

人権としての性的自由と強姦罪

——欧米における強姦罪の改正をめぐって——

上 村 貞 美

目 次

- 一 はじめに
- 二 欧米における強姦罪改正の動向
- 三 強姦罪の改正の内容
 - (一) 強姦の定義
 - (二) 強姦罪の主体と客体
 - (三) 夫婦間レイプ
 - (四) 起訴前手続
 - (五) 証拠法
 - (ア) 補強証拠
 - (イ) 過去の性体験に関する証拠
- (六) 傍聴禁止と匿名報道
- 四 おわりに

一 はじめに

まず最初に憲法学専攻の筆者が、刑法の強姦罪に関する論文を発表することについて若干の説明をしなければならぬ。弁明する必要はないが、筆者がとりわけ強姦罪それ自体についてもとり強い学問的関心や好奇心があるわけではない。それにもかかわらず、強姦罪を研究するに至ったのは、次のような動機からである。

筆者はここ数年の間、現代フランスにおける人権保障をめぐる諸問題の研究に従事し、その成果を順次発表してきた。それらの論文の多くは、一七八九年の人権宣言の母国フランスにおける人権保障の現代的状況を認識するために、主として負の部分ないし陰の部分に焦点を合わせて、現代資本主義国家における人権保障の否定的・消極的側面を浮き彫りにすることを企図したものであった。

今回は従来の研究の一環として女性の人権に焦点を移し、その手始めに一九七五年一月十五日の人工妊娠中絶法に関する研究を進めていたところ、女性の権利にかかわる法律改正がここ十余年の間にかかなりの程度なされていることを知るようになった。一九七五年七月十一日の離婚法改正による刑法の姦通罪およびそれに関連する姦通者殺害免除規定の削除、一九七五年七月十一日の刑法の売春犯罪に関する規定の大幅な改正、一九八〇年十二月二三日の強姦罪およびワイセツ罪に関する全面改正、一九八二年八月四日の刑法の同性愛処罰規定の削除等が代表的なものである。⁽¹⁾

同種の問題に関する法律の改正ないし判例の変更は、単にフランスにとどまらず、イギリス、西ドイツ、イタリア、アメリカ合衆国、カナダ等のいわゆる先進国においても行なわれている。またヨーロッパ人権規約や女子差別撤廃条約においてもこれらの問題は直接または間接に規定されている。

筆者はこれらの問題を人権としての「性的自由」ないしは「性的自己決定権」とい概念に包摂しうるのではないかと考えるようになった。数年前に優生保護法の改正が問題となったときに、「生む・生まないは女の自由」というスロガンが叫ばれたが、「避妊の自由」と「妊娠中絶の権利」はまさしく「性的自由」の中核を形成すると思われる。誰と性交するかあるいはしないかは個人が自由に決定しうる事項であり、これもまた「性的自由」のカテゴリーに入るのである。したがって、本人が自由意思によって性交することに対して、国家権力がそれを刑罰によって抑圧することとは基本的には許されないであろう。具体的には姦通と売春が問題になる。姦通が民法上過去においても違法であったし、現在でも違法であることはいままでもない。しかも第二次大戦以前はイギリスやソ連を除いては、犯罪として処罰されてきたが、大戦後は日本、西ドイツ、フランス、イタリアで姦通罪が廃止され、フランスでは同時に姦通者殺害免除規定が削除されたのも、その女性を差別する内容とともに個人の自由の制約になると考えられたからであろう。

性行為の自由の原則から売春の自由、すなわち、対価・報酬を受けとって性交することも自由であるということが引き出されるであろう。したがって、アメリカのように禁止主義(prohibitionisme)を採用して売春行為自体に刑罰を科している国もあるが、廃止主義(abolitionisme)を採るイギリス、フランス、西ドイツ、日本等において、売春行為そのものを罰していないのは性的自由に背馳するという考え方が背景にあるからではなからうか。

同性愛行為については、ヨーロッパでは女を受け身の性(passive sexuality)としてとらえる傾向のために、女と女の同性愛行為は犯罪して処罰されなかったし、社会的にも寛大な扱いをうけたが、男と男との同性愛行為(buggering)は出生率にもかかわるので犯罪として処罰されたし忌み嫌われてきた。しかし同性愛行為も本来本人たちの自由の問題であって、国家が刑罰権を発動しなければならないような性質の問題ではない。⁽²⁾西ドイツでは一九七三年の刑法

改正以前は男子の同性愛行為は年令に関係なく犯罪とされたが、改正によつて十八歳をこえる男子が十八歳未満の男子に対して同性愛行為をしたときにのみ犯罪となった。この結果、未成年者を保護するために未成年者を相手にする同性愛行為のみを禁止する他国並みになった。またヨーロッパ人権委員会とヨーロッパ人権裁判所は、一九八〇年七月十八日に成人の同性愛行為を禁止する北アイルランド刑法を私生活の尊重を保障するヨーロッパ人権規約の八条に違反すると判断した。

「性的自由」としての自己の意思にもとづいて性交する自由をこの上もなく踏みにじるものはなにか。それは強姦である。本稿が性的自由の研究の一環として強姦罪をとりあげる所以はここにある。

思いつくままいくつかの問題を右に指摘したが、このように「性的自由」に関連する法的な諸問題が現に存在することが分かる。

ところでこの「性的自由」という概念についてであるが、この概念はわが国の憲法学上定着した概念とはいえない。「自己決定」という概念は、周知の山田卓生教授の『私事と自己決定』という著書に代表されるようにしばしば用いられるようになってきたし、「性的自己決定権」という概念も一部では用いられている。⁽³⁾「性的自由」という概念は刑法学の中で特に強姦罪に関して用いられている。⁽⁴⁾西ドイツでも一九七三年の刑法改正によつて「性的自己決定権」(die sexuelle Selbstbestimmung)の概念が導入され、また刑法一七七条の強姦罪は「性的自由」(die sexuelle Freiheit)に対する犯罪であると解釈されてきた。英米の文献にも sexual freedom という言葉を散見するが、どのような意味で用いられているのか、どの程度定着した概念であるのかは定かではない。⁽⁵⁾

他方、フランス法においては、最近のある論文が指摘するように、⁽⁶⁾性的自由 (la liberté sexuelle) が表現の自由あるいは集会の自由と同じく公的自由の地位を獲得した、と暗黙のうちに考えられている。この論文の著者によると、

性的自由の法的地位には次のようないくつかの特殊性がある。⁽⁷⁾

まず第一は秘密性(clandestinité)である。すなわち性的自由の行使は秘密になされる。したがって国家の干渉や介入は許されない。

その二はアンビバレントな性格である。性的自由の行使が、ひそかになされたかあるいは公然となされたかによって、同じ行為が自由になったり犯罪になったりする。

第三は性的自由の行使は、参加、すなわち他人の同意を要求するという点において他の個人的な自由と異なる。

このような特徴を有する「性的自由」の概念がすでに確定したものであるか否かについては若干の疑問がある。したがって、筆者が右に述べた諸問題がすべてそれに包摂されるとはいえないかもしれないし、また逆に漏れている問題も多数あるかもしれない。右に述べた諸問題に限定していえば、この性的自由は同性愛は別にして男よりむしろ女の方に強い関連があるといえよう。避妊の自由や妊娠中絶の権利はもとより、売春や強姦も女の方にウェイトが置かれる問題であるし、姦通罪も国によって若干の違いはあるが、規定の差別的 content のために夫よりも妻に対して適用されるケースが多かったら、直接には女の方に関係が深かったといえよう。

筆者は「フランスにおける性的自由」というテーマで、右に述べたような法的諸問題の検討を一応終了した。本稿はその第一弾として強姦罪をとりあげるが、対象をフランスに限定せず、イギリス、西ドイツ、アメリカ、カナダ、オーストラリアまで拡張、最近の強姦罪改正問題について既述の観点から考察を加えるものである。

(1) 本文で指摘した法律以外に女性の権利にかかわる法律が、一九八三年六月三〇日の男女雇用平等法をはじめとして多数存在していることはいうまでもない。林瑞枝「フランス——差別克服の試み——法制化の進展と問題点」法律時報五三巻八号四五—四七頁。

同「フランスの女性法令事情(1)(2)」時の法令一二七九号、一二八二号、樋口恵子編『各国女性事情』所収・田中喜美子「愛のための女性解放——フランス」、柴山恵美子編『世界の女たちはいま』所収・林瑞枝「フランス」等参照。

- (2) Barnett, *Sexual freedom and the Constitution* (1973) は、同性愛行為を抑圧するアメリカ諸州の法律の合憲性について研究した書物である。この本の冒頭に、「多くの人々はこの本の題名に驚くかもしれない。」と書かれてあり、当時の状況を推察させうる。
- (3) 中谷実『アメリカにおける司法積極主義と消極主義』三九五頁以下。
- (4) 内田文昭『刑法各論(第二版)』一五四頁、吉川経夫『刑法各論』七八頁。
- (5) Tony Honoré, *Sex Law*, (1978), p. 174 によれば、「性的自由権とは、自らの選択にしたがって自らの肉体を使用し、かつ同意を得て他人の肉体に触れる権利である」とされるが、それが今日のイギリスのような社会において認められるか否かは問題であると述べている。
- (6) Regourd, *Sexualité et libertés publiques*, *Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse*, 1985, p. 49.
- (7) Regourd, *ibid.*, pp. 51-53.

二 欧米における強姦罪改正の動向

(1) 序

一九八六年十二月一七日、鳥取地方裁判所がわが国の裁判史上はじめて、夫婦間にも刑法一七七条の強姦罪が成立することを認めて大いに耳目をひいた。⁽¹⁾ これまでわが国ではこの種の問題が広く社会的な注目を浴びることはきわめて少なく、また学界においても刑法各論の書物をはじめとしてほとんど触れられていないのが現状である。それに対して、いくつかの欧米諸国においては、単に夫婦間レイプの問題だけでなくより広く強姦罪の規定そのものの改正が

大きな社会的問題となり、ここ十年ほどの間に画期的な改正が企てられてきた。

強姦罪の改正問題が大きくクローズ・アップされてきた理由の第一は、先進国において特に青少年による強姦事件が異常に増加してきたことである。アメリカ合衆国では警察によって認知された強姦事件の数は、一九七〇年には三七八六〇件であつたのが、一九八二年には七七七六三件という膨大な数に達している。⁽²⁾ 渡辺圭著『レイプ・イン・アメリカ——平和な夜を返せ——』（徳間書店）は、六分に一件の割合で強姦事件が頻発しているレイプ先進国アメリカの凄まじいばかりの状況を見事に描写しているが、他の先進諸国においてもアメリカほどではないにしろ強姦事件が多発してきており、それをいかに防止するか、そして被害者をどのように救済するかが大きな社会的関心事になってきている。イギリス（イングランド及びウェールズ）では一九七〇年には八八四件であつたのが、一九七四年には一〇五二件になり、一九八三年には一三三四件に増えている。⁽³⁾ フランスでも告訴件数は一九七三年には一五〇七件、一九七九年には一六九五件、一九八三年には二八〇三件と徐々に増加してきている。⁽⁴⁾ 最も一九八三年度版の司法統計年報（ministère de la justice Statistique annuelle 3 la justice pénale en 1983）によれば、強姦罪で有罪宣告を受けたのは四六六人である。西ドイツでは一九七〇年に有罪判決を受けたのは一一五五人、一九七七年には一一九〇人⁽⁵⁾に⁽⁵⁾ぼる。因みにわが国においては、昭和六一年度版の『犯罪白書』によれば、昭和五六年から六〇年までの五年間の平均検挙人数は二一四七人であり、昭和六一年度の法務省の『第一一二検察統計年報』によれば、同年間の平均起訴人数は九六四人である。

理由の第二は、強姦罪が他の犯罪に比して際立った特徴を有していることである。すなわち、強姦はその多くが女性的人格と尊厳を踏みにじる憎むべき犯罪であるにもかかわらず、犯人が厳正に処罰されることが少ないということである。そのような不条理が罷り通る原因は、まずなによりも被害者である女性が強姦された事実を警察に告訴しな

いで泣き寝入りすることが多いということにある。被害者は警察や検察での事情聴取や公判廷において忌まわしい強姦された状況を再現することや犯人と対面することあるいは被告の弁護士から自己の過去の性体験について執拗に尋問されることに耐えられなかったり、さらには家族を含めて周囲の人々に強姦された事実が暴露するのをおそれ、止むなく告訴を断念するケースが多いからである。とりわけ妻が夫を強姦罪で告訴するようなことは稀有の出来事であらう。強姦事件にまつわるこれらの事情のため、実際に生じた強姦事件の実数を正確に把握することは不可能といつてよい。すくなくとも実数は警察が認知した数の数倍に昇るといわれている。

理由の第三は、公訴が提起された場合の証拠法上の問題に関連がある。被害者が恥かしさに耐え勇気を出して告訴しその後公訴が提起されたとしても、被害者は相変わらず苦境に立たされる。というのは、「強姦を裁く法廷では、被害者は二つの面にわたつて証明しなければならない。つまり被害者は加害者の有罪を証明しなければならないばかりか、自分が純然たる被害者であることを証明しなければならないのである。婦女暴行罪は、加害者の有罪証明が、被害者の潔白性が証明されるか否かによつて左右される犯罪⁽¹⁾」である。別言すれば、被告は強姦ではなく和姦であった、すなわち被害者が同意したと主張する。その際、被害者が貞節であり純潔である場合にのみそのような性交に同意するはずがないと判定される。したがつて被害者が処女であつた場合の有罪率は非常に高くなる。そこで被告人の無罪を獲得するために、弁護士は法廷戦術として被害者の貞節や純潔にかかわる事項について根掘り葉掘り尋問する。例えば、過去に性体験があるとか、何人の男性と性体験があるとか、売春したことがあるとか、被告と過去に性交したことがあるとか、複数の男友達がいるとか、飲酒の習慣があるとか、派手な服装やヘア・スタイルをしていたとか、夜、裸で寝るとか、ヒッチ・ハイクをしたことがあるとか、ピルを服用中だったとか、何故一人で生活しているのか等々、被害者が貞節でないふしだらな女性であるというイメージを陪審員に抱かせるためにあらゆる手を尽

くすわけである。よくいわれることだが、強姦裁判で審理されているのは被告人ではなくむしろ被害者の方である、⁽⁸⁾ というような転倒した状況が生まれるのである。

被害者である女性を保護することよりも無実の男性を有罪にしてはならないという恐れによって支配されてきた裁判所は、被害者の「桃発」や「同意」を理由に被告を免罪したり、有罪であっても強姦の証明がないとして強姦罪ではなく傷害罪や暴行罪のような軽い刑罰を宣告することが多かったのである。⁽⁹⁾ 裁判所が強姦の犯人に寛大なのは、強姦される被害者の方にも責任があるとする世間の風潮を反映しているという側面も否定できない。

理由の第四は、従来までの立法、判例および学説による強姦の定義が狭く、新たに発生してきた性犯罪を抑圧するのに適合しなくなってきたということである。もともとコモン・ローの上では強姦は財産犯であった。男の所有物たる女を強姦するということは、所有者である夫または父の所有物の価値を低下させる行為であったわけである。⁽¹⁰⁾ フランスでも一八三二年の刑法改正で強姦罪が導入されたのは、「家族の名誉の侵害」を保護するためであった。つまり妻が夫以外の子を出産して嫡出の親子関係が崩れるのを防止することが目的であった。つまりフランスでも性交や妊娠が大きな意味をもっていたわけである。しかし現在の社会状況においては伝統的な強姦だけではなく新しい多様な性的暴行が発生してきているので、⁽¹²⁾ 強姦罪を男による女に対する性交に限定しなければならない理由はなくなっている。⁽¹³⁾ 女による男に対する強姦、夫婦間レイプ、さらには男と男、女と女の間の同性間の性的暴行、男から女に対する伝統的な強姦以外の性的暴行等々が増加してきているにもかかわらず、強姦罪の規定が不備のため、これらの行為が犯罪として適正に処罰されてこなかったのである。

以上述べたような状況は、強姦罪の改正が問題になった国によって若干の違いはあるもののほぼ共通しているといえよう。これらの状況を打開するための法改正を求める運動が、女性団体を中心にして精力的に展開され、それが次

節で述べる法改正の内容へと結実していったのであるが、その法改正の内容の検討に入る前に、それぞれの国における法改正に至るプロセスについて簡単に言及しておこう。

(2) フランス

フランスの強姦罪の規定の運用については、かねてより女性団体を中心にして強い不満が潜在していた。それが表面化したのは、一九七二年にパリで「女性に対する犯罪を告発する会議」(Journée de déclaration des crimes contre la femme) が開催され強姦に反対するキャンペーンが行なわれたときであった。⁽¹⁴⁾ 一九七四年八月二二日にはAix-en-Provenceで強姦事件が起きた。この事件の裁判の記録が後述する『訴える女たち——レイプ裁判の記録』と題する書物であるが、この強姦裁判において被害者である二人のベルギー人女性の弁護士として華々しい活躍したのが、Choisir (選択する) という女性団体のリーダーであるジゼール・アリミであった。⁽¹⁵⁾ アリミ弁護士はこの強姦事件を刑法の規定通り重罪として処罰することを求めるために尽力する。その結果、一九七五年十月十六日、軽罪裁判所は管轄権なしの宣言をする。一九七六年二月三日、Aix-en-Provence控訴院は被告三名を重罪裁判所へ移送する決定を下した。そこでアリミ弁護士は被告等の有罪を立証するために奮闘する。

一九七六年六月二五日にはM・L・F (Mouvement de Liberation des Femmes)⁽¹⁶⁾ というフェミニストの団体が討論とデモンストレーションを組織し、Choisir, Ligue du Droits des Femmes とならんで、シモーヌ・ド・ボーボワール、イベット・ルーデイ⁽¹⁷⁾らが参加した。この会議は「強姦に関するフェミニストの宣言」を発表した。それは、「(1) 強姦は寓話ではなく日々の現実である。(2) 強姦は偶然ではない——それは女に対する恒常的な暴力の表現である。(3) 強姦は女に対する重罪として罰せられていない。(4) 強姦は自然の法則ではない、それは家父長制の神話である。(5) 強

姦は女の願望でも快楽でもない。(6)強姦は運命ではない」という内容であった。

一九七八年に入り、社会党、共産党その他のグループから強姦罪の改正案が提出された。元老院においては一九七八年六月二七日から審議が開始されたが、それに先立って司法大臣モニク・ペルティエは、改正法案の達成すべき目標として、*la dissuasion*（¹⁸）思い止まらせること、すなわち犯人の適正な処罰と *protection*（¹⁹）保護、すなわち被害者の援助の二つを指摘した。¹⁸元老院で法案が採択されてから一年十月も放置され、国民議会は一九八〇年四月十一日からや々と審議を開始した。国民議会での審議中の一九八〇年六月二五日には、パリ、リヨン、マルセイユ等の大都市を拠点にして強姦に反対するデモが行なわれた。¹⁹そして結局一九八〇年十二月二三日には刑法の強姦罪とワイセツ罪の規定を全面的に改正する法律が成立したのである。

フランス刑法の強姦罪の全面改正をもたらした動因は何であったのか。それは一つには法規定の不備、他の一つは裁判の実際に対する批判であったといえよう。改正前のフランス刑法三三二条によれば、強姦は重罪（*crime*）で十年以上二十年以下の有期懲役に処せられるべき重罪のほずであった。ところが実際にはフランスの検察官は強姦事件であつても犯人を強姦罪として重罪裁判所に起訴せず、殴打傷害罪ないし強制ワイセツ罪として軽罪裁判所に公訴を提起することが多かった。例えば、一九七五年には一五八九件が強姦罪で告訴されたにもかかわらず、強姦罪で有罪宣告を受けたのはわずかに三二三人だけであつた。しかも三〇〇余りの有罪判決の中で、無期懲役は一つか二つ、五年から十年は一四〇から一五〇人、五年以下は一五〇から一六〇人であつた。²⁰これらの数字はいわゆる軽罪化（*correctionalisation*）が相当に進んでいることを示している。

フランスの検察官や裁判官はなぜこのように強姦犯人に寛大なのであろうか。強姦は女性にも責任があるという考え方が背景にあることは間違いない。それに加えて、強姦犯人の多くは青年であるが、将来のある青年に対して重罰

を科しにくいという社会心理も作用したのであろう。また旧刑法は強姦の定義をしていなかったため、判例と学説によって性的結合と被害者の同意の欠如が要件とされていたが、後述するように実際の裁判では同意の欠如を立証するために激しく抵抗したことや品行方正・貞節を証明しなければならいとされていたという事情も軽罪化の一因であった。

いずれにしろこのような状況は犯人の厳正な処罰および被害者女性の救済という観点から好ましくないので、フェミニストたちによる批判が高まったのは当然といえよう。⁽²¹⁾

(3) イギリス

強姦罪を改正した Sexual Offences (Amendment) Act 1976 を成立させた直接の動因はモーガン (Morgan) 事件判決であった。モーガンというパイロットをしている男が若い同僚三人を自宅へ招待した。そして自分の妻と性交するように勧めた。その際モーガンは同僚たちに妻は抵抗するかもしれないがそれを気にする必要はない、というのは彼女は気まぐれな女でこういうことの方が彼女を興奮させるからと告げた。彼女の訴えにもとづいて刑事事件になったが、陪審において三人の被告はモーガン夫人が性交することに同意していたと主張した。そしてもし同意していなかったとしても、自分たちはモーガンが自分たちに告げたことを根拠にして、彼女がたしかに同意しているものと確信した、と主張した。公判判事は陪審員に対し、もし被告人らがモーガン夫人が同意したということを正直に信じ、かつそのような確信が合理的な根拠に基づいていたならば、被告人は無罪であると指示した。しかし被告人は有罪宣告を受けたので控訴した。しかし控訴院刑事部は控訴を棄却したので、彼らは貴族院に上告した。

上告審は (D.P. P v Morgan (1976)) は被告人の有罪を維持したが、しかし多数意見は、ある男がたとえ自分の確

信のために合理的な根拠をもたなかったとしても、もしその女性が性交に同意していると彼が正直に確信したならば、強姦罪で有罪にすべきでない、と主張した⁽²³⁾。この判決の主旨は一般の人々には不評だった。というのは、相手が同意していると確信すれば強姦罪が成立しなくなる可能性があるわけで、一般の常識とはかけ離れているからである。強姦事件に関連して、“No means Yes.”という⁽²⁴⁾ことが、「すべての女性は強姦されることを望んでいる」という神話にもとづいてよく指摘されるが、これは誤りで“‘No means No.’と解釈するのが一般の常識であろう。

そこで Advisory Group on the Law of Rape 議長をつとめた女性裁判官の名をとって通称 Heilbron 委員会が設立され、強姦罪改正問題に検討を加えて一九七五年十月に報告書を提出した。その主な内容は次の五項目から成り立っている。⁽²⁴⁾ (1)被害者の過去の性体験 (past sexual history) に関する証拠と尋問は認められない、(2)被害者の道徳的品性 (moral character) に関する尋問は認められない、(3)被告の性格は事件と関連性があり、それは裁判官によって決定されるべきである、(4)被害者の氏名の公表は警察に通報した時点から制限されるべきである、(5)陪審員は男女同数であるべきである、と勧告した。(5)と(4)の一部を除いて残余の勧告の内容は改正法律の中に結実した。

(4) アメリカ

アメリカにおいて強姦罪改正の先駆的役割を果たしたのはミシガン州であった。前に引用した渡辺圭『レイプ・イン・アメリカ』に描写されているように、ミシガン州では強姦事件が頻発したので、強姦事件の犯人を厳正に処罰し被害者女性を救済することが大きな社会的問題となった。そこで州内のフェミニストの団体が、“Take back the night!” (平和な夜を返せ!) をスローガンにして強姦に反対する集会やデモを行なった。そして州内のフェミニストの諸団体を結集して The Michigan Women's Task Force on Rape が結成され法改正のイニシャティブを握った。⁽²⁵⁾

わずか五ヶ月で新しい強姦法が一九七四年八月十二日に成立し、翌一九七五年四月から施行されることになった。

ミシガン州の法改正の目標は、まず第一に強姦罪を定義し直すこと、第二に様々なタイプの性犯罪の加害者に法の適用範囲を拡げること、第三に被害者の経験する苦痛を緩和すること、第四に有罪の比率を高めることであつた。⁽²⁶⁾これらの目標を実現するためになされた法改正の内容は、後述するように全面的でかつ詳細きわまるものであつた。

このミシガン州の法改正がもたらした影響はきわめて大きく、これがいわば引き金となつて一九七〇年代にはアメリカのほとんどの州で強姦罪に関する改革立法が制定されたが、その法改正の内容もまた包括的かつ多様であつた。⁽²⁷⁾

(5) その他の国

カナダでも序で述べたように強姦罪の規定が現在の多様化した性犯罪を抑圧するのに適合しなくなったこと、それに加えて証拠法上の様々な制約のため有罪宣告の比率が非常に低いという状況にあつた。そこでミシガン州の法改正を模範にして、強姦罪の規定そのものを多様化した性犯罪に適合するように全面的に改めるとともに、有罪宣告をするために障害となつていた証拠法上のルールを改正した法律が一九八三年一月一日から施行されることになった。⁽²⁸⁾

オーストラリアでもイギリスでモーガン判決が出されたことを契機にして、一九七六年以降、各州で強姦罪改正のための委員会が設置され、その報告書にもとづいて法改正がタスマニア、ヴィクトリア、ウエスト・オーストラリア、サウス・オーストラリア、ニュー・サウス・ウェールズ、クイーンズランドの各州において一九七六年から一九八一年にかけて行なわれた。

イタリアでも一九七〇年代に入り強姦が大きな社会的問題となった。直接の原因はやはり強姦事件が多発するようになったことである。そのために婦人運動が起こり、有名な強姦裁判を傍聴したり、またこれらの裁判が行なわれて

いる周辺で集会やデモを組織するという運動を企てた。また強姦の被害者に助言と援助を与える施設が有志によって作られ、さらには被害者の女性による告訴件数が増えたにもかかわらず、被害者に対する当局の扱いに対する不正義の感情が婦人運動に一層のはずみをつけた。そして政府が提出した微温的な改正法案に反対するキャンペーンをはり、女性の主張を盛り込んだ法案を作成してこれを支持するための署名運動を積極的に展開してきている。⁽²⁹⁾

スウェーデンでも一九八四年六月七日に刑法の改正案が成立し、七月一日から施行されることになった。⁽³⁰⁾

西ドイツでは一九七三年十一月二三日の第四次刑法改正によって、強姦は「性的自由」(die sexuelle Freiheit) に対する犯罪とされ、*Notzucht* から *Vergewaltigung* という用語に変わったが内容上の変化はほとんどない。

- (1) 判例タイムズ六二四号。
- (2) Tomaselli and Porter, Rape, p. 20.
- (3) Tomaselli and Porter, *ibid.*, p. 20, S. Edwards, Female Sexuality and the Law, p. 171.
- (4) ジェラルド・メリメ、磯村・伊藤・福井監訳『フランス人白書』一二九頁。
- (5) Teufert, *Notzucht und sexuelle Nötigung*, S. 249.
- (6) 強姦罪についてよく引用される十七世紀のイギリスの裁判官ヘイル卿の言葉の一つに、「強姦は告訴しやすい犯罪である」というのがあるが、これは事実によって否定されている。Brownmiller, *Against our will*, p. 413. 女性が強姦裁判を闘うためにいかに大きな勇気が必要とするかは、ショワジュール編、中山真彦訳『訴える女たち——レイプ裁判の記録』(講談社)を一読すればよい。この本は一九七四年に実際に起きた事件を扱ったもので、一九七八年五月三日に犯人たちが有罪宣告されるまでの貴重なドキュメントである。
- (7) ジーン・マックウエラー、権寧訳『レイプ《強姦》異常社会の研究』一三八頁。
- (8) Tamaselli and Porter, *ibid.*, p. 19.
- (9) Note, Recent Statutory Developments in the Definition of Forcible Rape, *Virginia Law Review*, 1975, p. 1504.

- (10) これには止むをえない側面もあったといわれている。というのは、アメリカでは強姦は重い犯罪で、無期懲役ないし三〇年、四〇年ないし五〇年の懲役が科せられたからである。
- (11) 金城清子「性のモラルと男女平等」法律時報五九巻八号、Schwendinger, Rape, the Law and Private Property, Crime and Delinquency, 1982, p. 281ff. とりわけ処女が強姦された場合には商品価値の減少は著しかったのである。
- (12) Brownmiller, *ibid.*, pp. 424-425.
- (13) ある著者はいう、「……現代においては、処女喪失の方が強力によるアヌスへの侵入より悪くないように思える。」Scutt, *Reforming in the Law of Rape: the Michigan Example, The Australian Law Journal*, vol. 50, p. 617.
- (14) Stetson, *Women's Right in France*, pp. 166-168.
- (15) Choisir という団体は、子どもを生むあるいは生まないという選択する権利をもつのは女であるという考えにもとづいて、妊娠中絶の自由化を推進した団体である。アリミ弁護士は一九七五年の妊娠中絶の自由化以前に、墮胎罪に問われた女性たちの弁護活動を献身的に行なった。その記録が『妊娠中絶裁判、マリ・クレール事件の記録』（みすず書房）である。このアリミ弁護士の自伝 *La cause des Femmes* が福井美津子訳『女が自由を選ぶとき』（青山館）として出版されている。
- (16) この団体については、naty gareia guadilla, *liberation des femmes. le m.l.f* に詳しい。
- (17) ミッテラン内閣の下で女性の権利者大臣をつとめた人。自伝『フェミニズムの現在』福井美津子訳（朝日新聞社）がある。
- (18) *Journal Officiel de la République Française, Débats parlementaires, Sénat*, 1978・6・27, p. 17888.
- (19) かずみせきこ『フランス離婚事情』一六七頁。
- (20) J.O. *Débats parlementaires, Assemblée Nationale*, 1980.4.11, pp. 330-331.
- (21) フランスの女性月刊誌エフ・マガジヌの一九七八年のある号に、「女性の生活と地位を改善するためにはいま最も緊急なこととはなにか？」というアンケートに対する回答として、第一位が「男女間の賃金格差をなくすこと」、第二位が「婦女暴行罪をもっと厳しく罰すること」となっている。前掲『訴える女たち』の「あとがき」三三三頁。
- (22) モーガン事件については、S. Estrich, *Real Rape*, pp. 92-97. Adler, *Rape on Trial*, pp. 26-27 を参照。
- (23) フィリップ・S・ジェームス、矢頭敏也監訳『イギリス法（上）』二二七頁。
- (24) Edwards, *ibid.*, pp. 160-161.
- (25) Marsh, Geist and Caplan, *Rape and the Limits of Law Reform*, p. 11.

- (26) Marsh, Geist and Caplan, *ibid.*, p. 23.
- (27) Estrich, *ibid.*, p. 81.
- (28) Snider, *Legal Reform and Social Control: the Dangers of Abolishing Rape*, *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 13 No. 4, pp. 338-339.
- (29) Pitch, *Critical Criminology, the Construction of Social Problems and the Questions of Rape*, *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 13 No. 1, pp. 38-41. マリアローザ・ダラ・コスタ『家事労働に賃金を』一一八頁以下。
- (30) 中谷瑾子「スウェーデン性刑法の改正」ジュリスト八七二号四八頁以下参照。

三 強姦罪の改正の内容

(一) 強姦の定義

欧米における強姦罪の改正の内容は多面的・包括的であるので、いくつかの項目に分けて検討を加えることにする。まず第一は従来の強姦の定義に修正が加えられたことである。もともと強姦とは、男が女に対して行なう同意によらない固有の意味の性交、すなわち男性器の女性器への挿入を意味し、それ以外の性的侵害行為である強制ワイセツ罪や同性愛の罪等と截然と区別されてきた。この区別は前述した通り歴史的には意味はあったが、現代ではこの区別を維持する利益なり必要性については疑問がある。いなむしろ現代社会における性的犯罪の多様化に着目すれば、強姦罪の定義について性交に固執しなければならない理由は存在しないといってよい。性交を伴う犯罪、すなわち伝

統的な強姦が、性交は伴わないが個人の人格と尊厳を踏みにじる他の性犯罪よりも重いとは必ずしも断定できない。しかもそれらの性犯罪が日々生起しているのであるから、性的自由の侵害という観点に立つてこれらの他の性犯罪の抑圧のために強姦罪の定義をし直すことが要請されてきたのである。

欧米諸国における強姦罪の再定義の方式には二種類ある。一つはフランス、スウェーデン方式で、他の一つはミシガン、カナダ方式である。

改正前のフランス刑法の三三二条一項の旧規定は、「強姦の重罪を犯した者は、十年以上二十年以下の有期懲役に処する。」と定め、二項では「十五歳未満の子供に対して強姦の重罪を犯した者は、十年以上二十年以下の有期懲役に処する。」と規定し、三三三条は犯人が被害者に対して特殊な地位にある場合の強姦罪について定めていた。しかし強姦とはいかなる行為を意味するのかということについては定義していなかった。そこで判例と学説は、強姦を「女の意思に反するもしくは女の同意にもとづかない肉体的結合である」と定義していた。⁽¹⁾したがって強姦裁判では、被害者の同意の欠如を証明するために、(1)力の不平等、(2)暴力行為の跡が体に残っていること、(3)不断の抵抗、(4)被害者の叫び声、の四つが必要であると、かつては主張されたが、⁽²⁾現在の裁判官はこのようなルールに拘束されていない。⁽³⁾しかしこのルールが放棄された後でも、女の側からの激しい抵抗ならびにあらゆる力に支えられた闘いをしたことを証明することが必要とされた。⁽⁴⁾

改正された三三二条は、強姦を「どのような性質であれ、他人の身体に対して暴行、強制または急襲によって犯されたあらゆる性的侵入行為 (acte de pénétration sexuelle)」と定義した。したがって性交はもとよりのこと、改正前は強姦とみなされなかった女性器への指その他の異物の挿入、口または肛門を用いた性行為も、右の要件を充たすかぎりにおいて強姦として扱われることになった。⁽⁵⁾さらにこの定義によれば、改正前に強姦裁判で立証することが困

難であつた被害者の女性の同意や抵抗も原則的に問題にならない。なぜなら被害者ではなく犯人の行為に着目して強姦を定義しているからである。

改正前は強姦に対する刑罰は十年以上二十年以下の有期懲役として一本化されていたが、改正後は五年以上十年以下の有期懲役の単純強姦と十年以上二十年以下の有期懲役の加重強姦の二段階にした⁽⁶⁾。

加重強姦の場合の加重される事情には、被害者に関するもの、犯人に関するもの、犯罪の実行に関するものの三種がある。被害者に固有な加重事情としては、十五歳以下であること、被害者が妊娠していることないし病氣にかかっていること、身体に障害がある場合である。犯人に固有な事情としては、被害者の尊属もしくは被害者の監督にあたる者の場合である。犯罪の実行に固有な加重事情としては、犯人が複数の場合、武器による脅迫を行なったこと、拷問ないしは残虐行為を行なった場合である。

改正されたスウェーデンの強姦罪の規定も段階構造を成している⁽⁷⁾。まず第一の単純強姦は「暴行若しくは切迫した危険を意味し、又は被脅迫者にとって切迫した危険と思わせる脅迫により、他人に性交またはこれに準ずる性交を強要した者」で、二年以上六年以下の拘禁に処せられる。次の軽微強姦は「暴行又は脅迫の性質やその他の事情により、当該犯罪があまり重大でないと考えられる場合には四年以下の拘禁」に処せられる。加重強姦の場合には、四年以上十年以下の拘禁に処せられる。加重強姦か否かは、「当の暴行が生命に対する危険を含んでいるか否か、若しくは、行為者が重大な傷害又は重大な疾患を与えたか否か、又はその他特別な残忍性が示されたか否か」によって決定される。

西ドイツの刑法一七七条は、強姦を「婦女を暴力により、または身体もしくは生命に対する差し迫った危険をもつてする脅迫により、自己または第三者と婚姻外の性交をすることを強制した者」と定め、単純強姦の場合には二年以上の自由刑、情状が重くない場合には六ヶ月以上五年以下の自由刑、被害者を死亡させた場合には五年以上の自由刑

と定めている。

イギリスの The Sexual Offences (Amendment) Act 1976 による強姦の定義は最も伝統的、保守的である⁽⁸⁾。すなわち「男が性交のときにそれに同意していない女と違法な性交をすること…および女が性交に同意していないことを男が知っているとき、もしくは女が同意しているかどうかについて意に介さないときに、違法な性交をした」場合に強姦罪が成立する。さらにモーガン事件の時に生じたような問題を立法的に解決するために、次のような規定を設けている。「強姦裁判において、陪審が、女が性交に合意していたと男が確信していたかどうかを考慮しなければならないとき、そのような確信のための合理的な根拠の存在もしくは不存在は、陪審が彼がそう確信したか否かを考慮する際に他の関連事項とともに考慮しなければならない事項である。」

他の一つの種類であるミシガン方式による強姦の再定義は、右に述べた方式に比してはるかに抜本的である。

まず第一にこれまで用いられてきた強姦 (rape) という概念に代えて性犯罪行為 (criminal sexual conduct) という概念を新たに採用したことである。古い概念を捨て新しい概念を採用した理由は二つある。まず第一は強姦という言葉が刑事立法の中で場所を占めるべきでない特殊な感情的な連想を抱かせることである。第二は従前の強姦は同意にもとづかない違法な性交のみを意味するものでその範囲が狭く、立法者が罰しようと努めているより広範囲な性的性質の犯罪を定義するのに強姦という概念は不適當であるということである⁽⁹⁾。

そこで改正ミシガン刑法は構成要件の中に次の五つの要素を導入し、そしてそれを組み合わせて性犯罪行為を四段階に分けるという degree structure を採用した。五つの要素とは、(ア)性的侵入 (sexual intercourse)、(イ)性的接触 (sexual contact)、(ウ)重大な傷害を負わすこと (inflictions of serious injury)、(エ)重大な傷害の脅迫 (threat of serious injury)、(オ)被害者の年令である。それに加えてそれぞれの要素を詳しく定義している。すなわち、Sec. 520 a (h) に

よれば、「性的侵入とは、性交、カンニリングス、フェラチオ、肛門性交、もしくは他人の体の生殖器もしくは肛門の穴へのたとえずかであれ人の体の一部もしくははなんらかの物体の侵入である。しかし精液の放出は必要ではない。」また性的接触についても、「性的接触は被害者もしくはは犯人の親密な部分を故意に触れること、もしくは被害者もしくは犯人の親密な部分の一番近い部分を被っている衣服に故意に触れることを含む。ただしその故意の接触が性的な刺激あるいは満足のためであると合理的に解釈されなければならない」と詳細かつ客観的に定義している。⁽¹⁰⁾

その上で第一級 (first degree) の性犯罪行為から第四級 (fourth degree) の性犯罪行為まで詳細に定義し分類している。例えば、第一級の性犯罪行為は性的侵入を伴う行為で、(a) から (g) までの七つの構成要件に細かく規定されている。(a) 被害者が十三歳未満の場合、(c) 性的侵入が他の重罪の実行を含む状況の下で行なわれた場合、(e) 犯人が武器で武装した場合、(g) 犯人が被害者の身体に傷害をひきおこした場合と規定されている。第一級の性犯罪行為の最高刑は終身禁錮である。

第二級の性犯罪行為は性的接触を伴う行為で、これもまた (a) から (g) まで七つの構成要件が定められている。(a) 被害者が十三歳未満の場合、(f) 犯人が被害者に身体の傷害をひきおこし、かつ性的接触を成し遂げるために力もしくは強制を用いた場合等々である。第二級の性犯罪行為に対しては十五年以下の禁錮が科せられる。

第三級の性犯罪行為は性的侵入を伴うので、これも (a) から (c) の三つの構成要件に分けられる。(a) 被害者が十三歳から十六歳未満の場合、(b) 力ないし強制が性的侵入を成し遂げるために用いられた場合である。第三級の性的犯罪行為には十五年以下の禁錮が科せられる。第四級の性犯罪行為は性的接触を伴うもので、(a) と (b) の二つである。(a) は力ないし強制が性的接触を成し遂げるために用いられた場合等で、二年以下の禁錮もしくは五〇〇ドル以下の罰金に処せられる。

以上がミシガン方式の概要であるが、この方式には次のようなメリットがあるとされている⁽¹¹⁾。まずなによりもミシガン方式は強姦に限定せずに幅広く現代的な性犯罪行為を定義し立法化している。このことによってこれまで不統一であった各種の性犯罪に関する規定の重複や省略を廃して性犯罪行為に一本化することができた。そして各種の性犯罪行為の構成要件の要素を客観的な基準を用いて明瞭な言葉で定義しているので、これまで強姦裁判で重要な役割を果たしていた被害者の同意の問題の重要性が著しく低下したのである。つまりミシガン州の規定は、強姦罪が成立するためには被害者が何をしたかという点に焦点を合わせており、従来のように被害者が何をしたかあるいは何をしなかったか、言い換えれば、同意したか否かあるいは抵抗したか否かということとを全く不要にしているのである⁽¹²⁾。実はこのことは画期的なことである。というのは、強姦は女の反応する行為である *by force* 心の主観的な状態である *against her will* が構成要件とされていたが、アメリカでは一九五〇年代から一九六〇年頃までは判例上 *utmost resistance standard* が強姦罪成立の基準として用いられていた⁽¹³⁾。この基準によれば、被害者が犯人に対して力の及ぶ限りの抵抗をしない限り強姦罪が成立しないことになり、いくつかの難点が生じてきた。すなわち被害者が抵抗すればそれだけ一層犯人が激高し被害者に大きな傷害をもたらす危険がある⁽¹⁴⁾。これでは被害者に過度に危険な行為を要求することになる。さらに最大限の抵抗をしたということを立証することは極めて困難で、被害者にとって過重な証拠法上の負担を課すことにもなった。また実際問題として被害者が恐怖におののいて抵抗できないという事態が往々にして存在した。こうした難点を有するため、その後ほとんどの州が *utmost resistance standard* を破棄⁽¹⁵⁾し、それを *reasonable (or good faith) resistance standard* に代えた。このことは、「貞節はなお価値があるが、しかし裁判官たちはもはやそれが生命自身より価値があるとは提案できなかった⁽¹⁶⁾」ということであろう。*force standard* は一九七〇年代および一九八〇年においても、ミシガン方式を採用していないところでは、強姦犯への有罪判決に対する障害物になっていた

るし、また「この force standard の下では裁判所は相変わらず男ではなく女を裁判している」といわれている。

しかしミシガン方式によれば、もはや同意については全く言及されていないし、被害者の犯人に対する抵抗についてもする必要はないと定められている。強姦犯の有罪を認定する上でこの規定の有する意義は大きい。

カナダも右に述べたミシガン方式に類似した方式を採用している。改正カナダ刑法も強姦 (rape) という用語を廃止して性暴行 (sexual assault) という概念に一本化した。そして性暴行罪を三段階に分けた。第一は単純性暴行で最大十年の禁錮に処せられる。第二は武器を使用するもしくは肉体の傷害をとまうあるいは第三者への脅迫を含む性暴行で最大十四年の禁錮に処せられる。第三は加重性暴行罪で、傷害、身体障害さらには生命を危険にさらすことを含む性暴行で、最大刑は死刑である⁽¹⁸⁾。

このカナダ方式の最大のメリットは、これまでの強姦裁判においては性交を証明する必要があるため有罪判決の比率が低かったが、今後は性交を証明する必要はなく、単に性的性質を帯びた攻撃の暴力性を証明すればよいようになったことである。

右にのべたミシガン方式やカナダ方式のような段階構造の構成要件を定める方式の方が有罪率が高くなるといわれている。というのは、すべての強姦罪に対して「単一の重罪を科するシステムは犯人が陪審で無罪放免される可能性が高い⁽¹⁹⁾」からである。そのためであろうか、少なくともアメリカ合衆国の二五州がミシガン州方式のような段階方式を導入したのである。

(1) Vitu, *Traité de Droit Criminel, Droit pénal spécial*, tome II, p. 1502 は「この定義こそ「女に対して（結婚——家族——生殖）という三部作の構成要素であるという機能以外に、社会におけるいかなる機能も認めない一定の哲学の反映である。」と批判して

いる。

- (2) Muyard de Vouglans という人が判例を要約して、この四つの要素を抽出したものである。
- (3) Garçon, Code pénal annoté, tome II, p. 195.
- (4) Mayer, Le nouvel éclairage donné au viol par la réforme du 23 décembre 1980, Recueil Dalloz, chronique, p. 283.
- (5) 被害者の口の中にペニスを挿入し強姦罪に問われた事件がある。Recueil Dalloz, 1984, inf. rap p. 229, 1984.2.22 判決。
- (6) 原案では単純強姦も十年以上二十年以下の有期懲役であったが、共産党と社会党から五年以上十年以下の有期懲役にすべしという修正案が提出されそれが認められた。原案に反対した理由は、共産党によれば、この種の犯罪は相対的に青年によって行なわれることが多いが、彼らの社会復帰を考えれば十年は長いことである。社会党によれば、強姦事件では被害者が犯人を知っているケースが多く、余り刑が重いと被害者が告訴しないことになってしまう、というところである。J.O. Débats parlementaires, Sénat, 1980.5.22, p. 2094.
- (7) 前掲中谷論文五三—五四頁。
- (8) Halsbury's Statutes of England and Wales, 4ed, Volume 12, p. 733.
- (9) Scutt, *ibid.*, p. 616.
- (10) Marsh, Geist and Caplan, *ibid.*, 巻末の Appendix B による。
- (11) Marsh, Geist and Caplan, pp. 20-21 and pp. 50-51.
- (12) Estrich, *ibid.*, pp. 85-86.
- (13) 以下 Estrich, *ibid.*, p. 37, Note, Virginia Law Review, 1975, pp. 1506-1508 に拠る。
- (14) アメリカでは一年に四〇〇人の強姦殺人がある。Brownwiler, *ibid.*, p. 347.
- (15) Berger, Man's Trial, Woman's Tribulation, Rape Cases in the Courtroom, Columbia Law Review, vol. 77, p. 11.
- (16) Estrich, *ibid.*, p. 37, 貞節な女は強姦されたら抵抗するはずだ、という神話は、貞節な女は強姦されないはずだという神話と矛盾する。
- (17) Estrich, *ibid.*, p. 71.
- (18) Hinch, Canada's sexual assault laws: A step forward for women, Contemporary crisis, vol. 19, No. 1, p. 33, Snider, *ibid.*, pp. 340-341.

(61) Note, Virginia Law Review, 1975, *ibid.*, p.1529.

(二) 強姦罪の主体と客体

強姦罪の主体（犯人）は男で客体（被害者）は女であるというのが、最近までの疑わざる前提であった。イギリスの一九七六年法はこの伝統に忠実であり、強姦を *he (a man) has unlawful sexual intercourse with a woman* と定めている。しかし男であつても十四歳未満の少年はコモン・ロー上射精能力がないとみなされているため、強姦罪については免責される。⁽¹⁾ 実はこの奇妙な規定の淵源はローマ法にある。ローマ法では「十四歳は思春期と成年の年令であつた。そしてその年令以下の少年が事実上思春期に達したか否かを尋ねることは無作法だと考えられてきた。成年と結婚適令は引き上げられたのに、そのルールのための理由はずっと以前からなくなっていた。しかしそれはイギリス刑法の中でぐずぐずしていた」という特異な歴史的遺物たる規定である。⁽²⁾ いずれにしろ十四歳未満の少年が免責されなければならない正当な根拠はない。にもかかわらず反駁できない推定を受ける。⁽³⁾ 一九八四年の刑法改正委員会はさすがにこの規定の廃止を勧告した。

西ドイツ刑法も「婦女（eine Frau）を暴力により……婚姻外の性交を強制した者（Wer）」と定めているので、被害者は必ず女である。⁽⁴⁾ 但し加害者は男でも女でもありうる。

フランスでは法改正以前は、強姦罪の犯人は男、被害者は女に限定されており、男から男、女から女に対する一定の性行為、男から女に対する不自然な行為、例えば女性の膣に指、棒その他の異物を挿入する行為は強姦罪ではなく強制ワイセツ罪であつた。⁽⁵⁾ 法改正の結果、ソドミーのような男から男、女から女に対する一定の性行為（*viol homosex-*

ne) Ⅱ 同性愛強姦)も強姦になった。ただし女から男に対する強姦が認められるか否かについては異論がある。刑法三三二条の構成要件が、被害者を「他人 (la personne d'autrui)」と女性名詞を用いて表現していることから、女から男に対する強姦は認められないと主張する人がいる。⁽⁷⁾

強姦罪改正の先鞭をつけたミシガン州法は、犯人と被害者についても性中立(gender-neutral)の規定を設けている。

「犯人 (Actor) は性犯罪行為によって告訴された人を意味する」と定義し、「被害者 (victims) は性犯罪行為に屈服させられたと申立てた人を意味する」と定めている。したがって、男から男、女から女、女から男に対する性犯罪行為も処罰される。犯人が女で被害者が男であるという象徴的な変化が生じたのである。⁽⁸⁾ アメリカでは一九八〇年までに三五州がミシガン州のように両性に平等に適用される法改正を行なった。⁽⁹⁾ 一九八〇年には三人の女が十五歳の少年二人を強姦したために逮捕されるという事件があったし、一九八一年にはテネシー州で女の先生が男子中学生を強姦するというショッキングな事件が起きたが、犯人の女が起訴されたのは、この法改正の結果である。⁽¹¹⁾ しかしこれらは全くの例外的現象であり、ある学者が強調するように、「強姦はそれがなんとよばれようとも性的に中立な犯罪ではない。経験的には強姦は男によって行なわれるのである」⁽¹²⁾。

ミシガンにならってカナダでも同じく性中立の規定に改められ、女が男に性暴行を加えることも、女が女に、男が男に性暴行を加える homosexual rape も同じく性暴行罪の対象になる。⁽¹³⁾

(1) G. Williams, Textbook of Criminal Law, 2ed, p. 237. ウィリアムズはこの規定は馬鹿げており、勃起能力さえあればよいと批判している。

(2) Honoré, Sex Law, p. 60. 十四歳未満の少年については性犯罪において要件とされる意思形成能力を欠いている、と主張する学説

もある。S・W・スチュアート、大谷・熊谷訳『現代イギリス刑法』九四頁。

- (3) Adler, *ibid.*, p. 46.
- (4) 西ドイツの刑法の代表的なコンメンタールである *Strafgesetzbuch, Leibziger Kommentar*, 37. Lieferung, S. 64 によれば、強姦罪の保護法益は女性の性的自己決定権であるとされており、伝統的な考え方が墨守されている。
- (5) Garçon, *ibid.*, p. 194. Boulloc, *viol, Répertoire de droit criminel et de procédure pénale*.
- (6) 男性間の性的に乱暴な行為が強姦罪として起訴された。J.C.P. 1984 IV, p. 164.
- (7) Vouin et Rasset, *Droit pénal spécial*, 5^{éd.}, p. 425. 同く否定的意見として Dekeuwer-Defosse, *Droits des femmes*, p. 447. 賛成意見もある。例えば、Mayer, *ibid.*, p. 283. 彼は *viol homosexuel, femme violente* (強姦する女) という新しい言葉を用いている。
- (8) Estrich, *ibid.*, p. 81.
- (9) Mirable, *Rape laws, equal protection, and privacy right*, *Tulane Law Review*, 1980, p. 459.
- (10) 石渡利康『性権と人間存在』六六頁。
- (11) 金城清子『法女性学のすすめ』二〇二頁。
- (12) Estrich, *ibid.*, p. 82.
- (13) Hinch, *ibid.*, p. 35.

(三) 夫婦間レイプ

最近の法改正によっていくつかの国において夫婦間にも強姦罪の成立が認められるようになった。

フランスでは一九八〇年の法改正までは原則として夫婦間レイプの成立は認められなかった。その理由の第一は、前述したように一八三二年に強姦罪の規定が導入されたのは、妻が夫以外の子を生むのを防止し実族の名誉を保護す

ることが目的であつたから、夫婦間レイプの成立する余地はなかつた。第二に妻は夫の性交の要求に応じる婚姻上の義務があるから、妻が夫の要求を拒否することは正当化されなかつた。もちろん場合によっては、強制ワイセツ罪や殴打傷害罪で起訴することは可能であつた。

しかしこのような夫にとって好都合な夫本位の考え方には女の立場から批判がなされてきた。すなわち、妻に婚姻上の義務があるということは、義務を果たすことを要求する権利を力づくで妻に強制できるということを意味しない。妻が婚姻上の義務を果たさなかつたならば、力づくの自力救済ではなく、制裁とくに司法上の制裁、場合によっては離婚の宣告によつて、それを行なうことができるのである、と。⁽¹⁾

フランスのような男性優位の国で夫婦間レイプが裁判で問題になるようなことは皆無に等しいが、例外中の例外として夫婦間レイプを認めた唯一の判例がある。それは今回の鳥取の事件と似たような事件で、一九七八年十一月三十日に起きた。夫が友人の協力を得てカミソリで傷つけた妻を寂しい場所へ連れて行き、友人が妻を地面に押さえつけている間に強姦した事件において、グルノーブル裁判所は一九八〇年六月四日に夫に強姦罪で懲役八年の刑を宣告した。⁽²⁾

改正された刑法三三二条の規定の文言から、果たして夫婦間レイプの成立が認められるのか否かを判定することは難しい。国民議会と元老院における改正案の審議の際に、夫婦間レイプについては主要な問題ではなかつたのでほとんど触れられなかつたが、若干の質疑応答がなされた。夫婦間レイプは認められるのかという質問に対して、委員会の報告者は否定的に答えた。しかし司法大臣は何故夫婦間レイプが維持されないのか、分からないと答弁した。それに対して別の議員からも認められないとする意見が出されたが、⁽³⁾立法府として最終的に確定した解釈を示したわけではなかつた。

夫婦間レイプは事の性質上裁判所に持ち込まれることはまれだが、法改正以後には一件だけある。裁判所の命令によって認められて別居していたところ、夫が妻の住居に出向いてナイフで脅して強姦したケースにおいて、オルレアン控訴院は殴打傷害罪として有罪宣告をしたが、破毀院刑事部は、一九八四年七月十四日、夫婦間の性的自由の原則という前提に立って、夫の強姦罪の成立を認めた⁽⁴⁾。

夫婦間に強姦罪が成立するか否かについては学説も分かれている⁽⁵⁾。

次にイギリス法の検討に移る。初期のイギリスでは強姦は他の男の財産を汚すことであったから、自分の妻に対する強姦罪の成立する余地はなかった⁽⁶⁾。その後コモン・ロー上、妻に対する強姦罪について夫は免責を与えられることになったが、それに理論的根拠を与えたのは、十七世紀の裁判官ヘイル卿である。彼はある著書の中でよく引用される次の言葉を述べている。「夫はその妻に対して犯した強姦によって有罪とされえない。なぜなら婚姻の合意と契約によつて妻はこの性質上自己を夫に委ねたのであつて、妻はこれを撤回することができないからである」と。ヘイルはその典拠として具体的な判例を引用していないこともあつて、このヘイルの見解がコモン・ローの正しい解釈であるか否かについては疑問が提示されている。ヘイルの主張は、離婚が認められていなかった十七世紀のイギリスの慣習であると彼が考えたものにすぎないという意見もある。またこのヘイル卿は極端な女嫌い（misogynist）で、十七世紀における最も著名は魔女裁判を主宰し、二人の女性に死刑を宣告したことがある⁽⁷⁾。

いずれにしろ、このヘイル理論はその後長く裁判所によって維持されてきたが、女性の法的地位の向上、性のモラルの変化、離婚立法の変遷等の社会情勢の変化にもなつて、判例の上でもヘイル理論の影響は徐々にうすれていった。その軌跡をよく引用される判例を参照しながら跡づけることにしよう⁽⁸⁾。

(1) R V Clarence (1888)

この事件は夫婦間レイプが控訴裁判所で最初に争われたことで有名であるが、Clarence は淋病にかかっていたことを知りながらそれを隠して妻と性交した。第一審は傷害罪で彼を有罪としたが、控訴審はヘイル理論に依拠して九対四で有罪判決を破棄した。

(2) R V Jackson (1891)

夫が婚姻上の権利を強制的に行使したために暴行罪で有罪になった。しかし当時名裁判官として知られていた Halsbury は婚姻法上の権利を行使したために有罪にはならないと主張した。

(3) R V Clarke (1949)

二十世紀になると判例にも若干の変化が生じ、ヘイル理論に対する例外が生まれはじめた。すなわち、裁判所は、夫が妻と非同意の性交をしたときに法的に結婚しているとみなされるかどうか、あるいは夫の行為がヘイル理論によって保護すべき範囲内にあるか否かを強姦罪成立の基準にした。

本件において Byrne 判事は、裁判所の別居命令が出ているときには、その命令が妻の性交への同意を自動的に取消すので、強姦罪が成立すると判示した。

(4) R V Miller (1954)

この事件において夫婦は事実上の別居をし、妻の方は離婚手続を開始していたが、しかしこのことは夫婦の暗黙の性交への同意を撤回するほど十分ではないとして強姦罪の成立を否定した。しかし権利行使のために力や暴力を用いる資格は与えられていないとして暴行罪で有罪とした。

(5) R V Reid (1972)

この事件において夫は妻を誘拐して有罪宣告を受けた。彼は夫はこのような犯罪で罪責を問われることはないとして控訴した。控訴裁判所の Cairns 判事は、Clarence 判決以来、異議を唱えられてこなかったヘイル理論に強い疑問を表明した。彼は主張した、「刑罰を受けないで、夫がなんらかの種類の敵対的な力で妻を扱うことができるという観念は時代遅れである」と。

(6) R V O'Brien (1974)

この事件は離婚仮判決 (decree nisi) が出された後に夫が妻を強姦した事件である。裁判所は、離婚仮判決は実際上婚姻を終了させるので、妻の性交への暗黙の同意は撤回されたとして強姦罪を宣告した。

(7) R V Steele (1977)

夫が妻を苦しめないという裁判所に対する約束は差止命令に等しいので、妻の性交への同意を取消すという効果をもっていると判断して夫を強姦罪で有罪とした。

以上の判例の流れから帰結されることは、いまなおヘイル理論が指導的な原則になっており、ただ例外的に裁判所の離婚仮判決や別居命令が出された場合ないしは合意による別居の場合にのみ強姦罪が成立し、事実上別居しているとか、裁判所に離婚の申し立てをしているだけでは不十分で強姦罪は成立しないということである。

このような判例の傾向に対しては、裁判所の別居命令が出されているか、同意によって別居しているか否かにかかわらず、事実上結婚が破綻しているならば強姦罪の成立を認めるべきであるとする批判がある。⁽⁹⁾ さらに基礎になっているヘイル理論そのものに対しても学説によって強い批判が加えられている。ヘイルの理論を日本風に表現すれば、「夫は妻に対し性交を要求する権利⁽¹⁰⁾」があり、妻にはそれに応じる義務があるということであるが、そのことはいつい

かなる場所でも夫の要求に応ずる義務があるということを意味しない⁽¹¹⁾。また妻は「夫による過度のないしは不合理な要求に服従する義務はない。そして妻が許すことを望まない婚姻上の義務に夫が違反したという理由、ないしは夫が性病にかかっているという理由で性交を拒否しうる⁽¹²⁾」。また「性交要求権⁽¹³⁾」は夫にだけあるのではなく、妻にもある。したがって「相互に夫婦は相手の要求に応じた性交をする義務がある⁽¹³⁾」。

イギリスでも一九七〇年に Equal Pay Act、一九七五年には Sex Discrimination Act が制定され男女平等が実現途上にある今日において、「夫の力による性交の要求に対して妻の保護を拒否することは、もはや法的な根拠にもとづいて正当化されない⁽¹⁴⁾」、夫の性交要求権なるものは、「平等と人間の尊厳の觀念の偽りを実証する⁽¹⁵⁾」とまで批判されている。

妊娠中絶の場合に夫に中絶を妨げる権利が認められていないのは、妻が夫とは別の独立の人格の所有者として、性的な完全性と自律性を有することの証左である⁽¹⁶⁾ので、それを保護するように強姦罪の規定を改正すべきであろう。なお一九七六年法の改正のとき、「妻は夫の性交要求に対し同意したものとみなされない⁽¹⁷⁾」という修正案が労働党議員から提出され、委員会では七対四で可決されたが、後になって削除されたという経緯がある⁽¹⁷⁾。

夫婦間レイプについて法改正が盛んに行なわれ、バラエティに富んだ規定を有するのはアメリカである。

アメリカにおいて最初に強姦罪について夫の免責を認めたのは一八五七年のマサチューセッツ州の Fogerty 事件であった。夫の免責を認めた根拠は二つある。一つはヘイル理論が受け入れられたこと、二つは夫と妻は一体であるとする unity theory である。ブラックストーンのコンメンタールにおいては、妻を夫の家財とみなし強姦罪を財産犯とみなしており、この考え方がそのまま継受されたのであろう⁽¹⁸⁾。

その後一九七〇年代まで夫の免責は維持された。すなわち州によって若干の差異はあるが、法律は強姦罪を the

woman not his wife とか Husband cannot be charged with rape of his wife と規定していたからである。しかしミシガン州における法改正を契機にして多数の州で夫婦間レイプに関する規定が改正された。その結果、現在では夫婦間レイプに関する規定は多様でかつ複雑になっている。それを類型化すると次のようになる。⁽¹⁹⁾

① 一九八五年現在、強姦罪を右に述べたように定めて完全に夫の免責を認めているのは九州である。⁽²⁰⁾ この場合には、たとえ裁判所の命令で別居中であつても強姦罪は成立しない。

② 右の九州とは全く対照的に夫の免責を完全に廃止しているのは十州である。⁽²¹⁾ これが最新の傾向である。

③ 右の両極端の規定の中間に、様々な規定が存在している。そのまず第一が「部分的免責」(partial exemption) である。これは夫婦の間に一定の事件ないし状況があるとき、具体的には例えば裁判所に離婚を申し立てている、あるいは別居中である等々の場合にのみ免責を認める規定である。数の上からはこれが一番多い。

④ 同居者の免責 (Cohabitant Exemption) 法的に婚姻していなくとも同居中の人に対して夫と同じく免責を認めている規定である。

⑤ 社会的友人の免責 (Voluntary Social Companion Exemption) 同居者、友人、デートの相手等が免責される。免責の条件として過去に当事者間に性交の経験があることを要求する立法が多い。

④と⑤は夫の免責を夫以外の人にもまで拡大したものでアメリカの州の四分の一を占めている。この拡大については強く非難されている。すなわち、夫に免責を認めるのは夫婦間の調和的かつ親密な性質を保護することを主たる目的とするが、この理由は夫以外の人を免責するのには説得力がない。この夫婦間を越えての免責の拡大は女性に対する差別的立法である。「この拡大は、男との関係に入った女は、性交に暗黙の同意を与えている。そして一度性交に同意した人は永久にその同意に拘束されるというヘイル理論の現代的な解釈の反映」⁽²²⁾ に他ならない。

⑥規定のない州(Silent state) 夫の免責についての規定がない州で、判例によって夫が免責されない州へ移行したところもある。

⑦ Rape Degrees 前述のように強姦罪に段階を設けている州が多いが、ある段階の強姦罪については夫は免責されるという規定である。

以上のように部分的免責も含めて夫の免責を認める州法は相当数あるが、何故夫に免責が認められるのであろうか。十七世紀のヘイル理論が三〇〇年以上経過した現在のアメリカでそのまま通用するはずはなく、別の様々な理由が指摘されている。⁽²³⁾ (ア)婚姻による同意、(イ)夫婦間への刑法の不介入、(ウ)立証の困難さ、(エ)妻によるデッチあげの危険の防止、(オ)夫婦の和解の妨げ、(カ)暴行罪による処罰また離婚による代替的救済が主な理由であるが、それに対して次のような強力な反論がなされている。⁽²⁴⁾

まず第一に夫の免責の根拠になっているのは、結婚した女性の地位は夫と一心同体、夫の所有物であるという考え方であるが、これは現代においてはもはや通用しない。強姦罪の目的も男の保護から女の肉体的安全および性交の相手の選択の自由へと変わってきている。第二に妻が婚姻によって同意しているという根拠については、過度の性交から生じる侮辱ないしは残酷さを理由にして裁判上離婚が認められたことがあること、第三に結婚することによって妻が性交に同意しているとしても、妻が力づくで性交されることまたは傷を負わされてまで性交することに合意したと考えるのは不合理である。また同意は個別的に夫婦が与えあうべきものである。「というのは、もし妻が夫の平等なパートナーであるべきならば、性交は肉体上の傷害と経済上の制裁の脅威によって強制しうる妻の「義務」とみなされるべきでな⁽²⁵⁾」いからである。

立証の困難さ、とりわけ同意の証明の困難さについては夫婦間レイプだけの問題ではない。知人の間の強姦もまた

しかりである。妻によるデッチあげの危険の防止という根拠については、嘘の告訴は独身の女より妻の方が多いという経験的なデータは存在しない。また強姦の告訴は犯人より被害者の方が恥しいという事実を無視している。夫婦の和解の妨げになるという理由については、妻が夫を強姦罪で告訴しなければならぬような状況では夫婦の和解などありえない。とくに告訴がなされるのは別居しているときや夫婦の不和が長く続いているときになされるので、この理由は全く説得力に欠ける。別の論者は夫婦間レイプは妻のプライバシー権を侵害し憲法違反であると主張する。すなわち夫婦間レイプは、「妻の生殖の自由を否定して彼女の意思に反して妊娠させることを可能に」し、かつ結婚した女性の自律性を喪失させる、と。

アメリカでは一九八二年までに四七人の夫が強姦罪で妻から告訴された。そのうち二三人が裁判になり一九人が有罪宣告を受けた。告訴された件数のうち四九パーセントが裁判になり、四〇パーセントが有罪になった。この数字は夫婦間レイプが他の強姦事件より有罪率が高いことを示している。⁽²⁷⁾

個々の判例については石川稔教授の論文⁽²⁸⁾に譲りここでは省略する。

いずれにせよ、夫婦間レイプをめぐる問題ほど男と女の解釈の違いが生じる法的問題は少ないのではないか。男は夫婦間レイプを今晩性交するかどうかという寝室での内輪喧嘩だと解釈するのに対し、女は他の強姦に匹敵するほどの野蛮、恐怖、暴力かつ恥辱だと解釈するといわれている。⁽²⁹⁾

次に西ドイツについて述べる。西ドイツではすでに引用したように刑法一七七条が強姦を「婚・姻・外・の・性・交」(außerehelichen Beisclaf)と規定しているので、夫婦間レイプは成立しない。西ドイツでもフェミニスト団体をはじめとして夫婦間レイプが処罰されないことに対する批判は存在する。刑法学者ではHanackが、夫婦間レイプの成立を認めないのは現代の女性の地位と両立しないとして、早くからその導入を主張していた。しかし一九七三年の第四次刑法

改正の政府原案の中ではこの問題は扱われなかった。ただ委員会の審議過程において *außerhehlichen* という用語を削除する提案がなされ、賛成四、反対五、棄権一で否決された。⁽³⁰⁾

西ドイツにも夫婦間レイプの導入については根強い反対がある。その主たる理由は、アメリカの場合と同じく、夫婦という親密な領域へ国家が刑罰権をもって介入することは、かえって夫婦と家族を危険にさらすということである。また一般の強姦罪よりも有罪率が低いと推測されるから刑罰化の効果がない。現存するサンクションで十分である等々の主張がなされている。それに対しては導入の賛成論者から種々の反論が加えられている。右の反対理由は事実上別居している夫婦には説得力がない。夫婦間レイプはボン基本法第一条の「人間の尊厳」に反する。婚約者、妾、売春婦は刑法一七七条の保護を受けるのに、妻が保護されないのは不公平である。とりわけ同棲が増えて事実上の夫婦が増えているだけに、不公平感が一層強く感じられる。夫婦間レイプは多数の西ドイツ市民によって犯罪として受けとめられている。夫婦間レイプの犯罪化は世界的傾向である等々がその内容である。⁽³¹⁾

その他の国の中で特筆すべきはスウェーデンであろう。スウェーデンでは資本主義国家としては最初に一九六五年に妻に対する強姦が犯罪になった。もともと強姦罪ではなくそれより軽い性的暴行罪ではあったが。

ベルギーでは、ある著書によれば、夫婦間レイプは日常茶飯事 ⁽³²⁾ (a everyday thing) だそうであるが、裁判で有罪になったのは一件だけである。ノルウェーやデンマークでは強姦の客体を *any woman* としており、夫婦間レイプは成立する。ノルウェーでは一九七四年に最初の有罪判決があった。⁽³³⁾

オーストラリアでは一九七〇年代に入つて夫による「家庭内暴力」が大きな社会的問題となり、弁護士、フェミニスト団体、州知事の女性問題諮問委員会等が、十七世紀以来の遺物となっていた強姦罪の改正問題に取り組んだ。その成果が結実して、一九七六年にはサウス・オーストラリア州で夫の免責規定が削除されたのをはじめとして、一九

八一年にはニュー・サウス・ウェールズ、一九八六年にはビクトリア、タスマニア、ウェスト・オーストラリアでも順次夫の免責規定が削除されてきている⁽³⁴⁾。

カナダでも一九八三年の刑法改正によって夫婦間レイプの成立が認められるようになった⁽³⁵⁾。一九八〇年九月にはイスラエルの最高裁判所は妻を強姦した夫に対して強姦罪の宣告をした⁽³⁶⁾。

- (1) Dekeuwer-Defosse, *ibid.*, pp. 449-450.
- (2) Recueil Dalloz, 1981, *Jurisprudence*, inf. rap. p. 154.
- (3) J.O. Débats parlementaires, Sénat, 1978 • 6 • 28, p. 1843.
- (4) Recueil Dalloz, 1985, *Jurisprudence*, pp. 7-9.
- (5) 夫婦間レイプの成立を肯定するのは Veron, *Droit pénal spécial*, 2éd., 1982, p. 192, Mayer, *ibid.*, p. 283, Dekeuwer-Defosse, *ibid.*, p. 451, Vitu, *ibid.*, p. 1583 (ただし彼は通常は殴打傷害罪が成立するが、夫が自然に反する関係を妻に強制したならば強姦罪を考慮せよをえなうとする)。否定説として Voin et Rasset, *Droit pénal spécial*, 2éd., 1982, p. 427, Rasset, *Attentats aux mœurs, Jurisclasseur pénal*.
- (6) Freemann, "But If You Can't Rape Your Wife, Who(m) Can You Rape? The Marital Rape Exemption Reexamined, *Family Law Quarterly*, vol. 15, p. 8.
- (7) Geis, Lord Hale, Witches, and Rape, *British Journal of Law and Society*, 1978, p. 25. 「ガードルの下に知恵はない。」といったのもヘイルだ、という説もある。
- (8) 以下の判例は Geis, Rape in Marriage, *The Adelaide Law Review*, 1978, Mitra, "...For She Has no Right or Power to Refuse Her Consent, *The Criminal Law Review*, 1979, English, *The Husband Who Rapes His Wife*, *New Law Journal*, 1976, Scutt, *Consent in Rape: The Problem of the Marriage Contract*, *Monash University Law Review*, 1977 に拠る。
- (9) English, *ibid.*, p. 1224.
- (10) 『注釈刑法 (4) 各則(2)』所一彦執筆。

- (11) Honoré, *ibid.*, p. 23.
- (12) Smith and Hogan, *Criminal Law*, 5ed, p. 406. Freeman, *ibid.*, p. 14.
- (13) Honoré, *ibid.*, p. 22. アメリカのある判例 *Hines v Hines* (1921) によれば、「夫は妻の合理的な要求に応ずる義務がある。」
Freeman, *ibid.*, p. 14 より引用。石渡利康・前掲書六一―六二頁によれば、わが国でも結婚式を挙げてから後、一度も妻の性交要求に
応じなかった夫に対する妻の損害賠償請求が認められた事件がある。
- (14) Mitra, *ibid.*, p. 565.
- (15) Brownmiller, *ibid.*, pp. 427-428.
- (16) Freeman, *ibid.*, pp. 15-16.
- (17) Geis, *ibid.*, p. 291.
- (18) Note, *To Have and To Hold, the Marital Rape Exemption and the fourteenth Amendment*, *Harvard Law Review*, 1986, p. 1256.
- (19) 本文の分類は、Russel, *Rape in Marriage* の付録 pp. 375-381 による。その他 *Mirabile, ibid.*, pp. 472-473.
- (20) イリノイ、カンザス、オクラホマ、ワシントン、サウス・ダコダ、バーモント、テキサス、ウェスト・バージニア、アラバマ
- (21) ニュー・ジャージー、オレゴン、デラウェア、カリフォルニア、コネチカット、アイオワ、ニュー・ハンプシャー、ネブラスカ、
フロリダ、マサチューセッツ。最後の二州は判例による免責の廃止である。
- (22) Note, *Harvard Law Review*, 1986, p. 1260.
- (23) 石川稔「新・家族法事情⑤」法学セミナー一九八四年九月号四一―四二頁。Freeman, *ibid.*, pp. 41-42. Glasgow, *The Marital Rape
Exemption: Legal Sanction of Spouse Abuse*, *Journal of Family Law*, 1979-80, vol. 18, pp. 571-573.
- (24) Note, *The Marital Rape Exemption*, *New York University Law Review*, 1977, vol. 52, pp. 309-316.
- (25) Note, *ibid.*, p. 313.
- (26) Note, *Harvard Law Review, ibid.*, p. 1263. Brownmiller, *ibid.*, p. 428 も「肉体上の自己決定の原理は無条件に確立されなければ
ならない」と主張している。
- (27) Russel, *ibid.*, p. 22.
- (28) 石川稔「新・家族法事情⑥」法学セミナー一九八四年十月号六二―六四頁参照。

- (29) Note, Harvard Law Review, 1986, p. 1260.
- (30) Helmken, Vergewaltigung in der Ehe, SS. 20-27.
- (31) Helmken, Zur Strafbarkeit der Ehegattennotzucht, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1980, SS. 171-174.
- (32) Russel, *ibid.*, p. 344.
- (33) Freeman, *ibid.*, p. 27.
- (34) Scutt, Consent in Rape: The Problem of Marriage Contract, Monash University Law Review, 1977, p. 277ff. 佐藤真知子『女たちのオーストラリア』一五七頁。
- (35) Hinch, *ibid.*, p. 34.
- (36) Tenkin, Toward a Modern Law of Rape, Modern Law Review, 1982, p. 410.

(四) 起訴前手続

強姦犯人が厳正に処罰されない最大の理由は、そもそも被害者が警察に被害を通報しないことが多いということである。しかもそれがあらゆる犯罪の中で最も多いとされている。何故、彼女らは警察に通報しないのか。その第一の理由は警察の被害者に対する態度が非常に悪いことである。踏みこまれ大きなショックを受けている被害者に対して同情したり援助の手を差し伸べることが少ないのである。極端なケースにおいては、警察で耐えきれないほどショックをうける質問をされることがある⁽¹⁾。第二の理由は、犯人が被害者の知っている人、例えば、夫、ボーイフレンド、家族のメンバー、被害者に対して権威をもっている男等の場合には、告訴することがきわめて少ないことである。その逆に見知らぬ人による強姦、いわゆる stranger rape の場合の方が告訴しやすいということがいえる。第三の理由は、家族や友人その他の周囲の人々に強姦されたという事実が知れわたることが被害者を躊躇させるということであ

ろう。第四の理由は、被害者が自分の告訴が警察に受け入れてもらえないと考えるケースが多いことである。⁽²⁾ 事実、統計の上で警察は被害者の告訴が根拠がない (unfounded) と判断して捜査をしないケースが相当数ある。このような事情のため強姦罪については起訴の件数が告訴の件数に比して著しく少ないという傾向がある。

警察によって告訴に根拠がないとされる要因としては次のものが指摘されている。①被害者が酔っていたという証拠、②被害者による告訴の遅れ、③申し立てを証拠立てる肉体の状態の欠如、④医者の診断を受けることの拒否、⑤被害者と犯人の以前の関係、⑥殴打をとまなわぬ武器の使用等である。⁽³⁾

このような事態を改善するための処方としては、警察における被害者の処遇を改善することが必要であろう。アメリカには強姦事件が警察に通報された段階から被害者を援助するために特別に訓練されたスタッフが多くの警察署に配置されている。⁽⁴⁾ その一環として婦人警官に担当させるのも一つの方法であろう。「女は女の言葉を信じる。しかし男は信じない」⁽⁵⁾ からである。

次に被害者を精神的に援助して安心させてやる必要がある。カナダやアメリカには強姦救援センター (Rape Crisis Center)、イギリスには Women Against Rape という団体があって、被害者を援助するために警察への通報に同行し、検察官による調査に立会し、また裁判には付添うという活動を行なっている。

フランスでも一九八〇年法の審議の際に、各病院に被害者を受け入れるための医療・社会施設を設置することを共産党が提案したが、政府はその提案に反対し、結局そのような施設を設置することは行政立法で規定すべき事項であるとされ、二八九票対二〇一票でこの修正案は否決された。⁽⁶⁾ カナダやアメリカと同じくフランスにも被害者のための私的な救援施設が設置されている。一九七八年には Ligue du Droit des Femmes によって Centre Flora Tristan が、一九八五年にはパリに Foyer Louise Labé が、そしてフランス全土では二五以上のその種の施設が設置され、女性の

権利省から補助金が交付されていた。⁽⁷⁾

一九八〇年の強姦罪の改正によって、フランスでは次の二つの新しい制度が導入され、捜査当局が強姦事件を認知する可能性が高められた。第一は一九八〇年法の第二条によって、強姦もしくは強制ワイセツの被害者を診断した医師が、被害者の同意を得て検事に通告した場合には、刑法の秘密漏泄罪に問われないことになった。第二は法案の審議の際に最も紛糾した規定の一つであるが、一九八〇年法の第三条は次の規定を刑事訴訟法の第二条の2として新たに導入したことである。すなわち、性暴行に対する闘いを規約上の目的として五年以上活動している結社は、被害者の同意を得て、被害者が未成年の場合には法定代理人の同意を得て、この種の犯罪に関しては被害者と同じく「私訴原告人」(partie civile) に付与された諸権利を行使することができるようになった。これによって公訴が提起される可能性が高まったといえよう。この「私訴原告人」の制度はおそらくフランスに特有のもので、フランスの代表的な刑事訴訟法の体系書によれば、「公訴権の行使は検察官という司法官に委ねられたとはいえ（刑事訴訟法一条一項）、被害者は常にこの訴権を始動させる権利をもつ（刑事訴訟法一条二項）。そして被害者は、刑事手続において自ら私訴原告人 (partie civile) となすことによって、言い換えれば、刑事裁判官に対し犯罪行為が彼に与えた損害の賠償に関する請求をなすことにより、この権利を行使する」のである。⁽⁹⁾ したがって裁判官は刑事事件と民事事件の双方について判決を下さなければならない。⁽¹⁰⁾

強姦犯人が厳正に処罰されるためには前述のように被害者が告訴することが必要だが、それだけでは十分でない。その告訴を被害を受けてからできるだけ早くしなければならないという recent complaint なじしは fresh complaint というルールがあつて、これが有罪率を低める要因の一つになっていたのである。

強姦事件を警察に通報するまでに要した時間と有罪ないし無罪の評決との間には、強い相関関係があることを実証

するデータがある。ロンドン中央刑事裁判所に係属した強姦事件に関して、事件が起きてすぐに通報した場合の有罪率は七三パーセント、遅れて通報した場合の有罪率は三八パーセントという数字が出ている。⁽¹¹⁾ このことは通報の遅れが裁判においていかに不利に作用しているかということを示しているといえよう。

いうまでもなくこの fresh complaint ルールは、被害者の訴えが真実であるかどうかを推定する一つのバロメータの役割を果たしている。すなわち本当に強姦された女性ならば、直ぐに警察に通報するはずであるという前提に立っている。別言すれば、強姦されたにもかかわらず直ぐに通報しないのはそれが嘘である、しかも時間がかかればかかるほど嘘を言っているという推定がはたらくわけであるから、女に対する不信に基づいたルールであるといえる。イギリスのある調査によると、警察に通報する期間は平均して事件後八カ月であるが、⁽¹²⁾ この八ヶ月は一般の人には長すぎるように感じられるのではないであろうか。この数字はそれだけ被害者が逡巡するということの証左であろう。またこのルールによれば、「遅延のための正当な理由が認められない」ことになる。⁽¹³⁾

いずれにせよ、このルールが犯人に有利に作用しその反対に被害者の女性に不利に作用してきたことは間違いない。そこでカナダでは一九八三年の改正の際にこのルールが廃止された。またアメリカの多くの州も Model Penal Code に従って fresh complaint の要件について緩和した。⁽¹⁴⁾

(1) Robin, *Forcible Rape: Institutionalised Sexism in the Criminal Justice System, Crime and Delinquency*, 1977, April, pp. 140-141.

(2) Tomaselli and Porter, *ibid.*, p. 22.

(3) LeGrand, *Rape and Rape laws: Sexism in Society and Law, California Law Review*, 1973, p. 928.

(4) Stetson, *ibid.*, p. 171.

- (5) Brownmiller, *ibid.*, p. 435.
- (6) J. O. Débats parlementaires, Assemblée Nationale, 1980, 4.11, p. 344.
- (7) Stetson, *ibid.*, pp. 172-173.
- (8) ステファニー・ルヴァスール、ブーロック著沢登佳人、沢登俊雄、新倉修訳『フランス刑事法〔刑事訴訟法〕』七二—七三頁。
- (9) この場合の民事訴訟を「附帯私訴」(action civile)という。山口俊夫『概説フランス法(上)』二七八—二七九頁参照。
- (10) フランスでは同種の規定が一九七二年の人種差別禁止法によって導入されたことがある。
- (11) Adler, Rape on Trial, pp. 117-119.
- (12) Adler, *ibid.*, p. 50.
- (13) Estrich, *ibid.*, p. 54.
- (14) Estrich, *ibid.*, p. 57.

(五) 証 拠 法

(ア) 補強証拠

英米法系の国においては、強姦罪で有罪と認定するためには、被害者の証言だけでは不十分で補強証拠によって立証しなければならぬというルールがある (corroboration rule)。イギリス法では公判判事が陪審員に対して、補強証拠がなく被害者の証言のみに基づいて有罪宣告をすることは慎重 (safe) ではなく、と警告しなければならぬ (corroboration warning)。もし陪審員がこの警告を受けずに有罪宣告をした場合には、控訴裁判所は通常は控訴を認める。もつとも陪審員が警告を受けていたならば、補強証拠がなくとも有罪宣告をすることは可能である。⁽¹⁾

アメリカでは比較的最近までかなり多くの州法が補強証拠を要求していたが、現在ではほとんどの州がそれを削除

しており、ほんの一握りの州法だけが補強証拠を相変わらず要求し続けている。補強証拠が要求される範囲も州によって差異があり、性交、犯人の同一性、同意の欠如、暴力の各々の要素のために補強証拠を要求するところもあった。⁽²⁾州によって若干異なるが、補強証拠としては第三者の目撃証言、事件後すぐに被害者が犯罪を通知した第三者の証言、傷跡、引き裂かれた衣服、医者の証言等が要求される。しかし誰しもが容易に想像しうるように、他の犯罪以上に強姦罪の場合には補強証拠を入手することは困難である。まず強姦事件には証人はほとんどいない。医者は膣の亀裂、精液、妊娠のような事実にもとづいて性交を証明することができるが、しかし同意によらなかったことや被告人が犯人であることまで証明しえない。⁽³⁾同意の欠如を証明するためには、傷跡、引き裂かれた衣服、被告人のヒステリー状態、犯人の逃走等の証拠で補強する必要があった。⁽⁴⁾被告人が犯人であることについて補強証拠を要求するのは、強姦罪の性質上、被害者が異常な精神状態になっているので、犯人を見誤る危険があるからである、とされている。しかし、強姦は瞬時に実行されるものではなく、一定時間継続して行なわれるし、また被害者と犯人が顔見知りのケースが多いこと等々⁽⁵⁾を考え合わせると、被害者が犯人を間違う危険性は少ない。にもかかわらず検察官は被害者に対して、犯人の特徴、顔、ペニス、その位置、彼女の位置、彼女の反応、彼女の観察するチャンス、照明の位置等々について執拗に尋問する。⁽⁶⁾なおその上に裁判では補強証拠が要求されるのである。

強姦裁判で補強証拠を要求することについては婦人団体から強い反対があった。また当然のことながら補強証拠が要求されると有罪率は低下する。⁽⁷⁾そこで現在のように補強証拠が要求されなくなるようになったわけであるが、それでは今まで何故強姦罪についてののみ補強証拠が要求されてきたのであろうか。

一言で言えば、それは「女は嘘つきである」という文化的神話⁽⁸⁾(?)に起因している。強姦に関する法は、女の虚偽の告訴によって無実の男を有罪してはならないという脅迫観念によって支配されていると指摘されているが、⁽⁹⁾止む

を得ない側面がなかったわけではない。というのは、強姦は重罪で三十州において無期懲役、その他の州でも三〇年、四〇年、五〇年の懲役が科せられたからである。ともあれ、強姦された女の証言は信用できないという考えが、証拠法の大御所的存在であるウィグモアによって支持されたために、補強証拠を必要とするルールはウィグモアの学問上の知名度の高さのために不相応な重みをもつことになってしまったのである。

「女は嘘つきである」から、他の犯罪以上に強姦については虚偽の告訴がひんぱんになされる危険性があるという主張は、「すべての女は強姦されることを望んでいる。」という神話とともに、男の偏見以外の何物でもない。詐欺にかかったという男の証言より、強姦されたという女の訴えの方が信憑性がないといえるのか、問うまでもない。⁽¹⁰⁾ 強姦についての虚偽の告訴が窃盗や強盗のケースより多いということはない。⁽¹¹⁾ だから虚偽の告訴の可能性があるという理由で補強証拠の要求を正当化することはできない。

また補強証拠を要求する根拠として次のような主張がなされる。強姦のひきおこす感情によって、被告の無罪の推定の原則が否定され、裁判所は虐待された女性に対して同情するような事態が生じる。そうなれば被告人に対して不公平な危険、すなわち有罪判決が下されるおそれがあると。例えば、被告人が黒人の男性で被害者が白人の女性の場合を想定するとよい。経験的な事実に照らして、強姦されたと訴える女性の嘘の証言を信用して陪審員が犯人に有罪宣告をするということがあるであろうか。強姦の有罪判決は他の犯罪の有罪判決に比して少ないという事実を考え合わせると、右の主張にどれほどの説得力があるのかは疑わしい。

さらに強姦罪で告訴された場合、防御することが困難であるという理由が挙げられる。しかしこれも実際問題としては、有罪判決を獲得する困難より小さいと反駁されている。⁽¹²⁾

いずれにしても現在では補強証拠を要求している州は2—3州に限られているし、また半分近くの州では degree

structureを採用しているので、より軽い犯罪を規定することによって補強証拠の必要性は減少していること、⁽¹³⁾さらにミシガン州の規定のように、犯人の暴力等の客観的な基準を用いて定義している場合には被害者の証言に補強証拠はそもそも必要とされない⁽¹⁴⁾、等々の事情のため、かつては重大な意味をもっていた補強証拠のルールは、もはや強姦罪の主たるテーマではなくなった。

カナダでも有罪率の低い原因の一つとして批判されていたので、補強証拠に関するルールも同時に廃止された。

- (1) Honoré, *ibid.*, p. 148.
- (2) Estrich, *ibid.*, p. 43. Tong, *Women, Sex and the Law*, p. 104.
- (3) Estrich, *ibid.*, p. 21.
- (4) Robin, *ibid.*, p. 138.
- (5) マックウェーラー・前掲書五二頁。
- (6) Robin, *ibid.*, p. 139.
- (7) 例えば、ニューヨークでは一九六九年に一〇八五人が逮捕されたが、しかし強姦罪で有罪宣告を受けたのはわずかに十八人であった。結局一九七四年に補強証拠の要求は廃止された。Note, *Virginia Law Review*, 1975 *ibid.*, pp. 1530-1531.
- (8) Berger, *ibid.*, pp. 21-27.
- (9) Note, *Virginia Law Review*, 1975, *ibid.*, pp. 1503-1504. LeGrand, *ibid.*, p. 931.
- (10) Honoré, *ibid.*, p. 150.
- (11) Scutt, *ibid.*, p. 620.
- (12) Note, *The Corroboration Requirement, Repeal not Reform*, *The Yale Law Journal*, vol. 81, pp. 1370-1381.
- (13) Schwartz and Clear, *Toward a New Law on Rape, Crime and Delinquency*, 1980, p. 147.
- (14) Note, *Virginia Law Review*, 1975, p. 1532.

(イ) 過去の性体験に関する証拠

強姦裁判に関する最大の論点であったのは、*past sexual history* ないしは *sexual history evidence* と呼ばれている被害者の過去の性体験に関する証拠であった。

一般の市民から選出される陪審員が、強姦されたという処女と売春婦のどちらの訴えをより信じるかは問うまでもない。しかもこの陪審員はフランスの場合は強姦裁判では原則として男であり、英米法系の国でも男が多い。これらの男の陪審員は強姦にまつわる様々な神話を信じこんでいる。いわく、「女にはすべて強姦願望がある。」「女は自らの意思に反して強姦されえない。」「彼女は強姦されることを求めていた。」これらの神話を信じ、偏見にとらわれて彼らは裁判をするわけである。

十九世紀までのイギリスでは強姦罪が成立するためには、性交が女の意味に反して (*against a woman's will*) 行なわれることが要件とされていたので、暴力もしくは脅迫が加えられることそして被害者が抵抗することが要求された。その後強姦が成立するためには性交に女が同意しなかったこと (*without her consent*) で十分となった。しかし相変わらず被害者が同意しなかったことを訴追側が証明しなければならなかった。

したがって、強姦裁判では被害者が同意したか否かが一つの争点になる。そこで弁護人が被告人の無罪を勝ちとるための法廷戦術として、①強姦された状況について執拗に尋問する、②被害者と被告が知り合いであった場合には以前の性関係について尋問する、③被害者の証言の信憑性に挑戦する、とくに被害者の過去の性体験や人物評価について尋問するという方法がとられる。⁽³⁾

ある時期までのイギリスではヴィクトリア時代の女性観が支配的であったといわれる。すなわち、女には二つのタイプがあり、一方は貞節な女 (*a good girl*) であり、他方はふしだらな女 (*a bad girl*) であるという見方である。

弁護人は強姦ではなく被害者が同意した和姦であるという心証を陪審員に形成させるために、被害者が見知らぬ男と性交するようなふしだらな女であるという印象を抱かせる必要がある。そのため過去の性交体験について執拗に尋問するケースが多かった。その結果、「約半数の女性は証人席で泣きぐずれ、証拠調ができない。言葉もでなかったりあるいはほとんど聞こえないように話す。」という状況が生まれる。⁽⁴⁾

そのため強姦裁判では、よく指摘されることであるが裁かれるのは被告人ではなく被害者の方である。また強姦の被害者は二度ショックを受ける、一度目は強姦されたとき、二度目は裁判のとき、⁽⁵⁾というのはこの事実を指しているのである。

以上のような past sexual history に批判が集中したのは当然であった。イギリスでは前述したように一九七五年に Heilbron 委員会が五項目から成る勧告をしたが、その中に⑦ past sexual history に関する証拠は認められないという内容が含まれていた。その理由は、今述べたことに加えて、現在の社会においては婚姻外の性交は、一時的なものであれ継続的なものであれかなり広まっているということである。① moral character (道徳的品性) に関する尋問も状況証拠とされるから認められないという勧告がなされた。

一九七六年法はこの Heilbron 委員会の勧告を基本的に受け入れて次のように定めた。裁判官の許可がなければ、被告人以外の男と原告との性的経験に関する証拠と反対尋問は認められない。裁判官はその証拠ないし尋問を拒否することが被告人に対して不公平であると判断したときには、許可が与えられ、陪審員の不在のところで適用される。

この法改正により強姦裁判の特徴とされた直接の事実認定に関係ないことで被害者を困惑させる反対尋問が減ったという成果が得られた。しかし past sexual history に関する証拠と反対尋問に関する裁判所の許可は本来例外であるにもかかわらず、約半数前後が許可されている。⁽⁶⁾ 裁判官によって許可された大部分が、被害者の同意に関連するとい

う理由で許可された。とくに過去に何度も強姦されたという女性のケースや被害者の女性が処女であったと訴追側が主張し被告がそれを争ったケース、さらには被害者の性的傾向が問題になったときにも適用されている⁽⁸⁾。

右のように裁判官によって適用にバリエーションがあるのは、当該立法が裁判官に裁量を与えているからである。しかも明確なガイド・ラインを設定していないので、裁判官は自分の過去の経験、すなわち古いケース・ローの精神に従って訴訟指揮をする。そのため被害者の過去の性体験と彼女の証言の信憑性とりわけ同意に関連があるという前提に立って許可を与えるために、立法した議会の意図が実現しておらず、相変わらず十九世紀のケース・ローが一九七六年法を支配していると批判されている。そこで一九八二年に法務長官 (Attorney General) は、当該条項が過去の性体験に関する不必要な反対尋問から女性を保護するために制定されたにもかかわらず、常に裁判所によって適当に遵守されているわけではない、と警告を発した⁽⁹⁾。

アメリカにおいてもこの *past sexual history* が非常に大きな問題となり、約半数の州がこれを統制する法律 (別名 *rape shield law* ともいう) を制定した。アメリカにおいてもイギリスにおけるのと同じく、被害者の過去の性体験が被害者の同意と関係があるという神話・偏見は、貞節な女性が強姦されたならば必ず抵抗するであろうという神話・偏見とともに深く社会意識の中に定着しているようである。また貞節な女性は保護に値するが、ふしだらな女性は積極的に保護しないということが法に反映している。その典型がウイグモアの証拠法であり、そこでは女の貞節と正直さが直結されてしまっている⁽¹⁰⁾。そしてその考え方が若干修正されてほとんどの裁判所に採用されてきたのである。具体的な例を挙げると、極端に品性の悪い女であるか、放埒な性格の持主であるか、被告と以前性交したことがあるか、被害者が非嫡出子として生まれたか、離婚した女であるか、飲酒の習慣があるか、ヒッチ・ハイクをしたことがあるか、結婚していない男と同居しているか等々が、同意の問題に関連があるものとして認められたことがある。強

姦裁判で被告が無罪になるケースが多いのは、被害者が離婚したことがある、非嫡出子を出産したことがある、夜、裸で寝る習慣がある、結婚していない男と性関係がある場合等々である。

このように被害者の過去の性体験に関する尋問は、被害者のプライバシーを侵害するものとして強く批判されてきた。⁽¹¹⁾

やわいの past sexual history を統制する法律の内容であるが、この証拠の許容の範囲をどの程度まで認めるかという点については州によって相当異なる。州法の規定はそれを広く認めるものと狭くしか認めないものの両極に分かれるが、それは規定が被害者に有利なように定められているか、あるいは被告の方に有利に定められているかの違いである。共通しているのは、ほとんどの規定が被害者と被告との以前の性関係の証拠のために特殊な規定を設けていることである。⁽¹²⁾ それらの特殊な州法の規定を、ある論文に従って次のように類型化することができよう。⁽¹³⁾

① 抜け穴的アプローチ (the Loop-hole Approach)

これは前述したイギリスの一九七六年法の運用の実態に近いもので、裁判所が事実認定に関連がありかつ正義のために許容しうると判断した場合に、過去の性体験に関する証拠が認められるものである。このようなアプローチは現行法から一步も前進せず、事実上は被害者を援助するどころかむしろ権利を侵害する危険があると批判されている。このタイプがもつとも広く許容する方式である。⁽¹⁴⁾

② 排他的アプローチ (the Exclusionary Approach)

これは一番多く普及しているアプローチの方式で、裁判所によって特定のタイプの証拠のみが考慮されるということとを予め示し、かつ他の証拠に言及することを禁止する方式である。ミシガン州で最初に採用された方式である。ミシガン州の当該規定 Section 520 J は、大略次のようなことを定めている。⁽¹⁵⁾

「被害者の性行為の特殊な実例の証拠、被害者の性行為についての意見の証拠および被害者の性行為についての評判の証拠は原則として認められない。例外的に認められるのは、裁判官が以下に述べる申請された証拠が事件において論争点になっている事実にとって重要であると判断したとき、ならびにその証拠の扇動的ないし偏見を抱かせる性質がその証拠の立証価値より重要でないと判断したときでありかつその範囲に限定される。

(a) 犯人と被害者との過去の性行為の証拠

(b) 精液、妊娠あるいは病気の源ないしは原因を示す性的活動の特殊な実例の証拠⁽¹⁶⁾」

③ 手続的アプローチ (the Procedural Approach)

この方式は現行の証拠法の適用を制限して被告人の権利を制限したりあるいは被害者の権利を否認することよりも、むしろ訴訟手続を改正することによってこの問題を解決しようとするものである。すなわち、被告人は被害者の過去の性体験に関する証拠が訴訟手続の中に提示されることを求めるという書面の申請をする。裁判官は非公開 (in camera) で聴問を行ない、当該証拠の関連性と許容性を決定する方式である。

ところで上述のような被害者の過去の性体験に関する証拠と反対尋問の制限は、憲法で保障された被告人の防禦権を侵害するのではないかという問題をひきおこした。⁽¹⁷⁾ そして一九八〇年にはミシガン州の強姦罪に関する証拠法の規定が合衆国憲法修正第六条に違反するという判決が出された。⁽¹⁸⁾ たしかに被告人の防禦権と被害者のプライバシー権が真正面から対立することは否定できないが、被告人が他人の人権侵害をしてまで防禦することが認められるとは合理的には考えにくい。

この past sexual history を制限する法改正は、オーストラリアでも一九七六年にはタスマニア、ヴィクトリア、サウス・オーストラリア、ウェスト・オーストラリア、一九七八年にはクイーンズランドで行なわれた。⁽¹⁹⁾

同じく一九八三年にはカナダにおいても被告人以外の人と被害者との過去の性体験に関する尋問は、原則的に禁止され、三つの厳格な基準の下でのみ部分的に許容された。⁽²⁰⁾

フランスや西ドイツではこの種の特別の規定はなく、裁判官の一般的な訴訟指揮に委ねられているようであるが問題がないわけでは決してない。⁽²¹⁾

- (1) 信じられないようなことだが、イギリスでは強姦裁判においては被害者が売春婦であったかどうか問題になってきた。Edwards, *ibid.*, p. 62.
- (2) Brownmiller, *ibid.*, p. 346 ff. バルサクは「動いている針に糸を通すことができない」とある小説で述べたという。Brownmiller, *ibid.*, pp. 418-419.
- (3) 一九七三年の R v Gardner 事件においては被告が以前被害者と性交したことがあるという理由で無罪とされた。Edwards, *ibid.*, p. 62.
- (4) Adler, *ibid.*, p. 51. フランスでも前掲の『訴える女たち』を読むとその様子がよく分かる。Stetson, *ibid.*, p. 171 によると、フランスでは婦人の権利を主張する団体が裁判を傍聴して被害者を励ますという戦術がとられる。わが国でも落合恵子氏の小説『ザ・レイプ』において法廷場面が見事に描写されている。
- (5) Scutt, *Admissibility of Sexual History Evidence and Allegations in Rape Cases*, *The Australian Law Journal*, 1979, vol. 53, p. 817.
- (6) Adler, *Rape-the intention of Parliament and the practice of the courts*, *Modern Law Review*, 1982, p. 669.
- (7) Adler, *ibid.*, p. 667 又は『六〇パーセント』 Adler, *Rape Law-The Lasting Ruling*, *New Law Journal*, 1982 August, p. 746 によれば、六〇パーセントが許可されている。
- (8) Adler, *ibid.*, pp. 667-669.
- (9) Adler, *New Law Journal*, 1982, August, p. 747.
- (10) Scutt, *ibid.*, p. 823 によれば、ウイグモアの主張には何の根拠もない。また Tong, *ibid.*, p. 108 によれば、「不貞と嘘つき」の間に

は確立した経験的、論理的な結びつきは存在しない。」

- (11) Berger, *ibid.*, pp. 41-45. 以下では sexual privacy という概念が用いられている。その他に Harris, *Towards a Consent Standard in the Law of Rape*, The University of Chicago Law Review, 1976, p. 622.
- (12) Berger, *ibid.*, p. 33. 上の論文の 100-103 頁にこの問題に関する州法の規定を網羅してある。
- (13) Scutt, *ibid.*, pp. 826-831.
- (14) Berger, *ibid.*, pp. 33-34. テキサス、ニュー・メキシコ、ニューヨークがこのタイプに属する。
- (15) Marsh, Geist and Caplan, *ibid.*, pp. 165-166.
- (16) このミシガン州の規定は、「……女がある男と性交したという事実と、将来における他の男との性交への同意のありそうなこととの間には論理的な関係がない」ということの承認を意味する。」Note, *Virginia Law Review*, 1975, p. 1516.
- (17) Berger, *ibid.*, p. 52 ff.
- (18) Marsh, Geist and Caplan, *ibid.*, p. 81. 修正第六条は「……被告人はまた、自己に不利な証人との対審を求め……」と規定する。
- (19) Tenkin, *Regulating Sexual History Evidence—The Limits of Discriminatory Legislation*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1984, vol. 33, p. 942.
- (20) Snider, *ibid.*, p. 341.
- (21) フランスにおいては前掲の『訴える女たち』を参照。西ドイツでも入手できなかったが、Helmken, *Zulässigkeit von Fragen zur sexuellen Vergangenheit von Vergewaltigungsoptern*, *Strafverteidiger*, 1983 という論文が発表されている。

(六) 傍聴禁止と匿名報道

強姦の被害者のプライバシーをまもるためにいくつかの画期的な改正が企てられた。

フランスでは一九八〇年法の第四条によって、強姦裁判を公開にするかもしくは傍聴禁止にするかは、被害者自身

の決定に委ねられることになった。すなわち、私訴原告人たる被害者が要求した場合もしくは被害者が複数のときにはそのうちの一人が要求した場合には、当然に裁判の傍聴が禁止され (huis-clos) 非公開となる。他の場合には私訴原告人たる被害者、複数の場合にはそのうちの一人が反対しない場合にのみ、傍聴禁止が命ぜられると定めた。

このフランスの傍聴禁止の制度は妥協の産物であると評されている。というのは、一方において、強姦裁判が公開であると被害者に告訴を思い止まらせる原因になるので公開を廃止しなければならないという要請と、他方において、弁論の公開は教育的役割を果たすから傍聴禁止を宣言する裁判所の権限を縮小しなければならないという要請との妥協の結果、公開が原則で、被害者が傍聴禁止と公開のいずれをも選択できる制度にしたわけである。⁽¹⁾ この制度によって、「女は自らの私生活の内密さを保護することを望んだり、あるいは刑の言渡の状況を白日の下に明白に現わしたり、そして場合によつては、被害者と被告人が扱われている方法を告発することができ。」とあるフェミニストによつて評されている。⁽²⁾

さらにフランスの一九八〇年法の五条は、プレスに関する一八八一年法の三九条 *quatuor* の後に、次の一項を三九条 *quinquies* として追加した。すなわち、「いかなる表現手段によるものであれ、強姦ないしは強制ワイセツに関する情報の公表と伝播は、被害者から書面による同意を得た場合を除いて、いかなる場合であれ被害者の名前を述べてはならないし、また被害者の識別を可能にする情報を引き合いに出してはならない。」と規定している。これに違反した場合には、二月から二年の拘禁および（もしくは）六〇〇〇フランから二〇〇〇〇フランの罰金が科せられる。

フランスではこれまでプレスに関する一八八一年によつて、離婚訴訟、別居訴訟、墮胎に関する裁判、親子関係確認訴訟等に関する裁判報道は、専門的出版物を除いて禁止されていた。また親もしくは後見人のところを去つた未成年者や未成年者の自殺を報道することも禁止されていたが、これに強姦の被害者が付け加えられたわけである。

イギリスでは一九七六年に法改正がなされる前の二十年間において、強姦事件のうち五四パーセントが被害者の名前が暴露され、三分の一が被害者の住所まで知られてしまった。⁽³⁾そこで Heilbron 委員会は、被害者が警察に事件を通じて報告した時点から被害者を匿名にすべきであると勧告した。しかし一九七六年法はその勧告に従わずに強姦で告訴された男が出廷した時点から匿名とした。したがって、出版、放送、その他の類似の手段によって実名で報道されることはないが、フランスのように傍聴禁止の規定がないので、法廷に詰めかけた傍聴人には実名が知られてしまうという欠陥がある。なお匿名報道が原則であるが、ある一定の条件が充たされれば、被告人は裁判官に対し匿名の解除を求めることができることになっている。

なおこの改正法は、奇妙なことに被害者のみならず、被告人をも匿名で報道することを要求している。被告人が未成年者でもないのに、匿名で報道しなければならないことは全く異常であり、それを正当化する理由はほとんど存在しないと批判されている。なお一九八四年の刑法改正委員会の報告は、被告人の匿名報道は異常だから削除すべきであると提案している。⁽⁴⁾

匿名報道に関するアメリカの州の法制度については、資料不足のため詳細なことは判明しないが、匿名報道を要求している州もあれば、そうでない州もあるようである。フロリダ州では強姦の被害者の氏名の公表を禁止しているが、ある放送会社が実名で報道したいいわゆるコックス事件において、連邦最高裁判所はフロリダ州法の当該規定を違憲だと判示した。⁽⁵⁾

カナダ、オーストラリア、西ドイツについても資料不足のため明らかにすることができない。

(1) Rasset, *Attentats aux mœurs, Jurisclasseur Pénal*.

- (2) Dekeuwer-Defosse, *ibid.*, p. 449.
- (3) Adler, *Rape on Trial*, p. 56.
- (4) Adler, *ibid.*, p. 34 and p. 67.
- (5) 山田卓生『有名人とプライバシー』一一八頁、阪本昌成『プライバシー権論』三三〇頁。

四 おわりに

欧米諸国においては一九七〇年代の中頃から一九八〇年代の中頃にかけて約十年の間に、右に検討したように強姦罪に関する規定が全面的・包括的ないしは部分的に改正されたが、それぞれの国においてはその改正の成果についてのどのように評価されているのであろうか。

まずフランスであるが、Aix-en-Provence 事件以降、ほとんどの強姦事件が重罪裁判所で審理されるようになったことを指摘しなければならない。⁽¹⁾次に統計の上では警察の認知した強姦事件の数は増え続けている。これをどのように解釈するかは容易ではない。強姦事件の絶対数が増加していることの反映なのか、あるいは法改正の結果、警察の認知する件数が増えたのか、様々な解釈が可能だが、少なくとも一九八〇年の改正法が強姦事件を減少させなかったことは確かである。⁽²⁾

さらに一九八〇年の改正法は一つの反作用をもたらしたということも忘れてはならないように思われる。法改正以前には強姦は大きな社会的問題になり、フェミニスト団体等の運動をはじめとして強力な世論を背景にして法改正へ

と結実していったわけであるが、その反動として一九八〇年以降は強姦は余り公衆の関心を集める事項ではなくなった。つまり、それだけ強姦が平凡で月並みな現象になってしまったということの反映であろう。そこでフェミニスト達はもう一度強姦に関する世論の関心を喚起するために様々なキャンペーンをはり、「強姦はすべての女性に対する完全性、尊厳、自由、あらゆる権利への攻撃である」というマニフェストを作成し、デモンストレーションを敢行する事態が生じている。⁽³⁾

次にイギリスであるが、イギリスの法改革は強い学界からの支持の欠如と婦人団体の運動が低調であったため、余り積極的に行なわれたとは評価されていなかった。⁽⁴⁾とはいえ少なくとも警察へ通報される件数は増加することが期待されていたが、改正前の一九七五年には一〇四〇件でその後徐々に増え一九八三年には一三三四件になったが、八年間でわずかに二八パーセント、年平均で三・五パーセントしか増加していない。本論文でしばしば引用したイギリスにおける強姦罪の研究書である“Rape on Trial” (1987) の著者 Zsuzsanna Adler は、The Sexual Offences (Amendment) Act 1976 は、強姦罪の通報、起訴および裁判にほとんどインパクトを与えなかった、と結論している。⁽⁵⁾アメリカでの評価はどのようなであろうか。ハーバート・ロー・スクールの教授であり、自らも学生時代に強姦された経験のある Susan Estrich の著書 “Real Rape” (1987) も当初の改革の目標は不十分にしか達成されていないとして法改正の評価については消極的である。

カナダやオーストラリアにおける法改正の評価については、資料不足のため全く不明であるが、一まずここで筆を擱く。

(一) Stetson, *ibid.*, p. 171.

- (2) Dekeuer-Defosse, *ibid.*, 452.
- (3) Stetson, *ibid.*, p. 172.
- (4) Tamaselli and Porter, *ibid.*, p. 36.
- (5) Adler, *ibid.*, p. 151.

〔追記〕

脱稿後に、中山研一「夫婦間レイプの成否と比較法(1)」法律時報59巻12号が発表され、夫婦間レイプについて、英米、独仏、北欧、社会主義国の比較法研究の成果が順次法律時報に連載される予定であることを知ったが、それらを参照しえなかったことは極めて残念である。