

Title	ジェンダーとフランス刑事法
Sub Title	
Author	島岡, まな(Shimaoka, Mana)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 刑事法 : 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008.) ,p.143- 163
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88453207-00000003-0143

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.

ジェンダーとフランス刑事法

島岡まな

- 一 はじめに
- 二 ジェンダーの視点から考察する日本刑法典の問題点
- 三 日本刑法典の問題と比較したフランス刑法典上の犯罪
- 四 フランス刑法におけるジェンダー的配慮の見られる規定
- 五 おわりに——ジェンダーの視点を日本刑法に導入することの必要性——

一 はじめに

慶應義塾大学は、二〇〇八年に創立一五〇年を迎えるが、同年は日仏友好一五〇周年にも当たる。また、明治四〇年制定・同四一年施行のわが国の現行刑法典も、二〇〇八年に施行一〇〇年を迎える。偶然ではあるが、慶應義塾出身でフランス刑法研究をライフワークとする筆者にとって、二〇〇八年は様々な記念が重なる特別な年であり、それらすべてを祝す意味で、慶應義塾大学創立一五〇年記念法学部論文集に、フランス刑事法に関するささやかな論考を著したいと願うものである。

筆者は、「刑法典の一〇〇年」を記念した法律雑誌特集の中の拙稿⁽¹⁾において、すでにフランス刑事法の先進性について述べたことがある。その例は、不正アクセス禁止罪の導入⁽²⁾（一九八八年、日本では二〇〇一年施行）、一九九二年新刑法典により新設された法人の刑事責任、人道に対する罪、生命倫理関連犯罪、セクシャル・ハラスメント罪、二〇〇一年に導入されたモラル・ハラスメント罪等、日本では未だに立法化されていないものだけでも枚挙に暇がないほどである。それらの紹介の後の結論部分において、フランス刑法の特徴（長）として挙げたことは、あらゆる差別に対する毅然とした態度と「弱者」保護の徹底及びそれと対をなす「強者」への毅然とした処罰であった。前者は、たとえば、世界的に未だ社会的弱者である女性の保護や男女差別への闘争として表れ、後者は、法人の刑事責任の導入・一般化や、組織犯罪への対処、汚職犯罪の重罰化等に表れている。

本稿では、特に、フランス刑法に見られる女性保護の視点・いわゆるジェンダーを意識したジェンダー的視点を、施行一〇〇年を迎えるわが国の刑法と比較しつつ紹介したい。

(1) 拙稿「フランス刑法の最新動向と日本法への示唆」ジュリスト二三四八号（二〇〇八年）一六二頁以下参照。

- (2) 詳細は、拙稿「フランスにおけるハイテク犯罪の最近の動向」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集』第三卷（成文堂、二〇〇二年）二二三頁以下参照。
- (3) Loi n° 92-683 - 686 du 22 juill. 1992, J.O. n° 169 du 23 juillet 1992. 邦訳は『フランス新刑法典』（法曹会、一九九五年）参照。フランス新刑法典に関する解説として、「フランス新刑法の研究一〜五」法時六六卷七〜一一号（一九九四年）、森下忠「フランスの新しい刑法典」判時一四五七号（一九九三年）二九頁、同「法人等の処罰—フランス新刑法典における」判時一四六六号（一九九三年）三〇頁等参照。なお、ジャン・ブラデル、拙訳「フランス刑事法の現在の動向」法学研究六九卷四号（一九九六年）七三頁以下も参照。
- (4) 詳細は、拙稿「フランスにおける法人の刑事責任—具体的適用に関する通達・判例等を中心として—」盛岡大学紀要一八号（一九九九年）二九頁以下参照。
- (5) 拙稿「フランス刑法における生命倫理関連犯罪」中谷瑾子先生傘寿祝賀論文集「二一世紀における刑事規制のゆくえ」（現代法律出版、二〇〇三年）二九九頁以下も参照。
- (6) かつて筆者は、拙稿「ジェンダーと現行刑法典」（現代刑事法（以下、現刑と略す。現代法律出版）五卷三号（二〇〇三年）一三頁以下）において、わが国の刑法典の持つ問題性を指摘したことがある。五年後の本稿においても基本的視点に変更はなく、フランス刑法と対比するために一部を再論する。

二 ジェンダーの視点から考察する日本刑法典の問題点

1 強姦罪と強盗罪および強姦等致死傷罪と強盗致死傷罪の刑の不均衡

刑法第二三六条強盗罪の法定刑は五年以上の有期懲役であるが、同第一七七条強姦罪の法定刑は、平成一六年の刑法改正により、三年以上の有期懲役（上限は二〇年）に引き上げられるまで、長い間二年以上の有期懲役（上限は一五年）と、刑の下限は強盗罪の二分の一以下であった。また、平成一六年に新設された集団強姦罪（第一

七八条の二）でさえ、強盗罪より軽い四年以上の有期懲役に処罰される。

強姦罪は女性の性的自由を保護する罪とされ、強盗罪は財産罪の一種ではあるものの、生命・身体・自由などの法益を危険にする人身犯罪の側面も有しているとされるが、両罪の手段は「暴行・脅迫」と共通であり（程度の差異については、後述）、暴行・脅迫を用いて侵害する対象のみを比較すると、女性の性的自由と財産（財物又は財産上の利益）となる。そう考えると、現行刑法典は、平成一六年の刑罰引き上げ後も依然として女性の性的自由侵害行為を財産侵害行為より軽く処罰しており、問題は残るように思われる。

強姦罪の手段たる暴行・脅迫は、被害者の抵抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫であり、強盗罪の手段たる暴行・脅迫は、被害者の反抗を抑圧する程度であるから、手段の強弱が法定刑の軽重に反映しているという反論があるとするれば、それは考え方が逆であろう。というのも、強盗罪の手段たる暴行・脅迫概念が最狭義のものである理由は、五年以上の有期懲役という法定刑の重さに見合うための限定的解釈の結果であり、その逆ではないと思われるからである。他方、強姦罪の手段たる暴行・脅迫が被害者の抵抗を著しく困難にする程度のものであると判例・学説上解釈されてきたことが、強姦罪の成立範囲を不当に狭めているという指摘が正にジェンダーの視点からなされており、両罪の手段の程度の差異は今後益々広がる可能性がある。だからといって、強盗罪が強姦罪より重く処罰されるべきであるということには必ずしもならず、財産・意思決定の自由・身体と女性の性的自由・意思決定の自由・身体（強盗罪とパラレルに考えれば、強姦罪の保護法益はこのように捉えられるべきであろう）とを比較すれば、前者よりも後者の方が重要であり、それらを侵害する犯罪に対する刑罰も、強盗罪より強姦罪に対するものの方が重く処罰されるべきであると思われる⁽⁹⁾。現行刑法典が強盗罪を強姦罪より重く処罰している理由は、同法典成立当時の時代背景と女性の地位の低さを考えればむしろ当然ともいえるのであり、その法定刑を二一世紀の現在まで維持していることこそが問題であるように思われる。

以上のことは強盜致死傷罪（第二四〇条）と強姦致死傷罪（第一八一条二項）の刑の不均衡にも如実に表れてい
る。前者の法定刑は、強盜致傷が無期又は六年以上の懲役（平成一六年の刑法改正以前は七年以上の懲役であった）、
強盜致死が死刑又は無期懲役であるのに対し、後者の法定刑は、平成一六年の刑法改正により、強姦致死傷（第
一八一条二項）が無期又は五年以上の懲役、集団強姦致死傷（第一八一条三項）が無期又は六年以上の懲役に引き
上げられるまで、長い間無期又は三年以上の懲役と、致傷の場合の刑の下限は強盜罪の半分であり、致死の場合
にはさらに刑の開きがあった。平成一六年の刑法改正後は、ようやく二人以上の者が同時に強姦する悪質な集団
強姦致死傷罪の場合のみ、強盜致傷罪の法定刑と同一となったが、致死の場合には依然として、正当化しがたい
刑の開きが残っている。

男女に対する強制わいせつ行為ないし女子に対する強姦行為により傷害を与え又は死に至らしめる行為は、人
間の性的自由・尊厳を踏みにじった上に身体さらには生命を侵害する行為であり、財産侵害の上に身体・生命を
侵害する行為である強盜致死傷罪より当然に重い刑罰を科されるべき行為であると思うが、現行刑法典は、逆に
前者より後者をかなり重く処罰している。特に、強姦致死罪（第一八一条二項）と強盜致死罪（第二四〇条）とを
比較すると、女性の性的自由より財産の方が重んじられていると見ざるを得ない点は、非常に問題であろう。も
ちろん、法定刑が適正であるかどうかは当該犯罪における罪刑の均衡について第一次的に判断すべきであり、他
の犯罪の法定刑との均衡は第二次的に考慮されるに過ぎないという指摘^①や、一般人にとつては利欲目的の財産犯
の方が性的犯罪より誘惑が強く、広く禁圧する必要があるという一般予防の観点からの説明は、十分承知してい
る。しかし、後述（三―一参照）のフランスでも状況は同様であるうし、性的満足を得ることの魅力（誘惑）が
一定の性癖を持った者にとり相当大きいことを思えば、法定刑をその魅力を上回る水準に設定しておくべきこと
は当然であるとの指摘^②には、同感である。

明治四〇年の制定当時とはかく、二一世紀の現在では、女性の性的自由・身体の安全より財産の方が重要であるという考えは時代錯誤だと二〇〇三年に指摘した後の改正でも、前記のような小幅な刑罰引き上げに留まったことは、より失望を大きくさせる結果となった。

2 強姦罪の主体・客体の不均衡

刑法第一七七条強姦罪の客体は、暴行・脅迫を用いる場合は一三歳以上の女子であり、暴行・脅迫を用いない場合は一三歳未満の女子である。しかし、強姦罪の主体（加害者）は男性、客体（被害者）は女性と限定すること自体、ジェンダーの視点に反すると思われる。「姦淫」という日本語の意味が男女間の性交に限定されているため、たとえジェンダーの視点から変更を加えるとしても、「姦淫」という文言に変更を加えずに主体と客体の限定のみを削除した場合、主体が女性で客体が男性という可能性のみが別に考えられる。しかし、強姦という言葉の意味を「自由な意思決定に反するすべての（同性間も含む）性交」と捉えれば、主体も客体も男性、あるいは主体も客体も女性という可能性もありうると思われる。

日本の強姦罪規定に対する上記の批判に対し、刑法第一七六条の強制わいせつ罪の客体は男女であるから、そのような場合は同条で処罰できるという反論がありうるが、強制わいせつ罪の法定刑（六月以上一〇年以下の懲役、これも平成一六年の改正により、六月以上七年以下の懲役から引き上げられた）と強姦罪のそれ（三年以上の有期懲役）とを比較すればその差は大きく、特に加害者も被害者も男性で、強制わいせつより正に強姦と評価できるような事例が現実社会に存在するにもかかわらず、法定刑の軽い強制わいせつ罪しか成立しないとすれば、逆に男性被害者に対する差別であるといえよう。

ジェンダー問題とは、女性に対する差別のみならず男性に対する差別をも含むのであるから、正にこのような

不均衡は、ジェンダーの視点から看過することはできないと思われる。⁽¹⁶⁾ 強姦罪の客体を女性に限定する理由は、二一世紀の現在では存在しないといわなければならない。⁽¹⁷⁾

3 自己墮胎罪の問題性

刑法第二二二条は、妊娠中の女子が薬物その他の方法を用いて墮胎する、いわゆる自己墮胎行為を一年以下の懲役で処罰している。墮胎罪については、歴史的観点、比較法的観点、医事法的観点等から様々な研究が既になされており、⁽¹⁸⁾ 筆者はそれらの研究に匹敵する研究を行ったことはない。しかしながら、墮胎罪の是非を論じる場合に多くの論稿で見られる、「女性の自己決定権」か「胎児の生命の保護」か、という二者択一的な選択肢の置き方にあえて異議を唱えたいと、二〇〇三年にすでに指摘した。⁽¹⁹⁾ すなわち、そのような問いの立て方をすれば、「胎児の生命の保護」が「女性の自己決定権」に優越することは、少なくとも刑法学者の中では多数見解であり、そのことに特に異議をさしはさむ余地はないように思われる。

しかし、もし「胎児の生命」が刑法的保護に値する重要な法益であるのなら、その生命の原因を作り出した者として、女性のみならず男性も存在するのであり、男性もまた同様に処罰されるべきであろう。しかも、墮胎によって身体的ダメージを受けるのは女性のみであり、精神的ダメージも男性とは比較にならないほど深い場合がほとんどであろう。そのような打ちのめされた女性に対してのみ、国家が刑罰権を持つて臨む（しかも懲役刑の選択しかない）ことによってさらに追打ちをかけ、父親たる男性は何の咎めも受けないという事実を正当化しうる理由を見出すことは、非常に困難であると思われる。

女性のみの自己墮胎罪処罰の根底には、男性に対する社会の寛容、女性に対する差別意識が厳然と存在するよう思われ、男性を処罰する規定が設けられないのであれば、女性のみを処罰する自己墮胎罪も、男女平等の視

点から削除されるべきであろう。⁽²⁰⁾ それは、女性の自己決定権を胎児の生命の上位に置く思想とは、一線を画するものである。

以上のように、施行一〇〇周年を迎えるわが国の刑法典は、立法当時の時代的影響もあり、現代的なジェンダーの視点から考察すると問題があることが明らかになったと思われる。以下に紹介するフランス新刑法典においては、同様の問題が見られないだけでなく（後述三参照）、より積極的にジェンダー的視点が生かされた立法がなされていると思われるので、そのいくつかを紹介する（後述四参照）。

(7) 大谷實『新版刑法各論』（成文堂・二〇〇七年）一一三頁、二二三頁、佐久間修『刑法各論』（成文堂・二〇〇六年）一〇五頁、一八一頁、井田良『刑法各論』（弘文堂・二〇〇七年）五五頁、一〇六頁等参照。

(8) もともと、強姦罪の手段としての暴行も、強盗罪のそれも、共に最狭義の暴行であると刑法の教科書には書かれている。

大谷實・前掲注（7）四三頁、西田典之『刑法各論（第四版）』（弘文堂・二〇〇七年）三八頁、佐久間・前掲注（7）四三頁、井田・前掲注（7）二八頁等参照。

(9) 平川宗信『刑法各論』（有斐閣・一九九五年）一九五頁以下、内田博文「強姦罪はどうあるべきか」法七五〇二号（一九九六年）三〇頁以下等、福島瑞穂「裁判の女性学」（有斐閣・一九九七年）二四二頁以下等参照。これらを踏まえて、日本刑法学会第八〇回大会（二〇〇二年）ワークシヨップ「ジェンダーと刑事法」においてこの点が指摘された。なお、本ワークシヨップの話題提供者でもあった岩井宣子「フェミニズム犯罪学と刑事法規制」刑法雑誌三八卷三号（一九九九年）一一八頁以下、谷田川知恵「性的自由の保護と強姦処罰規定」法学政治学論究四六号（二〇〇〇年）五〇七頁以下、森川恭剛「強姦罪について考えるために」琉大法学六〇号（一九九八年）一頁以下、岡田久美子「PTSDと刑事訴追」季刑刑事弁護二八号（二〇〇一年）一二七頁以下の各論稿も参照。

- (10) 最近、強姦罪の被害者が実名で被害体験を綴った著書（小林美佳『性犯罪被害にあうということ』（朝日新聞出版・二〇〇八年））が刊行され、話題となっている。
- (11) 安田拓人「法定刑の改正動向について―犯罪論の立場から―」刑法雑誌四六巻一号（二〇〇六年）九二頁、山口厚編著『ケース&プロブレム刑法総論』（弘文堂・二〇〇四年）（島田聡一郎）一六頁。
- (12) 拙稿「暴行後の領得意思」西田典之・山口厚・佐伯仁志編『刑法の争点』（有斐閣・二〇〇七年）一七五頁も参照。
- (13) 安田・前掲注（11）九二頁参照。
- (14) 拙稿「ジェンダーと現行刑法典」前掲注（6）一五頁。
- (15) 『大辞林』や『広辞苑』によれば、「姦淫」とは、「男女間の不倫な性交」とされている。
- (16) 金城清子『法女性学（第二版）』（日本評論社・一九九六年）二七二頁以下参照。
- (17) 同様のことは、刑法上の強姦罪に限らず、「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律（DV法）」において主として女性被害者が考えられている点などにも当てはまるが、本稿の射程を超えるため、ここでは扱わない。なお、男女雇用機会均等法第一条セクシャル・ハラスメントの客体は、二〇〇六年の改正により、それまでの女性労働者から男女労働者へ範囲が拡大された。
- (18) 文献は多数あるが、特に中谷璋子『二一世紀につなぐ生命と法と倫理』（有斐閣・一九九九年）二七頁以下、加藤久雄『医事刑法入門（改訂版）』（東京法令出版・一九九九年）一九〇頁以下、上田健二「比較法的視点から見たわが妊娠中絶法の問題点と将来的課題」佐藤司先生古希祝賀『日本刑事法の理論と展望（上）』（信山社・二〇〇二年）二五頁以下、辰井聡子「生命倫理と堕胎罪・母体保護法の問題点」『特集・生命倫理と刑事規制』現刑四二号（二〇〇二年）四〇頁以下とそれらに引用された文献参照。
- (19) 拙稿「ジェンダーと現行刑法典」前掲注（6）一六頁。
- (20) 自己堕胎罪規定の削除を主張する金城・前掲注（16）二七一頁以下、二九二頁、同『法女性学のすすめ（第四版）』（有斐閣・一九九七年）二〇九頁以下等。また、同氏は、参議院共生社会に関する調査会による「共生社会に関する調査報告」の中で、「リプロダクティブ・ヘルス／ライツは国際社会の中で人権として認められているが、我が国の法制を見るとこれと相反するも

のがいくつもあり、法律の改正ないし新しい法律の制定が必要と思われるので指摘したい。第一に、一年以下の懲役を伴う自己墮胎罪を廃止すべきである。これは国際的に見ても我が国の責務と言えるものである」と発言されている。<http://www.sangiin.go.jp/japanese/ayumi/houkokoku/kyosei/kyosei01.htm> 参照。なお、ホームページ G A L (gender and law) 上でのセクシャルハラスメント判例「石見交通事件」に対する谷田川知恵のコメントは、刑事法関係者からの数少ない発言といえようか。<http://www.geocities.co.jp/WallStreet-Stock/4102/hant/sexhara/1-1-1969.11.18> 参照。

(21) さらに、規定上の問題のみならず、刑法解釈論においても、たとえば因果関係の折衷的相当因果関係説、過失犯の予見可能性の判断基準、未遂犯における具体的危険説等で多用される「一般人」という概念も、弱者や女性を排除した「成人男性」を念頭に置いた概念であるかもしれず、ジェンダーの視点からの見直しが必要かもしれないが、これらの詳細な検討は、今後の研究課題としたい。

三 日本刑法典の問題と比較したフランス刑法典上の犯罪

1 強姦罪と強盗罪および強制わいせつ等致死傷罪と強盗致死傷罪の刑について

フランス刑法第二二二―二三条強姦罪 (vol) の法定刑は一年以下の拘禁であるのに対し、第三二―三四条暴行を伴う加重窃盗 (vol précédé, accompagné, ou suivi de violence sur autrui) は五年以下の拘禁又は七万五千ユーロ以下の罰金である(ただし、同第三二―一八条の持凶器強盗 (vol commis avec usage ou menace d'une arme) は、その危険性に鑑み二〇年以下の拘禁又は一五万ユーロ以下の罰金と例外的に重くなっている)。また、第三二―二四条強姦致死傷罪は二〇年以下の懲役、第三二―二五条強姦致死罪は三〇年以下の懲役であるのに対し、第三二―一五条八日以下の労働不能状態を引き起こす強盗傷害は七年以下の拘禁又は一〇万ユーロ以下の罰金、第三二―一六条九日以下の労働不能状態を引き起こす強盗傷害は一〇年以下の拘禁又は一五万ユーロ以下の罰金である。第三二―一

○条強盜致死罪のみ無期懲役又は一五万ユーロ以下の罰金と自由刑の上限が強姦致死罪のそれより高くなっているが、罰金刑も選択刑として残されており、どちらを重く処罰しているかは一概に判断できない。

2 強姦罪の主体・客体について

フランス刑法第二二二―二三条の強姦罪は、「他人の身体に対し、暴行、強制、脅迫又は不意打ちをもって実行するあらゆる性質の（性器等）挿入行為は、強姦とする」とされ、主体・客体の限定はない。たとえば、判例上、女性加害者⁽²⁵⁾や男性被害者⁽²⁶⁾も認められている。ただし、ケースによつては、日本の強制わいせつ罪にあたる第二二二―二二一条の性的攻撃罪（*agression sexuelle*）とされる場合もある。

3 自己墮胎罪について

一九九二年に全面改正されたフランス新刑法典制定当時、自己墮胎罪規定の削除を主張する国民議会と存続を主張する元老院との間で激しい意見の対立があり、刑法典成立のための妥協の産物として公布当時は自己墮胎罪（*interruption illégale de la grossesse*）が残されたもの⁽²⁷⁾、施行直前の一九九三年一月二七日の法律第一二二―一号により削除された。さらに、二〇〇一年七月四日の法律第五八八号により、唯一第二二二―一〇条の不同意墮胎罪を除き、第二二二―二一条の中絶可能期限後の中絶や医師の資格のない者による中絶等の処罰規定および第二二二―二一条の墮胎幫助罪も刑法典から削除されて公衆衛生法典に移され、墮胎罪の非犯罪化は完璧なものに近づいたと評価されている⁽²⁹⁾。

さらに、現在では、女性の自由意思による合法的な妊娠中絶を妨げ、又は妨げようとする行為（公衆衛生法典第L.二二二―二二条）は、逆に二年以下の拘禁又は三万ユーロ以下の罰金で処罰されている（前記一九九三年一月

二七日の法律第一二二一号により新設）。

- (22) フランス刑法の場合、拘禁（懲役）刑と罰金刑との併科が可能である。フランス刑法第一三二―一三条参照。
- (23) フランス刑法典では、自由刑は上限のみが記されているが、それ以下の刑を言い渡すことができる。フランス刑法第一三二―一八〇条参照。
- (24) フランス語は *pénétration sexuelle* で、「フランス新刑法典」・前掲注（3）では「性器挿入行為」と訳されているが、かならずしも性器に限るものではなく、たとえば性器以外の木片の挿入（少年の肛門に対するもの、Crim. 6 déc. 1995, Bull. crim. n° 372）や、犬の性器（*Doai*, 10 oct. 1991, Rev. sc. crim. 1992, 69）の挿入も強姦（未遂）と認められた判例がある。また（日本のように）女性膣への挿入のみならず、肛門（Crim. 27 avr. 1994, Bull. crim. n° 157）、口腔（Crim. 22 mai 1996, Bull. crim. n° 212; Crim. 12 janv. 2000, Bull. crim. n° 24）等も対象となる。
- (25) Crim. 4 janv. 1985, Bull. crim. n° 10.
- (26) Crim. 24 juin 1987, Bull. crim. n° 265.
- (27) ただし、一九七五年一月一七日法（当時の厚生大臣シモース・ヴェイユ女史の名をとりヴェイユ法と呼ばれる）により一定の範囲で中絶が自由化されていた事実を背景として、自己墮胎を二ヶ月以下の拘禁又は二万五千フラン以下の罰金で処罰する第二三二―一二条一項の次に「前項の規定にかかわらず、裁判所は、犯人の困窮又は人格の状態を考慮して、刑を適用しない旨の決定をすることができる」とする二項を規定していた。
- (28) 一九七五年一月一七日法では一〇週以前とされていたが、二〇〇一年七月四日の法律では一二週以前となっている。
- (29) Jean PRADEL=Michel DANTI-JUIN, “Droit pénal spécial”, Cujas 2001, p. 51, Jean et Anne-Marie LARGUIER, “Droit pénal spécial” 12^e éd. Dalloz 2002, p. 25 等参照。

四 フランス刑法におけるジェンダー的配慮の見られる規定

1 差別罪 (discrimination)

フランス刑法の特徴(長)である、あらゆる差別に対する毅然とした態度と「弱者」保護の徹底は、たとえば同法典第二部「人に対する重罪及び軽罪」第五章「人の尊厳に対する侵害 (*atteintes à la dignité de la personne*)」第一節「差別行為」中に規定される第二二五一条以下の「差別罪」の立法に表れている。

すなわち、第二二五一条一項は、「出身、性別、家庭状況、(二〇〇一年一月一六日法により追加された) 外見および名字、健康状態、身体障害、(二〇〇二年三月四日法により追加された) 遺伝子の型、素行、(二〇〇一年一月一六日法により追加された) 同性愛傾向および年齢、政治的意見、組合活動を理由として、また、その真偽を問わず、特定の民族、国籍、人種もしくは宗派への所属の有無を理由として、自然人の間でなされるすべての区別は、差別とする」と規定し、同条二項は、法人の構成員に関する同様の区別が法人間でなされた場合にも差別としている。そして、第二二五二条では、第二二五一条に規定する差別により、「一 財物又は役務の提供を拒否すること。二 何らかの経済的活動の正常な遂行を妨害すること。三 人の採用を拒否、懲戒又は解雇すること。四 第二二五一条に掲げる要素の一を財物又は役務の提供の条件とすること。五 第二二五一条に掲げる要素の一を雇用の提供の条件とすること。」等の行為を、三年以上の拘禁又は四万五千ユーロ以下の罰金で処罰している。⁽³⁰⁾

第二二五三条には、雇用に関する健康状態、身体障害、性別に関する差別の適用除外規定があるが、第二二五四条では、法人処罰も規定されている。

さらに、同法典第四部「国民、国家及び公共の平和に対する重罪及び軽罪」第三編「国家の権威に対する侵

条の二、三月以上五年以下の拘禁刑から、国外移送目的の場合の二年以上の有期（二〇年以下）懲役まで幅がある）を急いで立法した。

一方、フランスでは、新刑法典第二編第五章「人の尊厳に対する侵害」として既に立法されていた第二二五七条の加重的売春斡旋罪 (*proxénétisme aggravé*、一〇年以下の拘禁又は一五〇万ユーロ以下の罰金、すべて併科も可能) や第二二五八条の組織的売春斡旋罪 (*proxénétisme commis en bande organisée*、二〇年以下の拘禁又は三〇〇万ユーロ以下の罰金) 等で対処可能であったが、それらで捕捉できない行為を処罰するために、二〇〇三年の国内治安法により、第二二五四―一条の人身取引罪 (*traite des êtres humains*、七年以下の拘禁又は一五万ユーロ以下の罰金) や第二二五四―四条拷問又は野蛮行為による人身取引罪 (*traite des êtres humains commise en recourant à des tortures, ou à des actes de barbarie*、無期拘禁又は四五〇万ユーロの罰金) 等が新設された。これらが法人によって犯された場合には、さらに五倍までの罰金や第一三一―三九条に列挙する刑も科せられる（第二二五―四六条）。

4 「セクシャル・ハラスメント罪」

フランス新刑法典第二部「人に対する重罪および軽罪」第二編「人に対する侵害」第二章「人の身体的・精神的完全性に対する侵害」第三節「性的攻撃」中の第二二―三三条の「セクシャル・ハラスメント罪 (*harcèlement sexuel*)」は、「職務上の権限を濫用し、性的関係を持つ目的を持って、命令、脅迫又は強制によって他人に対し嫌がらせをする行為は、一年以下の拘禁又は一万五千ユーロ以下の罰金で処罰する」と規定し、いわゆるセクシヤル・ハラスメント（以下、セクハラと略す）を刑法上の犯罪として新設した。¹³⁾当初は、いわゆる環境型セクハラを除く対価（代償）型のセクハラを対象とし、目的や行為の面でも処罰範囲の限定が図られていた。

判例でも、被告人（会社の上司）が見習い研修中の被害者の意思に反してバーでキスをしようとしたとしても、

職務上の権限濫用や命令、脅迫又は強制の有無の証明が不十分として破棄差し戻したもののや、被害者が望まない単なる愛情表現は職務上の権限濫用や命令、脅迫又は強制がない限りセクハラ罪には当たらないとしたものなど、⁽³⁶⁾ 否定例も多く、学説もそのような限定には概ね好意的であった。⁽³⁷⁾

しかし、二〇〇二年一月一七日法により、「職務上の権限を濫用し」と「命令、脅迫又は強制によって」という文言が削除され、この改正により、セクハラ罪の適用範囲は拡大したものと思われる。しかしながら、当初から指摘されていた「性的関係を持つ目的を持って」という主観的要件の立証の困難さは依然として存在し、問題として残されている。また、現実に取りこらるる被害者による「誣告（denonciation calomnieuse）」の危険性については、実際はほとんどないことと、むしろセクハラで訴えられた雇用者が誣告罪（第二二六―〇条）で反訴することがあるが、そのことがセクハラ被害者への萎縮効果を伴わないよう慎重な適用を求める声がある。⁽⁴⁰⁾

5 「モラル・ハラスメント罪」

二〇〇二年一月一七日法は、刑法典第二二二―二三―二条として、「他人の権利又は尊厳を侵害し、身体的又は精神的健康を害し、あるいは職業上の将来性を危うくするような、労働条件（conditions de travail）の悪化という目的のないし効果を持つ反復行為によって他人に対し嫌がらせをする行為は、一年以下の拘禁又は一万五千ユーロ以下の罰金で処罰する」と規定し、いわゆる「モラル・ハラスメント（以下、モラハラと略す）罪（harcèlement moral）」を新設した。「Travail」というフランス語は、報酬を伴う労働に限らず学生の勉学等も含むため、日本でも最近問題となっているいわゆる学校や職場での「いじめ」にも対応可能な広い射程を持つ規定であると思われる。ただし、このような各種「ハラスメント罪」は、密室で行われることも多く、被害者（検察）側の立証の困難さは容易に予想できる。刑法分野では、「疑わしきは被告人の利益に」の大原則が妥当するため、なおさらであ

る。そこで、現在では、刑事訴訟に訴えることよりも、独立行政法人である「差別との闘いのための高等局 (Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité : 略称 H.A.L.D.E.)」などの裁判所以外の機関への依存度が高くなっているようである。⁽⁴⁾

- (30) 一九九二年の立法当時は二年以下の拘禁又は二〇万フラン以下の罰金であったが、二〇〇四年三月九日のいわゆる Perben II 法により加重された。
- (31) 一九九二年の立法当時は三年以下の拘禁又は三〇万フラン以下の罰金であったが、二〇〇四年三月九日のいわゆる Perben II 法により加重された。
- (32) Loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, J. O. 19 mars 2003.
- (33) 上野芳久「セクシャル・ハラースメントと刑法—フランスのセクハラ罪創設を契機として」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 (三)』(成文堂・一九九八年) 一〇三頁以下参照。
- (34) 破棄院刑事部二〇〇〇年五月三一日判決、Bull. crim. n° 208 p. 613.
- (35) ヴェルサイユ小審裁判所一九九三年六月三〇日判決、D. 1993, IR. 228.
- (36) ヴェルサイユ小審裁判所一九九六年一月二十九日判決、R. S. C. 1998, 105、ドゥエ小審裁判所一九九七年九月一〇日判決、J. C. P. 1998 II. 10037 等。
- (37) 代表的なものは、Jean PRADEL=Michel DANTI-JUIN, Droit pénal spécial, précité, p. 480 et s.
- (38) Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, J. O. n° 15 du 18 janvier 2002.
- (39) Jean PRADEL=Michel DANTI-JUIN, Droit pénal spécial, précité, p. 481, Calude Katz, La preuve en matière de harcèlement sexuel: pas vu, pas pris? Gaz. Pal. du 28 mai 1998, p. 688 et s.
- (40) Calude Katz, La dénonciation calomnieuse en matière de harcèlement sexuel, Gazette du palais 1994, p. 1378 et s.
- (41) 二〇〇七年七月に神戸の高校生がいじめを苦に自殺した事件では、いじめた同級生が恐喝未遂罪で逮捕されたが、金銭要

求という一部の行為を刑法で捕捉するのみでは限界があり、いじめの実態を正面から捉えているとも言いがたいように思われる。
(42) 二〇〇八年六月二七日大阪大学法学部内で開催されたボワティエ大学刑事科学研究所長ミツシエル・ダンティジュアン教授の講演会「刑法と法の下の平等」において紹介された。

五 おわりに——ジェンダーの視点を日本刑法に導入することの必要性——

以上、二一世紀におけるジェンダーの視点から考察したとき、わが国の刑法典の持つ問題点が、一九九二年に全面改正されたフランス新刑法典には見られないばかりか、より積極的にジェンダー的視点が生かされた立法がなされている例を紹介した。

もちろん、「セクシャル・ハラスメント罪」や「モラル・ハラスメント罪」のような行為を刑法で捕捉すること、日本では抵抗が強いことも理解しうる。すでに指摘され、かつ前述したように、フランスでは一般的な差別罪(第五章「人の尊厳に対する侵害」としての第二二五一条)が刑法典中に規定されているほか、弱者に対する犯罪への刑の加重が主要な犯罪についてなされているが、日本ではそのような規定が存在しないため、セクハラ罪・モラハラ罪のみを導入すれば、より重大な行為が処罰されず、最も軽い行為のみが処罰されることになってしまうからである。

そうだとしても、わが国は、前記二で述べた問題点さえ是正できずにいる現状をどう評価すべきであろうか。フランス刑法で「人の尊厳」が保護法益として認められ、その侵害として、差別そのものを犯罪として処罰する姿勢そのものを日本は見習い、さらに前進するべきではないだろうか。わが国ではこれらの差別に対する民事責任がようやく認知されてきた段階であるのに対し、フランスでは、すでに一六年前から刑法上の犯罪である。フ

ランス人の人権意識は社会のあらゆる差別を許さず、刑罰を持って毅然とした態度で臨むのであり、そこには「刑法の謙抑性」を超える価値が認められているように思われる。外国の刑法規定を参照する際は、その国の社会的・文化的背景をも考慮すべきであるが、差別罪、セクハラ罪・モラハラ罪等の立法の背後には、フランス社会の高い人権意識・成熟度を見て取ることができよう。

刑法も多くの法体系の一部であり、法は社会の成熟度を映す鏡であるとすれば、フランス刑法の合理性、先進性の背後には、日本より遥かに進んだ人権意識と司法への信頼感が存在する。それこそが、「刑法の謙抑性」の要請を上回る弱者の保護に積極的な役割を刑法が担うことへの理解を支えていると考える⁽⁴⁵⁾。

筆者は、前記刑法典一〇〇周年記念の別稿⁽⁴⁶⁾において、わが国初の近代法典の一つであった明治一三年の旧刑法がフランス人お雇法律家ポワソナードにより一八一〇年のナポレオン法典を範として起草されたものの、啓蒙主義的な市民的自由主義思想を背景としていたためにその自由主義的性格が批判され、より犯罪予防を重視し、同じ君主政体をとるプロイセン・ドイツの「国家主義」的刑法の影響を受けた現行刑法典に取って代わられたというエピソードに言及し、「二〇〇年以上前と同様に、フランス刑法の根底に脈々と流れる人権思想、先進性、合理性を自由主義的過ぎるとして敬遠するのか、あるいは時代の変化に敏感となり、これらの美点を積極的に見習うことで人権後進国と揶揄される状況の飛躍的打開を目指すのか、二一世紀の日本の姿勢が正に問われているように思われる」と結んだ。

創立一五〇年を迎えた慶應義塾大学も、「誇るべき伝統を継承しつつ未来への先導を果たし、世界に開かれた学塾であり続ける」決意を新たにしており、それは刑法分野での人権意識、国際化の進展の必要性を主張する本稿の視点と共通するものであると確信して、筆を擱く。

(43) 上野・前掲注(33) 一三三頁。

(44) もちろん、「人の尊厳」という法益概念は曖昧であり、処罰根拠としてふさわしくないという意見が現在の日本ではむしろ多数であろう。しかし、「人の尊厳」の内容やそれを刑罰で守るべき価値とすることについての社会のコンセンサスができていないだけのことであり、そのようなコンセンサスは教育等を通じて長い年月をかけて培われるものと思われる。

(45) 日本でも最近新たな刑事立法ラッシュともいうべき状況があり、それに対する抵抗感（例えば、「特集・法益論の意義と限界」刑法雑誌四七巻一号（二〇〇七年）一頁以下等参照）も理解しうるが、それは立法の背後にフランスのような人権尊重主義を中心とする社会の成熟、司法積極主義への信頼感等がないことと合わせて理解しうると思われる。

(46) 前掲注(1) 参照。