

性暴力と刑法

谷田川 知恵

はじめに

年間16万人の女性が強姦されているが、警察に届けられるのは数%にすぎず、検挙、起訴されて有罪が言い渡される加害者は500人に過ぎない——暗数が有罪人員の300倍にもなるのは女性差別の強い遠い異国の話ではない。日本である¹⁾。このギャップにより、被害者の知っている加害者像と、刑事司法手続に現れる加害者像は、著しく乖離する²⁾。その原因は、強姦罪の構成要件は暴行または脅迫を用いて性交するにすぎないが、判例・通説により被害者の抵抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫が必要とされていることや、客観的証拠の乏しさによりその証明が困難であること等の説明が、刑事法の常識として可能である。しかし、私は、その常識も含めて性暴力をめぐる議論には、二重の性差別主義³⁾が横臥していることが根本的な原因であると考え。日本ではかねてより裁判官自らが「強姦犯罪の罪責に対する評価は、実務家といえども、その抱く世界観、人生観により、あるいは経歴、体験、家庭環境などによりかなりの個人差をまぬかれない」⁴⁾というように、裁判官の個人的な経験則に基づく処断がなされており、現実の被害者の経験や精神医学的知見という客観的な経験則が考慮されない傾向がある。それは後述する近年の最高裁判例にも続けて現れた。人は生まれながらに平等という民主主義の基本を実現し、性暴力の不処罰という歴史的不正義を断ち切るためには、二重の性差別主義を除去したうえで、あらたな法理の構築が必要である。

1 性暴力犯罪における二重の性差別主義

(1) 法における男性中心主義

法における男性中心主義とは、普遍的人権を謳った近代市民法が実際には男性の権利のみを保障して女性を排除したように、法が「人＝男性」を自明として、女性を同等の権利主体として顧慮しないことである。戦前の日本は、女性参政権を否定し、妻の無能力規定によりその財産権を夫の管理下におき、夫と妻とで不平等な離婚原因を設け、妻の姦通のみを処罰対象とし、男性と同等の教育や就職を禁じる等により、女性の基本的人権を著しく制約してきた⁵⁾。1947年に法の下での男女平等を謳う憲法の施行により露骨な性差別規定が削除された後も、国籍法では1984年まで父が日本人のときのみ子は生まれながらに日本国籍を取得するとし、21世紀の今日でも皇室典範では天皇に男系男子しかねないとするように、父系血統主義はなお根強い。女性を立法府からも司法府からも排除して男性だけで近代法の礎を作ったため、法体系には「人＝男性」が埋設されている。また、今日でも司法関係者に占める女性割合は1-2割にすぎない。「法の性別は男性」⁶⁾なのである。

(2) 性における男性中心主義

性における男性中心主義とは、男性には奔放さ、女性には貞淑さを求める性の二重基準や、強姦神話にみられる女性への偏見、性的場面における男女の主従関係である。性の二重基準により性的場面では男性の要求に女性が合わせる事が求められる。強姦神話とは、事実と異なるにもかかわらず広く信じられている言説である⁷⁾。その根底には、男性の性衝動はやむをえないものであるから女性はそれを受け入れるべきである、受け入れるつもりがなければ挑発してはならないとする、男性を中心に性行動を考える視点と、女性は嘘をつく者だとする女性蔑視の視点が重層している。男性の性衝動がやむをえないと免責される一方で、女性はずねに注意深く男性の性衝動を刺激せずに行動することが求められており、被害者の「落ち度」はそのように行動しなかった女性への非難として、また性行為への同意の証拠としても援用される。強姦神話は男性中心のこの社会全体に、そしてそこで成長した刑事司法関係者の間にも広く蔓延しているため、司法におけるジェンダー・バイアスの問題として現れる。

(3) 暴行・脅迫の程度と「裁かれる被害者」

強姦罪の暴行・脅迫の「被害者の抵抗を著しく困難にする程度」は、通説・実務では強盗罪の「被害者の抵抗を抑圧する程度」に近い、人の身体に向けられる最も強力な類型と解されている。しかし、必ずしも客観的な力の強弱で決まるわけではなく、「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具体的事情の如何と相俟って相手方の抗拒を不能にし又は此れを著しく困難ならしめるもの」⁸⁾であったかが判断される。仕事の会合と騙して車で連れ出した男性が車内で女性を押し倒し、衣服を引き剥がし、女性が「やめてくれ、帰らせてくれ」と泣きながら哀願しても、その暴行が上述の程度に達していなかったとして無罪が導かれる⁹⁾。一方で、騙して乗せた車内で、やめてほしいと哀願する被害者に覆いかぶさり、被害者の両手首を掴み「うるせえ、この」等と申し向けたことのみで強姦に必要な脅迫の程度が満たされる¹⁰⁾。両事件で用いられた有形力には客観的に甚大な差があるとは考えにくい、被害者は、前者が母子家庭で子どもを育てる女性であり、後者が性交経験のない10代の女性であったとしたら差が生じるであろうか。

強姦に必要なとされる暴行・脅迫は、被害者が何者かという変数によるため、被告人の行為ではなく、被害者の属性が重視されている。第2波フェミニズムは、これを「被害者が裁かれる」と批判した。それは、とりわけ被告人が被害者の同意を主張する裁判では、女性は強姦罪の被害者なのか、偽被害を申告した（廃止されたはずの）和姦罪の共犯者なのかが事実上の争点と化し、その結果、被告人男性への無罪を導く法廷が、被害を申告した女性を糾弾して、彼女に対する和姦罪ないし虚偽告訴罪の有罪を言い渡す場にすり替わってしまうからである。

(4) 強姦罪と和姦罪の未分化

性暴力処罰規定の歴史をみると、中古の養老律・雑律以来、鎌倉時代の御成敗式目、江戸時代の公事方御定書、明治律令制時代の仮刑律、新律綱領、改定律例まで一貫して、妻の姦通はもとより、近親姦や異身分間での姦等、同意があっても婚姻外性交をおよそ和姦罪として規定していた¹¹⁾。同様の理解は他国にもみられる¹²⁾。旧刑法制定時には、ボアソナードから同意ある性交の処罰は不要とされ、近親姦については日本人委員の間でも議論が分かれたが¹³⁾、最終的に性交犯罪は強姦、幼女姦、妻の姦通のみに収斂された。普

遍的人権の登場後も世界各国で妻の姦通罪が維持された理由は、妻の姦通が「家」の血統を紊乱する（*perturbatio sanguinis*）ためであった。¹⁴⁾「家」の血統とは父系血統に他ならず、妻のみ姦通処罰は男性中心社会の支柱としての父系血統、男性の利益を中心とした性秩序・性道徳を守る。親告規定をめぐる議論では婚姻外性交を行う女性を恥辱として、家や夫の名誉を毀損する存在と解していた。¹⁵⁾ 仮刑律では、はじめに暴力が振るわれても後に和して性交すれば和姦罪になるとし、かつ、強姦の証明には激しい抵抗の痕跡（破れた衣服や傷害）を必要としており、強姦罪と和姦罪を女性の対応によりどちらかが成立する択一関係で捉えていた。強姦被害者が処罰対象と目されていたことも窺われる。¹⁶⁾

これらから、歴史的に強姦罪と和姦罪は未分化であり、ある性交が正当とされるかは男性中心社会の性秩序・性道徳、父系血統主義に適うかで判断されており、女性に重大な傷害があればともかく、強姦罪は一義的には女性個人に対する侵害と見做されていなかったと考えられる。

(5) 貞操と性的自由

性交犯罪の伝統的な法益とされる貞操は、その意義が抽象的であるが、女性から男性への性的忠誠心ないし夫が妻に対して持つ排他的性的利用権と解すべきであろう。これは父系血統を基盤とする社会に不可欠の性秩序・性道徳としての社会的法益であり、法と性の男性中心主義に合致する。今日では、いつ、どこで、誰と、どのような性行為を行うか、個人的法益としての性的自由・性的自己決定とするのが通説的理解であるが、¹⁷⁾ その内実が不明のままに、あるいは実質的に上記の意味での貞操と同義で用いられている。¹⁸⁾ 戦前の学説にも法益を性的自由とするものが少なからず存在していたが、¹⁹⁾ 先述のとおり女性に参政権がなく、妻は自らの財産を管理できない無能力者とされ、夫以外と性交すれば姦通罪に問われる法の男性中心主義にあって、強姦罪だけは女性の性的自由・自己決定を守るべく設けられたと考えることはきわめて困難である。つまるところ、そこでの性的自由は、夫への性的忠誠から逸脱しない、夫が妻に持つ排他的性的利用権を害さない、父系血統を紊乱しないかぎりのものにすぎず、社会的法益としての貞操とならざるをえない。

他人を必要とする性行為において、一方の「望まない」とする消極的な性的自由を、他方が凌駕して「実行する」積極的な性的自由は存在せず、その

実行こそ性暴力にほかならない。²⁰⁾ 望まない行為を拒否する消極的自由は、封建社会には存在せず、人が生まれながらに平等の権利能力を持つ民主主義社会においてのみ享有できる自由である。これが保障されなければ現実の支配力を持つ者だけが自由を謳歌するのであって、事実上の平等はありえない。法が関心を寄せるべきである、他人を必要とする性行為における性的自由とは、その積極的自由を正当化するためではなく、消極的自由を守るためのものであり、これこそが強姦罪の法益である。二重の男性中心主義においては、男性の積極的自由を守るため女性の「落ち度」をあげつらうのであるから、そこでは法益を何と呼ぼうとも、空虚なものでしかない。法と性の男性中心主義を否定しないままに、強姦罪の法益を自由や自己決定とすることは不可能である。

2 最高裁の「経験則」というジェンダー・バイアス

主たる証拠が被害者供述しか存在せず、それが被告人の主張と対立している場合、事実認定者が被害者供述を信用できなければ無罪を言い渡すべきであることは「疑わしきは被告人の利益に」の原則から論を俟たない。しかしながら、近年続けて出た最高裁のいわゆる逆転無罪判決をみると、その「疑わしさ」は性暴力被害の実態および被害者心理に対する理解の乏しさに起因しており、法と性の男性中心主義に依拠していると考えられる。

(1) 最三小判2009年4月14日強制わいせつ逆転無罪事件²¹⁾

いわゆる痴漢の被害者が、①電車内で当初積極的な回避行動をとらなかったこと、②そうであるにもかかわらず最終的に積極的な糾弾行動をとったこと、さらに、③いったん降車客の波に押し出されてから再乗車したものの、ふたたび被告人と近接して乗車していたことは「論理則、経験則等に照らして不合理」であることから、被害者供述は信用できないとして、破棄自判で無罪を言い渡した。補足意見は、補強証拠を持たない被害者証言には格別に厳しい点検が必要とした。反対意見2名。

(2) 最二小判2011年7月25日強姦逆転無罪事件²²⁾

被告人は報酬を約束して手で射精させてもらったと供述し、本件以外の事案に同様の事実が存在する。被害者供述のうち、①人通りもある時間帯に

「ついてこないと殺すぞ」と言われても、叫んだり、助けを呼んだり、逃げ出したりせず現場のビル階段まで歩いてついて行ったこと、②階段踊り場での性交直前に被害者らの1.5m後を通った警備員に対しては、涙を流している自分と目が合ったので状況を理解してくれると思い、積極的に声を出して助けを求めることはしなかったこと、③立位で性交されたとすること、そして、④被害直後の買物内容の説明に変遷があることが不自然であり、上記2009年最判を引用して「論理則、経験則等に照らして不合理」であるととした。反対意見1名。

(3) 誰の経験則か

両判決の多数意見の「不合理」は、本当に性暴力に直面したのであれば被害者はただちに回避または反撃するはずとの強姦神話に依拠する。性暴力被害者がただちに回避または反撃に出ることは、実際の被害者がとる多様で複雑な対応の一部であり、何もできない被害者は1割から5割を占めるが、²³⁾強姦神話によりただちに反撃することのみが性暴力被害者の対応であるように信じられており、かつ、求められている。現実の性暴力被害者の対応は、²⁴⁾驚愕、恐怖、困惑、動揺、みじめさ、恥ずかしさ、悔しさ等から混乱し、即時の回避や反撃には出られないことが多い。このような混乱した被害者心理を知らず強姦神話を受容している者の目には、被害者の行動は「論理則、経験則等に照らして不合理」と映る。しかし、その「経験則」は、平均的な被害者の現実の経験からも、精神医学的知見からも、かけ離れたものである。

さらに、2009年最判補足意見は、補強証拠を持たない被害者証言には「格別に厳しい点検」が必要ともいう。これは、性暴力犯罪では多くの場合に被害者証言しか証拠が存在しないという現実を照らすと、補強証拠を持参できなければその被害を申告するなどというに等しいものである。強姦の証明に4人の成人男性の証言が必要だとしたら、²⁵⁾誰もがありえない話だというであろうが、最高裁補足意見はありえない証拠の持参を被害者に要求している点においてこれと変わらない。被害者に補強証拠を要求する発想は性暴力事件に特有のものであり、法の男性中心主義における女性蔑視と女性不信に根差す。強姦罪の被害者に補強証拠を要求する規定は世界各国では1970年代以降なされた強姦法改革により削除されている。また、2010年12月に閣議決定された第3次男女共同参画基本計画²⁶⁾では性犯罪対策の基本的方向として「性犯罪被害者が、被害を訴えることを躊躇せずに必要な相談を受けられるよう

な相談体制及び被害申告の有無に関わらず被害者の心身回復のための被害直後及び中長期の支援が受けられる体制を整備するとともに、被害者のプライバシーの保護及び二次的被害の防止について万全を期する」として各省庁の取組みを列挙している。行政の計画において司法へ指示を出せないことは当然であるが、行政がこの施策を推進し、性暴力被害者が艱難辛苦を乗り越えて申告した結果、最高裁により補強証拠を持参せよと突き放されるのであれば、被害者は泣き寝入りを強いられる以外に何ができるだろうか。補足意見は性暴力裁判における男性中心主義からの脱却という世界的な潮流にも、それに沿おうとする行政の取組みにも逆行する。

これを性差別とは無関係であり正当なものであると擁護しようとするれば、刑事裁判において有罪とするには合理的な疑いを超えた証明が必要であって疑わしきを被告人の利益と解する鉄則に則っているにすぎない、というだろうか。だが、この原理から性暴力被害者にのみ補強証拠を要求する結論を当然に導くことはできない。その結論の前提には、性暴力被害者の証言を信用しないとする女性蔑視の論理を介在させなければならないからである。刑法の謙抑性の原則に照らしても同様である。同じく凶悪犯に分類される4種類の犯罪において、殺人が傷害致死、強盗が恐喝、放火が失火として謙抑的に処断されうる一方で、強姦では有罪でなければ無罪しかなく、その性行為が全面的に合法化される。強姦を強要や暴行で処断しようとすることは、性的自由という法益保護を蔑ろにするものであって正当ではない。強姦にのみ広く謙抑性が認められていることを説明しようとするれば、他人を必要とする性行為における性的自由を相手の意思を無視して実行する自由と解するか、男性は女性に優越して性行為の決定権を持つと解するほかないだろう。

これまでに民事の性暴力裁判では、強姦神話に照らせば不自然な原告を「格別不自然、不合理な点はなく、むしろ性的な被害者の言動として十分了解が可能であり、自然なものである」として、裁判官の個人的な経験則ではなく、被害者の現実の経験に依拠した経験則を採用した裁判例²⁷⁾があるが、これを、民事と刑事では求められる証明の程度が異なるためと理解することも適切でない。それは証明の程度の高さではなく、誰の経験則を基準とするかの違いによるからである。性暴力裁判の基準となるのは、男性中心社会で培われた裁判官の個人的な経験則か、それとも、国際的理解にも適う精神医学的知見に基づく現実の被害者の経験則かが問われているのである。

(4) 「事実認定の問題」を超えて

裁判例を掲げて性暴力犯罪の問題を提起すると、しばしば「それは事実認定の問題である」といわれる。およそ判例評釈において評釈者は、事実認定者と異なり証拠に直接触れておらず判決の文言から証拠の評価を行うことは不可能であるから、結論としての有罪・無罪を含めて事実認定の当否に容喙してはならないという意味である。評釈者が判決という書面のみに基づき証拠を評価したり、それに基づき安易な理論的批判をすることへの戒めは、事実認定者の判断、ひいては自由心証主義裁判を尊重するためであるから、誰もが首肯せざるをえない。

しかし、性暴力における経験則の問題を、「事実認定の問題」と捉えている限り、性暴力問題の本質は永久に理解できない。事実認定者の主観に依拠する問題とする以上、第三者がそれを問題として共有することも、解決のために議論することもありえないからである。「事実認定の問題」としておくことは、法の男性中心主義がその構造に組み込まずにきた性暴力被害者の現実を、現状のまま放置しておくことにつながる。最判2009年補足意見は「経験則の中には、われわれが社会生活の中で体得する広い意味での経験則ないしもの見方も含まれる」というが、国民の7割以上が「社会全体で見れば男性の方が優遇されている」と感じる²⁸⁾ この日本社会で培われた経験則に、男性中心主義に基づくもの見方、ジェンダー・バイアスが無批判に含まれていないはずはない。そのような経験則に無批判に依拠した事実認定にこそ、性暴力問題の本質があると気づく必要がある。

3 国際社会の潮流

最高裁の「経験則」は、諸外国では過去のものとなりつつある。世界各国では1970年代以降、第2波フェミニズムにより強姦法改革がなされ、多くの国で強姦罪が再構築され、性暴力被害者保護の取組みが進んだ²⁹⁾ 日本もその設立条約を批准した国際刑事裁判所は、戦争犯罪やジェノサイドを審理対象とする裁判所であるが、その証拠手続規則³⁰⁾ においても、性暴力犯罪について裁判所が補強証拠を求めてはならないこと (Rule 63.4)、沈黙や無抵抗をもって被害者の同意を推定してはならないこと (70c)、事件前後の性的行動をもって被害者の信用性、性格、性的傾向を推定してはならないこと (70d) 等の強姦法改革の成果を採用している。また、国連は2008年に女性へ

の暴力の不処罰の歴史を絶つための国内法整備に向けたモデル法案³¹⁾ を作成しており、性暴力犯罪への補強証拠要求の禁止、被害者供述の信用性を他犯罪被害者の信用性と同等と規定すること等を求めている。

4 あたらしい法理の構築に向けて

(1) 男性中心主義を逆転すると

年間500件の強姦有罪件数を16万件に引き上げることを目指すならば、男性による女性の同意の主張をいっさい認めないことが有用であろう。オルセンの思考実験のように、女性は事実上の同意を与えることはできてもそこに法的効力はないとすることで、女性にとって性行為の自由は確保しつつも、女性が訴え出れば必ず強姦が成立する無過失責任を男性に負わせるのである³²⁾ 現行強姦罪が故意犯のごく一部しか強姦を成立させないことを逆転させて、過失犯も無過失犯も成立させることは、法と性の男性中心主義からの訣別を象徴するであろう。男性が無過失責任から免れるためには、事前に証人の前で同意書を作成しておくことや³³⁾ 女性の管理下ですべての行為を記録することとし、記録なければ同意なしとすることも効果的かもしれない。要するに、男性が女性の同意を主張するには客観的証拠を必要とするのである。これらが女性中心主義といわれるとすれば、補強証拠がなければ女性には同意があったとする現在の男性中心主義のやり方を裏返したただだからである。客観的証拠がなければ泣き寝入りせよという矢印を、女性ではなく男性に向ければこうなるに過ぎない。現在のやり方が性差別的でないならば、この考え方も同様だろう。

(2) 同意と関係性

そもそも同意とは対等な関係性においてのみ可能なものである。しかし、法的にも性的にも不平等に扱われていながら、「不思議なことに、女性は強姦行為の被害者になると、突然に加害者と対等な地位に引き上げられ³⁴⁾ て、同意を与えることが可能な存在とされる。男女の社会的地位の不平等に照らせば、およそ女性が男性に同意を与えることは不可能と考えることから始めたら、どうなるであろうか。

マッキノン³⁵⁾ は、法が性行為の当事者間にある社会的不平等を無視しているため、不平等により押し付けられた性行為が同意に含まれているとして、同

意を「歓迎されたもの」と理解し、不平等な関係で性行為が行われたのであれば、優位に立つ者こそが自らの支配的地位という力の存在にもかかわらず、その行為が押し付けではなく歓迎されていたことを証明しなければならないとする³⁵⁾

同意について、既述の国際刑事裁判所の証拠手続規則では、「暴行または強制的な状況により自発的かつ真実の同意をする能力が損なわれているときの言動をもって被害者の同意を推定しなければならない」(Rule 70a)とし、国連モデル法案では、「はっきり表現された自発的な同意」を必要としている³⁶⁾ また、アメリカ・ニュージャージー州最高裁は1992年判例において、同意を「積極的かつ自由に与えられた許可」としており、その認定方法は「合理的な人間であれば被害者の同意が存在したとは信じなかったであろうことを、検察官が合理的な疑いを超えて証明する」とする。また「身体的暴行の一面に許可の概念を含めることは、被害者の同意に関する[被告人からの]安易な主張を予防する」という³⁷⁾ 同州の強姦法はアメリカ法の中で最も進んだものといわれる³⁸⁾

各国が前世紀中にひとまず終えた強姦罪の再構築について、日本では2004年の強姦罪法定刑引上げの際にもまったく議論されず、日本の刑事法学者がつねに注視しているドイツ刑法において1998年に強姦罪が再構築された際もその反応は僅少であった。ようやく第3次男女共同参画基本計画で「強姦罪の見直し(非親告罪化、性交同意年齢の引上げ、構成要件の見直し等)など性犯罪に関する罰則の在り方を検討する」³⁹⁾としているので、世界的な強姦法改革の潮流に沿った、当事者の性別の中立化や、暴行・脅迫の緩和化ないし強制的な関係を類型化して犯罪とすることや、さらには強姦被害者保護法についても検討されるかもしれない。しかし、年間16万件の無理やりにされた性交のどこまでを可罰化するのかは、つまるところ、「単に頭脳の優れた人々が集まって、合意された目標を達成するために最も効果的な法のあり方を考えるということでは済まされない要素が含まれている。それは政治的な闘争である[る]」⁴⁰⁾ ことを自覚しなければ、真の平等に適う法制はできない。性暴力処罰規定の再構築は、われわれの社会が歴史的な法と性の男性中心主義をどこまで放擲できるかの問題であると同時に、真の民主主義社会への試金石でもある。

(3) 社会的不平等という力

私は、ニュージャージー州の強姦法から学ぶべき点が多いと考えている。強姦罪の同意を自由かつ積極的になされた許可とすることは、法益としての性的自由を、望まない性行為に曝されない消極的自由と解することに整合し、被害者が裁かれる状況の防止に裨益するからである。不同意を表明されているにもかかわらず侵襲を続ければ同意に転化すると考えることや⁴¹⁾ 憤怒のあまり顔を殴打して2週間の傷害を負わせた直後に性交に応じさせても強姦ではないとすることは⁴²⁾ 自由かつ積極的な同意からは導けない。

また、性暴力で用いられる暴行には、社会的な不平等が考慮されるべきである。現在は13歳未満の子ども⁴³⁾ に対してのみ不平等性が認められて暴行・強迫は不要とされているが、他の不平等な関係性も考慮する必要がある。支配的地位にある者は物理的暴力を行使する必要がなく、関係性それ自体が服従を迫る力になることは、刑務官が受刑者と性行為に及べば同意に関わりなく特別公務員暴行陵虐罪が成立するように⁴⁴⁾ 一定の関係性においては理解されているといえる。1974年改正刑法草案301条は18歳未満の身分、雇用、業務その他の関係に基づき監護する者に偽計または威力を用いた性交を処罰するとした⁴⁵⁾ ただちに犯罪とはならなくとも、親が子に、養護者が高齢者に行う性行為は、それぞれ児童虐待、高齢者虐待とされ、法が明確に禁止するようにもなった。第2波フェミニズムが生んだセクシュアル・ハラスメントという概念は、職場のみならず教育機関でも違法とされるに至り、そこからパワー・ハラスメント、モラル・ハラスメントの概念も派生した。DVやストーカーが不十分ながらも法制化されたことは、男女が事実上の不平等な力関係にあることの例証といえる。このような状況で、およそ男女の性行為の場には不平等——潜在的な暴行や社会的地位の格差による威迫——が存在すると認めることは困難ではないだろう。不平等の存在にもかかわらず女性が自由かつ積極的に同意したならばその性交は正当化され、そのような同意がなければ違法と解するのである。労働基準法が使用者と被用者の私的自治に介入するように、独占禁止法が優越的地位の濫用を禁じるように、性暴力にも両当事者の事実上の不平等に照らした社会的な対応が必要である。

(4) 刑事手続以外の法的介入

無理やりに性交した加害者の8割近くは知人であり、配偶者・元配偶者をはじめとする家族・親戚によるものが半数近くを占めており、それ以外も職

場、学校、施設等の生活拠点と関連する加害者が多い。⁴⁶⁾ 性暴力の心理的被害は甚大でありながら被害者の7割近くが「どこ(だれ)にも相談しなかった」⁴⁷⁾とする現状や、たとえばDV被害者もそのすべてがただちに加害者を刑事手続に付することを望んでいるわけではないこと⁴⁸⁾等を考え合わせると、刑事手続とは別の法的介入も検討する必要がある。面識ある加害者からのさらなる性暴力を防止するため、被害者の申立てによりDV法の接近禁止命令類似の命令を出すことや、2006年から刑務所で始まった性犯罪者処遇プログラムを準用してその受講を勧告することは、当事者間のさらなる性被害を防止するとともに、加害者に自らのジェンダー・バイアスに気づく契機を与えると考えられる。このような制度設計には、DV防止法の配偶者間以外の拡充、ストーカー規制法の見直し、さらには両法の統合が有効であるかもしれない。ワンストップ・センターをあまねく設けることや被害者視点に立つ相談体制を確立する等、現在きわめて不十分な性暴力被害者支援の対策を充実させる法制が必要なことはいうまでもない。これらは被害者をエンパワーするために、そして民主主義社会の証である消極的自由の回復をはかるために必要である。

おわりに

性暴力は女性だけが被害者となるわけではない。男性中心主義の下で、男性被害者は男性ではないとの烙印を押されるため、女性以上にその被害は潜在化しやすく、同性愛者や性同一性障害者、あるいは心身に何らかの「障害」を持つ者⁴⁹⁾も、そのアイデンティティゆえに性的な虐待に曝されやすい。彼女ら・彼らへの性暴力を処罰する必要性は理解されやすいだろうが、しかしながら、それは被害者の類型化につながりやすく、およそ男女間に存在する不平等を再び見えにくくする傾向があることに留意する必要がある。

他方で、男性中心主義の下で男性のように振る舞うことで成功した「名誉男性」女性も、性的場面において男女がおよそ不平等な関係にあるとされること、女性が弱者とされることに反発するかもしれない。しかし、名誉男性であることは、彼女が女性でありながらも、ある場面(多くは職業的な)においては不平等に扱われずにすんでいるということにすぎず、彼女たちの存在が現実の男女の不平等を消し去るわけではない。性暴力が起こりうる場における事実上の平等とは何か、誰もが自らの問題として考えなければ、何人

にも平等な性暴力法制を構築することはできないのである。

注

- 1) 内閣府男女共同参画局『男女間における暴力に関する調査報告書』(2012)では、全国20歳以上から無作為抽出された女性の1.25%が過去5年間に「異性から無理やりに性交された」と回答しており、5年以上前であった者を含めて3.7%しか警察に連絡・相談していない。日本女性人口が6,500万人として年間0.25%の16万人が「無理やりに性交」され、警察へは6,000人ほどしか連絡・相談していないと推計できる。この調査は2005年から3年ごとに行われているが、この傾向に大きな変化はない。警察では相談のみで告訴のない強姦事件の立件は稀であるから、2010年犯罪統計における強姦認知件数が1,289件、検挙件数が995件であることは推計と矛盾しない。同年検察統計における強姦起訴率は45.2%、起訴件数は568件。同年司法統計では、強姦単独の統計はなく、「わいせつ、姦淫、重婚の罪」の総計で地裁における通常第1審の無罪判決は5件。
- 2) 前掲・内閣府調査(注1)では当事者間に「面識あり」が76.9%、そのうち「配偶者・元配偶者」が36.9%であるところ、犯罪統計の検挙の内訳では「面識なし」が58.7%、「配偶者」はゼロである。
- 3) 私は強姦罪について書いた修士論文のタイトルを「刑法における性差別主義に関する一考察」としてはいたが、性暴力における二重の性差別主義という概念を躊躇なく使えるようになったのは、その後さまざまな場で報告の機会を与えられ、ジェンダー法の講義を数年続けて確信を揺るぎなく深めてからのことであり、公的な場で用いたのは2008年3月の日弁連シンポジウム「性差別としての性暴力」における報告からであったと思う。それまでは法の中でもとりわけ男性中心主義が強い刑事法の中で研究していることや、また周囲からの助言もあって、この言葉を用いることに一抹の葛藤があった。性暴力犯罪の差別性に問題意識を持ち、そればかり研究している者でさえこうなのであるから、普通の刑事法研究者や司法関係者が性差別主義という表現に強い拒絶反応や嘲笑を示すことは想像に難くない。性暴力の問題を解決するには、まずはそこから取り組まなければならないという困難がある。
- 4) 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17巻3号(1963)。
- 5) 辻村みよ子=金城清子『女性の権利の歴史』(岩波書店, 1992)、辻村みよ子『ジェンダーと人権』(日本評論社, 2008)。
- 6) Frances E. Olsen, "The Sex of Law", in *The Politics of Law: A Progressive Critique* (David Kairys, ed., 3d ed., 1998). 本論文をはじめとするオルセン論考の邦訳と日本での講義録をまとめたものに寺尾美子編訳『法の性別——近代法公私二元論を超えて』(東京大学出版会, 2009)。
- 7) 強姦神話と被害の現実の乖離については、三成美保=笹沼朋子=立石直子=谷田川知恵『ジェンダー法学入門』(法律文化社, 2011) 58-59頁[谷田川執筆]。
- 8) 最決1958年6月6日裁判集刑126号171頁。
- 9) 広島高判1978年11月20日判時922号111頁。
- 10) 青森地判1998年11月11日判タ1003号307頁。
- 11) 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46号(2000) 509-514頁。
- 12) コモンローも同様であったことは、Anne M. Coughlin, "Sex and Guilt", 84 *Virginia Law Review*. 1 (1998).

- 13) 近親姦が入れられなかった理由は、「多くの委員が醜聞は隠しておくことに賛成したため」であった。岩井宜子「性犯罪規定の見直し」神奈川法学43巻1号(2010)139頁。
- 14) 団藤重光『姦通論』[刑法の近代的展開〔再版〕](弘文堂, 1948)89頁以下。
- 15) 親告規定は、改定律例時代の1874年司法省達10号により設けられたことが嚆矢である。それは妻の姦通罪に関する夫のための規定であった。霞信彦『明治初期刑事法の基礎的研究』(慶應通信, 1990)161頁以下。高島智世「強姦罪はなぜ親告罪なのか?——刑法言説における『被害者の利益』が意味するもの」女性学16号(2009)72頁も参照。
- 16) 明治直前制定の1868年仮刑律, 明治初期の1870年新律綱領, 1873年改定律例には, 強姦の被害者は処罰しないとの規定がある。
- 17) 前掲・谷田川(注11)519頁以下で検討した。性暴力犯罪の法益をめぐる議論については, 齊藤豊治「性暴力犯罪の保護法益」齊藤豊治他編『セクシュアリティと法』(東北大学出版会, 2006)221頁以下。
- 18) 前掲・谷田川(注11)519頁以下で検討した。
- 19) 佐々木和夫「強姦罪における暴行・脅迫の程度——最判昭和24年5月10日以前の学説を中心として」町野朔他編『刑法・刑事政策と福祉』岩井宜子先生古稀祝賀論文集(尚学社, 2011)。
- 20) 前掲・谷田川(注11)522頁。
- 21) 最一小判2009年4月14日刑集63巻4号331頁, 判タ1303号95頁。http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20090605104457.pdf
- 22) 最二小判2011年7月25日判タ1358号79頁。http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110725145853.pdf
- 23) 調査方法は異なるが, 警察庁痴漢防止に係る研究会『電車内の痴漢撲滅に向けた取組みに関する報告書』(2011)による被害者の対応(複数回答)では, 「我慢した」52.6%, 「その場から逃げた」45.1%, 「犯人に対して何らかの行動を起こした」27.0%であり, 内山絢子「性犯罪被害の実態(1)——性犯罪被害調査をもとにして」警察学論集53巻3号(2000)93頁による被害者の対応(複数回答)では, 強姦事件では「やめてくれと加害者に頼んだ」62.7%, 「必死で相手を攻撃して抵抗した」35.5%, 「何もできなかった」(33.6%)であり, 強制わいせつ事件ではそれぞれ39.1%, 33.3%, 12.6%であった。
- 24) 性暴力被害への精神医学的理解が深まったのも第2波フェミニズムにより女性精神科医が増え, 女性の性被害への問題意識が高まったことによる。それまでは, 男性中心社会を守ろうとしたフロイトによる, 女性は性的妄想から被害をでっちあげるとする説が主流であった。ジュディス・ハーマン(中井久夫訳)『心的外傷と回復〔増補版〕』(みすず書房, 1999)13-23頁。日本の精神科医による性暴力被害の文献として, 小西聖子『犯罪被害者の心の傷』(白水社, 1996), 宮地尚子「性暴力とPTSD」ジュリスト1237号(2003)158頁, 宮地尚子編『トラウマとジェンダー——臨床からの声』(金剛出版, 2004), 同『性的支配と歴史』(大月書店, 2008), 白川美也子「性犯罪被害者の心理を理解するために」季刊刑事弁護35号(2003)109頁。
- 25) パキスタン1979年刑法では強姦罪の証明に, 犯人が裁判官に自白するか(ただし, 刑の執行までいつでも撤回可能), 4人の敬虔な成人男性イスラム教徒の証言が必要とされ, 証明できなければ被害申告をした女性が10年以下の懲役等に処される。Rubya Mehdī, "The Offence of Rape in the Islamic Law of Pakistan," *18 Int'l J. the Sociology of Law* 19 (1990). 要約に時の法令1381号(1990)75頁。
- 26) 基本計画74頁。http://www.gender.go.jp/kihon-keikaku/3rd/index.html
- 27) 熊本地判1997年6月25日判時1638号135頁。東京高判1997年11月20日判時1673号89頁, 仙台高裁秋田支判1998年12月10日判時1681号112頁も同様である。
- 28) 内閣府「男女共同参画社会に関する世論調査」(2009)。
- 29) 強姦法改革について, 谷田川知恵「強姦被害者保護法について——アメリカ法からの示唆」ジェンダーと法1号(2004)154頁, 同「強姦罪における暴行と同意」浅倉むつ子=角田由紀子編『比較判例ジェンダー法』(不磨書房, 2007)28-29頁, 前掲・三成他(注7)64-65頁〔谷田川執筆担当〕。
- 30) ICC-ASP/1/3 Rules of Procedure and Evidence, United Nations, 2002.
- 31) 国連女性の地位向上部『女性の暴力防止・法整備のための国連ハンドブック』(梨の木舎, 2011)84頁
- 32) 前掲・オルセン(注6)235頁。
- 33) 同上235-236頁。
- 34) 角田由紀子「性に関する権利は法の世界でどのように扱われてきたか——日本の状況と今後の課題」前掲・オルセン(注6)258頁。
- 35) Catharine A. Mackinnon, *Women's Lives, Men's Laws*, pp. 240-248 (2005). 邦訳に森田成也=中里見博=武田万里子訳『女の生, 男の法』(岩波書店, 2011)319-327頁。
- 36) 前掲・(注30)および前掲・国連女性の地位向上部(注31)53頁。
- 37) In Re M.T.S., 609 A.2d 1266. 同州強姦法は前掲・谷田川(注29)(2007)で検討した。
- 38) Arnold H. Loewy, *Criminal Law* 63 (4th ed. 2003).
- 39) 前掲・基本計画(注26)74頁。
- 40) 前掲・オルセン(注6)236頁。
- 41) 裁判所はこのような被告人の考えを追認して無罪を言い渡した。大阪地判2008年6月27日。http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20080714141357.pdf
- 42) いわゆるデートレイプであるが, 強姦は成立せず傷害罪のみ成立するとした。その論理は伝統的な夫婦間強姦否定論である。東京高判2005年10月19日LEX/DB28115205。
- 43) 性交同意年齢は, 前掲・谷田川(注11)で検討した。
- 44) 東京高判2003年1月29日判時1835号157頁。
- 45) 通常の強姦罪が2年以上であるところ, 被監護者強姦罪は5年以上と重い。なお, 同意年齢は14歳未満へと1歳引き上げられている。
- 46) 前掲・内閣府(注1)48-49頁によれば, 面識ある加害者が76.9%を占める。内訳は「配偶者・元配偶者」36.9%, 「親・兄弟それ以外の親戚」8.7%, 「職場関係者」15.5%, 「学校関係者」9.7%, 「地域活動や習い事の関係者」と「生活していた(いる)施設の関係者(職員, 先輩, 仲間など)」の合計が5.8%である。
- 47) 被害者の67.9%を占める。前掲・内閣府(注1)53頁。
- 48) 前掲・内閣府(注1)31-32頁では, DVを受けた女性の半数が, 別れたいと思ったが別れなかったとしており, その理由は, 子どものためと, 経済的不安が多い。
- 49) DPI女性障害者ネットワーク『障害のある女性の生活困難——人生の中で出会う複合的な生きにくさとは——複合差別実態調査書』(特定非営利活動法人DPI日本会議, 2012)。

講座 ジェンダーと法
第3巻 暴力からの解放

定価：本体3,800円（税別）

平成24年11月21日 初版発行

編 者 ジェンダー法学会
発行者 尾 中 哲 夫

発行所 日本加除出版株式会社

本 社 郵便番号 171-8516
東京都豊島区南長崎 3丁目16番6号
TEL (03)3953-5757 (代表)
(03)3952-5759 (編集)
FAX (03)3951-8911
URL <http://www.kajo.co.jp/>

営 業 部 郵便番号 171-8516
東京都豊島区南長崎 3丁目16番6号
TEL (03)3953-5642
FAX (03)3953-2061

組版・印刷 ㈱ 郁文 / 製本 牧製本印刷 ㈱

落丁本・乱丁本は本社でお取替えいたします。

© ジェンダー法学会 2012

Printed in Japan

ISBN978-4-8178-4037-0 C3332 ¥3800E

JCOPY 〈社出版者著作権管理機構 委託出版物〉

本書を無断で複写複製（電子化を含む）することは、著作権法上の例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に社出版者著作権管理機構（JCOPY）の許諾を得てください。
また本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャンやデジタル化することは、たとえ個人や家庭内での利用であっても一切認められておりません。

（JCOPY）HP：<http://www.jcopy.or.jp/>、e-mail：info@jcopy.or.jp
電話：03-3513-6969、FAX：03-3513-6979