

わが国の刑法における性犯罪規定改正の比較法的考察

— スコットランド 2009 年法を参考に —

渡 邊 泰 洋

要 旨

世界的にみて、刑法における性犯罪の処罰をめぐる議論が盛んに行われ、諸外国では性犯罪規定の改正が続けられている。そのような中において、わが国でも、2017年に性犯罪規定に関する刑法の大改正が行われ、1908年の刑法施行以来110年ぶりに性犯罪概念が大きく変更された。特に、構成要件の拡大に伴う強姦罪から強制性交等罪への改称や罰則の強化は、従来の犯罪の主体と客体、あるいは行為態様に大幅な修正をもたらすものであり、これらは近年の性に関する社会の意識変化を反映するものといえる。また、国際水準からみても、先進国の性犯罪法制に近接しており、改正の意義は大きい。

しかしながら、わが国の改正された性犯罪規定においても課題は少なくない。そこで、同様に近年性犯罪規定の大改正を行ったスコットランド2009年性犯罪法を比較の対象として、わが国の課題と思われる事項を検討した。スコットランドは他の諸国と比べると改正作業はやや遅れたが、イングランドを含む他国の制度内容や運用状況を参考にした経緯があり、逆に後発のメリットもあると思われる。

その結果、スコットランド法は、わが国とは次の点で大きく異なり、種々の示唆を与えると考えられる。第1に、性犯罪規定の多様さである。わが国がわずか10ヶ条であるのに対して、62ヶ条の規定を有する。第2に、わが国の性犯罪の手段とされる「暴行と脅迫」を不要とし、被害者の「同意」を犯罪成立要件とし、処罰範囲が広いこと、第3に、挿入による性的暴行罪をめぐる議論を重視していること、第4に、児童の保護規定が充実していること、などである。

本稿では、このような比較を通じて、今後見直しが予定されているわが国の性犯罪規定に対する各種の指摘を試みている。

キーワード：刑法改正、性犯罪改革、レイプ（強制性交等）罪、2009年性犯罪（スコットランド）法、性的自律（性的自己決定権）

1. はじめに

世界的にみて、刑法における性犯罪の処罰をめぐる議論は活発化しており、実際、多くの主要国では、性犯罪規定に関して立法ないし法改正がなされている。犯罪分野に限らず、セクシャルハラスメントや性的児童虐待、LGBT問題などを含め、個人の性に関する意思決定、性行動を

めぐる自己決定権、性的自律などをテーマとして一般社会を巻き込んだ論争がそのベースにあるように思われる。また、他方で、国連機関による性犯罪規定に関する種々の勧告の影響も大きい。

わが国でも2017年に性犯罪規定をめぐる刑法の大改正が1908（明治41）年の施行以来、初めて行われた。それ以前にも小規模な改正、たとえば輪姦形態による強姦罪等の非親告罪化（1958年）、集団強姦罪の新設（2004年）や罰則の強化などの動きはみられたが、今回の改正は社会における性意識自体にも多大な影響を与えるものであり、根本的な理念の変更であると言わなければならない。たとえば、従来の「強姦罪」（177条）の名称が「強制性交等罪」に変わり、男性の行為主体自体が拡大、変更され、女性も行為主体となり、他方、行為客体も女性に限定されず男性を含み、性交類似行為の一部が強姦と同視されるなどの変更も行われ、実際、その行為はたんに女性器（膣）への性交ではなく、肛門性交、口腔性交（法文上、これらは「性交等」と称されている）などにも拡大された。要するに、男性から女性に対する伝統的、典型的な強姦罪から、男性から男性、女性から男性に対する行為へ、さらに陰茎の挿入対象を膣に限定しないで肛門や口腔へと拡大されたのである。

もとより、以前から国連の各種機関よりわが国の性犯罪規定への懸念がしばしば表明され、改正が勧告されていたという事情があり、すでにアメリカ、ドイツ、イギリスなどの先進国ではいち早く対応し、世界的な規模で新しい性犯罪概念の理解⁽¹⁾の下での法制化が進められていた。具体的には、たとえば、イギリス連合王国の一部、イングランド及びウェールズでは2003年性犯罪法（Sexual Offences Act 2003、以下、「イングランド2003年法」と記す）、同様にスコットランドでは2009年性犯罪（スコットランド）法（Sexual Offences (Scotland) Act 2009、以下、「2009年法」と記す）によって性規定をめぐる法改正がなされている。しかしながら、これらの改正内容はわが国のものとは対照的に、きわめて詳細な規定をおいており、また行為態様、行為区分においても大きな相違がみられる。また罰則も極めて重い。そこで、本稿では、このようなわが国の改正刑法とイギリス連邦の一つスコットランドの2009年性犯罪法との比較を試みる。それは、一つには、イングランド2003年法の紹介はわが国でもすでにいくつかの文献で行われており比較的よく知られていること⁽²⁾、二つには、スコットランド2009年法はイングランド2003年法ないしその成立経緯を参照して作成されたものであり、かえってスコットランド法の改正状況の方がわが国の性犯罪規定との比較において有益である側面もあるからである。

2. わが国における性犯罪規定の改正

(1) 性犯罪規定の歴史的経緯

上述のように、わが国において法改正のための資料として性犯罪規定の外国比較は盛んに行われているが、それでは、わが国における過去の制度との比較はどうか。これについては、旧刑法（明治15年施行）との比較、現行刑法（明治41年施行）（2017年改正前）における改正の動向

を知る必要がある。言うまでもなく、性意識や性をめぐる社会風潮は、時代や国家・地域、つまり当時の、あるいは地域の性風俗や性慣習によっても大きな影響を受けるが、わが国ではとくに法典制定の際には諸外国の制度の影響を受けやすい。ただ、いずれにしても、過去の法規定やその根拠を検討することは現行法の理解に役立つことは言うまでもない。そこで、以下ではわが国の性規制変遷の概略を試みる。

旧刑法（明治13年）をめぐっては、すでに分析がみられる⁽³⁾。これによると、まず当該規定の体系的位置づけでは、旧刑法においては「身体に対する罪」、つまり個人的法益として猥褻姦淫重婚の罪が規定されており、現行刑法が重婚罪（184条）や公然わいせつ罪（174条）を社会的法益として扱う点で相違がある。また、現行法が年齢区分として13歳未満（以下、幼年者とする）と13歳以上に分けて暴行・脅迫の有無を区別しながら、他方で法定刑においては差違をもうけていないが、旧刑法では幼年者の年齢は12歳とし、かつこれらの者に対して暴行・脅迫を加えた場合は刑が加重されていた点、現行法との相違がみられる。区分線を12歳にしたことについては、旧刑法の制定を指導したポアソナードが日本では当時12歳でも婚姻する者がいるという国の風俗習慣を考慮したからとされる⁽⁴⁾。また、旧刑法では12歳未満の者に対する暴行又は脅迫が用いられた場合は刑を加重されていたが、この点につき、児童という体力的に未熟な者に対する攻撃からの保護、あるいは児童の健全成長ということを重視しているように思われる。この点は、むしろ後述するように、詳細な年齢区分をして児童保護規定をおくスコットランド法に近似する。

また、強姦罪の規定の仕方として、2017年改正前の刑法が「暴行又は脅迫を用いて姦淫した」とするのに対して、旧刑法はたんに「強姦した」とするのみで「暴行又は脅迫」を要件としていない。この点につき、ポアソナードは、幼年者は同意しえないので必然的に「強姦」であると主張し、強姦には語感として暴行又は脅迫が含まれるという日本側の説明と対立したため、現行刑法（2017年改正前）では「暴行又は脅迫により姦淫した」とする表現に落ち着いたとされる⁽⁵⁾。現行法において強盗罪の規定は「強取」という語で「暴行又は脅迫」を含むと解釈されていることから、「強姦」に「暴行又は脅迫」が含まれるという説明は正しいと思われるが、現行刑法（2017年改正前）はその点を条文上、より明確にしたと言えるであろう。

さらに、旧刑法では強制わいせつ罪の位置づけが現行刑法よりも軽い点は注目に値する。強制わいせつ罪はわが国には存在しなかった概念とされ、ポアソナードの提案に困惑したなどという記録がみられるが⁽⁶⁾、結果として「男女間の性交そのものを目的としない行為」、たとえば暴行又は脅迫をもって（幼年者に対しては暴行又は脅迫を伴わず）性器をもってあそぶ行為や性器の露出など性的意図が不要の行為が想定され、報復目的・悪ふざけなども含まれるとされた。このような理解が強制わいせつ罪を軽罪として位置づけることになり、法規定としては未遂や致死傷の加重が見送られる結果となったとされる。しかし、当然ながら、このような理解は法制定後に様々な論争を引き起こし、性的意図のない行為⁽⁷⁾の問題性が次第に認識され、強制わいせつ罪に關す

る現行刑法（明治40年）の制定では大きな改変が生じ、結果として法定刑の引き上げ、未遂処罰、致死傷の加重となったのは後述のとおりである。すなわち、強制わいせつ罪も重罪として位置づけられたのである。

（2）2017年の改正経緯

次に、すでに多くの文献が存在するが、2017年刑法改正の概略もみておきたい。上述のように、現行刑法施行1908年から100年以上がたち、性犯罪に対する人々の意識や価値観、さらには世界情勢も大きく変化した。1958年に輪姦形態による強姦罪等の非親告罪化、2004年の集団強姦罪の新設（178条の2）⁽⁸⁾などの改正はあったものの、全体としては刑法の性犯罪規定が人々の認識から乖離し、批判にさらされるようになり、世界の潮流からも後塵を拝することとなった。そこで、具体的には、2004年の刑法改正（総則における法定刑の引き上げなど）や2010年の刑法（刑の時効の廃止・延長など）及び刑事訴訟法改正の際に、衆参両議院の法務委員会による附帯決議がなされ⁽⁹⁾、そこでは、性犯罪の罰則の在り方等について更に検討することが求められている。また、2010年に第3次男女共同参画基本計画が閣議決定され、「女性に対するあらゆる暴力の根絶に向けた施策」において、強姦罪の見直し（非親告罪化、性交同意年齢の引上げ、構成要件の見直し等）などの性犯罪に関する罰則の在り方を検討することが示された⁽¹⁰⁾。もっとも、これらの動きを強く助長したのは国連からの各種勧告であったことはすでに言及した。

このような経緯があり、法務省は、2014年10月から法学者6名、法曹4名、警察実務家1名、臨床心理士1名で構成される「性犯罪の罰則に関する検討会」（以下、検討会と記す）を開催し、全12回の会議の成果を「性犯罪の罰則に関する検討会」（2015年8月6日）取りまとめ報告書」として公表した。検討事項は、①性犯罪の非親告罪化、②性犯罪に関する公訴時効の撤廃又は停止、③配偶者間における強姦罪の成立、④強姦罪の主体等の拡大及び性交類似行為に関する構成要件の創設、⑤強姦罪等における暴行・脅迫要件の緩和、⑥地位・関係性を利用した性的行為に関する規定の創設、⑦性交同意年齢の引上げ、⑧性犯罪の法定刑の見直し、⑨刑法における性犯罪に関する条文の位置、などであった。

上記9個の論点について、検討会報告書では以下のような結論が示されている。①性犯罪の非親告罪化は賛成多数であった⁽¹¹⁾。②性犯罪に関する公訴時効の撤廃又は停止は消極的意見が多数を占めた⁽¹²⁾。③配偶者間における強姦罪の成立については、明文の規定を置く必要はないとの意見が多数であった⁽¹³⁾。④強姦罪の主体等の拡大及び性交類似行為に関する構成要件の創設については、第1に、強姦罪の行為者は男性、被害者は女性に限られているところ、行為者及び被害者のいずれについても性差のないものとすべきという意見に賛成多数であり、第2に、肛門性交を姦淫行為と同等に取り扱うことに積極的に反対する意見はなく、口淫についても、これに積極的に反対する意見は少なかった。これに対して、手指や異物の膣・肛門等への挿入（いわゆる「物による性的挿入」）については、これに反対する意見が多数であった⁽¹⁴⁾。⑤強姦罪等における暴

行・脅迫要件の一般的な緩和・撤廃はするべきではないという意見が多数を占めた⁽¹⁵⁾。⑥地位関係性を利用した性的行為に関する規定の創設については、第1に、地位又は関係性を利用した性的行為に関する何らかの規定を設けるべきであるとの意見が多数を占めた⁽¹⁶⁾。第2に、具体的に対象とすべき地位又は関係性を切り出すメルクマールについては、内縁等を含む親子等の直系の関係、同居、18歳未満、などの意見があった⁽¹⁷⁾。第3に、地位又は関係性を利用した性的行為に関する規定については、(準)強姦罪、(準)強制わいせつ罪と並ぶ類型として、同等の法定刑とするべきであるとの意見が複数述べられた⁽¹⁸⁾。⑦暴行・脅迫がなくても強姦罪等が成立する範囲は被害者が13歳未満とされているところ、この年齢を引上げるべきかについて、賛否いずれからの意見が大勢を占めるには至らなかった⁽¹⁹⁾。⑧性犯罪の法定刑の見直しについて、第1に、強姦罪及び強姦致傷罪について、法定刑の下限を引き上げる方向の意見が多数であった⁽²⁰⁾。第2に、被害者が年少者の場合に刑を加重するべきか、第3に、強姦罪及び強姦致死傷罪の法定刑の下限を引き上げる場合、集団強姦罪及び集団強姦致死傷罪についてどう考えるべきか、第4に、強姦致死罪を強姦致傷罪とは分離して別に規定すべきか、強姦殺人罪を新たに設けるべきか、について議論がなされ複数の意見が述べられた⁽²¹⁾。第5に、強制わいせつ罪の法定刑の上限下限共に変更する必要はないとの意見が複数述べられた⁽²²⁾。第6に、強姦犯人が強盗を犯した場合、強盗強姦罪と同様に処罰する規定を設けるべきであるとする意見が比較的多数であった⁽²³⁾。年少者が被害者の場合には、その被害の重大さは個別事案における適切な量刑で対応すればよく、法定刑を加重する必要はないとの意見が複数述べられた⁽²⁴⁾。⑨強姦罪及び強制わいせつ罪について条文の位置を見直すべきかについては、条文の位置を変更する必要はないとの意見が多数であった⁽²⁵⁾。

検討会の報告書を受けて、法務省の事務当局が検討した案を要綱(骨子)として作成した⁽²⁶⁾。2015年11月から2016年6月まで法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会がこの要綱(骨子)について審議した結果、要綱(骨子)は、①強姦の罪の改正、②準強姦の罪の改正、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、④強姦の罪等の非親告罪化、⑤集団強姦等の罪及び同罪に係る強姦等致死傷の罪の廃止、⑥強制わいせつ等致死傷及び強姦等致死傷の各罪の改正、⑦強盗強姦及び同致死の罪並びに強盗強姦未遂罪の改正、を内容とするものとされた。その後、若干の修正を経て、法制審議会において要綱骨子案が了承され、法務大臣に対して答申された⁽²⁷⁾。そして、2017年3月7日、定例閣議において、「刑法の一部を改正する法律案」が閣議決定されたのち、2017年6月16日、第193回国会において、「刑法の一部を改正する法律」が成立した。

3. わが国における2017年改正刑法の概要

これらの経緯で成立したのが2017年改正刑法である。2017年改正刑法に関しては、法学系雑誌その他の文献に多くの論稿や文献があり、多角的に検討されているが⁽²⁸⁾、本稿はスコットラン

ド法との比較を主眼とするものであり、以下では、比較の範囲で論じられる改正法の論点に言及する。

(1) 性交形態の内容

わが国の強姦罪から強制性交等罪への変更は、たんに名称変更にとどまらず、構成要件の幅を広げ、処罰を重くしたものである。すなわち、新规定では、次のように改められた。

刑法第177条（強制性交等）「一三歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いて性交、肛門性交、口腔性交（以下、「性交等」という）をした者は、強制性交等の罪とし、五年以上の有期懲役に処する。一三歳未満の者に対し、性交等をした者も、同様とする。」

もっとも、法務省が作成した要綱（骨子）第一では、条文上の「性交等」に続く括弧書きで、「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。」と定義されていた。そして、膣内に陰茎を入れる行為を「性交」、肛門内に陰茎を入れる行為を「肛門性交」、口腔内に陰茎を入れる行為を「口腔性交」と表現していた⁽²⁹⁾。このため、改正法の解釈においても、強制性交等罪は、「行為者が、自己又は第三者の陰茎を被害者の膣内等に入れる行為」、「被害者の陰茎を自己又は第三者の膣内等に入れる、いわゆる「挿入させる行為」」をも含むものと解されている⁽³⁰⁾。この点は、後述するようにスコットランド法と異なる。

旧強姦罪においては、主体は「男性」に（いわゆる身分犯）、客体は「女性」に限定されており、男性が暴行・脅迫を用いて女性を姦淫した場合に強姦罪が成立し⁽³¹⁾、反対に、女性が暴行・脅迫を用いて男性を姦淫した場合には強制わいせつ罪が成立すると解され、今日の男女平等意識の強まりや性的自己決定権の侵害という点では、主体と客体の性別が逆転しただけであるのにもかかわらず、後者は前者よりも法定刑が軽いなど不合理な面がみられた。この点、新設の強制性交等罪においては、主体、客体共に性別を問わない「者」という文言が用いられた⁽³²⁾。「性交」という文言は、「男性が女性の被害者の膣内に陰茎を入れる行為」と「男性被害者の陰茎を女性の膣内に入れる行為」も含むと解され、行為者は性別を問わない⁽³³⁾。同様に「肛門性交」及び「口腔性交」についても、「被害者の肛門内や口腔内に陰茎を入れる行為」と「被害者の陰茎を肛門内や口腔内に入れる行為」の双方が含まれることが意図され、こちらも被害者が女性に限定されず男性も含むことを意味する⁽³⁴⁾。さらには、「被害者に第三者との性交等をさせる場合」も含むものと解され、多くの男性器挿入行為がこの改正後の規定でカバーされることとなった。

(2) 物による性的挿入

法務省における検討委員会、法制審議会部会における議論では、これらの性交類似行為を性交と同一視することについてはあまり異論が見られなかったとされるが、「物による性的挿入」つまり異物の挿入については意見が分かれた。後述するように、スコットランド法でもイングラン

ド法でも「物による性的挿入」は独立の構成要件が設定され、性交（類似）行為は別個に規定されている。この点は、被害者の視点から性器の挿入と異物の挿入が被害者に同等の身体的精神的なダメージを与えるかどうかによるが、わが国の今次の改正では結論において規定の新設は見送られた。それは、異物や指などの挿入は性的侵害の程度が低いという理由によるものであったとされる。このほかにも、身体の一部を含む異物の挿入については、「異物の挿入は主観的意図を併せて考えないと性的侵害と断定できない」などの否定意見がみられた。この背景には、かりに異物の挿入を構成要件化するとすると、「口腔への異物の挿入」も処罰しなければならなくなるが、これは被害において必ずしも重大ではないという認識があると考えられ、実際にも検討会ではそのような議論がみられた。

このような否定説に対しては、「膣及び肛門への異物挿入は被害者の苦痛という点では性交と差がない」、「被害側から見て、膣及び肛門への異物挿入が性器の挿入とは区別されるというのは理解に苦しむ」などの批判⁽³⁵⁾が寄せられている。被害者の視点からみると、物による性的挿入と性交行為は同程度のダメージを与えるのではないかという見解である。そして、これらの批判は最終的には、今回の改正作業では議論が見送られた性犯罪の保護法益の議論の必要性を訴えている。なぜなら、種々の規定設定は保護法益の理念に連なり、議論が集約されるべきものだからである。そこで、異物挿入の重大性を主張する見解からは、性犯罪の保護法益の議論が導かれ、性犯罪の保護法益とは何かが問われることになる。これについて、わが国の学説では「性的自由」が通説とされてきたが、その運用では「貞操」的理解が見られたとの指摘もある。

(3) 犯罪成立要件としての「暴行または脅迫」

多くの海外の規定がレイプ（rape）罪（わが国の強制性交等罪にほぼ相当）の成立要件として「被害者の同意がなかったこと」を採用しているが、わが国の改正法では旧規定と同様に「暴行又は脅迫を用いて」という要件を掲げている。この要件の撤廃問題について、検討会にて議論されたが、性犯罪部会における要綱（骨子）では暴行・脅迫要件が維持された。しかしながら、以前より「立証のために被害者が抵抗した事実が要求され犯罪の成立が不当に制限される傾向があることや、捜査・裁判の過程における二次的被害を生じやすい」ことが指摘されてきた。また、当然に、「暴行又は脅迫」を要件とすれば、性犯罪の成立範囲は縮小される。つまり、暴行又は脅迫を用いなかったが、相手の同意を得られないまま性交等を行った場合、性的自律を侵害しているにもかかわらず、わが国では強制性交等罪は成立しない。

もっとも、わが国の改正作業でも「暴行・脅迫要件」の撤廃問題は議論され、現実にも性犯罪の本質が意思に反する性行為の強要である点に鑑み、暴行・脅迫によらずに性行為を強要することは可能であるとして撤廃論も主張されたが、後述するように、可視的で証拠の残りやすい暴行・脅迫要件は処罰範囲を適切に限定できるとして、撤廃問題は取り下げられたのである。しかし、「暴行・脅迫要件」を採用せずに、「同意要件」を犯罪の成否に利用する国々でも事情は同じはず

であるから、わが国でも再検討の余地は残ると思われる。また下記のように、裁判所の判断では実質的に「同意」が判定され、同意のない場合に「抵抗を著しく困難にする程度の暴行」が認定されているとされるが、そうであればいっそう直接、イングランド法やスコットランド法のように「同意」要件を構成要件に含むことも無理がないように思われる。

イングランド法やスコットランド法は後述するように、「同意」の有無が強制性交等罪の成否を左右する。確かに、「暴行又は脅迫」という手段は外形的にも可視的であり、証拠も明瞭な場合が多く、訴追しやすい利点は否定できないし、一連の行為中の「同意」の有無を判断するのは困難である場合が少なくなく、指摘されているように⁽³⁶⁾、場合によっては冤罪が生じる点はあると思われる。しかし、強制性交等罪における「暴行又は脅迫」の程度は、近年若干の緩和傾向があるとはいえ⁽³⁷⁾、旧来の解釈に従えば、「相手の反抗を著しく困難にする」ほどの強度が求められる。それによって、強制性交等罪の成立も著しく縮小され、被害者救済の道は制限されることになるとする批判は十分理解可能である。

(3) 児童保護の新設規定

今回の改正では、さらに新たな規定が設けられた。監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪(179条)がこれである。これらの罪は他の性犯罪規定とは異なり、18歳未満の者を対象とし、その監護をする者がその影響力があることに乗じてわいせつな行為又は性交等をした場合、処罰する趣旨である。このような罪を新設したことにつき、従来の規定では、行為者に暴行又は脅迫が認められない場合、あるいは被監護者が抗拒不能であったと認められない場合に強姦罪や強制わいせつ罪が適用困難という事態が生じていたとされる。すなわち、被監護者が18歳未満という年齢のため、精神的に未熟である場合、あるいは監護者に経済的に依存している場合、さらには監護者と被監護者の間に信頼関係がある場合などに、行為者のなすがままに行為を受け入れるしかなく、そのために行為者は暴行又は脅迫を加える必要がないような事例が考えられる。そして、「18歳未満の者を現に監護する者」として実際の解釈として考えられているのは典型的には親や親権のある者、保護者等であって、民法820条の親権の行使と同義とされる⁽³⁸⁾。

このような規定の新設はわが国において画期的である。というのも、従来の規定では、児童保護の観点が不十分であったと思われるからである。この種の規定は後述のスコットランド法やイングランド法にすでにみられた。但し、わが国の規定における「監護者」の範囲が事実上、親権者に限定されているが、外国の法規定では信頼関係(たとえば、児童施設職員と児童)に乗じた設定の例が多い。この点については後述する。

3. 2009年性犯罪(スコットランド)法の成立

スコットランド2009年性犯罪法については、わが国ではあまり紹介されていないことから、

ここでは若干詳細に概観する。

(1) 経緯

2009年法制定の直接的な契機となったのは、2004年6月にスコットランド行政府（Scottish Executive）⁽³⁹⁾がスコットランド法律委員会（Scottish Law Commission, 以下、「SLC」と記す）⁽⁴⁰⁾に「レイプその他の性犯罪に関連する法律とそれらの犯罪を証明するための明確な必要条件を検討し、改革のための勧告を行うこと」を諮問（reference）したことである⁽⁴¹⁾。

スコットランド行政府が性犯罪改革についてSLCに諮問したのには大別して4つの理由がある⁽⁴²⁾。第1に、国内でレイプ（rape）の定義に関する議論が盛んになっていたことである。これにつき、2001年、スコットランド最高法院（以下、「最高法院」とする）は、ある事件において、男性が女性の同意なしに女性と性交することというレイプの従来の定義を維持した⁽⁴³⁾。すなわち、裁判所は、男性が女性の意思を強制的に制圧する必要はないとしたのである。要するに、裁判所の焦点は、レイプのアクトゥス・レウス（actus reus, 犯罪を構成する客観的要素）であり、メンズ・レア（mens rea, 行為者の主観的要素）や同意の欠如の証明のような問題として扱わなかったのである。第2に、性に関する一般社会の態度や意識の変化である。性犯罪に関する法令の多くは、性意識が現代社会とはかなり異なる時代に制定されたものが多く、その一部は16世紀にまで遡るものもある⁽⁴⁴⁾。したがって、現代社会の人々の性意識と法律の間にギャップが生じる場面が見受けられた。第3に、性犯罪法令の複雑化である。すなわち、性犯罪の規定が成文法（statute）とコモン・ロー（common law）に点在し、統一的法典を欠く状況が続き、実際の法適用においても大きな障害となる状況がみられた。第4に、性犯罪法制に関する国内外の動向や変化である。1980年代、アメリカ合衆国、カナダ、オーストラリアにおいて、性犯罪に関する法制度の急進的な改革が行われた⁽⁴⁵⁾。この時代の改革は、社会における適切な性行為や性的態度に関するフェミニストの著作物の影響を受けているとされた。2000年代に入ってから、オーストラリア首都特別地域・ビクトリア州、南アフリカ、イングランド及びウェールズで性犯罪改革が行われた。これらの改革は、1980年代と異なり、単にフェミニズムだけの影響ではなく、各国の社会全体における性に対する認識の大きな変化を反映するという事情がみられた。そこで、性に関わるスコットランド法制については、国内において一般市民や専門家、学者の間で時代遅れではないかとの懸念が広まり、とくにイングランド及びウェールズの2003年法の成立の影響を受けて、上述のように、性犯罪法改革に関するSLCへの諮問に至ったのである⁽⁴⁶⁾。

(2) 特徴

諮問を受けたSLCは、性犯罪改革に関していくつかの基本原則を設定した。第1に、「法の明確性（clarity of the law）」である⁽⁴⁷⁾。元来、イングランド及びウェールズとスコットランドの二つの法域に適用される1965年法律委員会法第3条(1)に規定されているとおり、SLCの役割

の一つは「法の単純化と近代化 (simplification and modernisation of the law)」である。それに加えて、スコットランドの従来性の犯罪関連法は、不明瞭な部分が少なくなく、それゆえ、ある種の無制約性について批判が加えられていた⁽⁴⁸⁾。そこで、2004年のSLCは、性犯罪改革プロジェクトの基本原則として、「法の明確性」を第一に掲げ、被害者に対してなされた行為の一定類型にしたがって性犯罪を分類することを推奨した。第2に、「性的自律の尊重 (respect for sexual autonomy)」である⁽⁴⁹⁾。性行動は、通常、他の人との相互作用である。ある性行動を合法と違法に分ける重要な要素は、性的自律が侵害されたかどうかにある。性的自律が侵害される場合とは、基本的には、性行動に関する人の自由選択が無視されることである。そこで、性的自律の重要な要素は、「同意 (consent)」であるとされ、2009年法が同意に関して詳細な規定をおいているのは後述のとおりである。いうまでもなく、「同意」の定義については、これまでに種々の論争が巻き起こっており、「同意」の定義を明確にする必要性がみられた。SLCは、「同意」概念に関わる事項として、①同意のない性行為は犯罪化されるべきであり、②同意のある性行為は、特別な理由のない限り、非犯罪化されるべきである、という二つの原則を示したのである⁽⁵⁰⁾。第3に、「保護原則 (protective principle)」である⁽⁵¹⁾。保護原則の基本的な考え方は、性的行為に同意することに何らかの問題のある人、いわゆる性的弱者 (児童や精神障害者など) に対して、刑法が特別な保護を与えるべきであるというものである。したがって、保護原則は、同意モデルから導き出される「同意のある性行為は非犯罪化されるべきである」という原則の例外となる。第4に、「性的傾向やジェンダーに基づく区別を行わないこと」である⁽⁵²⁾。性的行為に当事者間での合意があり、保護原則も適用されない場合、特別な理由がない限り、犯罪とすべきではないとする。また、性犯罪は可能な限りジェンダーに基づく区別を行わないとする。これは今日のLGBT問題や同性婚の法制化などの流れをくむものであろう。第5に、「欧州人権条約 (European Convention on Human Rights)」の関係である⁽⁵³⁾。スコットランド法制は欧州人権条約に適合する必要がある。

2004年SLCでは、このような基本原則に従って審議が行われ、2007年に最終報告書を公刊した。同年9月、スコットランド首相 (First Minister) は、スコットランド政府 (Scottish Government) が、SLCの最終報告書と勧告に照らして、レイプとその他の性犯罪に関する法律を改革するための法制を導入するとの声明を発表した⁽⁵⁴⁾。2009年6月10日、スコットランド議会は2009年性犯罪 (スコットランド) 法案を可決し、同年7月14日に裁可 (Royal Assent) を得て2009年性犯罪 (スコットランド) 法 (Sexual Offences (Scotland) Act 2009) が成立した。

なお、SLCは、スコットランドにおける性犯罪改革に関する審議と提言を行うことを求められていたが、①性犯罪に関する訴追手続と実務、②売春、③ポルノについては検討の対象外とした。というも、①は検察及び検察財務庁 (Crown Office and Procurator Fiscal Service) で議論と勧告がなされ、②は売春に関する専門家グループ (Expert Group on Prostitution) による議論と勧告の後、2007年2月に、2007年売春 (公共の場) (スコットランド) 法 (Prostitution

(Public Places) (Scotland) Act 2007) が制定されており、③は成人ポルノの場合には表現の自由との関係でそもそも犯罪化すべきかどうかの議論があり、児童ポルノの場合には複数の法律で既に規制の対象となっていたからである⁽⁵⁵⁾。

(3) 論 点

上述のように、スコットランド法における性犯罪に関する規定や概念は、コモン・ロー犯罪と成文法上の規定の双方に点在しており、これらを統合するために、次の事項が論点とされた⁽⁵⁶⁾。第1に、レイプの定義があまりにも狭義に解されていたこと。第2に、同意に基づく犯罪における精神的要素へのアプローチが不十分であったこと。第3に、多様な犯罪に対して利用可能な量刑権限における不規則性があったこと。第4に、不平等な同意年齢である。

これらの論点に基づき、2009年法の柱は、第1に、「同意 (consent)」を定義したこと、第2に、同意が存在することを「合理的に信じた根拠 (reasonable belief)」を定義したこと、第3に、「性的 (sexual)」を定義したこと、第4に、性犯罪を行為客体として、成人に対する犯罪、年長児童に対する犯罪 (“older children” offences)、年少児童に対する犯罪 (“younger children” offences) の3つに大きく分類し、罰則を区別したことである⁽⁵⁷⁾。

このような2009年法の構成は、スコットランド法における性犯罪規定を整理し、成文法の枠組を提供した⁽⁵⁸⁾。同法は、性行為に関する新しい成文法上の犯罪を創設することによって、従来のコモン・ロー上のレイプ、同性愛 (sodomy)、女性に対する秘密の傷害 (clandestine injury) の犯罪 (かつてのわが国における準強姦罪に相当)、および多くの成文法上の性犯罪を廃止したのである。言い換えると、2009年法はいわゆる性犯罪の統一法典を完成させたといえよう。

2009年法はさらに、強制性交 (rape)、挿入による性的暴行 (sexual assault by penetration)、それ以外の性的暴行 (sexual assault)、強制わいせつ (sexual coercion)、性行為中に立ち会うことの強要、性的画像の閲覧の強要、わいせつな会話 (communicating indecently)、性器露出 (sexual exposure)、窺視 (voyeurism)、性的目的のための薬物の投与などの行為を創設した。同法は、年齢ないし精神障害ゆえに、性行為に同意する能力が完全に欠如しているか、あるいは完全にその能力が形成されていない者との性行為を犯罪化する「保護犯罪 (protective offences)」も創設する。保護犯罪には、年少児童 (13歳未満) と年長児童 (13歳以上16歳未満) の年齢区分がある。さらに、「信頼のある立場の者による虐待 (abuse of position of trust)」(42条以下) も創設された。信頼のある立場とは、児童ないし精神障害のある人物に対して責任のある立場 (親権者だけでなく、福祉施設職員なども含まれる) である。この点は、わが国でも新設された監護者わいせつ及び監護者性交等罪と同様の発想と思われるが、一般的には親権者を想定しており、行為者の範囲が大きく異なる。

以上を要約すると、2009年法の目的は、コモン・ローと成文法上の規定を一つの包括的な法的枠組みにまとめることによって、性犯罪の二つの領域におけるスコットランド司法を近代化し

たと言えるであろう⁽⁵⁹⁾。それに加えて、同法の重要な目的は、レイプ犯罪に関して法制を近代化し、児童その他性的弱者を保護する成文法上の保護犯罪を導入することによって児童その他性的弱者の保護を強化することである。

以上をまとめると表1のようになる。

表1 年齢層別の適用規定

右記以外の者	年少児童 (13 歳未満)	年長児童 (13 歳以上 16 歳未満)
第1条 レイプ (rape)	第18条 年少児童に対するレイプ	第28条 年長児童に対する性交
第2条 挿入による性的暴行 (sexual assault by penetration)	第19条 (男性器以外の) 挿入による 年少児童に対する性的暴行	第29条 年長児童との、あるいは年長児童 に対する挿入による性的行動 への関与
第3条 性的暴行 (sexual assault)	第20条 年少児童に関する性的暴行	第30条 年長児童との、あるいは年長児童 に対する性的行動への関与
第4条 強制わいせつ (sexual coercion)	第21条 年少児童に性的行動に関与せし めること	第31条 年長児童に性的行動に関与せし めること
第5条 性的行動中に立ち会うよう強要 すること (coercing a person into being present during a sexual activity)	第22条 年少児童に性的行動中に立ち 合わせしめること	第32条 年長児童に性的行動中に立ち会 わせしめること
第6条 性的画像の閲覧を強要すること (coercing a person into looking at a sexual image)	第23条 年少児童に性的画像を閲覧せ しめること	第33条 年長児童に性的画像を閲覧せし めること
第7条 わいせつな会話 (communicating indecently)	第24条 年少児童とわいせつな会話を すること	第34条 年長児童とわいせつな会話をす ること
第8条 性器露出 (sexual exposure)	第25条 年少児童に性器を露出するこ と	第35条 年長児童に性器を露出すること
第16条 窃視 (voyeurism)	第26条 年少児童を窃視すること	第36条 年長児童を窃視すること
第11条 性的意図による薬物の投与 (administrating a substance for sex- ual purposes)		第37条 年長児童相互の性的行為への関 与

出典：Alastair N. Brown, *Sexual Offences (Scotland) Act 2009*, 2009, pp. 3-4.

4. 2009 年法の構成

上記のように、2009 年法は、コモン・ローと成文法上の性犯罪規定を一つの包括的な法的枠組みにまとめることで、スコットランド司法における性犯罪法制の近代化を図った点に特徴がある。また、成文法上の児童等を対象とする保護犯罪を導入することで、児童その他性的弱者の保護も強化している。そこで、ここでは、さらに法規定の文言に従い、やや詳細に各犯罪類型の構成要素を分析する。

2009年法の概要は、全部で7部62条で構成される。第1部はレイプ等11種類の性犯罪、第2部は同意（consent）と合理的信念（reasonable belief）、第3部は精神障害者（Mentally Disordered Persons）、第4部は年少児童と年長児童の定義とそれらの者に対する性犯罪、第5部は信頼のある立場の者による虐待（abuse of position of trust）、第6部は刑罰、第7部は雑則を規定する。以下では、比較対象の主要な論点に限定して概略する。

(1) 構成要件要素の検討

① 「性的（sexual）」の意義

2009年法に規定される犯罪の多くは、まず成立のために、一定の行為が「性的」であったことを検察が証明しなければならない。そこで、「性的」の意義が問題となる。2004年、SLCは、これに対して以下のような4つの選択肢を検討した⁽⁶⁰⁾。第1に、客観的アプローチであり、合理的な者がその行為を本質的に性的とみなすか、第2に、行為者の主観的アプローチであり、行為者がその行為の目的を性的刺激に求めたのか、第3に、被害者の主観的アプローチであり、被害者がその攻撃を性的と認識したか、第4に、これらの視点を総合するアプローチである。ここでいう「合理的な者（reasonable person）」とは、いわゆる標準的な一般人を指すものと考えられる。

ところで、上記「合理的な者」を基準とする理由は何であろうか。それは、純粋に主観的なアプローチを採用した場合、奇妙な結果が生じる可能性があるからである。たとえば、女性器や胸部に触れることが本質的に性的ではないと被告人が純粋に信じていた場合、この被告人には性的暴行で有罪判決が下されないことになりうる。他方、客観的視点と主観的視点の二つを考慮に入れることは、あまりに複雑化し採用しえない。そこで、SLCは「性的」を判断する基準として「客観的評価基準（objective test）」を提案したのである。

この提案を受けて、2009年法は第60条(2)で、「合理的な者が、当該事件のすべての状況に鑑みて、その行為を性的とみなす場合」を「性的」とする、いわゆる「みなし規定」をおいている。この客観的評価基準を用いた場合、行為者の主観は「その事件の状況」に含まれないと考えられるので、たとえば、被告人が女性の同意がないにもかかわらず、女性の足から靴を脱がそうとした場合、この被告人は性的暴行として有罪判決を受けることはない⁽⁶¹⁾。なぜなら、女性の足から靴を脱がすこと自体が被告人にとっては性的満足を得ることであっても、合理的な者はこれを性的とはみなさない可能性が高いからである。ただし、暴行で有罪判決を受ける余地は残されている。

② 同意（consent）の意義

従来、コモン・ローでは、「同意（consent）」の定義について関心がほとんど示されておらず、それゆえ同意の定義はみられなかった。たとえば、1996年、Marr v HM Advocate 事件⁽⁶²⁾で

は、シェリフ（裁判官）は、陪審員に対して『同意』は法律上特別な意味を有していないが、その一般的な意味を与えられることは要する」との説明にとどめている。Chalmers によれば、これは「同意は同意である（consent is consent）」と述べるトートロジーにすぎないという⁽⁶³⁾。その後、2001年に、最高法院は、「積極的同意（active consent）」という概念を示したが、「積極的」が何を意味するのかについてはほとんど議論されていない⁽⁶⁴⁾。

次に、前述した性犯罪改革の基本原則の一つは性的自律の尊重であり、性的自律概念の中核は「同意」である。そこで、SLCの勧告を受けて、2009年法第12条は、「同意」は「自由な合意（free agreement）」であると規定した⁽⁶⁵⁾。この「自由な合意」の定義は、オーストラリア・ビクトリア州の1958年犯罪法（Crimes Act 1958）第36条の規定を参考にしている。そして、ビクトリア法同条では「自由な合意」とみなされない状況を列挙している⁽⁶⁶⁾。他方、スコットランドの2009年法も以下のように「自由な合意」が成立しない場合を列挙する。ここにおいても「自由な合意」が意味するところは定かではないが、これらの列挙事項の反対解釈が参考になると思われる。この点、イングランド及びウェールズの2003年性犯罪法第74条は、「本章の適用上、ある者が同意した場合は、この者が選択によって合意しており、当該選択を行う自由と能力を有していた場合をいう」⁽⁶⁷⁾と規定し、オーストラリア法やスコットランド法よりも突っ込んだ内容となっている。もっとも、2015年のスコットランド陪審マニュアルでは、「自由な合意」を「両当事者による、自発的、自由選択的、積極的、協力的な関与を意味し」、また「継続的で積極的な合意（continuing active agreement）」であるとしており⁽⁶⁸⁾、実質的には、これが「自由な合意」の定義に当たるであろう。要するに、イングランド及びウェールズの2003年法もスコットランド陪審マニュアルも意図するところは、同意するか否かを自由に選択できる状況にあり、かつその選択する能力があった場合に、初めて「同意」が立証されると考えられる。これは後に検討するように、わが国が強制性交等罪や強制わいせつ罪において「暴行又は脅迫」の行為があったことを要件とする事情と異なり、これを要件としない法制においては、とくに重要な意味をもつものと思われる。

上述のように、2009年法第13条第2項では、オーストラリア・ビクトリア州法に倣い、自由な合意が認められない6つの状況（(a)～(f)）を規定している。すなわち、同条第2項(a)アルコールやその他の薬物の影響ゆえにB（被害者）が無能力であるときに行為が生じる場合、(b)B又はその他の者に対して用いられた暴力ゆえに、又はB又はその他の者に対してなされる暴力の威嚇ゆえに、Bがその行為に同意するか又は従う場合、(c)BがA（加害者）によって不法に拘束されているがゆえに、Bがその行為に同意するか又は従う場合、(d)Aによる欺罔の結果として、Bがその行為の性質や目的を誤解させられたがゆえに、Bがその行為に同意するか又は従う場合、(e)AがBの知人を装うことで、Bがその行為に同意するか又は従うように仕向けたがゆえに、Bがその行為に同意するか又は従う場合、(f)B以外の者からその行為への合意の表現や兆候がなされた場合、以上6つの状況に該当する場合、「自由な合意」が存在しないものとみ

なされる⁽⁶⁹⁾。

さらに、2009年法第14条は、睡眠状態や無意識状態の場合に、その者の同意能力が無いことを規定する。次いで、第15条は、同意について、ある行為への合意が他の行為に関する合意を含まないこと、合意は行為前、行為中のいつでも撤回することができること、同意が撤回された後に行為が継続された場合には同意がなかったものとされることが記され、同意の範囲と撤回が示されている。

このように、「同意」についてかなり詳細な規制をおいているのは、まさしく「同意」の存否が当該犯罪の成否を決定づけるからであり、これがわが国の法制と異なる点であることは先述した。

③ 同意があったとする合理的な理由 (reasonable belief)

2009年法第16条は「第一部の目的のために、(行為者が)同意やそれを知ったことに関して信じるのが合理的であったか否かを決定するうえで、同意の存否、場合によっては知悉の存否に関し、その者がそれを確信するのにすべての段階を経たかどうか、そうであった場合はどのような段階であったかを考慮しなければならない」と規定する。

これは、ある者の同意の存在を信じたことが合理的であったかどうかを判定するためであり、その者が同意を確認するために何らかの措置を講じたかどうか、講じた場合にはどのような措置であったのかを裁判所が検討する必要があることを示している⁽⁷⁰⁾。同意を確認する措置が取られていない場合には信じたことの合理性が否定され、合意を確認する措置の手段によっては、やはり信じたことの合理性が否定される。

スコットランド旧法では、同意があったと信じたという要素は単に犯罪の成否において注意事項に過ぎなかったが、2009年法では明瞭に犯罪成否の基本要素となった。信じた事情が欠如したかどうかは訴追者つまり検察側が証明しなければならず、同意の存否およびそれを信じたかどうかの事実は、性犯罪成立にとってきわめて重要となった。もっとも、同意の存否ないし同意の存在を信じたとする事情は単純ではないが、2004年SLCは、性行為に対する同意の明瞭で合理的な確認方法は、相手に言葉で尋ねることであるとしている⁽⁷¹⁾。なぜなら、当事者によって認識された客観的事情から推論することが可能だからである。もっとも、イングランド及びウェールズの2003年法では「すべての事情 (all the circumstances)」を規定しているが、スコットランド法は、この規定が被告人の主観的属性などを含むため、これを拒絶した。その結果、「合理的に信じた」ことの定義を与えるのではなく、同意の確認を行う段階を重視して、上述のように、その枠組みを示すにとどめたのである。

(2) 主要な犯罪類型

① レイプ罪 (rape)

スコットランドのコモン・ローにおいて、レイプ罪のアクトゥス・レウス (actus reus) は、

2002年までは「女性の意思を制圧して獲得された男性による女性との交接 (carnal knowledge)」として理解されていた⁽⁷²⁾。これによると、睡眠中の女性と性行為を行うことはレイプ罪とはならず、ただ、「秘密の傷害 (clandestine injury)」の罪に問われるにすぎなかった。その後、レイプ罪のアクトゥス・レウスは「男性が女性の同意なしにその女性と性交すること」⁽⁷³⁾ という理解に変更された。ここで性交とは、「陰茎を膣に挿入すること」を意味するとされた⁽⁷⁴⁾。他方、レイプ罪のメンズ・レア (mens rea) は、「女性が同意していなかったことを認識し、あるいは、女性が同意していたか否かにつき無頓着なこと⁽⁷⁵⁾」とされた。この「無頓着 (recklessness)」という語は、スコットランド法ではしばしば法律用語として散見され、実際、2009年法でも使用されて重要な意味を持つ。その意味は、行為者の主観を示し、用例として、「Bは同意しているとAが真摯に信じた場合、その信じたことが合理的であるか否かにかかわらず、レイプのメンズ・レアを欠いていた」などと示される⁽⁷⁶⁾。

このような旧来の解釈に対して、2004年に立ち上げられたSLCは、新たなレイプ罪を考えるうえで以下の指摘を行っている⁽⁷⁷⁾。第1に、従来の定義では、陰茎を膣に挿入することに限定されていたが、陰茎を口腔や肛門に挿入することも同様に性的自律に対する重大な侵害であること、第2に、従来、陰茎を肛門に挿入した場合、被害者が男性の場合には同性愛 (sodomy)、女性の場合には下品な暴行 (indecent assault) として処理されたが、被害者の性別によって別の犯罪類型で扱う特別な理由は見当たらないこと、第3に、レイプの範囲を拡張しすぎないようにするために、陰茎の挿入に限定すべきであること、とした。いずれにしても、スコットランド法においても、レイプ罪の中核は同意が欠如した状態における陰茎の挿入 (penile penetration) であり、他の挿入行為とは区別している点に特徴がある。まさしく、性犯罪において、陰茎の挿入にシンボリックな意味づけをしたのである (レイプは「他の挿入的暴行とは区別される固有の悪」などと表現される⁽⁷⁸⁾)。それでもレイプ罪の成立範囲は膣だけでなく肛門や口腔への陰茎の挿入と拡張されており、被害者は女性だけでなく男性も含まれることとなった。さらに、SLCは、メンズ・レアに関しても、行為者が被害者への挿入を意図したこと、あるいは挿入があったか否かに無頓着であることに加え、被害者の同意があったことを合理的に信じたという事情がないことを推奨し、このモデルは2009年法に結実した。

その結果、2009年法第一部第1条は、レイプ罪を以下のように規定する。

「(1)項 人(A)が、Aの陰茎を

(a) 他の者(B)の同意なしに、また、

(b) Bが同意したことについて合理的に信じた事情がなく、Bの膣、肛門、口腔に、そうすることを意図し、あるいは気にすることなく、一定程度挿入したとき、Aはレイプ罪とされる犯罪を行ったものとする。

(2)項 本条の目的において、挿入とは入から出までの継続的行為をいう。但し、本条は(3)項に従う。

(3)項 挿入が最初は同意されたが、ある時点で撤回された場合、入から継続したとの文言はその時点から継続したとする文言として、(2)項は解釈される。

(4)項 本法において

「陰茎 (penis)」とは、それが A の一部を構成する場合、外科的に形成された陰茎を含むものとする。

また、「膣 (vagina)」は下記を含むものとする。

(a) 陰門 (vulva), 及び

(b) それらが B の一部を形成する場合、治療の過程で作成された外科的に形成された膣 (外科的に形成された陰門と共に)」

レイプ罪の量刑に関しては、正式起訴手続により、最高刑は終身刑 (life imprisonment) であり、罰金刑を併科しうる。被害者が年少児童 (younger child) の場合には、同意があったとしてもレイプ罪となる (2009 年法第 18 条⁽⁷⁹⁾)。また、B が 13 歳に達していたと A が信じたという抗弁 (defense) は認められない (2009 年法第 27 条)⁽⁸⁰⁾。年長児童 (older child) の場合には、その合意を得て性交を行った場合、レイプ罪は適用されない。ただし、法的に有効な同意を与える能力を被害者が有していない場合、年長児童との性交罪 (the offence of having intercourse with an older child) を適用することができる (2009 年法第 28 条)⁽⁸¹⁾。

② 挿入による性的暴行罪 (Sexual Assault by Penetration)

この規定が適用されるのは、第 1 条レイプ罪と異なり、身体の一部や物を膣、肛門に挿入した場合である。すなわち、2009 年法第 2 条は次のように規定する。

「(1)項 人(A)が A の身体の一部ないしその他の物を

(a) 他の者(B)の同意なしに、

(b) B の同意があったと合理的に信じることなしに、

性的に一定程度、そうすることを意図し、あるいは挿入したことに無頓着に、B の膣、肛門に挿入した場合は、挿入による性的暴行罪を行ったものとする。」

〈中略〉

(4)項 (1)項の一般性を損なうことなく、A の身体の一部を挿入する(1)項における文言は A の陰茎を挿入する文言を含むものと解釈する。」

これをまとめると、第 1 に、行為者があらゆる物 (身体の一部を含む) を相手の膣ないし肛門に挿入すること (口腔は含まない)、第 2 に、その挿入は意図的か無頓着なこと、第 3 に、その挿入は性的であること、第 4 に、相手の同意を得ていないこと、第 5 に、相手の同意を得たとする合理的に信じた事情がないこと、により当該犯罪が成立する。

実は、2004年SLCは、当初、挿入による性的暴行罪の可能性に言及していたにもかかわらず、最終的には挿入による性的暴行は性的暴行の一形態として認識されるので、別の犯罪類型を創設すべきではないとしていた⁽⁸²⁾。しかし、法案の審議に際し、司法委員会（Justice Committee）は被害者の観点から、物や身体の一部の挿入行為は、精神的身体的ダメージとして、陰茎による挿入行為（レイプ罪）と変わらないとする女性の有識者からの強い要望もあって、本条の追加を提案し成立した経緯がある。その結果、行為中に何が挿入されたかを特定できないが、いずれにしても膣や肛門に性的意図によって何らかの身体の一部（たとえば手指）や物が挿入された場合、たとえそれが陰茎であった場合でも、本条によって処理される。というのも、結果的にはレイプ罪と同様の量刑が可能であるからである⁽⁸³⁾。但し、ここでは口腔への挿入は規定されていない点が注目される。

③ 性的暴行（sexual assault）

第1条および第2条に該当しない性的暴力を処罰する規定である。被害者の同意を得ていないか、同意があったと信じる合理的な事情がない限り、犯罪が成立する点はこれらの条項と同じである。第3条(2)項はこの性的暴行に当たる場合として、5つの行為を列挙する。すなわち、

「第3条

(2)項 これらの行為（性的暴行：筆者注）とは、人(A)が

- (a) 性的に、あらゆる手段、あらゆる程度において、そうする意図で、あるいは挿入があったか否かに無頓着に、他の者(B)の膣、肛門、口腔に挿入すること
- (b) 意図的に、あるいは無頓着に、Bに性的に触れること
- (c) Aが意図的に、あるいは無頓着に、Bと肉体的に接触すること（実行の手段が身体への接触か否かを問わず、また衣服の上かどうかを問わない）
- (d) Bに対して意図的に、あるいは無頓着に精液を射精したこと
- (e) Bに対して意図的に、あるいは無頓着に性的に放尿し唾棄したこと

これらの行為は、コモン・ロー上においても「暴行罪」を構成し、とくに下品な暴行罪として扱われてきたが、2009年法ではコモン・ローの規定と区別して性的暴行罪として規定された。但し、上記第3条(2)項(a)と第1条、第2条の相違が一見すると明瞭ではない。なぜなら、3条(2)(a)にも挿入という語が用いられており、この点で第1条、第2条と重複するように見えるからである。この点を整理すると、膣や肛門、口腔に陰茎が挿入されたことが明らかな場合には第1条（レイプ罪）、膣や肛門に物や身体の一部（陰茎を含む）を挿入されたが何が挿入されたかが不明な場合には第2条（挿入による暴行罪）、口腔に物や身体の一部（陰茎を含む）が挿入されたが何が挿入されたかが不明な場合、挿入行為の存否は不明であったが何らかの性的接触があった場合、当初同意のあった挿入行為を途中で同意が撤回されたにもかかわらず継続した場合など

に第3条(2)(a)が適用されることになると思われる。

なお、本罪で正式起訴された場合、刑罰は終身刑又は罰金刑（又はこれを併科）であり、略式起訴の場合、12ヶ月以下の拘禁刑又は罰金刑（又はこれを併科）である。

5. 性犯罪規定に関する比較法的意義

上記と重複するが、わが国の刑法規定とスコットランドの2009年法規定に関する、これまでの議論を以下に要約し、比較を試みる。

(1) 規定のあり方

諸外国の例では、性犯罪規定はかなり詳細であるのに対して、わが国の同規定は簡潔であり、今次の改正では従来の強姦罪と強制わいせつ罪に監護者わいせつ罪及び監護者強制性交等罪が追加されたすぎず、依然として単純な構成となっている。改正前の法制審議会刑事法部会の議論でもこの点が検討されたが、「立法の美学」などが主張され、具体的な性交の内容について詳細な定義をおくことに違和感や反対論が展開されている⁽⁸⁴⁾。この問題に対しては、多くの解釈を招くことになり、また実際には裁判官に委ねられることになり、明確性を欠くことは言うまでもない。要するに、わが国の性犯罪規定の枠組みや構成は大きく変更されることはなく、児童保護の観点から新しい犯罪類型が1つ追加されるにとどまった。これについては、大幅な改正を行わないのが既定路線であったという指摘があり、国連などの外部からの批判に応えるための消極的な動機に基づく改正作業と位置づけられている⁽⁸⁵⁾。

これに対して、スコットランド法は上述のように性犯罪規定が計62か条で構成され、性犯罪の問題は、性格を異にし、すでに別の法典で規定のある売春、ポルノ行為等を除いて、ほぼ全面的にカバーしている。これはスコットランドが統一刑法典を有しない点にも起因し、したがって同国における性犯罪関連規定は種々の法律に散在していたものを一つの法典（2009年性犯罪法）にまとめあげたものであり、いわば性犯罪に関する特別法に該当する。わが国でも、性犯罪規定を固有の特別法で束ねることを提案する論者がいる。確かに、この手法では法の目的が明瞭となり、さらに明確に保護法益も提示されることになるからである。この点に関して、交通犯罪関連規定の大半が刑法から自動車運転死傷行為処罰法という特別法に移行した例も参考になる。

(2) レイプ規定の内容

わが国でも、従前の強姦罪規定が陰茎の膣への挿入に限定したことに対して狭きに失すると批判がみられた。そこで、わが国の改正でも行為の主体・客体、陰茎の挿入対象などにおいて大きな変更がみられた。実際、海外では以前からレイプには男性間の行為も含まれており、わが国でもその考え方に追いついたというのが現状であろう。つまり陰茎を男女の肛門、口腔に挿入する

行為は、異論はあるものの⁽⁸⁶⁾、陰茎の膣への挿入と違法性の点から同視されるようになったのである。そして、上述のように、さらに女性が男性に暴行又は脅迫を行い、自分の膣に男性の陰茎を挿入させる行為も強制性交等罪に含むという解釈がなされている。

(3) 身体の一部・異物の挿入

わが国の改正刑法の規定とスコットランド法の規定が異なる点の一つが身体の一部を含む異物の挿入の問題である。先述したように、わが国の議論では異物挿入は強制わいせつ罪に位置づけられることになるが、これは性犯罪の目的を性的な満足に主眼を置くか、それとも被害者側の視点で身体的精神的ダメージが強制性交等と同等であると考えるか、どうかの問題であろう。

スコットランド法では、この点につき、上述のように、2004年SLCの議論では「挿入による性的暴行」は通常の性的暴行の一形態として認識されるとの理由で規定新設を見送ったが、議会の議論では肯定され逆に法令に導入された。わが国でも同規定の導入論がある点は指摘したが、スコットランドの議論で指摘されたように、たとえば暗闇の中で被害者が何を挿入されたか認識できなかった場合や特定できなかった場合などの扱いに関する論点は抜け落ちている。要するにスコットランドでは被害者へのダメージが他の性犯罪行為と同等であることが考慮されたものと思われる。

(4) 「暴行・脅迫」要件と「同意」要件

わが国では、従前と同様に、強制性交等罪、強制わいせつ罪では構成要件における「暴行又は脅迫」要件が維持された。もっとも、同じ「暴行又は脅迫」の文言ないし解釈的には「相手の反抗を著しく困難にする程度のもの」とされても、実際上の扱いは若干の相違がある。すなわち、同様に「暴行又は脅迫」が必要とされる強制わいせつ罪（176条）では、車内痴漢やすれ違いざまに女性胸部に触れる行為は暴行が用いられているとはいいがたいが、強制わいせつ罪が成立するとされる⁽⁸⁷⁾。また、先述したように、「相手の反抗を著しく困難にする程度」の要件が実務では緩和されているという指摘（最高裁判例昭和24年5月10日）があるにしても、実務がすべてそうであるとはいえないし、依然として暴行・脅迫要件で犯罪の成否を判断する傾向が強いという指摘もあることを考えると、構成要件上のこの文言の意味は大きい。

この点、スコットランド2009年法、イングランド2003年法が「同意」のみを強制性交の成否において問題とするのとは、大いに異なる。しかも、「同意」に関しては6ヶ条を費やして詳細に規定している。すなわち、同意の本質については「自由な合意」であり（第12条）、「自由な合意」なしに性行動が起こる状況が列挙され（13条）、睡眠中・無意識下における同意の能力の扱い（第14条）、同意の範囲や同意の撤回（第15条）、同意があったと合理的に信じた場合（第16条）、精神に障害のある者の同意能力（17条）などの詳細な規定を有し、被害者の同意の判断をより明瞭にする努力がうかがわれる。

(5) 児童の保護

わが国の今回の改正で179条に監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪が規定された。行為者と被行為者の間に一定の地位や関係性がある場合には他の構成要件と異にして扱う趣旨であり、多くの国でも立法例がみられる。これについては、被害者を一定年齢以下に限定するか、どのような地位・関係性を規定するか、地位・関係性を利用したことを要件とするか、などが問題となる。通常、地位・関係性とは親子、医療、教育、スポーツ、職業などの領域で生じる。つまり、このような領域では、地位・関係性を利用した性行為は性的自己決定権の保護という見地において、意思決定が制約を受ける状況がみられるからである。結果的に、わが国の改正法では、被害者の年齢を18歳未満とし、地位・関係性を基本的には親子ないし親子類似関係においた。これは「監護者」を実質的に「親権者」に限定するもので、諸外国の例と比較するときわめて狭い。

これに対して、上述のとおり、スコットランド法では性的弱者保護の規定が充実している。ただ、性犯罪規定類型が多いだけに、これらの弱者保護においても、それぞれの類型ごとに細かく規定されており、逆に複雑さは否めない。前出表1に示されたように、年少児童に対しても（第18条から27条）、年長児童に対しても（28条から39条）、それぞれレイプ罪、挿入による性的暴行罪、性的暴行罪、性的行動への関与の強制、性的活動中に立ち会ひの強制、性的画像の閲覧の強制、品位のない会話、性器の露出、のぞき見などが個々に規定されている。さらに、年齢の錯誤や年齢のみなし規定など、詳細を極める。

6. おわりに — 考察にかえて

これまで、わが国の刑法、スコットランド2009年法における性犯罪改革の経緯と内容のみてきた。両者ともに、性犯罪法制の近代化が課題の一つであったが、それぞれに特徴のある改革がなされている。しかし、詳細にみると、法律の構成や規定のあり方には大きな相違がみられる。以下ではすでに考察した事項以外の点を記述する。

第1は、性器の解釈である。スコットランド法の場合、外科的に形成された陰茎・膣も含むことが法律上明記されている。これは医療技術の進歩に即した対応であって、とりわけLGBTと呼ばれる人々が行為者や被害者になった場合が想定されている。この点、わが国の場合、明文化されていないが、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会でも、同様の問題提起がなされており⁽⁸⁸⁾、解釈上、外科的に形成された性器も含まれることが示唆されている⁽⁸⁹⁾。結果的には両国において適用は異ならないものと思われる。

第2に、刑罰の重さである。今回の改正で、わが国の強制性交等罪の刑罰は、強盗罪と同じ5年以上の有期懲役となった。スコットランドの場合、レイプ罪、挿入による性的暴行罪ともに最高刑は終身刑である。わが国の場合、強制性交等罪は殺人罪よりも二段階ランクが下であり、性

的自律と財物とが同等と位置づけられている。「レイプは魂の殺人である」と評されることがあるが、強姦性交等の被害者に生じる身体的、精神的、経済的被害の重大さに鑑みれば、強姦性交等罪の刑罰の上限については殺人罪と強盗罪の中間に位置付けるのが望ましいと考えられる。

第3に、性犯罪に係わる統一法典ないし特別法の導入である。スコットランドの場合、文言や具体例を詳細に法律で規定しているのに対して、わが国の場合、かなり簡潔である。条文が簡潔であることで、裁判所の解釈や判例、学説に委ねている部分が多いように思われる。法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会に提出された最初の要綱（骨子）は具体的かつ詳細な文言で表現されていたが、議論の結果、「立法の美学」⁽⁹⁰⁾ という視点も加味されたとされ、修正後の要綱（骨子）では簡潔な表現に改められた。刑法の他の条文とのバランスも考慮したとは考えられるが、既に指摘されているとおり⁽⁹¹⁾、自動車運転処罰法と同様に、刑法から性犯罪規定を取り除き、特別法で詳細に性犯罪を規定することも検討の余地がある。というのも、スコットランド法のように、統一法典として性犯罪規定の目的を明らかにすることにより解釈の幅を縮め、まさしく法の明確性を確立できるし、また性犯罪の状況を具体的に例示することは、積極的一般予防の観点からも望ましいと考えるからである。

《注》

- (1) 国連の女子差別撤廃委員会によれば、性犯罪は「身体の安全及び尊厳に関する女性の権利を侵害する」という認識である（法制審議会第175回会議配布資料「国連の各委員会による性犯罪の罰則等に関する最終見解」1頁）。
- (2) たとえば、高木勇人「犯罪対策と情報～イギリスの性犯罪者法、犯罪・秩序違反法」警察学論集52(9)（1999年）174-196頁、仲道祐樹「イギリスにおける性犯罪規定」刑事法ジャーナル45号（2015年）13-40頁。
- (3) その例として、嶋矢貴之「旧刑法期における性犯罪規定の立法・判例・解釈論」刑事法ジャーナル45号（2015年）129-148頁。但し、ここにおける性犯罪規定の議論は強姦罪と強制わいせつ罪に限定されている。
- (4) 嶋矢・前掲論文135頁。
- (5) 前掲論文132頁脚注(16)参照。
- (6) 西原春夫他編『立法資料集34巻』（信山社、2000年）363,370頁参照。
- (7) これらの例として、放尿のための性器露出、懲戒のための子弟への裸体強要、復讐のための婦女への裸体強要などが挙げられた（嶋矢・前掲論文134頁）。
- (8) この契機となったのは大学生による集団強姦事件の多発（いわゆるスーパーフリー事件）である。この事件では複数の大学に属する学生が組織的に女子学生を対象に集団による輪姦・強姦を繰り返し、学生14名が強姦罪、準強姦罪で起訴されたが、量刑が軽いと批判を浴び、通常強姦罪が3年以上の有期懲役であったところ、集団強姦罪では4年以上に引き上げられた。なお、集団強姦罪は今次の改正において廃止された。
- (9) 平成16年刑法等改正にかかわる衆議院法務委員会附帯決議ならびに参議院法務委員会附帯決議で性的自由の侵害に係る罰則の在り方について検討すること、平成22年刑法及び刑事訴訟法改正の衆議院法務委員会附帯決議ならびに参議院法務委員会附帯決議で性犯罪の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が求められている。

- (10) 「第3次男女共同参画基本計画」2010年12月17日閣議決定。これについて、「改正の直接の契機は、第3次男女共同参画基本計画に強姦罪の見直しが含まれたことにあるが、その背景にあったのは国連各委員会の勧告である。」との指摘がある（辰井聡子「性犯罪に関する刑法改正～強制性交等罪の検討を中心に」刑事法ジャーナル55号（2017年）4頁）。
- (11) 「性犯罪の罰則に関する検討会」取りまとめ報告書（2015年）5頁。
- (12) 前掲報告書，9頁。
- (13) 前掲報告書，12頁。
- (14) 前掲報告書，16頁。
- (15) 前掲報告書，20頁。
- (16) 前掲報告書，22頁。
- (17) 前掲報告書，22-24頁。
- (18) 前掲報告書，25頁。
- (19) 前掲報告書，27頁。
- (20) 前掲報告書，31頁。
- (21) 前掲報告書，32-34頁。
- (22) 前掲報告書，34頁。
- (23) 前掲報告書，35頁。
- (24) 前掲報告書，32-33頁。
- (25) 前掲報告書，37頁。
- (26) 検討会で議論された論点のうち，性犯罪に関する公訴時効の撤廃又は停止，配偶者間における強姦罪の成立，強姦罪等における暴行・脅迫要件の緩和，性交同意年齢の引上げ，刑法における性犯罪に関する条文の位置，については要綱（骨子）には盛り込まれなかった。
- (27) 法制審議会「第177回会議 議事録」（2016年9月12日）10頁。
- (28) たとえば，特集「性犯罪規定の比較法的研究」刑事法ジャーナル45号（2015年），特集「性犯罪規定の改正」犯罪と刑罰26号（2017年），特集「性犯罪対策の歩みと展望」法律のひろば vol.11/No.11（2017年），特集「性犯罪改正の検討」刑事法ジャーナル55号（2018年），特集「性犯罪規定の改正と刑事弁護への影響」刑事弁護94号（2018年），特集「性犯罪」更生保護69巻2号（2018年），小特集「性犯罪に関する刑法の一部改正」法律時報1123号（2018年）など。
- (29) 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会「第7回会議 議事録」（2016年）2頁。
- (30) 前掲部会第7回議事録，2頁。
- (31) 女性が間接正犯や共同正犯に該当する場合もあった（最決昭和40年3月30日刑集19巻2号125頁）。
- (32) 前掲部会第7回議事録，2頁。
- (33) 前掲部会第7回議事録，2頁。
- (34) 前掲第7回議事録，2頁。
- (35) 辰井・前掲論文（2018年）6頁，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考察」慶應法学37号（2017年）29頁以下。
- (36) 性犯罪の罰則に関する検討会「第11回会議 議事録」（2015年）宮田委員，18頁。
- (37) たとえば，「相手方の抗拒を著しく困難にする程度」である暴行・脅迫が，実務では相手方の年齢，性別，素行，経歴等，あるいは行われた時間，場所その他具体的事情などの総合的判断で判定されているとする最高裁判例（最判昭和24年5月10日刑集3巻6号711頁）がみられるが，現実の実務では依然として暴行・脅迫が非常に重視されているとする見解もあり，必ずしも暴行・脅迫要件が緩和されているとはいえないとする指摘もみられる（辰井・前掲論文8頁）。
- (38) 今井嘉嘉「監護者わいせつ罪及び監護者性交等の罪」法律時報90巻4号（2017年）64頁以下。
- (39) 1998年スコットランド法（Scotland Act 1998）で設置された。2007年にスコットランド政府

- からスコットランド政府（Scottish Government）に名称変更された。
- (40) SLC は、スコットランド政府等に、法律の改廃、統合、近代化等の法改革に関する提案や助言をする組織である（Law Commissions Act 1965, s3(1)(e)）。
 - (41) Scottish Parliamentary Corporate Body, Sexual Offences (Scotland) Bill: Policy Memorandum, 2008, p. 1.
 - (42) SLC, Report on Rape and Other Sexual Offences, Scot Law Com No. 209, SE/2007/243, pp. 1-2.
 - (43) Lord Advocate's Reference (No. 1 of 2001) 2002 SLT 466.
 - (44) たとえば、近親相姦禁止法（Incest Act 1567）。
 - (45) 諸外国の性犯罪規定の改正動向については、刑事法ジャーナル 45 号（2015 年）4 頁以下においてイングランド及びウェールズ、アメリカ、カナダ、ドイツ、スイス、フランスが取り上げられている。但し、本稿が対象とするスコットランドに関する記述はない。
 - (46) 2009 年法成立の背景要因の一つとして、レイプの有罪判決数が少ないことも指摘されている。（Scotland Rape Crisis Center）
 - (47) SLC (2007), op. cit., p. 7.
 - (48) Ibid., p. 7.
 - (49) Ibid., p. 7.
 - (50) Ibid., p. 8.
 - (51) Ibid., p. 8.
 - (52) Ibid., p. 9.
 - (53) Ibid., pp. 9-10.
 - (54) Scottish Parliamentary Corporate Body, op. cit., 2008, p. 1.
 - (55) SLC (2007), op. cit., pp. 4-5. 児童ポルノを規制する法律としては、Civic Government (Scotland) Act 1982, Criminal Justice (Scotland) Act 2003（1982 年法の改正）、Protection of Children and Prevention of Sexual Offences (Scotland) Act 2005 などがある。
 - (56) James Chalmers, Sexual Offences since the Sexual Offences (Scotland) Act 2009, 2016. 05. 03.
 - (57) Ibid., p. 5.
 - (58) Scottish Parliamentary Corporate Body, Sexual Offences (Scotland) Bill: Explanatory Notes, 2008, p. 2.
 - (59) Robert Murphy, Sexual Offences (Scotland) Act 2009, 2011, p. 1.
 - (60) SLC (2007), op. cit., p. 48.
 - (61) James Chalmers, The New Law of Sexual Offences in Scotland, Supplement I to Volume II of Gordon's Criminal Law, W. Greem, 2010, pp. 1-2.
 - (62) Marr v HM Advocate 1996 SCCR 696 at 699 per Lord Justice-Clerk Ross.
 - (63) J. Chalmers (2010), op. cit., p. 6.
 - (64) Lord Advocate's Reference (No. 1 of 2001), 2002 S.L.T. 466.
 - (65) イングランドは、2003 年性犯罪法で「同意」を規定した（守山正『イギリス犯罪学研究 I』成文堂（2011 年）127 頁）。
 - (66) その列挙事項として、(a)威嚇ないし威嚇の不安により当該者ないし他の者に服従する場合、(b)あらゆるタイプの害悪の不安により当該者ないし他の者に服従する場合、(c)不法に拘禁されて服従する場合、(d)自由な合意ができないような熟睡、意識不明、アルコール・薬物の影響下にある場合、(e)当該行為の性的意味合いを理解できない場合、(f)当該行為の性的意味合い、行為者の身元を誤解した場合、(g)当該行為が誤解により医療上ないし衛生上のものと信じた場合、である。
 - (67) 仲道祐樹「イギリスにおける性犯罪規定」刑事法ジャーナル No. 45（2015 年）19 頁。
 - (68) Judicial Institute for Scotland, Jury Manual, 2015, p. 65.
 - (69) A は主体、B は客体を意味する。

- (70) Scottish Government, Guidance on the Sexual Offences (Scotland) Act 2009, 2010, p. 12.
- (71) SLC (2007), op. cit., p. 37.
- (72) J. Chalmers (2010), op. cit., p. 30.
- (73) Lord Advocate's Reference (No. 1 of 2001), 2002, S.L.T. 466.
- (74) J. Chalmers (2010), op. cit., p. 30.
- (75) Lord Advocate's Reference (No. 1 of 2001), 2002, S.L.T. 466.
- (76) J. Chalmers (2010), op. cit., p. 30.
- (77) SLC (2007), op. cit., p. 44.
- (78) J. Chalmers (2010), op. cit., p. 30.
- (79) 年少児童に対するレイプ罪（第18条）は次のように規定する。
「人(A)が、そうすることを意図して、あるいは挿入したかどうかは無頓着に（reckless）、13歳未満の児童(B)の膣、肛門又は口腔に、Aの陰茎を、一定程度挿入した場合、Aは、年少児童に対するレイプの犯罪を行ったものとする。」
- (80) SLC (2007), op. cit., p. 26.
- (81) J. Chalmer (2010) op. cit., p. 32.
- (82) SLC (2007), op. cit., p. 47.
- (83) 実際にはレア・ケースであろうが、この事例のように、実際には陰茎が膣や肛門に挿入されたが、被害者が何を挿入されたかを認識できない場合、わが国では強制性交等罪ではなく強制わいせつ罪が適用されることになり、不合理と思われる。
- (84) 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会，第1回会議 議事録（2015年）17頁。
- (85) 辰井・前掲論文5頁。
- (86) たとえば、刑事法比較研究グループ「比較法からみた日本の性犯罪規定」刑事法ジャーナル45号152頁では、「肛門に対して男性器を挿入することは（重罰対象に）包含してもよいであろうが、男性器を口に挿入することは、（中略）違法性の重さに鑑みつつ決断する他ない問題である」とする。
- (87) 前田雅英『刑法各論講義 第5版』（東京大学出版会，2011年）148頁以下では、「判例（大審院判例大正13年10月22日）も176条の暴行につき、『大小強弱は必ずしも問わない』としている」とし、「相手の同意を得ずにわいせつな行為をするというのみで可罰性を認める。『性的暴行罪』、『性的強要罪』をも176条で処罰しているといえよう。」と述べる。
- (88) 刑事法（性犯罪関係）部会，第2回会議議事録（2015年）11頁。刑事法（性犯罪関係）部会，第3回会議議事録（2015年）11頁8-11頁。刑事法（性犯罪関係）部会，第6回会議議事録（2016年）4頁。
- (89) 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第4回会議議事録（2016年）10，11頁。
- (90) 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会・第1回議事録17頁。
- (91) 性犯罪の罰則に関する検討会「とりまとめ報告書」（2015年）18頁（なお，辰井・前掲論文4頁）。

（原稿受付 2018年12月21日）