

# 性犯罪規定について

山 本 高 子

- I. はじめに
- II. 性犯罪規定をめぐる疑問
- III. 法改正に向けた法務省の検討会の内容
- IV. おわりに

## I. はじめに

二〇一七年に刑法典上の性犯罪処罰規定が大幅に改正された。<sup>1)</sup> この改正により、①強姦罪の構成要件が改正され、強制性交等罪（第一七七条）となり、法定刑の下限が三年以上の有期懲役から五年以上の有期懲役に引き上げられた。さらに、②監護者わいせつ及び監護者性交等罪が新設され（第一七九条）、③親告罪規定の削除、④強盗強姦罪の規定を修正し、強盗の罪と強制性交等の罪の前後関係を問わないこと（第二四一条）とされた。こ

の改正については、制定直後から、不十分であるとの批判がなされており、さらに、性犯罪規定が改正された際、「性犯罪における被害の実情、この法律による改正後の規定の施行状況等を勘案し、性犯罪に係る事案の実態に即した対処を行うための施策の在り方について検討を加え、必要があれば所要の措置を講ずる」ことを、改正法の施行後三年を目途に求める附則が付された。そして、二〇二〇年にその三年後を迎える。現在、法務省の性犯罪に関する刑事法検討会において性犯罪の現状や三年前の改正により実現しなかった項目、新たに法規定が必要な項目についての検討がなされている。

今回、性犯罪処罰規定について検討がなされていることをふまえ、これまで性犯罪規定について疑問に感じていたことを検討してみたいと考えた。国連においてSDGsの取組みが推進され、日本社会においても様々な施策が推進される中で、特に女性に対する暴力や差別といった問題に対して無関心でいるわけにはいかないと思う。この度、矢嶋美都子先生が古稀を迎えられるにあたり、女性に対する暴力の問題として位置づけられてきた性犯罪について検討し、あるべき未来の姿を模索してみたいと思う。

## Ⅱ. 性犯罪規定をめぐる疑問

二〇一七年の改正前に刑法典上に規定されていた性犯罪規定に対しては、種々の疑問が存在する。その疑問は、二〇一七年の法改正により法文上は解消されたものもあるが、さらなる法改正に向けた議論を整理するために、少し検討しておきたい。

1. 旧強姦罪規定について

旧強姦罪（第一七七条）の規定は、一三歳以上の女子に対しては、暴行又は脅迫を用いて姦淫した場合、また、一三歳未満の女子に対して姦淫した場合に成立するとされていた。この旧強姦罪の規定により、客体は、その文言上「女子」に限定されていた。そもそもなぜ旧強姦罪の規定は、客体を女性に限っていたのだろうか。女子を特別に保護するための規定であったのかという点、そうではない。島岡教授は、旧強姦罪が、現行刑法典が制定された明治四〇年当時、その保護法益を家父長制度下における男系の血統の維持であったことを指摘している。<sup>(2)</sup>

また、角田弁護士は、妊娠の危険にも着目して家父長制社会を維持するために女性に課された特別の義務が、貞操と観念されており、それゆえ、旧強姦罪の規定は、女性のみを客体としていたことを指摘されている。<sup>(3)</sup>そして、それは、女性が男性と異なり配偶者以外と性的関係をもつてはならないとする道徳観とも深く関連していたといえるのである。<sup>(4)</sup>日本国憲法のもとで個人の尊厳が謳われ、家父長制社会が（法律上は）認められなくなった以降であっても、なぜ女性だけを客体とする規定となっているのか、十分に説明できる法的根拠は存在しない。また、この規定により、男性は旧強姦罪においては客体とされていないため、男性を被害者とする強制性交については、すべて強制わいせつ罪となり、いわば格下げして処罰されていたのである。判例において、旧強姦罪の規定は、男女の生物学的差異に基づく合理的な理由によるものであるため、憲法第一四条の法の下での平等違反ではないと判断されたが、<sup>(5)</sup>憲法第一四条の法の下での平等違反であるだけでなく、憲法第一三条の個人の尊厳の条項にも違反するのではないだろうか。

また、そもそも客体を女性に限り、女性を特別に保護する規定であると仮定したとしても、刑法解釈論上、旧強姦罪の規定は、「主体は男に限られない」と理解されていた。<sup>(6)</sup>すなわち、女性も責任無能力の男性を利用する

などにより間接正犯の形態をとり、あるいは男性と意思連絡のもとで共同正犯の形態として、旧強姦罪を実行することは可能と解されており、判例においても、共同正犯として女性に旧強姦罪の規定が適用された例がある<sup>(7)</sup>。多くの見解は、旧強姦罪は、男性を主体とする身分犯であるとされ、共同正犯として女性を処罰するためには、第六五条第一項の適用が必要であるとする立場をとってきたようであるが、なかには、旧強姦罪の規定は、法文上、客体が女性に限られるだけであり、主体は限定されておらず、限定された構成要件を実行する者が事実上一定の属性を備えた者に限られる疑似身分犯であるとする見解も主張されていた<sup>(8)</sup>。結局旧強姦罪の規定は、女性も間接正犯や共同正犯として主体となりうる<sup>(9)</sup>と解釈されている以上、女性を特別に保護する規定ではなく、女性に対する不当な差別を規定していたものといえるのではないだろうか。また、それは裏返すと、男性は旧強姦罪の規定上、その客体となりえないことで、男性に対しても不当な差別の規定となっていたといえる。

すでに、二〇一七年の改正により、旧強姦罪規定は強制性交等罪となり、客体も「者」と規定された。法文上、ジェンダー平等の形態の規定が実現したことになり、大きな一方を踏み出したものと評価できるだろう。

## 2. 強制わいせつ罪、強制性交等罪における暴行・脅迫の要件について

強制わいせつ罪や強制性交等罪において、一三歳以上の者に対しては、暴行・脅迫が要件として挙げられている。そもそも強制わいせつ罪や旧強姦罪の規定においても一三歳以上の者に対しては暴行や脅迫が要件とされており、二〇一七年に行われた法改正の検討にあたっても、この暴行・脅迫要件を不要とする立場が主張され、議論されたが、二〇一七年の法改正で暴行・脅迫を不要とする旨の立法が実現することはなかった。

この強制わいせつ罪や強制性交等罪で要求される暴行や脅迫について、かつては、反抗を抑圧するものとする

立場も主張されていたが、<sup>9)</sup>そのような限定をした場合、同じように反抗を抑圧する程度の暴行や脅迫を要求する強盗罪において、それよりも緩やかな暴行や脅迫で成立する恐喝罪のような規定が、強制わいせつ罪や強制性交等罪には存在しないため、被害者の保護に欠ける結果となってしまうとの観点から、現在は、被害者の反抗を著しく困難にする程度の暴行や脅迫と解する立場が通説となっている。<sup>10)</sup>なかでも、強制わいせつ罪については、強制性交等罪の法定刑よりも、その下限がかなり軽いこと（六月以上一〇年以下の有期懲役）から、強制性交等罪の暴行概念とは異なるとする立場が主張されている。<sup>11)</sup>抱きつくなどの不意をつく性的侵襲行為も、強制わいせつ罪において包摂されることがあり、それゆえ、強制わいせつ罪の暴行・脅迫については、脅迫罪や強要罪と同程度のもので十分であるとの主張もみられる。<sup>12)</sup>これに対して、強制性交等罪に関しては、直接に身体に加えられる必要はないとされつつも、反抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫が必要と解されてきた。そして、この反抗を著しく困難にする程度は、その暴行の強度により認定するのではなく、被害者の当該状況における抵抗の程度も評価の対象とされてきた。学説の多くの見解も、行為者が被害者の積極的な抵抗を排除するだけの暴行・脅迫を必要とする立場を支持している。<sup>13)</sup>被害者の抵抗を排除するための暴行や脅迫が認められる場合、その性的侵害行為は被害者の意思に反していると評価され、旧強姦罪、現在の強制性交等罪の成立が認められたのである。被害者の意思に反していたかということと鍵を握るのが被害者の供述の信用性であり、その被害者の供述の信用性が認められるかどうかは、周辺事情をあわせて評価されることになっていた。その周辺事情とは、被害者の性的経験や行為者の誘いにのったこと、被害者の曖昧な態度など被害者の落ち度が広く考慮の対象とされてきたのである。<sup>14)</sup>このような被害者側の事情を幅広く考慮することから、強姦の被害者となる女性は、挑発的な服装をしていたり、男性に対して挑発的な態度をとっていることが多く、そのような態度をとった女性にも落

ち度がある、被害者が本気で抵抗した場合には、強姦は防げるとの強姦神話や、強姦を被害者の落ち度、被害者の自己責任とする誤った認識が、社会には広く存在しているとする指摘もある。<sup>15</sup>このような「反抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫」という要件、さらにその反抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫を認めるために、被害者側の事情を評価の対象とすることは、必要なのだろうか。また、そもそも、「反抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫」とは、どのような程度なのだろうか。さらに、強制わいせつ罪と強制性交等罪の暴行・脅迫要件の強さを区別する必要があるのだろうか。

このような「反抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫」という概念が判例上明らかにされたのは、最判昭和二十四年五月一〇日（刑集三巻六号七一頁）であった。強姦の事案において、「被告人が被害者に暴行脅迫を加えた事實はなく、仮りにそのような事實があつたとしても、被害者が抗拒不能に陥つたという事實は全記録の何處にも發見することができないと主張しているけれども、刑法第一七七條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。」と判示されたのである。また、その後の最高裁昭和三三年六月六日判決（裁判集〔刑事〕一二六号一七二頁）において、被害者の反抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫であつたかを判断するための事情として、「その暴行または脅迫の行為は、単にそのみを取り上げて観察すれば右の程度には達しないと認められるようなものであつても、その相手方の年齢、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」旨の判断が示されている。このような判例の立場について、最高裁昭和二十四年判決が示した基準を踏襲し、旧強姦罪における暴行や脅迫は相手方の反抗を著しく困難にする程度のものであれば足りるとする点で重要とし、暴行や脅迫それ自体に、相手方の反抗を著しく困難にする

性質がなくともよいとされた点、すなわち総合判断の必要性を明確に示した判断として重要な意義があるとする評価が存在する。<sup>(16)</sup> また、この最高裁判昭和三三年判決以降の（裁）判例の流れをうけて、判例が、暴行や脅迫に加えて、被害者の年齢や被害者と被告人との人間関係（依存・支配関係）、被害者の置かれた行為状況（逃げ場のない状況か否か）、当該暴行、脅迫の以前になされた被告人の行為などを広く考慮しているとの評価も存在する。<sup>(17)</sup> このような実務の考え方については、性的な行為が「心理的な強制」に基づくかが、強制性交等罪や強制わいせつ罪の成否を分けているとされた上で、現在「反抗を著しく困難にする程度」をめぐる争点は、「任意性を害しうる程度」と同じ意味であると理解して、任意性を害しうるかどうかを判断するための具体的な基準を鼎立することが必要だとする指摘もある。<sup>(18)</sup>

刑法典において、「暴行」概念は、暴行が要件とされる規定によつて様々な態様が想定されている。このように種々の規定で要件とされる暴行をめぐっては、四つの類型に区分されており、内乱罪（第七七条）などで要求される最広義の暴行は、人に対すると物に対するとを問わず、有形力の行使全てをいうとされている。広義の暴行とされる公務執行妨害罪（第九五条第一項）などにおける暴行は、必ずしも人の身体に加えられることを要しないが、人に対する有形力の行使を意味するとされており、暴行罪（第二〇八条）に規定される暴行とされる狭義の暴行は、人の身体に対する有形力の行使であるとされている。以上の三つの暴行概念は、いずれも何に對する有形力の行使か、すなわち有形力行使の対象を問題としてしている。これに対して、強制わいせつ罪や強制性交等罪にいう暴行である最狭義の暴行は、反抗を抑圧する（著しく困難にする）に足りる暴行とされており、ここで問題とされているのは有形力行使の対象ではなく、暴行の程度である。被害者の反抗が著しく困難になる程度の強度の暴行といえるかが問題とされるのである。

同じことは、「脅迫」についてもいえる。脅迫はその規定に依じて三つに区分される<sup>19)</sup>。公務執行妨害罪などで要求される脅迫は、広義の脅迫であり、人に畏怖心を生じさせるに足りる害悪を告知する行為一切をさすとされ、狭義の脅迫である脅迫罪(第二二二条)の脅迫は、相手方または相手方の親族の生命、身体、自由、名誉または財産に危害を加える旨の害悪の告知をいうとされている。強制わいせつ罪および強制性交等罪において問題とされる脅迫は、最狭義の脅迫であり、被害者となる相手方の反抗を著しく困難にする程度のものが要求されている。脅迫も、暴行と同様に、広義の脅迫と狭義の脅迫においては、害悪を告知される相手方やその対象などが問題とされているのに対して、最狭義の脅迫においては、その程度が問題とされているのである。

そもそも、なぜ、強制わいせつ罪や強制性交等罪において、暴行や脅迫が必要とされるのだろうか。このような性的自由を侵害する行為は、被害者の意思に反したものである場合、侵害性が大きくなるとされている。現に、イギリスなどでは、被害者の意思に反する性的行為を処罰する立法がなされている。しかし、被害者の意思に反したかという基準では、その認定が被害者の主観に左右されることになり、不明確であるとして、ドイツなどにおいては、明確性を確保するために、暴行や脅迫の要件が必要とされ、日本もそれに従ってきたとの指摘がある<sup>20)</sup>。そして、強制わいせつ罪や強制性交等罪の保護法益を被害者の性的自由と理解する多くの見解からは、たとえ暴行や脅迫が先行しても、被害者が同意した可能性が残っている限り、なお性的自由は侵害されなかったこととなるため、被害者の抵抗を困難にする程度の暴行・脅迫を要求するに至ったとの指摘もある<sup>21)</sup>。このような理解を前提に、これまでの判例実務は、被害者の意思に反することと最狭義の暴行・脅迫の存在はイコールであると解しており、暴行・脅迫要件を緩和することは、意思に反することを間違いなく確信することができない事例を有罪とすることにつながるとも指摘されている<sup>22)</sup>。

しかし、被害者の意思に反することを証明するために、暴行や脅迫が用いられたかということの問題にすることが、なぜイコールでつながるのか、納得のいく説明や根拠づけがなされているのだろうか。確かに、暴行や脅迫が用いられる場合に、それに伴う性的侵害行為が被害者の意思に反するものであると評価することは、ある程度理解可能である。暴行や脅迫を手段として、被害者に恐怖心を生じさせ、性的行為を強いることになるためである。しかし、この逆も成り立つ論理であるかは疑問である。被害者の意思に反する性的行為というためには、

暴行や脅迫が手段として用いられることが必要であるという論理は、自明のものではない。暴行や脅迫といった要件を不要とする立場に立つ論者から度々主張されている通り、被害者の意思に反する性的侵害行為には、暴行や脅迫を伴うものだけでなく、錯誤、無知、驚愕、不意打ちの場合や、地位を利用する場合など様々な態様が考えられるだろう。暴行や脅迫は、被害者の意思に反することを示す事例の、ほんの一部にすぎない。逆に、暴行や脅迫のみ要件として取り出すことで、被害者の意思に反するその他の多くの事例をとりこぼす結果となり、被害者の保護に資するものとはならない。仮に、強制わいせつ罪や強制性交等罪の保護法益を性的自由であると解した場合であっても、被害者の性的自由を保護するためには、被害者の意思に反するかどうかが決定的になるはずであり、そのような被害者の意思に反することが認められるかどうかは、必ずしも暴行や脅迫に限られないため、暴行や脅迫を要件とする必然性はない。

ただ、このような暴行や脅迫を要件とすることを否定的に解する立場に対して、現状、暴行や脅迫それ自体の手段としての限定性は大きく失われており、被害者が抵抗することが著しく困難な状況にあるかが問題とされており、それは、被害者が性的行為に応じざるを得ない状況にあるか否かを問題とするものであるとの評価も存在し、実務上、暴行や脅迫の程度に関する関心は明らかに低下しているともいわれている<sup>(23)</sup>。加えて、(裁)判例に

において暴行や脅迫の程度を測る際に重要視されてきたのは、暴行や脅迫それ自体の強度ではなく、むしろ被害者の意思に反して性的行為に及ぶことを可能にするような暴行や脅迫といえるかどうかであったと分析された上で、強制わいせつ罪や強制性交等罪において要件とされる暴行と脅迫は、被害者の意思に反して性的行為を行うに必要な程度に抗拒を抑制するもので足りるとして、現在の判例の流れを支持する立場も存在する。<sup>24</sup>しかし、現実には、警察段階において、被害者がうけた暴行や脅迫が、反抗を著しく抑圧される程度に至っていないということも理由に、訴追されないケースが存在していることが指摘され、公判段階に至っても、反抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫がなされたとは認められないとして無罪となるケースが存在する。<sup>25</sup>暴行・脅迫要件は、実際、犯罪の成否を決定する重要な要素になり続けているのである。実務上、暴行や脅迫の程度に対する関心が薄れていることが指摘され、そして、そのような判例実務が、被害者の意思に反して性的行為を行うために必要な程度の暴行と脅迫があれば足りると解していると評価することにより、暴行・脅迫要件をある意味重要視しないような論調がみられるにもかかわらず、それでもそもそも暴行・脅迫要件を維持しようとするのはなぜなのだろうか。それほど、暴行・脅迫要件は、強制わいせつ罪や強制性交等罪の成否を決める要件として明確性を保っているのだろうか。

上述したように、現行の条文上、あるいは解釈論上、強制わいせつ罪や強制性交等罪において要件とされている暴行や脅迫は、相手方の反抗を著しく困難にする程度のもという相当強度な暴行・脅迫が必要とされている。この「反抗を著しく困難にする程度」とはどの程度なのだろうか。この「反抗を著しく困難にする程度」について、強制わいせつ罪や強制性交等罪において暴行や脅迫を要件として必要とし、その内容を最狭義の暴行や脅迫と解する立場から、積極的にその程度を示すものは、ほとんど存在しない。まして、強制わいせつ罪や強制性交

等罪においては、被害者の反抗を著しく困難にする程度の暴行や脅迫が行われたかを認定するにあたり、被害者の積極的な抵抗を排除する程度、すなわち、被害者の抵抗を問題としてきたのである。確かに、被害者の反抗を困難にする程度の暴行や脅迫であったかを認めるために、被害者の抵抗困難性を問題とするという論理は、一見すると正当であるようにも思える。しかし、被害者が抵抗をしたか、あるいは抵抗することが可能であったかは、個別具体的な事情によるのであり、捜査段階では捜査官の、裁判段階では裁判官の評価により異なる可能性がある以上、明確な基準ではない。その上、個別具体的な事例における事例判断の色合いを残すことは、被害者側にもある意味責任を負担させることを意味する。そして、このことは翻っては、被害者の反抗を著しく困難にする程度がどのような程度かを積極的に定義することができないことを物語っているように思われる。

そもそも条文上、暴行・脅迫としか規定されていないことについて、その反抗を著しく困難にすることという程度を要求すること、さらに程度としてかなり強いものに限定する必要性や根拠は存在しないと批判され、さらに、仮に「暴行または脅迫を用いて」という要件を必要としても、法文上は、「暴行又は脅迫を用いて」というにとどまり、性的自由の侵害を中核とする以上、脅迫罪や強要罪、暴行罪の限度を超えて、被害者の抵抗困難性まで要求する理由は不明との指摘もある<sup>27)</sup>。そして、このような暴行や脅迫の問題とすることが誤っており、その理由として、①加害者の暴行や脅迫の程度と被害者の反抗の程度が必ずしもパラレルではないこと、②被害者が必ず抵抗することを前提としていること、③これらの非現実的な要件を男性が（勝手に）認定することを挙げる立場もある<sup>28)</sup>。

強制わいせつ罪や強制性交等罪において必要とされる最狭義の暴行・脅迫は、財産罪である強盗罪における暴行・脅迫と表向きは同程度のものである（ただ、強盗罪には恐喝罪の規定があり、反抗を抑圧するに足りる程度

の暴行・脅迫とされ、性犯罪より強度の暴行や脅迫が必要とされている。強盗罪における暴行・脅迫と強制わいせつ罪や強制性交等罪における暴行・脅迫は、異なるとされているが、強盗罪では、被害者の反抗を抑圧するに足りる程度は、どのように判断されているのだろうか。強盗罪において、被害者の反抗を抑圧することまでは必要とされない。その判断にあたっては、行為者の年齢や性別、体格、人相、風体、被害者の年齢、体格等から判断され、さらには、犯行時刻や場所、凶器の有無、その用い方といった種々の事情が考慮されることになっている。具体的な事案に応じてその事例の諸事情を総合的に考慮することは、強制わいせつ罪や強制性交等罪における「被害者の反抗を著しく困難にする程度」を判断するときの考慮方法と同様である。しかし、強盗罪において挙げられている判断事情は、行為者側の事情と被害者側の事情、行為状況に関するものであり、ある程度客観化して評価・判断することができるものである。これに対して、強制わいせつ罪や強制性交等罪の場合、相手方の年齢、性別にとどまらず、素行や経歴まで判断の事情としてとり込まれている。なぜだろうか。これは、被害者のプライバシーの領域に関わり、本当に判断のために必要な事情なのか、疑問である。実際に、素行や経歴を考慮することによって、被害者が水商売に従事していたことから、被害者の意思に反したものであったかという供述に合理性がないとの判断がなされた事例が実務上存在しているが、不当に被害者を差別するものであろう。現在、強制性交等罪の客体は「者」となり、男性も客体となることが明文化されたが、男性が被害者の場合にも、このような経歴や素行を問題とするのだろうか。仮に、旧強姦罪において女性のみが客体になっていたときの基準であるとすれば、女性に対する差別的な考えが露呈されるものであり、改められる必要があるであろうし、二〇一七年以降の表向きはジェンダー平等の法改正がなされた以降も、被害者の経歴や素行が考慮事情に挙げられるので

あれば、そのような経歴や素行をもつ被害者は、性犯罪の保護には値しないという、まさに不当な差別をいまだに是認していることになる。国際的にみても、理解される状況では決してないのではないだろうか。結局、反抗を著しく困難にする程度を客観的に判断するための基準は、具体的に示されてはいない。被害者の意思に反することは、被害者の主観に依存するため、明確性を担保するために、暴行や脅迫を要件とするということを積極的に根拠づけることに成功しているとはいえない。むしろ、暴行・脅迫要件を、その程度の問題にすり替え、より柔軟な判断を可能にしているともいえる。被害者の意思に反することを明確に示すものとして、暴行・脅迫を要件とするのは、妥当な方法ではないだろう。強制わいせつや強制性交等といった行為が、被害者の意思に反するものであるために処罰されるということの本質とするのであれば、被害者の意思に反するものであることを示すために必要な要件を、暴行や脅迫に限る必要はない。仮に残すとしても、ドイツにおいてなされた法改正のように、<sup>①</sup>暴行や脅迫が用いられていることを加重類型とするのが適当なのではないだろうか。

被害者の意思に反していることを証明するためには、暴行や脅迫の要件が必要であるとの理解もいまだに根強い。刑法上は何らかの強制的性格を有していれば足りるとするが、強制わいせつ罪や強制性交等罪は、最低限、脅迫罪や強要罪で要求される程度の暴行・脅迫が前提となる<sup>②</sup>とし、性的自由侵害は客観的に判断することが難しく、「被害者の意思に反する」という要件の重要度が高まるほど、認定の困難さを招くとし、暴行・脅迫という手段の「作用」によって心理的強制がなされたといえなければ、刑法による介入対象としてふさわしいとはいえないとする立場もある<sup>③</sup>。ただ、国際的な流れからみても、また、これまでの検討からみても、暴行や脅迫を要件とする必要性は、もはやないのではないかと思われる。

## 3. 性犯罪規定の保護法益について

強制わいせつ罪や強制性交等罪は、刑法典上、「第二章 わいせつ、強制性交等及び重婚の罪」に規定が置かれている。この条文の位置から、刑法制定当時は社会的法益に対する罪と解されており、この考え方には批判も多いため、改正刑法草案では、社会的法益に対する罪と個人的法益に対する罪に区別して規定されることとされてきた。現在も、このうち、公然わいせつ罪（第一七四条）とわいせつ物頒布等罪（第一七五条）については、性風俗ないし公衆の性的感情に対する罪として、淫行勧誘罪（第一八二条）については、売春等の不道徳な性行為が社会に蔓延することを防止することを主たる目的とする社会的法益に対する罪と理解されている<sup>34</sup>。

これに対して、強制わいせつ罪や強制性交等罪、準強制わいせつ・準強制性交等罪（第一七八条）、強制わいせつ等未遂罪（第一七九条）、強制わいせつ等致死傷罪（第一八一条）は、個人的法益に分類され、個人の性的自由を侵害する罪と位置づけられている。性的自由とは、個人の性的自己決定権を意味するものだ<sup>35</sup>と理解され、性的な事柄についての自己決定の自由、すなわち、性的行為を行うかどうか、誰を相手として行うかに関して自分で決定することができる自由であると解されるのが、一般的である。

ただ、近年、このような性的自由という観点は不明確であり、かつ保護法益の理解として不十分であるとして、性的領域への侵入によって被害者の性的人格の統合性が侵害されるとして、人格に対する侵害行為として捉える見解や、<sup>36</sup>性犯罪における被害の実質を性的行為という特殊な身体的接触の体験を犯人と共有することを強いられるところにあるとし、人には他人にアクセスされることを欲さず、他人のそれにアクセスすることも欲しない身体的領域があり、それを「身体的内密領域」であると定義し、そのような「身体的内密領域」を侵害しようとする性的行為からの防御権という意味で性的自己決定権を理解する立場が主張されている<sup>37</sup>。島岡教授は、教授が専

門とされるフランス刑法の考え方を引用し、性犯罪を「心身の完全性」を侵害する犯罪とされている<sup>38)</sup>。

そもそも性犯罪を性的自由を保護法益とする犯罪と解し、自由に対する罪に位置づけることが妥当なのだろうか。井田教授は、法益の序列からすると、自由は、生命、身体、自由、財産というかなり軽い犯罪として位置づけられることになり、それでは被害の重大性が把握されたことにならないことを指摘されている<sup>39)</sup>。そして、性犯罪の被害の実態を鑑みると、その保護されるべき法益は、性的自由という自由ではないのではないかと考える。

PTSDをはじめ、被害者は心身に一生の傷を負うのである。まさに個人の尊厳を侵害する重大な犯罪であると評価することができるのではないだろうか。ただ、個人の尊厳と解するとあまりに抽象的なため、島岡教授が支持される、性犯罪は、心身の完全性を侵害する犯罪と解するべきではないかと考える。そして、心身の完全性と解する場合、法益の序列からすると、自由ではなく、身体と同じ位置づけを与えることも可能ではないかとも考えている。

### Ⅲ. 法改正に向けた法務省の検討会の内容

現在法務省の検討会において、性犯罪規定の見直しに向けた議論が行われており、今後の議論の内容として、多くの論点が示されている<sup>40)</sup>。そこに示された内容をみると、性犯罪についての規定が、まだまだ多くの議論の余地がある問題を含んでいることが分かる。

まず、刑事実体法の対象として、①現行法の運用の実情と課題（総論的事項）、②暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件のあり方、③地位・関係性を利用した犯罪類型のあり方、④いわゆる性交同意年齢のあり方、⑤強

制性交等の罪の対象となる行為の範囲、⑥法定刑のあり方、⑦配偶者間等の性的行為に対する処罰規定のあり方、⑧性的姿態の撮影行為に対する処罰規定のあり方が挙げられており、刑事手続法領域については、⑨公訴時効のあり方、⑩起訴状等における被害者等の氏名の取扱いのあり方、⑪いわゆるレイプシールドのあり方、⑫司法面接的手法による聴取結果の証拠法上の取扱いのあり方が挙げられている。

まず、二〇一七年からの懸案事項ともいえる、②強制性交等罪の暴行・脅迫の要件や準強制性交等罪の心神喪失・抗拒不能の要件について、その要件を撤廃し、被害者が性交等に同意していないことを構成要件とすべきか、判例上必要とされる「被害者の抗拒を著しく困難にさせる程度」を緩和した要件とすべきか、暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能に加えて、又はこれらに代えて、その手段や状態を明確化して列挙すべきか、被害者が性交等に同意していないことについて、一定の行為や状態が認められる場合に被告人側に立証責任を転換し、又はその要件の充足を推定する規定を設けるべきか、行為者が、被害者が性交等に同意していないことの認識を有しない場合などのように対処すべきか等が挙げられている。国際的な流れでは、性犯罪を被害者の意思に反したものであると解し、暴行・脅迫要件を不要とする流れが強いなかで、暴行・脅迫だけではなく、被害者の意思に反した性的侵害行為を包摂するような規定が必要であるように思われ、その中には③において検討の対象とされている地位や関係性などを利用した類型も含まれるべきであるように思われる。

③地位・関係性を利用した犯罪類型のあり方については、二〇一七年法改正の際に監護者わいせつ・監護者性交等罪の規定が新設されたものの、それに捕捉されなかった事例や残された問題点が挙げられている。被害者が一定の年齢未満である場合に、その者を「現に監護する者」には該当しないものの、被害者に対して一定の影響力を有する者が性的行為をしたときは、被害者の同意の有無を問わず、監護者性交等罪と同様に処罰する類型を

創設すべきか、被害者の年齢を問わず、行為者が被害者の脆弱性、被害者との地位の優劣・関係性などを利用して行った行為について、新たな罪を創設すべきか、継続的な性的虐待において、個々の行為の具体的な日時・場所を特定しなくても、個々の行為を包括する一連の事実について一個の犯罪の成立を認めることができるような罪を創設すべきか、一定の年齢未満の者に対し、性的行為や児童ポルノの対象とすることを目的として行われるいわゆるグルーミング行為を処罰する規定を創設すべきか等が挙げられている。監護者わいせつ・監護者性交等を罪を新設したことで、児童の保護は十分であるのか、④の性交同意年齢のあり方とも含めて、検討される必要があるように思われる。特に、性交同意年齢について、一三歳を区分とする現行規定は、その年齢の区切りとして低すぎることが批判されており、義務教育終了程度まで引き上げることが検討の余地があるように思われる。

⑤強制性交等の罪の対象となる行為の範囲に対しては、強制性交等の罪の対象となる行為に、身体の一部や物を被害者の膣・肛門・口腔内に挿入する行為を含めるべきかが、いずれも検討の対象になっている。これらの行為は、現行規定上強制わいせつ罪に含まれているが、なかには重大な性的侵害行為も含まれており、強制わいせつ罪の法定刑を鑑みると、強制性交等罪に含めることも検討されるべきではないだろうか。

⑥法定刑については、二名以上の者が現場において共同した場合や被害者が一定の年齢未満の者である場合について加重類型を設けるべきか、強制性交等罪の法定刑（五年以上の有期懲役）の下限を引き下げるべきか、⑦配偶者間等の性的行為に対する処罰規定のあり方について、配偶者、内縁などの関係にある者の間でも強制性交等罪や準強制性交等罪が成立することを明示する規定を設けるべきか、⑧性的姿態の撮影行為に対する処罰規定のあり方に対しては、他人の性的な姿態を同意なく撮影する行為を処罰する規定や撮影された性的な姿態の画像の没収（剝奪）を可能にする特別規定を設けるべきか等が、いずれも検討に挙げられている。これらの問題につ



- めの刑法改正について」法律のひろば七〇巻一一号（二〇一七年）四頁以下、佐久間修「刑法改正―その意義と今後の課題」BAN平成二九年八月号一五頁以下等。
- (2) 島岡まな「強制性交等罪における暴行・脅迫要件について―性犯罪の立証責任はだれが負うべきか―」『日高義博先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、二〇一八年）一一五頁。
- (3) 角田由紀子「性犯罪法の改正―改正の意義と課題」論究ジュリスト三三三号（二〇一七年）一二二頁。
- (4) 井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣、二〇一六年）一〇六頁。
- (5) 最大判昭和二八年六月二四日刑集七巻六号一三六六頁。
- (6) 山口厚『刑法各論（第二版）』（有斐閣、二〇一〇年）一〇九頁等。
- (7) 最決昭和四〇年三月三〇日刑集一九巻二号一二五頁。この決定は、旧強姦罪を身分犯と捉え、刑法第六五条第一項を適用していた。
- (8) 山口厚・前掲書・三四六頁。
- (9) 牧野英一『刑法各論 上巻』（有斐閣、一九五〇年）三二頁等。
- (10) 例えば、団藤重光『刑法綱要各論（第三版）』（創文社、一九九〇年）四九〇頁、山口厚・前掲書・一一〇頁、佐久間修『刑法各論（第二版）』（成文堂、二〇一二年）一一四、一一八頁、山中敬一『刑法各論（第三版）』（成文堂、二〇一五年）一六五、一六九頁、中森喜彦『刑法各論（第四版）』（有斐閣、二〇一五年）六六頁、井田良・前掲書・一〇九頁、西田典之（橋爪隆捕訂）『刑法各論（第七版）』（弘文堂、二〇一八年）九九、一〇三頁、大谷實『刑法講義各論（新版第五版）』（成文堂、二〇一八年）一一二、一二五頁、高橋則夫『刑法各論（第三版）』（成文堂、二〇一八年）一三〇、一三六頁、浅田和茂『刑法各論』（成文堂、二〇二〇年）一二二、一二四頁、日高義博『刑法各論』（成文堂、二〇二〇年）一三八、一四三頁等。
- (11) 例えば、大塚仁『刑法概説（各論）（第三版増補版）』（有斐閣、二〇〇五年）九九頁、大谷實・前掲書・一一二頁、川端博『刑法各論講義（第二版）』（成文堂、二〇一〇年）一九二頁等。
- (12) 佐久間修「いわゆる性犯罪と性暴力の罪」『日高義博先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、二〇一八年）八五頁。
- (13) 団藤重光・前掲書・四九〇頁、大塚仁・前掲書・一〇二頁、大谷實・前掲書・一一六頁、山中敬一・前掲書・一

- 六九頁、山口厚・前掲書・一〇七、一一〇頁等。
- (14) 下村幸雄「事実認定の実証的研究 第四回」判例タイムズ二四六号（一九七〇年）五四頁。
- (15) 角田由紀子・前掲論文・一二一頁。
- (16) 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論文集 下巻』（成文堂、二〇一四年）二八頁～二九頁。
- (17) 深町晋也「性犯罪における暴行・脅迫の程度」法学教室四二九号（二〇一六年）三六頁以下。
- (18) 神山千之「合意による性交と強姦の境」刑事法ジャーナル二七号（二〇一一年）五九頁、嘉門優「被害者の意思侵害要件の展開―強姦罪における暴行・脅迫要件を題材として―」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、二〇一六年）七四四頁。
- (19) 伊藤納「第二二二条」大塚仁・河上和雄・中山善房・古田佑紀編『大コンメンタール刑法（第三版）第一巻』（青林書院、二〇一四年）四四八頁。
- (20) 深町晋也・前掲論文・三八頁。
- (21) 佐久間修・前掲論文・八二頁。
- (22) 井田良・前掲書・一一〇頁。
- (23) 刑事比較法研究グループ「比較法からみた日本の性犯罪規定」刑事法ジャーナル四五号（二〇一五年）一五九頁等。
- (24) 曲田統・前掲論文・五一頁。
- (25) 法務省の検討会で示された性犯罪ワーキンググループの報告書 (<http://www.moj.go.jp/content/001323987.pdf> : 二〇二〇年九月二五日確認) によると、平成三〇年に不起訴処分とされた事案（五四八件）のうち、その理由として同意していた可能性を排斥することができない事案が一八〇件、暴行・脅迫があったと認めるに足りる証拠がない事案（二二七件）、暴行・脅迫が被害者の反抗を著しく困難にさせる程度であったと認めるに足りる証拠がない事案（五件）が示されている。また最判平成二三年七月二五日裁判集（刑事）三〇四号一三九頁のように、最高裁において、被害者の供述の信用性が問題とされ、強姦罪の成立が認められなかった事案も存在する。

(26) 島岡まな・前掲論文・一二八頁以下。

- (27) 佐久間修・前掲論文・八三頁。
- (28) 角田由紀子・前掲論文・一二四頁。
- (29) その理由について、深町教授は、強盗罪は、社会通念上一般に被害者の反抗を抑圧するに足りる程度のものであるかどうかという客観的基準を用いており、暴行・脅迫それ自体の手段としての限定性が維持され、被害者が意思を抑圧される状況にあるかが決定的ではないと指摘され、強盗罪は、単に意思抑圧の程度を問題としているのではなく、むしろ強盗罪特有の財物や財産上の利益をめぐって生じる人身への危険との関係で理解すべきであると考え、強盗罪が単に被害者の意思抑圧によって財物や財産上の利益を抑圧するのではなく、生命や身体等に危険な手段による財物や財産上の利益を抑止するという人身保護を目的とした規定であり、性犯罪は性的行為をめぐって生じる人身への危険が直接に保護の対象とされているのではないため、暴行・脅迫は保護法益との関係で基礎づけられるものではないとされている（深町晋也・前掲論文・三九頁）。このような考え方に対して、佐久間教授は、保護法益による限定を放棄するとき、何をもちて各要件を絞り込むのかという疑問を呈している（佐久間修・前掲論文・八八頁注四〇参照）。
- (30) 前掲最判平成二三年七月二五日裁判集〔刑事〕三〇四号一三九頁。
- (31) ドイツにおいても二〇一六年に性犯罪をめぐる規定が大きく改正され、性的侵害行為の基本構成要件から暴行・脅迫要件が外された（ドイツ刑法第一七七条第一項）。暴行や脅迫を用いた場合には、刑が加重されることが規定されている（ドイツ刑法第一七七条第五項）。
- (32) 佐久間修・前掲露文・八五頁。
- (33) 嘉門優・前掲論文・七五二、七六三頁。
- (34) 亀山継夫・河村博「第一七四条」第一八四条 前注「大塚仁・河上和雄・中山善房・古田佑紀編『大コンメンタール刑法（第三版）第九卷』（青林書院、二〇一三年）四頁。
- (35) 山口厚・前掲書・一一〇頁。
- (36) 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』『町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開 上巻』（信山社、二〇一四年）四二五頁。
- (37) 井田良・前掲書・一〇五頁。

- (38) 島岡まな・前掲論文・一二六、一二八頁。
- (39) 井田良・前掲書・一〇四頁。
- (40) 検討会第四回会議の資料参照 (<http://www.moj.go.jp/content/001325146.pdf>) : 二〇二〇年九月二五日確認)