

# 性犯罪規定の刑法典における 位置について

江 藤 隆 之

- I 問題の所在
- II 先行研究の状況と問題の再確認
  - 1) 先行研究
  - 2) 補：財産犯説？
- III 公式史料と当時の学説
  - 1) 公式史料
  - 2) 学説
- IV 議論の出発点を探りなおす
  - 1) 問題点の再々整理——枠組の未発達と立法技術
  - 2) 議論の出発点としてのフランス刑法
  - 3) フランス以外の刑法
  - 4) 訳語の問題として
- V 社会風俗と「わいせつ」概念の不可分性
- VI 結語
- VII 結語の後の付け足し

キーワード：性犯罪，旧刑法，ボアソナード，罪の配列，保護法益

## I 問題の所在

刑法は、強制わいせつ罪を176条に強制性交等罪を177条に置いている。これは刑法第2編「罪」における第22章「わいせつ，強制性交等及び重婚の罪」中であり，虚偽告訴の罪（第21章）と賭博及び富くじに関する罪（第23章）に挟まれた位置にあたる。このことをもって，刑法典は制

定当時性犯罪を社会的法益に対する罪として見ていたという見解が一般に流布している<sup>(1)</sup>。

ところが、このような一般的な理解、すなわち現行刑法立法者は性犯罪を社会的法益に対する罪として制定したという理解の妥当性については疑問の余地がある。旧刑法における性犯罪は第3編「身体財産に対する重罪軽罪」第1章「身体に対する罪」第11節「猥褻姦淫重婚の罪」に置かれ、個人的法益に対する罪とされており<sup>(2)</sup>、当時の通説も性犯罪を個人的法益に対する罪であると解していた<sup>(3)</sup>。このように法典も通説も性犯罪を個人的法益に対する罪と見ていた旧刑法時代の短期間に、性犯罪が社会的法益に対する罪であると解しなおされ、それが現行刑法定時に採用されて刑法典の性犯罪の規定位置に反映しているという主張は、論証がないかぎり受け入れがたい。むしろ、単に「猥褻」をキーワードとして、その閲覧の便宜上、公然猥褻、猥褻物陳列、姦通等に並んで置かれたただけであり、立法者に性犯罪を社会的法益に対する罪として置きなおす意図があったわけではないという自然な解釈<sup>(4)</sup>がありうる以上、そのような解釈の適否についても検討しなくてはならない。そもそも、旧刑法は編、章、節等によってそこに規定されている罪の保護法益を明記する規定方法を採用していたが、現行刑法は、ただ罪のおおまかな内容を章に記しているだけである。現行刑法典の罪の並びが例外なく法益順であり、その並び順から保護法益を理解できるという思考方法自体に十分な根拠がない。戦前においても、宮本英脩が「刑法が猥褻、姦淫および重婚の罪として規定するところは、凡てが公共の法益に対する罪にあらず。……一部は個人の性生活における自由または権利(人格権)を侵害する罪なり。ただ、共に性生活に関するの故を以て併せてこれを規定したるものとす」<sup>(5)</sup>と述べていたように、刑法典における位置づけは単に便宜上のものにすぎないと指摘するものがある。このような事情に鑑みると、刑法典における条文の位置から立法者の視点を推断するのは無理があるようにも思われる。また、旧刑法も現行刑法も、近親相姦の処罰を定めず、同性間性交や獣姦の処罰規定を持たないという特徴<sup>(6)</sup>があり、日本近代刑法が性風俗を過剰に重視していたともいえない。こ

のことからも「明治時代の遅れた性風俗観念による立法であるに違いない」と決めつけてかかることの危うさがうかがえる。

さらに、この問題を検討するにあたっては、これまでの研究において重視されてこなかった点、すなわち外国刑法からの条文および学説の輸入にも焦点を当てなくてはならない。旧刑法も現行刑法も当時のヨーロッパ刑法の影響を強く受けており、法典の規定も議論も、明治時代の日本の偏見が反映していると即断する前に、当時のヨーロッパの議論が影響しているのではないかと疑ってみる必要がある。問題意識を明確にするため、本稿の検討を先取りすれば、当時のフランス刑法典の性犯罪につけられていた見出し“attentats aux mœurs”は、直訳すれば「風俗への侵害」であるが、この語自体に「わいせつ、姦淫」の意味がある。<sup>(7)</sup>すると、明治の議論が「わいせつ」を「風俗への侵害」と見たというのは、本来異なる2つの概念が当時の日本の議論によって結び付けられたのではなく、単にフランス語の訳が2通りあったにすぎないのではないかとすら疑わせる。ドイツ語についても、「わいせつ」を表す“Unzucht”の形容詞形“unzüchtig”を「風俗に関する」と訳した明治時代の司法省の資料も存在する。<sup>(8)</sup>たしかに、現代ドイツ語の“unzüchtig”の語釈にも「不道徳な」を意味する“unsittlich”<sup>(9)</sup>が用いられることがある。「なぜ『わいせつ罪』が『風俗に対する罪なのか』」という問いが、当時の言語状況を前提とすれば、「なぜ“attentat aux mœurs”が“attentat aux mœurs”なのか/なぜ“Unzucht”が“Unzucht”なのか」というトートロジカルな問いである可能性も無視できない。

また、「社会に対する罪」といってもその概念の確立は決して古くないことも考慮する必要がある。日本において“society”の意味で「社会」という語が使用され始めたのは旧刑法制定作業が始まっていた1875(明治8)年から1876(明治9)年ごろで、定着したのは1877(明治10)年ごろのことである。<sup>(10)</sup>箕作麟祥がフランス刑法を初訳したのが1870ないし1871(明治3)年であるから、その頃に「社会」という概念が日本の立法関係者に使いこなせるはずがない。現行刑法制定時にあつては「社会」という語がすでに定着していたものとみられるが、現在の我々が想起するほどに洗練

された概念でなかったことは念頭に置いておかなければならない。「個人」という言葉の確立が1884(明治17)年頃であると思われることをあわせ考えると、「個人か社会か」という現在の個人と社会の対立的な理解枠組が、当時の立法者の意図の正確な把握を妨げてしまっている可能性も排除できない。

そこで本稿は、史料を採りつつ、立法者たちの避けられなかった時代的制約と当時の欧州刑法の在り方を検討のバックグラウンドとして常に意識しながら、現行刑法典における性犯罪の位置をもって立法者たちが性犯罪を社会的法益に対する罪と解していたといえるかについて検討する。

なお、本稿において直接引用する史料については適宜新漢字・新かなに開いて引用するが、先行研究がカタカナ表記等にして引用しているものを引く場合は、その表記に従う。また、「猥褻/わいせつ」の漢字・かな表記については、主に現在の規定が念頭に置かれている場合は「わいせつ」、(主に明治時代の)歴史的な表記が念頭に置かれている場合は「猥褻」とするが、通時的な概念としては明確に区別できず、漢字であるかかなであるかは論旨に影響がないため、互換可能なものとして使用する。

## Ⅱ 先行研究の状況と問題の再確認

### 1) 先行研究

本稿の問題意識にとって重要な先行研究として、成瀬幸典の研究がある。<sup>(12)</sup>

成瀬は、まず、旧刑法が性犯罪を個人的法益に対する罪として定め、学説においても多数はこれを個人的法益に対する罪として見ていたことを確認する。成瀬は、性犯罪を社会的法益に対する罪として見ていた者が一部にいたことに触れつつも、いずれの論者も性犯罪の成否を「被害者の承諾」の有無という観点から論じていたという。<sup>(13)</sup> そのうえで、旧刑法下において「強制猥褻罪・強姦罪(特に、強姦罪)を個人的法益に対する罪として捉え、その成否に関して被害者の承諾の有無を重視していたことは、旧刑法の規定の現行刑法典の規定との類似性に鑑みた場合、両罪を『性的自由に対す

る罪』とする現在の通説的見解の淵源として理解することができる<sup>(14)</sup>」と指摘する。

現行刑法における性犯罪規定については、立法者が「現行刑法典の強制猥褻罪及び強姦罪の規定を、基本的に、旧刑法における両罪の規定を継承するものと考えていた<sup>(15)</sup>」と成瀬は指摘する。ところが同時に、「現行刑法典の制定過程からは、立法者が強制猥褻罪・強姦罪を意識的に『社会的法益に対する罪』として位置づけたことが看取される<sup>(16)</sup>」ともいう。それは、「明治28年『刑法草案』、明治30年『刑法草案』、明治33年『刑法改正案』、明治34年『刑法改正案』のすべてにおいて「猥褻(、姦淫)及ヒ重婚の罪」は、第9章「風俗ヲ害スル罪」の第1節として位置づけられており、この点につき、明治34年の第15回帝国議会で提出された『刑法改正案参考書』では、「(旧刑法)第3編第1章第11節ノ猥褻、姦淫及ヒ重婚ノ罪も身体ニ対スルヨリモ寧ロ風俗ヲ害スルモノト認メ本章中ニ移スコトト為シタリ(括弧内引用者)」と説明されていた<sup>(17)</sup>」(引用中の「括弧内引用者」の表記は原文にあるもの)からであるという。

ここで成瀬の述べていることを3つにまとめると以下のとおりである。

- ①旧刑法下においては、性犯罪を個人的法益に対する罪として捉えるのが規定上も学説上も一般的であった。
- ②現行刑法の性犯罪規定は旧刑法を受け継いだものである。
- ③現行刑法の立法者は性犯罪を意識的に社会的法益に対する罪として位置づけた。

こうしてみると、成瀬の記述にはなお検討を要する点があることが浮き彫りになる。それは、結局のところ立法者は、性犯罪の保護法益理解を旧刑法から変えたのか変えなかったのか、である。①および②に着目すれば、現行刑法の性犯罪規定は、それらを個人的法益に対する罪としていた旧刑法を受け継いだものであるから、引き続き個人的法益に対する罪として制定されたということになる。これに対して、③を素直に受け取れば、立法

者は性犯罪を社会的法益に対する罪としたということになる。

ここで、成瀬の③に関する論述部分にさらにスポットライトを当ててみる。成瀬は、立法者が強制猥褻罪・強姦罪を「社会的法益に対する罪」として位置づけたのは「意識的」<sup>(18)</sup>であると評する。その理由は「猥褻（姦淫）及ヒ重婚の罪」を各種草案が一貫して風俗に対する罪の箇所に置き、第15回帝国議会に提出された『刑法改正案参考書』において、「猥褻、姦淫及ヒ重婚ノ罪も身体ニ対スルヨリモ寧ロ風俗ヲ害スルモノ」と述べられていたからである。ここに2つの問題点が潜んでいる。

第1に、「意識的」という語の意味がはっきりしない点である。もちろん、草案起草者の起草行為は意識的行為であり、議会における検討も意識的行為であるから、ある条文が無意識に置かれることは原理的にありえない。条文の配置はすべて意識的であり、その意味においては性犯罪の位置づけも例外ではない。だがそれは、条文の配置が法益理解を示すという「強い意図」によるものであることを必ずしも意味しない。刑法典中における罪の配列に完璧はない。罪がその法益に従って並べられている（ように思われる）のも、罪の配列がすべからず法益分類に従うべきだからではなく、その方が閲覧の便宜に資するからである。閲覧の便宜に資するのであれば、別の配列を採用することもありうる。たとえば、各種拐取罪や人身売買罪の各類型の保護法益はかならずしも一様ではないが、現行法はこれをその共通点に着目してまとめて配置している。たしかに、性犯罪は社会的法益に対する罪の位置に「意識的」に置かれたが、それが立法者の「性犯罪を社会的法益に対する罪と解する」という旧刑法からの保護法益変更を示す「強い意図」によるものであるとまでは断定できない。「性に関連する罪としてまとめるのが閲覧の便宜に資する」という意図で置かれたにすぎない可能性がまったく排除できないのである。

第2に、そもそも成瀬の引用する『刑法改正参考書』の記述は、狭義の性犯罪について述べたものであるといえるのかという点である。たしかに、「猥褻、姦淫及ヒ重婚の罪」といわれてはいるものの、ここでの重点は「猥褻の罪」や「重婚の罪」や「姦通の罪」が主に念頭に置かれており、その

ために「風俗ヲ害スル」と述べられたとも考えられる。後にも触れるが、現に『刑法改正政府提案理由書』においては、176条について「現行法第259条とその趣旨を同じうす」と、177条前段について「現行法第346条後半の規定とその趣旨を同じうす」と説明されている<sup>(19)</sup>。ここでいう「現行法」は性犯罪を個人的法益に対する罪として位置づけていた旧刑法のことを指しており、強制猥褻罪および旧強姦罪について「その趣旨を同じうす」と説明されているのである。『刑法改正参考書』と『刑法改正政府提案書』の両説明を整合的に解するならば、「性関連の罪は主に社会的法益に対する罪なのでその位置にまとめておく。だが、そのうち性犯罪については個人的法益に対する罪であるという理解に変更はない」と読むのが自然ではないだろうか。

## 2) 補：財産犯説？

ところで、現行刑法の性犯罪規定が当初は財産犯として制定されたという見解も一部で唱えられている。このいわゆる財産犯説は、史料に触れることなく主張されており、立法資料を見ればただちに誤りであることが判明するものではあるが、研究者や実務家が公表している見解であるため、補足として紹介してコメントを記しておく。

小松原香織は、「1907（明治40）年に制定された刑法では、性犯罪とは妻（女性）のみ被害が想定されており、夫の財産権の侵害とみなされていた。つまり、女性は男性の所有物であり、夫は妻の性行為を独占しているため、加害者はその財産を不当に使用したと考えられたのである」という<sup>(20)</sup>。しかし、性犯罪の被害者として既婚女性のみ想定し、その保護法益は夫の財産権であると考えて現行刑法が制定されたという歴史的事実は存在しない。なお、この記述には根拠が明記されていない。

角田由紀子は「強姦罪は財産犯であった」と見出しを掲げ、「かつて女性は夫や父親の所有物であった。結婚は父から夫への『娘』の贈与ないしは交換であった。娘は動産であった。……強姦は父や夫の所有物である娘や妻を、非所有者が性的に使用することである。そこで、強姦罪は、所有<sup>(21)</sup>

権を侵害する犯罪(財産犯)と考えられていた。……このように強姦罪は、歴史的には男性の所有権を侵害した男性を処罰するものとして生まれた<sup>(22)</sup>という。この角田の文献に触れて澁谷知美は、「現刑法で強姦罪が『身体ニ対スル罪』とされず、『風俗ヲ害スル罪』の内に数えられていることは、被害者女性の人権より男性間の秩序(父や夫の所有物である女性の所有権が犯されないこと)を重視するものではないかという批判が提示されている<sup>(23)</sup>」という。しかし、角田の記述の根拠は名前の挙げられていないアメリカの教材とフランスの15世紀から16世紀の強姦罪の歴史に関する書籍だけであり、日本現行刑法がそうであるとする根拠はまったくない。記述を注意深く読めば、角田はアメリカとフランスの例を紹介したうえで、日本刑法を学ぶときでもそのような人類一般の女性差別の歴史を考慮に入れるべきであるという学習姿勢への注意を促しているにすぎず、日本現行刑法の立法過程の歴史的事実について述べているのではないようにも読める。現に、角田の別の著書では、「立法者は強姦罪も含めて『第22章』の罪は、性秩序ないしは健全な性的風俗を保護法益と<sup>(24)</sup>考えていた」と現在流布している一般的な認識が書かれており、強姦罪を財産犯であると見る考え方を示していない。さらに角田は、その後の書籍では、「あるとき、わたしは、戦前も教科書的には『性的自由』が保護法益とされてきたことを知って驚いた<sup>(25)</sup>」とすら述べている。したがって、角田の「強姦罪は財産犯であった」という記述を日本刑法の史料を紐解いたうえでたどり着いた日本現行刑法の立法時の歴史的事実に関する記述として受け取ることはできない<sup>(26)</sup>。

金城清子は、旧強姦罪が女性にのみ適用される理由について「伝統的に強姦という行為が、男性の所有物である女性の財産的価値を低下させるものとして、所有権の不可侵を侵害する財産犯、男性の男性に対する犯罪とされてきたという、歴史的沿革に基づいている<sup>(27)</sup>」という。ここでは参考文献が挙げられているが、やはり日本現行刑法の立法とは無関係のものである。金城が挙げている参考文献であるトン<sup>(28)</sup>は、rape lawの目的を「男性の財産権の侵害の保護」(protecting the inviolability of a man's property rights)と書いているが、ここでの「財産権」は法的な概念としての「財産」



ではなく、一種のアナロジーとして用いられている。トンが引いているスーザン・グリフィンの文は、要旨「女性の性的同意を得ることが男性にとって“prize”であり、レイプはその“prize”の価値を低下させるものであるとみられている」というものであり、それは財産のアナロジーによって男女の置かれている歪で非対称な関係あるいは男性の女性に対する制度化された差別意識を一般的に描写しようとするものではあれ、明治時代の立法者が女性を男性の財産であると考えて日本刑法を制定したという趣旨の記述ではない。原文においても“prize”はダブルクォーテーションで囲まれている。さらに、金城が指示する同書の94頁は、「イングランドのコモンローでは（In English common law）」という限定のもと、その要件が検討されている部分であり、この記述を日本刑法立法上の歴史的事実の根拠とすることはできない<sup>(30)</sup>。これが巡り巡って上掲小松原のような「1907（明治40）年に制定された刑法では、性犯罪とは妻（女性）のみ被害が想定されており、夫の財産権の侵害とみなされていた」につながっていくのだとしたら、それは根拠なき飛躍というほかないだろう。

なお、日本刑法において立法当初旧強姦罪が女性に限られていた理由については、明治40年第23回貴族院特別委員会における答弁がある。委員の奥山政敬が強姦罪規定の被害者に男が抜けているのではないかと質問したのに対して、政府委員倉富勇三郎は「姦淫ということは相手が婦女でないといけないのであります」と答えている<sup>(31)</sup>。日本において旧強姦罪の被害者が女性に限られた理由は、「姦淫」を男性器の女性器に対する没入と捉えたからであり、——それ自体が今ではバイアスに基づくものであると考えられるとしても——性犯罪が男性に対する財産犯であるという視点はまったく読み取ることができない。その直後、奥山からは男性から男性に対する性的行為（奥山の表現では「鶏姦」）についての質問も出ており、強制猥褻罪によって処断することが確認されている。被害者が男性である場合の性犯罪の成立も立法者は視野に入れており、現行刑法立法者が性犯罪を男性の財産に対する罪として立法したという事実は確認できない。

以上からわかるように、日本現行刑法の立法者が性犯罪を財産犯として

見ていたというのは、史料から認められる歴史的事実ではない。もちろん、女性差別が世界中にあり日本もその例外でないと指摘すること、それを鋭く批判することは正しい。また、明治の立法においてその根底に差別思想がなかったということはできない。むしろ、姦通罪規定はまさに女性をあたかも財産であるかのように扱う不当なものであった（それでも財産犯ではない<sup>(32)</sup>）。とはいえ、ここでは、「現行刑法の性犯罪（強姦罪・強制猥褻罪）が男性に対する財産犯として制定された」という歴史的事実が存在しないことを確認しておけば足りるだろう。

本稿においては、これ以降財産犯説を取りあげない。

### Ⅲ 公式史料と当時の学説

#### 1) 公式史料

##### a) 旧刑法制定時

旧刑法制定時の日本刑法草案会議筆記の16巻にボアソナードと鶴田皓のやり取りが掲載されている。

ボアソナード「フランス刑法第330条の猥褻の罪についての数条には、  
風俗を害する罪の部類に属すべきものと身体に対する  
罪の分類に属するものとの2種あり。即ち、第330条  
風俗を害する罪の部類なりよって之は第2編中に置く  
べきものとす」

鶴田 「然り。第330条の『公け』の字は即ち風俗を害する罪  
と為すべき主意を示す為め大いに力ある語なるべし」

この会話では、わいせつの罪には風俗に対する罪と身体に対する罪との2種類があることが認識されており、風俗に対する罪については公然性がポイントになることが確認されている。ここから、旧刑法は性犯罪を身体に対する罪、それ以外の猥褻罪を風俗に対する罪として「意図的に」区別して立法したことがうかがえる。

## b) 現行刑法定時

現行刑法の公式理由書たる『刑法改正政府提案理由書』には現行 175 条ないし 185 条までの罪の改正提案理由として「本章は主として現行法第 3 編第 1 章第 11 節及び第 2 編第 6 章中の第 258 条及び第 259 条を合し少しくこれに修正を加えたるものなり」と書かれている。その趣旨は、旧刑法で 2 つに別れていた強制わいせつ罪系統の罪と公然わいせつ罪系統の罪とをまとめて若干の修正を加えたということである。争点は、その「修正」に、「保護法益の変更」が含まれるか否かである。『刑法改正政府提案理由書』には 176 条について「現行法第 259 条とその趣旨を同じうす」と、177 条前段について「現行法第 346 条後半の規定とその趣旨を同じうす」と明確に書いてある。つまり、個人的法益に対する罪として置かれていた旧刑法 259 条と現行 176 条、旧刑法 346 条後半と現行 177 条前段の元条文たる旧強姦罪とは「その趣旨を同じ」くすると公式に述べられているのである。公式の説明は要約すれば、「個人的法益に対する罪であるとされている強制わいせつ系統の罪と社会的法益に対する罪である公然わいせつ系統の罪をまとめて若干の修正を加えたがその趣旨に変更はない」というものである。もし個人的法益に対する罪を社会的法益に対する罪に変更したのならば趣旨の変更はないという説明にはならない。犯罪規定の趣旨に保護法益が含まれているのは明らかであるから、性犯罪は公式に旧刑法の法益理解を引き継ぐと述べられていると解される。したがって、現行法の性犯罪は、個人的法益に対する罪として制定されたということが公式記録から確認できるといってよい。

## 2) 学説

学説は性犯罪をどのように捉えていたのか、代表的な研究者の見解を現行刑法成立から時間順に追ってみよう。

現行刑法定定の 1907 (明治 40) 年に出版された書籍において政府委員でもあった磯部四郎は、第 22 章の「猥褻、姦淫及び重婚の罪」の章について、「本章以下 3 章は風俗を害する罪を規定するもの」と述べている。<sup>(33)</sup>

彼はここではこれ以上の詳述をしておらず、刑法典の配置に沿った説明をしているだけである。磯部の性犯罪の保護法益に対する態度は、旧刑法について講述した『日本刑法講義筆記』に見ることができる。磯部は旧刑法の性犯罪が個人の身体に対する罪に位置づけられていることについて、これらの罪が人倫を破る等の側面があることに触れつつ、そのような風俗に対する罪の側面は「その所為よりきたるところの間接の結果にして、その直接の結果はむしろ人の身体を侵害するにあり」と述べている<sup>(34)</sup>。この記述からは、磯部は性犯罪を直接には人の身体を侵害する罪、間接に風俗を害する罪と位置づけていたことがわかる。

現行刑法制定からわずか2年後の1909（明治42）年に刊行された大場茂馬の教科書は、強制猥褻罪および旧強姦罪を「性交の自由に対する罪」に分類している<sup>(35)</sup>。大場は刑法の規定について「二個の相同じからざる法益に対する罪を規定したるものなり。一面において性交の自由なる法益に対する罪を定め、他の一面において風俗に対する罪を定む。前者は一私人の法益を害する罪にして後者は社会の法益を害する罪なり」と性犯罪とそれ以外の罪とを明確に区別する。これは現在の通説と同じ見解である。

泉二新熊は、1928（昭和3）年、強制猥褻罪、旧強姦罪を「個人の性交上における自由を侵害する行為」としている<sup>(37)</sup>。同年に小野清一郎は、猥褻関連の罪について「性欲生活に関する風俗の保護を目的とし」と述べるが、これらの罪の中には「個人の私権乃至法益を侵害することが明らかなるものがある」とし、「強姦の罪は性交の自由に対する侵害である」と認める<sup>(39)</sup>。小野は、刑法典の位置から「その処罰の根本理由を結局その風俗を害するところにあると観ることが、すくなくとも我が現行刑法の編別方法に適する所以であろう」といい、この記述を戦後の新訂版においても維持している<sup>(41)</sup>。とはいえ、小野は「強姦の罪は人格的自由に対する侵害である」<sup>(42)</sup>、「個人の人格的自由を侵す行為」<sup>(43)</sup>であると明確に述べている。

1931（昭和6）年、宮本英脩は、「刑法が猥褻、姦淫および重婚の罪として規定するところは、凡てが公共の法益に対する罪にあらず。……一部は個人の性生活における自由または権利（人格権）を侵害する罪なり。ただ、

共に性生活に関するの故を以て併せてこれを規定したるものとす<sup>(44)</sup>という。この記述から、宮本が明確に性犯罪を「個人の性生活における自由または権利（人格権）」と述べていたことがわかるだけでなく、刑法の性犯罪の位置はかならずしもその保護法益を意味しないと主張していたことも読み取れる。

戦後数年経過した1952（昭和27）年、井上正治は、各論の教科書において「第22章に規定する罪には、種々雑多なものがふくまれている。性生活の秩序を保護することを目的とする以外、共通なものはみいだしがたい。猥褻や姦淫の罪は、ある場合には人格的自由に対する侵害である場合もある<sup>(45)</sup>」と述べ、猥褻・姦淫・重婚の罪を「性的道徳感情にたいする罪」と「性的自由に対する罪」（「対する」はママ。他の部分は「たいする」とかな書きだが、この部分だけ「対する」と漢字で書かれている。）と「家族制度にたいする罪<sup>(46)</sup>」とに分け、強制猥褻・準強制猥褻、強姦・準強姦、その致死傷および淫行勧誘を「性的自由に対する罪」に分類している。

1964（昭和39）年、団藤重光は、「猥褻、姦淫及び重婚の罪」について「だいたいにおいて性秩序ないし健全な性的風俗を保護法益とする」としたうえで、「強制猥褻罪・強姦罪等は、風俗犯としての面をもっていることはたしかであるが<sup>(47)</sup>、むしろ主としては個人の性的自由ないし貞操を保護法益とする」と述べて、性犯罪を個人的法益に対する罪の位置で解説する<sup>(48)</sup>。団藤は、性的自由とならんで「貞操」を保護法益としており、その表現は不適切であるが、団藤の記述を注意深く読めば、団藤のいう「貞操」は、社会的な評価や女性の純潔性ではなく「個人の人格的法益」を意味していると理解される<sup>(49)</sup>。

#### Ⅳ 議論の出発点を探りなおす

##### 1) 問題点の再々整理——枠組の未発達と立法技術

ここまで検討すれば、現在の学説が前提としている枠組そのものが揺らぎはじめる。現行刑法立法時に、猥褻罪全体をまとめて「これらはすべて

個人的法益に対する罪かそれとも風俗に対する罪か」という択一的問題意識が立法者にあったのだろうか。現在の感覚でもって、「風俗に対する罪の位置にある罪は、個人的法益に対する罪として見られていなかったはずだ」と断ずるのはいささか早計ではないか。現代の刑法学の到達点から見れば、性犯罪を社会的法益に対する罪と解するのが奇妙であるのと同じくらい、身体に対する罪と解する旧刑法の位置づけも実は相当に奇妙である。当時の立法関係者たちが十分に発展した自己決定権の理論を時代的制約の故に持っていなかったことを忘れてはならない。自己決定権の理論が未発達の社会において、性犯罪規定を法典のどこかに位置づけようとするとき、「身体に対する罪」に置いてもしっかりこず、「風俗に対する罪」に置いてもしっかりこないとこの感覚が立法者にあったとしても不思議ではない。むしろ、「性的自己決定」という言語化された観念を有さない者にとって、性犯罪が身体に対する罪のようでもあり、風俗に対する罪のようでもあると感じられることは驚くべきことではない。このような枠組の未発達の時代に制定された刑法典において性犯罪規定をどこに置くかということが、立法者の思いを正確に反映したものとしてみるのは危うい。むしろ、立法の歴史的経緯を追うことで、なぜ性犯罪規定が旧刑法においては身体に対する罪の位置に、現行刑法においては風俗に対する罪の位置に置かれたのかを明らかにすべきである。そのために触れておくべき史料がある。

1885（明治18）年「ボアソナード刑法改正案（日本刑法草案<sup>(50)</sup>）」は、性犯罪を386条以下に置いた。その位置は、「第3篇人の身体及び財産に対する重罪軽罪、第1章身体に対する罪、第11節風儀を害する罪」である。ここでは、個人的法益に対する罪の身体に対する罪の中に風儀を害する罪が置かれている。その前節は幼者に対する拐取罪であり旧刑法と変わっておらず、後ろの節は「人の名誉を害する罪」であり、性犯罪は、自由や人格に対する罪と並んで規定されている。これに司法省が修正を加えた案においては、性犯罪は「第3篇人の身体及び財産に対する重罪軽罪、第1章身体に対する罪、第11節猥褻姦淫重婚の風儀を害する罪」とされている<sup>(51)</sup>。

すなわち、草案起草者にとって「風儀を害する罪」は「身体に対する罪」

の下位カテゴリーに位置する個人に対する罪なのである。また、この提案は日本からではなく、ボアソナードによってなされたものである。そこで、「個人的法益に対する罪の中の風儀を害する罪」という現代の我々にはいささか理解し難い分類をボアソナードがどこから持ってきたのかを探らなくてはならない。

## 2) 議論の出発点としてのフランス刑法

性犯罪規定を風俗に対する罪の位置に置く議論の出発点は、多くの論者が暗黙の前提として当時の日本の風俗や人権に対する考え方にあると想定している（ように思われる）のに反して、当時のフランス刑法にある。<sup>(52)</sup>旧刑法編纂中も法制官僚らに参照されていた箕作麟祥訳のフランス刑法典『仏蘭西法律書刑法』を紐解くと強制猥褻罪と強姦罪が「第2巻平民に対する重罪及び軽罪 第1章人に対する重罪及び軽罪 第4款風俗を乱す罪」に位置づけられている（原文は Titre II. Crimes et délits contre les particuliers Chapitre I. — Crimes et délits contre les personnes. Section IV. — Attentats aux mœurs であり、原意を損なわないように私訳すれば、「第2巻個人に対する重罪および軽罪、第1章人に対する重罪および軽罪、第4款風俗侵害」である）。この位置は、上記「ボアソナード刑法改正案（日本改正草案）」と同じ位置づけであり、個人的法益に対する罪の中に風俗を乱す罪が置かれている。したがって当時のフランス刑法典がボアソナード案の源流であると考えられる。なお、ここで留意しておかなければならないことがある。それは、“attentats aux mœurs” というフランス語は直訳すると「風俗への侵害／風俗犯」<sup>(53)</sup>だが、これ自体に「わいせつ、強姦、淫行、姦通」という意味があることである。これについては後に再び触れる。

もちろん、先に示したとおり日本旧刑法がフランス風の配置をとらず、性犯罪のみを身体に対する罪に置いたのも、ボアソナードに起因する。先に掲げた1876（明治9）年から翌年にかけて行われたボアソナードと鶴田皓との問答において、ボアソナードは「フランス刑法第330条猥褻の所為云々以下数条の罪について協議すべし。もっともこの数条中には風俗を害

する罪の部類に属すべきものと身体に対する罪の部類に属するものとの2種あり。すなわち、第330条風俗を害する罪の部類なり。よってこれは第2編中に置くべきものとす」と述べている。ボアソナードはフランスでは風俗に対する罪として置かれているものには、風俗に対する罪と身体に対する罪があるからこれを分けるべきであるとの提案をしている。これに対して、鶴田は、ボアソナードに賛同して「しかり。この第330条の『公け』の字はすなわち風俗を害する罪となすべき主意を示すために大いに力ある語なるべし」といった。鶴田も、フランス刑法における猥褻の罪には2種類あることを認め、「公け」の語がある場合には風俗に対する罪であることとみることが出来る旨述べている。現行刑法だけでなく旧刑法の位置づけも、フランス刑法を参考にフランス人学者ボアソナードの意見を受け入れつつ形成されていったものである。このことから、旧刑法と現行刑法とで性犯罪の法益理解に変更がないことがうかがえる。

その後、現行刑法制定時のボアソナードが1885(明治18)年「ボアソナード刑法改正案」において性犯罪規定の位置を変更する提案をした理由は定かではない。しかし、この位置もまた「個人的法益に対する罪」であることはその構成からして間違いない。

以上のことから、性犯罪を風俗に対する罪とする位置づけはもともと旧刑法制定時のフランス刑法に由来することが明らかである。フランス刑法は日本の法制官僚にもよく知られていた。旧刑法制定時にボアソナードは性犯罪を「身体に対する罪」に置く提案をして実現したが、後に現行刑法制定への案において再びフランス風の風儀を害する罪として提案する。とはいえ、いずれもこれらはいくまでも個人的法益に対する罪内部での位置づけを前提としたものなのである。

### 3) フランス以外の刑法

旧刑法から現行刑法制定時のドイツ刑法(帝国刑法)は、性犯罪を道徳に対する罪の位置に置いていた。1871年ドイツ刑法典は、175条に男性同性愛および猥褻の禁止を置き、続く176条以下にいわゆる強制わいせつ関



連の罪を規定していた。この規定については、1879（明治12）年には司法省『各国刑法類纂』によって翻訳されて日本に紹介されている。

ドイツにおける法律の沿革がどう紹介されていたかという点については、当時の日本人にも読まれていたリストの教科書が参考になる。とりわけ現行刑法制定直後に邦訳版が出版されているので、その記述を参照してみよう。リストは、強姦罪の沿革についてローマ法の沿革から説明を始める。そこでは「ローマ法は、自由に対する多数の犯罪を暴行による犯罪中に置きしがごとくに、強姦罪をも暴行による犯罪の一種とし、婦女に対してこの犯罪が行われ得べきがごとく、また男子に対しても行われ得べきものなりとせり」とされ、「自由に対する罪」、「暴行による罪」、「男子に対しても成立する」といったローマ法の見方が紹介される。その後、ドイツ法にはこれをローマ法と異なり、「女子の操に対して行わるる一種独立の犯罪」とする伝統とそれに反対する見解もあることを紹介しつつ、帝国刑法の紹介へと移っていく。

ドイツ帝国刑法に関する性犯罪の議論は、日本旧刑法制定以前のフォイエルバッハの教科書（1801年）と旧刑法に意見書を提出するなど日本の立法に直接影響を与え続けたベルナーの教科書（1857年）と旧刑法制定後現行刑法制定以前のヴェヒターの教科書（1881年）とをそれぞれ簡潔に見ておこう。フォイエルバッハは、1881年の教科書の中で、性犯罪(unfreywillige Schwächung および Nothzucht)を個人犯罪(Privatverbrechen)の「その身体の自由な処分に関する市民の権利に対する犯罪」(Verbrechen an dem Recht des Bürgers auf freye Disposition über seinen Körper)に誘拐などと並べて解説している。すなわち個人的法益に対する罪の位置づけである。ベルナーは、1857年の教科書の中で、性犯罪を「性的道徳および家族に対する罪」(Verbrechen gegen die geschlechtliche Sittlichkeit und gegen die Familie)に置いている。ベルナーは、強姦罪について、歴史的な記述をした後に、法は個人の自由に対する罪であるという見方に近づいているものの、単なる自由侵害であるとするまでには至っていないと述べている。ヴェヒターの教科書では、性犯罪(Nothzucht)は、個人の自由

に対する罪に分類されており、<sup>(60)</sup> 社会的法益に対する罪である他のわいせつ罪 (Unzuchtverbrechen) と区別されている。ただし、その法益の中核は「女性の貞操」(weibliche Ehre)<sup>(61)</sup> として理解されており、その点の注意は必要である。

このように、明治時代に日本に流入してきていた諸外国の刑法は、個人と社会は完全には未分離であるものの、その位置づけは個人的法益に対する罪の面を認める見解が多くなってきていたといえる。<sup>(62)</sup>

#### 4) 訳語の問題として

先に “attentats aux mœurs” というフランス語が風俗犯という意味でありながら、同時に姦淫、淫行などの意味があるということを指摘した。ドイツ刑法についても、明治時代の司法省の文献において、175条の “Die widernatürliche Unzucht” の “Unzucht” は、「淫行」と訳され、176条に用いられているその形容詞形の “unzüchtig (unzüchtige Handlung)” は「風俗に関する (風俗に関する所行)」と訳され、<sup>(63)</sup> 183条の “unzüchtige Handlung” は、「猥褻の所業」と訳されている。<sup>(64)</sup> つまり、「淫行」「猥褻」「風俗」は同じドイツ語単語の互換可能な訳語として使用されている。「猥褻を風俗に関する罪とみるのはおかしいのではないか」という観点から疑問を照射する見解が現代に見られるが、すくなくとも当時の司法省『各国刑法類纂』においては、それは単に訳語の当て方の問題にすぎない。考えてみれば、英語においても “immoral” という語を使うとき、「不道德な」という意味と同様に「わいせつな」という意味を持つ。「風俗に対する罪」というのは訳語の問題にすぎず、この語をもって単に「猥褻の罪」と考えられていたのであるという受け止め方もあり得るだろう。

この訳語の問題は、決定的な主張を導きはしないものの、我々に歴史を見る際の重要な視点を提供する。明治時代、日本の立法作業は旧ピッチで行われた。日本語は、西洋発の概念を漢語を用いて翻訳することによって大量に受け入れ、近代の諸概念を表記可能な言語へと短期間で変貌を遂げた。現代の社会科学に関する日本語の語彙はこの時代の翻訳に依拠して成

立している。とはいえ、当時の日本語語彙は、現代の日本語語彙と字面が同じであっても、意味するところが違ったり、定着が不十分であるため用語法が揺れていることがある。強制わいせつにおける「わいせつ」の概念を風俗に対する罪として見るのが奇妙に感じられる現代の感覚は、「わいせつ行為」と「風俗に対する侵害」とが別々に観念されて、それを結び付けることが是か非かをそれらの語から一步離れて俯瞰的に観察できることによって支えられている。ところが当時の日本語にとって「猥褻」と「風儀を害する罪」は、もともとフランス刑法の同一の単語に由来するものである。ドイツ刑法においても同様である。そうであれば、これらの「猥褻」と「風儀を害する罪」とを結びつけて考える見解が出てくることはまったく不思議ではない。むしろ結びついていない方が奇妙である。明治時代の彼らが「風儀」、「風俗」という言葉で表そうとしていた「その概念」は、現代の我々にとってはもはや正確には理解不可能なものとなった。我々にとって強制わいせつにおける「わいせつ」と「風儀」、「風俗」とは明確に区別される異なった概念である。しかし、彼らにとってはそうではなかった。「性犯罪は、明治時代、風俗に対する罪であると見られていた」という文字列を目にしたときに想起される現代の我々の理解は、当時の彼らの理解を正確に捉えてはいないかもしれないのである。

## V 社会風俗と「わいせつ」概念の不可分性

明治時代の彼らがなぜ「わいせつ」と性的風儀を区分しきれなかったのか。両概念には言葉のつながりがあることを上に指摘したが、さらに両概念には不可分な結びつきがありはしないだろうか。

成瀬は、山岡満之助が強姦罪の処罰根拠を個人的法益に対する罪として見ながら、強制わいせつが社会的法益に対する罪であることを強調していることなどを挙げながら、「特に、強制猥褻罪については、個人的法益に対する罪としての理解が徹底されていたとはいいがたい<sup>(65)</sup>」という。成瀬のこの描写は、個人的法益に対する罪としての性質と社会的法益に対する罪

としての性質とが一罪中に両立することはありえず択一的であるとする枠組を前提としているように思われる。ところが、強制わいせつ罪を個人的法益に対する罪であると理解しつつ、そこに社会風俗の観点を導入しようとする見解には、現在でも否定しきれない一定の理由がある。それは、旧強姦罪以外の性犯罪については、その保護法益たる性的自由の観念から社会風俗の観点を原理的には排除できないということである。もちろん私見は、性的自由は個人の自由であり、個人の性的な行為への拒絶ないし拒絶選択肢を一義的に保護するものと解するが<sup>(66)</sup>、それでも強制わいせつ罪の保護法益を説明する際に社会秩序の観点にも触れようとする見解の問題意識は理解できる。その根底にある問題意識は、「なぜ他の自由ないし身体とは別個に性的自由が観念されるのか」である。手首を掴めば暴行ないし逮捕になるが、胸を掴んだら別個の罪になる理由は何か。手首を掴まれたときと胸を掴まれたときとで被害者が受ける被害感情の大きさが異なるのはなぜか。それは、性的なものを性的でないものよりも重視し秘匿しようとする社会に共有されている社会観念の作用であるとしか説明のしようがない。たとえば胸を性的な部位として見ない文化においては、胸を出すことは公然わいせつではなく、その部位への許可なき接触も暴行等ではありえても性的な罪ではない。現代日本において、生殖とは関係のないキス行為が性的な行為であるとみられるのは、キス行為を性的であるとみる社会観念を前提としなければ理解できない。キスを性的な行為としてみる場合でも、それを同時に友情に基づく挨拶表現でもあるとする文化と秘匿されるべき性的な行為でしかないとする文化とでは、その猥褻性の程度は異なつて理解される。人間でありさえすれば文化を超えて普遍的に行為態様が理解可能な旧強姦罪は別として、強制わいせつ罪は当該社会において何が性的であるかの社会的コンセンサスが前提とならざるをえない。旧刑法の立法者たちは強制わいせつ概念の理解に苦心したが<sup>(67)</sup>、それもまたこのような観念を前提とすることに由来しよう。したがって、——もちろんすでに断つたように、私見は犯罪の成否と関連する保護法益として問題にされるべきは個人の性的自由のみであると解するが<sup>(68)</sup>——その保護法益たる性的自由自

体が一定の社会秩序を前提として成立しているのだと指摘する見解の存在は、十分に理解可能である。当時の研究者のうちに性犯罪は第1に性的自由を守るが、それ自体が性的社会秩序にも関連すると述べているものがあるのは、あるいは逆に、根本的に性的社会秩序を守るべきであり、それが個人的法益に対する罪として顕現しているのであると解する見解が唱えられることは、さほど不思議なことではない。

## VI 結語

本稿が明らかにしたことをまとめる。

当時のフランス刑法は、性犯罪を風儀を害する罪の位置に置いていた。とはいえ、これは個人的法益に対する罪の下位分類であり、ポアソナードもそう理解していた。ポアソナードはこれを日本旧刑法に導入するにあたって、性犯罪を身体に対する罪に配置しなおした。そのことにより、日本においては性犯罪は個人的法益に対する罪であるという理解が広がり、通説もその立場をとることになった。現行刑法制定にあたって、性犯罪を「風儀を害する罪」に置きなおす提案がポアソナードからなされた。ただしそれは、やはり個人的法益に対する罪の身体に対する罪の中に位置する風儀に対する罪、すなわち個人的法益に対する身体に対する猥褻罪としてであった。「風儀を害する罪」という言葉が当時のフランス語でそのまま「猥褻の罪、姦淫の罪」を意味しうることを想起すれば、「個人的法益に対する罪、身体に対する罪、姦淫の罪」という枠組は、さほど不自然なものではなかった。その後、現行刑法は「節」をつけずに大きな括りでのみ分類する立法形式を採用し、条文数もかなり刈り込んだものとなった。それにより、性犯罪規定は公然わいせつ等と並んで置かれることになり、法益が何であるかの法典内での明記はなくなった。しかし、政府は性犯罪について旧刑法のときと趣旨は同じであると説明しており、通説も現行刑法制定以降一貫して個人的法益に対する罪として性犯罪を理解していた。

したがって、以下のことがいえる。

- ①現行刑法制定時には性犯罪において個人を保護するという観念はなく、戦後に至ってようやく性的自由の保護の機運が高まってきたというイメージは誤りである。旧刑法から性犯罪は個人的法益に対する罪として定められており、通説もそれを支持していた。
- ②性犯罪を公然わいせつ罪等と並べて社会的法益に対する罪の位置に置いているからといって、現行刑法立法者が性犯罪を社会的法益に対する罪であると解していたというのは誤りである。旧刑法は性犯罪を個人的法益に対する罪としており、現行刑法制定時の公式の制定理由は「その趣旨を同じうす」と説明していた。
- ③「風俗を害する」という言葉は、当時のヨーロッパ言語の感覚からしても「猥褻・姦淫」と概念的に完全に分離されていたわけではない。そのため、罪の説明に「風俗を害する」という言葉が用いられていたとしても、それがただちにその罪を社会的法益に対する罪に分類することを意味しているとはいえず、個人的法益に対する罪としての性質を排除しているともいえない。むしろ、ボアソナードからの提案は、一貫して個人的法益に対する罪の中の下位分類としての「風儀に対する罪」であった。

そもそも、法典における条文の配置から過剰に意味を読み取るのは危険である。罪の適切な配置が望ましいことはいうまでもないが、罪は様々な性質を持つものであり一義的に場所が決定されるものではない。また、法典を参照する者の便宜から、異なる性質の罪であってもまとめて規定する方法にも合理性がある。ある罪が同時に2つの保護法益を持つときにより重要でない方に規定することすらある。たとえば、監禁致傷罪は自由法益と身体法益を侵害するものであるが、傷害の罪の位置ではなく自由に対する罪の監禁罪の直後に置く方が合理的であり、現にその位置に置かれている。放火罪が社会的法益に対する罪の公共危険罪の位置に置かれ、法益も第一にはそのように理解されているからといって、自己所有・他人所有の区別をする際に個人的法益に対する罪の側面が無視されるわけではない。犯罪規定の完璧な配列など存在しない。そうであるにもかかわらず、性犯

罪ばかりが刑法典における位置からすると制定時には社会的法益に対する罪、風俗に対する罪と考えられていたのだろうと推論され、そう記述されるのは奇妙なことである。和田俊憲はマイルドな表現で「刑法典はこれを社会的法益に対する罪に位置づけているとするのが一般的な理解であるが、そのように強調する必要はないと思われる<sup>(69)</sup>」というが、本稿ははっきりと「そのように強調する必要はない」のではなく「そのように強調することは歴史的に誤りであるため、すべきでない」と主張する。

岡田朝太郎は、旧刑法典の罪の並べ方について、たとえば放火罪のように公共の安寧に関する罪も身体財産に対する罪として置かれていたり、公益に対する罪に置かれている罪にも身体財産を害する罪があるなど、刑法典の分類は歴史上の理由はあるとしても理論上は当を得たものにはなっていないと指摘する。そういいながらも岡田は、分類はあくまでも分類にすぎないのだから、理論的に正確でなくとも不都合はないと述べている。現行刑法もそうであろう<sup>(71)</sup>。罪の分類、配置は、条文をその性質の一面に着目して並べるしかないという編纂の性質上、どこまでいっても罪の便宜的な配置にすぎないのであって、そこから過剰に意味を読み取るべきではない。

結局のところ、現行刑法における性犯罪は、①旧刑法において個人的法益に対する罪として置かれていた、②旧刑法下の学説も個人的法益に対する罪と見ていた、③現行刑法制定時の公式な説明で性犯罪の趣旨は旧刑法と同じであると説明されていた、④参考にした欧州刑法においても性犯罪を個人的法益に対する罪であるとする理解が広まっていた、⑤現行刑法制定直後においても通説は個人的法益に対する罪として見ていた、⑥風俗に対する罪の観点を併用したからといってそれは個人的法益に対する罪であることを否定するものではない、等々の根拠をもって立法時から個人的法益に対する罪と考えられていたと結論づけられる<sup>(72)</sup>。

## Ⅶ 結語の後の付け足し

なお、日本刑法立法者が性犯罪の保護法益を個人的法益に対する罪とし

て考えていたからといって、性犯罪への対応がこれまで十分であったなどと主張するつもりはまったくない。女性は歴史的に差別されてきており、その差別的な社会構造は現在も存在している。明治時代の立法議論の前提として不平等な社会制度や差別意識があったことは否定できない。また、女性のみならず性犯罪の被害者は皆、大変な苦痛を負いつつ社会の無理解にさらされて苦しい思いをしている。性犯罪——およびあらゆる犯罪——に必要な視点は、第1に被害の発生を防ぐこと、そして第2に被害が発生してしまったならば、被害者に寄り添いその立ち直りに道を拓くことである。それは、刑法の保護法益論とは無関係に、全法分野、全社会を挙げての取り組みとならなくてはならない。

問題点を指摘するとき、ここにもあそこにも問題があるという強調の仕方もあるが、それはかえって傷を負っている者に『敵』に囲まれている』と感じさせ過剰な絶望感を与えかねない。いつの時代にも解決すべき問題はあがあるが、それでもなお「すべてが『敵』ではない」ということを示すアプローチもまたあって良いのではないだろうか。

(了)

## 注

- (1) 中森喜彦『刑法各論』第4版(有斐閣, 2015) 64頁は「その位置から、刑法は、これらの罪を社会的法益としての性風俗を害するものと見ているといえよう」といい、山中敬一『刑法各論』第3版(成文堂, 2015) 162頁は「刑法は、この罪を……, 社会的法益に対する罪とみている」といい、松原芳博『刑法各論』第2版(日本評論社, 2021) 89頁は、「これらの罪は、刑法典の同じ章に規定されている公然わいせつ罪やわいせつ物頒布等罪など(わいせつ罪)とともに、性道徳ないし性秩序に対する罪(特に欧米では宗教的教義への違背)と考えられていた」といい、高橋則夫『刑法各論』第3版(成文堂, 2018) 126頁は「刑法典は、第22章(174条以下)に「わいせつ、強制性交等及び重婚の罪」を規定し、強制わいせつ罪(176条)と強制性交等罪(177条)を、公然わいせつ罪(174条)やわいせつ物頒布等罪(175条)などととも「社会的法益に対する罪」として位置づけている」といい、齊藤豊治「性暴力犯罪の保護法益」



- 『セクシュアリティと法』（東北大学出版会、2006）224頁は性犯罪を「章の配列から言えば、社会的法益に対する罪の一種であり、性的秩序や性倫理に反する罪、『風俗犯』という位置づけを与えていた」という。その他、佐久間修『刑法各論』第2版（成文堂、2012）112頁、前田雅英『刑法各論講義』第7版（東京大学出版会、2020）95頁なども同様。また、位置について特に詳細に論じているわけではないが、性犯罪既定の歴史的な変遷（とりわけ旧強姦罪における「姦淫」概念の形成と変遷）および性犯罪既定の問題点を示した研究として、谷田川知恵「性的自由の保護と強姦処罰規定」法学政治学論究46号（2000）507頁以下を参照。
- (2) 本文でも触れるが、旧刑法制定時には「個人」という用語法は確立していなかった。ここでいう「個人的法益に対する罪」というのは、現在の刑法学の文脈における「個人的法益に対する罪」という意味であり、当時から「個人的法益に対する罪」という用語が用いられていたという意味ではない。
  - (3) 嶋矢貴之「旧刑法期における性犯罪規定の立法・判例・解釈論」樋口亮介・深町晋也編著『性犯罪規定の比較法研究』（成文堂、2020）770頁参照。
  - (4) 和田俊憲〔西田典之・山口厚・佐伯仁志編著〕『注釈刑法』第2巻（有斐閣、2016）600頁は、そのような見方を示唆する。
  - (5) 宮本英脩『刑法学粹』（弘文堂、1931）737頁。
  - (6) これらの処罰規定を日本近代刑法が持たなかったこと、とりわけ同性愛を禁止しなかったことについては大いに評価に値するであろう。
  - (7) 『クラウン仏和辞典』（三省堂）や『白水社仏和大辞典』（白水社）などにその用法（強姦等の意味も持つこと）が掲載されている。
  - (8) 司法省『各国刑法類纂』（1879）1235頁など。
  - (9) Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 9. Aufl. 2019. を確認した。7. Aufl., 2011. もあわせて確認したが同様であった。
  - (10) 齋藤毅『明治のことは 東から西への架け橋』（講談社、1977）195頁。中村正直がミルの“On Liberty”を『自由之理』と翻訳したときに、“society”の訳に苦心し、結局ひとつの訳語を当てずにそれぞれの箇所それぞれに訳語（「政府」、「人倫交際」、「仲間」など）を当てていったことを描き出すものとして、柳父章『翻訳とはなにか』（法政大学出版局、1976）128頁以下。
  - (11) 齋藤・前掲注（10）229頁。
  - (12) 成瀬幸典『「性的自由に対する罪」に関する基礎的考察』『セクシュア

- リティと法』(東北大学出版会, 2006) 251 頁以下。
- (13) 成瀬・前掲注 (12) 253 頁。
- (14) 成瀬・前掲注 (12) 255 頁。
- (15) 成瀬・前掲注 (12) 257 頁。
- (16) 成瀬・前掲注 (12) 258 頁。
- (17) 成瀬・前掲注 (12) 258 頁。
- (18) 成瀬・前掲注 (12) 258 頁。
- (19) 現に成瀬も公式資料をもって「両規定は旧刑法の規定と趣旨において全く同一であるとしている」と指摘している。成瀬・前掲注 (12) 258 頁。
- (20) 小松原香織『当事者は嘘をつく』(筑摩書房, 2022) 16 頁。
- (21) 角田由紀子『性差別と暴力』(有斐閣選書, 2001) 183 頁。
- (22) 角田・前掲注 (21) 184 頁。
- (23) 澁谷知美「旧刑法・現刑法の強姦罪・強制猥褻罪の成立過程」『法とセクシュアリティ』第2号(2007) 101 頁。
- (24) 角田由紀子『性の法律学』(有斐閣選書, 1991) 14 頁。
- (25) 角田由紀子『性と法律』(岩波新書, 2013) 144 頁。
- (26) ただし、角田『性差別と暴力』前掲注 (21) 186 頁は、団藤重光が性犯罪の保護法益について「性的自由ないし貞操」と書いたことを挙げて、「この犯罪の保護法益が、財産犯時代のしっぽを引きずっている一つの例である」という。なぜ団藤の記述が財産犯と結びつくのか理解できないが、この記述からすると日本法にも「財産犯説」を当てはめているのかもしれない。主張が日本現行刑法立法史に関する事実を述べているのか差別史一般について描写しているものなのか判然としない。なお、団藤は『刑法綱要各論』(創文社, 1964) 393 頁以下において、性犯罪を「個人的法益に対する罪」の「自由に対する罪」に分類している。団藤のいう「貞操」とは決して男性の財産を意味しておらず、「個人の人格的法益」として理解されていることは同書 393 頁の記述からも明らかである。また、団藤は、団藤重光編『注釈刑法』(有斐閣, 1965) 277 頁以下においても、「女性の貞操、したがってまたその性的情操を害する点で、やはり、個人の人格的法益を重要な保護法益と考えるのが妥当」と述べ、貞操を女性個人の人格的法益としている。なお、昔のドイツにおいても「女性の貞操」というとき“weibliche Ehre”という言葉が使われていた(本稿本文のヴェヒターに関する記述参照)。この語は直訳すると「女性の名誉」である。「貞操」というと社会風俗関連的なニュアンスが、「名誉」というと個人人格関連的なニュアンスが感じられる。これも両概念の概

念の不可分の結びつきに由来するものである（なお、「名誉」という概念が女性の貞潔性概念と結びついており、それ自体に女性差別的な意味合いが含まれていることをスペインの文化史研究から明らかにした優れた研究として、芝絃子『スペインの社会・家族・心性』（ミネルヴァ書房、2001）207頁以下がある。）。ただし、私見は、貞操や純潔という言葉を完全に拒否し、性的行為参加者すべてに対して制限のない拒絶意思表示の機会が十分に保障されたか（自由な拒絶機会が十分に保障されていなければ性犯罪である。）、保障されたうえで表明された拒絶が守られたか（拒絶に反して行為が行われたならば性犯罪である。）の2段階のみを考慮する意味における性的自由（性的行為について拒絶選択肢が十分に保障されたうえで拒絶できる自由）を保護法益と解している。近年、性犯罪の保護法益を「尊厳」と読み替えようとする見解も主張されているが、それは——そのような主張者たちの真意に反して先述の“weibliche Ehre”のような概念の混同を通じて——「貞操」や「純潔」時代への後戻りの道を拓きかねないため賛同できない。

- (27) 金城清子『法女性学』第2版（日本評論社、1996）271頁以下。なお、同書では、団藤『注釈刑法』前掲注（26）の所一彦執筆部分を引用するが、所一彦執筆部分であることが明記されておらず、あたかも団藤の記述であるかのように表示されている。また当該部分について所一彦の「保護されるに値しないというべきであろうか」という文章が「保護されるに値しない」と断定調で引用されており、そのニュアンスの理解に注意が必要である（同272頁、278頁）。
- (28) Rosemarie Tong, *Women Sex and the Law*, 1984, p.90.
- (29) Tong, *op. cit.*, p.91.
- (30) 大陸法についていえば、コンスタンティヌス帝以降、婦女の拐取罪を重く処罰していた。カロリーナ刑事法典もまた女子の拐取罪（118条）、強姦罪（119条）を並べつつ、「品行方正の有夫の女、寡婦又は未婚の子女」に対する性犯罪の刑罰の表現に「強盗と同様、斬首刑を以て処罰されなければならない」（訳語について、上口裕『カロリーナ刑事法典の研究』（成文堂、2019）300頁以下参照）と定めた事実がある。しかし、その事実には——「強盗罪と比して旧強姦罪の刑が軽い。せめて強盗罪と同等以上の刑罰を科すべきである」という主張が旧強姦罪を財産犯としてみるものではないのと同様に——この罪が財産犯として理解されていたことを意味しない。カロリーナ刑事法典の女子略取の注釈には、女子が同意していた場合には略取罪として処罰されない、「自権者であり完全に自由

である女子」の同意があった場合は略取とはならないという複数の注釈があることもまたこれらの罪が男性に対する財産犯でないことを示している(上掲上口302頁参照)。強姦についても、被害者が同意している場合は成立しないのであるから、男性に対する財産犯ではない。そして、<sup>(30)</sup>ゴルトダマーの記述にもみられるように、日本の明治維新前のヨーロッパにおいてすでに性犯罪の被害者の性別を問わない規定形式(“an einer Person des einen oder des anderen Geschlechts”)が見られるのである。ローマ法も沿革的に男子に対する強姦罪を成立させていた(本稿本文において当時のドイツにおける性犯罪に対する考え方およびリストによるローマ法に関する記述を紹介する)。

- (31) 松尾浩也増補解題, 倉富勇三郎・平沼騏一郎・花井卓蔵監修, 高橋治俊・小谷二郎共編『増補刑法沿革総覧』増補復刻版(信山社, 1990) 1682頁。
- (32) なお, 姦通罪についても明治40年第23回衆議院特別委員会において「男女を間を対等の地位に置きたいというわけなんです」と述べて男性への処罰規定の導入が提案されたり(江藤哲蔵), また両性とも不処罰とすべきであるとの提案がなされたり(高橋安爾)と, 様々な議論が行われていた(『増補刑法沿革総覧』前掲注(31) 2032頁以下)。
- (33) 磯部四郎『改正刑法正解』(六合館, 1907) 358頁。
- (34) 磯部四郎〔井上経重筆記〕『日本刑法講義筆記』(奎文堂, 1889) 474頁以下。
- (35) 大場茂馬『刑法各論上巻』(三書楼, 1909) 235頁。
- (36) 大場・前掲注(35) 235頁以下。
- (37) 泉二新熊『刑法大要』(有斐閣, 1928) 443頁。
- (38) 小野清一郎『刑法講義各論』(有斐閣, 1928) 130頁。
- (39) 小野・前掲注(38) 131頁。
- (40) 小野・前掲注(38) 131頁。
- (41) 小野清一郎『新訂刑法講義各論』(有斐閣, 1949) 131頁以下。
- (42) 小野・前掲注(41) 132頁。
- (43) 小野・前掲注(41) 141頁。
- (44) 宮本・前掲注(5) 737頁。
- (45) 井上正治『刑法各論』(法律文化社, 1952) 225頁。
- (46) 井上・前掲注(45) 225頁以下。
- (47) 団藤・前掲注(26) 266頁。
- (48) 団藤・前掲注(26) 393頁以下。
- (49) 団藤・前掲注(26) 393頁。本稿注(26)も参照。

- (50) 内田文昭・山火正則・吉井蒼生編著『日本立法資料全集 20-2 刑法〔明治40年〕(1)-Ⅱ』(信山社, 2009) 53頁以下〔性犯罪規定については135頁以下〕。
- (51) 『日本立法資料全集 20-2』前掲注(50) 165頁以下〔性犯罪規定については189頁以下〕。
- (52) 西原春夫・吉井蒼生夫・藤田正・新倉修編著『日本立法資料全集 29 旧刑法〔明治13年〕(1)』(信山社, 1994) 8頁参照。
- (53) ドイツ語の“Sittlichkeitsdelikte”と並べて「風俗犯」とするものとして団藤・前掲注(26) 265頁参照。
- (54) フランツ・フォン・リスト〔吾孫子勝, 乾政彦共訳〕『法律叢書獨逸刑法論各論』(早稲田大学出版部, 1908)。
- (55) リスト・前掲注(54) 162頁。
- (56) リスト・前掲注(54) 162頁以下。
- (57) Anselm Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 1801, S. 233ff.
- (58) Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 1857.
- (59) Berner, a.a.O. (Anm.58), S. 376.
- (60) Carl Georg Wächter, Deutsches Strafrecht, 1881, S. 356ff: 367.
- (61) Wächter, a.a.O. (Anm.60), S. 369. “Weibliche Ehre” という言葉について本稿注(26)の団藤に関する記述も参照。
- (62) 本稿の論証と直接関連しないが、大陸法の動向として紹介すると、当時のスペイン刑法(1870年刑法)は性犯罪を「9篇貞節に対する罪 第2節強姦および貞節に反する虐待」453条以下に定めていた。パチェコの注釈によれば、これは旧刑法(1848年および1850年改正刑法)を引き写したものであるようだ。José Gonzalez y Serrano, Apéndice á los comentarios del Código Penal de Don Joaquin Francisco Pacheco ó sea el Nuevo Código comentadas las adiciones que contiene, Madrid, 1870, p.294.
- (63) 174条も“unzüchtig”が風俗に関すると訳されている。
- (64) 『各国刑法類纂』前掲注(8) 1235頁以下。
- (65) 成瀬・前掲注(12) 260頁。
- (66) 現在の通説の「性的自由」の理解は「誰と、いつ、どこで、いかなる性行為をするかをみずから決定する自由」(齊藤・前掲注(1) 225頁, 谷田川知恵「性暴力と刑法」『講座ジェンダーと法3巻暴力からの解放』(日本加除出版, 2012) 188頁など)とするが、この表現には問題があ

る。性的自由は性行為（性的行為）をしない自由でありする自由ではない。先に掲げた通説的表現であれば、性犯罪行為は被害者の性的自由の侵害であると同時に行為者の性的自由の実現であるということになってしまう。刑法における「自由」とは「～する自由」ではなく「～しない自由（＝自己の人生における諸場面での選択に他人から許可なく介入されない自由）」である。江藤隆之「住居侵入と自由」桃山法学 24号（2014）1頁以下および同「『自由に対する罪』を擁護する」桃山法学 28号（2018）1頁以下参照。

- (67) たとえば、嶋矢・前掲注（3）776頁参照。
- (68) 私見によれば、性的道義観念は、保護法益ではなく、「わいせつ」という行為の意味を確定するための一考慮要素にすぎない。
- (69) 和田・前掲注（4）600頁。
- (70) 岡田朝太郎『刑法各論』（早稲田大学出版部、出版年不明）178頁。
- (71) 現行刑法はあえて保護法益を法典中に明記することを止めたが、それは現行刑法立法者の「刑法典中の罪の並びをもって保護法益を理解しようとするな」という意図によるものだったのではないか。このことを立証するにはなお探究が必要であり、現在これを明確に示す史料を私は見つけていないため、あくまでも一仮説としてこの注に記しておく。
- (72) なお、立法的な提案をするとすれば176条「わいせつな行為」は言葉として多義的にすぎるので「性的自由を侵害する行為」と改めるべきであり、そうすれば公然わいせつと並べる理由はなくなり、個人的法益に対する罪としての性質が明確になると考える。