

性犯罪規定改正の議論に関する覚書

——暴行・脅迫要件に関する検討会の議論を振り返って——

上 野 幸 彦

I はじめに

性犯罪規定に関して、2017年〔平成29〕年に、「刑法の一部を改正する法律」（平成29年法律第72号〔同年7月施行〕。以下、「改正法」と略称）が成立し、現行刑法制定当時の構成要件の内容をほぼ維持してきた第176条以下の規定は大幅に改められた。それまで強姦罪を定めていた第177条は、客体（被害者）の性別による限定を排除して、ジェンダーニュートラルを実現し、実行行為も姦淫から性交へと変更され、さらに法定刑の下限の引き上げも行われた。このほか、監護者による場合の処罰規定（第179条）の導入や非親告罪化が図られたのである（後述Ⅱ 2(3)参照）。ここに指摘した改正点については、概ね歓迎されているものの、改正されなかった、暴行・脅迫要件の緩和ないし撤廃という点を巡って、批判も少なくない。改正法附則第9条は制定後3年を目途とする見直しについて定めており、法務省は、2020〔令和2〕年に有識者をメンバーとする「性犯罪に関する刑事法検討会」（以下、「刑事法検討会」と略称）を設けて改正後の見直しに係る検討作業を進めてきたが、本年5月に、とりまとめ報告書が公表された（後述Ⅲ 2参照）。この報告書では、暴行・脅迫要件の取扱いに関して、意見の一致には至らず、方向性を示すという報告となっている。

本稿では、2017年改正に至る経緯とこれに向けて設置された「性犯

罪の罰則に関する検討会」(以下、「罰則検討会」と略称)における暴行・脅迫要件の取扱いを巡る議論について振り返る(Ⅱ)とともに、改正後の刑事法検討会での議論について取り上げ(Ⅲ)、国際的な動向等も考慮しながら、立法論という観点から議論の在り方について若干のコメントを行っておきたい(Ⅳ)。

Ⅱ 改正前における議論

1. 平成29年改正に至る経緯

現行刑法制定以来、強姦罪等の性犯罪処罰規定の構成要件はほぼそのままの形で維持されてきた。しかし、近年、性犯罪の実態に即していないとの意見も見られ、見直しの検討を要するとの認識が次第に広まってきた。このような背景の下、2004〔平成16〕年の刑法の一部改正、さらに2010〔平成22〕年刑法及び刑事訴訟法の一部改正に際し、罰則の在り方について検討を促す衆参両議院の法務委員会の附帯決議が行われたほか、2010〔平成22〕年の第3次男女共同参画基本計画(内閣)の中でも罰則の在り方の検討について盛り込まれた。このような情勢を受けて、法務省は、2014〔平成26〕年、刑事法研究者、実務家、被害者支援団体関係者等をメンバーとする罰則検討会を省内に設置して、本格的な検討のための議論を開始したのである⁽¹⁾。

罰則検討会では、(ア)「第3次男女共同参画基本計画」(平成22年閣議決定)⁽²⁾および男女共同参画会議・女性に対する暴力に関する専門調査会「『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～」(平成24年7月)、(イ)平成16年及び平成22年刑法等改正における附帯決議⁽³⁾、(ウ)国連の各人権委員会による性犯罪の罰則等に関する最終見解等を参照しながら、第1回会議において「性犯罪の罰則の在り方に関する論点(案)」⁽⁴⁾が示された。第1の論点として「性犯罪の構成要件及び法定刑について」取り上げられ、具体的には、①性犯罪の法定刑の見直し、②強姦罪の主体等の拡大、③性交類似行為に關す

る構成要件の創設、④強姦罪等における暴行・脅迫要件の緩和、⑤地位・関係性を利用した性的行為に関する規定の創設、⑥いわゆる性交同意年齢の引上げについて、検討項目として挙げられた。このほか、第2の論点として「性犯罪を非親告罪とすることについて」、第3の論点として「性犯罪に関する公訴時効の撤廃又は停止について」指摘されている。

その後、ヒアリング等を経て、第4回会議において検討すべき論点につき、「性犯罪の罰則の在り方に関する論点整理(案)」⁽⁵⁾としてまとめられ、次のように整理された(下表)。

- | |
|------------------------------------|
| (a) 性犯罪を非親告罪とすることについて(第2) |
| (b) 性犯罪に関する公訴時効の撤廃又は停止について(第3) |
| (c) 配偶者間における強姦罪の成立について(第1の7) |
| (d) 強姦罪の主体等の拡大(第1の2) |
| (e) 性交類似行為に関する構成要件の創設(第1の3) |
| (f) 強姦罪等における暴行・脅迫要件の緩和(第1の4) |
| (g) 地位・関係性を利用した性的行為に関する規定の創設(第1の5) |
| (h) いわゆる性交同意年齢の引上げ(第1の6) |
| (i) 性犯罪の法定刑の見直し(第1の1) |
| (j) 刑法における性犯罪に関する条文の位置について(第4) |

以上の各論点について、翌2015〔平成27〕年1月から個別に議論を重ね、同年8月の第12回会議で検討会としての結論が得られ、「『性犯罪の罰則に関する検討会』取りまとめ報告書」⁽⁶⁾として公表された。

同報告書によると、(a)非親告罪化、(d)主体等の拡大・(e)性交類似行為・(g)地位・関係性を利用する場合に関する構成要件の見直し、(i)法定刑の見直しという論点については積極的意見が多数を占める一方、(b)公訴時効の撤廃・停止、(c)配偶者間における強姦罪の成立、(f)暴行・脅迫要件の緩和、(j)条文の位置の見直しについては消極的意見の方が多数であり、また(h)性交同意年齢の引き上げについては意見が分

かれる状況であった。

この報告書を受けて、法務大臣は、2015〔平成27〕年10月、「罰則整備のための要綱（骨子）」⁽⁷⁾をまとめ、法制審議会に諮問を行った（諮問第101号）。

要綱（骨子）では、(1)強姦の罪等の非親告罪化（同第四）のほか、(2)強姦の罪の改正について、「暴行又は脅迫を用いて十三歳以上の者を相手方として性交等（相手方の膣内、肛門内若しくは口腔内に自己若しくは第三者の陰茎を入れ、又は自己若しくは第三者の膣内、肛門内若しくは口腔内に相手方の陰茎を入れる行為をいう。以下同じ。）をした者は、五年以上の有期懲役に処するものとする。十三歳未満の者を相手方として性交等をした者も、同様とすること。」（同第一）、また準強姦の罪につき「人の心神喪失若しくは抗拒不能に乘じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、性交等をした者は、第一の例によるものとする。」（同第二）や、(3)監護者であることによる影響力を利用したわいせつな行為又は性交等に係る罪の新設につき、「十八歳未満の者に対し、当該十八歳未満の者を現に監護する者であることによる影響力を利用してわいせつな行為をした者は、刑法第一百七十六条の例によるものとする。」（同第三）等が提案された。いずれの提案も罰則検討会における多数意見を反映した内容となっている。このうち(2)について見ると、罰則検討会において、(d)の論点に関し、強姦罪の行為者・被害者について性差の解消が多数意見であったことを受けて、要綱（骨子）では、ジェンダーニュートラルな規定内容となっている。そして、(e)の論点である実行行為に関して、肛門性交、口淫を姦淫と同等に取り扱うべきであるとの罰則検討会の多数意見を反映させる形で、要綱（骨子）では「性交等」の内容について提案されているのである。そして、(i)の論点につき、罰則検討会において法定刑の下限を引き上げる方向の意見が多数であったことに基づき、要綱（骨子）では法定刑の下限が5年に引き上げられた。

このように、罰則検討会における議論において多数を占めた意見に

したがって要綱（骨子）が準備された。このため、同検討会で多数を占めるに至らなかった(f)強姦罪等における暴行・脅迫要件の緩和や(h)いわゆる性交同意年齢の引上げについては、要綱（骨子）の条文の改正に盛り込まれず、また(c)配偶者間における強姦罪の成立の明文化、(b)性犯罪に関する公訴時効の撤廃又は停止は見送られ、(i)刑法における性犯罪に関する条文の位置についても変更されないままとなった。

法務大臣から、上記内容の要綱（骨子）についての諮問を受けた法制審議会は、「刑事法（性犯罪関係）部会」を設置した。同部会は2015〔平成27〕年11月から審議を開始し、翌2016〔平成28〕年6月に、部会の意見として要綱（骨子）の一部表現に修正⁽⁸⁾を加えた「要綱（骨子）修正案」⁽⁹⁾を決定した。この部会修正案は、同年9月の法制審議会総会に報告され、出席委員全員の賛成により法務大臣に答申されることになった⁽¹⁰⁾。法制審議会の答申に基づき、政府は刑法の一部改正案に関する準備作業を進め、2017〔平成29〕年3月に「刑法の一部を改正する法律案」として国会に提出した。本案は両議院の審議を経て一部修正のうえ、同年6月に改正法が成立した（平成29年6月23日法律第72号）⁽¹¹⁾。

2. 「暴行・脅迫」要件に関する議論について

(1) 罰則検討会における議論

改正法の内容を基本的に方向付けたのは、罰則検討会の報告である。そこで、論点の一つに取り上げられていた暴行・脅迫要件の緩和・撤廃に関するそこでの議論を振り返っておきたい。

罰則検討会では、弁護士である一部の委員および被害者支援に取り組む臨床心理士の委員から、暴行・脅迫要件の撤廃・緩和を求める意見が出された。その理由として、①性犯罪の本質は不同意性交に求めることができるのであり、不同意を処罰するとすれば、現在の規定に定められているような暴行、脅迫、心神喪失、抗拒不能の場合に限定するのは適切ではない、②心理学・精神医学上、犯罪の被害者が実際に恐怖に遭遇したときに解離や麻痺という現象が生じる場合等もあり、暴行・脅迫の要件を充足した場合に限って加害者を処罰することは、

性犯罪の被害者にとって自己の体感（恐怖）との差が大きい、③被害者等から撤廃・緩和を要望する声が強いの、暴行・脅迫要件の認定が個々の判断者に任せられ、その間にばらつきが生じているという事情もあると思われ、このばらつきを解消するために何らかの基準が必要であるといった点が指摘された。

これに対して、多くの委員から、この論点に関し否定的ないし消極的な意見が示された。裁判官である委員からは、最高裁の判例において暴行・脅迫の要件に関して「相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度」⁽¹²⁾ という解釈が採られており、この適用にあたっては、具体的な暴行・脅迫が存したことによって抵抗が可能な状況にあったかどうかを、具体的な事案に即して判断しており、経緯を含め様々の要素に基づき、また被害者の心理状態に関する科学的な知見も考慮して判断を行っているとして指摘された。検察官や警察関係者の委員からも同様な意見が聞かれた。弁護士である一部の委員からも、実務上、強姦罪についてかなり広く暴行・脅迫を認める現状にあり、これがなくても抵抗できなかった事案については抗拒不能として準強姦の成立が認められていると指摘された。つまり、実務の取扱いとして、強度の暴行・脅迫が行われない限り不処罰としているわけではなく、加害者の暴行・脅迫の強度について、被害者の同意の有無との関係において相対的に考えているのであり、暴行・脅迫を要件とする現行法の下でも、具体的な事案に応じた解釈・適用が行われ、性犯罪に適切に対処しているという趣旨であろう。刑事法研究者の委員からも、ほぼ同様の理解が示されている。たとえば、井田良委員は「判例実務にとり、意思に反すること、性交について合意が否定されること、再狭義の暴行・脅迫の存在が認定されることとはイコールと考えられていると推測」でき、「結局、判例実務は、被害者の意思に反すること・性交に関する合意がないことを間違いなく確信できるという事例のみについて強姦罪を成立させようとしている」との理解を示された上で、「そのことを前提として暴行・脅迫要件を一般的に排除すると」「それは被害者の意

思に反することを間違いなく確信できないような事例を強姦として処罰する、有罪とするということを意味することになり」、「疑わしきは被告人の不利益にという原則を妥当させることにほかならず、認めるべきではない」と発言されている⁽¹³⁾。こうした発言とも関連し、暴行・脅迫要件を撤廃した場合のデメリットについて指摘する意見も複数の委員から示されている。とくに立証上の問題、証明困難による被害者保護の後退などについて懸念が指摘された⁽¹⁴⁾。

以上のように、罰則検討会における議論では、暴行・脅迫要件の見直しについて、積極的意見は少数にとどまり、この要件を維持する意見が多数を占める結果となった⁽¹⁵⁾。

(2) 国会における審議

罰則検討会の段階で多数意見を形成できなかった論点は棚上げされた状態で、法務省の改正立案作業が進められた。法務省が法制審議会に諮問した要綱（骨子）には、暴行・脅迫の要件がそのまま維持されている。法制審議会に設置された刑事法（性犯罪）部会において、一部の委員から暴行・脅迫の要件に関連して批判的な意見が表明された⁽¹⁶⁾ものの、結局、要綱（骨子）の表現に一部修正が行われただけで、賛成多数（賛成14名、反対1名）で可決された。この部会の中では、罰則検討会で既に議論が行われ、要綱（骨子）に盛り込まれなかったという事情もあり、暴行・脅迫の要件の問題に関して活発な議論が展開されることはなかった。部会の要綱（骨子）修正案は法制審議会総会に報告され、全員一致の賛成により法務大臣へ答申された。

答申を受けた政府は刑法の一部改正案を作成したが、これは基本的に罰則検討会における多数意見の主張を反映する内容となっている。この意味で、改正法は罰則検討会の議論に沿う形で強く方向づけられたといえよう。改正案には、配偶者間の性犯罪成立の明文化、性交同意年齢の引上げそして暴行・脅迫要件の見直しという実体刑法に係る立法化が盛り込まれなかったのであるが、国会の審議の過程では、これらの論点についての意見も出された⁽¹⁷⁾。とくに暴行・脅迫の要件の

緩和・撤廃については、かねてから被害者団体等の要望が強く、改正案の審議の中でも見直しを求める声が寄せられたのである。これに対して、暴行・脅迫要件を維持することについて、法務省は、暴行・脅迫が性的自由・性的自己決定権を侵害することを示す客観的な要件として合理性があり、その程度について、判例上、反抗を著しく困難ならしめる程度であれば足りると解されているところ、事案に即した適切な判断がなされている旨の説明を行っている⁽¹⁸⁾。さらに、法務省からは、撤廃することによって弊害が生じるおそれがあることも指摘された。すなわち、撤廃した場合には、不同意の性交が犯罪となるが、外形的な行為がない状況で被害者が同意していなかったことの立証は難しく、冤罪が生じるおそれもあると説明された⁽¹⁹⁾。

このように審議の過程で一部に異論も見られたものの、衆参両議院でほぼ政府案の通り可決され、改正法が成立した。もっとも、引き続き検討を求める意見も多かったことから、附則第9条の追加修正が行われた⁽²⁰⁾。

(3) 改正法について

平成29年改正においては、最終的に政府案を基本に改正規定が成立した。改正法によって、強姦罪は強制性交等罪へと大幅に構成要件の内容が改められ、客体のジェンダーニュートラル、処罰対象行為の拡大、法定刑の下限の引上げが図られたのである。また、監護者による場合の罰則規定の新設、非親告罪への変更等が行われた。これらの改正点については肯定的に評価されている一方で、国会審議の過程でも、改正法に盛り込まれなかった論点について多くの意見や異論が見られたことに表れているように、平成29年改正には課題も残されており⁽²¹⁾、「一連の改革の第一歩」⁽²²⁾とも評されている。改正法の附則第9条では、「政府は、この法律の施行後3年を目途として、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の状況等を勘案し、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、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措

置を講ずるものとする。」と定め、さらなる検討の必要性と一立法を含む一所要の対処について要請し、なお一層の改善と性犯罪対策の推進を政府に促している。

Ⅲ 改正後の議論

1. 法務省の対応

法務省は、2018〔平成30〕年4月、改正法附則第9条および改正に際しての衆参両議院の法務委員会における附帯決議に沿って、幅広い検討に資するべく性犯罪の実態に関する各種調査・研究を着実に実施すること等を目的として、「性犯罪に関する施策検討に向けた実態調査ワーキンググループ」（以下、「WG」と略称）を設置した。そして、2020〔令和2〕年3月にWGによるヒアリングおよび各種調査研究等の結果を取りまとめた「取りまとめ報告書」⁽²³⁾が公表された。

この調査研究の成果を踏まえ、性犯罪に係る事案の実態に即した対処を行うための刑事法に関する施策の在り方について検討を行うため、法務大臣の指示により省内に刑事法検討会が設置され、2020〔令和2〕年6月に第1回の会議が開催された。その後、十数回の会議が開かれ、2021〔令和3〕年5月の第16回会議で、「取りまとめ報告書」がまとめられ、公表されるに至った。

2. 刑事法検討会での論点

刑事法検討会では、各委員およびヒアリング出席者から述べられた意見を精査したうえ、検討すべき事項として指摘されたものを抽出して、「検討すべき論点」⁽²⁴⁾が整理された（下表）。

1 刑事実体法について

- (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・抗拒不能の要件の在り方
- (3) 地位・関係性を利用した犯罪類型の在り方
- (4) いわゆる性交同意年齢の在り方

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"> (5) 強制性交等の罪の対象となる行為の範囲 (6) 法定刑の在り方 (7) 配偶者間等の性的行為に対する処罰規定の在り方 (8) 性的姿態の撮影行為に対する処罰規定の在り方 <p>2 刑事手続法について</p> <ul style="list-style-type: none"> (1) 公訴時効の在り方 (2) 起訴状等における被害者等の氏名の取扱いの在り方 (3) いわゆるレイプシールドの在り方 (4) 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 |
|---|

上記の表にあるように、実体法に関連して、改正法で見送られた(2)(4)(7)の各論点についてあらためて議論の俎上に載せられた。(2)については、①強制性交等罪の暴行・脅迫の要件、準強制性交等罪の心神喪失・抗拒不能の要件を撤廃し、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、②強制性交等罪の暴行・脅迫の要件、準強制性交等罪の心神喪失・抗拒不能の要件について、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、③強制性交等罪や準強制性交等罪の構成要件として、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、④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、⑤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にどのように対処すべきか、という具体的な検討項目が挙げられている。

3. 「暴行・脅迫」要件に関する議論

罰則検討会において性犯罪の当罰性が被害者における性交への不同意の点に認められるとする認識については共有されていたと思われるが、刑事法検討会においても、この点に関しては異論が見られない⁽²⁵⁾。また、今回はWGによる裁判例や検察当局の起訴・不起訴の実例等を

含む詳細な調査もあり、裁判や検察当局による起訴・不起訴の判断等に際し、暴行・脅迫要件の認定にばらつきが存在するという点については、委員の間ではほぼ認識の共有が見られる。罰則検討会では、要件の解釈を経て、個別の具体的事案における適切な認定判断を通じ柔軟に適用されているとの前提的な理解が、要件自体に対する問題視を阻む作用を果たしたように推察される。しかし、実務上の実際の運用において、まちまちと受け取ることのできる適用の実情が明らかになったことにより、要件そのものの見直しに踏み込んで議論する必要があることを意識させることになったといえるだろう。このような共通認識の変化を背景に、罰則検討会では暴行・脅迫要件の維持か撤廃・緩和かという二者択一の議論であったのに対し、刑事法検討会では、要件に関する具体的内容の設定へとシフトしてきているのである⁽²⁶⁾。

議論の焦点は要件の具体的内容を巡ってであり、暴行・脅迫要件を撤廃して不同意性交とすべきであるとする意見が、弁護士である委員の一部から主張された。「被害者に生じている法益侵害の側から性犯罪を考えると、暴行・脅迫を手段とする行為に限定する理由はないという従来とは異なる考え方に立って不同意性交を処罰するということを、条文上明らかにする必要がある」との理由による。被害者支援にあたる委員からもこれに賛同する意見が表明された。これに対して、不同意のすべてを処罰することには異論や批判も多く寄せられた。法適用上ないし認定上の問題や困難性を指摘する意見が相次いで出されたのである。もっとも、暴行・脅迫だけでは狭いという認識をもつ委員は少なくなく、手段についてさらに例示して列挙するという方法に反対する意見は見られなかった⁽²⁷⁾。

議論を踏まえて、「取りまとめ報告書」では、暴行・脅迫要件に係る改正の要否・当否について、「安定的で適切な運用に資するような改正であれば検討に値するという点では、おおむね異論はなかった。」と集約しつつ、改正の内容に関する総論的議論としては、「単に被害者の『不同意』のみを要件とすることには、処罰の対象を過不足なく捕捉す

ることができるかという点で課題が残り、処罰範囲がより明確となる要件を検討する必要があるという点では、おおむね異論はなかった。」とまとめられた。そして、構成要件の明確化に関して、「行為者が用いる手段や被害者の状態を列挙するに当たっては、全てを網羅的に列挙することはできないから、例示列挙とせざるを得ないとの意見が述べられ、これに特に異論はなかった。」とした上で、具体的な例示列挙の意見が紹介されている。

その上で、「以上の議論を踏まえると、今後の検討に当たっては、処罰の対象とすべき意思に反する性交等を過不足なく捕捉することのできる規定とする観点から、現行の構成要件を明確化する場合には、当罰性があるのに処罰されない行為があるとされる原因が構成要件にあるか否かを見極めつつ、より安定的な運用がなされることにも資するよう、行為者が用いる手段、被害者の状態を列挙することや、列挙された手段・状態の実質的意味を示す包括的な要件を設けることなど、規定の在り方について更に検討がなされるべきである。その際、処罰範囲の外延を明確にする必要があることや、現行法の暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件の解釈との関係、認定の難易等の実務への影響にも留意する必要がある。」と取りまとめられた⁽²⁸⁾。

IV 検討会における議論と立法論としての在り方について

1. 検討会における刑事法研究者のスタンス

「暴行・脅迫」の要件に関しては、最高裁が「相手方の反抗を著しく困難ならしめる程度」との解釈を示し、この基準に照らして個別の事案について判断が行われているのであるが、実務上、被害者における抵抗困難を判断する際の総合考慮の一要素でしかないとも分析されている⁽²⁹⁾。このため、暴行・脅迫要件は「形骸化」しているとも指摘されている⁽³⁰⁾。裁判例の中に見られるこのような運用は、個別の事案における具体的妥当性の確保を目指した、実際の適用プロセスにおける

一種の法創造と理解することも可能である。裁判官や検察官等がこうした裁判の実態に基づいて適切な解釈適用であると評価するのも自然なことである。もっとも、この法創造は実定法規を前提としてその枠内での適用という局面に限定されたものである。実定法規自体の改正という次元では、当該法規に対する客観的で批判的な視点が必要となってくる。

罰則検討会では暴行・脅迫要件の撤廃・緩和について否定的な意見が多数を占めた。裁判、検察の実務関係者からは、実際の具体的な事件の解決に当たって、「暴行・脅迫」の要件について適切な（あるいは柔軟な）解釈を通じ、当該事件に対する具体的妥当性を確保した適用が図られているとの一般的な認識⁽³¹⁾に基づき、要件自体を見直す必要性はないという趣旨の意見が示されていたのであるが、このような反応は極めて自然である。もともと要件の見直しは、司法実務の中で問題が認識され、この問題を解決すべく提起されたテーマではない。司法実務の外から提起された問題である。この意味で、司法実務関係者にとって要件を見直さなければならない理由はとくに存在しないのである。実際の法システムの中で職業として実定法規の適用に携わる実務家は、具体的に生起した事件の司法的な解決を目的として所与の法規を運用しているのであり、当該法規の適用に当たり、とくに利用上の支障や困難性といった実務上の課題が生じていない限り、司法システムの中で、その内部（内側）から法規を取り扱う立場にあるので、司法のプロセスを超えて、いわばその外から法規を客観的・批判的に評価・判断するという視点をもつ機会は多くない。この意味で、実際の事件に関して個別に柔軟な解釈適用によって処理されているとの認識を前提とする限り、法規自体を問題視する契機は存在しないといえよう。

これに対して、刑事法研究者は、実定法規について客観的に考察の対象としており、自ずから実務家とは異なった視点をもっている。にもかかわらず、罰則検討会を構成する刑事法研究者からも実務家と共

通する理解やそれと親近性をもつ意見が寄せられた（前述Ⅱ 2(2)参照）。被害者の不同意と加害者による暴行・脅迫とをほぼイコールとみなす見解は、行為者による暴行・脅迫の事実こそ、被害者における同意の不存在を裏付ける状況証拠として機能している点に着目して、暴行・脅迫要件を維持すべき必要性について説明したものであると解される。しかし、この見方は、現在の暴行・脅迫を要件として規定している法規の下での、現行法の解釈適用という司法プロセス内部で、事実認定上の暴行・脅迫の機能を指摘しているのであり、実務の取扱いについて説明したものである。このことが直ちに要件そのものの客観的妥当性を導き得るのかについてはさらに検討を要するであろう。また被害者の不同意という主観的認識を推認可能とする事情として行為者による暴行・脅迫の事実を理解する見方を前提にすると、同意のない性交であることを認定するために、やはり暴行・脅迫の事実は必要であるという理解に至る。だが、立証上の問題と当罰的行為の犯罪化における要件内容の設定の問題とは、少なくとも理論的には区別して論じ得るのである。そして、不同意と認められる場合が、暴行・脅迫の場合に限定されるのかという問題が提起されているのであり、被害者の不同意＝行為者の暴行・脅迫という等式の成否こそ検討されなければならない。このように見てくると、刑事法研究者の委員の多くも、解釈適用の「内側」に立った意見を述べているとの印象を覚えざるを得ない。

刑事法検討会では、暴行・脅迫要件については見直しの重要ポイントであり、WGの調査によって、実務上の運用においてかなりまちまちであることが明らかとなった。井田教授自身、暴行・脅迫イコール不同意性交という等式自体が判例実務において必ずしも成立していないことを認め、立法による事態改善への試みが合理的であるとの見解⁽³²⁾を示されるに至った。このような認識の変化を反映して、刑事法検討会は、規定自体の見直しについて積極的に議論を始めたものの、各種の意見が示されて最終的に一致するような結論をまとめることはでき

なかったのである。

2. 立法の検討と憲法との関係について

日本国憲法は憲法を「最高法規」と位置づけ、これに反する法令等の法的効力を否認する（憲法第98条第1項）とともに、この判断権を（最高）裁判所に付与している（同81条）。最高裁によってこの法令等審査権が行使され違憲とする判断が確定すれば、当該規定は無効化されることになる。司法機関による無効の宣言の効果について、当該法規そのものの一般的な法的効力を喪失させるものではないとしても、無効化により当該法規定が事実上廃止されたのと同じ状態であると理解できるのであれば、司法による一法律等の規定を事実上失効させるという意味での消極的な一法創造の一場面といえることができるだろう。違憲審査制度は、司法機関によって立法府の立法をチェックするシステムであり、場合によっては国会制定法規を事実上廃止する機能も認められる。この点に着目すると、憲法自体が司法機関による一部分的ではあるけれども——種の法創造作用を実定化しているといえよう。このため、憲法学では、憲法規範に照らした法令等の審査に関連して、法規の客観的な正当性や合理性を巡る憲法審査の基準⁽³³⁾について議論されている。

数少ないものの、最高裁によって法規が違憲無効と判断された例がある。たとえば、刑罰法規に関しては、尊属殺人罪（刑法旧第200条）についてであり、民法の規定に関していえば、非嫡出子法定相続分規定（民法旧第900条）についてである。最高裁は、立法目的とその手段という判断の枠組みの中で、前者に関しては、立法目的の合理性を肯定したものの、その手段としての刑罰（量）の定め方において著しく不合理な差別が存在すると指摘して、憲法第14条違反を認め⁽³⁴⁾、後者に関しては、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われていると指摘し、第14条1項違反を認めている。最高裁は、「現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批

准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかである」と指摘し、「上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきて」おり、立法府の裁量権を考慮しても嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は既に失われていたと判示している⁽³⁵⁾。

法律の制定に際し、その内容が憲法に反しないことを要する。ここに法律制定の限界が設定されており、憲法適合性の判断については最高裁判所の審査に服する⁽³⁶⁾。したがって、法令等の制定に当たっては、憲法との整合性についてあらかじめ考慮する必要がある⁽³⁷⁾。立法府の裁量を逸脱・濫用する立法が許されないのはもちろんであるが、憲法が理念とする自由・平等という普遍的な原理を指針として、そうした価値を具現化し、促進する立法であることも要請されているというべきであろう⁽³⁸⁾。最高裁は、上記引用の判例の中で、法令等の違憲審査において、憲法の理念である個人の尊重（憲法第13条）および平等（同第14条）の解釈に関連して、「社会の動向」、「国民の意識の変化」のほか、「諸外国の立法のすう勢」や「我が国が批准した条約の内容」等の事情を考慮して判断を行っている。性犯罪の立法化を検討するうえでも、性暴力に対する近年の国際的な取組みや各国の動向について考慮することは有益であり、重要であると考えられる。

3. 国際的動向

国際的には、ジェンダーの克服と女性の権利の尊重という課題が積極的に取り上げられてきた。女子差別撤廃条約に基づいて設置された女子差別撤廃委員会は、政府に対して配偶者間の強姦につき明文によ

る処罰化を要請している⁽³⁹⁾。また、欧州評議会 (Council of Europe)⁽⁴⁰⁾ は、2011年に「女性に対する暴力及びドメスティック・バイオレンスの防止およびこれとの戦いに関する条約」⁽⁴¹⁾ (以下、「イスタンブール条約」と略称) を採択した (2014年発効)⁽⁴²⁾。この条約は、女子差別撤廃委員会をはじめとする国連等の活動の成果を踏まえるとともに、欧州人権裁判所において形成されてきた判例法を基礎として制定された⁽⁴³⁾。イスタンブール条約では、締約国に対して、「同意に基づかない」膣、肛門または口への挿入行為および他の性的性質の行為の犯罪化が規定されている⁽⁴⁴⁾。これを受けて、加盟各国は刑法の見直しを進め、複数の国で不同意性交を処罰する規定が導入されたのである⁽⁴⁵⁾。ドイツもその一つであり、イスタンブール条約の要請に対応するために、2016年に性犯罪処罰規定の改正が行われた⁽⁴⁶⁾。この改正 (第50次刑法改正法律)⁽⁴⁷⁾ により、従来、暴行・脅迫を手段として定めていたドイツ刑法第177条は、性的侵害 (Übergriff)、性的強要、強姦の見出しの下、「他人の認識可能な意思」に反する性的行為を処罰する規定⁽⁴⁸⁾ に改められるに至った⁽⁴⁹⁾。これは、いわゆる「No means No」モデルを導入したものである⁽⁵⁰⁾。第177条の基本的な構成要件の内容は不同意性交の処罰であり、暴行や一定の脅迫が行われた場合 (手段性の有無は問わない⁽⁵¹⁾) には加重構成要件 (5号) が適用される。

イスタンブール条約の採択とこれに伴うヨーロッパ各国の性犯罪処罰規定の見直しの背景には、性暴力に対する見方の変化や被害者の保護の強化等を指摘することができる。とくに、ジェンダーという視点から、女性の権利の尊重、女性に対するエンパワメントの促進という要請が働いている。こうした国際的な意識の変化の中で、暴行脅迫を手段として用いることを犯罪成立の基本要件とすることが、とくに女性の尊厳や自由が十分に尊重されず、その権利保護に欠ける面があるという認識を広めてきたのであろう。もしそうであるとすれば、暴行・脅迫要件の撤廃と不同意性交の犯罪化というテーマは、人権に対する基本的な認識の変化に根差す問題でもあり、憲法上も考慮すべき

事柄であるということが出来る。日本学術会議において、国際的な動向を踏まえ、「暴行又は脅迫」「抗拒不能」といった要件を排除して、「同意の有無」⁽⁵²⁾を中核とする刑法改正の提言⁽⁵³⁾を行っているのも、以上の認識に基づいているといえよう。

4. 「在るべき」立法に向けた議論

立法は、何らかの目的をもって、そしてその目的を達成する手段を選択するという「目的—手段」思考を基本とする⁽⁵⁴⁾。立法を検討するに当たり、適切な目的⁽⁵⁵⁾の設定とそれを実現する手段の合理性は最も基本的で重要な課題である。もし、性犯罪規定を改正する目的（のなか）に、ジェンダーの是正と性に関する尊厳の確保を含むとすれば、日本においても、一批准していないとしても—イスタンブール条約や、各国の改正を巡って、もっと積極的に活発な議論が必要であったのではないだろうか⁽⁵⁶⁾。

刑事法研究者の間では、強制性交等罪における暴行・脅迫要件の撤廃につき、積極的にこれを主張する見解⁽⁵⁷⁾も増えているが、慎重論も根強く主張されている。その理由について整理すると、2つの観点を区別することができる。その一つは、立法（改正）の必要性という観点からこれを否定する見解⁽⁵⁸⁾であり、もう一つが不同意性交処罰の条文化という観点から、当罰的行為の特定ないし可罰的範囲の確定の困難さおよびこれに基づく構成要件の不明確性を理由とする慎重論⁽⁵⁹⁾である。

被害者団体等からは積極的な改正が求められているのであるが、一方で刑事法研究者に慎重論が少なくないという状況の背景に、両者間における性被害に対する認識の隔たりが存在しているように思われる。これを乗り越えるためには、性被害の実態を適切に把握するという作業とそれに基づく資料が必要である。立法に当たって、その目的と手段が重要であるが、これを検討するためには立法事実としての実態調査とその分析・評価を欠くことができない⁽⁶⁰⁾。立法について検討する上で、どのような被害実態が存在するのかを明らかにすることは非常

に重要で、必要不可欠な作業である。この作業を通じて得られたデータを共有することによって、両者の間に横たわる溝を一定程度埋めることが期待できるのではないだろうか。実態調査WGによって不起訴となった事件等も調査対象として取り上げ、実務上の取扱いについて相当程度明らかにされてきたが、さらに性被害の実態とその分析について実証的なデータの収集が必要である。立法事実を具体的に明らかにし、データ、エビデンスに基づきつつ、立法目的および手段の合理性について検討し、議論を重ねることが大切である。

立法に関する検討や考察は、「刑事立法の活性化」の時代といわれる今日、なお一層刑事法研究者が取り組まねばならない分野であり、解釈学の知見に止まらず、実証性のあるデータに基づいた合理的な議論に積極的にコミットすることが、強く社会から期待され、求められているといえよう。

- (1) 以上の経緯につき、前澤貴子「性犯罪規定に係る刑法改正法案の概要」調査と情報（国立国会図書館）962号（2017）1-2頁。
- (2) その第9分野「女性に対するあらゆる暴力の根絶」の中で、「性犯罪への対策の推進」が掲げられ、具体的施策として「性犯罪への厳正な対処等」において、「女性に対する性犯罪への対処のため、平成16年の刑法改正の趣旨も踏まえ、関係諸規定を厳正に運用し、適正かつ強力な性犯罪捜査を推進するとともに、適切な科刑の実現に努める。さらに、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。」とされた。
- (3) 平成16年刑法等改正に際し、衆議院法務委員会では「性的自由の侵害に係る罰則の在り方については、強盗罪等の法定刑の適正化を図りつつ、それらとの権衡を考慮し、さらに検討に努めること。」、参議院法務委員会では「性的自由の侵害に係る罰則の在り方については、被害の重大性等にかんがみ、さらに検討すること。」を、それぞれ政府に特段の配慮を求める付帯決議が行われた。また、平成22年刑法等改正に当たり、衆議院法務委員会において「性犯罪やひき逃げ事案等、人を死亡させた犯罪以外の犯罪についても、事案の実態や犯罪被害者等を含めた国民の意識を十分に踏まえつつ、公訴時効を含めた処罰の在り方について更に検討すること。」、参議院法務委員会においても「性犯罪については、被害者等の声を十分に踏まえつつ、罰則の在り方及び公訴時効期間について更に検討するこ

と。」を要請する附帯決議が行われた。

- (4) <http://www.moj.go.jp/content/001128042.pdf> (以下、Web上のデータを引照している場合、最終閲覧日はすべて2021年6月10日である。)
- (5) <http://www.moj.go.jp/content/001130483.pdf>
- (6) <http://www.moj.go.jp/content/001154848.pdf>
- (7) <http://www.moj.go.jp/content/001162242.pdf>
- (8) 「法制審議会第177回会議議事録」(<http://www.moj.go.jp/content/001252017.pdf>) 4頁、5頁参照。
- (9) <http://www.moj.go.jp/content/001185581.pdf>
- (10) 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69巻10号(2016)50-51頁。
- (11) 改正法の概要につき、立案関係者による説明として、松井哲也・今井将人「刑法の一部を改正する法律について」法曹時報69巻11号(2017)211頁以下、今井将人『『刑法の一部を改正する法律』の概要』研修830号(2017)39頁以下、加藤俊治「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70巻8号(2017)52頁以下、同「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(2017)73頁以下、田野尻猛「性犯罪の罰則整備に関する刑法改正の概要」論究ジュリスト23号(2017)112頁以下、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70巻10号(2017)67頁以下。改正法案の概要については、前澤・注(1)3頁以下。
- (12) 最高裁昭和24年5月10日刑集3巻6号711頁。この定義は、小野清一郎博士の見解に拠る(佐々木和夫「強姦罪における暴行・脅迫の程度—最判昭和24年5月10日以前の学説を中心として—」町野朔ほか編『岩井宜子先生古稀祝賀論文集 刑法・刑事政策と福祉』(2011・信山社)383頁)。
- (13) 「性犯罪の罰則に関する検討会」第6回議事録4-5頁。この見解は、既に、井田良「性犯罪処罰規定の改正についての覚書」慶應法学31号(2015)51-53頁で示されており、井田教授は、立法レベルの問題ではなく、事実認定のあり方の問題であると指摘されていた(同53頁)。意思に反することと暴行・脅迫の存在をイコールとして考える点につき、科学的知見に基づいた経験則を備えていないとする批判が加えられている(島岡まな「性犯罪の保護法益及び刑法改正骨子への批判的検討」慶應法学37号(2017)32頁(40))。
- (14) 以上につき、第6回議事録2-11頁(<http://www.moj.go.jp/content/001138926.pdf>)参照。
- (15) 各委員の意見に関する最終的な要約につき、「取りまとめ報告書」18-20頁(<http://www.moj.go.jp/content/001154850.pdf>)参照。
- (16) 第2回議事録(<http://www.moj.go.jp/content/001172417.pdf>)18頁以下参照。

- (17) 国会での議論については、内田亜也子「被害の実態に即した性犯罪施策の課題(1)—平成29年刑法改正に関する国会議論—」立法と調査424号(2020) 3頁以下参照。
- (18) 内田・注(17) 8頁。
- (19) 内田・注(17) 9頁。
- (20) 内田・注(17) 7-8頁、8頁注11。
- (21) 角田由紀子「性犯罪法の改正」論究ジュリスト23号(2017) 121頁以下、深町晋也「性犯罪」法学教室457号(2018) 113頁参照。
- (22) 辰井聡子「性犯罪に関する刑法改正」刑事法ジャーナル55号(2018) 5頁。
- (23) <http://www.moj.go.jp/content/001323987.pdf>
- (24) <http://www.moj.go.jp/content/001327158.pdf>
- (25) 「性犯罪に関する刑事法検討会」取りまとめ報告書 5頁。
- (26) 井田良座長は検討会の課題を「不同意性交のいろいろな形を過不足なく捉えて文言化した規定の提案を行うということであり、それが我々に求められているところだと思う」と発言されている(第8回議事録〔<http://www.moj.go.jp/content/001338613.pdf>〕 7頁)。
- (27) 以上につき、第8回議事録 5頁以下参照。
- (28) 注(25) 6-10頁。
- (29) 嶋矢貴之「性犯罪における『暴行脅迫』について」法律時報88巻11号(2016) 71頁。
- (30) 嘉門優「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387・388号(2019) 63頁。裁判例の分析として、神山千之「合意による性交と強姦の境」刑事法ジャーナル27号(2011) 53頁以下。
- (31) 岡田・注(11) 82頁参照。
- (32) 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72巻2号(2020) 277頁。
- (33) 芦部信義(高橋和之補訂)『憲法 第6版』(2015・岩波書店) 193頁以下、佐藤幸治『日本国憲法論 第2版』(2020・成文堂) 713頁以下など参照。
- (34) 最高裁昭和48年4月4日判決(刑集27巻3号265頁)。
- (35) 最高裁平成25年9月4日決定(民集67巻6号1320頁)。
- (36) とくに憲法の観点から、刑事立法に対する批判的な判断の枠組みを考察する研究として、上田正樹『その行為、本当に処罰しますか 憲法的刑事立法論序説』(2016・弘文堂)が重要である。この研究を踏まえ、性犯罪処罰における立法の在り方について分析・検討が行われている(「性犯罪処罰規定の見直しに関する議論について」神奈川法学53巻2号(2020) 87-91頁参照)。

- (37) 西原博史「憲法構造における立法の位置と立法学の役割」西原博史編『立法学のフロンティア2 立法システムの再構築』（2014・ナカニシヤ出版）24頁。
- (38) 刑事立法の分析枠組という観点から、仲道教授は、合憲性審査を刑事立法の外側の〈限界〉、刑法理論に基づく討議・提案を内側の〈討議の場〉として理解する2段階構造を指摘されている（仲道祐樹「法益論・危害原理・憲法判断—刑事立法の分析枠組に関する比較法的考察—」比較法学53巻1号（2019）65頁）。憲法適合性を予定した立法内容のチェックとその中で在るべき立法の検討とは区別されるべきであるけれども、後者の場合にも刑法理論とともに憲法理論・人権論が反映されるべきであると理解すれば、議論の実質的な内容という面では前者と後者の間に連続性を認めることができる。
- (39) 女子差別撤廃委員会「日本の第7回及び第8回合同定期報告に関する最終見解」（2016年3月）23. (c) (https://www.gender.go.jp/international/int_kaigi/int_teppai/pdf/CO7-8_j.pdf)
- (40) 日本はオブザーバー国である (<https://www.mofa.go.jp/mofaj/area/ce/index.html>)。なお、欧州評議会で採択された「サイバー犯罪条約」は、日本も批准・承認しており、国内的に発効している。
- (41) <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210>
- (42) フランス、イタリア、スペイン、スウェーデン、ノルウェー、デンマーク、オランダ、オーストリア等をはじめ、2018年にドイツ、スイスにおいても発効している。 (https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures?p_auth=CX7foevq)
- (43) 今井雅子「欧州評議会『イスタンブール条約』」国際女性 No.29(2015) 84頁。条約作成の経緯につき、森秀勲「欧州評議会イスタンブール条約」立法と調査425号（2020）31頁。
- (44) 同条約第36条の規定である。同条は次のように規定している（訳文は、平野裕二仮訳「欧州評議会 女性に対する暴力およびドメスティック・バイオレンスの防止およびこれとの闘いに関する条約」による <https://w.atwiki.jp/childrights/pages/36.html>。）
1. 締約国は、故意に行なわれる次の行為が犯罪とされることを確保するため、必要な立法上その他の措置をとる。
 - a. 同意に基づかず、他の者の身体に対し、いずれかの身体部位または物をもって膣、肛門または口への性的性質の挿入行為を行なうこと。
 - b. 人に対し、同意に基づかない他の性的性質の行為を行なうこと。
 - c. 他の者をして、同意に基づかない性的性質の行為を第三者と行なわせること。
 2. 同意は、自由意思の結果として、自発的に与えられなければならない。

当該自由意思は、関連する状況の文脈において評価される。

3. 締約国は、1の規定が、国内法で認められた従前のまたは現在の配偶者またはパートナーに対して行なわれた行為にも適用されることを確保するため、必要な立法上その他の措置をとる。
- (45) ヨーロッパ諸国における同意のない性交に関する規定につき、小沢春希「強制的性交等罪の構成要件緩和—欧州における同意のない性交の罪—」調査と情報(国立国会図書館)1076号(2019)1頁以下。さらに、各国の性犯罪処罰規定に関する紹介・検討を行った詳細な文献として、樋口亮介・深町晋也編『性犯罪規定の比較法研究』(2020・成文堂)がある。
- (46) この改正につき、岡上雅美「ドイツにおける新たな性刑法の展開—暴行・脅迫要件のない立法例に関する—考察—」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集 下巻』(2018・成文堂)169頁以下(岡上教授は、ドイツの改正に対して批判的である[183-184頁参照])、嘉門優『法益論』(2019・成文堂)202頁以下、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」法政研究85巻3・4号(2019)1286頁以下、樋口・深町編・注(40)338頁以下〔深町晋也〕参照。
- (47) この刑法改正では、第177条の規定が改められたばかりでなく、第13章に新たに第184条iの規定が追加された。これは、セクシャル・ハラスメント(Sexuelle Belästigung)の処罰規定である。これにつき、井田良「ドイツにおけるセクシャル・ハラスメント罪の新設について」比較法雑誌53巻1号(2019)15頁以下、同「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(2019)30頁以下参照。
- (48) 改正後の第177条1項の規定は次の通りである(訳文は、深町・注(40)341-342頁による)。

「他の者の認識可能な意思に反して、この者に対して性的行為を行い、若しくは、この者に性的行為を行わせ、又は、この者に第三者に対する若しくは第三者による性的行為を行い若しくは甘受するように決意させた者は、6月以上5年以下の自由刑に処する。」

2項では、被害者の脆弱性を利用する場合(たとえば、反対意思を形成したり表明できない状況〔1号〕、身体的・精神的な状態に基づき意思の形成・表明が著しく限定されている場合〔2号〕、驚愕の瞬間を利用する場合〔3号〕、被害者に抵抗した場合に相当の害悪を生じる恐れがある状況を利用する場合〔4号〕、相当の害悪を加える旨の脅迫により性的な行為を行い、甘受することを強要した場合〔5号〕)について、1項と同様であると規定されている。3項は、1・2項の未遂処罰の規定である。4項は、意思形成・表明能力の欠如が被害者の疾病・障害による場合の規定(1年以上の自由刑)である。そして、5項では、被害者に対して、暴行や(身体・生命に対する現在の危険を伴う)脅迫を行う場合、被害者が保護のない状態で行為者の影響下に委ねられた状況を利用する場合につき、

1年以上の自由刑が定められており、6項でとくに重い事案に対して2年以上の自由刑と定め、特に重い事案として認められる場合として、強姦と複数による共同犯行が明示されている。

- (49) これは、暴行・脅迫といった手段により被害者の意思形成に影響を与え、そのうえで被害者の同意のない性行為を必要とする「二段階モデル」から、被害者の意思の抑圧を要求しない「一段階モデル」への転換ということができる（嘉門優「ドイツ刑法における『被害者の意思に反する（gegen den Willen des Opfers）』要件の展開—ドイツ刑法177条の改正の動きを中心に—」川端博ほか編『理論刑法学の探求9』（2016・成文堂）283頁）。
- (50) BT-Drucks.18/9097,S.22. Vgl.*Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*,StGB,Bd.2,5.Aufl.,2017,S.1366 [Frommel]. 岡上・注(40)174頁、樋口・深町343頁〔深町〕。
- (51) *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*,a.a.O.,S.1374 [Frommel].
- (52) 不同意性交を処罰化する場合に、性交に対する同意とは何かという問題も重要である。この点につき、齋藤梓・大竹裕子「当事者にとっての性交『同意』とは一性暴力被害当事者の視点から望まない性交が発生するプロセスをとらえる—」年報公共政策学（北海道大学）13号（2019）201-202頁参照。
- (53) 日本学術会議「提言『同意の有無』を中核に置く刑法改正に向けて—性暴力に対する国際人権基準の反映—」（2020）3頁以下（<http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-24-t298-5.pdf>）。
- (54) 川崎政司「立法における法・政策・政治の交錯とその『質』をめぐる対応のありかた」井田良・松原芳博編『立法学のフロンティア3 立法実践の変革』（2014・ナカニシヤ出版）52頁。さらに、大森政輔・鎌田薫編『立法学講義（補遺）』（2011・商事法務）8-12頁。
- (55) 立法の目的には、国の政策目標やその都度その都度の個別課題の解決を図る等、さまざまな要素が複合的に含まれ得る。刑法学の立場では、刑法の目的と関連して、どのような法益を保護するのかという点も重要である。この点に関連して、強制性交等罪（旧強姦罪）の保護法益につき、性的自由・性的自己決定権と解するのが今日の通説であるところ、この点の強調が一方で被害者による抵抗の存否が同意の有無と結びつけられて判断する傾向をもたらしていると指摘されている（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55巻9号（2003）9-10頁、同「性犯罪の法的規制と性的自由に対する罪」岩瀬徹ほか編『町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開 上巻』（2014）444頁、452頁）。さらに、近時、法益理解として「性的尊厳」（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」岩瀬徹ほか編『町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開 上巻』

- (2014) 425頁。なお、辰井聡子「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748号 (2017) 26頁、28-29頁参照)、「人格的統合性」(和田俊憲「鉄道における強姦罪と公然性」慶應法学31号 (2015) 264頁)に求める見解も有力である(このほか、「身体的内密領域」を保護の実体とする見解として、井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修806号 (2015) 8頁)。これに対して、佐伯仁志「刑法における自由の保護」法曹時報67巻9号 (2015) 36-37頁参照。
- (56) もちろん、このような立法目的を設定したからと言って、直ちに不同意性交のすべてを犯罪化すべきであるということにはならない。当罰性という見地から、さらに処罰が相当な場合とそうでない場合とを区別し、刑事規制による手段が適当かどうかを検討しなければならない。
- (57) 岩井宜子「性犯罪規定の見直し」神奈川法学43巻1号 (2010) 137頁、島岡まな「強姦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—」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集 下巻』(2018・成文堂) 139-140頁、川口・注(45)1296頁、上田・注(53)108-110頁など。
- (58) 嘉門・注(30)66頁、葛原力三「性刑法の改正について」関西大学法学論集70巻2・3号 (2020) 161-162頁など。
- (59) 佐久間修「いわゆる性犯罪と性暴力の罪」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集 下巻』(2018・成文堂) 92頁、葛原・注(52)157頁など。立証上の問題を指摘するものとして、木村・注(53)「性犯罪の法的規制と性的自由に対する罪」452頁。
- (60) 松原教授は、刑事立法における立法事実に対する関心の希薄さを指摘されている(松原芳博「立法化の時代における刑法学」井田良・松原芳博編『立法学のフロンティア3 立法実践の変革』(2014・ナカニシヤ出版) 136頁)。

