

Title	鉄道における強姦罪と公然性
Sub Title	Rape in the railways and public indecency
Author	和田, 俊憲(Wada, Toshinori)
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.255- 294
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-20150227-0255

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.

鉄道における強姦罪と公然性

和田 俊 憲

- I はじめに
- II 検討の基本方針
- III 強姦罪の保護法益
- IV 若干の補強的検討
- V 公然と行われる強姦罪
- VI 公共交通機関における強姦罪
- VII おわりに

I はじめに

慶應義塾大学法科大学院きってのレールファンであり、京都のご出身である安富潔教授のご退職を、まもなく北陸新幹線が延伸開業するというこのタイミングで記念するにあたっては、いわゆる特急サンダーバード強姦事件¹⁾を題材にするのが自然であろう。

特急サンダーバードは、特急雷鳥の後継として、主に大阪駅—富山駅間を東海道本線、湖西線および北陸本線経由で走っている列車である。普通列車よりも特急列車の方が本数が多いことなどから特急街道とも呼ばれる北陸本線の今日における代表的存在であるが、北陸新幹線の延伸開業に伴い、それとの重複区間について運行が廃止される予定である。

1) 大津地判平成 20 年 1 月 17 日判タ 1261 号 349 頁。

平成 18 年の特急サンダーバード強姦事件は、同特急の富山発大阪行き列車が福井駅から京都駅を経て新大阪駅までを走行中に、その車内で発生した強姦事件であった。暴行・脅迫は座席において加えられており、姦淫はトイレだけでなく洗面所でも行われていて、ほかにも乗客のいる運行中の特急の車内が現場であったことから世間の耳目を集めた。それ以外に普通列車の車内や駅のトイレでも強姦を繰り返すなどした被告人（強姦 3 件、傷害 1 件）に対して、懲役 18 年（求刑懲役 25 年）を言い渡した第 1 審判決は、量刑の理由において次のように述べている。

「運行中の電車内で乗客の女性を強姦するという常軌を逸した犯行などが電車を利用する一般乗客や鉄道関係者らに与えた衝撃は小さくなく、その社会的影響も軽視できないが、そもそも公共交通機関が強姦などの犯罪を行う場所であってはならず、同所において、公然これらの犯罪が行われてはならないのであって、その安全、安心の確保はそれ自体極めて重要な課題である。そのためには、これらの犯罪に対しては厳罰をもって臨み、これを禁圧する必要性が高いといわなければならない。」

ここでは、本件が個別の具体的事件として社会にもたらした影響に触れつつも、公共交通機関において公然と行われる強姦罪は一般的に、公共交通機関の安全・安心の確保という観点から厳罰に処する必要性が高いことが指摘されている。同判決ではそれ以上具体的に示されてはいないが、強姦罪が公然と行われること、および、公共交通機関において行われることは、いかなる意味で厳格な刑事的対応を要求するのであろうか。

本稿では、この問題意識を切り口として、強姦罪（以下では、強制わいせつ罪なども含めて「強制系犯罪」と呼ぶことがある）と公然わいせつ罪（以下では、わいせつ物頒布等罪なども含めて「公然系犯罪」と呼ぶことがある）の特質を明らかにしたい²⁾。

II 検討の基本方針

1 強姦罪の位置づけをめぐる議論の特徴

現行刑法は強姦罪（あるいは、強制系犯罪）を、その条文の位置に表れているように社会的法益に対する罪として位置づけている、と指摘されることが多い。しかし、強姦罪の議論を深化させるにあたっては、そのように強調することが妥当でないことを、初めに指摘しておきたい。

(1) 現行刑法の制定過程の概観

まず、現行刑法は、強姦罪を（ほかの強制系犯罪も含めて）積極的に社会的法益に対する罪として位置づけたとは考えられない。

旧刑法は、第2編「公益ニ関スル重罪軽罪」と第3編「身体財産ニ対スル重罪軽罪」とを明示的に分けていた。そして、公然猥褻罪と猥褻物公然陳列・販売罪（258条・259条）は、前者の第6章「風俗ヲ害スル罪」として規定して社会的法益に対する罪とする一方、強制猥褻罪と強姦罪（346～351条）は、後者の第1章「身体ニ対スル罪」の中の「猥褻姦淫重婚ノ罪」として（淫行勧誘罪、姦通罪および重婚罪〔352～354条〕とともに）規定し、個人的法益に対する罪と位置づけていた。

これに対して、現行法の制定過程で、公然猥褻罪および猥褻物公然陳列・販売罪と、強制猥褻罪とが、「猥褻」を共通項とするところから同じ章の中に規定されることとなった。さらに、強制猥褻罪がいわば³⁾かすがいとなって、もともと強制猥褻罪と同じ節に規定されていた強姦罪以下の犯罪類型も同様の扱いを受けた³⁾。

2) 本稿は、西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編・注釈刑法 第2巻（近刊）の拙稿（第174～184条注釈）の内容を補充するものである。

3) 現行法の制定過程に関する近年の研究として、成瀬幸典『『性的自由に対する罪』に関する基礎的考察』辻村みよ子監修・セクシュアリティと法（2006年）251頁参照。もっとも、同論文は、現行刑法は強制系犯罪を社会的法益に対する罪と位置づけたことが看取されるとする。

したがって、現行刑法第22章は、単に性に関係する構成要件要素をもつ犯罪類型を一括りにしたものと解される。「猥褻」等を共通項にして性に関する犯罪類型を括ることを優先させたうえで、その全体の位置づけとしては、身体に対する罪よりも、風俗に対する罪とした方が相対的に適切であると考えられたにすぎず、刑法典自体が積極的に強制わいせつ罪や強姦罪を社会的法益に対する罪として扱っていると理解する必要はないと思われる。

（2）従来の議論の問題点

条文の位置にもかかわらず強制系犯罪は個人的法益に対する罪と解すべきであり、それは刑法第22章に含まれるその他の公然系犯罪などの犯罪類型とはまったく異質なものである、ということを強調することは、同章の罪の保護法益をめぐる解釈論で生じている問題の遠因となっているように思われ、あるいは逆に、それらを切り離さずに性に関する犯罪として同じ土俵にのせて同時に視野に入れることが、解釈論上の課題を解決する糸口になると思われる。

第1に、「強制系犯罪は、条文が社会的法益に対する罪として扱っているのに対して、個人的法益に対する罪と解すべきである」ということを強調することは、その主張自体で解釈論が一定の役割を果たした外観を呈するために、その先でさらに個人的法益の中身に関する議論を進展させる必要性を少なく見積もらせてしまっているように見受けられる。通説は、性的自由ないし性的自己決定権を強制系犯罪の保護法益とするが、特に強姦罪について、「魂の殺人」とも喩えられる同罪の本質を捉えきれていないと批判されているところである⁴⁾。個人的法益に対する罪であることは当然の前提として、このような問題こそ真剣に検討すべきであろう。

第2に、公然系犯罪の保護法益については、社会的法益である性的風俗・性的秩序とする通説と、青少年保護や見たくない人の利益といった個人的法益と

4) このような視点からの最近の論攷として、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』岩瀬徹＝中森喜彦＝西田典之編集代表・町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開上巻（2014年）411頁。

解する有力説との間で対立がある。通説は、秩序の内容をより具体化・明確化することが求められ、他方で有力説は、立法論ではなく解釈論として受け入れ可能な形に希釈化する必要があると思われる。それらの要請をともに満たす方途は、性的秩序を個人的法益と合理的に関連づけることであると考えられる。そして、そこで対象となる個人的法益は、すでに本章の罪において法益として承認されている強制系犯罪の保護法益に求めることが有効であろう⁵⁾。公然系犯罪と強制系犯罪はともに性に関する犯罪である点では共通なのであるから、両者を関連づける視点から考察を進める方向が追究されるべきであるように思われるのである。

こうして、性的行為の本質を探究して強姦罪を中核とする強制系犯罪の保護法益の理解を深め、それと関連させて公然わいせつ罪等の公然系犯罪の罪質を明確にするというのが、基本方針となる。

2 性的行為の本質

性は、人格の根幹に関わるものである。性交を中心として、典型的には二者間でなされる性的行為は、自己の性的欲求の充足と、相手方の尊重という、2つの重要な人格的利益の間の強い緊張関係の中で相互的に行われるものであるところに、その特徴がある。単に意思の合致が必要であるということを超えて、そのような強い緊張関係が生ずるのは、二者間での性的行為が、互いの人格的領域を交錯させる行為だからであろう。一方当事者が人格的存在として相手方の人格的領域に踏み込み、同時に相手方の人格的要素が自らの領域にも侵入してくる。性的だと判断される二者間の行為は、そのような人格的領域の交錯を必ず伴うと思われる。

性的行為が一般的には、極めて親密な特定の二者間でのみ、しかも非公然的に行われるのは、そのことの表れであろう。社会的領域においては、各人はその人格的領域を完全に保持する独立した主体として振る舞うことが予定されて

5) このような方向性を有する最近の分析として、伊藤涉ほか・アクチュアル刑法各論（2007年）414頁〔島田聡一郎〕参照。

おり、人格的領域の保持が不完全になる事態は排除されるべきものとされているからである⁶⁾。また、性的な事柄は、一方では芸術の域に高められ、他方では低劣な欲求として扱われて、社会においてアンビバレントな感情をもって受け止められている理由も、同様ではなかろうか。

上のような人格的利益と関連づけた理解が、性犯罪を検討する上での基点とされるべきであると思われる。次節以下では、そのままでは単なる印象的表現にとどまる可能性のある「人格的領域の交錯」を鍵概念として、強姦罪と公然わいせつ罪につき、前者の保護法益を明らかにしたうえで、両罪の関係を意識しながら後者を検討することを通じて、この鍵概念と両罪の特質とを同時並行的に明確にすることを目指したい。

Ⅲ 強姦罪の保護法益

1 学説の整理

(1) 伝統的見解

強姦罪（〔177条〕および準強姦罪〔178条2項〕ならびに集団強姦罪〔178条の2〕）の保護法益は性的自由であるとするのが通説である。もっとも、性的自由の概念内容は必ずしも明確なものではない。そこで、本罪の具体的要件や処罰範囲の理解などに照らすと、伝統的に主流であった見解は、性的自由の内実を貞操の自由（性的純潔性を維持する自由）に求めるものであったといえる⁷⁾。

その例として第1に、夫婦間の強姦罪を否定・制限する見解がある。昭和末期までの通説であり、最近でも、反対説が多数説化する中で一定の支持を保っ

6) この意味で、社会的領域の、とりわけ一般に見える範囲から、過度な性的行為、著しく感情的な行為、重度の精神病患者、そして死体が隠されることを望む一般的感情は、すべて同根であるように思われる。もちろんこれは、これらが同一視されていること、または、同一視されるべきであることを指摘ないし主張するものではない。

7) 団藤重光・刑法綱要（各論）〔第3版〕（1990年）310頁は、明示的に「個人の性的自由ないし貞操」が保護法益であるとする。

ている。これは、妻の性的自由を夫との関係で否定ないし制限するものであるが、家父長的婚姻観に基づき、実質的には夫を貞操の利益主体の1人とみて、夫は法益侵害をなし得ない（ことがある）ものと解していると評しうる（夫婦間強姦についての詳細は、後述Ⅳ4参照）⁸⁾。

第2は、本罪の暴行・脅迫は相手方の反抗を著しく困難にする程度のものに限定されんとする見解であり、これは今日でも通説とされる。暴行・脅迫をそのように限定することは、本罪の成立に貞操侵害を要求することを意味することにもなりうる。なぜなら、暴行・脅迫の程度が軽い場合も被害者の同意は否定されうるので⁹⁾、暴行・脅迫の限定は被害者の意思に反するだけでは処罰に不十分であると解することを意味し、そのように暴行・脅迫を限定する趣旨として、強度の暴行・脅迫を受けるまで十分に抵抗しなかった被害者は保護に値する貞操を有しないという観念が、忍び込んでいる可能性があるからである（暴行・脅迫についての詳細は、後述Ⅳ5参照）。

貞操・性的純潔性を問題とすることは、少なくとも今日において共有されるべきであると考えられる価値観と合致しない。これらの見解は、保護法益を明示的に貞操の自由と表現するものではないが、そのような考え方を容れる余地があること自体が、本罪のあるべき理解を妨げる原因となりうる点で問題であるとされる¹⁰⁾。

(2) 新たな見解

近年、本罪から貞操の要素を意識的に排除しようとする点で共通する次の3つの見解が主張されている。

第1は、伝統的な見解と同じく本罪の保護法益を性的自由としつつ、あるい

8) なお、姦通罪（旧183条）は、妻の姦通（およびその相手方）のみが処罰対象であったため、新憲法の施行に際し、法の下での平等（憲法14条）・両性の平等（憲法24条）に反するとして削除された。ここでは、貞操（性的純潔性）の利益を保護法益とする考え方が妥当でないとして廃止されたのではないことを確認しておきたい。

9) そのことは、財産犯では恐喝罪に表れている。

10) 辰井・前掲注4）414頁以下参照。

は、これを性的自己決定権と表現しなおした上で、その内容を、誰と、いつ性交を行うかを決定する自由と具体的に明示するものである¹¹⁾。性交の妨害ではなく強制のみが問題であるから、厳密に言えば、そのときその相手方との性交を拒否する自由、換言すれば、相手方および時間等について具体化された性交拒否権を意味することになる。

第2の見解は、本罪を性的暴行罪と構成するものである¹²⁾。これは、欧米諸国で性的自己決定が強調された理由が、近親姦や同性愛等の性行為を非犯罪化するにあたり当事者の意思に基づくことを根拠とする必要があった点にあるのとは異なり、我が国で本罪の保護法益を性的自由・性的自己決定権とすることの実際の意味は、暴行・脅迫行為があっても自由を侵害しない限りは本罪を構成しないとする点にあるという認識に基づくものである。具体的には、自由侵害の有無という微妙な事実を被告人に有利に認定する結果、「意思に反して行った」という心証を揺るがす事実として「明示的な抵抗がなかった」という事実が提示されれば無罪になりうるという点で、また、解釈論上は、本罪の暴行・脅迫を、抵抗を凌駕する程度のものに限定するという形で、本罪の処罰範囲を不当に限定する機能を有するとして、本罪の保護法益を性的自由とする通説的見解を批判する。そこから、本罪を、被害実感にも近い暴行・傷害罪に類似した犯罪類型として構成することが提唱されている¹³⁾。

最近では、本罪の保護法益は性的人格権であるとする第3の見解が現れている。すなわち、日常生活において他人から性的存在としての扱いを受けないことは人間性の保持にとって必須の要件であり、そのように秘匿されるべき性的領域に踏み込まれ開示を迫られることで害されるのは、端的に人格の統合性で

11) 平川宗信・刑法各論（1995年）193頁、林美月「性的自由・性表現に関する罪」芝原邦爾ほか編・刑法理論の現代的展開各論（1996年）74頁、井田良・入門刑法学・各論（2013年）70頁など。

12) 木村光江「強姦罪の理解の変化」曹時 55巻9号（2003年）14頁。

13) なお、団藤・前掲注7）489頁は、暴行・脅迫という手段に着目して、本罪は「身体ないし身体的自由に対する侵害でもある」とする。これに対して、性的暴行罪という場合の暴行は、手段行為ではなく姦淫行為の暴行性をいうものと解される。

あり人間の尊厳であるとする¹⁴⁾。この見解は、貞操の利益を否定する過程で法益を意思や身体といった小さな要素に分解しすぎた諸見解を、改めて人格的統合性のもとで統合するものということができる。また、性的自由が人格的利益の要素を含むことは、通説的見解からもしばしば断片的に表現されてきたところであり¹⁵⁾、人格的統合性説はそれを正面に据えるものであるということもできよう¹⁶⁾。

2 検 討

自己決定権という用語は、国家権力の介入を避けるべきであるという文脈では価値の大きさを示すのに効果的なものであろうが、犯罪論においては、個人的法益に対する罪はすべて被害者の自己決定権を害するものともいえるから、性的自己決定権が保護法益であるというだけでは強姦罪の違法性の高さが表現しきれない。また、そもそも本罪の侵害に直面した被害者は、必ずしも性的行為について意思決定ができるわけではないから¹⁷⁾、性交拒否権説にいう自由侵害・自己決定権侵害は、真意に反する意思決定の強要ではなく、単に意思に反することを行うことを意味するはずである¹⁸⁾。しかし本罪は、13歳未満に對しては意思侵害を要素とせずに成立する¹⁹⁾。したがって、本罪では、何ら

14) 辰井・前掲注4) 425頁。さらに、齊藤豊治「性暴力犯罪の保護法益」辻村・前掲注3) 246頁。

15) 団藤・前掲注7) 489頁など。

16) なお、国際連合経済社会局は加盟国に対し、現行の強姦罪や強制わいせつ罪等を、害に応じて段階付けされた幅広い性的暴行罪に替え、そこにおける性的暴行を「身体的統合性および性的自律性の侵害」として定義することを勧告している（Handbook for Legislation on Violence against Women 26頁）。これも基本的に同じ方向性をもった考え方であると思われる。

17) 木村・前掲注12) 2頁および15頁がこのことを強調する。

18) その意味で本罪は、被害者の行為を前提とする強要罪の特別類型ではない。山口厚・刑法各論〔第2版〕（2010年）105頁は、強制わいせつ罪・強姦罪を強要罪の「一種の特殊類型」と表現する。

19) さらに、性犯罪を処罰する特別法の多くも同様である。木村・前掲注12) 2頁参照。

かの同一の利益に対する侵害が、177条前段では被害者の意思に反することで処罰を基礎づけ、後段では意思に反するかどうかを問わず処罰根拠になるという構造で理解する必要がある、意思に反するということが自体に本罪の本質を求める構成は維持できないと思われる。

性的暴行罪説は、意思に反することの対象をある種の身体侵害に求めるものと解され、性交拒否権説よりも実質の伴う内容となっている。もっとも、性的自由を保護法益とする見解が単に加重された自由侵害と構成するだけでは本罪の評価として不十分であるのと同様に、単に加重された身体侵害というのでも本罪の本質はまだ捉えきれないであろう。さらに性犯罪としての本質を正面から表現する必要があると思われる。

強姦罪は、相手方を人格的存在として顧みることなく、ただ自己の性的欲求の充足のみを図る行為の典型である。そこでは、意思侵害と身体侵害の両方の要素が必要であると解されるが、それらを単に加算するのでも不十分であり、「性的」暴行という、強要とも単純暴行とも質的に異なるものであることを評価しなければならない。そこで前に述べた性的行為の本質に鑑みると、暴行が「性的」であるというのは、人格的領域の交錯を強いるからだと考えられる。その意味で、強姦罪は、人格的領域を交錯させることにより女性の人格的統合性を害する罪として理解するのが妥当である。

IV 若干の補強的検討

強姦罪の保護法益を人格的統合性と解することの妥当性を支持する内容の議論を、補強的にいくつか挙げておきたい。

1 13歳未満に対する強姦罪

13歳未満に対する強姦罪（177条後段）は、暴行・脅迫の有無によらず、また被害者の同意の有無によらずに成立する。これは、姦淫行為から青少年を絶対的に保護するものとされる。そこで問題とされているのは人格形成に悪影響

を及ぼすことであると解され、保護法益を人格的統合性と解する立場からは通常の強姦罪と同じ次元に位置づけることが可能となる。

13歳という基準は、一般的に性行為に対する同意能力をそなえる年齢と解されているが、上述の観点からは、被害者本人の意思如何にかかわらず性行為が人格形成に悪影響を及ぼしうる年齢と位置づけられよう²⁰⁾。

2 強制わいせつ罪

強制わいせつ罪も、相手を人格的存在として顧みず、ただ自己の性的欲求の充足のみを図る行為である点では、強姦罪と同じである。強制わいせつの程度に達しないものを含めて、近年の痴漢行為に対する違法評価の重さにも、単なる意思侵害では説明しがたいものがある。強姦罪についての上述の理解からは、強制わいせつ罪の保護法益も人格的統合性と解するのが自然であろう。ただ客体が男性にも広がり、侵害の程度も強姦よりは弱く、人格的統合性を動揺させるにとどまる²¹⁾という違いが存するだけであると解される²²⁾。

3 財産的被害と強姦被害の比較

強姦罪の保護法益の特質は、性的行為と財産的取引における両当事者の利得と損害の関係を比較することからも明らかとなる。標語のように表現すれば、財産犯は「喪失の強制」であるのに対して、強姦罪は「共有の強制」である。

二者間で行う財産的取引と性的行為はいずれも、両当事者が望んで行うことが典型的に予定される行為である。このうち、財産的取引においては、主体か

20) そのように解する場合は、立法論として、青少年保護の見地から177条後段の基準年齢を引き上げても、社会的判断能力の観点に立った成人年齢や選挙権年齢などを引き下げる動きとは矛盾しないと思われる。内閣府・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 第62回議事録（2012年）6頁以下〔木村光江発言〕も参照。

21) あるいは、「人格的領域の廉潔性の侵害」と表現することもできるかもしれない。

22) 現行法では強制わいせつ罪で捕捉される姦淫以外の性的侵入を、男性を客体とする場合を含めてどのように扱うべきかを立法論として検討する際にも、人格的統合性に与える衝撃の強さは一定の指標になりうると思われる。

らは切り離された客体としての財産がやり取りされ、財産の取得が両当事者の利得であり、意思に反して財産を奪われれば、それが被害者の損害となる。性的行為についても、たとえば貞操の利益といったものを想定して、それを客体とする取引とみるのであれば、財産的取引と同じ構成になり、意思に反してその利益が奪われることが被害者の損害であるとみることになろう。

しかし、主体からは切り離された性的利益が客体として取引されるという見方は、少なくとも両当事者が望んで性的行為を行う場合には、実態を捉えていないように思われる。そこでは、対価関係に立つ2つの利益がやり取りされるのではなく、むしろ姦淫の利益・性的行為の利益という1つの利益が共有されるというべきであろう。そうだとすると、それが一方当事者の意思に反して行われるとき、そこで生じる損害は、喪失が強制されることではなく、共有が強制されることである。そして、望まぬ相手と共有を強制されるときに害されるのは、主体からは切り離された客体に関する利益ではなく、主体自体にかかわる利益、すなわち、人格的利益なのである²³⁾。

4 夫婦間強姦

意思に反する姦淫であっても夫婦間では強姦罪（および準強姦罪〔178条2項〕）が成立しないことがあるかが議論されている²⁴⁾。この議論は、家父長的婚姻観を克服する歴史が表れるものであり、本罪の保護法益の真の理解が問われるところである。

(1) 学説と判例

伝統的には（戦前および新憲法制定後も永らく）、夫の性交権・妻の性交義務

23) 住居侵入罪についても同様に、単に意思に反して侵入することではなく、滞在利益の共有を強制することが本質であるとみることができる。辰井・前掲注4) 429頁以下は、住居侵入罪も人格に対する罪として構成することを提唱している。もっとも、建造物侵入罪も同じように理解してよいかは、検討の余地があると思われる。

24) これは理論的には、妻による夫の姦淫や夫婦間でのわいせつ行為についての強制わいせつ罪（176条）・準強制わいせつ罪（178条1項）の成否という問題も含むものである。

を認め、(ドイツ刑法旧 177 条などが婚姻関係によらない性交のみを処罰対象としていたことの影響も受けて)形式的に婚姻関係がある場合に常に妻を客体から外し、あるいは夫を主体から除外して、婚姻関係は強姦罪を完全に排除するとする強姦罪全面否定説が通説であった²⁵⁾。判例で初めて夫婦間の強姦罪を認めたのは、夫の性交権・妻の性交義務を一般的に肯定しつつも、婚姻が実質的に破綻していたことを指摘して本罪を認めた昭和 62 年判例²⁶⁾である。

同判例をきっかけに活性化した議論の中では、婚姻の破綻の有無にかかわらず、夫婦間でもそれ以外の場合とまったく同じく強姦罪が成立すると解する強姦罪全面肯定説が次第に有力化し、昭和 62 年判例はむしろ、一般的に夫の性交権・妻の性交義務を認める点が批判の対象とされた。また、一般的に性交権・性交義務を認める見解からも、昭和 62 年判例の事案は、性交権を逸脱しており、婚姻の破綻がなくても強姦罪を認めるべきものであったことが指摘される²⁷⁾。

こうして今日の学説における対立状況は、次の 2 つの見解の間で形成されている。ひとつは、強姦罪限定否定説²⁸⁾である。これは、(i)継続的に性的行為を行う婚姻関係に形式的に入ったことにより、夫には妻に対する性交権が認められるとともに、妻の性的自由・性的自己決定権は夫との関係で制約されると解し²⁹⁾、(ii)その性交権・性交義務は実質的に婚姻関係が維持される限りで認められるとしつつ、(iii)さらに婚姻の実質的破綻がなくても、一定の具体的な姦淫行為との関係で性交権の行使を制限し、あるいは、性的自由の制約を解除するという見解である。このうち性交権を制限するものとしては、たとえば、公

25) 団藤重光編・注釈刑法第 4 巻 (1965 年) 299 頁〔所一彦〕参照。葛原力三「夫婦間での強姦」法セ 430 号 (1990 年) 37 頁は、この見解が当然視されていたためにサイレント・マジョリティが形成されていたと分析する。

26) 広島高松江支判昭和 62 年 6 月 18 日判時 1234 号 154 頁 (実家に逃げた妻を夫が第三者と共同で連れ出し輪姦した事案)。

27) 中森喜彦「判批」判評 348 号 (1988 年) 71 頁。

28) 中森喜彦・刑法各論〔第 3 版〕(2011 年) 59 頁、斎藤信治・刑法各論〔第 3 版〕(2009 年) 54 頁、林幹人・刑法各論〔第 2 版〕(2007 年) 92 頁など。

衆に観覧させる目的でなされるなど、夫の行為が夫婦関係の存在とはまったく無縁の状況下で行われる場合のように、夫による強制力行使の形態が婚姻制度とまったく相容れない場合には本罪を認める見解³⁰⁾があり、性的自由の制約を解除するものとしては、姦淫により性病感染等の危険がある場合には妻は拒絶できるとする見解³¹⁾などが主張されている。なお、ここでは性的側面に関して違法が否定されるだけであり、強姦罪が否定されても、暴行・脅迫罪や、被害者に行為が観念できる場合は強要罪が成立しうが、準強姦の類型ではほとんどが不可罰になると考えられる。

もうひとつは、夫婦間の強姦も他人間の場合とまったく変わりなく認められるとする強姦罪全面肯定説であり、これは多数説を形成しつつある³²⁾。意思に反する姦淫は処罰されるのが原則であり、婚姻関係の存在はそれを覆して正当化する理論的根拠とはなりえないとする³³⁾。これは、具体的な性的行為に対する妻のいかなる不合理な理由による拒否も、常に夫の意思に優越するとする見解である³⁴⁾。

全面肯定説への流れは近年の判例でもみられ、仮に夫に性交権を認めるとしても、暴行・脅迫を伴う場合は適法な権利行使とは認められず常に本罪が成立

29) 性交権を重視すれば違法性が阻却され、自由の制約に着目すれば構成要件該当性が阻却されると解される。なお、町野朔・犯罪各論の現在（1996年）294頁は、婚姻前の内縁関係の場合も強姦罪を否定する。判例には、一般論として内縁関係は本罪を否定しないとしたもの（札幌高判昭和30年9月15日高刑集8巻6号901頁〔ただし、女性に婚姻意思がない事案〕）がある。

30) 中森・前掲注27) 71頁。さらに、大塚仁ほか編・大コンメンタール刑法第9巻〔第3版〕（2013年）74頁（亀山継夫＝河村博）参照。

31) 林幹人・前掲注28) 92頁。

32) 大谷實・刑法講義各論〔新版第4版〕（2013年）127頁、佐久間修・刑法各論〔第2版〕（2012年）117頁、高橋則夫・刑法各論（2011年）125頁、西田典之・刑法各論〔第6版〕（2012年）91頁、山口・前掲注18) 109頁、山中敬一・刑法各論〔第2版〕（2009年）149頁など。

33) 葛原力三「判批」甲南法学29巻1号（1988年）35頁。

34) 妻が夫に優越するのではなく、性的行為を行わない意思が行う意思に優越する。強制わいせつ罪の場合であれば、妻による夫に対する同罪が成立する。

するとするもの³⁵⁾が現れている。

(2) 検 討

ここでは、夫婦間の性的関係は他人間のそれとは違いがあるはずであるという感覚と、意思に反する姦淫を婚姻関係の存在だけで正当化する理論の根拠が見出したいこととの間で、どのように折り合いをつけるかが問われる。

まず、全面肯定説が指摘するように、婚姻契約は将来にわたる性的自由の包括的放棄を意味しない³⁶⁾。そこで最近の限定否定説には、姦淫の時点での意思に着目し、妻に婚姻関係を維持する意思がある限り、それに必要な限度でのみ自由が制限されるという観点から、結婚生活に破綻を来たすような、婚姻制度とまったく相容れない理由（生理的に受けつけない等）でない限りは、妻は拒否できるとする見解³⁷⁾がある。

しかし、婚姻の破綻の回避を、なぜ妻の負担においてしなければならないのかが、依然として明らかでない。夫に婚姻を継続する意思があるのであれば、妻の意思に反する性的行為は行わないことが求められるともいえるからである。長期にわたる性交渉の拒否が離婚事由になるとはいえ、長期にわたる性交渉の強要も同様であろう。性生活が婚姻にとって本質的であることはいうまでもないが、それは性交渉をすることが必要だという意味ではなく、性の一致が重要だという意味で理解すべきである。

問題は、性交渉を行う意思と行わない意思が対立したときに、どちらを優越させるかである。確かに、夫婦間の性的関係は他人間の場合と同じではない。しかし、そのことから、一定の範囲ではあれ性交渉を行う意思を優越させるのは論理の飛躍である。婚姻の維持を前提にして性交渉を行う意思と行わない意思が対立したときは、まずは両者間で性交渉について交渉することが求められ

35) 東京高判平成 19 年 9 月 26 日判タ 1268 号 345 頁（もっとも、本罪を婚姻が実質的に破綻している場合に限定する見解からも本罪の成立が認められる事案）。

36) 西田・前掲注 32) 91 頁、佐久間・前掲注 32) 118 頁。

37) 伊藤ほか・前掲注 5) 91 頁〔齊藤彰子〕。

よう。性交渉を行わない意思を有する当事者も、性交渉についての交渉に応じる義務はあると思われる。交渉の席に着くことを強いても強要罪は成立しない。その点で、性交渉についての交渉に応じる義務すら認められない他人間の場合とは異なる。しかし、交渉不調の場合は、原則どおり性交渉を行う意思の方が行わない意思に譲歩するように求めるのが、強姦罪（および強制わいせつ罪）の規制であると考えられる。

このことは、本罪の保護法益を人格的統合性と解する立場からは一層明らかである。婚姻・結婚は、そのような人格的利益を対外的には強く保護し合い、対内的にはより尊重し合って、深い人格的交流を継続させる関係であれこそすれ、そのような人格的利益を放棄しあう関係であるとは到底考えられない³⁸⁾。

強姦罪（限定）否定説からは、夫婦間の問題に刑法が介入することには慎重であるべきだといわれ³⁹⁾、種々の政策的理由が挙げられる⁴⁰⁾。しかし近年、ドメスティック・バイオレンスに厳格に対応する必要性が増している状況に鑑みると、夫婦間では意思に反しても実体法上許されることがあるというメッセージを発する方が、政策的に妥当でないと思われる。結局、夫婦間では、仮に性的行為が意思に反しても、事実上、挙動による脅迫（次項参照）が認められづらいというにとどまると考えるべきであろう⁴¹⁾。

5 強姦罪における暴行・脅迫

強姦罪の実行行為は、姦淫行為およびその手段としての暴行行為・脅迫行為

38) 住居侵入罪において、共同居住者間で立入拒否の利益を放棄し合うのとは異なる。なお、住居侵入罪については注 23) も参照。

39) 親告罪とされる略取誘拐罪等において、被拐取者等が犯人と婚姻をしたときは、婚姻の無効または取消しの裁判が確定した後でなければ告訴の効力がないとする、229 条ただし書きのような規定もある。

40) 批判的にまとめたものとして、葛原・前掲注 25) 39 頁参照。

41) 強制わいせつ罪であればさらに、第三者に対してはわいせつ行為となる行為であっても、夫婦間では性的羞恥心を害しないことが多く、したがって意思に反してもわいせつな行為にはあたらないことが多いというにとどまると考えられる。

である。姦淫行為には、姦淫の結果を生じさせる行為がすべて含まれる⁴²⁾。問題となるのは、手段としての暴行行為および脅迫行為の内容および程度である。一般的には、そのうち行為の程度に議論の焦点が合わせられている。

暴行・脅迫の程度は、保護法益の理解と関連させて議論されることが少なくないが、その議論状況は極めて込み入ったものとなっている。順を追って検討したい。

(1) 判例・通説

暴行・脅迫の程度に関する指導的判例である昭和24年判例⁴³⁾は、「刑法第177条にいわゆる暴行又は脅迫は相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度のものであることを以て足りる」と判示する。そして、本罪の暴行・脅迫は、相手方の反抗を著しく困難にする程度のもをいうとするのが通説でもあるとされる⁴⁴⁾。

姦淫の故意をもってなされる暴行・脅迫はすべて本罪の実行行為であるとする理解もありうることに照らすと、上記の見解は一定の限定を課すものである。他方で、強盗罪では、「暴行又は脅迫が、社会通念上一般に被害者の反抗を抑圧するに足る程度のものであるかどうかと云う客観的基準によつて決せられる」⁴⁵⁾とされることと対比させると、強姦罪の暴行・脅迫の程度は強盗罪よりも緩和されていることになるとともに、一般的な被害者ではなく当該被害者が基準になっている点に特徴がある⁴⁶⁾。

以上に対しては、暴行・脅迫の限定には理由がなく⁴⁷⁾、それは本罪の成立

42) 女性を主体とする強姦について、後述VI 3(1)参照。

43) 最判昭和24年5月10日刑集3巻6号711頁。

44) 大塚仁・刑法概説（各論）〔第3版増補版〕（2005年）102頁、大谷・前掲注32）120頁など。

45) 最判昭和24年2月8日刑集3巻2号75頁。

46) 京藤哲久「暴行の概念」芝原邦爾編・刑法の基本判例（1988年）99頁参照。

47) 齋野彦弥「立法問題としての性的自己決定の保護」現代刑事法5巻3号（2003年）25頁以下。

範囲を不当に狭めるものであること⁴⁸⁾が指摘されるほか、さらに、判例実務は最高裁の示した基準を実質的には大幅に緩和しており、学説は実務における好ましい変化を妨げてきたとの批判も加えられるようになってきている⁴⁹⁾。

（2）若干の整理

しかし、そもそも判例の内容は必ずしも明白なものではなく、したがって通説に属するとされる見解がすべて同内容であるかどうかとも疑わしい。昭和24年判例は、狭い意味での暴行・脅迫行為それ自体の程度のみを問題としているのか、それとも、被害者が現に陥った心理的狀態に着目した基準を示しているのか、いずれの理解もありうるところで、どちらを前提とするかにより判例に対する評価も変わりうる。

学説の多くは、上の判示は狭い意味での暴行・脅迫行為それ自体の程度を対象にするものと解しているようにも思われる。これに対して、同判例で問われているのは講学上の「暴行・脅迫行為」ではなく、本条の文言における「暴行又は脅迫」に該当するかであり、被害者が現に反抗が著しく困難な状態に陥るという結果が生じたときに条文文言における「暴行」「脅迫」に該当するという解釈も十分にありうるところである。上記判示が、被害者が現に抗拒不能に陥った事実はないという主張に対するものであることを考えれば、このような解釈が示されたと解する方がむしろ自然な理解であるとも思われる。

そこで、(i)手段としての暴行・脅迫行為それ自体の程度が相手方の反抗を著しく困難にする程度のものであるか否かと、(ii)姦淫の時点で被害者が結果として現に陥っていた心理的狀態が反抗の著しく困難な状態であるか否かの2点に着目して、4通り（下記①～④）に分類すると、検討対象は次の3点にまとめられる。

第1は、①手段についても結果についても積極の場合である。この場合は、本罪が成立することに何の問題もない。

48) 木村・前掲注12) 10頁以下。

49) 辰井・前掲注4) 426頁。

第2は、㉑手段については積極であるが結果については消極の場合と、㉒手段については消極であるが結果については積極の場合である。これらの場合は、暴行・脅迫の程度を限定する見解に立ったとしても、その判断基準を行為それ自体に求めるか、結果としての被害者の心理的状态に求めるかで、結論が分かれることになるので、その点についての検討が必要である（後述(3)）。

第3は、㉓手段についても結果についても消極の場合である。この場合は、判断基準の違いを問わずそもそも本罪の暴行・脅迫を限定するの可否かで本罪の成否が異なりうることになるから、その点について検討する必要がある（後述(4)）。

(3) 手段または結果の程度が高い場合

(a) 判例に対する理解 前掲の昭和24年判例について、学説による理解は次の2つに分かれている。暴行・脅迫が相手方の反抗を著しく困難ならしめる程度のものであることは、強姦罪の暴行・脅迫に該当するための十分条件にすぎないとする判例だとみる見解⁵⁰⁾と、必要条件とすることまで示した判例だとみる見解⁵¹⁾である。

これらの見解が、仮に暴行・脅迫行為それ自体の程度について語るものだとすると、前記㉑～㉓の場合分けのうち、㉑手段である暴行・脅迫がそれ自体として相手方の反抗を著しく困難にする程度のものであり、しかし、その暴行・脅迫により被害者が現に反抗が著しく困難な状態に陥らずに姦淫がなされた場合、および、㉒手段である暴行・脅迫はそれ自体として相手方の反抗を著しく困難にする程度には達しないものであるが、その暴行・脅迫により現に反抗が著しく困難な状態に被害者が陥って姦淫がなされた場合について、これら2つの見解を適用すれば、十分条件説からは㉑も㉒も本罪が成立しうののに対して、必要条件説からは本罪は㉑にのみ成立して㉒には認められないことになる。

しかし、必要条件説が、判例が上記㉒の場合に積極的に本罪を否定する趣旨

50) 林幹人・前掲注28) 91頁。

51) 西田・前掲注32) 91頁、山口・前掲注18) 110頁。

であると解しているとも思われない。次のような昭和 33 年判例が存在し、必要条件説もそれを前提としているからである。すなわち、「暴行または脅迫の行為は、単にそれのみを取り上げて観察すれば右の程度〔＝相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度〕には達しないと認められるようなものであつても、その相手方の年令、性別、素行、経歴等やそれがなされた時間、場所の四囲の環境その他具体的事情の如何と相伴つて、相手方の抗拒を不能にし又はこれを著しく困難ならしめるものであれば足りる」と判示する判例⁵²⁾である。

暴行・脅迫行為の程度についてこのような具体性の高い判断方法をとることは、当該具体的事情を前提として、当該被害者が現に反抗が著しく困難な状態に陥る具体的危険が認められるかどうかを判断していることになる。そして、行為がそのような具体的危険を有することは、被害者が現にそのような心理的状态に陥ったことを認定する際の重要な積極事情であり、行為の具体的危険性が認められるにもかかわらず、被害者が現に反抗困難な状態に陥ったことが否定されるのは、強力な消極事情が存する例外的な場合に限られよう。つまり、暴行・脅迫行為それ自体の程度が高いにもかかわらず被害者が反抗困難な状態に陥らなかったと判断される事態は、そもそも稀であると考えられ、一見上記⑥に該当するような場合のほとんどは、行為も結果も積極である類型①に属することになる。

また、同様に、そのような具体性の高い判断をすることを前提にすると、結果として被害者が現に反抗が著しく困難な状態に陥ったと判断されるのであれば、暴行・脅迫行為それ自体の程度も十分に高いものであったと判断されるのが通常であると考えられる⁵³⁾。その意味で、上記③に該当するように思える場合も、多くは類型①に属することとなろう⁵⁴⁾。

以上に基づく、暴行・脅迫行為と結果としての被害者の心理的状态とのい

52) 最判昭和 33 年 6 月 6 日集刑 126 号 171 頁。

53) 松宮孝明・刑法各論講義〔第 3 版〕(2012 年) 114 頁参照。

54) さらに、昭和 33 年判例は、被害者が現に反抗不能に陥っていたことを指摘しており、行為の程度と被害者の主観面の程度とは厳密に区別されていないとも考えられる。

ずれかが消極であるという類型を想定すること自体の意味を検討する必要があるということになる。

(b) 行為は強いが結果が例外的に弱い場合　暴行・脅迫行為の程度を判断するにあたり、前述のように、強姦罪において一般的・類型的判断を行う場合には、暴行・脅迫の程度は高いが当該被害者は反抗を抑圧されるには至らなかったと判断される場合は一定程度で生じうるのに対して、強姦罪で具体性・個別性の高い判断方法をとることを前提とすると、暴行・脅迫行為の程度が高いにもかかわらず、被害者が現に反抗の著しく困難な状態には陥らなかったと判断されるのは、極めて限定された例外的な場合に限られることになる。

そのような例外的な場合に該当するのは、暴行・脅迫から時間を経て姦淫がなされる事案である。判例には、万引を発見された被害者が警察への通報を脅迫された約2週間後に、自ら電話で場所を指定し、ごく自然な外観の性的関係をもった事案で強姦罪を認めたもの⁵⁵⁾がある。これは、被害者が現に反抗困難な状態に陥ることを要件としていないとみることができる。もっとも、本判決は、脅迫行為により、被害者が精神的に反抗する気力を失い、その状態が姦淫時まで継続していることを肯定しており、被害者が現に陥った心理的状況を問う枠組みをとりつつ、その程度を緩和しているものとみることができよう。

(c) 結果は強いが行為が非典型である場合　被害者が現に反抗の著しく困難な状態に陥ったにもかかわらず、基準以上の程度の暴行・脅迫行為が認められないと判断されうるのは、暴行・脅迫の程度が弱いのではなく、以下にみるように、本罪の暴行・脅迫の概念を「挙動による脅迫」を含まないように狭く解したうえで、それに該当しないと判断する場合であると考えられる。

本罪の手段行為は、次の3つに分類できる。第1は、無理やり押さえつけるなど、暴行が相手方の反抗を直接物理的に抑圧ないし困難化させる類型である。第2は、「殺すぞ」などと申し向け、言辞的な脅迫が反抗を心理的に抑圧ないし困難化させる類型である⁵⁶⁾。第3は、行為者の言動（軽い暴行を含む）が挙

55) 高松高判昭和47年9月29日高刑集25巻4号425頁。

動による脅迫として働き、反抗を心理的に抑圧ないし困難化させる類型である。それ自体として本罪を構成するに十分な暴行や言辭的な脅迫が存しない場合に、挙動による脅迫をいかなる範囲で認めるかが、本罪の成立範囲に大きく影響する。

たとえば、行為者による軽い暴行が、四囲の状況と相まって挙動による脅迫として働き、被害者が現に反抗の著しく困難な状態に陥って姦淫がなされたという場合、本罪の暴行・脅迫に上記第3の挙動による脅迫も含むのであれば、現に被害者が反抗の著しく困難な状態に陥った以上、挙動による脅迫の程度も反抗を著しく困難にさせる程度のものであると判断され、本罪が肯定できる。これに対して、本罪の暴行・脅迫を上記の第1および第2に限定するとすると、上の例では軽い暴行しか存しない以上、本罪の暴行・脅迫が否定されて本罪は不成立となる。ここでは一見、暴行の程度が低いことが本罪否定の理由となるので、本罪の成立を認めるべきであるという価値判断をとる立場からは、本罪の暴行・脅迫の程度を限定すべきではないという主張につながることになる。しかし、上の例で本罪が否定される本質的な理由は、本罪の手段行為に挙動による脅迫を含まないことにある。その意味で、本罪の暴行・脅迫行為の程度を限定すべきかという問題（の重要な一部）は、本罪の手段行為に挙動による脅迫を含むべきか（あるいは、本罪の暴行の程度を判断する際に挙動による脅迫としての効果をも含めて評価すべきか）という問題であるということができる。

判例においては、相互に類似する事案で本罪の成否の結論が分かれたものがある。たとえば、同じく夜間の自動車内で軽い物理的暴行ないし言辭的脅迫のみを用いて姦淫がなされた事案でも、本罪を肯定したもの⁵⁷⁾と本罪を否定したもの⁵⁸⁾とがある。これは実質的には、挙動による脅迫を十分に考慮するか

56) ここでの脅迫は脅迫罪の脅迫よりも広く、告知する加害の対象は相手方本人やその親族の利益に限られない。その理由は、本罪は脅迫罪や強要罪とは異なり、脅迫によって実現されるべき結果が不定形・無限定ではないことに求められている（大塚ほか編・前掲注30）75頁〔亀山＝河村〕）。

57) 大阪高判昭和47年5月29日高検速報（昭和47）30号。

58) 広島高判昭和53年11月20日判時922号111頁。

否かの違いであると考えられる。

以上のように考えると、重要な問題は、被害者が現に陥った心理的状态に着目したとき、それがどの程度のものであるときに本罪を認めるかということである。そのことが正面から問われるのが、次の類型である。

(4) 行為も結果も弱い場合

本罪で被害者の主観面に着目し、現に反抗不能ないし反抗が著しく困難な状況に陥ることが必要であると解するとき、同じく被害者の主観面に着目すると反抗抑圧が求められる強盗罪よりも、強制の程度が緩和されていることになる。これは、強盗罪の場合は、同罪の暴行・脅迫が否定されても、意思に反する財産移転を恐喝罪で捕捉できるのに対して、強姦罪には恐喝罪に対応するような規定がないため、強姦罪自体を多少広げておく必要があるという考慮の表れであるとされる⁵⁹⁾。

さらに恐喝罪に対応するレベル、すなわち、被害者が畏怖するだけで足りるところまで緩和できるかは、抗拒不能を要件とする準強姦罪とのバランスのほか、強姦罪の保護法益が、単に被害者の意思に反する姦淫のみで侵害されると解することができるにかかっていると考えられる。保護法益を単に性的自由と解する場合は、被害者の意思に瑕疵があればすべて本罪成立ということにもなりうる。しかし、前述のように本罪の脅迫を限定しない（姦淫を求めること自体が脅迫になりうる）ことを前提とすると、本罪の成立範囲は著しく拡大し、犯罪類型としての実質が不当に希釈されることになろう。これに対して、人格的統合性を法益とする場合は、本罪の成立範囲をより限定的に捉えることが可能になると思われる。

その際、注目されるのは、「被害者の意思に反する」という表現が多義的でありうることである。多くの見解は、「姦淫が被害者の真意に反する」ということを意味すると理解しているように思われる。これに対して、「被害者の意

59) 京藤・前掲注46) 99頁。曾根威彦・刑法各論〔第5版〕(2012年) 68頁は、財産よりも重要な法益であることを理由として挙げる。

思に基づく行為によらずに姦淫がなされる」という意味もありうる。この多義性は、財産犯において、(i)交付罪である詐欺罪・恐喝罪も、被害者の同意は無効であるから被害者の意思に反する財産移転であるというか、それとも、(ii)詐欺罪・恐喝罪は財産移転が一応被害者の意思に基づく交付罪であるのに対して、窃盗罪・強盗罪は財産移転が被害者の意思に反する奪取罪であるというかの違いに対応したものである。「被害者の意思に基づく行為によらずに姦淫がなされる」という理解によると、財産犯でいえば交付罪である恐喝罪に対応するような場合には、被害者の意思に反して姦淫がなされるのではないということになり、本罪は不成立となりうる。

このような見方は、次のような理解であるということもできる。すなわち、脅迫にも、④被害者に恐怖を与えて合理的判断が困難な心理的状态に陥らせる脅迫と、⑤被害者の利益状況を支配して被害者の合理的判断により姦淫に応じる判断をさせる脅迫とがあると考えるとき、強姦罪の脅迫は④に限るべきだとする理解である。上記⑤においても被害者の同意は無効となるが、その状況下で姦淫がなされても人格的統合性を破壊するには不十分であるということができよう⁶⁰⁾。このことは、欺罔による姦淫が、⑤と同じ構造であるにもかかわらず本罪の処罰範囲から類型的に外れているところにも表れている。

60) 財産犯でも、財産侵害に人格権侵害が加わるのが強盗罪であるとみることもできよう。強盗罪と恐喝罪の区別についての最先端の研究として、嶋矢貴之「強盗罪と恐喝罪の区別——恐喝罪の研究による強盗罪要件の再構成」高山佳奈子＝島田聡一郎編・山口厚先生献呈論文集（2014年）263頁参照。もっとも、強盗罪と強姦罪には次のような違いがあると考えられる。第1に、それぞれの犯罪で問題となる恐怖のミニマムは、強盗罪では逆らうと何をされるか分からないという仮定的恐怖であるのに対して、強姦罪では逆らわなくてもされる行為に対する確定的恐怖である。第2に、強盗罪では、恐怖を与えること自体が独立した人格権侵害を構成する必要があるが、しかしそれは財産侵害の被害者以外に対するものであっても足りるのに対して、強姦罪では、姦淫の被害者に対して恐怖を与える必要があり、それに認められる機能は、抵抗に向けた合理的判断の機会をまったく与えずに姦淫する準強姦罪と比較したときに、そのような機会を制限して姦淫するにすぎないという点で人格権侵害が不足する分を補うことである。このようにして、強度の暴行・脅迫は、強盗罪では窃盗・恐喝罪よりも重いことを基礎づける一方で、性犯罪では強姦罪と準強姦罪が同等の評価を受けることの根拠になると解されるのである。

このように考える場合、最終的に重要な課題は、「合理的判断が困難な心理的狀態」としてどの程度のものを基準とすべきかを明らかにすることであるということになる。それは反抗抑圧の程度よりは軽く、被害者の同意が無効になる程度よりは重いと解されるが、具体的には、準強姦罪との関係に留意しつつ、個別判断を集積させることによるほかないと思われる。

6 性的秩序に対する罪における性的自由の保護

強姦罪（および強制わいせつ罪）の保護法益を性的自由ではなく人格的統合性であると解するとしても、性的自由がおよそ保護対象たり得ないことになるわけではない。ここでは、性的秩序に対する罪において、性的自由が裏側から保護されると解される場面を確認しておきたい。

(1) 淫行勧誘罪

淫行勧誘罪（182条）の保護法益については、性的秩序ないし善良な風俗という社会的法益であるとする多数説と、女性の人格的利益や性的自由・貞操という個人的法益であるとする少数説⁶¹⁾が対立している。両説の分水嶺は、本罪の客体が「淫行の常習のない」者に限定されていることをどのように理解するかにある。淫行の常習者が社会内に増えることを防ぐ趣旨であると解すれば多数説に至るのに対し⁶²⁾、少数説からは、保護に値する性的自由を有する者に客体を限定する趣旨だと解することになる。

多数説の根拠は、営利目的の要件は、反覆累行により風俗がみだされる危険性が高いことを基礎づけるものと解して初めて説明がつくことや、本罪が親告

61) 団藤・前掲注7) 489頁、大谷・前掲注32) 132頁、中森・前掲注28) 62頁など。『大和なでしこ』の性的情操」と表現する斎藤信治・前掲注28) 273頁には、個人の情操の集合に社会法益性の要素を認めるニュアンスが感じられなくもない。

62) なお、同じく風俗犯と解するものの中にも、営利目的での性交の媒介自体が風俗をみだすとする見解（西田・前掲注32) 401頁）もあるが、客体の限定の趣旨をどのように解するかは明らかでない。平野龍一「刑法各論の諸問題6 性的自由および感情に対する罪」法セ205号（1973年）72頁も参照。

罪ではないことなどに求められている⁶³⁾。これに対して少数説は、客体である女子が処罰されないのは被害者だからであるとして、自説の根拠とする⁶⁴⁾。しかし、本罪の実行行為は勧誘にすぎないから、自由の侵害があるとするのは困難であろう。ひとたび淫行が常習化すると自由意思では抜け出せないとして、パターンリズムに基づき保護を図るものとみることも考えうるが、それを成人女性を対象に是認することは難しいと思われる。しかも、女子が被害者ならば姦淫の相手方が処罰されるべきであるが、本罪はそのような構造にはなっていない。

たしかに、女子の性的自由は保護すべきであるが、そのことから、客体である女子を被害者とみるべきであることは直ちには導かれない。勧誘に応じて姦淫する女子は、むしろ性的自由を行使しているというべきであり、それゆえ、処罰対象から外されていると解することができよう。すなわち、女性の性的自由は、「姦淫しない自由」が勧誘者の処罰により保護されるのではなく、「姦淫する自由」が女性の不処罰により確保されているとみることができる⁶⁵⁾。

63) 大塚ほか編・前掲注 30) 109 頁〔亀山＝河村〕。

64) 中森・前掲注 28) 62 頁。

65) 勧誘されて姦淫する女子は正犯構成要件を満たさないとして、問題となるのは、姦淫する女子が勧誘者の共犯として処罰されうるか、そして、姦淫の相手方は勧誘者の共犯として、あるいはそもそも単独正犯として処罰されうるかである。女子も相手方も必要的共犯として不可罰と解するのが一般的と考えられるが、必要的関与行為の範囲を超えて積極的に加功したときは共犯として処罰可能と解する見解（大塚ほか編・前掲注 30) 112 頁〔亀山＝河村〕）もある。この点、勧誘者が構成要件を満たすのは女子に自由意思が認められる場合に限られ、そのとき女子は性的自由を行使しているというべきであるから、女子は共犯としても常に不可罰と解するべきである。これに対して、姦淫の相手方は、女子の自由行使の不可欠の条件を提供する者として女子側に属し、基本的に不可罰とすべきであるが、勧誘者側の陣営に属すると判断される特別の事情がある場合は、勧誘者の共犯として処罰されうると解される。さらに、本罪の趣旨を淫行常習者の増加の防止に求めるのであれば、本罪は第三者と姦淫させる罪である（西田・前掲注 32) 400 頁、今井猛嘉ほか・刑法各論〔第 2 版〕（2013 年）386 頁〔今井〕）と性質づける必然性はないから、姦淫の相手方は、自ら営利目的で勧誘すれば単独正犯として処罰可能であると解される（前田雅英編・条解刑法〔第 3 版〕（2013 年）518 頁）。

仮に、自ら姦淫相手を見つけて淫行を常習化させる者が続出し、性的風俗に変容を来たしても、それは成人の自由な決断によってなされる限り刑法が直接回避すべきことではない。そこで本罪は、姦淫行為に外側から関与する一定の行為を処罰対象とし、淫行の常習者を増加させるおそれのある、姦淫当事者の自由意思以外の力を排除することで、性的風俗の保護を間接的に図るものであると解される⁶⁶⁾。

(2) わいせつ物頒布等罪

わいせつ物頒布等罪（175条）の保護法益を性的秩序とする通説的見解をとったうえで、さらにわいせつ物自体に害悪性があると解する場合、わいせつ物の自己使用こそが処罰対象とされるべきであるということにもなりうる。しかし、それが許されないのは、性的行為は行為者にとって性的自由を行使し人格的利益を実現する行為であるからである。刑法は、自己使用や単純所持の外側で、社会的領域内において典型的に行われる頒布行為等のみを処罰しているものと解される。

これに対して、同罪の保護法益について通説的見解をとるとしても、規定された頒布行為等の行為が行われるときに初めて性的秩序が害されると解する場合には、上の問題は表に出ないことになる。本稿は基本的に後者の立場に立つものであるが、これについては次節で触れることにする。

66) 淫行勧誘罪には、営利の目的が必要である。営利目的略取誘拐罪と同じく営業性は要求されず、一時的な利得を図る目的の場合も含まれると解されている（大塚ほか編・前掲注30）111頁〔亀山＝河村〕）。この要件は勧誘行為が反覆累行される危険性を基礎づけるものであると解する立場からは、説明が難しいであろう。これに対して、営利目的がない場合は当該女子による性的自由の行使を支援する側に属すると判断され、女子や姦淫の相手方と同じ理由で処罰対象から外されるべきで、営利目的の要件はそのことを裏から規定したものであると解すれば、一時的な利得を図る目的の場合にも営利目的が肯定されることは容易に説明できると思われる。

V 公然と行われる強姦罪

1 公然と行われる強姦罪の特質

公然と行われる強姦罪は、そうでない場合に比べて、さらに法益侵害性が高いと思われる。

第1に、強姦を認識することが可能な第三者との関係では、公然わいせつ罪を構成するといえることができる。裁判例には、公然わいせつ罪のわいせつ行為を「性欲の刺げき満足を目的とする行為であつて、他人に羞恥の情を懷かしめる行為」と定義したうえで、客の面前での性交の実演に同罪を認めたものがある⁶⁷⁾。そして、姦淫が意思に反することのみを理由としてわいせつ性が失われることはないと考えられる⁶⁸⁾。

第2に、強姦被害を第三者に見られることは、被害者にとって、強制わいせつの被害であるといえることができる。被害者からみると、暴行・脅迫は強姦行為者が加え、第三者がわいせつ行為を行っているという構造になる。これは、当該第三者が意思に反して見させられているか、望んで見ているかにかかわらないであろう。当該第三者には強制わいせつ罪は成立しなくても、被害者が被る被害は、第三者による強制わいせつ罪のそれと同等であり、これは強姦自体の被害には包摂されないものである。

見られることにより被害が増大することは、性犯罪における親告罪の扱いにも表れている。強制わいせつ罪や強姦罪等は親告罪であるが、一般予防の必要性を優先させるべき次の2類型は親告罪の対象から外されている。第1は、死傷結果が発生した場合であり、第2は、2人以上の者が現場で共同した場合である。後者については、「性行為というすぐれて非公然的な、かつ、個人対個人の関係として処理されるべき事柄を他人の見ているところで、あるいは数人を相手として行うことを強制するという行為自体の反倫理性、悪質性、被害者

67) 大阪高判昭和30年6月10日高刑集8巻5号649頁。

68) 大判明治43年11月17日刑録16輯2010頁は、強制わいせつ罪と公然わいせつ罪とが観念的競合になる事態がありうると認めている。

の深刻性にも着目したもの」⁶⁹⁾との指摘がなされている。

第3に、さらにここでは、強姦行為を意思に反して見せられることも、意思に反して見られることも、ともに同種の被害であるように感じられる。結論を先取りすれば、いずれの場合も、自己の人格的領域に他者の人格的要素が意思に反して侵入してくるものと思われる。そのことも念頭において、公然わいせつ罪の保護法益について検討する。

2 公然わいせつ罪の保護法益

わいせつ罪の保護法益が論じられる際には、表現の自由との関係で違憲の問題が先鋭化するわいせつ物頒布等罪が対象にされることがほとんどで、公然わいせつ罪だけを取り出した議論は少ない。しかし、一般的には、両罪の保護法益は同じであると解されていると思われるので、ここでは、必要が生じない限り両者を区別せずにみていきたい。

概観すると、わいせつ罪の保護法益については、侵害原理に依る個人的法益からのアプローチと、リーガル・モラリズムないしパターンリズムを起点とする性的秩序からのアプローチがある。いずれも徹底できない／徹底すべきでないことから、両者を薄めて結びつける方向での考察が求められる。

(1) 個人的法益からのアプローチ

公然わいせつ罪の保護法益を最も具体性の高いものとして理解しようとする見解は、見ることを欲しない人々の性的な感情に対する罪であるとするものである⁷⁰⁾。この見解からは、同罪の公然性の要件は、単にプライベートな空間でないというだけでは不十分で、現に不特定または多数人が見たことは不要だとしても、たまたま誰も見なかっただけで誰かが見るのが当たり前だという状態が必要であり⁷¹⁾、さらにその高い認識可能性は、見ることを欲しない人々

69) 大塚ほか編・前掲注30) 99頁〔亀山＝河村〕。

70) 平野龍一・刑法概説(1977年) 268頁以下。さらに、性的に未成熟な青少年の保護も加えられる。林美月子・前掲注11) 60頁。

との関係で要求されるべきであるとされる⁷²⁾。同じ方向性の解釈として、「不特定又は多数人が意図せずとも認識してしまう可能性のある状態下において」という定義も提唱されている⁷³⁾。

これは、立法論としては望ましいとしても、現実の解釈・運用から離れすぎるものであると評される⁷⁴⁾。判例も、このような限定解釈をしないとわいせつ罪の規定が違憲となるわけではないとする⁷⁵⁾。しかし、上の論者は、現実の解釈・運用によると公然わいせつ罪を構成することとなるものの中には、すでに現に風俗となっているものがあり、それをなくそうすることは、現存状態・利益の保持という法益保護の範囲を超えると指摘している⁷⁶⁾。

近時は、目をそらせば見ない自由は容易に実現できることや、わいせつ物についてのみ見ないことの利益が特権的に保護されることを説明するという観点から、強い性信号に接することにより不本意に性欲を刺激・興奮させられない自由＝性欲に関する自己コントロール権を（青少年におけるそのコントロール能力の健全な発育も含めて）保護法益とし、危険犯としてその利益を集合的に保護しているという見解も主張されている⁷⁷⁾。

（2）性的秩序からのアプローチ

これに対して、性的秩序・性風俗という抽象的な法益を想定するのが多数説である⁷⁸⁾。判例も、「性生活に関する秩序および健全な風俗」⁷⁹⁾ などとする。ここでは、秩序の内容をより具体化するとともに、それが何故保護に値するのかを明らかにする必要がある。

71) 平野・前掲注 62) 75 頁。

72) 平野・前掲注 70) 269 頁。

73) 伊東研祐・現代社会と刑法各論〔第 2 版〕（2002 年）403 頁。

74) 山口・前掲注 18) 503 頁。

75) 最判昭和 58 年 10 月 27 日刑集 37 卷 8 号 1294 頁（猥褻図画販売罪の事案）。さらに、最決平成 13 年 7 月 16 日刑集 55 卷 5 号 317 頁（わいせつ物公然陳列罪の事案）参照。

76) 伊東・前掲注 73) 403 頁。

77) 松原芳博「風俗に対する罪・その 1」法セ 710 号（2014 年）86 頁以下。

秩序の内実を具体的に示そうとする見解として、精神的社會環境が保護法益であるとするものがある⁸⁰⁾。「猥褻文書図画の頒布販売等によつて性犯罪その他の犯罪が誘発されるということは実証されないから、性風俗の維持を同罪の処罰根拠とすることはできないとする〔議論がある。〕しかし、性風俗を維持するということは、なにも強姦のような性犯罪やその他の犯罪の防止を主眼とするものではない。むしろ、端的に、社會環境としての性風俗を清潔に保つことじたいを本来の目的とするものである。社會環境には物心両面にわたつて種々のものがあるが、たとえば市街等の美觀風致を保持するために広告物等の制限や一定地区内における建築物の制限などが刑罰の制裁のもとにみとめられていることを考えると（屋外広告物法、建築基準法）、このような物理的・視覚的な美觀にかぎらず、風俗的にいかがわしい商品等が世上に氾濫することのないようにして、いわば精神的社會環境ともいふべきものを保護することが許されないはずはないであろう」⁸¹⁾ というのである。

さらに、このような性的環境が保護されなければならない実質的理由を説明するものとして、次のような見解がある。ひとつは、わいせつ罪に該当するような行為が行われていることを知ると、人々は不快の念を持ち、公衆の正常な

78) 団藤・前掲注 7) 310 頁、大谷・前掲注 32) 517 頁、山口・前掲注 18) 504 頁（消極的にそのように解するほかないとする）など。通説とされることも多いが、わいせつ物頒布等罪については違憲説も少なくない（曾根威彦・表現の自由と刑事規制〔1985 年〕189 頁、武田誠・わいせつ規制の限界〔1995 年〕126 頁、山中・前掲注 32) 637 頁）という点に注意が必要である。

79) 最大判昭和 44 年 10 月 15 日刑集 23 卷 10 号 1239 頁（わいせつ物頒布等罪の事案〔悪徳の栄え事件〕）。

80) 前出・最判昭和 58 年 10 月 27 日の団藤裁判官補足意見、団藤・前掲注 7) 320 頁。これを支持する最近の見解として、高橋・前掲注 32) 546 頁。

81) 前出・最判昭和 58 年 10 月 27 日の 1300 頁。同補足意見はさらに続けて、「猥褻文書図画頒布販売罪の行為類型の中心にあるのは、人の性的な好奇心や慾望の弱点につけこんで営利をはかろうとする商業主義的行為であり、しかも、その中には、少年の情操を害するような態様のものや、いわゆる『見たくないものを見ない権利』を害するような態様のものも含まれているのである」として、単なる美觀侵害よりも重い法定刑が正当化されるとする。

感情が害されるからであるとするものである⁸²⁾。このように感情を保護することに対しては、特定の個人の感情への加害については健康や業務、名誉の侵害を伴う場合に限って可罰的であることに照らして、「社会」的に共有されている感情、「制度化された利益」として承認される感情、であることを要求すべきであるという主張がなされている⁸³⁾。

そこでもうひとつの見解は、ここで問題となる感情・意識に社会的共有性を見出そうとする。「[性的] 風俗、環境の維持は、性犯罪の抑止、青少年の健全育成、売春防止といった具体的な法益の保護に実際に寄与するかはともかく、一般人には、それらとなんらかの関係があるように理解されている。すなわち、こうした環境は、人々の意識において、具体的法益を『下支えする基礎的な法益』として理解されているといえることができる」⁸⁴⁾とする見解である。

これらが、人々の主観面に着目したものであるのに対して、性的環境を保護すること自体が、客観的に、具体的法益の保護に資すると解する見解もある。ひとつは、性的秩序の乱れは、強姦・強制わいせつ等の性犯罪を誘発するなどして具体的な人権侵害に至るおそれを誘発することは自明の理であるとし、性的秩序等は、人々の意識を介する以前に客観的に、個々の具体的法益の保護を下支えする基礎的な法益であるとするものである⁸⁵⁾。しかし、性犯罪の誘発が自明の理であるとはいえないであろう。ある程度因果が明確なのは、性表現の氾濫により、見たくない人や青少年の利益が害されることに止まると思われる。

そこで、性表現を自由化すると、商業主義と結び付いて、「見たくない人」の権利が脅かされたり青少年が性表現に容易にアクセスできるような「環境」が形成されることが懸念されるところ、そのような環境形成を防ぐためにきめ

82) 町野・前掲注 29) 262 頁以下。さらに、林幹人・前掲注 28) 397 頁。

83) 高山佳奈子「『感情』法益の問題性——動物実験規制を手がかりに」高山＝島田編・前掲注 60) 26 頁。町野・前掲注 29) 262 頁は、感情の保護は、その感情が不合理でなければ許されるとしていた。

84) 伊藤ほか・前掲注 5) 414 頁〔島田聡一郎〕。

85) 東京地判平成 16 年 1 月 13 日判タ 1150 号 291 頁。

細やかな規制をするには多大の手間とコストがかかることを考えると、現行法のように一律に規制することにも一定の合理性があるとする見解も主張されている⁸⁶⁾。

(3) 検 討

現行法の解釈として、現に当該行為から個人的法益に対する危険が生じた場合のみを処罰対象とするのは無理がある。その意味では、性的秩序からのアプローチをとり、一定の性的環境に保護価値を見出していくのが相対的に妥当であろう。その際、種々の見解は、個別には十分な処罰根拠を示すには至っていないと考えられる一方で、必ずしも相互排他的ではないから、加算が可能な要素は並列的に保護価値の根拠とすべきであると思われる。

第1に、社会的領域への性信号の発信を規制することには、見たくない人や青少年の利益を害するような環境形成を防ぐ意味がある。ここでは、環境形成と権利侵害のつながりは明白であるが、見たくない人の権利が、超予防的に一律の規制で対応する必要があるほど重要な利益であるのかという点が問題となりうる。これについては、見ない利益の内容を見直し、性欲に関する自己コントロール権を保護法益とする前記の見解が示唆的である。この見解は、単なる見ない利益を超えて、一定の人格的利益を示す点で妥当である。しかし、強い性信号に触れた人が受ける侵害は、むしろ人格的領域が侵されること、すなわち、性信号がもつ他者の人格的要素の侵入を受けることにより人格的統合性が動揺させられることであろう。性欲を刺激されることは、その一側面にすぎないように思われる。自己コントロールの対象は、性欲（だけ）ではなく、性的要素との関係における人格的統合性の安定性であると解される。性的環境は、そのような利益を守るという点で、ある程度の保護価値が認められる。

第2に、性的環境は、人々の意識において、強姦や強制わいせつなどの性犯罪を含めた具体的法益を下支えする基礎的な法益として理解されていることに

86) 井田・前掲注11) 189頁。なお、同・刑法各論〔第2版〕(2013年) 219頁では、より多様な弊害が問題とされている。

も、保護価値が認められうる。もっとも、人々が「下支え」の関係を意識していさえすれば保護に値すると解するのは妥当でない。たとえば、不特定の相手方と性的行為を行うことは、一般人には、性犯罪等と何らかの関係のある性的秩序の乱れとして意識されうるであろうが、相手方が不特定であることだけを理由として刑事的規制の対象とするのが正当であるとは思われない。処罰対象として問題となる行為と性犯罪等の誘発との間に、因果関係が実証されることは不要だとしても、性的秩序による具体的個人法益の「下支え」の関係は、一定の客観性を有したものである必要がある。

それに解を与えるのも、上述の、人格的統合性の安定性という観点である。社会的領域に性信号を発信する行為を、人格的統合性の安定性を脅かす環境形成に結び付く行為とみると、公然わいせつ罪は、いわば、「社会に対する準強制わいせつ行為」として理解される。これは、個人に対する強制わいせつ行為と同じ法益侵害・危殆化の構造ないし方向性を有している。その客観的・論理的なつながりから、公然わいせつ行為が、人々の意識を介して、性犯罪との関係で下支えとしての基礎的法益に対する攻撃であると評価されるのである。

こうして、公然わいせつ罪の保護法益は性的環境であり、それは、①強い性信号の氾濫により人格的統合性の安定性や青少年におけるその安定的な形成を客観的かつ直接的に脅かすような環境がつくられないようにするという意味で一定の価値が認められると同時に、②その侵害が人格的統合性の安定に対する加害になりうるという点で性犯罪と共通する構造を有するために、人々の意識において性犯罪等の回避に資すると考えられているという点でも一定の価値があり、③それらを合算すれば違憲を回避する程度には保護価値が認められるものである、と分析される。

VI 公共交通機関における強姦罪

公共交通機関を現場とする強姦罪として典型的に想定されるのは、互いに面識のない行為者と被害者の間で生じる類型である。冒頭で触れた特急サンダー

バード強姦事件も、そのようなものであった。

ここで考えられるのは、(i)強姦罪は、一定の条件がととのえば行為者とは面識のない者を被害者として生じやすい犯罪類型であるといえるのではないかということ、(ii)公共交通機関は、そのような条件を満たす性質の場所なのではないかということ、そして、(iii)強姦罪が面識のない者どうしの中で発生しやすいことの理由として、同罪が犯行の積極的原動力において相手方の特定性に大きくは依存しないタイプの犯罪類型であることが挙げられるのではないかということなどである。

以下、これらの点について若干の検討を加える。

1 強姦罪における行為者と被害者の関係

内閣府の調査⁸⁷⁾によると、平成24年の強姦罪の検挙件数1,023件のうち、被害者が被疑者と面識を有しないのは528件(51.6%)である。

同じ凶悪犯でも殺人罪(嬰兒殺を含む)は、検挙件数842件のうち面識なしは101件(12.0%)であり、面識のある者の間での理由のある殺人が多いことが推認される(これはもちろん、犯罪論として被害者に帰責性があることを意味しない)。

これに対して、強盗罪(強盗殺人、強盗傷人、強盗強姦、準強盗を含む)では、検挙件数2,474件のうち面識なしは1,978件(80.0%)にのぼる。これは、特定性のない財産を客体として、相手方が誰であるかは重視せずに実行されるという強盗罪の典型的イメージに合致する。もっとも、同罪における暴行・脅迫は、相手方の反抗を抑圧するに足る程度のものであることが要求されるところであり、この判断においては、行為者が誰であるかが被害者に分かるという事情は、被害者の恐怖感を和らげる事実として消極方向に働くため、面識のある者の間ではそもそも強盗罪は成立しづらいという点を指摘する必要がある。

暴行・脅迫の程度が高くないと判断される場合は恐喝罪となるから、強盗罪

87) 内閣府・平成25年版犯罪被害者白書(2014年)268-269頁(「罪種別 被疑者と被害者との関係別 検挙件数(平成24年)」)。

と恐喝罪を合わせた数値でみると、検挙件数 5,030 件のうち面識なしは 2,984 件（59.3%）となり、その割合は低くなる。恐喝罪において面識がある場合の割合が強盗罪よりも高いのは、事前に存在する人的関係を利用すると実行しやすいという事情があると思われる。

以上を比較すると、強姦罪における面識なしの割合は殺人罪よりもはるかに高く、強盗・恐喝罪に近いということになる。強姦罪には強盗罪等と同じく、相手方の特定性が意味を有しない「無差別型」とでもいうべき類型が一定の割合で含まれているといえることができるであろう。もっとも、上の統計の母数は検挙件数であり、強姦罪で面識がある場合はそもそも被害の申告すらされないケースが多いと推測されるので⁸⁸⁾、その点を差し引く必要がある。しかし、逆に、面識がないケースの方が、被害の申告がある場合の中では、検挙率が低くなるということもありそうであることに加えて⁸⁹⁾、面識があるケースの多くは、事前の支配的な人的関係を利用して実行される類型であると考えられる。それが統計に表れにくい形で存在していたとしても、そのような類型の存在に注意して対応を強化すべきことにはなっても⁹⁰⁾、無差別型の重要性が否定されるということにはならないであろう。

88) 内閣府男女共同参画局の「男女間における暴力に関する調査」（2011 年）では、これまでに異性から無理やりに性交をされたことがあると回答した女性（1,751 人中 134 人）のうち、その被害についてどこ（だれ）にも相談しなかったとするのは、加害者と面識がなかった場合で 56.5%（23 人中 13 人）、面識があった場合で 73.8%（103 人中 76 人）である（同調査報告書〔2012 年〕47-55 頁および 145 頁）。

89) なお、平成 26 年警察白書によると、平成 21 年～同 25 年の検挙率は、強姦罪で 82.1 ～ 86.7%、強制わいせつ罪で 51.2 ～ 53.9% である。

90) 内閣府の平成 18 年版～同 26 年版の各犯罪被害者白書によると、強姦罪の検挙件数のうち面識なしのケースの割合は、平成 16 年は 61.3%、同 18 年は 61.6%、同 19 年は 59.5%、同 20 年は 56.4%、同 21 年は 58.2%、同 22 年は 58.7%、同 23 年は 58.3%、同 24 年は 51.6% となっている（年は統計対象年。統計年が連続していないのは白書自体による）。面識ありの割合に直せば漸増傾向にあるともいえるが、特定の意味は読み取るべきでない程度のばらつきであろうか。

2 強姦の現場としての公共交通機関の特質

強姦罪は、行為者と被害者が同じ場所に同時に存在することが必要な犯罪であり、また、第三者の目が犯行の障害となることは他の犯罪と同じである。認識型の強姦罪の場合は、行為者は、犯行に適した場所で被害者と同時に存在することになる機会を待つか、あるいは被害者との間で事前に有している人的関係を利用してそのような機会を自ら設けるのが通常であろう。多数人が利用する公共交通機関は、第三者に現に認識されるか、少なくともその可能性が高い場所であり、わざわざ現場として選ぶ理由がないから、公共交通機関における強姦罪として想定されるのは無差別型である。

しかし、無差別型の場合も、通行人である被害者が人通りのない場所に至ったところを狙ったり、被害者の帰宅時に押し入ったり、略取したうえで人目の着かない場所に移動して犯行に及ぶことが多いと思われる。それらと比較すると、列車内などの公共交通機関における強姦は、極めて特異である。

逆に、犯行現場としての列車が有する、犯罪を促進する方向の特質のひとつは、空間的な閉鎖性である。停車駅間が長い優等列車の場合は、その閉鎖性が長時間継続する。これは、被害者が逃げられないというだけでなく、他の目撃者の逃走可能性も奪う点が注目される。逃走可能性を奪われた者に対しては、そうでない場合に比べて、脅迫を加えることで強姦の犯行に対する妨害を排除することが容易になるからである。列車内では、第三者の目という犯行抑止的要素が、閉鎖性によって打ち消されることがあるのである。

鉄道を代表とする公共交通機関は、事故がなくならないとはいえ、歴史的にみてその運行上の安全性が次第に高まってきたことにより、それを利用することで生命・身体に損害を被ることがあるというイメージは大きく減退しているであろう。それに加えて、多数の利用客がいる列車内等は、少なくとも目撃が容易な犯罪との関係では、犯行を阻止する契機に満ちているように感じられてきたと思われる。安全感のある場所だったのである。

これに対して、特急サンダーバード強姦事件が示したのは、車内にほかにも乗客がいることは、必ずしも犯行阻止の力になるとは限らず、それらの乗客も

含めて全員がまとめて被害者になりうるということであった⁹¹⁾。

3 強姦罪と欲求実現的要素

強姦罪の典型は、自己の性的欲求を直接実現しようとする行為である。無差別型の強姦罪があるのは、その欲求が対象について無差別なものでありうるからであろう。では、そのような欲求実現的要素は同罪において必須のものと解すべきであろうか。周辺的な問題ではあるが、このことが問われる場面をみておきたい。

(1) 女性を主体とする強姦罪

強姦罪の主体は男子に限定されない。客体が女子に限定され、姦淫が要件であることから、直接単独正犯としては男子のみが主体たりうることになるが、女子も、共同正犯はもちろん、責任無能力などの男子を利用した間接正犯の形態で本罪を犯すことが可能である⁹²⁾。もっとも、本罪の重罰根拠として、直接的に性的欲求を満たそうとする行為であることによる一般予防の必要性を加味するのであれば、女子による男子を利用した本罪の間接正犯はその類型から外れることになろう。

ここでは、法益侵害があれば十分であると解するか、さらに一般予防の必要性を満たすことも必要であると解するかが問われる。少なくとも現行法は、強姦罪の処罰対象を女性に対する姦淫行為に限定しており、被害者の立場からみたとときに利益侵害性がそれと同程度と考えられる性的侵入をすべて処罰する立場には立っていないのであるから、行為者の欲求に着目して一般予防の必要性

91) 毎日新聞 2007 年 4 月 22 日東京朝刊 1 頁など各新聞は同事件について、「当時、同じ車両には約 40 人の乗客がおり、一部の乗客は異変に気付いたものの、[行為者] にすぐまれ、制止できなかったという」と報道している。

92) 最決昭和 40 年 3 月 30 日刑集 19 卷 2 号 125 頁は、傍論ながら本罪を構成的身分犯とする。本罪を身分犯と呼ぶかどうかは、間接正犯の被利用者に身分が必要な犯罪を身分犯の定義に含めるかどうかによるものと考えられる。山口・前掲注 18) 109 頁は、擬似身分犯と呼ぶ。

があるといえる類型的行為のみが本罪として可罰的であるとする解釈にも、一定の合理性があるように思われる。

(2) 死後姦淫と強姦罪

死体を姦淫する屍姦は強姦罪を構成しない（準強姦罪〔178条2項〕にもあたらない）が、生存している女子に姦淫目的で暴行を加え、女子の死後に姦淫した場合について、判例は、①過失で死亡させた事案では、姦淫は強姦を構成しないと解して強姦未遂致死罪としつつ⁹³⁾、②故意に殺害した事案では、死亡直後の姦淫も包括して強姦既遂致死罪を認めている⁹⁴⁾。

故意に殺害する場合に暴行の時点で強姦の故意を認めるためには、死後の姦淫も客観的に強姦を構成すると解する必要がある。強姦の故意が否定されると強姦未遂致死罪も認められず、単に殺人罪となり、刑の重さは十分でも姦淫目的であったことが罪名に表れない点が問題となる⁹⁵⁾。また、上記①との実質的な均衡という点でも、上記②で強姦を認めることには一定の合理性がある。

しかしそれを理論的に正当化するためには、殺人が本罪の法益侵害を含むように本罪の法益を構成し⁹⁶⁾、さらに、被害者の利益の侵害だけでなく行為者の性的欲求の充足も姦淫の構成要素であると解する必要があると思われる。

93) 最判昭和23年11月16日刑集2巻12号1535頁（姦淫の時点では死体の認識があった事案。屍姦は死体損壊罪にもあたらないとする）。

94) 最判昭和36年8月17日刑集15巻7号1244頁（強姦に着手後、抵抗され殺人の故意が生じた事案）。

95) 関連して、最判昭和31年10月25日刑集10巻10号1455頁は、強姦致死の死亡結果について故意がある場合について、強姦致死罪と殺人罪の観念的競合とする。これは、死の二重評価の回避の要請よりも死の原因が性犯罪であることを明示する要請を優先させる結果と解される。

96) 強姦罪の保護法益を人格的統合性と解する場合は、一応その要請を満たすと考えることができる。

VII おわりに

強姦罪は、テーマの重要性に比して刑法学界における議論のあつみが不足しており、そのことがまた、議論の深化を滞らせる原因にもなっていると思われる。議論が充実しないのは、論ずべき必然性や理由がないところでは議論しづらいテーマだからであろう。それは、性行為非公然の原則が議論自体にも半ば及ぶからでもあり、また、主張が論者の人格を映すように強く感じられてしまうために、他者の見解を批評することが躊躇われるからでもある。冒頭で特急列車などを持ち出し、テーマ選定の必然性を示すことから本稿を始めた所以である。

最後に1点だけ補足しておきたい。筆者がいま在外研究のために滞在しているカナダのブリティッシュ・コロンビア大学では、公式マスコットが定められ、目に付くところで多用されている。そのマスコットも Thunderbird なのであった。