

姦通罪の違憲決定からみた 韓国における性意識の変化

崔 鍾 植

Ⅰ はじめに

2015年2月26日、韓国憲法裁判所は刑法典の姦通罪に関して裁判官9名のうち7名の賛成で憲法違反の決定を下した。一方で韓国においては、近年の性暴力犯罪の急増⁽¹⁾によって関連法律が厳罰化の方向で改正されつつあった。勿論、性暴力犯罪関連法律が重罰化されることと刑法上の姦通罪の違憲判決との二つの中に連関性があるわけではないように見えるが、韓国における性観念についての何らかの変化が窺えるところはないだろうか。

韓国では、姦通について古代から厳しい処罰の対象としてきたが、近代刑法の中に「姦通罪」として定められたのは、日本の植民地支配から解放されて1950年、新しく刑法を制定するときであった。日本の改正刑法仮案をモデルとしたことから姦通罪の条文もそのまま新刑法に盛り込まれたのである。勿論、今回、突然に姦通罪が憲法違反とされたわけではないが、一方では、性暴力関連の法律を厳しく改正しながらも、姦通罪について刑法上廃止することにしたことについて、どのように理解し

(1) 最近の性暴力犯罪の発生状況と関連法律の改正の詳細については、拙稿、「韓国における性刑法の改革」、大阪弁護士会人権擁護委員会、『性暴力と刑事司法』（信山社、2014年）、227～253頁参照。

たらよいのだろうか。さらには、姦通罪の違憲判決が出されたことを機に、今度は「性売買特別法（「性売買斡旋等行為の処罰に関する法律」と「性売買防止及び被害者保護等に関する法律」）上の性売買者に対する処罰条項が、違憲かどうかについて争われている憲法裁判所の審判が注目を集めてもいるからである。

本論文では、姦通罪に対して下された憲法裁判所の違憲判決を中心とし、姦通罪の成立から違憲判決までの経緯等について検討することによって、韓国における性意識の変化についてご紹介しようとするものである。

II 姦通罪の立法沿革

日本帝国主義による占領期である1912年4月1日、制令11号の朝鮮刑事令によって依用された日本刑法第183条のもとで、「有夫女及びその相姦した者に対して2年以下の懲役」として処罰した。解放後、新刑法が制定されるまでしばらく日本の刑法をそのまま施行していたが、その男女差別的な規定のせいで存廃論がぶつかったことは戦後日本の議論状況とそれほど変わりがない。1953年の新刑法の制定過程において当時の法典編纂委員会は、姦通罪を廃止することに暫定的結論に至った。しかし、政府側は、委員会の結論を受け入れず姦通罪を存置したままの政府案を作成し国会に提出した。政府案としての姦通罪は男女双罰主義であったが、その他にも議員案としては、廃止案や有夫女または有婦男どちらだけの処罰を主張する案が提出されるなどの混乱があった⁽²⁾。結局、1953年7月3日に国会内での激論の末、票決にかけられ、削除案については在籍議員の108名のうち賛成49票、反対16票として否決されたが、反面、姦通罪を男女双罰主義と親告罪にする政府原案に対しては、在籍議員112名のうち過半数である56票よりわずか1票が多い57票の賛成で辛うじて通過した⁽³⁾。結果的には、新刑法の姦通罪の条文は、日本改正刑法仮

(2) 韓国刑事政策研究院編、『刑法制定資料集』、1990年、202頁以下。

(3) 前掲『刑法制定資料集』、212頁。

姦通罪の違憲決定からみた韓国における性意識の変化

(4)
案第324条を丸ごと継受したことになる。日本では戦後の1947年10月26日に削除された姦通罪が、「日本改正刑法仮案」を経由して韓国の制定刑法的一条項として蘇る瞬間であった。

政府案の主張の要旨は、「第一に、男性中心の社会的雰囲気によって蓄妾が横行する雰囲気の中で、特に女子にも告訴権を認めることによって婚姻した男性の蓄妾や浮気を防げる。第二に、世界文明国では姦通罪を罰しない方向に向かっているけれども、まだ教育程度が高くない国で姦通罪を処罰しなければ、もし妻が姦通行為を行った場合、夫が妻に致命的な傷害を負わせるなどの不祥事が起こり得るが、姦通罪の規定が存在することによって、裁判のために裁判所に入出入りすることになり、その過程で和解が成立し問題が円満に解決されることもありうる。第三に、我が国の貞操観念は世界一なので、姦通罪によってこのような美風良俗を守っていくこともできる。」⁽⁵⁾ということである。「美風良俗」云々の主張を見れば、「日本改正刑法仮案」を作成した時の「刑法改正の綱領」と類似している部分があることが分かるが、韓国における男性中心の性観念や風潮も伺える。一方、廃止論者の主張は、「姦通罪を廃止する世界的趨勢にあわせて姦通罪を廃止しなければならない。男女平等の思想によって双罰主義を採択することになれば、既存の二重婚（蓄妾をいう）を維持してきた男性を処罰することになり社会に大混乱が惹起されるだろう。……女性の配偶者に告訴権を認めても男尊女卑の風潮が残っている限り、告訴権は無駄になるばかりであるので最初から姦通罪を廃止し、夫婦生活は良心と道徳に任せるべきであり、法律をもって処罰すること⁽⁶⁾ではない。」とする。

刑法の施行後、1985年から始まった刑法改正作業では、多くの論争を

(4) 日本の改正刑法仮案上の姦通罪の成立経緯については、林弘正、『改正刑法仮案成立過程の研究』（成文堂、2003年）が詳細である。

(5) 前掲『刑法制定資料集』、204頁。

(6) 前掲『刑法制定資料集』、203頁。

経て「刑法改正特別審査委員会小委員会」において表決にかけたところ、存続に賛成した委員は一人もいなかったので姦通罪を廃止することに意見がまとまったが、女性団体や儒教団体などの猛反対にぶつかり、姦通罪を存続させる代わりにその処罰のみを既存の懲役2年以下から1年以下の懲役または500万ウォン以下の罰金に処する選択刑に変更しようとする折衷案が提示された。しかし、結局この案も立法化までには至らなかった。⁽⁷⁾さらに、2010年3月にも、刑事法改正特別分科委員会が姦通罪廃止の意見を発表し、再び存廃の論争を惹き起こしたが、反映されることはなかった。

このように、1953年に韓国刑法に盛り込まれて以来、姦通罪については存廃の議論が絶えなかったが、その論争の帰結は、刑法自体の改正や廃止ではなく憲法裁判所の違憲判決という外部からの力によって62年ぶりにようやく幕を閉じることになった。

III 姦通罪の処理実態

以下の表は最近12年間における検察の姦通罪の処理現況である。まず、姦通罪の処理件数が減少している点が目立っており、2013年は10年前の3分の1に止まっている。しかし、これによって実際に姦通罪が減っていると断言することはできない。社会意識の変化によって、親告罪である姦通罪について配偶者が告訴せず当事者限りで解決している件数(暗数)が他にも多く存在する可能性があり得るからである。姦通罪に対する起訴率は刑法犯全体の起訴率より低いし、また不起訴率も高い。これは姦通罪についての社会意識を反映していると考えられるが、告訴権者の取消によって不起訴になる件数も多いからである。

公判請求された人数に対し、裁判所ではどのような判決が下されたかについて気になるところであるが、この点に関わる直接的な統計は集計

(7) 憲法裁判所の1990年及び1993年の合憲決定の影響も大きかった。

姦通罪の違憲決定からみた韓国における性意識の変化

検察による姦通罪の処理人員（2002年～2013年）

区分	計	起 訴			不 起 訴			その他
		小 計	公判 請求	略式 請求	小 計	起訴 猶予	その他	
2002	10,329	1,675 (16.2%)	1,675	0	8,654 (83.8%)	40	8,614	0
2003	9,979	1,589 (15.9%)	1,589	0	8,390 (84.1%)	26	8,364	0
2004	8,917	1,459 (16.4%)	1,459	0	6,408 (71.9%)	7	6,401	2
2005	7,575	1,196 (15.8%)	1,196	0	5,599 (73.9%)	24	5,575	780
2006	7,024	1,180 (16.8%)	1,180	0	5,248 (74.7%)	15	5,233	596
2007	6,062	1,083 (17.9%)	1,083	0	4,493 (74.1%)	4	4,489	486
2008	4,609	893 (19.4%)	893	0	3,417 (74.1%)	2	3,415	299
2009	4,721	1,005 (21.3%)	1,005	0	3,435 (72.8%)	14	3,421	281
2010	3,321	729 (22.0%)	729	0	2,419 (72.8%)	8	2,411	173
2011	3,144	696 (22.1%)	687	9	2,279 (72.5%)	14	2,265	169
2012	3,413	853 (25.0%)	840	13	2,401 (70.3%)	11	2,390	159
2013	3,015	782 (25.9%)	765	17	2,110 (70.0%)	14	2,096	123

* 出典：法務研修院，犯罪白書（2003年版～2014年版，<http://www.ioj.go.kr/homepage/information/DataAction.do?method=list&pblMatlDivCd=01&top=4&sub=1#none>，2015年5月3日検索）から再構成。

* 2013年の刑法犯全体の起訴率は41.4%，不起訴率は58.9%である（上掲サイト，犯罪白書第31号，236頁）。

されていない。ただ、大体的でありながら間接的な資料を用いて推測した結果は次のようである。まず、刑法上の姦通罪は、[第22章性風俗に関する罪]として定められ、姦通罪（241条）以外にも、淫行媒介罪（242条）、淫画頒布罪（243条）、淫画製造罪（244条）、公然わいせつ罪（245条）の五つが含まれている。大検察庁は、姦通罪とその以外の性風俗罪として二つに分けて処理内容を集計しており、この中で公判請求として起訴した人員に対して、裁判所の判決はどのようになっているのかを検討した。しかし、裁判所の統計ではこれを細分せず姦通罪を含めて「性風俗に関する罪」として一括して人数をまとめているだけであって、その第1審の結果を見ると、2009年に実刑された人数は44名（公判請求の

(8) 大検察庁、『犯罪分析』2010年～2014年版（<http://www.spo.go.kr/spo/info/stats/stats02.jsp>，2015年5月3日検索）。

4.3%), 2010年に29名(3.7%), 2011年に31名(4.2%), 2012年に59名(6.3%), 2013年に58名(6.3%)であった。この結果から垣間見れば、⁽⁹⁾ 姦通罪において実刑にされた人数はそれほど多くないことが推測できるが、2008年10月31日以降(姦通罪について直前の合憲判決があったのは10月30日だった。⁽¹⁰⁾)、姦通罪で有罪が確定された人数は3278名であり、その内実刑判決を受けて服役した人数は110名だったとする。⁽¹¹⁾ また、憲法裁判所の今回の姦通罪違憲の決定が下された、2015年2月26日の当日、検察庁は姦通罪で収監中だった9名を釈放し、捜査または裁判中の1770名⁽¹²⁾の全員について、不起訴処分、公訴取消などの措置を完了したという。このような分析から見ても姦通罪の実効性は、ほぼ形骸化されているのではないかと思われる。⁽¹³⁾

IV 姦通罪に関する憲法裁判所の判例

憲法裁判所の裁判官は全部で9人、議決定足数は6人である。姦通罪については、今まで4回にわたって合憲決定を下しているが、1990年9月10日⁽¹⁴⁾及び1993年3月11日⁽¹⁵⁾の合憲決定では6対3で、2001年10月25日⁽¹⁶⁾の

(9) 大法院, 『司法年鑑』(2009年~2013年, <http://www.scourt.go.kr/portal/justicesta/JusticestaListAction.work?gubun=10>, 2015年5月3日検索)。

(10) 憲法裁判所法第47条3項によって2015年2月26日の違憲決定の遡及効力の範囲は、2008年10月31日以降からになる。

(11) 한정희 (ハンジョンヒ), 「姦通罪의 (의) 廃止와 (と) 그 (その) 以降」, 蔚山総合日報 (<http://www.ujnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=243575>, 2015年5月3日検索)。

(12) 大検察庁, 「報道資料」, 2015年4月13日, 1頁 (http://www.spo.go.kr/spo/notice/press/press.jsp?mode=view&article_no=594413&pager.offset=40&board_no=2&stype=, 2015年5月3日検索)。

(13) 박선영 (パク ソンヨン) 外4人, 「姦通罪에 (に) 대한 (対する) 深層分析」, 2014, 82頁。

(14) 憲法裁判所 1990.9.10. 宣告, 89憲マ82

(15) 憲法裁判所 1993.3.11. 宣告, 90憲ガ70

(16) 憲法裁判所 2001.10.25. 宣告, 2000憲バ60

姦通罪の違憲決定からみた韓国における性意識の変化

合憲決定では8対1として合憲が多かった。また、直前の合憲決定は2008年10月30日⁽¹⁷⁾に下されたが、4人が合憲意見、4人が違憲意見、1人が憲法不合致の意見であった。違憲の意見が多数（5人）ではあるが、議決定足数の6人に1人が足りなかったので、違憲ではなく合憲として終わったのである。合憲の意見は、「姦通罪の法律条項は、婚姻関係を保護し、社会秩序を維持するために姦通及び相姦行為を制裁することとして、正当な立法の目的を達成するために適切な手段である。ただ、‘刑罰’の制裁規定が行き過ぎているのか否かが問題になるが、これは基本的に立法形成の自由に属する。姦通が社会秩序を害し他人の権利を侵害する場合に該当すると見る我らの法意識と、姦通及び相姦行為に対する事前予防という強い要請に照らして、姦通及び相姦行為を刑事処罰することにした立法者の判断が恣意的だとは言いつれない。この条項によって侵害される私益は特定の関係における性行為の制限として軽微であることに比して、反面、達成される公益は重要性が高く、法益均衡性が認定されることから、この条項が過剰禁止の原則に違背して個人の性的自己決定権、プライバシーの秘密と自由を侵害しているとみることはできない。また、姦通罪は法定刑として懲役刑のみを規定してはいるが、やはり行き過ぎた過重な刑罰を定めていると見ることはできない」としている。

ところで、姦通罪についてではないが、憲法裁判所で姦通罪の違憲決定の前兆と評される審判がある。刑法上の「婚姻口実などによる姦淫罪」⁽¹⁸⁾に対する違憲決定である。そもそも、この条項は日本改正刑法仮案の第395条（3年以下の懲役）から継受した規定だが、2008年に姦通罪に対してぎりぎりの合憲決定が行われた1年後の2009年11月26日（2009

(17) 憲法裁判所 2008.10.30. 宣告, 2007憲ガ17

(18) 「婚姻を口実にしたりその他偽計をもって淫行の常習のない婦女を欺いたりして姦淫した者は、2年以下の懲役または500万ウォン以下の罰金に処する。」

憲バ191)に「婚姻口実などによる姦淫罪」について違憲決定が下され2012年12月の刑法改正で削除された。その憲法裁判所の判決理由は次の通りである。「まず、男性が威力や暴力など害悪的な手段を伴わず女性を愛情行為の相手として選択するという問題は、その行為の本質上国家の介入が自制されなければならない私的で内密な領域であり、さらに、その属性上誇張が伴われるはずであって、我が刑法が婚前性関係を処罰対象にしていないことから婚前性関係の過程の中で行われる通常の誘導行為も処罰することには、理由がない。次に、女性が婚前性関係を求める相手の男性と性関係を結ぶかどうかについて自ら決定した後、自分の決定が錯誤によるものであることを主張しながら相手の男性の処罰を要求することは、女性自らが自分の性的自己決定権を否認する行為に他ならない。また、婚姻口実姦淫罪は、多数の男性と性関係を結ぶ女性全体を‘淫行の常習ある婦女’として烙印を押して保護の対象から外し、保護の対象を‘淫行の常習のない婦女’に限定するものであり、女性に対する男性優越的貞操観念に基づいた家父長的・道徳主義的な性イデオロギーを強要することにならざるを得ない。結局、刑法の‘婚姻口実姦淫罪’の条項は、男女平等の社会を目指して実現しなければならない国家の憲法的義務（憲法第36条第1項：婚姻と家族生活は個人の尊厳と両性の平等に基づいて成立し維持されなければならない、国家はこれを保障する）に反することであり、同時に女性を幼児視することによって、女性を保護するという口実で事実上国家自らが女性の性的自己決定権を否認することになる。このため、この条項が保護しようとする女性の性的自己決定権は女性の尊厳と価値に逆行することになる。……結局、目的の正当性、手段の適切性及び被害の最小性を欠けており法益の均衡性もないことから、憲法第37条第2項の過剰禁止の原則を違反し男性の性的自己決定権及びプライバシーの秘密と自由を過剰に制限することとして憲法に違反する」。これを前述した2008年の姦通罪に対する合憲意見に比してみれば、男女関係に対する意識がより開放的に変わったように印象

姦通罪の違憲決定からみた韓国における性意識の変化

付けられる。つまり、「婚姻口実姦淫罪」の違憲決定の理由からも窺えるように、男女の性関係に対する認識の変化によって姦通罪についても「違憲決定」が下されることは、時間の問題ではないかと見られたのである。⁽¹⁹⁾「婚姻口実姦淫罪」の違憲決定が、姦通罪に対する違憲決定の礎になったに違いない。

V 憲法裁判所の違憲決定の内容

1. 事件概要

請求人らは（2009年以降の複数の違憲訴願）姦通ないし相姦の犯罪事実によって起訴され、当該事件係属中刑法第241条が違憲として違憲法律審判提請の申請をしたが、各裁判所からその申請が棄却されると、直接憲法裁判所に憲法訴願審判を請求した。また、2011年に議政府（ウィジョンブ）地方裁判所は、被告人に姦通罪の有罪判決を言渡したが、刑法第241条が憲法に違反されると疑われる相当な理由があるということから職権で憲法裁判所に違憲法律審判を提請した。さらに2014年に水原地方裁判所においても、被告人が有罪判決を受けて控訴した後、裁判所側に違憲法律審判の提請を申請し、裁判所側がその申請を受け入れ憲法裁判所に違憲法律審判を提請した。

2. 請求人の主張及び提請裁判所の違憲提請の理由

(1) 請求人らの主張

刑法上の姦通罪条項は、過剰禁止原則に違背し、個人の性的自己決定権及びプライバシーの秘密と自由を侵害する。法定刑として懲役刑だけを定めていることも責任と刑罰間の比例原則に違背され憲法に違反する。また、姦通罪の告訴は手続上に離婚を前提としているため、姦通罪の処罰が家庭の破綻を招くことになり、憲法第36条第1項⁽²⁰⁾に違反する。さら

(19) 拙著、前掲「韓国における性刑法の改革」、243頁。

(20) 「婚姻と家族生活は、個人の尊厳と両性の平等に基づいて成り立ち維

に、親告罪として規定されて行為者の経済的能力による差別が発生し、情交関係の黙認ないし事前同意を得た配偶者たちは処罰せず、離婚訴訟を起こした配偶者にのみ姦通告訴権を与えることによって相手の配偶者を差別する等、平等原則にも反する。

(2) 提請裁判所の違憲提請の理由

善良の性風俗の保護、婚姻及び夫婦間の性的誠実義務の保護という立法目的の正当性は認められる。しかしながら、個人主義、性解放的思考の拡散による我が社会の変化によって国民一般の法感情が変わっている現実、性生活は、刑罰の対象でなく性道徳に任せて社会自ら自律的に秩序を保たなければならない領域であるという点、姦通罪を罰するとしても姦通を抑止する効果を期待し難いという点、等に照らしてみれば、手段の適切性及び被害の最小性原則に反する。さらに、姦通罪の条項によって婚姻制度及び夫婦間の性的誠実義務の保護という公益を達成し難くなった反面、内密な性生活の領域を処罰することによって国民の性的自己決定権とプライバシー権を過度に制限するため、法益均衡性の原則にも反して憲法に違反する。

3. 姦通罪に対する違憲性の判断

(1) 違憲意見1 (5人)

① 立法目的の正当性

姦通罪は、善良な性風俗及び一夫一妻制に基づいた婚姻制度を保護し、夫婦間貞操の義務を守らせるためのことであるからその立法目的の正当性は認められる。

② 手段の適切性及び侵害最小性

ア姦通行為に対する国民の意識変化

持されねばならず、国家はこれを保障する。」

姦通罪の違憲決定からみた韓国における性意識の変化

我が社会において、婚姻した男女の貞操維持が伝統倫理として確立されており、一夫一妻制の維持と夫婦間の貞操義務もやはり道德基準の一つとして定立されてきた。しかしながら、最近伝統的な家族構造及び家族構成員の役割や地位に対する意識が変わりつつあり、急速な個人主義及び性解放的思考が拡散されることによって結婚や性に対する意識も変化している。性と愛とは刑罰によって統制する事項でなく個人に任せなければならない問題として夫婦間の貞操義務を違反した行為が非道徳的ではあるけれども、法をもって処罰する事項ではないということである。また、今日の我が社会は価値判断において、伝統的な性道德の維持ないし夫婦間の貞操義務の保護という法益に劣らず、性的自己決定権を自由に行使することが個人の尊厳と幸福追求の側面からなお一層重要に考慮される社会に変わりつつあるという点も無視することができない。

このような社会構造の変化、結婚と性に関する国民の意識変化、そして性的自己決定権をより重要視する認識の拡散によって、配偶者のある人が配偶者以外の人と性関係を結んだとしてこれを国家が刑罰をもって裁くことが適正であるかに対しては、もうこれ以上国民の意識が一致していると見ることはできなくなった。

イ 刑事処罰の適正性に対する判断

個人の性行為のような私生活の内密な領域に属する部分に対してはその権利と自由の性質上、国家は最大限干渉と規制を自制し個人の自己決定権に委ねなければならない。国家刑罰権の行使は、重大な法益に対する危険が明白な場合に限って最後の手段として必要最小限の範囲に止まらねばならない。大人が互いに自発的に会って性行為をすることは個人の自由領域に属し、ただそれが外部に表出されて社会の健全たる性風俗を害したとき、はじめて法律の規制を必要とする。それにも関わらず、性道德に委ねて社会自らが秩序を守らねばならない内密な性生活の領域に国家が介入して刑罰の対象とすることは、性的自己決定権とプライバ

シーの秘密と自由を侵害することに他ならない。

ウ 刑罰の実効性に対する判断

姦通罪の保護法益は、一夫一妻制による婚姻制度である。しかし、一旦姦通罪が発生した以降には、姦通罪自体が婚姻生活の維持に全く役に立たない。姦通罪は親告罪として告訴権の行使は、婚姻が解消されたり離婚訴訟を提起した後でなければ不可能であるので、告訴権の発動で既存の家庭は破綻を迎えざるを得なくなる。たとえ後で告訴が取り消されたとしても夫婦感情が元に回復されることを期待しにくいいため、姦通罪が婚姻制度ないし家庭秩序の保護に寄与することはできない。さらに、姦通罪で処罰された人が告訴をした配偶者とよりを戻す可能性はほとんどなく、姦通に対する刑事処罰の過程で夫婦葛藤が深化されることになり円満な家庭秩序を保護することもできない。

また、姦通行為が処罰される割合は非常に低くなっている。統計によれば、姦通罪で受付される事件及び起訴される事件の件数が毎年減少しているため姦通罪で拘束起訴される場合は告訴事件の10%にも及ばず、捜査や裁判の過程で告訴が取り消されて公訴権なしまたは公訴棄却として終結される事件が相当数に上ることによって、刑罰としての処断機能が著しく弱化された。……また、夫婦間の貞操義務違反行為に対して民事法上の責任以外に刑事的に処罰することによって夫婦間の貞操義務が保護され得るかも疑問である。なぜならば、このような貞操義務は、個人と社会の自律的な倫理意識、さらに配偶者の愛情と信義によって遵守されるべきであって、刑罰を持ってその生成と維持を強要しても実効性がないからである。ただ、過去我が社会において、姦通罪の存在が女性を保護する役割を行ったことは否めない。我が社会で女性は社会的・経済的弱者であったし、姦通行為は主に男性によって行われたため、姦通罪の存在が男性に対して姦通行為を犯さないように心理的抑止作用を果たし、さらに女性配偶者が姦通告訴を取消す条件として男性配偶者から

姦通罪の違憲決定からみた韓国における性意識の変化

慰謝料や財産分割を受け取る経済的機能もあった。しかし、今日社会の変化によってそのような姦通罪の存在理由が相当部分喪失された。女性の社会的・経済的活動が活発になることによって女性の生活能力と経済的能力が向上しており、女性がいつも経済的弱者という前提が適用されなくなった。また、民法の改正によって、夫婦が離婚をする場合、財産分割請求権が付与され、主婦の家事労働も財産形成に対する寄与として認められ離婚後の生活基盤に備える制度が設けられており、夫婦の離婚のときに慰謝料を通じた損害賠償請求権が現実化され、また子どもの養育費の請求によって子女の養育も円滑になった。このように、姦通罪の存在が女性配偶者を保護するという機能は相当の部分が失われたと言える。

結局、今日姦通罪は、姦通行為者の中で極一部のみが処罰されるだけでなく、潜在的犯罪者を量産し彼らの基本権を制限するだけであり、婚姻制度及び貞操義務を保護するための実効性も失った。婚姻と家庭の維持は当事者の自由の意思と愛情に任せるべきであって、刑罰によって他律的に強制することができないことなので、姦通罪の条項が一夫一妻制の婚姻制度と家庭秩序を保護するという目的を達成するに適切で実効性のある手段ということとはできない。

エ刑罰による副作用

姦通罪が健全たる婚姻制度及び夫婦間の貞操義務の保護とは違った目的のために悪用される事例もある。姦通行為者及び相姦者に対する告訴とその取消は、姦通行為者の配偶者のみが行うことができ、姦通罪は親告罪として告訴取消の如何によって検察官の訴追及び裁判所による公訴棄却の如何も決まるので、姦通行為者及び相姦者の法的運命は姦通行為者の配偶者の選択によって左右されることになる。このような状況は、有責の程度がはるかに大きい配偶者側の離婚の手段として悪用されたり、社会的に名望の高い人や一時的に脱線した家庭の主婦を脅かして金品を

巻き上げたり、相姦者から財産を騙し取る手段として悪用されたりもする。

③ 結論

憲法第10条は個人の人格権と幸福追求権を保障しており、人格権と幸福追求権は個人の自己運命決定権を前提とする。この自己運命決定権には性行為の自由及びその相手方を決定することができる性的自己決定権が含まれているので、姦通罪の条項は個人の自己決定権を制限する。また、姦通罪は個人の性生活という内密な私生活領域における行為を制限しているため憲法第17条が保障している私生活の秘密と自由をも制限する。結局、姦通罪は手段の適切性及び侵害の最小性が欠けており、法益の均衡性も失っているため、過剰禁止の原則を違反して国民の性的自己決定権及びプライバシーの秘密と自由を侵害し憲法に違反する。

(2) 違憲意見2 (1人)

① 姦通行為者の場合について

姦通の類型を大きく三つに分けてみれば、配偶者がいるにもかかわらず単純な性的快楽のため婚外性関係を結ぶ有責配偶者(第1類型)、現在の配偶者より魅力的な相手に出会うことによって、既存の婚姻関係に対して懐疑を感じることで新しい相手と愛におぼれてしまった場合(第2類型)、既存の婚姻が解消されたり、または離婚訴訟が提起されていないが長期間の別居などの婚姻が事実上破綻に至った状態で新しい愛の相手に会って性的結合になった場合(第3類型)がある。

第1、2の類型の姦通行為の場合には、第3類型とは違って非難可能性が大きく、既存の婚姻関係を保護する必要性も大きいためこれに対する刑罰的規制が依然として必要であるという意見が相当数の一般国民の法意識であると見られる。また、第1、2類型においては、長期間の姦通罪の処罰規定の存在による学習効果、特に単一法定刑である懲役刑の

姦通罪の違憲決定からみた韓国における性意識の変化

ための捜査・裁判等の刑事手続上の負担、職業喪失等の憂慮等に基づいた刑罰威嚇力を通して姦通行為を抑止する一般予防的効果が依然として存在する。さらに、姦通罪は姦通行為後、姦通行為者の真摯な後悔・反省を促す有効な手段になり、後悔や反省があるとき、告訴しなかったり告訴後取消したりすることによってひびが入った婚姻関係を再び取り戻すこともあり得る。たとえ配偶者の姦通行為が婚姻の解消に帰結されるとしても、姦通罪は被害者の経済的弱者の保護にも有用な手段になる。現行民法上の制度や裁判の実務だけでは足りない。

反面、第3類型の姦通行為は、非難可能性や反社会性がないか非常に微弱である。この場合、姦通罪の処罰によって婚姻制度の回復や維持に繋がる余地はない。刑事処罰の適正性や実効性がないのに事実上破綻状態の夫婦にまですでに形骸化した性的誠実義務を刑罰の威嚇力で強制することは、性的自己決定権に対する過度な制限になる。また、もうこのような第3類型の姦通行為に対してはうわべだけの法律婚が残っているという理由だけで、他の類型と同じように刑事処罰することは適正ではないという観念が我が社会の構成員の普遍的な法意識であると見られる。この点に関わっては、大法院の判例も相姦者の第3者による不法行為の成立を否定している⁽²¹⁾。

よって、第1、2類型の姦通行為に対する刑事処罰は、その処罰の適正性と実効性が認められ、夫婦間の性的誠実義務に基づいた婚姻制度に内在されている社会倫理的基本秩序を最小限度に保護しようとする正当な目的のもとで行われることとして、個人の性的自己決定権に対する過度な制限であるとは言い難い。しかし、第3類型の如くすでに事実上の破綻状態にある夫婦の場合には、婚外性関係によって相手の配偶者に対する性的誠実義務に違背したり婚姻制度を阻害する恐れが全くないと言えるので、このように非難可能性ないし反社会性のない場合まで処罰す

(21) 大法院2014年11月20日宣告2011ム2997全員合議体判決。

ることは国家刑罰権の過剰行使として許されない。

② 相姦者の場合について

姦通罪の本質は、自分の自由な意思に基づいて婚姻という社会制度を選択した者が意図的に配偶者に対する性的誠実義務を破る性的背任行為のところにありと言わねばならない。しかし、未婚の相姦者（未婚者及び離婚または死別した者を含む）の場合、最初から配偶者に対する性的誠実義務の存在及びそれに対する違背という概念を想定する余地がないだけでなく、相手の姦通行為者及びその配偶者に対する関係においても彼（女）は第3者として性的誠実義務を負担することはない。したがって、誰とどんな種類の性行為や恋をするかについて、未婚である相姦者の性的自己決定権の行使においては、その権利と自由の性質上国家の干渉と規制が最大限自制されて当然であり、彼（女）の性的自己決定権は、姦通行為者に比してより幅広く認められると見るのが妥当である。そうだとすれば、未婚の相姦者の相姦行為については国家刑罰権の行使が自制されなければならない、倫理的、道徳的非難、民事上の不法行為責任の追及等を通してその行為に適切な責任を負わせるのが十分効果的でまた望ましい。それにもかかわらず、これを犯罪として決めつけて刑事処罰するのは国家が姦通行為の配偶者の復讐感情を代わりに解消してくれることにほかならず、結局、これは未婚である相姦者の性的自己決定権を過度に制限する国家刑罰権の過剰行使として許されない。ただ、未婚である相姦者が単純に姦通行為者の姦通を意識しながら相姦する程度を超えて積極的に挑発ないし誘惑することによって姦通に至らせた場合の相姦行為は、他人の婚姻関係に悪意的、意図的に危害を加えて婚姻制度を危うくすることとして、反社会的で非難可能性が著しく大きな行為であるため、これに対する刑事処罰によって自分の性的自己決定権が侵害されると見なすのは妥当ではない。このような場合は、例外的に未婚である相姦者の性的自己決定権の制限による不利益より彼（女）の相姦行為

姦通罪の違憲決定からみた韓国における性意識の変化

を刑事処罰することによって達成しようとする公的利益の方がより一層重要であると言わねばならないので、これに対する国家の刑罰権の行使は憲法上正当化されると言えるだろう。

③ 結論

事実上、婚姻関係の回復が不可能な破綻状態によって配偶者に対する性的誠実義務をそれ以上負担しない姦通行為者とその相手である配偶者のある相姦者による姦通及び相姦行為、さらに挑発や誘惑を働きかけた相姦者を除いた未婚の相姦者の相姦行為は、非難可能性乃至反社会性がないか単に倫理的、道徳的非難に止まらねばならない類型の行為にすぎない。それにもかかわらず、姦通罪の条項が行為者の類型及び具体的な行為態様等による個別性や特殊性に配慮できる可能性を一切排除したまま、一律的にあらゆる姦通行為者及び相姦者を刑事処罰するように定めたことは、刑罰本来の目的と機能を達成するにおいて必要な程度を逸脱した国家刑罰権の過剰行使として憲法に違反する。

(3) 違憲意見3（1人）

① 姦通行為の禁止及び刑事処罰に対する違憲性判断

姦通行為を処罰する刑法上の条項が社会一般の法意識と著しくかけ離れていると断定することはできない。姦通罪の改廃に対してどのような方法によって問題を解決するかについては立法政策的に立法者が決める事項である。姦通行為が婚姻と家族生活の解体を招いたり招かざるを得ない危険性が高いという点は否めない。そのため、姦通行為を事前に予防するための法律的手段が必要である点については異見があり得ないだろう。立法者がこのような手段によって姦通及び相姦行為に対して非刑罰的制裁や民事法による規律以外に刑罰という制裁手段を導入したことがそれだけで憲法に違反すると見ることはできない。

② 明確性の原則の違反

刑法第241条第2項は、姦通罪を親告罪として規定しながら、その但書で「配偶者が姦通を懲慥または宥恕したときには、告訴することができない」と定めている。「懲慥」とは、なだめて誘うまたは誘って勧めるという意味なので、姦通に対する事前同意を意味する。また、「宥恕」とは、寛大に容赦するという意味なので、姦通に対する事後同意と言える。配偶者の懲慥や宥恕がある場合は姦通罪として処罰することができないが、いかなる場合に姦通を懲慥または宥恕したこととして見なすかが明らかではない。配偶者を姦通罪で告訴した人が、姦通行為が行われる前に懲慥したか、それとも姦通行為後に宥恕したかの如何については、告訴を起こした状態に相反する告訴人の内心の意思なので、これを証明したり認めたりすることは容易ではない。

大法院の判例によれば、離婚の明白な意思の合致があるときは姦通を懲慥したことになり、暫定的であったり条件付で離婚の意思が表出されたりした場合には姦通を懲慥したことにならない⁽²²⁾。ところが、いかなる場合に離婚の明白な意思合致があることになるのか、またいかなる場合が暫定的であったり、または条件付で離婚意思が表出されたりしたことになるのかは依然として曖昧である。さらに、夫婦共同生活が回復できない程度の状態に至ったらその一方の配偶者と相姦した行為が不法行為にならないと判示しているが⁽²³⁾、そうだとすれば、この場合不法行為は成立しないが姦通罪は成立することになるのが問題になる。もし、姦通罪が成立しないとすれば、離婚の明白な意思合致があるときにだけ姦通の懲慥として見なされるという判例との関係でどのように解釈したらよいか分からなくなる。仮に、夫婦共同生活が回復できないほどの状況の

(22) 大法院1991年3月22日宣告90ド1188判決；大法院2008年7月10日宣告2008ド3599判決；大法院1989年9月12日宣告89ド501判決；大法院2009年7月9日宣告2008ド984判決。

(23) 大法院2014年11月20日宣告2011ム2997全員合議体判決。

姦通罪の違憲決定からみた韓国における性意識の変化

場合には姦通罪が成立しないとすれば、どの程度までになったら夫婦共同生活が回復できない程度になるのかについては、法律専門家でない一般国民としては分かりにくくなる。一方、大法院は単純な外面的容赦の表現や容赦をするという約束だけでは姦通を宥恕したと認めることができないとしているが、宥恕は配偶者の姦通事実を確実に知りながら自らしたことでなければならず、また姦通事実にもかかわらず婚姻関係を持続させようとする真の意思が明白で信頼できる方法として表現されなければならない⁽²⁴⁾。ところが、これについても、相手方の姦通事実を確実に知るということが果たしてどこまでを意味するかは曖昧である。また、婚姻関係を持続させようとする意思が明白で信頼できる方法として表現されるという意味が、どのような方式でいかに表現されることなのかについても分かりにくい。

結局、姦通罪の構成要件自体は明確ではあるが、消極的な訴追条件といえる懲罰や宥恕の概念が曖昧であって、守範者である国民が国家公権力の行使の範囲と限界を確実に予測することができない。したがって、姦通罪の条項は、明確性の原則に違背する。

③ 責任と刑罰間の比例原則の違反

姦通罪は法定刑の上限を懲役2年として定めている。したがって、姦通罪として有罪になれば、執行猶予や宣告猶予を言い渡されないかぎりほとんど短期自由刑を受けることになる。ところが、短期自由刑は烙印効果と執行過程における悪性感染等の多くの問題点を抱えている反面、矯正効果は期待しにくいためこれを廃止したり改善しなければならないという指摘が絶えず提起されてきた。外国にだけでなく、我が裁判の実務においても、短期自由刑の弊害を避けるため姦通罪の場合、実刑が言い渡される場合は稀であり執行猶予の言い渡しの割合が高くて刑罰の実

(24) 大法院1991年11月26日宣告91ド2049判決；大法院2008年11月27日宣告2007ド4977判決。

効性が弱化されている。

結局、多様な類型としてそれぞれの罪質が異なる姦通行為について一律的に短期の懲役のみ言い渡されるように定めている姦通罪は、犯罪と刑罰の間のバランスを失い実質的な法治国家の原理から反れることになり、我が国民の法感情は勿論、国際的な立法の推移にもそぐわない。したがって、姦通罪の条項は、すべての姦通及び相姦行為に対して2年以下の懲役に処するように定めて具体的事案の個別性と特殊性に配慮できる可能性を排除または制限しているため、責任と刑罰との間の比例原則にも違背する。

(4) 合憲意見（2人）

① 姦通に憲法上保護される性的自己決定権が含まれるかの判断

配偶者のある姦通は、社会的制度を選択する自己決定を行った者が婚姻から始まった性に対する誠実義務を破る行為であるという点から、さらにそのような点を知りながら相姦することは社会的、法的制度としての婚姻を保護する共同体を否定するという点から、このような行為まで性的自己決定権の保護領域として包摂する多数意見には同意しがたい。異性が互いに愛し合って情交関係を結ぶことは自己決定権の保護領域と言えるだろうが、姦通及び相姦行為は自分だけの領域以外に他の人格体や共同体の法益を侵害する行為であるため、性的自己決定権の内在的限界から反れるのではないかという疑問がある。

姦通罪の条項は、一夫一妻制に基づいた婚姻制度及び家族生活を保障し夫婦間の性に対する誠実義務を守らせるためのこととして、憲法第36条第1項の規定によって国家に与えられた「個人の尊厳と両性の平等」に土台した婚姻と家族生活の維持、保護義務の遵守のためのことである。このような点から、一夫一妻制に基づいた婚姻という社会的制度を毀損し「本人・配偶者及び家族の人格権・幸福追求権」の実現のための基本的土台になる家族共同体の維持・保護に破壊的な影響を及ぼす行為に対

姦通罪の違憲決定からみた韓国における性意識の変化

して、人格権・幸福追求権から由来する個人の性的自己決定権という範疇の下で容認することが果たして妥当であるかについては強い疑問を抱かざるを得ない。

② 姦通に対する刑事処罰の有無及びその程度に関する立法裁量

姦通罪に対して、個人の倫理や道徳の問題に法律が直接介入して強制するという批判があるが、配偶者のある者の姦通及びそれに同調した相姦者の行為は社会的倫理の相当性を逸脱した程度を超えて婚姻と家族生活の解体を招いたり招かざるを得ない恐れが高いという点から、これを単純に倫理と道徳に限られた問題として見ることはできない。……姦通罪条項は、懲役刑のみを定めているが、2年以下の懲役にしているため、法定刑の上限が高くないだけでなく、比較的罪質が軽い姦通行為に対しては、宣告猶予まで言い渡すことができるので、行為の個別性に合わせて責任に適切な刑罰を言い渡すことができないくらい過重な刑罰を定めていると見ることはできない。また、姦通及び相姦行為は一旦訴追されたときには、行為の態様と関係なく必然的に家族の解体による社会的問題を惹き起こすという点から、他の性風俗に関する罪とは違った法益侵害が問題になり、軽微な罰金刑は既存の婚姻関係の解消による扶養や損害賠償の責任から免れようとする姦通行為者に対しては威嚇力を期待しにくいという点などを考慮するとき、立法者が姦通罪の条項に対して刑法上他の性風俗に関する罪とは異なり罰金刑を定めていないことが、刑罰体系上の均衡に反するということもできない。

③ 姦通罪の存続の意義

……夫婦が離婚する場合、家庭内の経済的・社会的弱者に対する保護的システムがまともに整っておらず、父母の離婚による子女養育に対する責任と破壊された家庭に対する社会的安全網が構築されていない状態で姦通罪を廃止する場合には、婚姻関係による責任と家庭の大事さはな

おざりにしたままもっぱら自分の性的自己決定権とプライバシーの自由という名目だけで数多くの家族共同体が破壊され、家庭内の弱者と幼い子どもたちの人権と福利が侵害される事態が惹起されることを憂慮せざるを得ない。このように、姦通罪は、いまだ我が社会でその存在の意義を見出すことができ、それによって保護される公益は善良の性徳の守護、ひいては婚姻と家族制度の保障という憲法的価値である。また、姦通罪による行為規制は、法律婚関係が維持されている間は姦通することができず、法律上配偶者のある者という事実を認知しながら相姦することはできないという特定の関係における性行為の制限である。これは、姦通行為者に対しては、自らの自由な意思によって形成された婚姻関係に伴う当然の義務と同時に責任の内容であるだけで、未婚である相姦者に対しても他人の法的・道徳的義務違反を認知しながら積極的に応じてはならないということだけである。したがって、姦通罪の条項によって得られる公益的成果とそれによって招かれる否定的効果は合理的比例関係を逸脱したと見ることはできない。

④ 結論

結局、姦通罪は性的自己決定権を制限すると見ることは難しいだけでなく、過剰禁止原則に違反し請求人たちの基本権を侵害すると見ることもできないため、憲法に違反しない。

(5) 違憲意見の補足意見

姦通罪が、姦通行為に対して懲役刑のみを定めたことが責任と刑罰の比例原則に違背されるから、法定刑の種類をより多様にしたら違憲宣言を避けることができるかについて補充意見を述べる。

……姦通罪は、配偶者に対する貞操義務を破って婚姻制度の紊乱を惹き起こす非倫理的犯罪であり利益取得の犯罪ではないため、これを処罰するとしてもその性質上罰金刑として処罰することは適切な手段という

姦通罪の違憲決定からみた韓国における性意識の変化

ことはできない。姦通罪を処罰しても姦通を抑止する実質的で根本的な一般予防及び特別予防の効果を期待することができないことは、夫婦間の貞操義務が刑罰で強制することによって達成されることができ性質のことでないからであって、罰金刑が法定刑として定められていないためではない。このように、姦通罪に対する刑罰として、罰金刑や名誉刑が有効で適切な手段にならない以上、善良な配偶者と子女を保護するためにあえて姦通罪を存続させながら罰金刑や名誉刑を新しく追加する方法によって、責任と刑罰間の比例原則を追求すべきことではない。少数意見は、姦通行為による家族の解体という状況で経済的弱者である女性と子女に対する保護装置がきちんと整っていないという理由からも姦通罪の存置を主張するが、夫婦一方の不正行為によって始まる民事、家事問題に対する解決手段を姦通罪の維持から探し求めることでもない。

結局、実質的威嚇力を発揮できない姦通罪を廃止する一方、姦通行為による家族の解体という事態に対しては既存の民法上の不法行為に基づいた損害賠償請求ないし財産分割請求、子女の養育・面接・交渉に関する裁判実務の慣行を改善し、さらに配偶者と子女の福利のために必要な制度を新しく工夫することが正しい道である。

VI むすびにかえて

1. 姦通罪に対する違憲判決の意義

憲法裁判所は、姦通罪について1990年と1993年の決定では、「姦通によって引き起こされる社会的害悪の事前予防のために処罰することは、性的自己決定権に違背するものではない。善良の性道徳と一夫一妻制、夫婦間の性的誠実義務を守護するためには姦通罪が必要である。」とし合憲決定を下した。2001年にも合憲決定が下されているが、「姦通罪は世界的に廃止の推移にあり、私生活領域に法が介入することは不適切であり、……刑事政策的にも刑罰の抑止効果や再社会化の効果がほとんどなく、家庭や女性保護のための実効性も疑問であるため、立法者は姦通

罪廃止論に対して真摯なアプローチが必要である。」と指摘している。ほぼ10年ぶりに大法院の姦通罪に対する認識が変わったことが分かる。2008年にも、最終的には合憲決定にはなったものの、違憲の議決定足数に1票が足りなっただけであり、初めて違憲の意見が多数を占める決定であった。2008年の違憲意見の中で特に注目すべき意見は、「そもそも姦通罪は沿革的に家父長的社会で妻を夫の専有物として縛って置くための制度としてできたことであり、妻のみが一方的に処罰されるようになっていた規定として、たとえ現行法が男女をともに処罰することになったとしても、未だ女性は相対的に劣悪な社会的地位に置かれているため実際には女性により過酷に適用され、女性の行動と自由を大幅に制約する犯罪になっている。……両性平等に則った婚姻秩序を保護できなくなっている。」という部分である。確かに、韓国の社会における姦通罪の役割と機能については、家庭と婚姻制度を保護するという名目のもとで結果的には伝統的な家父長社会と男尊女卑の社会を維持するところに寄与してきた側面があると思う。そもそも、伝統的に韓国の社会は儒教の影響によって男女関係について厳しい視線もあって、刑法上の姦通罪がなくても、社会の性道徳が崩れてしまうほどの混乱はなかっただろう。にもかかわらず、新刑法の制定の時に無理矢理に姦通罪を設けたことは、道徳律に秩序維持を求めた守旧勢力の圧力に屈した立法であったといっても過言ではないだろう。

2015年2月に下された憲法裁判所の違憲決定を最初の合憲決定であった1990年の合憲決定に比較してみれば、男女関係の性観念に対する意識の変化が明らかに見て取れる。つまり、「……個人主義及び性解放的思考が拡散されることによって結婚や性に対する意識も変化している。……性的自己決定権を自由に行使することが個人の尊厳と幸福追求の側面からより一層重要に考慮される社会に変わりつつある。……姦通罪は、女性配偶者、貞操義務、婚姻制度、家庭秩序を保護するという実効性を失った。」と宣言していることから、姦通罪における従来の役割と機能

姦通罪の違憲決定からみた韓国における性意識の変化

について全面的に否定している。姦通罪が韓国の刑法に定められてから62年ぶりに、日本において姦通罪が廃止されて以降68年ぶりに、韓国において姦通罪が廃止されたことは、遅きに失した感がないわけではないが、家父長的で男尊女卑的な社会思想からようやく一重、脱皮したようにも思える。

2. 今後の展望

姦通罪は韓国の歴史とともに生きてきたと言っても過言ではない。その歴史の中で姦通罪が廃止されたという点から、2015年2月の憲法裁判所の決定の意義の大きさが分かる。まさに歴史的な出来事なのである。一方、そうであるがゆえに、社会の一部では今回の判決について批判も少なくはない。違憲決定が下された以降行われた世論調査では、「誤った判決」という意見が53%、「よくできた判決」という意見は34%として批判的な意見がより多かつた。⁽²⁵⁾この調査では、男性は前者の意見が43%、後者が42%としてほぼ同じであったが、女性は前者が63%、後者が26%にすぎなかった。女性のほうが姦通罪の廃止についてより否定的に受け止めていることが分かる。しかし、全体的に「誤った判決」として見る理由については、「性的・道徳的紊乱／不倫助長の恐れ」が26%としてもっとも高い。このことは、まるで、死刑制度を廃止したら、凶悪犯罪が増えるのではないかという不安心理と類似しているようであり、実際には韓国社会の伝統的な儒教思想や宗教規範及び道徳規範によって自律的で適切によく調節されるのではないかという楽観論を支持したい。

一方、現在憲法裁判所に係属中の「性売買処罰法（第21条1項：1年以下の懲役又は300万ウォン以下の罰金・拘留又は科料）」上の性売買者

(25) Gallup Korea Daily OPINION 第152号（2015年3月1週：3～5日）、10頁。憲法裁判所の違憲決定があった翌日に行われた別の媒体による調査でも、賛成は34%、反対意見は49.7%であった（REALMETER: <http://www.realmeter.net/2015/02/>, 2015年5月13日検索）。

に対する処罰条項についての違憲審判は、2015年4月9日第1次公開弁論が開かれた。争点は、強圧や強要によらず自発的に売春行為をした女性を処罰の対象にすることが正当であるかどうかというところである。違憲と主張する側の弁論の要旨は、「審判対象の条項は、性売買者の性的自己決定権、陳述拒否権、職業選択の自由と私生活の秘密と自由を侵害し、特定人に対する性売買と不特定人に対する性売買を差別することによって平等権も侵害する。性売買処罰法以降、性売買集結地や従事者の数は減少したが、密かに行われる性売買とインターネットを用いた性売買は大幅に増加したことから、性売買に対する処罰が性売買の根絶に実効性のある手段になれるか疑問であり、他国の立法例を見ても性売買を処罰しない管理及び規制が可能だから、生計を立てるために売春行為をした女性を刑事処罰する審判対象の条項は、侵害の最小性の原則に違反する」とする⁽²⁶⁾。反面、合憲とする側の弁論の要旨は、「性売買を禁止することによって、健全たる性風俗を保護しようとする審判対象の立法目的は正当であり、性売買処罰によって性売買集結地と売春従事の女性の数が減っており、性売買の不法性に対する認識が改善されたので、手段の適切性も認められる。また、審判対象の条項は、性売買被害者を処罰せず自発的売春行為者に限って刑事処罰しており、自発的売春行為者であっても事案によって保護処分にすることができるようにすることによって刑罰権の行使を最小化しており、売春行為者に対する非犯罪化の主張は、売春行為者との関係でまた他の不平等の問題を惹き起こすこともあり、ややもすれば性売買自体を合法化しなければならないという結論になるかもしれないゆえに、現在蔓延した性産業と性売買の現実に照らしてみた時に、自発的売春行為者に対する刑事処罰が侵害の最小性及

(26) 憲法裁判所、報道資料2013憲ガ2(2015.4.9)、3頁 (<http://www.ccourt.go.kr/cckhome/conn/event/eventSearchTotalInfo.do?changeEventNo=2013%ED%97%8C%EA%B0%802&viewType=1&searchType=1>, 2015年5月14日検索)。

姦通罪の違憲決定からみた韓国における性意識の変化

び法益均衡性の原則に違反されると見ることはできない。さらに、審判対象の条項は、売春行為者らの陳述拒否権を制限しておらず、蓄妾や現地妻の契約等も性売買に該当する場合には、審判対象の条項によって刑事処罰を受けることになるので、差別の取扱いが存在すると見ることもできない⁽²⁷⁾と主張している。

憲法裁判所の姦通罪違憲の決定要旨に則ってみれば、「健全たる性風俗の保護」は一般社会の性道徳に任せるべきであって、国家が刑事処罰をもって対応することは、確かに性的自己決定権の侵害及び個人の尊厳と幸福追求権の侵害として違憲であると見るのが、筋が立った結論ではないかと思う。

* 本研究は JSPS 科研費 26380024 の助成を受けたものです。

(27) 上記資料，4頁。