



# HOKKAIDO UNIVERSITY

|                     |                                                                                                 |
|---------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Title               | 家庭内犯罪に関する横断的研究                                                                                  |
| Author(s)           | Zuo, Xingyu; 左, 婷雨                                                                              |
| Degree Grantor      | 北海道大学                                                                                           |
| Degree Name         | 博士(法学)                                                                                          |
| Dissertation Number | 甲第16203号                                                                                        |
| Issue Date          | 2025-03-25                                                                                      |
| DOI                 | <a href="https://doi.org/10.14943/doctoral.k16203">https://doi.org/10.14943/doctoral.k16203</a> |
| Doc URL             | <a href="https://hdl.handle.net/2115/95109">https://hdl.handle.net/2115/95109</a>               |
| Type                | doctoral thesis                                                                                 |
| File Information    | Zuo_Xingyu.pdf                                                                                  |



学位論文

# 家庭内犯罪に関する横断的研究

北海道大学大学院法学研究科

法学政治学専攻 博士後期課程

左 倅雨

## 家庭内犯罪に関する横断的研究

左 焯雨

### 論文目次

|                                   |    |
|-----------------------------------|----|
| 序章.....                           | 1  |
| 第一節 問題の提起 .....                   | 1  |
| 1. 激変の時代の中、私たちにとって家庭とは何か？ .....   | 1  |
| 2. なぜ「家庭」が国境を越えられるテーマであるか？ .....  | 1  |
| 3. 関係が親しければ親しいほど傷つけやすい？ .....     | 2  |
| 第二節 近時の各国での家庭に関する立法の概況 .....      | 3  |
| 一 東アジアにおける「家庭」に関連する刑法の規定の概況 ..... | 3  |
| 1. 日本 .....                       | 3  |
| 2. 中国 .....                       | 4  |
| 3. 韓国 .....                       | 6  |
| 4. 台湾 .....                       | 7  |
| 二 欧米諸国における「家庭」に関連する刑法の規定の概況 ..... | 8  |
| 1. ドイツ .....                      | 8  |
| 2. フランス .....                     | 9  |
| 3. イギリス .....                     | 11 |
| 4. アメリカ .....                     | 13 |
| 三 小括 .....                        | 16 |
| 第一章 社会制度の一つとしての家庭制度 .....         | 18 |
| 第一節 家庭の変容 .....                   | 19 |
| 1. 家庭の定義について .....                | 19 |
| 2. 夫婦からカップルへ .....                | 20 |
| 第二節 自律への尊重と幸福の保障 .....            | 21 |
| 第二章 考察の基本的な理論の展開 .....            | 25 |
| 第一節 広義の責任 .....                   | 25 |
| 1. 「暴力」と責任 .....                  | 25 |
| 2. 陪審制度と責任 .....                  | 29 |
| 第二節 道徳と責任 .....                   | 30 |
| 第三節 社会危害性に対する認識 .....             | 36 |
| 第四節 「合理的一般人」と「素人」 .....           | 38 |

|                                    |     |
|------------------------------------|-----|
| 一 「合理的一般人」について.....                | 39  |
| 二 「素人」について.....                    | 40  |
| 第五節 小括.....                        | 42  |
| 第三章 親族相盗例をめぐる家庭内における財産犯罪の考察.....   | 46  |
| 第一節 親族相盗に関する規定・議論および裁判例.....       | 46  |
| 1. ドイツ.....                        | 46  |
| 2. 日本.....                         | 49  |
| 3. 中国.....                         | 54  |
| 第二節 親族間の財産犯に関する若干の検討.....          | 60  |
| 1. ドイツ、日本、中国における親族間の窃盗に対する整理.....  | 60  |
| 2. 英米法における親族相盗の示唆.....             | 61  |
| 第四章 家庭内での自由は侵害されやすいか.....          | 64  |
| 第一節 家庭内における性的自己決定権.....            | 65  |
| 第二節 プライバシーに対する保護と秩序の維持.....        | 67  |
| 第三節 ドイツの近親相姦について.....              | 69  |
| 1. ドイツ近親相姦に関する規定と検討.....           | 69  |
| 2. 連邦憲法裁判所判決.....                  | 71  |
| 第四節 「Yes, I do」はどこまで同意するのか.....    | 77  |
| 1. ドイツの判例と検討.....                  | 77  |
| 2. 日本の判例と検討.....                   | 79  |
| 3. 中国の判例と検討.....                   | 82  |
| 第五節 結婚を目的とする人身取引と強制結婚.....         | 87  |
| 1. ドイツ.....                        | 87  |
| 2. 中国.....                         | 90  |
| 3. 日本.....                         | 92  |
| 第六節 小括.....                        | 92  |
| 第五章 保護を提供すべき家庭が保護の弱化をもたらす場として..... | 94  |
| 第一節 尊属殺・卑属殺について.....               | 94  |
| 一 尊属殺.....                         | 94  |
| 1. 尊属殺に関する基本的な検討.....              | 94  |
| 2. 日本における尊属殺違憲判決について.....          | 95  |
| 二 卑属殺.....                         | 98  |
| 三 小括.....                          | 99  |
| 第二節 カップル間の殺人.....                  | 99  |
| 1. DV への反撃殺人に関する正当防衛論について.....     | 99  |
| 2. DV への反撃殺人を「故殺」として取り扱うドイツ判例..... | 100 |

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 第三節 安楽死と家庭・家族 .....   | 101 |
| 第四節 暴力と虐待 .....       | 102 |
| 第五節 遺棄と扶養義務の違反 .....  | 105 |
| 1. ドイツ .....          | 105 |
| 2. 日本 .....           | 106 |
| 3. 中国 .....           | 107 |
| 第六節 小括 .....          | 108 |
| 終章 .....              | 109 |
| 第一節 論述の収束 .....       | 109 |
| 1. 本稿の用語についての整理 ..... | 109 |
| 2. 本稿の総括 .....        | 110 |
| 第二節 発展的問題 .....       | 112 |

## 序章

### 第一節 問題の提起

#### 1. 激変の時代の中、私たちにとって家庭とは何か？

新型コロナウイルスは収束したが、その影響は依然として世界的に残っている。パンデミックの影響で在宅勤務やリモート授業が普及し、自宅や固定の住所で過ごす時間が大幅に増加した。これにより、人間活動の主要な舞台が「家庭」に移行する中で、「家庭」という人間関係を構成する特定の場所が、個人主義が主流となる社会において再び注目を集めている。

詩人ジョン・ダン (John Donne) の言葉にあるように、「No man is an island entire of itself; every man is a piece of the continent, a part of the main.<sup>1</sup>」すなわち、私たちは孤立して生きているのではなく、他者との関わりによってこの世界を築いている。個々の人間は小さな存在であるが、他者との無数の結びつきによって、多様な世界が形成されるのである。

家庭は、古今東西においてよく見られる人間の結びつきの形態の一つであり、個人、社会、そして国家の機能に影響を与えている。家庭という言葉は同じであっても、社会制度の一つとしての家庭制度は従来の形態を維持しているわけではなく、時代の変化に伴い新たな変化を遂げている。個人が家庭に従属するのか、家庭が個人の上位に位置する社会構成単位であるのか、または今後、家庭という制度がなくても幸福が実現可能なのか、これらの問いが浮かび上がっている。このように、刑法の観点だけでなく、家庭とは何かについて見直す必要があるように思われる。

#### 2. なぜ「家庭」が国境を越えられるテーマであるか？

宗教、民族、国籍、年齢、性別及び性的志向に限らず、血縁、姻縁、共同生活の契約など様々な関係は網のように個人を囲んでいる。個人生活のレベルでは、「家庭」を築く、離れる、あるいはその中に留まる選択は、人生において避けられない一部分である。

伝統社会から近代社会への転換中に、「大脱嵌(だいだっかん) (the great disembedding)」<sup>2</sup>が起きていた。ヨーロッパ中世は神に主宰された神意的世界である一方、古代中国は「家

---

<sup>1</sup> ヘミングウェイ著書『誰がために鐘は鳴る ((For Whom the Bell Tolls))』の冒頭。

<sup>2</sup> 大脱嵌とは、個人を伝統的な地方性、宗教性、共同体から切り離し、共同体に依存する構造から独立させる過程を指す。この過程は、集団や神学的秩序を基盤とする社会から、個人の自治と世俗的秩序を基盤とする社会への転換を反映している。その主要な特徴として以下が挙げられる。① (個人化) 個人が自主権を持つことを強調し、個人の存在が社会の基本単位とみなされる。② (世俗化) 宗教の支配ではなく、理性と法律に基づいて社会の秩序が形成される。③ (機能の分化) 経済、政治、宗教など、社会の異なる領域がそれ

国天下」という共同体である。当時、個人の行動や生活はこれらの枠内で理解され、しかも価値の正当性が認められた。17 世紀ヨーロッパの科学革命と宗教革命の後、個人は次第に神意から解放され、自主性を得た。中国にも清朝の末期から大脱嵌が発生し、個人は共同体から解放され、独立した<sup>3</sup>。しかし、個人の独立は完全な孤立を意味せず、家庭内、社会及び国家と法律などのいくつかのカテゴリーでの「個人」は必ずしも一貫せずともよい。つまり、個人の自由と利益を一定の秩序内で議論しなければ、意味がないのである。さらに、法律や社会の秩序は個人を理解するうえで、形成されるものである。理論のレベルで見ると、「家庭」は公と私との秩序、及び個人の自由と利益を理解する糸口となる。

後に紹介するように、地域に限らず、ほとんどの刑法は家庭についての事情を取り上げている。本稿は、家庭内犯罪に対する基本的な考え方を国境を越えて探り出しようとするものである。

### 3. 関係が親しければ親しいほど傷つけやすい？

人間の基本的なあり方は、大まかに言うところ「個人」「身近な関係」「社会的な関係」の3つに分けられる<sup>4</sup>。「個人」と「社会」の二元論を採ると、「個人」「身近な関係」を自律性が発揮すべき領域、「社会的な関係」を社会的な義務や規範を果たすべき領域といった二つに分けられる。

「社会的な関係」という領域における犯罪は、刑法の規定をそのまま適用するのは当然であるが、「個人」「身近な関係」における犯罪は、どのように個人の自由や自律性を保ちながら制裁するのが妥当であるかは問題となっている。

「身近な関係」は相互性と持続性を有している<sup>5</sup>。この関係は単なる個人の集まりではなく、特定の共通認識に基づいて結ばれた関係であり、また一時的な接触ではなく、一定の期間にわたって継続する関係である。「(犯人は) 常に夫だ It's Always the Husband」と言われるように、端的に言えば、関係が親しければ親しいほど傷つけやすいだろう。なぜならば、第一に、家族や配偶者などとの関係は人間関係の礎石であり、第二に、身近な関係は常に活動と居住の共同範囲を画定し、第三に、親しい関係の中で生じる摩擦は、人間の精神的・身

---

ぞれより独立性を持ち、相互の関連性が希薄化する。Charles Taylor は、大脱嵌を現代社会の形成における重要な過程の一つと位置づけた。この概念は、現代社会の自由と多様性の起源を解釈する上で有用であるだけでなく、共同体からの切り離しが引き起こす不安定感や孤立感にも焦点を当てている。Charles Taylor. *Modern social imaginaries*, Duck University Press (2004), pp.49-67.

<sup>3</sup> 許紀霖「現代中国的家国天下与自我认同」复旦学报(社会科学版) 2015 年第 5 期 46 頁。

<sup>4</sup> 平尾昌宏『人間関係ってどういう関係?』(筑摩書房、2024 年) 30-35 頁。

<sup>5</sup> 平尾・前掲注 (4) 41-51 頁を参照。

体的状態に強い影響を与えやすいからである。さらに、近しい関係における犯罪は、その密室性ゆえに発覚しにくく、発見されるまでの間に被害者を救出するのが難しいという特徴を有する。

前述の背景で、家庭内犯罪についての考察は、今日の家庭の本質を究明しようとするものであり、刑法の機能がどのように家庭という特別な場で果たすのかを意識しながら論述を展開していきたい。

## 第二節 近時の各国での家庭に関する立法の概況

### 一 東アジアにおける「家庭」に関連する刑法の規定の概況

前述のように、東アジア諸国では「家庭」・「親族」に対する理解が類似している。この特徴が各国の刑法の規定や家庭内暴力に関する特別法などに具現化されている。

#### 1. 日本

日本刑法は明文をもって「家庭」・「親族」を定義していない<sup>6</sup>。それにもかかわらず、条文の中に家庭に関連する概念や用語が存在している。まず、例えば、犯人隠匿及び証拠隠滅の罪は親族による犯罪に関する特例（第 105 条）が規定されており、刑を免除することができる。また、重婚罪（第 184 条）の規定は未だに存在している。監護者わいせつ及び監護者性交等（第 179 条）は「監護者」という身分を成立要件としている。遺棄の罪（第 217 条～第 219 条）においては、「扶助を必要とする者」を遺棄するという単純遺棄と保護責任者遺棄に分けられる。さらに、遺棄致死傷は「傷害の罪と比較して、重い刑により」処される。

次に、財産犯では親族の特例が規定されている。窃盗（第 235 条）または不動産侵奪（第 235 条の 2）には親族間の特例（第 244 条）がある。ここでの「親族」は「配偶者、直系血族又は同居の親族」を指しており、親族間で犯した罪は刑が免除される。さらに、前述の親族以外の親族との間で犯した同犯罪は「告訴がなければ公訴を提起することができない」とされる。なお、このような親族特例は「親族でない共犯については、適用しない」。さらに、盗品譲受け等（第 256 条）には親族間の特例（第 257 条）があるが、規定する親族以外の親族についての公訴提起の制限はない。

他方で、以下の条文は直接に「家庭」に関わらないように見えるが、その背後にある「家庭」との関連性が全くないとは言えない犯罪類型である。非現住建造物等放火、建造物等以

---

<sup>6</sup> それに対して、ドイツ刑法第 11 条（Angehöriger）、スイス刑法第 110 条（Angehörige, Familiengenossen）は明確に「親族」・「家族」の範囲を画定する。

外放火について、差押え等に係る自己の物に関する特例（第 115 条）、「配偶者居住権が設定され」る場合において、「これを焼損したときは、他人の物を焼損した者の例による」。非現住建造物等浸害（第 120 条）、自己の物の損壊等（第 262 条）において、配偶者居住権が設定される場合に関しては、類似している規定がある。また、営利目的等略取及び誘拐（第 225 条）において、「結婚」という目的で人を略取又は誘拐すると、未成年者略取及び誘拐（第 224 条）よりも重い刑罰が科される。人身売買（第 226 条の 2）において、「結婚」の目的で、「人を買収した者」または「人を売り渡した者」は同条の罪が成立する。

## 2. 中国

日本と同様に、中国刑法では明確な「家庭」・「親族」の定義がないが、婚姻を特別に保護するための婚姻の自由に対する暴力干渉罪、重婚罪、軍婚破壊罪<sup>7</sup>（第 257 条～第 259 条）などの規定が存在している。

また、中国の刑法規定は、刑法それ自体だけではなく、司法解釈も含められる。近年、刑事立法活動が活性化しており、全体的な改正計画ではなく、臨時立法による条文と刑事司法解釈が少なくない。その中に、殺人罪（第 232 条）と傷害（致死）罪（234 条）の死刑適用に関する司法解釈<sup>8</sup>において、「婚姻家庭」におけるトラブルが引き起こした殺人事件では、「犯罪情状が極めて悪質、犯罪結果が極めて重大、人身危険性が極めて高い」被告人を除き、死刑を判決しないことが可能となっている。また、長期間、家庭内暴力を受けている被告人の場合には、もし被害者に著しい過誤あるいは直接の責任があり、前述の除外状況がない限り、故意殺人罪の「情状が比較的軽い」ものと考えられている。

窃盗罪、詐欺罪、恐喝罪（第 264 条、第 266 条、第 274 条<sup>9</sup>）などの財産犯に関する司法

---

<sup>7</sup> 中国刑法第 259 条（軍婚破壊罪）①現役の軍人の配偶者であることを知りながら、これと同居し又は結婚した者は、3 年以下の有期徒刑に又は拘役に処する。②職権又は上下関係を利用し、脅迫をお用いて、現役軍人の妻を姦淫したときは、この法律の第 236 条（強姦罪）の規定により罪を認定し、処罰する。

軍婚破壊罪の保護法益は、軍人の婚姻関係および軍人の戦力に基づく社会の安定である。本条における現役軍人の配偶者は、法律上の配偶者に限られ、婚約者や交際相手は含まれない。軍婚破壊罪は、重婚罪の特別な一種であるが、個人法益よりも国家的法益の側面が強いと、特別に取り扱われる。刘宪权編著『刑法学（第 5 版）』（上海人民出版社、2020 年）613 頁。

<sup>8</sup> 最高人民法院「关于审理故意杀人、故意伤害案件正确适用死刑问题的指导意见」（2009 年 8 月 3 日）。

<sup>9</sup> 関連する司法解釈は最高人民法院、最高人民检察院「关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释」（2013 年 4 月 2 日）「关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释」（2011 年 3 月 1 日）「关于办理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题的解释」（2013 年 4

解釈では、「近親」の特例があり、近親である者は犯罪とされないこともありうる。刑事責任を訴追する必要があるれば、その刑を酌量して軽く処する。

身分関係が成立要件となる虐待罪（第 260 条）では、行為の対象が「家庭の構成員」と明確に定められている。被監護・被介護者虐待罪（第 260 条の 1）は「未成年者、病者、身体障害者」を挙げる。遺棄罪（第 261 条）に関する司法解釈<sup>10</sup>は、「遺棄による家庭暴力」を規定している。また、影響力収賄罪（第 388 条の 1）、影響力行使者への贈賄罪（第 389 条の 1）の規定<sup>11</sup>においても、「公務員の近親または公務員と親しい関係にある者」という概念が登場する。ここでの「公務員と親しい関係にある者」を当該公務員と内縁関係にある者と解することができる。

また、中国刑法は女性・児童に対して、特別な保護をしている。例えば、後見・介護等責任者強姦性交罪（第 236 条の 1）、女子児童誘拐売買罪（第 240 条）が規定されている。不

---

月 23 日）を参照。

<sup>10</sup> 最高人民法院、最高人民検察院「关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见」（2015 年 3 月 2 日）。

<sup>11</sup> 中国刑法第 388 条の 1（影響力収賄罪）①公務員の近親又は公務員と親しい関係にある者が、当該公務員の職務上の行為を通じ、又はこの公務員の職権若しくは地位により形成された有利な条件を利用して他の公務員の職務上の行為を通じ、請託者の不正な利益を図り、請託者に財物を要求し又は請託者から財物を収受し、数额が比較的に大きいとき又はその他の比較的重い情状があるときは、3 年以下の有期徒刑又は拘役に処し、罰金を併科する。数额が非常に大きいとき又はその他の思い情状があるときは、3 年以上 7 年以下の有期徒刑に処し、罰金を併科する。数额が極めて大きいとき又はその他の特に重い情状があるときは、7 年以上の有期徒刑に処し、罰金又は財産の没収を併科する。②退職した公務員又はその公務員の近親若しくはその公務員と親しい関係にある者が、当該退職した公務員の元の職権又は地位により形成された有利な条件を利用し、前項の行為を行ったときは、前項の規定により罪を認定し、処罰する。（この条文は、2009 年の刑法改正により追加されたものである。）中国刑法第 389 条の 1（影響力のある者に対する贈賄罪）①不正な利益を図る目的で、公務員の近親者、公務員と親しい関係にある者、または退職した公務員、退職した公務員の近親者もしくは親しい関係にある者に賄賂を提供した者は、3 年以下の有期徒刑または拘役に処し、罰金を併科する。情状が重い場合、または国家の利益に重大な損害を与えた場合は、3 年以上 7 年以下の有期徒刑に処し、罰金を併科する。情状が極めて重い場合、または国家の利益に極めて重大な損害を与えた場合は、7 年以上 10 年以下の有期徒刑に処し、罰金を併科する。②法人が前項の罪を犯した場合、その法人に罰金刑を科すとともに、直接責任を有する担当者およびその他の直接責任者に対し、3 年以下の有期徒刑または拘役に処し、罰金を併科する。（この条文は、2015 年の刑法改正により追加されたものである。）

法利得のため実子を売渡する者が 240 条の罪に該当する<sup>12</sup>。それ以外にも、売春組織罪、売春強要罪、組織売春援助罪（第 358 条<sup>13</sup>）について、未成年者であることが加重事由であり、当該未成年者に対して特殊の義務を負う者または「共同家庭生活関係」がある者はさらに厳しく処罰される。

### 3. 韓国<sup>14</sup>

韓国刑法典の構造は日本刑法典に類似し、家庭に関連する条文も近似している。犯人蔵匿罪（第 151 条）、証拠隠滅罪（第 155 条）では親族間の特例が定められる。上記の罪を犯す者は親族関係があれば処罰されない。ただし、この二つの条文での親族関係は、前者では「親族または同居の家族」とされ、後者では「親戚または同居の家族」とされる。

また、328 条「親族間の犯行及び告訴」<sup>15</sup>の規定を、権利行使妨害（第 323 条）、窃盗（第 329 条）、詐欺および恐喝の罪（第 347 条～第 353 条）、贓物に関する罪（第 362 条～第 364 条）に準用している。ここでの身分関係が刑を減輕または免除する根拠となっている。しかし、「身分関係がない共犯に対しては例外とする」（第 328 条、第 365 条）としている。

韓国の尊属犯罪の存在は日本刑法と大いに異なるように思われる。殺人の罪において、尊属殺人（第 250 条第 2 項）を規定する。尊属殺人を犯すと「死刑または無期もしくは 7 年以上の懲役」という極めて重い刑罰まで科される。傷害及び暴行の罪の章では、尊属傷害・重傷害・傷害致死（第 258 条第 3 項、第 259 条第 2 項）、尊属暴行（第 260 条第 2 項）を規定する。その中で、暴行、尊属暴行は「被害者の明示する意思に反して公訴を提起することができない」（第 260 条第 3 項）と規定している。また、尊属遺棄（第 271 条第 2 項）、尊属虐待（第 273 条第 2 項目）、尊属遺棄等致死傷（第 275 条第 2 項）、尊属逮捕、尊属監禁、監禁・逮捕等の致死傷（第 276 条第 2 項、第 281 条第 2 項）、尊属脅迫（第 283 条第 2 項）などが規定されている。これらの生命や身体・自由に対する罪における尊属は「自己または配偶者の直系尊属」を指す。さらに、生命に対する犯罪の刑罰は、死刑まで可能である。こ

---

<sup>12</sup> 最高人民法院、最高検察院、司法部「关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见」（2010 年 3 月 15 日）。

<sup>13</sup> 最高人民法院、最高検察院、公安部、司法部「关于依法惩治性侵未成年人犯罪的意见」（2013 年 10 月 23 日）。

<sup>14</sup> 刑法典和訳は金日秀＝徐輔鶴著、斉藤豊治＝松宮孝明監訳『韓国刑法総論』（成文堂、2019 年）619-661 頁を参照。

<sup>15</sup> 韓国刑法第 328 条（親族間の犯行及び告訴）①直系血族、配偶者、同居親族、同居家族またはその配偶者間の第 323 条の罪は、その刑を免除する。②第 1 項以外の親族間で第 323 条の罪を犯したときは、告訴がなされて公訴を提起することができる。③前 2 項の身分関係のない共犯に対しては、前 2 項を適用しない。

れらの場合には、「尊属」という加重事由が不法を加重していると考えられる<sup>16</sup>。

そのほかの点では、嬰兒殺罪（第 251 条）、嬰兒遺棄（第 272 条）は行為者が「直系尊属」であることを要求する。児童酷使（第 274 条）における児童が「自己の保護または監督を受ける 16 歳未満の者」に定められる。なお、日中両国と異なり、韓国には婚姻に対する罪は存在しない。

#### 4. 台湾<sup>17</sup>

中華民国刑法の第十七章は「婚姻を妨害する罪及び家庭罪」を題目とする。この章では重婚罪（第 237 条）、婚姻詐欺罪（第 238 条）、家庭脱離和誘罪（第 240 条）、家庭脱離略誘罪（第 241 条）、家庭脱離者を海外に移送する罪（第 242 条）、営利・わいせつ・性交の目的で家庭脱離者を譲受け、隠匿又は隠ぺいする罪（第 243 条）を規定する。上述の罪名は「家庭」あるいは「婚姻」を構成要件として明確に規定している。また、直系血族尊属に対する（傷害結果のない）暴行罪（第 281 条）、血族和姦罪（第 230 条）などの罪は親族の身分を犯罪の成立要件とする。

それ以外に、直系血族、配偶者又は同居親族の間で、窃盗、横領、詐欺、背信、盗品に関する罪を犯す者には、刑を免除することができる（第 324 条、338 条、343 条、351 条）。これらの罪は財産犯である。また、犯人の配偶者、五等内親族の血族あるいは三等内姻族が逮捕された犯人を解放し又は脱走を幫助した場合（第 162 条第 5 項）や、犯人隠匿及び証拠隠滅罪（167 条）を犯した場合には、刑を必ず減輕または免除する。

韓国と同様に、台湾ではまだ尊属犯罪が存在し、しかも尊属関係を刑罰加重事由とする。具体的には、直系血族尊属誣告罪（第 170 条）、直系血族尊属死体侵害罪（第 247 条～250 条）、直系血族尊属殺害・傷害罪（第 272 条、277 条、278 条、280 条）、直系血族尊属遺棄罪（第 294 条、295 条）、直系血族尊属の行動自由の剥奪罪（第 302 条、303 条）などである。

以上の各国の刑法典の規定は主に①親族関係に基づいて、刑を減輕あるいは免除する規定、②親族関係に基づいて、刑を加重する規定、③親族関係が構成要件とされる規定、④婚姻・家庭を保護する規定に分類することができる。また、告訴がなければ公訴提起ができないとする条文は、家庭の自治を認める立法者の立場を示していることがわかる。

また、家庭内暴力に対する法的規制に関する議論が盛んでいる今日、東アジア諸国はこの

---

<sup>16</sup> 金＝徐・前掲注（14）85 頁。

<sup>17</sup> 台湾刑法条文は <https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?pcode=C0000001> を参照。親族犯罪に関する規定のまとめは謝如媛「刑法規範下的家庭秩序」台湾國立大學法學論叢第 35 卷第 6 期（2006 年）294-295 頁を参照。

世界の潮流に沿い、各自に家庭内暴力に関する法律を制定・改訂している。2022 年までに設けられた家庭内暴力に関する法律は日本「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律」(2001 年成立・2019 年改正)、中国「反家庭暴力法」(2015 年成立)、韓国「家庭暴力の処罰等に関する特例法」(1997 年成立・2006 年改正)、台湾「家庭暴力防治法」(1998 年成立・2020 年改正)である。

上述の特例法は「特別な」という点では一致しており、主体の身分関係などについての定義を明らかにしている。しかし、これらの法律における定義及び身分関係の判定基準がそのまま刑法の規定に適用されるかどうかについてはさらに検討する余地がある。

家庭内暴力(ファミリーバイオレンス)は広義の「児童虐待、配偶間暴力、元配偶者または恋人間のストーキング、そして高齢者虐待など」<sup>18</sup>と解するが、社会活動・法的対応は主に「配偶間暴力、元配偶者または恋人間のストーキング」に関心を払っていると言えよう。

## 二 欧米諸国における「家庭」に関連する刑法の規定の概況

### 1. ドイツ

前述の通り、ドイツ刑法第 11 条には「親族」の定義が明確に示されている。親族関係は血族または姻族の関係に基づくものである。そして、「家族内」という要素が明確に書かれる「家族内の身分関係、婚姻および家族に対する犯罪行為」という章があり、具体的に家族内の身分関係の偽り(第 169 条)、扶養義務の違反(第 170 条)、配慮義務または教育義務の違反(第 171 条)、重婚、二重の生活パートナーシップ(第 172 条)、親族間の性交(第 173 条)といった規定は設けられている。また、当章に規定されていないが、婚姻に対する犯罪ないし人身の自由に対する犯罪としての強制結婚(第 237 条)の罪もある。

上述の家庭と直接に関係する条文以外では、被保護者に対する性的虐待(第 174 条)が血縁・婚姻関係および共同生活の者について規定している。性的犯罪に関するほかの条文も同じ形で家庭に関係する。また、被保護者の虐待(第 225 条)というような被保護者に関連する条文は常に家庭という場所を暗黙に示している。

他方、業としての自殺援助(第 217 条)は親族を共犯としない。また、未成年者の引離し(第 235 条)は明確に「親族ではないのに」という要件を定め、親族と親族以外とを明らかに分けている。さらに、つきまとい(第 238 条)においては被害者の範囲が「親族又はその他被害者と密接な関係にある者」と拡大されている。

人身・自由および家庭それ自体に対する犯罪のほか、家庭内及び家族内の窃盗(第 247 条)も刑法で規定されている。被害者が親族・後見人・養育者であるが、「行為者と共に家庭共同体において生活する」場合は本罪の「家庭内・家族内」の構成員と見なされる。

補足として、2023 年 7 月 26 日「制裁法の改正——代替自由刑、量刑、条件・命令及び禁

---

<sup>18</sup> 安部哲夫「ドイツにおけるファミリーバイオレンスの対応」『刑法・刑事政策と福祉——岩井宜子先生古稀祝賀論文集』(尚学社、2011 年) 275 頁。

絶治療施設における収容など（Gesetz zur Überarbeitung des Sanktionenrechts – Ersatzfreiheitsstrafe, Strafzumessung, Auflagen und Weisungen sowie Unterbringung in einer Entziehungsanstalt<sup>19</sup>）」により、量刑の基本原則には行為者に不利な事情として「性別の差別・性的志向の差別（geschlechtsspezifische, gegen die sexuelle Orientierung gerichtete）」といった文言が添加された。ドイツにおけるジェンダー運動の活躍に伴い、刑法上もジェンダー議題を取り上げる姿勢を取っていることを示している。ジェンダー問題が具現される特別な場において、この量刑原則は家庭内で発生する事件にも適用される可能性がある。

## 2. フランス<sup>20</sup>

フランス刑法典には「家族」又は「親族」の定義に関する規定がないが、2004 年の改正法案<sup>21</sup>により「PACS（民事連帯契約）のパートナー」を家庭暴力及び性犯罪の規定に組み入れ、刑法における「家族」の範囲を一定程度で拡張してきた。この点から見ると、フランス刑法は積極的に多様な家庭構成を認め、そして家庭内の犯罪や弱者への保護を重視していることが認められる。

フランス刑法の第 2 部人に対する侵害（Titre II : Des atteintes à la personne humaine）において、被害者が「15 歳未満の未成年」「脆弱者」「直系尊属」「直系卑属」「養親」「配偶者」「民事連帯契約のパートナー」であり、又は行為者が「尊属」「養親」又はほかの未成年に対する権限を有する者である場合を特別に規定していることは特徴的といえる。上述の要素は一般に加重規定の要件として存在している。

具体的な条文を見ると、まず、加重的故殺（第 221-4 条）は被害者と行為者が特定の身分を持つ場合を規定している。被害者が、①15 歳未満の未成年者（第 1 項）、②正嫡関係若しくは自然的関係の尊属又は養親であるとき（第 2 項）と、③被害者が年齢、疾病、身体障害、身体的若しくは精神的な欠陥又は妊娠によって著しく脆弱な状態にあることが明白であるとき又は犯人がそれと認識しているとき（第 3 項）は故殺の加重とする。行為者が、配偶者、内縁の配偶者又は PACS（民事連帯契約）のパートナー<sup>22</sup>である場合（第 9 項）と、

---

<sup>19</sup> BGBl. I Nr. 203.

<sup>20</sup> 一部の条文の和訳は、法務大臣官房司法法制調査部『フランス新刑法典』（法曹会、平成 7 年）を参照。改正された最新条文は、フランス法律公式ウェブ Légifrance を参照。

<sup>21</sup> loi qui introduit PACS dans le Code pénal en 2004.

<sup>22</sup> フランス民法典において、婚姻に関する規定は主に第 143～227 条にある。第 143 条は婚姻の性別の平等を認め、同性カップルも婚姻する権利を有すると示している。「婚姻は異性あるいは同性の二人で締結することができる（Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe.）」婚姻と異なり、第 515-1～515-7 条は PACS（民事連帯契約）を定義する。PACS（民事連帯契約）とは、性別に関係なく、2 人の成人が共同生活を送ることを目的とした契約である（“Un pacte civil de solidarité est un

行為者が婚姻または民事連帯契約の締結を拒否した者に対して犯罪を行う場合（第 10 項）は故殺の加重とする。類似している加重規定は、以下の条文に見られる。加重的拷問・野蛮行為（第 222-3 条）、少年・弱者に対する常習的拷問・野蛮行為（第 222-4 条）、加重的暴行（第 222-8 条）、身体の一部喪失・永続的障害を引き起こす暴行の加重形態（第 222-10 条）、8 日を超える労働不能を引き起こす暴行の加重形態（第 222-12 条）、少年・弱者に対する常習的暴行（第 222-14 条）、加重的強姦（第 222-24 条）、加重的性的攻撃（第 222-28 条）、少年・弱者に対する強姦以外の性的攻撃（第 222-29 条）少年・弱者に対する加重性的攻撃（第 222-30 条）、加重的売春斡旋（第 225-7 条）などがある。その中、いくつかの条文は正嫡関係若しくは自然的関係の尊属、養親又はその他未成年者に対する権限を有するすべての者によって、15 歳未満の未成年者に対して行われた場合をも規定している。

フランス刑法の第 2 部では、未成年者及び家族に対する侵害という章（Chapitre VII : Des atteintes aux mineurs et à la famille）が設けられている。本章は未成年と家族に焦点を当て、未成年保護と家族関係への関心を表している。第 1 節と第 2 節は未成年者の遺棄と家族の遺棄である。民法典第 373 条（親権剥奪に関する規定）の適用について家族の遺棄（第 227-3 条）と見なす。刑法における家族に関する規定は、民法との連携を保ち、刑法により民法規定の適用を保証するという機能を果たしている。第 2 節と第 3 節親権行使は、住居変更の不通知（第 227-4 条など）についての規定がある。第 4 節は親子関係に対する侵害を題目とする。遺棄の教唆（第 227-12 条）は、営利の目的を持って子の引き渡しを仲介する行為を遺棄の教唆とし、さらに、「子を得たいと望む人若しくは夫婦とこの子を引き渡す目的でこの子を受胎することを承諾した女性との間で合意する行為は」（第 3 項）遺棄の教唆で罰する。第 5 節は未成年者を危険にさらす行為を規定している。父母による未成年者の健康危険罪（第 227-17 条）は明確に行為者が父母であることを限定している。尊属等による未成年者に対する性的攻撃（第 227-26 条）、未成年者に対する性的攻撃（第 227-25 条）と 15 歳以上の未成年者に対する性的攻撃（第 227-27 条）といった三つの条文は、「近親姦罪」を刑法の中に復活させたこと<sup>23</sup>と考えられている。しかし、私見によると、これはむしろ家庭内の未成年者に対する性的犯罪をより明確に規定する条文に過ぎない。

財産犯罪は刑法典の第 3 部に規定されている。第 1 編の第 1 章盗取において親族の場合

---

contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.）。これらの規定は、パートナーシップにおける権利と義務を詳細に定めている。結婚には、相続や養育費など、より広範な法的問題が関わる。一方で、PACS（民事連帯契約）は結婚を選択しない人々に法的枠組みを提供するものである。一定の法的保護を与えるが、権利と義務の面では結婚とは異なる。

<sup>23</sup> 島岡まな「第 I 部刑法第 6 章人身に対する罪 7 未成年者及び家族に対する侵害」島岡まな＝井上宜裕＝末道康之＝浦中千佳央『フランス刑事法入門』91 頁。

の不訴追（第 311-12 条）は一般規定である。具体的に、被害者が「自己の尊属又は卑属」（第 1 項）であるとき、又は被害者が配偶者（第 2 項）であるとき刑事訴追をされない。「ただし、別居し又は別居を許された配偶者に対する場合はこの限りでない。」（第 2 項）親族相盗例の規定があるが、配偶者について同居の配偶者に限定される。親族の場合の不訴追（第 311-12 条）の規定は、第 2 章強要、第 3 章詐欺及びその周辺の犯罪と第 4 章横領に適用する。

第 2 編の第 1 章の第 2 節贓物隠匿に類似する犯罪又はその周辺の犯罪において、未成年者の財産犯罪からの利益収受（第 321-6 条）は「同居する未成年者が常習的に他人の財産に対する重罪又は軽罪に従事した場合には、この者に対して権限を有する者が自己の生活に応じた資金の出所を証明できない行為」を犯罪とする。本条も「同居」を重要な要素として扱う。

上述の条文以外では、刑法典第 4 部の第 3 編国家の権威に対する侵害の第 3 章私人による公務に対する侵害の第 11 節人の民事身分に対する侵害において、重婚（第 433-20 条）と宗教婚（第 433-21 条）といった婚姻に関する規定がある。また、第 4 章司法作用に対する侵害の第 2 節司法権の行使に対する妨害において、無実証言の拒否（第 434-11 条）は訴追される者の「直系の親族及びその配偶者、並びに兄弟姉妹及びその配偶者」、「配偶者又は内縁関係にある者」を処罰から除外する。

### 3. イギリス

イギリスと後述のアメリカは前述の各国と違って、不文法の国である。「イギリス刑法は、かなり幅広い法源性をもった比較的流動性のある法体系である」<sup>24</sup>とされており、成文刑法典を有していない。このため、家庭に関する罪名や条文を即座に特定することは難しい。しかし、それはイギリス刑法が家庭やその周辺に関する状況を十分に考慮していないという意味ではない。「刑法の主な関心ことは、人間に対する、もしくは、基本的な社会的価値ないし制度に対する重大な不法行為を禁止することである」<sup>25</sup>ため、ある犯罪が家庭内で発生したという理由だけで処罰されないわけではない。この文脈によると、「犯罪という観念は……国家にも関係するもの」であり、ある行為が「公的な利益」に関わる場合に限ると、「公的処罰」をされる可能性と示している。「さらに、「家庭内暴力」の事例のように、たとえ一個人が密室で不当に扱われただけでも、政府は関心を有する」。このような論述<sup>26</sup>を通じて、イギリス刑法における家庭内犯罪であっても、その公益への侵害は重要視されている。しか

---

<sup>24</sup> アンドリュー・アシュワース「邦訳に寄せて」アンドリュー・アシュワース＝ジェルミー・ホーダー原著、同志社大学イギリス刑事法研究会訳『イギリス刑法の原理』（成文堂、2021 年）iii 頁。

<sup>25</sup> 同志社・前掲注（24）1 頁。

<sup>26</sup> 同志社・前掲注（24）2 頁。

し、その関心がどこまで行けるか、すなわち「犯罪化」の基準は何であるかが問題となっている。このような問題は、家庭内の犯罪を検討する際に、常に考察される。個人の自律原理、福祉原理、危害原理と公的不正、ミニマリスト・アプローチ、道徳的に不正な行為と間接的危害など<sup>27</sup>の論説はそれを根拠づけるが、いずれかが妥当であるかはまだ検討されねばならない。

イギリスでは、毎年、16 歳から 74 歳までの約 230 万人（そのうち 3 分の 2 は女性）が家庭内暴力の被害者である。警察が記録している犯罪の 10 件に 1 件以上が家庭内暴力に関連している<sup>28</sup>。このような背景において、不文法の国であるイギリスは 2021 年から「家庭暴力法（Domestic Abuse Act）」を制定し、制定法によって家庭暴力についての定義などを明確に規定している。まず、家庭内暴力は特定の人的関係（personally connected）にある者との間に起こる暴力的（abusive）行為と定義される。暴力の態様は、(a)身体的または性的虐待、(b)暴力的または威嚇的な行為、(c)支配的または強制的な行為、(d)経済的虐待、(e)精神的、情緒的、またはその他の虐待が含まれる<sup>29</sup>。また、その行為が単発であるか、または一連の行為であるかは問わない。続いて、人的関係について、当該法案の第 2 条が詳細に規定している。親族関係は当然にこの人的関係と評価される。特徴的なのは、婚姻または市民パートナーシップ（civil partners）の関係は現在の存続状態（they are）に限られず、過去において存在したこと（or have been）も認められる。さらに、婚姻や市民パートナーシップの関係は解消したにもかかわらず、その締結を承諾していた（entered into an agreement）場合は、特定の人的関係が存在しているとされる。同一の子に対して、それぞれが同時に親権を持っている、または過去に有していた者との関係もこの人的関係に含まれる<sup>30</sup>。また、第 2 条において、「子供（child）」が 18 歳未満の者を意味し、「2004 年民事パートナーシップ法（Civil Partnership Act 2004）」における「民事パートナーシップ」、「1989 年児童法

---

<sup>27</sup> 同志社・前掲注（24）31-57 頁を参照。

<sup>28</sup> 法案の設定の背景と立法経緯について、Policy paper 「Domestic Abuse Act 2021: overarching factsheet」 (Updated 3 January 2024) (<https://www.gov.uk/government/publications/domestic-abuse-bill-2020-factsheets/domestic-abuse-bill-2020-overarching-factsheet>) をご参照。

<sup>29</sup> 「Domestic Abuse Act 2021」 Section 1 : Definition of “domestic abuse”. 法案の内容により「domestic abuse」を家庭暴力に訳すが、具体的な行為に対する説明について、より限定的に「abuse」を「虐待」に訳すことにする。

<sup>30</sup> 原条文は以下であり、具体的な状況を列挙している。(f) they each have, or there has been a time when they each have had, a parental relationship in relation to the same child (see subsection (2)); (2) For the purposes of subsection (1)(f) a person has a parental relationship in relation to a child if-(a) the person is a parent of the child, or (b) the person has parental responsibility for the child.

（Children Act 1989）」における「親権」、「1996 年家族法（Family Law Act1996）」における「親族」などの概念を援用する。

家庭内という範囲を画定し、そして事案の処理に参考となりうるのは「1996 年家族法（Family Law Act1996）」の第 63 条における「親族」に関する明白な説明である。『「親族」』とは以下に該当する者をいう。(a) 本人または配偶者、元配偶者、民事パートナーまたは元民事パートナーの父、母、継父、継母、子、孫、祖父母、曾孫、(b) 本人または配偶者、元配偶者、民事パートナーまたは元民事パートナーの兄弟姉妹、叔父、叔母、姪、甥、従兄弟姉妹（全血、半血、婚姻または民事パートナーシップによるかを問わない）。さらに、これらの親族に該当する者と同居している、または同居していた場合も親族とみなされる。<sup>31</sup>」この親族関係は現在の関係に限らず、過去の関係も含まれる。直接の血縁・姻親関係がなくても、親族と「同居（cohabit）」することで親族と見なされる可能性もあり、これにより親族の範囲は大きく拡張される。

#### 4. アメリカ

日本の現行刑法とその解釈はドイツなどの大陸法系の立法及び学説に大きく影響されている。しかし、実務及び立法において「英米法の思想を加味する必要がある」<sup>32</sup>という指摘は前世紀に提出された。確かに、日本における刑法の研究の経験から見ると、英米法を取り上げる講義及び教科書は直観的に少ない。

そこでイギリス刑法に言及した後、続いてアメリカ刑法の内容を検討するのは自然である。コモンローと制定法で構成されるイギリス刑法を母法として、アメリカの国情と結びつけ、アメリカ刑法が形成された<sup>33</sup>。さらに、憲法により制限されるのもアメリカ刑法の特徴である。「刑法は一定の行為に対し厳格な制裁を付しているから個人と連邦または州との関

---

<sup>31</sup> 筆者試訳、原条文は以下である。“relative”, in relation to a person, means—(a)the father, mother, stepfather, stepmother, son, daughter, stepson, stepdaughter, grandmother, grandfather, grandson or granddaughter of that person or of that person’s [F5spouse, former spouse, civil partner or former civil partner], or(b)the brother, sister, uncle, aunt, niece [F6, nephew or first cousin] (whether of the full blood or of the half blood or [F7by marriage or civil partnership]) of that person or of that person’s [F5spouse, former spouse, civil partner or former civil partner],and includes, in relation to a person who [F8is cohabiting or has cohabited with another person], any person who would fall within paragraph (a) or (b) if the parties were married to each other [F9or were civil partners of each other].

<sup>32</sup> 吉田常次郎「アメリカ刑法の概要」東洋法学 13 巻 1 号（1969 年）48 頁。

<sup>33</sup> 吉田・前掲注（32）48-49 頁。

係について根本的な問題を提起する」<sup>34</sup>ため、どのように憲法の問題を維持しながら事件を適切に解決するかは刑事事件の審判において常に提起される問題である。この考え方に従えば、「(アメリカ) 刑法の研究とは、犯罪と刑事責任の道徳的原理の研究である」<sup>35</sup>という定義が自然に引き出される。したがって、「社会的危害 (social harm)」<sup>36</sup>「合理的一般人 (reasonable people)」などの概念を用いる際に原理の適用も不可欠である。これらの概念と家庭内犯罪との関係性について、後に論述したいと思う。

アメリカは建国から 20 世紀半ばまで、慣習法の影響を受け、「法は家庭に入らず」の考えが根強かった。しかも、「家庭という場での夫優位・父親優位を黙認する」という観念が社会生活に広く定着していた<sup>37</sup>。したがって、「婚姻免責ルール (marital immunity rule) はモンローの一部となり、強姦に関する元来の定義の一部として、ほとんどのアメリカの立法者によって採用された」<sup>38</sup>。当時、婚姻関係の存在は性交渉の合意と考えられていた。この考え方は英米法だけではなく、前に言及した各国も同様な扱いをしていた時期もある<sup>39</sup>。その後、ジェンダー平等運動などの風潮に伴い、1985 年のジョージア州最高判決はその免責ルールを考察し、引き続きそれを適用するのは適切ではないと示した<sup>40</sup>。1991 年イギリスも Regina v R[1991]により強姦における婚姻免責ルールを廃止した<sup>41</sup>。配偶者間では強姦が成立すること以外、財産犯罪や「配偶者の証言拒否特権 (testimonial privilege)」が問題となっている。配偶者により「婚姻財産を勝手に売り飛ばしたり破壊するような」<sup>42</sup>行為は犯罪となりうる<sup>43</sup>。配偶者が被害者である場合には、証言拒否権の否定は当然であるが、「配偶

---

<sup>34</sup> 吉田・前掲注 (32) 52 頁。

<sup>35</sup> ヨシュア・ドレスラー著・星周一郎訳『アメリカ刑法 (Understanding Criminal Law)』(レクシスネクシス・ジャパン、2008 年) 3 頁。

<sup>36</sup> 「社会的危害」とは、「個人、集団、または国家が有する、社会的に価値があるとみなされる利益の否定、侵害、または損壊」を指す。ここで「社会的に価値がある」とは、社会が有形物や無形物（例えば、感情の安定や個人の自己決定）を保護する価値があると評価し、それに関心を寄せている状態を意味する。ヨシュア・前掲注 (35) 160 頁。

<sup>37</sup> 樋口範雄『アメリカ家族法【アメリカ法ベーシックス 14】』(弘文堂、2021 年) 21 頁。

<sup>38</sup> ヨシュア・前掲注 (35) 874 頁。

<sup>39</sup> 具体的な考察は後文で展開する。

<sup>40</sup> 樋口・前掲注 (37) 21 頁。Warren v. State, 336 S.E.2d 221(Ga. 1985)。

<sup>41</sup> Regina v R (1991) , [https://en.wikisource.org/wiki/Regina\\_v\\_R](https://en.wikisource.org/wiki/Regina_v_R) を参照。

<sup>42</sup> 樋口・前掲注 (37) 69 頁。

<sup>43</sup> さらに、配偶者間における一方が婚姻財産又は相手の固有財産に対して、不法行為によって損害を与える場合には、相手の侵害賠償請求が認められる。樋口・前掲注 (37) 72 頁。

者間の会話など婚姻に関わるプライバシーの要素」<sup>44</sup>を有するだけで、いかなる場合にもこれを適用するのは妥当ではないだろう。

家庭内暴力は世界的レベルで注目される話題である。移民・民族構成の多様性や各州間の法律とその執行の差異はアメリカにおける家庭内暴力を複雑化させている。この点で、民事法の対応として、保護命令（protective order）又は抑止命令（restraining order）を出すこともある。家庭内暴力の被害者を保護するという目的で、加害者の一定の行為を禁止あるいは命じるのである。この制度はあくまでも被害者を保護するものであり、一時的対策となる。そして加害者を訴追するならば、保護命令は常に刑事司法と連携して取り扱われる<sup>45</sup>。刑事法の対応としては、1994年連邦議会は「女性に対する暴力禁止法（Violence Against Women Act）」を制定し、それが家庭内暴力と性的暴行を犯罪と認定する最初の連邦法案となった。このように、民事法、刑事法などの立法、司法機関及び他の社会の団体が家庭内暴力に対して、完備な対応制度を設けるために動いている。ここまでの家庭内暴力は主にカップル間の暴力であるが、他方で、アメリカは児童虐待の防止をも重視している。「家庭内で保護に当たるべき親その他の近親者による児童の虐待については、1960年代から国民の間で喫緊の社会問題として意識されるに至り」<sup>46</sup>、1974年の「児童虐待の予防及び治療法（The Child Abuse Prevention and Treatment Act）」が制定された。それ以来、同法は幾度となく改正され、アメリカの「児童虐待対策の基本的枠組みの中核となっている」<sup>47</sup>。

刑事法領域で一定の蓄積のある「終末期医療」などの課題は、常に家族や関係者の「代行判断」に論及している<sup>48</sup>。どのように代行決定権を決めるについて、イギリスやアメリカにおけるACPの導入は早かった。ACP(advance care planning)とは、「AD(advance directives)やLW(living will)に記載する内容や、自らの価値、ゴール、あるいは望む将来の医療ケアを本人、家族、近い人と医療者が理解し共有することを支援するプロセス」<sup>49</sup>である。アメリカでは、生死に関わる重大な決定は配偶者が「決定権を握ることには、利益相反(conflict of interest)がある」<sup>50</sup>場合に、前述のADやLWによる本人の指示又は同意は利益相反の問題を解決する手段となる。この説明は、個人の決定を最優先としながら、家族が条件付き

---

<sup>44</sup> 樋口・前掲注(37) 70頁。

<sup>45</sup> 樋口・前掲注(37) 99頁以下を参照。

<sup>46</sup> 土屋恵司「アメリカ合衆国における児童虐待の防止及び対処措置に関する法律」外国の立法：立法情報・翻訳・解説(219)(国立国会図書館調査及び立法考査局編、2004年2月) 10頁。

<sup>47</sup> 土屋・前掲注(46) 10頁。

<sup>48</sup> 甲斐克則『安楽死と刑法（医事刑法研究第1巻）』（成文堂、2003年）14頁。

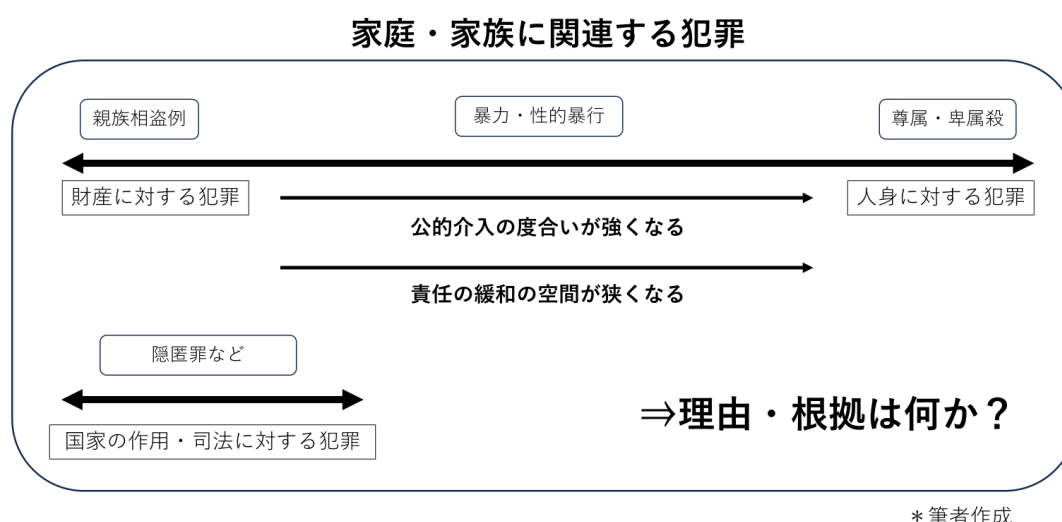
<sup>49</sup> 大濱悦子＝福井小紀子「国内外のアドバンスケアプランニングに関する文献検討とそれに対する一考察」Palliative Care Research 14巻4号（2019年）269頁。

<sup>50</sup> 樋口・前掲注(37) 73頁。

決定を代行する場合、家庭内における個人間の利益衝突を考慮に入れる必要があるという考えを示している。確かに終末期医療などの特殊な場面においては「本人と家族の利益の一致及び相反を最善に調和する」ことを目指すべきである。

### 三 小括

各国の刑法規定を検討すると、「家庭」という概念が国境を越えた刑法の課題の一つであるという結論に至る。それに加えて、人身に対する犯罪をスペクトルの一端、財産に対する犯罪をもう一端と見なすならば、公的介入、すなわち刑法の制裁は、積極的なものから控えめなものへと変化する傾向がある。具体的には、尊属殺は通常の殺人よりも重罰が科される一方で、財産犯については親族間の窃盗を特別に扱う国が多い。この点については、下記の図で表現される。後にこの図に基づいて、公的介入と責任の緩和に関する変化の傾向について理由付けを試みる。



(図1)

東アジア諸国と欧米諸国を比較すると、前述の共通点に加えて、以下のような相違点および特徴が見られる。

1. 東アジア諸国では「家庭」「家族」「婚姻」などの概念が刑法の条文に直接組み込まれているが、これらの定義については具体的な説明はされていない。日本の旧刑法では尊属に関する加重規定が存在し、古代中国、例えば唐律にも尊属に対する犯罪に特別規定が設けられていた。このことから、東アジア諸国では家庭内の序列を重視し、尊属に対する犯罪が加重される一方で、卑属に対する犯罪は特別扱いされていないことがわかる。

これに対して、欧米諸国については、成文法を基盤とする独仏と判例法を基盤とする英米

に分けて論じる必要がある。ドイツは、挙げた国々の中で唯一、刑法において家族や「身近な人」の定義を規定している国である。独仏では未成年者やいわゆる弱者を保護する方針が強く主張されており、特にフランス刑法では尊属に加えて卑属に対する犯罪にも一律に加重規定が設けることで、「家庭」が特別な条件として扱われていることを示している。これに対して、英米法は「個人」を出発点とし、自律と自由を重視する立場を採り、家庭に関連する犯罪を論じる際には、常に個人と家庭の利益の一致と対立に焦点を当てている。

2. 東アジア諸国における「家庭」や「家族」は、しばしば一定のルールのもとにある穏やかな存在として考えられている。多様なライフスタイルや個人の選好が存在する今日においても、東アジア諸国では依然として伝統的あるいは主流の価値観に基づいて家庭に関する事象を取り上げる傾向が強い。

これに対し、欧米諸国では同性婚や生活パートナーシップに対してより包容的な態度を示し、法律面でも家庭の変容に対応しながら修正や解釈を行っている。さらに英米法では、現在存続している関係のみならず、過去に一時的に存在した関係も考慮に入れている。このように、関係の破綻を新たな関係の創出と結びつけて捉える姿勢は、人間関係のダイナミクスを重視し、将来的な視点を取ることに特徴がある。そのため、定式化されたライフスタイルが消失しつつある現代においては、人間関係のダイナミクスに対応可能な立法や解釈が求められる。

## 第一章 社会制度の一つとしての家庭制度

「家庭」という話題を討論するとき、刑法以外の分野からのアプローチにたどり着きやすい。この点で、異なる領域の理解の違いは存在すると思われるが、決して重要でないわけではない。家庭という場所に発生する犯罪の特殊性を帰納的に検証できれば、そのような事案に対して一般的ルールを作り出すことができるように思われる。

まず、家庭内で発生する犯罪がある場合、単独の条文を適用するのではなく、各則と総則が連携し、総合的に判断することが必要である。家庭に注目することは、各則の犯罪に関心を持つことだけではなく、総則の犯罪の定義、責任論、量刑などの問題にも視線を向けることにつながる。

現在、「家庭」に対する理解が変容しつつある。同性婚の合法化、非婚カップルの存在などがかつての婚姻に基づく家庭と異なり、新しい家庭の構成が可能となってきた。このように、家庭の意味が変化しつつある今日、家族法などが鑑みてきた定義と範囲が引き続き踏襲される可能性はあるのだろうか？

これらのことから、以下の問題が検討されるべきである。①家庭内犯罪の「家庭」がいったい何であるか？②家族である被害者の「過誤」がどのように犯罪に影響を与えるのか？③家庭内犯罪の事案において、誰と何を一番に保護すべきであるか？④「家庭」あるいは「家族」が書かれざる構成要件要素になるのか？⑤私的領域としての家庭に介入する公的手段としての刑法の解決策の限界は、どこまで認められるのか？

上記の問題をより具体化的に見てみよう。まず、①刑法における「家庭」の定義と範囲を考慮すべきである。つまり、それは「家庭」が単に特別な「場所」であるか、又は「親族」・「家庭構成員」によって形成された集合体であるかという問題である。後者の場合、明文をもって「家庭」・「親族」を定義していない国<sup>51</sup>では、家庭という範囲の画定は論理と実務にとって重要である。次に、②「被害者の落ち度」という表現は誤解を招きやすいので、ここでの「被害者」を特に反撃された「家庭で暴力を振るう者」と指す。また、③家庭内犯罪において、誰と何を一番に保護すべきであるかが問いかけるのは、実際に刑法がどのように弱者に対する特別な保護を実現するかという問題である。その場合も、弱者に対する特別な保護も根拠づけが必要である。そして、④刑法における関連条文が数多く、実務上、家庭内犯罪の割合が高く、社会で話題になりやすいということで、「家庭」を特別な要素<sup>52</sup>として一貫して解釈すれば、論理と実務とをより融合的にさせることはできるかもしれない。最後に、⑤「家庭」は私的・公的領域を区別する一つの基準として、家庭内犯罪について一貫した解

---

<sup>51</sup> それに対して、ドイツ刑法第 11 条 (Angehöriger)、スイス刑法第 110 条 (Angehörige, Familiengenossen) は明確に「親族」・「家族」の範囲を画定する。

<sup>52</sup> 本稿は「家庭」を責任判断の要素とする立場を取っている。

釈を通じて、刑法による私的領域への介入をより合理的に限定することができる。

## 第一節 家庭の変容

### 1. 家庭の定義について

英語やドイツ語では、「家庭」や「家族」を同じく family・die Familie という言葉で表現している。「家庭団体 (Family Groups)」という言葉もあり、それは一定の内部構造を有し、他の団体と区別されている。たとえば、ローマの家父長制グループ (the Roman paterfamilial group)、中国の貴族階級の家族 (the Chinese upper-class family)、インドの合家族 (the Indian joint family)、日本の武士階級の家族 (the samurai family in Japan)、そしてアフリカの多くの慣習的家族構造など、一部の社会における家庭団体は複雑な傾向がある。これらの families は、部族や氏族などのより大きなグループの一部である場合もある<sup>53</sup>。

アメリカにおける「家族法 (Family Law)」は婚姻法 (matrimonial law) あるいは家庭的関係法 (the law of domestic relations) とも呼ばれている<sup>54</sup>。婚姻法という呼び方は family の人間関係の結成や解消を反映し、家庭的関係法という呼び方は family の共同生活の場所を表している。したがって、family という言葉の両面性を無視することはできない。

日本語や中国語は「家庭」と「家族」という二つの表現を使い分けるが、両者にどのような違いがあるのか、それとも使い分けはしても本質的には同じ意義を持つのかが問われる。日本における家族法は、親族法と相続法<sup>55</sup>を指しており、家族の身分や経済関係が重視されている。中国では、家族法は民法典の婚姻・家庭関係に関する規定で構成されており、「婚姻」「家庭」「親族」などの概念が関連規定の識別の標識となっている。前述の用語に基づけば、「家族」は人間関係を意味し、「家庭」はその家族に基づいて形成された場所を指している。ただし、この「場所」が抽象的なものなのか物理的なものなのか、「家庭」という場に集まった人々が自然に「家族」になれるのかについては、さらに検討する必要がある。

したがって、家庭の変容は必然的に家族の変容に伴って発生するものである。政治・経済の改革と発展は家庭を変えていく。「これまで家族の形成・維持を支えてきたのは、(結婚・出産・育児によって女性が退職せざるを得ない雇用環境、離婚後、女性が再就職する際の雇用条件の低劣化などによって生じる女性の貧困化等) これらのリスクを内包していた女性

---

<sup>53</sup> Baxter, Ian F.G.. "family law". Encyclopedia Britannica, 10 Sep. 2024, <https://www.britannica.com/topic/family-law>.

<sup>54</sup> Family Legal Guide, ABA Guide to Family Law, July 16, 2020, [https://www.americanbar.org/groups/public\\_education/resources/law\\_issues\\_for\\_consumers/books\\_family\\_home/](https://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_issues_for_consumers/books_family_home/).

<sup>55</sup> 窪田充見『家族法——民法を学ぶ (第4版)』(有斐閣、2019年) 3頁。

たちの無償労働」<sup>56</sup>である。しかし、家族形態の多様化、女性・妻の就業率の向上及び女性の働き方と性別役割分業に対する意識改革は、家庭の変革を促進している<sup>57</sup>。

また、ジェンダー平等の推進によって、これまで「塊」として捉えられていた家庭は、より「個人」の存在を重視する方向へと移行している。このような家庭内の個人同士の関係の変容は、家庭に関する法制度の変容の原動力となっている。例えば、フェミニズム運動やマイノリティの権利主張を象徴とする現代社会の潮流に乗り、欧米諸国では、同性婚制度の導入や堕胎・安楽死など生命の始期および終期における個人の選択に関する議論が行われ、家庭に対する検討が深化している。

現在では、地域によって、「血縁・婚姻から意思へ」<sup>58</sup>という理念のもと、個人が自由に家庭を構築することが、将来に向けた共通の課題となっている。具体的に、「子の養育、老いや死を迎える者の支え、他者の生命の不安や困難に対する配慮を媒体として親密圏が構成される」<sup>59</sup>という考え方は、伝統的な家庭の枠組みを代替する可能性を持っている。個人の選択によって結成され、力を合わせて相対的に弱い立場の人々を扶助する親密圏は、団体性よりも個人性を重視するものである。異なる社会環境における親密圏の具体的な結成や法的評価は、なお問われるが、この親密圏に基づく家庭論は、家庭を論じる際に個人を出発点とする視点を提供している。

## 2. 夫婦からカップルへ

家族は概ね、①「婚姻または血縁関係で結ばれる（擬制的も含む）」、②「人間の生命と生活の再生産の機能をもち」、③「愛情の絆（性愛など）が基礎にある」<sup>60</sup>と理解されている。この三つの理解から見ると、新生の血縁関係が婚姻の延長線にある。このように、家族の概念を問う際に、「婚姻」は中心軸とされるべきであろう。しかし、このように婚姻関係を核家族の基礎とする<sup>61</sup>捉え方は、神聖な儀式を伴う宗教婚と法律上の登録を要する民事婚（又は法律婚）が混在している欧米諸国においては必ずしも完全には適合しない。

---

<sup>56</sup> 二宮周平「家族と法制度の変容」『家族の変容と法制度の再構築——ジェンダー/セクシュアリティ/子どもの視点から』（法律文化社、2022年）1頁。これが日本社会の状況をまとめるものであるが、同時代の他の国の状況を指摘する際に借用しても妥当だろう。

<sup>57</sup> 二宮・前掲注（56）1-8頁を参照。

<sup>58</sup> 二宮周平「血縁・婚姻から意思へ——家族の法制度の再構築」『家族の変容と法制度の再構築——ジェンダー/セクシュアリティ/子どもの視点から』（法律文化社、2022年）343頁。

<sup>59</sup> 二宮・前掲注（58）347頁。

<sup>60</sup> 中村則弘「「器」として見る家族——東アジア・日本からの家族概念への問い」『刑法・刑事政策と福祉——岩井宜子先生古稀祝賀論文集』（尚学社、2011年）439頁。

<sup>61</sup> 中村・前掲注（60）438頁。

欧米の家庭はそれぞれ人間と神との関係、平等の市民間の関係に基づくものである。また、東アジアの家庭は「公」と「私」との境界線が曖昧である<sup>62</sup>一方、欧米諸国は「婚姻契約」によって私的領域を画定することができる。したがって、東アジアにおいて明白な私的領域とされる家族はまだ形成されていないので、法解釈をする際もその曖昧さを考慮に入れるべきである。

家族は人間の関係性を示すが、家族の集合は必ずしも家庭を構成しない。家庭は「外の世界から家族構成員を守るための場である」<sup>63</sup>。このように、家庭内犯罪は特定の（抽象的な）場所で、主体が家族である犯罪である。家族の中核にいる婚姻の主体間の犯罪は、家庭内犯罪を検討する最も重要な類型と言えよう。さらに、婚姻の主体は、今なお二つしか存在しないので、解釈しやすいという点で、便宜上基礎類型とする。

「婚姻」を狭義に解すれば一夫一妻<sup>64</sup>という法律婚を意味するが、本稿は婚姻の主体を拡大し、「カップル」という用語を使うことにする。2001年にオランダで最初の同性婚が行われて以来、ヨーロッパとアメリカ大陸を中心に、30以上の地域でゲイやレズビアン<sup>65</sup>の結婚を認める法律が制定された<sup>65</sup>ことで、同性婚は「カップル」に含まれる。そして、同性婚を実現するために、各国が漸次、生活パートナーシップ制度を設立している。その意味で、異性・同性生活パートナーシップを「カップル」と解するのは可能である。また、従来の婚姻制度の周辺にある別居中の夫婦、内縁（事実婚）、長年付き合う非婚カップルおよび元カップルは近時、婚姻に準じて捉えられている。

このように「婚姻」の含意が変容しつつある今日、婚姻の主体としての「カップル」の範囲も拡張すべきである。

## 第二節 自律への尊重と幸福の保障

日本の戦後において、「自己決定」に関する議論が活発化し、刑法分野でも、性犯罪や被害者の承諾などの課題を取り扱う際に、「自己決定」が論じられることは多い。本概念は心理学の領域でも検討されている。

---

<sup>62</sup> 中村・前掲注（60）440頁。

<sup>63</sup> 深町晋也『家族と刑法——家庭は犯罪の温床か？』（有斐閣、2021年）はしがき i 頁。

<sup>64</sup> 一夫多妻制（polygyny）を認めるイスラム法が適用される国家（サウジアラビア、アフガニスタンなど）はここでひとまず論及していない。

<sup>65</sup> Same-Sex Marriage Around the World（JUNE 9, 2023）Gay Marriage Around the World | Pew Research Center をご参照。

「自己決定 (Self-Determination)」<sup>66</sup>とは、個人が自らの行動を自主的に選択し、コントロールできる能力を指す。これは、外部からの強制や圧力ではなく、内面的な意志や価値観に基づいて行動することを意味する。自己決定は、個人が自分の価値観、興味、目標に従って行動を調整する自律性を表している。「自己決定理論 (Self-Determination Theory, SDT)」は動機 (Motivation) の強さだけでなく、その「性質」に注目し、三つの動機タイプを区別している<sup>67</sup>。①自律的動機 (Autonomous Motivation) : 個人が内面的な興味や価値を認識し、自らの選択に基づいて行動する動機である。自律的動機には、内発的動機と内在化された外発的動機が含まれる。②統制的動機 (Controlled Motivation) : 外部からの圧力や内面的な強迫観念 (例 : 恥を避ける、外部の期待に応えるための動機) に基づく行動である。③無動機 (Amotivation) : 行動に対する意図や動機が欠如している状態を指す。

自己決定理論を家庭内犯罪に適用すると、①は個人が自由に行動し、家庭の自治を行う際に果たされる役割を示し、②は法律などの社会制度が介入する際に果たされる役割を示す。しかし、社会制度が個人に影響を与える場合、特定の観念が個人の中に内面化され、①の内容へと変わる可能性もある。

さらに、②における外部からの圧力は、道徳を含まれるのかという問題について、否定の答えとして、道徳的行動は外的な報酬 (rewards) や罰則 (punishments) ではなく、個人の自律性 (personal autonomy) や内発的な動機 (intrinsic motivation) によって支えられるものであるという見解がある<sup>68</sup>。この考えは、カントの「意志の自律」 (autonomy of the will) を出発点として論じられる。カントの道徳理論は、道徳行為は義務<sup>69</sup>から成り立つべきであり、欲望に基づく行動は道徳的ではないと主張している<sup>70</sup>。道徳規範が普遍性 (universality) や相対性 (relativity) を有する者である。自己決定理論によると、道徳規範は個人の心理的なニーズすなわち自律 (autonomy)、関連性 (relatedness)、能力感 (competence) を満たすものとして内面化されやすいとされ、社会や文化に応じて異なる形で現れる可能性があるが、共通の道徳規範 (universal moral norms) が存在するように思われる。個人が道徳規範をどのように内在化し、それをどの程度自主的に受け入れるかは、道徳的な行為がその鍵となる。つまり、道徳的な行為が①によって形成されるものである。

---

<sup>66</sup> Edward L. Deci and Richard M. Ryan "Self-Determination Theory: A Macrotheory of Human Motivation, Development, and Health". Canadian Psychology 2008, Vol. 49, No. 3, 182-185 を参照。

<sup>67</sup> 同上。

<sup>68</sup> Alexios Arvanitis "Autonomy and morality: A Self-Determination Theory discussion of ethics". New Ideas in Psychology Volume 47, December 2017, pp.57-61.

<sup>69</sup> 道徳的義務は後文に検討されるので、ここでは展開しない。

<sup>70</sup> 樽井正義＝池尾恭一訳『カント全集 11 人倫の形而上学』(岩波書店、2002 年) 272 頁。

したがって、本稿はこれらの議論に基づき、道徳的な行為を①に、法律によって調整される行為を②に基づくものと位置づける。

刑法は自律を尊重しつつも、公平と正義を実現するために、特定の場面では公権力として介入することがある。自律の尊重と公共の幸福を保障することとの間の境界線をどのように描くべきかが、常に問われる問題である。

この点に関して、ドイツ基本法に規定される基本権について、社会権という分類がある。社会権とは、「婚姻と家族の保護、母性保護、社会権の保障を補うものとして社会国家条項」<sup>71</sup>である。基本権に対する保護と刑法上の法益に対する保護との衝突が生じる場合は、次の判例では見られる。

#### （１）【判例 1】事案の概要<sup>72</sup>

夫婦が同じ宗教を信仰している。妻は信仰上の理由で輸血を拒否し、死亡に至る場合には、夫は妻を病院の受診を勧告しなかったため、保護義務違反とされ、不救助により有罪判決<sup>73</sup>を受けた。

#### （２）判旨

夫は「一般法秩序が個人的信仰の掟と矛盾する限界状況に置かれ、より高次の信仰の掟に従う義務があると感じた」ため、刑罰に処されるとすると、「社会の支配的価値観によって客観的に是認しえないものだとしても、社会の最も強力な武器としての刑法によって行為者に立ち向かうのが正当だと言えるほど非難に値するものではない」。

このような事案においてこそ、刑法の役割が論じられるであろう。「基本法 4 条 1 項が公権力に課している、真剣な信仰上の確信をできる限り尊重すべき義務からして、少なくとも、一般通念上存在する法的義務と信仰の掟との葛藤が行為者を精神的苦境に追い込み、その苦境にかんがみて、行為者に犯罪者たる烙印を押す刑罰を科すことがその人間の尊厳を冒す社会的過剰反応になると思われる場合には、刑法は引き下がらざるをえないのである」。

#### （３）検討

この判例について、いくつかの観点から検討を行う。

---

<sup>71</sup> 村上淳一＝守矢健一『ドイツ法入門[改訂第 9 版]』（有斐閣、2018 年）66 頁。

<sup>72</sup> BVerfG, 19.10.1971 - 1 BvR 387/65.

<sup>73</sup> 裁判当時はドイツ刑法 330c 条により有罪判決を下したが、同罪は現行刑法 323c 条により規定されている。§ 323c StGB（不救助、救助を行う者の妨害）（１）災難又は公共の危険若しくは緊急事態に際して、救助が必要であり、その救助が、諸事情に鑑みその者に期待可能である、とりわけ著しい自己への危険や他の重大な義務違反なく可能性であるにもかかわらず、救助をしなかった者は、1 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。（２）前項の状況において、第三者を救助し又は救助しようとする者を妨害した者も、同一刑に処する。

法の規則は他の社会的掟、とりわけ家庭秩序を重視する東アジアの家庭の規則と矛盾する場合には、どれが優先されるのかは問題である。このドイツ判例は、基本権を最も重視して「真剣な信仰上の確信をできる限り尊重すべき」とし、刑法の適用を控えた。家庭秩序についての認識や維持などは信仰上の確信までは言えないが、それに沿って生活を営んできた行為者にとって、一般法秩序と家庭秩序とが相違することは「精神的苦境に追い込む」ぐらい容易に想定できるであろう。そうであれば、刑法が引き下がることがこの場合には検討の余地がないとは言えないであろう。

しかし、それにもかかわらず、刑法の適用を控えるべきであるが、極端的にそれを完全に排除することではない。どのような取り方が妥当であるかが問題となっている。さらに、一般法秩序と他の社会秩序が併存している前提で、各自の調整の射程も考慮に入れるべきである。この際に、実際の社会状況を考慮し、原則として刑法を先立ち、前述の特例の場合は刑法を引き下げる可能性を考えなければならない。

## 第二章 考察の基本的な理論の展開

家庭内犯罪に関する研究では、家庭の規則と法律の規則という異なる規範間の対立、そしてその対立をいかに解決するかが重要な課題である。これらの規範は拘束力に違いがあるため、家庭内犯罪の検討においては、両方の規則が同時に効果を発揮する状況下で考察する必要がある。このような関係は、自然犯（通説では倫理に反するもの）と法定犯が交差・重複する状況に顕著に現れる。家庭内では、犯罪行為が自然犯であるか法定犯であるかが曖昧な場合が多い。

時代の発展に伴い、家庭倫理も変化しており、家庭内犯罪はしばしば自然犯に該当する行為（公序良俗に反する家庭暴力や殺人など）と、法定犯に該当する行為（重婚罪など）の両方を含むことがある。

自然犯・法定犯区別説では、自然犯と法定犯の違いは、自然犯には違法性の認識が必要ないのに対し、法定犯には違法性の認識が必要であるとされている<sup>74</sup>。法定犯において違法性の認識が欠如している場合、そのことは責任を軽減または免除する根拠となり得る。そして、違法性の認識を判断するには、素人領域における並行的評価が必要となる。この判断方法は、先に述べた異なる規範間の対立の問題にも対応している。

したがって、家庭内犯罪を議論する際には、以下の3つの段階が考慮されるべきである。まず、実際に犯罪が発生する場（家庭）があり、次にその犯罪が成立するタイプ（自然犯か法定犯か）を確認し、最終的には責任をどのように判断するかという段階に進む。これら3段階を経ることで、公的規範と私的規範の交差、家庭内規則と法律規則の交差が反映される。この3つの判断を通じて、家庭内犯罪がどのように扱われるべきかが決定される。

家庭内犯罪を考察する際には、具体的なテストを行うために、以下の基本的な理論によって検討を展開することが推奨する。

### 第一節 広義の責任

#### 1. 「暴力」と責任

この部分で取り上げる「暴力」とは、日常的な行動を超えて責任を伴う行為として定義され、少しでも「強制力」（抽象的力も含まれる）や「力の行使」が含まれる行為を指すものとする。

家庭という場面で責任を判断する際、拠り所となる法や倫理・道徳、そして一般の社会秩序は、単に規定それ自体が拘束力を持つだけでなく、多様な関心と価値が交錯する中で、状況に応じた適切な判断をするための工夫が必要である。

---

<sup>74</sup> 山中敬一『刑法総論（第3版）』（成文堂、2015年）697頁。

家庭内暴力（DV）は、フェミニストや平等運動の進展に伴い、近年、一般の注目を集めている。しかし、これまで「暴力」の定義や範囲が不明確であるため、この問題を取り扱う際には常に議論の的となっている。なぜなら、一般的な感覚での「暴力」と法的な「暴力」は必ずしも同等ではないからである。このように、一般的な定義と法的な定義に差異がある場合、異なる段階で別々に検討する方が妥当であろう。

例えば、痴漢行為などが刑事手続きに進んだ場合でも、立証が困難であるため、無罪判決が下されることがある<sup>75</sup>。道義的には容易に非難できる行為であっても、法的判断の領域に入ると、同じ結論を引き出すのは容易ではない。同様の問題は、家庭内の犯罪、例えば児童虐待にも見られるだろう。密室性、子どもの親への依存、深刻なトラウマから告発までに長い時間がかかることなどが立証を困難にし、責任追及の上で大きな障害となっている。

実際に、法の介入が必要なものとそうでないものの線引きは難しく、手続的にも立証は非常に困難である<sup>76</sup>。子どもの保護と親の権利尊重の間で、どのように適切な方法を実現できるのかは常に難しい問題である。

上述の例を考えると、多重の意味を持つ暴力については、「今日の責任追及には法の枠に収まりきらない部分がある」という結論に至る。責任追及の結果として達成されるべきものは暴力の否定であり、それには多面的なアプローチが必要である。法的否定がどこまでであるかを明確にすることは、法の介入の限界を示すものである。つまり、一般的な感覚に基づく暴力の否定と法に基づく暴力の否定は同一ではなく、近年の平等運動の流れに乗り、法的に厳しく見ることは慎重にすべきである。もちろん、これは決して暴力を肯定するものではなく、単に段階的に判断する必要があるため、軽率な判断を避けるべきであるという意味である。

棚瀬論文は、「身体化、社会化、政策化の三つに分けて、現代のこの暴力と対応する責任のあり方」<sup>77</sup>を検討するものである。

①身体化は具体的に「加害者の犯罪構成要件に該当する事実、犯罪行為を行いうる人格と、保護法益として観念される被害者の抽象的な生命・身体」<sup>78</sup>を指している。加害者と被害者という個人に焦点を当て、豊富な資料に基づいた精密な判断が期待されている。裁判もこの文脈で待望されており、各国で異なる裁判制度があるが、家庭に関連する事件を処理するには最適であろう。

---

<sup>75</sup> 棚瀬孝雄「責任観念のゆらぎ——現代における暴力の発見と責任追及」棚瀬孝雄編『市民社会と責任（京都大学大学院法学研究科 COE 研究叢書）』（有斐閣、2007 年）6 頁。

<sup>76</sup> 棚瀬・前掲注（75）7 頁、同箇所は棚瀬孝雄「児童虐待事件の司法関与——職権主義と当事者主義の狭間」法律時報 77 卷 3 号（2005 年）66—71 頁についてのまとめである。

<sup>77</sup> 棚瀬・前掲注（75）8 頁。

<sup>78</sup> 棚瀬・前掲注（75）8 頁。

この個人的視点の必要性について、以下の三つの論点がある。第一に、「社会の標準化された概念や論理にはどうしても規範化の作用」<sup>79</sup>が働き、その規範は「抑圧性」を持つため、個人の感じ方や生き方が無視されがちである。個人の体感に基づいた被害を訴えた場合、「聞いてもらう場が与えられないという意味での暴力の二次被害とみられる」<sup>80</sup>という被害者の視点も、事案の処理の際に問題視されるべきである。第二に、被害者視点と対照的に、加害者の視点も重要である。責任能力の判断では、「加害者の病理化」が問題となっている。精神医学的な診断ではなく、「不安定な就労や複雑な男女関係、あるいは家庭内の不和など、社会的な逸脱とされるものが皆、この正常/異常野線引きにこっそり持ち込まれ」、犯罪者を排除し、『他者化』をもたらす」<sup>81</sup>。このような「他者化」に基づく評価は、刑法の責任判断の枠組みを逸脱する可能性がある。第三に、これらの議論を踏まえ、身体化の側面が現代司法と衝突している<sup>82</sup>という結論に至る。被害者の身体化、すなわちその苦痛の表象化が処罰に影響を与えることは否定できない。さらに、加害者の身体化、すなわち病理化に基づく責任判断においては、強制医療などの処遇も、より詳しい理論的基盤が求められている。また、刑事司法は「多面的な関係修復作業を必要とすること」<sup>83</sup>を再認識すべきである。

②暴力を加害者に帰責する際、個人がその社会的環境との不可避的に繋がっている要素が存在する。「刑法でもその問題は、古くから社会的決定論と自由意思との関係として論じられてきた」が、その範囲は限られていると指摘されている<sup>84</sup>。確かに、社会的背景を参照して責任阻却事由を探るだけで、法による暴力の否定を行うと、実際の社会状況との乖離が生じやすい。

ここで、暴力の連鎖、同一性の暴力、日常性の暴力が挙げられる。まず、暴力の連鎖<sup>85</sup>とは、かつての被害者が後に加害者となり、社会に暴力を広めることを指す。例えば、児童期に虐待を受けた親が自分の子供を虐待する世代間の連鎖である。この連鎖は「家族の病理」として現れるが、ジェンダー、階層、国籍などの社会的要因も作用しているため、そのメカニズムを究明する必要がある。家庭内犯罪では被害者と加害者の転化がよく見られ、この転化が責任判断にどの程度影響を及ぼすかも検討すべきである。

次に、同一性の暴力<sup>86</sup>とは、「秩序が作られていく過程で、社会の成員を一定の価値や態

---

<sup>79</sup> 棚瀬・前掲注（75）10頁。

<sup>80</sup> 棚瀬・前掲注（75）8頁。

<sup>81</sup> 棚瀬・前掲注（75）13頁。

<sup>82</sup> 棚瀬・前掲注（75）14頁。

<sup>83</sup> 棚瀬・前掲注（75）15頁。

<sup>84</sup> 棚瀬・前掲注（75）17頁。

<sup>85</sup> 棚瀬・前掲注（75）17-20頁。

<sup>86</sup> 棚瀬・前掲注（75）21-23頁。

度」に規格化することによって個人を抑圧することである。この例としては、性的志向の問題が多く取り上げられる。個人の尊重とそれに伴うリスクとのバランスをどのように取るかが常に問われている。

最後に、日常性の暴力<sup>87</sup>、例えばいじめについて、法の介入や公的な介入がどこまで許されるか、また個人の責任がどの程度評価されるかは、別の課題として取り扱うべきである。

家庭内の犯罪については、常に暴力の連鎖に関係している。家庭は、ジェンダー、国籍、世代などの複数の要素が共存する場所であり、これらの複雑な要素が絡み合うことで、衝突が発生しやすくなるからである。

③政策化によって、国家の機能を拡大することが可能である。具体的には、政策的な考え方において代位責任を効果的な被害救済の手段として扱うことができる<sup>88</sup>。代位責任は、親の責任と国の責任に分けて論じられる。

まず、まず、未成年犯罪の場合、親の責任が追及されることがある。『三字経』に「養いて教えざるは親の過ち」<sup>89</sup>と記されているように、親は子どもの非行や犯罪にも責任を負うべきだと考えられている。この儒教的な価値観は東アジアに広く浸透しており、素朴な価値観として人々に受け継がれている。未成年者に責任能力があるかどうかは親の責任を決める要素である。責任能力がない場合には民法上で親の代位責任<sup>90</sup>が規定されているが、責任能力がある場合でも親の監督義務が問われる余地が残る<sup>91</sup>。

また、「親の子育てや家庭環境に問題があって」<sup>92</sup>未成年者が犯罪に至るという見解も一般的である。しかし、家庭環境の創出義務の違反に対して法的責任<sup>93</sup>追及することが妥当かどうかは検討が必要である。親の責任を果たし、子どもの成長に適した環境を整えることは、未成年者の保護を目的とする法律に規定されているが、法律は最低限の基準を設定するに過ぎない。「良好な環境」の基準は、親個人の道德レベルと社会共通の道德基準によって定められるものである。親の責任を過度に追及すると、未成年が犯罪する際に、親が注意・監督義務を怠ったとされ、過失による犯罪が問われる理不尽な結論に至る恐れがある。このよ

---

<sup>87</sup> 棚瀬・前掲注（75）24-27 頁。

<sup>88</sup> 棚瀬・前掲注（75）27 頁。

<sup>89</sup> 原文「养不教，父之过」。『三字経』は、中国の伝統的な啓蒙教材であり、中国古代の古典の中で最も分かりやすい読本の一つである。

<sup>90</sup> 日本民法 714 条、中国法もドイツ法も具体規定。

<sup>91</sup> 不法行為法 709 条、中嶋功「責任能力がある未成年者の監督義務者の責任」判例タイムズ 1145 号（2004 年）67-78 頁。

<sup>92</sup> 棚瀬・前掲注（75）29 頁。

<sup>93</sup> ここでの法的責任は民事責任を意味する。

うな事態を避けるため、アメリカ法<sup>94</sup>では代位責任を認めない立場が取られている。

次に、公害事件や冤罪事件においては、国賠訴訟が頻繁に行われる。国は公務員の違法行為に対して代位責任を負うが、企業による環境汚染が生じた場合、国が適切に規制権限を行使していれば被害を軽減できたとして、国に賠償責任が求められることもある<sup>95</sup>。この考え方は、親の代位責任に似た論理である。しかし、国家賠償金は国民の税金から支払われるため、最終的には国民全体がこの責任を負うことになる。ここで、国民が責任を負う根拠について再考する必要がある。

このような議論を要約すると、現代社会における暴力の性質は多面的であり、多様なアプローチでの解決が必要とされている。法的な枠組みに収まりきらない部分について、どのように責任を追及するかが今後の課題である。また、責任を負う主体についても、その根拠や暴力防止の具体的な方法を検討すべきである。繰り返しになるが、家庭内の日常的な暴力や親の責任は、家庭内犯罪における重要な視点として考慮されるべきである。このような考察を基に、家庭内犯罪における責任問題についてさらに検討を進めていく。

## 2. 陪審制度と責任

実務において、多くの家庭内犯罪の処理は量刑の段階に焦点を当てる。量刑は「処断刑の範囲内で裁判官の自由裁量に委ねられている」<sup>96</sup>。2009年、日本は裁判員裁判制度<sup>97</sup>を施行し、裁判員が裁判官とともに「刑の量定」（裁判員法第六条）について判断する。量刑基準と量刑資料の明確化は重要な問題である。しかし、量刑基準としての「情状」についてはまだ争いがある一方、量刑資料には「家族の状況」も含まれている<sup>98</sup>。そもそも行為者と被害者との関係が曖昧である家庭内犯罪において、いくつかの要素を多段階で取り上げるのは問題をより複雑にすることにつながる。

殺人などの事件に裁判員裁判制度を適用する場合、正当防衛の成否の問題はその対象になり、したがって「職業裁判官は法律の素人である裁判員に対して」、正当防衛などの法律

---

<sup>94</sup> アメリカ法では、基本的に自己責任の原則が重視されている。そのため、代理・雇用・共同不法行為を根拠とした親や後見人に対する独自の責任ルール適用は、極めて限定的である。吉村顕真「アメリカ不法行為法における親の民事責任の概況―過失責任原則と被害者救済の関係に着目して―」青森法政論叢 14号（2013年）58-86頁を参照。

<sup>95</sup> 棚瀬・前掲注（75）31頁。

<sup>96</sup> 山中・前掲注（74）1117頁。

<sup>97</sup> 中国にも類似している人民陪審員制度がある。人民陪審員は条件付き量刑について評議できる。中国人民陪審員制度について、詳しくは韓寧「中国の人民陪審員制度に関する一考察」桐蔭法学 25巻1号（2018年）47-74頁を参考。

<sup>98</sup> 山中・前掲注（74）1118頁。

概念を「その内容・本質を改めることなく」、「平易に分かりやすく説明すること」<sup>99</sup>が求められる。特に家庭内犯罪の場合は、現在の解釈論の課題を裁判員が理解できるように分析することが望まれている。この点で理論と実務とのより実用的な連結を構築する必要がある。

日本で裁判員制度が導入された 2010 年の調査によれば、日本はマスメディアへの信頼が高い国であり、新聞・雑誌を「非常に信頼する (5.7%)」と「やや信頼する (64.9%)」と答えた人の合計が 70%を超えている<sup>100</sup>。約 10 年後の 2021 年の調査でも、「信頼できるメディア」は新聞 (61.2%)、テレビ (53.8%)、ラジオ (50.9%) の順<sup>101</sup>であり、マスメディアへの信頼は依然として高い。一般の人々は普段マスメディアを通じて刑事事件に関する情報を入手している。日常生活において、マスメディアが提供する情報だけで刑事事件に対する感覚が形成される一般人には、裁判員裁判において影響を与えることは十分に考えられる。特に、話題性と注目性を重視する新聞が、家庭内犯罪のような身近で猟奇的な事件を過熱報道する場合、容易に「厳罰に処すべき」という考えに傾き、加害者の責任が加重される可能性がある。このようにして、マスメディアが新聞報道を通じて国民の法感情や法意識に影響を与え、裁判の公正に多少なりとも影響を及ぼすことが予想される。

この点に関して、『国民の健全な社会常識』によって刑事責任の成否を決定する<sup>102</sup>という見解がある。本稿はこの立場を支持し、その論述を展開するものである。具体的な内容は本章第四節で取り上げる。

## 第二節 道徳と責任

1. 『法の概念』において、ハートは三つの重要な問題を提起している<sup>103</sup>。第一に、道徳の一般領域において、正義という特殊な概念をどのように認識し、また正義と道徳の間に存

---

<sup>99</sup> 橋爪隆「終章第 4 節 正当防衛論の展望——裁判員裁判における正当防衛論——」『正当防衛論の基礎』(有斐閣、2007 年) 361-362 頁。

<sup>100</sup> 稲増一憲＝三浦麻子「マスメディアへの信頼の測定におけるワーディングの影響：大規模社会調査データと Web 調査実験を用いて」社会心理学研究第 34 巻第 1 号 (2018 年) 48 頁。

<sup>101</sup> 総務省「令和 3 年版 情報通信白書のポイント」,  
<https://www.soumu.go.jp/johotsusintokei/whitepaper/ja/r03/html/nd125220.html>。

<sup>102</sup> 高山佳奈子『『国民感覚』と刑事責任』棚瀬孝雄編『市民社会と責任 (京都大学大学院法学研究科 COE 研究叢書)』(有斐閣、2007 年) 87 頁。

<sup>103</sup> H.L.A. Hart. The Concept of Law (Third Edition), Justice and Morality, Academic Press (2012), p.157.

在する緊密な関係をどのように捉えるべきか。第二に、法律の規定および他の形式の社会的ルールにおける行為基準から、道徳律や原理をどのように導き出すことができるのかである。第三に、法律と道徳の関係をどのように理解すべきという点である。

法律を評価する際、法律家はしばしば「正義」や「不正義」という概念を用いる。ハートによれば、これは正義と道徳的観念が外延において同じであるかのように見えるためである。確かに正義は重要な概念だが、ハートは正義を道徳の一つの特殊な側面と捉えている<sup>104</sup>。具体例として、児童虐待を行う者は、道徳的には過ちを犯しており、悪いことを行い、児童を保護する義務や責任を無視していると見なされる。しかし、この行為を「不正義」と呼ぶことは必ずしも妥当ではない。なぜなら、道徳的批判が弱いわけではなく、「不正義」という判断がより特殊なものだからである。前述の例において、その者を「悪い」と評価することは妥当であるが、もしその者が一方では一人の子供を厳しくしつけ、他方では同じ過ちを犯す子供を甘やかす、あるいはしつけが必要な子供を確認せずに特定の子供を罰する場合、その行為を「不正義」と批判することは妥当である。正義か不正義かは幅広くある制度を評価するときに使われるが、その背後にある一般的原理は、すべての個人が平等あるいは不平等的な相対的な地位を求める権利を有するのである<sup>105</sup>。簡潔に言えば、同じ状況には同じ対処で、異なる状況には異なる対処を取るべきである。ハートはある人種が公園の使用を禁止された例と、特権を制限する例<sup>106</sup>を挙げ、この原理を説明した。

異なる事件において、正義に適って同じ法律を適用、すなわち同じ一般的ルールが偏見な

---

<sup>104</sup> supra note 103, p.158.

<sup>105</sup> supra note 103, p.160.

<sup>106</sup> 正義の批判は法律の執行そのものに存在するわけではなく、むしろ法律そのものへの批判において生じる。有色人種が公園の使用を禁じられる法律があるとすれば、その内容は不正義であると言えるが、その法律の執行過程自体は正義に合致しているとされることもある。なぜなら、公正な裁判によって法律違反に対して制裁を加えることが可能だからである。もし、法律に対する批判が特定の人的特徴を理由にしている場合、異なる正義の基準が存在するため、道徳や価値観の違いによって不可避免的に衝突が起こることがある。supra note 103, p.161.

この論述は、孔子の『論語』における「少ないことを憂えるのではなく、不平等を憂える（不患寡而患不均）」という言葉に期せずして一致している。孔子の言葉は資源の配分に関するものであるが、同様に、法律が正義に適っているかどうかについても同じ問題が含まれている。ハートの例のように、法律は社会や道徳の様々な要素から影響を受け、その結果、法律が目指す人的特徴は異なることがある。確かに、今日の視点から見て不正義と感じられる法律規定が存在するが、そうした法律を解釈・執行する際には、一貫した基準を適用することが重要である。

く、利益または任意性の干渉がない場合において適用されると主張することである<sup>107</sup>。しかし、このような主張は正しいのか。どの要素が法律の不正義の批判に関連付けるのを決める際に、道徳と政治の観点上の根本的な差異は差異と偏見を導くことは避けられない<sup>108</sup>。この正義の原理を家庭についての問題に適用する場合、家庭に対する価値観と道徳観が法律の適用の過程において歪みを生み出す理由となっている。さらに、個人と社会の根本的な道徳観の異なりがあるからこそ、「同じ状況には同じ対処で、異なる状況には異なる対処」の原理の適用に関連する類似と差異を判断する基準は常に異なっている。

刑法は刑罰によって人身傷害を禁止するが、人身傷害という不正義がまだ存在しうる<sup>109</sup>。法律以外に、それに律される人々に道徳の信念が存在し、そして個人間に道徳を作り出し、不平等の隙間を埋める。したがって、法律の調整は実際に道徳の平衡あるいは平等の秩序を修復する。これに対して、道徳のルールが不平等なルールであるにもかかわらず、法律が妨害された道徳の現状を回復すれば、当法律が正義であると考えられる<sup>110</sup>。

前述の観点からみると、法律は正義を実現するために、一定の道徳の状況を回復すべきである。本稿で取り上げる「家庭」は道徳の状況の一種であると考えている。「家庭」というものが、社会、経済、政治、文化、民族に密接に関連しているため、この前提を離れて、刑法が「理想的な家庭」を想定し、そして絶対的に公平な裁判をすることが可能であると想像すれば、結局のところ差別と偏見の誤謬に陥るかもしれない。

さらに、正義という理念と社会の利益あるいは福祉との間の接点にも注意しなければならない。なぜならば、社会の変遷や法律はすべての人間の共通の福祉に常に適合するわけではないからである<sup>111</sup>。法律は最も基本的なニーズを満たすだけのものである。争いを解決するために、一定の利益を保障するのは一定の利益を放棄することである。その際に、「大衆の利益」あるいは「共同利益」といった言葉を用いるかもしれないが、それらの具体的な内容がはっきりではないのである。したがって、「共同利益」という曖昧な概念のみによって、特定される「家庭」の在り方や含意を決定することはできない。同様に、刑法における「家庭」に関する規定は時代の発展において現在の社会の利益あるいは福祉に合致していないことがあり得るので、刑法と「家庭」との間は、一定の距離を置いており、そして刑法が「家庭」に関する事情に対処する際には、柔軟な方法を取れる余地が作り出されるだろう。

2. ハートの道徳義務と法律義務についての議論は、家庭内犯罪を考察するのに重要なヒントを与える。まず、ある社会の「固有の道徳」あるいは特定のグループの「一般的に受け

---

<sup>107</sup> supra note 103, p.161.

<sup>108</sup> supra note 103, p.162.

<sup>109</sup> supra note 103, p.164.

<sup>110</sup> supra note 103, p.165.

<sup>111</sup> supra note 103, p.167.

入れられるまたは確立された道徳」が、個人生活を調整する道徳原理や道徳の理想像とは異なる。このようなルールは社会的圧力が付随しており、それを遵守するために個人の嗜好や傾向が抑制される。すべての法律に属してはいないルールが道徳的なわけではないが、「道徳規範」という名称がつけられる<sup>112</sup>。

続いて、すべての社会において、法律義務と道徳義務とは区別しているが、一部に重なるところがある。道徳は法律の規定のように、団体生活において継続的な繰り返しの何をすべきか何をしてはいけないかといった行為を要求している。道徳義務を履行することは一般人の能力の範囲であるため、道徳を遵守するのは当然のことである。しかし、特定の社会のメンバーしか持っていない道徳義務もある<sup>113</sup>。

ハートは父親や夫の家庭に対する義務を例示したが、現代においては、家庭メンバー全体が家庭に対して義務を負うという方が妥当である。この道徳的義務と法的義務が同時に存在する場合、すでに紹介したフランス刑法における家族に対する犯罪の加重規定がその理由の一つとして説明できるだろう。二重義務の違反は、二重の責任を負わせるべきだという推論にもつながる。

3. 最も基本的な道徳ルールに基づいて確立された義務や責任は、社会や時代によって異なる。例えば、ある社会では妻の殉死が義務とされ、また別の社会では自殺が道徳に反すると考えられることもある<sup>114</sup>。もちろん、こうした例は道徳ルールとして存在していたが、現代の視点から見れば迷信だと批判されるかもしれない。しかし、特定の社会の存続を維持するために、その社会において団体や個人にとって当然のことが道徳ルールとして定着するのは自然なことである。重要なのは、「当然のこと」が別の社会や時代から見ると奇異に映ることもあるが、特定の社会的機能が正常に働くためには、それが単に当然であるだけでなく、不可欠な要素となっている場合も多いという点である。したがって、社会や時代の背景を無視し、他の社会のルールを一方的に「文明的でない」と批判するのは偏見に過ぎない。

例えば、単婚制（一夫一妻制や単一生活パートナーシップ制）を採用している国の視点から、複婚制（一夫多妻制や多偶制）を採用している国のルールを批判することがあるが、即座にその制度を完全に作り変えることができるわけではない。そのため、まずは異なる社会制度における人々が直面する問題をどのように解決し、ルールの隙間を埋めるかが重要な課題となるべきである。

4. 義務と責任に関する道徳ルールと法律ルールには、両者が社会からの圧力によって拘束力と遵守の必要性が類似しているが、道徳的な非難と法律による懲罰が全く異なるとい

---

<sup>112</sup> supra note 103, p.170.

<sup>113</sup> supra note 103, p.171.

<sup>114</sup> supra note 103, p.172.

う点を考えると、両者が同じ内容を持つべきではない<sup>115</sup>。道徳と法律を「内在性」と「外在性」で区別することに関する論争は続いているが、ハートはこの問題に関して、以下の四つの特徴<sup>116</sup>が検討に値すると指摘している。

#### ①重要性

法律はしばしば道徳に応じて特定の行為を禁止する。しかし、法律と道徳が同等の重要性を持つとは限らない。普遍的に受け入れられている道徳とは異なり、法律における重要性は必ずしも不可欠ではない。ある法律が重要ではないとされても、廃止されるまでは依然として法律として機能している。一方で、社会的に重要性が薄れた道徳を依然として道徳の一部として扱うことは難しい。習慣や伝統は、過去には重要な道徳規範と見なされていたが、社会の変化に伴い、道徳から排除されることもある。

したがって、法律に規定されているからといって、その規定を道徳として扱うべきだという推論は成立しない。また、道徳規範が変化しているため、既存の社会現象に基づく規律を道徳と見なすべきではない。

#### ②意図的改正によるルールの変更

法律は改正によって特定の時点からルールを変更できるが、道徳ルールは同じ方法では変更できない。しかし、法律の制定や廃止が道徳基準に影響を与えることがある。たとえば、同性愛の非犯罪化は、同性愛が非道徳とされてきた基準を揺るがす結果をもたらした。逆に、法律が廃止されても、それに基づいて形成された道徳が残存することもある。たとえば、日本の家制度は廃止されたが、それに伴う道徳観は依然として人々の生活に影響を与えている。

法律が道徳や伝統を変える際には、法律の制定や廃止とは異なる過程を経る。法律の制定や廃止は即時に法律効果をもたらすが、道徳や伝統の変化は知らず知らずのうちに、相互の影響の中で生じる。したがって、家庭に関する道徳や伝統は、法律の有無だけで判断できるものではない。

#### ③道徳違反の任意性

道徳的責任において、個人の内心が道徳非難の根拠となることがあるが、法律もこれを取り入れている。刑法では、故意が責任の要素として重視され、過失がない場合や故意でない場合、あるいは心理的に遵法能力がない者は刑罰が科されない。責任阻却事由は限定的であり、心理的な事実の証明が困難であるため、法律は客観的なテストを採用することが多い。しかし、「正常または理性的な人」の行為規範が本当に客観的であるかは疑問が残る。

「せざるを得ない」状況が法律的責任を必ずしも排除しない一方で、道徳責任を排除する理由にはなり得る。道徳義務は「すべきこと」と「できること」の両方を含む。例えば、辱められた人が暴力でやり返すことは法律に違反するが、心底「せざるを得なかった」とされ

---

<sup>115</sup> supra note 103, p.172.

<sup>116</sup> supra note 103, pp.174-180.

る場合、道徳上は免責される可能性がある。また、故殺と謀殺の犯意の強さを比較すると、故殺は瞬間的な感情や衝動に基づくため、謀殺よりも犯意が弱く、量刑が軽減されることがある。この論証の中では、故殺の道徳的責任が低いという理由も暗に含まれているかもしれない。

#### ④道徳の圧力の形式

社会道徳は常にルール of 遵守を強調し、罪悪感や後悔の念によってその履行を促す。これは人間の良心と内在的な懲罰が存在することを前提としている。一方、法律は刑罰による威嚇を用いる。理論的には圧力の形式は区別できるが、実際の行為や事例において、これらの圧力が混在することは多い。例として、詐欺を行う者は、法律に違反するだけでなく、誠実という道徳的価値を裏切っている。

以上の四つの特徴から、道徳と法律の関係は理論上は区別できるが、実際には曖昧で重なり合う部分が存在する。家庭においては道徳と法律が相互に影響を与えるため、その調整が重要である。

5. 一般の道徳規範の上には道徳の理想像 (ideals) が存在している。言い換えれば、それは既存の道徳基準を超えたものであり、当たり前のことではなく、必ずしも実現する必要はないが、実現されれば賛美されるべきものである<sup>117</sup>。一般の道徳規範や道徳の理想像に加え、社会的批判がある。すでに科学的に検証されたように、一部の道徳は抑圧的であったり、残酷であったり、迷信や無知に基づいている場合がある。特に、特定の社会においては、特定の階層の利益を保証するために道徳が利用されることもある。

前述の批判は、道徳も含めた社会制度が合理性 (rationality) と普遍性 (generality) という二つの条件を満たしていることを前提としている<sup>118</sup>。しかし、この社会的批判は、価値観の差異により異なる結論を導くことがある。衝突する結論は、異なる道徳理想を反映している<sup>119</sup>。まさに揺れながら議論を続けることこそが、理想的な社会を構築する鍵である。

したがって、単に法律だけで、または単に道徳だけで理想的な「家庭の像」を描くことはできない。人間の生活を調整するために、道徳は一般の道徳規範、道徳の理想像、そして社会批判という三つの段階を通じて役割を果たしている。法律の調整が行われる社会において、価値観や階層などの影響を完全に避けることはできないが、この状況を意識することが、理想的な家庭への道である。

ハートによる道徳と法律についての議論は、道徳と責任の関係を示している。

まず、正義は道徳の一つの側面として、法律を評価する上で重要な要素となっている。正

---

<sup>117</sup> supra note 103, p.183.

<sup>118</sup> supra note 103, p.183.

<sup>119</sup> supra note 103, p.184.

義に内包される共同利益や福祉は、特定の時代に影響を受けており、時代の烙印が押される。したがって、刑法における「家庭」という課題を取り上げる際には、考慮すべき要素も時代と共に変化している。法律の視点だけではなく、他の視点からの柔軟な考えも必要である。

次に、道徳義務と法律義務の存在に注目する。道徳義務と法律義務が同時に存在する場合、二重違反は二重責任を生じさせる。この点が、家庭内で発生する犯罪が加重処罰される理由の一つとなり得る。

また、特定の社会や時代の背景はルールの内容を決定する。たとえそれが現代の視点から奇異に見えとしても、そのルールが社会の存続を保証している限り、単に文明的か否かという批判にとどまるべきではない。むしろ、異なる社会のルール間の隙間を埋めることが、法律と道徳の役割となる。

さらに、ハートは道徳が法律や他の社会制度と区別されるべき特徴を示している。家庭は道徳と法律が同時に機能する場であるため、その両者を区別しながら調和させることが、家庭に関する問題を解決する糸口となる。

最後に、道徳には三つの段階がある。理想的な家庭を構築するためには、価値観や社会階層の影響を意識することが重要である。

このように、「家庭」という課題を取り上げる際には、責任を論じる際に道徳は責任の根拠となり、また免責の理由ともなり得る。道徳と法律の調整が混在することは避けられないため、これらを区別しながら家庭に関する事柄を検討することで、より全面的な視点を取ることができるだろう。

### 第三節 社会危害性に対する認識

前述のとおり、家庭についての法的事情を取り上げる際には、道徳の要素が混入することは避けられない。家庭内犯罪において、その犯罪意思、すなわち故意を純然たる法律(刑法)の概念に基づいて解釈し尽くすことができるかには疑問がある。さらに、家庭内犯罪の領域において刑法の役割がどこまで及ぶべきかという判断が、考慮すべき要素の範囲を定めることに関わるため、検討が必要である。

1. 故意は、「違法性の意識を喚起するに適した事実の認識(構成要件の故意の提訴機能)でなければならない、責任非難を根拠づけるものでなければならない」<sup>120</sup>と考えられる。そして、故意の概念が単なる形式的な構成要件に対する認識ではなく、社会的有害性の認識とし

---

<sup>120</sup> 山中・前掲注(74) 312頁。

て実質化する理解も存在する<sup>121</sup>。

この「社会的有害性」(Sozialschädlichkeit)<sup>122</sup>は、道徳に関連しながらも不道徳性の基準より法律に近いものである。道徳的規範を強制することは法の任務ではないが、社会的に有害な行為を防止することは法、特に刑法の任務である。したがって、違法性の意識の認識の対象を社会的有害性と定義するのである。しかし、刑法が社会的に有害な行為を禁止すべきであるとしても、それは違法性の認識と法規範との間に十分な連結があることを意味するものではない。一定程度を超えない軽微な行為(例えば、家庭内での暴力とされるものが通報されても対応されない場合)において、社会的に有害な行動が許容されるべき限度を刑法が決めているのである。行為の社会的有害性に対する認識は、不道徳の認識と同様に、行為者にとって自らの行為が法的に有害であることを確認するものである。

2. 制限責任説の立場に立つ場合、「事実の認識と法的評価の意識とは、区別されるべきである」<sup>123</sup>とされる。違法性の意識の可能性は責任に属するものであり、その内容を社会的有害性とするならば、単に法律的な視点だけでなく、道徳などの社会的視点も必要とされる。違法性に関する検討は常に法益論につながっている。「法益侵害に焦点を当てた社会有害性(社会侵害性)の概念は、広範囲に亘って立法者の主観的判断に依存する」ものであり、「法益という概念は、それ自体の内に立法者の価値判断を含んでいる」<sup>124</sup>と考えられる。

行為者と立法者の価値判断は必ずしも一致するとは限らないため、その差異こそが違法性の意識の「可能性」に関わるものである。換言すれば、行為者と立法者の間に価値観の違いが存在する場合、違法性の意識の「可能性」が生じるため、責任の枠内で検討すべきである。立法者の価値判断や立法当時の社会状況、また宗教的要因が、家庭内犯罪を判断する際の具体的状況と必ずしも完全に合致するわけではないことから、違法性の意識の可能性についての検討に至るのである。

3. 家庭および性の分野において刑法の役割が問題となる<sup>125</sup>。この領域において、東アジ

---

<sup>121</sup> 石井徹哉「故意の内容と『違法性』の意識——行政取締違反罪における問題を中心に——」早稲田法学会誌 39 巻 27 頁以下；同「故意の認識内容とその認定——薬物事犯における対象物の認識を例に一」早稲田大学法学会誌 42 巻 1 頁以下。

<sup>122</sup> NK StGB, § 17 Rn.15ff.

<sup>123</sup> 山中・前掲注(74) 314 頁。

<sup>124</sup> 「法益保護の理論と社会的有害性論(社会侵害性論)とは、どのような関係にあるのでしょうか」という質問に対して、アメルンク教授の解答。甲斐克則「第2章 法益論と社会的有害性(社会侵害性)論をめぐる K・アメルンク教授との対話」『法益論の研究』(成文堂、2023 年) 48 頁。

<sup>125</sup> 平野龍一『刑法の基礎』(東京大学出版会、1966 年) 94 頁。

ア諸国<sup>126</sup>の刑法が自己抑制を行う理由<sup>127</sup>として、①家族および地域社会の統制力が欧米諸国よりも強く、法に依存する程度が低いこと、②法がモラリスティックであるのみならず、その根底に儒教や仏教的倫理が存在すること、③伝統的文化においては、男性が性的側面で多くの自由を与えられてきたこと、が挙げられる。

これらの要因により、家庭および性に関する社会的・文化的状況に応じて、刑法が自己抑制的であることが求められているのである。この領域の犯罪規定の廃止に関しては、道徳の悪化という反対意見もあるが、その証明は困難である<sup>128</sup>。確かに法律の制定や廃止が道徳基準に影響を与える場合がある<sup>129</sup>が、それ自体が道徳基準の変更を意味するわけではない。刑法がこの領域で後退することは、保護の空白を生じさせるものではなく、他の社会規範が役割を果たす空間を残すためのものである。

前節においては道徳と法律の関係について説明し、本節では社会的有害性が刑法の違法性の意識や責任と関連すること、さらにその「可能性」が家庭内問題において必然的に存在することを論証するものである。次章では具体的な事案を考察する際、社会的有害性に対する認識を意識しながら検討を行う。

#### 第四節 「合理的一般人」と「素人」

行為者が社会危害性（有害性）に対する認識を家庭内犯罪の考察をするときの重要な要素とするが、いかなる行為者がこの検討の射程に入れるのかは問題となっている。同じ社会や同じ法律システムのもとで生きている人間であっても、みんなそれぞれであるが、最大公約数を見つけないと、全体に通用する法律やルールは成立しない。そのため、基準とする人間像を作るべきであろう。コモンローでは「合理的一般人（reasonable person）」を設定する一方、日独法では違法性の錯誤の限界を画定するために「素人（Laien）」領域を設定する。

「合理的一般人」と「素人」はいずれも具体的な事案を判断するために想定されるイメージである。両者は類似している概念であるが、理論の内容は異なる。

---

<sup>126</sup> 原文は「日本」を対象として論述していますが、これまで議論してきたように、東アジア諸国と欧米諸国における家庭内犯罪の取り扱いの違いと共通点を踏まえると、ここでの理由は他の東アジア諸国の状況にも推論できると言えます。

<sup>127</sup> 平野・前掲注（125）183-184頁。

<sup>128</sup> 平野・前掲注（125）197頁。

<sup>129</sup> 同章第二節4. ②を参照。

## 一 「合理的一般人」について

1. 以前は理想的な善良な市民の資質を備える者<sup>130</sup>と述べられたが、現在ではアメリカ不法行為法によって明確に「常に一定の基準に従って行為する慎重で注意深い者である」<sup>131</sup>と規定されている。この概念に基づいて、合理的専門家 (reasonable professional) <sup>132</sup> という概念を引き出すことができる。

上述の基準は客観的なものであるが、実際の事案を判断するときには、行為者の心理的状況及び身体的状況を考慮しなければならない。そのため、「合理的一般人」という概念に、影響を与える要素がいくつか存在している。さらに、判断する裁判官にとって、どのような「合理的一般人」を考えるのかは、その内訳が客観的とは言えない。ここでは、ある例を想定する。ムスリムが集まる町では、姦通の防衛のために行為者が妻の不倫相手を射殺する場合、ムスリムの裁判官はそれが「合理的一般人」の行動に該当すると判断する一方で、ムスリムの習慣・文化を知らない裁判官はそれが「合理的一般人」の行動ではなく、悪質的な犯罪と考えるかもしれない。

身体の障害などは医学の基準に従い、客観的なものと見られるが、教育レベル、宗教、育った環境など比較的に主観的な要素は直ちに「合理的一般人」の基準に織り込むことはできないが、実際の判断をする際には影響力を有する。

2. 「合理的一般人」は自己防衛の事案を取り上げる際に常に出てくる。特定状況において、自己防衛の手段や合理性などは「合理的一般人」の基準を満たすかどうかというテストは、犯罪であるかの決定的な要素である。当初「合理的一般人」の英語の表現は「reasonable man」すなわち合理的男性であった。しかし、同じ場面であっても、男性と女性又は他の性別との物理的な差異があるため、同じ基準であれば妥当ではない<sup>133</sup>。したがって、女性の場合では「合理的女性」の基準を適用すべきである。しかし、性別変更が認識されてきた今日では、手術後の性別により「合理的一般人」の基準は変化できるものになっている。

---

<sup>130</sup> A.P. Herbert. *Misleading Cases in Common Law*, Fred B Rothman & Co (1989), p.12.

<sup>131</sup> The American Law Institute's Restatement (Second) of Torts § 283 "The standard of conduct to which [the actor] must conform to avoid being negligent is that of a reasonable man under like circumstances." 和訳について、ヨシュア・前掲注 (35) 192 頁を参照。

<sup>132</sup> 人が技術的な行為を行う場合、「状況下 (circumstances) における合理的な人間」テストは、行為者が実際に専門家であるか、訓練を受けているか、経験があるかに関わらず、「状況下における合理的な専門家」であろう行動をとったかどうかという基準に引き上げられる。Heath v. Swift Wings, Inc., 252 S.E.2d 526 (1979). 例えば、医療過誤訴訟では、医師の行為の妥当性は、一般人の基準ではなく、同等の専門知識を持つ「良識ある医師」の基準に照らして判断される。

<sup>133</sup> ヨシュア・前掲注 (35) 347 頁。

3. 日本の裁判員裁判と同様に、各国は様々な陪審・参審制度を取っている<sup>134</sup>。事案判断者としての国民裁判官や陪審員が「合理的一般人」を取り上げる際、その主観化は避けがたい。したがって、行為者だけでなく、事案判断者も立法者が想定した基準を多少逸脱するところがある。陪審・参審制度の導入それ自体、法律（特に刑法）が自己抑制をする問題である。このように、陪審・参審制度による国民の法感情に対する対応と法律専門家による刑法に対する解釈との結合は実際の状況にふさわしい判断ができるようになる。

「合理的一般人」という概念は、行為者の特徴を十分に考える上で、ケースバイケースで適用することができる。そのようにしても、刑法規範に望まれるメッセージが失われることはない。行為者は、自分の行為を正当化しようとするわけではなく、ただ個人的事情を前提とし、「なしうる最善のことを行ったのであるから免責され」<sup>135</sup>たいと考えるのである。

## 二 「素人」について

1. 規範論を基礎とする犯罪論からすると、犯罪は「当為（Sollen）に関する無価値判断」という行為規範と当為に従う「可能（Können）に関する無価値判断」という義務規範によって構成される<sup>136</sup>。前者は「規範的違法性」であり、後者は「規範的責任」である。両者に対応している制裁規範は「可罰的違法性」と「可罰的責任」である<sup>137</sup>。故意は同時に行為規範と制裁規範の問題となる。それぞれは「実行行為の質の認識」と「結果発生 of 認識」である<sup>138</sup>。

2. すでに述べたように、家庭は相対的に閉鎖的場所であり、「私的」性格が強い。家庭制度を考察する際に、「対内的関係（生活）」と「対外的関係（支配）」に分ける方法<sup>139</sup>がある。このように家族構成員の利益と権利を保証し、家庭の秩序を維持するために、価値観や志向性を包含する家庭それ自体の規範を形成しており、このような規範は不可避免的に倫理と道徳に緊密に関連している。東アジアの家制度の実践はそれを十分に反映している。現行法制度が設立されて以来、「刑法学における脱倫理化の傾向により」、規範と責任との関係につい

---

<sup>134</sup> 諸外国の陪審制度・参審制度の概要 - 裁判員制度、  
<https://www.saibanin.courts.go.jp/vc-files/saibanin/file/12.pdf> を参照。

<sup>135</sup> ヨシュア・前掲注（35）349 頁。

<sup>136</sup> 高橋則夫『規範論と理論刑法学』（成文堂、2021 年）18 頁。

<sup>137</sup> 高橋・前掲注（136）18 頁。

<sup>138</sup> 高橋・前掲注（136）19 頁。

<sup>139</sup> 首藤明和「日本と中国の家族制度比較研究——親密圏再考のための基礎として」首藤明和＝王向華編『日本と中国の家族制度研究』（風響社、2019 年）398-405 頁。

での研究は積極的になされていないと言える<sup>140</sup>。家庭内犯罪は家庭規範と法規範とのズレによって、この問題を検討する空間を創出する。法的規範と（法を除外する）社会的規範との齟齬が存在するため、行為者の主観面が影響されている。行為者は私的領域の自治を主張し（例えば家庭規範は法規範を凌駕すると思う）、または被害者の継続的な甘受を同意があると思ひ込む場合は、端的に「法は家庭に入らず」または「法の不知を許さず」で判断すべきではない。しかも、家庭関係の継続性と修復を期待することから、家庭外の主体間の関係と同じように対処することは、妥当ではない。ここで、行為者の故意を社会規範と法規範との間のかけ橋とすることは考えられるのではないか。

### 3. 「素人領域における並行的評価」理論（Die Lehre von der Parallelwertung in der Laiensphäre）の適用

行為者の認識には、特定の犯罪構成要件を満たす事実に対する理解だけでなく、その事実を日常生活においてどのように評価するかという視点も含まれる。日常生活での評価は、法的評価と並行して存在している。したがって、故意の内容を決定するのは法だけではなく「生活」そのものもある<sup>141</sup>。ドイツの通説はいわゆる記述的構成要件要素と規範的構成要件要素とを区別している。その違いは、記述的構成要件要素またはそれを充足する事実が、「知的理解行為」を伴わずに感性を通じて直接認識されるのに対し、規範的構成要件要素を十分に認識するためには、理解、判断または評価の行為が必要である<sup>142</sup>。「素人領域における並行的評価」の原則により、規範的構成要件要素を精確に理解することは要求されておらず、行為者は「素人領域における並行的評価」という意味で理解すればよい<sup>143</sup>。実務において、判例は「素人領域における並行的評価」という用語を採用している<sup>144</sup>が、最近の判決ではほと

---

<sup>140</sup> 石井徹哉「故意責任の構造について——「素人領域における並行評価」と違法性の意識——」早稲田法学会誌 38（1998 年）3 頁。

<sup>141</sup> Vgl. Nomos Kommentar zum StGB, 6 Aufl., 2023, § 16 Rn.32.

<sup>142</sup> NK StGB, § 16 Rn.41.

<sup>143</sup> NK StGB, § 16 Rn.45.

<sup>144</sup> 2000 年以降、「素人領域における並行的評価」に関する論述を含む最高裁刑事裁判例は、わずか 10 件である。事件番号は以下の通りである：BGH, 4.11.2021 - 6 StR 12/20、BGH, 24.9.2019 - 1 StR 346/18、BGH, 23.7.2019 - 1 StR 107/18、BGH, 10.1.2019 - 1 StR 347/18、BGH, 31.7.2018 - 3 StR 620/17、BGH, 18.7.2018 - 2 StR 416/16、BGH, 26.3.2018 - 4 StR 408/17、BGH, 21.2.2018 - 1 StR 296/16、BGH, 22.6.2011 - 2 StR 580/10、BGH, 3.4.2008 - 3 StR 394/07。最新の 2021 年の判例（BGH, 4.11.2021 - 6 StR 12/20）では、「行為者が労働および社会保険法を理解することを前提とし、少なくとも素人領域における並行的評価において、自身が雇用主であることを認識し、それに基づく社会保険料を納める義務を理解したうえで、意図的にその義務に違反して保険料を支払わな

んどそれを言及しておらず、規範的構成要件要素についても触れたことが少ない。したがって、規範的構成要件要素の概念や、「素人領域における並行的評価」の理論によって解決されるべき問題は、実際には存在せず、理論上の問題にすぎないという批判もある<sup>145</sup>。

「合理的一般人」のように、特定の場面と特定の個人の特徴を設定することと異なり、「素人」は規範的評価を重視する概念である。同一の事情であるが、法律の意味と日常生活の意味（社会的意味）に分けて理解すべきである。よく列挙される「わいせつ」に対する理解について、「法律の認識があって、その中間に社会的意味の認識の存在の余地」<sup>146</sup>を認めるべきである。

まとめると、「合理的一般人」は個人の特徴に焦点を当てる一方、「素人」は法律的以外の意味の領域を重視している。これらは異なる概念であるが、責任につながるものである。

## 第五節 小括

本章の冒頭で述べたように、家庭内犯罪について議論を展開するには、まず家庭という場面を設定し、次に犯罪の種類、特にそれが自然犯か法定犯かを確認し、最終的に個人の責任を判断する必要がある。このために、本章ではいくつかの理論を紹介した。

1. 人に不快感を与える形で現れる「暴力」は広範囲に存在している。人間全体の平和・幸福を促進するために、その「超過部分」については行為者に責任を負わせる必要がある。しかし、多様で広範囲に及ぶ「暴力」の責任追及は法の枠内では必ずしも実現できないため、法（特に刑法）以外の手段による解決が求められる。さらに、典型的な法的解決手段である陪審・参審制度も法以外の解決策の影響を排除しない姿勢をとっている点が重要である。法以外の解決手段、例えば政策・社会福祉などは、法そのものに含まれるものではなく、裁判に影響を与える手段として存在している。

2. 広義の責任が存在するという前提のもとで、その責任の由来を検討する際に道徳が関与する。道徳と法律の関係は長年の論争の対象であり、本章ではハートの理論を詳細に

---

かった場合、第 266a 条（賃金の不納付及び横領）の 1 項および 2 項の故意が認められる」として、「素人領域における並行的評価」について言及している。

<sup>145</sup> NK StGB, § 16 Rn.51.

<sup>146</sup> チャタレー事件判決（最大判昭和 32・3・13 刑集 11 卷 3 号 997 頁）に対して、山中敬一の批判である。山中・前掲注（74）716 頁。

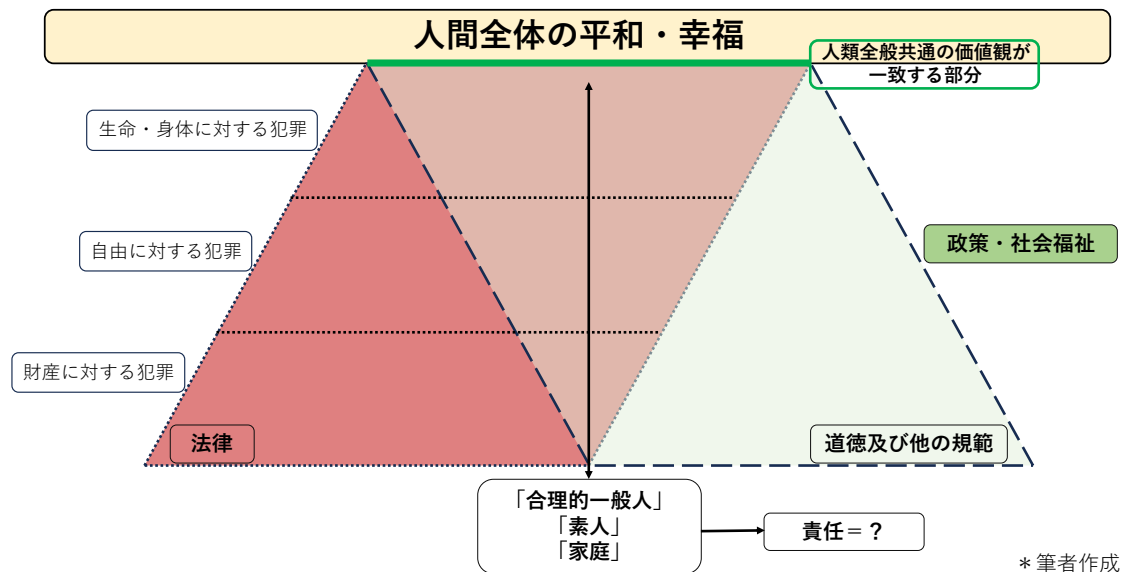
分析した。正義は道徳の一側面として、法律自体や法律の執行を批判する役割を持つ。法律への批判とその執行過程への批判は区別する必要がある。正義という理念と社会の利益や福祉は交錯するため、既存の法律で定められた家庭のあり方やその周辺事情が、現実の時空間にそぐわない場合がある。このため、刑法と家庭との間には一定の距離を保つべきであろう。

また、道徳義務と法律義務が重なることもあるため、刑法がこうした状況においてより重い責任を負わせる判断をすることは妥当である。しかし、道徳上の義務や責任が必ずしも法律の規定と一致するわけではないため、道徳と法律を区別しつつ、義務や責任を判断すべきである。家庭はまさに道徳と法律が交錯する特別な場であり、道徳的視点を無視することはできない。また、道徳はその義務や責任に関する議論を通じて、法による家庭問題の解決に影響を与える。

3. 広義の責任と道徳の観点に基づき、刑法は家庭内犯罪における行為者をどのように捉えるべきか。前述のように、行為者と立法者の価値判断は一致するとは限らない。この価値観の違いこそが、違法性の意識における「可能性」を生じさせる要因である。つまり、行為者と立法者の間に価値観の相違がある場合、違法性の意識の「可能性」が発生する。家庭内での犯罪が発生する以上、家庭道徳と法律の間にある隙間が、違法性の意識の「可能性」の存在する空間を創出する。

法律の視点から見ると、個体の個性を重視する「合理的一般人」や法的規範外のルールに従う「素人」は、法とその他のルールとのギャップを埋めるための試みである。さらに、これら二つの概念は多様な主体を含んでおり、多面性を備えている。犯罪の行為者、法的解決を行う専門裁判官、陪審・参審者、被害者など、それぞれの立場から「合理的一般人」と「素人」がどのようなイメージであるかは引き続き検討が必要である。また、家庭という要素が加わることで見解が変わる可能性もある。

前述の内容を総括して以下の図を作成し、これらの理論を活用して、第三章以降の具体的な内容を検討していきたい。



(図 2)

\* 図の内容について説明する。

① 図の最上部

「人間全体の平和・幸福」が示されており、これは法律、道徳、政策、社会福祉などの規範やメカニズムが目指す最終的な目的を表している。これらの規範やメカニズムは、社会全体の平和と幸福を実現するために存在しているものである。

② 左の赤い並行四辺形のエリア

図の左側にある赤い並行四辺形のエリアには、下から順に「財産」「自由」「生命・身体」に対する犯罪が表示されている。このエリアは、犯罪の種類を階層的に示しており、各種類の犯罪に対して法律がどの程度重点を置くかが反映されているものである。

③ 右側の淡い緑色の並行四辺形のエリア

右側の淡い緑色のエリアは、道徳や他の規範の領域を示している。特に家庭内で発生する特定の問題において、法律を補完または代替する道徳及び他の規範の役割が強調されているものである。

④ 図の中央部（赤い部分と緑の部分为重なるエリア）

中央部では、赤い部分と緑の部分为重なり合い、薄いピンク色のエリアを形成している。このエリアは、法律義務と道徳義務、あるいは他の規範に基づく義務が同時に存在していることを示しているものである。混在する色として描かれているが、異なる規範を混同しているわけではない。具体的な区分については、各論部分において具体的な規定や判例を通じていくつかの基準が引き出されるだろう。

④ 図の下部

「合理的一般人」「素人」「家庭」という概念が示されており、これらの概念は裁判における判断で異なる視点と役割を持つことを示しているものである。特に家庭の特殊性を考慮するため、責任判断において一定の柔軟性が求められ、家庭内の問題に適切な視点を提供する役割を果たしている。

#### ⑤ 政策・社会福祉のエリア

右側の「政策・社会福祉」のエリアは、法律や他の規範による責任追及が十分でない場合、例えば一般の評価体系に収まらないケース（いじめなど）において、政策や社会福祉が補完的に利用される可能性を示している。これにより、家庭内問題の解決における多角的なアプローチが強調されている。

#### ⑥ 人類全般共通の価値観が一致する部分

図の右上にあるこのエリアは、法律と道德による責任追及が一致する基本的な価値観（人権尊重、生命の尊重など）が存在することを示している。この共通の基盤が社会の安定を支え、重要な役割を果たしているものである。

#### ⑦ 「責任 = ?」の部分

図の下部に記載された「責任 = ?」は、異なる基準や規範の間で責任をどのように判断するべきかという問題を示しているものである。特に家庭内犯罪においては、法律だけでなく、道德や他の規範といった多様な要素を考慮する必要性があることを反映している。

### 第三章 親族相盗例をめぐる家庭内における財産犯罪の考察

前章で抽象的に説明した基本的な理論に基づいて、本章では具体的な事件や場面を取り上げ、議論を展開する。ドイツ、日本、中国の刑法には親族相盗に関する特別規定が存在し、コモンローには「家族免責 (Familial Immunity)」の原則がある。この点に関して、教科書、学説、判例において親族相盗を説明する際、「法は家庭に入らず」という見解から論じることが多いが、処罰しない根拠については法的な理由だけでなく、政策的な視点も考慮されている。そのため、親族相盗における処罰の免除に関する内訳をより明確にする必要があるだろう。

#### 第一節 親族相盗に関する規定・議論および裁判例

##### 1. ドイツ

###### (1) 「家庭内及び家族内」の範囲

現行刑法 247 条<sup>147</sup>「家庭内及び家族内の窃盗 (Haus- und Familiendiebstahl)」は 265 条 a 第 3 項「盗品関与」と 266 条第 2 項「背任」にも適用されうる。旧規定と比べると、本条は犯罪を家庭内及び家族範囲内に限定する態度を表すと考えられる<sup>148</sup>。

窃盗あるいは横領は犯罪形態を問わずに適用されるが、249～252 条 (249 条強盗、250 条加重強盗、251 条強盗致死、252 条強盗的窃盗) 及び 240 条 (強要) は公的犯罪 (Offizialdelikt) として扱われるので、本条の家庭内と家族内といった範囲に含まれていない<sup>149</sup>。

本条を適用するために、行為者と被害者とは犯罪時点に、以下の関係に該当しなければならないと考えられる：①親族関係 (Das Angehörigenverhältnis)、②後見関係 (Das Vormundschaftsverhältnis)、③家庭共同体 (Die häusliche Gemeinschaft)<sup>150</sup>。

既に言及したが、親族関係については、ドイツ刑法第 11 条に明確に規定されている。生活パートナーシップ、すでに離婚した関係も親族の範囲にカバーされている。後見関係につ

---

<sup>147</sup> § 247 StGB (Haus- und Familiendiebstahl) (家庭内及び家族内の窃盗) 窃盗若しくは横領により親族、後見人若しくは養育者が被害を受け、又は被害者が行為者と共に家庭共同体において生活するときは、犯行は、告訴に基づいてのみ訴追される。和訳は、樋口亮介＝深町晋也＝小池信太郎＝佐藤拓磨＝仲道祐樹＝神馬幸一『刑事法制資料 ドイツ刑法典』(法務省刑事局、2021 年)を参照。

<sup>148</sup> Schönke Schröder StGB (Aufl.30) § 247 Rn.1.

<sup>149</sup> Schönke Schröder StGB (Aufl.30) § 247 Rn.2.

<sup>150</sup> Schönke Schröder StGB (Aufl.30) § 247 Rn.3-8.

いて、被後見人が後見人（未成年後見だけではなく、成年後見も含まれる<sup>151</sup>）に対する財産犯罪のみは訴追されうる。しかし、後見関係はすでに公的介入が存在する関係であるため、それを本条の適用に入れるのは相応しいかどうかは疑われる<sup>152</sup>。

特筆すべきなのは、家庭共同体の範囲である。家庭共同体は親族関係だけではなく、自由な決定（auf freiem Entschluss）に基づいて、しかも真摯な同居、とりわけ婚姻に類似している関係に基づく関係も含まれる。難民キャンプ（Flüchtlingslager Untergebracht）を除外するが、寄宿学校（Internats）、修道院（Klosters）、老人ホーム（Altersheim）、家族と共同生活をしている手伝いさんを含む家庭（die mit einer Familie zusammenlebenden Hausangestellten）は家庭共同体として考えられる<sup>153</sup>。もし家庭共同体における特有の繋がりや相互的義務がなければ、共同体の存在は認められない。共同体が存在する限りでは本条が適用されえる。

## （2）訴追権者

本条は被害者のみが訴追の権利を有する。横領や窃盗の場合には、所有者（Eigentümer）が被害者と見なされる。ここで重要なのは、行為者と所有者との間に特殊関係（privilegierten Beziehung）が存在するかどうかという問題である<sup>154</sup>。以下の状況をも考えるべきである。

① 共同所有者として外部の第三者がいる、②加害財産が人格的構造の会社（personalistisch strukturierte Gesellschaft）の財産である、③ 法人の場合（für die juristische Person）、株主に特別な関係があったとしても、背任行為（Untreue-handlung）の結果として法人が損害を受けた場合は別問題である。

また、所有者が被害者であるという見解に対しては、占有者（Gewahrsamsinhaber）も本罪の被害者とされるべき主張がある<sup>155</sup>。占有者という理由で本条の適用を排除すれば、受け入れがたい。加害者が所有者による訴追を免れたとしても、外部の保管者は第 123 条（住居侵入罪）および第 303 条（器物損壊罪）に基づき、同様に訴追する権利を有する。

共同所有権の場合には、すべての被害者が本条によりカバーされるという前提で訴追提訴できる<sup>156</sup>。

---

<sup>151</sup> 2021 年後見及び保護法の改正法案（Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts）によって、より明確的に成年後見について規定している。BGBl. I 2021 S. 882.

<sup>152</sup> Schönke Schröder StGB (Aufl.30) § 247 Rn.5.

<sup>153</sup> Schönke Schröder StGB (Aufl.30) § 247 Rn.7.

<sup>154</sup> Schönke Schröder StGB (Aufl.30) § 247 Rn.9-10.

<sup>155</sup> Schönke Schröder StGB (Aufl.30) § 247 Rn.11.

<sup>156</sup> Schönke Schröder StGB (Aufl.30) § 247 Rn.12.

### (3) 親族関係に対する錯誤

親族関係の判断は行為者によるのか、客観的な存在によるのかについて、錯誤の問題が場合によっては提起されるが、本条の適用は完全にその関係の客観的存在（objektives Vorliegen）が求められ、それが故意に包摂されなくてもよい故に、このような錯誤は意味を持たない、すなわち行為者による被害者との関係に対する錯誤が存在しても本条は適用されない<sup>157</sup>。

したがって、関係がすでに築かれたことが重要であり、そこに既にある関係とそれに基づく私的秩序を保護するという親族相盗の趣旨が見られる。家庭内犯罪とはまさにすでに形成された家族関係に基づく家庭において起こる犯罪を指している。

### (4) 親族関係の解消

行為時は親族関係が存在していたが、その後にその関係が解消した場合には、疑わしきは罰せず（in dubio pro reo）という原則を適用すべきである<sup>158</sup>。例えば、婚約が解除された場合や行為当時に生きていた親族がその後に死亡した場合である。なぜなら、このような場合には、行為者が一般的な法秩序に対する反抗（eine Auflehnung gegen die allgemeine Rechtsordnung）というよりも、犯罪当時にまだ存在していた家族秩序を無視した（eine Missachtung der zur Tatzeit (noch) bestehenden Familienordnung）ことが重要なのである<sup>159</sup>。

### (5) 判例について

①連邦通常裁判所は、主に「家庭および家族の平和（Haus- und Familienfrieden）」を保護するためにドイツ刑法第 247 条を適用している<sup>160</sup>。この場合の家族あるいは親族の範囲は、同法第 11 条に基づいて定義されている。家庭の範囲については、特別な繋がりや相互的な義務が存在する限り、家庭共同体として認定される可能性がある。

②近年の判例では、企業内で発生する背任や詐欺の罪を検討する際、複数の株主間の関係が重要視されている。当事者間に親族関係があるか否かは、犯罪の状況を分析する際の重要な要素であり、特に損害額の算定において決定的な影響を有する。複数の被害者に不利益をもたらした事案では、起訴の範囲が常にドイツ刑法第 247 条に基づいて決定されている<sup>161</sup>。行為者との家族関係に基づく、損害を受けた株主が存在しない場合、同法第 266 条第 2 項

---

<sup>157</sup> Hohmann MK 13, Kindhäuser NK 10, Mitsch JA 14, 3.

<sup>158</sup> Bay NJW 61, 1222, Hohmann MK 14, Kindhäuser NK 3.

<sup>159</sup> Schönke Schröder StGB (Aufl.30) § 247 Rn.14.

<sup>160</sup> vgl. BGH, 12.7.1979 - 4 StR 204/79, 29, 54, 56.

<sup>161</sup> vgl. BGH, 23.2.2012 - 1 StR 586/11, 9, Rn.19.

(背任罪における親族特例の準用) および第 247 条の適用要件は満たされない<sup>162</sup>。

③連邦通常裁判所は、親族相盗の被害者を財物の所有者 (Eigentümer) に限定している<sup>163</sup>。しかし、事件当時、死亡した被害者の財産が相続によって所有権移転した場合でも、第 77 条<sup>164</sup>第 2 項の規定する刑事訴追権 (Antragsrecht) が失効するため、相続人は第 247 条に基づいて訴追することはできない<sup>165</sup>。

④一方で、事件当時に親族関係が存在していれば、第 247 条の適用は可能とされる場合もある<sup>166</sup>。この親族関係の範囲については、第 11 条に明確に規定されており、離婚後の嫁姑関係も含まれる。

## (6) 発展的問題

連邦議会第 16 会期法務委員会 (Deutscher Bundestag 16. Wahlperiode Rechtsausschuss) では、親族相盗における判断と適用の考え方は、他の犯罪にも応用可能であるとの見解が出てくる。特に私的領域を保護する点で、無許可で保護データにアクセスする行為は、権限のある当事者の領域を侵害するものとして、コンピュータ犯罪 (Computerkriminalität) の検討において重要となる。一定の刑法上の範囲が設定されている場合、被害者自身が受けた被害の程度をどのように処罰すべきかを判断できるべきであると考えられる<sup>167</sup>。

## 2. 日本

### (1) 特例の規定

---

<sup>162</sup> vgl. BGH, 8.3.2017 - 1 StR 466/16, 7f, Rn.10.

<sup>163</sup> vgl. BGH, 26.7.1957 - 4 StR 257/57, 10, 400, 401 ff.

<sup>164</sup> § 77 StGB (Antragsberechtigte) (1) 犯行が告訴に基づいてのみ訴追できるときは、法律に別段の定めがない限り、被害者が告訴をすることができる。(2) 被害者が死亡した場合において、法律が定めているときは、被害者の告訴権は配偶者、生活パートナー及び子に承継される。被害者が配偶者、生活パートナー、子のいずれも有しないとき、又はこれらの者が告訴期間の経過前に死亡した場合には、兄弟姉妹及び孫に承継される。親族が犯行に関与し、又はその血族関係が解消されているときは、その者は、告訴権の承継にあたって、排除される。訴追が被害者の明示の意思に反するときは、告訴権は承継されない。(3) 告訴権者が行為無能力者又は制限行為能力者であるときは、身上についての法定代理人及び告訴権者についての配慮が帰属するものが、告訴をすることができる。

(4) 数人が告訴権を有するときは、各人が独立して告訴することができる。

<sup>165</sup> vgl. BGH, 21.12.2016 - 3 StR 453/16, 4 f, Rn.7 ff.

<sup>166</sup> BGH, 21.12.2016 - 3 StR 453/16, 4, Rn.5 f.

<sup>167</sup> vgl. SV Michael Bruns, Deutscher Bundestag 16. Wahlperiode Rechtsausschuss (6. Ausschuss) (2007.3.21) Protokoll Nr. 54, Gesetzentwurf der Bundesregierung, S. 3 f.

現行刑法 244 条<sup>168</sup>は親族間の犯罪に関する特例を規定している。この親族相盗例は詐欺、背任、恐喝、横領にも準用されている。まず、第 1 項は適用範囲を「配偶者、直系血族又は同居の親族との間で」行われる窃盗について規定する。そして、第 2 項は、前項の親族以外の親族との間での犯罪について告訴が起訴条件とされる。第 3 項は、共犯の場合では親族ではない者は本条に適用されえない。

強盗罪では被害者の身体や自由も保護法益に含まれるため、財産犯である同時に「人身犯罪としての側面を強く持つ犯罪」である<sup>169</sup>。それゆえ、純粋な財産犯ではなく、人身を保護するために親族特例の適用を除外する。

この親族相盗例に関する議論は二つの面をめぐるものである。第一に、特例の根拠、すなわちなぜ「刑を免除する」のかであり、第二に、適用の要件、特に親族の範囲である。

## （２）刑の免除の根拠

刑の免除について、日本の判例は「親族間の一定の財産犯罪については、国家が刑罰権の行使を差し控え、親族間の自律に委ねる方が望ましいという政策的な考慮に基づき」<sup>170</sup>、特例を設けているとする。しかも、「その犯罪の成立を否定したものではない」<sup>171</sup>と示した。判例の政策説に対して、違法性減少説又は責任減少説を取り上げる論説もある。本稿の総論の結論のように、家庭内犯罪を検討する際に、これまでの犯罪論体系において責任の部分に注目すべきである。そこで、責任減少説に立つ学者の論述を見ていこう。

林幹人は三つの側面から親族相盗例を議論した<sup>172</sup>。

### ①「刑の免除などの根拠」

林幹人は根拠を政策説と法律説に分けて論じていた。

政策説としての一身的刑罰阻却事由説は、刑罰を阻却するが、2 項の親告罪の規定には適切でない。「この説は本条の根拠を、違法・責任という犯罪幅実質とは無関係の政策に求める」ものである。「法は家庭に入らず」のを原則とするが、殺人や傷害などの罪はそれを超えて当然に罰されることから見ると、この政策の適用は財産犯にとどまる理由について「実質的に説明していない」と林幹人は批判した。

---

<sup>168</sup> 244 条（親族間の犯罪に関する特例）配偶者、直系血族又は同居の親族との間で第 235 条の罪、第 235 条の 2 の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯した者は、その刑を免除する。

2 前項に規定する親族以外の親族との間で犯した同項に規定する罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

3 前二項の規定は、親族でない共犯については、適用しない。

<sup>169</sup> 井田良『講義刑法学・各論[第 3 版]』（有斐閣、2023 年）238 頁。

<sup>170</sup> 最決平成 20・2・18 刑集 62 卷 2 号 37 頁を参照。

<sup>171</sup> 同上。

<sup>172</sup> 林幹人『刑法各論（第 2 版）』（東京大学出版会、2007 年）202-205 頁。

政策説に対抗するのが、法律説である。その中には、違法性減少説と責任減少説が存在している。「家庭内においては物の所有・占有の排他性・支配性が弱まる（あるいは被害者の一般的同意がある）ために」、違法性が減少するという説は、3 項における親族ではない共犯に対する処理の根拠を十分に説明できないと、批判される。

本条 3 項を全部含めて統合する「親族に対する財産侵害は期待可能性が低いという責任減少」説は、林幹人に支持されている。政策も考慮されるが、「問題の犯罪は重いものではないという評価」を前提としなければならない。法律説をとると、2 項の親族関係の遠さによって違法・責任が減少するのは「実態に合わない」と批判されるが、それはすでに立法論に踏み込むことになる。立法論から見ると、「1 項の親族ですらせいぜい親告罪とすべき」であると林幹人がその可能性を肯定する一方、解釈論としては責任減少説は適当であると主張している。

## ②「所有者と占有者」

政策説も法律説も所有者と占有者が同時に「家庭内」という範囲に含まれることを要求する。ここから見ると、本条の適用は「完全な家庭内」という要件を必要とすると言えるだろう。したがって、この要件に対する錯誤が存在する場合には、本条を適用できるかどうかの問題になっている。

## ③「1 項と 2 項との均衡」

この均衡問題を解決するためには、立法論的展開が望まれている。「現代の家族の独立した財産関係を考慮すれば」、1 項をも親告罪とすべきであると考えられる。

林幹人の見解によれば、親族相盗例に関連する 3 項の規定を全体としてひとつのものと考えなければならない。確かに、立法論に至らない範囲において、法律説、特に責任減少説は妥当である。私見もこれを賛成する。親族関係の遠さを一つの責任減少の基準とすれば、これが現代家族の変容との関係を明らかにするといえる。なぜなら、親族関係の疎密の判断は社会の変容に伴って変化するのであるから。法律規定の歴史的展開を考慮に入れると、親族関係に対する判断、責任が減少する幅についての判断はそれに適応できる機能をつけるべきである。

解釈論の視点以外では、家庭内犯罪を親告罪にするという考えも可能である。さらに、修復的司法を可能にするために、刑法体系的な考え方による立法論・解釈論はその余地を創出すべきである。

## （3）特例の適用範囲

適用の要件に論及する際に、適用できる親族の範囲を明確にしなければならない。血縁のある親族はもちろん、法律婚に基づく親族も明白である一方、内縁関係、若しくは同性パートナーシップも含んでいる事実婚をどのように取り扱うのかは問題となっている。特に、民事法領域は内縁の相手を配偶者に準じて取り扱っている今日では、刑法はそのまま受け入

れるのか、又は刑法特有の概念と定義で非法律婚関係を取り扱うのかは問われるべきである。

内縁関係における親族相盗例の適用について、【最高裁平成 18 年 8 月 30 日第 2 小法廷決定（平成 18 年（あ）第 334 号、窃盗被告事件）】は「刑法 244 条第 1 項は、刑の必要的免除を定めるものであって、免除を受ける者の範囲は明確に定める必要があることからして、内縁の配偶者に適用又は類推適用されることはない」と解するのが相当であると判断した。この決定は内縁関係において親族相盗例の適用を明確に排除し、そして 244 条 1 項が刑の必要的免除であると確認した。

この判例について、日高義博の評釈<sup>173</sup>によると、3つの問題が挙げられる。1. 刑の免除の理由は何か？ 2. もし本決定が仮に内縁関係を認めるならば、本件と「法は家庭に入らず」という刑法の介入を排除する根拠との関係をどのように理解すべきであるか？ 3. 「家族関係が大きく変動してきている今日において」親族相盗例に関する法解釈はどうなるべきであるか？特に「法解釈の限界と立法論との関係」は重要な問題である。上述の問題を踏まえ、日高義博の論述は以下のように整理される。

第 1 の問題について、

①244 条は、刑の免除だけではなく、親告罪をも規定している。それゆえ、「親告罪として処理する場合との均衡をも考慮に入れて検討する必要がある」。

②通説としての一身刑罰阻却自由説は親族という身分を要求し、「刑の免除は有罪であるが刑をかさない」と主張する。この説がどのように「家族関係の実体」を認識するのかは問題となる。

③「244 条の 1 項と 2 項とでは法的効果が異なることから、取り扱い上に不均衡が生じる場合があるとして」、「刑の免除」を犯罪不成立と理解する意見も存在しており、すなわち違法阻却説と責任阻却説である。しかし、この解釈は「家庭関係の実体から犯罪不成立の結論を導き出そうとしている」。この流れにすると、内縁関係は「消費共同体」が形成されるから期待可能性によって犯罪不成立を主張するのは可能である。

④近時、犯罪不成立という見解を否定し、「刑の免除の実質的理由を犯罪論に還元させようとする違法減少説、責任減少説」も出てきた。

⑤家族に対する理念が変動しつつ今日においては、親族相盗例の処理は「解釈論を越え、立法論に踏み込む」ものである。

第 2 の問題について、

①本件における法適用の手順として、まず条文上の「配偶者」の範囲を確認し、すなわち

---

<sup>173</sup> 第三章第一節 2. (3) における日高義博の評釈については日高義博「親族相盗例と内縁関係」専修大学ロージャーナル第 3 号（2008.1）33-40 頁を参照するものである。

内縁関係がそれに含まれるかどうかを判断すべきである。次に、内縁関係の成否を判断する。

②家庭の範囲は「その時代の家族制度に応じて、立法的に解決されるべきものである」。

③民法が画定している親族の範囲は「形式的な理由であり」、244 条の「刑の免除」の理由は「実質的理由」を求める。

第 3 の問題について、

①このような事案は、「法解釈論と立法論の間における法解釈のあり方」を考えられるケースである。

②結論として、家族関係の変容に鑑みれば、「親族相盗例の適用対象者の範囲を限定し、かつ法的効果をすべて親告罪にするよう法改正を行うべき」である。

この判例評釈は親族相盗例に関する主要な議論に焦点を当てるものである。第一に、刑の免除だけではなく、親告罪の設定の根拠についても検討する必要がある。確かに、「告訴がない場合を前提にすると、近い親族と遠い親族とでアンバランスな扱いとなる」<sup>174</sup>と考えられる。さらに、第 2 項に挙げられる親族は単なる血族と比べて被害者との関係がより密接である場合もありうる。この場合、刑法が親族という身分をより明確に規定・説明することが期待される。しかし、民法においてすでに親族の定義が存在する中で、刑法が特別に親族の範囲を規定する必要があるのか、その根拠を明らかにする必要がある。

第二に、評釈は違法阻却説および責任阻却説が、犯罪不成立を理由に刑の免除の根拠となると指摘する。同様の論理で、期待可能性の欠如を理由に犯罪が不成立と論じることが可能である。これに対し、犯罪の成立を前提とした場合には、刑の免除の理由を違法性減少説または責任減少説として説明することが考えられる。本稿は家庭内犯罪の検討を、犯罪が成立する（少なくとも構成要件該当性および違法性を満たす意味での成立）<sup>175</sup>ことを前提として行うものであり、既存の犯罪論に基づいて家庭内の事情に対する基本的な考え方を提示することを目指している。このため、親族相盗例については責任減少説を採用する立場をとる。

第三に、内縁関係は配偶関係の一種であるかが問題となる。また、内縁関係を配偶関係に含める場合、内縁関係の成否をどのように判断するかが問われる。血縁関係に基づく親族関係は明確であるが、婚姻に基づく親族・家族関係は単に法律婚という形式的要件だけでは判断し難い。さらに、家族関係の変容に伴い、法律婚を前提としないカップルが家庭を構築する事例も増加している。判例のように内縁関係を親族相盗例の適用対象から排除することは、時代の変化に適応しているとはいえない。

第四に、評釈の結論は林幹人の見解と一致し、立法論に辿り着いている。適用対象者の範

---

<sup>174</sup> 井田・前掲注（169）267 頁。

<sup>175</sup> 本稿の総論に従えば、犯罪が家庭の事情に繋がるならば、一般の犯罪として構成要件該当性、違法性をチェックする上で、責任の段階でその特殊性を体现すべきである。このようにすれば、多重の規範の間のバランスを取りやすいのである。

囲や親告罪にする範囲について法改正の必要性が指摘されているが、現時点でどのように将来の法改正に対応する解決策を立案するべきかという課題は、本稿が探求する重要なテーマである。

### 3. 中国

#### (1) 特例の規定

中国における親族相盗は現行刑法に規定されていないが、司法解釈によって補足されている。中国の司法解釈の性質及び拘束力の順位はなお不明確<sup>176</sup>であるので、親族相盗の特例が特別規定として定着しているかは議論の余地があると思われる。しかし、司法解釈で言及されることそれ自体が親族相盗の独自性を示しているのである。

家庭内又は親族間の窃盗は、司法解釈の中に、『最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释（窃盗刑事案件の処理に関する法律の適用の若干問題に対する最高人民法院、最高人民検察院による解釈）』（法释[2013]8号，20130404）「第八条 家庭構成員又は近親の財物を窃取したが、被害者の容赦を得た場合は、その行為を犯罪と見なしなくてもよい；刑事責任を訴追される場合には、酌量的に軽く処理すべきである。」<sup>177</sup>と、『最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释（未成年者刑事案件の審理に関する法律の具体的な応用の若干問題に対する最高人民法院による解釈）』（法释[2006]1号，20060123）「第九条 …十六歳以上十八歳未満の者が、家庭構成員又は近親の財物を盗んでいた場合、若しくは他の親族の財物を盗んでいたとしても、当親族が訴追しないように要求する場合は、当該行為を犯罪として処理しないことができる。」<sup>178</sup>といった二箇所がある。

---

<sup>176</sup> 徐行「現代中国における司法による法形成の現状と改革：日本との比較の視点から」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル 14 巻 51-54 頁。第 2 章 中国における司法解釈制度の現況と問題点において、司法解釈制度と判例制度とを比較し、司法解釈を「一般的に具体的な事案と関係なく、事前的に法に対して解釈を行うことができる」という上級司法機関が下級司法機関を指導する司法文書と述べる。苗炎「论司法解释的性质和效力位阶」中外法学 2023 年第 2 期 425-444 頁。本文とは立法、最高人民法院、司法実務、理論研究といったそれぞれの側面から司法解釈の性質と効力のレベルについて考察することである。結論として、司法解釈は制定法の一種とし、そしてその類型により効力が異なる。具体的に、刑事司法解釈の効力は法律に次いで低い、ほかの司法解釈は行政規定（行政法规）に等しいと考えられる（442 頁）。なぜなら、刑事司法解釈は刑事裁判の不可欠な依拠と公認されているからである。

<sup>177</sup> 原語：偷拿家庭成员或者近亲属的财物，获得谅解的，一般可不认为是犯罪；追究刑事责任的，应当酌情从宽。

<sup>178</sup> 原語：已满十六周岁不满十八周岁的人盗窃自己家庭或者近亲属财物，或者盗窃其他亲

## （２）特例の適用範囲

前述の司法解釈をまとめると、親族相盗の要件は一般的に「家庭構成員又は近親」「被害者の容赦を得た」二つであり、法的効果は「犯罪として処理しないことができる」「酌量的に軽く処理すべき」である。未成年者の場合は、被害者を家庭構成員及び近親以外の「他の親族」まで拡大し、さらに「当親族が訴追しないように要求する」を要件とする。注意すべきなのは、この法的効果が「犯罪として処理しないことができる」と表現される点である。このように、いくつかの要件を抽出することができるが、「酌量的」「しないことができる」といった裁量の余地かなり広い表現が出てくるので、司法解釈が明確に親族相盗を規定しているとは言えない。

このように、中国では親族相盗を検討する際に、①行為者と被害者との関係、②被害者による赦し、③法的効果といった三つの側面を重視すべきとされる。

## （３）「家庭構成員」の範囲

「家庭構成員」<sup>179</sup>の定義は、法的・社会的・文化的な文脈によって異なる場合があるが、一般に血縁・婚姻に基づく関係にある者以外に、事実上の生活共同体を構成している者も含まれる。家庭構成員という概念で家庭の範囲を確定する方法は、親密圏の構築と類似している論理である。補足すると、中国刑法は事実婚を認める<sup>180</sup>立場であり、共同生活が家族であるかどうかにとっては重要な要件となっている。

しかし、刑法における「家庭構成員」の範囲は実際に不明確な状況である。刑法 260 条（虐待罪）は唯一「家庭構成員」という文言がある条文である。前述の司法解釈を含め、家庭構成員に関連する概念は「家庭成員」「自己家庭」「ほかの親族」「共同家庭生活関係を持っている者」<sup>181</sup>などである。もし家庭構成員が近親を包含する概念と解すれば、司法解釈の

---

属财物但其他亲属要求不予追究的，可不按犯罪处理。

<sup>179</sup> 原語は中国語の「家庭成員」であるが、漢字のまま使用すると日本語としては日常的な表現となり、指示が曖昧になる可能性がある。そのため、ここでは「家庭構成員」という表現を用いる。これは、より形式的であり、法的または制度的な文脈で使用される適切な表現である。

<sup>180</sup> 重婚罪は、事実婚における一方の当事者を重婚罪の「配偶者」として見なしている。この規定は事実婚を推奨するものではなく、むしろ重婚行為を罰することによって、事実婚を伴う重婚を否定するものである。劉・前掲注（7）611-612 頁を参照。この視点に立つと、中国刑法は事実婚の存在を一定程度認めていると考えられる。

<sup>181</sup> 中国語の原語は「家庭成員」「自己家庭」「其他亲属」「有共同家庭生活关系的人员」である。李新＝余响铃「刑事法中“家庭成员”之界定」人民檢察 2015 年第 12 期 53 頁。

文言が重複するものになってしまう<sup>182</sup>ので、それを近親以外の家庭構成員と理解するのが妥当だろう。そうであれば、近親は血縁・姻縁関係によって定められる一方、家庭構成員は共同生活の面によって判断されるものである。

中国民法が設ける「離婚冷静期間」<sup>183</sup>において、離婚を望む者同士の間関係をどのように捉えるかは問題となっている。この期間中の「婚姻関係」の存否が家庭の範囲を左右するが、仮に同居が継続する場合、家庭構成員の範囲に影響を与えるかについてはなお検討の余地がある。さらに、親族相盗に限らず、この期間中に人身に関する犯罪が発生する場合も考察が必要である。

#### （４）「家庭構成員」に対する検討

伝統と実務を総合的に考慮すると、「家庭構成員」の認定は、家庭内窃盗における罪の成立と量刑にとって重要な要件である。この要件については、中国の伝統、司法政策、社会の現状、法律適用の統一性という４つの観点<sup>184</sup>から検討する必要がある。

##### ①歴史的視点

親族間の犯罪は古来特別に扱われていた。秦代は法律によって家長権を確立し、訴訟の「公室告」と「非公室告」がそれを反映していた。「公室告」は社会や国家の利益を脅かす犯罪、すなわち「賊杀伤、盗他人（他人の財物を窃盗し、他人を殺傷する）」といった行為を指し、官庁が受理しなければならない訴訟であった。これに対して、親が子供に対して財産を盗んだとして訴えたり、子供が親を訴えたり、奴隷が主人に対して恣意的に様々な罰を与えたとして訴えたりするような訴訟は「非公室告」となる。この場合では、子供、親、奴隷は互いに訴えることはできず、官庁も介入しない。特別なのは、夫の窃盗を知っていたか否かに関わらず、妻には刑事責任がある。『法律答問』（秦）には「夫盗三百钱，告妻，妻与共饮食之，何以论妻？非前谋也，当为收；其前谋，同罪（夫が 300 枚のコインを盗み、妻に告知した。妻は夫と食事を共にしていたが、なぜ罰せられるのか？事前に計画していなかつ

---

<sup>182</sup> 中国語の原語は「家庭成員」「自己家庭」「其他亲属」「有共同家庭生活关系的人员」である。李＝余・前掲注（181）54 頁。

<sup>183</sup> 『中華人民共和國民法典』第 1077 条：婚姻届出をした者が離婚届出を受理した日から 30 日以内であれば、当事者の一方が離婚を望まない場合、婚姻届出をした者は婚姻届出をした者との離婚届出を撤回することができる。前項に定める期間の満了後 30 日以内に、当事者双方が婚姻届出をした者本人が婚姻届出をした者に対し離婚証明書の発行を申請しなければならず、これを怠った場合は離婚届出を撤回したものとみなされる。（原文：自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。前款规定期限届满后三十日内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请。）

<sup>184</sup> 李＝余・前掲注（181）54-55 頁を参照。

たので、盗品等收受罪に問われるべきであり、事前に計画していた場合は、同罪に問われるべきである)」とある。つまり、事前に計画していなかった者は盗品等收受罪に問われ、計画していた者は同罪に問われる。また、「夫盗二百钱，妻所匿百一十，何以论妻？妻知夫盗，以百一十为盗；弗知为守赃（夫が200枚のコインを盗み、妻が110枚を隠した。なぜ妻が罰せられるのか？もし妻が夫が盗みを働いたことを知っていたら、彼女は夫と同じ罪に問われる。もし知らなかったら、盗品を保管していたとみなされる）」とあることから、妻の従属性が表されている。

また、唐・明・清の時代においても親族相盗の処理は親疎関係に基づき減刑が行われた<sup>185</sup>。それ対しては、親族間の殺人は一般の法律が適用され、家長権の及ばない刑法の対象とされた。

この歴史的伝統を踏まえると、親族相盗を一般の窃盗と区別して処理することは妥当であるといえる。つまり、家庭内部の秩序を維持するため、財産犯の場合に刑法の介入を控え

---

<sup>185</sup> 『唐律疏議』：「诸盗总麻(亲)、小功亲财物者，减凡人一等；(盗)大功(亲财物)，减二等；(盗)期亲(财物)，减三等。杀伤者，各依本法杀伤论。此谓因盗而误杀者。若有所规求而故杀期(亲)以下卑幼者，绞。余条准此；诸同居卑幼，将人盗已家财物者，以私辄用财物论加二等；他人，减常盗罪一等。若有杀伤者，各依本法。他人杀伤，纵卑幼不知情，仍从本杀伤法坐之。」筆者試訳：総麻親族（高祖父系および母方の初代につながる親族）や小功親族（曾祖父系につながる親族）の財産を窃盗した者は、一等減刑される。大功親族（祖父系につながる親族）の財産を窃盗した者は二等、期親（父系につながる親族）の財産を窃盗した者は三等、それぞれ減刑される。人を殺害または傷害した場合、現行の殺傷に関する法律に準じて処理される。これは、窃盗行為によって誤って人を殺害した場合を含む。婚姻年齢に満たない若者を意図的に殺害した場合、絞首刑に処される。他の条文もこれに準じて適用される。若者と同居している者が自分の家族の財産を盗んだ場合、その財産を私的に使用した罪で二等刑に処される。一方、その他の者による窃盗については、通常の窃盗罪として一等刑が適用される。さらに、人を殺害または傷害した場合は本法律が適用される。他人が他人を殺害または傷害した場合、その本人がそれを知らなかったとしても、現行の殺傷罪に関する法律に基づいて処罰される。

『大明律・賊盜律』：「凡各居亲属，相盗财物者，期亲减凡人五等，小功(亲)减三等，总麻(亲)减一等，并免刺。」筆者試訳：同居している親族が窃盗を行った場合、期親にあたる親族は五等減刑され、小功親族は三等減刑され、総麻親族は一等減刑され、かつ、入れ墨の刑罰は免除される。

『大清律』：「凡各居亲属，相盗财物者，期亲减凡人五等，大功(亲)减四等，小功(亲)减三等，总麻(亲)减二等，无服之亲，减一等，并免刺。」筆者試訳：同居している親族が窃盗を行った場合、期親にあたる親族は五等減刑され、大功親族は四等減刑され、小功親族は三等減刑され、総麻親族は二等減刑され、无服の親族（六代目以降は血縁関係なし）は一等減刑され、かつ、入れ墨の刑罰は免除される。

る姿勢は、伝統を尊重する考え方に基づくものである。

#### ②司法政策の視点

最高人民法院『关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见（寛厳相済刑事政策の貫徹に関する若干の意見）』（法发〔2010〕9号）は「寛厳相済（寛大と厳格を両立させる）」という刑事政策を提唱している。この原則に基づき、親族間での窃盗は共同生活や財産管理の特性上、社会的危害性<sup>186</sup>が低いとされる。そのため、教育的措置を通じて再犯が防止できる場合には刑罰の減輕や免除が可能である。このような刑事政策は、親族相盗に関する司法解釈にも反映されている。

#### ③社会現状の視点

中国では実施される計画生育政策が今日の家庭構造の形成を決定する効果がある。1980年の「公開書簡」の公布に始まり、最初は「一人っ子」という基準で国家レベルの計画生育政策を取っていた<sup>187</sup>。2002年計画生育政策は『中华人民共和国人口与计划生育法（中華人民共和国人口及び計画生育法）』の施行によって法律として定着してきた。その後、2021年の改正により、「三人っ子政策」へ移行した。

政策の施行に伴う家庭構造の変化は、高齢者と子どもに対する扶養に影響を与える。例えば、農村地域の親は都市で働き、実家に仕送りをし、祖父母又は外祖父母世代が子どもの面倒を委ねるといふ家庭形態であれば、親族相盗の範囲を血縁関係の親疎によって判断するのは社会の現状に相応できない<sup>188</sup>。そのため、家庭構成員という共同生活の面を重視する文言は現状に適應する規定と考えられる。

#### ④法律適用の統一性の視点

親族間の窃盗について刑罰を減輕する司法解釈がある一方で、『惩治性侵未成年人犯罪的

---

<sup>186</sup> 「社会危害性」は、中国における犯罪概念の構成要素の一つである。この「社会危害性」とは、「社会的・政治的実体概念」であり、国家や国民の利益に一定の侵害をもたらす、またはその可能性を持つことを指す。行為の社会危害性は、「犯罪の最も本質的な特徴」とされる。この概念は、犯罪を構成するための客観的要件だけでなく、主観的要件も含んでいる。黎宏「中国刑法の特徴と犯罪構成論について」産大法学 42 卷 1 号（2008）44、46 頁。しかし、「社会危害性」の具体的な内容や、その学説および実務における捉え方については、さらなる研究が必要である。

<sup>187</sup> 中華人民共和国の成立以来、膨大な人口は国家にとって重要な課題である。内戦や自然災害、生産力や医療技術の影響により、人口は二度の高峰と一度の谷を経て推移してきた。1980年に「一人っ子政策」が定着し、今日まで続く計画生育政策の原形が形成された。「一人っ子政策」の柱は、「晩婚」「晩産」「少生」「優生」を基礎としており、現在施行されている「三人っ子政策」も、この原則を受け継いでいる。若林敬子『中国 人口超大国のゆくえ』（岩波書店、1994年）34-41 頁、58 頁を参照。

<sup>188</sup> 李=余・前掲注（181）55 頁。

意見（未成年に対する性的侵害に関する懲罰に対する意見）』のように、共同生活関係にある者が未成年者に対して性的侵害を行った場合には厳罰化する規定も存在する<sup>189</sup>。このように、親族関係や家庭構成員を理由とする減軽と加重の規定が共存しているが、これは法律適用の矛盾を意味するものではない。むしろ、親族や家庭構成員に関連する犯罪は、一般の犯罪とは異なる基準で処理されるべきであるという例証といえる。

中国における親族相盗は、単なる血縁関係に留まらず、家庭構成員や共同生活関係を含む広範な範囲に拡張されている。しかし、「家庭構成員」や「共同生活」の具体的な基準については曖昧さが残っており、実務上どのように判断されるべきかについては、さらなる議論が必要である。この課題については後述する事案を通じて検討していく。

#### （５）中国の判例

実際の裁判において、裁判官は行為者と被害者の関係および被害者の諒解の有無に基づき、親族相盗の特例処理を適用するかどうかを判断している。以下に具体的な事例を挙げる。

①行為者は被害者の借家に住み、被害者が就寝中に携帯電話の阿里ペイアプリを操作し、被害者のアカウントに紐付けられた郵貯銀行のカードから４万元を盗んだ<sup>190</sup>。

行為者は一審で有罪判決を受け入れたが、被害者とは交際関係にあることを理由に減刑を求めて上告した。この事案において、裁判所は単なる交際関係は親族相盗の「家庭構成員あるいは近親」に該当しないと判断し、上告を棄却した。

②行為者は被害者と嫁姑関係にあり、同じ住宅で共同生活をしていた。行為者はあらかじめ用意した偽のお札を使い、被害者の寝室に置かれていた現金４万元の大半をすり替え、３万９０００元を盗んだ。その後、被害者は公安機関に通報した<sup>191</sup>。

裁判所は、行為者が不法占有を目的として家庭構成員の財物を窃取した点、および金額が比較的大きい点を理由に窃盗罪の成立を認めた。ただし、家庭構成員間の窃盗であるため、他の窃盗事件と区別し、寛大な処罰が可能と判断した。

まず、①の事例は、単なる交際関係では親族相盗の特例を適用できないことを明確に示している。共同生活をしていないカップル間では金銭的な区分が明確であり、親族関係とは認められない。仮に長期的な同居が認められ、事実婚と見なされる場合には、同じ事案であっても裁判所の判断が異なる可能性がある。

次に、②の事例では、親族関係にある場合でも被害者の諒解が重要視されている点が注目される。裁判所は、家庭を一つの全体として尊重しつつも、内部秩序を維持するために公的

---

<sup>189</sup> 李＝余・前掲注（181）55頁。

<sup>190</sup> （2024）苏12刑終21号。

<sup>191</sup> （2024）云01刑終448号。

支援が必要であるとの立場を示している。この判断は、家庭事情を扱う際、家庭と外部との関係性と内部秩序の維持を同時に重視する基本的な考え方を反映している。

また、中国の親族相盗に関する特例は、現行の刑法に明文で規定されていないため、司法解釈を基に柔軟に対応する余地が残されている。具体的な事案に応じて、裁判官が自己の裁量で判決を下すことが可能である。ここでは、複数の規範が並行して機能していることが想定される。

## 第二節 親族間の財産犯に関する若干の検討

### 1. ドイツ、日本、中国における親族間の窃盗に対する整理

①ドイツは日本や中国と異なり、刑法において家族や家庭の範囲を詳細に規定している。この規定は、刑法の分野で家庭内の問題を取り上げる際の重要な根拠となっている。そして、家庭・家族・親族といった概念は、単なる私的なものではなく、公的な性格も有している。親族相盗において、窃盗罪は個人の財産を保護する一方で、親族特例の設定は「家庭および家族の平和」を保護することを目的としている。

家庭内では、家庭構成員間の個人的利益が衝突することがあっても、外部、または刑法の観点から見れば、社会全体の秩序を維持するために、単独の家庭内秩序を優先して維持すべきとされる。また、親族相盗の訴追には被害者による告訴が必要であり、告訴がなければ「犯罪」として処理されることはない。このため、親族関係に基づき被害者が事後に自分の財産を処分する場合も、窃盗罪の規定と矛盾するわけではない。

また、ドイツ刑法第 247 条に関する議論では、親族相盗の適用範囲が血縁・姻縁関係に限らず、後見関係や家庭共同体関係まで拡張されることで、多様な生活形態の秩序を保つことができる。しかし、明確な親族の定義が存在するにもかかわらず、親族相盗の適用範囲をここまで拡大することは、家庭の基準を曖昧にするという懸念も指摘される。

さらに、ドイツにおける親族相盗の最大の特徴は、告訴が訴追の唯一の条件であり、被害者の死亡による相続が一般的に起こる中で、起訴権限の移転が判決の決定的な要素となる点である。これも判例の中で確認されている。

②日本と中国はドイツのように刑法で明確に親族の範囲を規定していないが、民法がそれを規定する一方、歴史・文化および社会的感覚で人々は実際に自分には「家庭観・家族観」が形成している。

日本では、親族相盗に関する議論は「法は家庭に入らず」という原則を基にして展開され、処罰しない根拠を検討するものが多い。条件付き親告罪の設定により、親族関係が遠い場合でも窃盗行為を起訴する余地がある一方で、刑の免除により親族間の財産関係の調整は私

的領域に委ねられているといえる。つまり、親族相盗に関して窃盗罪は否定されないが、刑法はその行為に対して処罰を加えない。この考え方によって、刑法がその公法的性格を維持し、家庭内の問題への介入を極力控えている。このように考えると、日本の親族相盗が「犯罪ではないため処罰をしない」とする見解には賛同しがたいが、「犯罪であるが刑の免除の根拠を求める」という論述は妥当であるといえる。

本稿は責任減少説を採用しているが、その根拠についてはさらに検討する必要がある。すでに総論で論じたように、家庭内犯罪には私的な側面があるため、違法性の認識の可能性が比較的に低く、これが責任を減少させる理由となる。ただし、「家庭内であるから」というだけの理由では期待可能性の議論に陥りやすい。責任阻却に至るほど期待が不可能であるとするのは適切ではない。「親族間の財産罪は行われやすい。行為動機に対する反対動機が弱いからである。犯罪を行うな、と期待をかけることがむずかしい、という意味である」<sup>192</sup>とする見解については、「いかにも、親子や夫婦間の窃盗は、他人間の窃盗と異なり一般に罪悪感が少ないことは事実である。それは、親子や夫婦の間では、たがいに盗むなかれという道德観念が他人の間ほど強くないためであろう。だが、盗まないことを期待できない、というほどのものではないと考える」<sup>193</sup>べきであると補足するのが適切である。ここでいう「道德観念」は、まさに総論で述べた家庭の自律を維持する道德を指している。個人が特定の家庭秩序に従い、違法性認識の可能性が低いことが不可避であるため、親族相盗は責任が減少し、刑罰を免除する流れが適切であると考えられる。

③中国の現行刑法には親族相盗に関する明文規定がないが、司法解釈を通じて取り扱われている。この司法解釈により、解釈論的に多くの展開が可能となる。刑法で親族の範囲を直接規定していないものの、体系的な視点から民法の規定を活用する形で整合性が保たれている。

親族相盗に関する司法解釈では、犯罪としない理由は「違法性がない」ではなく、家庭内で発生した行為の「社会危害性が低い」ことにある。減刑の理由については判例で詳述されていないものの、責任減少説による解釈が可能である。

中国の議論では、家庭構成員の範囲が特に注目されている。この範囲は刑法で明文化されていないが、歴史、文化、刑事政策、社会の実情、法体系の統一といった観点から論拠が導き出されている。日本でも、内縁関係を親族関係に含めるべきかどうかといった議論が判例で出されている。同様に、中国では「共同生活」という要素を重視し、当事者間の現行生活の安定を保護する姿勢が現れている。

## 2. 英米法における親族相盗の示唆

---

<sup>192</sup> 瀧川幸辰『刑法各論』（世界思想社、1951年）113頁。

<sup>193</sup> 江家義男『刑法各論』（文章堂、1963年）293頁。

英米法には親族相盗に関する明確な規定は存在しないが、「家族免責 (Familial Immunity)」という原則<sup>194</sup>がある。ただし、財産犯は個人の利益を侵害するだけでなく、社会秩序や公共の安全にも影響を及ぼすため、国家が介入して起訴するケースが多い。そのため、この原則が親族相盗に適用される事例はほとんど見られない。

さらに、親族相盗は私域内で発生するため、看過されやすい。英米では経済的虐待 (Financial abuse) は社会問題になっている。2008 年の高齢者支援団体による報告書によると、高齢者に対する経済的虐待の 70% が家族によって行われており、そのうちの 60~80% が被害者の家庭内で発生していることが明らかになった。また、英国における経済的虐待の約 50% は、被害者の成人した子どもによるものとされている<sup>195</sup>。

高齢化社会の進展に伴い、家族間の経済的虐待の増加が予想される。家族が高齢者に知らぬ間に食料品や公共料金、車の修理代などを支払わせるケースでは、窃盗が成立する可能性がある。また、無償で高齢者の世話をしているから財産を受け取る権利があるという主張も容易に想定される。このような場合、行為者の違法性認識が乏しいため、責任が減少するとする論理が成り立つ可能性がある。

このような社会的状況に対処するため、2021 年には保険および金融サービスに関する超党派の議員グループ (APPG) と金融脆弱性対策本部 (the Financial Vulnerability Taskforce) が、「家族内での窃盗および詐欺」という新たな報告書を発表した。この報告書<sup>196</sup>は、増加している問題に対する認識と研究の不足を補い、消費者個人金融に関与するすべての関係者に対し行動を促すことを目的としている。これにより、家庭内で発生する詐欺や窃盗の問題を、規模や種類、影響の観点からより深く理解することが期待される。

こうした社会的・政策的解決策が刑事司法と連携すれば、家庭内窃盗の問題をより包括的に解決することが可能となる。そのため、英米においては親族相盗に対する特別な刑事規制

---

<sup>194</sup> Hewlett v. George (1891) という事件は「家族免責」という原則を確立するが、民事訴訟の原則として扱われる。People v. Liberta (1984) 事件では、ニューヨーク裁判所は婚姻関係にもかかわらず、強姦罪が起訴されうると判断し、「家族免責」の刑事司法上の適用範囲を制限している。それ以外、英米法は主に証言のスールとして「家族免責」原則を適用する。

<sup>195</sup> Institute of Professional Willwriters, Unveiling the Hidden Crisis: Theft and Fraud Within Families, <https://www.ipw.org.uk/blog/unveiling-the-hidden-crisis-theft-and-fraud-within-families.aspx> を参照。

<sup>196</sup> The All Party Parliamentary Group (APPG) on Insurance and Financial Services = the Financial Vulnerability Taskforce, “Theft and fraud within families”, [https://80162760-26bc-4062-be5a-3322b8afa67b.filesusr.com/ugd/2c5374\\_1340b05c9a874b11adc0a3b24ed0aa69.pdf](https://80162760-26bc-4062-be5a-3322b8afa67b.filesusr.com/ugd/2c5374_1340b05c9a874b11adc0a3b24ed0aa69.pdf) を参照。

や規定を設ける必要性が低いと考えられている。

また、保険業が発展しているアメリカでは、財産保険や責任保険を活用して親族相盗に対応することが可能である。たとえば、高齢者の経済的虐待問題については、保険によって高齢者の基本的な生活を保護することが可能であるとされる。ただし、責任保険は道徳的危険（Moral Hazard）や故意行為の除外（Intentional Acts Exclusion）<sup>197</sup>といった制限があるため、親族相盗を適用できる範囲が限定される。それにもかかわらず、保険倫理に関する議論が深まれば、保険が親族相盗の被害者保護に一定の役割を果たす可能性がある。

---

<sup>197</sup> 道徳的危険（Moral Hazard）について、保険会社は、家庭内で発生した盗難を「管理可能な事象」と見なし、家庭内部の問題を保険で解決するべきではないと考えることが多い。故意行為の除外（Intentional Acts Exclusion）について、多くの保険契約では、家庭内の故意による損害や違法行為、盗難などを明確に補償対象外としている。具体的な論述は罗璨「美国责任保险伦理危机的化解与启示」国外社会科学前沿 2019 年第 4 期 15-24 頁、83 頁を参照。

#### 第四章 家庭内での自由は侵害されやすいか

一般に、刑法の任務は消極的自由を保護することであると考えられ、「自由に対する罪」における「自由」は、消極的自由を指している<sup>198</sup>。監禁罪、住居侵入罪、人身売買罪、性犯罪などについては、それらに關係する消極的自由を保護するために規定されている<sup>199</sup>。ただし、「自由に対する罪における自由が消極的自由を意味するのはよく考えれば当然の前提であるにもかかわらず、その『語』が積極的自由と消極的自由とを漠然と混同する形で使われてきた」<sup>200</sup>との指摘がなされている。

自由には、完全に自分の意思に従って行動する積極的自由と、他人が自分の意思に反しないよう行動を規制する消極的自由という両面性がある。この自由を侵害する行為について解釈する際、家庭内ではその問題がさらに複雑になる。これは、家庭内の個人の自由と家庭の自律が必ずしも一致しないことが原因である。また、家庭が社会の単位としての側面を持つ場合と、個人間の關係に基づく側面を持つ場合では、自由の解釈が異なることも考えられる。

家庭内は秘匿性の高い環境であるため、家庭内における個人の自由は侵害されやすいといえる。一方で、家庭という場に身を置くことで保護を受ける一方、自由が一定程度制限される場合もある。さらに、長期にわたる共同生活の中で、家庭構成員間で特定の事情について特別な共通認識が形成された場合、家庭構成員の意思に反するかどうかを判断する基準は、一般の状況とは異なる可能性がある。

本稿では、家庭内における自由に対する犯罪について考察し、その特殊性を探ることを目的とする。本章で取り扱う議論は、自由の分類に従うものではなく、より広義の「自由」に対する検討を行うものである。

---

<sup>198</sup> 佐伯仁志「刑法における自由の保護」法曹時報 67 卷 9 号（2015 年）1 頁以下を参照。

<sup>199</sup> 脅迫罪・強要罪は「意思決定の自由および意思実現の自由」を、逮捕罪・監禁罪は「行動の自由（身体活動の自由および場所的移動の自由）」をそれぞれ保護法益としている。また、略取誘拐罪・人身売買罪は被害者の「行動の自由」と「安全」を保護することを目的としている。さらに、性犯罪は「性的自由」を、住居侵入罪は住居への立ち入りに対する承諾の自由を保護する趣旨で規定されている。

これらの犯罪において、被害者の意思は自由に対する犯罪の判断において重要な要素となる。「自由の侵害とは被害者の意思に反することにほかならない」との説明から考えると、これらの自由は確かに「消極的自由」と解すべきである。

井田良「保護法益としての『自由』」『講義刑法学・各論[第 3 版]』（有斐閣、2023 年）152-154 頁を参照。

<sup>200</sup> 江藤隆之「『自由に対する罪』を擁護する」桃山法学 28 号（2018 年）13 頁。

## 第一節 家庭内における性的自己決定権

性犯罪についての検討はよくジェンダー的論じられる。日本の性犯罪改正に伴い、「配偶者（＝カップル）間」の性犯罪の新しい解釈が望まれている。ドイツは1997年に177条（性的強要の罪）の「婚姻外（außereheliche）」といった文言を削除した<sup>201</sup>。2023年日本性犯罪改正は「婚姻関係の有無にかかわらず」という文言を追加した。前者は消極的にカップル間の性暴力を承認し、後者は積極的にカップル間にも性犯罪を認めるという姿勢を示すものであろう。ドイツ・日本とは異なり、中国では今なお「強姦罪」が存在し、行為者と被害者の性別を限定し、しかも夫婦間強姦は夫婦関係が形骸化する場合のみ認められる<sup>202</sup>。これらの改正は婚姻内でも性的自己決定権を前提とするものである。しかし、このような論述により家庭内での性道徳（よく批判される婚姻の貞操義務など）を完全に否定することができるのかはなお検討する必要がある。

「性的自己決定権」に基づく売買春の非犯罪化・合法化論には、婚姻と売買春を同様に論じることになる<sup>203</sup>との見解がある。売買春が性的自己決定権に基づく選択であると考えられるならば、自己の性を商品化する行為であり、そこから生じるリスクや身体・精神的な障害については自己責任で対応すべきという立場になる。しかし、個人の純粋な選択として売買

---

<sup>201</sup> 法務省研究部報告38「諸外国における性犯罪の実情と対策に関する研究—フランス、ドイツ、英国、米国—」（2008年）61頁。

<sup>202</sup> 法律婚が存続する期間中に、夫が妻の反対にもかかわらず、また暴力によってであっても、妻との性交渉を強要した場合、これは刑法上の意味での女性の意思に反する性交渉ではなく、強姦罪を構成することはできない。同様に、非合法的な婚姻（すなわち内縁など非婚カップル関係）の場合、あるいは離婚手続きが開始され、婚姻関係が事実上不確定な状態にある場合、夫が妻の意思に反して、暴力を用いて妻に性交渉を強要する行為は、強姦罪とみなされる可能性がある。『刑事审判参考』第20号案例・第51号案例、何帆編著『刑法注释书（第二版）』（中国民主法制出版社、2021年）585頁。理論上、婚姻内強姦は罪であるかについて、肯定説（婚姻外と同様）、否定説（婚姻は違法性阻却要件）と区別説（すなわち夫婦別居、離婚訴訟の期間など婚姻が形骸化する場合は犯罪を肯定する）といった三つの学説はある。区別説は現在の実務判断と同じ立場を取り、通説と考えられる。付立庆「强奸罪」陈兴良主編『刑法各论精释（上）』（人民法院出版社、2020年）143-147頁。前述の離婚手続きが始まると、「離婚冷静期間」に入る。離婚冷静期間については、前掲注（183）を参照するものである。

<sup>203</sup> 平岡章夫『多極競合的人権理論の可能性—「自己決定権」批判の理論として—』（成文堂、2013年）109頁。

春を扱うことは、現状の売買春の需要と供給の規模を維持できない<sup>204</sup>という批判があり、単に性的自己決定権に基づき合法化を主張することの妥当性には疑問が残る。この問題に対応するため、自己決定権を尊重しつつも、売春従事者の権利保護とリスクの防止などの手段を導入することも考えられる。

上述のような性的自己決定権に基づく見解は、売春従事者が性別を問わず、影響要素ができるだけ少ない状態で自由に選択できるという前提に基づいている。しかし、『『女性性＝商品』観が社会構造を支えているという観点から男女関係をとらえており、今日でも基本的に妥当である』<sup>205</sup>とも考えられる。実際、性的差別が完全に解消されていない現代において、売春従事者というと女性が想定されやすい。純粋な個人選択に基づく完全な自己責任であるとするなら、権利保護やリスク防止といった理論の根拠は政策的な考え方から生じているといえよう。また、この政策的な考えは、弱者を保護するという意図に基づくものである。したがって、性的自己決定権に基づく売買春の非犯罪化・合法化は、「性を商品化できる」という前提に立ち、売春従事者が私的な事情で業界に参入する場合には、公的介入を控えるべきとする論述となっている。

性という商品を交換することが個人の選択によって実現できるとするならば、結婚制度もまた特殊な交換方法であるという結論に至る可能性がある。「男性に性的満足を与えるのと引き換えに自らの利益（生活基盤であれ、金銭そのものであれ）を得ているという意味では、『専業主婦』と『売春婦』との間に本質的な違いはない」<sup>206</sup>という見解も存在する。この観点から結婚を分析すると、婚姻内における不同意性交が違法ではないという結論が生まれるかもしれない。確かに、同性婚や生殖を目的としない結婚もあることから、結婚を「性という商品の交換」として解釈することは時代遅れであるが、そうした形態の婚姻が完全に消滅しているわけではない。しかし、婚姻や家庭に関する事項をすべて個人の選択と責任に委ねることが最終的な結論にはならない。婚姻・家庭は社会制度の一部であり、公序良俗や公共利益とも深く関わっているためである。

したがって、家庭内における性的自己決定権やその他の自由は、実際には絶対的な自由ではなく、個人としての自由と、良俗に制限された家庭の一員としての自由を区別する必要がある。しかし、家庭という秘匿性の高い環境においては、行為者が行動をとる際に、これら二つの自由を明確に区別することは難しい。家庭外部の視点、すなわち当事者ではない第三者の分析者から見ても、明確な基準を設定することは困難であると言える。

端的に言えば、「性」を商品化する見解を認めないことにとどまらず、いかなる自由も商品化することはできない。しかし、商品化しない限りにおいて、その自由をどの範囲まで処

---

<sup>204</sup> 平岡・前掲注（203）106頁。

<sup>205</sup> 平岡・前掲注（203）103頁。

<sup>206</sup> 平岡・前掲注（203）109-110頁。

分できるのかという問題は依然として残されている。さらに繰り返し述べるが、家庭という私的領域をいかに画定するのかについては、依然として検討が必要である。

## 第二節 プライバシーに対する保護と秩序の維持

ドイツ刑法 201a 条<sup>207</sup>（録画による高度に私的な生活領域の侵害）に関する立法説明<sup>208</sup>によれば、「一身적（höchstpersönlichen Lebensbereichs）」という用語は、連邦通常裁判所判例における「内密領域（Intimsphäre）」という用語を基にすることである。それは、特に病気（Krankheit）、死亡（Tod）、性（Sexualität）に関する領域をカバーするが、これらに限定されるわけではない。内密領域には、基本的には、思考や感情（Gedanken- und Gefühlswelt）の内面世界やその外的な表現、例えば、秘密の手紙や日記、また、健康状態、性生活の詳細、ヌード写真など、原則として秘密にする必要がある事項が含まれる。また、私的領域には婦人科検診（die gynäkologische Untersuchung einer Frau）、トイレ・サウナ・日焼けサロン・更衣室の利用（die Benutzung von Toiletten, Saunen, Solarien und Umkleidekabinen）なども含まれる。なお、家庭生活に関する特定の事実（bestimmte Tatsachen aus dem Familienleben）、特に家庭内の人間関係（Bindungen）、交際（Beziehungen）、肉体関係（Verhältnisse）に関する事実などが一身적個人領域に属する。したがって、無関係な第三者（unbeteiligten Dritten）によるアクセスと覗きを排除し、一身적を保護すべきである。

上述のように、一身적及び親密親密領域は無関係な第三者に対して設定する私的領域である。同じ家庭内で共同生活を送っている個人間に親密領域の重なることは想定されう

---

<sup>207</sup> § 201a StGB (Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs und von Persönlichkeitsrechten durch Bildaufnahmen) (1) 次に掲げる者は、2 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。①住居若しくは中が見られないように特に保護された空間にいる他の者の録画を権限なく製造し、若しくは中継し、これにより被撮影者の高度に私的な生活領域を侵害した者、②他の者が無力な状態にあることを見せる録画を権限なく製造し、若しくは中継し、これにより被撮影者の高度に私的な生活領域を侵害した者、③第 1 号又は第 2 号の行為により製造された録画を使用し、若しくは第三者の知り得る状態に置いた者、又は、④権限に基づいて製造された第 1 号若しくは第 2 号に掲げる種類の録画を、権限がないことを確定的に認識しながら、第三者の知り得る状態に置き、これにより被撮影者の高度に私的な生活領域を侵害した者。第 2 項以降の内容は特に関係しないため省略する。

<sup>208</sup> vgl. BT-Drucks. 15/2466, S. 5.

る。その際、これらは明確に区分できないため、第三者の法的観点から見ると、その領域を拡張する、あるいは縮小する虞れがある。

性犯罪の保護法益の実体を「身体的親密領域」における性的体験を行為者との「共有を強いられること」とする見解がある<sup>209</sup>。もしそう解すれば、家庭内でのすべての自発的な性的体験の共有は性犯罪規定の調整範囲以外にある。とりわけ家庭内の人間関係、交際、肉体関係に関する事実を含んでいる一身的個人領域は第三者のアクセスと覗きを排除することは、刑法がそれを積極的に対象とすることは避けるべきだろう。

性的同意年齢の設定、被保護者に対する性犯罪、児童に対する性犯罪<sup>210</sup>などの規定は家庭内の年少者に対する特別な保護を体現している。これは純然たる性的自由を侵害するという理由で性的行為を規制することとは矛盾しない。

---

<sup>209</sup> 「親密領域の尊重を求める権利」を基盤とする性的自己決定権はその「積極的側面ではなく、防御権としての側面（消極的側面）に注目」すべきであるように思われる。井田・前掲注（169）117頁。

<sup>210</sup> ①ドイツ刑法第174（被保護者に対する性的虐待）、第176条（児童の性的虐待）、第177a条（児童の加重性的虐待）、第177b条（児童の性的虐待致死）、第180条（未成年者の性的行為の助長）、第182条（青少年の性的虐待）、第184b・184c・184d・184e条（児童・青少年ポルノに関連する罪）、第184g条（青少年を危殆化する売春）などは児童・青少年に対する性的保護を規定している。②日本刑法第176条（不同意わいせつ）及び第177条（不同意性交）は16歳未満の者が被害者となる場合では、同意能力を否定することで児童・青少年に対する特別な性的保護を行う一方、第179条は（監護者わいせつ及び監護者性交等）は18歳未満の者が監護の影響で性的被害から保護する規定である。また、児童福祉法及び児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律は児童に対する性的行為を規制している。③中国刑法第236条（強姦罪）は14歳未満の女性を幼女と規定し、幼女を姦淫するならば、一般の強姦罪より重く処罰する。強姦罪は幼女であることに対する認識が必要とする。「最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见（未成年に対する性的侵害犯罪の処罰に関する最高人民法院、最高人民検察院、公安部、司法部による意見）」（法发[2013]12号）12歳未満の被害者の場合ではその認識が存在するとみなし、12歳以上14歳未満の被害者の場合では、行為者の認識を考察する必要がある。また、第236条の1（監護者による性的侵害）、第237条（強制わいせつ・侮辱罪並びに児童に対するわいせつ罪）は児童・青少年に対する保護の規定である。④序章第二節二ではフランスにおける未成年者に対する性犯罪を整理した。フランスは主に一般の性犯罪を基本犯とし、未成年者・児童に対する犯罪の場合は加重犯として取り扱う。

しかし、民法の近親婚禁止規定<sup>211</sup>は実質上近親間の性交を否定的に評価することと考えられる。同意年齢に達して自己の意思で親族と性交する行為は刑法によって規制されるべきであるかという問題に関して、日本や中国は近親相姦罪の規定がないのに対して、ドイツには親族間の性交を罪としている。ドイツ 173 条 2 項は民法の近親婚禁止規定の効果を保障するために設けられた罰則と思われる<sup>212</sup>が、それが違憲であるかは争われ、連邦通常裁判所は 2008 年この規定の合憲性を審理した。

プライバシーに対する保護と家庭の機能が失われないような秩序の維持との間のバランスをどのようにとれるのかは問題となっている。

### 第三節 ドイツの近親相姦について

#### 1. ドイツ近親相姦に関する規定と検討

第 173 条<sup>213</sup>（親族間の性交）

---

<sup>211</sup> ① § 1307 BGB (Verwandtschaft) 1Eine Ehe darf nicht geschlossen werden zwischen Verwandten in gerader Linie sowie zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern. 2Dies gilt auch, wenn das Verwandtschaftsverhältnis durch Annahme als Kind erloschen ist. ドイツ民法第 1307 条（血族関係）婚姻は、直系血族の間並びに全血及び半血の兄弟姉妹の間では、締結してはならない。血族関係が養子縁組によって消滅したときも、同様とする。この和訳は「法務資料第 468 号ドイツ民法典第 4 編親族法」法務省大臣官房司法法制部（2022 年）14 頁を参照。②日本民法第 734 条（近親者間の婚姻の禁止）1 直系血族又は三親等内の傍系血族の間では、婚姻をすることができない。ただし、養子と養方の傍系血族との間では、この限りでない。2 第八百十七条の九の規定により親族関係が終了した後も、前項と同様とする。③中国民法典第 1048 条 直系血亲或者三代以内的旁系血亲禁止结婚（直系血族又は三代以内の傍系血族は、結婚を禁止する）。

<sup>212</sup> Detlef Krauß, Rechtsgut und kein Ende. Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests, Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S.430.

<sup>213</sup> § 173(Beischlaf zwischen Verwandten) (1) Wer mit einem leiblichen Abkömmling den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) 1Wer mit einem leiblichen Verwandten aufsteigender Linie den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft; dies gilt auch dann, wenn das Verwandtschaftsverhältnis erloschen ist. 2Ebenso werden leibliche Geschwister bestraft, die miteinander den Beischlaf vollziehen. (3) Abkömmlinge und Geschwister werden nicht nach dieser Vorschrift bestraft, wenn sie zur Zeit der Tat noch nicht achtzehn Jahre alt waren. 和訳は、前掲注（147）に挙げた資料を参照。

(1)血族である卑属と性交をした者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

(2)血族である尊属と性交をした者は、2年以下の自由刑又は罰金刑に処する。親族関係が消滅した場合も同様とする。血族である兄弟姉妹間で性交をした場合も、同一の刑に処する。

(3)卑属及び兄弟姉妹が行為時に18歳未満であったときは、本条によって罰しない。

#### (1) 1968年以前の第173条の分類と背景<sup>214</sup>

1968年以前、第173条は「風俗犯 (Sittlichkeitsdelikt)」に属していた。しかし、その後、第12章「家族内の身分関係、婚姻及び家族に対する犯罪行為」に分類されることとなった。以前の規定では、適用範囲が傍系親族および姻親親族に限定されており、抽象的危険犯 (abstraktes Gefährdungsdelikt) として解釈されていた。

#### (2) 第173条の保護法益について

第173条の保護法益について、その体系的な位置づけに基づけば「家庭秩序 (die familiäre Ordnung)」であると考えられている。また、性的自己決定や精神的健全 (die psychische Integrität) も保護法益に含まれるとする見解も存在する<sup>215</sup>。しかし、性的自己決定という法益も含まれるという見解が批判される。

他方で、第173条が性的自己決定に対する犯罪行為を規定する第13章に含まれていない点を指摘し、その保護法益の一部を性的自己決定と解釈することは妥当ではないという批判がある。また、第173条が社会的意義を持つ家庭関係 (das Bestehen familiärer Beziehungen im sozialen Sinn) を保護対象としていないのは、同条が責任能力を持つ成人 (erwachsener Personen) 間の自発的な性的行為に適用されるためである。このことから、第173条は「被害者なき犯罪」とみなされることもある<sup>216</sup>。

さらに、健康リスク (Gesundheitsgefahren)、優生学 (Erbgesundheit)、および児童の社会的融合 (Soziale Integration von Kindern) は、第173条の保護法益から排除されるべきだとの主張もある<sup>217</sup>。このような背景から、同条は単に「儀礼 (Anstand)」を維持するための規定であり、合理的な法益が存在しないとして削除すべきだという意見も存在する<sup>218</sup>。

#### (3) 2008年の裁判における第173条の合憲性

2008年の裁判では、第173条の合憲性が確認された。具体的な論拠とその詳細については、次の判例において検討する。

---

<sup>214</sup> Fischer StGB (Aufl.71) § 173, Rn.1.

<sup>215</sup> Fischer StGB (Aufl.71) § 173, Rn.2.

<sup>216</sup> Fischer StGB (Aufl.71) § 173, Rn.3.

<sup>217</sup> Fischer StGB (Aufl.71) § 173, Rn.4-6.

<sup>218</sup> Fischer StGB (Aufl.71) § 173, Rn.7; vgl. aus Dippel NStZ 1994, 182.

## 2. 連邦憲法裁判所判決

### (1) 【判例 2】 事案の概要<sup>219</sup>

申立人は、兄弟姉妹間の性交により有罪判決を受け、その判決を不服として刑法第 173 条第 2 項第 2 文の無効を申し立てた。

地方裁判所は、刑法第 173 条第 2 項第 2 文違反として申立人に 1 年 2 カ月の自由刑を科した。また、申立人の前科を考慮し、2004 年 4 月 6 日に兄弟姉妹間の性交により 10 カ月の自由刑を科されていたことも踏まえ、さらに 1 年 4 カ月の自由刑を追加で言い渡した。

地方裁判所は、1976 年生まれの申立人と 1984 年生まれの妹である共同被告の個人的事情について、以下の事実を認定した。

両親は妹の誕生直前に離婚し、母親が妹と弟の単独親権を行使していた。家庭の養育環境は困難であり、青少年福祉サービスの支援を受けていた。妹は小学 5 年生の時に青少年福祉施設に保護されていた。2000 年に母親が逝去した後、妹は青少年福祉事務所の監護下で実父および弟と生活を共にしていた。

一方、申立人はアルコール依存症の父親から繰り返し虐待を受け、3 歳の時から州立児童養護施設や里親のもとで育った。7 歳の時、里親夫婦に養子として引き取られ、それ以来、実家との連絡を一切絶っていた。

2000 年、申立人は青少年福祉事務所を通じて実母と連絡を取り、それまで知らなかった妹と初めて知り合った。その後、母親の死後も申立人と妹は共同生活を送り、親密な関係を築いた。2001 年、2003 年、2004 年、2005 年には妹が 4 人の子供を出産したが、これらの子供の父親は申立人であった。

地方裁判所の認定によれば、妹は不安を抱えた内向的で依存的な性格を持ち、不適切な家庭環境も相まって申立人に強く依存するようになったと推測される。これは深刻な人格障害および軽度の精神障害を伴い、妹には責任能力が欠如していると判断された。

さらに、2002 年と 2004 年に申立人はそれぞれ兄弟姉妹間の性交に関する 16 件と 1 件の有罪判決を受け、1 年間の執行猶予付き自由刑および 10 カ月の自由刑を言い渡されていた。この 10 カ月の自由刑には、傷害罪により追加された 11 カ月の自由刑も含まれていた。傷害罪の理由は、申立人が妹の顔面を殴り、唇の腫れや鼻血を負わせたことによるものである。

申立人は地方裁判所の判決に対して控訴し、刑法第 173 条の違憲性を主張して基本法第 100 条第 1 項<sup>220</sup>に基づく司法審査を申し立てた。しかし、高等裁判所は刑法規定の違憲性を

---

<sup>219</sup> BVerfG, 26.2.2008 - 2 BVR 392/07 Rn.21 ff.

<sup>220</sup> GG Art. 100 (1) 1Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die

否定し、控訴を理由なしとして棄却した。

## (2) 判決と理由<sup>221</sup>

### A

I 刑法第 173 条第 2 項第 2 文の規定は文化と歴史の由緒があり、国際においても広範に採られる禁止規範 (Verbotnorm) である。(Rn.2)

II 事実認定は前述通りである。

III 申立人は、この規定が道徳的観念 (Moralvorstellungen) のみを保護し、合理的法益を保護しないと主張している。近親相姦が家族に与える遺伝的および社会的悪影響を懸念して立法者が禁止規定を設けるが、その悪影響はまだ経験的に確認されていない。

さらに、この規定は全面的ではないため、家庭を守るには適当ではない。性交に類似する行為は処罰の対象とはならないし、養子縁組、里親、異母兄弟との性交も処罰の対象とはならない。現在の禁止規定も必要ではない。例えば、成人した兄弟姉妹が互いに性行為を行ったり、避妊や不妊の場合で性行為が行われたりしたら、その行為保護目的 (Schutzzweck) に照らして処罰に値する犯罪行為とはみなされない。申立人は、この有罪判決は、申立人と妹の困難な社会的状況を考慮していないため、比例性の原則に違反していると主張している。(Rn.24)

IV この事案について、いくつかの機関が見解を発表した。

① 連邦裁判所刑事部の裁判長は、特に、刑法第 173 条第 2 項の後半部分の合憲性について、これまで裁判所が疑問を呈したことはなかったと指摘した。1993 年 9 月 29 日の判決 (BGHSt 39, 326) において、第 2 刑事部は刑法第 173 条の保護対象について詳細に論じている。(Rn.26)

② 連邦検察官は、問題となっている判決と刑法規定は、依然として憲法に適合したという見解である。

この規定の目的は、何よりもまず、内部的家族関係 (inneren Familienbeziehung) を保護

---

Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. 2 Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz handelt. 筆者訳: (1) 1 裁判所は、その判断の前提となる法律の効力が違憲であると判断した場合、訴訟手続を中止し、それが一州の憲法違反を問題とするものである場合には、当該州の憲法に関する紛争を管轄する裁判所の判断を求めなければならない。この基本法の違反を問題とするものである場合には、連邦憲法裁判所の判断を求める必要がある。2 この規定は、州法によるこの基本法の違反、または州法と連邦法との不整合についても適用される。

<sup>221</sup> BVerfG, 26.2.2008 - 2 BVR 392/07 を参照、ページ番号は括弧内で記入する。

することで家庭制度を維持することである。家庭内の役割が互換可能になることで、家庭の機能が脅かされる可能性がある。家庭が社会化と救済（Sozialisations- und Entlastungsaufgabe）の機能を果たせなくなる。親密な家族内（im engen Familienkreis）の性的関係は、個人とその最も近い親族との不可分の長期的関係に、不可逆的な負担を必然的に与える。

加えて、公共の健康を保護するのも重要である。（Rn.27）

③M.E.L.I.N.A.協会（M.E.L.I.N.A e.V.）<sup>222</sup>（主に近親相姦関係の中の児童を保護する組織）は、近親相姦の禁止が、家族の構成員を侵害行為から守るために重要であることを強調している。近親相姦の禁止は、近親相姦の被害に遭った子どもの生存権を否定するものではなく、尊厳のある自律的な生活を送る権利を尊重することを目的としている。近親者による「二重の役割（Doppelfunktionen）」により、近親相姦関係から生まれた子どもは、身体的・心理的なダメージを受け、社会的に排除され、個人のアイデンティティや家族構造を失うため、まともな生活を送ることができないことが多い。近親相姦は、このようにして既存の社会関係を破壊する。さらに、近親相姦によって生まれた子供たちは、自分自身が子供を持った際に、その子供が遺伝的に傷つけられるのではないかという憂慮を持っている。

ゆえに、刑法第 173 条は、近親者間の性的虐待の発見と対策に役立っている。

また、この団体は、近親相姦によって生まれた子供たちの死亡率と身体障害率が、対照群の子供たちと比較して著しく高いことを示すさまざまな科学研究を参照し、報告した。（Rn.28）

## B

憲法上の申し立ては認められるが、理由が不足である。（Rn.29）

I 刑法第 173 条第 2 項第 2 文に規定されている、兄弟姉妹間の性交を処罰の対象とする刑罰規定は合憲である。（Rn.30）

①刑法第 173 条第 2 項第 2 文は兄弟姉妹の性的自己決定、特に親密関係におけるある種の性的表現を制限するが、私生活の核心的領域（Kernbereich privater Lebensgestaltung）に対する介入ではない。兄弟姉妹間の性交渉は、当事者自身に影響を与えるだけでなく、家族や社会、さらにはその関係から生まれる可能性のある子供たちにも影響を与える可能性がある。近親相姦の刑事上の禁止は、狭義の行為のみを対象とし、影響を受けた人に尊厳の窮地に陥らせない。（Rn.40）

---

<sup>222</sup> M.E.L.I.N.A 協会は、1996 年に設立されたドイツの非営利団体で、近親相姦や性的暴力の被害者、およびその結果として生まれた子供たちを支援することを目的としている。この協会は、社会の中で沈黙を強いられてきた少数者に声を与え、彼らの存在意義を強化し、権利の行使を支援する活動を行っている。協会の具体的な活動内容については、公式ウェブサイト <https://www.melinaev.de/startseite/home..../> を参考。

②立法者は、近親相姦の破壊的な影響から家族の秩序を守ること、近親相姦関係にある「従属的 (unterlegenen)」な相手の保護、近親相姦の後世における深刻な遺伝病の回避を考慮し、刑法を通じて近親相姦に対する社会に根付いた近親相姦のタブー (das in der Gesellschaft verankerte Inzesttabu) を今後も引き続き制裁することが十分であると判断した。(Rn.41)

③家族は基本法第 6 条<sup>223</sup>により特別な保護を受けている。その原則は、現存する伝統的なライフスタイルやその他の憲法上の価値判断と憲法上の規範との関連性から導き出されている。結婚と家族は、人間同士の共存形式の一種であるため、法の支配に基づき、国家の特別な保護を受ける。子供の身体的・精神的発達、家族と両親の教育に重要な基盤を見出す。家族関係、役割分担、社会的任務もまた、子供の幸福において重要な役割を果たす。(Rn.43)

④兄弟姉妹間の近親相姦が家族や社会に及ぼす有害な影響は、他の影響と切り離して特定することが困難であるが、その有害な影響を推定することは可能である。(Rn.44)

⑤近親相姦関係 (兄弟姉妹間の近親相姦関係を含む) は、親族関係と社会的役割分担の重複につながり、家族構造における役割分担の能力を損なう可能性がある。この役割の重複は、基本法第 6 条第 1 項に基づいている家族像とは一致しない。近親相姦関係に生まれた子供が、家族構造の中で居場所を見つけ、最も身近な養育者との信頼関係を築くことが難しい。(Rn.45)

---

<sup>223</sup> GG Art. 6 (1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung. (2) 1 Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. 2 Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft. (3) Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen. (4) Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft. (5) Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern. 筆者試訳：基本法第 6 条 6 (1) 婚姻と家族は、国家の特別な保護を受ける。(2) 1 児童の養育および教育は、親の自然な権利であり、第一の義務である。2 国家および社会は、その活動を支援しなければならない。(3) 子どもは、その保護者に遺棄された場合、または他の保護者に監護させることができない場合には、法律に基づき、その保護者の意思にもかかわらず家庭から分離される。(4) すべての母は、社会の保護と養護を受ける権利を有するものである。(5) 非嫡出子に対しては、嫡出子と同様に身体的および精神的な発達、並びに社会における地位に配慮した条件を法律で定めるものである。

近親相姦関係によって基本法に確立される秩序構造が破壊されるならば、家族が人間社会にとっての重要な機能は厳しく破壊されることになる。世界的に見ると、それぞれの家族形態は刑法によって、あるいは少なくとも結婚禁止令などの他の法的予防措置によって保護されている。(Rn.46)

⑤反対意見としては、第 174 条以降の規定は性的自己決定を十分に保護しているため、第 173 条第 2 項第 2 文がその有限な適用範囲であることで存在する理由はない。しかし、173 条は家族または親族関係による攻撃行為の依存性と分類の困難さを重視している。

例えば、長年にわたる虐待やレイプの被害者が成人した後も性的行為が継続する状況では、行為と被害者、既存の家族関係に根ざした依存関係により、望まない性交渉を拒絶する意思を明確に示さなかった場合、第 177 条（性的暴行）の加害者に対する処罰が考慮されるには不十分である。このような場合、性交を内心で拒絶していることなどを理由に刑法 173 条の規定により成人被害者が処罰から除外されるのであれば、性的自己決定権の保護が不可欠であることは明らかである。(Rn.48)

⑥立法者は、優生学的要素も考慮し、劣性遺伝子の蓄積の可能性が高まる近親相姦から生まれた子については、遺伝的障害が排除できないと判断した。遺伝的欠陥を回避するという観点からも、近親姦の禁止と刑事罰は不合理とはいえない。Rn.49

⑦立法過程では、近親相姦を禁止する伝統を破ることを望む者は誰もいないことが繰り返し強調された。問題となっている規定は、近親相姦は処罰されるべきであるという社会通念の文化的・歴史的文脈において正当化されており、これは国際比較においても妥当する。

刑法規定は、性的自己決定と国民の健康、特に家庭を守るための手段として、刑事罰という狭い分野を超えた波及効果（Ausstrahlungswirkungen）を通じて、立法者の価値観（die Wertsetzungen des Gesetzgebers）を明確にし、それらを維持し、規範の安定化（normstabilisierende）を追求し、一般予防の機能を果たしている。(Rn.50)

II 刑事裁判所による法律の適用もまた合憲である。(Rn.67)

### （3）検討

この連邦憲法裁判所の判決については、以下の観点を個別に検討する。

#### ①保護法益について

1968 年以降、近親相姦を風俗犯から排除したことで、その保護法益は社会の風俗や公共の性的道徳ではないとされている。また、「家庭内の身分関係、婚姻および家族に対する犯罪行為」に分類されていることから、この犯罪は「家庭内」に限定されているといえる。173 条で扱われる身分関係は「血族である卑属・尊属」であり、それぞれの刑期は異なっている。刑期の相違は家庭内での地位の差を反映していると考えられるが、刑法によって家庭内の地位の序列を確定することが妥当であるかは疑問である。さらに、家庭内の秩序を保護法益とするのであれば、その秩序が法的なものであるのか、倫理的・慣習的なものであるのかを明確にする必要がある。この規定の保護法益を純粋に家庭内の秩序と解釈するのであれば、

具体的な被害者が存在しないことになる。

これに対し、173 条は 174 条以降の規定とともに性的自己決定を保護するものであるという見解がある。この場合、173 条に基づく犯罪の被害者の確定が重要である。これらの規定をどのように整合させるかについては後述する。また、「血族」という文言は傍系や姻親を排除し、健康リスクや優生学的法益を保護するという見解の論拠となり得る。

ドイツ刑法が民法の規定と整合する形で家族・親族の範囲を明確に画定していることは、家庭内の秩序を法的秩序と解釈することが可能であることを示している。しかし、その法的秩序の内容を単に法的依拠だけで説明するのは困難であり、時代性や社会の状況を考慮する必要がある。そのため、法的家庭内の秩序とはいえ、実際には事件当時の社会風習を考慮して判断されることになるだろう。

#### ②第 174 条およびその以降の規定との整合性

兄弟姉妹間の相姦禁止規定が合憲であるという判断に対する反対意見は、173 条が家族または親族による性的行為が被害者の性的自己決定を侵害するものであると主張している。成年以前に同居し、18 歳以降も共同生活を営んでいる場合、性的自己決定の侵害が認識されることは難しくなるため、174 条およびその以降の性的自己決定に対する犯罪規定を補足する形で 173 条を適用することが可能である。しかし、条文の体系的な位置を考慮すれば、第 173 条が後続する条文の補足規定として理解されるのは適切ではないと考えられる。

第 174 条およびその以降の条文は、行為者と被害者との関係を制限していないため、家庭内のあらゆる性的自己決定に対する犯罪を処理することが可能である。したがって、第 173 条と第 174 条およびその以降の規定のいずれにも違反して有罪となることはあり得る。

#### ③親密的家庭圏について

本件で第 173 条により有罪判決を受けた二人はともに成人しており、結合する以前は別々に生活していた。近親相姦禁止が「内部的家族関係 (inneren Familienbeziehung) を保護することで家庭制度を維持する」ため、家庭内の各人の役割を安定化させることを保証する規定であるならば、既存の長期的関係としての家族関係を指していると考えられる。事件当時、長期的関係がまだ築かれていない場合には、親密的家庭圏を侵害するものとは言い難い。

さらに、生殖補助医療技術が発達している今日では、生物学的に兄弟姉妹であることを知らずに性交や結婚をすることがあり得る。その場合、近親相姦を理由に刑罰を課すことが妥当であるとは言えないだろう。

#### ③歴史の伝承と国際的観点

判決は歴史的背景、社会的タブー、国際社会における取り扱いを考慮している。これは純粋に法的理由だけでなく、文化的・社会的・国際的な観点からの視点である。グローバル化が進む今日において、異なる歴史や文化を持つ国々の法律との整合性を考慮する国際的な視点は重要である。このような状況で、近親相姦禁止規定が依然として純粋な法的問題であるかどうかを問う必要がある。

#### 第四節 「Yes, I do」はどこまで同意するのか

結婚式での「Yes, I do」は「(約束に) 同意する」と訳され、結婚の誓いの言葉としてよく使われる。これはキリスト教における結婚観に由来し、結婚は「神との約束」によって結びつけられる関係である。近年では宗教と関係なく、一般の結婚式でもこの誓いの言葉が使用されることが多い。婚姻においては、お互いの愛情と配偶者への忠実を誓うことで、独身者としての自由が束縛される。

カント<sup>224</sup>によれば、婚姻は「性を異にする二人格が、お互いの性的特性を生涯にわたって占有し合うための結合である」とされる。さらに、「婚姻契約は任意の契約ではなく、人間性の法則に従って必然的な契約である」とも述べられている。つまり、人間が「その性的特性に従って互いに享受し合おうとするならば、必然的に結婚しなければならない」ということであり、これは「純粋理性の法的法則に従って必然的」なことである。世界的に同性婚の導入が普及しつつある現代においても、カントの婚姻論は時代背景を持ちながらも、婚姻が性的意味を持つ契約であるという解釈には依然として一定の意義が見出されるだろう。婚姻のみならず、交際中のカップルの関係においても、性的交渉が繰り返されることが想定される。そのため、婚姻の締結やカップル関係の成立は、一定期間における性的同意を含意すると考えることができる。しかし、関係の成立が個人の独立性を減少させるわけではなく、どの範囲まで性的同意を捉えることが妥当であるかは、婚姻・家庭の保護と個人の自由の保護において重要な論点となる。

繰り返し述べるが、第一節冒頭で述べた通り、ドイツ・日本・中国における強姦（不同意性交）罪の規定は、婚姻関係の有無にかかわらず罪を判断する。婚姻内においても強姦（不同意性交）が成立することは広く認められている。ただし、婚姻関係の存在がその判断に影響を与えるかどうかについては、さらなる検討が必要である。

#### 1. ドイツの判例と検討

##### (1) ドイツにおける婚姻内強姦の判例

前述の通り、1997年の刑法改正により、177条から「婚姻外」という要件が削除された。これにより、2000年以降、ドイツでは婚姻関係を性的強要などの罪の判断要素に含めた判例は見当たらない。

婚姻内強姦に直接関係しないが、連邦通常裁判所は婚姻内強姦について言及する議論を

---

<sup>224</sup> 樽井＝池尾・前掲注（70）110頁。

行った例がある<sup>225</sup>。刑事事件の解明が公共の利益 (Interesse der Allgemeinheit) に資するという理由から、刑事訴訟法は捜査機関に一定の手段を与えている。しかし、例えば児童への性的虐待 (sexuellen Missbrauch von Kindern)、婚姻内レイプ (Vergewaltigung in der Ehe)、その他の家庭内暴力 (häuslicher Gewalt) などのケースでは、刑事訴訟法第 252 条 (証言拒否後の議事録の読み上げ禁止) および第 52 条 (被告人の親族が証言を拒否する権利) に基づき、証人の利益が優先される。このため、証人が証言を拒否すれば、公共の利益を理由にこれを強制することはできない。結果として、刑事事件の解明が制限されることになる。

刑事訴訟の観点から見ると、婚姻内で性的犯罪が発生した場合、家庭構成員である証人が自身の判断で証言を拒否することが可能であり、この際、公共の利益のために証言を強制することはできない。そのため、婚姻内での性的犯罪は実際に訴追されない可能性がある。しかし、訴追されないからといって、それが正当化されるわけではない。「婚姻内」あるいは婚姻関係の存在を理由に性的犯罪を正当化するならば、婚姻の締結によって婚姻内のすべての性的交渉を無条件に受け入れることになる。このような結論は受け入れがたいだろう。

婚姻内での性的犯罪を検討する際、サドマゾヒズム (加虐・被虐性愛) がよく比較対象として挙げられる。サドマゾヒズムとは、加虐・被虐を伴う性愛であり、「存在し、実践されている性的生活の一形態」とされる。このような行為の評価において、そのすべての形式を考慮しても、一般的な世論において明確な良俗違反性 (Sittenwidrigkeit) の判断を確立することは困難であると考えられている<sup>226</sup>。良俗違反性があるとして犯罪とすることが妥当かどうかについても検討する必要がある。

この問題を解決するため、1973 年の刑法改正では、第 13 章のタイトルを「性的犯罪」から「性的自己決定権に対する犯罪行為」に変更した。この分類変更によって、第 13 章が「性的自己決定」に焦点を当てることが明確になったといえる。この変更は、異なる法的関心を前面に押し出す試みと解釈される<sup>227</sup>。

## (2) 刑法第 177 条の保護法益と婚姻との関係<sup>228</sup>

刑法第 177 条 (性的侵害、性的強要、強姦)<sup>229</sup> の保護法益は「性的自己決定 (Selbstbestimmung)」である。性的行為において、その時間 (Zeitpunkt)、手段 (Art)、方式 (Form)、および相手 (Partner) を自分で決定することは個人の自由に属し、法的に保護されるべき権利である。性的自己決定は、個人の法的権利であり、個人の自由の一部を構成

---

<sup>225</sup> vgl. BGH, 4.6.2014 - 2 StR 656/13 Rn.12.BGH, 14.1.2015 - 1 ARs 21/14 Rn. 28.

<sup>226</sup> BGH, 26.5.2004 - 2 StR 505/03 S.12 f.

<sup>227</sup> Roxin, Strafrecht AT (Aufl.13) Teilband1 § 13 Rn.38.

<sup>228</sup> Fischer StGB (Aufl.71) § 177, Rn.2.

<sup>229</sup> § 177 StGB (Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) .

する。これは婚姻、家庭、生殖といった社会的価値やその保護の必要性に基づくものではなく、あくまで個人の自由そのものに根差している。

年齢、依存性、状況、体質などの理由で、自発的な意思形成が困難な場合における自己決定の保護は、刑法第 174 条から第 176b 条、および第 182 条において規定されている。しかし、これらの規定は刑法第 177 条とは異なる保護法益を有している。第 177 条は、性欲を満たすために用いられる重大な強制 (besonders gravierenden Zwang) を基準としており、この基準に達しない場合には、刑法第 240 条 (強要)<sup>230</sup>が適用されることになる。

## 2. 日本の判例と検討

(1) 【判例 3】原審の鳥取地判昭和 61・12・17LEX/DB27921958 は、被告人甲は、A 子と婚姻し同居していたが、日ごろから同女に結婚前の異性関係をなじる等して度々暴力を振り、これに堪えかねた同女は再々実家に戻ったり他所に身を隠したりしていたが、その都度被告人甲の暴力に怯えて再び逃げ出したことから、被告人兩名は強引に同女を被告人甲の自宅に連れ帰る途中、同女を強いて姦淫した事案で、被告人兩名の所為はいずれも刑法 60 条、刑法 177 条前段に該当するとして、強姦罪の共同正犯の成立を認めた。

控訴審で広島高松江支判昭和 62・6・18 高裁判集 40 巻 1 号 71 頁は、夫が第三者と共同して妻を輪姦したところ、夫につき強姦罪の共同正犯が成立するとして、控訴を棄却した。

弁護人は控訴趣意の中で、「夫婦は互いに性交を求める権利を有しかつこれに応ずる義務があるから、夫が妻に対し暴行、強迫を用いて性交に及んだとしても、暴行、強迫罪が成立するは格別、性交自体は処罰の対象とならないため、強姦罪の成立する余地はないのである」と主張した。これに対し、本判決は「婚姻中夫婦が互いに性交渉を求めかつこれに応ずべき所論の関係にあることはいうまでもない」と述べながら、「婚姻中」とは「実質的にも婚姻が継続していることを指し、法律上は夫婦であっても、婚姻が破綻して夫婦たるの実質を失い名ばかりの夫婦にすぎない場合には、もとより夫婦間に所論の関係はなく」、暴行又は脅迫をもって妻を姦淫した夫に強姦罪が成立すると判示した。また、夫婦関係が完全に破綻して夫婦たるの実質を失うと判断できる理由として、本判決は、被告人と被害者は婚姻届けを提出して夫婦となったが、被告人は妻の「人格を無視して」妻に「暴行を加えて常にこれを虐待し」、その結果、妻は「夫の虐待から逃れるため」、「家出を繰り返し」、「ひたすら婚姻

---

<sup>230</sup> § 240 StGB (Nötigung) (1) 人に暴行をお用いて、又は相当の害悪を加える旨の脅迫により、違法に作為、甘受又は不作為を強いた者は、3 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。(2) 追求された目的のための暴行の使用や害悪の告知が非難されるべきと評価されるときは、その行為は違法である。(3) 第 1 項の罪の未遂は、罰する。(4) 特に重い事案では、刑は 6 月以上 5 年以下の自由刑とする。特に重い事案は、原則として①妊婦に妊娠中絶を強い、又は、②公務担当者としての権限若しくは地位を濫用したときに認められる。和訳は、前掲注 (147) に挙げた資料を参照。

生活に復帰することを拒」んだことをあげた。

## 検討

本判決は、被告人に強姦罪が成立することを認めたが、それは実質的に「婚姻中」の関係が存在しないためである。本判決は「婚姻中夫婦が互いに性交渉を求めかつこれに応ずべき」とであると認めている。このことから、実質的にも婚姻が継続している場合において夫婦間では強姦罪の成立が否定される余地があるというのが、本判決から読みとることができる。しかし、その判断基準を明確に示しておらず、夫婦間強姦の成立範囲を提示していないのが本判決の問題点である。

(2)【判例4】東京高判平成19・9・26は、被告人が、婚姻関係が実質的に破綻している状態にあった妻に対し、暴行脅迫を用いて以て同女を強姦したとされる強姦事案1件、傷害事案1件において、本件においては、被告人と被害者が別居し、子供は被害者が養育し、被告人が養育費を月額で支払うことなどを定める調停が成立しており、さらに、同調停成立以降、被害者は、被告人と歩み寄る努力をしたものの、少なくとも事件発生一週間前には被告人に対して、離婚の意思を伝えていたのであるから、被告人と被害者の婚姻関係は、本件当時、実質的に破綻していたことが客観的に認められるから、本件は、実質的な破綻状態を要件とする説によっても強姦罪が成立するとし、ただし、原判決後の離婚成立と、示談が成立したことによって量刑を変更するとして、被告人に対して懲役3年執行猶予4年を宣告した事例である。

本判決は、控訴趣意に対し、夫婦間では強姦罪が成立しうるのかについて、以下のように述べている。

「強姦罪の構成要件は、その対象を「女子」と規定しているだけであり、婚姻関係にある女子を特に除外していない。しかるに無条件でこれを除外して強姦罪の成立を認める説は、構成要件の解釈としては無理がある。そこで、婚姻中の夫婦は、互いに性交渉を求め、かつ、これに応ずべき関係にあるから、夫の妻に対する性交を求める権利の行使として常に違法性が阻却されると解することも考えられる。しかし、かかる権利が存在するとしても、それを実現する方法が社会通念上一般に認容すべきものと認められる程度を超える場合には、違法性を阻却しないとかんされる。そして、暴行・脅迫を伴う場合は、適法な権利行使とは認められず、強姦罪が成立するというべきである。いかなる男女関係においても、性行為を暴行脅迫により強制できるものではなく、そのことは、女性の自己決定権を保護するという観点からも重要である。いわゆるDVの実態がある場合には強姦罪の成立も視野に入れなければならない。もっとも、こう解すると、通常の婚姻関係が維持されているなかで、例えば、偶々妻が気が乗らないという理由だけで性行為を拒否したときにも、夫に刑が重い強姦罪が成立することになり、刑法の謙抑性の観点から問題があるという批判もある得ようが、そのような場合に、そのことが妻から訴えられるということも考えにくく、あくまで理論的

な問題にとどまるともいえる。」

「ところで、本件においては、前記のように、被告人と被害者とは別居し、子供は被害者が養育し、被告人が養育費を月額で支払うことなどを定める調停が成立しており、さらに、同調停成立以降、被害者は、被告人と歩み寄る努力をし、別居を継続しながらも、時々、被告人宅に泊まり、嫌々ながらも性交渉に応じたものの、少なくとも、平成19年1月には、被告人との離婚の意思を以前にも増して強く持ち、再度調停を申し立て、同月21日には、被告人に対して、離婚する意思をきちんと伝えたこと、被告人も、被害者の態度から、被害者と寄りを戻すことは難しいことに気付き、調停の第1回期日で、離婚を成立させてもやむを得ないと考えるに至っていることなどの客観的な事情もある。すなわち、被告人と被害者との婚姻関係は、本件当時、実質的に破綻していたことが客観的にも認められる。ことに、同調停の成立により、夫婦の間での同居の義務はなくなったから、その後の事情もあわせ考慮すれば、本件当時においては、夫として別居している妻に対して性交を求める権利もなくなったというべきである。そうすると、権利行使を理由とする違法性阻却の余地はなく、強姦罪が成立するという説明も可能である。本件は、実質的な破綻状態を要件とする説によっても、強姦罪が成立することになる。」

「所論は、破綻の原因として、被告人側には格別の責任はなく、被害者側の責任が大きいという。しかしながら、弁護人主張の事実を前提としても、その破綻の原因が被害者側のみにあると認定することはできないし、そもそも被害者側に破綻の責任の一半があったとしても、このことは、強姦罪の成否を左右しないというべきである。」

## 検討

広島高松江支判昭和62・6・18と同様に本件判決も「婚姻中の夫婦は、互いに性交渉を求め、かつ、これに応ずべき関係にある」ことを確認した上で、事件中の夫婦は実質的に婚姻関係が破綻していることを理由として夫婦間でも強姦罪の成立を認める。

また、本件判決は夫婦間の強姦罪の問題をより詳細に論じている。まず、夫婦間の強姦は構成要件の文言に反していないため、強姦罪の構成要件に該当しうる。また、夫婦間では互いに性交渉を求める権利が存在するため、かかる権利の実現する方法が社会通念上一般に認容すべきものと認められる程度を超えない限り、夫婦間の強姦は常に違法性が否定される。さらに、女性の自己決定権の保護の観点から、権利行使の際に暴行脅迫を伴う場合は典型的に違法性を肯定できると本判決は明確に示している。したがって、最終的には権利行使の方法や態様ではなく、実質的に婚姻関係が破綻していることから、かかる権利はそもそも失われたことを理由として違法性阻却を否定したが、本判決は強姦罪条文の文言を重要視しており、暴行脅迫という、通常であれば処罰を限定するメルクマールを、夫婦間の強姦の場合においては処罰を拡張するメルクマールに言い換えたといえよう。なお、これと付随する問題として謙抑性との矛盾が挙げられているが、本判決はそれが現実的にはあまり問題にならないとする。

しかし、両判決とも「婚姻中の夫婦は、互いに性交渉を求め、かつ、これに応ずべき関係にある」という権利と義務の由来を明示していない。それが法的義務なのかそれとも道徳的義務なのかは、完全に説明されていない。そのため、権利の行使が「社会通念上一般に認容すべきものと認められる程度を超える場合」というのはいかなる場合を指すのか、それをより具体化するための前提が依然として不明なままである。

### 3. 中国の判例と検討

#### (1) 【判例 5】白俊峰強姦事案<sup>231</sup>

##### 事案の概要

被告人白俊峰と被害者姚 XX は、1994 年 10 月 1 日結婚したが、結婚後夫婦感情が悪く、喧嘩が多かった。姚 XX は 1995 年 2 月 27 日に実家に帰り、かつ白俊峰に離婚を求めた。村委会の調停を経たが、両方は彩礼返還額を巡って争い、協議の達成に至らなかった。

1995 年 5 月 2 日夜 8 時頃、被告人白俊峰は姚 XX の実家に向かって、姚 XX に彩礼返還を求めたが、両方が、翌日に第三者を通じて解決すると約束した。その後、白俊峰が家に帰った。同日夜 9 時頃、白俊峰は再び姚 XX の実家に向かって姚 XX に性交渉を求めた。姚 XX がそれを拒んで激しく抵抗したにもかかわらず、白俊峰が暴力を通じてその抵抗を制圧し、2 回にわたり姚 XX と強引に性行為を行った。白俊峰は姚 XX を 5 時間蹂躪し、痙攣のため昏迷状態に陥らせたが、同女は医者 の 救助により意識を取り戻した。

義県人民法院は、被告人白俊峰は、姚 XX との婚姻関係が継続している期間中、強制の手段をもって、強引に姚 XX と性行為を行った行為は、強姦罪に該当しないとし、被告人白俊峰に無罪と言い渡した。宣告された後、法定期限内に被告人白俊峰は上告をせず、検察機関も控訴を提出しなかった。

##### 判決理由

「夫が妻を強姦することで強姦罪が成立しうるのかは、刑法理論上も司法実践上も争いがある。

現行刑法<sup>232</sup>も 1979 年刑法も、夫が強姦罪の主体にたりうるかに対し、排除も規定もしていない。海外では、一部の国の刑事立法が、夫が妻を強姦するのは強姦罪に該当しないと明確に規定する。……。

わが国は地域が広大で、多くの民族がいる。地区ごとに、民族ごとに風俗習慣が異なる。この類の事案は往々に比較的複雑であり、簡単に罪に該当しまたは該当しないと確定することができない。さもないと、国情にそぐわず、わが国の法制建設に害を及ぼす。夫が

---

<sup>231</sup> 最高人民法院編著『刑事审判参考』第 3 輯（法律出版社、1999 年）23-26 頁。

<sup>232</sup> 現行の 1997 年刑法を指す。――筆者による説明。

妻を強姦する案件の審理に対し、刑法及び婚姻法等関係の法律の規定により、異なる婚姻状況及び行為者の暴力方式、方法、引き起こした危害結果等具体的な事実、情状を区別して、分別に法により対処すべきである。その中、一部の行為は強姦罪に該当しうるが、一部は強姦罪には該当せず、他の犯罪に該当する可能性がある。

本事案中、被告人白俊峰の行為が強姦罪に該当しないとする主要な理由は、

①婚姻状況は、強姦罪の中の婦女意志に違背することに該当するかどうかを、確定するための法的根拠である。

強姦罪は、暴力、脅迫、あるいはその他の手段をもって、婦女の意志に違背し、強引に性行為を行う行為を指す。婦女の意志に違背しているかどうかは、強姦罪が成立するのに必要な法的要件である。婚姻中夫婦間の性行為は、必ずしもすべては妻が同意しているわけではないにもかかわらず、しかしこれは、強姦罪のいう婦女の意志に違背し強引に性交することと、本質的に違う。婚姻法の規定により、合法的な婚姻は、夫婦間の特定の人身的關係と財産關係を生じさせる。同居と性生活は夫婦間の対等な人身の權利と人身的義務の基本的な内容であり、両方が自らの意思で結婚を登録するのは、同居と性生活に対する法的承諾である。それ故に、法的に言えば、合法的な夫婦の間には、妻に対する性的權利の自由への夫の侵害が存在しない。反対に、妻が夫以外の男子と性行為を行うのに同意すれば、それは合法的な婚姻への侵害に該当する。したがって、合法的な婚姻關係が存続している期間中、夫が妻の反対を無視し、暴力まで用いて妻と強引に性行為を行う行為は、刑法の意義上の婦女の意志に違背して性行為を行うことに当たらず、強姦罪に該当しない。同じく、不法な婚姻關係又は離婚訴訟手続きに入り、婚姻關係が実際に不確定的になっている場合でも、夫が妻の意志に違背し、暴力手段をもって、強引に妻と性行為を行うのは、刑法理論上から言えば強姦罪に該当しうる。ただし、実務上は、この類の強姦罪を認定するのは、通常の強姦事案件と大いに異なり、特別に慎重すべきである。

②被告人白俊峰と姚 XX の婚姻關係は合法で有効である。

白俊峰と姚 XX との間の婚姻關係は合法で有効である一方で、事案発生前に、妻の方が離婚を求め、かつ村で調停を経たが、人民法院又は婚姻登録機關に離婚を提出しておらず、離婚訴訟手続きに入っていない。夫婦間の互いに性生活に対する法的承諾は依然として有効である。それ故に、白俊峰の行為は強姦罪に該当しない。」

## （２）【判例 6】王衛明強姦事案<sup>233</sup>

### 事案の概要

1992 年 11 月、被告人王衛明は紹介を通じて被害者錢某と出会い、1993 年 1 月に結婚登録をし、1994 年 4 月に一人の子を生んで育てた。1996 年 6 月、王衛明は錢某と別居し、同

---

<sup>233</sup> 最高人民法院編著『刑事审判参考』第 7 輯（法律出版社、2000 年）26-29 頁。

時に上海市青浦県人民法院に離婚訴訟を提起した。同年 10 月 8 日、青浦県人民法院は両方の感情は未だに破綻しておらず、離婚の請求を棄却した。その後、両方は同居したことがなかった。1997 年 3 月 25 日、王衛明は再び離婚訴訟を提起した。同年 10 月 8 日、青浦県人民法院は離婚の請求を許可し、判決書を両方当事者に送達した。両方当事者は離婚を判決されることに争いがなく、王衛明は判決の中の親権、生活費用の部分に対し不満があり、上告の権利を保留すると表示したが、その後上告をしなかった。同月 13 日夜 7 時頃（離婚判決は未だに効力を発生していない）、王衛明は原住する共同住宅に戻り、銭某が部屋の中で衣服を整理しているのを見かけ、背後から銭某を抱きしめ、性行為を行おうとしたが、銭某に拒まれた。逃げ出そうとする銭某に対し、王衛明は暴力手段を用いて、銭某の反抗を無視して、同女と性行為を行った。銭某に身体の数々の部位に傷をつけた。当夜、被害者は公安機関（＝警察一筆者による説明）に通報した。

青浦県人民法院は、以下のように、強姦罪の成立を認めた。被告人王衛明は積極的に訴訟を提起し、法院に銭某との婚姻解除の判決を請求し、法院は第一審で離婚の許可を判決した後、両者ともこれに異議はなかった。当該判決はまだ法的効力を発生していないものの、被告人王衛明は被害者と正常な夫婦関係を維持していない。この状況のもと、被告人王衛明は婦女の意志に違背し、暴力手段を用いて、強引に銭某と性行為を行い、その行為はすでに強姦罪に該当し、法により処罰すべきである。

宣告された後、被告人王衛明は上告をせず、検察機関も控訴しなかった。

## 判決理由

「夫婦がすでに結婚しており、これはすなわち互いに共同生活を承諾し、同居の義務があると考えられる。これは、諸法律の明確な規定、又は法律の強制的規定には見当たらないものの、すでに人々の倫理観念の中に強く根付いており、法律による明文規定を必要としない。夫婦の正常な婚姻関係が存続している限り、それだけで婚内強姦行為の犯罪成立を阻却することに十分であり、これがまた司法実務において通常、婚内強姦行為を強姦罪として処理しない理由である。それ故に、一般の状況のもと、夫は強姦罪の主体にたらない。しかし、夫婦の同居義務は自ら希望する結婚行為から推定された倫理的義務であり、法律が規定する強制的義務ではない。したがって、具体的な状況を区別せず、すべての婚内強姦行為を一律に犯罪として扱わないのも非科学的である。例えば、婚姻関係が正常的に存続している期間以外、例えば離婚訴訟期間、婚姻関係がすでに法的な解除手続きに入っており、婚姻関係がなお存在しているものの、それを女性が性行為に対し同意していると推定する承諾とすることはできず、婚姻関係から出発して強姦罪の成立を否定する理由はない。本件に限り、被告人王衛明は 2 回にわたり積極的に法院に離婚を請求し、婚姻関係の解除を希望し、第一審法院はすでに被告人王衛明と銭某との離婚の許可を判決し、かつ両当事者とも離婚に対し争いがなく、ただ離婚判決がまだ効力を発生していないだけである。この期間中は、被告人王衛明と銭某との間の婚姻関係は、王衛明の主観的意識の中にすでに実質的に消滅し

ている。というのは、被告人が積極的に離婚を提起し、法院が離婚を判決した後も同人が悔恨して上告を提起せず、被告人は銭某とすでに非正常な婚姻関係にあるからである。すなわち、被告人王衛明の行為のため、両者はすでに夫婦間の同居義務を履行するのを承諾していない。このような状況のもと、被告人王衛明はこのような特殊な時期、銭某の意志に違背し、捻る、つかむ、かむ等の暴力手段を用いて、強引に銭某と性行為を行い、銭某の人身的権利と性的権利を嚴重に侵害し、その行為は強姦罪の主観的・客観的特徴に符合し、強姦罪に該当する。上海市青浦県人民法院が被告人王衛明に強姦罪の成立を認め、刑罰に処するのが正当である。」

## 検討

これらの判決については、以下の観点を個別に検討する。

### ①夫婦間に強姦罪が成立するか？

まず、根本的な問題は、そもそも夫婦間には強姦罪が成立しうるのかである。両事案は結果が相反するが、結論から見れば、この根本的な問題に対し、両事案の答えは同じである。実際に、王衛明強姦事案の審理の過程中、以下の三つの意見が挙げられている<sup>234</sup>。

第一に、夫は強姦罪の主体になりえない。夫婦間には同居の権利と義務があり、これは夫婦関係の重要な内容である。夫婦双方が自らの意思で結婚を登録するのは、同居の義務に対する肯定的な承諾であり、しかもそのような承諾は夫婦関係の確立と同様に、一回の包括的な表示があるだけで婚姻関係が継続している間に終始一貫して有効であり、合法な手続きを経ずに自動的に消滅することはない。それ故に、結婚後は、合意による同居でも、強制による同居でも、それは妻の性的権利への侵害とはいえない。

第二に、夫はいかなる場合においても強姦罪の主体になりえる。中国の婚姻法<sup>235</sup>は、夫婦は家庭中に地位が平等であり、そのような平等関係は夫婦間の性的権利の平等性を含むべきである。すなわち、夫婦双方は性生活の中、一方は相手方を支配して強迫する権利がなく、一方が相手方の性交渉に従わないとしても、いかなる法的効果も発生しない。ところで、中国刑法第 236 条の規定する強姦罪は、婦女の意志に違背し、暴力、脅迫あるいはその他の手段をもって、強引に婦女と性行為を行う行為を指し、妻を対象とする強姦罪を排除しておらず、したがって強姦罪の主体が夫を含むとするのが自然である。

第三に、婚姻関係が正常に存続している期間中、夫は強姦罪の主体になりえないが、婚姻関係が正常に存続している期間の外は、夫が強姦罪の主体になりえる。

両事案とも、第三の意見に立っていると思われる。ただし、通常の婚姻関係ということの判断基準につき、両事案は異なる見解を示している。白俊峰強姦事案は、調停中にもかかわらず、婚姻関係が法的に解除されていない限り、婚姻関係が継続していると判示している。

---

<sup>234</sup> 最高人民法院編著『刑事审判参考』第7輯（法律出版社、2000年）27-28頁。

<sup>235</sup> 現在では『中華人民共和國民法典』の婚姻家庭編である。

これに対し、王衛明強姦事案は、離婚判決が効力を発生していないものの、被告人と被害者両方の事情、特に被告人が積極的に離婚を希望していることに鑑み、実質的にその婚姻関係はすでに継続していないと判示している。すなわち、白俊峰強姦事案は「婚姻関係が正常に存続している」について、より形式的に判断しており、王衛明強姦事案はそれについて、より実質的に判断している。そのため、両判決は全く相反する結論を導き出してくる。

このように、両事案とも第三の意見を夫婦間に強姦罪の成否の基準としている。ただ「婚姻関係が正常に存続している」ということの判断基準について白俊峰強姦事案は形式上の婚姻関係を重視し、王衛明強姦事案は実質上の婚姻関係を重視するに過ぎない。

しかし、白俊峰強姦事案の判決理由は支持しがたい。情状から見れば、白俊峰強姦事案の中、被告人は2回にわたり強引に被害者と性交し、合計5時間ほど被害者を蹂躪していた。これは相当に悪質な事案であると思われるが、それにもかかわらず、形式上の法的な婚姻関係が継続していることを理由として強姦罪の成立を否定するのは受け入れがたいだろう。白俊峰強姦事案の示した考え方によれば、いかなる強姦行為でも、婚姻関係のもとであれば、強姦罪にはなりえず、夫婦間強姦罪の成立範囲が制限されてしまう。しかし、こうなると、女性の家庭内の性的自己決定権、そして他の人身的権利が完全に保護されなくなる。それだけでなく、例えば、DVなどの日ごろの虐待も強姦罪の不成立のため、さらに問題である。したがって、同居義務があるとはいえ、それが阻却するのは通常の強制による夫婦間の性行為のみであり、すべてにあてはまるわけではないと言わざるを得ない<sup>236</sup>。王衛明強姦事案のように、より実質的に判断するのが支持に値すると解される。

## ②同居義務の由来

両事案とも同居義務の存在を認めているが、その由来について、完全に異なる方向性を示している。白俊峰強姦事案はかかる義務を民法上の規定に由来する法的義務とするのに対し、王衛明強姦事案はそれを倫理的義務とする。

以上の二点の違いは互いに無関係なものではなく、むしろ深く関係しているといえる。夫婦間の同居義務は婚姻関係の継続期間中にのみ存在するのはいうまでもないし、両判決はこの点に関し異論を示していない。そうであれば、かかる義務の存否若しくは発生・中止の時点は婚姻関係の存続期間と一致していると思われる。同時に、かかる義務がどこから由来するのかは、婚姻関係の存続期間の判断に影響を与える。すなわち、法的義務とすれば、法

---

<sup>236</sup> 陈兴良『判例刑法学（下卷）（第2版）』（中国人民大学出版社、2017年）183-184頁は同様な意見を示している。また、同論者は現行刑法の中、婚内強制性交行為が強姦罪に該当しない唯一の理由を、法が明文をもって規定していないことにする。

定の義務の免除・中止事由に照らして、婚姻関係の存続を判断することとなる<sup>237</sup>。これに対し、そのような義務を倫理的義務とすれば、社会通念や習慣の観点をも加えて判断することができる。

## 第五節 結婚を目的とする人身取引と強制結婚

ここまででは、家庭および婚姻内での自由に対する犯罪、特に性的自己決定に対する犯罪を考察した。性的自己決定は、家庭の外部と内部において同等に保障されるべき権利であり、家庭内での性的自己決定に対する犯罪は、既存の家庭や婚姻関係を前提とする犯罪である。他方で、行動の自由に対する犯罪、すなわち監禁罪などについては、家族・親族に関する特別な規定が存在しないため、一般的な処理が妥当と考えられる。そのため、ここではとくに触れない。

家庭内での性的自己決定に対する犯罪とは異なり、意思の実現、行動の自由、個人の安全に関連する犯罪、具体的には結婚を目的とした人身取引や強制結婚は、自由が侵害された後に家庭が形成される（少なくとも形式上形成される）犯罪である。本節では、このような犯罪について検討を行う。

### 1. ドイツ

第 237 条<sup>238</sup>（強制結婚）（第 18 章「人身の自由に対する犯罪行為」に置かれる）

（1）暴行を用いて、相当な害悪を加える旨の脅迫により、又は策略により、人を違法に結婚へと強いた者は、6 月以上 5 年以下の自由刑に処する。追求された目的のための暴力の使用や害悪の告知が非難されるべきものと評価されるときは、その行為は違法である。

---

<sup>237</sup> 陈・前掲注（236）188-189 頁はこの見解を示している。

<sup>238</sup> § 237 StGB(Zwangsheirat) (1) 1Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zur Eingehung der Ehe nötigt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. 2Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. (2) Ebenso wird bestraft, wer zur Begehung einer Tat nach Absatz 1 den Menschen durch Gewalt, Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch List in ein Gebiet außerhalb des räumlichen Geltungsbereiches dieses Gesetzes verbringt oder veranlasst, sich dorthin zu begeben, oder davon abhält, von dort zurückzukehren. (3) Der Versuch ist strafbar. (4) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

(2) 第1項による犯行の遂行のために、暴行を用いて、相当の害悪を加える旨の脅迫により、又は策略により、人をこの法律が効力を有する場所的領域外の地域に連れ去り、そこに赴かせ、又はそこから帰還することを妨げた者も、同一の刑に処する。

(3) 前2項の罪の未遂は、罰する。

(4) 比較的軽い事案では、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

#### (1) 条文の分析

罪名の「強制結婚 (Zwangsheirat)」は誤解を招きやすいため、「強制結婚させる (Zwangsverheiratung)」の方が妥当であるという指摘がある<sup>239</sup>。なぜなら、行為者は結婚できるが、それが本罪の前提条件とはならないからである。つまり、行為者が法律的・宗教的な手続きをすることとしての結婚 (Heirat) 行為は本罪の成立の前提ではない。

①本条の保護法益<sup>240</sup>は自己決定の重要の一部としての婚姻の自由と自由に婚姻・パートナーシップの相手を選択する権利 (das Recht auf freie Eheschließung und selbstbestimmte Ehe-Partnerwahl) である。第2項は人身の自由 (die körperliche Freiheit) と居住地の選択の自由 (die Selbstbestimmung über den Aufenthaltsort) を保護している。しかし、自由に結婚する、あるいは自由に離婚を選択することをさせない行為は、本条に含まれない<sup>241</sup>。さらに、同性生活パートナーシップ関係はその保護法益に含まれない。

②脅迫の前提は被害者の不同意 (nicht einwilligt) である。実務上は、不同意を判断するのは難しい。特に犯罪が外国あるいは家庭内で発生する場合である。特定の人口集団や文化集団 (Bevölkerungs- und Kulturkreisen) の背景が、しばしば (潜在的な) 被害者に影響を及ぼしている。この点について、アンビヴァレンス (二重感情) (Ambivalenzen)、伝統的な従順さ (traditionelle Fügsamkeiten)、教育不足 (Bildungsferne)、感情的依存性 (emotionale Abhängigkeit) などを考慮する必要がある<sup>242</sup>。

③本条は故意犯であり、法律規定あるいは伝統的慣習により犯罪が正当化されうるという錯誤は禁止の錯誤になる。被害者の「最善」のために行為を行うことは故意を阻却しない<sup>243</sup>。

④事後の同意 (Eine nachträgliche Einwilligung) は違法性を阻却しない<sup>244</sup>。

⑤第1項と第2項に対する処罰範囲は第240条第4項と同様で、比較的軽い事案は第240

---

<sup>239</sup> Fischer StGB (Aufl.71) § 237, Rn.2.

<sup>240</sup> Fischer StGB (Aufl.71) § 237, Rn.3.

<sup>241</sup> 240条 (強要) の保護範囲に入る。Fischer StGB (Aufl.71) § 237, Rn.6.

<sup>242</sup> Fischer StGB (Aufl.71) § 237, Rn.9.

<sup>243</sup> Fischer StGB (Aufl.71) § 237, Rn.12.

<sup>244</sup> Fischer StGB (Aufl.71) § 237, Rn.13.

条第 1 項と同様である<sup>245</sup>。事後の同意の場合だけではなく、行為者がアンビヴァレンスや権威主義的な家族や宗教的構造に影響される場合も比較的軽い事案に属している。

## (2) 判例

①【判例 7】<sup>246</sup>行為者が、未成年者や身体障害者である複数の被害者の「保護の無い状態 (schutzlose Lage)」につけ込み、暴力や脅迫を用いて結婚の強要を承諾させた事件に対して、連邦通常裁判所は、「保護の無い状態」の定義について詳しく説明し、その中には身体的制限だけでなく、被害者に対する心理的および社会的要因の影響も含まれると示す。

②【判例 8】<sup>247</sup>行為者は被害者を繰り返し海外に連れ出し、脅迫や強制によって結婚を強要しようとした。この事件の被害者は不法移民であったため、法的支援を求めることが困難である。

連邦通常裁判所は、単に被害者の恐怖心（例えば、国外送還への心配）を利用するだけでは、「保護の無い状態」という要件を満たすには不十分であると指摘した。第 237 条は被害者に選択の余地を与えないことを要求する。国際的な要素が存在すれば、第 237 条の適用は慎重な根拠づけが必要である。

③【判例 9】<sup>248</sup>行為者は、被害者の若い女性を騙してドイツから出国させ、見知らぬ男と結婚させようとした。この事件に家族（被害者の母）が関与したことがある。共犯者らは、被害者の移動の自由を制限することで、被害者の選択の権利を奪った。

連邦通常裁判所は、欺罔が被害者の自由意思を奪う結果となった場合、強制結婚罪の構成要件を満たしし得ることを示した。さらに、強制結婚の実行は、多くの場合、他の犯罪（例えば自由の剥奪）を伴う。本件では、被害者の自由の剥奪が強制結婚罪の核心的な根拠である。

また、この事件では、被害者が文化的小および家庭的な要因により抵抗することが困難であったことも問題となった。この点について、連邦通常裁判所は家庭からの圧力は違法性を阻却しないと指摘した。

## (3) 検討

これらの判決については、以下の観点を個別に検討する。

### ①保護法益について

刑法第 237 条は積極的婚姻の自由、第 240 条は消極的婚姻の自由をそれぞれ保護法益としている。この 2 つの規定により、法益としての「婚姻の自由」は全面的に保護されてい

---

<sup>245</sup> Fischer StGB (Aufl.71) § 237, Rn.25.

<sup>246</sup> BGH, 12.1.2011 - 1 StR 580/10.

<sup>247</sup> BGH, 4.4.2007 - 4 StR 345/06.

<sup>248</sup> BGH, 8.6.2022 - 5 StR 406/21.

る。しかし、同性生活パートナーシップを第 237 条の保護範囲に含めないことは適切ではない。また、生活パートナーシップ制度や同性婚制度の導入によって、婚姻の自由の内容が拡大している現状を考えると、刑法がこれらの制度導入に伴う法体系の調整に対応することが期待される。さらに、同性婚を認めない国が依然として多数存在することから、同性間の強制結婚や国際的要素が絡む場合において、本条の保護法益をどのように解釈すべきかについて、さらなる検討が必要である。

#### ②被害者の同意について

事後の同意は違法性を阻却するものではないが、それが「比較的軽い事案(Minder schwere Fälle)」として扱われる可能性がある。刑罰の減刑については、責任の減少が根拠として考えられる。

また、被害者の同意はアンビヴァレンス（曖昧さ）、伝統的な従順さ、教育不足、感情的な依存といった要因に影響される可能性がある。そのため、被害者の「同意」が完全に自己決定に基づくものであるかどうかは疑わしい。同時に、その同意が被害者の属する社会においては「良俗的」とされる一方で、刑法における「良俗」とは異なる可能性がある。この相違が、特に異文化や国際的背景が絡む場合には顕著になる。そのため、これら 2 つの「良俗」をどのように矛盾しない形で取り扱うかについて考慮する必要がある。

#### ③行為者の違法性の意識の可能性

比較的軽い事案としては、行為者がアンビヴァレンスや権威主義的な家族構造、宗教的構造に影響される場合が挙げられる。このような場合、行為者が違法性を認識する可能性がない、あるいは低いことから、責任の減少を論じる根拠となる可能性がある。

## 2. 中国

### 第 241 条第 6 項の沿革について

『刑法修正案（九）』は、以下のように第 241 条第 6 項を改正した。

改正前：誘拐、販売された婦女と児童を購買し、購買された婦女の意思に従い、婦女が原居住地に帰ることを妨げない者と、購買された児童に対し虐待行為を行わず、児童の救出を妨げない者に、刑事責任を追及しないことができる。

改正後＝現在：誘拐、販売された婦女と児童を購買し、購買された児童に対し虐待行為を行わず、児童の救出を妨げない者に、軽く処罰することができる。購買された婦女の意思に従い、婦女が原居住地に帰ることを妨げない者に、軽く処罰する又は処罰を減輕することができる。

### （1）第 240 条に関する司法解釈

①『婦女、児童を誘拐、販売する犯罪案件の審理の法律の具体的応用の若干の問題に関する最高人民法院による解釈』＝『最高人民法院关于审理拐卖妇女儿童犯罪案件具体应用法律若干问题的解释』（法释〔2016〕28 号）

第3条第1項：婚姻の紹介の名目に乗じ、不法に身分証明書を取り上げる、人身的自由を制限する等の方法を用いて、又は婦女の土地勘がないこと、言語が通じないこと、孤立無援等の状況を利用し、婦女の意志に違背し、それを他人に販売した者は、婦女誘拐、販売罪をもって刑事責任を追及するべきである。

この解釈に対し、「婦女の意志に違背するかどうかを的確に判断することに注意すべきである」との指摘がある<sup>249</sup>。

同解釈第5条：誘拐、販売された婦女を購買し、すでに安定な婚姻家庭関係が形成しており、救出時に購買された婦女は自らの意思で当地にとどまり共同生活を行う場合は、「購買された婦女の意思に従い、婦女が原居住地に帰ることを妨げない」とみなすことができる<sup>250</sup>。

②『婦女、児童を誘拐、販売する犯罪の取り締まりの相関問題に関する最高人民法院、最高人民検察院、公安部、民政部、司法部、全国婦連による通知』＝『最高人民法院最高人民検察院公安部民政部司法部全国妇联关于打击拐卖妇女儿童犯罪有关问题的通知』（公通字〔2000〕26号）は、「自らの意思で現住地にとどまり生活する成人女性に対し、本人の意思を尊重し、現住地で結婚する意思がありかつ法定の結婚要件に符合する場合は、法により結婚登録手続きを行うべきである」と述べる。

③『法により婦女、児童を誘拐、販売する犯罪を処罰することに関する最高人民法院、最高人民検察院、公安部、司法部による意見』＝『最高人民法院最高人民検察院公安部司法部关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见』（法发〔2010〕7号）は、刑罰の適用について、「誘拐、販売された婦女と児童を購買し、それに対し責苛み、虐待の行為を行わず、又はそれとすでに安定な婚姻家庭関係を形成したが、しかし依然として法により刑事責任を追及するべき者は、一般的に軽く処罰するべきである。執行猶予の条件に満たす者は、法により執行猶予を適用することができる」と述べる。

## （2）検討

司法解釈は、各種の状況に応じた処理を詳細に説明しており、理論上も実務上も争いがほとんどない。本規定の適用では「婦女の意思」が重視される。誘拐や販売された婦女がすでに「安定した婚姻家庭関係」を形成し、現在の家族と共同生活を営んでいる場合、「購買された婦女の意思に従い、婦女が原居住地に帰ることを妨げない」とみなされる。この効果は、2015年の改正によって、「刑事責任を追及しないことができる」から「軽く処罰する、または処罰を減輕することができる」に変更された。

本人の意思およびすでに形成された家庭関係は、責任阻却または減輕の事由となる。自由

---

<sup>249</sup> 杜国强＝冉容＝赵俊甫『「关于审理拐卖妇女儿童犯罪案件具体应用法律若干问题的解释」的理解与适用』中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主审『刑事审判参考（总第108辑）』（法律出版社、2017年）147-148頁。

<sup>250</sup> これは中国刑法第241条第6項と関連している。

が一旦侵害されたとしても、事後の同意は本罪における責任減少の根拠となる。この点において、中国は現状の家庭関係を尊重する姿勢がうかがえる。

### 3. 日本

刑法第 225 条「営利目的等略取・誘拐罪」は、「結婚の目的で、人を略取し、または誘拐した者は、1 年以上 10 年以下の懲役に処する」と規定している。本条では、成人を略取または誘拐する場合に特定の目的が求められている<sup>251</sup>。

結婚を目的とする本罪について、日本における議論は少ないと言える。ここでいう「結婚」とは、自己または第三者との結婚を指し、法律婚だけでなく事実婚も含むと解される<sup>252</sup>。一方、重婚罪における「結婚」は、通説によれば法律婚に限定されるとされており、本罪における結婚の解釈とは異なる。この点について、重婚罪と本罪の関係をさらに検討する必要がある。

また、略取・誘拐された者が事後に既存の家庭や婚姻関係を継続したいと考えた場合、その事後の同意が本罪の成立を阻却するかどうかは、慎重な検討が求められる。本稿ではこの議論を深く扱わないが、今後の課題として研究したい。

## 第六節 小括

1. 本章では主にドイツ、日本、中国における家庭内における自由に対する犯罪について、いくつかの規定を挙げて検討した。ドイツでは刑法を通じて家庭内の秩序を保護する一方で、自己決定、特に性的自己決定の保護にも重点を置いている。一方、日本では、ドイツ刑法の影響を受けつつ、性的自己決定に関する関心が高まっており、性犯罪の改正を通じて「不同意犯罪」を新設した。しかし、日本社会には伝統的・儒教的な価値観が根強く残っており、このような社会的背景の中で、自己決定の具体的な内容をどのように解釈し、発展させるべきかが今後の課題となるだろう。同じ東アジアの国である中国も類似の問題に直面している。家庭内という特殊な環境ゆえに、法的解釈だけでなく、伝統や慣習による説明が多く見られるのが現状である。

また、ドイツ刑法には親族間の近親相姦を禁止する規定が未だに存在する。この規定について、成人の親族間における性的関係が、なぜ自己決定に基づいて許されないのか、その根拠の明確化が求められている。

さらに、家庭・婚姻が形成される前後で個人の自由の価値に変わりはないものの、家庭や

---

<sup>251</sup> 前田雅英『刑法各論講義（第 7 版）』（東京大学出版会、2020 年）85 頁。

<sup>252</sup> 前田・前掲注（251）86 頁、井田・前掲注（169）169 頁。

婚姻という存在自体が犯罪の判断や量刑に影響を与えることは事実である。また、家庭内の個人の自由は、親としての責任などの役割の設定によって一定の制限を受ける。この制限が持つ法的な意味をどのように評価すべきかについては、さらなる検討が必要である。

2. 本章では脆弱者への保護については詳しく取り扱っていない。未成年者、高齢者、障がい者などの脆弱者に対しては、社会的、法的、家庭的な観点から特別な保護が必要である。その保護の根拠と家庭内における役割分担、さらには他の家庭構成員がどのようにその世話を担うべきかについては、別の研究課題として検討することが適切だろう。

また、本章で取り上げた判例では主に女性が被害者となっている。しかし、男女平等が進む現代社会においては、より広い視野が求められる。例えば、男性が被害者となる場合や、同性間で発生する犯罪に関しても検討を深めることは、理論のさらなる発展にとって重要な方向性である。

## 第五章 保護を提供すべき家庭が保護の弱化をもたらす場として

同じ屋根の下で暮らす家族は、互いに無防備な状態で接し合う場面が多い。家庭という場であるからこそ、もし身体や生命が脅かされる状況が生じた場合、容易に傷つく可能性が高いと言える。家庭は、外部からの侵害を防ぐ機能を持ちながらも、家庭内で発生する傷害や危害の防止に関しては、相対的に弱い側面があると考えられる。その一方で、家族の結びつきは、基本的に相互の愛情と信頼を前提として成り立っている。

本章では、家庭内で発生する殺人、傷害、虐待など、生命および身体に対する犯罪について検討する。ただし、未成年者、高齢者、その他の限定責任者については、別の視点も追加されるため、ここでは扱わないものとする。また、本章の議論は、行為者と被害者が家族や親族関係にある状況を想定して展開する。

### 第一節 尊属殺・卑属殺について

#### 一 尊属殺

##### 1. 尊属殺に関する基本的な検討

男女・階層の平等化しつつある今日においても、歴史の長い父系社会の倫理・秩序の余波はまだ根強い。それに基づいて、家長に逆らってはいけないという考え方は人間の日常生活及び行為に影響を及ぼしている。

「尊属殺」を意図的に他の殺人行為と区別する理由は、一般に、社会の秩序を維持することに帰着するとされる。しかし、特定の時期における社会秩序にはその独自性があり、社会状況の変遷に伴って変化するものである。例えば、「ローマ法を基礎とする大陸法系は、尊属殺だけを重く罰する法制と、尊属・卑属その他の近親殺を重く罰する法制にわかれ」<sup>253</sup>た。家庭内での地位を問わず、近親であることを理由に刑罰を重くするのがフランスの例であり、いまだに尊属であることを理由に刑罰を重くするのが韓国や台湾である。一方、ドイツ、日本、中国<sup>254</sup>では、尊属殺を一般殺人罪の枠内で取り扱う傾向にある。

---

<sup>253</sup> 中谷瑾子「第4章 子殺し・親殺しとその法的側面」中谷瑾子編『子殺し・親殺しの背景』（有斐閣、1982年）128頁。

<sup>254</sup> 中国における尊属殺の法律規定は、清代およびそれ以前の時代に存在していた。現在、この同じ法理は台湾に継承され、中華民国刑法（台湾）には尊属殺の規定が含まれている。それに対し、中華人民共和国の最初の刑法である1979年刑法には尊属殺に関する規定がなく、現行の1997年刑法にも同様の規定は存在していない。中国の歴史的視点から尊属殺を考察するためには、黄源盛「传统与当代之间的伦常条款——以“杀尊亲属罪”为例」华东政法大学学报2010年第4期、张一民「行之以渐：从《大清现行刑律》看“杀尊亲属罪”」社会科学研究2022年第3期を参考。

尊属であるから加重するのは秩序の面を重視する一方、家族であるから加重するのは家庭の私領域に対する保護と脆弱者に対する保護を重視する。

これに対して、「英米刑法では、より徹底して、伝統的に、尊属殺を普通殺から区別し」ない。「これは、イギリスのノルマン初期には謀殺・故殺を区別せず、殺人を全て重罪視」し、この「殺人を全て死刑とするところにおいては、より重く処罰すべき尊属殺を普通殺から区別して規定する『必要』も『合理性』も認められない」<sup>255</sup>からである。

確かに、人間の生命・身体を最高の利益と考えれば、保護の程度がどこまで高くてもやりすぎということはない。生命に対する犯罪を論じる際に、尊属と卑属の序列と家庭関係は分析と評価の要素の一つにすぎないため、尊属などという属性により殺人の類型化する必要は見あたらないという主張もみられる。

## 2. 日本における尊属殺違憲判決について

社会の父性が弱くなってきている今日、振り返ってみると、典型的な父系社会の東アジアでも世界の風潮にしたがって「脱・父性」の動きが見られる。父系社会の法律にとっては、最大の法益はその「父権」を維持することであろう。家制度を廃止するが、その余韻が残っている日本において、尊属殺という「脱・父性」的な色彩が一番濃い、このことをどのように叙述するかは注目に値する。

【判例 10】最大判昭和 48 年 4 月 4 日刑集 27 卷 3 号 265 頁は旧法 200 条（尊属殺）の規定に違憲判決を下した。これを受けて、同条は 1995 年の改正により削除された。しかし、当時の多数の意見は尊属殺という規定それ自体が違憲というのではなく、憲法が許容できない重い法定刑こそが違憲であると判断したのである。

大法廷は、「刑法二〇〇条は、自己または配偶者の直系尊属を殺した者は死刑または無期懲役に処する旨を規定しており、被害者と加害者との間における特別な身分関係の存在に基づき、同法一九九条の定め普通殺人の所為と同じ類型に対してその刑を加重した、いわゆる加重的身分犯の規定であって、(最高裁昭和 30 年（あ）第三二六三条同三一年五月二四日第一小法廷判決・刑集一〇卷五号七三四頁)、このように刑法一九九条のほかに同法二〇〇条をおくことは、憲法十四条一項の意味における差別的取扱いにあたるといふべきである」とされるため、「右のような差別的取扱いが合理的な根拠」を糸口として議論を展開した。同法廷は、中国古法制やローマ古法制にも言及し、法制史の側面も看過しなかった。

刑法 200 条は「配偶者の尊属に対する罪をも包含している点は、日本国憲法により廃止された『家』の制度と深い関連を有していたものと認められる」と考えられる。同法廷も「かつて尊属殺重罰規定を有した諸国においても近時しだいにこれを廃止しまたは緩和しつつ

---

<sup>255</sup> 中谷・前掲注 (253) 129-130 頁。

あり、また単に尊属殺のみを重く罰することをせず、卑属、配偶者等の殺害とあわせて近親殺なる加重要件をもつ犯罪類型として規定する方策の講ぜられている例も少なからず見受けられる現状」（裁判時の現状）とを考慮に入れた。

その際、「保護目的と保護目的達成のために投入する手段との関係を検討するというアプローチ」を用いて、大法廷は刑法200条の憲法適合性を考察している。

まず、立法目的につきいて大法廷の論述は下記のようになっている<sup>256</sup>。

刑法二〇〇条の立法目的は、尊属を卑属またはその配偶者が殺害することをもつて一般に（１）高度の社会的道義的非難に値するものとし、かかる所為を通常の殺人の場合より嚴重に処罰し、もつて特に強くこれを禁圧しようとするにあるものと解される。ところで、およそ、（２）親族は、婚姻と血縁とを主たる基盤とし、互いに自然的な敬愛と親密の情によつて結ばれていると同時に、その間おのずから長幼の別や責任の分担に伴う一定の秩序が存し、通常、卑属は父母、祖父母等の直系尊属により養育されて成人するのみならず、尊属は、社会的にも卑属の所為につき法律上、道義上の責任を負うのであつて、尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義というべく、このような自然的情愛ないし普遍的倫理の維持は、刑法上の保護に値するものといわなければならない。しかるに、自己または配偶者の直系尊属を殺害するがごとき行為はかかる結合の破壊であつて、それ自体人倫の大本に反し、かかる行為をあえてした者の背倫理性は特に重い非難に値するといふことができる。

このような点を考えれば、尊属の殺害は通常の殺人に比して一般に高度の社会的道義的非難を受けて然るべきであるとして、このことをその処罰に反映させても、あながち不合理であるとはいえない。そこで、（３）被害者が尊属であることを犯情のひとつとして具体的事件の量刑上重視することは許されるものであるのみならず、さらに進んでこのことを類型化し、法律上、刑の加重要件とする規定を設けても、かかる差別的取扱いをもつてただちに合理的な根拠を欠くものと断ずることはできず、したがつてまた、憲法一四条一項に違反するということもできないものと解する。

これをそれぞれの論点に沿って分析すると、

（１）尊属殺人は「社会的道義的非難に値する」ものであるため、一般の殺人と区別しながら検討すべきであり、より厳しい刑罰を科しても存分に許されうる。しかし、親族倫理が含まれる社会的道義というものは刑法の保護対象とされることができのだろうか。そうであれば、旧刑法二〇〇条の保護法益は社会的法益となろう。

（２）親族に関する論述について、その関係性には「互いに自然的な敬愛と親密の情」や「法律上、道義上の責任」が不可欠であるとされる。この論述は今日においても認められるべきであろう。この点から見れば、親族についての論述は法律という枠内でのみ検討すべき

---

<sup>256</sup> 番号付き下線部は筆者が付けるものである。

ものではない。法律以外にも、人間の自然的な感情と関係、法律と並列される倫理・道徳も決して対象外というわけではない。

(3)「被害者が尊属であることを犯情のひとつとして具体的事件の量刑上重視することは許されるもの」であり、さらに類型化されることが許されるとすれば、事案を考察する際には家庭内の愛情関係や身分も重要な要素とするべきである。量刑要素だけではなく、それを「類型化」する要素とすべきという点については、親族に關係する事案では「親族關係」（または家庭）に由来する特殊性に着目することになる。

また、最高裁大法廷は、立法目的を踏まえ、尊属殺の極端的な刑罰を中心として旧刑法二〇〇条の違憲性を検討した。

さて、右のとおり、普通殺のほかには尊属殺という特別の罪を設け、その刑を加重すること自体はただちに違憲であるとはいえないのであるが、しかしながら、刑罰加重の程度いかによっては、かかる差別の合理性を否定すべき場合がないとはいえない。すなわち、(1) 加重の程度が極端であって、前示のごとき立法目的達成の手段として甚だしく均衡を失し、これを正当化しうべき根拠を見出しえないときは、その差別は著しく不合理なものといわなければならない、かかる規定は憲法一四一条一項に違反して無効であるとしなければならない。

……

(2) もとより、卑属が、責むべきところのない尊属を故なく殺害するがごときは嚴重に処罰すべく、いささかも仮借すべきではないが、かかる場合でも普通殺人罪の規定の適用によってその目的を達することは不可能ではない。その反面、尊属でありながら卑属に対して非道の行為に出で、ついには卑属をして尊属を殺害する事態に立ち至らしめる事例も見られ、かかる場合、卑属の行為は必ずしも現行法の定める尊属殺の重刑をもつて臨むほどの峻厳な非難には値しないものといえることができる。

これをそれぞれの論点に沿って分析すると、

(1) 行為者の倫理違反性は刑罰の加重要件となるが、尊属殺における刑罰の「加重の程度が極端」であるため、「前示のごとき立法目的達成の手段として甚だしく均衡を失し、これを正当化しうべき根拠を見出しえない」としている。この判断は、親族関係による加重要件それ自体が違憲であるということではなく、ただ刑罰の加重の程度を調整すべきということを示したにすぎない。

(2) 大法廷は、「責むべきところのない尊属」を殺すときと「非道の行為」にでた尊属を殺すときといった二つの場面を挙げている。前者は普通殺人罪と同様に扱ってはいけなし、後者は尊属殺を理由として、より重い刑罰を処すべきではない。同じ親族関係であるが、事情の違いによって異なる対処をとり、慎重に個別の行為者の非難に値する程度を検討するのは妥当であると思われる。前述のように、親族関係（または家庭内のある関係）は

類型化する要素の一つであるが、さらに細かい分類の要素あるいは責任の判断要素が必要であるように思われる。

最後に、大法廷は下記の結論を下している。

このようにみてくると、尊属殺の法定刑は、それが死刑または無期懲役刑に限られている点（現行刑法上、これは外患誘致罪を除いて最も重いものである。）においてあまりにも厳しいものというべく、上記のごとき立法目的、すなわち、尊属に対する敬愛や報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重の観点のみをもつてしては、これにつき十分納得すべき説明がつかねるところであり、合理的根拠に基づく差別的取扱いとして正当化することはとうていできない。

その後、尊属殺の規定が削除されたが、この違憲判決および条文の削除は、尊属殺が普通殺人と比べて重い非難に値することを完全に否定しているわけではない。もっとも、尊属殺の違憲性に対する大法廷の議論の考え方は、家制度が廃止された日本にとって重要な示唆を与えたことは間違いない。つまり、如何なる社会であっても、「普遍的倫理の維持は、刑法上の保護に値する」とされるのである。確かに、社会の変遷に伴い、「普遍的倫理」はある程度変容するものであるが、刑法の保護による介入の範囲をどう画定するのかは重要である。

## 二 卑属殺

1. 卑属殺を考える際、子殺しをイメージする。一般の殺人と区別して、子殺しは「親による『子』殺しを意味する」ように思われる。その中には、親子心中という形態が多く見られる。まだ自立できない子供の生存は親に頼るしかいないため、親による傷害・殺害などには全く抵抗できない。さらに、「自殺の延長（拡大自殺）として殺害する」<sup>257</sup>行為も考えられる。

学問領域により分類は異なっているが、「刑事法の分野では、嬰兒殺、乳児殺、幼児殺、親子心中、その他の子殺しを分類する程度」<sup>258</sup>である。立法上、子殺し又は卑属殺を特別な構成要件（犯罪類型）として規定している場合があるが（フランス法）、明文の規定がなくても刑罰の減輕・加重要件として扱う場合もある<sup>259</sup>。

2. 未成年者・児童を殺害することは一般の殺人罪にカバーされるが、家庭内という視点でこの事情を別枠で取り上げるには理由づけが必要となろう。子供は明らかに「脆弱

---

<sup>257</sup> 中谷・前掲注（253）115 頁。

<sup>258</sup> 中谷・前掲注（253）117 頁。

<sup>259</sup> 例えば、中国の判例では、家庭・婚姻関係に起因する犯罪は社会的危害性が低く、再犯の可能性も低いことから、軽く処罰にするとする論理が多く見られる。

者」であるから、社会・家庭が子供に対する保護を慎重に取り扱うのは当然である。脆弱者への重点的な保護について、立法をより厳密にし、刑罰をより重くすることは想定されやすいが、脆弱者の相対性、特定の状況、保護の継続性を考慮に入れると、子供に対する犯罪を必ず重罰化するのは当然な方向ではないかもしれない。

### 三 小括

本節では、特に日本の尊属殺違憲判決を分析した。それに加えて、尊属殺と卑属殺についても議論を行った。現代刑法において、家庭内の序列に基づく倫理を理由に尊属殺や卑属殺を特別に取り扱うことは、平等と自由が重視される時代においては必ずしも必要ではない。一方で、家族のつながりを「愛」、すなわち相互の尊重と愛護と解釈するならば、フランス刑法のように尊属・卑属を問わず犯罪の加重要件とすることにも一定の合理性が認められる。

## 第二節 カップル間の殺人

「It's always the husband」という表現は、小説などでよく使われるシナリオであり、嫉妬、金銭問題、亡くなった配偶者からの財産相続への欲望といった動機から、夫が殺人事件で最も疑わしい人物として描かれるものである。この表現は、家庭内において女性が常に弱者であり、男性が家庭内犯罪の加害者であるという固定観念を反映している。

「男性中心的視点による」日本刑法学を「ジェンダー的視点から見直す」べきであるという指摘があるが<sup>260</sup>、これは日本に特有の課題ではなく、世界的な課題である。すなわち、より平等で多角的な視点が求められている。

本節では、カップル間の殺人、すなわちカップルの一方が相手を殺害するケースについて検討する。同性愛婚や事実婚が認められる国が存在することから、「夫婦」という言葉に限定せず、より広い意味を持つ「カップル」という表現を用いる。また、カップル間の殺人については、一般の殺人とDVへの反撃殺人という二つの視点から論じられる。本節では、近年注目を集めているDVへの反撃殺人に着目し、議論を展開する。

### 1. DVへの反撃殺人に関する正当防衛論について

近時の研究は、主に違法性阻却事由としての正当防衛と緊急避難の観点からDVへの反撃を中心に議論<sup>261</sup>なされる。

---

<sup>260</sup> 島岡まな「ジェンダー刑法学入門」法学セミナー737号（2016年）25頁。

<sup>261</sup> 島岡・前掲注（260）25-26頁。同じ課題を検討した論文として、深町晋也「DV反撃

まず、DV への反撃は DV の存在を前提とする。カップル間の DV には三つの特徴<sup>262</sup>がある。まず、①通常、犯罪と考えられる暴力は「閉ざされた継続的な関係性の中で行われる」ため、認識されていないままことが多い。次に、②カップル双方の「物理的・精神的力（パワー）が等しくない暴力」の場合、「国際的に見ると」多くの国はこの類型の犯罪が成立する「範囲が狭い」。そして、もし被害者がそれを甘受すれば、それを同意と解する虞がある。最後に、③「閉ざされた継続的な関係性の中で」、一つの行為は非常に軽微に見えるが、長期にわたり繰り返すことで「被害者に大きな被害を与えている」<sup>263</sup>。

このような DV の特徴に対して、違法性阻却事由の適用可能性を拡大する方法は極端な事案にしか使えず、対応できない虞がある。また、これはただ DV 被害者としての行為者だけを評価するにとどまり、先に暴力を振るう者には適用できない。このような特別な保護は、女性（あるいは子ども・高齢者、すなわち一般的に脆弱者として考えられる者）を逆に差別されやすい地位に置くことになるかもしれない。しかも、場合によっては男性も被害者になるのだが、その場合、違法性阻却事由を認めにくいことも想定できる。

## 2. DV への反撃殺人を「故殺」として取り扱うドイツ判例

### （1）【判例 11】事案の概要と判旨<sup>264</sup>

行為者は長年にわたり夫から暴力を受けており、耐え難い状況下で夫に致命傷を負わせた。特に、夫が酩酊状態で再び暴力を振るってきた際に、行為者は夫を殺害した。

この事案において、連邦通常裁判所は行為者が長期間にわたって被害者として受けてきた DV の影響を考慮し、極端な手段を唯一の逃げ道と思い込むのは十分に理解可能であると判断した。そして、連邦通常裁判所は正当防衛の成否を検討したが、急迫性の要件を欠くとしてこれを否定している。そこで連邦通常裁判所は刑法第 213 条（故殺の比較的軽い事

---

殺人事例と緊急避難」刑事法ジャーナル 58 号（2018 年）、張光雲「中国における DV 法的規制と DV 反撃殺傷行為の刑事法上の課題」日本法学 82 巻 2 号（2016 年）を参照。ドイツ・アメリカにおける DV と正当防衛論については、木崎峻輔「相互闘争状況における正当防衛の処理基準及び類型化の試み（（3・完））」筑波法政 82 号（2020 年）15 頁以下の第 5 章第 3 節「家庭内の暴力的闘争の類型」を参照。中国の議論は彭文华「受虐妇女综合症与杀夫案中正当防卫的认定」法学评论 2022 年第 5 期、王新「受虐妇女杀夫案的认定问题」法学杂志 2015 年第 7 期を参照。

<sup>262</sup> 矢野恵美「暴力とジェンダー——性犯罪、DV、セクハラを中心に」二宮周平＝風間孝編著『家族の変容と法制度の再構築——ジェンダー/セクシュアリティ/子どもの視点から』（法律文化社、2022 年）241 頁。

<sup>263</sup> この場合は常習犯の理論と結びつけ検討する可能であるが、ここはそこまで触れない。

<sup>264</sup> BGH, 9.6.2015 - 1 StR 606/14.

案)を適用したうえで、行為者の感情的動機が量刑にどのように影響するかを分析した。

最終的に、連邦通常裁判所は本件を故殺と認定し、量刑において長期の暴力による心理的影響を十分に考慮した上で、刑を減輕した。

## (2) 検討

この判例に関して、いくつかの重要な点を検討する。

正当防衛の急迫性要件を満たさず、正当防衛の適用が制限される場合、DV 被害者である行為者の罪責をどのように確定すべきかという問題について、ドイツでは「故殺」という補足的な選択肢が存在する。

まず、本件は正当防衛としては認められなかったものの、DV 被害者である行為者が追い詰められる状況において、急迫性の要件をどのように解釈すべきかについては議論の余地がある。急迫性の解釈をより柔軟にすることで、DV 被害者である行為者に対する救済の可能性が広がる一方で、過度な拡張的解釈を採用すれば罪刑法定主義に違反する懸念も生じる。

次に、本件では刑法第 213 条が適用され、行為者の特別な状況が考慮された。この対応は、DV 被害者の行動に一定の理解を示すものであり、量刑において行為者の背景事情を考慮する重要性を示している。

また、行為者が極端な手段に追い込まれる前に、社会がどのように DV 被害者を支援できるかも重要な課題である。DV の被害者が早期に支援を受けられる体制の整備が、同様の事態を未然に防ぐ上で不可欠といえる。

したがって、違法性阻却事由が認められない場合であっても、行為者の背景事情や動機などを十分に考慮し、故殺の比較的軽い事案として量刑を決定することは妥当である。

3. 中国においては、家庭内の犯罪に関して、最高人民法院『关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见（寬嚴相濟刑事政策の貫徹に関する若干の意見）』（法发〔2010〕9号）に基づき、酌量的減刑が考慮される場合がある。同意見には「婚姻家庭などの民間紛争の激化に起因する犯罪について、被害者およびその家族が諒解を示した場合、酌量的量刑自由を考慮しなければならない」、「愛情、婚姻、家族、隣人関係などの内紛の激化に起因する犯罪や、被害者の落ち度、義憤、正当防衛を理由とする突発的な犯罪については、状況に応じて刑罰を軽減することが適切である」と明記されている。

この規定は、家庭内での紛争を背景とする犯罪に適用され、特に DV への反撃殺人もその範囲に含まれると考えられる。そのため、こうしたケースでは、量刑において被害者やその家族の意向が重要な考慮要素となりうる。

## 第三節 安楽死と家庭・家族

日本の裁判例を見ると、安楽死に関しては「近親者が行為者である場合が多」く<sup>265</sup>、医師が関与した場合でも患者の意思を推測する過程などに家族が重要な役割を果たしている。すなわち、安楽死問題はしばしば家庭・家族を背景にしており、それと深く関係している。しかしながら、家庭・家族それ自体が独立の要件として論じられているわけではなく、あくまでも患者の意思を確定する際に副次的な機能を発揮しているにすぎない。また、家族が直接に自殺に関与する場合でも、期待可能性がないと認められることは困難である。したがって、現状においては、安楽死の場合、家庭・家族は特殊な要件として典型的に整理する必要性は乏しい<sup>266</sup>。

また、ドイツと中国も安楽死を合法化していない。それに関連する議論はドイツ刑法第 216 条（要求に基づく殺人）と中国刑法第 232 条（故意殺人罪）の枠内で行われるにとどまる。

#### 第四節 暴力と虐待

1. 第二章では、より広義の暴力を考慮に入れる必要性について論じた。加えて、家庭内における精神的暴力の存在可能性を踏まえ、それを暴力規制の範囲に含めることが検討されるべきである。「人の精神は、少なくとも一定の態様ないし限度では、傷害罪の保護法益である」が、「人の身体と精神と截然とは区別することができず」という問題解決しなければ、傷害罪の保護法益を再構成するのは難しいため<sup>267</sup>。研究を深化するべきである。この問題については、さらなる研究が求められる。これは、傷害の定義にもかかわる大きな問題であるので、本稿ではこの論点のこれ以上の詳細な展開は控える。

2. ドイツと日本と違い、中国刑法第 260 条は「虐待罪」を規定している。

（1）中国刑法第 260 条（虐待罪）

---

<sup>265</sup> 甲斐・前掲注（48）6 頁。

<sup>266</sup> 裁判例として、名古屋高判昭和 37・12・22 高刑集 15 巻 9 号 674 頁、鹿児島地判昭和 50・10・1 判例時報 808 号 112 頁、神戸地判昭和 50・10・29 判例時報 808 号 113 頁、大阪地判昭和 52・11・30 判例時報 879 号 158 頁、高知地判平成 2・9・17 判例時報 1263 号 160 頁、横浜地判平成 7・3・28 判例時報 1530 号 28 頁（東海大学「安楽死」事件）、いわゆる（尊厳死）川崎協同病院事件第一審：横浜地判平成 17・3・25 判例時報 1909 号 130 頁、控訴審：東京高判平成 19・2・28 高刑集 60 巻 1 号 3 頁（裁判所ウェブサイト掲載）、上告審：最決平成 21・12・7 刑集 63 巻 11 号 1899 頁等がある。

<sup>267</sup> 藪中悠『人の精神の刑法的保護』（弘文堂、2020 年）248 頁。

①家庭の構成員を虐待した者は、情状が悪質であるときは、2年以下の有期徒刑、拘役又は管制に処する。

②前項の罪を犯し、被害者に重傷害を負わせたとき、又は死亡させたときは、2年以上7年以下の有期徒刑に処する。

③第1項の罪は、告訴がなければ処理しない。(2015年改正された前の規定)

その中、「家庭の構成員」の範囲について、「司法実務では、家庭の構成員の認定についてこれを幅広く理解し、婚姻法<sup>268</sup>の規定した、4種類の家庭関係を有する主体以外にも、恋愛、同居、扶養等の関係を有する主体も『家庭の構成員』とするべき」であり、「夫婦が離婚後、なお共同生活を営む場合は、それらを家庭の構成員とするべきである」とされている<sup>269</sup>。

第3項は、2015年『刑法修正案(九)』によって、「第1項の罪は、告訴がなければ処理しない。ただし、被害者は告訴能力がなく、又は強制、威嚇を受けたため告訴できない場合を除く」と改正された。

この改正は、長期間にわたり虐待を受けている被害者の心身の状況を十分に考慮し、告訴という訴追要件を緩和するものである。これにより、家庭内の虐待が周囲に知られた場合に公的介入が可能となる余地が生まれる。さらに、虐待に限らず他の家庭内犯罪についても同様の規定を設けるべきである。被害者の意思を尊重しつつ、家庭の保護機能を失わせないように配慮するため、被害者が心理的恐怖やその他の要因により告訴できない場合には、親告罪に限定される訴追要件を緩和する必要があると考えられる。

同じ2015年の修正案によって、以下の条文も増加された。

## (2) 第260条の1(被監護、被介護者に対する虐待罪)

①未成年者、老年者、病者、障がい者に対して、監護又は介護義務を有する者は、被監護、被介護者を虐待し、情状が悪質であるときは、3年以下の有期徒刑又は拘役に処する。

②組織体<sup>270</sup>が前項の罪を犯した場合、法人は罰金に処し、かつ直接責任を負う主管者及び他の直接責任者を前項の規定により処罰する。

③第1項の行為を行い、そして同時に他の罪を犯した者は、刑罰がより重い罪を認定し、処罰する。

第260条の1における「情状が悪質であるとき」については、「ドーピングを密輸し、ま

---

<sup>268</sup> 現在では『中華人民共和国民法典』の婚姻家庭編である。

<sup>269</sup> 朱朝春虐待案(第998号指導案例)による。喻海松編著『実務刑法評注』(北京大学出版社、2022年)1072-1073頁を参照。

<sup>270</sup> 原語は「単位」であり、法人の範囲より広く、法人格を有しない組織体をも含む。

たは不法経営し、または使用する刑事案件の法律適用に関する若干問題の最高人民法院による解釈（最高人民法院关于审理走私、非法经营、非法使用兴奋剂刑事案件适用法律若干问题的解释）」（法释[2019]16号）の第3条で解釈されている。

第3条 未成年者または障がい者に対して監護または介護の義務を有する者が、未成年者または障がい者を組織して体育運動を行わせる際、これらの者に対して不法にドーピングを使用させ、以下のいずれかの状況に該当する場合には、第260条の1に規定される「情状が悪質である」に該当するとみなされ、当該条文に基づき罪を認定し、処罰される。

- ①未成年者または障がい者にドーピングを使用させることを脅迫した場合。
- ②未成年者または障がい者を勧誘または詐欺し、長期間にわたり使用させた場合。
- ③その他、未成年者または障がい者の心身の健康に重大な損害を与える場合。

中国では、未成年運動選手にドーピングを使用させる、あるいは勧誘や詐欺によってドーピングを長期に使用させることが社会問題となっている。未成年者の心身の健康を保護するため、最高人民法院は上述の解釈を示した。しかし、ドーピングの不法使用を虐待として扱うことは、虐待という概念の含意を過度に拡張する虞がある。

ドーピングの不法使用に関しては、2020年の刑法改正により第355条の1が新設され、ドーピング管理を妨害する罪が規定されている。この罪は運動選手を客体として設定しており、選手の年齢を問わず適用される。このような論理は妥当であると考えられる。

また、住み込み家政婦による被介護者への虐待も、近年注目される社会問題となっている。第234条（故意伤害罪）に該当するためには、被害者の負傷が一定の鑑定基準に達している必要がある。さらに、中国には暴行罪が存在しないため、傷害罪に該当しない行為については虐待罪の成立が考えられる。

最近の二件の被介護者に対する虐待罪の判決では、傷害よりも軽い暴力が虐待と判断された。いずれの事案も、住み込み家政婦が80代の高齢者を虐待したものである。具体的な虐待の手段としては、頻繁に悪罵を浴びせる、押し倒す、または平手打ちをするなどが挙げられる。ただし、これらの行為による傷害は、医療鑑定において軽傷と判断されず、結果として虐待罪のみが成立したと判決された<sup>271</sup>。

これらの判例に関しては、住み込み家政婦が家庭構成員に該当するかどうかを判断するまでには至らなかったが、介護関係に基づき第260条の1の適用がまず検討された。高齢化が進む今日、介護現場ではトラブルが発生しやすい現状がある。したがって、本条のように基本的な罪状の上に高齢者に対する特別保護に関する規定を設けることは、将来の立法の一つの方向性と言えるだろう。

---

<sup>271</sup> (2017)京0102刑初646号、(2020)京0106刑初944号。

## 第五節 遺棄と扶養義務の違反

家族であるからこそ、見捨ててはならないという考えは一般的である。家族に対する扶養の義務は、法的なものだけでなく道義的な側面も含まれている。家族を見捨てることで、その者が生存の危機に瀕する事態を回避するため、刑法は遺棄罪を設けている。しかし、遺棄罪の規定は多くの国に存在するものの、その解釈や適用には国ごとの違いが見られる。

本節では、遺棄と扶養義務違反との関係について検討する。

### 1. ドイツ

ドイツ刑法第 170 条<sup>272</sup>（扶養義務の違反）

（１）法律上の扶養義務を怠り、扶養権利者の生活需要が危殆化され、又は他の者の援助がなければ危殆化されていたであろう結果をもたらした者は、３年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

（２）妊婦に対して扶養義務を負う者が、非難すべき態様で妊婦を扶養せず、これにより妊娠中絶を生じさせたときは、５年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

（１）本条の第 1 項は、被扶養者が経済的危険を避けること及び公共資金の合理的利用を保護しており、第 2 項は胎児の生命を保護することを主眼としている<sup>273</sup>。本条の保護法益は民法 823 条<sup>274</sup>（損害賠償責任）と一致している。

---

<sup>272</sup> § 170 StGB(Verletzung der Unterhaltspflicht) (1) Wer sich einer gesetzlichen Unterhaltspflicht entzieht, so daß der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten gefährdet ist oder ohne die Hilfe anderer gefährdet wäre, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.(2) Wer einer Schwangeren zum Unterhalt verpflichtet ist und ihr diesen Unterhalt in verwerflicher Weise vorenthält und dadurch den Schwangerschaftsabbruch bewirkt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

<sup>273</sup> Fischer StGB (Aufl.71) § 170 Rn.2

<sup>274</sup> § 823 BGB(Schadensersatzpflicht) (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.(2) 1Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. 2Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein

(2) 本条における扶養義務は、法的扶養義務 (Gesetzliche Unterhaltspflicht) に限定されている<sup>275</sup>。

(3) 本条に関する刑事事件においては、連邦通常裁判所の判例は存在しない。しかし、刑法第 170 条は民事訴訟において、民法第 823 条と併せて訴訟提起の法的根拠として用いられている<sup>276</sup>。つまり、第 170 条は裁判において、義務違反を損害賠償請求の事由とする役割を果たしている。

## 2. 日本

(1) 日本刑法第 217 条 (遺棄) と第 218 条 (保護責任者遺棄) は、遺棄罪を規定している。第 217 条では「老年、幼年、身体障害又は疾病のために扶助を必要とする者」、第 218 条では「老年者、幼年者、身体障害者又は病者」を客体としている。この客体の設定により、遺棄罪の処罰範囲がかなり限定されている。

第 217 条の刑期は第 218 条より低く設定されている。その理由について、第 218 条が行方主体を保護責任者に限定している点が挙げられる。保護責任者が義務違反を行う場合、違法性の程度が第 217 条より重いとされるためである。一方で、責任の相違によって刑が異なると解釈する見解もあるが、「刑の相違を道徳的・倫理的義務違反を根拠にして『より責任が重い』ところに求めるとすれば、それは法と道徳を混交させる」<sup>277</sup>という指摘も存在する。

(2) ドイツや中国とは異なり、日本における遺棄罪の解釈と検討は、第 218 条における保護責任の法的根拠として、民法第 820 条 (親権者の監護義務) および第 877 条 (親族の扶養義務) を挙げるにとどまっている。それ以外に、民法に関連する議論はほとんど見受けられない。民法と刑法はともに家庭や家族に関する規定や解釈を持つが、これらをよ

---

Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

筆者訳：民法第 823 条 (損害賠償責任) (1) 故意または過失によって、他者の死亡、身体への危害または傷害、健康状態の悪化、自由の剥奪、財産の侵害、その他いかなる方法で他者の権利を不法に侵害した者は、その結果生じた損害または被害を補償する義務を負う。(2) 1 他者の権利を保護することを目的とする法律に違反した者についても、同様の補償義務が適用される。2 法律の性質上、過失がなくても違反が生じ得る場合には、損害賠償義務は過失が認められた場合にのみ適用される。

<sup>275</sup> Fischer StGB (Aufl.71) § 170 Rn.3

<sup>276</sup> 民事判例は BGH, 21.3.2024 - IX ZB 56/22、BGH, 3.3.2016 - IX ZB 33/14、3.3.2016 - IX ZB 65/14、BGH, 16.5.2000 - VI ZR 90/99 を参照。

<sup>277</sup> 井田・前掲注 (169) 104 頁以下、104 頁の脚注 (40)。

り整合的に考察することで、法体系全体の調和を図ることができ、国民が法律を誤解する可能性を減らすことが期待されるだろう。

### 3. 中国

(1) 中国刑法第 261 条<sup>278</sup>（遺棄罪）は、民法典第 1067 条（父母の子女に対する扶養義務と子女の父母に対する扶養義務）、第 1074 条（祖父母の孫に対する扶養義務と孫の祖父母に対する扶養義務）、第 1075 条（兄弟姉妹間の扶養義務）に規定される扶養義務の違反を前提とする。民法第 1042 条（婚姻家庭に関する禁止規定）は「家庭構成員間の虐待および遺棄を禁止する」と規定している。そのため、遺棄罪に関する刑法規定を民法上の保障として位置づけることができると考えられる。

(2) 本条における「情状が悪質である（情况恶劣）」の解釈については『家庭暴力事案の処理について最高人民法院、最高人民検察院、公安部、司法部による意見（最高人民法院、最高人民検察院、公安部、司法部关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见）』（法发[2015]4 号）に説明される。司法実務では、①被害者の世話や経済的支援を継続的に怠っている場合、②被害者を家から追い出す、または家を離れることを強要し、被害者が住居を失い困難な状況に陥る場合、③重病を患う、または自立できない被害者を遺棄する場合、④遺棄によって被害者の身体に重大な損傷が生じる、またはその他の重大な結果に至る場合に「情状が悪質である」と認定される。

また、同意見では、遺棄罪と殺人罪との区別も示されている。扶養義務を回避するために被害者を福祉施設、病院、警察交番、または公園や駅などの人目の多い場所に遺棄した場合は、遺棄罪として扱われる。一方で、他人の救助が届かない人里離れた場所に被害者を遺棄した場合は、殺人罪の成立が考えられる。

(3) 2024 年における遺棄罪に関する有罪判決は、わずか 7 件にとどまる。その内訳は、①発達障害のある息子を人里離れた場所に遺棄した行為者が、遺棄罪で起訴されたが、最後に殺人罪として判決された 1 件<sup>279</sup>、②自らの過失により軽傷を負った乳児を遺棄した行為者が、傷害罪および遺棄罪として判決された 1 件<sup>280</sup>、③重病の妻に対する世話や経済的支援を継続的に怠った行為者が、遺棄罪として判決された 1 件<sup>281</sup>、④精神障害を患

---

<sup>278</sup> 中国刑法第 261 条（遺棄罪）刑法第 261 条（遺棄罪）老年人、青少年、病人又はその他の独立の生活の能力を有していない者に対して扶養の義務を負う者が、扶養を拒否し、情状が悪質であるときは、5 年以下の有期徒刑、拘禁又は管制に処する。

<sup>279</sup> (2024) 云 06 刑初 13 号。

<sup>280</sup> (2024) 豫 1524 刑初 319 号。

<sup>281</sup> (2024) 皖 1722 刑初 69 号。

う妻を公園に遺棄した行為者が、遺棄罪として判決された1件<sup>282</sup>、⑤乳児を遺棄した行為者が、遺棄罪として判決された3件<sup>283</sup>である。

以上の判決から、遺棄罪として訴追されるのは、主に自立が困難な被害者が対象となる場合であることが分かる。

## 第六節 小括

1. 本章では、尊属殺について幅広く議論を展開した。尊属殺は歴史的に家庭内の倫理観を反映する犯罪であり、刑法が尊属と卑属の序列を強調・維持してきた背景がある。しかし、現代社会において、このような序列の強調は時代遅れといえる。一方で、家庭内の「愛情」を強調し、家族構成員間の相互尊重や愛護の観点から、家族の身体や生命に対する犯罪を加重処罰するという立場は合理性があると考えられる。

2. 序章で述べたように、近年ではDV（家庭内暴力）に対する立法や議論が活発化している。このような状況において、刑法の適切な解釈を模索し、現行法と整合性を保つためのさらなる検討が必要である。

3. 実務において、家庭内で発生する犯罪は被害者や他の家族構成員の意思が極めて重視される傾向がある。単に犯罪を処罰するだけでなく、家庭関係の修復を重視する視点を取り入れるべきである。

---

<sup>282</sup> (2024) 贛 1024 刑初 109 号。

<sup>283</sup> (2024) 滬 0116 刑初 278 号、(2023) 琼 0105 刑初 404 号、(2024) 青 0222 刑初 3 号。

## 終章

本稿は「横断的研究」を題目とし、ドイツ、日本、中国における家庭内犯罪に焦点を当て、比較研究を行った。これらの国に加えて、フランスや英米における規定や議論にも部分的に触れた。家庭や家族というテーマは非常に広範であり、その中でも家庭内犯罪は多岐にわたる内容を含む。本稿では、家庭内犯罪の氷山の一角を描き出すことを目的とした。

アメリカの人類学者ルイス・H・モーガンは、著作『古代社会 (Ancient Society)』の中で、人類社会における家庭・家族制度を進化論的に検討した。彼は家庭制度が社会の経済発展に応じて変容し、家庭は動的な要素であり決して固定的なものではない。社会が低段階から高段階へと発展するにつれ、家庭も同様に変遷する。一方、親族制度は受動的なものであり、長期間にわたる家族の変遷を記録するにすぎない。親族制度が根本的に変化するのとは、家庭そのものが根本的に変化した場合のみであると論じている<sup>284</sup>。

このように、家庭や家族に関する議論を行う際には、ヨコの視点、すなわち各国間の比較だけでなく、タテの視点、すなわち歴史的・文化的・経済的沿革にも注目する必要がある。刑法は社会科学の一分野であり、犯罪論や刑事政策の観点から変容する家庭制度を分析する際に、こうした多角的な素材を見落とすと結論が偏りがちになる。しかし、すべての素材を網羅するような包括的な研究は、一本の論文で完結するものではなく、生涯にわたる研究課題となりうる。

ここでは、終章として、本稿の論述を総括するとともに、さらなる発展が必要な課題について提言を行う。

## 第一節 論述の収束

### 1. 本稿の用語についての整理

本稿では、日常的に使用される言葉を多く用いているが、それらが法律用語として使用される場合、ニュアンスが変化することがある。本稿の取り上げる意義については前文で一部説明したものの、誤解を招きやすい用語について改めて整理を行いたい。

#### ①家族

親密な関係にあり、共同生活を共有し、本人と安定的かつ長期的な関係を維持している者を指す。また、それらの者が集まった集合体を意味する場合もある。この言葉は、主に「関係性」を重視している。

#### ②家庭

---

<sup>284</sup> Lewis H. Morgan. *Ancient Society*, Charles H. Kerr & Company Press(1877), pp.505-515.

前述の家族との関係性を総括する抽象的な空間を指す。さらに、個人の家族に関するライフスタイルを実現する具体的な場面や状況を指す場合もある。たとえば、抽象的には「家族と家庭を構築する」という意味で使われる一方、具体的には「家庭内で家族と共同生活を送る」という形で用いられる。

③親族 倫理や法律に基づき、親縁関係を有する者を指す。

④近親 血縁関係が特に近い親族を指す。

⑤血族 血縁関係を有する者、およびその集合体を指す。

⑥姻親 婚姻の成立を基に、倫理や法律上で親族とされる者、およびその集合体を指す。

⑦家庭構成員 同じ家庭内で共同生活を営む者を指す。

⑧共同生活 安定的に経済的・感情的な生活を共有することを指す。一定の期間や共同の住所を伴うことを前提とする。

⑨交際関係 カップルとして付き合っているが、共同生活には至っていない関係を指す。

## 2. 本稿の総括

序章では、「家庭」という国境を超えるテーマを提起し、そして家庭内、すなわち加害者と被害者が家族関係にある状況では、犯罪が発生しやすい点に注目する必要があるという立場を確立した。グローバル化の視点を強調し、近時の各国での家庭に関する立法の概況や議論の一部を整理した。歴史的・文化的背景から、この整理は、儒教の影響を受けた家庭内の秩序や家長の管理を重視する東アジアと、個人の自由を重視する西欧・英米に分けて行っている。

第一章は、社会制度としての家庭制度を検討した。家庭は社会的・経済的發展に伴い変容するため、その時代性を考慮する必要がある。歴史悠長の制度である家庭は、現代法によって全く新しい定義に生まれ変わるのは、ヒステリシス<sup>285</sup>が示すように、ほぼ不可能である。それゆえ、刑法での検討は家庭制度の最初の説明から出発しなければならない。さらに、家庭制度として法律と並行している社会規範が形成している。

また、同章では、戦後自律・自由を基盤とする刑法研究が活発化していることに目を向け、論理の基礎としての自律・自由を検討した。個人がほかの影響を一切受けないまま、自分のすべてを決定するのかについては疑問を持っている。自己決定論を家庭内犯罪

---

<sup>285</sup> ヒステリシス (Hysteresis) とは、ある系の状態が、現在加えられている力だけでなく、過去に加わった力の影響を受けて変化する現象を指す。

\*本稿で参照したウェブサイトは、すべて2024年12月24日に最終アクセスし、内容を確認した。

の検討に適用するならば、特に家庭の自治、法律の介入の制限、個人の道德規範の内在化などについて検討する必要がある。

第二章は、本稿が家庭内犯罪をどのように適切に処理するにとしては重要な理論を展示した。まず、広義の責任は多重の規範が交差している今日にこそ考えられる。最低限の生存だけではなく、個人の自由と幸福を考えると、刑法でも狭義の刑事責任以外の責任に目を向けるべきだろう。しかし、広義の責任、例えば社会の責任・国家の責任を検討することは、行為者の刑事責任を減少するわけではない。責任はいくつかのカテゴリーに並存していると想定し、社会や国家の責任と整合的に考慮すれば、個人および社会・国家の最善の発展を最大限に期待できるだろう。

このような広義の責任を踏まえ、道德的責任について刑法の視点で考察する必要があるのかは問題となる。本稿ではハートの道德と法律とを区分するという実証法学の理論を取り上げ、理論上両者を峻別することができるが、実際の適用において両者から生じる義務の重なりにより混合してしまうことが避けられないことがわかる。その際に、道德の問題を完全に回避するのではなく、両者のバランスをどのようにとるかを探究すべきである。

刑事法の理論に還元すると、上述の広義の責任や道德的責任は社会危害性に対する認識あるいは違法性の認識の可能性の議論になりうる。そして、これらの理論を展開すれば、法律に想定される「合理的一般人」及び「素人」という判断の基準が出てくる。

実務において、上述の理論を実践する可能な制度は陪審・参審制度である。しかし、本稿はそれについて十分に展開していないため、別の研究で詳しく論述する予定である。

第三章から第五章までは本稿の各論部分である。序章からの問題と理論を踏まえ、ドイツ・日本・中国の刑事立法、解釈、実務はどのように家庭内犯罪を取り扱うのかについて情報を整理し、若干の検討を加えている。ドイツは立法により全面的に家庭・家族に関する事情を規定し、そして専ら法的家庭という領域を創出するのに対して、歴史・文化的影響を受け、倫理観念が強い東アジアの国である日本と中国は純然たる法的家庭という体制ができていないため、家庭内犯罪を考察する際に道義的観点の論述を持ち出さざるを得ない。しかし、道義という言葉はそれ自体含意が不明確であり、社会や時代の背景においてその内実が変化しつつあるため、頻繁に援用するのは法の判断の独自性・科学性を失ってしまう虞れがある。

この三つの章では、自由に対する犯罪に一番注目している。なぜなら、家庭における自由には暗黙的な制限が存在するため、社会の一員としての個人の自由と、家庭の一員としての個人の自由を区別する必要があるのかが問われるべきだからである。しかも、第三章の財産に対する犯罪と第五章の生命・身体に対する犯罪は、より広義の自由に含まれるため、同じ問題を検討する必要がある。

このように、本稿は構成されており、現段階では、明確に家庭内犯罪を類型化し、一律に適用できる解釈論は呈示できないものの、ドイツのように、法体系内での連動と家庭に関する立法の整備によって、家庭の事情について法的な独自の評価と判断の体系を構築することは私見によれば妥当であると考ええる。

これに対して、刑法から家庭に関する規定を完全に取り除き、すべてを民法に任せるということも考えられる。

また、独立した家庭裁判所の設立も一案となり得る。家庭内で発生する事件について、民事・刑事を問わずすべてを家庭裁判所の処理に委ねることで、その家庭および個人の利益を十分に考慮することが可能となる。

最後に、本稿の範囲を超えて関連する問題を呈示したい。

## 第二節 発展的問題

### 1. 弱者への保護

繰り返しになるが、弱者の保護は家庭制度や法律制度において非常に重要な課題である。しかし、刑罰によってその保護を完全に保証するのは難しく、実際の効果が十分であるとは言えない。特に、弱者が家庭内に隠され、外部から見えない状況では、保護を求めると自体が困難となる。このような場合、法律だけに頼るのではなく、他分野との連携による整合的な対策が求められる。

### 2. 陪審・参審制度

法律の実務において、法的な解決が市民の法感情や法意識と一致することが求められている。この点で、陪審・参審制度の導入と適用は重要である。法律の実践が専門家のみの領域に留まるのではなく、一般市民の参加を通じて法律の正義を実現することが、より望ましいと考えられる。

### 3. 国家的法益を害する犯罪の親族除外規定

犯罪の取調べや審理において、隠匿や偽証など国家法益を損なう犯罪について、多くの条文が親族に対して「罰しない」と規定している。このような規定を解釈する際には、期待可能性の理論が議論の対象となる。期待可能性と親族による犯罪、さらには家族間での犯罪との関係について、さらなる研究が必要である。

### 4. 自由と自己責任に基づく秩序に対する考察

リベラリズムの制度的秩序の基礎である「自由と責任のルール（自由には責任が伴う）」は、民主社会の秩序を形成する重要な原則である。しかし、貧困や格差が存在する社会において、個人が本当に自由であると言えるのかについては疑問が残る。このため、刑法におけるリベラリズム的な論述についてその妥当性について再考する必要があるだろう。

まだ多くの課題が残されているものの、それらは今後の研究を通じて、本稿の議論をさらに深化させるとともに、関連する周辺問題を引き続き探求していきたいと考えている。

【付記】本研究は、JST 次世代研究者挑戦的研究プログラム JPMJSP2119 の支援を受けたものです。