

琉球大学学術リポジトリ

従犯の因果性と売春防止法における社会的法益：
ちらしの印刷者が売春周旋罪の従犯とされた事例

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-09-14 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 森川, 恭剛, Morikawa, Yasutaka メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/1819

従犯の因果性と売春防止法における社会的法益

——ちらしの印刷者が売春周旋罪の従犯とされた事例——

森川 恭 剛

目 次

- 一 はじめに
- 二 事実関係
 - (一) 認定事実の概要
 - (二) 事実関係の補足
- 三 上告趣意書から
- 四 考察
 - (一) 周旋罪の「幫助の幫助」の不可罰性
 - (二) 本件印刷行為による売春防止法の社会的法益の侵害性

東京地判昭和六三年四月一八日（判タ六六三号二六九頁、判時一二七九号二五六頁）
 東京高判平成二年二月一〇日（判タ七五二号二四六頁）
 最三決平成五年六月一日

一 はじめに

本件は、二つの点で慎重な検討を必要とする事例であると思われる。一つは従犯の範囲に関してであり、因果的共犯論にとって従犯の成立範囲をいかに因果的に限定するかは最重要の課題の一つであり続けている。

従犯は、正犯の実行行為を容易にするものであるとされてきた。しかし、この定義が共同正犯と従犯の区別の問題や従犯の因果関係について考えるにあたり役立ったことはないし、逆に、従犯に関するそれらの代表的な論点が「容易にする」ということの意味を解明したり、深めたりするという関係にはなかった。また、最近の共犯の処罰根拠に関する議論は、従犯について、その行為と正犯による法益侵害との関係が十分に考察に値するものであることを周知せしめたという意義を有するが、幫助行為が正犯の「実行行為を容易にする」ことの因果的構造の分析を押し進めたとは言えないし、したがってその作業の中から正犯との、あるいは不可罰的な行為との限界を画定するための標識を獲得するという方向にも進んでいない。このように、従犯は犯罪論の中で議論の十分に尽くされていない領域である。こうした理論の現状を前にして本稿が選択した方法は、一つの具体的事例を取り上げ、一度その具体的な事実関係の中に埋もれて、ある特定の結論に向けて理論を組み上げてみて（本件判決とは反対に従犯の成立を限定する方向へ）、因果的共犯論の進むべき道を確認するというものである。

本件はいわゆるピンクチャシの印刷行為が、売春防止法六条一項の売春周旋罪の幫助行為とされた事案である。右の問題意識から論点を簡単に整理すると、チャシの印刷が行われてから、そのチャシを見た者が売春の周旋を受けているので、印刷行為とその売春周旋は無関係ではない。したがって、問題はそれを周旋の幫助と言っているのかであるが、解決を困難にしているのは、同法六条二項三号の売春周旋目的誘引罪（以下誘引罪）と印刷行為の関係である。同様に、印刷が行われてから、そのチャシによってその売春客の誘引が行われているので、周旋

罪の幫助ではなくても、さらに誘引罪の幫助でありうるかが考えられねばならない。この点は葛原力三が述べている通りであり^①、本稿では、しかし葛原の結論に対する反論が試みられている。（以下、単に六条一項、二項三号、また五条などと記す場合、それぞれ売春防止法六条一項、同法条二項三号、同法五条のことである。）

ところで、本件に関しては右の葛原の判例研究をはじめ、すでに多くの先行研究が公表されている^②。とりわけ本件控訴審で七七名の弁護士を組み二人の被告人を支えた方々により企画された『全検証・ピンクチラシ裁判』（清水英夫編著、一葉社、一九九三年、以下『全検証』と略記する）は、上告趣意書などの一部の訴訟資料を収録して「認定事実」以上の事実関係を明らかにし、本件が「たかがピンクチラシの事件」ではないことを伝えようとしている。その基本的な姿勢は印刷行為が原則として表現の自由の保障の下にあり、本件行為もその例外ではないことを論じる点にあるが、その中に、こうした原則的に自由な印刷行為を限界の曖昧な従犯の規定で刑法の対象とすることはその「悪用」であるとの指摘が含まれていた^③。本稿は、その一論考から、本件を右の問題意識のもとに考察すべきであると教示を受けている。

次に、本件は売春防止法違反事件である。丸山友岐子さんは『全検証』に寄せた一文の中で、「被告人の無罪判決を求める署名用紙」を送付したところ、ある女性は協力を拒んだというエピソードを紹介していたが、売春よりも買春、あるいはその助長行為を問題にする女性学あるいはフェミニズムの観点から、本件行為の可罰性が肯定されることはありうるであろう。例えば永田えり子は、売買春禁止の理由をまず大まかに「性の商品化」に求めた上で、「性の商品化」は、最高裁昭和三十三年三月二三日判決（「チャタレー」事件判決）がわいせつ物規制の根拠として上げた「性行為非公然性の原則」に反するとする。そして、広告等による売買春宣伝行為は「性の公然化」であり、本件印刷行為の取締りも許容の範囲内にあるとした^④。もちろん、この見解は、公衆電話ボックス

ス等に貼付されるチラシの「公然たる氾濫」を直視するため、それを印刷する行為と法益侵害（一般的な意味での）との関係が簡単に考えられすぎているように思われるし、またその種のチラシの印刷が周旋罪あるいは誘引罪の法益を可罰的な程度に害しているかの検討を欠いている点で、問題を残すものといわねばならない。しかし他方で、永田の見解は、売春防止法が「人としての尊厳」のほかに「性道徳」あるいは「社会の善良の風俗」を保護し、また売春それ自体よりも売春助長行為を厳しく規制しようとしている点に適合しており、この意味では本件を考察する際にも無視しえないものである。また、こうして売春防止法の保護法益として「性の商品化」ということが考慮に入れうるものであることが実際に示されたことは、これまで刑法学ではあまり意識されてこなかったことであり、同法の解釈にあたり、私たちが女性学あるいはフェミニズムの視点を有効に取り入れるべきことの提起として非常に重要であると思われる。——したがって、本件行為の可罰性を肯定するにせよ否定するにせよ、本件行為が売春防止法の保護法益をどのように侵害しているか、あるいは侵害していないのか、また、その侵害対象としての法益とは何かの検討が行われねばならない。特に、「社会の風紀」を乱す罪と理解されている誘引罪においてこれらの点はより深刻に問題となるであろう。

そこで本稿は、『全検証』の問題提起をうけて、まず、本件行為が少なくとも周旋幫助としては可罰性を持たないことを示そうと思う。次に、この種のチラシの印刷行為を誘引幫助として構成しうるかについて見解を述べるが、その際にフェミニズムの議論を活かそうと努力している。しかし、売春あるいはその関連問題をめぐるフェミニズムの論議は多様であり、また法律の解釈の範囲内で論じるといふ制約もあり、十分にその趣旨を汲み取れたかは計り知れない。また順序として、その前に事実関係をやや詳しく紹介し、上告趣意書並びに『全検証』に収められた諸稿に従い犯罪論上の論点と憲法学上の論点を整理したが、それは、事実関係を多く知ることにより

因果関係をより具体的に考えることができるし、憲法学上の論点を意識しておくことは表現行為としての印刷行為による法益侵害性の程度をどのようにして可罰的なそれあるいは不可罰的なそれとして量るかの判断に影響を及ぼすと思われるからである。

(1) 葛原力三「ホテル宣伝用小冊子を作成した印刷業者の売春周旋罪の補助の成否」（ジュリスト平成三年重要判例解説所収）一五一頁以下。

(2) 本件あるいは本件に類似するチラシが関係した事例を検討した論考・判例研究で参照しえたのは次のものである。本件を中心に取り上げているものや本件に言及するものの執筆者を強調している。

・朝山芳史、佐藤文哉編『刑事裁判実務体系第三巻風俗営業・売春防止』（青林書院、一九九四）所収第二一項目「周旋等（その三）」二一九頁。本書からの引用その他の場合、以下、執筆者（佐藤編・項目）頁数を表記する。

・内田文昭「売春周旋罪の補助犯か売春周旋目的誘引罪の正犯か」判タ七五四号（一九九一）六五頁。

・佐々木史郎、北川佳世子「いわゆるホテルの宣伝用小冊子を作成した印刷業者に売春周旋罪の補助が成立するとされた事例」判タ八三三号（一九九四）五二頁。

・佐久間修「売春周旋罪の補助と周旋目的誘引罪（及びその補助）との関係」産法三三巻一号（一九八九）九三頁。

・新庄一郎「ピンクビラの印刷業者に売春防止法6条1項の補助犯が成立するとした事例」ひろば四四巻四号

（一九九二）五〇頁。

・曾根威彦「講演要旨・犯罪の補助とマスコミ——印刷業者、広告代理業者の売春防止法違反補助有罪事件の判例を中心に——」『マスコミ倫理』三四六号（昭和六三年八月二十五日）六頁。

- ・園部典生「売春周旋目的の誘引について共謀共同正犯の成立を認めた事例」研修五四八号（一九九四）二五頁。
 - ・瀧賢太郎「売春防止法六条二項の『売春の周旋をする目的』の意義」警論四一巻九号（一九八八）一四六頁。
 - ・長島裕「近時の売春形態と売春防止法六条の適用をめぐる問題点」捜査研究四四六号（一九八九）三〇頁。
 - ・沼里豊滋（佐藤編・第二〇項目「周旋等（その二）」）二〇六頁。
 - ・馬場俊行「売春周旋目的誘引罪の罪質と売春周旋罪との関係について」研修四八六号（一九八八）七六頁。
 - ・船山泰範「帮助犯と罪刑法定主義」日法五七巻四号（一九九二）四七頁。
 - ・松浦恂「ピンクチラシの規制」判タ五四八号（一九八五）二九頁。
 - ・柳俊夫「いわゆるピンクチラシに対する規制について」捜査研究四四二号（一九八八）四三頁。
 - ・渡辺恵一「ピンクピラの規制と法的问题点」ひろば四〇巻四号（一九八七）二五頁。以下、「法的问题点」と表記する。
 - ・渡辺恵一「依頼者が売春の周旋の目的を有していることを認識しながら、客寄せ用の宣伝ちらしの頒布を請負い、これを頒布した事案につき、売春防止法六条二項三号の周旋目的誘引罪の成立を認めた事例」判評三六〇号（一九八九）二二〇頁。
- (3) 牧野茂「帮助犯処罰規定は削除すべきである」(『全検証』所収) 一二五頁以下。以下、同稿など『全検証』所収の諸論稿を参照する場合は頁数のみを注記する。
- (4) 永田えり子「八性の商品化」は道徳的か(江原由美子編『性の商品化』勁草書房、一九九五、所収) 一頁以下、特に一六頁。
- (5) 先駆的な試みとして梅崎進哉「性風俗の刑事規制と社会法益の構造」久留米一四号（一九九二）五一頁以下参照。梅

崎助教授の主要な関心はエロチシズムの権利性とわいせつ物規制の根拠を同時に示すことであつたと思われる。が、売春防止法の法益にも触れて、主に売買春助長者による「性の商品化」（「売春女性のモノ化」）が売春女性一人一人の「人としての尊厳」を危うくすると述べる。永田助手とは対照的な見解である。また、他方で梅崎助教授は、一九六〇年代半ば以降のアメリカにおける「性の解放」は、一面で、性行動の「個人主義化」をもたらし、「社会的被抑圧者である女性の性的目的物化」を顕在化させたという。その一例として、「ボルノグラフィ」の「解禁」が、必ずしもエロチシズムの自然な解放に結実せず、特に女性や子供の『性の商品化』という新たな問題を呈している」点を指摘している（梅崎・二七頁）。考察（二）において、こうした点に言及したいと思う。

二 事実関係

（一）認定事実の概要

東京地裁第一審判決によると、被告人Aは印刷・印刷取次業を営む有限会社a印刷の代表者であり、被告人Bは同様に印刷株式会社の代表者である。被告人Aは、昭和六一年（一九八六年）四月上旬頃、「ミス五反田」、「スリム専科」等の名称でいわゆる「ホテル」を営むCから、右「ホテル」等の多数の宣伝広告チラシを一冊の小冊子にまとめた「エキサイティングガイドⅡ」三万部の印刷・製本の注文を受けると、CほかD、E、Fらが「これを五反田方面の公衆電話ボックスや公衆便所等に差し置くなどして遊客を誘引し、これに依じてくる不特定の遊客を売春婦に紹介して売春の周旋をするために使用することの情を知りながら」（但しこの点は本件公判を通じて最も争われた）、被告人Bに対し、右小冊子三万部の印刷・製本を依頼してやるとともに、自らまたは下請け会社に発注して、その版下及びネガフィルムを作成した。他方、被告人Bは、Aを通じてCから右小冊

子三万部の印刷・製本の依頼を受けると、「A同様に情を知りながら」（この点も同様に争われた）、同月中旬頃、下請け会社に発注して、前記ネガフィルムに基づき印刷・製本し、同月一七日及び翌一八日、これをDらに引き渡した。

その後、Cらは共謀の上、同年五月二四日及び翌二五日の両日、東京都品川区所在のビルの一室内（六〇三号）において、予め国鉄（現JR）五反田駅及び目黒駅周辺の公衆電話ボックスや公衆便所に差し置いた右「エキサイティングガイド△Ⅱ▽」各一部を見て電話連絡してきたG、Hほか一名の売春客に対し、それぞれg、hほか一名の売春女性を紹介し、売春の周旋を行った。

以上が本件の「罪となるべき事実」のほぼ全容である。以下では、A、B両名の各行為を合わせて「本件印刷行為」あるいは「本件行為」と呼ぶことにする。なお、第一審判決に表れるその他の事実として次のものが重要であると思われる。――まず、本件小冊子「エキサイティングガイド△Ⅱ▽」には、Cが営む「ミス五反田」等のもののほか多数の同種営業店を案内したチラシが綴じられていたが、それらのチラシの記載事項は、店名、電話番号のほか、例えば、「一九才〜二才何も知らない私たち貴男のやさしい手ほどきで、シティーホテルO・K」等の宣伝文句である。また、本件行為に遡る約一年半の間に、CからAが受注し、Bらを下請けとして、同種の小冊子が三二回にわたり印刷・製本されていたが、それらのうち最初の「ブレイメイト」創刊号には、店名・電話番号・宣伝文句のほかに時間・料金の記載された広告が見られた。例えば、「しとやかな女性がお待ちする当店へ貴男のおこしをお待ちします。90分25000円」である。

次に、Aは、本件に先立ち、それぞれ別のホテル業者から受注した宣伝用チラシの件で、警視庁防犯部保安第一課と新宿警察署で二回にわたり、ホテルの宣伝用チラシを印刷すると売春防止法違反の幫助となる趣旨の

警告を受けていた（『全検証』によるとAには売春防止法の幫助となることの意味Ⅱ犯罪であることは伝わっていない）。本件行為に際して、Aが受注を断り、翌日、Cらがa印刷に押し掛けて懇請するに及んで、BをCに紹介しているのはそのためである（『全検証』によると代金支払いが悪い等の理由でAはもともとCからの注文を受けたいとは思っておらず、二回目の警察署での事情聴取がきっぱりと断る口実となった）。また、BもAが警察で事情聴取を受けたこと、及びCが「ホテル」経営者であることを知っていたとされており、こうした事情が、A、Bの周旋幫助の故意を認定する情況証拠とされている。

（二）事実関係の補足

以上のような東京地裁による事実認定は控訴審においても変更されていない。しかし、『全検証』及び同書所収の諸資料等によると、さらに次のような事実関係を知ることができる。

第一に、Aの周旋幫助の故意の存否に関わる事柄であるが、Aが営むa印刷はプリントショップの営業形態をとっていた。この場合、印刷業者は、店頭のカウンターで不特定の客から名刺・年賀状等の予め内容の定型化された印刷物の注文を受け、複雑に分業化・細分化された印刷の各工程を下請けの専門業者と分担して、指定の期日までに印刷物を仕上げ、客に受け取りに来てもらう。こうした営業形態であるから、一つには、AにとってCは不特定の注文客の一人にすぎず、その職業（ホテル業者）や印刷物の具体的な内容や用途（売春客の誘引あるいは売春周旋のため）はAの関心事ではなかったと言える。また、本件のようなチラシの多くは多色刷であるが、a印刷で設備する機械は単色刷であるため、Aはこの種のチラシの印刷を受注した場合、b印刷に下請けに回していた。本件では、既述の別の事情もあったが、AはBの下請けとして本件小冊子の印刷の一部の工程に参

加しているにすぎない。この点からすると、Aは、本件印刷物の内容を認識していたから周旋幫助の故意を有していたとは簡単には言えないのである。そしてこの点は、「もっぱら得意先回りが仕事だった」Bについても同じであると言える。

第二に、仮にAとBが本件小冊子におけるチラシの内容（もしくは「プレイメイト」創刊号におけるそれ）を認識していたとしても、そこからA、Bの周旋幫助の故意を肯定することはできない事情がある。というのは、この種のチラシは性風俗産業・風俗関連営業において広く宣伝用広告として用いられており、そのチラシの外観や宣伝文句から、それが売春への誘引のために用いられるものか、あるいは「売春をにおわせながら、その疑似行為によって客から金を取る」疑似売春へと誘うものかは、必ずしも判然とするものではないとこのことである。それゆえ、広くこの種のチラシのうちどのようなものを印刷すれば、売春防止法違反の幫助となるかという点は、Aが事情聴取を受けた後でも必ずしも明確ではなかったと思われるのである。

第三に、C、D、E、Fらによる、G、Hほか一名に對するそれぞれg、hほか一名の周旋行為であるが、Cらの各々が「罪となるべき事実」として認定を受けている周旋対象は、これと同一ではなく、重複は見られるものの、それぞれの間で若干異なる。周旋対象は五組計六回であり、内訳は五月一九日と二四日の売春客Jと売春女性j（順に①②）、同じく二四日の前記Gとg（③）、翌二五日の前記Hとh（④）、同日の売春客Iと売春女性i（⑤）、同じくKとk（⑥）である。これらのうち②はEによる単独正犯であり、C、Dは②を除く五件の周旋をそれぞれD、Eらと、またC、Eらと共謀の上、行っている。Eは②の他に①③④⑤をC、Dらと共謀して周旋しており、FはC、D、Eと共謀の上、③⑥の周旋を行っている。こうして見ると、A、Bは③④のほかに⑤または⑥の周旋を幫助した、とされていることが分かる。このような事実を指摘したのは、A、Bにおけ

るCらによる三件の周旋行為の幫助の故意の存否といつても、事実上、そこで問われているのは、Cらが一般的に売春周旋を行っている者であることの認識の存否に過ぎない、という点を強調したいからである。仮に問題が、A、BにおけるCらによる誘引行為の幫助の故意の存否であれば、本件小冊子が一般的にCらにより売春周旋を目的とした誘引行為の道具として用いられることの認識で間に合うとも言いえようが（結論としてはそれでは不足すると考えるが）、それは、後述するように、周旋罪と誘引罪におけるそれぞれの侵害法益が異なるとされているからである。しかし、周旋行為の幫助の故意として右の点の認識で十分であると言えるかは改めて問われねばならない。

また、第一審判決の認定したところでは、C、D、E、Fらが共謀の上、予め誘引行為をし、続いて周旋行為をしたとされているが、前者の行為について、より詳しくは、チラシの撒き屋としてCに雇われ、または専属的に下請けをしていた者として、L、M、Nらがいたとのことである。この者らが実際には「誘引する行為」を行つたのであるが、何れも起訴されていない。なお、「誘引する行為」とは、六条二項三号に該当する売春周旋目的の誘引行為あるいは誘引の共謀行為と区別するため、もしくはそれらとの区別を意識しているときに、実際にチラシを公衆電話ボックスに差し置く等の行為に従事することを指して、便宜的に用いられるものであり、以下においても同義である。

さらに、Cらによる周旋行為においては、もう一人、Oの関与が見られたという。OはCに雇われ、前記六〇三号室とは別の「メゾン五〇四号」において電話番号をしていたが、「客からの電話があるとホテルへ行くよう指示し、ホテルに入った後客からの連絡を受け、ホテル側にも客の存在を確認した後、客と女性を引きあわせるべく、女性を待機させているCらに連絡をとっていた」とされている。しかし、Oもまた起訴されていない。⁵⁾

- (1) 『全検証』二二頁以下、一一八頁以下、一四六頁以下、三五〇頁以下。印刷の工程は、注文↓デザイン↓写植↓版下作成↓製版↓印刷↓製本と分業化、細分化されているという。
- (2) 『全検証』三六一頁以下。Bについては、本件行為までBがCから注文を受けたことがなく、Cと面識はなく、Dらに印刷物を引き渡したとき、初めてCらと接触している点に留意する必要がある(『全検証』一二二頁以下、一四〇頁以下)。
- (3) 『全検証』によると、売春の営業形態として一般的なものにソープランド、ホテトルがあり、例外的に売春が行われることもあるが、疑似売春形態として、ファッションヘルス、デートクラブ、SMクラブ、愛人バンク、ピンクサロン等がある(『全検証』二五八頁以下)。
- (4) Cに関して東京地判昭六一・八・二八(懲役一年六月執行猶予四年)、Dに関して東京地判昭六一・七・二四(懲役一年執行猶予三年)、Eに関して東京地判昭六一・七・三〇(懲役一年執行猶予三年)、Fに関して東京簡裁略命昭六一・六・二二(罰金一〇万円)。何れも公刊物未登載であり、牧野弁護士からお見せして頂いた資料による。
- (5) L、M、Nら及びOについて、『全検証』三三九頁以下。

三 上告趣意書から

一 第一審は二三回にわたり審理を行い、右の認定事実の下で、以上のような「補足する事実関係」を重視することなく、本件小冊子の印刷者を周旋罪の従犯とした。控訴審では、七七名の弁護士が弁護団に参加し、また弁護側からの四名の証人が採用され、審理も八回に及んだが、「空虚な」控訴棄却の判決が言い渡された^①。これに対して右弁護団は、分厚い上告趣意書において、その不当性を改めて主張している。印刷者の故意の存否に関

わる重大な事実誤認を論じた部分を除くと、おおよそその内容は次の五つの論点に整理される。

〔一〕 憲法二二条一項違反の主張

原判決（控訴審判決）は、本件印刷行為は、売春の周旋の幫助に当たり、公共の福祉に反するとした。しかし、憲法二二条は言論・出版の自由を保障しており、「その『出版の自由』（freedom of press）のなかに、印刷行為が含まれていることは、全く疑う余地がない」。問題は、売春防止法六条一項の周旋行為の幫助が周旋罪の保護法益を侵害する程度と印刷の自由を保障する必要性の程度との比較衡量である。仮に本件印刷行為が表現の自由の範囲外におかれるのであれば、その審査は、しかし、表現行為の優越的な地位のゆえに、厳格に行われねばならない。にもかかわらず原判決は、なぜ本件小冊子の印刷が公共の福祉に反し、売春周旋の幫助に当たるのか、その理由を明らかにしていない。したがって、原判決は憲法二二条一項に違反する³⁾。

なお、上告趣意書が述べる点ではないが、控訴審判決は、周旋幫助であるか否かが問われている本件行為を捉えて、「売春の周旋の幫助は公共の福祉に反するから、周旋の幫助に当たる行為を処罰しても憲法二二条一項に違反しない」と述べる。しかし、憲法違反の控訴趣意に対する控訴棄却の判決で示されねばならないのは、周旋幫助にあたるべき行為は、どのような意味で「公共の福祉」に反するかということ、言い換えれば、それは「公共の福祉」に反するから周旋幫助である、ということであるように思われる。

さらに、上告趣意書によれば、売春営業店へ客を運ぶタクシー運転手の行為のように、本件印刷行為は「正当な業務の範囲に属する正当な行為」としてなされたものであり、仮に形式的に売春防止法六条一項の行為の幫助として構成要件該当性を有するとしても、実質的に刑法三五条により違法阻却されねばならない³⁾。また、印刷行為を歴史的に見れば、明治憲法下の出版法（明治二六年法律一五号、改正昭和九年法律四七号）においても、「印刷

者は『通常発行者の依頼に依り印刷するものに過ぎない』として、その法的責任は、氏名・住所の不実記載などの形式犯のほかは、当時大罪とされていた文書・図画の印刷に限定されていた。そして戦後のチャタレー事件等のわいせつ事犯でも、印刷者が従犯とされることはなかった。このように歴史的にみて吾国では「印刷業者不処罰の原則」が確立しているという。³⁾ — 言い換えれば、印刷行為が直接に「公共の福祉」を侵害する場合は非常に例外であり、間接的にそれに関わる場合があっても正当な行為として原則的に保護されてきたということであろう。

〔二〕 憲法二二条二項違反の主張

次の通り。例外的に、印刷行為が構成要件に該当する実行行為として想定されている場合（刑法一四八条通貨偽造罪等）を除くと、印刷者の処罰は、印刷者に印刷対象の内容を審査し、不適当と認められる物の印刷を抑制させるものであり、印刷者をして国家的検閲の代行者たらしめるものである。検閲には、国家が直接行う「制度的検閲」と、否応なく国民の表現行為が自粛・萎縮に追い込まれる「機能的検閲」を区別できるが、本件行為の処罰は後者であり、例外を許さない検閲の「絶対的禁止」を定めた憲法二二条二項に違反する。⁴⁾

〔三〕 憲法一四条違反の主張

同様に次の通りである。不合理な差別の禁止は、憲法一四条一項後段に列挙された事由によるそれに限定されない、ということとは広く認められている。しかし、本件公訴提起は、第一に、大手出版社や新聞社が新聞雑誌等紙上で本件とは比較にならないほどの社会的影響を及ぼしつつ、日々煽情的な売春客誘引の情報を流しているにもかかわらず、⁵⁾ これら売春広告の印刷を請け負う大手ないし中堅の印刷会社の印刷行為が容認されていること、第二に、本件で「誘引する行為」をしたL、M、Nら、及び周旋行為と密接不可分の電話連絡をしていたOが起

訴されておらず、さらに周旋罪の共同正犯のうちの一人Fが略式起訴されていること、これらの点に照らして恣意的かつ差別的である。¹⁷⁾

〔四〕 憲法三一条違反の主張

従犯における明確性ということがここでは問題とされた。不明確であれば、本件のように、常識に基づき管理される日常生活に刑法が突然に介入することを許すという。そこで、従犯の可罰性の範囲に明確性を保障するための二つの方法が提案されたが、一つは一般的であり、もう一つは特別刑法における従犯を意識したものである。

第一に、幫助とは一般に犯罪の「役に立つ」ことであり、犯罪の「片棒をかつぐ」ことである。しかし、常識的に、「片棒をかついだ」と言うとき、それがどのくらい「役に立つ」行為であったかの判断を前提としており、「近接的」幫助を入れ、「遠隔的」幫助を斥ける意味合いを持つ。「近接的」幫助のメルクマールは次の三点である。(1)正犯の犯罪利益の分配を受けていること、(2)正犯の「一味」であると言えること、(3)正犯の行為と直接結びつき、中間に他人の行為が介在しないこと。この標識に基づき本件行為を見ると、(1)A、Bは一般の営業ベースで本件小冊子を印刷しており、Cらの犯罪利益の分配に預かっていない。(2)A、BはCらの専属の下請業者ではないから、その「一味」とは全く言えない。(3)本件印刷行為と正犯行為（周旋）との関係は決して直接的ではなく、「印刷↓Dらへの引き渡し↓しらによる配布↓周旋」と極めて間接的である。したがって、本件行為は後者の「遠隔的」幫助形態に属する。ところで、この「遠隔的幫助」が従犯でありうるためには、「余程強い正犯との主観的関連が必要」であるが、「本件では故意はなく、百歩譲っても、何かよいとはいえないことに関係しているかもしれないというおぼろげな懸念があるにすぎない」。それゆえ、本件行為のような「客観面・主観面の双方から違法性の弱い遠隔的行為を幫助犯として処罰することは、『正犯から見て遠い遠い無関係な行為』に

関して『おぼろげな認識』しか有していない者を、犯罪の片棒をかつぐとして処罰することになり、憲法三二条、罪刑法定主義、刑法の謙抑性、ひいては社会正義に著しく反する^⑧」。

第二に、特別刑法における共犯に関しては、一般の刑法犯の共犯にはない特殊性を認めねばならないという点である。まず、特別刑法においては、予備ないし教唆・幫助にあたる行為形態が独立した罪の正犯として改めて規定されていることが多くみられる。このことは「本来可罰的な共犯形態は全て正犯として細かく規定していることを意味し」、それゆえ特別刑法への狭義の共犯規定の適用の必要性は低いのである。本件で言えば、周旋罪の従犯として誘引罪があり、「六条一項・二項の規定の仕方から、刑法六二条一項を排除する刑法八条但書の『特別の規定』であると解すべき」なのである(控訴趣意書第四章第一「売春防止法六条の問題点」の項より引用)。次に、判例が特別刑法への従犯規定の適用を肯定しているのは、次のように、社会問題化している五類型に限定され、それは「必ずしも実質的違法性が弱いとはいえない」ものへの刑事政策的対応としてである。すなわち、選挙犯罪対策、暴力団対策、過激派対策、経済犯罪(企業犯罪)対策、道路交通犯罪対策である。これらのものを越えて、「特別に違法性の高いものでない」本件印刷行為を処罰することは、従犯規定の適用外であるべきものの処罰であるから、憲法三二条に違反するのである^⑨。

[五] 判例違反の主張

本件以前に印刷業者を周旋幫助とみなしたものとしては、新潟において昭和六〇年二月二十七日に略式起訴され罰金二五〇〇〇円で処理された事案、札幌において昭和六〇年一月三〇日に起訴猶予とされた事案の二件であり、これらは争われていないため問題となっていない。しかし、その後に公訴提起されたものでは、印刷業者は誘引罪の従犯として扱われており、また、広告代理店の経営者が、「私を独占して新鮮な果実一口で出張OK

九〇分二万円エンジェル」などと記載されたチラシを販売する等した本件類似の事案でも（後述判決①）、誘引罪の幫助が適用されている^②。したがって、第一審の認定事実を前提として、「最大限譲ってもせいぜい売春周旋目的誘引罪の幫助に過ぎない^③」。

二 さて、右のような上告趣意に対して最高裁平成五年六月一日決定は簡潔に次のように回答した^④。

論点〔一〕について、「所論の実質は、被告人らの本件行為は可罰性がない旨の単なる法令違反の主張に帰し、刑法四〇五条の上告理由に当たらない」。論点〔二〕について、所論は、印刷行為の処罰が「印刷者に対し印刷物の思想内容等についての審査を義務付けることとなることを前提とするものであるところ、（原判決が）そのような義務を課したものと解する余地はなく」、論点〔三〕について、「被告人らが零細な印刷業者であるがゆえに原判決が被告人らに対し差別的取扱いをしたと疑うに足りる証跡はない」。そして、論点〔四〕では、上告趣意がかわされ、六条一項の規定は不明確であるとはいえないとされ、論点〔五〕については、「所論引用の判例は事案を異にし本件に適切でない」とされた。

しかし、論点〔四〕において議論が噛み合わないことは、控訴審において弁護人らが本件行為を周旋行為の間接幫助と主張したのに対して、直接幫助であると判示した、控訴審判決に対する再反論として、論点〔四〕が主張されていることに鑑みると、従犯論における一つの重要な論点に目を塞ぐことを意味するであろう。また、葛原は、同種のチラシが問題となった諸判決の動向に触れながら、右の弁護人の主張を援用し、本件行為を誘引幫助とすべきことを説いたのであった。それゆえ論点〔四〕〔五〕は右の決定のように簡単に斥けられるべきものではないのである。

- (1) 『全検証』一〇三頁以下。小野慶二弁護士と言葉である。
- (2) 『全検証』八八頁以下、三〇六頁以下。
- (3) 『全検証』一一八頁、三一七頁、三一九頁以下。
- (4) 『全検証』九八頁以下、一七四頁以下、三三三頁以下。
- (5) 『全検証』九〇頁以下、三一頁以下。
- (6) 『全検証』二七四頁以下。
- (7) 『全検証』三二四頁以下、三三八頁以下、三四六頁以下。
- (8) 『全検証』二二五頁以下(牧野・前掲論文)、三三三頁以下、引用は三二六頁。
- (9) 『全検証』三一六頁以下、三三七頁以下、大越義久『共犯論再考』(成文堂、一九八九)一九八頁以下。
- (10) 瀧・前掲判例研究によると、本件第一審判決後、東京地判昭和六三年五月一〇日が印刷業者を周旋幫助としている(瀧・一四九頁)。
- (11) 『全検証』三二〇頁以下、三四四頁以下。
- (12) 『全検証』三〇九頁。
- (13) 『全検証』三七九頁以下。引用中括弧内は引用者による。

四 考察

(一) 周旋罪の「幫助の幫助」の不可罰性

一 冒頭に述べた通り、本稿は本件行為が周旋幫助と構成されたことに対して疑問を抱いており、そこに誤り

を指摘しようとしている。その方法は、上記上告趣意論点[四]の第一点目が示したように、本件行為がCらによる周旋行為に対して「幫助の幫助」の關係にあり可罰性を持たない点を強調することである。しかしその前に、本件印刷行為が周旋幫助と構成されねばならないと考えられた理由を尋ねることからはじめたい。上告趣意論点[五]が示したように、本件第一審判決に先立つ類似事案一件では誘引幫助罪が適用されたが、これに触れて本件最高裁決定は「本件と事案を異にする」と述べたのであった。このようにして、本件の一つの特徴を浮かび上がらせることができる。

その二件は、何れも被告人自身が、「人を売春の相手方となるように誘引する」行為をする者、例えば売春広告ビラの頒布者や公衆電話ボックスへの貼付者あるいはその共同行為者（共謀者を含めた意味での）ではない、という点で本件と類似していた。第一の事例は、広告代理店経営者（被告人）が、「ホテル」あるいは「マントル」の経営者らから注文を受けて、同人らに対しその宣伝用チラシを販売して引き渡し、また新聞紙上にその広告を掲載させた各行為につき、「右経営者らの各犯行（宣伝用チラシを公衆電話ボックス内に貼付し、また広告を新聞紙上に掲載したこと——引用者）を容易ならしめて幫助した」と認定した大阪高裁昭和六一年一月二二日判決（判タ六三〇号三三〇頁、以下判決①）である。第二の事例は、印刷業者（被告人）が「ホテル」経営者らから注文を受け、公衆電話ボックスに貼付されるピンクカードを印刷した行為につき、同様に、右経営者らの誘引行為を「容易ならしめてこれを幫助した」と認定した東京地裁昭和六二年三月二四日判決（『全検証』三八七頁、以下判決②）である。——この判決②事案では、本件と同様に印刷行為が問題となっているので、一方では誘引幫助、他方では周旋幫助とされた理由が問われねばならない。また、判決①事案では、「ホテル」等経営者らは誘引罪だけではなく周旋罪でも有罪とされていることが分かっており、被告人Aの印刷行為を「直接幫助」

と評価した本件第一審判決に倣うと、広告代理店経営者は周旋罪の従犯として処理されてもよかったのである。³⁾しかし、誘引罪の従犯として処理されているから、その理由が事案に即して解明されねばならないのである。

ところで、売春営業等の宣伝目的でピンクチラシが盛んに用いられるようになったのは、一九八三年（昭和五八年）頃からの売春等営業形態の多様化と時期を同じくするとされている。⁴⁾そして、この種のチラシの公衆電話ボックス等への貼付等に対して、従来通り軽犯罪法一条三二号または三三三号を適用することでは、その「蔓延に歯止めをかけることはできない」と考えられ、やがて売春防止法六条二項三号を適用して検挙していく、という取締りの強化がおきた。⁵⁾そうすると、注目に値するのは、一部のチラシでその掲載内容に変化が生じたことである。

比較的初期に立件された判決①事案での「ホテル」等宣伝用チラシの文言は、「私を独占して!!新鮮な果実は一口で 出張OK 九〇分 二〇、〇〇〇円 エンジェル」、「あなたの目で選べます 一八才、一九才のみ、フレッシュギャルの宝庫 出張OK 一〇〇分 二五、〇〇〇円 プライバシーホテル」などである。これは、本件被告人Aが本件以前に印刷した小冊子「プレイメイト」創刊号収録のチラシの宣伝文句「しとやかな女性がお待ちする当店へ貴男のおこしをお待ちします。90分25000円」と類似している。これに対して、本件小冊子「エキサイティングガイドⅡ」における宣伝文句は、例えば「一九才〜二一才何も知らない私たち貴男のやさしい手ほどきで、シティーホテルO・K」であった。両者を見較べると、後者には時間と料金の記載がない、という点を知ることができる。ところで、一九八四年以降に誘引罪あるいは周旋幫助罪が成立している諸事例におけるチラシの記載を参考にすると、売春一単位あたりの時間の長さや値段は、七〇〜一二〇分につき一五〜三〇千円であった。⁶⁾ところが、「エキサイティングガイドⅡ」には四六枚の同種のチラシが収めら

れるものの、その中にこの点の記載のあるものは一枚も見られないのである。前者の種類のチラシは売春周旋意思を表明しているので、売春周旋目的誘引に供する広告として適当であるが、後者の種類のそれからはその意思を汲み取ることができない。この趣旨を判示して、後者の種類のチラシを公衆電話ボックス内に貼付した者に周旋幫助罪を適用したのは、本件第一審判決の直前に出された広島地裁昭和六二年一月九日判決であった（判タ六六〇号二四六頁、以下判決③）。判決①②③と本件第一審判決及びそれ以後の公刊物掲載の二判決、合わせて六判決に表れる、ピンクチラシの掲載事項と適用罪名等の関係を知りえた範囲で整理してみると次のようになる。

・判決①（大阪高判昭六一年一〇月二日／第一審大阪地判昭六〇年十二月二七日）

店名、宣伝文句、時間・料金（九〇分・二〇千円）等掲載のホテル等宣伝チラシの販売等に対して、誘引幫助罪。

・判決②（東京地判昭六二年三月二四日）

店名、時間・料金、電話番号等掲載のホテル宣伝カードの印刷に対して、誘引幫助罪（懲役四月執行猶予二年）。

・判決③（広島地判昭六二年一〇月九日）

店名、水着姿の若い女性の写真、「ギャル募集」等の語句、電話番号掲載のデートクラブ宣伝ビラの公衆電話ボックス内への貼付に対して、周旋幫助罪（懲役六月執行猶予三年）。

・本件第一審判決（東京地判昭六三年四月一八日）

店名、宣伝文句、電話番号掲載のホテル等宣伝チラシの印刷・製本に対して、周旋幫助罪（懲役三月執

行猶予二年)。

・仙台地判昭六三年六月九日(判時一二七六号一四五頁、以下判決④)

店名、「娘さん募集中」等の語句、時間・料金(七〇分・一八千円)、電話番号掲載のデートクラブ宣伝
 チラシの頒布に対して、誘引罪(懲役六月執行猶予三年)。

・大阪高判平一年七月七日(判タ七二二号二五四頁、以下判決⑤)／第一審大阪地判平一年二月一五日)

店名、宣伝文句、若い女性の裸体写真、料金(一五千円)、電話番号掲載のピンクピラの公衆電話ボックスへの貼付に対して、誘引罪(懲役五月執行猶予三年／第一審懲役五月実刑)。

こうして見ると、ピンクチラシの法的規制方法として六条一項を適用するか同条二項三号を適用するかの別れ目は、チラシの売春客誘引の宣伝広告としての情報量、とりわけ時間・料金の表示の有無による、と論じることができそうである。

ところが、このような明白と思われる結論も広く支持されているとは言えないのは、判決③と判決⑤の関係が次のように考えられているからである。——判決⑤は、「ピンクピラの貼付等の行為が法六条二項三号にいう『人を売春の相手方となるように誘引すること』に該当するには、ピラの文言、図柄等の記載内容のほか、貼付等の場所、態様等を総合的に考慮し、社会通念に照らして売春の周旋目的が表示されているとみることができれば十分であり」、「(控訴趣意のように)ピラの文言自体から売春周旋の意思を表示していると認められる場合に限定する理由はない」と述べた。これは、売春周旋目的のためのピラ貼付等であることがピラ自体に明示されている必要はない旨を述べたものである。これに対し判決③は、「広告等の内容は、売春の周旋をする意思が表

示されていることを要すると解され、事実上売春クラブの宣伝として機能しているというだけでは要件を充足しない」と述べていた。しかし、この判決③に対しては、「脱法的広告類の利用を招く結果となるほか、貼付等の段階で周旋目的誘引罪で逮捕することが困難となり」、「実効性のある取締りが期待できないとの批判があった」ところ、判決⑤が判決③を「変更した」のである、と¹⁰⁾。——しかし、後述するように、判決③が変更されたと考ええることは、誘引罪の法益をどのように考えるかに影響することでもあり即断は避けねばならないし、まして取締りの便宜を優先して「変更」を主張すべきではないであろう。判決⑤は、広告内容の他に「貼付等の場所、態様等」を総合的に考慮すると述べているので、事案に即してこの点を見みると、ビラは「四台続きの公衆電話ボックスの一台の正面ガラス面中段位に横に二枚並べて」貼付されていた。これに対して判決③事案では、「ビラ三枚位」が「電話ボックス内の電話機上部あたりの支柱に」貼付されていた。ここから有意義な差異を導くことはできないので、判決⑤ではビラの「貼付等の場所、態様等」が考慮されたため誘引罪の正犯で、判決③ではそれが考慮されていないため周旋罪の従犯である、と考えられている。しかしながら、逆に、仮に判決③における判断枠組を判決⑤事案に適用すると、必ず判決⑤が翻り誘引罪の正犯から周旋罪の従犯になる、と言うことはできない。つまり、判決③と判決⑤は、異なる事案に異なる判断が下されたとも言える余地を残しており、そしてその事案の相違とは、一方のビラには時間と料金の記載がなく、また「水着姿の若い女性」の写真が印刷され、他方の中には料金の記載があり、また「若い女性の裸体」の写真が印刷されていたことである。判決③は、ビラの文言自体から売春周旋意思の存否を判断すると述べていないし、判決⑤は、誘引罪の適用範囲を拡張する判断構造を示したが、両事案が異なると見ると、必ずしもそうした判断を示す必要性は認められないのである。¹⁰⁾

二 さて、このようにピンクチラシの内容に着目して、本件行為が周旋幫助と構成された理由を説明することは、さらに次の観点からも合理的であると言える。

先に述べたように、一九八三年頃からピンクチラシが盛んに用いられるようになり、その翌年以降、その貼付等に対して周旋幫助罪あるいは誘引罪を適用する判決が現れ出す。と同時に、両者のうち何れが適用されるべきかについて諸研究が公表されるようになるが、その中で次のような指摘が行われた。——ピンクチラシの貼付等行為者について、周旋罪の従犯と構成する場合は、貼付等行為後、本人による（共同正犯を含む）周旋行為が行われ、これと当該貼付等行為が結び付くこと、言い換えれば、ある特定の売春客がその貼付等されたチラシを見て誘引に応じ、周旋を受けたことを立証する必要がある、これは容易でない（さらにピラ貼付等段階での現行犯逮捕を困難にする）。これに対して、誘引罪の正犯と構成する場合は、売春客などの供述から貼付等行為当時、ピラに案内されている「ホテル」等が営業していたことを示せば足りる、と。⁽¹²⁾この点からすると、本件ではチラシの印刷行為が問題であるから、佐久間修も述べるように、貼付等行為に較べると、「個々の売春『周旋』行為との結びつきがはっきりしない」のであり、それゆえ周旋幫助とするよりも誘引幫助と構成した方がはるかに簡便であった。ここでも、周旋幫助とされた理由が問われねばならないであろう。⁽¹³⁾

この点を考えてみると、ピンクカードを印刷した印刷業者が誘引罪の従犯とされた判決⁽²⁾事案では、ピラを公衆電話ボックスに貼付した二名の者と「ホテル」の経営者は、共謀の上、右誘引行為を行っていたという事情が見られた。これに対して、本件では、「誘引する行為」を行ったL、M、Nらは誘引罪で起訴されていないし、本件周旋行為者C、D、E、Fらは何れも誘引罪では刑事責任を問われていない。「誘引する行為」者と「ホテル」等経営者（周旋者）が同一ではなく、その間に右行為につき共謀の関係が認定されていない、こうした場

合に、「（自らが）売春の周旋をする目的」を持つとは言えない「誘引する行為」者を誘引罪の正犯とすることは、本件第一審判決後の判決④において明示的に採用された考え方であった。¹⁶ それゆえ、本件では「誘引する行為」者に自らの周旋目的が欠けていたので、被告人A、Bを誘引罪の従犯とすることは、まだ考えられないことであった、ということは右の一つの考えられる理由として上げうるかもしれない。

売春防止法六条一項の罪と同二項の罪のように、前者の行為の前段階にある行為をその予備的・補助的な罪として別個に処罰する規定がおかれている場合、後者の犯罪の成立を主観的に限定する意味で、後者において「前者の目的」を必要とすることがあるが、この「前者の目的」をどのように理解するかについては諸説があり、ここでは見解を留保せざるをえない。が、この六条二項の解釈に話を限定すると、問題となっているのは次の点である。まず、六条二項の罪は、一項の罪と法定刑が同一であるから、殺人予備罪や通貨偽造等準備罪のような意味での独立罪とは多少異なり、二項の罪には、一項の罪における法益をその前段階にある行為として侵害する点とは区別される性格が付与されざるをえない。こうした場合に、次に、自己の周旋目的を伴う自己予備行為としての勧誘等行為の他に、他者による補助的行為としてのそれに対して、六条二項の罪を適用してよいか。——判決④は、「（「ホテル」等の）経営者との共犯関係（共謀共同正犯の關係）を論ずるまでもなく、他人の周旋目的を認識しながらちらしを頒布すれば、六条二項にいう周旋目的がある」として、これを肯定したのである。しかし、同様に「誘引する行為」者が「ホテル」等経営者と右行為につき共謀関係にない事案を扱った判決③を思い出さなければならぬ。そこでは、ピラ貼付行為について主位的訴因である誘引罪の成立が否定されたが、その理由は、ピラ貼付者において「自己の行うピラ貼付行為が売春の周旋を容易ならしめる点の認識」が欠けていたからではなかった。その点の認識は「十分肯認できる」のであり、そうであれば、ここから周旋者の周

旋目的の認識を導くことは容易であったであろう。しかし、判決③は、ピラに売春周旋意思が表示されていないから、ピラ貼付者を誘引罪の正犯ではなく周旋罪の従犯にしたのであった。ここには、「誘引する行為」者と「ホテル」等経営者が同一でなく、前者の「行為」後、後者により売春周旋が行われた場合において、前者を誘引罪の正犯とするか周旋罪の従犯とするかについての一つの基準が述べられている。判決④は、誘引罪の正犯の適用範囲を明らかに拡張するものであるが、仮にこれに倣い他人の周旋目的を認識した者による誘引行為を肯定したとしても、判決③が示した区別基準は放棄されるべきではないであろう。判決③は、貼付されたピラには売春周旋意思が表示されていないから、貼付者は周旋目的をもって誘引行為をしたとは言えない、とした。この論理は、判決④に関わらず、そのまま本件第一審判決の読み方として妥当すべきなのである。

以上において、まず、他事例におけるチラシとの比較から、次に、チラシの貼付等行為に着目して、諸事例においてそれぞれのような場合に誘引罪あるいは周旋幫助罪が適用されているかの検討を通して、本件印刷行為が周旋幫助と構成されざるをえなかった理由を見てきた。導かれた結論は次のようなことである。——本件において、「ホテル」経営者Cらを売春周旋目的の誘引罪の共同正犯とするか、あるいは「誘引する行為」を行ったし、M、Nらに誘引罪を適用し、本件印刷行為を誘引幫助とすることは当然に考えられることであった。しかし、本件では、売春客を誘引するために用いられた小冊子「エキサイティングガイドⅡ」収録のチラシの内容が、売春周旋のための誘引行為として公衆電話ボックス等に差し置くところのものとしては情報量において不足していた。それゆえ、判決③においてピラ貼付者が誘引罪の正犯とは構成されなかったように、本件印刷行為は誘引幫助ではなく、周旋幫助として扱われた、ということである。¹⁰⁾

三 判決③の論理を大切にすることは、しかし、事案の異なる本件で、被告人A、Bは周旋罪の従犯以外ではありえないとすることはできない。判決③が問題としたのはピラの貼付行為であったのに対し、本件ではそうした「誘引する行為」のさらに早い段階で行われるチラシの印刷行為が対象である。上告趣意論点^四の第一点目が指摘したように、この印刷行為は「誘引する行為」と較べると周旋行為からかなり「遠い遠い」ところにあり、強いて言えば「誘引する行為」の準備行為である。ところで、売春防止法六条二項が、「一項の周旋行為の準備行為を処罰する規定」であることは一般に認められている。¹⁹つまり、「誘引する行為」は周旋行為の予備的・助動的行為であり、本件印刷行為を周旋幫助と構成する場合は、「予備の幫助」あるいは「幫助の幫助」の可罰性について論じることが避けては通れないのである。本件第一審判決は、Aの印刷行為について、「Cら²⁰を直接幫助したものと評価すべき」とした。しかし、直接幫助と「幫助の幫助」（間接幫助）は決して同じではない。続いてこの趣旨を敷衍して、本件印刷行為を周旋幫助と構成してはならないことを説明することにする。²⁰

さて、右の点に注意して本件印刷行為を考察し、周旋幫助罪の成否について否定的に結論を導いているのは葛原の他に曾根威彦と部分的に船山泰範である。まず、曾根は、刑法六二条二項に「幫助の教唆」のみが規定されていることに照らして「幫助の幫助」は不可罰であるとするのが立法の趣旨であるとし、他方で間接幫助に関する代表的判例である最高裁昭和四四年七月一七日決定（刑集三巻八号一〇六一頁、以下四四年最決と表記）に触れて、本件とは事案が異なる²¹とした。次に、船山は、Aの印刷行為は周旋の直接幫助であるが、Bのそれは周旋の「幫助の幫助」にあたる²²とした上で、四四年最決の事案は「幫助の幫助にあたる場合ではない」とし、また曾根と同様に「幫助の幫助」を処罰することは罪刑法定主義に反する²³とした。両者ともに、仮に間接幫助を肯定したと言われる四四年最決が単なる幫助の事例であったとしても、本件のように、決して刑法六二条一項を適用

してはならない本当の意味での間接幫助の事例があることを認めるのである。

四四年最決は、「被告人Xが、Yまたは同人を通して第三者において、不特定多数人に観覧せしめることを知りながら、わいせつ図画フィルムをYに貸与し、YからZにそれが貸与され、Zにおいてそれを映写し十数名の者に観覧させた」というケースを扱う。そして興味深いことに、この同じ認定事実を前にして、第一審判決がXはYを介してZを直接幫助したとに対して、第二審判決と四四年最決は、XはZを間接に幫助したと判断したのである。しかし、大審院における間接幫助に関する複数の代表的判例に遡って検討した大谷実は、判例は直接幫助と間接幫助の区別を認めていないとした。判例は、「因果関係において直接幫助と同等のものであるかぎりて間接幫助が成立するとしている」にすぎない。大谷によれば、四四年最決は「間接幫助の観念をみとめて、その成立を嚴格に解した」のだが、その意味は、Xの行為は「因果関係において直接幫助と同等のもの」であったということであり、また第一審判決は「直接幫助の観念をやや広め」たが、それも同じ理由に基づくのである。²³ こうした見方は、何れにせよ判例が刑法六二条一項を適用していることに鑑みれば当然に成り立ちうるであろう。問題は従犯の成立範囲を限定することであり、間接正犯における議論と同様に、介在者が自然人であることをあまり重視し過ぎてはならないということであろう。

佐々木史朗と北川佳世子は、チラシの印刷行為が周旋行為から離れた希薄な関与形態であることを認めつつ、しかし幫助の因果関係を満たすとして、本件印刷行為を周旋幫助とすることは正当であると論じた。²⁴ しかし、印刷行為は「準備の準備」の行為であると言われており、大谷によれば刑法六二条一項の適用の可否を決定するのは因果関係であるから、本件行為は「幫助の因果関係を満たす」か、と改めて問わねばならないであろう。言い換えると、曾根や船山による、本件のような「幫助の幫助」のケースを処罰する明文の規定はないとの理解は、

四四年最決の事案と本件とでどのあたりが因果的に異なっているかを指摘することで裏付けられるのである。——ところで条件説的な因果性概念に従うと、従犯の成立範囲を因果的に限定することはできない²⁸。しかし、理論的にここで求められているのはそうしたことであるから、本来ならば、本件のように一見すると些細な事例を検討する場合でも、私たちは条件説的なそれとは異なる因果性概念に立脚して従犯を論じることから始めるべきである²⁹。が、詳しい展開は別稿に譲ることにして、さしあたり売春防止法六条に一項と二項の二つの規定が置かれており、一項の幫助行為と二項の行為が重なるものであることに注目しておきたい。

さて、周旋とは、売春をしようとする者とその相手方となる売春客を仲介することをいい、最終的に売春が行われることを要しない（佐藤・四〇、四一頁）。また二項の行為のうち勧誘とは、特定人に対して売春の相手方となるように積極的に働きかけることをいい、売春客からの依頼に応ずることは勧誘ではない（佐藤・四二頁）。したがって、予め売春女性から相手方の紹介を依頼された者が特定の売春客を探しあてるといふ場合、一項の行為と二項の行為の区別は明瞭ではなくなる。何れの行為であるとしても、その者は単に売春客に声をかけただけであるかもしれないのである。このように両者は限界を接するものでありながら、しかし区別されているのである。しかし、右の場合でも、周旋行為とは相手方を探してその承諾を得ることであるから、声をかけることが勧誘であり、そうした準備段階を経て相手方の承諾が得られるときに、周旋は既遂に達するであろう。このように、その逆は言えないが、全ての二項の行為が一項の行為の予備的・幫助的行為であることは、また、二項の行為が一項の罪の目的の要件によってその成立範囲の限定されるものであることから明らかである。これは、法適用の現場ではともかく、一項の行為と二項の行為が異なることをむしろ強調した規定の仕方と言うべきではなからうか。一項の周旋行為が基本となり、二項の行為がここから派生する。これが現行法の採用した構えであろう。

ところが他方で、一項の罪と二項の罪の法定刑は同一であるから、これを重視して、それぞれがそれぞれの法益を有する独立した犯罪であると理解すると、それぞれに従犯の成立する余地があると一般的には言うことができる。しかし、ここで一項の行為の幫助と二項の行為のそれが代替可能であるとすると、再び一項の行為と二項の行為の關係を不明瞭にしてしまう。結局、二項の行為は一項の周旋行為の前段階に行われる準備行為であるから、一項の行為の幫助（あるいは二項の行為）と二項の行為の幫助は、次元の異なるものである、と理解しているのが現行法の立場と言うことができる。

さて、この点を因果關係論に反映させると、二項の行為の幫助を取り上げ、これを仮に一項の行為による結果発生と因果的に關係づけるとき、その因果關係は、主たる因果系列に介入する従たる因果系列に、さらに介入するものと描かれるであろう。主たる因果系列は周旋行為により右の法益侵害の危険性が高められること（周旋による売春助長）を表し、従たる因果系列は周旋幫助行為により右の法益侵害の危険性が高められること（周旋による売春助長が促されること）を表す。そして、この従たる因果系列に介入する誘引幫助行為は、周旋幫助行為による法益侵害の危険性の右の増大化を促し（また、誘引による売春助長を促し）、二重に間接的に周旋による売春助長に影響を及ぼすのである。

これに対して、四四年最決の事案では、Xのフィルム貸与行為を従たる因果系列に介入するものとして孤立化することはできない。本件印刷行為としらによる「誘引する行為」に対して、Xの貸与行為とYの貸与行為を比較してみるとこの点は明瞭である。後者は同一行為の継起であり、犯行に必要な物件が正犯へと受け渡される、その物件の移動を表しているにすぎない。この場合の因果系列は、一方が他方に介入するのではなく、この物件の移動に即して一続きの線で表すことができるのである。⁷⁾ — 例えば、侵入窃盜の従犯を考えてみよう。PとQ

とRの間に共謀の事実は認定されないとし、まず、(1)Pが窃取しうる金品の種類や多寡あるいはその所在地などの侵入先の情報をRに伝え、Qが侵入の用に用いるための鍵をRに手渡し、Rが犯行に及ぶ場合、Rが正犯であり、PとQはそれぞれRの従犯である。次に、(2)PがRから侵入先の情報入手の依頼を受け、PとQが共同して情報を入手し、QがRにそれを伝え、Rは鍵をこじ開け犯行に及んだ場合、やはりRが正犯であり、PとQはそれぞれRの従犯であろう（PとQの関係は本件被告人AとBの関係と同じである）。もっとも、私たちが「共同従犯」という考え方を持てば、これはまさにその場合であるが、そうした概念を私たちは持たないので、PとQのそれぞれがRの従犯であると言う。しかし、このケースの因果系列を孤立化すると、右の点は顕在化し、PとQの行為を表す一つの系列がRの行為を表すそれに介入する、と描かれるであろう。最後に、(3)Pが侵入先の情報入手し、QがそれをRに伝え、Rが犯行に及んだ場合、この場合もやはりRが正犯であり、PとQはそれぞれRの従犯ではなからうか。(2)の事例との違いはPとQが共同して行為していないことであるが、同様にPとQの行為の継起を表す一つの系列がRのそれに介入するケースであろう。(3)の事例は、四四年最決の事案におけるわいせつフィルムが、ある種の情報に入れ替わっているのである。——ちなみに、「教唆の教唆」の場合も、「幫助の教唆」の場合も、前者は主たる因果系列として、後者は従たる因果系列として、という違いは認められるものの、何れもその因果系列を一続きの線で描くことができる場合である。こうした理由で、私たちは四四年最決の判断を結論において妥当であると感ずるのである。

日高義博は間接幫助の可罰性についての肯定説と否定説を整理して、前者がそれを「正犯に対する間接的な幫助」と理解するのに対して、後者は「従犯に対する幫助」と理解する、と述べていた²⁸。両者は理論的基盤を共有するものではなかったが、右に記したところに従うと、四四年最決は因果的に「正犯に対する幫助」の事案であっ

たから可罰的であるとした結論は妥当であり、本件印刷行為は因果的に「従犯に対する幫助」であるから不可罰なのである。

四 葛原は、誘引行為を周旋の予備ないし幫助とし、本件印刷行為をCらによる周旋の「幫助の幫助」と理解して、本件弁護人らに倣い、本件印刷行為を周旋罪の幫助として処罰することは好ましくないとしているから、右に述べた見解はあるいは広く支持をうることができるかも知れない。しかし、同時に葛原は、誘引行為は周旋の予備ないし幫助に尽きないから、本件印刷行為を誘引罪の幫助として処罰することが健全であると言う。既述の通り、本件小冊子「エキサイティングガイドⅡ」に収められたチラシは売春周旋意思を表示するものではなかったので、私たちの理解に従えば、被告人A、Bを誘引罪の従犯とすることはできない。ところが葛原は、誘引罪には、売春を助長する行為を防止するという目的の他に、「社会の風紀、町の美観等の社会的法益を保護する」という機能が追加される」と述べる²⁹⁾。このように考えると、チラシに売春周旋意思が表示されているか否かは重要性を持たなくなり、その種のチラシの全ての頒布等の行為が売春防止法六条二項三号の罪に問われる可能性を持つことになるであろう。しかし、これは売春防止法が売春と無関係な事柄をも対象に入れると言うことと同じであり、罪刑法定主義の観点から疑問でもあるので、次に、考察(二)に移り、誘引罪の保護法益について検討することしよう。

(1) 判決①は、「ホテル」経営者らが新聞に広告を掲載して、被告人(広告代理店経営者)が掲載させた、とする。被告人は第三者(従業員)を利用した間接的な誘引幫助行為者で、右経営者らは「故意ある幫助的道具(被告人)を利

- 用した間接正犯」である、という意味か、誘引補助行為者である被告人が誘引罪正犯である右経営者らをして掲載させた、という意味か不明である。内田・前掲判例研究六六頁は後者であると解している。
- (2) 大阪高判昭六一年一〇月二五日（公刊物未登載、渡辺・前掲「ピンクビラの規制と法的问题点」二八頁参照）。判決②についてこの点は不明である。
- (3) 判決①において広告代理店経営者の誘引補助の故意の認定材料になっているのは、宣伝チラシ及び広告の内容・体裁のほか、被告人が「ホテル」経営者らに対し「警察の取りに注意するように忠告したりした」ことや被告人において「他のホテル業者が檢舉されたことを認識していた」こと等であるが、本件第一審判決に倣えば、ここから「ホテル」経営者らの周旋行為を補助する故意を認定することは可能であると思われる。
- (4) 総理府編『売春対策の現況』（一九八六）六頁以下。
- (5) 松浦・前掲論文二九頁。他に、中尾勇「風俗事犯の実態とその対応」ひろば三八巻一号（一九八五）三一頁、新庄・前掲判例研究五一頁以下、柳・前掲論文四三頁以下、等参照。なお、藤田昇三「売春助長事犯の一断面」研修四三七号（一九八四）二九頁によると、昭和五三年以降五八年までの売春防止法六条二項三号違反の検察庁受理件数は二人であるが、昭和五九年上半期には三二人と急増している。
- (6) 松浦・前掲論文三〇頁、渡辺「法的问题点」二七頁以下等参照。なお、田村雅幸「売春防止法制定三〇年後の売春行為者等の実体（上）」警論三九巻五号一〇〇頁には、「派遣型」に限らないが、一回あたりの売春料金を売春女性の年代別に整理した表が掲載されている。
- (7) 牧野弁護士からお見せして頂いた資料による。
- (8) 渡辺はビラの内容と誘引罪の成否に関してビラに売春周旋意思が表示されているか否かをかなり重要視していた。例

えは次のように述べている。「『売春』周旋のビラであるからこそ、社会の善良の風俗を乱すものとして、周旋に至らない段階において独立処罰の対象とされているともいえる」(渡辺・前掲「法的问题点」二九頁)。また、ビラの内容は「時間と料金の記載を欠くものや、コンパニオン募集の形態を装うものなど、種々のものがあるようである。このようなビラの多くは、売春周旋を目的とするものと想像されるが、だからといって、どのような内容のビラであっても誘引罪に該当するとはいえないであろう」(渡辺「いわゆるピンクビラの規制について」研修四六八号三七頁)。

(9) 新庄・前掲判例研究五四頁。他に、沼里(佐藤編・二〇項目)二二三頁以下。判決⑤以前の同様な見解として、柳・前掲論文五一頁等がある。

(10) 判決⑤はビラの文言等を総合的に考慮し、「社会通念に照らして」、売春周旋意思の表示の有無を判断すると述べている。しかしこの種のビラやチラシにおいては、ある種の社会通念がその種のビラ・チラシに売春周旋意思を読み込む、という側面が無視しえなくあるように思われるので、「社会通念」を判断基準として用いるのは適切ではないであろう。

(11) 本件控訴審判決は、「本件小冊子は、時間と料金こそ記載していないものの、内容自体からホテトル業者が客寄せに使用する広告をまとめたものであることが一見して明らかである」と述べる。明らかであるか否かは別として、ここでは、チラシの内容と売春周旋意思の表示の有無との関係が直接に問われない点に注目したい。本件では周旋幫助が問題とされ、誘引幫助が問題とされていないので、本文と矛盾するようであるが、逆に、どのような内容のチラシが印刷されたかは重要でなくなっているのである。しかし、これは印刷者を周旋幫助とすることの一つの問題点である。

(12) 渡辺・前掲「法的问题点」三〇頁以下、柳・前掲論文四四頁以下、馬場・前掲判例研究七九頁、佐久間・前掲判例研

究九八頁、等参照。

(13) 佐久間・前掲判例研究九六頁。

(14) ちなみに、渡辺・前掲「法的问题点」等では公刊物未登載判決が多数検討の対象とされているが、それら諸研究から知りえた限りでは、一九八四年（昭和五九年）以降、本件第一審判決（一九八八・四・一八）までに、チラシの貼付等行為者が周旋罪の従犯あるいは誘引罪の正犯と判断された一八件（略式命令を含む）のうち、前者は四件、後者は一四件である。また、判決③以降、チラシの貼付等行為に対して周旋幫助罪を適用することはなくなっている。

(15) 渡辺・前掲判例研究二二〇頁以下、龍・前掲判例研究一四六頁以下。なお、判決④は右の趣旨を示した最初の判決ではないようである。判決④は、東京地裁昭和六三年二月一八日判決（判例集未登載）などにおいて、「当然の解釈とされてきた点を改めて正面から理論付けしたものであると位置づけられている（龍・一五五頁）。

(16) いわゆる「他人予備」については、植田重正『共犯論上の諸問題』（成文堂、一九八五）二〇七頁以下、正田満三郎『刑法における犯罪論の批判的考察』（一粒社、一九六二）一九頁以下、斎藤誠二『予備罪の研究』（風間書房、一九七一）六〇三頁以下を参照した。

(17) 判決④解説（判時一二七六号一四五頁）。括弧内は引用者。

(18) 馬場・前掲判例研究八三頁には次のように記されている。「この事案では、印刷頒布された小冊子はその内容からみてそれ自体で明確に売春を誘引するものとは認め難いものであって、これを頒布しても誘引罪ないしその幫助罪が成立し得たとはいい難く、周旋幫助罪の成立を否定すれば無罪となりえた事例であったと思われる。

(19) 土金賢三「売春防止法について（二）」警研二七巻八号（一九五六）五八頁。なお、佐藤文哉「売春防止法」（平野龍一他編『注解特別刑法第7巻風俗・軽犯罪編第二版』育林書院、一九八八年、所収）は、「二項は、周旋の未遂また

は予備的行為を規定したものであるとする(佐藤・三九頁、以下同文献を参照する場合はこのよう表記し本文中に掲げる)。二項の行為が周旋罪の未遂にあたるというのは、後に言及するが、一項の行為と二項の行為が、被告人の身体の動き(主に言動)に着眼すると、同一であるように見える場合があるからである。

- (20) 「予備の幫助」と「幫助の幫助」では論点が異なるところがあり、同一に論じることができないが、既述の通り、事件の小冊子を差し置く行為を「他者による幫助的行為」としての「誘引する行為」と理解する観点から、問題を「幫助の幫助」に限定したいと思う。

- (21) 曾根・前掲講演要旨六頁。

- (22) 船山・前掲論文五三頁以下。しかし、船山はBの印刷行為も周旋の幫助にあたるかと解する余地があるとするなど若干論旨は不明瞭である(船山・五九頁)。なお、間接幫助と「幫助の幫助」(順次幫助)は、正犯との間の介在者が「道具」であるか否かにより区別されることがあるが、本稿にとっては重要ではないので取り上げていない。右の点については、船山・同五七頁、平野龍一「犯罪論の諸問題(上) 総論」(有斐閣、一九八二)一七九頁参照。

- (23) 大谷実「間接幫助」刑法の判例第二版(一九七三)一一九頁。

- (24) 佐々木、北川・前掲判例研究五三頁以下。

- (25) 前田雅英教授は本件を幫助の故意による処罰範囲の限定が問題となる事案と位置づけている(前田『刑法総論講義第二版』東京大学出版会、一九九四年、四九七頁)。

- (26) 森川恭剛「因果的共犯論の課題」九法六八号(一九九四)一頁以下。

- (27) 森川・前掲論文七八頁以下、同「教唆犯の因果性と行為の目的論的解釈」九法六九号(一九九五)一一〇頁以下。

- (28) 日高義博「間接幫助」刑判例百選Ⅰ総論(一九七八)一八六頁。

(29) 葛原・前掲判例研究一五二頁。

(口) 本件行為による売春防止法の保護法益の侵害性

一 本件印刷行為の可罰性を誘引補助として肯定する見解は六条二項三号の保護法益を「社会の風紀、町の美観等」とする。また、誘引罪の保護法益の一つとしてこうした内容の社会的法益を想定することは、広く支持されているようである。しかし、六条一項と六条二項各号の法定刑が同一であることから、後者が前者とは異なる法益構造を有すると考えざるをえないとしても、ピンクチラシが電話ボックス等に散乱すること等で侵害される社会的法益の内容は、それによって規定されるものではない。それゆえ、「社会の風紀、町の美観等」が誘引罪の法益でありうるかについては慎重な検討が必要である。ところで、いわゆる「ピラ貼り」に刑罰を科す地方自治体の屋外広告物条例は、美観の維持をその目的の一つとして掲げることが多いが、これに対しては強い疑問が提起されている³⁾。ピラ貼りは美観を損なうか、という形で問われるのは表現行為の規制の可否であり、こうした問題状況は以下の考察に重要なヒントを与えるであろう。ともあれここでの問題は、第一に、売春防止法六条一項の罪の保護法益の一つとして「社会の風紀、町の美観等」を考へることは適当か、第二に、適当でないとするばその社会的法益の内容はどのようなことであり、第三に、その社会的法益を本件印刷行為は幫助行為として侵害しているか、ということである。

まず、第一点目について、注意を喚起したいのは、売春防止法の保護法益の一つとして「社会の風紀、町の美観等」が取り上げられるようになったのは、一九八三年以降、売春客数が広告量に依存する「派遣型」へと主たる売春営業形態が変化を見させてからではないことである。以前から、同法五条の売春女性による勧誘罪規定の

根拠として同様のことは指摘されていたのであり、新しく生じたのは、この五条の罪の法益として想定されていたものを六条二項のそれとして自覚的に論じることであった。それゆえ、考えてみなければならぬことは二つあり、一つは、五条の勧誘罪等に関する解釈を六条二項に及ぼすこと（またはその逆をすること）の妥当性であり、もう一つは、そもそも五条の規定はどのように理解すべきかである。

もちろんこれらの論点は次のように考えられていると表面化しない。五条は「売春をしようとする者が自らその相手方を勧誘する行為等のうち、社会の風紀をみだし、一般市民に迷惑を及ぼすものを処罰する規定」（佐藤・三三頁）であり、六条二項各号に定められる売春助長行為は、五条において売春女性による勧誘等行為として規定されたものと極めて類似しており、したがって社会の風紀を維持し公衆の迷惑を防止することは六条二項の罪の保護法益でもある、と。しかし、この考え方は、売春女性による勧誘等行為が、「売春行為それ自体の違法性とは直接には関係のない風紀の取締と公衆への迷惑防止という観点から、処罰されることとされている」（佐藤・三三頁）ことを軽視するものであろう。仮に右のように考えるならば、同様に六条二項各号の勧誘等行為についても、「売春助長行為それ自体の違法性とは直接には関係のない観点から（も）処罰される」と言わねばならない。しかし、まず、売春助長行為の処罰の根拠が売春助長性とは異なるところにあるとすることは容易には首肯し難いと思われるし、次に、五条の罪の理由が右のように説明されるのは、五条の狙いが売春女性に刑罰を科すことではなく、「むしろ、これを手がかりにして、なるべく、保護更正の措置（起訴猶予や微罪処分のばあい）や保安処分を持ってゆく」ことにあつたからである³。では、こうした社会政策的考慮の入る余地のない六条二項の罪について、前者と同様の考え方を採用することは妥当であろうか。六条二項の罪は、売春女性の保護を目的とする規定に引き付けて理解するのではなく、売春助長行為の一類型として、その侵害する社会的法益を持つと考

えるべきであると思われる。^⑤

また、五条の規定を一方で売春女性を保護するためのものとしつつ、他方で「社会の風紀をみだし、一般市民に迷惑を及ぼす」罪であるとする理解については、「五条の罪を犯した者と補導処分との間に必然的な結びつきはない」（佐藤・一二九頁）と指摘されている点が重要な意味を持つ。五条の規定と補導処分の制度の成立の背景には、敗戦による社会の混乱に根ざす売春女性の激増、売春女性を「不道德と非難するには余りに差し迫った現実」、「無知と嘲るには余りに悲惨な事態」があったと言われる。^⑥このような中で、五条は「女たちがむしろ犠牲者であることに着眼してその救済を考え」た「一種のカムフラージュの条文」でありえだし、またその必要性も高かったのである。^⑦しかし、このような状況がほぼ解消し、婦人補導院の利用される事例が極端に減少した現在、五条の罪の対象が事実上女性のみであることは、合理的とは認められない性別に基づく不平等な差別的取扱いであると考えられている。^⑧こうして、公的な保障を必要とする少数の者の立場からすると、「五条の罪と補導処分との間に必然的な結びつきはない」のに、五条の罪で懲役刑の言い渡しを受けてから、「必要な生活指導」や「職業の補導」などの「保護更正の措置」を受けるべき資格を備える、^⑨という売春防止法の構成は、同法が進むべき道を踏み外しているものと言わねばならないのである。売春防止法は売春助長行為を厳しく禁止するとともに、「婦人保護事業の推進」を打ち出したと評価されたものである。この事業は、現在、「女性が直面しているさまざまな生活困難や性的被害の問題」を直視した上で、「要保護女子」における「要保護性」概念の反省をともないつつ、女性福祉（あるいは「女性ゆえの多様な福祉ニーズを適切に発見して、社会構造におけるセクシズムの解消までをターゲットに入れる、福祉サービスの整備」）へと姿を変えようとしている。このようなときに五条の規定を残しておくことは必ずしも必要ではないと考えられているのである。^⑩

以上のような理由から、五条の侵害利益を売春女性が「社会の風紀をみだし、一般市民に迷惑を及ぼす」と解釈することは止めるべきであり、また六条二項における社会的法益は売春助長行為が侵害するそれとして、五条の解釈とは切り離して別のところに求めるべきである。さて、この結論は、売春防止法一条の読み方について重要な変更を促しているように思われる。第一条は、「売春」が「人としての尊厳を害し、社会の善良の風俗をみだす」とする。これをうけて第三条は、倫理規定にすぎないと言われるが、売春及びその相手方となることを禁止している。ここからすると売春助長行為は、「売春の害悪を発生させまたは少なくとも発生させる危険を現実を生ぜしめるもの」(佐藤・三〇頁)である。しかしこの解説書の表現はかなり曖昧であり、同書としては、売春の害悪を発生させるのは売春であり、その害悪発生危険を現実を生ぜしめるものが売春助長行為である、と記した方がその趣旨には適っていたであろう。つまり、売春助長行為とは、売春による害悪惹起を助長するもの、売春という侵害行為に間接的に関与するものと言わざるをえないのである。しかしそうすると、売春助長行為の違法性は売春のそれより低いと言わねばならないであろう。

しかし、そうであるとは思われない。売春の善悪あるいは違法性については見解が別れるが、売春助長行為に取って違法性を否定する見解は殆ど見あたらないのである。私たちは、むしろ売春が社会的経済的に助長されるそのことに違法性を見出し、「売春助長行為」が、「売春女性の人としての尊厳を害し、社会の善良の風俗をみだす」と考えているのではなからうか。売春女性による勧誘等行為が侵害すると考えられていた社会的利益を斥けた後、売春防止法は売春助長事犯のみを科刑の対象にしていると考えることは合理的であるから、⁽¹²⁾ 売春防止法は、売春助長者による、売春助長行為のもたらす、人としての尊厳という個人的法益の侵害と社会の善良の風俗という社会的法益の侵害を禁止する、と解釈してみることにしよう。六条二項の罪における社会的法益はこ

した意味での「社会の善良の風俗」である⁽¹⁸⁾

二 ところで、六条二項の罪における社会的法益は、売春助長行為が売春を助長することによって直接に侵害するものに他ならず、五条の解釈から類推された「社会の風紀、町的美観等」ではない、という点は、判例においても読み取りうる場所である。前掲の諸判決のうち六条二項三号の罪における社会的法益に言及する判決①③④⑤はそれぞれ次のように述べている。

まず、判決①（大阪高判昭六一・一〇・二一）は、六条二項三号は、「同条一項の売春の周旋の予備的段階の行為を処罰の対象にするもの」であり、「他方、かかる予備的段階の行為であっても、それが売春を助長し、社会の善良の風俗をみだし、売春の防止にとって障害となる行為であることから、右同号はかかる行為を独立の犯罪として処罰することとした」とする。

次に、判決③（広島地判昭六二・一〇・九）は、六条二項は、「周旋という売春を助長する行為の予備的でない未遂的段階にある行為を罰しようとするものであるが、その理由はその行為自体外形的に社会の善良な風俗をみだすという点に求められる以上、同条項三号の広告等の内容は、売春の周旋をする意思が表示されていることを要すると解され、事実上売春クラブの宣伝として機能しているというだけでは要件を充足しないうべきである」と述べている。先にも触れたように、こうして、この事案におけるピラ貼付行為は、誘引行為ではなく周旋助長行為であると認定されたのだが、六条二項三号の罪に該当するためには、売春周旋意思の表明された広告類により「社会の善良の風俗」を侵害することを要する、と述べられたことは重要である。ここでは多様な性風俗関連営業のチラシ類が「社会の風紀、町的美観等」を乱すということではなく、売春を広告したチラシがその

ことによって、売春との関連において捉えられる第一条の意味での「社会の善良の風俗」を侵害する、と考えられているのである。

ところが、同判決の量刑の理由の中では、被告人のピラ貼付行為は、「直接には、公衆電話ボックスを所有管理する会社に対して多大な迷惑となるだけでなく、更に社会の美観を損ねる結果となること、また、裏では、本件のように売春の周旋を助けることとなり、デートクラブ形式の売春クラブの経営を支える結果となるのであって、犯情は悪」と記された。しかしながら、続いて、「本件と同種行為は、軽犯罪法三三二号に該当するものとして処理され、重刑については被告人のような累犯者に対しては最高刑の拘留一九日に処せられることが多いようである」とし、さらに、「ピラ貼付行為が結果として売春周旋を容易ならしめたという事実関係が明らかになれば、売春防止法六条一項の幫助犯になり得ると解」して、結局、売春防止法の保護法益として「社会の美観」を持ち出しているようではないのである。繰り返しとなるが、判決③では、公衆電話ボックス内へのピラの貼付行為は「社会の美観」を損なうけれども、売春周旋の意思を表示していないので、「社会の善良の風俗」を害しない、と述べられているのである。

本件第一審判決に先行するこれら二つの判決を見ると、誘引罪の社会的法益については、一条に掲げられた「社会の善良の風俗」のことが念頭におかれていたと少なくとも言うことができる。ところで、葛原は、右の判決③が六条二項三号における法益としては除外した「社会の美観」と、売春防止法が社会的法益として上げる「社会の善良の風俗」の区別を認識していない¹⁶⁾。葛原が本件印刷行為は誘引幫助であると主張したのは、このためであろう。——ところが、その後の二つの判決では、葛原らが指摘するように、「社会の風紀、町の美観」と「社会の善良の風俗」を混同するような表現が出てくるのである。

まず、判決④（仙台地判昭六三・六・九）では、六条二項の「立法趣旨には、同項の掲げる各行為が、周旋を助長するとともに社会の風紀を乱し、一般市民に迷惑を及ぼすものであるため、これを防止しようということも含まれている」とされた。次に、判決⑥（大阪高判平一・七・七）では、「六条二項三号の売春周旋目的の誘引行為が、その実質は周旋罪の幫助的行為であるのに、これを独立の犯罪形態として周旋罪と同一の法定刑をもって処罰することとしたのは、広告その他これに類似する方法による誘引行為は不特定多数の者を相手として頒布等されるため、売春の周旋ひいては売春を助長する程度が高いことのほか町の環境、美観を損い、公衆に迷惑をかけ、ひいては社会の風紀を害するからである」とされた。これら二判決における特徴は、それぞれにおける「誘引する行為」（デートクラブ宣伝チラシの頒布行為、ピンクビラの公衆電話ボックスへの貼付行為）の売春助長性が強く周旋助長の観点から捉えられていることである。そのため、誘引行為による社会的法益侵害における売春助長性が見失われる傾向にあるのである。この点と関係して、しかし、右のそれぞれの「誘引する行為」に六条二項三号の罪を適用した判決④⑤の論理展開には看過しえない問題点があるようである。

判決④は、既述の通り、自らは売春周旋目的を有さず、他人におけるそれを認識しながらチラシを頒布したケースを扱うものであり、こうして「自ら売春の周旋をする目的を有している者以外の者によって行われる」売春周旋目的の誘引行為を明示的に肯定した、最初のものである。また、判決⑤はその旨を高裁段階で明確に判示した最初のものであり、判決④⑤は、こうして、共犯関係を論ずるまでもなく頒布等行為を誘引罪に問いうる道を開いたのであった。このことの当否は別として、しかし、判決④⑤は、このために、誘引罪が周旋罪から独立していることを述べたのである。⁶⁾「このために」というのは、渡辺恵一が指摘するように、誘引行為が周旋行為の予備的・幫助的行為に尽きず、それ自体として直接に社会的法益を侵害するものであれば、貼付等されるビラが「売

春周旋の意思のあることを表明するものであるかぎり、周旋目的を有する者がピラ貼付行為者自身であるか否かによってその違法性の有無が左右されるものではない」ので、「誘引罪の正犯行為というのは、周旋を行う主体のいかんを問題にすることなく、周旋意思が表示されているピラ等をその旨の認識をもって貼付する行為として理解すれば足りる」、とすることができるようになるということである。端的に言えば、「他人予備も予備かという問題が、独立罪と理解することによって回避されている」のである。しかし、この意味は、裏返して言えば、判決④⑤は、誘引罪の社会的法益の内容それ自体には関心を持っていないということであり、誘引罪の保護法益を論じた上で、ピラの貼付行為がそれを侵害しないことを示した判決③とは、それに言及する判決としての重みが、異なるということである。それゆえ、判決③が示した誘引罪の社会的法益の内容に関する理解は、判決④⑤によって影響を受けないと考えるべきであろう。

三 売春防止法六条二項各号に定められた売春助長行為が同条一項の周旋行為の幫助という側面と「社会の善良の風俗」という社会的法益の直接的な侵害行為という二つの側面をもつことは必ずしも矛盾するものとは思われない。六条一項と二項の罪における法定刑が同一であるのは、二項の勧誘等行為が周旋行為と比較して社会的法益を大きく侵害するからであろう。より大きく社会的法益を侵害するとは、周旋行為が予め特定された一組一組の売買春を対象とするのに対して、二項の勧誘等行為は周旋行為の前段階として不特定多数の買春男性の中から売春客を特定する、という両者の関係に規定されることである。重要であると思われるのは、基本的に二項の行為は不特定の多数人に対する表現的活動であることである。では、次の問題は、こうした買春男性の不特定性ということにより規定された「社会の善良の風俗」をどのように解釈するかである。

ところで、売春助長行為が「社会の善良の風俗」を書ると言うことは、基本的には、「売春のどこがわるい？」と問うことから出発している。この問いかけは、一つには売春女性自らが「売春女性の存在は合法である」ことを主張するときに用いるものである²⁰⁾。もう一つは、吾国で橋爪大三郎が一九八一年と一九九二年に行ったものであり、こちらはフェミニズムに対する大きな問題提起として理論的にも受けとめられることとなった²¹⁾。この議論の状況を整理する中で売春助長行為が侵害する社会的法益を考えてみようと思う。

橋爪によれば、これまで「売春＝悪」を証明できた人はおらず、反売春の声は売春の「周辺部」を攻撃してきたにすぎない。周辺部とは、日本では「江戸の遊廓から戦後の赤線に到る娼家経営」で女性らのおかれた「奴隷的な拘束状況」、「非人間的な苦役」のことである。しかし、「このような売春のありさま」は、売春防止法が成立して十数年後、「トルコ風呂」という形で売春が再開されたとき、「自由に売春する身体の共棲体」としての売春営業へと姿を変えた。「トルコ嬢」は合意に基づき自由に売春するので、そこに強制の契機は見い出せない。それゆえ売春に被害者はおらず、売春が悪いと言う根拠はないのである²²⁾。——しかし、橋爪は続いて「売春の悲惨の正体」を突きとめようとし、「市民社会の \wedge 性 \vee 空間の曲率」を描き出す。結論は、家庭の性モラルが、大きく湾曲し落ち込む曲線のその先に売春を位置づけるために売春が邪悪なものとなり、反・聖性を付与される、というものである。そして、ここから売春女性は「勤労の倫理」を失い、「転落実感」を抱かざるをえないが、橋爪は次のように述べて、それが拭い去られるべきことを求めたのである。「遊女とは、イエスの可能な身体のことであり、ほとんどイエスの身体そのものことであらう²³⁾」。

このような橋爪の論旨を江原由美子は次のような議論の土俵にのせた。売春をめぐる否定的評価は、長らく、「売春行為の是非・それを行う女性に対する評価・売春がもたらす社会的影響の評価」というそれぞれ異なる三

つの観点が混同されたまま下されてきた。ようやく、一九世紀から二〇世紀にかけて、「女性にも人権があるのだ」という認識が確立しはじめる」と、「売春を行う女性に対する評価」が変化を見せる。そのような中で、「売春行為は、多くの場合、女性の自由意志に基づく行為ではなく、女性を監視し管理し売春させる人による強制的結果である」から、「売春を否定するには女性に売春を強制している人や制度を否定するべきである」と、ある意味で肯定的な認識が廃娼論によって示される。それゆえ、あたかもこの廃娼論の積極的な売春に対する批判的アプローチを掘り崩すかのように見える橋爪の指摘は、一瞥したところとは逆に、むしろ廃娼論の延長上に位置づけられる。つまりそれは、「『売春行為を行なう女性』への否定的評価の転覆を、さらに『売春行為』そのものの否定的評価の転覆へと拡大するもの」と考えられうるものである。²⁴⁾——しかしながら、「売春がもたらす社会的影響の評価」についての議論が依然として残されている。一九九二年に橋爪の「売春のどこがわるい」を再録した江原編『フェミニズムの主張』の意図はあくまで問題の提起であったが、三年後に江原が再び編んだ『性の商品化・フェミニズムの主張2』には、直接または間接的に右の「社会的影響」の点に言及する諸論考が収録されることになった。²⁵⁾

はじめににおいて紹介した永田は、売春は自由に売春する女性の権利を侵害するとは言えないが、「性行為非公然性の原則」に反するとした。永田によれば、これは性道徳に反するという意味であり、ここでは売春が社会的次元で問題にされていることが分かる。²⁶⁾——また、「性の商品化」の一例としてポルノグラフィを取り上げる紙谷雅子は、「女性に対する差別的禁止」が「公共の福祉」の内容でありうる点を紹介し、∧性の商品化∨の社会全体に及ぼす影響について考察を試みる浅野千恵は、若い女性の摂食障害を取り上げ、「(女性の)性の商品化」が「女性の主体性や尊厳を著しく脅かしている可能性」を見極めようとした。²⁷⁾ 何れも問題が社会的次元で女

性にとって深刻であることを示しているのである。そして、川畑智子は、「現代社会における女性の位置そのもの」との関係で売春を捉え、キャスリン・バリーがかつて「性的奴隷制」と呼んだことを援用した。²⁸⁾バリーは次のように述べていた。²⁹⁾

「女性を、なによりもまず男性の性的サービスの従わなければならない性的存在とみなすことが、一方の性だけが性的に奴隷化される社会的基盤となっている。」

「女性の性的奴隷制は、女性や少女たちが直接自分たちの存在に関わる状況を変えようがない状態、どうしてそうした状態にはまり込んだかという点に関わりなく、そこから脱け出せない状態、女性たちが性的暴力や搾取に従属させられている状態、以上のすべての状況に存在する。」

「女性あるいは少女が性的奴隷状態におかれている限り、性交は、定義の上では強姦である。」
 こうして見ると、「売春行為を行う女性への否定的評価の転覆」と「売春行為そのものの否定的評価の転覆」という点を廃娼論や橋爪と共有するとき、フェミニストが次に行くべきは、「売春がもたらす社会的影響の評価」を肯定的に転覆することであろう。川畑はこの課題を次のようにして遂行していると思われるのである。――川畑は、まず、売春女性の立場から売春を論じるとし、橋爪と同様に「売春は悪くない」とする。しかし、橋爪とは逆に、売春女性が「きびしい状況」に置かれていたこと、あるいは現在でも置かれうることを決して売春の「周辺部」の問題にしてはいけなと言いつつ。川畑によると、それは、社会の分析を怠ることであり、社会には「性的奴隷制」と呼ばれるべき事象があり、売春はまさに性的奴隷制として維持されているからである。このような点は「池袋事件」に現れていると言いつつ。³⁰⁾

「池袋事件」と呼ばれているのは、売春客が売春女性（被告人）をナイフで脅して特異な性的行為を強要した

ため、被告人がナイフを奪い、その客の腹部を刺し、逃げようとしたところ、逆に反撃にあい、自己防衛のためについて同人を刺し殺したという事案である（「ホテル嬢客刺殺事件」として、東京地判昭六二・一二・一八判時二二七五・四一、東京高判昭六三・六・九判時二二八三・五四）。——まず、売春客（被害者）は、「ホテル」経営者から指示を受けた被告人がホテルの一室に赴くと、二時間コースをダブル（四時間）へと時間延長する承諾を得て、規定の料金六万円と交通費一万円を支払った。被告人はその旨を事務所に電話連絡したが、それが終わると、売春客は、いきなり被告人のみぞおちを殴打し、被告人をベッドの上に押さえ付け、「静かにしないと殺すぞ」と脅迫して、予め部屋に持ち込んでいた切出しナイフ、電動性具、ロープ等を用い、その模様の一部始終をビデオカメラで自動撮影しながら、暴力的に、被告人の意志を完全に無視して、一時間二〇分ぐらいの長時間にわたり性的行為を継続した⁸⁹。ここには、売春女性に対する敬意が全く見られない。しかし、検察官は、被告人は売春客の「変態的猥褻行為に対しても黙示の承諾を与えた」と主張し、第一審、第二審両判決ともに結果的にはこれを追認し、それぞれ、「ホテル嬢として見知らぬ男性の待つホテルの一室に単身赴く以上、客の性格等によっては相当な危険が伴うことは十分予測し得るところであるにもかかわらず、敢えて、被害者の求めに応じてホテルに赴いたという意味では、（その後の被告人の権利に対する急迫不正の侵害も）自ら招いた危険と言えなくもな」い、あるいは、被告人は「四時間にわたり売春することを約し」たのであり、「被告人の性的自由及び身体の自由に対する侵害の程度については、これを一般の婦女子に対する場合と同列に論ずることはできず、相当に減殺して考慮せざるをえない」などと述べたのである（括弧内は引用者）。川畑は、このような考え方がまかり通るところを指して、「男のドミナントカルチャー」と呼んでいる⁹⁰。

次に、このような男性による文化的な支配のもとでは、売春女性である被告人が「人としての尊厳」を回復す

るため、売春客の腹部を刺して室外に出ようとしたところを、憤激した売春客が、素早くそれを阻止し、逃げ回る被告人を執拗に追い回し、捕まえ、押え付け、噛み付き、その頭髮を掴んで額付近を壁に打ち付け、ナイフを奪い返そうとしたとしても、「被告人の生命に対する急迫の侵害が存在したとは考え難く、ただ被告人の身体及び自由に対する急迫の侵害が認められるに過ぎないと言ふべきである」と判断される（第一番は懲役三年を言い渡した）。せいぜいのところ、「一般の婦女子」と異なる売春女性には、情状により刑が減輕されるだけである（第二番で刑法三六条二項が適用され、懲役二年執行猶予三年と言ひ渡された）。——このように、売春女性に「低い性的自由」があるとするのは、それ自体が問題であるばかりでなく、個々の売春において個々の売春女性を「きびしい状況」に追い込む。後者が性的奴隷制として売春が維持されているということの意味であり、前者が売春をそのようなものにする性的奴隷制の一つの姿である。

さて、右の意味で、売春は現在でも性的奴隷制として維持されている。しかし、売春女性は「性的に奴隷の行いをするのではないから、売春行為が売春を性的奴隷制として維持するのではない」、という点は川畑の強調するところである。つまり、売春（行為）が問題ではなく、性的奴隷制が問題であり、性的奴隷制として売春を維持する性的奴隷制が現存すること、川畑が「男のドミナントカルチャー」と表現して問題の所在を明らかにさせようとしたように、売春において、女性が社会的に劣位にあるとされざるをえないことが問題である。言い換えれば、性的奴隷制として売春が助長され、そして性的奴隷制が社会に根づき、これが社会に存在することが問題なのである。川畑によれば、このような観点から売春防止法を見ると、同法は六条以下で「性の奴隷制禁止の原則」を表明しているのである。——ここで述べられているのは、「売春がもたらす社会的悪影響」ではなく、「売春助長行為がもたらすそれ」であり、私たちの言葉でいえば、売春助長行為が「社会の善良の風俗をみだす」とい

うことである。こうして、社会との関係における売春の否定的評価は転覆されるのである。¹⁷⁾

私たちは売春助長行為が社会的に引き起こす法益侵害をその核心において「女性の性的奴隷制」という事態と考えようとしている。しかし、もう少し事柄を見やすくすると、キャサリン・バリーが述べていたように、女性が性的奴隷状態におかれていると、「性交は、定義の上では強姦」である、ということである。婦人保護事業の縮小化を懸念して、という文脈において、「現在の婦人保護施設の機能を拡大し、買春を行った男性に対する一定のカウンセリングなどの教育プログラムを含む保護処分が検討されてよい」という指摘が見られる。¹⁸⁾しかし、この事態はこれ以上に普遍的であり、性的奴隷状態に女性がおかれている、ということの意味は、アンドレア・ドウォーキンやキャサリン・マッキノンが反ポルノグラフィの議論の中で述べるように、深刻である。ドウォーキンによれば、この社会では、男性と女性の関係は性交を伴う性的関係に収斂せざるをえず、この性的関係は殆ど全て性差別的であり、そして男性はポルノグラフィを見て性的関係の持ち方を学習し、性差別的な性的行為を続行する。¹⁹⁾また、マッキノンによれば、「男性がポルノグラフィを用いるとき、彼らはその心などでは決してなく、その身体で、一方的な性行為、つまり人(男性)と物(ポルノグラフィ)との性行為が性行為であり、性的利用が性行為であり、性的虐待が性行為であり、性的支配が性行為であることを体得する」²⁰⁾。——それゆえ、この脈絡でも、ドウォーキンとマッキノンは「模範反ポルノグラフィ法」を起草し、その第一条で次のように書いたのである。「ポルノグラフィは性に基づく搾取と従属の組織的慣行であり、女性に対して差別的な危害を及ぼす」。この危害とは、一次的には、「(女性における)人間性の剥奪、(女性に対する)性的搾取、性行為の強要、売春の強要、身体の傷害、そして社会的な・性的な(女性における)恐怖と劣位が娯楽として提供されること」である。²¹⁾マッキノンによれば、この危害は、「個人単位にされた、原子論的な」「一度に一人という意味での個

人ではなく、「女性」という集団の一員としての個々人を傷つけている」ものである⁹⁶。

四 売春助長行為は「人としての尊厳」という個人的法益を侵害しつつ、「社会の善良の風俗」という社会的法益を侵害する。後者は、その核心においては、売春助長行為が女性の性的奴隷制という事態を引き起こしつつ維持することを言い、六条二項の行為が一項のその予備的・補助的行為でありながら、両者の法定刑が同一であることを強いて説明するなら、二項各号が基本的に表現的活動を規定することに鑑み、先の反ポルノグラフィの議論を援用して、二項の行為は一項のそれ以上に女性の性的奴隷制という事態を助長する、ということになる。では、このように、誘引罪における社会的法益が、「社会の風紀」や「町の美観」等ではなく、右のような意味で、主として女性によって経験される一つの社会の価値であるとき、最後の問題は、「誘引する行為」によるその法益の侵害の従犯として、チラシの印刷者を処罰してよいか、ということである。

しかし本件では、「エキサイティングガイドⅡ」に収められたチラシは売春周旋意思を表示する内容のものではなかったため、第一に、これを公衆電話ボックス等に差し置く行為と右の意味での法益侵害との関係が問題である。この点については一般的に次のように言うことができる。——売春周旋を目的とするチラシであるか否かにかかわらず、売春営業と疑似売春営業を問わず、この種のチラシを用いる広告・宣伝行為は、女性の性的奴隷制を維持・強化している。因果的にはその「誘引する行為」の可罰性を否定しえず、これはポルノグラフィが「女性に対して差別的な危害を及ぼしている」こと、またこの種のチラシが「町の美観」に差し支えるという場合と同じである。しかしながら、六条二項は売春周旋目的が「誘引する行為」には必要であるとし、また私たちは本稿で判決③を重要なものと位置づけたのであった。したがって、売春防止法は女性の性的奴隷制という事

態の中で、特に売春女性が社会的に劣位におかれざるをえないことを指して「社会の善良の風俗」を害するとして狭く考えるべきであろう。売春防止法はこれに依じて謙抑的に売春客への助長行為としてのそれに限って表現的行為を規制するのである。それゆえ、「風俗営業等の規制及び適正化法」二八条六項により同法一六条が準用されることはあるにせよ、売春周旋意思を表示しないチラシの頒布等が六条二項三号の誘引行為に該当するのではない。

第二に、仮に売春周旋意思を表示したチラシが頒布等された場合、このチラシの印刷行為を誘引補助と構成することができるかが問題である(判決②の事案)。ここで、本件上告趣意論点^一^二を思い起こさねばならないが、その趣旨は、印刷行為を表現行為の補助行為とすれば、二段階で表現の自由の規制が要求されることに對する懸念であると思われる。既述の通り、補助行為は侵害法益を因果的に直接に侵害することはなく、正犯の行為の基礎づける法益侵害の危険性を増大させるものである。後者の表現行為が侵害法益との関係で権利性を失うとき、さらにその補助行為に同様の効果をもたらすためには、それは重大な法益の侵害が生起する危険性を余程大きく高めるものでなければならぬであろう。長期二年の懲役刑を定める誘引罪がこの場合にあたるとは留保するが、印刷行為が誘引罪の法益の侵害される危険性を大きく高めるとは、例えば、強い誘引効果をもつ方法で頒布等される、強い誘引効果を帯びたチラシを、それと知りながら印刷することが必要になるであろう。誘引の効果は、売春客が売春周旋を受けるためにチラシを利用する、そのチラシの利用率によることになると思われるが、例えば三万部のうち三部が用いられたことを示すだけでは全く不足するであろう(本件の場合)。認定の方法について付言すれば、誘引行為による社会的法益の侵害といえども、それは周旋行為の予備的・補助的行為としての性格を放棄するものではないから、誘引行為がどれほど社会的法益を侵害しているかは、どれほどそれが周旋行為

に役立っているかを示す以外にないのである。

- (1) 馬場・前掲論文八七頁、等参照。
- (2) 中山研一「ピラ貼りの刑法的規制」〔警研六三卷一〇号（一九九二）一三頁等参照。]
- (3) 萩原玉味「売春の研究」明学二七五号（一九七九）は二四頁以下で「人に迷惑を与えるものとしての売春」について具体的に記述している。「街頭や公の場所における売春婦達の行動によって、一般大衆は迷惑を蒙る。……話しかけられた男性が迷惑を蒙るばかりか、売春婦があらわれる或る一定の領域にも悪い評判がたつようになる。公の建物、喫茶点、クラブその他のその地方の娯楽設備の所有者や支配人は商売上の不振に苦しむ。又、……売春婦の客引き行為を避けるために、地下鉄やバス停から離れたコースをかなり歩くこともあり得、売春婦は交通妨害をしていることになる。……殊にその場所が住宅街であったりすると、近所の住人達は、売春婦が男性を引っ張ろうとして暴力沙汰になるのではないかと恐れる。……又、売春婦達の公の場所への出現は、近所に住んでいる年少者達に悪い影響を及ぼす。彼等のなかには売春婦の誘惑に負けるものもあり得る。……売春婦達を見ていて、いくらかの売春婦達は、財政的貧窮のときにまねをしようという考えを持つようになるかも知れない。……売春婦達はなわ張りを常に持っており、（なわ張り争いの）けんかが行われ、その地域の平和が破壊される」と。
- (4) 団藤重光「売春防止法の全面施行を控えて」法時三〇巻二号（一九五八）七頁。
- (5) 佐藤、高橋省吾両判事によると、六条二項は「公衆に対する迷惑」、七条（困惑等による売春）は「婦女の心身の自由の侵害」、八条（対償の收受等）は「対償の搾取」、一〇条（売春させる契約）、一二条（管理売春）は「婦女の心身の自由の侵害」と「対償の搾取」をそれぞれ売春助長性とは別の処罰の根拠としている（佐藤・三〇頁、高橋

(佐藤編・一七項目) 一一二頁)。しかし、私の考えでは、七条、八条、一〇条、一二条の罪における各行為は、例えば「商品化された性の中からさまざまな搾取」というように、何れも売春助長行為として「人としての尊厳」という個人的法益を甚だしく侵害するのである。

(6) 鈴木壽一「日本における売春関係法制の沿革」法時三〇巻二号三四頁以下。

(7) 引用は順に団藤・前掲論文六頁、正木亮・座談会「売春の防止」法時三〇巻二号四九頁。

(8) さしあたり金城潛子「法女性学(第二版)」(日本評論社、一九九六)二六六頁、高橋喜久江「売買春と法律」ジュリスト八八二号(一九八七)三九頁以下等参照。なお、判例によると五条の罪の主体は女性のみではない(最決昭三七・二二・一八刑集一六・二二・一七二三)。また、性差別ということでは、婦人補導院が十分に機能していないという認識の下で、むしろ補導処分が女性のみを対象にしていることを問題とする見解も見られる(金城・座談会「犯罪をめぐる性差別」ジュリスト総合特集25、一九八二年、二七七頁)。

(9) 補導処分は、保安処分的一种ではあるが、実質的には(強制的な)保護更正の措置にはかならないとされている(佐藤・一二八頁)。補導処分の現状、婦人補導院の運営状況については、田中康郎(佐藤編・三三項目)三七九頁以下、坂田稔「東京婦人補導院の三十年を振り返って」刑政九九巻六号二四頁以下、等参照。なお、他方で、一九九〇年以降、五条の罪による懲役刑の言渡件数は増加しているが、補導処分の言渡人員は増加していないという現状がある。前者の増加原因が来日外国人女性による勧誘事犯の増加に起因するからだと説明されている(田中・三八四頁)。こうした点からすると、補導処分制度は所期の意義を見失っていると言わざるをえない。なお、五条の適用状況については次の記事がある。上村卓也「歌舞伎町のある犯罪に対する検討(上・下)」警察時報五〇巻二号、二号(一九九五)一一五頁以下、一二九頁以下。

- (10) 婦人保護事業については、片居木英人「売春防止法の現代的課題」、林千代「社会福祉と婦人保護事業」など林編「現代の売買春と女性」（ドメス出版、一九九五）所収の讀論考、及び吉田恭子「婦人保護事業の再構築の可能性はあるのか」（法ゼミ四七三号三四頁以下）を参照した。引用は吉田・三五頁下段に基づいている。片居木は、五条の勸誘罪と第三章「補導処分」の規定を削除し、第四章「保護更正」の規定を切り離して、「女性福祉基本法」の制定へと展開すべきであるという（片居木・一二二頁）。
- (11) プリシラ・アレクサンダーは、フレデリック・デラコステとの共編著『セックス・ワーク』（パンドラ監訳、パンドラ、一九九三）において、売春女性には「フリーで働く権利」があり、同時に、「管理や経営問題の面倒をみてくれる第三者に雇われて、働く権利もある」と述べている（二四八頁）。また売春助長行為を違法のままにしておく、「互いの安全のために組んで働く女性たちを逮捕するのにさえ利用される」と言っ（二四四頁）。
- (12) 売春防止法五条違反の事件処理件数は同法施行以来減少の一途をたどり、売春助長事犯（六条ないし二三条）は昭和六一年には事件処理件数のほぼ九割を占めるに至る、という推移については、渡辺・前掲論文二六頁等参照。
- (13) 六条二項の罪をこのように理解したとき、逆に五条の勸誘事犯を売春助長性において捉えることができるかは一つの問題である。しかし、五条の罪の対象がもっぱら女性であり男性でないという端的に性差を反映した事実があり、また、後述するような売春助長行為の侵害する社会的法益の内容からすると、売春女性による勸誘等行為を売春助長行為に位置づけることは適当でないように思われる。
- (14) 売春助長行為による個人的法益侵害については、梅崎助教が述べられたようなこと（「性の商品化」という非人間的境遇におかれたことからくるパーソナリティ解体の危険性」など）が考えられるのではないかと思う（梅崎・前掲論文五一頁、六〇頁以下）。

(15) 葛原・前掲判例研究一五二頁。

(16) この点は、判決④⑤ともに、「社会の風紀、町的美観等」が誘引罪の法益であると述べた(本文における引用箇所)直後に、したがって「誘引する行為」者は自ら周旋目的を有する必要はなく、他人のそれを認識していることで足り、と述べていることから分かる。

(17) 渡辺・前掲判例研究二二二頁。

(18) 葛原・前掲判例研究一五二頁。

(19) 五条の勧誘等行為の主体と同じように、三条の売春の主体も女性に限定されないと一般的には解されているが、売春は「最古のかつ女性の職業」であり、現在も基本的には「女性の職業」であり、女性のそれと男性のそれとは社会的な意味が全く異なると思われる。現在のところ、成人男性売春の助長は社会的には何ら新しい問題を引き起こさな
いと思われるので(認識不足かもしれないが)、本稿では売春の主体を女性としている。

(20) したがってこの場合は「私のどかがわるい?」ということであり、売春が身体的にも精神的にも苛酷な、また危険を伴う職業であることが否定されている訳ではないと思われる。

(21) 橋爪大三郎「売春のどかがわるい」女性の社会問題・研究報告第四集(一九八一)二四頁以下、その後、江原編『フェミニズムの主張』(勁草書房、一九九二)一頁以下に再録。

(22) 橋爪・前掲論文(八二)二四頁以下、(九五)二頁以下。

(23) 橋爪・前掲論文(八二)四〇頁以下、(九五)一九頁以下。橋爪教授は、社会的法益が因果的な侵害の対象となりうることは考えていない。そのため売春助長行為による侵害という事態を見失ったのだと思われる。社会的法益の存在性
格については、梅崎・前掲論文三三頁以下、同一個人の保護と社会法益の構造」刑法雑誌三五卷二号(一九九五)

- 一四頁以下、宗岡嗣郎『法と実存』（成文堂、一九九六）特に二四頁以下、一〇二頁以下参照。
- (24) 江原「フェミニズム問題への招待」（同編・前掲『フェミニズムの主張』所収）二六九―二七二頁。
- (25) 江原「商品としての性」（同編・前掲『性の商品化』所収）二八〇頁以下参照。江原教授によると、『性の商品化』は、一つには橋爪教授の論考に対して批判的検討を行う諸論考の集成である。
- (26) フェミニズムに永田助手が寄与したところはここまでであると思われる。法的には裁判官が性道德の内容を判断すべきである等の永田助手の論旨には従えない。
- (27) 紙谷雅子「 \wedge 性の商品化 \vee と表現の自由」（江原編・前掲『性の商品化』所収）五九頁以下。
- (28) 浅野千恵「潜在的の商品としての身体と摂食障害」（江原編・前掲『性の商品化』所収）七五頁以下。ナオミ・ウルフは摂食障害にも言及して「美の神話」について論じている（ナオミ・ウルフ『美の陰謀』曾田和子訳、TBSブリタニカ、一九九四）。さらに、浅野「女はなぜやせようとするのか」（勁草書房、一九九五）は、社会的力が、潜在的な商品としての身体を持つ女性がその身体を率直に肯定することを困難にさせているという。
- (29) 川畑智子「性的奴隷制からの解放を求めて」（江原編・前掲『性の商品化』所収）一一一頁以下。江原・前掲「商品としての性」二九八頁。
- (30) キャスリン・バリー『性の植民地』（田中和子訳、時事通信社、一九八四）一三〇頁、四九頁。
- (31) 川畑・前掲論文一二二頁以下。同様のことは、売春行為を強要されていた来日外国人女性がその雇い主等を殺害し刑事被告人となる諸事例にも妥当するものと思われる。例えば、下館事件タイ三女性を支える会編『買春社会日本へ、タイ人女性からの手紙』（明石書店、一九九五）等参照。
- (32) 角田由紀子『性の法律学』（有斐閣選書、一九九二）一六四頁以下参照。

- (33) 川畑・前掲論文一三〇頁以下。
- (34) 角田・前掲書一七六頁。
- (35) 川畑・前掲論文一四五頁以下。但し括弧内は森川の表現である。
- (36) 川畑・前掲論文一四三頁以下。
- (37) しかし、売春をめぐる否定的評価が右の三つの観点において、なぜ転覆されねばならないのかは、立ち止まって考えてみなければならない。たしかに本稿の叙述は結論の先取りという側面をもっていてその結論が一つの理由となると思うが、またそれは、一般に売買春は(本稿の用法では、売春助長は)「二重基準の性モラルを維持していくための制度」である(金城・前掲書一六〇頁)、と考えられているからであると思われる。
- (38) 林陽子「売春防止法をめぐる問題点」法の科学21号(一九九三)一三〇頁。
- (39) 紙谷・前掲「A性の商品化Vと表現の自由」のほか、同「アメリカにおけるフェミニズムとポルノグラフィ規制の動き」自正三八巻二号(一九八七)四四頁以下、池端忠司「表現の自由と女性差別」独協三四号(一九九二)二五一頁以下、内野正幸『差別的表現』(有斐閣、一九九〇)一八〇頁以下、三島聡「性表現に対する規制強化と女性」一研一九巻二号(一九九四)一二九頁以下、等の諸研究を参照した。
- (40) A・ドウォーキーン「インターコース」(寺沢みづほ訳、青土社、一九八九)特に二二〇頁以下、同『ポルノグラフィ』(同訳、青土社、一九九二)特に二〇頁以下、三三八頁以下。なお、吉澤夏子『フェミニズムの困難』(勁草書房、一九九三)一〇四頁以下を参照した。
- (41) Catharine A. MacKinnon, *Pornography as Defamation and Discrimination*, in *Group Defamation and Freedom of Speech*, ed. by Monroe H. Freedman and Eric M. Freedman (1995) 257.

(42) MODEL ANTI-PORNOGRAPHY LAW, Appendix A to Andrea Dworkin, *Against the Male Flood*,

8 *Harvard Women's Law Journal*, 1985, pp. 24-28. ホルンソフの意味は狭く解されてはならない。ホルンソフ

ラフとは、「映像、言葉を問わず、性的に明白に女性が従属させられていることの描写」であり、次のものの一つあるいはそれ以上を含むものであるとされる。「(一)女性が性的対象・物体・商品として人間性を剥奪されて示されること、(二)女性が苦痛や屈辱を樂しむ性的対象として示されること、(三)女性が強姦されながら性的快楽を覚える性的対象として示されること、(四)女性が縛られ、傷をつけられ、切り刻まれ、打たれ、身体に危害を加えられた性的対象として示されること、(五)女性が性的に服従し、隷属し、あるいは見せる物となった姿勢、状態で示されること、(六)膣、乳房、尻などの女性の身体の部分を、あたかも女性がそれらの部分でしかないように見せること、(七)女性が生来の娼婦として示されること、(八)女性が物や動物を浸入させられた状態で示されること、(九)女性を貶め、傷つけ、拷問する筋骨きの中で、女性を汚く劣ったもの、出血し、打たれ、傷つけられるものとして描き出し、あたかもそれが性的であるのように、女性を示すこと」(Sect. 2)。

(43) C. A. マッキノン『フェミニズムと表現の自由』（奥田睦子・加藤春恵子・鈴木みどり・山崎美佳子訳、明石書店

一九九三）第二二章二五九頁以下（See also C. Mackinnon, *op. cit.*, pp. 253-65）。なお、女性の性的側面（セクシュアリティ）を被害の面から鋭く描き出すこと（マッキノンが行ったように“fuckee”として）から踏み出してそれを肯定できる理論的枠組みをフェミニズムは持たねばならないという指摘が見られる。See Drucilla Cornell, *Sexual Difference, the Feminine, and Equivalency*, 100 *The Yale Law Journal*, 1991, pp. 2247-75.

（一九九六年一〇月二二日）