11 月 1 日に出版されてから本件通知処分がされた平成 11 年 10 月までの約 5 年間にわたって、900 冊以上販売されている」(14 ページ)とした上で、「原告は、本件写真集を刊行した会社の取締役であるから、これを再び我が国に持ち帰っても、従前同様芸術的な書籍として流通におき、既に確立したと同様の評価を受けるものと認められから、これによって我が国における健全な風俗が害されることは認められがたく、そうである以上、本件写真集は 4 号物品には該当しない。」(15 ページ)と判示し、本件写真集を刊行した会社の取締役である上告人がこれを再びわが国に持ち帰っただけであることなどを理由に本

件写真集にわいせつ性が認められうるとしても、「風俗を害すべき書籍、図画」に該当しないと判断したようである。

しかし、わいせつな書籍、図画であるにもかかわらず、「風俗を害すべき書籍、図画」に当たらない場合があることを認めるような解釈は、関税率法の予定するところではないし、最高裁昭和 59 年判決の趣旨にも反することは上記(1)のとおりである。

また、この点においても、本件の事実関係を見れば、上告人は、一度、最高裁判決でわいせつ性を認定された写真について、改めて、わいせつといえるか否か野行政上の判断、司法上の判断を求めることを企図して、本件通知処分を受けたことは明らかである。このような場合に、税関当局において、本件通知処分をしないで我が国への持込を認めれば、上告人としては、本件写真集のわいせつ性を否定したとの行政上の判断を受けた、すなわち、行政は、その流通・販売を公的に承認したものと理解するのは当然であり、そうなるのは、ますます、我が国の健全な性的風俗が害される恐れが高まることは明らかである。一審判決のような解釈を仮に採用したとしても、本件写真集が「風俗を害すべき書籍、図画」に当たるとしてされた本件通知処分には何らの違法もない。

## 第 6 被上告人東京税関成田税関支署長の行為が国賠法上違法といえず、過失も認められないこと

### 1 被上告人東京税関成田税関支署長の行為が違法でないこと

(1) 国賠法 1 条 1 項は、「国又は公共団体の公権力の講師に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものである（最高裁平成 17 年 9 月 14 日大法廷判決。判例時報 1908 号 36 ページ）。

また、最高裁平成 5 年 3 月 11 日第一小法廷判決（民周 7 巻 4 号 2863 ページ）は、「税関署長のする所得税の更正は、所得金額を過大に認定していたとしても、そのことから直ちに国家賠償法 1 条 1 項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、税務署長が資料を収集し、これに基づき課税要件事実を認定、判断する上において、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更正をしたと認め得るような事情がある場合に限り、右の評価を受けるものと解するのが相当である。」と判示している。

以上からすれば、国賠法 1 条 1 項にいう「違法」と評価されるためには、当該公務員が損害賠償を求めている国民との関係で個別具体的な職務上の法的義務を負担し、かつ、当該行為がその職務上の法的義務に違反したされた場合でなければならない。

- (2) これを本件についてみると、本件通知処分がされた平成 11 年当時、最高裁判所は、別件訴訟にかかる最高裁平成 11 年判決において、本件写真集に掲載された写真と同一の写真(男性の性器を写したもの。別紙 2, 7, 18, ないし 20)を含む写真集につき、「性器そのものを強調し、性器の描写に重きがおかれているとみざるを得ない写真が含まれている」とし、これが「風俗を害すべき書籍、図画」に当たると判断することも当然のことであり、職務上尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と本件通知処分がされたとはいえないから、本件通知処分をした被上告人東京税関成田税関支署長の行為が違法とされるいわれはない。

## 2 被上告人東京税関成田税関支署長に過失が認められないこと

本件訴訟は、本件写真集を携行して出国した上告人が、その後帰国して入国旅具検査を受けた事案であり、海外で入手した写真集を持ち込もうとした別件訴訟とは、その点で事案を異にするが、我が国において出版され流通していた表現物を日本国外に持ち出し、再度再度我が国に輸入しようとした場合における通知処分の適法性が裁判上争われた事案は、これまで存在しておらず、そのような場合の法解釈について判断を示した学説や裁判例は過去になかったのである。したがって、本件のような場合にも別件訴訟における最高裁平成 11 年判決が妥当すると考えた被上告人東京税関成田税関支署長の判断には、何らの過失もない。

## 3 小括

以上のとおり、被上告人東京税関成田税関支署長の行為が国賠法上違法といえず、過失も認められないから、被上告人が国賠法上の責任を負うことはない。

## 第 7 結語

以上の次第で、本件通知処分を違法として、その取消し及び国賠法 1 条に基

づく損害賠償を求める上告人の請求はいずれも理由がないとした原判決の判断は正当であって、上告人の論旨は理由がなく、本件上告は棄却されるべきである。

一審判決別表

番号	該当項	該当内容	備考
1	2 4	全裸男性の頭部から足元までの全身を正面から写したもので、両手を脇の台の上にて交差させた姿態で男性性器を画面中央に目立つよう画面構成し、露骨に描写している写真。(白黒)	
2	1 0 2	と前部とが大きく開口した革のズボンを着けた上半身裸の男性(頭部は被写体となっていない。)が、その陰茎と陰嚢を布貼りの台の上に乗せている写真であって、上記陰茎部と全部とが大きく開口した革のズボンを着けた上半身裸の男性(頭部は被写等を画面中央に目立つように画面構成し、男性性器を露骨に描写しているもの。(白黒)	
3	1 0 3	男性の前かがみの開脚した姿勢を背面から尻部を中心に撮影したもので、画面下方中央に位置した陰嚢と陰茎が露骨に描写されている写真。(白黒)	
4	1 0 7	全裸男性の腰部を中止として身体の斜め正面から撮影したもので、陰茎を右手で握り左手の小指を尿道口に入れている表現を画面中央に目立つよう画面構成し、男性性器を露骨に描写している写真であって、自慰行為を連想させるもの。(白黒)	
5	1 1 4	上半身裸の男性がズボンから露出した性器を革手袋で握り、他人の口中へ放水をする姿態を身体の斜め横前側から撮影したもので、性器と放尿を受ける顔面を画面中央に目立つよう画面構成した写真であって、男性同士の性行為を連想させるもの。(白黒)	
6	1 1 5	全裸の男性が台に腰を掛け、股間を開いた姿勢を正面から撮影したもので、性器が画面中央に目立つよう画面構成され、男性性器を露骨に描写している写真。(白黒)	
7	1 1 7	背広姿の男性(被写体となっているのは胸から腿まで)がズボンの前開き部分から出した陰茎を画面中央に配置した写真であって、極めて露骨に陰茎を強調するもの。(白黒)	
8	1 1 8	全裸男性の腹部から大腿部までを腰部を中心として身体の斜め前面から撮影したもので、勃起した陰茎を左手で握り、男性性器を露骨に描写している写真であって、自慰行為を連想させるもの。(白黒)	
9	1 1 9	全裸男性の下腹部から大腿部までを腹部を中心として身体の斜め前面から撮影したもので、勃起した陰茎を他人が正面から手で握り、陰茎が	

		画面中央に目立つよう画面構成し、極めて露骨に陰茎を強調する写真であって性愛行為を連想させるもの。(白黒)	
1 0	1 2 1	パンツをずらし陰茎を露出させた男性の腹部から右大腿部までを身体の前面から撮影したもので、画面右方に位置した陰茎が極めて露骨に描写されている写真。(白黒)	
1 1	1 2 2	着衣から勃起した陰茎の尿道口に左手で握ったナイフを当てている状態を陰茎、左手、ナイフ及び胴体の一部のみを被写体として撮影した写真で、極めて露骨に陰茎を強調するもの。(白黒)	
1 2	1 2 3	顔面に両手を当てて鼻と口以外を覆った男性が他人の勃起した男性性器を口に含んだ性戯を行っている姿を、陰茎を含んだ口が画面中央になるように撮影した写真。(白黒)	
1 3	1 2 8	仰向けの全裸男性の胸部から大腿部までを身体の左横側から撮影したもので、画面左方に位置した男性の陰茎が露骨に描写している写真。(白黒)	
1 4	1 5 8	全裸男性が椅子に腰を掛け股間を開いた姿を正面から写したもので、陰茎を画面中央に目立つよう画面構成し、男性性器を露骨に描写している写真。(白黒)	
1 5	1 6 8	全裸男性の頭部から大腿部までを身体の斜め前面から写したもので、画面下方に位置した男性の陰茎が露骨に描写されている写真。(白黒)	
1 6	1 7 3	胴体を反っている全裸男性の胸部から大腿部までを身体の左横側から撮影したもので、画面左下方に位置した男性の陰茎が露骨に描写されている写真。(白黒)	
1 7	1 7 7	男性の股間を開いた姿勢の陰部と大腿部の一部を正面から写したもので、陰茎を画面中央に目立つよう画面構成し、極めて露骨に陰茎を強調する写真。(白黒)	
1 8	1 7 9	全裸男性の腰から膝までを横から陰茎を中央に配置する形で撮影した写真であって、極めて露骨に陰茎を強調するもの。(白黒)	
1 9	3 3 5 の上	背広姿の男性(被写体となっているのは胸から腿まで)がズボンの前開き部分から出した陰茎を画面中央に配置した写真であって、極めて露骨に陰茎を強調したもの。(白黒)	1 1 7 の縮小 版
2 0	3 3 5 の下	部と前部とが大きく開口した革のズボンを着けた上半紙裸の男性(頭部は被写体となっていない。)が、その陰茎と陰嚢を布貼りの台の上に乗せている写真であって、上記陰茎等を画面中央に目立つように画面構成し、男性性器を露骨に描写しているもの。(白黒)	1 0 2 の縮小 版