

## 〔論 説〕

## 夫婦間レイプの刑法法上の位置付け

海 渡 双 葉

- I はじめに
- II 日本における夫婦間レイプの現状
  - 1 問題の所在
  - 2 裁判例
    - (1) 広島高裁松江支判昭和 62 年 6 月 18 日事件
    - (2) 東京高判平成 19 年 9 月 26 日事件
    - (3) 札幌高判昭和 30 年 9 月 15 日事件
  - 3 刑法学説
    - (1) 無条件否定説
    - (2) 限定的肯定説
    - (3) 無条件肯定説
  - 4 小 括
- III 諸外国の刑法史にみる夫婦間レイプ
  - 1 イギリス
  - 2 アメリカ合衆国
  - 3 ドイツ
  - 4 フランス
  - 5 イタリア
  - 6 小 括
- IV 日本刑法上の扱いに関する史的検証
  - 1 新律綱領・改正律例
  - 2 旧刑法
  - 3 現刑法
  - 4 小 括
- V 強姦罪成立否定説批判
  - 1 否定説の理論的根拠
  - 2 否定説に対する批判
    - (1) ①性交渉請求権・性交渉受忍義務について
    - (2) ②妻の包括的同意について
    - (3) ③プライバシーないし婚姻関係の保護について
    - (4) ④虚偽告訴による濫用の危険について
    - (5) ⑤強姦罪の法定刑の重さについて
    - (6) ⑥立証の困難性について
  - 3 小 括
- VI 刑事実務上の問題点とその克服策
  - 1 捜査における問題
    - (1) 被害の潜在化
    - (2) 被害実態に関する認識の不足
  - 2 起訴における問題——不合理な不起訴——
  - 3 公判における問題

- (1)被害者の承諾
- (2)被害者供述の信用性
- (3)暴行・脅迫要件
- (4)量 刑
- 4 刑事処遇における問題——加害者の更生——
- VII おわりに

## I はじめに

本稿においては、「夫婦間レイプ」を、夫婦間で強姦罪（刑法177条）の構成要件に該当する行為を行うこと、すなわち、夫が暴行又は脅迫を用いて妻を姦淫する行為を行うことと定義する<sup>1)</sup>。夫婦間レイプをテーマとして取り上げることとした発端は、家庭内暴力（以下、「DV」という。）において悪質な性的虐待が現に存在するにもかかわらず、夫婦間レイプが刑事事件になることがほとんどないのは何故かと疑問を持ったことにある。内閣府男女共同参画局が平成21年3月に公表した「男女間における暴力に関する調査報告書」によると、配偶者からの被害経験として、「いやがっているのに性的な行為を強要された」ことが『あった』と回答した人は、女性で15.8%、男性で4.3%も存在しており、決して少ないとは言えないのである。確かに、配偶者の刑事責任を追及するような事例は稀であろうが、このような夫婦間レイプが表に出てこない刑事法の実態の裏には、婚姻関係にある男女に関するジェンダー・バイアス<sup>2)</sup>が存在するのではないか。

夫婦間レイプは、夫婦間の性的行為と関連しているため、極めてプライベートな問題と捉えられ、国家の刑罰権が介入しにくい領域として位置付けられてきた。夫婦間レイプを刑法上どのように解するか、刑事実務上どのように扱うかという問題は、性犯罪が実際に何を侵害するものなのか、何が保護法益なのか、どのような基準から判断され規制されなければならないのかという、根源的な問いに通じる問題であると思われる。

本稿では、まず、夫婦間レイプに関する裁判例及び刑法学説を紹介し、日本

<sup>1)</sup> この場合の「夫婦」には、事実婚の夫婦も当然含まれるが（広義の夫婦間レイプ）、本稿では議論の焦点を絞るため、法律婚の夫婦を中心に論じることとし（狭義の夫婦間レイプ）、単に「夫婦間レイプ」という場合には、狭義の夫婦間レイプを指す。

<sup>2)</sup> 生物学的な性差とは異なり、社会的・文化的に形成された性差のことを「ジェンダー」という。そして、ジェンダーに基づく偏見のことを「ジェンダー・バイアス」という。

刑法の現状を把握する。続いて、諸外国における夫婦間レイプの刑法史を紹介した上、明治時代以降の日本刑法の史的検証をし、日本刑法の本質的な問題点は何かを探りたい。さらに以上を踏まえ、夫婦間レイプにつき強姦罪は成立しないという否定説をとりあげて、その理論的根拠に対する批判的検討を行う。次に、刑事実務上の問題点とその克服策について考察し、最後に、夫婦間レイプをめぐる刑事法上の課題についてまとめたい。

## II 日本における夫婦間レイプの現状

### 1 問題の所在

強姦罪を規定する刑法 177 条は、その客体を「女子」とし、他には特に限定は加えられていない。よって、法文上は、妻もまた強姦罪の構成要件上の行為の客体となる。しかし、夫婦間レイプについて強姦罪が適用されるか否かに関しては、無条件否定説、限定的肯定説、無条件肯定説という見解の対立がある。本章では、夫婦間レイプに関する裁判例、刑法学説を整理することを通じて、日本において夫婦間レイプが刑法上どのように取り扱われているかを考察する。

### 2 裁判例

日本において夫婦間レイプに強姦罪が適用された事件は 2 件存在する。それぞれの事案の概要及び判旨を紹介し、加えて、参考のために内縁関係の夫婦間において強姦罪の適用が争われた事件の判旨についても紹介する。

#### (1) 広島高裁松江支判昭和 62 年 6 月 18 日事件

1 件目の事件は、夫の虐待から逃れるため、妻が実家等に身を隠すなどして、ひたすら婚姻生活に復帰することを拒んでいたところ、夫とその友人が、妻の実家付近で待ち伏せ、いやがる妻を無理やり車に乗せ、自宅に連れ帰る途中、手拳で殴打するなどの暴行を加え、その反抗を抑圧して、それぞれ姦淫したという事案である。

第一審<sup>3)</sup>は、夫についても強姦罪の成立を認め、共同正犯とした。控訴審<sup>4)</sup>は、

<sup>3)</sup> 鳥取地判昭和 61 年 12 月 17 日判タ 624 号 250 頁。

<sup>4)</sup> 広島高裁松江支判昭和 62 年 6 月 18 日高刑集 40 卷 1 号 71 頁。

「婚姻中夫婦は相互に性交渉を求める権利及びこれに応じる所論の関係にある」としつつ、『婚姻中』とは実質的にも婚姻が継続していることを指し、法律上は夫婦であっても、婚姻が破綻して夫婦たるの実質を失い名ばかりの夫婦にすぎない場合には、もとより夫婦間に所論の関係はなく、夫が暴行又は脅迫をもって妻を姦淫したときは強姦罪が成立する」とし、本件では婚姻関係が破綻して「いわば名のための夫婦に過ぎない」ことを理由に、強姦罪の成立を認めた。

#### (2) 東京高判平成 19 年 9 月 26 日事件

2 件目の事件は、夫婦が別居状態にあり、妻が離婚調停を申し立てたが夫が拒んだため離婚が成立せず、別居や養育費などを定める調停のみ成立していたが、妻が再度離婚調停を申し立て、家事調停手続中であったところ、夫が妻に対し、夫の自宅において、性交に応じなければ妻が勤務先から解雇されるよう仕向ける旨の脅迫をし、床に押し倒すなどの暴行を加え、その反抗を抑圧して姦淫したという事案である。

第一審<sup>5)</sup>は、強姦罪の成立を肯定した。控訴審<sup>6)</sup>は、夫婦間について強姦罪の適用を無条件に否定する見解を明示的に退けた上、夫婦間の性交渉を求める権利・義務を認めつつも、「かかる権利が存在するとしても、それを実現する方法が社会通念上一般に認容すべきものと認められる程度を超える場合には、違法性を阻却しないと解される」「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いうべきである」とした。本件では、婚姻関係は実質的に破綻していたこと、別居の調停が成立していたことから、「夫として別居している妻に対して性交を求める権利もなくなった」とし、「権利行使を理由とする違法性阻却の余地はな」として、強姦罪の成立を認めた。

#### (3) 札幌高判昭和 30 年 9 月 15 日事件

参考のため、広義の夫婦間レイプの 1 つである内縁関係の夫婦間での強姦罪の適用が争われた事件の判旨についても紹介する。

札幌高裁は、「強姦罪の客体は婦女たることを要し、又これを以て足り、その身分関係の如何は、同罪の成立には何等消長なきものと解する」と判示し、強姦罪の適用を肯定した<sup>7)</sup>。

<sup>5)</sup> 千葉地裁八日市場支判平成 19 年 5 月 29 日判例集未登載。

<sup>6)</sup> 東京高判平成 19 年 9 月 26 日東高時報 58 卷 1=12 号 86 頁。

<sup>7)</sup> 札幌高判昭和 30 年 9 月 15 日高刑集 8 卷 6 号 901 頁。

広島高判昭和 62 年<sup>8)</sup>は、夫婦関係の実質的破綻を基準とした「限定的肯定説」を採用したものであると解釈しうるが、「夫婦」の意義を法律婚ではなく実質的婚姻関係と解したのみであって「無条件否定説」を維持していると解する余地もある。

これに対して、東京高判平成 19 年<sup>9)</sup>は、「無条件否定説」を明示的に排斥しており、被害者の身分関係は犯罪の成否と関係がないとする札幌高判昭和 30 年<sup>10)</sup>とも論拠を同じくしている。当該判示は、婚姻関係の実質的破綻や別居に着目している点で、「限定的肯定説」としても説明できるが、暴行・脅迫を伴う場合は適法ではないとしている点で、「無条件肯定説」を採用したものと読むことも可能である。

### 3 刑法学説

刑法の学説における、無条件否定説、限定的肯定説、無条件肯定説をそれぞれ取り上げ、現代日本の刑法学説の動向を把握する。戦前の刑法学説については後述Ⅳで検討する。

#### (1) 無条件否定説

夫婦間レイプについて強姦罪が成立する余地はないと解するのが、無条件否定説である。

1965 年に書かれた『注釈刑法』では、通説として、「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暴行罪・脅迫罪を構成するは格別、本罪を構成しないとする」<sup>11)</sup>説が紹介されていた。しかし、近時の刑法学者で無条件否定説を説いている者は少なく、その内の一人である大塚仁は、「行為者と以前から性的関係のあった婦女でも、本罪の客体たりうる。しかし、夫婦の間では、本罪は認められないであろう。」<sup>12)</sup>としつつも、理由については特段述べていない。さらに広島高判昭和 62 年<sup>13)</sup>の後の版では、当該判決

<sup>8)</sup> 前掲注 4)。

<sup>9)</sup> 前掲注 6)。

<sup>10)</sup> 前掲注 7)。

<sup>11)</sup> 団藤重光編『注釈刑法 (4)』298 頁〔所一彦〕(有斐閣, 1965 年)。

<sup>12)</sup> 大塚仁『刑法各論上巻』238 頁(青林書院新社, 改訂版, 1984 年)。

<sup>13)</sup> 前掲注 4)。

を紹介するのみの記載に変わり<sup>14)</sup>、自己の見解は述べていないため、自説を維持しているか不明である。

## (2) 限定的肯定説

限定的肯定説は、夫婦間においては、婚姻関係が実質的に破綻していた場合など、一定の場合にのみ強姦罪の成立を肯定する見解である。限定的肯定説を主張する刑法学者としては町野朔、林幹人が挙げられる。

町野朔は、「継続的な結婚関係がある程度の不任意の性行為を受忍する関係であることも否定できない。少なくとも、それが存しない場合とまったく同じに扱うことはできないであろう。」として性交受忍関係という概念を持ち出した上で、「具体的な結婚関係の実質を考慮に入れつつ、強姦罪成立の範囲を限定していくことが、…やはり妥当であると思われる。」<sup>15)</sup>としている。

また、林幹人は、妻の性交拒否理由の正当性の範囲を限定し、「たとえば、初夜に至って妻が性交をおそれ、あるいは、体調がすぐれないなどの理由で拒否したが、夫が暴力をふるって性交に及んだ場合、強姦罪の成立を認めるべきではないであろう」が、「夫が性病やエイズに罹っていた場合」は、妻は拒否しうる<sup>16)</sup>とする。

## (3) 無条件肯定説

夫婦間レイプについても通常の男女間と同様に強姦罪が成立するものと解するのが、無条件肯定説である。無条件肯定説を主張する刑法学者としては、平川宗信、西田典之、山口厚、大谷實などが挙げられ、さまざまな観点から無条件否定説に対する批判を行っている。

まず、無条件否定説の主張である性交要求権に関し、亀山継夫は、「夫婦間では性交を要求する権利があるとはいえ、ことの性質上これを強制する権利まであるといえるかははなはだ疑問である上、仮に権利があっても、その行為の手段方法が相当でないときは違法性を帯びるとする近時の判例・通説の考えからすれば、具体的状況によっては夫婦間でも本罪が成立する場合があると解する方が相当であろう」<sup>17)</sup>とし、大谷實も、「夫婦間といえども暴行・脅迫を手段

<sup>14)</sup> 大塚仁『刑法概説(各論)』101頁(有斐閣、第3版補版、2005年)。

<sup>15)</sup> 町野朔『刑法各論の現在』294-295頁(有斐閣、1996年)。

<sup>16)</sup> 林幹人『刑法各論』96頁(東京大学出版会、1999年)。

<sup>17)</sup> 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第7巻』68頁〔亀山継夫〕(青林書院、1991年)。

とする性交渉に応ずべき法律上の義務があるとするのは疑問」<sup>18)</sup>とする。

また、性交渉の包括的同意論に対して、山口厚は、「婚姻関係にあることは、個別の性行為についての妻の同意義務（逆にいえば、夫の妻に対する性交権）を当然に義務付けるものではない」<sup>19)</sup>とし、山中敬一は、「婚姻関係が継続的な性的関係の相互承諾を含むものであったとしても、それは妻の包括的承諾として有効なわけではなく、具体的・個別的に、妻の自己決定権は保護されるべきである」<sup>20)</sup>と主張している。さらに、夫婦関係に対する刑法の介入を危惧する見解に対し、平川宗信は、「妻が夫を告訴するような夫婦関係では刑法の介入による弊害もない。」<sup>21)</sup>としている。

無条件肯定説は、限定的肯定説に対しても批判を加えており、西田典之は、夫婦関係の実質的破綻を基準とした広島高判昭和62年<sup>22)</sup>について、「実質的に破綻していたかという判断は、法的安定性に欠けるし、また、その場合に限定する必然性はないであろう」と批判し、東京高判平成19年<sup>23)</sup>の判示に賛成している<sup>24)</sup>。

#### 4 小 括

以上、判例および学説を整理した結果、無条件否定説は、かつては「通説」だったのかもしれないが、現在においてもなお通説と言えるのか、非常に疑わしい。戦後の刑法学会の「沈黙」<sup>25)</sup>の時代とは異なり、現在では、広島高判昭和62年<sup>26)</sup>をきっかけとして、多くの刑法書がこの問題を取り上げるようになり、無条件否定説を明示的に採用する論者は少数派となっており、大谷實は、同判決の評釈の中で、無条件否定説につき「そのような学説を正面から主張する見解は少ないといってよい。」<sup>27)</sup>と述べている。現在ではむしろ、夫婦間レイプを

<sup>18)</sup> 大谷實『刑法講義・各論』117-118頁（成文堂，新版第2版，2007年）。

<sup>19)</sup> 山口厚『刑法各論』106-107頁（有斐閣，補訂版，2005年）。

<sup>20)</sup> 山中敬一『刑法各論』148-149頁（成文堂，第2版，2009年）。

<sup>21)</sup> 平川宗信『刑法各論』200-201頁（有斐閣，1995年）。

<sup>22)</sup> 前掲注4）。

<sup>23)</sup> 前掲注6）。

<sup>24)</sup> 西田典之『刑法各論』90頁（弘文堂，第5版，2010年）。

<sup>25)</sup> 中山研一「夫婦間レイプの成否と比較法（1）わが国の状況」法時59巻12号109頁（1987年）。

<sup>26)</sup> 前掲注4）。

<sup>27)</sup> 大谷實「夫につき妻に対する強姦罪の成立を認めた事例」法セ394号111頁（1987年）。

めぐる争点は、無条件肯定説か、限定的肯定説か、という点に移行しているように見受けられる。

### Ⅲ 諸外国の刑法史にみる夫婦間レイプ

夫婦間においては強姦罪が成立しないという解釈は、諸外国においても存在していた。しかし、その解釈の起源は一様ではない上、どのような経緯でかかる解釈が覆されていくのかについても国ごとに異なる。本章では、イギリス、アメリカ合衆国、ドイツ、フランス、イタリアにおける、それぞれの経緯について紹介する。

#### 1 イギリス

17世紀に、王座裁判所首席裁判官ヘイルは、婚姻により妻は夫との性交渉に対して同意を与えており、これは撤回できないとして、夫の妻に対する強姦罪は絶対的に成立しないものであると述べ、この「婚姻例外 (marital exemption)」<sup>28)</sup>はコモン・ロー上の原則となった。

しかし、1949年のクラーク事件では、行為時に裁判所による別居命令が出されていたことから例外的に婚姻例外が排除され、強姦罪の成立が認められた。これを機にイギリスでは一定の事由があれば強姦罪の成立が認められるようになった。

1976年性犯罪法は、強姦罪について婦女と「不法な (unlawful)」性交渉を行うことと定義していたために、「不法な」とは婚姻外を意味するという解釈の余地が残されていた。しかし1993年の法改正によって、婚姻例外規定は撤廃されるに至った。

#### 2 アメリカ合衆国

コモン・ロー上の婚姻例外は、アメリカ合衆国においても、19世紀半ばに判例を通じて支持されるようになり、ほとんどの州法がこれを採用した。

---

<sup>28)</sup> 婚姻例外、婚姻による免除、夫の免除などと訳されるが、本稿では「婚姻例外」と呼ぶ。



しかし、1977年、ニュージャージー州で婚姻例外を廃止すべきとする判決が出され、その後は、他州でも婚姻例外を批判する判決が出されていった。法改正の動きも活発化し、婚姻例外は廃止ないし適用を制限されるようになった<sup>29)</sup>。ただし、2001年時点で、婚姻例外を完全に撤廃した州は10州のみであり、ほとんどの州は婚姻例外を部分的に残している。例えば、一時的意識障害、精神障害、身体障害のゆえに同意能力がない者と性的関係を結んだ場合（日本刑法上の準強姦罪に相当すると思われる）において、被害者が配偶者であれば免責するという州は、全米で半数に及んでいる。被害を届け出る期間を制限する州もあり、カリフォルニア州は1年以内、イリノイ州は30日以内としている。「多くの州において、夫婦間レイプは他人間レイプと比べると、いまなお『第二級の犯罪』（a second-class crime）である」、「夫婦間レイプはいまだ多くの立法者にとって本当のレイプ（real rape）ではないとみられている」<sup>30)</sup>との批判もあり、アメリカ合衆国では、今なお夫婦間レイプを刑事法上どのように扱うかという課題は、完全には解決されずに残されている。

### 3 ドイツ

西ドイツ刑法典は、強姦罪の規定の中に「婚姻外の」という文言を入れることにより、夫婦間の強姦罪成立を否定してきた。強姦罪の保護法益は「女性の性的名誉」と考えられており、夫との性交である限り性的名誉を害することはないとされ、刑法学説の支配的見解も夫婦間の強姦罪成立を否定していたためである。

しかし、1968年の第47回ドイツ法曹大会において、ハナックが夫婦間の強姦の可罰化を提案したことで、その可否を巡って立法論議が開始された<sup>31)</sup>。そして、1996年に、夫婦間レイプについても強姦罪の処罰対象とする旨の刑法改正案が、318対306という僅差で可決された<sup>32)</sup>。

<sup>29)</sup> 以上につき、佐藤雅美「夫婦間レイプの成否と比較法（2）英米における夫婦間の強姦」法時60巻3号105-106頁（1988年）参照。

<sup>30)</sup> 小島妙子『ドメスティック・バイオレンスの法』177頁（信山社、2002年）。

<sup>31)</sup> 葛原力三「夫婦間レイプの成否と比較法（3）西独における夫婦間の強姦」法時60巻5号88-91頁（1988年）。

<sup>32)</sup> 小島・前掲注30）300頁。

#### 4 フランス

1810年刑法典は、「強姦 (viol)」の構成要件を定義していないが、夫婦間では違法な妊娠は起こり得ないとして、夫は強姦罪に問われることはないと解されていた。なお、1839年に、夫が妻に対して逸脱的性行為を強制した場合には夫に強制わいせつ罪が成立するという判例があった。

1980年には、原則として婚姻に強姦罪の排除効を認めながらも、例外的に、第三者の助けを借りて性行為を強制した場合などには強姦罪が成立するとする判例が現れた。そして同年、法改正によって、強姦行為が性的貫入行為と定義されたことにより、夫の妻に対する逸脱的性行為の強制は強姦罪となり得ることが明らかとなった<sup>33)</sup>。

その後、2006年4月4日法（カップル間及び未成年者に対する暴力の予防と刑罰を強化する法）によって、強姦罪及びその他の性的攻撃罪は、「攻撃者と被害者との間に婚姻による結合関係を含むいかなる性質の関係があろうと」成立すると明記されるに至った。

#### 5 イタリア

ローマ法における家父長制とローマ・カソリックの厳格な婚姻道徳によって、妻は夫に対する絶対的な服従を求められてきたが、1930年に制定されたイタリア刑法典は、夫婦間レイプを強姦罪から排除するものではなかった。しかし判例は、夫が自然に反する性行為を強いた場合にのみ強姦罪を認めるに留まっていた。

しかし、1976年に、破棄院は、通常の状態による性行為の場合でも強姦罪が成立することを肯定する判決を出し、さらに1994年には、同居夫婦間の強姦罪の成立も肯定するに至った<sup>34)</sup>。

#### 6 小 括

以上のように、判例法国であるイギリスやアメリカ合衆国では、コモン・ロー上の婚姻例外という考え方が判例によって覆されていく。これに対して、ド

<sup>33)</sup> 以上につき、恒光徹「夫婦間レイプの成否と比較法 (4) フランスの状況」法時 60 巻 6 号 85-89 頁 (1988 年) を参照。

<sup>34)</sup> 椎名規子「イタリア 2001 年『家族関係における暴力防止措置法』」岩井宜子編『ファミリー・バイオレンス』(尚学社, 2008 年)。

イツでは、明文で夫婦間強姦罪の成立を否定していた法律を改正することによって解決がなされたという特色がある。また、ローマ・カソリックの影響の強いフランスやイタリアでは、逸脱的性行為という観点からこの問題にアプローチしていたが、後に、通常形態の性行為でも犯罪の成立を認めるようになった。

夫婦間レイプは、1993年に国連が採択した「女性に対する暴力撤廃宣言（Declaration on the Elimination of Violence Against Woman）」において、女性の性的自由を侵害する「女性への暴力」と認識されるようになり、これを強姦罪から除外することは許されないという認識がどの国においても、徐々に深まってきたことがうかがわれる。確かに、どの国でも、判例変更や法改正により、夫婦間レイプの犯罪化が実現しつつあるが、なお、夫婦間レイプの問題が完全に解決したといえるわけではない。そのために、夫婦間レイプを刑事法上どのように扱うべきかという課題について、刑事司法システムの改革が続いているのである。その改革内容と評価については、刑事実務上の問題と関連させて、後述VIで扱うこととする。

#### IV 日本刑法上の扱いに関する史的検証

ここでは、日本において、明治時代以降に、強姦罪がどのように規定され、それがどのように解釈されてきたかについて検討し、それを通じて、夫婦間レイプをめぐる日本刑法の本質的な問題の所在を探ることにしたい。

##### 1 新律綱領・改正律例

江戸時代が終わり、1870年に律令を参考にした新律綱領が全国的に頒布・施行された。新律綱領は、犯姦律として5条を置き、和姦の処罰規定に続いて、「強姦スル者ハ。流三等。」<sup>35)</sup>と規定した。また、この他に、親族相姦の場合、家長の妻女を姦淫した場合、部民の妻女を姦淫した場合、喪にある者及び僧尼を姦淫した場合について、刑罰を加重する規定を置いた。1873年に頒布された改正

<sup>35)</sup> 倉富勇三郎ほか監修、高橋治俊=小谷次郎編『増補 刑法沿革綜覧 日本立法資料全集 2』2331頁（信山社、増補復刻版、1990年）。

律例の 260 条後段は、「強姦スル者ハ懲役十年」<sup>36)</sup>として、刑罰内容を懲役刑に変更したが、規定方式、構造の点では、新律綱領と概ね同様のままであった。

この時期においては、夫婦間レイプに関連する記載は見当たらない。

## 2 旧刑法

1882 年に施行された旧刑法（明治 13 年太政官布告第 36 号）は、ボアソナードが当時のフランス刑法典を基本として草案を作成したものである。旧刑法は、第 3 編第 1 章「身体に対する罪」の第 11 節「猥褻姦淫重婚の罪」の中で、348 条前段において「十二歳以上ノ婦女ヲ強姦シタル者ハ輕懲役ニ處ス」と定めていた。

旧刑法について解説する『刑法述義』からは、フランス刑法の影響を読み取ることができる。同書は、夫婦間の強制わいせつ罪の成否について、フランスの判例を紹介するなどして詳細に論じており、「猥褻ノ所為ハ、男女自然ノ情交ニ反スル所為ナリ、故ニ夫妻ノ間ト雖モ其罪ナキ能ハス」<sup>37)</sup>として、強制わいせつ罪が成立するという当時のフランス刑法の解釈を取り入れている。これに対し、強姦罪に関しては、夫婦間のみならず、既に一度でも性交を承諾した者との間では強姦罪は成立しないと解釈しており、その理由として、「強姦ハ暴行脅迫ヲ以テ婦女ノ身ヲ汚辱スルカ故ニ、之ヲ罪トス、嫁娶ヲ承諾シ私交ヲ承諾シタル以上ハ、其身ヲ汚辱シタリトハイフヘカラス、其身ヲ汚辱スルハ、貞節ヲ傷害スルナリ、其身體ヲ侵犯スルノ謂ニアラス、其害ハ即チ無形ノ害ナリ、身體ヲ侵犯スルノ害ハ、有形ノ害ナリ」<sup>38)</sup>と述べる。すなわち、同書は、強姦を、被害者の身体に対する侵害ではなく、貞節に対する侵害と考えていたのである。

## 3 現刑法

旧刑法は施行後間もない時期から改正の必要が認識され、幾度も帝国議会で審議を繰り返し、1907 年に現刑法（明治 40 年 4 月 24 日法律第 45 号）が制定されるに至った。現刑法は、ドイツ刑法典に倣っており、条文数を大幅に抑え、旧刑法では分離されていた公然わいせつ罪・わいせつ物販売罪と「猥褻姦淫重婚の罪」とを併合し、第 22 章「猥褻、姦淫及び重婚の罪」として規定した。性に関

<sup>36)</sup> 高橋ほか編・前掲注 35) 2390 頁。

<sup>37)</sup> 井上操『刑法〔明治 13 年〕述義第三編（上）日本立法資料全集別巻 128』308 頁（信山社、復刻版、1999 年）。

<sup>38)</sup> 井上・前掲注 37) 311-312 頁。

する犯罪類型を1つの章に一元化したわけである。しかし、構造以外の点では、強姦罪を初めとする性犯罪の条文にドイツ刑法の影響は少ない。刑法177条前段は、「暴行又ハ脅迫ヲ以テ十三歳以上ノ婦女ヲ姦淫シタル者ハ強姦ノ罪ト為シ二年以上ノ有期懲役ニ處ス」としており、当時のドイツ刑法に存在した夫婦間レイプの除外規定を取り入れることはなかった。

制定当初に書かれた『改正刑法正解』によると、強姦罪における「婦女」の解釈について「如何ナル婦女ヲモ包含スヘキカ如シト雖モ有夫ノ婦ハ同衾ノ義務アルヲ以テ本罪ヲ構成セス唯自然ニ反スル行為ヲ強ントスルトキハ猥褻罪ナルコトアルヘキノミ」<sup>39)</sup>としている。これは、旧刑法で採用されていたフランス法の解釈を踏襲するということの意味する。

強姦罪については全面的否定説を採用し、強制わいせつ罪については逸脱的性行為か否かを基準として成否を決するフランス刑法の解釈は、戦前には、大場茂馬の著作を始めとする多くの刑法書で見受けられたようである。しかし、戦後になると、こうした解釈は姿を消し、夫婦間での強制わいせつ罪の成否への言及はなくなり、夫婦間レイプの強姦罪の成否という問題についての学説の展開もほとんど見られなくなる。中山研一は、1987年当時の状況を、夫婦間レイプ問題につき「わが国の今日の学説はほとんど沈黙しており、学説の動向を知ることはきわめて困難」<sup>40)</sup>と表現した。

#### 4 小 括

新律綱領、改正律例、旧刑法に共通するのは、「強姦」の意味内容について定義していないという点である。このような状況は、強姦を定義していなかった当時のフランス刑法典に通じるものがある。新律綱領、改正律例において「和姦」が姦通を意味し、犯罪とされていることも併せて考慮すると、強姦における「姦」という字句には、婚姻外での姦淫という意味が暗黙の内に含まれて解釈されていたのではないかと推測される。また、戦前の学説において支持されていたフランス刑法独自の逸脱的性行為論は、日本では逸脱を問題とする性慣習が歴史的に存在しない上、強制わいせつ罪で処罰された事例が見当たらない

<sup>39)</sup> 磯部四郎『改正刑法正解 日本立法資料全集別巻34』365-366頁（信山社出版、復刻版、1995年）。

<sup>40)</sup> 中山・前掲注25) 109頁。

ことから考えて、結局、机上の理論として輸入しただけであって、日本には定着していなかったと考えられる。

ドイツ刑法に倣いながらも、性犯罪についてはフランス刑法を踏襲した現刑法は、条文上は夫婦間レイプを強姦罪から除外しない規定を設けたにもかかわらず、暗黙の了解として夫婦間レイプを強姦罪から除外し、刑法学説もその理由について多くを語らなかった。その沈黙の中で、無条件否定説が、「通説」であり続けたのである。

こうした経緯から見えてくる日本刑法の本質的な問題は、日本刑法が「妻」という立場の強姦被害者に対して性交渉受忍義務という名の強姦受忍義務を強いるという点で、「妻」という立場に関する固定観念（これも1つのジェンダー・バイアスである）を取り込んでいるにもかかわらず、それが立法上も判例上も明示されていないために、問題意識が生じにくく、暗黙の了解として放置されやすいという点にある。そこで、ジェンダーの観点からの日本刑法の再検討は、問題を議論の俎板の上に載せることから始めなければならない。暗黙の了解の内容を解き明かし、それに合理的な理由があるか否かを、意識的に議論し考察していかなければならないのである。

## V 強盗罪成立否定説批判

### 1 否定説の理論的根拠

無条件否定説及び限定肯定説が、夫婦間レイプについて強姦罪成立を否定的に解する理論的根拠としては、大別すると、①夫婦間には性交渉を求める権利及び性交渉を受忍する義務がある、②婚姻時に妻は性交に包括的に同意している、③プライバシーないし婚姻関係の保護、④虚偽告訴による濫用の危険、⑤強姦罪の法定刑は夫婦間の事例においては重過ぎる、⑥立証が困難である、という主張が挙げられる。以下、それぞれの主張について、批判的に検討していく。

### 2 否定説に対する批判

(1)①性交渉請求権・性交渉受忍義務について

夫婦間には性交渉を求める権利があるという論理は、広島高判昭和62年<sup>41)</sup>も採用しているものである。

確かに、性交渉が婚姻の要素の1つであることから、性交渉請求権自体の存在は否定できないと考えるが、これにより直ちに性交渉受忍義務が肯定されるということは言えないであろう。問題は、夫婦の一方が、性交渉請求権を直接行使できるのかという点である。性交渉請求権は、その性質上、強制執行・自力救済が許されないことは明らかであり、夫婦の同居義務と同様に、離婚原因の有無の認定の際に考慮され得るに過ぎない。

しかも、夫婦間レイプは暴行又は脅迫を伴う点を忘れてはならない。齊藤豊治は、性犯罪の保護法益である性的自由には2つの側面があり、誰と、いつ、どこで、どのような性行為を行うかを決定するという積極的自由の側面と、性的侵害とりわけ性暴力からの自由、解放という消極的自由の側面があると分析している<sup>42)</sup>が、刑法においては後者が特に問題である。暴行又は脅迫を伴う性暴力を請求する権利が認められる余地はない。

#### (2)②妻の包括的同意について

コモン・ロー上の婚姻例外は、妻の包括的同意を根拠としていた。

しかし、婚姻により将来の如何なる性交渉にも応じるという包括的同意があると考えることには無理がある。包括的同意論は、妻が夫の所有物と考えられており、離婚が禁止ないし制限されていた時代の議論である。性的自己決定権は、誰と、いつ、どこで、どのような性交渉をするかということ個別的・具体的に決定する権利として構成されるべきであり、夫婦間レイプの成否に関しては、当該事案発生時ごとの性的自己決定権の侵害の有無が、個別に問題とされるべきである。

#### (3)③プライバシーないし婚姻関係の保護について

プライバシーや婚姻関係の保護の主張は、無条件否定説だけでなく限定肯定説の論者にも見られるものであり、婚姻という私的領域に刑法が過度に介入することを問題視するものである。

まず、プライバシー論に関して検討する。そもそもプライバシーとは個人の

<sup>41)</sup> 前掲注4)。

<sup>42)</sup> 齊藤豊治=青井秀夫編『ジェンダーと法政策研究叢書第5巻 セクシャリティと法』231頁〔齊藤富治〕（東北大学出版社、平成18年）。

私的領域に他者を無断で立ち入らせないという自由権的性質を有するものである。夫婦間レイプの犯罪化に反対する理由として持ち出されるプライバシー論は、実は暗黙の内に「家族内ないし配偶者間のプライバシー」を意味している。家族や配偶者同士を一体的なユニットとして捉えることが無意識的に行われており、そのことに疑問すら持たれていない。こうした DV とプライバシー論との関係について、戒能民江は、「理念的には否定されるべき『暴力』を隠蔽する装置が、近代社会の『公私二分論』であり、その下での『プライバシーとしての家族』の保護であった。」<sup>43)</sup>と的確に分析している。

被害者は、妻という立場であるよりも前に、1個の人格を有する個人である。被害者は自己のプライバシーを放棄してでも告訴する道を選んだのであるから、被害者のプライバシー保護は犯罪成立を否定する理由にならない。また、犯罪行為が私的領域で行われたとしても、犯罪であることに変わりはないから、親族相盗例（刑法 244 条）等の特別な免責規定がない限り、加害者のプライバシーを理由に訴追を阻むことはできないはずである。プライバシーの名の下に性暴力を不可罰とすることは、プライバシー概念の悪質なすり替えであり、許されないと考える。

また、婚姻関係保護論については、妻が夫を告訴するような婚姻関係は既に破綻しているものであるから、保護に値しないといえよう。婚姻関係は夫婦間レイプを始めとする DV によって破綻しているのであって、妻の告訴によって破綻したというわけではない。池本壽美子（家裁判事、当時）は、「およそ暴行脅迫を用いてする性交渉そのものが、両性の合意、同等の権利、協力（憲法 24 条 1 項）すなわち愛情に基づく婚姻生活とは相容れない」<sup>44)</sup>と述べており、賛成である。

#### (4)④虚偽告訴による濫用の危険について

妻が離婚手続を有利に進めるために濫用する可能性などを指摘する見解もある。

しかし、濫用がなされた場合には虚偽告訴罪（刑法 172 条）などで対処することができるし、告訴により妻にはプライバシー放棄という不利益が生じるため、そもそも濫用がなされることが多くなるという主張自体に疑問がある。諸外国

<sup>43)</sup> 戒能民江「家族と暴力」国立婦人教育会館研究紀要集 2 号 4 頁（1998 年）。

<sup>44)</sup> 池本壽美子「刑事事件の裁判例」判タ 1100 号 32 頁（2002 年）。



でも、夫婦間レイプの犯罪化の後に告訴が激増したという報告は存在しない。

(5)⑤強姦罪の法定刑の重さについて

強姦罪の法定刑が、夫婦間の事例には重過ぎる、という見解もあるようである。

だが、処罰に値するか否か、その刑の重さは如何にあるべきかは、個々の事件によって異なるものであり、夫婦間であるからといって一概に軽微な事件であるとは限らない。むしろ、夫婦間レイプの場合には、加害行為が反復継続していることも考えられ、被害がより重大であることもあり得るのではないか。

(6)⑥立証の困難性について

夫婦間レイプの犯罪立証の困難性を挙げる見解もあるようである。

しかし、立証の困難さは、性犯罪事件全般についても言えることであり、夫婦間レイプの強姦罪成立を否定する理由にはならない。

### 3 小 括

上記において検討してきた通り、夫婦間レイプについて強姦罪の成立を否定的に解する無条件否定説と限定肯定説の理論的根拠は、いずれも合理的な理由に欠けるものである。夫婦間レイプは性的自己決定権の侵害であることに変わりはないことから、特に夫婦間であるからといって、通常強姦罪が成立する場合に例外を設けて、犯罪の成立を否定し又は制限するべきであるとは考えられない。

私は、夫婦間レイプについても通常通りに強姦罪の成立を認める無条件肯定説が適切であると解する。

## VI 刑事実務上の問題点とその克服策

さて、これまで、夫婦間レイプに強姦罪が適用されるかという刑法理論上の問題を論じてきたが、刑法理論が変わっても刑事実務が変わらないのであれば、その意義は半減してしまう。刑事実務においても、夫婦間レイプを、非犯罪視ないし軽視する運用を改めるべきであると言えるだろう。本章では、捜査、起訴、公判、刑事処遇という刑事実務の各段階について、現に存在し、又は将来

生じるであろう問題点を指摘した上で、その克服策について検討していく。

## 1 捜査における問題

### (1) 被害の潜在化

#### (i) 問題点

まず、被害の潜在化が問題である。平成20年度の男女共同参画局の「男女間における暴力に関する調査」によると、無理やり性交されたという被害経験がある女性の内、加害者と面識があった場合が8割以上であり、しかも、加害者が「配偶者（事実婚や別居中を含む）・元配偶者（事実婚を解消した者を含む）」という人が35.5%で最も多い。これに対し、平成22年度の犯罪白書によると、強姦検挙事件の内、被害者と加害者との関係が「親族」が4.6%、「面識あり」を加えても全体の約4割である。こうした実態と検挙件数との乖離は、被害者が顔見知りの加害者、特に配偶者を通報することに極めて消極的であり、被害が表に出にくいことを示している。

#### (ii) 克服策

被害が潜在化する主な要因は、社会的・経済的・法的構造から被害者が泣き寝入りを強いられる点にある。

そこで、被害者が孤立化して被害に耐え続けるという事態を回避するため、まずは相談ができる窓口を充実させる必要がある。相談窓口としては、地方公共団体（特にDV防止法上の配偶者暴力相談支援センター等）、弁護士会、警察、NGO団体等が考えられ、相談件数は増加傾向にあるようである。夫婦間レイプの場合には、反復継続した被害のために精神的に多大なダメージを負っていることがあり、配偶者と別れることで経済的基盤を失うこともある。精神的なカウンセリングや経済的な自立支援など、被害者のニーズに応じて、相談機関は他の機関とも連携していく必要があるだろう。また、相談内容によっては、被害者の意向を確認した上で、通報などの措置をとることも視野に入れるべきであると思われる。

### (2) 被害実態に関する認識の不足

#### (i) 問題点

近年、警察では、全国の都道府県警察本部に性犯罪捜査指導官等を設置し、女性捜査員等の配置を推進しており、警察庁には犯罪被害者ホットラインが設

置されるなど、性犯罪の捜査は一定程度、改善が進んでいるようである。

しかし、性犯罪被害者の事案に携わってきた秀嶋ゆかり弁護士は、「性犯罪被害者の受けた恐怖、屈辱感、戦慄…を、警察官や検察官に話しても、残念ながら十分に伝わったとの手ごたえを感じない。性暴力被害の実態が、刑事手続に関わる専門家の間で共有出来ていないように思う。」「『見知った』間柄で性行為を強要された際に被害者が受けるダメージ、混乱、慄き、恐怖感の強さについて、“すんと落ちていない”ように感じる。」<sup>45)</sup>と指摘しており、親密な関係にあった加害者による性犯罪につき、被害実態に関する捜査機関側の認識が不十分である面は否定できない。

実際に、夫婦間レイプが問題となった広島高判昭和62年<sup>46)</sup>の事件においては、悪質な輪姦の事例であるにもかかわらず、夫の監禁を逃れた被害者が駐在所に駆け込んだ際、警察官は、友人はともかく夫の場合は犯罪にならないとして、帰宅するように説得したという<sup>47)</sup>。このような不適切な対応は、夫婦間レイプの被害実態を無視した最たる例である。

#### (ii) 克服策

被害実態に関する認識が不足してしまう原因は何なのか。大きく分けて2つの原因が考えられる。

1つ目の原因としては、あまりに被害者の精神的被害が強烈で長期化するがゆえに、かえって捜査機関側が、特殊な被害者と位置づけてしまうという点が挙げられる。すなわち、被害者が精神的に脆弱なのではないか、精神疾患や被害妄想なのではないかなど、被害者側の問題と把握してしまうということである。この点については、捜査段階でも専門医が関与するなどして、捜査機関側の不適切な誤解を防止することが望まれる。

2つ目の原因として、刑事事件としての立件が難しいという結論ありきの思考が考えられる。要は、時間をかけても成果が上がらないため、早々に捜査を打ち切りにしてしまうということである。しかし、被害者からの通報や告訴があった以上は、捜査機関は真摯に対応することが求められる。被害者が捜査段階で受ける二次被害を防止するために、被害者の弁護士、カウンセラー、NGO団

<sup>45)</sup> 秀嶋ゆかり「刑事実務におけるジェンダー」現代刑事法5巻3号42頁（2003年）。

<sup>46)</sup> 前掲注4）。

<sup>47)</sup> 金城清子「性のモラルと男女平等——夫婦間レイプ裁判の提起したもの」法時59巻8号28頁（1987年）。

体等が、被害者を実効的にサポートできる仕組みを構築することも重要である。

## 2 起訴における問題——不合理な不起訴——

### (i) 問題点

性犯罪事件で被害者による告訴があったとしても、高い有罪率を誇る日本検察は、有罪が確実ではないと不起訴とする傾向がある。日本弁護士連合会は、強姦事例で不起訴となったケースを分析し、①被害者と加害者が顔見知りである場合、②被害者が過去に性体験のある大人の女性である場合、③複数回にわたって繰り返して被害を受けている場合に、不起訴となる傾向があると報告している<sup>48)</sup>。夫婦間レイプは、この3類型のいずれにも該当する可能性が高く、不合理な不起訴がなされる可能性が否定できない。

### (ii) 克服策

不起訴を防ぐために講じられた強硬策として、アメリカ合衆国の幾つかの州で採用された、DV犯罪の起訴強制政策というものが存在する。起訴強制政策とは、検察官の起訴裁量に厳格な制限を加え、起訴を強制するという制度であるが、同時に、被害者がDV犯罪の告発を取りやめることを許さず、被害者が証人になることを強制し、証言拒絶をすると法廷侮辱罪として被害者が収監されることもあるというものである<sup>49)</sup>。この政策は、事案の個別性を無視しており、被害者の刑事訴訟への関与に関する自己決定権を害するおそれもあるので疑問があり、日本で採用することはできないと考える。しかし、一考に価するのは、DV犯罪を私的問題から社会問題へと転換するという視点である。

私は、不合理な不起訴をなくすためには、検察官の意識改革をしていくほかないと考えている。親密な関係での強姦、特に夫婦間レイプを有罪としにくい原因は、立証の困難性にあるが、これは裏返せば検察官による訴追手法が確立していないことを意味しているように思われる。潜在化しやすい性犯罪事件は、検察官が犯罪であると認識し、起訴し、起訴事例が蓄積される中で、試行錯誤を繰り返しながら訴追手法が確立されていくものである。例えば、痴漢犯罪は、近年その犯罪性が社会的に強く認識されるに至り、検挙は大幅に増え、起訴事

<sup>48)</sup> 日本弁護士連合会『国連人権促進保護小委員会のラライナ・ラコトアリソア委員への情報提供文書』11頁(2004年)。

<sup>49)</sup> 小島・前掲注30) 202頁。

例が蓄積され、供述の信用性判断、科学的証拠の活用など、立証の困難性を克服するための訴追手法が試行錯誤されている段階である。有罪が確実でないから起訴しないという対応をする限り、こうした性犯罪はいつまで経っても潜在化したままで放置されてしまう。

そこで、検察官に対して研修等を行い、夫婦間レイプが私的問題ではなく、犯罪という社会問題であることについて理解を深めさせ、証拠確保方法や立証手法について検討することが必要であると考ええる。

### 3 公判における問題

#### (1) 被害者の承諾

##### (i) 問題点

強姦罪は性的自由ないし性的自己決定権を保護法益とする罪であるから、姦淫行為につき被害者が真意に基づく承諾をしている場合は、犯罪が成立しない。夫婦間レイプでは、夫である被告人との従前の継続的な性交渉が存在することで、被害者の承諾を安易に推定されるおそれが高い。特に夫婦間レイプの強姦罪の適用についての限定的肯定説に見られた、婚姻関係の破綻や性交渉拒絶の正当性を要求するという考え方は、刑事実務において、被害者の承諾をめぐって再登場する可能性があるだろう。すなわち、夫婦関係にあることを理由に原則として被害者の承諾を事実上推定し、婚姻関係の破綻、性交渉拒絶の正当性などがある場合に、この推定が覆るという処理がなされることが考えられるのである。

しかし、被告人との性的経歴に関する証拠は、被害者の承諾を認定する一資料となり得るとしても、暴行又は脅迫の後に行われた姦淫に対する承諾を推定することは不適切である。その理由は、強姦罪と同じく被害者の承諾が構成要件該当性阻却事由となる住居侵入罪（刑法 130 条前段）と対比して考えれば明らかである。例えば、被告人が被害者に暴行又は脅迫を加え、被害者が自宅に逃げ込んだところ、被告人が押し入ったという住居侵入事件において、被告人が被害者宅に従前頻繁に出入りしていたことは、ほとんど意味を持たない。なぜなら、暴行・脅迫を伴う立入りは、従前の承諾ある立入りとは異質な、住居権者の意思に反する（又は住居の平穏を害する）立入りであることが通常であり、もはや被害者の承諾を推定することはできないからである。同様に、暴行又は脅

迫を伴う姦淫は、被告人との従前の承諾ある性交渉とは異質であるのが通常であり、承諾の推定はなく、本件において被害者の承諾があったかが個別に検討されなければならないはずである。

(ii) 克服策

そこで、暗黙の了解として夫婦間レイプについて被害者の承諾が推定されるのを避けるために、DV防止法を改正するなどして、注意的に、同意推定の排除を規定することが必要である。例えば、フランスの2006年4月4日法222-22条2項は、カップル間の性犯罪について、「反対の証明がない限り、その性的行為に対する配偶者の同意は推定されない」と明示的に規定しており<sup>50)</sup>、参考になる。

この2006年4月4日法は、DV被害者保護の強化を目的の1つとするもので、夫婦間レイプに留まらず、内縁配偶者やPACS<sup>51)</sup>関係に立つパートナー間の性犯罪(カップル間の性犯罪)をも対象としており、世界水準におけるDV防止法の最先端として位置付けることが可能であると思われる。同法には、カップル間性犯罪の処罰の明文化、同意推定の排除、刑罰の加重など、画期的な内容が盛り込まれている。同法の制定の背景には、夫の暴力による妻の死亡件数が年間163人にも上るなど、DVが社会問題化したという事情があるようである<sup>52)</sup>。

日本でも、平成22年において配偶者間で行われた殺人の検挙件数は184件、配偶者間の傷害や暴行の検挙件数をも併せると、総数は3159件にも及ぶという<sup>53)</sup>。DVは世界共通の社会問題なのであり、日本もまた、DV防止法と刑法の在り方について再考すべき時が来ていると言えよう。私は、刑罰の一律加重には反対であるが(後述(4)参照)、処罰を明文化し、同意推定の排除の規定を置くことは、注意規定とは言え、法曹の意識改革にも資することから、有用であるものと考えられる。特に、夫婦間レイプの取扱いについて法文上沈黙していたフランスや日

<sup>50)</sup> 上野芳久「夫婦間レイプの再検討 フランスの処罰法成立を契機に(1)」関東学院法学会18巻1号13頁(2008年)。

<sup>51)</sup> フランスにおいて1999年の民法改正により認められることになった民事連帯契約のことをいう。同性又は異性の成人2名による共同生活のために締結される契約であり、婚姻よりも規制が緩やかで、相続権などの法的権利を享受することができる。

<sup>52)</sup> 植野妙実子編『ジェンダーの地平』193頁〔上野芳久〕(中央大学出版部, 2007年)。

<sup>53)</sup> 「配偶者からの暴力被害者支援情報」男女共同参画局

<<http://www.gender.go.jp/e-vaw/data/index.html>> (2012年4月3日最終アクセス)の「配偶者からの暴力に関するデータ」参照。

本においては、その取扱いについて明文化すること自体にも重要な意義があると思われる。

## (2) 被害者供述の信用性

### (i) 問題点

強姦罪の成否が争われる事案では、承諾に関する被告人と被害者の供述が対立することが多い。このような場合に強姦と判断するためには、承諾に基づくことを主張する被告人供述を合理的な疑いを入れない程度に排斥できるほど、承諾はなかったとする被害者供述の信用性が高いことが必要であると解されている<sup>54)</sup>。これは“疑わしきは被告人の利益に”の原則に従って当然のことであろう。

しかし、問題は、被害者供述の信用性の認定の在り方である。

被害者供述の信用性否定を詳細に展開し、供述の些細な変遷を誇大視したり、事件当時の被害者の落ち度を挙げ、対応が不合理であるとの経験則を押し付け、あるべき被害者像からの乖離を取り上げたりなどすることは問題である。夫婦間レイプでも、無条件否定説が唱えた妻による濫訴の危険という論理から、被害者の供述の信用性が否定されるおそれがある。

### (ii) 克服策

被害供述の証明力の判断について、石井一正（元札幌高等裁判所長官）は、「被害者にとっても犯罪の被害を訴え、警察、検察庁で供述をし、法廷で被告人の面前で被害状況を述べるのは実は大変な負担を背負うことになるのである。いわゆる性犯罪のような被害者にとっても、できることなら公にしたいくない被害を公の場で供述しなければならない場合はそうである。そのような負担を負ってまで、虚偽の被害供述をする者は通常いないと考えるのが、経験則に合致している。」という基本的視点を提示し、「被害者の被害状況に関する供述の証明力の判断に当たっては、この基本的視点をなおざりにし、たやすくその信用性を否定するのは相当ではない。」としている<sup>55)</sup>。この基本的視点が、すべての裁判官に共有されることが望まれる。

## (3) 暴行・脅迫要件

<sup>54)</sup> 遠藤邦彦「強姦の成否(1) —被害者の承諾の有無」小林充=植村立郎編『刑事事実認定重要判例50選(上)』227頁(立花書房、補訂版、2007年)。

<sup>55)</sup> 石井一正『刑事事実認定入門』81頁(判例タイムズ社、第2版、2011年)。

## (i) 問題点

強姦罪の暴行・脅迫について、判例<sup>56)</sup>は、「被害者の抗拒を著しく困難ならしめる程度のものである必要があるとしている。そして、この程度に達していたかどうかの判断は、暴行・脅迫それ自体の程度だけでなく、被害者の年齢・性別・素行・経歴等、時間・場所の四囲の環境などを総合考慮し<sup>57)</sup>、被害者が現実には反抗の行動に出て制圧されたかどうかではなく、「被害者と同様の状況に置かれた女性であれば社会通念上反抗が著しく困難であると認められるかどうか」<sup>58)</sup>で決せられる。重要なのは、これが客観的判断であることである。

裁判例の中には、被害者の現実の抵抗の有無・程度を重要視し、あたかも抵抗要件があるのと等しい運用をしているものが見受けられ、問題がある。特に、継続的なDVの一環として行われた夫婦間レイプの場合には、DVの構造の中で妻に抵抗を要求するのは酷であることも多いため、上記のような不適切な運用の問題が顕在化するであろう。

## (ii) 克服策

被害者が、恐怖・驚愕・狼狽したり、他の守るべき利益を優先したりして、外見上は反抗を示さない場合もあるのであり、その場合の暴行・脅迫は、四囲の環境から考えて、社会通念上反抗を著しく困難とするものと言えるから、要件に該当するものと解するべきである。裁判官がDVの構造を理解し、「本件DV被害者と同様の状況に置かれた女性」を基準として、暴行・脅迫要件を客観的に判断することが求められる。

## (4) 量 刑

## (i) 問題点

強姦罪の量刑が被害実態に比べて軽いという指摘もある。量刑の軽重は事件ごとに異なるため、一般化して論じるのは妥当ではないと考えるが、被害実態を正確に把握し、量刑の適正化を図ることが必要である。特に、夫婦間レイプは家庭内の事件というだけの理由で、被害を軽視されるおそれがある。

## (ii) 克服策

むしろ家庭内というごく狭い、他者の目が届かない空間において反復継続す

<sup>56)</sup> 最判昭和23年5月10日刑集3巻6号711頁。

<sup>57)</sup> 最決昭和33年6月6日刑集126号171頁。

<sup>58)</sup> 川合昌幸「強姦の成否(2) —反抗抑圧の有無」小林=植村編・前掲注54) 237-238頁。



る性暴力の方が、被害実態としては深刻な場合がある。この点について裁判官が理解した上で量刑を判断することが求められる。そのためには、まず、裁判官に対して家庭内暴力に関する研修等を実施することが必要不可欠である。ジェンダー・バイアスの程度が著しい人ほど、自己のジェンダー・バイアスに気付かず、研修等に参加しようとしないう傾向が生じるおそれがあるので、できる限り参加を任意ではなく義務的なものとした方がよいと思われる。また、検察官と弁護士も、被害実態を正確に把握した上で主張立証をする必要があるから、検察庁や弁護士会を通じた研修等が実施・充実されるべきである。さらに、長期的に見れば、義務教育の段階で家庭内暴力について考える機会を設けることも大事である。

なお、付言しておくが、フランスでは、2006年4月4日法により、カップル間での殺人罪、強姦罪、性的攻撃罪についての刑が加重されることになった<sup>59)</sup>。しかし、被害状況は事案ごとに異なることから、一律に刑罰を加重することには疑問がある。厳罰という威嚇により一般予防を図るという側面はあるが、カップル間以外よりもカップル間での犯罪を厳罰とすることの理論的根拠は、はっきりせず、政策論が先行してしまっているようにも思われる。カップル間では被害が反復継続していることが多いことを考慮したものとも考えられるが、それは起訴されていない仮定の余罪を法定刑に読み込んでいるに等しく、行為責任の観点からも問題があるだろう。よって、刑罰の一律加重の制度を日本で採用することには反対である。

#### 4 刑事処遇における問題——加害者の更生——

##### (i) 問題点

刑事司法の在り方を考察する場合に度外視してはならないのは刑事処遇の問題である。単なる重罰化や社会からの排除では、問題の解決にはならない。加害者である夫は遅かれ早かれ出所して社会の一員として生活するのであり、特別予防の観点から、加害者を更生させることが必要である。そこで、加害者を社会へ再統合（ソーシャル・インクルージョン）するための方法を考えなければならない。

<sup>59)</sup> 植野編・前掲注52) 194-195頁〔上野芳久〕。

(ii) 克服策

性犯罪加害者は、被害を過小視するなどの「認知のゆがみ」を生じやすく、この点は夫婦間レイプの場合の加害者も同様であると思われる。

そこで、加害者に自らの行為を犯罪行為であると真の意味で理解させ、認知のゆがみのパターンを知り、それを修正させることが必要である。日本の刑事施設でも性犯罪者処遇プログラム<sup>60)</sup>が採用されているが、制度の拡充が求められる。特に夫婦の場合、離婚したとしても、子どもがいる場合には養育費請求等をしたり、面接交渉の問題が生じたりなど、将来にも一定の関係性が続くことがあり、加害者である夫が「認知のゆがみ」を修正することは重要な意味を持つ。

## VII おわりに

被害者と加害者の関係が夫婦であるとしても、夫婦間レイプには強姦罪が適用され、刑事処罰の対象となる。このことは判例及び刑法学説上で、次第に受け入れられてきているようであるが、刑事実務において真に根付くまでには、まだまだ問題が山積しているように思われる。

上記VIで検討した刑事司法の各段階に見られる問題点は、性犯罪やDV犯罪に対するジェンダー・バイアスに基づくものであり、これを放置すると、加害者の持つジェンダー・バイアスを司法が再生産し、人権侵害を拡大させる危険がある。このような弊害を除去するため、警察、検察官、弁護士、裁判官などの刑事司法の関係者が、夫婦間レイプの犯罪性及び被害実態を理解する必要があると考える。そのためには、夫婦間レイプを含む性犯罪及びDV犯罪の実態についての教育や研修などが必要不可欠となるほか、DV防止法を改正して、処罰を明文化し、同意推定の排除を規定することなども重要である。

また、夫婦間レイプという問題を解決するためには、処罰という観点だけではなく、多角的な被害者支援や、加害者の更生プログラムの拡充も望まれるところである。

---

<sup>60)</sup> 日本弁護士連合会 刑事拘禁制度改革実現本部編著『刑務所のいま—受刑者の処遇と更生—』(ぎょうせい, 2011年)。

性的自己決定権を真に保護するために、性暴力の許容する暗黙の了解から、刑事法は解放されなければならない。東京高判平成19年<sup>61)</sup>は、「いかなる男女関係においても、性行為を暴行脅迫により強制できるものではなく、そのことは、女性の自己決定権を保護するという観点からも重要である。」と述べており、ジェンダーと刑事法との在り方を考える上で重要な視座であると思われる。

---

<sup>61)</sup> 前掲注6)。

