慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	性犯罪の保護法益及び刑法改正骨子への批判的考察
Sub Title	Protected legal interests of sex crime and critical considerations on criminal law amendment
Author	島岡, まな(Shimaoka, Mana)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2017
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.37 (2017. 2) ,p.19- 37
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	井田良教授退職記念号#論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20170224-0019

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

性犯罪の保護法益及び刑法改正骨子への批判的考察

島　岡　ま　な

一　はじめに
二　性犯罪規定の大規模改正
三　性犯罪の保護法益に関する議論の進歩
四　刑法改正骨子への批判的考察
五　おわりに

一　はじめに

1907 年の刑法典制定以来 100 年以上を経て、性犯罪が大幅に改正されようとしている。その事実自体は喜ぶべきことである。しかしながら、2016 年 3 月に公表された女子差別撤廃委員会（以下、CEDAW と略す）の最終見解も、「女性に対する暴力」の項目において日本政府の最近の性犯罪見直しを歓迎しつつ、①配偶者強姦を明示的に犯罪化する必要性を感じなかったこと、②性交同意年齢が 13 歳のままであること、③近親姦を個別に犯罪化する規定がないこと等に懸念を表明している[1]。女子差別撤廃条約[2] の批准から 30 年以上を経て、

1）内閣府男女共同参画局の HP（http://www.gender.go.jp/international/int_kaigi/int_teppai/index.html）参照。

2）正式名は「女子に対するするあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」で、1979 年に国連で採択され、1980 年に発効した。日本は 1985 年に批准している。

未だにCEDAWその他の国連機関からの勧告を完全には実現していない日本の現状を、憲法学者や国際法学者のみならず、刑法学者もより真剣に受け止めるべきではないか。

本稿を献呈させていただく井田良教授は、今回の性犯罪規定改正のための検討会、法制審議会刑事法部会の委員も歴任され、性犯罪に関する論稿[3]も出されている。性犯罪の保護法益と違法性について、精神科医から見た被害実態も含めてその本質を検討し、この度の改正骨子で採用されなかったいくつかの論点について改正の必要性を主張することが、本稿の目的である。

二　性犯罪規定の大規模改正

2014年秋に松島みどり法務大臣（当時）が就任後「性犯罪の見直し」を指示し、法務省「性犯罪の罰則に関する検討会（以下、検討会と略す）」における議論を経て、2015年8月に取りまとめ報告書[4]が公表された。同検討会で取り上げられた論点（及びその評価）は、①性犯罪の非親告罪化（積極）、②性犯罪に対する公訴時効の撤廃又は停止（消極）、③配偶者間における強姦罪（消極）、④強姦罪の主体等の拡大及び性交類似行為に関する構成要件の創設（積極）、⑤強姦罪等における暴行・脅迫要件の緩和（消極）、⑥地位・関係性を利用した性的行為に関する規定の創設（一部積極）、⑦いわゆる性交同意年齢の引上げ（消極）、⑧性犯罪の法定刑の見直し（積極）、⑨刑法における性犯罪に関する条文の位置（消極）であった。

法務省は、法制審議会に対し性犯罪の罰則に関する諮問第101号を諮問し、2015年11月から刑事法部会での議論が開始された[5]。検討会の報告書におけ

3）井田良「性犯罪処罰規定の改正についての覚書」慶應法学31号（2015）43頁以下、同「性犯罪の保護法益をめぐって」研修806号（2015）3頁以下。

4）法務省HP（http://www.moj.go.jp/content/001154850.pdf）参照。

5）法務省のHP（http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_seihan.html）からダウンロード可能である。

る論点中、諮問第101号要綱（骨子）案で取り上げられたものは前述の通りその一部にすぎず、その他の論点については今後の課題となった。10年以上前から様々な論文[6]や、法務省の検討会でのヒアリングで筆者が主張した通り、日本の性犯罪をめぐる状況は欧米の性刑法改革に30年以上遅れており、21世紀に入ってからの改正で一挙にその遅れを取り戻すチャンスを再び逃したことは残念である。

しかし、1907年の制定以来、何度か改正案[7]が出されたものの実現に至らず、100年以上も放置されてきた日本の性犯罪規定が、ようやく一部にせよ改正されようとしていることは、一定の前進であろう。2016年7月には要綱（骨子）修正案[8]が公表され、同年9月には金田勝年法相に答申されたため、2017年の通常国会へ刑法改正案が提出されることが予想される。

三　性犯罪の保護法益に関する議論の進歩

（一）　旧「強姦法」時代

1907年制定の現行刑法典における強制わいせつ罪（176条）、強姦罪（177条）等の性犯罪規定は、第22章「わいせつ、姦淫及び重婚の罪」として、わいせつ物頒布等罪（175条）、重婚罪（184条）などの「社会的法益」[9]に対する罪の中に規定されている。制定当時の家父長制度を前提とした「貞操」という社会的法益が、強姦罪の保護法益であると考えられていたからである[10]。しかし、第二次世界大戦後は、そのような価値観は否定され、性犯罪の保護法

6）拙稿「ジェンダーと現行刑法典」現代刑事法5巻3号（2003）13頁以下、浅田和茂・井田良編『新基本法コンメンタール刑法』（日本評論社・2012）384頁以下の筆者による性犯罪の解説、同「フランス刑法における性犯罪の類型と処罰について」刑法雑誌54巻1号（2014）49頁以下、同「性犯罪の重罰化」法セミ60巻3号（2015）39頁以下等参照。

7）例えば、1961年の改正刑法準備草案317条、1974年の改正刑法改正草案301条においても、地位・関係性を利用した性犯罪を規定しようと試みられたが、改正が実現されることはなかった。

8）法務省のHP（http://www.moj.go.jp/content/001185581.pdf）参照。

益も被害者の「性的自由」や「性的自己決定権」とする学説が支配的となり[11]、それで問題が解決したかのように、わが国では長年考えられてきた。

しかし、「貞操」すなわち夫に従属する「貞淑な妻」の保護を目的とする日本の刑法のような「強姦法」と、1970年代後半から欧米先進諸国で行われてきた改革により新たに成立した「性的暴行法」とは本質的な視点の相違があり、改革に立ち遅れた日本の強姦罪・強制わいせつ罪には、旧来の男尊女卑的な強姦法の特徴がすべて備わっていた。すなわち、①強姦罪の客体は貞操の主体である女性に限られ、②（家の血統を断絶せる虞のある）姦淫（性交）は重く、それ以外の性的侵害行為（肛門性交、男性被害等）は軽く処罰され、③（夫婦間の通常の性交にも男性による暴行はつきもの〈すなわち許される〉という理由で）犯罪の成立には、相当程度強い暴行が必要とされてきた。このような前近代的な家父長制度を前提とした規定方法・内容を温存したままでは、保護法益の解釈を「性的自由」へ変更し、2004年の改正により刑罰の下限を1年引き上げたとしても、根本的な解決からは程遠かった[12]。

9）刑法上の構成要件によって守られるべき利益である保護法益は、生命、身体、自由、財産等個人に属する「個人的法益」と公共の安全、公共の信用等社会に属する「社会的法益」、及び公務、国の存立等国家に属する「国家的法益」に三分類されるが、「女子に対する姦淫」を処罰する強姦罪（177条）の保護法益が被害女性の個人的法益ではなく、当時の家父長制度における「家」の男系の血統を守るための「貞操」であり、当時のままの規定を21世紀まで存続させれば、いくらその「解釈」を変更したとしても、その価値観は社会の根底に存続すると言っても過言ではなかろう。

10）団藤重光『刑法各論（第3版）』（創文社・1990）489頁、大塚仁『刑法概説（各論）（第3版増補版）』（有斐閣・2005）97頁以下、大谷實『刑法講義各論（新版第3版）』（成文堂・2009）109頁等参照。

11）大塚・前掲書（注10））97頁、大谷・前掲書（注10））110頁、西田典之『刑法各論（第6版）』（弘文堂・2012）88頁以下、山口厚『刑法各論（第2版）』（有斐閣・2010）105頁、佐久間修『刑法各論（第2版）』（成文堂・2012）105頁、井田良『刑法各論（第2版）』（弘文堂・2013）53頁等参照。

12）筆者は、この点を前掲『新基本法コンメンタール刑法』（注6））の解説や注6）に掲げた論文、「ジェンダー刑法学入門」法セミ61巻6号（2016）25頁以下等で何度も強調してきた。

（二）「性的暴行法」への転換

しかし、欧米諸外国に遅れること 30 年以上を経てようやく 2017 年に性犯罪規定が大幅に改正されようとしている。そこでは、（一）で述べたような旧来の「強姦法」の特徴は可能な限り排除されている。すなわち、①強姦罪の客体は女性だけでなく男性にも拡げられ（ジェンダー中立化）、②行為態様は、姦淫（性交）のみではなく肛門性交、口腔性交にも拡大され（生殖可能性のみに拘らない性暴力の処罰化）、③法定刑の下限も、従来比較され、批判されてきた強盗罪（236 条）とのバランス[13]から、同様の 5 年以上へ引き上げられた。また、親告罪であった（準）強制わいせつ罪と（準）強姦罪も非親告罪化された。さらに、18 歳未満の者に対する地位・関係性を利用した性犯罪処罰規定も新設された。

（三）最新の議論

これに伴い、従来、刑法の教科書等で「女性の性的自由」という抽象的な概念の記述に留まり、その内容について深く議論されることがなかった性犯罪の保護法益[14]に関しても、より具体的に考察されるようになってきている。井田教授が懸念されるように、「人間の尊厳」というような保護法益概念は、確かに過度に抽象的で裁判官の価値判断に左右され、恣意的に運用される恐れがないとはいえない[15]。より具体的に、人々がイメージしやすい保護法益概念の構築が必要となる。

13）2004 年に強姦罪の下限が 3 年以上の有期懲役に引き上げられるまで、1907 年の制定から 100 年近く、強盗罪の下限（5 年以上）の半分以下の 2 年以上であったことが、「女性の性的自由を財産より軽視している」と批判されてきた。

14）示唆に富む論考として、斉藤豊治「性暴力犯罪の保護法益」斉藤他編『セクシュアリティと法』（東北大学出版会・2006）所収、成瀬幸典「『性的自由に対する罪』に関する基礎的考察」同『セクシュアリティと法』所収等参照。最近のものとして、辰井聡子「『自由に対する罪』の保護法益－人格に対する罪としての再構成」岩瀬徹他編『刑事法・医事法の新たな展開・町野朔先生古稀記念（上）』（信山社・2014）所収参照。

15）井田・前掲「性犯罪の保護法益をめぐって」（注 3））7 頁。

この点、井田教授は、「性犯罪被害における実質は、性行為という特殊な身体的接触の体験を犯人と共有することを強いられることにある」とし、「他人にアクセスされることを欲さず、他人のそれにアクセスすることも欲しない身体的領域」を「身体的内密領域」と呼ぶ。そして、人は自己の身体的内密領域について、一生涯誰にも立ち入らせたくないか、特別に親密な関係のある人に限ってそれを許す気持ちをもち、それが根本的な人生観・価値観、この世に生きる自分という個の捉え方・描き方に深く関連しているからこそ、「身体的内密領域に踏み込まれ、踏み込まされる経験を中核とする性犯罪が、被害者に持続的な深い精神的ダメージを与えることがある」と指摘する[16]。以上のような考察を経て性犯罪の保護法益は、「身体的内密領域を侵害しようとする性的行為に対する防御権という意味での性的自己決定権として捉えられるべき（傍点、井田教授）」としている。

筆者も、井田教授の見解に基本的には賛成である。ただ、既に紹介してきたように、フランス刑法の性犯罪は、「心身の完全性」を侵害する犯罪[17]と捉えられており、その内実は井田教授の指摘されるものと同等であるかもしれないが、その程度の重さ、身体的・精神的被害の深刻さを表すために「心身の完全性」という強い言葉を使用しており、その背景には、立法者へのジェンダー的視点の浸透が窺われる。以上のように深化してきた性犯罪の保護法益及び違法性に関する理解を前提として、今回の刑法改正骨子で採用されなかった論点の改正必要性及び採用された内容に関する疑問を以下で述べる。

四　刑法改正骨子への批判的考察

（一）性犯罪に対する公訴時効の撤廃又は停止について

井田教授は、法制審議会刑事法部会において、「性犯罪の場合だけ時効の進

16）井田・前掲「性犯罪の保護法益をめぐって」（注 3)）7 頁以下。

17）拙稿「フランスにおける性刑法の改革」大阪弁護士会人権擁護委員会性暴力被害検討プロジェクトチーム編『性暴力と刑事司法』（信山社・2014）所収など参照。

行を止めるというのは、性犯罪の場合には時間が経過してもなお正しい裁判ができるという特殊性があると言えて初めて合理化できる、正当化できる」が、「むしろ時の経過による証拠の散逸という事態は、他の犯罪と同じかあるいはそれ以上だ」とし、「一定の時間が経過してしまうとそれ以降は正しい裁判ができなくなってしまうから、被疑者・被告人にリスクを負わせるのは不正義だと一方で言っておいて、他方で一定の時間の経過後、やはり犯人を処罰する必要がある、被害者側の権利を認めないのは不正義だと言うのは」矛盾すると猛反対し[18]、実際に今回の改正では見送りとなった。

しかし、井田教授の言う「正しい裁判」が「被疑者・被告人に冤罪のリスクを負わせない裁判」という意味であるならば、冤罪のリスクは、人権意識の少なかった時代から存在する時効制度という古典的な方法によるのではなく、被疑者・被告人の十分な人権尊重を担保する制度（及び関係者への教育）、証拠の科学的評価方法の開発等、より現代的な他の方法で防ぐべきである。逆に、「正しい裁判」を「法益侵害被害者の権利を回復するため、国家が責任を持って証拠を集め、事実を明らかにして被告人を裁く努力をする裁判」という意味で捉えるのであれば、幼児期性犯罪の重大性に鑑み、「そのような意味での正しい裁判」をする義務が国家にはある。時効の撤廃までは必要ないとしても、成人になって親（性虐待親を含む）等から独立し、ようやく自立した判断が可能となって加害者を告訴しようとしたが、時効が完成しており不可能というのでは、正義に反する。証拠の散逸や記憶の減退の問題は当然あり、犯罪の立証ができずに被告人が無罪になったとしても、裁判で事実を明らかにする努力はされたということで被害者も納得できようが、その努力さえ国家が放棄することは、人権上問題がある。ジェンダー意識や人権意識は、論者の「好み」の問題ではなく、国際条約や憲法にも規定される法学者として最も重要な素養であろう。基本的人権を守るということは「最も弱い立場の者、少数者の人権を多数者の利益を優先して犠牲にしない」ということであり、一般成人男性（強

18）「性犯罪の罰則に関する検討会」2015 年 3 月 17 日議事録参照。

者）の冤罪のリスクを避けるという利益を優先し、しばしば身近な大人による幼児性虐待という悲惨な法益侵害の被害者（弱者）を放置するのであれば、人権意識に欠けるとの誹りを免れないであろう。年少者は自身の性被害を適切に把握できないことが多く、成人して適切に被害を認識できるようになった後に十分告訴できる期間を確保することが、被害者の人権を保護し、正義の要請にも適うのである。

ドイツやフランスなど欧米諸国のほとんどで、井田教授のような強硬な反対論が出たにも拘らず、未成年被害者が成人[19]または30歳[20]に達するまで公訴時効が停止され、成人に達して後もある程度長期間性犯罪の公訴が可能となっている。これらの国が井田教授の主張したような矛盾した考えに基づいて法改正をしたとは考えにくく、強者（被疑者）の冤罪のリスクより弱者（被害者）の人権を優先した結果であるように思われる。

（二）配偶者間における強姦罪の明示について

配偶者強姦の明示化の否定について、検討会で井田教授は、「積極的に反対どころか有害無益」と強い言葉で反対し、その理由を「ドイツ刑法では1997年まで配偶者間強姦が明示的に排除されていたが、日本の刑法の条文では最初からそのような障害はない。国家権力が家庭内に介入することは危険であり、そう簡単に認められず、それは配偶者間強姦を明記したところで変わらない。『親密圏』に国家権力が介入する場合があるとすればその要件を明確にすることが最も重要だが、それは困難で結局は法の解釈・運用に委ねざるを得ない。言わずもがなのことを書き込んでも何の意味もないし、実務に対する指針にも何もなりはしない。また、配偶者の性犯罪の場合に限って規定を設け、配偶者以外の場合、更には親密圏一般における犯罪について何も規定しないのは誤解を招きかねない」と述べている[21]。小木曽綾委員も、「フランス刑法では

19）フランス刑事訴訟法7～8条参照。

20）性犯罪被害者が満21歳になるまで公訴時効停止を定めていたドイツ刑法78条bは、2014年11月に「満30歳になるまで」と改正され、2015年1月に施行された。

1810 年から 1900 年代まで婚姻関係は性交渉の同意を含むと解釈されていたが、1990 年代に婚姻中でも暴行や脅迫などの反証があれば同意の推定が破れるという裁判例が出るようになった。DV 対策のための法改正で配偶者間の同意推定は反証があれば破れると書き込んだが、配偶者間であってもいわゆるセックスレスというような状態になっていれば同意は始めからないはずであると指摘され、2010 年に配偶者間の同意についての文言を削除した結果、配偶者間でも成立するという部分だけが残ったわけで、日本の刑法では始めから同意の推定などということは考えていないので、この点に関してフランス法を参考にする必要はない」と発言している[22]。

確かに、比較的シンプルな規定ぶりである日本の現行刑法典における他の規定とのバランスからも、配偶者間強姦を条文に規定することに抵抗がある点は理解しうる。しかし、両教授の発言には、以下の点で疑問がある。まず、井田教授の「国家権力が家庭内に介入することは危険」という刑法学者や（男性）弁護士の錦の御旗について、角田由紀子委員（弁護士）が正当にも指摘する通り、「それは配偶者暴力防止法制定時にも論点となったが、DV の中には表に出てきにくい性暴力が多数あり、今まで無視されてきた夫婦間暴力のような問題については一定の要件の下で法が家庭に入ることも必要ということで配偶者暴力防止法ができているという経緯から考えて、その論点は既に克服されている」[23] と筆者も考える。繰り返しになるが、ジェンダー的視点は論者の「好み」の問題ではなく、国際条約や憲法にも規定される「基本的人権」を法学者としていかに守るかという試金石である。「国家権力の家庭内への介入」を避けるという一般人（強者）の利益を優先して性暴力を含む DV 被害者（弱者）の放置を選ぶのであれば、それは「人権意識に欠ける」との批判を免れない。配偶者は法的に最も性交渉の義務を誤解されやすい関係[24] にあり、そのよう

21）「性犯罪の罰則に関する検討会」2015 年 1 月 29 日議事録参照。

22）前掲注 21）参照。

23）前掲注 21）参照。

24）佐伯仁志委員もこの誤解について発言している。前掲注 21）参照。

な関係でさえ強姦が成立することを明記すれば、より義務の少ない配偶者以外や親密圏一般に波及することは自明なので、誤解はむしろ生じないと考える。小木曽委員の発言も、単に事実経過を述べただけで、その背景にある日本とは比較にならないジェンダー的視点の普及を考慮していないように思われる。そもそもフランスでは、1992 年の新刑法典制定当初から、既に DV への配慮が条文上盛り込まれており、暴行、傷害、野蛮行為、殺人罪などあらゆる主要な犯罪において、配偶者または内縁のパートナーにより実行された場合を加重事由とすることで、DV を特別法ではなく刑法上厳しく処罰してきた。その背景には、長年プライバシーに属する領域として公的保護の外に置かれ、それゆえに被害者の保護が不十分であった家庭（親密圏）におけるあらゆる暴力を白日の下にさらし、権力関係による構造的な暴力と捉え直して厳しく処罰することにより、その中で虐げられてきた女性を中心とする弱者の人権を厚く保護する姿勢がある。そのような一貫した姿勢の延長として、2006 年の DV 処罰強化の際に、配偶者等による場合に加重される犯罪リストに強姦を加えたのであって、フランスでは単に「夫婦間でも強姦は成立する」というだけでなく、むしろ通常の強姦より悪質な類型として加重されていることも強調しておきたい。つまり、ナポレオン法典の 19 世紀から 1970 年代までは、確かにカトリックの強い影響の下に保守的な考えが残っていたフランスであるが、その後の女性解放運動や EU の影響も受け、現在ではジェンダー的視点の普及は日本より遙かに進んでいるのであり、参考にすべき点はむしろこの分野でこそ多いのである。

また、両教授とも「日本の刑法の条文では最初からドイツのような障害はない」「日本にはフランスのように同意推定など最初からない」と述べるが、条文上文言がないということと、判例・学説上どのように考えられてきたかは全く別の問題である。日本のように社会における女性の地位が欧米諸国に比べて未だ低く[25]、判例でも積極的に夫婦間強姦が認められているとはいえない[26]国でこそ、明文上夫婦間強姦を規定する必要性が高いといえよう。

25）世界経済フォーラムによるジェンダーギャップ指数ランキングで、2015 年の日本の順位は、145 か国中 101 位であったが、2016 年は 144 か国中 111 位と順位を大幅に下げている。

（三）性交類似行為の範囲について

「性交等」の行為類型も、性犯罪被害の本質を十分に反映していない内容であるように思われる。すなわち、「性交等」を「男性の陰茎」の女性器、肛門、口腔への挿入に限ったことは、家父長制度下で男系の血統の維持を目的としていた従前の強姦法の考え方を引きずったもので、処罰範囲を不当に狭めるものである。先進諸外国では、既に1980年代にそのような古い考えを脱却し、強姦被害者の心身の完全性を保護法益とし、男女を問わず被害者個人の精神的・身体的尊厳をも害する支配的かつ暴力的行為と広く捉え、陰茎のみならずそれ以外の異物の挿入等も性的暴行と評価するに至っている。身体への挿入を伴うより重い類型を設ける場合が多い[27]が、挿入するものを陰茎に限る立法例は、まず存在しない[28]。このような時代に、欧米から30年以上遅れた21世紀の刑法改正としてはあまりにも保守的で、性犯罪被害の実態を考慮しない内容と言わざるを得ず、残念である。重要なことは、被害者の身体的内密領域への侵害を本質とする性犯罪は、「男性の陰茎」以外の手指・異物の挿入によっても、特に幼児に対する実行などでは実現されうる[29]。そのような場合こそ、刑法は厳然と対処[30]しなければならないのであって、「（軽い）強制わいせつ罪で

26）婚姻関係の破たんを強姦罪成立の要件とした広島高判昭和62・6・18（判時1234号154頁）はもちろんのこと、それを変更したといわれる東京高判平成19・9・26（判タ1268号345頁）も、性交渉を夫の妻に対する性交を求める権利の行使と捉え、暴行・脅迫を伴う場合は適法な権利行使とは認められず強姦罪が成立するとしながらも、実質的には婚姻関係は破たんしていたと認定し、従来の破たん要件を完全に否定したものとも読めない。

27）ただし、1982年に強姦罪が廃止され、挿入を要件としない性的暴行罪として再構成されたカナダ刑法のような例も存在する。和田俊憲「カナダ刑法における『性犯罪』への対応」刑ジャ45号（2015）57頁。

28）イギリス刑法は、膣内、肛門内若しくは口腔内への性器挿入をレイプとし、上限が終身刑である最も重い類型とするが、手、指、異物など性器以外の挿入行為も同様の刑罰で処罰している。仲道祐樹「イギリスにおける性犯罪規定」刑ジャ45号（2015）24頁。

29）NPO性暴力救援センター・大阪SACHICO阪南中央病院産婦人科・加藤治子医師のジェンダー法学会第13回大会（2016年12月）のシンポジウム「性犯罪の実情と刑事法の課題」における発言。「家族法判例／性被害と刑事法」ジェンダーと法13号（2016）所収論稿も参照。

処罰すれば足りる」と考える背景には、欧米に比して、弱者の保護という人権意識の不足を感じざるを得ない。

（四）暴行・脅迫要件の緩和について

1　反抗を著しく困難にする程度の要否

性犯罪における暴行・脅迫要件は、「抗拒を著しく困難にする程度」というのが判例[31]・通説[32]である。判例上、反抗を著しく困難にする程度とは、「その相手方の年令、性別、素行、経歴等やそれがなされた時間、場所の四囲の環境その他具体的事情の如何と相伴って判断されるべき」[33]であるとされている。しかし、傍点を付した被害者の素行・経歴等を性犯罪裁判において考慮することは、被害者に対する偏見を助長し、二次被害（セカンド・レイプ）の原因ともなり、被害者の人権侵害を招く、あるいは公正な裁判の妨げとなる危険性が高いことから、アメリカやカナダでは「レイプシールド法」[34]と呼ばれる法律によって明確に禁止されているのであり、このような日本の古い判例は現代の新たな知見から変更を迫られるといえよう。さらに、このような諸事情の考慮に当たり、捜査段階では警察官や検察官の、起訴後は裁判官の価値観や思惑（ジェンダー・バイアスに基づく経験則）に左右される危険は、常に存在する[35]。また、有史以来、法と性の領域では二重の差別（男性中心）主義[36]が続いており、通常の性交にも男性による暴行はつきもの（すなわち許される）という理由で、そのような通常の性交と、犯罪となる「異常な」性交とを区別

30）ただし、刑罰の引き上げという意味での厳罰化のみによって性犯罪を防止できるわけではなく、犯罪予防のためのより科学的な処遇が導入されるべきであろう。例えば、藤岡淳子『性暴力の理解と治療教育』（誠信書房・2006）参照。

31）最判昭和 24・5・10 刑集 3 巻 6 号 711 頁。

32）団藤・前掲各論（注 10））490 頁、山口・前掲各論（注 11））107 頁、佐久間・前掲各論（注 11））107 頁等参照。

33）最判昭和 33・6・6 集刑 126 号 171 頁、広島高判昭和 53・11・20 判時 922 号 111 頁。

34）同法については、例えば、斉藤豊治「アメリカにおける性刑法の改革」前掲（注 17））『性暴力と刑事司法』159 頁以下参照。

35）田中嘉寿子『性犯罪・児童虐待捜査ハンドブック』（立花書房・2014）10 頁も参照。

する必要性が主として加害者となる男性（改正前の現行刑法典の強姦罪の被害者は「女子」のみである）側に強いため、性犯罪の成立には、相当程度強い暴行が必要とされてきたのだと考える。

しかし、性犯罪の保護法益である被害者の「身体的内密領域に対する防御権という意味での性的自己決定権」や「心身の完全性」が侵害されること、すなわち、被害者の「意に反した」性行為が行われれば犯罪成立には十分であり、暴行・脅迫はその有無だけが問題となり、程度は問われないはずである[37]。そもそも、刑法の条文にも「暴行又は脅迫を用いて」としか書かれていないのであり、その程度を「反抗を著しく困難にする程度」のように、かなり強いものに限定する必要性も根拠も存在しないといえよう[38]。

したがって、加害者が暴行・脅迫を用いて被害者の意に反した性行為を行ったか否かは、被害者の抵抗の有無を問題とするべきではなく、客観的な性行為（通常は多少の身体に対する有形力の行使を伴うため、暴行は既に存在する）の証拠とともに、性交が「意思に反したものであった」とする被害者供述の内容が非常に重要となる[39]。その際、被害者の言動を公正に判断するためには、後述のような科学的検討が不可欠であり、そのことがすべての裁判官と裁判員全員に、十分周知される必要がある。

36）この表現を日本で最初に使用したのは、谷田川知恵である。三成美保ほか編著『ジェンダー法学入門（第2版）』（法律文化社・2015）52頁等参照。

37）例えば、フランス刑法222-22条の性的攻撃罪は、「①暴行、強制、脅迫または不意打ちをもって実行されるすべての性的侵害は、性的攻撃とする。（②以下略）」と規定し、222-22-1条で、「222-22条1項に規定する強制とは、物理的および心理的なものをいう。心理的強制は、未成年被害者と加害者との年齢の差異や加害者が法律上または事実上被害者に及ぼしている権限により形成され得る（2010年に追加）」と規定しており、強い暴行は全く不要であるばかりか、客観的な状況から心理的強制を推定する構成要件となっている。

38）日本の刑法学者が必ず参考とするドイツでも、2016年夏に、合意がなければ性犯罪成立となる暴行・脅迫要件の緩和に向けた刑法改正案が可決されていることは、周知の事実であろう。

39）田中嘉寿子・前掲書（注35））10頁。

2　被害者の言動等に対する科学的検討の必要性

以上の検討により、性犯罪の成立には「被害者の意思に反した性行為があったか否か」が決定的である[40]が、それを判断する際重要な指標となる被害者の言動等については、捜査官や裁判官の恣意的な判断によるのではなく、心理学、精神医学等の成果に基づき、事案と直接関係しない被害者の属性等が強い影響を与えることのないよう、より科学的に検討する必要がある。

精神科医でもある宮地尚子教授によれば、被害者以外の人間は、「異常な出来事に対する正常な反応」であるトラウマを日常感覚によって理解しようとするが、トラウマを引き起こすほどの恐怖とは日常的レベルの「怖い思い」を超え、日常では考えられないような思いがけない反応が起きることがあると指摘する。「危機的状況において人は、生存のために逃げたり闘ったりするものだ」という誤解や、できるべきだという価値観が共有されているが、実際には攻撃を受けた動物には不動反射（フリーズ反応）や強制不動という偽死反応が起きることもあるという。事件直後の被害者が、いつもと変わりなく「冷静」に見えることも多い理由は、自分を守るために、感情を麻痺させて自分を抑える自動機能が働き、意識や記憶の一時的消失もありうる。こうした麻痺、離人感、現実感の喪失などを、急性解離症状、周トラウマ期解離症状といい、このような症状が出ることを急性ストレス反応（ASR）という。通常は48時間程度で収まるが、それが強い場合、急性ストレス障害（ASD）となり、それが1か月を超えるとPTSD（心的外傷後ストレス障害）となる。PTSDについては、近年刑法上の「傷害」と認める最高裁判例[41]も出て、医学だけではなく、社会学

40）井田良・前掲「性犯罪処罰規定の改正についての覚書」（注3））52頁は、「判例実務は、被害者の意思に反する性交であったのかどうかを、行われた暴行・脅迫を重要な状況証拠として用いつつ認定しようとしている」、「意思に反すること（性交に関する合意が否定されること）と最狭義の暴行・脅迫の存在はイコールなのである」と述べているが、本稿で述べるような科学的知見に基づく「経験則」が備わっておらず、判断の根底に「強姦神話」が存在する限り、被害者の意思に反していたか否かの認定は、結局誤ったものとならざるを得ないように思われる。井田教授は、法制審議会刑事法部会においても、論文と同様の意見を発言している。

の世界でも次第に認知されるようになってきている。再体験、回避、否定的認知・気分、過覚醒という一連の症状で表わされるPTSDの強姦後の発症率（男性65%、女性45.9%）は、戦闘によるもの（男性38.8%）より高いという研究[42]さえある。

また、二次被害をもたらす性や性暴力に対する誤解や偏見と関係する性暴力の特徴として、1）性行為そのものは暴力的とは限らない（性行為は相手の境界線を越え、身体の五感に働きかける行為であり、かなり無防備な状態にお互いを置く行為であるため、意に沿わずに自分の身体の境界線を越えられることは、身体感覚、アイデンティティ、自己の尊厳などを著しく損傷する）、2）ポルノとして消費されてしまう（性暴力について聞く側の想像力が流通するポルノ的光景のように加害者からの視線にとらわれやすい）、3）身体的暴力が伴わないことも多い（加害者が被害者を物理的に圧倒したり、恐怖で凍りつかせたり、明示または暗黙の脅迫により「従わなければどうなるかわからない」と思わせれば、身体的暴力がなくても性暴力は可能）、4）被害者が抵抗しないことも多い（日本の法運用ではいまだに「強姦」を認めるために被害者が強く抵抗し、その証拠が身体に残ることが求められるが、先述のように抵抗は恐怖時の反応として一般的ではない。「非合意が明らかな状況であれば、暴行はなくとも強姦である」というのがグローバルスタンダードである）、5）知り合いから受ける被害が多い（性暴力は見知らぬ人間から受けることが想定されやすいが、実際は知り合いからの被害がかなり多く[43]、逆に知り合いからの被害の方が人間不信を招き、悪影響が大きい）、6）恐怖と疑似恐怖を混同されやすい（安全だとどこかでわかっている疑似恐怖体験は真の恐怖とは全く違い、反応も異なる。物理的刺激による生物的反応が被害者の意思に反して起こることもある）、を挙げている[44]。

41）最二小決平成24・7・24（刑集66・8・709）。

42）宮地尚子「精神科医から見た性暴力被害の実態」日弁連両性の平等に関する委員会編『性暴力被害の実態と刑事裁判』（信山社・2015）56頁引用のKesslerらの研究。

43）このことは、性暴力被害者支援センターへの相談事例等からも明らかであるとされる。田中嘉寿子・前掲書（注35））7頁。

暴行・脅迫はそれほど強くなかったが、「その性交は、実は意思に反したものであった」と被害者が供述した場合、前述のように慎重に科学的に検討した結果、それが真実だと判断されれば、加害者が有罪とされる場合も出てくるというのが、暴行・脅迫要件の緩和の帰結である。「それでは被害者（刑法改正前は女性のみ）が嘘をついている場合、冤罪が生み出されかねない」という危惧を多くの人々が持つことは当然であろう。しかし、多くの先進国では、そのような危惧を乗り越え、あえて「暴行・脅迫要件の緩和」に踏み切っている。その理由は、性犯罪が「魂の殺人」と言われるほど被害者の心身に一生消えないほどの深い傷を与え、PTSD という後遺障害が長く残る場合も多いため、例えばフランス刑法のように、殺人罪の次に重い拷問等と同等の重罪[45]と捉えられている事実とも関係している。暴行・脅迫要件の緩和によってもたらされる冤罪の危険と、著しい暴行・脅迫要件の要求によってもたらされる加害者の不処罰とを天秤にかけ、前者は被疑者の人権を確実に守り、有能な裁判官が冷静に科学的に判断することによって避けられるのに対し、後者は被害者の一生を左右する生命に次ぐ重大な法益侵害の放置につながること、それを回避するための方策が暴行・脅迫要件の緩和以外にないという決定的な理由によるのである。

従って、重要なことは、冤罪の危険を防ぐために、情況証拠や被害者供述の信用性を客観的・科学的に判断できるシステム[46]の確立であり、それをしないことのしわ寄せを、最も弱い立場にある性犯罪被害者に押し付けるべきではない。2016 年の性犯罪改正作業において、先進国では今や常識ともいえる「暴行・脅迫要件の緩和」が採用されなかったことは、日本のジェンダー視点によ

44）宮地・前掲（注 42））「精神科医から見た性暴力被害の実態」41 頁以下、特に 56 頁以下参照。

45）フランス刑法では、犯罪を重いものから重罪、軽罪、違警罪と 3 分類しているが、強姦罪は殺人罪等と同じ重罪、財産犯は軽罪と、罪質に関して明確な差を設けている。

46）そこで最も排除すべきものは、ジェンダー・バイアスである。裁判官を始めとする関係者への徹底したジェンダー教育はもちろん、精神医学者、心理学者、婦人科医師等の関与も制度的に確立すべきである。

る刑法改革の遅さを象徴する出来事ともいえ、大変残念である。

（五）地位・関係性に乗じた性的行為に関する規定について

監護者であることによる影響力に乗じた性交等に関する罰則の新設については、現行刑法に比べれば一歩前進であるが、諸外国の刑法に比べて成立範囲が狭過ぎるという問題がある。第1に、主体を父母等の「18歳未満の者を現に監護する者であること」に限定しているが、スクールセクハラが非常に問題となっていることからもわかるように、学校の教員やスポーツの指導者等による未成年者への性的被害は日本では特に深刻な問題[47]であり、主体をさらに拡大すべきである。第2に、「影響力に乗じて」わいせつな行為又は性交等をした者を処罰しようとしているが、それを構成要件要素とすることにより、「乗じた」ことの客観的・主観的証明が必要となり、それが困難なために処罰範囲が不当に限定されることを危惧する。フランス刑法では、「尊属または養親その他被害者に対して権限を有する者や職務上付託された権限を有する者による実行」とのみ規定[48]し、「利用する」「乗じる」という限定を設けていないのもそのためであると考えられる。

（六）性交同意年齢の引上げについて

一般に日本人より未成年者の成熟度が早いと考えられる欧米諸外国における性交同意年齢は15～16歳が通常であり、一定の場合には18歳まで保護が拡大されている[49]。日本でもいわゆる児童福祉法、青少年保護育成条例等で18歳未満の未成年者が性的行為から保護されていることを理由に、刑法の性交同意年齢引き上げに消極的な意見もあるが、特に条例の刑罰の上限は2年以下の

47）鹿児島でゴルフの指導者が高校生の教え子に対する準強姦罪で2012年に強制起訴された事件は、最高裁まで争い無罪が確定したが、民事訴訟では損害賠償が認められた。しかし、フランス刑法であれば加重強姦に当たる事例であり、日本の刑法典の不備であると思われる。

48）フランス刑法222-24条（加重強姦罪）参照。

懲役であり、地方自治体によって対応にばらつきがある等の問題もある。欧米諸外国では、未成年者に対する性犯罪は、成人被害者に対するそれより重いと考えられており、日本の条例による対応とは逆なのである。その理由は、好みの問題ではなく、女子差別撤廃条約やイスタンブール条約[50]のような国際法に根拠がある。

2014年7月の国連自由権規約委員会からの性交同意年齢引き上げ勧告に続き、冒頭のように2016年3月のCEDAWの最終見解も性交同意年齢が13歳のままであることに懸念を表明しており、これを放置することは、女性及び子どもに対する人権侵害であるという国際的な批判の対象であることを、関係者は真剣に考慮すべきであろう。

五　おわりに

以上、性犯罪の実態（心理学、精神医学的観点）及びその保護法益を検討した結果、心身の完全性、具体的には身体的内密領域に対する防御権を侵害し、深刻なPTSDさえ引き起こしかねない重大犯罪である性犯罪について、100年以上前に制定された現行刑法典では適切な処罰範囲と法定刑が当然ながら定められておらず、この度の刑法改正でも、比較法的に見て未だ不十分な点が多いことが明らかとなったように思われる。その理由は、21世紀の現在、先進国では常識となりつつあるジェンダー的視点という人権意識が、日本の立法者、官僚、刑法学者に欠如しているからではないかと危惧している。

今回は、紙幅の制約もあり、性犯罪規定に限ってその後進性を指摘したが、

49）フランス刑法227-27条は、「暴行、強制、脅迫を用いることなく、又は不意を襲うことなく、15歳以上であって、婚姻により親権を解かれていない未成年者に対する性的攻撃は、次に掲げる場合、2年以下の拘禁または3万ユーロ以下の罰金に処する。1　尊属または養親その他被害者に対して権限を有する者による実行の場合（2010年に追加）　2　職務上付託された権限を有する者による実行の場合」と規定する。

50）正式名称は、女性に対する暴力及び家庭内暴力の防止と撲滅に関する欧州評議会条約（2014年）。

100 年以上前から一度も全面改正されていない日本の刑法典全体の後進性も目に余る[51]ものがあり、究極的には全面改正を望むものである。もちろん、ドイツ刑法やフランス刑法に比して処罰規定の抽象度や法定刑の幅が広い日本の現行刑法典はより時代の変化に適応しやすく、その意味で「よくできた刑法」であるという評価は、井田良教授の口から何度も聞いた経験があり、そのこと自体を全否定するものではない。しかしながら、現代の先進国の刑法典に欠かせない「ジェンダー感覚という人権意識」がわが国の刑法典には決定的に欠けており、それは致命的な欠陥であると言いうるように思われる。

「若いとき、団藤博士の学説を一つ一つ批判して覆してゆく平野博士の著書を読み、涙が止まらなかった」、「師匠の学説を繰り返すだけでは研究者としての価値はない。師匠の説に反対し、覆してこそ学者としての意味がある」と何度も口にされた井田良教授の退職記念論文集に、井田教授の見解（評価）と真っ向から対立するかもしれない刑法改正骨子批判に関する拙稿を献呈し、30 年以上にわたる学恩に心から感謝しつつ、筆を擱く。

51）例えば、国際的に批判が強い自己堕胎罪（212 条）、淫行勧誘罪（182 条）等は削除すべきであるし、逆に、差別罪や DV 罪等、先進国では規定されているジェンダー視点に基づく規定は全くない。