

Title	性犯罪処罰規定の改正についての覚書
Sub Title	Gedanken zur Reform des Sexualstrafrechts in Japan
Author	井田, 良 (Ida, Makoto)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2015
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.31 (2015. 2) ,p.43- 60
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20150227-0043

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

性犯罪処罰規定の改正についての覚書

井 田 良

- I はじめに
- II 性犯罪の非親告罪化について
- III 強姦罪と強制わいせつ罪の関係の再整理
- IV 性犯罪の成立範囲の拡張
- V 強姦罪の法定刑（下限）の引き上げ
- VI 「強姦強盗罪」の新設をめぐって
- VII おわりに

I はじめに

現在、刑法典における性犯罪関連規定（176条～181条）の改正が日程に上っている。これは、2010（平成22）年12月に閣議決定された「第3次男女共同参画基本計画」¹⁾が「女性に対するあらゆる暴力の根絶」を「重点分野」の1つに掲げており、その中において、「強姦罪の見直し（非親告罪化、性交同意年齢の引上げ、構成要件の見直し等）など性犯罪に関する罰則の在り方を検討する」ことを、2015（平成27）年度末までに実施すべき具体的施策に加えていることを契機とするものである²⁾。

とはいえ、明治41（1908）年に施行されて以来、基本的にそのまま維持されてきた刑法の性犯罪処罰規定に、時代状況と社会意識の変化に対応した根本的

1) 「第3次男女共同参画基本計画」は、内閣府男女共同参画局のウェブサイト（<http://www.gender.go.jp>）で見ることができる。

な改正の必要があること自体は、以前から異論の生じる余地のないところであった。ヨーロッパ諸国、たとえばドイツでは、すでに1960年代末以降、性犯罪規定の根本的な改正が行われ、そこでは「風俗の保護」から「性的自己決定権の保護」への転換が旗印とされた。それを前提として現在に至るまで、とりわけ女性や年少者、従属関係にある者を性的攻撃から保護すべく、幾度にもわたって法改正が行われ、性犯罪処罰規定の包括的な体系が作り上げられてきたのである³⁾。このような諸外国における「性刑法」の発展と比べたとき、日本は、何度も「列車に乗り遅れた」のであり、改革に向けてエンジンがかかるのがあまりに遅すぎたといえよう。

本稿は、文字通り「覚書」にすぎず、現行日本刑法典の性犯罪処罰規定の主要な問題点のいくつかを抽出するとともに、現段階での私の知見と認識に基づき、これらに若干の検討を加えることにより、少しでも問題の所在を明確化しようとするものである。

II 性犯罪の非親告罪化について

現行刑法は、強姦の罪および強制わいせつの罪を原則として親告罪としている（180条を参照）。しかし、世界の国々の多くはこれを非親告罪としており、比較的近年において非親告罪化を実施した国でも、その改正は肯定的な社会的評価を受けているとされる⁴⁾。

2) 男女共同参画会議・女性に対する暴力に関する専門調査会による報告書として、『女性に対する暴力』を根絶するための課題と対策——性犯罪への対策の推進——』（2012〔平成24〕年7月）がある。

3) 2005年時点の現行法の詳細な解説として、Karl Heinz Gössel, *Das neue Sexualstrafrecht*, 2005がある。ドイツ刑法典の注釈書としては、Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 62. Aufl. 2015が最も新しい。日本語による紹介としては、たとえば、高山佳奈子「ドイツにおける性刑法の改革」大阪弁護士会人権擁護委員会・性暴力被害検討プロジェクトチーム編『性暴力と刑事司法』（信山社、2014年）196頁以下、山田利行＝櫻田香＝井田良「ドイツ」法務総合研究所『〔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——』（法務総合研究所、2008年）55頁以下がある。

この点に関する私の結論を先に述べれば、刑法 180 条を削除し、これらの罪を非親告罪化すべきであると考え⁵⁾。たしかに、現行刑法が性犯罪を原則として親告罪とする態度をとっていることには、相当の理由がある。被害者が立件・訴追を望まないケースにおいて立件・訴追が行われ、これにより（または手続の過程で）被害者がさらに傷つけられることを防止するとともに、加害者をして示談を成立させるように努力する強い動機づけを与え、事後的な被害者救済を促進できるという「メリット」があると考えられるのである。しかし、まさにその反面において、被害者に示談を迫り、または告訴の取り消しを求める弁護人の活動が展開され、それが被害者にとりプレッシャーとなり大きな心理的負担となっているとの指摘がある⁶⁾。

1つの問題は、非親告罪化したときに、これらのメリット（その反面において伴うデメリット）が消失するかどうかである。かりに非親告罪化されたとしても、被害者の意思を無視した立件・起訴が行われるべきでないのは当然であり、実務上の運用により被害者の権利・利益の保護をはかることは可能であるし、またそうすべきであろう。他方において、そのときでも、示談を求める加害者側のインセンティブが（弱まるおそれがあるにせよ）失われるわけではないと想定される。そうであるとすれば、少なくとも刑事機関により被害者の権利・利益の擁護が適切にはかられる限りは、非親告罪化が行われることにより、

4) たとえば、1998年に強姦罪の非親告罪化を行ったフィンランドでは、親告罪とされていた当時は、加害者が被害者に圧力をかけて、告訴できないようにされていた事例がかなり見られたという。また、非親告罪化により、性犯罪の捜査がより積極的に行われるようになったとされる。齋藤実「フィンランドにおける刑事司法の現在」学習院法務研究第2号（2010年）105頁以下を参照。

5) たとえば、岩井宜子「序——性犯罪規定の見直しに向けて」女性犯罪研究会編『性犯罪・被害——性犯罪規定の見直しに向けて——』（尚学社、2014年）8頁以下を参照。なお、同様のことは、わいせつまたは結婚目的による略取誘拐の罪についてもあてはまるであろう（229条を参照）。

6) 柴田守「性犯罪の親告罪規定と公訴時効」『性犯罪・被害』（前掲注5）168頁以下、角田由紀子「性暴力犯罪被害者の抱える問題——弁護実務の観点から——」刑法雑誌40巻2号（2001年）86頁以下を参照。

以上の点に関し、現状と比較しての大きな変化が生じることはないと思されるのである。

そうであるとすれば、現行法の「デメリット」として指摘されているもう1つの点に注目が向けられるべきこととなる。すなわち、被害者の意思決定に立件・訴追の有無が依存すること、いかえれば、被害者に手続進行上の責任とイニシアティブが付与されていることは、立件・訴追の責任のすべてを刑事機関が負うという法的事実を変更するものではないにもかかわらず、相当数の被害者にとり付加的な心理的負担として感じられているという社会的事実が存在することである。現行法の基礎にある（それ自体、まさに正当である）考え方、すなわち、被害者の意思を無視した立件・起訴が行われるべきでないという配慮は、告訴を訴訟条件とするという法的制度化（いかえれば、被害者に正面から踏み絵を踏ませるようにも感じられる危惧を払拭できないやり方）を通じて、立件・訴追の責任の、少なくともその重要な一部を被害者に負わせるように見えるものとして現実には機能している（少なくとも相当数の被害者にはそのように認識されている）のである。

このように考えてくると、ここでの本質的問題は、被害者の意思を無視した立件・起訴が行われてはならないという正当な考慮は、告訴を訴訟条件とするという法的制度化以外の方法で実現することはできないか（そしてそれは可能なのではないか）ということであろう。なお、上に述べたことは、現行法の規定のもつ別の問題とも関連している。刑法180条は、強姦の罪・強制わいせつの罪を原則として親告罪としながら、強姦致死傷罪や集団強姦罪は非親告罪としている。それは、事件を表沙汰にしてほしくないという被害者の利益を絶対的なものではなく、公益と比較衡量を許す程度の利益として捉えるとともに、たとえば傷害が生じたことで訴追のもつ公益性が被害者の利益を凌駕する、と考えていることになる⁷⁾。しかし、傷害の発生の有無をして被害者の利益を公益が上回る分水嶺であるとするのが妥当であるかどうかには疑問が生じよう。

7) この点について、角田「性暴力犯罪被害者の抱える問題」（前掲注6）87頁以下を参照。

要するに、傷害の発生があつてはじめて訴追の公益性が生じるとしている点（それがなければ訴追に公益が認められないのか）および傷害の発生が被害者の利益を無視する理由になるとしている点（それがあれば被害者の利益を無視してよいのか）の2点において、現行法による利益衡量の結論には異論を差し挟みうるものである⁸⁾。

Ⅲ 強姦罪と強制わいせつ罪の関係の再整理

現行刑法は、強姦罪および強制わいせつ罪に関する規定の体系的位置づけ（すなわち、これを個人的法益に対する罪として位置づけていない）という点で問題を含むほか⁹⁾、広義の強制わいせつ行為のうち、性器結合としての性交（すなわち、男性器〔陰莖〕を女性器〔膣〕内に挿入すること）を女性に対して強制する行為のみを強姦罪として特に重い刑を予定し（177条）、それ以外の性的侵害行為はすべて強制わいせつ罪という、より軽い罪（176条）としている点に根本的な問題がある¹⁰⁾。

性的侵害行為のうち、女性を被害者とする強制的な性交のみを特別視し、そ

8) なお、もし180条の規定を基本的に維持するというのであれば、被害者が年少で告訴能力がないときに、親権者が加害者である等の理由で告訴に消極的であるときなどへの対応のために、告訴権を一定の公益性を備えた機関に与えるなどの改正はぜひ必要であろう。

9) 刑法は、第22章（174条から184条）において、性的事項に関わる犯罪をひとまとめにして規定しているが、公然わいせつ罪（174条）とわいせつ物頒布等罪（175条）は（そして、182条の罪も）性風俗ないし性秩序に対する罪であり、これに対し、176条から181条までの罪は、学説により個人の人格的法益としての性的自由ないし性的自己決定権に対する罪として性格づけられている（そこから、これらの犯罪については公然性が要件とされていない）。そこで改正にあたっては、176条から181条までの罪の規定の場所を移動する（たとえば、遺棄の罪の次に移す）ことも考慮に値する。しかし、そのときには、同様に個人的法益に対する罪としての側面を併有している174条の罪の位置づけが困難な問題となろう。

10) 現行刑法における強姦罪と強制わいせつ罪の関係をめぐる理解の変遷については、成瀬幸典『性的自由に対する罪』に関する基礎的考察 齊藤豊治=青井秀夫編『セクシュアリティと法』（東北大学出版会、2006年）251頁以下が示唆に富む。

れ以外の性的攻撃をより軽く評価することはもはや正当化できないであろう¹¹⁾。同様に、男性を被害者とする強制的な性交をより軽く評価することも正当化の根拠を見出すことは困難である。そうであるとすれば、現行法の「強姦」の範囲を拡大し、男性を被害者とするものを含めるとともに、強制的な性器結合と同等のダメージを与える性暴力（現状では強制わいせつ行為に含まれているもの）を切り出して、これに強姦と同じ法定刑を予定することが妥当であると考えられる。

以上の点をめぐっては大方の合意が得られるのではないかとと思われる。むしろ、そのことを前提として問題とされるべきは、強姦と同等に重く処罰されるべき性的侵害行為の範囲である。この点については立ち入った検討がなお必要であるが、よく言われるように、身体への「挿入」ともなう性的強制行為は被害者に与えるダメージが（強制的な性器結合と同等程度に）大きい（同時に、加害者側がもつ欲求もそれだけ強い）というべきであろう。そうであるとすれば、女性器（陰）のみならず、口腔や肛門への挿入をともなう性的行為はより重い類型とされてしかるべきである。その際、挿入するものは、性器（陰茎）に限られず、指や舌等の身体の一部や、器具の挿入であってもかまわないであろう。また、挿入されるべき女性器・口腔・肛門には加害者側のそれも含まれる。以上をまとめると、一段重く処罰されるべき「性交等の強制の罪」には、「性交の強制」および「口腔や肛門への性器等の身体の一部または器具の挿入を伴う性交類似行為の強制」が含まれるべきことになろう¹²⁾。

もしそこまで拡張するのであれば、無理やりキスをすることや女性器をなめ回すこと（いわゆるクニリングス）などまで含めるかどうかも問題となる。被害者へのダメージということで変わらないという評価もありうるかもしれない

11) 島岡まな「フランスにおける性刑法の改革」『性暴力と刑事司法』（前掲注3）192頁は、「未だに『女子に対する姦淫』のみを重く処罰している日本の強姦罪は、家父長制時代の男系血統主義を維持するための『貞操』、すなわち将来男性に嫁ぐ無垢な女子の『処女性』または夫に従属する『貞淑な妻』の保護を目的とする『強姦法』の体裁を維持しており、フランスと比較して200年以上遅れている」と表現する。

が、類型分けの明確性という見地から、それらはなお強制わいせつ行為にとどめることにも理由があるといえよう。

以上のように考えるとすれば、強姦罪（＝加重強制わいせつ罪）と通常の強制わいせつ罪という2つの類型的区別を維持しつつ、現行法の177条の適用範囲を、違法性において同等と評価される性的侵害行為（性交類似行為）にまで拡大するという方法が適当であると思われる。他に、強姦罪の規定を削除し、これを強制わいせつ罪に吸収し（性的侵害行為を一本化し）、その刑を引き上げることも考えられようが、しかし、それは構成要件の明確性を失わせ、実務に白地手形を与えるもので（そのときは、たとえば強姦の未遂と既遂とで処断刑が同じことになってしまうであろう）、適当ではないと思われる¹³⁾。

ちなみに、改正提案の中には、法律上の婚姻関係にある配偶者間においても強姦罪が成立しうることを規定上、明記すべきだとするものがある。たしかに、かつては婚姻が継続的な性交渉を前提とするところから、夫婦関係が実質的に破綻している場合をのぞいては強姦罪は成立しえないとする見解も主張されていた。しかし、かつてのドイツ刑法の強姦罪規定（1997年の法改正までは、「婚姻外の」性交を強制することが強姦罪の成立要件とされていた¹⁴⁾）と異なり、日本の刑法には犯罪の成立を認めることに対する文言上の障害はなく、現在の学

12) 児童福祉法34条1項6号の「淫行」に含まれる「性交類似行為」については、児童の心身に与える有害性の見地から、性交と同視される性的行為に限定しようとする見解が有力であるが、177条の適用範囲を拡大する際にも同様の限定が考えられるべきであろう。児童福祉法の淫行に含まれる性交類似行為の限界については、西田典之「児童に淫行をさせる罪について」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集・第3巻』（成文堂、2000年）298頁以下を参照。

13) 176条および178条1項の「わいせつな行為」という文言についても、はたしてこれを維持すべきかどうか問題となる。これを「性的行為」とか「性的侵害行為」とかの概念に置き換えることも考慮すべきであろう。

14) ただし、1997年の法改正に際しては、かなりの議論があったといわれる。法改正に反対する立場からは、国を家庭の内部にまで踏み込ませることに対し違和感が表明され、当事者が後に和解することもあり、婚姻関係を継続させるという見地からはマイナスとなると主張もあった。また、婚姻が破綻したときの係争の過程で強姦罪規定が悪用されるおそれがあることも指摘されたという。

説上も、他の要件が充足されているのに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¹⁵⁾。女性の意思に反して性交が強制される限り、形式的に夫婦間という理由だけで本罪の成立を否定するのはおよそ不当な解釈である。反対趣旨の判例があるというのであれば別であるかもしれないが¹⁶⁾、そうでない以上は、配偶者間強姦の成立可能性をあえて明示する必要性はないように思われる。なお、「夫婦関係が実質的に破綻している場合」に限定して本罪の成立を肯定しようとする見解もあるが（いわゆる限定的肯定説）、「法が家庭の中に入っていきにあたっては相当な慎重さが要求される」という一般的な解釈指針を示したものにすぎず、特別な法的要件を設定したものではありえない（要件としては曖昧であって、意味がない）。同様の慎重さは、仮に配偶者間強姦の成立可能性が条文上明記されたとしてもやはり必要となるのであり、配偶者間強姦の事例に限らず、継続的な関係にある恋人同士とか、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のである。

15) たとえば、井田良『刑法各論〔第2版〕』（弘文堂、2013年）57頁、伊東研祐『刑法講義各論』（日本評論社、2011年）79頁、佐久間修『刑法各論〔第2版〕』（成文堂、2012年）117頁以下、高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』（成文堂、2014年）129頁、西田典之『刑法各論〔第6版〕』（弘文堂、2012年）91頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）109頁以下、山中敬一『刑法各論〔第2版〕』（成文堂、2009年）148頁以下などを参照。なお、林幹人『刑法各論〔第2版〕』（東京大学出版会、2007年）92頁は、「強姦罪はきわめて重い犯罪であるからには、夫婦間の場合とほかの場合とをまったく同じに考えるわけにはいかない」としている。

16) 配偶者間においても強姦罪の成立を認めた判例として、広島高松江支部判昭和62・6・18高刑集40巻1号71頁、東京高判平成19・9・26判例タイムズ1268号345頁がある。いずれも婚姻関係が実質的に破綻していた事案であったが、後者の東京高裁の判決は、そうでなくても強姦罪が成立しうることを述べている。

IV 性犯罪の成立範囲の拡張

1 強姦罪における暴行・脅迫要件の緩和・削除

立法提案として強く主張されているのは、現行の強姦罪規定における暴行・脅迫要件の緩和・削除である。すなわち、実務上、意思に反する性交の強制があったケースにおいても、177条の予定する強度の（判例・通説によれば、「反抗を著しく困難にする程度」の）暴行・脅迫¹⁷⁾が認められないとして、訴追・立件が不可能とされたり、また、起訴されても無罪とされてしまうという「ハードルの高さ」が批判されている。被害者の意思に反して性交が強制されても強姦が成立しない、という不当な規定を改めるべきだといわれるのである。とりわけ、「被害者は容易に抵抗できたと考えられるのに現実には抵抗がなされなかった」という理由で、同条の予定する（反抗を著しく困難にする程度の強度の）暴行・脅迫の要件を具備しないとされ、強姦罪の成立が否定されることがしばしば起こり、このことが不当だとされるのである¹⁸⁾。

しかし、このことを理由に、現行の強姦罪処罰規定に手を加え、条文上の暴行・脅迫要件を緩和・削除すべきかどうかは相当に慎重な検討を要する問題である¹⁹⁾。暴行・脅迫要件についての現在の判例実務の基本的考え方は、「性交

17) 木村光江「性的自由に対する罪の再検討」『犯罪の多角的検討・渥美東洋先生古稀記念』（有斐閣、2006年）65頁以下、同「性犯罪の法的規制と性的自由に対する罪」『刑事法・医事法の新たな展開（上）町野朔先生古稀記念』（信山社、2014年）437頁以下は、判例・通説が暴行・脅迫の程度を問題とすることの背景には、保護法益としての性的自由（性的自己決定権）の強調があるとする。強姦罪・強制わいせつ罪の保護法益に関する研究としては、齊藤豊治「性暴力犯罪の保護法益」『セクシュアリティと法』（前掲注10）221頁以下、辰井聡子「『自由に対する罪』の保護法益——人格に対する罪としての再構成——」前掲『刑事法・医事法の新たな展開（上）町野朔先生古稀記念』411頁以下がある。

18) たとえば、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』（前掲注3）、杉田聡編著『逃げられない性犯罪被害者——無謀な最高裁判決——』（青弓社、2013年）を参照。批判の矢面に立たされているのは、とりわけ、強姦の公訴事実につき原審の有罪判決を破棄して無罪を言い渡した最判平成23・7・25判タ1358号79頁である。

について合意がなくそれが意思に反するものであったとしても、強度の暴行・脅迫が認められない限りは強姦罪は成立しない」というものではないと推測される。判例実務は、被害者の意思に反する性交であったのかどうかを、行われた暴行・脅迫を重要な状況証拠として用いつつ認定しようとしているのであろう。いいかえれば、判例実務の感覚では、意思に反すること（性交に関する合意が否定されること）と最狭義の暴行・脅迫の存在はイコールなのである。そのことは、暴行・脅迫の程度がより軽い場合に、強要罪（223条1項）として立件・処罰するのではなく、およそ不可罰として取り扱われてきたことに明白に表れている。性交の合意はないが、強姦のそれより軽度の暴行・脅迫は存在する、という事態が想定可能であれば、これを（「受け皿構成要件」としての）強要罪で処罰しない理由はないが²⁰⁾、判例実務がそうしてこなかったのは、「性交の合意はないが、強姦のそれより軽度の暴行・脅迫は存在する」という事態が想定されてこなかったからであろうと推測されるのである。

判例実務において、意思に反すること（性交に関する合意が否定されること）と最狭義の暴行・脅迫の存在がイコールとされているとすれば、そのことは、意思に反すること（性交に関する合意が否定されること）を間違いなく確信できる事例（すなわち、立証上のハードルをクリアでき、かつ行為者の同意に関する錯誤の主張を排斥できるような場合）のみに強姦罪の成立を認めようとしているからであろうと考えられる。もしそうであるとすれば、現在の実務感覚を前提として強姦罪における暴行・脅迫要件を一般的に緩和・削除することは、意思に反すること（性交に関する合意が否定されること）を間違いなく確信することのできない事例を強姦罪として有罪とすることを意味することとなりうるのであ

19) この点について、木村「性犯罪の法的規制と性的自由に対する罪」（前掲注17）445頁以下も参照。

20) なお、ドイツ刑法においては、性的強要罪・強姦罪（177条）の暴行・脅迫要件を充足しない程度の暴行・脅迫を用いて性的行為を強制したときには、強要罪の重い場合として処罰することが予定されている（240条4項1号を参照）。この点につき、たとえば、Eckhard Horn/Gereon Wolters, in: Systematischer Kommentar zum StGB, § 240 Rdn. 59 f.などを参照。

る²¹⁾。それはやはり妥当なことであるとは思われない。

もちろん、問題として残るのは、判例実務において用いられる事実認定の当否である²²⁾。暴行・脅迫の認定にあたり用いられている「経験則」が科学的に根拠が乏しいという可能性はあろう。ここにおいては、裁判官（等の実務法曹）においても、先入見と素朴な常識を捨てて科学的な知見に学ぶべきであることは当然であるといえよう。このような意味で、立法レベルでの改正には問題があるとしても、実務における事実認定のあり方の見直しと再検討は必須のことであるというべきであろう²³⁾。

2 地位利用ないし支配関係利用による行為の犯罪化

現行刑法には、準強制わいせつ罪および準強姦罪の処罰規定が存在する。これらにより、暴行・脅迫が用いられなくても、被害者が精神障害等の一定の理由で抵抗ができない状態（心神喪失または抗拒不能の状態）にあるとき、それに乗じて、または被害者をそのような状態に陥れて性的侵害行為が行われるとき

21) 後藤弘子「最高裁判所の無罪判例の分析と問題提起——なぜ性犯罪無罪判決を歓迎できないのか」『性暴力と刑事司法』（前掲注3）104頁、115頁以下は、「すべての性行為は不同意である」という前提から出発すべきであるとする。

22) たとえば、前掲注18)に引用した2冊の本を参照。

23) 注意すべきは、判例実務にとっても本質的に重要なことは、被害者の意思に反する性的行為が強制されることにある。そうであるとすれば、当該の事情の下で、一般的に見ればそれほど強度の暴行・脅迫があったとはいえず、抵抗も行われていないとしても、被害者にとり抵抗が困難であり性的行為が意思に反して強制されたことが、合理的な疑いを容れない程度に証明されるのであれば、現行の暴行・脅迫要件はクリアできる（いいかえれば、その場合にも最狭義の暴行・脅迫は認定可能な）のである（この点について、井田『刑法各論』〔前掲注15〕58頁を参照）。判例実務もこのような解釈を拒否するものではない（この点につき、曲田統「強制わいせつ罪・強姦罪における暴行脅迫について」『川端博先生古稀祝賀記念論文集・下巻』（成文堂、2014年）25頁以下における判例・裁判例の分析を参照）。ましてや、強制わいせつ罪における暴行は、比較的軽度のもので、被害者の油断に乗じて行われるときはその手段となりうる（その暴行が同時にわいせつ行為と認められる場合でも強制わいせつ罪は成立する）ので、力の大小強弱を問わず、必ずしも被害者の反抗を著しく困難にする程度のものであることを要しないことは明らかである。

には強制わいせつ罪または強姦罪と同じ刑で処罰される（178条1項・2項）。この規定にいう「抗拒不能」は、物理的・身体的に、または精神医学上の理由で抵抗が不可能な場合だけでなく、治癒を望む病者が医師を信頼する関係にあるような場合がその1つの例であるが、一定の従属的・支配的關係があり心理的に抵抗しがたい場合も含むとされている²⁴⁾。しかしながら、「抗拒不能」は、それ自体不明確な文言であるばかりか、主として物理的・身体的ないし精神医学的な視点からの抵抗不可能性を連想させるものであり、文字通りに理解する限りはいささか狭きに失する（他方で、そのような限定を外せばおよそ無限定なものとなる）という批判が可能であるように思われる。特に未成年者ないし青少年を保護の対象として想定するときには、社会的視点から抵抗が困難である場合を類型化してこれを刑法上の犯罪とすることは検討に値することである。たとえば、雇用関係や身分関係・親子関係に基づき一定の強制の働きの優越的な地位ないし上下関係・支配関係があることに乗じて性的行為を行うことや、暴行・脅迫には至らない偽計・威迫を手段として性的行為を行うことを構成要件化することは、客体として18歳未満の者を予定する限りは、立法論として十分に検討に値するのではないかと考えられる²⁵⁾。実は、そのような行為はすでに児童福祉法34条1項6号の「児童に淫行をさせる行為」²⁶⁾として現行法の下でも処罰可能なのである（その違反に対しては、同法60条1項により、10年以下の懲役もしくは300万円以下の罰金が科され、またはこれらが併科される）。

24) この点につき、大淵敏和「準強姦罪について」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集・上巻』（判例タイムズ社、2006年）335頁以下、木村「性犯罪の法的規制と性的自由に対する罪」（前掲注17）448頁以下、川本哲郎「準強姦罪における『抗拒不能』について」『川端博先生古稀祝賀記念論文集・下巻』（前掲注23）67頁以下を参照。近年の裁判例に限って見ても、医学系大学受験専門の学習塾の塾長について女子塾生（13歳ないし16歳）を被害者とする準強制わいせつ罪の成立を認めたもの（横浜地判平成16・9・14判タ1189号347頁）、教会の主管牧師について信者（14歳ないし16歳）を被害者とする準強姦罪の成立を認めたもの（京都地判平成18・2・21判タ1229号344頁）、養父である被告人について、同居していたその養女であり、小学6年の頃から性的虐待をくり返してきた27歳の女性を被害者とする準強姦罪・準強制わいせつ罪の成立を認めたもの（広島高岡山支判平成24・4・4LL/DB）などがある。

この種の地位利用にもとづく性的行為の罪を刑法典の中に設けることは、その成立要件を明確化し（児童福祉法 34 条 1 項 6 号の「淫行をさせる行為」については適用範囲の不明確性が指摘されているところである²⁷⁾）、刑事犯としての性格を際立たせることにより、禁止の感銘力を高めるという意味をもちうるのである。

3 「性交同意年齢」の引き上げ

現行法の強制わいせつ罪と強姦罪は、13 歳未満の者を客体とする場合、その同意があったとしても成立する（176 条後段・177 条後段を参照）。しかし、いわゆる性交同意年齢を 13 歳とすること（すなわち、13 歳以上であれば、性交に同意可能であるとする）は、年齢設定の点で低きにすぎるとはいえないかという疑問が生じる。しかも、現行法の下では、すでに年少者の「性的自由」は（未成熟な者の保護の見地から）特別法により大きく制限されている。すなわち、前述のように、児童福祉法 34 条 1 項 6 号は、児童（満 18 歳未満の男女）に「淫行をさせる行為」を禁止しているし、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 4 条により、児童買春が処罰されている（違反に対しては、5 年以下の懲役または 300 万円以下の罰金が科せられる）。さらに、「淫行」を規制する地方公共団体の青少年保護育成条例違反の

25) ドイツでは、1997 年以降、強姦を含む性的強要の構成要件が拡張され、①暴行を手段とする場合と、②脅迫を手段とする場合だけでなく、③被害者が保護されずに行為者の働きかけにさらされている状況を利用して行われる場合もこれに含まれるようになった（177 条 1 項 3 号）。これにより、被害者が助けを受けられない状態に置かれており、優越的立場にある犯人への抵抗が無意味に思われるという理由で抵抗をあきらめたというケースでも強姦罪が適用されるようになったのである。高山「ドイツにおける性刑法の改革」（前掲注 3）198 頁を参照。

26) ここにいう「淫行」には、性交だけでなく性交類似行為も含まれ、また、「児童に淫行させる行為」には、児童を第三者と淫行させる行為と、行為者自らが児童と淫行をする行為の両方を含むものとされるに至っている。詳しくは、西田「児童に淫行をさせる罪について」（前掲注 12）291 頁以下、渡邊一弘「性犯罪からの児童の保護」『性犯罪・被害』（前掲注 5）133 頁以下を参照。

27) 渡邊「性犯罪からの児童の保護」（前掲注 26）140 頁以下を参照。

罪も存在する²⁸⁾。

このような現状を踏まえれば、刑法上、同意にかかわらず強姦罪・強制わいせつ罪が成立する年齢を16歳程度まで引き上げることが考えられよう。そうすれば、中学生はすべて包括されて保護されることとなり、行為者が中学生程度と認識していたことにより、故意として十分とされうることになる。たしかに、そのときは中学生同士の恋愛の結果として性的行為が行われたときに強姦罪・強制わいせつ罪が成立することとなり不当であるという批判も生じようが、そのような事例においては被害者に長期的なダメージを与える性的侵害行為が認められないという解釈で対応するなど、規定の運用により解決すべきことになる。しかし、それはすでに現行法の下でも部分的には存在する問題にほかならないのである。

V 強姦罪の法定刑（下限）の引き上げ

現行刑法の強姦罪規定への批判の中には、その法定刑と、強盗罪（236条）の法定刑とを比較し、その下限がより軽いことに理由がない、とするものがある。かりにその主張が、強姦罪の法定刑の下限（3年の懲役）を強盗と同等とする（5年の懲役）ことを求めるものであるとすれば、それに対してはいくつかの疑問がある。

まず、法定刑の重さは保護法益のもつ価値の高低のみで決まるものではなく、特に強盗罪という、模倣されやすく、また経済状況により誘惑が強く働き、治安感情に影響を与えやすい犯罪については、一般予防の観点から重い刑が規定されていると考えられる。そのことを別としても、現行刑法における財産犯に対する法定刑の重さは際立っており、とりわけ強盗罪の法定刑は、現実の量刑に対して規制機能をもちえないほど重すぎるものとなっている。これと平仄を合わせるといってはむしろ理由のないことなのである。

28) これら諸法令について、安部哲夫『新版・青少年保護法〔補訂版〕』（尚学社、2014年）12頁以下、17頁以下、19頁以下、215頁以下、242頁以下を参照。

また、もし強盗罪の法定刑とのバランスのみを理由として法定刑の下限を引き上げるとすれば、それは立法として適切なものであるのかどうかは大いに疑問である。刑の下限を引き上げるだけの立法事実のないところで（現状では、強姦罪の場合、3年以下〔2年以上〕の懲役となるのが最も多いようである）強盗罪の刑を放置したまま、これに強姦罪の刑をあわせるというのは立法としていかにも拙劣なものというべきであろう。また、酌量減軽が行われなければ実刑を免れない程度に刑の水準を引き上げることにより、示談へのインセンティブが失われることも危惧されないではない。

もし強盗罪と強姦罪の刑を同等なものにするとすれば、強姦致傷罪の下限は6年の懲役ということになるが、このような引き上げにも実質的な立法理由が存在するのかどうか疑わしい。現在の強盗致傷罪の量刑は懲役5年から7年程度を最頻値とするものであり²⁹⁾、そのような量刑の現実を大幅に変えることを意図しないのであれば、現在の法定刑の下限を引き上げるべき必要性は乏しいといわなければならない。

なお、強姦致死罪と強盗致死罪（240条）を比較することは難しい。刑法240条は殺意ある場合を含むとされていることから、181条との単純な比較はできないのである。少なくとも指摘できることは、現状のままでは、殺意をもって強姦を実行したときの処断刑の下限が、殺意をもって強盗をしたときと比べてずっと軽くなっているということである（強盗殺人については無期懲役だが、強姦殺人については懲役5年にとどまる）。しかし、平仄をあわせるために強姦殺人罪を処罰する加重特別規定を新設したり、強姦致死の法定刑を無期懲役（のみ）にするというのは、妥当なこととは思われない。

VI 「強姦強盗罪」の新設をめぐって

現行刑法には、強盗強姦罪の処罰規定が存在する（241条前段）。これは、強

29) たとえば、酒巻匡＝大澤裕＝菊池浩＝後藤昭＝栃木力＝前田裕司（座談会）「裁判員裁判の現状と課題」論究ジュリスト2号（2012年夏号）24頁を参照。

盗犯人（236条、238条、239条）を主体とする犯罪であり、強盗犯人が強盗の機会に女性を強姦することによって成立する。たとえば、強盗犯人が、財物を奪取するため、または現場から逃走するため、被害者の女性に暴行・脅迫を加えたところ、反抗を抑圧された女性の姿を見てにわかに強姦の意思を生じ、強姦に及んだというようなケースに適用される。予定された刑は、無期または7年以上の有期懲役であり、強盗罪と強姦罪の併合罪の場合の処断刑よりもかなり重くされている。

現在、議論があるのは、強盗と強姦の先後関係は重要でなく、事後にしばしばこれを確定しがたい場合も想定されることから、強姦が先行する場合における、強姦罪と強盗罪の結合犯を重く処罰する規定を設けるべきでないのか、ということである。そもそも現行の強盗強姦罪における刑の加重の根拠は必ずしも明らかでない。被害者に大きなダメージを与える2つの犯罪を同一機会に行うこと（それがしばしば起こりうることも指摘されている）のもつ評価の重さに加えて、被害者の羞恥心を利用して捜査機関への被害の届出を困難にすることを狙いとする点に認められる行為の悪質さ（同時に、犯人にとっての誘惑の大きさ）が指摘されることが多い³⁰⁾。もしそれが加重の根拠だとすると、同様に、強姦犯人が、強姦後、強盗の故意を生じて、畏怖している被害者から金品を強取したとき、強盗罪と強姦罪の両罪の要件がそれぞれ肯定できる限りは、強姦罪と強盗罪の併合罪以上に刑を重くすることには理由があるといえよう。その限りで「強姦強盗罪」の新設は支持することが可能である。

問題は、強姦が先行し、後の行為がそれ自体として強盗の要件を充足せず、せいぜい窃盗でしかありえないときである。このような場合に、加重類型で処罰するとすれば、実体としては強姦罪と窃盗罪の結合犯が、強姦罪と強盗罪の併合罪以上の重い刑を科せられることになる。たとえば、強姦の手段としての暴行により被害者が意識を失ってしまったようなとき、後の行為について強盗の要件がないのに、それだけの刑の加重を認めてよいのかどうか問われるの

30) たとえば、大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（有斐閣、2005年）234頁以下を参照。

である。

強盗は「手段と目的の連関」が重要であり、それが強盗の方が強姦より重くなっていることの根拠の1つでもあろう。準強姦に対応するような準強盗規定はない（これに対し、強盗犯人が気絶している被害者を姦淫すれば準強姦の実体をもつ）。もし行為者が強盗の意図なくして被害者を心神喪失にしたとき、その状態に乗じて財物を奪うとすれば、それは窃盗にすぎない。強盗罪と窃盗罪の結合犯が「強姦強盗罪」に高められる可能性があるのであれば、そのような刑法の基本的考え方と矛盾するおそれなしとしないのである。

VII おわりに

本稿では、刑法典に置かれた性犯罪処罰規定を改正しようとするときに問題となる主要なポイントを取り上げ、不十分なながらも一応の検討を加えた。ここで私が述べようとしたことは、もし現行法による利益衡量のバランスが全体として被害者にとり不当に不利な状況を生んでいるとすれば、あくまでも慎重にこれを修正することが求められる（刑事法の基本原則の根本を掘り崩すようなドラスティックな改革を意図するべきではない）ということに尽きる。また、かりに本稿において支持したような改正が実現したとしても、従前と比べて処罰の範囲が大幅に拡大されるものではないということに注意すべきであろう。現行法のままでも、刑法と特別法の規定により、およそ処罰されるべきものと考えられる行為は大方すでに処罰可能なのである。その意味において、今回、行われるべき刑法改正に過剰な期待を向けてはならない。たしかに、刑法典の規定は、当該法益の実質とその保護に関する、その国の基本的考え方を示すものであり、きわめて重要である。とはいえ、刑法の規定を改めることにより、その運用にあたる法曹実務家、さらにはその適用を受ける一般市民の意識の変革がただちに可能になるというものではない（「強姦神話」³¹⁾）がかりに法曹関係者の

31) 谷田川知恵「強姦神話」三成美保ほか『ジェンダー法学入門』（法律文化社、2011年）58頁以下を参照。

間においては払拭されたとしても、一般市民の間において維持されるのであれば、それが同意の誤認という形で行為者の故意を阻却する効果を生じさせ、立件・処罰を不可能とすることがありうる）。もし意識の変革が必要であるとすれば、それは刑罰法規を用いてそれを行うことはできず（少なくとも、それは適切ではなく）、教育や啓発活動こそがそれに適した手段であろう。

本稿において取り上げた重要論点に関する、より掘り下げた本格的な検討は、他日機会を得てこれを行うこととしたい。