

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 27 年 6 月 23 日現在

機関番号：31302

研究種目：基盤研究(C)

研究期間：2012～2014

課題番号：24530117

研究課題名(和文)性風俗と法秩序

研究課題名(英文)Sexual Business and Legal Order

研究代表者

陶久 利彦 (Suehisa, Toshihiko)

東北学院大学・法学部・教授

研究者番号：20154429

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 4,000,000円

研究成果の概要(和文)：性風俗産業の法的问题性を、憲法・行政法・刑法という個別法分野から分析・検討すると同時に、法を支える感情面や倫理面との関連性を法哲学の見地から研究した。ただ、性風俗に含まれる行為や営業は多様であるから、共同研究者の関心にも沿うような形で専ら売買春と所謂風営法に対象を限定した。

フェミニズムに加担するのではなく、かといって実態調査に埋もれるのでもなく、性風俗関連の立法史、特に行政的規制の在り方、そして風営法の憲法論的位置づけなどを検討したことは、性風俗産業への法学的アプローチとして大きな成果を上げた。

研究成果の概要(英文)：In contrast with other studies about the sexual business we take another approach, which lies in studying individual issues concerning to the sexual business from the point of "legal" view, not the feministic nor only the empirical and positivistic. The objects of the study are twofold: the one is the law of the sexual business, and the other is the prostitution law. About the former issue we traced the historical development of Japanese administrative laws about the sexual business in detail. And we challenged the propriety of the regulations on the business providing a small space with alcohol and music for guests who find a great fun in dancing. In our view the dance itself must be treated as a free expression of one's own feeling, thought. In this sense the dance business must be protected under the constitutional guarantee. About the prostitution law we examined its historical and philosophical background.

研究分野：法哲学

キーワード：性風俗 法 売買春 自己決定権 行政的規制 身体表現 性犯罪

1. 研究開始当初の背景

「性風俗と法秩序」というテーマで共同研究を実施しようとしたときの背景として、次のようなことを指摘することができる。

(1) 法や法秩序を語る人々にとって性を巡る問題群は、潜在的に関心の片隅にはあるけれども、どちらかといえば紳士・淑女面をしていたいと思わせる微妙な色合いを持っている。些か緊張の緩んだ表情を伴いつつ、「現実」の流れにすべてをゆだねるのが好ましい、と思われているかのように見える。

その理由の一つは、わが国社会にあっては厳格な性道徳があるとは言いがたく、むしろ性に関わる行為や心情等に対してかなり寛容である、という点に求められる。人身売買や薬物依存等、暴力団が関係すると思われるような諸問題に関する議論も、わが国ではどちらかといえば低調である(勿論、現場の警察関係者は別である)。児童ポルノについても同様だった、と言ってよい。第二の理由は、性の持つ秘匿性の尊重である。公の場で論じられるのではなく私的領域に秘されることこそが、性の特質であり魅力である。一種隠微な世界がそれとして尊重されているのではないか、と思われる。そして第三は、性に関連する諸問題を「低俗」とみなす思考にある。秘されてこそ好ましい事柄を例えば酒席で話題にするならば、それは「下ネタ」上ではない! とみなされるほかない。明治以降の欧化主義が一定の社会階層にもたらした思考と感覚は、「おらかな性」を否定し些か窮屈な「愛情」にのみ性愛を限定することによって、性への思考自体に歴史的断絶を作り出したのである。

(2) しかし、性風俗が営業から消えることはない。そこには、性を巡るある種の「必要悪」とさえ言うて良いような事情がある。そこで、上記のような背景を持ちつつ、従来の研究は、風俗営業に関する警察関係者による実態報告か、社会学者による実態調査やフェ

ミニズム的考察などが支配的だった。法学者による「研究」は刑法学者による若干の例外を除けば殆どなかった。

2. 研究の目的

(1) 「性風俗と法秩序」というテーマに含まれる問題群

次のような問題群が「性風俗と法秩序」という大きなテーマに含まれると考え、可能ならばそれらの検討を試みようとした。

例えば、人間観や性道徳、貞操観や夫婦観などの理念や価値観が、売買春行為や性風俗関連行為や営業に対する評価を大きく規定している。従って、それらの根底にまで遡って検討し、同時にそれらが実定法にどのように具現しているのかを洞察することが極めて重要な課題となる。

性に関する多様な立法、司法や行政全般を、比較法的視点から考察すること。

暴力団あるいはそれと直接間接に関わる経営体による売春婦(夫)搾取と、未成年者や外国人を含む人身売買そして薬物使用などの、実態を把握すること。

売買春業や売買春行為への対応を国家や自治体という公権力に限定するのではなく、地域住民による対応も考慮に入れ、その可能性を探ること。

売買春特に売春婦(夫)を劣位に置き差別する、社会的評価や社会的刻印付けの問題性を批判的に検討すること。

容易に就労ビザを取得できない外国人労働者が、売春によって短期間で多額の現金を得ようとする例に見られるような、国内外の経済問題と性風俗労働との関連性を見据えること。

性風俗業従事者特に売春婦(夫)にとっての社会保障の役割を検討すること。

一人ひとりの心身に着目をした問題次元に視線を向けること。性的身体にまつわる主観的感情や共通感覚は、法的に尊重すべき個人的・具体的危害(harm)を性に関してど

う測定するかという問題を引き起こす。個人の抱く不快感・嫌悪感・汚辱感の分析は不可欠となる。

可能ならば、以上のすべての問題次元に一定の目配りをし、共同研究の成果を上げることが研究目的とした。

3. 研究の方法

上記のような問題群と目的を意識しつつも、すべての問題群を取り扱うことはできなかった。研究対象と方法の限定は、事実上やむを得ないことである。

(1) 対象面では、「売春防止法」と所謂「風営法」という二つの法領域に主たる焦点を当て、性風俗業に対して立法がどのような態度を取ってきたかを検討した。とりわけ、特定の項目(=買春)に関する立法史を振り返りつつ、立法を支える理念(=売春への態度)を検討する一方、売買春の手前にある男女間の触れあい(=ダンス)をどう扱うかという問いに、ヨリ上位の憲法との関連から光を当て、更には細かな行政法的規制の歴史を後づけることから、風営法の目的・手段・法的介入の限界と効果とを見定めようと試みた。更には、それらの法領域に通底する、性に関する感情面に焦点を当て、感情と法との関わりを検討しようとした。

(2) 方法としては、一方でフェミニズム的立場に対して一定の距離を保ちつつ、他方で実態調査に力点を置くというアプローチも取らなかった。つまり、実践的選択を避けるという点では些か講壇的とも評される可能性を否定できないが、当面取り得る方法としては両者以外の方法があると考えた。すなわち、法学的視点がこれである。

「法学的」とさしあたり名付けたアプローチの特徴は、大きく見て二つある。一つは、検討対象をまずは実定法と裁判例に据え、その法解釈学的検討を加えると同時に、歴史の変遷を辿るというものである。もう一つは、実定法の背後にある思想的背景を確認し、非

法解釈学的 - 例えば哲学的 - 考察を加えるというものである。

4. 研究成果

(1) 総論

3年間という期間に成し遂げたことは、次のようにまとめることができる。

性風俗という広範な領域で、共同研究者それぞれの関心に応じたアプローチを試み、相互の関心の多様性を意識できたことは、共同研究者内では大きな成果だったと言える。対外的にも、意外なほど好意的な反応を得たと言って良い。そもそもこの共同研究を立ち上げた当初の意図は、どちらかと言えば高邁なきれいな事を主に研究対象とする学会の傾向にアンチテーゼを投げかけるというものだった。2013年春には日本臨床政治学会で共同研究者の一部が本研究テーマに関連した報告を行い、2014年秋には日本法哲学会で本テーマに関するワークショップを開催し、このような研究関心と目的とを披瀝した。扱う対象と方法についても先述の通りである。ところが、予期に反し、参加者からの反応は極めて好意的であった。勿論、本研究が実態調査を専らにしていないことや、歴史的にもっと扱うべき題材があるとの指摘も頂いたが、本テーマについて学会員の大きな潜在的関心があることを確認した次第である。本研究はそれが顕在化する契機を提供した、と言えるかもしれない。

(2) 個別研究者の成果

憲法学者の新井は、ダンス営業を所謂風営法の枠内でとらえることの憲法学的妥当性を問いかけ、ダンスを表現の自由の一環として正当化しようとする。そこには、性的関係へと誘引するような要素が入っているが故に規制の対象となってきたダンスを、そのような背景から解放し、伸びやかな身体表現の一つとして明るい光の下に措こうとする明確な意図が見える。このような方向性は他分野にも一定の影響を及ぼし、身体表現を目指

す体育大学の教育にも理論的バックアップを提供した。加えて、具体的裁判の審理に際し、裁判所に対し意見書を提出するなど、実践的にも本テーマに関連した活躍を見せた。裁判は更に上訴審で継続しているから、今後の経緯が注目されるところである。

行政法学者である荒木の研究は、風営法における立地規制を主たるテーマとしつつ、わが国での立法の歴史の変遷を詳細にたどる。とりわけ、風営法の下で事実上営業されていた売買春規制を行政法的にどのように後づけできるかが、彼の大きな課題であった。この歴史的・解釈学的検討は一定の成果を生み、彼が他方で行ったドイツの売買春規制との国際比較にも、有益な比較の視座を提供した。

刑法学者宮川の研究は、性風俗に関する刑事立法史を辿るというものであった。とりわけ、売春防止法がその対象になったのは、性風俗関連で最も注目すべき法律であるという理由による。法律の中に含まれる文言の選択について、立法当時の議論を振り返ると、一方では当時の人々が想定していた事態の切実さが感じられる。同時に他方では、文言選択の背景としての一般思想が、今日のそれと多少のずれを示していることが興味を引く。例えば、売春防止法は本法の法律には珍しく「人の尊厳」を前面に打ち出して売春の不法性を糾弾するが - 勿論、犯罪としているわけではない - 、なぜ戦後すぐの法律に「人の尊厳」という表現が用いられたのかは、すぐには理解しがたい。というのも、憲法典には「個人としての尊重」とか「個人の尊厳」という表現のみがみられるのであり、「人」という表現を直ちに「個人」と同一視することをためらわせる用語の選択があるように思われるからである。

他面、買春が処罰の対象にならなかったことは、姦通罪が戦後なくなったことと、軌を一にしている。

以上、警察へのインタビューを行うなど、

性風俗を巡る実態調査が全く欠けていたわけではないとしても、大半は法の理論的探究に力点が置かれていた。その一方で、実態が時代と共に大きく変化していったことは、改めて指摘するまでもない(荒木の研究が示すように、時代の変化に合わせて行政法規は変遷を遂げている)。例えば、売春防止法で買春を非犯罪化したこととの代償として導入した「婦人補導院」(法 17 条)は、現在全く機能していない。それどころか、性風俗での「労働」が若い女性にとってかえって魅力あるものとして受け止められる節もある。その意味での意識の変化を後押しするのが、性に関する自己決定権であろう。

憲法学者佐々木の研究は、まさにその自己決定権に関わる。彼女は、性風俗特に売買春に焦点を合わせ、その法的対応策の細部を俎上に載せるというよりはむしろ、もっと原理的な考察を「権利論」を中心に問いかけてとする。70年代以降の権利論の興隆によって、権利の概念分類とそれぞれの射程に関する研究も盛んになった。そのうちの一論者に依拠しつつ、佐々木は売春の権利論を展開しようとする。ただ、その結果として売春行為への歯止めがかからなくなるのではないか、との懸念や「権利」の危うさなどについては、上述のワークショップで参加者から指摘されたところでもある。佐々木については、今年度中に研究成果が公刊される予定であることも、申し添えておく。

最後に陶久は、当面「身体と感情あるいは感覚」という側面から法を見る一例として、性風俗関連の諸問題を考察しようとする。公表された業績は「わいせつ概念」の分析である。考察は「わいせつ」概念を一例としつつ「嫌悪感」や「羞恥心」という感情が法的側面で果たす機能に向けられる。

以上のように各研究者の成果を振り返ると、大きく「身体的自由と法」というテーマで共通の関心をまとめることも可能である

ように見える。

(3) 研究会開催と成果公表

本共同研究は、各年度3~4回の研究会を継続して開催し、折に触れて外部の研究者からご報告を頂いた。憲法学者が圧倒的多数ではあったが、法哲学者や社会学者からの報告・コメントもあり、問題設定自体の広がりや深化を実感することができた。これらのゲスト研究者の本テーマに関する研究成果を集め、2015年度中に『性風俗と法秩序』と題する論文集を公刊する予定である。本書で3年間の共同研究に一区切りをつけたいと考える。

5. 主な発表論文等

[雑誌論文](計5本)

陶久利彦、「わいせつ」概念と嫌悪感・羞恥心、東北学院法学、査読無、75号21-61頁、2014年

荒木修、ドイツにおける売春規制 - 土地利用規制を中心に -、関西大学法学論集、査読無、63巻6号130-183頁、2014年

宮川基、売春禁止の根拠と売春を助長する行為等の処罰根拠、東北学院法学、査読無、75号63-98頁、2014年

新井誠、風営法によるダンス営業規制をめぐる憲法論 - 大阪地裁平成26年4月25日判決の検討、法律時報、査読無、86巻9号89-94頁、2014年

新井誠、風営法におけるダンス営業規制の合憲性について、広島法科大学院論集、査読無、10号171-206頁、2014年

[学会発表](計8本)

新井誠、ダンス営業規制をめぐる憲法論、憲法理論研究会、2014年12月20日、工学院大学

陶久利彦、性風俗と法秩序について、日本法哲学会、2014年11月8日、京都大学

宮川基、買春不処罰の立法史、日本法哲学会、2014年11月8日、京都大学

佐々木くみ、売春規制と尊厳、日本法哲学会、2014年11月8日、京都大学

荒木修、いわゆるラブホテルに対する立法による規制、日本法哲学会、2014年11月8日、京都大学

新井誠、風営法によるダンス規制と憲法、日本法哲学会、2014年11月8日、京都大学

宮川基、姦通罪について、日本臨床政治学会、2013年4月20日、専修大学

陶久利彦、「性的秩序の維持と法」コメント - 法哲学の立場から -、日本臨床政治学会、2013年4月20日、専修大学

6. 研究組織

(1) 研究代表者

陶久利彦(SUEHISA, Toshihiko)、東北学院大学・法学部・教授

研究者番号 20154429

(2) 研究分担者

・荒木修(ARAKI, Osamu)、関西大学・法学部・准教授

研究者番号: 10433509

・新井誠(ARAI, Makoto)、広島大学・法務研究科・教授

研究者番号: 20336415

・宮川基(MIYAGAWA, Motoi)、東北学院大学・法学部・教授

研究者番号: 30271852

・佐々木くみ(SASAKI, Kumi)、東北学院大学・法学部・准教授

研究者番号: 80438522