

スペイン刑法における
性犯罪規定の構造

江 藤 隆 之

目 次

- I 本稿の目的
- II 条文の構造
- III 各構成要件の概要
- IV 比較検討
- V 結語

キーワード：スペイン刑法，性犯罪，暴行・脅迫要件，刑事立法

I 本稿の目的

本稿は、スペイン刑法⁽¹⁾における性犯罪規定を紹介し、その構造を明確化した上で、日本刑法の性犯罪規定との比較法的考察の端緒を——とりわけ令和2（2020）年を目途に行われる性犯罪・性刑法に関する検討および所要の措置⁽²⁾への貢献を視野に入れて——拓くことを目的とする。その問題意識は以下のとおりである。

日本では、平成29（2017）年に刑法典の性犯罪規定が改正⁽³⁾され、旧強姦罪が強制性交等罪となり監護者性交等罪が創設されるなど、刑法による性犯罪規制が新たな局面を迎えた。この改正については、おおむね受け入れられているといえるものの、個別論点においてはその議論の段階から様々な意見が寄せられ⁽⁴⁾——法規である以上仕方のないことであるが——万人が納得するものとはならなかった。とりわけ、その過程で暴行・脅迫要件をめぐって、その撤廃緩和を求める意見と存置を主張する意見とが対立したことは特筆⁽⁵⁾に値する。結局、暴行・脅迫要件は刑法に残り、その取扱いについて付帯決議⁽⁶⁾がなされることでひとまずの決着を見た。

性犯罪規定をめぐる議論について、幾人かの論者は、2016年に性犯罪に関する刑法改正を行ったドイツ刑法に示唆を得ようとする。たしかに、ドイツ刑法の現状を検討することは意義深い。ドイツ刑法は、改正以前は暴行・脅迫のある場合のみを性犯罪としていたが、現在では暴行・脅迫要件のない性犯罪を置いている。ドイツ刑法学が日本刑法学に強い理論的影響力を持つものであることもあわせ考えれば、その検討の重要さは論を俟たない。

もちろん、その評価は慎重になされなくてはならない。たとえば、アムネスティは「同意のない性行為は犯罪」とする国際事務局発表ニュースの中で「同意のない性行為を強かんと定義する国」にドイツを含めて評価⁽⁹⁾しているが、ドイツ刑法はその基本類型を「認識可能な意思に反して」と定めており、その罪は故意犯⁽¹⁰⁾なのだから、現に同意のない性交をその事実の

みでただちに犯罪とするものではなく、しかもそれはたとえ犯罪として成立するとしても性交等や被害者を特に貶める性的行為が用いられない場合には、強姦罪になるのではない。それゆえ、ドイツは同意のない性行為を強姦として処罰するのだと喧伝することはその実体理解に誤解を生じさせるおそれがある。さらに、ドイツ刑法は暴行・脅迫要件のない性犯罪についてはそれがあつた罪よりも法定刑を引き下げて規定し、暴行・脅迫要件を有する従前の罪を従前どおりの法定刑で残している⁽¹¹⁾。したがって、ドイツ刑法は、暴行・脅迫要件を撤廃したというよりもむしろ、暴行・脅迫要件のある従前の性犯罪規定にプラスして、暴行・脅迫要件のない軽い性犯罪を立法したのだと整理する方が正確であるように思われる。もちろん、不意打ち類型の制定など、ドイツ刑法は処罰範囲を拡大したことは事実であるが、それ自体は暴行・脅迫要件の有無の問題ではない⁽¹²⁾。このようなドイツの性犯罪規定の改正が、現実の処罰にどのような影響を与えるかについては、ドイツにおける議論や判例の積み重ねが待たれるところである。

一方、今般の日本の性犯罪規定改正議論においてほとんど名前の挙がることのなかったスペインは、ドイツより20年以上も早い1995年から不同意性犯罪の処罰規定を刑法典に置いている。さらに、ドイツが従前通り残した暴行・脅迫要件を有する性犯罪規定も重い罪として置いている。そのため、両罪の成立範囲をめぐる議論や判例はすでに一定程度積み重ねられている。そうであるのに、性犯罪規定の議論においてスペイン刑法を参照しないままなのは——スペイン刑法はドイツ刑法の流れを汲み、日本刑法と容易に比較可能な刑法理論を有している⁽¹³⁾ことを考慮に入れるとなおさら——実に不可解かつもったいない状況である。「性犯罪の罰則に関する検討会」や「法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会」においても、外国の法制度が紹介されたが、そこで取り上げられたのは、アメリカ州法、イギリス法、フランス法、ドイツ法、韓国法であつて、スペイン法はなかつた⁽¹⁴⁾。したがって、スペイン刑法の性犯罪規定を整理して描写することは、日本の議論にとって有益かつ新規性のあるものとなることが期待できよう。

なお、その際、言語および法規範の全体的構造に細心の注意が払われな

なければならない。というのも、比較法をする際には、これらに注意を払わなければ本質を見誤るからである。たとえば、先に挙げたアムネステイ国際事務局発表ニュースは、「23カ国の中には、同意なき性行為を強かんと区別してより軽い罪とする国もあり、暴力が伴うのが強かんだという、間違った認識を助長している」と言及し、「スペインで、集団強かん犯5人が有罪になったものの、より罪の軽い性的虐待だったことに抗議の声が噴出した」と紹介することでスペイン刑法の規定方式を非難するような書き方⁽¹⁵⁾をしている。ところが、同ニュースが評価するドイツの規定方式と非難するスペインの規定方式とは、実際のところ、暴行・脅迫の有無とその取扱いについて基本的な枠組みの相違はない。いずれも暴行・脅迫がある場合は重い性犯罪、ない場合は軽い性犯罪としているのである。おそらく、同ニュースは、多くの項を有し暴行・脅迫要件のない場合もある場合も定めるドイツ刑法177条がその見出しに性的攻撃、性的強要と並べて強姦(Vergewaltigung)という言葉を用い各種性犯罪を同条にまとめて規定しているのに対し⁽¹⁶⁾、スペイン刑法が暴行・脅迫のある場合を性的攻撃、ない場合を性的濫用、挿入等を伴う場合を強姦(violación:後述するように本稿では強制性交等と訳す)と区別して別条に規定していることから、「強姦」という言葉の使用に着目してこのような評価に至ったのであろう。ところが、このような評価は、言葉遣いに引きずられて実体を見誤っているばかりか、言葉遣いの批判としても妥当性を欠くものである。というのも、“violación”というのは、——原則として「強姦」の意味を持つドイツ語の“Vergewaltigung”と異なり——「強姦」の他、「違反」や「侵害」といった意味合いもあり、刑法典においては「秘密漏示罪」(violación de secretos)の「漏示」にすら当てられている語であり、罪名に“violación”の語が使われているか否かによって、性的自由保護の実質は変化しないからである。むしろ、一般的な不同意の性的行為を広く処罰し、そのうち重大なものを様々に分類して加重して処罰するというスペインの方式は、アムネステイの主張に合致こそすれ、対立するものではないだろう⁽¹⁷⁾。

このような評価の矛盾は、言語と法規範の全体的な構造への不注意によっ

て引き起こされる。用語法や体系の差異に留意することなく、ただ似ているという理由で、あるいは直訳すれば同一の用語になるからという理由で同一のものであると解して単純に比較したのでは、正確性を欠くことになってしまう⁽¹⁸⁾。刑法各論分野における比較法的営みにおいて重視しなくてはならないのは、「いかなる行為が日本語に直訳するとどのような単語を用いて呼称されているか」ではなく、「いかなる行為が犯罪とされ、あるいは犯罪とされないのか。そして各犯罪間にいかなる関係があるのか」である。

そこで、本稿は、スペインの性犯罪規定を、用語法と体系とに注意を払いながら紹介し、日本の性犯罪規定をめぐる議論に一定の貢献をすることにしたい。くわえて、日本にとってほとんど未知であるスペイン刑法典の性犯罪規定の紹介は、一定の資料的価値を有するものともなるだろう。

II 条文の構造

本稿は、日本の強制性交等罪、強制わいせつ罪を考える際に比較対象となるスペイン刑法典第8章の前半に規定されている178条ないし184条の罪を対象とする⁽¹⁹⁾。以下に条文を訳出する⁽²⁰⁾。

第8章 性的自由および不可侵性に対する罪

第1節 性的攻撃の罪

178条 暴行または脅迫を用いて、他者の性的自由を侵害した者は、性的攻撃の罪とし、1年以上5年以下の禁錮に処する。

179条 性的攻撃が、膣、肛門または口腔への性交等をとめない、もしくは前二者への身体の一部または物体の挿入を構成するときは、強制性交等の罪とし、6年以上12年以下の禁錮に処する。

180条 以下の状況で178条の攻撃が行われたときは5年以上10年以下の禁錮に処し、以下の状況で179条の攻撃が行われたときは12年以上15年

以下の禁錮に処する。

- 1：行使された暴行または脅迫が、特に卑劣で屈辱的な性質を有するとき。
 - 2：所為が2人またはそれ以上の者によって共同で実行されるとき。
 - 3：183条に規定されている場合を除き、被害者が年齢、疾病、障害または状況により特に傷つきやすい者であるとき。
 - 4：犯罪の遂行のために、行為者が尊属、卑属、兄弟姉妹または養子としてあるいは被害者との関係においてその性質上、優位性または親族関係を利用したとき。
 - 5：行為者が武器を使用し、またはその他それと同等なこの刑法の149条および150条に定める死亡または傷害を惹起する危険な方法で行ったとき。ただし、現に生じた死亡または傷害の罪で処罰されることを妨げない。
2. 前項に掲げる事情が2つまたはそれ以上競合する場合は、当該刑の上半分の刑に処する。

第2節 性的濫用の罪

181条 暴行または脅迫なく、かつ、同意によることなく、他者の性的自由または不可侵性を害する行為をした者は、性的濫用罪とし、1年以上3年以下の禁錮または18月以上24月以下の罰金に処する。

2. 前項につき、意識を喪失し、またはその精神に障害のある者、ならびに、医薬品、薬物、その他同様の効果を惹起するに相応な天然または化学物質の使用により意思が無効化された者に対して行われた行為は同意のない性的濫用とする。

3. 被害者の自由を制限する明白な優越性のある状況に乗じて行為者が同意を得た場合にも同様の刑を科する。

4. 前項までのいずれにおいても、性的濫用が、膣、肛門または口腔への性交等をとめない、もしくは前二者への身体の一部または物体の挿入

を構成するとき、行為者を4年以上10年以下の禁錮に処する。

5. 本条に定める刑は、この法律の180条1項の3号または4号の状況があるときは、当該刑の上半分の刑に処する。

182条 欺罔を用い、または信頼、権威、その他被害者に対して影響力のある地位を濫用して、16歳以上18歳未満の者に対して性的行為をした者は、1年以上3年以下の禁錮に処する。

2. 性的行為が、膣、肛門または口腔への性交等をとめない、もしくは前二者への身体の一部または物体の挿入を構成するとき、2年以上6年以下の禁錮に処する。この法律の180条1項の3号または4号の状況があるときは、当該刑の上半分の刑に処する。

第2節の2 16歳未満の未成年者への性的濫用ないし攻撃の罪

183条 16歳未満の者と性的行為をした者は、未成年者に対する性的濫用の罪とし、2年以上6年以下の禁錮に処する。

2. 所為が暴行または脅迫を用いて行われた場合、行為者は未成年者に対する性的攻撃の罪とし、5年以上10年以下の禁錮に処する。暴行または脅迫を用いて、16歳未満の者をして第三者との性的性質を有する行為を強いた者も同様の刑に処する。

3. 攻撃が、膣、肛門または口腔への性交等をとめない、もしくは前二者への身体の一部または物体の挿入を構成するとき、1項の場合は8年以上12年以下の禁錮に処し、2項の場合は12年以上15年以下の禁錮に処する。

4. 前3項において規定される行為は、次に掲げる状況があるときは、当該刑の上半分の刑に処する。

a) 被害者の知的ないし肉体的な未成熟、または被害者が精神障害を有することが、完全に無力な状況に至らしめているとき、および、いずれにせよ被害者が4歳未満のとき。

- b) 所為が二人以上の共同実行にかかるとき。
- c) 行使された暴行または脅迫が、特に卑劣で屈辱的な性質を有するとき。
- d) 犯罪の遂行のために、行為者が尊属、卑属、兄弟姉妹または養子としてあるいは被害者との関係においてその性質上、優位性または親族関係を利用したとき。
- e) 行為者が、故意または重大な過失により被害者の生命または健康に対し危険を生じさせたとき。
- f) 犯行が、このような活動を遂行する犯罪組織または犯罪グループの内部で行われたとき。

5. 本条に掲げられたすべての場合において、行為者が、官公庁、公務員、公的権限のある者の地位を利用したときは、さらに、6年から12年の絶対的公権剥奪に処する。

183条の2 性的目的をもって、16歳未満の未成年をして性的性質を有する行為に参加することを決意させ、または性的な意味合いを持つ行為に参加させた者は、たとえ行為者がそれらの行為に参加していなくとも、6月以上2年以下の禁錮に処する。

性的濫用に参加させた者は、たとえ行為者がそれらの行為に参加していなくとも、1年以上3年以下の禁錮に処する。

183条の3 インターネット、電話、その他の情報通信技術を用いて、16歳未満の未成年と連絡を取り、183条および189条に記載のいずれかの罪を犯す目的でその未成年者との面会を提案する者は、その提案が面会のための具体的な行為を伴うとき、1年以上3年以下の禁錮または12月以上24月以下の罰金に処する。このとき、犯された罪に対する刑罰を妨げない。面会が強要、脅迫または欺罔によるときは、当該刑の上半分の刑に処する。

2. インターネット, 電話, その他の情報通信技術を用いて, 16歳未満の未成年と連絡を取り, 未成年者をたぶらかして未成年者を標榜しまたは登場するポルノ素材の提供または表示をさせるように仕向ける行為をした者は, 6月以上2年以下の禁錮に処する。

183条の4 行為者が, 年齢および発達の段階または成熟度において, 未成年に近いものであるとき, 16歳未満の未成年の自由な同意は, この節に定める罪の刑責を阻却する。

第3節 セクシャル・ハラスメント罪

184条 職業, 教育または公務の場において, 継続的または常習的に, 自己または第三者に対して性的性質を有する行為を要求し, そのような行為をもって被害者に対して客観的かつ重大な恐怖の, 敵対的なまたは屈辱的な状況を惹起する者は, セクシャル・ハラスメントの行為者として, 3月以上5月以下の禁錮または6月以上10月以下の罰金に処する。

2. セクシャル・ハラスメントの行為者が, 職業または教育もしくは階級における優越性の状況を利用し, または, 当該範囲で, 被害者に対して, 被害者が持ちうる正当な期待に関する害悪を明示もしくは黙示の告知をして罪を犯したときは, 5月以上7月以下の禁錮または10月以上14月以下の罰金に処する。

3. 被害者が年齢, 疾病または状況により特に傷つきやすい者であるとき, 1項の場合は5月以上7月以下の禁錮または10月以上14月以下の罰金に処し, 2項の場合は6月以上1年以下の禁錮に処する。

Ⅲ 各構成要件の概要

(1) 経緯

現行スペイン刑法典は1995年に制定され, 約30回の改正を経て現在の形

となった。⁽²¹⁾性犯罪については、1995年の現行刑法定制当時から特別の注意が払われており、刑法典前文も性犯罪に言及している。前文は、平等実現の文脈において性犯罪について次のようにいう。

(立法者は：引用者注) 憲法が公権力に課した平等の実現という課題を遂行し、真に現実的な平等の道を歩むことにした。たしかに、刑法はこの課題を達成するのに最も重要な手段ではない。しかしながら、刑法は、その実現の障壁となっている規制を取り除くことや、差別的状況に抗する保護の措置を導入することで、これに寄与することが可能である。差別を目的とする活動に抗する保護を提供する規範に加えて、性的自由に対する罪に関する新规定についてここで言及しなければならない。これらについて、犯罪構成要件を、歴史的な考え方から離れて、女性の貞淑だけではない万人の性的自由としての保護法益と適合させることを目指した。女性の貞淑の保護の名の下で、耐え難い不正な状況が生じたが、本法案の規定はそれを完全に排除する。使用されている刑罰技術の目新しさに驚きもあるだろう。しかし、このケースでは、伝統から離脱することが賢明な選択であるように思われる。⁽²²⁾

現行法定制後、性犯罪に関する最初の改正は、1999年に性交同意年齢(当時13歳)に満たない未成年者の性保護規定を創設したものである。これは、児童に対する人身売買、性的搾取、性的虐待に対抗する欧州連合との共同歩調をとる趣旨で行われた。⁽²³⁾これにともなって、それまで「性的自由」のみを保護法益としていたものに、未成年者の性それ自体を保護することを念頭に、新たな保護法益として「性的不可侵性」⁽²⁴⁾を付け加え、性的濫用罪の基本類型についてそれまでの罰金刑に加えて禁錮刑も選択可能とし、通信技術を使用した未成年者への性的取り入り(いわゆるチャイルド・グルーミング)関連の規定も整備した。

2010年6月22日改正は、成人に対する罪と同じ条に別項として並んで規定されていた未成年者に対する罪を、「第2節の2」の形で節を新設し、

成人に対する罪と区別された位置に置き直した。また、2015年には、性交同意年齢が16歳に引き上げられた。さらに同改正によってスペインの最高刑として終身刑が創設されたこととともない、性犯罪直後に行為者が被害者を殺害する行為を終身刑に処する旨の140条が⁽²⁵⁾制定された⁽²⁶⁾。

(2) 保護法益

スペイン刑法第8章の罪の保護法益は、性的自由および性的不可侵性である。

性的自由とは、性的内容を有する行為の可否を自由に決定する万人の権利⁽²⁷⁾を意味し、性的不可侵性とは、客体が16歳未満の未成年であることや障害のあることに起因して性的自己決定の能力が欠ける場合に、その性自体を保護するために用いられる概念である⁽²⁸⁾。16歳未満の者に対する性的行為が禁止されるのは、性的行為が未成年者の発達および精神バランスに悪影響を与えることを理由として⁽²⁹⁾いる。

性的自由も性的不可侵性も、性に関する法益として理解されるが、その範囲については性的価値規範の文脈を参照して決定される⁽³⁰⁾。性的価値規範の文脈というとき、それはいわゆる性道徳を意味することになりかねないが、性犯罪構成要件の内容を具体的に考える際に、この文脈を無視することは不可能であることが指摘されている。たしかに、犯罪そのものを道徳違反に還元してしまうことは許されないが、性交同意年齢を何歳に設定するかを決定し、性的自由の領域と性的不可侵性の領域とを切り分ける境界線設定や、どのような行為が性的な意味を有するといえるのかの基準形成については、文化的・慣習的な規範に一定の手がかりを求めざるをえないことは否定できないといえよう。

もちろん、今日、婚姻は性的自由をその配偶者に対して減少させることはない⁽³²⁾ため、配偶者間においても性的自由は保護に値する。

(3) 性的攻撃罪

性的攻撃罪 (agresiones sexuales) は、暴行または脅迫を用いて他者の

性的自由を侵害することをその内容とする。178条に定められている基本類型の構成要件は次の通りである。

a) 性的攻撃罪：基本類型

i. 主体・客体

主体および客体に男女の区別はなく、原則としてすべての人間がすべての人間に対して犯すことのできる罪である。最高裁は、本罪の主体および客体について「その性別を問わない。男と女であろうとも、2人の男であろうとも、2人の女であろうとも」という⁽³³⁾。ただし、客体が16歳未満の者である場合には、183条2項が適用されるため、本条の適用はない⁽³⁴⁾。

ii. 構成要件的行為としての「性的自由を侵害」の概念

性的攻撃罪の成立には「性的自由を侵害」したことが必要であるが、そのためには、行為主体と行為客体との身体的接触 (contacto corporal) が要求される⁽³⁵⁾。したがって、身体的接触を伴わない露出行為は、たとえ被害者の性的自由を害するものであったとしても、本条には該当しない。

問題となるのは、一般的な自由に対する罪と性的自由に対する罪の分水嶺となる「性的」とは何を意味するのかである。その概念の中核に、179条に定められた行為（性交等）があることには疑いはない。その外側の行為、すなわち客観的にそのような挿入が目的とされていることが明らかでない行為については争いがある。伝統的な判例は、このような場合、「みだらな意図」や「卑猥な意図」といった主観的要素をもって、治療行為や単に侮辱的な行為を性の文脈から除外しようとしてきた⁽³⁶⁾。しかし、現在、最高裁は「故意を認定するためには、当該行為から生じる危険を認識していれば十分であり、したがって行為者が自らの行為が被害者の性的自由ないし不可侵性に悪影響を与える性質を有していることを認識していれば足りる」、⁽³⁷⁾「実行の認識と意思以上の卑猥な目的は必要ない」としており、⁽³⁸⁾故意以外の主観的認識を要求することを否定している⁽³⁹⁾。現在の最高裁と同じ立場に立つムニョス・コンデは、主観的内心要素を持ち出すことは、行為

が性的性格を有するか否かの認定に際して、裁判官の恣意を許すことになると批判し、「性的自由を侵害」といえるためには、接触の強度と他者の性に影響を及ぼすべき潜在的可能性が要求されなければならないという。⁽⁴⁰⁾ 彼によれば、地下鉄の雑踏やショーの人混みを利用して身体に触れる行為は、本罪における「性的自由を侵害」には当たらないことになる。⁽⁴¹⁾

iii. 構成要件的行為としての「暴行または脅迫」の概念

178条は、暴行または脅迫 (*violencia o intimidación*) を構成要件的行為として規定している。これらの行為自体、自由に対する罪の脅迫ないし強要の罪を構成するものであるが、性的文脈または行為の性的意味合いによってそれらの罪と本罪とが区別される。⁽⁴²⁾

暴行は、相手方の意思を完全に制圧した場合、または被害者が抵抗すればするほど行為者の使用する身体的エネルギーも大きくなるおそれがあるときに存在する。したがって、被害者が特別にあるいは英雄的に抵抗する必要はなく、被害者の意思に反して性的行為を達成する程度の暴行で十分である。たとえば、抵抗すれば相手の暴行が激しくなることが予想されるため、被害者が抵抗の意思を失い、抵抗せずに不同意のまま性的行為に耐えた場合にも暴行がある。ここで注目すべきは、最高裁がこれまで暴行の程度について述べてきたときは一定強度を一貫して要求しているが、被害者の抵抗について述べるにあたってはその特別な抵抗を不要であるとしている点である。行為者の暴行の強度について最高裁は、一定強度の暴行が必要である旨判示しつつ⁽⁴³⁾、被害者の抵抗について2017年に「被害者の抵抗は、それが攻撃者の暴行を必ず誘発する程度に必死でなければならないわけではない。犯罪構成要件は、ただ被告人の暴行のみを要求しており、被害者のとるべき抵抗については触れておらず、攻撃者の身体的攻撃に対して被害者がとるべき抵抗の程度や質にはなおさら触れていない。ここでは、被害者の反対意思に直面した行為者が目的達成に固執し、被害者の意思および抵抗を押さえつけるための身体的暴力を行使したことで十分である。……なぜなら、事の本質は攻撃者が被害者の意に反したことからである」⁽⁴⁴⁾

と述べ、2018年にもこの立場を維持している。暴行に一定の程度を求める姿勢は現行刑法下において維持されているが、その程度については被害者の抵抗の有無とは関係なく判断されるのである。⁽⁴⁷⁾

もちろん、訴訟上、現に被害者による抵抗が行われたことが被害者の不同意を証明する重要な証拠となるため、被害者の抵抗があることが不同意の事実認定において重要な役割を果たすことは否定できない。それゆえ、抵抗がない場合の不同意性の立証は困難を伴うケースが少なからずある。だが、訴訟上の便宜が実体法上の要件を指導するのではないのだから、一定強度の暴行の存在と被害者の不同意が証明できさえすれば、被害者の抵抗がなくとも本罪の構成要件に該当しうると解する立場には、一定の説得力があるといえよう。⁽⁴⁸⁾

このような被害者の抵抗を不要であるとする解釈を支えているのが、旧刑法と現行刑法との文言の違いである。旧刑法は、本罪の行為について「強制 (fuerza) または脅迫」としていたが、現行刑法はこれを「暴行 (violencia) または脅迫」に改正した。スペイン語の“fuerza”と“violencia”の語感の違いを日本語で説明するのは困難だが、コンメンタールの中には、旧刑法の“fuerza”であれば現に被害者の抵抗を抑圧し強制することが要求されるが、現行刑法の“violencia”であれば暴行の存在があれば足り、被害者に特別な抵抗を求めることは不要になると解説するものも見られる。⁽⁴⁹⁾

それでは、一定強度の暴行とはどの程度をいうのであろうか。学説および最高裁は、それを因果関係 (vinculación causal/ relación de causa) に求めている。⁽⁵⁰⁾ 当該暴行がなくても身体的接触が行われたと認められる場合には、当該暴行は性的侵害罪の暴行の程度には達していない。これに対して、当該暴行があったが故に身体的接触が行われた場合には、性的侵害罪の暴行があったといえる。判例は、「この暴行または脅迫と前記身体的接触とは2つの意味で因果関係がなければならない。a) 前記身体的または心理的暴行が、身体的接触に向けられていること、b) その暴行が性質および状況に照らし目的達成に相当であると考えられること」⁽⁵¹⁾と述べている。なお、ひとつの行為が暴行としての身体的意味と脅迫としての心理的意味

とを持って被害者の行動を抑圧することが考えられる。その場合、最高裁は、「同一所為が強制の2つの段階（物理力および心理力）において一致するのは一般的である。その場合、相当性の評価は一方および他方の強度を全体として評価する必要がある⁽⁵²⁾」と述べ、暴行が脅迫の意義を有する場合については脅迫の側面も取り入れて考慮することを明らかにしている。

このように、スペインにおいては、被害者の抵抗を不要としつつ、暴行が身体的接触に向けられているか、その暴行と身体的接触との間に相当性があるかを考慮することで（これをスペインの学説・判例は、暴行と身体的接触との因果関係と呼んでいる）、暴行に一定程度を要求しているといえる⁽⁵³⁾。

本条の脅迫（intimidación）は、脅迫罪における脅迫（amenaza）とその本質においては同義であるが、本罪における脅迫の場合は、一定の程度および性的自由侵害との関連性が要求される。その程度は、具体的事案において客観的に判断されなければならない⁽⁵⁴⁾。

なお、暴行または脅迫に着手すると実行の着手が認められ未遂犯となるが、暴行そのものがわいせつ行為であると評価される場合には既遂犯が成立する⁽⁵⁵⁾。

iv. 故意

本罪は故意犯である。本罪の故意が認められるためには、身体的接触行為の認識、当該身体的接触行為に性的意味合いがあることの認識、暴行または脅迫行為の実行の認識およびその実行意思が必要である⁽⁵⁶⁾。ただし、性器等への男性器挿入など、179条（強制性交等罪）に規定する行為を実行する認識・認容をもってそれに向けられた暴行・脅迫を加えた場合、本罪の既遂ではなく179条の未遂となる。本罪既遂と179条の未遂との区別は、理論的には明快だが、外形的行為が異ならないために、実務的には区別が困難であることが指摘されている⁽⁵⁷⁾。なお、スペインにおける未遂犯処罰は既遂犯の刑からの1段階ないし2段階の必要的減輕である⁽⁵⁸⁾が、それでも178条の既遂より179条の未遂の方が重い処罰が可能である⁽⁵⁹⁾。

b) 強制性交等罪

i. 罪質

本罪は、一般的に「強姦罪 (violación)」と呼ばれる性犯罪であり、性的攻撃罪の加重類型として179条に制定されている。本稿では、膣、肛門または口腔への男性器の挿入行為を日本刑法の用語法にならって「性交等」と訳し、前二者への身体の一部または物体の挿入も含めて、本罪を強制性交等罪と訳すことにする。

ii. 構成要件的行為として「性交等」および「物体の挿入」の概念

本罪は、主体・客体についての性的攻撃罪の基本類型と異なるところはない。違いは、「性的攻撃が、膣、肛門または口腔への性交等をとめない、もしくは前二者への身体の一部または物体の挿入を構成する」ことのみである。

膣、肛門または口腔への性交等については、日本刑法と同じである。日本の強制性交等罪と異なるところは、構成要件的行為に前二者、すなわち膣または肛門に対する身体の一部または物体の挿入が含まれる点である。身体の一部とは、男性器でない身体の一部、すなわち指などを意味し、物体とは身体を構成しない物体である棒などを意味する。⁽⁶⁰⁾口腔への男性器以外の身体の一部や物の挿入は本罪の対象ではないので、キスの際に舌を相手の口腔内に差し入れる行為や指を口に含ませるなどの行為は本罪を構成しない。

c) 加重構成要件

性的攻撃罪は、180条によって、①暴行または脅迫が特に卑劣で屈辱的な性質を有するとき、②所為が2人またはそれ以上の者によって共同で実行されるとき、③被害者が、被害者が年齢（ただし16歳以上に限る）、疾病、障害または状況により特に傷つきやすい者であるとき、④犯罪の遂行のために、行為者が尊属、卑属、兄弟姉妹または養子としてあるいは被害者との関係においてその性質上、優位性または親族関係を利用したとき、

⑤行為者が武器を使用したはその他それと同等な重傷害罪を惹起する危険な方法で行ったときに刑が加重される⁽⁶¹⁾。

①および⑤については、現に使用された暴行または脅迫の質が具体的に検討される。②の共同実行については、刑法総論の共犯論における共同正犯⁽⁶²⁾と同様に解されるため、共同実行者全員が性的行為をすることは求められず、たとえばひとりが暴行を加え、別のひとりが性的行為を行う場合でも成立する⁽⁶³⁾。③は、被害者の傷つきやすさを具体的に判断するが、その傷つきやすさの故に暴行・脅迫なく罪が犯された場合には本条ではなく、性的濫用罪の加重類型たる181条5項が適用される。④は、親族関係の利用類型であるが、もちろん血縁者間の近親相姦の道徳的タブーを処罰する趣旨ではない。それは、本類型が養子の場合にも成立することから明らかである。ここでは、親族関係そのものよりも、それにもとづく優越性が重要である。優越性を利用することで、相手の性的自由ないし不可侵性を侵害することになるからである⁽⁶⁴⁾。これらの加重事由が複数競合する場合、180条2項により、当該刑の上半分が科されることになる⁽⁶⁵⁾。

(4) 性的濫用罪

性的濫用罪 (abusos sexuales) は、181条ないし182条に定められた性犯罪で、性的攻撃罪との違いは、暴行または脅迫が用いられないところにある。保護法益は、性的自由および性的不可侵性である。同一行為者が同一被害者に対して性的濫用を繰り返すときは、反復犯 (delito continuado)⁽⁶⁶⁾として処理される。

a) 基本類型

181条1項に定める「他者の性的自由または不可侵性を害する行為」が何を意味するかは、性的攻撃罪の「性的自由を侵害」と同様に解釈論上の困難さを有する。行為客体が行為者の行為に対して不同意であっても、握手やハグなどのあらゆる身体的接触が性的濫用に該当するわけではなく、健康診断の際の身体的接触はたとえ患者が医者⁽⁶⁶⁾の触診に不同意であったと

しても、性的文脈がない場合、ただちに性的虐待となるわけではないからである。⁽⁶⁷⁾ここでも文化的文脈での判断が求められる。⁽⁶⁸⁾本罪は、暴行または脅迫が不要であるから、同意のない被害者の不注意を利用して性的自由または性的不可侵性を害する行為があれば足りる。したがって、性的攻撃罪と異なり、不意打ちによる痴漢行為も本罪に含まれる。不同意は、認識可能であれば⁽⁶⁹⁾それが明示されていなくても良い。このことを最高裁は、「性的濫用罪の被害者に対して拒絶を示す特別のフォーマットを置いていない」と表現する。⁽⁷⁰⁾もちろん、同意が存在すれば、それが黙示のものであっても構成要件該当性を阻却する。

同意の錯誤は故意を阻却する。過失処罰規定は存在しないので、同意に錯誤がある場合は犯罪が成立しない。⁽⁷¹⁾

b) 意識がない者等への性的濫用罪

181条2項は、行為客体が意識喪失・精神障害・薬物使用等による意思無効のケースにおいては同意がないものとする旨規定している。

ただし、条文において「同意のないものとする」(「する」の原文は“considerarse”で、一般的な意味における「みなす」)との表現が使われているが、この規定の趣旨は、法文のこれらの条件に当てはまる者については、自由に性的行為に同意または拒否する能力が欠けていると推定(presunción)することにあると考えられており、具体的事情の下で被害者に性的自己決定が可能であったと証明される場合には、この推定は破られる。⁽⁷²⁾

「意識を喪失し」とは、意識不明状態や睡眠状態をいい、「精神の障害」とは、20条1号に定める責任阻却事由と類似の状況を意味するが、近年の判例によれば、意識が完全に失われている必要はなく、性的自己決定に影響を与える心理的な減退が生じていれば足りるという。⁽⁷⁴⁾薬物等の使用については、意識を失わせるものだけでなく、性欲を異常亢進させて性的自己決定を害するものも含むが、被害者がその効能を知って自ら摂取した場合は「濫用」に当たらない。ただし、被害者が薬物等によりその意識を完

全に喪失した場合は、意識を喪失した者に当たることになる。もちろん、薬品を飲ませて意識を失わせることが「暴行」として評価される場合には、本罪ではなく性的攻撃罪が成立する。⁽⁷⁵⁾

c) 「乗じる」ことによる性的濫用罪

181条3項に規定する罪は、これまでの罪と異なり、被害者の同意がある場合を処罰する。とはいえ、もちろん完全な同意がある場合を処罰するのは妥当ではないから、条文は重大な瑕疵ある同意のケースとして「被害者の自由を制限する明白な優越性のある状況に乗じて行為者が同意を得た場合」に限定して処罰対象とする。行為者には——日本における「監護者」などの——構成要件的な限定はないが、行為状況として行為客体に対して優越的な地位にあることが必要である。その優越性が何に由来しているかは問わないが、客体の性的自己決定に影響のあるものでなくてはならない。⁽⁷⁶⁾ 最高裁は、本罪における乗じること (prevalimiento) の判断について「a 行為者に優位性のある明確な状況、b その状況が被害者の判断能力の制限に重要な影響を及ぼしていること、c 行為者が、その被害者の意思の抑圧の結果として瑕疵ある同意を得ることを認識していること」⁽⁷⁷⁾の3要件を示している。

本条には、性的攻撃罪における脅迫の程度が足りない場合を捕足する機能もある。たとえば、上司と部下、教師と学生・生徒との関係において、優越性がある側が優越性のない側に対して性的攻撃罪を構成するほどの脅迫は行わなかったが、意思が制限される状況が明らかであることに乗じた場合がこれである。もちろん、上司と部下、教師と生徒の関係があるからといっても、優越的な状況がない場合、たとえば当該部下・生徒に対して不利益を与える一切の権限のない上司・教師であれば、——後述のセクシャル・ハラスメント罪は別論——本罪の対象にはならない。⁽⁷⁸⁾

本罪は、行為者に優越性の認識およびそれを利用する意思がなければ成立しない。

d) 加重類型

181条4項および5項は、性的濫用罪の加重類型を定めている。条文に示されている範囲で、上述の性的攻撃罪の加重類型と同様である。⁽⁷⁹⁾

e) 16歳以上18歳未満の者に対する性的欺罔濫用罪

182条1項は、16歳以上18歳未満の者に対して、欺罔を用いて、または信頼、権威、その他被害者に対して影響力のある地位を濫用して性的行為をした場合を処罰対象とする。性交等を伴う場合は2項によって加重して処罰される。本条は、性交同意年齢に達した以降の18歳を迎えるまでの者を、欺罔や濫用などによる性的搾取から保護する趣旨である。

本条にいう欺罔について、かつては状況に関する欺罔を含めて理解する見解が唱えられていた。たとえば虚偽の結婚の約束をして性行為をした場合などがこれである。しかし、今日、結婚と性行為とを結びつける保守的な価値観はスペインの16～17歳の世代において一般的でなく、偽の結婚の約束を本条の欺罔に含める見解はない。⁽⁸⁰⁾ 本条の欺罔は、行為の性的意味またはその結果について向けられているときのみ、すなわち法益関係の錯誤に向けられるときのみ、該当すると考えられている。⁽⁸¹⁾ このように本罪を限定して捉えるならば、本条の存在意義は極めて小さいものとなる。というのも、真に処罰に値する事案の場合は、181条3項の「乗じる」ことによる性的濫用罪にほとんど取り込まれてしまうからである。⁽⁸²⁾

本罪の成立のためには、欺罔または影響力のある地位を濫用する認識が必要である。

(5) 16歳未満の未成年者に対する性犯罪

性交同意年齢未満の者に対する性犯罪を通常の条文の中に規定したのは1999年改正によってであった。当時は、13歳未満の者に対する罪を、成人に対する罪と同じ条の別項に規定するという方式を採用していた。2010年6月22日改正は、⁽⁸³⁾ 成人に対する罪と区別する形で「第2節の2」として未成年者に対する罪を置き直した。さらに、2015年3月30日改正により性交同

意年齢が16歳に引き上げられた。その狙いは、児童の権利を尊重することであり、その実現のために欧州諸国と足並みをそろえることである。これらの罪は、2015年改正以前のいわゆる淫行罪 (delito de corrupción de menores) の範囲を含むものである。⁽⁸⁵⁾ これらの罪は、⁽⁸⁶⁾ 客体が16歳未満の未成年として限定的であること以外、条文上の諸概念は原則としてこれまでの性的攻撃罪、性的濫用罪等と同様に理解される。ただし、性的攻撃罪の「身体的接触」の概念については、183条2項後段により、行為者と被害者との接触がなくとも行為者が第三者と未成年とを接触させれば足りることになる。⁽⁸⁷⁾

183条の2は、未成年者の性的行為への勧誘を犯罪として規定し、183条の3は、通信技術を用いた未成年者との性的行為を目的とした予備行為(1項)および16歳未満のわいせつ画像の提供要求(2項)を禁止することで、未成年者の性的搾取の禁止を定めた。⁽⁸⁸⁾ いわゆるチャイルド・グルーミングの処罰規定である。

ただし、若者の自由恋愛に基づく性行為を禁止するべきでないことに鑑み、性的行為をした者同士が年齢および発達または成熟度において近い場合、本節の行為は処罰されないことが明文化されている。⁽⁸⁹⁾

(6) セクシャル・ハラスメント罪

いわゆるセクシャル・ハラスメント罪 (acoso sexual) は、セクシャル・ハラスメントを処罰の対象とするものである。⁽⁹⁰⁾ 最高裁は、本罪を、憲法18条1項の定めるプライバシー・親密領域の保護と関連して、性的関係に関与しないという自己決定に対する攻撃から人を保護するものと解している。⁽⁹¹⁾ しかし、条文を一読すれば明らかなように、一般にいわれるセクシャル・ハラスメントのうち相当限定的な範囲に限って処罰の対象としている。そのため、本罪がセクシャル・ハラスメント罪という名称であることからただちに「スペインにおいてはセクシャル・ハラスメントが処罰されている」というと事実を見誤りかねない。

「性的性質を有する行為を要求」する行為は個々独立で行うが、こ

れらが職業、教育または公務の場において、継続的または常習的に行われ、被害者に対して客観的かつ重大な恐怖の、敵対的なまたは屈辱的な状況を惹起した場合に限って犯罪となる。

本罪の加重類型として、2項は、職業または教育もしくは階級における優越性の状況を利用し、または、当該範囲で、被害者に対して、被害者が持ちうる正当な期待に関する害悪を明示もしくは黙示により告知をしたときに、3項は被害者が特に傷つきやすい者であるときに成立する罪を置いている⁽⁹²⁾。

(7) その他特筆すべき事項

以上の罪は、原則として親告罪である（191条1項前段）。このように性犯罪の手續が「私事化」(privatización)されていることは、性犯罪が個人の自由に対する罪であることおよび被害者のプライバシーの権利に合致すると評価されている⁽⁹³⁾。ただし、被害者が未成年者であったり保護を必要とする特に弱者である場合には被害者やその法定代理人による告訴を要しない（191条1項後段）。また、被害者やその代理人による許しは、行為者の刑事責任を阻却するものでない旨の規定も置かれている（191条2項）。

性犯罪の行為者に対しては、自由刑執行後の保護観察の保安処分や親権剥奪等の権利剥奪刑にも併せて処することができる（192条1項、3項⁽⁹⁴⁾）。さらに、すでに考慮されている場合を除いて、被害者が未成年者または障害者である場合において、行為者が尊属、監護権者、後見人、教師あるいはその他代理人等である場合には、刑の上半分を適用する量刑規定がある（192条2項）。

すでに述べたとおり、性犯罪後の謀殺には、スペインにおける最高刑たる終身刑が絶対的法定刑として置かれている（140条1項2号）。

IV 比較検討

以上のように、スペイン刑法の性犯罪規定を概観してきた。ここで、日

本刑法とスペイン刑法の性犯罪規定の全体構造の差異を明確にしたい。理論的な示唆は「V結語」にまとめる。

(1) 性的濫用罪

暴行・脅迫要件のない性的濫用罪は、日本刑法典中に見当たらない。しかし、日本法体系全体を見てみると、必ずしもそうであるとは言い切れない。というのも、スペインの性的濫用罪は、いわゆる軽い性的接触行為たる痴漢行為も対象となりうるものであった。スペインの性的濫用罪の法定刑は「1年以上3年以下の禁錮または18月以上24月以下の罰金」であり、日本の各地方公共団体の定める「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」に定める痴漢行為に対する一般的な罰則は「6月以下の懲役又は50万円以下の罰金」(東京都：5条1項1号，8条，大阪府：6条1項1号，17条1項2号)であって、たしかにスペインに比してやや軽いものの、さほど隔たりがあるわけではない。暴行・脅迫を用いずとも、他人の身体に衣服の上からまたは直接に触れることは、日本においても一定の条件下で犯罪とされている。

ただし、痴漢行為の処罰は、その処罰が①条例に基づくものであり、②保護法益が必ずしも個人の性的自由ではなく、③各条例の定める要件として「公共の場所又は公共の乗物において」といった状況の限定がついているという問題点がある。それゆえ、スペイン法と比較した場合の日本法における処罰の間隙は「暴行・脅迫のない性的意味を有する行為一般」ではなく、「公共の場所でないところで行われた個人の性的自由を害する行為」にあるといえる。

(2) 乗じた類型

スペイン刑法は、181条3項で「被害者の自由を制限する明白な優越性のある状況に乗じて行為者が同意を得た場合⁽⁹⁵⁾」を一般的に処罰し、182条1項で16歳および17歳の者に対して「欺罔を用い、または信頼、権威、その他被害者に対して影響力のある地位を濫用」して性的行為をすることを

処罰対象としている。日本は、法規定上、監護者がその影響力に乗じる規定があるのみである。ここに規定上の差異がある。すなわち、監護者ではないが客体に対して一定程度の影響力を有する者が、その影響力に乗じて、本心は不同意であるが行為者の影響力に起因して瑕疵ある同意をした者に対して暴行・脅迫なく性的行為を行うとき、スペインにおいてはこの行為は明文により処罰範囲に取り込まれるが、日本においてはこれを捕捉する明文の規定はない。この状況は、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第3回会議でも議論されているため、「日本においてはあえて明文で捕捉されていない」のであろうが、本当にそれで良いといえるのかの問題提起も含めて改めて指摘しておきたい。

なお、この類型は、監護者性交等類似の場合のみならず、行為客体が抗拒不能とまではいえない程度に酩酊し、行為者が暴行といえるほどでもない態様で、相手の酩酊に乗じて真意ではない表面上の同意を得て性的行為を行ったケースを捕捉する規定としても重要な意義を有する。この点も含めて議論されるべきである。

(3) セクシャル・ハラスメント罪

職場等における個々の行為が何らかの犯罪を構成する可能性はあれど、いわゆるセクシャル・ハラスメント罪の規定は日本にはない。

(4) 未成年者の取り扱い

性交同意年齢をスペイン刑法は16歳に設定している。性交同意年齢の引き上げ議論の参照対象となるだろう。また、スペインは16歳と17歳の者も欺罔等に基づく性的行為から保護している。日本においても未成年者の性は保護されているが、13歳以上の性については淫行条例、児童買春・児童ポルノ禁止法、児童福祉法などに分散して規定されており、未成年者の性的保護規定の在り方はスペイン刑法のそれと対照的である。

V 結 語

(1) 示唆

以上から、次の示唆を得た。

a) 暴行・脅迫要件に関連して

暴行・脅迫要件は、撤廃か存続かの2択の議論がなされがちであるが、スペインは暴行・脅迫要件を有する規定と有しない規定とを持っている。一般に暴行・脅迫要件を撤廃したと喧伝されるドイツも、実際には暴行・脅迫要件を持つ規定を残している。すると、議論の焦点は、暴行・脅迫要件を撤廃するか残すかではなく、暴行・脅迫要件のある罪は残しつつ、それよりも軽い罪として暴行・脅迫要件を持たない罪を置くか否かになるだろう。その際、日本法では、いわゆる痴漢行為と呼ばれる迷惑防止条例違反行為の処罰との統一的な検討が必要になる。特に、痴漢処罰が現在のように条例違反として行われることの適否について、議論がなされなければならない。日本の痴漢行為処罰規定は、その規定形式によれば、性的自由に対する罪ではなく公衆道徳に対する罪であって、公衆迷惑罪のような様子を呈している⁽⁹⁷⁾。このような規定方式は、現代刑法学の理論的立場と相容れないばかりか、痴漢行為を「被害者に対する罪」として認識している一般の意識とも乖離するものである。早急な見直し⁽⁹⁸⁾が求められる。

また、暴行・脅迫要件が残る罪についても、暴行・脅迫の程度について再考する必要があるだろう。日本では先の法改正において、暴行・脅迫と抗拒不能についての付帯決議がつけられた。この付帯決議の意図するところは、近年のスペイン最高裁のように被害者に抵抗を求めず、被害者の意に反する行為を暴行・脅迫として評価する解釈および暴行自体が脅迫の意味を有することを正面から認め、暴行の強度の評価の際に被害者に与えた心理的影響をも併せて考慮する解釈の確立であろう。現に抵抗が行われなかった場合であっても、被害者の意思に影響を与えることが相当な程度の暴行が行われたと証明できるなら、強制性交等罪の暴行に含めて理解することが

求められているのである。⁽⁹⁹⁾この方向性は、検討会議の議論においても、国会の場においても確認されていた——むしろ、現在の日本の実務はすでにそうであるとの認識すら示されていた⁽¹⁰⁰⁾——のであるし、学説によっても一定の支持を得ているといえる。⁽¹⁰¹⁾

b) 強制性交等罪のその他の行為に関連して

スペイン刑法の強制性交等罪は、日本のそれよりも、性器、肛門に対する指などの身体の一部の挿入、棒などの物体の挿入を禁じる分だけ広い。慎重な検討が必要であるものの、このような挿入行為の禁圧もまた、保護法益との関連で検討されてよいであろう。

c) 他の類型に関連して

日本にはなく、スペインにある類型として、「乗じた類型」が存在する。⁽¹⁰²⁾これを日本に導入するかが争点のひとつを形成するであろう。

明らかな優越性に乗じたにもかかわらず、暴行・脅迫の程度が足りず、心神喪失でも抗拒不能でもないというとき、日本刑法には処罰の間隙があると考える向きもある。私見では、優越性に乘じて相手に抱きつくなどの行為は、反抗を著しく困難にする暴行に当たるとして現行法においても処罰すべきであると解するが、そのような解釈が一般的にならなければそこに処罰の間隙が生じてしまうと考える。もう一度ここに實際上処罰の間隙があるのか、あるのならばそれを埋めるべきか否か、埋めるべきであるとすればそれは解釈によるべきか立法によるべきかが検討されてしかるべきであろう。⁽¹⁰³⁾「乗じた類型」を設けるならば、強制わいせつ（性交等）と準強制わいせつ（性交等）との間にある「ある程度抗拒困難だがある程度抗拒可能であり、ある程度の暴行が加えられたがその程度はさほど強くなかった」という類型を捕捉可能になる他、監護者性交等罪の成立がない19歳の者に対する明らかな優越性に乗じた性交を禁圧することが明文によって明確になる。

d) 刑罰・処分について

スペイン刑法は、罪刑法定主義を罪法定主義（1条）と刑法定主義（2条）とに区別して規定し、そのいずれも厳密に尊重することにより、自由主義の原理原則に忠実な刑法を実現している。そのため、刑法全体を通じて犯罪類型が細かく設定されており、対応する法定刑の幅も狭く設定されている。この特徴は、性犯罪規定においても例外ではない。重い性犯罪には重い刑が、暴行・脅迫要件のない性的濫用罪の基本類型には罰金刑を含む軽い刑が設定されている。このような軽い刑の設定が、処罰範囲の拡大と連動している点に留意しなければならない。ドイツにおいても、暴行・脅迫要件のない性犯罪を置くとき刑の下限を引き下げた。ところが、日本においては、先の改正においては処罰範囲の拡大が企図されつつ、刑の下限の引き上げが行われた。このような高い刑の下限を有する犯罪において、犯罪成立範囲を広く認めることは困難であろう。刑の重さと成立範囲との関係を慎重に考える必要がある。

さらに、スペインは性犯罪に対して自由刑・財産刑の他に権利剥奪刑とその他保安処分を予定している。性犯罪に限らずあらゆる犯罪対策において必要なのは、その現実的かつ効果的な予防であるところ、再発防止をも考慮に入れた刑罰・処分体制の構築も視野に入れなければならないだろう。本稿では触れられなかったが、スペインでは通常⁽¹⁰⁵⁾の自由刑の執行においてもかなりユニークな制度を複数有している。

e) その他

スペインは2015年まで性交同意年齢が13歳であり日本と同じであったが、現在では16歳に設定している。日本がこれにならうべきか否かは議論の余地があるとしても、欧州全体の流れとして大いに参考にすべきであろう。さらに、若者同士の自由恋愛を処罰対象にしないための規定も、単なる注意規定としてではなく、性犯罪の保護法益が性道徳ではなく性的自由であるということを宣言する規定として理解すれば、示唆に富むといえるだろう。

また、未成年の性保護について、日本は淫行条例、児童福祉法、児童買春・児童ポルノ禁止法等と、性交同意年齢未満の者を対象とする場合と監護者性交等の場合を除いて条例や特別法で規制する形式をとっているが、スペインは原則的な類型を刑法典にまとめて規定している。どちらが好ましいかは選択の問題であろうが、このような別法に規定する方式が、刑法典を読んだ一般市民に対し、日本においては未成年者の性保護が不十分であるとの誤解を生じさせるとしたら、その見直しの是非が議論されても決して無駄ではないように思われる。

(2) おわりに

スペイン刑法の性犯罪規定を概観してその構造を分析したことにより、いくつかの示唆を得るに至った。もちろん、この示唆をただちに立法に反映させるべきであるというのではない。立法の際には可能な限り不明確な表現を避け、当罰性のある類型を可能な限り明示して規定することが望ましいことを忘れてはならず、それゆえ日本刑法体系に適合する形での立法議論が改めてなされるべきである。また、刑事司法全体の流れを考慮に入れて、捜査、立証および被疑者・被告人防御の各局面において、人権侵害を惹起するような不当な事態が生ずるおそれがないかを検証しなければならない。使用可能な捜査手法、公判の在り方、証拠法等が異なれば、同一の実体法規であっても現実的な運用が当然に異なってくることへの注意を欠いてはならない。

本稿は、スペイン刑法学の性犯罪規定の概要とそこから得られる示唆をきわめて簡潔に描写したものにすぎない。それでも、日本における性犯罪規定の見直し議論に寄与するところが——日本ではほとんど知られていないスペイン刑法の条文を邦語で示すという資料的価値も含めて——少なからずあるものと確信している。

(了)

注

- (1) 本稿が対象とするスペイン刑法は、1995年制定スペイン刑法典 (LO 10/1995) の2019年5月1日時点の現行法 (最新改正2019年3月1日: 官報掲載2019年3月2日) である。なお、本稿の参考文献はいずれも最新改正を反映していないが、今般の改正は性犯罪に影響を与えるものではない (性犯罪規定に関連する改正は、1999年4月30日改正, 2003年11月25日改正, 2010年6月22日改正, 2015年3月30日改正の4改正である)。スペイン刑法改正の概略については、v. Antonio Zárate Conde y Eleuterio González Campo. *Derecho Penal Parte General*, 2015, pp. 64ss. 判例は、判決番号で表示し、カッコ内に公式判例リポジトリ番号 (roj) を示す。ただし、司法総評議会の司法文書センター判例データベースで閲覧できる判例のうち判決番号の記載がないものについては、判決番号の代わりに判決年月日を示す。
- (2) 刑法の一部を改正する法律附則第9条「政府は、この法律の施行後三年を目途として、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。」
本稿の刊行は編集の都合等によっては、検討に間に合わない可能性もあるが、それでも問題提起としての意義は有するだろう。
- (3) 本稿が対象とする性犯罪規定の改正法たる「刑法の一部を改正する法律」は、平成29年3月7日に案として国会提出 (第193回国会閣法第47号)、6月8日衆議院にて修正、当該修正案が6月16日可決、6月23日公布 (法律第72号)・官報掲載 (号外第134号) され、7月13日から施行されているものである。
- (4) たとえば、森川恭剛『性犯罪の行為と類型 フェミニズムと刑法』 (法律文化社、2017年) 177頁以下および刑法読書会編『犯罪と刑罰』第26号 (成文堂、2017年) 掲載の浅田和茂「性犯罪規定改正案に至る経緯と当面の私見——本特集の趣旨——」、嘉門優「法益論から見た強姦罪等の改正案」、斉藤豊治「性刑法の改革と課題」、辻本典央「強姦罪等の非親告罪化」の各論稿等参照。
- (5) たとえば、法務省「性犯罪の罰則に関する検討会」第6回会議で、角田由紀子委員が暴行・脅迫要件の撤廃に賛同する意見を主張したが、他の多くの委員からは難色を示された。同検討会の第2回会議から3回会議にかけてはヒアリングが行われ、出席者の多数から暴行・脅迫要件に

対する疑問が呈された。島岡まな「強制性交等罪における暴行・脅迫要件について——性犯罪の立証責任は誰が負うべきか——」『日高義博先生古稀祝賀論文集（下巻）』（成文堂，2018年）123頁以下も暴行・脅迫要件の緩和撤廃を主張する。同「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年）30頁以下も参照。

- (6) 「刑法第七百七十六条及び第七百七十七条における「暴行又は脅迫」並びに刑法第七百七十八条における「抗拒不能」の認定について、被害者と相手方との関係性や被害者の心理をより一層適切に踏まえてなされる必要があるとの指摘がなされていることに鑑み、これらに関連する心理学的・精神医学的知見等について調査研究を推進するとともに、司法警察職員、検察官及び裁判官に対して、性犯罪に直面した被害者の心理等についてこれらの知見を踏まえた研修を行うこと。」
- (7) たとえば、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一考察——」『日高義博先生古稀祝賀論文集（下巻）』（成文堂，2018年）165頁以下、嘉門優「法益論——刑法における意義と役割——」（成文堂，2019年）201頁以下など。
- (8) Jörg Eisele, in Schönke/Schröder-Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 177 Rn 1 ff.
- (9) アムネスティ国際事務局発表ニュース2018年11月24日「同意なき性行為は犯罪」https://www.amnesty.or.jp/news/2018/1206_7797.html（2019年5月1日閲覧）
- (10) Eisele, a.a.O., (Anm. 8), § 177 Rn 21f.
- (11) 改正以前のドイツ刑法は、暴行・脅迫のある場合を1年以上の自由刑としていた。改正後のドイツ刑法は、やはり暴行・脅迫のある場合を1年以上の自由刑とし、暴行・脅迫のない場合を6月以上5年以下の自由刑としている。
- (12) 暴行・脅迫要件を置いたまま、その他の類型を派生構成要件として置き、処罰範囲を拡大することも可能である。
- (13) 江藤隆之「スペイン刑法のプロフィール」桃山法学30号（2019年）1頁以下。
- (14) 改正後の「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」においてもスペインの刑法の紹介はない。
- (15) アムネスティ・前掲注(9)。この事件については、注(53)も参照。
- (16) ドイツにおいても強姦を意味する“Vergewaltigung”の見出しは、177条全体にかかっているのではなく、性行為をとまなう177条6項1号を

指している。Gereon Wolters, in Satzger/ Schluckebier/ Widmaier-Kommentar, 4. Aufl., 2019, § 177 Rn 3, 89.

- (17) 「暴行・脅迫のない不同意の性的行為が処罰されるべきである」という主張は、「暴行・脅迫のない不同意の性的行為は処罰される。暴行・脅迫があった場合はさらに重く処罰される」ということを否定するものではない。
- (18) 私は以前、「日本では不能犯は不可罰であるが、ドイツの不能未遂は可罰的である」という言説について、日本の「不能犯」とドイツやスペインにおける「不能未遂」が意味するところが違うのであるから、このような対比は不正確なのではないかと問題提起したことがある。江藤隆之「スペイン刑法における不能未遂の可罰性」桃山法学30号（2019年）27頁以下参照。
- (19) 本稿が割愛する第8章後半に定められている罪は、わいせつ物陳列、わいせつ物頒布、売春、児童ポルノ等である。
- (20) 訳出するにあたって留意した点について、以下に示す。
- ① 法的効果をあらわす際に使用される“será castigado”は直訳すれば「罰せられる」だが、日本刑法の表現にならい「処する」とした。
 - ② “prisión”は「禁錮」と訳す。
 - ③ 第8章のタイトルおよび181条1項に使用されている“indemnidad”は、「傷を受けない性質」を意味する。本稿では「不可侵性」と訳した。なお、国連による「女性に対する暴力に関する立法ハンドブック」において性暴力を定義するために使われている「身体の統合性」(integridad corporal)とは異なる概念である。
 - ④ “agresión sexual”における“agresión”は「攻撃」と訳すことにした。これを「侵害」と訳すことも考えた。特に、ドイツにおける“sexueller Übergriff”が「性的侵害」と訳されることとの関係では、性的侵害するのが自然であるのかもしれない。しかし、「侵害」は本来は刑法典にも刑法の論文にも頻出する“lesión”に当てるべき語であり、さらに“agresión”に当たらないが性的自由を侵害する“abuso”が観念できる以上、この“agresión”を「侵害」と訳すのは適切でないと判断し、本稿においては「攻撃」と訳すこととした。
 - ⑤ 179条他に定められている“acceso carnal”は直訳すると「肉体的接触」であり、その意味は男性器を膣、肛門、口腔に挿入することである(V. Fermín Morales Prats y Ramón García Albero, en; Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats y otros, Comentarios a la parte especial del

Derecho penal, 10.ed., 2016, pp. 314.) が, “contacto corporal” 「身体的接触」との区別のためもあり, 日本刑法においてはこれらの行為を「性交等」とするのでそれにならった。

⑥181条の “abuso sexual” の “abuso” は, 本来の語義として濫用という意味であるが, 「性的な暴行」「性的な虐待」の意味もある。しかし, 「暴行」と訳すと性的攻撃罪との差異が不明確になり, 虐待というところ児童を対象とするとの誤解を生ずるおそれもある。“abusos deshonestos” を「強制わいせつ」と訳出する例もあるが, そうすると日本刑法の暴行・脅迫を用いた強制わいせつとの区別ができなくなるので, 本稿ではあえて本来の語義通り「濫用」とした。なお, 182条1項の “abusando” は, “abuso” の動詞形 “abusar” の現在分詞であり, ここでは日本語の「濫用」のニュアンスと合致する。

⑦181条3項の説明に使用する概念 “prevalimiento” は, 直訳すれば「利用」であるが, 「状況等を自分に有利なように利用すること」というニュアンスなので, 日本刑法179条にならって「乗じる」と訳した。

⑧184条の行為者が被害者に要求する “favor” は「行為者にとって利益ある行為」や「愛顧, ひきたて」など相手がこちら側に対して良く接してくれることを意味し, 婉曲的には「体を許すこと」といった意味もある。ニュアンスを伝える適切な訳語がなかったので, “favores de naturaleza sexual” をまとめて「性的性質を有する行為」と訳出した。

⑨法的効果としての「当該刑の上半分 (su mitad superior)」とは, スペインの刑の量定方法のひとつであり, 法定刑のうち上半分によって処断するという意味である。たとえば, 法定刑が2年以下6年以下の禁錮の場合は, その中間である4年を境に, 2年から4年を下半分, 4年から6年を上半分としてその指示によって刑を量定する。「半分」概念について, 江藤隆之「スペイン刑法における刑の減輕処理」桃山法学31号(2019年)23頁以下参照。

- (21) スペイン刑法の概要については, 江藤「スペイン刑法のプロフィール」前掲注(13)1頁以下参照。
- (22) Exposición de Motivos, LO 10/1995
- (23) Exposición de Motivos, LO 11/1999
- (24) Rafael Alcácer Guirao, Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicos, 2004, p. 11.
- (25) 140条1項2号は次のように定める。
140条 次に掲げる状況における謀殺は, 終身刑に処する。

- 1) (略)
 - 2) 行為者が被害者に対して犯した性的自由に対する罪の直後の所為であるとき
- (26) 性犯罪規定改正の沿革について簡潔に描写したコンメンタールとして Carmen Lamarca Pérez, Delitos contra libertad e indemnidad sexuales, en; Carmen Lamarca Pérez, Avelina Alonso de Escamilla, Esteban Mestre Delgado, Alicia Rodríguez Núñez, Delitos La parte especial del Derecho penal, 2.ed., 2017, pp. 167s.
- (27) Lamarca, (nota 26), p. 168. ドイツにおいても、人間の性的自己決定の自由が年齢や性別に関係なく守られるとされている。Vgl. Wolters, a.a.O. (Anm. 16), § 177 Rn 6.
- (28) Lamarca, (nota 26), p. 168.
- (29) Lamarca, (nota 26), p. 168.
- (30) Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal Parte Especial, 21.ed., 2017, p. 193.
- (31) Muñoz, (nota 30), p. 193; Lamarca, (nota 26), p. 168.
- (32) STS de 23 de febrero de 1993 (roj STS 889/1993)
- (33) STS 39/2009 (roj STS 421/2009)
- (34) Muñoz, (nota 30), p. 194; José María Luzón Cuesta, Compendio de Derecho Penal Parte especial, 21 ed., 2018, pp. 109s.
- (35) STS 647/1998 (roj STS 2935/1998); véase también Lamarca, (nota 26), p. 169.
- (36) P.ej. STS de 13 de Marzo de 1995 (roj STS 1456/1995)
- (37) STS 494/2007 (roj STS 4458/2007)
- (38) STS 411/2014 (roj STS 2092/2014)
- (39) 最大判平成29年11月29日刑集71巻9号467頁が、これまで判例によって求められてきた強制わいせつ罪における故意以上の性的意図を不要であるとした流れと軌を一にするといえよう。
- (40) Muñoz, (nota 30), p. 195.
- (41) Muñoz, (nota 30), p. 195.
- (42) Muñoz, (nota 30), p. 196.
- (43) Luzón, (nota 34), p. 107.
- (44) Luzón, (nota 34), p. 106.
- (45) P.ej. STS 889/2007 (roj STS 7027/2007)
- (46) SSTS 573/2017, 291/2018 (roj SSTS 3187/ 2017, 2354/ 2018)

- (47) Lamarca, (nota 26), p. 172.
- (48) Cfr. Morales y García, (nota 20), p. 310.
- (49) Morales y García, (nota 20), p. 310.
- (50) Morales y García, (nota 20), p. 310.
- (51) STS 39/2009 (roj 421/2009)
- (52) STS 39/2009 (roj 421/2009)
- (53) 暴行の程度を要求すること自体が不当であると考える向きもあり、刑法改正を要求する声もある。とりわけ、2016年に発生したパンプローナの La Manada 事件（18歳の女性が複数の男から性的行為をされた事件）をきっかけに、刑法改正を求める声が高まった。司法省は改正草案を準備したが、現行執筆時現在（2019年春）、この改正案はスペインの政治的混乱ともなって新政府が成立しないためペンディングされている。校正段階で、本件に対する最高裁判決が出た。本件は、法改正を待つまでもなく強制性交等罪となった。これまでの最高裁判決の流れをくむものであり、改正の必要性が示された形だが、改正の行方はまだわからない。議論が落ち着いた段階であらためて論稿を発表したい。
- (54) Muñoz, (nota 30), p. 196.
- (55) V. Luzón, (nota 34), p. 110.
- (56) 「故意とは、行為者の行為を通じて不法構成要件を構成する諸事実を実現することの認識と意思である」 Joaquín Cuello Contreras y Borja Mapelli Caffarena, Curso de Derecho Penal Parte General, 3 ed., 2015, s. 93.
- (57) Muñoz, (nota 30), p. 197.
- (58) 江藤・前掲注(18)27頁以下参照。
- (59) 178条の既遂の上限は5年「以下」の禁錮であり、179条の未遂の上限は1段階減軽を加えて6年「未満」（6年-1日以下）の禁錮である。V. p.ej. Carlos María Landecho Velasco y Concepción Molina Blázquez, Derecho Penal Español Parte General, 10 ed., 2017, pp. 589ss.
- (60) Luzón, (nota 34), pp. 105ss.
- (61) Luzón, (nota 34), pp. 110ss.
- (62) スペインにおける共犯論については、Santiago Mir Puig, Derecho Penal Parte General, 10 ed., 2016, pp. 399ss.
- (63) Alcácer, (nota 24), pp. 31ss; Muñoz, (nota 30), pp. 197s.
- (64) Muñoz, (nota 30), p. 200.
- (65) V. Alcácer, (nota 24), pp. 95ss.
- (66) STS 784/1998 (roj STS 3394/1998). 反復犯は、一括して刑を加重処

理される(74条1項)。

- (67) その際、証拠上の問題が生ずると指摘するものとして、Muñoz, (nota 30), p. 205.
- (68) V. Muñoz, (nota 30), p. 204.
- (69) ドイツ刑法と異なり条文に「認識可能」の文言はないが、解釈上必要とされる。
- (70) STS 408/2007 (roj STS 3648/2007)
- (71) Muñoz, (nota 30), p. 205.
- (72) Muñoz, (nota 30), p. 205.
- (73) 20条1号は、犯罪成立を阻却する事由として「違法行為の時点において、何らかの心理の異常または変調により、所為の違法性が理解できずまたはその理解に従って行動することができない者」を挙げている。
- (74) STS de 1 de Febrero de 1993 (roj STS 10085/1993)
- (75) Muñoz, (nota 30), p. 205.
- (76) Muñoz, (nota 30), p. 207.
- (77) STS 486/2016 (roj STS 2631/2016)
- (78) Muñoz, (nota 30), p. 207.
- (79) Alcácer, (nota 24), pp. 99ss.
- (80) Muñoz, (nota 30), p. 209.
- (81) Muñoz, (nota 30), p. 209.
- (82) V. Muñoz, (nota 30), p. 209.
- (83) LO 5/2010
- (84) LO 1/2015
- (85) Exposición de Motivos, LO 1/2015
- (86) Muñoz, (nota 30), p. 213; Luzón, (nota 34), p. 116.
- (87) Muñoz, (nota 30), p. 194.
- (88) 児童ポルノの禁止は189条に規定されている。通信手段を用いて未成年に取り入れる規定について、v. Elena Górriz Royo, “On-line child grooming” en Derecho penal español, InDret: Revista para el Análisis del Derecho, N.3, 2016, pp. 1ss.
- (89) Luzón, (nota 34), pp. 118ss.
- (90) Morales y García, (nota 20), p. 310.
- (91) STS 1135/2000 (roj STS 5157/2000)
- (92) Muñoz, (nota 30), pp. 215ss.
- (93) Muñoz, (nota 30), p. 236.

- (94) Luzón, (nota 34), pp. 131s.
- (95) ドイツ刑法177条2項2号は、客体に身体・精神の状態により意思形成・表明に著しい制限があることを利用する場合を暴行・脅迫のない処罰と同様に処罰する旨規定するが、スペイン刑法181条3項と同旨であろう。ドイツ刑法は同条4項に被害者の病気または障害に乗じる場合に重く処罰する規定を置いており、スペイン刑法も180条1項3号に加重規定を持つ。
- (96) 仮に暴行・脅迫要件のある罪を廃止すると、いわゆる痴漢行為から強制性交等まで含む過度に広範な構成要件ができてしまい、罪刑法定主義上の疑義が生ずるだろう。
- (97) 嘉門・前掲注(7)220頁参照。
- (98) 条例による痴漢行為処罰の問題点として、江藤隆之「条例による罰則制定の批判的検討」桃山法学26号(2017年)1頁以下参照。
- (99) 被害者が行為者に突然抱きすくめられ、声が出ず体が動かなくなって抵抗が行われなかったとしても、当該抱きすくめ自体が被害者の「声が出せずに体が動かせない」という状況を惹起しているのだから、現に反抗を抑圧していると評価することが可能であろう。この点、井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣, 2016年)110頁の記述も参照。
- (100) たとえば検討会第6回会議における宮田桂子委員「現在、暴行・脅迫要件はかなり緩和されている」、井田良委員「判例実務は、被害者の意思に反する性交であったのかどうか、合意なき性行為であったのかどうかということを、行われた暴行・脅迫を状況証拠として用いつつ認定している(略)。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と、最狭義の暴行・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」、田邊三保子委員「裁判官といたしましては、不意に暴行を加えられた人が驚愕に陥る、凍り付く、そういうような心理状態に陥るものであるということ、それ自体も考慮して考えている(略)。(略)いわゆる科学的な知見についても考慮の上で判断をしている」などの発言や、衆議院第193回国会法務委員会における林眞琴政府参考人の「暴行・脅迫が相手方の反抗を著しく困難ならしめる程度のものであるかどうか、これにつきましては、判例等によりまして、被害者の年齢、精神状態、行為の場所、時間等諸般の事情を考慮して、社会通念に従って客観的に判断されなければならないものと解されている」、「真に強姦罪等により処罰されるべき事案について、暴行・脅迫要件のみが障害となって処罰されていないという状況にはない(略)。例えば、

被害者が、加害者との人間関係や恐怖感から抵抗できない場合において抵抗していなかった、このことのみをもって暴行・脅迫が認められないというものではなく、(略)客観的な事情、状況を考慮してその暴行・脅迫というものが認定され得る」という発言など。

- (101) たとえば、佐久間修「いわゆる性犯罪と性暴力の罪」『日高義博先生古稀祝賀論文集(下巻)』(成文堂, 2018年)77頁以下。検討会第6回会議における佐伯仁志委員も「もし暴行・脅迫の認定について被害者の心理を十分に考慮した認定がなされない場合があったのだとすると、それはやはり認定の仕方を被害者の心理を十分に考慮したものにしていくことが改善策」と発言している。
- (102) ドイツ刑法においては、177条2項1号ないし2号がこれである。
- (103) 日本刑法の準詐欺罪がまさに財産犯における「乗じた類型」であるように思われる。
- (104) 特に斉藤・前掲注(4)68頁以下参照。
- (105) スペイン憲法25条2項は、自由刑および保安処分の目的は再教育と再社会化であって強制労働ではないと明文で宣言している。このような憲法の規定がスペインの自由刑および保安処分の制度に強い影響を与えている。スペインにおける自由刑の処遇については、日本弁護士連合会第59回人権擁護大会シンポジウム第3分科会実行委員会『死刑廃止と拘禁刑の改革を考える～寛容と強制の社会をめざして～』(緑風出版, 2017年)105頁以下に詳しい。ただし、同書には複数個所においてスペインに終身刑はない旨の記述がある(105頁, 109頁, 161頁, 184頁など)が、日弁連の視察団がスペインを視察し同書の基となる報告書が作成された2016年の時点においてスペインには終身刑が存在した(すなわち同書の終身刑に関する記述は誤りである)ことに注意が必要である(江藤隆之「スペインにおける終身刑の概要と2016年日弁連報告書の誤りについて」桃山法学31号(2019)127頁以下参照)。