

議 事

○東山参事官 それでは、性犯罪の罰則に関する検討会の第5回会合を開会させていただきます。

山口先生、よろしくお願ひいたします。

○山口座長 おはようございます。本日もどうぞよろしくお願ひいたします。

それでは、まず本日の配布資料について事務局から御説明をお願ひいたします。

○東山参事官 本日の配布資料は、資料目録のとおり、資料24から26まででございます。資料24は、強姦罪の主体等及び性交類似行為に関する主要国の法制度の概要をまとめた資料です。資料25は、強姦罪と強制わいせつ罪が区別された歴史的経緯などについてまとめた資料です。また資料26は、いわゆる性交類似行為を含む強制わいせつなどの事例につきまして、当局において調査した資料でございます。資料の具体的な内容につきましては、また後ほど御説明させていただきたいと存じます。

また、本日は前回の続きといたしまして、「配偶者間における強姦罪の成立について」の御議論も予定しておりますので、前回配布いたしました資料のうち、いわゆる配偶者規定に関する資料を別途机上に配布させていただいております。このほかに、「アライズ政策研究所／NGO「すぺーすアライズ」」様から書面にて御意見をいただいておりますので、皆様の席上に配布させていただいておりますところでございます。こちら今後の検討の御参考としていただければと思っております。以上でございます。

○山口座長 それでは、早速議題に入りたいと思ひます。

本日は、まず前回の会議に引き続き、論点の第1の7「配偶者間における強姦罪の成立について」の御議論をお願ひしたいと思ひます。前回は、角田委員から配偶者間においても強姦罪が成立する旨の明文規定を置くべきであるという御趣旨の御発言がございました。また、田中委員からは実務における取扱いなどについての御発言がございましたが、これらも踏まえまして御意見のある方は御発言をお願ひしたいと思ひます。

○宮田委員 昨日何冊か刑法の教科書を見てみました。山口座長の教科書は、夫婦間強姦について言及されていて、夫による妻に対する強姦罪が成立するかどうかについて、個別の性交行為について妻の同意義務があることを当然に基礎付けるわけではないのだから強姦罪は成立する、婚姻関係が実質的に破綻している場合に限られるわけではないし、夫は妻に対する強姦罪の共犯になり得るといふ趣旨の御記載をされておられます。

もう一つ、斎藤信治先生の「刑法各論」の教科書なのですが、こちらは夫婦間強姦について、1ページに渡り御検討されています。かなり古い説でも、妻の産前産後であるとか、妻が性交を拒否すべきときには強姦になるというものもあつたそうです。結論的には、この本では破綻に近いような場合に限って強姦が成立するとしているのですけれども、そうではない場合にも成立するといふ説もかなり多く御紹介しておられます。学説的にはどうなのか非常に興味がありましたので、先生方に教えていただきたくて最初に手を挙げました。

○井田委員 前回、角田委員の御発言のすぐ後に発言しようと思つたのですけれども時間がありませんでした。最初に結論を申し上げるとすると、私自身は法律の中に配偶者強姦の可能性を明記するということに対しては積極的に反対の意見を持っております。そればかり

かそれは有害無益と考えておりますので、その理由についてお話ししたいと思っております。御案内のとおりドイツ刑法典の強姦罪規定は、1997年に改正がなされ、それまでは強姦罪は「婚姻外の性交を強制」することが構成要件となっておりますので、元々、配偶者間強姦自体はそもそも強姦に当たらなかったわけです。それを1997年の改正により、「婚姻外の」性交というその要件を外したのであります。

むしろ日本の我々が注目すべきは、ドイツのように、1960年代から「性的自己決定」ということを非常に強調してきて、その思想に基づいて性犯罪関係の規定を大幅に改正してきた国で、なぜ1997年までこの点の法改正を行わなかったのかということではないかと思うのです。

その大きな理由は、やはり国家権力が家庭の中に土足で入り込んでくることに対する強い抵抗感ないし拒否感があり、それをそう簡単に認めてはいけないという意見が強かったということだったと見ています。これは注目すべきポイントだと思います。後でそのことについては詳しくお話しいたします。そのことはひとまず置くとして、そういうドイツの状況と比べると、日本の場合、配偶者間強姦を強姦とすることについて文言上の障害というものがなく、そして、反対趣旨の判例があるわけでもない。

学説について言いますと、かなり昔のものは別にしますと、今の学説に限って見れば、ほかの要件が皆揃っているのに、単に形式的に夫婦間だという理由だけで強姦罪にはならないという見解はおよそ存在しないと思っております。もし、仮にそのような見解を主張する人がいるとすれば、つまり、強姦に関するほかの要件があるのに、夫婦間であるというだけの理由で強姦罪にならないと主張する人がいるとすれば、それは不当な解釈であって、もはや成り立ち得ない解釈だと言えましょう。それをあえて条文上明示する必要はないと考えるのです。

ただ、少し前までは「夫婦関係が実質的に破綻している場合」というような限定を付けて、その場合に限って成立を肯定する見解も見られました。限定的肯定説と呼ぶことも可能かと思っております。しかし、それは何を言おうとしているのか。それは先ほどの話につながってきて、法が家庭の中に入り込んでいくというときに、相当の慎重さが要求される、という一般的な解釈指針をそこに合わせて示そうとするものにすぎません。強姦罪の成立を限定する、何か特別な「要件」を示しているというものではありません。要件にしては余りに漠然としていると言えましょう。それは、要件というよりは一般的な解釈指針・運用指針を示したものにすぎないのです。

国家権力が家庭の中に足を踏み入れるに当たっては相当に慎重でなければいけないということ自体は、仮に夫婦間強姦の可罰性を条文上、明記したとしてもやはり同じように、一般的な解釈指針・運用指針として必要なことなのです。これは前回の会議でも御指摘があったところかと思っております。そういう慎重さは配偶者強姦の場合に限らず、例えば継続的な性的関係にある恋人の間とか、あるいは同棲している同性間、異性間の人の間での性暴力、そういう事例を想定したときにも、やはり必要となります。そればかりか、性犯罪に限らず、「親密圏」という言葉が流布していますが、親密圏における犯罪全般について、もちろん入り込んで行くべき場面は多々あるけれども、しかしそう簡単に入り込んではいけないということ自体は恐らく議論の余地のないところです。

そこで、真の問題は、どういう場合に入り込んでよくて、どういう場合に入り込んではい

けないかという「要件」なのですけれども、それをもし条文上明確に示せば、それは実務にとっても指針になることであろうし、大変素晴らしいことでしょう。しかし、それはなかなか難しいことです。条文上、要件を明記するのは困難であるとする、結局それは法規の解釈と運用に委ねるほかはない。いろいろと申し上げましたが、要するに、言わずもがなのことを書き込んで何の意味もないし、実務に対する指針にも何もなりはしない。それは解釈と運用に任せるほかはない。また、配偶者の性犯罪の場合に限って規定を設け、配偶者以外の場合、更には親密圏一般における犯罪について何も規定しないのは誤解を招きかねない、そういう意味で有害無益だと考える次第です。

○佐伯委員 今、井田委員から刑法で夫婦間では強姦罪は成立しない、破綻していない夫婦間では強姦罪は成立しないという見解の背後に、法は家庭に入らずというような考慮があるのではないか。そのような考慮自体は正当なものがあるけれども、それを条文化するのは難しいであろうという御意見がありました。私もそれに賛成ですけれども、もう一つ、古い見解の背後にあった考えとして、恐らく夫婦間では性行為を要求する権利があるのではないかという、権利行為だから強姦罪は成立しないというような考えがあったのではないかと私は推測しております。しかし、それは誤解であって、夫婦間で性交を継続的に拒否していて、夫婦関係が破綻すれば、それは離婚原因になるということにすぎず、夫婦であるからと言って性行為を要求する権利、まして暴行、脅迫を用いて性行為を要求する権利などというものはないのであって、昔の見解というのは民法の夫婦関係、権利関係、夫婦間の権利関係に関する誤解に基づいたものではないかと、したがって現在採ることはできないと考えております。

以前、民法の先生とこの点について話をしたことがございますけれども、民法の先生もその点について、御異論はなかったかと記憶しております。

○田邊委員 私自身はいかなる立法をするべきかという点につきましては立法政策の問題ということで、裁判官として何か発言をするということとはございませんが、ただ、現在の判例の解釈につきましてはいささかお話をさせていただきたい点もございます。

まず、判例の立場ということでございますけれども、最高裁の判例はこの配偶者間の強姦ということについて言及したものはないと思っております。高裁の判例は私が存じ上げている限りは二つほどございます。昭和62年6月18日の広島高裁松江支部の判決、それからもう一つは、平成19年9月26日の東京高裁の判決です。これらはいずれも法律上の夫から妻に対する強姦を認めたという事例でございます。もちろんこれらはそれぞれの事実関係に応じた判決ということですので、ケースバイケースで判断されるということにはなりましようが、このような高裁の判決例があるということです。

ここからは、多くの裁判官の感覚について、私が理解している限りで申し上げたいと思っております。まず、夫婦間で強姦罪が成立するか否かという命題につきましては、夫婦間で強姦が成立しないと考えているということは恐らくなくて、例えば、被害者と行為者との間で婚姻関係がないということを強姦罪が成立するための要件と考えている裁判官はいないというのが、恐らく多くの裁判官の感覚であると思われまます。

強姦罪の場合には、現在の法解釈を前提としますと、一般論としては、まずは被害者の反抗を著しく困難にする程度の暴行、脅迫があること。それから、姦淫行為があること。それから、被害者の承諾がないこと。この3点が満たされれば、それで強姦罪としては成立

するという、客観的な要件としてという意味ですけれども、そのように考えているものであろうと思っております。

そういうことであるならば、配偶者間の強姦罪は犯罪であるということは、私たちの中では前提と考えているものであると思われるところでございます。

○**小木曾委員** フランス法で配偶者間とわざわざ書いているということがよく言われるのですが、その点について一言申し上げますと、フランスでは1810年から1980年頃まで、婚姻関係というのは性交渉の同意を含むと解釈されていたということでもあります。しかし、その後、離婚間近ですとか、脅迫、暴行があった場合などは配偶者間でも犯罪が成立するという裁判例が出るようになりました。1990年代になりますと、婚姻中であっても、暴行や脅迫などの反証があれば同意の推定が破れるという裁判例が出るようになりました。ヨーロッパ人権裁判所でも同様の裁判例があったようです。これを受けて、ドメスティックバイオレンスの対策のための法改正で、配偶者間の同意の推定は反証があれば破れるということを書き込んだわけです。

しかし、よく考えると、配偶者間であっても、いわゆるセックスレスというような状態になっていれば、同意は始めからないはずであるということが指摘されて、2010年に配偶者間の同意についての文言を削除しました。その結果、配偶者間でも成立するという部分だけが残ったわけです。そのような経緯ですので、日本の法律には、そのようなことは一切書いていない、始めから同意の推定などということは考えていないわけですから、この点に関して少なくともフランス法を参考にする必要はないだろうと考えます。

○**山口座長** 今、外国法の見地からいろいろと御説明もございましたし、先ほど佐伯委員からは夫に性交渉を求める権利があるというのは民法の誤解だという趣旨の御発言がございましたけれども、ほかにはいかがでしょうか。

○**角田委員** 井田委員がおっしゃったことの核心だと思うのですが、法が家庭の中に入り込むことに慎重でなければいけないということで、これはDV防止法を作るときにもいろいろ議論された論点だと思います。しかし、一定のことについては、やはり法が家庭に一定の要件の下で入ることがないと、例えば夫婦間での暴力というような今まで無視されてきた問題について、解決はできないのではないかとということで、DV防止法のときはあのような法律ができたのだと思います。

性暴力はやはりDVの一つの形であると思っておりますし、実際にDVの被害者のケースをたくさん扱っているわけなのですが、その中でも性暴力があったということを言われる方もいらっしゃいますけれども、多くの人は、一般的な暴力という言葉で性暴力も含ませていることが多いです。ですから、離婚事件などで詳細に話を聞いていきますと、DVだと言っている人の中で、性暴力だけはなかったというのは恐らくないのではないかと思います。にもかかわらず、これは表になかなか出てきにくい。

それで夫婦間強姦もDVの一部であることは間違いないので、DV防止法のときに家庭に入るというのは一定の場合には必要ではないかとということで、その議論は克服されているのではないかと私は思います。

それから、裁判官や学者のお考えとして、確かに刑法第177条は何も言っていないので、配偶者による強姦は成立するのだということは言えると私は思います。そのように実務が運用されていけば問題なかったかもしれないのですが、やはり実態はかなり違って

いるのではないかと思っているものですから、その実態を改めるためにはやはり何か立法的な手当が必要ではないか。そして、実際に被害を受ける女性たち、あるいは彼女たちが最初に相談に行く警察、そのレベルではやはり成立しないという考えがかなりあると見ておりますので、そのところをどうやって、それも犯罪だということできちんとした法的な救済を受けられるかということを考えたときには、確かに屋上屋ではあるのですけれども、注意的な規定が必要ではないかと考えております。

○**工藤委員** 警察の運用についての言及がありましたので誤解のないように申し上げておきたいのですが、前回の検討会の場で角田委員が言及なさったような個別の事例については、一つ一つ残念ながら把握していないので申し上げられないのですが、少なくとも一般的な方針としては、夫婦間であろうとなかろうと、とにかく現行の刑法の要件を満たしていれば、それは強姦が成立するというのが我々の考えですし、実際にそのような考えに基づく検挙事例というのはあるわけです。

これも前回田中委員がおっしゃったことの繰り返しになる部分がありますけれども、その立証上の困難性は、やはり夫婦であるということからいろいろなことがある。

例えば、一つ例を申し上げますと、婚姻関係が破綻した後で、まだ破綻していない前の過去の事案について被害申告がある、これがかなり多く見られる事例ですが、こういった場合に実際に家庭内でそういうことがあったということを立証するのは非常に難しい。一つの事例ですが、こういったことがあります。

それで、結果的に検挙ということに至らないということはあるかもしれませんが、少なくとも警察として現場での運用として、夫婦間では成立しないという考えが一般的であるというのは、それは正しくないと思っております。

○**佐伯委員** 私の先ほどの発言で誤解を招くかもしれないと思われましたので補足させていただきますと、法は家庭に入らずというのは、もちろんむやみに入って家庭生活を破壊してはいけないということであって、当然DVのような場合を含めて、しかるべき場合には警察が介入、あるいは処罰するべき場合があるというのは当然のことです。

それは、夫婦間の強姦には限らず、強制わいせつもそうでしょうし、暴行行為もそうでしょうし、それから井田委員が御指摘になったように内縁関係の場合も同様であろうということです。

○**井田委員** 一定の場合には家庭にも入らざるを得ない、あるいは、一定の場合に親密圏の中にも入っていかざるを得ないということ自体は、法律家の中にこれを否定する人はいないと思うのです。ですから、そのこと自体を幾ら明記しても意味がないのです。大事なことはどういう場合に入っていくべきなのか、そして、それをどういうふうに変化するのかです。そこにはかなり難しい問題があり、それは立法的に解決するのではなく解釈に任せるほかないのではないかと。こういう場合は家庭の中に入っている、これは駄目ですと、法律において要件化できればいいのですが、それができない以上は、単に一定の場合には入っていかねばいけませんよとただ一言だけ書いたとしても、何の意味もないというのが私の意見です。

○**齋藤委員** 夫婦間の強姦よりは、デートレイプの方が件数として扱うことが多いので、夫婦間、配偶者間と言うのなら、「関係性の如何を問わず」の方が、私の感覚としては、普段の業務からすると近いかなと思っております。法律に明文化されることでどういう意味を

持つのかということについて、法律家ではないので全く予測が立たないので、それを入れた方がいいのか、入れない方がいいのかということに関して、私は言及を今回はしないでいたいと思っています。ただ、現場でこれがデートレイプであるとか、配偶者間でもこれは強姦であるという認識を持つことのできない被害者が多数いるということは事実だなど思っています。どうやって認識を広めていくかという問題と、もう一つは、警察の方々や法律の先生方がいろいろなことを考えた上でおっしゃっているのは分かるのですが、やはり現場に行ったときに警察の方に、「それは夫婦間でしょう」、「それはだっぴつき合っていたのでしょうか」みたいなことを言われることが実際にあって、それは私たちからすると夫婦間だから立証が難しいとか、交際関係があったから、これが暴行、脅迫だということを認められるのが難しいのだろうと私たちは分かっても、被害者の方はそこまできみ砕いて理解ができなくて、そういうときにかみ砕いて説明して下さる現場の方々がいらっしゃるといいなと思っています。そういう現場の方々にお会いすることもありますし、やはりお会いできないこともあります。

そういう状況をどうやったら変えられるかということに関して、それを法律に明記したら変わるのか、明記しても変わらないのか、もっと別の変える手立てがあるのかというのは私には分からないところですが、そういうところが変わっていくといいなというのは被害者支援の立場からは考えています。

○**角田委員** 今の御発言に関連してなのですが、結局、私も明文化したらそれでガラリと変わるというような期待は持っていないのですが、DV防止法がそうであったように、法律に明記されることによって一般の人の認識が変わって、そこに必要なメッセージが送られるのではないかと考えています。

前回、私が男女共同参画白書の中の棒グラフをお示ししたのですが、あれもDV防止法ができて、人々の意識にどういふ変化があったかということを実に示しているものだと思います。当然、暴行傷害はDV防止法と関係なく犯罪だったわけなのですが、あの法律のできる前と後であれほど大きな認知の数が違ってくるというのは、やはり法律があることによって人々の認識を変えていくには非常に大きな力があつたということではないかと思っております。そういう意味では学者の先生方は誤解していないかもしれませんが、一般の人々はやはり夫婦間だから駄目だと、実際に警察で言われたという例も最近でも知っているわけなのです。そういうことがあるので、それは違ふのだよと。夫婦間であろうとなかろうと。ですから、どういふ文言にするか、夫婦間というふうにするのか。あるいは関係性の如何を問わずとするか、そこはまた文言の話で別なのですが、少なくともあなた方は犯罪ではないと思っているかもしれないけれども、犯罪なのですよということをやはり明確にする必要があるのではないかと私は思っています。

もし、そのところが一般の人々の間でも明確であれば、立証の問題があるかもしれないのですが、なぜ夫婦間の判例があれほど少ないのかという問題も出てくると思います。

○**宮田委員** 2点指摘したいと思います。まず1点は、法律を変えなければ事態が動かないのかという観点です。私など弁護士の業界もそうですけれども、法律に携わっている人たちのセクシャルハラスメントの問題などは、たまにあるから新聞を賑わすのかもしれませんが、そういうとき、組織がマッチョだという言われ方をするわけです。

男性が多い社会なので、女性に対する理解が足りない。そこに対して、教育をすることによって、運用が変わってくるということもあり得るのではないか。今、もしも角田委員がおっしゃるような問題があるのだとすれば、それは現場の意識の問題を変えれば変えられる問題なのか、変えられない問題なのか、このことを一回試してみてから法律をいじることでもいいのではないかと考えます。

もう1点は、夫婦間の問題については、非常に被害者の記憶の喚起等が難しいことがあります。これは一般的なセクシャルハラスメントもそうですし、性的な問題などについて非常に被害を受けた人の場合には、記憶が曖昧になる場合もある。特に、夫婦間の場合には、夫婦でいつどんなことが起きたか日記を付けて、ちゃんと記録をしているような人というのは少ないです。

被害に遭って、友達にその内容をメールで送っていたという形で物的な証拠が残っているということであれば、これは警察の方も動いていただけるのでしょうけれども、大体いつ頃、不本意な性関係によって私は妊娠してしまいましたというふうな、ざくっとした内容で被害を申告されても、警察はなかなか動きづらいただろうと思います。

ただし、そのような不本意な性行為がある前提として、日常的な暴力、暴言、DV的な被害があるとすれば、そちらを根拠にして警察に動いていただくことは十分にあり得ることだと思います。強姦罪に夫婦間の問題を入れることによって問題が解決するのかしないのか、別の形で解決できるのであればそちらでもいいのではないかとこのことを考えたところでございます。

○**角田委員** 夫婦間の場合の記憶の問題について、被害者の側が必ずしも明確に被害がいつだったかということを示し示せないとおっしゃられたのですけれども、私の経験では、本当にひどい被害に遭った人は、何らかの形で、日記とかいろいろな所で何月何日何時頃こういうことがあったという記録をされている人が結構いらっしゃるんですね。それは事件としては離婚事件だったのですけれども、日常的な軽いものは書いていないのですが、自分が耐え難いと思ったものについては、記録をされるということもそれほど珍しいことではないと私は思っております。

法律の改正のほかに、もっと状況を良くするということがあるとすれば、それは法律の改正にプラスして、そういう改善策を採られることに私は反対ではありませんし、それは大いにすべきだと思っていますけれども、間違った考え方を正すためにもやはり立法的な措置が有効、必要ではないかと考えております。

○**小木曾委員** 統計への言及がありましたので、その点に絞って申し上げておきますけれども、統計の読み方というのは、ある数字の変化をもたらした原因がどこにあるのかに關係するあらゆる変数を入れて、それとの關係を見てこの数字がなぜ動いたかの結論が初めて出るわけですので、DV法の施行後に暴行傷害の数が上がったという統計上の数値が出たとしても、その原因が何であるかということについてはかなり慎重に見なければいけないというのが統計学上の知見であろうということだけ申し上げておきたいと思っております。

○**田中委員** 捜査機関が「それは夫婦でしょう」とか、「恋人間だから」ということで、否定的な発言をするというような御趣旨の発言があったのですけれども、それは配偶者間だと成立しないと法律を誤解しているからというよりは、通常の強姦と比べると、前回も申し上げました立証上の難点が伴いますので、そういうことが真っ先に頭にあって、思わずそ

ういう発言になると思うのです。そういう現場の人間のデリカシーのない発言というのはあるのだろうと思うのですけれども、だんだんそれは減ってきていると認識しています。そこは現場で教育しないといけないことだと思います。法律で定めることではないと考えています。

それとDV事案ですけれども、これは相当立件されていましてすごく多いです。私の目から見ても警察もすごく被害者保護に厚くなっているのです、こんな軽い事案までと思うものまで立件されてきております。もちろんひどいものは逮捕したりしているのですけれども、その後で仲直りをされる、被害届を取り下げるというのも相当多い、これも現実です。ですが警察はきちんとやっているのです。もちろん真偽を確かめて立件するわけなのですけれども、とすると暴行脅迫を要件としている強姦罪で、暴行の部分だけをこれだけ立件しているのに、その中で強姦罪まで被害届が出されたときに、それはやりませんというようなことはあり得ないのです。したがって、そのような注意規定を設ける意味はないのではないかと考えております。

○北川委員 既に井田委員、佐伯委員がおっしゃったとおり、私も刑法典の中にあえて配偶者間での強姦、配偶者であっても強姦が成立するという旨の規定を設ける必要はないかと思えます。これは既に先生方がおっしゃったとおりのことと、プラス先ほど来の御指摘にもありましたように、暴行脅迫についてもどういう関係の中で行われたかというのは問うておりませんし、刑法典上もほかの例で言えば未成年者誘拐罪でも親子関係があっても成立するという解釈同様、状況次第でということもあると、関係性を問わずということで書いてないものについては問わない、場合によっては個別具体的に検討する。ただし、慎重さは要するという事なのだろうと思えますので、刑法全体の関係からも不必要なのではないかと考えております。

○山口座長 ほかにいかがでしょうか。大体御意見はお述べいただいたということでよろしゅうございますか。

それでは、まとめをさせていただきたいと思えます。配偶者規定に関する本日の御議論でございますが、明文を置くべきだという強い御意見がございましたけれども、大勢としては明文の規定を置く必要はないのではないかというものであったように思われます。しかしながら、御議論の中でも出てまいりましたが、配偶者間において強姦罪が成立しないという誤解があるとすれば、被害が潜在化してしまうという問題が生じることにもなりかねませんので、そのような誤解がないように広報・啓発活動といったようなものを推進していくということも重要なのではないかというように考えられます。

その意味では、本日このような形でこの夫婦間の強姦の成否について論点として取り上げて御議論をいただき、その議論の経過が議事録等を通じて公表されるわけでございますので、啓発活動という観点から見ても意義のあることだったのではないかと考えられます。

現時点での御議論、ここまで御議論いただいたことをまとめさせていただきますと、そういうことになろうかと思えます。よろしいでしょうか。

(一同 異議なし)

ありがとうございました。それでは、次の論点に移りたいと思えます。

これから御議論いただきたいと考えておりますのは、論点第1の2の「強姦罪の主体等の拡大」と、第1の3の「性交類似行為に関する構成要件の創設」の二つの論点でございます。

す。

この二つの論点はいずれも男性器の女性器への挿入という行為のみを強姦罪として特別に重く処罰しているということに関する論点でございます、その意味では共通の問題を含んでおります。

また、仮に性交類似行為を強姦罪の中に取り込むとした場合には、必然的に強姦罪の主体等にも影響するという意味でも相互の関連性が強いというように考えられます。そこでこの二つの論点につきましては、本日併せて御議論をお願いしたいと考えております。

まずは事務局からこれらの論点に関する資料の御説明をお願いいたします。

○**東山参事官** 配布資料の内容につきまして御説明いたします。資料24は強姦罪の主体等及び性交類似行為に関する主要国の法制度の概要をまとめた資料でございます。

主要国の規定は様々なものがございすけれども、基本的に肛門性交、口淫及び膣内への異物挿入につきましては、強姦、性器結合と同じ規定で処罰しているか、あるいは同じ法定刑で処罰しているという法制を採用している所が概して多いということができるかと思っております。

資料25でございますが、こちらは強姦罪と強制わいせつ罪が区別された歴史的経緯について、当局においてまとめた資料でございます。御覧になればお分かりかと思っておりますけれども、我が国におきましては、明治3年の新律綱領においては、強姦罪に相当する罪のみが規定されておりました。その後、明治13年の旧刑法におきまして、強制わいせつ罪が置かれ、その後の明治40年、現行刑法においても強制わいせつ罪と強姦罪という形で規定されているところでございます。

この資料の中に参考1といたしまして、旧刑法の立案段階におけるボアソナードと鶴田皓の議論の抜粋を掲げております。

また、参考2といたしまして、強姦罪の客体が女性に限定されていることについて、法の下での平等を定めた憲法第14条には違反しないという趣旨の最高裁判例を掲げておりますので御参考としていただければと存じます。

資料26でございますが、こちらはいわゆる性交類似行為を含む強制わいせつ等の事例を集めたものであります。平成25年1月から平成26年11月までの約2年弱の期間に検察庁に送致された事件のうち、肛門性交、口淫、異物挿入の三つの各類型につきまして、それぞれの行為を含む強制わいせつの事案を当局において調査し、現時点で把握できたものをまとめたものでございます。

①の肛門性交の事例を御覧いただけたらと思っております。肛門性交を含む強制わいせつ事案として把握しております事案は3件でございます。これは判決結果の重い順に並べております。事案の概要、求刑、判決結果のほか、被告人、被害者の性別、年齢等について把握できた限りで記載しております。

なお、被告人と被害者との間に何らかの関係性があることが判明しているものにつきましては、参考事項欄に記載しているところであります。また、事案の概要欄に記載している事実以外にも併合罪として処罰された事案がある場合には、その概要、被告人の前科や示談の有無につきましても、現時点で判明している限りで、参考事項の欄に記載させていただきました。

②は口淫の事案ということになります。口淫を含む強制わいせつ等の事案で把握できた事

案は18件となっております。ほとんどが被害者に自己の陰茎を口淫させたという事案ですが、12番は、口淫する行為と口淫させる行為の両方を行った事案、それから、18番は、被告人が被害者の陰茎を自ら口淫したという事案でございます。

③は異物挿入の事案でございます。こちらは、性器、肛門、口に異物を挿入した事案であります。いわゆるバイブレーターと呼ばれる物を用いる事案が多いかと思っておりますけれども、3番の事案は陰茎をかたどった張型を被害者の口、口腔内に入れたという事案でございます。以上でございます。

○山口座長 ただ今御説明いただきましたが、何か御質問等がございましたらお願いしたいと思っております。

○宮田委員 時期が平成25年から平成26年までということは、直近の案件という御趣旨ですか。

○東山参事官 そうですね。平成25年1月から平成26年11月まで、最近のものということで調べさせていただきました。

○山口座長 それでは、論点についての議論に入ることにしたいと思います。先ほど申しましたが、第1の2と3の二つの論点を併せて議論したいと考えております。強姦罪の行為者、そして被害者について、性別の差をなくすべきかどうか。また、現行法では強姦罪で処罰されている男性器の女性器への挿入以外は強制わいせつ罪で処罰されるわけですが、ただ今御説明がございましたような肛門性交や口淫等の性交類似行為について、強姦罪と同様の刑、あるいは現行の強制わいせつ罪よりも重い刑で処罰することとするべきかという論点についての皆様の御意見をまずお伺いしたいと思います。

後者の論点につきましては、具体的にどのような行為を対象とするかという問題は後ほど更に御議論をいただくこととしまして、まずは現在強制わいせつとされている行為の一部を強姦罪と同様の刑、あるいは今より重い刑で処罰するべきかどうかという点についての御意見をお願いしたいと思います。

○宮田委員 「そもそも論」なのですが、女性器への男性器の挿入というのは何か特別な意味を持ち得るかどうかです。膣内への男性器の挿入の場合には妊娠の可能性があることは指摘されますが、最近では子宮頸ガンの原因が性交によるウイルスの感染だということも指摘されるようになりました。韓国の刑法は日本の現行の強姦に当たるものとそれ以外という形で置いているようです。女性器への男性器の挿入を特別に考える必然性があるのか、ないのか。これは私自身もよく分からないところがあるので、問題提起として最初に発言をさせていただきました。

○井田委員 自分自身の頭の整理のためにも基本的な所から遡って考えてみたいと思うのです。ヒアリングをお聞きしていて、また事務局が御用意くださった各国の立法例を見せていただいて、その上で現行の規定を再び見たとき、やはり明らかにこういう点を変える必要があると考えられる箇所は大きく2点ぐらいあると感じました。

先ほどの事務局の御説明だと、歴史的に規定が設けられた順番としてはまず強姦罪の規定が先行したということのようなのですが、現行刑法の法文の論理的な関係としては、強制わいせつが軽い基本類型で、強姦、すなわち、女性を客体とする性的結合行為が重い類型となっております。広義の強制わいせつ行為の中で、特に女性を被害者とする性交の強制を特に重い犯罪として扱っているわけです。

ここにおいて問題は大きく二つあります。まず、被害者へのダメージを考えたときに、今は強制わいせつ行為に落ちているものの中で、強姦行為と同じぐらいのダメージを被害者に与えるものがあるのではないかと、いや間違いなくあるだろうということがまず一つです。加重類型としての強姦が狭く規定され過ぎているのではないかとというのが一つの問題です。

もう一つは、男女間の差別の問題で、男性に対する性交の強制というものが、強制わいせつとして軽く評価されてしまっているという部分をどうするか、この部分に関して性差をなくすべきではないかということです。

改正の方法には幾つかのものがあり得ます。一つの考え方は、単純に現在の強姦罪を廃止してしまって、全部を強制わいせつ罪に一元化するというものです。しかし、そうすると法定刑の幅をぐっと広げざるを得なくなります。また、その幅広い中で実務に刑を決めさせるのは、実務に白地手形を与えるような形になって、やはり良くない。基本的に重い類型とそうでない類型と分ける、現行法の行き方が良いとすると、結局は今まで強姦罪、すなわち「加重強制わいせつ罪」とされてきたものの範囲を広げていくということが考えられるでしょう。性器結合、つまり膣性交以外の態様で被害者に同じようなダメージを与えるものを拾い上げていくということが一つ。もう一つは、男女差をなくして、男性を被害者とする強制的な性交も強姦に含めていくこと。座長がおっしゃったことをもう一回繰り返して言っているにすぎないのですけれども、強制わいせつ罪に全部まとめて一元化して、刑の上限を重くするというやり方が適当ではないとすれば、今の二つのタイプの切り分け方を再編成することが考えられ、そのときの論点は、一つは強制的な性的結合以外で、同等のダメージを与えるものを選び出すということと、男女の性差をなくすということの二つが課題となるであろうという感じがいたします。

○齋藤委員 先ほど被害者に与える苦痛というお話があったかと思うのですけれども、ヒアリングでも亀岡先生がおっしゃっていたかと思うのですが、トラウマとかPTSDの世界では、アメリカのケスラー氏たちが行った研究が多く引用されます。その調査ですと、レイプというのを挿入ということに定義してしまして、そして男性と女性でレイプの被害に遭った人がPTSDになる率というのはほとんど変わらない。むしろ男性の方が高いという結果が出ています。

男性が挿入されるというと、恐らく肛門性交ということになると思うのですけれども、そういったように、被害者の受ける精神的な苦痛という側面で言うならば、ほとんど変わらないということがあるので、私も性差をなくすことにも、肛門性交や口淫ということまで範囲を広げるとということにも基本的に賛成しております。

今の現場と違う臨床現場で、男性同士で性行為をする方々によくお会いしていたので、やはり男性間の性被害も非常に多いというのもありますし、また、肛門性交は特に腸管粘膜が傷付きやすく、HIV等の性感染症のリスクも高いということを考えると、膣性交と肛門性交とで分けるということも余り適当ではないのかなという感じも持っております。

私も、男性、女性とどうしても言ってしまうのですけれども、いろいろな性別があるということを見ると、性差を明記しなくてもいいのではないかとということも考えております。

○北川委員 先ほど宮田委員から御発言がありましたように、女性器に特別な意味があるのかと、私もここに迷いがあるのですけれども、この点は置いておいておきまして、現行の強

姦罪の規定が被害者を女性に限った、しかも行為としては性器結合だということが狭過ぎる、仮に諸外国と比べても随分狭いではないかというような見方から出発し、先ほど井田委員がおっしゃったように、被害者の男女格差をなくして、男性を入れるということになりますと、今度は男女ともに被害者になった上での重い強制わいせつ、あるいは強姦に近い行為というものにどこまで入ってくるのか、特に男性を被害者に入れるという視点からは、男女間の性器結合だけを取り立てて置いておく意味がなくなってしまう気がします。先ほど実際の被害の関係からもお話があったとおりで、肛門性交等も入れざるを得なくなってくるのではないかという感じがしますので、客体を男女に、男性間、女性間にまで広げるのかということに伴い、性行為の対象、強姦に匹敵する行為としての重い処罰行為を拡大せざるを得ないのかなという感じを抱いております。結論ではなくて、そういうイメージでおります。

○佐伯委員 私も、強姦罪というのは強制わいせつ罪の加重類型であると理解しておりまして、加重類型という意味で被害者に与える侵害性の大きさという観点から考えていくべきだろうと思っております。

実態について必ずしも詳しくないのですが、齋藤委員から説得的な御意見をいただき、私もそのとおりでなと思っております。

○角田委員 これは情報提供という意味なのですが、ヒアリングに来ていただいたTSUBOMIという団体の望月先生に、男性からの相談はどのくらいあるか伺ったのですが、2012年2月から2014年12月までの1年10か月で43件の相談があったということです。ここで相談された人の数というのは必ずしも被害の広がりということを反映しているわけではないのですが、やはり男性の被害は多いと考えられます。特に、日本では余り調査されていないのですが、アメリカの調査を見ますと、男性、特に少年の被害が非常に多いというデータも出ておりますので、これは男性を排除するいわれはないだろうと私は思っております。

○宮田委員 男女差をなくすというときに、男女差をなくす範囲をどこまで考えるかあると思います。肛門性交で非常に大きな身体的なダメージを受け、あるいはHIV等の感染の可能性があるというお話がありましたけれども、肛門性交、口淫のような身体に対する侵襲行為の部分については、そのひどさをイメージできると思うのですが、今日、御配布いただいた事案の中には強制わいせつの中に、男性が性器を他人に弄ばれるというものもありますし、ここには出てきていませんけれども、男性器を女性器に無理矢理挿入させられるという案件も考えられると思います。

今の主体の拡大という議論で言っているのは一体どこまでなのかと思ったのです。今のところ、身体に対する侵襲行為ということで議論が進んでいるように思われますが、それでいいということであればそれでも構わないし、それ以上に、男性器を弄ばれて口淫される、あるいは肛門に挿入させられる、膣に挿入させられるという行為まで含めて男女差をなくすという議論を今しているのか、していないのか。そこがよく分からなかったので発言させていただきました。

○山口座長 議論の整理をさせていただきたいと思っております。この論点は前半部分と後半部分と分けさせていただいております。前半部分は先ほどから御指摘がございましたけれども、強姦罪は強制わいせつ罪の加重類型として規定されている。男性器の女性器への挿入だけ

が重い類型として特に取り出されて規定されている。その性差をなくすことと、その範囲を広くすることを考えるべきかというのが一つの問題で、もう一つはどの範囲まで広げるのかという問題でございました。

今の宮田委員の御発言はどの範囲まで広げるのかという問題に直接関わる点ですが、その点についての御議論を本日予定しております。ですから、まず前半部分について、現在の強姦罪が、男性が女性に対して性器を挿入する、要するに膣性交のみを重く処罰しているということについて、性差がそういう形で書かれていることについての評価、あるいはそれだけを特に重く処罰する理由がどれだけあるのかという点について、御発言が更にございましたら、お願いしたいと思います。

これまで、御発言いただいたものは、宮田委員の最初の問題提起を別とすれば、要するに性差をなくす方向で、かつ、男性の女性に対する膣性交以外のものについてもやはり重い類型というのがあり得るので、そちらも強姦罪と同様に重く処罰するべきではないかというような御発言が多かったかと思います。もし、何か今の点に関連して御発言いただけることがあればお願いしたいと思います。

○木村委員 たまたまヒアリングのときに私は欠席してしまったので、先生方とちょっと意識がずれているのかもしれないのですが、従来の議論では、比較的強姦罪は重いことは当然だというのは国民の常識としてあったのかなと思います。最初宮田委員から御指摘がありましたけれども、やはり妊娠する可能性も非常に多いですし、被害者は15歳から大体20代ぐらいまででしょうか。そこに固まっているということもあるので、その危険性も非常に大きく、合理性はあるのかなと個人的に思っておりました。

男女差を付けるのがおかしいというよりは、むしろ典型的に男性が女性にというものが数としては圧倒的に多いはずなので、特に多い類型を取り上げて重く処罰することにそれなりの意味はあり、現在でも強姦を女性被害者に限る合理性というのは一概に否定するものではないと思います。

ただし、刑法第176条と第177条の刑の重さの差がかなりありますので、そうしますと男性の被害者の方のダメージがいかに大きいかを伺うと、やはり男女差をなくすという理念的なことだけではなくて、具体的な被害の大きさという意味でも、余りにも差があるので、少しどちらかを重くする、片方を軽くするのかよく分からないですけれども、差があり過ぎるというのは確かにおかしい面はあると思います。

○山口座長 いずれにしても、現在の強姦罪と強制わいせつ罪の在り方というのにはやはり修正を要する部分があるのではないかというのが大勢の御意見だったように思われます。

特に、肛門性交等については、やはり強姦罪と同様に処罰してもいいのではないかという御意見が述べられました。

問題は、先ほど宮田委員から指摘していただいたことなのですが、強姦罪と同様に処罰するような性交類似行為の範囲をどのように考えるべきかという点です。これがなかなか難しい問題でありまして、次にその点について御議論をいただきたいと思っております。

諸外国の立法例を見ても、これはなかなか難しい問題で、これから御議論をいただきたいと思うのですが、恐らく本日結論を出し切るというのは難しいのではないかと考えておりますが、様々な諸外国の例なども参考にしつつ、まずは強姦罪と同様の刑で処罰すべきものとして、中核的部分と言うのでしょうか、コアとなるものは一体どのようなも

のか、逆の見方をしますと、強姦罪と同様の刑で処罰すべきではないものはどういうものなのだろうかということについて、御意見をいただきたいと思います。よろしく願いいたします。

○**角田委員** やや抽象的な言い方になるのですが、深刻な性的な侵襲といいますか、そういうものを同様に処罰するべきではないかと思っております。性的挿入という言い方もあると思うのですが、頂いた資料24のフランスの所を見ますと、「膣内に指、棒、その他何らかの物体を挿入する行為」と書いてあるのですが、実際に指を挿入されたら、今であれば強制わいせつなのですが、その被害を受けた女性の苦痛というのを間近で見ると、それは強姦とそれほど差がないということです。

つまり、自分の体に対する性的な侵襲というのが、どうして非常に大きな被害を引き起こすかという点を考えると、体に密着しているということが非常に大きな被害の原因になっているわけです。これは、宮地尚子先生がお書きになっていることでもあるわけなので、その性的な侵入、身体の密着性と言いますか、そこが非常に大きいのではないかと思っております。ですから、先ほどの三つにプラスして、物体であったとしてもやはり同じような苦痛が起きるのではないかと。そうするとその物体は何かとまた難しいのですが、何らかの物体を挿入する行為とフランスでは書いてありますので、書き方をどうするかは別の問題として、どういう内容かというときにはそういうようなことを考える必要があるのではないかと思います。

○**小木曾委員** 今、フランスの話が出ましたが、若干リサーチしてまいりましたので御紹介しますけれども、フランスの場合は、キーワードとして身体への侵入行為を重く処罰するという考え方で書かれているようです。ですから、具体的には、膣はもちろん肛門にしても、男性器はもちろん、それ以外のものも侵入ですから、犯罪を構成するわけです。ただ、この考え方を採りますと、義理の母親が義理の息子に関係を強要したというような場合は侵入という概念があり得ないというので、強制わいせつで処罰するという裁判例もあったりするので、その辺りをどう考えるかが問題になってくるのだろうと思います。

○**山口座長** 侵入というか挿入というか、それが一つのキーとなる概念になるかと思われます。ほかにはいかがでしょうか。

○**宮田委員** 恐らく、性的な侵襲行為のどこまでを範囲に含めるかという話になっていくのだろうと思うのですが、極めて感覚的な捉え方なのですが、例えば女性の被害者が押し倒されて下着を脱がされ、その段階で犯人が取り押さえられたというときに、犯人が意図しているのが女性器への挿入であろうが、肛門への挿入であろうが、これを区別するのはおかしいのだろうなどは思うのです。

性器と肛門は、位置も近いし、肛門性交に対してどういう形での被害が起きるか非常によく分かるのです。口淫については、何となく、ダメージが大きいのだろうなどは感じます。今申し上げているのは、男性器による被害、あるいは、男性器以外に考えられるとすれば、女性が性転換をして男性器類似のものを人工的に形成するようなものを挿入されることについては感覚的にそうかなと思うのです。

ただ、異物挿入の問題になってくると、確かにダメージは大きいのですが、どこまでを含めるかの外延が非常にイメージしづらいと考えるのです。

実際に、法務省から頂いた資料を拝見すると、いわゆる性具の類いばかりです。それはそ

うなのかなという感じはするのですが、よく学生のリンチなどでモップを挿入したとか、ピンを挿入したという事例も出てきます。それは強姦類似行為なのだろうか。

あるいは、子供がお医者さんごっこの類いで、女性器にビー玉とかパチンコ玉みたいな小さいものを突っ込んだりすることがあります。これを例えば成人の知的障害の人が幼児に対してやったときに、膣内への挿入行為だから強姦類似の行為として見るかということ、感覚的にはそれは違うような気がするのです。どういうものであれば異物挿入として罰するのはなかなかイメージしづらいのかなと思ったところでございます。

○井田委員 今の宮田委員の御発言に続く形で、私なりに整理してみたいと思います。まず、これは当然強姦と等しく扱うべきだろう、つまり加重類型に入ってくるべきだろうと思う類型というのは、やはり性的結合の強制、男女差をなくして性器結合を強制する行為というのが一つコアにあります。そして、それに加えて性器を口や肛門に挿入する行為、すなわち口淫と肛門性交はやはり重い類型に入ると思われますので、この辺りは合意がとりやすい形で重い類型に入ってくるのではないかと考えます。

他方で、挿入ないしは侵入を伴わないような行為、無理矢理キスをするとか、あるいは性器をなめまわすとかいう行為になってくると、これは強制わいせつ罪の方にとどまるのではないかと思われます。

そこで問題になるのはその中間に当たる領域で、身体への侵入はあるのだけれども、それが身体の一部、指、あるいは器具や物であったりという行為について見ると問題はいろいろ出てきます。確かに先ほど出ました性具の挿入とかになると、かなり上の方に近付いてくる感じはあるのですけれども、他方で行為の主観的な意図ないし性的意図を併せ考えないと、直ちに性的侵害行為と断定できないところがあります。ただ棒状の物を口に突っ込んだというだけで直ちに強姦に近いものとして評価できるかどうかかなり疑問があります。そこで、何よりこの中間に当たる領域についてきちんとした議論をして、主観的要件も含めて振り分けをどう考えるかについて検討する必要があると思います。

いずれにしても、性器結合を強制する行為、性器を口や肛門に入れる行為、これはかなりはっきりと強姦に近い類型、それを共にくくることのできる類型に入ってくるのではないかという感じがいたします。

○齋藤委員 この辺りに関しては非常に迷っているところでして、同僚たちに聞いても、とても判断に困る部分だなと思っているのは、例えば性器に指を挿入するとか、若しくは性器辺りを触るとかというのも、状況によって極めて強姦に近い状況でのそういう行為とそうではない行為というのがあるのではないかと考えるとすごく難しいなと思っています。

状況によって、被害者が感じる精神的苦痛というものの程度は随分変わるので一概には言えないのですけれども、非常に大雑把にいろいろな被害者にお会いして感じるのは、やはり侵入とか挿入とか何らかの、それは指であったり異物であったりも含めてですけれども、何らかの侵入、挿入を伴っている方の方が相対的に見て精神的な苦痛、反応の強さというのは強い場合が多いのではないかというのを感じています。

肛門性交と口淫というのは、私と同じように被害者支援に関わっている者も、誰に聞いても明らかだろうというふうに言うのですけれども、そこから下の辺りになってくると、人によって意見が変わるところです。私も悩んでいて余りきれいな意見ではないのですけれども、挿入であるとか何らかの侵入を含む、それは侵入される、侵入する、どちらかとい

うことも難しいのですけれども、体の境界線を超えるような被害というものは少し精神的な反応というのは状況によりますが重いのかなというのは感じております。ただ、今日はそれを示すような資料が手元になく、申し訳ありません。

○佐伯委員 先ほど、被害者に対する侵害性からやはり考えていくべきだろうと申し上げたのですけれども、これは本当に被害者がどのように侵害を感じていらっしゃるか、実際にPTSDを含めて侵害が生じているかという実態を知らないとなかなか議論ができませんので、先ほど齋藤委員から御紹介がありましたけれども、難しいかもしれませんが、できればいろいろな研究等をお示しいただければと思います。これは希望です。

○山口座長 その点については御検討いただくということでよろしゅうございますか。ほかにいかがでしょうか。

○宮田委員 性犯罪については、傾向犯という議論があります。被害者にしてみれば、わいせつが目的でやられようが、わいせつな目的がなかろうが被害は同じなのでしょう。そうなってくると、行為そのものの客観的なところで、こういうものであれば該当するとか、こういう行為は該当しないという形での規定になってくるのかなと感じます。ですから、主観も含めてということになるのかなと感じるところでございます。

男女差をなくすということであれば、先ほど話した、女性同士のリンチの事件などで性器に異物挿入をする、これは割と古典的なものかもしれませんが、そういうものは性犯罪ではないのかと言ったら被害者からすると性犯罪なのだろうなとは思っています。

○角田委員 私も必ずしも性的意図だけでは決められないのではないかという気がします。加害者側の言い分をいろいろ聞いておりましたが、裁判になると結局性的な動機、性欲を満たしたいというような話に収れんされていくのですけれども、実際にいろいろ見ていると、必ずしも性欲という問題が中心にあるわけではなくて、何らかの形で被害者を制圧したい、支配したいという意図があって、そのときに性的な手段を使うと、これはなかなか効果があるということで選ばれているということも結構あると思います。

外国で出た少し古い本で、「レイプ・男からの発言」というタイトルであったとの記憶ですが、あれを見ましても、必ずしもいわゆる性欲といわれるものだけではなくて、諸々の動機が重なり合って、しかも男性から女性に対する場合なのですけれども、性的なニュアンスを持った方法で行うと、その支配というのが非常に効果があるということのようでもあるわけなので、必ずしも性的意図ということでは決められないかなと私は思っています。

○井田委員 今、御議論のあった問題は、恐らくは今後も基本類型として残されるべき「強制わいせつ罪」の構成要件をどうするか、「わいせつ行為」という文言を残してこれをもって実行行為を包括するのか、それとももう少し違った言葉にしていくのかという問題ともリンクした難しい問題で、改めて検討すべき次の課題になると思います。

傾向犯という概念について言えば、少なくとも最近の学説や裁判例を見る限りは、もう時代遅れであって、最高裁の判例がまだ生きているかどうかは難しい問題であると思います。恐らく一般的に見たとき、キーワードは「性的羞恥心」であって、被害者に性的羞恥心を与える行為が行われ、かつ、その点について故意があれば強制わいせつ罪の成立を認めない理由はないという考え方ではないかと思えます。

ですから、性的羞恥心を与えるような行為であれば、それは基本類型に入ってくる行為だし、それについて仮に主観的には主として報復の意図がであろうと、被害者が性的羞恥心

を感じていることを認識している以上は処罰を否定する理由はないとするのが今の学説の基本的考え方ではないかと思えます。座長は違う考え方かもしれませんが、その辺りはどうでしょうか。

○山口座長 私は意見を述べる立場ではないのですけれども、刑法の研究者、あるいは実務家の方は御存じだと思いますが、報復目的の行為について、強制わいせつに当たらないという最高裁判例がございます。しかし、その目的要件を実際にはかなり薄めてきているというのが現在の運用なのではないかと学会サイドとしては理解しているところかと思えます。

今、御発言がございましたけれども、強姦は明らかに性的な意味のある行為なのですけれども、強制わいせつも性的な意味のある行為でなければなりません。それらのうち、相対的に重い類型と相対的に軽いタイプの限界線の引き方について、どのように考えていくのかという問題です。

最終的に何らかの立法的対応を採るということになるのであれば、法文化するとき、どのような法文化をするべきか。罪刑法定主義を踏まえた上で考える必要があると思えます。その前に、この場ではどのようなものが重いと考えられるのか、あるいはどのようなものが相対的に重いとまでは言えないのかという、そのような御議論を是非出していただいて、それを踏まえて更に検討していくことがよろしいのではないかと考えております。

○宮田委員 性的羞恥心ということ考えたときに、先ほどから出ている口淫や肛門性交の場合には、男性器が介在してくるところで問題が出てくるわけですけれども、口の中に異物を挿入されることで、性的な羞恥心を覚えるかという覚えられないタイプもあるだろうと感じます。性具の類であれば、性的羞恥心を刺激することはあり得るわけですが、逆に言えば、女性器や肛門に異物を挿入されることは性的羞恥心を刺激されるのだけれども、そちらに挿入されたら嫌なものを口に挿入されたときに、同じように非常に強い侵害と感じるのか、つまり、ビール瓶を女性器に突っ込んでリンチするのは違い、口に突っ込まれたときには、ただの暴行と感じるだろうと思うわけです。

資料24の韓国の刑法の所を開いて、性器や肛門に対して指や道具を挿入するような行為については、強姦と類似のものとして扱っているのだけれども、口への侵入というのはここへは入ってこないというのは、そういう感覚があるかと思いつつながら、この条文を見ていました。

体の器官の中で性的羞恥心を非常に喚起されるのはどこかを考えていく必要があると思つた次第です。

○角田委員 セクシャルハラスメントという形で処理した事案なのですけれども、それはこういうたくさんの人いる席で、着衣の上から胸を女性もまれたという事案だったのです。これは被害者にとってはものすごいショックだったということで、そこに誰がいたかという問題もあるのですけれども、その方は結構重いPTSDに罹患して、回復して事件前とほぼ同じレベルの仕事ができるようになるには、10年近くかかっていました。

ですから、先ほどの性的羞恥心というのは、被害につながってくるのですけれども、女性の胸というのは一種性的な場所ではあるのですけれども、物を入れるとかいうのではなくて着衣の上からであっても、そういうことが起きたという実例がございました。

○田中委員 強制わいせつにされている中で、どのぐらいのものを強姦の方に組み込むかという議論ですよね。強制わいせつは幅が広いので、その中で徐々に重くなっていくわけなの

ですけれども、重い方は今でもかなり求刑を重くしているけれども、個人差もあるので、重いものを分けるというのはいいかなと私も個人的に思いますけれど、どこで区切るかすごく難しいです。

けれども、ぱっと思い付くのは、例えば、女性器を手で触る、弄ぶと起訴状などに書いてあるのですけれども、それは挿入する場合もあるけれども、挿入されずに触っているものもありますよね。その辺りが結構限界なのだと思いますが、状況によりますよね。ずっと触っている事案と、電車の中の痴漢の延長ですと触るのといろいろあるので、ぱっと齋藤委員の話聞いて、そこが限界かなと思うのが一つです。

あと先ほどお話のありました、口に異物を挿入するということです。その辺りが限界線になるのかなと思います。今は被害者が女性の方がほとんどなのですが、指でずっと弄ばれるというのは重い方の類型に、やはり事案によっては入ってくるのかなと思ってるのですが、かたや規定は抽象的にならざるを得ないので、もう少し軽い類型も入ってくるので、その辺りをどうするかということで、本当に重いものだけを入れましょうというのか、少し重いものも幅広に入れましょうというのかで違ってくるのかなと思います。

○齋藤委員 本当にすごく難しく、先ほどの角田委員の発言もそうなのですが、事案によって衣服の上からだったのか、中からだったのかという単純な分け方ではなく、その状況とか関係性とかいろいろなことによって被害者の精神的な苦痛というのが非常に変わってくるということがあるので、そこがすごく難しいなと思っていて、例えば先ほどの性器の中に指は入れないのだけれども、性器に触れるということであれば、例えば男性が男性から性器を弄ばれたときに、それをどう考えるのかであるとか。

強姦に極めて近いような、若しくは夜道で女性が襲われて、衣服の中に手を入れられるだけで身体への挿入はなかったときに、それも強制わいせつになってしまうのだとか、ということを見ると本当にこのラインというのがすごく難しく、被害者の方も「挿入されていればよかったのですか」とか、「じゃ、私は強姦されていた方が加害者は罪が重くなって、その方がよかったのですか」みたいなことをおっしゃることもあるので、何の答えにもなっていないのですけれども、被害者側から考えてもとても難しい問題だなと思っております。

○宮田委員 刑法の規定は、こういう行為が犯罪だというコードなわけですから、被害者の被害感情から押していくということが技術的に難しいのではないかと思います。非常に感覚的な発言で申し訳ありません。

被害感情というのは、被害者の持っている資質であるとか、あるいは置かれている環境によって異なってくるもので、先ほど角田委員がおっしゃったように、比較的社会的には軽微だと思われているような被害であっても、被害者の受けているダメージは大きいということがある。だからといって、刑罰を科す観点からコード化するに当たって、被害者の感覚が大きいのでおよそ性犯罪というように大きくくりにしたらいいかと言うと、そうではないと思うのです。

そうであるとすれば、やはり今議論の中に性交類似行為という言葉が出てきているように、コアになる行為があって、それとどこまで類似しているものとして重くしていくか考えていく方が、合理的なのではないかなという感じはしています。

○佐伯委員 先ほど、本当に重い類型だけを取り出すのか、それとももっと幅広なのかという

御意見がありましたけれども、私はやはり本当に重い類型だけを取り上げるべきだろうと思っております。ただ、そこで言う本当に重い類型がどこなのかというのが私にはよく分からないところで、宮田委員の御発言との関係で感想を申し上げますと、確かに個々の被害者の感情というのは千差万別だと思っておりますので、それで決めるわけにはいかないだろうと思っております。

ただ、何が本当に重い類型かということを考える際に、典型的に被害者の方がどういう被害感情を持たれるかというのはやはり重視しないと、ほかに何か決め手があるかということ、今までの社会の通念というもので決めようとする、古い考え、強姦は重いというような、そういう考え方にどうしても捕らわれてしまうおそれもあると思っております。それはやはり実態として多くの被害者の方がどのように感じておられるかということも重視する必要があると思っております。

○宮田委員 でも、強姦は重い類型だと思うのですよね。

○佐伯委員 もちろん、強姦は重いのですけれども、なぜ重いのかというその通念です。

○田邊委員 ただ今の議論が、私どもが普段行っております刑の決め方、いわゆる量刑ということとリンクしているようにも思われました。量刑を決める場合に最も中心となるのは、この犯罪がいかなる位置付けを持つのかということになります。それを考える場合には、当然どのような行為を行ったかという客観的な状況が非常に大きなウェイトを占めるものでございます。もちろんそのみならず、例えば時間であったり、場所であったり、環境であったりといった、いかなる状況の下で行われたかや、行為者の属性、被害者の属性など、様々な要素が多種多様に絡み合っており、犯情を形成しているという理解ができるものであろうかと思っております。

私どもは、今ある法の中でその事案にふさわしい刑というものを、それら様々なことを考え合わせながら決めていくという立場にあるものでございます。そういう意味で、個々具体的な事案がないと、それについて重い軽い、どのようにするべきということを抽象的に申し上げることは非常に難しいということが前提としてあります。ただ、そういう立場にあるがゆえに申し上げられることとしましては、新たな構成要件を作るという場合には、少なくとも、どのような客観的な類型というものを処罰するのか、すなわち構成要件の外延というものは、はっきり明確に分かるように立法していただきたいというのが痛切に感じるところでございます。

各委員のお話を伺っている限りにおいては、比較的これは重い類型であるとして、例えば、肛門性交や口淫という一定の類型、身体的な侵襲の程度が高いものとして、例えば挿入という一定のキーワードのある類型をイメージされている方は多いように思われますけれども、もしそうであるとすれば、具体的にどのような行為を対象とするかをできるだけ明確な形にしていきたいということが法を解釈・適用する側としては是非申し上げたいこととございます。

○井田委員 確かに性器の挿入を伴う場合に限定すると加重類型の範囲は比較的明確になります。しかし、評価としてそれで適切かどうかという問題は残ります。それに準ずるような行為類型についてそれは軽い類型だとする性格付けでいいかどうかということです。

もちろん、それらも重い類型に格上げして、性器以外の身体の一部や器具まで挿入する場合を重い類型に取り込むとすれば、キスをして、舌を相手の口の中に入れたというだけで

も強姦と同じ類型に含まれるということになり、非常に曖昧になるし、他方、棒状の物を単に口に入れたというだけで重い類型に加えるのが適切でないとするれば何らかの限定を考えていかなければならない。

このようにして、いつそこれらの行為を全部、軽い基本類型の方に落とすのか、何らかの限定を加えて重い類型に引き上げるのか。強姦罪と強制わいせつ罪の法定刑の違いなども再検討の対象に加えて、もう一步踏み込んで議論した方がいいのではないかという感じがいたします。

○佐伯委員 井田委員の御発言ですと肛門性交と口淫は当然であると。そこからどこまでという、そのスタートラインがそこに引かれているようなのですが、私自身は性器挿入と比較した場合に、肛門性交、口淫というところで全く同じなのかという点については、よく分からない、同じかもしれませんが、もしかすると肛門性交ので線を引くということも、排除はされないのではないかという気が今の段階ではしております。

○田邊委員 私の発言で誤解を招いては申し訳ございませんので、明確にさせていただきますが、私が申し上げたかったのは、肛門性交、口淫というものに限るべきという趣旨では決まっております。要は立法としてこの類型までを入れることがふさわしいというふうになった場合、それが一義的に分かりやすく解釈できるような構成要件を考えていただきたいと、そういう趣旨にとどまっておりますので、念のため申し上げます。

○田中委員 私も同じ意見なので、そうするとおのずと狭まってくると思います。一義的に決めようと思うとですね。そのように思います。

今の刑法がなぜ使いやすいかと言うと、全てが強制わいせつの中に含まれて、それでその犯情に応じて、量刑が決められていくからです。ですから、私がそういう意見というわけではないのですけれども、強姦と強制わいせつの法定刑を一緒にすれば法定刑の差という問題は解決するのですけれども、そうではなくてやはり重いものを分けた上で明確にしていきましょうという議論に今なっていると思うので、それであれば、やはり広げれば広げるほど構成要件が曖昧になっていくわけですから、恐らく傾向としてはですね。

肛門性交だと一義的で分かりやすいと思うのですけれども、それだけにしないとすると、先ほど私は広げる方向もあるのかと言いましたけれども、すごく曖昧になってきやすいかなと思いますので、そこはかなり留意が必要かなと思っています。

○齋藤委員 今日、建設的に御意見が伝えられるわけではないのですけれども、性犯罪の精神的反応の研究をしている論文は、性犯罪、性暴力、性行為というものをどのように定義して、調査をしているかということでも随分研究によって異なります。若しくはそれについて、肛門性交、口淫などがあって、そこにそういう経験をしたことのある被害者の精神的な反応がどの程度なのかという研究も幾つかされているのです。

そういう資料をまとめて、もし次にこのような話合いをするときに提供するということは、性被害の研究に携わる者としてはできるかなと思っています。

○山口座長 是非御検討いただきたいと思います。

○宮田委員 田中委員の御発言を聞きながら思ったのですけれども、結局この問題は法定刑としてどういうものが妥当なのか、強姦と強制わいせつは同じにするべきなのか、同じになってしまうと、法定刑をどうするかどうかという議論の帰すう如何によっては、この議論は必要ないという方向にも行き得る感じがしたのです。

もちろん加重類型を置いている海外の法制はあるわけですが、海外の法制の場合には、例えば殺人でも、計画的に殺したのか、衝動的に殺したのかの構成要件が違うというような形で、構成要件的に細かく規定していく立て付けです。日本の場合には法律家を信頼してという言葉は言い過ぎかもしれませんが、ざくっとした刑法の規定を置いて、それぞれの事案に応じた検察官の全国的な事案の把握による求刑とその後の裁判官の妥当な判断で、ある一定の類型については同じような判決が出るということがされてきているし、現にやっているということなのだと思います。

そうすると、性犯罪だけ細かくコード化していくということが刑法典全体の中で統一性があるのかと感じたところなのでございます。

○**田中委員** もしかしたら余計なことを言ったかもしれないのですが、私は元々そちらの方がいいと言っているわけではないのですけれども。

○**宮田委員** そういうニュアンスではとってないのですけれども。

○**田中委員** 統一的な公平な量刑と言ってもやはり限界があって、性犯罪の種類の幅が広いからなのですけれども、多分、結構差があるのではないかと思います。事案が違うので何とも言えないのですが、先ほどの資料26の事例集を見ても、肛門性交の所は、随分量刑が違う。多分事例が違うのかなと思うのですが、ぱっと見た感じ随分違うなと思って、これは軽いなと思う事案も含まれていると思うので、それはやはりものすごく犯行態様が幅広い中で、今、一つの構成要件になっているので、こういう事態があるのかなと思います。それと被害者の話を聞いていると、法定刑も差が大きいと思いますけれども、多分罪名もやはり嫌なのではないかなと思うのです。こんなに苦痛を受けているのに、強制わいせつでは、軽い感じがするということもあるのかなと思うので、一定程度やはり今の性器結合と同じようにするのは方向性としては良いかもしれないなと今のところは思っているのですが、どこまでというのが本当に難しいなと、構成要件の明確性の観点からも難しいかもしれないなと思っています。

○**井田委員** 次の第2ラウンドで更に立ち入った検討があるのだろうと思い、これまでは議論の方向付けを示すという趣旨で発言しており、私自身がこう思うということは余り申し上げませんでした。ただ、私個人としては、こう考えております。確かに、明確性は大事なことかと思いますが、およそその行為を可罰的とするかどうかの問題ではなく、重い類型に振り分けるか、軽い類型に振り分けるのかの問題にすぎない。それほど神経質に明確性の問題にこだわるよりも、法の立場から、これは重い類型、これは軽い類型という形での評価を示すことが大事だと思うのです。膣性交に加えて単に肛門性交だけをというのでは、膣と肛門という身体の部位に捕らわれた、非常にインパクトの弱い立法になるのではないかと危惧します。

私個人は、口淫はもちろんのこと、身体の一部や器具の挿入を含めた形で重い類型を作ること考えるべきで、刑の調整も必要だと思いますけれども、身体の部位や行為態様の明確性に拘泥するのではなく、被害者、取り分け女性への被害の大きさを考慮して類型分けをしなければいけないと、そう思います。

○**木村委員** 今、インパクトというお話があったのですけれども、私の感覚から言うと、性差をなくすだけでもものすごいインパクトがあるというふうに思います。それで、正にどこまで行けるかという議論なのかもしれないのですけれども、余り幅広にとってしまうと、む

しろ強姦だってその一つだよねみたいな話になってしまって、やはり強姦というのは、古くさいのかもしれませんが、やはり独特の位置を占めるものだと思いますので、それと同じ程度のものというふうに理解するべきなのかなと思います。法定刑が今のままであるとかなり差があるということなので、余り幅広に入れてしまうと、一遍にそこまで行くのかなというのが率直な感想です。

○加藤刑事法制管理官 先ほど前半の御議論の中で宮田委員が、挿入する行為について議論があるけれども、挿入させる行為はどうなのだろうかという御提起をされたように思われるのですが、その後その関係の御意見は特に出ていないように思われます。構成要件的に考えたときにはかなり大きな部分を占める議論ではないかと思われまので、現時点でその点についての委員の先生方で御所見をお持ちの方がおられれば、御披露をいただければと思うのであります。

○佐伯委員 私は、本当に重い類型として、限定するのであれば体の中に挿入されるというのに限定するのがいいのではないかと今の時点で思っておりますが、何遍も繰り返しますけれども、それは被害の実態として私の理解は間違っているということであれば、考えを変えなければいけないとは思いますが。

○小木曾委員 保護法益は、性的な自由とよく言われますよね。誰とそういう親密な関係を持つのか。その観点からすると男女どちらの場合もあるということになるのかなという気がしますが。

○宮田委員 木村委員のおっしゃったように、過去からずっと強姦罪の処罰があったということは共通の認識としてある中で、それに類似した行為ということになると、身体への侵襲行為については何となくそうなのかなと、コンセンサスを得られるとは思いますが。けれども、侵襲させる行為まで含めるとなると、何か行為の類型として違うものが入ってくると、感覚的に違うのではないかなと感じます。日常用語の中で、犯される、レイプされるといったとき、そこまで入っているのかなと思うのです。非常に感覚的な発言ですが。

○角田委員 意に反して性行為を強制されるという観点から考えると、挿入させる行為というものも私は同列じゃないかなと、挿入という形は違うのですけれども、そういうふうに考えられるのではないかと私は思っているのです。

フランスの判例ではそれは除かれていると書いてあったのですがけれども、しかしそれもやはり、この場合は女性と男性、そういうことをさせられている男性の立場からすると、同じことではないかなと、自分の意に反してそんなことをさせられるということだと私は思っていたのですけれども。

○山口座長 ほかにいかがでしょうか。この問題は今日の御議論を伺っていても、非常に難しい問題かなというように思いまして、冒頭にも申しましたように、今日、これだけの議論でおおよそ決着が付くような性質のものではないと思います。この段階で御発言いただけることがあれば、是非御発言をいただきたいと思っております。いかがでしょうか。

今日はよろしゅうございますか。

(一同 発言なし)

ありがとうございました。それでは、本日のところはこの程度ということで終わらせていただきます。

ただ今の御議論をまとめてみますと、性交類似行為のうち、肛門性交は入るだろうと。あ

るいは、口淫についても入れていいのではないかというような御意見があったように思われますが、それは強姦罪と同様の刑で処罰するべきだという御意見が比較的多かったように思われます。

しかしながら、それがどの範囲までなのかということについては、様々な御意見が述べられたように思います。そこで2巡目の議論におきましては、本日の議論を踏まえていただきまして、更なる御議論をいただきたいと思えます。

最後のところで、御議論がございました、挿入させる行為等についても御意見が分かれているところがございます、それが例えば一つの例でございます。そのほかにどこまで入れるのか、重い類型としてどこまで入れるのかという辺りについては、更に御議論を深めていただきたいというように考えております。

本日の予定についてはこれで終了ということにさせていただければと思えます。

本日の配布資料でございますが、資料26につきましては、具体的事例の内容に関するものでございますので、ホームページでの公表はしないということにさせていただき、その他の議事及び資料につきましては、全て公表するということにさせていただきたいと思えますが、よろしゅうございますか。

(一同 異議なし)

ありがとうございました。

それでは、そのように決定させていただきます。

では、次回の予定について事務局から御説明をお願いいたします。

○東山参事官 次回は、2月12日木曜日、午前10時から開催する予定となっております。場所につきましては、本日と同じ東京地検刑事部会議室でございます。次回は、論点第1の4から6まで、つまり、強姦罪等における暴行・脅迫要件の緩和、地位・関係性を利用した性的行為に関する規定の創設、いわゆる性交同意年齢の引上げという三つの論点について、御議論いただく予定でございます。以上でございます。

○宮田委員 資料26の性犯罪の事例なのですが、加害者と被害者との関係が分かるものについて、備考で書いてありますけれども、加害者の年齢を記載することは、事例が特定されてしまってますまいのでしょうか。年齢の近い人同士の案件なのかどうか。加害者は成人ですから、未成年が被害者の場合に年齢が近いということはあるわけですが、加害者がどんな方なのかもう少し分かるようなものは可能なのか、不可能なのか。いかがでしょうか。

○東山参事官 御指摘の点については、検討させていただきます。分かる範囲で書けるかどうか、それも含めて検討させていただきます。

○山口座長 それでは、これで終了とさせていただきたいと思えます。どうもありがとうございました。