

平成五年（行ウ）第一四三号

原告 土屋 勝
被告 国

外一名

一九九四年二月八日

原告訴訟代理人

弁護士 山下 幸夫

東京地方裁判所民事第三部 御 中

準 備 書 面 （一）

被告らの平成五年一月八日付準備書面（一）（以下「被告ら準備書面」という。）第五に対し、原告は、以下の通り主張する。

第一 ロバート・メイプルソープについて

一、ロバート・メイプルソープ（その綴りからマップルソープと呼ばれることもあるが、以下「メイプルソープ」という。）は、一九四六年（昭和二十一年）一月四日に、アメリカ合衆国ニューヨーク州にて出生し、ブルックリンの美術学校で絵画と彫刻を修得し、その後、人物写真を撮影するようになる。

特に、一九七〇年代に発表した黒人ヌードのモノクロ写真は芸術写真は芸術性が高いと注目された。死の二年半前、エイズの発症が分かり、衰弱していく自分の写真をセルフ・ポートレイトとして多くの雑誌に公表し、不治の病と闘う芸術家として話題を集めた。一九八八年には、エイズ治療と研究への助成並びに写真芸術の発展のための助成を目的としてロバート・メイプルソープ財団を設立した。メイプルソープは、一九

八九年（昭和六三年）一月四日にエイズにて死亡している。

写真集に、『レディ／リサ・ライオン』、『サーテン・ピーブル』、『ブラック・ブック』などがある。

二、我が国において、メイプルソープの写真展は何度も開かれており、最近でも、一九九二年に、東京都庭園美術館、水戸芸術館、神奈川近代美術館、名古屋市美術館、滋賀県立近代美術館において巡回展が開かれている（甲第二五号証）。

また、メイプルソープは、美術評論家だけでなく、多くの思想家にも取り上げられている。ロラン・バルト、スーザン・ソントグ、浅田彰、四方田犬彦などがメイプルソープに言及している。

三、メイプルソープは、「超シュルレアリスティックな現代ヌード写真の第一人者である。メイプルソープは優れた技巧で黒人男性を多く撮影している。」とされる（ジョージ・レヴィンスキー著、伊藤俊治・笠原美智子訳『ヌードの歴史』三五四頁（甲第一二号証））。

メイプルソープはフラインアートにおける男性ヌードの位置を大胆に変革したと言われる。写真が発明されたのは一九世紀前半であるが、それから一〇年もたたないうちにヌードは写真にとって重要なテーマとなった。しかし、絵画における裸体画がそうであるように、男性の鑑賞のための女性ヌードが中心であった。そして男性ヌードはホモセクシャルとの関わりから、長く日影の存在であった。

アメリカにおいても、男性ヌードが市民権を得たのは一九八〇年代に入ってからであった。メイプルソープはそのまま先頭を走った写真家であった。そして、メイプルソープは、黒人男性の裸体や、ハードゲイのSMシーンをはじめ本格的に芸術写真に持ち込んだ写真家であった。

メイプルソープは、蘭の花と、勃起する男性器と、頭蓋骨と有名人の肖像を同列に扱った。彼の写真への評価として「花を撮るようにペニスを撮影し、性器を撮るようにフラワーズを撮影した」という言葉は有名である。

四、本件写真集は、一九八八年（昭和六三年）、メイプルソープの死の直

前にニューヨーク・ホイットニー美術館で開催された彼の回顧展のカタログである。この回顧展により、メイプルソープの写真はアメリカ現代美術の一つとして公に認知されたと言われている。本件写真集は、初期の作品から後期の写真までを総覧した写真集であり、メイプルソープの全体像をつかむ上で貴重な資料集となっている。

五、なお、被告らが、本件物件のうち、「わいせつ性を有することが明らかかな箇所」として摘示する（被告らの準備書面第五、一「四六頁」）写真のうち、

① 本件物件の一三頁の「LISA LYON 1981」は『ロバート・メイプルソープ展カタログ』（甲第二五号証）一〇二頁の「Lisa Lyon with Mirrors 1981」とは印刷の違いによる微妙な色の差や周囲のトリミングが異なるものの、写真としては基本的に同一のものであり、我が国において既に公表されている。

② また、本件物件の七五頁の「SELF PORTRAIT 1978」は、飯沢耕太郎著『写真とフェティシズム』（甲第一六号証）一〇一頁及び雑誌『de

jaivu』一九九二年一〇月号（甲第二三号証）において掲載され、我が国において既に公表されている

③ さらに、本件物件の一五八頁（左側）の「Dennis Speight, 1983」は、ジョージ・レヴィンスキー著・伊藤俊治・笠原美智子訳『ヌードの歴史』（甲第一二号証）三五五頁及び雑誌『美術手帳』一九八九年六月号（甲第一八号証）八五頁において掲載され、我が国において既に公表されている。

第二 本件物件の「風俗を害すべき」物品該当性について（被告ら準備書面

第五に対する反論）

一、被告らの主張

被告らは、本件物件は、露出した男性の性器・女性の陰毛を露骨に表現した写真が多数掲載されており、これらの写真は、社会通念に照らし、明らかにわいせつ性を有するものであり、書籍全体がわいせつ性を有すると言えるから関税率法二一条一項三号の「風俗を害すべき」物品に

該当すると主張する（被告ら準備書面第五、一）。

しかし、刑法一七五条の「猥褻」についての解釈が、関税込率法二一条一項三号の「風俗を害すべき」物品か否かの判断についても妥当することを認めるとしても、本件物件が、同法の「風俗を害すべき」物品であるとは認められないと言ふべきである。以下、詳論する。

二、「猥褻」の概念について

1、刑法一七五条の「猥褻」については、「徒らに性慾を興奮又は刺戟せしめ、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」（最判一九五一年〔昭和二六年〕五月一〇日・刑集五卷六号一〇二六頁）と定義され、現在までその定義がほぼ維持されている。

2、しかし、猥褻文書頒布罪については、頒布・販売をした者自身の表現の自由と、社会一般の「読む自由」「見る自由」という憲法が保障する表現の自由を制約するものであって、そもそも、そのような構成要件を設けることが、憲法二一条一項の表現の自由を侵害しないかが

問題なのである。

そして、この観点からは、判例の採用する「猥褻」の定義についても疑問がある。

すなわち、①「徒らに性慾を興奮又は刺戟せしめ」という点については、興奮・刺激の結果、何か社会的に害悪を与えるというのでなければ、表現の自由を制約することを正当化する根拠たりえない。性欲それ自体は価値中立的な自然現象であって、それ自体が性表現を禁圧する根拠となりうるものではない。そして、これまで性表現が反社会的行動を誘発することは経験科学的に証明されていないのである。

②「正常な性的羞恥心を害」という点についても、性表現への接近は近づく者の自由意思によって行われるものであり、羞恥心が害されたと感じたら自分でやめればよいのであり、国家がそれに干渉すべきではない。

③「善良な性的道義觀念に反する」という点については、かような「性的道義觀念」と言ってもそれは一つのイデオロギー思想であり、国家が正しいと判断するイデオロギーに反するイデオロギ

を否定することを国家ができると解することは許されない（以上、奥平康弘「『わいせつ文書頒布販売罪』（刑法一七五条）について」『表現の自由Ⅱ』所収二頁以下、特に三二頁以下。同「表現の自由とわいせつ文書」『同時代への発言上』所収六七頁以下、特に七六頁以下。同「性表現の自由になぜこだわるか」『性表現の自由』所収一〇三頁以下、特に一三〇頁、一三二―一三五頁）。

したがって、憲法が保障する表現の自由という観点からは、判例の採用する「猥褻」についての定義は極めて不完全であるという他ない。3、憲法の保障する表現の自由という観点からは、刑法一七五条による猥褻文書頒布罪の存在自体が疑問であるが、その存在は認めるとしても、「猥褻」な文書とは、端的に春本・春画（hardcore pornography）に限定されると解すべきである（大塚仁・河上和雄・佐藤文哉編『大コンメンタール刑法第七卷』四四頁〔新庄執筆部分〕）。

4、そうであるとすれば、第一、四に述べたところより、本件物件が、春本・春画に該当しないことは明らかであり、本件物件は「猥褻」な文書ではないと言うべきである。

三、「猥褻」の判断方法について

1、被告らは、本件物件にはわいせつな写真が多数掲載されており、本件物件は一冊の書籍として編綴されて一体をなしているから、書籍そのものが全体としてわいせつ性を有すると主張する（被告らの準備書面第五、一〔四五頁〕）。

右見解は、要するに、わいせつな写真を個別的に判断し、書籍の中にわいせつな部分があれば、それをもって右書籍全体がわいせつであると判断するものである。

2、しかし、文書の部分的な判断からわいせつと決め付けることは、当該文書の価値とそれが自由が読まれるべき価値とを裁判所が何ら判断を下さずに社会から奪ってしまうことを意味するものであり、当該文書の有する社会的価値を評価することなく圧殺することを認める結果となる。それは、当該文書の作製者の表現の自由を侵害するもので許されないと言うべきである。

3、したがって、憲法上、文書は全体として判断されるべきことを要求している」と解すべきである（奥平康弘・前掲『表現の自由Ⅱ』二八頁、同・前掲『同時代への発言上』八〇頁）。

四、芸術性等の社会的価値について

1、さらに、文書を全体的に判断するにあたっては、科学・文学・芸術・学問その他の憲法上保障される社会的価値があるかどうか判断されるべきである。

この点につき、被告らは、判例を引用しつつ、わいせつ性と芸術性・思想性とは次元を異にする評価であり、わいせつ性の存否は、純客観的に判断されるべきであり、作者の主観的意図によって影響されるべきではないと主張している（被告らの準備書面第五、一（四一頁））。

2、しかし、この点については、「悪徳の栄え」事件の上告審判決（最大判一九六九年（昭和四四年）一〇月一五日判決・刑集二三卷一〇号一二三九頁以下）の色川幸太郎裁判官の反対意見において、「情報及び思想を求め、これを入手する自由は、出版、頒布等の自由と表裏一

体、相互補完の関係にあると考えなければならない」のであって、「当該作品が芸術的・思想的に価値の高いものであることについて、それが客観的に明白でほとんど異論あるを見ないときはもちろん、通常一般の作品にあっても、特段の事情のない限り、これらが自由に出版、頒布され且つ自由に読まれてこそ、文化の進展が期待されるのである。かかる作品の頒布等が社会の性秩序に何らかの好ましからざる影響を及ぼすものであるとしても、その作品を出版し、これを観賞せしめることに、より大なる社会的価値がある限り、その頒布等をとらえて、これを刑法一七五条に問擬することは、結果において表現の自由を侵すことになるというべきである。」と述べられ、また、田中二郎裁判官の反対意見において、「もともと、性若しくは性行為を題材とする芸術作品や思想作品（科学作品も同じ。）は、色川裁判官が指摘されているように、人間の根源的な欲求の一つである性欲を追求して人間心理の深層にメスを入れ、その点にひそむ人間性を描こうとするものであるから、平凡な一般社会人の生活や感情とは相容れない事

象をも題材とせざるを得ないことが多く、その限りにおいて、多かれ少なかれ、猥褻性の要素を帯びることがあることも否定し得ないのであるが、他面、それによって、人間の真の欲望や心理を浮き彫りにし、時には、社会の罪悪に対する鋭い批判のメスを加えることによって、人間性や人間関係の本質の自覚を促し、社会文化の発展の契機を与えることともなるのであって、そうした芸術作品や思想作品等の価値を無視したり看過したりすることはできない。若し、これらの作品が猥褻性の要素をもっていうだけの理由で、その発表が禁圧されることになれば、価値の高い芸術作品や思想作品等の少なからざるものが抹殺されることになり、表現の自由や学問の自由が不当に抑圧され、文化的価値を享受する途も閉ざされることにならざるを得ないだろう。」と述べられていることが、そのまま関税込率法二一条一項三号の場合にもあてはまると言うべきである。

3、右で述べられているように、わいせつ性の判断にあたって芸術等の社会的価値を考慮するということは、決して芸術等に特権を認めるべきであるとの主張ではなく、その表現を受け取る側の「知る自由」、「読む自由」の問題なのであり、また、それは裁判所に芸術性それ自体の判断を求めるものではなく、その方面の専門家の証言等を通じて、あくまで憲法的な観点からその社会的評価をするだけに過ぎないから（奥平康弘『同時代への発言上』八二頁）、決して裁判所の能力を超えることでもない。

4、この観点からは、第一において述べた通り、メイプルソープの写真については美術評論家などの間において高い芸術性が認められており（甲第一二号証ないし甲第二五号証）、社会的価値があることは明らかであるから、本件物件は全体として芸術性を有する作品として、わいせつではないと解すべきである。

五、社会通念の変化について

1、「四畳半襖の下張」事件につき、最高裁第二小法廷は、「文書のわいせつ性の判断にあたっては、当該文書の性に関する露骨で詳細な描写叙述の程度とその手法、右描写叙述の文書全体に占める比重、文書

に表現された思想等と右描写叙述との関連性、文書の構成や展開、さらには芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、これらの観点から該文書を全体としてみたときに、主として、読者の好色的興味にうつたえるものと認められるか否かなどの諸点を検討することが必要であり、これらの事情を総合し、その時代の健全な社会通念に照らして（中略）決すべきである。」と判断し（最高裁第二小判一九八〇年「昭和五五年」一一月二八日・刑集三四卷六号四三三頁）、社会通念が判断基準となることを示している。

2、ところで、被告らも引用するチャタレー事件大法廷判決（最大判一九五七年「昭和三二年」三月一三日判決・刑集一一卷三号九九七頁）の多数意見は、わいせつの判断基準としての社会通念につき、「個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、「社会通念がいか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。」と判示していた。

しかし、その後、下級審の判決においては、社会通念が事実的側面を有し、その判断が裁判官の自由な裁量に委ねられるものではないことを認めるに至っている。

すなわち、「わいせつの概念は社会通念によって定まり、時代の一般文化を背景として変遷することを免れ得ない。（中略）公然と上映されたり一般書店で販売されているからと云って当然にそれがわいせつ物とならないわけではない。しかしそれが数多くあって、長い間取締りの対象にならず、一般大衆が特段の抵抗も感じないで観覧、又は閲覧しているという状況があればもはやわいせつ物とみることはできないというべきである。」（東京地裁一九七五年「昭和五〇年」一一月二六日判決「日活ポルノビデオ事件第一審判決」）とか、「具体的文書がわいせつであるかどうかを考えるに当って、その文書の読者層又は読者環境の中における通念といったものを、一般的な社会通念を判断する際の資料から排除することは誤りであるといわなければならず、当該文書を取り巻くもろの環境についても十分参酌したうえで、一般社会の通念を探る努力がなされなければならぬのである。」

（大阪地裁一九七六年「昭和五十一年」三月二十九日判決・判例時報八一
 二号一二五頁「ふたりのラブジュース事件第一審判決」）とか、「性
 表現流布のもたらした普通人の意識の変化は、普通人の間に存する良
 識・社会通念にも影響を及ぼさざるをえない。（中略）右のような性
 表現流布によって現時点までに普通人が到達した前記の『慣れ』や
 『受容』及び捜査機関等による『放任』の程度を重要な資料としたう
 えで（中略）社会通念における性表現許容の目安を見出すのが妥当で
 あると考える。」（東京地裁一九七九年「昭和五十四年」一〇月十九日
 判決・判例タイムズ三九八号六一頁「『愛のコリーダ』事件第一審判
 決」）との判決がそうである。

3、そして、我が国において、近年、男女の性器や隠毛を表現した写真、
 フィルム、ビデオ、絵画等が多数、展示・頒布・販売されており、我
 が国における性表現に対する社会通念は大きく変貌を遂げている。

とりわけ、一九九一年（平成三年）から出版され始めたヘアヌード
 写真集においては、主要なものだけでも二六冊もあり（甲第三〇号証）、

また、男性週刊誌等において、日常的にヘアヌード写真が掲載される
 に至っている。

このような現在の我が国の現状においては、性器や隠毛を表現して
 いるとの一事をもって、直ちににわいせつと評価されるべきではない
 と言うべきである。

4、さらに、本件物件は、その輸入書籍が、紀伊國屋書店本店や青山ブ
 ックセンター新宿店で販売されていた。被告らは、それは税関検査が
 行われず国内に引き取られたか、あるいは税関に申告することなく密
 かに国内に引き取られたと考えられるものであると主張するが（被告
 らの準備書面第五、二（四八頁））、右書籍が、我が国で公然と販売
 され流通しており、かつ、警視庁からわいせつ物販売容疑で摘発を受
 けたことがないという事実は、それがわいせつでないことを間接的に
 裏付けていると言うべきである。

また、我が国においては、本件物件と同様に、性器や隠毛が表現さ
 れている写真が掲載されているメイプルソープの写真集『BLACK

BOOK』、『MAPPLETHORPE』が我が国に輸入され、
青山ブックセンター新宿店にて販売されていた（甲第二六号証、甲第
二九号証）。

五、以上述べたところより、本件物件は、わいせつではなく、したがって、
関税率法二一条一項三号の「風俗を害すべき」物品に該当しないので
あるから、原告の請求が認容されるべきである。

以上