

最高裁判例とは何か

藤田 宙靖

一 始めに

1. 私は、今から3年半前の平成22年4月に最高裁を定年退官しましたが、それから現在に至るまで、最高裁において見たこと聞いたこと考えたことについて話をするを求められ、多くの講演をして参りました。そういった内容を基にして、昨年の4月には、『最高裁回想録』という本を出版し、実は、もう人前で最高裁についての話をするのは、これで終わりにしたいと考えておりました。こういった一種の「講演疲れ」が残っているところに、今回の講演のお話があったのですが、最初にお話がありましたのは、本学の根本洋一先生からで、先生は、私が東北大学で教えていた時代の、かなり初期のゼミ生であったこと等もあって、にわかにはお断りし難かったのと、その間、次第に、やはり『回想録』に書いたことだけでは足りないところがあったのではないかと、いう気持ちになりつつあったこともありまして、本日のお話をお引き受けることになりました。『回想録』で足りなかったところというのは、あの本は、ともかくも、体験したことを忘れないうちに早く書いておかなければということで、退官後早い時期に出したのですが、それだけになによりも、舌足らずの所が随分あります。本日演題として掲げました「最高裁判例とは何か」ということについても、実は既にあの本の中で、本質的なことは書いている話なの

ですが、今日お集まりの方々が皆さんあの本を御読み頂いたものとは到底考えられませんし、また、その後私なりに気が付いたこと、考えたこと等もありますので、本日は、そういったことを踏まえて、同書を補足する意味で、若干のお話をさせて頂きたいと思えます。

2. そこで、本題に入ります前に、一つのエピソードをご紹介したいと思います。私が大学時代に所属していた運動部の一年後輩で、那須弘平君という弁護士が居りますが、この人は、私の就任3年半後に私と同様最高裁判事となり、同じ第三小法廷で、4年間、共に仕事を致しました。彼は今年の2月に定年退官したのですが、その直後に私と会って話をしたときに語ったのが、「最高裁判事を体験して一番大きかったことは、最高裁判例というものについての考え方が変わったことでした」という感想でした。そして実は、この「最高裁判例についての見方ないし考え方が変わった」というのは、多かれ少なかれ、私自身もまた同じような経験をしたところなのです。ここで興味深いのは、学者である私と弁護士である那須君とが、図らずも、結果的に同じような感想を持った、ということでしょう。では、最高裁判例についての見方の、何がどのように変わったのか。これが以下お話しすることの内容です。

二 最高裁判例の基本的性質

1. いうまでも無く、最高裁判例というのは、先ずは、ある法律の条文についての解釈としての性質を持っています。例えば、私の専門の行政法の分野で言えば、「国家賠償法2条1項の営造物の設置又は管理の瑕疵とは、営造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいい、これに基づく国及び公共団体の賠償責任については、その過失の存在を必要としないと解するを相当とする」（最判昭和45年8月20日民集24巻9号1268頁。いわゆる「高知国道落石事件判決」）などというのが、その典型例ですね。その限りでは、最高裁判例は、

いわゆる「法解釈学説」と同じ次元に立った言説であるということが出来ます。通例、法律関係の文献などで、「通説（学説）・判例は…である」と両者が並べて書かれるのは、正にこの面を捉えてのことです。

勿論、他方で、学説と最高裁判例との間には、いわばその拘束力、或いは法的意味付けにおいて、大きな違いがあります。例えば、学説の場合は、いくら「通説」であると言っても、これに対する反論はいくらでもできるわけであって、その「通説」を代表するのが、東大の教授であろうが自分の先生であろうがおかしいと思えば、同じ学者としての対等な立場で徹底的に批判することが出来ます（私なども、しばしば弟子共からコテンパンにやられています）。尤も、先生にあんまり楯をついたのでは、将来の就職等の関係でヤバイことになるから遠慮する、といったようなことも、場合によっては無いではないかも知れませんが、仮にあったとしてもそれは、専ら事実上の話であって、制度上そのように定められているというわけではありません。これに対して、最高裁判例は、一般に、下級審の裁判を拘束するものと考えられています。尤も、下級審裁判官であっても、最高裁判例がおかしいと思えば、敢えてそれと異なる判決をすること自体は可能（つまりそのこと自体が違法ないし職務義務違反となるわけではない）ですが、ただ、下級審のやった判決が最高裁判例に違反するという事になれば、そのことだけで、刑事事件であれば上告理由、民事事件の場合には、上告受理申立て理由になります（刑事訴訟法 405 条二号、民事訴訟法 318 条 1 項）。こういう形で、最高裁判例には法制度上既に重みが与えられているわけです。また、こういった意味での最高裁判例の制度上の重みは、最高裁自身のその後の判断に対しても存在します。最高裁判例を変更するに当たっては、小法廷でそれをするにはできず、大法廷の裁判によるのでなければならぬとされている（裁判所法 10 条三号）のがそれです。

こういった最高裁判例の拘束力、あるいは少なくともその重みに鑑みて、学者の中には、最高裁判例を国の法令や地方公共団体の条例と並ぶ「法源」の一つとして数える者もあります（例えば、小嶋和司『憲法概観』）。確かに、最高

裁の判決は、その内容を国の力を以て強制的に実現できるという点で、学説（たとえ通説であっても）とは決定的に違いますが、ただ、それは、「判決」という行為形式に当然に伴うものなのであって、国家公権力の行使としての性質を持たない学者の法解釈論（つまり「学説」）の場合とは、もとより話が違います。「法源」という言葉の定義次第でもあるのですが、「最高裁判決の理論内容」自体は、あくまでも、法令についての一解釈であるに過ぎないので、これを「法令」と同様の性質を持つものとするには、いささか無理があるでしょう。従って当然のことながら、如何に確立した最高裁判例があろうとも、「最高裁は法律の解釈を間違っている」と主張して、己が正しいと信じる学説に固執する者が居たとしても不思議ではないし、また、そういったことはいくらでもあるわけです。例えば、東北大学で私の前任者であられた柳瀬良幹先生は、法律の条文の正しい解釈というのは唯一つしかないのであって、最高裁がある解釈をしたからと言って、間違っているものは間違いであるのだから、最高裁判例の判例研究などというものをするに何の意味があるのだろうか、ということをやらずとっておられましたし、また、この考え方は、柳瀬先生の先生である美濃部達吉先生から受け継がれたものでもあったようです。柳瀬先生から伺った話では、美濃部先生の下で開かれていた東大の公法判例研究会というのは、報告者が報告をする間、美濃部先生は、始終いらいらしながら聞いておられて、終わるや否や鶴の一声、「この判決は間違い」あるいは「これでよし」と述べられて、それで研究会は終わり。議論は専ら、そのあと研究室に戻ってから、田中二郎先生等何人かの人とやった、ということのようでした（参照、対談「柳瀬行政法学の背景」藤田宙靖『行政法学の思考形式[補訂版]』419 頁以下）。

2. しかし、以上はいずれも、最初に触れた「最高裁判例とは法律の条文の一解釈」であって、「学説」と同一の理論的次元にある、ということを前提としての話だと言えます。こういう前提から出発して例えば、「この条文の解釈につき、学説上 A 説と B 説の対立があるが、最高裁はこの判決でそのどちらを

採用したのか」といったようなことが問題にされたりすることがあります。しかし、私の最高裁判事としての経験からしますと、こういった設問においてはしばしば、「最高裁判例」と「学説」との間の大きな違いが見落とされている、少なくとも重要視されていないのではないかと、という気がしてなりません。そして、この違いこそ、私が自ら裁判実務を経験することによって初めてはっきりと理解した点で、専ら学者をやっていた頃には、あまり考えてはいなかったことであるように思うのです。そこで、先ず、この点について、私が『回想録』の中で既に説明しているところを、ここで便宜上もう一度振り返ることにしましょう。

先ず申し上げたいのは、学者が唱える「学説」と、裁判官の「裁判（判決あるいは決定）」との間には、その思考経路において、かなり大きな違いがあるのではないかとことです。法理論上は、一国の法システムは、憲法を頂点として、以下、法律、条例、法規命令、行政規則、行政処分といった法形式が上位・下位の系列を成して存在することによって形成されています。従って、法解釈学者にとっては、まずは憲法が何を定めているかが最も重要な問題であって、これが法解釈の基本的出発点となり、それに基づいて、法律以下それぞれの法形式（国家行為）のあるべき姿が導き出されることとなります。従ってまた、ある条文についてある解釈学説を立てるということは、同時に論理必然的に、その学説の内容が今後その条文の適用がある全てのケースについて妥当すべきであるということを主張しているということになります。

これに対して、裁判官にとっては、まず何よりも、目の前にある当事者間の現実の争いについて、そのいずれかに軍配を挙げるからこそが究極の課題なのだという違いがあります。そしてその場合の決定基準は、いわば、一重に「その事件において、最も適正な紛争解決」であるかどうかなのだとすることができると思います。

何が「最も適正な紛争解決方法」であるかについては、様々な判断要因があって、近代法治国家においては、いうまでも無く、まずは「国民の代表が定めた

法律を適用すること」であるわけですが、法律の条文の厳格な適用をすると、まさに目の前に存在する具体的なケースにおいて著しく不都合な結果を招くと考えるならば、そこに、例えば、類推解釈、拡大解釈、限定解釈等々様々な操作を行うことができます。しかもそのこと自体、必ずしも否定的に評価されるとは限らず、むしろ裁判官に対し要請されることすらあります。そもそも、当該法律の規定がもともと何を定めているのかの判断についても、法律の文言、立法者意思、立法の目的、利益考量、等々、様々な手掛かりが存在するのであって、これらのうち何をどう組み合わせて判断の基礎とするかということは、まさに個々の裁判官の「良識」ないし「良心」（憲法76条3項）に委ねられているわけです。

裁判官にとってまず何よりも大事なものは、目の前に存在する事件において、（両当事者の主張を含め）自分が行うべき判断の前提となる事実は何であるかについて正確に把握すること（正確な事実認定）であり、次いで、その個別の事実関係を前提とした上で、最も適正な紛争解決の在り方は何かを判断することです。法律の条文の解釈というのは、「最も適正な紛争解決」を目指しての判断過程の中での（もとより重要ではありますが）一部の作業であるに過ぎず、憲法の規定であるとか法の一般原則が引き合いに出されるのも、基本的にはあくまでも、目の前の具体的な事件について「最も適正な解決」をもたらすための一手段であるに過ぎません。例えば「憲法の基本的価値」だとか「法の一般原則」の実現自体が自己目的とされているわけでは決してないのです。まして、対立する学説のいずれかに軍配を上げること自体が目的とされているなどということは、全くありません（この辺の詳細については、『回想録』の他、例えば、成蹊大学での講演－成蹊法学77号、等で、説明していますが、本日は時間の関係で、省略します。関心のある方は、これらを参照して下さい）。

3. このように、裁判判決は、基本的に言って、専ら目の前にある個別的・具体的事件の事実関係を前提として、その紛争をどう解決するのが最も適正かと

いう見地からなされているに過ぎません。従って、厳密に言いますと、判決理由というのは、一般論を展開しているように見えても、実はそれは、その事件の個別的な事実関係と切り離して理解することはできないのであって、これは最高裁判例にあっても基本的に同じことです（因みに、これと同じ趣旨のことは、後に取り上げる最高裁第二小法廷のいわゆる「堀越事件判決」において、千葉勝美裁判官が、その補足意見の中で、はっきりと述べておられます。千葉裁判官は、私などとは違って、キャリアの裁判官であり、しかも最高裁の首席調査官をも務められた人であることを思えば、この指摘は、極めて重要だというべきでしょう）。

このことを裏書きしていることのの一つが、（いささか逆説的に聞こえるかも知れませんが）最高裁がいわゆる「判例変更」をすることは極めて少ない、という事実だと思います。いうまでも無く、法的安定性の確保ということを考えれば、最高裁の判例がそうしばしば変わるのでは困る、ということになりますが、問題は、いわゆる「判例変更」がされないままに、事実上、最高裁が以前した判断と異なった判断がなされているように見えるケースがしばしばある、というところにあります（そういった例のいくつかについて、後に見ることにしたいと思います）。この点、実際問題としては、最高裁が判例変更をするためには、先にも触れたように、その手続が加重されていますから、最高裁内部に、できればそのような面倒なことはしたくない、という雰囲気があることは否定できないと思いますが、判例変更が少ないのは、ただ、そのせいだけではありません。後に詳しく見るように、そこには、先に見た「判例理論」というものが本来抱えている性質（ないし限界）から由来する何かが、少なからず影響しているように思われるのです。結論的に言えば、私は、最高裁の判例変更が少ないというのは、判例の理論自体が極めて確固たるものであるからという訳ではなく、むしろその逆であることから生じる現象であるように思います。

三 「判例理論」とは何か？

1. そこで、この点の詳細に入る前に、まず、言葉の整理をしておきましょう。通常、「最高裁の判例」という言葉を用いますが、この中には、場合によって、二つのことが意味されているように思います。一つは、これまで最高裁が下した判決の数々（つまり「判決例」）のことであり、もう一つは、こうした判決（判決理由）の中に含まれている一般的な命題であって、それ以後の判決の中にも引き継がれているもののことです。ここでは、前者を「最高裁の判決例」といい、後者を「最高裁判例」あるいは「最高裁の判例理論」ということにしましょう。最高裁の判決の中には「事例判決」と「法理判決」と、違う種類のものがあると言われることがあります（更にその中間に「場合判決」というべきものがあるとも言われますが、ここでは省略します）。「事例判決」は、正にその事案の具体的な事実を前提として、その限りで下された判断ということですから、ここでいう「最高裁の判決例」以外の何物でもないことになります。これに対し「法理判決」は、その具体的事案だけでなく、他の同様の事案についても通用する一般的な法理を示したものであるということになりますから、ここでいう「判決例」であると同時に、その判決理由中には「判例理論」をも含んでいるということになります。ところが私が先に申したことは、要するに、厳密に言えば全ての最高裁判決は本来「事例判決」であるのであって、「法理判決」のように見えるものであっても、その実「事例判決」としての性質を内蔵するものであることを否定できない、ということです。これはどういうことでしょうか、以下にもう少し詳しく説明することに致します。

2. 「法理判決」というのは、当該の具体的な事案を越えて広く一般に通用する法理論を明らかにした判決という意味です。例えば、私の専門である行政法の分野から有名な例を一つ挙げますと、どういう行政活動が取消訴訟の対象となり得るか、という問題について、行政事件訴訟法3条にいう「行政庁の処分」

とは、「行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているもの」のことをいう、という昭和38年の大法院判決（いわゆる「東京都ごみ焼却場条例事件判決」）があって、この公式が、広くその後の判決例をリードして来ました。

四 「判例変更」の意味

最高裁の判例であっても変更されることがあり、そのためには、特別の手続を踏まなければならないこととされているのは、先にも触れた通りです。ところで、「判例変更」というのはつまり同じ事実に対して適用される「法理」の変更がなされるということですが、先にも一寸触れたように、最高裁は、「法理」を変更することなしに、実質上従来を考え方を変えるようなことを、極めてしばしばやります。そして、その「手口」は、基本的に言えば、先例とは「事案」が異なる、すなわち「判断の前提となる事実の内容が異なる」という理屈を用いることなのです。そして、こういった例が、とりわけ近年、多くなっているようにも思われます。以下では、憲法・行政法の分野からそれぞれ一つずつ例を挙げて見ることにしましょう。

1. 「猿払事件」大法院判決と「堀越事件」第二小法院判決

ここでは、まず公務員の政治的行為の制限に関する有名な「猿払事件判決」と「堀越事件判決」を取り上げてみましょう。これは、御承知のように、公務員の基本的人権は、公共の利益（ここでは「行政の中立性」という利益）ということを経由して、どこまで制限できるか、という問題を巡る事件です。

国家公務員法では、国家公務員（職員）が、政党又は政治的目的のために、同法又は人事院規則で定める一定の政治的行為を行うことを禁じており（102

条1項、公務員の政治的行為の制限)、これに違反して、そこでいう「政治的行為」を行った公務員に対しては、3年以下の懲役又は100万円以下の罰金が科されることとなっています(同法110条1項19号)。ここでは、「公務員(法律上の言葉では「職員」)」という言葉が、それ以上の限定を付けることなく用いられているのですが、この規定に関しては、早くから、それは果たしてあらゆる職種の公務員について一律に適用されるものなのか、ということが問題とされて来ました。つまり、この規定が、公務員の政治的中立性を確保するためのものであるとすれば、仮に、公務の執行について中枢的な職にあり政治的中立性が特に要求されるような幹部職員についてはこのような規制をすることが必要であるとしても、(例えば郵便配達員のように)現場で専ら機械的な作業にだけ従事するような職員(いわゆる現業公務員)が日常の私的活動の一部としてそれを行うような場合、例えば、休日に、特定政党に属する選挙の候補者のビラ貼り行為をするなどといった場合にまでこれを適用するという必要があるのだろうか、そのようなケースにおいてまでこれらの規定を適用するというのでは、当該職員の基本的人権(憲法19条の「思想及び良心の自由」、同21条の「表現の自由」)の侵害になるのであり違憲となるのではないか、ということが問題とされたわけです。この問題が裁判例上最も先鋭な形で争われたのが、昭和40年代にあった有名な「猿払事件」でした。この事件では、一審の旭川地裁が、このような批判的な考え方に立って、ビラ貼り行為をした猿払村郵便局の配達職員を無罪とし、また札幌高裁もこれを支持したのですが、最高裁大法廷(最判昭和49年11月6日、刑集28巻9号393頁)は、これを覆して、国家公務員法の右の規定の適用に関し、公務員の中にその職種によって違いがあるということとはできないし、またそれで、憲法に違反するとは言えない、という判断(つまり国家公務員につき一律の政治的行為の禁止も適法・合憲という判断)をしました。その理由は、要するに“公務員の政治的行為の全てが自由に放任されるときは、公務員の政治的中立性が損なわれ、ためにその職務の遂行延いてはその属する行政機関の運営に党派的傾向を招く恐れがあり、行政の

中立的運営に対する国民の信頼が損なわれることになる”、そこでこのような怖れのある政治的行為を禁止することは“禁止目的との間に合理性がある”のであって、このことは、一審判決が行ったような詳細な区別をしなくとも変わりはない、また、“かかる禁止によって得られる利益は、それによって公務員の意思表示の自由が制約されるという、失われる利益に比して更に重要であるから、その禁止は利益の均衡を失するものではない”というものです。

ところが、それから37年の時を隔てる2012年になって、最高裁第二小法廷（最判平成24年12月7日、刑集66巻12号1337頁）は、これといささか矛盾するような判決を致しました。この事件は、社会保険庁の東京社会保険事務局目黒社会保険事務所に年金審査官として勤務していた厚生労働事務官である被告人が、休日に、マンション等に日本共産党を支持する目的を以て「しんぶん赤旗」等の文書を配布したという行為について、先の国家公務員法違反が問われたものです。一般には、最高裁の猿払事件判決に照らすならば、この事件でも被告人の有罪判決は免れまいと予想されていたのですが、原審判決は、被告人を無罪とし、最高裁第二小法廷もまたこれを支持して、猿払事件判決の判例変更をすることなく（従って、大法廷は開かれませんでした）検察官側からの上告を棄却するという判決をしました（いわゆる「堀越事件判決」）。その理由として第二小法廷は、「本件配布行為は、管理職的地位になく、その職務の内容や権限に裁量の余地のない公務員によって、職務と全く無関係に、公務員により組織される団体の活動としての性格も無く行われたものであり、公務員により組織される団体の活動と認識し得る態様で行われたものでもないから、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なう怖れが実質的に認められるものとは言えない（従って、上記罰則の構成要件を満たしていない）」ということを言っています。しかし、こういったことは、猿払事件の郵便局員にも当てはまることだったのではないかと、だからこそ、猿払事件でも、下級審判決は、被告人を無罪としたのではなかったか、という疑問が当然に湧いて来ます。当然、この事件でも検察官はその上告理由で、この点を指摘したのですが、第二小法廷は、

これに対して、猿払事件の場合には、被告人である郵便局長は、「特定の地区の労働組合協議会事務局長」であり「同労働組合協議会の決定に従って選挙用ポスターの掲示や配布をした」ものであって、「これは、上記労働組合協議会の構成員である職員活動の一環として行われ、公務員により組織される団体の活動としての性格を有するもの」であったこと等、「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なう恐れが実質的に認められるものであった」点で、今回の事件とは違うのだ、という説明をしています。

そこで問題は、仮にそうであったとしても、猿払事件判決自体においては、被告人が「労働組合協議会の構成員である職員活動の一環として」当該の行為を行ったのだという事実は、少なくとも正面から取り上げられていたとは言えず、当該行為に政治的中立性があるか否かの判断に際して重要な要素となることが明らかにされていたとは言えないということです。こういったことに関しては、堀越事件判決の千葉勝美裁判官補足意見が、猿払事件の場合は、具体的事実を踏まえれば公務員の中立性を疑わせる事件であることは明白であったのであって、敢えてそこでいう中立性とは何かといったことまで議論する必要はなかったのであり、猿払事件もまた「事例判決」であるに過ぎない、ということを強調していますが、仮に理論的にはそうであったと言えるとしても、猿払事件の大法廷判決がその判決理由で言っていることだけからは、一般人がそこまで読み込むのは、なかなか難しいと言わなければならないでしょう。私自身は、この点については、次のような見方もできるのではないかと考えています。

堀越事件判決は、国家公務員法102条1項でいう「政治的行為」の概念について、「同項にいう「政治的行為」とは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものに止まらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものをさし、同項はそのような行為の種類の具体的な定めを人事院規則に委任したものと解するのが相当である。」と述べています（下線は藤田）。この「観念的なものに止まらず、現実に起こり得るものとして実質的に認められるもの」という限定は、猿払事件大法廷判決では少なくとも明

言はされておらず、又そういった区別が問題とされている気配もありません(これは、そもそも当事者間の争点とされていなかったということに由来します)。私はむしろ、猿払事件判決当時には、最高裁は、こういった区別を意識せず、むしろ(漠然と?)「政治的中立性を行うおそれ」一般を頭において議論していたところ、37年の時の流れを経て、最高裁でこういった区別が正面から意識されるようになった、それに基づき、過去の(猿払事件大法廷判決)が立てた考え方の見直し、新たな位置付けが行われた、ということなのではないかと思えます。これは、例えて言えば、小さな子供が、「赤い花を見た」と言ったのだが、後から、この子供は実は当時「赤」と「ピンク」の正確な区別を知らなかったということが分った。そこで、当時は、この子供が見たのは文字通りに「赤い花」のことだと考えられていたのだが、今や、この子供が見たのは本当に「赤い花」だったのか、実は「ピンク色の花」であったのではないか、といった問題が出て来た、というのに似ているかもしれません(同じことは、万葉集に出て来る「青」が今で言えば「緑」のことなのではないか、という例にも見られます)。

2. 「メイプルソープ写真集事件」第三小法廷判決

次に取り上げたいのは、文書・図画の「猥褻性」の判断基準に関する判決例です。御承知のように、「猥褻性」の問題については、刑法上の数々の議論と判決例の積み重ねがあるのですが、ここでは専ら、行政法の分野から、当時の関稅定率法上輸入を禁止されていた「風俗を害すべき書籍、図画」に当たるか否かの判断基準について問題となったいわゆる「メイプルソープ写真集事件」について取り上げることにします。

この事件は、原告がアメリカ合衆国の著名な写真芸術家ロバート・メイプルソープの写真集を我が国に持ち込もうとした際に、これが当時の関稅定率法(21条1項3号。現在では、関稅法69条の11第七号))によって輸入を禁止された「風俗を害すべき書籍、図画」に当たるとした税関長の通知を受けてしまっ

たので、この通知の取消しを求めて争ったという事件です。事案自体は様々な法律問題を含むものですが、最も重要な論点は、要するに、この写真集が「猥褻」であるかどうか、という問題でした（正確に言えば、関稅定率法の同規定で言っていた「風俗を害すべき書籍・図画」が「猥褻」と同じ意味かどうか、ということについても問題は無いではないのですが、本件では、そのことは当然の前提とした議論がされていますので、ここでは省略します）。問題となった写真集は、メイプルソープの主要な作品を一冊の本に収録したのですが、その中の20点（ページ数にして、総頁384頁中19頁）が、いずれも、「男性性器を直接的、具体的に写し、これを画面の中央に目立つように配置した白黒の写真」であったということで、原審判決は、これらの写真はいずれも「現在の我が国の一般社会の健全な社会通念に照らして考察すると、わいせつな図画というべきであり、本件写真集は、その全体が関稅定率法…の「風俗を害すべき書籍」に該当する」と判断して、原告の請求を棄却しました。これに対し、その上告審で最高裁第三小法廷は、問題となった一つ一つの写真は、「描写の手法、当該描写が画面全体に占める比重、画面の構成などからして、いずれも性器そのものを強調し、その描写に重きを置くものと見ざるを得ない」けれども、本件写真集の芸術性、問題となる各写真が写真集全体に占める比重、その表現手法等の観点から「写真集を全体として見た時には、本件写真集が主として見る者の好色的興味に訴えるものと認めることはできない」として、本件写真集は、本件通知処分当時における一般社会の健全な社会通念に照らして、（関稅定率法にいう）「風俗を害すべき書籍、図画」等に該当するものとは認められない、との判断をしています。ところがここで問題となるのは、この判決に先立つこと9年の平成11年に、同じメイプルソープの同じ写真を掲載した文書について、当の第三小法廷（多数意見）が、これを「猥褻」であると判断していたということなのです。この平成11年事件において問題となった文書とは、米国ニューヨーク市のホイットニー美術館がメイプルソープの回顧展を開催した際、その展示作品のカタログとして刊行されたものでしたが、そこに掲載さ

れた写真の一部は、今回平成 20 年事件で問題とされたものと同じ写真でした。そして、平成 11 年判決は、「原審の適法に確定したところによれば、本写真集には、その描写の画面全体に占める比重、画面の構成などからして、人間の裸体を自然な状態で描写したのではなく、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おり、それらが一冊のものとして編綴されているというのであるから」、本写真集は、(関税込率法にいう)「風俗を害すべき書籍、図画に該当」する、と判断したのです。そこでこの平成 11 年判決の判決文だけから見ると、第三小法廷は、写真集の中の一部の写真が猥褻なものであり、それを編綴したものであれば、写真集全体もまた猥褻との評価を受ける、と判断しているということになりそうです。そしてそうだとすれば、理論的には明らかに平成 20 年事件の多数意見とは矛盾しそうで、現に 20 年判決でも、堀籠裁判官の反対意見が、この点を指摘して、多数意見は、平成 11 年判決に反する(従って、多数意見のような考え方をするのであれば、判例変更が必要である)という主張をしています。この点について、平成 20 年判決は、平成 11 年判決の事案は、今回対象となった写真集とは構成等を異にするカタログを対象とするものであり、対象となる処分がされた時点も異なるという説明をしています。つまり、ここでも、「理論」が変わったのではなく、「前提となる事実」が違うのだ、という説明ですね。ところで、両事件において対象となった文書が異なる、ということはいうまでもないことですが、個々の写真の猥褻性と全体としての写真集の猥褻性という問題について、では、どこがどう違うのかという点については、この両事件の判決を読んだ限りでは、必ずしも明瞭になったとは言えません。しかし、注目すべきであることは、平成 20 年判決が、平成 11 年判決とは、問題になった処分が行われた「時点」が違う、ということを取って言っているということです。この点に関して、平成 20 年判決の調査官解説では、「いずれにせよ、本判決において、平成 11 年判決と同じ写真家の写真集について「風俗を害すべき書籍、図画」等に該当しないとする見解が多数を占めたことは、こうした問題に関する近時

の社会通念の変化を反映したものと見るができるように思われる」と指摘していますが、恐らくそれは、当を得た指摘ということができるようになります。つまり、違っているのはむしろ同様の事案に対する裁判官の眼差しの方なので、この意味では、事案の内容そのものが異なると言えるかどうかは、かなり微妙なのだ、と言っても良いかもしれません。

五 結びに代えて—— 最高裁判例の観方

以上見て来たことを要約すれば、学説は「理論」からアプローチするが、最高裁は、「事実」ないし「事案」からアプローチする、ということになります。従って、「最高裁判例」ないし「判例理論」なるものも、その基盤には意外にもろいものがあり、昨日まで「最高裁判例」と見られていたものが、その理論的枠組みを変えることなく、ある日突然実質的に変わってしまうということがあっても、さほど不思議ではない、ということになります。要は、その時々裁判官達が、目の前の事件を先例の事案と同じ事案と見るか否かに掛っているということなのです。そして「同じ」かどうかの判断には、それを決める尺度が何であるかが大いに影響し、そしてまた、この尺度の決定ないし選択には、その時折の社会通念ないし社会的常識が影響を及ぼしている、ということでもあります。ある解釈問題についての最高裁判例が何であるかを語る際には、こういった背景を理解した上での余裕を持った捉え方が是非とも必要なのであって、例えば、判決文に記された文言の形式的な解説にこだわっていたのでは、思わぬ足をすくわれることにもなりかねないということに、十分注意しなければなりません。

なお、蛇足になりますが、こういった見方、つまり、いわゆる「法理判決」と称されるものもまた、その性質は実は「事例判決」なのだ、という見方に立つならば、「判例変更」がされた事件よりもむしろ、「…は、当審裁判所の判例とするとところである」等として積極的に先例が引用されている事件の方こそが、

最高裁が何故そのように言ったのかを詳細に分析する価値がある、ということにもなりましょう。こういった分析は、私自身にとってもまた将来の課題だということになります。

以上で本日の私の話を終わりにします。御清聴どうもありがとうございました。