

芸娼妓契約と公序良俗

能見善久

- 一 はじめに
- 二 明治中期までの娼妓稼業に関する法制
- 三 明治中期（民法施行前＝明治二二～二三年ころ）までの娼妓稼働契約
- 四 裁判
- 五 梅謙次郎の公序良俗論
- 六 中間的なまとめ

一 はじめに

昭和三〇年の最高裁判決によって、⁽¹⁾ 酌婦稼業に関する事案において、酌婦稼働契約部分のみならず、前借金契約部分も一体として民法九〇条の公序良俗に違反するとして無効となることが示された。この法理は娼妓稼働契約の場合にも当てはまるものと解されるので、娼妓稼働契約と前借金契約の全体が無効となることで、この問題は一応決着が付いた。

しかし、当然のような結論であるが、ここで問題となっているのは何なのか、もう少し深い検証と考察が必要である。それは次のような意味においてである。最高裁が酌婦稼働契約をどのような意味において公序良俗違反としたのかは実は必ずしも明確ではない。この点、原審（高松高裁）は、「酌婦稼働契約自体公序良俗に反すると云うことはできない」とした上で、「訴外人（A）は未成年の、しかも漸く一六歳に達しようとするに過ぎないものであるに拘らず右被控訴人Yの借金の弁済済みとなるに至るまで相当長期に亘つて前記料理屋業を営む控訴人（X）方に住込んで酌婦稼働を強ひられることとなるから年少女子の訴外人としては過度にその自由を拘束されるものと云うべきであり、公序良俗に反する」と述べているように、若年者がなかなか返済できず「長期に亘つて酌婦稼働を強いられる」という意味で「過度に自由を拘束」する点に公序良俗違反の根拠を求めている。それでは娼妓稼働契約の場合であつたらどうか。娼妓稼働契約においても、なかなか返済できないような利益分配方法が定められ、前借金が多額である場合には、長期に亘つて娼妓稼業を強いられ、過度に自由が拘束されることは同じであるから、このような娼妓稼働契約は公序良俗に反して無効になるう。しかし、前借金に縛られているというだけで「過度に自由を拘束」されていると判断されるのか。この種の契約の公序良俗違反を論じる上で「自由の拘束」の要素は極めて重要であるが、どのよう

な場合にこれが認められるのか、必ずしも明らかであるとは言えない。

また、逆に、このような自由の拘束の要素がない状況ではどう考えるべきか。娼妓稼業（性的サービスの提供）そのものが公序良俗違反になるのか。戦前には府県・警察の許可によって許可された「公娼」制度があったので、そのもとでは娼妓稼業自体が公序良俗違反であるという議論を展開することは不可能ではないとしても困難であった。戦後は、公娼制度は廃止されたので、娼妓稼業そのものを公序良俗に反すると解する上での制約はなくなった。しかし、自由にこの問題が議論できる環境下で、あらためて性的サービスを提供する契約の法的問題を議論しようとする、意外に難しい。道徳的・倫理的には望ましくないとしても（特にサービスを受ける側にとって）、法的にはどのように評価したらよいか。道徳論に流されることなく、法的な問題として、何が、どのような意味で公序良俗違反なのかを議論することが必要であるように思われる。

実は、以上のような「自由の拘束」の意味や、娼妓稼働契約の公序良俗違反性をどこに求めるかといった議論は、すでに民法典施行の前後において、さまざまな角度からなされていた。これを分析することで、娼妓稼働契約と公序良俗の問題についての議論の視点、しかも現代にも通用する視点を得たいというのが本稿の目的である。

本稿は、過去の資料に基づき、歴史的考察の部分に重点が置かれている。しかし、根本には、現在、このような問題をどう考えるべきかという問題意識がある。人を物理的に、経済的に拘束して自由を制限するような契約や仕組みについては、民法は公序良俗違反として法的保護を奪うべきであるが、自由を制約する危険がない状況での、性的サービスの提供とその対価の約束（売春も含めて）は、それだけで公序良俗違反と言えるのか。言える場合があるとしても、それはどのような場合なのか。こうした問題に簡単な答えは見つからないように思われる。ドイツにおいては、社会民主党と緑の党が多数派の議会で、二〇〇二年に売春法（Prostitutionsgesetz）が制定され、⁽²⁾ 売春者が客に対して取得する報酬請求権は、既履行部分の対価を請求する限りにおいて、法的に有効な債権であることが法律で明記され

た。売春者を法的に保護し（買春者の保護ではない）、その労働に雇用保険などの保護を与えることもこの法律の目的の一つである。法文では明確でないが、売春法が売春契約を有効とする範囲で、売春契約はドイツ民法一三八条一項の良俗違反性（Sittenwidrigkeit）を失うものと解されている。こうした価値観や社会意識の変化は日本においても見られるところであり、そのような状況の中で民法九〇条がどのように機能すべきなのかを検討することは重要な問題であるが、本稿は、この現代的問題についてまでは踏み込まないことをお断りしておきたい。

芸娼妓契約の問題は、私が東京大学の民事判例研究会で報告した事件の一つであり、⁽³⁾ 研究会では星野英一先生に有益な御示唆をいただいた。その一つが、民法九〇条の機能・役割ということであった。その後、この問題からは長く遠ざかっていたが、ここにこのテーマで星野先生の追悼論集に一文を捧げ、先生の学恩に報いることができれば幸いである。

- (1) 最判昭三〇・一〇・七民集九卷一・号二六一六頁。原審は高松高判昭二八・四・二〇民集九卷一六二二頁。
- (2) 議会議料に〇うは、Dr.-Drucksache 18/1705 (6.6.2014)「学説の議論について」Staudinger/Frischinger, BGB, 11. Aufl., Anh. zu § 138 S.1 ProStG Rn11 (2011) を参照。
- (3) 最高裁判所民事判例研究・法協九七巻四号（一九八〇年）二二三頁。

二 明治中期までの娼妓稼業に関する法制

1 明治五年の太政官布告二九五号・司法省布達二二二号

娼妓稼働契約に関する「法」規範がどのようなものであったかを論じるのは簡単ではない。民法典施行前の時期においては、太政官布告二九五号と府県や警視庁の定めた貸座敷規則・娼妓規則などとの関係があり、民法典施行後は、

太政官布告二九五号に代わる民法九〇条と府県令や内務省・警察の定めた諸規則との関係をどう理解するかという問題があるからである。端的に言えば、これら諸規則によって「許可」されている娼妓稼業と貸座敷稼業（要するに「公娼」制度）に関する契約を裁判所が公序良俗違反とすることができるとか。無効とすることができるとすればどういふ場合かが問題であった。そこで次に、民法の問題としての公序良俗を議論する前提として、当時の「公娼」制度を法的な視点から見えておくことにする。

娼妓稼働契約に関する明治政府の最初の法令は、明治五年一〇月二日の太政官布告二九五号である。いわゆる「芸娼妓解放令」と言われるものである。同布告は、明治三一年に民法典が施行されるまで、基本的な法令として効力を有していたが、民法典の施行時に民法施行法九条によって廃止された。民法九〇条の公序良俗規定によって引き継がれたという考えによる。しかし、それまでは、同布告は基本的な法令として存在していたのである。

同布告に続き、明治五年一〇月九日には、布告を具体的に執行していく観点から司法省布達二二号が出された。その内容は、第一に、「娼妓芸妓等雇入ノ資本金ハ賍金ト看做」して、苦情を述べる者（遊女屋や仲介人などが想定されていると思われる）からは取り上げるとしている。遊女屋が遊女等を抱える際に、その親などにすでに支払った「身代金」は、太政官布告で返還請求できないとされているので、それで十分なはずであるが、遊女屋が遊女の親などから実際に取り戻した場合について言っているのである。実際、司法省はそれを遊女屋から取り上げて親に返すという扱いをしている。

第二に、「娼妓芸妓へ借入所ノ金銀並ニ売掛滞金等ハ一切債ルヘカラサル事」としているが、ここでの貸金や売掛金の意味が必ずしも明らかでない。「身代金」については、太政官布告で返還請求訴訟を認めないとしているので、ここではそれ以外の貸金などを考えているのであろう。遊女が奉公中に遊女屋から借金したり、日用品などを購入したことによる「売掛金」などが生じることがあったからである。「但シ本月二日以来ノ分ハ此限ニアラス」という但

書の意味も明らかでない。一〇月二日は太政官布告二九五号で奉公証文によって拘束されていた遊女たちの解放が宣言された日であるが、自由になった遊女たちがその後、自由意思で借金などをした場合には、これは有効であること述べたものであろう。

第三に、芸娼妓養子縁組も人身売買に等しいとして禁止する立場を明らかにした。そこで、芸娼妓を養女としていた遊女屋に養子縁組を解消（離縁）させ、芸娼妓を親元に帰させた。

太政官布告第二九五号（明治五年一〇月二日）

- 一 人身ヲ売買致シ終身又ハ年期ヲ限り其主人ノ存意ニ任セ虐使致シ候ハ人倫ニ背キ有マシキ事ニ付古來制禁ノ処従來年期奉公等種々ノ名目ヲ以テ奉公住為致其実売買同様ノ所業ニ至リ以ノ外ノ事ニ付目今可為嚴禁事
- 一 農工商ノ諸業習熟ノ為メ弟子奉公為致候儀ハ勝手ニ候得共年限満七年ニ過ク可カラサル事
- 但双方和談ヲ以テ更二期ヲ延ルハ勝手タルヘキ事
- 一 平常ノ奉公人ハ一ヶ年宛タルヘシ尤奉公取統候者ハ証文可相改事
- 一 娼妓芸妓等年奉公人一切解放可致右ニ付テノ貸借訴訟總テ不取上候事
- 右之通被定候條屹度可相守事

司法省布達二二二号（明治五年一〇月九日）

- 本月二日太政官第二九五号ニ而被仰出候次第ニ付左之件々可心得事
- 一 人身ヲ売買スルハ古來ノ制禁ノ処年奉公等種々ノ名目ヲ以テ其実売買同様之所業ニ至ルニ付娼妓芸妓等雇入ノ資

本金ハ賍金ト看做ス故ニ右ヨリ苦情ヲ唱フル者ハ取糺ノ上其金ノ全額ヲ可取揚事
 一 同上ノ娼妓芸妓ハ人身ノ権利ヲ失フ者ニテ牛馬ニ異ナラス人ヨリ牛馬ニ物ノ返弁ヲ求ムルノ理ナシ故ニ従来同上ノ娼妓芸妓へ借ス所ノ金銀並ニ売掛滞金等ハ一切償ルヘカラサル事
 但シ本月二日以来ノ分ハ此限ニアラス
 一 人ノ子女ヲ金談上ヨリ養女ノ名目ニ為シ娼妓芸妓ノ所業ヲ為サシムル者ハ其實際上則チ人身売買ニ付、従前今後可及嚴重ノ所置事

太政官布告二九五号制定の経緯については、太政類典⁽⁹⁾において詳しく記述されており、これに基づく研究もある⁽¹⁰⁾。そこで指摘されているように、布告の直接の原案となったのは、これら資料に示されているとおり、明治五年六月二三日の司法省（司法卿は江藤新平）から正院宛ての「男女永年奉公之儀ニ付伺⁽¹¹⁾」であるというのが正しいであろう。これは、布告の発布を求める理山書の部分と、「奉公人年定期御布告案」とからなる。

男女永年奉公之儀ニ付伺
 人民自主ノ権利御保護ノ御趣意追々徹底致シ候処従来男女共ニ永年奉公ト唱ヘ其実ハ角兵獅子又ハ娼妓ノ類トナシ総シテ各民ヲシテ其自由自主ノ権利ヲ保タシメズ牛馬ニ均シク抑制苦使セラルル如此者彼各国ニ於テモ有マジキ事ニ有之実ニ懸然ノ至ニ候殊ニ永年奉公等ノ事ニ付裁判上引纏レ不少断折ニ於テ情理貫キ難ク然差支候間何卒右等習弊御一洗相成度仍テ別紙御布告案相添此段相伺候也

壬申六月二十二日
 正院御中

司法省

奉公人年定期御布告案

- 一 金談ニ付男女ヲ取引致シ又ハ永年奉公或ハ養子女ト唱ヘ身分買取候儀一切可為禁止事
 - 一 農工商ノ業習熟ノ為メ弟子奉公為致サセ候儀ハ勝手ニ候ヘトモ年限ハ満七年ニ過クヘカラサル事
 - 一 但双方和談ヲ以テ更ニ期ヲ延ルハ勝手タルヘキ事
 - 一 平常ノ奉公人ハ一年宛タルヘシ尤奉公取続候者ハ証文可相改事
 - 一 娼妓角兵獅子等ノ類新規召抱候儀ハ満一年ノ外ハ延期不相叶候事
- 但現今永年約条ニテ召抱置候分ハ抱主貸付金ノ多寡ニ拘ラス自今満三年限ニ証文相改メ置キ満限後ハ異儀ナク親元へ差戻可申事
 右数条年限外ニ懸ケ金子貸渡シ候分訴訟一切不取揚夫々相当ノ処置可致事

この司法省の何と布告案には、興味深い内容が書かれている。

第一に、この布告案が太政官布告二九五号の原案であることは、内容的な比較から、明らかである。太政類典においても「伺之趣別紙ノ通り布告相成候事十月二日」という注記がある。また、司法省布達二二号の基になる考え方も出ている。司法省布達二二号にある「娼妓芸妓ハ人身ノ権利ヲ失フ者ニテ牛馬ニ異ナラス」の表現と同様の表現（角兵獅子又ハ娼妓ノ類……其自由自主ノ権利ヲ保タシメズ牛馬ニ均ク）も既にここに表れている。

第二に、発端が司法省にあったとして、それは何故か。この司法省伺は、人身売買を禁止することの必要性として、「殊ニ永年奉公等ノ事ニ付裁判上引纏レ不少断折ニ於テ情理貫キ難ク然差支候」と述べていることが注目されるが、その意味するところは明らかでない。明治四年七月に司法省が設置され、明治五年六月といえは徐々に裁判制度が構築されつつある時期であるが、このような時期に年奉公公に關して訴訟が多発し、裁判官が判決を下すのに困る

事態が生じたとは考えにくい。また、「情理貫キ難ク」というのは、あるべき情理（条理）・法理で説明できないという意味だと思われるが（たとえば、「自由自主」を奪ってはならないという条理からすると、人身売買を有効として説明できないということ）、このような事態が当時の府県裁判所で問題となったとも考えにくい。やはりマリア・ルス号事件¹³が何等かの影響を与えていた可能性は否定できない。

第三に、この司法省作成の文章は、後に実際に出された布告や司法省布達の文章と比べると、人権思想が見られ、格調が高いことも注目される。「人民自主ノ権利御保護ノ御趣意追々徹底致シ候」といった文章や、「自由自主」という文言などは、津田真道のように留学（オランダに三年間留学）を経験した者にして初めて使用可能な表現であったであろう（後で出される一〇月九日の司法省布達の文章は格調高いとは言えない）。

第四に、その具体的な内容に関しては、これまでの「永年奉公」については、三年を期限とする年奉公に証文を改めて、その満了を以て娘を親元に帰すこと、新規の娼妓の契約をする場合には、年奉公は一年とすること（より長期の延期は認めないという趣旨か）などが定められたことである。要するに、娼妓稼働契約が一切禁止されるのではなく、人身売買的な年奉公を禁止したものであり、一年の年奉公は認めるとしていることが注目される。なお、規制のターゲットは人身売買的な年奉公などにあるので、対象は娼妓に限られない。

この司法省の布告案に対して、左院は慎重論を述べ（七月三日）、大蔵省（大久保利通大蔵卿外遊中、大蔵大輔は井上馨は、神奈川県のマリア・ルス号事件にも言及しつつ、積極的支持の立場を述べ（七月二〇日）、「第一条布告案」「第二条布告案」および四つの規則案①「遊女貸座敷規則」、②「抱遊女芸者等処分規則」、③「遊女芸者等取締規則」、④「遊女規則」を提案していた¹³。第一条布告案は、人身売買的な年奉公を厳禁することを宣言し、第二条布告案は、厳禁を前提としつつも、「貸座敷」形態としての営業は許すという内容で、両者の関係が必ずしも明らかでない（批、的な提案なのか、二つの布告を出すということか）。しかし、何よりも注目すべきは、第二条布告案において、「今般人身売買

厳禁彼仰出候ニ付テハ従前遊女飯盛等抱置渡世致シ候者別紙第一号規則ニ従ヒ貸座敷渡世願出候ハハ篤下勤弁ノ上近傍故障於無之ハ差許不苦候事……」とあり、「貸座敷」形態での営業を許すとしていることである。この考え方は、その後、神奈川県等の規則において具体化する。また、諸規則の内容も、注目すべきである。上記①の規則は、主に貸座敷について定めている（第一則 遊女貸座敷渡世ハ従来免許ノ場所ニ限り可差許事、「第三則 遊女其座敷ヲ借ラント欲スルモノニハ相当ノ貸賃ヲ以テ可貸渡事」など）。②の規則は、遊女等を解放する際の措置などについて定めている。まずは、遊女等の証文の点検のために抱主がこれを差し出すべきことを命じ、また、遊女を解放した場合の身代金の扱いについては、「最前身代金相渡有之候者ハ年奉定メ相当ノ割合ヲ以テ本人又ハ親元ヨリ為相償可中事」「抱遊女解放ノトキ親戚或ハ本人身代金ヲ償フアタハサル者ハ通例ノ借財法ヲ以テ処置イタス可キ事」とする。遊女屋は身代金の返還を受けられるのである。この立場は、その後、左院から反対された。③の遊女規則は、まず、本人の自由意思の確認が必要であることを定める（第一則「遊女渡世ヲ願フ者ハ本人真実ノ情願タル旨親族尊長二人以上ノ保証ヲ以テ口長副戸長奥印ノ上其管轄庁へ願出免許鑑札ヲ可願受事」。その他、免許の更新期間、税金、健康検査などの規定がある。④は去妓に関する規則なので説明を省略する。

大蔵省案に対して、左院は八月、当初の慎重論を変え、厳禁徹底派に転じ、次のように批判する（左院議長は後藤象二郎）。「第一条御布告案人身売買厳禁ノ件ハ異存無之其余遊女芸妓取締鑑札渡方税金等ノ件ハ公然淫楽御免相成候姿ニ相聞へ風教ノ害ニ可相成候御採用無之方可然ト存候事」。これに対して、大蔵省は八月二二日、早く布告および諸規則を出すべき旨の意見を具申した。司法省からは、大蔵省の提案した遊女規則などに賛成するとして、遊女屋が支払った身代金の処理の仕方を定めた「負債処置法」を提案した（八月二八日）。これは、身代金を一時または分割で遊女屋に返還するというものである。左院は、この司法省の「負債処置法」に対しても、遊女屋が身代金の返還を請求できるとすると裁判が多発するし、むしろ身代金の返還は認めるべきではなく、人身売買的なことを行ってき

た遊女屋が財産を失うことになるのは当然であるとして反対し、「従来ノ芸娼妓等年季奉公人一切解放可致右ニ付テノ貸借訴訟総テ不取場候事」という布告案を提案した（九月五日）。身代金の返還は認めないという案である。この部分が一〇月二日の布告の中に採用されることになる。

こうした経緯を見ると、芸娼妓等の解放に関して議論された問題点は三つあり、①年季奉公の芸娼妓等を解放すること、②身代金の返還を認めるか否か、③芸娼妓等の解放後の扱い（特に、年季奉公に代わる娼妓の稼業の条件、稼業形態など）である。これらの問題について、司法省、大蔵省（同省は租税に関する権限のみならず、民部省を合併した後、その権限をも有した）、左院の間で、微妙に異なる見解が主張され、従って単純な対立構図を示すことはできないが、布告直前の段階では、①の芸娼妓などの解放に関しては、司法省、大蔵省、左院で基本的に対立はなかった。②については、左院が返還を認めないとする急進派、大蔵省、司法省は身代金を返還させるという立場であったが、結局、左院の立場が採用され、太政官布告二九五号となる。従って、同布告後の一〇月九日の司法省布達で示された身代金返還を認めないとする立場は、司法省の急進的立場を示すというよりも、太政官布告の立場に従うというものである。③については、大蔵省と左院が対立し、司法省は立場を明確にしていなかったが、大蔵省との対立はないように見える。しかし、布告発布後、大蔵省と司法省が対立する。

2 遊女屋から貸座敷への営業転換と府県の対応

(1) 先行の神奈川県 遊女および遊女屋の取締は、各府県の管轄とされ、各府県が太政官布告、司法省布達に対応する処置をした（大蔵省の規則案も考慮）。しかし、神奈川県では、太政官布告二九五号（一〇月二日）の前から、その内容を先取りしたかのような県令を出していたことが注目される。これはマリア・ルス号事件の裁判を担当した神奈川県令の大江卓の考えによる。明治五年七月から九月にかけて行われたこの裁判の中で大江は、船長側の主張する契

約は中国人が自由意思によって締結したのではなく、また、実質的に労働者を奴隷のように扱うものであるから無効であるとするのであるが、船長側から、日本には本件労働契約よりもっと人の自由を拘束する遊女契約があるではないかと反論され、苦慮したと言われる⁽¹⁴⁾。これがきっかけになり、大江は、政府に芸娼妓解放を建白した⁽¹⁵⁾。大江は、こうしたことから太政官布告へ向けての政府内の議論状況に関心を持ち、かつ、その内容を熟知していたのであろう。そこで、布告の発布を俟たずに、神奈川県で芸娼妓解放を実施した⁽¹⁶⁾。

まず、明治五年八月に、次のような布達が出された。「遊女奉公或ハ芸妓或ハ食売女等年季ヲ定メ身代金請取亦ハ養女並娘分ノ名ヲ以其実矢張身代金等請取候者ハ証文写相添九月十五日限可届出者也 壬申八月 神奈川県令⁽¹⁷⁾」。

遊女奉公証文を添えて届け出るといふもので、「身代金」を支払う人身売買的な年季奉公・養子縁組を規制するため

の布石である。次いで、九月にはより厳しい内容の次の布達が出された。「当管下在町之婦女子年季ヲ定メ遊女芸者並ニ宿場飯売女或ハ洗濯女其他種々ノ名目ヲ付身売奉公ニ差出シ候儀向後一切不相成候事 一 是迄右体之奉公ニ差出有之分ハ抱主へ示談ヲ遂ケ可成丈引戻候様可致事 右之通触示候間可得其意若相背候者有之ニ於テハ可及吟味間其旨可相心得者也」。人身売買的な年季奉公は今後は認めないという内容であるが、既存のものについては抱主と話し合っ

て、九月二十五日には、これを具体化した全八条の規則が布達として出された⁽¹⁸⁾。その要点は、①遊女屋が遊女や芸者を抱え入れる方式（年季奉公方式）は今後禁止する、②現在いる遊女芸者は解放すること、③身代金の精算方法、返還方法、④遊女、芸者は解放された後、自分の意思で遊女芸者稼業をすることができると、⑤稼業を続ける場合も遊女は遊女屋の支配を脱し、自分で客を選び、自分で客との相対で料金を決めることができること、⑥これまでの遊女屋は遊女に場所を貸すだけの貸座敷としての営業を認めること、などである。これらの内容は、太政官布告の先取りであるが、明治五年七月二〇日の大蔵省の遊女規則案なども参考としていられると思われる（貸座敷の点など）。以下

に全文引用する。

- 第一条 遊女男女芸者等抱入渡世致候儀爾後禁止申付候条是迄抱置候遊女並男女芸者共其父兄又ハ親類ハ早々差戻シ身代金並是迄ノ貸金等ハ当人又ハ父兄親類等ヨリ示談ヲ以テ可受取事、但兼テ抱置候遊女芸者差戻シ方ノ儀ハ来月五日限り離形ノ通り可申立事
- 第二条 身代金示談受取方ノ儀ハ抱候日ヨリ年季中ノ月數ニ割付是迄奉公イタシ候月ヲ引キ残りノ金子差ノ方法ニ依リ受取可申事
- 金二拾兩以下ハ 六ヶ月
- 金五拾兩以下ハ 十二ヶ月
- 金百兩以下ハ 十八ヶ月
- 金二百兩以下ハ 二十四ヶ月
- 金二百兩以下ハ 三十ヶ月
- 第三条 十五才以下ノ者ハ一切来月五日限其親許又ハ親類ニ指戻シ是迄ノ貸金請取間敷事、但本文同日可届出事
- 第四条 当人共抱主ノ手ヲ離レ候後自分ノ好ニヨリ更ニ遊女芸者イタシ度キモノハ其旨願出候ハ、其始末取調へ候上右願指免シ鑑札相渡可申事
- 但来ル十月五日限当人ヨリ可願出事
- 第五条 来ル二十六日ヨリ遊女共抱主ノ權ヲ以テ見世ヲ為張候儀不相成尤其当人ノ好ニヨリ客ノ相手ニ罷出候儀ハ不苦候間揚代等ハ当人ト客トノ相極ムヘキ事
- 第六条 来ル二十六日ヨリ当人ノ好ニヨリ客ノ相手ニ出候遊女芸者ハ揚代金等ノ内ヲ以テ是迄ノ抱主へ賄並ニ座敷料其外ノ雜費ハ相当ニ可相弁事

第七条 是迄遊女屋引手茶屋等ノモノ共遊女貸座敷渡世願出候ハハ差許候条来ル十月五日限可願出事

第八条 吉原町遊女病院ノ検査ヲ受候儀ハ是迄ノ通可相心得事

神奈川県遊女規則の基本思想は、人身売買的な遊女の年季奉公は認めないというものである。それは反面、自由意思による遊女稼業は、強制的要素の伴わない形式であれば構わないということの意味する。遊女の自由の確保を重視していることは、神奈川県遊女規則の中の各所に現れている。その中で最も重要なものが、遊女を抱える従来の遊女屋は認めず、解放された遊女がその稼業の場所を借りるだけの「貸座敷」しか認めないという方針である。⁽²¹⁾遊女は自分の好みで客の相手をするものとされ（遊女屋に強制されるのではなく）、その料金も遊女自身が客と相対で決めるといふのも、遊女を遊女屋から独立させるための方策である。しかし、神奈川県遊女規則では、遊女がどこに住むのかという点については言及がない。「貸座敷」という構想は、おそらく、遊女は別の所に住み、貸座敷に通うということとを前提にしていたと思われるが、明確でない。この点は、遊女の独立性を確保するために極めて重要であった。しかし、その後に示された明治六年一二月の東京府の規則では、遊女（娼妓）は貸座敷に住むこともできるとされ（娼妓規則二条「自宅ニテ出稼スルモ貸座敷ニ同居スルモ各其自由ニ任ス」）、更に明治一五年の警視庁布達乙一八号では、娼妓は貸座敷に住まなければならない、というように、徐々にその自由と独立性が奪われていく。

(2) 大蔵省と司法省の対立と東京府 東京府も、一〇月二日の太政官布告の発布の後、直ちに知事大久保一翁名で一〇月八日に府令を出した。⁽²²⁾中味は、太政官布告を実施するというためというよりは、解放された芸娼妓を今後どうするかという関心からのものである。重要な部分は神奈川県規則とほぼ同じである。文面は、まず、遊女たちは解放されたから今後はどこでも自由に遊女（娼妓）として稼業をしてよいなどと勘違いするなという警告から始まる。

次いで、神奈川県規則と同様に、①遊女については、人身売買的に年季奉公で縛られていた状態から解放された後、自分の自由意思で、望めば「印鑑」(鑑札)を受けて稼業を続けることができること、②遊女屋については、今後は、「貸座敷」として、「印鑑」(鑑札)を受けて営業をすることができると定められた。要するに、許可された場所(鑑札ある貸座敷)で、許可された遊女(鑑札ある遊女)は、営業をすることができるということである。

しかし、この規則は簡単なもので、仮の規則という性格が強い。東京府としては、大蔵省の規則案に依拠した諸規則を計画していたが(「貸座敷渡世規則」「遊女規則」「芸妓規則」、司法省の反対を受けていた(「司法省異見」⁽²⁾)。すなわち、司法省は、東京府の規則案に対して、「遊女自賣ノ業ヲ以テ鑑札等相渡且税金ヲ政府ヘ収候テハ顯然明許ノ完淫女ヲ主張致候訳ニテ前々ヨリモ患業ヲ長シ候様相成不可然事」と批判した。すなわち「明許ノ完淫」となることに反対した。また、東京府の規則案の個々の条文、例えば一条「貸座敷渡世ハ免許ノ場所ニ限ル」については、「再ビ束縛ノ地ヲ設ケ従前黙許ノモノヲシテ公許シテ陥穽ニ入ラシムル如シ最前御布告上……人倫ニ背キ有間敷トノ御趣意ヲ犯スベシ」とする。また、左院も、「娼妓解放ノ新令已ニ発スル以上ハ何迄モ御主意貫徹不致候テハ不相叶東京府伺ノ通ニテハ司法省見込ノ如其弊害不少遂ニ御趣意貫徹致難候……」と述べ、司法省を支持するが、他方で、司法省の案では、売淫が広がってしまうので、東京府と司法省のよいところを取捨選択すべしとする。

こうした司法省と大蔵省の対立の中で、東京府の規則制定は遅れたが、漸く明治六年二月一〇日に貸座敷渡世規則、娼妓規則および芸妓取締規則の三原則が定められ、ほぼ大蔵省の規則案に示されていた方向でまとまった。その内容は、一見すると、明治五年一〇月八日に示された方針を具体化しただけの如くである。すなわち、①娼妓(遊女)が自由意思で稼業を希望する場合にのみ許可(鑑札)が与えられること(娼妓規則第一条「娼妓渡世本人真意ヨリ出願之者ハ情実取札シ候上差許シ鑑札可相渡」、②貸座敷に免許制度を採用すること、これによって従来遊女屋は貸座敷に切り替わること、③娼妓稼業は免許のある貸座敷においてのみ認められること、などは同じである。しかし、明治六

年の東京府の規則は、自宅から貸座敷に出稼きをするか、貸座敷に住むかは娼妓が自由に決められること(娼妓規則二条「自宅ニテ出稼スルモ貸座敷ニ同居スルモ各其自由ニ任ス」、居住場所という観点から娼妓が貸座敷に抱えられることを許容することになった。その結果、従来遊女屋形式と同じように、娼妓たちは貸座敷に住み、貸座敷の監視を受けて、人身の自由の拘束がされることになるのである。

3 警察主導下の取締規則

(1) 明治九年警視庁布達四七号 明治八年七月七日、東京においては、娼妓、貸座敷などの所管は、東京府から警視庁に移った。その他の府県では、府県の管轄であり、知事の名で規則が作られているが、貸座敷・娼妓の許可・廃業などは所管の警察署の手を経て行われるので、実質は東京の場合と変わらない。貸座敷・娼妓の取締・監督は実質的に警察が行うことになったのである。

明治九年二月二四日に警視庁布達第四七号として改訂規則が出される。この規則は、全体としては、貸座敷・娼妓の取締強化、自由制限という点に特徴がある。注目すべき特徴を列挙すると、第一に、娼妓になる手続きについては、「現住籍ノ戸長印」を得て、警視本署に願ひ出て、その「詮議ノ上」免許鑑札を受けることになっている(一条)。娼妓になろうとする女性は、貸座敷に住所を移し(寄留)、そこから娼妓稼業の出願をするので、戸長は貸座敷のある区域の戸長であり、通常は貸座敷主の一人である。こうした「戸長印」を要求するのは、娼妓稼業の申請手続きを慎重にするというよりは、娼妓の支配・監督に重点がある。「詮議」として何を詮議するのも問題である。東京府の規則では、自由意思の有無を調べたが、警視庁の規則では、困窮のためにやむを得ず娼妓として働く必要があるということがわかればそれでよしとされた。娼妓稼働契約においても、「自分儀今般生活之道難相立ニ依リ」という文言が常套句のように記載される。第二に、廃業の手續については、貸座敷営業区域の「戸長」(実際には貸座敷主の一

人)の奥印を得て警察に出願することになっている(二条)。「戸長」は当該娼妓を抱えている貸座敷主の同意がなければ奥印をしなかったと考えられる。第二に、娼妓の自由が厳しく制限されている。区域外の居住は禁止され、区域外へ出る場合は「付添人」なしでは認められなかった(三条)。廃業も自由ではなく、規則には、貸座敷主は娼妓の廃業を故なく妨げてはならないと規定されているが(二条)、解放令以前の自由の拘束が復活したといえよう。第四に、娼妓との契約は、締結前に警察の検閲を受けることとされた(貸座敷規則九条「娼妓トノ契約ノ条件ハ必ス其約条調印ノ前ニ警視官吏ノ検閲ヲ受クヘシ」)。また、契約書には貸座敷業者仲間「元締め又は副元締めの奥印が要求された。警察による契約書の検閲は、明治十五年の規則でも引き継がれ、娼妓が鑑札交付を願ひ出る際に、貸座敷との「結約書」の提出が必要とされている(一九年規則六条)。どのような契約書が検閲の対象となったのかであるが、このころには、娼妓の稼働契約に関する契約書は、年季奉公形式から前借金を娼妓稼働で返済する形式に替わっており、しかも、稼働契約書と前借金契約(借用書)とが別の契約書になっていることが多くなっていた。その場合には、娼妓稼働契約書の方が検閲のために提出されたと思われる。貸座敷業者の元締め等の奥印はこちらにのみなされているからである。

(2) 明治十五年二月二七日警視庁布達乙一八号 それまで貸座敷規則、娼妓取締規則などと別々の規則となっていたのがまとめられて一つの「貸座敷引手茶屋娼妓三渡世取締規則」となった。ここでの規制の内容は、その後も若干の変更はあるが(明治二〇年五月に警察令一〇号で「貸座敷引手茶屋娼妓取締規則」を制定、明治三三年の内務省令によって新しい規則ができるまで基本的に引き継がれる。従って、娼妓の自由廃業が裁判で争われるのは、明治十五年の警視庁布達ないしこれにならった各府県の規則のもとでの貸座敷業者の承諾拒否である。なお、警視庁布達や警察令による規則は、東京府についてのものであり、他の府県は府知事・県令が規則を制定しているが、ほとんど警視庁布達・警察令による規則と同じである。裁判で問題となった手続についての規定を見ると、まず稼働を始めるにあつては、取締の加印を得て警察に出願するとされている(二条)。また、貸座敷の連署を得て出願することとされていた(七条)。廃業の際にも七条で、貸座敷主の連署が要求されている(…貸座敷主ハ其願書ニ連署スヘシ渡世ヲ止メ及ヒ転寓ノ節モ亦同シ)。娼妓が自由廃業をしようとして、貸座敷主および取締の連署を求め、それが得られないで裁判となるのは、これらの規定がもとになっている。貸座敷主は正当な理由なく廃業を妨げてはならないとされるが(三八条)、前借金の返済が残っている場合には連署を拒む正当な理由があると貸座敷主側は考えていた。なお、明治二〇年の警視庁の規則では、廃業に関して貸座敷主の連署を要求していた規定がなくなっているが、廃業の手続きの部分は、各府県で異なっていた。明治三〇年前後に自由廃業・連署請求事件が多発した愛知県「席貸茶屋及娼妓取締規則」では、警察に出す娼妓の願書については、その三七条において「取締の加印」を要求し、さらに三八条で「寄席席貸茶屋の連署」を要求していた。連署請求については、明治三三年に名古屋地裁、名古屋控訴院でこれを認める判決が相次いで出た後、明治三三年一〇月の内務省令四四号で、連署を不要とする扱いを定めたことで、とりあえず決着がついた(法的には自由廃業ができるようになったが、現実には各種の障害があった)。

(4) 大日本帝国憲法(以下では、明治憲法と呼ぶ)九条によって、警察は、公共の安寧秩序の保持の観点から、一定業種についての免許などを警察行政として行うことができた。美濃部達吉「行政法提要下巻(改訂増補版)」(一九二八年、有斐閣)二二頁、五一頁以下。

(5) 同布告の経緯や背景については、尾佐竹猛「遊女解放令の前後」法時三卷九号(一九三一年)八三八頁以下、今西一・遊女の社会史(二〇〇七年、有志舎)一六二頁以下、同「芸娼妓「解放令」に関する一考察」商学討究五七巻四号(二〇〇七年)一〇三頁以下など。

(6) 太政官制のもとにおける「布告」や「布達」の意味については、岩谷十郎「明治太政官期法令の世界」(日本法令索引(明治前期編)解説)(二〇〇七年)を参照。

(7) 「遊女」と「娼妓」は同義であるが、本稿では芸娼妓解放令前は「遊女」と表現し、同布告後は「娼妓」と表現することにする。

(8) 明治六年三月の郵便報知新聞四一号によれば、「解放令の威力・遊女屋所罰 府下内藤新宿三丁目貸座敷渡世人八杉彌助なる者、

- 先般解放相成りしとみへ、身代金並貸金十両有之を、同人親齋藤源平へ差出方談判に及び、強て受取たる科、違令律に依り司法省に於て御礼の上、懲役四十日、右金子は瀬平へ差戻し被仰付たり」とある。
- (9) 太政類典は、太政官日記・口誌、公文録などから法令等を採録・浄書したもので、第二編一六八巻には明治五年一〇月二日の太政官布告のほか、六月二三日の司法省何から始まって、正院、大蔵省などの意見、布告案、布達案（規則案）などの議論が記載されている。
- (10) 大日方純夫・日本近代国家の成立と警察（一九九二年、校倉書房）二八〇頁以下。
- (11) 国会図書館憲政資料館所蔵・井上馨関係文書。六六二―二「男女水年季奉公之儀ニ付何司法省正院宛」による。司法省何は太政類典第二編一六八巻にも記録されている。
- (12) 横浜沖に停泊したペルー船に囚われていた中国人を日本の裁判所が解放したマリア・ルス (Maria Lu) 号事件については、明治五年九月三日「神奈川県ニ於テ秘魯国マリヤルズ船ヲ裁判セシ事由略説」太政類典第二編九四巻（外交交際・雑）のほか、当時の外務省がまとめた記録「秘魯国マリヤルズ船一件」（作成年月日不詳）（井上馨関係文書六六五―一）が詳しい。
- (13) これら資料については太政類典第二編一六八巻参照。その分析については、大日方・前出注(10)二八六頁以下。
- (14) 大江卓「売奴の弊風再燃せんとするを防ぐべし」娼娼同盟会演説集・正義の反響（一八九〇年、娼娼雜誌社）四一頁以下で、大江はマリア・ルス号事件の裁判のこと、遊女売買禁止の建白をしたことを述懐している。
- (15) 大江・前出注(14)五一頁で以下のように述べている。「我が国内の娼妓の如きは実に残酷な者である。人民天賦の権は全く失つて仕舞ふて美に哀れな者である。……又、其外に年季奉公人と唱へて小僧の時から男でも女でも他の家に身を売られ或は人足で有つても凡て此の年季証文を入れて身を托して居る人と云う者は実に売奴に異らん所の者である、……と云ふ考より……此の年季奉公人の解放と云ふ事をするの時期が既に到来したので有るから此の時期を外さずして解放の念を發せられん事を希望すると云ふ建白を致した」と述べている。なお、太政類典第二編一六八巻にも神奈川県何が掲載されており、同県が解放を急ぐ事情や大蔵省との関係が窺える。
- (16) 尾佐竹・前出注(5)八四〇頁以下に、すでに紹介されている。
- (17) 横浜毎日新聞五三三三号、明治五年八月二〇日発行。
- (18) 横浜毎日新聞五六六一号、明治五年九月二三日発行。尾佐竹・前出注(5)八四〇頁。
- (19) 横浜毎日新聞五六三三号、明治五年九月二五日発行。尾佐竹・前出注(5)にも、第四条以下が引用されている。

- (20) 大蔵省「遊女規則」も同じだが、大江の持論でもある。大江・前出注(14)においても、大江は「娼妓稼業が適当か否か（公娼制度を廃止すべきか）は、道徳の問題であつて、それに対しては見解を述べないとして、もっぱら娼妓の人身の自由の観点から議論する。」
- (21) 明治五年七月三〇日の大蔵省「御布告案並びに規則書類」が「貸座敷」という考えを示していたことにつき、大日方・前出注(10)二八三頁。
- (22) 東京日日新聞二〇四号、明治五年一〇月九日発行。
- (23) 太政類典第二編一六八巻。

三 明治中期（民法施行前＝明治三二年前）までの娼妓稼働契約

1 年季奉公・前借金返済方式・娼妓養子

遊女（娼妓）と遊女屋（貸座敷営業主）との関係を作り出す法的な方法としては、年季奉公の形式、前借金を娼妓稼業の稼ぎで返済する方式（前借金返済方式）、養子縁組の方式などがあつた。

年季奉公の形式による娼妓の供給は、江戸時代から広く行われていたと言われる。江戸時代の年季奉公形式については、文久二年（一八六二年）の資料が石井良助によって紹介されている⁽²⁴⁾。「相定申年季請状之事」とあり、年季奉公にあつて人物が確かであること、年季を勤めさせることの保証をする形をとっている。従つて、証文（約束）の当事者は、本人ではなく、その親などであるが、この証文の場合は兄と実姉、さらにもう一人「請人」（保証人）が名を連ねている。内容は、吉原（京町二丁目）の「遊女屋」に、三年四ヶ月、「身代金式拾両」で「遊女奉公ニ差出」というものである。そして、常套句であるが、「石金子不殘儘ニ請取、貴殿方え遊女奉公ニ差出置候処実正也、然ル上は右女子ニ付、外々より差構候もの有之候ハ、我々引請埒明け、貴殿え聊ニても、御苦勞相掛申間敷事」とある。金

（身代金）は確かに受け取り、娘は遊女奉公のために差し出したことを認めるものである。このほか、娘が奉公先から逃げた場合の扱い、病気になった場合などについて書かれている。なお、年季が明けると（この証文では三年四ヶ月。一般には一七歳くらいから一〇年間と言われている）、遊女奉公から解放される。⁽²⁵⁾

明治になって、他の多くの契約書式がそうであったように、娼妓稼働契約（遊女奉公契約）についても、江戸時代の書式がそのまま引き継がれていたと思われる。明治初期の実際の娼妓稼働契約書は未見であるが、明治五年八月二〇日の東京日日新聞一六一号に「相定申遊女奉公人年季請状」の雛形が掲載されている、内容的には、先に示した江戸時代のものほとんど同じである。

次に、前借金返済方式の遊女契約（娼妓稼働契約）がある。この方式も既に江戸時代にあつたかもしれないが、未見である。この方式は、明治五年の太政官布告一九五条が出された以後、広まったのではないかと推測される。なぜならば太政官布告や司法省布達は、年季奉公で縛られた芸娼妓等の解放を命じたが、解放された者が新たに自由意思で娼妓稼働契約を締結できるかについては明確にしていなかったところ、神奈川県や東京府において、年季奉公はだめだが、自由意思による遊女稼業は許すという方針が示され、そこで年季奉公形式に替わるものとして前借金返済方式が登場したのではないかと考えられるからである。太政官布告や司法省布達に反しないような契約形式として、前借金返済方式はまさにうってつけの方式と考えられたのである。しかし、この前借金返済方式は、実は、年季奉公形式以上に、娼妓にとつて苛酷な方式であつた。娼妓側は、一定額の借金をするのであるが、その弁償期は一ヶ月くらい先に設定されており、それから後は、法的には遅延利息が発生することになっていた。要するに、一〇〇円を借りた場合であれば、娼妓稼働期間中は年二割程度の利息が加わっていくので、娼妓の稼ぎによる返済がなかなか追いつかない仕組となつていた。年季奉公の場合は、通常は一定の年季を勤めれば解放されたのとは比べると、前借金返済方式は、一層苛酷な契約であつたとも言える。前借金返済方式の契約書式が、いつごろから普及したのか、正確には

わからないが、明治一〇年代には、この方式が広まっていたことが資料からわかる。⁽²⁶⁾

娼妓契約書

此度何之某何女某生活之道不立無擬賣家ニ依トシ娼妓出稼キ相営ミ候ニ付左ノ条々ヲ結約ス

御公布娼妓規則固ク遵守致シ候ハ勿論聊タリ共不都合ノ挙動致申間敷万一御規則ニ背キ候敷又ハ不都合ノ振舞及候節ハ退去之儀被中付候共異論申述間敷候

- 一 座敷料其他諸賄費トシテ自分稼高何拾何円ト定メ候内ヨリ金何程賣殿へ差出可申候
- 一 徴毒検査並病院費用トシテ御規則之通相納候稼高百分之七八賣殿取納ノ内ヨリ御取計可有之候
- 一 貴家へ寄留シ娼妓相営ミ候ニ付衣服其他諸費有之候故左之金員借用致シ候ニ就テハ右借用金ノ儀ハ日々稼金所持之内ヨリ漸々ニ相納可申候若娼妓廃業候敷又ハ他へ稼替致候節ハ借用金ハ元利共本人並父母或ハ親戚受人ヨリ弁償致シ可申候
- 一 本人病死致候節ハ父母或は親戚ニテ引取可申萬一借用金未済ノ節ハ右之者ニテ弁償可致候

印紙

一 金何拾何円也 借用

但利子之儀ノ一ヶ月金何円ニ付金何円何拾錢之割ヲ以相納可申候

右之通り約定候事相違無之仍而運印証書如件

年 月 日

本人 何某 (印)
元方 何某 (印)

右之通り無相違候依之奥印致候也

受方 何某 (印)
貸座敷 何某殿

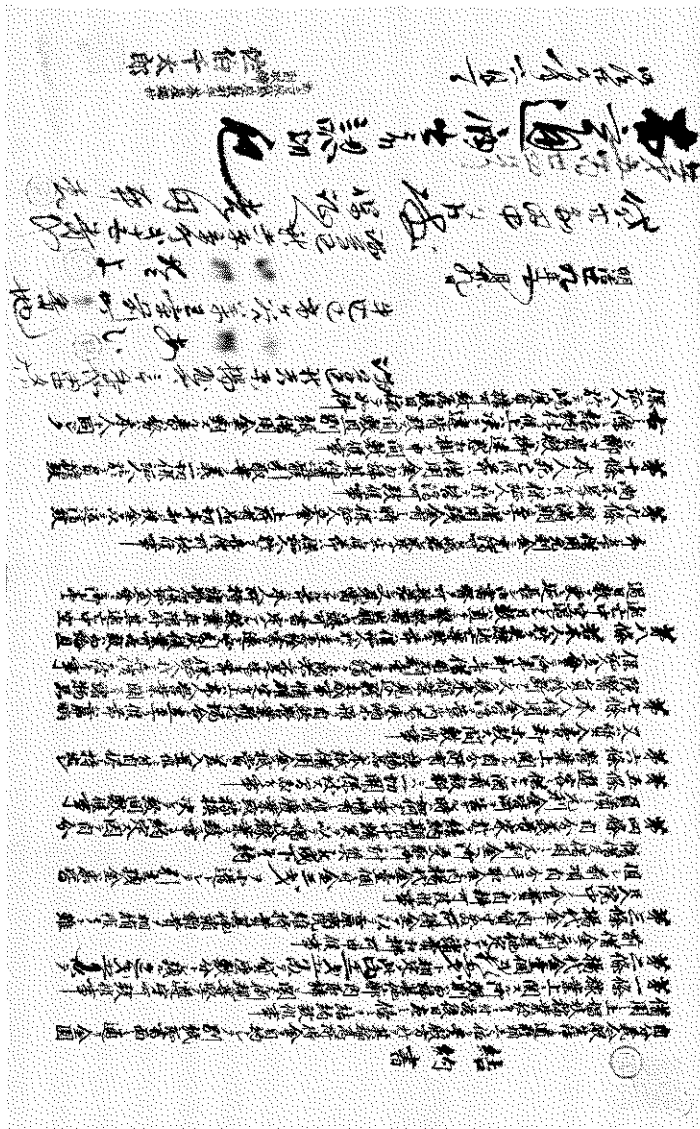
取締
何某 (印)

そのほかの方法としては、養子縁組によって親が金銭と引換えに娘を貸座敷営業主に差し出すこともあった。これは明治五年の司法省布達でも禁止されているが、大正期になっても、いわゆる芸娼妓養子が行われていたようであり、判例で無効とされている。⁽²⁸⁾

2 稼働契約部分と前借金部分の分離（分離型）

明治の中期以後、前借金返済方式の娼妓稼働契約が一般的になり、同時に、娼妓稼働契約部分と前借金の部分を切り離して、それぞれ独立の契約書とする形式（分離型）が用いられるようになった。分離型が多くなった理由は正確にはわからないが、娼妓稼働契約は、一般の年季奉公契約と比べて、稼業に関する記載事項（稼ぎの分配方法、逃亡・死亡の場合の扱い、廃業の扱いなど）が多いことも、前借金部分と分離してこれを独立の契約書（証文）形式をとるようになった原因ではないかと思われる。また、娼妓が鑑札を受ける際に娼妓稼働契約を警察に提出することになった（明治九年の規則以来）ことも、関係があるかもしれないが、本当の理由は不明である。

後掲写真の資料は、明治一九年の娼妓と新吉原の貸座敷業者との間の娼妓稼働契約書である。前借金の契約書は別になっている。娼妓稼働契約の文面は、手書のようにも見えるが、木版で印刷されたものであり、その意味では約款



である。大量に同種の契約が締結されていたことがわかる。内容は、①借用した金銭を娼妓稼業で返済すること（冒頭）、②娼妓の稼ぎの分配の方法、控除される諸費用（二条・三条）、③前借金返済までは廃業しないこと（四条）、④借金が返済できない場合のために娼妓所有物を担保とすること（六条）、⑤娼妓が病気となった場合の定め、⑥娼妓が逃亡した場合の定め、⑦娼妓本人の死亡、病気、逃亡の場合の定めなどである。この契約書には言及がないが、契約違反の場合の損害賠償責任が定められることもある（本契約に違背したときは之により生じたる一切の損害を賠償する責めに任ず）。この娼妓稼働契約書に対応する前借金の借用証書が別の証書として存在するが、それが公正証書となつていることも多い。

- (24) 石井良助・江戸の遊女（二〇一三年、明石書店）一四八頁以下、同・吉原——公儀と悪所（二〇一二年、明石書店）一六九頁。
- (25) 石井・前出注（24）「吉原」一七八頁は、二七歳になると「年明け」（年季明け）となり、遊女は解放されるとしている。
- (26) 東京日日新聞の記事は、投稿者によるもので、一五八号でマリア・ルス号事件の「販奴」（奴隷売買）を批判した上で、一六一号で「廃妓」を論じるものである。
- (27) 村山夏五郎・確証文例（二八七七年）三六丁。このほか谷川健一編・近代民衆の記録三——娼婦（一九七一年、新人物往来社）四八頁に掲載されている娼妓契約書を参照。
- (28) 大判大一一・九・二民集一卷四四八頁。
- (29) 読売新聞明治九年六月五日の記事に「根津の貸座敷は、一同娼妓へ貸す金の証書を一々その筋へ見留を願ふのは手数で恐れ入るとて、約定証書を活版にすると聞きました」とある。

四 裁 判

(1) 民法施行前の裁判 明治一〇年代に入ると、少しずつ裁判で争われるようになったことが山中至の研究によ

って紹介されている。⁽³⁰⁾さらに明治二〇年代になると、自由廃業を求める動きが活発になり、それに伴い娼妓から貸座敷主および取締に対する廃業届連署請求の事件が増えてくる。⁽³¹⁾この時期の裁判については、いろいろな紛争類型があったことが山中論文によって紹介されているが、娼妓側から廃業届に必要な貸座敷主の連署を求め、それに対して貸座敷主側が前借金が完済されていないので、連署に応じられないと争うものが多い。貸座敷主の連署は、多くの府県の規則で規定されており、また、娼妓稼働契約にも、前借金を完済しない限り廃業できないことを規定した条項が入っているのが通常であった（前掲契約書〔写真〕四条には「百分義貫家ニ於テ結約期間中精実ヲ以テ娼妓稼業ヲ致ス事ヲ約定ス因テ自分負債ノ元利金皆済ヲ告サル時ハ如何ナル事情有之候共廃業或ハ稼働決シテ致間敷候事」とある）。それにもかかわらず、貸座敷主に対して廃業のための連署を請求できるとする判決があることが注目される。このような結論を出すために、⁽³²⁾

- ①前借金完済までは娼妓稼業を強いられるとするのは「人の身体自由を抑制するものなるを以て無効」とするもの、
- ②太政官布告二九五号に反することを理由とするもの（これは①と重複する場合もある）、
- ③警視庁布達四七号（明治九年）の娼妓規則一七条では、「娼妓ヨリ正業ニ転就セント欲スルトキハ決シテ故障致間敷事」と規定されていたので、これを根拠に貸座敷主が連署を拒むことはできないとするものなどがあつたとされる。

貸座敷主に連署を求める一連の裁判の中で、函館で争われた事件は大審院まで争われたという意味で重要な事件である。大判明治二九年三月二一日（第二民事部判決）（娼妓廃業届書調印請求ノ件）は、原告の連署請求を認容した函館控訴院判決に対する被告からの上告に対するものである。⁽³²⁾大審院は、次のように述べて、上告を棄却し、事件を差し戻した。「営業ノ自由ヲ拘束スルモ亦各人ノ自由ナルコトハ上告人所論ノ通りナレトモ此行爲ニ因リ諾約者ニ於テ身体ノ自由ヲ讓与スルノ意思アルモノト推定スルコトヲ得ス。且其意思アリシモノト仮想スルモ各人ニハ之ヲ讓与スル権能ナキカ故ニ右等ノ契約モ亦他ノ一般ノ契約ト等シク諾約者ノ身体ヲ拘束セシテ執行ヲ遂ケ得ルモノニ限り其効ヲ有スヘキ理ニシテ之ニ反対ノ事ヲ旨趣トスルモノ即チ身体ノ拘束ヲ目的トスル契約ニ至テハ各人自由ノ範圍外タル明

確ニ付法律上契約ノ効ヲ有スルモノニアラス。而シテ上告人ハ貸座敷ヲ以テ営業トシ被告人ハ娼妓ヲ以テ稼業ト為スモノニ付内実如何ナル金錢上ノ関係アルモ稼業ノ上ニ於テハ各自獨立ノモノト見做サ、ルヲ得ス。若シ之ニ反シ娼妓ハ勞力契約ナリ被告人ハ上告人ニ対シ或一定ノ年季中自己ノ意思如何ニ拘ハラス必ス其勞務ニ服スヘキコトヲ契約シタルモノト為サンカ是レ即チ被告上告人ヨリ上告人へ身体ノ自由ヲ讓与セルモノニ外ナラス。然ラハ上文弁明ノ理合ニシテ法律上契約ノ効ヲ認ムルコトヲ得サルハ勿論娼妓芸妓ニ関シテ斯ノ如キ行為ハ明治五年十月二日第二百九十五号布告ノ通り特別法ノ禁スル所ナルカ故ニ其契約ハ全然無効ニ帰シ上告人ト被告上告人トノ間ニ權利關係ヲ生スル理ナシ。」（句点は筆者が付加）。

この判決は、廢業の自由のない娼妓稼働契約は身体の自由を拘束するものであるから無効であるという結論をとるものであるが、その根拠に身体の自由の不可処分性という一般法理と太政官布告二九五号違反を挙げている点が注目される。いずれの根拠も、公序良俗違反に通じるものであるが、事件が民法典制定前のものであり、判決年月日も民法典公布（明治二九年四月二七日）直前であるから、民法九〇条の公序良俗に言及がないのは当然である。しかし、公序良俗概念は、すでに明治二三年公布の旧民法財産編三二八条に定められていたのであるから、同法は施行されなかつたとはいえ、裁判官は公序良俗概念を当然知っていたはずであるが、これには言及がない。

(2) 民法典施行後の裁判

(i) 明治二九年の大審院判決の後も各地で連署請求の訴えが提起された。このような中で、名古屋で争われた幾つかの裁判が注目された。これらの事件については、沖野岩三郎著『娼妓解放哀話』⁽³³⁾に娼妓側の代理人を引き受けた岩崎義憲弁護士的一件書類が掲載されている。これは法的に貴重な資料である。

以下に検討する幾つかの判決は、民法典施行後であるが、問題となつている娼妓稼働契約が締結されたのが民法典施行前の場合には、民法施行法に特別の定がない限り、民法は遡及適用されない（民法施行法一条）。

(ii) 第一は、名古屋地裁判決明治三三年五月七日（廢業届連署請求事件）である。⁽³⁴⁾

事實關係は次のようなものである。X女の父Aは、明治三〇年四月二十八日、Yから一六〇円を受け取り、X女をしてY方で娼妓稼業をさせ、その稼高から借金を返済することを約束し、XをY方に寄留させた。訴訟代理人岩崎義憲弁護士は訴状によれば、「Xは斯る醜業は固より心底に欲せざる所なれども借金返済の爲め始めて滿三ヶ年耐忍して稼ぎたるも其取得金は毫も借金返済に充つるを得ず反て年々借金を加重するの苦境に陥り此儘娼妓を継続するも到底借金返済の期なき而已ならず終身束縛の身となり普通人権の自由を全ふする能はず」として、廢業をYに求めたが、Yは、借金の返済が未了の場合は廢業できないという約束があるとして応じなかつた。しかし、このような契約は、Xに醜業を継続させ、Xの自由を縛るので、民法九〇条の善良の風俗に反し、無効であるとして、XはYに対して廢業に必要な連署を求めた。

これに対してYは、XY間の契約書には「一、X儀Y方ニ在テ娼妓稼業致シ其所得ヲ以テ返金ノ目的ト可致候事、一、正業ニ復スル為メ借入金皆済致シ候上ハ席主ニ於テ廢業ニ故障致ス間敷候事」などの条項があり、これら条項から、借入金皆済前は貸座敷主は廢業について拒むことができると主張した。また、民法九〇条違反の主張に対しては、「抑モ娼妓稼業ハ国法上是認セラレタル一種ノ營業ナルヲ以テ之レヲ目的トスル契約ハ当然無効ナリト云フコトヲ得ス」と反論した。

一審の名古屋地裁は、原告の請求を認めた。まず、連署請求の可否を判断するには「先ツ娼妓稼業ハ果シテ善良ノ風俗ニ反スルモノニアラサルヤ否ヤヲ判断スルコトヲ必要トス」とし、本件契約が民法典施行前の契約であることに ついては、「善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ民法施行前後ヲ分タス本来無効ナルハ論ヲ俟タサル所」という。善良の風俗に反する法律行為は無効という法理は、民法典の施行の前後に関係なく、一般的に存在する法理であるとして、本件においても、この法理を適用できるとするものである。極めて巧妙な論理である。

公序良俗違反の法律行為は無効という考え方が適用できるとすると、それを本件に適用しての實質的判斷はどうなるか。ここで問題となつたのが、娼妓稼業・貸座敷営業が府県の定めた規則に従い警察が許可する場所・条件のもとで行うことができるという意味でいわば「公認」の制度があると見えるときに、娼妓稼働契約が果たして善良の風俗に反して無効であると言えるのか、という点である。最も難しい問題である。判決は、この点につき次のように議論する。①一つは、法律と道徳を区別する議論である。国が許容しており、その意味で合法でも、善良の風俗に反しないとは言えないものである（被告は娼妓稼業を以て国法の是認する所なりと謂ふも、而れども法律は道徳又は宗教の条規に非るが故に其許容する事項も未だ必しも善良の風俗に反することなしと言ふを得ざる……）。すなわち、「善良の風俗」とは道徳的な概念であつて、合法的な行為でも、道徳に反することはありうる、という議論である。よく考えられた議論であるが、結論としては、賛成できない。民法九〇条の善良の風俗を道徳的な概念として捉えるべきではないからである。反道徳・反倫理的であることが直ちに法律行為の無効に直結するのではなく、反道徳・反倫理的な行為が一定のレベルに達し、法的にも許容できないと判断されるときに初めて、その法律行為が無効になると考えるべきである。②無効判断のもう一つの論拠は、明治五年の太政官布告二九五号である。「明治五年第二百九十五号布告二依レハ正サニ其禁制タリシコトヲ知ル可シ。爾後或ル事情ニ因リ各地方多クハ警察官署ニ於テ其稼業ヲ認許スル所アルモ其認許ハ唯タ受認許者タル娼妓ニ対シ密充淫ニ関スル法禁ノ効力ヲ除斥スルニ過キスシテ決シテ其善良ノ風俗ニ反スルノ性質ヲ變更スルノ効力アル可ラス。此ニ由テ觀レハ娼妓稼業ハ他ノ売淫ト同ク亦善良ノ風俗ニ反スルモノト判断スルニ於テ此ノ疑念ヲ容ルヘキ所ナシ」。無効の根拠を太政官布告に求めているが、太政官布告を優位の法令と見て、抵触する警察の許可を無効にするという議論ではなく、太政官布告と警察許可を両立させながら、警察許可が娼妓稼業を有効にする範囲を限定するという論法である。③三つ目の根拠として、本判决は、娼妓が自由を拘束されていることを問題とする。すなわち、「娼妓ハ常ニ屋内ニ屏居シ進退出入ニ殆ト樓主ノ意ニ存シ父母ノ喪ニ遇フモ自由ニ

之ニ走ルヲ得ス其殆殆シト囚徒ト選フ所ナキハ、……之ヲ認定スルヲ得ル所ナレハ婦女ヲ驅テ如斯境遇ニ沈マシムルノ契約ハ実ニ人身ノ自由ヲ過度ニ拘束シ独立ノ人格ヲ失ハシムルモノナルカ故ニ其善良ノ風俗ニ反スルヤ明白ナレハ此点ヨリ觀ルモ本件当事者間ノ契約ハ亦無効タルヲ免レス」。人身の自由が善良の風俗の問題として議論されていることが注目される。

以上のような理由により、本件の娼妓稼働契約が無効である以上、原告に娼妓稼業を継続させる権利は被告にはなく、貸座敷主は連署請求に応じる義務がある、と結論づけた。明快な議論であるが、司法部の見解がこれで統一されることにはならなかった。

(iii) 第二に取り上げる事件は、名古屋地裁明治三三年六月一日判決（廃業届連署請求事件）およびその控訴審判決（二〇月二日）である。娼妓稼働契約と公序良俗に関する多くの論点が議論された重要な事件である。この事件は、民法典施行後に締結された娼妓稼働契約に関するものであり、民法が適用された。一番の名古屋地裁の判決は、第一の事件とほぼ同じ論理によつて娼妓稼働契約を無効（但し、民法九〇条違反）とした。被告から控訴され、名古屋控訴院は、結果的には控訴を棄却したが、警察の許可があつても娼妓稼働契約は善良の風俗に反して無効であるとする一審の民法九〇条に関する考え方を否定し、別の理由で無効を導いた。

要点をまとめると次のとおりである。一審判決の認定事実によれば、「明治二十八年三月中原告甲及び其父乙両名連帯ニテ名古屋市東角町席貸業内ヨリ金六十五円ヲ借り受ケ其返済ノ為メ原告ハ丙方へ出稼娼妓ト為リタルモ負債ハ却テ増加シテ二百五十円ニ達シタルヨリ明治三十三年一月中更ラニ被告丁ヨリ金二百五十円ヲ同シク兩名連帯ニテ借り受ケ其返済ノ方法トシテ原告ハ其後五年間被告方ニ於テ娼妓稼業ヲナシ其所得ヲ以テ負債ノ弁済ニ充テ又其営業中ハ原告ニ於テ婚姻ヲ為サス等ノ約定ヲ為シ爾來原告ハ被告方ニ寄寓シ娼妓稼業ニ従事シタルモ負債未タ完済ニ至ラサルニ原告ハ其稼業ヲ廃業セントシ被告ハ之ヲ肯セサル」という事件であつた。当初の契約は、明治一八年（民法典施

行前）の丙貸座敷との間の娼妓稼働契約であったが、借金が却って膨らんだので、より高い稼ぎを求めて、明治三三年一月（民法典施行後）には別の貸座敷業者丁との契約に切り替えたのであった。従つて本件では民法が適用されるのである。

原告の主張は、三二年五月の事件とはほぼ同じである。「被告ハ貸金償却セサル内ハ廃業セサルノ約アリトテ之ヲ拒ミテ肯セス。仮令被告ノ主張スル事實アリトスルモ稼業ノ存廢ハ一己ノ自由ニシテ貸金トハ格別ナルコト明ナルノミナラス、如斯契約アリトセハ恰モ人身ヲ以テ債権ノ担保ニ供スルモノト均ク善良ノ風俗ニ反スルモノニシテ民法第九十條ニ適當スル無効」であるという。

これに対して、被告丁から次のような主張がされた。

まず、①妨害抗弁として、廃業届連署を求めた事件については、司法裁判所に裁判管轄がないという主張がされた。行政命令と民法の関係という難問である。

②民法九〇条の善良の風俗とは、その国の法の問題であつて、「国法以外例へハ宗教ノ教旨若クハ道德ノ常倫ヨリ見テ以テ善良ノ風俗ニ反スルモノト云フ意義ニ非ス。即チ善良ノ風俗ニ反スルヤ否ヤヲ斷スル標準ハ国法ニノミ在リテ他ニアラス。今ヤ娼妓營業ハ公認セラレタル形式ヨリ論定スルトキハ一種ノ職業ニ相違ナシト雖モ已ニ国法ニテ營業ト之ヲ公認シ従テ一定ノ公課ヲ徴収スル以上ハ国法是認ノ結果ニ依リ一ノ營業ト認メラレタルモノナレハ此ノ点ニ於テ他ノ營業ト異ナル所ナシ」。前述の名古屋地裁判明治三三年五月七日判決が道德を根拠に無効を論じたことに対する反論である。

③娼妓稼働契約が娼妓の自由を拘束するという点については、娼妓の自由が拘束されるのは、娼妓稼業に対する行政的な取締りによつてであつて、当事者間の契約によつてではない。従つて、娼妓稼働契約そのものが公序良俗に違反するとは言えない。また、原告は本件娼妓稼働契約は身体の自由を拘束するから無効というが、民法で有効とされる

雇用契約でも人身の自由が拘束される点は同じである。

そして、最後に、④「前借金ノ全部ヲ皆済セサル以上ハ五ヶ年間娼妓稼業ヲナシ其所得ヲ以テ返済方法トナス約旨ハ原告人自由ノ意志ヲ以テ營業ノ自由ヲ制限シタル一自由ノ結果ニ基クモノニシテ其約束ノ有効ナル以上ハ其約旨ヲ履行セサル本訴原告ノ主張ハ不当ナルモノトス」と結論づける。

一番の名古屋地方裁判所明治三三年六月二一日判決は、①の点については、本件裁判で争つてゐるのは私人間の法的関係であり、民事の事件であるから、「本件ハ通常裁判所即チ司法裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ」ものであると述べる。次いで娼妓稼働契約の効力については、被告が主張する②の議論に対しては、先の判決とほぼ同じ議論を展開するが、これに付け加えて、「是レ一ノ行為カ善良ナル風俗ニ反スルヤ否ヤハ之ヲ言明（明示若クハ默示）シタル法令アル場合ノ外其行為自体ニ依リ決スヘキモノナレハナリ。而テ娼妓營業カ善良ノ風俗ニ反スルモノナルコト前段説明スルカ如クナレハ娼妓稼業ヲ目的トシタル本件当事者間ノ契約ハ本来無効ニシテ何等ノ効果ヲ生スヘキモノニ非ス。被告ハ民法第九十條ニ所謂善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為トハ国法ニ於テ善良ノ風俗ニ反スルモノトシテ規定セラレタル事項ヲ目的トスル行為ニ限ルカ如ク論スルモ右九十條ニハ旧法例第十五條ノ如ク「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ関スル法律ニ抵触スル行為……」トセスシテ単ニ「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為……」ト規定セルヲ以テ契約其他法律行為ノ目的タル事項ニシテ苟クモ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル以上ハ従テ法律ニ背反スル所ナキモ行為ノ無効ナルハ猶ホ離婚又ハ私通カ法律ニ違背スルモノニ非ルモ其善良ノ風俗ニ反シ従テ之ヲ目的トスル契約ノ無効ナルト同シキナリ」と判示する。被告の議論とかみ合っていないが、判決の議論は、法令で当該行為が善良の風俗に反するか否か明言していなければ、府県の規則、警察の許可があつても、裁判所は、その行為そのものを見て良俗違反の判断ができるというものである。巧妙な議論であるが、一方（警察）で許可してゐる営業について、他方（裁判所）で無効として営業を認めないことは、実質的には矛盾するので、この矛盾を乗り

越える議論が必要であつたように思われる。この部分の議論は、名古屋控訴院の判決では否定されることになる。

更に、被告の③の主張に対しては、「夫レ人ノ債務ヲ負担スルヤ其自由ハ多少ノ制限ヲ受ケサル可ラサルハ勿論ナリト雖トモ此レ唯タ特定ノ行為ニ関スルニ止マリ決シテ債務者ノ全身ヲ制御スヘキモノニ非ス。若シ債務者ノ全身ヲ制御シ其自由ヲ過度ニ拘束シ独立ノ人格ヲ消滅セシムルニ至ル契約ノ無効ナルコトハ輓近學說ノ一致スル所ナリ。彼ノ娼妓稼業ニ従事スルモノハ人身固有ノ自由ヲ失ヒ其状殆ント囚徒ト選フ所ナキハ明治二十七年愛知県令第四十八号第九條……ノ規定ニ依リテ之ヲ判断スルヲ得ル所ナレハ娼妓稼業ヲ目的トスル契約ノ履行ハ実二人ノ自由ヲ過度ニ拘束シ独立ノ人格ヲ消滅セシムルモノナルカ故ニ縦トヒ娼妓タルヘキ婦女ニ於テ其固有ノ自由ヲ喪失スルコトヲ予期シテ之ヲ承諾シタリトスルモ其契約ノ効果ヲ発生セシムルヲ得サルハ猶ホ自己ノ身体ヲ売却スル契約カ売主ノ承諾ニ因リ其効果ヲ発生セシムルヲ得サルト同シキナリ」と述べた。これは現在でも通用する議論である。

判決は、以上のように述べて、被告の主張を悉く退け、原告の請求を認容した。これに対して、被告が控訴した。被告の主張は、一番に於ける主張とほぼ同じであるが、娼妓稼働契約が娼妓の自由を拘束するか否かの点について、議論を補強した。すなわち、娼妓稼働契約が人身の自由を過度に拘束して無効だと被控訴人（原告）は主張するが、「カカル種類ノ契約ハ絵画彫刻其他ノ勞務ヲ約スルト同シク人身ノ拘束ニ因リ其遂行ヲ求ムヘキ性質ノモノニアラス。換言スレハ義務者ニ対シ直接履行ヲ請求シ得ヘキモノニアラサレハ毫モ人身ノ自由ヲ過度ニ拘束スルノ弊害ヲ生セス」という主張を追加した。娼妓稼働契約も直接強制はできないのであつて、その意味で娼妓稼働契約は法的には娼妓稼業を強制するものではなく、自由を拘束するものではないという趣旨である。また、明治五年の太政官布告二九五号についても、これが一番裁判所の無効判断の根拠となつていたことから、被告の立場から次のように反論している。すなわち、この布告は、それまでの人身売買的な性質を有する娼妓稼業を禁止したのであつて、その後は娼妓稼働契約は年季奉公の形式をとらず、人身売買の性質を有しなくなったのであるから、これについては明治五年の太政

官布告の禁止は及ばない、という。これに対する被控訴人（原告）側の主張は、一番における主張とほぼ同じであるが、借金返済までは廃業できないとする契約は「恰モ人身ヲ以テ債權ノ担保ニ供シ自由ヲ束縛シテ醜業ヲ強ヒルモノニシテ善良ノ風俗ニ反スル契約タリ民法第九十條明治八年太政官布告第二百二十八号布告ニ該当スル無効ノ者ナリ」という主張を追加している。因みに、明治五年の太政官布告二九五号は民法典施行によつて廃止されたが、明治八年の太政官布告（人身を担保とすることの禁止）は民法典施行後も存続していた。娼妓稼業そのものの良俗違反性よりも借金による自由拘束という点に重点が移つている。

名古屋控訴院は、明治十三年一〇月二日に被告の控訴を棄却する判決をした。まず、①司法裁判所に管轄がないという妨訴抗弁については、一番判決と同じである。次いで本案については、②「契約カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルヤ否ハ固ヨリ事実ノ問題ナルヲ以テ法令ニ何等規定スル処ナキ事項ニ関シテハ裁判所ハ其事項ノ実質ヲ調査シ果シテ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルヤ否ヲ定メサルヘカラスト雖モ苟モ法令ニ於テ規定スル事項ニ関シテハ裁判所ハ其法令ニ羈束セラレ其實質ノ如何ニ拘ハラス之ニ抵触スル断定ヲ下スヲ得サルヲ以テ法令ノ明カニ許ス事項ハ亦公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルモノト論スルヲ得サルナリ。而シテ娼妓営業ナルモノハ法令ニ於テ明カニ公認スル事項ナルコトハ双方争ヒナキ処ナレハ假令其實質ニ於テハ醜汚ノ所業タル嫌ナキ能ハスト雖モ裁判所ハ該法令ヲ無視シ之ヲ以テ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ナリト云フヲ得ス」と述べて一番の考え方を否定した。さらに、③自由の拘束の有無については、「若夫娼妓ト為ルヘキ者ノ自由ヲ過度ニ拘束シ人身売買ニ類スルカ如キ契約ヲ為サンニハ此契約其点ニ於テ或ハ公ノ秩序ニ反シ無効ヲ来タスコトアルヘシト雖モ本件当事者間ノ娼妓稼業約ハ其期限ヲ満五ヶ年トシ其期限ヲ経過スルトキハ負債金未済ト雖モ尚且被控訴人ヲシテ廃業ヲ許スヘキ旨ノ明文アリ毫モ人身売買ニ類スルカ如キ嫌ナキヲ以テ此点ヲ以テモ亦無効トスルヲ得ス」として、この点でも一番の考え方を否定したが、別の理由で本件契約を無効とした。すなわち、④「然レトモ右契約ニハ約定ノ期間内被控訴人ヲシテ結

婚ヲ為サシメサル旨ノ条項アルコトハ控訴人モ争ハサル処ナリ。蓋婚姻ハ倫理ノ最モ重ンスヘキモノニシテ社会ノ秩序ニ関スルコト重大ナレハ之ヲ禁スルコトヲ以テ目的トスル法律行為ハ乃チ公ノ秩序ニ反シ無効タルコト論ヲ俟タス」とし、当該条項だけでなく、契約全部を無効とした。

契約全部が無効とされたものの、一審判決の公序良俗違反論は否定された。国が公認する娼妓営業であつても、民法九〇条の善良の風俗に反するから無効であるという一審の議論は、法令でこれを許容する以上は公序良俗違反とすることはできないとされた。娼妓稼働契約が娼妓の自由を過度に拘束する場合には民法九〇条違反となるという一般法理は認められたが、本件において自由が制限されているとされたのは外出制限などの人身の自由の制限についてはなく、婚姻を制限する契約条項があることについてであつた。何を自由の制限と見るかについて娼妓稼働の実態を見ていない点で問題がある判決である。

名古屋地裁、名古屋控訴院の判決は、社会的にも注目され、法律家達も議論するようになった。⁽³⁷⁾また、判決の行方を見守っていた内務省は、娼妓稼働契約の問題がこれ以上拡大しないように、廃業にあたり貸座敷主の連署を不要とする方針をとり、内務省令四四号（明治三十三年一月二日）を出した。ここに判例としても、娼妓規則としても、前借金の有無にかかわらず、娼妓の自由廃業が法的には認められるようになった。現実には廃業になお幾つもの障害があり困難であつたのであるが、法的には娼妓は廃業しようと思えばできるようになった。このことが、娼妓稼働契約の公序良俗違反性判断にも影響することになる。すなわち、身体的拘束を理由に契約の公序良俗違反を言いにくくなったのである。まさにこれが次の大審院判決のつた立場であつた。

(iv) 三つ目の判決として、大審院明治三五年二月六日判決⁽³⁸⁾を挙げなければならない。これは、貸座敷主から娼妓および保証人に対する前借金の返還請求事件である。名古屋控訴院が原告の貸金返還請求を認めたので、被告（娼妓側）が上告した。被告（娼妓側）は、原告の貸金返還請求を否定するために、娼妓稼働契約および前借金契約の両方が公

序良俗に反して無効であるという議論を展開した。この事件も岩崎弁護士が被告（娼妓側）の代理人を務めているが、上告にあつては、山田喜之助および若手の鶴澤総明の二弁護士が加わつた。上告理由は多岐にわたり、無効が前借金契約の部分にも及ぶことを議論する鶴澤弁護士の弁論も重要なのであるが、ここでは娼妓稼働契約自体の公序良俗違反性を論じる岩崎弁護士の弁論の部分に限って紹介する。

上告理由第一点がそれである。その内容は、娼妓は貸座敷主との関係において「奴隷ト主人トノ如ク」であり、娼妓は前借金を返さないと正業に就くことも、婚姻することもできず、他方、貸座敷主は別の業者へ「娼妓ヲ転売スル」こともでき、娼妓には「毫末モ人権ノ自由アルコトナク人道ニ背キ文明ノ主義ニ背馳スル」というものである。それ故、明治五年の太政官布告二九五号でこれを「人身売買同様ノ所業トシテ嚴禁」したのであつて、司法省布達二二号でも、娼妓芸妓に貸す金銀並びに売掛滞金は一切償ふべからざることとされた。これら布告・布達が禁じた奴隷的な実態は現在の娼妓稼働でも存続している。「代金ヲ前貸金ト更名シ其抱代金即チ前貸金額ニハ高利ヲ加算シ又衣類其他種々ノ贅費ヲ娼妓ニ負担セシメ此等ノ費用ニモ亦高利ヲ加へ月々積算復利ヲ生セシメテ金額ヲ増加セシメ如何程稼ノ収入アルモ其負債ヲ償フ事能ハサルノ手段ヲ以テ娼妓ノ身体自由ヲ束縛シテ無限ニ醜業ヲ継続セシメツツアルハ現今ノ事実ニシテ娼妓其モノノ人権ヲ圧抑シテ射利ノ目的ヲ達シ居ルコトハ解放令以前ト異ナラス唯其名称ニ変更ヲ加ヘタルノミ……而シテ甲第一号証ハ表面形式上普通貸借証ノモノ如シト雖モ其実被告ノ抱代金即チ人身売買同視スヘキモノニシテ貸借名義ヲ仮装シタルモノタルコトハ一目看破シ得ラル可ク……娼妓ト樓主トノ契約即チ甲第一号証ノ如キハ民法第九十条二掲ケタル公ノ秩序及善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トシタル無効ノモノタル論ヲ俟タサルナリ」というものである。娼妓と貸座敷主の關係の実態、娼妓稼働が實質的に奴隷的であることに重点を置いて、公序良俗違反性の根拠とするものである。前借金が利息によつて増え、娼妓の稼ぎで返済が困難な実体を以て奴隷的であるという点など、貸座敷における娼妓稼働の実態を的確に描き出している。

しかし、これに対して大審院判決は、「娼妓営業ハ正經ノ職業ニ非サルコトハ固ヨリ論ヲ待タスト雖モ既ニ公認セラレ居ルヲ以テ苟クモ法規ニ定メタル場所及条件ニ從ヒ營業スルハ法律上他ノ職業ニ從事スルモノト同視セサルヲ得ス。故ニ債務者タル娼妓ノ債権者ニ對シテ自己營業ヨリ生スル収益ヲ以テ其債務ノ弁済ニ供スヘキコトヲ約スルモ毫モ公ノ秩序若クハ善良ナル風俗ニ反スル所ナシ」と判示した。上告理由が述べているのは、娼妓稼働契約がその契約上の表現や形式はどうであれ、実態は娼妓の自由を拘束しているという点なのであるが、大審院は、この点に直接応えることなく、娼妓稼働は公認されているから、娼妓稼働で借金を返済するという契約は公序良俗違反とはならないと判示したのである。

以上から窺える大審院の考え方は、娼妓の自由廃業が認められる以上は娼妓稼働契約は娼妓に娼妓稼働を強制するものではなく、また、娼妓営業自体は公認されているのであるから、これを目的とする契約は公序良俗違反とは言えない、という点にある。そして、稼働契約自体の公序良俗違反性が否定される以上、貸金契約(前借金)の無効を導くこともできないということになる。この後の大審院判決では、強制的要素が認められる場合には、娼妓稼働契約が無効とされることもあったが(違約金条項があるような場合)、前借金の返済方法として娼妓稼働の稼ぎを充てるというだけの場合は、娼妓稼働契約は公序良俗に反しないという立場がとられるが、それは明治三五年判決によって確立したのである。

(30) 山中至「芸娼妓契約と判例理論の展開」法制史研究四二一(一九九一年)八頁以下に東京上等待判所明治二一年九月二二日判決(娼妓廃業故障一件)などが紹介されている。

(31) 明治二六年、長崎丸山遊廓の娼妓が連署請求の訴えを提起。一番で敗訴、長崎控訴院で原判決取消、佐賀地裁に差し戻された(東京日日新聞明治二六年六月六日の記事)。

(32) 大判明二九・三・一一民録二輯三卷五〇頁。第二民事部部長は栗塚省吾、被告側の代理人は、江木衷。

(33) 沖野岩三郎・娼妓解放哀話(一九三〇年、中央公論社)序文を参照。以下、引用は中公文庫版(一九八二年)による。

(34) 沖野・前出注(33)二五五頁以下。判決文は二六一頁以下。法律新聞六号七頁にも判決文の一部が引用されている。

(35) 沖野・前出注(33)二九八頁以下。

(36) 法律新聞六号六頁。

(37) 江口淡「娼妓取締規則に就て」法律新聞一六号三頁以下(行政の許可する娼妓稼働は有効)、桜井熊太郎「娼妓自由廃業問題」法律新聞一八号三頁以下(自由廃業擁護)。

(38) 民録八輯二卷一八頁。

五 梅謙次郎の公序良俗論

民法典施行直後ということもあり、娼妓稼働契約の公序良俗違反性という、民法九〇条が直面した問題について、学説の議論は多くはなかった。その中で梅謙次郎の見解が注目される⁽³⁹⁾。梅は、結論として、娼妓稼働契約は公序良俗違反にならないという立場をとるが、その前提には梅の公序良俗に関する一般論がある。

その議論は、明治二七年三月二日に現行民法九〇条の原案(原案九五条「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル行為ヲ目的トスル意思表示ハ無効トス」)を審議した民法主査会における議論に遡る⁽⁴⁰⁾。既存の法例一五条は「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ関スル法律ニ抵触シ又ハ其適用ヲ免カレントスル合意又ハ行為ハ不成立トス」と規定していたが、法律がないと公序良俗違反の法律行為が無効にできないのは狭すぎるので、原案九五条は、法律がなくても公序良俗違反の法律行為が無効にできるように、その範囲を広げるものであった。これに対して、梅は、原案では「公ノ秩序」と「善良ノ風俗」とが「又ハ」で結ばれているが、法律行為がどちらかに反すれば無効になるというのでは無効とされる範囲が広すぎるので、「善良ノ風俗」を削除するという対案を出した。その理由を次のように言う。「善良ノ風俗」は「元來道徳上ノ問題」であるから、これにのみ反するが「公ノ秩序」に反しないような行為に対して、法が介入してその行

為を無効とするのは適當でない。それは法と道徳とを混同するものであり、「法律ト道徳トノ境界ハ丸デナクナツテ仕舞」う。従つて、「善良ノ風俗」という文言は削除し、「公ノ秩序」に反する行為のみを無効とすべきである、といふのである。これに対して富井が原案を弁護した。採決の結果、原案が残った。

しかし、梅は、成立した現行九〇条の解釈においても、「善良ノ風俗ニ反スルモ若シ毫モ公ノ秩序ヲ害スルコトナクンハ法律ハ之ニ干渉スヘキ謂レナシ」という立場から、「善良ノ風俗」が同時に「公ノ秩序」に反する場合にだけ、法律行為が無効になるといふ主張を堅持した。⁽⁴¹⁾「善良ノ風俗」を道徳的概念と捉え、梅が心配する「法ト道徳」の混同が生じ、道徳に反するというだけで、当事者間の契約などに法が介入することになり、適當でない。しかし、民法九〇条の「善良ノ風俗」は、道徳的觀念を問題としてではなく、道徳・倫理が基礎にあるとしても、「反道徳・反倫理性が一定のレベルに達し、法的にも許容できない場合に、法の介入を許す概念と考えるべきである。そうすれば、梅の批判は当たらないのであるが、「善良ノ風俗」という概念が道徳的概念と誤解される危険があることは確かであり（当時もあつたし、現在もある）、そのような道徳ニ法という危険な考え方に至らないようにする上で梅の主張は重要な警鐘となる。

このような梅の考え方からすると、前述した名古屋地裁明治三三年五月七日判決のロジックは、法が許容する行為を道徳によつて禁じようというものであり、まさに梅が法と道徳の混同として批判したものであつた。梅の公序良俗についての見解に基づくと、当該行為の反道徳性が「公ノ秩序」を害する程度か否かを判断することとなるが、警察命令で許容されている娼妓稼業・貸座敷稼業はまさに「公ノ秩序」を構成するので、これを民法九〇条で「公ノ秩序」に反するとして無効とすることはできないことになる。

梅は、以上のような考えから娼妓稼業契約の有効性について、次のように論じる。⁽⁴²⁾娼妓営業は、「一般ノ意義ニオケル善良ノ風俗ニ反スル」ことは否定できない。しかし、民法九〇条で法が介入することを認めるか否かは、それが

同時に「公ノ秩序ニ反スルカ否カ」で決まる。しかし、「娼妓ハ国法ノ認ムル所ニシテ之ニ一種ノ営業トシテ許可セリ。故ニ国家ハ此種ノ営業ヲ以テ公ノ秩序ニ害ナキモノトシ寧ル公ノ秩序ヲ維持スルニ必要ナル制度トシテ之ヲ認メルモノト謂ハサルヘカラス」。したがつて、「娼妓ヲ認メル国法ノ下ニ於テハ娼妓営業ヲ以テ公ノ秩序ニ反スルモノナリト謂フコトヲ得ス」。さらに続けて、梅は、娼妓の廃業の問題に言及し、娼妓年季契約は民法上有効であつても、廃業をしたと考える娼妓は廃業をすることができ、娼妓年季契約の有効性の問題と廃業の問題を混同してはいけないう。ここまでは、梅の見解は正當であらう。しかし、廃業に關して、貸座敷主の連署を必要とした「旧娼妓取締規則」のもとでは貸座敷主が連署を拒むことができたが、娼妓取締規則が改正（明治三三年の内務省令）されて貸座敷主の連署がいなくなった後は娼妓は貸座敷主の意思に反して廃業ができるようになった、という見解は問題がある。さらに前借金契約について述べているところも問題である。梅は、娼妓稼業契約は有効であるという立場に立ち、娼妓稼業の稼ぎで前借金を返済する合意も有効であると考える。そして、貸座敷主は、娼妓に対して、娼妓稼業契約の履行の強制はできないが、稼働する義務が娼妓にあるので、履行を請求することはでき、娼妓が娼妓稼業契約の履行を拒む場合には、「貸金ノ返済ト共ニ損害賠償ヲ求ムル」ことができる。娼妓稼業を事実上強制することに
なる考え方であり、疑問である。⁽⁴³⁾

もう一つ、梅の見解の基礎となつてゐるのが、行政命令と民法の關係についての考えである。旧民法典公布後の民法典論争の際に、旧民法典に加えられた批判の一つに、旧民法典が行政命令を束縛するので適當でないといふものがあつた。たとえば、旧民法財産編三〇〇条二項は、所有権は「法律又ハ合意又ハ遺言ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ制限スルコトヲ得ス」と規定してゐたのであるが、これに対して、批判派は、このような規定のもとでは「公共ノ安寧秩序ヲ保持」するために「独立命令（行政命令・警察命令）」（明治憲法九条）で所有権を制限することができないことになり適當でない、と批判した。この批判に対して、梅は旧民法典を擁護し、民法は行政命令に従うものであつて、民法が

行政命令を縛ることはないし、警察命令を制約することはない、という反論をしている。⁽⁴⁴⁾娼妓稼業・貸座敷営業を許可していた当時の警察命令は、まさに明治憲法九条が規定していた独立命令であった。ここで主張された梅の見解からすると、警察命令と矛盾するような形の民法九〇条の適用はできないことになるのである。

- (39) 梅謙次郎「娼妓年期契約ノ効力」法学志林三卷二六号（一九〇一年）五〇頁以下。
- (40) 法典調査会民法草案會議事速記録（日本近代立法資料叢書二三卷）（一九八八年、商事法務版）六五七頁以下。
- (41) 梅謙次郎・民法要義・卷之一総則編（一九二一年、一九八四年復刻版、有斐閣）二〇〇頁。
- (42) 梅・前出注（39）五〇頁以下。
- (43) この立場をより強調したものとして、本山典太郎編・娼妓存廃内外大家論集（一九〇〇年、建國新報社）に「序論」として収録されている梅の文章がある（明治三二年一月）。「編集復刻版 買売春問題資料集成（戦前編）第七卷」（一九九七年、不二出版）三二二頁。これは文部省総務長官の肩書で書かれている。但し、この「序論」は法的な文章ではなく、用いられている表現も厳密でないところが多々見られ、出版社が梅の口述をまとめた可能性が高い。
- (44) 梅謙次郎「法典実施意見」明法誌叢三号（一九二二年）一頁以下。

六 中間的なまとめ

娼妓稼働契約の公序良俗違反性について、裁判所が直面しなければならなかった課題の中には、民法九〇条との関係で、今でも議論の価値がある問題が幾つもあった。

第一は、公序良俗違反の対象の捉え方の多様性である。裁判の中では、娼妓稼働契約のいろいろ異なる部分に着目して公序良俗違反の議論がされていた。①まず、娼妓側から娼妓として稼業すること自体が善良の風俗に反するからその稼働契約は無効であるという主張がなされた。大審院はこれを否定した。②次に、廃業の自由を認めないなど、

人的・物理的な強制の要素、自由束縛の要素がある場合に、娼妓稼働契約を公序良俗に反して無効とする考え方も主張された。この考え方に対してはどの裁判所も反対することはなかった。但し、何を強制的要素と見るかについては異なる議論があった。③三つ目に、前借金返済のため、やむを得ず娼妓稼業をさせられることに公序良俗違反の根拠を求める考えがあった（経済的な自由拘束）。娼妓解放の實質的解放のために重要な議論であるが、大審院はこの立場をとらず、昭和三〇年の最高裁判決で初めて認められた。①②③のいずれも成り立ちうる考え方であり、現在においても意味のある議論である。しかし、①の立場については、道徳的な議論を法的な議論に直結させないように注意が必要であり、また、どのような性的サービスであれば公序良俗違反となるのか限界が明確でないという問題がある（売春はだめだが、ピープ・ショーなどはいいのか。あるいは売春自体も強制がなければいいのか、など）。②は、契約自体は自由意思で締結されても、強制的な要素があれば、契約を無効とすることができる点に意味がある。契約条項に強制的要素があればもちろん（違約金による強制）、契約自体には強制的要素はなくても、廃業の制限、外出の制限、建物内への閉じ込めなどが伴えば、その契約は公序良俗に反して無効であろう（本論文の対象外の問題であるが、従軍慰安婦問題でも同様に考えるべきである）。③の経済的強制は、なかなか当時の裁判所では認められず、昭和三〇年最高裁判決で初めてこれを理由として契約が無効とされた。現在では労働基準法一七条の前借金と賃金の相殺禁止規定に見られるように、公序良俗違反になる典型的な場合である。

第二に、「善良の風俗」概念と道徳・倫理の関係である。先に紹介した名古屋地裁明治三二年五月の判決は、「善良ノ風俗」を道徳的概念と捉え、法が許容する娼妓稼業であっても、道徳的観点から法律行為を無効にできるという議論を展開した。しかし、民法九〇条の規制原理をこのように道徳・倫理に反することを理由に法律行為を無効にするものとして理解すべきではない。反道徳・反倫理的行為であっても、それが一定のレベルに達し、法的に許容できないとの判断に至って初めて民法九〇条で無効となると考えるべきである。

第三は、国家・行政による許容と公序良俗の問題である。明治憲法下においては、警察命令は明治憲法九条の天皇大権に基づく独立命令（「公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スル為ニ必要ナル命令」と解されていたので、司法裁判所が民法九〇条を以てこれを制約することはできないと解されていた。このような状況のもとで、いわば警察命令が公認する娼妓稼業・貸座敷営業を公序良俗違反の行為であるとして無効とすることも困難であった。しかし、この問題は、日本国憲法のもとであれば別の解決の仕方になると思われる。たとえ法律が認める営業であっても、民法九〇条の観点から、当事者間の私法的な利益を否定することは不可能ではないのか。利息制限法の制限超過利息の支払いを無効にした一連の最高裁判決や、貸金業法で許容した貸金業者の利益を奪う最高裁判決など同様に、国の法律や都道府県の条例で認められた行為であっても、民法九〇条が介入することができるのではないかと考える。

以上、明治期の裁判および民法学が娼妓稼働契約に関して直向した三つの点について整理してみたのであるが、いずれも極めて現代的問題でもある。しかし、本稿では単なる中間的な論点整理にとどまらざるをえなかった。それぞれの問題についての、今日の視点からの検討は、次の課題としたい。