

日中における配偶者からの性暴力についての の刑法規制

朱 凌峰

目次

はじめに

一 セクシュアル・リプロダクティブ・ヘルス/ライツ

1. 概要
2. セクシュアル・リプロダクティブ・ヘルス/ライツの法規定

二 配偶者からの性暴力の実態

1. 認知件数が少なく、暗数が多い実態
2. 原因分析
3. 小 括

三 配偶者からの性暴力についての学説上の争点

1. 刑事法における性暴力の規定
2. 刑法学説
3. 配偶者からの性交渉の求めに応じる義務について
4. 日本における裁判例

ア 広島高裁松江支判昭和 62 年 6 月 18 日

イ 東京高判平成 19 年 9 月 26 日

ウ 札幌高判昭和 30 年 9 月 15 日

5. 中国における案例

ア 1995 年白俊峰の夫婦間レイプの事案

イ 1998 年王衛明の夫婦間レイプ事案

ウ 2011 年孫金亨の夫婦間レイプ事案

6. 小 括

四 私 見

おわりに

はじめに

家庭は、血縁、婚姻によって結集する集団であり、そこには、常に血筋の継承の意味が含まれている。

1999年の第14回世界性科学学会総会によって採択された「性の権利宣言」で定められている「性の権利」には、性行為の自主決定権をはじめとして、16種の権利が含まれている。日本では、現行（令和5年6月改正前）刑法第22章のわいせつ、強姦性交等及び重婚の罪（第174条～第184条）の犯罪客体に関する議論も、性行為の自主決定権を軸として展開していると考えられる。また、法規制の行動の予測、制御の機能によれば、社会全体では、わいせつやレイプなどの性行為の自主決定権（セクシュアル・ライツ）をふみにじる事案に注目が集まっている一方で、婚姻関係につき、特に妻が、家庭に「囲われる」ようになり、徐々に社会への声が届きにくくなっているようにも思われる。また、「法は家庭に入らない」という古くから残っている習慣や、子どものために配偶者からの性暴力を通報しづらいといった事情などの影響により、暗数が多いと考えられることもあって、配偶者からの性暴力の事案の認知件数が少なく、社会からの関心も少ない。

家父長制的で時代遅れな状況の下では、男性が、カップル間での妊娠・出産の決定に優越的な地位を占めており、また、社会からのプレッシャーなどにより、女性が自由に判断する余地が抑えられていってしまう。日本や中国では、配偶者からの性暴力の成立を、他罪と競合する場合を除いて、一般的に認めない傾向にあるが、性暴力犯罪の規定では、行為者の主観的意図や、行為者と被害者の関係は問われていないため、性欲の単なる解消はもちろんのこと、仮にカップルの片方が子どもを産ませるといふ婚姻と関連する目的であっても、相手方に対して強姦性交をした者には、犯罪の成立を認めるべきであると考えられる。また、配偶者からの性暴力が成立しないとすると、他の罪に触れても適正に処理できない恐れもあると考える。以上のような問題意識から、本稿では、

日本と中国における配偶者からの性暴力の現状及び法規定を分析し、人権保護の見地から、現行刑法の改正を提案することにする。また、本稿では、同性のパートナーシップを認める地域が広がっていくと想定し、あえて夫婦でなく、配偶者という観点で述べている。

一 セクシュアル・リプロダクティブ・ヘルス／ライツ

1. 概要

セクシュアリティは、あらゆる人間にとって、その人格の不可欠な一部である。性と生殖は、物種の存続と緊密な連係がある。人間は、他の有性生殖の生き物と同じく、両性の性交渉によって、世代交代を行う。メスである女性が、子を孕み、子を産むのであるから、性と生殖の場面において、主たる地位を占めていると言える。

氏族制社会では、女性に対する生殖（婚姻・出産）強制制度が欠如しており、剰余労働と次世代再生産的必要労働の両面的共生を実現する経済単位が欠落している¹⁾。その意味では、原始的な男女平等の社会と言える。

ところが、原始社会の生産道具が次第に進化するに伴い、固定の土地に耕作する生活様式が登場し、生産資源の争いによって、氏族間での闘いが生じ得る。より強い者が、より弱い者を奴隷とし、その財産を独占することによって、財産、人口、土地など資源を個人占有する私有財産制度の形態が成立した²⁾。

その後、人類社会は、長きにわたり、生殖システムによる性別差別が定着される封建の私有財産制社会へと移行した。

狩猟採集の生産方式と異なり、家父長制では、男性が身体能力の優越により、闘いにおいて優位に立ち、個人の富を蓄積し、家庭を単位としてつくり、

1) サーリンズ・マーシャル、山内昶・訳『石器時代の経済学』（法政大学出版局、1984年）57-66頁。

2) 宮本百合子『私たちの建設』（実業之日本社、1946年）。

定住的な男性が主要な生産力になる反面、女性の地位も変わった。そこで、世代を超えて財産を保つために、家庭という集団単位が成立した。

家庭とは、「共同居住、経済的協力、生殖を特徴とする社会集団」であって、「性、経済、生殖、教育」の四つの機能を充足させることができる制度であるといわれる³⁾。あえて言うならば、家庭という集団形態は、常に生殖的意味と繋がるものである。

氏族制的な土地共同占有及びその氏族的保護の解体の一方で、家父長制的な婚姻制度は、女性に対し、土地占有男性との婚姻及び出産による次世代再生産を要求し、排他的父系相続を実現する制度であり、土地占有関係による性差別的生殖強制制度が内在している。マルクスは、ジョン・ラボック『文明の起原と人類の原始状態』（1870年刊）のノートの中で、未開社会における父性の生物学的不確実性を論拠とした母系制の生物学的必然論という家族認識の限界を超える見解を提示している。氏族制社会における父性の生物学的不確実性に対して、母性は生物学的必然性があると認識され、蓄積した財産、権力、名誉を親族に相続させるために、氏族制社会における構成員の共同体という意識から生じた素朴な男女平等も、共同所有の制度の解体によって失われ、家長が女性を排他的に占有して、自己の子を産ませることになり、性的場面において、完全に女性を男性に従属させる扱いへとなった。

この性差別の生殖強制制度によって、性的場面における女性は、性の権利を持たず、単なる生殖道具という扱いとなっていたと解される。過去、富裕な家庭や強勢の集団の首領は、養っている人の数を通じて、その偉大さが示されたこともある。それは、まさに、農民がその所有して飼っている家畜の数を通じて、農場の規模を示すのと同じような、人を家畜扱いするものであった。

そこから長い間に、私有財産制による貧富格差が大きくなり、強勢の方（権力者であり、富裕層であり、家長であり）が弱者（貧困層であり、ファミリーメンバーズであり）を搾取していた上で、弱者の人権への保護措置も十分にとさ

3) G.P. Murdock 1949“Social Structure”内藤完爾・訳『社会構造』（新泉社、1978年）23-32頁。

れていなかった。

性と生殖の権利は、自然発生的に、又は社会の生産力の発展に伴って出現したものでなく、フェミニズム運動など男女平等を求めるキャンペーンが提唱したものである。

1960年代、第二次フェミニズム運動は、「文化・社会に深く根を張る意識や習慣による性差別と闘い、主に性別役割分業の廃絶、性と生殖における自己決定権など」を主張した⁴⁾。

1968年に採択されたテヘラン宣言 (Proclamation of Teheran) 第16節では、「家族及び子どもの保護は、依然として国際社会の関心事である。親 (parents) には子どもの数と出産間隔を自由にかつ責任をもって決定する基本的人権を有する⁵⁾」と述べられている。

1974年に開催された最初の国連人口会議である世界人口会議 (World Population Conference) で採択した「世界人口行動計画」(World Population Plan of Action : WPPA) は、すべての政府に対して、「(a) 人口に関する全体的目標にかかわらず、人々には、自由かつ十分な情報を得た上で、責任をもって子どもの数と出産間隔を決定する権利があることを尊重し保障する」、「(c) 家庭計画、医療および関連する社会サービスは、望まない妊娠の防止のみならず、不本意な不妊症及び不育症の解消を目的とすることを確保する。あらゆる夫婦が希望する数の子どもを持つことができるように、また、子どもの養子縁組が促進されるようにする」、「(d) 出生率が低いレベルとなり、又は政策目標が確立した場合にも、家庭規模のダイバーシティを引き続き保証されるように努める」⁶⁾ よう勧告した。

4) 井上輝子、上野千鶴子、江原由美子、大沢真理、加納実紀代『岩波 女性学事典』(岩波書店、2002年)。

5) Proclamation of Teheran, 1968.

16. The protection of the family and of the child remains the concern of the international community. Parents have a basic human right to determine freely and responsibly the number and the spacing of their children;

6) World Population Plan of Action, 1974

29 Consistent with the Proclamation of the International Conference on Human

そして、1975年の第1回世界女性会議（First World Conference on Women）で、男女平等を確立するために家庭計画の権利が必須であることが明言された。

さらに、1984年の国際人口会議（International Conference on Population）では、避妊を望むカップルが避妊の情報や避妊薬（具）へのアクセスは、不十分であることが明らかにされた。

1994年のカイロで開催した国際人口開発会議（International Conference on Population and Development : ICPD）の成果文書である「カイロ行動計画」（Programme of Action of the International Conference on Population and Development）が179カ国に採択され、それは住民中心の開発を通じた人口、教育、保健、環境、貧困撲滅を目指すさまざまな戦略を包括し、国際社会と各国政府に、1974年の世界人口行動計画に替わる新たな指針を与えた⁷⁾。このICPDの第12節では、セクシュアル・リプロダクティブ・ヘルス／ライツ（sexual reproductive health rights : SRHR）という斬新な概念が提起された。リプロダクティブ・ヘルス／ライツ（Reproductive health rights : RHR）とは、「生殖器系及びその機能とプロセスに関わるすべての問題において、病気や虚弱のみならず、完全な身体的、精神的、社会的幸福の状態をいう。したがって、RHRは、人々が満足のいく安全な性生活を送ることができ、繁殖する能

Rights, the Declaration on Social Progress and Development, the relevant targets of the Second United Nations Development Decade and the other international instruments on the subject, it is recommended that all countries:

(a) Respect and ensure, regardless of their over-all demographic goals, the right of persons to determine, in a free, informed and responsible manner, the number and spacing of their children ;

(c) Ensure that family planning, medical and related social services aim not only at the prevention of unwanted pregnancies but also at the elimination of involuntary sterility and sub fecundity in order that all couples may be permitted to achieve their desired number of children, and that child adoption may be facilitated;

(d) Seek to ensure the continued possibility of variations in family size when a low fertility level has been established or is a policy objective.

7) <https://www.joicfp.or.jp/jpn/column/> ④-1994年 - 国際人口開発会議 (icpd) /

力と、いつ、どのくらいの頻度でそうするかを決定する自由があること」を意味する⁸⁾。セクシュアル・ヘルス／ライツ (Sexual health rights:SHR) とは、セクシュアリティと性的関係に対して肯定的に敬意のあるアプローチ (a positive and respectful approach to sexuality and sexual relationships)、同様に、強制、差別及び暴力から自由な、楽しくて安全な性経験を持つ可能性を求めるものである。SH が獲得されて維持されるには、あらゆる人々の SHR が尊重され、遵守され、実現されなければならない。

そこで、RHR は、いつ何人子どもを産むか産まないかを選ぶ自由、安全で満足のいく性生活、安全な妊娠・出産、子どもが健康に生まれ育つこと、思春期や更年期における健康上の問題などを中心課題として、ライフサイクルを通じて性別によって異なる健康上の問題において身体の自主決定権を有することを提唱するのである。

2. セクシュアル・リプロダクティブ・ヘルス／ライツの法規定

人権保護は、いかなる国においても重大な課題である。フェミニズム運動と伴い、ジェンダー平等を求める声が盛り上がり、性と生殖に関わる人権の SRHR も世界範囲内に広く認められている。

SHR は、憲法による男女平等 (文言上では、ジェンダー平等でない) の原則をはじめ、法規定から全般的に保護されている。公法上においては、性暴力犯罪の法規定に基づいて保護している。一方、その保護も完全ではないものと考えられる。強制的性交の被害者の性別や、性交同意年齢、配偶者からの性暴力など問題がまだ残っているからである。

8) Programme of Action of the International Conference on Population and Development, 1994

7.2. Reproductive health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity, in all matters relating to the reproductive system and to its functions and processes. Reproductive health therefore implies that people are able to have a satisfying and safe sex life and that they have the capability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so.

日本では、憲法第 13 条の幸福追求権の規定、第 24 条の家族関係における個人の尊厳と両性の平等の規定がおかれている。また、民法第 752 条の夫婦の同居、協力及び扶養の義務は、強制的な義務ではないが、倫理的な規範を示し、配偶者間平等の地位を規定している。また、民法第 770 条の離婚原因の第 5 号において、「その他婚姻を継続し難い重大な事由」を規定している。刑法では、第 22 章のわいせつ、強姦性交等及び重婚の罪において、SHR を侵す犯罪が規定されている。

中国では、憲法第 48 条⁹⁾の「婦女は、政治的、経済的、文化的、社会的、又は家庭的な生活その他の場面において、男性との同等の権利を有する」、第 49 条¹⁰⁾の「婚姻、家庭、母親及び児童が国に保護される。夫婦双方は、計画生育の実行する義務を有する。婚姻自由を破壊することが禁ぜられる。老人、婦女又は児童を虐待することが禁ぜられる」、第 51 条¹¹⁾の「市民が自由を追求し、又は権利を行使する際に、国、社会もしくは集団の利益又は他の市民の合法的自由と権利を損害してはならない」とする規定が、これらの問題に関連している。また、民法典において、第 1055 条の夫婦の家庭地位平等の規定、第 1059 条の夫婦間の扶養の義務、第 1079 条の離婚の理由に関する第 3 項第 5 号に「その他夫婦の関係の破綻が生じる事由」が記されている。そして、刑法第 236 条の強姦罪、第 237 条の強制わいせつ・侮辱婦女罪が、SRHR に関係する。

二 配偶者からの性暴力の実態

刑法では、SRHR を保護する性暴力犯罪を規定しているが、特筆していない

9) 第四十八条 中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。

10) 第四十九条 婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。

夫妻双方有实行计划生育的义务。

父母有抚养教育未成年子女的义务，成年子女有赡养扶助父母的义务。

禁止破坏婚姻自由，禁止虐待老人、妇女和儿童。

11) 第五十一条 中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。

配偶者からの性暴力が、実務上では極めて曖昧であると考える。「夫の免責」など旧時代の遅れの影響により、裁判官は、たとえ明示がなくても、婚姻関係を審判を左右する要素の一つとして考えざるを得ないであろう。

本章では、配偶者からの性暴力の実態を分析し、その原因を推測するにする。また、具体的なデータを入手し難く、分析も学説に基づくものとする。

1. 認知件数が少なく、暗数が多い実態

1999 年 9 月、日本の内閣府が行ったアンケート調査では、1464 人の女性の中で、夫から、不意の性行為を受けたのは 20% を占め、このような状況が頻発していたのは 4.2% を占めた。

また、警察庁の統計¹²⁾によると、親族に強制性交された検挙件数では、平成 23 年の 43 件から令和 2 年の 197 件、親族に強制わいせつされた検挙件数では、平成 23 年の 55 件から令和 2 年の 212 件となり、いずれも親族からの性暴力の検挙件数が増加していることが分かる。このデータによれば、配偶者からの性暴力の状況をわかりづらいためであるが、少なくとも、今まで「闇にある」親族からの性暴力が認知してくる。また、配偶者からの性暴力も、このデータに含まれていることも想定できる。

さらに、内閣府が 2021 年に発表した「男女間における暴力に関する調査」では、これまでに結婚したことがある女性 1400 人に、配偶者から暴力の被害経験の有無について尋ねたところ、身体的暴行を受けたのは 17.0%、心理的攻撃を受けたのは 14.6%、経済的圧迫及び性的強要を受けたのはいずれも 8.6% であった。

以上に関連して、DV 加害者の更生支援を行っている神奈川県 NPO 法人「女性・人権支援センター ステップ」で理事長である栗原加代美氏は、「DV の相談に来るケースのおよそ 9 割に、何らかの『性的 DV』がある。表面化しないのは、夫も妻も『妻は夫の要求に応えるのが当たり前』『夫婦だからしかたない』という考えがあることが多い」と指摘する。また、DV 被害者を支援す

12) 警察庁「令和 2 年の刑法犯に関する統計資料」(2021 年)

る全国組織「全国女性シェルターネット」で共同代表を務める北仲千里氏は、「夫婦間に性的暴力が存在することとその深刻さが理解されていないのが現状」、「性犯罪に関しては、現在の日本の法律では性行為を犯罪として処罰するためには『暴行や脅迫を用いた』ことなどの証明が必要ですが、夫婦の間などでは『日常的な支配関係』はあっても、明らかな暴行や脅迫はないことが多く、立件できないのが現状だ」と指摘している。

2. 原因分析

ア 家父長制による家庭構成員の個体独立性がまだ普遍的に認めていないこと

世界各国では、それぞれの抱える社会背景によって、配偶者からの性暴力に対する規制も異なっている。女性のみに対する「三従」、すなわち「女は、実家に居れば父親に従い、結婚すれば夫に従い、夫が亡くば子息に従うこと」といった要求や、「娶った妻は買った馬と同じく、強いて乗れ、打てる」など男性中心主義の意味がする諺からも分かるように、古代中国では、夫が、妻を性欲の解消の道具や、生殖の奴隷などとして扱ったという事実が存在していたとされる。そして、日本や中国では、家父長制が長きにわたって岩盤の如く存在していたため、今なおも影響が残っている。家父長制の下の父系社会では、女性は経済上に自立生活しづらく、大勢の女性が男性の従属とされ、女性の個体の独立性が認められづらかった。

家庭の閉鎖性に起因するとも思われる「法は家庭に入らず」という格言の存在が象徴するように、権力機関が家庭内へ介入することは困難であると考えられる。また、家庭から離れた生活面でも、居住場所や経済面など様々な問題を考えると、特に主婦・主夫（いわゆる配偶者の稼ぎに頼る者）は、配偶者からの性暴力を我慢するという事情も存在するであろう。

さらに、通報するとか、他人に知らせるとなると、配偶者からより一層の報復などを受けることに恐れ、被害者が通報などをできないこともあり得ると考えられる。

イ 家庭の安定性・子育てへの影響の考慮

DV を受けた被害者と同じく、配偶者からの性暴力を受けた者は、個人の意思としては離婚を望むとは必ずしも限らない。それなのに、通報することによって、離婚せざるを得ない状況に追い込まれることになりかねない。また、それに対する周りの人からの評判を気にする者も存在すると想定できるため、配偶者からの性暴力を通報しないこともあり得ると考えられる。

子どもを育てている家庭では、あえて言えば、その生活において、子どものことを軸として考慮しているのであろう。しかし、配偶者からの性暴力は、ほとんど常に家庭での暴力を伴っている。家庭での暴力を受けた配偶者の片方が、周囲の人を心配させないため、子どもにさえ知らせづらいたとも考えられる。

さらに、配偶者からの性暴力を警察に通報すると、調停、人身保護命令などの措置が最低限なされるだけでなく、離婚や、相手方が訴追され、処罰されることも想定される。そのため、子どもの生活を変えてしまい、その将来に対する悪影響を及ぼすこともありうるため、被害者がこれらを心配することで通報しないという事情も存在すると考えられる。

3. 小 括

これまで縷々述べてきたように、古い時代から、権力機関による家庭への介入は控えられてきた。前述したような「法は家庭に入らず」などの影響が続いていたわけである。「家庭に権力機関の介入イコール家庭の倒産」という神話の存在にも影響され、社会も、家庭事務への対処を抑制していた。また、家庭構成員、古い時代には、夫はもちろん自らの犯行を告白することはなく、妻も自らに「結婚すると夫のモノになる」という縛りをつけていたために、通報しないという状況も見受けられるように思われる。さらに、現代になり、たとえ以上の状況が弱まってきたとしても、家庭の安定性、子育ての環境などの要素を考えた上で、自ら配偶者からの性暴力を耐えて通報しないことも、ままあるように見受けられる。

強いて言えば、伝統的な家父長制の下の闇が、配偶者からの性暴力の温床に

なり、結婚した者の人権を失わせる可能性を高めてきたことになる。

三 配偶者からの性暴力についての学説上の争点

伝統的に、家庭内の事象の処理における法律の機能は曖昧である。家庭内の事象である以上、公権力機構の介入があると、家族の関係性を変えることになると考えられているため、なるべく通報等をしないという雰囲気が存在してきたが、近年、家庭内での暴力への対処のあり方が注目されるようになった。家庭内での暴力は、例えば、配偶者暴力防止法によっても対処ができるようになってはいるが、同じく虐待の一類型に属する性暴力への対処は、やはり困難である。

世間的には、婚姻関係の存在により、自らの性行為の求めに、配偶者は応じなければならないと考えている者もいるであろう。人は、自己の配偶者に対して、しつこく性行為を求める状況が存在することの原因は、そういった考え方に求められる。しかし、恣意的に求めるのみで、相手方の意思を考えない性行為は、たとい暴力・脅迫を明示するものでなくても、性暴力に当たることもある。

配偶者からの性暴力は、婚姻関係を結んでいる一方が、相手方の意思に反し(同意必要説では、同意を得なかったこと)、性行為を行ったことと捉えられ得る。配偶者からの性暴力は、配偶者からの強制的性交等行為 (Marital Rape) で知られることが常であるが、同意があると評価し難い強制わいせつ行為も、被害者に及ぼす影響を勘案するのであれば、同じく配偶者からの性暴力に属すべきであると考えられる。

また、配偶者からの性暴力は、家庭という閉鎖的な集団内で発生することから、極めてプライベートな問題と捉えられ、国の刑罰権が介入しにくい領域として位置づけられていた。配偶者からの性暴力は、家庭内での暴力であり、虐待にも属するが、普通の家内での暴力と異なる。家庭内での暴力のようなフィジカルなダメージでさえ他人に気付かれづらく、配偶者からの性暴力のよ

うな無形的なメンタルなダメージが、他人に気付かれ、他人がその事情を察知して警察に通報するようなことは期待できないと考えられる。また、配偶者からの性暴力は、暴行・脅迫を手段とするよりも、被害者の家庭環境の安定への希望、いわゆる社会からのプレッシャーに乗じてなされることが多いとも考えられる。

以上からすれば、配偶者からの性暴力に対する対処法は曖昧にならざるを得ない面がある。20 世紀の 1970 年代以前は、婚姻関係が継続している中で、配偶者からの性暴力の提訴が認められることは著しく少なかったと言えよう。女性に対する暴力の問題は、20 世紀後半になってようやく、国際社会的にも注目されるようになった。しかし、多くの国では、配偶者からの性暴力については、刑法は適用されず、又は不法であっても広く放任されている。原因として、家庭内の暴力と同じく、家庭の閉鎖的な属性により認知件数は少なく、それに加えて、「配偶者からの同意なき性行為は不法である」という社会の認識が普遍的ではないことも考えられよう。また、このような社会意識の存在は、いわゆる家父長制の遅れの問題と捉えられる。具体的には、性交渉に応じる義務が法規定上で認められていることになるため、配偶者が性的場面において互いの「所有物」、特に妻が夫に従属することが多いと考えられる。

それゆえ、配偶者からの性暴力を法規定において解決するために、性犯罪の保護法益を明確にし、また、「構成要件該当性阻却事由」である婚姻関係での結合との関連において、性交渉の権利・義務の法的性質を考察することにした。

1. 刑事法における性暴力の規定

性暴力が侵害する法益は、被害者本人のみならず、父系の血縁の純粋さ及び財産権とも理解されていた。さらには、広義の性的な社会的風俗、すなわち女性に貞淑さを要求する性道徳を背景とする封建制社会での階級制度に対する侵害であるとも捉えられていた。

一方、フェミニズム運動に伴い、SRHR が広範に認められるようになり、性

暴力犯罪が侵害する法益は、その被害者の SRHR とされるようになってきた。

日本と中国では、性犯罪の行為類型が暴行・脅迫という強制行為に基づいており、被害者は「者」、行為者は「自然人」としている。

すなわち、令和 5 年 6 月の刑法の一部改正前の日本の刑法第 176 条の強制わいせつ罪、第 177 条の強制性交等罪では、「13 歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いて・・・」とされていた。中国刑法第 236 条の強姦罪の第 1 項では、「暴力、脅迫その他手段により、婦女を強姦した者は、3 年以上 10 年以下の有期徒刑に処する」とされ、第 237 条の強制わいせつ、婦女侮辱罪の第 1 項では、「暴力、脅迫その他手段により、他人にわいせつな行為をし、又は婦女を侮辱したものは、5 年以下の有期徒刑に処する」とされている。

文言上から見ると、被害者と行為者との関係は規定されておらず、そのことを重視するのであれば、いわゆる婚姻関係は、犯罪の構成要件該当性阻却事由ではないと考えることもできる。

しかしながら、実務上、配偶者からの性暴力を罪と認めることには困難が伴う。他方で、配偶者間の性交渉というのは、極めてプライベートな問題であり、他人に詳細を述べづらい事情でもあろう。また、性暴力と家庭内の暴力と同じく、被害者が家庭を維持したいという観点に影響されて、警察に通報しないという状況に直面することもあり得る。

そこで、EU 加盟国などで構成される欧州評議会は、2011 年、女性に対する暴力や DV を防止するための「イスタンブール条約」を採択した。この条約では、同意のない性行為を性犯罪として処罰の対象とすることが求められており、配偶者間や交際相手との間にも適用されるように義務づけられる。

また、台湾でも、刑法第 229 条第 1 項¹³⁾で「配偶者に対して、第 222 条の強制性交、第 224 条の強制わいせつの罪を犯した者、又は第 227 条の準強制性交及び準強制わいせつの罪を犯した 18 歳に満たない者は、告訴によって処理

13) 中華民國刑法第 229 條之 1 (告訴乃論) 對配偶犯第二百二十一條 (強制性交罪)、第二百二十四條 (強制猥褻罪) 之罪者, 或未滿十八歲之人犯第二百二十七條 (準強制性交與準強制猥褻罪) 之罪者, 須告訴乃論。

する」と記されている。

確かに、世界的にみても、性犯罪法の客観的構成要件が緩和される傾向があり、「NO means NO」の概念の採用に伴い、SRHR が、法律におけるその重要性を高めこととなる。もっとも、配偶者であれ、子どもであれ、あらゆる人を独立のものとして認めない限り、その法益を保護することはできない。配偶者を加害者として明示した刑法を規定していない国であった日本と、現在でもそうである中国では、性犯罪法の文言上は、婚姻関係が影響することはなく、配偶者も一般人と同じように扱われるが、実務上は、婚姻関係という特殊な当事者関係を回避できないであろう。しかも、裁判において、法源の一つの習慣を考慮して判断した裁判官を単に責めるだけなら、不公正であろう。法改正を通じ、それによって実現される法律の先導的な機能によるのであれば、裁判官も、一般人も異議を唱える余地はなくなるであろう。

2. 刑法学説

現在、配偶者間での性犯罪の成否に関する刑法上の学説は、無条件肯定説、無条件否定説及び限定的肯定説に分かれている。

無条件肯定説は、配偶者からの性暴力について、通常の性暴力犯罪と同様に、強性交や強制わいせつなどが成立するものと解する。配偶者からの性交渉の求めに応じる義務に関し、無条件肯定説に立つ亀山継夫によれば、「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であるといえるかはなほだ疑問である上、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・通説の考え方からすれば、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」¹⁴⁾ とする。そして、最判昭和 37 年 2 月 6 日 (民集 16 卷 2 号 206 頁)、京都地判昭和 62 年 5 月 12 日 (判時 1259 号 92 頁)、岡山地裁津山支判平成 3 年 3 月 29 日 (判時 1410 号 100 頁) など民事訴訟の判例

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

に認められる配偶者からの性交渉の求めに応じる義務が、刑法においても存在するのかは疑問があると主張されている。

また、配偶者からの性交渉について婚姻の結びにつき包括的同意とする論説に対して、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を当然に義務付けるものではない」¹⁵⁾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」¹⁶⁾と主張している。

これに対して、無条件否定説は、配偶者からの性暴力について、性犯罪が成立する余地はないと解する。昭和40(1965)年刊行の『注釈刑法』では、「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・脅迫罪を構成する格別、本罪を構成しないとする」¹⁷⁾説を指摘していた。しかしながら、近年は、無条件否定説を支持する学者は極めて少なく、さらに、広島高判昭和62年¹⁸⁾以後、無条件否定説を支持していた大塚仁¹⁹⁾も、自説を維持することが困難になっている²⁰⁾。また、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」²¹⁾と指摘している。

限定的肯定説は、配偶者間においては、婚姻関係が実質的に破綻している場合や、性病に罹っている場合など法規定によって限られる場合のみ犯罪が成立すると解する。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

15) 山口厚『刑法各論〔補訂版〕』(有斐閣、2005年)106-107頁。

16) 山中敬一『刑法各論〔第2版〕』(成文堂、2009年)148-149頁。

17) 団藤重光編『注釈刑法第4巻』(有斐閣、1965年)298頁。

18) 広島高裁松江支判昭和62年6月18日。

19) 大塚仁『刑法各論上巻〔改訂版〕』(青林書院新社、1984年)238頁。

20) 海渡双葉「夫婦間レイプの刑事法上の位置付け」Law&Practice No.6(2012年)227-253頁。

21) 大谷實「夫につき妻に対する強姦罪の成立を認めた事例」法学セミナー394号(1987年)111頁。

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。」²²⁾としている。

以上の見解の当否を検討する前提として、以下では、関連する日本の民事判例・刑事判例、さらには中国の事例の状況をも含めて、関連する論点を逐次確認することにした。

3. 配偶者からの性交渉の求めに応じる義務について

憲法、民法その他法律規定をめぐると、配偶者間には、婚姻によって、日本では同居、協力及び扶養が義務づけられている。ところが、中国では、扶養義務を法律に明記している一方、同居義務の規定が明記されていない。また、いずれの国においても、配偶者からの性交渉の求めに応じる義務は規定されていない。一方、離婚の訴えを認めるためには、婚姻状況が民法 770 条 1 項 5 号「婚姻を継続し難い重大な事由」、すなわち「夫婦が婚姻の目的である共同生活を達成しえなくなり、その回復の見込みがなくなった場合」²³⁾に該当する必要がある。

しかし、性行為を拒むこと又はセックスレスが、配偶者間関係の破綻とみなし、それを民法第 770 条 1 項 5 号の事由に該当とした離婚訴訟提起に対して、離婚を認めた事案が多い。前掲最判昭和 37 年 2 月 6 日によれば、「夫婦の性生活において、夫の態度が常態でなく、約一年半の同居期間中終始かわらない状況にあり、また妻が、夫は睾丸を切除したけれど夫婦生活には大して影響がないとの医師の言を信じて結婚したこと等原審認定の諸事情があるときは、民法第 770 条第 1 項 5 号にいう婚姻を継続し難い重大な事由があるもの」と認められる、とされる。

また、下級審裁判例をみると、前掲京都地判昭和 62 年 5 月 12 日は、「婚姻

22) 町野朔『刑法各論の現在』(有斐閣、1996 年) 294-295 頁。

23) 最大判昭和 62 年 9 月 2 日 (民集 41 卷 6 号 1423 頁)。

が男女の精神的・肉体的結合であり、そこにおける性関係の重要性に鑑みれば、病気や老齢などの理由から性関係を重視しない当事者間の合意があるような特段の事情のない限り、婚姻後長年にわたり性交渉のないことは、原則として、婚姻を継続し難い重大な事由に該当するというべきである」と判示した。

また、前掲岡山地裁津山支判平成3年3月29日は、「原告・被告花子間の婚姻は、前記検討の結果からすると、結局被告花子の男性との性交渉に耐えられない性質から来る原告との性交渉拒否により両者の融和を欠いて破綻するに至ったものと認められるが、そもそも婚姻は一般には子孫の育成を重要な目的としてなされるものであること常識であって、夫婦間の性交渉もその意味では通常伴うべき婚姻の営みであり、当事者がこれに期待する感情を抱くのも極当たり前の自然の発露である。しかるに、被告花子は原告と婚姻しながら性交渉を全然拒否し続け、剩え前記のような言動・行動に及ぶなどして婚姻を破綻せしめたのであるから、原告に対し、不法行為責任に基づき、よって蒙らせた精神的苦痛を慰謝すべき義務があるというべきである。」と述べて慰謝料を認めた事例である。

そして、東京地判平成23年3月15日（平21年（ワ）第38347号・平22年（ワ）第693号・判例集未登載）²⁴⁾は、「婚姻中の夫婦にとって、性生活は互いの愛情を確かめ子を持つことにもつながる極めて重要な要素であり、夫婦の一方はそれぞれ他方に対し性交渉を行うことに協力すべき一般的義務を負うことができる。したがって、夫婦の一方が性交渉を開始したにもかかわらず、他方が合理的な理由もなくこれに応じないことは上記協力義務への違反であり、不法行為を構成する。しかし夫婦の双方がともに性交渉を開始しない場合においては、原則としていずれか一方にのみ性交渉を開始すべき義務が生じると解することはできず、例外的に夫婦の一方に自ら性交渉を開始することができない客観的事情があり、他方に対して性交渉の開始を求めたにもかかわらず

24) セックスレスを理由に離婚できるのか？セックスは夫婦の義務！セックスレスを離婚原因と認めた判例 | ウルトラ弁護士ガイド <https://benngosi.info/> 夫婦トラブル /sexless-divorce-reason/ (2023年3月10日閲覧)。

ず、他方が合理的な理由もなく性交渉を開始しないといった特段の事情が認められる場合に限り、他方が性交渉を開始しないことが上記協力義務に違反するものとして不法行為を構成すると解するのが相当である」とする。

中国では、最高人民法院の司法解釈によって、一定の程度で配偶者間の同居の権利・義務が認められている。他方で、同居の義務は、概括的に、配偶者間の共同生活を規定し、共同生活の中、性交渉の権利・義務が含まれると考えられているが、性交渉の義務が課されることは明示されていない。また、性交渉に応じないとき、又は性交渉が不満であるときは、法律に基づく離婚を認める。1989年11月21日に公布した「人民法院による離婚事件の審理において如何に夫婦間の関係が実質的に破綻していることの認定に関する若干の具体的意見」(最高人民法院印发《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》、《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》的通知)の通知において、「人民法院が離婚事件の審理において、夫婦関係が実質的に破綻していることを根拠として、その離婚の訴求を許すか許さないかを決断する。夫婦関係が実質的に破綻していることの判断は、その婚姻の基礎、婚姻後の感情状況、離婚の原因、夫婦間の関係の現状及び復旧する可能性その他の方面によって分析しなければならない。婚姻法の関係規定及び実務の審判の経験に基づいて、次に掲げる事情のいずれかがあるときは、夫婦関係が実質的に破綻していることと認め、調停にもかかわらず、片方が離婚の訴求を断固に要求し、法律により離婚を承認することができる」とする。その1は「片方が法律により結婚が禁止される疾病にかかったとき、又は片方が生理的障害その他の原因によって性交渉ができなく、尚且つ治癒し難いとき」と解釈する。

それによれば、実務上において、人は、その配偶者と、互いに性行為を求める権利を有し、その求めに応じる義務も課されると認められことになる。配偶者から性行為の求めに応じる義務は、少なくとも民事上の義務、いわゆる任意的義務であるが、応じないと民事訴訟に訴えられ、民事責任を負うことがあり得る。

事案例によると、市民が婚姻の結びにつき、配偶者から性行為の求めに応じる義務がつけられるイメージを持つようになりうると考える。配偶者からの性交渉の求めに応じる義務が、その相手方にあると認めれば、その相手方が性交渉の求めを拒むことができず、性暴力犯罪の被害者になりえないことも考えられる。

4. 日本における裁判例

続いて、刑事事案を検討することにする。まず日本では、配偶者からの性暴力を強姦罪とした裁判例も存在する。

ア 広島高裁松江支判昭和62年6月18日

1件目は、広島高裁松江支判昭和62年6月18日（高刑集40巻1号71頁）である。裁判所の認定によると、被害者は、夫である被告人の暴力を恐れて実家に逃げ帰っていた。被告人は、友人と共謀し、被害者の実家の付近で待ち伏せ、被害者を強引に連れ帰る途中、暴行を加え、自動車においてそれぞれ姦淫したという事案である。一審（鳥取地判昭和61年12月17日）は、被告人らについていずれも強姦罪の成立を認め、被告人側が控訴していた。控訴審は、「婚姻中夫婦が互いに性交渉を求めかつこれに応ずべき所論の関係にあることはいうまでもない。しかしながら、右『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、もとより夫婦間には所論の関係はなく、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」するとした。西田典之は、本件について、「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」と批判する一方で、次に述べる東京高判平成19年9月26日の判示には賛成している²⁵⁾。

イ 東京高判平成19年9月26日

2件目は、東京高判平成19年9月26日（判タ1268号345頁）である。裁

25) 西田典之『刑法各論〔第5版〕』（弘文堂、2010年）90頁。

判所の認定によると、被害者の夫である被告人が、家事調停により別居していた被害者に対し、脅迫を加えて姦淫したという事案である。判決では、「法律の夫が、妻に暴行脅迫を加えて、姦淫した事案に、強姦罪が成立するかについて、学説上争いがあり、無条件にこれを肯定する説、無条件にこれを否定する説（所論は、これによっている）、夫婦が実質的に破綻している場合にこれを肯定する説が存在する。そこで検討するに、強姦罪の構成要件は、その対象を『女子』と規定しているだけであり、婚姻関係にある女子を特に除外していない。しかるに、無条件でこれを除外して強姦罪の成立を認める説は、構成要件の解釈としては無理がある。そこで、婚姻中の夫婦は、互いに性交渉を求め、かつこれに応ずべき関係にあることから、夫の妻に対する性交をもとめる権利の行使として常に違法性が阻却されると解することも考えられる。しかし、かかる権利が存在するとしても、それを実現するとしても、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。そして、暴行・脅迫を伴う場合には、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」とされた。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する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い」として、強姦罪（本件当時）の成立を認めた。

ウ 札幌高判昭和 30 年 9 月 15 日

これとは別に、内縁関係の夫婦間での強姦罪の成否が争われた事案もある。札幌高判昭和 30 年 9 月 15 日（高刑集 8 卷 6 号 901 頁）では、被告人は、懇懃を通じ、将来を誓い合っていた内縁関係にある被害者が翻意し、婚姻の意思がなくなったことを知るにおよび、自己の純情をふみにじられたものと考え、むしろ被害者を姦淫して鬱憤をはらそうと決意し、被害者を強いて姦淫しようとしたがその目的を遂げなかったという事案について、「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を相当」するとして、内縁関係にある者も強姦罪

(当時)の客体たり得ることを認めている²⁶⁾。

5. 中国における案例

1949年の中国建国以来、男尊女卑の状況は、徐々に改善してきていると考えられるが、一方では、伝統的な儒教の影響が続き、農村部と都市部との社会意識の格差が存在する。そして、こういった中国全体的な社会意識も、司法審査に対して影響を及ぼす。中国の学者である銭向陽の研究によれば、1980年以降の15件の配偶者からの性暴力の案例のうち、婚姻関係が継続しており、人民法院によって「婚姻関係につき強姦がない」と判断された案例が7件(下記案例アを含む)、無効の婚姻関係又は人民法院が婚姻の不確定期間にあることを認めたため、強姦罪の成立が認められた案例が4件(下記案例イを含む)である。また、その他の4件は強姦罪の成立を認めたが、その判決文において、婚姻関係と犯罪の成立との関係を提示していなく、各案件につき、離婚訴訟が提起された²⁷⁾。

以上のうちのいくつかの案例を、ここで概観することにしよう。

ア 1995年白俊峰の夫婦間レイプの事案²⁸⁾

これは、婚姻関係が継続中の夫婦間における強姦罪の成否が問題となった事案である。遼寧省義県人民法院によれば、事実関係は概ね、以下の通りである。

被告人(白俊峰)は、被害者との結婚後、夫婦関係が悪化し、言い争いもしばしばあった。被害者は、1995年2月27日に実家に帰り、被告人に離婚を請求した。村の委員会が調停をしたが、双方の間に結納金の還付について争いがあり、合議できなかった。同年5月2日夜、被告人が再び被害者の実家を訪ね

26) もっとも、本件では、被告人に強姦の犯意がなかったものと認定されたことから、結局、強姦未遂罪の成立は否定されている。

27) 銭向阳《婚内強姦の文化分析》、《刑事法评论》第19卷(北京大学出版社、2006年)。

28) 最高人民法院刑事審判第一、二、三、四、五庭主編『中国刑事審判指導案例(侵犯公民人身權利、民主權利罪)』(法律出版社、2009年)375頁。

た際に、被害者が上着を脱いで寝ようとしたのを見て、自己の服を脱いで被害者の実家に泊まろうとした。被害者が起き上がって服を身につけようとしたところ、被告人が被害者を押し倒し、性行為をしようとしたが、被害者は性交渉を拒否して、被告人と殴り合いになった。そうしたところ、被告人が被害者を身の下に乗り、被害者の下着をハサミで断ち切ったが、被害者がなおも抵抗し、ハサミで被告人を刺そうとしたものの、逆に被告人にハサミを奪われ、性行為を強要された。その後も被害者と被告人の殴り合いが続いたが、最終的に、被害者が被告人に押し倒され、手がベルトで束縛された。被害者の父の通報を受けて、被害者の部屋の前に村の治安保障主任が、被告人に犯行を中止させるために呼びだされたが、被告人が部屋の中で、「妻とやっているんだ！誰か見たいなら入れ！」と大声を上げた。村の治安保障主任が部屋に入り、被告人に「やるなら早く、終わったら村に来い。」と言い、被告人を解放して、現場を離れた。その後、被告人は、被害者と 2 回目の性行為を強要し、5 時間にわたって被害者を虐待した結果、被害者の意識を失わせた。以上の事実関係について、遼寧省義県人民法院は、「被告人が、被害者との婚姻関係が継続しているところ、強制的な手段により、被害者との性行為を強要した行為は、強姦罪に当たらない。」とした。

本件当時、1997 年に制定された中国の現行刑法がまだ施行されていないといった背景をも考慮すると、人民法院は、配偶者間の性交渉は、相手方の同意を必ずしも得ないが、強姦罪を構成するような、婦女的意思に反して性行為を強要する行為とは本質的に異なるとし、さらに、「婚姻法」により、合法的婚姻につき、配偶者間に特定な人身及び財産関係が生じ、性交渉を包括的承認であると認めたのである。また、合法的婚姻においては、配偶者の性の権利・自由を侵すという事態が「存在しない」ため、刑法上の「婦女的意思に反して性行為を行った行為」には当たらないと判断し、強姦罪と認めなかったと推測される。

イ 1998年王衛明の夫婦間レイプ事案²⁹⁾

これも、婚姻関係が法的には継続している間での強姦罪の成否が問題となった事案である。

上海市青浦県人民法院の認定によれば、被告人（王衛明）は1996年6月と1997年3月に、夫婦の関係が破綻していたことを理由として、2回離婚訴訟を提起し、1997年10月8日に、人民法院は一審で離婚請求を認め、判決書が双方に届いたが、まだ効力が生じていなかった同月13日午後7時ころ、被告人が自宅に帰ったところ、被害者である妻と偶然出会い、被害者と性交しようとしたが、被害者に拒否されたため、被害者をベッドに押し倒し、性行為を強要した。前述したように、本件行為当時、上述の離婚判決の効力は未だ生じていなかったが、当事者双方が当該判決に異議を主張していなかったとされている。以上の事実関係に基づき、人民法院は、被告人と被害者との間には、既に正常な夫婦関係は存在していなかった上、被告人は、婚姻関係の解消を同法院に訴求したにもかかわらず、あえて被害女性の意思に反して、暴力により強制的に性交したのであって、その行為は強姦罪に該当するとして、3年の有期拘禁刑（3年の執行猶予）を言い渡した。

この事件の判決の骨子は、夫が強姦罪の主体となりうるかどうか、いわゆる「夫の免責」の問題に焦点が当てられていたところ、それについて判断を下したことにある。夫である被告人は強姦罪の主体となり得ないという弁護側の主張に対し、人民法院は、「夫が強姦罪の主体となり得ないという法的根拠を示すことができない」として、その主張を認めなかったのである。しかし、人民法院は、被告人と被害者の関係が破綻し、一審で離婚が成立したものの、その判決がまだ効力を発揮していないという「異常な段階」にあったことを、有罪判決の理由として強調したのである。「夫の免責」が認められなければ、「婚姻の異常な段階」を証明する必要がないから、「婚姻の異常な段階」を有罪の理由として用いることは、事実上、「夫の免責」を認めることを意味することになる。「婚姻の異常な段階」は、「暴力を用いて銭と無理やり性交した」こと

29) 上海市青浦県人民法院（1998）青刑初字第36号。

を証明すればよいのである。有罪の根拠となる「婚姻の異常な段階」は、「夫の免責」が前提となっている。「婚姻の異常な段階」は「夫の免責」の例外である。また、加害者が直接暴力を行使し、被害者に性暴力以外の傷害（被害者の胸を引っ搔く、嘔み付くなど）を負わせたという本件の事情は決して軽いものではなく、「執行猶予 3 年」という判決とは明らかに均衡していない。この判決の理由は、間違いなく「夫の免罪符」の認識に求められる。したがって、この判決の推論は「夫の免責」を否定した有罪判決自体が矛盾しており、有罪判決の中に「夫の免責」を暗黙のうちに認めていると言わざるを得ない。

ウ 2011 年孫金亭の夫婦間レイプ事案

本件は、離婚訴求が却下³⁰⁾されたにもかかわらず、強姦罪の成立を肯定した判例である。本件において、被害者は、自身の父に脅迫され、自分の意思に反して被告人（孫金亭）と結婚した。被告人は、結婚証明書を受け、被害者と性交しようとしたが、被害者に拒否された。その後、被告人は被害者と同居したことがなく、財産も各自で管理しながら生活していた。2010 年 3 月に、被害者が離婚訴訟を提起したところ、同年 5 月 18 日に、人民法院は夫婦感情が未だ破綻していないことを理由として、被害者の訴求を棄却し、当事者は双方とも上訴しなかったため、判決は 2010 年 6 月 9 日に効力が発生した。そして、同月 14 日午後 1 時ごろ、被告人は、暴行、脅迫などを用いて性行為を強要した。以上の事実関係につき、人民法院は、被告人と被害者の婚姻関係が正常でないことを認めた上で、婚姻関係がたとえ存続していたとしても、性交行為に対する被害者の同意を推定できないこと、すなわち、同居等の夫婦間の義務を被害者が承諾したことがないことを理由に被告人に強姦罪の成立を認め、3 年の有期拘禁刑（3 年の執行猶予）を言い渡した。

本件については、仮に離婚の判決がなく、離婚の訴訟に入っても、当事者双方の婚姻関係が自由意思に基づかないと、相手方の意思に反して性行為を強要する行為は、性暴力であり、犯罪を構成するものと認めた判断であると言える。

30) 上海市浦東新区人民法院 (2011) 浦民初字第 685 号

以上の事案を前提にすると、中国では、限定的肯定説が採用されていることが分かる。また、以上の他にも、2021年4月22日に人民法院に離婚訴訟を提訴した被害者が、同月30日に、被告人が飲酒した後、被害者の実家に戸籍を受け取ろうとしたところ、隙を乗じて被害者に性行為を強要しようとしたが、遂げなかったという事案について、被害者が子どものことを考えて上、人民法院に諒解書を提出した結果、被告人が強姦罪（未遂）とされて、人民法院に8月の有期拘禁刑に処された、という事案もある。

そこで、限定された場合は以下のようなものと整理することができる。

事案アのような離婚訴訟の手続きが進行していること。

事案イのような離婚の判決についてまだ効力が生じていないこと。

事案ウのような意思自治による婚姻でないこと。

いずれも、配偶者間の関係が破綻していると解し得る場合である。また、2021年1月から施行している民法典が設けた「離婚冷静期間」、配偶者間の別居、又は合意で離婚の手続きが進む最中における配偶者からの性暴力については、まだ事例の存在は認められていないが、これからも焦点になるであろう。

6. 小 括

以上において、日本や中国の学説、及び日本の判例、中国の事例を分析してきたが、その結果、かつての通説は無条件否定説であった可能性があるが、近年では、徐々に限定的肯定説や無条件肯定説を支持する論者および判例が増えてきたことが判明したといえる。

日本と中国では、いずれも性犯罪法においても、被害者と被告人との関係に限定はないが、それぞれの国の実務上、採用する見解が異なり、被害者と被告人との関係の状況を裁判所で制限するという事象が見られる。また、中国では、「政治審査」という公務員、事業単位などに就職の事前審査が存在する。政治審査制度によると、直系親族の犯罪履歴などを審査して、服役中であれば特定の役職に就職できないことがあるとも言われる。中国の公務員法では、親族は犯罪履歴があれば採用しないことを明示しているわけではないが、公務員

法第 26 条第 5 号³¹⁾によれば、他の法律や各事業単位の判断に委ねることがあると考えられる。例えば、広州花都監獄の公式サイトによれば、以下のような規定がある。

「配偶者、直系親族又は 3 代以内の傍系親族が、次に掲げるいずれかの事情があるとき、政治審査を通ることを認めない。

1. 民族宗教、不法宗教、暴力恐怖など犯罪活動に参加して、刑又は労働教育に処されたこと。

2. 死刑に処され、国家安全危害罪によって刑に処され、又は他の犯罪によって服役中であること。

3. 犯罪容疑があり、政治・司法機関による調査され、取締を受けていること、又は他の不法組織の構成員であること。³²⁾」

また、中国の『人民警察官採用規定』第 6 条第 5 号でも、「直系親族又は本人に対して重大な影響を有する傍系親族の中に、死刑に処されたこと又は服役中であることがあれば、人民警察官への就職出願を認めない³³⁾」としていることが参考になる。そうであれば、被害者が、子どもの未来を考え、警察への通報をやめることもありうると考える。

このような実務の状況は、決して日本と中国だけではなく、むしろ全世界、特に西アジア、南アジアなど、女性地位が著しく低い地域に、今なお存在している³⁴⁾ようにも思われる。一部の例外はあるが、世界的には、父系社会である

31) 中华人民共和国公务员法第二十六条 下列人员不得录用为公务员：

(五) 有法律规定不得录用为公务员的其他情形的。

32) 广州司法行政「【微普法】爸爸有案底，孩子能通过公务员政审吗？」

如果配偶、直系亲属及三代以内旁系亲属有下面 3 种情况，在政审这一环节将不会通过。

1、参与过民族宗教、非法宗教、暴力恐怖等犯罪活动，且被判刑或劳动教养情况的。

2、被判处死刑或者因危害国家安全罪被判刑，或者因其他犯罪正在服刑情况的。

3、有犯罪嫌疑正在被政法机关侦查、控制的，或者是其他非法组织成员情况的。

http://hdjy.gd.gov.cn/xwzx/jyxw/content/post_3978362.html (2023 年 3 月 11 日閲覧)。

33) 『公安机关人民警察录用办法』第六条有下列情形之一的，不得报考人民警察：

5. 直系血亲和对本人有重大影响的旁系血亲中有被判处死刑或者正在服刑的；

34) スーダンの配偶者からの性暴力を抵抗するために夫を殺害した Noura Hussein

ことは共通しており、そういった「時代遅れ」の帰結として、法規定に対する影響が続いているが、ジェンダー平等の運動の盛り上がりに伴い、婚姻につき、各自の独立性が認められ、伝統的な性風俗や道徳が法規定にもたらず束縛も少なくなっていくことが望まれる。

四 私見

性犯罪の保護法益は、いわゆる SRHR として幅広く認められ、他人（監護権を有する者を含む）からの性暴力を規定している一方、配偶者からの性暴力は、長きにわたり「家庭内の事務」とされており、法律の介入ができなかった。監護者である（父親・叔父・叔母など）からの性暴力を受けると、加害者を刑に処し得るが、配偶者から性暴力を受けると、対処法は曖昧になる。その原因を究明すると、監護者からの性暴力は、家父長制の下の倫理道徳に反するものであり、配偶者からの性暴力では、そうではないと思われていたことも想定でき、それは、人の個性を配偶者から離脱することが認められなかったためであることを本稿での検討で明らかにし得たように思われる。しかし、現代になると、あらゆる者の個性が認められ、そして誰もが社会に参加できる。各人に認められる個別の人権は、配偶者からの性暴力を性犯罪とする根拠であると考えべきである。少なくとも、配偶者からの性暴力は、DV 防止法などにより規制されるものとする。ただ、DV と同様のものとして扱うとなると、性権利に対する侵害の深刻さが弱められ、婚姻関係の結合により、性の自主決定権が放棄されるという意味が付与されることになりかねないと考えられる。

配偶者からの性暴力について犯罪化をめぐる論争は、いわゆる伝統的な習慣・道徳と現代的法学との争いであるとも言えよう。配偶者からの性暴力は、刑法が介入すべきではない配偶者間の私生活領域であり、その中心は、あくまで配偶者間のみでの関係の問題であり、たといそれが社会的危険性を有しているとしても、通常の性犯罪と区別すべきであると主張する学説もある。

Hammad Daoud の有罪判決などがある。

筆者は、配偶者からの性暴力は、決して「家庭内の事務」にとどまるものではなく、その人権を踏みにじる行為であると考え。ただし、配偶者という特殊な関係があることは、単に犯罪化することだけでは解決しづらい問題でもあろう。もっとも親族からの暴力に対する対処では、大きな障害事項にあたと想定できるが、あえてそれを「家庭内の事務」とすることで、より一層人権侵害やリンチの発生など恐れもあると考えるべきである。

前掲注 35 の Noura Hussein Hammad Daoud は 16 歳で結婚させられて、その後 6 日間性交渉を拒否した後、夫に襲われた。この事件の証拠は、Hussein の夫が、他の三人の幫助によって Hussein を強姦した。翌日、再び Hussein をレイプしようとしたとき、Hussein は夫を殺そうとして刺した。このため、彼女はスーダンの裁判所で死刑を宣告された。配偶者からの性暴力が犯罪とされないため、その行為の違法性がないとされる限り、被害者側からの抵抗の正当性、いわゆる特殊な正当防衛が認められなく、むしろ加害者である配偶者に傷害し、殺害したときは、責任が問われる可能性が高いであろう。

それゆえ、性の権利、特に性行為の自主決定権は、人が生まれつき有するものと考え、内縁関係や婚姻関係の締結によって解消される性質の権利ではないと考えるべきである。婚姻関係は、あくまで、共同生活における民事契約なのであって、学説上の「婚姻関係に基づく概括的性行為の承認」という観点、すなわち、配偶者間が、互いに排他的性交渉を求める権利を片方の承認によるものとする観点もあるが、そこでは、あくまでの請求権であることが無視されている。「いつ、どこで、だれと性行為をする自主決定権」は、「性交渉を一旦承認したら、拒否できない」ことを意味するものではないと考えられる。性交渉は、双方の承認によるものであり、片方がいつでも承認を撤回して、性行為を中止させることができると考えるべきなのである。

もちろん、婚姻による共同生活の権利・義務は否定されるべきものではないし、また、性交渉の存在する婚姻関係が圧倒的に多数であるものの、セックスレスの婚姻関係の存在も否定できない。しかし、権利の行使は、他人の利益への侵害であってはならない。現行刑法の性犯罪規定では、暴行・脅迫が要求さ

れるものであるとしても、配偶者からの性暴力には、たとい婚姻関係という要素があっても、暴行・脅迫を用いる以上は、そもそも「請求権」の範囲を逸脱し、単に婚姻関係があるというだけで構成要件該当性（違法性）を阻却することができないと考えるべきであろう。

現在、「NO means NO」という同意なき性犯罪の類型が各国で規定されていくことが見受けられる。確かに、性犯罪の本質は、相手の意思に反して性行為をすることであるが、一般的な性犯罪より、配偶者からの性暴力はより一層の隠密性を有することを考えると、それを犯罪化するための「障壁」は高く、立証が困難であろうが、それによって配偶者からの性暴力を犯罪としなくてはならないと考える。しかし、これから、一般的な性犯罪において、同意なき行動類型を採用されるとしても、配偶者からの性暴力に対する犯罪化の評価は、暴行・脅迫又は他の配偶者である相手方に性交渉に応じさせざるを得ない方法や相手方を抑圧できる手段（もっとも、抵抗不能までは要しない）に基づいた方が適当であると考えられることもできよう。筆者は配偶者間の性交渉の権利・義務を有し、又は家族、子育てなどの要因から婚姻関係の特殊性は認めるべきであると考え、その一方で、様々な人権の保護も必要と考えるため、限定的肯定説に賛成する。もっとも、前述した広島高裁昭和62年判例³⁵⁾のような事案が採択した「関係が破綻していること」という判断が裁判官の主観的考慮すなわち自由心証に基づいているために、法的な不安定性を伴う基準でなく、より客観性のある暴行、脅迫、又は経済的若しくはメンタル的に孤立状態に陥らせる事態などを犯罪成立の基準とすることが適切であると考えられる。

また、極めて軽微な配偶者からの性権利の侵害であっても、婚姻関係の締結により包括的承認でない。非親告罪化がされたことを否定するつもりはないが、ただ、被害者がそれを告訴するか否かを選択する権利を有し、それを家庭内で交渉や調停にとどまれる選択を与えるべきであると考えられる。

以上のことから、性犯罪法が、人の関係、犯行の目的などを問わず、単なるSRHRを保護法益として考えると、配偶者からの性暴力を犯罪とすることには

35) 前掲注18。

賛成すべきである。そして、暴行・脅迫を用いて配偶者である相手方を抑圧できる程度の手段により性行為を強行した者は、被害者の抵抗の存在を要件とすることなく、刑罰に値するとする立法化を図ることを提案したい。

おわりに

以上、配偶者からの性暴力定義、現状、学説上の争点につき、極めて概略的に述べてきた。紙幅の関係上やむを得ない面もとはいえ、論証も個々の論点の検討もまだ不十分なものである。学説上と実務上の論争は常に存在するが、現実の立場及び人権保護の立場に基づいて、性暴力問題の現実的で有効な対策を考えていかざるを得ない。

また、先進各国に見られる同意なき性行為の犯罪化、ジェンダー平等及び人権保護の意識を重視する結果である。そして、それは同時に、中国と日本とも、性犯罪法における欠如であるとも言える。日本では、令和 5 年の刑法一部改正により規定された不同意わいせつ罪・不同意性交等罪では、「婚姻関係の有無にかかわらず」との文言が明文で規定された。その適用状況について、機会を見て改めて検討することにした。中国では、最新の性犯罪法の修正案は 2021 年の修正案（十一）であり、それは監護者からの性暴力の処罰を規定するが、強姦罪が、いまだジェンダー平等の立場から修正されておらず、配偶者からの性暴力の問題も残されたままである。ジェンダー平等と人権保護の意識が、中国の立法者、政府に欠如しているとするのであれば、それは危惧されるべきことであるが、その欠如を埋めるべく、これからの法的検討の展開も期待されるところである。

