

準強制性交等罪における「心神喪失」, 「抗拒不能」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>

〔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)

【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瘋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。）

【第1案の第4条第2項「抵抗シ得ヘカラサル睡眠又ハ其他ノ事故ニ乗シ」の意義について】

- 此第二項ノ「抵抗シ得ヘカラサル睡眠又ハ其他ノ事故ニ乗シ」云々モ矢張被害者ノ自ラ睡眠シタル場合ヲ云フカ然ラハ第一項ト異ナルコトナシ尤「目的ヲ以テ偽計策略又ハ暴行脅迫ヲ爲シタル者」ト記スル時ハ第一項ノ罪ノ「タンタチーフ」ト爲スヘキ場合ニ似タリ
- ◎ 第二項ノ「睡眠又ハ其他ノ事故云々」ハ第一項ノ〔「〕睡眠云々〕ト違ヒ犯人ニテ例ハ麻酔劑ヲ用〔ヒ〕テ酔迷昏倒セシメ而シテ強姦シタル場合ヲ云フ
- 然ラハ此第二項ノ書法モ太タ宜シカラス故ニ之ヲ改メテ「偽計策略ヲ以テ睡眠昏倒セシメ強姦シタル者」ト云フ意味ニ作ルヘシ
- ◎ 然リ此第二項ハ第一項ノ強姦ノ「タンタチーフ」ト爲スヘキ者ニアラス即強姦スル目的ニテ偽計策略ヲ用ヒ睡眠其他ノ事故ヲ生シ抵抗ス可カラサル様ニ爲シ其場合ニ乗シテ強姦ヲ犯シタル者ヲ云フ
- 然ラハ第二項ノ意味ハ了解ス依テ此暴行脅迫ノ語ヲ第一項ニ置キ而シテ第一項ノ「睡眠云々」ノ語ヲ削リ廣ク通常暴行脅迫ヲ用ヒタル強姦而已ニ係ル様ニ爲スヘシ然ラハ被害者ノ自ラ睡眠シタル時ニ乗シ強姦シタル事ヲモ自ラ含蓄〔蓄〕スヘシ

〔日本刑法草案会議において検討された案（第1稿）〕（明治9年）

第四百二十六條 暴行脅迫ヲ用ヒテ十二歳以上ノ婦女ヲ強姦シタル者ハ輕懲役ニ處ス
方略ヲ用ヒテ人ヲ睡眠若クハ昏絶セシメ其他精神ヲ錯亂セシメ姦淫シタル者ハ強姦ト同〔シ〕ク論ス

〔刑法草案審査局の審査修正後〕

第三百四十五條 十二歳以上ノ婦女ヲ強姦シタル者ハ輕懲役ニ處ス
薬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】（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薬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

<旧刑法定後，現行刑法定まで>

〔明治23年改正刑法草案〕

第三百三十五條 暴行、脅迫ヲ以テ滿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
方略ヲ用ヒテ婦女ヲ睡眠若クハ昏絶セシメ其他精神ヲ喪失セシメテ姦淫シタル者ハ強姦ヲ以テ論ス

十二歳ニ滿サル幼女ヲ強姦シタル者ハ二等有期懲役ニ處ス

第三百三十六條 睡眠、昏絶其他精神ノ喪失ニ乘シ婦女ヲ姦淫シタル者ハ前條ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス

（参考2）刑法案説明書

睡眠昏絶其他精神ノ喪失ニ乘シ婦女ヲ姦淫シタル者ハ強姦ニ非スト雖モ其婦女ヲ害スルコト強姦ト大ニ異ナル所之ナカル可シ而シテ現行刑法ニハ此點ニ付キ何等ノ規定ヲ爲ササルカ故ニ其姦淫セラレタル婦女十二歳以上ナルトキハ其犯人ヲ罰スルコトヲ得サルカ如キ不當ノ結果ヲ生ス可シ即チ改正法ニ於テハ特ニ此場合ヲ規定シ強姦ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減シテ罰スルコトト爲シタリ

〔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
十二歳ニ滿サル幼女ヲ姦淫シタル者亦同シ

人ノ精神錯亂又ハ昏睡ニ乘シテ姦淫シタル者ハ強姦ヲ以テ論ス

(参考3) 片山國嘉(東京帝國大學教授)「刑法草案修正卑見」(明治29年)

此意見書ハ明治二十九年十月三十一日附ヲ以テ帝國大學總長ノ手ヲ經テ司法大臣ヘ提出セラレタルモノニ係ラル

三〔草案〕第二百二十五條

・・・人ノ精神錯亂又ハ昏睡ニ乘シテ姦淫シタル者ハ強姦ヲ以テ論ス

〔修正〕

・・・婦女ノ精神病、意識喪失又ハ抗拒不能ニ乘シテ姦淫シタル者ハ強姦ヲ以テ論ス

〔理由〕

精神錯亂トハ精神症状ノ一部分ナリ法文ノ意狭クシテ文字ノ指示スル所ニ止マルカ或ハ其意廣クシテ汎ク精神病ヲ意味スルモノナルカ詳ナラス法文ノ精神甲説ニアリトスレハ法意尚ホ不滿ナリト云ハサル可カラス又其精神乙説ニアリトスレハ意足りテ未タ言足タラサルノ虞アリ例之精神錯亂ノ狀況ナキ白痴ノ如キ精神病ト稱スルハ素ヨリ不可ナシト雖モ精神錯亂ト云フハ不當ナルカ如シ昏睡ト意識喪失トノ意義ハ大同小異ノ場合少カラスト雖モ本條ノ場合ニ於テハ意識喪失ト云フ方其意廣クシテ且ツ適當ナルヲ覺ユ又現行刑法及ヒ草案ニモ婦女ノ抗拒不能ニ乘シ姦淫シタル者ニ對スル規定ナシ依テ本條ニ此抗拒不能ノ一項ヲ加ヘ人ノ精神錯亂又ハ昏睡ニ乘シ云々トアルヲ「婦女ノ精神病意識喪失又ハ抗拒不能ニ乘シ」云々ト改メラレシコトヲ望ム

〔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

十二歳ニ滿サル幼女ヲ姦淫シタル者亦同シ

婦女ノ精神病〔、〕意識喪失又ハ抗拒不能ニ乘シテ姦淫シタル者ハ強姦ヲ以テ論ス

(参考4) 龜山貞義校閱、溝淵正氣・藤田次郎共著「新舊對照刑法草案理由書」(明治31年) 242頁

現行刑法ニ於テハ暴行、脅迫ヲ以テ婦女ヲ姦淫シタル者ヲ強姦罪ト爲シ十二歳未滿ノ幼女ヲ姦淫シ若クハ藥酒等ヲ用ヒテ婦女ヲ昏睡セシメ又ハ精神ヲ錯亂セシメテ姦淫シタル者ヲ准強姦ト爲シタルカ故ニ犯人ノ所爲ニ基カサル睡眠、昏絶其他智覺精神ノ喪失ニ乘シテ婦女ヲ姦淫シタル者ノ如キ其婦女ヲ害スルコト敢テ他ノ場合ニ讓ラサル可シト雖モ之ヲ不問ニ付セサルヲ得サルノ不都合ヲ生シタルヲ以テ草案ニ於テハ之ヲ改メ婦女ノ智覺精神ノ喪失ハ犯人ノ所爲ニ出ツルト否トヲ區別セス總テ強姦ヲ以テ之ヲ論スルコト、爲シタリ(第二百二十九條)

(参考5) 起草委員會ニ於ケル意識ニ關スル片山大學教授ヘ質疑速記(明治32年)(起草委員と片山國嘉教授(東京帝國大學教授)との質疑を記録したもの)

片山國嘉君 ・・・ソレカラ強姦ニ關係シタ所ニマダアリマセウ「婦女ノ精神病意識喪失又ハ抗拒不能ニ乘シテ姦淫シタル者ハ強姦ヲ以テ論ス」

石渡敏一君 是ハドウデスカ

片山國嘉君 是ハ前ノ改マリヤウデ字句ヲ替ヘナケレバイケマスマイ精神ノ障礙又ハ・・・

石渡敏一君 ドウモ少シ廣過ギルナ、色氣違ヒデアルトカ云フト困ル

片山國嘉君 精神病ト言ツテハドウデスカ

石渡敏一君 此處ノハモウ少シ狭イ方ノ意味デ向フノ人事不省ニ付ケ込シテ云フ意味デアリマセヌカ

部長(横田國臣君) 強姦ノ所デスカ

石渡敏一君 サウデス、此處ハドウデスカ廣クシナイ方ノ意味デハナイカ

部長（横田國臣君） 矢張り同ジダラウ

石渡敏一君 強姦ヲシヤ [ヨ] ウト云フノニ女カラとつ摑マツテヤルト云フノデスネ

部長（横田國臣君） ソレハ精神病デモ同ジコトダ

片山國嘉君 ソレニ乗ズルデスカラ

石渡敏一君 乗ズルデスケレドモ向フカラ示シテ來テヤツタノヲ強姦ト云フノハ酷カラウト

思フ殆ド自由ノ意思ヲナクシテ仕舞ツタ場合ヲ此處ハ言フノダラウト思フ

部長（横田國臣君） 今度ノ精神障礙ト云フコトハ殆ド之ト同ジダ

片山國嘉君 同ジニシテ置テ差支ナイネ・・・

石渡敏一君 サウスルト今ノ精神障礙ト云フコトハ法律上デハ分ラナクシテ醫學上デ分ルト云フコトニナルノデスネ

倉富勇三郎君 精神トサヘ思ツテ居レバ宜イ

片山國嘉君 ソレハ吾々ノ方デ説クノニモ精神病トカ精神障礙ヲ謂フ、何時デモサウデス

部長（横田國臣君） 今度ハ意識喪失ト云フコトハ精神病ト斯ウ考ヘレバ宜イ

片山國嘉君 サウデス

〔明治33年刑法改正案〕

第二百十四條 十二歳以上ノ男女ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ以テ猥褻ノ行爲ヲ爲シ又ハ其精神障礙、意識喪失若クハ抗拒不能ニ乘シテ猥褻ノ所行ヲ爲シタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス

十二歳ニ滿タサル男女ニ對シ猥褻ノ行爲ヲ爲シタル者亦同シ

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乘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

十二歳ニ滿タサル幼女ヲ姦淫シタル者亦同シ

(参考6) 明治33年「刑法改正案」理由書

第二百十四條第一項ハ現行法第三百四十六條後半ノ規定ト其趣旨ヲ同フ〔ウ〕ス只現行法ニハ被害者ノ精神障礙、意識喪失若クハ抗拒不能ナル場合ニ關スル規定ヲ缺ケルヲ以テ本案ハ之ヲ補修シタリ・・・

第二百十五條第一項ハ現行法第三百四十八條及ヒ第三百四十九條後半ヲ合併シタルモノニシテ大體ニ於テハ現行法ト全ク同一ナリ唯現行法第三百四十八條第二項ハ其文字ニ於テ穩當ヲ缺クヲ以テ之ヲ改メタリ・・・

〔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乘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35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乘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39年刑法改正案〕

第九十二條 十二歳以上ノ男女ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ以テ猥褻ノ行爲ヲ爲シ又ハ其精神障礙若クハ抗拒不能ニ乘シテ猥褻ノ行爲ヲ爲シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス

十二歳ニ滿タサル男女ニ對シ猥褻ノ行爲ヲ爲シタル者亦同シ

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乘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

(参考7) 法律取調委員会委員總會日誌第12回(明治39年11月21日), 第13回(同月26日)

【明治39年刑法改正案第42条(精神障礙ニ因ル行爲ハ之ヲ罰セス・・・)について】

富井委員 本條ノ精神障礙ナル語ハ片山博士ノ意見ニ因リタルモノニシテ法典調査會ノ審議ニ於テ片山博士出席親シク説明アリタル際精神障礙ノ文字ニテ全ク精神ノ喪失ノ意義ヲ顯スヤ否ニ付種々質問ヲ試ミタレドモ精神障礙ニモ種々ノ程度アルモノノ如ク今日ニ至ルマデ満足ナル解決ヲ見ル能ハズ年来本條ニ付テハ全ク安心スルコトヲ得ズ・

・

【同(第13回)】

花井委員 原案ノ「精神」ヲ「心神」ト修正スルヲ可トス精神障礙ノ文字ニハ専門家ニ於テモ議論アリ我民法ニハ心神ノ文字ヲ使ヒ居レバ此用例ニ準ヒ醫學上ノ見地ヲ離レ法律ノ術語トシテ心神ノ文字ヲ用キナバ適用上自ラ一定ノ解釋ヲ得ルニ至ルベシ

穂積委員 本條ニ付テハ吳醫學博士ノ意見書アリ同意見書ニ依レバ精神障礙ノ文字ニモ種々ノ意義ヲ包含シ居ルモノノ如ク要スルニ本條ノ意義ハ醫學上ノ術語ニテハ到底完全ニ言明スルコトヲ得ザルベシト思料スルヲ以テ花井委員ノ修正說ニ賛成ス

平沼委員 花井委員ニ協議ス第一項ノ「精神障礙」ヲ「心神喪失」トセバ如何

花井委員 異議ナシ依テ前修正案ヲ改メテ「心神喪失」トスベシ

平沼委員 賛成

(参考8) 法律取調委員会委員總會日誌第23回(明治39年12月19日)

【第九十二條】

山根委員 催眠術又ハクロロホルムヲ用テ姦淫シタルモノハ何レニ入ルヤ

倉富委員 此ハ専門家ノ知識ヲ要スルコトナレドモ其等ノ方法ヲ用ヒタル結果精神ニ障礙ヲ生ジタルトキハ精神障礙ノ中ニ入ルベク否ラザレバ抗拒不能ノ中ニ入ルベシ本條ノ抗拒不能ノ意義ハ自然ノ情態ニ限ラズ抗拒不能ナラシメテ其状態抗拒不能ナルニ至リシモノヲ包含スルモノナリ

小河委員 他動的ニ不能トナリタルモノマデヲ包含スルトセバ抗拒不能ニ乘ジニテハ頗明瞭ナラズ

高木委員 「乘ジ」ノ文字ハ如何ニモ不明瞭ナレバ整理ノ際再考セラレムコトヲ望ム

委員長 文字ノコトナレバ整理ノトキ再考スルトシテハ如何

各員異議ナシ

【現行刑法定時】(明治40年)

第七十八條 人ノ心神喪失若クハ抗拒不能ニ乘シ又ハ之ヲシテ心神ヲ喪失セ

シメ若クハ抗拒不能ナラシメテ猥褻ノ行為ヲ爲シ又ハ姦淫シタル者ハ前二條ノ例ニ同シ

(参考9) 明治40年第23回帝国議会提出「刑法改正案」理由書

第七十九條 (注: 現行刑法制定時は178条) ハ現行法第三百四十八條後半ニ該ルモ現行法ノ規定ハ文字ニ於テ穩當ヲ缺キ且姦淫ノ場合ノミニ關シ狭キニ失スルヲ以テ之ニ改正ヲ加ヘタリ

<現行刑法制定後>

〔刑法改正豫備草案〕 (昭和2年)

第三百二條 人ノ心神喪失又ハ抗拒不能ニ乘シテ姦淫又ハ猥褻ノ行為ヲ爲シタル者ハ前二條ノ例ニ同シ

(参考)

第七條 (略)

暴行ニハ人ノ健康ヲ害スヘキ物ヲ施用シ又ハ人ヲ無意識若ハ抗拒不能ノ状態ニ陥ラシムル爲催眠術其ノ他ノ手段ヲ施用スル行為ヲモ包含ス

〔改正刑法假案〕 (昭和15年)

第三百九十條 人ノ心神喪失又ハ抗拒不能ニ乘ジテ姦淫又ハ猥褻ノ行為ヲ爲シタル者ハ前二條ノ例ニ依ル

(参考10) 刑法改正起草委員會議事日誌 (第44回) (昭和3年6月16日)

(第三百二條 (注: 刑法改正豫備草案))

(林委員) 本條ハ現行法第七十八條ニ該ルモノナルカ其ノ後方ノ又ハ云々ヲ削除シタルモノナリ

其理由ハ予備案ノ第七條末項ニ規定シアレハ其ノ必要ナキガ為メナリ・・・

〔改正刑法準備草案〕 (昭和36年)

(強姦)

第三百十一條 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。女子を心神喪失もしくは抵抗不能の状態に陥れ、又は女子が心神喪失もしくは抵抗不能の状態にあるのを利用して、これを姦淫した者も、同じである。

〔改正刑法草案〕 (昭和49年)

(強姦)

第二百九十六條 (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 女子が精神の障害その他の理由により抗拒不能の状態にあるのを利用し、又は女子を抗拒不能の状態に陥れて、これを姦淫した者も、前項と同じである。

第二百九十七条（強制わいせつ）① 暴行又は脅迫を用いて、人にわいせつの行為をした者は、六月以上七年以下の懲役に処する。

② 人が精神の障害その他の理由により抗拒不能の状態にあるのを利用し、又は人を抗拒不能の状態に陥れて、これにわいせつの行為をした者も、前項と同じである。

（参考 1 1）法制審議会刑事法特別部会第五小委員会議事要録（七）第 1 4 6 回（昭 4 5 年 7 月 1 5 日）

【第三十一条第二項及び第三十二条第二項の表現方法につき事務当局幹事が提出した試案】

第一案 女子を意識障害その他抗拒不能の状態に陥れ、又は女子が意識障害その他抗拒不能の状態にあるのを利用して、・・・

第二案、第三案（略）

この試案については、提案者から次のような説明があった。第一案は、現行法の「心神喪失」という言葉の使用をさけたいとする第一次案（注：第一次案については（参考 1 1）参照）の態度を尊重するとともに、第一次案の「意識不明」という言葉では半覚醒状態の場合をも含むとは解しにくいこと、「意識不明」にかえて「精神障害」とした場合には、精神衛生法第三条の用語と同一の意味に解され、本項の適用範囲がせまくなるおそれがあること等から、「意識障害」という言葉を使用してこれらの難点を克服しようとしたものであり、障害の程度については、「その他抗拒不能の状態・・・」という要件の反射的效果によって限定されることを考慮した。さらに、第一次案のように「抵抗不能」という言葉では、物理的に抵抗できない場合のみをさすように感じられるので、「抗拒不能」という現行法という言葉を用いて心理的に抵抗できない場合をも含むことを明らかにし、また、これによって、ある程度「抵抗不能」より程度の低い場合をも含むようなニュアンスがでることを期待している。また、このように、準強姦の場合の表現を昏睡盗（第三四〇条第一項後段）の表現と異なったものとすることによって、強姦罪と強盗罪における暴行・脅迫の程度の差異についての解釈上の手がかりを残すことにもなると考えられる。

【試案についての検討】

まず、試案の第一案については、（イ）強盗罪における表現との区別がつくうえに、現行法の表現に近いという賛成意見と、（ロ）この程度の表現の差異で強盗罪との区別をつけるのは、しろうと分りがしにくい、（ハ）意識障害という用語に難点がある等の反対意見があった。

（参考 1 2）法制審議会刑事法特別部会第五小委員会議事要録（八）第 1 4 7 回（昭 4 5 年 9 月 9 日）

【準強姦・準強制わいせつの表現方法について、事務当局幹事から提出された試案】

第一案 女子を意識不明その他抵抗不能の状態に陥れ、又は女子が意識不明その他抵抗不能の状態にあるのを利用して、・・・。（参考案）

第二案 女子を意識障害その他抗拒不能の状態に陥れ、又は女子が意識障害その他抗拒不能の状態にあるのを利用して、・・・。（前回試案第一案）

第三案 { (イ) 女子の精神に障害を生ぜしめ、その他
{ (ロ) 女子の精神に障害を生ぜしめもしくはその他の方法により
女子を抗拒不能の状態に陥れ、又は女子が精神の障害その他の理由により抗拒不能の状態にあるのを利用して、・・・。（前回試案第二案及びその修正案）

第四案 女子を意識障害の状態その他抵抗することの著しく困難な状態に陥れ、又は女子が意識障害の状態その他抵抗することの著しく困難な状態にあるのを利用して、・・・。（前回試案第三案）

第五案 女子の精神に障害を生ぜしめ、その他女子を抵抗することの著しく困難な状態に陥れ、又は女子が精神の障害その他の理由により抵抗することの著しく困難な状態にあるのを利用して、・・・。(前回試案第二案及び第三案の折衷案)

【試案についての検討】

第一案のように参考案(第一次案)どおりとするよりは何らかの手入れをした方がよいというのが大方の意向だったので、まず、「意識不明」という表現を第二案・第四案のように「意識障害」とするか、あるいは第三案・第五案のように「精神の障害」という表現を用いた方がよいかという問題が検討され、(イ)「精神の障害」とすると精神病等狭義の精神障害を連想させやすく、「陥れ」ることの例示としては「意識障害」の方がよいという意見と、(ロ)「意識障害」という用語自体が熟していないうえ、白痴等の場合はいらないので、抗拒不能の例示としてやや狭きにすぎる、(ハ)「精神の障害」という用語は・・・意識障害の状態をも含む広い意味で用いられており、まぎれるおそれはない、という意見とがあり、採決の結果、大多数の意見で「精神の障害」という表現をとることとされた。

次いで、「抗拒不能」(第三案)か「著しく困難」(第五案)かという点については、(イ)「抗拒不能」という現行法の用語を用いた方が、物理的な抵抗不能のみならず心理的な拒絶不能の場合も広く含むニュアンスがあり、準強姦には適切であるうえ、現行法との一貫性が明らかになってよい、(ロ)「著しく困難」とすると範囲が広がりすぎるおそれがあり、たとえば酒を飲ませて酔わせたような場合がほとんど含まれてしまうような感じになる、(ハ)強姦の場合と強盗の場合とで反抗抑圧の程度に多少の差はあるが、「著しく困難」と「抗拒不能」・・・と書き分けるほどの差はない、(ニ)「著しく困難」とすると、実務的には、限界的な場合の認定が非常に難しいうえ、濫告訴をはねにくい、(ホ)準強姦においては、暴行脅迫がないので、抗拒不能ないしは困難の程度を判断すべき客観的・外形的事情がない場合が多く、「著しく困難」というような微妙な認定をやりにくい場合が多い、(ヘ)準強姦の場合は抗拒不能かそうでないかというだけあって、「著しく困難」という場合はないのではないかと、したがって、暴行脅迫の程度についての「著しく困難」という標準を準強姦にそのままあてはめるのは妥当ではないのではないかと、等の理由から「抗拒不能」を支持する意見と、(ト)強姦における暴行脅迫の程度は強盗の場合と異なり抵抗を著しく困難ならしめる程度で足りるというのはほぼ確立した判例実務であるから、「抗拒不能」と「抵抗不能」というような微妙な書き分けに頼るより、はっきり書いた方がよい、(チ)その結果、現行法より多少範囲が広がったとしても、それは是認しうる結果である、(リ)「抗拒不能」といってみても、その程度には幅があるのであるから、認定の困難さには変わりがない、等の理由から「著しく困難」を支持する意見があり、採決の結果、「抗拒不能」を支持する意見の方がやや多数であったが、「著しく困難」とする案も相当数に達した。

以上の結果、内容的には試案第三案と第五案とが第二次参考案とされることとなったが、その表現方法としては、現行法のように抗拒不能等の状態を「利用する」場合を先に規定し、「陥れる」場合については、特に例示を付さないこととする方が、「利用」の場合が大部分である準強姦の実態にも適合し、文章的にもなだらかで、かつ、理解しやすいとされた。そこで、第三一条第二項の第二次案の表現は次のとおり決定された。

女子が精神の障害その他の理由により〔抗拒不能の状態〕〔抵抗することの著しく困難な状態〕にあるのを利用し、又は女子を〔抗拒不能の状態〕〔抵抗することの著しく困難な状態〕に陥れて、これを姦淫した者も、前項と同じである。

(参考13) 法務省刑事局「改正刑法草案の解説」294頁

準強姦に関する第二項は、現行法第百七十八条中の姦淫に関する部分とほぼ同趣旨であるが、「心神喪失」というやや多義的な現行法の表現を避け、「女子が精神障害その他の理由により、抗拒不能の状態にあるのを利用し、又は女子を抗拒不能の状態に陥れて」という規定方法をとることにした。この点については、いわゆる準強盗(第三二四条第一項後段)と同様、「意識不明その他抗拒不能の状態」という表現にしてはどうかという意見もあったが(第一

次案第三十一条第二項)、「意識不明」の用語は、意識昏濁の状態というより、意識喪失ないし気絶の状態を指すように解されやすく、「抵抗不能の状態」が極端に狭く理解されることとなるおそれがあるだけでなく、準強盗の場合と同一の表現であることから、ひいては第一項の強姦罪における暴行又は脅迫についても、反抗を著しく困難ならしめる程度でよいとする判例(最三小判昭二四・五・一〇刑集三・六・七一)を制限する趣旨に解されるおそれもあるので、この意見は採用されなかった。

他方、右の判例の趣旨にかんがみ、「抵抗不能の状態」に代えて「抵抗することの著しく困難な状態」という表現を用いてはどうかという意見もあったが(第二次案第三十一条)、「著しく困難」という限界の不明確な概念を法文化すると、その範囲が現行法よりも広くなるおそれがあることなどの理由から、この意見も採用されなかった。

【平成7年刑法改正】(口語化)

(準強制わいせつ及び準強姦)

第七十八条 人の心神喪失若しくは抵抗不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抵抗不能にさせて、わいせつな行為をし、又は姦淫した者は、前二条の例による。

【平成16年刑法改正】(法定刑引上げ)

(準強制わいせつ及び準強姦)

第七十八条 人の心神喪失若しくは抵抗不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抵抗不能にさせて、わいせつな行為をした者は、第七十六条の例による。

2 女子の心神喪失若しくは抵抗不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抵抗不能にさせて、姦淫した者は、前条の例による。

<現行規定>

【平成29年刑法改正】

(準強制わいせつ及び準強制性交等)

第七十八条 人の心神喪失若しくは抵抗不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抵抗不能にさせて、わいせつな行為をした者は、第七十六条の例による。

2 人の心神喪失若しくは抵抗不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抵抗不能にさせて、性交等をした者は、前条の例による。