

性的自由領域における刑法と 家族法との関係性

——アメリカ合衆国における Seduction 規定と
わが国の淫行勧誘罪を視座として——

坂 本 学 史

- 一. はじめに
- 二. アメリカ合衆国における結婚目的による婦女誘惑姦淫罪（Seduction）
- 三. 時代に取り残されたわが国の淫行勧誘罪
- 四. おわりに

一. は じ め に

近年、わが国においてもいわゆる LGBT（レズ・ゲイ・バイセクシュアル・トランスジェンダー）運動をはじめとした性の多様性や中立化が叫ばれるようになった。このような時代の流れの中において、わが国の刑法における性犯罪規定は、明治40年に現行刑法が誕生して以来110年ぶりの大幅な改正が行われ、2017年6月23日に公布、同年7月13日より⁽¹⁾施行された。主な改正内容は、①強姦罪・準強姦罪の改正（刑法176条、

(1) 被害者のプライバシー（私的領域）への配慮等を盛り込んだ附帯決議が衆参両法務委員会で作され、また衆院本会議では、法施行後3年を目処に、性犯罪における被害の実情やこの法律による改正後の規定の施行の状況等を勘案し、性犯罪に係る事案の実態に即した対処を行うための施策の在り方について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づ

177条, 178条) (主体及び客体を男女問わないものとし, また肛門性交や口腔性交といった性交類似行為を強制性交行為に加え, ⁽²⁾そして法定刑を3年以上から5年以上の有期懲役へと引き上げる), ②監護者によるわいせつ行為・性交等の罪の新設(刑法179条), ③強姦の罪等の非親告罪化, ④強姦強盗罪の新設(刑法241条) というものであった。

さて, 従来わが国の刑法においては「法は家庭に入らず」との法諺のもと, 家庭の問題は家庭内で処理することが前提とされてきた。たとえば夫婦間強姦において, 婚姻が継続的な性交渉を前提とすることを理由として強姦罪が成立しないとすると伝統的に言われていたし, ⁽³⁾また判例においても「婚姻中夫婦が互いに性交渉を求めかつこれに必ずべき所論の関係にあることは言うまでもない」としつつ, 「婚姻が(実質的に継続していない)破綻して夫婦たる実質を失い名ばかりの夫婦にすぎない場合」に, ⁽⁴⁾限定的に強姦罪が成立するとした。これは, まさに家族の中核たる婚姻関係がある意味で, わが国が考える理想的な家族像, すなわち家族法に相応しいものであれば, 犯罪の成立を認めないあるいはその成立を制限する, すなわち, 刑法が家族に介入しないことを明らかにする ⁽⁵⁾ものであると言えよう。

いて所要の措置を講ずるものとする検討規定を盛り込む修正案も可決成立した。

(2) この中でも, とりわけ①におけるような強姦罪・準強姦罪の改正の動きは, 性の多様化あるいは中立化という観点から見れば当然のことであり, むしろ遅すぎたと言っても過言ではないようにも思われる。

(3) 団藤重光編『注釈刑法(4)』(1965年)〔所一彦〕298頁, 大塚仁『刑法各論上巻 改訂版』(1984年)238頁: なお限定的に強姦罪を認めるものとして, 林幹人『刑法各論』(1999年)96頁や町野朔『刑法各論の現在』(1996年)294-295頁もあるが, 婚姻関係があるからといって妻に同意義務があるわけではないから, 夫婦間においても強姦罪が成立するとするのが, 一般的であるように思われる。(井田良『講義刑法学・各論』(2016年)108-109頁)

(4) 広島高裁松江支部昭和62年6月18日高刑集40巻1号71頁

性的自由領域における刑法と家族法との関係性

その一方で、本改正で刑法179条に新設された監護者わいせつ及び監護者性交等の罪は、むしろ家庭の中に刑法が積極的に介入することを規定するものである。本条の立法趣旨によれば、実親や養親等の監護者による18歳未満の者に対する性交等が継続的に繰り返され、それが日常化してしまっている事案などでは、暴行や脅迫を用いることなく、抗拒不能にも当たらないような状態で性交等が行われているため、強姦罪、準強姦罪で処罰できないものがあるからとされている。⁽⁶⁾

そこで本稿は、とりわけ性的自由領域において、刑法と家族法との関係性はどのように理解されるべきかを分析し検討をくわえるものである。さて、このような刑法と家族法との関係性の検討はどこからはじめたらよいのかその端緒が問題となるが、このたびの性犯罪規定の改正に伴い改正された犯罪規定が他にも存在する。刑法229条の略取誘拐罪における親告罪規定がそれである。

結婚目的誘拐において実際に拐取者と被拐取者とが婚姻した場合、(ただし誘拐された者が犯人と婚姻したときは)婚姻の無効又は取消しの裁判が確定した後でなければ、告訴の効力がないとする但書があった。しかしながら、いわゆる性犯罪を非親告罪化(従来の強制わいせつ罪(刑法176条)、強姦罪(刑法177条)、準強制わいせつ罪および準強姦罪(刑法178条)ならびにこれらの罪の未遂を親告罪とする刑法180条の削除)したことに伴い、この拐取者と被拐取者とが結婚した場合における告訴の効力に関する但書も削除されることとなったのである。

本改正を検討した法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会の事務当局の説明によれば、従来、強姦罪等を親告罪化していた趣旨は、被害者の名

(5) もちろん、刑法244条の親族相盗例は言うまでもない。たとえば自分
が買ってきて冷蔵庫に入れておいたケーキを自分の妻が勝手に食べたとし
ても、それは家族間(夫婦間)で勝手に解決すればいいことであろう。

(6) 加藤俊治「性犯罪に対処するための刑法の一部改正に関する法制審議
会の答申」法律のひろば 2016年10月号(2016年)54頁

普及プライバシーを保護するために、公訴の提起にあたっては被害者の意思を尊重することにあつたが、告訴するか否かの選択を迫られているように被害者が感じられたり、告訴したことにより被告人から報復を受けるのではないかとの不安を持つ場合があるなど、親告罪であることにより、かえって被害者に精神的な負担を生じさせていることが少なくない状況に至っているとの現状認識から、親告罪であることによって生じている被害者の精神的負担を解消することを目的としたとして⁽⁷⁾いる。したがって、これと同様に被害者の名誉の保護を目的として親告罪とされてきたわいせつ目的または結婚目的略取・誘拐罪も、告訴に係る被害者の精神的負担の軽減を図る目的で同様に非親告罪とすることとされたのである⁽⁸⁾。そして性犯罪の罰則に関する検討会においても、性犯罪被害者やその支援団体関係者等からのヒアリングを踏まえ、親告罪であることによる被害者への負担が大きいためとして、非親告罪化に積極的な意見が多数を占めていた⁽⁹⁾。それゆえに親告罪が維持される犯罪は、未成年者略取・誘拐罪及びこれを幫助する目的で犯した被略取者引渡し等の罪ならびにこれらの罪の未遂罪だけとなったのである⁽¹⁰⁾。

では、性犯罪規定の本改正と実質的に同様の趣旨で一緒に削除されるに至った刑法229条但書の規定で、被拐取者（被害者）が拐取者と婚姻関係にあつた場合になぜその告訴の効力がなくなるとしていたのか、換

(7) 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第1回会議（2015年11月2日）議事録21頁（中村功一幹事）

(8) 法制審議会第1回会議議事録・前掲注（7）・21頁（中村）

(9) 性犯罪の罰則に関する検討会「『性犯罪の罰則に関する検討会』取りまとめ報告書」（2015年8月6日）3-5頁

(10) 法制審議会第1回会議議事録・前掲注（7）・21-22頁（中村）：これは、拐取者が被害者の実親である場合には、略取・誘拐の被害者である未成年者のその後の成長に影響を与え得る拐取者たる実親の処罰を求めるか否かの判断をまさにその被害者や監護権者の意思に委ねるべきことから、これらの犯罪においては親告罪を維持する独自の意義があると考えられたのである。

性的自由領域における刑法と家族法との関係性

言すれば、婚姻関係が、拐取者を同罪で処罰しないことを求める根拠は一体どこにあったのであろうか。そこであらためて、本改正前の刑法229条のルーツを辿ってみると明治13年刑法（旧刑法）344条但書に行き着く。そこでは、改正前の親告罪規定における刑法229条但書と同様に「但略取誘拐せられたる幼者式に従って婚姻を為したる時は告訴の効なし」と規定されていた。⁽¹¹⁾したがって、婚姻関係が拐取者を同罪で処罰しないことを求める根拠は、旧刑法344条但書が立法されるにあたってどのような議論がなされたのかを見れば、自ずと明らかになる。

ところで旧刑法は、周知の通り、ボアソナードの協力のもとにできあがったものである。そこでは、まずボアソナードの起草々案を原案として議論が重ねられ1876年に日本刑法草案第1稿が出来上がり、1877年6月の草案第2稿を経て、同年11月に日本刑法草案確定稿が上呈され、1880年（明治13年）7月に旧刑法が公布された。では、旧刑法334条但書が日本刑法草案第1稿でどのように規定されていたのであろうか。それは次のようなものであった。

第422条但書 但訴を待つて其罪を論じ又その幼者と婚姻したる者の処分は第429条ノ例に従う⁽¹²⁾

(11) もちろん旧刑法においては幼者、すなわち未成年者がその客体となっているとの違いはある。なお、旧刑法（明治13年刑法）および現行刑法（明治40年刑法）の立法に関する資料につき、旧刑法は、西原春夫＝吉井蒼生夫＝藤田正＝新倉修編『旧刑法 [明治13年]』日本立法資料全集29巻以下を、現行刑法は、内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編『刑法 [明治40年]』日本立法資料全集20巻以下を用いる（以下ではそれぞれ、西原他編『旧刑法』、内田他編『刑法』として引用する）。また本文中の引用資料については、カタカナ表記をひらがな表記に、漢字は新漢字のあるものは適宜それに改め、必要最小限の範囲で仮名遣いの修正や濁点および句読点のないものにはそれを付け加えることとした。

(12) 下線は筆者によるものである。

そこで草案第1稿第429条を見ると、これは性犯罪における親告罪規定であるが、そのなかに次のような文言が含まれていた。

第429条 若し犯人式に従ってその婦女と婚姻の礼を行ひたる時はすでに推問を始むと雖も直ちにその訴を解くべし

この草案第1稿（第429条）の婚姻告訴無効の規定は、草案確定稿（第390条）までは規定されていたが、旧刑法には規定されることはなかった。したがって、ポアソナードがどのような趣旨でこのような規定ぶりとしたのかに興味が移る。

ポアソナードによれば、（ポアソナードの手による）起草々案を巡る議論の中で、性犯罪の親告罪規定がドイツ刑法177条（強姦罪）にあることから日本においても必要であるとし、その一方で、結婚告訴無効の規定は、たとえ最初は強姦であったとしても、仲裁人等の仲立ちがきっかけで両者の承諾の上、夫婦となる場合もあるのであるから、このように夫婦となった場合になお強姦罪で処罰するのは人情に背いて過酷であるから必要であるとした。⁽¹³⁾しかしながら、1876年の改正法によりドイツにおいては強姦罪等の性犯罪一般が非親告罪化されたため、強姦罪等の性犯罪規定が親告罪である必要があるとの根拠は実質的には失われていたことになろう。⁽¹⁴⁾もっとも、同じ性犯罪規定でも非親告罪化されず、親

(13) 西原他編『旧刑法（3）-Ⅲ』（1997年）〔資料18〕巻一六・382頁：これに対し鶴田は「実際において一旦、強姦され告訴した者は再びその犯人と婚姻することはあるはずがなく、かつこれは他の各国刑法にもその例なく、けだしポアソナードの新発明の説である」と発言している。これに対し、ポアソナードは、旧刑法成立後の草案註釈において、イタリア刑法草案を引用しつつ、結婚告訴無効規定の採用を主張している（ポアソナード『刑法草案註釈（下）』（森順正・中村純九郎訳）（1886年）807号（525頁）、788号（492-493頁））。もっとも後述するように、この時代においてすでにアメリカには結婚を阻却事由とする結婚目的誘惑姦淫罪が存在していた。

告罪規定が生き残った性犯罪がドイツ刑法にはあった。すなわち、ドイツ刑法179条の結婚目的姦淫誘惑罪がそれであるが、⁽¹⁵⁾この結婚目的姦淫誘惑罪も1969年の第一次刑法改正法により結局削除されることとなった。

そこで本稿ではまず、ドイツにおける女性運動の先例の国として位置づけられ、⁽¹⁶⁾かつ、風前の灯火でありながらも、結婚が阻却事由としてな

(14) 西原他編・前掲書注(13)[資料18]・379頁：ポアソナードは性犯罪に関する親告罪の例としてドイツ刑法(1871年ライヒ刑法典)177条があると発言している。たしかに1871年ライヒ刑法典176条3項(強制わいせつ)、177条3項(強姦罪)および178条2項(強制わいせつ・強姦致死罪)にそれぞれ親告罪規定を置いていたけれども、1876年改正によりドイツでは性犯罪規定は非親告罪化されることとなった。それゆえに、ポナソワードは当時のドイツ刑法において性犯罪が非親告罪化されたことを知らないまま、このような発言をしていたと思われる。

(15) 以下に1871年ドイツ刑法179条の原文およびその日本語訳を記しておく。なお日本語訳は筆者による試訳である。

Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871

§ 179. (1) Wer eine Frauensperson zur Gestattung des Beischlafs dadurch verleitet, daß er eine Trauung vorspiegelt, oder einen anderen Irrthum in ihr erregt oder benutzt, in welchem sie den Beischlaf für einen ehelichen hielt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

(試訳) 結婚をするふりをし、または結婚によって性的関係を持つとの錯誤を生じさせ、あるいはそれを利用することで、性的関係に同意するように女性を誘惑した者は、3年以下の懲役に処す。

またこの179条は1871年からはじまり1969年に削除される間、1953年に1度だけ修正が加えられたが、それはFrauenspersonをFrauに修正しただけのものであった。その意味では、およそ100年の間、立法当初の原型をとどめてそのまま生き残った規定であったとも言えよう。したがって、同条3項には、1876年に他の性犯罪規定で廃止された親告罪規定も、本条が廃止されるまで残ったままであった。なお、1973年のドイツ刑法の改正の際、ドイツ刑法179条が、反抗不能な者に対する性的虐待の規定として再登場することとなったが、2016年のドイツ刑法の改正により再び削除された。

(16) 若尾裕司「第一次世界大戦前ドイツの市民女性運動—1894年—1908年

お現在においても機能しているアメリカ合衆国の性犯罪規定である「結婚目的婦女誘惑姦淫法 (Seduction)」に焦点を当てる。⁽¹⁷⁾ 19世紀の中頃から後半、アメリカ合衆国の37州⁽¹⁸⁾において制定されたこの結婚目的婦女誘惑姦淫法は、結婚の約束の下、貞淑な未婚の女性を誘惑し性的関係を持つことを犯罪とした。結婚目的婦女誘惑姦淫罪はほとんどの法域で重罪とされ、その刑罰は峻厳なものであった。⁽¹⁹⁾ その一方で、この37州のうち31州で、結婚目的婦女誘惑姦淫法は、その抗弁として結婚を規定していた。それゆえに、重罪の有罪宣告や禁固となることに直面したら、被告人は真っ先に被害者と結婚することで、その峻厳な刑罰から逃れることを選択したのである。そこで次章では、まずアメリカ合衆国のほとんどの州においてこの結婚目的で誘惑された淫行行為をなぜ犯罪化することになったのかその背景を探り、次に阻却事由としての結婚と結婚目的婦女誘惑姦淫罪との関係性について見た後に、なぜこの結婚目的婦女誘惑姦淫罪が廢れることとなったのかを概観することにする。

の急進派を中心に」名古屋大学文学部研究論集史学38巻(1992)57頁

(17) この結婚目的婦女誘惑姦淫につき、中村秀次「刑法における男女の取り扱いの同等性(一)ーアメリカ法との対比でー」熊本法学51号(1987年)134-135頁において、法定強姦罪との比較で若干の検討がなされている。

(18) Walter Wadlington, *Shotgun Marriage by Operation of Law*, 1 Ga. L. Rev. 183, 193 foot note. 66 (1967): アメリカ合衆国において seduction を犯罪化していなかった州は全50州のうち、デラウェア州、フロリダ州、ルイジアナ州、メイン州、メリーランド州、マサチューセッツ州、ネバダ州、ニューハンプシャー州、テネシー州、ユタ州、バーモント州、ウエストバージニア州、ウィスコンシン州の13州だけであり、また、犯罪化していた37州のうち、結婚を抗弁としていなかった州は、コネチカット州、アイダホ州、カンザス州、ネブラスカ州、オハイオ州、ロードアイランド州の6州のみであった。(Cf. H. W. Humble, *Seduction as a Crime*, 21 COLUM. L. REV. 2(1921) at 144-145.)

(19) ほとんどの場合、結婚目的による婦女誘惑姦淫罪で重罪宣告された者らは1年から5年の禁固刑となり、さらに、たとえばジョージア州では、その刑罰は20年の禁固刑としていた。

性的自由領域における刑法と家族法との関係性

その一方で、アメリカにおける結婚目的婦女誘惑姦淫罪と同様に、わが国の性犯罪規定の中にも、その役目を失いつつもなお現存する時代の遺物であり、かつ、このたびの性犯罪規定の改正の対象とすらならなかった規定が存在する。それは刑法182条の淫行勧誘罪である。そこで第3章では、わが国の刑法182条淫行勧誘罪を立法史的な観点から分析することでその立法目的およびその立法経緯を明らかにし、それを前提とした上で淫行勧誘罪の保護法益や家父長制度とのかかわりについて考察を加える。

そして最後に、性的自由領域における刑法と家族法との区別について、第2章および第3章での議論を踏まえつつ、当事者間の合意を基礎とした婚姻関係の理解をその視座として、各家族構成員のプライベート領域を他の構成員が侵害した場合に限って、例外的に、公的な刑法が私的な家族関係に介入することになるとの結論を導き出す。

二. アメリカ合衆国における結婚目的婦女誘惑姦淫罪

1871年ドイツ刑法典にあったのと類似する形で、結婚を利用した誘惑により行われた淫行を犯罪化し、かつ、ドイツでの状況とは異なり、現在においても生きながらえているアメリカの結婚目的誘惑姦淫罪につき、M・マレーの力を借りながら見ていくことにする。⁽²⁰⁾

1. アメリカにおける結婚目的婦女誘惑姦淫行為の犯罪化

19世紀前半、アメリカでは都市部における売春の増加が問題となっていた。⁽²¹⁾そこで改革主義者らは、売春婦を更正するよりもむしろ、売春の

(20) Melissa Murray, *Marriage as Punishment*, 112 COLUM. L. REV 1 (2012) at 1. : メリッサ・マレーは UC Berkeley, School of Law の教授であり、親密圏において刑法と家族法が担う役割やそれを取り巻く婚姻制度、性に対する法規制、リプロダクティブ・ライツなどを研究対象としている。

(21) *Id* at 8-9. : ノーマン事件がこの時代の社会不安を示すものとして有

原因を排除するように舵を切ったのである。⁽²²⁾

女性らは様々な理由で売春婦となった。その多くは、雇用不足あるいは子供や他の扶養家族のためという必要に迫られた結果、売春婦となった。もっとも、女性は性に消極的かつ道徳的であるがゆえに、その本質において売春に向かないとするとすれば、そもそも必要に迫られていたとは言え、どうして普通の女性が売春の道を選ぶことになったのかその原因を探ると、無節操な男性により誘惑され見捨てられた後に、売春をする道を見つけたとする売春婦による回答があった。⁽²³⁾

名である。1843年10月31日、16才の召使いの女の子であるノーマンは、ニューヨークシティの貿易商であるバラードに彼の店の中で近づき、彼の頭を自分の傘で殴打した。その3年前、バラードはノーマンをしつこく誘い、最終的にノーマンを騙し宿に一緒に行くよう言いくるめ、そこでバラードはノーマンを自分の妻にすると約束することで彼女を誘惑し姦淫した。ノーマンの妊娠が発覚した際、バラードは、仕事をやめ自分の妻として振る舞うようにノーマンにすすめた。ところが、子供が生まれると、バラードはノーマンとその子供を宿に宿泊させ、別の若い未婚の女性と付き合うために彼女らを見捨てた。ノーマンは薄給であるがそれなりの職をえたが、自分と子供に対するさらなる金銭的な援助を求め、ノーマンは10月31日にバラードの後を追ったが、バラードは「他の売春婦がしているようにして生きていけばよい」と述べ、浮浪および売春の罪でノーマンを逮捕させるために警察官を呼んだ。その次の日の夜、ノーマンはバラードの胸にナイフを突き刺した。裁判は単純なものであった。ノーマンは彼の命を奪う意図でバラードに計画的な犯行をおこなったのである。しかし、陪審員は、ノーマンが有罪となるに相応しいかなりの証拠があったにもかかわらず、陪審員はたった8分間の議論の後、無罪評決をしたのである。

(22) Larry Whiteaker, *Seduction, Prostitution, and Moral Reform in New York, 1830-1860*. at 86(1997) : なおアメリカでは19世紀後半から売春自体を禁止する方向に向かい、1948年以降、売春が全州で禁止されることに至った。(上村貞美『性的自由と法』(2004年) 271頁以下を参照されたい。)

(23) Murray, *supra* note 20, at 8-9. : ニューヨーク市刑務所の嘱託医師であり「売春の歴史」の著者であるサンガーの研究によると、その研究の中でサンガーは2000人の売春婦からの回答をえた。その回答の多くは、雇用不足あるいは子供や他の家族を養う必要のような外的圧力のゆえに、売春

性的自由領域における刑法と家族法との関係性

そこで、無節操な男性による結婚目的による女性誘惑こそが売春の端緒となるとした。つまり、たとえ女性がその後売春の道へと入ったことが他の要因にあったとしても、結婚目的による女性誘惑という最初の要因が売春という道へとその女性を誘ったとするのである。⁽²⁴⁾一旦、女性が誘惑され墮落させられれば、その女性の結婚や長期間に渡る経済的な安定性への見込みがなくなる。さらに女性が実際にその誘惑者の子供を授かったとすれば、その女性の経済状況はさらに悪化し悲惨なものとなるであろう。現実には、そのような女性を受け入れる職はこの時代の社会にはほとんどなく、たとえ運良く職に就けたとしても、自分一人の生活または自分と子供を支えるのには低賃金すぎた。そしてこのような貧困が売春の原因であったならば、結婚目的による女性誘惑が貧困、延いては直接的に売春の原因となったと考えるのである。それゆえに、結婚目的による女性誘惑が売春の原因であったならば、結婚目的での女性誘惑が女性の性に対する消極性をなくさせ、売春の道に進ませたということになるのである。⁽²⁵⁾

このような社会問題としての結婚目的による女性誘惑は、徐々に社会においても顕在化することとなった。たとえば、結婚目的による女性誘惑の蔓延は、婚姻外での女性の性交を非難する一方で、婚姻外であろうがなかろうが、男性の性的放縦を認めるとのダブルスタンダードを明らかにした。⁽²⁶⁾性交を婚姻内に制限することでこのダブルスタンダードを変

婦となったとしていた。なお、513人の回答は「そうしかかった」ために売春に就いたとしたが、女性は本質的に売春にはむかないと考えていたサンガーはこれに懐疑的であった。そこでサンガーは258人の回答に注目した。すなわち、彼女らは無節操な男性により誘惑され見捨てられた後に売春をする道を見つけたと答えたのであり、これこそが売春婦となった原因であるとサンガーは考えたのである。

(24) *Id* at 11.

(25) *Id*.

(26) *Id* at 11-12.

えようとする動きは男性側にプラス効果を生じさせなかったが、その代わりに婚姻外での、すなわち売春婦との性交を暗黙のうちに認めることとなった。このような婚姻外における性交の許容は、売春発生率を高める条件を作り出した一方で、性的な捕食者に無垢な若い女性を餌食にする自由をもたらすことにもなった。それゆえに、性行為が許される根拠となる婚姻関係に基づく夫婦家族や社会システムの健全さも脅かすことにもなったのである。⁽²⁷⁾

そこで改革主義者らは、新たな法制度が結婚目的による女性誘惑の根絶にもっとも適切であるとしたが、⁽²⁸⁾すでに結婚目的による婦女誘惑姦淫の問題に対処する民事上の法的解決方法があった。結婚目的による婦女誘惑姦淫に基づく不法行為は、父親が自分の娘を誘惑した者を訴える理由となったのである。そして、そこでの不法行為とは、誘惑者は父親から娘の「サービス」や「家事」を奪ったことから構成されることになる。このような方法はたしかに用いられることもあったが、時代の流れにおける社会の産業化や家族生活の変化に対応できるものではなかった。たとえば、農耕社会から産業社会への移行は、その娘らが仕事のために家長や家族と離れて住むことになることを意味した。そして同時に家族から離れることは、父親の法的保護からも離れることにもなる。結婚目的による婦女誘惑姦淫に基づく不法行為を請求原因として勝訴するためには、父親が自分の娘をなお支配していることを立証する必要がある。もちろん家族の経済的に困難な状況を救うべく、娘が仕事のために家長から離れることを父親が許したとすれば問題はないが、そうではなく、たとえばその娘が家族から離れ自立していたら彼女は自由であり、もはや父親の支配下あるいは保護下にはないのである。そうであるとすれば、父親は娘から本来受けるべきであったサービスの損失を回復することは

(27) *Id* at 12.

(28) *Id*.

性的自由領域における刑法と家族法との関係性

もはやできないということになる。⁽²⁹⁾

したがって、民事訴訟自体が結婚目的による婦女誘惑姦淫により生じた重要な社会問題に取り組むのには力不足であった。つまり不法行為に基づく訴えは、私人が他者にした危害を単に明らかにするだけであったのである。⁽³⁰⁾

さらに民事訴訟により仮に誘惑者に対し多額の賠償を課したとしても、そのような手段は惹起された危害への賠償としては不適切である。端的に言えば、金銭賠償には抑止効果がほとんどない、つまり富める者は単純にお金を支払い、次のターゲットに移っていく。これは女性の性交を非難する一方で、男性の性交を許容するとのダブルスタンダードを助長しただけであり、また若い女性の美德の損失に対する金銭賠償は、売春したのと同じことである。結局、被害者の女性を動産とみなす民事法的な救済策は、根本的な解決策とはならなかったのである。⁽³¹⁾

そこで刑法の出番となるが、従来あった刑法の性犯罪規定だけではその対応は困難を極めた。もちろん、婚姻外の性交の多くはほとんどの法域で刑法上禁止されていたけれども、その適用はきまぐれのものであったし、またその刑罰は極めて軽いものであった。実際、未婚男女淫行罪 (fornication) や姦通罪 (adultery) は軽罪として訴追され、また強姦はすべての法域で重罪であったけれども、強姦を立証するための法的な要

(29) Lea VanderVelde, *The Legal Way of Seduction*, 48 Stan. L. Rev. 817 (1996) at 838-840.: またこの結婚目的による婦女誘惑姦淫に基づく不法行為による訴えは、もともと父親だけに保障されたものであった。実際に誘惑された女性は誘惑者を訴えることはできなかったし、その女性の母親やその他の後見人も彼女の代理人として訴えることはできなかった (*Id* at 891-892.) が、その後、結婚目的による婦女誘惑姦淫に基づく不法行為につき、被害者や他の後見人による訴訟を許容することとなった (*Id* at 882.)。

(30) Stephen Robertson, *Seduction, Sexual Violence, and Marriage in New York City, 1886-1955*, 24 Law & Hist. Rev. 331 (2006) at 344.

(31) *Id* at 345-346.

件はその第三者の証言と一致することにあつた。⁽³²⁾

そこで改革主義者らは、結婚目的婦女誘惑姦淫やその付随的な結果に対処するための新たな制定法上の犯罪を作ろうとした。1830年代のはじめ、ニューヨーク女性道徳改革協会はニューヨーク州議会に結婚目的婦女誘惑姦淫法を制定するよう説得するための署名運動を始め、改革主義者らも北東部でそれにならった。またロビー活動に加え、改革主義者団体は自分たちの雑誌の中で結婚目的婦女誘惑姦淫の説明やその重大性を記し、そして結婚目的による婦女誘惑姦淫の問題を公衆の面前に晒すことで、その努力を白日のものとした。⁽³³⁾ 1843年にペンシルバニア州は結婚目的による婦女誘惑姦淫を犯罪化する法を制定し、1848年にはニューヨーク州もそれに倣い「社会に対する犯罪」⁽³⁴⁾として、結婚目的による婦女誘惑姦淫を特徴づけたのである。

2. 結婚と犯罪としての結婚目的による婦女誘惑姦淫との関係性

結婚目的婦女誘惑姦淫法はその文言においてわずかな違いはあったが、その形式は結婚目的婦女誘惑姦淫を犯罪化した37州において概ね一致していた。一般的な結婚目的による婦女誘惑姦淫罪の構成要件は (3) 結婚を前提とした (2) 純潔な若い女性との (1) 不正な性交 ((1) an illicit connection (2) with a young woman of previously chaste character (3) under a promise to marry.)⁽³⁵⁾ というものである。

(32) Murray, *supra* note 20, at 16.: この fornication とは、代表的なコモン・ローではそもそも未婚の女性と（既婚か未婚か問わない）男性との性交とされていたが、近代の制定法では未婚の男女の性交と定義され、軽罪として処罰されていたが、現在では多くの州で処罰されていない。なおアイダホ州では fornication を現在でも処罰している（アイダホ州刑法・18-6603）。

(33) *Id* at 17-18.

(34) Robertson, *supra* note 30, at 345.

(35) Murray, *supra* note 20, at 18-19.: インディアナ州法では、女性を誘惑するために色々とは恵を絞る無節操な男性との性交への女性の同意の獲

問題となる犯罪行為が結婚の約束から生じるということは非難の対象となるが、婚姻外の性交には適用されなかった。その一方で、未婚男女淫行罪は同意のある当事者間における婚姻外の性交を対象とした。また強制あるいは意思に反した女性との性交としてコモン・ローで定義された強姦罪は同意のない性交を対象とした⁽³⁶⁾。それゆえに、結婚目的婦女誘惑姦淫罪はどちらのカテゴリーにも当たらない性交に適用されることとなった。実際、結婚目的婦女誘惑姦淫罪は同意と強制という両方の要素を兼ね備えていたのである。

もっとも、この結婚の約束は同意と強制のバランスを崩すものでもあ⁽³⁷⁾る。結婚目的婦女誘惑姦淫法は、不正な性交が女性の同意により生じたことを認めるが、結婚の約束に基づく同意は、その女性の同意が強制されたものでもあるとも言えよう。結婚の約束を通じた名目上の同意があった、つまり強制がそれとなくあった状況を犯罪化することで、結婚目的婦女誘惑姦淫法は、未婚男女淫行罪と強姦罪との間を橋渡ししようとしたのである。結婚目的婦女誘惑姦淫法は結婚の約束に基づく性交に対する同意を要求するが、たとえば当事者らが結婚するとの同意に基づく性交を意図し、実際に結婚したとすれば、そのような性交は許容されることになるはずである。したがって、結婚目的婦女誘惑姦淫法は、性交の目的での性交と結婚の期待を引き受けた性交とを区別していたということになる。そして未婚男女淫行罪とは異なり、結婚目的婦女誘惑姦淫法は、女性の同意が重要となる。結婚目的で誘惑された被害者は、誘惑者のお世辞や煽てるあるいは適法な夫婦間の性交の前倒しであるとの約束のもとに性交することになったのである⁽³⁸⁾。

ポイントは、不正な性交が結婚の約束と同時に生じるとの要件が、結

得を防ぐことを目的としていた。

(36) *Id* at 19.

(37) *Id* at 20.

(38) *Id*.

婚目的による婦女誘惑姦淫罪と別の性犯罪とを区別するだけでなく、被害者の痛手をあらわにすることにある。結婚目的による婦女誘惑姦淫の犯罪化へと導いたそこに元々あった悪さは、女性が誘惑されたということではなく、誘惑者の目的が達成された後、その被害者が見捨てられるということにあった。それゆえに、誘惑者による結婚の約束を、結婚目的の婦女誘惑姦淫罪の中心に位置づけることで、その誘惑者が実際に結婚⁽³⁹⁾をすることで訴追と刑罰から逃れることを許容したのである。

もっとも、このような阻却事由としての結婚は、訴追をやっかいなものにした。(一般的な犯罪とは異なり)結婚目的の婦女誘惑姦淫罪にとって必要な悪さは私的な性交そのものにある。被害者にとって内輪の恥や性的な不純さを暴露されるとの危険が訴追を引き止める理由となったが、その一方でこの結婚という阻却事由は、そのような秘密の暴露という痛手を価値のあるものにする。また被告人にとっても結婚は魅力的である。つまり、被告人は裁判にかけられたとしても、結婚がうまくいくようにするか、または結婚し訴追そのものが無くなるのをただ見ていればよかったのである。当事者らにとって結婚は、それぞれにある問題を解決する⁽⁴⁰⁾最良の選択となったのである。

3. 結婚目的による婦女誘惑姦淫罪の終焉

20世紀のはじめに、結婚目的による婦女誘惑姦淫罪の訴追は活発に⁽⁴¹⁾なされたが、人口統計や新たな社会慣習の変化に影響し変わり始めた。

(39) *Id* at 21.

(40) *Id* at 21-22.: もちろん結婚が、結婚目的による婦女誘惑姦淫に基づくすべての危害を無にすることにはならない。しかしながら結婚には、結婚外での性交を非難する社会規範に違反した者らによってなされた社会に対する危害を回復する効果があるし、結果的に生じた結婚は、被誘惑者たる女性が陥った不名誉を回避するものとしても役立つ。さらに結婚は、誘惑により台無しにされた者やそのような関係から生じた私生児へ扶養という責任のある状態を無くすることになるのである。

性的自由領域における刑法と家族法との関係性

1940年代までに結婚目的による婦女誘惑姦淫罪での訴追は、女性の保護のための法的救済の必要性に疑問を投げかけられ、「経済的な自立、社会的な平等、性的な存在」としての女性の理解により衰退した。むしろ法による保護の現実的に必要性があったのは、結婚目的婦女誘惑姦淫法があることで女性により計画的にひっかけられた男性のほうであった。⁽⁴²⁾

刑法における結婚目的婦女誘惑姦淫罪の終焉における別の要因は、性風俗の変化にもあった。新たな世代の女性にとって貞操の喪失は重要なことではなくなった。結婚前の性交は称賛されなければ、破滅的な痛手とは必ずしもならなかったのである。このような変化にともない、1930年代までに結婚目的による婦女誘惑姦淫罪は妊娠に至った場合のみ訴追され、1950年代までに当該犯罪はほとんどの州から消え去っていったのである。⁽⁴⁴⁾

三. 時代に取り残されたわが国の淫行勧誘罪

このように未成熟な女性を誘惑することが犯罪となるのは、アメリカに限ったことではない。わが国にも同じような規定が存在してきた。刑法182条の淫行勧誘罪がそれである。そしてわが国の淫行勧誘罪も明治40年にできて以来、その形を変えることなく存在し続けるが、営利の目的が要件となっていることや性交の相手方は不可罰と解されていることなどからすれば、その趣旨は女性の性的な墮落を防ぐためにすべての売

(41) Robertson, *supra* note 30, at 348-363.

(42) *Id.* at 368.

(43) *Id.*

(44) Murray, *supra* note 20, at 38-39. : 売春の原因を排除するために立案された Seduction 規定がこのように衰退したのと入れ替わるように、1948年以降アメリカの多くの州において売春それ自体が禁止されたことが興味深い（前掲注（22）を参照）。なお、現在においてもたとえばミシガン州（Michigan Penal Code § 750-532）やサウスカロライナ州（§ 16-15-50）のように Seduction 規定が残っている州も存在する。

春を禁止する売春防止法上の各罪と同じであり、その制定により実質的にその存在意義を失ったと説明されてきた。⁽⁴⁵⁾そこで本章では、淫行勧誘罪規定の変遷を振り返ることでまずはその立法目的について確認をし、あわせて一般的にわが国の現行刑法のお手本とされるドイツ刑法において、淫行勧誘罪とりわけその保護法益につき当時のドイツの社会状況を見ながら検討を加えることにする。

1. 淫行勧誘罪の変遷

明治41年に現行刑法が施行されたことで廃止された旧刑法（明治13年刑法）以前にも、公布も施行もされなかったが明治新政府の内部規範として刑法官が各府藩県からの伺いに対し指令を出すための準則であった假刑律や、官吏の執務取り扱い方の準則であった新律綱領、さらに一般国民に向けて初めて発布された改定律例があった。そこで、まずは旧刑法以前の明治初期における淫行勧誘罪規定につき年代順に概観することで、前近代、いわゆる徳川時代の流れをくむ明治初期刑法において淫行勧誘がどのように扱われていたかを確認することからはじめる。

(1) 明治初期における淫行勧誘罪規定

まず、明治維新後初の刑法であり明治元年（1867年）に完成した假刑律では、その犯姦の項において淫行勧誘につき次のように規定していた。

姦事の媒合致す者、犯人の罪に1等を減ず。

婦人自媒合を犯す者、日数2日手錠晒。若夫男と俱に犯せば独夫男を以て罪に座す。

(45) 大塚仁編『大コンメンタール刑法（第3版）[第9巻]』（2013年）109-110頁

性的自由領域における刑法と家族法との関係性

もっとも、この假刑律は文字通り「仮」のものであり、その3年後に大掛かりな立法準備がなされ、わが国の古律を中心とし、中国法や徳川時代の刑法を参考にした新律綱領が明治3年（1870年）に頒布施行された。そこでは、淫行勧誘につき卷五犯姦律の犯姦において、

若し媒合及び容止して通姦せしむる者は、犯人の罪に1等を減ず。

と規定された。またその3年後の明治6年（1873年）に、新律綱領を補足することを目的として新律綱領とならび施行された改定律例では、淫行勧誘につき、

第260条 若し媒合及び容止して通姦せしむる者は犯人の罪に3等を減ず

と規定されていた。

以上の各法における規定ぶりから明らかであるように、姦事と通姦という文言の違いはあるものの、基本的にはほぼ同じ構成となっている。すなわち、性行為を仲介することや性行為の場所を提供することを禁止していたのである。端的に言えば、売春を規制するものであったと言えよう。これは明治5年（1872年）に娼妓解放令が出され⁽⁴⁶⁾、公娼制度が廃止されたことにも関係すると思われる。もっとも、明治9年（1876年）には内務省令で各府県宛に娼妓の検梅を義務づけたことからすれば、廃娼ではなく、政府が売春をコントロールするいわゆる公娼制度が実質的に維持されていたと見るべきであろう。したがって、ここでその規制の

(46) 日本が当事者となった国際裁判の最初の事例であるマリアルース号事件に関連して、ペルーが日本の娼妓制度を人身売買と弁じたことにより、1872年10月太政官布告で娼妓解放令を生む契機となった。

(47) なお検梅のための病院ができたのは慶応4年（1868年）のことである。

対象となった売春は公娼ではなく、私娼であったことがうかがえる。これは、江戸時代において徳川幕府が中央集権的な制度を豊臣時代から引き継いでいたことからすれば、娼婦も当然に幕府の管理下に置かれることになるし、またそれと同時に、たとえば農村の若者が買春し労働に身が入らなくなるなど労働力が無駄に削がれることを恐れ、社会風俗や秩序が乱れることを防ぐために、私娼を統制しようとしていたことからも裏付けられるであろう⁽⁴⁸⁾。

したがって、明治維新の思想には合致しない、封建的復古的なものであった明治初期刑法において淫行勧誘罪規定は、私娼に基づく性行為が社会風俗・秩序を害するものであることを前提としていたと言えよう⁽⁴⁹⁾。

(2) 旧刑法成立過程および現行刑法における淫行勧誘罪規定の変遷

では、明治維新の思想に合致するような近代刑法における淫行勧誘規定はどのように作られたのであろうか。そこでここからは、旧刑法および現行刑法において淫行勧誘規定がどのように立法化されることになったのかその立法経緯を、ボアソナードと日本側との議論を参照しながら、その年代順に見ていくことにする。

まずは、旧刑法におけるボアソナードの起草々案を巡るボアソナードと日本側（鶴田皓）の議論から始める。ボアソナードはフランス刑法を参考にしつつそれを批判的に検証しながら起草々案を作り上げたこととされているのは周知の通りである。その起草々案において、淫行勧誘罪は次のように規定されていた。

(48) 小谷野敦『日本売春史—遊行女婦からソープランドまで—』（2007年）106-114頁

(49) もっとも娼婦の検梅が義務付けられたことからすれば、このような私娼の禁止は、梅毒の蔓延から市民を守るという側面もあったのかもしれない。

性的自由領域における刑法と家族法との関係性

<ボアソナード起草々案⁽⁵⁰⁾>

第12章 他人に対し猥褻の所行及び誘拐を為し又数婦を娶り夫ある婦を姦する罪

第9条 他人の色情の為又は己を利するため男女の幼者の淫行を平常誘起し又幫助したる者は6月より2年に至る重禁錮並に20円より100円⁽⁵¹⁾に至る罰金に処す

(50) 西原他編『旧刑法(2)―I』(1995年)〔資料5〕日本帝国刑法草案・180頁

日本帝國刑法草案(ボアソナード氏草)

第 條 他人に色情により己を利するため男女を論せず其幼者の淫行を誘起し又幫助したる者は3月より2年に至る重禁錮ならびに20円より100円に至る罰金に処す

(51) 以下に、ボアソナードが起草々案を作る際に参考にしたナポレオン刑法典334条を記しておく。日本語訳は、中村義孝『ナポレオン刑事法典史料集成』(2006年)275頁によった。

1810年ナポレオン刑法典

第334条 21歳未満の男女の淫行もしくは墮落を常習的に駆り立て、助長しまたは援助して風俗を紊乱した者は、6ヶ月以上2年以下の拘禁刑および50フラン以上500フラン以下の罰金に処せられるべきものとする。

1903年4月3日の法律による改正

第334条 次の者は、6ヶ月以上3年以下の拘禁刑および50フラン以上5000フラン以下の罰金に処せられるべきものとする。

1. 21歳未満の青年男女の淫行もしくは墮落を常習的に駆り立て、助長しまたは援助して風俗を紊乱した者
2. 他人の感情を満たすために、その女性の同意があっても、淫行の目的で成年の女性を勧誘し、駆り立てまたは拐かした者
3. 他人の感情を満たすために、淫行の目的で成年の女性を、騙してまたは暴力、脅迫、権限の濫用もしくはその手段の強制により勧誘し、駆り立てまたは拐かした者
4. 同様の手段により、たとえ借金を理由としてでも、成年であっても、その意に反して、人を淫行の行われる家屋に監禁し、またはその人に売春行為を強要した者

まず興味深いのは、ポアソナードがこの淫行勧誘罪規定を強姦等の性犯罪や姦通罪や重婚とともに12章の「他人に対し猥褻の所行及び誘拐を為し又數婦を娶り夫ある婦を姦する罪」で規定した点である。というのも、起草々案の第7章は「一般風俗を害しおよび教法に対する不敬の罪」と題し、その中に公然わいせつ罪やわいせつ物頒布罪を規定しているからである。⁽⁵²⁾したがって、ポアソナードはいわゆる性犯罪につきその保護法益を「章」という形で区別した上で、それぞれに適切な性犯罪を規定したと言えよう。

これに対し日本側の鶴田は、「この第9条の罪は日本従前の刑法にていわゆる媒合容止の罪である」とした上で「未成年者の淫行を媒合する時は、それがため幼者に創傷をなした健康を害する等の恐れある点より論ずれば、本案のごとく『幼者の淫行云々』と記してもよいと思うが、平常他人の淫行を誘起する等の所行をもって風俗を乱すことを憎む点より論ずれば、幼者に限らず、成年者の媒合したる時にでもこの条の罪に当てはまるはずである。」と尋ねる。この鶴田発言に対しポアソナードは「成年者に対し淫行を誘起または媒合するともこれを罪とすることできない」と答え、「成年者はたとえ他人より誘起、媒合するともこれを拒むべき智力あってそれを自由にすることができる者である。ゆえにこれを拒まなかったことは畢竟、本心より出て和姦したと見做すべきであろう。しかし、未成年者に対し淫行を誘起または媒合する時はこれを拒むべき智力なく、そぞろにその誘起、媒合に乗じその品行を乱しそして大いにその健康を損するに至りその公益を害することもまた多いゆえにこれを罪とするのである。成年者に対したる時といえども、道徳を害する点より論ずれば全く罪なきとは言えないが、公益を害する点より論

(52) 中村・前掲書注(51)・255, 272頁：なおナポレオン刑法においては、公の平穩を侵害する罪にわいせつ物頒布罪が、個人に対する罪の風俗破壊の中で公然わいせつや強制わいせつ、強姦、淫行勧誘、姦通および重婚が規定されていた。

ずれば罪とはならない。」と答える。これに対し鶴田は「しかしこの条は元々、不品行の世話をなす者あるゆえに、人民の行状を乱し一般の風俗を害する点より罪となしここに特書するものと思う。」と反論するが、ボアソナードは「もし一般の風俗を害する点より罪となすわけならば、第二編風俗を害する罪の内に置くべきはずである。しかるにここに置くは畢竟、幼者の身体行状を害することを恐れ、これを保護する点より罪となすべきものである。」⁽⁵³⁾と答えている。要するに、鶴田はこの淫行勧誘罪につき、「平常」他人の淫行を誘起する、すなわち先述したように職業として他人の淫行にかかわることはまさに社会風俗を乱すであるから、未成年者のみならず成年者の媒合も含めるとしているが、ボアソナードは、未成年者の未成熟さによって性交になんとなく同意する、すなわち性的自己決定の未熟さを前提とした上で、そのような未成年者の淫行の媒合は未成年の品行を乱しその身持ちを害するものとして、淫行勧誘罪は社会の風俗を保護する社会的法益としてではなく、未成年者の品行や身持ちを保護する個人的法益の罪であると位置づけるのである。

そしてこのような議論を経てできたのが、次の刑法草案第1稿である。

<日本刑法草案第1稿⁽⁵⁴⁾>

第11章 猥褻姦淫重婚の罪

第431条 自己の利益の爲め媒合して丁年以下の男女の淫行を誘起し及び幫助したる者は3月以上2年以下の重禁錮10円以上100円以下の罰金に処す

この草案第1稿を巡る議論で、ボアソナードはまず「良縁を防ぐ悪意にて殊更にその未婚の女性の淫行を誘起して他人を媒合する者も考えら

(53) 西原他編・前掲書注(13) [資料18]・383-385頁

(54) 西原他編『旧刑法(2)―I』(1995年) [資料7] 日本刑法草案第一稿・277頁

れるため、(その適用範囲を広げるため)この『自己の利益を計るため』は削除したい。」と発言する。これに対し鶴田も賛成する。

次にポアソナードは「媒合者に金品を与えて媒合させた者は教唆者と見なして、媒合者と同じ刑に処すべきとすることを付け加えたい。」と発言する。これに対し鶴田は「元々この431条は姦通の当事者を罰せずに媒合者のみを処罰する法であり、そうすることには問題はない。」としながらも、「たとえば金品を与えて成年の男女を媒合させた場合、金品を与えた者はもちろん、媒合者も罰しないことになるのであれば、この431条は未成年の男女に対してこれを媒合するまたは金品を与えてこれを媒合させた者のみを対象としており、いわゆる箱入り娘に傷をつけることを防ぐために罰しているわけではない。」と発言するが、ポアソナードは「良家で育てられた未婚の女性の淫行を誘起することをおそれ、これを防ぐために罰するのである。」と答える。「(フランスでは未成年者の女性は娼妓にはなれない規定があり)このように未成年者の女性は、娼妓にもすることができないくらい保護されるべき者であるから、これを防ぐために金品を与えて媒合させた者も、その媒合者と同じ刑に処すべきである」⁽⁵⁶⁾。

このような議論の後、校正刑法草案原稿(校正第1案)⁽⁵⁷⁾を経て、次の

(55) これに対しポアソナードも「然り」と答えている。(西原他編・前掲書注(13)[資料18]・396頁)

(56) ポアソナードはこの金品を与えて媒合させた者の例として、乳母をつけて育てられた良家の未婚の美しい女性がいることを知った者が、乳母に金品を与えてその乳母に媒合させる場合を挙げる。(西原他編・前掲書注(13)[資料18]・396-397頁)

(57) 西原他編・前掲書注(13)[資料18]・398頁

第12節 風俗を害する軽罪重罪

第7条 人を媒合し20歳以下の男女の淫行を誘起し又は幫助したる者は2月以上1年以下の重禁錮10円以上40円以下の罰金に処す

若し贈物約束脅迫又は其他の方法を以て媒合せしめたる者は前項の犯人と同しく論ず

性的自由領域における刑法と家族法との関係性

(58)
刑法草案第2稿および日本刑法草案確定稿が作られた。

(59)
〈日本刑法草案確定稿〉

第11節 猥褻姦淫重婚の罪

第392条 20歳に満ざる男女の淫行を勧誘して媒合したる者は2月以上1年以下の重禁錮10円以上40円以下の罰金に処す

贈遺結約その他の方法をもってその媒合を囑託したる者また同じ

この規定ぶりからも明らかなように、まず1項ではいわゆる淫行の媒合を、ボアソナードの主張により新設された2項では媒合者に媒合をするようしむけた者をそれぞれ処罰対象としている。もっとも、この草案確定稿が1877年（明治10年11月）に上呈され、それから約1年半後の1879年（明治12年）の6月にその審査を完了し全面的な修正を経た後、元老院で「刑法審査修正案」として審議され、1880年（明治13年）の7月に公布された旧刑法において、淫行勧誘罪は次のように規定され、草案第2稿や確定稿においてボアソナードにより新設された2項が削除されていた。

〈旧刑法（明治13年刑法）〉

第352条 16歳に満ざる男女の淫行を勧誘して媒合したる者は1月以上6月以下の重禁錮に処し2円以上20円以下の罰金を附加す

(58) 西原他編『旧刑法（2）— I』（1995年）[資料9] 日本刑法草案第二稿・385頁

第12節 猥褻姦淫重婚の罪

第402条 20歳に満ざる男女の淫行を誘起し及び幫助したる者は2月以上1年以下の重禁錮10円以上40円以下の罰金に処す

贈遺結約その他の方法によって此罪を犯したる者また同じ

(59) 西原他編・前掲書注（13）[資料18]・361頁

ところが、旧刑法の施行前後に早くも司法省を始めとする政府内部において改正問題が持ち上がり、司法省では旧刑法改正の必要性を認め旧刑法全般にわたる改正作業に着手し、1891年（明治24年）の第一回帝国議会議会に提出することになる1890年刑法改正案（明治23年草案）を編纂することにいたった。この明治23年草案が司法省で編纂される前に、ボアソナードにより作成された刑法改正案があった。このボアソナードの刑法改正案において淫行勧誘罪は、

<明治18年日本刑法草案（ボアソナード刑法改正案⁽⁶⁰⁾）>

第392条 およそ男女の別なく20歳以下の幼者〔又は瘋癲なること顕明なる者〕の1人又は数人の淫行を媒介して勧誘し又は幫助したる者は2月以上1年以下の重禁錮及び10円以上40円以下の罰金に処す
贈与、約束、脅迫その他の方法をもってこの軽罪を構造する媒介を為したる者は共犯人としてこれを論ず

と規定し、刑法草案審査局によって削除された2項をボアソナードは早速、復活させる。したがって、この2項を立案した経緯にてらせば、ボアソナードこの淫行勧誘罪規定を単に淫行の媒合から社会風俗を保護するのではなく、とにかく未成年者らをバターナリスティックに保護することに重点を置く規定として見ていたということになる⁽⁶¹⁾。ところが、明治23年草案において淫行勧誘罪は、旧刑法と同じような規定ぶりでボアソナードが復活させた2項を削除し、次のように立案されたことで、ボアソナードと袂を分かつことになる。

(60) 内田他編『刑法（1）—Ⅱ』（2009年）[資料31] 明治18年「ボアソナードの刑法改正案」・136頁

(61) ボアソナード・前掲書（草案註釈）注（13）・809号（526-529頁）

＜明治23年改正刑法草案＞⁽⁶²⁾

第342条 15歳に満ざる者又は瘋癲、白癡者の淫行を勧誘して媒合したる者は11日以上2月以下の有役禁錮及び5円以上50円以下の罰金に処す⁽⁶³⁾

もっとも、この明治23年草案は第1回帝国議会に提出されたものの審議されることなく終わったため、1892年（明治25年）に新たな刑法改正草案の作成に着手した。その成果が明治28年および30年草案である。この明治28年および30年草案において淫行勧誘罪は次のように規定されることとなった。

＜明治28年および30年草案＞⁽⁶⁴⁾

第229条（第233条） 営利の目的をもって淫行の常習なき婦女を勧誘して姦淫せしめたる者は1年以下の懲役または100円以下の罰金に処す

ここで初めて現行法と同じ「営利の目的」という文言が登場することとなる。この点につき、明治33年「刑法改正案」理由書では「現行法第352条に修正を加えたものであり、現行法は16歳未満の男女の淫行の勧誘媒合を処罰するが、その趣旨がやや広きに失するので、本案はこれを

(62) 内田他編『刑法（1）—Ⅲ』（2009年）[資料44] 明治23年改正刑法草案・191頁

(63) なお明治23年草案では、旧刑法325条の幼者の他に「瘋癲白痴の者」を付け加えたことにつき、明治23年草案の説明書では「瘋癲白痴者は精神を喪失またはそれが不十分な者であり、したがって幼者と同じであるから、この現行法352条に加えることで、改正法はこの点につき現行法の不備を補う」と説明している。（内田他編『刑法（1）—Ⅲ』（2009年）[資料45] 刑法案説明書・219頁）

(64) 内田他編『刑法（2）』（1993年）[資料3・4] 明治28・明治30年「刑法草案」・176頁

改め、第一に営利の目的に出たるものなることを要件とし、第二に淫行の常習なき婦女のみを保護することとする。つまり、営利の目的にでたものでなければこれを罪とする必要はなく、また男子は婦女に比べ保護する必要も少なく、かつ、婦女であってもいつも品行善良で淫行の常習のないものを保護すれば十分である」と説明する⁽⁶⁵⁾。したがって、この時代において実質的に公娼制度が維持されていたことからすれば、おそらく私娼の売春婦と淫行の常習のない良家の婦女とを区別した上で、良家

(65) 内田他編『刑法(2)』(1993年)[資料16] 明治33年「刑法改正案」理由書・564頁：明治32年に行われた第1回刑法連合会で、この30年草案を原案として旧刑法の根本的な改正を行う方針が決定された(内田他編『刑法(2)』(1993年)[資料7] 刑法連合会第1回議事速記録(明治33年6月6日)・300頁)が、明治30年草案は明治28年草案においてその原型がほぼ形作られたことからすると、明治28年草案がどのように立案・審査されたのかが、現行刑法を語る上で非常に重要になってくる。しかしながら、明治28年草案の立案・審査過程の資料である「刑法改正審査委員会議事録」は第1回～76回(公権に対する罪)までの資料しか残っておらず、それ以降の委員会の状況は不明であり(内田他編『刑法(2)』(1993年)・6頁)、またそもそも明治28年および明治30年草案の理由書が発見されていないため、本稿ではとりあえず明治30年草案をベースに議論された明治33年改正案の理由書を見ることで、その代わりとすることとした。なお、公式の理由書ではないが、明治30年草案の解説本として、中島晋治『改正刑法草案理由 罪名編』(1899年)がある。それによれば淫行勧誘罪につき「現行法においては16歳に満たない男女の淫行を勧誘して媒合したる者は云々と規定し、営利の目的があるかどうか婦女に淫行の常習があるかどうかを問わないが、これはいわれなき規定であるがゆえに改正案はこれを区別することとし、そうして営利の目的をもって淫行の常習なき婦女を勧誘し姦淫させる以上は、婦女の年齢を理由としてこれを不問に付すことはできないがゆえに、16歳に満たないとの文言を削除する。(下線は筆者によるもの)また現行法は男子の淫行を勧誘媒合したる者をも罰する規定なれども、わが国の現状において男子にはいまだ婦女のように貞節の重大なものはないがゆえに、これを省きたり。けだし、本条は従来、貞節正しき婦女を勧誘するあるいは男子に通させることで弱者を食い物にするような者を憎み、刑罰をもって排除せんとしたるものなるべし。」とする(183-184頁)。

性的自由領域における刑法と家族法との関係性

の婦女を私娼の売春婦まで墮落させるべきではないとの考慮が少なからずあったようにも思われる。このような説明は、明治33年刑法草案において、明治30年草案第233条を科刑の部分のみ「3年以下の懲役または500円以下の罰金」へと修正した第219条はもちろんのこと、第16回帝国議会上に提出され貴族院でのみ修正可決された明治35年刑法草案の第210条の理由書⁽⁶⁷⁾においても引き継がれている。また議会上に5回提出したいずれの刑法草案も議決されなかったために、明治政府が1906年（明治39年）新たに法律取調委員会を設置し、その委員会で作成された明治39年改正刑法草案の淫行勧誘罪（第197条）にも引き継がれることとなった⁽⁶⁸⁾。

以上の経緯や審議を経て、明治40年刑法草案が1907年（明治40年）1月に第23回帝国議会上に提出され議会上を通過し、公布施行されることとなったのが現行刑法であり、その第182条が淫行勧誘罪なのである。

(66) 内田他編『刑法（2）』（1993年）[資料15] 明治33年「刑法改正案」・486頁

明治33年改正刑法草案（1900年）

第219条 営利の目的をもって淫行の常習なき婦女を勧誘して姦淫せしめたる者は3年以下の懲役又は500円以下の罰金に処す

（なお明治35年改正刑法草案第210条（1902年）は、明治33年草案第219条と全く同じ規定である）

(67) 内田他編『刑法（4）』（1995年）[資料2] 明治35年第16回帝国議会上提出「刑法改正案」理由書・130頁

(68) もっとも、この法律取調委員会の審議において、小河委員が「第197条中『営利の目的をもって』を削り、なお淫行の常習なき16歳未満の婦女を、詭計を用いて姦淫したる者を処罰する法条を設けたい」と発言し、三好委員もこれに賛成するが、採決において賛成少数（賛成2人）にて否決された。さらに小河委員は「（しからば）『営利の目的』を削り『勧誘』を『誘惑』と修正したい」と発言し、またもや三好委員も賛成するが、これも少数（賛成3人）にて否決されることとなった。（内田他編『刑法（6）』（1995年）[資料58] 法律取調委員会委員総会日誌第23回・228頁）

2. 淫行勧誘罪と家族制度

ここで興味深いのは、わが国の淫行勧誘罪において「営利の目的」という文言が出てきた経緯である。もちろん、旧刑法の編纂においてその出発点となったポアソナードの起草々案の中ですでに「平常」という文言が出てきているため、まったく営利目的での淫行の斡旋をその対象としていなかったとまでは言い切れないが、先述したように、ポアソナードはこの淫行勧誘罪を第一義的には未成年者らのパターナリスティックな保護のための規定と考えていたことからすれば、その適用範囲を限定するためとは言え、とりわけ明治28年（および明治30年）草案において淫行勧誘罪に突然「営利の目的」との文言が入り込んできたことに、若干の疑問が残る。

もっとも旧刑法と現行刑法のそれぞれの編纂経緯からすれば、その疑問は解消されるであろう。というのも「旧刑法はフランス刑法、現行刑法はドイツ刑法をモデルにした」という一般的な説明にそのまま当てはまると考えるからである。旧刑法はわが国の近代的な刑法の出発点としてフランス刑法を中心とした西欧の刑法をその基礎としてゼロから作り上げられた一方で、現行刑法はドイツ刑法を参考に旧刑法を改善する中から生まれたのであるから、そのかかわり方は全く異なっている。⁽⁶⁹⁾

そこで、わが国の現行刑法にドイツ刑法がどのようにかかわったかであるが、さまざまな旧刑法改正の動きが活発化する中で、ベルリン大学のベルナーが旧刑法施行の直前にわが国の司法省に「日本刑法に関する意見書」⁽⁷⁰⁾を提出した。その意見書の中で、ベルナーは旧刑法第352条の

(69) 西原春夫「刑法制定史にあらわれた明治維新の性格—日本の近代化におよぼした外国法の影響・裏面からの考察—」比較法学3巻1号（1967年）78-79頁

(70) これは1880年に日本よりベルナーのもとに派遣されドイツに渡った村田保が、ベルナーと数ヶ月にわたり協議し、ベルナーから旧刑法の解釈論的あるいは政策的な問題点を逐条的に詳細に批評した報告書を受け取り、これを提出したものである。本稿においては、このベルナーの意見書につ

淫行勧誘罪について取り上げ、批評を加えている。そこでは、ベルナーははじめに、ドイツにおける淫行勧誘罪が軽媒淫（常習または私利私欲により行われた媒淫）と重媒淫（詐術を用いた媒淫と父母、後見人、僧侶、教師、教育人の媒淫）に区別されているとした上で、次のように述べている。「男女婚姻外に情欲を満たす罪のようなものは、ただ道義心が薄弱であることに基づくものであるがゆえに、ドイツ刑法にこのような規定を置くことは多少容赦するが、媒淫の罪にしては決して容赦しない⁽⁷¹⁾」と。ここで、なぜベルナーはわざわざ淫行勧誘罪を取り上げ、それが必要であるとしていたのかが問題となるが、それはおそらく、急激に進んだ産業化と都市化によって当時のドイツの人々の生活が一変し、それともなって生じた性にかかわる事柄、とりわけ売買春がドイツの社会問題として顕在化してきたことにその一因にあったものと思われる⁽⁷²⁾。

当時のドイツにおいて売買春は、性交は婚姻関係に限定されるとする社会道徳や性病の蔓延により公衆衛生を脅かすとの理由から問題化され、そのような危害をもたらす主たる根源は娼婦にあるとされていた。そこで、娼婦に対する管理を強化することにより売買春の広がりを阻止しようとする政策が一般化することになったのである⁽⁷³⁾。これは、ドイツ刑法で淫行勧誘が禁止されていた一方で、1876年の改正法により風紀警察の取り締り⁽⁷⁴⁾の下で行われる売買春が合法化されたことから裏付けられるであろう。しかしながら、男女の性交を婚姻関係がある場合に限定し、性

き1886年（明治19年）に宮島鈴吉によって翻訳された「ベネルネ氏『日本刑法に関する意見書』」を用いる。

(71) 内田他編『刑法（1）—I』（1999年）[資料25] ベルネル氏「日本刑法ニ関スル意見書」・496頁

(72) 水戸部由枝「ドイツ・ヴィルヘルム時代の売買春撲滅闘争—バーデン邦議会における管理売春制度をめぐる議論を例に—」『政経論叢』77巻3・4号（2009年）322頁

(73) 水戸部・前掲注（72）・325頁

(74) 1876年ドイツ刑法361条6項の原文およびその日本語訳を以下に記し

の交渉を生殖と結びつけて考える市民的な性道徳からすれば、婚姻外の性交である管理売春制度は市民的な性道徳に反するものであり、したがって、それを廃止する方向に向かうことになるはずである。⁽⁷⁵⁾では、どのようにドイツは廃娼の方向に向かったのであろうか。

そもそもドイツにおける女性運動は、1865年に「全ドイツ婦人協会」が設立されたことでその産声をあげる。もっともこの協会の活動の中心は、中産層女性の職業や教育といった問題に集中していた。⁽⁷⁶⁾それゆえに、

ておく。なお、日本語訳は筆者による試訳である。

§ 361. Mit Haft wird bestraft:

6 eine Weibsperson, welche wegen gewerbsmäßiger Unzucht einer polizeilichen Aufsicht unterstellt ist, wenn sie den in dieser Hinsicht zur Sicherung der Gesundheit, der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Anstandes erlassenen polizeilichen Vorschriften zuwiderhandelt, oder welche, ohne einer solchen Aufsicht unterstellt zu sein, gewerbsmäßig Unzucht treibt;

(試訳) 売春のために警察の監督下にある女性が、衛生、公的秩序、公序良俗の保全のために公布された警察規定に違反する、あるいは警察の監督下でない女性が売春を行なう場合、禁固刑に処す。

(75) 実際に1927年の性病撲滅に関するライヒ法の施行により売買春を非合法化した。

(76) 内藤葉子「ドイツ民法典婚姻法批判にみるマリアンネ・ヴェーバーのフェミニズム思想」現代社会研究8巻(2005年)26-27頁:19世紀後半の高度資本主義の発展に伴って消費経済が中心となり、上層女性を中心に「遊惰な生活」という生活態度が現れるようになる。それは夫のステータスの象徴になるとともに、女性が働くことは恥であり、金銭に無知・無縁であることが美德とされる風潮をも生み出した。しかし、この女性の遊惰な生活は夫や父の経済力を前提としていたため、彼らに不測の事態が生じれば簡単に崩壊するものであった。中産層女性もまた、金銭に無知であるべきという美德のもとに夫や父の経済力に依存する状態に留めおかれ、いざというときに自活できる技能や経済力をほとんど持ち合わせてはいなかった。このような不安定な状態から脱するために、中産層女性は教育の権利や職業活動の権利を要求するようになる。要するに19世紀後半は、多くの中産層女性が、教育も受けず職業能力もないことの潜在的な不安を共有し、とくに未婚女性は生きていくために外で働くことを選択した時代であったのである。

西欧の廃娼運動の創始者であるイギリス人のJ・バトラーが1876年に廃娼運動を全ドイツ婦人協会に呼びかけた際にも、同協会は廃娼運動にかかわることを拒否した。そこでG・シャックがこの廃娼運動をドイツで行おうと単独で試み、実際に1880年に「ドイツ文化連盟」という名の支部を作ったが、1886年に警察によってその活動は禁止されることになる。しかしながら、この廃娼運動に関わった女性労働者らは、中産層女性よりも女性の経済的困窮と売春との関係性を理解し、それによりドイツ文化連盟の活動の中から1885年に「女性労働者の利益を代表する協会」が⁽⁷⁷⁾ようやく設立されることになったのである。

このような時代の流れにおいて、売買春が社会問題として共有されることになるのは、1891年に起こったハインツェ事件⁽⁷⁸⁾まで待たなければならない。そうであるとすれば、ベルナーがわが国の司法省に意見書を提出した時代と重なるのは、せいぜいドイツで女性労働者運動が始まった時点くらいまでと見るべきであろう。したがって、廃娼運動が産声をあげた時代、換言すれば、管理売買春が法的に行われていた時代において、それに矛盾する淫行勧誘罪はなぜ必要であったのであろうか。この点につき、ドイツにおいて売春を公的にコントロールする政策が採られたその根本には、ドイツにおける家族制度にあったと思われる。そこでこの時代におけるドイツ家族法につき、先行研究に助けを借りながら見ていくことにしよう。

周知の通り、1900年に統一的なドイツ民法典が施行される以前は、1794年プロイセン一般ラント法（ALR）に依拠していたが、その中でも

(77) 若尾・前掲注(16)・59-60頁

(78) 日暮美奈子「1890年代 ドイツにおけるキリスト教福音派系社会事業と婦女売買一婦女売買撲滅ドイツ国内委員会設立前史一」専修大学『専修史学』第44号（2008年）37-38頁：これは強盗殺人を起こしたハインツェ夫妻が、売春斡旋業者と売春規定に反した廉で過去44回有罪判決を受けていた娼婦であったこと、この事件を知った皇帝自らが、娼婦と売春斡旋業者に対する法的処罰をより厳しくするよう政府に強く要請したものである。

家族法に関連する規定はALRの第2部にあった。⁽⁷⁹⁾ ALRはその第1章「婚姻」の冒頭で「結婚の目的は生殖である」として結婚の目的を定義しており、さらに夫は主であるとの考えが婚姻効力を支配する法原理として規定されていた。⁽⁸⁰⁾ つまり、家父長制度という父権の優越性により、夫と妻は主従関係にあると関係づけるのである。これはドイツにおける18世紀から19世紀初頭にかけて急激な都市化が、夫婦と子供からなるいわゆる核家族を誕生させ、男女間における性格の違いやその役割分担が確立したことに関係があると言えるであろう。すなわち、核家族化することで夫は外で職業労働に従事し妻は家で家事に携わる、つまり「男性は公領域、女性は私領域という性別的な役割分担」を基底として、男性は「強く、逞しく、自立的、攻撃的、能動的、理性的性格をもつ」とされ、女性は「か弱く、優しく、生まれながらにして依存的、防衛的、受動的、情緒的な存在」というイメージが定着していくことになる。それゆえ、この時代においては妻的かつ母親的役割を担う女性、すなわち「家庭を守り子供を養育する」女性こそが市民社会に生きる女性の理想像として定着することになったのである。⁽⁸¹⁾

以上のことから、まず生殖のため、より言えば性愛に基礎をおかない家父長的な結婚は、経済的に自立できない女性を生きていくための手段として妻という地位につかせ、その地位にいる女性に夫への従属を強いるものであったということになる。逆に言えば、夫である男性はこの父権の優越性を根拠に、家庭内において（性的なものも含め）より自由な

(79) そこでは、第1章の「婚姻」、第2章の「親子相互の権利義務」、第3章の「家族における他の構成員の権利義務」、第4章「共有財産上の家族の権利」、第5章「主人と召使の権利義務」という構成で規定されていた。

(80) 鈴木禄弥「近代ドイツにおける家族法」(中川善之助編『家族問題と家族法Ⅰ(家族)』1957年)174頁：夫は事務の決定権、妻の身上、財産に関して攻防する権利義務をもち、妻は夫の意に反する営業は認められず、訴訟能力も制限されていた。

(81) 姫岡とし子『近代ドイツの母性主義フェミニズム』(1993年)22頁

存在、つまり自己の自由領域を拡大することになったのである。それゆえに、性愛の対象を婚姻外に求める夫の、いわゆる性的な放縦も黙認することにもなったのである。その意味で、売買春は家父長制度の象徴であったとも言えよう。⁽⁸²⁾

その一方で、娼婦は先述した女性の理想像からかけ離れた存在、すなわち不道徳な存在であった。したがって、市民社会に生きる女性は、婚姻関係内における性交を生殖と結びつける市民的な性道徳に則った規律的な女性と、そのような理想像からかけ離れ社会における公序良俗を乱す無規律な娼婦に区別されることになる。そして、このような視点は、市民社会に似合わない女性、すなわち娼婦を市民社会から排除する方向へと向かわせる。先述したように、ドイツでは娼婦の生活を完全に管理監督しようとする管理売春制度を1876年刑法改正法において認めたことで売買春を合法化したが、それがかえって、娼婦は性的道徳観に見合わないばかりでなく、性病を蔓延させて社会秩序を乱す好ましくない、市民的性道徳の理想像からかけ離れた女性であるとのイメージを定着させることにつながり、そうであるからこそ、売買春から生じた社会道徳や社会秩序への脅威という売買春にある責任を、娼婦たる不道徳な女性の側⁽⁸³⁾に「すべて」押し付けることになったのである。

したがって、ドイツにおける売春規制（廢娼）の動きは男性側のダブルスタンダードによる性的な被害者として娼婦を保護する視点から生じたものではなく、むしろ社会的に排除するために生じたと言えよう。つまり娼婦は、公的な領域で生きる男性（夫）の見方に盲従する理想的な女性によって作り出された市民社会の「はぐれ者」という意味で、家父長制度の象徴でもあったとも言えるのである。⁽⁸⁴⁾

以上のことから、ドイツにおいて淫行勧誘罪が犯罪化されることになっ

(82) 水戸部・前掲注(72)・323頁

(83) 水戸部・前掲注(72)・325頁

(84) 水戸部・前掲注(72)・323頁

たのは、このような家父長制度を基礎とする家族を崩壊させる存在たる娼婦を生み出すことで、社会の公序良俗を乱すことと関係していたと言え、そして、このような理解はわが国の淫行勧誘罪にも深く浸透していったと考えられるのである。

四. お わ り に

ここまでアメリカの結婚目的婦女誘惑姦淫罪とわが国の淫行勧誘罪、とりわけその保護法益について見てきたけれども、これらのような刑法上規制の対象とされる性交あるいは性交関与行為と、結婚あるいは（その婚姻関係を基礎とする）家族との密接な関係性は、結婚あるいは家族への国家の介入を許容する立場に影響することになる。M・マレーのように、結婚が一定の性犯罪に対する刑罰として利用されてきたとまでは言うつもりはないが、つい最近までわが国の刑法229条に強姦罪をそのルーツとする親告罪規定が存在していた以上、わが国においても国家が結婚にかかわっていたことは否定できない。

たしかに、日本国憲法24条で婚姻関係について規定している以上、このような公的な婚姻関係への国家の不介入はそもそもありえないであろう。つまり、憲法24条1項により婚姻は両性の合意のみに基づいて成立するのであるから、それにしたがって、たとえば同性の婚姻を認めないとすれば、国家は婚姻するという選択への同性者間の合意に介入することになる。しかしながら、憲法に反して、同性の婚姻を認めるならば、そのような選択には国家が介入しないことにもなる。つまり、わが国の憲法で婚姻について規定されている以上、国家が婚姻関係に全く関与しないことはありえないけれども、私的な行為に対する国家の不介入はありえるのである。⁽⁸⁶⁾このことは、各自治体で同性婚におけるパートナーシッ

(85) Murray, *supra* note 20, at 35.

(86) 野崎綾子『正義・家族・法の構造変換』（2003年）68頁

性的自由領域における刑法と家族法との関係性

プ宣誓制度が広がり始めていることからみても明らかであろう。したがって、不関与と不介入は区別されるべきものなのであり、国家の介入から自由な領域を個人に残しておくべきであるという意味での不介入は、なお理想とされるべきものである。⁽⁸⁷⁾

もちろん、結婚は性愛の表現であることには違いない。自らが選んだ人と結婚できることは、人間存在の重要な一面である。もっとも結婚にはダークサイドの一面もある。M・マレーによれば、被告人たる誘惑者が（結婚目的による婦女誘惑姦淫罪において阻却事由として機能する）結婚をし、結婚にともなう責務や義務を履行するならば、彼は逸脱者から、妻や家族を支える責任のある夫へと変身するとし、このことは刑務所と同様、（妻や家族を支えるために永久に続く）労働と自由の剥奪が、潜在的に逸脱する性的傾向がある者を夫に変え、そして生産的な市民として社会に再び参加することを許容する規律を提供するとする。⁽⁸⁸⁾そしてこのような結婚にともなう義務と責任は、非夫婦間の性交によりその道徳性が傷つけられた被害者たる女性に対する規律と救済をも示すとして、妻として一緒に生活することとなる継続的な労働は、売春に向かうという被害者の間違った選択を正すことにもなる。つまり、（被告人と同様）結婚の規律は、被害者を改心させ既婚夫人として社会に再び参加することを許容するのである。⁽⁸⁹⁾

そこでM・マレーは、誘惑者と被誘惑者の両当事者にとって、結婚にともなう義務は、愛や献身の機会を提供するのと同じように、自由の剥奪を課しそれは一生涯にわたるものであったということになり、このように結婚は友愛的なものではなく、厄介な一連の法と社会の義務と同様⁽⁹⁰⁾の特質を備えた微妙で複雑な制度であったと述べる。つまり、結婚は

(87) 野崎・前掲書注(86)・67-68頁

(88) Murray, *supra* note 20, at 36-37.

(89) *Id.*

(90) *Id.* at 37.

阻却事由として機能することで、被告人や被害者を刑法や刑罰から解放すると同時に、家族法という別の制度の枠内に彼らを閉じ込めるものでもある。もちろん家族法は罰を与えないが、結婚にともなう社会的な期待や義務を通じて、家族法の理想に逆らう者らを正し規律化する。この意味で、結婚は市民を教化するための国家的な制度でもあったのである。このような見方は、婚姻関係を根拠とする親告罪規定が最近まであったわが国の結婚制度においても同定されるであろう。それゆえに、国家は個々人の選択である結婚には原則介入しないが、たとえば家族法が想定するような理想の道徳的な結婚像における責務に反するような場合があれば、国家はプライベートな婚姻関係に介入することになるのである。

もちろん、ここまで議論してきた結婚は、核家族化した現代において家族形成の出発点でもある。ではそもそも、現代において家族とはどのように定義され、どのような機能をもってきたのであろうか。この点につき、政治と家族に異なる原理が適用されるとする近代的な公私二元論の起源たるロック的な見方によれば、政治権力は合意に基づくものであり、自由で平等な成年の個人に対しては同意がある場合のみ正当に行使できるものとし、政治社会における統治は契約という自発的な原理によって説明されるが、家族内における家長の支配権は「夫がより有能でより強い」との自然的権威によって説明されるとする。そして家族を自然で私的な（男性、女性、および彼らの生物学的な子供からなる）結合体と考え、その家族内では、家長である夫が妻と子供を支配する代わりに、家族のメンバーに対して経済的な支援を行う義務を負いつつ、家長である夫は公的領域において家族を代表することにもなるのである。⁽⁹²⁾したがって、ロック的な家族とは、社会契約により構成された公的領域たる政治と区別された、私的領域たる自然な結合体であるということになる。

(91) 中山道子『近代個人主義と憲法学』（2000年）94-95頁

(92) 野崎・前掲書注（86）・57-58頁

もっとも、このようなロック的な家族観は、家族の問題を私的領域に押しこめる、すなわち、近代の政治社会は自由主義に基づき、民主的で平等な社会を理想として成立しているけれども、家族はこのようなすべての人の自由と正義という価値観が及ばない領域として位置づけるがゆえに、第2波フェミニズムが、このような家族観は家族の自然性により、女性の自然的な従属あるいは劣位が固定化し隠蔽されると批判したことは周知の通りである。⁽⁹³⁾つまり、家内領域と公共領域を分離し、女性を家内領域にのみ配置する家族において、女性が労働としては評価されない家事や介護や子育て等の活動に時間的空間的に拘束されることで、これが公共領域まで波及し、理想とする民主的で平等な社会に反し、女性は職業労働の場において不利な位置におかれ、社会的地位のうえでも男性に比較して低い位置にとどめおかれたことで社会的経済的な力の男女差が強まり、女性は自律性を失ったのである。したがって、女性の自律のためには、女性に過大な負担になっている家事、育児、介護の負担を男性と平等分担するか社会化することで軽減し、女性の社会参加と職業参加を強めることが求められたのである。⁽⁹⁴⁾個人的なことは政治的なこと(The personal is political.)であり、個人と家族と社会は分離されるのではなく、それらは相互に複雑かつ密接に関連し、それゆえに、公的な領域で個々人は「フェア」に扱われるとするロールズの正義論は、当然、私的領域内においても妥当するということになる。そこでの前提は、多様な家族観をもつ個々人が、多様な家族のあり方を実現できるよう制度化し、社会を変えようとする⁽⁹⁵⁾ことにあると言えよう。

もっとも、先述したように結婚が性愛の表現であることからすれば、結婚を出発点とする家族は性愛を基礎に構成されることになる。ただ、

(93) 江原由美子「フェミニズムと家族」社会学評論 64巻4号(2013) 557-558頁

(94) 江原・前掲注(93)・562頁

(95) 野崎・前掲書注(86)・59-60頁

一般的にこのような性愛に関わる行動内容や感情を公にすることに羞恥心をもっており、それゆえ性愛への社会的介入には強い抵抗感があることから、結局、性愛に関すること、すなわち家族は私的領域であり、国家や社会はそこに介入するべきではないとの公私二元論に戻ることでありそうである⁽⁹⁶⁾。しかしながら、このような家族単位での私的領域は、先述したように男女の不平等を隠蔽し固定化するだけであるから、このような私的領域の維持は家族単位ではなく、個人単位で図られる必要がある。あくまでも、私的領域すなわちプライバシーは個人に属するものである。その意味で、家族は、個々人の「親密な人的なつながり（結合体）」と理解されるべきであるし、そしてこのような親密な人的なつながりは、従来家族単位で与えられていた国家権力から個人を保護する防波堤の機能を担うことになるのであり、それゆえに個々人の多様な家族観が担保されることになるのである⁽⁹⁷⁾。

そこで、このような「親密な人的なつながり」はどのように形成されるのかが問題となるが、それは憲法24条1項の「合意」にその結合のカギが隠されていると考える。そもそも、個々人の親密な人的なつながりの中にある自由とは、自由を享受できる能力があることを前提としている⁽⁹⁸⁾。誤解を恐れずに言えば、個々人にある自由は平等ではなく、自由はそれぞれ違うのである。

デネットによれば「(他の生き物とは異なり) 人間はお互いに何かしてくれと頼めるし、自分自身に何かをしてくれと頼める。また人は頼ま

(96) 江原・前掲(93)・558頁：そうだとすれば、性愛は理性ではコントロールできない深い感情の領域であり、性愛関係の外にいる人々にとっては理解しがたい感情も含まれるのであるから、家族に関することは「正義」のような合理的規範によって判断されるべきではないということになる。

(97) 野崎・前掲書注(86)・72-73頁：その意味では、たとえば同性婚も当然に認められることになる。

(98) Daniel Dennett, *Freedom Evolves* (2004), at 251. なお日本語訳として、ダニエル・C・デネット『自由は進化する』山形浩生訳(2005)がある。

れて何かができるだけではない。何をしているのか、なぜそうしているのかとの間にも答えられる。理由を尋ね、答えるという行動に従事できるのである。この種の間は自分自身にも向けられるし、それにより作り出された『自発的 (voluntary)』な行動こそが、人間を (他の生き物とは異なる) 別格な存在にするのである。自発的な行動は自分自身や自分自身の生き方を意味あるものにしようとする過程でなされる決断から生じるのである⁽⁹⁹⁾とする。

たしかに、人によってできたり、できなかつたりすることは、各人にある自由に違いがあることを裏付けるけれども、人はコミュニケーションを積み重ねることで、自分自身を縛っていた制約、すなわち不自由さに徐々に変更を加え、上書きを重ねることで自由を実現し、また変更することはできなかったとしても、少なくとも補うことはできるのである。もちろん、個々人の自由享受能力は一定なのではなく、コミュニケーションを重ねることで拡大することができる。つまり、人は、できなかつたことができるようになることで、自らの自由の範囲を無限に拡大していくことができる存在なのである⁽¹⁰⁰⁾。換言すれば、コミュニケーションを基礎とする自発的な行動により、人の自由は進化するのである。

このような自由の理解は、性愛の表現である結婚にも妥当する。結婚をするとの選択に合意するとのコミュニケーションを互いに取りすることで、それぞれに保証された自由領域を拡大することになる。もちろん、個々人に保証されている自由は1つだけではなく、様々な自由があるのであるから、たとえば結婚により自分の人生の自由を部分的にトレードオフすることで、衣食住に関する自由を手に入れるだけでなく、それらのような自由を拡大することにもなろう。そして、女性の自律のために必要

(99) *Id.*, at.

(100) 山形・前掲書注(98)・440-441頁：この点につき、山形は「近視のぼくが眼鏡でそれを補うのは、肉体・遺伝的制約からの自由を獲得したことになる」と説明する。

な、労働としては評価されてこなかった（家事や介護や子育て等の）無償労働の家族内での分配も、女性自らが無償労働を負うとの決断、すなわちコミュニケーションを重ねる中で作り出された自発的な行動を基礎とされるべきである。そうすることで、家族内の無償労働の分担は、当該家族構成員間の「フェア」な合意によって家庭内で制度化されることになるのである。

では、身体的自由、とりわけ女性の性的自由についてはどうであろうか。ロック的な公私二元論を基礎とする家族において、女性は「性と生殖」の領域で性的に「人身の自由」を奪われ、また自分の身体を「生殖の道具」とすることを強いる社会規範に縛られてきた⁽¹⁰¹⁾。このような近代家族における女性は、家族の本質をもつものとして位置づけられ、逆に家族は、女性にのみ結びつけられてきたのであり、近代家族の家長としての男性は、妻という女性を自分の意思の下で、女性の身体および労働を所有することが、家族を作ること（結婚）だとされてきたのである⁽¹⁰²⁾。したがって、近代家族は、社会から家族領域が私的領域として位置づけられる、すなわち社会からの介入を防ぐ領域と位置づけられつつも、その私的領域において女性は自らの身体に関してさえ、自分の個人的なプライベートな領域に対する男性や家族や社会からの介入を拒否できないという矛盾をはらんだ類型であることになるがゆえに、第2波フェミニズムは近代家族を否定する方向に向かった。つまり、女性が自分自身の意思をもち、女性自身の身体および労働を自らのものにする⁽¹⁰³⁾ことは、このような近代家族を破壊することと同じとなるのである。

したがって、民主的な現代において、このような家父長制度を中核とした近代家族が破壊された以上、女性の性的自由は、自らの意思のもとにおく、すなわち性と生殖の過程自体を女性のプライベート領域に位置

(101) 江原・前掲注(93)・563頁

(102) 前掲注(80)

(103) 江原・前掲注(93)・563-564頁

性的自由領域における刑法と家族法との関係性

づけることで、まさに立ち入ることができない個人の基盤の1つとなるのである。それゆえに、女性の自律にとって重要なのは、意思に反した性行動や生殖を強要されない自由ということになり⁽¹⁰⁴⁾、換言すれば、それぞれの家族構成員に対し自己自身の欲求を追求する自由をフェアに認め制度化することで、それこそが家族全体、より言えば社会全体の幸福実現につながるといことになるのである⁽¹⁰⁵⁾。

このような視点は、わが国の刑法にも同定されるであろう。すなわち、もはや家父長制度を理想とはしていないわが国の家族法の現状に照らせば、わが国の淫行勧誘罪の保護法益につき、売春規制というよりはむしろ個人的な方向、すなわち未成熟な女性の性的自由のパターナリスティックな保護というボアソナードが目指していた方向に再度、舵を切ることが理想となるであろうし、また今回の性犯罪の改正においてはその新設は見送られたけれども、多様な家族観を基礎とする家族の個人化という観点からすれば、まさに当該家族構成員の個人の基礎となる性的自由が害されることになる夫婦間強姦も、それぞれの家族構成員の性的自由を実現するための具体的な制度として刑法が婚姻関係（家族）に介入することを明確にする⁽¹⁰⁶⁾、すなわち明文化する方向で再検討するべきであると考えるのである。

(104) 井田はこの女性のプライベート領域を身体的内密領域と呼び、性犯罪の保護法益は、この身体的内密領域の防御権たる性的自己決定権であるとする（井田・前掲書注（3）・104-105頁）。もちろん、性的中立化という観点からすれば、これは女性だけでなく、男性にも認められる自由である。

(105) 平尾透『倫理学の統一理論』（2000年）306-310頁

(106) 夫婦間強姦の立法化を示唆するものとして、齊藤豊治「性刑法の改革と課題」犯罪と刑罰第26号（2017年）77-78頁がある。