

ドイツにおける性刑法の改正 ——性的強要から性的侵害 (Übergriff) へ——

玄 守 道

はじめに

本稿は、本年（2018年）3月6日に、ドイツ、ハレ大学のJoachim Renzikowski先生を本学にお招きして、近時のドイツにおける性刑法の改正について行われた講演の日本語訳です。現在、龍谷大学犯罪学研究センターの研究プロジェクトとして、性犯罪をテーマにした研究プロジェクトが進められており、この一環として、今回、性犯罪を研究テーマとされているRenzikowski先生に近時のドイツにおける性刑法の改正につき、ご講演いただきました。当日は、多くの参加者を得て、活発な議論が展開され、とても有意義な講演会となりました。Renzikowski先生からもとても有意義な会であったとの評価をいただきました。当日、通訳の労をとっていただいた富川雅満氏（日本学術振興会特別研究員（PD）・立教大学）には、以下の通り、当日の講演原稿の翻訳をも担当していただきました。記して感謝いたします。また、Renzikowski先生の招聘にあたっては、横浜国立大学の内海朋子先生に大変な便宜とご協力をいただきました。心から感謝申し上げます（玄守道）。

Pro. Dr. Joachim Renzikowski

訳：富川雅満

1. 前 史

ドイツにおける近時の性刑法の改正には、特別な前史がある。2003年に欧州人権裁判所は、ブルガリアに対する先例的判断（Grundsatzurteil）において、欧州人権条約3条にいう品位を損なう取り扱いの禁止、及び同8条にいう私的生活の権利を根拠に、個々人が性的暴力（sexuelle Gewalt）を受けた際に効果的な刑事訴追を求める権利を肯定した。異議申立人は、14歳の時、ディスコを訪れた後に二人の男性からレイプされた。しかしながら、当該被害者がなんら抵抗せず、助けを求める声も上げていなかったために、その刑事訴追は打ち切られた。欧州人権裁判所には、当局がブルガリアの刑法を明らかに誤って適用したものと指摘することで、この事案を処理することが可能であったように思われる。しかしながら、同判決は、そのような指摘を超える判断を行った。というのも、同意の欠如（「lack of consent」）が可罰性の決定的条件（「constituent element」）であることが強調されたからである。性的暴力からの効果的な保護とは、同意なき性的コンタクト（「non-consensual acts」）の処罰を要求するものであるとされた¹。この判例は、その後、クロアチアやモルドバに対する数多くの判断の中で、裏づけされることとなった²。

欧州人権裁判所のこの判例は、2011年5月11日の女性に対する暴力及びドメスティック・バイオレンス防止に関する欧州評議会条約——いわゆる「イスタンブール条約」³——36条に盛り込まれた。「レイプを含める性的

1 EGMR vom 4.12.2003-39272/98, (M.C. gegen Bulgarien), § 150 ff. この点についての詳細は、*Pitea*, Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence, *Journal of International Criminal Justice* 2(2005), 447 ff.

2 EGMR vom 15.5.2012-53519/07 (I.G. gegen Moldawien), § 45; 24.7.2012-42418/10 (D.J. gegen Kroatien), § 86; 24.9.2013-13424/06 (N.A. gegen Moldawien), § 71.

3 CETS No. 210; Bundestagsdrucksache 17/12996, S. 2.

暴力」との表題のもと、36条は次のように規定している：

(1) 締結国は、以下に掲げる故意による行為が犯罪とされることを保障するために必要な立法又はその他の措置を講じる。

- a. 同意に基づかずに、身体の一部又は器具をもって、他人の膣、肛門又は口腔へ性的性質を有する挿入を行うこと、
- b. その他同意に基づかない性的性質を有する行為を他人に行うこと、
- c. 他人に、同意に基づかない性的性質を有する行為を第三者と行わせること。

(2) 同意は、周囲の環境も考慮したうえで、人の自由な意思の結果として任意に行われなければならない。

(3) 締結国は、国内法で承認される過去・現在の配偶者及びパートナーに対して行われた性行為にも1項が適用可能であることを保証するために必要な立法又はその他の措置を講じる。

ドイツ連邦共和国がイスタンブール条約に調印した時点でのドイツ性刑法に分析を加えると、いくつかの場合での可罰性は、36条の人権規定に劣後していたことがわかる。以下に2つの具体例をあげる。

【旧：訳注、以下同じ】刑法177条1項3号は、被害者が保護のない状態で行為者の影響に身をゆだねている状況を行為者が利用していることを前提とする。最高裁判所の実務は、無保護性を客観的観点から評価していた。つまり、被害者が恐怖心から逃亡の可能性を認識せず、行為者に対して身をゆだねており、行為者が被害者の恐怖心を性的行為の実行に利用している場合には、被害者の意思に反する性的コンタクトは依然として不可罰であった⁴。Maiwaldは、皮肉を込めつつ、しかし、適切に、この見解の基

4 Vgl. BGHSt 50, 359(362); BGH NStZ 2012, 268(269); 2013, 467 ff. m. abl. Anm. Sick/Renzikowski.

礎には「落ち着き払ったレイプ被害者」という理想像があると批判していた⁵。

2つ目の具体例は、性的強要には当たらないような、不意打ち的な性的侵害である。ある事案では、被告人は未成年（Jugendliche）に対して突如として背後から挿入し、「麻痺状態に陥った少女」の意思に反して性交を行なった。この事案は、【精神医学にいうところの】解離（Dissoziation）に当たるものである。被害者は唐突的な侵害によって文字通り「我を忘れて」驚いているために、この侵害行為に対応することができない。この種の麻痺状態がどの程度のものであるのかは、当事者の個人的性質に著しく左右されるものである。この事案で、同意ある性的行動を認めることはできない。しかしながら、不意打ちは強要ではないために、被告人を処罰することはできなかったのである⁶。

以上のような——争いがないわけではない——判断が存在するにもかかわらず⁷、立法者は当初、早急な改正の必要性を認めていなかった⁸。もっ

5 *Maiwald*, Viktimodogmatik und das Prinzip der Zumutbarkeit—am Beispiel der §§ 176 Abs. 1 Nr. 3 und 240 StGB, Festschrift für Kristian Kühl 2014, S. 539(546).

6 BGH NStZ 2012, 268.

7 一方で以下の文献も参照のこと。*Blume/Wegner*, Reform des § 177 StGB? —Zur Vereinbarkeit des deutschen Sexualstrafrechts mit der „Istanbul-Konvention“, HRRS 2014, 358 ff.; *Sick/Renzikowski*, Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus menschenrechtlicher Sicht, Festschrift für Dieter Rössner, 2015, S. 930 ff. これに対して、*Frommel*, Muss der Verbrechenstatbestand der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung— § 177 StGB —reformiert werden?, Festschrift für Heribert Ostendorf, 2015, S. 321 ff.; *Herzog*, Sex wider Willen—Anmerkungen zu dem Grund und den Grenzen der Strafbarkeit von nicht konsensual verlaufendem Geschlechtsverkehr, KritV 2015, 18 ff. では、保護の隙が争われていた。さらに、*Hörnle*, Warum § 177 Abs 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte, ZIS 2015, 206 ff. と *Fischer*, Noch einmal— § 177 StGB und die Istanbul-Konvention, ZIS 2015, 312 ff. との論争も参照。

8 性刑法改正についての2014年政府草案では、イスタンブール条約36条が変

とも、連邦法務大臣は、2015年に行われた1つ前の性刑法の改正の直後に、性刑法の（さらなる）改正の必要性を探るべく、学者、実務家から構成された12名の委員による委員会を立ち上げていた。この委員会で解決に関する議論が続く中、かの悪名高き大晦日の夜がやって来た。ケルンの聖堂広場をはじめとするいたるところで、人々が大晦日を祝っているさなかに、大量の性犯罪が行われたのである。これらの事案が刑法177条の改正とはほとんど関連がなかったにもかかわらず、この事件によって、改正議論は著しく前進することとなった⁹。最終的に、2つの改正案が提示された。もっとも革新的な案は、相手方の意思を問わずに行われた性的コンタクトを処罰する規定を将来的な基本構成要件に据えるというものであり、性的な自己決定に対する犯罪行為の体系を完全に刷新するものであった¹⁰。これに対して、BMJV〔連邦司法・消費者保護省〕の草案は、刑法179条に控えめな変更を加えたにとどまるものであって、同意のない特定の事案群、特に驚愕の瞬間を利用したり、著しい害悪を加える（empfindliches Übel）旨の脅迫をしたりする事案群を規定に盛り込むものであった¹¹。連邦参議院が批判的な態度表明を示したことを受け¹²、さらなる協議ののちに、結局、妥協案が通過することとなった。同案は、2016年6月1日の法務委員会の専門家聴聞に際して¹³ 会議資料として提示された¹⁴。もちろんのこと、このような方法では、この提案を根本的かつ深く検討することは不可能で

ゝ 更を要求するものではないとの記述がなお見られていた。この記述は、のちに変更された（Bundestagsdrucksache 18/2601, S. 1を参照。「…は、なお検討の対象である。」）

9 この新しい方向での政治的な動きは、追放・退去法（Ausweisungs- und Abschiebungsrecht）の強化を伴う改正との関連でも見られる。

10 Bundestagsdrucksache 18/7719 (Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE)。

11 Bundestagsdrucksache 18/8210。

12 Bundestagsdrucksache 18/8626。

13 Tischvorlage: Eckpunktepapier zur Reform des Sexualstrafrechts—mit dem Grundsatz „Nein heißt Nein“ vom 1.6.2017。

14 Rechtsausschuss, Öffentliche Anhörung vom 1.6.2016, Prot. 18/101。

あった。その結果が、2016年7月7日に賛成大多数で可決された第50次刑法改正法である。

II. 強要からコミュニケーションへ：パラダイムシフト

本改正は、根本的なパラダイムシフトを選択した。これまで、同意なき性的コンタクトはそれ自体可罰的ではなかったのであり、刑法典13章には同意が欠けている場合やその同意が法的に有効ではない場合についていくつかの構成要件が規定されていた。いまでは、【新】刑法177条1項は同意の欠如をその中核においている。新たな規定は次の通りである。「他人の認識可能な意思に反してその者に対して性的行為を行い、その者に性的行為を行わせ、又は、第三者に対する若しくは第三者による性的行為をその者に対して遂行若しくは甘受させた者は、6月以上5年以下の自由刑に処する。」

同条の構想によると、性的侵害とは、強要によって相手方の反抗の意思を抑圧するものである必要はなく、いわゆる「No means no」アプローチを導入するものである¹⁵。この規定の中核には、性的関係のコミュニケーションやコンテキストの再構成が存在する。性的関係がアンビヴァレンスによって形成されることは稀ではないため、各パートナーに自己決定を伝達する責務が課されている¹⁶。このようなアプローチ【の採否】を巡っては、争いが見られる。あらゆる性的コンタクトは事前の同意を要求する——「Only yes means yes」——との反対の立場も存在し、この立場はイスタンブール条約36条2項の文言を拠り所とする。同条では、「同意は行われなければならない (consent must be given)」とされている¹⁷。後者のア

15 Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 21; *Bezjak*, Der Straftatbestand des § 177 StGB (sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers, KJ 2016, 557 (560).

16 批判的な論稿として、*Fischer*, StGB, 64. Aufl. 2017, § 177 Rn. 12 und 26.

17 *Herning/Illgner*, „Ja heißt Ja“ — Konsensorientierter Ansatz im deutsche

ブローチの利点は、潜在的被害者を他者決定的な性的コンタクトから包括的に保護することにある。このような包括的保護に含まれるのは、特に、拒絶を表現するのが困難な人である。同意を中核に据える構想は、行為者から被害者への根本的なパラダイムシフトを推し進めるものである。強要を中核に据える構想においては、女性は抵抗又は逃亡のためのあらゆる可能性を駆使した場合に初めて刑法的保護を受けられるというのであるから、基本的に性的コンタクトをいつでも行うことができる（verfügbar）ように思われるが、一方で、同意を中核に据える構想においては異なる考えが採られている。同構想では、女性は性的コンタクトに同意（einwilligen）しなければならない——行為者はこれを確認しなければならない——のであるから、常に性的コンタクトを行うことができるわけではない。すべての干渉に先んじて同意を得よう要求するのは、他の主観的権利の一般的扱いと同様である。たとえば、現在、スウェーデンではこのモデルを採用するにつき、議論が見られる。このモデルを支持する論者がいうには、このモデルを採用することで性的自己決定がより十分に保護されるという。しかしながら、この選択が性的犯行を減少させる条件として優れているかについては、疑念がある。スウェーデンの司法省は、たとえば、証明問題を回避するために、書面で同意を得ることを勧めている。厳格に解すると、すべてのセックスパートナーは、その都度の性行為に先んじて、相手方の同意を確認しなければならないことになる。このような考えがいかに馬鹿げたものであるのかを説明するには、多言を要しない。さらに、拳証責任の転換や、無罪推定の違反が懸念される。被告人となるセックスパートナーがいざという場合に備えて、他人の同意を得るためにどのような努力を行ったのかを説明しなければならないことになるからである。

しかし、ドイツとスウェーデンの規定の相違は、場合によっては、さほ

↘ Sexualstrafrecht, ZRP 2016, 77 ff. 参照。

ど大きなものとはならない。性的コンタクトへの同意は、黙示的 (konkludent) にも行われうるのであって、つまり、【性行為への】単なる協力 (Mitwirkung) によっても行われうる。さらに、【新】刑法177条2項は、性的コンタクトに反対することが被害者にとって不可能であり、期待されえないような特定の場合を記述している。他の側面では、強要要素を放棄することは、立法者がイメージしたほどには大きな効果を持つものではない。行為者が被害者自らに性的行為を行わせ、ないしは第三者との性的コンタクトを行わせる場合、このような状況は強要がなければ生じない。

Ⅲ. 刑法177条の重要な変更についての概観

1. 1項にいう性的侵害

将来的には、「認識可能な意思」に反して他人と性的コンタクトを取ることが可罰的となる。強要要素の放棄は、性的な応対 (Begegnung) を「するか否か」、「いつするか」、「どのようにするか」に関する自由な決定の保護¹⁸を十分な根拠とする。問題となるのは、抵抗の可能性ではなく、同意である¹⁹。

「認識可能な意思」は、客観的な第三者の視点から評価されるべきことになる²⁰。被害者が【拒絶の意思を】心のうちで留保しているだけでは不

18 この点についての詳細は、*Renzikowski* in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, Vor § § 174 ff. Rn. 7 ff.

19 Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 21 も参照。しかし、立法理由の指摘とは異なり、これまでの性刑法も成功の見込みのない抵抗を被害者に対して要求するものではなかった。もっとも、裁判所が「適切な」被害者態度につき、現実とかけ離れたステレオタイプの内容を要求することも稀ではなかった。判決の分析については、*Lembke*, „Vergebliche Gesetzgebung“. Die Reform des Sexualstrafrechts 1997/1998 als Jahrhundertprojekt und ihr Scheitern in und an der sogenannten Rechtswirklichkeit, *ZfRS* 34 (2014), 253 ff.を参照。

20 Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 22 も参照。

十分であって、このことは至極自明で、特に強調される必要もない。考えられているのは、拒絶が明示的に表示されていた場合や、たとえば、被害者が抵抗したり、泣いていたりするなど、拒絶が状況から誤解の余地なく明らかとなる場合である²¹。コミュニケーションがアンビヴァレントな場合、被害者の意思はまさに「認識可能」ではない²²。自己決定能力に制限がなく、強制状況にない限りでは、その意思を一義的かつ明白に表現することがすべての人に期待される²³。つまり、「Only yes means yes」アプローチとは異なり、不明確さは、他人【行為者】の負担となる。当然のことながら、事前に与えられた同意は撤回されうるのであって、セックスパートナーはその撤回を尊重しなければならない。

比較的に新しい現象は、いわゆる「Stealthing【避妊具を用いないセックス】」である。性的コンタクトの途中でコンドームを外し、性的交渉を避妊具なく続けることに喜びを感じる男性は明らかに存在する。たとえば、ウィキリークスの創設者である*Julian Assange*も、そのような非難に晒されている。セックスパートナーが性交渉に際して避妊具を使用することを事前に約束していた場合、Stealthingは、相手方の「認識可能な意思」に反しており、それゆえに、可罰的である。つまり、【新】刑法177条1項は、欺罔からの保護も一定程度手当するものである。しかし、この保護がどの程度認められるかは、なお予測可能ではない。体液の交換があるとの点で、避妊具を用いない性交渉は避妊具を用いる性交渉と区別される。しかし、女性が避妊を行うと男性に嘘をつくような逆の場合にも、同じことが妥当

21 Hörnle, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung, NStZ 2017, 13(15) も参照。たとえば、旧177条1項3号の成立が否定されたBGH NStZ 2012, 268 f.; 2013, 466 ff. も【新法の】適用事例となろう。

22 Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 22が「アンビヴァレントな動機状況」とするのは不正確である。

23 Hörnle, Wie § 177 StGB ergänzt werden sollte, GA 2015, 313(321). Fischer, § 177 Rn. 12は、この点につき、証明問題と混同するもので、実態に反すると批判する。

するのか？なおこの点については争いがありうるが、別の状況については、少なくともドイツの視点からは、非常に奇異なものに感じられる。はるか昔の法によると、成人男性がのちに結婚する約束で未成年の少女をそそのかして性交渉を行わせることは可罰的であった。男性が性交渉後に婚約を解消し、女性との婚姻を結ばなかった場合に、民法はその女性にいわゆる「婚約解消補償金（Kranzgeld）」を賠償金として認めていた。これらの規定ははるか過去のことであり、それゆえに、私見によると、単に婚姻の約束を仮装してなされた性的コンタクトへの同意は無効とは言えない。しかしながら、たとえば、英国の性刑法がそうであるように、他の法秩序は、異なる見方に立っている。この点に関する問題は、ドイツにおいて、上述の問題とはまったく異なるものである。これらの問題は、改正の議論で扱われておらず、これまでも議論されてこなかった。場合によっては、法益関係の錯誤がある場合に動機の錯誤を考慮するが、それ以外の場合では考慮しないとの区別に、解決が見出される。

新刑法177条が事実審に重大な問題を投げかけていることは明らかである。特に、しばしば見られるような、ある供述が他の供述に反している場合で、いずれの供述内容が説得的であるかを根拠に、その証拠評価を行うことができなくなる。すでにそのことを理由に、高い有罪率を期待することは愚かであって、結局のところ、危険ですらある。ここで、その場の状況や行為者と被害者との関係といったすべての背景を解明せよとのイスタンブール36条2項の要求が自ずと理解される。種々の関係においては、たとえば、「No」はなお最終的な拒絶を意味するわけではない²⁴。嫌悪の念が主張されているとしても、その人がのちにその主張に反するように積極

24 Fischer, § 177 Rn. 17も参照。これと異なり、Hörnle GA 2015, 316 m. Fn. 18は、そのような場合では、刑訴法153条にいう打ち切りを支持し、これは、刑の下限が6月の場合には、検察による捜査手続が終了（！）したのちの裁判所の同意を常に必要とする。

的に協力を行っており、消極的に他人の性的行為に耐えているわけではない場合、この主張には信用性が認められない (unglaubwürdig)。

主観的構成要件は、本来的には、故意を前提としている。行為者自身が、被害者が性的行為に同意していないことを想定していなければならない²⁵。ここで「本来的的」と言っているのは、法律の文言が不明確だからである。つまり、法律の文言からは、客観的な第三者——これは結局のところ裁判官である——が相応の結論を導く元となる事情の認識だけを問題としている可能性も捨てきれない²⁶。実際には、「認識可能性」においては規範的構成要件要素が問題となっていたのであって、その結果、この要素についての当てはめの錯誤は故意にとって重要ではないということになろう。このように考えることで、罪を免れようとする虚偽の自己弁護 (Schutzhauptung) を容易に排除することができよう。しかし、これにより、将来的には、過失による性的侵害が可罰的となる可能性がある。特に、「認識可能性」という言葉は、過失を記述するに際しても、用いられることの多いものであるからなおさらである。裁判所が【新】刑法177条1項をこのやり方で適用することになるかは、その結果を待たねばならない。性刑法が十分な理由からこれまで認めてこなかった過失の可罰性に宿命的な一歩が踏み出されていると言えよう²⁷。

行為者が受動的な被害者に対して性的行為を働いた場合にのみ可罰的となるのではなく、行為者が自らに対する性的行為を被害者に行わせた場合や、行為者が被害者に対して第三者との性的コンタクトを行わせている場合にも可罰的となる。これらの場合では、行為者は被害者に性的行為を行わせる基盤を提供していなければならない。他人が性的行為を望まない場

25 Hörnle NStZ 2017, 15; Fischer, StGB, § 177 Rn. 16.

26 立法理由 (Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 23) は、不明確である。正当な批判を行うものとして、Hoven/Weigend JZ 2017, S. 187.

27 ここでも、Hörnle GA 2015, S. 327を参照。

合には、その者は行為者による不当な要求に簡単に従う必要はない。このヴァリエーションに関して、強要がなくとも1項が成立するとの立法者の誤解が明らかとなる。つまり、人は——それと知りつつ——行為を行っているが、同時に、その自己決定に侵害を受けていないにもかかわらず、これを望んでないと主張することは、論理的な矛盾である。したがって、行為者による指示や指定 (Bestimmen) は、なんらかの形でプレッシャー (Druck) を前提としている。これは、強要となんら異なるものではない。ある者に強要するとは、つまりは、まずもって、2つの望まざる行為態様の間での選択をその者に押し付けること以外のなにものでもない²⁸。報酬を約束することは、当罰的ではない²⁹。それゆえに、事実審は、どのような外部的理由から不当に要求された行為を行わないとの選択を被害者が妨げられているのかを解明しなければならない。それゆえに、2項4号及び5号にいう類型との事實的相違は、もはや認められえない。

2. 2項及び4項にいうコミュニケーションが排除された場合や期待されない場合

【新】刑法177条2項は、コミュニケーションが被害者にとって不可能である又は期待できないようないくつかの事例群を捕捉するものである³⁰。その際に、1号及び2号は、障害者の性的自己決定を、かつての刑法179条よりも十分に考慮している³¹。3号は不意打ち的侵害を捕捉しており、

28 *Bergmann*, Das Unrecht der Nötigung, 1983, S. 51 ff.; *Hruschka*, Die Nötigung im System des Strafrechts, JZ 1995, S. 737(738); *Kargl*, Zur objektiven Bestimmung der Nötigung, in: Festschrift für Claus Roxin, 2001, S. 905(914 f.). BGHSt 50, S. 359(365 f.) も参照。

29 *Renzikowski* in: MüKo-StGB, § 177 nF Rn. 54; *Wolters/Noltenius* in: SK-StGB, 9. Aufl. 2017, § 177 Rn. 14. 異なる主張に、*Fischer*, StGB, § 177 Rn. 8.

30 Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 23.

31 Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 23 f. も参照。

4号、5号は、相互の関係性は不明確であるものの³²、強要事例に関連するものである。刑法177条4項は、2項1号の加重事由である。病気又は障害を理由に（反対する）意思を形成したり、表明したりする能力がない場合、刑の下限は1年に上がる。

【新】刑法177条2項1号は、「反対する意思を形成し、又は表明する能力がない」人に関連する規定である。これにより、立法者は、かつての刑法179条1項の事例群を捕捉しているが、もはや抵抗無能力を強調していない。このことは、抵抗が問題となっているのではなく、同意が問題となっていることからして、まずもって明らかである。それゆえに、もっぱら行為者の抵抗能力に関連し、意思の形成も表明も侵害していないような障害（たとえば、対麻痺）は、これらの類型には包摂されない³³。2号との関係からは、なんらかの——つまり、瑕疵がないとか、法的に有効であるといった意思に限られない——意思を形成又は表明することにつき、被害者は絶対的に無能力でなければならない³⁴。しかしながら、「自然的意思」を形成したり、表明したりする能力がないのは、昏睡状態、意識喪失、睡眠中の人、あるいは、どのようなコミュニケーションも——補助手段を用いたとしても——もはやできないような人だけである³⁵。もっとも、そのような場合に、もはや伝達することのできない意思内容がどのように認定されうるのかは問題とされる。法律がすべての場合で反対する意思を想定しているのであるから、上述の人グループは、絶対的な節制命令（Abstinenzgebot）に服している。それゆえに、その推定的意思を考慮することで憲法整合的に制限することが、必要となる³⁶。

2号の類型は、1号とは異なり、「その身体的・精神的状態に基づいて、

32 Renzikowski in: MüKo-StGB, § 177nF Rn. 32.

33 Bezjak KJ 2016, 562や、批判的な論稿としてFischer, StGB, § 177 Rn. 19も参照。

34 Renzikowski in: MüKo-StGB, § 177nF Rn. 63を参照。

35 Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 23 f.

36 Renzikowski in: MüKo-StGB, § 177nF Rn. 66を参照。

自身の意思を形成したり、表明したりする点に著しい制限」のある人に関連している。これらの人的グループには、絶対的な節制命令は妥当しない。その減退（Beeinträchtigung）がどの程度に達していなければならないのかは、法律からは明らかではない。立法理由による制限が「一定程度の重大性」を指摘したり、「重要である」とか、「客観的視点から明らかであって、予断を持たない観察者に容易に想起され」としたりすることは³⁷、内容のない決まり文句である。ここで、——性的事象の意味や射程を理解する制限的能力という——知的要素と、自己の態度をその分別（Einsicht）に従い決定する能力に関連する意的要素とが区別されうる。被害者の能力の詳細な評価については、専門家の助けが求められる。しかしながら、重大性においては、裁判官に課された規範的評価が問題となっている³⁸。種々の精神的な減退の他に、実務において非常に多く見られる事案は酩酊であろう。この構成要件類型のポイントは、ある者がその意思形成の点で制限のある人と性的コンタクトを行う前にその同意を確認しなければならないことにある。つまり、これらの人的グループに妥当するのは、明白なYesだけがYesであるとの考えである。アンビヴァレントな表明は、なお同意ではない。特に、保護対象である人自身がイニシアチブをもって【性行為を】開始している場合、同意は黙示的にも行われうる。立法者の考えによると、このように考えることで、障害を持つ人の性的自己決定権が最大限に考慮されることになる。もっとも、立法理由によると「自然的意思」で足りるというのであるから、同意の法的有効性は重要ではない³⁹。コミュニケーション能力の減退との関連で説得的と思われることは、処分能力（Dispositionsfähigkeit）との関連では明らかな自己矛盾に至る。つまり、法的に見て重要な程度で性行為を自由に行うことのできる（disponieren）

37 Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 24.

38 詳細は、*Renzikowski* in: MüKo-StGB, § 177nF Rn. 70 f.

39 Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 24.

能力が——少なくとも部分的に——否認される人の事実的同意が、その人との性的コンタクトの不可罰性を決定するのである⁴⁰。その帰結は、災害のようなものである。その精神的状態を理由に【他人により】操られやすい人から、保護が奪われることになる。【旧】刑法179条で予定されていた虐待的支配は存在しないからである。結局のところ、同意のもとで開始された性的相互作用の枠内では、個々の性的行為すべてについて同意が別々に得られなければならないとの考えは、現実的ではないように思われる⁴¹。このことは、ともに意思形成・表明の点で制限が見られる2人の間で性的コンタクトが行われる場合に、まさに妥当する。立法者が現状、相応の専門知識を参照することなく、障害者の性的事柄について規定を設けたことは、実に残念である⁴²。被告人が刑事手続において、場合によってはコミュニケーション能力に著しい減退の見られる人の同意を確認したことをどのように証明すべきなのかも不明確である。実際に、この法律は、举证責任の転換という結果に至る。アンビヴァレンスは、1項と異なり、被告人の不利となる⁴³。つまり、新たな規定は、無罪推定と整合するとは言い難い。

性的コンタクトに関するコミュニケーションは、被害者が不意打ち的に性的行為を受けている場合にも、不可能である。それゆえに、3号は、性行為が突然実行された場合、つまり、性行為が突然行われたために被害者がそれを念頭に置くこともできなかった場合や、あるいは、驚いて防衛す

40 批判的なものとして、Fischer, StGB, § 177 Rn. 32 f.; Hoven/Weigend JZ 2017, 187.

41 しかし、Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 25はそうのように考えている。

42 障害者の性的欲求についての詳細は、たとえば、Troost, Sexualität und sexueller Missbrauch bei Menschen mit geistiger Behinderung, in: Clauß/Karle/Günter/Barth(Hrsg.), Sexuelle Entwicklung-sexuelle Gewalt, 2. Aufl. 2010, S. 22 ff.; Zinsmeister, Hat der Staat den Bürger*innen Sexualität zu ermöglichen?, in: Lembke(Hrsg.), Regulierungen des Intimen, Sexualität und Recht im modernen Staat, 2017, S. 71 ff.

43 Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 24も参照。

ることもできなかったような場合を処罰している。不意打ちは意思形成を排除するものであって、これにより特定の態度が誘引されることはありえないので、3号は行為者の被害者に対する性的行為だけを処罰し、被害者自身の性的行為や第三者との性的コンタクトを処罰するものではない。1項との関係で、この類型は明確化機能だけを有している。というのも、被害者が行為者の性的行為に同意していないことが明らかな場合にのみ、驚愕の瞬間を違法に利用することが問題となりうるからである。自分のパートナーを愛情表現のひとつとして不意打ちしている者は、可罰的な性的侵害を行うものではない⁴⁴。

4号、5号にいう類型は、強要の場合に関連する。4号によると、「抵抗した場合に被害者に著しい害悪が生じる危険がある状況を利用した」者は可罰的である。5号は、「著しい害悪で脅迫されること」による強要に関連する。この区別は不要である。立法者の考えによると、4号との区別は、4号では行為者が被害者に対して明示的に脅迫する必要がない点にある⁴⁵。これにより、4号は、黙示的な脅迫についての特別構成要件ということになる。立法者は、4号がいわゆる「暴力的雰囲気」の状況を捕捉するものであるが、5号はそうではないことを前提としているようである。この考えは、場合によっては、いわゆる「継続的作用が見られる場合」で改めて明白に脅迫を行うことを余分な形で要求したいくつかの裁判所の判断へのリアクションである⁴⁶。しかし、このことは、すでに従前、明白とされているわけではない。必要とされる黙示的脅迫は、その都度、状況的なコンテキストから明らかになる⁴⁷。

44 Renzikowski in: MüKo-StGB, § 177nF Rn. 85.

45 Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 26.

46 BGH NStZ 1995, 229(230); 2005, 268(269); 2013, 279や、正当な批判を行う Kratzer-Ceylan, Finalität, Widerstand, „Bescholteneheit“. Zur Revision der Schlüsselbegriffe des § 177 StGB, 2015, S. 324 f., 333 f. 参照。

47 Renzikowski in: MüKo-StGB, § 177nF Rn. 87やBGH, NStZ 2010, 570 f. も参照。

3. 強要なき「性的強要」や暴力を伴わない強姦は認められるか？

注目すべきことに、【新】刑法177条2項5号は、明示的に「強要」の文言が用いられている唯一の構成要件バリエーションである。性的強要の従前の事案は5項に引き継がれている。5項で新規定は「強要」という言葉を用いていない⁴⁸。どのような利益がこれにより得られるというのは、不明確である。

【5項】1号は、行為者が被害者に対して暴力を用いた場合での性的侵害に関するものである。立法理由によると、行為者が暴力により性的コンタクトを強制しようとすることはもはや問題とならないという。この理由を真摯に捉えたとすれば、これは、かつての法的状況と比して、犯罪構成要件の著しい拡張を結果としてもたらす。というのも、行為者が欲望を高めるために被害者に暴行を働いている（einschlagen）場合【にも同号に該当するが、その場合】、暴力が先行して存在するわけではないからである⁴⁹。場合によっては、ここでも立法者は、暴力が【先行して】存在しているにもかかわらず、行為者の用いた有形力（Körperkraft）がごくわずかであったとか⁵⁰、ただ「絶頂」に達しようとするためであった⁵¹のために、性的強要を否定するとのいくつかの裁判所の判断に対応しようとしている。そのような事例は、暴力と自由意思に基づかない被害者との性的コンタクトのあいだの目的・手段上の結びつきを放棄することの証左として参照される⁵²。しかしながら、その際に、暴力を用いる行為者の他のありうる動機が目的・手段のイメージをなお排除していないことに見落としがある。

48 Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 26 f.

49 Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 27での事例を参照。

50 BGH NStZ 1995, 230; 1999, 506; NStZ-RR 1997, 199参照。

51 BGH NStZ 1991, 431 m. abl. Anm. Sick, JR 1993, 164 (166 f.). しかしながら、立法理由においては、この点につき明確ではない。

52 Hörnle in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 12, 12. Aufl. 2009, § 177 Rn. 66 f. や、これを支持するKratzer-Ceylan (Fn. 22), S. 350 ff.

加えて、刑法典における統一的な暴力概念は放棄される。というのも、これまで、標準的には、被害者に用いられている心理的強制作用が重要とされていたからである⁵³。暴力と暴力的活動 (Gewalttätigkeit) とは、同一ではない。

脅迫類型 (2号) においては、いずれにしても、脅迫と性的行為との目的的連関が放棄されている。これにより、行為者が、被害者に対して脅迫を新たに行うことなく性的行為を行っているが、先行する脅迫の印象 (Eindruck) のもとに被害者がいることを前提としている場合が包摂されるという⁵⁴。ここでも、この立法理由は、脅迫と強要された態度との目的的連関の不適切な理解を前提としている。もっとも、その理解は、多くの裁判所の判断で見られるところである。その他の点では、保護なき状況を利用する類型は、行為者が身体及び生命にとっての現在の危険に対する被害者の認識される恐怖を利用している場合には、認められる⁵⁵。3号に維持されたこの犯行バリエーションにおいては同様に、強要の要件が欠けている。実際には、これらの場合では、一貫して、加重事由としての (qualifiziert) 黙示的脅迫が問題となっている⁵⁶。

立法理由の文言から読み取ると、将来的にどのように判決が下される (tenorieren) ことになるのかは、完全に不明確である。行為者が性的コンタクトを強制していなかった場合ですら、5項【各号に当たる】すべての場合で「性的強要」を理由に有罪とされることになるのか？あるいは、「性的強要」は——従前そうであるように——強要を前提とし、上述の場合も2項5号により含まれることになろうか？この点についてのなんらかの考

53 たとえば、BVerfGE 92, 1 (17 f.); *Eser/Eisele* in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 240 Rn. 10aを参照。

54 Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 27はそのように主張する。

55 Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 27も参照。判例は多くあるが、ここでは、BGH, NStZ 2003, 533 (534) や *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 26 f. での引用判例を参照。

56 *Renzikowski* in: MüKo-StGB, § 177nF Rn. 133参照。

えは、立法理由には見られない。刑の下限が引き上げられていること（重罪（Verbrechen）である）は、抵抗する意思の軽視に、強要不法がつけ加わる場合にのみ、正当化される⁵⁷。加えて、この理解は、維持された法律の表題に合致する。強要なき「性的強要」とは、了解不可能（Unbegriff）であろう⁵⁸。

【新】刑法177条6項は、性的強要の従前の法定加減事由（Regelbeispiel）を含んでおり、そこには「強姦」（1号）もある。刑法176条a第2項にいう児童の重い性的虐待との評価矛盾は依然として存在している。というのも、そこでは、あらゆる形態での挿入行為が——集団による犯行と同様に——加重類型として扱われているからである。かつて強姦においては2重の減軽が認められることがあったが、このようなやり方には異議が強かったにもかかわらず、現行法でもそのようなやり方を行う可能性が維持されている（現行法の9号）⁵⁹。これまでの法的状況と比べて、強姦の法定加減事由は、もはや明示的には自手犯を要求していない⁶⁰。しかしながら、将来的には、強姦は、行為者が被害者を強要していたことを前提としない。「性的暴力」というラベルの持つ意味が説明されえないのは、より明らかである。もっとも、あらゆる形態の挿入行為が「性としての暴力の一形態」として理解される場合には⁶¹、この理解は論理的にあらゆる他の性的犯罪にも妥当するが、そうすると、これは、刑の枠の過度の強化に至ることになろう。新たな「相場」は2年であり、これは、両立可能な厳罰化を予定していない刑法174条、174条a、174条b、174条c、180条、182条との評価

57 Renzikowski in: MüKo-StGB, § 177nF Rn. 101や、Wolters/Noltenius in: SK-StGB, § 177 Rn. 53参照。

58 これに反するものに、Hörnle NSZ 2017, 19.

59 たとえば、Hörnle in: LK, § 177 Rn. 234参照。

60 ここでは、従前、特に重大な匿名の事案が想定されていた。BGH NJW 1999, 2909(2910) 参照。

61 そのように主張するものに、Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 28.

矛盾に至る。

4. さらなる加重類型

7号と8号は、従前の刑法177条3項と4項の加重類型を同一の文言で引き継いでいる。しかしながら、従前の法とは反対に、加重類型は、強要をもはや前提としていない⁶²。このような十把一絡げ的な扱いには、体系的に問題がある。新规定の基礎には、特に、立法者がまったく異なる事案状況を、その相違を考慮することなく、唯一の規定 (einzige Vorschrift) に押し込めた (pressen) との事実がある。たとえば、7項2号——抵抗を抑圧するための物 (Gegenstand) を携行すること——は、明らかに、5項に捕捉される加重的強要にだけ当てはまるものである。行為者が「犯行時」に武器を用いることで2項3号にいう不意打ちによる性的攻撃 (Sexualangriff) を行うとは、どのように理解されるのか⁶³。この点は、立法者の秘密にとどまる。立法理由によると、高められた不法は、行為者の「潜在的危険が高められていること」に認められる⁶⁴。しかしながら、このことは、少なくとも、2項1号から4号にとっては、納得のいくものではない。何故ならば、これらの類型においては、被害者が当初より抵抗を行っていないからである。ここでも、他の場所での損失を考慮することなくまったくもって性急に立法手続きが行われたことによって、評価矛盾が産まれたのは明らかである⁶⁵。しかしながら、7項3号や8項2号で挙げられている被害者の生命や健康にとっての特別な帰結には、この批判

62 Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 28 f.

63 Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 29 参照。

64 Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 28. 正当な批判を行うものとして、*Bezjak* KJ 2016, 567; *Hoven/Weigend*, „Nein heißt Nein“-und viele Fragen offen, JZ 2017, 182(188). 刑法177条9項にいう犯情の重くない事案に切り替えることにつき、*Hörnle* NStZ 2017, 20.

65 この点についての詳細は、*Renzikowski* in: *MüKo-StGB*, § 177 nF Rn. 10 ff.

は妥当しない。危険な性的方法もそのような帰結を結果としてもたらしうるので、その限りでは、刑の厳罰化が基礎付けられうることは自明である⁶⁶。

もっとも、個々の刑罰枠組みと、9項における組み合わせ可能なくつかの加減事由とを混ぜ合わせるような見通しの効かない規定ぶりは維持され、それどころから、1項及び2項により拡張されている。このようなミックスは、すでに旧法においても、実務への配意に乏しいものであるとされていた。刑法49条1項による一般的な刑の減軽とこれが組み合わせられる場合には、完全に、見通しのない量刑の密林 (Strafzumessungsdschungel) が生まれ、どのようにして裁判官がこの密林から合理的かつ上告に耐える検討を持って逃れるのかは明らかではない。

IV. その他の改革

「胸部を触る」といった【新】刑法184条h第1号にいう重大性のハードルを超えない性的嫌がらせ (sexuelle Belästigung) は、これまで、オーストリアやスイスとは異なり⁶⁷、可罰的ではなかった。固有の犯罪構成要件の創設の要求に、立法者は屈服した。その際に、国家による刑罰のウルティマ・ラチオとしての性質がここでお依然として保持されているのかについては争いがありうる。しかしながら、特に当事者——多くの場合、女性——がしばしば被害者となる場合には、そのような侵害は被害者のライフスタイル形成にとって著しい帰結と結びつきうる⁶⁸。刑法184条iによ

66 Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 28 f. 参照。

67 スイスの法的状況については、Kummer, Sexuelle Belästigung aus strafrechtlicher Sicht, 2002.

68 以下の文献参照。Buchanan/Bergmann/Bruce/Woods/Lichty, Unique and Joint Effects of Sexual and Racial Harassment on College Students' Well-Being, Basic and Applied Psychology 31(2009), S. 267 ff.; Schneider/Swan/Fitzgerald, Job-Related and Psychological Effects of Sexual Harassment in the Workplace: Empirical Evidence From Two Organizations, Journal of Ap-

ると、「他人が性的に一定の方法で物理的に接触し、これにより嫌がらせを行っている者」は、可罰的となる。あまり明確とはいえない構成要件要素は、判例に、著しい評価裁量を開いている⁶⁹。

「集団からの犯行 (Straftaten aus Gruppen)」という注目すべき特徴付けを伴う新刑法184条jは、無罪推定の前例ないほどの軽視を意味している⁷⁰。この規定によると、「他人をしてその者への犯行の実行を行わせるようにせがむ人的グループに関与することで、犯行を促進する者は、そのグループのうちの1人の関与者により177条又は184条iという犯行が行われ、犯行が他の規定でより重い刑罰で処罰されていない場合」に、処罰されることになる。

新たな構成要件は、ケルンなどでの大晦日の夜の事件への対応であり、証明問題を緩和するとの目的だけを追求するものである。この事件の刑事訴追は主として、被害者が行為者を特定できなかったとの点で、失敗に終わった。性犯罪の実行が可罰性の客観的条件として形作られているのであるから、たとえば、性的侵害をまったく予感することなく、群衆の中で自らの犯罪的意図を追求するスリも可罰的である。この規定が補充条項を理由にいかなる実務的な適用領域も有していないことは、せめてもの救いである。

↘ plied Psychology 82(1997), 401 ff.

69 この点についての詳細は、*Renzikowski* in: MüKo-StGB, § 184i Rn. 7 ff.

70 痛烈に批判するものに、*Renzikowski* in: MüKo-StGB, § 184j Rn. 2 ff.; *Nolte-nius*, in: SK-StGB, § 184j Rn. 2 und 13; *Hoven/Weigend* JZ 2017, 190 f. これに対して、*Hörnle*, § 184j StGB (Straftaten aus Gruppen) — ein verfassungswidriger Straftatbestand?, BRJ 2017, 57 (61 f.) は、このルールを、集団構成員に対する刑法上の負荷の一般的な帰属原則にまで拡大されることを支持している。

V. まとめ

改正の評価は、アンビヴァレントな結果になる。新刑法177条1項は、正当な方向性を示している。というのも、この規定により、将来的には当罰的な性的自己決定の侵害が訴追されうることになるからである。【新】刑法177条2項3号に同じことが妥当する。これに対して、他の構成要件類型は、一部では、著しい問題を提示している。新たな規定の体系は、成功したものとは評価され得ない。改正により、評価矛盾は除去されず⁷¹、【むしろ】新しく生じている。

性刑法改正委員会は、2017年7月19日に、最終報告を提出した⁷²。その1,397頁にわたる報告書には、28回分の会議の議事録や基調報告、プレゼンテーションに加えて、61個の提案が見られる。注目すべきことに、近時の法律改正の多くが批判されている。まさに改正されたばかりの刑法177条の根本的な改定（Überarbeitung）が完全一致で要求されている。強要構成要件や侵害構成要件は、解体されることになるという。7項、8項の新たな加重類型も強要なき同意のない性的コンタクトのすべての事案に合致する訳ではないから、なおさらである。保護なき状況の利用という類型（【新】刑法177条5項3号）は、削除されることになるという。改正の余地の大きいのは、障害を持つ人の性的自己決定に関してである。その際に、重大な困難性は、一方ではこのような人たちの性行為についての権利を保証し、他方では、侵害や不当なコントロールから保護する点に、存在する。これらの、そして他の提案が、棚上げにされないことが望まれる。

71 しかし、Bundestagsdrucksache 18/9097, S. 21 はそのように主張する。

72 Abschlussbericht, S. 313 f. 以下のURLから入手可能。

http://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1

(2018年1月13日確認) この報告書は、本年、Nomosから書籍として出版される。