

## 性犯罪規定の見直し

## 目次

- はじめに
- 一、強姦罪・強制わいせつ罪の保護法益
  - 二、夫婦間の成否
  - 三、暴行・脅迫の要件
  - 四、親告罪
  - 五、法定刑の引き上げ
  - 六、性的虐待罪の新設

岩井宜子

## はじめに

二〇〇九年夏、国連女性差別撤廃委員会（略称：CEDAW）において、女性差別撤廃条約に関する日本の実施状況についての第六回報告が審議され、その総括所見で、「条約のすべての条項を系統だてて実行するという政府の義務を果たすよう、あらためて求める」という一九項目にわたる包括的勧告が行われた。その中で、「性暴力に関する刑法の改正」について、「現刑法の性暴力の親告罪規定を撤廃すること。また、強姦を秩序道徳に反する犯罪としていまだに捉えていることを脱し、女性の権利と身体への安全への犯罪であることを明記すること。強姦罪の法定刑の引き上げ、近親姦と夫婦間レイプを性暴力犯罪として規定することを求める。」との要請がなされた。

わが国においても、性犯罪規定について、女性差別撤廃の視点から、種々提言がなされているが、すでに、解釈論や判例において、刑法制定当時とは異なった扱いがなされている部分もあり、実際にどのように性犯罪規定の見直しが行われるべきなのかを、刑事法・刑事政策の観点により、考察を行いたい。<sup>(1)</sup>

わが国の性犯罪法は、その保護法益にしたがって、三種に分類されうる。

## ① 強姦罪（刑一七七条）・強制わいせつ罪（刑一七六条）

性的自由・性的自己決定権の保護

## ② 売春防止法（七条）・青少年保護条例・児童福祉法（三二四条・一項六号）・児童買春、児童ポルノに係る行為等の

処罰及び児童の保護等に関する法律・インターネット異性紹介事業を利用して児童を誘引する行為の規制等に関する法律

性的弱者の保護

③ 公然わいせつ罪（刑一七四条）・わいせつ文書頒布等（刑一七五条）・売春防止法・風俗営業等取締法

性風俗・性的感情の保護

この中で、①の類型は、暴行・脅迫を手段とするものであるが、その法益が性的自由であるという認識が一般的となり、より精神的なものと捉えられる傾向にあり、ジェンダー・ニュートラルな視点で性暴力を捉えるという各国の状況が認められる。②の類型は、威力その他を用いて未だ性的自己決定力の未熟なものに性的行為を行わせる事を禁じるもので、近時、児童の性的虐待の防止の必要が叫ばれるにつれ、規制のあり方の検討が迫られている領域である。逆に、③の類型は、性解放の風潮と共に規制の緩和が図られる傾向にあるが、青少年の保護の面からの規制も唱えられている。また、わいせつ文書・図画に属するとされるポルノグラフィは、被写体としての女性の身体・性的人格権に対して甚大な被害をもたらすとして、①と共通の犯罪性をもつとの指摘もなされている。<sup>(2)</sup>

ここでは、主に①の類型の性犯罪規定について、見直しの必要性を論じたい。

### 一、強姦罪・強制わいせつ罪の保護法益

強姦罪は、その保護法益の捉え方の変遷の中に女性の社会的地位の在り方の変遷が反映されているといえる。明治四〇年制定当時、強姦罪・強制わいせつ罪は社会的法益保護規定の間に規定されている点からみても、性道徳を保護するための規定であったことがうかがえる。強姦罪が女性に対する姦淫行為のみを構成要件として規定しているのは、家制度を保護するため、女性の貞操が侵害されることを防止するための規定であったことが当時、強姦罪既遂の要件は、交接が行われてはじめて成立するとされた学説からもうかがえる。<sup>(3)</sup>

戦後、姦通罪は廃止されたが、強姦罪・強制わいせつ罪については、手が加えられなかった。しかし、解釈において、性的自由・性的自己決定権という個人法益を侵害する罪と解されるようになった。

法益を性的自由・性的自己決定権と捉えると、単に強要罪の加重類型なのかというふうに捉えられ、より深刻な精神深部の傷つきを評価していないという批判があり、むしろ性的人格権の暴力的侵害と考えるべきとの説が唱えられている。<sup>(4)</sup>

欧米においては、よりジェンダー・ニュートラルに捉えるべきものとして、レイプを男女を問わず、性的挿入を行う行為と捉える傾向にあるが、<sup>(5)</sup>わが国の場合は、強姦は女性器へのペニスの挿入のみを捉え、他の性的暴力は、強制わいせつ罪で処理するものとしている。両者とも凶悪犯として、法定刑も重く、致死傷の場合は無期まで規定されている。女子に対する姦淫行為は、妊娠の危険性を伴うばかりでなく、一般の男性が持っている欲情に基づくもので、より被害に会いやすい態様の行為として、より厳しく取り締まられるべきものとされる意味はあると思われる。男性の家父長制的支配の打破をフェミニズム運動の中心に据えてきたマッキノン (C. A. Mackinnon) は、形式的平等の主張の中では、見逃されてしまう女性虐待の存在に目を向けるべきだとする。<sup>(6)</sup>

## 二、夫婦間の成否

英米においては、コモンロウ上、古くは妻は夫の財産と考えられ、妻に対するレイプは、夫の財産の価値を毀損する財産犯として捉えられていた。<sup>(7)</sup>コモンロウを継受したアメリカ合衆国の州法の標準的な規定は、「暴行または脅迫により、彼女の意思に反し、同意なしに彼の妻でない女性と性交すること」と定義していた。「夫の免除」の文言は、「妻

は性交に包括的に同意しているのだから、常に暗黙の同意が存在する」という解釈、また、「婚姻により妻は、夫に一体化し、すべての法的自立性を失うとした一体性の原則」に基づいていた。この従属性の原則は、一九世紀の半ば以降、婚姻した女性の財産権法が確立するにつれ、女性は男性とは異なった妻や母という領域におり、私的な面では夫に従属すべきものとする「異相 (separate spheres) 原理」にとつてかわられた。近年における「夫の免除」の規定の正当化根拠は、①婚姻関係のプライバシーを守る、②刑事法廷の介入は夫婦の調和を破壊する、③同意の立証についての証拠法上の困難が存在する、等が挙げられている。<sup>(8)</sup>しかし、憲法上、認められてきたプライバシー権は、身体の完全性 (bodily integrity)<sup>(9)</sup>、生殖の自由 (reproductive freedom)<sup>(10)</sup>、個人の自律性 (individual autonomy)<sup>(11)</sup> の擁護を含むと解され、同居中の場合にも、夫に妻のこれらの権利を侵害することは許容されないと主張された。また、フェミニスト等によつて、同規定は、両性の性役割の古風な一般化を永続的にするもので、性差別的意図が隠されていると攻撃された。<sup>(12)</sup> ニューヨーク州では、一九八三年、「夫の免除」は平等条項に違反し、違憲であると判断された。<sup>(13)</sup>

婚姻法の観点から見ると、妊娠の可能性から見て、夫婦は唯一の合法的性交を行い得る関係にあり、夫婦間に性的自由の侵害という意味での強姦罪の成立を認めることは論理矛盾ではないかという疑問も生じ得る。わが国において、注釈刑法(四)(一九六五年)二九九頁は、「夫は妻に対し性交を要求する権利があるから、暴行・脅迫を用いて妻を姦淫しても本罪を構成しない」とするのが通説としてしている。しかし、一九八六年の鳥取地裁判決が夫の妻に対する強姦罪を有罪としたのに対して、夫は控訴して、夫が妻に暴力を用いて性交を強要しても、暴行罪・強要罪が成立するなら格別、強姦罪は成立しないと主張したが、高裁は、婚姻関係は破綻しているとして強姦罪の成立を認め、二年一〇月の懲役実刑の判決を是認した。<sup>(14)</sup> このように、夫婦間強姦については、わが国のこの規定の仕方においても認めると解される。

妻が夫を訴えるという場合は、多くはその婚姻状況は、親密さとは程遠いものと思われ、経済的依存関係や、子どもの存在のために夫の性暴力を堪え忍んだあげくの行為と考えられる。夫が妻に対する強姦罪で処罰され得ることは、夫の妻に対する性的暴力に対し、抑止効果を与える一助となり得よう。

### 三、暴行・脅迫の要件

強姦罪の被害者にとって、刑事裁判に訴える上での困難性は、「強姦神話」等の存在により多くの場合、被害女性が性交を黙認していたと捉えられることにある。

「一対一では強姦は為し得ない」というような「強姦神話」の存在<sup>(15)</sup>、また、フロイトが女性は本質的にマゾヒスティックであるとしたために、女性は男性の獣性に対し魅力を感じ得ることから、女性は社会における性役割として慎重深く振る舞うことが期待されているために性交を望んでいても「No」というのだとされ、同意がなかったことの証明は、特に知人間においては、困難となる。アメリカでは、レイプが重く処罰されるため、同意がなかったことに確証が要求され、被害者側にその举证責任が転化されたため、相当程度の抵抗の存在が要求されるようになっていった。<sup>(16)</sup> 極端な場合、衣服やブラウスが破れていない場合、極度の抵抗がなされたことを確定しがたいとされた。一九七〇年代以前は、法廷においても、被害女性が過去の性経験を追求されるなど、第二次被害もひどい状況であったが、主に、フェミニストの運動がその不当性をアピールしたことにより、徐々にレイプに関する法改正が実現していった。各州の法改正は、レイプの定義を拡張し他の性的侵襲行為も含めること、レイプの刑が厳しすぎることが有罪とするのを躊躇させるきらいもあるため、段階を設けて刑の緩和化を図ること、不同意を示すための「最大限の抵抗」(utmost re-

「sistance）」という基準を「合理的な抵抗 (reasonable resistance)」という基準に改めること、被害を受けた後即時に告訴がなされることの要請の廃止、確証の要求の不当性を認識して客観的証拠の要求を廃止し、被害者と被告人の証言の「信憑性の争い (credibility contest)」において判定すること等の方向で、次第に実現された。<sup>(17)</sup>

わが国の場合、旧刑法三四八条は、強姦罪に関して「一二歳以上の婦女を強姦したる者」とのみ規定し、暴行・脅迫が手段として用いられることを要件としていなかった。また、「個人的法益に対する罪」の章に位置づけていた。ただ、昏睡等に乗じて姦淫する行為を処罰する後段の規定との考量から、強姦という行為がそのものが「暴行・脅迫を以て婦女を姦淫する行為」と解釈されていた。現行刑法では、暴行・脅迫の要件が入ったため、「被害者の反抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫が必要」と解されてきた。<sup>(18)</sup>近年においては、より緩和し、「被害者が合理的な程度の抵抗を試みたにもかかわらず、加害者がこれを排除したと認められるならば、被害者の意思に反する性行為があったと認め得、それで足りる」との説が唱えられている。<sup>(19)</sup>同意の有無が問題だとすると、同意がなかったことでは足りると思われる。暴行・脅迫の要件はなくてもよいものであろう。

#### 四、親告罪

わが国の強姦罪の発生率は、西欧諸国に比較して低く、認知件数も減少してきていたが、平成八年より、増加に転じている。これは、近年、犯罪被害者の被害の実態調査等を通じて、性犯罪被害者の第二次被害についても、認識が高まり、警察の保護的姿勢、ボランティア組織による被害者支援の高まり等により、告訴が容易になったことによると考えられる。さらに、平成一二年五月、犯罪被害者保護のための二法が成立し、性犯罪の告訴期間が撤廃され、証

人の保護のための規定も新設されたため、より、告訴が容易になり、性犯罪被害者の実質的保護がはかれることが期待されるが、平成二〇年の強姦罪の検挙事件中、加害者・被害者関係において面識のないものが、未だ五六・四％を占めており、性的暴力は多く面識のある者の間で発生するとされている事からも、多くの暗数の存在が推定される(平成八年には、七五・六％であった)<sup>20</sup>。

親告罪とされた立法趣旨は、明治三十三年一月二二日に行われた刑法連合会第八回議事速記録の親族相姦の規定を設けることの可否の議論の中に見て取ることができる。

親族相姦の罪は、わが国では、大宝律令以来規定されており、新律綱領にも規定があったが、旧刑法には規定されなかった。その理由とされたのは、「尊属親と卑属親との姦通というようなことは日本などは最も人倫を尊ぶ国であるから、人倫を尊ぶ国にはそういうことではないから、こういう規定を設けるには及ばない」というような理由であったとされる。しかし、村田保委員が「田舎などに行くと親子姦通も兄弟姦通もいぶん起こっているので、刑法に掲げないでよくと、暗に許すということになる。この改正にあたってこれを設けないのは、最も欠点である。」と強く親族相姦処罰の規定を入れることを主張した。これに対して倉富勇三郎委員が、「親族相姦はもちろん悪いことだが、これを罰することにより生ずる利益よりこれを罰する所より生ずる弊害すなわち不利益の方が多かろうと思う。姦通が被害者の親告をまつて罰するのは、被害者の親告をまたないで罰するのが、かえって弊害が多いところにある。この親族相姦罪を刑法に設けるために、隠密の間に隠れていることを暴露して醜状を世の中に公にすることはより弊害が多い。刑法上の制裁をつけなくても、一般の徳義上の制裁にとどめておく方が実際利益があると思う。親族相姦で生まれた子がいるなら、私生児である上に乱倫の子であるということが公になり、この上ない不幸を招く。」として反対をした。この反対に対し村田保委員は、「強姦をされた事実も黙っていれば分からないのに、その人の一生の名誉を害し



ても何にもならないので、親告罪でなければならぬ。しかし、親族姦は、親族間の婚姻を許していいのだから、刑法上も許してはならない。」とし、古賀廉造委員も「親族制度を乱す原因は刑法において禁ずるのが国の法律として必要。」と反論している。しかしながら、横田國臣委員にいたっては、「猥褻とか姦淫の罪については、風俗を害するが直接の被害者というものはない。直接の被害者のあるのは有夫姦と良家の子女に対してなされる場合であるが、被害者のないものであるから、非常な弊害のない限りは、ただ現れたところでおきたい。検事や警察官がかぎまわるこの方が弊害が多い。」として処罰に反対している。<sup>(21)</sup>

この刑法連合会においては、小河滋次郎他多くの委員が、醜聞は隠しておくことに賛成し、親族相姦処罰の規定は入れられなかった。

深刻な性的虐待にあたる行為が当時は家族制度を乱す性道德に対する罪とのみ認識されていたことに愕然とする。昭和末期になってようやくなされるようになった全国児童相談所長会による児童虐待の実態調査においても、性的虐待の定義に「近親相姦」の文字が用いられている。いわゆる和姦にあたる行為が、近親間で行われることを想定していると思われるが、実態は近親姦であり、被害にあった子どもは、家出し非行化するなどによって、初めて表面化するという実態があった。<sup>(22)</sup> その事實は、昭和四八年の尊属殺を違憲とした最高裁大法廷判決（最大判昭和四八年四月四日刑集二七・三・二六五）の事案によって、社会内で隠されていた深刻な被害を世間は知ることになった。

戦前の刑法学者がいかに強姦罪・強制わいせつ罪を解していたか、そして、いかに戦後の解釈に伝えようとしていたかを小野清一郎「刑法講義各論」昭和二四年によって、知ることができる。ここでは、「性生活の秩序に対する罪」というとらえ方がなされている。そして削除された姦通の罪についても、妻の姦通も夫の姦通も処罰すべきとして、存置すべきものという見解を示している。婚姻は道義的に承認された性欲及び愛情満足の人倫的形式だから、婚姻関

係の信義を破ることは、夫たと妻たとを問わず非難されるべきものとするのである。妻のみが処罰の対象とされていたのは、古来文化民族の家族組織が男子の家長権及び夫権の思想を中心とするものであったこと、及び特に女子の姦通には、血統を乱す虞があるという結果の重大性によるのだとしている。強姦罪も夫権の侵害が重要視され、女性のみが被害者とされた経緯がうかがえる。親告罪である点については、風俗に関する罪ではあるが、同時に個人的人格的自由を侵す行為であり、且つその訴追が却つて被害者の名誉その他に不利益を及ぼす虞があるからであるとされている<sup>(23)</sup>。このように被害にあったことが被害者の落ち度であるかのように、当然に不名誉な事実を隠すことが被害者保護だとするのは本末転倒であり、むしろ被害者に「貴女は悪くない」と伝えて、被害を訴えるのを助けることが、被害軽減につながるべきことが知られてきている。

西欧諸国では、親告罪では無くしており、わが国でも、昭和三十三年に、集団によるものを非親告罪にしたところ、強姦罪の発生件数が飛躍的にふえたのを見ても、強姦罪を非親告罪にして、顕在化をはかり、性暴力の抑止をはかるのが、妥当な策と思われる。犯罪被害者が容易に被害を訴え得、捜査・裁判の段階での第二次被害の防止を図ることが急務であり、被害者保護手段の適切な運用が望まれる。物証の保全が困難なことから、被害者の証言により多くの証明力を認めるなどの方策がとられるべきである。

## 五、法定刑の引き上げ

平成一六年の刑法改正で、ようやく、強姦・強制わいせつ罪の法定刑の引き上げが実現した。強制わいせつ罪は、六月以上七年以下の懲役から六月以上一〇年以下の懲役へ、強姦罪は二年以上の懲役から三年以上の懲役へ、強姦致

死傷罪は無期又は三年以上の懲役から無期又は五年以上の懲役へと引き上げられ、集団強姦等の罪が四年以上の懲役、集団強姦等致死傷罪が無期又は六年以上の懲役に処するものとして新設された。しかし、強盗罪と比較し、まだ法定刑は軽い。わが国においては、性暴力関連犯罪を強姦罪・強制わいせつ罪に包括的に規定しているため、暴力被害の程度においてもかなりのバラエティが予想され、軽い態様の行為も含みうるため、下限はあまり重くしない方が、有罪の認定を得やすい面もある。しかし、強姦致死罪が最高無期なのに対し、強盗致死罪は最高死刑なのは不均等であり、これと同等以上の法定刑とするべきものであろう。

## 六、性的虐待罪の新設

上記のとおり、親族相姦の規定は現行法に入れられなかったが、性的虐待にあたる行為は、一三歳未満の児童が被害者の場合、同意年齢に達していないため、強姦罪・強制わいせつ罪が成立しうる。しかし、この場合も親告罪のため、告訴が期待できない。告訴期間は撤廃されたので、公訴時効（平成一六年の改正により一〇年）期間内は、告訴しうる年齢に達してから告訴することも可能であるため、性犯罪の公訴時効の延長も提案されたが、いまだ実現していない。親告罪で無くしたら、その事実を知った第三者の告発によって、処罰することができるというものの、性的虐待は児童の成長を確保すべき保護者によるもので、通常の性犯罪よりむしろ、その被害は甚大と言わねばならない。

別の構成要件を新設すべきものと考えられる。

改正刑法草案は、一四歳未満を幼年者として、姦淫・わいせつ行為を行ったものを別に規定している。また、身分、

雇用、業務その他の関係に基づき自己が保護し監督する一八歳未満の女子に対し、偽計又は威力を用いて、これを姦淫した者を処罰する規定をおいた。しかし、これらも親告罪とされていることから、処罰される可能性が薄い。

性的虐待行為は男児に対してもかなりの確率で被害が発生しており、児童に対する保護的地位にある者による性的侵害行為は、広く処罰の対象とする構成要件を新設すべきものと考えられる。

## 注

- (1) 齊藤豊治は、齊藤豊治・青井秀夫編「セクシュアリティと法」東北大学出版会、二〇〇六において、「ジェンダーの視点からの問題提起を受けて、刑事法研究の視点から、性暴力の再検討を行う」として、「性暴力犯罪の保護法益」について論じている。同じ問題意識に基づくものと考えられる。
- (2) ボルノグラフィの犯罪性について若尾典子「ボルノを批判する視点の登場」浅倉むつ子・戒能民江・若尾典子著「フェミニズム法学」明石書店、二〇〇四、二六三頁以下、中里見博「ボルノグラフィと性暴力」明石書店、二〇〇七参照。
- (3) 宮城浩蔵「刑法正義」一八九三、六八二頁以下。
- (4) 齊藤豊治・前掲書二四六頁
- (5) フランス刑法は、人に対する性的挿入行為と捉えている。
- (6) C. A. Mackinnon: *Feminism, Marxism, Method, and the state: Toward Feminist Jurisprudence*, 8 *Sigms: J. Women in Culture & Society* 635, 640 (1983)
- (7) Note: *to Have and to Hold: The Marital Rape Exemption and the Fourteenth Amendment*, 99 *Harvard Law Review* 1257 (1986)
- (8) Note id. P.1263
- (9) *Winston v. Lee*, 105 S. Ct. 1611, 1618-19 (1985)
- (10) *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438, 453 (1972)
- (11) *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589, 599-600 (1977)
- (12) Note id. P.1270

- (13) *People v. De Stepanno*, 121 Misc. 2d 113, 467 N.Y.S. 2d 506 (Sup. Ct. 1983)
- (14) 鳥取地判昭和六一年二月一七日(判例タイムズ六二四号二五〇頁)  
 広島高裁松江支部判昭和六二年六月一八日(判時一二三四号一五四頁)
- (15) Burt, M. R.: Cultural myths and supports for rape. 38 *Journal of Personality and Social Psychology*, pp.217-230 (1980)
- (16) Allison, J. A. & Wrightsman, L.S.: Rape: The Misunderstood Crime. Sage, New-Bury Park, p.202 (1993)
- (17) Estrich: *Real Rape*. Cambridge, MA: Harvard University Press, p.83 (1987)
- (18) 最判昭和四四年五月一〇日刑集三卷六号七一一頁前。
- (19) 佐久間修「実践講座・刑法各論」立花書房、二〇〇七、一七七頁
- (20) 犯罪白書平成二一年版 一七三頁
- (21) 内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著「日本立法資料集二」信山社、四五六一—四六五頁、一九九三
- (22) 性的虐待の実態について、岩井宜子・宮園久栄「児童虐待問題への一視点―児童相談所介入例の調査を通して―」犯罪社会学研究  
 二一号、一九九六、一五四頁以下参照。
- (23) 小野清一郎「刑法講義各論」有斐閣、一九四九、一三三—一四二頁