

強制性交等(旧強姦)罪における 暴行・脅迫規定の変遷と解釈

専修大学法学部准教授 佐々木和夫

- 第1節 本稿の目的
- 第2節 仮刑律, 新律綱領・改定律例における暴行・脅迫
- 第3節 旧刑法における暴行・脅迫
- 第4節 現行刑法定時における暴行・脅迫規定の付加理由
- 第5節 結 び

第1節 本稿の目的

現行刑法177条に規定する強制性交等罪は, 旧強姦罪の規定を平成29年に改正したものである¹⁾が, 法文上成立要件とされている「暴行又は脅迫」の内容は, 改正前の強姦罪における「暴行又は脅迫」の程度を変更したのではなく, 強姦罪の成立要件である「暴行又は脅迫」につき, 最判昭和24年5月10日刑集3巻6号711頁(以下, 単に「昭和24年判決」と表記する)において判示された「刑法第一七七條にいわゆる暴行又は脅迫は相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度のものであることを以て足

1) 立案関係者による解説として, 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70巻8号(2017年)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年)73頁以下, 今井將人「『刑法の一部を改正する法律』の概要」研修830号(2017年)39頁以下, 岡田志乃布「刑法の一部を改正する法律について」警察學論集70巻10号(2017年)67頁以下, 松田哲也=今井將人「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年)211頁以下, 橋爪隆「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11号(2017年)4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年)112頁以下参照。また, 改正法に関する国会論議について, 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年刑法改正法に関する国会論議」立法と調査424号(2020年)3頁以下参照。さらに, 批判的観点も含み, 角田由紀子「性犯罪法の改正——改正の意義と課題」論究ジュリスト23号(2017年)120頁以下, 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(2018年)4頁以下の他, より詳細かつ包括的な解説として, 上野幸彦「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」日本法学87巻2号(2021年)25頁以下参照。

りる。」とする解釈と、これを踏襲しつつ、その判断基準につき、「その暴行または脅迫の行為は、単にそれのみを取り上げて観察すれば右の程度に達しないと認められるようなものであつても、その相手方の年齢、性別、素行、経歴等やそれがなされた時間、場所の四囲の環境その他具体的事情の如何と相伴つて、相手方の抗拒を不能にし又はこれを著しく困難ならしめるものであれば足りると解すべきである。」と判示した最判昭和33年6月6日裁判集刑事126号171頁（以下、単に「昭和33年判決」と表記する）の立場が維持されたものである²⁾。もとより、これに対する異論も根強かったため、附則9条に基づいて、改正法律の施行後3年を目処として再検討が行われることとされた³⁾が、その「性犯罪に関する刑事法検討会」においても、「暴行又は脅迫」については、それを緩和した要件の新設や暴行・脅迫要件の削除などの新たな立法化には繋がらなかった⁴⁾。

このため、強姦性交等罪における成立要件としての「暴行又は脅迫」の程度は、旧強姦罪における「暴行又は脅迫」と異なるものではなく、昭和24年判決の判示内容を基本とし、それを踏襲しつつ、その判断基準について判示した昭和33年判決の立場に拠ったものであり⁵⁾、実務上、それ以後の判例も、基本的にはこの立場に従っているものとされている⁶⁾。

他方、学説を観ると、小野清一郎博士が、昭和20年に、「暴行脅迫は、必ずしも被

2) 加藤・前掲注1)「性犯罪に対処するための刑法改正の概要」55-56頁、内田・前掲注1)5・8頁以下、上野・前掲注1)29-32頁・44-45頁、辰井・前掲注1)7-8頁参照。さらに、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年)3頁以下も参照。

3) 概括的には、前掲注2)所掲の各文献参照。とりわけ、異論につき、角田・前掲注1)120頁以下等も参照。

4) 例えば、令和2年11月10日に開催された「性犯罪に関する刑事法検討会(第8回)」(<https://www.moj.go.jp/content/001338613.pdf>)7頁以下などの他、それらの議論の結果を取りまとめた、性犯罪に関する刑事法検討会「『性犯罪に関する刑事法検討会』取りまとめ報告書」(令和3年5月、<https://www.moj.go.jp/content/001348762.pdf>)5頁以下も参照。

5) 前掲注2)所掲の各文献参照。

6) 団藤重光責任編集『注釈刑法(4)各則(2)』(昭和40年、有斐閣)297-298頁〔所一彦〕、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法[第二版]第9巻』(2000年、青林書院)70-71頁〔亀山継夫〕の他、磯邊衛「強姦の成否の認定」判例タイムズ709号(1989年)28頁以下・とりわけ36頁、村田健二=福島直之=三浦隆昭「強姦罪等」判例タイムズ1391号(2013年)89頁以下・とりわけ91頁も参照。

暴行・脅迫の程度につき、「相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度のもの」とする昭和24年判決の立場を踏襲するという点においては、確立した判例と言って良いであろう。

害者の抗拒を不能ならしめる程度のものであることを必要としないが、少くとも其の抗拒を著しく困難ならしめるものであることを要す⁷⁾」と、昭和24年判決と酷似した見解を述べていた⁸⁾ものの、当時においては小野説に賛同する学説は見られず、完全な一人説であった⁹⁾。しかし、その後、昭和24年判決の立場が判例理論上踏襲されるとともに、やがて、小野博士の門下生達を中心に、昭和24年判決を引用しつつ、「必ずしも相手方の反抗を抑圧する程度であることを要しないが、それを著しく困難ならしめる程度であることを要するであろう^{(第一七七条について最判昭_{二四}・五_{二〇}集三_{・七二二})¹⁰⁾」などと解する見解が徐々に増していったことにより通説化¹¹⁾、近年においては、体系書や註釈}

7) 小野清一郎『刑法講義・各論』(初版)(昭和20年,有斐閣)139頁。

8) このことから、昭和24年判決は、理論的には小野博士の学説に依拠したものと考えられる。この点につき、詳しくは、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『刑法・刑事政策と福祉 岩井宜子先生古稀祝賀論文集』(2011年,尚学社)392頁参照。

なお、同論文において参照していた小野博士の著書は、小野清一郎『新訂・刑法講義・各論』再版(昭和24年,有斐閣)139頁で、厳密には昭和24年判決の後の発行であり、同書初版も昭和24年判決の1箇月足らず前に公刊されたばかりであることから、昭和24年判決が同書に依拠したとは言えないのではないかとの(信書での)ご指摘もいただいたが、昭和20年に発行された注7)所掲書の存在を確認できたことにより、改めて、昭和24年判決の理論は、小野説に依拠したものと言ってよいであろう。

9) 佐々木・前掲注8)385-393頁参照。強姦罪における暴行・脅迫の程度につき、被害者の抵抗を抑圧する(強盗罪と同)程度の暴行・脅迫を必要とする見解が主張されている一方、強姦罪を性交の自由を侵害する罪と捉える立場などから、暴行・脅迫の程度を緩やかに解する見解も歴史的大家達によって有力に主張され、その中間的立場である小野博士と近い見解においても、小野博士が述べた「著しく」という要件を除き、被害者の反抗を困難ならしめる程度の暴行・脅迫といった、暴行・脅迫要件を一層緩和した見解が主張されていた。

10) 柏木千秋『刑法各論(中)』(初版)(昭和35年,有斐閣)311-313頁。

11) 江家義男『増補・刑法各論』(昭和38年,青林書院新社)175頁,柏木千秋『刑法各論』再版(昭和40年,有斐閣)311-313頁,団藤重光『刑法綱要各論』(初版)(昭和39年,創文社)394-396頁,同『刑法綱要各論・第三版』(1990年,創文社)490-492頁,瀧川春雄=竹内正『刑法各論講義』(昭和40年,有斐閣)94頁,齊藤金作『刑法各論・全訂版』(昭和44年,有斐閣)166-167頁,大塚仁『刑法概説(各論)』(初版)(昭和49年,有斐閣)92-93頁,同『刑法概説(各論)[第三版]』(1996年,有斐閣)102頁,藤木英雄『刑法講義・各論』(昭和51年,弘文堂)172頁,平野龍一『刑法概説』(1977年,東京大学出版会)179-180頁,板倉宏『刑事法セミナー』(昭和55年,宗文館書店)41頁,香川達夫『刑法講義[各論]第三版』(平成8年,成文堂)325頁。小野説=昭和24年判決の立場については、大塚・同書初版(昭和49年)92頁において、ようやく「通説・判例」の立場と記載されるに至った。この点については、さらに、団藤重光責任編集『注釈刑法(4)各則(2)』(昭和40年,有斐閣)297-298頁[所一彦],大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法[第二版]第9巻』(2000年,青林書院)70-71頁[亀山継夫]も参照。

書においては、定説に近い圧倒的な通説となっている¹²⁾。

判例・通説の立場に対する批判は、刑法解釈を主たる内容とする体系書や註釈書においては極めて少ない¹³⁾が、純粹な解釈論以外の観点からは数多く行われている。例えば、旧刑法においては暴行・脅迫が手段として用いられることを要件としていなかったとの指摘¹⁴⁾や、「犯行を著しく困難にする程度」の暴行・脅迫に関し、強姦の現場では、言うことをきかないと殺されるかもしれないと思った被害者が7割を超えるなど、被害者が恐怖の余り抵抗すらできない状況に陥ることが珍しくないとの指摘¹⁵⁾、また、性犯罪被害者の実態などから、保護法益の見直しを始めとする性

12) 前掲注11) 所掲書に加え、平川宗信『刑法各論』(1995年、有斐閣) 201頁、福田平『全訂・刑法各論 [第三版]』(平成8年、有斐閣) 184頁、内田文昭『刑法各論 [第二版]』(昭和59年、青林書院新社) 158頁、板倉宏『刑法各論』(2004年、勁草書房) 75頁、齊藤信宰『新版・刑法講義 [各論]』(2007年、成文堂) 126頁、林幹人『刑法各論 [第2版]』(2007年、東京大学出版会) 91頁、川端博『刑法各論講義・第2版』(平成22年、成文堂) 194頁、山口厚『刑法各論 [第二版]』(平成22年、有斐閣) 110頁、伊東研祐『刑法講義・各論』(2011年、日本評論社) 79頁、佐久間修『刑法各論 [第2版]』(2012年、成文堂) 118頁、斎藤信治『刑法各論 [第四版]』(2014年、有斐閣) 52頁、曾根威彦『刑法各論 [第5版]』(2012年、弘文堂) 67-68頁、山中敬一『刑法各論 [第3版]』(2015年、成文堂) 169頁、橋本正博『刑法各論』(2017年、新世社) 120頁、木村光江『刑法 [第4版]』(2018年、東京大学出版会) 220頁、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論 [第七版]』(2018年、弘文堂) 103頁、松宮孝明『刑法各論講義 [第5版]』(2018年、成文堂) 121-122頁、大谷實『刑法講義各論・新版第5版』(2019年、成文堂) 124-125頁、前田雅英『刑法各論講義 [第7版]』(2020年、東京大学出版会) 102頁、日高義博『刑法各論』(2020年、成文堂) 143-144頁、井田良『講義刑法学・各論 [第2版]』(2020年、有斐閣) 120-121頁、158頁、高橋則夫『刑法各論・第4版』(2022年、成文堂) 139頁、只木誠『コンパクト・刑法各論』(2022年、新世社) 77-78頁など。その他にも、昭和24年判決を引用せずに、判例・通説の立場を採っている体系書も、少なからず見受けられる。

この圧倒的な数の著者とその顔ぶれを見る限り、解釈論としては、今日、ほぼ定説と言ってよいであろう(ただし、中には、木村光江教授のように、論文においては批判的な著者も存在する)。

なお、この立場をとる学説においても、内容的に分類する必要があることについては、佐々木・前掲注8) 383-384・396-397頁の註5)~11) 参照。

- 13) 刑法の体系書や註釈書の中で、明確に判例・通説の立場を批判しているものは、浅田和茂=井田良編『新基本法コンメンタール・刑法 [第2版]』(2017年、日本評論社) 389-390頁〔島岡まな〕、船山泰範編著『ホーンブック・新刑法各論 [改定3版]』(2015年、北樹出版) 85頁〔後藤弘子〕など、極めて少数である。
- 14) 岩井宜子「性犯罪規定の見直し」神奈川法学43巻1号(2010年) 137頁、同「序——性犯罪規定の見直しに向けて」女性犯罪研究会編『性犯罪・被害——性犯罪規定の見直しに向けて』(2014年、尚学社) 7-8頁。
- 15) 木村光江「性的自由に対する罪の再検討」『渥美東洋先生古稀記念・犯罪の多角的検討』(平成18年、有斐閣) 72頁以下、とりわけ73頁。

犯罪規定の抜本的な見直しを主張する中で、この問題の議論が延々と昭和24年判決の程度論を中心になされていることへの強い批判¹⁶⁾を始め、「魂の殺人」と言われるほど被害者の心身に一生消えないほどの深い傷を与える性犯罪の認定に際して、性犯罪の実態に則した心理学・精神医学等の科学的検討がなされず、先進国の常識とも言える「暴行・脅迫要件の緩和」がなされないことへの強い批判¹⁷⁾、さらには、性犯罪現象を必ずしもよく知らない刑法学者や裁判官などの刑事実務家により昭和24年判決および昭和33年判決の立場が維持されたとする、立法改正状況への厳しい批判¹⁸⁾などを始めとして、177条の暴行・脅迫要件をより緩やかに解すべきとし、あるいは法文上の暴行・脅迫要件そのものを削除すべきといった主張が、とりわけ被害の実態を熟知する研究者や実務家によって強く主張されている¹⁹⁾。

このような状況の中にあつて、刑法解釈論の観点からこの問題に取り組む場合、どのような視点から考察を行うかが重要な問題となる。今日、177条の暴行・脅迫の程度については、昭和24年判決の立場が確立した判例理論であり、しかも圧倒的な通説によって支持されていることから、昭和24年判決の判例理論、即ち、「相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度のもの」という解釈基準が妥当性を有するかという観点から、あるいはその点に重点を置いた研究が数多く行われている。しかし、その場合、一方においては、177条の保護法益の観点から、他方においては、昭和24年判決及び昭和33年判決を中心とする総合判例研究の結果から、昭和24年判決の理論は正当であり、具体的事案への適用に際しても妥当な結論を導いているとして、177条の「暴行又は脅迫」の解釈内容を変える必要はなく、立法論的にも改正の必要

16) 角田・前掲注1) 120頁以下、とりわけ124-126頁。また、暴行・脅迫要件に先立ち、121頁以下においては、強姦罪の構成要件の見直し等に関する立法過程上の諸問題の中で、保護法益をめぐる問題などについても論及している。

17) 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」慶応法学37号(2017年) 21頁以下、とりわけ30頁以下。

18) 辰井・前掲注1) 5頁以下、とりわけ7-9頁。法制審議会における角田由紀子委員等の発言にも強く同調しつつ、法制審議会等の委員や幹事の構成が刑法の専門家に偏った改正を非常に厳しく批判している。

19) 判例・通説に批判的な見解は、主として被害者の救済や支援に当たっている実務家や被害実態を熟知している刑事政策・心理学・精神医学等を主たる研究分野とする研究者などによって主張されているが、そのうち、より多角的な観点から判例・通説の見解を批判するものとして、例えば、角田由紀子『性と法律——変わったこと、変えたいこと』(2013年、岩波書店) 133頁以下、とりわけ144頁以下・150頁以下などを参照。

性は見出せないという、それまでの多くの先行研究と同様の結論に至りやすい。とりわけ、判例理論の結論の具体的妥当性については、判例理論としては昭和24年判決が掲げられつつも、昭和33年判決によって示された総合的な判断基準により適用がなされることから、個別具体的な事案における判断基準を柔軟にして運用することで、それぞれの事案の処理にあたった裁判官が希望通りの結論を導くことが可能となっており、まさしく立法過程において述べられた通り、この二つの判例の組み合わせにより、事案に即した「適切」な運用がなされているものとの認識が定着していることから、昭和24年判決の理論は常に妥当な結論を導きうる理論として評価され、その理論の論拠となる177条の「暴行又は脅迫」という要件を改正する必要はないという結論に至っているものと考えられるからである²⁰⁾。

しかし、その場合、先に見たような、性犯罪の被害実態や心理学・精神医学的観点さらにはジェンダー的観点から判例・通説の立場を厳しく批判している実務家および研究者との間では、そもそも議論が噛み合わず、今後とも、建設的で実のある議論はなしえないことになる。

このため、昭和24年判決を議論の出発点としていることの理論的妥当性をもう一度問い直し、従来とは異なる新たな斬り口からこの問題を考えてみる必要がある。

そこで、基本に立ち返り、視点を変えて考えてみると、判例法ではなく成文法主義を採っている我が国の刑法解釈の出発点は、本来、(昭和24年判決の)判例理論ではなく、(刑法177条の)法文解釈であるべきである。すなわち、177条における「暴行又は脅迫」の解釈に際し、仮に、昭和24年判決の理論を議論の出発点とするのであれば、法を運用している裁判官等の実務家や圧倒的多数の刑法研究者がこれを支持しているというだけでは足りず、そこに、法解釈の基本に則った、何らかの理論的正当性が存在しなければならない。

そこで着目すべきは、177条前段の強姦罪規定が明治40年の帝国議会において制定される際に、「刑法改正政府提出案理由書」において、「第七十八條(改正案178条

20) この指摘は、あくまでも推測の域を出ないため、ここで指摘すべきか否か迷ったが、辰井・前掲注1)7-8頁に接し、辰井教授も同様の問題意識を持っておられたのではないかと意を強くし、あえて指摘する次第である。この点については、なお、杉本正則「強制性交等罪における『反抗抑圧の有無』」植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選(上)』(第3版) (令和2年、立花書房)490頁以下も参照。

は現行刑法177条＝筆者註）前段ハ現行法第三百四十八條前半ト其趣旨ヲ同シフス^(ママ)21)とされていたことである。これを前提とするならば、現行刑法177条の「暴行又は脅迫」および平成7年の表記改正前の「暴行又ハ脅迫」の意味内容は、暴行・脅迫要件が法文上規定されていなかった旧刑法348条前段²²⁾の「強姦」の中に含まれる意味内容と同じものということになる。このため、177条の法解釈を行うに際しては、最初に177条の立法趣旨を明らかにする必要がある、そのためには、旧刑法348条の「強姦」の意味内容を明らかにすることが不可欠であり、そのためには、さらに、旧刑法に立法ないし解釈上の影響を与えた可能性のある旧律（新律綱領・仮刑律等）の「強姦」規定とその解釈にも遡って、その法的意味を考察する必要がある。このことにより、現行刑法成立時における177条の「暴行又ハ脅迫」の意味内容が明らかになることから、それと現行刑法下における学説との一貫性の有無の他、判例における理論的一貫性の有無についても、考察に不可欠な資料を提供することになり、さらに、当時具体的妥当性を有すると考えられていた理論がいかなるものであったのかも、自ずと浮かび上がってくることとなる。

このことにより、現行刑法成立後およそ20年を経て主張された小野清一郎博士の学説およびそれを採用した昭和24年判決について、改めて、立法・学説・判例史上における位置付けが定まってくることとなる。そしてこのことにより、後日、小野説＝判例理論について詳細な検討を行うための素材を提示するとともに、このたびの立法改正を機に急速に進化・発展した、保護法益論²³⁾を始めとする様々な研究成果や多角的な視点を基に、自由闊達にこの問題について論じていくための新たな視点や資料を提示しようとするものである²⁴⁾。

21) 高橋治俊＝小谷二郎編『刑法沿革綜覽』再版（大正14年、清水書店）2191頁。

22) 太政官刊行『刑法』（明治13年、印刷局）141頁参照。

23) 保護法益を軸に様々な観点から検討を加えた論文としては、佐伯仁志「刑法における自由の保護」法曹時報67巻9号（2015年）15頁以下、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年）131頁以下などを参照。

なお、現行刑法が成立した明治40年から昭和24年判決が打ち出されるまでの強姦罪の保護法益および暴行・脅迫の程度については、佐々木・前掲注8）385頁以下参照。

24) 保護法益論からの論理的な検討や、心理学や精神医学等の成果も踏まえた被害実態の認識や事実認定のあり方の検討、さらには近年飛躍的に進歩した比較法的研究なども踏まえた上での立法論をも含めた自由闊達な議論は、必ずしも小野説＝昭和24年判決の検討を前提とすることなく、まっさらな状態からなされることが、本来あるべき姿であろう。小野説＝昭和24年判決

以下、強姦罪規定の変遷とその解釈²⁵⁾について、旧刑法を理解する上で必要な、律の規定にまで遡って考察していくこととする^{26)、27)}。

第2節 仮刑律, 新律綱領・改定律例における暴行・脅迫

1. 仮刑律

徳川幕府の崩壊に伴い、当面の権力維持のため、明律・清律、大宝律、公事方御定書および肥後藩刑法草書等を参考にして、明治元年に裁判の準則として定められた仮刑律²⁸⁾においては、「犯姦」律の中に、「和姦」に続いて、以下のような「強姦」の規定が設けられていた²⁹⁾。

犯姦

強姦

凡強姦ハ笞一百未姦ヲ遂サルモノハ笞^{五(ママ)}〔八〕十婦女ハ無諭

仮刑律においては、和姦と対比する形で「強姦」規定が設けられており、12歳以下の幼女への姦淫や「強姦ニ因テ殺傷ニ至」った場合等の規定の後に、二段組で、「姦

の理論的妥当性や結論の具体的妥当性の検討については、あくまで、177条の解釈における理論的正当性や心理学的・精神医学的観点等も含む科学的知見を基にした研究を行う際の、一つの、しかし重要な一分野として行われるべきものと考えらる。

25) 旧刑法以前の保護法益について理解するには、本来、その時々の刑罰の重さ(法文上のみならず、監獄事情も考慮した実質的な重さ)も参考にする必要があるが、かなり複雑になるため、本稿においては、理解しやすい範囲で考察するに止める。

26) 旧刑法以前の強姦罪における暴行・脅迫要件についての先行研究として、谷田川知恵「性的自由の保護と強姦処罰規定」法学政治学論究46号(2000年)509頁以下、柑本美和「強姦罪と準強姦罪」女性犯罪研究会編・前掲注14)151-153頁・162-163頁、嶋矢貴之「旧刑法期における性犯罪規程の立法・判例・解釈論」樋口亮介=深町晋也編著『性犯罪規定の比較法研究』(2021年、成文堂)773頁以下参照。

27) 本稿において、原文で用いられた旧漢字・異体字等は、適宜、常用漢字等で表記し、句点や各論文名などの引用形式についても、掲載論集の書式に従って表記することとする。

28) 村田保「法制實歴談」法学協会雑誌32巻4号(大正3年)141頁、手塚豊「仮刑律の一考察」(昭和25年)『明治刑法史の研究(上)』(昭和59年、慶應通信)所収3頁以下などを参照。

29) 内閣記録局編『法規分類大全54 刑法門〔1〕』(昭和55年〔覆刻原本=明治23年刊〕、原書房)78頁。また、法務総合研究所・研究部資料25『刑事関係旧法令集(刑法編)』(1969年、法務省法務総合研究所)32-33頁も参照。

夫強暴ノ状有テ婦人カ敵スルヲ能ハス或ハ強迫セラレ衣服ヲ裂キ膚軀ヲ損傷スル等ノ類鞫問明白證跡有ルヲ以強之名ヲ加フ」などと記載されている。ここでは、婦人が敵することのできない暴行の他、程度については示されていない強迫により、衣服を裂き膚軀を損傷する類とされており、ここで示された内容が強姦致傷ないし強姦傷害についての例示なのか、傷害を伴わない強姦一般についての説明と解してもよいのかについて確定できない上、純粹に実体法としてのものなのか、訴訟法的に明白となる程度を示したのものなのかについても、判然としない。ただ、「強」の字が、(強迫については程度が示されていないことから、強度とはいえないまでも、)何らかの暴行・脅迫を含む概念として用いられていたと解することは可能であるように思われる。

しかし、いずれにせよ、仮刑律は、一般に公布されたものではなく、次に示す新律綱領の制定・頒布により、強姦に関する様々な律の解釈・適用が全国的に新律綱領の示す内容に一本化されることになることから、少なくとも、旧刑法への直接的な影響は考えにくい。

2. 新律綱領

明治2年の版籍奉還に伴い、王政復古の政治思想の下で、水本成美、鶴田皓、村田保等によって、明律・清律、大宝律、公事方御定書等を参考に編制され、翌3年に頒布された新律綱領においては、「犯姦律」の中に、身分によって異なる各種の強姦規定が設けられている³⁰⁾。後に述べるように、そのうち、暴行または脅迫の意義を解釈するのに参考となるのは、最初に「強姦」が規定されている「犯姦律」の中の「犯姦」規定である³¹⁾。

犯姦

ナツクツクノミツ・ウ
凡 和 姦 ハ。杖七十。……

ガウイン
強姦スル者ハ。流三等。未タ成ラサル者ハ。一等ヲ減ス。因テ折傷スル者ハ。絞。婦女

30) 『新律綱領』(明治3年、司法省)巻五・七葉表以下参照。なお、新律綱領については、村田・前掲注28)141-142頁、手塚豊「新律綱領編纂関係者考」(昭和23年)手塚・前掲注28)31頁以下などを参照。

31) 注30)所掲『新律綱領』七葉表～七葉裏。

ハ坐セス。

まず、最初に注目すべきは、この規定を引用した新律綱領の司法省版（一葉表の「新律綱領總目錄」の上部に「司法省図書記」と押印されている）においては、多くの法律用語にルビが振られていることである。まず、「和姦」については、「ナツトクヅクノミツ・ウ」、これに対して「強姦」については、「ガウイン」とルビが振られており、納得すなわち同意の上での姦淫か否かによって和姦か強姦かが区別され、刑罰も大きく異なっている。新律綱領は、各藩に一部ずつしか頒布されなかったとされ³²⁾、全国で初めて統一的に施行される予定の裁判規範であったことから、ここに付されたルビは、各藩において法文の意味内容を取り違えないように、立法者が付したものと解される。

ただし、ここで最初に注意すべきは、ここに規定されている「姦」が密通のことであり³³⁾、法定刑の重さは、この密通であることが起因しているものと推察される。

この犯姦規定については、その3年余り後、我が国最初の註釋書であり³⁴⁾、「司法省」印が押されて、実際の裁判でも参照されたと考えられる³⁵⁾近藤圭造訓註『新律綱領改定律例合卷註釋』においては、「強姦」の意味について、「女ノ合点セヌヲ。無理ニ通ズルヲ云フ。」と註釋しており³⁶⁾、まさしく、女性の同意を得て姦淫する「和姦」に対し、「強姦」とは同意を得ないで（無理に）姦淫することをいうと述べているに止まる。この「無理ニ」の中に、若干の暴行・脅迫が伴う場合があることは読み

32) 手塚・前掲注28)所掲書口絵によれば、新律綱領は、「当初、府、県、藩へは一部ずつしか配布されなかった」と記されている。詳しくは、手塚豊「新律綱領の施行に関する一考察」（昭和31年）手塚・前掲注28)49頁以下参照。

33) このことを明確に記しているのは、後にも引用する近藤圭造編著『皇朝律例彙纂』（明治9年、阪上半七）巻五・四十七葉表で、「犯姦律」の項目の直後に「姦ハ。密通ノヲナリ。」と明記した上で、各犯姦規定の解釈を行っている。

34) 本書は、手塚豊教授によれば、「全般的な註釋書の嚆矢であろう。」とされている（手塚豊『新律綱領改定律例註釋書』（昭和40年）・同『明治刑法史の研究（上）』（昭和59年、慶應通信）187-188頁）。

35) 手塚豊・同論文188頁においては、「本書編纂の由来」について、「『近藤瓶城翁伝』』において、「司法省の囑託をうけ、新律綱領改定律令の註積をものせられしが、……司法省これを検定し、每部巻首に省印を捺して印信とし、特に部下に令してこれに拠りて擬律せしめられき。」等と述べられている。

36) 近藤圭造訓註『新律綱領改定律例合卷註釋』（明治7年、小川半七など）巻五犯姦律12葉裏。

取り得るとしても、とりたてて強度の暴行・脅迫が要件とされているとは読み取り得ない。

さらに、近藤がその約2年後に公刊し、「類書中の白眉³⁷⁾」とも称される『皇朝律例彙纂』の「犯姦律」の中の「犯姦」規定においても、同様に、和姦については、「ワカン」というルビと共に「ナツクヅクノミツ、ウ」とルビを振り、「〔^{ダンジョオモ}男女思^{アヒ}合テ。密通スルヲ云フ。〕」との註釈を付しているのに対し、「強姦」については、「ガウカン」というルビと共に「ガウイン」とルビを振り、「〔女^{ガツテン}ノ合点セヌヲ。^{ムリ}無理ニ通ズルヲ云フ。〕」との註釈を付している³⁸⁾。

このように、男女が思い合って納得づくで姦淫するのが「和姦」で、これに対置する概念として、同意を得ないで（無理に）姦淫するのが「強姦」ということになり、法文上、暴行・脅迫が要件とされていたとまでは断言することは出来ず³⁹⁾、「無理ニ」の中に若干の暴行・脅迫が含まれていると解するにしても、とりたてて強度の暴行・脅迫が要件とされていると解することは出来ない。

3. 改定律例

新律綱領の不備を補う目的⁴⁰⁾で、明治6年に編纂された改定律例においては、「犯姦」として、「夫アル者」の「和姦」等に続けて、以下のような規定を設けていた⁴¹⁾。

犯姦

第二百六十條 凡和姦。……

強姦スル者ハ。懲役十年。未タ成ラサル者ハ。一等ヲ減ス。因テ折傷スル者ハ。懲役終身。婦女ハ坐セス。

37) 手塚・前掲注34) 189頁においては、「本書は正に、類書中の白眉というべきであろう。」と評されている。なお、本稿においては、洋装一冊本を引用した。

38) 近藤圭造編著『皇朝律例彙纂』（明治9年、阪上半七）巻五・四十七葉表。

39) 「無理ニ」の中に暴行・脅迫が含まれる意味合いがあると解することも不可能ではないが、当時の時代背景から、権力や金銭債権等をちらつかせて（暴行・脅迫に至らない）威力によって姦淫することもあったであろうし、何よりも、「強姦」が、思い合っただけの和姦との対比で用いられている用語であることから、少なくとも、暴行・脅迫が「強姦」の要件であるとまでは言えないであろう。

40) 小早川欣吾『明治法制史公法之部・下巻』（昭和15年）987頁以下参照。

41) 『改定律例』（明治6年、司法省）巻二・30葉裏～31葉表。

改定律例における強姦規定は、形式上は西欧風の条文形式を採り、刑罰制度も変えてはいるものの、犯姦規定の形式や内容は、明らかに新律綱領と同じ構造を採っており、改定律例が新律綱領の部分改正にすぎないことから、「強姦」の意味内容は、新律綱領における強姦の意味と変わるところはないと解される⁴²⁾。

以上から、新律綱領・改定律例においては、強姦規定に暴行・脅迫の文言は入っておらず、有権解釈としても、同意を得て行う和姦との対比で、同意を得ないで(無理に)姦淫することを「強姦」としていたものであって、「強姦」の中に暴行・脅迫が含まれると解することは可能であるとしても(暴行・脅迫に至らない威力による場合もあると解し得る)、とりたてて強度の暴行・脅迫を要件としていたわけではないと結論付けることができる。

第3節 旧刑法における暴行・脅迫

1. 旧刑法における強姦罪規定の制定過程

司法省を中心にフランス法継受の機運が高まっていた明治8年、司法省内に刑法草案取調掛が設置され、明治10年にはボワソナード草案を原案とする日本刑法草案が上呈されて⁴³⁾、鶴田皓、規定村田保等を委員とする刑法草案審査局の審査・修正等を経た⁴⁴⁾。そして、さらに、「明治……十一年一月ヨリ開局逐條審査ノ後仍修正を加へ」、「明治十二年六月廿五日」に「刑法草案審査總裁柳原前光」から「太政大臣三條實美」宛に「^(ママ)上進」された⁴⁵⁾。さらに、最終的には、村田保を政府委員とする元老

42) 近藤圭造訓註『新律綱領改定律例合巻註釋』(明治7年、小川半七など)巻五犯姦律12葉表・裏参照。

43) 「刑法編纂委員・司法大書記官・鶴田皓」が「明治十年十一月」に「大木司法卿閣下」に提出した478条にわたる『日本刑法草案・全』がそれであり、そこでは、刑法草案の校訂が数次にわたったことが述べられている(同書・頁なし)。なお、ほぼ同時期の『ボワソナード氏起案・磯部四郎譯・日本刑法草案直譯』(刊年不祥)があるが、これと比較すると、『日本刑法草案・全』は、規定の文言や言い廻しにおいてかなり律の伝統の影響を受けており、ボワソナードの原文とは程遠いものになっている規定も少なくないように思われる。

44) 早稲田大学鶴田文書研究会・早稲田大学編『日本刑法草案会議筆記・第I分冊』(昭和51年)解題10頁以下参照。

45) 『刑法草案』(明治12年上進、出版社不明)巻頭(頁無し)。

この明治12年刑法草案における強姦罪の基本的規定(348条~349条)は、そのまま、翌年成立した旧刑法の規定に引き継がれた。

院における審議などを経て成立したのが明治13年の旧刑法である⁴⁶⁾。

この間の編纂過程において、ボワソナードが、強姦について、「強姦トハ承諾ヲ待
タス暴行脅迫ヲ以テ男女間ノ情欲ヲ遂ケタル事ヲ云フ⁴⁷⁾」と明言したりしている⁴⁸⁾
が、明治10年11月上申の刑法草案における強姦罪規定は、以下の通りであった⁴⁹⁾。

第三百八十八條 十二歳以上ノ婦女ニ對シテ強姦シタル者ハ輕懲役ニ處ス

さらに、この規定を修正して、旧刑法(明治13年刑法)における強姦規定が制定さ
れた。その規定は、以下の通りである⁵⁰⁾。

第三百四十八條 十二歳以上ノ婦女ヲ強姦シタル者ハ輕懲役ニ處ス

この旧刑法規定は、上述の明治10年草案規定とほぼ同内容であり、強姦する手段
としての暴行・脅迫要件は規定されていない。この間、ボワソナード等により、強
姦は、承諾を待たず暴行・脅迫をもって姦淫することをいうとの解釈が示され、暴
行・脅迫要件を法文の中に盛り込んだ草案も存在したものの、成立した法文自体に
は、新律綱領・仮刑律などと同様、暴行・脅迫の文言自体が存在しない。そして、
旧刑法には公的な形での立法理由書も存在しないことから、立法趣旨としての「強

46) 旧刑法規定の最終段階である明治13年3月15日以降における元老院の審査・修正については、
明治法制経済史研究所編『元老院會議筆記・前期第八卷』(昭和39年)53頁以下参照。そこを見
ると、「刑法審査修正案」の説明にあたる内閣委員には、これまでも刑法草案の審査・修正を行
ってきた「太政官権大書記官 村田保」があたっており、村田氏は、公的な立場で旧刑法の内容
や立法趣旨について最もよく理解していた人物であったと言ってよいであろう。

47) 早稲田大学鶴田文書研究会・早稲田大学編『日本刑法草案會議筆記・第三分冊』(昭和52年、
早稲田大学出版部)2028頁。

48) この間、草案に「暴行脅迫」要件が規定されたりもしたが、これは強姦の強の字に含まれるた
めあえて規定する必要はないとの主張が認められ、削除されたとされる(柑本・前掲注26)
151・162頁)。

49) 早稲田大学鶴田文書研究会・早稲田大学編『日本刑法草案會議筆記・第四分冊』(昭和52年、
早稲田大学出版部)3156頁、『日本刑法草案・全』(刊年不祥、出版社不明)178頁。

なお、旧刑法草案における会議内容から、委員の中には規定の解釈等について勘違いをして
いる者がいるとの思いを禁じ得ない(繰り返し読んでも発言内容が意味不明で、引用不可能な
会議がある)。

50) 太政官刊行『刑法』(明治13年、印刷局)141頁。

姦」の確たる意味内容は不明である。ただし、ボワソナード等の発言や暴行・脅迫要件を盛り込んだ草案が存在したことから、「強姦」は暴行・脅迫を手段とするものと解することはできるが、強度の暴行脅迫を要するとは解し得ない⁵¹⁾。

そこで、以下において、この旧刑法規定の審査・修正にあたり、最終的に、太政官において立法趣旨の説明も行う政府委員も任じた⁵²⁾村田保氏の註釈書を手始めに、強姦罪における暴行・脅迫の意味内容を検討していく。

2. 被害者の抵抗を抑圧する(強盗罪と同)程度の暴行・脅迫を必要とする見解

まず、表紙に「太政官権大書記官……刑法治罪法審査委員」と表記され、当時の実務においては最も参照されていたと考えられる村田保氏の註釈書においては、「十二歳以上ノ女ニ對シ其承諾セサル者ヲ暴行脅迫ヲ用ヒ其力ヲ拒防スルコト能ハサラシメ因テ其情慾ヲ遂ケタル者ヲ強姦ノ罪ト為⁵³⁾」すと述べている。即ち、ここに「強姦」とは、承諾しない被害者に対して抗拒できない程の暴行・脅迫を用いて姦淫することを言うとしており、「強姦」の中に暴行・脅迫が含まれるとしている点でも、その暴行・脅迫の程度を被害者が抗拒できないほど強度なものであると述べている点でも、旧刑法下における最初の見解であろう。

次いで、ボワソナード氏の優れた門下生でもある⁵⁴⁾井上操氏は、「強姦ハ、猶ホ強盗ノ如クニシテ、暴行ヲ以テ姦淫スルヲイフ⁵⁵⁾」と述べて、明確に、強盗と同様の暴行を手段として姦淫することを強姦罪の成立要件としている。そして、これに続けて、清律における強姦の律註を引用し、さらに、事実認定の注意としつつも、フランスの「古昔ヨリ」として、「強姦ノ罪ヲ断スル」ための四つの要件について、以下の3.で引用する高木豊三氏と同様の内容を述べて、「只裁判官ノ参考ノ具ト爲スノミ」

51) ただし、次に述べる村田保氏が太政官における審査委員であったことから、村田氏の註釈書も参考に、旧刑法の立法趣旨を考察することは可能ではあると考える。

52) 注46)所掲書の他、大日本水産會編『村田水産翁傳』(大正8年、大日本水産會)12頁、早稲田大学鶴田文書研究会・早稲田大学編『日本刑法草案会議筆記・第I分冊』(昭和51年)解題11-12頁も参照。

53) 村田保『刑法註釋・卷六』(明治13年、内田成榮堂)四十六葉表。

54) 手塚豊『明治法学教育史の研究〔手塚豊著作集〕第九卷』(昭和63年、慶應通信株式会社)33-35・52-53頁等参照。

55) 井上操『刑法述義・第三篇・第四篇』(明治23年、岡島寶文館)310頁。

と締めくくっている⁵⁶⁾。

さらに、京都帝国大学の助教授に任ぜられたばかり⁵⁷⁾の勝本勘三郎博士も、「強姦トハ何ソヤ……單ニ承諾ヲ缺クノミヲ以テハ法律未タ之ヲ以テ強姦ノ手段トセサルト同時ニ第三百七十八條強盜ノ定義ニ暴行脅迫ヲ以テ財物ヲ強取シタルモノトアリテ強トハ暴行脅迫ヲ用井タルコトヲ意味スルニ因テ之ヲ觀レハ強姦トハ暴行脅迫ヲ用井テ被害者ノ抵抗力ヲ失ハシメ因テ姦淫即チ不正ナル男女両性ノ交接ヲ爲シタルコトヲ云フモノトス⁵⁸⁾」と述べ、強姦罪における強の字は暴行・脅迫を用いたことを意味し、強姦も同様に暴行・脅迫を用いて被害者の抵抗を失わせて姦淫することをいうと述べている。

ただし、勝本博士は、ヨーロッパ留学を経た後には、強姦罪における暴行・脅迫は、人の心理に恐怖心を起こさせたり不法の腕力を用いることをいうと述べて、改説している⁵⁹⁾。

程なく旧刑法改正草案の最終草案の政府委員を務める（現行刑法の立法趣旨を説明することとなる⁶⁰⁾谷野格博士は、他の者とは理由を異にし、まず、「強姦ニ付キテハ刑法ハ何等ノ定義ヲモ下サス然レトモ暴行又ハ脅迫ニ依ル姦淫ナルコトハ疑ハシ今左ニ廣ク暴行又ハ脅迫ノ何タルヤヲ論シ次テ所謂強姦罪ノ成立ニ必要ナル暴行又ハ脅迫ニ及ハントス⁶¹⁾」と述べて、暴行および脅迫について詳細に述べた後、「強姦罪ノ成立ニ必要ナル暴行又ハ脅迫ハ余ハ所謂直接婦女ニ對スル暴行ノミヲ謂ヒ間接ニ婦女ニ對スル暴行ヲ包含セサルノミナラス又其體力ノ使用カ承諾ナキ婦女ヲ姦淫スルニ足ルモノナラサルヘカラスト信ス、強姦罪ノ成立ニ必要ナル脅迫ノ觀念モ亦之ヲ一般脅迫ノ觀念ト同一ナリト云フコトヲ得ス外國ノ立法例ニ依レハ此場合ニ於テハ強姦罪ニ於ケルト同シク現ニ身體又ハ生命ニ危害ヲ加フル脅迫ヲ以テト明定ス

56) 井上・前掲注55) 313-314頁。

57) 中義勝=山中敬一「勝本勘三郎の刑法理論」吉川経夫ほか編『刑法理論史の総合的研究』（1994年、日本評論社）144頁参照。

58) 勝本勘三郎『刑法析義・各論之部・下卷』（明治33年、明治法律學校講法會・有斐閣書房）219頁。

59) 勝本勘三郎講述『日本刑法・各論之部・完』（明治43年度、京帝大講義）116葉表、113葉表。詳しくは、佐々木・前掲注8）390頁以下。

60) 例えば、高橋=小谷編・前掲注21) 1525頁、1650頁以下参照。

61) 谷野格講述『刑法各論』（刊年不祥〔ただし内容から明治35年以降のもの=筆者注〕、早稲田大學出版部）89頁。

余ハ同等ノ明文ヲモ説ケサル刑法ノ解釋トシテモ強姦罪ノ成立ニ必要ナル脅迫ハ暴行ノ脅迫ニシテ且現在ノ害悪ニ関スルコトヲ要スト云ハントス⁶²⁾」と結論づけて、強姦罪における暴行・脅迫については、内容が必ずしも明確ではない部分もあるが、一般の暴行・脅迫とは異なり、強姦罪と同様の強度の暴行・脅迫を要すると解していたものと読むことが出来る。

同様に、東京帝國大学教授⁶³⁾の岡田朝太郎博士も、「現行刑法第三四八條……ニ於テ加害者ノ行爲ヲ以テ被害者カ抗拒スルコトヲ得サル状態ニ陥リタル場合ノミヲ規定シ⁶⁴⁾」たものと解して、強姦罪は、加害者の行為が被害者の抵抗を不能にする程度に至った場合を規定したものと述べている。

さらに、ドイツ刑法理論を学んだ⁶⁵⁾小疇傳学士も、「強姦ノ罪」において⁶⁶⁾、「刑法第三百四十八條ニ於テ單ニ『強姦シタル』者トアリテ強姦ノ行爲ニ付キ何等ノ説明ヲ與エスト雖……強ナル文字ハ暴行脅迫ノ手段ヲ採リタル場合ニ於テ用ヒラレタルニ依テ之ヲ見レハ本條ニ所謂強姦モ亦暴行脅迫ヲ手段トシテ被姦淫者ノ抵抗力ニ打勝チ因テ姦淫ヲ逐ケタル場合ヲ指示スルモノト解スルヲ至當トス而シテ暴行脅迫……ハ直接ニ被姦淫者ニ對スルコトヲ要ス又此手段ハ被姦淫者ノ抵抗力ニ打勝ツ爲メニ用ヒラレタルモノナラサルヘカラス從テ本犯罪意ニ付テ一言スレハ犯人ニ於テ被姦淫者ニ依テ抵抗セラレ且其抵抗ニ對シ暴行脅迫ヲ以テ之ヲ排除スルノ事實ヲ知りタルコトヲ要ス⁶⁷⁾」と述べている。ここでは、まず、「強」の字が暴行・脅迫を手段とした場合に用いられるもので、348条の「強姦」も被害者の抵抗を抑圧できるだけの暴行・脅迫を用いた場合でなければならず、自らの行為が被害者の抵抗を抑圧していることを認識していることを要すると述べている。

このように、旧刑法成立直後から、強姦罪成立には、被害者の抵抗を抑圧するだけの強度の暴行・脅迫を必要とすると解する見解が主張されており、その理由付けは様々だが、「強」の字は暴行・脅迫を含む概念であり、その典型である強姦罪が被

62) 谷野・前掲注61) 94-95頁。

63) 小林好信「岡田朝太郎の刑法理論」吉川経夫ほか編・前掲注57) 178頁参照。

64) 岡田朝太郎『刑法講義・全』(明治36年, 明治大學出版部) 267頁。

65) 宮澤浩一「小疇傳の刑法学」吉川経夫ほか編・前掲注57) 215頁以下参照。

66) 小疇傳『日本刑法論・各論』(明治38年, 日本大學) 701頁以下参照。

67) 小疇・前掲注66) 702-703頁。

害者の抵抗を抑圧する程度の暴行・脅迫であることから、同じ「強」の字を用いる強姦罪についても被害者の抵抗を抑圧する程度のものであることを要するとする考えが、比較的中心となっており、一部には、外国の立法例を参考にした理由付けもなされていた。そして、この立場の論者が、旧刑法制定の際に立法趣旨を説明する任にあたっていた村田保氏を始めとして、ボワソナード門下の秀才である井上操氏、京都帝国大学助教授の勝本勘三郎氏、さらには現行刑法成立時の政府委員でもあった谷野格博士といった顔ぶれから、少なくとも、学説上は一定の勢力を有していたものと考えられる。

しかし、仮刑律の解釈はともかく、新律綱領・仮刑律においては「強姦」の中に強度の暴行・脅迫要件が含まれているとは一般的には解し得なかったため、このような考えが何を糸口として発生してきたのかが問題となるが、井上操氏の内容から、フランス法の影響をうかがわせる部分があった点は、注意を要する。

3. 暴行・脅迫を要件とする（強度の暴行・脅迫までは要求していない）学説

井上操氏と共にボワソナード氏の初期からの門下生である⁶⁸⁾高木豊三氏は、「強姦トハ強暴ヲ以テスル姦淫ノ義ニシテ婦女ノ意欲ニ逆ヒカヲ以テ交接ヲ爲スヲ云フナリ⁶⁹⁾」と述べ、強姦は暴行を手段とする姦淫であることを述べているが、その程度については、「強暴」とか「婦女ノ意欲ニ逆ヒカヲ以テ」と述べるに止まり、ある程度強度であることは読み取れるが、抵抗を抑圧するほど強度のものであるかについては明確性を欠く。そして、さらに、「凡ソ強姦ノコタル多クハ隠秘ノ所ニ於テ之ヲ行フモノナルカ故ニ其暴行ノ如何又其抵抗力ノ如何其意欲變轉ノ如何ヲ檢證スルハ頗フル困難ノ事業トス佛國中古ノ學士謂フアリ曰ク凡ソ強姦ノ訴ノ受理セラレンニハ○第一、其強姦セラレタリト陳スル者間斷無ク且ツ始終平等ノ抵抗ヲ爲シタルコトヲ要ス何トナレハ若シ此抵抗ヲ弛止シタルニ於テハ其承諾シタルノ推測ヲ爲スニ足ルモノアレハナリ○第二、其強姦者ト非姦者ノ間ニ於テ力量不平均ノ顯著ナルコト○第三、被害者ノ呼號又ハ救助ヲ呼ヒ求メタルコトアルヲ要シ○第四、被害者ノ身體ニ於テ暴行ヲ施シタル多少ノ證跡ノ存スルコトヲ要スト蓋シ近世ノ法律ハ證據ヲ釋義シ

68) 例えば、手塚・前掲注54) 49頁以下参照。

69) 高木豊三『校訂・刑法義解』（明治15年、時習社）765-766頁。

及ヒ法定ノ推測ヲ以テ裁判官ヲ檢束スルヲ廢止スト雖モ此説ノ如キハ今日ニ於ルモ實際法官ノ指針ト爲スヘキナリ⁷⁰⁾」と述べており、暴行・脅迫の意味内容というよりは、事実認定の問題として論じている。このフランスの学説は、以下に観るように、その内容の評価については賛否が分かれるものの、その後の我が国の学説においても、しばしば引用されることとなる。

次いで、堀田正忠氏は、強姦罪における「暴行タル直接ニ婦女ノ身體ニ對スルモノナルコトヲ必要トス……此暴行ノ有無ハ實際之ヲ判定スルコト頗ル難シ⁷¹⁾」と、強姦罪成立には被害者に対する直接的な暴行がなされることが必要であることを述べているが、これに続く記述は、「『フォースタン、エリー』氏刑法原論曰ク古ヘノ法學者ハ……」と、高木豊三氏が先に述べた強姦罪成立のための四つの要件を述べて、「此規則ノ精良ナル今日仍ホ之ヲ以テ法官ノ指針ト爲スヲ得ヘシ」等と、暴行・脅迫の意義そのものというよりは、暴行・脅迫の事実認定について論じている⁷²⁾。

さらに、ボワソナード氏の門下生の中でも秀才として名の通っていた⁷³⁾宮城浩藏学士は、強姦罪については多々論じているが、「強姦罪ニハ暴行脅ヲ行フト姦スルトノ二要素ヲ有スルナリ⁷⁴⁾」と、暴行・脅迫を手段とするものである事は述べているが、その程度などについては論じていない⁷⁵⁾。

他方、我が国に初めてドイツ刑法理論を摂り入れた⁷⁶⁾江木衷博士も、強姦罪の成立につき、「(手段)強姦罪ハ必ス暴行脅迫ノ手段アルコトヲ要ス」と、強姦罪は暴行脅迫を手段とするものであることを述べた上で、「強姦罪ハ只タ婦女ニ任意ノ承諾ナキニ過キス」などと述べ、前述した高木豊三氏の述べたフランスの学説と思われる見解を「誤謬説タリ」と斬り捨てている⁷⁷⁾が、暴行・脅迫の程度については論じ

70) 高木・前掲注69) 766-767頁。

71) 堀田正忠『刑法釋義・第拾一號』(明治17年、警視廳藏版) 361-362頁。

72) 堀田・前掲注71) 362頁以下。

73) 例えば、手塚・前掲注54) 49頁以下参照。

74) 宮城浩藏講述『刑法講義』(明治17年、五味武策) 951頁。

75) 宮城・前掲注74) 951頁以下、同『刑法正義・下卷』(明治26年、講法會) 729頁以下等参照。

76) 佐々木和夫「江木衷の刑法理論と旧刑法の改正」『専修大学法学研究所紀要 18 刑事法の諸問題 IV』(1993年、専修大学法学研究所) 95頁以下・とりわけ114頁以下参照。

77) 江木衷『現行・刑法各論・全』(明治21年、長尾景弼) 235頁。また、同『現行刑法原論』再版(明治27年、東京法學院・有斐閣書房) 169頁も参照。

ていない⁷⁸⁾。なお、ちょうどこの箇所の参考文献は記載されていないが、その前後においては、「英國刑法」の著書4冊が掲げられている。

これに対し、ボワソナード氏門下⁷⁹⁾の亀山貞義学士は、「強姦罪ノ手段方法ニ付テハ法律別ニ之ヲ明示セサルモ勿論暴行脅迫ヲ以テスルモノナラン」と述べた上で、「或ハ強姦トハ讀テ字ノ如ク強テ姦スルノ謂ナリト解シ必スシモ暴行脅迫ヲ以テスルヲ要セスト説ク者アレトモ若シ斯ノ如ク解スルトキハ遂ニ本條第二項ハ蛇足ノ規定ト爲ルニ至ル」と、暴行・脅迫を必要としないとする反対説に対して反論を述べている⁸⁰⁾。そして、最終的に、「余ハ強姦トハ暴行脅迫ノ手段ヲ以テ婦女ヲ姦淫スルノ罪ナリト解スルナリ⁸¹⁾」と述べて、強姦罪は暴行・脅迫を手段として姦淫する罪であると明確に結論づけているが、暴行・脅迫の程度については、何ら論究していない⁸²⁾。

このような中であって、当時、帝國大學法科大学助教授であった岡田朝太郎博士は、「姦淫罪」の最初に強姦罪を論じ⁸³⁾、「強姦トハ暴行脅迫ヲ以テ不法ニ婦女ニ通スルヲ謂フ」と、強姦罪は暴行脅迫を手段として姦淫する犯罪であることを明確に述べた上で、強姦罪における暴行・脅迫について、「暴行ハ腕力ヲ以テ身體ヲ強制スル總テノ場合ニ該當シ脅迫ハ危害ヲ目前ニ追ルノ状アリテ精神ノ自由ヲ喪失セシメタル總テノ場合ヲ概括ス」などと、現行刑法でいうところの暴行罪における暴行、脅迫罪における脅迫と類似した解釈を行っている。

さらに、「第三百四十八條第一項……ニ止タ強姦トアリ暴行脅迫ヲ以テ姦シタル者ト明言セス⁸⁴⁾」と、旧刑法においては暴行・脅迫が規定上成立要件とされていないことを指摘しつつ、「ガロオ」・「アドルフ」・「エリ」・「ブランシュ」の4名の刑法書の號(n°)を引用しつつ、準強姦における問題を論じている⁸⁵⁾。

78) 江木・前掲注77)『現行・刑法各論・全』234頁以下、同・前掲注77)『現行刑法原論』再版169頁以下参照。

79) 例えば、手塚・前掲注54) 47・49頁以下参照。

80) 亀山貞義講述『刑法講義卷之二』(明治31年、講法會) 506頁。

81) 亀山・前掲注80) 506頁。

82) 亀山・前掲注80) 504-507頁参照。

83) 岡田朝太郎『日本刑法論(各論之部)・完』(明治28年、有斐閣書房) 849頁以下。

84) 岡田・前掲注83) 851頁。

85) 岡田・前掲注83) 851-852頁。

このことから、岡田博士の強姦罪に関する学説は、フランス刑法を参照しつつ述べられているものと推察される。ただし、フランス・ドイツ等への留学後に改説したことについては、2. 参照。

このように、強姦罪は暴行・脅迫を手段として姦淫する犯罪であることを明確に述べ、その程度については論じていない学説は、フランス刑法を学んだ刑法家たちによって主張されていた。このうち、江木博士だけは、イギリスの刑法書を参照していたものの、フランスの学説と思われる見解を斬り捨てており、しかも、江木博士は元々英・独・仏の3国の法律に通じていたことで知られているため、強姦罪の成立要件として、暴行・脅迫を要件とするものの、とりたてて抗拒を抑圧する程度の暴行・脅迫までは要求していない学説は、基本的に、フランス刑法の影響の下に主張されたものであると考えられる。

第4節 現行刑法制定時における暴行・脅迫規定の付加理由

ここで、さらに、現行刑法制定過程、換言すれば旧刑法改正過程における規定の変遷理由について調べておく必要が生ずる。ただし、改正理由書あるいは議事録を参照することの出来た草案のみを考察対象とする。

まず、最初の旧刑法改正草案である明治24年草案（通称河津案）を観ると、

第三百三十五條 暴行、脅迫ヲ以テ満十二歳以上ノ婦女ヲ姦淫シタル者ハ強姦ノ罪ト爲シ三等有期懲役ニ處ス

とされており⁸⁶⁾、すでにこの段階で、旧刑法には規定されていなかった「暴行、脅迫」を手段とすることが、法文上の成立要件とされている。しかし、「改正刑法草案説明書」においては、「暴行、脅迫」を付け加えた理由については、何ら記されていない⁸⁷⁾。

次いで、明治30年草案においては、

86) 梅原忠藏『改正刑法草案・改正刑法草案説明書・合冊』（明治24年，図圖書出版會社）90頁。

87) 梅原・前掲注86) 49頁，岡島眞七翻刻『改正刑法草案・改正刑法案説明書』（明治24年，岡島眞七）67-69頁参照。

第二百二十九條 暴行又ハ脅迫ヲ以テ婦女ヲ姦淫シタル者ハ強姦ノ罪ト爲シ十年以下ノ懲役ニ處ス

という形に草案規定が改正された⁸⁸⁾が、改正理由書においては、暴行・脅迫の内容等については、一切問題とされていない⁸⁹⁾。

以下、紙数の都合上、旧くから現行刑法の立法趣旨を調べる際の必読書とされ、今日では(復刻本が公刊されたことにより)改正草案を比較的容易に参照出来ることとなった『刑法沿革綜覧』および復刻本が出るまでは稀観本であった田中正身⁹⁰⁾の『改正刑法釋義・上巻』の2冊を基に、強姦罪における暴行・脅迫の内容について調べることにする。

まず、『刑法沿革綜覧』を用いて、明治24年の「第一回衆議院會議録」以降の議事録を調べると、姦通罪等についてはしばしば問題とされているものの、強姦罪における暴行・脅迫の内容については、全く議論されていない⁹¹⁾。

次いで、『改正刑法釋義・下巻』を観ても、強姦罪である「第七十七條前段ハ舊刑法第三百四十八條前半ト同一主旨ノ規定⁹²⁾」であると記すのみで、暴行・脅迫の内容については、特に明記していない⁹³⁾。

さらに、法典調査會等が起草したその他の刑法草案理由書を観ても、強姦罪における暴行・脅迫の内容については論じられていない⁹⁴⁾。

以上の考察により、旧刑法改正草案の理由書を観る限り、なぜ暴行・脅迫が法文上の成立要件とされていなかった旧刑法の強姦罪規定を変更し、明治24年草案にお

88) 司法省『刑法草案』(明治30年, 東京通信社) 75頁。

89) 大審院判事刑法改正審査委員法律學士龜山貞義先生校閲 溝淵正氣=藤田次郎共著『新舊對照刑法草案理由書・完』(明治31年, 法典實習會) 242-243頁, 中嶋晋治『現行刑法對比・改正刑法草案理由』(明治32年, 日本法律學校内法政學會出版) 180-181頁参照。

90) 田中正身氏は、「明治二十六年刑法改正審査委員ノ書記ト爲リシヨリ以來十有餘年常ニ筆校繕寫等ヲ掌リ頗ル刑法ノ義ニ通ス」る者とされている(田中正身『改正刑法釋義・上巻』明治40年, 東西書房・序1頁〔倉富勇三郎〕)。

91) 高橋=小谷・前掲注21) 1196・1306-1307・1489-1490・1682-1683・1683・2031-2034頁等参照。

92) 田中正身『改正刑法釋義・下巻』(明治41年, 東西書房) 764頁。

93) 田中・前掲注92) 676頁以下, 特に763頁以下参照。

94) 法典調査會編纂『刑法改正案理由書・附刑法改正要旨』(明治35年, 長井庄吉) 173・175-176頁, 南雲庄之助『刑法修正理由・完』(明治40年, 集文館書店・深谷書店) 266-267頁参照。

いて「暴行，脅迫」要件を強姦罪規定に盛り込む形に変更したのかが明らかとされていない。さらに，この暴行・脅迫要件を法文上維持したまま改正作業が進み，現行刑法の最終草案に至っても変更理由が明示されず，現行刑法においてなぜ「暴行又ハ脅迫ヲ以テ」姦淫した場合を強姦罪とする形に修正されたのかという理由が，全く明らかとならなかった。この間，引用した文献を見る限り，新たに成立要件として加えた暴行・脅迫要件やその内容について，議論や検討をされた形跡も残っていなかったことは，全く意外であった。

第5節 結 び

以上に観てきたように，新律綱領・改定律例においては，強姦規定に暴行・脅迫の文言は入っておらず，有権解釈としても，同意を得て行う和姦との対比で，同意を得ないで（無理に）姦淫することを「強姦」としていたものであって，そこには暴行・脅迫を含むとする解釈は可能であっても，とりたてて強度の暴行・脅迫を要件としていたわけではなかった。

旧刑法の成立過程においては，ボワソナード等により，強姦は，承諾なしに暴行・脅迫をもって姦淫することをいうとの解釈が示され，一部の草案においては暴行・脅迫要件を盛り込んだものの，成立した法文自体には，新律綱領・改定律例などと同様，法文上の暴行・脅迫要件は存在しなかった。そして，旧刑法には立法理由書が存在しないこともあって，暴行・脅迫要件の規定されていない旧刑法の「強姦」の中に，暴行・脅迫が含まれるとする解釈は可能であっても，その程度については不明であった。少なくとも，旧刑法の立法過程においては，強度の暴行・脅迫を要件とする解釈の論拠は見出せなかった。

旧刑法の解釈については，学説が大きく二つに分かれ，暴行・脅迫の内容について，被害者の抵抗を抑圧する（強盗罪と同）程度の暴行・脅迫を必要とする第一の見解は，「強」の字は暴行・脅迫を含む概念であることを一つの論拠とし，もう一つは，「強」の字を用いる犯罪の典型である強盗罪が被害者の抵抗を抑圧する程度の暴行・脅迫を要件としていることから，同じ「強」の字を用いる強姦罪についても被害者を抑圧する程度の暴行・脅迫を要するとする考えが論拠となっていた。しかし，新律綱領・改定律例における「強姦」は，同意を得ないで姦淫するというだけの意味で，

そこには、強度の暴行・脅迫要件は明らかに含まれていなかったことから、前者の論拠は、新律綱領等の有権解釈に反するもので、本来の正しい論拠とはならないものであった。そして、二つ目の論拠については、フランス刑法の影響も推察可能ではあったが、多くは「強」の字の共通性を論拠にした語呂合わせに近いものであった。

これに対し、強姦罪の成立について、暴行・脅迫を要件とする（強度の暴行・脅迫までは要求していない）第二の見解においては、明らかにフランス刑法の影響が看取れ、強姦罪は暴行・脅迫を要件として姦淫する犯罪であることを明示していたことから、強姦罪の成立には暴行・脅迫要件を必要としていたが、その内容については、とりたてて強度の暴行・脅迫を盛り込むことはしていなかった。

この二つの学説を見た場合、第一の学説は、明らかに新律綱領等の有権解釈に反するものであり、なぜ強盗罪と同程度の暴行・脅迫が必要なのかについての論理的な理由は示し得ていなかった。

これに対し、二つ目の学説は、法文に忠実な解釈を行い、強姦罪の成立には暴行・脅迫の手段を用いることを要件としてはいたが、暴行・脅迫の内容については、強度の暴行・脅迫までは要件としていなかった。

両者を比較した場合、旧刑法成立後しばらくは、旧刑法制定時の政府委員であった村田保氏の影響もあって、第一の見解が優勢だったのではないかと推察されるが、明治20年代以降は、一世を風靡した宮城浩藏・江木衷博士らの影響もあって、特に強度の暴行・脅迫要件を付すことなく、現行刑法でいうところの暴行罪における暴行、脅迫罪における脅迫と類似した解釈を行っていた岡田朝太郎博士のような見解が、理論的な筋が通っていることもあって、やや多数になっていたのではないかと推察される。

現行刑法成立後、暴行・脅迫の程度を緩やかに解する見解として、フランス法の大家である磯部四郎博士、我が国最初の古典学派の大家である大場茂馬博士、大場博士と対抗関係にあった近代学派の大家である勝本勘三郎博士、さらには、若くして大審院判事となり、検事総長・大審院長として実務界に絶大な影響力を及ぼした泉二新熊博士等が、おしなべて暴行・脅迫の程度を緩やかに解する見解を採っていた⁹⁵⁾が、その萌芽は、既に旧刑法下の学説において見られ、おそらく明治30年代に

95) 佐々木・前掲注8) 388-391頁・393-395参照。

は、比較的多数の学説として展開されていたのではないかと推察される。現行刑法制定過程において、明治24年草案以来盛り込まれていた暴行・脅迫要件について、その内容についての説明や議論が全くなされていなかったのは、それが、特段強度のものを意味するのではなく、暴行罪における暴行、脅迫罪における脅迫と同様に解されていたと仮定すれば、議論がなかったのは、むしろ当然のこととなる。

これらのことから、現行刑法成立後、有力に主張されていた、強姦罪における暴行・脅迫は、強盗罪における暴行・脅迫と同程度であるとする（今日、旧通説・旧判例とされている）見解は、本当に現行刑法成立直後から通説であったのかという点で、疑問が生じてくる。この見解は、第3節で見てきた旧刑法下の学説状況から考えると、より仔細に学説史を調べていけば、今日思われているほど有力な見解ではなかったのではないかと推察される。むしろ、明治30年代以降は、比較的多数であったと推察される、暴行・脅迫要件に強度の内容を盛り込まない見解の方が、現行刑法成立後も、比較的多数説ではなかったのかという推察を生じさせるのである。現行刑法成立当時、多数を誇っていたと言われていた、暴行・脅迫の程度を強盗罪と同様に最狭義に解する見解に対し、歴史的大家ともいえる刑法家達がこぞって反対の意を表していた⁹⁶⁾ことから、この推察は正しいのではないかとと思われるのである。このため、現行刑法が成立してから昭和24年判決が出るまでの学説状況を、もう一度洗い直してみる必要性が生じると共に、明治期において、上記の第二説の考え方が、フランスのどのような学説の影響の下で主張されたのかという点も、保護法益などの点も含めて調べてみる必要がある。

また、強姦罪における暴行・脅迫は、強盗罪と同程度の、反抗を抑圧する程度の最狭義の暴行・脅迫と解するのが明治期から昭和24年判決当時の通説であると思いついた状態でこの研究を始めた当時、岡田朝太郎博士の学説に接し、旧刑法下において、なぜこの見解が賛同者を増さなかったのかという疑問を生じたのであるが、今回の研究を通じて、旧刑法成立直後から、強姦罪における暴行・脅迫を強度のものと位置付けず、暴行罪の基本的構成要件である暴行、脅迫罪の基本的構成要件である脅迫と同様に解する見解が有力に展開されていたことを知り、目を洗われる思いであった。当時から、強姦罪の保護法益については、被害者の身体や精神的自由

96) 佐々木・前掲注8) 388-391頁・393-395頁参照。

を侵害するものであると捉える見解が存在した以上、強姦罪における暴行・脅迫の程度については、ことさらに、強度の内容を盛り込む必要はなく、暴行罪の暴行、脅迫罪の脅迫と同様に解する方が、保護法益の観点のみならず、同一法典における用語の統一性という観点からも好ましいと解される。このことから考えると、旧刑法下において(法律用語としての)「強姦」の解釈として、「強」の字の共通性という論理的でも科学的でもない論拠により強姦罪における暴行・脅迫の程度を強盗罪と同様に解していた見解(上記第一の見解)は、徐々に賛同者を減らしていったとしても不思議ではない。それが、現行刑法成立直後も維持され、通説であるとして喧伝されたことにより、再び勢力を持った(とされている)ことについても、保護法益等の論拠も含めて、もう一度洗い直してみる必要があるだろう。

以上から、従来の学説史の見方とはかなり異なる結論に至った。限られた資料による粗削の研究ではあったが、もし、この研究から得られた推論が誤っていなければ、小野説=昭和24年判決は、当時まで判例・通説とされた見解よりも強姦罪の成立要件を緩和したという意味で優れた見解であったという見方に対して、当時、少数ではあっても(あるいは多数説として)有力に主張されていた、暴行・脅迫要件を緩和する見解(上記第二説の流れの学説)を衰退させた(むしろ強姦罪の成立要件を厳格にした)との(小野説=昭和24年判決に批判的な見解からは厳しい)評価も可能になってこよう。この点も含め、現行刑法下における、強姦罪における暴行・脅迫の程度についての様々な観点からの考察は、全て続行に譲る。

【附記】 本稿は、令和2年度専修大学長期在外(国内選択)研究員による研究成果である。