

家族（婚姻）、性暴力、ジェンダー平等

中京大学法科大学院 教授

柳本 祐加子

I はじめに

本稿は、昨年（2013年）9月に行った、本法務研究科法曹養成研究所主催法務研修セミナーにおける報告とそのときの議論、その後の考察を経た上で執筆するものである。わたしは、家族のはじまりとしての婚姻が特別な性的関係として法的保護を受けることが、ジェンダー不平等な社会制度を維持させる影響力を行使し、あるいはその根源として機能し、ジェンダー平等社会の実現を阻んでいるのではないか。そうだとすればこの仕組みを支える一定の観念を解明することがジェンダー平等社会を実現させる道筋を見出すことができるのではないか。このような問題意識をもって、家族（婚姻）と性暴力について、この両者を同じジェンダー平等という素地にのせ、検討してみようとするものである。

II 家族、性暴力、ジェンダー平等

一、家族

1. 家族のはじまりとしての婚姻

現在の家族法によれば、憲法24条がいう「両性の合意」のみに基づいて成立する婚姻から家族の形成が開始する。最も重要な成立要件はこの「両性の合意」であり、その成立要件として届出が求められる。こうした手続きを経た「法律婚」が法的保護を十全に受ける婚姻関係であるが、届出のない「事実婚」も可能な限り法律婚と同等の法的保護を受ける関係性として取扱おうとされてきた⁽¹⁾。

さてこの（事実婚も含む）婚姻という関係は、わたしたちが持ちうる様々な他人との性的関係の中から選ばれた特定の性的関係といえる⁽²⁾。そしてこの性的関係は現在の日本では異性愛主義を前提とする関係であるので、子どもが生まれることが想定されている。この選別された性的関係から生まれた子どもを「嫡出子」とし、その他の性的関係から生まれた子どもを「非嫡出子」とし、出生の原因である性的関係の違いをそこから生まれた子どもの法的な処遇に差を設けてきた。それが相続における差別であり、戸籍や住民票記載における差別であった。相続における差別は2013年9月に出された最高裁による違憲判断に基づき法改正がなされたが、戸籍記載については旧来のままである。法改正をめぐり与党自党内では「家族の存続が危ぶまれる」といったこれまで通りの「危機感」が再燃した。「危機感」として表出される意見によくあるものに、結婚以来妻が夫と共に形成してきた財産（遺産）が、夫の死後、どこの誰とも知らない人が夫の子どもであると名乗り、遺産

相続を求めてくる。こんなことが認められていいはずがない、といったものがある。ここに現れているのは、少なくとも夫婦で形成した財産はその妻、その「正しい」子どもたちに「正しく」相続されるべきだという考え方である。これが「嫡出子」という言葉の持つ背景である。つまり選別された性的関係から生まれた子どもが「正しい」子どもだという考え方である。

2. 婚姻当事者の位置づけ

こうした考え方を前提とすると、この選別された性的関係から生まれた子どもが、その夫と妻の「血統」を引く者であることが保障される必要がある。そのために妻の生殖能力＝再生産能力を管理しようとする発想が生まれた⁽³⁾。その発想に基づく近代理論のひとつに公私二分論がある。社会の領域を、政治的領域である公的領域と、家族的領域である私的領域に二分し、女性を後者の領域にのみ配置するものである。私的領域の支配者は夫、父であり、その下に妻や子どもが従属させられる。その支配には、現在でいうDVや子どもに対する虐待に該当する暴力の行使も許容された⁽⁴⁾。そして社会の生産力の増強、文化意識の変容、社会統治の必要性等から、男性（夫）稼ぎ手モデルに基づく家族が推奨され、その家族形態に基づく家族政策、福祉政策、労働法制、税制等が生まれ、女性（妻）がその選別された性的関係、家族に依存せざるを得ない状況が堅固なものとしてゆく⁽⁵⁾。このようなやりかたで女性の再生産能力が婚姻関係の中で管理され続けている⁽⁶⁾。

二、性暴力

さて次に性暴力に関する法的対応を見てゆこう。

1. 性被害における強かん罪⁽⁷⁾の位置づけ

現在の日本において、性被害に該当する刑法上の犯罪は強制わいせつ罪と強かん罪である。それぞれの法文は次の通りである。

- ・強制わいせつ罪：13歳以上の男女に対し、暴行または脅迫を用いてわいせつな行為をした者は6月以上10年以下の懲役に処する。13歳未満の男女に対し、わいせつな行為をした者も、同様とする。
- ・強かん罪：暴行または脅迫を用いて13歳以上の女子を姦淫した者は、強姦の罪とし、3年以上の有期懲役に処する。13歳未満女子を姦淫した者も、同様とする。

強かん罪の成立に必要とされる行為は、女性と男性の性器結合であるとされる。原則として被害者は女性、加害者は男性という身分犯として理解されており、異性愛主義を前提とした性行為が前提とされているといえる。またこの性器結合は、性器が結合すれば足り、射精の有無、妊娠という結果の有無は問われない。暴行または脅迫という要件は、被害者の抗拒を著しく困難ならしめる程度のものでよいと理解されている⁽⁸⁾。そして強かん罪は凶悪犯罪に位置づけられる。

一方強制わいせつ罪は、加害者の性欲を満たす目的で行われる、強かん以外の性的な行為とされる⁽⁹⁾。強かんに近い、たとえば女性被害者の肛門への加害男性性器の挿入は、強制わいせつを構成する行為となる。また、強かんとは異なり身分犯ではない⁽¹⁰⁾。

この2つの犯罪は、どちらも被害者の立場に立てば「性被害」と把握されるにもかかわらず、いづれに該当するかにより、法定刑の上限において強かんは強制わいせつの2倍という、大きな差が

設けられている。この違いは犯罪の凶悪性や被害者に与える被害の大きさを反映するものと一見考えられるが、果たしてそうなのであろうか。上述した被害者の肛門に加害者の性器を挿入する行為は、被害者にとってみればどちらも、自ら承諾しない身体に対する加害者の身体の一部の挿入である。加害行為は被害者の身体接触を不可避的に伴う。その意味において暴行が必然的に生じ、これに加え大きな驚愕、性的不快感、性的恐怖感が被害者にもたらされるものである。この点は強かんと変わらない。他の挿入行為である被害女性の肛門に加害男性の指や物を挿入すること、また、被害女性の口に加害男性の性器、指、物を挿入することも同様のことを指摘できる。それにもかかわらず女性性器に挿入されるものが加害男性の性器以外の身体の部位や物であれば、それが男性性器の場合より被害が小さいと一概にいえるであろうか。⁽¹¹⁾ さらに被害者が女性、加害者が男性という組み合わせ以外の場合でも、ここに挙げた性器結合以外の挿入行為はなしうる。⁽¹²⁾ しかし現行法の下では、これら性器結合以外の行為はすべて強制わいせつとなり、強かんより小さな被害と評価されることとなる。被害者に与える被害を見たとき、はたしてこの評価を説得力あるものといえるだろうか。答えは限りなく否である。けれどもここではあえて、この評価に一定の合理性を見出しうる、強制わいせつの保護法益より重大な保護法益を強かんが持ちうるのかどうか、もう少し考察を続けてみたい。

2. 女性の処女性および血統混乱の回避という法益

強かんに該当する行為が性器結合であることは、この犯罪が生殖、すなわち女性の再生産能力と関連性があることを想起させる。⁽¹³⁾ 女性の再生産能力は、リプロダクティブ・ヘルス・ライツという重要な人権であることは、1994年に開催された国際開発人口会議において採択された「カイロ合意」⁽¹⁴⁾ で確認された。しかしこの認識は必ずしも自明のことではなかった。⁽¹⁵⁾ 歴史はわたしたちに女性の生殖能力が社会の発展にとって重要な関心事であったことを教える。実際、少子高齢社会に直面した各国は、少子化を食い止めるため、どのようにして女性の出産を促すかを重要な政策課題としている。狩猟採集を中心とする遊動社会から定住社会への変化が生じ、農耕が行われるようになる頃に時代を遡れば、その耕作地確保のための灌漑事業や農作業のための労働力確保のために、女性の再生産能力を部族が管理することや、他部族と「女性の交換」を行ったり、他部族から女性を略奪するなどしてきたことを知る事ができる。⁽¹⁶⁾ このような中から女性の財産化と戦士文化⁽¹⁷⁾ を核とする男性中心社会（家父長制社会）が出現した。そして農業生産力等の増大のための支配層の出現、生産力増大に伴う余剰の発生、階級の発生、所有概念の創出等に伴い、その家父長の血統を継ぐ者たちに財産が相続されることが制度化されるようになる。⁽¹⁸⁾

このような歴史的経緯から、女性の位置付けについて次のような理解を得ることができる。まず、女性が生殖機能を有する夫の財産として扱われていたということである。ここから夫婦間強かんが成立しないことが導かれる。⁽¹⁹⁾ 第二に、婚姻前の女性の処女性の確保（保障）が重要であったということである。「女性の交換」がインセスト・タブーを生んだとされるが、⁽²⁰⁾ 「女性の交換」は、女性が近親者の性交の対象とされるだけでなく、将来夫となる男性以外の者の性交の対象とされることも拒否する。すなわち婚姻前の女性の処女性を確保することが「女性の交換」の成功、また、婚姻関係の成立を保障する重要なものであったということである。第三に、既婚女性については夫以外の

男性との性交による血統の混乱の排除の確保である。⁽²¹⁾

さてここで記した女性の位置づけを前提に、前述した現在の婚姻という選別された性的関係と強かんを相互参照してみよう。既に確認したように、選別された性的関係から生まれたこどもを「嫡出子」とし、それ以外の性的関係から生まれたこどもを「非嫡出子」とし、両者の（法的）処遇に差を設け、前者を優遇してきたことは、その夫たる男性と形成した財産を「正しく」夫の血統を引き継ぐ者に相続させることが選別された性的関係である婚姻のひとつの核とされている。ここに、女性の生殖能力の社会的な管理を開始させたと同様の考え方があることがわかる。歴史の進展に伴い社会構成や統治の仕組みは変化してきた。しかし女性の生殖能力は社会の重大な関心事であり続け、程度の差こそあれ、それは女性自身によってではなく社会的に管理され続けてきたといつてよい。それを重要な法益と捉えるからこそ、女性の再生産能力の管理秩序に挑戦する行為である強かんを、それ以外の性被害より重い被害（加害行為）とする、否、そうしなければならないのである。

性被害者に対する刑事司法手続きにおける二次被害として、被害者の性体験を明らかにしようとする戦略があることはよくいわれることである。性体験の有無、その内容によって法的救済に値する女性とそうでない女性を選別する作業であると批判もされる。⁽²²⁾ この戦術は、女性を性的に貞淑である女性と、そうでない性的に奔放な女性にわけ、前者が法的救済に値する女性、後者はそれに値しない女性であるとするものである。確かにこれはジェンダー平等、被害者の権利といった観点からすればまったく妥当性のないものといわざるをえない。しかし同時にこの戦術が成り立つ前提は何かと考えると、それは上に記した女性の処女性の確保や血統の混乱を防ぐことが非常に重要な法益であるとの認識と重なることに気付く。⁽²³⁾

1の末尾で立てた仮定を考察した結果、少なくとも、強かん罪が重く処罰される理由は、選別された性的関係である婚姻関係の中で女性の再生産能力を管理し、女性の処女性とその夫とのあいだに出生する（可能性のある）こどもの血統を保障することが、それに挑戦する行為に対し刑罰をもって臨むほど、非常に重要な法益として認識されている—たとえ無意識的にであれ——ことにあるのではないか。この見解に対し、確かにかつてそのような時代はあったが現在は違う、このような見解では強かん罪の保護法益は社会的法益となってしまうのではないかと批判もありうる。しかしながら婚姻という選別された性的関係と整合性のある理解であり、かつ、強かんの性被害における特別な地位も説明可能な理解を描こうとすると、このような見解とならざるをえない。⁽²⁴⁾ また、たとえ無意識にであれその観念にしたがって現実が構成されているということは、古い時代の刑法のままだからとか、ジェンダーバイアスの問題というのではなく、この女性の位置づけに関する近代に形成された法の構造上の帰結であることを意味していると理解すべきである。このような結論に至った。

三、現行婚姻制度と強かん罪を支えるコンセプトはジェンダー不平等の目録^{カテゴリー}

この結論を得た後には、一見直接的関係があるとは見えないような婚姻制度と強かんの間に、コインの裏表ともいえるような関係があることが見えるようになる。それと同時に現行婚姻制度が様々なジェンダー不平等問題を引き起こしていることにも気付けるようになる。すぐに指摘できることだけでも以下のものをあげられる。

- ・非異性愛的性的関係を法的保護に値する関係と認めない
- ・非嫡出子差別
- ・非実親子関係に対する偏見
- ・(事実上の) 非異性愛カップルを里親としても認めない⁽²⁵⁾
- ・強かん被害女性の、法的保護の観点に基づく序列づけ
- ・墮胎罪の存置
- ・性別役割分担の維持
- ・夫婦同姓制
- ・性教育パッシング⁽²⁶⁾

以上の事柄が、現行婚姻制度とそれを支える強かん罪が示す「ジェンダー不平等の目録^{カタログ}」である。これらはジェンダー平等の実現を阻むもので、この目録は廃棄される必要がある。これは、形式上は現行婚姻制度と強かん罪の抜本的な改正が必要であることを意味する。それと同時に実質上は、法の構造改革が必要であることを意味する⁽²⁷⁾。

四、家族（婚姻）法制と性犯罪罪規定の目指す方向性

どのような方向性を持つ家族（婚姻）法制、性犯罪規定を創造すべきか。以下若干の考察を試みよう。

1. 家族（婚姻）法制について

現在の婚姻が異性愛的性的関係を中核とすることがジェンダー不平等の目録^{カタログ}を創り出していることを見た。したがって家族のはじまりとしての婚姻の成立にとって必須の要素の位置からこの要素を外すことが求められる。この要素を外すと、家族のはじまりはごく単純な共同生活を営む人的結合として捉えられる。この人的結合を発生させる契機は何か。それは当事者のそのような法律関係を作ろうという意思に求められるのであるから、共同生活を営むことを目的とする人的結合を形成しようという契約であるといえよう。この契約が有効なものであるためにはその内容の公正さが必要とされるのは当然である。家事やケアワーク（共同生活者に対する世話や介護など）の分担をどちらか一方のみが負担するとか、一定の場合には暴力をふるうことも許されるといった、ジェンダー不平等の目録^{カタログ}に掲載されている事項を契約内容に含ませたり、実践することは許されない。これらは人権を侵害する公序良俗に反する行為として無効と評価される。またこの契約を解除して共同生活者としての関係を終了させる場合の財産の清算や、その解除原因を作り出した当事者の責任に関するルールも必要であろう。この共同生活を営む人的結合の当事者数をわたしたちはふたりと想定しがちだが、それも当然にそうなるというわけではない。共同生活を営むという当事者の自発的意思に基づく人的結合であるから、その当事者数、性別がどのようなものであるかについて、合理的な根拠なく制限することの方が問題である⁽²⁸⁾。またこどもをこの人的結合の中に招き入れる場合、あるいは、単身生活者がこどもとの共同生活を営もうとする場合、その原因が出産であれ、養子であれ、契約をその契機とすることはできない。新生児や幼少のこどもには行為能力がないとされるからである。したがってこの場合、契約とは別の契機を設ける必要がある。それは遺伝的な親子関係

とは別に、このこどもの最善の利益のためにそのこどもの育ちに責任を負うという意思に基づく信託原理に基づく法律関係が妥当といえよう。そしてこうしたこどもに対する責任を負う意思と条件が整っている者であれば、単身生活者であろうと、共同生活者らであろうと、こどもとの生活が認められる。⁽²⁹⁾このような人的結合関係においては、人的結合関係それ自体が一定の法的保護を受けるというのではなく、それを構成するひとりひとりが尊重され、法的保護を受ける。この関係性の中に暴力が生じたとき当然法は介入する。またこの生活を支えるための様々な社会資源—保育、介護等のサービスなど—の提供という介入もある。このような意味において外に開かれた家族といえるであろう。したがってプライバシーという家族という集団の対外的秘匿性はかなり薄められることになる。他方、構成員ひとりひとりのプライバシーをはじめとする人権の尊重、構成員相互の平等が保障されることが目指されることとなる（これが外部からの介入の根拠である）。こうした点において、従来の公私領域の境界線が引き直されることとなる。⁽³⁰⁾

しかしここに描いたものは、法的保護を受けられる選別された異性愛的性的関係からはじまる家族が単に法的保護を受けられる性的関係であることだけを理由に、その家族の自治、自律が尊重され、その結果たとえば現実の緊急性がない限り公的介入を免れるということを否定するところからはじまる新たな発想に基づく家族のありかたに関する一つのアイデアである。

こうしたアイデアは既に、たとえばケネス・カーストが「親密な人的結合の自由（the freedom of intimate association）」⁽³¹⁾という、「個人が他者と取り結ぶ緊密かつ打ち解けた個人的関係で、婚姻ないし家族の関係と重要な点で匹敵するもの」を提示した。横田耕一は「「家族」の多様化の趨勢を考慮すれば、多義的な「家族」保障として問題を把握するよりは、独立した諸個人の様々な連帯を保障し、それぞれの生活を保障する問題として考える方が妥当」という、「独立した諸個人の様々な連帯」として「家族」を把握しようとする発想を提示した。⁽³²⁾リベラル・フェミニズムの立場から野崎綾子はカーストや横田の発想を「同性婚や、人々による性愛を基礎としない家族類似の結合を取り結ぶ権利に憲法上の保護を与え、家族の多元性を擁護する（傍点は筆者による）」ものと評価し、さらに、ウィル・キムリッカの家族に関する契約アプローチにヒントを求めながら、「個人権をベースとする、家族の個人化の方向が妥当であり」、「自由な個人の連帯としての家族が保護されるべき」だとの基本的な家族のありかたを提示する。⁽³³⁾そして野崎は契約アプローチに基づき家族という自由な個人の連帯のありかたを考察する。野崎は契約アプローチに対する批判—契約は現存する男女の権力関係を変えられない、家族関係は契約によって捉えることになじまない、家族に対する国家の過度の介入を招き、家族の自立性を害する、家族に固有の価値がなくなる、契約化には実践上の問題がある—に対し、契約の自由に対する正義の観点からする一定の規制がかかることは当然であり、そこからジェンダー平等な家族（人的結合）を生み出すことが可能である、こどもについては信託原理による介入を伴わせることによって対応可能である、DVやこども虐待、高齢者虐待に見られるような家族（人的結合）の構成員の重大な権利侵害を潜在化させないためにはむしろ家族（人的結合）への国家の実効的な介入が必要であるなどと応答しながら、契約アプローチは家族（人的結合）の多元化を認めること、それが必ずしも性愛を核とする必要がないことなど、非常に重要な意義をもたらすものであるとし、このアプローチに基づく家族法制的探究を目指そうとする。⁽³⁴⁾

今後の家族法制を考えるあたり、野崎が示す方向性とその考え方は基本的に支持できる⁽³⁵⁾。しかしこの方向性、考え方に基づく新たな制度を実際に機能させるためには、個人の生活保障を「家族」にゆだねてきたこれまでの日本の福祉レジームを変える必要がある。この「家族」は性別役割分業に基づく、男性（夫）稼ぎ手モデルの家族であり、周知のとおり、妻が一切のケアワークを無償で担うことにより人々の生活を成り立たせてきた制度である。逆にこうした条件が整わない場合、生活自体が大きな困難に直面する。これは、日本の個人の生活保障制度、政策が、家族にそれを主要にゆだねてきた政策であることの帰結であり、それゆえきわめて貧弱であることに起因する。家族（人的結合関係）当事者の自立性、自律性、自由、平等といった個人の尊厳を守るためには、その共同生活者と離別してもその人が生活できることが十分に保障される必要があり、その保障は公的保障である必要がある⁽³⁶⁾。福祉レジームの変革も必要とされるのはこうした理由からである。

2. 性犯罪規定について

規定のありかに関するアイデアがいくつか可能である。

強かんも強制わいせつも、原則として被害者の身体に対する接触は不可避のものであるという点。暴行や傷害の保護法益は人の身体の安全や不可侵性と理解されていることは、性犯罪についてもあてはまるという点。これら2点から第1に、現行の強かん行為の身分犯的性格をなくし、性犯罪を暴行のひとつに位置づけるというアイデアが可能である⁽³⁷⁾。これを前提とすると、強かんと強制わいせつに関する規定を削除し、これらを暴行に関する規定に含ませることが考えられる⁽³⁸⁾。ただし被害者の裸体等を強制的に撮影する行為が強制わいせつと評価される場合があるが、こうした事例は、被害者の性的な個人情報コントロール権への侵害という、暴行とは別個のものとして捉えた上で新たな規定を設ける方が整合性があり妥当である⁽³⁹⁾。法定刑は強制わいせつの下限から強かんの上限までの幅を持たせ、被害の重さに応じた刑を言い渡すことを可能とする⁽⁴⁰⁾。第2に、強かんや強制わいせつに該当する性的加害が被害者自身に対する違法な行為であると明確に認識されるようになったのは前世紀最後の四半世紀の頃であったという歴史的経緯を踏まえ、今後50年から100年ほどは特に「性的暴行」として規定上明示する意味とその必要性がある。そこで強かんと強制わいせつの規定を削除し、新たに性的暴行に関する規定を時限法として創設し、ここに現在の強かんと強制わいせつに該当する性被害（加害）を含ませる。法定刑は第1と同様とする。性的暴行を構成する具体的な行為類型を例示することもよからう。その際、現在の強かんと強制わいせつに該当する行為を表現する言葉を他の言葉に変換するのがよいだろう。前者については既にⅡ二、2において示した前者のこの行為の特徴に照らした上で性的挿入、後者については性的身体接触。それぞれをこのような言葉に変換する。強制的な裸体撮影などについては第1と同様、性的暴行とは別の規定を設けることで対応する。このようなアイデアである。第3は、第2が持つ時限法的性格と廃し、新たに「人の性的安全に対する罪」というカテゴリーを設け、そこに性的暴行罪、性的個人情報コントロール権の侵害罪をおくというものである。これら3つアイデアを並べると、性的加害を暴行、傷害と異なるカテゴリーとする理由やその意味についてさらに検討する必要があることに気付く。第3が示す「人の性的安全」を重要な法益とする方向性の妥当性、合理性の有無について探究を試みたい⁽⁴¹⁾。これと並行して、具体的な要件の再検討も進めることも不可欠である⁽⁴²⁾。

III むすび

家族のはじまりとして選別された異性愛的性的関係を婚姻として法的保護が与えられることと、強かんがその他の性被害と比べてきわめて重大な犯罪とされていることとの関係を、ジェンダー平等という観点から考察した。その結果、婚姻にはその関係から生まれるこどもの血統を保障するという意味における女性の再生産能力を管理することがこの制度の根底に存在しており、これに対する挑戦的行為である強かんがその他の性被害より重く処罰されるという関係になっていること。婚姻として保護される性的関係を維持するために、これと相容れない「非嫡出子」、非異性愛的性的関係等に対する差別や否認等が必要とされる。その結果婚姻制度が様々なジェンダー不平等を生み出していること。また女性の再生産能力をよりよく管理するために女性をその性的関係に依存せざるをえない状況を性別役割分業に依拠したうえで制度として生み出し、それが日本の貧弱な個人の生活保障制度を生み出すという関係にあること。これらのことが明らかとなった。こうした状況からジェンダー平等な社会とするためには、新しい家族（婚姻）法制、性犯罪規定、福祉レジームを創造する必要がある。これは形式的には法改正であるが、実質的には法の構造改革である。その改革の方向性は、家族法制については、契約を契機とする性的関係を必須のものとし、人的結合を家族のはじまりとし、その人的結合としての家族の構成員の人権を保障できる法制度が目指されるべきではないか。性犯罪規定については、「人の性的安全の保障」や「性的な個人情報コントロール権」といった新たな概念を構築することによって、これらを侵害するあらゆる行為を性被害（加害）とし、被害実態に応じた責任を加害者に問える仕組みの創設が目指されるべきではないか。そして人が誰か他人との人的結合持たないときにも、またそこから離脱したときにもその生活が保障される福祉レジームの構築が目指されるべきではないか。このような方向性を提示した。

本稿における考察はわたしたちに、定住革命以来わたしたち人間が、異性愛的性的関係を中核においた社会秩序を形成し、それを維持するために様々な制度を設け、あらゆる社会資源を投入してきたことを想起させる⁽⁴³⁾。こうした構造からなる社会はジェンダー不平等の^{カタログ}目録の発行元である。実質的な法の構造改革を内包する法制度の改正を日程に上げることが必要だ、次のラーナーの言葉をひとつの導きの言葉として想起しながら。

「西欧文明のあらゆる精神的な複合概念に組み込まれている男性中心主義の誤った考えは「女性をつけ加える」だけでは修正できない。修正するために必要とされるのは人類は平等な男と女で構成されていること、人間について普遍化するためには両性の経験、思考、洞察が表現されなければならないことを断固として認めて、思考と分析を根本的に構築し直すことである。⁽⁴⁴⁾」

1) 二宮周平『家族法』2005年、153頁以下。

2) 二宮・前出注(1)、39頁。

3) ゲルダ・ラーナー著、奥田暁子訳『男性支配の起源と歴史』1996年、64頁～68頁。

4) オランプ・ド・ゲージュ「女性の権利宣言」4条には「女性の自然的諸権利の行使は、男性が女性に対してくわえる絶えざる暴虐以外の限界を持たない。これらの限界は、自然と理性の法によって修正されなければならない。」とある（オリヴィエ・ブラン著、辻村みよ子訳『女の人権宣言一フ

ランス革命とオランプ・ドゥ・ゲージュの生涯』1995年、270頁)。

- 5) これについては、大沢真理編『承認と包摂へ 労働と生活の保障』2011年所収諸論文等を参照。
- 6) このことは、かつて夫婦間では強かん罪の適用はないとの特則が設けられていた法制が存在したことに現れている。日本では夫婦間強かん不処罰の規定はないが、夫婦間強かんは例外的な場合(事実上夫婦としての生活がない当事者間の場合)にしか認められない(広島高裁松江支部判決昭和62年6月18日、高刑集40-1-7)。この意味するところはその後指摘する。また、墮胎罪の存在もそれを表しているといえる。この点の検討は本稿では保留する。なお、島岡まな「男性化された犯罪」ジェンダー法学会編『ジェンダーと法 No.9 刑事司法／自己決定権』2012年、24頁参照。
- 7) この言葉の引用元が「強姦」であればこの記載を用いるが、それ以外の場合は「強かん」と記述する。
- 8) 大谷實『刑法講義各論』2009年、113頁。最判昭和24年5月10日刑集3-6-711の立場である。
- 9) 大谷・前掲注(8)、110頁。
- 10) 身分犯ではないとされているものの、条文は被害者を「男女」とする。^{セクシャル・マイノリティ}性的少数者の存在を前提とすれば、強制わいせつも被害者に一定の身分を要求しているとの条文を読むことができる。この意味においては身分犯といえるであろう。
- 11) 性器結合の場合は妊娠という結果が発生する可能性があるため、それも織り込めば、性器結合のもたらす被害の方が大きいといえなくはない。しかし強かん罪の成立はあくまでも性器結合であり、射精や妊娠の結果は不要である。したがって被害の大きさはこの結果を外して比べられる。妊娠という結果が発生した場合、それは強かんとは別に評価される必要があるはずである、現行刑法にはそれに該当する規定はないが。
- 12) ここには当然^{セクシャル・マイノリティ}性的少数者も、被害者、加害者に含まれる。
- 13) ある性犯罪に関する研究報告会において、報告者が性器結合を構成要件該当性のレベルで判断することを提案したが、これについて、この行為は重要な生殖行為でもあるので、このような判断方法は適切ではないとの意見が出されたことがあった。
- 14) たとえば国連人口基金東京事務所 HP を参照 <http://www.unfpa.or.jp/issues/index.php?eid=00005> 同 HP がこの権利が MDGs (国連ミレニアム開発目標) にも位置づけられていることを知らせている (<http://www.unfpa.or.jp/issues/index.php?eid=00001>)
- 15) 現在でも妊娠中絶問題はアメリカにおいて大きな政治的な争点である。イスラム教国、バチカン勢力も、この問題がたとえば国連で議論された場合、妊娠中絶、避妊に対する一大反対勢力を形成するのは周知の事実である。
- 16) ラーナー・前出注(3)、64頁～65頁。
- 17) より正確に言えば、女性の再生産能力の財産化である。しかし女性自身と女性の再生産能力は不可分であるから、結局のところ女性の財産化、あるいはモノ化といえる。
- 18) ラーナー・前出注(3) 65頁～68頁。ここでラーナーは、「再生産に対する支配が私有財産の獲得に先行する」という考え方を提示したメイヤサーを、(私有財産がまず発生して「女性の世界的敗北」が生じたとする説を提示した) エンゲルスを超えたと評価する。柄谷行人も「定住革命」が備蓄を可能とし、不平等や戦争をもたらすなど、大きな社会構成体の変化が生じたとする(『世界史の構造』2010年、52頁～73頁)。定住革命については、柄谷も依拠する西田正則『人類史のなかの定住革命』2007年、15頁～53頁も参照。
- 19) 前出注(5) に記したように、日本の夫婦間強かんの法的対応には女性をこのように捉える観念が率直に象徴されている。夫婦間強かんが不処罰であることに関する国連女性差別撤廃委員会による指摘に対し法務省は、処罰事例があることを理由にこの指摘は当たらないと反論する。法務省の反論は同委員会の指摘の意味を取り違えた上でなされているものでしかない。
- 20) クロード・レヴィ=ストロース著、福井和美訳『親族の基本構造』2001年(原著は1996年)。ラー

ナー・前出注（3）、60頁。

- 21) たとえばラーナー・前出注（3）、130頁～132頁に引用されているホメロスの叙事詩『オデュッセウス』が描く、オデュッセウスの留守中に、妻や女奴隷たちが他の男性からの誘惑に悩まされたり、性的関係を持った女奴隷たちがいたことを帰還時に知った時に、その男性たちを皆殺しにし、性的関係を持った女奴隷たちをその息子に命じ殺させた場面は、この事情をよく描いている。
- 22) 角田由紀子『性の法律学』164頁～176頁、1991年。
- 23) このように考察を進めるとまた一つ疑問が生ずる。それは、なぜ「近親かん罪」がないのかという疑問である。これこそ「女性の交換」を前提としたとき、非近親者による強かんとともに厳しくその発生が予防されなければならない行為だからである。これに関する検討は本稿では留保する。
- 24) 谷田川知恵もここに示した見解と同様の理解を示す（「性暴力と刑法」ジェンダー法学会編『講座ジェンダーと法 暴力からの解放』187頁～188頁、2012年）。
- 25) この問題点を指摘し、その是正に取り組む団体としてRainbow Foster Careがある。次のサイトにその詳細が記されている。<http://rainbowfostercare.jimdo.com/%E9%87%8C%E8%A6%AA%E5%88%B6%E5%BA%A6%E3%81%A8%E3%81%AF/>
- 26) 性教育を学校で実施させないことは、女性の再生産能力に関する知識を女性自身に獲得させない、つまり再生産能力を女性自身の管理の下に置かせないことを意味する。言い換えると、女性を様々な点において「無垢」に一性行為の実際を知らないままに、自身の身体の性機能、生殖機能を知らないままに一しておこうということである。これも女性の再生産能力が、社会的管理下に置かれていることのひとつのあらわれである。

ところで性教育に関連する重要な事件として、七生養護学校性教育事件裁判をあげられる。これは、七生養護学校で実施されていた性教育を都議が「過激な性教育だ」と評価し、都教委もこの性教育を不適切とした。そして教育を実施していた教員の異動や嚴重注意を行い、教材を没収し、同校の性教育実施を不可能とした。これを教育に対する政治の不当介入に当たるとして、都教委の処分取消し、都議の「過激な性教育だ」との評価は侮辱に当たるとして損害賠償を求めた裁判である。昨年（2013年）11月に被告敗訴が確定したのは、都議に対する損害賠償請求である。これをもって原告の請求はすべて認められた。この原告勝訴は大いに祝されるべきことである。この勝訴によって萎縮させられてきた性教育実施の再開が期待される。しかしながらここでもやはり注意を喚起しておきたいことがある。それは、以下に引用するこの裁判に関する原告団、弁護団、支援全国連絡会の声明文が、都教委の判断により性教育が実施できなくなったことに対し、教育現場に対する国や自治体の不当介入という位置づけしか与えておらず、女性の再生産能力やジェンダー平等との関係において性教育が持つ意味の指摘がないことである。ここから見えてくるのは、日本のリベラルにジェンダー平等の観点が欠落していることである。この点において、注（19）で指摘した法務省の認識とまったく同じである。

===

声明「こころとからだの学習」裁判最高裁決定を受けて

2013年年11月29日

「こころとからだの学習」裁判原告団

「こころとからだの学習」裁判弁護団

「こころとからだの学習」裁判支援全国連絡会

1 昨日、最高裁判所第1小法廷（金築誠志裁判長、櫻井龍子裁判官、横田尤孝裁判官、白木勇裁判官、山浦善樹裁判官）は、都立七生養護学校で行われていた性教育（「こころとからだの学習」）に、都教委・都議ら・産経新聞社が介入した事件に関し、教員・保護者の上告、上告受理申立、東京都の上告受理申立、都議らの上告、上告受理申立をいずれも、棄却するとの決定をした。これで、2011年9月16日に言い渡された東京高等裁判所民事第2部の判決が確定した。被告への違法判断の

不徹底さを残したが、三度勝訴判決である。

2 高裁判決は一審判決の結論を維持し、一審判決（東京地裁民事24部2009年3月12日判決）に続いて、七生養護学校の教育に介入した都議らの行為と、これを黙認し嚴重注意処分を発した都教委の行為を違法として損害賠償を命じた。一審原告は、高裁判決が私たちのその余の請求を認めなかったこと、都教委の教育内容への介入の余地を認めたことを不服として、上告及び上告受理申立をした。そして、上告理由書及び上告受理申立理由書を提出し、高裁判決の不十分な点を明らかにし、また都教委・都議らへの反論書面も提出した。さらに、憲法学者・教育法学者の意見書も提出し、都教委・都議らの行為が憲法26条や1976年の旭川学力テスト事件最高裁判決に違反することを明らかにしてきた。最高裁判所は、憲法判断を避け、旭川学テ判決の本件への適用を避けた点では遺憾と言わざるを得ない。

3 しかし、確定した高裁判決は、都議・都教委の「過激性教育」判断の根拠の誤りであることを明示し、「こころとからだの学習」を「望ましい取り組み方であった」と評価し、教育現場の自主性を広く認める画期的な判決であった。高裁判決は、学習指導要領について、「一言一句が拘束力すなわち法規としての効力を有するとすることは困難」として「教育を実践する者の広い裁量」を強調した。知的障害養護学校の学習指導要領についても、「各学校の児童・生徒の状態や経験に応じた教育現場の創意工夫に委ねる度合いが大きいと解することができる」と述べた。また、教育委員会の権限について「教員の創意工夫の余地を奪うような細目にまでわたる指示命令等を行うことまでは許されない」とも述べた。そして、「こころとからだの学習」について具体的に教育内容を検討したうえ、「本件性教育は学習指導要領に違反しているとはいえない」と明確に述べた。

4 違法とされた都教委・都議らの介入行為の誤りであることを具体的に示すことを求める。本件事件以後、事件の萎縮効果によって学校で性教育に取り組めない状況が広がっている。また、都教委は本件事件以後、教育現場への介入・管理を強める施策を行ってきた。しかし、子どもたちに必要な性教育は行われるべきであるし、子どもの学習権に応えるためには教育現場の自主性が確保されなければならない。私たちは、都教委・都議らに対し、教育現場の自主性を尊重する司法的判断にしたがい、事件後に改訂された「性教育の手引」の、七生養護学校の実践を不適切な例とした記載を改めるとともに、持ち去った教材は不適切ではなかったのであるから教育現場に戻すべきである。今後このような教育現場への不当介入防止策の検討など、行政と議会の責任を果たすべきである。また産経新聞による「不適切な教育」との判断に基づいた、七生養護学校関係者を傷つけ、その教育を破壊に導く報道は裁かれなかったものの、それが事実上誤報であったことが明らかとなった。

5 この最高裁判決は、国や地方自治体による教育への不当介入が強められようとしている現在、教育の自主性を守り、教育の本質を明らかにする上で、また子どもの権利としての教育を確立する上で重要な意義を持つものである。

6 これまでの、全国連会員はじめ、全国のみなさまの長きにわたるご支援に感謝するとともに、判決への理解を広め、障害児教育、性教育をはじめ日本の教育の発展と、教育行政の改革のために努力を続けたい。 以上

- 27) 2013年5月に開催された日本刑法学会において企画された犯罪規定の改正をテーマとするワークショップの主催者側は、現状の対応で十分であり、改正の必要はないとの結論を示したと仄聞した。これは日本が得意とする法解釈によって問題を回避するというテクニックによって柔軟に現状に対応できるとの認識を示すものなのであろうか。少なくともワークショップ主催者が、本稿が示した強かんを他の性犯罪より重罪とする「合理的理由」を是としないことを希望する。もっとも注(19)に記した法務省の認識は、わたしのこの希望を嘲笑するようにも見える。
- 28) この契約のありかたに関する論点を提示する裁判も存在する。ここでは2件紹介する。1件めは、現行婚姻法とは異なる内容を有する当事者間の「パートナーシップ契約（この契約は、当事者の知

人宛の書状に「お互いにとって大切なひとであることはかわりないため、スープの冷めないぐらいの近距離に住み、特別の他人として、親交を深めることに決めました」と記されるような内容であった)に基づく関係を一方当事者の意思によって終了させたことにより精神的苦痛をもたらされたとして慰謝料の支払いを求めた事案である。最高裁はこの関係を「婚姻及びこれに準ずるものと同様の存続の保障を認める余地がないことはもとより、(この)関係の存続に関し、上告人が被上告人に対して何らかの法的な義務を負うものと解することはできず、被上告人が上記関係の存続に関する法的な権利ないし利益を有するものとは言えない」とし、慰謝料請求を棄却した(最判平成16年11月18日(最高裁判集民事215-639))。

2件めは、男女3人の共同生活における生活費負担をめぐる損害賠償請求を求めた事案について東京高裁はこの請求を棄却したが、その理由をこの合意が公序良俗違反であることに求めた。この共同生活が反社会的なものだということのである。(東京高判平成12年11月30日、判例タイムズ1107-232。この判決の批評として常岡史子「男女三人の同棲による生活費の分担合意と良俗違反」『私法判例リマークス』28号6頁(2004年)がある)。このケースでは確かに請求を棄却する理由があったかもしれないが、それはこの関係からの離脱を認めないことに求めることもできたはずである。しかしながら判決は、この共同生活を「健全な性道徳に悖り、善良の風俗に反する反社会的な行為」であるとの認定をその根拠としている。こうした認定の前提である婚姻等に関する理解を示す部分を以下引用する。「婚姻や内縁といった男女間の共同生活は、本来、相互の愛情と信頼に基づき、相手の人格を尊重することにより形成されるべきものであり、それ故にこそ、その共同生活が人間社会を形づくる基礎的単位として尊重されるのである。法は、このような社会的評価に基づいて、この男女間の共同生活を尊重し擁護している。そして、このような人間相互の愛情と信頼および人格の尊重は、その本質からして、複数の異性ととの間に同時に成立することはありえないものである。本件における控訴人らと被控訴人三人による同棲生活は、仮に各人が同意していたとしても、それは単に好奇心と性愛の赴くままに任せた場当たり的で、刹那的、享乐的な生活であり、現に三人の共同生活では、相互の人間葛藤から激しい対立関係が生じ、お互いに傷つけあうに至っている。…このように、控訴人らと被控訴人の三名の男女による共同生活は、健全な性道徳に悖り、善良の風俗に反する反社会的な行為といわざるを得ず、社会的にも法的にも到底容認されるものではない。そして、それが本来の愛情と信頼に基づくものでないからこそ、生活費の分担を含めた前記のような取決めが必要となり、…。」ここにも選別された異性愛的性的関係に対する積極的な評価と信頼を見出すことができる、その理由を明示することもないままに。

- 29) 現在は、ここに書いた子どもに対する責任やそれを担う能力の有無の判定において、婚姻関係から生まれた子どもの場合とそうでない場合との間に違いがある。前者の場合は虐待があったときにはじめて公的な介入がなされるのに対し、後者の場合ははじめから公的な介入の下で慎重に親子関係を成立させられるかどうかチェックされる。こうした違いは、子どもの育つ環境整備の点から見ると、子どもの間に不公平さがあるといえる。またここにも、選別された性的関係である婚姻関係は、子どもの出生のみならず、その養育についても「正しい」養育ができるものとされている。その理由は実証されていないし、家族法のテキストにも説明はない。「そういうことになっている」ということらしい。この点について Kymlicka, "Rethinking the Family", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 20, no. 1, p. 77が興味深い検討を行っている。ここで示した問題について、従来の婚姻関係に基づく家族には、子どもの利益にたいする明白かつ現在の危険がある場合に公的介入がもたれ、それ以外の形態の家族には、これより厳しい基準が適用され、害悪のおそれ (speculative harms) があれば足りる。こうした違いはキムリックによれば、従来のリベラルが、家父長家族のイデオロギーを暗黙の前提としていることから生まれる。つまり、異性愛の結婚の外でのセックスや再生産は反自然的なものであり、子どもは自然的なつながりに基づいて母親のケアを受けるべきというイデオロギーであるという。この最後のリベラルに対する指摘は、前出注 (26) に記したわたしのリ

ベラルに対する評価と一致する。前出注(28)に引用した判決理由はこのキムリッカの指摘通りの理解に基づくものであることに気付く。このことは、法構造がこうしたイデオロギーに基づく構造であることを明らかとするものである。だからこそわたしは実質的な法の構造改革が必要であると提案するのである。

- 30) しかしかつて試みられたコミュニオン運動における家族を外に開いてゆこうとする試みに見られるような、親とその子どもが継続的に固定的関係を持つことを退けたり、届いた手紙はみんなで一斉に開封されたり、トイレの扉を取り外すといったようなものとは異なる(藤野寛「家族と所有」大庭健、鷺田清一編『所有のエチカ』106頁～107頁、2000年)。この試みでは、家族が外に開かれることが家族構成員のプライバシーを消滅させることに直結している。これは、家族という団体とその構成員を一体のものとして捉えることによって、外部の防波堤として家族を機能させようとする理解に基づくもので、これが「近代的」公私二分論に依拠する理解である。本稿が目指そうと提案する方向性は、本文に記したように、家族(人的結合)を外に開くと同時に家族構成員個々人のプライバシーをはじめとする人権と相互の平等が保障されるという方向性である。これを可能とするのが公私領域の境界線を引き直しである。
- 31) Karst, "The Freedom of Intimate Association", Yale Law Journal, vol. 89, no. 4, pp. 624-692, 1980.
- 32) 横田耕一「日本国憲法から見る家族」法学セミナー増刊・総合特集シリーズ31『これからの家族』85頁～94頁、1985年。
- 33) 野崎綾子「正義論における家族の位置」『正義・家族・法の構造変換』75頁、2003年。
- 34) 野崎・前出注(32)、107頁～143頁。
- 35) 二宮周平も、多様な家族のありかたが尊重される家族法制が目指されるべきであり、そのためには家族の中の人権と自由の確保、そして家族の情愛に基づく豊かな関係性を維持したり、家族のもつ潜在力の実現を保障するための社会制度や社会的支援が必須の条件であるという(二宮周平「家族法改革の展望」辻村みよ子編『かけがえのない個から』231頁～232頁、2012年。)この方向性も支持できよう。この論文において二宮は多岐にわたる論点を詳細に検討した上で今後の家族法制のあり方を検討しており、新たな制度設計にあたり非常に参考となる。しかし家族という集団をどのようなものとして捉えるか、その契機をどのように理解するかについて、たとえば野崎のような観点からの考察は見られない。二宮は「家族の親密さは何ものにも代えがたい魅力である、その親密さを社会にも広げていくこと、社会連帯へと展開していくこと、地域、職域なども含めた人とのつながり、人の絆の豊かさを築いていくことが、今、求められるのではないか」(傍点は筆者による)と論文を締めくくっている。この結論は魅力的に映るかもしれない。しかしながら家族の親密さと社会連帯を同質のものと考えることができるだろうか。あるいは妥当だろうか。きわめて重要な問題を提起している。
- 36) 生活保障、福祉レジームについて、大沢真理「経済学・社会政策の再構築—生活保障システム」大沢真理編『包摂と承認へ』21頁以下、2011年；武川正吾「承認と連帯—ジェンダー社会科学と福祉国家」同書89頁以下；宮本太郎「レジーム転換と福祉政治—包摂と承認の政治学」同書191頁以下などを参照。野崎はナンシー・フレイザーが提示する普遍的ケアモデルがあるべき社会のモデルとした上で家族形成の契約内容の公正さを担保しようとする。フレイザーの普遍的ケアモデルについては「家族賃金の後に—脱工業化の思考実験」仲正昌樹監訳『中断された正義』63頁以下、2003年を参照。
- 37) 大谷・前出注(8)、23頁、36頁。
- 38) 強かんを被害者本人の性的自己決定権の侵害であると捉えるべきであるとの主張が被害者やその支援者からよくなされる。その意図するところを大いに支持するものである。しかしながら性的自己決定権や性的自由の侵害の側面ばかりを強調し、強かん行為が持つ被害者の身体の安全やその不可侵性の侵害という側面を見逃したままであると、かえって被害者や支援者が希求する法定刑の引き

上げとは相容れないことになりかねないことに、もっと注意する必要がある。

- 39) 最判昭和45年1月29日刑集24-1-1。
- 40) このような被害(加害)類型を立てると、強制的な裸体等の写真撮影のみならず、盗撮や性的な画像を本人の了承を得ないままにネットに上げるといった行為(たとえば「リベンジポルノ」と呼ばれる行為)も含まれ、一定の対応が可能となる。なお2013年4月13日付CNNニュース(ネット版)が、集団強姦された15歳の女子が、その様子を撮影した写真がネットで拡散され、「人生が破滅した」と自殺した事件を報じている(<http://www.cnn.co.jp/usa/35030811.html?tag=mcol;relStories>)。なお、リベンジポルノを規制するための新法制定にむけ、自民党内に2014年2月27日に特命委員会が設置され、同委員会は新法の今国会中成立を目指すという(2014年2月28日朝日新聞DIGITAL)。
- 41) 法定刑を考えたときに生ずる疑問は、性加害と暴行、傷害の法定刑の関係である。暴行、傷害が人の安全や不可侵性を保護法益とするのであれば、性加害、暴行、傷害の法定刑はほぼ同じ幅を持たせてしかるべきである。ところがここにおいても強かんの突出性が見出される。それと同時に、強かんが突出しているというよりむしろ身体の安全や不可侵性への侵害に対しなされるべき法的非難の程度が低すぎるともいえるのではないか。これは日本が人間を大切にしない社会であることの表れであるといえまいか。そうだとすればきわめて残念なことである。広く人の安全、不可侵性の保護という観点から、暴行、傷害、性的加害をはじめとする人に対する暴力行為について再考することが必要である。
- 42) 島岡・前出注(6)20頁~21頁は、日本の強かん法の問題点を指摘、分析しながら、欧米諸国で1970年代後半に開始された強かん法の改革が、よりジェンダー平等主義的で被害者保護を重視した性暴力法制への転換をもたらしたことを指摘する。この変遷の歴史も、今後の法の構造改革、性犯罪規定改正を考案するにあたり、大いに参考にされるべき事柄である。
- 43) 西田・前出注(18)223頁~245頁は、食べ物と性をめぐり高まる人間社会の緊張を回避するために、特定の異性を配分するようになった歴史を、ピグミーチンパンジーの研究などに依拠しながら描く。二宮・前出注(1)39頁は「少なくとも一夫一婦制は、1人の男に1人の女を、1人の女に1人の男を配置することによって、より多くの人にパートナー関係を保障し、社会の性的秩序を守る役割を果たしてきた。」と指摘する。
- 44) ラーナー・前出注(3)299頁。