

〔論 説〕

刑法各論覚書(5)

——「暴行・脅迫」を「手段」とする犯罪の検討——

伊 藤 司

一 はじめに

二 「暴行・脅迫」を「手段」とする犯罪の検討

(1) 公務執行妨害罪

(2) 強制わいせつ罪・強制性交等罪

三 おわりに

一 はじめに

わたくしは、別稿において、「暴行・脅迫」の意義・程度とそれを手段とする犯罪の検討」と題し、「暴行・傷害罪、脅迫・強要罪の検討」を前提に、「強盗罪」及び「恐喝罪」を重点的に検討したことがあった^①。

「刑法覚書」シリーズ一回目の今回は、「刑法各論」のテーマの五回目として、^②『寺崎古稀』拙稿を前提に、「公務執行妨害罪」及び「強制わいせつ罪・強制性交等罪」を重点的に検討することにした。^③

(1) 拙稿「暴行・脅迫」の意義・程度とそれを手段とする犯罪の検討」山口厚ほか編『寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集』（未刊）所収予定。

(2) 「刑法覚書」シリーズ一回目とは成蹊大学に着任後の回数であるが、一回目は「成蹊法学」68・69合併号（平成二〇年）四三一九頁、二回目は同72号（同二二年）一一五―二四頁、三回目は同76号（同二四年）七七一―八八頁、四回目は同84号（同二八年）八一―〇九頁、五回目は同88号（同三〇年）六九―九五頁、六回目は同90号（令和一年）三七八―四〇二頁、七回目は同91号（同年）三〇八―三二頁、八回目は同92号（同二年）四三八―五八頁、九回目は同93号（同三年）三二七―四二頁、一〇回目は同94号（同年）三六九―九六頁である。「刑法各論覚書」については、「成蹊法学」の前掲一回目・二回目に掲載されているが、前任校「法政研究」においてすでに二回執筆したことがあるので、今回は五回目ということになる。

(3) 「強制わいせつ罪」については「わいせつ」概念に視点を当てて取り上げており（拙稿「刑法各論覚書」①―いわゆる「わいせつ」三要素と「強制わいせつ」罪（二七六条）―九州大学法政研究六三巻二号（平成八年）一頁以下参照）、「公務執行妨害罪」についても、後掲注（5）判決の判例評釈を書いたことがあり（拙稿「判批」芝原邦爾ほか編著「別冊ジュリスト刑法判例百選Ⅱ各論」第五版「No.167 2003/4」二二八頁以下参照）、「騒擾（乱）罪」についても取り上げたことがある（拙稿「騒擾罪の保護法益についての一考察」(一)―刑法における「社会」概念を視座において―北大法学論集三四巻一号（昭和五八年）七九頁以下、「同」(二・定)―同―同三五巻一・二号（同五九年）二二三頁以下参照）ところ、今回は「暴行・脅迫」概念に視点を当てて、前二者については再び取り上げる形になる。

二 「暴行・脅迫」を「手段」とする犯罪の検討

(1) 公務執行妨害罪

(ア) 「暴行・脅迫」の態様・程度

① 山口判事(現)は暴行罪の「暴行」概念につき、いわゆる接触説を採用された⁴⁾。しかし、公務執行妨害罪については、その「暴行・脅迫は、それにより、現実に職務執行妨害の結果が発生したことを要するものでなく、妨害となるべきものであれば足りる」との判例理論を参照しつつ、「被告人Kの判示巡査Yに対して投げた石は同巡査の耳のあたりをかすめて飛びその身体には当らず、被告人ARの判示巡査Sに対して投げた石は同巡査の鉄兜に当り、被告人Rの判示巡査ATに対して投げた石は同巡査の臀部に当たったものである」との事例につき、公務執行妨害罪が成立し得ることを示唆して、原審を破棄・差し戻した最高裁判決を支持しているようである。教科書中においては、「職務の内容も多様だから、「妨害となるべきもの」かについての判断は実質的になされる必要がある⁶⁾。」との説明が付されており、公務執行妨害罪の場合、「暴行罪」の場合とは異なり、「手段」たる「暴行・脅迫」はあくまでも「職務執行の妨害となるべきものであれば足りる」との観点からの帰結なのかもしれない⁷⁾。

② このような帰結は、公務執行妨害罪の保護法益(「保護の客体」)は「公務」であるにもかかわらず、「行為の客体」は「公務員」であることによるスレの現れとも言えよう⁸⁾。刑法九五条一項の保護法益が「公務」であることは、戦後日本国憲法一四条の存在に鑑み、刑法上もいわば必然的な解釈とも言えよう⁹⁾し、それだけに「公務」という「保

護法益」が重視されるゆえんでもあるが、「行為の客体」に対する「暴行・脅迫」の意義をどのように捉えるかについては、また別個の問題とも言えよう。「九五条の「暴行・脅迫」は、必然的に、まず「暴行罪・脅迫罪を成立せしめるに十分な行為」という外枠をはめ」ることが必要であるとすれば、¹⁰⁾「暴行罪・脅迫罪」それ自体を問題とする視座を、できる限り「暴行・脅迫」を「手段」とする犯罪にも、及ぼす必要があることになろう。そのためには、「暴行罪・脅迫罪」自体の捉え方も、できるだけ厳格なものにしなければなるまい。

(イ) 「暴行・脅迫」と「人」との関係

① 「人」との関係で、どの範囲まで本罪の適用が広げられるかとなると、公務員の手足となって働く補助者について、それが「密接不可分の関係において関与する」場合であれば、本条の「暴行・脅迫」に該当するとした判例がある。¹¹⁾これは一般的な形の判示になっているようであるが、この「補助者」は当時の執行吏執行等手続規則一四条に基づくものようであるところ、刑法一九五条一項のように「これらの職務を補助する者」という明文もない九五条一項の場合、一九五条一項のように「行為の主体」の場合のみならず九五条一項のように「行為の客体」の場合についても、九五条一項の「行為の客体」は「公務員」に限られているのであるから、「公務員」との関係での「暴行・脅迫」理解としては、「補助者」に「暴行・脅迫」がなされた場合でも、「公務員」に対する「脅迫」の側面から捉えるのが妥当ではあるまいか。¹²⁾

② 大審院時代においても同様な判例があったが、¹³⁾実質論はともかく、この事例の場合、「公務員」たる「分署長」に対する「暴行・脅迫」が現実にあつたかを認定すべきであろう。「暴行・脅迫」を厳格に認定するとなれば、「公務員の意思に対する制圧力」だけでは足りないということになろう。¹⁴⁾

(ウ) 「暴行・脅迫」と「物」との関係

① 「物」との関係で、どの範囲まで本罪の適用が広げられるかとなると、いわゆる「間接暴行」の問題ということになる。牧野博士は公務執行妨害罪の「暴行」を、第二の(広義の)意義のものとして位置付けられたようであるが、⁽¹⁷⁾ 具体的には、公務員がその職務執行を為すべき物をひそかに破壊するような場合を除き、およそ公務執行中の公務員にかかわる「物」に対する「暴行」はすべて含まれるとの結論に至ったようである。⁽¹⁸⁾ 判例としては、最三小判昭和二六年三月二〇日集五卷五号七九四頁及び最二小決同三四年八月二七日集一三卷一〇号二七六九頁が、その最たるものであろう。

② しかし、公務執行中でありかつその妨害となることは明らかであるとしても、「人(公務員)」に対する「暴行」という以上、「物」に対する「暴行」にしか過ぎないものを、「間接的には」「人(公務員)」に対する「暴行」でもあるといふのは、いかにも強弁・詭弁に過ぎようから、「脅迫」の側面で捉えられるならば、その側面で捉えるべきであらう。⁽¹⁹⁾

旧刑法時代の判例たる大一新判明治三十七年七月五日録一〇輯一五〇〇(一五〇三以下)頁においては、さしあたり、⁽²⁰⁾ 税務属の所持するに至った徳利を「暴行」によって奪い取り、破碎した行為を「間接」暴行と称するに止まっている。さもなければ、「人(公務員)」に対する「暴行・脅迫」に当らない程度の「威力」でもって本罪の成立を認めることになりはしないであらうか。⁽²¹⁾ 警官隊に向けられた「威力」程度の場合に、本罪の成立を否定した判例もあることは、⁽²²⁾ 周知のところであらう。「人(公務員)」との関係ではこのような限定的な判例があるにもかかわらず、「物」との関係で、確かに搜索・差押などの場合に、「物」を損壊などされては捜査に支障が出兼ねないことは明らかであるとし

ても、「間接暴行」という形で判例が固まっていることを理由に、解釈に委ね続けるのは立法の怠慢というべきではあるまいか。そこでは、「暴行」概念を限定していると思われる(ア①参照)「公務員の職務の執行に当りその執行を妨害するに足る暴行を加えるものである以上、」(前掲最三小判昭和二六年三月二〇日七九五頁、最二小決同三四年八月二七日二七七〇頁)という判示が決め手となつてはいるが、この要件を充す限り、「それが直接公務員の身体に対するものであると否とは問うところではない。」という帰結につながっており、「公務員が職務を執行するに当たり、これに対して暴行又は脅迫を加えた者」という刑法九五条一項の条文との関連で、結局「これ」は「公務員」を指すとの解釈理解にはなつているのであるが、前者の前提が非常に大きな意味を有するがゆえに、およそ「執行妨害」でありさえすれば、その際「公務員」が臨場していれば足りるとの解釈になつていのように窺えるのである。²⁴⁾「これに対して暴行又は脅迫を加えた」という条文文言の「暴行」概念を、限りなく「拡張」するに至つてはいる訳である。「物」に対する「暴行」であっても、「公務員」の「職務の執行を妨害するに足る」ものであれば本条項に該当するという抽象的・観念的な意味合いなのだど割り切つてしまえばそれまでではあるが、やはり「公務員の職務の執行を妨害」してはいるが、自然人たる「公務員」に「に対して」なされたとはまでは言えない場合も、包含するに至つてはいるのであるまいか。「物」に対する「暴行」によつて、結果的には確かに「公務員の職務の執行を妨害」してはいるが、これは「結果」的側面を表すものであつて、つまり、行為者の行為は抽象的な観念としての「執行妨害」という結果をもたらしはしたが、自然人たる「公務員」に向けられているかと言えば、「公務員敵対的行動」とでも言うべきレベルの行動という意味合いになつてしまつてはいるのではないかということである。「暴行」概念の膨張はこのように解釈上の無理ないしこじつけをもたらししており、むしろ「脅迫」概念との関連で捉えられるならば、「暴行」よりも抽

象的なレベルまで捉え得るのではないか、ということである。「行為の客体」というのは通常具体的なものを指し、「保護の客体」が抽象的なものを指すとすれば、直接的には「物」にしか向けられておらず、確かに「保護の客体」としての「公務」は妨害しているかもしれないが、「公務員」という自然人たる「行為の客体」に向けられていると言いつけるであろうか、ということでもある。「行為の客体」は犯罪成立の要件を具体的に指し示すものでもあるから、便宜的に過ぎる解釈・当てはめは問題ではあるまいか。立法論的には、「公務員が職務を執行するに当たり、公務員又はその執行中の物に対して暴行又は脅迫を加えた者」という形で、「行為の客体」を補足・明規すべきであろう。⁽²⁵⁾

- (4) 拙稿・前掲注(1) 寺崎古稀参照。
 - (5) 最一小判昭和三三年九月三〇日集一二卷一三三三—一三五二頁参照。
 - (6) 山口厚『刑法各論²⁾』(平成二二年) 五四七頁参照。
 - (7) 山口厚『危険犯の研究』(昭和五七年) 二五四頁は、本罪を「準抽象的危険犯」の範疇に入れられる。
 - (8) 三上正隆「14 公務執行妨害罪」曾根威彦ほか編著『重点課題刑法各論』(平成二〇年) 二三五頁、今井猛嘉「第14章 国家の作用に対する罪 第1節 公務の執行を妨害する罪」同ほか『LEGAL QUEST 刑法各論²⁾』(同二五年) 四〇五頁、藤尾彰「判批」平野龍一編著『別冊ジュリスト58 刑法判例百選Ⅱ各論』(昭和五三年) 二八頁四段参照。
 - (9) 最一小判昭和二八年一〇月二四日集七卷一〇号一八八三頁のほか、中野次雄『藤改正刑法の研究』(昭和二三年) 九七以下、一一一頁以下も参照。
 - (10) 原田保「第二部個人法益への還元 第二章公務執行妨害罪の保護法益」(昭和六二、五三年) 同『刑法における超個人的法益の保護』(平成三年) 一六三、一八三、一八六頁以下参照。
 - (11) 最一小判昭和四年三月二四日集二〇卷三三—三三九(一三〇、一三一)頁参照。
 - (12) 一般的にこのような場合を容認する見解として、植松正『訂刑法概論Ⅱ各論』(昭和五〇年一刷、同五一年二刷) 二六頁参照。
- 近時の肯定説として、橋爪隆『判例講座・刑法各論』第17回公務執行妨害罪について『警察学論集七四卷五号(令和三年) 一五六

- 頁参照。
- (13) この意義については、最三小決平成六年三月一九日集四八巻三号一頁、金谷暁「判批」財団法人法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇平成六年度』（平成八年）五以下、一二頁（注二）参照。なお、前田雅英「判批」判例評論四四八（判時一五六一）号（同年）七五頁中段。
- (14) 小田直樹「第2編第5章公務の執行を妨害する罪 II 妨害行為」松宮孝明ほか編著『新・コンメンタール刑法²』（令和三年）一八四頁参照。もともと、今日的には、九六条の三第一項に該当することにもなる（大下英希「判批」佐伯仁志ほか編著「別冊 Jurist 刑法判例百選Ⅱ各論」第8版）No.251[November2020] 111113頁右参照。
- (15) 大ニ刑判大正六年一月二〇日録三三輯一五六六頁参照。
- (16) 伊達秋雄「判批」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集^{第13巻}』（昭和三二年一刷、同四五年四刷）一〇二頁参照。昭和二十六年度（昭和三十二年一刷、同四五年四刷）一〇二頁参照。
- (17) 拙稿・前掲注（一）寺崎古稀参照。
- (18) 牧野英一「刑法各論 上巻」（昭和二五年初版、同四〇年九版）三三頁以下参照。
- (19) 「脅迫」による公務執行妨害罪の成立を認めた事例として、大ニ刑判大正三年一月七日録二〇輯二三八五頁、大五刑判昭和四年一月二八日集八巻五九五頁、福岡高判同三〇年三月二六日高集八巻二号一九五頁がある。これに対し、広島高判同二四年七月一六日高集二巻三号三四二頁参照。なお、井上正治「第七講公務執行妨害罪について 八、公務執行妨害罪における暴行とは何か」同「刑法の論点 下巻」（昭和三五年初版、同四一年六版）三六六頁以下。いわゆる「間接暴行」の概念は、ドイツの判例の影響を受けた可能性もある（Vgl.RG.IV.Strafsenat Urt.v.5.November1895;RGSt27.Bd.S.405 [406];BG.4.Strafsenat Urt.vom16.November1962;BGHSt18.Bd.S.133 [134]）。
- (20) このほか、旧刑法時代の状況につき、村井敏邦「第二章わが国における公務執行妨害規定の沿革 第一節旧刑法における官吏抗拒罪規定をめぐって 二旧刑法下の学説・判例」（昭和五二年）同「公務執行妨害罪の研究」（同五九年）六二頁以下参照。
- (21) 伊達・前掲注（16）刑評一〇八二頁、中武靖夫「判批」我妻栄編集代表「ジュリスト増刊 刑法の判例第二版 基本判例解説シリーズ2」（昭和四六年）一八八頁一―二段、一八九頁三段、一九〇頁四段、吉川経夫「第一部論説 9 公務執行妨害罪の問題点 4 暴行・脅迫」同『吉川経夫著作選集 第二巻罪刑法定主義と刑法思想』（平成一三年）二一〇頁参照。
- (22) 最大判昭和二六年七月一八日集五巻八号一四九一（二四九七）頁参照。
- (23) このように同じ「暴行」という用語を使っているが非常に幅が広がっているのは、「暴行 (Gewalttätigkeit)」と「暴力 (Gewalt)」概念を区別することなく、いずれも「暴行」と表現したことから来る面もあるのではないかとも思われる (Vgl.

bearbeitet von Albin Eser u. a. Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar. 30. Aufl. (2019) SS. 1478Rn. 42 [Eser], noch 1313Rn. 5ff. [Sternberg – Lieben/Schittenhelm] 2342Rn. 7ff. [Eisele]。もともと、日本刑法典には「威力業務妨害罪」(三四条)が存在する点に、ドイツ刑法との違いがあることもあろう(内田文昭「刑法各論(第三版)」(平成八年)一八一頁、莊子邦雄「威力業務妨害罪における「威力」と旧刑法・フランス刑法―立法沿革小史―」今村成和ほか編著『法学政治学論集 北海道大学法学部十周年記念』(昭和三五年)二〇九、二一〇注(5)、二二一以下、二二四以下、二二八、二二九以下、注(2)、二三一頁以下、同『労働刑法(総論)(新版) 法律学全集42』(昭和五〇年)二九三頁以下、藤木英雄「労働争議行為と違法性」小野清一郎ほか編集代表、佐伯千仞ほか編『総合判例研究叢書刑法(8)』(昭和三二年)一五三頁参照。日本法においては、「暴力」と「威力」とはほぼ同義ということになろうか。なお、この点、最二小判昭和三五年一月一八日集一四卷一三号一七三頁、最大判同四一年一月三〇日集二〇卷九号一〇七六頁参照。Auch vgl. BGH-Urteil v. 19. 4. 1963, JZ 1963 Nr. 22 S. 713. SIEGHART OTT, Demonstrationstreueheit und Strafrecht, NJW 1963 Heft 11, S. 454 (456rechts), noch RG IV, Strafsenat, Ur. v. 30. J. uni 1911, RGSt 45, Bd. S. 153 [156].

- (24) 伊達秋雄「公務執行妨害罪における暴行の意義」警察研究二五卷二号(昭和二九年)二七頁以下参照。
 (25) 松原芳博「刑法各論^脚」(令和三年)五五〇頁は、「物」に対する「暴行」についても、「公務員に危害が及ぶ危険のある場合」に限って本罪の成立を認めるべき」と述べられ、このように解釈・適用されれば限定にはなるうが、このような解釈・適用を実務が徹底するかは、疑わしいのではあるまいか。例えば、東京高判昭和二年二月一四日高集三卷一号五二(五四)頁参照。

(2) 強制わいせつ罪・強制性交等罪

(ア) はじめに

- ① 刑法一七六条についてはともかく、一七七条については従来の条文からかなり変容を来したとともに、立法論的にはそもそもこれらの犯罪の「暴行又は脅迫」概念の存在に疑問がもたれているようである。⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾

② もっとも、現行法を前提としても、「手段」が違うだけで「性交等」については結局『性交の押し付け』が問題となるのではないかとの指摘もあり、確かにそのようにも理解できようから、ある程度の幅をもって法の解釈・適用ができることにもなるが、立法動向については今後も注視してゆくこととして、⁽²⁹⁾さしあたり検討を進めることにしたい。

(イ) 強制わいせつ罪

本罪については、周知の後掲二判例⑦①による限り、最低限そのような態様・程度の「暴行」で足りることを、看取せざるを得ないであろう。

⑦ 大1刑判大正七年八月二〇日録二四輯一二〇三頁

① 大審院は、被告人はY方に於て外一四名と酒宴中、同家下女Tをからかい合い、その他数名の者がTを押し倒して居るに乘じ、被告人は指をTの陰部に突込み、因て陰部に治療二〇日余を要する創傷を負わせたとの事例につき、刑法一七六条・一八一条の適用をした原審を支持して、上告を棄却した。弁護人は上告趣意中において、刑法一七六条は暴行又は脅迫を以て猥褻の行為を為したる場合を規定せるものにして、共犯者にあらざる他の者がTを押し倒し居るに乘じ、猥褻の所為ありたる場合を包含せざることは、刑法一七八条の規定等に照し疑いのないところであり、また刑法一八一条は暴行又は脅迫又は之に準ずる手段を以て猥褻の行為を為し、因て人を死傷に致したる場合に適用すべき規定にして、本件の如き暴行・脅迫又は之に準ずる何等の手段を施さざるわいせつ行為の場合に、偶々人を死傷に致したる場合に本条を適用すべきものではなく、刑法五七(五四)の誤植か―伊藤注)条に依り一七四条並に二〇四条を適用処断するは格別、原審判決は理由に不備あるか又は擬律に錯誤ある判決なりと主張した(一二〇四―五頁)。

要するに、一七六条ないし一八一一条の前提とする「暴行」が欠けているのではないかとの主張と見得る。

② これに対し、大審院は、原判決に於ては被告が婦人の意思に反し不法に陰部に指を挿入したる事実を以て暴行と認定せる趣旨なりと解し得べきところ、「此の如く婦人の意思に反して指を陰部に挿入するが如きは、其自体暴行に因り猥褻行為を為すものと謂わざるべからず。」(二二〇五頁。現代用語化、加点・加丸)と判示した訳である。⁽³⁰⁾

刑法一七六条前段は、「十三歳以上ノ男女ニ対シ暴行又ハ脅迫ヲ以テ猥褻ノ行為ヲ為シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ処ス」との規定であつたので、条文の形式上は、「暴行又ハ脅迫」という手段によつて、わいせつな行為をする場合を予定しているように読める。

もっとも、強制わいせつ罪の場合、通りすがりの瞬間的なわいせつ行為など、暴行とわいせつ行為とが一体化する場合も考えられ得るので、一方が手段で他方が結果的な場合として形式的・分析的に捉え過ぎると、一七六条という条文の存在がむしろ無意味となり兼ねないとも言えようから、「暴行又は脅迫」が「手段」となる場合と、「暴行又は脅迫」とわいせつ行為とが一体化する場合の両方が含まれ得ると解されることにならう。本件の場合には後者が問題になつたのであり、からかいたわむれているうちに、数名の者がTを押し込んでいたところ、そのような状態を利用して、被告人がわいせつ行為に及んだという訳である。そのような状態は被告人の「暴行」ではないので、被告人の罪責たる一七六条の「暴行」という訳ではなく、本件の場合には指の挿入という「暴行」と「わいせつ行為」が一体化したということであろう。このような場合、被害者としては不意を突かれるので防ぎようがないという意味では、「抗拒不能」的とも言えようが、「暴行」の強度としては「わいせつ行為」自体と同程度ということにならう。この点、「強制猥褻罪や強姦罪については、強盗罪におけるような、(恐喝罪との関係から来る—伊藤注) 他罪から受ける制限解

「積の必要は存しない」ことを理由に、「暴行又ハ脅迫ヲ以テ」とある規定そのものには、本来、なんらそういう制約はあらわれていない。」との見解も見られる。³²⁾ このような見解も一つの見方ではあるが、個々の「暴行・脅迫犯」ごとにそれ自体として検討する必要もあることは否めず、論者も、「ただ性行動の特質上、一切の有形力の行使をもつて、かならずしもすべて相手方の真意に反するものとは見られないことに注意すべきである」と補足説明しつつ、「姦淫行為の如きは簡単に或いは容易に遂行されるものではなく婦女の何程かの抗拒によつて防止し得るものであるに對し、強制猥褻行為として処断せられる行為は必ずしも強度の暴行を要するものではない。」と区別される。³³⁾

③ もつとも、判例中には、「二三才未満の者に対し、その反抗を著しく困難にさせる程度の脅迫を用いてわいせつの行為をした場合には、刑法一七六条の前段と後段との区別なく右法条に該当する一罪が成立する」旨、判示したものもあり、この事例は強制わいせつ罪と強姦罪の両方が行われたものであり、しかも「手段」がいずれも果物ナイフを突き付けての「脅迫」によるものであり、「反抗を著しく困難ならしめ」という点では、違いはないからであるから（一審一〇七三頁以下参照）、事例による判示であつて、強制わいせつ罪の場合もこの程度の「脅迫」がなされれば本罪が成立することは疑いない、との趣旨とも言えよう。この最高裁の判示は二審を支持する形になつており、二審一〇七六頁以下は、「右各犯行は、……各被害者の反抗を著しく困難にさせる程度の脅迫手段を用いて行なわれたものであつて、かかる場合には、右法条（一七六条―伊藤注）の前段と後段との区別なく右法条に該当する一罪が成立するものと解すべきである」と判示しているところからも、この事例の特殊性が窺えないでもなからう。直接的な論点としては、被告人に被害者が一三才未満であることの認識があつたか、またその点の判示を必要とするかにあるとも言えようが、本件のような「脅迫」がなされた場合はいずれにせよ一七六条が成立し得ると考えれば、

一七六条一本で足りることもなる⁽³⁵⁾。もつとも、「脅迫」の場合「暴行」による場合とは異なり、直接的に有形力が行使される訳ではないので、被害者との遣り取りに際しこの程度の「脅迫」がなされる必要があるとも考えられるので、そうだとすると、「暴行」による場合と「脅迫」による場合とでは、その強度に違いが出る場合もあり得ることになる⁽³⁶⁾。

④ しかし、強制わいせつ罪の法定刑は今日「六月以上十年以下の懲役」とされており、今日においても下限がかなりの程度に重いので、それに応じて「暴行又は脅迫」ないし「わいせつな行為」の態様・程度についても相当程度重さの場合が予定されると考えられるとすると、それに当らない程度の場合はいわゆる迷惑条例、例えば、東京都の場合、「公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例」五条一項一号・八条一項二号によって「六月以下の懲役又は五〇万円以下の罰金」が予告されており、⁽³⁷⁾刑法と連続した形になっているものと言えよう。もつとも、両者が常に截然と区別される訳でもなからうから、臀部を直接に撫で回した程度でも、ある程度の態様であれば「強制わいせつ罪」と認定される場合もないでもなからう⁽³⁸⁾。

① 大三刑判大正一三年一〇月二二日集三卷七四九頁

① 大審院は、「刑法第七十六条前段に所謂暴行とは正当の理由なく他人の意思に反して其の身体髪膚に力を加うるの謂にして、固より其の力の大小強弱を問うことを要するものに非ず。」との前提から、「他人の自宅に侵入し、臥床に寝ねたる婦女の身体を抱擁するが如きは、強大の力を用いると否とに拘らず、其の暴行たることを失うものに非ず。」と判示しつつ、具体的事例との関係で、「原判示の如く、被告が深夜故なくT某方に侵入し、同人の妻某の寢室に到り、臥床に横わり居たる同人の肩を抱き、左手を其の陰部に触れたりと云うの行為は、即ち暴行を以て猥褻の

行為を為したるものと謂うことを妨ぐるものに非ざれば、原審が之を右法条の猥褻罪に問擬したるは、固より其の所に於て、違法に非ず。論旨は理由なし。」と判示した(七五一頁)。現代用語化、加點・加丸。

② ここでも、大審院は「暴行」の前提として、「正当の理由」と「意思に反すること」を問題とする。このような事例の場合、行為者が夫Tであれば日本刑法上は恐らく問題とされることもあるまいから、そのような場合を一応除外例として念頭に置いておかなければなるまい。

問題は、「力の大小強弱」を問わないという前提から、「肩を抱く」行為も「暴行」に当たるとしている点であるが、本件行為者はたまたま「肩を抱く」行為に出て、それが「暴行」に問われることになったのであるが、直接直ちに「陰部」に触れたという場合であれば、どうであろうか。前掲⑦④の東京都迷惑防止条例五条一項一号は犯行の場所として、「公共の場所又は公共の乗物」に限っているようである。そして、「衣服その他の身に着ける物の上から」の場合のほか、「直接に人の身体に触れる」場合も規定内容として含まれているようである。大審院の事例が直接身体としての「陰部」に触れたものか否かは定かではないが、犯行場所から言っても接触部分との関係でも、「強制わいせつ」と言い得るものと言えようか。もともと、強制わいせつ罪は当時「六月以上七年以下ノ懲役」が法定刑であったので、やはり下限が相当程度重くはなっているが、行為態様上本罪の適用があり得る場合と言えようか。前掲⑦事例のように、陰部に指を挿入するまでには至らないとしても、それに準じた場合とは言えようからである。従つて、本件はたまたま「肩を抱く」行為を行ったので「暴行」とされたのであり、直接「陰部」に触れた場合も同じ結論とすることではあるまいか。犯行時刻は「午前一時三十分頃」ということであり(七五〇頁)、「臥床に横わり居たる」ということではある(七五一頁)が、一七八条(一項)ではなく一七六条前段の適用になつていようである。「抗

拒不能」とまでは言えない状態であるが、「不意打ち」類型の場合であり、犯行場所の面からしても「強制わいせつ」相当ということになるか。⁽³⁹⁾

㉞ 最大判平成二九年一月二九日集七一巻九号四六七頁

① 最高裁は、「被告人は、……被害者（当時七歳）が一三歳未満の女子であることを知りながら、……被告人方において、被害者に対し、被告人の陰茎を触らせ、口にくわえさせ、被害者の陰部を触るなどのわいせつな行為をした。」（一審五二〇頁）という「性的性質が明確な行為であるから、その他の事情を考慮するまでもなく、性的な意味の強い行為として、客観的にわいせつな行為であることは明らかである。」（最高四七二頁。一審五二二頁、二審五二五頁も参照）として、このような場合は、最一小判昭和四五年一月二九日集二四巻一号一頁において多数を形成していた・いわゆる傾向犯説によることなく、「強制わいせつ罪」の成立を認めることが出来る旨を、判示した。⁽⁴⁰⁾

② 本件は刑法一七六条後段の事例であるから（一審五二三頁）、「暴行・脅迫」について直接に判示したものであるが、このような行為が「客観的にわいせつな行為であることは明らか」とされる場合、後は「暴行又は脅迫」に該当するかを検討すれば足りる形になろう。もっとも、「性的意図」まで要求する必要はないとしても、犯罪の一般的性質上、「（強制）わいせつの故意」は必要であり、この側面では行為者の主観的意識状態は当然の前提として認定されていることになろう。弁護人園田寿の上告趣意四七九頁は、「自己の行為が「わいせつ行為」であることの認識」とされるが、「自己認識」までは必要なく、「一般的に「わいせつ」とされるような行為を（強制的に）行うことの認識・認容」で足りることになろうと⁽⁴¹⁾ころ、今日「個人的法益に対する罪」との理解が優勢であり、従って、「被害者の受けた性的な被害の有無やその内容・程度にこそ目を向けるべき」（最高四七〇頁）との観点からは、「被害者の性的

自由」に（強制的に）向けられた形での「わいせつ」行為の認識・認容」という形で、限定的に捉えなければならぬことになる⁽⁴²⁾。

③ しかし、本件に先立つ静岡地判平成二二年九月一四日判例秘書106450568一頁も、強姦罪の暴行・脅迫との対比で、「刑法一七六条の暴行とは、被害者の意思に反してわいせつな行為を行うに必要な程度に抗拒を抑制する態様の暴行であれば足り、暴行が同時にわいせつ行為であつてもよい」と、簡潔に判示する（一〇頁）⁽⁴³⁾。

いずれにせよ、最一小判昭和四五年一月二九日で打ち出された・「専らその婦女に報復し、または、これを侮辱し、虐待する目的に出たときは、強要罪その他の罪を構成するのは格別、」（二頁）という判示は、この種事例の適用において、従来より一層狭められたことになる⁽⁴⁴⁾。

ウ 強制性交等罪

⑦ 最三小判昭和二四年五月一〇日集三卷六号七一頁

① 本件弁護人が、「被害者が抗拒不能に陥つたという事実は全記録の何処にも発見することができないと主張したところ、最高裁は、「刑法第一七七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。」として、その主張を退けたのである（七二二頁。常用漢字化）。

② 弁護人の上告趣意中においては、刑法一七七条に所謂強姦の要件である暴行又は脅迫とは相手方に暴行又は脅迫を以て威力を加え、意思活動の自由を失わしめることを意味するとの主張も見られ（七二三頁）、確かに、刑法一七七条が一三歳以上か未満かによって区別している以上、刑法上は一三歳以上であれば「暴行又は脅迫」によらなければ一七七条は成立し得ないことにはなろう。一八歳未満については、いわゆる児童買春法四条などや、東京都の場

合、「東京都青少年の健全な育成に関する条例」一八条の六・二四条の三が参照されよう。⁴⁵⁾ 前者の法定刑は「五年以下の懲役又は三百万円以下の罰金」となっており、刑法一七七条の法定刑が「五年以上の有期懲役」となっているところから、やはり連続性を持たせた形になっているものと言えよう。後者の法定刑は「二年以下の懲役又は百万円以下の罰金」となっており、同じ一八歳未満対応の場合として、前者が後者の加重類型となっているものと言えよう。従って、法体系全体からすると、一八歳未満については「暴行又は脅迫」によらない場合も、処罰し得る形になっていることになる。「暴行又は脅迫」が特に機能するのは、一八歳以上についてということになる。令和四年四月一日施行予定の民法四条は、「年齢十八歳をもって、成年とする。」と規定しているようであり、⁴⁶⁾ 上述の法令が改正なく経過すると、「児童」ないし「青少年」とは取りも直さず「未成年者」ということになる。「未成年者」であれば「意思決定・意思活動の自由」を問題とすることも出来るであろうから、いわゆる和姦の主張がなされるゆえんではある。もっとも、刑法一七七条の適用という意味では、一三歳以上であれば同様な主張が出来ない訳ではなからう。そのような主張が成り立ちそうもない態様の場合は、「身体と人格の尊厳についての、より重大な侵害を伴う犯罪と」いうことにもなろう。⁴⁷⁾

しかして、その後の最二小判昭和三三年六月六日裁判集一二六号一七一頁は、「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」か否かは、「具体的事情の如何と相伴つて、」認定できれば足りる旨、判示する。⁴⁸⁾ 近時の判決例としては、宮崎地判平成二七年一月一日集七二卷二号二二七頁は、アロマオイルを用いたマッサージ等のサービスを受けに来た女性客が、全裸の状態でバスタオルを掛けて施術台上に横わっており、かつアイマスクを着用しているという、被告人にとって「圧倒的に優位な状況」を強調する(二一九、二二二、二五一頁)。⁴⁹⁾

① 札幌高判昭和三〇年九月一日高集八卷六号九〇一頁

① 本件は、「被告人の右行為は、Hの抗拒を著しく困難ならしめる程度のものであるとは認め難く、寧ろ、同女が応ずれば姦淫しようとする程度のものに止まり、その応諾がないにもかかわらず、強いてこれを遂げようとする意思のもとになされた行為ではなく、従つて被告人には強姦の犯意がなかったものとみるのが相当である。」(九〇四五頁)とされた事例である。もつとも、「被告人に姦淫の意思のあつたこと、そのためHを原判示六畳間に連行し、そこに敷いてあつた布団の上に仰向けに押し倒し、原判示のような行為に出たことは肯定し得る。」(九〇四頁)との認定であるから、当初「姦淫の意思」があつたことは高裁も認めている訳であるが、結局、行為の時点で無理にでも姦淫しようとする程の「強姦の犯意」はなかつたとの結論ということになる。そのように認定するために、ある程度の有形力の行使などはあつたものの、「抗拒を著しく困難ならしめる程度」にまで、いわば何が何でも姦淫しようとするまでの強行さはなかつたということが、「強姦の故意」不存在の裏付けとなつているものと言えよう。事例的に特殊で微妙な場合とも言えようが、このような形で「暴行」と「強姦の故意」が連動し得る場合もあることが示されている。現に一番は「強姦未遂罪」の成立を認めていた訳である(二審九一〇、九二一頁)。高裁の「罪となるべき事実」中では、「強いて姦淫しようとする意思がなかつたので」(九〇六頁)という表現になつて⁵⁰⁾いる。

② 強姦罪の「暴行又は脅迫」は「反抗を著しく困難にする程度」のものと解されてきた訳であるが、このような判例理論は法定刑が「二年ないし三年以上の有期懲役」とされていた時代に形成されたものであり、強盜罪と同様に「五年以上の有期懲役」とされた今日において、強姦罪の「暴行又は脅迫」も「反抗を抑圧する程度」のものと解されるべきであらうか。しかし、法定刑加重の理由は「財産」についてさえ「五年以上の有期懲役」とされているにも

かわらず、特に「女性の性的自由」が「二年ないし三年以上の有期懲役」でしか保護されないのは時代遅れで特に女性の保護が手薄であるとの点にあるとすれば、「暴行又は脅迫」の程度が両罪で同じでなければならぬとは必ずしも言えないことにもなる。財産犯の場合は、強盗罪でなければ恐喝罪ということもあるが、「性交等」との関係ではさしあたり「強制性交等」でカバーしなければならぬとすると、「暴行・脅迫」の程度についても少し幅を広げる必要があるということもある。それを越えて、「暴行・脅迫は相手方の意思に反することを確認するための要件にすぎないのですから、**㉔**暴行・脅迫の程度を問わないとする見解が妥当」とまで言い切つて良いかは、具体的な事例の検討にもよるであろうと思われる。他方、現行刑法典の伝統的な理解からすれば、「健全な性風俗を保護する」という「社会的法益」の保護の側面も含まれているがゆえに、法定刑も重くなつていふとの理解もあり得ようが、「強盗罪」なども連続的に発生した場合などは、社会に与える衝撃も大きいものがあるから、このような側面をこれらの犯罪の本質として読み込むことは、今日的には妥当ではないのではあるまいか。さもないならば、いわゆる和姦の主張（被害者の承諾）は一七七条の構成要件要素たる「暴行又は脅迫」との関連で捉えることが多いと思われる。そこで、被害者の承諾があつても構成要件不該当となり得ないことにもなりかねないであろうが、それで妥当であるか。

㉕ 横浜地判平成二五年七月一九日判例秘書L06850409 一頁

① 本件は、合計五名の中学生に対し、約二年の間に、三回にわたり、強制わいせつ等を行った事例である。この中でも注目に値することは、脅迫により強いてA（当時一五歳）にわいせつな行為をしようとしたが、わいせつ行為等に応じれば更に上乘せして現金を交付する旨の被告人の発言を信じたAが、わいせつ行為や姦淫行為をすることを

承諾したため、強いてわいせつな行為をするに至らなかった、と認定され、強制わいせつ未遂罪の成立に止めている点が、含まれていることである。

② この理由として、地裁は、「Aがわいせつ行為や姦淫に応じた理由は、被告人の脅迫行為によって反抗できなかったからであると断定することはできず、Aが、交付現金を上乗せする旨の被告人の発言を信じ、現金を受け取ることができると考え、わいせつ行為や姦淫をすることを承諾したのではないかとの合理的な疑いを容れる余地があると」判示した(五頁)。「脅迫」の後に「欺罔」に出たとしても、「欺罔」による「姦淫」では「強姦罪」は成立しないと結論になっているが、確かに、「反抗が著しく困難になった」ことによって「姦淫」に至ったのでなければ、「強姦罪」は成立しないとの理論をそのまま当てはめれば、このような判示になるのであろう。他にも四名の被害者がいるので、この部分だけにこだわる必要もあるまいが、神奈川県青少年保護育成条例(三二条一ないし二項、五三条一項ないし二項三号)³⁹⁾の適用はされていないようであり、これは強制わいせつの「未遂」の認定で十分と考えられたためかもしれないが、このほか、いわゆる児童買春法四条の適用ができたのではあるまいか。一連の「強制わいせつ」事件としてまとめた形にならうか。

③ いわゆる「援助交際」がらみの事例であり、女子中学生の方にも「自己決定」上の落ち度があるとも言えようが、このような事例につき準強姦罪の「抗拒不能」とは認定できないものであろうか。「欺罔」による「姦淫」はすべて「準強姦」というのでは、無限定に過ぎようが、この事例においては合計一〇万円程の支払をエサに「姦淫」に至ったようであり、対価をもってする「欺罔行為」と「姦淫」との「因果関係」が明確であるようにも窺えるからである。この程度に「因果関係」が明確であったとしても、「自己決定」による「承諾」があるとの観点からは、「準強

「成年者」であつてもほぼ同様ではないかとなると、ここでも無限定に過ぎるようでもあるが、一般的には正常な判断能力を有していても対価関係が明確であれば、「金の力に負けた」形の「抗拒不能」と言えないこともないのではありませんか。⁽⁶⁰⁾ もつとも、「お金」に限らず、およそ「利益誘導」的な場合はすべて同様に捉えられることにもなりかねまいし、また「金銭」問題は原則的に「財産犯」の視角から捉えるべきであると、「欺罔」の程度などをも勸案の上、事例ごとに検討しなければならぬことにもなる。これに対し、「因果関係」などが合理的な疑いを越える程度に証明できない場合や、いずれかというところ「自己決定」によるものと判断される場合などは、強制わいせつ「未遂」に止めておく方が、無難とは言えようが。

④ ちなみに、「口淫」についても、現在は一七七条ないし一七八条二項に該当する形になるであろう。⁽⁶¹⁾ この関係での「強制性交等致傷被害事件」につき「無罪」を言い渡した事例として、静岡地浜松支判令成三一年三月一九日判時二四三七号一〇七頁があり、「Aの反抗が困難な事情を認識していたと認めるには合理的な疑いが残」として、「故意」を否定したものである(一一〇頁四段)。その他の事例として、名古屋地判同二九年九月五日判例秘書L07250650一頁、静岡地沼津支判同三〇年八月一五日日同L07350901一頁、仙台高秋田支判令和二年一月一四日判例秘書L07520070一頁・秋田地判同一年七月一〇日日同L07451433一頁参照)。もつとも、「故意」との関係では、自己の行為を認識・認容している限り、法的当てはめに誤認があつても、認め得るはずであろうから、むしろ「被害者の承諾」の誤認による「構成要件該当性阻却事由」の錯誤としての「故意阻却」ということであろう。通常の『性交等』

の範囲内と考えたということであり、「暴行」ないし「暴行の程度」の否定ということもできようが、そもそも「強姦」という意識が欠けていて、従って、「強姦事由」の認識が欠如していたということであろう。条文・構成要件上の解らないし認定論としては「暴行又は脅迫」に着目することにもなるが、強姦罪を積極的に認定する場合はすでに「暴行又は脅迫」の認定がなされているのであり、違法性阻却事由の主張とは言えないということであって（刑訴法三三五条参照⁽⁶⁶⁾）、刑法理論上は「被害者の承諾のないことが明示的又は默示的な構成要件要素になっている場合⁽⁶⁷⁾」ということなのである⁽⁶⁸⁾。なお、法案の段階では、肛門性交についてはともかく、口腔性交はこれまでどおり強制わいせつ罪の対象とすることで足りるとの意見もあつたが、必ずしも「貞操」ないし「生殖機能」にこだわらなくなった以上、このような取扱いにもなるのであらうと思われる⁽⁷⁰⁾。

さらに、亀山元最高裁判事が、「暴行・脅迫があつたとしても、承諾がある場合には、暴行・脅迫によって姦淫したとはいえないから、違法性阻却というより構成要件該当性を欠くことになる⁽⁷¹⁾」との解説を加えられている点については、「実際上は、暴行・脅迫後に真意の承諾がなされるとは通常考え難いであらうし、あつたとしても立件されることはないであらうから、理論上の問題にとどまると思われる。承諾の時期が問題になった裁判例も見当たらない。」との論評がなされており、やはり「暴行・脅迫」と「承諾」とは関連性があるにせよ別概念なので、無理に関連付けようとする論理の筋道がズレて来る可能性があるということではあるまいか。井田教授が最小決昭和五三年七月一二日判タ三六八号二二八（二二五頁二段）頁を参照し、現行法の条文に即しつつ、暴行・脅迫と不同意性との関係をうまく説明してくれていると思われるが、当該行為をなし得たということは、ある程度の有形力を行使していたということでもあらうし、そのような自己の行為を認識・認容している以上、「故意」に欠けるところはないことに

なり、「阻却」は「暴行・脅迫」以外の要件に求めざるを得ないことにならうからである。

しかして、現行法上は「暴行又は脅迫」の要件がある以上、一八歳未満の場合は、適宜児童福祉法・児童買春処罰法・条例違反などによる立件が考えられて良いのではあるまいか。⁽⁷⁴⁾ 前述のように、立法論的には「暴行又は脅迫」要件を削除するという方向性もあり得ないではなからうが、⁽⁷⁵⁾ 現行法の立場としては、「十三歳以上の者」との関係では、「性交、肛門性交又は口腔性交」といった「性交等」に際しある程度の有形力ないし脅迫が加えられた場合は、被害者の状態を含めた諸般の状況から、「性交等」に該当するか否かが判断されることにならう。⁽⁷⁶⁾ 例えば、いわゆる結婚詐欺についても、「社会生活においては、被欺罔者自身が被欺罔の結果に対して責任を負うべき一種の法的に放任された私的自治の分野があるのであって、法はこのような領域にまで干渉し、その行為を可罰的なものとするべきでない。」⁽⁷⁸⁾との注釈が見られることもあった。これはいわば「自己責任ないし自己決定の原則」ということであろうから、その範囲内に止まるか否かの判断が肝要とならうが、刑法上は条文・構成要件に該当し得るかが厳密に判断されることにならう。確かに、結婚などを前提としなければ決して「性交等」をすることはなかったという状況が認められる場合、そのような「性交等」の承諾は無効であるとの立論もあり得ようが、「暴行又は脅迫」の要件が充足されていないとすると、やはり一七八条の問題として捉えざるを得ないことにもなる。⁽⁷⁹⁾ この点、日常的な暴行などの継続により性交の際の「抗拒不能」を認めた事例として、前掲注(62)名古屋高判令和二年三月二日のほか、金沢地判平成二八年八月三一日判例秘書 L07150967 一頁がある。⁽⁸⁰⁾

⑤ もっとも、「十八歳未満の者」については、「その者を現に監護する者であることによる影響力がある」場合、刑法上別異に解することができるようになった訳である(刑法一七九条⁽⁸¹⁾)。この点、現在児童買春処罰法などにおい

て「十八歳未満」という年齢が厳守されているとすれば、本規定についても同様な結論になるのではないかと思われる。⁽⁸³⁾

(26) 平成二九年六月一六日、第一九三回国会において成立した「刑法の一部を改正する法律」(平成二九年法律第七二号。同月二三日公布、七月二三日施行)の改正に至る経緯につき、堀田さつき「刑法の一部を改正する法律」の概要について」捜査研究八〇二号(平成二九年)二頁以下参照。これ以前の状況については、島岡まな「8 裁判員裁判における「性犯罪の量刑」について」木谷明責任編集『シリーズ刑事司法を考える第5巻 裁判所は何を判断するか』(同年)一五二頁以下も参照。

(27) 平成二七年八月六日性犯罪の罰則に関する検討会「性犯罪の罰則に関する検討会」取りまとめ報告書」(<http://www.moj.go.jp/content/00154850.pdf>) 一八頁、第一九三回国会衆議院法務委員会第二一号平成二九年六月七日 (<http://kokkai.ndl.go.jp/>)「刑法の一部を改正する法律案」020・022・024〔宮崎正久理事〕、021〔林眞琴政府参考人・法務省刑事局長〕、023〔平木正洋最高裁判所事務総局刑事局長〕、同参議院法務委員会第一九号平成二九年六月一五日128・130(東徹委員)、129〔井野俊郎法務大臣政務官〕、堀田・前掲注(26) 捜査研究一二頁以下、林陽子「特集強姦と法 強姦をめぐる法状況」女性の視点で見つめ直す」法学セミナー四三〇号(平成二年)三〇頁二段参照。その後、性暴力被害者の支援などに携わる一三団体による「刑法改正市民プロジェクト」は、二〇二二年二月一〇日、同意のない性行為を犯罪とする「不同意性交等罪」の創設を求める約六万一千人の署名を、法務省の「性犯罪に関する刑事法検討会」宛てに提出した、旨報じられていた(朝日新聞二〇二二年二月一日東京本社版朝刊一四版二一面参照。このほか、西日本新聞同年三月九日朝刊一八版二七面も参照)が、同検討会は四月二二日、「報告書案」をまとめた、旨報じられている(朝日新聞同年四月一三日東京本社版朝刊一四版三〇面参照)。それによると、さしあたり「不同意性交罪」の新設には否定的であるが、現行法上強制性交罪の成立に必要な手段たる「暴行・脅迫」と並べ、「威迫」「偽計」「驚愕」「監禁」などの手段の列挙が提案された模様である。このほか、性犯罪などの捜査・公判手続きに必要な起訴状や逮捕状、勾留状などで、被害者の氏名などを容疑者や被告人に伝わらないよう秘匿する刑法の改正が行われる見通しになった、旨の報道も見られる(朝日新聞同年五月一九日東京本社版朝刊一三版三一面、同五月二一日同四版二九面、同六月一〇日一三版二面、同九月一七日一四版三三一面参照)。さらにその後、「検討会」が五月に「報告書」(001348762.pdf (moj.go.jp)) をまとめた(この点については、佐藤陽子ほか「特集 性犯罪の解釈と立法—実体法的・訴訟法

的検討―「性犯罪に関する刑事法検討会」取りまとめ報告書を巡る分析・考察を通じて―刑事法ジャーナル69号(令和三年)八四頁以下、島岡まな「ジエンダー視点を取り入れた立法論―国際水準を踏まえた刑法性犯罪改正案―」同二四頁以下、佐藤拓磨「不同意撮影罪と性的画像記録の没収・消去の立法について」同二六頁以下、大谷祐毅「司法面接的手法による聴取結果の証拠法上の取扱いの在り方」同四七頁以下、原田和往「性犯罪に対する公訴時効」同六八頁以下(参照)のを受け、上川陽子法相はこれらの事項などにつき、九月一六日の法制審議会総会で諮問することになった模様である(西日本新聞同年八月三一日朝刊一八版五面、朝日新聞同年九月一日東京本社版朝刊一三版三三三三参照)。

(28) 佐藤陽子「性犯罪における被害者の意思・関与」刑法雑誌五七巻三二号(平成三〇年)一六四頁以下参照。

(29) 性犯罪のこれまでの立法動向の概要につき、木村光江「準強姦罪、準強制わいせつ罪―地位・関係性の利用―」研修八二八号(平成二八年)三頁以下、小松原織香「第3章「対話する主体」と性暴力 第3節性暴力被害者の「告発」と「語る主体」同「性暴力と修復的司法―対話の先にあるもの」(同二九年)一一頁、前田雅英「刑法各論講義」第7版(令和二年)二、三、九五以下、一〇五以下、一〇九頁、浅田和茂「刑法各論」(同年)一一九頁以下、前田雅英編集代表「解法版」(同年)五二二、五二六以下1)2)3)、五二九以下5)、五三一8)、五三二9)、五三三10)11)、第一七八条1)、五四一頁1)参照。

これに対し、ドイツ刑法一七七条一項は基本的に「他人の認識し得る意思(erkennbaren Willen)」に反し「性的行為(seksuelle Handlungen)」を行う罪となったようであり、「暴力、脅迫」等の使用を含め、「性交(Beschaft)」性交類似行為(強姦等の場合も加重事由という位置付けのようである)二項以下。九項は減輕事由の場合)。Vgl. Thomas Weigend/Stratgesetzbuch, 98A Aufl. (2020) S.104ff. 井田良「特集・ハラスメントと刑法―ドイツにおけるハラスメントの法規制―」刑事法ジャーナル60号(令和一年)三二頁右以下、島岡まな「強制性交等罪における暴力・脅迫要件について―性犯罪の立証責任は誰が負うべきか―」高橋則夫ほか編「日高義博先生古稀祝賀論文集下巻」(平成三〇年)一三三頁以下、岡上雅美「ドイツにおける新たな性刑法の展開―暴力・脅迫要件のない立法例に関する一考察―」同七一頁以下、菊地一樹「強要の限界づけと規範的自律」早稲田法学九四巻一号(同年)二八頁以下、注(10)(11)、谷脇真渡「強制わいせつ罪の成立に性的意図は必要か―平成29年11月29日最高裁大法廷判決を契機として―」桐蔭法学二五巻一号(同年)九三頁、川口浩一「強姦罪から不同意性交等罪へ―性刑法の基本類型の比較法的考察―九州大学法政研究八五巻三・四号(同三一年)五〇七(五〇以下)頁、嘉門優「第五編法益論と個人の自由 第三章性刑法における被害者の意思侵害要件の展開 参考資料2」(同二九年)同「法益論―刑法における意義と役割」(同三二年)一四八頁以下、同「性犯罪規定の見直しに向けて―不同意性交等罪の導入に対する疑問―」立命館法学三八七・三八八号(令和一年)六四頁以下、注38)、葛原力三「性刑法の改正について」關西大学法學論集七〇巻二・三三三(同二年)

- 一五六以下、一六三頁、深町晋也「二〇一六年改正以降のドイツ性犯罪規定について」樋口亮介ほか編著「性犯罪規定の比較法研究」(同年)三四一以下、三八二頁以下、樋口「本書解題」同x1、xlvi、lviii以下、lxxiv以下、lxxx以下、lxxvii、lxxxvii、xcii以下、xcvi頁、深町「ドイツ語圏各国の性犯罪解題」同二五一、二五九以下、二六八頁参照。イギリス法については、木村光江「20 性犯罪の法的規制と性的自由に対する罪」岩瀬徹ほか編集代表「刑事法・医事法の新たな展開上巻」町野朔先生古稀記念(平成二六年)四四五頁以下、同「強盗罪・強姦罪をめぐる諸問題」反抗抑圧について」安廣文夫編著「裁判員裁判時代の刑事裁判」(同二七年)四九四頁以下、仲道祐樹「特集・性犯罪規定の比較法的研究」イギリスにおける性犯罪規定」刑事法ジャーナル45号(同年)一五頁以下、同「イギリス法における性犯罪規定、盗撮規制および性犯罪記録画像の取扱い」前掲性犯罪規定二〇頁以下、樋口「本書解題」同xxxix、xli以下、lxv以下、lxxix以下、lxxvii以下、c以下、cvi以下、cviii、cix、cxiii頁、同「英米法圏解題」同三以下、六、八以下、一一頁、アメリカ法については、樋口「アメリカにおける性犯罪規定」前掲性犯罪規定九一頁以下、川崎克己「アメリカ合衆国における盗撮の刑事規制」同一七三頁以下、樋口「本書解題」lvi以下、lx以下、lxxx以下、xcv以下、ci以下、cxvi頁、同「英米法圏解題」七、一三以下、一六以下、一八頁参照。
- (30) その後の同旨判例として、大二刑判大正一四年一月一日集四卷七四三頁がある。なお、神戸地判平成一六年六月二八日判例秘書105830301三頁以下、福岡高宮崎支判同二九年二月三日集七二卷二号二五八(二九一、二九三)頁、大阪地判同年六月八日判例秘書107250749-1(三)頁以下も参照。
- (31) これに対し、山中敬一「刑法各論」[第3版](平成二七年)一六五頁以下は、「反抗を著しく困難にする程度の暴行と、不意をつかれたために被害者が避けることができなない暴行とは類型的に異なる。」との観点から、準強制わいせつ罪の成立が認められるべきとされる(同旨、松原・前掲注(25)各論九四頁)が、後者のような類型はいずれかという一七六条の範疇内ではあるまいか。直接的な有形力すなわち「暴行」が行われているからである。さもなければ、本件⑦の事例も一七八条適用ということになりかねないが、その方が妥当であろうか。なお、このような場合についてのドイツ刑法の規定につき、岡上・前掲注(29)日高古稀一七一、一七五頁参照。
- (32) 秋山哲治「刑法における脅迫の概念」五強制猥褻罪(刑六)における脅迫の概念」小野ほか編集代表、佐伯ほか編「総合判例研究叢書刑法(9)」(昭和三八年)九八頁参照。
- (33) 秋山・前掲注(32)総判九八頁。
- (34) 最三小決昭和四四年七月二五日集二三卷八号一〇六八(一〇六九)頁参照。

- 本件「暴行」による「致傷」が問題とされているところから、このような理解が妥当ではないかと思われる（反対、前田・前掲注(29)各論一〇八頁、注32。「暴行」によって「強姦」もよりし易くなったことは明らかでもある）。
- (40) 本件のような事例は、現在は「強制性交等罪」に該当することになる（後掲注(63)参照。このほか、最三小判令和二年三月一〇日集七四卷三号三〇三頁（上田正基「判批」刑事法ジャーナル67号（令和三年）一四〇頁）も参照）。
- (41) 谷脇・前掲注(29) 桐蔭法学九五頁、橋爪隆「判批」松尾浩也ほか編著「別冊ジュリスト刑法判例百選Ⅱ各論」〔第四版〕〔20143〕（平成九年）三〇頁三段、三一頁四段のほか、内田文昭「現代法律学講座26 改訂刑法Ⅰ（総論）」（同年）一一五頁、同「刑法概要上巻」〔基礎理論(1)〕（同七年）二一六頁も参照。
- (42) なお、日高義博・曾根威彦「第一章人格的法益に対する罪」〔5〕強制わいせつ罪における主観的要件 I 問題提起と自説の展開 II 不要説からの反論と批判」植松正ほか「現代刑法論争Ⅱ（第二版）」（平成九年）六九、七〇、七四、七七、七八、七九頁、平野龍一「三五 強制わいせつ罪とわいせつの意思」（昭和四六年）同「犯罪論の諸問題(下)各論 刑事法研究第2巻Ⅱ」（同五年）三〇九頁、川端博「(各論) 個人的法益に対する罪（自由に対する罪）」〔5〕強制猥褻罪 性的に未熟な女兒に対する強制猥褻罪の成否」同「刑法判例演習教室」（平成七年）一三二頁以下参照。
- (43) その後の事例として、福岡地判平成三〇年一〇月三一日判例秘書 L07351135 一〔七〕頁・福岡高判同三一年三月一五日同 L07420136 一〔七〕頁も参照。
- (44) この点、馬渡香津子「判批」ジュリスト一五一七号（平成三〇年）八八頁、橋爪隆「判例講座・刑法各論」第5回性犯罪について(1)「警察学論集七三卷三号（令和二年）一四二頁以下、佐伯仁志「●特集●時をかける判例1956〜2021年【刑法】強制わいせつ罪における性的意図の要否を巡る判例の変更」法学セミナー八〇〇号（同三年）三八頁も参照。これに対し、成瀬幸典「強制わいせつ罪に関する一考察（上）」その主観的要件を中心に」東北大学法学八〇巻五号（平成二八年）一八頁も参照。
- (45) 木村・前掲注(29) 裁判員裁判四八七頁注(4)参照。条例・条文は、インターネットによったが、一覧表としては、鎮目征樹「児童に対する性犯罪処罰規定の現状と課題について」前掲注(27) 刑事法ジャーナル四八頁以下参照。
- (46) 佐伯仁志ほか編集代表「六法全書令和3年版Ⅱ」三三一七頁三段による。
- (47) 性犯罪の罰則に関する検討会・前掲注(27) 報告書三〇頁、前田・前掲注(29) 各論九五頁。さらに、木村光江「刑法各論の新展開第3講 性的自由に対する罪と被害者の同意」現代刑事法五五号（平成一五年）九六頁右以下、齊藤豊治「第二部性と暴力をめぐる法と政策 第3章性暴力・性犯罪に関する法と政策 I 性暴力犯罪の保護法益」同ほか編著「東北大学21世紀COEプログラム セクシュアリティと法」（同一年）二二二頁以下、辰井聡子「19「自由に対する罪」の保護」ジュエター法・政策研究叢書⑤

- 法益—人格に対する罪としての再構成」岩瀬ほか編集代表・前掲注(29)町野古稀四二四頁以下、同「刑法における人の「尊厳」—価値を論じるために」法学セミナー七四八号(同二九年)二五頁右以下も参照。これに対し、佐藤陽子「特集」新時代の刑法Ⅳ「性犯罪」法学教室四一八号(同二七年)二三頁右。
- (48) この点、磯邊衛「強姦の成否」小林充ほか編「刑事事実認定(下)裁判例の総合的研究—(平成四年一刷、同一四年一一刷)一四〇頁、辰井・前掲注(29)町野古稀四一九頁以下、斎藤信治「刑法各論」第四版(同二六年)五三頁、小宮友根「Ⅱ部法実践の中のジェンダー」第5章強姦罪における性的自由」同「実践の中のジェンダー—法システムの社会的記述」(同二三年)二〇六頁、向井翔「判批」研修八六九号(令和二年)四〇頁参照。
- (49) このほか、長野地判令和一年八月二八日判例秘書L07451643一〔四〕頁・東京高判同二年一月一四日判タ一四八一七九(八三以下)頁、宮崎地判同年二月三日判例秘書L07350184一〔四〕頁も参照。
- (50) 同種事例として、東京高判平成二七年三月六日判例秘書L07020076一〔五〕頁、東京地判令和二年二月二六日同L07530063一〔二〕以下、一一以下、一三〕頁がある。強制わいせせの罪の事例ではあるが、東京地判平成二八年三月一八日同L07130059一〔七〕一〇以下)頁も参照。
- (51) 実際の裁判においても、強姦罪について五年を越える懲役とされた事件の割合が、強盗罪及び現住建造物等放火罪について五年を越える懲役とされた事件の割合より高くなっていたようである(性犯罪の罰則に関する検討会・前掲注(27)報告書三〇以下、三一頁以下、法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第一回会議議事録(平成二七年一月二日。http://www.moj.go.jp/shingij/shingikai_soukai.html)七頁(加藤俊治幹事・法務省刑事局刑事法制管理官)、同第二回(同二七年一月二七日)三・二七頁(中村幹事)、二六頁(橋爪隆幹事・東京大学教授)、衆議院法務委員会・前掲注(27)刑法改正法案013(林政府参考人・刑事局長)、参議院法務委員会・前掲注(27)刑法改正法案081(同)、岡田志乃布「刑法の一部を改正する法律について」警察学論集七〇巻一〇号(同二九年)八六頁注7)、加藤俊治「性犯罪に対処するための刑法改正の概要」法律のひろば七〇巻八号(同年)五六頁下段、橋爪隆・前掲注(44)警察学論集一四八頁、同「◆特集◆性犯罪対策の歩みと展望■性犯罪に対処するための刑法改正について」法律のひろば七〇巻一〇号(同年)六頁下段、樋口亮介「性犯罪規定の改正」法律時報八九巻一〇号(同年)一一三頁参照。なお、萩原玉味「強姦事件の量刑」前掲注(38)刑事弁護35号六一頁左も参照。
- (52) この点、林・前掲注(27)法学セミナー二九頁二段、島岡まな「特集」ジェンダーと刑事法 ジェンダーと現行刑法典—現代刑事法四七号(平成一五年)一四頁以下、加藤俊治「性犯罪に対処するための刑法の一部改正に関する法制審議会の答申」法律のひろば六九巻一〇号(同二八年)五三頁中段、北川佳世子「新法解説」性犯罪の罰則に関する刑法改正」法学教室四四

五号(同二九年)六四頁右、今井将人「刑法の一部を改正する法律」の概要」研修八三〇号(同年)四一頁、田尻野猛「判批」論究ジュリスト二三号(同年)一一四頁左、宮田桂子「性犯罪法改正に関する備忘録―改正の議論に参加して」駒澤法曹一六号(令和二年)二〇一頁、嘉門優ほか「性犯罪をめぐる議論状況」前掲注(27)刑事法ジャーナル五頁左のほか、内田博文「特集」これからの刑事法をどうする 強姦罪はどうあるべきか」法学セミナー一五〇二号(平成八年)三一頁、田中亜紀子「性犯罪規定改正に向けての一考察」三重大学法経論叢三四卷二号(同二九年)一二頁左も参照。もつとも、理念的には「両性の性的自由」が尊重されるべきとの趣旨ということになる。

(53) 曾根威彦「法律学講義シリーズ 刑法各論」第五版(平成二四年)六八頁参照。なお、この点、嶋矢貴之「現行刑法下前期における性犯罪規定の立法・判例・解釈論」山口厚ほか編著「西田典之先生献呈論文集」(同二九年)二九九頁も参照。

(54) この点、前掲注(32)(33)のほか、泉三新熊「日本刑法論各論」(明治四一年初版、昭和六年四二版)四〇二頁、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」井田良ほか編著「川端博先生古稀記念論文集」下巻(平成二六年)二六頁、深町晋也「特集」トピックからはじめる法学入門 VI 性犯罪における暴行・脅迫の程度」法学教室四二七号(同二八年)三九頁右参照。なお、この点、北川佳世子「小特集」性犯罪に関する刑法の一部改正 強制性交等の罪・準強制性交等の罪」法律時報九〇巻四号(同三〇年)六〇頁も参照。これに対し、嘉門優「第五編第三章 第四節日本における法改正の検討」(同二九年)同・前掲注(29)法益論二二四頁は、恐喝罪との比較で、強姦罪の三年以上の有期懲役でも軽くはない旨主張されており、確かに形式的な法定刑の比較ではその通りとも言えようが、強姦罪が格上げされたとともに、やはり恐喝罪と強姦罪の違いも明確にしつつ、量定に当たる必要があるということにもなつて来よう(この点、拙稿・前掲注(一)寺崎古稀のほか、橋爪・前掲注(51)ひろば七、一四頁注(15)も参照)。

(55) 関哲夫「第99講性的自由に対する罪 03 強制性交等罪(177条)」同「講義 刑法各論」(平成二九年)一一八頁参照。このほか、法制審議会刑事法部会・前掲注(51)第2回一八以下、二二頁(角田由紀子委員・第二東京弁護士会所属弁護士)は、大阪地判平成二〇年六月二七日判例秘書106350215 一頁の無罪判決を批判的に引き合いに出されているが、この事例は二四歳の被告人が一四歳の女子中学生と付き合い始めて二日目、カーセックスに至ったものであるが、女子中学生はあらかじめ風呂に入り、化粧をしたりして準備をしており、過度な性交渉までは望んでいなかったものであろうが、被告人の強引な性交渉に屈した形になったものである。一四歳の女子中学生と性交するというのは「社会的には不相当な行為」ではあるが、「反抗を著しく困難にする暴行」を加えたとも、「強姦の故意」があったとも認められないとされた(六頁)。このような結果になり得ることは一四歳とはいえ十分予測可能であるからしても良いということにもなるまいが、成り行き上の範囲内で「強姦」とまでは言えない

- ということであろう。要するに、全体的に見てなお女子中学生の「自己決定」の範囲内ということであろう。他の法令で捕捉できる場合は、柔軟に訴因変更をするなりすべきであろう(例えば、静岡地浜松支判令和二年七月一〇日判例秘書L07550567一頁参照)、衆議院法務委員会・前掲注(51)刑法改正法案095・097・099(井出庸生理事)、096・098・278(林政府参考人・刑事局長)、154・156・158・164・168(山尾志桜里委員)、155(金田勝年法務大臣)、157・167・169(井野俊郎委員・法務大臣政務官)、277・279・281(池内さおり委員)、島岡・前掲注(29)日高古稀一二八頁以下参照。なお、佐藤・前掲注(28)刑雑。
- (56) なお、この点、衆議院法務委員会・前掲注(27)刑法改正法案060・162(吉田宜弘委員)、161(林政府参考人・刑事局長)、158(山尾委員)で批判的に取り上げられている東京高判平成二六年九月一九日判例秘書L06920389一頁は原判決を破棄自判の上、無罪を言い渡した事例であるが、強制わいせつ罪と強姦罪の暴行の程度の違いを強調しつつ(三頁)、杓子定規に適用しているような印象を与える。バックダンサーを選ぶ仕事をしているなどと嘘を言って一五歳の女子中学生の歓心を買った二五歳の被告人が、缶酎ハイを飲ませるなどしつつ、無防備な女子中学生の隙を突いて遮二無二性交に至ったもので、女子中学生は当時左膝の靭帯を負傷して医療用サポーターを着用していたなどの事情もあり、「抗拒不能」との判断が妥当ではあるまいか。佐藤・前掲注(47)法教二三右、二四頁右、深町・前掲注(54)法教三八頁以下、前掲注(30)神戸地判平成一六年六月二八日、大阪地判令和三年二月一六日判例秘書J0766308一〇一、一一以下、一四、一七頁参照。
- (57) 日高・前掲注(42)現代刑法論争六九頁以下参照。このような理解が包蔵する意義につき、椎名規子「性的自由と性暴力―一九九六年イタリア刑法典強姦罪規定の改正をとおして―」専修総合科学研究所六号(平成一〇年)六一頁参照。これに対し、島岡まな「第22章」わいせつ、強制性交等及び重婚の罪(177条(強制性交等)第178条(準強制わいせつ)及び準強制性交等)「浅田和茂ほか編著『別冊法学セミナー』新基本法コンメンタール刑法【第2版】」平成29年の法改正に対応(同二九年)三八九左、三九〇頁右参照。
- (58) ①のほか、最一小判昭和七年二月一八日集六卷一〇号二二〇七(二二〇九)頁、最一小判同二五年九月二一日集四卷九号一七三五(一七三七)八、一七四五以下)頁、井田良「性犯罪処罰規定における暴行脅迫要件をめぐって」法曹時報七二卷二号(令和二年)三以下、注5、一〇、一八頁、村田健二ほか「強姦罪等」判例タイムズ一三九一(平成二五年)九三右、九七頁左、注26、木村光江「強姦罪の理解の変化―性的自由に対する罪とすることの問題性―」法曹時報五五卷九号(同一五年)一一頁、松宮孝明「性犯罪における構成要件論的弁護」前掲注(38)刑事弁護35号四三左、四四頁左、磯部・前掲注(48)刑事事実認定一二二頁参照。
- (59) 条例・条文は、インターネットによる。

- (60) これに対し、最二小判平成二三年七月二五日判時二一三三三〇一三四頁及び前橋地高崎支判同一五年二月七日同一九一一号一六七頁は、やはり援助交際がらみの事例につき、結局「無罪」を言い渡した。
- (61) 例えば、準強制わいせつ罪の事例も含めて、東京高判昭和三年九月一七日高集九卷九号九四九頁、岡山地判同四三年五月六日判時五二四号八九頁、名古屋地判同五年七月二八日同一〇〇七号一四〇頁、東京高判同五六年一月二七日刑月一三卷一〇二号五〇頁（飛田清弘「判批」警察学論集三四卷一二号（昭和五六年）一四六頁）、東京地判同六二年四月一五日判時一三〇四号一四七頁、東京高判平成一年九月二七日東時五〇卷一〇二号九三頁、東京高判同一五年九月二七日同五四卷一〇二号六七頁、横浜地判同一六年九月一四日判タ一一八九号三四七頁、最三小決同二六年七月二八日判例秘書106910131一頁（秋田地判同二五年二月二〇日同106850797一頁、仙台高秋田支判同二五年八月二七日同106820840一頁）、横浜地判同二七年一月一三日同107050621一頁、福岡高那覇支判令和二年一月九日同107520083一〔四〕頁、那覇地判同一年六月二八日同107450619一頁、佐藤陽子「判批」刑事法ジャーナル62号（令和一年）一四七頁以下、などを参照。
- (62) 例えば、東京地判昭和五八年三月一日判時一〇九六号一四五頁、前掲注(61)横浜地判平成二七年一月一三日七(一〇)頁、橋爪・前掲注(44)警察学論集一五三頁以下参照。このほか、「抗拒不能」性を否定した事例として、名古屋地岡崎支判平成三年三月二六日判時二四三七号一〇〇(一〇五頁一段、一〇六頁三段)頁があったが、これは名古屋高判令和二年三月一二日判例秘書107520142一頁によって破棄自判された（懲役一〇年）。一審が打ち出した「心理的抗拒不能」についての『相手方において性交を拒否するなど性交を承諾・認容する以外の行為を期待することが著しく困難な心理状態にある場合』との一般的には妥当な定義に対する、一審の具体的当てはめのための判断過程には論理則、経験則等に照らして不合理な点があるとの理由による（三頁以下）。
- (63) 前掲①最大判平成二九年一月二九日の「検察官の弁論要旨」五一八頁、加藤・前掲注(52)ひろば五二頁以下、今井・前掲注(52)研修四〇頁、田尻野・前掲注(52)ジュリスト一三三右、一一四頁、田中・前掲注(52)三重論叢三三頁右、橋爪・前掲注(51)ひろば五頁以下、加藤俊治「性犯罪に対処するための「刑法の一部を改正する法律」の概要」刑事法ジャーナル53号（平成二九年）七六頁右、同・前掲注(51)ひろば五五頁、松田哲也ほか「刑法の一部を改正する法律について」法曹時報六九卷一一号（同年）一二二頁、岡田・前掲注(51)警察学論集六九頁、北川・前掲注(54)法時五八頁以下、木村光江「判批」ジュリスト臨時増刊平成29年度重要判例解説（同三〇年）五八頁右、同「強制わいせつ罪における「性的意図」高橋ほか編・前掲注(29)日高古稀一一五頁以下、佐久間修「いわゆる性犯罪と性暴力の罪」同七九頁以下、嘉門優「強制わいせつと痴漢

- 行為との区別について」季刊刑事弁護93号(同年)一四八頁右、同「第五編 第四章強制わいせつ罪におけるわいせつ概念について」同・前掲注(29) 法益論二五五、二五七頁以下、三島聡「特集2 性犯罪規定の改正と刑事弁護への影響 性犯罪に関する二〇一七年刑法改正 強制性交等罪と監護者わいせつ・性交等罪をめぐって」季刊刑事弁護94号(同年)六〇頁、和田俊憲「判批」佐伯ほか編著・前掲注(14) 百選三頁左、牧野雅子「増補刑事司法とジュンダー」(令和二年)二〇八頁以下参照。これに対し、日本弁護士連合会「性犯罪の罰則整備に関する意見書」(二〇一六(平成二八)年九月一日) https://www.nichibenren.or.jp/document/opinion/year/2016/160915_4.html 一、二頁)は、「現行刑法第一七七条の「姦淫」に該当する以外の行為類型(肛門性交及び口腔性交)について、法定刑の下限を懲役五年とするべきではなく、現行刑法第一七七条と同様に懲役二年に止めるべきである。」等と主張した。三島・前掲六三頁左も参照。
- (64) 大谷實「刑法講義総論新版第5版」(平成三二年)二五一頁参照。
- (65) 前掲注(58) 参照。
- (66) 最大判昭和二八年六月二四日集七卷六号一三六六(一三六七) 頁参照。
- (67) 前田編集代表・前掲注(29) 条解一二二頁5)ア)参照。
- (68) 高橋則夫『刑法総論^{第4版}』(平成三〇年)三二六頁 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論第三版 法律学講座双書』(同三二年)二〇〇頁も参照。もつとも、後者の第二版(同三二年)一八八頁は、「強姦(姦淫)」という条文上の文言との関係で、構成要件該当性の阻却を考えられていたようでもある。
- (69) 性犯罪の罰則に関する検討会・前掲注(27) 報告書四、一五頁、法制審議会刑事法部会・前掲注(51) 第2回六頁以下(北川佳世子委員・早稲田大学教授)、八・一一以下・一四以下・二八頁以下(宮田桂子委員・第一東京弁護士会所属弁護士)、参議院法務委員会・前掲注(27) 刑法改正法案079(林政府参考人・刑事局長)、084(佐々木さやか理事)、浅田和茂(「特集」性犯罪規定の改正 性犯罪規定改正案に至る経緯と当面の見解―本特集の趣旨―) 犯罪と刑罰26号(平成二九年) 六頁参照。
- (70) 性犯罪の罰則に関する検討会・前掲注(27) 報告書一四以下、一六頁、法制審議会刑事法部会・前掲注(51) 第1回七頁(加藤幹事・刑事法制管理官)、第2回二頁(中村幹事)、七・一〇頁(角田委員・弁護士)、八頁以下(井田良委員・中央大学教授)、九以下・一三頁以下(小西聖子委員・武蔵野大学教授)、一一・一五頁(今井猛嘉委員・法政大学教授)、一二頁(橋爪幹事・東大教授)、一三頁以下(森悦子委員・最高検察庁検事)、六・一四頁(齋藤梓幹事・目白大学専任講師・臨床心理士)(堀田・前掲注(26) 捜査研究四頁注7)参照)、一六頁(池田公博幹事・神戸大学教授)、第4回(平成二八年一月二〇日) 七頁(橋爪幹事・東大教授)(小西委員・武蔵野大教授)、七頁以下(角田委員・弁護士)、八頁(井田委員・中央大教授)、第6回(同年五月二

- 五日)四頁(山本潤参考人・看護師)、衆議院法務委員会・前掲注(27)刑法改正法案050・052(今野智博理事)、051(林政府参考人・刑事局長)、288(盛山正仁法務副大臣)、内海朋子「日本における性犯罪処罰規定の問題点」ドイツ・スイスにおける性刑法の改正を参考に」重細亜法学38巻2号(平成二六年)六五頁以下、椎名・前掲注(57)専修総合六〇、七〇頁、上村貞美「第一章強姦罪 二欧米における強姦罪改正の動向」(昭和六三年)同「性的自由と法」(平成一六年)八頁、金城清子「各論第三部女性と私的領域 第二章セクシュアリティ 第3節レイプ I強姦罪・強制猥褻罪の再構成」同「Gender and Law」女性学課題(脚)』(平成八年一刷、同九年二刷)二七一頁以下、葛原力三「性刑法の改正について」關西大學法學論集七〇巻二一三号(令和二年)一二九以下、一四四以下、一六四頁参照。
- (71) 亀山継夫「河村博」第2編第22章わいせつ、姦淫及び重婚の罪 第177条(強姦)II構成要件 3被害者の承諾」大塚仁ほか編「大コンメンタール刑法」第9巻(第174条〜第192条)』(平成二五年)七七頁欄外注27参照。同旨、大谷實「刑法講義各論新版第4版補訂版」(同二七年)一一六頁以下。
- (72) 村田ほか・前掲注(58)判タ九三頁注21)参照。
- (73) 井田・前掲注(58)曹時参照。
- (74) 深町晋也「児童に対する性犯罪について」山口ほか編著・前掲注(53)西田献呈三〇七頁参照。なお、一三歳の児童との性交につき、児童福祉法三四条一項六号・六〇条一項を適用した事例として、福岡地判平成二三年三月一七日判例秘書L06650200一(二一四、五)頁・福岡高判同二三年九月二八日同L06650494一(三、六)頁があり、二八歳の高校常勤講師と同校一六歳女子高生との関係については、最一小決平成二八年六月二二日集七〇巻五号三六九頁がある。これに対し、福岡県青少年健全育成条例違反罪の方を認めた事例として、福岡地判令和二年六月二二日判例秘書L07550543一頁がある。
- (75) 前掲注(27)参照。
- (76) 齋藤実「強制性交等罪における暴行・脅迫要件について―北欧の性犯罪規定との比較検討―」獨協法学一二二号(令和二年)三八四以下、三九三頁以下参照。これに対し、イタリアの立法動向などについては、椎名・前掲注(57)専修総合五六以下、七一頁参照。
- (77) 例えば、最一小決平成二八年一月一四日判例秘書L07110131一頁(鹿児島地判同二六年三月二七日同L06950099一(四、七)頁、もつとも、福岡高宮崎支判同二六年二月一日同L06920607一(五、六)頁)、平川宗信「刑法各論」(平成七年)二〇一頁注54、池本壽美子「第2編罪 第22章わいせつ、姦淫及び重婚の罪 第177条強姦」川端博ほか編「裁判例コンメンタール刑法」第2巻「§73〜§211」(同一八年)三〇一頁参照。

- (78) 小松正富「判批」判例タイムズ一一一〇号(昭和三六年)四九頁(注五)参照。
- (79) 島岡・前掲注(57) コメントータル三九〇頁右以下のほか、亀山ほか・前掲注(71) コメントータル七六頁、湯川毅「強姦罪における暴行脅迫の程度について」警察学論集五三巻七号(平成二年)一三七頁も参照。
- (80) この点、樋口亮介「連載●裁判実務と対話する刑法理論」【第3回】性犯罪における暴行脅迫・心神喪失・抗拒不能要件と同意(その3)「法学セミナー」七九七号(令和三年)一一〇頁以下参照。
- (81) 岡田・前掲注(63) 警察学論集七二頁以下、品田智史「監護者性交等罪等の検討」刑事法ジャーナル55号(平成三〇年)一〇頁以下参照。これに対し、本罪の問題点の指摘として、日弁連・前掲注(63) 意見書一、二頁以下、宮田・前掲注(52) 駒澤法曹二〇六頁、三島・前掲注(63) 刑事弁護六三頁右以下参照。
- (82) これに対し、一七歳の女子高生と二三歳の大学生との付き合いにつき、強制わいせつ罪のみならず、宮城県青少年健全育成条例四一条六項「みだらな性行為又はわいせつな行為」違反の成立をも否定した事例として、仙台地判平成三〇年二月八日判例秘書107350177一頁がある。また、内海・前掲注(70) 亜細亜法学六九頁も参照。なお、強制わいせつ罪(一七六条後段)や強制性交等罪(一七七条後段)の法定年齢との関係上、本罪の年齢は実質的には二三歳以上一八歳未満の場合ということになろう(堀田・前掲注(26) 捜査研究七頁注10)参照。
- (83) なお、今井・前掲注(52) 研修四四頁、加藤・前掲注(52) ひろば五八頁中段、松田ほか・前掲注(63) 曹時二四七頁、橋爪・前掲注(51) ひろば八頁下段、同「判例講座・刑法各論」第6回性犯罪について(2)「警察学論集七三巻四号(令和二年)一四九、一五三頁、深町・前掲注(74) 西田献呈三四二頁、嘉門・前掲注(54) 法益論二四〇頁参照。これに対し、三島・前掲注(63) 刑事弁護六七頁、奥村徹「特集2 児童淫行罪と監護者わいせつ罪・監護者性交等罪」同七〇頁右以下、本庄武「性犯罪規定の見直し―改正案の思想は一貫しているか」法律時報八八巻五号(平成二八年)一〇三頁右、深町「小特集●性犯罪処罰の基本問題 児童に対する性犯罪規定を巡る現状と課題」同一一号(同年)七九頁右参照。

三 おわりに

①「暴行・脅迫」を「手段」とする犯罪の検討」という副題の下で、別稿『寺崎古稀』拙稿における検討とともに、

「暴行罪・脅迫罪」固有の理解を、できるだけ「暴行・脅迫」を「手段」とする犯罪にも及ぼすような解釈を心掛けるときではないか、との視座から検討を加えてみた。「暴行」概念はかなり肥大化しており、それは無理からぬ面もあるが、もっと「脅迫」概念の活用が考えられて良いのではないか、ということ、また「手段」としての「暴行・脅迫」も「保護法益」との関連での実質化が行われ、これもまた機能的・簡潔に「手段」概念を捉え得るという意味で、合理的で使い勝手が良い実務的感覚に基づくものとも言えようが、やはり「暴行・脅迫」という日常用語からの乖離が激しくなると、不自然な印象を与えることは否めないところである。

② 『寺崎古稀』拙稿においては、日本の恐喝・強盗罪の理解は必ずしもドイツ刑法と同様ではないのか、ということを示した積りであるが、「手段」として「暴行(暴力)・脅迫」が用いられるという大枠においては類似性があるとも言え、日本刑法の「性犯罪」をどのように改めるかについても、立法者の裁量に委ねられることになろう。恐喝・強盗罪の検討においても明らかにしたところであるが、「性犯罪」についても「具体的事情(状況)」を勘案する必要があることは、「暴行・脅迫犯」としての類似性とも言えようか。このような事情(状況)は、被告人に不利にも有利にも作用し得るものと言えよう。⁽⁸⁵⁾ もっとも、「財産」を奪取するための「暴行・脅迫」と「性的自由」を奪取するための「暴行・脅迫」とでは、同日に論じられない面はあるであろう。⁽⁸⁶⁾

(84) そこで参照し損ねた文献として、宮本英脩『刑法大綱』(昭和一〇年四版)鈴木茂嗣編『宮本英脩著作集第三卷』(同五九年)二八四頁以下、平野竜一「刑法の基礎 刑法各論の諸問題 第二章身体に対する罪 1 傷害罪」法学セミナー一九九号(同四七年)七七頁四段、清水一成「統・ドイツ刑法判例研究(一〇)ドイツ刑法研究会 一〇財産犯の保護法益―連邦通常裁判所第三刑事部一九五三年五月七日判決 BGHSt 16/377」警察研究五九卷二号(同六三年)六六頁、同「同(一六)同 一六強盗、恐喝、

強盜的恐喝―連邦通常裁判所第五刑事部一九六〇年七月五日判決 BGHSt 13 386 同五九卷八号(同年)六二頁、ドイツ憲法判例研究会(松本和彦)「ドイツ憲法判例研究会(四三)四三道路上での座りこみデモと強要罪規定の明確性 一九九五年一月一日連邦憲法裁判所第一法廷決定、連邦憲法裁判所判例集第九二卷一頁以下、BVerfGE 92 1 Beschl. v. 10. 1. 1995」自治研究七二卷七号(平成八年)一三七頁以下、萩原滋「第二編刑法における類推禁止 第二章ドイツの判例 三判例 (三)連邦憲法裁判所判例」(平成八年)同『罪刑法定主義と刑法解釈』(同一〇年)一〇六頁以下、佐久間修「暴行の意義と刑法の解釈」祝賀論文編集委員会(上野達彦ほか)編著『刑事法学の新展開 夏目文雄先生古稀記念論文集』(同一二年)八七頁以下、國田武二郎「暴行罪における暴行概念の再構成」笠原俊宏編『日本法の論点 第二卷』(同二四年)四二頁以下、渡辺靖明「詐欺罪と恐喝罪との関係をめぐる考察―「虚喝」と「財産交付罪」の立法史的的研究―」横濱国際社会科学研究一八卷三号(同二五年)一三三頁、同「ドイツ刑法における詐欺罪と恐喝罪との競合問題」横濱法学二二卷二号(同年)二九頁、星周 郎「英米における「強盜」と「恐喝」神戸法学雑誌六八卷二号(同三〇年)三八九頁、菊地一樹「強要の限界づけと規範的自律」早稲田法学九四卷一号(同年)二五頁、同「合法的な不作為の告知による強要をめぐる近時のドイツ判例の動向」同九四卷二号(同三一年)二五頁、浅田・前掲注(29)各論四九頁以下、藪中悠「人の精神の刑法的保護」(令和二年)一四〇頁以下も参照。 Auch vgl. Brigitte Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff: Ein Beitrag zur gegenwärtigen Diskussion einer Neufassung des § 177 StGB unter Berücksichtigung der Strafbarkeit de lege lata und empirischer Gesichtspunkt. (1993) S.253ff.

(85)「暴行罪」自体の理解についても、河原俊也「現場警察幹部のための判例・裁判例の実務的検討」暴行編／第2回暴行罪における有形力(物理力)の有無・内容等」警察学論集七四卷五号(令和三年)九三以下、一〇三頁に接することができた。確かに、刑法二〇八条暴行の法定刑は「拘留若しくは科料」を含んでおり、この限り、軽犯罪法違反(例えば、一条五号、十一号、十四号、二十六号、二十八号など)のように、必ずしも直接身体に接触するような形ではない場合も含み得るという解釈も成り立ち得るところであろう。しかし、「軽犯罪法は、国民の日常生活における卑近な道徳律に違背する比較的軽微な犯罪とこれに対する刑罰とを規定した刑事実体法である。」(伊藤栄樹「軽犯罪法再訂版」(昭和四九年一刷、同五六年一〇刷)本文一頁、初版のはしがき五頁参照)とされるように、「刑法犯」とは質的にも若干違ふ面があるということであろう。例えば、かつて軽犯罪法一条二一号に「動物虐待の罪」があったのが、「動物の保(愛)護及び管理に関する法律」が制定されたことにより削除されたことがあったように(伊藤・同書はしがき一頁参照、いわば格が違うという位置付けでもあろうと思われる(なお、この点、山口邦夫「Xシユテューベルの「危険な行為」論の破綻と波紋」(平成七年)同『帝国崩壊後(一八〇六年)のドイツ刑法学』(同一二年)一三三頁以下も参照)。もっとも、「暴行」の場合も「不法な」有形力の行使とされる以上、不法性が欠ける場合は

はじめから構成要件不該当とされる可能性があるものの、接触形態については「暴行」に当たる可能性があり、その中でも軽微な場合を「拘留若しくは科料」がカバーしているということではあるまいか。

(86) これに対し、「暴行・脅迫」の程度について問題はないと思われる事例については、柴田守「性犯罪の刑期判断基準に関する定量的研究」長崎総合科学大学紀要六〇巻二号(令和二年)一一一頁以下参照。