

# 刑法175条の戦前期の検討

海老澤 侑\*

## 要 旨

本稿は、現行刑法175条の立法過程とその後の解釈議論状況、とりわけ戦前期の議論状況を再確認していくものである。現在、175条の議論は、チャタレー事件以降の議論状況を中心に検討が重ねられているが、それ以前の状況については、これまで紹介されることは少なかった。

だが、法解釈を行うにあたって、立法者の考えと、その当時の解釈を把握することは、解釈の変遷を辿る意味からも必要であると考え、そして、これらの検討を通して、現代とは異なる法解釈を採用していた点、現代においては別の視座を与える見解を紹介し、今後の議論の材料を提供していきたい。

## 目 次

- I 問題の所在
- II 立法過程
- III 学説、判例
- V 若干の検討
- VI 結 語

## I 問題の所在

刑法175条は、いわゆる性表現を規制する法律として一般に理解されている。しかし、そもそも、何がわいせつ<sup>1)</sup>(なもの)なのか、どのような行為が処罰に値するのかについて、これまでの所、一義的な判断が提供されてきたとは言い難い。それは同時に、これらの基準を立てることは、きわめて困難であることをも意味する。加えて、限界が

あいまいであって、一線を引くことが難しいという点ばかりでなく、その限界自体が常に時代の推移によって変動を免れないという点も、考慮しなければならない。また、見方を変えれば、風俗、わいせつの内容は、その国の社会的変遷による影響を受けざるを得ないことも意味している<sup>2)</sup>。

一先ず、上述の解釈の変遷を受け入れた場合、175条の文言を解釈するにあたっては、現在の法解釈を参照する必要があるのと同時に、時代ごとの解釈の変遷を確認する必要もあると考える。それは、時代の変化に拘わらず共通して考えられてきた法解釈は何か(あるいは存在するのか)、そして時代の変化により法解釈に変更が生じた部分は何かを探る過程である。筆者は、昨年度提出した論文<sup>3)</sup>において、175条の改正前の規定である旧259条の立法過程と、その後の学説状況を紹介、検討してきた。その中では、旧259条特有の議論と、175条に通じる議論を確認することができた。すなわち、旧刑法特有の議論としては、そもそも日本人立法者は、わいせつ物を規制すること自体に疑問

\* 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

2018年10月5日 推薦査読審査終了

第1推薦査読者 只木 誠

第2推薦査読者 曲田 統

を持っており、旧刑法の立法者の一人であったボアソナードが作成した法案に対しても、主に処罰範囲の限定、量刑をより軽くする修正を重ねた点を確認することができる。また、現在は特に議論されていないものの、重要だと思われる視点として、行為者がわいせつ物の販売などを行うことにより、購入者から多額の利益を獲得する点を問題視していたことが挙げられる。この見解に基づくと、社会の性風俗侵害といった客観化が難しい理由付けとは異なり、財産の移動という具体的・客観的な被害を確認することができる。これは、現在の視点からみると、目新しい内容であると思われる。

次に、現行刑法に通じる点として、学説上は、「わいせつ」概念の不明確さを自覚していたことがはじめに注目される。その上で、定義の確定を裁判所に求めていた点、すなわち一体いかなる物がわいせつ物とされ、風俗侵害に当たるのかに対する、直接的、具体的な返答は、条文解釈においては存在せず、後の裁判例の集積により明らかにされるのだとした。この点については、刑法における法解釈の時点で、行為者の予測可能性の観点から、わいせつ物の定義を明確化する努力が行われているのではないかと、といった疑問が生じるかもしれない。しかし、現在まで判例の採用している、いわゆるわいせつ三要件説<sup>4)</sup>自体、規範的内容を多分に含んだものである。そして、当時はわいせつ物と認められていた物であっても、この判断は、将来的に変更されうるものであって、従来は存在していたタブーが規制対象から外れる可能性はありうることを認めていた<sup>5)</sup>。そのため、現在の議論状況においても、わいせつ物、風俗侵害の可否は、判例などの事案の集積によって確保されるものであり、それは同時に、その判例の出された時代の法解釈を理解する必要性にもつながるであろう。

確かに、現行刑法の解釈にあたって、旧刑法の考えがどの程度踏襲されているのか、また検討材

料にのせるべきかという点について、疑念は生じうる。本来であれば、現行刑法の沿革それ自体について検討を加えるべきであって、旧刑法の考えを無条件に取り入れることはできないと考えることも可能である。しかし、現行刑法の立法過程を紹介している『刑法沿革総覧』<sup>6)</sup>によると、旧259条と175条とは、その趣旨について基本的な変更はなく、後述する通り、改正内容としては構成要件の拡張と量刑の変更を行ったのみであるとしている。条文の文言が異なるため、「その趣旨に変更はない」という意味内容それ自体についても別途検討する必要があるが、少なくとも旧刑法時代に考えられていた法解釈が、現行刑法の制定時にも、一定程度活かされていたはずであると考え、法解釈がどこまで踏襲され、そしてどの点が踏襲されなかったのか、あるいは新たな理由付けを加えてきたのか、これらの点について改めて目を向ける必要があると考える。それは同時に、現行刑法の処罰範囲を明らかにするにあたっての一つの視座を与えることにもつながるはずである。

なお、検討に際しては、175条全体の立法過程を紹介し、各要件の解釈状況を比較、検討した後に、法益論の検討を行う。175条における法益論の検討は、戦前期は殆ど見られず、一部の学者が簡潔に紹介しているのみであったことから、先ずはいかなる物、行為が処罰対象となっていたのかを確認した上で、戦前期における175条の法益論を明らかにしていくことが有益であると考え、以下で検討していくことにする。

しかし、ここで一つ注意すべき点がある。それは、戦前のわいせつ概念やその実際の規制事例を知るためには、175条に関する議論状況を考察するだけでは決定的に不十分であるということだ。むしろ、特別法にあたる出版法や新聞紙法などによって、わいせつ物の規制が基本的に行われていたことに注意する必要がある<sup>7)</sup>。また、種々の特別法を適用する際には、裁判による事後処分ではなく事前の行政処分（当時の内務大臣による発売禁

止処分等)に大きな比重が置かれていたことにも留意しなければならない。つまり、わいせつ物性の判断が争われることの多い、著者や出版社が明らかな合法的出版物・雑誌類については、175条ではなく出版法、新聞紙法で規制が行われており、175条の問題の対象とされたのは、秘密出版による春画、春本、または性器を模した模造品などに限られていた。そのため、わいせつ物性の判断や、風俗侵害の意義については、特別法における議論の中でも広く行われており、文献においては、175条の記載に比べても具体的な記述化が図られている。

加えて、刑罰も、出版法27条が、「六月以下ノ軽禁錮又ハ一〇〇円以下ノ罰金」であるのに対して、制定当時の175条は「五〇〇円以下ノ罰金又ハ科料」と比較的軽く規定されていた点から、法規制の重要性という点に鑑みても、当時の立法者たちは、特別法による規制に特に重点を置いていたと考えられる。

そこで本稿では、まずは175条の制定過程についての紹介、検討を行い、立法者側の法意を明らかにしていく(Ⅱ)。次に、175条の学説議論状況と特別法の紹介、とりわけ出版法27条、新聞紙法41条を中心に紹介する(Ⅲ)。そして最後に、当時の議論状況において、わいせつ物を規制してきた理由を探っていくことを通じて、改めて175条の問題点を提示していきたい(Ⅳ)。

## Ⅱ 立法過程

旧刑法の改正作業は、大きく五回にわたって行われてきた。最初の改正案は、明治24年に第1回帝国議会に提出されたが、改正作業は審議未了に終わった。次の第二次改正案は、明治34年の第15回帝国議会に提出されたが、これも審議未了に終わる。第16回帝国議会に出された第三次改正案、それを修正した第四次改正案が、第17回帝国議会に提出されるものの、これも不成立に終わってしまう。そして、明治40年に出された第五次改正案

が、第23回帝国議会に提出され、この法案が議会を通過し、成立するという流れを辿っている<sup>8)</sup>。以上の流れも踏まえつつ、本章では、まずは現行刑法の改正状況を紹介し、旧刑法の理解がどの程度踏襲されたのかも確認しつつ、立法者の意思を明らかにしていく。

### 1. 175条の制定過程

旧259条は、「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四十円以上四十円以下ノ罰金ニ処ス」と規定されている。上述の通り、出版法、新聞紙法と比較しても、量刑上はそれほど重い規定ではなく、また行為類型も「公然陳列」、「販売」に限定されていた。しかし、旧刑法は、立法当時から、その内容全般について批判が多く、施行された年から既に改正作業が開始されている。以下では、175条に関する法案と、確認できる立法者の発言などを紹介していく。

刑法改正作業は、主に司法省と帝国議会を中心に行われることになるが、その間においても様々な草案が作成されていたことが確認できる。特に本稿で検討する175条については、①明治15年末から16年にかけて出された「司法省改正案」、②明治16年に出された「参事院改正案」、③明治28年から30年代前半に出された「刑法草案」、④明治35年から39年までに出された「刑法改正案」が重要である。

#### (1) 司法省改正案

旧刑法改正作業は、まず司法省内にて行われる。そこで作成された条文案が以下のものである。

#### 司法省改正案

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五十円以上五十円以下ノ罰金ニ処ス<sup>9)</sup>

この改正案は、明治15年末から16年初頭にかけて作成されたものであり、この時点では旧刑法の

規定にかなり類似している。行為類型に変化はみられず、刑罰の箇所がそれぞれ「四円」から「五円」と、「四十円」から「五十円」に修正されているが、未だ罰金刑のみであり、重大な犯罪であるという立法者の意識をみることはできない。

同案は、太政官に上申された後、参事院に下付され、審議にかけられることになる。そこで出された「参事院改正案」は、以下の内容である。

参事院改正案（明治16年改正議ノ委員案）

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賃貸シタル者ハ四円以上四十円以下ノ罰金ニ処ス<sup>10)</sup>

この法案において注目されるのは、行為類型に「賃貸」が追加されたことである。旧259条の立法過程においても、文言に含めるべきか度々議論されたものであり<sup>11)</sup>、現行刑法改正作業にあたっての議論のたたき台として追加されたと考えられる。また、量刑が旧刑法期と同内容に戻っている。

ただし、参事院にて審議された後に出される改正案では、「賃貸」は再び削除され、旧259条と同様の規定が提出されることになる。

参事院刑法改正案（校了）

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

しかし、政府内において早期の刑法改正に反対する声が多くあり、結果として参事院刑法改正案は廃棄されることとなる<sup>12)</sup>。

(2) ボアソナード改正案

日本人立法者による改正作業と並行しつつ、司法省は、グスタヴ・エミール・ボアソナード(Gustave Emile Boissonade de Fontarabie)にも刑法改正案の意見を求めていた。ボアソナードは、自身が作成していた「日本刑法草案」の注釈書を

もとにした、旧刑法の改正案とその注釈書を作成している<sup>13)</sup>。司法省は、この刑法改正案をもとにして、別途改正案を作成していく。

ボアソナード刑法改正案（明治18年、日本刑法草案）

第二百九十二条 凡ソ猥褻ノ冊子、図画其他戯玩ノ物品ヲ公然販売シ又ハ販売賃貸ニ付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  
単ニ其物品ヲ行売、賃貸又ハ密売シタル時ハ三円以上三十円以下ノ罰金ノミヲ科ス  
前二箇ノ場合ニ於テ猥褻ノ物品ハ之ヲ毀棄ス<sup>14)</sup>

この法案をもとにして、改正作業が行われることになるが、本法案において注目すべきは、この規定が書かれた上欄に、「違警罪ニ譲ル」と記載されていたことである<sup>15)</sup>。違警罪とは、刑罰が拘留または科料とされていたことから明らかなように、犯情の軽い犯罪を規定していたものである。ボアソナード自身が、わいせつ物に対して重罰を求めていた点は、旧刑法立法作業時にもみられたが、当時の日本人立法者にとっては、わいせつ物罪はいまだ軽い犯罪と見ていたことが伺われる内容である。そして、この改正案をもとに、他の外国人法律取調委員の意見も参考にした修正案が、以下の規定である。

仏文日本刑法改正案第2編以下反訳

第三百二十五条 凡ソ猥褻ノ書冊図画若クハ象形又ハソノ他風儀ヲ害スヘキ性質ノ物品ヲ公然販買〔売〕シ又ハ販売若クハ賃貸ニ供シタル者ハ第五等ノ有役禁錮ニ処シ及〔ヒ〕第四等ノ罰金ヲ科ス  
若シ単ニ前上物品ヲ行売シ又ハ隠密ニ賃貸若クハ販買〔売〕シタルトキハ罰金ノミヲ宣告ス可シ

前二ヶノ場合ニ於テ猥褻物品ハ之ヲ没収ス<sup>16)</sup>

文言について小さな変更がみられるも、大枠としてはボアソナードの改正案と同じ内容を示していたといえよう。だが、この法案は、法律取調委員会における方針により、不採用となる<sup>17)</sup>。

明治23年に法律取調委員会において改めて法律案が作成されることになる。後にここで作成された法案に元老院の審査が入るものの、基本的な変更はみられず、同年12月3日、司法大臣山田顕義より内閣総理大臣に「改正刑法草案」が提出される。その際に出された条文が次節で述べていくものである。

(3) 改正刑法草案(明治23年)から改正刑法草案(明治34年)まで

改正刑法草案(明治23年)

第四百条 風俗ヲ害スル冊子、図画其他猥褻ノ物品ヲ公然陳列シ販売シ又ハ販売若クハ賃貸ニ供シタル者ハ五円以上二十五円以下ノ科料ニ処シ其冊子、図画、物品ハ之ヲ没収ス<sup>18)</sup>

この法案も旧259条の体裁を維持しているとされるが、注目すべきは、違警罪の中に規定されていたことである。この変更は、上述のボアソナードの刑法改正案を基にした作業において作成された仏文日本刑法改正案第2編以下反訳第三百二十五条と同じ流れを汲むものであるが、上述の通り、ボアソナードの改正案自体は、後の改正議論には用いられないことになっている。それにも拘わらず本改正案においても違警罪の編に挿入されたことは、明治23年の時点であっても、立法者は、本条を軽微な犯罪類型とみていたということの意味する<sup>19)</sup>。

本法案は、明治24年の第1回帝国議会で提出され審議されることになるが、会期終了で審議未了となる。そして、後の刑法改正作業は、司法省の刑法改正審査委員会に引き継がれていく<sup>20)</sup>。なお、

以後の立法過程においては、それまで存在していた違警罪の編が廃止されることになり、代わりに「軽罪」が設けられることになる<sup>21)</sup>。

明治25年1月23日から刑法改正審査委員会が開かれ、改めて改正作業が続けられることになる。本委員会において、各国の刑法及び刑法草案が参照されたのち、明治28年12月に新たな刑法草案が作成された。

刑法草案(明治28年)

第二百二十三条 猥褻ノ図画其他ノ物品ヲ公然陳列シ又ハ販売スル者ハ亦前条ノ刑(10銭以上30円以下の科料——引用者注)ニ同シ本条ノ罪ヲ犯シタル者ニハ没収ヲ適用ス<sup>22)</sup>

本法案では、これまでの法案に比べ種々の変更がなされている。まず、物の内容が「猥褻ノ図画其他ノ物品」と簡素化された。加えて、「賃貸」の規定が改めて削除されており<sup>23)</sup>、量刑も文言の短縮が図られている。しかし、罰金刑のみの規定であるため、依然として低い刑罰を設定していたことが見て取れる。この改正案は、司法大臣により明治29年1月31日に各地の裁判所、検察局に配布され、それぞれの意見が求められることになった<sup>24)</sup>。

刑法草案(明治30年)

第二百二十七条 猥褻ノ図画其他ノ物品ヲ公然陳列シ又ハ販売スル者ハ亦前条ノ刑(10銭以上30円以下の科料——引用者注)ニ同シ本条ノ罪ヲ犯シタル者ニハ没収例ヲ適用ス<sup>25)</sup>

司法省は、明治30年12月28日に「刑法草案」を刊行、上記の法案を社会一般、特に同年成立された日本弁護士協会にむけて公表する。この法案は、内容については、明治28年案に僅かに修正を加えたものであるが、この時期から175条制定時の条文に類似する形式になっており、175条の条文体裁は

この時期にほぼ形作られていたと考えられる。そしてこの法案は、明治32年3月に再編された法典調査会第三部の調査、審議に委ねられることになる<sup>26)</sup>。

現在、法典調査会会議日誌が残されており、そこでの発言内容を確認することができる。本条については、明治33年1月18日に「猥褻ノ図書絵画其他ノ物品ヲ頒布シ又ハ公然陳列シ又ハ販売シタル者ハ云々ト改メ」ることとした旨を確認できる<sup>27)</sup>。そして、この調査会において、本草案が刑法改正の叩き台とされることになる。

法典調査会における審議の結果については、刑法改正審査委員の校閲による解説本の形で確認することができる。そこでは特に、没収を規定した理由が述べられている。すなわち、本来であれば、没収というのは、主刑が軽微である場合は、却って行為者に非常な苦痛を与えることになってしまうが、本条においてはその様な苦痛はなく、却って行為者の手にわいせつ物が存在することは風俗壊乱につながることから、明文で以て没収例を設けたという<sup>28)</sup>。わいせつ物の単純所持自体は、当時も違法とはされていなかったものの、仮に国家がわいせつ物を発見した以上は、それ以降の所持を認めなかった姿勢を伺うことができる。そして、審議の結果、以下の草案が完成、提出される。

#### 改正刑法草案（明治34年）

第二百四条 猥褻ノ文書、図画其他ノ物品ヲ頒布シ又ハ公然陳列若クハ販売スル者ハ科料（10銭以上30円以下の科料——引用者注）ニ処ス

本条ノ罪ニハ没収例ヲ適用ス<sup>29)</sup>

変更点として、「文書」、「頒布」の語が追加されていることが挙げられる。更に、この時点での「頒布」の語は、体裁上、「頒布」とそれ以外の行為に区別される形で規定されており、特有の行為であることが伺われるものの、後述の通り、修正され

ることになる。構成要件にあたる部分は、実質的に現行刑法制定時と同内容となっていた。また、明治30年草案と量刑に違いは無いものの、いまだ軽い刑罰を設定していた。

#### (4) 現行刑法制定まで

##### 刑法改正案（明治35年）

第二百四条 猥褻ノ文書、図画其他ノ物品ヲ頒布シ又ハ公然陳列若クハ販売シ又ハ販売ノ目的ヲ以テ之ヲ所持シタル者ハ百円以下ノ罰金又ハ科料ニ処ス<sup>30)</sup>

改正案最後期の法案である。明治34年改正刑法草案をもとに作成されたものであるが、この法案においても、重要な変更がみられる。すなわち、①行為類型として「販売目的所持」が追加された点、②刑罰に「百円以下の罰金」が追加された点、③没収の規定が削除された点である。変更に至った詳細は、今回確認できなかったが、明治33年以降の刑法改正議論の中で、在野法曹の刑法改正反対運動が生じていた点を無視することはできないであろう。こうした運動のなかで、法典調査会に対して改正案の修正を求める意見や、根本的改正自体に反対する意見書などが寄せられたという。これらの意見も踏まえつつ、上記の改正案が提出されたのだと思慮される。

本法案は、明治35年1月25日貴族院第一読会に提出され、審議に付されるものの、特に変更されることなく、明治39年12月19日に開催された法律取調委員会委員総会において、審議がなされることになる。

#### 法律取調委員会委員総会（明治39年12月19日）

勝本勘三郎委員 本条ノ「図画」ノ文字ト文書偽造罪ノ所ノ「絵図」ノ文字ハ何レニカ一定スル必要アルベシ又阿片煙ノ所ニ「所持シ又ハ所持セシメタル者」ト修正セラレタル以上ハ本条モ亦之ト同ジク修正スル必要アルベシ  
穂積陳重委員 兎モ角文字ヲ一定スルコトハ賛

成

古賀廉造委員 本条ノ「公然」ノ文字ハ全部ニ  
繋ルヤ

倉富勇三郎委員 「陳列」ダケニ繋ル意ナリ

古賀委員 然ラバ陳列ニモ販売ニモ凡テ一般ニ  
公然ノ意味ヲ包含スル様修正シタシ

委員長（松田正久） 勝本委員ノ説ハ文字論ニ過  
ギザレバ整理ニ任シテハ如何

各委員異議ナシ

古賀委員ノ説ニハ賛成者アリヤ

村田保委員 賛成

勝本委員 反対

穂積八束委員 反対

委員長 採決ス可トスル者二人少数ニテ否決ス

勝本委員 本条ノ書方ニテハ「公然」ノ文字ハ  
販売ニモ販売ノタメ所持スル者ニモ全部冠ス  
ル意義ニ解スルコトヲ得ル嫌イアルヲ以テ「公  
然」ノ文字ハ陳列ニ限ルコトヲ表スル為ニ二項  
ニ書キ分ル方明瞭ナラムト注意ス

都筑馨六委員 罰金ノ額ハ寡ニ失ス修正アリタ  
シ其額ハ整理ニ任スベシ

三好退蔵委員 賛成

委員長 裁決ス可トスル者七人多数ニテ可決  
ス<sup>31)</sup>

本審議の中で、解釈上注目には値するのは、一つに古賀委員の述べた、「公然」の語の掛かり方である。つまり、条文上は、公然の語は「陳列」だけでなく、「販売」及び「販売目的所持」にも掛かりうるとみられることから、全ての行為類型に影響するのかが古賀委員は尋ねたわけである。結論としては、「陳列」にのみ掛かると解されることになるが、これは見方を変えれば、わいせつ物の販売行為は秘密裏に行った場合にも処罰の対象になると考えていたわけである。また、罰金の額を引き上げることも決定される。以上の議論の後、法案に修正がなされ、以下の法案が作成される。

第七十六条 猥褻ノ文書、図画其他ノ物ヲ頒  
布若クハ販売シ又ハ公然之ヲ陳列シタル者ハ  
五百円以下ノ罰金又ハ科料ニ処ス販売ノ目的  
ヲ以テ之ヲ所持シタル者亦同シ<sup>32)</sup>

この176条を含めた法案が、明治39年に刑法改正案として第23回帝国議会で提出され、審議に付されることになる。刑法改正案理由書では、次のような説明がなされている。

第七十六条ハ現行法第二百五十九条ト其趣旨  
ヲ同フス其修正ノ点ハ新ニ頒布ナル語ヲ用ヒ  
公然販売スル外広ク公衆ニ分カツコトヲ禁シ  
タリ又現行法ハ販売シタル者云云トアリテ猥  
褻ノ図画、物品ヲ販売セサレハ之ヲ罰セスト  
雖モ将サニ販売セントシタルトキモ亦之ヲ罰  
スルノ必要アルヲ以テ本案ハ販売ノ目的ヲ以  
テ所持シタル者ヲモ同一ノ刑ニ処ス可キモノ  
ト為シタリ又現行法ノ刑ハ輕キニ失スルヲ以  
テ之ヲ改メタリ<sup>33)</sup>

この理由書から明らかとなるのは、①頒布行為は、広く公衆に向けてわいせつ物を渡していくことをいい、②これから販売しようとする者も処罰の必要があるとして、販売目的でわいせつ物を所持している者も同一の刑で処罰することにした点である。もっとも、後者については、何故販売の予備行為にあたる「販売目的所持」にまで、同一の刑で以て処罰することにしたのかについての具体的な理由は、明らかにされていない。刑罰の上限が上げられたことから、わいせつ物規制に対して厳しい目を向けていくことは想像されうるが、その理由については、具体的な記載は確認できない。

その後、明治40年2月12日の貴族院議会、明治40年3月4日衆議院議会にて、刑法改正案についての審議が行われるが、わいせつ物罪については、特に議論されることはなかった。以上の経緯で、

現行刑法175条が制定されることとなる。

第七十五条 猥褻ノ文書、図画其他ノ物ヲ頒布若クハ販売シ又ハ公然之ヲ陳列シタル者ハ五百円以下ノ罰金又ハ科料ニ処ス販売ノ目的ヲ以テ之ヲ所持シタル者亦同シ

## 2. 本節のまとめ——旧259条との異同

改正経緯から明らかとなったのは、次のことである。一つ目は、ポアソナードの改正案は最終的に検討材料とされることはなく、日本人立法者の手により条文が作成されたということである。処罰範囲の拡大、重罰化については同じ方向性を有していたが、結果としてポアソナードが要求する程度の内容には至らなかった。ただし、これは、条文の簡素化を目標としていたこともあるのかもしれない。条文の簡素化は、他の条文においてもみられるものである。

二つ目は、明治30年代にかけて条文の体裁が大きく変わり始めたということである。それ以前についても、没収の規定を設けるなど、多少の厳罰化はみられていたものの、旧259条に類似した規定を置き続けていた。しかし、明治34年に出された刑法草案以降、文言の整理がなされ、明確に処罰行為の拡張に舵を切っている。特に、改正作業の最後期に「販売目的所持」が他の行為と同一の刑で追加された点は注目される。これらの点からも、明治20年代前半から10数年の間に、立法者間においても性風俗犯処罰の感覚に変化がみられたことが窺われるのである。

## Ⅲ 学説、判例

明治40年に現行刑法が公布されたことにより、わいせつ物規制の舞台は175条に移ることになる。もっとも、上述のとおり、175条が実際に問題となる事例は少なく、かつ殆ど事例が参照価値に乏しいことに注意する必要がある。他方、学説は、175条の説明の多くを、わいせつ性の具体化ではな

く、行為の内容に割いている。以下では、175条の各要件についての議論状況を参照し、そして参照価値のある判例を確認したうえで、175条の法意を探っていくことにする。

1. 175条の理解——立法後の法解釈、適用状況  
175条は、①わいせつ物の②頒布等の行為を行うことを禁じる規定である。大きく二つに分けて検討していく点は、学説上異論なく認められている。そこで本稿でも、要件を二つに分けた上で、戦前期の学説議論状況を確認していく。

### (1) わいせつの意味

わいせつの意味については、大きく分けて四つの説明がみられた。一つ目が「風俗を害する冊子図画を例示したもの」<sup>34)</sup>という簡潔な説明であり、二つ目が「色情を挑発し満足させるもの」<sup>35)</sup>、三つ目が「見るに堪えない淫事に関する事項を示すもの」<sup>36)</sup>であり、そして四つ目が「性欲（あるいは淫欲）を刺激（あるいは興奮）し又はこれを満足せしめる目的として作成され、人をして羞恥陰悪の情を惹起させるもの」<sup>37)</sup>である。後の見解につれて説明の具体化が図られており、同時にわいせつ性を認定するに当たり、要求するものが増えていることが分かる。

最後の見解は、後に紹介する大判大正7年6月10日法律新聞1443号22頁においても述べられた説明であり、判例の登場以降、学説上もこの見解に従うものが多く、原則的な批判は全くといってよいほど見られなかった。なお、わいせつ物にあたるものとして、一部の教科書において、春画、淫事に関する文章、裸体の偶像、局部に関する模造品を紹介していた<sup>38)</sup>。

一方で、わいせつ概念の限定化の努力も図られていた。行為者がわいせつ物を頒布するにあたり、自身にも「性欲の刺戟または満足といった目的」を要求すべきだとした見解<sup>39)</sup>、また、規定上、わいせつ概念に当たるとしたものであっても、学術、美術品に該当するものは、除外するという説明を



行った者がいる<sup>40</sup>。そして、わいせつ性、ひいては風俗侵害が発生していることを明らかにする作業の中で、わいせつな部分のみを議論の俎上に載せるのではなく、物全体を含めて考察すべきであるとする見解も存在した<sup>41</sup>。いずれの見解も、性風俗、わいせつという漠然とした概念を認めつつも、他の方法で限定をかけるという形を採用していたことが分かる<sup>42</sup>。

175条のわいせつ概念について判例上問題となったのは、大判大正7年6月10日法律新聞1443号22頁である。これは、性器をモチーフにした物を通行人が見ることのできる方法でもって陳列したという事案であるが、わいせつ概念の定義について「刑法第七十五条ニ所謂猥褻ノ文書图画其他ノ物トハ性欲ヲ刺戟興奮シ又ハ之ヲ満足セシムヘキ文書图画其他一切ノ物品ヲ指称シ、……人ヲシテ羞恥厭悪ノ感ヲ生セシムルモノ」と述べられている。この定義は、現在も用いられているわいせつ三要件説に含まれている要素を含むものであり、その点では、今日に至るまで判例理論の中心にある根本思想をすでに先取したものであるということが出来る<sup>43</sup>。

## (2) 行為類型

175条で要求される行為は、「頒布」、「販売」、「公然陳列」、そして「販売目的所持」である。

この点、頒布の意義については、「公衆に向けて広く配布すること」を意味する点で、学説上の一致がみられる。また、論者によっては、更に具体的な内容について説明がなされている。例えば、公衆に渡す際に、公然性は必要としない、つまり秘密裏に行った場合も処罰するという説明や、相互に信頼関係がある者同士であれば、わいせつ物が広まる恐れがないことから、頒布には当たらないとする説明である<sup>44</sup>。

他方で、いつの時点で頒布行為が認められるのかについて、多くの見解<sup>45</sup>は、実際に多数人に配布することを要求していたが、大場茂馬<sup>46</sup>は、例えば委託販売を引き受けた小売り業者にわいせつ

物を交付した時点で、頒布を認めていた。大場の見解に従うと、処罰の早期化につながりうることになる。だが、一方で小売業者に渡した時点で多数人に広まりうるということが明らかであると考えれば、頒布が認められることにも検討の価値はあるとともに、多数説の見解とは大差がないともいえよう。

大判大正15年3月5日刑集5巻78頁は、頒布の成立条件として、不特定多数の者に対し配布することを要求するが、多数の意味としては、数百数千を言うのではなく、当該文書が、直接渡した数名の者を通じて、不特定多数に渡れば「頒布」が認められるとしていた。この判例の解釈は、わいせつ物を直接多数の者に渡す必要が無いことを意味しており、その意味で大場の見解と同様に、多数の者に広まりうる点を重視したものといえるかもしれない。

しかし、この点は、大審院独自の解釈というよりは、当時の法曹会の判断が重視されたのではないかと考えられる。なぜならば、法曹会は、大正15年1月30日に本条の「頒布」の意義について、次のような決議を出しているからである。

法意ヲ考究スルニ頒布ハ販売ニ対シテ無償ト有償トノ別アルニ過キスシテ苟モ一般不定ノ人又ハ多数ノ人ニ対シテ交付スル目的ノ下ニ之ヲ其ノ一人ニ交付シタルトキ個数ノ如何ヲ問ワス<sup>47</sup>

そして、この決議の後に、大審院にて判決が出されている。ここで述べている法意の内容を、仮に健全な性風俗の維持と読み取れば、法曹会及び大審院は、わいせつ物の拡大の阻止を目指していたといえる。

次に販売の意義についてであるが、有償の譲渡行為である点では、見解の一致がみられるものの、頒布と同様、論者によりその具体的内容に差異がみられる。

販売の際に、行為者が公然に行っていることを

要するかについて、現行刑法施行当時、不要説<sup>48)</sup>と必要説<sup>49)</sup>が対立していた。明治39年12月19日の法律取調委員会委員総会にて、販売の語には公然の意味は含まれていないことが確認されているものの、必要説においても秘密「営業」として販売していた際には、公然性が認められるとしていた点<sup>50)</sup>から、実際の見解に相違はみられなかったと考えられる。事実、後の教科書においては争いはみられない。

有償の譲渡行為は、売買契約であることを要するかについても、争いがあった。すなわち、本条のいう「販売」とは、営業行為のみを指し、個人の私的な譲渡行為は含まれるのか、明らかではなかったのである。この点、営業行為として反復的にわいせつ物を売却することであるとする見解が、多数を占めていたことが確認できる。例えば、泉二新熊は、「販売ハ反覆<sup>(777)</sup>のニ有償ノ譲渡ヲ為シ又ハ為スコトヲ目的トスル行為ナリ此目的ニ出テシテ一枚ノ春画ヲ特定人ニ譲渡スルカ如キ」<sup>51)</sup>は、販売にはあたらないと述べている。対して、牧野英一は、「販売トハ有償名義ノ譲渡ノ謂ナリ必スシモ物品ヲ現ニ引キ渡スコトヲ要セス譲渡ノ意思表示ヲ為ストキハ其ノ既遂ナリト解ス」<sup>52)</sup>として、営業行為、反復行為に限定はしていない。社会にわいせつ物が蔓延することを防止する性格上、広くわいせつ物が広まるのを防止すればよく、多数説は、牧野が述べるような、制限無き有償の譲渡行為は、いまだ処罰に値する行為とはみていなかったのだと考えられる。他方で、多数説に立っていた大場は、「行為者カ其製造ニ係リ又ハ商品トシテ所持スル猥褻ノ文書、図画等ヲ売却スルトキハ假令其売却ハ単ニ一回ニ止マルモ之ヲ販売ナリト解ス可キナリ」<sup>53)</sup>と述べていることから明らかなように、本条の販売は、実際多数人に売る意思があれば、たとえ一人の者に販売したとしても、本条の販売を認めることができるとしていた。

判例は、被告人の酒代の不足金の代償の形で、わいせつ画一枚を酒屋に渡した事例において、「販

売トハ不定多衆ニ対シテ為ス目的ニ出テタル有償的ノ譲渡行為ヲ指稱シ其ノ目的ニ出ツル以上一人ニ対スル一回ノ有償的譲渡行為ト雖尚販売ト謂フヲ妨ケサル」として、被告人の行為は、わいせつ物の「販売」に該当すると判断した<sup>54)</sup>。しかし、この解釈は、営利行為に限るとする学説の見解とは異なる。また、今回は酒代の不足金として、わいせつ物を渡したに過ぎず、反復継続性は明確でない点も、販売を認めるにあたり疑義を生じさせる<sup>55)</sup>。

次に公然陳列について検討する。これは、文言上も「公然」と行われることを要求しており、これまでの行為に比べ、詳細な説明は少なくなっている<sup>56)</sup>。もっとも、販売の意思は問わないとする山田正賢の見解<sup>57)</sup>、陳列するにあたって、わいせつ物の個数は問わないとする大場の見解<sup>58)</sup>、更には陳列するにあたってわいせつ部分を露出しておく必要はないとする大脇熊雄の見解<sup>59)</sup>を見つけることができる。もっとも、大脇の見解は、わいせつ物を公然陳列することにより、望まない者にもわいせつ物が目に入ることを阻止するのではなく、陳列されたものを希望者が入手することによる、わいせつ物の拡大を危惧していたといえる。

最後に販売目的所持についてであるが、これについては殆ど議論がみられておらず、多くは、上述の泉二の見解のように、販売行為に付随する形で簡潔に紹介しているか、そもそも説明をしない者もみられた。もっとも、『刑法修正理由』によると、この行為も処罰しなければ、法の目的を達成することが出来ないために設けた旨の説明がなされている<sup>60)</sup>。法改正の最後期に登場した規定であったが、この当時は適用場面が未だに想定され得なかったのかもしれない。他方で、現行刑法がいわゆる新派（主観主義）の理論を多く取り入れたことから、販売「目的」による所持自体も処罰に値する行為だと考えていたとみることも可能であろう<sup>61)</sup>。なお、この規定が大きく問題となった判例は確認できなかった。

## 2. 175条の保護法益

保護法益については、学説上、具体的な議論は殆どなされていなかったことを指摘しなければならない。当時発行されていた教科書類においても、「性風俗を保護するため」の規定であると紹介するも、その具体的な理由は示されていない。一種の黙示の同意があったと推測されるが<sup>62)</sup>、わいせつ物の例として示された春画や性器を模した物が、頒布、公然陳列などされることにより、何故社会の性風俗なるものが侵害されるのか。そもそも性風俗が侵害されることにより、どのような被害が生じるのか。その内実についての説明が求められるべきである。その中で以下の論者は、保護法益の内実を述べている者と評価することができる。

森田司樓は、人は誰でも一定の年齢に達すれば、色欲を有することになるも、色欲を多く満たすことで、社会の風俗が壊乱され、人倫の危機を起し、それ故社会生活の基礎が乱される点に、性風俗の保護を求める。そのため、わいせつ物については、一定範囲に置いてある場合は認めるものの、その範囲を逸脱した際は、取締の対象になると述べる<sup>63)</sup>。

また、久禮田益喜は、風俗とは、我々の日常生活関係から生ずる衣食住その他一般の現象に関して広く習俗となっているものを指すとし、これらを墮落させるのが風俗を害することであるとす<sup>64)</sup>。

森田と久禮田の見解は、わいせつ物が広まることで、社会の基盤となっている生活環境が乱される点に、わいせつ物の頒布などの行為が取り締まられるべき理由を求めている。しかし、生活環境を乱す恐れのあるものは、わいせつ物に限られない。また、森田は、人間の色欲を認めるも、あくまで程度概念としてとらえ、一定程度以上の逸脱があれば、規制を認める。仮に、具体的な法益侵害を「社会生活環境の乱れ」と説いた場合、私的利用、つまり少なくとも当初からわいせつ物の頒布などを希望する多数の者に対して頒布などを行

ったとしても、それは市民の生活に変化がみられたものではなく、社会生活環境に変更が生じたものともいえない。社会生活の基礎が乱されるという理由からは、本条の保護法益を全て説明することはできないと思われる。

思うに、ここでは、社会生活環境の変化を恐れる理由を突き詰めて考えることが有益である。この点につき、江木衷が監修し、日本法学会が作成した『理論応用日本刑法通議』において、風俗を害する罪の保護法益について次のような説明がなされている。

社会ノ風俗ヲ害スル点ニ於テ共通ノ性質ヲ有スルモノトス、蓋シ習俗ノ良否又ハ風紀ノ張弛ハ内ニ於テハ国民利福ニ付き至大ノ関係ヲ有スルト共ニ外ニ対シ一般国民ノ品性ヲ表彰スルモノナルヲ以テ各国ノ法律ニ於テ社会ノ風俗ヲ以テ独立ナル法益ト為シ特ニ刑罰制裁ヲ加ヘテ之ヲ保護セル所以ナリ<sup>65)</sup>。

つまり、風紀良俗を維持することは、国内においては、国民一人一人の利益、福利につながるとともに、諸外国に対して自国の品性の高さを示すことにもなるというのである<sup>66)</sup>。

## 3. その他の点

検察実務においては、世の中にわいせつ物を秘密裏に販売する者がおり、その者が不当の利益を得ている点が指摘されており、これによって生計を立てている者は、厳罰に処すべきであると述べられている<sup>67)</sup>。この指摘は、旧刑法期には数多く確認できた説明であったが、現行刑法期においては教科書類では確認できなかった。

量刑については、改正作業当初は、旧刑法同様非常に軽い規定を置いていたが、明治35年の草案以降、刑の範囲を拡げている。だが、現行刑法の他の条文と比べても軽いものであり、当時の諸外国と比べても、軽い規定であったことがわかる<sup>68)</sup>。

刑の下限を科料に維持している点からも、立法者は、量刑の幅を拡げつつも、多少の厳罰化を意図していたことをみて取ることができる。

#### 4. 出版法、新聞紙法

次に出版法27条、新聞紙法41条<sup>69)</sup>の検討に移る。これらの法律は現行刑法が制定される以前に施行されており、検閲制度を備えた内容を持つものであった<sup>70)</sup>。そのため、一見すると規定のみならず、法解釈上も175条とは関係していないと思われるかもしれない。だが、この両法は、違法と評価された文書、本稿の流れでいえばわいせつ文書の取締まりを対象としており、現代の175条の解釈、とりわけ風俗を害するとされた文書の認定を行うにあたり参考になる。

まず、制度としては、内務省の警保局の者が、出版物を事前に検査し、出版法、新聞紙法に反する内容が記載されていた場合には、出版許可を出さない形で、その権限を行使していた。しかし、その権限行使の内容は、出版内容が「安寧秩序ヲ妨害シ又ハ風俗ヲ壊乱スルモノト認ムル文書図画ヲ出版」した時に販売頒布の禁止、文書図画の差し押さえができると書かれているのみであり、いかなる出版物がこれに該当するのかは条文上明らかではない。もちろん、風俗壊乱にあたる物の規制をするにあたって、具体的基準自体は存在したが、その内容も「わいせつなもの」、「陰部を露出していないも醜悪挑発的に表現されたもの」といった規定に留まっており、一義的判断が可能な定義付けはされていなかった<sup>71)</sup>。

これらの法律は、文芸的内容を含む作品も対象となっていたため、条文上要求される「風俗壊乱」の定義、内実には、より実質的な内容を盛り込む必要があった<sup>72)</sup>。そのことは、以下の判例においても確認することができる。

一方で、そもそも出版法、新聞紙法のいう「風俗ヲ害スル」、「風俗ヲ壊乱スル」の文言内容自体が漠然としていたことから、内務省警保局はおろ

か、法解釈を提示する裁判所も任意に限界を考えることができた。それは同時に、広範囲の規制をすることが可能であったことも意味する<sup>73)</sup>。

出版法における「風俗ヲ壊乱スル」文書の意義について、大判大正12年3月14日刑集2巻193頁では次のように述べられている。「文書カ風俗ヲ壊乱スルモノナリヤ否ハ現時ニ於ケル社会ノ普通觀念ヲ標準トシテ之ヲ決スヘキモノニシテ苟モ客観的ニ風俗ヲ壊乱スルモノニ該当スル文書ヲ著作発行スル以上ハ其ノ創作ナルト翻訳ナルト又其ノ主旨性慾ニ関スル知識ヲ普及シ弊害ヲ除カントスルニ在ルト否トヲ問ハス出版法第二十七条ノ制裁ヲ免ルルヲ得サルモノトス」。

ここからは、風俗壊乱の判断は、時代ごとの判断となり、翻訳者といった直接作者の思想などを反映したものではなかったとしても、風俗壊乱を起こす恐れが認められるならば、出版法27条の対象となるとした。

新聞紙法における「風俗を害する事項」という意義については、例えば、一読して羞恥厭悪の感情を惹起させる内容を言うこととした大判大正4年12月17日刑録21輯2137頁の事案があるが、他方で、恋愛小説が載せられた事のみをもって風俗を害したとは認められず、当事者の態度に加え、その作品の周囲の状況も踏まえた上で風俗侵害を考えるべきだとする大判大正3年2月14日刑録20輯145頁のような事案も存在した。

これらからは、当該作品から明確に性風俗侵害が読み取れること、同時に作品の該当箇所のみではなく醜悪な状態を連想させるほどの具体性、全体的考察を要求していたことが見て取れる。しかし、この考えは同時に、たとえ性表現が具体的、直接的なものでなくとも、露骨なわいせつの趣旨を想像させると警保局の者が考えた場合には出版法27条、新聞紙法41条に該当しえたということをも意味している。それゆえ、その適用の限界は、容易に変動するものであるとされていた。

## V 若干の検討

以上の議論経過を参照して分かるのは、当時の学説は、盲目的にわいせつ物を規制してきたのではないか、ということである。175条は、当時は形状から明らかな物が問題とされたため、わいせつ性も即物的な判断で対応できると考えられていた。他方で、表現物については、その内容について判断する必要があったため、問題とされた表現のみで判断しないよう処罰の限定を図ることとなる。しかし、限定化の内実も、規範的内容にとどまり、この結果、処罰の目安が寧ろ見えにくくなる事態に陥ったと考えられる。

### 1. 旧259条との異同

先ず、旧刑法における解釈と現行刑法における解釈との乖離を確認していきたい。上述したように、現行刑法は、旧刑法の内容を踏襲しており、解釈の変更は基本的にないものと考えられていたが、いくつかの異同がみられた<sup>74)</sup>。まず、「公然陳列」についてである。通例認められるのが、店頭で陳列する場合や、衆人の目に入る場合であることは、見解の一致があった。一方で、旧刑法期では、風俗を害する恐れのある物品を店頭で置いたとしても、該当箇所を露出せずに陳列していれば、本条のいう公然陳列には当たらないと判断していたが、現行刑法期には反対の解決を主張する者（大脇熊雄）がいた。大脇は、陳列された物を希望者が入手することにより、わいせつ物の拡大を危惧しているが、これは、本来ならば、希望者が入手すれば、頒布或いは販売行為に該当するはずであり、条文にも規定されている。公然陳列を頒布、販売行為の予備罪規定と見ることになるが、種々の行為類型を同一の法定刑でもって規制していることの整合性が問われることになる。更に、これは、販売目的所持にも言えることである。

次に、「販売」についてである。有償の譲渡行為である点では、見解の一致が見られ、商業的に行

われた場合を処罰対象にしていた点も共通する。だが、旧刑法期には、販売行為の公然性が要求されていたものの、現行刑法期には、この点については強く求められてはいない。また、上述の大場が述べたように、販売行為の内実の深化がみられる。

他方で、処罰根拠・保護法益については、説明の差異を確認できる。確かに、旧刑法、現行刑法ともに性風俗の維持・保護が保護法益と考えられており、現行刑法においては、一部の論者により、その内実の具体化も図られてはいる。だが、旧刑法期に見られた利欲犯的性格については、立法過程、学説ともに鳴りを潜めているのが注目される。思うに、今回、その契機となったのが明治33年1月18日に記録された法典調査会第三部にあるとみてよいであろう。すなわち、新たな行為類型として無償で配布する「頒布」行為が規定されたことから、経済的利益の獲得という点のみで考える必要はなくなったといえるからである。

しかし、「販売」行為は残されており、加えて「販売目的所持」の規定も追加されていることから、利益獲得の面はむしろ旧刑法よりも重視されていたという見方も可能である。この点、「頒布」も処罰対象に含めたことにより、利欲犯の性格が読み取りづらくなり、結果として保護法益の説明に購入者の財産利益保護を加えることが難しくなったのではないだろうか。これは、元々あった本条の性格が不明確になることにも通じており、現在まで続く保護法益論の混乱状況の端緒にもなる<sup>75)</sup>。

処罰根拠・保護法益の理解については、「性風俗の維持」に求められる点は共通するものの、今回旧刑法立法作業時に見られたボアソナードの具体的な処罰理由までを説明に加える者は、確認できなかった。他方で、日本法学会による説明では、国民の福利、諸外国に対する自国の品性の高さを示すという考えは、国家主義的背景を有する時代においては、支持を得やすい考えであったのかも

しれない。だが、そこで述べている「国民の福利」、「自国の品性」とは何を指すのかという具体化の作業を更に行ったものは、今回確認できなかった。このことはむしろ、出版法、新聞紙法の解釈と同様、国家・規制する側の任意の条文解釈を認める法運用がなされることにつながったと考えられるのである。

## 2. 学説と実務の乖離

また、現行刑法期に入り、判例の一定の集積を確認することができる。中でも、風俗を壊乱する文書、及びわいせつ概念を述べた大判大正7年6月10日と大判大正12年3月14日は、後の教科書においても、それぞれの概念の定義として紹介されることになる。さらに、頒布の成立事例として紹介した大判大正15年3月5日は、当時多くの学説がわいせつ物の直接配布を要求していたのに対し、受け取り手数人を經由して不特定多数の者に渡れば、頒布が認められると判示した。加えて、大判昭和10年11月11日は、販売行為を営利行為に限定しないという意味で、処罰されるべき行為の類型を拡げている。

このように、判例は、学説の見解を必ずしも採用はせず、「性風俗の維持」のために、処罰範囲の拡大を図ってきたとみることができる。しかし、このような判例の動向に対しては、学説は、批判の目を向けることはなく、追従する対応を続けてきたといえる。旧刑法期の学説においても、とりわけ、わいせつ物概念については、あえて曖昧な表記にし、其の具体的内容を裁判官に委ねる見解を取る者がいたことから<sup>76)</sup>、学説上の議論の成熟を待つのではなく、この当時も事例の集積による条文理解を目指していたのかもしれない。この点は、出版法、新聞紙法の適用場面においても述べることができる。

確かに、現代においても、インターネット情報が顕著な例であるように、わいせつ物概念は、時代ごとの技術の影響に応じた変動が大きく、その

つど条文に沿った判断を裁判所、学説は行わなければならない。

だが本来、そのような、少なくとも裁判開始前には検討されてこなかった事案が裁判に出されたとしても、処罰すべき事由から離れた行為についてまで処罰すべき理由は存在しないはずである。この点については、わいせつ概念、行為類型に応じた犯罪成立の境界線をどこに引くかにもよるが、学説、判例共に175条の保護法益、要件を任意に解釈可能としてきたことから、目立った批判がなされることなく規定自体は維持されてきたのだといえる。

## VI 結 語

175条の制定過程、戦前の議論、及び裁判実務を通じて確認できるのは、175条の適用範囲拡大の歴史である。そして、その流れは、当時の学説の動向と必ずしも一致した道を辿っていなかったことも示していると思われる。法改正の初期は、旧259条の類似の内容を表していたが、明治30年代に近づくとも規制すべき行為類型の拡大と一定の重罰化が図られる。学説においては、わいせつ物の拡大を阻止する点で一致しつつも、芸術、学術的作品は、わいせつ物とは評価しないなど、処罰の限定が目指されていた。だが、裁判実務では、「風俗壊乱」防止のもと、法規制が正当化される<sup>77)</sup>。

他方で、昭和初期に入ると、「猥褻刊行物の流布及び取引の禁止の為の国際条約」の締結作業が開始される。日本もこの条約作成作業に参加することとなり、わいせつ物罪の新たな議論が生じてくる。本来であれば、戦前の議論を検討するなかで、この条約とその条約内容を盛り込んだ「刑法仮案」の検討も行っていく必要があるが、更に多くの検討が必要なものであるため、この点は今後の検討課題としたい。

1) 平成7年改正前までは漢字表記で「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、この用語法が現在一般的に用いられている。本稿では、歴史資料を中心に検討していく点から、引用文中で漢字表記がなされている場合は漢字表記にし、そのほかでは平仮名表記で執筆していく。また、以下では、現行刑法175条を、単に「175条」と、旧刑法259条を、単に「旧259条」と表記する。
- 2) 中山研一『わいせつ罪の可罰性』（平成6年、成文堂）133頁。
  - 3) 拙稿「刑法175条の再検討——旧刑法259条の立法、議論状況について——」中央大学大学院研究年報47号法学研究科篇151頁。
  - 4) 現在まで用いられる、「わいせつ」の定義である。すなわち、「徒に性欲を興奮または刺戟せしめ、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」とされる定義である（最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁）。
  - 5) 現に、チャタレー事件最高裁判決においても述べられたことである（最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号1006頁）。
  - 6) 倉富勇三郎＝平沼騏一郎＝花井卓藏監修・高橋治俊＝小谷二郎編『刑法沿革綜覧』（大正12年、清水書店）2191頁。
  - 7) この他に、映画法等も問題となりうる。
  - 8) 佐伯千仞＝小林好信「刑法学史」鶴岡信成＝福島正夫＝川島武宜＝辻清明編『講座 日本近代法発達史第十一巻』（昭和42年、勁草書房）236頁。
  - 9) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編『刑法〔明治40年〕(1)-I 日本立法資料全集20』（平成11年、信山社出版）128頁。
  - 10) 「明治一六年「参事院刑法改正案」（校了）——原案・修正委員修正案・総会決議」に、参事院原案と修正委員修正案が記載されている（内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編・前掲注9）350頁）。
  - 11) 拙稿・前掲注3）153頁。
  - 12) 吉井蒼生夫「現行刑法の制定とその意義」杉山晴康編『裁判と法の歴史的展開』（平成4年、敬文堂）464頁。
  - 13) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編『刑法〔明治40年〕(1)-II 日本立法資料全集20-2』（平成21年、信山社出版）4頁。
  - 14) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編・前掲注13）116頁。
  - 15) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編・前掲注13）181頁。
  - 16) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編・前掲注13）395頁。
  - 17) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編・前掲注13）7頁。改正にあたって、ポアソナードの刑法改正案を基にした全部改正案と、旧刑法の不都合な点や不備のある点を改正した一部改正案のいずれかを改正作業の下地にするかで議論が交わされ、投票の結果、後者の一部改正案が採用されたという。
  - 18) 篠崎伊太郎『改正刑法草案並理由書』（明治24年、篠崎伊太郎）83頁、倉富勇三郎＝平沼騏一郎＝花井卓藏監修・高橋治俊＝小谷二郎編・前掲注6）136頁。なお、本稿で引用した文献の一部は、国立国会図書館の近代デジタルライブラリーでオンラインによる閲覧が可能である。
  - 19) 刑法案説明書においても、同様の説明がなされている。  
第四十八 風俗ヲ害スル罪ニ改正ヲ加ヘタルコト公然猥褻ノ所業ヲ為シハ風俗ヲ害ス可キ冊子図画等ヲ販売シタル者神祠仏堂ニ対スル不敬ノ罪等ノ如キハ極メテ輕微ノ犯罪ナルヲ以テ輕罪トシテ処分スルハ適當ノモノニ非サルナリ而シテ改正法ハ違警罪ノ刑ノ範圍ヲ拡張シタルヲ以テ是等ノ罪ヲ違警罪中ニ規定スルコトト為シタル  
岡島眞七翻刻『改正刑法草案・改正刑法案説明書』（明治24年、岡島眞七）57頁。  
また、前条の公然わいせつ罪の量刑は、3日以上15日以下の拘留又は1円以上10円以下の科料とされており、わいせつ物罪よりも重く処罰されることになっていた。
  - 20) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編・前掲注13）13頁。
  - 21) 吉井蒼生夫・前掲注12）469頁、小野上真也「刑法62条の法意——旧刑法109条および現行刑法62条の制定過程と解釈——」清和法学研究20巻1号（平成25年）103頁。
  - 22) 杉山晴康＝吉井蒼生夫編『刑法改正審査委員会決議録』（平成元年、早稲田大学比較法研究所）246頁。
  - 23) これ以降、「賃貸」の語が加えられることはなかった。
  - 24) 「第十五回帝国議會 貴族院刑法改正案特別委員會議事速記録第四号」に司法省総務局からの通牒があったことが書かれている（『帝国議會貴族院委員会速記録11』（昭和61年、東京大学出版会）340頁）。ま

- た、そこには明治30年12月24日に弁護士会にも配布されたことが記載されている。
- 25) 中島晋治『現行刑法対比 改正刑法草案理由(罪名編)』(明治32年, 法政学会) 179頁, 杉山晴康=吉井蒼生夫編・前掲注22) 246頁.
  - 26) 内田文昭=山火正則=吉井蒼生夫編『刑法〔明治40年〕(2) 日本立法資料全集21』(平成5年, 信山社出版) 10頁.
  - 27) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書28』(昭和61年, 商事法務研究会) 9頁.
  - 28) 中島晋治・前掲注25) 179頁.
  - 29) 江草斧太郎編『訂正再版 改正刑法草案』(明治34年, 有斐閣書房) 72丁, 倉富勇三郎=平沼騏一郎=花井卓藏監修・高橋治俊=小谷二郎編・前掲注6) 191頁.
  - 30) 倉富勇三郎=平沼騏一郎=花井卓藏監修・高橋治俊=小谷二郎編・前掲注6) 465頁.
  - 31) 法律取調委員会委員総会日誌第二三回(明治39年12月19日)(法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注27) 86頁, 内田文昭=山火正則=吉井蒼生夫編『刑法〔明治40年〕(6) 日本立法資料全集26』(平成7年, 信山社出版) 226頁). 各委員の名前については, 福島正夫編『穂積陳重博士と明治・大正期の立法事業』(昭和42年, 民法成立過程研究会) 135頁にて確認できる.
  - 32) 倉富勇三郎=平沼騏一郎=花井卓藏監修・高橋治俊=小谷二郎編・前掲注6) 1583頁.
  - 33) 倉富勇三郎=平沼騏一郎=花井卓藏監修・高橋治俊=小谷二郎編・前掲注6) 2191頁, 内田文昭=山火正則=吉井蒼生夫編・前掲注31) 345頁.
  - 34) 谷野格『刑法各論』(明治40年, 中央大学) 368丁.
  - 35) 小川市太郎『改正刑法要義』(明治40年, 実文館) 235頁. なお, 杉生礼『刑法綱要』(大正3年, 清水書店) 313頁.
  - 36) 藤澤茂十郎『改正刑法新論』(明治40年, 博文館) 514頁.
  - 37) 大場茂馬『刑法各論下巻(第三版)』(明治45年, 中央大学) 467頁. なお, 久禮田益喜は, 定義の後半部分(羞恥嫌悪の情を惹起させるもの)を, 公然わいせつ罪にのみ記載していた(久禮田益喜『刑法学概説』(昭和5年, 巖松堂書店) 538頁).
  - 38) 例えば, 久禮田益喜・前掲注37) 539頁.
  - 39) 泉二新熊『改正日本刑法論(訂正四版)』(明治41年, 有斐閣書房) 712頁.
  - 40) 星野武雄『刑法各論要覧』(大正13年, 清水書店) 109頁.
  - 41) 星野武雄・前掲注40) 109頁.
  - 42) これらの限定化の努力は, 現代においても参照することができよう.
  - 43) 中山研一・前掲注2) 89頁. なお, 結論として, 性器を模した物は, わいせつの程度には至らず, 無罪の判決が出されている.
  - 44) 星野武雄・前掲注40) 109頁.
  - 45) 藤澤茂十郎・前掲注36) 514頁, 山田正賢『改正刑法講義』(明治40年, 山田元吉) 663頁, 泉二新熊・前掲注39) 713頁など.
  - 46) 大場茂馬・前掲注37) 468頁.
  - 47) 「刑法百七十五條ニ所謂頒布ノ意義ニ関スル件」法曹會雑誌4巻5号(大正15年) 135頁, 『法曹會決議要録』(昭和6年, 清水書店) 89頁.
  - 48) 宮島次郎『改正刑法要義』(明治40年, 修文館) 171頁.
  - 49) 磯部四郎『改正刑法正解』(明治40年, 六合館) 361頁.
  - 50) 磯部四郎・前掲注49) 361頁.
  - 51) 泉二新熊『日本刑法論下編(各論)(全訂二十六版)』(大正8年, 有斐閣) 1229頁. 当初, 定義の前半部分は, 「販売ハ多数ノ売却ヲ目的トスル売却行為ノ開始ナリ」と書かれていた(泉二新熊・前掲注39) 713頁). ここから, 泉二が述べる「多数の売却」の定義は, 「反覆的ニ有償ノ讓渡ヲ為シ又ハ為スコト」を意味すると推定される. 単に複数人に売却することではなく, 有償の讓渡行為を複数回行うことを指していたのだと解される.
  - 52) 牧野英一『刑法各論』(明治43年, 明治大学出版部) 122頁.
  - 53) 大場茂馬・前掲注37) 469頁.
  - 54) 大判昭和10年11月11日刑集14巻1165頁.
  - 55) もちろん, 被告人が繰り返し同様の行為を行っていたのであれば, 反復継続性が認められたのかもしれない.
  - 56) 「公衆の目に触れる場所に並列する行為」(吾孫子勝=森惣之祐『改正刑法要義』(明治45年, 岡崎屋書店) 260頁), 「多数人に認知されうる状態に置くこと」(沼義雄『刑法大要 総論各論』(昭和13年, 良栄堂) 403頁).
  - 57) 山田正賢・前掲注45) 663頁.
  - 58) 大場茂馬・前掲注37) 468頁. 同旨, 泉二新熊・前



掲注39) 713頁。

- 59) 大脇熊雄『刑法講義（各論之部）』（明治40年，成文閣）426頁。
- 60) 南雲庄之助『刑法修正理由』（明治40年，深谷書店＝集文館書店）264頁。南雲によると，販売目的所持の規定は，前改正案の「販売する者」の語に既に含有されていたという。
- 61) 佐伯千穂＝小林好信・前掲注8）237頁，吉井蒼生夫・前掲注12）470頁。
- 62) 加えて，当時の欧米列強からの圧力という状況も存在していた（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）146頁，白田秀彰『性表現規制の文化史』（平成29年，亜紀書房）195頁）。
- 63) 森田司樓『刑法提要』（大正2年，日進堂）356頁。
- 64) 久禮田益喜・前掲注37）537頁。
- 65) 江本衷監修＝日本法学会『理論応用日本刑法通議』（大正5年，日本法学会）510頁。
- 66) ここで述べた「内」と「外」の意味内容は，実際の所明らかではない。なぜなら，一人一人の内心と国内社会を表している可能性もあるからだ。だが，「内」については，国民の福利を述べ，「外」の場合には品性の表彰をするものと述べている。また，当時の時代背景として，国家主義的思想が背景にあることに鑑みると，両者は，「内国」と「外国」を表していると考えられる。
- 67) 佐々波與佐次郎『検察提要』（大正14年，有斐閣）289頁。
- 68) 小齋甚治郎編『比較刑法』（大正12年，清水書店）267頁。
- 69) 出版法27条 風俗ヲ壊乱スル文書図画ヲ出版シタルトキハ著作者，発行者ヲ十一日以上六月以下ノ刑禁錮又ハ十円以上百円以下ノ罰金ニ処ス  
新聞紙法41条 安寧秩序ヲ乱シ又ハ風俗ヲ害スル事項ヲ新聞紙ニ掲載シタルトキハ発行人，編集人ヲ六月以下ノ禁錮又ハ二百円以下ノ罰金ニ処

ス

量刑が175条に比べて重いことには注意を要する。

- 70) 両法の制定過程については，馬屋原成男「新聞出版言論規制について」法学論集26巻（昭和58年）1頁に詳細な説明がある。そこでは政府は，新聞紙，出版物の取締法規を明治初期から立案していたことがわかる。
- 71) 出版法19条 安寧秩序ヲ妨害シ又ハ風俗ヲ乱スルモノト認ムル文書図画ヲ出版シタルトキハ内務大臣ニ於テ其ノ発売頒布ヲ禁シ其ノ刻板及印本ヲ差押フルコトヲ得  
検閲基準については，内務省警保局編『出版警察概観』（昭和5年）315頁。但し，この基準は，検閲担当者向けに作られたものであった点に注意する必要がある。内部の者向けの基準であったために，出版者側は，いずれにせよ漠然と不明確な基準の中で，出版，発刊作業を行う必要があった。
- 72) 中山研一・前掲注2）134頁。
- 73) 奥平康弘『表現の自由Ⅱ』（昭和59年，有斐閣）6頁。
- 74) ここで紹介する旧259条の学説議論状況については，拙稿・前掲注3）157頁。
- 75) 比較法的視点で見ると，わいせつ物罪は当初，資本主義下の労働力維持，利欲犯処罰に求められていたことがわかる（田中久智「文芸裁判と猥褻の概念——猥褻概念の歴史的・社会的考察——」刑雑16巻1号（昭和43年）71頁）。また，戦後において実務上，わいせつ物検挙の基準となっていたのは，暴力団が営利目的でわいせつ物を扱っていた場合であるという（ワークショップ「性と刑法」刑雑31巻3号（平成2年）381頁）。
- 76) 拙稿・前掲注3）158頁。
- 77) 国家による性道徳思想の強制を，素直に受け入れていたとは思われないが，判例に対する批判が多く見られない点は，当時の学説議論状況を考えるにあたり，注意する必要がある。

