

琉球大学学術リポジトリ

規範のゆがみと強姦罪の解釈

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-09-05 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 森川, 恭剛, Morikawa, Yasutaka メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/1678

規範のゆがみと強姦罪の解釈

森川 恭剛

目次

- 一 はじめに
- 二 暴行・脅迫と被害者の不同意
- 三 被害者の不同意と法益侵害
- 四 法益侵害と法定刑
- 五 終わりに

一 はじめに

本稿は、南山大学における日本刑法学会第八〇回大会のワークショップ10「ジェンダーと刑事法」での報告原稿に当日の議論を参考にして加筆したものである。報告時の標題は「強姦論（フェミニズムとの対話のために）」であり、このときは強姦罪の解釈論における被害者の不同意の意義についてフェミニズムを視野に入れて説明するという私なりの問題意識をもっていた。しかしワークショップでの議論を終えてみると、強姦罪がそこで取り上げら

れた理由——それは「弱者」の利益と保護のために何が必要であるのか、という視点を大事にする」ことだとされてきたが——についてやや自覚が不足していたように思う。私にとってそれは規範の歪みを是正するということであつたが、この点をさほど強調して問題提起をしていなかった。

強姦罪では女性が行為客体であることから、その保護法益は貞操（女性として正しい操）であるとされていた。この見解に従う刑法テキストは現在では見られなくなったとはいへ、女性が性的に身を固く持することを重んじるイデオロギーが強姦罪の解釈論や運用から払拭されているわけではない。容易に犠牲にされる貞操は保護するに値しない、とそれは裏返して表現されてきたのではあるが、強姦罪の規定は男性に対して強姦行為を禁止するだけでなく、女性に対しては貞操を守るように命令する、そのように機能すべく解釈され運用されてきた。このように解釈され運用される法には歪みがある——行為主体だけでなく行為客体にも命令するこの規範の構造は強姦罪に特徴的である——と私は考えるのであり、この歪みこそが性差別であると正しく指摘される必要がある。この法の中に取り込まれた差別を取り除くために解釈論を展開することが、「弱者」の視点——私にとってこれは反差別の視点であるが——を大切にすることであるように思われる。

右の点を踏まえて以下では、強姦罪の解釈論において被害者の不同意が如何なる重要な意味で用いられるかを説明して、被害者の不同意に重きをおく解釈論が右の歪みを是正することを述べていきたい。

またワークショップでは強姦罪の短期法定刑を引き上げることが提案されていた。逆に法定刑の引き上げは有罪率の低下をもたらすであろうとこれを否定する見解も表明された。しかし、その提案は右に述べた歪みを是正すること何ら関わりがないこと、むしろ歪む規範を確認するものでしかないこと、したがってそれは「弱者」の視点を欠いているか、取り違えていると私は反論したい。報告のときは法定刑についてほとんど言及しなかったが、改

めて議論の素材を提供したいと考え、最後にこの点に関する私見を敷衍した。¹⁾

(1) 森川「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、同「強姦罪の問題点」法セミ五二六号

（一九九八年）二九頁以下は、強姦罪を取り上げたものであり、また同「多文化主義とフェミニズムの対立」琉大法学六一号（一九九九年）一頁以下、同「刑法における反差別原則」琉大法学六二号（一九九九年）九五頁以下は、強姦罪に触れている。本稿でその時々の問題意識から書きとめたこれらのものをいったん整理したいと考えている。

二 暴行・脅迫と被害者の不同意

一 強姦罪の問題点 強姦罪を解釈・適用する上で次のような問題点があると指摘されている。¹⁾ 第一に、被害者には抵抗による不同意の意思表示が求められることである。しかし被害者が不同意の意思表示をすることが加害行為を抑止する上で重要であるとしても、それが抵抗という行為態様によって示されるとは限らないであろう。これに対して第二に、加害者には程度の高い暴行・脅迫が必要とされる。強姦罪における暴行・脅迫概念は強盗罪におけるそれより広義であるが、強要罪におけるそれよりは狭義であるとされている。第三に、加害者が暴行・脅迫とは異なる手段、つまり職業上など何らかの力関係を利用して、相手方を畏怖・困惑させるなどして性交を強要したとしても強姦罪は成立しない。

これらの問題点に共通するのは、被害者における不同意がどれほど明白であってもそれだけでは強姦罪が成立しないことである。強姦罪の解釈論は、被害者の不同意を軽視している、と疑問が提起されている状況があると言える。

(1) 平川宗信「刑法各論」(一九九五年)一九六頁。

二 暴行・脅迫要件の意義 被害者が不同意であっても強姦罪が成立しないことが問題であれば、強姦罪から暴行・脅迫要件を取り払い、これを「不同意の姦淫罪」として類型化するか、もしくは強制わいせつ罪において暴行自体がわいせつ行為とみられる場合があることに倣い、姦淫行為自体をもつて暴行に該当すると構成することが考えられる。しかし、強姦罪において暴行・脅迫の大小強弱を問わないとすれば、「女心の微妙さ」を考慮に入れると法的安定性を損なう、と論じられてきたのであった。¹⁾ 強制わいせつ罪における暴行が「力の大小強弱を問わない」とされるのは、暴行自体が明白にわいせつ行為とみられる場合がある、つまり被害者における不同意の意思がそこでは客観的に疑われないからであるが、強姦罪では姦淫行為自体をもつて暴行であると判断する根拠が微妙である、とされてきたのであった。

しかし、このように述べるのは、暴行・脅迫の要件の意義が、右の意味で、法的安定性を保障することにあると考えるからではない。一九七〇年代の欧米で「不同意の性交の罪」から「性的暴力の罪」へと強姦罪が改正されたのは、別の理由から、すなわち被害者の不同意の要件だけでは、実質的に、審理の対象が被害女性になっている、という認識からであった。それは被害者保護を主眼とした改革であり、被害者の同意・不同意から被告人の行為へと視点を移すことが意味したのは、強姦被疑事件では、被告人がどのように行為したかが問われなければならない、つまり被告人がどのように行為して相手方の同意を得なかったのか、と問う必要がある、ということであった。暴行・脅迫の要件は被害者の不同意の有力な認識根拠の一つとなる、という位置づけである。

それは、強姦と和姦を区別するのは暴行・脅迫の有無である、とする法的安定性の考え方とははっきりと異なる。

ここでは強姦罪の成立の根拠は——被害者の不同意は根拠として微妙であるから——暴行・脅迫の要件を満たすことであるが、欧米の法改正の動向が示唆するのは、被害者の不同意を強姦罪の成立の根拠としながら、その不同意の認識の根拠の一つとして被告人の暴行・脅迫を重視する方法である。^①

(1) 大越義久「刑法各論」(第二版、二〇〇一年)五七頁。

(2) 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)五〇七頁以下は、「姦淫は同意のない性交」であり、「暴行・脅迫とは、その存在により当該性交が姦淫であることの証拠機能を有する」と論じている。

三 被害者の不同意の認定方法 結局、被害者の不同意が強姦罪の成否にとって決定的に重要であるわけであるが、このことは従来から言われてきた程には、その認定において困難であるということでもない。

最決昭三三・六・六(裁判集二二六・一七二)は、暴行・脅迫について、その程度が相手方の抗拒を著しく困難にするものであるかどうかは、暴行・脅迫それ自体の態様のみからではなく、「相手方の年齢、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の具体的事情の如何と相伴って」判断するとしている。なぜ暴行・脅迫の程度を暴行・脅迫それ自体から測ってはならず、具体的な諸状況から総合的に判断しなければならないかという点、それは、被害者において可能な抗拒の態様や程度が具体的な諸状況の如何によるからであろう。被告人により用いられた暴行・脅迫が相手方の抗拒を著しく困難にする程度であるかを判断するためには、その相手方においてどのような抗拒が可能であるかを知らねばならないが、その抗拒の態様や程度は総合的に考慮されるべき具体的な諸状況に依存する。それゆえ、「暴行脅迫という観点では、少なくとも外形的には、通常の性交の際に用いら

れる有形力の行使との差異が極めて微妙な事案」で、相手方の反抗を著しく困難ならしめて強いて姦淫したと認定されることがあるし(青森地判平一〇・一一・一一判ター一〇〇三・三〇七)、あるいは「被害者の心理を具体的事情を踏まえて的確に観察し、被害者が被告人の要求に従って性交に応じざるを得ない状況に心理的に追いつめられた経過を明らかにし」て、脅迫による強姦罪が認められることになる(名古屋地裁岡崎支判平九・一一・一七判時一六二七・一五四)。

右の青森地判平一〇・一一・一一における被告人の犯行態様は、「犯行現場に向かう途中で暴走族の知り合いに電話をしたように装い、被害者の希望地まで送る振りをして、人気がなく暗い鬱蒼とした林道に連行した上で、性体験がないから止めて欲しいと哀願し、必死に抵抗する被害者に暴行・脅迫を加えて、約三〇分間にわたって姦淫したという狡猾かつ悪質なもの」である。同事案では、この犯行態様が、被害者において可能な抗拒の態様や程度が依存するところの具体的な諸状況を大きく規定していた。注目したいのは、「止めて欲しい」と被害者が哀願したとされていることである。つまり同判決は被告人の犯行態様を見ていく中で、被害者の不同意を見いだしていた。同じことは右の名古屋地裁岡崎支判平九・一一・一七にもあてはまる。被害者が心理的に追つめられた経過とは他ならぬ被告人が被害者を追いつめた経過のことであり、同判決はこの経過を明らかにしたことによって、被害者には暗黙の承諾があったとする弁護人の主張をはっきりと斥けることができた。

つまり、被告人が被害者に対してどのように行為して、どのように被害者を抑圧したかは、具体的な諸状況を視野に入れなければ知りえない。そしてこうした具体的な諸状況を総合的に考慮すれば、被害者が抑圧されたこと、つまり被害者の不同意を認識することは困難ではない。広島高判昭五三・一一・二〇(判時九九二・一一二)は、被告人の姦淫行為が和姦であるとは到底言えないが、「被害者の抗拒を著しく困難ならしめたうえでなされた」と認め

るには足りないものがあるといわざるを得ず、結局、その心証を得るまでに至らない」として強姦罪の成立を否定した。判決は被害者の不同意を認識することはできた。しかし、この事案で暴行・脅迫が被害者の抗拒を著しく困難にする程度であるかを判断するのは「極めて微妙」であったという。³⁾ この幾つかの裁判例は、被告人がどのように行爲したか、その用いた暴行・脅迫がどのようなものであったかを問う中で、被害者の不同意が認識されることを示している。

さらに、次の裁判例は被害者の不同意を暴行・脅迫の態様やその他の具体的な諸状況から判断すべきことをも示している。⁴⁾ 岡山地判平六・八・三二（日弁連「無罪事例集（第三集）一一七頁）は、「被害者が性交（姦淫）を承諾していたとみるべき状況は全くない」としたが、他方で「（被告人の）一連の行爲が通常の性交に至るまでの一般的な性の域にとどまっている」（括弧内引用者）と指摘した。「自己表現が下手で、人の頼みを断りきれず、結果的に人の言いなりになりやすい性格」の被害者が、「抵抗、拒否の言動を全くとらず、無表情で、被告人からなすがままにされていた」からである。暴行・脅迫の程度を——最決昭三三・六・六が示した判断方法に従って——具体的な諸状況（被害者において可能な抗拒の態様や程度を知るための判断資料となるところの）から総合的に判断する方法が前提にしているのは、被告人の暴行・脅迫が当該具体的な状況を否定的に変更することである。しかし右事案では、公訴事実において、「被害者は被告人によって）周囲に人気がなく救助を求め難い場所に連行されて極度に畏怖している」（括弧内引用者）との記載がたしかにあるが（わいせつ目的の誘拐であるとされた）、むしろ被告人は、被害者のいわば「抗拒困難な」具体的状況に「乗じて」行爲した。このように、被害者をして抗拒困難にさせている具体的状況が被告人の暴行・脅迫と切り離されたとき、被害者の不同意を認定することはできても、暴行・脅迫が「被害者の抗拒を著しく困難にする程度」に達することはない。したがって、強姦罪の成立の根拠は暴行・脅迫

にあると考えるのではなく、あくまで被害者の不同意にあるとすべきである。

あるいは次のように言うこともできる。「抗拒不能にさせて」や「抗拒不能に乗じ」の解釈論や認定方法をより精緻にした上で、暴行・脅迫の程度について論じるべきであると。それらの概念は被害者の不同意を前提にしている。したがってそれらがどのようなことを指すかを十分に理解した上で、被害者を抑圧する一つの手段である暴行・脅迫についてその程度を考えなければならぬであろう。少なくとも準強姦罪について「前条と同様に反抗が著しく困難な状態と解すべき」(「大コンメンタール刑法(第二版)」九卷七七頁)とする論理的前後関係には混乱があるように思われる。

(1) 湯川毅「強姦罪における暴行脅迫の程度について」警察学論集五三卷二号(二〇〇〇年)一三一頁。

(2) 「同」一三三頁。

(3) 「同」一三七頁。

(4) ワークショップでは被害者の不同意をPTSDに関する専門家証言により認定すべきであるとする見解が報告されたが、PTSDはその一つの判断資料になると言うべきであろう。また被害者の不同意を専門家証言に依存させることの弊害についても考えなければならぬであろう。

三 被害者の不同意と法益侵害

一 「No」か「Yes」か? 強姦罪の成立の根拠が被害者の不同意にある、と強調しているのは、被害者の不同意こそが強姦罪における法益侵害のしるしであると考えるところからである。これは強姦罪における被害者の不同意

が、傷害罪における身体の傷害や信書開封罪における信書開封の事実に対応するという意味である。そこでその不同意、その「No」の意味について考える必要がでてくる。

さて女性は、男性からの性的アプローチに対して「No」を意味することなく「No」と言うことがある、と述べられることがある。その通りであるとして、そのことを踏まえて強姦罪の解釈論を展開すると、真意の「No」を「Yes」であると誤信した、という被告人の抗弁が可能となり、被害者の同意に関する錯誤論が重要な論点となる。しかし、相手方の真意の「No」を結果的に無視することを許容してしまう結論が安易に導かれてはいけないので、次の二つの理論的な歯止めが用意された。

一つは過失強姦罪について考えることである。これによれば、男性は性行為のときに女性の言葉による同意を得ること、という注意義務があり、迂闊にも自分の行為がその同意を得ていないことに気付かなかつたなら、過失の強姦罪の成否が問われる。もう一つは法定強姦罪を積極的に評価することであり、日本では被害者が一三歳未満であるときに同じことが言えるが、法定された一定の年齢に満たない相手方との性行為についてその不同意を法的に推定することである。これを親告罪とすれば、その相手方に重大な裁量が委ねられ、告訴をしないときは同意していたのであり、告訴をするときは不同意であったことになる。任意の性交か強姦か、その相手方がこの経験をどちらであると考ええるかが決定的である。これは——被告人は被害者の年齢に関する錯誤を主張することができ、被害者の不同意に関する被告人の誤信にはまったく意を介さず、被害者の「No」を最優先する方法であると言える。

二 「No」の意味 強姦罪に関する最近のアメリカの一つの理論的動向を右にみた。その特徴は、「No」が

たとえ「Yes」でありうるとしても、女性の「No」はあくまで「No」として、その「No」に重きをおく、という理論的関心に支えられていることである。では、なぜその「No」に重きをおかなければならないのか。

「No」の意味を考えようとするときに参考にしたいのは他ならぬこの点である。付言すれば「No」か「Yes」かの問題は基本的にはあくまで「No」をどのように認定するかという問題であり、そして被害者の不同意の認定がさほど困難でないことは前述のとおりである。また同意に関する錯誤の有無を正しく判断するための第一の条件は被害者の不同意をしっかりと事実認定することであると考えられるのであり、そのために十分に反省されなければならぬのが「和姦の論理」である。これについては東京地判平六・一二・一六(判時一五六二・一四一)を検討した判例研究がある。¹⁾

法定強姦罪の意義がフェミニストにより次のように説明されている。法定年齢以下の少女女性と性行為に従事するすべての男性にリスクを負わせることにより、性行為をどのようなときに、どのような約束事において行うかを決める力を少女女性に与えることができる、と。この見解の前提にあるのは性抑圧の歴史性の認識であり、したがって、法定強姦罪によって少女女性はいまだかつて女性が手にしたことのない力を受け取ると理解された。抑圧された者が平等の地位を獲得するためには「No」と言い続けねばならないが、事情はフェミニズムにおいても同じであった。平塚らいてうは『青鞥』を創刊するとき「私共は隠されてしまった我太陽を今や取戻さねばならぬ」と書いている。一九七〇年代にフェミニストはジェンダーの語を得て、性役割の差異が抑圧の理由となつてはならないことを示し、またセクシャル・ハラメントの語を造語して、「女性を性的対象物におとしめることを目的として、一方的に押しつけられる、歓迎されざる、望まない男性の行為」(リサ・タトル『フェミニズム事典・新版』渡辺和子監訳)をはじめ法的に問題化した。法定強姦罪における被害者の不同意の法的推定もまた男性が性的に支配的な社

会の中で女性が「No」と訴えることを可能にする一つの方法になると捉え返されたのである。

強姦行為は、男性（男性生殖器をもつ潜在的な行為主体の意味）による女性（女性生殖器をもつ潜在的な行為客体的意味）に対する力の行使であり、抑圧的な行為である。如何なる感情の表出であれ、少なくともそれは一方的であり、それを受け止める意思のない相手方を従わせる行為である。それは直接的な上下の関係である。そうしてその相手方は自己の身体と精神に価値侵害をうける。それは女性であるために性によって傷つけられる経験である。強姦行為によってこの価値侵害をうけたときに女性は「No」（不同意）であつたと述べる。その「No」は、単に性交に対する不同意ではなく、無力感の表現であり、抑圧に対する不同意である。しかしそれは同時にこれまでは傷ついたと言葉にすることも困難にしてきたまさにその同じ抑圧を破ろうとする「No」である。言い換えれば、価値侵害をうけた者がその価値侵害が何であるかを一言で表すために言っているのが、その「No」である。したがってその「No」に重きをおかねばならず、この「No」つまり被害者の不同意が、強姦罪の法益侵害のしるしとして重視されねばならない。不同意と法益侵害のこの関係をさらに説明する必要がある。

(1) 平井佐和子・森川恭剛「『和姦の論理』と被害者供述の信用性判断」法政研究六七巻三号（二〇〇一年）二四七頁以下。

三 恣意的な「No」被害者の同意・不同意は微妙な問題ではない。法益侵害があるなら被害者は不同意である。しかし、強姦罪の保護法益を性的自由であると理解するときには、むしろ被害者に同意がないなら性的自由が侵害されている、と考えるのではなからうか。

人間の性的行動は生殖行為として、あるいは性的欲求・快楽を充足し追及する行為または交情を深くするための

コミュニケーション行為として等、多様な目的のために行われ、私たちはどのようにその性的行動をするかを選択する自由をもつ。現代のこの積極的な意味での性的自由は性の解放として獲得された成果であり、これに伴い強制わいせつ罪や強姦罪は、性倫理・性風俗に反する風俗犯の性格を取り除かれて個人的法益に対する罪として明確に位置づけられるようになった。それらは他者の性的攻撃から個人を保護する機能を有する。したがって性的自由が強姦罪の保護法益であるとされるとき、それは他者の性的アプローチ（接近・接触・侵襲等）を拒否する自由という消極的な意味で用いることができる。こうして、私の同意なく私の身体に性的にアプローチする者は——同意なく住居に侵入する者が住居のプライバシーを侵害すると解されるのと同様に——私の性的自由を侵害している。私の同意がないなら私の性的自由が侵害されている。しかし、本稿が説明しているのは、その前件と後件を入れ換えて、法益侵害があるなら被害者は不同意であると考えることである。

セクシャル・ハラスメントの防止規則を取り上げて考えてみよう。例えば人事院規則一〇一〇は、「他の者を不快にさせる」「性的な言動」をしないように注意しなければならないとする。「性的な言動」は性的なコメントや冗談や身振りや目つきを含むと解することができる。問題点として指摘されてきたのは、どのような「性的な言動」が「他の者を不快にさせる」として注意の対象となるかは、その受け手の判断に委ねられるとされていることである。^(c)しかし性的コミュニケーションは人間関係形成のための糸口ともなりうるものであり、個人によって得手不得手がありまた好みや趣向が区々であるから、コミュニケーションのギャップが性的に自由な（積極的な意味での）場で生じることが避けられない。受け手が不快であるからそれを拒否したいということがそれを禁止する理由となることは、法的判断としてやはり恣意的であろう。性的自由（消極的な意味での）の要保護性を限界づける基準は受け手の快と不快ではないと考えられる。

では、セクシャル・ハラスメントのない良好な勤務環境等を確保するためにはどのようにすれば良いか。一つの方法は性を抑制することであり、例えば男性のヌードポスターと同様に女性のそれも掲示すべきでないとしたり、あるいは職場内では控え目な制服を統一して着用すること等である。時と場と状況に応じた効果的なその抑制の程度を量ることについては良識に委ねられることになろうが、この方法は、違法判断の基準という観点からすれば、わいせつ概念——判例によればわいせつとは「徒に性慾を興奮又は刺戟せしめ、且つ、普通人の正常な性的羞恥心を書し、善良な性的道義観念に反するもの」をいう——を広く解する方法であると言え、そこには問題点を指摘することができ。次に、個人の性的自由を保護することを前面に出す方法としては、第一に、性差の観点を取り除いてハラスメントの側面を強調して、「性的な言動」が人格的利益への攻撃である限りで——例えば異性関係が乱れていするなど私生活を揶揄・誹謗する言動がそれであるが——禁止することであり、第二に、性差の側面を強調して、固定的な性役割意識に基づく差別的な言動を「ジェンダー・ハラスメント」として禁止することである。後者は性差別を助長する言動に不同意の意思表示をする考え方、つまり性的自由への攻撃が性差別の形態をとる限りで拒否する考え方である。これによれば、例えば女性のヌードポスターを掲示する者の目つきや視線やその行為が個々の女性に不快嫌悪の情をひきおこすとすれば、その理由は、それがもつばら女性に性的対象物の役割を与えるという意味で特徴的な行動である点に求められるであろう。

何れにしても右の方法はセクシャル・ハラスメントを規制するための違法性の判断基準を客観化する試みであると言ふことができる。本稿は強姦罪における被害者の不同意はその法益侵害のしるしであるとし、なぜなら法益侵害があるなら被害者は不同意であるからと考えるが、その考え方において共通点を有しているのは最後の方法である。それは受け手の「No」を女性の「No」の意味に変えている。女性の「No」の意味で、性的自由を侵害す

る行為に対する「No」が、価値侵害のしるしとなっていると言える。

強姦行為の被害者は性交の相手方となることにおいて不同意であるだけでなく、性交に従わせられることに不同意の意思表示をする。ここでも「No」は二重である。この意味で強姦行為は性的自由を侵害するだけでなく、抑圧行為として相手方の身体と精神にダメージを与えている。強姦行為は性的行為である前に暴力行為であるとか、性暴力は力関係の差を利用して引き起こされる等と指摘されるとき、強姦行為はこの抑圧をする行為として捉えられていると言えよう。そしてこの抑圧の側面は、男性が性的に支配的であり女性が従属的である社会構造が、被害者の一身を攻撃するようなものである。この価値侵害を被害者が不同意の意思表示をもって示したとき、それは女性の「No」の意味を有して法益侵害のしるしとなる。

(1) 角田由紀子「性差別と暴力」(二〇〇一年) 八三頁参照。

(2) 江原由美子「フェミニズムのパラドックス」(二〇〇〇年) 二二五頁以下参照。

(3) 奥山明良「職場のセクシャル・ハラスメント」(一九九九年) 三五頁以下によると、酒席でのお酌の強要や補助的な職務の割り当て等、ジェンダー・ハラスメントは「性役割の強要」から行われる言動であると限定的に理解されて、セクシャル・ハラスメントと区別されている。ヌードポスターの掲示は後者に分類されている。しかし、セクシャル・ハラスメントの問題は基本的には性差別の問題であるともされているので、ジェンダー・ハラスメント概念による性的自由の保護についてもう少し検討する余地があるように思われる。

四 弱い「No」 夫婦間レイプの問題をもう一つの例として取り上げてみたい。ここでは「No」の恣意性が問題となるのではないが、強姦罪を解釈し適用するに際して、一つ一つの「No」をあまり決定的なものともみなす

ことができないこと、その理由がとりわけ重要である。

強姦罪の保護法益を性的自由であるとする理解から、夫婦間でも例外ではなく性交に際して一回毎の相互の同意が必要であると説明されている。その論拠とされるのは、結婚が性交への包括的同意ではないことや夫婦関係が必ずしも性交を行う関係ではないことである。ここから導かれる重要な結論は、夫婦間でも強姦罪が成立しうることである。この限りでは異論はないが、しかし、夫婦間でも性交に際して一回毎の妻の同意がなければ、妻の性的自由の侵害があり妻に対する強姦罪が成立しうるのであろうか。

たしかに一回毎に相互の明確な同意に基づいて性交を行ってきた夫婦において、何らかの理由で、同意をしていないときに妻が性交をはじめて強いられたなら、妻は夫を強姦罪で告訴するかもしれない。逆に相互の意思を認め合わずに性交を続けてきた夫婦において、何らかの理由で、明らかにその意思に反して妻が性交を強いられることがときにあるとしても、妻は夫を強姦罪で告訴しようとはしないかもしれない。このように、告訴するかもしれない場合と告訴しないであろう場合を想定するのは、本稿が、「NO」は法益侵害のしるしであると説明しているからである。つまり後者では、夫のその性行為による法益侵害は、妻の「NO」によって徴表されていない。つまりそれは、妻において強姦罪の法益侵害が生じていないからであらうか。妻には明確に「NO」と意思表示をすることができない理由があり、したがって一概に「NO」と意思表示をしない妻に法益侵害がないとは考えられないが、しかし、後者の場合、明らかにその意思に反しているというその不同意は、夫のその性行為による法益侵害を徴表するものとしては弱い。夫婦関係にはそのような不同意があるであらう。

右のような弱い「NO」が夫婦関係においてみられる一つの理由は、夫婦関係が一般に少なくともある程度の性的自由（消極的な意味での）の放棄、つまり相互的な性的な受け入れをもたらず関係であるからである。夫婦間か

ら社会問題化したのはドメスティック・バイオレンスであり、セクシユアル・ハラスメントは現在のところそうではない。性的な親密さの契機がまったくなく実質的に破綻していない夫婦関係は例外的であるように思われる。その親密さが、相手方からの性的アプローチに対する同意・不同意の意思表示を不要にすることがあるであろうし、自らの意思を抑制して利他的に相手方の性的アプローチを受け入れることもまた可能にしようである。

もう一つの理由は、男性が性的に支配的であり女性が従属的である社会の中で、性的自由のある程度の放棄もたらす夫婦関係において、妻が得る位置と関係している。夫婦間からドメスティック・バイオレンスより早く社会問題化したのは、他ならぬ「ジェンダー・ハラスメント」であつたと言えようが（主婦論争やウーマン・リップとして）、夫婦関係には固定的な性別役割意識に基づく役割分担が現在でも多く認められ、それは性行為の側面においても一定の傾向として否定することのできないものを残している。それは夫が性的自由（積極的な意味での）をより多く享受し、妻が性的自由——意味において積極的であれ消極的であれ——をより多く放棄する関係性である。程度の差はあれ、この関係性をもつ夫婦関係があることを踏まえて、まず考えてみなければならないのは、それに値する一回の夫の性行為に強姦罪を適用することの意義である。強姦罪を適用したからといって右の関係性を取り除いた夫婦関係が首尾良く形成されるのでもなく、また強姦罪を適用することは夫婦関係を解消する適当な手段でもないであろう。強姦罪を適用しても、右の関係性は継続するほどに強固であることもある。

冒頭で強姦罪には歪みがあると述べたが、右の関係性はその規範の歪みを社会的に支える大きな柱である。というのは、妻は夫以外の男性に対して性的自由（消極的な意味での）を有し、夫は妻以外の女性に対する性的自由（積極的な意味での）を抑制する。これが強姦罪の規範の構造と内容——妻に貞操を命令し、夫に強姦（妻以外への）を禁止する——であり、それは右の関係性——妻は夫に対して性的自由（消極的な意味での）を放棄し、夫は

妻に対して性的自由（積極的な意味での）を有する——を裏返したものである。この関係性は夫による妻の性的支配であると言うことができるであろう。こうした支配と従属の社会的な支えの中から婚姻免責をもつ強姦罪の歪んだ規範が生成した。したがって、右の性的な関係性が強固である夫婦関係であればそれだけ、強姦罪は——婚姻免責が明記されていなくても——いわば無力であり、少なくとも実質的にその夫婦関係が解消された後でなければ強姦罪を適用することは事実上困難である。

ドメスティック・バイオレンスが社会問題化したのは、一方で夫婦関係における性的な親密さが右の関係性を包容し覆い隠すが、他方で妻に対する夫の暴力はその性的な親密さを破壊しようということであろう。日本における反DV運動は「離婚は怖くない」として始まった¹⁾という。夫による暴力は性暴力を含むが、妻に対する性暴力は強姦行為の繰り返しであるという様相を呈することがある。しかしその一つの強姦行為をも妻は告訴することがない。そのときに優先すべきは、一つの一つの強姦行為に強姦罪を適用することではなく、妻の身体と精神を安全にすることであり、そのために必要であれば夫婦関係を早く解消することであろう。

強姦罪の夫婦間への適用がこのように必ずしも容易でないのは、夫の強姦行為によって妻において法益侵害が生じていないからではない。そうではなく、たとえ法益が侵害されたとしても、それは右の関係性に紛れ隠れてしまう。そのため、その法益侵害を徴表すべき「NO」もまた弱められてしまう。言い換えれば、その関係性自体に対して強く「NO」と言うのでなければ、一回の夫の性行為によってもたらされる害悪を強姦罪の法益侵害であると特定することは必ずしも容易ではない。

(1) 戒能民江編著『ドメスティック・バイオレンス防止法』（二〇〇一年）一六二頁以下参照。

五 規範の歪みを是正する 強姦行為が抑圧的な性的行為として引き起こしている価値侵害を捉えることが何より重要である。夫婦間の性的支配と従属の関係性が、強姦罪の婚姻免責を事実上支えていることを右にみた。事実上の婚姻免責を有する強姦罪が立脚するところの性の規範は次の通り二重である。女性は夫以外の男性に対して性的自由(消極的な意味での)を有し、男性は妻に対して性的自由(積極的な意味での)を有する。これは、強姦罪のたがをはめた性のダブル・スタンダードであると言える。しかし売春の制度とともに、男性は妻以外の女性に対しても性的自由(積極的な意味での)を享受して、女性は夫以外の男性に対しても性的自由(消極的な意味での)を放棄する。強姦罪の保護法益を女性の性的自由(消極的な意味での)であるとして説明を終わることは、喩えて言えば、売春制度によるたがのゆるみを締め直そうとする理論である。

しかし現実には、夫婦関係に入ることによって、また売春の代価として、そして強姦行為によって女性が性的自由(消極的な意味での)の放棄を強いられている。したがって重要であるのは、男性が性的自由(積極的な意味での)をより多く享受し、女性が性的自由(消極的な意味での)をより多く放棄する、つまり男性が性的に支配し女性が従属する、こうした抑圧的な関係性の全体をまず議論の前提におくことである。しかし男性にとつて安定的であるのは、その剥き出しの関係性ではないから、性の二つ目のスタンダード(女性の貞操あるいは消極的な意味での性的自由の保護)と婚姻制度(男性の積極的な意味での性的自由の保障)と強姦罪(その抑止)と売春制度(その例外的許容)が必要とされている。こうして女性の観点からすれば、性のダブル・スタンダードとは、性的自由(消極的な意味での)の保持と放棄を同時に強いるものである。したがって、それを最大限に保持しなければ、放棄したものとみなされて和姦であるとされるし(被害者の抵抗要件)、放棄したものとみなされれば保持する必要はなく強姦罪は成立しない(婚姻免責)。

「フェミニズムの目標の一つは、女性抑圧の手段であるこの二重基準を廃する」ことである（前掲「フェミニズム事典」）。そのためには、しかし、女性の性的自由（消極的な意味での）を法的に保護するだけでは十分でない。この否定的な意味においてのみ、強姦罪の行為客体を性において中立化することを主張しうるであろう。同様に男性の性的自由（積極的な意味での）をより強く抑止しようとする、つまり強姦行為に対する制裁を強化することも効果的ではない。被害者の抵抗要件や婚姻免責という形で例外を許容していることに変わりはないからである。男性が性的に支配し女性が従属するこの抑圧的な関係性を壊すためにより重要であるのは、女性に性的自由（消極的な意味での）の放棄を強いる抑圧的な行為や制度に対して不同意の意思表示をすることであり、そして私たちがその不同意を尊重することである。

同じことが強姦罪の解釈論にもあてはる。強姦行為は右のとおりの意味で抑圧的な性的行為である。強姦罪における被害者の不同意はその法益侵害のしるしであり、したがってその不同意に重きをおくべきであるとする解釈論は、まず、強姦行為の右の性格に基づいている。それは強姦罪における法益侵害が女性を性的に抑圧するという身体的・精神的に、そして社会的に大きな価値侵害であることを明らかにする。次に、被害者の不同意を重視するその解釈論は、何処から価値ある規範をくみ取るべきかを教えている。法は第一に性的な抑圧行為に対する女性の不同意のこえを聞かなければならない。そして第二に、性的抑圧の行為としての強姦行為を禁止しなければならない。この枠組みと順序によって、強姦罪の歪んだ規範の構造を是正することができよう。

六 不同意の限界 強姦罪の歪んだ規範を是正するためには被害者の不同意のこえを聞かなければならない。しかし、夫婦間レイプの問題に言及して、夫婦間の性的支配と従属の関係性が、その性的親密さのゆえに、より強固

なものとなりうるとはいえ、そこではそれに値する一回の夫の性行為に強姦罪を適用することの難しさが指摘された。同じ性的支配と従属の關係性が社会的に認められることを議論の前提にして、そこから被害者の不同意を重視する解釈論が導かれたのであったが、ここにも同じ種類の適用の難しさが指摘できるのではなからうか。

被害者の不同意が強姦罪を成立させる根拠であり、被害者の不同意を認定することは必ずしも微妙な問題ではない。しかし、その不同意はまず被害者から訴えとして表示されなければならない。第一に、この不同意のこえは、被害者において反省を経て、価値侵害の程度がある閾値をこえているときにはじめて発せられるものである。したがって強姦罪の成立の限界は、根本的に、数値化して呈示できる種類のものではない。第二に、被害者において価値侵害がその閾値をこえて不同意がたとえ表示されたとしても、社会的な性的支配と従属の關係性がそのこえを弱めてしまう可能性がある。こうして強姦罪を成立させる根拠である被害者の不同意の限界が、強姦罪の限界として問題とならざるをえない。

この問題に関して有意義な示唆を与えているのは、「性暴力の連続体」という考え方である。¹⁾ この考え方は二通りの用いられ方をされているが、その一つは男性が性的に支配し女性が従属する關係性において、身振りや言葉等によるセクシヤル・ハラズメントからレイプやドメスティック・バイオレンスまで、様々な形態で女性が経験する出来事は、通底する基本的な共通の性質を有しており、それは性暴力の連続体と呼ぶことができるということである。もう一つは、女性のそうした経験の意味がある連続体の中で変化しうるものであることを指している。例えば異性間性行為について言えば、合意による性行為（両性が同じように望むもの）から、利他的性行為（女性が男性に申し訳ないとかノーと言うのに罪悪感を持つという理由で行うもの）、従順的性行為（しない方がするよりも悪い結果をもたらすという理由で行うもの）、そしてレイプ（強制的性行為）までを区別することができる。しかし、

それは「合意したレイプ」であった、という一つの経験は、このどこに分類されるのであろうか。このような経験は、その本人にとってはそれらが限界の定めにくい一つの連続体となっていることを明らかにすると同時に、そうした一つ一つの経験がこうした連続体の中に改めて位置づけられていかなければならないものであることを示している。

本稿が参考にしたのは後者の考え方である。もちろんこの考え方は、強姦行為とそうでない性交の区別を否定するものではない。それらは女性の経験の集積において区別されている。そして一つ一つの不同意の経験がこの集積に加わるとき、その区別のラインは動きうるものとしてある。こうして私たちに残された問いは、女性が多様な形態で経験しうる不同意のうち、どの不同意が、「女性の不同意」として、法益侵害のしるしとなるか、言い換えれば、これまでの女性の経験の集積が「女性の不同意」として定めている限界はどこか、というものであることが分かる。

(1) リズ・ケリー「性暴力の連続体」(ジャルナ・ハマー、メアリー・メイナード編、堤かなめ監訳「ジェンダーと暴力」所収、二〇〇一年)八三頁以下。

四 法益侵害と法定刑

一 強盗の罪との比較 強姦罪の法定刑は二年以上の有期懲役であり、強姦致死傷罪のそれは無期または三年以上の懲役である。この法定刑については強盗の罪との比較が行われる。強盗罪の法定刑は五年以上の有期懲役であ

り、強姦致傷罪と強姦致死罪のそれはそれぞれ無期または七年以上の懲役と死刑または無期懲役である。これらの犯罪の法定刑は、刑法典中の個人的法益に対する罪に分類される他の犯罪と比較すると、重いものである。例えば傷害罪の法定刑の長期は一〇年であり、傷害致死罪のそれは一五年であるが、この後者と基本犯罪である強姦罪と強姦罪の長期法定刑が同じである。

強姦の罪との比較は、それゆえ短期の法定刑を念頭においたものであり、強姦罪のそれが二年であるのに対し強姦罪のそれが五年であり、強姦致傷罪のそれが三年であるのに対し強姦致傷罪のそれが七年、強姦致死罪に至っては無期であることに不均衡を指摘することが狙いである。しかし、むしろこの点では強姦の罪があまりにも重いとする評価があり、一九七四年の改正刑法草案はそれぞれの短期法定刑を強姦罪三年、強姦致傷罪六年、強姦致死罪一〇年としている。なお同草案は、強姦致傷罪と強姦致死罪を分けて後者の短期法定刑を五年とするが、強姦罪と強姦致傷罪のそれを変更していない（強姦致傷罪の長期を無期から有期に変更しているが）。

しかし強姦の罪との比較は、例えば、「被害法益は強姦より強姦の方がはるかに重大である」、「被害法益が財物であるか、女性の性的自由という人格的法益であるかにより、どうしてこのような違いが生じるのであろうか」、と述べられている通り、強姦の罪の法定刑の方が重く、強姦の罪の方が軽く規定されていることを疑問視するものである。したがって具体的に提案されている改正案はむしろ謙抑的であると言えるが、それは例えば強姦罪と強姦罪とともに三年以上、強姦致傷罪と強姦致傷罪とともに五年以上、強姦致死罪と強姦致死罪とともに一〇年以上としている。²⁾

なお、加重類型については、右の改正刑法草案が強姦致死罪とは別に強姦殺人罪を新設し、後者に前者の現行の法定刑を規定していることに顕れているように、罪数論に及ぶ議論が強姦の罪においても求められるので、本稿で

は基本犯罪である強姦罪の法定刑を考へることにしたい。

(1) 萩原玉味「我が国における強姦罪の量刑事情と今後の課題」明治学院論叢六八号(二九九九年)一一七頁。

(2) 鬼塚賢太郎「刑の量定の実証的研究(強姦罪)」司法研究報告書一七輯三号(一九六七年)二八九頁。

二 暴行・脅迫を用いる罪として 強盗罪との比較から強姦罪の短期法定刑を重くする提案は、両者がともに暴行・脅迫を手段とするものでありながら、性的自由よりも財物を奪うことが重い法益侵害とされていることを疑問視する。しかし強姦罪を性的自由に対する罪であるとする理解からは、これを他の自由に対する罪の法定刑と比較してみることも有益であろう。例えば、逮捕・監禁罪の法定刑は三月以上五年以下の懲役であり、強要罪のそれは三年以下の懲役、営利目的等略取・誘拐罪のそれは一年以上一〇年以下の懲役、そして業務妨害罪のそれが三年以上の懲役または五〇万円以下の罰金である。これらの犯罪と比較すると強姦罪は特別に重い犯罪であると位置づけられていることが分かる。なお一九六四年に追加された身代金目的略取・誘拐罪は無期または三年以上の懲役というさらに重い法定刑を規定したが、同時に被拐取者の解放により刑を減輕するとしており、これはつまり身代金目的の拐取に被拐取者の生命・身体の危険があることを考慮したものであるとされる。

強姦罪が自由に対する罪としては法定刑が重いことから、「法定刑からみて、本罪はある程度以上の暴行・脅迫を予定していると解することには合理性がある」とする見解がある¹⁾。この見解は、犯罪を遂行するために用いられる暴行・脅迫の程度が、当該犯罪の直接の法益内容とは別に、その法定刑を左右すると考へるものである。ここでは暴行は被害者の身体に向けて行使され、脅迫はその意識・感情を害する。したがって、同じく暴行・脅迫を手

段とする強要罪と強姦罪の比較においては、前者の暴行・脅迫が「相手方を畏怖させ作為・不作為を強要する程度」で足りるとされ、後者のそれが「相手方の抗拒を著しく困難にする程度」を要するとされていること、つまり両者の暴行・脅迫の程度の差が、両者の法定刑の差に影響している、と理解することになる。もちろん両者が自由に対する罪であるという前提からすれば、強要罪は意思実現・活動の自由を侵害するものであり、両者のこの点の法益間の価値衡量が基本的には強要罪に比較して強姦罪を重くしていることになろう。

さて同じ観点からの比較は、強姦罪と強盗罪の間で可能である。つまり、前項でみられたような両者の法益間の価値衡量の観点を離れて、強姦罪の暴行・脅迫が「相手方の抗拒を著しく困難にする程度」とされ、強盗罪のそれが「相手方の反抗を抑圧する程度」とされるのが、両者の短期法定刑の差を説明する、と敷衍することは試みられて良いと思われる。改正刑法草案では強姦罪の短期法定刑は二年、強盗罪のそれは三年であった。そうすると、この差は、強盗罪では一般に程度の高い暴行・脅迫が用いられて被害者の身体や意識・感情により大きく害悪を及ぼすことが影響したものである、と理解することができる。この観点から比較すると、強姦罪の方が重く強姦罪の方が軽いことは合理的である。とりわけ強盗罪は、窃盗罪や恐喝罪と比較して法定刑において重いことが暴行・脅迫を手段とする犯罪であることから説明されている訳であるから、強姦罪との比較を離れても、その法定刑の短期を定めるにあたって、右の暴行・脅迫の程度が決め手となつていふことはできよう。

このように考えてみると、強姦罪と強盗罪は、それぞれ性的自由と財産を侵害するものと理解して両者の違いに着目するよりは、むしろともにそれらを強取するものという側面を強調して、ともに個人的法益に対する罪の中では重い犯罪であることに、改めて両者の特徴を見いだす必要があるのかもしれない。強姦罪と強盗罪は暴行・脅迫を手段として、被害者の身体・自由に対して、ひいてはその生命に対しても攻撃を加えることができる犯罪である、

したがってその加重類型である致死傷罪では無期懲役や死刑といった殺人罪と比肩するほどの重い刑が定められている、と。しかし、このように理解するとき、基本犯罪である強姦罪と強盗罪が、傷害罪や改正刑法草案における重傷害罪（一年以上二〇年以下の懲役）と比較して、法定刑において明らかに重いことを再び指摘せざるをえない。強姦罪の法定刑は傷害致死罪のそれ（二年以上の有期懲役）と同じであり、強盗罪の短期法定刑はさらにそれよりも重い。したがって強盗の罪においては、改正刑法草案において試みられているように、その短期法定刑を引き下げる方向で検討が進められているのであり、その下限を定めるについては、それが保護することを予定する財産と生命・身体・自由の価値に応じて判断されなければならないであろう。

同じことが強姦の罪についても基本的に妥当する。強姦罪の短期法定刑が二年であり、それが重い法定刑を定めるものであることが、その総合的な法益内容の観点からまず説明を必要としていると言わなければならない。ともかく、強盗罪と比較して強姦罪の短期法定刑を重くするという議論は合理的なものではない。²⁾

(1) 平川『前掲書』二〇一頁。

(2) 萩原「前掲論文」一一八頁以下には、強盗罪と比較して強姦罪の短期法定刑が軽いのは被害者側の過失を考慮してのことであるとすする議論が紹介されている。強盗罪を基準にして強姦罪の軽重を議論するのはやはり合理的でない。

三 強制わいせつ罪との比較 強姦罪における被害者の不同意はその法益侵害のしるしであり、したがってその不同意に重きをおくべきであるとする本稿の解釈論は、まず、被告人がどのような状況下でどのように暴行・脅迫を用いて相手方の同意を得なかったのか、と問うことから出発した。この議論は、被害者の同意・不同意を正しく

認識するために暴行・脅迫の程度を高く解釈する必要はないことを示していた。強姦罪が要件とする暴行・脅迫の程度は、「相手方を畏怖させ作為・不作為を強要する程度」、つまり強要罪におけるそれで足りると解することを妨げる理由はみあたらなかつた。暴行・脅迫の程度を低くしても、何を強要するかが明確な強姦罪では、被害者の不同意が認識されている限り、違法性の限界が微妙になることもない。したがって、強姦罪において、暴行・脅迫による価値侵害の側面を捉えて法定刑に反映させるとき、暴行・脅迫の程度によつて強姦罪に段階を設けない立法形式のもとでは、それは下限を低くして、身体や生命への危険を考慮した上限までのある程度の幅を持たせなければならぬ。この点で二年以上の有期懲役という大きな幅は十分であるように思われるが、その上限についてはとにかく、下限については強姦罪の裾野を拡げるためにより一層引き下げるといふ提案も可能であるので、ここではひとまず二年以上とすることに理由があるかを検討したい。

ではその下限に関する考察で、はじめに目安としたのは、自由に対する罪である強要罪の法定刑である。その短期は一月である。犯罪を成立させるに足る最低限の暴行・脅迫の程度については、両者は同程度であると解することができるので、したがって次に、短期法定刑における一月と二年の差を自由に対する価値侵害の観点から説明することができるかを考えることになろう。²⁾しかし上述の通り、強姦罪の法益内容のうち性的自由の占める範囲は部分的であるので、強要罪と強姦罪を直接に比較するのではなく、間に強制わいせつ罪を挟むことが便宜である。強制わいせつ罪は暴行・脅迫を用いてわいせつな行為をする犯罪であり、その保護法益は性的自由であるとされる。法定刑は六月以上七年以下の懲役である。暴行・脅迫の程度については、強姦罪と同様に「相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度」であるとすると従来の考え方がある一方で、既に見た通り、暴行の程度については「力の大小強弱を問わない」とされている。仮に強制わいせつ罪の暴行・脅迫は「大小強弱を問わない」と理解すれば、

それは強要罪におけるその程度をさらに低めたものとなる。しかし、こうして強制わいせつ罪が相手方の不意を突く痴漢行為を含む、と解することには問題があると指摘されているため、²⁾さしあたり本稿ではその暴行・脅迫の程度は強要罪や強姦罪のそれと同程度であると理解しておく。そうすると、短期法定刑における一月と六月の差は、意思実現・活動の自由と性的自由という二つの自由の価値の衡量に基づく、と考えることができる。

そこで次に強制わいせつ罪と強姦罪を比較することになるが、暴行・脅迫による価値侵害の側面についてはその下限を同程度であるとしたので、検討したいのは、短期法定刑における六月と二年の差を説明する如何なる固有の法益内容を強姦罪が有するか、という点である。両者の法文上の明らかな相違は、強姦罪の行為客体が女性であることであり、この点を離れてその固有の法益内容を指摘することはできない。そこで両者の「決定的な相違は「生殖」との直接的な関連性の有無にある」とする見解が注目に値する。³⁾強姦罪が「生殖」との直接的な関連性をもつとは、強姦行為による受精や妊娠の具体的な可能性のことを指すのではなく、男性生殖器が女性生殖器に挿入されるその中核的な点で、生殖の営みと強姦行為に共通点があることを指すであろう。言い換えれば強姦行為は女性に対して生殖行為と同じ形をとることによって固有の侵害性を有する。ポーヴォワールが「第二の性」で述べていたことは、女性の生殖機能は「種への従属」であること、そしてこの「種への従属」という生物学的条件が女性の状況（「内在」に落ち込んでいること）の本質的要素であり、性抑圧の歴史を理解する鍵であるということであった。強姦行為による法益侵害は、この二つの点に関わるように思われる。

(1) 一月と二年の間には一年一二月の隔たりがあるが、問題の立て方は、もちろんこの一年一二月間を埋める価値を探そうということではない。A罪には $a + \alpha$ の法益があり、B罪には $b + \alpha$ の法益があり、両者の短期法定刑が異なるとき、そ

の差を説明するのは、aとbの違いである。そしてaとbを価値衡量してbの方が重ければ、B罪の短期法定刑が重い。本稿が指摘したいと考えているのは、このbにあたるものである。

- (2) 中山研一「刑法各論」(一九八四年) 一三〇頁、平川「前掲書」二〇〇頁。
 (3) 宗岡嗣郎「法と実存」(一九九六年) 二二八頁。

四 固有の法益侵害 強姦行為は男性(男性生殖器をもつ者)が女性(女性生殖器をもつ者)を力によって従わせる行為であり、被害者は性によって傷つけられる。こうして被害者は第一に、種の次元から攻撃をうけているように思われる。この法益侵害にはさらに次の二つの側面を分けることができる。一つは、「強姦罪の本質は、性欲の満足の手段として女性を非人間的道具の如く扱うところにある」と指摘されている通り、強姦行為は、被害者からその人間としての尊厳を剥奪した上で服従させる、ということである。そのため加害者が獣と呼ばれることがある。もう一つは、強姦行為が被害者をその生物的な次元において脅かすことである。この点は、「望まない妊娠をもたらすような性行為はすべて、レイプであると言ってもよいかもかもしれません」と述べられている通りである²⁾。非常に女性のその身体の次元から、あるいは生物的な経験の次元で強姦行為が拒否されていることが示されている。それは強姦罪の成否を体内に生じる妊娠という事態に掛からせるほどである。しかし、この身体の次元、あるいは「種への従属」であると考えられたその生物学的条件こそは、「リプロダクティブ・ライツによって、女性は天地万物との新しい関係性の創造者となるであろう」(マギー・ハム著「フェミニズム理論辞典」木本喜美子、高橋準監訳)と述べられている通り、現在のフェミニズムが女性自身の手に取り戻そうとしているところのものである。それゆえ、強姦行為が女性を性的にその身体の次元から改めて攻撃するものであることは、被害者を身体的・精神的に複雑に傷

つけずにはおかない。

第二に、それは「女性の自己決定権」（リプロダクティブ・ライツ）の意義に関わる。母体保護法一四条一項二号は「暴行若しくは脅迫によつて又は抵抗若しくは拒絶することができない間に姦淫されて妊娠した」場合に、指定医師による人工妊娠中絶を認めるが、同じ場合の（その期間内の）自己の手による自己墮胎の違法性が阻却されることは明らかである。問題はその根拠であり、これを「女性の自己決定権」の思想であるとしないうで他に説明が可能であろうか。右の場合には胎児は女性の身体の提供をうけることができないであろう、なぜなら妊娠を維持することは「女性の自己決定権」に基づいていないからである。同じことが、女性が望まない妊娠について広く妥当することになるであろう。なぜなら、男性は、初潮から性交、受精に至る女性の身体をその管理下におこうとして、宗教や社会道徳、慣習、神話そして生殖テクノロジーなどを総動員してきた。この管理下にあるときに、女性が望まない妊娠の原因（倫理的適応事由に該当するか否か）を区別する意義は乏しいのであり、まさにこうした望まない妊娠を女性に強いる男性による性支配の歴史の中から、自己の身体（と胎児とのよい関係性）を守るために、「女性の自己決定権」の思想が生まれたからである。女性が望まなかった妊娠を維持するには、この支配をいわず上から部分的に溶解するような、男性や社会からの支援・協力を必要とするのはそのためである。

しかし強姦行為は逆によりつて性によつて女性を傷つけるものであり、被害者にとつてそれは、男性が性的に支配的であり女性が従属的である社会構造が、その一身を攻撃するときである。「女性の自己決定権」の思想は、そのような性的な抑圧の行為として、女性に対する強姦行為を明確に拒否するであろう。このように、強姦行為を「生殖」との関連で理解することによつて、強姦行為が社会的に象徴する意味を掴むことが容易になる。それは端的に言つて、女性の性に対する脅威である。本稿は強姦行為によるこの価値侵害の側面を社会的法益の次元で性の

平等侵害であると説明する以外のことはを持たないが、強姦行為が被害者を身体的・精神的に複雑に侵害するものであることは、歴史的に社会的に強姦行為を「生殖」に関連づけたときによく理解のできることであり、したがってこの側面の価値侵害を固有の法益侵害としてあげておくことは重要である。

- (1) 萩原「前掲論文」一一〇頁。
- (2) 江原「自己決定権とジェンダー」(二〇〇二年)四七頁、二四二頁。
- (3) 母体保護法は刑法三五条の適用を制限しないし(団藤重光「刑法綱要各論」改訂版、一九八五年、四二九頁参照)、同法の適応事由がある場合に指定医師に人工妊娠中絶を嘱託する、他人の手による自己堕胎にも同罪は適用されていない。小泉英一「堕胎罪の研究」(一九五六年)二〇二頁には、「妊婦の意思により、その幸福のために取捨を自由ならしめて然るべきではなからうか」と書かれている。なお甲斐克則「刑法的観点からみた多胎減数術」広島法学二二卷一号(一九九九年)三〇頁以下は、多胎減数術の正当化について、緊急避難による方法と「女性の自己決定権」の考え方を法理論として洗練させていく方法があると述べている。これに対して上田健二「生命の刑法学」(二〇〇二年)三九頁以下は、堕胎の正当化について批判的である。
- (4) 江原「前掲書」(本項注)(2)二四三頁以下参照。
- (5) 江原「生命・生殖技術・自己決定権」(同編「生殖技術とジェンダー」所収、一九九六年)三三三頁以下参照。例えば「性行為に際して明確に妊娠を望んでいないことを表明していたのに男性がそれを無視してコンドームを使用せず性行為に及んだなどの理由によって妊娠してしまった場合」である。
- (6) 大越愛子「フェミニズム入門」(一九九六年)一七七頁以下。

五 まとめ 以上の通り、強姦行為による法益侵害は、①暴行・脅迫によるもの、②性的自由に対するもの、③

「生殖」との関連において理解されるものという二つの法益内容にわたる。強姦罪の短期法定刑が二年であることを説明するために他罪との比較においてこの一つ一つを導き出す必要があった。まず①の点では、強姦罪は、強要罪や強制わいせつ罪、強盗罪と共通点を有する。このうち強盗罪を除く三つの犯罪で、その暴行・脅迫は「相手方を畏怖させ作為・不作為を強要する程度」で足りるとしたため、強盗罪と長期の法定刑が同じである強姦罪ではとりわけその暴行・脅迫の程度は大小強弱の幅を持つことになった。次に②の点で、強姦罪は強制わいせつ罪と共通点を有する。ここでの性的自由は消極的の意味において理解された「他者の性的アプローチを拒否する自由」であり、法益主体は性によって特定されない。性を管理することは個人的にたいへん繊細な問題であり、その刑法的要保護性は他の内容の自由と比較して高いものであると言える。最後に③の点で、強姦罪は、強制わいせつ罪にない固有の法益内容を有しており、これはさらに個人的な法益と社会的な法益に分けることができた。六月と二年という両者の短期法定刑の差は大きいですが、強姦行為が性的自由を侵害するだけでなく、女性に対して生殖行為と同じ形をとることによって、被害者に対して身体的・精神的に、そして社会的に重大な価値侵害をもたらすものであることは、その理由になると思われる。

右の議論は、強姦罪の短期の法定刑が二年であることの妥当性を積極的に論証するものとはなっていない。しかし、右の③の点は強姦罪に固有の法益であり、これをどの程度の刑罰によって保護することが適当であるかは、もう少しその法益内容のことがしつかりと認知されて概念化されてから考えるのが賢明であろう。

本稿の見解は強姦罪の暴行・脅迫の程度を従来の見解より緩和するものである。そのことによって強姦罪の短期の法定刑を引き下げる必要性は必ずしも出てこないことが、右の③によって説明されたことになる。

五 終わりに

強姦罪において被害者の不同意は法益侵害のしるしであるが、性的な身振りや言葉等によるセクシャル・ハラスメントにおいて被害者の不同意を違法判断の基準とすることはできない。この二つの被害者の不同意の違いは何かを説明しようとしたことが本稿の出発点としてあった。それは一見すると、被害の大小や不同意の強弱の違いであると簡単に片づけることのできそうな問題であったが、しかし、そのように理解するとき、一方でセクシャル・ハラスメントの被害を矮小化してその概念が作られたことの意義を台無しにしてしまうように思われたし、他方で裁判官によって被害は軽いと判断された強いられた不同意の性交を強姦行為として把握し直すことができない。

この問題を考えるにあたって示唆に富んでいたのは、逮捕監禁罪における被害者の同意であり、とりわけ任意同行や任意の取調べにおける「任意」の概念であった。そこでは「任意」であるか否かが諸般の事情を総合して社会通念に照らして判断されており、内心は嫌だと思いつながら渋々同行する場合が「任意」であると考えられている。しかし、この「任意」に関する客観的判断方法とその基準は、被疑者の人権の観点から絶えず修正を迫られている。こうした問題状況は、まず、被害者の同意・不同意が客観的に判断されるものであること、次に、その客観的判断方法や基準が変わりうるものであることを示していた。

そこで強姦罪の解釈論を検討してみると、右と全く同じ問題状況にありながら、その問題状況が正しく理解されていないように思われた。従来の考え方は、被害者の同意・不同意が微妙であるから、暴行・脅迫の程度によって客観的に犯罪の成否を判断しようというものである。これに対して新しい批判的な考え方は、被害者の意に反したときに性的自由の侵害があり、強姦罪が成立しようと論じている。しかし、「任意」の客観的判断に異議を唱える

視角が被疑者の人権であるなら、強姦罪の成否を決するためにまず前置すべきものは、法益侵害の事実であろう。強姦罪の解釈論において求められていたものは、従来の客観的判断を動かす客観的原理であり、それは意に反しているか否かではなかった。

したがって本稿では、法益侵害があるなら被害者は不同意であると論じた。本稿が被害者の不同意は法益侵害のしるしであるとすることができたのは、被害者の不同意とは女性の不同意の意味であると理解して、これを右の客観的原理として用いたからである。

その結果、強姦罪の限界もセクシャル・ハラスメントの限界も、女性の不同意の限界と重なることになった。しかしこの不同意の位置は男性が性的に支配し女性が従属する関係性がなくなるまで動くであろうと考えている。

さらに本稿は強姦罪の法定刑に関する検討を行ったが、結局、そこでも残された問題は、女性の不同意によって徴表される法益侵害の重大性を刑法がどのように評価するか、ということであるように思われる。

（二〇〇二年七月一日）