

強制性交等罪における「暴行」、「脅迫」の要件の沿革

*点線で囲まれている条文は検討段階のもの

<旧刑法制定まで>

【新律綱領】（明治3年）

犯姦律

犯姦

（略）強姦スル者ハ。流三等。未タ成ラサル者ハ。一等ヲ減ス。（略）十二歳以下ノ幼女ヲ姦スル者ハ。和ト雖モ。強ト同ク論ス。

【改定律例】（明治6年）

改正犯姦律

犯姦

第二百六十條

（略）強姦スル者ハ懲役十年未タ成ラサル者ハ一等ヲ減ス（略）十二歳以下ノ幼女ヲ姦スル者ハ和ト雖モ強ト同ク論ス

〔日本刑法草案会議において検討された案（第1案）〕（明治9年）

第四條 十五歳以上ノ婦女ノ抵抗シ得ヘキ睡眠又ハ其他ノ事故ニ乗シ強姦ノ罪ヲ犯シタル者ハ輕懲役ニ處ス

抵抗シ得ヘカラサル睡眠又ハ其他ノ事故ニ乗シ強姦ヲ犯サントスル目的ヲ將〔以〕テ偽計策略又ハ暴行脅迫ヲ爲シタル者ハ輕懲役ノ長期ニ處ス

（参考1）日本刑法草案会議筆記（○鶴田皓，◎ボアソナード）

【強姦罪と強制わいせつ罪の区別に関するフランス刑法の規定について】

- 佛國刑法第三百三十二條中ニ「強姦ノ罪云々」ト記シ又「人ニ對シ暴行ヲ以〔テ〕猥褻ノ所行ヲ爲シ云々」ト記セリ此強姦ト暴行ヲ以テ猥褻ノ所行云々トハ何等ノ區別アリヤ
- ◎ 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即強淫ナリ又〔「」暴行ヲ以テ猥褻ノ所行云々」トハ男女間ノ情欲ヲ遂クル目的ニアラサルトモ例ハ人ノ陰陽ヲ出シテ之ヲ玩弄スル類ヲ云フ然シ實際ハ大抵強姦即情欲ヲ遂クル爲メ之ヲ爲ス者多シ尤或ハ假令強姦ノ目的ニテモ其陰陽ヲ出シタル而已ニテ未タ其淫事ヲ遂ケス而シ其強姦ノ目的ナル證古〔據〕ナキ時ハ「暴行ヲ以〔テ〕猥褻ノ所行云々」ト爲スヘキ事アリ
- 然ラハ先ツ強姦ノタンタチーフヲ「暴行ヲ以テ猥褻ノ所行云々」ト爲ス譯ナリヤ
- ◎ 事迹ヲ以テ論スレハ強姦ノタンタチーフヲ以〔テ〕暴行ノ猥褻ト爲スニ似タレト一體ハ其罪ノ性質ノ違ヒアリ

【幼女姦について「姦淫」の用語を用いることについて】

- 十二歳以下ノ幼者ニ對シタル和姦ニテ即和ト雖モ強ヲ以テ論スルコトハ兎モ角モ明文ヲ以テ特書セサルヲ得ス・・・
- ◎ 然リ尤十二歳以下ノ幼者ニテ〔ハ〕本心ヨリ承諾シタル者ト爲シ難シ故ニ和姦ノ字ヲ下タスヲ得ス
然シ實地ハ暴行脅迫等ヲ用ヒサル時ハ即承諾シタル譯ナレト法律上ニテモ十二歳以下

- ノ幼者ハ假令承諾スルトモ其本心ヨリ承諾シテ和姦スル者トハ云ヒ難シ
- 然シ強姦ノ字ヲ下タスモ亦タ妥カナラス故ニ日本文ニハ之ヲ姦淫ニ作ルヘシ
 - ◎ 然リ姦淫ニ作ルハ至極宜シカラシ書法ハ尚熟考スヘシ但此刑名ハ異議ナキヤ
- 【第1案の第4条第1項「抵抗シ得ヘキ睡眠又ハ其他ノ事故ニ乗シ」の意義について】
- 此第一項ノ〔「〕抵抗シ得ヘキ睡眠又ハ其他云々」トハ其意味分明ナラス蓋シ被害者ノ自ラ睡眠シ又ハ自ラ沈酔シタル場合ニ乗シ強姦シタル者ヲ云フカ
 - ◎ 然リ之レハ暴行等ヲ用ヒタルニアラサル故ニ被害者ニテ抵抗シ得サルニアラサレバ其睡眠ニ乗シテ強姦シタル場合ヲ云フ
 - 又其他ノ事故云々トハ沈酔又ハ癡癲等ニ乗シタル場合ヲ云フ
 - 然ラハ被害者ノ承諾シタルヤ否サルヤノ分明ナラサル場合ヲ云フカ
 - ◎ 然リ尤其睡眠ニ乗シタル故ニ固ヨリ被害者ノ承諾シタル者ト認定シ難シ依テ之ヲ強姦ト爲ス
 - 然ラハ此第一項ノ書法ハ宜シカラス
 - ◎ 然リ此書法ハ少シ改メサルヲ得ス・・・
 - 然リ假令被害者ハ睡眠シテ知ラサルトモ其姦淫ヲ犯スニ至ル時ハ即暴行ヲ用ヒタル者ト見做サ、ルヲ得サルヘシ
 - ◎ 然リ
 - 然ラハ其睡眠等ニ乗スルト否ラサルトニ拘ハラズ被害者ノ不承諾ナルヲ無理ニ犯シタル者ヲ以テ即暴行脅迫ノ強姦ト爲シ之ヲ第一項ニ置クヘシ
 - ◎ 然リ此第一項ノ書法ハ餘程改メサルヲ得ス
 - 然ラハ此書法ヲ改メテ「暴行脅迫ヲ用〔ヒ〕テ十二歳以上ノ婦女ヲ強姦シタル者云々」ニ作ルヘシ然ラハ簡約ニシテ却テ其意味ノ係ル所廣キノ便利アリ（注：第1案に關しては、性交同意年齢を15歳ではなく12歳とすべきことが議論されている。）
- 【草案第2稿において強姦罪（第398條）が「十二歳以上ノ婦女ニ對シ暴行脅迫ヲ用ヒテ強姦シタル者ハ輕懲役ニ處ス」とされていたことに關し】
- 此第三百九十八條中暴行脅迫ノ字ハ削ルヘシ何トナレハ畢竟強姦ノ強字中ノ事柄ニシテ自ラ之レニ含蓄〔蓄〕スルハ言ウヲ待タサレハナリ
 - ◎ 然リ

【旧刑法】（明治13年）

（強姦罪）

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藥酒等ヲ用ヒ人ヲ昏睡セシメ又ハ精神ヲ錯亂セシメテ姦淫シタル者ハ強姦ヲ以テ論ス

<旧刑法制定後、現行刑法制定まで>

〔ボアソナードの刑法改正案（日本刑法草案）〕（明治18年）・・・①

第三百八十九條 凡ソ威力又ハ至重ナル脅迫ヲ以テ十二歳以上ノ婦、娘ヲ強姦シタル者ハ輕懲役ニ處ス
睡眠、昏絶ニ乗シ又ハ其他總テ強姦ヲ犯スノ目的ニ出タル暴行若クハ偽計ニ因リ被害者ノ精神ヲ錯亂セシメ以テ該重罪ヲ犯セシキハ亦前項同一ノ刑ニ處ス
暴行又ハ脅迫ヲ用井又ハ前項ノ方法ヲ使用シテ十二歳以下ノ女子ヲ強姦シタ

ルキハ重懲役ニ處ス

(参考2) ボアソナード氏「刑法草案註釋」下卷(明治19年, 司法省刊)(旧刑法に対する改正案及びそのコンメンタールを翻訳したもの)

第三百八十六條及ヒ第三百八十七條

・・・實ニ強姦罪ノ性質ハ第三百八十九條ニ至ルニアラサレハ指定セスト雖モ若シ其何タルヤゾ一層明確ナラシムルヲ要ストセハ他ナシ男子ノ暴行又ハ脅迫ヲ以テ有夫ノ婦又ハ娘ト姦通スルヲナリ・・・

第三百八十九條

・・・抑モ(注: そもそも)自由ヲ妨碍スル所ノ強姦ナルモノハ婦女ノ最モ重スル所ノ點ニ就テ妨碍ヲ爲スニ由リ其甚タ惡事ナルハ敢テ喋々スルヲ俟タス故ニ吾人ハ唯右所爲ノ種々ノ區別ニシテ刑罰上ニ影響ヲ及ホスモノヲ説述スルニ過キサルヘシ

・・・有夫ノ婦又ハ娘十二歳以上ナルキハ犯者ニ科スル所ノ刑ヲ輕懲役ト爲ス(本條第一項)若シ又被害者十二歳以下ナルキハ重懲役ヲ以テ罰ス可シ(本條第三項)○右二箇ノ場合ニ於テ暴行カ諸般ノ抵抗力ニ打勝ツニ足ル程ノモノタルヲ要スルノ故ヲ以テ刑ニ區別ヲ設ケタルハ・・・唯一ノ理由ハ十二歳以下ノ婦女ヲ強姦スルハ各人ノ自由ノ妨碍ナルノミナラス天然ヲ凌辱スルニ在リ何トナレハ十二歳以下ノ幼女ハ「ニユビール」(結婚スヘキ年齢)ニ至レル者ニアラサレハナリ・・・

・・・本條第二項ニ於テハ有夫ノ婦又ハ娘ノ睡眠、無感覺又ハ其他總テ意欲ノ停止ニ乘シテ之レヲ姦淫シタル所爲ヲ強姦ト稱シテ之レト同視セリ但シ其同視スルニ付テハ抵抗力ヲ止メタル形状ハ犯者カ「強姦ヲ行ハントノ目的ヲ以テ暴行又ハ欺計」ニテ生セシトノ明瞭ナル條件アルヲ要トス・・・

〔ボアソナードの刑法改正案に対する修正〕・・・②

第三百八十九條 凡ソ威力又ハ至重ナル脅迫ヲ以テ十二歳以上ノ婦、娘ヲ強姦
暴行 女

○シタル者ハ○輕懲役ニ處ス
淫 強姦ノ罪ト爲シ

○睡眠、昏絶ニ乘シ又ハ其他總テ強姦ヲ犯スノ目的ニ出タル暴行若クハ偽
婦女ノ

計ニ因リ被害者ノ精神ヲ錯亂セシメ以テ該重罪ヲ犯セシキハ亦前項同一ノ
其他ノ方法ヲ用ヒ テ姦淫シタル者ハ強姦ヲ以テ論ス

刑ニ處ス

〔第三項抹消〕

*傍線 _____ は抹消又は修正, ○印は付加を示す。

〔仏文日本刑法改正案第二編以下反訳〕・・・③

第四百四十五條 十二歳以上ノ既婚婦又ハ未婚婦ニ對シ暴力又ハ重大ナル脅迫
ニヨリ姦淫ノ罪ヲ犯シタル者ハ四等ノ有役徴〔懲〕役ニ處ス
(略)

*②は, 司法省がボアソナードの起草・編纂した「日本刑法草案」(①)に修正を加えたものと推定されるものである。ボアソナードの刑法改正案に対して加えた修正作業を参考に, 法律取調委員会が仏文の改正案を作成したが, その後, 仏文草案の内容がほぼ確定し, 最終的な整理・調整の段階において, その一部を反訳・翻訳したのが③である。

(参考3) 大審院明治20年3月25日判決(裁判粹誌 大審院判決例刑事集第2巻72頁)

・・・裁判所ニ於テ有罪ナルノ言渡ヲ爲スニハ其犯罪ヲ構造スルニ必要ナル事實ノ理由ヲ明示セサルヘカラス故ニ本案被告人ニ強姦罪アリト認定センニハ宜ク其犯罪ヲ構造スルニ緊要ナル暴行脅迫ヲ行フト姦スルノ條件具備スル事實理由ヲ明示スヘキモノトス原裁判言渡書ヲ閲スルニ・・・毫モ其犯罪構成ニ至要ナル暴行脅迫ノ事實理由ノ明示アルヲナシ果テ然クハ如何ナル所爲アリシヲ強姦ナリト認メタルニ在ルカ強姦ノ文詞タル法律語ナルヲ以テ其強姦ノ文詞ノミヲ明示シタルマテニテハ未タ其擬律ノ當否ヲ鑑査スルニ由ナキ理由不備ノ裁判ニ付破毀ノ原由アルモノトス・・・

[明治23年刑法改正草案]

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徒刑ニ處ス
(略)
十二歳ニ満サル幼女ヲ強姦シタル者ハ二等有期徒刑ニ處ス

[明治28年刑法草案]

第二百二十五條 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
十二歳ニ満サル幼女ヲ姦淫シタル者亦同シ
(略)

[明治30年刑法草案]

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
十二歳ニ満サル幼女ヲ姦淫シタル者亦同シ
(略)

[明治33年刑法改正案]

第二百十五條 暴行又ハ脅迫ヲ以テ婦女ヲ姦淫シ又ハ其精神障礙、意識喪失若クハ抗拒不能ニ乗シテ姦淫シタル者ハ強姦ノ罪トナシ十年以下ノ懲役ニ處ス
十二歳ニ満タル幼女ヲ姦淫シタル者亦同シ

[明治34年刑法改正案]

第二百六條 暴行又ハ脅迫ヲ以テ十二歳以上ノ婦女ヲ姦淫シ又ハ其精神障礙若クハ抗拒不能ニ乗シテ姦淫シタル者ハ強姦ノ罪ト爲シ三年以上ノ有期徒刑ニ處ス
十二歳ニ満タル幼女ヲ姦淫シタル者亦同シ

〔明治 3 5 年刑法改正案〕

第二百五條 暴行又ハ脅迫ヲ以テ十二歳以上ノ婦女ヲ姦淫シ又ハ其精神障礙若クハ抗拒不能ニ乗シテ姦淫シタル者ハ強姦ノ罪ト爲シ三年以上ノ有期懲役ニ處ス
十二歳ニ滿タサル幼女ヲ姦淫シタル者亦同シ

〔明治 3 9 年刑法改正案〕

第九十三條 暴行又ハ脅迫ヲ以テ十二歳以上ノ婦女ヲ姦淫シ又ハ其精神障礙若クハ抗拒不能ニ乗シテ姦淫シタル者ハ強姦ノ罪ト爲シ二年以上ノ有期懲役ニ處ス
十二歳ニ滿タサル幼女ヲ姦淫シタル者亦同シ

【現行刑法制定時】（明治 4 0 年）

第一百七十七條 暴行又ハ脅迫ヲ以テ十三歳以上ノ婦女ヲ姦淫シタル者ハ強姦ノ罪ト爲シ二年以上ノ有期懲役ニ處ス十三歳ニ滿タサル婦女ヲ姦淫シタル者亦同シ

（参考 4）明治 4 0 年第 2 3 回帝国議會提出「刑法改正案」理由書

第一百七十八條（注：現行刑法制定時は 1 7 7 条）前段ハ現行法第三百四十八條前半ト其趣旨ヲ同フス又其後段ハ現行法第三百四十九條ト同一趣旨ノ規定ナリ

（参考 5）牧野英一「改正刑法通義 全」（明治 4 0 年）2 4 2 頁

第一百七十六條及第一百七十七條ニ所謂暴行脅迫ナル語ハ最狹義ノ意ニ解ス可キモノト信ス・
・即チ暴行トハ身體ヲ拘束シ有形上反抗ヲ抑圧スル場合ヲ謂ヒ脅迫トハ害惡ヲ通知シテ畏怖心ヲ生セシメ自由意思ヲ喪失スルニ至ラシメタル場合ヲ謂フ單ニ恐喝ノ程度ニ止ムルノ行爲ヲ以テシタル場合ハ之ヲ強姦ト稱スルコトヲ得ス

（参考 6）小野清一郎「刑法講義 各論」（昭和 3 年）1 3 4 頁

本罪に於ける暴行・脅迫は其の必ずしも被害者の抗拒を不能ならしむる程度のものなることを必要とせざるも、少くとも其の抗拒を著しく困難ならしむるものたることを要すべく、軽微なる暴行又は脅迫は未だ本罪を成立せしむるに足らぬであらう。

<現行刑法制定後>

〔刑法改正豫備草案〕（昭和 2 年）

第三百條 暴行又ハ脅迫ヲ以テ十三歳以上ノ婦女ヲ姦淫シタル者ハ強姦ノ罪ト爲シ三年以上ノ有期懲治ニ處ス十三歳ニ滿タサル婦女ヲ姦淫シタル者亦同シ

〔改正刑法假案〕（昭和 1 5 年）

第三百八十八條 暴行又ハ脅迫ヲ以テ婦女ヲ強姦シタル者ハ三年以上ノ有期

懲役ニ處ス

(参考7) 最高裁昭和24年5月10日判決(刑集3巻6号711頁)

論旨は、被告人が被害者に暴行脅迫を加えた事實はなく、仮りにそのような事實があつたとしても、被害者が抗拒不能に陥つたという事實は全記録の何處にも發見することができないと主張しているけれども、刑法第177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りる。

(参考8) 最高裁昭和33年6月6日判決(裁判集〔刑事〕126号171頁)

なるほど、所論引用の当裁判所判例は、刑法177條にいわゆる暴行脅迫は相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度のものであることを以て足りると判示している。しかし、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觀察すれば右の程度には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。

〔改正刑法準備草案〕(昭和36年)

(強姦)

第三百十一条 暴行又は脅迫を用いて、女子を姦淫した者は、三年以上の有期懲役に処する。(略)

〔改正刑法草案〕(昭和49年)

第二百九十六条(強姦)① 暴行又は脅迫を用いて、女子を姦淫した者は、二年以上の有期懲役に処する。

② (略)

【平成7年刑法改正】(口語化)

(強姦)

第七十七条 暴行又は脅迫を用いて十三歳以上の女子を姦淫した者は、強姦の罪とし、二年以上の有期懲役に処する。十三歳未満の女子を姦淫した者も、同様とする。

<現行規定>

【平成29年刑法改正】

(強制性交等)

第七十七条 十三歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いて性交、肛門性交又は口腔性交(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。十三歳未満の者に対し、性交等をした者も、同様とする。