

性刑法の改正について

葛 原 力 三

目 次

- I. はじめに
- II. 刑法176条以下の改正
- III. 旧法の問題点とその解決
 - 1. 風俗犯から自己決定に対する罪へ
 - 2. 貞操に対する罪、家父長の財産に対する罪としての強姦罪
 - 3. LGBT の性的自己決定
 - 4. 男性器挿入の決定的な地位
 - 5. 法定刑の下限の引き上げ
 - 6. 暴行・脅迫の強度
- IV. おわりに

I. はじめに

2017年、日本の刑法は、その性犯罪に関する規定を巡って二つの大きな変革を経験した。一つは、刑法典上の性犯罪規定の改正であり、もう一つは改正されていない規定の解釈の最高裁による変更である。2017年6月23日に可決され、7月13日に施行された、刑法の一部を改正する法律（平成29年法律第72号）は、主として刑法177条以下に大きな変更を加えた。加えて最高裁は、その同年11月29日大法廷判決によって、刑法176条の強制わいせつ罪につき、わいせつ行為が犯人の性欲を刺激興奮させ又は満足させるという性的意図のもとに行われることを要するとしていた従来の最高裁判例を変更し、性的意図を一律に強制わいせつ罪の成立要件とすることは相当でないとした¹⁾。結論的に言えば、この二つの変更は、176条、177条を性的自己決定権に対する罪であると理解することを容易にする方向に一步を踏み出すものとして、大筋において歓迎すべきものであると考える。

他方、今次改正においては解決が見送られた、あるいは取り上げられなかった問題点も一つではない。特に、風俗犯的色彩を色濃く残した旧規定から性的自己決定に対する罪へと各条文の立て付けが変更されたわけではないこと、即ち条文構造自体が変更されたのが旧強姦罪規定のみにとどまることから、新規定と旧規定それぞれの解釈の間に矛盾が生じ得ることは、詳しい検討を待つまでもなく、容易に想定できる。また、旧強姦規定の変更の背後にある性犯罪に関わる価値観の変遷自体も、強姦規定内部に限ってすら、必ずしも一貫した形で規定化されている訳ではないようにも見える。このことはまた、新規定の解釈において、旧規定の問題を孕む解釈を温存することに繋がりがかねない。

本稿は、刑法典の改正を中心に上記の原則としてポジティブな評価の理由を説明すること、加えて、従来から指摘されてきた性犯罪規定を巡る問題点のうち今次改正によって解決されたものとなお残されたものとを切り分けた上で、

本稿は、関西大学学術研究員規程に基づく学術研究の成果の一部である。

1) 最大判平成 29・11・29 刑集71巻9号467頁

今次改正によってもなお残る問題、そして今次改正の影響をおよそ受けなかった諸問題についてもその解釈上のそして立法論としての解決を探ることを目的とする。大法院判決については、行論の都合上、刑法典改正と関連、共通性を有するポイントについてのみ言及するにとどめる。

Ⅱ． 刑法176条以下の改正²⁾

重要な変更は次の三点である。まず、旧177条の強姦罪規定において客体の女子への限定が廃止されたこと、「姦淫」が「性交、肛門性交又は口腔性交（以下「性交等」という。）」に置き換えられたこと、さらに法定刑の下限が引き上げられたことである。

旧177条は176条とは異なり、行為客体を「女子」に限定していた。今回の改正により、この性別限定が外され、それに伴って旧176条の「13歳以上の男女」という用語も「13歳以上の者」に変更された。このことによって、従来176条でしかカバーされていなかった女性から男性に対する攻撃も捕捉されるようになっただけでなく、次の点とも相俟って同性愛者間の行為も177条で処罰され得ることになったと理解されている。

次に、暴行または脅迫によって強要されるべき行為を旧法は「姦淫」と表現していたが、これが今次改正により「性交、肛門性交又は口腔性交（以下「性交等」という。）」という文言に改められた。このことは二つの異なる意味を持つ。一つは、「姦淫」という道徳的な否定的評価をまとった概念が廃されたことによって、性交等それ自体は道徳的にはニュートラルなものであることが明示されたことである。もう一つは強姦罪としての処罰範囲の拡大である。

「姦淫」は、その道徳的な響きにもかかわらず従来の判例によっても価値的にはニュートラルに定義され、性交と同義とされていた³⁾ ので、従来、強姦罪

2) 刑法3条、241条（強盗強姦罪→強盗強制性交等）等、その他に刑法176条以下を参照している諸規定も用語上の変更に対応して変更されているが、詳細は省く。

3) 大判大正2.11.19刑録19,1255。これに従うものとして大場茂馬『刑法各論 上巻』（1913年）347頁。所一彦・団藤編『注釈刑法（4）』（1965年）§177Ⅱは、「通説」であるとする。おそらくは、176条の「わいせつな行為」との区別のためで、

は男女間でしか成立し得なかった。そこで、客体を女子に限定することをやめただけでは、女性から男性への行為が捕捉できるようになるに過ぎないが、この姦淫概念を廃して、性交に肛門性交または口腔性交を明示的に追加することによって同性愛者間の行為をも捕捉することが明示的、且つ積極的に宣言されたわけである。この点は、同じく姦淫概念を用いて規定されていた旧178条の旧準強姦罪の文言にも及ぶ。もちろん、従来から同性愛者間の性交類似行為の強要は、旧176条の強制わいせつ罪によって処罰されるものとされてきた。177条と176条は（議論のある暴行・脅迫の強度を除いては）、姦淫が行われたか否かによってのみ区別される類型であるから、姦淫が性交のみを意味するが故に、同性愛行為は177条では捕捉されないとされてきたのである。今次改正によって、明示的文言に従って同性愛行為が177条によって捕捉されるようになった。上記行為の強要があった場合、行為者についても被害者についても、その生物

ゝあると考えられる。本文Ⅲ.1.に示したように姦淫も猥褻も原義はほぼ同じであるが、176条がわいせつ行為の強制により軽い刑罰を予定している以上、同時にわいせつな行為でもあり得る姦淫は、その中核をなす性交渉に限定することによって確定的な貞操侵害を要件としなければより重い刑罰に対応しないと考えられたのであろう。姦淫とは男女間の「不正の交接」であるとする岡田庄作『刑法原論（各論）第19版』（1927年）362頁は、そうした考え方の比較的明確な表現である。「不正の交接」とは婚姻外性交を意味したと思われる。この点を明言するものとして青柳文雄『刑法通論Ⅱ各論』（1963年）382頁。その後、西原春夫『犯罪各論第2版』（1973年）176頁、中義勝『刑法各論』（1975年）86頁、中山研一『刑法各論』（1984年）131頁、内田文昭『刑法各論第2版』（1986年）159頁、林幹人『刑法各論第2版』（2007年）88頁、須之内克彦『刑法概説各論第2版』（2014年）63頁、大谷實『刑法講義各論新版第4版』（2015年）116頁、井田良『講義刑法学各論』（2016年）107頁、橋本正博『刑法各論』（2017年）120頁など比較的新しい学説も同様に「姦淫」を定義するが、こちらは、性的自由に対する罪としての位置づけに基づいて意識的に道徳的・風俗犯の要素を除こうとしたものとも理解できる。なお、最近の教科書類には「姦淫」の定義に言及しないものが比較的多い。団藤重光『刑法綱要各論第3版』（1990年）にはこの点の記述がないので、以降の教科書類はこれに倣ったものではないかとも推測されるが、いずれにせよ、今次改正の時点では、姦淫＝性交であることがほぼ当然視されていたものと思われる。谷田川知恵・法学政治学論究46号（2000年）514頁は、「姦淫」という用語が既に旧刑法の立法過程から、「同意が存在しない性交を指す」ものとして用いられてきた、とするが、やや無理があるし、少なくとも意識的にそのような意味に解されて来たわけではないと思われる。

学的性別、性自認、性的志向にかかわらず、強姦罪としての処罰が可能となったのである。

177条の大きな変更としては更に法定刑の引き上げがある。旧177条の法定刑が3年以上の懲役であったところ、今次改正により5年以上の懲役に改められた。上限は、変わらず、加重事由がない限り20年の懲役である。上げ幅自体はそれほど大きくはないが、このことによって、減輕事由がない限り執行猶予を付することができなくなっている。この点において、今次改正は、強姦行為に対するそれなりに重大な評価替えであると言うことができる。そのため、「不当な」重罰化であると批判する論者もある⁴⁾。

このことは、同性愛者間の性交類似行為の強要についても重要な意味を持つ。改正以前は、上述のように、この種の行為には176条でしか対応できなかったのであるが、176条の法定刑は6月以上10年以下の懲役であった。従って、今回の改正により、同性愛者間の行為は従来の二倍の否定的評価を受けるようになったと言うことができる。男女間の性交強要の場合と比較すると、この点においては今回の法定刑の引き上げはさきわめて大幅なものであると言うことができる。

上記三点の変更は、178条2項の準強姦罪にも適用された。旧178条2項は、「女子の心神喪失若しくは抗拒不能に乘じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、姦淫した者」（旧178条2項）を177条の例によって処罰すると規定していた。ここでも「女子」が「人」に「姦淫」が「性交等」に変更された。また、177条の法定刑が引き上げられたことに伴って178条2項の刑も引き上げられたことになる。

また、今次改正による法定刑の引き上げは、旧179条の集団強姦罪の廃止を伴った。旧179条は、頻発した集団強姦事件に触発されて、2004年に規定された比較的新しい犯罪類型であるが、その立法理由は、集団強姦罪の悪質性に鑑みて、旧177条の下限3年では対応できないという点にあった。今次の改正において177条の法定刑が旧179条と同等に引き上げられたことに伴って、集団強姦の事案についても適切な評価を下すことができるようになったことが、集団強

4) 例えば、浅田和茂・犯罪と刑罰26号6頁以下。

姦罪が廃止された理由である。

さらに、強姦致死傷罪（181条2項）の法定刑の下限も5年から6年に引き上げられた。これは、単純な理由に基づく。基本犯である177条の刑の下限が5年になったことに伴って、その加重犯である178条の法定刑はそれ以上でなければ、加重犯のより重い評価を示すことができないからである。また、集団強姦行為への対処が177条の法定刑でまかなえるようになったことから、さらにその加重類型としての旧集団強姦致死傷罪の法定刑に揃えるという意味もあるかもしれない。

最後に、全くの新設犯罪類型として監護者わいせつ及び監護者性交等の罪（新179条）を挙げなければならない。これは、178条の準強制性交等の罪（旧準強姦罪）の派生形であると理解できる。例えば、芸能プロダクションのマネージャー等が未成年者である被雇用者に対し従わない場合には仕事上の不利益があると告知ないし、誤信させて性的行為を受忍させるといった行為が178条の「抗拒不能に乗じ」た行為に該するという解釈を示した下級審判例⁵⁾もあるから、社会的な地位、力関係の利用が、被害者の意思に反する性的行為を徴表することは従来から認められてきたと言える。これを親権者等の監護者に関しては、その監護者としての地位だけで抗拒不能に乗じたものと同等に扱うことを宣言したものと評価できると思われる。

Ⅲ．旧法の問題点とその解決

176条以下の罪については、主としてその性的自己決定権に対する罪としての理解に基づいて既に30年以上以前から様々な問題点が指摘されてきた。以上のような改正はもちろんそれらに答えるためになされたものであるが、当然、十全に対応できているのかを問題とすることができるし、対応されなかった点も今次改正の評価について重要となる。以下では、性的自己決定保護の拡張という観点から、重要な諸点に限ってではあるが、今次改正による問題解決の範

5) 東京高判昭和56.1.27 刑月13巻1・2号50頁。その他地位利用を理由に抗拒不能を認めた例については、註29参照のこと。

困と程度を検証してみたい。

1. 風俗犯から自己決定に対する罪へ

1) 176条の「わいせつ行為」と旧177条の「姦淫」

改正後も各条項の刑法典上の位置は変更されておらず、176条以下は「第十二章 わいせつ、姦淫及び重婚の罪」に置かれている。176条の前には、公然わいせつ罪、わいせつ物頒布等の罪が置かれている。明治40年の制定当時、強制わいせつ罪も強姦罪もわいせつ罪に近縁のものと理解されていたことを窺わせる位置づけである。また、次章には、賭博、富くじの罪、礼拝所不敬の罪が置かれており、強姦罪、強制わいせつ罪に、全体として社会的法益、風俗に対する罪としての地位が与えられていたことが明かである。

そうした位置づけは各条文の文言にも反映されており、176条は、性交以外の性的行為を「わいせつ行為」と表現し、旧177条は暴行・脅迫による「姦淫」と行為を記述していた。「姦」も「淫」も「みだら」という訓を持ち、性道徳に悖るという否定的評価を含意する言葉である。「わいせつ」も「猥」＝「みだら」と「褻」＝「けがれ」との組み合わせであるから立法当時想定されていた語義には大差がないと推測される。おそらくは176条と177条の法定刑の違いから、177条の「姦淫」は、同じく性道徳に悖る行為のうちの「より重い」類型、あるいはそれだけで確定的に性道徳に悖る類型として性交渉のみを意味するものと解釈されてきたのであろう⁶⁾。

6) 強姦罪を強制わいせつ罪の特別法と見る、あるいは姦淫は本来わいせつ行為にあたるが、177条があるので176条のわいせつ行為からは除かれるとするものとして古くは、牧野英一『重訂日本刑法下巻各論』（1934年）230頁、滝川幸辰『刑法各論』（1938年）77頁、小野清一郎『新訂刑法講義各論第3版』（1950年）139頁、柏木千秋『刑法各論』（1965年）312頁、佐伯千仞『刑法各論〔訂正版〕』（1981年）71頁、福田平『全訂刑法各論〔第3版増補版〕』（2002年）183頁。最近では、中森喜彦『刑法各論 第4版』（2015年）67頁、山中敬一『刑法各論第3版』（2015年）146頁、井田（註3）106頁。この考え方は、強要される性交の態様がわいせつ＝不道徳なものであるという評価を（おそらく無意識に）前提としている。性交自体がそもそも不道徳なものであるとすることはできないから、不道徳である根拠は、意思に反

そうした、176条、177条の性道徳に反する行為の強要としての理解は、日本国憲法の価値体系に適合しないとして、第二次世界大戦後は、176条も177条も性的自由ないし性的自己決定に対する罪であると解釈されるようになったが、条文とその位置づけ自体は変更されないままであった。そして、そのことが特に177条について、そして特に判例において戦前の価値観に基づくと思われる解釈がなされがちであったことの原因の一つと考えられる⁷⁾。

今回の改正において「姦姦」概念が「性交等」に置き換えられ、罪名も「強姦」から「強制的性交等」に改められたことは、強要された行為自体が性的なものでさえあれば道徳的にはニュートラルであっても177条の罪が成立することを含意する。このことは、侵害されるのが社会風俗、道徳といったものではなく、性的自己決定であることをより直截に示すものといえる。この点は、一步前進と評価できるであろう。そして、わいせつ行為に際して性欲を満足させる意図を不要とした冒頭に紹介した近時の最高裁大法廷判決も、最高裁の裁判官達の思考過程は不明であるが、この改正から何らかの影響を受けたと推測され、少なくとも外見的には歩調を合わせるものだと言って良いと思われる。行為者の反道徳的意図を要件としないことによって、わいせつ行為の反道徳性もその基準としての機能の多くを失ったと考えられるからである。道徳違反を言うためには、本来行為者の主観の如何が重要な意味を持つはずである。

ㄨ することか婚姻外性交であることに求められざるを得ない。意思に反することは暴行・脅迫要件によってすでに示されているから、強姦罪は婚姻外性交の強要であるからこそ不道徳であり、処罰される、という考え方がその背後にはあると見なければならぬ。なお、泉二新熊『日本刑法論 下巻 各論第38版』（1927年）400頁以下は、強制わいせつは不自然な方法によって肉欲を満足させる行為であり、強姦は不法に自然的性交を強制する点に違いがあるから強制わいせつ罪には強姦罪を構成する行為を包含しない、としていた。しかし、この考え方によるときは、強姦罪の重い法定刑の根拠が別途説明されなければならない。

7) このような刑法典上の位置から、藤木英雄『刑法講義各論』（1979年）171頁は、強姦罪、強制わいせつ罪は「風俗犯罪としての性格をいぜん強くもっている」と見てよいであろう。」としていた。同旨、小野（註6）132頁、香川達夫『刑法講義〔各論〕』（1982年）254頁。団藤（註3）489頁。福田（註6）182頁は、「性生活に関する風俗を害する面があることは否定できない」とする。

他方、176条の「わいせつ」概念は存置された。これは一言で言えば、徹底を欠くということになる。大法廷判決の態度とも一致しない。判例は、176条の「わいせつ」概念をも最高裁の175条（わいせつ物頒布等）の解釈⁸⁾に合わせて「徒に性欲を興奮または刺激せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するものを言う」と定義する⁹⁾。学説にも、猥褻とは176条においても「被害者の性的羞恥心を害する行為」であるとするものがあり¹⁰⁾、加えて一般人の見地からも羞恥心を害するものであることが必要であるとするものも多い¹¹⁾。

そもそも公然性が要件となっていない場面で一般人の情緒を基準とすることには強い違和感があるが、学説の多くは、判例による上記定義を基本的に受け容れた上で、性的自由を侵害する罪であるとの理解との整合を図るため、性風俗、性的羞恥感情と性的自由とが、少なくとも近い関係にあることを強調する。例えば、「性的自由の見地から見て猥褻行為とされるものは、性的風俗の見地から見て猥褻性を帯びるものと言える」¹²⁾、あるいは、「性的な『自由』は、特に羞恥の感情を伴うもので「性的感情の場合は、意思に反してみだりに刺激されない『自由』が問題なのである。」とするのである¹³⁾。社会の標準

8) 最大判昭和 32.3.13 刑集 11.997。

9) 名古屋高金沢支判昭和 36.5.2 下刑集 3.5=6.399、東京地判昭和 56.4.30 判時 1028.145、東京高判昭和 59.6.13 刑月 16.5・6.414、東京高判平成 13.9.18 東高時報 52.1~12.54。

10) 藤木（註7）172頁、板倉宏『刑法各論』（2004年）74頁、中森（註6）57頁、西田典之『刑法各論第6版』（2012年）89頁。

11) 西原（註3）174頁、吉川経夫『刑法各論』（1982年）76頁、川端博『刑法各論講義第2版』（2010年）190頁以下、西田・（註10）89頁、伊東研祐『刑法講義各論』（2011年）77頁、大谷（註3）113頁、橋爪隆・今井、小林、嶋田、橋爪『刑法各論第2版』（2013年）80頁、山中（註6）164頁、橋本（註3）119頁。

12) 団藤（註3）490頁。その他、井田（註3）107頁は、「身体的内密領域を侵害し、そのことにより被害者の性的羞恥心を害し、かつ一般通常人でも性的羞恥心を害されるであろう行為のことをいう」とする。中（註3）85頁は、判例による上記の「定義を基準としながら、本罪が人の性的自由を侵害するものであるという視点によりつつ具体的に決定していかなければならないであろう。」としている。

13) 平野龍一・法ゼ205号71頁。平野同所72頁は、更に、「とっさに陰部にふれた場

的な価値判断とは異なる個人的価値観をも尊重することこそが「自己決定」の意味するところであるから、このようなまとめ方は少なくとも粗雑の誹りを免れない。羞恥心を刺激されること自体は問題ではなく、それが「意思に反する」ことのみが決定的なのである。そもそも自由侵害の判定基準として風俗ないし一般人の感情を用いることは方法論的に誤っている。ある事項が性的であるか否かは、一般人や被害者が羞恥心やネガティブな感情を抱いているか否かには依存しないであろう。この考え方は、性的な事項は羞恥すべきことがらであるということを前提としている限度で、被害者個人の羞恥感情のみを問題とする場合であっても、強姦罪の風俗犯としての理解を脱却できていない¹⁴⁾。

結局、上記定義は強制わいせつ罪におけるわいせつ概念としては不適当である¹⁵⁾。そもそも羞恥心を「害する」とはいかなる意味であろうか。既に語法の上で不適切であろう。謂わんとするところを正確に表現すれば、「強い羞恥の

ㄨ合、『陰部にふれられない自由』が侵害された、というだけでは、自由の内容があまりにも無内容である。性的な羞恥感情・嫌悪感情が保護法益となっていると考えたとき、右の行為の犯罪性を理解できる」とも言う。しかし、性的自由の内容としては、望まない相手に「陰部にふれられない自由」で足りるであろう。それで充分、右の行為の犯罪性を理解できる。むしろ、意思に反する私的領域への侵入を意思に反する理由を問わず禁じることこそが自由の保護というものではなかろうか。山口厚『刑法各論第2版』（2010年）105頁は、「人が性的羞恥心を抱くような事項についての自己決定の自由が保護法益の内容としての性的自由であると解すべきであり、性的な自由と性的感情とを異なったものと理解すべきではないように思われる。」とする。伊東（註11）76頁も、「性的な自由を、そのような感情的ないし情緒的側面を内在的に含む場合のあるものとして捉える必要がある。」としている。これらは、結局、上記団藤テーゼの「風俗」を「感情」に置き換えたものに過ぎない。感情だと言っておけば個人法益だと言っていることになるということであろうが、羞恥とは他者からどう見られると感じるかの問題である以上、個人の外にある社会が標準となることは否めない。

14) 岡田（註3）348頁は、「吾人ハアル範圍内ニ於テ性交上ノ自由ヲ有ス。此自由ハ即一種ノ秩序ナリ。故ニ此自由ヲ害スルハ即秩序ヲ害スルモノナリ。」（原文旧字体）としていたが、これらの見解はこの地点を一歩たりとも出ていない。そこに言う「秩序」とは妻の夫に対する服従義務を容れるものであった。

15) 内田（註3）158頁、曾根威彦『刑法各論（第5版）』（2012年）66頁、中森（註6）65頁。こうしたわいせつ概念には二つの異なる観点が混在していることにつき既に葛原力三・法時85巻1号（2013年）42頁以下。

念を惹き起こす」あるいは「激しい羞恥心を抱かせる」ということになろうかと思われるが、それが何故に刑事不法を構成するのかは不明である。せいぜい、一般人が「そのようなことは（公然と）するものではない」と感じる行動を問題とすることができるにとどまるであろうが、そうだとすれば、性道徳違反を謂うに他ならない。被害者個人の羞恥心は、『「恥ずかしいので」したくない』という意味で自己決定の動機として、そのような自己決定が損なわれたことを他者が了解する助けとはなるかもしれない。しかしむしろ「恥ずかしいからこそしたい」という人も少なくないであろう。自己決定の尊重されるべきことと動機の如何を問わないはずである。「恥ずかしくはないがお前とはしたくない」、「面倒なので今はしたくない」といった意思を尊重することこそが性的自己決定保護の本態であろう。恥ずかしくなくても嫌なものは嫌なのである。自己決定権侵害を羞恥心と関連づける解釈は177条の解釈にも悪影響を与えるであろう。羞恥心のトリガーが平均人とは異なる人物については177条の法益侵害もないことにもされかねない。

とはいえ、176条が174条、175条と同一の「わいせつ」という言葉を用いている以上、予測可能性の観点から、これを同一内容に解釈すべき罪刑法定主義上の要請が生じる。これに忠実であろうとするときは、「わいせつ」の語義からして、単に性的であるだけではなくネガティブな評価として少なくとも「善良な性道徳」ないし一般人の「健全な性的羞恥心を害する」という要素を排除することはできないかもしれない。その限度で176条の保護法益には被害者 and/or 一般人の性的感情ないし性的羞恥心が含まれてしまうことになる。このように考えると、今回の改正が177条において「姦淫」概念を廃し、性交等に置き換えたことと176条においては「わいせつ」概念を存置したこととの矛盾はかなり大きいものと言わざるを得ない。今回の改正を前提とした場合、この矛盾を解消するには、176条のわいせつ概念を単に「177条に規定するもの以外の性的行為」を指すものと拡張解釈する以外にはないと思われる。その際、隣接罰条の脱道徳化と、176条と177条の形式的な法条競合関係、即ち択一又は特別法関係とを根拠とすることができるであろう。

2) 182条の「姦淫」

今次改正においては、182条の淫行勧誘罪も変更を受けず、「姦淫」概念が存置された。182条と旧177条が同じ「姦淫」という語を用いていることから、いずれにおいても単に性交を意味すると解釈されるのが通常であったが、そうすると単なる性交に勧誘することが何故に処罰を根拠づけるのかの説明に窮することになる。そこで、同一用語を統一的に解釈すべく、逆に旧177条においても「何らかの意味で非難されるべき性質あるいは態様の性交と解すべし」とする学説もあった¹⁶⁾。この立場を前提とすると、177条においてのみ「姦淫」の語が廃され182条の「姦淫」が変更されなかったことは、177条から道徳性を排除して自己決定に対する罪であることを明らかにし、対する182条は女性を性道徳の上で墮落させる罪、あるいは性交渉を営利目的で媒介する性風俗に対する罪であることを際立たせるためであると理解する余地もある。

しかし、このような182条の「姦淫」の解釈は、勧誘よりも強度の行為態様すなわち強姦の処罰根拠から道徳性が排除されたことに鑑みれば、わいせつ概念の存置よりも更に大きな矛盾を孕むものと思われる。そもそも、特定の、それも限界のあいまいな道徳ないし風俗を刑罰によって強制することを正統化する¹⁷⁾ことは困難であるから、182条は、無理をしてでも性的自己決定に対する

16) 亀山継夫『大コンメンタール刑法（第2版）第9巻』§177 II 2 (2)。182条の「淫行」は、単に性交を意味するのではなく、「一般的道徳的に見て不正とされる性交」を謂う（宮本英脩『刑法大綱』（1934年）468頁、木村亀二『刑法各論』（1957年）212頁）とされていたが、これは「姦淫」の定義ではない。これを177条の姦淫にまで押し及ぼすべき根拠はない。

17) 江家義男『刑法概論（各論）第4版』（1952年）153頁は、本罪は「婦女の貞操を保護するためのものであって、貞操観念の極めて低い者までも保護する」わけではない、としていた。また、藤木（註7）174頁は、本罪を、淫行の常習のない「女子を道徳的に墮落させる行為を罰するものである。」とする。中（註3）84頁は、「主たる保護法益は性生活に関する社会法益であると思う」としていた。今日では、西田（註6）401頁が、182条を風俗に対する罪であると理解するが、同時に売春防止法がある以上、本条は存在意義を失っているとする。同旨西原（註3）186頁、高橋則夫『刑法各論第3版』（2018年）591頁。山口（註13）515頁は、本罪をその常習のない女子に「淫行をさせ」る罪であるとして、「姦淫」の定義に触れない。姦淫概念の解釈の177条との整合性の問題を回避するためであろうか（山口は177条の〆

罪であると理解される¹⁸⁾ べきであるとしても、少なくとも同条の姦淫概念は旧177条のそれと同様の変更を被る必要がある。また、児童福祉法、売春防止法、児童買春処罰法、各青少年健全育成条例等との整合を図るという意味では、182条はこの機会に削除されるべきであった¹⁹⁾。

2. 貞操に対する罪、家父長の財産に対する罪としての強姦罪

1) 貞操、性風俗を害する罪

尤も強姦罪は歴史的には、風俗すなわち社会に対する罪と理解されるのみならず、一応、個人に対する罪とも位置づけられてきた。もちろん今日のように被害者個人の自由、自己決定を侵害する罪としてではなく、「女子の」貞操を侵害する罪としてである。とはいえ、厳密には女性個人（のみ）が被害者とされるわけではなく、女性に貞淑を要求する性道徳を背景としている限りにおいて風俗犯としての性質と大きな径庭を示すものではなかった。

ドイツにおいて古くは、強姦罪が家父長の財産である妻ならびに未婚の娘の価値を損なう財産犯に近い性質を有していたとされる²⁰⁾。貞操すなわち女性の

「姦淫の定義も意図的にかあらぬか記述していない」。「姦淫」はニュートラルであるが「淫行」は道徳的否定的評価を含むと理解できれば、182条が風俗犯であることは説明しやすいかもしれない。しかし、182条の文言によれば、犯人が女子を勧誘してさせるべき行為はあくまでも「姦淫」である。

18) 団藤（註3）489、平野・法セ205号72頁、大谷（註3）132頁、中森（註6）71頁、山中（註6）157頁。強要ではなく、被害者の性的事項に関する知慮浅薄、抗拒不能に乗じるわけでもなく、単に勧誘して性交させることが何故に性的自己決定の侵害となるのかの説明は困難である。

19) 平野・法セ205号72頁、中森（註6）71頁。

20) *Paetow*, Vergewaltigung in der Ehe, 1986, S. 84; *Hanisch*, Vergewaltigung in der Ehe, 1988, S. 11 ff.; *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 92; *Wetzel*, Die Neuregelung der §§ 177-179 StGB unter besonderer Berücksichtigung des ehelichen Bereichs und ausländischer Rechtsordnungen, Diss. Gießen 1998, S. 33 ff.; 古くは *Westermarck*, Sexualfragen, 1909, S. 97 nach *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten 1957, S. 43; 我が国で同様の認識に従うものに内田（註3）154頁以下がある。; *Würtenberger*, Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532, 1933, S. 48 によれば、カリナ刑法典

性的名誉を犯す罪であると位置づけられる場合でも、この名誉は女性個人ではなく、その家族に属するものとされた時代があった²¹⁾。この点は、我が国において貞操を侵害する罪であるとされていた²²⁾ 時代にも共通するであろう。貞

ゝは、その118条に結婚目的誘拐罪を置き、同罪は拐取が拐取された女性の意思に沿うものであっても成立し、当該女性の父ないし夫は刑事告訴をなすことができるとしていた一方で、この罪は、既婚女性または名誉ある (unverleumdet) かつ支配に服する処女に対してのみ犯されうるとしていた。同刑法典は、続く119条に強姦 (Notzucht) を規定し、強姦も同様に名誉ある妻、未亡人または処女に対して犯された場合にのみ処罰されるとしていた。ゲルマン部族法以降の歴史については、Sick, aa.O., S. 32 ff. m. w. N. 齊藤豊治・大阪弁護士会人権擁護委員会性暴力被害検討プロジェクトチーム編『性暴力と刑事司法』(2014年) 14頁は、英米法における同様の思想を指摘しつつ、日本でも「実情はさほど変わらない」とする。

21) Würtenberger, (Fußn. 10), S. 46

22) 古くは、泉二 (註6) 402頁は、「婦女ノ貞操ノ保護」(原文旧字体) に言及するが、一般論としては個人の「性交上ノ自由」(原文旧字体) を侵害する罪であるとする(同395頁)。同所では、更に踏み込んで、176条以下の罪が純然たる風俗犯である174条、175条と共に規定されていることは失当であると言わざるを得ない、としている。戦後のものとして例えば、江家 (註17) 146頁、151頁。但し、戦前は判例にも学説にも強姦罪を貞操侵害の罪であると明言するものはむしろ少ない。逆に強姦罪を自由を侵害する罪と理解する学説も既に大正年間から見られた：上掲泉二の他、江木衷 (監修)『理論応用日本刑法通義 全』(1916年) 514頁、昭和初期には、山岡萬之助『刑法原理 全 訂正増補第17版』(1927年) 616頁、宮本英脩『刑法学粹 第5版』(1935年) 737頁。但し、山岡・前掲632頁は、同時に「処罰ニ付テハ沿革ニ鑑ミ客体タル婦女ノ性交上ニ於ケル名誉アルト否トヲ区別セサル可カラス」(原文旧字体) としていた。貞操が性的自由に含まれていると理解するものとして、宮内裕『刑法各論講義』(1968年) 215頁、218頁。

とはいえ、判例に「貞操」の文字を見ないのは、今を遡ること僅か十年程度の間であって、それ以前には、量刑事情としてではあるが「貞操侵害」に言及する判例を多数見いだすことができ(福岡地判平成 21.10.23 LEX/DB254602683、さいたま地判平成 20.11.12 LEX/DB25440231、甲府地判平成 19.4.26 LEX/DB28135280、横浜地判平成 17.3.28 LEX/DB28105437、東京地判平成 16.11.2 判タ1168号99頁、東京高判平成 16.9.7 LEX/DB28105148、横浜地判平成 15.4.30 LEX/DB28085616、千葉地判平成 6.8.8 判時1520.56、高知地判平成 6.2.23 判時1518号155頁、福岡高判平成 3.3.26 判時1387号145頁、大阪地判平成 2.10.17 判タ770号276頁、東京地判昭和 62.4.15 判時1304号147頁、前橋地判生支判昭和 56.3.31 判時1012号137頁、東京高判昭和 55.12.8 刑月12巻12号1237頁、奈良地判昭和 46.2.4 判時649号105頁)、昭和期の判例においては、正面から強姦罪が貞操を侵害する罪であることを認めるものも複数みられ(最決昭和 36.7.19 刑集15巻 7 号1194頁、東京高判昭和 〆

操とは未来のそれを含めて配偶者以外の者との性交渉を行わないことを内容とするから、貞操侵害があった場合に失われるのは当該女性個人の利益ではなく、その家族（＝父）ないし夫の利益である²³⁾。

ドイツにおいて強姦罪を性風俗に対する罪と位置づけ、定着させたのは、1871年の帝国刑法典であるとされ、我が国の刑法典も同様の考え方に倣ったものであると考えられる²⁴⁾。しかし、帝国刑法典の177条に規定された強姦罪は、女子のみを客体とし婚姻外性交の強要を明示的要件としていた²⁵⁾ から、同条によって保護される風俗、性道德とは、婚姻外性交の禁止ないし女子の貞操義務を内容とするものであった。ここでは、道德の強制という側面が顕在化しているだけで、貞操侵害の罪としての理解からの隔たりは大きくない²⁶⁾。そこでもやはり被害者は性交を強要された女性個人ではなかった。加えて、我が国の古い学説においては、性的自由と貞操と性風俗とは、特に後二者は必ずしも明

ㄨ58.6.8 東高時報34巻4～6号23頁、東京高判昭和57.8.6判時1083号150頁、福井地判昭和48.11.20家裁月報28巻8号95頁、盛岡地判昭和32.6.6、高刑集11巻4号149頁）、さらには被害者の「貞操観念」を問題として被害者供述の信用性を否定するもの（東京地判平成6.12.16判時1562号141頁、浦和地判平成4.3.9判タ796号236頁）、強姦企図に対する正当防衛における急迫不正の侵害の内容を貞操侵害に求めるもの（福岡地判昭和45.4.30刑月2巻4号409頁）などもあり、この考え方は昭和期にはほぼ一般的・原則的なものであり、支配的であったとさえ言える（この点を既に指摘しているものとして、佐伯仁志・曹時67巻9号20頁）。この時期の学説には、強姦罪の保護法益につき「女性の貞操・性的自由」と併記するものがある：柏木（註6）306頁、西原（註3）176頁。

23) そのような理解を示す典型例として、大判大正5.7.1刑録22.1194が「他人ノ妻ヲ強姦シタル行為ハ、其ノ貞操ニ対スル本夫ノ権利ヲ侵害スルモノナレハ、本夫モ亦被害者トシテ告訴ヲ為スノ権ヲ有ス。」（原文旧字体）としていたことを挙げることができよう。同旨大判大正12.6.20刑集2巻566頁。

24) 我が国で刑法典第22章全体を性秩序ないし性風俗に対する罪と位置づけるものとして、木村（註16）207頁以下、滝川（註6）76頁、

25) この要件は1998年まで維持された。

26) 例えば、岡田（註13）348頁は、「我国ノ婦人ハ其夫ニ対シ貞操ノ義務ヲ負担ス。此義務カ完全ニ履行サルキ事ハ即一種ノ秩序ナリ。故ニ此義務ニ違反スルハ即秩序ヲ害スルモノナリ。」（原文旧字体）として、本文に示した風俗侵害と貞操侵害との関係を典型的に表現している。

確に区別した上で論じられていないとさえ言える²⁷⁾。

強姦罪の保護法益が性的名誉・貞操あるいは性風俗から明確に性的自由に変遷したのはそれほど古い時代の話ではない²⁸⁾。旧177条が客体を女子に限っていたことはこうした古い強姦観念の名残であると言われていた。そしてそのことが、判例において、例えば、被害者が被告人と進んで二人きりになった、付いていった、あるいは被害者の方から誘ったといった事情が強姦罪の成立を否定する事情として考慮される状況を作り出していると批判されていた²⁹⁾。つまり、そうした場合には被害者本人に刑罰によって保護すべき貞操が既にないと考えられているのではないかという疑念である³⁰⁾。

今回の改正が177条の客体の女子への限定を廃したことによって、強姦罪は、そうした前時代的な家父長制的家族観の桎梏から解放されることになった³¹⁾。

27) 註19所掲の諸文献参照。なお、和田俊憲・西田他編『注釈刑法第2巻』(2016年) § 177 II (3)、III (1) は、被害者の同意能力がないところに意思侵害を擬制すべきではないから、177条後段を意思侵害の罪とすることはできず、177条の保護法益は、後段では「健全な人格的統合性の形成」であり、前段では「人格的統合性」であるとする。たしかに幼少期の性的虐待は精神障害ないし人格障害をもたらし得るとはされているが、そうした後続損害は、むしろ強姦致傷罪の守備範囲に入るか否かという文脈で考慮されるべきことがらではなかろうか。そもそも、177条後段においては意思侵害が擬制されているわけではなく、性的事項につき判断能力がないことが擬制されているだけである。相手方が判断資料ないし判断能力を持たないことに乗じて、自らの意思に沿う行動を取るよう(説得等により)誘引することは、暴行・脅迫によらなくても、十分に自由の侵害であると言える。選択肢を知らない者には選択は不可能であり、すなわち自由に決断することはできない。強姦罪は意思ではなく自由を侵害する罪である。更に、「健全な」「人格形成への悪影響」という用語には道徳が混入する虞もある。

28) Jäger, (FuBn. 10), S. 44

29) 例えば、角田由紀子『レイプ・クライシス』(1990年) 40頁、齊藤(註21) 17頁。

30) 後掲註44。註19所掲の諸判例も参照のこと。

31) とはいえ、このような思考が判例・学説に定着するには、いま少しの時間を要するであろう。註22に掲げた諸判例が示しているように、貞操侵害犯の発想はなお根強いと推測される。1990年代になってもなお、団藤(註3) 489頁以下のように、淫行勧誘罪についてはあるが、「女性の貞操」の刑法的保護に言及する学説もあった(この観点からも182条が改正されなかったことは、177条の変更と比較するとき、文言の上でのみならず、その背景にある基本的な価値規範の変更との関係でも大

これがおそらく今回の改正の中でもっともポジティブに評価されるべきポイントであろう。

2) 夫婦間強姦の例外

同じ文脈に属し、強姦罪の貞操侵害犯としての位置づけが最も尖鋭化する問題に夫婦間強姦の除外がある。強姦を「婚姻外性交の強要」と定義していた1998年までのドイツ刑法典³²⁾とは異なり、日本刑法典にはそのような制限的文言はないにも拘わらず、強姦罪は例外的場合を除いて夫婦間では成立しないとされていた³³⁾。尤も、近年になって、教科書レベルでは、夫婦間でも強姦罪は成立しようとする見解が著しく増加し、その結論においてはほぼ通説とも呼べる域に達している³⁴⁾。今回の改正は、そうした夫婦間例外の論拠をいくつか

ゝきな矛盾を示す)。また、例えば、井田(註3) 108頁以下(同・慶應法学31号50頁)は、配偶者間での強姦罪の成立を原理的に排除されるものではないとしながら、「法が家庭の中に入っていくにあたっては相当な慎重さが要求され」、「同様の慎重さは、配偶者間強姦の事例に限らず継続的な関係にある恋人どうしとか、同棲している同性間・異性間の間における性暴力への国家的対応についても当然のことながら要求される」とする。この「慎重さ」が要件充足の閾値を上げることを意味するとすれば、所謂デート・レイプすら強姦罪の処罰範囲から排除されかねない。配偶者であること、親密な関係にあること、あるいは過去に一度性交渉をもったことがあるといった「家庭」とのアナロジーが、そうした関係への国家的介入をおよそ差し控えさせ、あるいは少なくとも躊躇させると考えることは、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の存在と真っ向から対立するし、配偶者間での性交渉の強要が強姦罪とならない場合には強要罪となとすることと矛盾する(国家は家庭にも介入する)。また、そうした関係が性的自己決定侵害の不法を減少させる理由は説明できない。そうした関係にあるときは処女性ないし貞操の侵害がない、あるいは小さい、と考える以外に「慎重さ」が要求されるという結論に至ることはできないであろう。カリリナへの回帰に等しい。

32) 1998年改正までの議論については、註20所掲の諸文献参照。

33) 判例、学説の状況についてはとりあえず、葛原・法セ35巻(1990年)10号36頁以下および甲南法学29巻(1988年)1号31頁以下参照のこと。これらは古い状況しかフォローしていないが、その後の議論のポイントに本質的な変化は見られない。ドイツに於ける1998年改正を巡る議論とその後の展開については、Wetzel, (Fn. 19) 及び Shaw, Entwicklung und Reform zur Vergewaltigung in der Ehe gemäß § 177 StGB, Diss. Bielefeld 2005 参照。

34) 例えば、山口(註13) 109頁、西田(註10) 91頁、大谷(註3) 121頁、山中(註6) 148頁以下、橋本(註3) 120頁、伊東(註11) 79頁、井田(註3) 108頁、亀山

無効化するものでもある。この間には一応一貫した思潮が見て取れると言える。

まず、性交は「婚姻の本質的要素」であるから、夫が暴行により妻の意思に反して性交を行っても性交自体に違法性はなく、単に強要罪にとどまるとする論拠がある。処罰範囲が同性間の行為にも拡大されたことによって保護法益の性質が婚姻に依存するものではないことがより明らかになったという意味で、この論拠はその説得力をそがれる。

夫婦間例外を適用されるべき夫婦は、法律婚の関係にあるのみならず、「夫婦たるの実質」を備えたものでなければならぬとされる³⁵⁾。すなわち、事実婚関係が基準となるはずである。現行法は、同性間の法律婚を認めていないが、同性間にも事実上の婚姻と呼べる関係が成り立ち得ることは既に社会的に認知されつつある。従って、同性間の性的交渉が社会的に受容されている事実を鑑みてこれが異性間の性交と同等の地位にあることを宣言した今次の改正が同性

ㄨ継夫＝河村博『大コメンタール刑法（第3版）』第9巻（2013年）§177 II 1（5）など。但し、考え方として通説であるとまでは言い切れないであろう。島岡まな・浅田他編『新基本法コメンタール刑法第2版』（2017年）390頁は、通説であると断言し、井田良・慶應法学31号（2015年）50頁は、夫婦間では「強姦罪は成立しないとする見解はもはや存在しないであろう」とするが、言い過ぎである。古い考え方が死滅したという訳ではなく、単に「有力な」教科書類が原則肯定説を表明しているだけで、逆に否定説の意見表明は特になされていないに過ぎないと思われる。註22及び31に示したように、判例、学説において強姦罪の貞操侵害犯的理解がなお根強いことに鑑みれば、夫婦間でも強姦罪が無条件に成立しうることを明示した判例がない（東京高判平成19.9.26判タ1268号345頁は、かなり近い考え方を示しているが、夫婦関係が実質的に破綻していたという事情にも言及している。）以上、葛原・法セ35巻10号37頁で指摘した、否定する側は意見表明の必要がない、という状況はなお継続していると考えるべきである。それほど古くない限定説として、町野朔『刑法各論の現在』（1996年）295頁、斎藤信治『刑法各論第二版』（2003年）54頁、板倉宏『刑法各論』（2004年）75頁、林・（註3）92頁。夫婦間への刑法の介入は慎重であるべきであるとするものとしては、前掲井田の他、中森（註6）67頁、橋爪・（註11）82頁。個人領域への法の介入は性関係に限らず一般に慎重でなければならないはずである。性犯罪についてのみ特段にこのように言う背景が今一度問い直されなければならない。

35) 広島高裁松江支判昭和62.6.18判時1234.54。

間に事実婚の関係がある場合につき敢えて制限を設けなかったことは、新法の捕捉すべき法益侵害が（事實的）婚姻関係の有無には依存しないものであることを表している。

客体の女子への限定が外れたことで貞操侵害犯の名残が薄くなったことによって、夫は妻の貞操を侵害しえない、あるいは夫婦間強姦によっては家族の名誉は害されないという論拠は決定的に無効となる。

更に、「法は家庭に入らず」という法諺を援用する論拠も親告罪規定の廃止によってとどめを刺される。加えて、夫婦間における強姦の可罰性は、妻の側から離婚訴訟を有利に進めるための脅迫材料となるという議論も、親告罪規定の廃止によって説得力を失う。

3. LGBTQ の性的自己決定

もちろん女子への客体限定の廃止は、前述のように、いわゆる LGBTQ の人々の性的自己決定権が異性愛者のそれと同等の価値を持つことが法的に承認された、という意味も持つ。但し、この点は、今回の改正が、姦淫概念に換えるに「性交、肛門性交又は口腔性交」という制限列举を以てし、それ以外の「わいせつ」行為との間に当罰性評価において格段の差を設けた（性交については維持した）ことによって大きく相対化される。肛門性交にせよ口腔性交にせよ、性交という文字が用いられている以上、肛門ないし口腔に男性器が挿入されることが必要となるからである。つまり、従来176条によってしか捕捉されなかった行為の内、177条に格上げされたのは、男性が女性に肛門ないし口腔性交を強いる場合、女性が男性の意思に反して口腔性交を行う場合、そして生物学的には男性である同性愛者同士の間での肛門、口腔性交の強要だけである。生物学的な女性同士の同性愛行為の強要は、従来通り176条の処罰領域にとどまる。これでは、性交の強要と同等の当罰性を性交に極めて近い行為についてまで認めたという以上の意味はあまり持たない。LGBTQ の法的承認という観点からは、これも不徹底との誹りを免れないであろう。

たしかに「性交、肛門性交、口腔性交」という文言に、女性器、肛門あるい

は口腔への物の挿入をあてはめることも全く不可能ではない。特に女性器については、言えそうである。そうであれば、犯人の生物学的性別を問わず、特に女性が他の女性器、男女を問わず肛門または口腔に物を挿入する行為も強制性交罪の構成要件によって捕捉することができる。しかしながら、肛門および口腔はそれ自体としては性的な意味を持たない。肛門および口腔に対する作用が「性」交であるためには、その対抗物は何らかの意味で性的なものでなければならない³⁶⁾。それ故、現行法のこの文言を前提とする限り、新177条の罪が成立するためには男性器の挿入が認定されることが必須であることについて、現行法に対する態度決定の如何を問わず、広く意見の一致が見られる³⁷⁾。女性器に唇ないし舌で触れる場合、性的な意味は女性器が担うが、口「腔」での性交とは言いがたく、これも177条にあてはめるのは困難であろう³⁸⁾。

4. 男性器挿入の決定的な地位

以上のように、強姦罪と強制わいせつ罪は、改正後、男性器の挿入の有無によって区別されることになった。この点についてはそのような評価の根拠について二つの異なる疑問が成立する。一つは、何故にそもそも挿入の有無が決定的なのか、という問いであり、もう一つは、何故男性器のみなのかという疑問である。

立法理由は、性交すなわち男性器の挿入に限定する理由に言及していない。

36) 同旨辰井聡子・刑ジャ55号(2018年)7頁

37) 例えば、今井将人・研修830号40頁、井田・研修806号12頁、辰井・刑ジャ55号6頁、*Fukamachi*, GA 2017, 447; 被害者について性別による制限を設けない立法においても、男性器がこのように特段の地位を占めることは希な例外というわけではない。例えば、イギリス法は、2005年の性犯罪処罰法(the Sexual Offences Act 2005)1条において強姦を次のように定義している。「(1)人(A)は、(a)彼が故意に他の者(B)の膣、肛門又は口腔に自らのペニスを挿入し、(b)Bが当該挿入に同意しておらず、且つ(c)AがBに同意があったと信ずるべき合理的理由がないとき、重罪を犯したものである。」ほぼ同様の規定がスコットランドおよび北アイルランドにもある模様である。

38) 今井・研修830号40頁、50頁、橋爪・ひろば70巻(2017年)11号5頁。

身体へのなんらかのものの挿入は一般にそれだけで身体の完全性の侵害の危険を生じる。このことは、177条の行為の選択肢が全て、身体開口部、すなわち膣、肛門あるいは口腔を前提としていることの一つの理由たり得る。しかし、この点だけでは、第二の疑問に答えたことにはならない。身体への挿入の身体に対する侵害性は、挿入されたものが、異物、性具あるいは指であっても、男性器の挿入の場合と典型的に異なるというわけではない。むしろ男性器の挿入の方が安全である場合すら考えられる。

粘膜同士が接触する場合には、皮膚同士の場合に比べて感染症の危険が高いと言えるかもしれないが、これは、女性器と口唇、舌との接触を排除する理由とはならないし、一方のみが粘膜である場合とも本質的な差がないであろう。

異性間の性交は、妊娠の可能性を含むが故に、特別な地位を占めると言うことはできるかもしれない³⁹⁾。しかし、改正後は、上述のとおり、異性間性交と妊娠の可能性を持たない同性間の性交類似行為とは、少なくとも肛門、口腔への挿入を伴う場合は、同価値とされている。

肛門性交および口腔性交は、性的側面の侵害の程度において膣性交と同等であるとするこも、男性器の挿入のない行為を強姦罪の領域から排除する理由とはならない。例えば、性具の女性器、肛門、口腔への挿入は、異性間の膣性

39) 妊娠の可能性に特別な意味を認める判例としては、例えば、東京地裁立川支部判決平成24.3.1 LEX/DB2540580、大阪地判平成25.6.21 LEX/DB25501587などがある。おそらくは同じ理由で、異性間性交と肛門性交および口腔性交との同置に批判的な見解として、嘉門・犯罪と刑罰26号25頁、浅田・(註4) 7頁。浅田は、「肛門は性器に近く秘所に属する」から、肛門性交を加えること、および男性を被害者に加えることには賛成だが、口腔性交は従来通り強制わいせつ罪の対象とすることで足りるとする。しかし、男性を被害者に加えることは實際上、肛門性交のみならず口腔性交にも性交と同等の意味を認めることとほぼ同義ではなかろうか。また、男性同士の肛門性交においては、外性器に近いことが特段の性的意味を担うとは思われない。性器との物理的距離が近ければよいのであれば、鼠径部に指ないし男性器を挟む行為も同等ということになろう。さらに口腔とて性器との距離は近くはないが文脈によっては、性器に近い意味を有し秘所に属する。すでに唇は十分に性的意味を有しうる。妊娠可能性を根拠とすることに批判的な見解として、佐藤陽子・法教418号(2015年)26頁。

交および男性器の肛門、口腔への挿入と同等の性的な意味を持ちうるであろう⁴⁰⁾。

それでは、強要されるべき行為を単純に「性的挿入行為」とするべきであったのであろうか？⁴¹⁾ このような解決に対しては、主観面においてのみ、すなわち行為者の意図においてのみ性的な行為および被害者にとってのみ性的な行為が捕捉されてしまうという批判が考えられる。

しかし、この批判には、以下のように答えることができよう。まず、少なくとも女性器への物の挿入はそれだけで客観的にも性的な意味を持つ。行為者の性別、性的志向、性自認そして意図に関わりなくである。次に、行為が行為者の意図においてのみ性的であるためには、被害者が行為者の目的を知らないことが必要である。特に行為が暴行・脅迫を伴わない場合、例えば医療行為を仮装して行われた場合等においては、特に肛門ないし口腔への挿入がなされるときには、被害者は行為者の意図を知ることができない。しかし、この場合には177条の他の要件が欠けるし、錯誤を利用した場合には178条の罪が成立することは従来の判例によって認められてきたところである⁴²⁾。また、最高裁は、176条の罪の成立に行為者の性的意図は必要ないとしたが、行為者に性的意図

40) この点につき懐疑的なのは、佐藤・法教418号26頁。井田・研修806号12頁は、男性器の挿入は特段に侵害的な、濃厚な性的行為であり、異物や指等の挿入と比べてその侵害性において質的に異なるとする。同旨橋爪・(註17) 5頁。; *Fukamachi*, (FuBn. 8) は、強姦罪を認めるべきか否かは、「性的」侵襲の強度に依存し、それ故、行為の客観的な性的関連性に着目するべきであって、男性器の挿入は疑いなくこれを有すると主張する。しかし、行為の「客観的な性的関連性」は、少なくとも男女を問わずいずれかの性器が関わっていれば認められ、さらには、性的な文脈における使用のみが予定されている物品、性具と肛門ないし口腔との組み合わせにおいても認めることができる。なお、井田は、上記研修806号12頁(2015年8月刊)と同年に発表された論稿(井田良・慶應法学31号48頁 2015年2月刊)において、強姦と同等に重く処罰されるべき性的侵害行為として、「身体への『挿入』を伴う性的強制行為は被害者に与えるダメージが」大きいから「挿入するものは性器(陰茎)に限られず、指や下等の身体の一部や、器具の挿入であっても構わないであろう」としていた。見解変更の理由を問いたいところである。

41) 辰井・刑ジャ55号6頁以下。

42) 後掲註76所掲の諸判例参照。

がある場合を排除しているわけではない。従って、暴行・脅迫が行われた場合、行為者の意図においてのみ性的な身体開口部への物の挿入を177条の罪とすることは、十分考えられる。法益侵害の有無は、その点についての被害者の認識に依存しない。他方、被害者の意識、感受性においてのみ性的な行為の強要は、原則として行為者に故意が欠けるが故に強制性交等の罪としては不可罰となる。暴行・脅迫があった場合は、強要罪は残る。行為者が、被害者の特殊且つ希な性的感受性を熟知していた場合には、客観的な、少なくとも間主観的な不法が成立しており、177条の罪を認めるに支障はないと思われる⁴³⁾。

ドイツ法は、広く「他人の認識可能な意思に反する性的行為の遂行」を性的攻撃罪 (Sexueller Übergriff) として処罰の対象とした上で (ドイツ刑法典177条1項)、その加重類型として、障害または疾病のため被害者に意思の形成能力、表示能力が欠ける状態を利用した場合、暴行・脅迫が用いられた場合および抗拒不能状態を利用した場合 (ドイツ刑法典177条4項、5項) を規定し (性的強要罪 sexuelle Nötigung)、さらにそれらの「特に重い事例」として、性交および性交類似の「被害者を特におとしめる行為、とりわけ身体への挿入を伴うもの」が行われた場合に強姦 (Vergewaltigung) の名称を与えている (ドイツ刑法典177条6項)。ここでも、挿入行為に特別な地位が与えられてい

43) 更に、例えば、口腔への電動歯ブラシの挿入が性的であると感じる者は、挿入者を強姦罪で処罰させるには、刑事裁判において自分がそのような特殊な感受性ないし世界観を持つことにつき裁判官を、つまりは社会を説得しなければならない。ここにもメタレベルにおいてではあるが一定の客観化が予定されている。それでも、そのような感受性を最初から原理的に排除してしまわない限度で、性的自己決定の保護によりよく適うと思われる。これに対し、佐伯仁志・判タ708号65頁は、性的事項については一定の社会的コンセンサスが必要で被害者が性的羞恥心を感じただけでは足りないとするが、これもまた風俗犯的理解にひきずられた結論である。まず、羞恥心自体が既に社会との関係で決まるものであって、羞恥を感じるということ自体社会的コンセンサスが内面化されていることの証である。自由とはむしろ対立する。また、自己決定ないし自由を客観化するとしても上記のような程度が限界であり、それ以上だともはや「自己」決定とも呼べないであろう。喫煙が有害であることについては社会的コンセンサスが成立していると考えられるが、それでもなお喫煙によって「自己の」健康を害すること自体は自由である。

るが、性的側面での侵害に限られることは、基本類型であるドイツ刑法典177条1項に「性的行為」の文字があることと、同6項におかれた被害者を「特に貶める (besonders erniedrigend)」という文言によって確保されている。立法技術的にはこのような方法もあり得る。

5. 法定刑の下限の引き上げ

法務省によれば、今回の改正の一つ理由は、強姦罪の悪質性・重大性に鑑みると、その法定刑の下限が低きに失して国民意識と合致しないという点にある。しかし、177条単体としてみると法定刑の下限が引き上げられたにとどまるから、威嚇効という点でも価値の宣言としても意味があるかどうかはかなり疑問である。せいぜい、前述のように減輕事由がないかぎり執行猶予が付かないという点にのみ実践的意義が認められるに過ぎない。

しかし、このことによって、解釈論的にも問題のある集団強姦罪を廃止することができた、というのは立法技術的には意味のあることなのかも知れない。集団強姦罪は、集団による行為という悪質な事案に対処するため、法定刑の下限を通常の強姦より一年引き上げた（4年以上の懲役）規定であった。それ故、新177条によって強制性交等の罪の法定刑の下限が5年以上となったことによって充分対処できることになった訳である。

言うところの「国民意識」がいかにして探知されたものかについては、国家機関が国民意識を僭称することは希ではないので、ここでは措くとしても、いずれにせよ、法定刑の下限が低きに失するという評価が「国民意識」に基づくという説明には理解しがたいものがある。もちろん、177条の罪については、元々有期懲役の上限の特段の定めはなく、20年であるから、強姦罪に対する評価の重い方向への変更を法定刑の上限で示すことはできない。無期懲役ないし死刑を追加する訳にもいくまい。そこで、下限の引き上げである。しかし、このことによって表現できるのは、最も軽い例の評価替えにすぎない。「国民意識」が重罰化を求めるとすれば、それは最も重い例の評価が低きに失するからではなからうか。軽い例を従来より重く処罰することは、下限を変えなくても

可能である。そもそも、最も軽い例は、国民一般には意識されてすらいないであろう。とはいえ、強姦はその最も軽い例においても「ちょっとした不行跡(Kavaliersdelikt)」にとどまるものではないことを示すという意味はあるかもしれない。しかし、3年から5年へという下限の引き上げは、国民一般にそれほど重要な価値の宣言と受けとめられるのであろうか。その真の重大さは、執行猶予要件を知る者にしか認識できないのではなかろうか。

また、暴行・脅迫によらない場合にまで強姦罪としての処罰範囲を拡張すべしという要請（後述するように私見は必ずしもこれに与するものではないが）の見地からも、法定刑の下限は少なくとも引き上げられるべきではなかったと言える。

6. 暴行・脅迫の強度

1) 解釈論として

前述の貞操に対する罪としての強姦罪理解の徴表あるいは結果と看做されて批判されていたのが、176条、177条の暴行・脅迫要件と、その解釈である。判例は、177条の暴行、脅迫について「反抗を著しく困難にする程度」のものであることを要求し⁴⁴⁾、容易に強姦罪の成立を認めない、と言われていたのである⁴⁵⁾。これに対して、176条の暴行は、他人の意思に反してその身体に力を加

44) 最判昭和24.10.5刑集3巻6号711頁。佐々木和夫・町野他編『刑法／刑事政策と福祉 岩井宜子先生古稀祝賀論文集』（2011年）383頁以下によれば、上掲最判昭和24.10.5は、当時一人説であった小野清一郎の見解を採用し、これがその後通説化した。この間の学説史並びにこの定式化を採用する文献については佐々木同所参照。

45) 177条の暴行・脅迫の程度をこのように解することにつき批判的な意見表明は数多い。例えば、椎名規子・専修総合科学研究6号（1998年）70頁以下、内海朋子・亜大38巻2号（2004年）62頁以下、島岡まな・現刑47号（2003年）15頁、谷田川・法学政治学論究46号517頁、木村光江・曹時55巻9号（2003年）15頁、同・田口他編『犯罪の多角的検討 渥美東洋先生古稀記念』（2006年）83頁、辰井聡子・岩瀬他編『刑事法・医事法の新たな展開 上巻 町野朔先生古稀記念』（2014年）417頁以下、斉藤・（註21）13頁以下、18頁以下、吉田容子・刑雑54巻1号（2014年）22頁がある。

えることで足り、その力の大小強弱を問わない、あるいは、抵抗を抑制する程度のもので足りるとされる。少なくとも隙を突いて性器に触れるような行為もまた暴行脅迫を用いてわいせつな行為をした場合にあたるとされるのである⁴⁶⁾。

尤も、176条と177条とで暴行・脅迫要件に違いはないとする学説もある⁴⁷⁾。それ故、177条において「反抗を著しく困難にする程度」が要求されるという主張も、177条において特に強度の暴行が必要という趣旨ではなく、176条では有形力の行使自体がわいせつ行為であることもあるから、必ずしも反抗する意思を挫くタイプの暴行でなくても、意思に反するわいせつ行為だと考えることができる場合がある、つまりそのような場合にも「反抗を著しく困難にする程度」であるという意味に理解することもできる。反抗が困難であったことは意思に反することを強く徴表するがそれ自体は要件ではなく、わいせつ行為の受忍が暴行・脅迫を原因とするものであればよいはずだからである。

更に、これは、強盗罪におけるように反抗を抑圧するに足りるものである必要はなく、反抗を著しく困難にする程度「で足りる」という文脈で用いられることも多い表現である⁴⁸⁾。この場合、重点は強姦罪においては強制わいせつ罪におけるよりも強度の、あるいは特別な強度の暴行・脅迫が必要であるという

46) 大判大正 13.10.22 刑集 3 巻 749 頁、大判昭和 6.9.11 法律新聞 3615 号 11 頁、名古屋高判平成 15.6.2 判時 1834 号 161 頁。木村（註 16）210 頁、平野龍一『刑法概説』（1977 年）180 頁、福田（註 6）183 頁、大塚仁『刑法概説各論 第 3 版増補版』（2005 年）99 頁、亀山（註 16）§ 176 II (1) (a)、曾根（註 15）67 頁、大谷（註 3）114 頁、前田雅英『刑法講義各論第 6 版』（2015 年）95 頁、中森（註 6）64 頁、井田（註 6）109 頁。

47) 佐伯・曹時 67 巻 9 号 24 頁。これとは逆に、強制わいせつ罪における暴行も「反抗を著しく困難にする程度」のものであることを要するとする学説として、古くは、小野（註 6）139 頁、江家（註 17）150 頁、宮内（註 19）212 頁、柏木（註 6）311 頁、青柳（註 3）381 頁以下、中（註 3）84 頁、藤木（註 7）172 頁、香川（註 7）262 頁、団藤（註 3）490 頁、高橋（註 17）131 頁。なお、江家・前掲同所、宮内（註 22）213 頁は、反抗を著しく困難にする程度であるから、強盗における暴行・脅迫と同程度であるとしていた。

48) 例えば、山岡（註 22）627 頁以下、平野（註 42）179 頁、大塚（註 46）102 頁。

ところではなく、強盗罪におけるに比してより穏やかなものでも足りるところにある。この点を更に敷衍して「反抗を著しく困難にする程度」は一般に必要条件ではなく十分条件の趣旨であったとする見方もある⁴⁹⁾。加えて、更に、今日では、下級審判例も必ずしも「反抗を著しく困難にする程度」の暴行・脅迫を要求しているとは言えないとする分析を示す学説もある⁵⁰⁾。

判例の態度をこのように理解することが可能であるとすれば、暴行・脅迫要件を巡る解釈論の問題はもはや存在せず、個別事例における線引きの妥当性のみが争われることになるはずである。しかし、立法論としては、同様の分析を提示する論者からも暴行・脅迫要件の削除が提案されている⁵¹⁾。加えて、下級審判例には、反抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫を必要条件と理解しているとみられるものもある。被害者を軽トラックの運転席に押し倒し、その上に乗りかかり、衣服をはぎ取ったという事例につき、これらは通常の性交渉に随伴する程度の有形力の行使であって、未だ「反抗を著しく困難にする暴行」ではないとして強姦罪の成立を否定した判例に⁵²⁾ 典型的に見られるように、実務では、なお、177条については特別な強度の暴行が要件となると考えられているとの推測を支え得る事実もある⁵³⁾。そして、やや古くは「この程度の暴行・脅迫にたやすく屈する程度の貞操など保護するに値しない」とした学説もあった⁵⁴⁾。既に述べたように、強姦罪の貞操侵害犯としての理解は、少なくと

49) 佐伯・曹時67巻9号23頁。同旨深町・法教427号36頁、木村光江・岩瀬他編『刑事法・医事法の新たな展開 上巻 町野朔先生古稀記念』（2014年）443頁。

50) 木村（註45 渥美古稀）74頁は、下級審判例は、かならずしも「形式的に最狭義の暴行・脅迫に限定してはいないように思われる」とする。辰井・（註46）425頁は、現在の実務では、反抗を著しく困難にする程度が要求されているとは到底いえない、とする。

51) 辰井・刑ジャ55号8頁

52) 広島高判昭和53.11.20判時922号111頁。

53) 他にも例えば、大阪地判平成20.6.27 LEX/DB28145357、大阪地判昭和46.3.12判タ267号376頁。

54) 所・（註3）§177 IV（1）。上掲大阪地判昭和46.3.12が、被害者の「経歴素行ことに深夜に至るまで帰りの交通費や飲食代に必要な金銭すら持たずにほとんど無一文で盛り場のいわゆる深夜喫茶店で異性と遊んでいた事実」に照せば、同被告人に

も実務においてはいまなお払拭されたとは考え難いから、そうした状況が現在も続いている考えることにも理由がない訳ではない。だとすれば、今回の改正が、暴行・脅迫要件に手をつけなかったことは、未解決の大きな問題を残したと評価される余地がある。

まず、177条においてのみ「反抗を著しく困難にする程度の暴行、脅迫」を要求することは、現に判例においてそのような解釈が主流をなすのか否かは取り敢えず措くとして、これを解釈論的に根拠づけ、維持することは難しいと考えられる。強盗罪における暴行、脅迫は「反抗を抑圧するに足りるもの」であることを要すると解釈されているが⁵⁵⁾、それは、強盗罪の極めて重い法定刑と、同じく暴行・脅迫を要件としながらより軽い刑を予定されている恐喝罪がならび規定されているということとを理由とする。両罪は財物の占有の移転において共通であるから、法定刑に軽重がある理由は、意思抑圧の程度、すなわち暴行・脅迫の強度の違いに求められざるを得ない。また、意思に反する財物の占有移転という点で共通である窃盗との比較においても、財物に対する事実的支配、現実的握持を意識している被害者の占有を解除する罪である強盗においては、自己の財物がどこにあるかさえおそ意識していない場合をも含む窃盗の場合に比して、事実的により強度の占有解除行為が必要となる、と言うことができる。

他方、財物という媒介項を持たず、純粹に意思侵害のみが問題となる強姦罪、強制わいせつ罪においては、そもそもそれほど強い有形力の行使を必要としない場合がより多く想定でき、特に男性が女性に対して犯す場合には、平均的に言えば、財物の強取よりは容易である。判例が強姦罪に強盗罪と同等の強度の暴行・脅迫までは要求しないのも、そうした事情に基づくものと考えられる。従って強盗罪の成立に特別の強度の暴行・脅迫を要求する必要はない。

ㄴよつて被害者の反抗を著しく困難ならしめる程度の脅迫が行われたものと認めることはでき」ないとしたのも同様の発想に基づくものと考えられる。この点につき既に葛原・法時85巻1号43頁以下。

55) 大判大正3.6.24判録20輯1333頁、大判昭和6.5.8刑集10巻205頁、最判昭和32.9.13刑集11巻9号2263頁等。

また、強姦罪と強制わいせつ罪において要求される暴行・脅迫の強度が異なるとしても、その理由を、両罪が強盗罪と恐喝罪の関係と同様の行為態様の単純な強弱、大小の関係に立つことに求めることはできない。強盗行為から最強度の暴行・脅迫をとり除けば恐喝行為になるが、強姦の暴行・脅迫を弱めたところで直ちに強制わいせつとなる訳ではない。従ってせいぜい、強姦罪は性交のみを、強制わいせつ罪はわいせつ行為のうち性交を除くものを強要の対象とする択一ないし特別法関係にあることを理由とすることができるだけである⁵⁶⁾。

実際、強姦と強制わいせつに要求される暴行強度の違いは、対象行為の性質が違うことから説明されることがある⁵⁷⁾。強制わいせつ罪においては、強要される性的行為はきわめて軽微なもの、瞬間的なものも含み得るから、それほど強度の暴行・脅迫がなくても遂行され得るというのである。このことは反面、強姦罪における性交は、強度の暴行・脅迫がなければ完遂することはできない、と考えることを意味する。しかし、暴行の強度が足りず性交自体には成功しなかった場合であっても強姦未遂の罪は成立するとすることは可能である。だとすれば、強姦罪の成立に必要な暴行を性交自体の完遂に必要な程度の暴行と定義するのは誤りである。

そもそもこのような方向で暴行・脅迫の程度を限定していくと、強姦未遂罪が成立する範囲が限られることになる。反抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫が行われたにも拘わらず、性交には至らない場合としては、行為者のインポテンツ以外の事例類型が想定し難いからである。著しく困難ではあったが抵抗できたという事態は、言葉の上ではあり得るが、実際上は極めて偶然的な事情の介入に依存することになろう。とすれば、強姦を企図したが失敗した場合の殆どは、強制わいせつ罪か単なる強要罪だということになる。

56) 註6所掲の諸文献参照。齋野彦弥・現刑47号(2003年)26頁は、強姦罪・強制わいせつ罪の「暴行」を、他の「暴行」の文言を持つ「犯罪類型と比較して、最狭義の意味に解しなければならぬ特段の理由が存在するとは思われない。」とする。

57) 例えば、西原(註3)174頁、曾根(註15)68頁。他、註46所掲の諸文献参照。

強制わいせつ罪の法定刑の下限（6月）が強姦罪のそれ（5年、改正前でも3年）よりも遙かに低いことも、同じ「暴行又は脅迫を用いて」という文言を別様に解釈することを正当化することはできない。この法定刑の違いは、強要される行為が性交等であるかそれ以外であるかに依存する侵害性の程度の差違に対応する。強制わいせつ罪は、考え得るかぎりの「わいせつな」行為の強要を捕捉する。例えば性器、乳房、唇ないしその周辺に瞬間的に触れる行為も含まれるとするならば、176条の法定刑の下限はそうした行為類型、すなわち被害者が忍受を強いられる行為の性的意味合いか、身体への侵襲が比較的小さい場合に対応するものと考えるべきである。

法定刑の上限の差違についても同様のことが言える。特に、176条と177条とを法条競合の特別法関係にあると理解し⁵⁸⁾、176条の「わいせつな行為」は性交を含むとして、177条の要件が欠ける場合には176条の適用の余地が復活すると考える場合、177条が加重特別法となる理由は、暴行・脅迫の強度のみということになる。それだけで有期懲役の上限に10年の開きを生じることが説明できとは思えない。他方、両者を択一関係にあると捉えると、性交は行われたが暴行・脅迫が「反抗を著しく困難にする程度」に達しなかったという場合、性交なのでわいせつな行為がなく176条不成立で且つ暴行の程度が足りないから177条不成立となっておよそ不可罰となるか、せいぜい強要罪の可能性が残るにとどまる。このような結論を避けるためにも、176条と177条の暴行・脅迫要件は同様に解釈されなければならないであろう⁵⁹⁾。

58) 註6所掲の諸文献参照。

59) 齊藤豊治・犯罪と刑罰26号72頁は、意に反する性交が行われたが暴行・脅迫は抵抗を著しく困難にする程度とまでは認定できない場合に強制わいせつ罪の成立を認めることが検討に値するとする（同旨内海・亜大38巻2号64頁）。立法論としての提案であろうが、その場合には法定刑も併せて調整される必要があろう。本文にも述べたように暴行・脅迫が強度であったというだけでは、有期懲役の上限に10年の開きを生じることが説明するのは困難である。

2) 立法論として

a) 「認識可能な意思に反して」という要件は暴行要件に替わり得るか？

以上のように、177条のみにおいて反抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫を要件とすることは、実質的根拠を欠くものであると言える。しかし乍ら、強姦罪の暴行・脅迫要件の充足には特別な強度のものが要求されるということは、暴行・脅迫要件の解釈の問題であって、たしかに暴行・脅迫要件がなければそもそも生じない問題ではあるものの、暴行・脅迫要件があると常に生じる問題であるという訳ではない。立法の際に、暴行・脅迫要件をおよそなくすべきか否かは、次元を異にする問題である。

2016年10月に改正されたドイツ刑法典は、その177条1項に、認識可能な意思に反して（gegen den erkennbaren Willen）性的行為を行う場合を規定し、2項で、反対の意思が認識可能でない場合のうち、被害者に反対意思の表明が事実上不可能であったか少なくとも期待できない場合を類型化して示すという方法⁶⁰⁾をとって、性的行為を強要する罪の基本類型から暴行要件を取り除いた。加重類型の要件としては残されているが、少なくとも可罰性の最小条件ではなくなっている。また、イギリスの2003年の性犯罪法や、アメリカ合衆国のいくつかの州法においても、暴行・脅迫は、性的自己決定を侵害する罪の最小要件とされていない⁶¹⁾。日本法もこのような方向に進むべきだったのであろうか。

ドイツ法のように暴行要件を廃止すると、もちろん、その程度を問題にする必要はなくなるが、暴行・脅迫要件を削除するときは、これに代えて「被害者の意思に反する」ことを示す要件を別途立てなければならない。これを純粹に被害者の主観に依存する要件として構成するときは、被告人が「被害者の意思に反しないと思っていた」という事実の錯誤を主張しやすくなる。この主張を

60) Kindhäuser, LPK-StGB 7. Aufl. § 177 Rn. 3; SSW-StGB 4. Aufl./Wolters § 177 Rn. 12

61) 英米の状況については、横山潔『イギリス性犯罪法論』（2017年）、仲道祐樹・刑ジャ45号13頁以下、斉藤・（註20）159頁以下、樋口亮介・刑ジャ45号41頁以下参照。

証拠上覆すのは困難である。そこで、ドイツ法は、被害者の「認識可能な意思に反して」という要件を設けざるを得なかった。被害者の反対の意思が言語的に明示されているか、態度による意思表示によって、あるいは行為状況、特に被害者のボディランゲージ等から客観的に第三者に認識できたことが必要であるという⁶²⁾。

しかし、この要件は、被害者の意思が明示されず、態度や状況の解釈が二義的である場合、被告人自身は反対の意思を明確に認識していたとしても処罰されないという結論に導き得るものであると批判されている⁶³⁾。この点を取り敢えず措くとしても、この「認識可能な」という要件に関する故意⁶⁴⁾には問題が残ると思われる。現に被害者の意思に反すること自体の認識は必要なく、被害者の意思に反することを第三者をして推認せしめる客観的事実の認識で足りるとする⁶⁵⁾と、性的行為を強要する罪の基本類型の不法内容が変更されてしまうことになる。故意は不法（構成要件該当・違法事実）の認識であるとする以上、認識が必要とされる対象事実が不法内容を構成するからである。この要件を立てる場合には、そしてそれについての故意は被害者の意思を推認させる間接事実の認識で足りるとするときは、被害者の意思に反すること自体ではなく、第三者にとってそのように見えることが処罰根拠となってしまうのである。これはもはや個人の自由に対する罪ではない。あるいは、行為者が、第三者には認識し得ない事情を認識していて、その事情に基づいて、被害者が承諾して

62) *Kindhäuser*, LPK-StGB 7. Aufl. § 177 Rn.2; SSW-StGB 4. Aufl./*Wolters* § 177 Rn. 11

63) SSW-StGB 4. Aufl./*Wolters* §177 Rn. 11; *Matt/Renzikowski/Eschelbach* StGB 2. Aufl. § 177 Rn. 29; *Kindhäuser/Schram*, Strafrecht BT 9. Aufl. S. 195

64) 「認識可能」という文言は、過失犯を想起させるが、一般に、被害者の意思に反することを客観的に認識可能とする事情についての認識を要する故意犯であると理解されている。*Sch/Sch/Eisele* 30. Aufl. § 177 Rn. 11, 22; *Fischer*, StGB 66. Aufl. § 177 Rn. 17; *Hoven/Weigend* JZ 17, 187; *Renzikowski* NJW 16, 3554; 過失犯化を提案するものとして *Hörnle*, ZStW 112, 372

65) MK-StGB 3. Aufl. /*Renzikowski* § 177 Rn. 56 は、この文言はそのような解釈を許すものではあるが、この解釈は過失犯を裏口から引きこむことになるとする。

いると考えていた場合、その認識が誤っていたときは、その点の過失が故意犯として罰せられ⁶⁶⁾、誤っていなかった場合には、純粹に第三者の觀察についての過失、ないしは故意のみが処罰の理由となる。

そうではなくて、意思に反すること自体の認識は必要だが、未必の故意で足りる、という趣旨の要件であるとすれば、このような文言はそもそも不要であろう⁶⁷⁾。またあるいは、第三者にとって意思に反することが認識可能であり、行為者にそれを基礎づける事情の認識があったときは、意思に反すること自体の認識が立証されたものとするという趣旨の立証のルールである、とこの文言を理解するときは、そのような立証ルールの変更が正統化される根拠が別途説明されなければならない。「故意の立証困難を避けるため」というだけでは、嫌疑刑の疑いさえ残る。ある性的行為が暴行・脅迫によってなされたことは、当該行為が被害者の意思に反していたことを示す要件であると説明することと、意思に反することを明示的要件としておきながら、その立証の要件を緩めることとは異なる。

加えてその判断主体たる「第三者」としてどのような人物を想定するのか、どのような事情を考慮に入れるのかによって結論が異なり得る。被害者とも被告人とも面識のない人物からすれば、言語による明示的意思表示がある場合ですら、実際に意思に反するのか否かは認識可能ではない。そうした人物を措定する場合には、被害者が相当に強い態度を示していたことが必要となろう。そうだとすると、被害者が強い抵抗を示したこと、あるいは強度の暴行を要件とすることと、殆ど変わりがない⁶⁸⁾。被害者の人柄、性格だけをよく知る人物は、

66) *Renzikowski*, NJW 16,3353,3354; HK-GS 4. Aufl./Laue § 177 Rn. 2a

67) *Sch/Sch/Eisele* 30. Aufl. § 177 Rn. 22; *Fischer*, StGB 66. Aufl. § 177 Rn. 17 は、行為者は、少なくとも未必の故意が認められる程度に、意思に反すること及びその認識可能性の両者を認識していなければならないとする。この説明によるときは、「認識可能」という要件はいわゆる “No means No” 原則に関しては独自の意味を全く持たない。被害者の拒絶が表面上のものにすぎず本心は同意していると行為者が確信している場合はやはり故意が欠けることになるからである。この点につき *Maurach/Schroeder/Maiwald/Momsen* Strafrecht BT Teilbd, 1 11. Aufl. S. 213

68) *SSW-StGB* 4. Aufl./*Wolters* § 177 Rn. 14

もはや第三者とは言いがたいし、被害者、被告人の双方をよく知る人物を想定するのは難しい。また、行為時の状況のみを考慮するのか、それに至る経緯、あるいは被害者と被告人の関係、前歴をも考慮するのか、ということも明らかではないし、明らかにすることは難しいであろう⁶⁹⁾。

b) 意思に反することについての故意

暴行・脅迫要件は、性交等が暴行・脅迫「による」ことを要件とするという意味を持つ。つまり、暴行・脅迫と性交等の決意との間に因果関係があったことが必要となるのである。それ故、本来、暴行・脅迫によることが認定されたにも拘わらず有効な同意があるという場合はあり得ない⁷⁰⁾。暴行・脅迫がなければ性交に応じなかったという関係さえ証明できれば足りる。このことによって、暴行・脅迫を行ったにもかかわらず同意があった、もしくは同意があったと誤信していたとの言い訳を排除することが容易になると思われる⁷¹⁾。暴行・

69) SSW-StGB 4. Aufl./Wolters § 177 Rn. 11; MK-StGB 3. Aufl./Renzikowski § 177 Rn. 48; Matt/Renzikowski/Eschelbach StGB 2. Aufl. § 177 Rn. 27. 我が国で過失による強制性交等の罪を新設することを提案するものに、島岡・(註34) 390頁がある。そうした場合にも意思に反することについての過失＝認識可能性の立証には同様の困難が伴うものと考えられる。

70) 葛原・法時85巻1号44頁。既に谷田川・法学政治学論究46号517頁以下が同様の認識を示す。井田良・曹時72巻2号3頁以下および18頁も、反抗の抑圧に向けられた暴行・脅迫が加えられることと性交等が被害者の意思に反することとは「イコールの関係」にあり、必ずしもそのように考えているとは見えない判例もあるものの、この解釈を維持することは可能であるとする。同旨内海・亜大38巻2号64頁。木村・(註45渥美古稀) 74頁、同・(註49町野古稀) 444頁は、判例においてはむしろ、暴行・脅迫があるにも拘わらず、同意の有無が問題とされることによって、却って強姦罪の成立範囲が限定されているとし、これに対して、暴行・脅迫があれば同意を問題とすることなく直ちに強姦罪の成立を認めるべきであるとする。

71) 同旨谷田川・法学政治学論究46号519頁、北川・法教445号(2017年) 65頁。佐伯・曹時67巻9号28頁は、同様の事情を裏返しに「被害者の同意がないにもかかわらず暴行・脅迫が否定されて強姦罪が成立しない場合とは、被害者の同意の不存在が証拠の優越の程度には証明されているが、合理的疑いを越える程度には証明されていない場合を指すものと理解することもできる。」と表現する。亀山継夫＝河村博(註35) § 177 II 2 (1)は、強度の暴行・脅迫を要件としなければ強姦罪の成否が被害者の内面的事情にのみ依存することになるとするが、特別の強度を要求する必要はない。意思抑圧に向けられた有形力の行使が外形的に確認されていれば、

脅迫に「よる」ことを認識している以上、同意がないことの認識もあるし、暴行・脅迫を認識している以上、同意があると誤信していたという主張を退けることはたやすいと思われる。同意がなかったことや抗拒困難であったことは少なくとも明文上の要件ではない⁷²⁾。実際に判例においても、同意ないし同意の誤信の主張は、暴行・脅迫があったことをもって退けられていることが多いように見受けられる⁷³⁾。従って、暴行・脅迫要件は、むしろ、性的自己決定の十全な保護の役に立っている側面が強いと評価できるであろう。暴行・脅迫要件が廃止されなかったことはむしろ歓迎すべき事態であるとさえ言える⁷⁴⁾。

▼この観点からは充分であろう。それだけでも暴行・脅迫がなければ性交が行われなかったという関係は証明されたと言える。意思抑圧の程度という明文にない要素を媒介とするから話がややこしくなるのである。

72) 嶋矢・法時88巻11号67頁は、「暴行脅迫それ自体の程度は、総合考慮の枠内で間接的にのみ影響を有し、まさしく、各種客観指標を含めて（暴行脅迫もその中に含まれよう）、抗拒困難性が判断されていると言える」とする。反抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫がなされたか否かの判断が四囲の状況をも考慮した総合的判断であって、暴行・脅迫それ自体の強度のみで全てが決まるわけではないことは、半ば当然であるが（特に脅迫については、相手方の恐怖心を媒介するものである以上、「それ自体の強度」というものが想定できない）、暴行・脅迫それ自体が抗拒困難性の客観的指標の一つに過ぎない、というのは転倒した議論である。判断されるべきは、抗拒困難性ではなくて強姦罪成立に必要な暴行・脅迫の程度であって、抗拒困難性はその基準に過ぎない。抗拒不能ないし困難であれば、当該性交は「暴行・脅迫によ」るものであり、即ち意思に反するものであると言えるとしてもできるが（その意味で、十分条件だという見方は一応正しい）、問題は暴行・脅迫と性交との因果関係認定のハードルをそこまで上げることが妥当かにある。既に山岡（註22）627頁以下は、「被害者ノ心意作用上自由ニ之ヲ許容シタリト認ムル能ハサル場合即チ若シ暴行又ハ脅迫ナカリセハ決シテ猥褻行為を認容セサリシモノタルニ於テハ手段ノ態様、程度ノ強弱如何ニ関セス之ヲ犯罪ナリト認メサル可カラス」（原文旧字体）としていた。

73) 例えば高松高判昭和47.9.29判タ291号276頁、東京高判昭和43.11.28判タ233号190頁、大阪高判昭和43.10.5判タ230号308頁等。

74) *Sch/Sch/Eisele* 30. Aufl. § 177 Rn. 11, 21; *Fischer*, StGB 66. Aufl. §177 Rn. 13; *Hoven/Weigend*, JZ 17, 185; *Renzikowski*, NJW 16, 3558; MK-StGB 3. Aufl./*Renzikowski* § 177 Rn. 58 は、認識可能性要件が、被害者の表明された意思に考慮の対象を限定していることによって、この点の故意の立証が、暴行・脅迫要件を有していた旧法に比して困難になったとする。

ドイツ刑法典177条においては、上述のように性的強要の罪の基本類型において暴行要件は削除されたが、脅迫の要件は残されている。同177条2項には、反対の意思が認識可能でない場合に性的行為の強要が処罰される一つの類型として、抵抗すれば被害者に重大な害悪が迫る状況を利用する場合及び被害者に性的行為または忍受を重大な害悪を以てする脅迫によって強要する場合が規定されている。同条1項と2項は、同等に処罰されるので、これらの脅迫ないし脅迫状態の利用は、1項の反対の意思が認識可能である場合と同じ次元に置かれていると考えられる。つまり、ここにいう脅迫は、反対の意思があったことを推定する要件である。このような事情は、ドイツの立法に対しては、暴行要件も同様に用いることができたのではないか、という疑問を生じると共に、暴行・脅迫要件が、性的行為が被害者の意思に反すること自体とその認識とを立証することの困難を回避させ得ることを示している。

c) 暴行・脅迫要件による可罰範囲の不当な限定？

強姦罪の要件としての暴行・脅迫に特別な強度を求めさえしなければ、意思に反する性的行為のうち暴行・脅迫要件があることによって強姦罪の処罰範囲から除かれるものはそれほど多くない。現在の法状態においても、刑法176条の罪はおおよそ有形力の行使が脅迫があれば成立するとさえ言える。強姦罪における暴行・脅迫要件は、むしろこれと同等に解釈すべきであろう。そうすれば、かなり軽い事例群も177条によって捕捉することが可能である⁷⁵⁾。少なくとも、立法論として問題にすべき、法規定のポテンシャルとしては、それほど限定的であるとは言い難い。加えて、13歳未満の者に対する行為は、従来通り、暴

75) 井田・曹時72巻2号26頁以下は、「暴行・脅迫」という強い文言が強度の心理的圧迫を要件とする解釈を促しているという認識を前提として、立法論としては語感のより弱い「威力」や「威迫」といった文言を用いることを提案する。公務執行妨害罪では同じく意思抑圧を徴表する「暴行」という文言が間接暴行をも含むとして極めてゆるやかに理解されていることから見ても、強姦罪の高いハードルが「暴行」の語感に影響された解釈者心理の傾向に由来すると考えるのは、ナイーフというものであろう。177条においても暴行要件を95条と同様に解釈することは可能である以上、強度の暴行が要求される背景には、やはり、註50掲記のような貞操侵害犯であるとの感覚があると見るべきであろう。

行・脅迫によらない場合も処罰される。

さらに178条2項の準強姦罪は、文言の形式においてすでに177条に比較して緩やかな要件を持つと言える。177条の「暴行・脅迫により」という要件は、上述の判例による厳格な解釈においてすら、「抗拒を著しく困難にさせて」おればよいのであるから、「心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて」という文言を持つ178条は、177条よりも厳格であるようにも見える。しかし、「人の心神喪失若しくは抗拒不能に乘じ」ていれば足りるのを原則とするから、本条の要求する被害者に対する働きかけの強度は177条の暴行・脅迫を「反抗の抑制」と解する場合と比べても低い。さらに判例は、欺罔や社会的地位の關係を利用する場合をも「抗拒不能に乘じ」にあたると認めているから、暴行・脅迫によらない強姦の処罰範囲は相当に広いものと言える⁷⁶⁾。

そこに、新設された179条の監護者わいせつ及び監護者性交等の罪が加わる⁷⁷⁾。この罪は、未成年者とその監護者という関係に限ってであるが、その関係に基づく影響力の利用のみを以て暴行脅迫による場合、すなわち強制性交等と同等の当罰性を宣言している。以上により、177条の罪と同等に当罰的であるが、暴行・脅迫に欠くがために177条では処罰することができないと評価されるであろう諸事例の大半は拾われることになると思われる。

76) 医療措置、民間療法、美容術を仮装した場合について準強姦を認めたものとして、甲府地裁平成26.5.27 LEX/DB25504086、東京地判平成11.9.27 高刑速(平成11)96頁、東京地判昭和62.4.15 判タ640号227頁、名古屋地判昭和55.7.28 判時1007号140頁、東京地判昭和38.3.16 下刑集5巻3=4号244頁、被告人の先行する暴行・脅迫により被害者が陥った抵抗不能状態を利用した場合について広島高判平成24年7月4日 LLLI/DB L06720347、社会的地位、身分關係を利用した場合につき、京都地判平成18.2.21 判タ1229号344頁(牧師と未成年の教区信者)、準強制わいせつの事例につき秋田地判平成25.2.20 LEX/DB2550971、上掲甲府地判平成26.5.27(教員と生徒)、東京高判昭和56.1.27 刑月13巻1=2号50頁(雇用關係)がある。深町・法時89巻9号103頁も、準強姦が広く認められる我が国の判例を前提とすれば、暴行・脅迫要件によって強制性交等の罪の処罰範囲が限定されても、処罰の間の隙が生じることはないとする。

77) 本条自体が一定の問題を孕んでいることは、とりあえず、措くことができる。ここでは、暴行・脅迫要件を持たない強姦の一般規定が追加されるべきかどうかの問題だからである。

d) 特に軽い類型としての暴行によらない強姦

日本刑法の176条および177条の法定刑がそれほど軽いものではないこと（6月から10年、5年から20年）に照らしても、最低限のハードルとして暴行・脅迫要件は維持されるべきであると考えられる。ドイツ法における性的侵害の罪の基本類型（性的攻撃罪 ドイツ刑法典177条1項）は、暴行も脅迫も要件としていない。しかし、その法定刑は6月から5年の自由刑である。日本刑法の177条と対応する場合をもカバーする規定であるドイツ刑法典177条6項ですら、暴行、脅迫を伴わない場合をも捕捉しうることから、刑の下限を2年としている（上限も15年）。日本法と比較するとドイツ法による可罰範囲は確かに軽い方向に向けて広い。しかし、法定刑もそのことに対応して低く設定されているのである。このようなドイツ法の態度を見れば、少なくとも今次改正による法定刑の下限の引き上げを前提とする限り、同時に暴行・脅迫要件を廃止することは、あり得ない選択であったと考えられる。それでも日本法において、性交をも含む性的行為の強要を暴行・脅迫がない場合にも処罰する規定を置くべきであるとするならば、より軽い刑を定める犯罪類型を新設することが望ましい⁷⁸⁾。

IV. おわりに

以上の検討の結果次のような結論が得られた。

日本刑法における2017年の性犯罪規定の改正は、いくつかの欠陥と不満を残すものの、おおむね、ポジティブに評価することができる。特に風俗犯の色彩を色濃く残す「姦淫」概念の削除と177条の客体の女性への限定の廃止は、性刑法の脱道徳化と性的自己決定の保護の拡張に向う大きな一歩であったと言えることができる。

176条に「わいせつ」概念が残されたことは、「『わいせつ』とは性的羞恥心を害する行為である」という伝統的な定義の維持をももたらし、性犯罪の領域から風俗犯的色彩を取り除くについて大きな障害を残した。177条の改正と比

78) すでに、深町・法時89巻9号103頁、斉藤・犯罪と刑罰26号72頁。

較すると不作為による逆行であると評価できる。「姦淫」概念の各種「性交」への置き換えと176条の「わいせつ」概念の存置とは真っ向から対立する。この矛盾を最小限に抑えるためには、今後の解釈において、177条が道徳的評価をまとった概念を捨てたことと177条と176条の形式的な法条競合関係とを根拠として176条の「わいせつな行為」を「177条に規定するもの以外の性的行為」と道徳的評価を除いて解釈する必要がある。同じ観点から182条の「姦淫」概念が放置されたことも、少なくとも不徹底であると評さざるを得ない。

強姦罪の風俗犯としての理解と貞操侵害犯としての理解はドイツにおいても日本においても歴史的にはほぼ表裏一体であったとさえ考えられ、我が国では、近年まで貞操侵害を明言する判例が見られるなど、なお根強いものがあるが、177条が従来行為客体の女子への限定を廃したことによって、強姦罪の罪質は少なくとも法文の上で貞操侵害の観念から自由になったと言える。強姦が貞操の侵害であると考えるときは、配偶者間では成立しないものとされることになるが、夫婦間強姦の例外を認めない見解が有力化してきた近時の学説状況は、今次改正の基本的思想とも対応するものと言える。強姦罪の客体が女子に限定されなくなったことによって無効化される夫婦間例外の論拠は数多い。

客体の女子への限定の廃止は、最も単純な形においては、両性の性的自己決定の平等保護を意味するが、加えて同性愛者間の強姦をも可罰化する。このことによって LGBTQ の性的自己決定の保護が拡張された、と言うことはできる。しかし、177条が従来の「姦淫」に代えて「性交、肛門性交又は口腔性交」を規定したことによって、従来176条の可罰範囲に置かれていた同性愛者間ないし同性愛者に対する行為のうち177条に格上げされたのは、犯人又は被害者の少なくとも一方が男性である場合に限られた。同性愛者間の行為としては男性同性愛者同士の行為のみが強制性交等の罪にあたり得る。これもまた、今次改正が不徹底を示す場面である。

このことは別言すれば、177条の罪の成立には、男性器の挿入が必須であるということである。しかし、男性器の挿入がこのような特別な地位を占めるべき理由を見出すことはできない。日本刑法も、単に「性的挿入行為」を以て罪

の成立を認めるべく改正されるべきであった。そうすることに対する批判には理由がない。

法定刑の下限の引き上げの根拠は薄弱である。法定刑の下限は、当該罪の最も軽い事例類型に対する評価を示すものであるから、性的自己決定侵害に対する否定的評価の上方修正としては十分な効果を期待することはできないであろう。

従来、177条の暴行・脅迫は176条におけるそれよりも強度のものであることを要するという解釈も行われてきたが、これには根拠がない。強姦罪の成立範囲を不当に狭める解釈である。

しかし、だからといって、今次改正において暴行・脅迫要件が撤廃され、あるいは暴行・脅迫要件を持たない犯罪類型が追加されるべきであったとは言えない。ドイツ法が2016年の改正に際して導入した「認識可能な意思に反して」という特殊要件は、客観、主観両面においてむしろ立証困難をきたすものであり且つその存在理由を理論的に説明することも困難である。

この要件の検討からは、行為者の故意の立証を容易にするについては、暴行・脅迫要件の方が優れていることが導かれる。暴行・脅迫と性的な行為との間に因果関係があることを以てその性的行為が被害者の意思に反することを認定すれば足りる。必要な暴行・脅迫の程度を176条においてと177条においてとで違える解釈をしない限り、暴行・脅迫要件を存置した場合の方が、性的自己決定の侵害を裁判上適切に捕捉することが容易になると言える。加えて、178条2項のいわゆる準強姦罪の実務上の緩やかな運用と179条の新設に鑑みれば、暴行・脅迫が認定され得なかった場合に、およそ無罪になってしまう事例はそれほど多くない。

今次改正をきっかけとして立法論的論議はかなり活発に行われたが、もともと刑法解釈論としての議論は性犯罪についてはそれほど活発に且つ緻密に行われていたわけではなかったという印象がある。改正後ほぼ3年を経過しようとしている現在でも今次改正法を巡る解釈論上の議論にはいまだしきものがある。判例がある程度集積されるのを待つ必要もあるとは思われるが、新177条における暴行・脅迫の程度や、口腔性交、肛門性交の限界等解釈論上の課題は多い。