

刑法175条の再検討

——旧刑法259条の立法、議論状況について——

海老澤 侑*

要 旨

刑法175条は、条文規定の不明確性といった問題を抱えているが、この問題は主に、明治期日本が近代法を導入するにあたって生じてきたことに端を発する。本稿は、主に現行刑法改正前の規定である旧刑法259条の編纂過程からの議論状況を参照し、猥褻物関連の犯罪が日本にどのように受容、継受されてきたのかを考察するものである。立法分野については、ボアソナードと鶴田皓との質疑から始まり、司法省の刑法編纂委員会の審査修正を経て、元老院の審議までを参照し、西洋法の考えと日本の性風俗観を取り入れた法律である旧259条の制定過程を明らかにしていく。その後の議論、法解釈の分野については、処罰根拠、諸要件について当時の法学者の見解をまとめ、旧259条が一般にどのように日本に受容されていったのかを確認しつつ、現行法との共通点、差異について考察を重ねていく。

目 次

- I はじめに
- II 旧刑法期——立法過程
- III 旧刑法期——学説、議論状況
- IV 若干の検討
- V 結 語

I はじめに

本稿は、旧刑法259条¹⁾の立法過程、及びその後の議論過程を参照し、当時の社会状況も踏まえつつ検討することにより、法の沿革的側面から現行刑法175条²⁾の内実に迫るものである。

175条、とりわけ要件の一つである猥褻性³⁾は、戦後、その不明確性故に、種々の議論が生じたこ

とに加えて、規定の文言が不明確であるがゆえに、憲法違反の疑いがある旨も数多く主張されてきた⁴⁾。このように、175条に関する学術的議論は、刑法学にとどまらず、種々の法分野においても生じている。一方で、猥褻物は、明治期に入ってはじめて具体的に規制されるようになったことも明らかにしている。

だが、現在までの所、旧刑法導入過程における議論状況を紹介したものは少なく⁵⁾、175条の議論の多くは、チャタレー事件最高裁判決⁶⁾以降のものが多くに思われる。確かに、少なくとも裁判所が、明治日本の近代刑法導入期からチャタレー判決に至ったことで猥褻物規制の議論に一つの区切りが付けられたと考えていけば、チャタレー判決の考察を始めることから、175条の議論は開始されると考えるのも可能である。しかし、175条を巡る議論は、チャタレー判決から突発的に生じたのではなく、それまでの一定の議論の蓄積も含めつつ形成されてきたと見ることに、十分説得力

* えびさわ すすむ 法学研究科刑事法専攻博士課程後期課程

2017年10月6日 推薦査読審査終了

第1推薦査読者 鈴木 彰雄

第2推薦査読者 曲田 統

があるはずである。

それでは、チャタレー判決以前の立法状況、そして議論状況は、どのようなものであったのか。性風俗、猥褻物の規制の際には、種々の法律、条例が問題とされるが、とりわけ本稿は、明治初期の旧259条の成立過程における立法状況、議論状況を参照しつつ、これまで日本では殆ど規制の対象とされなかった猥褻物に対する諸規制について、当時の学者らの見解にも目を通しつつ、その形成、発展過程をたどっていく。そして、以上の考察を経ることで、175条全体の解釈をしていく際の、出発点とすべき一つの方法を提供したい⁷⁾。

まずはじめに、旧刑法期の立法時の議論を考察する。これは、「近代日本法の法源を考察する研究を通じて、西欧近代法受容過程におけるわが国固有の法文化の状況を考察し、現在に至るまでの影響を明らかに」⁸⁾するためである。その際、グスタヴ・エミール・ボアソナード (Gustave Emile Boissonade de Fontarabie) と日本人立法者鶴田皓との質疑、その後の日本人委員らによる議論状況を中心に参照していく (Ⅱ)。旧刑法が明治13年に制定された後、種々の学説も登場する。条文上の諸要件を通じて、ボアソナードによる旧刑法への批判も参照しつつ、議論の成熟状況を概観していく (Ⅲ)。そして最後に、これらの歴史的系譜から明らかとなった点を示しつつ、今後の検討課題を提示していきたい (Ⅳ、Ⅴ)。

Ⅱ 旧刑法期——立法過程

刑法典の形で猥褻物に関する規制を行った最初の法律は、旧259条である⁹⁾。そして、この規定は、現行法の解釈論にも少なからず影響を与えていることから¹⁰⁾、本章では、先ず、この旧259条の立法過程を参照する。この状況を参照して先ず分かるのは、旧刑法における審議過程の混乱ぶりである¹¹⁾。その中でも、日本との性風俗感覚の違い、そして行為態様における罰すべきものと罰すべきでないものの認識の違いが、ボアソナードとの質

疑において大きく現れている。

旧259条の立法過程については、現在、当時の立法資料が種々復刻され、少しずつその内実が明らかになってきている。旧259条の部分も含めた旧刑法についての編纂は、(1) 先ず、ボアソナードと鶴田皓の議論と司法省の刑法編纂委員会の審査を繰り返しつつ、行われた。(2) 次に、先の審査の結果完成された法案をもとに、刑法草案審査局にて新たに審査修正がなされる。その成果として「刑法審査修正案」が作成され、(3) 更に、元老院における審査修正案審議がなされた後に、いわゆる旧刑法が、明治13年公布 (太政官布告三六号)、明治15年施行される。このように、立法にあたってはいくつかの過程をたどっているが、復刻された資料の中では、本稿で対象となる旧259条の議論は、その中でも、(1)、(2) の段階で中心的になされている。そのため、この段階の議論状況を復刻資料を通じて参照していく (本章1～4節)。そして最後に、ボアソナードが、立法過程時に元老院の要請により執筆した『刑法草按註解』と、旧刑法を批判し、その改正案を提示する形で執筆した『刑法草案註釋 卷ノ下』を参照し、改めてボアソナードの望んだ立法趣旨を紹介していく (5節)。

1. ボアソナードと鶴田の議論——第一案 第一案¹²⁾

第二条 公ケニ風俗ヲ害スル書籍画図玩物其他ノ物品ヲ販売シタル者ハ十五日ヨリ三月ニ至ル重禁錮十円ヨリ五十円ニ至ル罰金ニ処ス
前項ニ記載シタル物品ヲ派売又ハ密売シタル者ハ十円ヨリ五十円ニ至ル罰金ニ処ス

鶴田「此条第一項ニテハ公然販売シタル者而已ナラス之ヲ販売スル為メ展視シタル者モ罰セサルヲ得ス故ニ展視ノ字ヲ加ヘントス」

ボアソナード「然ラハ展視ノ字ヲ加フヘシ」

鶴田「第二項ノ派売トハ各家へ持廻テ売ル者ヲ云フカ然ラハ密売ノ字中ニ含蓄〔蓄〕スヘキ

ニ付之ヲ削ルヘシ」
ボアソナード「仏文ニテハ派売ノ字モ別ニ記セサルヲ得ス」

鶴田「此第二項中ニテハ例ハ貸本屋ニテ春画ヲ貸ス等ノ罪ヲ罰センカ為メ貸貸ノ字ヲ加ヘントス」

ボアソナード「然リ夫レハ加ヘテ宜シ」

この案は、ボアソナード草案における旧259条最初期のものである。この時点で既に、風俗を害する様々なものが列記されているだけでなく、行為態様の中にも、現在使われているものの他に「派売」、「密売」という文字を見つけ出すことができる。一方で、「猥褻」の語は、草案中に記されておらず、「風俗ヲ害スル」という語が用いられている。また、ここで鶴田は、販売目的で物を展覧する者を処罰するために「展視」の字を、そして春画を貸す者を処罰するために「貸貸」の字を追加することを求め、採用されている。対して、「派売」の字の削除を求めているが、これについてボアソナードは、フランス法にも同様の文言が規定されていることから、鶴田の提案を拒否している。

なお、「風俗ヲ害スル」の意味については、前条（公然猥褻罪）の質疑の中で、ボアソナードから「猥褻」のことを指す旨の回答が出されている¹³⁾。また、そこでは、猥褻の意味についても質問がなされ、ボアソナードは、男女間の淫事に限定されず、陰部を露出すれば、仮に過失であったとしても不体裁の挙動をなした以上、「猥褻（ノ所行）」にあたるとの回答をしている。

以上、この議論をもとに、次のように草案が修正される。

第二案¹⁴⁾

第二条 風俗ヲ害スル書籍画図玩物其ノ他ノ物品ヲ公然ト展視シ又ハ販売シタル者ハ十五日ヨリ三月ニ至ル重禁錮十円ヨリ五十円ニ至ル罰金ニ処ス

前項ニ記載シタル物品ヲ派売又〔ハ〕密売シタル者ハ十円ヨリ五十円ニ至ル罰金ニ処ス

2. ボアソナードと鶴田の議論——第一稿 第一稿¹⁵⁾

第三百八条¹⁶⁾ 風俗ヲ害スル冊子図画其他戯玩ノ物品ヲ公然展示シ又ハ販売シタル者ハ十五日以上三月以下ノ重禁錮十円以上五十円以下ノ罰金ニ処ス其密売シ又ハ貸貸シタル者ハ十円以上五十円以下ノ罰金ニ処ス

鶴田「此条中『展示』ト云フハ陳列スルコトナリヤ」

ボアソナード「然リ例ヘハ店頭ヘ掛ケテ曝シ置ク等ノ事ヲ云フ」

鶴田「然ラハ日本文ニハ之ヲ陳列ト記スヘシ」
ボアソナード「此条実決刑ハ前条ト同シク十五日ヨリ三月迄ノ刑期ニ付罰金ノ寡数モ之ヲ前条ト同シク五円ヨリニ改メントス」

鶴田「然リ寡数ヲ五円ニ改ムルニ付テハ多数モ亦之ヲ減スヘキヤ」

ボアソナード「多数ハ矢張五十円ト為シ置クヘシ

此第二項ノ原文ニ〔ハ〕密売云々』ノ内ニ派売ノ字アリ」

鶴田「派売ハ密売ト云フ内ニ含蓄〔蓄〕スヘキ積ニ付日本文ニハ之ヲ省キタリ」

第二案が刑法編纂委員の審査にかけられ、そこで修正がなされた後、その修正案をもとに改めてボアソナードと鶴田との質疑が開始される。なお、ここに記載された第二案には、前の議論において追加された「貸貸」の語が含まれていないが、第二案を日本語の法文に適するよう文体、語句を整えた第一稿には追加されている。

ここで鶴田は、ボアソナードに「展示」の語句の説明を求め、刑の下限についての意見に対応し、そして「派売」が「密売」に含まれる旨の主張を

している。最後の点についてのボアソナードの返答が記載されておらず、どのような返答をしたかは不明である。だが、以上の議論により改訂された「校正第一案」とその次の「第二稿」を参照するに、少なくとも鶴田の意見が採用され、「派売」のみになったようである。

そして、ここでも、前条において「猥褻」の意味内容についての質疑がなされている。すなわち、猥褻の判断が判然としないという鶴田の疑問に対し、ボアソナードは「辜丸ヲ露ス」行いを一つの基準にしつつも、その行為には故意を要すと共に、それぞれの国の寒暖差に応じて、許される露出の範囲も分かると回答する¹⁷⁾。前述の「第一案」の際には、故意過失の有無は関係なく、陰部を露出すれば広く認められる旨の回答をしていたが、ここでボアソナードの一定の譲歩が読み取れると思われる。

以上、この質疑の後に「校正第一案」、「第二稿」が作成される。

3. ボアソナードと鶴田の議論——第二稿

校正第一案¹⁸⁾

第 条 風俗ヲ害スル書籍画図玩物其他ノ物品ヲ公然ト展視シ又ハ販売シタル者ハ十五日以上三月以下ノ重禁錮五円以上五十円以下ノ罰金ニ処ス

前項ニ記載シタル物品ヲ賃貸^{マハリウリ}派売又ハ密売シタル者ハ五円以上五十円以下ノ罰金ニ処ス

第二稿¹⁹⁾

第二百九十八条 風俗ヲ害スル冊子^(ママ)画図其他戯玩ノ物品ヲ公然陳烈シ又ハ販売シタル者ハ十五日以上三月以下ノ重禁錮五円以上五十円以下ノ罰金ニ処ス

其密売シ又ハ賃貸シタル者ハ五円以上五十円以下ノ罰金ニ処ス

鶴田「此第二百九十八条〔『風俗ヲ害スル冊子云々』ノ罪ハ実決ノ刑ヲ省クヘシ且罰金ノ科

数モ亦タ之ヲ減スヘシ

元来之レハ日本ニテハ違警罪ニ処シ極軽ク論スル者ナレハナリ」

ボアソナード「然シ幼者ノ淫行ヲ導キ風俗ヲ害スル点ヨリ論スレハ前条公然猥褻ノ所行ヲ為シタル者モ此条冊子画図ヲ公然陳烈シタル者モ殆ント相同シ故ニ前条ニ実決ノ刑ヲ科スル以上ハ此条ニモ実決ノ刑ヲ科セサルヲ得ス」
鶴田「然ラハ此実決ノ刑期ヲ減シテ軽ク為サントス

又之レニ実決ノ刑ヲ科スル以上ハ罰金ノ科数モ亦タ減セサルヲ得ス」

ボアソナード「然ラハ十一日ヨリ一月迄ノ重禁錮三円ヨリ三十円迄ノ罰金ト為スヘシ」

鶴田「然リ而シテ前条ノ刑ノ長期三月ヲ改メテ二月ニ為スヘシ」

ボアソナード「然リ」

鶴田「此末項『其密売シ又ハ賃貸シタル者云々』
仏文ニハ派売^ハノ字アリ然シ日本文ニ之ヲ省キタルハ密売^ハノ字ノ内ニ含蓄〔蓄〕セシムル積ナリ」

ボアソナード「又此条ノ末段ニ『但其物品ハ没収シテ之ヲ破壊ス』ノ一事ヲ附記スヘシ
何トナレハ之レヲ通常ノ没収物トシテ現存スル時ハ尚或ヒ人ノ目ニ触レ風俗ヲ害スル一端ト為ルノ恐レアレハナリ」

鶴田「然ラハ之レヲ加フヘシ」

「第一稿」における質疑の後に作成された「第二稿」における質疑は、猥褻物罪関係を考えるにあたって、いくつかの興味深い内容を含んでいる。

鶴田が先ず、1項の刑の重さを問題視し、重禁錮を削除するよう求めているが、その理由として述べているのが、猥褻物罪は、当時の日本においては「極軽ク論スル」犯罪だという点である²⁰⁾。それに対してボアソナードは、これらの行いが「幼者ノ淫行」を導き風俗を害することになる点から、前条の公然猥褻罪と同様に重禁錮を残すべきだと

主張する。だが、鶴田が量刑を下げる態度を崩さなかったことから、結果として重禁錮を残しつつも、その量刑は下げられることになる。また他方で、これまでは主張されていなかった「没収」、「破壊」規定の追加を、ボアソナードは主張する。鶴田の性風俗感覚とボアソナードの性風俗感覚との違いを垣間見ることができる点で、この両者の質疑は興味深く、また両者が議論を重ねることで、折衷的な解決を目指していたことが認められる²¹⁾。

だが、この質疑後の修正案は、必ずしもボアソナードの意図を十全には組んでいないものとなる。

第二百九十二条²²⁾ 風俗ヲ害スル冊子図画其他
 戲玩ノ物品ヲ公然陳列シ又ハ販売シタル者ハ
 十一日以上一月以下ノ重禁錮三円以上三十円
 以下ノ罰金ニ処ス
 其密売シ又ハ賃貸シタル者ハ三円以上三十円
 以下ノ罰金ニ処ス但其物品ハ没収シテ之ヲ破
 毀ス

第二稿において、ボアソナードが要求した「没収」、「破壊」規定は、2項の但書に記されている。ボアソナードが2項の但書に記すべきと主張したのか、1項も含めた全体の但書として記すよう主張したのかは、文献からは判然としないが、後述する『刑法草按註解』及び『刑法草案註釋 卷ノ下』においては、3項を新設して、そこに「没収」、「破壊」規定を置いていることが分かる。以上に鑑みると、この時点においてもボアソナードは、国内の健全な性風俗維持を強く求めていたのに対し、日本側は、表向きその趣意に一部同意しつつも、実際の法案作成段階に至っては、更に寛刑化を図っていたと想像されうる。

そして、以上の議論の結果、この法案が「日本刑法草案」として刑法草案審査局に回付されることになる。

4. 刑法草案審査局の審査修正、元老院審議
 鶴田とボアソナードとの質疑などを通じて作成された草案、いわゆる「日本刑法草案」は、その後刑法草案審査局において審査がなされる。この審査は5回にわたって行われ、本稿で問題としている条文にも何か所か変更が加えられている。現在、変更にあたっての質疑録などは確認できておらず、変更に至った理由は明らかとはなっていないが、これまでの議論の蓄積とは一部異なる変更がなされている点が注目される。その変化の軌跡を確認する意味も含めつつ、まずは1回目の審査の後に出された草案条文を記載する。

第二百六十条 風俗ヲ害スル冊子図画其他猥褻
 ノ物品ヲ公然陳列シ又ハ販売シタル者ハ十一
 日以上一月以下ノ重禁獄ニ処シ三円以上三十
 円以下ノ罰金ヲ附加ス²³⁾

この草案は、一つ前の草案である「日本刑法草案」と比べ、いくつかの変更箇所が存在する。まず、「戲玩」の語が「猥褻」に、「禁錮」の語が「禁獄」に、及び罰金刑について「処ス」とされていたのが「付加ス」に変更されている²⁴⁾。そして更に注目すべきは、2項の規定が、但書の部分も含め削除されていることである²⁵⁾。前述した「禁獄」の変更は、2回目の審査の後に「禁錮」に戻されるが、それ以外は、5回目の審査に至るまで変更されず、以下の条文をもって、元老院の議定に回付される。

第二百五十九条 風俗ヲ害スル冊子図画其他猥
 褻ノ物品ヲ公然陳列シ又ハ販売シタル者ハ十
 一日以上一月以下ノ重禁錮ニ処シ三円以上三
 十円以下ノ罰金ヲ付加ス²⁶⁾

元老院においては、量刑部分について大きな変更がなされている。すなわち、重禁錮の部分が削除され、その一方で罰金の上限と下限がそれぞれ

「四円以上四十円以下」に上げられている²⁷⁾。この点も詳細は不明であるが、重禁錮を無くす代わりに罰金刑を重くする過程は、ただ量刑を下げるだけではなく被害者の財産を不当に入手する利欲犯的性格からなされた可能性がある²⁸⁾。そして、この変更が維持され、明治13年に、猥褻物に関する犯罪が日本初の刑法典の形で公布されることになる。

第二百五十九条 風俗ヲ害スル冊子図画其他猥褻ノ物品ヲ公然陳列シ又ハ販売シタル者ハ四円以上四十円以下ノ罰金ニ処ス

5. 『刑法草按注解』、『刑法草案註釋 卷ノ下』

ボアソナードと鶴田の質疑等から、刑法草案審査局の審査、元老院の審議を経て作成された旧刑法は、ボアソナードが本来意図したものとは大きく異なるものとなっていた。確かに、この当初の法案と旧刑法との差異は性風俗感覚の違いから生じたという点は、否定できないと思われる。しかし、旧刑法、とりわけ旧259条は、最終的にボアソナード本人が目にしたくない所で作成されたものだという点にも注目すべきであろう。本節では、「旧刑法草案編纂直後のボアソナードの刑法思想を知り得るといふのみならず、ボアソナードと日本人編纂者との理論的な対立点を伝えている」²⁹⁾意味で大きな意義を有する『刑法草按注解』³⁰⁾と、旧刑法の批判及び改正案として書かれた『刑法草案註釋 卷ノ下』³¹⁾を通して、改めてボアソナードの主張を確認していきたい。

(1) 『刑法草按注解』³²⁾

第二百九十二条

風俗ヲ害ス可キ冊子図画其他戲玩ノ物品ヲ公然陳列シ又ハ販売シタル者ハ十一日以上一月以下ノ重禁錮ニ処シ三円以上三十円以下ノ罰金ヲ科ス
其物品ヲ沽売シ又ハ賃貸シ又ハ密売シタル者

ハ三円以上三十円以下ノ罰金ニ処ス
但シ其物品ハ差押ヘテ之ヲ毀棄ス³³⁾

本条ニ論スル罪モ猶ホ醜例ヲ公衆ニ示シテ悪情ヲ伝播スルカ為メニ之ヲ罰スルナリ
凡ソ風俗ヲ害ス可キ物品モ亦前条ニ罰スル所ノ所行ト同一ノ性質ヲ有スルモノニシテ尚ホ又此物品ノ性質ヲ明示スルニ及ハサルナリ但シ本法ハ密ニ此物品ヲ販売スルヨリモ公ニ之ヲ販売スルヲ罰スルコト更ニ厳ナルヲ宜シク注意ス可シ蓋シ公ニ之ヲ販売スルニ於テハ公衆ニ醜例ヲ示スコト更ニ大ニシテ唯通行人ト雖トモ思ハスシテ其目ヲ害セラルルコトアル可シ然ルニ密ニ之ヲ販売シ若クハ沽売スルニ於テハ人目ニ触レシムルコト甚タ少シトス然トモ該犯ハ彼此ノ別ナク一般ニ不品行ナル好事ノ情ヲ満スノ意アリト想像スル所ノ諸人ニ之ヲ示スカ故ニ恰モ窃カニ公衆ニ示スモノナリ是レ則チ本法猶ホ嚴ニ之ヲ罰スル所以ナリ尤モ此場合ニ於テハ唯罰金ニ処スルノミ

本条ニ於テ前条ノ場合ヨリモ更ニ罰金ノ多キハ敢テ之ヲ怪ム可カラサルナリ何トナレハ本条ニ論スル犯罪ハ其意利益ヲ図ルニ出ル所ニシテ即チ貧欲ヨリ起レルヲ以テナリ故ニ其刑ハ特ニ罰金ヲ以テス可キコト既ニ之ヲ見タルカ如ク又猶ホ後ニ屢々之ヲ見ルカ如シ

但シ其物品ハ之ヲ没収スルニ非サルコト〔即チ官庫ニ収ムルニ非サルコト〕ヲ宜シク注意スヘシ此物品ハ差押ヘテ之ヲ毀棄スルモノトス

『刑法草按注解』は、前述3で紹介した「日本刑法草案」を作成した後、その草案が刑法草案審査局に回付された頃に作成が始まっていた³⁴⁾。条文は、一部「日本刑法草案」の文言と異なるところがあるが、少なくとも量刑部分については、ほぼ同様の体裁をとっている。

これまで見られたボアソナードの発言よりも、本条の説明が詳細に行われている。先ず、本条の

処罰理由を風俗侵害に求め、更にその理由を、「醜例ヲ公衆ニ示シテ悪情ヲ伝播スル」点に求めている。

次に本条の「風俗ヲ害ス可キ物品」の説明であるが、ボアソナードは、それが前条（公然猥褻罪）の内容と同一であるとして、説明を省略している。前条には、猥褻の所行の説明として、男女の区別なく一人又は数人が公衆に向けて陰部を見せる行為をいうと述べており、このような内容を記したものが少なくとも「風俗ヲ害ス可キ物品」に該当すると考えられている。この解説は、上述1節で述べた内容と同様のものである。

また、このような物品を販売すれば、容易に販売罪が成立するのではなく、公の場で販売することを要求していた。なぜならば、公の場で販売することは、「公衆ニ醜例ヲ示スコト更ニ大ニシテ唯通行人ト雖トモ思ハスシテ其目ヲ害セラルルコト」が考えられるからである。他方で、公の場ではなく、希望する者にのみ販売したとしても、その数が多数人にわたれば、実質的に公衆に向けて販売したと評価されるとし、このような販売行為も処罰すべきとしている。

注目すべきは、この多数人に向けて販売した場合には、罰金刑のみを科し、重禁錮は科さないとしている点である。この点に鑑みるに、先ず、本条の行為をなす状況には、一つが、望まない者も閲覧などをされうる状況と、更に一つが希望する多数人にわたって閲覧などがされうる状況という、二つのパターンが想定されていたことが分かる。そして、後者の場合は、風俗侵害の程度が低いとし、量刑部分の差異に反映させていたと考えられる。また、特に罰金刑を科すとした理由に、猥褻物の販売などによって「利益」を図る点を挙げている。これらを踏まえ、ボアソナードは、風俗侵害の不明確性を自覚しつつ³⁵⁾、その利欲犯的性格をも示すことで、規定の適格性を維持していたと考えられる。

しかし、「日本刑法草案」は、結果として種々の

修正が加えられた後に、ほぼ原形を留めることなく旧刑法として公布、施行される。その法文は、ボアソナードが意図したものではなかった点は、前述の通りである。その後、ボアソナードは、改めて一法学者の立場から、刑法改正案を提示する。それが、次の『刑法草案註釋 卷ノ下』において見られる内容である。

(2) 『刑法草案註釋 卷ノ下』³⁶⁾

第二百九十二条 何人タリトモ猥褻ノ書冊、図画若クハ比喩其他風儀ヲ害スヘキ性質ノ物品ヲ公然販売シ又ハ販売若シクハ賃貸ノ為メ陳列シタル者ハ十一日以上一月以下ノ重禁錮三円以上三拾円以下ノ罰金ニ処ス³⁷⁾

単ニ該物品ノ隱密ノ携売、賃貸若クハ販売アリタルトキハ三円以上三拾円以下ノ罰金ノミヲ言渡ス可シ

右二箇ノ場合共ニ猥褻ノ物品ハ之ヲ毀棄ス可シ

この法案は、明治19年に出されたものであり、欄外に「猥褻ノ物品ノ公然ノ販売」（一項）、「携売」（二項）と記されている。法案の解説は、『刑法草按註解』とほぼ同様の内容である。他方で、条文の体裁は、「風俗ヲ害ス」という語から「猥褻ノ」という語に変更されている点も考慮すると、条文の体裁は『刑法草按註解』よりも整理されている。

ボアソナードは、このように旧刑法が施行された後も日本法に対する問題提起を続けてきたが、この法案自体は、後の法改正に大きな影響を与えることはなく、その後旧259条は、日本人研究者による解釈の展開に委ねられることになっていく。

Ⅲ 旧刑法期——学説、議論状況

旧刑法は、種々の質疑、議論を繰り返しつつ、最終的に明治13年に公布、明治15年に施行される。ここから旧刑法の解釈は、立法者の手を離れて、

主に法学者の手へ渡ることになる。以下では、旧259条の諸要件に関する当時の学説諸見解を紹介しつつ、旧259条がどのように扱われ、どのような運用を目指されていたのかを確認していく。

1. 処罰根拠

旧259条を含めた「風俗ヲ害スル罪」の処罰根拠は、ボアソナードが述べた風俗侵害の内実にある「悪習の伝播」といった説明を用いるよりも³⁸⁾、「社会ノ美俗良風ヲ害スル所ノモノナリ」³⁹⁾、「善良ナル社会ノ風俗ヲ害スル罪ヲ規定スルモノ」⁴⁰⁾といった言葉に表れるとおり、一般の風儀習俗を害する点に留めて説明するのが一般的であった⁴¹⁾。また、立法者の一人でもあった村田保は、猥褻物規制の根拠について、次のように厳しい姿勢で臨むことを主張している。

是等ノ物品ハ風俗ヲ害シ人ノ品行ヲ乱ルコト甚シケレハ其製造及ヒ売買ヲ厳ニ禁制シタル者トス⁴²⁾

ここからは、条文上は要求されていない「製造」自体にも禁圧の目を向けており、積極的な規制が目指されていたことが予想されるが⁴³⁾、それのみからなぜ性風俗を害する行為が処罰されるのかについて、明晰に説明しているとは言い難い。

そのような中で、織田純一郎が、前条の公然猥褻罪との違いに触れつつ、風俗の内実について具体的な解明を試みている。すなわち、国家の盛衰は、その風俗の善し悪しによって決まり、もし土地の風俗が悪いものであれば、自然と悪しき風俗が広まり、最終的に衰退することが、歴史上明らかとなっている。そのため、表に人がいるにもかかわらず、猥褻な行為をすることは、「人ノ体義ニ背キ社会ノ危険ヲ生ズル」ことになるから、このような行為を処罰する⁴⁴⁾。そして、それが猥褻物の場合には、風俗侵害の度合いは更に高くなる。なぜなら、そのような物品は、一時の行為で済む

ものではなく、壊れるまで使用することが可能であるため、前条以上に風俗を害することになるからである⁴⁵⁾。ここで織田は、猥褻「物」という性格から、継続的利用可能性を危惧する姿勢を示していると考えられる。

他方で、販売という語から利欲犯の性格を導き出す者も一定数存在する⁴⁶⁾。利益を図る目的という視点は、前述のボアソナードも主張している点であり、当時一定の理解があったものと思われる。

2. 風俗ヲ害スル冊子図画、猥褻ノ物品

「風俗ヲ害スル冊子図画」とは、通例淫事を記した冊子や春画のことを指していた⁴⁷⁾。その他に、猥褻の冊子を指すという見解もある⁴⁸⁾。また、「猥褻ノ物品」とは、「陰陽ノ形ニ模擬シタル物件」⁴⁹⁾などといった形で紹介されている。この物品の説明が限定的内容なのか、それとも一つの例示を示したもののなのかは、判然としない。だが、少なくとも、性風俗を害していると評価される内容は、当初は男女間の淫事を記したもの、春画、人体の外性器を模したものを指していたと考えられており、これらに該当すれば、基本的に対象物の限定は想定されていなかったと思われる⁵⁰⁾。なお、純粋な美術、学術品は、「風俗ヲ害スル冊子図画」にあたらないと述べる見解も、小疇傳によって主張されている⁵¹⁾。

他方で、性風俗、猥褻という語を詳細に定義することは難しく⁵²⁾、条文上はあえて曖昧な表現にして、その具体的内容については、裁判官の判断に委ねるべきだと述べる者もいる⁵³⁾。この点も、前述のボアソナードの見解に見られるものである。

3. 公然陳列、販売

旧259条の中心的な議論は、いかなる場合に「陳列」、「販売」が認められるのかという点にあった。文献からは少なくとも、当時の学者らは、「公然」という語に強く目を向け、解釈していたことが分かる。陳列、販売の意味内容については、詳細な

説明はあまりなされていないものの、この要件にあたる事例、あたらない事例を紹介する形で検討がなされている。以下、これらを中心に参照していく（1項）。

また、旧刑法特有の議論も併せて紹介する。現行法では、文言上あまり問題とされていないが、当時の法学者が規制すべきと考えていた行為態様を検討するにあたり参考となるため、以下併せて紹介する（2項）。

（1）公然陳列、販売事例

「公然陳列」に該当するものについては、猥褻物を店頭陳列する場合⁵⁴、衆人の目に入る場所に設置する場合⁵⁵といった説明が一般的である。また、「販売」に該当する状況については、猥褻物を店頭陳列後販売する場合⁵⁶、売買により引き渡しをなす場合⁵⁷との説明が一般的である。

いずれの行為態様も、日常用語の説明に終始しているが、むしろ当時の説明としては、これらの行為態様にあたらない場合を紹介することが多かった点に注意を要する。つまり、仮に風俗を害する物品などと評価されたものを店頭配置したとしても、該当する部分を露出せずに表題のみを示していた場合には、本条の公然陳列には該当しないとしていた⁵⁸。ここから、旧259条が対象としていたものは、猥褻物が直接顕現されている場合であったといえる。

（2）公然の語は、販売にも掛かるのか？

議論の発端となった点は、条文文言の繋がりにある。すなわち、旧259条は、「公然陳列シ又ハ販売シタル」と規定している所、この公然の語は、（1）陳列のみに掛かるのか、それとも（2）販売にも掛かるのか、両説考えることが可能であり、どちらの見解が妥当かというのが議論の焦点であった。通説は、両方に掛かると解釈しており⁵⁹、ボアソナードと鶴田との質疑の中でも、公の場で販売することを述べている点から、ボアソナードも

同様に解していたと思われる。つまり、旧259条は、陳列するにも販売するにも、公然と行うことを特に重視していると解するのである。龜山貞義は、通説に立つ上で、次のように述べる。

何トナレハ法文ノ語勢上公然ノ文辞ハ販売ノ上ニ迄繋レルノミナラス秘密ニ之ヲ販売スルモ未タ以テ一般ノ風俗ヲ害スルニ足ラサレハナリ故ニ道路又ハ店頭ノ如キ衆人ノ目ニ触ル、場所ニテ販売スル者ノミヲ罰スト信ス⁶⁰

旧259条の規制根拠が、性風俗を害する物品を用いることによって悪習が伝播することを予防する点にあると考えれば、密室などの環境で販売行為を行う場合、龜山は、未だ性風俗侵害、悪習の伝播の恐れは少ないと考えていた。故に旧259条は、「陳列」、「販売」の定義自体は日常用語に留めつつも、それが「公然」に行われることを強く要求していたと考えられる⁶¹。

一方で、陳列にのみ掛かるとする江木衷は、次のように主張する。

抑モ公然ニ販売スルトハ唯タ[○]営業トシテ之ヲ販売スルノ謂ニシテ決シテ場所ノ如何ヲ指示シタルモノニアラス縦ヒ密室ニ於テスルモ又縦ヒ一回タリトモ営業トシテ之ヲ販売スルモノハ之ヲ刑法ニ問ヒ之ニ反シテ公衆ノ目前ニ於テスルモ営業トシテ販売セサル以上ハ之ヲ刑法ニ問フコトヲ得サルナリ。……公然ノ文字ハ唯タ場所ノ公然ナルヲ指示スルモノト解シ而シテ所謂販売ノ文字ハ営業トシテ販売スルコトヲ指示スルモノト解スルコトヲ得ヘシ⁶²

江木によれば、陳列と販売は、それぞれ態様が異なるとされている。陳列は、公衆の場において閲覧、販売に至る状況を作出している状況を表すのに対し、販売は、場所の如何を問わず、営業として風俗を害する物品を他者に売り渡すことを表

すのであり、公衆の面前であることを要しないと解している。販売の場合は公然性が要求されないことから、密室で特定の者に対して営利を目的とした販売行為をした場合も、本条でいう販売行為に該当することになる。公然の定義を「公衆の『場』」と考えることは、前条の公然猥褻罪においても一般に支持されている。江木は、営業という、本来継続性を有する販売形態のみが処罰対象となっており、この継続性を根拠に性風俗侵害の恐れを危惧したのではないかと思われる。

もっとも、仮に通説に立っていたとしても、販売行為全てに対して公然性を要求していたかについては、注意を要する。というのも、一部の学説は、通説の見解に立ちつつも、商業的行為によって販売を行っていた場合には、公然性の要件は興味しないと考えていたからである⁶³⁾。この立場は、結論においては江木の見解と大差がないであろう。

4. 刑 罰

刑罰の特殊性について、磯部四郎は、前条の公然猥褻罪と比べて旧259条の罰条が重い理由を例に挙げて、次のように説明する。

前条ノ所行ハ単ニ情欲ノ奴隷トナリテ遂ニ風儀ヲ害スルニ至リタルモノニシテ別段ノ悪意アルニアラスト雖トモ本条ノ所行ハ有心故造ニ之レヲ陳列シ又ハ不正ノ利益ヲ得ルノ目的ヲ以テ販売シタルモノニシテ前者ニ比スレハ稍々其意思ノ悪ムヘキモノアルヲ以テナリ⁶⁴⁾

この説明によると、磯部は、少なくとも販売の意味については、前述のボアソナードの見解と同様に、財産犯的な性格も有すると考えていたようである⁶⁵⁾。

なお、論者によっては、更に客体となったものについて、没収の後に破棄する旨の説明もしている。これは、ボアソナードが要求していたことではあるものの、条文の草案からは削除されている。

没収の規定は、旧刑法43条にあり、猥褻物に対してもその対象となっていたと考えられるが、破棄に関しては、説得力は弱かったと思われる⁶⁶⁾。

5. その他の点

立法過程において議題に上がった「賃貸」については、旧259条には規定されていないことから、処罰できない旨の説明がなされている⁶⁷⁾。その他、文言上、引き渡し行為については販売のみを規制対象にしている点について、頒布行為といった他の行為を規定しないことによる立法上の不備を指摘する者もいる⁶⁸⁾。他方で、他の行為を処罰しない理由として、(1) 罪責が軽微であることと、(2) 政策的理由を挙げる見解がある⁶⁹⁾。

江木は、旧259条をはじめとした性風俗関連の犯罪を、姦淫罪関連の犯罪規定と併せて述べている⁷⁰⁾。この両者の区別に用いられるのが、「公然」の語である。すなわち、前者は直接の被害者を要求しておらず、ただ公然と行われたことによって認められるのに対し、後者は公然と行われる必要がない一方で、特定の被害者を要求する犯罪類型であるとする。

IV 若干の検討

本稿は、主に立法状況、学説状況の紹介に注視しており、新たな見解、視点を提示するものではない。だが一方で、当時は認識されていても、現代においては忘失された見解があることも明らかになった。ここでは、今回の種々の紹介から判明したものをもとに、若干ながら検討を加えていきたい。

1. ボアソナードと日本人立法者との見解の差異

そもそも立法過程においては、ボアソナード作成の法案を日本の性風俗に対応させるように修正が図られてきたが、処罰根拠それ自体については、大きな議論は見られず、むしろ日本側は、西洋法

の考えの理解に注視していた。同様に、学説においても殆ど議論は生じず、善良な社会の風俗維持といったように、皆類似の見解を有していたようである。もっともそれは、処罰根拠の内実についても共有していたことを意味するわけではない。

先ず、当時の立法者は、性風俗の維持についての程度の意識を有していたのか。ここで興味深いのが、ボアソナードの公序良俗の認識と、旧刑法の制定にかかわった井上毅のその認識との違いである。その差異は、井上が出版条例と新聞紙条例の制定について意見を述べた後の、ボアソナードの抗議から窺うことができる。つまり、ボアソナードが作成した「刑法草案では猥褻の冊子・図画の販売に関する罪科に対しては禁獄という厳罰を以て臨んだのに、明治十三年に公布した刑法の第二百五十九条の本罪に対しては禁獄の処分を削除し、ボアソナードが猥褻の冊子・図画の販売と行売および貸与まで罰したのに、公布法⁷¹⁾の第二百九十二条ではこれを不問に付した⁷²⁾点である。ここからは、少なくとも旧259条に関しては、ボアソナードが厳罰論に立ち、猥褻物規制に積極的であった点が見て取れる⁷³⁾。

ボアソナードの法の主旨は、日本法にどの程度継受されたのか。彼は、猥褻物規制の理由として公衆の風俗の維持を挙げており、その後の学説にも、この点は継受されている。だが、処罰すべき行為態様、量刑部分については、ボアソナードの意見とは差異が見られる。ボアソナードは、陳列、販売だけでなく、賃貸、密売した場合も処罰すべきとしたが、この提案は受け入れられず、文言にも記載されなかった。一部の者は、この点について条文上の不備を主張していたが、旧刑法下では、このような行為態様は、その後も追加されることはなかった。また、量刑面についても、ボアソナードは、重禁錮を含めた刑罰を希望していたが、その後の法案においては削除され、罰金刑のみが規定されることになる。また、問題となった猥褻物について、その没収、破棄を希望していたが、

その点も、少なくとも条文からは削除されている。一方で、猥褻物は旧刑法43条1号の禁制品物に含まれ、没収の対象になると述べている論者もいる⁷⁴⁾。確かに、削除されたが故に没収することができなくなったという結論は、早計に過ぎるが、しかし、阿片や銃弾薬等のように明文上没収を要求していた規定との差異については、猥褻物の単純所持を禁じていない点から見ても、日本の立法者は、寛大な処罰を目指していたといえるかもしれない。

立法過程においては、現代の法解釈に通じるものも見られた。一つに、ボアソナードが幼者への害悪も危惧していた点は、注目すべきであると思われる。これは、175条の保護法益を検討するにあたって、「青少年の健全育成」⁷⁵⁾を主張する見解にも通じると思われる。また、旧259条における議論は、主に公然性概念に向けられていた。猥褻物と認定されたものを販売すれば容易に販売罪が成立するのではなく、そこでは、そのような物を公の場に置くことによって、閲覧、購入を希望していない者の目にも触れることになる点を問題視していた。この見解は、175条の保護法益に、「見たくないものを見ないでいる自由」⁷⁶⁾を取り入れる見解と同様の考えに立つと思われる⁷⁷⁾。

2. 日本の性風俗理解

他方で、性風俗の維持を考えるにあたっては、明治期以降の日本の性風俗状況と、その維持を目指した規制者側の状況にも目を通す必要がある。一例として、刑事事件には至らなかったものの、警察が美術作品の展覧に対してその作品の撤去を求めた、いわゆる「腰巻き事件」⁷⁸⁾が挙げられる。この事件は、女性の裸体を描写した絵画に対して、その外性器の箇所を布で覆うことで、ようやく展示が認められたものであったが、当時の規制者側の性風俗の考えと展示者、作成者のそれとの差異を検討するにあたって重要なものである。この事件は、確かに旧259条が当初予定していた「公然陳

列)、「販売」規制とは異なるものであり、他の規制内容に拘わるものであるかもしれない。だが、少なくとも警察側が、旧259条が想定していた猥褻物、すなわちポアソナード及び学説において述べられた「陰部の露出の有無」について強く目を光らせていたことが想像できる。この事件は、明治34年に発生しており、この時点で少なくとも規制者側は、法を忠実に守っていたと考えられる⁷⁹⁾。

一方で、少なくとも法律上は、性風俗を侵害した者に対しては、必ずしも「厳罰」でもって対処していたわけではない。むしろ、ポアソナードの見解も含め、種々の学者が、購入者の経済的損失にも目を向けていた上で、刑罰は、その購入者の損失に対する制裁の面も有すると解していたことは注目すべきである⁸⁰⁾。

このように、旧259条は、その法の主旨についてはポアソナードの見解に添いつつも、条文の体裁、実際の規制手段については、彼の希望に添うものではなかった。これは、一方では、公衆の風俗を維持するための法規制が不徹底であったことを示すものではあるが、他方で、少なくとも当時の日本の立法者は、猥褻物に関する規制について、謙抑的な姿勢を見せていたのではないかと想像されるのである⁸¹⁾。

V 結 語

今回旧259条全体の議論状況を通覧したことにより、改めて種々の論点とその解釈を紹介することができた。旧259条、猥褻物に関する諸規制は、身体に対する罪や財産犯とは異なり、これまで日本では多く処罰されていなかったものに対し規制をかけるものであった。

性表現は、一見すると法の干渉すべき性質に属さないかもしれないが、「人間の尊厳という性質からいっても、性表現にはやはり一定の限界を画することが大切であるといわなければならない」だろう。猥褻の不明確性はもちろんのこと、いかなる物を、いかなる行為を処罰するのか、そしてな

ぜそのような行為を処罰するのかといった法全体を理解した上で、改めて種々の解釈に目を向ける必要があると考え、本稿では、旧刑法期の状況紹介という体裁を採用した。

判例は、現在まで175条の保護法益を「健全な性秩序、性風俗」に求めているが、その内実は、明確とは言えない。そのような中で、改めて立法過程に目を向けてみると、同様の問題に突き当たっていたことが明らかとなる。だが、そのような中でも、法規制の根拠、内実を明確にする作業を行っていたことは、少ない資料からも見て取ることができる。

一方で、旧刑法施行時から、帝国議会等において刑法改正作業が行われていたことも見落としてはならない。また、旧259条、175条の適用に比べ、特別法の適用例が多いことにも注視すべきである。今後は、旧刑法の解釈と現行刑法、特別法の解釈との連続性にも目を向けつつ、現代の法解釈との繋がりを探ることにしたい。

- 1) 以下、単に「旧259条」と表記する。
- 2) 以下、単に「175条」と表記する。
- 3) 平成7年改正前の規定では、漢字表記で「猥褻」が用いられていたが、現行の規定は平仮名で「わいせつ」という語を用いており、この用語法が、法律分野では現在一般的に用いられている。だが、本稿では、歴史資料を中心に検討していく点から、引用文中で平仮名表記がなされていない限り、漢字表記で執筆していく。
- 4) 「『これはどうしても裁判所に憲法二一条の問題として判断させなければいけない』と言い出したのは正木さん（正木亮弁護士——筆者注）なのです」（奥平康弘他『性表現の自由』（昭和61年、有斐閣）25頁）。
- 5) その中で、旧刑法期から検討を行っているものとして、内田剛弘「わいせつ罪の終焉——わいせつ事件弁護の今日的視座」森泉章他編『現代法の諸領域と憲法理念——小林孝輔教授還暦記念論集——』（昭和58年、学陽書房）が挙げられる。
- 6) 最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁。
- 7) 本稿は、歴史的紹介に重点を置いており、場合に

よっては175条の議論にどの程度適合するのかが疑問視されるかもしれない。しかし、175条の解釈を行うにあたっては、旧刑法の立法、解釈といった内容も含んだ旧来の見解も知る必要があると考える。すなわち、確かに立法者意思は、一般指針として認められるにすぎないが、この立法者の解釈、考えを基礎にした「一般基準」に従い、個々の事案に対応していくことも重要であると考えられる。そして、このような考えを基礎に現代社会との関係を見ていくべきである（主観的解釈）（阿部純二「刑法の解釈」西村春夫他編『現代刑法講座 第1巻 刑法の基礎理論』（昭和52年、成文堂）104頁）。なお、この際に、「革命または基本的な政治体制の変革によって、全体の法秩序ないし憲法などの上位規範に変動を生じた場合、それ以前に成立した法律を新しい秩序に適合するように解釈し直す」（同107頁）ことにも十分に留意する必要がある（vgl. Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 1956, S.85ff.）。なお、旧刑法の編纂状況については、新井勉「旧刑法の編纂（一）、（二）」法学論叢98巻1号（昭和50年）54頁、4号（昭和51年）98頁の中で詳細な説明が行われている。

- 8) 田中亜紀子「第4章 刑法」石川一三夫他編『日本近代法制史研究の現状と課題』（平成15年、弘文堂）76頁。
- 9) 内田・前掲注5）309頁。ただし、これ以前に規制が一度も行われなかったわけではない。例えば、江戸時代にも「出版令」といわれる法令の中で、好色本の絶版を命じる項目が入っていたという（中山研一『わいせつ罪の可罰性——刑法175条をめぐる問題——』（平成6年、成文堂）1頁）。この他にも違式註違条例、出版法、新聞紙法等にも、性風俗関連の物についての規制がなされていた。
- 10) 倉富勇三郎他監修＝高橋治俊他編『刑法沿革綜覧』（大正12年、清水書店）2191頁、団藤重光編『注釈刑法（4）各則（2）』（昭和40年、有斐閣）284頁〔団藤重光〕。
- 11) 例えば「西欧のキリスト教国家の刑法典にもとづくボアソナードの刑法草案に記されたわが国の立法の伝統にない猥褻罪を見て、当惑した明治初期の司法官僚の顔が」浮かぶ点に表れている（内田・前掲注5）309頁）。
- 12) 西原春夫他編『旧刑法〔明治13年〕（3）——Ⅲ日本立法資料全集34』（平成9年、信山社出版）3頁。「第一案」は、ボアソナードが作成したフランス文草

案を日本語に翻訳したものである。

なお、本稿では引用にあたって、送り仮名は原文ママであり、漢字と異字体のみ現代風に改めた。

- 13) 西原他編・前掲注12）4頁。
- 14) 西原他編・前掲注12）9頁。なお、ボアソナード草案を記載している『日本刑法教師元稿不定按 第二巻』（西原春夫他編『旧刑法〔明治13年〕（2）——Ⅰ日本立法資料全集30』（平成7年、信山社出版）126頁）においては、二項の「物品ヲ」の後に、「賃貸」の語が入っており、「派売」の振り仮名の箇所にも「マハリウリ」の語が記されている。
- 15) 西原他編・前掲注12）8頁。
- 16) 日本刑法草按 第一稿（西原他編・前掲注12）265頁）。この規定は、日本刑法草案にも記されている（西原他編・前掲注14）424頁）。
- 17) それぞれの国の「モラル」により、風俗の内容は異なると述べている（西原他編・前掲注12）10頁）。
- 18) 西原他編・前掲注12）14頁。この規定が、「校正刑法草案原稿 完」に引き継がれる（西原他編・前掲注14）320頁）。
- 19) 西原他編・前掲注12）17頁。この規定が、「日本刑法草案 第二稿」に引き継がれる（西原他編・前掲注14）375頁）。
- 20) この時点でも、日本の性風俗感覚からすれば処罰の必要性は低いと考えていたことが予想される。
- 21) 他方で、「猥褻」の意義について、前条の質疑の中で説明がなされている。すなわち、重い猥褻行為とは、「公然淫事ヲ犯」す場合を言い、軽い猥褻行為とは、「公然陰部」を露わす場合を言うとする（西原他編・前掲注12）16頁）。
- 22) 「確定日本刑法草案 完」（西原春夫他編『旧刑法〔明治13年〕（2）——Ⅱ日本立法資料全集31』（平成7年、信山社出版）832頁）。なお、この一つ前の法案である「日本刑法草案」では、条文数と誤字の変更がなされている。
- 23) 西原春夫他編『旧刑法〔明治13年〕（4）——Ⅰ日本立法資料全集36——Ⅰ』（平成28年、信山社出版）191頁。
- 24) とりわけ、「猥褻」の語に変更された点は興味深い。本稿執筆現在、残念ながら資料が発見されていないため、今回その理由については詳らかではない。また、「付加」は、現在の用法と同様に、主刑に付随して科すことのできるものとは限らなかったようである（磯部四郎『日本刑法講義筆記 第一巻・第二

卷』(日本立法資料全集 別巻692)(明治21年, 奎文堂) 323頁).

- 25) 鶴田と同様に, 刑法草案審査局も, 当時の日本の性風俗感覚から「没収, 破棄」は重い規定であると考えられた可能性はある. だが, 後述の通り, 条文上は直接は要求されないものの, 没収の可能性は残されていた.
- 26) 西原他編・前掲注23) 363頁. これが, 「刑法審査修正案」となる(「日本近代刑事法令集 下」司法資料別冊17号(昭和20年) 59頁).
- 27) 具体的に述べると, 修正は元老院全員の議決の結果ではなく, 元老院内の鶴田他4名からなる「全部附託修正委員」から出された修正案が, そのまま採用されたのである. ボアソナードとの質疑の時から, 何度かに渡って寛刑化を求めていた鶴田であるが, 法案がボアソナードの手を離れたことによって, 改めて量刑を下げる作業を行ったのであろうか. しかし, この見解を示す資料は現在までの所見つけ出せておらず, 想像の域を出ない.
- 28) この予想は, 猥褻物に関する犯罪には被害者の財産を不当に入手する性格もあると述べる, 後のボアソナードの見解, 学説にも符合すると思われる.
- 29) 吉井蒼生夫他編『旧刑法別冊(1) 刑法草按注解上——日本立法資料全集 8——』(平成4年, 信山社出版) 15頁. また, 旧刑法とボアソナードとの関係について, 小野清一郎『舊刑法とボアソナードの刑法學』福井勇二郎編『杉山教授還暦祝賀論文集』(昭和17年, 岩波書店) 45頁.
- 30) ボアソナード『刑法草案註解第八』(刊行年, 出版社不明).
- 31) ボアソナード『刑法草案註釋 卷ノ下』(明治19年, 司法省). 当該文献の性格について, 小野・前掲注29) 46頁.
- 32) ボアソナード・前掲注30) 791頁.
- 33) なお, 「日本刑法草案会議筆記 卷二三(自四七三条至四七八条)」において, 没収, 破棄規定の体裁について議論がなされている(西原春夫他編『旧刑法〔明治13年〕(3)——IV 日本立法資料全集35』(平成22年, 信山社出版) 360頁).

第七条 春画其他風俗ヲ乱ス物品ヲ販売スル者
ボアソナード「此第七条春画其他風俗ヲ乱ス云々ノ罪ハ輕罪中ニ明文アルコトニ付違警罪ニ置クニ及ハス」
鶴田「然リ尤仏国刑法第四百七十七條第三項ニ

『風俗ヲ乱ス書画ハ細〔カ〕ニ打碎クヘシ』ト記シ其本刑ハ輕罪中ニ置キ而シテ其之ヲ打碎クヘキ事而已ヲ違警罪中ニ置〔キ〕タルハ何故ナリヤ之レハ刑法上ノ体裁ニ於イテ太々笑止ナリ」
ボアソナード「然リ仏国刑法ニテ其没収シタル以上ノ処分而已ヲ違警罪ニ置キタルハ不都合ナリ」

この質疑は, 前述の通り, 第二稿作成過程において, 「没収」, 「破壊」の条項が追加された点から, 「日本刑法草案」の完成前後になされたと推定される.

- 34) 新井・前掲注7) 「旧刑法の編纂(二)」66頁注(27).
- 35) 吉井他編・前掲注29) 810頁.
- 36) ボアソナード・前掲注31) 216頁.
- 37) ボアソナード『翻訳校正 刑法草案註釋 下巻』(刊行年不明, 司法省) 227頁においては, 「ノ為メ陳列シタル」の部分, 「ニ供シタル」になっている. なお, 刊行年の推定にあたって, 『翻訳校正 刑法草案註釋 上巻』の1頁に「千八百八十六年」の表記を確認することができる(年代の推定については, 澤登俊雄「ボアソナードと明治初期の刑法理論」吉川経夫他編『刑法理論史の総合的研究』(平成6年, 日本評論社) 7頁注(2)も参照).
- 38) 勿論, これにより保護法益が明らかになったとはいえない. また, 高木豊三『校訂刑法義解(第二編)』(日本立法資料全集 別巻72)(明治15年, 時習社) 696頁は, ボアソナードと同様の説明を行っている.
- 39) 宮城浩蔵『刑法正義(五版)』(明治28年, 講法会出版) 500頁.
- 40) 小疇傳『日本刑法論(各論)』(明治38年, 清水書店) 481頁.
- 41) 村田保『刑法註釋 卷五』(明治13年, 出版社不明) 40葉, 織田純一郎『刑法註釋』(明治13年, 出版社不明) 308頁, 小笠原美治=磯部四郎校訂『刑法註釋』(明治15年, 弘令本社) 545頁, 磯部四郎『改正増補刑法講義 下巻』(明治26年, 八尾書店) 652頁, 龜山貞義『刑法講義 卷之二』(明治31年, 講法会) 358頁, 勝本勘三郎『刑法析義各論上巻』(明治32年, 有斐閣書房) 673頁. 公然猥褻罪の箇所において, 宮城浩蔵『刑法講義』(明治17年, 出版社不明. ただし明治20年出版の4版には「明治法律學校出版」の字がある) 762頁.
- 42) 村田・前掲注41) 41葉.
- 43) 村田は, ボアソナードの講義を直接聴いていた者である点も, 無視できない.

- 44) 織田・前掲注41) 306頁。もつとも、ここで「社会ノ危険」とはどのような内容を指すかは判然としない。
- 45) 織田・前掲注41) 308頁
- 46) 立野胤政『刑法註解』（明治13年、出版社不明）284頁、磯部・前掲注24) 144頁、高木・前掲注38) 696頁、村田・前掲注41) 42葉。対して、江木は、本条には直接の被害者はいないと述べる（江木衷『改正増補現行刑法各論（二版）』（明治22年）234頁）。
- 47) 島田亥十郎『鼈頭 刑法解釈 完』（明治13年、千金垂房）151丁、森作太郎『増補 刑法治罪法註解大成』（明治15年、出版社不明）144頁、小笠原＝磯部校訂・前掲注41) 547頁、福井淳『鼈頭内訓何指令 傍訓 刑法刑事訴訟法監獄則註釋』（明治23年、偉業館）71丁、立野・前掲注46) 284頁、村田・前掲注41) 41葉、高木・前掲注38) 696頁。
- 48) 岡田朝太郎『刑法論各論之部』（明治28年、有斐閣書房）567頁、小疇・前掲注40) 484頁、勝本・前掲注41) 678頁、宮城・前掲注41) 765頁。なお、龜山は、「忠孝節義等ノ倫理綱常ヲ乱ス書籍」も美風風俗に害があるとすも、本条では罰しないことを注記している（龜山・前掲注41) 358頁）。
- 49) 村田・前掲注41) 41葉、小笠原＝磯部校訂・前掲注41) 547頁、江木・前掲注46) 233、236頁、龜山・前掲注41) 358頁。
- 50) 磯部・前掲注41) 658頁に、「撮影又ハ器物ヲ販売」という説明があることから、物品の中には写真も含まれていたと考えられる。日本に写真技術が輸入されたのは1848年とされており（下川耿史『日本エロ写真史』（平成15年、筑摩書房）6頁）、明治初期の段階で既に、写真の存在は日本に知られていた。また、現存する資料からも、幕末期には既にセミアノ写真が多数撮られており、一定の普及はあったとされる（特に外国人に需要があったとされている（中野明『裸はいつから恥ずかしくなったか——日本人の羞恥心』（平成22年、新潮社）134頁））。
- 51) 小疇・前掲注40) 484頁。
- 52) 磯部四郎『日本刑法講義筆記 第三卷・第四卷』（日本立法資料全集 別巻693）（明治22年、奎文堂）142頁。
- 53) 宮城・前掲注41) 765頁。ポアソナードも同様の説明を行っていた（吉井他編・前掲注29) 810頁）。また、公然猥褻罪の箇所、高木・前掲注38) 693頁。なお、勝本は、猥褻の判断を「法律上ノ問題」だとしている（勝本・前掲注41) 675頁）。
- 54) 磯部・前掲注41) 657頁。
- 55) 龜山・前掲注41) 357頁、小疇・前掲注40) 484頁、高木・前掲注38) 696頁、宮城・前掲注41) 765頁。
- 56) 磯部・前掲注41) 657頁。
- 57) 小疇・前掲注40) 485頁。
- 58) 小疇・前掲注40) 484頁。いわゆる、袋とじ状態にある猥褻物、また猥褻物を紹介する文字広告は、規制の対象外であったと考えられる。
- 59) 立野・前掲注46) 284頁、岡田・前掲注48) 568頁、勝本・前掲注41) 678頁、龜山・前掲注41) 358頁、小疇・前掲注40) 485頁、高木・前掲注38) 696頁、村田・前掲注41) 42葉。なお、宮城・前掲注41) 765頁。
- 60) 龜山・前掲注41) 358頁。
- 61) 田中宗雄『鼈頭 刑法註釋』（明治15年、出版社不明）82丁、福井淳『鼈頭註釋 傍訓刑法傍訓治罪法 合冊』（明治16年、出版社不明）71丁、勝本・前掲注41) 678頁、村田・前掲注41) 41葉、磯部・前掲注52) 142頁、磯部・前掲注41) 657頁、高木・前掲注38) 696頁、岡田・前掲注48) 568頁。
- 62) 江木衷『現行刑法原論 卷之三』（明治25年、東京法学院）170頁。
- 63) 磯部・前掲注41) 659頁、勝本・前掲注41) 678頁。
- 64) 磯部・前掲注52) 144頁。
- 65) 村田も同様の主張を述べている（村田・前掲注41) 42葉）。
- 66) 小笠原＝磯部校訂・前掲注41) 547頁、村田・前掲注41) 42葉。旧刑法の没収については、清水晴生「旧刑法没収覚書」白鷗大学法科大学院紀要7号（平成25年）228頁。
- 67) 岡田・前掲注48) 569頁、勝本・前掲注41) 679頁。
- 68) 小疇・前掲注40) 485頁。
- 69) 勝本・前掲注41) 679頁。
- 70) その意味では、現行法と同様の体系で記していた。
- 71) 「確定 日本刑法草案 完」を指していると考えられる。注22)も参照。
- 72) 木野主計「出版法制定過程の研究」出版研究23号（平成5年）137頁。
- 73) 木野・前掲注72) 137頁。だが、それにもかかわらず、出版物についての新たな法（条例）を制定するに際しては、日本の立法者は、むしろポアソナードが要求していたものよりも、行為者にとって不利益な規定を目指していく（木野・前掲注72) 138頁）。

明治20年代にも入ると、日本政府が、広い意味での出版物（ただし、ここでは政治的内容の出版物も含んでいる）の中でも、風俗を大きく乱す恐れがあれば、厳罰でもって臨んでいこうとする姿勢を窺うことができる。

また、当時の混浴文化を記録するものとして挙げられる、エリザ・R・シドモア（外崎克久訳）『シドモア日本紀行』（平成14年、講談社）216頁も、日本の性風俗状況を知る手掛かりになる。

- 74) 磯部四郎『増補改正 刑法講義 上巻』（明治26年、八尾書店）611、619頁、宮城浩藏『日本刑法講義 第一巻（四版）』（明治20年、明法堂）311、317頁。
- 75) 内田文昭＝長井圓「性表現と刑法」石原一彦他編『現代刑罰法体系 第4巻 社会生活と刑罰』（昭和57年、日本評論社）270頁、松原芳博『刑法各論』（平成28年、日本評論社）495頁。
- 76) 内田＝長井・前掲注75) 270頁、松原・前掲注75) 495頁。
- 77) その意味では、最判昭和58年10月27日刑集37巻8号1294頁の、團藤重光判事の補足意見に見られた、法定刑の問題にも通じるものがある。「もし本罪の保護法益が単に市街の美観などと平行して考えられる程度のものであるとすれば、……罰金刑の程度にとどめることが罪刑均衡の要求するところというべきであろう。しかし、猥褻文書図画頒布販売罪の行為類型の中心にあるのは、人の性的な好奇心や欲望の弱点につけこんで営利をはかろうとする商業主義的行為であり、しかも、その中には、少年の情操を害するような態様のものや、いわゆる『見たくないものを見ない権利』を害するような態様のものも含まれている」。
- 78) 腰巻き事件を含めた、明治期以降の性表現物とそ

の規制に関する歴史は、中村義一『日本近代美術論 争史』（昭和56年、求竜堂）、木野直之『股間若衆 男の裸は芸術か』（平成24年、新潮社）の中で詳しく紹介されている。

- 79) 一般に法解釈を行うにあたっては、判例、裁判例が重要な判断材料となるが、旧259条に限ると、その適用の数は極めて少ない。確かに、違式註違条例、出版法、新聞紙法などが代わりに適用されていたことも理由に挙げられるが、今後の研究にあたっては、裁判にまでは至らなかったものの、警察段階の摘発事例等も含めて更に調査、検討を重ねていく必要がある。また、明治期以降の「発禁本」と評価された書籍を紹介したものとして、高橋洋二他編『別冊太陽「城市郎コレクション 発禁本 明治・大正・昭和・平成」』（平成11年、平凡社）がある。
- 80) 猥褻物頒布行為等を摘発するに当たり、行為者の経済的利益を重視する傾向は、実務上も見ることができ（近時においても、「わいせつ動画保管：盗撮動画で10億円サイト運営、17容疑者逮捕」『毎日新聞』平成28年10月19日、「わいせつDVD販売の2店摘発」『読売新聞』平成28年11月15日等の記事において、多額の利益を得ていた点が紹介されている）、多くの市民（販売者）が、法令を遵守し、猥褻物の頒布行為を自粛しているにも拘らず、一部の者が、多額の利益を得るために頒布行為をなすことが、規制、摘発の境界線なのであろうか。
- 81) 他方で、出版物、新聞紙については、厳しい目を向けていたことには注意すべきである（木野・前掲注72) 138頁、馬屋原茂男『刑事法学の理念』（昭和55年、有信堂高文社）192頁、同「新聞出版言論規制について」法学論集26巻（昭和58年）1頁）。