

ドイツにおける「ステルシング (Stealthig)」 の可罰性について¹

ティル・ツィーママン (講演者)

石 居 圭 (翻訳)

はじめに

本稿は、2021年3月18日に龍谷大学犯罪学研究センター、性犯罪プロジェクトの研究活動の一環として、トリアー大学（ドイツ）のティル・ツィーママン（Till Zimmermann）先生をお招きし、「ドイツにおける「ステルシング (Stealthig)」の可罰性について」と題して、行われた講演の記録である。

当日は、神戸学院大学法学部の山下裕樹先生の司会の下、龍谷大学法学部の斎藤司先生より本講演会の趣旨及び我々の研究プロジェクトにつきご説明いただいた後に、ツィーママン先生にご講演いただいた。講演に際しては、明治大学大学院法学研究科博士後期課程在籍の石居圭氏に通訳の労をとっていただいた。その後、ドイツ語圏の性犯罪の状況に精通されている立教大学法学部の深町晋也教授よりツィーママン先生の報告に対してコメントをいただき、そのうえで、ツィーママン先生と参加者との間で質疑応答が行われた。質疑応答に際しては、明治大学法学部の川口浩一先生に通訳の労をとっていただいた。なお、本講演会は、Zoomによるオンライン形式で開催した。

講演のテーマである、いわゆる「ステルシング (Stealthig)」について

1 本稿で付されている脚注は全て訳者によるものである。

は、近年、ドイツで大きな問題として浮上し、活発な議論が行われている。他方、日本では、この問題につき、ほとんど議論はなされていない。このような状況もあって、質疑応答は予定の時間を超え活発になされた。

ご講演いただいたツィーママン先生、コメントを引き受けていただいた深町先生、また通訳の労をとっていただいた川口先生、石居氏、さらに当日ご参加いただいたすべての方にこの場をお借りしてお礼申し上げたい。最後に、ツィーママン先生の講演を調整していただいた大東文化大学法学部の小島秀夫先生、講演会の準備に際して、色々ご配慮いただいた立命館大学法学部の嘉門優先生にも感謝申し上げたい。

(玄守道、龍谷大学法学部)

I. 導入

ここ数年、いわゆる「ステルシング (Stealththing)」は、ドイツ国民だけでなく、刑法学と刑法実務においても重要なテーマとなっている。この現象への注目が高まった主なきっかけは、スウェーデン司法においてステルシングが非難されていることを理由に、何年にも渡って続く（そして現在も進行中の）引渡し訴訟に巻き込まれたウィキリークスの創設者ジュリアン・アサンジのセンセーショナルな事件²だった。なお、2017年の米国の調査によると、ステルシングは青少年と若年成人の間で非常に一般的な現象である。

ところで、問題とされるステルシングとはそもそも何か？「ステルシン

2 本件は日本でも新聞記事で報じられた。「ウィキリークス創設者を指名手配…取り下げ 婦女暴行など、一転『容疑なし』」朝日新聞東京本社版朝刊2010年8月22日4面、「ウィキリークス：創設者、スウェーデンで逮捕状『米の陰謀』」毎日新聞東京本社版夕刊2010年8月23日6面、「ウィキリークスの創設者一時指名手配 スウェーデン、翌日撤回」読売新聞東京本社版朝刊2010年8月22日6面参照。

グ」とは、性的パートナーの事前に表示された意思に反して、性交中にコンドームを秘密裏に取り除くことを指す。「ステルシング」という概念は英語に由来する。「stealthy」は「密かに」という意味であり、「stealth」は「策略」と訳される。

ステルシングに関するこれまでのドイツ裁判所の決定は、以下のような、毎回類似した事実関係に基づいている。まず男性と女性が会う約束をする。次に陰性交が事件当事者らがいっしょにいる過程で起こる。女性は事前に、男性がコンドームを使用している場合にのみ性交をする気があると、繰り返し誤解の無いような形で述べていた。男性はこの条件に同意し、コンドームを着用する。しかし、性的行為中に男性が体位を変える際、女性が見ていない瞬間に男性はコンドームを外し、その結果コンドームなしでさらなる性交が行われる。女性がこのことに初めて気付くのは、男性が女性に射精した後である。

この事例の男性が可罰的とされるか否かという問題については激しい議論がある。

II. ドイツ刑法の法律規定

法的な問題に触れる前に、理解を深めるために、ドイツ性刑法の最新の改正について簡単に説明させていただきたい。

以前の法的状況においては、ドイツで「ステルシング」が不可罰であったことに疑いはない。というのも2016年末まで、関連規定である刑法典177条³（「性的強要」）は2つの行為による強要犯（Nötigungsdelikt）とし

3 ドイツ刑法旧177条1項

他人に対して、

1 暴行を用い、

2 身体若しくは生命に対して現在の危険を伴う脅迫を行うことにより、又は、

3 被害者が無防備な状態で行為者の影響下に身を委ねている状況を利用して、自らに対する行為者若しくは第三者の性的行為を受忍するように、又は、

て構想されていたからである。そうした構成要件に特徴的なことは、行為者が何かを達成するために強要手段（暴行/脅迫）を使用しなければならないことである。たとえば、強盗の可罰性に不可欠なことは、他人の財産を奪取するために、行為者が人に対して暴行を行使するか、生命ないし身体に対する現在の危険を伴う脅迫を用いることである。それに対応して、性的自己決定権の侵害は、行為者が刑法典（旧）177条の強要手段の1つ、つまり反対意思を克服するために、暴行、生命若しくは身体に対する脅迫を用いて、または無防備な状況を利用した場合にのみ罰せられた。

驚くべきことに、この法的状況の中では、財産は性的自己決定権よりも手厚く保護されていた。というのも、（強要手段を使用せずに）権利者の意思に反する他人の物の窃取がすでに窃盗だと記述されているのに対し、刑法典（旧）177条では、挙げられた強要手段の1つを用いることがさらに必要とされるからである。すなわち、刑法典（旧）177条によれば、反対意思だけでは可罰性を得るには十分ではなかったのである。

さまざまな理由から、2016年に性刑法を大幅に厳罰化する改正があった。この改正が宣言する目的は、可罰性の間隙を埋めることだった。以前からそのような可罰性の間隙として特定されていた事例群は以下のようなものである。すなわち、たしかに被害者はその反対意思を（つまり「嫌だ!」、と）表明したが、この「嫌だ」を無視する行為者による性的侵害を、自身が抵抗すれば行為者が暴力的になることを経験から知っているが故に、そしてそれを唯一の理由として受忍する事例である。しかし、行為者によって実際に表明された脅迫がない場合、可罰性に必要な強要手段が欠けてい

ㄨ 行為者に若しくは第三者に対して性的行為を行うように強要した者は、1年以上の自由刑に処する。

訳文は、嘉門優「法益論から見た強姦罪等の改正案」犯刑26号（2017年）49頁を参考にした。

た。同様に、他者が強要的な手段を使わずに、驚きの瞬間に女性の胸や臀部をつかむという事例も性犯罪としては不可罰だった。最後に述べた状況は現在、刑法典177条2項3号⁴で明示的に規律されている。

「性的侵害」という見出しが付けられた新たな刑法典177条1項⁵は、いわゆる「No means No」モデルにより性的自己決定の自由を保護する。刑法典177条1項による可罰性の要件は現在、他人の認識可能な意思（「嫌だ！」）に反する性的行為のみである。したがって、その刑罰規定は、少なくとも部分的に強要犯としての性格を失っている。旧法の下で義務付けられていた強制手段の使用は現在、量刑加重事由として評価されている

4 ドイツ刑法新177条2項

他者に対する性的行為を行い、若しくは、この者に性的行為をさせた者、又は、この者に第三者に対する、若しくは、第三者による性的行為の実行若しくは受忍をさせた者は、以下のような場合において前項と同一の刑に処する。

- 1 行為者が、その者が反対意思を形成又は表明できない状況を利用した場合
- 2 行為者が、その者の承諾を得た場合を除き、その者の身体的又は精神的な状況に基づいて、意思形成又は意思表明が著しく限定されていることを利用した場合
- 3 行為者が、驚愕の瞬間を利用した場合
- 4 行為者が、抵抗した場合に重大な害悪が被害者に生じるおそれがある状況を利用した場合
- 5 行為者が、性的行為の実行ないしは受忍を、重大な害悪を加える旨の脅迫によって強要した場合

訳文は嘉門・前掲注（3）49頁、深町普也「2016年改正以降のドイツ性犯罪規定について」樋口亮介＝深町普也編著『性犯罪規定の比較法研究』（成文堂、2020年）341頁以下を参考にした。

5 ドイツ刑法新177条1項

他者の認識可能な意思に反して、この者に対して性的行為を行い、あるいは、この者に性的行為を行わせ、あるいは、この者に第三者に対して、あるいは、第三者による性的行為の遂行若しくは受忍を決意させた者は、6月以上5年以下の自由刑に処す。

訳文は嘉門・前掲注（3）49頁、深町・前掲注（4）341頁を参考にした。

(2項及び5項⁶)。

もっともここでいう性的行為とは、刑法典184条hの1号⁷によれば、一定の重大性のある法益、すなわち性的自己決定に関する行為のみである。たとえば、胸や臀部を掴む行為のすべてが性的行為であるとは限らない。しかし判例によれば、全く何事もなく行われるというだけでは足りず、強く掴むことが必要だとされる。口への望まないキスに関しては、通常、行為者が被害者の口に舌を差し込んだか否かによって区別される。もっとも改正以来、この重大性の閾値を下回る性的意味を含意する接触は、セクシャル・ハラスメント罪という受け皿的構成要件（刑法典184条i）⁸で2年以下の拘留に処され得る。

6 ドイツ刑法新177条5項

行為者が

- 1 被害者に対して暴行を用い
- 2 被害者に身体若しくは生命に対する現在の危険を伴う旨の脅迫を行い、又は
- 3 被害者が無防備な状態で行為者の影響下に身を委ねている状況を利用した場合

は、1年以上の自由刑に処する

訳文は嘉門・前掲注（3）49頁、深町・前掲注（4）342頁を参考にした。

7 ドイツ刑法184条h

この法律において、

- 1 性的行為とは、いずれも、一定の重大性を有する保護法益に関するもののみを指す。

8 ドイツ刑法183条i

（1）一定の性的態様で人の身体に触れ、かつ、それによってハラスメントをした者は、その所為に本章の他の規定においてより重い刑が科されていない場合には、2年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

（2）犯情の特に重い事案では、3月以上5年以下の自由刑に処する。犯情の特に重い事案は原則、所為が数人によって共同で行われた場合に認められる。

（3）この所為は、刑事訴追機関が、訴追について特別な公の利益があることを理由として、職権による介入が必要だと考える場合を除いて、告訴に基づいてのみ訴追される。

訳文は深町・前掲注（4）355頁を参考にした。

刑法典177条1項によって、決定的であると宣言されている被害者の意思は、たとえばジェスチャーを通じて、言語によるだけでなく非言語でも表現できる。すなわち、以前の法的状況とは違い、新たな法的状況によれば、認識可能な反対意思で十分なのである。暴行、生命若しくは身体への脅迫の存在、または無防備な状況の利用はもはや必要ない。

ドイツの「No means No」解決とは対照的に、「Yes means Yes」解決は、スウェーデン⁹やデンマークなどで普及している。これは、明示的な同意が必要であることを意味する。明示的な同意がない場合、その所為は可罰的なのである。実際これにより、スカンジナビア諸国では、性的接触を開始する際、相互の合意の表示を交わすためのアプリが使用される。しかしドイツでは、この更に厳格なモデルは、刑事政策的議論では採用されなかった。2つのモデルの違いは以下になる。すなわち、ドイツでは「認識可能な意思に反して」人に性的行為を行った者は罰せられ、スウェーデンとデンマークでは「認識可能な意思のない」性的行為を行った者は罰せられる。

9 スウェーデン刑法において、「Yes means Yes」モデルが採用された規定とは、第6章第1条aの「過失レイプ罪」を指す。

スウェーデン刑法第6章第1条a(過失レイプ罪)

(1) 第1条に定める行為を行い、他人が自発的に参加していないという事情に関して注意を著しく怠った者は、「過失レイプ」の罪として4年以下の拘禁に処せられる。

(2) 当該行為が状況を考慮しあまり深刻でない場合には責任を問われない。

訳は矢野恵美「スウェーデン刑法における性犯罪規定の変遷」樋口亮介＝深町普也編著『性犯罪規定の比較法研究』（成文堂、2020年）613頁から引用した。

なお、本規定の適用例として、最高裁判例が出ている。松澤伸「2018年スウェーデン性犯罪改正と過失レイプ罪の具体的適用について——スウェーデン最高裁2019年6月11日判決を素材として——」樋口亮介＝深町普也編著『性犯罪規定の比較法研究』（成文堂、2020年）637頁以下参照。

Ⅲ. 性的侵害に基づく刑法典177条1項による「ステルシング」の 可罰性

1. 刑法典177条1項に関する解釈学上の基礎：

刑法典177条1項は、被害者の意思に反する行為を要件としているため、性的行為に対する被害者の合意は構成要件を充足しない。したがって「ステルシング」では、合意に基づく性交が原則行われる、つまり被害者が原則として性的行為に合意しているという理由から、可罰性が欠けるのではないかという疑問が生じる。しかしこれは、刑法典177条1項における構成要件に該当する「性的行為」が、避妊具によって保護されているか否かに関係なく、専ら性交そのものだけであることを前提としている。それに対し可罰性が考慮されるのは、コンドームなしでの性交が、被害者が承諾を与え得る、または（「ステルシング」事例のように）拒否さえし得る、刑法典177条1項における独立した性的行為としてみなされる場合にのみである。

2. 論点：

一方で、行為者が欺罔によって合意を得た場合には問題がある。たとえば、女性が彼氏がいないふりをして、男性がこの発言だけを理由に性交をする気があると表示した場合、女性が彼氏がいると正直に言ったのであれば、男性は性交をするとは言わなかっただろう。ドイツで論争となった別の問題は、ユダヤ教徒のイスラエル人女性との合意に基づくセックスをする前にユダヤ教徒のふりをしたとして、アラブ人を強姦で有罪としたイスラエル裁判所の決定だった。

そのような事例では、ドイツ法によればその欺罔は重要ではないとするのが一致した見解である。というのも、構成要件該当性を阻却する合意は原則純粋な事實的性質を持つものであり、欺罔によって生じた錯誤は合意の有効性に影響を与えないからである。

しかし「ステルシング」の場合、欺罔によって得られる承諾の問題は発生しない。なぜなら、コンドームなしでの性器の挿入は構成要件に該当する性的行為となるからである。そして、こうした避妊具により保護されていない性交を（そして女性の体内への行為者の射精もまた）、「ステルシング」事例の被害者は性交の全過程で明示的に拒否しているため、合意はすでに全く存在しない。たしかに被害者は性交それ自体には合意したが、それはある特定の種類と方法による性交、すなわち、コンドームを使用したセックスに対してのみである。その後、行為者が密かに別の種類の性交、つまり避妊具を使用しない性交に切り替えた場合、これに対する合意はまさに、もはや存在しない。

「限定的」または「条件付き」合意について話そう。この法形象 (Rechtsfigur) は、機械の使用に関連する窃盗についてのドイツ刑法解釈学において非常に実用的な意義をもち、原則として一般的に認められている。条件付き合意の別の例は、刑法典248条b¹⁰により可罰的とされている、権利者の意思に反する乗物の使用である。支配的見解によると、原則として許可を得て乗物を使用しているが、乗物の所有者の制限条件を遵守していない者 — たとえばドイツで自動車を借りて、契約の規定に反して、オーストリアとの国境を超えて運転する場合は可罰的とされる。

条件付き合意という形象はステルシングに転用できる。すなわち、性交を「するか否か」に関しては合意があるが、この合意は「どのように」という部分に関しては避妊具により保護された性交にのみ関連しているのである。

10 ドイツ刑法248条b

(1) 権利者の意思に反して、自動車又は自転車を使用した者は、その所為に他の規定においてより重い刑が科されていない場合には、3年以下の自由刑又は罰金刑に処す。

たしかに、条件付き合意において、与えられた承諾からの些細な逸脱は可罰性にはつながらない。しかし「ステルシング」の場合、まさに些細な逸脱は存在しない。というのも、コンドームなしでの性交は、コンドームのある性交とは大きく異なるからである。こうした根拠から、避妊具により保護されていない性交の「多く」は、保護された性交に対する合意からの大幅な逸脱として、もはや合意の射程外となる。

その理由は、刑法典177条の法益が性的自己決定だという点にある。これには、性交の仕様、つまり性交の種類と方法ないし様式も含まれる。性的自己決定は、人の意思に反して行われるあらゆる性的行為から保護されている。合意が特定の性的行為にのみ関連し、他の行為を明示的に除外する状況—たとえば、膣性交の代わりに望んでいない肛門性交をした場合は罰せられており、この点で「ステルシング」はそれと異ならず、行為者は合意の限界を無視している。法益の担い手によって設定された、性的行為の時間、種類、形態についての限界を、性的パートナーが故意に遵守しない場合、これは原則的に刑法典177条1項に該当する。そうでなければ合意は、たとえそれが特定の形態の性的接触に対してのみ明示的に与えられたのだとしても、あらゆる性的行為の—行為者の裁量による—「白紙委任状」として理解されることになる。

しかし文献の中には、同様の根拠づけにより「ステルシング」の可罰性を否定する立場がある。たとえば、表明された反対意思は性的行為に関連していなければならず、したがって、被害者が性交それ自体（＝性的行為）に対する反対意思を有しない場合、可罰性には不十分だとする見解がそれである。さらに、コンドーム着用の有無はいかなる法益との関係も示さないために、その区別はせず、合意は膣への挿入それ自体にのみ関係するという見解は、同様の考え方に基づく。別の見解では、コンドームを取り外す決定的な時点での「ステルシング」では、行為者が秘密裏に行動す

るため、被害者の反対意思の認識可能性はないとする。すなわち、性交の開始時に表明された、避妊具により保護されていない性交の拒絶は、コンドームが取り外される時間にまで影響を持ち続けることはないというのである。

3. 判例：

また、「ステルシング」の法的関係性は、下級審の中でも、その判例において議論がある。BGHはこれについてまだ意見を表明していない。

「ステルシング」事例に関する裁判所の最新の判決は、キール区裁判所によるものである。2020年11月、刑法典177条1項に基づく可罰性が否定された¹¹。キール区裁判所の見解によると、刑法典177条に基づく「ステルシング」の可罰性は、基本法103条2項における類推の禁止に反している。基本法103条2項は、構成要件を拡張することで法定制裁規範の内容を超えるあらゆる刑罰規範の適用を禁止し、その文言は、許容される裁判官による解釈の限界点を画するものとして機能している。

キール区裁判所は、刑法典177条1項の犯罪構成要件に「ステルシング」を含めることは、構成要件の明示的な文言を超えていると考えている。被告人は、被害者とされる当事者の意思に反する性交をしていないとされたのである。キール区裁判所は、刑法177条1項の文言によれば、そこでの被害者の反対意思は、性的行為、すなわち性交のみに関係しているとする。そして、コンドームの装着は、それ単体では独立した性的行為を表さず、それゆえ膣性交それ自体に対する証人の合意のみが決定的なのだとする。こうした根拠から、現行法の下では、合意に基づく性交を可罰的とする余地はないのだと主張する。さらに、「ステルシング」という構成要件を刑法典に導入するか否かは立法者の問題であるとし、欺罔の場合（ここでは

11 AG Kiel, Urteil vom 17. November 2020 - 38 Ds 559 Js 11670/18.

コンドームを使用しているふりをする場合)には、刑法典新177条によっても、刑法による保護はないのだという。

しかし、この主張に説得力はない。私の見解では、避妊具により保護されていない性交という性的行為を、被害者が明示的かつ誤解の無い形で事前に拒否したことは、むしろ決定的であり、それゆえ保護されていない性交においては、合意に基づく性的行為はそもそも存在しない。コンドームの使用は、同意された挿入に付随する、取るに足らない要因ではない。避妊具により保護されていない性交は、刑法典177条1項において法的に重要ではない(同意のある)性的行為ではない。そして避妊具により保護されていない挿入は、保護された性交とは本質的に異なる独立した性的行為である。この点をキール区裁判所は見誤っているのである¹²。

私が支持する見解は、ティーアガルテン区裁判所によっても支持されている。ティーアガルテン区裁判所は2018年12月、刑法典177条1項により、

12 本講演で取り上げられたキール区裁判所の判決は、その後上告されており、本講演の翌日2021年3月19日に、シュレースヴィヒ・ホルシュタインOLGがステルシングの可罰性について判断を下した(OLG Schleswig-Holstein, Urteil vom 19. März 2021 - 2 OLG 4 Ss 13/21.)。

シュレースヴィヒ・ホルシュタインOLGは、被害者が被告人によるコンドームの取り外しに気づいていたか否かをさらに審理すべきだとして、キール区裁判所の判決を破棄し、事件を差戻した上、ステルシングの可罰性について以下のように示した。すなわち、①コンドームなしでの性交は、コンドームのある性交とは本質的に異なり、それゆえ刑法177条1項における独立した性的行為である(Rn. 17)、②場所的・時間的に密接した文脈の中で表示されたコンドームのない性交への反対意思が、被害者からは気づかれずに為された故意のコンドームの取り外しにおいて有効であり続ける場合には、ステルシングは177条1項により可罰的である(Rn. 21 ff)、③ステルシングについての刑法177条1項の可罰性は射精の有無に左右されない(Rn. 34)。とりわけ③の点については、後述の、射精のなされなかったステルシングの可罰性を肯定したKGの判断では未解決のままとされていた点であり、注目に値する。

性的侵害罪でステルシングの行為者に8月の自由刑（執行猶予付き）を宣告した¹³。そこでティーアガルテン区裁判所は以下のように主張した。すなわち、コンドームなしでの性交は、コンドームのある性交の反対に位置する、被害者が明示的に拒否した独立の性的行為である。というのも、コンドームを使用する場合とは異なり、「とりわけ生殖器の粘膜との直接接触」があるからである。しかも、「性的パートナーの体内での射精に関しては、単に性交をするのとは別の、さらにその先の性的行為」だということとは尚更である、と。

同じ根拠づけにより、「ステルシング」の可罰性の問題を判断した最初の上級ラント裁判所である、ベルリンのOLGにあたるKammergericht (KG) は2020年7月、刑法第177条1項の性的侵害の有罪判決を出した¹⁴。KGは、避妊具により保護されていない性交の独立性は、一方では、コンドームの使用が、極めて密接な状態となることを防ぐ障壁を得ることから生じると述べた。他方、避妊具により保護された性交は日常用語的な「より安全なセックス」という独自の概念を持つことから、保護されていない性交は性刑法の観点から見て本質的に異なる特徴を持つのだと述べた。さらにKGは、刑法177条によって保護されている性的自己決定の法益には、性的行為の時間、種類、形態、およびそのパートナーを自らの裁量で決定する個人の自由が含まれると述べている。したがって、規範の保護目的によれば、法益の担い手は、性交をそもそも行うか否かというだけでなく、性的行為に合意する条件についても決定することができるとする。いずれにせよ、行為者が被害者の体内へ射精した場合、「ステルシング」は可罰的なのだとする。KGは、行為者が射精することなく避妊具による保護の

13 AG Tiergarten, Urteil vom 11. Dezember 2018 -(278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18). 本判決については、深町・前掲注(4) 358頁以下も参照。

14 KG Berlin, Beschluss vom 27. Juli 2020 -(4) 161 Ss 48/20 (58/20). 本決定については、深町・前掲注(4) 393頁以下も参照。

ない形で被害者の意思に反して挿入した場合について、刑法177条1項により可罰的とされるか否かについては未解決のままにしている。

KGはさらに、構成要件の不法は、妊娠や病気から身を守るという被害者の意思に反したことにだけ現れるわけではないとした。これについてはさらに以下のように述べる。すなわち、「ステルシング」においては、被害者の性的自律を無視したことがまさに示されている。そして性的自律の無視は刑法177条における「No means No」の規範化によって処罰されるであり、被害者は屈辱と道具化から保護される。

というのも、「ステルシング」事例では、被害者は性的パートナーによって故意に他者決定的な性的行為の対象とされ、その個人的な性的満足のために利用されるからである、と。

IV. 強姦（刑法典177条6項1号の犯情の特に重い事案）による「ステルシング」の可罰性

刑法典177条1項の性的侵害については、6月以上5年以下の自由刑が科される。しかし、より厳しい罰が科される可能性もある。すなわち、性的侵害において、行為者が被害者の身体に挿入した場合に刑を重くする、強姦の原則例示（Regelbeispiel）が存在する。これは、刑法177条6項¹⁵により、2年以上15年以下の拘留に処され得る。

しかしドイツ法の原則例示は不法の増加を示しているにすぎないため、

15 ドイツ刑法新177条6項

犯情の特に重い事案では、刑は2年以上の自由刑とする。犯情の特に重い事案とは、原則として、

1 行為者が被害者と性交を行った場合、若しくは、被害者に性交を行わせ、若しくは、身体への挿入と結びつく場合はとりわけそうであるが、被害者を特に貶めるような性交類似行為を、被害者に対して行い、若しくは、自己に対して被害者に行わせた場合（強姦）

2 その所為が、数人により共同して行われた場合

訳文は嘉門・前掲注（3）49頁以下、深町・前掲注（4）342頁を参考にした。

個々の事例では要件が存在するにもかかわらず、結論として犯情の特に重い事案ではないとされ得る。規律の効力の否定についての決定は、所為と行為者の評価にとって重要なすべての状況を考慮に入れる全体評価によらなければならない。

刑法典177条6項1号の文言によると、「ステルシング」事例において、行為者は陰茎を被害者の身体に挿入しているため、強姦という犯情の特に重い事案が本来的には肯定され得る。しかし、これには例外があり得る。ティーアガルテン区裁判所は上記決定において、犯情の特に重い事案であることを以下のように否定した。すなわち、たしかに挿入はあったが、被害者は性交それ自体には基本的に合意した。性交をすることには基本的に合意し、被害者の意思に反する種類と方法の性的行為はしないことに「のみ」同意したのか、それとも最初から性交それ自体に承諾がないのか否かは質的な相違がある。後者の場合、不法内容は著しく大きく、これは強姦に予想される、より高い刑によっても明らかとなっている。したがって、「ステルシング」事例においては、性交それ自体が相互に合意され、性的自己決定の権利が部分的に、つまりコンドームの使用の点でしか侵害されていないという事実により、減刑される量刑法上の関連性を得ることがあり得る。これにより、刑法177条6項1号の要件が存在するにもかかわらず、犯情の特に重い事案であることが否定され得ることになる。「古典的な」ステルシングの事例に関しては、この解決策が妥当だと思われる。

以上の点に議論の余地はない。しかし、「ステルシング」は犯情の特に重い事案として一貫して認定され得るとも主張されている。この見解によれば、被害者の明示した要件を行為者が故意に無視することは、人間の尊厳を無視して、被害者を単なる性的対象に貶めることである。そして、明文による強姦の原則例示を否定した場合、明文化されていない犯情の特に重い事案が少なくとも1つ存在することになるとする。なぜなら、「ステルシング」は強姦に少なくとも非常に近いもの（「レイプに類するもの」）

だからである、と主張するのである。しかしこれは、行為者が事前に合意されたものとは完全に別の種類のセックスをした場合（例えば膣性交の代わりに肛門性交をする場合）にのみ議論の余地があるように思われる。

V. 要約

私の見解を要約すると以下のようになる。すなわち、ドイツ法によれば、ステルシングは性的侵害として可罰的である。「より安全なセックス」をするという被害者の合意は、コンドームなしでの性交の構成要件該当性を排除する効果を持たない。ただし、行為者が強姦で処罰され得るか否かという問題においては、その合意を考慮に入れなければならない。したがって、強姦を理由とする厳罰は通常は不要である。

—ご清聴ありがとうございました。—