

早稲田大学審査学位論文(博士)

性的自己決定権をめぐる刑法上の考察

早稲田大学大学院法学研究科 潘卓希

目次

序章	1
第一節 問題の関心と本稿の目的	1
第二節 本稿の構成	3
第一章 性犯罪に関する法益論	5
第一節 性的自己決定の基本的視座	5
一、自己決定とは何か	5
1. 自己決定の定義	6
2. 自己決定と類似の概念	7
3. 基本権利としての自己決定権	8
二、性的自己決定権の確立	9
1. フェミニズム前の時代	9
2. フェミニズムの時代	11
3. 小括	14
第二節 性的自己決定権への懸念	15
一、アメリカにおける議論	15
1. 性刑法の「失敗」と性的自己決定に関する「謎」	15
2. 新たな構想	16
二、日本における議論	17
1. 暴行説	18
2. 代替説	20
三、論争の本質について	23
1. 「オートノミー」	23
2. 「インテグリティ」	24
3. 「ディグニティー」	24
第三節 解決策に関する議論	26
一、法益論の機能について	27
1. 法益機能の存否	27
2. 私見	28
二、性犯罪保護法益の確定	29
1. 自己決定権への還元	29
2. 一元論による統一	31
第四節 小括	35
第二章 性的自己決定権に関する規範論	37
第一節 性的自己決定権に対する刑事規制	37
一、概観	37
二、性的自己決定権の条件	39

1. 自己決定能力	41
2. 強制なし	42
3. 十分な情報	43
三、性刑法の現状及び動き	43
1. 消極的性的自己決定権を中心に	43
2. 性的行為犯罪化の傾向	44
四、結論	48
第二節 性刑法の機能及び限界	48
一、性犯罪に関する問題の再考	49
二、性刑法の機能について	50
1. 刑法の機能	50
2. 性刑法の機能	52
三、性刑法の限界について	53
1. 自己決定権の限界	54
2. 規範論上の限界	56
3. 機能上の限界	57
四、結論	58
第三節 解決策に関する議論	58
一、具体的な考慮要素	59
1. 証明の困難性	59
2. 強烈的倫理性	60
3. 不可避の性別差異	61
4. 自由権利と身体権利との交錯	62
二、解釈論と立法論の選択	63
1. 解釈論の限界	63
2. 比較法的立法論のアプローチ	64
三、イデオロギーの選択	66
1. イデオロギーの重要性	66
2. 性犯罪のイデオロギーの選択	67
第四節 小括	69
第三章 日中性刑法の比較と検討	71
第一節 日本における性刑法	71
一、歴史的考察	71
1. 2017 年法改正前の性刑法	72
2. 2017 年の法改正について	77
3. 近年の状況について	81
二、具体的な課題	82
1. いわゆる性交同意年齢の在り方	83
2. 強制的性交等の罪の対象となる行為の範囲	87

3. 配偶者間等の性的行為に対する処罰規定の在り方	92
三、小括	95
第二節 中国における性刑法	95
一、概観	96
二、性刑法上の問題点	97
1. 条文上の問題点	97
2. 実践上の問題点	98
三、論争と動向	103
1. 性犯罪に関する刑法改正案	103
2. 理論動向	106
四、小括	109
第三節 比較法的検討	111
一、問題点の比較と検討	111
1. 日中性刑法の対比	112
2. 問題の本質	113
二、不同意パターンの特徴	114
1. 行為様態の多様化	114
2. 「不同意」事由の多様化	116
3. 受け皿式の柔軟性	117
三、日本における不同意パターンに対する認識	118
1. 賛成派	118
2. 反対派	120
3. 私見	120
第四節 小括	122
第四章 不同意性交罪に対する分析	124
一 日本を対象にする構想一	124
第一節 強制要件の緩和	125
一 心理的強制の重視を中心に一	125
一、「暴行・脅迫」要件に関する諸問題	126
1. 「暴行・脅迫」の定義について	126
2. 性犯罪における「暴行・脅迫」要件の基準	128
3. 検討	132
二、「抗拒不能」要件に関する諸問題	133
1. 「抗拒不能」の定義と判断	133
2. 具体例の分析	134
三、脆弱性を利用する性犯罪	139
1. 脆弱性の定義について	139
2. 外国法の経験	140
3. 令和3年刑事法部会の提案	142

四、手段要件に関する解決策.....	145
1. 改正の可否について.....	145
2. 刑事法部会の提案.....	149
3. 「試案」に対する検討.....	152
五、結びに代えて.....	154
第二節 新型欺罔性交の取り扱い.....	155
一イギリスとカナダにおける議論を中心に一.....	155
一、問題の提起.....	155
二、イギリスにおける判例分析.....	156
1. R v Lawrence 判決及び判例先例.....	157
2. 錯誤の分類と疑問点.....	158
3. 錯誤類型に対する分析.....	160
三、カナダにおける判例分析.....	162
1. HIV 感染状況に関する事例.....	163
2. 意図しない妊娠に関する事例.....	165
四、解決策の小括と比較.....	166
1. 行為中心のアプローチ.....	167
2. 危害中心のアプローチ.....	167
五、日本での議論.....	168
1. 日本における現状と動き.....	168
2. 学説上の解釈.....	171
3. 小括.....	174
六、小括.....	175
第三節 過失性交罪に対する考察.....	176
一スウェーデンの法改正を中心に一.....	176
一、スウェーデンの法改正について.....	177
1. 改正の経緯.....	177
2. 改正後の実態.....	178
二、日本の状況について.....	181
1. 過失性交罪に関する動き.....	181
2. 判例分析.....	185
三、過失性交罪の必要性.....	190
1. 許されない「言い訳」.....	190
2. 被害者に対する非難の防止.....	192
四、過失性交罪への疑問.....	193
1. 実務上の難点.....	193
2. 理論化の難点.....	193
五、結論.....	197
終章.....	199

目次

第一節 本稿の論旨	199
第二節 残された課題	200
既発表の論文等の業績	203
参考文献	204

序章

第一節 問題の関心と本稿の目的

日本において、2017年の法改正により、現行刑法が施行された後110年間維持されてきた性犯罪に関する規定が修正され、いくつか重要な改革が実現した。しかしながら、性犯罪に関して残された問題はなお多いし、2019年に相次いだ無罪判決も社会的注目を集めていた。¹これらの判例を通じて、日本の現行法上の性犯罪規定はなお不明確なところが残されており、被害者に対する保護もいまだに不十分なところがある、ということが判明した。

そもそも、2017年の法改正が行われた後、3年後の実態を調査する必要がある、という旨を規定していた平成29年改正法附則第9条によれば、「政府は、この法律の施行後3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」べきである。²日本政府が近年、性犯罪に関する問題を繰り返して検討しているのは、日本性刑法の不十分さに拘らず、性犯罪に関する問題の深刻さが、より国民、特に刑法学者によってより強く認識されている、ということが、さらに重要な原因であると考えられる。このような認識上の変化は、正に女性の利益を重視する結果であり、ジェンダー意識の深まりと繋がっている。確かに、性犯罪は女性の利益を侵害することに限らず、性別にかかわらず、人々に深刻な侵害を引き起こす犯罪行為であるが、認めなければならない事実は、他の罪名と比べると、性犯罪の被害者の性別差異が特に大きいということである。ジェンダー刑法学者である島岡まな教授の紹介によれば、世界経済フォーラムらが毎年公表するジェンダー・ギャップ指数の日本の総合順位（2021年）は、156カ国中120位で、この分野での日本は後進国である。³2022年の順位は116位であるが、島岡教授の指摘は、なお正確である。したがって、性犯罪に対する反省は、刑法問題に限らず、社会上の性別意識とは切り離せない問題である。

これに対し、中国においても、類似の問題に直面している。すなわち、性犯罪規定の不十分さという問題である。中国刑法二百三十六条では、「暴行、脅迫又はその他の方法により女子を姦淫した者は、3年以上10年以下の有期徒刑に処する」⁴と規定されている。表面的に見れば、「その他の方法」という表現が規定されているので、性犯罪の処罰範囲はかなり広く規定されているように見えるが、事実はそうではない。むしろ、中国の性犯罪

¹ 福岡地裁久留米支判平 31・3・12、静岡地裁浜松支判平 31・3・19、名古屋地裁岡崎支判平 31・3・19、静岡地判 31・3・28。

² 性犯罪に関する刑事法検討会第1回会議（令和2年6月4日）配布資料1「刑法の一部を改正する法律（平成29年法律第72号）附則第9条並びに同法律案に対する衆議院法務委員会及び参議院法務委員会における附帯決議」。

³ 島岡まな「ジェンダー視点を取り入れた立法論—国際水準を踏まえた刑法性犯罪修正案—」刑法学ジャーナル 69巻（2021年）118頁、注（37）参照。

⁴ 条文の翻訳は甲斐克則・劉建利（編訳）『中華人民共和国刑法』（成文堂、2011年）144頁参照。

規定は性別中立化も実現されていないし、性犯罪の保護法益に対する認識もまた足りないと思われる。中国では、2015年に採択された「刑法修正案(九)」では、男性が強制猥褻罪の被害者となる、と規定された。また、2020年可決した「刑法修正案(十一)」も性犯罪に関する規定をさらに修正したが、未解決な問題はなお多く残されている。特に、現在、中国国内の性犯罪に関する議論は、主に現行法の枠内にとどまっており、立法論上の検討でも、他の国と比べると、非常に不十分である。今後、中国における性刑法の動向は期待できるが、理論的にさらに検討する必要があると思われる。

一方、前述した性犯罪に関する問題の普遍性と深刻さに拘らず、個人的にも性犯罪に関する問題とは、ユニークな繋がりがある。これも、性犯罪に関する問題を修士及び博士期間の研究テーマとした理由である。詳細に言うと、2016年、当時修士二年生の私が国際刑法の科目を履修したとき、偶然に「国際刑法上の性犯罪規定」というテーマをめぐって、報告をさせられた。報告を完成するために、国際刑法上の性犯罪規定を研究し始めた。その時、中国刑法の性犯罪規定を知っていたが、それ以外の性犯罪規定をしっかりと研究したのは、初めてであった。研究すればするほど、中国刑法の性犯罪規定の不十分さ及び問題点が認識され、どのように中国の性刑法を修正して、被害者をさらに保護すべきか、という問題も、心から解決したい問題になってきた。そもそも、自分が女性として、性犯罪に遭ったこともあるので、この問題に対する関心は絶えずに増幅してきた。

その後、台湾刑法の性犯罪規定も学んで、同じ文化体系を共有しているのに、台湾刑法の性犯罪規定がずいぶん変わってきた理由に興味を湧き、修士三年生の時台湾国立交通大学へ行って、そこで半年間勉強した。同時に、2017年の日本の性刑法に対する法改正にも関心を持つようになった。周知のように、これまで日本の刑法と中国の刑法には、性犯罪に関する規定に大きな違いはなかったが、2017年の法改正によって、日本刑法の性犯罪規定はすでに中国を上回っていることが明らかである。個人的には、日本における2017年の法改正の実施状況について、大きな興味を持っているので、日本への留学を決めた。確かに、性犯罪規定に対する反省やこれに関する学術上の議論について、欧米諸国は、東南アジアの諸国より明らかに進んでいるが、その法体系は、中国や日本と大きな違いがある。また、欧米諸国における社会的性的意識も東南アジア諸国と大きな違いがあるので、日本に留学して、性犯罪に関する課題をさらに研究することを決めた。言い換えれば、中国と似た刑法体系及び性的意識を持つ日本は、中国にとってより適切な参考対象であり、2017年の法改正以来の日本の動態及び実態は、中国にとってさらに不可欠な参考資料になると考えられる。

このような問題関心をもって、性犯罪というテーマを研究することによって解決したい問題は、主に次の点である。それは、刑法上の性犯罪の処罰範囲に関する問題である。確かに、性犯罪に関する問題は膨大であり、決して処罰範囲という問題に限らず、法定刑の問題も⁵、通信技術の発展とともに出てきた新たな性犯罪類型も⁶、それぞれの問題が残されている。しかしながら、それらの問題を検討する前に、やはり一番悩ましい問題は、性犯罪の処罰範囲であると考えられる。森川恭剛教授が指摘されたように、「性犯罪は刑法的

⁵ 性犯罪に関する刑事法検討会第5回会議（令和2年8月27日）配布資料12「性犯罪に関する刑事法検討会検討すべき論点」参照。

⁶ 前掲注（5）参照。

に禁止された性的意味のある行為である。一般的に行為を法的に禁止するのは、それは不正であるからである。したがって、まず、性的であり、不正である行為はどれであるかを指示し、次に、そのどこまでが犯罪行為として刑法的に禁止されるかを問うことができる。さらに、後者のうち、どこまでの行為が実際に刑罰を科されるかを知る必要がある。」⁷性犯罪の処罰範囲に関する問題は、性犯罪の手段要件と繋がっており、主観要件とも関係している。伝統的な性犯罪規定には、強制要件が一番重要であると思われるが、このような認識はすでに変わりつつあり、被害者の不同意が性犯罪の実質であると考えられるようになってきている。スウェーデンのように、2018年の法改正によって、被害者の任意性が確定されなければ性犯罪が成立するという明文化するのも、世界中の注目を集めている。しかしながら、日本や中国のように、性的意識や性文化が比較的保守的である国においては、性犯罪規定を直接に不同意性交等罪に変更することは可能であるか、また、不同意性交等罪が日本や中国の現行法上の性犯罪規定とは、実質的な区別が本当にあるか、という様々な問題を解明することは、重要な課題であると考えられる。

平成29年（2017年）の法改正から、令和2年の性犯罪に関する刑事法検討会と令和3年の刑事法（性犯罪関係）部会まで、その具体的に検討された課題を比較すると、ほぼ以下の問題に注目している。それは、①暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件の在り方、②地位・関係性を利用した犯罪類型の在り方、③いわゆる性交同意年齢の在り方、④強制性交等の罪の対象となる行為の範囲、⑤法定刑の在り方、⑥配偶者間等の性的行為に対する処罰規定の在り方、⑦性的姿態の撮影行為に対する処罰規定の在り方、である。⁸その中で、本稿の関心であるテーマと関連している問題は主に①②③④⑥である。要するに、主な問題は、性犯罪における処罰限界がどの基準で決めるかという問題と処罰限界内の処罰の空隙がどのように解決されるべきか、ということである。理論的な分析と判例に関する分析は基本的な課題であるが、ジェンダーの視点や刑事政策上の考慮も慎重に検討すべきだと考えられる。

結論として、本稿では、上記の諸問題に関する理論を研究して、他国の動向を踏まえた上で、性的自己決定権がかなえられる刑事規制のあり方について、私なりの結論を呈示することを目的とする。

第二節 本稿の構成

本稿は、序章と終章を除き、全四章から構成される。比較法的考察を通じて個々の問題を検討していくが、その際に中心となるのは、日本、中国及び欧米の立法、実務、学説である。理由としては、中国と日本は類似の性道徳をもっており、日本で性犯罪の法改正が行われた前後に、中国の性刑法がほぼ同じ問題に直面しているからである。また、日本において、性犯罪に関する法改正がなお続いており、欧米法とは明らかな相違が存在している。そのため、日本と欧米法との比較法的検討は、実際に「要件式パターン」と「不同意

⁷ 森川恭剛『性暴力の罪の行為と類型—フェミニズムと刑法』（法律文化社、2017年）1頁。

⁸ 前掲注（5）参照。

パターン」との比較である。

まず、第一章では、性犯罪の保護法益に関する問題を検討する。詳細に言うと、主に二つの問題を解決したいと考える。まずは、性犯罪の保護法益というのは何か、という問題である。そして、第二は、保護法益を検討することによって、性犯罪の処罰範囲を確定する問題に対しては、どのような作用があるか、という問題である。長い間、社会形態や性別意識の変化に伴って、性犯罪の保護法益も変わっている。性犯罪の保護法益の流れを明確して、その処罰範囲のダイナミックな発展を明確にするとともに、最終的な結論に至る土台を作ることができると思われる。

次いで、第二章では、規範論上の性的自己決定権を検討する。これは、第一章の結論を基礎として、性犯罪の保護法益としての性的自己決定権を規範的な内実を明らかにする試みである。第一章の結論として、性犯罪の保護法益に関する新たな構想が多くなされているが、性的自己決定権という保護法益を基本的に維持しつつ、その内実を適切に構築することによって、性犯罪に関する諸問題を解決するのが妥当である。性的自己決定権の規範論上の定義を明らかにするには、三つの問題を検討することが必要である。まずは、性的自己決定権に対する刑事規制の現状を検討することである。その上で、性刑法の機能と限界を検討することによって、規範論上の性的自己決定権の定義を明らかにすることである。最後は、自己決定権の一種として、性的自己決定権はユニークな特徴があり、それらの特徴は性犯罪に対する刑事規制の在り方にも繋がっているので、性的自己決定権の特徴を分析した上で、具体的な解決策を検討する。このように、性刑法の現状、その限界及び性的自己決定権の特徴を検討した上で、性犯罪に対する刑事規制の全貌を明らかにしたい。

第三章では、性的自己決定権の法益としての地位及び刑法上の規範的定義を検討してきた以上の分析を前提に、日中両国における性犯罪に対する刑事制裁を比較した上で、両国の性刑法に関係する様々な問題点を考察することにする。本章は、日中の刑法典における性犯罪に関する規定及び実務における判例を検討の素材にする。また、性犯罪に関する規定及び判例を素材に比較法的考察をすることで、性的自己決定権という法益は日中において、実際にどの程度で保護されているかを明らかにする。このような分析によって、要件式パターンの欠陥を呈示して、不同意式パターンの必要性を論証する。

第四章では、前章で主張した不同意パターンの必要性を前提に、日本を対象とする具体的な立法論を検討する。前述したように、中国の性犯罪規定は明らかに日本より遅れているが、両国が直面している苦境は非常に似ているので、総論的に性的自己決定権の刑法上の意義と課題を研究し、解釈論、修正論または刑事政策を通じて、性犯罪の在り方に関する結論に至るのが重要である。性犯罪規定の先進国である欧米に比べると、日本と中国とは、性文化や法律文化において類似しているところが多いので、日本を対象にする性刑法の構想は中国に対して、または東南アジアに対しても有益な示唆を与えられると考えられる。詳細に言うと、第四章では、三つの問題を検討して、性犯罪規定のあるべき姿を呈示することとする。それは、強制手段である暴行・脅迫要件に対する検討、欺罔性交という問題に対する検討及び過失性交罪の創設に対する検討、ということである。

最後に、終章では、以上の議論を総括するとともに、今後の課題と展望に言及する。

以上の検討により、本稿が目的とする性犯罪の適切な在り方が明らかとなることが期待される。

第一章 性犯罪に関する法益論

本章においては、主に二つの問題を解決したいと思う。第一に、性犯罪の保護法益というのは何か、という問題である。第二に、保護法益を検討することによって、性犯罪の処罰範囲を確定する問題に対しては、どのような作用があるか、という問題である。

刑法の歴史からみると、性犯罪の問題は、従来、刑法各論の中心とされていないが、20世紀中期以来、性犯罪に対する反省が始まり、今日までなお続いている。その原因をさらに分析すると、女性の価値と地位の変化は極めて重要な要素であるが、社会的に性に対する認識の変化こそがその根本にある原因であると思われる。性犯罪の規定は、その意識転換の結果として表現されているが、人々の利益と密接に関係する保護法益の変更が、より直接的に今までの変更経緯を説明することを可能とする。長い間、性犯罪の保護法益は、女性の男性に対する財産価値と社会的性秩序であると思われていたが、女性の自己意識が覚醒することに伴い、性の自己決定権が性犯罪の保護法益となっており、すでに今日の通説となっている。

しかしながら、この通説に対する疑念もよく聞こえるようになっている。類似的な疑念は、性犯罪の法改正を検討している日本に限らず、法益論が大陸法系のように重視されていない英米法系においても、性的自己決定権に対する懸念が出てきている。このような状況に対して、やはり性犯罪の保護法益を明確にしなければならないのである。一方、このような盛んに行われている性的自己決定権に対する批判がどのような示唆を与えるか、という問題も検討する必要があると思われる。すなわち、法益という概念が提唱された以来、刑法の各罪名を検討する際には、その保護法益の明確化は議論の基礎であると思われる。しかしながら、そもそも法益という概念は、刑罰の範囲を明確にすることに役に立つかどうかという問題について、異論もかなりなされている。

したがって、本章では、まず、性的自己決定権の内実を紹介して、性的自己決定権に対する疑念を明確にした上で、法益論の作用に対する分析を踏まえて、自分なりの結論を出したいと思う。

第一節 性的自己決定の基本的視座

一、自己決定とは何か

「性的自己決定」を明確にするために、まずは「自己決定」という概念を検討する必要があると思われる。一般的に言えば、自己決定権というのは、「本人自身(ないし当事者間)に関する事柄については、他人(ないし第三者)に不利益を及ばさない限り、本人自身(ないし当事者間)の決定が尊重されるべきである」と理解されている。¹

¹ 平岡章夫『多極競合的人権理論の可能性—「自己決定権」批判の理論として—』(成文堂、2013年)36頁。

このような解釈は、すでに当たり前な概念となってきたが、実は、「自己決定」という言葉は、比較的新しいものであり、最初は法律上の概念ではなかった。したがって、「自己決定」というコンセプトをさらに理解するために、まずこの概念の提出や法律用語になるまでの流れを明確にする必要がある。その上で、「自己決定」と類似しているいくつかの用語に対しても、それぞれの内実を分析することによって、性的自己決定を論じる際に出て来る言葉を理解することができると思われる。最後に、基本的権利としての「自己決定権」を分析することによって、「性的自己決定権」の基礎を築くことが可能であると思われる。

1. 自己決定の定義

今日、法律上「自己決定」という概念に言及するとき、一番議論されているのは、やはり医事法と性刑法の分野である。しかし、「自己決定」というのは、法律に限らず、倫理学でも哲学でもよく議論されているテーマであり、個人、民族、国家というような様々なレベルで、問題にすることができる。²したがって、その詳細な定義や解釈は、具体的な領域やレベルによって、相当な違いが出て来るかもしれない。一番顕著な例として、哲学上の自由や自己決定は形而上学的な概念であるので、定義される際には、現実的な考慮を入れなくても済ませるが、法律上の概念として検討する際には、現実的な考慮を入れなければならないのである。それゆえ、「自己決定」という言葉の本来の定義を明確にし、刑法で重要なコンセプトになる流れを明確にすることによって、「性的自己決定」を理解する基盤を構築することができると思われる。

「自己決定」というのは、最初から、個人の自己決定ではなく、一つないし複数の民族の自己決定権であったということである。³詳細に言うと、二十世紀に重要な役割を演じたのは、まず、「諸国民の自己決定（民族自決）」という思想であって、一九一八年のアメリカ大統領ウィルソンの一四点の講和条件の中に含まれていた。もっとも、『自己決定』という言葉は、一九世紀にも知られていなかったわけではない。すでにその最初に、フリードリヒ・シラーの美学論文の中で登場していて、そこでこの言葉は、イマヌエル・カントを承けて、『アウトノミー』（Autonomie）のドイツ語訳として用いられていた。⁴すなわち、初めて「自己決定」が民衆の視野に登場した際には、個人法益として扱われずに、むしろ民族の利益と繋がっていたのである。

そして、法律上「自己決定」という言葉に関する分析は、例えば、ドイツにおいては、まず刑法から始まる。具体的には、性犯罪に関する規定を議論することによって、「自己決定」に対する法律上の議論が始まった。ドイツ刑法典各則の第一三章は、一九七三年以来「性的自己決定に対する犯罪」という公式の見出しを持っている。アレクサンダー・ホラーバハの紹介によれば、一九六〇年代末から七〇年代初頭にかけての歴史的・政治的な流れとともに、性に関する事柄が個人化・私人化・自由化していることが強調されて、自己決定の概念は性に関する刑法規定の諸構成要件の総括概念とされてきた。⁵

² 広渡清吾「現代社会における自己決定権の意義とジェンダー」ジェンダーと法（刑事司法/自己決定権）9号（2012年）67頁参照。

³ アレクサンダー・ホラーバハ「法哲学からみた、法における自己決定」（笹倉秀夫訳）松本博之・西谷敏編『現代社会と自己決定権：日独シンポジウム』（信山社、1997年）49頁。

⁴ カール・クレッシェル「法史的観点で見た『自己決定』」（和田卓朗訳）松本・西谷・前掲注（3）10頁。

⁵ ホラーバハ・前掲注（3）50頁。なお、刑法学の観点からの考察として、甲斐克則「被害者の承諾」権橋

このような流れを鑑みると、「自己決定」が政治学や哲学上の概念として生まれた後、刑法の概念となったのは、やはり刑法の機能とそれに対する制限に関する反省が始まったという事実と繋がっている。すなわち、刑事処罰の正当性を説明するために、法益というコンセプトが提唱され、刑事規制の範囲を限定する概念として機能してきた。各論の罪名の中に、一番明らかな変化は性犯罪の領域で現れたのは、性犯罪の保護法益の変化と繋がっていることが分かる。言い換えれば、性犯罪を社会秩序に害する犯罪の代わりに、個人的法益を犯す犯罪行為と認められてきたので、「自己決定権」ないし「性的自己決定権」も刑法上極めて重要な概念となってきた。

2. 自己決定と類似の概念

さらに、「自己決定」の内実を明白するために、それと繋がっており、検討しなければならない概念がある。すなわち、日常の用語としても、法律上の用語としても、「自己決定」、「自由」、「自律」、「同意」及び「自己決定権」という概念は似ているが、詳細の内実や用法はずいぶん違っていると思われる。それらの概念の繋がりと違いを検討することによって、「自己決定」に対する理解をさらに深めることができる。

自己決定という概念は、自由とは何かという問題とも密接に関わっている。仲正昌樹教授によれば、「自由」を定義するには、大きく分けて二つの仕方がある。一つは、各人の行為を妨げる、あるいは制約する「外的要因」が不在であるという側面からの定義である。もう一つの定義は、複数の選択肢の中から自分に適したものを選択する能力、つまり「自律 autonomy」あるいは「自己決定 self-decision」の能力を持っているという側面からの定義である。⁶この定義によると、「自己決定」という概念は「自律」と同じであり、「自由」の一部分であると思われる。すなわち、「自己決定」とは、人が意思によって、能動的に選択できるという自由である。「自己決定」という概念には、「決定」の側面が強調され、「自由」より、能動的で積極的な、決断と決定に関わる、それゆえに意志と結びつく、要素を前提にしていると思われる。⁷

また、多くの場合、「自己決定」を議論する際、同時に「同意」という表現も出てくる。では、「自己決定」は実際にある選択肢に対する「同意」として認定してもよいのではないか。確かに、特に性犯罪に関する検討において、「性的自己決定」と「性的同意」はほぼ同じ意味をもっているようだが、それは刑法の性質やその規定の特殊性と関係しているわけである。

詳細に言うと、まず、自己決定や自由には、積極的な自由と消極的な自由の二つの意味が含まれていると考えられる。その中で、積極的な自由は自発的に何かをすることである。すなわち、「やる」という場合である。それに対して、本人が自発的に始めたのではなく、自分が「やらせる」場合においては、個人の選択権によって、人は消極的な自由を持っている。他人によって主導されている場合、「消極的な事情」に対して積極的な肯定を表す場合は「同意」と称されている。それが、日常でよく使われている「同意」という言葉であ

隆幸・西田典之編『日中刑事法シンポジウム報告書 変動する 21 世紀において共有される刑事法の課題』（成文堂、2011 年）95 頁以下及びそこに引用されたその他の文献参照。

⁶ 仲正昌樹「自由と自律」仲正昌樹（編集）『自由と自律』（御茶の水書房、2010 年）3 頁。

⁷ ホラーバハ・前掲注（3）53 頁。

る。つまり、ある事情が当事者本人で発起したものではないが、この事情を拒否することではなく、同意する場合である。このような権利は、「自己決定」の消極的な決定であるが、「同意」という言葉を使うと、主体として、積極的な意思表示によって実現されることになる。

最後に、「自己決定」と「自己決定権」は多くの場合に同じように取り扱われているが、両者の間には、区別がある。広渡清吾教授の指摘によれば、「自己決定とは、一定の事柄について、自己決定権が属するか属しないかにかかわらず、自分に関わる事項について自分で決定することを意味する」。⁸それに対して、「自己決定権」はある種の権利として、一定の法的規制が前提であるとされている。性的自己決定を論じるとき、かなり広い範囲であり、法的権利と認められるものもあるので、「性的自己決定権」と「性的自己決定」は同じものとは言えないが、本稿が主に扱うテーマとして、やはり「性的自己決定権」の方が妥当である。したがって、この権利の法的根拠をさらに検討する必要があると思われる。

3. 基本権利としての自己決定権

「自己決定権」は刑法の保護法益として認められているのは間違いないが、根本法である憲法において、「自己決定権」が認められる根拠を明確にすることも重要であると思われる。従来、自己決定権に関する問題への回答は、その相当な部分を刑法の外に求めなければならぬのである。詳細に言えば、自己決定権及びその射程という問題は、規範論的には、刑法以前の問題であり、重要なのは、ある人の自己決定権が、その人の生きている国家において憲法上どのように規定されているかということである。⁹

日本国憲法を鑑みると、自己決定権を基本的人権として保障した規定は明確に規定されていないので、自己決定権は憲法から導き出すことはできるかどうかに関して、相異なる意見が見られる。言い換えれば、憲法上の自己決定権に対して、肯定説及び否定説が存在している。前者によれば、自己決定権は憲法十三条から導き出しうるが、否定説は自己決定権が明文規定されていない限り、憲法の整合性、限定性、明確性を維持するために、これを否定すべきだと論述した。¹⁰また、最近の憲法学では、この自己決定権を一つの基本的人権として認める見解が支配的になってきている。¹¹

その存否の問題の他に、何を自己決定権の内容に入れるかについて、憲法学者の間で意見が分かれている。要するに、狭義説と広義説という大きく二つの立場がある。狭義説によれば、自己決定に関わる事柄のうち、「人格的生存に不可欠な重要事項」をめぐるものだけが自己決定権であり、憲法十三条の保護対象になるとする立場である。¹²それに対して、広義説は、ドイツ憲法判例の立場につながるものであり、ドイツ憲法を研究する者によって多く主張されている。彼らは、「自己決定権およそ個人的な事柄に関する自由な決定を保護の対象とし」、十三条はそうした自己決定をそれ自体として一般的に保護している、と主

⁸ 広渡・前掲注(2) 75頁。

⁹ ヴォルフガング・フリッシュ「刑法における生命と自己決定」(浅田和茂訳) 松本・西谷・前掲注(3) 3頁参照。

¹⁰ 米沢広一「自己決定権と未成年者」 松本・西谷・前掲注(3) 68頁。

¹¹ 松井茂記「第三章 自己決定権」長谷部恭男編著『リーディングズ現代の憲法』(日本評論社、1995年) 58頁参照。

¹² 笹倉秀夫「自己決定権とは何か」 松本・西谷・前掲注(3) 9頁参照。

張している。¹³

この二つの問題に対して、まずは日本国憲法十三条を検討しよう。条文によると、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」。前述したように、「自己決定」と「自由」と比べると、後者がさらに広い概念であり、自己決定は単にその積極的な内容を強調する概念であるから、憲法十三条は自己決定が明確規定されていなくても、自己決定に対する保護も含まれるべきであると思われる。すなわち、本稿は肯定説に賛成する。また、保護されている内容について、確かにある場面で、その保護範囲を議論する必要があるが、性的自己決定を対象とする場合は、そもそも個人として、重要な権利であるので、広義説または狭義説にもかかわらず、憲法十三条は性的自己決定権の根拠であるという理解に対しては、異論があまりないとも言えるだろう。

二、性的自己決定権の確立

『性的自己決定権』は、自由権としての性的自由の核心をよく表現し、かつ私人間における適用を前提とした権利であると理解されてきた。¹⁴中里見博教授の意見によれば、性的自己決定権は元来「産む産まないを女性が決定する権利」であるものの、フェミニズム運動の発展とともに、「相手がだれであれ、性行為を強制されない自由」になってきた。¹⁵それゆえ、人類時代の分類方法を鑑みると、歴史上もはや多くの時代が出てきたが、性的自己決定権という概念を中心にする、やはりフェミニズム理論の創設が一番意義があり、その前の時代とは全然違っている。

1. フェミニズム前の時代

フェミニズム前の時代が家父長時代とも呼ばれている。しかしながら、現在の時代はすでに変容しているが、現時点でも、この世の中に、家父長制がよく維持されている社会や国がなおあるから、単なる以前の時代を家父長制時代と称すると、やはり問題を単純化する恐れがあるかもしれない。したがって、フェミニズム前の時代について、主に家父長制との繋がりによって、性犯罪の状況を検討するが、それは現代社会に家父長制度が存在していないという意味ではない。家父長制というのは、上野千鶴子教授によれば、マルクス主義フェミニズムがラディカル・フェミニズムから受け継いだ重要な概念である。¹⁶さらに言えば、家父長制の定義は以下のようなものである。すなわち、家父長制は、物質的基盤を持ちつつ男性間の階層制度的関係と男性に女性支配を可能にするような男性間の結束が存在する一連の社会関係であると定義されている。¹⁷このような制度のもとで、性犯罪の保護法益も男性の利益を優先していた。

¹³ 笹倉・前掲注(12) 10頁参照。なお、医事刑法の観点からの自己決定(権)の意義と問題については、甲斐克則『安楽死と刑法 [医事刑法研究第1巻]』(成文堂、2003年) 19頁以下参照。

¹⁴ 中里見博「第17章 憲法学とジェンダー研究」辻村みよ子編『ジェンダーの基礎理論と法』(東北大学出版社、2007年) 347頁参照。

¹⁵ 中里・前掲注(14) 347頁参照。

¹⁶ 上野千鶴子『家父長と資本制—マルクス主義フェミニズムの地平』(岩波書店、2009年) 70頁参照。

¹⁷ 上野・前掲注(16) 71-72頁参照。

(1) 男性に属する生産資料

性犯罪、特に強姦罪には財産属性、道徳属性及び権利属性が付いていると思われる。その中で、強姦罪の財産属性は、女性が男性の財産として物化された状態ということであると指摘されてきた。¹⁸例を挙げれば、古代ギリシャでは、男女間の姦通と強姦罪の処罰は今日とは正反対である。すなわち、その時代において、姦通に対する処罰は強姦よりはるかに重かったということである。¹⁹現在、姦通が犯罪として扱われることはすでになくなったが、女性が男性に属する財産であると思われていた時代に、姦通は財産が盗まれた状況に相当して、強姦は同意なしに個人財産の使用権を侵害しただけのものと思われていた。

古代中国においても、女性は夫以外の男性との接触機会を極力減らすように要求されていて、男性は、他の男性に属する女性と性交渉することが法律で禁止されていた。結婚した女性に貞操が要求された以外、未婚の女性も、貞操が両親で確保して、意識としても、貞操を重視するべきだという思想が頭に深く埋め込まれた。²⁰歴史上性犯罪に関する処罰規定を見ると、漢代において、第三者と姦通したのが夫である場合、処罰は三年の徒刑であるが、行為者が妻である場合、処罰は死刑である。また、唐の時代でも、宋の時代でも、結婚した女性を姦淫した場合は被害者が未婚者である場合より重く処罰されていた。²¹その原因についても、結婚した女性はすでに他人の財産になったので、もっと厳しい処罰が必要であると考えられた。

日本では、状況もほぼ同じであると思われる。江原由美子教授の見解によると、かつて女性の体は、父親の所有物として売買・交換されて、戦時中には、国家の道具と見なされていた。²²また、角田由紀子弁護士も、「かつて女性は夫や父親の所有物であった。結婚は父から夫への『娘』の贈与ないしは交換であった。娘は動産であった」²³という意見を指摘した。辰井聡子教授は「旧刑法の時代から、強制わいせつ・強姦罪がその客体の個人法益に対する罪であるという理解が一般的であったようであり、女性を男性の財産と見る立場は共有されていない」という意見を述べたものの、『決定権』の対象が女性の『貞操』であるという意識的・無意識的な理解自体は、日本においても一般的なものであったと推測される」という事実を指摘した。²⁴

さらに、ジェンダー刑法学者島岡まな教授の見解によれば、現行刑法典が制定された時、「当時の日本社会は強固な家父長制度下であり、刑法典全体の規定方式から性犯罪規定に至るまで、当時の天皇主権、男尊女卑の価値観を当然に反映している…当時女性は家の子孫を産む道具として、結婚前は父親の、結婚後は夫の所有物と考えられていたのであり、それを侵す行為が強姦罪である。」²⁵

¹⁸ 何洋『強姦罪解構と応用』（法律出版社、2014年）10頁参照。

¹⁹ 岳麗「法律如何使女性成為弱勢—以強姦罪為視角」長春理工大学学報（高教版）5巻1号（2010年）6頁参照。

²⁰ 林志潔『性別正義的刑法観点』（台湾元照出版公司、2015年）68頁参照。

²¹ 劉芳「我国強姦類犯罪立法歴史演變考」蘭台世界12号（2014年）161頁参照。段知壯・劉志松「唐代姦罪的法文化意義考察」浙江師範大学学報（社会科学版）45巻1号（2020年）56頁参照。

²² 江原由美子『自己決定権とジェンダー』（岩波書店、2012年）36頁参照。

²³ 角田由紀子『性差別と暴力』（有斐閣、2001年）184頁。

²⁴ 辰井聡子「『自由に対する罪』の保護法益—人格に対する罪としての再構成」岩瀬徹等編『刑事法・医事法の新たな展開：町野朔先生古稀記念 上巻』（信山社、2014年）417頁。

²⁵ 島岡まな「性犯罪の重罰化—真の問題はどこにあるのか」法学セミナー60巻3号（2015年）39頁。

結論として、性犯罪の保護法益が男性に属する財産価値である時代において、性犯罪は男性の所有権を侵害する行為として処罰されていた。²⁶このような事実は国や民族にもかかわらず、人類社会として共通な状況であるとも言えるだろう。

(2) 性道徳及び性秩序

また、男性に属する財産価値が性犯罪の保護法益として維持されていた上に、さらに社会的レベルで性道徳と性秩序が作られてきた。前述したように、女性は男性の財産としてみなされており、このような所有権を保護するために、家父長制のもとに築けられた性道徳及び性秩序は、長い間、性犯罪が侵害する対象とみなされていた。男性に属する財産価値を守るために、すべての女性たちが、貞操観念が社会の性秩序を維持する道具として、幼少期から認識させられて、これを以て女性を規制していた。認めざるを得ないのは、女性の貞操は性道徳秩序の唯一の内容ではないことである。例えば、中国の伝統的な近親相姦禁止、三従四徳などの家庭倫理規範も、同様に広義の道徳秩序に属しており、家族の安定と秩序を維持する柱であると思われていた。また、刑法上の状況を見れば、性犯罪を個人的利益に対する侵害とみなす前に、よく社会秩序や風俗に対する侵害とみなされていた。日本においても、性犯罪は、社会の風儀を破り社会の秩序を乱すものとして「風俗を害する罪」に位置付けられていたことがある。²⁷ドイツの性刑法も、1974年の第4次刑法改正が行われるまでの間は、章のタイトルを「良俗に対する罪」と定めるなど、道徳的な要素を含んでいたのである。²⁸

性犯罪はよく道徳と社会的秩序と繋がっているから、性犯罪の被害者たちがよく非難されている。現在でも、このような認識が完全になくなったとは言えない。すなわち、性被害の者に対する非難が表面的になくなっているものの、裁判の事実認定中や世論の中には、いわゆる「被害者資格要件」に関する観念がいまだに存在している。それは、被害者として認められるには、貞操観念をしっかりと持った上品な女性であることという話である。²⁹

2. フェミニズムの時代

フェミニズム前の時代であれば、性の権利が重視されておらず、特に女性の性的権利がずっと認められなかった。1999年8月、第14回世界性科学学会総会で「性の権利宣言」が公表され、性的権利は基本的人権であると主張され、その具体的な内容が説明された。事実上、性学会で性的権利が主張される前に、性的自己決定に関する議論はすでに性解放運動、フェミニズム運動などの権利運動によって展開された。フェミニズム運動の過程で、ますます多くの女性が、「いつ、どこで他人と如何なる性的行為をする権利」の重要性を認識してきた。³⁰そこで、20世紀の70年代のフェミニズム運動の第二次高潮期において、

²⁶ 李擁軍「掀开法律的男権主義面纱—对中国当代性犯罪立法的文化解读与批判」法律科学(西北政法学院学报)1号(2007年)30頁参照。

²⁷ 団藤重光『刑法綱要各論(第3版)』(創文社、1988年)310頁以下。松宮孝明『刑法各論講義(第5版)』(成文堂、2018年)115頁、日高義博『刑法各論』(成文堂、2020年)137頁、浅田和茂『刑法各論』(成文堂、2020年)119頁、大谷實『刑法各論(第5版)』(成文堂、2018年)80頁等もほぼ同旨である。

²⁸ 菊地一樹「タチャーナ・ヘルンレ『性的自己決定:意義、条件、そして刑事政策的要請』」早稲田法学92巻2号(2017)200頁参照。

²⁹ 角田・前掲注(23)194頁。

³⁰ See Stephen J.Schulhofer, *Unwanted Sex-The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard University

女性たちは、政治的権利を要求するだけでなく、性的自己決定権の実現を追求して、性刑法の改正を推進した。詳細に言うと、1970年代、フェミニストたちは、女性への性的暴行に対する社会的反応に抗議の声を上げ始め、力を誇示したいという欲求が性犯罪を引き起こす原因である、と主張した。³¹その上で、異なるフェミニズムの理論を出発点として、性犯罪に対する理解を一層深めてきた。特にアメリカにおいては、第二波フェミニズム運動によって、強姦法に対する改革が進められて、伝統的な性犯罪に対する理解も変わり続けている。³²

フェミニズムの理論に関しては、その内実は複雑であり、性犯罪に対する理解も異なっている。³³具体的な理論の分類に関して、意見が分かれているが、大半の意見によれば、主にリベラル・フェミニズム、マルクス主義フェミニズム（社会主義フェミニズム）、ラディカル・フェミニズム、そしてポストモダン・フェミニズムに大きく分かれている。³⁴性犯罪に対する影響を焦点にして、主に第二波フェミニズム理論としてのリベラル・フェミニズム、ラディカル・フェミニズム及び第三波フェミニズム理論としてのポストモダン・フェミニズムという三つの段階を検討しよう。

(1) リベラル・フェミニズム

リベラル・フェミニズムというのは、1960年代の性革命やヒッピー・ムーブメント、ベトナム反戦運動などを起源とした思想である。その理論的支柱は、近代自由主義であり、男女平等の追求である。リベラル・フェミニズムの見解によれば、男女平等は法的手段や社会改革を通して実現可能であるから、女性たちも法的な国民の一員として、男性と同等の財産権、私的所有権、女性参政権を要求した。³⁵リベラル・フェミニズムと広義の自由主義思想の背後にある共通理念は、人は理性的な動物であるから、リベラル・フェミニストは、人が十分な才能と同じ機会を持つことで、個人や社会全体に有益な個別の潜在能力を発展させることができると考えている。³⁶

リベラル・フェミニズムはフェミニズムとして性別の平等にかなり貢献しているが、多くの批判も受けている。その中で最大の問題は、リベラル・フェミニズムの訴えは、せいぜい家父長制の下でいわゆる形式的平等を追求することにほかならない、という点である。³⁷法律で差別が解消されているにもかかわらず、リベラル・フェミニズムは女性が実質的平等を得るのを助けることができないと思われる。しかしながら、性犯罪の分野において、やはりリベラル・フェミニズムの影響は重大である。詳細に言うと、主に以下の三つがあると思われる。

第一に、もっとも重要な影響は、性的自己決定権の確立ということである。リベラル・

Press, (1998), p274.

³¹ ハンナ・マッケン等(著)『フェミニズム大図鑑』最所篤子・福井久美子(訳)(三省堂、2020年)168頁参照。

³² 辻村みよ子・糠塚康江・谷田川知恵『概説ジェンダーと人権』(信山社、2021年)244頁参照。

³³ 大越愛子『フェミニズム入門』(筑摩書房、1996年)30頁以下参照。

³⁴ 土場学「モダンティとフェミニズム—ポストモダン・フェミニズムのジレンマ—」比較社会文化 2 巻(1996年)29頁参照。

³⁵ 若林翼『フェミニストの法：二元的ジェンダー構造への挑戦』(勁草書房、2008年)33頁参照。

³⁶ 若林・前掲注(35)34-35頁参照。

³⁷ 林志潔・金孟華「美國女性主義發展與性侵害防制法之改革」月旦法學雜誌 182 号(2010年)149頁参照。

フェミニストが強調した女性の自己決定権が性犯罪に対する反省を呼びかけて、性犯罪の保護法益は性的自己決定権である認識がようやく人々の頭に刻み込まれてきた。第二に、リベラル・フェミニストが、男女平等を実現するために、法律上の性別平等を訴えかけた。その上で、性犯罪の規定に関しても、中性化の法律条文が実現されてきた。第三に、リベラル・フェミニストが性犯罪を暴力犯罪と位置づけてきた。すなわち、性犯罪は主に男性による女性に対する暴力犯罪であると理解していた。このような理解は、リベラル・フェミニストたちの性犯罪に対する認識であり、現在でも相当数の学者に対して、非常な影響力をもっている。³⁸

(2) ラディカル・フェミニズム

リベラル・フェミニズムと比べると、ラディカル・フェミニズムは、「親密な関係における女性に対する暴力を問題化してきた」³⁹ラディカル・フェミニズム理論の影響に関して、菊地夏野准教授が指摘されたように、性犯罪に関する法的概念は存在したが、「それは性差別との関わりから考えられたものではない。あくまでも社会秩序を乱すものとして問題化されたのであり、そこでの社会秩序そのものには疑義は呈されず、むしろ守られるべきものとして考えられる。しかしその社会秩序が男性中心であることをフェミニズムは言語化した。マッキノンや第二波フェミニズムによって、性暴力を男性中心社会という文脈において批判することができるようになった」のである。⁴⁰

上記で指名されたキャサリン・マッキノンというのは、ラディカル・フェミニストの代表者であり、性犯罪の問題に対して、非常に影響力がある学者である。⁴¹マッキノン教授の定義によれば、性犯罪は、「暴力、詐欺、強制、誘拐または権力、信頼、依存、及び被害者の脆弱性を利用する性的侵入」⁴²である。マッキノン教授にとって、男女の関係は支配と服従の関係である。また、マッキノンの理論によれば、異性愛制度自体が父権抑圧の一環であり、性と性侵害は程度の差があるだけだと考えられていた。このようにすべての「セックス」を不正化する見解は、よく批判されており、ラディカル・フェミニズムと呼ばれている。

そもそも、ラディカル・フェミニズムというのは、性支配一元論を主張しており、男性を抑圧者とみなし、女・男の関係は競合・敵対すると考えていた。ラディカル・フェミニズムは女性差別を根源から変えるために、過激な運動を展開していた。ラディカル・フェミニストの意見によれば、結婚・母性・愛そして性交という諸制度で女性は抑圧されており、それらは女性たちを現状に留めるために構築されており、家族単位でこれらを維持していると考えられていた。⁴³

このような状況を改善するために、女性個人の努力だけでは全体の性的圧迫を変えるこ

³⁸ 林志潔・金孟華・前掲注(37) 150頁参照。

³⁹ 若林・前掲注(35) 42頁。

⁴⁰ 菊地夏野「掘り起こされ、芽生えてゆく自由」仲正・前掲注(6) 144頁。

⁴¹ 岡野八代「第14章 フェミニズムと法・国家論」辻村・前掲注(14) 277頁以下参照。

⁴² Catharine A. Mackinnon, *Rape Redefined*, 10 Harv. L. & Pol'y Rev. 431(2016), p474.

“a physical invasion of a sexual nature under circumstances of threat or use of force, fraud, coercion, abduction, or of the abuse of power, trust, or a position of dependency or vulnerability.”

⁴³ 奥田暁子・秋山洋子・支倉寿子(編集)『概説フェミニズム思想史』(ミネルヴァ書房、2003年) 182-183頁参照。

とはできず、性の観念を再構築して、父権体制を変えなければならないと思われていた。また、性の観念を再構築するために、性犯罪に対する再考も急務であるとされた。ラディカル・フェミニズムは、性犯罪を暴力犯罪とするリベラル・フェミニズムの主張を批判しており、性的侵害は性差別の表現だと考えて、「性」と性犯罪を分離すると、かえって性犯罪における性差別が見落とされることになる、と主張した。そのため、ラディカル・フェミニズムの理論によれば、性犯罪の本質は性暴力犯罪だけでなく、性による犯罪と定義すべきだと考えられる。ラディカル・フェミニズムの主張のもとで、性犯罪の立法はさらに発展し、暴力、脅迫要素に対する強調から被害者の不同意を強調するようになってきた。⁴⁴さらに、被害者である女性が性行為に同意しても、その同意の有効性を判断するのは極めて重要であることを主張した。⁴⁵

(3) ポストモダン・フェミニズム

前述したように、第二波フェミニズムは、男性との平等を追求する立場であるリベラル・フェミニズムと女性と男性間の支配関係を揭示する立場であるラディカル・フェミニズムに分けることができる。最後の立場はポストモダン・フェミニズムと呼ばれ、フェミニズムとポスト構造主義との融合により導かれたものである。

ポストモダン・フェミニズムの目標は、ジェンダー不平等に繋がった社会に根差した規範を不安定にすることである。ポストモダン・フェミニストは、すべての女性が同じではないことを示すために、女性の間で存在する違いを受け入れることに賛成して、本質主義、哲学、普遍的真理を拒絶することによって、この目標を達成しようとした。ポストモダン・フェミニズムが根拠としているのは、まさに構造主義であり、そのために固有の価値と多元化の価値理念を構築することを追求しており、女性が「自律的」な主体であることを目標としている。⁴⁶したがって、ポストモダン・フェミニズムの理念を性犯罪の分野に応用すると、主にジェンダー主流化を求めており、刑事規制のほかに、法曹及び全社会のジェンダー・バイアスを注意すべきという主張がなされがちだと思われる。⁴⁷このような思想は、現在でも有力であると言えるだろう。性犯罪の実質は暴力犯罪であろう、男性による女性に対する支配であろう、社会的なジェンダー・バイアスを消すことによって、性犯罪の問題を解決するアプローチはすでに通説になっている。

3. 小括

以上、フェミニズムの理論及びそれによって性犯罪に対する影響について、主に3つに分けてそれぞれ検討したが、発展し続ける思想流派として、性犯罪に対するフェミニズムの影響はある流派に限らないことを認識すべきである。国によって性犯罪規定の実情について、このようないわゆるフェミニズムによる影響も異なっている。中国における性刑法及び日本における性刑法を例として、条文が性別中立化されていない中国では、まずリベラル・フェミニズムの観点によって、性刑法を修正することが急務であるというのは明白

⁴⁴ 林志潔・金孟華・前掲注(37) 155頁参照。

⁴⁵ 若林・前掲注(35) 44-46頁参照。

⁴⁶ 若林・前掲注(35) 166-167頁参照。

⁴⁷ 林志潔・金孟華・前掲注(37) 158頁参照。

である。これに対して、日本において、近年展開されている性犯罪に対する法改正とそれに関する議論において、父権主義の支配的地位を打破し、被害者の不同意を中心要件とするか、または法曹関係者がジェンダー・バイアスに注意すべきということを強調するにかにかかわらず、それが示されているのは、変わり続けているフェミニズムの主張である。このような理論的な支えは、特定のフェミニズム流派に限らず、国々の実情に合わせて適用されている。したがって、フェミニズム理論が今まで性犯罪の立法に対して重要な意義をもっていると言えるだろう。

第二節 性的自己決定権への懸念

「性的自己決定」に対する認識が進むにつれて、徐々に批判の風当たりも強まってきた。一見すると、どの異論も一理があると思いがちだが、なお慎重な検討が必要であると思われる。この節では、様々な性的自己決定権に対する懸念を概観して問題点を洗い出し、そこから今後の法益構想の方法を探してみたい。

保護法益の内実を明らかにすることは、合理的な処罰範囲を決定する上で不可欠であると思われる。しかしながら、性的自己決定権は広い範囲で認められているが、これに対する疑問も出てきている。よく提起されている問題点として、主に三点がある。まず、性的自己決定の内実はまだ明らかではないと思われる。⁴⁸次に、性侵害された時、意思決定が可能かどうかという疑問である。⁴⁹最後に、性犯罪の保護法益を性的自由とするだけでは被害の実体や深刻さを十分に捉えていないのではないか、という疑問である。⁵⁰

上記の疑問はいずれも日本で提唱されているが、それらの疑問を検討して、保護法益の内実を明らかにする前に、アメリカの状況を紹介するのは、二つの理由がある。まず、周知のとおり、アメリカはコモン・ロー体系に属しており、法益に対する議論が大陸法系のように重視されていないが、アメリカをはじめ、大規模のフェミニズム運動によって、性刑法に対する改正が開始したので、性刑法が保護しているものに対する議論はかなりなされておおり、学術上の成果も豊富である。また、現在日本において議論された性犯罪の保護法益の内実について、ドイツ語から翻訳された用語もあるが、やはり主に英語から翻訳されたからである。それゆえに、アメリカにおける議論を検討した上で、性的自己決定権に対する理解をさらに深めることができると思われる。

一、アメリカにおける議論

1. 性刑法の「失敗」と性的自己決定に関する「謎」

アメリカにおいて、フェミニズム運動の発展とともに、性刑法に対する改正が行われて

⁴⁸ 齊藤豊治「性刑法の改革と課題」犯罪と刑罰 26号(2017年)56頁；齊藤豊治「性暴力犯罪の保護法益」『セクシュアリティと法』(東北大学出版社、2006年)227-229頁参照；山中敬一「強制わいせつの罪の保護法益について」研修 817号(2016年)5頁参照；木村光江「刑法各論の新展開(3)性的自由に対する罪と被害者の同意」現代刑事法：その理論と実務 5巻11号(2003年)96頁参照。

⁴⁹ 木村・前掲注(48)96頁。

⁵⁰ 北川佳世子「強制性交等の罪・準強制性交等の罪」法律時報 90巻4号(2018年)55頁。

おり、性犯罪に対する議論も盛んに行われていた。しかしながら、これらの動向に対して、批判の声もよく聞こえる。アメリカの性刑法の「失敗」に対する批判は Stephen J. Schulhofer 教授が書かれた「望まない性：脅迫の文化と法律の失敗」(*Unwanted Sex-The Culture of Intimidation and the Failure of Law*) という書に詳しく見られる。法律の「失敗」について、もっとも重要な論点は、性的自己決定が財産権より重要な個人法益である認識は共有されているが、欺罔手段によって財産権を侵害する行為は詐欺罪で処罰している現状に対して、欺罔手段で性的自己決定権を侵害する場合、刑法上の処罰は著しく限定されていることである。また、欺罔性交の以外、心理的強制や抗拒不能を判断する基準の不明確さなども性刑法の「失敗」とみなされている。

また、法律上の不足にもかかわらず、そもそも性犯罪が侵害したものを「性的自己決定権」と表現するのは妥当であるかどうかに関しても、よく疑問視されている。前述したように、法益という概念について、アメリカにおいては重視されていないが、侵害原則によって、罪名の正当性を説明することが多いのである。したがって、性犯罪の分野で、侵害原則によって、人々の性権利を侵害する行為を如何なる基準で犯罪化するのは急務であると思われる。

さらに検討すると、やはり性犯罪の保護法益を「性的自己決定権」と認定することには、問題があると思われる。それは、性犯罪の保護法益は性的自己決定権であれば、何故すべての性的自己決定権を侵害する行為を処罰していないか、特に欺罔性交は限定的な範囲しか処罰していないか、ということである。このような疑問は、「性的自己決定権」に関する謎であると指摘された。⁵¹すなわち、「謎」理論の提唱者によれば、もし性犯罪の保護法益は「性的自己決定権」であると認められると、すべての欺罔性交も処罰されるべきであるのに、現実はそのではないから、「性的自己決定権」という保護法益の代わりに、新たな法益構想が必要であると思われる。

2. 新たな構想

(1) 「自己所有権」

上記の「謎」に関する問題を解決するために、アメリカにおいては、「性的自己決定権」の代わりに、「自己所有権」という理論を提唱した。この理論を定義した Jed Rubenfeld 教授の見解によれば、強制手段により被害者が自分の身体を支配する権利を侵害する場合のみ、強姦罪と認定すべきだということである。⁵²しかしながら、この概念は事実上「同意」要件の認定を弱め、強制要件を改めて強調したから、一部の学者の反対を引き起こした。⁵³それらの反対意見の対応として、「自己所有権」理論で扱われた強制要件は、暴行・脅迫を含み、薬物や上下関係を利用したなどの手段が用いられた場合も認定すべきだと Rubenfeld 教授に指摘された。⁵⁴ただし、この解釈は事実上強制要件の内実を緩化するアプ

⁵¹ See Jed Rubenfeld, *The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy*, 122 Yale L. J. 172(2013), p1379.

⁵² See Jed Rubenfeld, *supra* note 51, at 1392-1393.

⁵³ See Kiel Brennan-Marquez, *A Quite Principled Conceit: A Response to Jed Rubenfeld, The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy*, 122 Yale L J 1372(2013), 80 U. Chi. L. Rev. Dialogue 81(2013), p81-87.

⁵⁴ See Jed Rubenfeld, *Rape-by-Deception-A Response*, 123 Yale L. J. F. 389(2013-2014), p390.

ローチと同じであり、別に「自己所有権」で「性的自己決定」を取り換える必要はないと思われる。

(2) 商品理論

また、「自己所有権」という理論の他に、Donald A. Dripps 教授は「性的自己決定権」の内実をさらに解説する「商品理論」を提出した。この理論によれば、労働市場が提供するすべての労働のように、個人は有償または無償で他人と性的関係を起すことができる。それゆえ、性的自己決定権は個人がこのような特殊なサービスを提供する際に不法な圧迫を受けないことを意味すると考えられる。⁵⁵

商品理論の提唱とともに、行為者の手段によって、Dripps 教授は性犯罪の定義を全面的に変えることを主張し、「性的動機傷害罪」(sexually motivated assault) と「性的搾取」(sexual expropriation) という2つの独立した罪名に分類し、具体的な立法構想を列挙した。この立法構想の主旨は、暴力的手段による性交や明確に拒否を表明した被害者との性交に刑事責任を課すとともに、被害者の同意を中心にして、過剰な犯罪化を防止することである。

Dripps 教授の構想に対して、一連の批判意見が出てきた。その中でもっとも重要な論点は、商品理論が事実上性犯罪と経済犯罪を類比しており(性動機傷害罪は強盗行為に類比することができて、性搾取は窃盗行為に類比することができる)、性犯罪の本質を大きく歪曲し、「商業主義者」(commodificationist) の考え方を示していることである。⁵⁶

このような批判に対して、Dripps 教授は、性を商品化するのは、個人の性権利をより手厚く保護するためであると指摘した。このような提案に従えば、暴行やその他の手段で性権利を搾取する行為を罰することができる他に、自発的な性的権利の取引に対する不当な規制を回避することもできると思われる。⁵⁷ また、欺罔性交の問題について、Dripps 教授は性権利の商品化は必ずしも金銭に関する性的行為をすべて処罰するわけではなく、欺罔性交に対する過度の処罰は、あえて被害者が自分を守る意識を低下させる恐れがあると指摘した。

このような理論は、確かに一定の程度で Schulhofer 教授が指摘された性刑法の「失敗」を解決したが、性的自己決定権に関する「謎」に対しては、役に立てる理論とは言えないだろう。なぜかという、性犯罪の処罰範囲、特に欺罔性交に対する処罰範囲はなお不明確であるからだ。

二、日本における議論

日本は、大陸法体系の国として、法益論に関する議論が極めて重要であると思われる。性犯罪の分野において、「性的自己決定権」あるいは「性的自律」は性犯罪の保護法益として幅広く認められているが、最近、異なる意見も提唱された。このような論争とともに、性的自己決定権に対する認識も深まっており、多数の新たな構想も提唱されてきた。大き

⁵⁵ See Donald A. Dripps, *Beyond Rape: An Essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent*, 92 Colum. L. Rev. (1992), p1786.

⁵⁶ See Donald A. Dripps; Linda Fairstein; Robin West; Deborah W. Denno, *Men, Women and Rape*, 63 Fordham L. Rev. 125(1994), p154.

⁵⁷ See Donald A. Dripps, *More on Distinguishing Sex, Sexual Expropriation, and Sexual Assault: A Reply to Professor West*, 93 Colum. L. Rev. 1460(1993), p1469.

く分けると、主に自由説、暴行説と代替説がある。自由説というのは、性犯罪の保護法益を「性的自由」または「性的自己決定権」を維持する見解である。自由説によれば、性犯罪というのは、あくまで人の性的自由を侵害する犯罪であり、その実質は性的自己決定権を侵害する行為である。しかし、自由説に対しては、近年の日本において、よく批判されてきた。

例えば、辰井聡子教授の見解によれば、性犯罪を自由に対する犯罪であるという定義は曖昧であり、性犯罪の実質に対する理解を妨げる最大の要因の一つである。詳細に言うと、「『性的自由に対する罪』、とくに『自己決定権』といわれるときには、性的行為はある種の快楽であり、本質的な害悪ではないという理解が含意されている」からである。⁵⁸反対側の意見として、代表的には、佐伯仁志教授の見解である。佐伯教授の意見によれば、「性犯罪の保護法益は、やはり、従来通り、性的自由とするのが妥当だと思われる。ただし、単なる意思侵害の問題ではないことを明らかにするために、『自己の身体を性的に利用されない自由』と捉えることがよいだろう。」⁵⁹

本稿は「性的自己決定権」という立場を維持するために、ここでは、いくつか重要な構想を紹介しており、自由説を支持する論証は後で詳細に展開する。

1. 暴行説

フェミニズム流派に対する分析によれば、性犯罪を暴力犯罪とみなす見解とリベラル・フェミニズムの主張とは、接近している。前述したように、異なるフェミニズム流派の観点が決してその特定の時点に限られていないので、現在の日本において、性犯罪を暴力犯罪とみなすべきという主張が存在していることも十分な理由があると思われる。しかしながら、注意すべきなのは、同じく「性暴力」と呼ばれていても、その内実や性犯罪に対する理解も異なっている可能性がある。

まず、性暴力の定義に関して、「性暴力は、性を通じての暴力であり、性的欲求によってのみ行われるのではない。支配や優越、復讐や依存などのさまざまな欲求によって行われる。性暴力は、性的欲求によるというよりは、攻撃、支配、優越、男性性の誇示、接触、依存などの様々な欲求と、性という手段、行動を通じて自己中心的に充足させようとする『暴力』であるという本質を、明確に認識する必要がある」という見解が提唱された。⁶⁰このような定義をさらに分析すると、性犯罪の「暴力」という属性を特に強調したが、詳細な解釈から見ると、「性的自己決定権」を保護法益とする性犯罪に対する理解とは、あまり差がないと言えるだろう。

そのほかに、木村光江教授、角田由紀子弁護士及び辰井聡子教授も暴行説の支持者である。木村光江教授の分析によれば、「『誰と、いつ、どのように性的関係を持つかの自由』という教科書的説明は、かなり空虚なものといわざるを得ない。裁判例を見る限り、侵害の事態は、このような抽象的な意思決定を侵害されるというよりは、『性的な侵害行為から逃げる自由を奪われた状態での性的行為』自体が侵害行為であるように見える。むしろ、

⁵⁸ 辰井・前掲注(24) 424頁。

⁵⁹ 佐伯仁志「刑法における自由の保護」法曹時報 67巻9号(2015年) 2489頁。

⁶⁰ 藤岡順子『性暴力の理解と治療教育』(誠信書房、2006年) 14-15頁。

暴行罪や傷害罪に類似した犯罪類型であると解すべきように思われる。」⁶¹木村教授が性犯罪を暴行罪と類似した犯罪類型とみなす見解に対して、角田弁護士の定義によれば、そうではない。すなわち、性暴力は、「これらの行為が性的な意味合いを持つ暴力行為であることを現わしている。単に性的行為ではなく、また、単に暴力行為でもなく、この両者が複合したものであることを示す。この複合行為であるところに、性暴力が他の犯罪行為とは異なる特徴がある。」⁶²確かに、木村教授の意見は性的自由に対する批判によって、暴行説を支持したが、角田弁護士の定義は性犯罪を性暴力と呼ばれているものの、その保護法益自体はあまり触れていないのである。

そもそも、性暴力に関する歴史に関して、角田由紀子弁護士の分析によれば、日本で一九八〇年代半ば以降の女性運動が強姦や強制わいせつの言葉に替えて「性暴力」を選んだのは、強姦の本質についての認識が深まったからである。⁶³すなわち、性暴力という言葉は、一九八〇年代頃から日本の女性たちが強姦や強制わいせつの被害を告発し、これと闘う中で使われるようになったものである。その理由として、性暴力と呼ぶと、強姦罪の「姦」という字を避けることができ、女性が性犯罪の対象として限定されたことをやめたいからである。したがって、暴行説というのは、表面的な呼び方としての暴行説と実質的に性犯罪を暴行罪とみなすべきと説く学説があると思われる。

最後に、実質的暴行説を維持する代表者として、辰井教授の見解によると、わいせつ・姦淫行為の強制はそれ自体が「暴行」であり、とくに強度的暴行脅迫によって反抗を困難にされた場合でなくても犯罪の成立を認めるべきだとされる。さらに、「性的暴行説は、強制わいせつ・強姦は『意思決定』という心理的事実を害するというより、身体を含む客観的な利益を侵害する点に本質があるのだ、という重要な主張を含んでいる。性犯罪がその被害者の人格を根源的な仕方で損なうものだという事実である。これは、性犯罪の保護法益を、『誰といつ性行為を行うかを自由に決める権利』といった形で理解する立場からは、到底説明のつかないことである。」⁶⁴しかしながら、辰井聡子教授自身も性的暴行説に対して、一定の疑問を持っている。すなわち、「性的暴行説は、被害イメージの共有にはある程度成功しているが、被害の本質を言語化し、強制わいせつ・強姦の議論の基礎を提供するには至っていないのである」という疑問点である。⁶⁵

暴行説に対しては、表面的な呼び方にもかかわらず、重要なのは性犯罪をどのように理解すべきか、という問題であるから、木村教授及び辰井教授の見解を検討する必要があると思われる。そもそも、性的自由を「空虚なもの」とみなす見解は、性的自己決定権の内実を簡略化した意見であり、罪名の実質を行為者側の行為によって定義することも、保護法益の明白によって罪名に対する理解を深める機能を失う恐れがある。また、辰井教授が定義した性犯罪の侵害は、意思決定という心理的侵害より、身体を含む客観的な利益を侵害することであると点に関して、確かに理にかなっているかもしれないが、注意すべきなのは、性犯罪の処罰範囲の拡張とともに、身体に対する客観的傷害がなかった場合も性犯

⁶¹ 木村光江「性的自由に対する罪と被害者の同意」現代刑事法5巻11号(2003年)102頁。

⁶² 角田・前掲注(23)180頁。

⁶³ 角田・前掲注(23)182頁。

⁶⁴ 辰井・前掲注(24)424頁。

⁶⁵ 辰井・前掲注(24)423頁。

罪の成立がありうるから、単に性犯罪の保護法益を身体の利益とみなす見解は賛成し難いと思う。そもそも、身体に対する侵害は性的自由を侵害したことに付随した結果に過ぎないのである。

2. 代替説

前述したように、暴行説の主な主張は、性犯罪の暴力属性を強調して、「性的自己決定権」を侵害する犯罪ではなく、暴力犯罪の一類とみなすべきということである。しかしながら、暴行説の定義に対して、ラディカル・フェミニズムが指摘したように、その「性的」という特徴を抹殺すると、逆に被害者に対する保護が軽視される恐れがある。それゆえ、「性的自己決定権」という法益の不足を補足するために、日本においても異なる見解が提唱された。上谷さくら弁護士は、法務省によって行われた性犯罪に関する刑事法検討会において、「今の刑法が制定されたのは100年以上昔ですので、新しい保護法益が出てくるのはむしろ当然で、従前の枠組みを維持する必要はないと思います。保護法益を狭く従来どおりのものと解した結果、処罰すべき行為が処罰されないということになると、論理としては美しいかもしれませんが、被害実態を無視することにつながって本末転倒ではないかとも考えました」⁶⁶という見解を述べた。このような意見は近年の日本においては、かなり有力になっており、新たな構想も出て来ている。注意すべきなのは、これらの構想について、代替説と呼ばれても、提唱者によって、採用されたアプローチもそれぞれである。要するに、自由説を完全に賛成しないから、性的自己決定権の代わりに、完全な新たな法益を提唱するアプローチと自由説を基本的に賛成しても、その内実の不明確を克服するために、性的自己決定権をさらに解釈して、新たな概念を提唱するアプローチが見られる。前者としては、主に人格・尊厳説、性の統合性説があり、後者は内密領域・性の不可侵性説である。

(1) 人格・尊厳説

中里見博教授の見解によれば、「人の(性)が(人格)と深く結びついているとするなら、人の尊厳を確保するためには(性)は(人格)と切り離されるべきではなく、むしろ(人格)を構成するものとして積極的に位置付けられる必要がある」。⁶⁷このような理解を根拠として、近年、性犯罪の深刻さを掲示するために、人格・尊厳説が相当数の学者や法律関係者によって支持されている。

例えば、上記のように、辰井聡子教授は性犯罪が暴力犯罪であると定義したが、その侵害されたものは、端的に、人格の統合性であり、人間の尊厳と言ってもよいと指摘された。⁶⁸理由として、『自由に対する罪』と呼ばれてきた犯罪類型は、この『人格』の保護を担うものと考えたときにはじめて、その罪質の重大性が適切に理解されるのではないかと思われる」⁶⁹からである。

その他に、和田俊憲教授の指摘によると、性犯罪は「相手方を人格的存在として顧みる

⁶⁶ 性犯罪に関する刑事法検討会第10回(令和2年12月25日)議事録24頁(上谷さくら委員)。

⁶⁷ 中里見博『ポルノグラフィーと性暴力—新たな法規制を求め』(明石書店、2007年)226頁。

⁶⁸ 辰井・前掲注(24)425頁。

⁶⁹ 辰井・前掲注(24)434頁。

ことなく、ただ自己の性的欲求の充足のみを図る行為の典型である。そこでは、意思侵害と身体侵害の両方の要素が必要であると解されるが、それらを単に加算するのでも不十分であり、『性的』暴行という、強要とも単純暴行とも質的に異なるものであることを評価しなければならない。そこで前に述べた性的行為の本質に鑑みると、暴行が『性的』であるというのは、人格的領域の交錯を強いるからだと考えられる。その意味で、強姦罪は、人格的領域を交錯させることにより女性の人格的統合性を害する罪として理解するのが妥当である。⁷⁰人格・尊厳説の説得力をさらに高めるために、和田教授は令和2年性犯罪に関する刑事法検討会においてもこの見解を支持する理由について、繰り返して説明した。まずは、人格・尊厳説は性犯罪の重大性を提示することができるからである。また、「性的行為というのは、対等な人格的存在として相互に承認し合いながら人格的交流を行うべきものである」から、性犯罪の本質は「一方が上に立ち、他方を下に見て、相手が自分に対して性的利益を提供して当然であるという考え方に基づいて、その上下関係を利用して性的利益を奪い取るという」ことであり、「人格的統合性が害されるということなのではないか」と理解すべきであると指摘した。⁷¹

令和2年の刑事法検討会において、人格・尊厳説を主張する意見がかなり多かったのである。例えば、小島妙子弁護士の意見よれば、「性というものが、人間性のもっとも深い部分に関するものであること、それに対して、そのような領域に土足で踏み込み、強引に、無遠慮に開示を迫ることが性被害の本質ではないかと思っております。性的領域が侵害されるとき、侵害されるのは端的に言って人格の統合性であり、人間の尊厳だというふうに思っております。性的人格権と言われる場合もございます。」⁷²木村教授も一層自分の主張を説明して、性的自由や自己決定の問題性を批判して、尊厳のような議論をした方が、性犯罪の処罰範囲を広げやすいのではないかと指摘した。⁷³

性犯罪の保護法益を人格や尊厳をみなす見解について、一理があるかもしれないが、批判する意見も容易に挙げられる。要するに、どのような犯罪も人々の人格や尊厳に対する犯罪である、という意見がよく見られる。森川恭剛教授が指摘したように、「人の尊厳を害する性行為として犯罪行為を類型化しても、違法推定機能は十分に動かない。」⁷⁴そもそも、性的自己決定権は基本的人権の一種として、その人権の基礎づけは人間の尊厳であると思われる。

(2) 性と性的統合性

人格・尊厳説と繋がっているのは「性的統合性」と「性」という提案である。後者は性犯罪の保護法益を直接に「性」とみなされており、齊藤豊治教授によって提唱された。齊藤豊治教授の意見によれば、「強姦の被害の中心は、①性交を強いられ、人間の尊厳を踏みにじられたことへの屈辱と怒り、②暴行・脅迫による強烈的な恐怖心など、被害者に生じる心の傷、痛みである。強姦罪や強制わいせつ罪は、性暴力犯罪という暴力犯罪であるにも

⁷⁰ 和田俊憲「鉄道における強姦罪と公然性」慶應法学 31 号（2015 年）264 頁。

⁷¹ 性犯罪に関する刑事法検討会第 8 回（令和 2 年 11 月 10 日）議事録 4 頁（和田俊憲委員）。

⁷² 前掲注（66）18 頁（小島妙子委員）。

⁷³ 前掲注（71）3 頁参照（木村光江委員）。

⁷⁴ 森川恭剛『性暴力の罪の行為と類型—フェミニズムと刑法』（法律文化社、2017 年）17 頁。

かかわらず、性それ自体、さらにその基底にある性的人格権に対する攻撃である。」⁷⁵

また、「性」と類似している概念「性的統合性」もよく提唱されている。例えば、性犯罪に関する刑事法検討会において、小島妙子委員は「性的統合性というのは、スウェーデン法やカナダ法などで、保護法益として言われていることをございまして、性的自由や性的自己決定権より少し広い概念として捉えられています…性的自由より広い概念で、被害者の尊厳とか自律とかまで含んだ概念として考えております。身体の統合性について入っているかどうかということですが、もちろんその中に含まれているという理解でおります」⁷⁶という見解を提唱した。

上記の意見を分析すると、「性」や「性的統合性」という概念を保護法益とみなされる理由は、やはり人間の尊厳や人格と繋がっているので、実質的に見れば、人格・尊厳説とあまり差がないと言ってもよいだろう。そもそも、「統合性」という概念は一体何だろうか、「人格的統合性」と「性的統合性」は同じ概念であるか、という問題もさらに論証する必要があると思われる。島岡まな教授が指摘されたように、『性』や『心身の完全性』を保護法益と捉える見解は、年齢を問わずすべての被害者について統一的に捉えられる利点がある反面、より抽象的で、その内実を具体的に捉える事がより困難であるという欠点がある。」⁷⁷

(3) 内密領域と性的不可侵性

上記の意見のほかに、あと一つの重要な概念は「身体的内密領域」という法益構想である。提唱者の井田良教授の意見によれば、「人は他人にアクセスされることを欲せず、他人のそれにアクセスすることも欲しない身体的領域を持つ。それは、『身体的内密領域』と呼ぶことができる…性犯罪の保護法益は、そのような身体的内密領域として把握されるべきであり、これを敷衍すれば、身体的内密領域を侵害しようとする性的行為からの防御権という意味での性的自己決定権として捉えられるべきだと考える。」⁷⁸

このような指摘は、やはりドイツ刑法理論の影響を受けたからであると思う。菊地一樹講師が紹介されたドイツの論文において、性犯罪は内密領域(Intimsphäre)と人間の尊厳に対する侵害であるという指摘が重要であると説明した。⁷⁹さらに、山中敬一教授は内密領域という概念を基礎として、性犯罪の保護法益を「性的不可侵性」と定義した。山中教授の意見によれば、「性的不可侵性とは、『外部的性的刺激から人が自由であること』を意味する。このような性的不可侵な領域への侵襲が処罰される性的行為であり、典型的には性的内密領域への侵害が、法益侵害である。」⁸⁰

しかしながら、「性的内密領域」という概念も、井田教授の意見によれば、性的自己決定権をさらに解釈する内実である。すなわち、「性犯罪の保護法益は、身体的内密領域を侵害

⁷⁵ 齊藤豊治「性暴力犯罪の保護法益」『セクシュアリティと法』（東北大学出版社、2006年）235頁。

⁷⁶ 前掲注（71）3頁参照（小島妙子委員）。

⁷⁷ 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—」高橋則夫（ほか）『日高義博先生古稀祝賀論文集 上巻』（成文堂、2018年）126頁。

⁷⁸ 井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修806号（2015年）7頁以下参照。

⁷⁹ 菊地・前掲注（28）201頁参照。

⁸⁰ 山中敬一「強制わいせつの罪の保護法益について」研修817号（2016年）8頁以下参照。

しようとする性的行為からの防衛権という意味での性的自己決定権である」⁸¹という主張から見れば、そもそも「性的自己決定権」という法益を全体的に変えることではなく、これをさらに解釈するアプローチを採用したとも言えるだろう。

三、論争の本質について

アメリカと日本の議論を挙げたうえで、問題の本質がさらに明確になると思われる。しかしながら、日本で挙げられたそれぞれの定義に対して、その概念の内実はずしも明確とは言えない。例えば、「統合性」という用語がよく提唱されているが、その内実は一切何かという問題に対して、明確な回答はない。したがって、上記の提案をさらに理解するために、それらの英語の元表現に戻して、その区別を明らかにすることが必要である。

1. 「オートノミー」

英語である「sexual autonomy」(セクシュアル・オートノミー)について、日本において、それと応じて、よく使われている言葉は「性的自律」と「性的自己決定」という二つの表現である。両者を区別して、別々の内実を示していることは少ないが、不統一の表現は混乱を招く恐れがあるので、両者の関係について、検討したいと思う。

今まで読んだ文献を鑑みると、日本において、初めて「性的自己決定」を紹介するのは中谷実教授が書かれた「米国における性的自己決定をめぐる司法消極主義と積極主義—避妊・中絶・同性愛と最高裁」という論文である。⁸²しかしながら、性的自己決定はやはり最初から積極的権利と繋がっており、現在において、問題の中核である性犯罪とは一定の距離感が残されていた。その後、1994年、手嶋昭子教授が書かれた『性的自己決定権』の基礎—強姦罪をめぐる—という論文では、「性的自律」と「性的自己決定権」が結び付けられていて、性的自律は個人にとって真に意味のある性的自己決定であると指摘された。⁸³このような定義を見ると、「性的自律」と「性的自己決定」との区別は明らかである。すなわち、手嶋教授の認識によれば、性的自己決定は完全に自発とは言えないし、一定の状況に応じて不真正の自己決定があるので、「性的自律」はその真正の部分を目指すべきである。このような見解は、言っていることは相当理解できるが、性的自己決定権に対する理解もそもそも異なっており、「性的自律」と「性的自己決定」の関係性もその理解の差異と繋がっている。例えば、自己決定を単に形式的に理解すると、確かに性的自律はその自分の真意による決定を限定することである、という理解には問題がないが、自己決定を実質的に判断する際には、両者の区別はなくなる可能性もある。

また、「自律」と「自己決定」の関係については、第一節でもすでに検討したので、ここでは繰り返して説明することを省略するが、結論としては、「性的自律」と「性的自己決定」という表現は性犯罪の保護法益を指すときは、ほぼ同じものと理解してもよいと思う。

⁸¹ 井田良『講義刑法学・各論(第2版)』(有斐閣、2020年)113頁。

⁸² 中谷実「米国における性的自己決定をめぐる司法消極主義と積極主義—避妊・中絶・同性愛と最高裁」滋賀大学教育学部紀要人文科学・社会科学・教育科学35号(1985年)146-172頁参照。

⁸³ 手嶋昭子『性的自己決定権』の基礎—強姦罪をめぐる—法社会学46号(1994年)239頁参照。なお、同『親密圏における暴力—被害者支援と法』(信山社、2016年)55頁以下参照。

2. 「インテグリティ」

上記のように、「人格的統合性」や「性的統合性」はすでに有力説となっているが、「統合性」というのは何か、という問題について、検討はなお不十分である。そもそも、「統合性」という用語は、日本刑法上あまり見られない言葉である。しかしながら、この用語が現在性犯罪に関する議論においてよく提起されている理由は、やはり欧米の判例と英語で書かれた文献によって影響されているからである。欧米の判例においても、学説上の議論においても、「インテグリティ」という言葉はよく見られており、性犯罪は被害者の性的インテグリティを犯す行為とみなされている。

したがって、最近、日本の刑法学者もこの用語を用いて、さらに日本語化された「統合性」を提議した。しかし、問題はさほど簡単ではない。この「統合性」というのは、一体何か、またこれを性犯罪の保護法益として適切であるか、という疑いは払拭できない。

この問題を解決するために、まずは英語の語源に戻らなければならない。一般的に、「インテグリティ」が指すのは、「高潔、誠実、清廉、完全な状態、無傷」ということである。「高潔、誠実、清廉」という意味で、「インテグリティ」は性犯罪とは無関係と言えるが、重要なのは、その「完全な状態、無傷」という意味である。ある意味で、このような表述は意味深いと思われる。それは、自由かどうかではなく、身体の完全な状態を壊すと、「インテグリティ」に対する侵害であるとみなされることができから、保護範囲を拡大することには役に立っているとも言える。しかしながら、この用語に対して、私は、欠点があると思う。詳細に、このような表述は犯罪化する機能が効かない点である。

なぜかという、ラディカル・フェミニズムの観点によると、すべての性的行為は女性に対する侵襲であり、身体の完全性を侵す行為である。このような観点は批判を招きやすいが、慎重に検討すると、かなり説得力があると思われる。すなわち、ラディカル・フェミニズムの立場からみると、不平等な環境に置かれている女性の利益を保護するために、男性による挿入行為自体は明確に身体に対する「侵襲」とみなすべきである。実は、同じような見解はイギリスの法学者ジョナサン・ヘリングによっても提唱された。彼の見解によれば、性交行為自体が不当な行為であるから、参加者の同意しか正当化することはできない。⁸⁴このような意見は過激であると批判される可能性があるが、性交行為は相手方の完全な状態を毀す行為であるという点には賛成したいと思う。その意味で、いかなる性的行為は身体のインテグリティを毀すものであると理解してもよいだろう。

また、身体のインテグリティではなく、人格や性的インテグリティを検討する際には、その「完全な状態」というのは、やはり真正の自由意思がかなえるかどうかという標準によって判断を行うために、わざと「性的自己決定権」の代わりに、「性的統合性」を提唱する必要性も検討する余地があると思われる。

3. 「ディグニティー」

性犯罪の被害を描くために、たくさんな表現が使われている。その一つは「性犯罪は、人の尊厳に対する罪である」という考え方である。例えば、レイプは、あなたが存在する

⁸⁴ See Michelle Madden Dempsey & Jonathan Herring, *Why Sexual Penetration Requires Justification*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No. 3 (2007), p467.

ことを否定したことでありという見解がある。⁸⁵このような見解は、性的自由より、被害者の人格や尊厳を無視したことこそ、性犯罪の実質であると思われる。ある意味では、第二次世界大戦の終わり以来、人間の尊厳は、国際人権法の基礎原則として、多くの国で憲法の原則として認められてきた。その結果、「尊厳」を用いて、ある犯罪行為の侵害を述べることも一般的になってきた。しかしながら、このような表述を直ちに保護法益としてもよいかという問題に対しては、更なる検討が必要である。

実は、世界中の動向にも限らず、日本の判例においても性犯罪が侵害した者は、人の尊厳であるという指摘がある。まず、性犯罪類型のうち、売春行為は売春防止法一条において「人としての尊厳」を害する行為と定義されている。これは、重要な理由があると思われる。要するに、売買春の問題は、フェミニズム理論上にも大切かつ厄介なテーマである。なぜかという、「性的自己決定権」という概念の呈示とともに、それを用いて売買春を正当化する声もよく聞こえるようになってきたからである。生活のストレスや経済的な原因にもかかわらず、本人の意思によって売買春に参加すると、自己決定権が認められるから、このような行為は正当化される。これは、本来性的自己決定権を確立する目的とは正反対であるが、現実である。したがって、そのような状況を防ぐために、売買春に関する法律において、「性的自己決定権」ではなく、「尊厳」という表述が用いられていることも妥当であると思われる。

これに対して、狭義の性犯罪、すなわち強制性交等罪（強姦罪）や強制わいせつ罪を取り扱った裁判例における「尊厳」の登場は、比較的新しいことである。例えば、東京地方裁判所平成13年3月27日の有罪判決で、以下の理由を説明した。すなわち、男性五人が被害女性一人を順次強姦した上、さらにもう1人の共犯者が被害者をさらに姦淫しようとした事案において、「被害者は、被告人らから連続して強姦行為による被害を受け、女性としての尊厳を著しく傷つけられた」としたものである。⁸⁶確かに、このような事案において、単に「性的自己決定権」によって被害を表述するには、足りない感じがしやすいが、それは性犯罪の保護法益は尊厳であることを意味していないと思われる。その他、注意すべきなのは、「尊厳」が侵害されるという表述がよく量刑の理由に見られており、特に行為者を強く非難するために使われている。⁸⁷

このような状況に対して、若尾岳志教授は以下の意見を述べた。すなわち、「刑法解釈にとって検討の余地を残すのは、行為者・被告人が犯したとされる『尊厳』と法益の関係である。『尊厳』が法益となり得るのか、という問題とも言える。本来、尊厳概念は、抽象的で多義的であるがゆえに、具体的な実体を具備していることが求められるべき法益とはなり得ないとされている。判決文において『生命の尊厳』や『(女)性の尊厳』といった量刑理由で挙げられた様々な『尊厳』には、結果不法を表現しているように思われるものが含まれている。」⁸⁸

そもそも「尊厳」という言葉は法益として認められるかどうか、という問題に対して、

⁸⁵ See Lynne N. Henderson, *What Makes Rape a Crime?*, BERKELEY WOMEN'S L.J. 193 (1988), p226-227.

⁸⁶ 東京地裁平成13年3月27日判例時報1791号162頁。

⁸⁷ 若尾岳志「『尊厳』に関する覚書—刑事裁判例に表れる『尊厳』—」山口厚・井田良・佐伯仁志『高橋則夫先生古稀祝賀論文集 上巻』（成文堂、2022年）27頁。

⁸⁸ 若尾・前掲注（87）35頁。

「尊厳」の定義と射程を明確にしなければならないと思われる。日本において、「尊厳」という言葉が法的概念となったのは、憲法二十四条の家族関係における個人の尊厳と両性の平等が示されたことである。また、憲法十三条には、「すべて国民は、個人として尊重される」という形で「個人の尊重」という表現があるが、「尊厳」と「尊重」は語義の上では同じ意味と捉えることができると思われる。⁸⁹

また、西野基継教授によれば、「尊厳」という語は、主として理性、道徳（法則）に結び付けられおり⁹⁰、「20世紀の第二次世界大戦後に、人間であることの最低基準を大規模に踏みについたナチス体制に対する徹底的な批判と克服ために、『人間の尊厳』が憲法・国際法レベルで初めて礎石を置かれた。思想としての尊厳の歴史は長いが、法概念としての尊厳の歴史は短い。」⁹¹さらに、西野教授は「自由の方が尊厳より規範化しやすいことに、容易に気づかれよう。自由は、法律的に侵害から守られうる自己の行為の可動空間が輪郭づけられる仕方では捉えられるが、尊厳は、国家的に把握され難い仕方で、自己の行動に含まれるシンボリックな意味によって失われる」⁹²という意見を述べた。本稿もこれらの意見に賛成している。法律概念としての保護法益は、規範的概念である。自由という概念も捉えにくい場面が多いが、尊厳より規範化されている概念であると思われる。

反対意見として、角田弁護士は人格説を支持して、性犯罪を検討する際には、尊厳の重要性を強調した。彼女の意見によれば、「性的人格権は、人間の尊厳の核にある。性犯罪が他の犯罪と違って、被害者を深く傷つけるのは、この核の部分への攻撃だからではない妥当か。子供への性的虐待がその後も子供の人格形成に大きな影響を残すのも、同じ理由からではないか」⁹³という意見が指摘された。このような意見に対して、本稿は一点を指摘しておきたい。それは、性犯罪は確かに他の犯罪と違っており、区別も相当多いかもしれないが、被害者を深く傷つけるということは、むしろ世論によって構築されたものである。すなわち、性犯罪の被害の特殊性を強調するのは、むしろ貞操や性の純潔性が過度に強調される結果である。これをさらに強調したら、性犯罪被害者に対する軽蔑を消すことはより不可能になるかもしれない。確かに、被害者を保護するために、性犯罪の悪性を強調するのは必要であるが、被害者に対する傷害に更なる意味をつけることを避けたほうがよいかもしれない。

第三節 解決策に関する議論

上記の分析によって、一つの事実が明らかである。それは、日本に限らず、外国においても、性犯罪の保護法益は時代の発展とともに性的自己決定権という通説が作られたが、

⁸⁹ 若尾・前掲注(87)24頁参照。

⁹⁰ 西野基継『尊厳概念の生成と構造』(晃洋書房、2021年)47頁。

⁹¹ 西野・前掲注(90)8頁。なお、医事刑法の観点からの「人間の尊厳」については、甲斐克則『被検者保護と刑法〔医事刑法研究第3巻〕』(成文堂、2005年)11頁以下、及び同『臓器移植と刑法〔医事刑法研究第6巻〕』(成文堂、2016年)3頁以下参照。

⁹² 西野・前掲注(90)97頁。

⁹³ 角田・前掲注(23)139頁。

この理論に対する批判や質疑は絶えず行われている、ということである。これは、決して悪いことではなく、むしろ性的自己決定権に対する理解を深めることに役に立っている。いずれの理論を主張しても、その核心である目標は同じである。すなわち、法益の確定によって、性刑法の処罰範囲を明確にすることである。しかしながら、このような目標は単に法益の確定によってかなえるか、また、一体性犯罪の保護法益は何とするべきか、という問題に関しては、続いて検討しよう。

一、法益論の機能について

1. 法益機能の存否

法益論の機能に対して、従来刑事立法を批判的に検討するための手段であると思われるが、現在においては、それに対する疑問がよく挙げられている。⁹⁴例えば、性犯罪の分野で、昔から主に性犯罪と道徳的害悪の分離において役に立ってきたが、現在では、法益論で性犯罪の処罰限界を画定できるかどうか、という問題がよく考えられる。具体的に言えば、暴力・脅迫要件の解釈、欺罔性交の処罰限界または不同意性交罪の処罰に関わる諸問題を解決しようとして、法益論の役割を再び検討する必要があると思われる。

従来、フォイエルバッハの権利侵害説の批判・修正をもとに、法益概念の原型としてのビルンバウムの法的な財の概念が形成され、法益論は成立したとの理解が一般的であった。⁹⁵学説においては、法益が、立法を批判的に検討する力をもっているか(立法批判的法益概念)、それとも、単に解釈を指導する力しかもっていないのか(方法論的法益概念)という問題が、盛んに議論されてきた。両方の機能も有している見解はすでに定説になっているが⁹⁶、立法批判機能としての刑罰限界を画定することは、よく批判されている。

例えば、中村悠人准教授の意見によれば、「法益であるか否かは結論的なものであり、刑罰投入の限界を画する基準としては、必要条件たり得ても、決定的なものとはならない。法益として刑法による保護に値するかを法益論から一元的に導くことは、困難なのである。」⁹⁷また、法益概念の「虚しさ」を主張する学者として、伊東研祐教授は、「刑罰発動の限界に関する要件は、法益概念自体からは導出することが出来ない」という見解を指摘した。⁹⁸さらに、法益論に対する批判によって、仲道祐樹教授は、2段階構造を有する提案を主張した。詳しく言うと、仲道教授の見解によれば、「法益論・危害原理はそれ単体ではもはや立法批判機能は果たしえず、立法者に、名指した法益・害についてどの程度までの介入を許すかというフェーズへと議論を移行させるべきである」⁹⁹と思われる。それゆえ、合憲性審査によって、民主的正統性を有する立法者を拘束するフェーズと、合憲性ある立法の中からより良き立法を見出すとしての刑法理論に基づく討議・提案のフェーズ、という2段

⁹⁴ 仲道祐樹「法益論・危害原理・憲法判断—刑事立法の分析枠組に関する比較法的考察—」比較法学 53 巻 1 号 (2019 年) 25 頁以下参照。同「刑事立法分析の2段階構造とテロ等準備罪」小山剛・新井誠・横大道聡編『日常のなかの〈自由と安全〉：生活安全をめぐる法・政策・実務』(弘文堂、2020 年) 14-15 頁参照。

⁹⁵ 嘉門優「法益論の現代的意義」刑法雑誌 47 巻 1 号 (2007 年) 121 頁参照。

⁹⁶ 甲斐克則「刑事立法と法益概念の機能」法律時報 75 巻 2 号 (2003 年) 13 頁注 (1) 参照。

⁹⁷ 中村悠人「法益論と社会侵害性について」浅田和茂 (ほか) 編集『自由と安全の刑事法学：生田勝義先生古稀祝賀論文集』(法律文化社、2014 年) 33 頁。

⁹⁸ 伊東研祐『法益概念史研究』(成文堂、1984 年) 415 頁。

⁹⁹ 仲道・前掲注 (94)「法益論・危害原理・憲法判断—刑事立法の分析枠組に関する比較法的考察—」66 頁。

階構造を有する刑事立法分析枠組が主張された。¹⁰⁰

それに対して、法益論を擁護するアプローチも存在している。代表者として、甲斐克則教授の意見によれば、法益概念が立法批判機能を果たせなくなっているのは、掘って立つ法益論に問題があるからであり、刑法の基本原則と調和しつつ、法益を再生させる必要があるとする。¹⁰¹また、法益論の機能を承認していても、甲斐教授は法益保護主義に対する過度の強調に対して、一定の懸念を述べた。それは、法益保護の過度な強調は、罪刑法定主義や責任主義と衝突しやすいからである。¹⁰²したがって、法益保護は刑法の重要な任務の一つであるが、それは刑法の基本原則と調和してこそ意義があると思われる。¹⁰³

2. 私見

上記の分析によって、法益論を批判する意見も、これを擁護する意見も、その共通点は明らかである。すなわち、法益論の一元的機能が問題視されても、法益を明確化しなくても、刑罰には影響がないわけではないという思想は共通である。しかしながら、性犯罪の分野において、保護法益はいずれにせよ、刑法規制のあり方は大きく影響されない意見も述べられた。

詳細に言うと、嶋矢貴之教授の意見によれば、貞操を保護法益と考えても、性犯罪処罰範囲の縮減が生ずるという理解は、必ずしも正しくはないし、保護法益を性的自己決定権と措定することとあまり大差はなかったとも言える。したがって、嶋矢教授は「保護法益そのものにもまして、それをどこまで保護するか判断が重要となろう」¹⁰⁴という観点を示した。確かに、このような見解は理屈が通るかもしれないが、二つの問題点が重要である。

第一に、「貞操」という概念自体に対する理解は問題である。確かに、「貞操」に対する理解が変わっているから、「性的自己決定権」に接近している傾向も見られる。¹⁰⁵したがって、貞操を法益と考えても、あまり差がない観点について、そもそも「貞操」という概念に「自己決定」の内実が入るかどうかが、という問いは肝心である。また、第二に、保護法益とは何か、またその具体的な構造や解釈とは何か、ということは、必ずその保護範囲と繋がっていると考えている。前述したように、刑法の各罪名を鑑みると、性犯罪のように、その保護法益が完全に変遷した罪名は少ないし、保護法益の転換とともに、罪名の構造が大きく変わることも珍しい。したがって、保護法益の内実を明確にすることは容易ではないし、曖昧さと不明確のグレーゾーンも残されがちだが、第一歩である法益の確定が大切である。それゆえに、嶋矢貴之教授の意見には賛成しがたいと思う。

そもそも法益論でも、権利でも、またその根底にある人権や人格というのは、人を保護

¹⁰⁰ 仲道・前掲注(94)「法益論・危害原理・憲法判断—刑事立法の分析枠組に関する比較法的考察—」67頁以下。

¹⁰¹ 甲斐・前掲注(96)13頁参照。

¹⁰² 甲斐克則『責任原理と過失犯論 [増補版]』(成文堂、2019年)87頁参照。

¹⁰³ 甲斐・前掲注(102)28頁参照。

¹⁰⁴ 嶋矢貴之「現行刑法下戦前期における性犯罪規定の立法・判例・解釈論」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』(有斐閣、2017年)302頁。

¹⁰⁵ 例えば、中国の学者によると、「貞操」は「人が享有する自分の意思によって性行為を支配し、その性純潔の利益を守る人格権」とであると理解すべきだ、と指摘された。張澤峰「貞操権観念在現代社会中の重新審視」社科縦横20巻2号(2005年)116頁参照。

するために創設された概念である。これらの概念には、少々の区別はあるものの、追求している目的はほぼ同じであり、直面している難問も似ている。例えば、法益という概念の代わりに、人権という言葉で議論する際、憲法学上も類似的な問題に直面している。

要するに、伝統的な枠組で考えれば、人権は、あくまで国家に対する防禦権であって、国家権力が市民生活に介入することを求める原理ではなかったはずである。ところが今、人権は、その矛先を変えて、国家活動の正当化原理として機能し初めている。栗城寿夫教授の定義によれば、憲法規範について、条件プログラムという機能と目的プログラムという機能が存在している。憲法が条件プログラムとして機能するのであれば、憲法解釈の目的は、国家活動の許された領域に関する、できるだけシャープな境界線を引くことにある。それに対して、人権保護の任務を引き受けた国家が何をすべきなのかという観点で見ると、憲法規範は、国家が追求する理念に関する「目的プログラム」として機能する。¹⁰⁶

法益論も、同じように、最初提唱された時は「条件プログラム」機能を利用したかったが、現在にはすでに反面である「目的プログラム」機能に転換した。本稿は性犯罪の処罰範囲にあるグレーゾーンを明確にした上で刑事規制をさらに完備する試みであるので、法益論の「目的プログラム」機能に反対するわけではないし、法益概念を明確にすることは大事であると思われる。すなわち、性犯罪に関する様々の論争は、性的自己決定権の内実を明らかにすることによって、解決できると主張したいのである。

二、性犯罪保護法益の確定

自由は人間の基本的な権利であり、刑法の主たる保護法益である。しかし、自由の定義と射程は必ずしも明確とは言えない。経済学者であるハイエクによれば、「自由というのは、強制されていない」ということである。¹⁰⁷「強制」という概念も「自由」と同様にその内実は明らかにされていないが、この定義は、「自由」と「強制」の間に密接な関係を提示した。刑法によって「性的自由」または「性的自己決定権」に対する保護の程度は従来「強制」の程度に次第であり、欺罔手段や心理的強制が用いられた場合も広義の「強制」であると認定できるなら、「性的自己決定権」という保護法益を基本的に維持しても、性犯罪に関する問題を解決するのは可能であるだろう。

結局、性の自己決定権が性犯罪の法益になるかどうかを決するには、以下の2つの問題を解決する必要がある。第一に、「性的自己決定権」に対する侵害を性犯罪が人に与えた傷害や傷害の程度などを示すには、十分であるかどうかという問題である。これは、性犯罪の深刻さを示すための機能である。そして、第二に、未成年者と成人が性犯罪に直面したときに侵害された法益を統一できるかどうか、という問題である。すなわち、一元論によって性犯罪の保護法益を表述することは、妥当であるかどうか、ということである。

1. 自己決定権への還元

前述したように、現在において「性的自由」、「性的自己決定権」、さらに「自由」という法益に対する憂慮がよく提起されている。その曖昧さや不明確の他に、性犯罪の深刻さが

¹⁰⁶ 西原博史『自律と保護』（成文堂、2009年）5頁。

¹⁰⁷ Friedrich August von Hayek『自由憲章』（楊玉生等訳）（中国社会科学出版社、2012年）189頁参照。

示されない点もよく述べられている。しかしながら、関連する論証はかなり欠けていると言える。

例えば、平成27年8月に日本法務省が配布した「性犯罪の罰則に関する検討会」取りまとめ報告書においては、「議論の過程においては、強姦罪等の保護法益という根本に立ち返った議論が必要であるとの意見があり、『強姦罪は、性的自由に対する罪だと考えられてきたが、仮に、単なる被害者の意思に反する行為をする罪であると捉えれば、それほど重い犯罪であるとは理解されず、コミュニケーションの問題であるというような議論になってしまう。そのようなものではなく、人間の尊厳に対する罪と考えるのが、被害者の実感としては強いと思われる。』との意見や、『性犯罪は、性的なコンタクトの体験を強制的に共有させられることにより、多大な精神的ダメージを受けるというところに本質があると考えられ、このような性的なコンタクトの体験を強制的に共有させられることから保護することを本質と捉えればよいのではないか。』などの意見が述べられた。このような議論を通じ、委員の間で、強姦罪等の性犯罪が被害者の人格や尊厳を著しく侵害するという実態を持つ犯罪であるという認識がおおむね共有され、各論点の検討においても、そうした認識を前提として、議論が行われた」と述べられた。¹⁰⁸

前節において、すでに統合性や尊厳・人格という言葉の本質と問題性を検討したが、ここでさらに検討したいのは、これらの表現が本当に性犯罪の実質を揭示することにより役に立っているか、という問題である。そもそも、尊厳・人格や統合性などの言葉で性犯罪による傷害を表現することに対する論証は何だろうか。

このような疑念は、令和2年行われた刑事法検討会においても提出された。令和2年性犯罪に関する刑事法検討会第8回会議において、小島妙子委員が繰り返して性犯罪の保護法益は「性的統合性」であると主張したことについて、橋爪隆委員は、「性的自由や性的自己決定権という理解と性的統合性という理解とで、どのような相違が生じるか」と質問した。¹⁰⁹この問題の解答として、いくつかの意見が述べられた。一つの意見は、性的統合性は性的自由や自己決定より広い概念であり、過失犯の処罰等を考えるときは、性的統合性の方が考えやすいのである。あと一つ重要な意見として、「性犯罪がどのような犯罪であるのかを考えるときに、性的自由ということだけ言うと、単に被害者の意思に反することをを行った犯罪にすぎないというイメージになってしまい、それは避けるべきだということです。より重大なものを害する犯罪であることを、保護法益の表現の中を含めた方が望ましいだろうと考えています」という主張が示された。¹¹⁰

しかし、これらの観点に関して、二点を指摘したいと思う。

第一点として、性犯罪の保護法益はよく尊厳と結びつきやすいというのは、被害者の特殊性にあると考えられる。周知のように、個人的法益を侵害する罪名として、殺人罪や傷害罪や侮辱罪や、いずれも被害者の尊厳と人格を犯す罪名である。しかしながら、性犯罪の被害者は通常女性であるから、性犯罪を検討する際に、より深刻に見える保護法益が必要であると思われる。詳細に言うと、女性は法律の規定においても実際の生活においても、男性より脆弱で、より危険な社会に直面しているように見える。表面的な現象から見ると、

¹⁰⁸ 性犯罪の罰則に関する検討会取りまとめ報告書（平成27年8月6日）2頁。

¹⁰⁹ 前掲注(71)3頁。

¹¹⁰ 前掲注(71)4頁。

確かにそうであるように、女性は生理的に男性より弱く、犯罪行為に直面するときも、さらに弱く見える。

しかし、この観点を再考すると、フェミニストたちの考え方が参考になれると思われる。それは、この生理上の違いを除いて、男性と女性の他の違いは後天的に与えられたもの、あるいは構築されたものである、という見解である。性犯罪の被害者の性別が女性という制限を突破する前に、法律は実際に女性だけが性犯罪の被害者になるという仮説を構築した。女性には自己決定権があるのか。もちろん、彼女たちは自己決定権を持っている。しかし、このような自己決定権は重要であるか。重要ではないと思われるから、私たちはもっと重要な概念を見つけなければならないのである。それは、いわゆる尊厳である。要するに、性的自由は性犯罪の深刻さを示すことに足りない見解は、女性の性的自己決定を貶める見解であり、女性をさらに脆弱な位置を置く見解であると思う。そもそも、被害者の意思に反する犯罪は軽い犯罪という見解もさらに検討する必要がある。井田良教授が指摘されたように、「自由とか自己決定権とかと言っても、直ちに軽い法益が問題となっているとは限らない…意思に反して何を強制させるかにより、被害は重大なものとなりうる。」¹¹¹ 同じく意思に反する犯罪としても、それぞれの結果が生じる可能性があるので、その付随した結果も考慮すべきであるが、基礎であることは、やはり性的自由を侵害することである。

また、第二点として、確かに、尊厳や人格はその犯罪の深刻さを呈示することができるが、直接にこれを法益とすることはやはり妥当ではないと思われる。本稿も繰り返して主張したように、尊厳や人格はただその根本にある本質を示した用語であり、性犯罪に対する理解を深めることに役に立っている。そのほかに、性犯罪自身の保護法益を確定して、その内実や保護程度を明らかにすることは、大切であると思われる。

2. 一元論による統一

続く議論として、特に性犯罪の場合、その保護法益は性的自己決定権を統一的に議論してもよいか、または異なる対象(未成年者のみならず、心神喪失者なども含む)に応じて、異なる法益で対応する必要があるか。

従来、性犯罪は性的自由を侵害する犯罪であるという見解が通説であると思われる。¹¹² しかしながら、近年、特に監護者性交等罪の創設とともに、区別説もかなり有力になっている。具体的に言えば、学説を整理すると、主に三つの意見がある。第一は、前述したように、一元論を支持する見解である。第二は、性犯罪の対象によって、児童である場合、保護法益は性的自己決定であるが、付随的に児童の性的な発達・健全育成も考慮する見解である。最後に、対象が児童である場合、保護法益は主として児童の性的な発達・健全育成であるが、付随的に児童の性的自己決定も考慮すべきだという見解である。¹¹³

児童を特に区別して検討する法律的な根拠として、児童福祉法一条によれば、すべて児

¹¹¹ 井田・前掲注(81)111頁。

¹¹² 今井猛嘉・小林憲太郎・島田聡一郎・橋爪隆『刑法各論(第2版)』(有斐閣、2013年)80頁参照。浅田・前掲注(27)119頁参照。伊藤亮吉『刑法各論入門講義』(成文堂、2022年)110頁参照。

¹¹³ 深町晋也「家庭内における児童に対する性的虐待の刑罰的規律:監護者性交等・わいせつ罪(刑法179条)を中心に」立教法学97巻(2018年)199頁参照。

童は、児童の権利に関する条約の精神にのっとり、適切に養育されること、その生活を保障されること、愛され、保護されること、その心身の健やかな成長及び発達並びにその自立が図られること、その他の福祉を等しく保障される権利を有する。また、保護法益の区別説に賛成する意見として、主に二つの理由がある。第一には、未成年者は心身の発達の程度、あるいは性成熟の程度がまだ足りないため、性的自己決定権がないとみなすべきからである。例えば、自己決定権がないのに、これを保護法益とするのは不合理であるという指摘がなされた。¹¹⁴第二に、より手厚い保護をするためには、性的自己決定権より重要な保護法益を明確にすることが必要であるからだ。しかし、個人的には、未成年者を特別な対象として扱われている理由は不十分であると考えており、上記の二つの理由を批判することによって、性的自己決定権の一元論の正当性を説明したいと思う。

(1) 自己決定の能力と権限について

前述したとおり、若年者を対象とすると、性犯罪の保護法益は性的自己決定権ではない理由として、彼らが性的自己決定権をもっていないからであると思われる。このような意見は、性犯罪に直面するとき自由に選択する余地がないという考え方とは、同じロジックを採用している。確かに、準強制性交等罪が認定された場合、そもそも被害者は心神喪失者もしくは睡眠中や酩酊の状態に陥っているので、「自己決定」というのは不可能であるだろう。しかしながら、これを理由として、準強制性交等罪が侵害するものは自己決定ではないという説明は、自己決定の「権限」と「能力」を混同する理解であると思われる。そもそも、現時点で自己決定能力がないのに、性交させる行為こそ「自己決定」に対する侵害であると理解すべきである。

自己決定の内実を鑑みると、自己決定をするためには、まず外的な妨害を排除する能力が必要である。そのほかに、自己の意思によって選択肢をするなら、その選択は権限がある人しかできないことである。しかし、当事者本人が唯一の判断者という定式はよく破られている。それは、本人が年齢や意識上の条件を満たす場合には、自己決定の能力の有無は問題にならないが、その反面には、いずれの条件に欠陥がある場合、自己決定能力、さらに自己決定権がないとされる傾向がある。

しかしながら、権利をもつ人は、唯一の判断者であり、自己利益について判定する「権限」を有する唯一の存在である。したがって、若年者も心神喪失者も、自己決定権という権限を有していると考えべきである。それに対して、自己決定の能力は全く別の概念である。若松良樹教授の指摘によれば、「能力と権限とは無関係ではないものの、『私には権限はあるが能力はない』とか『私には能力はあるが権限がない』と述べるのが可能であるように、権限と能力は別個の概念である」。¹¹⁵したがって、能力がない場合にも、その権限や権利そのもの自体がないという結論は妥当ではない。同じような意見は、齋野彦弥教授の論述においても見られる。齋野教授によれば、「刑法によって保護されているのはやは

¹¹⁴ このような見解に関して、日本においては少ないが、中国においては、かなり賛成されている理論である。一元論を十分に論証するために、ここでは、中国における質疑も出して、検討しようと思う。周光權『刑法各論（第四版）』（中国人民大学出版社、2021年）38頁参照。張明楷『刑法学・下（第六版）』（法律出版社、2021年）1143頁参照。許玉秀「重新學習性自主—勇敢面對問題」月旦法學雜誌200号（2021年）318-319頁参照。

¹¹⁵ 若松良樹『醜い自由—ミル「自由論」を読む—』（成文堂、2021年）29頁。

り性的自己決定権であり、年齢によって異なる程度な保護が提供されていることに過ぎない。年齢によって、絶対的保護、相対的保護と個別的保護が分けられている。」¹¹⁶

最後に、よく提起されている「心身に健やかに育成されること」という主張も、保護法益ではなく、児童や未成年者の性的自己決定権を保護する理由であり、その最後の目標であると考えられるべきだ、と指摘したい。そもそも、性的侵害された未成年者は心身に健やかに育成されることはできないという断言はありえないので、これを保護法益とされる場合、未成年者に対する性犯罪は抽象的危険犯となりうるだろう。¹¹⁷刑法理論の視点から見ても、このような結論を出すことは適当ではないと思う。したがって、本稿は、「児童である場合、保護法益は性的自己決定であるが、付随的に児童の性的な発達・健全育成も考慮する見解」に賛成したいが、この意見もそもそも一元論に対する修正であるとも言えるだろう。

(2) 未成年者への特別配慮について

日本刑法第七十七条によれば、「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。」第七十八条によれば、「人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、わいせつな行為をした者は、第七十六条の例による。」

一般的に、強制性交等罪と準強制性交等罪を検討する際に、その使われた手段が両者の区別であると思われる。しかし、この二つの条文の対象を分析すると、十三歳未満の者と心神喪失者と区別していることについて、さらに検討する必要があると思われる。なぜかと言うと、十三歳未満の者に対する性行為も、心神喪失者に対する性行為も、相手方の認識不足を利用した行為であるから、その悪質性と可罰性が認められており、同じく刑法上絶対的保護がなされているものの、前者を強制性交等罪、後者を準強制性交等罪によって処罰している理由は不明確であるからだ。

また、刑事責任能力の場合、心神喪失者の行為も十四歳に満たない者の行為も罰しないとされており、心神喪失者と未成年者は法律上一定の程度で同じくみなされていると言えるだろう。心神喪失者に対して、未成年者のように、特別な保護法益が創設されていないし、性犯罪の保護法益を検討する際、通常区別説の対象とするのは未成年者と成人であり、心神喪失者に対する議論も少ないのは、説明が足りないと思われる。確かに、心神喪失者の性権利に関する検討は極めて珍しいし、未成年者のように重視されていないから、特別の法益は創設されていないかもしれない。このような状況は特定の国や地域に限らず、東アジア諸国でもフェミニズムが発展している欧米諸国でも、心神喪失者や心神耗弱者の性権利に関連する議論は少ない。

もちろん、心神喪失者と未成年者とは、ずいぶん違っていると思われる。すなわち、検討する際には、未成年者がいわゆる性的衝動や性的権利をもっていないと考えやすいが、成人としての心神喪失者である場合、彼らは積極的な性的自己決定権をもっていると思わ

¹¹⁶ 齋野彦弥「立法問題としての性的自己決定の保護」現代刑事法5巻3号（2003年）20頁。

¹¹⁷ 許玉秀・前掲注（114）319頁参照。

れる。しかしながら、このような区別にもかかわらず、法律の規定によれば、心神喪失者である場合、その性同意は一切無効になるべきだから、事実上は、未成年者に対する絶対的保護は同じであると言えるだろう。そうすると、何故未成年者の場合が保護法益は特定されるのかという問題に対して、更なる検討が必要であると思われる。

同じようなロジックによれば、児童の場合のみ健全な性的発達を性犯罪が侵害した保護法益とみなされることは怪しいだろう。すなわち、児童に限らず、成人も性的侵害がされたら、長期的に性的発達が影響されるから、保護法益を検討する際、成人と児童をわざと区別して議論するのは妥当ではないかもしれない。

(3) 結論

上記の分析によって、未成年者でも性的自己決定権の権限者として、この権利を有しており、さらに単に未成年者に対して特別な保護法益創設することについて、検討する余地があるという点が明らかになった。それゆえ、本稿は、性的自己決定権の一元論を提唱したい。また、対象が未成年者の性犯罪の保護法益に関する議論は、実際にあと一つ重要な課題と繋がっている。それは、性同意年齢に関する問題である。近年行われた性犯罪に関する検討会において、重要な課題の一つは性同意年齢の引き上げということである。もちろん、この提案の背後にある初志は肯定すべきだが、未成年者が心身ともに早熟になっている今日、性的同意年齢を高めることは本当によいのか、という問題に対して、さらに検討する必要があると思われる。

それは、未成年者の利益をより手厚く保護するために、性同意年齢を引き上げるという手段の他に、この問題を解決する道がないわけではないからである。詳細に言うと、性的同意年齢を引き上げるには、実際に予防したい侵害は、権勢、地位、年齢による情報の差を利用して性的行為をさせることである。そうでなければ、なぜ年齢が近い未成年者間の性交行為は多くの国で例外規定として不可罰であるかという問題に対して、矛盾するところが出てくるかもしれない。そもそも、権勢、地位、年齢による情報の差を利用する性行為は未成年者に限らず、より根本的な解決策は必要であると思われる。この問題をもっと広い視野で考えると、一元論による統一論を考え方とするのは、効率的であると思われる。

すなわち、未成年者や心神喪失者や普通の成人は、いずれも権限者として性的自己決定権をもっているが、それぞれの原因によって、真の性的自己決定ができなくなる場合は刑法の処罰範囲に入る状況である。言い換えれば、性犯罪は、性の自己決定権が十分に保証されない性的行為であると考えべきである。

若年者は性が何かということも理解できないのに、保護法益が性的自己決定権ということとはありえない、という見解がかなり支持を得ているが、その論証は不十分である。類似のものとして、被害者が性的侵害に直面したときに選択の余地がないのに、侵害されたのは性的自己決定という見解に対して、疑念を抱く学者もいる。¹¹⁸このような疑念は、性的自己決定を野菜市場でゆっくりと果物を選ぶ自由と同視した結論であるかもしれない。しかし、事実はそうではない。性的自己決定というのは、生まれたばかりの赤ちゃんにとっても存在している先験的な権利とみなされなければならない。これは、権限者として有してい

¹¹⁸ 熊建明「基于性学之緯的強奸罪法益反思」法治現代化研究4号（2017年）54頁参照。

る権利である。しかし、能力という要素から見ると、未成年者や心神喪失者は、このような権利を行使する能力をもっていないと考える傾向があるため、法律の絶対的保護によってそれを保護している。また、女性が性的暴行に直面している間に選択の余地がないことは正しい現実であるが、この現実を理由として女性が選択する権利がないという結論を出すのは、筋が通らないことである。女性は性的自己決定権を有し、対象、時間、方式、要否を選択する権利を有しているからこそ、その意思を顧みない行為を犯罪行為として処罰されているのではないか。

第四節 小括

以上の検討から、多数の意見は「性的自己決定権」を保護法益とするのは不十分であると考えられるものの、それぞれの構想にも多少の問題点があることが分かる。本稿は、性犯罪の法益を議論するのは重要であると判断しており、自由説という学説に賛成する。それゆえに、「性的自己決定権」や「自己の身体を性的に利用されない自由」とは実質的な差がないと思うから、重要なのはその自由の内実を規範的に明確にすることである、と主張したい。また、未成年者の場合、児童の性的な発達・健全育成というのは、直接に保護法益とみなされるより、考慮すべき要素に過ぎないと考えられる。

また、保護法益が確定されても、罪名上の諸問題を解決するためには、法益に対する保護の限度を検討することが肝心である。周知のとおり、性的倫理や性的行為への法的規制の強化に対しては、性関係の性質、根強い社会通念、男女関係の特殊な表徴などを理由に、強烈な反発・批判が見られ、性行為の「法化」の在り方をめぐっては、もともと、ジェンダー研究者と法律専門家の意見とが、それぞれのプロフェッショナルな知見と問題関心を背景に対立しがちである。確かに、性行為に関連する分野の利害関心の対立が絡んで、合意形成が難航したり挫折したりする事例は少なくなく、法的対応は必ずしも円滑に進められてきていないのである。

したがって、女性の権利運動が、性犯罪に対する規制や性的倫理学の議論枠組みの刷新に大きな寄与をしたことは否定し難いけれども、性的自己決定権の法理を基軸とする性犯罪の在り方は決して万能ではなく、その限界や判断基準を決めるのは不可欠である。「性的自己決定権」への関心の高まりは、性的権利への伝統的な考え方について原理的な問題提起をしており、法的対応方式を多様化・柔軟化させるとともに、法的関与の限界や弊害にも留意する必要があることを広く認識させるものである。このような意識をもった上で、性犯罪に関する問題を解決するために、三つのステップが必要である。

第一のステップは、性的自己決定の法的位置付けをめぐる諸問題の検討である。これは、性的自己決定権の倫理的・法的基礎付けをめぐる議論の動向を整理して、その保護法益の地位を明確にすることである。

第二のステップは、被害者の合意への法的関与の在り方をめぐる点の検討である。具体的にはその合意の有効性の判断に焦点を合わせて、性的自己決定の条件を明らかにすることである。また、性的自己決定の特徴に基づいて、性行為の法的関与のあり方を、自己決

定原理だけで説明できるのか、法益原理や侵害原理、パターンリズムなどのイデオロギーとの関連をどのように考えるべきかについて考察する。

第三のステップは、性的関係に法的にどのような方式で関与するかを具体的に決定する問題の検討である。この段階においては、まず日中の性刑法を対比して、それぞれの問題点を明確した上に、日本を対象として、詳細に問題点を検討したいと思う。

本章は、第一のステップであり、問題を解決するための基礎とも言える。性的自己決定の法益地位を確定した上で、刑法上の性的自己決定の内実とその保護するアプローチを検討することが可能になる。そこで、以下では、上述のような問題意識に従い、性的自己決定に関する規範論を検討する。

第二章 性的自己決定権に関する規範論

第一章において、性的自己決定権が確立されるまでの流れ、性的自己決定権に対する懸念及び法益論上の解決策から、性犯罪に関する法益論の問題について検討を加えた。そこから、今までの性的自己決定権に対する批判や新たな法益構想に関する議論は、性的自己決定権の内実をさらに充実する必要があることを呈示したものである、と指摘した。その上で、性的自己決定権による統一的な一元論を論証した。

しかしながら、法益を明確にするのは、やはり各罪名の問題を解決するための基礎であり、第一歩とも言える。性的自己決定権は性犯罪の保護法益として認められても、それぞれの疑問や懸念に応じるために、規範論上の検討は不可欠である。すなわち、性犯罪に関する諸問題を解決するために、刑法において、性的自己決定権をどのように理解すべきかという問題を検討するのは、極めて重要であると思われる。その上で、さらに明確にしなければならぬのは、その保護法益に関する刑事規範のあり方ということである。すなわち、性的自己決定権に関する規範論というものである。そもそも、法益に関する議論の目的も、規範論を検討する際に、その限界を確定して、検討の焦点を明確にすることである。

したがって、本章においては、まず、性的自己決定権が性犯罪の保護法益であるという結論を踏まえて、さらに性的自己決定権に関する刑事法上の現状及び諸問題を検討する。また、性的自己決定権に対する刑事規制の機能と限界を分析して、これらの問題がなお解決されていない理由を明確にしたい。最後に、それぞれの問題点及びその原因を明確した上で、性犯罪の規範論を正しく構築するための解決策を検討する。それは、性的自己決定権の特徴を理解した上で、立法論または解釈論、そしてイデオロギーであるパターンリズムまたはリベリズムに関する選択と関わっている。

要するに、本章は、性的自己決定権への刑法的関与の在り方をめぐって、多岐にわたる法理学的な課題が複雑に交錯しているような全般的な問題状況を踏まえつつ、性的自己決定権の現状と問題を取り上げて、主として性的自己決定権に対する刑事規範の在り方を整理し、基本的な考え方の方法を探求するものである。

第一節 性的自己決定権に対する刑事規制

一、概観

刑法の謙抑性にも拘らず、各国においては、性刑法に対する改正によって、性犯罪の処罰範囲を拡大するという国民の要求が示されている。その理由は、主に性犯罪は国民の基本的権利を侵害する犯罪として、当該罪名の規定は、最初から家父長制及び性別不平等の考え方によって限定されていたからである。この限定を打破するために、性解放運動とフェミニズム運動の参加者は、性犯罪に対する反省及び法的改正を主張した。

確かに、刑法の基本的原則である罪刑法定主義によれば、法律があるから犯罪があり、

法律がなければ犯罪もないはずである。¹しかしながら、時代の発展とともに、法律によって禁止されるべき行為もずっと変わるだろう。特に、科学技術の発展のために、新設された罪名は少なくないだろう。同時に、「罪」とみなされなくなる行為も多くある。これらの動きに応じて、ある罪名の構成要件や保護法益を反省することもよく見られる。諸罪名のなかに、殺人、傷害、窃盗、強姦等は、古い時代から犯罪であると規定されている。これらの罪名は、「やるといけない」ことであり、社会が存続するために必要なルールである。このような黄金律とみなされている罪名でも、よく検討されており、特定の時代の特徴や国民の意識と合わせるために、変わり続けている。例えば、殺人罪について、人としての始期と終期は検討に値するテーマである。また、財産犯の場合であれば、財産の概念と射程に関する研究もお続けている。これらの罪名と比べると、性犯罪に対する反省はさらに広がっており、罪名の保護法益から構成要件まで詳細に検討されている。原因として、同じく古い犯罪としても、性犯罪に対する理解は特に不安定であるからと思われる。

藤岡順子教授が指摘されたように、『犯罪』も『性行動』は、こうした時代的・文化的多様性が特に大きい領域であるからである。変化の時代にあっては、性行動に関する個人的価値観の違いも非常に大きなものとなりうる。²したがって、性犯罪の定義を議論する際、時代的背景を考慮した上で、個人の価値観の違いも考慮しなければならない要素の一つである。なぜかという、価値観の差異のために、ある特定の性行動の可否について、統一の見解が得にくいからである。性行為自体は、日常の生活の行動であり、むしろこれに対して、肯定的態度をもっているのが常態である。それゆえ、性行為と性犯罪を区別して、後者の範囲を明らかに画定することには、問題が多いのである。そもそも、同様の性的行為であっても、行為者と受け手の主観が大いに異なったり、個別的な状況や関係性によって、許されたり訴えられたりすることがありうる。³江原由美子教授の見解によれば、「レイプとレイプでないセックスとの区別は、女の側からするとひじょうに難しい。女の側からするとレイプの概念は無限に広がっていくのです。」⁴このような断言も類似な見解を述べた。すなわち、女性と男性に対して、性犯罪の射程は異なっており、女性であれば、この射程はより広いはずである。このような見解は一理があるにもかかわらず、現実とは正反対であるかもしれない。

現実には、女性がそれぞれの性的行為を性犯罪とみなすことと逆に、認識されない「性犯罪」が多いのである。結果として、被害者と加害者ともに、彼らはある性行為の可罰性を認識していなければ、「罪名」として対処される可能性は低いだろう。特に、日本や中国のようなフェミニズムが完全に浸透していない国であれば、女性は自分の性的権利に対する認識が不十分である。このような状況を鑑みて、規範論上の性犯罪に関する規定を設けるには、一つ重要なポイントを指摘しておきたい。それは、性的自己決定権がかなえられる条件及び刑法によってそれらの条件に対する保護の状況を明らかにすることが極めて重要である、という点である。さらに、性的自己決定権に対する刑事規制の現状及び全体的な動きを理解することも大切であると思われる。特定の国に限らず、性的自己決定権に対す

¹ 高橋則夫『刑法総論（第5版）』（成文堂、2022年）36頁以下参照。

² 藤岡順子『性暴力の理解と治療教育』（誠信書房、2006年）6頁。

³ 藤岡・前掲注（2）11-12頁。

⁴ 江原由美子『自己決定権とジェンダー』（岩波書店、2012年）47頁。

る刑事規制の特徴を全体的に把握することによって、性刑法のあり方を検討する前提を構築することができると思われる。

二、性的自己決定権の条件

江原教授が指摘したように、「自己決定権をめぐる議論において自己決定を全面否定したり全面肯定したりする議論は無意味だと思う。議論されるべきなのは、いったいどのような場合に我々は他者の自己決定を尊重するという義務を負うのか、あるいは逆に、どのような場合には他者の意思決定に反する判断を行うべきなのかということなのである。」⁵このような義務を負う場合や他者の意思決定に反すると認定される場合は、実際に規範論上の性的自己決定権がかなえられる条件と関わっている。それは、刑法の規範によって、性的自己決定権のいかなる条件を保護すべきか、という問題である。したがって、性的自己決定権に対する刑事規範を理解するためには、まず、性的自己決定権の条件を説明しなければならないのである。

性的自己決定権の条件について、学説上はすでに相当な結論が出てきたが、詳しい分析があまりなされていない。性的自己決定権の条件に関する分析を行う前に、まず自己決定の条件を考察しよう。一般的に、ある決定が自己決定と言えるためには、「十分な理解」と「強制がない」という二つの条件が必要であると思われる。「十分な理解」というのは、「本人が全く状況を理解しないままに下した決定は、われわれが尊重すべき自己決定とはなり得ない。同じ意味において、不十分な情報や間違った情報に基づく決定も、自己決定にはなり得ない」というものである。また、「強制がない」という条件は、自己決定を言える場合は、必ず脅迫的ないし強制的ではない状況において、心理的脅迫を受けることなく、本人が決定を下すことであると定義されている。⁶

確かに、上記のとおり、自己決定の条件が「十分な理解」と「強制がない」というのは、すでに通説であるとも言えるが、「十分な理解」をさらに分析すると、それに内包されている「自己決定能力」は別の条件として列挙したほうがよいと考えられる。確かに、自己決定能力がない場合、十分な理解は決してあり得ないが、後者がかなえられない原因は、自己決定能力の欠如に限らないので、両者は同一な条件とみなされたいと思われる。また、自己決定能力という言葉は、すでに第一章で検討したが、それは主に「能力」と「権限」の区別を視点とする議論である。本章においては、両者の区別をした上で、さらに「自己決定能力」の規範論上の意義を検討したいと思う。

具体的に言えば、ある決定により自己決定権が実現されると判断するには、以下の六つの要素が必要である。すなわち、①年齢、成熟、発達レベル、経験に基づいて、提示されたことが何であるかを理解していること、②提示されたことへの反応について社会的な標準を知っていること、③生じる結果や他の選択肢を認識していること、④同意するのもしないのも同様に尊重されるという前提があること、⑤自発的決定であること、⑥精神的・知的能力があること、以上のすべての基準を満たしていなければならない、と指摘されて

⁵ 江原由美子『フェミニズムのパラドクス—定着による拡散』（勁草書房、2000年）163頁。

⁶ 平岡章夫『多極競合的人権理論の可能性—「自己決定権」批判の理論として—』（成文堂、2013年）71-72頁参照。

いる。⁷これらの要素をさらにまとめると、要素の①と②と⑥というのは、自己決定能力の内実であり、その間には重なる部分がある。特に、要素の①と⑥は、言い方がそれぞれであるが、その射程はほぼ同じであろう。また、要素の④と⑤については、主に強制要件に関する条件である。むしろ、刑法規範論上の「強制」と比べると、かなり理想的な状態であるが、性犯罪に対する反省によって、最後に達成したい目標とも言える。最後に、要素の③は、自己決定をするとき、重要な要素であり、よく見落とされていることである。それは、真正の自己決定権をかなえるために、十分な情報が必要である、という要素だ。

自己決定の条件を理解した上で、性的自己決定権の条件を考察しよう。現在、欧米では、性犯罪の成立を判断する際に、暴行・脅迫のような強制手段に限らず、同意の有無、対等性の有無、強要性の有無を犯罪が成立するか否かの判断基準として用いることが多いのである。すなわち、性犯罪というのは、「他者の意思に反して性行為を強要すること」であるという定義が有力になっている。しかしながら、この定義の構成要素にも、かなり不明確なところが残されている。したがって、性的自己決定権の条件に対する考察により、この定義をさらに解釈する必要があると考えられる。

上記の自己決定権の六つの要素をまとめると、ちょうどアメリカ法学者 Luis E. Chiesa 教授が定義された性的自己決定権の条件と合致している。Chiesa 教授の定義によれば、性的自己決定権の三つの条件は、「強制なし」(non-coercion)、「自己決定能力」(competency) 及び「十分に情報提供がなされている」(sufficiently informed) ということである。⁸下表が示したように、「性的自己決定権」を解剖して、解読すると、三つの条件があるものの、現在、刑法が中心をされているのは、主に「強制なし」と「自己決定能力」である。これに対して、「十分な情報」という条件はかなり軽視されている。また、「強制ない」という要件も、前述したように、曖昧さがなお残されている。特に心理的強制に関する部分には、規範論上の問題は依然として多いのである。この三つの条件をさらに明確化するために、以下では詳細な分析を行うこととする。

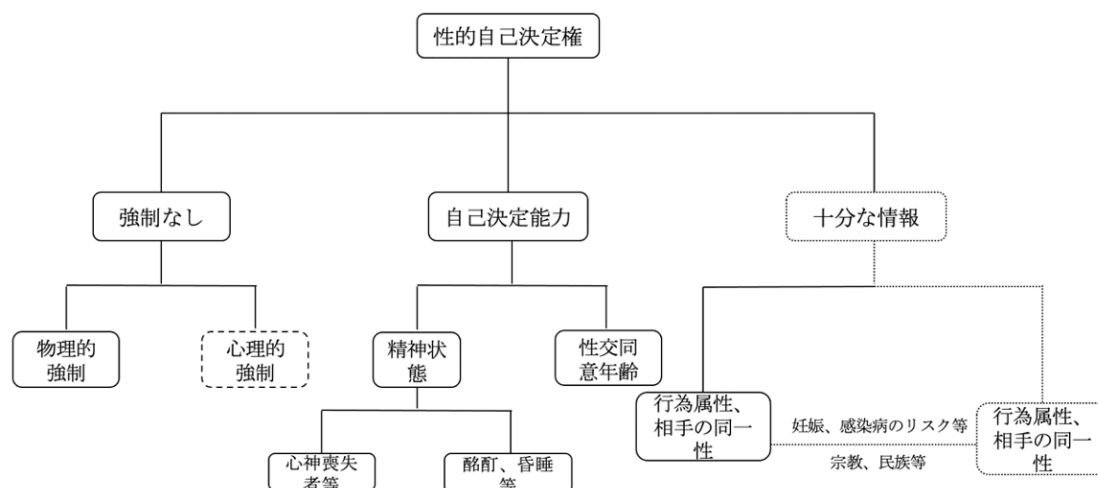


図1: 「性的自己決定権」の条件

⁷ 藤岡・前掲注(2)13頁参照。

⁸ See Luis E. Chiesa, *Solving the Riddle of Rape-by-Deception*, 35 *Yale L. & Pol'y Rev.* 407 (2017), p422.

1. 自己決定能力

「自己決定能力」に関する議論が絶えずに続いているが、自己決定能力の要素は一体何か、また自己決定能力の刑法規範論上の意義は、必ずしも明確とは言えない。

玉木秀敏教授の見解によれば、「ミルのように、一定年齢に達し一定水準の精神的諸能力を有する者だけが、自己の生の意味や価値を自分で解釈し、自分自身に関する事柄について自分で判断し決定することができる、と認められるにすぎない。」⁹ここで、自己決定能力に関して、二つの要素が挙げられた。すなわち、一定の年齢及び一定水準の精神的能力という要素である。性的自己決定権の場合も同じであり、むしろ両要素に対する考慮はより複雑であるかもしれない。諸国の性刑法を分析すると、構成要件には相当な違いがあるにも拘らず、低い年齢者と心神喪失者・心神耗弱者に対する保護は必ず不可欠であり、むしろ極めて重要な問題点とみなされている。

若年者や心神喪失者・心神耗弱者に対して、彼らは自己決定の権限があるものの、自己決定能力がないかまたは不足であるため、刑法による保護が厳しいというのは、すでに第一章において分析されたが、ここでは、この結論を踏まえて、問題がさらに進んでいくと思う。周知のように、性同意年齢に関する問題は、性犯罪の分野において、かなり議論されている問題であり、規範論上も解決しなければならない難題である。なぜかという点、この問題は事実上、心神耗弱者に関する問題と同じジレンマに直面しているからである。これも、本章の検討を貫く最大の問題であり、同時に刑法の重要な課題である。それは、どのようにして刑法を通じて、消極的な権利を保護すると同時に、積極的な権利に対する影響をできるだけ減らすことができるか、である。未成年者にせよ、精神障害者にせよ、自己決定能力がないかまたは欠陥があるため、より手厚い保護が行われていることは、問題ないが、その保護の程度や具体的な規範の書き方は、問題になっている。

例えば、米沢広一教授の見解によれば、性同意年齢の確定は、「同年齢の未成年者間での個人差を捨象してしまう結果」であり、「生理学、心理学、社会学等を含めた総合的判断が必要ある」。このような認識を踏まえて、最後の決定は、「原則として、立法部の裁量に委ねられることになり、法的安定性と客観性の見地から憲法上許容されうる」と解されるべきである、と指摘された。¹⁰憲法学者として、米沢教授は、性同意年齢の境界線の正当性を検討して、法的安定性を強調した。確かに、未成年者の脆弱性がすでに根強い印象的なものとなっているので、未成年者に対する特殊な保護は問題とされていないが、具体的な年齢線を確定することは、決してそれほど当たり前なことではない。法域の間においても、背景とする時代の間にも、または同じグループの未成年者の間にも、それぞれの区別がある。そのような区別を捨象して、統一的な年齢線を確定するには、更なる分析が必要であると思われる。

また、心神喪失者や心神耗弱者の場合も同様に厄介な問題がありうると思われる。心神喪失者は自己決定能力がないとみなされているので、比較的問題を簡略化した。心神耗弱者の場合は、その積極的性権利を守ることと、消極的性権利に対する侵害を防御するこ

⁹ 玉木秀敏「自律の価値と卓越主義的リベラリズム」田中成明主編『現代法の展望：自己決定の諸相』（有斐閣、2004年）289頁。

¹⁰ 米沢広一「自己決定権と未成年者」松本博之・西谷敏編『現代社会と自己決定権：日独シンポジウム』（信山社、1997年）77頁。

とには、矛盾なところがかかり存在している。それは、一般人より自己決定能力は弱い者として、より手厚く消極的性権利を保護することによって、逆に彼らの積極的性権利を侵害する恐れがあるからだ。

したがって、性的自己決定権をかなえるために、自己決定能力が極めて重要な要素であるが、規範論上この条件を検討する際には、積極的性権利と消極的性権利とのバランスを考慮しなければならないのである。

2. 強制なし

「『自己決定』をいうためには、強制や脅迫・誘導がない状況で判断した決定出なければなりません。」¹¹しかし、「強制」とは何か、という判断はなかなか難しい。一般的には、現実の生活において、強制されないという状態は不可能であると思われる。この問題は自己決定の限界と繋がっているので、後にまた検討を進めることにするが、ここで検討したいのは、性的自己決定権の条件として、規範論上の「強制なし」というのは何か、という問題である。すなわち、強制されない状態というのは、完全に何の強制もされていないことではなく、法律、特に刑法上許されない強制がないということである。したがって、重要なのは、刑法上許されない強制というものは何か、さらに強制の程度によって、許される強制と許されない強制を区別している理由を解明しなければならないのである。

これらの問題を明らかにするために、まず、「強制」という概念に対する解釈が必要である。強制の手段によって、常に物理的強制と心理的強制が分けられる。前者は主に身体に対する強制であり、よくみられる類型は身体に対する殴打や禁錮である。物理的強制は、悪質性が高いし、証拠も残りやすいから、刑法上の可罰性も認定しやすいし、訴訟法上の手続きも普段円滑に行われている。したがって、物理的強制である場合、規範論上の問題はないとは言えないが、心理的強制より理解しやすい概念であり、異論もそれほど多くではない。これに対して、心理的強制である場合、その強制の程度を判断することは難しいし、そもそも刑法上どの程度、心理的強制から被害者を保護すべきか、という問題についても、定論がない。言い換えれば、心理的強制によって性的自己決定権を侵害する場合はもちろん刑法で保護されているが、その処罰範囲は、どの基準で縁取ろうか、という問題は未だに議論されており、性刑法のもっとも重要な難点の一つであると思われる。

心理的強制というと、やはり脅迫が一番議論されている類型である。また、心理的強制は、そもそも脅迫であるという見解もあるかもしれないが、本稿はこれに賛成し難い。理由として、脅迫というのは、確かに刑法によって処罰されている心理的強制であるが、それは心理的強制の一類型に過ぎず、規範化された心理的強制であるとも言えるからだ。また、脅迫という概念自体をさらに検討すると、どのような場合が刑罰に値する脅迫に該当するか、という問題が、必ずしも明確とは言えない。法律上も、脅迫ということはすでに当たり前の概念になっているから、その処罰限界に関する検討はよく見落とされている。したがって、心理的強制という問題を検討する前に、刑法上の脅迫という概念をさらに検討する必要がある。この部分は、第四章で詳細に展開するので、ここでは省略する。

最後に、刑法が許される強制と許されない強制を区別している理由については、刑法の

¹¹ 江原・前掲注(4) 217-218頁参照。

機能及び刑法の限界と繋がっており、性的自己決定権自体の限界とも関係しているので、第二節で詳細な検討をしようと思う。

3. 十分な情報

図1で示されているように、「自己決定能力」と「強制されない」こととの他に、最後に、「十分な情報」については、主に欺罔性交の問題と関わっている。この問題について、第四章で詳細な検討を行うが、ここでは、自己決定に対して、どうして十分な情報が必要であるか、また十分な情報という条件は、どうして性的自己決定の領域で、一番厄介な問題になっているか、という問題意識を呈示したいと思う。

周知のように、欺罔性交について、現在処罰されているのは、主に行為属性と人物の同一性に関する情報上の瑕疵である。それ以外の情報をどの範囲で刑事規制によって保護すべきか、という問題については、定論がない。確かに、刑法は万能ではないし、すべての問題を刑法によって解決するのもありえないが、性的自己決定権に対する認識の変化とともに、性犯罪の射程の変化は、重視すべき事実であり、「十分な情報」という歴史的に見落とされている課題もさらに検討しなければならないのである。

性的自己決定権を検討する際に、いわゆる「情報」の範囲について、詳細に言うと、以下のような二つのレベルがある。まずは、性的行為に関する基本的な情報である。すなわち、誰と、いつ、どこ、いかなる性的行為をするか、という諸問題に関わっている情報である。そして、第二のレベルは、その性的行為に伴う結果とリスクである。前述したように、行為の性質や相手の同一性に関する情報の間違いによる性的行為は、刑法によって処罰されるが、それ以外に、例えば、妊娠のリスクに関する情報の欺罔は不明確な状態に陥っている。多くの人々は自分にとって重要な情報について確かにしばしば無知だが、これを利用して性的自己決定を侵害する行為は慎重に検討すべきであると思われる。¹²

そもそも、自己決定というのは、対等性による積極的な同意である。このような対等性は身体的・知的・感情的発達の差や、受動性と積極性、パワーと支配、権威といったものに関わっているが、情報上の対等性とも繋がっている。情報上の対等性というのは、「十分な情報が」保障されていることである。さらに検討すると、「十分の情報」は、「ある行為をすることを受け入れれば何かの利益を与える、あるいは受け入れなければ何かの不利益を与えるということ」に関する情報が充分に知っていることである。¹³このような重要性を鑑みると、「十分な情報」という条件に対する刑法の保護も見落とすべきではないだろう。

三、性刑法の現状及び動き

1. 消極的性的自己決定権を中心に

前述したように、積極的性権利と消極的性権利とのバランスが重要であり、よく見落とされている問題である。これは、性刑法の特徴とも言えるが、性刑法の現状の一つであると思われる。周知のように、自己決定というのは、一般的に積極的自己決定と消極的自己決定に分けられている。詳細に言うと、自己決定とは、他人に迷惑をかけない限り、たと

¹² 森村進『自由と正義と幸福と』（信山社、2021年）70頁。

¹³ 藤岡・前掲注（2）13頁。

え本人にとって結果的に不利益がもたらされようとも、自分のことを自分で決められる権利である。これは、他人に不利益を及ぼさない限り外的制約に服さないことを奨励する観念であり、「～への自由」と対比する形で「～からの自由」と呼ばれている。または、「積極的自由」と「消極的自由」と称されている。¹⁴性的自由の分野において、前者は常に売買春や同性愛等の問題と繋がっており、後者はよく性犯罪からの保護と結び付いている。

詳細に言うと、積極的性的自己決定権というと、常に売買春や同性愛、さらに近親相姦や獣姦という社会問題と繋がっている。これらの話題は確かに規範論上の性的自己決定を検討する際に省略できない問題であるが、今日の状況を鑑みると、刑法の法益論や哲学上の自由説を併せて、すでに一定の程度で、社会通念が作られている。田中成明教授が指摘されたように、「一定の社会倫理を法的に強制する法的モラリズムについては、価値多言的なリベラルな社会においては、これを原理的に否定し、刑法の社会倫理維持機能にも批判的な見解が一般的であり、性的倫理への法的対応についても、基本的にそのような考え方が支配的である。」¹⁵このような社会通念を言うと、やはり積極的性的自己決定に関する問題を取り扱うときは、なるべく個人の自己決定を委ねて、法律の規制範囲から除外すべきであると思われる。

しかしながら、上記の四つの話題の中に、少なくとも、売買春の問題はその他の三つの問題とは区別があると思われる。そもそも、同性愛や近親相姦や獣姦のような問題は性別差異がないし、性別差異による影響があっても少ないが、売買春の場合は、男女間の支配—被支配の関係は明白であり、単に積極的性的自己決定の問題とみなすと、問題の本質を見落とす恐れがある。¹⁶売買春の問題は本稿の問題意識と関わっているが、非常に膨大な課題であるから、ここでは、単にその問題点を明らかにして、規範論上性的自己決定に対する保護というテーマへの理解をさらに深める試みをする。

積極的性的自己決定を刑法の規制範囲から除外すべきということに対して、刑法において取り扱われているテーマは、ほぼ消極的性的自己決定に対する保護ということである。これは、刑法定義の特性と繋がっているからである。すなわち、「利益を保護するために最後の武器」と呼ばれている刑法として、その大部分の規範が保護しているのは、「～への自由」ではなく、「～からの自由」である。したがって、未成年者や心神耗弱者の問題に関して、刑法がさらに重視しているのは、彼らの消極的性的自己決定権を侵害する行為である。一方、刑法処罰によって、彼らの積極的性的自己決定権を妨害する可能性を考慮するのは、やはり見落とされやすいことである。

2. 性的行為犯罪化の傾向

性刑法の規範は消極的性的自己決定権に対する保護を中心としていることを明らかにした上で、さらに検討しなければならないのは、全体的な性刑法の傾向である。グローバルな視野でこの問題を考察すると、主たる傾向は一つである。それは、性的行為を犯罪化

¹⁴ 宮台真司「自由決定原論—自由と尊厳」宮台真司・速水由紀子・山本直英等著『「性の自己決定」原論：援助交際・売買春・子どもの性』（紀伊國屋書店、1998年）252頁。

¹⁵ 田中成明「生命倫理への法的関与の在り方について—自己決定と合意形成をめぐる序論的考察—」田中・前掲注（9）144頁。

¹⁶ 若尾典子「第7章 性的自己決定権と性業者・買春者」浅倉むつ子・戒能民江・若尾典子『フェミニズム法学：生活と法の新しい関係』（明石書店、2004年）358頁以下参照。

している傾向である。¹⁷第一章においても言及されたが、性刑法の規範は、保護法益の概念の提出によって、性道徳と分離されて、一部の行為を無罪化したのである。しかしながら、それは積極的性的自由に関する刑事規範の特徴である。消極的性的自由を中心とする性刑法は、逆に性犯罪の範囲を拡大している傾向が見られる。

詳細に言うと、性犯罪の保護法益は財産権、貞操、社会倫理、性的秩序価値等の変遷を経て、今までほとんどの法域に認められている「性的自己決定権」になってきた。この変化とともに、具体的な性犯罪規定も変わっている。その中で、特に注目に値するのは、以下の三つの変化である。一つは、被害者と加害者の性別の中立化である。すなわち、伝統的に加害者を男性に限定して、被害者を女性に限定していたことを変更した点である。もう一つは、性犯罪の対象行為の拡張である。言い換えれば、性犯罪の対象となる行為は男女間の性交行為に限らず、他の性的行為も含まれるようになってきている。最後は、構成要件である強制要件の定義と主観要件の要素を広げる点である。これらの変化は、いずれも性犯罪の保護範囲を拡大する試みであり、「正常」の性的行為であると思った行為を犯罪化しているプロセスである。

(1) 行為者・被害者の中立化と無条件化

性犯罪の保護法益にもかかわらず、疑いがないのは、性犯罪における行為者・被害者の性別上の差別はるかに他の罪名を超えている点である。従来より、女性は唯一の被害者とみなされおり、男性でなければ、単独で強姦罪を犯すことは不可能だと考えられていた。しかしながら、性的自己決定権が男性に属する財産権や女性のみが守らなければならない貞操とは異なり、すべての人が有する権利であるので、性的自己決定権が保護法益として認められたから、行為者や被害者の性別に関する制限もなくなってきた。

同様に、性的自己決定権が保護法益になったから、性別上の制限が取り除かれたとともに、特定の身分条件の下で赦免される性犯罪行為も成立すべきだと思われるようになってきた。それは、性犯罪対象の無条件化とも言える。すなわち、婚姻関係や親密関係があるかどうか、性的自己決定権が侵害されたら、性犯罪が成立するのである。女性が個人的財産とみなされていた時代には、夫は他人と区別して、蓋然的な性的同意が結婚によって得られたために、婚姻内の性犯罪はほぼ認められていなかった。¹⁸しかしながら、保護法益が性的自己決定権である場合、個人的な権利は婚姻関係によって失われるわけではないから、婚姻内の性犯罪もありうると認識されてきた。確かに、配偶者の間で行われた性犯罪について、現在では徐々に認められているが、やはり証拠上の考慮や社会的婚姻関係の不安定要素になることへの懸念は今まで残されているので、なかなか進めない状況もある。¹⁹

行為者、被害者の中立化、無条件化というのは、性犯罪を変える第一歩であり、性的自己決定権の内実を認識した後の必然の変化と思われるが、現実はそのほど当たり前なことではないのである。例えば、今の中国においては、性犯罪の性別制限はなお存在している、

¹⁷ See Green Stuart P, *Criminalizing Sex : a unified liberal theory*. New York, Oxford University Press, 2020.

¹⁸ 張明楷「性犯罪の問題をめぐる論争」甲斐克則編『日中刑法総論・各論の先端課題』（成文堂、2018年）163-165頁参照。

¹⁹ 張明楷・前掲注（18）170頁参照。

婚姻内の性犯罪もなかなか認められていないのである。²⁰日本においても、性犯罪上の性別中立化は平成29年の法改正によって実現されたが、無条件化ということは、規範論上も、実務上も、依然として未解決な問題として残されている。²¹

(2) 「性交」範囲の拡大化

性犯罪において、「性交」概念の範囲がずっと制限されていた原因は、たくさんがあると思われるが、よく知られているのは、生殖上の考慮や、宗教上の考慮である。²²特に、宗教の原因によって、欧米においては、男性のペニスによる女性の膣への挿入行為以外の性行為が「不自然」であると思われていた。このような考え方を破る過程で、フェミニズム運動や同性愛者の権利運動は大きな役割を果たした。²³詳細に言うと、性交の範囲の拡大については、2つの要素を考慮する必要がある。それは、積極的性権利と消極的性権利に対する追求を同時に考慮することである。

まず、このような性交概念の拡大は、積極的性権利に対する重視を体現している。1986年の *Bowers v. Hardwick* 事件で、アメリカの最高裁判所は、ジョージア州が同性間の性行為を処罰した法律が合憲であると5対4で裁定した。²⁴2003年の *Lawrence v. Texas* 事件まで、同性間の性行為は、最終的に合法であると認定された。多くの意見によれば、テキサス州の法律は、合法的な基礎がないし、公民の私生活や親密関係の選択への介入を説明する正当な理由もないと思われた。また、自発的な合意に基づく成人である同性間で行われた性的行為が、どのような社会的危害をもたらすかについても、証明することはできないと指摘された。²⁵結局、公民のプライバシーの保護と性的自己決定権への肯定を理由として、同性者間の性行為が憲法保護されるべきだという結論を論証した。このような動きとともに、肛門性交行為が正常の性行為と認められ、性犯罪の範囲に入れることが可能になってきた。

積極的性権利を重視した結果として、「非正常」な性行為が正常化された。一方、消極的性権利を重視した結果として、伝統的な男性性器による女性性器に挿入する行為しか刑法によって処罰されていなかったことは、不合理であると思われるようになってきた。それは、口腔性交も肛門性交も、性的自己決定権を侵害する行為であり、悪質性も可罰性に該当する犯罪行為と認められるべきからである。詳細に言うと、口腔性交、肛門性交または異物を性器に入れる行為は伝統的な意味で、生殖に関連する性的行為ではないが、結果から見ると、上記のいずれの行為が被害者に与える傷害は非常に大きいのである。唯一の違いは、伝統的な性行為がより深刻な付随結果、すなわち妊娠をもたらす可能性があることにある。しかし、妊娠する可能性が性的自己決定権を侵害するかどうかを判断する基準と

²⁰ 詳細の状況は、第三章で紹介する。

²¹ 「性犯罪の罰則に関する検討会」取りまとめ報告書（平成27年8月6日）10-12頁参照。なお、令和2年の性犯罪に関する刑事法検討会及び令和3年の法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会においても、配偶者間の性的行為に対する処罰規定の在り方に関する検討を行なわれている。

²² Richard Allen Posner 『性と理性』（蘇力訳）（中国政法大学出版社、2013年）116-129頁参照。

²³ See Estelle B. Freedman, *Uncontrolled Desires: The Response to the Sexual Psychopath, 1920-1960*, collected in *Feminism Sexuality & Politics*, U.S.A., the University of North Carolina Press (2006).

²⁴ 478 U.S. 186 (1986) *BOWERS, ATTORNEY GENERAL OF GEORGIA v. HARDWICK ET AL.* Supreme Court of United States.

²⁵ 539 U.S. 558 (2003) *LAWRENCE et al. v. TEXAS*, Supreme Court of United States.

みなすことは、そもそも不合理である。それは、性的自己決定権と身体法益との交錯によって起こした混同であり、より慎重な検討が必要である。この点に関しては、第三節でさらに展開するので、ここでは割愛しよう。

結果として、性犯罪の基礎要素としての「性交」というのは、従来、男性の性器官より女性の性器官への挿入行為のみ認められているが、現在においては、多くの国で、口腔性交や肛門性交も性刑法の性交行為認められるようになっている。

(3) 構成要件の変化

最後に、性的行為を犯罪化しているプロセスで、極めて重要なのは性犯罪の構成要件の変化である。構成要件の変化というのは、主に三つがあると考えられる。それは、暴行・脅迫要件の緩和、不同意要件への重視、そして過失性犯罪の可能性である。これらの三つの要件は相互に繋がっており、変化し続けている。いずれも第四章で詳細に検討しようが、ここではその変化の歴史と現状を紹介しておきたい。

歴史的に考察すると、暴行・脅迫要件に対する検討は最初に行われたが、この過程はそれほど簡単ではなかった。諸国の刑法を考察すると、暴行・脅迫要件に関する規定の変遷は、主に「抵抗」期、「均衡」期及び「拡張」期という三つの時期がある。この三つの時期の変遷は、特定の国に限らず、性刑法を反省したほとんどの国が経験した過程である。

詳細に言うと、「抵抗」期というのは、性犯罪の被害者が自分の貞操を保護するために、全力抵抗しなければならない時期である。これも現在一番批判されている時期である。特に、早期に被害者に最大限の抵抗が要求されて、法律によって要求された抵抗レベルに達していなければ、行為者が暴行・脅迫を使っても、性犯罪が成立したことを否定し、被害者が性交に同意したと認定する可能性があった。その次、「均衡」期に入るのは、性的自己決定権が貞操や性的秩序の代わりに性犯罪の保護法益になるわけである。この時期に関して、アメリカの1962年模範刑法典を例とすると、性犯罪の重点は被害者の抗拒から行為者の実行様態に移った。すなわち、一定の暴行や脅迫によって女性に性交を強要した場合、強姦罪になると認定し、被害者側に最大限の抵抗は要求されていなかったのである。²⁶しかしながら、このような規定にも更なる問題がある。それは、現在の「拡張」期において一番解決したい問題である。「拡張」期というのは、性犯罪に対する認識の変化とともに、手段要件に対する制限を緩和して、性犯罪の処罰範囲を拡張しようとする時期である。この時期において、暴行・脅迫、さらに全体的見れば、性犯罪の手段要件の射程に関する問題が一番重視されている。

この長い間にわたり人々を悩ませる問題は、性犯罪に対する認識とともに深刻になっている。同時に、性犯罪の実質は不同意性行為であるという認識も広がっており、このような認識の下で、過失性犯罪の構想も提唱されている。当然、これらの問題を解決するために、国々の具体的状況を基礎として検討しなければならないから、第四章では、これに関する検討を行う。

²⁶ 樋口亮介「アメリカにおける性犯罪規定」樋口亮介・深町晋也編著『性犯罪規定の比較法研究』（成文堂、2020年）92-93頁参照。

四、結論

前述したように、性犯罪に関する刑事規範を鑑みると、すでに素晴らしい変化が起きているが、なお多くの問題点が残されている。残された問題が多くあるとはいえ、ここでは詳細に展開することはしない。しかしながら、注意すべきなのは、これらの問題は特定の国に限らず、ほぼすべての国が直面している問題であるが、その共通点も明らかである。要するに、主に三つの問題群に分けることができる。第一の問題群は、手段要件に関する問題である。すなわち、暴行・脅迫手段の他に、どの手段によって、またはどの程度で性的自己決定権を侵害する行為が処罰に値するか、という問題である。そして、第二の問題群は、特定の対象である場合、性的自己決定権を侵害する行為に対する規範論上の規定のあり方である。特に、対象が若年者や心神耗弱者である場合である。最後の問題群は、特に性犯罪の主観要件と繋がっている。それは、性犯罪に対する認識の変化に伴い、性犯罪の主観要件は必ず意図的であるという見解も疑問視されている。

これらの問題群を詳細に分析すると、いずれもさらに細やかな問題点に分けることができる。また、いずれの問題点も、ある国の性刑法を例として分析すると、詳しい検討が可能であるが、ここでは割愛しており、第三章及び第四章において、さらに具体的な問題点を検討しよう。

結論として、性的自己決定権を保護する利器として、刑法はすでに時代の発展に応じてずいぶん変わってきたが、理想的な規範まで、なお距離感が残されている。すなわち、性犯罪処罰の限界であるか、または処罰の間隙であるか、という問題を明らかにしなければならないのである。この問題を解明することによって、性刑法の現状を理解することも、さらに未来の性刑法のあり方を構想することも、より容易になると考えられる。

第二節 性刑法の機能及び限界

いかなる法律も、一定の限界がありうるはずだ。それは、具体的な法律の特性と関わっている。性刑法の場合にも、性的行為を犯罪化している傾向にもかかわらず、このような傾向を危険なもののみならず見解もありうる。²⁷それゆえ、性刑法の限界を明らかにする必要がある。特に、性刑法の限界がいかなる要素によって影響されるか、という問題も考慮しなければならないのである。規範論上の性犯罪に対する限界は、主に二つの部分があると思われる。まずは、どのような犯罪行為にしても、刑事法による処罰は、そもそも限界があるのである。それは刑法の機能と関わっているので、刑法の機能に対する再考も必要であると考えられる。一方で、保護法益自体の限界も考察しなければならないのである。すなわち、自己決定権とはいえ、そもそも一定の限界があり、完全な「自己決定」はあり得ないのである。この二つの理由に対する分析によって、性犯罪の現状及び問題点をさらに理解することができると思われる。

²⁷ 特に不同意性犯罪に対する憂慮がよく聞こえる。性犯罪に関する刑事法検討会第5回会議（令和2年8月27日）議事録12-17頁参照。

一、性犯罪に関する問題の再考

第一節で分析したように、性犯罪の規範に関しては、なお多くの問題が残されている。これらの問題について、嘉門優教授の見解によれば、二つの概念を区別しなければならないのである。それは、「処罰の限界」と「処罰の間隙」という二つの概念である。詳細に言うと、「『処罰の限界』というのは、ある程度で性的自己決定が侵害された場合でも、刑法で当該行為を罰するべきではない状況である。これに対して、『処罰の間隙』はこの限界で現行法では処罰できない状況である。」²⁸確かに、このような見解はかなり有益であるが、二つの疑問を述べたい。

まずは、「処罰の限界」と「処罰の間隙」という区別は、現行法に限定される解釈論のみ適用するという提言であろうか、という問題である。嘉門教授の定義から見ると、「処罰の間隙」というのは、現行法によって、可罰性に該当する行為が処罰できない状況である。例を挙げると、一定の強制力をもつ強制手段によって性的行為を強要する場合は、ある程度で性的自己決定を侵害した行為に該当しても、抗拒を著しく困難にする程度ではないので、処罰できなくなっているのは、「処罰の間隙」であろう。それに対して、「処罰の限界」を説明するために、嘉門教授はいくつかの例を挙げた。まず、第一の例は、相手に要求されて、内心では嫌だったのだが、人間関係が悪化するのをおそれて断り切れずに性交に応じたことである。このような事例は、確かに不同意の性交とも言うが、「人間は、嫌なことであっても、『とりあえず』、『親切心から』、『争いを避けるために』などといった多様な理由から、要求に従うことはありうる。これらすべてを処罰されるべき強要とは位置づけ」るべきではない、と指摘された。²⁹また、第二の例は、性犯罪の主観的要素に関することである。嘉門教授の紹介によれば、日本の現行法を鑑みると、性犯罪の処罰は、「客観的な要件を解釈によって拡張的に理解することができたとしても、故意認定の問題はどうしても残らざるを得ない。」³⁰したがって、故意犯のみが規定されている現行法によれば、故意が認定できなければ、処罰されないのは、処罰の限界といわざるをえないのである。

しかしながら、上記の二つの例は、いずれも「処罰の限界」と言えるが、やはりその具体的な内実は違っている。第一の例について、嘉門教授の定義によれば、確かに、ある程度で性的自己決定が侵害された場合でも、刑法で当該行為を罰するべきではない状況に該当するが、第二の例はそうではない。両者の共通点は、現行法の規定及び規定に対する解釈によっても、処罰ではない点である。しかし、両者の区別は、第二の例は立法論によって解決できる問題であるが、第一の例は刑法そのものの処罰の限界を超える状況であると考えられる。

したがって、個人的には、「処罰の限界」は二層の意味で理解したほうがよいと主張したい。第一層は、より広い範囲内の刑法の処罰の限界というものである。それは、刑事規制の限界とも言えるだろう。主として、刑法の機能、刑法と道德との関係について議論さ

²⁸ 嘉門優「性犯罪規定の見直しに向けて一不同意性交等罪の導入に対する疑問一」立命館法学5・6号（2019年）54-63頁参照。

²⁹ 嘉門・前掲注（28）60-61頁。

³⁰ 嘉門・前掲注（28）63頁。

れている。そして、第二層は、現行法によって画定されている限界である。それは、いかなる解釈論によっても、解決できないが、立法論によれば、解決できる問題である。これらの問題の存在は、現行法の処罰の限界とも言える。例えば、第四章で詳細に分析するステルシングという行為はそうである。このような行為について、日本の現行法も現行法に対する解釈によっても、「処罰すべきではない」状況であるが、その悪質性を鑑みると、相当な可罰性があり、外国においても相当な経験があるので、現行法によって「処罰できない」行為といったほうが妥当であるだろう。確かに、ステルシングのような問題も「処罰の限界」と言えるが、むしろ、解釈論上の限界であると思われる。立法論の視点から見ると、これらの問題は新しい罪名や構成要件の創設によって解決できる問題であるから、刑法の「処罰の限界」とは言えないだろう。さらに、現行法の限界のなかで、可罰性に該当しても処罰されていないのは、「処罰の間隙」ということである。その意味で、「処罰の間隙」を解決するには、解釈論が必要であるが、「処罰の限界」に関する問題に応じるなら、立法論上の検討も必要であると思われる。そもそも、立法論上の動きによって、現行法の処罰の限界も変わり続けるので、一番重要なのは刑法によって性犯罪に対する処罰の限界を確定することであると思う。

そして、第二の疑問は、刑法の「処罰の限界」を確定する基準は何だろうか、という問題である。すなわち、最大限の意義で、刑法による性行為に対する処罰の限界は一体何か、という問題である。個人的には、端的にすべての性的自己決定権を侵害する行為を処罰すべきだと思っていたが、それは非現実的であり、その必要もないと考えられる。したがって、どの程度で性的自己決定権を侵害する行為を処罰すべきか、という問題に対する回答は、性刑法の限界及び性的自己決定権自体の限界を定めなければならないのである。

二、性刑法の機能について

前述したように、性犯罪の問題を解決するために、性刑法の機能と限界を検討しなければならないのである。そもそも、性刑法の機能に対して見解が異なっているから、規範論上の性刑法のあり方についても意見が一致していないのである。したがって、ここでは、刑法一般論上の学説を整理して、性刑法の機能及び限界をさらに分析しようと思う。

1. 刑法の機能

ある罪名の処罰範囲を拡大するために、特定の行為の当罰性や要罰性を判断しなければならず、そして、そもそも刑罰が何かという問題を熟考しなければならないと思われる。³¹刑罰とは何か、そして刑罰はなぜ必要であるか、という問題に対して、主に刑法規範の機能に対する分析によって説明している。規範は、法律学のもっとも基本的な概念であり、「内面的な理性の法則ではなく、共生の法則として、自由の法則として、価値の法則として、実在するものだ」ということである。周知のように、規範は、共生を維持し、自由を保障、価値を保全するために、人間の行動を制約している。³²このような定義によれば、刑法規範は、主に規制の機能と自由の保障機能を有している。実は、刑法規範の機能に対して、意

³¹ 佐久間修「刑事立法学の可能性—刑法解釈学と刑事政策—」山口厚・井田良・佐伯仁志『高橋則夫先生古稀祝賀論文集 上巻』（成文堂、2022年）17頁。

³² 宗岡嗣郎『犯罪論と法哲学』（成文堂、2007年）162頁参照。

見が大部一致しているが、細やかな違いが見られる。

歴史的に見れば、刑法は、主に国家の支配の道具として割り当てられてきたが、近代刑法は、必要な悪として、規制的功能、保護的功能及び保障的功能を有していると思われる。³³その中で、規制的功能は、規範的功能または社会倫理的機能とも呼ばれており、国家が国民に行動の基準を示すという役割である。この機能はよく倫理及び道徳と繋がっているもので、現代社会に合わないと評価されている。³⁴そして、保護的功能というのは、国民や社会的法益を保護している機能であり、刑法のもっとも重要な機能とも言えるだろう。最後に、保障的功能は、近代刑法の最大の特徴と評価されており、主に罪刑法定主義で表現している。³⁵

このような三分説を支持する見解は少ないが、具体的な分類方法と呼び方には、区別がある。例えば、川端博教授の見解によれば、「刑法は、規制的功能、秩序維持機能及び自由保障機能」をもっている。³⁶そのほかに、刑法機能を二分説によって説明する意見もある。例えば、大谷實教授の定義によると、「刑法の社会的機能とは、刑法が社会において果たすべき機能またはその固有の役割であり、規制機能と社会秩序維持機能とに分けられる。社会秩序維持機能はさらに法益保障機能と人権保障機能に分けられる。」³⁷斎藤信治教授は、刑法の基本的役割が法益保護と人権（自由）保護であるという見解を指摘した。³⁸松宮孝明教授も二分説を支持しており、「刑法には、社会秩序を維持する機能と自由を保障する機能がある。詳細に言うと、刑法には、行為規制機能、法益保護機能、自由保障機能及び形成的機能がある」という意見を述べられた。³⁹

上記のように、それぞれの意見がなされているが、その中核であることはほぼ同じである。また、刑法の機能について、特に疑問とされている機能は、規制的功能である。法益保護機能から、規制的功能を独立すべきかどうかに関する議論もよくある。⁴⁰規制的功能に関する議論は、性刑法の機能を検討する部分でさらに展開しようとする。ここで、さらに説明しなければならないのは、刑罰の正当性の問題である。なぜかと言うと、刑罰の正当性が理解する上に、性行為に対する処罰の限界をより理解できるからである。

周知のように、刑法は相当厳しい刑罰によって、犯罪行為を処罰している。刑罰の正当性をめぐる議論は、伝統的に予防と応報の観点を軸にして展開されてきた。⁴¹その中で、予防刑論は目的刑論とも呼ばれている。これは「刑罰は広い意味での犯罪防止の目的のために科する」ことによって、刑罰の正当性を説明しており、一般予防論と特別予防論に大別

³³ 浅田和茂『刑法総論（第2版）』（成文堂、2019年）8-9頁参照。また、「規制的功能」と「社会統制機能」とも呼ばれている。曾根威彦『刑法学の基礎』（成文堂、2001年）3頁参照。川崎一夫『刑法総論（犯罪論）』（北樹出版、2009年）13-15頁参照。大野真義・森本益之・加藤久雄・本田稔・神馬幸一『刑法総論（新装版）』（世界思想社、2015年）6頁参照。

³⁴ 浅田・前掲注（33）9-10頁参照。

³⁵ 浅田・前掲注（33）11-12頁参照。

³⁶ 川端博『レクチャー刑法総論（第2版）』（法学書院、2005年）6-7頁参照。立石二六教授も同じような見解をもっている。立石二六『刑法総論（第4版）』（成文堂、2015年）8-9頁参照。

³⁷ 大谷實『刑法講義総論（新版第5版）』（成文堂、2019年）7-9頁参照。

³⁸ 斎藤信治『刑法講義総論（第6版）』（有斐閣、2008年）2-11頁参照。

³⁹ 松宮孝明『ハイブリッド刑法総論（第3版）』（法律文化社2020年、11-12頁参照。

⁴⁰ 斎藤・前掲注（38）11-12頁参照。

⁴¹ 飯島暢「刑罰の目的とその現実性—法の目的、法の原理としての自由の保障との関係—」川端博・山口厚・井田良・浅田和茂（編集）『理論刑法学の探究（6）』（成文堂、2013年）29頁参照。

されている。⁴²これに対して、応報刑論というのは、刑罰は過去の犯罪行為に対する応報として犯人に苦痛を与えるためのものだとする理論である。すなわち、刑罰が犯罪という悪を処罰することは、正義・倫理の要請であると考えられる。⁴³

日本においては、純粹の応報刑論は存在せず、「応報刑論を基調としつつ、予防効果が発生することを積極的に承認する相対的応報刑論が多数説である」と指摘された。⁴⁴例えば、佐久間修教授の見解によれば、刑法とは、もっぱら予防刑を前提とする効果志向型の法律でなく、応報刑の側面も含めて国民全体の信頼や負託に応えるものである。その意味で、「行為規範としての刑法は、一般人に対する抑止的效果を目指した一般予防を追求するとともに、実際の違反者に対する再社会化という特別予防を推進することで、国民の法秩序に対する信頼を維持して、犯罪に伴う社会の不満を鎮めるべきものではなからうか」。⁴⁵この応報刑論を重視して、予防論を積極的に追求する理論を踏まえて、さらに性刑法の限界を検討するのは可能であると思われる。詳しくは、機能上の限界を分析することによって、この問題をさらに検討したいと思う。

2. 性刑法の機能

周知のように、法務省の刑事法検討会において、性犯罪の具体的な課題に対して、異論がかなりなされており、いずれの問題に対しても、見解の一致がなかなか実現されていない。このような状況に対して、和田俊憲教授は以下のポイントを指摘した。すなわち、性刑法に対する意見の分散は刑法というものに対する意識と繋がっており、性刑法の役割に関する基本的な考え方が相違するので、それぞれの異なる発想を持っているのも普通である。⁴⁶

例えば、性刑法はシンボリックな機能をもっているかどうかという問題に対して、異なっている見解をもつ人は、具体的な課題について、違う結論も出来るわけである。例えば、配偶者間の性犯罪は明文化すべきかどうかという問題について、明文化すべき見解はかなり有力であるが、橋爪隆教授は以下の見解を述べた。すなわち、現在の日本において、学説と実務上には、配偶者間でも性犯罪が成立することが当然の共通理解になっているので、これを、あえて刑法典に明文の規定として掲げる必要性は乏しい。「もっとも、社会に対して一定のメッセージを発して誤解を解消するということは、刑法の役割を超えているような感じがします。刑法の改正作業に一般国民に対してメッセージを発する機能までを担わせるべきかについては、更に検討が必要である。」⁴⁷このような意見上の違いは、そもそも刑法をシンボリックに使いたいのか、または実効性のあるものとして考えているか、という基本的な考え方の違いがあるからだと言及された。⁴⁸

したがって、刑法の機能を分析した上で、性刑法の問題を解決するために、さらに検討しなければならないことは、性刑法の機能である。前述したように、刑法の機能に関する

⁴² 前田雅英『刑法の基礎（総論）』（有斐閣、1993年）19頁参照。

⁴³ 前田・前掲注（42）18頁参照。

⁴⁴ 前田・前掲注（42）21頁参照。

⁴⁵ 佐久間・前掲注（31）17頁。

⁴⁶ 性犯罪に関する刑事法検討会第4回（令和2年7月27日）議事録14頁参照（和田俊憲委員）。

⁴⁷ 性犯罪に関する刑事法検討会第6回（令和2年9月24日）議事録25頁（橋爪隆委員）。

⁴⁸ 前掲注（46）15頁参照（佐藤陽子委員）。

見解が異なっているが、一つ確定できることは、法律と人間社会の作用と反作用があるということである。それは、上記の規制機能または形成的機能とも言える。

しかしながら、規制的機能や形成的機能に対しては、相当な疑問がある。刑法の三機能のうち、特に行為規制の機能については、疑問が提起されるかもしれない。松宮教授の定義によれば、形成的機能というのは、「一定の目的に向けて市民の行動パターンを変更することである。しかし、このような機能の前提である人間の内心への介入の問題が出てくるので、刑法が社会倫理の教育のために作用することを認めてしまうことにもなる恐れがあり、このような機能を安易に認めることはできないように思われる。」⁴⁹このような疑問に対して、川崎一夫教授の意見によれば、規制的機能を「国家権力者による国民に対する一方的な規制を内容とすると理解するならば、その疑問は当然に提起されるべきもののように思われる。…行為規制的機能は国民の自己コントロール機能に基づく機能であり、自由主義・民主主義の価値観に対立するものではない。…刑法に内在するものである。」⁵⁰

個人的には、このような懸念が言っていることがわかるが、この機能を全面的に否定するのは合理的ではないと思う。そもそも、法律は人間の社会的行態に関わる事実によって創造・維持・改廃されており、人間社会による法律に対する作用はいうまでもなく存在している。その反面である、法律によって人に対する作用も必ず存在している。しかし、この形成的機能や規制的機能は必ず倫理と繋がっているのか、という問題に対しては、さらに検討する余地があると思う。例えば、性犯罪の場合、法律による性的行為に対する干渉の程度は特に厄介な問題である。この具体的な程度に関する議論は次の部分で検討するので、ここで指摘しておきたいことは、その刑法の積極的な役割である。スウェーデンのように、過失性犯罪の新設によって、社会に一定のメッセージを伝えることができると思われる。そのメッセージは、性交する前に、必ず相手方の真正的意思を確認しなければならないということであり、人々の性的行動の基準を示しているが、必ずしも倫理と繋がっているとは言えないだろう。

確かに、性に関する行為は、単なる私的なことではなく、実際には、私的領域と公的領域とも問題が起きている。私的領域と言えば、特に「性的自己決定権」と関わっている。一方、公的領域においては、主に社会的性的倫理と繋がっている。刑法的に見れば、前者は強制性交等罪・強制わいせつ罪等によって規制されているが、後者は公然わいせつ罪・わいせつ物頒布等罪によって規制されている。公的領域に関する性刑法は倫理上の規制的機能や形成的機能を示しているが、私的領域に関する性刑法は必ずしもそうではない。したがって、性刑法の規制的機能やシンボリックな機能も、一定の程度で承認すべきであると主張したい。

三、性刑法の限界について

上記の部分は、刑法の機能に対する分析を踏まえて、性刑法の機能を明らかにした。その上で、性刑法の限界を明らかにすることは、規範論上極めて重要な意義を有している。それは、規範論上の自己決定の限界が性犯罪の定義の外延と関わっているからである。性

⁴⁹ 松宮・前掲注(39) 12-13頁参照。

⁵⁰ 川崎・前掲注(33) 14-15頁参照。

犯罪の具体的な定義や射程に関する検討をする前に、一つ明確にしなければならないことは、全体として、性刑法の限界である。この限界は、むしろ性犯罪の定義に対する制限であると言える。すべて自己決定を害する行為を「悪」とみなすことはいけないという黄金律はありのままの常識として認識されているが、このような結論にもさらに検討しなければならないところがある。言い換えれば、性刑法の限界を説明するためには、二つの結論を論証する必要があると思われる。まず、第一の結論は、性的自己決定に対する「抑圧」は不可避であるので、それらの抑圧はすべて「悪」とは認められないことである。この結論が重要である理由について、性犯罪は性的自己決定権を侵害する犯罪行為と理解すれば、性的自己決定権自体の限界が明らかになれば、性刑法規範の限界を確定することができるようになるからである。そして、第二の結論は、性的自己決定を制限する要素や行為は「悪」と認められても、すべての「悪」を刑法で処罰するのは不合理である、ということである。

この二つの結論を論証するためには、自己決定権の限界及び性刑法の限界を分析しなければならないと考えられる。さらに、性刑法の限界は、規範論上の限界と機能上の限界に分けられている。

1. 自己決定権の限界

(1) 人間として自己決定権の限界

一般的に、主体が自分の意思によって決められた場合は、「自己決定」とであると認められている。しかしながら、現実的に、自己決定というのは、かなり複雑なプロセスである。原因について、自己決定が可能となることは、倫理的、文化的、社会的、経済的、そして法的な、一連の諸条件が必要であるからだ。人として、自由とは重要な要素であるが、完全な自由とは、ありえないことであると思われる。外的な妨害が一切ないというのは、非現実的な幻想である。この点に関しては、コンセンサスがあるものの、法律に対するいかなる影響があるのか、検討に値する。

第一章で分析したように、「自己決定」という言葉は、「決定」という積極的な意味が内包されているので、一般的に、自己決定権の限界というのは、積極的自己決定を検討する場合が多いのである。しかし、このような積極的自己決定を実現するのは、一定の保障が必要である。アレクサンダー・ホラーバハの見解によれば、人の自己決定を実現するために、「法的条件は、自己決定が現実のものになるための構造基盤をある程度提供する」ことである。⁵¹理由としては、自己決定は、条件付けられ義務を負った自由ないし自己決定であって、決して無条件的で絶対的な自由ではないからだ。したがって、規範と、制度による支えないし保護が必要である。それが機能するためには、一定の質の、それどころか高い質の、国家の法状態が前提になる。⁵²

その上で、さらに検討しなければならないのは、自己決定権を保護する高い質の法律があれば、人間の自由を最大限にするべきことを意味しているか、という問題である。おそらくそうではないだろう。若松良樹教授の指摘によれば、「自律的な生は必ずしも幸福をもたらすものではないという主張には、それなりの説得力があるだろうが、自律的ではな

⁵¹ アレクサンダー・ホラーバハ「法哲学からみた、法における自己決定」(笹倉秀夫訳) 松本・西谷・前掲注(10)57頁。

⁵² ホラーバハ・前掲注(51)58頁。

い生が必ず不幸であるという主張は、幸福の定義にもよるだろうが、少なくとも自明ではなく、何らかの論証が必要であろう。」⁵³規範論から自己決定権に対する制限を考察すると、自己決定権の法的制約原理について、法理学的議論では、他者危害原理、パターンリズム、法的モラリズム、正義その他の公益的制約などが議論され、憲法議論では、自己決定権という人権の制約原理が公共の福祉などとの関連で議論され、刑法の議論では、法益概念の拡大、刑法の社会倫理的機能との関連で議論されている。⁵⁴いずれも重要な理論であり、人間の自己決定権に対する制限である。

自己決定権の一類型として、性的自己決定権にも同じような限界がありうる。田村公江教授の指摘によれば、近代の考え方として、性はプライベートなことであり、公序良俗を乱さない限りは、個人の自由に委ねられるべきであると思われる。「しかし、そのような考え方は、性という領域を個人の私的領域というブラックボックスに封じ込めて、事実上回避的解決である。」⁵⁵すなわち、性的自己決定権の限界を画定しないと、逆にそれを侵害する恐れがある。例えば、個人の性的自己決定を最大限とすると、獣姦や近親相姦も権利の範囲内に入れるべきだ、という結論が出てくるのである。確かに、これらの行為について、刑法による刑罰が廃止される国が多いが、これらの行為を権利と称するのは、やはり一般人の性倫理に反する恐れがある。これらの問題をすべて個人の権利として考えると、回避的なやり方に過ぎないから、さらに慎重に考慮しなければならない。

また、性的提案を考察する場合、積極的自己決定とも言えるかもしれないが、その決定の合理性や当事者の状態をさらに検討する必要がある。理由として、自己決定を実現する基礎となっている個人の選択の合理性という想定が脆弱だからである。⁵⁶それゆえに、次の部分は、脆弱性がある性的被害者としての自己決定権の限界を検討しよう。

(2) 被害者として自己決定権の限界

前述したように、人間として、自己決定権に対するそれぞれの制限があり、一定の限界があるはずである。しかしながら、もっと注意すべきなのは、その人間の中に、自己決定権がより制限されている対象である。平岡章夫教授の見解によれば、『自己決定権』とは、社会の弱者の権利を主張する文脈でクローズアップされてきた権利概念である。しかし現実には、個人の『自己決定』には社会的権利関係が反映されるため、社会的弱者は自らを不利にするような『自己決定』をしばしば行ってしまう。⁵⁷

このような「自己決定権」の概念を批判する基本的な問題意識は、例えば女性・子供・重病患者などの表面的な選好・意思表示を「自己決定権」の行使として形式的に尊重することが、むしろこれらの社会的弱者に対して抑圧的に機能してしまう可能性を懸念したものであった。このような社会的弱者というものは、哲学上「弱い個人」と呼ばれている。それは、「従来、政治的・経済的・社会的な要因による様々な制約から、自律的主体・自己決定できる主体としては認められてこなかった黒人や女性、マイノリティといった集団

⁵³ 若松良樹『醜い自由—ミル「自由論」を読む—』（成文堂、2021年）142頁。

⁵⁴ 田中・前掲注（15）142頁。

⁵⁵ 田村公江『性の倫理学』（丸善株式会社、2004年）1-2頁。

⁵⁶ 若松良樹「自己決定権は生き残されるか」那須耕介・橋本努（編集）『ナッジ?!』（勁草書房、2020年）14頁。

⁵⁷ 平岡・前掲注（6）215頁。

に属する人々」である。⁵⁸確かに、女性を代表としている団体の自己決定権が全然認められてこなかった歴史はすでに終わったのだが、比較的主体性が「弱い」と見える人が確かに存在している。

この「弱い個人」という理論は、性犯罪の実質を理解する際にも非常に役に立つと思われる。なぜかという、性犯罪の被害者が通常は女性であり、「弱い個人」とみなされているからだ。性犯罪規定の歴史を鑑みると、女性に対して「反抗する義務」が強調されて、「貞操を保護すべき」という表面的な要求の下には、「強い個人」が自分のイメージと意志を「弱い個人」に強いることが潜んでいる。したがって、「弱い個人」も本気で自己決定をするのは、「自らが自己決定主体となるための力を付与し、権利を要求する上での理念や根拠を提供し続け」ることが必要であり、他者との関係の中で支配一被支配の関係を理解するのも必要である。⁵⁹多くの場合、女性は「弱い個人」として、性的自己決定権をかなえることが、かなり限定されている。したがって、男女間の支配一被支配関係と理解しないと、性犯罪の構成要件、特に強制という概念に対する理解も狭くなる恐れがある。

2. 規範論上の限界

規範論上の限界について、常に倫理や道徳と繋がっている。そもそも「法は倫理の最低限である」と言われることがある。言い換えれば、倫理的悪い行為であるからといって直ちに処罰すべきではなく、必要最小限にとどめなければならないというのである。⁶⁰これは、刑法の機能に対する反省の結果であり、刑法規制に対する制限である。興味深いことは、刑事規範論上の限界に対する反省は、よく性犯罪に対する考察と関係していることである。例えば、イギリスにおいて、二十世紀の中間ぐらい、同性性行為と売春に関する刑罰の正当性を検討した。この検討を契機として、売春は私的道徳の範囲内に属するものであり、犯罪として処罰の妥当性が問われて、道徳と刑法の機能の関係につき、多くの議論を呼ぶようになった。このように、刑法の倫理性と関連し、刑事規制の限界をめぐって、二十世紀六十年代にイギリスにおいて大きな論争が展開された。⁶¹

一般的に、自己決定を議論する場合、よく見られる結論は、法律が消極的な社会秩序保護者とみなすべきということである。例えば、田中成明教授が生命倫理への法的関与を検討する際、結論としては、「自由で公正な社会における法の基本的な役割は、国家が強制権力を用いて人々に一定の行為を義務付けたり規制したりする強制システムということよりも、各人各様に善き生き方を選択し追求する人々が公正な手続的状況のもとで共通の法的基準に準拠して自由的な交渉や理性的な議論によって行動調整を行うためのフォーラムということを中心とすべき」ということである。⁶²さらに、彼の見解によれば、「法システムの重要な役割は、自己決定権にそれぞれの事項に応じた適切な位置づけを与えつつ、このようはマクロ・レベルの公共的合意形成かつ円滑に行われるためのフォーラムを構築し確

⁵⁸ 金井直美『自己決定の限界と可能性』—自己決定の主体と能力をめぐる考察— 政治学研究論集 33 号 (2010 年) 159 頁。

⁵⁹ 金井・前掲注 (58) 159 頁。

⁶⁰ 平野龍一『刑法の基礎』(東京大学出版会、1966 年) 113 頁。

⁶¹ 大野真義『刑法の機能と限界』(世界思想社、2002 年) 30-33 頁参照。

⁶² 田中・前掲注 (15) 134 頁。

保することである。」⁶³

確かに、一般的に、自己決定への法的関与を議論する際、基本的な立場としては、個人の自己決定の相互尊重を基軸として展開されているが、性的自己決定を対象とする場合は、二つの問題群を分けて議論する必要がある。まずは、積極的性的自己決定権に関する問題である。そして、第二の問題群は本稿の焦点であり、同じく 20 世紀 60 年代ぐらいから行われた議論であるが、今日まで依然として難点である消極的自己決定がどの程度守られるべきか、という問題である。特に、積極的自己決定権と消極的自己決定権の間にあるグレーゾーンは、一番厄介な問題とも言えるだろう。この問題は、表面的に積極的自己決定と言える「同意」に関する問題である。主として、心理的強制と「提案」との区別である。心理的強制と認定される場合は刑事法によって規制されうるが、ただ「提案」と評価すべき場合には、積極的自己決定として尊重しなければならない状況になるしかない。結論として、性刑法の規範論上の限界というのは、「刑法はどのような性的行為を処罰すべきか」という意味上の限界であると考えられる。

3. 機能上の限界

上記の分析によって、刑法にはそれぞれの機能があることは明らかである。そして、機能上の限界というのは、主に刑罰によって犯罪を抑止することができるか、またはどの程度で抑止できるかという問題である。なぜかというところ、「刑法の犯罪予防機能は明確な数値やデータによって科学的に立証できない以上、こうした限界は、人間を対象とする社会科学に固有の問題である」と思われるからだ。⁶⁴また、機能上の限界という問題について、一見すると、規範論上の性刑法のあり方とは関係がないと見えるが、そうではない。この問題は性刑法の規範を構想する際、考慮しなければならないことである。なぜかというところ、このような機能上の限界は、性犯罪を修正する必要性に挑戦しうるからである。

すなわち、性犯罪の処罰範囲を拡大するのは、やはり性犯罪の被害者をより手厚く保護したいからである。前述したように、被害者の不同意を中心とする規範の制定は、国民の認識に対して、一定のメッセージを伝えることを想定している。しかしながら、そもそも、このような機能は本当に叶えるかどうかという問題に対して、答えは必ずしも「イエス」とは言えない。例を挙げると、アメリカの学者によれば、性同意に関する規範の制定及び解釈が変わられたことにも拘らず、国民は性犯罪が成立するか否かかを判断する際、明らかに変化は起こさなかった。⁶⁵したがって、性刑法の法改正にあたっては、このような疑念は確かに価値がある。それは、刑法機能の限界及び他の手段、例えば、教育や他の法律との協力の重要性を掲示したことである。

性犯罪の根絶というところ、あり得ない課題のように聞こえよう。確かに、角田由紀子弁護士が指摘したように、性犯罪が性差別社会の産物であることを考えれば、そのような結論を出すこともありうるのである。したがって、性犯罪を「ジェンダーの間にある不当な力関係の差を使用して引き起こされるもの」と理解すれば、「性差別をなくすことがこ

⁶³ 田中・前掲注 (15) 162 頁。

⁶⁴ 佐久間・前掲注 (31) 2 頁。

⁶⁵ See Dan M.Kahan, *Culture, Cognition, and Consent: Who Perceives What, and Why, in Acquaintance-Rape Cases*, 158 U. Pa. L. Rev. 729(2010), p732-765.

の暴力の根絶に基礎を与えることになる。」⁶⁶このような見解は確かに意義があるが、個人的には、法律による社会への作用を軽視すべきではないと思われており、相当な時間がかかっても、このような機能を支持すべきであると主張したい。このような機能には、限界があるにも拘らず、時間の流れにつれて、この効果は必ず実現できるものであり、たとえわずかな程度しか実現できなくても、試してみる価値があると考えられる。

四、結論

しばしば「実際の人間は、必ずしもそのような合理的・理性的な存在とは言えず、むしろ他者に依存せずには生きられない存在である」、あるいは、「何でも自由に自己決定できるといっても、所詮自分で決められることは身の回りのほんの僅かな事柄に過ぎず、実際は様々な制約の下に置かれた不自由な存在である」、という指摘がなされる。⁶⁷すなわち、人間として、完全な自由というのはいかなるものでもないことである。このような不完全の自由の実態は、性刑法の「やり過ぎ」を防ぐことができる。一方、人間という総合体の中にも、差異がかなり存在しているため、強制されないという理想的な状態は特定のグループにとっても、さらに不可能であることも現実である。したがって、対象の脆弱性を考察して、性刑法の「やり過ぎ」を防ぐことと同時に、「狭過ぎ」ということも避けるべきである。したがって、このような自己決定権の限界を明らかにすることは、実際に規範論の限界とは繋がっているので、極めて重要であると思われる。

また、保護法益自体の限界のほかに、刑法にも一定の限界があるので、両者を合わせて、性刑法の限界が構成されている。前述したように、「処罰の限界」を分析するには、「現行法の限界」と「刑法の限界」を分けて検討する必要がある。また、「刑法の限界」をさらに分析すると、さらに二つの側面で理解しなければならないのである。まずは、すでに盛んに議論された理論上の問題である。それは、刑法がどのような行為を処罰すべきか、という意味上の限界であり、規範上の限界とも言える。あと一つは、刑法の機能上の限界である。特に、犯罪予防の意味で、刑法の限界である。機能上の限界を検討することによって、性犯罪の問題が単に刑法によって解決することはあり得ないが、刑法の積極的機能を重視することは不可欠であることを呈示した。

第三節 解決策に関する議論

もともと、日本や中国において、刑法がどのように変わるべきか、解釈論によって現行法を基礎として修正すべきか、または立法論によって性犯罪に関する法律を改正すべきか、という性犯罪に関する諸問題をさらに検討しなければならない。修正論と立法論の選択の問題の他に、イデオロギーの選択はさらに複雑な問題である。原因としては、刑事処罰の限界を確定するためには、刑事政策上の考慮は入れなければならないことであるが、刑事

⁶⁶ 角田由紀子『性差別と暴力』（有斐閣、2001年）208頁。

⁶⁷ 金井・前掲注（58）156頁。

政策上の考慮を持ち出すと、それと関わっているイデオロギーを確定することは肝心であるからだ。

一、具体的な考慮要素

性的自己決定権は、自己決定権の一類型として、自己決定権との共通点もあるものの、特徴な個性も存在している。これらの特徴は、刑法上性犯罪に対する規制がかなり限定されている理由であり、性犯罪の諸問題をさらに複雑している原因である。したがって、解決策を検討する前に、これらの特徴を明確にすることは重要であると考えられる。

1. 証明の困難性

犯罪行為を隠匿するために、行為者は通常、発見されない時間と場所を選んで犯罪行為をする傾向がある。罪名の構成要件に公然性に対する特別の規定がない限り、おそらくどの罪に対しても、証明の困難性という問題が存在している。しかし、証明の困難性が性犯罪の特徴の一つとして挙げられるのは、特別な理由があるわけである。詳しく言うと、以下の三点である。

第一に、性犯罪の場合、証人または目撃者がよくないので、当事者の間で何が起こったか、ということは推測しにくいのである。この点も、おそらくどのような犯罪も直面しなければならない難点であるが、性犯罪の分野で、これは特に難問になっている原因は、性行為と性犯罪との限界は必ずしも明確とは言えないからである。特に、被害者の不同意のみが強調された場合は、性行為の性質は一層認定しがたくなる恐れがある。従来、手段の強制性を強調することも、暴力的手段が身体の表面に証拠を残しやすいためである。

第二に、被害者が性的侵害がされた後、羞恥心や精神的動揺等から、証拠の滅失や破壊が起こされる恐れがある。この強烈な羞恥心は、同時に、性犯罪の暗数が他の犯罪よりはるかに大きい理由である。したがって、被害者が被害の届出を躊躇している段階であっても、証拠資料の採取等の必要な捜査が要求されている。⁶⁸

最後に、被害者が勇気を出して通報したとしても、警察への畏怖や事件の状況に対する苦痛から、一貫的、明確な供述ができないかもしれない。心理的なストレスだけではなく、アルコールや薬物の影響により、被害者が意識があるように行動していても被害時の記憶が欠落している場合もあるので、⁶⁹性被害の経過を明確にすることがよく難しいと評価されている。

要するに、普通の犯罪行為と比べると、性犯罪は通常、秘密の場所で行われて、当事者に限られているため、事件の経緯または性的同意があるかどうか、という事実上の証明と判断は極めて困難であると思われる。客観面の制限の以外、性的同意を考察することは主観的なことであると思われる傾向があるので、普通の性交を区別するために、暴行・脅迫というような強制手段による証拠や被害者が未成年者であるような特別の事情が必要であるとされている。宮田桂子弁護士の意見によれば、性犯罪に関する問題は「条文の問題なのか、立証の問題なのか、その辺のところをもう少し切り分ける必要がある…殺人、人を

⁶⁸ 「性犯罪捜査における適切な証拠保全について」参照。

<https://www.npa.go.jp/laws/notification/keiji/souichi/souichi02/010731.pdf>

⁶⁹ 前掲注 (68) 参照。

殺す行為、窃盗、人から物を盗む行為、これは、誰が見ても犯罪です。しかしながら、性行為は、それ自体が犯罪という行為ではありません。」⁷⁰確かに、証拠の困難性が、性犯罪立法の拡大に対する批判の一つの重要な論点であるが、そもそも実体法の問題を検討する際に、手続法の問題を混同することについて、その正当性を説明しなければならないのである。なにより、肝心なのは、このような特徴を理解しつつ、性的自己決定権を保護するために、規範論上の分析をさらに進めることであると思われる。

2. 強烈な倫理性

第一章で紹介されたように、性犯罪は最初から性的自己決定権を保護するわけではなく、男性の財産権や性道徳と性秩序を保護してきた。言い換えれば、性的行為に対する規制は、従来、倫理上または道徳上の調整を目的としていたのである。

性的倫理というのは、家族観、生育観、男女関係など、伝統的な社会倫理の核心的領域に関わっている。それは、女性が男性に属する観念に繋がっており、母系社会から父系社会に入ってからずっと存在していたので、貞操や性に対する羞恥心はすでに女性の認知に組み込まれている。性的倫理が重視されていた原因として、現代社会と比べると、古代社会では流動性が悪かったため、先祖代々と同じエリアで生活していたのはほぼ常態であったため、身分上の混乱を避けるために、性的行為は長きにわたって道徳や宗教や法律で規制されていたからである。また、性的行為が女性の生殖と結びついているため、自由に避妊を選択できない時代においては、できるだけ近親結合による後代への影響を減らすために、法律は重要な役割を担っていた。したがって、当時の性刑法は、性的倫理と性道徳と相当の程度で混同されていた。例えば、刑法を通じて近親間の性交を禁止することは当時の慣例である。また、西洋では長期にわたって同性愛を処罰する行為も生殖上の考慮と繋がっていると思われる。

近代に入ってから、ドイツ法上の法益概念の呈示により、刑法による規制が保護法益を中心としているから、性犯罪と性的倫理や性道徳とは一定の程度で離れているが、性刑法の倫理性がこれで終わるわけではない。確かに、性的行為の倫理性は徐々に法律規制と切り離されていくが、それは表面的な分離にほかならない。このような長期的な倫理性は、すでに人々の固有観念や被害者の羞恥観に転化され、性犯罪の重要な特徴になってきた。

確かに、性的倫理による性犯罪に対する束縛は、すでにフェミニズム運動によって、ある程度解放されたが、他の罪名と比べると、性犯罪の倫理性が今日でも根強いし、この特徴も性犯罪の被害を検討する際見落とされない問題である。なぜかという、このような強烈な倫理性は、性犯罪に関する問題をさらに複雑にしているからである。また、そもそも性に関する問題は倫理学にとって、もっとも扱いにくい主題であると思われる。⁷¹倫理学は価値判断であると思われており、性に関する倫理学は主に性に関する規範を考察する学問であると思われる。法律的に性犯罪が厄介なテーマであるのは、性に関する価値判断が多様であり、時代の発展とともに変化しているため、それほど簡単な問題ではないからである。また、このような内在化された倫理性も、ジェンダーバイスが起りやすい理由で

⁷⁰ 前掲注(27)16頁(宮田桂子委員)。

⁷¹ 田村・前掲注(55)1頁参照。

あると思われる。したがって、性犯罪の従来の問題点や現在なお残されている問題点を理解するためには、性犯罪の強烈な倫理性を正視することが大事であると思われる。

3. 不可避の性別差異

その他、強烈な倫理性と繋がっている特徴は、不可避の性別差異である。すなわち、他の自己決定（権）と比べると、性的自己決定権を検討する際、単に人類を対象とするのは問題を簡略化する恐れがある。男性と女性を分けて、その実際に直面している問題を直視しなければ、問題の本質を見落とす恐れがある。例をあげると、安楽死または尊厳死という自己決定のプロセスで、確かに個人的な認知状況、年齢、または身体状況が考慮しなければならない要素であるが、性別はほぼ問題にならない。すなわち、一般的な自己決定を議論するとき、女性にせよ、男性にせよ、その結論は性別のために変わる可能性はほぼないが、性的自己決定の場合はそうではない。詳細に言うと、死生観や家族観については、すでに一定の程度で共通な認識が構築された。それは、すべて個人道徳の問題として、個人の自己決定に委ねてしまうべきではないという認識である。⁷²その上で、安楽死や尊厳死という問題を検討する際には、主体間の不均衡が特に問題になるわけではない。これに対して、性的自己決定の場合は、性器を挿入する側とされる側の不均衡という問題があるので、個人の合意があっても、その真摯性を検討しなければならない場合も多いのである。

73

また、性犯罪に対する刑事規制の歴史を鑑みると、長い間に、被害者が女性に限られており、加害者が男性に限られている。このような法律は、女性に対して、特別な保護を提供しよう試みであるという解釈もあるが、事実はそうではないだろう。女性に対する特別な保護は逆に性刑法のジェンダーバイスと理解した方が合理的であるかもしれない。それは、女性を特に弱い集団であるが、強い男性が性犯罪の被害者になる可能性がないと理解されてきた結果である。また、このような認識に基づき書かれた性刑法上の性別差異は、なおこのような考え方をさらに強化した。

確かに、この性別差異は不可避な問題であり、性犯罪の規範をさらに複雑にする理由である。特に、具体的な問題を検討すれば、この複雑さがさらに明らかになる。例えば、女性が男性より弱い個人という認識はすでに社会通念に根ざしているので、性的自己決定が影響されうる提案または脅迫がある場合、女性が一般的に、脆弱な人であるというイメージがあるので、選択できずまたは抵抗できないという状況が考えやすいが、男性が女性上司の提案で選択できないようになる状況は一般人にとって納得し難いことである。このような考え方を維持すれば、男女も性犯罪の被害者になる場合、脆弱性を利用した性犯罪の判断基準はかなり不明確になる恐れがある。また、上谷さくら弁護士が挙げられた例には、性別の差異も見られる。すなわち、刑事法検討会で、配偶者間の性犯罪を検討する際に、上谷弁護士が以下の例を挙げた。「最近、仕事が忙し過ぎるとかそういうこともあるのかもしれないのですけれども、夫が妊娠に協力的ではないということで、妻の方が非常に積極的に迫っていて夫が拒絶することで夫婦仲が悪くなっていくというようなことも結構

⁷² 田中・前掲注（15）145頁。

⁷³ 田村・前掲注（55）54頁。

あります。妻の方からいろいろなことをして、押し倒したりしているのだけれども応じてくれないというような話もあり、男女逆転していたら普通にレイプだなと思える場面も、実はそれほど少なくないなということを感じています。」⁷⁴このような現象をわざと指摘した理由について、やはり夫による妻に対する強制的性行為は普通であり、想像しやすいが、それと逆である状況は人々の認識にとって、極めて稀な例であるからだ。したがって、性的自己決定に関する法律について、立法上考えなければならない自由主義や保守主義というイデオロギーの他に、ジェンダーの視点も取り入れるべきだと考えられる。

4. 自由権利と身体権利との交錯

上記の三つの特徴の他に、最後は、性的自己決定権と身体権利との交錯という特徴である。この点に関しては、実際に性犯罪の保護法益に関する検討と関連している。しかしながら、第一章においては、すでに性的自己決定の一元論を論証したところであるが、ここでさらにこの問題を検討することにより、一層性犯罪の保護法益を明らかにし、性的自己決定と他の法益と交錯しやすい特徴を明らかにして、この特徴と関わっている問題点を呈示したい。

具体的に言えば、もとより性犯罪というのは、暴力犯罪の一種であると思われていた。現在でも、性犯罪を暴力手段に限定する考え方が未だに残されている。強姦されたことと殴られたこととの間の区別は何かという疑問⁷⁵によって、性犯罪被害者の心理的負担を減らすために、性犯罪の規定を削除して、強制的行為を暴力犯罪として扱われるべきという見解もありうる。⁷⁶確かに、性犯罪はほぼ性的暴力犯罪であり、性的自己決定権に対する侵害の以外、身体法益に対する侵害もよく見られる。しかしながら、性犯罪を完全に暴力犯罪とみなす考え方には賛成できないし、身体に対する傷害と性犯罪の保護法益と混同すべきではないと考えられる。それは、性犯罪が成立するのは、性的自己決定権を侵害することであるからだ。身体法益が侵害されたのは、結果の一種に過ぎないと思われる。和田俊憲教授が指摘されたように、「強姦罪は、相手方を人格的存在として顧みることなく、ただ自己の性的欲求の充足のみを図る行為の典型である。そこでは、意思侵害と身体侵害の両方の要素が必要であると解されるが、それらを単に加算するのでも不十分であり、『性的』暴行という、強要とも単純暴行とも質的に異なるものであることを評価しなければならない。」⁷⁷

また、この特徴と性犯罪の規範論との関係性も説明しなければならないのである。性犯罪は性的自由に対する罪名として、決して単なる自由に反する行為ではなく、むしろ自由に反する行為によって、身体的・精神的損害を起こす行為である。精神的な損害は別の罪名には、明白な区別はないが、身体的な損害については、特に説明する必要がある。性犯罪による身体に対する傷害は二点である。第一は、手段による傷害である。それは暴行・脅迫手段自身による身体への傷害である。しかしながら、周知のとおり、暴行・脅迫の以外の手段によって性的自由を侵害することも多いし、性侵害による身体的傷害も必ずある

⁷⁴ 前掲注(47) 28頁(上谷さくら委員)。

⁷⁵ 福柯『権力的眼睛—福柯訪談録』(嚴鋒訳)(上海人民出版社、1997年)75-77頁参照。

⁷⁶ 林志潔『性別正義的刑法観点』(台湾元照出版公司、2015年)69頁参照。

⁷⁷ 和田俊憲「鉄道における強姦罪と公然性」慶應法学31号(2015年)264頁。

とも言えないから、性犯罪を単に性暴力をみなすことは不合理であると思われる。また、第二は、性犯罪による潜在化された傷害である。すなわち、性感染症にかかるリスクと妊娠するリスクである。これらの傷害を検討することによって、一点を明らかにしたいと思う。それは、妊娠も性病の感染も身体に対する傷害も、性的自己決定権を侵害した結果だということである。それらの傷害を法益として、性的自己決定権を代替するのは、理屈が通らないと思われる。

また、自由の権利と身体の権利との交錯による性刑法に対する影響について、例を挙げると、性犯罪の行為範囲を検討する際に、宮田桂子弁護士は、「男性器の挿入行為というのは、もっともよく起こりがちな性的被害であって、それによって処女膜裂傷とか肛門の裂傷といった傷害結果が生じやすく、女子の被害であれば、妊娠の危険性があるなど、非常に被害が大きくなる可能性もありますし…ですから、私は、男性器の挿入行為と、ほかの物の挿入行為を分けるということは著しく不合理とはいえないと思っている」という意見を述べた。⁷⁸このような意見はなお一理があるが、単に身体的傷害によって性犯罪の分類を説明するロジック自体は問題があると思う。むしろ、このような性的自己決定権より、身体的傷害の方が重視されるロジックには、一定の危険性がありうるだろう。例えば、中国において、強姦罪の被害者は依然として女性に限定していることについて、やはり男性が性侵害されても、妊娠する恐れがないという観点が機能しているからである。したがって、性犯罪を検討する際に、第一段階で性的自由に対する侵害であるかを判断して、その上で、第二段階で、用いた手段や起こした結果を衡量して、その侵害の程度を判断すべきであると思われる。

二、解釈論と立法論の選択

1. 解釈論の限界

大陸法系の国として、日本においても、中国においても、立法論より、解釈論が刑法学者の使命であるという意見が多数説であるかもしれない。特に刑法体系と論理を重んずるドイツの思考方法より大きく影響された日本において、刑法学者たちが「論理的方法によって、正確な概念と厳格な法則のもとに精緻な理論体系を構築することに精力を傾注してきた」のは、今までの慣例であると思われる。⁷⁹しかしながら、このような状況は益々変わっている。⁸⁰特に性犯罪の分野において、解釈論はいまだに重視されているが、立法論上の動きも少なくない。例えば、日本は2017年の法改正によって、監護者性交等罪・監護者わいせつ罪を新設した。中国も2021年において、類似的な罪名を新設した。確かに、このような罪名の新設は一定の程度で性犯罪の処罰間隙を埋めることができるが、前述したように、残されている問題は依然として多いので、立法論の視点から問題を検討することは非常に重要であると思われる。それは、性犯罪の分野において、ジェンダー意識の変化とともに、性犯罪に対する認識も大きく変られているので、単に解釈論を依頼すれば、永遠に現行法の枠組みに束縛される恐れがあるからだ。例えば、性犯罪の本質について、現在に

⁷⁸ 性犯罪に関する刑事法検討会第10回（令和2年12月25日）議事録6頁（宮田桂子委員）。

⁷⁹ 大野・前掲注（61）2-3頁。

⁸⁰ 島岡まな「ジェンダー視点を取り入れた立法論—国際水準を踏まえた刑法性犯罪修正案—」刑事法ジャーナル69巻（2021年）114頁注（1）参照。

において、多くの国は、すでに被害者の不同意を性犯罪の本質であるとみなしている。それゆえ、性犯罪に関する条文も、被害者側真正の同意がないことを中心として、規定されている。これに対して、日本や中国の性犯罪の条文を鑑みると、いまだに手段要件を中心に、欧米の諸国より、犯罪類型の多様性を容認する能力が不足していると思われる。⁸¹

解釈論の限界を破るために、和田俊憲教授は「ゼロから」の提案を主張した。詳細に言うところ、近年日本で行われている性犯罪に対する修正は、現行制度を前提に、それを改正して、日本の性刑法を改善するものである。したがって、「次回改正する際には、ゼロベースでの議論も視野に入れて進められるとよいのではないか」という次第です。…刑事システム自体をゼロから作り直すことは、現実的でも合理的でもありませんので、具体的には、性犯罪に対して総合的に対応する特別法を作るという方法が考えられるかと思えます。刑法典の性犯罪のほか、児童福祉法、児童ポルノ法、各種条例、それから売買春の問題も含めて、すべてを包括的にそ上に載せて、一つの法律を作るとしたらどうなるかを議論してもよいのではないか」という提案を述べられた。⁸²

上記の提案について、本稿も賛成しているが、このような「ゼロから」の提案に関しては、単に本稿によって作られるのは無理であるので、本稿は、具体的な問題点を解決するアプローチを検討しようとする。また、具体的なアプローチというところ、解釈論と立法論の間には、やはり立法論が必要であることを主張したい。なぜかというところ、性犯罪の問題に対する解決が解釈による構成要件の緩和に頼ると、逆に罪刑法定主義に違反する恐れがあると思われる。⁸³また、性犯罪の分野において、東南アジアの諸国と欧米の諸国と比べると、立法上は比較的遅れているので、比較法の検討は重要であり、比較法の検討によって作られた立法論上の提言はさらに大切であると思われる。

2. 比較法的立法論のアプローチ

前述したように、解釈論が重視されている伝統にもかかわらず、日本において、立法上の活発化も見られるようになってきている。しかしながら、このような状況に対して、一定の疑念も提起されている。すなわち、一般的に、法によって形成された制度や秩序は、安定的なものでなければならず、それを前提に生活や活動を行う国民の信頼や予測を裏切るものであってはならないと思われる。したがって、立法にあたっては、できるだけ安定的な制度を作ることが大事である。確かに、社会の変化に対応して、適切な見直しが必要であるが、頻繁な法改正について、批判する声もよく聞こえる。例えば、川崎政司教授の指摘によれば、「社会的な注目を集めた事件の発生、国民の不安や不満、関係者による要望・運動・政治的思惑などを契機として、頻繁かつアドホック法改正が行われるような例が見受けられる。」⁸⁴また、「価値の多元化や不確実性の増大などにより、専門知にも懐疑のめが向けられるようになる…立法においても、市民感覚ないし素人感覚といったものがもてはやされ、専門家の意見よりも、一般的感覚や感情に重きが置かれるような状況がしばしば見

⁸¹ 齊藤豊治「性刑法における被害者の位置と運用対応論の限界」犯罪と刑罰 31号（2022年）30-31頁参照。

⁸² 性犯罪に関する刑事法検討会第16回会議（令和3年5月21日）議事録9頁（和田俊憲委員）。

⁸³ 齊藤・前掲注（81）28頁参照。

⁸⁴ 川崎政司「立法をめぐる昨今の問題状況と立法の質・あり方：法と政治の相克による従来の法的な枠組みの揺らぎと、それらへの対応」慶應法学 12号（2009年）52頁。

られるようになる」という現象も批判されている。⁸⁵

このような批判は、全体として日本の立法の現状を対象としているが、性刑法の場合も類似的な傾向があるかもしれない。なぜかという、フラワーデモの現象を例として、性犯罪に関する無罪の判例が続いて言い渡されたので⁸⁶、被害者の感覚や感情が性犯罪に関する法改正を推進している重要な要素とも言える。⁸⁷特に、このような状況は決して日本に限らず、ドイツも韓国も、性犯罪に対する立法の修正は多くの場合、悪質性が高い性侵害事件と繋がっている。⁸⁸性犯罪に関する刑事法検討会においても、刑法学者より、被害者を援助する者としての委員の方が、性犯罪の立法案について、より積極的な態度を示している。⁸⁹

このような状況に対して、個人的には、理解できると思う。それは、上記の性犯罪の特徴と繋がっており、性犯罪という問題の複雑性をさらに呈示したことである。そもそも、「法学の目的は正しき法の探究にある。正しき方を実定法常実現することにある。換言すれば、立法の上に又司法其他法運用の上に正しき法を実現することこそ凡そ法学究極の目的でなければならぬ。」⁹⁰したがって、解釈論の制限にもかかわらず、性刑法の場合は、性的自己決定権をより正しく保護するためには、比較法の視野を入れる立法論のアプローチは不可欠であると思われる。

比較法の視野を入れて、立法論のアプローチによって性犯罪に関する問題を解決するには、いくつかの難題を解決しなければならないのである。まずは、日本の現行法を分析すると、立法論ではなく、解釈論によって構成要件をさらに緩やかに解釈すれば、問題を解決できるという意識に関する問題である。この問題を解決するためには、性犯罪の具体的な問題に対する分析を通じて、詳細な論証をしようとするので、ここで主に解決したい問題は、立法論自体が直面している難題である。

詳細に言うと、まず、性犯罪の分野で、できるだけ多くの問題を解決するために、比較法的な視野を入れたら、異文化による衝撃は不可避であるという難題がある。川端博教授の見解によれば、国際化によって異文化交流が深まるにつれて、文化的軋轢によって文化的同質性が損なわれ、法律的規制についても対立が生じざるを得ないのである。⁹¹しかしながら、それもなお立法が進んでいる理由とも言えるだろう。すなわち、このような衝撃に直面しているからこそ、法律の規定をさらに明確化する必要性が生じ、立法が推進されるわけである。このように、国際化が刑事立法の時代の幕開けをもたらすことになる。特に性犯罪の分野において、規範論上の規定はその国の性的文化及び国民の性的意識と密接に

⁸⁵ 川崎・前掲注(84) 59頁。

⁸⁶ 福岡地裁久留米支判平31・3・12、静岡地裁浜松支判平31・3・19、名古屋地裁岡崎支判平31・3・19、静岡地判31・3・28。

⁸⁷ 斉藤・前掲注(81) 1頁参照。

⁸⁸ 深町晋也「2016年改正以降のドイツ性犯罪規定について—ドイツ刑法第177条の検討を中心に—」樋口・深町・前掲注(26) 340-341頁参照。張應赫「韓国における性犯罪規定」、同書831頁参照。

⁸⁹ 例えば、法務省の刑事法検討会において、不同意性犯罪を導入することに賛成する委員は、被害者支援都民センター相談員や性暴力被害者支援看護師であり、被害者の立場から性犯罪に対する積極的な法改正を主張している。

⁹⁰ 末弘厳太郎「立法学に関する多少の考察—労働組合立法に関連して」法律時報53巻14号(1981年)14頁参照。

⁹¹ 川端博「『立法』の時代を迎えた刑事法学」学術の動向8巻6号(2003年)40頁。

繋がっており、その反対側である具体的な規範による社会的意識への影響もあるので、性犯罪の立法を検討する際には、このような現実への衝撃や影響も考慮しなければならないのである。

最後に、具体的な条文の書き方についても、立法論によって危機をもたらす可能性はありうるのである。日本の現行刑法を鑑みると、その条文自体はかなり短くて、詳細な規定はなされていない。日本のみならず、中国も、同じような刑法典をもっている。原因として、川端教授の分析によれば、「構成員間に共通認識・共通感覚が多く相互理解の度合いが高いため、詳細な規定を必要としないこととなる。…そして、立法美学の見地からも、欧米の刑事法に見られるような煩雑な条文ではなくて、法内容を簡潔に表現した条文が尊重されることになる」⁹² である。しかしながら、性犯罪の規定に関して、現在法務省において提起されている修正案にせよ、または他国の性刑法に関する規定にせよ、長い規定が書かれて、現行刑法の書き方と比較したら、不自然なところが出てくるかもしれない。この問題を解決するためには、具体的な法提案を考察する必要があるので、ここでは、問題意識として提起しておきたいと思う。

三、イデオロギーの選択

第二節の分析によって、二点が明らかになった。第一点として、「処罰の限界」というと、刑事法による処罰の限界及び現行法による処罰の限界がある。現行法による処罰の限界というのは、いかなる解釈によっても、悪質性及び可罰性に該当する行為を処罰できない行為である。嘉門教授が指摘されたように、「被害者が抵抗困難とは客観的には認められない事例」、「抗拒不能の判断において、被害者の意思に反していたとしても、動機や周辺事情に錯誤があるような場合を広く処罰対象とはされていない」こと及び「被害者が内心において不同意であったとしても、外形上そのことを認識する契機がまったくなければ、行為者の故意を認定することはできない以上、処罰はできない現状」ということはまさに現行法の処罰の限界である。⁹³

しかし、その前に、さらに解決しなければならないのは、刑事法による性的自己決定権に対する保護の限界というものである。このような限界は、例えば、欺罔性交はどこまで処罰すべきか、心理的強制はどこまで認められるべきか、というような問題と繋がっている。これらの問題を解決するために、極めて重要なステップは、性犯罪のイデオロギー上の選択を明確にすることである。理由としては、個人の自由を最大限尊重すべきか、または個人の自由をより厳密に保護すべきか、という問いへの答えは、直接に性刑法のあり方と繋がっているからである。そもそも、個人の自由を最大限尊重するには、逆に個人の自由を損害する恐れがあるので、本稿は積極的なパターンリズムを支持しており、これは決して家父長に対する批判とは矛盾していないと主張したいと思う。

1. イデオロギーの重要性

前述したように、解釈論や立法論にも拘らず、その規範論上の処罰限度に関する問題を

⁹² 川端・前掲注(91)39頁。

⁹³ 嘉門・前掲注(28)63頁。

解決するために、イデオロギーの選択は不可欠である。なぜかという、周知のとおり、法律または国が、国民が自分の自由の一部を譲った結果であり、その代わりに自分の利益を保護するものである。この譲られた自由が多ければ多いほど、国の権力が多くなるわけである。同時に、法律による国民に対する制限も多くなるかもしれない。国家と個人の対立観念は、社会防衛か人権保障かの対立矛盾で複雑微妙な関係を醸し出した結果であると思われる。⁹⁴刑法の場合であれば、刑法の保護的機能と保障的機能とは、相互に対立・矛盾するものであると思われる。これは、刑法が生まれた時から宿命として負わされてきたと指摘された。⁹⁵また、さらに詳細に言うと、性犯罪の分野なら、国民は自分の性的自由を保護するために、刑事規制によって自分の行為を拘束しなければならないのである。しかしながら、この保護と自己拘束の限度は明確とは言えない。

大野真義教授の指摘によれば、「刑法の本質的機能のほか、現実の社会との関連性のもとに刑法が認められる役割として、その社会的機能がある。それは、理念の域を脱して、刑法が現実の社会においてどのような動きをなすべきか、また、どのような行為を犯罪として処罰すべきか、どのような行為を刑法の規制外とすべきかを問うものである。」また、「価値観が極度に多様化しつつある今日、法益保護のための秩序維持を任務とする刑法も、その保護の対象たる法益、すなわち、我々の生活利益は、価値化によって左右されるものであると同時に、利益はそれぞれの関係において相互に衝突し、矛盾しあるものだからである。」⁹⁶したがって、どのような利益を保護すべきか、またはどの程度をその利益を保護すべきかを決定するには、価値判断は不可欠であると思われる。

例をあげると、他の利益のために性的自由を犠牲する場合はそうである。売買春は認容されるべきか、性的資源の交換を自由にされるべきか、という問題に対しては、必ずその国のイデオロギーと繋がっていると思われる。詳しく言うと、個人自由主義を最大限に尊厳する国であれば、売買春の問題は当然個人の自由として、法的干渉を避けるべきであると思われるのである。これに対して、パターナリズム主義が強調された国であれば、やはりその自由の限度を制限しなければならないだろう。また、欺罔性交の場合も、どの程度の欺罔が刑法の処罰範囲に入れるか、という問題もイデオロギーの選択と関連している。以下は詳細な分析をしようとする。

2. 性犯罪のイデオロギーの選択

(1) パターナリズムの必要性

自己決定権という場合、それと親和性があるイデオロギーというと、やはりリバタリアニズムである。また、リバタリアニズム理論にも異なる流派がある。例えば、よく聞こえる「自由主義」というのは、個人の自由を尊重し、これに対する国家の干渉を排除しようとする理論である。これに対して、自由を最大限する理論なら、自由至上主義という理論も存在している。自由至上主義によれば、他者の身体や正当に所有された物質的、私的財産を侵害しない限り、各人が望むすべての行動は基本的に自由であると思われる。

いずれの流派にしても、リバタリアニズム理論によれば、性犯罪の分野にも個人の性的

⁹⁴ 大野・前掲注(61)36頁参照。

⁹⁵ 大野等・前掲注(33)8-9頁参照。

⁹⁶ 大野等・前掲注(33)6頁参照。

自己決定を尊重しなければならないのである。そうすると、例えば、性的提案やオファーが与えられた場合、自分の性的資源によって、他の資源を交換しても、これは個人的な選択であるから、性的な対等交換も認められるべきである。また、欺罔性交の場合も、やはり国民が個人的な選択をするため、選択者自身がより慎重に判断すべきであり、責任を負うべきであると思われがちだ。最後に、未成年者の場合も、性同意年齢の引き上げに対しても、より慎重な検討を行うべきだと思いがちだ。すなわち、一定年齢範囲内の未成年者の性的自由を尊重すべきであるという見解がより適切であるかもしれない。

自己決定権はリバタリアニズムというイデオロギーに親和性があるものの、規範論の問題を取り扱う際には、やはりパターナリズムが、より説得力がある理論であるかもしれない。それは、法律自体の性質と繋がっており、自己決定権の限界とも関係している。しかしながら、規範論上の自己決定権を検討する際に、パターナリズムによって説明することには、やはり矛盾するところが出てくるかもしれない。具体的に言えば、性犯罪の変遷を鑑みると、家父長制度に対する批判は極めて重要な論点であり、性犯罪を変える動力とも言える。しかしながら、現在の法整備と比べてより拡張すべきというパターナリズム式の動きは、家父長制度に対する批判と矛盾しているのではないか、という疑問が出てくるかもしれない。

それは、家父長制はパターナリズムとも言われるからである。パターナリズムというのは、強い立場にある者が、弱い立場にある者の利益のためだとして、本人の意志は問わずに介入・干渉・支援することである。若松良樹教授の見解によれば、パターナリズムは、「個人の自己益を保護するために、当人の意向に反して、選択に介入することを正当と認める立場」として理解することにする。⁹⁷この定義から見れば、家父長制とパターナリズムの定義は非常に近いとも言える。その上で、家父長制に対する批判によって得られる性犯罪の現体系に対して、再びパターナリズムを取り込んでいることは、性犯罪を本来の容姿に戻られるのではないか。確かに、そうと見えるようになっているが、事実はそうではない。

確かに、性的自己決定権を保護するために、「強姦の神話」というような家父長制の下で生まれたジェンダー・バイアスを批判してきたが、刑法上性的自己決定権に対するより厳密な保護を要求するのも、家父長制に対する戦いであると思われる。そもそも家父長制度とパターナリズムとは、一定の共通点があるものの、別々なものである。瀬戸山晃一教授の紹介によれば、「一九七〇年代のパターナリズム論においては、パターナリズムは個人の自由を制約し自律と相いれないものとみなされていた。しかし、八〇年代を境に、パターナリズムはかならずしも自律と対立はせず、むしろ自律を保持するために不可欠なものとしてとらえられるようになる。」⁹⁸このような認識は、パターナリズムというイデオロギーを選択する理由である。

したがって、被害者を保護するために、その法制度の下に隠されたジェンダー・バイアスと繋がっている考え方を壊すことが大切である。詳細に言うと、それは、法律を利用して、男性の女性に対する支配を保護するジェンダー・バイアスを消すことである。結論として、性被害に対する保護の不足を埋めるためには、一定の程度でのパターナリズムが必

⁹⁷ 若松・前掲注(53)23頁参照。

⁹⁸ 瀬戸山晃一「自律にはナッジで十分か？」那須・橋本前掲注(56)203頁。

要であると思われる。

(2) 具体的な運用

結論として、法律上のパターナリズムによって家父長制の下で性的資源を搾取している実態を変えるべきだと思われる。リベラリズム理論のように、パターナリズムにも異なる流派があり、よく「硬いパターナリズム」と「柔らかいパターナリズム」と分けられている。「硬いパターナリズム」というのは、意思決定に瑕疵が認められないにもかかわらず、「当人の真実の利益」という観点から干渉を行う理論である。これに対して、「柔らかいパターナリズム」というのは、個人に十分な判断能力、自己決定能力がある場合、当事者の決定を尊敬する理論である。両者を比較すると、柔らかいパターナリズムの方がよいと思われる理由は、性的自己決定権を保護するために、その自己決定を完全に尊敬しなくても害がない意見は、逆に自己決定権の内実を無視する恐れがあるからだ。齋野彦弥教授が指摘したように、「個人の自己決定権は、その侵害からの完全な保護を追求するならば、かえって自らの自己決定の自由をも制約する結果を生み出すというパラドキシカルな関係にある。」⁹⁹性的自己決定の場合であれば、おそらくこの結果の厳しさは想像より怖いものであるかもしれない。したがって、もっと積極的なイデオロギーが望んでいるにもかかわらず、「柔らかいパターナリズム」の方が性的自己決定権を保護するには役に立てると思われる。

リベラリズム理論が適用される場合と正反対に、パターナリズムを採用すれば、性的提案やオファーに対する干渉も行いがちであり、欺罔性交に対して、法律がより慎重に扱うべきである。また、パターナリズムはそもそも親のように国民を保護すべきである思想であるから、未成年者の場合であれば、この特徴がより明確である。すなわち、性同意年齢について、パターナリズム理論の意見によれば、性同意年齢を上げるべきだという見解が通説であると思われる。しかしながら、より厳密なパターナリズム式の性刑法が作られたら、性同意年齢の引き上げについては、必ずその必要性があるとは言えないから、これらの問題に関しては、特定のイデオロギーが選択された上で、詳細な分析が必要であると考えられる。

第四節 小括

以上から見たように、性犯罪に関する法規制はすでに大きく変わってきたが、残されている未解決な問題もなお多いのである。理由としては、いくつかある。まずは、性的自己決定権は自己決定権の一種類として、それをかなえる条件には不明確さがあるからである。また、自己決定権そのもの自体及び刑法の機能には限界があるのも理由の一つである。最後に、性的自己決定権の特徴はこれらの問題をさらに複雑化しているからである。したがって、性的自己決定権を保護するために、どのような解決策が必要であるか、という問題を検討するには、これらの原因に対する理解は不可欠であると思われる。

⁹⁹ 齋野彦弥「立法問題としての性的自己決定の保護」現代刑事法5巻3号(2003年)29頁。

もつとも、「自己決定」を保障するために、若松良樹教授の見解によれば、二つの道がある。詳細に言うと、「第一の道は、個人の選択を基本的に信頼せず、個人が選択を行う環境を整備し、よい結果をもたらすように、個人の選択を操作する。この道の先には、個人の自己決定権が生き残る余地はないだろう。」そして、「第二の道は、個人の選択が劣悪な環境においてはうまく機能しないことを認めつつ、個人の選択が機能する環境を整備する。この道の先には、自己決定権が果たすべき余地は残されているだろう。両者の間には、個人の選択への信頼の有無という点で、大きな相違が存在している。」¹⁰⁰

この二つの道に関しては、一見すると、性的自己決定とは無関係であるとも見えないかもしれないが、そうではない。なぜかという、性的自己決定はその特殊な個性があるものの、自己決定の一種に過ぎないからである。第一の道に関しては、相当理想的な提案であり、環境に対する要求もかなり高いと思われる。この道を選べる場面なら、やはり医療行為が重要な例である。すなわち、医療行為が行われる場合のように、患者自身の意思が重要であっても、専門知識がある医師の意見がより肝心である。専門知識がついており、説明義務が負わせる医師団体及び医療環境に対する高い標準等は、個人の選択より良い結果が出来上がるかもしれない。しかしながら、性的自己決定を検討する場合は、絶対にそうではないから、第一の道を選ぶことは無理である。また、第二の道であれば、その「劣悪な環境」というと、やはり男女平等が実現し難い現実であると理解できる。このような現実のもとで、性的自己決定権を保障するために、個人の選択能力を認めると同時に、その選択が機能する環境を整備することが必要である。例えば、性的提案が与えられる場合、「No」を言っても、個人のキャリアに悪い影響を及ぼさないことが環境に対する整備に頼っている。イデオロギーの話に戻ると、若松良樹教授が提言された二つの道は、いずれもパターンナリズムの道であり、前者は「硬いパターンナリズム」の道であるものの、後者はいわゆる「柔らかいパターンナリズム」の道である。

また、具体的な方法論に関しては、川端教授の呈示によれば、「研究者として、理論的立場から解釈論上の問題点を提示し、あらゆる理論的可能性を検討した上で、その中から解決策を選択し、さらにそれを理論的・实际的観点検討して『立法論』として提案する必要が生ずる。」¹⁰¹さらに刑事立法の問題を検討すると、刑法学には、立法のための基礎素材を提供するという任務が生ずる。それは、外国法制の現状の紹介・解説という作業である。すなわち、立法論によって問題を解決するには、国際的観点を入れて、比較法的検討が極めて重要な意義をもっているのである。

最後に、立法論を検討する前に、まずその国の法制度を詳しく考察する必要があると思われる。立法論及び積極的なイデオロギーという選択を確定して、解決策の大筋が作られても、具体的な問題と併せて検討しないと、問題を解決できないので、次章においては、日本の現行法及び現行法上の問題を詳しく考察しようと思う。また、日本と同じような規定及び性道徳や性意識上も類似している中国の性刑法を考察した上で、両者の比較法的検討によって、その問題の本質を洗い出すことができると思われる。そこで、次章では、以上のような問題意識に従い、日中の性刑法に関する問題を比較法的に検討しようと思う。

¹⁰⁰ 若松・前掲注 (56) 40-41 頁。

¹⁰¹ 川端・前掲注 (91) 41 頁。

第三章 日中性刑法の比較と検討

性犯罪の保護法益を確定し、規範論上のアプローチを明確化するのは、性犯罪の諸問題を解決するための理論基礎であると思われる。しかしながら、具体的な問題を解決するためには、まず、その問題点を焦点化しなければならない。すなわち、性刑法の具体的な考察をして、それぞれの問題点を明確化することは、極めて重要である。近年、日本においては、性犯罪に関する立法的動きも多いし、理論上の検討も盛んに行われている。これらの動向によって、日本性刑法の問題点はすでに相当程度に明らかになってきたが、多くの問題に関して、定論がないのが日本性刑法の現状である。したがって、本章においては、日本の性犯罪に関して、歴史的考察をすることによって、性刑法の諸問題をさらに明らかにしたいと思う。特に、性刑法の諸問題は現代社会に特有のものではないことを説明したいと思う。同じような問題は、歴史上すでに何度も起きており、今日提起された提案も、かつてなされたが採用されなかった経緯及びその理由を解明することは、相当な参考的意義がある。

一方、単に日本の状況を分析することだけでは、視野が制限される恐れがあるので、日本の性刑法と共通点がある中国の性刑法に対する検討によって、それらの問題点をより全面的に把握することができると思われる。そもそも、日本と中国とは、刑法の共通点が多いし、両国の性文化や性的意識も似ているところがかなり多いのである。

したがって、本章では、日本と中国の性刑法を詳細に分析して、その問題点や判例上の考え方を明らかにした上で、性刑法の問題の実質的側面をまとめる。具体的には、本章では、第一章と第二章での検討を踏まえた上で、歴史的な角度から、日本刑法と中国刑法の性犯罪に対する刑事規制はどのように規定されていたか、どのように変化してきたか、さらに、共通の問題点は何かについて、詳しい検討を行うこととする。

第一節 日本における性刑法

一、歴史的考察

歴史的に考察すると、日本の現行刑法は1907年（明治40年）に制定されてから、2017年（平成29年）の法改正まで、性犯罪に関する部分は1958年と2004年に細かく調整されただけである。¹従来の法律規制が性犯罪の変化に効果的に対応できない実態を認識した後、日本の国会は、2017年に専門家や学者が何度も議論した性犯罪修正法案を可決した。2017年の法改正が、日本の性犯罪を修正する決意を示しているが、いくつかの課題には、問題点がなお残されていることで批判されている。残された未解決の課題と司法判例上現れた

¹ 具体的に言えば、輪姦形態による強姦罪等の非親告罪化（1958年）及び集団強姦罪の新設（2004年）である。渡邊泰洋「わが国の刑法における性犯罪規定改正の比較法的考察—スコットランド2009年法を参考に—」拓殖大学論集：政治・経済・法律研究21巻2号（2019年）104頁参照。

問題は、日本社会が法改正から3年後に、再び性犯罪立法の改正を求める声を巻き起こし、法務省が対応を迫られることになった。

注意すべきなのは、性刑法に関する諸問題は近年注目されるようになってきたが、時代の発展とともに新しく出てくる問題ではなく、むしろ社会意識の改変によって認識されるようになっている問題だということである。この点に関しては、日本の歴史上、刑法に関するいくつかの重要な時点を検討することによって、説明することができる。特に、2017年法改正以前の性刑法を考察すると、今日と類似している問題が、当時でも検討されていたが、未解決の問題として残されていた。

1. 2017年法改正前の性刑法

(1) 明治13年旧刑法

日本において、1880年(明治13年)7月17日太政官布告第36号により発布された刑法典は、1882年(明治15年)1月1日に施行されてから、現行刑法が施行される1908年(明治41年)10月1日まで、26年間効力を有した。旧刑法において、性犯罪に関する条文は第三編「身體財産ニ對スル重罪輕罪」第十一節「猥褻姦淫重婚ノ罪」に規定されており、以下のように、第三百四十六条から第三百五十四條までの九条である。

第 346 条 十二歳ニ滿サル男女ニ對シ猥褻ノ所行ヲ爲シ又ハ十二歳以上ノ男女ニ對シ暴行脅迫ヲ以テ猥褻ノ所行ヲ爲シタル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

第 347 条 十二歳ニ滿サル男女ニ對シ暴行脅迫ヲ以テ猥褻ノ所行ヲ爲シタル者ハ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ四圓以上四十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

第 348 条 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

第 349 条 十二歳ニ滿サル幼女ヲ姦淫シタル者ハ輕懲役ニ處ス若シ強姦シタル者ハ重懲役ニ處ス

第 350 条 前數條ニ記載シタル罪ハ被害者又ハ其親屬ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス

第 351 条 前數條ニ記載シタル罪ヲ犯シ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ毆打創傷ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス但強姦ニ因テ癱篤疾ニ致シタル者ハ有期徒刑ニ處シ死ニ致シタル者ハ無期徒刑ニ處ス

第 352 条 十六歳ニ滿サル男女ノ淫行ヲ勸誘シテ媒合シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

第 353 条 有夫ノ婦姦通シタル者ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス其相姦スル者亦同シ

2 此條ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス但本夫先ニ姦通ヲ縱容シタル者ハ告訴ノ効ナシ

第 354 条 配偶者アル者重ネテ婚姻ヲ爲シタル時ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

上記の条文を詳細に分析すると、以下の点が明らかである。

第一に、第三百四十六条と第三百四十七条の規定によると、わいせつ罪の対象は、旧刑法から、男女を問わず、被害者になりうるが、第三百四十八条の規定によれば、強姦罪の対象は女性に限られている。強姦罪の実行様態も、伝統的な性交行為に限られている。これらの問題点の理由に関しては、すでに前章において分析したように、主に家父長制の考え方と繋がっているのである。

第二に、現在も盛んに議論されている性同意年齢に関しては、旧刑法の規定によると、十二歳であったが、現在の規定と比べると、かなり低い年齢である。理由として、旧刑法の時代背景は、現在と相当違っているからである。詳細に言うと、そもそも古い時代においては、性成熟の年齢は今より早いと思われており、結婚年齢も今より早いと規定されていた。周知のように、2018年（平成30年）法律第59号による改正により、女性の婚姻適齢が16歳から18歳に引き上げられたが、より以前の明治民法の第七百六十五条によれば、女性の結婚年齢は15歳であると規定されていた。15歳の年齢というのは、現代の視点によって考察すると、まだ中学生または高校生であるが、当時はすでに結婚できる年齢であると考えられていた。このような背景の下で、性交同意年齢は12歳であることも理解できるだろう。

第三に、第三百四十八条においては、強姦罪の手段は明確にされていないが、酒等を用いて人を昏睡させるまたは精神を錯乱させて姦淫した場合も強姦罪によって処罰されるように規定されていた。これは、現行法の準強制性交等罪の手段要件を強姦罪の規定に入れるやり方であるが、かなり有益な示唆であるかもしれない。第四章でさらに詳しく展開されるが、ここで簡単にまとめておきたい。すなわち、性犯罪の本質が不同意であると認められると、準強制性交等罪や準強制わいせつ罪の存在の意味も再検討を余儀なくされるからである。

最後に、地位・関係性を利用した性的行為に関しては、旧刑法には規定されなかったが、旧刑法の前に、明治9年（1876年）「日本刑法草案会議において検討された案」において、当該行為に対する処罰はすでに議論されていた。²しかしながら、当時の立法案は、身分によって行われた性犯罪を加重類型として規定されており、現に検討している新たな犯罪類型としての罪名とは、相当な違いがあると思われる。

（2）明治40年刑法と昭和49年前の改正案

明治40年（1907年）刑法というのは、現行刑法とも呼ばれている。これは、明治40年4月24日に公布され、明治41年10月1日に施行された刑法であり、平成29年の法改正の対象である。明治40年刑法の性犯罪に関する条文について、以下で挙げられた三条より多いが、平成29年法改正の主な条文を例として列挙して、後述の改正草案及び改正案と比較検討をする。

第176条 十三歳以上の男女に対し、暴行又は脅迫を用いてわいせつな行為をした者は、六月以上七年以下の懲役に処する。十三歳未満の男女に対し、わいせつな行為をした者も、同様とする。

第177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。

第178条 人の心神喪失若しくは抗拒不能に乘じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、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。

旧刑法と比べると、主に以下の二点が変わった。

² 性犯罪に関する刑事法検討会第5回会議（令和2年8月27日）配布資料26「地位・関係性を利用した性的行為に関する議論の経緯等」1頁参照。

第一点は、性交同意年齢の引上げである。明治40年刑法が制定された前の法律取調委員会委員総会において、暴行・脅迫や被害者の同意の有無を問わずに強姦罪が成立することとなる被害者の年齢を13歳未満又は14歳未満に引き上げるることについて議論がなされた。その際、女子の月経開始期が平均13歳何か月とのことであったことを理由に、13歳未満とすることに賛成する意見が表明されるなどし、これに賛成する者が多数であったことから、明治40年刑法では、性交同意年齢は13歳未満とされた。³

そして、第二点は、準強制わいせつ罪・準強姦罪が単独の条文になった点である。旧刑法が制定された後、現行刑法が制定されるまでの諸刑法草案を考察すると、初めて暴行・脅迫手段を区別して、準強制わいせつ罪・準強姦罪を規定するのは明治23年改正刑法草案である。その後、明治35年改正刑法草案までの改正刑法草案を考察すると、両規定を再び一つの条文に入れたことが多いが、明治39年刑法改正案と現行法には、両者を区別して規定されていた。⁴

また、明治40年刑法が公布された後、大正10年(1921年)、現行刑法を本格的に改正するために、仮案の立案が開始された。当時の司法省刑事局長林頼三郎幹事は、諮問の2つ目の「人身及び名誉の保護」を完全化すべき具体例として、臨時法制審の場で性犯罪を挙げ、特に欺罔行為等を用いた姦淫行為を挙げていた。具体的に言えば、当時、「現行刑法では、財産犯は周密にできており差し支えないが、人身名誉を軽く、婚姻を偽る場合等に、詐欺は処罰されているのに性犯罪には規定が全くなく、物質偏重のあらわれ、と例をあげている。」⁵その故に、仮案第395条「婚姻をなすべきことをもって婦女を欺罔しこれを姦淫したる者は三年以下の懲役に処す」が規定されていた。⁶婚姻を理由としたとしても、純粋な欺罔による性交等を処罰することは、現在ではあまり想定されていないという相違もある。

その後、昭和49年(1974年)の改正刑法草案の前に、後一つ重要な案は昭和2年(1927年)の「刑法改正予備草案」である。昭和2年1月に、刑法改正原案起草委員会が設置され、いわゆる「刑法改正予備草案」を作成した。性犯罪に関して、重要な条文は以下のようなものである。「刑法改正予備草案」第三百五条によって、親族もしくは家族の関係または業務もしくは雇傭の関係上自己の監督に服する未成年者の婦女に対し威力を用いてこれを姦淫したる者は5年以下の懲治に処す。そして、第三百六条によれば、婦女を欺罔しこれを姦淫したる者は3年以下の懲治に処す。嶋矢貴之教授の意見によれば、この時点では、「欺罔は別枠で最も軽い類型に当たると考えられ、欺罔の内容は限定せずに処罰を意図していたことになる」ということである。⁷また、49年改正刑法草案を考察すると、これらの条文と近い規定がなお提言されて、明文化されていた。

³ 性犯罪に関する刑事法検討会第5回会議(令和2年8月27日)議事録32頁(岡田参事官)。

⁴ 詳細に言うと、明治28年刑法草案、明治30年刑法草案、明治34年刑法改正案、明治35年刑法改正案には、強姦罪と準強制強姦罪が一つの条文で規定されていた。性犯罪に関する刑事法検討会第5回会議(令和2年8月27日)配布資料23「強制性交等罪における『暴行』、『脅迫』の要件の沿革」4-5頁参照。同会議、配布資料24「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」2-5頁参照。

⁵ 嶋矢貴之「現行刑法下戦前期における性犯罪規定の立法・判例・解釈論」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』(有斐閣、2017年)287頁。

⁶ 嶋矢・前掲注(5)285頁。

⁷ 嶋矢・前掲注(5)292頁。

(3) 昭和 49 年改正刑法草案

昭和 49 年 (1974 年) 5 月 29 日、法制審議会決定によって、改正刑法草案が決定された。周知のように、明治 40 年刑法は、犯罪に関する総則規定及び犯罪の個別的要件やこれに対する刑罰を定める基本的法律である。制定以来、随時条文に対する修正は行われていたものの、半世紀以上の間における社会情勢及び国民感情の推移、明治 40 年刑法が想定していない問題も現れた。そこで、当時の法制審議会は、罪刑法定主義の明文化や先端的な争点に関する規定に関して、刑法の全面的な改正となる改正刑法草案を決定した。当時、この草案は、刑法学者や日本刑法学会、日本弁護士連合会や各種の人権団体などから、重刑主義や刑罰拡大主義に陥っていたこと、言論・表現の自由に対しても抑圧しすぎることで、内容が国家主義的であることなど、多くの批判を受けた。⁸

しかしながら、これらの批判を今日再び考えると、特に性犯罪に関する規定を対象とすると、異なる結論に至る可能性もあるだろう。下記のように、性犯罪に関するいくつかの重要な条文⁹を考察すると、明治 40 年刑法の規定とは違っている点は主に三つある。

- | | |
|---------------------------------|--|
| 第 296 条
(強姦) | 暴行又は脅迫を用いて、女子を姦淫した者は、2 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 297 条
(強制わいせつ) | 暴行又は脅迫を用いて、人にわいせつの行為をした者は、6 月以上 7 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。 |
| 第 298 条
(幼年者の姦淫・わいせつ) | 14 歳未満の女子を姦淫した者は、2 年以上の有期懲役に処する。
2. 14 歳未満の者にわいせつの行為をした者は、6 月以上 7 年以下の懲役に処する。 |
| 第 301 条
(被保護者の姦淫) | 身分、雇用、業務その他の関係に基づき自己が保護し又は監督する 18 歳未満の女子に対し、偽計又は威力を用いて、これを姦淫した者は、5 年以下の懲役に処する。
2. 精神障害の状態にある女子を保護し又は監督する者が、その地位を利用して、その女子を姦淫したときも、前項と同じである。 |

第一に、強姦罪及び強制わいせつ罪に関して、明治 40 年刑法と比べると、二つの区別がある。まずは、幼年者に対する姦淫・わいせつ行為の処罰規定を独立の条文に移した点である。理由としては、このような規定のあり方は、被害者の年齢によって構成要件が区別できるし、暴行・脅迫要件は一定の年齢以上の場合のみ犯罪の成立を限界づけることがさ

⁸ 小野清一郎「改正刑法草案の批判に対する再批判 (上)」ジュリスト 570 号 (1974 年)18-20 頁参照。佐伯千仞「刑法改正草案の問題点—少数意見の立場から—」同書 37-43 頁参照。平場安治「改正刑法草案に対する若干の批判」同書 44-52 頁参照。

⁹ 条文は、法務省刑事局『改正刑法草案の解説』(大蔵省印刷局、1975 年) 294-297 頁参照。

らに明確にすることができるからである。¹⁰そして、第二の区別は、改正刑法草案は旧刑法と同じく、準強姦罪や準強制わいせつ罪の手段要件が強姦罪と強制わいせつ罪の規定に含められていた。当時の理由としては、両者の犯罪行為の性質から見ると、共通性が高いのである。¹¹このような包括的な規定は現在議論されている性犯罪規定に対する構想と近づいており、個人的には、より理解やすいと思っている。詳細な分析は第四章で展開しようと思う。

そして、第二に、明治40年刑法の規定と比べると、若年者に対する絶対的な保護は13歳から14歳に引き上げられた。この点については、当時批判されており、特に14歳に引き上げられた理由が不明確であるという理由によって、この条文を批判した。特に、「同年配ないし年齢の接近した若年者間の性的交渉を直ちに犯罪視しないための」配慮が必要であると指摘された。¹²この問題は、今日もなお検討中であるので、後述は更なる分析をする。

最後に、第三に、第三百一条で規定されている「被保護者の姦淫」という条文が十八歳未満の女子と精神障害の状態にある女子に限られていても、地位・関係性を利用する性犯罪という類型がすでに立法者で注意された点は、明らかである。改正刑法草案の解説によれば、この条文を設けた趣旨は、社会的関係の上から特に弱い立場にある女子に対する保護の強化を図ることにある。詳細に言うと、「他人の保護・監督下にある女子、特に年少の女子あるいは精神障害の状態にある女子は、保護・監督者の支配的影響を受けやすく、このような関係を利用して行われる姦淫は、形式的にはその女子の任意の承諾に基づくような外観を呈するが、実質的にはその真意に反し、女子の性的自由を侵害するとみられる場合が多いので、諸外国の立法例をも考慮しつつ(スイス刑法第九十二条、第九十七条、スウェーデン刑法第六章第二条、第四条、西ドイツ刑法第七十四条、イタリア刑法第五百十九条等)、従属的地位にある者に対する姦淫のうち、処罰価値が特に大きいと考えられる場合について新たに規定を設けることとした。」¹³

また、特に保護する対象を「十八歳未満の女子」に限定していたことについて、改正刑法草案の解説によれば、「自己の利害についてある程度の判断ができる年齢の女子までを対象とすることは適当でないこと、手段としての偽計又は威力がやや広い概念であるので、客体の範囲をあまりに広くすると、処罰の範囲が不当に広がるだけでなく、乱告訴等の弊害を生ずるおそれもあることなどの理由から、従属的地位にあること及び十八歳未満であることという二つの限定を付することとした。」¹⁴最後に、「身分、雇用、業務その他の関係に基づき自己が保護し又は監督する」要件は、「ある程度継続的な社会的関係に基づいて十八歳未満の女子を保護・監督し、その意思決定に影響を及ぼし得ると通常考えられるような立場に立っていることをいう。」¹⁵しかしながら、乱告訴等による悪用の弊害に加えて、違法性の高い場合は、既存の規定である程度までかなえることという事実を鑑みると、この

¹⁰ 松尾浩也「第三十章 姦淫の罪」平場安治・平野龍一『刑法改正の研究2 各則:改正草案の批判的検討』(東京大学出版会、1973年)328頁参照。

¹¹ 松尾・前掲注(10)328頁参照。

¹² 松尾・前掲注(10)330-331頁参照。

¹³ 法務省刑事局・前掲注(9)297頁。

¹⁴ 法務省刑事局・前掲注(9)297頁。

¹⁵ 法務省刑事局・前掲注(9)297頁。

条文の新設の要否が疑問された。¹⁶

第三百一条で規定された条文の創設及びこれに対する解説は非常に興味深いと思われる。特に、当時ドイツとアメリカ等の刑事法学の影響を受けて、日本においても地位・関係性を利用した性犯罪の必要性を気づいて、さらに平成 29 年創設された監護者性交等罪より処罰範囲が広い罪名を提案するのは、検討する価値があると思われる。また、最後この草案が採用されなかった理由を探求するのは、現在の検討会における議論の状況をさらに理解できるかもしれない。例えば、草案が「処罰万能の重罰主義」であるかどうか¹⁷という問題に関する検討をしていることは、今日でも重要であると思われる。この点は、すでに第二章で、刑法の機能に対する分析によって検討したが、歴史的な視野に見れば、50 年ぐらい前の草案は、今日もなおなかなか進めない理由も慎重に検討する必要があると思われる。

2. 2017 年の法改正について

平成 16 年刑法等改正の際、「衆・参法務委員会附帯決議」は、性犯罪に対する反省の必要性を指摘した。衆議院法務委員会における附帯決議第 4 項は、「性的自由の侵害に係る罰則の在り方については、強盗罪等の法定刑の適正化を図りつつ、それらとの権衡を考慮し、さらに検討に努めること」を強調した。同時に、参議院法務委員会における附帯決議第 4 項も「性的自由の侵害に係る罰則の在り方については、被害の重大性等にかんがみ、さらに検討すること」を提言した。

その後、平成 22 年刑法等改正の際、衆・参法務委員会は、さらにこの問題を提起した。それゆえ、平成 22 年 12 月第 3 次男女共同参画基本計画によって、「強姦罪の見直し(非親告罪化、性交同意年齢の引上げ、構成要件の見直し等)など性犯罪に関する罰則の在り方を検討する」という方針を確定した。

平成 26 年 10 月から、法務大臣の指示により、「性犯罪の罰則に関する検討会」が開催されており、平成 27 年 8 月、検討結果が取りまとめられた。平成 27 年 10 月、法務大臣から法制審議会に対し、性犯罪に対処するための刑法の一部改正に関する諮問(諮問第 101 号)が行われて、同年 11 月から平成 28 年 6 月までの間、刑事法(性犯罪関係)部会が開催された。同年 9 月、法制審議会から法務大臣に対し答申をした。その後、平成 29 年 3 月 7 日、「刑法の一部を改正する法律案」を閣議決定として、第 193 回通常国会に提出した。同年 6 月 16 日、「刑法の一部を改正する法律(平成 29 年法律第 72 号)」が成立されており、同年 7 月 13 日、同法が施行された。¹⁸その法律案の要綱を考察すると¹⁹、主に八条があるが、以下では、いくつか重要な条文を列举して、分析する。

1 条 強制性交等

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こととし、十三歳未満の者に

¹⁶ 松尾・前掲注(10) 332-333 頁参照。

¹⁷ 小野・前掲注(8) 115-117 頁参照。

¹⁸ 性犯罪に関する刑事法検討会第 1 回会議(令和 2 年 6 月 4 日)配布資料 2「平成 29 年刑法改正に至るまでの検討経緯」参照。

¹⁹ 第 4 回児童虐待防止対策に関する関係府省庁連絡会議(平成 29 年 6 月 29 日)資料 2「刑法の一部を改正する法律の概要」参照。

対し、性交等をした者も、同様とすることとした。(第一七七条関係)

2条 準強制性交等

人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、性交等をした者は、1の例によることとした。(第一七八条第二項関係)

3条 監護者わいせつ及び監護者性交等

(一) 十八歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じてわいせつな行為をした者は、第一七六条の例によることとした。(第一七九条第一項関係)

(二) 十八歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じて性交等をした者は、1の例によることとした。(第一七九条第二項関係)

(三) (一)及び(二)の未遂は、罰することとした。(第一八〇条関係)

(四) (一)から(三)までの罪を、国民及び国民以外の者の国外犯とすることとした。(第三条、第三条の二関係)

7条 強姦罪等の非親告罪化

(一) 第一八〇条を削ることとした。

(二) 第二二五条の罪(わいせつ又は結婚の目的に係る部分に限る。以下この(二)において同じ。)、第二二七条第一項の罪(第二二五条の罪を犯した者を幫ほう助する目的に係る部分に限る。)及び第二二七条第三項の罪(わいせつの目的に係る部分に限る。)並びにこれらの罪の未遂罪は、第二二九条の規定から削ることとした。(第二二九条関係)

(1) 性別の中立化及び性交範囲の拡大化

法改正前の強姦罪は、男性が女性を姦淫した行為だけを処罰するのが日本憲法第14条に規定された两性平等に違反していたかどうかについて、相当な議論がなされた。日本の最高裁判所大法廷の1953年6月24日の判決においては、「男女両性の体質、構造、機能などの生理的、肉体的等の事実に基き且つ實際上強姦が男性により行われることを普通とする事態に鑑み、社会的、道徳的見地から被害者たる『婦女』を特に保護せんがためであつて、これがため『婦女』に対し法律上の特権を与え又は犯罪主体を男性に限定し男性たるの故を以て刑法上男性を不利益に待遇せんとしたものでないことはいうまでもないところであり、しかも、かかる事実に基く婦女のみの不均等な保護が一般社会的、道徳的観念上合理的なものであることも多言を要しない」から、当時刑法一七七条の規定は、憲法一四条に反するものとはいえない、と判示された。²⁰しかしながら、社会的、道徳的見地は、1953年当時と現在では大きく変わってきており、性犯罪における性別差異を維持することが妥当ではないかという疑問が提起されるようになってきた。²¹

一方、性交の範囲について、改正前の刑法によれば、強姦罪は男性による女性への膣性交しか処罰していなかった。その背後にある考慮は、このような「正常」な性交行為が被害者を妊娠させるリスクがあり、少なくとも生殖行為の象徴的な意味を持っているため、他の性犯罪に比べて処罰が重いことだ。しかし、性犯罪規定の性別差異を消すことによって、同性間の性被害行為も処罰の範囲に入れなければならないので、伝統的な性交行為に

²⁰ 最高裁判所刑事判例集7巻6号1368頁参照。

²¹ 佐伯仁志「日本の性犯罪—最近の改正の動き—」甲斐克則編『日中刑法総論・各論の先端課題』(成文堂、2018年)152-153頁参照。

加えて、肛門性交も口腔性交も強制性交等罪の処罰範囲に入れた。同時に、強制性交等罪に対する重罰の考慮は、いわゆる妊娠リスクではなく、他人との「濃密」な身体接触を強制されることにあるという考え方も有力になっている。²²

(2) 法定刑の修正

平成 29 年の改正に先立ち、日本においては、強盗罪の法定刑は 5 年以上の懲役、強姦罪の法定刑は 3 年以上の有期懲役と規定されていた。これに対し、両者の法定刑の不均衡は、性的自己決定権が財産権より軽く保護されていることを示しているので、妥当ではないと考えられている。²³このため、平成 29 年の刑法改正は強姦罪(強制性交等罪)の法定刑下限を過去の 3 年間から 5 年間に引き上げた。

実際に、性的自己決定権と財産権に対する刑法による保護の不均衡の問題について、アメリカにおいても、同様の批判がある。例えば、*Unwanted Sex* という本の著者の見解によれば、財産権を侵害する犯罪であれば、被害者に恐怖を感じさせる行為で財産を得ることは、強制的であると評価されているものの、行為者が自分の身体的優越性や上下関係を利用して、被害者に性的行為を強制した場合、明らかな暴行や脅迫という客観的要素が存在しなければ処罰されないのは、合理的ではないと思われる。²⁴このような批判のロジックは、性的自己決定権が財産権より重要な権利であるのに、これに対する保護がより弱いのは、理不尽であるということである。しかし、上記の見解は法定刑の違いを批判対象としていなくて、主に両罪名の判断基準を批判している。これに対して、日本においては、財産権と性的自己決定権に対する保護の不均衡を理由として、性犯罪の法定刑の下限を引き上げたが、なるべく性の自己決定権に対する保護範囲を拡張するためには、法定刑の下限を高めることは逆の結果を引き起こす可能性がある。すなわち、平成 29 年においてなされた性犯罪の法定刑に関する修正について、法定刑の下限を引き上げたことは、逆に萎縮的な効果が生じたのではないかという疑問も提起されている。²⁵

(3) 新たな罪名

「児童の権利に関する条約」第十九条 1 の規定によれば、「締約国は、児童が父母、法定保護者又は児童を監護する他の者による監護を受けている間において、あらゆる形態の身体的若しくは精神的な暴力、傷害若しくは虐待、放置若しくは怠慢な取扱い、不当な取扱い又は搾取(性的虐待を含む。)からその児童を保護するためすべての適当な立法上、行政上、社会上及び教育上の措置をとる」べきである。²⁶

このような要請を踏まえて、平成 29 年の法改正によって、監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪が新設された。具体的な規定によれば、十八歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じて性的行為をした者は当該罪名に該当する。この罪名を理解するために、二つの問題が重要である。第一は、監護者の定義とい

²² 橋爪隆「性犯罪に対処するための刑法改正について」法律のひろば 70 巻 11 号(2017 年) 5 頁参照。

²³ 性犯罪の罰則に関する検討会第 1 回会議(平成 26 年 10 月 31 日)議事録 5 頁参照。

²⁴ See Stephen J. Schulhofer, *Unwanted Sex- The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard University Press (1998), p4.

²⁵ 前掲注(3) 6 頁参照(宮田桂子委員)。

²⁶ 「児童の権利に関する条約」全文参照。https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jido/zenbun.html

う問題である。一般的に、監護者と被監護の者の間には、法律上の監護権限があるかどうかを考慮する必要はなく、一定時間継続的、事実上、依存と被依存または監護と被監護の関係が必要であると思われる。²⁷第二の問題は、監護者の影響力を利用したことである。この問題については、まず影響力があるかどうかを確定しなければならない。「影響力があることに乗じる」を限定的に解釈する見解によれば、監護者が被害者の意思決定、価値観、倫理観などの形成に重要な影響を及ぼす場合、性的行為をするのは、監護者の影響力を利用する行為と評価される。²⁸

詳細に言うと、「影響力」を認定する過程で考慮すべきことは、被監護者の年齢、被監護者が監護者から感じる精神的権威、経済的支援などの要素である。²⁹例えば、監護者に従わないと、不利な影響を受ける不安感、性交行為に同意することが監護者の歓心を得るためであるかどうかなどが含まれている。³⁰また、今井猛嘉教授の見解によれば、18歳未満の収容施設の職員と被収容者の間、特に児童養護施設では、被管理者の生活が管理者に完全に依存している場合にも、監護者の影響力が認められるべきだ、とされる。同様に、日本の現行法によると、教師18歳未満の学生の間には親子関係に相当する相互依存関係があるとは言い難いが、スポーツ訓練のために長時間指導者と合宿しているような場合、指導者と被指導者の間に監護者の影響力があることを肯定する余地もある。³¹

私見によれば、この罪名の設立は暴力・脅迫要件に対する緩和が行われなかったことに対する補充とも見なされ、他の方法で被害者の意思に反して、わいせつ・性交行為に抵抗できないようにする行為パターンの類型化であると考えられる。台湾刑法を鑑みると、似たような規定があり、日本現行法より、広く規定されている。詳細に言うと、台湾刑法228条によれば、親族、監護、養護、教育、訓練、慈善事業、医療、公務、業務あるいはその他類似の関係より自己の監督、扶助または世話を受ける人に対して、権勢や機会を利用して性交する行為は刑罰に処せられる。³²もちろん、この罪名の創設は台湾で学者の批判を受けており、司法実務上の実践もまだ十分ではないが³³、個人的には、このような類型化する立法が、性的自己決定権をより広く保護するためには必要であると考えられる。しかし、監護者性交等罪より処罰範囲が広い罪名を設けるべきか、という問題も、現に盛んに議論されている問題の一つであり、第四章でさらに展開する。

(4) 非親告罪化

歴史的考察をすると、明治13年の旧刑法の段階から、強姦罪や強制わいせつ罪については親告罪とされていた。その立法時の議論を見ると、被害者の名誉を害することがあり得るため告訴を待つべきだ、などとされている。その後、明治40年の現行刑法制定時におい

²⁷ 今井猛嘉「監護者わいせつ罪及び監護者性交等の罪」法律時報90巻4号(2018年)64頁参照。

²⁸ 橋爪・前掲注(22)10頁参照。

²⁹ 今井・前掲注(27)64-65頁参照。

³⁰ 橋爪・前掲注(22)8頁参照。

³¹ 今井・前掲注(27)66頁参照。

³² 条文の翻訳は、黄士軒「台湾における性犯罪規定」樋口亮介・深町晋也編著『性犯罪規定の比較法研究』(成文堂、2020年)949頁参照。

³³ 王曉丹「性暴力法制的歴史交織交織：一个性別批判的觀點」陳瑤華主編『台湾婦女处境白皮書：2014年』(台湾女書文化事業有限公司、2014年)287-288頁参照。

ても、同じように強姦罪等が親告罪とされた。しかし、昭和 33 年の刑法改正において、いわゆる輪姦的形態による強姦等については、暴力的犯罪としての凶悪性が著しく強度であるということなどを理由として非親告罪化された。それ以降、刑法の口語化、集団強姦罪の創設といった改正があったが、親告罪の範囲そのものは変更がなかった。³⁴

しかしながら、2010 年に公表された「第 3 次男女共同参画基本計画」の中で、男女平等を実現するため具体的施策の一つとして、性犯罪への厳正な対処が定められた。そこでは、強姦罪の構成要件の見直しと並んで、性犯罪の非親告罪化も挙げられていた。³⁵改正前の日本刑法百八十条は、強制わいせつ罪、強姦罪、準強制わいせつ罪及び準強姦罪について、被害者が訴訟を起さなければ公訴できない、と規定していた。前述したように、当時、このような罪名を親告罪と規定した立法の目的は、被害者の意志を尊重し、プライバシーを守ることであった。しかし、現実的にこのような規定は被害者に精神的な負担をかけた、通報後に行方者の報復を受けることを恐れたりして、自分の権利の保護を主張することはできないため、平成 29 年の法改正では、これらの罪名を非親告罪化した。³⁶

3. 近年の状況について

平成 29 年改正法附則第 9 条によれば、「政府は、この法律の施行後 3 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」が規定されている。³⁷

法務省では、この検討に資するために、平成 30 年 4 月から、省内の関係部局の担当者を構成員とする「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」を開催し、各種の調査・研究や被害当事者・被害者支援関係者等からのヒアリング、ワンストップ支援センターの視察等により実態把握が進んだ。令和 2 年 3 月、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取りまとめ報告書が公表された。また、刑事法に関する調査・研究としては、平成 29 年改正法による改正後の規定の施行状況に関する調査、平成 30 年度の裁判例・不起訴事件の調査、海外法制の調査等を行った。そして、これらの調査・研究やヒアリング結果等をも踏まえ、法改正の要否・当否について、性犯罪に関する刑事法検討会の開催が決定された。³⁸

そこで、令和 2 年 6 月 4 日から令和 3 年 5 月 21 日にわたって、16 回の会議を通して、「性犯罪に関する刑事法検討会取りまとめ報告書」が公表された。検討会の取りまとめ報告書によると、性犯罪被害の特徴という議論の前提を踏まえて、主に二つの点に関する議

³⁴ 性犯罪の罰則に関する検討会第 4 回会議（平成 26 年 12 月 24 日）配布資料 14「性犯罪が親告罪とされた理由等について」参照。

³⁵ 内閣府男女共同参画局「第 3 次男女共同参画基本計画」（第 9 分野「女性に対するあらゆる暴力の根絶」）（平成 22 年 12 月 7 日）参照。

³⁶ 辻本典央「強姦罪等の非親告罪化」犯罪と刑罰 26 号（2017 年）85-89 頁参照。

³⁷ 性犯罪に関する刑事法検討会第 1 回会議（令和 2 年 6 月 4 日）配布資料 1「刑法の一部を改正する法律（平成 29 年法律第 72 号）附則第 9 条並びに同法律案に対する衆議院法務委員会及び参議院法務委員会における附帯決議」。

³⁸ 令和 3 年 5 月「性犯罪に関する刑事法検討会取りまとめ報告書」1 頁参照。

論が行われた。第一の点は、性犯罪の保護法益に関する議論である。第二の点は、性的行為に対する同意に関する議論である。³⁹性犯罪被害の特徴も、性犯罪の保護法益に関しても、すでに第二章及び第一章に検討を加えたので、ここでは、主に第二の問題点を焦点化して、検討をする。この問題に関しては、更なる検討をするので、ここではまず、不同意性交等罪に関する賛成意見と反対意見の結論意見を挙げておきたい。

詳細に言うと、性的行為に対する同意の問題について、刑事法検討会取りまとめ報告書によると、「性犯罪の処罰規定の本質は、被害者が同意していないにもかかわらず性的行為を行うことにあるとの結論に異論はなかった。」⁴⁰しかしながら、その上で、どのような性的行為は処罰の対象になるべきか、特に不同意性交等罪に対しては、異なる意見が述べられた。賛成意見によれば、「性交は、双方が合意を形成しながら互いに参加して行うものであるから、相手方から明確な同意を得ていない性交は処罰されるべき」である。⁴¹反対意見として、主に主観要件としての同意と日本の実情への懸念による見解である。例えば、反対意見として、性的行為はコミュニケーション手段の一つであり、性的行為に至る過程も様々であって、ノンバーバルなコミュニケーションにおいて、同意の有無についての認識に齟齬が生じることがあり得るところ、不同意性交罪の創設は新しい問題を生じる恐れがある。また、日本の事情を鑑みると、そもそも「性的同意」という概念が浸透しておらず、社会的に何を性的行為の同意と見るかが曖昧で、明確な拒絶の意思表示がないことが同意を示すものではないということが理解されていないため、性的行為に対する同意の在り方について国民の間で議論することが必要であると思われる。⁴²

上記の令和2年の性犯罪に関する刑事法検討会の議論を踏まえて、令和3年10月27日、刑事法（性犯罪関係）部会第1回会議が開催された。要旨としては、近年における性犯罪の実情等に鑑み、この種の犯罪に適切に対処するため、所要の法整備を早急に行う必要があると思われる、ということである。⁴³具体的に、三つの事項が指摘された。第一に、相手方の意思に反する性交等及びわいせつな行為に係る被害の実態に応じた適切な処罰を確保するための刑事実体法の整備である。第二に、性犯罪の被害の実態に応じた適切な公訴権行使を可能とするための刑事手続法の整備である。最後に、相手方の意思に反する性的姿態の撮影行為等に対する適切な処罰を確保し、その画像等を確実に剥奪できるようにするための実体法及び手続法の整備、ということである。

二、具体的な課題

平成29年の法改正から、令和2年の性犯罪に関する刑事法検討会と令和3年の刑事法（性犯罪関係）部会まで、そこで具体的に検討された課題を比較すると、ほぼ以下の問題に注目している。すなわち、具体的な課題に関して、二つの部分があり、刑事実体法と刑事手続法とに分けられている。刑事実体法の内容には、総論的な事情の他に、7つの問題点が提起された。それは、①暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件の在り方、②地位・

³⁹ 前掲注(38)3-4頁参照。

⁴⁰ 前掲注(38)4頁参照。

⁴¹ 前掲注(38)4頁参照。

⁴² 前掲注(38)4頁参照。

⁴³ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第1回会議(令和3年10月27日)配布資料1「諮問第117号」。

関係性を利用した犯罪類型の在り方、③いわゆる性交同意年齢の在り方、④強制性交等の罪の対象となる行為の範囲、⑤法定刑の在り方、⑥配偶者間等の性的行為に対する処罰規定の在り方、⑦性的姿態の撮影行為に対する処罰規定の在り方、である。⁴⁴その中で、本稿の関心であるテーマと関連している問題は、主に①②③④⑥である。法定刑の問題はかなり重要であるが、これを検討する前に処罰範囲を確定することは大切であるから、本稿はこの問題を割愛して、前提である問題を解決しようとする。また、性的姿態の撮影行為に関する問題について、それも本稿の問題意識とは外れているから、詳細な検討をしないこととする。なお、特に性犯罪の難点である第一と第二の問題点は第四章で詳細な検討をするので、ここでは③④⑥という三つの問題を取り扱うこととする。

1. いわゆる性交同意年齢の在り方

令和3年5月「性犯罪に関する刑事法検討会取りまとめ報告書」によると、「被害者が一定の年齢未満である場合には、被害者が脆弱であることから、そのような特性に応じた対処の検討が必要であることについては、異論がなかった」が、具体的に性交同意年齢は何歳とすべきか、また、若年者間の性的行為はどのように評価すべきか、という諸問題に対しては、意見が分かれている。⁴⁵詳細に言うと、以下の問題が議論された。

(1) 具体的な問題について

性交同意年齢に関して、主に三つの問題が検討されてきた。

まずは、性交同意年齢を引き上げるべきかどうか、という問題について、それぞれの意見を考察すると、主に三種類の見解が述べられた。第一の類型は、現状でよいとする意見である。理由として、比較法的視野で考察すると、性交同意年齢を13歳未満とするのは、日本に限られておらず、低すぎるとは言えないし、法律上、18歳で結婚できることとされ、その前から付き合っ、性的行為をする場合など処罰すべきでない場合もあるからである。⁴⁶また、問題を本格的に解決するには、絶対的保護の年齢を引き上げることより、中間層を保護する規定については別個に考えなければならないのである。⁴⁷第二の類型は、性交同意年齢を一定の程度で引き上げるという意見であり、具体的には14歳を性交同意年齢とした意見を主張していた。具体的な理由については、まず、刑事責任年齢は14歳であるのに、14歳の未成年者は性的自己決定については全く能力がないとされることとは、整合しないので、性交同意年齢を14歳より上に引き上げることは相当ではないからである。⁴⁸また、現実的考慮すると、青少年がキスや性交を経験する年齢は、長期的にみると若年化しており、児童の性的保護を直ちに強化すべき立法事実があるかを検討すべきであると指摘された。⁴⁹第三の類型は、性交同意年齢を大幅に引き上げる意見である。理由としては、主に若年者性被害の実態の現状が挙げられた。この実態を踏まえて、少なくとも義務教育を

⁴⁴ 性犯罪に関する刑事法検討会第5回会議（令和2年8月27日）配布資料12「性犯罪に関する刑事法検討会検討すべき論点」参照。

⁴⁵ 前掲注（38）25頁参照。

⁴⁶ 性犯罪に関する刑事法検討会第9回（令和2年12月8日）議事録27頁参照（宮田桂子委員）。

⁴⁷ 前掲注（46）28頁参照（佐藤陽子委員）。

⁴⁸ 前掲注（46）28-29頁参照（金杉美和委員）。前掲注（46）29頁参照（小島妙子委員）。

⁴⁹ 前掲注（46）23頁参照（橋爪隆委員）。

受けている者については保護の必要があるので、いわゆる性交同意年齢を 16 歳未満に引き上げるべきだと思われる。⁵⁰

上記の三つの見解の他に、あと一点は、強制的性交等罪と強制わいせつ罪における性交同意年齢を区別すべきだとする意見である。主張者の意見によれば、「性交等とわいせつ行為とでは、その行為に対して同意をする能力は異なると思われ、強制的性交等と強制わいせつとで年齢を分けて考えるべきであって、強制的性交等については 16 歳未満、強制わいせつについては 13 歳未満とし、13 歳から 16 歳未満の者に対するわいせつ行為は、加害者との年齢差がある場合にのみ処罰されることとすべきである」。⁵¹反対側として、「キスと性交とを比べると、侵害性に差があるように思われるが、わいせつ行為はかなり幅がある概念で、性交にかなり接近した行為も含むものであり、性交等とわいせつ行為は連続的概念であるから、年齢を分けることには違和感がある」といった意見が述べられた。⁵²

そして、第二の問題は、同年代の者同士の性的行為に関する問題である。すなわち、共通の認識として、中学生同士が対等な恋愛関係の中でキスや性交をすると双方ともが犯罪として処罰され得ることになるが、そのような場合までも犯罪とすべきでない、ということである。したがって、同年代の者同士の性的行為を処罰対象から除くため、いくつかの意見が指摘された。まずは、年齢を基準として、行為者が一定の年齢以上である場合や、行為者と相手方との間に一定の年齢差がある場合のみ処罰する、といった意見が述べられた。または、脆弱性を利用することを基準として、行為者が被害者に対して信賴的地位に就いている場合のみ処罰する、といった意見が述べられた。最後は、性交同意年齢未満の者については免責する、といった意見が述べられた。⁵³

最後に、第三の問題は、中間年齢層の者を被害者とする罰則と関している。この問題について、主に二種類の意見が述べられた。第一に、現行法によって対処すべき、という意見である。すなわち、中間年齢層の者を被害者とする場合、児童福祉法や児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律などの特別法で対処すべきである。⁵⁴第二は、地位・関係性の要件や年齢差に基づく脆弱性利用の要件を付すことによって問題を解決しようとする意見である。⁵⁵

(2) 提案と試案について

①提案

法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会において、以下の提案が提出された。⁵⁶

A 案 16 歳未満の者に対し、性交等をした者は、5 年以上の有期懲役に処するものと

⁵⁰ 前掲注 (3) 33 頁参照 (山本潤委員、小島妙子委員)。前掲注 (46) 27 頁参照 (木村光江委員)、29 頁参照 (小島妙子委員)。

⁵¹ 前掲注 (38) 26 頁参照。

⁵² 性犯罪に関する刑事法検討会第 12 回会議 (令和 3 年 2 月 16 日) 議事録 6-7 頁参照 (橋爪隆委員)。

⁵³ 前掲注 (38) 26 頁参照。

⁵⁴ 性犯罪に関する刑事法検討会第 8 回会議 (令和 2 年 11 月 10 日) 議事録 31 頁参照 (宮田桂子委員)。

⁵⁵ 前掲注 (52) 6-7 頁参照 (橋爪隆委員)。

⁵⁶ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第 6 回会議 (令和 4 年 3 月 29 日) 配布資料 12 「刑法第 176 条後段及び第 177 条後段に規定する年齢を引き上げること」。

する。

- B-1 案** 16歳未満の者に対し、性交等をした者は、5年以上の有期懲役に処するものとし、13歳以上16歳未満のものに対し、性交等をした場合のうち、一定の場合については、処罰から除外する。
- B-2 案** 16歳未満の者に対し、性交等をした者（13歳以上16歳未満のものに対してした者については一定の場合に限る。）は5年以上の有期懲役に処するものとする。
- C案** 14歳未満の者に対し、性交等をした者は、5年以上の有期懲役に処するものとする。

現行法第七十七条によれば、性交同意年齢は13歳であるので、上記の四つの提案は、いずれも現行法より性交同意年齢を引上げた。しかし、A案とB案は16歳まで性交同意年齢を引き上げたが、C案は14歳という性交同意年齢を提案した。具体的な条文を分析すると、A案は一番厳しい法案であり、16歳未満の場合、同年代の者であっても、刑罰に該当するので、中学生同士が対等な恋愛関係の中でキスや性交をする場合までも犯罪とすべきでない、という共通の認識に違反している。被害者や子供の支援の立場を強く主張したら、処罰の除外・限定をしないA案に賛成しうるかもしれない。⁵⁷しかしながら、社会の実態として、16歳未満の者と同年代の者との間で性交等の性的行為が行われているという現状があると見られることからすると、A案では処罰範囲の不当な拡大となり得る、あるいは、国家権力の過剰な介入となり得るといった問題があり、その問題を回避するためには、B案かC案ということになる意見もあった、という説明がなされた。⁵⁸

次に、B案の場合、記述のやり方が違うが、その内実が同じであり、性交同意年齢を16歳にして、13歳以上16歳未満の者に対して性交等をした者は、一定の場合が処罰から除外される。しかしながら、B案に対しては、説明しなければならぬところがあると思われる。すなわち、処罰の除外・限定については、その理論的根拠は必ずしも明確とは言えないし、逆に対象年齢を引き上げる理論的根拠との整合性を失う恐れがある。⁵⁹

最後に、C案に関しては、現行法と一番近い提案であり、個人的にも賛成している提案である。具体的な理由は後で分析する。

②試案

令和4年10月24日、法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回会議が開催され、改正案の試案も公表された。「試案」によれば、「13歳未満の者に対し、わいせつな行為をした者は、6月以上10年以下の拘禁刑に処するものとし、13歳以上16歳未満の者に対し、当該者が生まれた日より5年以上前の日に生まれた者が、当該13歳以上16歳未満の者の対処能力(性的な行為に関して自律的に判断して対処することができる能力をいう。)が不十分であることに乗じてわいせつな行為をしたときも、同様とするものとする。」が提

⁵⁷ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第6回会議(令和4年3月29日)議事録24-25頁(長谷川桂子幹事)。

⁵⁸ 前掲注(57)30頁(井田良部会長)。

⁵⁹ 前掲注(57)26頁(嶋矢貴之幹事)。

案された。⁶⁰そして、性交等をした場合も、法定刑が5年以上の有期拘禁刑になる以外、構造が同じである。

試案の条文を分析すると、性交同意年齢は16歳に引き上げたことは明白である。一方で、同年代の者同士の性的行為を除外するためには、5歳の年齢差という形式的判断基準を採用してきた。行為者の年齢が児童の年齢から3年を超えない場合、処罰されない提案もあったが、最後は5年の年齢差を採用した。⁶¹

(3) 検討

性交同意年齢に関する諸問題を検討する際には、基本的な立場を明確にしなければならないのである。本稿は一元の性的自己決定権を性犯罪の保護法益と見做しており、積極的刑法機能を期待しているので、性交同意年齢の問題を処理する時、単に形式的に年齢を引き上げることではなく、もっと実質的判断基準が必要であると主張したい。

性交同意年齢を検討する際、避けられない問題は、若年者が性的行為をするリスクであり、特に若年妊娠ということである。例えば、性交同意年齢を引き上げるもっとも重要な論点は、若年者が性的行為をした上に、若年妊娠者になっており、生活上にもさまざまな問題を起こす恐れがあることである。⁶²しかしながら、このような論点は、やはり性同意年齢を引き上げると同時に、年齢差によって処罰を除外する点は説明できないし⁶³、最後までも同年齢者が相手方の人格的統合性を形成するに当たって阻害的な行為ではないことによって説明しなければならないので⁶⁴、若年者に対する性犯罪を防止する実質は彼らの脆弱性を利用することであるのは明白であると思われる。

詳細に言うと、性犯罪の保護法益は性的自己決定権である場合、若年者は年齢のために、自己決定の権限があるものの、自己決定の能力は不足であるから、法律はパターンリズムの立場から一定の年齢線を選んで、若年者に対する保護を保障しているわけである。しかし、第二章で分析したように、その年齢線の確定は容易なことではないし、変わらずに維持されたらよいわけではないのである。具体的な数字は必ず社会の状況を合わせて、若年者の性的意識や被害状況を考慮しなければならないのである。このような意識を踏まえて、少年がキスや性交を経験する年齢は、長期的にみると若年化している現実を無視するのは不合理であり。

また、年齢が近い場合処罰から除外する理由としては、やはりお互いに自己決定能力に欠陥があると思われる場合、相手方との対等性があり、相手方の脆弱性を利用する可能性が低いからである。したがって、具体的除外することができる要素として、相手方と行為者の年齢差や行為者の年齢はいずれも形式的な要素であり、判断基準として、明確な利点

⁶⁰ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回会議(令和4年10月24日)配布資料26「試案」。

⁶¹ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第3回会議(令和3年12月27日)議事録22頁(小島妙子委員)。

⁶² 前掲注(3)36頁(山本潤委員)。性犯罪に関する刑事法検討会第9回会議(令和2年12月8日)議事録24-25頁(山本潤委員)。さらに、この問題に関する研究は、石田奈那・吉中季子・小野川文子「若年女性の妊娠と出産の実態:10代で妊娠・出産した女性たちの語りから」道北福祉9巻(2018年)1-16頁参照。日本産婦人科医会「第40回日本産婦人科医会性教育指導セミナー全国大会集録集」(2017年)6-17頁参照。<https://www.jaog.or.jp/wp/wp-content/uploads/2017/01/9b4ec45adced64581290449ec73e9233.pdf>。

⁶³ 前掲注(46)25頁(橋爪隆委員)。

⁶⁴ 前掲注(46)26頁(和田俊憲委員)。

があるが、実質的な原因は、両方が平等な状態に位置づけられているからである。それに対して、実質的な要素をとると、成長には個人差があり、年齢が高い者が必ずしも優位にあるわけではないことも配慮に入れるから、個人的差異を見落とす可能性を避けられる。

実質的判断を支持する者の意見によれば、「若年者の未成熟につけ込む行為を処罰するところに主眼があるのであれば、相対的保護の考え方と整合するし、どのような年齢差や年齢要件を設けるかについて理論的な根拠を示すことも困難であるから、絶対的保護、すなわち、性交同意年齢の引上げは若干程度とし、むしろ、誘惑的・欺罔的な手段を用いるなどした行為を処罰する相対的保護のための規定を設けることが適当である」。⁶⁵本稿も実質的判断に賛成しており、性交同意年齢に関する問題を検討する際、同意年齢の確定や除外する要素を考慮することの他に、脆弱性を利用する性交という実質も考えなければならない問題である。むしろ、性交同意年齢を14歳にして、現行法より引き上げられて、他国の法律と比べると、明らかに低いとは言えない。それと同時に、行為者が若年者である場合は、実質的な判断を行うために、地位・関係性を利用した犯罪類型を新設する必要がある。

最後に、もちろん、刑法が強いパターナリズムを取るべき立場に賛成する者にとって、性交同意年齢を16歳に引き上げるとは十分に理解できると思われる。一方、性交同意年齢を16歳に引き上げると、監護者性交等罪が保留される意義もさらに検討する余地があるかもしれない。なぜかという点、16歳未満の者との性交が問わずに犯罪であると認定する場合、監護者性交等罪・監護者わいせつ罪の保護対象は、16歳以上18歳未満の者に限定されるようになるからである。それゆえ、16歳以上の者を対象とする場合、地位・関係性を利用する性犯罪または脆弱性を利用する性犯罪を創設した方がよいと考える。この問題に関して、第四章で詳細に検討するので、ここでは、省略する。

2. 強制性交等の罪の対象となる行為の範囲

この問題について、その実質は性交とわいせつの範囲に関わる問題である。周知のように、性犯罪における性交行為を男女間生殖意義がある性行為に限定する理由は多いが、どのような理由があっても、このような認識もすでに変わっている。日本においても、平成29年の法改正によって、性交行為の範囲を男女間生殖意義がある性行為に限らず、肛門性交と口腔性交に拡張された。それ以外の行為は、わいせつ行為として、強制わいせつ罪や準強制わいせつ罪によって処罰されている。現行法を鑑みると、日本刑法百七十七条(強制性交等)は「性交、肛門性交又は口腔性交」を「性交等」と定義し、陰茎を膣・肛門・口腔内に挿入する行為又は挿入させる行為を強制性交等罪の処罰対象としており、膣・肛門・口腔内に陰茎以外の身体の一部や物を挿入する行為又は挿入させる行為は、同法百七十六条(強制わいせつ)の「わいせつな行為」に該当している。この前提として、性交行為とわいせつ行為の定義や射程は相互に影響しており、前者の拡張より、後者の範囲も狭くなっていくことは明らかである。

(1) 改正の要否について

⁶⁵ 前掲注(52)7頁(橋爪隆委員)。

重要な論点としては、強制性交等の罪の対象となる行為の範囲には、身体の一部や物を被害者の膣・肛門・口腔内に挿入する行為または挿入させる行為を含めるべきか、という問題である。言い換えれば、身体の一部や物には様々な形状・性質のものが存在するが、それらを区別することなく、挿入・挿入させる行為を一律に強制性交等罪として処罰することとする根拠・理由はどのようなものなのか、という問題である。

①当罰性と悪質性について

改正を支持する理由として、被害の実態を鑑みると、物を挿入するといった場合もあるので、このような行為が性交等と区別されるべきではないからである。また、被害者が経験した侵害をいうと、挿入されるものや挿入される箇所を問わず、同意なく身体に挿入されること自体が性的自己決定を侵害する行為であり、身体的侵襲である。調査の結果によれば、基本的に、膣・肛門内に手指や物を挿入する行為と、膣・肛門・口腔内に男性器を挿入する行為との間には、精神的反応に差がないことが分かっており、これにより、重篤な PTSD を示すことは珍しくない。⁶⁶

一方で、反対側として、いくつかの意見を指摘したい。まずは、「陰茎の挿入のみを重い類型の対象とすることは、それが最も起こりがちな被害であり、妊娠の危険性など重大な被害を伴うこと、加害者が自分の身体で快楽を得る行為を禁圧するという意味で一般予防の必要があることから、不合理ではない」という意見である。⁶⁷また、反対意見をさらに説明するために、「指や舌を挿入する行為を強制性交等の罪の対象とした場合、挿入したのか触れただけなのかというつまらない争いが起こり得るし、例えば、膣周辺を指で弄んだ事案において、指を挿入する犯意の有無により、成立する罪が強制性交等未遂か強制わいせつに分かれることとなる」といった意見が述べられた。⁶⁸

さらに、口腔に挿入する行為と膣・肛門に挿入させる行為の取扱いについても、異議が提起された。まず、「膣や肛門への挿入は、それ自体に性的意味があるのに対し、口腔への挿入については、挿入するものにより性的意味合いが異なるから、性的意味合いがあるものを挿入する場合に限定すべき」だと思われる。⁶⁹また、「現行法では、被害者の陰茎を加害者の膣等に挿入させる行為は強制性交等の罪の対象となるところ、物を挿入させる行為を同罪の対象とすると、例えば、少年に性具を持たせて女性器に挿入させる行為についても女性側に同罪が成立することとなるが、その被害が男性器を挿入させる被害と同程度と言えるかについては疑問があり、物を挿入する行為と挿入させる行為とを同様に処罰する規定を設けることには無理がある」といった意見が述べられた。⁷⁰

②現行法の不足について

物を挿入する場合も当罰性と悪質性があると認められても、このような行為は必ず強制性交等罪によって処罰すべきか、という問題について検討しなければならないのである。

⁶⁶ 前掲注 (38) 29 頁参照。

⁶⁷ 性犯罪に関する刑事法検討会第 10 回会議 (令和 2 年 12 月 25 日) 議事録 6 頁 (宮田桂子委員)。

⁶⁸ 前掲注 (67) 6 頁 (宮田桂子委員)。

⁶⁹ 性犯罪に関する刑事法検討会第 13 回会議 (令和 3 年 3 月 8 日) 議事録 13 頁 (小島妙子委員)。

⁷⁰ 前掲注 (67) 9 頁 (佐藤陽子委員)。

現行法は強制わいせつ罪で当該行為を適切に対処できるとする意見としては、強制わいせつ罪の法定刑の上限は懲役10年であり、新たな構成要件を設けなくても、その法定刑の枠内で、精神的な苦痛を含めて丁寧な立証が行われれば足りると思われた。⁷¹また、強制わいせつのうち、身体の一部や物を挿入する行為については、継続的な犯行の事案や致傷結果を伴う事案では重く処罰されている一方で、執行猶予が付される事案も相応にあり、量刑傾向として、強制わいせつ罪の法定刑の上の方に張り付いているとか、下の方はおよそないというわけではなく、必ずしも現在の法定刑の枠内で適正な量刑が困難であるというわけではないといった意見が述べられた。⁷²一方で、反対意見として、身体の一部や物を挿入する行為が強制性交等の罪に該当しないことから、それが社会的に軽いものと捉えられ、量刑に適切に反映されてこなかった可能性があるといった意見も述べられた。⁷³

(2) 提案と試案について

まずは、令和2年検討会での論点を考察しよう。改正をする場合の規定のあり方について、以下のとおり、主に五つの意見がなされた。⁷⁴

一、強制性交等の罪の対象行為に含める方法のほか、新たな罪を創設して、その法定刑を、強制性交等の罪と同じ法定刑とする方法、強制性交等の罪と強制わいせつの罪の中間に位置する法定刑とする方法が考えられる。

二、陰茎以外を用いた性的な挿入行為については、性交等と同等の当罰性を有する重い類型のものがあ一方、軽い類型のものもあるから、法定刑の上限を強制性交等罪と同じ懲役20年とし、下限を同罪より下げて懲役2年や3年とする方法が考えられる。

三、挿入する行為と挿入させる行為の当罰性に差があることを踏まえ、身体の一部や物の挿入については、挿入する行為のみを処罰することが考えられる。

四、身体の侵襲性の違いに着目し、被害者の膣・肛門に身体の一部や物を挿入する行為、被害者の口腔に性的な性質を有する物を挿入する行為、他人の膣・肛門に被害者の舌を挿入させる行為を強制性交等罪と同じ法定刑で処罰することが考えられる。

五、身体の一部や物を挿入する行為や挿入させる行為について、一律に同じ処罰の対象とすることは困難であるが、どの行為が性的な接触であり、どの行為が同様の当罰性を有するかについては、人によって感覚が異なると思われ、議論を続けることが必要であると思われる。

以上の議論を踏まえて、令和3年の刑事法部会において、下記の三つの提案が提唱された。⁷⁵

A案 膣又は肛門に身体の一部又は物を挿入する行為であってわいせつなものをした者は、強制性交等罪として、5年以上の有期懲役に処するものとする。

⁷¹ 前掲注(57)5頁(宮田桂子委員)

⁷² 前掲注(57)6-7頁(池田公博委員)。

⁷³ 前掲注(57)7頁(齊藤梓委員)。

⁷⁴ 前掲注(38)31頁参照。

⁷⁵ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第6回会議(令和4年3月29日)配布資料14「刑法第176条の罪に係るわいせつな挿入行為の同法における取扱いを見直すこと」。

- B案** 膣又は肛門に手指又は性具を挿入する行為であってわいせつなものをした者は、強制性交等罪として、5年以下の有期徒刑に処するものとする。
- C案** 膣又は肛門に身体の一部又は物を挿入する行為であってわいせつなものをした者は、●●●に処するものとする。

上記の三つの提案を考察すると、C案で懸念されている法定刑の問題の他に、主に一つの区別がある。それは、具体的な行為の範囲である。A案もB案も口腔に性器官の以外の身体の一部や物を挿入する行為は強制性交等罪とされておらず、膣と肛門に挿入する行為に限定されている。しかしながら、挿入する物に関しては、より広く規定されているA案より、B案は手指と性具に限定している。単にこの二つの提案について、個人的にはA案を支持しており、そもそも「性的意味」を区別の基準としても、手指と身体他の部位との差異は明確とは言えないからである。その後法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会で公表された試案も類似的な考慮によって、A案に近い提案を採用した。

法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会の試案を考察すると、膣又は肛門に身体の一部(陰茎を除く)又は物を挿入する行為はなおわいせつ行為であると提案された。しかしながら、法定刑は強制性交等罪と同じく、5年以上の有期徒刑に処するものとされている。⁷⁶

(3) 検討

行為の様態を検討する際には、特に国際刑法の視点を入れたいと思う。一般的に言えば、ある罪名の法規制を検討する時、国際刑法上の規定を分析する必要がないと思われる。しかしながら、性犯罪を議論する際にも、必ずその必要性がないとは言えない。特に、性犯罪の行為様態に関しては、国際刑法上にもいくつか有名なケースの変遷によって、今日の定義になった。その流れに対する分析が、国内法の当該問題を解決するためには、有益な示唆を与えることができると考えられる。

国際刑事法における強かん罪の定義は、三つの裁判例と繋がっている。まずは、アカイエス事件である。裁判部は、「強かんは侵略の一形態であり、物及び体の部位を機械的に記述したところで、強かん罪の本質を捉えることはできない」と指摘した。裁判部の意見では、「強かんは個人を脅迫し、侮辱し、差別し、処罰し、支配し、破壊するなどの目的のために利用され、個人の尊厳を侵害することであり、強かん罪を強制的な状況の下で行われ

⁷⁶ 前掲注(60)4頁参照。

「刑法第176条の罪に係るわいせつな挿入行為の同法における取扱いの見直し」

1 試案第1-1の1(1)アに掲げる行為その他これらに類する行為により人を拒絶困難(拒絶の意思を形成し、表明し又は実現することが困難な状態をいう。以下同じ。)にさせ、又は試案第1-1の1(1)イに掲げる事由その他これらに類する事由により人が拒絶困難であることに乗じて、膣又は肛門に身体の一部(陰茎を除く。2において同じ。)又は物を挿入する行為であってわいせつなものをした者は、5年以上の有期徒刑に処するものとする。

2 行為がわいせつなものではないと誤信させ若しくは行為の相手方について人違いをさせて、又は行為がわいせつなものではないと誤信していること若しくは行為の相手方について人違いをしていることに乗じて、膣又は肛門に身体の一部又は物を挿入する行為であってわいせつなものをした者も、1と同様とするものとする。

(注)このほか、試案第1-2の2、刑法第179条第2項(監護者性交等)、同法第181条第2項(強制性交等致死傷)、同法第241条第1項及び第3項(強盗・強制性交等及び同致死)並びに盗犯等の防止及び処分に關する法律第4条(刑法第241条第1項の罪に係る部分に限る。常習強盗・強制性交等)においても、同様の挿入行為を処罰対象とする。

る、性的な性質をもつ身体的侵入と定義した。」さらに詳細に言うと、裁判部は、強かん罪は同意のない性交に限らず、「物の貫通、及び/または本来性的な性質があるとみなされていない（身体の）開口部の使用」もその範囲に含まれうると認定した。⁷⁷

強かん罪についての2番目の定義は、アカイエス事件の判決が下された数ヶ月後、旧ユーゴスラビア国際刑事法廷のフレンジャ事件において明示された。この事件の裁判部は、上記のアカイエス定義を認識したものの、採用しなかった。罪刑法定主義の考慮の上に、裁判部は国内法の規定を考察して、ほとんどの国内法制度において強かん罪に該当するのは、被害者の膣または肛門へのペニスや物の強制的な挿入であると結論づけた。その一方で、被害者の口へのペニスの強制的な挿入については国により大きな相違があった。口へのペニスの強制的な挿入について、裁判部の意見によれば、これは国際法上の強かん罪の定義に含めることが適切であると結論した。理由として、そうした行為は「人間の尊厳に対する非常に侮辱的な攻撃を構成し」、人間の尊厳を尊重する原則は国際人道法及び国際人権法の基盤となっているだけではなく、現代国際法全体に浸透したものであるからである。このようにして、裁判部は強かん罪を次のように定義した。(i) 被害者もしくは第三者に対する強制または暴力の行使もしくは威嚇による、(ii) 程度のいかんを問わず、(a) 被害者の膣もしくは肛門への、加害者のペニスもしくは加害者が用いる他の物の、または (b) 被害者の口への加害者のペニスの、性的貫通。⁷⁸

強かん罪についての3番目の定義がなされたのは数年後、旧ユーゴスラビア国際刑事法廷のクナラッチ事件判決においてのことであった。第3回目の検討は、主に「同意」という要件に対する緩和であるので、行為の様態に関しては、フレンジャ事件の定義を維持した。すなわち、クナラッチ事件の裁判部によれば、強かんは、「程度のいかんを問わず、(a) 被害者の膣もしくは肛門への、加害者のペニスもしくは加害者が用いる他の物の性的貫通、または (b) 被害者の口への加害者のペニスの性的貫通が、被害者の同意なく行われる場合である。⁷⁹

上記の三つの定義を比較すると、アカイエス定義は「概念的アプローチ」を採用していたが、フレンジャ定義もクナラッチ定義も「体の部位を明記するアプローチ」を採用した。前者のアプローチのメリットの一つは、後者のアプローチに伴うそのような説明を必要としないことである。特に被害者にとって、自分の体のどこが、どのように侵入されたかを詳しく説明することは、特定の文化をもつ人にとっては、非常に困難で苦痛を覚えるプロセスであるかもしれない。さらに、もう一つのメリットは、身体部位を明記しないため、将来的に強かん該当する行為についての理解がさらに進展した際にも適応できる柔軟性を有するという点である。しかしながら、罪刑法定主義の観点から見ると、規定の柔軟性そのものによって、定義の妥当性についての疑問が生じる。さらに、アカイエス定義では強かん（性的な性質をもつ身体的侵入）と性暴力（性的な性質をもつ何らかの行為）を区別しているが、「身体的侵入」を広義で解釈すると、両者の境界線を曖昧になってしまう可能性がある。⁸⁰

最後に、国際刑事裁判所の「犯罪の構成要件に関する文書」(Elements of Crimes)における強かん罪の定義は、フレンジャ定義と同様に、「体の部位を明記するアプローチ」を取っ

⁷⁷ アテファニー・クープ『国際刑事法におけるジェンダー暴力』（日本評論社、2012年）50-51頁参照。

⁷⁸ クープ・前掲注（77）51-52頁参照。

⁷⁹ クープ・前掲注（77）52-53頁参照。

⁸⁰ クープ・前掲注（77）51-55頁参照。

た。具体的に、強かん罪は①加害者が、程度のいかんを問わず、性的器官を以て被害者もしくは加害者の身体の一部に、または物もしくは身体他の部分を以て被害者の肛門もしくは生殖器開口部に貫通する行為によって、人の身体への侵入を行い、かつ②その侵入が、被害者もしくは第三者に対する暴力の行使、暴力の威嚇もしくは（暴力への恐怖、強迫、拘禁、心理的抑圧または権力の濫用などの）強制によって、または強制的環境に乗ずることによって行われ、または真の同意が不可能な者に対して行われていることである。⁸¹フレンジャ定義及びクナラッチ定義と比べると、国際刑事裁判所の定義による強かん罪の行為範囲が一定の程度で変わった。

詳細に言うと、例えば、フレンジャ定義によれば、強かんの行為は二種類がある。一つは、被害者の膣もしくは肛門への、加害者のペニスもしくは加害者が用いる他の物の性的貫通である。後一つは、被害者の口への加害者のペニスの性的貫通である。要約すると、挿入される部位は膣または肛門の場合は、挿入する部位は必ず性器官に限られていない。一方、挿入される部位は口である場合は、性器官による挿入しか強かん罪とは認められない。このような定義は、上記の試案はほぼ同じであり、区別は日本においては、膣や肛門への性器官以外の部位や物によって挿入する行為はわいせつ行為とみなされており、口への性器官の挿入行為は性交行為と評価されている。一方、国際刑事裁判所の定義は、性的器官による挿入させる行為も範囲に入れたので、日本の議論とは重なっているところがあるが、区別は日本の試案は挿入させる行為が規定されていないのである。

上記の四つの定義を鑑みると、「同意」の判断に関する部分は国内法に対しては、参考に値する意義もあるが、ここでは主に行為様態の部分を取り扱った。その定義の変遷を鑑みると、日本現在の検討と同じく、特に口へ性器官以外の物の挿入行為が難点となっているが、共通の認識としては、このような行為は強かん罪の範囲に入れられないことである。また、挿入する物が身体部位や他の物である場合は、国際刑法も、日本の試案も、挿入される部位が膣または肛門に限定しているので、それはやはり「性的意味」が必要であるからだと思う。それに対して、挿入される部位が口である場合、そもそも口の性的意味はやや乏しいので、挿入する部位や物はより性的意味がない場合は、強かん罪と評価するのは、不自然であると思われるかもしれない。

3. 配偶者間等の性的行為に対する処罰規定の在り方

配偶者間の性犯罪については、すでに平成 27 年の刑事法検討会において議論された。当時、特に角田由紀子委員は、配偶者性犯罪の明文化を提唱した。彼女の意見によれば、日本において、学説が否定的であったとか、判例が限定的であったということの影響で、社会的に配偶者間の性犯罪が成立しない意識はまだ残されている。したがって、かつての否

⁸¹ 英語の原文は以下のとおりである。

Article 7 (1) (g)-1 Crime against humanity of rape
Elements

1. The perpetrator invaded the body of a person by conduct resulting in penetration, however slight, of any part of the body of the victim or of the perpetrator with a sexual organ, or of the anal or genital opening of the victim with any object or any other part of the body.
2. The invasion was committed by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or another person, or by taking advantage of a coercive environment, or the invasion was committed against a person incapable of giving genuine consent.
3. The conduct was committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population.
4. The perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population.

定説の考え方を一般人レベル、警察の現場の捜査官の人も含めて、一般人のレベルでこの考え方を払拭するには、やはり刑法の中にはっきりと明文の規定を置く必要がある。一方で、確かに広報啓発活動というのは非常に有効であるが、今までは学説が支持していて、判例もそのように言っていたということで刷り込まれている「犯罪とはならない」という考え方、これは広報啓発活動ではなかなか払拭できないのである。⁸²したがって、もっと積極的な手が必要であると思われた。最後に、平成29年の法改正でこの提案を採用しなかった理由として、やはり配偶者間の性犯罪を明文化する必要性に対する質疑があるからであった。

しかしながら、この問題はそのまま解決されたではなく、令和2年の検討会にさらに提起されて、令和3年刑事法部会の検討によって、明文化した試案までが作られた。

(1) 異なる立場

配偶者間の性犯罪に関して、これを明文化するべきではないという意見が述べられたが、主たる理由は一つである。それは、配偶者の間でも性犯罪が成立しうるのは、すでに学説上異論がないので、これをわざと明文化する必要がないと思われていたからである。

前述したように、刑法のメッセージ機能に対しては、より慎重な態度を取るべきだと言う意見が述べられた。⁸³むしろ、このような理論状況を前提とすると、明文化するのは極めて不自然であり、ほかに刑法典の中には例がないものであるので、極めて強い違和感を覚えるところがあるかもしれない。⁸⁴

一方で、明文化する立場というのは、やはり日本の現状を出発点として、明文化しないと、実務上、配偶者間の性犯罪に対して、抑制的に働いていることを変わらないので、「国が性犯罪について厳格な態度を示す象徴的な意味のある条文を作るということもあり得なくはないのか」と考えられる。⁸⁵

具体的な規定のあり方に関して、強制性交等罪の客体につき、「13歳以上の者(婚姻関係にある者を含む。)に対し」などと規定する方法や、「婚姻関係があることによって第176条(強制わいせつ)又は第177条(強制性交等)の罪が成立しないものと解することはできない。」といった解釈規定を置く方法や、「暴行又は脅迫を用いて性交等をした者は、婚姻関係の有無にかかわらず、強制性交等の罪とし」などと規定する方法が挙げられた。⁸⁶

その後の法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第6回会議において、再び配偶者間において刑法第177条の罪等が成立することを明確化することが指摘された。また、この問題を解決するために、三つの提案が提出された。第一は、強制性交等罪の客体につき、「13歳以上の者(婚姻関係にある者を含む。)に対しなどと規定する方法である。そして、「婚姻関係があることによって第176条(強制わいせつ)又は第177条(強制性交等)の罪が成立しないものと解することはできない。」といった解釈規定を置く方法である。最後は、「暴行又は脅迫を用いて性交等をした者は、婚姻関係の有無にかかわらず、強制性交等の罪と

⁸² 前掲注(3)5-6頁(角田由紀子委員)。

⁸³ 性犯罪に関する刑事法検討会第4回会議(令和2年7月27日)議事録20頁(橋爪隆委員)。前掲注(57)25頁(橋爪隆委員)。

⁸⁴ 前掲注(57)26頁(和田俊憲委員)。

⁸⁵ 前掲注(83)14頁(和田俊憲委員)。

⁸⁶ 前掲注(38)38頁参照。

し」などと規定する方法である。⁸⁷

法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回会議で、配偶者間において強制性交等罪などが成立することの明確化する「試案」⁸⁸として、以下のように提案された。

- 1 試案第1-1の1(1)の行為をした者は、婚姻関係の有無にかかわらず、6月以上10年以下の拘禁刑に処するものとする。
- 2 試案第1-1の2(1)及び第1-4の1の行為をした者は、婚姻関係の有無にかかわらず、5年以上の有期拘禁刑に処するものとする。

提案を考察すると、上記の第三の意見を採用しており、区別は法定刑である。法定刑に関する議論は本稿の問題関心とは外れているので、これに関する検討は一応省略するが、この提案に関して、一つの疑問点は、現代社会においては、婚姻関係はすでに唯一の親密関係ではなく、これと類似している他の関係性も、性犯罪の成立する余地を検討しなければならないから、解釈上の疑義を払拭するために、いずれも確認的な規定を設けることは理不尽であるかもしれない点である。この問題について、橋爪教授の意見によれば、「法律上の婚姻関係がある場合でも性犯罪が成立することを確認的に規定すれば、それ以外の親密な関係性の場合についても性犯罪が成立することは、あえて明文の規定を設けなくても、当然解釈として導くことができます。すなわち、婚姻関係に限って規定しているから、他のパートナーシップについては適用がないという反対解釈はおよそ採り得ないということです。」そもそも、「婚姻関係の有無にかかわらず」という規定も橋爪教授の提案であり、最初は刑法のメッセージ機能を疑問視したものの、最後は明文化する立場をとった。⁸⁹

(2) 私見

明文化する試案はすでに公表されたが、個人的な立場としては、やはり明文化する必要がないことを支持している。確かに、第二章の分析によって、刑法の積極的機能に賛成しているが、それは必要がある場合のみに限定されており、配偶者間の性犯罪については、その必要性は検討する余地があると思う。配偶者間の性犯罪に関しては、日本だけでなく、世界中の多くの国においても、問題になった歴史がある。しかしながら、第一章で紹介したように、性解放運動やフェミニズム運動に伴い、性的自己決定の重要性が認識され、配偶者の間にも、不同意の性交行為を処罰するのは当然であると思われるようになってきた。特に、日本において、判例の影響力を鑑みると⁹⁰、さらに刑法に明文化する必要がない。なぜかというと、日本は大陸法系の国であるものの、中国より、判例の影響力が強いし、判例上の問題に対する論理もよく充分になされているので、明文化する規定はあえて日本刑法の整合性を壊す恐れがあり、逆に余計なことになるだろう。このような社会通念に生ま

⁸⁷ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第6回会議(令和4年3月29日)配布資料15「配偶者間において刑法第177条の罪等が成立することを明確化すること」

⁸⁸ 前掲注(60)5頁参照。

⁸⁹ 前掲注(67)21頁(橋爪隆委員)。

⁹⁰ 日本における判例の拘束力については、土屋文昭「判例に関する覚書—民事判例の主論を中心として」東京大学法科大学院ローレビュー6巻(2011年)224頁注(1)参照。

れた誤解は、やはり判例上条文に対する解釈で解決したほうがいいかもしれない。

しかしながら、この問題はあくまでも、刑法の立法論に影響しうるに過ぎず、問題の本質に関する理解は共通であり、性犯罪の明確には役に立てるのは当然なことであるので、明文化するのも、決していけないとは言えないだろう。

三、小括

上記の分析によれば、今日依然として検討されている性犯罪に関する問題は、決して現代に特有の問題ではなく、現在提起されている提案も現代に入って、性意識の変化に伴って生まれたものではない。むしろ、性犯罪に関する諸問題も、これらの問題への解決策も、50年前も意識されて、検討されたものである。これは、おそらく当時の欧米におけるフェミニズム運動に伴い性刑法に関する法改正の影響を受けた結果であり、採用されなかった理由は、その影響は日本に浸透されなかったからである。笹倉秀夫教授の紹介によれば、「日本における自己決定権論には、前近代的、近代的、現代的要素から成る日本社会の三重構造が反映している。」また、このような三重構造に対応して、法理論の三重の課題がある。それは、日本における個人的な自由の意識の遅れに対する対処、個人的意識の高まりに伴う個人の自己決定権の必要説、及び現代社会の機構化・画一化・官僚化に伴い個人の主体性を回復させようとする立場から自己決定の強調である。⁹¹それぞれの課題がその時代の特徴を示しているが、性的自己決定権の場合は、前近代の課題といっても、今日なお残されている。それは、そもそも性的自己決定を検討する場合、社会的意識としての不一致が問題である。詳細に言うと、それは、社会的に個人的な自由の意識の遅れと少数人の個人意識の高まりとの矛盾である。少数人として、特にジェンダー学者として、性犯罪の規定をさらに積極的に調整すべきであると思われるが、多くの人として、自分の性的自己決定が侵害されて、この侵害は法律で処罰されるということさえ、認識することはできないからである。したがって、近年日本における性刑法に対する検討会も、社会上の動きや呼び声も、性的自己決定権の重要性を国民により深く認識させることができる。

一方で、上記の問題は日本に限らず、中国においても同じ問題が存在しており、日本より厳しい問題に直面している。したがって、第二節では、中国における性刑法とそれと関連する諸問題を紹介し、検討する。その上で、両国の問題点を比較的な検討をして、問題の本質を見つけようと思う。

第二節 中国における性刑法

中国の現行法において、性に関する犯罪は主に四種類があり、性的自己決定権を侵害する犯罪、多衆集合して姦淫を行う犯罪、売春買春に関する犯罪及びわいせつ物に関する犯罪である。⁹²本節は、個人的法益に対する罪としての性犯罪を扱い、主に強姦罪と強制わい

⁹¹ 笹倉秀夫「自己決定権とは何か」松本博之、西谷敏編『現代社会と自己決定権：日独シンポジウム』（信山社、1997年）20頁。

⁹² 張明楷「性犯罪の問題をめぐる論争」甲斐克則編『日中刑法総論・各論の先端課題』（成文堂、2018

せつ罪について論じるものである。

20世紀60年代の性解放運動とともに、性平等意識の高揚を背景として、欧米の諸国では性犯罪をめぐって、激しい批判が起き、性犯罪を修正する要求が重視されてきた。その影響を受けて、アジアでも、台湾（1999年）や韓国（2012年）又は日本（2017年）も、性犯罪に関する規定を改正した。これらの動向に対して、中国においては性犯罪規定の問題について、改正する動きが顕著とは言えないだろう。裏返して言えば、中国において、性犯罪に関する法改正が急務であると思われるが、理論上の議論はまだ低い状態に止まっていて、立法上もほぼ旧来の姿をとどめている。

中国の性犯罪規定を改正するか否かに関しては、国内の刑法学界にも相異なる意見がある。その中で、改正すべきという見解は主流派として認められているが、改正する必要がないとする少数説もまだ存在している。一方、改正する方向についても、意見が一致とは言えない。

多数意見である保守的に改正する見解を支持する理由の一つとして、中国現刑法における強姦罪の条文に関する問題点は、現行法の枠組内で解釈論を利用して解決できるということである。しかしながら、条文上及び実務上の問題点を検討して、立法上な動きがなければ問題を解決できないということは明らかである。したがって、本節は、中国の性犯罪の概観を述べて、その性犯罪規定の沿革も紹介した上で、条文裁及び判例の分析を加え、「性的自己決定権」を基礎として構築された性刑法の問題点を検討して、その理由についても探求するものである。

一、概観

周知のとおり、中国は「礼」を重視する国家であり、これは、事実上、中国人の生活、特に内在する心理を規制する習慣法とも言える。性道徳はその礼法的一部分として、古代は言うまでもなく、現代に至っても、中国人の性意識に影響している。

上述のように、男性の財産価値を守るために、未婚の女性にも、貞操観念が社会の性秩序を維持する道具として、幼少期から認識させられて、これを以て女性を規制していた。認めざるを得ないのは、女性の貞操は性道徳秩序の唯一の内容ではないことである。中国の伝統的な近親相姦禁止、三従四徳などの家庭倫理規範も、同様に広義の道徳秩序に属しており、家族の安定と秩序を維持する柱である。例として、性道徳と性秩序を保護する代表的な罪名である和姦は、清朝末期の法律改正において、強い批判を受けたが、礼教を守るために、保持された。⁹³

何故に性的秩序を重視すべきかという点、秩序のない性は、身分が定められた社会構造に致命的な脅威をもたらす可能性があると思われたのである。言い換えれば、性道徳、性秩序が生じる理由は、女性を財産として独占したい心理のほか、人間の本能への懸念や不信頼があると思われる。なぜかという点、規制されない性は、秩序下の身分の違いを全部キャンセルしうるからである。それは、男女が性的なためにもっとも親密な関係になり、身分上の差異がなくなるので、最終的に水波紋のような社会的な秩序を破る恐れがあるから

年) 161 頁参照。

⁹³ 張亜飛「从晚清民国和奸罪的存廢看親屬法倫理變遷」社会科学家 11 号（2018 年）113-114 頁参照。

だと指摘された。⁹⁴

現代の中国刑法学においては、長い間、性的自己決定権が性犯罪の保護法益であるという観点が通説的地位を占めている。⁹⁵しかしながら、この主流的な地位が認められているとはいえ、性的自己決定権の内実に対して、更なる反省が必要であると考えられる。性的自己決定権を反省する結果として、その実質的な内容は、被害者に対する真実の、感知可能対象と捉えることが挙げられた。具体的に言えば、主体の完全的な心身の一部としての性的心身安寧である。⁹⁶このような性的自己決定権に関する反省は、やはり実務上の非典型的な事例⁹⁷を解決するための試みであると思われる。しかしながら、このアプローチで問題を解決しようとしても、一部しか解決できないだろう。未解決の疑問点がまだたくさんある性犯罪の分野では、この新しい法益の概念はあまり役に立たないかもしれない。

中国の現行法を鑑みて、法益に関する議論は如何なる程度に至っても、法律規定と実務上は未解決の問題があるので、より理論的な問題はこれからも解決しなければならないが、まずは現行法の欠陥を埋めることに着手するべきである。詳しく言うと、性的自己決定権を保護するべきだと承認されても、現行法における保護された対象は女性に限られている。また、性犯罪における法律規定及び司法実践から見ると、手段の暴力性を重視して、性犯罪の本質は行為者が被害者の自主的意思に反する性行為を行ったのであるということが実現されていない。

二、性刑法上の問題点

1. 条文上の問題点

中華人民共和国 1979 年刑法典は中国における初めての刑法典であり、この刑法典の第 139 条で、「暴行、脅迫又はその他の方法により女子を姦淫した者は、3 年以上 10 年以下の有期懲役に処する。」が規定された。40 年経っても、今の中国刑法 236 条では、「暴行、脅迫又はその他の方法により女子を姦淫した者は、3 年以上 10 年以下の有期懲役に処する」⁹⁸という全く同じものが規定されている。

条文だけ考察すると、主な問題は、被害者が女子に限られている点である。すなわち、中国において、男性と強制的性交した場合は強姦罪とは認められない。実務上、被害者が男性であり、刑事責任を追及された裁判例は一つしかない。これは 2010 年の事例である。⁹⁹被告人は 18 歳の男性同僚の被害者を強姦して、軽傷を負わせたというものである。北京市

⁹⁴ 費孝通『郷土中国生育制度』（北京大学出版社、2014 年）27 頁参照。

⁹⁵ 張明楷『刑法学・下（第六版）』（法律出版社、2021 年）1131-1132 頁参照。黎広『刑法学（第 2 版）』（法律出版社、2016 年）229 頁参照。高銘暄・馬克昌『刑法学（第 9 版）』（北京大学出版社、2019 年）465 頁参照。

⁹⁶ 賈健「強姦究竟侵犯了什麼？——作為通説的『性的自主決定權』法益之檢討」法律科学（西北政法大學學報）5 号（2018 年）101 頁参照。

⁹⁷ 非典型的な事例として、賈健は上記の論文で以下の例を挙げた。

A と B は婚約が成立した後のある日の夜、B は A と性的行為をしようとしたが、A は伝統的觀念を守るために拒絶した。B は強制的に性的行為をした。その後、この事件は第三者によって、警察に通報された。結果として、結婚式当日に警察が泣いている A を無視して、強姦の疑いで B を逮捕した。このようなケースに対して、確かに、女性の性的自由を侵害した行為と評価できるが、強姦罪で処罰すると、明らかに常情と常識に反している。

⁹⁸ 条文の翻訳は甲斐克則・劉建利（編訳）『中華人民共和國刑法』（成文堂、2011 年）144 頁参照。

⁹⁹ 「法学専門家建議將男性納入強姦罪犯罪對象範圍」参照。

<https://www.chinacourt.org/article/detail/2011/02/id/441567.shtml>

朝陽区人民法院は、被告人が故意に他人を傷つけ、軽傷を負わせたので、傷害罪で、懲役1年の判決を言い渡した。これは、すなわち、現行刑法に準じて、男性が性を侵害された場合、傷害がなければ行為者を処罰できないということである。

性犯罪の保護法益は「性的自己決定」であると承認した以上、現条文における性別限定をやめて、男性でも、女性でも、性別にかかわらず、広範に保護すべきことが、目指すべき改正内容であると思われる。

2. 実践上の問題点

(1) 婚内強姦の否定

性的自己決定が性犯罪の保護法益として承認されている場合、強姦性交の本質を未承諾の性交と認定して、論理的には婚内強姦も肯定すべきである。すなわち、婚姻状況が異常であるかどうかにかかわらず、妻の同意を得ていない性交であれば、強姦性交と認定すべきと思われる。

しかし、中国の条文には、被害者が妻以外の女性に限定されていないが、実務上は婚内強姦はほぼ認められていない、とされている。今まで、婚内強姦が認められた裁判例は二つあり、一つは1999年の王衛明事件で、もう一つは2011年の孫建軍事件である。ここでは孫建軍事件を紹介する。

2006年10月、被告の孫建軍は、被害者の金〇〇と知り合って、2008年9月24日に婚姻届を提出した。結婚証明書を受け取った日の夜、孫建軍は、金〇〇と性交しようとしたが、金〇〇に断られた。その後、二人は共同生活をしたことがなく、財産も各自に保管していた。2010年3月、金〇〇は上海市浦東新区人民法院に離婚を訴えた。同年5月18日、上海市浦東新区人民法院は、双方の感情はまだ破裂の程度に達していないと判断し、金〇〇の要求を却下した。2010年6月14日13時ごろ、孫建軍は金〇〇の勤務先に行き、金〇〇をタクシーに強引に引っ張り、自分の臨時住所に連れて行き、脅したり、殴ったりして、金〇〇に性交を強要した。翌日、警察は、通報を受けて現場に行き、金〇〇を救助し、同時に孫建軍を逮捕した。2010年6月21日、被害者の金〇〇は、再び上海市浦東新区人民法院に被告人の孫建軍と離婚するよう訴えて、同年7月28日、離婚を認める判決が下された。¹⁰⁰

この事件に対して、法院には、三つの意見があった。

第一は、強姦罪が成立しないという意見である。理由は、婚姻関係が存続している間、夫婦は同居する権利と義務を持っているので、本事件では、被告人の孫建軍と被害者の金〇〇は合法的な夫婦であり、被告人の行為は強姦罪を構成しないというものである。第二の意見も、被告人の行為は犯罪と認められないが、理由は前述とは違っている。第二の意見によって、婚姻内に発生した強制的な性行為は、特定の状況がある場合のみ強姦と認められるべきということである。すなわち、離婚訴訟期間中という婚姻関係が不安定な状況で、または夫が人前で妻を強姦し、妻を他の女性と誤解して強姦したなどの場合、夫の行為は強姦と認められる。この事件では、被告人と被害者は合法的な夫婦で、初めて離婚を提起した後、裁判所の判決は離婚請求を認めず、双方も上訴していないので、判決はす

¹⁰⁰ 「孫建軍強姦案—非正常婚姻状態下強姦罪的構成」参照。

<https://www.pkulaw.com/pfnl/a25051f3312b07f30eb1f480dbd96ba9c80f936cc6c59b4dbdfb.html>

に有効になっていた。孫建軍は金〇〇と正常な婚姻関係状態を回復したから、強姦罪が成立しない。第三の意見は、被告人の行為を強姦罪で処罰すべきという意見である。理由については、婚姻関係は形式的な婚姻証明書だけで認定すべきではなくて、結婚の目的、結婚後の財産の帰属と居住状況、結婚後の感情、女性の態度から判断すべきである。この事件において、被告人と被害者間の婚姻は非正常であり、このような婚姻状況の下で、被告人が女性の意思に反して、暴力、脅迫手段を用いて性的関係を強要した行為は強姦罪と認定すべきである。¹⁰¹

結果として、法院は、第三の意見を採用して、被告人孫建軍を三年の有期懲役に処した。中国の裁判例を鑑みると、配偶者間の強姦という問題について、基本的な基準は、婚姻が正常に存続している間は、強姦罪がほぼ認められなくて、非正常な状況のもとで、強姦罪が成立しうる、ということになる。張明楷教授によると、最高人民法院はただ離婚訴訟の期間を婚姻関係が非正常な状態であるとするのみである。¹⁰²上記の裁判例から見ると、この状況も変わっていると言える。

(2) 性交定義の過限定

現行法の条文で明文で規定されているのは、簡単な「姦淫」という文言のみであるが、姦淫という意味は必ずしも明確とは言えない。すなわち、文言から理解すれば、姦淫というのは、男性から女性に対する強制的な性交ということである。ここで、三つの要素を説明する必要がある。一つ目に説明しなければならないのは、「性交」の射程である。他国の規定と比較すると、中国では、性交の定義がまだ伝統的な男女間、生殖器という要素に限られている。張明楷教授によると、中国において、性行為の定義を更に拡大するには、解釈論上の障害はないが、ただ考え方の障害のみが存在している、と指摘された。¹⁰³

1984年、最高人民法院、最高人民検察院は、「現在の流氓事件における具体的な法律適用に関する若干の問題に対する解答」¹⁰⁴において、未成年者の対するソドミー又は暴力、脅迫を用いた場合、男性間の肛門性交も犯罪だと規定された。しかし、1997年の刑法ではこの流氓罪が廃止された後、肛門性交が行われて、及び傷害が起されなかった場合は、処罰できなくなってきた(傷害が起こった場合は、上記の例のように傷害罪で処罰できる)。

性交の定義の問題に対して、中国の学者にも注意されたが、肛門性交や口腔性交等を一括的に性交概念に含まれるか否かについて、慎重的に扱うべきと主張した学者がいる。すなわち、中国では、肛門性交、口腔性交などの非伝統的な性交行為が被害者に加える心身的ダメージは伝統的な性交行為より軽くはないと指摘されたが、もし性交の定義を性器に異物を入れる点まで拡大するならば、国民は受け入れにくいから、このような性的侵害行為に対しては他の罪を設定することを提案した。¹⁰⁵

(3) 行為者の性別限定

¹⁰¹ 石耀輝・伍紅梅「非正常婚姻状態下強姦罪の構成」人民司法 24号(2011年)54-55頁参照。

¹⁰² 張明楷・前掲注(92)165頁参照。

¹⁰³ 張明楷・前掲注(92)162頁参照。

¹⁰⁴ 「現在の流氓事件における具体的な法律適用に関する若干の問題に対する解答」参照。

http://www.law-lib.com/LAW/law_view1.asp?id=2983

¹⁰⁵ 梁健『強姦罪比較研究』(中国人民公安大学出版社、2010年)277-278頁参照。

法律の条文から見れば、行為者の性別を男性に限定する必要はないが、司法上、女性は強姦罪の共犯にしかねない。

データベースを探索すると、女性が強姦罪で処罰された裁判例は一つしかない。

被告人顧処宝は、2012年、陳〇〇が認知症の女性を知っていて、被告人時〇〇に紹介して、二人の間の性交渉を促成した。被告人時〇〇は陳〇〇が認知症であることを知りながら、自宅で何度も陳〇〇と性交した。¹⁰⁶

被告人顧処宝の罪名について、法院では二つの意見が出てきた。第一の意見は、女性が強姦罪の共犯者となりえないという観点である。強姦罪とは、暴力、脅迫、その他の手段を使って、女性の意思に反して、女性と性的関係を強要する行為である。性的行為をすることが行為者の目的であり、この行為は自ら実施しなければならず、しかも代替性がない行為である。女性は他人を教唆して又は強姦行為を幫助する場合、強姦罪の共犯者として処罰される。本事件では、被告人顧処宝は被害者陳〇〇に対して、暴力又は脅迫を用いて、女性の意思に反する強姦行為をしておらず、紹介行為も教唆や幫助行為に当たらないので、強姦罪の共犯者にはならない。第二の意見は被告人顧処宝が強姦罪の共犯者に当たるというものである。具体的に言えば、被告人顧処宝が認知症の女性を時〇〇に紹介して、性的行為を促成する行為は刑法上の実行行為であり、教唆行為と評価すべきであり、被告人の時〇〇とともに強姦罪の共犯を構成する。¹⁰⁷

結果として、被告人顧処宝は強姦罪の罪名で、三年の有期懲役に処された。

共犯論を用いて、行為者が女性である場合も処罰できるが、男性行為者がいない事例で、女性が被害者を強姦した場合は強姦罪ではなくて、他の罪名を処罰せざるを得ない。解決アプローチとして、行為者の性別限定は上記の性交概念に繋がっているので、性交概念が現在のまま解釈されると、行為者は男性に限定されるのは変えられないだろう。

(4) 既遂基準の不統一

中国では、幼女姦淫に対して日本とは違う既遂基準が採用されている。つまり、通常の強制性交の場合は「性器結合説」が採用されているが、被害者が幼女の場合は「性器接触説」が採用される。「性器接触説」を明確したのは、1957年で採択された「最高人民法院によって1955年以来の奸淫幼女事件の検査総括」¹⁰⁸の司法解釈である。

この司法解釈は現在でも有効であるので、「性器接触説」もまだ通説である。この解釈によると、姦淫幼女の犯罪では、多数の状況で、生殖器の接触あるいは摩擦であり、姦淫する事例は少ない。北京市と天津市の裁判経験を鑑みると、幼女姦淫とわいせつを区別する際、行為者の犯罪目的と客観的な犯罪行為を結びつけて考察すべきことになる。行為者は幼女と性交することを意図して、しかも幼女に対して性交行為を実施した場合は明らかに幼女姦淫の罪である。行為者が性器を使って幼女の生殖器に接触しようとした場合、実際に接触した場合も強姦罪で論ずるが、性交行為を実施したものより情状が軽いと考えられる。

¹⁰⁶ 「顧処宝等強姦案—紹介他人与智障女發生性關係構成強姦罪共犯」参照。
<https://www.pkulaw.com/pfnl/a25051f3312b07f33b83bbdadbc4802c82b854003ced5e7fbdbf.html>

¹⁰⁷ 喬治・於建「紹介他人与智障女發生性關係構成強姦罪共犯」人民司法8号(2015年)36頁参照。

¹⁰⁸ 「最高人民法院によって1955年以来の奸淫幼女事件の検査総括」参照。
http://www.law-lib.com/law/law_view1.asp?id=1220

その後、性犯罪に関する重要な司法解釈である、中国最高人民法院と最高人民検察院の「強姦事件における法律の特定の適用に関するいくつかの問題への回答」¹⁰⁹（1984年に公表。以下「回答」という。）が配布されて、幼女姦淫罪という罪名と強姦罪を区別する既遂標準が確定された。¹¹⁰「回答」の第6条によって、幼女と行為者の生殖器が接触した場合、幼女姦淫既遂と認定すべきである、とされた。

しかし、2002年最高人民法院と最高人民検察院に公布された「『中華人民共和国刑法』の執行に関する罪名確定の補充規定」では、幼女姦淫罪がキャンセルされて、幼女を姦淫する行為は強姦罪として規定された。また、「性器接触説」を確定した1984年の「回答」も2013年で廃止されたので、強姦罪（普通強姦罪と幼女姦淫型強姦罪）において既遂基準の不統一も論争を招いてきた。

異なる既遂基準として「性器接触説」を支持するのが現在中国刑法学の通説である。その理由は、1984年の「回答」が廃止されても、未成年者に対する手厚い保護は放棄できないし、また、幼女性器官の生理特徴を考えると、挿入するのは成人より困難であるので、「性器結合説」を採択すると、大部分の事件は未遂で処罰せざるを得なくなる、というものである。¹¹¹

一方、幼女を姦淫した場合も「性器接合説」を既遂基準として考えるべきだという見解も、しばしば聞かれる。¹¹²その理由は、第一に、幼女姦淫罪はすでに廃止されて、強姦罪の一類型になるので、統一的な既遂基準を取るべきであり、第二に接触行為は法益を侵害する行為とは評価できなくて、性交行為こそ強姦罪の保護法益を侵害する行為であり、挿入する行為のみ性交行為と認められ、第三に「接触説」を放棄するのは幼女に対する保護を弱めることにならず、刑法上幼女姦淫を加重的に処罰すれば保護手段として足りる、というものである。¹¹³

これに対して、少数説ではあるが、「性器接触説」で既遂標準を統一する見解もある。すなわち、成人であれ、14歳未満の幼女であれ、同意なしに性器を接触すると女性の性的自己決定を侵害し、強姦罪によって処罰すべきである、というものである。「挿入」か否かは法定刑の加重結果となるとするのは、フェミニズム法学の主張を実現するのに役立てられる。¹¹⁴

本稿は、「性器接合説」を既遂基準を統一する見解に賛成する。理由として、まず、二元的既遂基準が採択された場合、未成年者をもっと手厚く保護できるというメリットがあるが、このメリットだけでは説得力が足りないと思われる。次に、中国の現行刑法によると、強制わいせつ罪の法定刑は5年以下であり、強姦罪は3年以上10年以下であるので、ただ生殖器の接触がある場合、強姦罪で処罰しても、情状が軽いため、量刑は強制わいせ

¹⁰⁹ 「強姦事件における法律の特定の適用に関するいくつかの問題への回答」参照。

http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=2858。

¹¹⁰ 1979年の旧刑法において、第139条第2項は、「14歳未満の幼女を姦淫した者は、強姦罪で処罰する」と規定した。単にこの条文で、幼女を姦淫する行為は罪名と既遂基準が確定されていなかった。

¹¹¹ 姚建龍・林需需「性侵未成年人刑法适用若干疑難与爭議問題辨析」中国応用法学2号（2019年）56頁参照。

¹¹² 張明楷・前掲注（92）172-173頁参照。

¹¹³ 李立众「強姦罪既遂未遂標準應統一」人民檢察12号（2002年）50頁参照。

¹¹⁴ 王燕玲「女性主義法学視域下強姦罪之思」政法論壇11号（2015年）161頁参照。しかし、筆者も、この観点を提唱するのはあまりにも軽率で、通説には対抗できない、と指摘した。

つ罪で処罰するにはあまり差がないかもしれない。さらに、被害者側から考えると、何も知らない年齢なら、「強姦された被害者」と見られても大丈夫だが、自分がこのラベルが付いたことに気付いたら、心理的な圧力が重すぎる恐れがある。

(5) 「意思に反する」に関する諸問題

①事例紹介

ここで、「意思に反する」という要件に関する諸問題について検討する。まずは、司法上よく見られる判断基準を事案と合わせて紹介する。2017年の馮曉春事件では、被告人は被害者を飲酒させて、二人限りの状態に乗じて性交した。¹¹⁵

裁判要旨として、法院は、以下の観点を指摘した。女性の意思に反して、暴力、脅迫またはその他の手段を用いて、女性と性交を強要する行為は、強姦罪で処罰すべきである。客観的には、暴力、脅迫あるいはその他の手段を用いて、女性を抵抗不能（不能抵抗）、怖くて抵抗できない（不敢抵抗）、抵抗できることを知らなかった（不知抵抗）状態に陥らせて、又はその状態に乗じて姦淫した行為が必要である。「他の手段」とは、暴力、脅迫と同じ強制的性質を持ち、被害者を抵抗不能させる手段である。酒で相手を酔わせるという方法が典型的な例である。

②位置付け

前述のように、性的自己決定は、強姦罪又は強制わいせつ罪の保護法益として認められている。同時に、中国において、強姦罪・強制わいせつ罪の実質は、女性の意思に反して、性的行為を強要したことと思われる。¹¹⁶

再び中国現行刑法における強姦罪の規定を考察すると、女性の「意思に反する」という文言が規定されていないが、これは、司法上及び理論上重要な構成要件として位置付けられている。¹¹⁷この要件を明らかにする1984年の司法解釈の第一条によって、「強姦罪というのは、暴力、脅迫又はその他の方法より、女子の意思に反して、強制的に性的行為をする犯罪である」。この司法解釈はすでに廃棄されたが、強姦罪の中核は「意思に反する」という要件であるとする見解は、今まで通説である。¹¹⁸通説によって、強姦罪の基本的特徴は暴力、脅迫又はその他の方法をもって、女性を抵抗不能（不能抵抗）、怖くて抵抗できない（不敢抵抗）、抵抗できること知らなかった（不知抵抗）状態に陥らせて、女性の意思に反して、強制的に女性と性的行為をしたことである。¹¹⁹

③手段要件の混乱

1984年に公布された「回答」は、性犯罪に関する規及び要件についてさらに解釈した。

¹¹⁵ 馮曉春強姦案参照。

<https://www.pkulaw.com/pfnl/a25051f3312b07f372752b39c1d155c2c6e63ae9b77c3745bdfb.html>

¹¹⁶ 胡東飛・秦紅「違背婦女意志是強姦罪的本質特征—兼与謝慧教授商榷」政治与法律3号（2008年）133頁参照。

¹¹⁷ 田剛「強姦罪司法認定面臨的問題及其对策」法商研究37卷2号（2020年）168頁参照。任意に選択した507件の強姦罪の裁判例のうち、390件で「女性の意志に反する」に関する判断が述べられた。

¹¹⁸ 周光堂・胡廷霞・王麗娟「非典型性強姦罪司法認定之实践考察与理論轉向」法律適用6号（2020年）107頁参照。

¹¹⁹ 周道鸞主編「刑法罪名精釈・上（第4版）」（人民法院出版社、2013年）529-530頁参照。

その中で、刑法第 236 条に規定された「暴力」、「脅迫」と「他の方法」という手段要件も解釈された。この「回答」によって、「暴力」とは、犯罪者が殴打、拘束、窒息、押し下げなどによって女性の安全や自由を抑えて、抗拒不能にさせる手段である。「脅迫」とは、女性を脅迫して精神的に強制することである。例えば、報復の脅迫、プライバシーの公開、家族への危害、迷信を利用する威嚇と欺瞞、教養関係、所属関係、職権、孤立した状況を利用する強制によって、女性を抗拒不能にさせる手段である。最後に、「他の手段」とは、暴力と脅迫以外で、女性を抗拒不能にさせる手段である。例えば、重病、睡眠、酩酊、薬物麻酔、治療などを利用して姦淫することが挙げられる。

1984 年の「回答」で規定された定義は詳細であると言えるが、実務上は暴力手段以外の手段を用いて、強制的に性的行為を行う場合、認定するには極めて不明確なところがあり、混乱状況に陥っている。¹²⁰すなわち、理論上は、女性の意思に反するいかなる性的行為も処罰すべきであるが、実務上は非暴力手段の認定不足は理想的処罰範囲と現実的処罰範囲の「狭さ」を示した。

また、2013 年にこの「回答」が廃止されて、中国の現行刑法には、司法解釈を用いてこれらの要件を明確化するか、裁判例を通じて要件を司法化するか、又は刑法改正案によって犯罪類型をさらに豊富にするかについては、性犯罪規定を改革する方向次第である。

中国性刑法で明文規定された「他の方法」と 1984 年の司法解釈で規定された「意思に反する」を合わせて、台湾の性刑法を参照すると、非常に似ている表現は台湾現行法第 221 条の「その他の意思に反する方法」である。この要件に対して、台湾にも異なる学説があり¹²¹、実務上は「その他その意思に反する方法」の解釈に関し、被害者の意思に反し、その意思の自由を妨害する一切の方法を言い、条文に列挙されている暴行、脅迫、畏怖させる行為、催眠術といった手段に相当する必要もなく、かつ被害者の性的自己決定を抑圧するに足りる強制の手段の利用は必要ではない、との立場を採用してきた。¹²²

上記の状況と正反対に、中国においては、理論上の解釈によって、処罰範囲が広いのに対して、実務上は、認定不足の状態に陥っている。

三、論争と動向

1. 性犯罪に関する刑法改正案

(1) 「刑法改正案（九）」

①強制わいせつ罪の改正

2005 年、当時の全国政治協商委員、中国社会科学院政法学部に属する劉白駒研究員は、二つの提案を提唱した。一つは、強姦罪と強制わいせつ女罪の条項を改正し、二罪の被害者の性別に対する制限を解除し、同性間の強制的な性行為も強姦罪に分類すべきだという

¹²⁰ 田剛・前掲注（117）173-176 頁参照。

¹²¹ 黄士軒・前掲注（32）907-910 頁は、台湾の三つの学説が紹介された。まずは、「その他その意思に反する方法」は、暴行、脅迫といった強制の手段と同様に被害者の意思を制圧するほど高度な強制効果を有しなければならない、というものである。つぎに、「その他その意思に反する方法」の解釈に際し、被害者の意思に反する原因を区別し、異なる標準を採用する。最後に、「その他その意思に反する方法」とは、事実として被害者の意思に反するという状況をいい、そのような状況の下で行為者が被害者に対し性交・わいせつ行為をしたことこそが重要で、行為者によって強制手段が用いられていたか否かが重要ではない、というものである。

¹²² 黄士軒・前掲注（32）912 頁参照。

ものである。もう一つは、強姦罪の条項を改正せず、女子に対する女子強制わいせつ罪の条項を改正して、被害者の性別に対する制限を取り消し、罪名を「強制わいせつ罪」に変更すべきだというものである。立法の基礎とタイミングを考慮して、劉白駒研究員は、「強制わいせつ罪」の条項を改正し、被害者の性別に対する制限を撤廃することが妥当であると指摘された。¹²³

10 年の後、上記の第二の提案が中国人民代表大会で採用された。2015 年に採択された「刑法改正案（九）」では、女性に対する強制わいせつ・侮辱罪における「女性にわいせつ行為をし、または侮辱した者」という要件が「他人にわいせつ行為をし、または女性を侮辱した者」に変更された。すなわち、男性に対するわいせつ行為が犯罪化され、男性が強制わいせつ罪の被害者となる、と規定された。

この動きは中国における社会の発展に必要とされるものであるというにとどまらず、世界における立法の潮流に対応するものでもあると評価されている。¹²⁴ 一方、改正案（九）は、第 237 条の侮辱罪を廃止しなかったし、侮辱罪の性別制限も未だ変わらなかった。張明楷教授によれば、司法機関は「女性侮辱」という概念を薄めて、強制わいせつ行為に当てる行為は強制わいせつ罪をもって処罰して、強制わいせつ行為に当てない行為は他罪で処する又は非犯罪として評価すべきであるとされる。¹²⁵

② 幼女買春罪の廃止

「刑法改正法（九）」第 43 条は、刑法第 360 条第 2 項（幼女買春罪）を削除した。同条に規定されていた 14 歳未満の女子を買春したときは、刑法第 236 条（強姦罪）第 2 項により重く処罰される。すなわち、その処罰範囲は、まったく変動しておらず、罪名を変更にとどまるものである。

罪名の経緯として、1979 年旧刑法においては幼女買春罪に関する規定がなかったが、1991 年公表された「全国人民代表大会常務委員会によって売春・買春を厳禁する規定」の第 2 条第 2 項によって、幼女を買春する行為強姦罪で対応すべき。1997 年新刑法の草案も同じく規定されていたが、厳重に幼女買春を抑制するために、幼女買春を独立の犯罪として規定し、最低法定刑も強姦罪の三年より、五年で規定されていた。¹²⁶ しかしながら、改正後の条文の施行状況に鑑み、その改正は不合理であり、その罪を削除すべきだという意見が圧倒的多数であり、1997 年から初めて削除された罪名になった。¹²⁷

(2) 「刑法改正案（十一）」

2020 年 12 月「刑法改正案（十一）」（以下は「改正案十一」）が採択されて、未成年者に関する性犯罪の規定が修正された。

第一に、刑法第 236 条には、10 歳未満の幼女を姦淫するまたは幼女に傷害する場合、加

¹²³ 「猥褻罪不再分男女、強姦罪不分男女或只是時間問題」参照。

http://news.hsw.cn/system/2014/1028/170366_2.shtml?mobile=LDAftXfU

¹²⁴ 張開駿「中国刑法改正における最新の動向—2015 年の「刑法修正案(九)」について—」只木誠（監訳）・頼勇佢（訳）、比較法雑誌 50 卷 2 号（2016 年）371 頁参照。

¹²⁵ 張明楷・前掲注（95）878 頁参照。

¹²⁶ 周道鸞主編「刑法罪名精釈・下（第 4 版）」（人民法院出版社、2013 年）958 頁参照。

¹²⁷ 張開駿・前掲注（124）380 頁参照。

重類型として、十年以上の有期懲役、無期懲役又は死刑に処する規定を追加した。本来の刑法第 236 条は、14 歳未満の幼女を姦淫した場合、より重く処罰することが規定されて、幼女に対する保護を表した。今回 10 歳未満の幼女を対象して、姦淫した行為を更に重く処罰するのは、中国における頻繁的に出て来た幼女姦淫事件に対する反省と動きである。

第二に、刑法第 236 条の後、第 236 条の 1 を追加して、保護、養護、介護、教育、医療などの特殊な職責を負う者に対し、14 歳以上 16 歳未満の未成年女性と性交する場合、三年以下の有期懲役に処する。情状が重いときは、三年以上十年以下の有期懲役に処する。又、前項の行為を行うと同時に刑法第 236 条に定める犯罪を構成する者は、より重い刑の規定によって処罰する。

第三に、本来刑法第 237 条に規定された児童猥褻罪は強制わいせつ罪に似て、より重い刑罰を以て処罰することが規定されたが、「刑法修正案（十一）」の第 28 条は強姦罪の加重類型規定を参考して、以下のとおり四つの加重類型を明確して、（一）多人数の児童をわいせつした、又は複数回で児童わいせつをした場合；（二）多衆集合して児童わいせつを行った、又は公共場所で児童わいせつを行って、悪質な場合；（三）児童傷害またはその他の重大な結果をもたらした場合；（四）用いた手段が悪質で、またはその他の悪質な情状がある場合。いずれかの情状がある場合、五年以上の有期懲役に処すると規定された。

上記の修正について、特に注意に値するのは第二の修正である。新設された罪名は、平成 29 年日本で新設された監護者性交等罪と同じ、未成年者をより手厚く保護する決意が示されているが、不十分なところがある。まずは、強制性交のみ規定されていて、特殊関係を用いてわいせつをした場合は、強制的手段が認定できないなら、犯罪を成立できない。したがって、特殊な職責を負う者による 14 歳以上 16 歳未満の未成年女性をわいせつする場合も処罰すべきである意見が述べられた。¹²⁸一方、日本でも台湾でも、心身状況が異常である場合、強制手段がなくても、準強制性交等罪及準強制わいせつ罪で処罰できる。したがって、中国においても、236 条に増加して、心身障害者に対する保護も規定すべきであると指摘された。¹²⁹最後に、具体的な罪名の保護法益及び適用な問題についても、現在中国において盛んに検討されている。特に、同罪名は性交同意年齢を引き上げるかどうか、という問題に関しては、定論はない。実務者の視点によれば、当該罪名の「規定は、未成年女性の性同意年齢を引き上げるとともに、幼女姦淫罪における性的同意がすべて無効である場合とは異なり、犯罪主体の身分に応じて区別することを目的とする」。¹³⁰周光権教授も上記の性交同意年齢の部分的引き上げ説に賛成しているが¹³¹、付立慶教授の意見によれば、この罪名の適用を制限すべきであり、部分的引き上げ説を反対すべきである。¹³²前述したように、性交同意年齢を検討する場合、個人的には、実質的判断基準が必要である

¹²⁸ 陳波「猥褻行為應納入負有照護職責人員性侵罪—以師源性侵為例」青少年犯罪問題 4 号（2021 年）28-41 頁参照。

¹²⁹ 趙擁軍「論『刑法修正案（十一）』第 27 条の修改—兼論理性防衛能力削弱司法鑑定意見下強姦罪認定標準的本質回歸」青少年犯罪問題 1 号（2021 年）41-42 頁参照。

¹³⁰ 李静・姜金良「最高人民法院、最高人民检察院关于执行『中华人民共和国刑法』确定罪名的补充规定（七）的理解与适用」人民司法 10 号（2021 年）34 頁参照。

¹³¹ 周光権「刑事立法進展与司法展望—『刑法修正案（十一）』総置評」法学 1 号（2021 年）30-31 頁参照。

¹³² 付立慶「負有照護職責人員性侵罪的保護法益与犯罪類型」清華法学 15 卷 4 号（2021 年）74-75 頁参照。

と主張しているので、中国が新設された当該罪名についても、実質的判断が必要であると思われる。

2. 理論動向

(1) 修正不要説

中国の性犯罪規定は明らかに欠点があり、処罰の間隙も生じているが、修正する方向に関しては異なる見解がある。中国の性文化と性意識が大幅に変化しない限り、現行法を修正する必要がないというのが修正不要説である。修正不要説を支持する学者は極めて少数派であるが、中国の民衆に対して普遍的に存在する見解の代表であるかもしれない。

現行法を維持する理由としては、主に中国における性文化の保守性が挙げられている。すなわち、伝統的な性道徳観念は依然として主流の地位を占めていて、中国は依然として性的に保守的な国に属しているから、中国の性犯罪規定は確かに遅れた状況に陥っていると認めざるを得ないが、これは民衆の性犯罪処罰に対する法的感情に適するものであると考えられる。¹³³

詳しく言うと、林貴文教授によって、中国において、男女平等の観念が確立されずに、女性は依然として社会的弱者であるので、男性が女性に強制的に性交行為を行わせるのは少数であり、相当辛いことである。また、中国において、農村の人口は未だに人口の大部分を占めていて¹³⁴、伝統的な思想は開放的な思想より人々の価値観に影響している。この前提の下で、中国人は婚内強姦や同性強姦に対しては受け入れないという見解が多数である。したがって、中国の既存の文化背景の下で、強姦罪の立法変革の時機はまだ熟していない。社会の発展に従い、政治、経済、文化観念などのレベルで本当に男女平等を促進した後、性犯罪の変革を行うべきだという。¹³⁵

(2) 保守修正説

修正は要らないという見解に対して、保守修正説は修正が必要であることを認めていて、主に三つの問題点がポイントになっている。まず、性別制限という点である。男性の性的自己決定権も保護すべきという理由として、強姦罪の保護対象を男性に拡大する点が挙げられる。また、それに伴って、性交行為の射程も必ず変わらなければならないので、性別限定と性交概念の狭さを修正すべき点、にはあまり異議がないと思われる。¹³⁶

もう一つ重要な改正点に関して、前述のように異議がない状態ではなくて、学者により観点が異なる。¹³⁷

¹³³ 林貴文「不必重构我国刑法上的強姦罪—从比較法律文化的角度考察」西南政法大学学報 4 号 (2010 年) 45 頁参照。

¹³⁴ 「第七次全国人口普查主要数据情况」(2021 年 5 月 11 日) 参照。

http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/202105/t20210510_1817176.html

この文章が書かれた 2010 年は、中国の農村人口は人口総数の半分以上を占めているが、上記 2021 年 5 月 11 日公表された人口調査によって、中国の農村人口は人口総数の 36.11%を占めている。

¹³⁵ 林貴文・前掲注 (133) 46 頁参照。

¹³⁶ 王煥婷「海峽兩岸妨害性自主犯罪立法、司法之比較研究」河南財經政法大學學報 4 号 (2015 年) 158-159 頁参照。謝斐「強姦罪立法完善之思考—以 2017 年日本刑法之修改為切入点」政法學刊 35 卷 5 号 (2018 年) 93 頁参照。

¹³⁷ 中国において、性犯罪に関する立法上の議論はまだ少ないので、調査した文献に限り、「肯定的同意」アプローチと「否定的同意」アプローチを議論する論文は三件しかない。したがって、保守修正説に関す

①「肯定的同意」アプローチ

まず、「意思に反する」の代わりに、「同意の欠如」を性犯罪の中核として扱われるべきであるという意見が指摘された。理由として、まず、「意思に反する」という主観的な心理より、「同意の欠如」は客観的な状態であるから、明確な外在表現がある。第二に、「同意の欠如」を用いた場合、法益結合性の優位性がある。すなわち、同意は一種の授権行為であり、性的自主権に対する処置であるため、「被害者の同意がない」と強姦罪の保護法益との結びつきが強い。第三に、「同意の欠如」は、構成要件として地位の優位性がある。中国において、多くの学者が強姦罪における被害者の同意を違法性阻却事由または正当化事由として扱っているが、合法的な性的行為と性的自己決定を侵害する行為との間には、「合意」が形成されたかどうか以外に、外部の客観的な表現には差がないから、強姦罪においては「被害者の同意がない」ということが明らかに構成要件の地位を有していると指摘された。¹³⁸

上記の理由に基づいて、更なる「同意の欠如」を判断するために客観的な基準を決めなければならない。現にある「肯定的同意」アプローチ (yes means yes) と「否定的同意」アプローチ (no means no) の間で、中国の学者は前者を選択した。¹³⁹

②「意思に反する」アプローチ

「意思に反する」アプローチというのは、激しい立法上の改革ではなくて、現行法の枠組内で解釈論を利用して解決する主張である。この主張によって、中国の性犯罪に関する規定は、説明力が足りない場合、新しい理論的解釈によって改善されるか又は変わる可能性があるため、重要なのは、「強姦罪の実質は女性の意思に反する」という通説を維持しながら、実務上の認定基準を明らかにする点である。¹⁴⁰

中国のいわゆる「意思に反する」と「女性を抵抗不能（不能抵抗）、怖くて抵抗できない（不敢抵抗）、抵抗できること知らなかった（不知抵抗）状態に陥らせる」という処罰基準は、刑法上「他の手段」という規定があるという事実の上に構築された理論的解釈である。他国で普遍である問題、すなわち、処罰範囲が狭すぎるという点に対して、中国の「意思に反する」立法は処罰範囲が広すぎるという弊害があるので、理論を用いてこれを客観的に絞る必要性があると指摘された。¹⁴¹具体的に言えば、処罰基準を「意思に反する」から「意思に反する＋心理的強制」に移すべきである。そうすると、すべて「意思に反する」性的行為を処罰するという弊害を解決して、心理的強制（しかも抵抗が困難である程度の心理的強制に限定する）がある場合のみ性犯罪として処罰する。¹⁴²

このアプローチについて、メリットは明確であり、現行法を大々的に変える必要はなく、

る論点は主に個人的な学者の観点を表すものに限っており、将来は関連する見解が徐々に出て来ると思う。

¹³⁸ 田剛・前掲注（117）177-178頁参照。

¹³⁹ 魏漢濤「強姦罪の本質特征与立法模式之反思」環球法律評論4号（2012年）128-129頁参照。田剛・前掲注（117）181-182頁参照。

¹⁴⁰ 周子実「強姦罪入罪模式的比較研究—以德国『刑法典』第177条最新修正為視角」比較法研究1号（2018年）45頁参照。

¹⁴¹ 周子実・前掲注（140）45頁参照。

¹⁴² 周子実・前掲注（140）46-47頁参照。

主に現在の実務上出現している傾向を理論的に整理し、立法と司法との良好な繋がりを得ることができる。

しかしながら、この立法論は、性犯罪に関して普遍的に存在している問題を解決できるか否かについて疑問を呈する余地があると思われる。まず、心理的強制の定義¹⁴³は、強制と評価できる行為を基準として設定する必要がある。つぎに、性犯罪の研究における重点及び難点である欺罔問題に対して、強制的とは言えないが、意思に反すると評価できるか否かは未解決の問題として残されていた。最後に、本来も「意思に反する」という説自体は、心理的強制を含めて、単独で心理的強制を摘出して「意思に反する」と並んで強姦罪の判断基準にするよりも、直接に「意思に反する」を徹底的に解釈し、実務上の問題に対処したほうがよいだろう。¹⁴⁴

(3) 積極修正説

フェミニズムの影響を受けて、刑法学者は、強姦罪を実質的に女性に対する損害と考え始めてきた。その一つの理論として、強姦罪というのは、実質的に考えると、傷害罪と同じものと言える。すなわち、強姦行為も被害者の身体又は心理を傷害する行為であり、「強姦」という言い方こそ、女性を被害者に特定した。したがって、性が道徳、貞操から切り離された場合、暴力犯罪の一類である性犯罪は別の犯罪として設立される必要はまだあるうか、ということが学者によって指摘された。¹⁴⁵

この疑問の前提は、性犯罪の実質は暴力犯罪であり、性的特質を取り外せることである。実は、昔から、中国でも外国でも、哲学者は、このような思想を提唱したことがある。民国の中国において、胡適という思想家は、強姦されたのは強盗されたのは同じであり、身体上の傷害が生じるのみである、とした。¹⁴⁶ ミシェル・フーコーも、類似の観点を提唱した。1977年に発表されたフーコーに対するインタビューで、フーコーは、強姦が単なる物理的な攻撃の一形態であり、拳で顔を殴るのと陰茎を挿入するという行為の間に原則的な違いはないだろうという考え方を参加者に紹介した。¹⁴⁷

原因としては、まず、自由主義から出発すると、性を生物学的な意義のみ考慮し、性的社会機能や道徳意識を混ぜて評価してはならないという考え方がある。性行為は道徳上、

¹⁴³ 周子実・前掲注(140) 48頁は、強制的心理に関して、4つの客観的要因がまとめられた。(1) 行為はホテル、事務室で行われたか。それとも荒野であるか。被害者はなぜ事件現場に来たか。助けを求められない状態にあるかどうか。(2) 行為者と被害者との関係。二人は前に知っていたか。恋愛や曖昧な関係があるか。双方の力の対比は大差があるか。(3) 被害者の個人状況。農村から来たか。受けた教育の程度はどうか。社会経験はどうか。性的行為について十分な認識があるか。(4) 被害者の行為後の表現。気分の変化はどうか。いつ事件を警察に告訴したか。どのような状況で通報したか。

¹⁴⁴ 「意思に反する+心理的強制」アプローチを主張するのは、以下の事例群を解決する試みである。すなわち、医師が患者を治した後に、患者の妻に性的行為を要求して、この女性は明確にこの行為がその願望に背いていることを表現したが、医師に対する夫の恩に感謝するために依然として涙を浮かべて同意した。この事件は強姦罪にはならないとされているが、「女性の意思に反する」という文言上の意義で解釈すると、強姦罪が成立すべきと思われる。しかし、このような事案では、「女性の意思に反する」か否かは、当事者の同意は有効か否かで判断すべきだと思う。重要なのは、やはり、「女性の意思に反する」の定義と判断基準である。

¹⁴⁵ 林志潔『性別正義の刑法観点』(台湾元照出版公司、2015年) 69頁参照。

¹⁴⁶ 胡適『容忍与自由』(云南人民出版社、2017年) 46-47頁参照。

¹⁴⁷ 福柯『権力的眼睛—福柯訪談録』(嚴鋒訳)(上海人民出版社、1997年) 75-77頁参照。

握手、買い物などの行為と本質的な区別がないという結論が得られる。¹⁴⁸

つぎに、強姦罪に対する特別な関心が被害者の被害感情を強化する理由の一つであると見る見方がある。男性が法律を構築して¹⁴⁹、女性に貞操観念を常に警戒する圧力を与えた。¹⁵⁰また、取り調べと裁判の過程でも、強姦罪の被害者は性の権利が傷つけられた対象だけではなく、むしろこのような状況の下でレッテルを貼られる対象となり、正義を訴えると同時に二次被害を心配する特殊な被害者である。心理治療のように、過度の警戒心をもつ治療者は、患者に被害の記憶を深く記憶させ、被害者のレッテルが貼られた性犯罪被害者が苦境から抜け出せなくなる。¹⁵¹

さらに、現代フェミニズムの「言葉の構築主体」という理論的な視点をもとに、強姦罪の条文の「暴力」や「脅迫」などの表現は「言葉で男性に『暴力』をもって女性を侵害する権利を与えた」と述べた。¹⁵²そうすると、男性は法的に体力的に強い方に構築され、女性は暴力の受け手に限定される。したがって、強姦罪の存在自体及びその構成要件の論述は、女性が強姦可能なマークを法的に付けた。

強姦罪を廃止して傷害罪に組み入れるパターンの出発は、性犯罪の存在は性に過度な道徳的重量を提示しただけでなく、被害者、特に女性に性被害以外の傷害をもたらす可能性があるという点である。強姦行為の性的要因を排除して、その道徳的圧力を消すことによって、強姦罪に関する様々な問題を緩和しようとする観点であるが、この提案に対して、本稿では、以下の二つの問題を提示したい。

第一に、被害者が納得できるかどうか、という点である。確かに、男性によって築かれた法律体系が物理的な傷害以外、道徳的な自己非難を女性に強いるという観点は説得力があるかもしれないが、被害者に対して、特に女性被害者に対して、男性に属する財産、貞操など古い観念は依然として女性自身を縛っている。強姦の傷害は暴力だけだという言い方、女性の立場から言えば、妊娠を余儀なくされるリスクと全体的な環境による精神恐怖感物理的損害以外の否めない侵害を否定することである。男性にとっても、殴られることと、性的暴行を受けることとで、精神的なダメージは全く違っている。

第二に、性犯罪が暴力犯罪として扱われても、さらに解決しなければならない問題がある。すなわち、傷害罪の構成要件も新たな解釈が必要である。現行の傷害罪の認定基準に基づき、暴力がない場合、強姦行為は処罰されなくなる。最後に、性犯罪被害者は精神的苦痛に耐えながらも、自分を守る法的武器を失う状況に陥ってしまう。¹⁵³

四、小括

性犯罪を研究する趣旨は、性犯罪に普遍的に存在する問題点を解決することであり、性的自己決定権と刑法の処罰範囲のバランスを見つけて、客観的な判断基準を模索すること

¹⁴⁸ 陳真「当代西方性倫学総述」国外社会科学5号(2004年)17頁参照。

¹⁴⁹ 周安平「社会性別的法律建构及其批判」中国法学6号(2004年)69-71頁参照。

¹⁵⁰ 林志潔・前掲注(145)69頁参照。

¹⁵¹ Eli Colemanp(周福春訳)「在新千年里性健康和性權利的發展和展望」中国性科学12卷2号(2003年)43頁参照。

¹⁵² 馬姝「論強姦罪应当廢除—基于后現代女性主義立場的一种觀點」河北法学29卷12号(2011年)131-132頁参照。

¹⁵³ 岳麗「法律如何使女性成為弱勢—以強姦罪為視角」長春理工大学学報(高教版)5卷1号(2010年)7頁参照。

である。しかし、その目的を達成するために、自分の国の性犯罪立法の現状と不足を研究しなければならないと思われる。性犯罪立法がすでに整っている国に比べて、中国は立法上遅れているだけでなく、立法論上の議論も乏しい状況にある。

では、なぜ中国において、性刑法に対する修正がなかなか進められていないのか。この現状の背景として、以下の2点を指摘することができる。

(1) 性文化の保守性

世界の諸国と同じく、中国にも、父権社会に入ったら、女性は従属的地位に落ちて、端的に言えば、出産の道具と性欲の道具になっていたことは事実であろう。¹⁵⁴しかしながら、近代に入って、世界的に女性の地位が高まっているが、欧米で普及しているフェミニズムは、今まで中国では大きな影響が及んでいない。これは、中国の文化と繋がっていると考える。

中国の封建制度は1911年の改革で壊されたが、性に関して、依然として様々な説教と制限が人々の思想を束縛している。公開の場で性の問題を議論するのは礼に反することであり、性が悪の人欲として捉えられていた。文化的な伝統は、歴史の沈殿物として、長い歴史の中で、中国では独自の精神的風土を形成した。¹⁵⁵

その後、1950年代から80年代の改革開放まで、国家主義は主流思想として人々の頭を占めていて、個人的な欲望が抑えられていた。改革開放後、女性の社会的地位はある程度高められたが、伝統的な儒学は依然として国民の日常生活を覆っていて、西洋のような女権運動や性革命など強大な力をもって性別に関する神話を打ち破ることはなかった。

また、2019年11月から2020年2月の間に行われた大学生に対するアンケートの結果として、「2019-2020年全国大学生性と生殖健康調査報告」¹⁵⁶によって、七割の大学生は、自分の両親が性的観念が保守的であるか又は極めて保守的と評価している。これは大学生の両親にとってのものであるが、この数字は、社会の中堅の観念を表していて、中国の性観念の保守性を提示している。

(2) 性刑法立法の保守性

中国においては、これまで犯罪として処理されていなかった行為、又は新たに発生した法益を侵害する行為については、常に最高司法機関によって、罪名に関する解釈を拡大したり、類推して犯罪化した後、立法機関が刑法を改正することによって、新たな罪を増設することが多い。¹⁵⁷1997年新刑法典が採用されてから現在まで、中国においては、十一回の刑法改正案が採択され、刑法の補足と改正を行った。十一回の刑法改正案によって、新たな罪名も作られたが、それは、主に社会の発展とともに現れた新しい法益侵害行為に対処するためである。その中で、性犯罪に関する改正案は、2015年の「刑法改正案(九)」と2020年の「刑法改正案(十一)」しかない。また、改正案によって強姦罪に対する実質

¹⁵⁴ 李擁軍「掀开法律的男权主义面纱——对中国当代性犯罪立法的文化解读与批判」法律科学(西北政法学院学报)1号(2007年)25-26頁参照。

¹⁵⁵ 魏東・倪永紅「強姦罪的文化学分析」国家検察官学院学报10卷3号(2002年)37頁参照。

¹⁵⁶ 中国計画生育協会「2019-2020年全国大学生性と生殖健康調査報告」参照。

<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1665944212142390930&wfr=spider&for=pc>

¹⁵⁷ 張明楷『「刑法修正案(十一)」对司法解释的否認及其問題解決』法学2号(2021年)4頁参照。

的な動きがなく、主に強制わいせつ罪と幼女保護に関連する性犯罪を改正した。

性文化及び性意識の保守性を鑑みて、性犯罪改正の根強い主張もあるが、全体的に、1997年新刑法典が採用されたので、中国刑法学の研究の重心は立法論から解釈論に移った。¹⁵⁸正しい法律を作るより、有効な法律を研究するのは重要であると考えられた。¹⁵⁹

「法律は嘲笑われる対象ではない」という立場は学界で公認されてきたが¹⁶⁰、すべての問題を解釈で解決する¹⁶¹のはやはり至らないところがあつて、性犯罪のように解釈論だけでは更新できない法律に対して、やはり立法が必要であり、立法論上の議論も需要だと思われる。

刑法は社会の発展とともに発展している一方で、社会の特定の意識と文化と繋がっていて、その保守性を維持している。国ごとの立法には上記の特徴があるかもしれないが、原因として、刑法は国民の生命や自由法益を制限する法律として、一般的には最後の手段とされているのである。民法や経済法などの刑法以外の法律と比べて、刑法の変動は罪刑法定原則のもとに行われるので、社会現象に遅れが出やすい。特に、中国においては、その独特な文化や近年の刑法学の研究傾向は、性犯罪修正の動きが得られない原因になっていると思われる。

それでは、法律上いかにすれば中国性刑法の問題点又は普遍的に存在する性犯罪に関する問題を解決できるかという疑問に対して、総論的に言えば、望まない性的接触に対して抵抗する義務を被害者に課し、暴行・脅迫や抵抗の困難性要件が充足される場合にのみ性犯罪の成立を認めるという時代遅れの考え方は捨てるべきである。¹⁶²中国における性犯罪に関する様々な理論について、今後さらに議論を継続していく必要があるものと思われる。しかしながら、性犯罪に関する問題を解決するためには、それらの問題の本質を明らかにする必要がある。そこで、日本と中国の共通の問題点を洗い出すと、その本質も見られるようになる。

第三節 比較法的検討

一、問題点の比較と検討

¹⁵⁸ 車浩「刑法理論的教義学転向」検察日報 2018年6月7日2頁参照。1979年の旧刑法が公布されてから、刑法理論はずっと比較的簡単な注釈の段階に留まっていた。1997年刑法を改正した前に、学界は立法論に集中していた。1997年に新刑法が施行された後も、立法論と解釈論が混在して、教義学の程度は低いレベルに留まっていた。最近の十数年来、学術開放に伴い、徳日刑法の知識が流入し、刑法学の体系化レベルと精密化レベルが著しく改善されたと同時に、刑法教義学も発展し続けた。

¹⁵⁹ 馮軍「刑法教義学的立場和方法」中外法学 26巻1号(2014年)173頁参照。

¹⁶⁰ 勞東燕「風険社会と功能主義の刑法立法観」法学評論 6号(2017年)12頁参照。

¹⁶¹ 馮軍・前掲注(159)184頁は、刑法の適用にはいつも解釈が必要であるということを指摘した。原因として、まずは、刑法における規定の具体的な意味が明確でないと刑法を適用できない点である。一方、刑法制定後は常に新しい状況が現れるため、刑法の安定的性質と刑法制定の厳格さを合わせ鑑みて、新しい状況に対して刑法を直ちに修正することができず、制定された刑法を新たに解釈し、新しい状況の処理に適用する必要がある。

¹⁶² 菊地一樹(訳)「タチャーナ・ヘルンレ『性的自己決定:意義、条件、そして刑事政策的要請』」早稲田法学 92巻2号(2017年)207頁参照。

1. 日中性刑法の対比

日本と中国の性犯罪規定を比較して分析すると、主に議論されている共通な問題点は四つの問題群に分けられる。¹⁶³第一の問題は、対象者の範囲に関する問題である。日本においては、主に配偶者間等の性的行為に対する処罰規定の在り方に関する議論がなされている。これに対して、中国においては、配偶者間等の性的行為に対する処罰規定の在り方に関する議論があまりないし、判例上の動きも少ない。また、日本が平成29年の法改正によってすでに解決した問題、すなわち、強姦罪の被害者は女性に限られている問題は中国において依然として存在している。

そして、第二の問題は、未成年者に対する保護の問題である。日本において、この問題はさらに二つの問題点に分けられている。一つは、性交同意年齢のあり方に関する問題である。あと一つは、若年者に対して、地位・関係性と利用した性的行為に対する罰則の問題である。中国においても、性交同意年齢に関する問題はあまり提起されていないが、地位・関係性を利用した性的行為に対する罰則も問題になっている。それは、前述したように、新設された刑法第236条の1に対する理解及び適用の問題である。また、中国において、既遂基準の不統一は、個人的には、問題性があるので、さらに検討しなければならないと考えられる。

第三の問題は、強制性交等罪と強制わいせつ罪の範囲の混乱という問題である。言い換えれば、主に強制性交等罪の対象行為の範囲という問題である。日本も、中国も、強制性交行為と強制わいせつの行為は連続的な行為類型と理解されているので、強制性交等罪の対象行為が変わると、必ず強制わいせつ罪の対象行為の範囲も変わることである。日本においては、平成29年の法改正によって、肛門性交も口腔性交も強制性交等罪の対象行為の範囲に入れたが、現在はさらに物による挿入行為に関する議論が行われており、相当完備な試案までが作られた。しかしながら、中国においては、性交行為を男性による女性への膣性交に限定しているにもかかわらず、この問題を解決する傾向までも見られていないのである。

最後に、一番厄介な問題は、手段要件に関する問題である。この問題は、本稿の関心問題であり、性犯罪の問題を検討する際に、避けられない問題である。日本においては、平成29年の法改正に至るまでの検討会で、暴行・脅迫要件の緩和に関する提言も少なくなかったが、最終の法改正には実現されなかった。¹⁶⁴そのほかに、心神喪失・抗拒不能の要件の在り方及び地位・関係性を利用した犯罪類型の在り方に関する議論も行われている。日本の状況と同じ、中国においても、手段要件に対する質疑が提起されたが、当該問題に関する議論が不十分であり、問題の本質までの検討もあまり見られらい。

結論として、日本が平成29年の法改正によって、中国を上回る水準になったが、上記の問題に関して、なお不明確さが残されている。さらに分析すると、第一、第二及び第三の問題は、相当容易に解決できる問題である。なぜかという、この三つの問題、特に第一と第三の問題は、世界の傾向とは、大きな壁が存在していないからである。第二の問題についても、特に国内の実情と合わせて考察しなければならないので、また性犯罪の問題を

¹⁶³ 第二章の分析によれば、性犯罪の問題群は主に三つがあるが、それは性刑法を対象とする全体像である。ここでは、日本と中国の具体的な性刑法と対象とすると、特に議論されている問題は四つがある。

¹⁶⁴ 平成27年8月6日「性犯罪の罰則に関する検討会取りまとめ報告書」18-20頁参照。

解決する全体像と繋がっているのも、もっとも重要な問題は、やはり第四点である。手段要件に関する諸問題は、性犯罪に対する反省が起こした当初からずっと存在している問題であり、欧米の諸先進国であっても、この問題はすでに完全に解決されたとは言えない。しかしながら、単に手段要件の規定が妥当かどうか、という問題を検討することは足りないもので、やはり手段要件の問題や上記の諸問題の本質まで尋ねることが必要である。言い換えれば、手段要件に関する問題を解決するには、問題の本質を明らかにしなければならないのである。

2. 問題の本質

諸国の性犯罪規定を鑑みると、主に二種類に分けられている。第一類型は、「不同意」を性犯罪の本質をとし、「不同意」が構成要件として条文に明確規定されている不同意パターンである。代表的な国は、イギリス、カナダ等である。そして、第二類型は、手段要件を核心とし、構成要件を満たした場合のみ犯罪を認める要件式パターンである、日本も、中国も、要件式パターンを採用している国である。性犯罪の諸問題を解決するために、第一類型を採用している国は「同意」の認定をめぐる、保護対象の拡大を工夫していることに対して、第二類型の国は主に手段要件の解釈を通じて保護範囲の拡大を図っている。このような手段上の差異は、そもそもその国の刑法類型と繋がっていると思われる。第二章で分析したように、日本と中国は大陸法系の国として、立法論より解釈論が重視されているので、手段要件に対する解釈を工夫して問題を解決するのも普通であるが、さらに問題の本質に戻るなら、性犯罪に関する規定が強制的な手段要件に限られているので、解釈上の努力も、立法論上の提言も、相当な限界が見られる。

日本においては、強制性交罪、準強制性交罪、監護者性交罪などの罪¹⁶⁵によって、性犯罪の刑法規定モデルを採用しており、中国も類似的なパターンを採用している。しかしながら、このようなパターンをさらに考察すると、いわゆる処罰の間隙や限界が存在することが必然であると思われる。それに対して、不同意パターンにはさらに二つの主たるモデルがある。一つは、「no means no」モデルであり、代表的なのはイギリス、カナダ、ドイツなどの国である。あと一つは、「yes means yes」モデルである。代表的なのは、スウェーデンである。スウェーデンにおいて、2018年の法改正によって、性行為に関して「積極的な同意（Yes）」を必要とするという新たな性犯罪規定が施行された。新たな規定は、明示の同意に基づいている。すなわち、性行為は自発的なものでなければならず、「Yes」だけが同意したということであり、それ以外は「No」（不同意）と解釈するということである。

日本刑事法部会が提案したいくつかの案をよく考察すれば、日本の現在の修正方向が実際には不同意パターンの「no means no」モデルに近づいている傾向が見られる。しかしながら、両者にはなお区別があると考えられる。不同意パターンの「no means no」モデルについて、その規定を一見すると、いわゆる要件式パターンとは、非常に似ていると感じられるかもしれない。すなわち、要件式パターンもいくつかの強制要件を性犯罪の構成要件として規定されているが、「no means no」モデルも同様に、被害者の同意がない状況を説明

¹⁶⁵ 未成年者である場合は、刑法の他に、児童福祉法等の法律もあるものの、ここでは、単に刑法典を検討の対象としている。

するために、具体的な手段や情状が挙げられている。そのため、表面的に見ると、両者の違いは、挙げられた具体的な手段の数にあるようだ。しかし、問題の本質をさらに明確にすると、このような結論は妥当でないことが分かる。

国連経済社会局女性の地位向上部が書いた『女性に対する暴力に関する立法ハンドブック』は、女性を保護するために、性犯罪に関する立法に対して、以下の意見を提言した。すなわち、「性暴力は強制力や暴力を用いてなされるという要件、及び性器の挿入を証明する要件をなくすべきである。」また、「『明確で自発的な合意』の存在を求める。その立証にあたっては、被害者に対し、被害者から同意を得たか否かを確認するための段階を踏んだことの証明を求めるべきである。及び、当該行為が、『強制的な状況』下で行われたことを要件し、強制的な状況は広く定義されるべきである。」¹⁶⁶この提言を分析すると、上記の不同意パターンとは合致している。さらに検討すれば、この提言も不同意パターンも、性犯罪の本質は不同意の性的行為であることを規範化した性刑法であり、要件式パターンとは異なっている。この点を詳しく説明するために、「不同意」パターンの特徴と問題点及び日本における不同意パターンに対する認識をさらに検討する。

二、不同意パターンの特徴

いわゆる不同意パターンと要件式パターンには実質的に区別がないとする意見もあるかもしれないが、この見方は正しくないことを論証するために、比較法の視野で、不同意パターンの特徴及び問題点をさらに明確にしようと思う。不同意パターンの特徴というと、主に三つがある。それは、行為様態の多様化、「不同意」に至る理由の多様化、及び受け皿式の柔軟性である。それぞれの不同意パターンを採用している国においては、その具体的な規定は異なっているが、共通の部分がある。そこで、イギリス、アメリカ及びスウェーデンを典型例として、上記の三つの特徴を説明する。

1. 行為様態の多様化

イギリスでは、1845年というかなり早い時期に被害者の同意がなければ強姦罪を認めてよいとする判例が現れている。立法においては、不同意犯罪であることが明示されたのは、1976年である。¹⁶⁷現在イギリスにおける性犯罪規制は、主として2003年性犯罪法によって行われている。具体的な犯罪類型を考察すると、主に四つの類型がある。それは強姦、挿入による暴行、性的暴行及び性的行為の惹起である。全体的には、いずれの罪名において、「被害者の同意の不存在」が規定されており、行為者の主観的意図に関しては、「同意である」ということに関する認識は合理的かどうかによって判断されている。

また、行為類型に関して、強姦罪はなお男性器による膣、肛門、口腔への挿入に限られている。そのほかに、日本において議論されている膣、肛門への男性器以外の物、身体部位の意図的挿入は挿入による暴行であると規定されている。その背後の考慮はやはり、当該行為の重大性は強姦と同程度であるにもかかわらず、法定刑は著しく低かったからであ

¹⁶⁶ 国連経済社会局女性の地位向上部（著）『女性に対する暴力に関する立法ハンドブック』ヒューマンライツ・ナウ編訳（信山社、2011年）37頁参照。

¹⁶⁷ 仲道祐樹「イギリス法における性犯罪規定、盗撮規制及び性犯罪記録画像の取扱い」樋口・深町・前掲注（32）23-25頁参照。

る。¹⁶⁸挿入以外の性的接触は性的暴行として処罰されている。最後に、他者に性的行為を強制する類型、特に女性が男性に対して、自らに男性器を挿入する強制類型のような行為は、性的行為の惹起という罪名で処罰されている。

表 1：イギリスの性犯罪規定¹⁶⁹

犯罪類型	成立要件
強姦 (rape)	(a) 膣、肛門、口腔への男性器の意図的挿入 (b) 被害者の同意の不存在 (c) 被害者が同意していることについての合理的な認識を行為者が有していないこと
挿入による暴行 (assault by penetration)	(a) 膣、肛門への男性器以外の物、身体部位の意図的挿入 (b) 当該挿入が性的であること (c) 被害者の同意の不存在 (d) 被害者が合意していることについての合理的な認識を行為者が有していないこと
性的暴行 (sexual assault)	(a) 他者への意図的接触 (b) 当該接触が性的であること (c) 被害者の同意の不存在 (d) 被害者が合意していることについての合理的な認識を行為者が有していないこと
性的行為の惹起 (causing a person to engage in sexual activity)	(a) 他者にある行為を意図的に行わせること (b) 当該行為が性的であること (c) 被害者の同意の不存在 (d) 被害者が合意していることについての合理的な認識を行為者が有していないこと

強姦罪と挿入による暴行罪の法定刑を比較すると、前者は 4 年の拘禁刑から 19 年の拘禁刑までであり、後者はコミュニティ・オーダーから 19 年の拘禁刑までである。いずれも法定刑の上限は 19 年の拘禁刑であり、膣・肛門へ男性器以外の物や身体部位の挿入行為の悪質性を説明することができる。また、挿入による暴行罪に対して設けられている法定刑の下限は、このような行為の侵害性や侵襲性の程度の軽微を示している。さらに注意すべきなのは、強姦以外の、その他の三つの犯罪類型に規定されている「性的である」という基準である。前述したように、日本においても、「性的」という表現が現れた。ここで、イギリス法において、「性的である」を判断する規定は、2003 年性犯罪法の第 78 条に規定されている。すなわち、「挿入、接触又はその他の行為が性的である場合とは、合理的一般人が、当該行為の状況もしくは当該行為に関わる者の目的の如何にかかわらず、当該行為がその性質上性的であると思料する場合、または、当該行為の性質上、それが性的である可能性があり、かつ当該行為の状況もしくは当該行為に係る者の目的により、当該行為が性的であると思料する場合」であれば、「性的である」と認定すべきである。¹⁷⁰

確かに、不同意パターンを言うと、一番重要な特徴は不同意の処罰規定の多様性であるが、その前に、さらに注意すべきなのは行為様態の多様化である。なぜかという、不同

¹⁶⁸ 仲道・前掲注 (167) 43 頁参照。

¹⁶⁹ 条文の翻訳については、仲道・前掲注 (167) 42 頁参照。

¹⁷⁰ 条文の翻訳については、仲道・前掲注 (167) 48 頁参照。

意パターンが強調されているのは性犯罪の本質は不同意な性的行為であり、すべての性的行為を考慮しなければならないのであり、生殖のリスクより、意思違反の程度及び行為の悪質性が重要な考慮要素である。一方で、要件式パターンは、手段要件を限定しているにもかかわらず、行為様態も限定されているのは、性犯罪の本質に対する理解は足りないからである。

2. 「不同意」事由の多様化

1962年模範刑法典は現在では古いものとされ、多くの州では処罰範囲は拡張されているものの、模範刑法典性犯罪規制の基本枠組みは維持されている。¹⁷¹したがって、1962年模範刑法典の231.1条を例として、その性行為が「不同意」とであると判断する事由の多様化を紹介する。下表が示したように、「不同意」とであると認定されるべき事由はかなり規定されている。概ね四種類がある。心身状態と年齢のために、性交同意の能力がないか不足であると認定されている他に、実行様態と地位・関係性とは分けられている。実行容態としては、暴行・脅迫の他に、薬物の投与も規定されている。また、軽い類型として、一般的な脅迫と錯誤利用及び結婚すると偽称した欺罔も処罰されている。さらに、地位・関係性を利用した場合というのは、主に若年者に対する監督関係があるまたは施設内の上下関係がある場合である。

表2：1962年アメリカ模範刑法典の性犯罪規定¹⁷²

		実行様態	等級：刑期
実行様態	重	(a) 実力 (b) 重大な脅迫 (c) 薬物等の投与	2級重罪：10年以下
	軽	(a) 通常の女性の抵抗を排除する脅迫 (b) 性行為の不認識・夫という錯誤利用 (c) 結婚する旨の欺罔	3級重罪：5年以下
地位・関係性		(a) 21歳未満かつ監督関係 (b) 強制・病院その他施設収容	3級重罪：5年以下
心身状態		無意識	2級重罪：10年以下
		精神障害	3級重罪：5年以下
年齢	低	10歳未満	2級重罪：10年以下
	高	16歳未満かつ行為者4歳差以上	3級重罪：5年以下

このように規定すると、単なる「不同意」に至る理由は何かを考えさえすれば問題を解決することができるので、条文の間に類型と可罰性・悪質性の重さにより配列されていることが明白である。また、模範刑法典といっても、もはや60年前の刑法典であり、これに対する法改正に関する議論も常に行われており、性犯罪に関する規定を修正するための検討会も行われている。¹⁷³しかしながら、注意すべきなのは、60年前の刑法にもかかわらず、

¹⁷¹ 樋口亮介「アメリカにおける性犯罪規定」樋口・深町・前掲注(32)93頁参照。

¹⁷² 条文の翻訳については、樋口・前掲注(171)92頁参照。

¹⁷³ https://www.ali.org/projects/show/sexual-assault-and-related-offenses/#_status

実行様態の多様性及び地位・関係性を利用した性的行為は、今日の日本でも参考になることができると思う。

3. 受け皿式の柔軟性

2018年7月1日、スウェーデンでは性行為に関して「積極的な同意」を必要とするという新たな性犯罪規定が施行された。新たな規定は明示の同意に基づいており、性行為は任意的なものでなければならないのである。レイプ罪が規定されている条文は、下表のとおりである。ここで示されたように、「非任意」を判断する際、いくつかの典型的な例が挙げられて、三つの類型に分けられている。すなわち、暴行・脅迫を利用した場合、脆弱性を利用した場合及び地位を著しく濫用した場合である。これらの分類方法は他国にもよく規定されているが、重要なのは、これは列挙式の規定であるから、他の任意ではないと判断すべき場合なら、具体的な規定がなくても、受け皿式の規定によれば、性犯罪に該当することも判明できるのである。

すなわち、下記の三つの例は「任意であったとは決してなされない」状況であり、「任意に参加していない」という要件が規定されているので、この以外の状況であっても、任意性が証明できない場合は、犯罪を成立しうるからである。この点は、矢野恵美教授が作られた「法改正後の裁判所におけるレイプケースの判断方法」という流れでも見られる。¹⁷⁴ 詳細に言うと、第一段階は「被告人が、被害者と性交又は性交に相当するその他の性的行為を行ったかどうか」を判断する。その上で、下記の三つの状況に当たるかどうかを判断する。さらに、全体的に被害者の参加が任意であったかどうかを判断すべきである。したがって、「非任意」の状況は下記の三つに限らず、レイプ罪が成立するかどうかは、あくまでも任意に参加するかどうかによって判断すべきである。

表3：スウェーデンの性犯罪規定¹⁷⁵

レイプ罪の定義	任意に参加していない者に対し、性交又は侵害性が深刻で性交と同等とみなされるその他の性的行為を行なった者は、「レイプ」の罪として2年以上6年以下の拘禁刑に処せられる。
「任意性」の判断標準	相手方が任意に参加しているか否かの判断においては、言葉、行為又はその他の方法で任意性が表現されたかどうか特に考慮されなければならない。
典型的な「非任意」	①傷害、その他の暴行又は犯罪行為に関する脅迫、人を犯罪に関して起訴若しくは有害な情報を人に伝えるという旨の脅迫の結果である場合。 ②行為者が、意識喪失、睡眠、深刻な恐怖、酩酊若しくはその他の薬物の影響、疾患、負傷、精神障害又はその他より、諸事情に照らして特に脆弱な状況にあると考えられる者を不適切に利用する場合。 ③行為者が、人が行為者に依存的な状態にあることを重大に濫用し、人に参加をさせた場合。

スウェーデンのいわゆる「yes means yes」モデルは、相当先進的な立法とも言えるが、こ

¹⁷⁴ 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・深町・前掲注(32)605頁参照。

¹⁷⁵ 矢野・前掲注(174)606-607頁参照。

の受け皿式の不明確性に対する憂慮も少なくない。しかしながら、ジェンダー平等の視点、被害者政策の視点、メッセージ立法の視点及び教育の視点からスウェーデンの性犯罪規制を評価すると、相当示唆を与えられる立法である。¹⁷⁶日本の実情を踏まえて、スウェーデンほどに行かなくても、要件式パターン of 弊害を取り除くためには、受け皿式の柔軟性も参考する必要があると考えられる。

三、日本における不同意パターンに対する認識

平成 29 年法改正の後、残された問題がなお多いし、性犯罪事件の無罪判決が相次いでおり、日本においては、性暴力被害当事者団体として、性暴力に遭っても生きる希望を持てる社会のルールを作るため活動している一般社団法人 Spring が、2019 年 5 月に、2020 年の刑法性犯罪見直し検討において不同意性交等罪の創設について、法務大臣へ要望書を提出した。¹⁷⁷社会的動きにもかかわらず、不同意性交等罪の創設に関しては、学説上の論述も少なくないのである。¹⁷⁸当該罪名の創設について、賛成する意見もあるものの、反対する意見もよく見られる。

1. 賛成派

暴行・脅迫要件や抗拒不能要件の規定については、常に性刑法の検討対象となっている。昔は主にこれらの強制要件に対する緩和が提言されていたが、この二、三年には、不同意性交罪を設ける提言もよく聞こえるようになってきている。これらの提言を考察すると、概ねに二つの類型がある。

(1) 第一類型

第一類型は、暴行・脅迫要件を撤廃して、同意なき性交を処罰の対象とする提言である。代表者として、小島妙子委員は、性犯罪に関する刑事法検討会において、不同意性交罪の導入を提言した。詳細な理由として、性犯罪は加害者の行為の側からではなく、被害者の下で生じている法益侵害の側から把握されるべきであり、問題の現状を踏まえて、国際水準による刑法改正を求めるべきだからである。

小島委員の理解によれば、「性犯罪の保護法益が性的自由・性的統合性であり、これを侵害すれば犯罪が成立するとすべきだと考えておきまして、強度の暴行・脅迫を手段とすること、抗拒不能を要件とする必要はないのではないかと、この暴行・脅迫要件や抗拒不能要件が壁となって、同意なき性交が不処罰とされている現状には問題があり、法改正を要する、と考えております。」¹⁷⁹また、具体的な立法案について、小島委員の提言によれば、

¹⁷⁶ 矢野・前掲注 (174) 623-629 頁参照。

¹⁷⁷ <http://spring-voice.org/活動理由/>

¹⁷⁸ 川口浩一「強姦罪から不同意性交等罪へ：性刑法の基本類型の比較法的考察」法政研究 3 巻 8 号 (2019 年) 507-532 頁参照。嘉門優「性犯罪規定の見直しに向けて—不同意性交等罪の導入に対する疑問—」立命館法学 5・6 (2019 年) 52-72 頁参照。島岡まな「ジェンダー視点を取り入れた立法論—国際水準を踏まえた刑法性犯罪修正案—」刑事法ジャーナル 69 巻 (2021 年) 114-125 頁参照。齊藤豊治「不同意性交罪の新設の意義と課題 (上)」法律時報 94 巻 9 号 (2022 年) 105-111 頁参照。齊藤豊治「不同意性交罪の新設の意義と課題 (下)」法律時報 94 巻 10 号 (2022 年) 88-92 頁参照。齊藤豊治「性刑法における被害者の位置と運用対応論の限界」犯罪と刑罰 31 号 (2022 年) 1-31 頁参照。

¹⁷⁹ 前掲注 (3) 4 頁 (小島妙子委員)。

「不同意性交罪を導入してほしいということを言っているときに、ただ内心の意に反するものを犯罪にするということを言っているわけではありません。不同意というのは、内心の要素にとどまらず、それを徴表する具体的な行為との関連で判断するアプローチを取らなければいけないと思っております。そこで、不同意の性交罪については、条文に解釈規定ないし認定基準として、客観的要素を列挙していく必要があります。様々な立法提案がなされておりますが、威迫や不意打ち、欺罔、偽計、監禁や、抗拒不能についても、飲酒による影響や障害による影響、そういうことを条文に盛り込んで、誰が見ても、誰が執行しても、性犯罪になる、ならないというのがある程度分かるような形で明示していく必要があります。」¹⁸⁰

また、不同意の要件が必要であると主張した代表者として、山本潤委員の意見によれば、「不同意は、隠れた構成要件というふうにいわれることもあるかと思うのですが、それならば、やはり、不同意を前面に出していただいて、同意なくして性犯罪を犯したということをきちんと処罰していただければと思います。」¹⁸¹さらに、山本委員は、不同意性交等罪については、スウェーデン刑法のような「yes means yes」モデルに賛成しており、「no means no」モデルを採用すると、被害者が拒絶意思を示すことが求められてしまうのではないか、という懸念を述べた。¹⁸²

(2) 第二類型

これに対して、第二の類型は、不同意性交罪の内実に賛成しているものの、「不同意」という要件を性刑法に規定するべきではない、という意見である。

例えば、齋藤梓委員も、不同意性交というのが適切に罪として認識されることを望んでいるが、「性的同意という概念が浸透していない日本で、なかなか不同意性交という記載のみだと判断が難しいのであれば、ほかの文言を列挙していただくということにも賛同はしております」という意見を述べた。¹⁸³さらに、齋藤委員は、不同意性交罪の重要性を指摘した。それは、「現在の日本では、被害者が、自分が被害を受けたということを認識できていないという状態がありまして、そのことがとても大きな問題で、不同意性交は犯罪であるということを知らしめるということは非常に重要」であるからだ。¹⁸⁴

さらに、実務の考慮で「不同意」を要件とする構想を反対する意見も述べられた。例えば、木村光江委員の意見によれば、「同意がないことだけを要件にしますと、むしろ、起訴がかなり難しくなってしまうというような事情もあるのかもしれませんが。なので、暴行・脅迫だけではなくて、もう少し広い事情を拾えるような用語として、その中に暴行・脅迫も含めるといった形に改める必要というのは、今後ますます増えるのではないかと思います。」¹⁸⁵橋爪隆委員も、「被害者の内心自体を直接的に証明することは困難である以上、実際には外部的・客観的な事実関係から、同意があったか否かを認定する必要が生じます。

¹⁸⁰ 前掲注 (3) 13 頁 (小島妙子委員)。

¹⁸¹ 前掲注 (3) 11 頁 (山本潤委員)。

¹⁸² 前掲注 (3) 11 頁 (山本潤委員)。

¹⁸³ 前掲注 (3) 14 頁 (齋藤梓委員)。

¹⁸⁴ 前掲注 (3) 15 頁 (齋藤梓委員)。

¹⁸⁵ 前掲注 (3) 12 頁 (木村光江委員)。

現行法の暴行・脅迫要件や抗拒不能要件は、正に、不同意を客観的に推認する要素として機能していたわけです。暴行・脅迫要件が判断資料としては不十分であるというのであれば、新たな行為態様を追加する、あるいは、新たな客観的な状況を追加するというアプローチもあり得るのかもしれませんが。」という意見を述べた。¹⁸⁶更なる論証として、橋爪隆委員は、「被害者の意思に反する性行為を罰するというアプローチ自体については、全く異存はございません。しかし、これを処罰するためには、不同意という文言を使えば解決するわけではなく、やはり、被害者の心理状態を明確に規定するか、あるいは、心理状態を徴表する行為態様や関係性等の客観的な要件を明確に規定する必要があるように考えているところです。」という意見を指摘した。¹⁸⁷

2. 反対派

上記のように、性犯罪に関する刑事法検討会において、実務的憂慮によって、「不同意」要件の規定を批判する意見があるものの、同じく実務的憂慮によって、不同意性交等罪自体を反対する意見も述べられた。宮田桂子委員の意見によれば、「同意なき性交罪を作った場合の立証の負担というのは、被害者にあるだけではなくて、争点が拡散していった、訴追する側についても、防御する側についても、非常に難しい問題が生じる場合があり得る」。¹⁸⁸したがって、検察官の立証の問題はなかったのか、という視点も必要である。宮田委員の指摘によれば、「検察官が、被害者がフリーズしてしまうような精神状態について理解し、きちんと立証していれば、177条がもしも成立しなかったとしても、178条が必ずや成立するはずなのです」¹⁸⁹すなわち、このような見解は性刑法の問題は条文にあるわけではなく、立証上の問題であるとされている。しかしながら、性刑法に関する問題は単なるフリーズの状態に限らず、繰り返して検討されたように、現行法に限定されると、性刑法の問題は解決できないのであるから、この見解は賛成し難いと思う。

一方で、不同意性交等罪の創設では現行法の問題を解決できないという意見も提唱された。提唱者嘉門優教授の意見によれば、「no means no」モデルは強い被害者像を前提としているので、賛成できないと思われる。また、社会の構成員に過剰な負担を求める「yes means yes」モデルも日本の現状に合わないので、不同意性交等罪のいずれのモデルによっても、このような被害者保護を適切に行えるとは考えられず、むしろ、新たな問題が生じる可能性がある。¹⁹⁰

3. 私見

そもそも、性犯罪の本質は不同意な性的行為であるので、「不同意性交罪」より、「不同意性犯罪」の方が適切であるかもしれないが、わいせつ行為はやはり性交行為より、その悪質性も当罰性が低いし、範囲も明らかに広いので、「不同意わいせつ罪」という規定は、更なる検討が必要であると思われる。本稿の問題関心は性犯罪とはいえ、二つの制限があ

¹⁸⁶ 前掲注(3) 16頁(橋爪隆委員)。

¹⁸⁷ 前掲注(3) 17頁(橋爪隆委員)。

¹⁸⁸ 前掲注(3) 16頁(宮田桂子委員)。

¹⁸⁹ 前掲注(3) 16頁(宮田桂子委員)。

¹⁹⁰ 嘉門・前掲注(178) 71-72頁参照。

る。一つは、性刑法上の消極的性的自己決定権を中心としている。または、わいせつ行為より、性交行為を中心としている。しかしながら、前述したように、わいせつ行為と性交行為という概念の射程と定義もそもそも流動的なものであるので、具体的な問題を検討する際には、現行法上の両者の範囲を混同する恐れがある。それゆえに、本稿も、多くの議論の場合も、「不同意性犯罪」より、「不同意性交罪」がよく見られる。しかしながら、これは、わいせつ行為が被害者の不同意を本質と見なされていないわけではなく、むしろ議論の便利に、「不同意性交罪」を契機として、性犯罪の本質及び立法のあり方を明確にすることである。そして、行為射程の違いがあるわいせつ行為をさらに検討する際には、共通の理論や考え方も利用できると思う。

上記の分析によって、「不同意」パターンの特長を明確にしたが、それらのメリットもよく批判されている問題点である。よく聞こえる批判として、「不同意」パターンの処罰範囲は不明確であり、性行為の過罰化を起す恐れがある、という指摘がある。この問題について、第二章ですでに分析したように、積極的パターンリズムを支持しているので、性刑法の拡張に賛成している。しかしながら、過罰化という問題より、あと一つの危機を説明したい。それは、全体的に、現実の性的行為に対する衝撃である。

もちろん、このような衝撃も処罰範囲の広さと密接に関連している。しかしながら、刑法はあくまでも謙抑性を求めており、不同意パターンが採用されても、厳しい手続法上の要求も、証拠上の基準も、裁判官たちが法律を適用する際にさらに慎重な態度に加えて、処罰が広すぎるといった問題は一定の程度で解決できるが、現実への衝撃はそうではない。

例えば、夫は、妻が酔っ払っている間や熟睡している間に、同意を得ずにセックスをした場合、妻の有効な同意を得たとみなすことができるかどうかという問題を検討しよう。このケースは、もちろん一般的には問題になるわけではない。なぜかという、ほとんどの妻に対して、このような事情で夫を起訴することはありえないからである。しかしながら、不同意性交等罪に対する認識を深めると、特に婚姻関係が劣悪な場合は、刑罰を求める可能性もありうるだろう。それゆえ、性的行為、特に親密関係中の性的行為は、従来のイメージのとおり、「いうまでもなくやれる」ということではなく、事前の確認が重要になるわけである。そうすると、このような親密関係は従来のイメージとは、距離感が生じる可能性もありうる。詳細に言うと、同意されない性交行為が起らないことを保証するために、オランダの会社によって、事前的に性行為に同意したかどうかを記録できるアプリが発明された。¹⁹¹このような LegalFling というアプリの開発及び使用は、確かに、一定の程度で、性犯罪の証明上の問題にも役に立てるし、同意確認の義務を果たすにも役に立てるが、性的行為の性質が変わられるかもしれない。なぜかという、確かに、このようなプロセスは、性的行為は自発的であることを保証できるが、性的行為は感情的なものより、契約のような理性的なものになっている気がしている。

ところが、このような衝撃は悪い現象であるか。また、性的行為の性質を変えることは決してよくないか。これらの問題に対して、個人的には、多分悪くないと思っているが、社会学的な考察が必要であるかもしれない。

¹⁹¹ <https://www.standard.co.uk/tech/legalfling-app-sparks-controversy-over-legally-binding-sexual-contracts-a3738391.html>

結論として、性犯罪の本質は不同意な性的行為である、ということ認識しないと、性犯罪に関する諸問題を解決することには、考え方上の壁がなお残される恐れがある。また、このような認識をもっている、具体的な立法論によって実現されないと、問題の解決にも役に立てないと思われる。

第四節 小括

以上の分析によって、日本と中国の性刑法上のそれぞれの問題点を検討してきた。特に、日本の性犯罪立法の歴史的考察を通じて、現在日本法務省検討会や部会で議論されている様々な問題が、今日になって日本の立法者や刑法学者たちに認識されたわけではないことが判明した。逆に、アメリカにおいて、性的解放運動やフェミニズム運動が盛んに行われ、性犯罪の立法を批判したり、改正したりしている間にも、日本は一定の触発と影響を受けているに違いない。しかし、今日まで残された一部の問題を解決できるように見える立法提案が早期に提出されても、採用されなかったのか、そして、なぜ平成29年に110年維持してきた性犯罪規定を改正したのに、なお中途半端になったのか。これらの問題本質を検討しなければ、日本が何度性犯罪規定の検討を提起しても、何種類の案を提出しても、最終的には性犯罪分野のこれらの問題を解決するのは難しいかもしれない。

日中の性犯罪に対する規定を比較すると、両者は多くの点で似たような問題を抱えていることがわかる。また、類似の問題以外にも、これらの問題を処理する際に懸念されている内容、特定の性行為に対する民衆の認識なども高度に一致している。上記の分析のように、日中は同じ大陸法系に属しているだけでなく、また、同じ東アジア文化圏に属しているだけでなく、性犯罪の刑法規定に対しても要件式パターンを採用している。日本が平成29年の法改正によって、中国より先進な性刑法を促成したのは明らかであるが、問題の本質に戻れば、両国の性犯罪立法はなお問題が多いと言えるだろう。

私見によれば、日本も中国も、性刑法に関する諸問題の本質は、性犯罪の実質が不同意の性的行為という結論を十分に認識されていないことである。あるいは、その実質を認識されるようになってきているものの、刑法上どのように具体的な条文によって、このような意識転換を合わせるべきか、という問題に対しては、なお多くの疑問をもっている。しかしながら、この点は、おそらく日本や中国に限らず、性犯罪に関する刑事規制がさらに進歩している国においても、同じ問題に直面しているのが普通であり、単に問題の程度が区別であるかもしれない。要するに、性犯罪の実質を正確に捉えることが一番重要なことであると思われる。

一部の学者が指摘するように、日本にはまだ性別平等意識が欠けており、女性自体も認識していない多くの性差別が存在する可能性もある。¹⁹²このような観点については、性別平等がすでに一定の程度で達成されていると思っている多くの人にとって、受け入れがたい結論であるかもしれない。しかしながら、個人的には、上記の観点到賛成しており、特

¹⁹² 島岡・前掲注(178)118頁参照。

に性刑法の場合はそうであると考えられる。中国においても、おそらくそうである。そのため、両国の具体的な規定と相応の問題点を整理した上で、さらに不同意パターンがどのように両国の法制度に適用すべきか、という問題は、更なる検討が必要であると思われる。したがって、第四章においては、残された三つの一番厄介な問題を取り扱い、性刑法の問題点をより分析する。詳細に言うと、強制手段である暴行・脅迫要件に対する検討、欺罔性交という問題に対する検討及び過失性交罪の創設に対する検討が行われる。また、中国と日本の性犯罪規定における高度な類似性があるため、そして今日日本における盛んな性犯罪に対する検討が行われている状況を鑑みると、第四章においては、日本を対象にして、不同意性交罪に関する構想を検討することにした。

第四章 不同意性交罪に対する分析

—日本を対象にする構想—

前述したように、性犯罪に関する諸問題はいずれも難問であるが、その中で、もっとも厄介な問題は、多くのグレーゾーンが存在している二つの問題である。すなわち、暴行・脅迫という強制手段に関する問題と欺罔性交に関する問題である。そのほかに、後もう一つの問題は、手段要件の拡張とともに現れた主観要件に関する問題である。それは、従来の認識と違い、過失によって性犯罪も成立しうるとする構想である。上記の三つの問題は、いずれも現在の日本にとって重要な問題であるが、主に検討されているのは、第一の問題である。欺罔性交の問題及び過失性交罪の問題については、関連する議論もあるが、その程度は不十分であると思われる。したがって、第四章では、この三つの問題に対する詳細な分析によって、強制手段を中心する要件式パターンと不同意を中核する不同意パターンに転化するための問題点と解決策を検討する。また、日本と中国はいずれも要件式パターンを採用しているものの、より明確な枠組みを示すために、本章は日本を対象にして不同意性交罪に関する構想を検討する。理由としては、第三章で分析したとおり、日本に比べて、中国における性犯罪規定はより単一で、ジェンダー主流化も未だに十分に重視されていないからである。したがって、すでに一步進んでいる日本を参照にして、中国に有益な示唆を得られると思う。

上記の三つの問題及び第三章で挙げられた諸問題を解決するために、重要な前提は、性犯罪に対する理解を構築することである。詳細に言うと、具体的な問題を検討することは、必ず性犯罪の歴史的考察、性犯罪に対する刑事規制の現状及び性犯罪の保護法益や性刑法の機能、イデオロギーなどの問題と繋がっていると思われる。第一章で明らかにされたとおり、性犯罪の保護法益は性的自己決定権であることを維持しても、その内実を明確にすることによって、法益論の機能を効かせることができるのである。その上で、第二章の検討から、以下のような方向性こそが妥当であろうと思われる。すなわち、比較法の視野を入れた立法論によって、さらに性刑法の積極的機能を果たすべきということである。しかしながら、性的自己決定権の各特徴を鑑みると、性刑法の積極的機能を重視すべきというのは、決して国民の自主性を無視するわけではない。そもそも、国民の自主性に配慮することが重要である。また、国民の性的自己決定権に関わる法的規制は安定的でなければならないが、性道徳や性的意識の急速な進展など、現在の状況の変化に柔軟に対応できる方式でなければならないから、安定性と柔軟性のバランスを適切に図る必要がある。¹

したがって、本章は、第一章と第二章の結論を踏まえて、第三章で挙げられた問題のうち、性犯罪に関する一番厄介な問題を解決する試みである。

¹ 田中成明「生命倫理への法的関与の在り方について—自己決定と合意形成をめぐる序論的考察—」田中成明主編『現代法の展望：自己決定の諸相』（有斐閣、2004年）156頁。

第一節 強制要件の緩和

—心理的強制の重視を中心に—

第三章において、日本性刑法の動きに対する考察によって、性犯罪の手段要件に対する反省は長年にわたり続いていることは明らかになってきた。また、前述したように、外国においても、暴行・脅迫という強制要件に対する批判は、性犯罪を反省する端緒であり、もっとも重要な問題点である。したがって、要件式パターンを採用している日本において、どのように性犯罪に関する刑事規制を修正すべきか、という問題を検討する際、強制要件に関する問題は、諸問題の中で一番基本的である問題と言えるだろう。この問題は、刑法の性犯罪処罰の基本構造や体系に関わっており、正に性犯罪処罰の根幹に関わる論点であると思われる。²

したがって、本節が解決したい問題は、不同意性交等罪の実質を実現するために、「暴行・脅迫」と「抗拒不能」要件の代わりに、より多様な手段要件を設けることはできるか、という問題である。この問題を解決するためには、令和3年5月公表された性犯罪に関する刑事法検討会の取りまとめ報告書によれば、三つの提案が挙げられた。まずは、強制性交等罪の暴行・脅迫の要件、準強制性交等罪の心神喪失・抗拒不能の要件を撤廃し、被害者が性交等に同意していないことを構成要件とすべき、という提案である。第二は、判例上必要とされる「被害者の抗拒を著しく困難にさせる程度」を緩和した要件とすべき、という提案である。最後は、強制性交等罪や準強制性交等罪の構成要件として、暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能に加えて、又はこれらに代えて、その手段や状態を明確化して列挙すべき、という提案である。³三つの提案を分析すると、第一の提案は完全に日本の要件式パターンを不同意パターンに変更するアプローチである。そして、第二の提案は刑法の明文化によって、現在判例上要求されている「著しく困難」という判断基準を緩和するアプローチである。最後に、第三の提案については、多数の外国の性刑法と近づいているが、第三章で分析されたように、「不同意」要件を性犯罪の規定に出さないと、その本質であるところには、なお区別があると思われる。

上記の三つの提案に対して、どちらが現在の日本に対して、一番適切な提案であるか、という問題は、慎重な判断が必要であると思われる。日本において、性刑法に対する法改正の特徴は、樋口亮介教授の結論によれば、条文解釈を柔軟化しておきながら、さらに被害者の同意を争点化していることである。⁴確かに、このような方針に沿うと、日本の性刑法は益々不同意パターンに近づいていくかもしれないが、異論が大きくなされている現状を鑑みると、強制要件の緩和に関しては、さらに検討しなければならないのである。また、この問題は単に暴行・脅迫手段に対する反省に限られておらず、地位・関係性を利用する性犯罪とも繋がっているので、本節は一括的に脆弱性を利用する性犯罪に関する問題として、検討を加える。

² 性犯罪に関する刑事法検討会第4回会議(令和2年7月27日)議事録19頁参照(橋爪隆委員)。

³ 令和3年5月「性犯罪に関する刑事法検討会取りまとめ報告書」5頁参照。

⁴ 樋口亮介「本書解題」樋口亮介・深町晋也編著『性犯罪規定の比較法研究』(成文堂、2020年)lxiv頁。

具体的な分析方法について、やはりまず現行法上の細やかな問題点を明らかにするのは、問題を解決するための基礎であるので、本節は、性犯罪の強制要件の射程と具体的な判断基準を明確した上で、現行法の不足を指摘して明らかにして、上記の三つの提案を詳細に考察することである。

一、「暴行・脅迫」要件に関する諸問題

1. 「暴行・脅迫」の定義について

暴行・脅迫という要件は、決して性犯罪に特有のものではないのである。刑法の規定を鑑みると、個人的な法益を対象とする罪名のうち、「暴行・脅迫」要件が規定されている罪名について、下表で示されているように、主に六つがある。それは百七十六条の強制わいせつ罪、百七十七条の強制性交等罪、二百八条の暴行罪、二百二十二条の脅迫罪、二百二十三条の強要罪及び二百三十六条の強盗罪である。全く同じ手段要件が規定されているのに、強盗罪では処罰の空隙がほとんどないことに対して、強制性交等罪では空隙が広がっていることは、両者がよく比較されている理由であると思われる。⁵それは、同じく規定されていても、その手段要件の程度はかなり異なっているからである。強制性交等罪の手段要件に対する刑法上の基準に関しては、後で詳細に検討する。その前に、まず刑法上の暴行・脅迫要件に対する分析によって、一般的に当該要件の判断基準を明らかにする。

第 176 条 強制わいせつ	十三歳以上の者に対し、 暴行又は脅迫 を用いてわいせつな行為をした者は、六月以上十年以下の懲役に処する。十三歳未満の者に対し、わいせつな行為をした者も、同様とする。
第 177 条 強制性交等	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。
第 208 条 暴行罪	暴行 を加えた者が人を傷害するに至らなかったときは、二年以下の懲役若しくは三十万円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処する。
第 222 条 脅迫罪	生命、身体、自由、名誉又は財産に対し害を加える旨を告知して人を 脅迫 した者は、二年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処する。 2 親族の生命、身体、自由、名誉又は財産に対し害を加える旨を告知して人を 脅迫 した者も、前項と同様とする。
第 223 条 強要罪	生命、身体、自由、名誉若しくは財産に対し害を加える旨を告知して 脅迫 し、又は 暴行 を用いて、人に義務のないことを行わせ、又は権利の行使を妨害した者は、三年以下の懲役に処する。 2 親族の生命、身体、自由、名誉又は財産に対し害を加える旨を告知して 脅迫 し、人に義務のないことを行わせ、又は権利の行使を妨害した者も、前項と同様とする。 3 前二項の罪の未遂は、罰する。
第 236 条 強盗罪	暴行又は脅迫 を用いて他人の財物を強取した者は、強盗の罪とし、五年以上の有期懲役に処する。

⁵ 齊藤豊治「性刑法における被害者の位置と運用対応論の限界」犯罪と刑罰 31 号（2022 年）18-19 頁参照。

「暴行」要件は伝統的な犯罪構成要件として、この要件に対する見解は当たり前なものに見えるが、事実上はそうではない。確かに、暴行要件の中核である物理的侵襲について、ほぼ異議がないが、それ以外の外延の射程は、よく議論されているのである。詳細に言うと、暴行は必ず身体に対する物理的な侵襲であるか、という問題に対しては、意見が分かれている。例えば、接触必要説によると、暴行は結果犯であり、被害者の身体の周囲の空間への侵入行為は未遂であって、暴行ではない、とすべきである。それに対して、接触不要説によれば、身体に対する接触は不要としつつも、有形力の行使によって、傷害を引き起こす危険があったことを要する、と提唱されている。多数説によれば、有形力の行使が人の身体に接触したか、あるいは、接触していなくても、傷害の結果の発生の具体的危険があれば、暴行であるとすべきである。⁶

具体例を挙げてこの問題をさらに説明するためには、大審院昭和8年4月15日の判例を考察しよう。⁷まず、結論としては、当時の大審院は接触不要説を採用した。事案概要として、Xは、Yが代表を勤める会社の労働者であり、労働条件の向上を目指して争議活動をしていた。しかしながら、長らく、Yは、Xの要求に耳を貸さなかった。Xは、ある日、Yを駅で待ち伏せし、出勤のため電車に乗ろうとするYに対し、「逃げるな、交渉に応じる」と言いながら、同人の着衣をつかみ引っ張るなどの行動を取り、Yが電車に乗るのを封じた。Yは怪我をしなかったし、Xの行為の程度からして、Yが怪我をする可能性すらないものであった。しかしながら、Yは出勤できなかつたことに憤慨し、暴行を受けたとして被害届を提出した。その結果、Xは、暴行罪として起訴されるに至った。Xの弁護人は、「体には触れていないし、傷害に至る可能性すらない行為であったのであるから、暴行に当たらない」と主張し、大審院まで争った。

裁判要旨として、刑法第208条にいう暴行とは、人の身体に対する不法な攻撃方法の一切をいい、その暴行が性質上、傷害の結果を惹起すべきものであることを要しない。したがって、人が電車に搭乗しようとしているのを妨げる行為（着衣をつかみ引っ張るなどの行為）は、人の身体に対する不法な攻撃に他ならないから、暴行に当たる。

この裁判例に対する分析によって、暴行罪の暴行要件は、かなり幅広く解読されており、傷害に至る可能性があれば認定できるということが分かる。それは、暴行罪は第二十七章「傷害の罪」の一類として、その法定刑は一番低いからであるかもしれない。そうすると、「暴行」要件に対する解釈が緩いということは、十分な理由があると思われるかもしれない。しかしながら、性犯罪の強制要件と比べて、暴力犯罪の強制要件に対する解釈が一般的に緩いということについて、その理由は必ずしも明確とは言えないだろう。

また、脅迫要件は、単独に刑法二百二十二条規定されており、「脅迫」という表現の定義も刑法によって明文化されている。それゆえ、暴行より、脅迫の射程の明確化は容易と見えるが、性犯罪の場合は、そうではない。詳細に言うと、脅迫罪の定義によれば、脅迫というのは、本人または親族の「生命、身体、自由、名誉又は財産に対し害を加える旨を告知」することである。その上で、脅迫を用いて、人に義務のないことを行わせ、又は権利

⁶ 只木誠「狭義の『暴行』概念について」山口厚（ほか）編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017年）244頁。

⁷ 大審院昭和8年4月15日刑事判例集12巻427頁参照。

の行使を妨害した者はさらに刑法二百二十二条の強要罪によって処罰されうる。条文を鑑みると、強制性交等罪と強要罪の手段要件はほぼ同じであるが、上司が部下に「土下座しないと、首にするよ」と言って、部下が土下座をした場合は、強要罪を成立しうるが、上司が部下に「性交させないと、首にするよ」と言って、部下が上司と性交した場合には、日本の現行法によれば、性犯罪が成立するのはかなり難しいことである。確かに、両罪名の法定刑はかなり違っており、その比較の正当性はなお検討する余地もありうる。しかしながら、財産犯処罰の網羅性と性犯罪処罰の稀薄性は問題が大きいと思われる。⁸また、このような差別は、主に性犯罪の強制要件の程度に対する制限があるからであると思われる。

上記の分析のとおり、「暴行・脅迫」要件は暴力犯罪に関する規定によく見られる要件であるが、暴力犯罪と性犯罪には、同じ要件が規定されていても、その程度に対する要求は異なっている。この点に関して、現状を維持してもよいという意見もあるし、改正しなければならないとする意見もある。したがって、性犯罪の「暴行・脅迫」要件の現状を考察することは一番の要務であると思われる。すなわち、暴行・脅迫要件が現行法において、どのように判断すべきか、そして、どのように機能しているかという問題は、検討しなければならないことである。

2. 性犯罪における「暴行・脅迫」要件の基準

角田由紀子弁護士の見解によれば、「暴力の基準に関して、誰が判断するかによって違ってくる。女性の体験と男性の体験とでは、まさに天と地ほどの違いが生じてしまう。」⁹確かに、性別によって生じた理解の差異の他に、時代の変遷とともに、暴行・脅迫要件に対する理解も変わっており、その程度及び判断基準に関する議論がなされている。¹⁰しかしながら、日本の学説と判例を鑑みると、その判断基準としては、主に二つがある。まずは、「著しく困難」という基準である。もう一つは、「総合的考慮」という基準である。

判例は、「刑法第一七七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占める程度のものであることを以て足りる」としており¹¹、通説も同様の立場である。実務上にも、「女性が強い抵抗をしなかった場合に、同女の反抗を著しく困難にする程度の暴行又は脅迫があったと認めるには足りないとの判断をした裁判例は珍しくない」¹²と評価されている。「著しく困難」という基準によれば、強制性交等罪や強制わいせつ罪の暴行・脅迫要件がかなり高い程度に達した際のみ、当該性的行為が被害者の意思に反したと認定できる。しかしながら、この程度を満たさなくても、性的行為が被害者の意思に反することも可能であるので、この問題を解決するために、「総合的考慮」という基準が提唱された。

最高裁昭和33年6月6日判決は、「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観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っても、その相手方

⁸ 島岡まな「性犯罪に見られる現行刑法のジェンダー・バイアス—財産犯や住居侵入罪との比較を通して—」山口厚・井田良・佐伯仁志・松原芳博・仲道祐樹編集『高橋則夫先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、2022年）250-255頁参照。

⁹ 角田由紀子『性差別と暴力』（有斐閣、2001年）183頁。

¹⁰ 齋藤実「強制性交等罪における暴行・脅迫要件について—北欧の性犯罪規定との比較検討—」獨協法学112号（2020年）143頁。

¹¹ 最高裁判所昭和24年5月10日刑事判例集3巻6号711頁参照。

¹² 神山千之「合意による性交と強姦の境」刑事法ジャーナル27号（2011年）56頁。

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って、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」と判示した。¹³総合的に抗拒困難性を判断することを通じて、暴行・脅迫の程度自体は軽いものであっても、性犯罪の成立も可能になってきたと思われる。

しかしながら、「著しく困難」ともいえ、「総合的考慮」ともいえ、「暴行・脅迫」要件の程度を明確化するには、判例上の分析が必要であると思われる。特に、それらの暴行・脅迫が認定されず無罪となった事例に対する分析が重要である。この類型の事例について、特に近年の日本において、詳細な分析がなされた文献は少ないが¹⁴、ここでは、法務省で公表された資料¹⁵によって、以下の六つの裁判例を検討して、この問題を分析する。¹⁶（圏点筆者）

(1) 最高裁平成 23 年 7 月 25 日¹⁷

① 事案概要

本件公訴事実の要旨は、「被告人は、通行中の女性（当時 18 歳）を認めてにわかに劣情を催し、同人を強いて姦淫しようとして、平成 18 年 12 月 27 日午後 7 時 10 分頃、千葉市中央区内の路上において、同人に対し、『ついてこないと殺すぞ。』などと語気鋭く申し向けて脅迫するとともに、同人のコートの袖をつかんで引っ張るなどの暴行を加え、同人を同所から同区内のビル北側外階段屋上踊り場まで連行し、同日午後 7 時 25 分頃、同所において、同人に対し、同人を壁に押しつけ、左腕で同人の右脚を持ち上げるなどの暴行を加え、その反抗を困難にした上、無理矢理同人を姦淫した。」というものである。

本件公訴事実について、被告人は、本件当日、報酬の支払を条件に上記女性（以下「A」という。）の同意を得て、本件現場にAと一緒にいき、手淫をしてもらって射精をしたが、現金を渡さないまま逃走したと供述し、暴行、脅迫及び姦淫行為の事実を否認したところ、第 1 審判決は、本件公訴事実のとおり被害を受けたとするAの供述の信用性を認め、公訴事実と同旨の犯罪事実を認定し、被告人を懲役 4 年に処した。被告人からの事実誤認を理由とする控訴に対し、原審は、改めてAの証人尋問を実施した上で、Aの第 1 審及び原審での供述の信用性は十分認めることができるとして、第 1 審判決の事実認定を是認し、控訴を棄却した。

② 裁判要旨

被告人から暴行、脅迫及び姦淫行為を受けたというAの供述は、供述自体が不合理、不

¹³ 最高裁判所昭和 33 年 6 月 6 日裁判集刑事 126 号 171 頁参照。

¹⁴ 半田靖史「性犯罪における暴行脅迫・抗拒不能要件等に関する裁判例の分析」刑事法ジャーナル 69 巻（2021 年）、20-39 頁参照。城裕一郎『性犯罪捜査全書—理論と実務の詳解—』（立花書房、2021 年）74-84 頁参照。また、樋口亮介教授が法学セミナーで連載された「性犯罪における暴行脅迫・心神喪失・抗拒不能要件と同意」という論文シリーズにも、判例分析が多くなされた。

¹⁵ 法務省資料「暴行・脅迫が認定されず無罪となった裁判例」参照。<https://www.moj.go.jp/content/001129375.pdf>

¹⁶ ネットで掲載されていなかった事例もありうる。

¹⁷ 最高裁判所第二小法廷平成 23 年 7 月 25 日判決（LEX/DB：25443595）。

自然であって、客観的状況ともそごしているなどとして、信用できないと主張する。

そこで検討すると、本件公訴事実のうち、暴行、脅迫及び姦淫行為の点を基礎付ける客観的な証拠は存しない。そうすると、上記事実を基礎付ける証拠としては、Aの供述があるのみであるから、その信用性判断は特に慎重に行う必要がある。Aは、午後7時10分頃、人通りもある駅前付近の歩道上で、被告人から付近にカラオケの店が所在するかを聞かれ、それに答えるなどの会話をしている途中で突然「ついてこないと殺すぞ。」と言われ、服の袖をつかまれ、被告人が手を放した後も、本件ビルの階段入口まで被告人の後ろをついて行ったと供述する。

しかし、その時間帯は人通りもあり、そこから近くに交番もあり、駐車場の係員もいて、逃げたり助けを求めることが容易にできる状況であり、そのことはAも分かっていたと認められるにもかかわらず、叫んだり、助けを呼ぶこともなく、また、本件現場に至るまで物理的に拘束されていたわけでもないのに、逃げ出したりもしていない。これらのことからすると、「恐怖で頭が真っ白になり、変に逃げたら殺されると思って逃げるができなかった。」というAの供述があることを考慮しても、Aが逃げ出すこともなく、上記のような脅迫等を受けて言われるがままに被告人の後ろを歩いてついて行ったとするAの供述内容は、不自然であって容易には信じ難い。また、Aは、本件現場で無理矢理姦淫される直前に、被告人やAのいる1m50cm程度のすぐ後ろを制服姿の警備員が通ったが、涙を流している自分と目が合ったので、この状況を理解してくれると思い、それ以上のことはしなかったと供述している。しかし、当時の状況が、Aが声を出して積極的に助けを求めることさえ不可能なものであるかは疑問であり、強姦が正に行われようとしているのであれば、Aのこのような対応は不自然というほかなく、この供述内容も容易に信じ難い。

以上によれば、Aは、被告人に対して抵抗することが著しく困難な状況に陥っていたと言えるかは疑問であり、Aのこのような脅迫等があったとすることには疑義がある。

(2) 静岡地裁平成23年3月1日

これは、駐車場で声をかけ、体調不良を訴え、看護学生である女性に、車内で、肛門の中まで痔の薬を塗らせた後、被害者宅に行き姦淫した事例である。

裁判要旨によれば、殴打等の強力な暴行が加えられたり、脅迫があったりした事案ではなく、暴行として掲げられているのは、被告人が①A子に覆いかぶさり、②その足を手で押さえつけ、③着衣のズボン、パンティ及びパーカーをはぎ取り、キャミソール及びブラジャーを引き下ろすなどの各行為である。そして、およそ男性が、女性をベッド上に寝かせて姦淫を遂げるにあたっては、男性が女性の上に覆い被さり、その足を手で押さえ、着衣を脱がせるなど、ある程度の有形力の行使をすることは、合意による性交の場合でも伴うものである」「(A子は)大声を上げて抵抗することもなく、被告人が浴室に入っている間、逃げることもせず、着替えをする等、性行為を拒否したというには、不自然な行動をしている」「A子が本気で抵抗すれば、ズボンやパーカーはともかく、下着であるパンティ、キャミソール及びブラジャーを、生地を傷めたり破いたりせずに脱がせるのは、相当難しいとも考えられるのに、A子の着衣にそのような破損の形跡がみられず、A子の体にも押さえつけられた痕跡が残っていないこと等にも照らすと(中略)、A子は姦淫について特別

抵抗していなかったとみる余地が多分にある。

(3) 札幌地裁 23 年 10 月 25 日

これは、20 代女性が顔見知りの車に乗り、車内で姦淫した事例である。

裁判要旨によれば、殴る蹴るなどの強度の暴行や脅迫的な言動を一切加えていないことは A も認めている。また、夜間の被告人の車の中であり、被告人が A より体格的に勝っていたことを踏まえても、A が被告人に対して抵抗をすることができない状態になっていたとは認めがたい。「ブルゾンのファスナーにも、ネルシャツのボタンにも、ブラジャーのホックにも、特段の破損やほころびは生じていない。そうすると、被告人がブルゾンのファスナーを外す際も、誰が外したかは別として、ネルシャツのボタンとブラジャーのホックが外れた際にも、A は大きな抵抗をしていなかったと認められる。

(4) 静岡地裁平成 21 年 9 月 14 日

これは、ナンパした 21 歳の女性を車の中で姦淫した事例である。

裁判要旨によれば、被告人が通常の性交において用いられる程度以上の有形力行使したと断ずるまでの証拠は見出し難いのである。また、本件性交が、甲女の反抗を抑圧または著しく困難ならしめた上でなされたと認めるには合理的な疑いが残る。

(5) 奈良地裁平成 21 年 4 月 30 日

これは、ナンパした 21 歳の女性を車の中で姦淫した事例である。

裁判要旨によれば、女性の内心において性的な行為を拒否する心情は相当高まっていたことは伺われるけれども、被告人のしつこさや強引さに押し切られる形で、内心は嫌々であったとしても、結局のところ任意に行為に及んだ可能性を否定できないのであり、被告人が、本件女性に対し、暴行・脅迫を加えてわいせつ行為をしたと断定するには合理的な疑いが残る。

(6) 大阪地裁平成 20 年 6 月 27 日¹⁸

① 事案概要

被告人が、前日に知り合ったばかりの当時 14 歳の中学生 D を公道上に停めた自動車内で強姦したとして起訴された事案で、被告人が D の足を開く行為及び D に覆い被さる行為が、反抗を著しく困難にする程度の有形力の行使であるとは認めがたく、被告人は、D が拒否的な態度を示しつつも、最終的には大きな抵抗もないことから、自己との性交を消極的ながら受け入れていたと誤信していた疑いは払拭できないとして、被告人に無罪を言い渡した事例である。

② 裁判要旨

諸事情を考慮しても、被告人が D の足を開く行為及び D に覆い被さる行為が、反抗を著しく困難にする程度の有形力の行使であるとは認めがたい（被告人が性交前に D に「入れ

¹⁸ 大阪地方裁判所平成 20 年 6 月 27 日判決（LEX/DB：28145357）。

るまではせえへん。」と言ったとしても、それは、Dの抵抗を弱める意味があり、非難されるべき言動ではあるが、この言葉自体が反抗を著しく困難にする脅迫あるいは、前記有形力の行使をして反抗を著しく困難にする暴行にまで至らしめるものとはいえず、上記認定を左右するものではない。被告人は、Dが拒否的な態度を示しつつも、最終的には大きな抵抗もないことから、自己との性交を消極的ながら受け入れていたと誤信していた疑いは払拭できない。

以上によれば、被告人の行為は、前日に知り合ったばかりの14歳の中学生に公道上に停めた自動車内で性交するという社会的には不相当な行為であり、人間として深く反省すべき点があるのは明らかであるが、刑法上の強姦罪の成否という観点からは、被告人がDに対してその反抗を著しく困難にする暴行を加えたとは認められず、また、強姦の故意があったとも認めることはできない。よって、結局本件公訴事実については犯罪の証明がないことになるから、刑事訴訟法336条により被告人に対し無罪の言渡しをする。

3. 検討

上記圏点が付いている部分をさらに分析すると、以下の結論が分かる。第一に、「反抗を著しく困難」であることは、合意による性交と性犯罪の区別である。すなわち、被害者が当時嫌々であったということを認定したにもかかわらず、反抗を著しく困難にさせる暴行・脅迫がなければ、被害者が任意に行為に及んだ可能性を否定できないし、被告人が、自己との性交を消極的ながら受け入れていたと誤信していた疑いは払拭できないのである。第二に、「著しく困難」という基準は、必ず通常の性交中行われる行為より、レベルが高くなければならないのである。例えば、被害者の足を開く行為、被害者に覆い被さる行為、被害者の足を手で押さえ、着衣を脱がせるなど、ある程度の有形力の行使をすることとは認められるが、合意による性交の場合でも伴うものであるから、性犯罪の強制手段とは認められないのである。第三に、「総合的考慮」という判断基準は、確かに周囲の諸事情を総合的に考慮しなければならないが、被害者に対して、一定の義務が課されている。すなわち、最高裁平成23年7月25日の事案のように、事案が発生した場所には、人通りがあるまたは近くに交番があれば、逃げて助けを求めることが容易にできる状況であると認定される。それゆえ、叫ぶことや助けを呼ぶことがない場合は、被害者の信用性が疑わしいし、性犯罪が成立する余地がないと思われる傾向がある。

理由としては、「強い抵抗がされなかったことを理由に無罪の判断をしている判決に対しては、自ら貞操を守らなかった女性の落ち度を裁いているのではないかと分析する見方もある」からである。¹⁹このような認識を変えるためには、「反抗を著しく困難にする程度」というのは、実は被害者の意思を違反し得る程度の意味であることを理解しなければならないのである。そうすると、「合意による性交ではないが強姦にも当たらない、両者の間の境界領域に属する事態が生ずることは避けられない」ということもよく理解できるようになるだろう。²⁰

また、暴行・脅迫要件にかなり強度のものが必要とされるのは、犯罪の成否の判断が恣

¹⁹ 神山・前掲注(12)57頁。

²⁰ 神山・前掲注(12)58頁。

意的になる危険が大きく妥当でないという意味で賛同できるが、このような見解に対しては、反論もありうる。角田弁護士の意見によれば、性犯罪の強制要件は、「実際には被害者を法的救済から排除するために機能してきた。」²¹なぜかという、まず、このような考え方は、「加害者の暴力・脅迫の程度と被害者の抵抗の程度が必ずしもパラレルでないことを無視している」からである。そして、この考え方の前提は、被害者は必ず抵抗することである。最後に、これらの非現実的な抵抗要件が男性（勝手に）設定したことであるからであると指摘された。²²

したがって、「暴行・脅迫」要件は性犯罪にいたる諸手段の一類型、およそ一番典型的な類型に過ぎず、これによって、性犯罪の成立範囲を限定することと、現代の性犯罪に対する理解とは、合わないのである。

二、「抗拒不能」要件に関する諸問題

1. 「抗拒不能」の定義と判断

日本刑法百七十八条の規定によれば、人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、わいせつな行為をした者は、強制わいせつ罪の例による。また、人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、性交等をした者は、強制性交等罪の例による。ここで規定されている「抗拒不能」の定義を分析すると、その射程はかなり広いと思われる。樋口亮介教授の分析によれば、日本現行法「177条前段が物理的・心理的強制作用を帯びる有形力又は発言、あるいはフリージングによる判断停止状態を生じさせる有形力又は発言を捕捉するのに対して、178条の『抗拒不能』は177条前段及び『心神喪失』が補足する局面以外の多岐にわたる局面を補足する受け皿条文として機能する。」²³詳細に言うと、日本において、欺罔性交に対する刑事規制が単独な条文として規定されていないので、欺罔手段が用いられた多くの事案は、被害者が抗拒不能である状態が利用されたため、常に準強制性交等罪や準強制わいせつ罪によって処罰されている。そのほかに、脆弱性を利用した性的行為もしばしば準強制性交等罪や準強制わいせつ罪によって処罰されている。しかしながら、「抗拒不能」という規定に至る経緯を分析すると、当該要件は「暴行・脅迫」とほぼ同じ難点に直面している点は明白になる。

昭和45年の法制審議会刑事法特別部会において、準強姦・準強制わいせつの表現方法について、事務当局がいくつかの試案を挙げた。その際、特に「抗拒不能」と「著しく困難」という二つの提案が議論された。二つの表現を比べると、「抗拒不能」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と思われた。また、「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。したがって、「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と評価された。そもそも、準強姦においては、暴行脅迫

²¹ 角田由紀子「性犯罪法の改正—改正の意義と課題」論究ジュリスト23号（2017年）123頁。

²² 角田・前掲注(21)124頁。

²³ 樋口亮介「性犯罪における暴行脅迫・心神喪失・抗拒不能要件と同意（その4・完）」法学セミナー66巻7号（2021年）110頁。

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かもしれないと指摘された。²⁴結果として、「著しく困難」とする案も相当数に達したが、「抗拒不能」を支持する意見の方がやや多数であった。

しかしながら、最後に条文上採用された表述は「抗拒不能」であるが、裁判例において判断する際、「著しく困難」をさらに判断する基準と見なされている。²⁵したがって、「抗拒不能」要件を判断する際は、「暴行・脅迫」という要件と同じ問題に直面していることは明らかである。すなわち、実務上、強制性交等罪・強制わいせつ罪と準強制性交等罪・準強制わいせつ罪の成立を判断する際、最終的な基準は、暴行・脅迫またはその他の手段を用いた行為者は本当に被害者を抗拒が著しく困難な状況に陥らせたのか、ということである。区別としては、日本刑法百七十七条に規定されている「暴行・脅迫」という手段より、百七十八条における「抗拒不能」は心理的強制を強調している。したがって、「抗拒不能」に該当するかどうかを判断する時、自由意思の有無を判断することは重要であると指摘された。²⁶しかしながら、自由意思であるかどうかを判断することは非常に困難であるので、学説には主観的基準と客観的基準が分けられている。²⁷いずれの基準で事案を判断すべきか、という問題は、百七十七条と百七十八条とともに直面している難点であるので、総合的に検討を加えるが、まず具体例に対する分析によって、「抗拒不能」要件の問題点を明らかにする。

2. 具体例の分析

2020年11月4日、当時19歳実娘に準強制性交した父親は、最高裁判所に逆転有罪が確定された。この事件について、2019年3月26日、名古屋地方裁判所岡崎支部で無罪の第一審判決が出た後、激しい議論が巻き起こった。その後、2020年3月12日名古屋高等裁判所で行われた控訴審で10年懲役の判決が言い渡された。当該事件に関して、中心的な問題は、認定された事実に基づいて、「抗拒不能」要件に対する判断である。第一審で、被害者が抗拒不能の状態にあったと認定するには疑いがあると判断した上で、無罪の判決を下した。同様の事実で、控訴審で抗拒不能の状態にあったことが認められた。注目すべきなのは、第一審と控訴審における判断基準の違いである。ここでは、この事案に対する紹介を中心に、準強制性交等罪における「抗拒不能」要件を検討する。

(1) 事案概要

被告人は、同居の実子であるA(当時19歳)が、かねてから被告人による暴力や性的虐待等により被告人に抵抗できない精神状態で生活しており、抗拒不能の状態に陥っているこ

²⁴ 性犯罪に関する刑事法検討会第5回会議(令和2年8月27日)資料24「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」参照。

²⁵ 亀山継夫・河村博「準強制わいせつ及び準強姦」大塚仁(ほか)編『大コンメンタール刑法(第3版)第9巻』(青林書院、2013年)82頁参照。

²⁶ 嘉門優「同居の実子であるAの抗拒不能の状態に乗じて性交をした被告人に対して無罪を言い渡した原判決を破棄して有罪とした事例」刑事法ジャーナル66巻(2020年)118-119頁参照。

²⁷ 嶋矢貴之「性犯罪における『暴行脅迫』について」法律時報88巻11号(2016年)68-69頁参照。

とに乗じて、Aと性交しようと考え、平成29年8月12日、愛知県a市所在の会議室において、同人と性交し、もって人の抗拒不能に乗じて性交をしたというものと及び平成29年9月11日愛知県b市所在のホテルにおいて、同人と性交し、もって人の抗拒不能に乗じて性交をしたというものである。

(2) 第一審要旨²⁸

まず、本件各性交に関するAの同意の存否について、本件各性交を含めて被告人との間の性的行為につき自分が同意した事実はない旨のAの供述は信用でき、本件各性交以前に行われた性交を含め、被告人との性交はいずれもAの意に反するものであったと認められる。よって、この点に関する被告人の弁解供述は採用できない。

次、Aが抗拒不能の状態であったか否かについて、刑法178条2項は、意に反する性交のすべてを準強制性交等罪として処罰しているものではなく、相手方が心神喪失又は抗拒不能の状態にあることに乗じて性交をした場合など、暴行又は脅迫を手段とする場合と同程度に相手方の性的自由を侵害した場合に限って同罪の成立を認めているところである。そして、同項の定める抗拒不能には身体的抗拒不能と心理的抗拒不能とがあるところ、このうち心理的抗拒不能とは、行為者と相手方との関係性や性交の際の状況等を総合的に考慮し、相手方において、性交を拒否するなど、性交を承諾・認容する以外の行為を期待することが著しく困難な心理状態にあると認められる場合を指すものと解される。

しかし、本件において、Aが被告人に服従・盲従するような、強い支配従属関係が形成されていたものとは認め難く、Aは、被告人の性的虐待等による心理的影響を受けつつも、一定程度自己の意思に基づき日常生活を送っていたことが認められる。又、本件各性交当時におけるAの心理状態は、例えば、性交に応じなければ生命・身体等に重大な危害を加えられるおそれがあるという恐怖心から抵抗することができなかつたような場合や、相手方の言葉を全面的に信じこれに盲従する状況にあったことから性交に応じるほかには選択肢が一切ないと思込まされていたような場合などの心理的抗拒不能の場合とは異なり、抗拒不能の状態にまで至っていたと断定するには、なお合理的な疑いが残るといふべきである。

結論として、Aが本件各性交当時に抗拒不能の状態にあったと認定することはできないから、本件各公訴事実について、刑事訴訟法三百三十六条により、被告人に対し無罪の言渡しをした。

(3) 上訴審要旨²⁹

本件行為に関するAの同意の有無について、Aにとって被告人は実の父親であり通常は性的関心の対象とはなり得ず、Aが被告人をそのような存在としてみていたことをうかがわせる事情はないなどとして、本件行為についてAの同意がなかったと認定した原判決の認定過程に論理則、経験則等に照らし不合理な点はなく正当である。

しかしながら、本件行為時にAが抗拒不能の状態にあったことを認めなかつた原判決の

²⁸ 名古屋地岡崎支判平成31年3月26日判時2437号100頁。

²⁹ 名古屋高等裁判所（控訴審）判決令和2年3月12日（LEX/DB：25565258）

判断には論理則、経験則等に照らして不合理な点があり、是認することができない。

準強制性交等罪を定める刑法 178 条 2 項は、同法 177 条の強制性交等罪を実質的に補充する規定であり、いずれも相手の意思を無視してその性的自由を侵害する行為を処罰対象とするものである。したがって、強制性交等罪が規定する「暴行又は脅迫」の程度について、相手方の抵抗を不可能ならしめる程度のものであることまでは要せず、抵抗を著しく困難ならしめる程度のもので足りると解されていることとの均衡から、準強制性交等罪の要件としての「抗拒不能」についても、相手方の年齢・性別、相手方との関係、犯行に至る経緯、犯行の行われた時間・場所・周囲の状況その他具体的事情を踏まえ、相手方において物理的又は心理的に抵抗することが著しく困難な状態であれば足りると解すべきである。原判決が、心理的抗拒不能について「相手方において性交を拒否するなど性交を承諾・認容する以外の行為を期待することが著しく困難な心理状態にある場合」と説示するのも同旨の解釈を示したものと理解でき、その限度で原判決の説示は正当である。

ところが、原判決は、抗拒不能該当性に関して述べるその後の説示では、Aの心理状態は、「日常生活全般において被告人の意向に逆らうことが全くできない状態にあったとまでは認め難い」としたり、「被告人がAの人格を完全に支配し、Aが被告人に服従・盲従せざるを得ないような強い支配従属関係にあったとまでは認め難い」とした上で、結局、Aが抗拒不能の状態にまで至っていたと断定するには合理的な疑いが残るとした。

当初は「性交を拒否するなど性交を承諾・認容する以外の行為を期待することが著しく困難な心理状態」としながら、最終的には「逆らうことが全くできない状態」あるいは「人格を完全に支配」さらには「服従・盲従せざるを得ないような強い支配従属関係」といった、当初設定した抗拒不能の成立範囲に比べより厳しい成立範囲を要求しているが、成立範囲をそのように変えた理由について原判決は何ら言及していない。性的自由への侵害の有無が問題となっている本件で、人格の完全支配といった性的自由を超えたものを想定しているかのような解釈は、抗拒不能概念の法解釈に関し一貫性に欠けるといわざるを得ない。

(4) 検討

本件は、実の父親から継続的な性的虐待が問題となった事案であるが、行為当時、被害者は 19 歳であったので、平成 29 年に新設された監護者性交等罪は適用できず、刑法百七十八条 2 項の準強制性交等罪の成否が争われた。第一審が無罪判決を下したことが、控訴審は第一審判決を破棄して、逆転有罪判決を言い渡した。したがって、当該事案の焦点というのは、やはり刑法百七十八条に規定されている「抗拒不能」が一体どのような基準で判断すべきか、また、具体的に、どの程度の抗拒困難があれば犯罪の成立が認められるのか、という問題である。³⁰これらの問題に関して、多くの刑法学者が意見を述べて、主に当該事案に対する批判によって、「抗拒不能」の判断基準を検討した。

³⁰ 嘉門優「被告人が、同居の実子（当時 19 歳）が被告人による暴力や性的虐待等によって抗拒不能の状態に陥っていることに乗じて性交をしたとされる準強制性交等罪の事案において、抗拒不能状態を認定できないとして無罪を言い渡した原判決を破棄して有罪とした事例」判例時報 2517 号（2022 年）166 頁参照。

①現行法の不足について

まずは、安田拓人教授の見解である。安田教授の意見によれば、本判決の問題点は支配関係を背景とした事案における従来の裁判例において考慮されてきたような基礎的理解を欠いているところにある。本判決は、「抗拒不能」を否定するにあたり、「被告人がAの人格を完全に支配し、Aが被告人に服従・盲従させるを得ないような強い支配従属関係にあったとまでは認め難い」とするが、これは、抗拒不能の範囲を不当に狭めるものである。そもそも、「抗拒不能」という言葉は、性交に応じる意思決定への強制を超えた人格の完全な支配までもが要求される根拠は不明である。したがって、安田教授の意見によれば、本件については、監護者による性的虐待による支配関係を本質的特徴とする本件事案を捉える基本的視座に致命的な欠陥・欠落があると考えられた。さらに、当該事案における「抗拒不能」要件に対する判断に関して、「第一審において、準強制性交等罪は、不同意性交のすべてを補足するものではなく、その成立範囲は暴行・脅迫を手段とする強制性交等罪と実質的に見て等価な場合に限定されるとの理解に立ち、『反抗の著しい困難性』を要求している。有力な見解は、こうした限定を不要とし、本罪を不同意性交等罪として機能させるべきだとするが、これによれば、暴行・脅迫を手段とする強制性交等罪の規定は不要となるから、現行法の解釈としては無理だろう」という意見を述べた。³¹

確かに、当該事案の第一審では、被害者が抗拒不能の状態に陥ったことと判定するには、なお合理的な疑いが残るとされた。その理由として、被害者は、被告人の性的虐待等による心理的影響を受けつつも、一定程度自己の意思に基づき日常生活を送っていたことや、本件各性交以前被告人から暴力を受けた際、抵抗を続けた結果として、性交を拒むことができたという経験も有していることが挙げられた。嘉門優教授の意見によれば、これらの事情を個別に見ると、被害者は自由意思に基づいて判断ができ、抵抗可能だったとも見て取れる。しかし、長年の虐待を踏まえると、本件被害者は、著しく抵抗困難な状態だったと認定すべきであると思われる。³²

また、この事例によって、現行法性犯罪体系の不足もなお指摘された。佐藤陽子准教授の意見によれば、平成29年の法改正によって、監護者性交等罪が新設されたが、被害者が十八歳になった途端にいきなり精神的・経済的依存は消失するわけではない。³³すなわち、監護者性交等罪が被害者の年齢に対する制限を設けているので、当該事案のような事件はなお未解決な状態に陥っているのである。このような問題は、確かに、手段要件に対する緩和によって解決できるかもしれないが、「著しく困難」というハードルに対する批判が多くなされており、代替的提案も少なくないのである。また、「著しく困難」ではない場合、後述が検討しよう「試案」のように、「拒絶が困難にさせる」というような提案にも、検討

³¹ 安田拓人「準強制性交等罪における抗拒不能の判断」法学教室469号(2019年)138頁。

³² 嘉門優「同居の実子であるAの抗拒不能の状態に乗じて性交をした被告人に対して無罪を言い渡した原判決を破棄して有罪とした事例」刑事法ジャーナル66巻(2020年)115頁。

³³ 佐藤陽子「被告人が、かねてより被告人による暴力や性的虐待等により被告人に抵抗できない精神状態で生活していた同居の実子A(当時19歳)に対し、その抗拒不能に乗じて性交したとして2件の準強制性交等罪に問われた事案において、Aが本件各性交同時に抗拒不能の状態にあったと認定することはできないとして、無罪が言い渡された事例」刑事法ジャーナル62巻(2020年)152頁参照。

しなければならない問題がなお多いかもしれない。

②判断枠組みの欠落

上記のように、当該事案における長年の虐待を特別の考慮事由としている他に、第一審と第二審が認定された事実が同じであったのに、結論が違った理由は判断枠組みの欠落にある、という意見も述べられた。すなわち、仲道祐樹教授の意見によれば、この事件において、名古屋地方裁判所岡崎支部判決の判旨と名古屋高等裁判所判決の判旨を比較的に検討すると、前提となる事実関係は両方とも認定された。しかし、同じ事実から出発して、異なる結論を出したのは法の解釈と、評価的要素への事実のあてはめをつなぐ中間的枠組みの相違に由来するからだ。³⁴

詳細に言うと、第一審判決では、まず抗拒不能を、「性交を承諾・認容する以外の行為を期待することが著しく困難な心理状態にあると認められる場合」と解釈した。次に、継続的虐待の事案においては、「著しく困難な心理状態」が、「強い支配従属関係」の存在をもって認められるとの置き換えを行った。したがって、継続的虐待の存在は、「強い支配従属関係」を推認する間接事実の1つに過ぎなくなり、その推認力が相対化された。これに対して、控訴審の枠組みでは、継続的虐待は、「著しく困難」を第一次的に基礎づける事情として、前者の枠組みよりも大きな重要性が認められることになる。³⁵

この事案を考察すると、個別の事案について、どのような事実があれば、その評価へとジャンプしてよいのかに関する中間部分の枠組みを欠いているという点が上記のように指摘された。このような枠組みがない中で第一審の裁判官の判断をただ批判するだけでは、同様の問題が生じかねないと思われる。刑法学の側からそのような中間理論を提示していくことの必要性を、本件は示しているのである、と仲道教授より指摘された。同じく長年の虐待という事由を出発点として、判決の不合理なところを示したアプローチであるものの、仲道教授の意見は、前述した見解より、問題の本質を示したかもしれない。また、第一審で「抗拒不能」という要件が「著しく困難な心理状態」や「強い支配従属関係」によって定義されたことは、「抗拒不能」要件の射程は広いと見えるが、実際にはかなり限定されていることを示した。それは、不同意性交等罪を検討する理由であり、不同意性的行為に至る手段要件をさらに広げる必要性があるところであると思われる。

③「男目線」を反省する必要性

上記の分析によって、当該事案に対する批判が多数意見であるということは十分理解できるが、現行法の下で、第一審の無罪判決には、肯定すべきところもある、という意見も述べられた。前田雅英教授の意見によれば、この事件は実の父と娘の間で起こり、又長期的な性的虐待と暴力の背景があるため、無罪の判決は理解し難い判断であると思われる。しかしながら、このような行為を無罪にしてしまうことの意味と、刑罰謙抑主義の比較衡量を行う必要がある。また、いかに反倫理的でも、「18歳未満でない以上、完全に抵抗できない状態で性交に及んだのではない以上、処罰すべきではない」という、旧来の性犯罪

³⁴ 仲道祐樹「継続的虐待と抗拒不能の判断」判例時評(法律時報)2020年4月27日、5-6頁参照。

³⁵ 仲道・前掲注(34)6頁参照。

の構成要件解釈の中には、「女性も、本当のところ真に嫌がっているわけではないのではないか」という「男目線」が全く存在しなかったのかも検証されていかなければならない。

36

このような理解は、おそらく「暴行・脅迫」及び「抗拒不能」要件に対する設けられている高いハードルを説明したものである。言い換えれば、性侵害の被害者の「ノー」は本当に「ノー」であるか、または実際に「ノー」が「イエス」であるだろう、というレイプ神話は、現行法の下で、性犯罪の成立する基準が存在する理由である。確かに、このような考え方は変わり続けてきたが、刑法上の変更もしなければならぬのである。

結論として、2019年3月26日名古屋地方裁判所岡崎支部が下した当該無罪判決は、二つの問題を示した。第一の問題は、「抗拒不能」要件に対する判断の基準の不明確という問題である。そして、第二の問題は、「抗拒不能」要件の高いハードルより、処罰の間隙が生じることである。この二つの問題を解決するために、検討しなければならないのは、脆弱性を利用する性犯罪である。脆弱性というのは、性交行為の発起者と不平等な位置にいる相手方が自分の性的自己決定権を完全に保護できないことである。さらに、脆弱性があると評価される場合は、主に客観的な事情によって生じることである。例えば、地位・関係性がある場合、または当該事案のように、長期にわたる虐待が起こした場合である。以下では、脆弱性を利用する性犯罪を詳しく検討する。

三、脆弱性を利用する性犯罪

1. 脆弱性の定義について

令和3年5月公表された性犯罪に関する刑事法検討会の取りまとめ報告書によれば、被害者が一定の年齢未満である場合、その者が「現に監護する者」に該当しないものの、被害者に対して一定の影響力を有することを利用して性的行為をしたときは、被害者の同意の有無を問わず、監護者性交等罪と同様に処罰する類型を創設すべきか、という問題が提起された。また、被害者の年齢を問わず、行為者が被害者の脆弱性、被害者との地位の優劣・関係性などを利用して行った行為について、当罰性が認められる場合を類型化し、新たな罪を創設すべきか、という構想も挙げられた。³⁷

上記の提言を考察すると、やはり脆弱性を利用する性犯罪という問題を検討する必要があると考えられる。第三章でも言及されたように、一定の年齢未満である者と性的行為をするのは、その可罰性や悪質性は、若年者の脆弱性を利用することであるから、特に成人が自分の地位や若年者との関係性を利用することは許されないのである。したがって、もし脆弱性を利用する性犯罪に関する罪名が明確化されると、性交同意年齢の引き上げの必要性もなくなるかもしれない。また、若年者ではない場合も、脆弱性を利用して、性的行為をすることは完全に可能であるから、成人を対象とする場合も考慮しなければならないと思われる。

嶋矢教授が指摘されたように、「地位利用類型については、異論はあったものの未成年に

³⁶ 前田雅英「刑法178条2項の『心理的抗拒不能』の意義—名古屋地裁岡崎支部平成31年3月26日判決準強制性交等被告事件—」WLJ判例コラム臨時号166号(2019年)5頁。https://www.westlawjapan.com/pdf/column_law/20190509.pdf

³⁷ 前掲注(3)13頁参照。

限定して処罰に取り込むことが意図され、その際の理由づけとしては、威力は成年には効果が薄いという点が挙げられていた点が興味深い。」³⁸確かに、成年者に対して、原則として自己決定の完全な自由が認められるべきである。すなわち、成年者である場合、パターンリズムからの配慮は原則として不要であり、その自由な決定が可能であるような環境・状況が保証されていることが重要であると思われる。しかしながら、弱い個人としての女性に対しては、自由な決定はそもそも困難であるから、現状を踏まえて、パターンリズムからの配慮はなお必要であると考えられるべきである。したがって、個人的には、成人であろうが、未成年者であろうが、脆弱性を利用して性的行為を行う場合は、処罰に該当すると考えられる。

また、脆弱性という概念についても、その内実や射程は必ず明確とは言えない。例えば、地位・関係性が存することと性的行為の相手方が脆弱性を有することは、法務省の検討において、並列されている要件であるが、それは狭義の脆弱性を指すことであると考えられる。すなわち、広義の脆弱性というのは、年齢（若年者）、精神状態（心神喪失者、酩酊、昏睡、不意打ち等）、地位・関係性がある場合という様々な状況を含めることができる。要するに、一般的に脆弱性を提起すると、未成年者や上下関係がある場面を想起しやすいが、それはかなり限定的な解釈である。より広義の解釈によると、暴行・脅迫手段と欺罔手段の他に、心身障害、睡眠、アルコール・薬物の影響、不意打ち、継続的な虐待、恐怖・驚愕・困惑、重大な不利益の憂慮というのは、いずれも相手方の脆弱性を利用したことだと認められるべきである。

したがって、罪名を構想する際、一般的な性犯罪の定義と脆弱性を利用した性犯罪との関係は、考慮しなければならない問題である。このような理解は、後で紹介する「試案」の定義とより合致しているかもしれないが、ここでは、主に精神状態の他に、地位・関係性等の脆弱性を検討する。脆弱性を利用する性犯罪のあり方を検討するために、まずは、比較法的視野で、外国法の経験を分析する。その上で、日本の実情及び外国法の経験を基礎として、法務省検討会の提案及び試案をさらに検討する。

2. 外国法の経験

第三章で分析したように、日本において、脆弱性を利用する性犯罪、特に地位・関係性を利用する性犯罪の創設は、昭和49年改正刑法草案にもすでに規定されていたが、今まで刑法典で採用されなかった理由は、やはり具体的な類型化は難しく、処罰範囲の明確化が保障できないからである。このような考慮は合理的であるが、このテーマを避けるわけではなく、罪名の類型化及び処罰範囲の明確化を目指して、立法案を検討することが肝心である。それゆえ、脆弱性を利用する性犯罪の類型化がすでに一定の程度で完成された外国法の経験を参照することは重要な意義をもっていると思われる。下表で示されたように、主に韓国、フィンランド、ドイツ及びスウェーデンの状況を参考対象とする。³⁹

³⁸ 嶋矢貴之「現行刑法下戦前期における性犯罪規定の立法・判例・解釈論」山口厚（ほか）編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017年）293頁。

³⁹ 各国の条文は、性犯罪に関する刑事法検討会第5回会議（令和2年8月27日）配布資料28「諸外国の性犯罪規定の概要（性的行為の当事者間に一定の地位・関係性が存することや性的行為の相手方が脆弱性を有すること等を要件とする規定）」参照。

第四章 不同意性交罪に対する分析
—日本を対象にする構想—

国	条文規定
韓国 ⁴⁰	<p>業務、雇用その他の関係により、自らの保護又は監督を受ける者に対し、偽計又は威力により、姦淫（わいせつな行為を）した場合；</p> <p>法律により拘禁された者を監護する者が、その者に対し、姦淫（わいせつな行為を）した場合</p>
フィンランド ⁴¹	<p>自己の地位を利用して、病院その他の施設で治療を受けており、疾病、障害その他の虚弱によって、自己防衛又は意思の形成若しくは表明をする能力が本質的に低下している者に対し、性交若しくは性的自己決定権を本質的に侵害する行為をするよう、又はそのような性的行為の対象となるよう誘引した場合；</p> <p>自己の地位を利用して、行為者に特に依存する者に対し、性交若しくは性的自己決定権を本質的に侵害する行為をするよう、又はそのような性的行為の対象となるよう誘引した場合であり、行為者がその依存性に乘じたことが明白な場合</p>
ドイツ ⁴²	<p>①相手方が受刑者又は官庁の命令による被收容者であり、行為者がその教育、職業教育、監督又は世話を委ねられている場合において、行為者が、その地位を濫用し、相手方に対して性的行為を行い、又は、相手方に自己に対する性的行為を行わせた場合；</p> <p>②相手方が患者又は要援助者のための施設に入所しており、行為者がその監督又は世話を委ねられている場合において、行為者が、相手方の病气若しくは援助の必要性に乗じて、相手方に対して性的行為を行い、又は、相手方に自己に対する性的行為を行わせることにより、この者を虐待した場合；</p> <p>③相手方が刑事手続、自由を剥奪する改善及び保安処分手続又は官庁による收容命令手続の対象者であり、行為者が刑事手続、自由を剥奪する改善及び保安処分手続又は官庁による收容命令手続に協力することを職務とする公務担当者である場合において、行為者が、手続により基礎付けられる従属性を濫用し、相手方に対して性的行為を行い、又は、相手方に自己に対する性的行為を行わせたとき；</p> <p>④中毒症を含む精神若しくは心の疾患若しくは障害を理由に、又は、身体的な疾患若しくは障害を理由に、相談、治療又は世話が行為者に委ねられている場合において、行為者が、相談、治療又は世話をを行う関係を濫用し、相手方に対して性的行為を行い、又は、相手方に自己に対する性的行為を行わせた場合；</p> <p>精神療法が行為者に委ねられている場合において、行為者が、治療を行う関係を濫用し、相手方に対して性的行為を行い、又は、相手方に自己に対する性的行為を行わせた場合。</p>
スウェーデン ⁴³	<p>スウェーデン刑事法では、「自発的に参加していない場合」が性犯罪の要件として定められているところ、行為者が、相手方の行為者に対する従属的な立場を著しく濫用して、相手方を当該行為に参加させた場合には、自発的に行為に参加したものと判断してはならないとされている。</p>

⁴⁰ 前掲注(39)21頁参照。

⁴¹ 前掲注(39)23頁参照。

⁴² 前掲注(39)18-19頁参照。

⁴³ 前掲注(39)25頁参照。

上表の状況を考察すると、結論として、脆弱性を利用した性犯罪を構想する時、未成年者は当たり前の保護対象であるが、成人の場合はより複雑な問題である。成人の場合に関して、二つの問題を検討することが重要である。第一には、具体的に、どのような類型が刑法で処罰すべきか、という問題である。上記の諸国の規定を鑑みると、よく見られるのは、①業務、雇用の関係がある場合（韓国）②手続により基礎付けられる従属性がある場合（韓国、ドイツ）③相談、治療又は世話をを行う関係がある場合（ドイツ、フィンランド）。上記の三つの要項は、いずれも、典型的な性犯罪が発生しうる場合であり、第一項と第二項は上下関係を中心としているのに対して、第三項は、実は、特殊の関係の下での脆弱性を考慮した。

類型化の他に、もう一つの問題は、具体的に手段要件に対する規定である。すなわち、未成年者の場合にもかかわらず、特に成人が当事者である場合は、上記の状況に該当するあらゆる場合で行われた性的行為を性犯罪として処罰することは、不合理であると思われるから、その処罰範囲が問題になっている。特に、成人であるから、性的自己決定能力も承認されるべきであり、積極的性的自由がさらに保障されるべきという通念を鑑みると、手段要件に対する制限が必要であると思われる。したがって、上下関係や看護関係や従属的關係があるにもかかわらず、濫用した場合（ドイツ）、または著しく濫用した場合（スウェーデン）しか、犯罪とは認められないのである。例えば、性的自己決定権に対する保護範囲が一番広い「yes means yes」パターンを採用しているスウェーデンにおいて、「任意的」であるか否かが性行為と性犯罪との区別であるが、従属的な立場を著しく濫用した場合は性犯罪に該当すると認められる。しかしながら、ここでは、「著しく」という制限語が加えられているため、実務上の認定は一体どうだろうか、という問題についても、さらに検討する必要があると思われる。

3. 令和3年刑事法部会の提案

(1) 一定の年齢未満の者や障害を有する者が被害者の場合

相手方の脆弱性や地位・関係性を利用する場合 ⁴⁴	
A-1 案	(1) 18歳未満の者に対し、一定の地位・関係性を有する者〔例えば教師、スポーツの指導者、祖父母、おじ・おば、兄弟姉妹等〕であることによる影響力があることに乗じて、性交等をした者は、5年以上の有期懲役に処するものとする。 (2) 心身の障害を有する者に対し、一定の地位・関係性を有する者〔例えば障害者施設職員等〕であることによる影響力があることに乗じて、性交等をした者は、5年以上の有期懲役に処するものとする。
A-2 案	(1) 18歳未満の者に対し、一定の地位・関係性を有する者が、これを利用して重大な不利益の憂慮をさせることにより、拒絶する意思を形成・表明・実現することが困難であることに乗じて、性交等をしたときは、5年以上の有期懲役に処するものとする。 (2) 心身の障害を有する者に対し、一定の地位・関係性を有する者が、障害により拒絶する意思を形成・表明・実現することが困難であることに乗じて、性交等をしたときは、5年以上の

⁴⁴ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第6回会議(令和4年3月29日)配布資料13「相手方の脆弱性や地位・関係性を利用して行われる性交等及びわいせつな行為に係る罪を新設すること」参照。

	有期懲役に処するものとする。
B案	一定の地位・関係性を有する者〔例えば学校の教師、スポーツの指導者、障害者施設の職員等〕が、教育・保護等をしている者に対し、地位・関係性を利用して性交等をしたときは、●●●に処するものとする。

青少年者の肉体的・精神的成熟度を鑑みると、一定の性的自己決定能力を認めなければならぬが、反面では、自己決定にかかる評価・判断の点において完全とは言えないことから、金銭その他の対価を伴う場合、優越的地位・権限を濫用して行われるような場合に、特段の配慮を要するに思われる。⁴⁵それゆえ、一定年齢未満の者に対して、法律上の特別配慮が普通であるものの、成人の場合は、そうではない。したがって、ここで未成年者と同じく取り扱われているのは、心身の障害を有する者に限られている。また、上記の三つの提案を考察すると、年齢に対する制限があるかどうか、という区別のほかに、手段要件の違いは注意すべきところである。

三つの提案を比較すると、B案の手段要件より画定される処罰範囲が一番広いのであるが、その処罰範囲の外延が明確であるとは評価し難いと思われる。「地位・関係性を利用する」性行為が性犯罪と処罰されると、地位・関係性がある場合、当事者間のあらゆる性的行為は性犯罪になりがちであるからだ。したがって、やはり実質的な判断基準が必要であり、そうでなければ、処罰の合理性を理由付けるのは難しいのであると指摘された。⁴⁶また、A-1案の表述によれば、手段要件は「一定の地位・関係性を有する者であることによる影響力があることに乗じる」ということである。そのうち、A-1案の「乗じる」とB案の「利用する」との区別はほぼないが、前者は「一定の地位・関係性を有する者であることによる影響力がある」という言い方によって、B案での「地位・関係性」より、範囲を限定している。

そして、A-1案とA-2案と比べると、やはりそれぞれの意見がありうる。具体的に、A-1案を批判して、A-2案に賛成する意見によれば、「A-1案のように、一定の関係性があれば一律に処罰するという法形式を採用することは困難であり、行為者と被害者の間の関係性や具体的な働き掛けの内容、影響の程度等を個別に判断した上で、性犯罪の成否を検討する必要があると考えるべきです。その意味では、検討の出発点になるのはA-1案ではなく、個別の働き掛けや被害者の心理状態を問題とするA-2案である」と指摘された。⁴⁷逆に、A-2案を批判して、A-1案に賛成する意見としては、やはり前者を「拒絶困難」という現行法と似ている表現を採用しているのが、被害者に対する保護が弱くなる恐れがある、ということである。この点に関して、性犯罪の総括的定義を検討する際にさらに検討をする。そもそも脆弱性を利用する手段も性犯罪を実現する諸手段の一類型に過ぎないから、地位・関係性に特化した条文を設ける必要はない⁴⁸、という意見も述べられたから、脆弱性を利用する性犯罪と性犯罪そのものの規定と重なる問題はかなり多いと思われる。

⁴⁵ 齋野彦弥「立法問題としての性的自己決定の保護」現代刑事法5巻3号(2003年)22頁。

⁴⁶ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第6回会議(令和4年3月29日開催)議事録36-37頁参照(嶋矢貴之委員)。

⁴⁷ 前掲注(46)35頁参照(橋爪隆委員)。

⁴⁸ 前掲注(46)35頁参照(橋爪隆委員)。

(2) 障害がない成人の場合

自己決定原理によれば、対応能力のある成人同士が合意に基づいて性的行為をするのは、なんら問題はないということになりそうだ。未成年者ではない、障害者でもない場合、脆弱性を利用して性交等をした場合、下表が示したように、二つの提案が提唱された。

A案	一定の地位・関係性を有する者が、これを利用して重大な不利益の憂慮をさせることにより、拒絶する意思を形成・表明・実現することが困難であることに乗じて、性交等をしたときは、5年以上の有益懲役に処するものとする。
B案	一定の地位・関係性を有する者（例えば職場の上司等）が、特定の相手方（例えば部下等）に対し、地位・関係性を利用して性交等をしたときは、●●●に処するものとする

上記の二つの提案の表述に対する分析は、おおよそ未成年者と障害者である場合と同じであるので、ここでは、成人を対象者としても、地位・関係性を有する場合刑法による保護が必要である理由を分析する。確かに、成人も含む地位・関係性利用する性行為の規定は、おそらく現行法で不同意性交罪を批判する理由と同じであるかもしれない。すなわち、証明が困難であるし、処罰の安定性も実現されないことである。具体的に、例えば、上司と部下と言ってもさまざまな関係性があるので、真の自己決定が難しい場面を一律に切り出すことができない。しかしながら、個人的には、やはり成人であっても、地位・関係性を利用して性的行為を処罰すべきである、と考える。具体的な理由については、自由に対する理解と繋がっている。詳細に言うと、第一章及び第二章においては、性的自己決定権の内実と条件を詳細に分析したが、ここでは、特に性的自己決定権を妨害する強制要件中の心理的強制と繋がっている選択肢による自由を検討する。

福原明雄準教授の指摘によれば、「選択の自由とは個人に選択できるあらゆる選択肢の集合である『機会集合 opportunity set』に関わるものである。選択肢の自由においては機会集合内の選択肢の量と質が問題になりうる。」⁴⁹また、「人間も環境も常に流動しており、完璧な状態で固定しているわけではない。にもかかわらず、人間には将来の環境や選好の変化は予測できない。そのような場合には、社会は、今現在の知識や選好などに依拠するより、むしろ、環境などに常に変化しており、過去の実現結果に対しては常に追試が必要なのである。従って、環境の変化に柔軟に対応するために、多様な選択肢を保持することが有益である。」⁵⁰すなわち、ある自由を保障するためには、選択肢の保障が極めて重要であると考えられる。脆弱性を利用する性犯罪は、正にこのようなあるべき選択肢を削除する行為であるので、可罰性があると思われる。

選択自由の重要性を理解した上で、地位・関係性を利用する性犯罪には、成人も保護する対象となるべきということも明白になる。その上で、さらに規定のあり方を検討する必要がある。

⁴⁹ 福原明雄「リバタリアニズムにとってリバリアン・パターナリズムとは何か」仲正昌樹（編集）『自由と自律』（御茶の水書房、2010年）93頁。

⁵⁰ 若松良樹『醜い自由—ミル「自由論」を読む—』（成文堂、2021年）168頁。

四、手段要件に関する解決策

上記の分析によって、日本においては、性犯罪の手段要件に対する検討は主に「暴行・脅迫」要件、「抗拒不能」要件及び「地位・関係性がある」という要件に集中している。この三つの手段要件の定義や射程は、詳しい分析によって、それぞれが重なる部分があることが分かる。特に、物理的暴行手段の他に、脅迫も、抗拒不能も、地位・関係性も、被害者の心理に対する影響を手段としているので、包括的に被害者の脆弱性を利用することとも考えられる。その上で、性犯罪の手段要件を検討する際には、それぞれの手段要件を分けて検討してきたが、具体的解決策を検討する際に、やはり総合的に性犯罪の手段要件を構想することが必要であり、合理的であると思われる。詳細な提案を検討する前に、まずは改正の要否に関する意見を考察する。

1. 改正の要否について

(1) 反対派の意見

第三章で紹介したように、日本は、平成 29 年の法改正によって、一定の程度で性犯罪に関する問題を解決したが、残された問題はなお多いので、令和 2 年の性犯罪に関する刑事法検討会と令和 3 年の刑事法（性犯罪関係）部会を通じて、諸問題を検討している途中である。平成 29 年の法改正が行われた前の検討会の議事録やその際公表された論文を分析すると、強制要件に対する修正を反対した意見は多数説とも言える。平成 27 年 8 月 6 日性犯罪の罰則に関する検討会取りまとめ報告書によれば、暴行・脅迫要件の一般的な緩和・撤廃はするべきでないという意見が多数を占めた。当時の反対意見を考察すると、主に三つの理由が挙げられた。⁵¹

第一に、現行法を維持しているままでも、「総合的考慮」が適切に行われると、問題を解決することができるからである。詳細に言うと、「具体的な事案において、当該暴行・脅迫が存したことによって、抵抗が著しく困難な状況といえたかどうかを、具体的な状況に即して判断している。その際には、周囲の状況、従前からの人間関係、被害者の属性、年齢、能力、事件に至るまでの経緯など様々な要素を考慮しており、暴行の程度もそのような要素の一つとして考慮している。また、裁判官としては、不意に暴行を加えられた人が驚愕に陥り、凍り付くといった心理状態に陥るものであり、そのようなときに一般に人がどのように反応するものかといったことに関する科学的な知見についても考慮して判断している。」⁵²

第二に、暴行・脅迫要件を緩和または撤廃すると、性犯罪の認定をさらに困難になる恐れがあるからだ。その困難さという点、具体的に、「暴行・脅迫要件を撤廃して不同意性交を処罰するものとするれば、外形的な証拠がない場合に被害者の主観を証明するのはかなり難しい。そうすると、実体法上は本当に罪が犯されているにもかかわらず、証明ができないから有罪判決を言い渡すことがかえって困難となることが懸念される。」また、仮に、検察官が被害者の利益を保護するために、被害者の意思に反することを間違いなく確信する

⁵¹ 平成 27 年 8 月 6 日「性犯罪の罰則に関する検討会取りまとめ報告書」19-20 頁参照。

⁵² 前掲注(51)19 頁。

ことができないような事例も強姦として処罰すると、「疑わしきは被告人の不利益にという原則を妥当させることにほかならず、そのようなことは認めるべきではない」と指摘された。⁵³

最後に、比較法的視野でこの問題を考察すると、不同意を要件とする国においても、性犯罪に関する問題がなお未解決であるからだ。例えば、「英国の強姦罪においては、不同意を要件としており、暴行・脅迫は要件ではないが、顔見知り間の性犯罪の通報が増えたことによって、同意の有無が争われやすくなり、有罪率が下がったという。同意の認定は非常に難しいのでそうってしまったのではないかと思われ、結局、暴行・脅迫要件の撤廃は被害者の保護につながらない」と主張された。⁵⁴

さらに、令和2年の性犯罪に関する刑事法検討会での意見を考察すると、主に上記の意見とは類似している。すなわち、反対意見として、「現行法のあるべき解釈を共有すれば、処罰されるべき行為を処罰し得るので、改正は不要である。また、現状の運用に問題があるという場合に、その原因が、構成要件にあるのか、その解釈の問題なのか、あるべき解釈が共有されていないことによるのか、当該事件における証拠上の問題なのか、又は検察官の訴因の選択や立証の問題なのかを切り分けて議論することが必要である」という意見が述べられた。⁵⁵しかしながら、注意すべきなのは、平成29年の取りまとめ報告書と比較すると、暴行・脅迫要件の一般的な緩和・撤廃はするべきという意見が、すでに多数を占めてきたことである。

暴行・脅迫要件を修正すべき意見が多数意見になることと同時に、新たな問題も出てきている。それは、「不同意性犯罪」に対する憂慮である。この点はすでに第三章の末で検討したが、ここでは、主に強制要件に関する部分を分析する。例えば、宮田桂子委員の意見によれば、各国の同意なき性交罪の構成要件を考察すると、またそれぞれの条件によって不同意の徴表として機能しており、同意なき性交に対する一種の縛りをかけている。ですから、「同意なき性交という構成要件を作ることによって、本当に処罰範囲が広がるのかどうかということも、我々は考えなければならない」と指摘された。⁵⁶

(2) 賛成派の意見

一方で、改正に賛成する意見として、暴行・脅迫や抗拒不能の要件が障害となり、同意なき性交が処罰されていない現実があるため、法改正をすべきであるといった意見が述べられた。また、暴行・脅迫要件の解釈の拡大により処罰範囲が広げられてきたとはいえ、ほとんど同じように見える事案であっても、起訴されて有罪になるものもあれば、警察が被害届を受理しないものや検察で不起訴処分とされるものもあるなど、運用に差があるから、これを是正するため、また、国民にも分かりやすくするため、適切な要件の検討が必要であるという意見もある。⁵⁷

手段要件に対する法改正の必要性について、島岡教授の解説によれば、「有史以来、法と

⁵³ 前掲注(51)19頁。

⁵⁴ 前掲注(51)20頁。

⁵⁵ 前掲注(3)5頁。

⁵⁶ 性犯罪に関する刑事法検討会第5回会議(令和2年8月27日)議事録7頁(宮田桂子委員)。

⁵⁷ 前掲注(3)5頁。

性の領域では二重の差別（男性中心）主義が続いており、通常の性交にも男性による暴行はつきもの（すなわち許される）という理由で、そのような通常の性交と、犯罪となる『異常な』性交とを区別する必要性が主として行為者となる男性側に強いため、性犯罪の成立には、相当程度強い暴行が必要とされてきたのだと考える⁵⁸から、このような状態を変えるべきであると考えられる。反対意見として、性犯罪の特徴によって、『暴行・脅迫』要件は、目撃者のいない密室状態で行われることの多い性犯罪において『被害者の不同意』を示す唯一の『客観的証拠』であるから、暴行・脅迫要件を完全に消すのは無理である⁵⁹と思われる。⁵⁹このような意見に対して、島岡教授によれば、「重要なことは、冤罪の危険を防ぐために、状況証拠や被害者供述の信用性を客観的・科学的に判断できるシステムの確立であり、それをしないことのしわ寄せを、もっとも弱い立場にある性犯罪被害者に押し付けるべきではない。」⁶⁰

最後に、暴行・脅迫要件の法改正に関して、そもそもこの要件を完全に消すわけではないと思われる。重要なのは、性犯罪の実質を認識しつつ、暴行・脅迫以外の他の性的自己決定を侵害した可罰性かつ悪質性を有する手段を刑事規制の処罰範囲に入れるということである。

(3) 私見

現行法上の強制要件について、個人的には、三つの理由で、賛成派の意見をさらに補充したいと考えられる。

第一の理由は、強制性交等罪・強制わいせつ罪及び準強制性交等罪・準強制わいせつ罪との重なりについて、法改正の必要性を説明する。日本現行法百七十七条及び百七十八条で規定されている手段要件に対する分析によって、両者は重ねる部分があることがわかる。例えば、暴行・脅迫が百七十七条の高いレベルに達していない場合は、百七十八条で処罰する可能性もありうる。宮田桂子委員が指摘されたように、「実は、177条が成立しない場合には178条で救っている、そういうような判決はかなりございます。」⁶¹

現行法の性犯罪の体系について、斉藤豊治教授の意見によれば、「強制性交等罪は行為者の行為様態である暴行・脅迫という手段・方法によって記述され、準強制性交等罪は心神喪失・抗拒不能という被害者の特別な脆弱性によって記述されるという二元的構成をとっている。不同意性交罪を規定するにあたり、こうした二元的な構成を維持するのか、それとも一元化するのが問題となす。それぞれ一長一短がある。一元化の長所としては、立法段階で手段・方法が脆弱性かを振り分ける必要はないという点である。その反面、二元構成を維持する場合には、要件のルーツを示すことができ、グループ内での容態の相互比較も容易であるという長所がある」⁶²ここで挙げられた二元構成の長所について、個人的には、一定の疑問をもっている。なぜかという、一元化された性犯罪の規定も、特に、列

⁵⁸ 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—」高橋則夫(ほか)『日高義博先生古稀祝賀論文集 上巻』(成文堂、2018年)128頁。

⁵⁹ 島岡・前掲注(58)123-124頁。

⁶⁰ 島岡・前掲注(58)131頁。

⁶¹ 前掲注(56)15頁参照(宮田桂子委員)。

⁶² 斉藤豊治「不同意性交罪の新設の意義と課題(上)」法律時報94巻9号(2022年)108-109頁参照。

挙式を採用すれば、そのグループ内での容態ははっきり列挙されており、相互の比較も容易であるからだ。

また、第三章で日本刑法に対する歴史上の考察によれば、強制性交等罪・強制わいせつ罪及び準強制性交等罪・準強制わいせつ罪は一つの条文で規定されていたこともあるので、わざと二つの条文に分けるのは、当時の性犯罪に対する理解を出発点として鑑みると、確かに一理あるが、今日性犯罪に対する理解の変遷とともに、やはり一元化の規定のほうがよいかもしい。井田良教授も、性犯罪に関する刑事法検討会において類似的な意見を述べた。すなわち、井田教授の意見によれば、「現行法は、基本的には一つのものを二つの条文に分けて規定していると理解することができます。つまり、被害者の意思に反する場合を、大きく、暴行・脅迫を用いる場合と、心神喪失・抗拒不能の場合とに分けて類型化しているということです。異なった二つの場合があるというより、基本にあるものは一つで、被害者の意思に基づかずに性交等を行う場合とはどういうケースであるかということであって、それが二つの規定に分かれて類型化されているということです。…実際に議論する中では、根本は一つのものである」。⁶³

さらに、暴行・脅迫に特段の限定的意義についても、疑問が出てきている。詳細に言うと、被害者が抗拒困難な状態にあれば足りるとする裁判例を前提とすれば、外形的な有形力は、処罰を画する意義を失っているかもしれない。その結果、問題となるのは、強制性交等罪・強制わいせつ罪と準強制性交等罪・準強制わいせつ罪との区別が困難ないしは不可能になるということである。結果として、強制性交等罪・強制わいせつ罪の手段要件を心理的強制も含めるなら、準類型の性犯罪の補足範囲とは、大きく重なるところが生じることになる。⁶⁴そもそも、前文が検討してきたように、広義に「脆弱性」を理解すると、心理的強制も脆弱性の一類型であると考えべきであるので、「暴行・脅迫」と「抗拒不能」及び「脆弱性」とはオーバーラップがあると思われる。

そして、第二点目の理由は、すでに多くの学者によって論証された保護の不足ということである。菊地夏野准教授の意見によれば、「現在の性行為・性関係は男性中心的であり、女性にとっていかに暴力的な行為や関係であろうともそれは暴力とは見なされず、『セックスの楽しみ』と解釈されてしまう」。⁶⁵このような局面を変えるためには、現行法上の強制要件に対して、一定の修正が必要であると思われる。例えば、橋爪隆教授の意見によれば、「暴行・脅迫要件は、実際には、被害者の意思に反する性行為であることを明確に認定するための外部的な徴表として機能しているにすぎず」ということである。⁶⁶したがって、性刑法がこのような外部的な徴表に限られており、さらに高い程度の暴行・脅迫が必要であることは、その処罰範囲が過剰に限定されている原因であると思われる。

最後に、第三に、手段要件の判断基準に対する解釈によって問題を解決することができる意見もありうるが、実はそうではないと考えられる。ここでは、樋口亮介教授が提唱された判断基準を例として検討する。表面的に見れば、樋口教授の提案は現行法を基づく提

⁶³ 性犯罪に関する刑事法検討会第4回会議(令和2年7月27日)議事録11頁(井田良座長)。

⁶⁴ 嘉門優・樋口亮介「性犯罪をめぐる議論状況」刑事法ジャーナル69巻(2021年)8頁。

⁶⁵ 菊地夏野「掘り起こされ、芽生えてゆく自由」仲正昌樹(編集)『自由と自律』(御茶の水書房、2010年)139頁。

⁶⁶ 前掲注(56)8頁(橋爪隆委員)。

案であるので、解釈論のアプローチとみえるが、実質的に考察すると、被害者基準というのは、正に不同意性交罪の本質と合致しており、立法論によって実現したい目標であると言えるだろう。詳細に言うと、性犯罪の手段要件を判断する基準について、樋口教授は二つの立場を指摘した。それは通常人を想定する通常人基準と被害者の心理状態のみを基準とする被害者基準である。⁶⁷

通常人基準というのは、周囲の状況に照らして、被害者の立場に置かれた通常人に畏怖等の心情を抱かせ、逃走・身体的抵抗・第三者の救助を求めることが困難に感じさせるかを判断するアプローチである。通常人基準を採用すると、被害者の内心的なものは故意の対象としないので、「相手が同意した」と誤信したという抗弁もあり得ないということはこの基準のメリットであると思われる。一方で、被害者基準というのは、具体的な事案において、被害者の心情を基準として、性犯罪を成立するかどうかを判断するアプローチである。被害者基準によって、被害者が確かに「抗拒不能」の状態に陥っているが、行為者がこの点を認識しなかったので、故意を認められない事例も少なくない。⁶⁸被害者基準と不同意パターンとは表裏一体性があると思われるが、肝心なのは、詳しい規定によって、現在被害者基準を採用しなければ処罰できない事案を通常人基準によっても処罰できるように変更することである。

詳細に言うと、不意打ちのように、現行法によって処罰はしばしばできない理由は二つがある。一つは、通常人の基準によって、不意打ちより被害者が「抗拒不能」であったと認定し難いからである。しかしながら、被害者の不同意が性犯罪の実質であると認められると、不意打ちという事由が発生した上で、犯罪の成立が十分に可能であると思われる。不意打ちというような事由を立法によって明文化することは、ある程度で被害者基準を一般化することであると言える。また、もうひとつの理由は、被害者基準によって、不意打ちより被害者が「抗拒不能」であったと認定されても、行為者の故意は認められないので、犯罪を成立しないのである。この問題は過失性犯罪によって解決できる課題であるが、前述したように、被害者基準を通常人基準に転換すると、被害者の内心的なものは故意の対象としないので、過失性犯罪の必要性もさらに検討する余地がありうる。この点について、第三節でさらに検討しようとする。

結論として、性犯罪の手段要件に関する諸問題を解決するために、やはり被害者の不同意を重視して、具体的な立法案によって被害者の不同意を引き起こす理由を増加し、類型化する必要がある。これより、もっと徹底な解決策は「yes means yes」パターンを採用する不同意性犯罪の創設であるが、日本の現実から見ると、このような「一足飛びの転換は難しい」⁶⁹から、別の提案を考察することが肝心であると考えられる。

2. 刑事法部会の提案

もっとも重要である手段要件に関する問題について、法制審議会刑事法（性犯罪関係）

⁶⁷ 樋口亮介「性犯罪における暴行脅迫・心神喪失・抗拒不能要件と同意（その1）」法学セミナー66巻4号（2021年）63頁参照。

⁶⁸ 樋口・前掲注（67）65頁参照。

⁶⁹ 前掲注（46）3頁参照（山本潤委員）。

部会の提案によれば、下表が示したように、三つの提案が提唱された。⁷⁰その中で、A-1案とA-2案は列举式の規定を採用しているが、B案は包括的な規定である。

暴行・脅迫要件と心神喪失・抗拒不能要件		
A-1案	次の事由により、その他意思に反して、性交等をした者は、強制性交等の罪とし、5年以上の有期懲役に処する。	要件のあり方 ①包括的な要件としてどのようなものが考えられるか； ②例示列举事由としてどのようなものが考えられるか 例： 暴行・脅迫
A-2案	次の事由その他の事由により、拒絶する意思を形成・表明・実現することが困難であることに乗じて、性交等をした者は、強制性交等の罪とし、5年以上の有期懲役に処するものとする。	心身の障害 睡眠、アルコール・薬物の影響 不意打ち 継続的な虐待 恐怖・驚愕・困惑 重大な不利益の憂慮 偽計・欺罔による誤信
B案	人の抵抗を抑圧するに至らない程度の暴行もしくは威迫を用い、又は抵抗することが困難な状況を作成し、若しくは利用して性交等をした者は、不同意性交等の罪とし、1年以上10年以下の懲役に処するものとする。	

まずは、B案を考察すると、その表述の簡潔性は日本刑法における規定と一貫しており、メリットとしては、刑法の整合性に影響しないことである。しかしながら、暴行・脅迫手段、抵抗を困難にさせる手段、または「利用」という手段が規定されていても、その内実には明確とは言えないので、採用し難いと考えられる。なぜなら、そもそも、スウェーデンのように「任意性」を中心とする性犯罪規定も、任意性が認められない典型的な例が挙げられているので、単に包括的な要件を規定すると、やはりその曖昧さが残りやすいからである。

そして、A-1案とA-2案に関しては、意見が異なっている。法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会に参加している委員の中の被害者側の代表者によれば、A-1案はわかりやすいが、曖昧であるとも言われる。しかしながら、A-2案は、被害者に抵抗する義務を要求しないということで規定されていても、本当にそのような運用がされるかは不安なところがあると考えられる。⁷¹詳細に言うと、暴行・脅迫が用いられても拒絶する意思の形成が困難になる程度ではないという問題が繰り返される恐れがあり、一般人に対しては、これまでと何も変わらないという思いが生じる可能性がある。⁷²一方、反対意見としては、A-2案の包括的な要件は、「人の内心そのものを要件とするのではなく、拒絶の意思の形成・表明・実現が困難しうるものであり、その状態にあったかどうか客観的・外形的に判断可能である」

⁷⁰ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第6回会議(令和4年3月29日)配布資料11「刑法第176条前段及び第177条前段に規定する暴行及び脅迫の要件並びに同法第178条に規定する心神喪失及び抗拒不能の要件を改正すること」参照。

⁷¹ 前掲注(46)3頁参照(山本潤委員)。

⁷² 前掲注(46)9頁参照(齋藤梓委員)。

という意見が述べられた。⁷³理由としては、そもそも A-1 案と A-2 案の表述には大きな相違があるからであると指摘された。すなわち、A-1 案で規定されている「その他」という文言によれば、「意思に反する」要件は列挙された自由と並列関係であるので、人の内心の意思を直接に問題にすることになりうる。A-2 案の「その他の事由」であれば、具体的事由が現れされ、明確化することができる。⁷⁴また、「拒絶の意思を形成や表明を含んでいることから、拒絶を義務付けているというようなことには理論的になり得ない」という意見も指摘された。⁷⁵

上記の検討によれば、最終の立法案を確定するためには、二つの要素を明確にしなければならないのである。まずは、手段要件、すなわち「事由」の表現である。単に包括的な事由または単に列挙事由を規定するアプローチの他に、列挙事由と包括事由を併せて規定するアプローチも提言された。そして、第二の要素は、実質要素の表現である。すなわち、「意思に反する」というアプローチであろうか、または「拒絶する意思を形成・表明・実現することが困難」にさせるというアプローチであるか、という問題である。

手段要件の提案について、個人的には、列挙事由を明確にする包括的な言い方に賛成する（後で紹介する「試案」もこの考え方を採用した。）。理由として、個々の列挙事由より、強制性交等罪を条文上又は解釈上限定することができるが、それはただ要件パターンのある程度の拡張しかないので、不同意性交罪の本質を実現するわけではないからである。また、包括的な事由を規定すれば、スウェーデンの「非自発的」要件のようになっており、処罰範囲は相当広くなるが、実務上はある程度の混乱を招く可能性があるから、具体的な手段要件をある程度維持した方がよいかもしれない。

一方、「意思に反して」と「拒絶する意思を形成・表明・実現することが困難であることに乗じて」という二つの表現について、両者の区別を明確にすることが肝心である。「拒絶する意思を形成・表明・実現することが困難であることに乗じて」という困難説は、三つの状況に分けられている。すなわち、「状況によっては、そもそも被害者が拒絶の意思を形成する機会、能力すらない場合があり、また、仮に形成できたとしても、それが表明できない事情がある場合も考えられます。それは、被害者の自由な意思決定が困難な状態であるため、それらに乗ずることは意に反したものと考えられます。また、拒絶の意思を実現できない場合に、その状態に乗ずることも、当然ながら意に反したものである」と説明された。⁷⁶確かに、「意思に反する」という表現は、不同意性交罪を創設されている国において、よく使われている言葉であるが、困難説に特徴的なメリットをもっている。メリットとして、困難説の表現は被害者の内心において、性的行為はその意思に反するかどうかに対する判断を避けることができるということである。すなわち、証明標準から見ると、「意思に反する」説を採用すると、行為者が一定の手段を通じて被害者の意思に反していることを証明するために、被害者が性行為に関与したいかどうかを論証する必要がある。それに対して、困難説は、被害者が拒絶する意思を形成・表明・実現することが困難であるこ

⁷³ 前掲注 (46) 6 頁 (佐伯仁志委員)。

⁷⁴ 前掲注 (46) 6 頁参照 (佐伯仁志委員)。

⁷⁵ 前掲注 (46) 14 頁 (嶋矢貴之委員)。

⁷⁶ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第3回会議(令和3年12月27日)議事録15頁(嶋矢貴之委員)。

とを証明すればよいだろう。この点に関しては、困難説の表現は、現行法で規定されている準強制性交罪により近く、同様に被害者の何らかの状態に乗じた犯罪行為である。また、明文化されている用語には「形成」、「表明」及び「実現」が含まれているため、全体的には内心の主観的な形成から客観的な外在的な表現までの完全な経路網羅が完成している。したがって、刑法の安定性や明確性を出発点とすると、困難説は「意思に反する」説より優秀な提案であるかもしれないが、被害者側の委員が提唱された憂慮もかなり説得力があると考えられる。それゆえ、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第10回会議で公表された「試案（改訂版）」においては、「意思に反する」ことと困難説の考慮とあわせて、新しい定義を呈示した。そのまえ、まずは法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第10回会議で公表された「試案」を検討する。

3. 「試案」に対する検討

(1) 「試案」の内容

令和4年10月24日、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第10回会議において、性犯罪に関する法改正の試案が公表された。⁷⁷その中で、暴行・脅迫要件、心神喪失・抗拒不能要件の改正について、以下のような規定が作られた。

1 強制わいせつ罪及び準強制わいせつ罪の要件の改正

(1) 次のアに掲げる行為その他これらに類する行為により人を拒絶困難（拒絶の意思を形成し、表明し又は実現することが困難な状態をいう。以下同じ。）にさせ、又は次のイに掲げる事由その他これらに類する事由により人が拒絶困難であることに乗じて、わいせつな行為をした者は、6月以上10年以下の拘禁刑に処するものとする。

ア 次に掲げる行為

- (ア) 暴行又は脅迫を用いること。
- (イ) 心身に障害を生じさせること。
- (ウ) アルコール又は薬物の影響があること。
- (エ) 睡眠その他の意識が明瞭でない状態にすること。
- (オ) 拒絶するいとまを与えないこと。
- (カ) 予想と異なる事態に直面させて恐怖させ、又は驚愕させること。
- (キ) 虐待に起因する心理的反応を生じさせること。
- (ク) 経済的又は社会的関係上の地位に基づく影響力によって受ける不利益を憂慮させること。

イ 次に掲げる事由

- (ア) 暴行又は脅迫を受けたこと。
- (イ) 心身に障害があること。
- (ウ) アルコール又は薬物の影響があること。
- (エ) 睡眠その他の意識が明瞭でない状態にあること。
- (オ) 拒絶するいとまがないこと。
- (カ) 予想と異なる事態に直面して恐怖し、又は驚愕していること。
- (キ) 虐待に起因する心理的反応があること。

⁷⁷ 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第10回会議（令和4年10月24日）配布資料26「試案」参照。

- (ク) 経済的又は社会的関係上の地位に基づく影響力によって受ける不利益を憂慮していること。
- (2) 行為がわいせつなものではないと誤信させ若しくは行為の相手方について人違いをさせて、又は行為がわいせつなものではないと誤信していること若しくは行為の相手方について人違いをしていることに乗じて、わいせつな行為をした者も、(1)と同様とするものとする。
- 2 強制性交等罪及び準強制性交等罪の要件の改正
- (1) 1(1)アに掲げる行為その他これらに類する行為により人を拒絶困難にさせ、又は1(1)イに掲げる事由その他これらに類する事由により人が拒絶困難であることに乗じて、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、5年以上の有期拘禁刑に処するものとする。
- (2) 行為がわいせつなものではないと誤信させ若しくは行為の相手方について人違いをさせて、又は行為がわいせつなものではないと誤信していること若しくは行為の相手方について人違いをしていることに乗じて、性交等をした者も、(1)と同様とするものとする。

(2) 検討

上記の「試案」を考察すると、採用されたアプローチは列挙式であるが、「その他これらに類する行為」や「その他これらに類する事由」という規定もなお明文化されているので、包括的規定とは、一定の区別もありうるが、その実質は、一致しているとも言えるだろう。特に、列挙されている8つの事由について、現行法百七十七条及び百七十八条で規定されている「暴行・脅迫」、「心身障害」、及び「アルコール、薬物、睡眠」というような抗拒不能の状態の他に、現行法が規定されていない事由としては四つがある。第一は、拒絶するいとまを与えないことである。これは、よく問題になっている不意打ちという状況である。第二は、予想と異なる事態に直面させて恐怖させ、又は驚愕させることである。すなわち、フリージングという状態である。最後に、第7つ目の虐待に起因する心理的反応を生じさせること及び第8つ目の経済的又は社会的関係上の地位に基づく影響力によって受ける不利益を憂慮させることは、上記の分析のように、主に脆弱性を中心としている事由であると考えられる。

列挙された事由については、法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会に参加している委員たちからしばしば批判された。特に法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第6回会議の提案について、「心神の障害」がものすごく幅が広いし、継続的虐待も意味不明であり、全体的にそれぞれの事由を具体的に例示する必要があると考えられる。⁷⁸再び法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第6回会議で配布された提案と比べると、下表のようである。

法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第6回会議 (提案)	法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回会議 (試案)
暴行・脅迫	暴行又は脅迫を用いること
心身の障害	心身に障害があること。
睡眠、アルコール・薬物の影響	アルコール又は薬物の影響があること。
不意打ち	睡眠その他の意識が明瞭でない状態にあること。
継続的な虐待	拒絶するいとまがないこと。

⁷⁸ 前掲注(46)、13頁参照(小西聖子委員)。

第四章 不同意性交罪に対する分析
—日本を対象にする構想—

恐怖・驚愕・困惑	予想と異なる事態に直面して恐怖し、又は驚愕していること。
重大な不利益の憂慮	虐待に起因する心理的反応があること。
偽計・欺罔による誤信	経済的又は社会的関係上の地位に基づく影響力によって受ける不利益を憂慮していること。

両者を比較すると、主に二つの区別がある。第一に、脆弱性を利用する性犯罪をさらに詳細に規定されてきた。すなわち、「継続的虐待」は「虐待に起因する心理的反応があること」に変更されたことによって、被害者が脆弱性を有する理由をさらに明確化した。同時に、「重大な不利益の憂慮」も、単に文言から鑑みると、脅迫されることと区別は必ずしも明白とは言えないが、「経済的又は社会的関係上の地位に基づく影響力によって受ける不利益を憂慮していること」に変更するという具合に、地位・関係性を利用する性犯罪の意味合いをさらに明示した。そのほかに、第二点の区別は、第6回の提案で提言された「偽計・欺罔による誤信」の範囲は限定されていなかったが、第10回の試案によれば、行為その性質及び相手方について勘違いをしている場合にの性犯罪が成立する、とされている。このもっとも重要な二つの区別のほか、「不意打ち」に対する解釈を具体的な事由とすることも、「心身の障害」をさらに明瞭化することも「提案」より具体化された成果であるとも言える。

最後に、注意すべきなのは、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第10回会議で配布された資料として、「試案（改訂版）」がいくつかのところを変更した、ということである。特に性犯罪の定義について、前述したように、被害者側の主張を考慮しつつ、本来の「次のアに掲げる行為その他これらに類する行為により人を拒絶困難（拒絶の意思を形成し、表明し又は実現することが困難な状態をいう。以下同じ。）にさせ、又は次のイに掲げる事由その他これらに類する事由により人が拒絶困難であることに乗じて」という定義を「次のアに掲げる行為その他これらに類する行為により、同意しない意思を形成し、表明し若しくは全うすることが困難な状態にさせ、又は次のイに掲げる事由その他これらに類する事由により、当該状態にあることに乗じて」ということに変更した。⁷⁹確かに、「困難」という表現が完全に削除されていなかったが、このような変更した定義は、不同意性交等罪の実質により接近しているとも言える。しかしながら、この定義の明確性及び実務上の適用などについては、検討しなければならない問題がなお残されていると思われる。

五、結びに代えて

「暴行・脅迫」及び「抗拒不能」要件に対する分析によって、いくつかの結論が明らかになる。第一に、暴行・脅迫や抗拒不能という強制要件は現行法のまま維持されると、性的自己決定権に対する保護への期待に応じることは決してできないということである。そして、第二に、強制要件の緩和によって、刑事規制の範囲が広げられるのは不可避であるが、その拡張の正当性を説明しなければならないのである。本稿が繰り返して主張したよ

⁷⁹ 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第13回会議（令和5年1月17日）配布資料27「試案（改訂版）」参照。

うに、性犯罪が侵害するのは、国民の性的自己決定権である。この権利は憲法が保障している基本的人権であり、人としての尊厳とも繋がっている。日本の判例を分析すると、強制要件の緩和を反対する者は、現行法の状況を読み間違えたことは明らかである。最後に、強制要件の緩和に関して、日本の現行法を鑑みると、三つの部分がある。それは、「暴行・脅迫」要件に対する緩和、「抗拒不能」要件に対する修正及び脆弱性を利用する（特に地位・関係性利用する）性犯罪の成立である。実質的には、この三つの部分がお互いに繋がっており、いずれの要素が変更されると、その他の要素も変わらなければならないのである。

また、第三章で紹介したように、「暴行・脅迫」にせよ、「抗拒不能」にせよ、性的自己決定権を侵害する手段の一つであるから、性犯罪の本質は、ある手段を利用して不同意性的行為をすることである。このような認識をもっていれば、性犯罪の手段の多様化に対してより開放的な心理状態をもつことができ、同時にいわゆる不同意性犯罪を受け入れやすくなるだろう。しかしながら、このような認識に基づき、刑法の具体的な表現については、なお問題が残されている。すなわち、「意思に反する」説と困難説との対立である。第三章で分析したように、不同意パターンと要件式パターンは表面的に見れば、よく似ているところがあるかもしれないが、性犯罪の実質に対する認識は異なっているから、両者にはなおお区別がある。しかしながら、「意思に反する」説と困難説とは、おそらくその実質は同じであるが、刑法の明確性と安定性を実現するために、困難説を支持する意見は多数である（特に、刑法学者に対して）かもしれない。両者の区別及び困難説の実質的な効果については、今後更なる研究が必要であると思われる。

最後に、「提案」と「試案」の区別の一つとして、欺罔手段に対する認識は異なっていることは明らかである。この問題は、手段要件を検討する際に、強制手段に関する議論のほかに、よく議論されており、かつ重要な意義をもっている問題である。それは、いわゆる欺罔性交に関する問題である。上記の試案が挙げられているように、欺罔性交に関する手段はなお、「性交等のものではないと誤信させ若しくは行為の相手方について人違いをさせて、又は行為が性交等のものではないと誤信していること若しくは行為の相手方について人違いをしていることに乗じ」る場合に限られている。

確かに、欺罔性交は、暴力・脅迫や脆弱性を利用する性犯罪行為とは全く異なり、攻撃的ではなく、より侵害性が小さく見えるから、刑法は長い間、欺罔性交に関する問題に対して、保守的な態度を示している。すなわち、刑罰が特定の種類の欺罔性交に限られているのである。しかしながら、本稿は、すべての欺罔性交を処罰したいわけではないが、悪質性が特に高い欺罔性交の行為について、その処罰可能性を議論する余地があると考えているので、第二節では欺罔性交、特に新型欺罔性交の問題を検討する。

第二節 新型欺罔性交の取り扱い

—イギリスとカナダにおける議論を中心に—

一、問題の提起

大陸法にせよコモンローにせよ、性的自己決定の保護に関して、多くの国で、現行法の不十分さに気づいて、保護範囲の拡大を目指して、法改正が行われた。一般的には、暴行・脅迫という手段要件が一番注目されているが、現在では、欺罔性交に関する問題も注目を集めている。特に英米法において、法律規定の改正とともに相当数の裁判例も出て来ている。それに伴い、理論上の検討も盛んに行われている。その理由として、暴行・脅迫という強制要件の解釈や適用以外に、欺罔性交の処罰も性犯罪の分野で解決しなければならない問題であると思われるようになってきているからである。

欧米諸国の動きに対して、アジアの日本と中国においては、刑法上処罰されている欺罔性交の類型が限定されていて、理論上もほぼ行為属性と人物同一性に関する錯誤しか認められていない。その一方で、個人的婚姻状況に関する欺罔や反対給付に関する欺罔は刑罰に該当しないとされているのが、通説である。しかし、このように、明らかに処罰すべき類型と処罰できない類型の間にあるグレーゾーンは、ますます問題になっていると思われる。

この問題について、欧米の学者間で行われた学術討論においては、「No means No, but what does Yes mean? (Does yes means yes)」⁸⁰と表現されている。確かに、明白な暴行・脅迫が用いられた場合には、現行法の判断基準によって、強制性交等罪に該当することが判断されやすいが、被害者の同意があると認定された場合において、この同意は刑法上有効であると認められるか否かは、さらに理論的に検討する必要がある。特に欺罔手段で得られた性的同意の有効性に関する判断は、極めて困難な問題であると思われる。研究方法として、理論の面では完全な意見の一致を見ることは困難であれば、実践の面での合意を重視し、その背景となっている理論を深掘りすることである。⁸¹

したがって、欺罔性交の問題を解明するために、すでに検討が盛んに行われている諸外国の経験を参考するのは意味深いと思われる。欺罔性交に対する規制がよく議論されていて、裁判例も豊富である国として、とりわけイギリスとカナダはよい参考対象である。なお、両国の処理もそれぞれの特徴があるので、この両国の状況を比較法的に取り上げて分析したいと思う。詳細に言えば、イギリスの裁判例を通じて、欺罔性交の類型を明らかにした上で、カナダの状況を分析して、欺罔性交の問題点をさらに検討したいと思う。

以上のような問題設定のもとで、本節は、欺罔性交に対する問題意識を提示して、刑法上規範的意義がある欺罔性交の射程を確定することを試みたい。研究方法は、主にイギリスとカナダの裁判例の分析を通じて、欺罔性交の類型及び問題点を検討することである。最後に、性刑法の分野において、この問題への対応で比較的遅れている日本の状況を紹介した上で、有益な示唆を与えたい。

二、イギリスにおける判例分析

2003年にイギリスが公表した「2003年性犯罪法」の中で、いくつかの条文が欺罔性交に

⁸⁰ See Harvard Law Review Association, *Acquaintance Rape and Degrees of Consent: "No" Means "No," but What Does "Yes" Mean?*, Harvard Law Review, May, 2004, Vol. 117, No. 7 (May, 2004). See Jonathan Herring, *Does Yes Mean Yes-The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity*, (2002) 22 Singapore Law Review 181.

⁸¹ 若松良樹「自己決定権は生き残されるか」那須耕介・橋本努(編集)『ナッジ?!』(勁草書房、2020年)17頁。

関わっている。まずはレイプの定義を規定している第一条である。同条によって、被害者が性交行為に同意していないことがレイプ罪の構成要素であり、同意の定義は第 74 条次第である。「2003 年性犯罪法」の第 74 条によれば、有効な同意を認定するために、まず当事者は選択を行う自由と能力を持つことが必要である、また、本人の選択による合意でなければならないということが規定されている。

一方で、欺罔問題が規定されたのは第 76 条である。第 76 条によって、被告人が、関係行為の性質または目的に関して、被害者を意図的に欺罔した場合または被害者の個人的な知人を詐称して、関係行為に同意するよう被害者を意図的に誘引した場合、被害者が関係行為に同意していなかったこと、及び被告人は被害者が同意していると合理的に認識していなかったことが推定される。⁸²しかしながら、この条文の射程に関しては、必ずしも明白とは言えないし、判例上も矛盾が存在している。すなわち、一体どのような事情が「関係行為の性質」上の錯誤に該当するのか、避妊具を着用することや性的感染症の状況は「関係行為の性質」に関わっているか、という問題は、イギリスの判例上、異なる意見も見られる。

1. R v Lawrence 判決及び判例先例

まず、R v Lawrence 判決⁸³を取り上げて検討する。2014 年に、被告人は、デートウェブサイトで女性 R に会って、メッセージと電話を通じて、二人の交際内容も徐々に性的になってきた。ある日、被告人が R の性的経験を聞いて、特にコンドームを使っていたか否かについて確認した。R から、「元相手は避妊手術をしたので、コンドームを使わなかった」という回答を得たことに対して、被告人は、「私も避妊手術をした」と応答した。2014 年 7 月 21 日に二人は面会した。R の証言によれば、二人が性交する前に、彼女は、被告人に対して避妊手術が行われたかに関して何度も確認した。被告人は、自分が確実に手術をしたことを R に保証して、彼女を安心させた。その夜、二人は避妊具を使用せずに 2 回性交した。翌朝、被告人は、メッセージを通じて、自分が避妊手術を受けなかったので、嘘を言ったと R に告白した。その後、R が妊娠して、中絶手術を行ってしまった。

検察側は、R の性的同意が被告人の欺罔によって得られたものであるため、この性的同意を無効にすべきだ、と主張した。また、被害者が同意したことを誤信したという被告人側の主張も不合理であったということである。

第一審の刑事法院は、被害者の性的同意は被告人の欺罔によって無効であるとしたが、控訴院は、その判決を否定した。控訴院は、被告人の欺罔は被害者の同意を無効にさせるわけではないから、被告人は無罪である、と判示したのである。理由として挙げられたのは、第一に、本件の錯誤は性的行為の性質や目的に密接に関連していなかったという点であり、第二に、被告人の欺罔によって R から性的行為を選択する自由が奪われたとは言えないという点である。この二つの理由によって、控訴院は第一審の有罪判決を破棄したのである。

⁸² 条文の翻訳については、仲道祐樹「イギリス法における性犯罪規定、盗撮規制及び性犯罪記録画像の取扱い」樋口・深町・前掲注 (4) 34-35 頁参照。

⁸³ R v Lawrence [2020] EWCA Crim 971

イギリスは、コモンローに属する国であるので、この事例の判決は、いくつかの先例を引用して、参考の対象としつつ、一層判決理由を深めた。具体的に言えば、第一点の理由に対して、控訴院は、被告人がコンドームを装着していると虚言を弄した *Assange v Swedish Prosecution Authority* (以下「*Assange v S*」と略する。) という判例と比較して、その相違を指摘した。また、被告人が射精の前に拔出すると偽称した *R(F) v DPP* という判例とも比較した。裁判要旨によれば、*Assange v S* と *R(F) v DPP* の事例で、同意した条件は精子が膈内に入るのを防ぐということであり、これは性的行為の不可欠な部分であるので、関連する欺瞞は同意を否定するのに十分であると思われた。

しかし、本件の事例で、被害者は性的行為に物理的な制限を課さずに、性的挿入にも膈内射精にも明確に同意した。したがって、控訴院は、被告人の欺罔は物理的行為に関連しておらず、むしろ性的行為の結果（妊娠するリスク）に関連している、と指摘した。それゆえ、控訴院は、本件の事由は「2003 性犯罪法」第 76 の下で同意を妨げるという要因に当たらなかったと指摘した。⁸⁴

第二点の理由に関して、控訴院は、被告人が HIV 陽性であるという事実を秘して性的行為をした *R v B* という判例を挙げた。控訴院によって、*R v B* と本件には、欺罔された内容は性的行為のパフォーマンスの一部ではなく、その行為の結果（HIV 感染/妊娠）に関するものであった。したがって、本件では、「2003 性犯罪法」第 74 条で規定された性的行為に対する自由な選択を奪うことであると評価できなかった。⁸⁵結果として、*R v B* という判例と同様に、本件 (*R v Lawrence*) での性的同意も有効であると評価すべきである、と指摘された。

2. 錯誤の分類と疑問点

上述の判例に加えて、イギリスにおいては、性犯罪の分野でよく見られる錯誤類型は、下表のとおり、五つの類型に分けられる。

錯誤類型	裁判例	判断
第一類型 人物の同一性に関する錯誤（身分、性別）	裁判例①（性別に関する偽言） <i>R v McNally</i> [2013] EWCA Crim 1051 ⁸⁶	同意無効
第二類型 行為性質に関する錯誤（医療行為と偽った事例）		同意無効
第三類型 性交の様態に関する錯誤（膈内射精、ステルシング行為 ⁸⁷ ）	裁判例②（膈内射精事例） <i>R(F) v DPP</i> [2014] Q.B. 581	同意無効
	裁判例③（避妊具を使わない事例） <i>Assange v Swedish Prosecution Authority</i> [2011] EWHC 2849	同意無効

⁸⁴ *R v Lawrence* [2020] EWCA Crim 971, para.11.

⁸⁵ *R v Lawrence* [2020] EWCA Crim 971, para.41.

⁸⁶ 日本語で叙述された事案紹介としては、仲道・前掲注（82）39-40 頁参照。裁判例②、③と⑤も同様。

⁸⁷ この行為はすでに欧米で注目されている。具体的に言えば、合意に基づかないコンドームの取り外しであり、性行為中にコンドームを密かに取り外したり損傷させたりする行為ということである。See Alexandra Brodsky, *Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal*, *Columbia Journal of Gender and Law* 32, no. 2 (2017).

第四章 不同意性交罪に対する分析
—日本を対象にする構想—

第四類型 リスクに関する錯誤（妊娠する可能性、 HIV 等の感染可能性）	裁判例④（虚偽不妊事例） R v Lawrence [2020] EWCA Crim 971	同意有効
	裁判例⑤（HIV に感染した事実の不開示） R v B [20006] EWCA Crim 2945	同意有効
第五類型 反対給付に関する錯誤（昇進の機会を与えることと嘘を言う）		同意有効

表 1：錯誤類型のまとめ

第一の類型は、相手方の同一性に関する錯誤である。狭義には、人の同一性に関する錯誤は、身分上の違いである。特に夫や婚約者であると偽って性的行為を行うことは刑罰に該当する、と考えられている。しかしながら、イギリスの判例を分析すると、性別に関する錯誤も同意を無効にする可能性がある。さらに、広義の同一性を考えると、相手方の好みや信仰も人々の属性に含められているから、これらの情報に関する錯誤が欺罔によって生じる場合は、別途後で検討する。

第二の類型は、行為の性質に関する錯誤であり、よく見られるのは、医療行為と偽って性的行為を行う場合である。この類型において注意すべきなのは、宗教行為と偽って行われた性的行為との区別である。もし、性的行為に参加しなければ神様から処罰を受けるということで被害者の無知と心理的な恐怖を利用した場合、脅迫の手段とみなすべきだというものである。⁸⁸また、脅迫ではなく、神様からの恵みで誘う場合には、第五類型の対価に関する錯誤に該当すると考えるべきである。

第三の類型は、現在欧米で益々注目されている性的行為の様態に関する錯誤である。挙げられた判例②と③はこの類型の典型的な事例であり、ほぼコンドームの着用に関する錯誤である。イギリスの裁判官によれば、これは性交の物理的な様態に関する錯誤であるので、「関係行為の性質」に関わっていると認定すべきである。したがって、被告人の欺罔によって、被害者が与えた性的同意は無効である、とされている。

この類型に対して、第四類型は、裁判官の指摘どおり、潜在的なリスクに関する錯誤であるので、性的行為に対する同意はもとより、潜在的リスクまで了解しなければならないわけではないから、同意は有効である、と考えるべきである。ここでリスクというのは、性的行為に関わっている妊娠する可能性や性的感染症を罹患する危険性である。リスクとは言え、中絶手術の安全性が相当高い、一回の性的行為で HIV に感染する可能性が極めて低いという疑問が出てくるかもしれないが、危険度が低くても、可能性がゼロではないから、リスクがあるとは言えるだろう。また、中絶手術が特に危険性が低い医療行為であるものの、意図しない妊娠自体は被害者に対して身体的にも心理的にも重い負担である。さらに、欺罔で起こされた妊娠なので、被害者が知らないうちにリスクがさらに高まる可能性があるから、⁸⁹中絶手術には区別があると思われる。しかしながら、上記のリスクは

⁸⁸ 王皇玉「強制手段と被害者の欺瞞の同意：強制的性交わいせつ罪を中心に」台大法学論叢 42 卷 2 号（2013 年）409 頁参照。

⁸⁹ 「全般的な医療の進歩、並びに特に安全かつ効果的に中絶を行う技術及び技能の出現によって、そのようなサービスへの普遍的アクセスが可能であれば、安全でない中絶やそれに関連する死亡を完全になくせるでしょう。しかし実際には毎年、推定 2,200 万件の中絶は安全でないままであり、その結果、推定 47,000 人の女性が命を落としています。」世界保健機関 (WHO)「安全な中絶：医療保健システムのための技術及び

「関係行為の性質」に関わっているとは言えないから、この類型の錯誤があっても、同意は依然として有効である、と認められている。

最後に、第五類型の対価に関する錯誤である。性交行為に同意すると、昇進の機会を与えるという嘘言を利用して性的行為に至るのが典型的な例である。また、結婚の意思を偽って性交行為に同意させた場合も、一般的に処罰に値しないと考えられている。処罰を否定する理由としては、同意論で議論された身体法益の個人支配に限界があるように、刑法による有罪化によって逆に身体法益（性的法益）の自由交換を助長する可能性があるという疑念がもたれている。このような観点に対し、ドイツの学者たちは、身体法益の商業化に対する懸念は、関係のない法益と実際に侵害された法益を混同することである、という理由で反対する見解もあるが⁹⁰、社会通念として、刑法による処罰によって、身体法益の交換を保護するのは理不尽であると思われる。もう一つの理由づけは、例えば、臓器売買のように身体を傷つけて対価に交換するよりは、そもそも性的行為に関する対価交換は刑法で保護する必要性が少ないと思われがちである。その現実的な証拠としては、売春買春などの性的取引行為が人類の歴史活動において長期的に存在しているということである。

結論として、上記の五つの類型において、主な国や地域の現行法を分析してみると、刑法上の処罰に関して、概ね問題がない類型は、第一類型、第二類型及び第五類型である（細かいところで理論上の争いがあるのは不可避である）。具体的に言えば、類型一と類型二は刑法上処罰すべき類型であるのに対して、類型五は刑法で処罰されていない類型である、とされている。

この間に、グレーゾーンとして位置づけられているのは、第三類型と第四類型である。特に、判例②、③と④には本格的な差異はあるか、という疑問を検討せざるを得ないと思われる。

3. 錯誤類型に対する分析

(1) 新旧の区別

イギリスにおいては、欺罔性交に対する刑法の処罰はすでにあったが、それは1877年の治療行為であると欺罔して行われた性交行為を処罰する *R v Flantery* 判決と1884年の夫を偽って性交行為を行った *R v Dee* 判決に遡ることができる。⁹¹

上記二つの判例は、日本や中国を含むほとんどの国・地域で処罰されている典型的な欺罔によって性的行為に至る事例である。本稿は、この2つの類型を旧型欺罔性交と呼ぶことにして、第三類型と第四類型は新型欺罔性交として区別する。この新旧の区別は、各々の類型に属する事例の発生時期を根拠とするものではなく、刑法による規制の歴史及び関連する論争が顕られた時間を基準としている。

対照的に、人物の同一性に関する錯誤と行為属性に関する錯誤が刑法で処罰される歴史

政策の手引き（第2版）」（すぺーすアライズ訳）（2012年）31頁参照。

⁹⁰ 第五類型に対して、処罰すべきという意見も述べられている。「欺罔によって得られた同意による法益侵害は現実に存在しており、無視すべきではない；詐欺罪による処罰が不可能な場合で、法益処分の際に、法益の損失も考慮に入れている；予め反対給付を求めるのが通例であるから、刑法はこれを保護すべきである。」野村和彦「法益関係の錯誤説に対する批判」慶應法学37号（2017年）199-200頁参照。

⁹¹ *R v Flattery* [1877] 2 QBD 410, *R v Dee* [1884] 14 LR Ir 468.

はずで長いと思われるが、この二つの類型は、他の欺罔性交行為と区別して刑法の処罰範囲に組み入れられた理由は明確とは言えない。本稿は、この区分の理由が、実質的に暴行・脅迫の要件に対する長期的な重視と一貫していると考えている。

詳細に言えば、現代において性的行為自体は正当化すべき行為であるという見解⁹²に対し、長期にわたって現在でも主流であるのは、性的行為自体が参加者を喜ばせる行為であるから、明らかにまたは著しく参加者の意思に反する性的行為のみ、刑法で処罰に値すると思われる。暴行・脅迫の要件も、その性行為が明らかに被害者の意思に反することを証明する最優先の外在的特徴であるから⁹³、今まで性刑法の条文において規定されてきたのである。

参加者の意思に著しく反するという要求に応じた、性的行為の性質に関する欺罔は、被害者の行為の性質に対する認識を著しく阻害しているため、参加者の意思に対する重大な違反と認定できるため、刑法で処罰されている。特に、治療行為を偽った場合において、行為者は被害者が治療したいという切迫した心理状態を利用して、被害者の意思を抑圧するのは、重大な意思違反であると思われる。また、人物の属性に関する欺罔は、夫/未婚者/恋人を装った事案と、知合いや有名人を装った事例に対する処理が異なっている理由は、前者と被害者の間に長期にわたって安定している性的合意の関係があり、同意する蓋然性が高いから、その対象を偽った行為者が欺罔の手段によって得られた性的同意が被害者の意思への重大な違反であると認定できるということである。

なお、前述した問題に対して、すなわち、相手方の好みや信仰に関する錯誤が欺罔によって生じる場合、同意は依然として有効である理由もここで検討する。相手が長髪の好みがあるので、自分がかつらをかぶって付き合っ、性交に至るのは刑罰に該当しないことは当たり前のことであると思われるが、それは、好みに関する欺罔が意思侵害性があまりないと考えられるからである。それに対して、信仰というのはやはり特定の場面で極めて重視されている時代があり、現在でも特定の地域において、信仰に関する等級や習慣が残されているから、信仰に関する錯誤も処罰に該当しない理由は検討する余地があるかもしれない。要するに、主な理由は、信仰の重要性が段々なくなっている現代においては、単に性的行為のために信仰に関する嘘をついても、被害者の意思に対する大きな侵害とは思えないからである。また、信仰が特別に重視されている地域においても、その風俗や社会習慣に対して、刑事規制により対応する必要はないと思われる。

一方、旧型欺罔性交と比較して、コンドームを使用しているかどうかや HIV の感染状況を明確に告知しているかどうかの事例は、暴行・脅迫手段が用いられた事例と同じ程度の意思違反を有していないから、性的自己決定が法益として幅広く認められるまで、性的同意の有効性が重視され、新しい類型の欺罔性交に関する検討も始められることになった。

(2) 彼我の区別

イギリスで「2003 年性犯罪法」が公表された後、同法案の第 74 条の「同意」の定義に

⁹² See Michelle Madden Dempsey & Jonathan Herring, *Why Sexual Penetration Requires Justification*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 27, No. 3 (2007), p 472-473.

⁹³ 北川佳世子「性犯罪の罰則に関する刑法改正」法学教室 445 号 (2017 年) 65 頁参照。

よると、同意は、自由と選択能力がある場合に行う合意である。第76条の「同意の結論性推定」によれば、性的行為の性質に関する意図的欺罔がある場合または被害者の知合いを偽って性的行為をさせる場合、被害者が性的行為に同意しないと確定し、被告人側には同意があると信じる可能性を否定する。こうした立法の背景には、イギリスで詐欺性交の処罰範囲について検討が行われ、HIV感染の秘匿やステルシングなどの事件が性犯罪になりうるかという問題を中心する司法判例が現れていて、学術上の議論も行われている。⁹⁴

現時点で一番注目されているのは、第三類型と第四類型の四つの判例の間で同意有効と同意無効の判断基準が明確ではないということである。特に膣内射精事件（裁判例②）、ステルシング行為（裁判例③）と偽称不妊事件（裁判例④）の間で判決が異なる理由は明らかにされていなかった。避妊手術が行われたことを虚言した事件について、被告人は一審判決で強姦罪として認定された後、上訴法院で、この事件で被害者の誤った認識は性的行為によるリスクであり、性的行為そのものではないので、「2003年性犯罪法案」第76条の規定によって同意を無効にすることはできない、と判示された。この事案に対して、ステルシング行為や膣内射精事件は、性交行為の性質に関連する錯誤が惹起されたため、第76条の規定により同意が無効化され、強姦罪の成立が認められた。⁹⁵

ただし、上記の三つの事例は、いずれも被害者の意思を無視して錯誤に陥らせて、被害者に意図なく妊娠させるリスクをもたらすものであるが、イギリスの裁判所は、行為の性質を解釈することによって、これらの事例を規範的に区別した。このやり方は、「裁判官は最終的に常識で事件を判断している」と評価されており、⁹⁶区別の基準は疑問視されている。

三、カナダにおける判例分析

イギリスの判例分析を通じて、現に議論されているのは、主に第三類型と第四類型の錯誤に関わる事案である。なお、イギリスの判断基準には曖昧さが残されているため、この部分においては、カナダの裁判例、特に第四類型に関するHIV感染状況を秘して性交した事例及び意図しない妊娠をさせた事例を紹介して、イギリスと異なる基準を呈する。

カナダの刑法において、「同意」に関する条文は、暴行罪と性的暴行罪の下で規定されている。まず暴行罪の下で、第265条第3項によれば、被害者が次のいずれかの理由により服従し、または、抵抗しなかった場合に同意不存在事由が認められる。①被害者又は第三者に対する実力の行使、②被害者又は第三者に対する実力の行使するという脅迫又は行使されるという畏怖、③欺罔、④権威の行使。次は性的暴行罪の部分で第273条第1項により、性的暴行罪における同意とは、当該性的活動に携わることについての被害者による自由意思に基づく合意をいう。⁹⁷このうち、処罰すべき欺罔の範囲は、主に「深刻な身体傷害の重大なリスク」があるかどうかによって確定されていて、イギリスの判断基準とはずい

⁹⁴ See Cline Hogg, *Review of Alex Sharpe's Sexual Intimacy and Gender Identity 'Fraud': Reframing the Legal and Ethical Debate*, *Criminal Law and Philosophy* (2021)15, p325.

⁹⁵ 判決： <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2020/971.html>

⁹⁶ See Gavin A. Doig, *Deception as to Gender Vitiates Consent, R v McNally [2013] EWCA Crim 1051*, *Journal of Criminal Law* 77, no. 6, (December 2013), p467.

⁹⁷ 条文の翻訳については、和田俊憲「カナダ刑法における『性犯罪』への対応」樋口・深町・前掲注(4)214-215頁参照。

ぶん異なっている。

1. HIV 感染状況に関する事例

事例一：R v. Cuerrier 判決(1998)

(1) 事案概要

被告人は HIV 陽性であるので、公衆衛生機関から事前的に感染の状況を性的パートナーに開示すべきであり、そして性的行為が行われた際にコンドームを使うべきだということを示されたにもかかわらず、自分の状況を秘して、二人の女性とコンドームを使わずに性交した。二人の女性は、無防備なセックスに同意したが、被告人が HIV 陽性であることを知っていれば、同意するのは不可能であると証言した。第一審で被告人には無罪判決が下されて、上訴院も無罪判決を支持した。1998年9月、カナダ最高裁判所は R. v. Cuerrier の判決を発表した。これは初めてカナダ最高裁判所で扱われた、HIV 陽性者の感染状態を相手に知らせないまま性的活動に携わることによって起訴された事案である。

カナダ最高裁判所は、下級裁判所の判決を覆し、性的行為が「深刻な身体的危害のリスク」をもたらす場合、HIV 陽性者に自分の状態を開示する義務があるとの判決を下した。この義務が存在する場合、開示しないことは、その活動に対する性的パートナーの同意を法的に無効にする「欺罔」を構成する可能性があり、それにより性的行為は「暴行」になるはずである。⁹⁸

(2) 判決で解明された争点

①開示義務の根拠と性的同意の有効性

欺罔の本質的な要素は不正であり、重要な事実の非開示、及び（人の権利または利益に対する）剥奪または剥奪のリスクが欺罔の定義に含まれるべきである。⁹⁹

HIV の状態を開示しなければ、真の同意は得られないと思われる。同意は単に性交行為に対することではないし、むしろ、HIV 陽性のパートナーと性交することに同意しなければならない。重要な関連要因の情報に基づかない同意は、有効な同意に当たらない。また、開示義務の範囲は、性交行為に伴うリスクとともに増大するので、リスクが大きいほど、開示の義務が高められる。本件のように、HIV 陽性の状態を開示しないと、致命的な結果を伴う病気につながる可能性があるから、そのような状況では、開示する積極的な義務があるべきだと思われる。

一方で、欺罔を認定するには、人の権利または利益に対する剥奪につながる必要がある。これは、実際の危害または単なる危害のリスクで構成できる。それでも、欺罔によって同意が得られなかった場合に性的活動を性的暴行に転化する要件として、些細な危害または危害のリスクは不十分であると思われる。たとえば、小さな引っかき傷や風邪をひくリスクは、剥奪された利益と評価するには足りないと考えられる。必要なのは、不正行為（虚偽または開示しないことのいずれか）が同意を表した人に深刻な身体的危害また

⁹⁸ See Richard Elliott, *After Cuerrier: Canadian Criminal Law and the Non-Disclosure of HIV-Positive Status*, Health Canada(1999), p1.

⁹⁹ See R. v. Cuerrier, [1998] 2 S.C.R. 371, para.116.

は危害のリスクをもたらす可能性があったことを立証することである。本件のように、無防備性交をした結果として、エイズに感染するリスクは、明らかにその要件に該当すると考えられる。¹⁰⁰

②刑事規制の必要性

公衆衛生機関の努力は、考案できるいかなる刑事規制よりも効果的な手段であると強く主張されている。ただし、HIVに感染した人々が他人の命を危険にさらすことを抑止することまたは公衆衛生機関の指示を無視する無責任な個人から国民を保護することにおいて、刑法は果たす役割があると思われる。本件の事案は、公衆衛生機関の非効率性を示して、刑事規制の必要性が表れた。

公衆衛生機関が適切な保護を提供できない場合、刑法は必要な保護手段を提供し、本件の被告人と同様な人々の行動の悪質性を反映できる。HIV陽性である人のパートナーに感染させる可能性と感染によって死亡するリスクは、過酷な現実であり、刑法で禁止されている他の多くの行為によって起こされた侵害よりもはるかに深刻であると思われる。刑事規制によって抑止の機能が発揮されるのは本件のような場合であり、この事件に対して、刑法による規制は望ましい手段である。¹⁰¹

また、HIVを隠して性的行為に参加する行為の犯罪化に反対する議論の一つは、刑事規制によって、ハイリスクのグループや周縁化されたコミュニティの人々がHIVテストを求めることが抑止されうることである。この意見に対して賛成できない理由は、刑罰が発生する可能性があるため、個人が検査を求めることを思いとどまることはありえないことである。HIVテストをする人は基本的に治療を求めているので、公衆衛生従事者の指示を無視した場合のみ刑事責任が問われる可能性があるから、検査を控える可能性は低いと考えられる。¹⁰²

事例二：R. v. Mabior 判決（2012）

被告人Mの家はパーティーの場所であり、さまざまな若い女性を含む人々が入り出していたほか、アルコールと薬物も自由に配されていた。その背景で、被告人はHIV陽性であることを隠して、その代わりに、相手方に自分が性感染症がないことを信じさせて、9名の女性と性交した。その際に、コンドームを着用する場合もあったが、着用しない場合もあった。また、コンドームが壊れたり、取り外されたりすることもあって、保護手段の性質が不明な場合もあった。結果として、9名の女性は誰もHIVに感染していなかった。¹⁰³ また、9名女性のうち、8人は被告人がHIV陽性であることを知っていれば、彼との性的行為に同意しなかったであろう、と証言した。

被告人は、HIV陽性であること相手方に開示しなかったため、加重的性的暴行（及びその他の関連する犯罪）で起訴された。被告人の弁護によって、彼が治療中であり、感染性はほぼなかったまたは低かった、と保証できていた。

¹⁰⁰ See R. v. Cuerrier, [1998] 2 S.C.R. 371, para.127-128.

¹⁰¹ See R. v. Cuerrier, [1998] 2 S.C.R. 371, para.141-142.

¹⁰² See R. v. Cuerrier, [1998] 2 S.C.R. 371, para.143.

¹⁰³ See R. v. Mabior, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584, para.5-6.

第一審で、裁判官は、起訴された9件の中で、6件について被告人を加重的性的暴行罪で有罪判決とした。あと3件が無罪である理由としては、コンドームが使われて、ウイルス量が検出できないときに、*R. v. Cuerrier* 判決で要求された「深刻な身体的危害の重大なリスク」に当たらないから、というものであった。¹⁰⁴この事案は、さらにマニトバ州控訴裁判所で議論され、カナダ最高裁判所まで行った。結論は多少変更されたが、判断する基準はほぼ一致している。すなわち、*R. v. Mabior* 事件に対しても、*R. v. Cuerrier* 判決の要旨に従うこととなった。

2. 意図しない妊娠に関する事例

(1) 事案概要

被告人 Hutchinson は、彼女である被害者と子供が欲しいと相談したが、彼女は妊娠したくなかったので、H の提案を拒否した。二人が別れた後、Hutchinson は自分が日常に使っていたコンドームを破壊したことを彼女に告白した。その後、被害者は妊娠したことに気づいて、中絶手術をしたため、約2週間の極端な出血とひどい痛みを経験した。

被害者は、コンドームの状態に気づいていたならば、絶対にHと性交することに同意しなかったと証言して、Hutchinson を加重的性的暴行罪で起訴した。

(2) 争点の解明と裁判要旨

カナダの刑法は、性的同意を確認するために、まずは「当該性的活動に携わることについての被害者による自由意思に基づく合意」が存在するか否かを判断する。「当該性的活動」の定義に関して、広義の定義と狭義の定義があると指摘された。広義のアプローチによれば、「当該性的活動」は基本的な性的活動を超えて、当該活動に付いている条件、当該活動の性質、リスクまたは付随されている結果、身体接触がどのように行われたことも考慮しなければならない要素であると思われる。過度の広範を防ぐために、狭義の定義によれば、「当該性的活動」というのは、合意した物理的行為、行為の性的性質と相手方の同一性に限定されるべきである。¹⁰⁵

裁判要旨によって、「当該性的活動」は狭義の定義に限定されているべきであるから、本件の事例では、性的挿入行為であり、コンドームの効果的な使用は、避妊の手段と性感染症に対する保護であるので、性的行為に当たらないことが判示された。

しかしながら、狭義の定義を採用して、本件が「当該性的活動」への同意があったと認定されても、次の段階として、第265条第3項を準じて、その同意を無効にする要素があるか否かを判断すべきである。¹⁰⁶

同意を無効にする欺罔には、2つの要素が必要である。第一は不正であり、重要な事実の不開示という要素である。第二はその不正によって起こされた重大な身体傷害または重大な傷害のリスクがあるという要素である。¹⁰⁷ *R. v. Hutchinson* 事件で、被告人の不正は明白であるので、問題は本件の中絶の結果がこの不正によって引き起こされる被害に含まれる

¹⁰⁴ See *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584, para.7-8.

¹⁰⁵ See *R. v. Hutchinson*, [2014] 1 SCR 346, para.20-22.

¹⁰⁶ See *R. v. Hutchinson*, [2014] 1 SCR 346, para.66.

¹⁰⁷ See *R. v. Hutchinson*, [2014] 1 SCR 346, para.67.

かという点である。被告人の抗弁によれば、壊されたコンドームによって引き起こされる妊娠のリスクは性的感染症のリスクと違い、「深刻な身体的危害へのリスク」に該当しないから、同意は有効とされるべきである¹⁰⁸

裁判要旨によれば、「危害」というのは、その用語の伝統的な意味で身体的危害にのみ限定されるべきではないし、少なくとも、妊娠によって女性の体の重大な変化も含まれるべきである。女性が妊娠することを選択する権利を剥奪しまたは妊娠するリスクを高めるのは、「深刻な身体的危害へのリスク」に該当すると考えられる。本件の被害者は妊娠しないことを選択したにもかかわらず、被告人の欺罔行為は、その意思を無視して、妊娠するリスクを増加させたのは第 265 条第 3 項で規定されている「欺罔」に合致する、と認められる。これは、R. v. Cuerrier 判決で表れた平等と自律性の価値観と一致していると思われる。また、注意すべきなのは、同意を誘発するすべての欺瞞が犯罪化されるべきではないから、経済的剥奪や欺罔によって起こされた悲しみやストレスは「深刻な身体的危害へのリスク」であると認定するには不十分である。¹⁰⁹

結論として、本件の被害者によって与えられた性的同意は無効である、とカナダ最高裁判所で判示された。

四、解決策の小括と比較

イギリスとカナダの判例を比較すると、両国が異なる判断基準を採用しているのは明らかである。もちろん、もとより刑法の規定も異なっているので、判例の違いは不可避であるが、両国も不同意性交を性犯罪の本質として扱っているのに、同じような事例に対して下表のとおり、相異なる結果が出てくる理由について検討する必要があると思われる。

瑕疵類型	事例	イギリス	カナダ
第三類型 性交の様態に関する錯誤	ステルシング事件	同意無効	同意無効
	膣内射精事件	同意無効	同意無効
第四類型 リスクに関する錯誤	HIV 事件	同意有効	同意無効
	意図しない妊娠の事件	同意有効	同意無効

表 2：イギリスとカナダの比較

ステルシング行為を例にとってみると、この行為は、同意を無効にさせる原因を説明するアプローチが二つがあると思われる。第一は、コンドームを着用する性交に対する同意は完全にコンドームを着用しない性的行為に対する同意と違って、前者に対する同意は後者に対する同意に当たらないという説明である。第二は、結果を中心に、コンドームを着用しない性交行為に関わるリスクという結果が同意の範囲を超えていると考えられる。イギリスの考え方は前者に近いのに対して、カナダは後者に近づいている。しかし、注意すべきなのは、両国の現行法は上記の二つの解釈アプローチと完全に一致しているとは言えないことである。

¹⁰⁸ See R. v. Hutchinson, [2014] 1 SCR 346, para.69.

¹⁰⁹ See R. v. Hutchinson, [2014] 1 SCR 346, para.70-72.

1. 行為中心のアプローチ

詳細に、第一のアプローチを徹底的に採用するならば、前述のいくつかの事件はいずれも同意が無効になるはず¹¹⁰であるが、イギリスの判例を分析すると、性的行為に直接に関連する要素に関する欺罔のみが刑事法で性的同意を無効にさせるのが行為中心のアプローチであると評価すべきである。カナダにおいても、1983年まで、刑法典で規定された同意を無効にさせる事項は、「行為の性質と質に関する誤った虚偽または不正な表明」に限定されていたが、¹¹¹1983年カナダの刑法が修正され、刑法により処罰されている欺罔によって起こされた錯誤の範囲も拡大されて、行為中心のアプローチを修正した。

しかしながら、現在のイギリスにおいては、錯誤の範囲は未だ性的行為自体に限定されていて、性的行為の性質とはいえ、性的行為が行われた様態しか含まれていない。メリットとして、過度の広範化が防げられるが、やはり前述のように、性質上あまり差がない事案の間に異なる判決結果が出てくるのは説明上筋が通っていないところがある、と思われる。

2. 危害中心のアプローチ

カナダの判例を分析すると、重視されているのは「深刻な身体的危害へのリスク」であるので、それは、危害中心のアプローチであると言いうる。具体的に、このような判断アプローチは、性行為の核心事項（行為の性質、行為の対象、行為の方式）を同意の有無の前提と見なしている。上記の要因とは関係ないが、性交決定に関している事項は、まずその錯誤が行為者の欺罔（不開示も含まれる）によるものであるかどうかを判断し、次にその錯誤が被害者に深刻な身体的傷害を与えたか、または重大な傷害を負うリスクがあるかどうかを判断する。

危害中心のアプローチによって、行為に限定されている制限を解除して、一貫したかつ客観的に操作性が強い判断基準を提供できる。しかしながら、このアプローチに対して、批判的見解もよく見られている。

第一の疑問点は、このアプローチは性犯罪の保護法益を身体的法益と混同する恐れがあるということである。例えば、HIVの事例で、感染性がある性病を隠して性交するのは身体法益に対する傷害や傷害のリスクが極めて高いが、性的自己決定権が法益であると認められる場合は、まずこのような瑕疵が性的同意の効力に及ぶかどうかを考慮する必要がある。性的自己決定権の方面から考えると、重要なのは、最後の侵害またはリスクではない、性的自由が妨害された程度が刑事規制に値するか否かこそが問題の核心である。徹底的に危害を中心にとすると、性的犯罪で処罰する意味も失う恐れがあるほか、罪名の選択にも困惑するところがある。本来、傷害罪によってまたは性犯罪によって処罰すべきかという問題に対して、英米法においては、暴行罪は「アソールト」であり、性犯罪は「性的アソールト」と称しているから、性犯罪を単に暴行と見られる意味ではないが、その限界は「性

¹¹⁰ 例えば、イギリスの判例④（虚偽不妊事件）において、被害者が同意したのは男性側が避妊手術を受けて、妊娠するリスクがない性的行為であるので、実際に妊娠する可能性がある性的行為に対する同意とは見られないはずである。

¹¹¹ See *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, para.97.

的」意味が加えられるかもしれない。

例えば、上記の *R. v. Cuerrier* 事例の判決書には性的暴行や性的同意を扱うところが多いが、被告人が起訴された罪名はカナダ刑法第 268 条で規定されている加重的暴行罪である。また、カナダの *R. v. Aziga* 事例で、被告人は 1996 年 12 月 10 日に HIV 陽性であると診断されたが、2000 年 6 月 1 日から 2003 年 8 月 30 日までの間に、その事実を隠して 13 人と無防備な性的行為をした。結果として、7 人が HIV 陽性になって、2 人が HIV 感染に関連する合併症の結果として死亡した。被告人は、2 件の第一級殺人罪と 13 件の加重的性的暴行罪で起訴された。¹¹² 上記のように、このアプローチは罪名の選択に関して混乱を引きやすいと思われる。

第二の疑問点は、故意による欺罔と告訴されていない欺罔との区別を明確にすることができないという点である。単純に危害があるから犯罪が成立するとするのは、検討する余地があると考えられている。詳細にみると、HIV の事例で、単なる開示しない行為を処罰するには、行為者が告知義務を有しているのが必要である。このような義務を行為者に課するのは、性的同意を医療行為の分野において重要であるインフォームドコンセントという地位を与えることになるので、性的行為の分野での負担を招くことになりうる。¹¹³ 行為者に開示義務を課するのは、実際に社会が負うべき HIV 等の性感染症の蔓延を防止する責任を、診断された当該個人に完全に負わせることである。診断された個人は、自分の状態や潜在的に深刻なリスクまたは他人への影響に関してもっとも完全な情報を持っているので、適切な措置をとるのは彼らの責任であるという考え方である。これに対して、感染者よりすべての個人に責任を負わせて、パートナーの健康状態に関係なく、人々が自分の健康に責任があるので、適切な保護手段を選択するか、または相手方に適切な質問をして健康の証明を要求するか、自分の安全を守るべきだという考え方もある。¹¹⁴ 感染者の個人が一定程度で HIV 感染を防ぐ責任を負う場合、故意によって欺罔手段が用いられた場合のみ処罰するのは、より合理的な考え方であるかもしれない。

五、日本での議論

1. 日本における現状と動き

日本においては、欺罔性交の問題について、現状をそのまま維持して、「準強制性交等罪」で解決する経路及び「不同意性交等罪」を新設する方法がある。しかし、どちらの経路に対しても、欺罔性交の中核である問題、すなわち性的同意の効力の判断は不可避の問題である。

¹¹² See *R. v. Aziga*[2008] O.J. No. 2431, para.1-2.

¹¹³ 例えば、スウェーデンでは、法律上、HIV 陽性の人は性交渉を行う前にそのことを通知しなければならない。「危険な公衆衛生疾患を持っていることを知っている者は、伝染のかなりの危険が起こるかもしれないように、彼らが接触している他の人々に感染に関する情報を提供することが必要である。注意：HIV 陽性者が自分の性パートナーに対して持っている義務は、HIV 陽性者であることを知らせる医師によって与えられた行為の規則に見受けられる。」スウェーデン伝染病法第 2 章、HIV JUSTICE NETWORK 参照。<https://www.hivjustice.net>.

¹¹⁴ See Matthew Cornett, *Criminalization of the Intended Transmission or Knowing Non-Disclosure of HIV in Canada*, (2011) 5(1) *McGill Journal of Law and Health*, p66.

コモンローが裁判官の裁判要旨によって、法律の適用をさらに明確化するやり方に対して、大陸法に属する日本においては、理論上の学説が重要である。すなわち、欺罔性交に関する問題の解決は学説によって条文に対する解釈と密接に繋がっているため、日本でこの問題を解決するには、理論上、学説の整理及び適用の明確化は重要である。

(1) 準強制性交等罪の適用

①裁判例の紹介

日本においては、欺罔手段が用いられた性的行為を準強制性交等罪で処罰している。特に行為の性質に関する欺罔性交の事件は心理的抗拒不能に乗じると認定して、処罰する事例が多い。¹¹⁵しかし、まず欺罔手段を用いて、被害者が知らずに性的自己決定権を侵害された場合は「抗拒不能」の状態であると評価できるかについて、疑問がなお残っている。

また、日本の裁判例を分析すると、欺罔性交に対する刑事規制は必ずしも旧型に限定していないが、その判決の説得力に関しても、疑問視されている。例えば、東京地判平成20年2月8日は、準強制わいせつ罪で就職を希望している女性被害者らを就職希望先のテレビ局の人事担当職員を装って欺罔してわいせつ行為をした事案について処罰した。裁判要旨は、以下の通りである。

準強姦罪ないし準強制わいせつ罪における抗拒不能は、正常な判断に基づく意思決定ができない状態をいうものと考えられるところ、相手方に対して自己の身分等について虚偽の事実を告げるなどした結果、相手方が具体的な事実関係について誤認を生じ、その結果として、性交渉やわいせつ行為を受忍する意思決定をした場合等においては、こうした判断の前提となるべき事実¹¹⁵に誤認があるのであるから、その判断は正常な判断とは言えず、したがって、このような欺罔行為によって被害者が錯誤に陥る場合も、準強制わいせつ罪における抗拒不能に該当するものと考えられる。

本件各被害者はその就職活動という、その後のそれぞれの人生ないしは生活のあり方に重大な影響を及ぼすような場面に立っていたこと、また、被告人は本件各被害者が現実に就職を希望していた企業の人事担当者であることを装い、判示のような各種の言辞を申し向けたのであり、その結果として、本件各被害者は被告人の意向を受け入れることによって、自己の就職という希望が叶えられるという具体的な事実関係につき誤認を生じていたのであり、かつ、被告人の言動は当初からこうした誤認を生じさせるために、極めて具体的に虚偽の事実を語るものであったと認められる。¹¹⁶ (圏点筆者)

上記の事例は平成26年から行われた性犯罪の罰則に関する検討会第6回会議の配布資料で紹介されたものであり、極めて稀な裁判例であると思われる。要するに、この事例において、就職者たちが就職の機会を作るために被告人のわいせつ行為を受忍したが、本物の人事担当者ではないから、就職の機会も最初から不存在である。この事案に対して、人生

¹¹⁵ 具体的な事例については、城祐一郎『性犯罪捜査全書—理論と実務の詳解—』(立花書房、2021年)178-176頁参照。

¹¹⁶ 性犯罪の罰則に関する検討会第6回会議(平成27年2月12日)配布資料29「準強姦罪・準強制わいせつ罪における抗拒不能に関する裁判例」5-7頁参照。

と生活に対する重大な影響を鑑みて、被告人を処罰したのは、重大な錯誤説が採用されたからであると思われる。このような事例は一例しかないが、日本で準強制性交等罪・準強制わいせつ罪で欺罔性交を幅広く処罰する可能性を呈示した。しかし、そもそも重大な錯誤説に対する批判も多くなされているし、この事案に対して、もう一つの疑問がある。すなわち、仮に、本件の被告人は本物の人事担当者であるが、採用する意向が確実でないにも拘らず、就職者にわいせつ行為をした際、依然として強制わいせつ罪で処罰できるか、という疑問である。このような状況は、第五類型の対価に関する典型的な事例、すなわち、性交行為に同意したら昇進できるということを偽って、被害者に性的行為を受忍させたこととは実質的な差異がないだろう。そうすれば、被害者の性的自由が侵害された程度でなく、行為者の身分が異なる結論に至る理由になるのは、やはり検討する余地があると思わざるを得ない。

②例外の状況：HIVの問題に関して

前述のように、HIV事件と意図しない妊娠の事件とを比べてみると、一層複雑であると思われる。理由として、妊娠させるというのは、やはり刑法上の傷害行為とは距離感があるが、HIVの致死率を鑑みると、HIVの故意による感染をめぐる刑事上の責任は新たな問題ではないし、かつて議論されたことも多く見られるからである。¹¹⁷議論の中心は、主に傷害罪または殺人罪に該当するか否か、という問題である。HIVに限らず、他の性的感染症も同様な問題に直面している。

日本においては、前橋地裁昭和24年12月15日において、病気治療のためとして被害者の承諾を得て性交類似行為をした結果、淋病を感染させたという事案で、傷害罪と性病予防法違反を理由として、懲役1年6月を言い渡した。¹¹⁸この事案に対して、最高裁判所は、「性病を感染させる懸念あることを認識して本件所為に及び他人にウイルスを感染させた以上、当然傷害罪は成立するのであるから論旨は理由なき見解というべく、憲法違反の問題も成立する余地がない」と判示した。¹¹⁹

HIVの事案に対して、暴行罪または性犯罪で処罰するには、国によって異なる選択肢があるが、前提としての問題、すなわち、性的同意の有効性の判断がポイントである。「性的同意」が十分に留意されていなかった時代において、上記の事例において、単に傷害罪に該当するかどうかを検討することが不可避であったが、性的自己決定権が益々重視されている現在においては、その性的同意の有効性を検討することが必要である。すなわち、欧米のように、一般の傷害罪より、性的暴行罪（性的アソルト）が特別法として適用される余地もあるかもしれない。また、性的暴行罪より、直接に「不同意」を要件として「不同意性交等罪」に該当することも可能である。

(2) 不同意性交等罪への動き

¹¹⁷ A・J・シュヴァルツ「ポーランド刑法におけるエイズ感染の刑法上の責任」（高橋則夫訳）比較法学 34 巻 1 号（2000 年）93-103 頁参照。末道康之「HIV 感染をめぐる刑法上の諸問題—フランスの議論を素材として」南山法学 36 巻 2 号（2013 年）49-77 頁参照。

¹¹⁸ LEX/DB:24001550

¹¹⁹ LEX/DB:24001549

諸国の性犯罪規定を鑑みると、主に二種類に分けられている。「不同意」を性犯罪の本質をとし、「不同意」が構成要件として条文に明確に規定されている「不同意」パターン（イギリス、カナダ等）と、手段要件を核心とし、構成要件を満たした場合のみ犯罪を認める手段要件パターンである（日本、中国等）。前者は「同意」の認定をめぐって保護対象の拡大を工夫しているのに対して、後者は手段要件の解釈を通じて保護範囲の拡大を図っている。

解釈論を重視する日本においては、立法論上の議論が盛んではあるとは言えない。しかしながら、近年、法務省で行われた性犯罪に関する検討会とともに、性犯罪に関わっている立法意見が民間団体や学術会議でもよく見られるようになってきている。¹²⁰こうした背景には、暴行・脅迫要件の定義を緩和することによって性刑法の処罰範囲を拡大する一方で、性的自己決定の保護を更に強化するために、国際水準を踏まえて、「強制性交等罪」と「準強制性交等罪」を「不同意性交等罪」に変更すべきだという見解も提唱された。島岡まな教授によれば、「不同意性的行為」という罪名を新設すべきだという。具体的に言えば、16歳以上の者に対し、暴行、脅迫、威迫、不意打ち、欺罔等を用い若しくは監禁し、被害者の畏怖、驚愕、困惑、誤信に乗じて、その意思に反する性的行為をした者は、婚姻関係の有無にかかわらず、10年以下の懲役に処すべきだ、と主張した。¹²¹

学説によって「準強制性交等罪」の適用を修正するアプローチと比べて、立法論上の試みはより徹底的な手段であるかもしれないが、欺罔性交の問題に対して、なお残された問題がある。もっとも重要な問題は、「欺罔」手段が依然として旧型欺罔性交に限定されるかもしれない。すなわち、「欺罔」という手段が規定されても、その手段の定義や射程を明確化するのが肝心なことである。

元々、欺罔性交の問題は、性犯罪の本質に関する認識が変わるとともに出てくるので、如何なる手段要件が規定されても、不同意が性犯罪の構成要件または本質であると認められると、「欺罔性交の射程」の問題に直面することになる。

2. 学説上の解釈

一般的に被害者の同意が言及されている際、その対象は法益に対する侵害ないし危殆化であるが¹²²、性犯罪の場合は、同意する対象である性的行為は法益に対する侵害とは言えないから、上記の定義は検討する余地がある。

詳細に言えば、不同意を性犯罪の本質であると認める前に、強制的手段を用いて性行為をする場合のみ性犯罪であると思われていたので、強制的性交行為は、確かに、性的自由に対する侵害であり、被害者の同意も強制的性交行為に対する同意である、と言える。しかし、「不同意」の地位が性犯罪の本質ないし構成要件であれば、被害者の同意は構成要件

¹²⁰ 2020年9月29日、日本学術会議で提言された「『同意の有無』を中核に置く刑法改正に向けて—性暴力に対する国際人権基準の反映—」、<https://www.scj.go.jp/ja/event/pdf3/313-s-0730-t1.pdf>。2020年6月11日、国際人権 NGO ヒューマンライツ・ナウで公表した「私たちが求める刑法性犯罪規定改正案」、https://hrm.or.jp/activity_statement/17916/

¹²¹ 島岡まな「ジェンダー視点を取り入れた立法論—国際水準を踏まえた刑法性犯罪改正案—」刑事法ジャーナル 69 卷（2021 年）123-124 頁参照。

¹²² 小林憲太郎『刑法総論（第2版）』（新世社、2020年）142頁参照。類似の定義は、浅田和茂『刑法総論（第2版）』（成文堂、2019年）200頁、高橋則夫『刑法総論（第5版）』（成文堂、2022年）340頁以下、大谷實『刑法講義総論（新版第5版）』（成文堂、2019年）251頁参照。

阻却事由であるが、同意した対象は性的行為それ自体であるべきだ。本稿は、佐伯仁志教授が提唱された定義が性犯罪の分野でより適切であると思う。佐伯教授によれば、「被害者の同意は、同意の内容が被害者にとって処分可能な法益に関してのみ問題となり…法益主体がどこまで法益を処分することができるか、という問題である。」¹²³

性犯罪に関して、被害者の同意の内容は性的自由の処分に関する問題であり、売春買春のように積極的に処分する範囲はもちろん問題であるが、本稿で扱われる問題の中心は、錯誤にもとづく同意の効果である。欺罔によって得られる同意の有効性の判断に関しては、主に下記の三つの学説がある。

(1) 重大な錯誤説

欺罔に起因する同意の有効性を巡っては、諸説が見られるが、中でももっとも被害者にやさしい理論は意思瑕疵自由理論（一般的無効理論）である。¹²⁴この理論によれば、欺罔によって得られた同意は同意者の決定の自由を無効にするから、保護範囲が広すぎるといふ非難が加えられた。したがって、全体を無効にする代わりに、重大な錯誤がある場合、同意を無効にするというのが、意思瑕疵自由理論の改良版であると言えるだろう。

重大な錯誤説によれば、「被害者の意思に重大な瑕疵があることとその真意に基づかないこととを等置したうえで、そのような場合には被害者の承諾と認めえないと解している」。¹²⁵確かに、重大な錯誤説を採用すると、旧型欺罔性交はもちろん、新型欺罔性交の処罰も問題ないことになりうる。特に、欺罔によって性的自己決定を侵害するとともに身体法益が危殆化された場合、「重大な瑕疵」と評価しやすいと思われる。しかし、「重大な瑕疵」の射程について、やはり意思瑕疵自由理論と同じように、処罰範囲が広すぎる恐れがあり、特に被害者の主観的判断と繋がっている性的同意の有効性を判断する場合、個人的な感情によって不安定な要素になりやすい。例えば、林幹人教授は、被害者自身の価値観によってもたらされると信じた利益の価値が、処分される法益の価値をはるかに凌駕する場合、その法益処分の意思決定は不自由であるという認定基準を提唱した。¹²⁶ただし、法益の衡量に対して、「はるかに凌駕する」という基準が「重大な錯誤」と同じく、被害者の価値観と繋がっているため、不安定な結論に至るのは当然である。「重大」という認定基準に関しても、「はるかに凌駕する」という基準でも、客観的に一般人の価値観を標準として衡量したほうが受けやすい理論である。

上記の平成20年2月8日東京地判の事例において、誤信した利益は就職という利益であり、わいせつ行為により侵害された性的自己決定は犠牲とされた利益である。一般人の価値観によれば、わいせつ行為は強制性交より性的自己決定を侵害する程度が低いから、就職という利益と比べて凌駕されると評価できるが、就職の選択肢の可能性を考えると、やはり「はるかに凌駕する」と認定するのは難しい。

¹²³ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）200頁。

¹²⁴ 吉田敏雄『被害者の承諾』（成文堂、2019年）86-87頁参照。

¹²⁵ 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（判例時報社、2018年）196頁参照。

¹²⁶ 林幹人「錯誤に基づく被害者の同意」芝原邦爾・井上正仁・西田典之編集『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻』（有斐閣、1998年）250頁参照。

(2) 法益関係的錯誤説

意思瑕疵自由理論ないし重大な錯誤説の欠陥を避けるために、法益主体が錯誤に基づいて法益の放棄に同意をした場合における同意の効力の問題について、法益関係的錯誤説が有力に展開されてきた。¹²⁷しかし、法益関係的錯誤説で欺罔性交の問題を解決しようとした場合、二つの問題がある。

第一に、法益関係的錯誤説によって、基本的に「客観的に性的行為と見られる行為であることを認識し承諾していればその承諾は有効で、たとえ錯誤があっても性的自由が侵害されたとは言えない」¹²⁸という結論に至ることは多いということである。前述のように、旧型の錯誤類型に限定されているのはもはや現代人の性的意識に合わないから、この結論を支持すれば、欺罔性交の問題を解決するためには、あまり役に立たないかもしれない。また、もし法益の概念を広げて、性犯罪の法益を性的自由（誰と、いつ、如何なる性的行為をする自由）として全面的に認めると¹²⁹、それに関するすべての錯誤も法益関係的錯誤と評価することになるだろう。¹³⁰これは、重大な錯誤説より広い処罰範囲につながるかもしれないし、今までの法益関係的錯誤説への認識と齟齬している。

第二に、法益関係的錯誤説が生まれたドイツでも日本でも、これに対する批判論が長期にわたって展開されていて、少なくとも修正論もよく見られることである。批判論も修正論も一理あり、それらの学説によって、新型欺罔性交類型に対する処罰を支持する理由もありうる。例えば、ロクシンによれば、錯誤によって導かれた同意が本人の自由な処分と云うるかを客観的に評価するべきであり、欺く行為が法益放棄の種類と量に関係する場合、同意を無効にするべきである、という。¹³¹HIV感染症に関する欺罔または生殖能力に関する欺罔を客観的に評価すると、本人の自由な処分と云うるかどうかに関しては、さらに検討する余地があると思われる。しかし、このような修正論を採用すると、法益関係的錯誤説が提起した当初の考えから離れる恐れがあり、それは、そもそも新しい見解であると言えるかもしれない。

(3) 区別説

また、法益関係的錯誤説の批判論として、菊地一樹講師は、同意の存在と有効性を分けて論述すべきだと指摘した。具体的には、性的自律が扱われた場合、人の同一性に関する錯誤と行為の性質の錯誤があれば、同意の存在を否定することに対して、同意の有効性を阻害する錯誤は客観的に絞りをかける必要がある、と説く。¹³²

客観的な絞りに関して、次の三つのポイントが指摘された。第一に、生命法益や身体法益に関する情報について、意思決定に際して客観的にも重要な情報であることを肯定しや

¹²⁷ 菊地一樹「法益関係的錯誤概念の拡張に対する批判的検討」早稲田大学大学院法研論集 156号(2015年)107頁参照。

¹²⁸ 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号(1985年)94頁。

¹²⁹ 現在の通念によって、性的自己決定の基本的部分に関する錯誤こそ法益関係的錯誤であると認められる。典型的なのは性交対象の同一性に関する錯誤である。浅田・前掲注(122)208頁参照。

¹³⁰ 佐伯仁志教授によれば、「法益関係的錯誤は、考え方の枠組みを示しているだけであって、その結論は、何を保護法益関係的錯誤と考えるかによって変わってくる」。佐伯・前掲注(123)、222頁。

¹³¹ 野村・前掲注(90)195頁参照。

¹³² 菊地一樹「法益主体の同意と規範的自律(1)」早稲田法学会誌第66巻2号(2016年)191頁参照。

すい。第二に、錯誤が生じる原因について、保護すべきであるのは他者による欺罔であり、特に欺罔者が教師や医師など信頼の置かれる立場であれば、欺罔の程度は大きく異なってくる。第三に、単に錯誤や欺罔が存在したか否かではなく、それが同意者の自律的な意思形成過程に与える影響や程度に着目した上で、刑法的介入を要請すべき範囲を客観的に見定める必要がある。¹³³

第一点と第二点の見解に対しては、本稿も賛成するが、やはり第三点で指摘された処罰範囲を客観的に限定することに対して、適格な基準を画定することが必要である。実際には、この客観的な絞りをかける見解の裏にあるのは規範的自律理論である。規範的自律理論によれば、「一切の欺罔を無効にするというわけではないし、どの非法益関係的欺罔の場合でも保証されているわけでもない」。¹³⁴法益関係的錯誤がなくとも、同意が規範的に不自由になされた場合は、その同意の有効性を検討しなければならないことになる。ただし、それは、重大な錯誤説の欠陥と同じく、規範的な指針が必要であるから、規範的な基準を加えると、どちらの学説でも、問題の解決に役に立つだろう。

3. 小括

同意の欠如を性犯罪の本質と認めると、欺罔によって得られる性的同意の有効性を判断するのは極めて重要であると思われる。性的同意があっても、その有効性を規範的に判断しなければならないとするのは性刑法の進歩とは言え、単に刑法の理論だけで解決しようとする試みは少数であり、曖昧さも残されている。したがって、裁判例をまとめて、外国法の考え方を借りて、欧米法で支持されている経験主義も力になりうるかもしれないと思う。コモンローに属している国として、イギリスもカナダも、問題を解決するために、主に判例に頼っている。それに対して、日本においては、裁判例も重視されているが、欺罔性交のように、現時点で明確に規定されていない問題に対して、学説の整理と適用の明確化は重要である。しかしながら、両者を比較すると、大陸法の学説と欧米法のアプローチは、一致しているとは言えないが、接近しつつあるとは言えるだろう。以上の分析を表にまとめると、以下のようになる。

	重大な錯誤説	法益関係的錯誤説	区別説
旧型欺罔性交	同意無効	同意無効	同意不存在
新型欺罔性交	同意無効	同意有効	有効性に対する検討が必要である
メリット	「性的自己決定」を手厚く保護できる	処罰範囲が限定される	分析段階がより明確になって、理論的な構造が明らかである
デメリット	処罰範囲が広すぎる恐れがある	「法益」の定義は必ずしも明確とは言えない	有効性を判断するために、いわゆる客観的な基準をさらに検討する必要がある

¹³³ 菊地一樹「刑法における性的自律の保護(2)」早稲田大学大学院法研論集 159号(2016年)153-155頁参照。

¹³⁴ 吉田・前掲注(124)90-91頁。

欺罔性交犯罪化 のアプローチ	危害中心のアプロ ーチに近い	行為中心のアプローチ に近い	生命法益や身体法益に関す る情報に限定されると、危 害中心のアプローチに近い
-------------------	-------------------	-------------------	--

表3：学説の比較

上表の通り、諸説がそれぞれのメリットとデメリットがあるので、いずれの学説でも、そのまま欺罔性交の問題を完璧に解決するのはありえないことである。全体としては、行為中心のアプローチは、法益関係的錯誤説と同じように、刑法の謙抑性に合致しているため、刑法学者の賛同を得やすい見解である。しかし、本稿は避妊手術としたことを偽称した事件及び HIV 陽性者が感染しなかったことを虚言した事件の悪質性及びその結果を鑑みると、性的自己決定に対する重大な侵害とみなすべきだという見解に賛成するものであり、処罰範囲が限定されている法益関係的錯誤説や行為中心のアプローチには賛成し難いと思う。

とは言え、仮に性犯罪の保護法益を性的自由だという考えを徹底的に認めると、「如何なる性的行為も自ら決定する自由」（避妊具を使用するか否か、膣内射精するか否か、安全であるか否かまたは妊娠のリスクや感染症のリスクが付いているかどうか）も法益関係的であると認定できれば、法益関係的錯誤説でイギリスの諸事例を妥当な方向で解決できるだろう。結論として、欺罔された情報はどの範囲で刑法の保護に値するかは、学説上も判例上もなお疑問が残っている。これに関しては、更なる研究が必要である。また、現在の日本においては、判断基準を画一化することより、欺罔性交に関する意識を変える方が急務であると思われる。すなわち、旧型欺罔性交にも拘らず、新型欺罔性交とは何か、性的自由をどの程度で侵害しているのか、という諸問題にも注意すべきである。

六、小括

欺罔性交に対する温度差は各国の性的意識や法律の伝統に繋がっているが、この問題は、人類社会に対して普遍的なものである。フェミニズムの見解を借りると、女性が「第二の性」とみなされているから、性犯罪の規定がなかなか進まないのかもしれない。確かに、すべての欺罔性交に関する問題を刑法で解決するのは非現実的であり、その必要もない¹³⁵が、問題意識の構築は重要である。アメリカで行われたアンケート¹³⁶によれば、異なる法律の定義にも拘らず、同じ事案に対する民衆の判断は、個人的な価値観や認知方式により事実の認定に大きな役割を果たしている。しかしながら、刑法も国民の認識に影響を与えられるし、刑法理論上の議論の活性化は、より役に立つことができるはずであるから、問題を重視することが肝要である。すなわち、性犯罪の領域において、被害者・加害者共に

¹³⁵ 例えば、アメリカの学者 Margo Kaplan によれば、アメリカの刑法改革は成功していないし、刑法のみで性的権利を守るには足りないため、公衆衛生組織の立法によって補助すべきである。See Margo Kaplan, *Rape beyond Crime*, 66 *Duck L. J.* 1045(2017), p1045.

¹³⁶ See Dan M.Kahan, *Culture, Cognition, and Consent: Who Perceives What, and Why, in Acquaintance-Rape Cases*, 158 *U. Pa. L. Rev.* 729(2010), p 765.

自身を被害者・加害者として認識していた上で、それにどのように対処するかということが更なる問題である。そもそも、問題意識の構築が問題を解決するための基盤となるからである。¹³⁷

刑法の謙抑性にも拘らず、各国の性犯罪法の改正により、性犯罪の処罰の範囲を拡大するという国民の要求が示されている。その理由について、主に性犯罪は、国民の基本的権利を侵害する犯罪として、成立の当初から家父長的制度や考え方によって限定されているからである。この限定を打破するために、性的解放運動とフェミニズム運動の参加者は、性犯罪の構成要件の修正を提唱した。従来はほぼ暴行・脅迫という手段要件の修正に注目しているが、欺罔性交に関する問題も極めて重要であるという認識が広まっている。日本の状況においては、学説上も、立法上も性犯罪に関する動きが多いと言えるが、やはり欺罔性交に対して保守的な態度が主流である。今後、日本が性犯罪に対する態度をどのように変更して、そして立法に反映するかが期待できると思われる。

伝統的に定義されている欺罔性交と比較して、コンドームを使用しているかどうかや HIV の感染状況を明確に告知しているかどうかという事例は、暴行・脅迫手段が用いられた事例と同じ程度の意味違反を有していないから、性的自己決定が法益として幅広く認められるまで、性的同意の有効性を重視して、新しい類型の欺罔性交に関する問題が遂に検討され始めた。確かに、この問題に対して、特にいわゆる新型欺罔性交に対しては、カナダやイギリスでも疑問視されるように、性犯罪として取り扱われる必要性に関する疑問も出てくるかもしれないが、それもかまわないだろう。民事法や衛生法または刑法で欺罔性交の問題を解決するか、あるいは諸部門法を併せて処理すべきか、そもそも解決策上の議論であるから、本節もその一つの試みであるにすぎない。したがって、本節は、何より、欺罔性交を重視すべきであることを提示したいのである。そもそも、日本においても、以前から、「根拠もないのに『大丈夫だ』と言って性交の同意を取りつけ、妊娠させてしまう、でも、このような場合妊娠の原因がレイプではないのだから、人工妊娠中絶を許容すべきではない、ということになるのかどうか。私は、それがレイプとどう違うのか悩みます」¹³⁸という見方が提起されたが、この問題に関する議論は少ないまま見落とされているからである。

第三節 過失性交罪に対する考察

—スウェーデンの法改正を中心に—

20 世紀 60 年代以来、性解放運動とフェミニズム運動は性犯罪に対する反省の端緒となっており、性犯罪の定義と具体的な構成要件を大きく変えた。特に注目されているのは、性犯罪の強制要件に対する反省である。すなわち、暴行・脅迫という強制要件に限らず、

¹³⁷ 藤岡順子『性暴力の理解と治療教育』（誠信書房、2006 年）12 頁参照。

¹³⁸ 江原由美子『自己決定権とジェンダー』（岩波書店、2012 年）48 頁。

欺罔、不意打ち、脆弱性を利用すること等の手段によって性的自己決定権を侵害する行為も性犯罪の定義に入れたのは、性犯罪に対する反省の一番大きな成果とも言える。しかしながら、手段要件に対する注目と比べると、性犯罪の主観要件は、長い間、刑法学者に無視されていた。

諸国の状況を鑑みると、性犯罪の具体的な規定にもかかわらず、相手方が性的行為に同意したと誤信した場合、被告人は免責されうることは、長い間、正確であると思われている。しかしながら、このような被害者の責任を強調する「言い訳」は、遂に刑法学者、特にフェミニストである法学者によって疑問視されてきて、「レイプ神話」と呼ばれている。

「レイプ神話」によれば、「レイプは物理的な力づくの強制や暴力を使用する犯罪であって、同意のない女性はそれに抵抗するためになんらかのケガを負うのが当然であり、逆に、抵抗やそのためのケガの証拠がなければレイプではない、むしろ女性は強引にセックスされたいという隠された願望をもっており、女性が十分に抵抗しなければそれは同意の『イエス』の十分な印であり、また女性の『ノー』でさえしばしば『イエス』を意味するとされるのである。」¹³⁹その中で、被害者（多くの場合は女性）の「ノー」を「イエス」と認識すること、特に被告人（多くの場合は男性）が必要な注意義務を怠り、被害者の本音を無視することは、刑罰に値するだろうと思われるようになってきた。それゆえ、このような注意義務を違反する行為を処罰するために、過失性交罪が議論されており、さらにスウェーデンにおいては、すでに過失性交罪が新設された。近年、日本にも性刑法に対する法改正が盛んに議論されているので、同じ時期行われたスウェーデンの法改正が注目を集めてきた。しかしながら、注意すべきなのは、重過失性交罪が創設された国がスウェーデンに限られていない、ということである。例えば、ノルウェーにおいては、すでに2000年8月に重過失レイプ罪の規定が施行された。¹⁴⁰

このような過失によっても性犯罪が成立しうる、という認識上の転換は、実際に性犯罪に対する理解と繋がっており、特に性犯罪の定義と密接に関連している。今なお強制要件を性犯罪の定義の中核としている日本や中国にとっては、過失性交罪に対する理解がかなり難しいし、過失性交罪を設けることも非現実であると思われるかもしれない。確かに、過失性交罪は多くの人々にとって相当新たな概念であり、性犯罪に対する伝統的な理解とも相容れないかもしれない。したがって、本節は、性犯罪に対する認識上の変化に関する分析を踏まえて、スウェーデンの法改正によって新設された過失性交罪を紹介することによって、過失性交罪の意義と難点を分析したいのである。同時に、日本における過失性交罪に関する動き及び性犯罪の主観要件に関する問題を検討する。

一、スウェーデンの法改正について

1. 改正の経緯

スウェーデンにおいて、2005年の法改正までに、手段要件等の拡張は見られたものの、不同意犯罪規定を採用するには至らなかった。これに対して、2018年改正の議論の出発点

¹³⁹ 江口聡『『ノーはノー』から『イエスがイエス』へ：なぜ性的同意の哲学的分析が必要か』現代社会研究19巻（2016年）70-71頁参照。

¹⁴⁰ 川口浩一「スウェーデン刑法における過失レイプ罪について」法律論叢93巻4-5号（2021年）76-77頁参照。

となった 2004 年性犯罪委員会は、性的完全性や性的自己決定権を十分かつ強力に保護するためには、性犯罪の枠組を変更した完全な改正を行う必要があるとした。そこから、「任意に参加していない者」に対する性交または性交と同様とみなされるその他の性的行為を処罰する現在のレイプ罪が作られることになった。¹⁴¹

詳しく言うと、2018 年 7 月 1 日、スウェーデンでは性行為に関して「積極的な同意(Yes)」を必要とするという新たな性犯罪規定が施行された。新たな規定は明示の同意に基づいている。すなわち、性行為は自発的なものでなければならないし、「Yes」だけが同意したということであり、それ以外は「No」(不同意)と解釈するということである。

それゆえ、性行為を始めようとする者は、相手も性行為を求めていることを確認しなければならないことになってきた。この「積極的な同意」への改正とともに、「過失レイプ罪」(正確には「重過失レイプ罪」)も新しく導入され、4 年以下の拘禁刑に処されることになった。

2. 改正後の実態

(1) 重要な条文

レイプ罪¹⁴² 任意に参加していない者に対し、性交又は侵害性が深刻で性交と同等とみなされるその他の性的行為を行なった者は、「レイプ」の罪として 2 年以上 6 年以下の拘禁刑に処せられる。

相手方が任意に参加しているか否かの判断においては、言葉、行為又はその他の方法で任意性が表現されたかどうか特に考慮されなければならない。次の場合には、ある者が任意に関与したものとすることは決してできない。

- a. 傷害、その他の暴行又は犯罪行為に関する脅迫、人を犯罪に関して起訴若しくは有害な情報を人に伝えるという旨の脅迫の結果である場合。
- b. 行為者が、意識喪失、睡眠、深刻な恐怖、酩酊若しくはその他の薬物の影響、疾患、負傷、精神障害又はその他より、諸事情に照らして特に脆弱な状況にあると考えられる者を不適切に利用する場合。
- c. 行為者が、人が行為者に依存的な状態にあることを重大に濫用し、人に参加をさせた場合。

過失レイプ罪¹⁴³ 第 1 条に定める行為を行い、他人が任意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。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。

スウェーデン刑法のレイプ罪に関する規定は、すでに第三章で分析したが、ここでは、主に過失レイプ罪の規定を考察する。上記の規定を考察すると、特に注意すべきなのは、過失レイプ罪の規定が前述したように、性犯罪の定義と繋がっている点である。すなわち、スウェーデンにおいては、「任意性」があるかどうか、ということが性犯罪の判断基準とみなされているので、過失レイプ罪が成立する余地もありうるようになってきた。なぜかと

¹⁴¹ 樋口亮介・仲道祐樹「スウェーデン・フランス法解題」樋口・深町・前掲注(4) 565 頁。

¹⁴² 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・深町・前掲注(4) 606-607 頁参照。

¹⁴³ 矢野・前掲注(142) 631 頁参照。

いうと、性犯罪の定義を手段要件の強制性を中心とすると、そもそも暴行・脅迫という手段は意図的に行われるため、過失犯の成立もあり得ないからである。また、注意すべき第二の点は、過失レイプ罪とはいえ、条文を考察すると、「重大な過失」である場合こそ、当該罪名が成立することである。条文をさらに理解するために、スウェーデン最高裁判所の判例に通じて、更なる分析をする。

(2) 過失性交罪に関する裁判例

2018年、スウェーデンにおける性刑法に対する法改正が行われた後、スウェーデン最高裁判所は、2019年6月11日に、過失性交罪を認定した判決を言い渡した。事案概要としては、X（被告人）とA（被害者）は、かなり長い間、ソーシャルメディアを通じて、相互に連絡を取ってきた。彼らは、あらゆる話題について話してきたが、その中には、Xによる性交の提案も含まれていた。Xは、Aとは別の場所に住んでいたが、Aは、自分と会って、自分のアパートで寝てもよい、とXに伝えた。両者は、それ以前には、会ったことがなかった。Aは、性交はしたくない旨Xに伝え、Xは「OK」またはそれに類似した返答をした。夜間、XはAに対し性的行為を行い、Aは受動的で、性的行為に参加したいという明確な表現は一切なかった。¹⁴⁴

この事案に対して、裁判要旨は以下の三つの問題に関して、意見を述べた。¹⁴⁵

第一に、被害者の関与が任意でなかったことを論証した。要するに、「被害者の供述は、明確で一貫性がある。難しい説明が含まれていながら、明らかに矛盾するところはない。この事件について、被害者が述べた説明は、ある部分では不確かなところがあるものの、主要な流れにおいて信頼できると考えられる。」また、「検察による証拠と被害者による証拠のそれぞれを総合して評価すると、被害者が任意に関与していなかったことを証明するために必要な要件は、充足されている。」結論として、被害者と被告人が同じベッドに横になることについて合意があったという事実と、被害者が下着しか着ていなかったという事実は、被害者が性的行為に関与していたことを意味するものではない、ということである。

そして、第二点は、被告人が、被害者の不任意の関与についての故意の不存在に関する論証である。裁判所によれば、被告人は、最初の段階で、被害者が任意に関与していなかったというリスクを認識していたことは明らかである。理由としては、行為者が被害者の住所を訪れる前に、被害者から、性交したくないというメッセージを受け取っていたことがあるからである。しかし、犯罪時に、被害者が性交に任意関与していなかったことについて認容していたかについて、いまだ疑いが残る。したがって、故意の要件は満たされていない。

最後に、故意がないものの、重過失が存在したかどうか、という問題について、裁判所によれば、「被告人が、被害者が不任意で性的行為に関与しているリスクを認識していたことは明らかである。また、被告人が犯行を実行した時点において、この認識は存在していた。それゆえ、被告人は、被害者が任意に関与していなかったことについて、認識ある過

¹⁴⁴ 松澤伸「2018年スウェーデン性犯罪規定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・深町・前掲注(4)640頁参照。

¹⁴⁵ 裁判要旨の部分は松澤・前掲注(144)646-648頁参照。

失であったのである。」

この事案に対する判決は、大部分の国にとって、想定し難い結論であるかもしれない。なぜかという、当該事案のように、被害者が相手方を自分のアパートで寝ることを誘い、下着しか着ていなかったまま、性的行為が行われたとき、明確な抵抗がなかったし、受動的に受けた場合は、性犯罪が成立することを認めるのは、非常に不思議であるからだ。日本を例として、このような事案であれば、可能な結論は一つしかないのである。それは、性犯罪が成立しない、とすることである。また、無罪の理由は、常に以下の二つの理由がありうる。まずは、強制的手段が使われていなかったし、被害者も抵抗しなかったので、受動的に性的行為を参加したから、性犯罪は認められないのである。また、被害者が内心的に不同意であっても、客観的な事情を鑑みると、被告人が「相手方が同意した」という誤信が十分にありうるから、性犯罪が成立しないのである。

前述したように、多くの国にとって、このような論証及び結論は通常な考え方であるが、スウェーデンでは、そうではない。再びスウェーデン最高裁判所の論証を考察すると、第一歩であるのは、被害者が任意に性的行為に参加していたかどうか、という問題である。伝統的に、「イエス」の徴表とされている諸状況（例えば、自発的な誘い、下着しか着用していないこと、抵抗がないこと）はスウェーデンの性刑法によれば、その任意性を証明することができなくなっている。そして、被害者の意思を確定した後、さらに確定しなければならないことは、行為者の認識である。すなわち、被害者が任意に性的行為を参加していないリスクを行為者に知っていたか、又は知っているべきであったか、という問題への判断である。¹⁴⁶スウェーデン最高裁判所の過失性交罪の事例における論証をさらに整理すると、主観要件に対する判断の基準は、以下のとおりである。¹⁴⁷

認容故意	犯人の表象によれば結果が生じるリスクがかなり高い、ということである。 犯人が、被害者が任意に関与していなかったことについて認容しながら行為していたかどうかについての検討は、事件の特徴と基礎として行われなければならない。 具体例：事件の前に書かれていた文書、事件の後に起こった事柄、さらに事件それ自体の経過の中での両者の行為によって生じた事柄が重要である。犯人の年齢、成熟度、精神的健康状態も、評価にとって重要な事柄である。
認識ある過失	被告人が、被害者が任意に関与していないリスクについて疑いをもっていた、あるいは認識していたにも拘らず、被害者が任意に関与していると思って行為しているのである。
認識なき過失	被告人がそうした状況、すなわち、被害者が任意に関与していないという状況、があったと認識していないが、認識すべきであった、ということである。被告人は、このような場合、どうであったかということを知っていなくとも、知るべきであったことから、帰責されるのである。

その中で、認識ある過失は、最初の段階において、認容行為と一致であるため¹⁴⁸、その判断は上表が示されているように、具体例として挙げられた諸事柄によって判断すべきで

¹⁴⁶ 矢野・前掲注（142）605頁参照。

¹⁴⁷ 松澤・前掲注（144）644-645頁参照。

¹⁴⁸ 松澤・前掲注（144）645頁参照。

ある。しかしながら、特に問題になるのは、やはり認識なき過失である。そもそも、認識なき過失を認めるべきかどうか、という問題について、意見が分かれている。例えば、甲斐克則教授の意見によれば、「認識なき過失」に、一体いかなる責任性を求めようというのか。実質的責任原理の観点からすれば、規範的責任論を採りつつも、意思責任に固執せざるをえず、その理論的帰結として「認識なき過失」の可罰性は疑わしいと思われる。¹⁴⁹この点に関しては、理論上の難点として、さらに展開するので、ここでは、詳細の分析をしない、とする。

二、日本の状況について

1. 過失性交罪に関する動き

(1) 不同意性交罪との繋がり

前述したように、性犯罪に対する認識は、過失性交罪という罪名を受け入れるかどうかにとって、決定的な意義をもっている。確かに、この問題は性犯罪の保護法益に対する理解と繋がっているが、同じく性的自己決定権を性犯罪の保護法益と認める場合、性犯罪に対する理解もなお様々であるかもしれない。それは、第三章で分析したように、被害者不同意という要件に対する認識及び罪名のあり方と繋がっているからである。例えば、要件式パターンを維持すると、性犯罪の保護法益が性的自己決定権であると認められても、一定程度の強制手段が使わなかった場合は、性犯罪が成立しないので、過失性交罪を認めることは不可能であると思われる。それは、相当高い程度の強制手段が必ず意図的に行われるからである。したがって、このような理解に従えば、過失性交罪が成立する余地はほとんどないだろう。それは、手段要件に対する強調には、行為者が故意にその行為を実施したという主観的心理状態が予め設けられているからである。また、強制性交等罪のように、直接に強制的手段要件が明確化されている罪名の他に、日本現行法で規定されている準強制性交罪でも、「人の心神喪失若しくは抗拒不能に乘じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて」という手段要件が規定されている。いわゆる「乗じる」や「させる」という表現も、直接に過失犯の可能性を排除している。

しかしながら、性犯罪の定義は、強制手段に対する強調から、その本質に対する強調に転換すると、特に「不同意」要件を刑法規定に出す場合であれば、過失性交罪が成立する余地も出てくるのである。これは、「同意」に対する考察の重点と方式が変わっているとも言えるだろう。すなわち、前者は、被害者の抵抗を通じて同意がないという事実を証明していることに対して、後者は、同意の任意性や真実性について、より慎重な態度を取っており、被害者に対する保護を中心としている。

「同意」という要件は、コモンローで性犯罪に関する規定でよく使われている重要な概念であるが、被害者の同意の有無の判断基準とそれが示した価値観はすでに大きく変わってきた。伝統的な理解によれば、性犯罪は、被害者の性的自己決定権を侵害する行為ではなく、女性である被害者の貞操と性的純潔を侵害する行為であると思われていた。そのため、被害者が貞操を守るために全力を尽くして抵抗しなければならず、このような抵抗は同意がなかったことを証明する証拠であると思われていた。全力の抵抗をしないと、被害

¹⁴⁹ 甲斐克則『責任原理と過失犯論（増補版）』（成文堂、2019年）102頁参照。

者の内心が不同意であっても、または軽微の抵抗があっても、法律上には、性犯罪であると認められなかった。このような時期であれば、行為者の主観的意図を特に考慮する必要がなかったので、過失性交罪ということも完全に刑法学者の視野に入っていなかったのである。

結論として、性犯罪を不同意の性的行為という見解を肯定すれば、暴行・脅迫手段は、その不同意の性的行為に至る諸手段の一つに過ぎないと認識できるはずである。さらに、性犯罪の実質、すなわち他人の意思に反することを強調すると、過失性交罪の成立の可能性もありうると思われる。これも、現在の日本や中国より、欧米の諸国、特に北欧の諸国が、過失性交罪の内実を理解できる理由であるかもしれない。

(2) 検討会における提言及び学者の提案

平成 29 年法改正前の性犯罪の罰則に関する検討会に関する資料を考察すると、その際、性犯罪の主観要件はまだ注意されていなかったが、令和 2 年 6 月開催された性犯罪に関する刑事法検討会においては、「被害者が同意していないことの認識に関する要件」は、すでに重要なポイントの一つになってきた。確かに、他の課題と比べると、この点に関連する論述は比較的になかったが、少なくとも過失性交罪という課題が日本の学者たち及び立法者たちの視野に入ったことが分かる。

令和 3 年 5 月公表された「性犯罪に関する刑事法検討会取りまとめ報告書」によると、行為者が、被害者が性交等に同意していないことの認識を有しない場合にどのように対処すべきか、という問題は議論に値すると指摘された。諸意見の中で、過失性交罪を創設すべき意見として、「加害者は、性交等に至る過程で通常行う相手方との交流や調整をせず、相手を物として見て、自分の欲求や利益を押し付けているのであり、無神経で相手を尊重できない者について、相手が同意していないことの認識がないとして無罪とすることはやめるべきである。」と指摘された。さらに、「性的行為については明確な同意を得るべきであり、これを怠った場合のリスクは、同意を曖昧なままにして利益を得た者が負うべきであるので、一部の国において、相手方の同意の有無について行為者に確認義務を課し、これを著しく怠った場合には過失レイプ罪として処罰しているように、過失犯処罰規定の創設を検討すべきである」という意見が述べられた。¹⁵⁰しかしながら、反対意見も述べられた。詳細に言うと、「過失犯処罰規定を設けるとすると、同意の有無についての確認義務が注意義務の中核となるが、性交等に至る経緯や同意を得るプロセスは多様であるし、性交等に当たって相手方が示す反応も様々であることから、どのような方法で確認すれば注意義務を果たしたことになるかという判断基準が不明確である」と指摘された。¹⁵¹

過失性交罪の創設について、検討会における賛成意見や反対意見にもかかわらず、日本においては、具体的な提案がすでに主張された。島岡まな教授の提案によれば、不同意性的行為罪の新設が要求された。詳細に言うと、島岡教授の構想によれば、「同意が確認されなかった場合」も有罪化するので、同意の抗弁を許さない行為犯の整理範囲が広がるため、

¹⁵⁰ 前掲注 (3) 12 頁。

¹⁵¹ 前掲注 (3) 12 頁。

過失犯処罰規定は、被告人に有利に動く余地があると思われる。¹⁵²それゆえ、「重過失性犯罪」を設けるべきであると指摘された。具体的には、「相手が同意していないことを重過失により認識せず、第 176 条ないし第 177 条を犯した者は、3 年以下の懲役又は 100 万円以下の罰金に処する。相手が 16 歳未満であることを重過失により認識しなかった者も、前項と同様とする。」¹⁵³この提案を詳細に考察すると、興味深いところは、二点がある。

第一点は、一般的に議論されているのは、やはり過失性交罪であるが、島岡教授の提案はそれより一步に進んでいた。それは、性交行為は言うまでもなく、重過失よりわいせつ行為をした場合も、重過失性犯罪が成立する。この点について、第三章でも検討した問題であるが、結論として、不同意性犯罪は確かに最終の目標とも言えるが、現段階の実情を鑑みると、そうではない。詳細に言うと、欺罔手段も、過失という主観要件も、性交行為の範囲¹⁵⁴に限られるのは、検討がさらに集中的に行われるし、結論的にも、より受け入れやすいかもしれないからである。もちろん、重過失よりわいせつ行為¹⁵⁵をした場合について、その悪質性、可罰性をさらに検討する余地も十分にありうる。そもそも、強制わいせつ罪（島岡提案の場合は、不同意性的行為罪）と強制性交等罪（島岡提案の場合は、不同意性的挿入罪）の法定刑は異なっており、主観面は過失である場合、両罪名の法定刑は同じになることも、さらに説明しなければならない問題である。

また、第二の点は、16 歳未満者に対する過失性犯罪である。島岡教授の意見によれば、性交同意年齢を 16 歳に引き上げると、年齢に関する錯誤の抗弁が出やすくなる危険性があるので、著しい不注意により年齢を認識しなかった場合は、重過失性犯罪によって処罰すべきである。また、通常人基準によって 16 歳以上に見える場合は、過失であろうか、故意であろうか、犯罪が成立する。¹⁵⁶確かに、性交同意年齢を 16 歳に引き上げると、年齢に

¹⁵² 島岡・前掲注（121）122 頁参照。

¹⁵³ 島岡・前掲注（121）124 頁参照。

島岡教授の提案によれば、第 176 条と第 177 条の規定は以下のとおりである。

第 176 条（不同意性的行為）

16 歳以上の者に対し、暴行、脅迫、威迫、不意打ち、欺罔等を用いもしくは監禁し、被害者の畏怖、驚愕、困惑、誤信等に乗じて、その意思に反する性的行為をした者は、婚姻関係の有無に拘らず、10 年以下の懲役に処する。

②人の無意識、睡眠、酩酊、薬物の影響、心身の疾病、心身の障害等により、同意が困難な状態もしくは不同意の伝達が困難な状態に乗じ、又は酩酊、昏睡させて、性的行為をした者は、前項と同様とする。

③16 歳未満の者に対し、性的行為をした者も、同様とする。ただし、年齢差のない者同士の同意のある場合を除く。

第 177 条（不同意性的挿入等）

16 歳以上の者に対し、暴行、脅迫、威迫、不意打ち、欺罔等を用いもしくは監禁し、被害者の畏怖、驚愕、困惑、誤信等に乗じて、その意思に反する性的挿入ないしそれと同等の悪質な性的行為をした者は、婚姻関係の有無に拘らず、3 年以上の懲役に処する。

②人の無意識、睡眠、酩酊、薬物の影響、心身の疾病、心身の障害等により、同意が困難な状態もしくは不同意の伝達が困難な状態に乗じ、又は酩酊、昏睡させて、性的挿入ないしそれと同等の悪質な性的行為をした者は、前項と同様とする。

③16 歳未満の者に対し、性的挿入ないしそれと同等の悪質な性的行為をした者も、同様とする。ただし、年齢差のない者同士の同意のある場合を除く。

¹⁵⁴ ここでの「性交行為」というのは、第三章で分析したように、一番狭い概念である性交行為の他に、肛門性交と口腔性交はいうまでもなく、膣又は肛門に身体の一部(陰茎を除く)又は物を挿入する行為も考慮すべきであると思う。

¹⁵⁵ ここでの「わいせつ行為」というのは、注（153）の以外の性的行為である。

¹⁵⁶ 島岡・前掲注（121）123 頁参照。

対する認識の錯誤が出る危険性が大きくなるのは、合理的であると考えられるが、性交同意年齢は14歳であっても、同じ問題が存在しているはずである。例えば、中国においては、年齢の認識に関する問題が特に厄介な問題とみなされている。

中国刑法第二百三十六条1項では、「暴行、脅迫、又は他の方法により、女子を強姦した者は、3年以上、10年以下の有期懲役に処する」と規定されている。同条2項は、「14歳未満の幼女を姦淫したとき、強姦とし、重く処罰する」と規定されている。通説によれば、幼女姦淫罪が成立するには、行為者は相手方が14歳未満の者であることを認識していなければならない。¹⁵⁷

また、2013年最高人民法院、最高人民検察院、公安部、司法部公表した「未成年者の性的自主権を侵害する犯罪を処罰することに関する意見」十九条によれば、「相手が14歳未満の幼女であることを認識し、あるいは知るはずでありながら、姦淫など性的自主権を侵害する行為を実行する場合、行為者は、相手が幼女であることを『明知』すると認定すべきである。12歳未満の被害者に対して姦淫など、性的自主権を侵害する行為を実行する場合、行為者は、相手が幼女であることを『明知』する、と認定すべきである。12歳以上、14歳未満の被害者に対して、身体の発育状況、言行振舞い、服装の特徴、生活スタイルの特徴などから見ると、幼女でありうると知ったにも拘らず、なお姦淫など性的自主権を侵害する行為を実行する場合、行為者は、相手が幼女であることを『明知する』と認定すべきである。」この規定によれば、12歳未満の幼女がもし発育状態が同年齢者より成熟であり、服装や振舞いもより高い年齢の者と見える場合は、行為者の「明知」は排除できると思われる。¹⁵⁸この場合、最高人民法院2003年の意見によれば、犯罪の成立を認めない可能性もありうる。¹⁵⁹中国の状況と比べると、島岡提案は、未成年者に対するより手厚い保護が実現されうるものであるが、未成年者の年齢に対する判断の基準は、やはり中国のように、その発育状況や外型や振舞い等要素と繋がっており、その年齢線が高ければ高いほど、判断の困難さも引き上がるのである。

確かに、刑法の責任主義からこの問題を考えると、相手の年齢を認識することが必要であると思われる。しかしながら、個人的には、いわゆる性交同意年齢の創設が若年者に対する絶対的保護を実現するためであるので、主観的な認識にも拘らず、通常性犯罪を認めるべきであると考え。すなわち、故意や過失にも拘らず、性交同意年齢を達しない者と性的行為をする場合は、性犯罪を成立すべきである。この点も重要であるが、さらに重要な部分は一般的に、性犯罪には、過失犯罪が成立できるかどうか、という問題であるので、年齢に関する過失は、一応ここで終えることとする。次の部分は、二つの判例によって、過失性交罪という罪名の欠如によって生じる問題を検討する。それゆえ、過失性交罪の必要性を説明する。(圏点筆者)

¹⁵⁷ 張明楷「性犯罪の問題をめぐる論争」甲斐克則編『日中刑法総論・各論の先端課題』（成文堂、2018年）170頁参照。

¹⁵⁸ 陳興良「姦淫幼女構成犯罪應以明知為前提—為一個司法解釋弁護」法律科学6号（2003年）27頁参照。

¹⁵⁹ 中国最高人民法院2003年1月17日の意見によれば、「行為者が、相手が14歳未満の幼女であることを認識したのに、なお彼女と性交をした場合、幼女の同意の有無にかかわらず、その行為は強姦罪で処罰される。これに対し、行為者が確かに相手の年齢を認識せず、二人が合意を以って性交をし、重大な結果を引き起こさず、しかも情状が軽微の場合、その行為には犯罪の成立を認めない。」張明楷・前掲注（157）171頁参照。

2. 判例分析

(1) 事例一

①事案概要

被害者が中学3年生から、被告人の経営するゴルフ練習場で、被告人から指導を受けるようになり、18歳になったばかりの時点で、ゴルフ練習場に行くと車に乗せられて被害者宅を出発した後、被告人がドライブに行こうかなどと告げ、さらに、その車中で、被告人は、Dのポルノを見たことがあるかなどと話し、ラブホテルに行き被害者を連れて同ホテルに入り、「度胸がないから、こういう所に来てみた」などと申し述べて、30分程度ゴルフの話題について会話をした後、姦淫したという事案である。

②裁判要旨

a. 抗拒不能状態に関する第一審の判示

第一審においては、被害者が抗拒不能であったと認められなかった。その理由は、以下のとおりである。¹⁶⁰

被害者が、捜査段階において性交を拒否しなかった理由として、精神的混乱に加えて、今後の被告人との関係が悪化し、ゴルフを教えてもらえなくなったり、悪口を言いふらされたりするのではないかと考えた、気の弱い性格から自分が少し我慢すれば済むと思ってしまったなどと供述していることから、これまでの被告人との人間関係を壊さないようにすることを考えるなどして、自分から主体的な行動を起こさなかった可能性、すなわち、そのまま流れに任せるに留まった可能性がある。

b. 控訴審の判示

控訴審においては、抗拒不能という要件が認められたものの、被告人の認識を理由として、無罪判決を下した。詳細は、以下のとおりである。¹⁶¹

この事案について、第一の問題は、被害者が抗拒不能状態にあったかどうか、という問題である。裁判要旨によれば、被害者は、当時18歳になったばかりの高校生であり、社会経験や男性との交際経験が豊富であったことをうかがわせる事情はない。被害者は、それまで数年間にわたって、被告人の厳しくも熱心な指導の下、ゴルフに打ち込んできたもので、被告人の粗野な振る舞いや厳しい指導を恐れる面もあったが、被告人との間には深い信頼関係があると感じ、かつ、自分の父より年長の被告人が自分を異性としてみているとは全く考えていなかった。

このような被害者が、ラブホテルの一室に2人きりでいる状況で、被告人から現実に性交を求められ、ベッドに寝かされ、被告人から順次性的な接触を深められていったのであり、被害者の受け取り方としては、ついに、逃げようのない深刻な状況に直面したわけであって、被害者が、信頼していた被告人から裏切られて、精神的に大きな混乱を来していたことは優に認められる。被害者が、キスについて消極的に抵抗することとなり、そのほ

¹⁶⁰ 鹿児島地方裁判所（第一審）平成26年3月27日判決（LEX/DB：25446357）。

¹⁶¹ 福岡高等裁判所宮崎支部平成26年12月11日判決（LEX/DB：25505426）。

かに具体的な拒絶の意思表示をしなかったのも、このような精神的な混乱のためにそれらができなかったものと考えられ、被害者は、強度の精神的混乱から、被告人に対して拒絶の意思を示したり、抵抗したりすることが著しく困難であったことは、明らかである。

そして、第二の問題は、被告人の認識、という問題である。この点について、裁判所の意見によれば、被告人は本件性交当時、被害者が抗拒不能状態にあったことを認識して、これに乗じて性交したとまでは認められないと指摘された。詳細に言うと、被害者は、強度の精神的混乱から、被告人に対して拒絶の意思を示したり、抵抗したりすることが著しく困難であったことは、明らかである。しかしながら、被告人は、犯行当時 56 歳の社会人男性であるが、心理学上の専門的知見は何ら有しておらず、かえって、女性の心理や性犯罪被害者を含むいわゆる弱者の心情を理解する能力や共感性に乏しく、本件後の被害者の両親に対する言動等に照らしても、むしろ無神経の部類に入ることがうかがわれる。

結論として、被害者が、本心では性交を拒絶しているが、何らかの原因によって抵抗できない状態になっているため抵抗することができない、というある種特殊な事態に陥っていると認識していたと認めるについては合理的な疑いが残るといわざるを得ない。しかしながら、以上の検討によれば、関係証拠によっても、被告人は、本件性交当時、被害者が抗拒不能状態にあったことを認識して、これに乗じて性交したとまでは認められない。

c. 最高裁決定要旨

この事案について、最高裁判所の決定要旨は以下のとおりである。¹⁶²

被告人が、自らが主催するゴルフ教室の生徒である A を、ゴルフ指導の一環との口実でホテルの一室に連れ込み、恩師として信頼していた被告人の一連の言動に強い衝撃を受けて極度に畏怖・困惑し、思考が混乱して抗拒不能の状態に陥っている同女を、その旨認識しながら姦淫したとして起訴された事実につき、原判決が、無罪を言い渡した第一審判決を維持し、控訴を棄却したため、検察官の役割を行う指定弁護人が、上告した事案において、上告趣意のうち、刑事訴訟法 405 条 2 号の判例違反をいう点は、事実を異にする判例を引用するものであり、本件に適切でなく、その余は、同条 3 号の判例違反をいう点を含め、実質は事実誤認、単なる法令違反の主張であって、同法 405 条の上告理由に当たらないとし、上告を棄却した。

(2) 事例二

① 事件概要

本件公訴事実は、「被告人は、平成 29 年 2 月 5 日、福岡市内所在の飲食店「D」店内において、X（当時 22 歳。以下「X」という。）が飲酒酩酊のため抗拒不能であるのに乗じ、同人を姦淫した。」というものである。

② 裁判要旨

a. 一審要旨¹⁶³

¹⁶² 最高裁判所第一小法廷（上告審）平成 28 年 1 月 14 日決定（LEX/DB：25542427）

¹⁶³ 福岡地方裁判所久留米支部（第一審）平成 31 年 3 月 12 日判決（LEX/DB：25591534）。

被告人が、飲食店「D」店内において、X（当時22歳）が飲酒酩酊のため抗拒不能であるのに乗じ、同人を姦淫したとして、準強姦の罪で懲役4年を求刑された事案で、Xが本件性交時において抗拒不能の状態にあったとは認められるが、被告人が、本件性交時、Xが抗拒不能の状態にあったことを認識していたと認めるには、合理的な疑いが残るといわざるを得ず、結局本件公訴事実については犯罪の証明がないとして、被告人に無罪を言い渡した。そのうち、特にXが被告人と性交をすることを許容していると誤信したという結論の理由については、以下のとおりである。

まず、本件性交時におけるXの状態についてみると、前記認定のとおり、Xは、本件性交時、飲酒による酩酊によって抗拒不能状態にあったものであるが、X証言によっても、Xは、本件性交前及び本件性交時、目を開けたり、大きくない声で何度か声を発したりすることができたというのである。さらに、前記前提事実や関係証拠等によれば、Xは、本件性交からそれほど時間が経たないうちに被告人とは別の者から胸を触られたが、ソファーフロアから中央フロアに届くような大きな声で「やめて」と言い、その者の手を振り払ったことが認められる。

以上によれば、Xは、本件性交時、飲酒による酩酊によって抗拒不能の状態にあったが、ある程度言葉を発することができる状態であり、さらに、その後、それほど時間が経たないうちに、被告人ではない者からの迷惑行為に抵抗できるようになったというのであるから、飲酒による酩酊から覚めつつある状態であったと言える。そうすると、本件性交時、外部から見て、Xが意識があるかのような状態であったとも考えられる。

また、本件性交に至る前の被告人の状況についてみると、被告人は、Gから「被告人のことがよいと言っているよ。」と言われてソファーフロアに案内された旨述べているところ、Bは、被告人がGから手招きをされてソファーフロアに移動した旨述べて、被告人の上記供述に沿う供述をしている。そうすると、Gの上記発言の真意はともかく、Gから上記のことを言われた旨の被告人の供述が信用できないとはいえない。

そして、関係証拠によれば、本件飲み会や本件サークルのイベントでは、本件性交以外にもわいせつな行為がしばしば行われていたことが認められ、被告人も、本件サークルのイベントでのことではないが、本件以前、本件飲食店でIらと性交をしたことがあったなどと述べている。また、被告人の公判供述等からは、被告人が、本件飲み会では、女性に対して安易に性的な行動に及ぶことができると考えていたことがうかがわれる。

さらに、関係証拠（X証言、被告人供述）によれば、本件性交時、Xから被告人に対して明確な拒絶の意思は示されていなかったことが認められる。

以上の事実を併せて考えると、本件性交時、被告人において、Xが被告人と性交をすることを許容していると誤信してしまうような状況にあったといえることができる。

最後に、本件性交が行われたソファーフロアの状況についてみると、前記前提事実によれば、ソファーフロアは、中央フロアと区分されていたものの、可動式の仕切扉によって区分されていたにすぎず、被告人が中央フロアからソファーフロアに移動したように、両フロアを行き来することも可能であった。また、関係証拠（A証言、B証言等）によれば、中央フロアには多数の者がいたところ、その中には、本件飲み会で被告人と初めて会った者がいたことが認められる。そして、前記前提事実のとおり、本件性交時、ソファーフロ

アには、寝ていたとはいえ別の女性もいたところ、被告人も、その女性を認識していた旨を述べている。

したがって、被告人は、本件性交時、本件飲食店にいた他の者から見られる可能性がある状況にあることを認識していたと認められる。そして、中央フロアにいた者の中には、被告人と初対面の者もいたのであるから、被告人には、それらの者によって、警察等に通報されたり、Xに事実が知らされたりするなどの危険があったと言える。そうすると、そのような危険がある中、被告人が、Xの同意がないとか、Xが抵抗できない状態であるなどといった認識の下、本件性交に及んでいたとはにわかに考え難い。

以上のように、本件性交時、外部から見て、Xは意識があるかのような状態であったと考えられること、被告人において、Xが被告人と性交をすることを許容していると誤信し得るような状況にあったと言えること、現場の状況から、被告人が、Xの同意がないとか、Xが抵抗できないなどといった認識の下で本件性交に及ぶとはにわかに考え難いことを総合考慮すると、Xが抗拒不能の状態にあったことを認識していなかったという被告人の供述の信用性は否定することができないというべきである。

b. 二審要旨¹⁶⁴

被害女性が飲酒酩酊のため抗拒不能の状態にあったことは証拠上明らかで、その旨認定した原判決は正当であるが、性交時同女に意識があったかのように言う被告人の供述は信用できず、同女が性交を許容していると誤信するような状況にあったことを裏付ける事実もないのであって、被告人は被害者が抗拒不能状態にあることを認識しそれに乗じて性交したものと優に認めることができ、これを否定し被告人を無罪とした原判決は、論理則、経験則に反する不合理なものであり、破棄を免れない。

被告人はサークルの懇親会に参加した被害女性が飲酒酩酊のために眠り込み、抗拒不能の状態になったのに乗じて性交したもので卑劣で大胆悪質な犯行であり、被害者が被った肉体的、精神的苦痛の大きさからして結果も重大であり、被告人が不合理な弁解に終始し、被害者の名誉をさらに傷つけていることにも照らせば、その刑事責任は重く、前科がないことなどを考慮しても懲役4年に処するのが相当である。裁判結果としては、原判決を破棄して、有罪判決をした。

c. 最高裁決定要旨¹⁶⁵

準強姦の公訴事実につき、第1審が、被害者が抗拒不能であったことは認めたものの、被告人にその認識があったことには合理的な疑いが残るとして無罪を言い渡し、原審が、被告人において被害者が抗拒不能状態にないと誤信するような事情がなかったかなどについて質問する必要があるとして、職権による被告人質問を実施したが、被告人が黙秘し、原審は他に事実の取調べを行わず事実誤認により第1審判決を破棄したなどの事情（判文参照）の下では、第1審が無罪とした公訴事実を原審が認定して直ちに自ら有罪の判決をしても、刑法400条ただし書に違反しない。

¹⁶⁴ 福岡高等裁判所（控訴審）令和2年2月5日判決（LEX/DB：25565044）

¹⁶⁵ 最高裁判所第一小法廷（上告審）令和3年5月12日決定（LEX/DB：25571498）

(3) 検討

上記の二つの判例を比較して考察すると、二つの点で類似している。まず、第一点は、ゴルフコーチ事件も久留米事件も、適用されている罪名は準強姦罪（現在の準強姦性交等罪）であり、判断の重点は「抗拒不能」に該当するかどうかという点と、行為者がこの抗拒不能の状態を認識したかどうか、という点である。そして、第二点は、いずれの判例も被害者の抗拒不能の状態を認めたが（ゴルフコーチ事件の第一審判決には、「抗拒不能」の判断を拒否したが、第二審では、これを認めた）、行為者が「相手が同意した」という認識を有していた、ということを経由して、無罪判決を下した。しかしながら、この点について、区別もなお二つがある。一つは、結論として、ゴルフコーチ事件がなお無罪と維持されたが、久留米事件では逆転有罪判決が下された点である。そして、第二の点は、ゴルフコーチ事例のような事例を解決するためには、必ず過失性交罪の創設が必要であると言えないが、久留米事件はそうである。詳しい分析をすれば、以下のとおりである。

まず、ゴルフコーチの事件に対して、二つの疑問点がありうる。第一目の疑問は、仮に被害者が18歳未満の場合であると、当該事案は監護者性交等罪によって処罰されるか、という問題である。この問題を説明するためには、更なる二つの問題点に分けられるべきである。第一点は、ゴルフ指導者は監護者に当たるか、という問題である。そして、第二点は、当該事案は、監護者であることによる影響力があることに乗じた、と評価されるか、という問題である。これらの問題を検討することによって、一定の程度で、過失性交罪を創設する意義をさらに明確化することができると思われる。本章第一節で分析したように、監護者性交等罪の保護範囲について、すでに盛んに議論されている。仮に、検討された提案のように、脆弱性を利用する性犯罪や地位・関係性を利用する性犯罪という罪名が創設されると、過失であるかどうか、という問題を別に検討しなくても、このような事案を解決することができると考えられる。¹⁶⁶

詳細に言うと、地位・関係性を利用する性犯罪というのは、刑法によって一定の前提が設けられていることである。それは、性的行為を参加している当事者の間に不平等の関係があるから、このような不平等の関係を認識した上で、性犯罪が成立するのである。確かに、不平等の関係を有している両方の間には、決してあらゆる性的行為が性犯罪とは言えないので、実質的な判断が必要であるという立場を支持しているから、行為者の主観要件に対する検討もなお必要である。そもそも、令和3年刑事法部会の提案¹⁶⁷も、その後公表された「試案」¹⁶⁸も、相手方の脆弱性や地位・関係性を利用する場合も、「乗じる」という要件が規定されている。それゆえ、実質的な判断をすると、行為者の主観的認識に対する判断は不可避である。その判断について、樋口亮介教授の意見によれば、「優越的地位による服従心の利用という視点から抗拒不能要件を基礎付ける形で公訴事実を記載していればフリージング状態は不要となる。この場合、故意としても、フリージング状態と言えるほどの心理状態にあることの認識は不要であり、厳しい師弟関係から形成された服従心を

¹⁶⁶ 島岡・前掲注（121）122頁参照。

¹⁶⁷ 前掲注（44）参照。

¹⁶⁸ 前掲注（77）参照。

利用して性交に応じさせているという認識があれば足りるため、有罪無罪の結論が相違する可能性もあったように思われる。」¹⁶⁹すなわち、優勢がある立場に立つ者が地位・関係性を濫用または利用しなかったと信じて、相手方が「同意した」と信じたまま性的行為に至るのは、過失性交罪の成立する余地はなおあるかもしれない。しかしながら、このような場合であれば、行為者の注意義務はむしろ一般人より高いかもしれないので、故意犯の成立が認定しやすいし、実質的判断より、形式的判断を陥る恐れがある。

それに対して、久留米事件のような事件を解決するために、過失性交罪の創設が必要であるのは、それは事前の同意に関する誤信であるからだ。¹⁷⁰確かに、久留米事件に対して、同意の存在を誤信した抗弁事由が出来きたので、「過失強姦罪」のような条文があれば、有罪判決は言い渡せる意見もあるが¹⁷¹、この問題の解決は、やはり手段要件の変更を併せて考察しなければならないのである。法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回会議で公表された「試案」によれば、アルコール又は薬物を摂取させることにより人を拒絶困難(拒絶の意思を形成し、表明し又は実現することが困難な状態をいう。以下同じ。)にさせ、又はアルコール又は薬物を摂取させることにより人が拒絶困難であることに乗じて性交等をした者は、5年以上の有期懲役に処する。この試案の表述を分析すると、「させ」と「乗じる」という表現がなお維持されているので、当該罪名の過失犯が成立しないと理解すべきであると思われる。

しかしながら、一般的に、アルコール又は薬物を摂取させることより意識が喪失している状態であれば、拒絶の意思を形成することが困難であると評価できるが、完全に意識が喪失する前に、お互いのやり取りや言語によって、内心に性的行為に拒絶する意思があるにも拘らず、「相手が同意した」と誤信した場合がないとは言えないだろう。一方、互いに飲酒や薬物の服用をしてから性交をしようと合意して飲酒・服薬した後、酩酊・薬効により抗拒不能の状態になった相手方と性交した場合、この事前的性交の同意が抗拒不能状態における性交に対する有効な同意になる余地があると思われる。¹⁷²同じように、関係が良好で継続的に性的行為を行っているカップル間における片方が寝た後の性的行為を念頭におくと、睡眠の状態によって同意を表明できなくても、事前的同意による不処罰を認めることが必要であると思われる。しかしながら、事前の包括的同意の誤信の主張がなされる可能性も十分にあるので、このような事案に対して、過失犯が成立する可能性を慎重に検討することが肝心である。¹⁷³

三、過失性交罪の必要性

1. 許されない「言い訳」

合理的な誤信は性犯罪の分野でよく見られる抗弁事由である。コンモンローにおいて、

¹⁶⁹ 樋口・前掲注(23)105頁。

¹⁷⁰ 半田・前掲注(14)29頁参照。

¹⁷¹ 園田寿「泥酔した女性が性行為に同意していると誤信したら無罪か」<https://news.yahoo.co.jp/byline/sonodahisashi/20190320-00118874>

¹⁷² 半田・前掲注(14)29頁参照。

¹⁷³ 樋口亮介「性犯罪における暴行脅迫・心神喪失・抗拒不能要件と同意(その3)」法学セミナー66巻6号(2021年)109頁参照。

特に有名な事例は DPP v Morgan という事件である。¹⁷⁴事案概要として、被告人 Morgan はイギリス空軍の士官であった。1973年8月15日の夜、彼は3人の同僚とお酒を飲んだ後、同僚を自分の妻と性交することを誘って、3人を自宅に招待した。当時、Morgan の妻（被害者）は彼とは別に寝ており、被告人たちが家に入ったとき、彼女は11歳の息子と一緒にベッドで寝ていた。4人の男性は被害者の抵抗を無視して、息子のベッドから彼女を引きずり出し、他の人が彼女を抱きしめている間、それぞれが彼女の同意なしに強制的な性交を行った。

Morgan の他に、3人の被告人はレイプ罪で起訴されており、Morgan はレイプ幫助罪で起訴された。理由としては、当時、配偶者間の性犯罪が認められなかったからである。裁判で、3人の被告人は、Morgan の妻が性的行為に同意したと正直に信じていたと主張した。彼らの主張によれば、事前的に、Morgan が彼の妻は「変態」であり、よく抵抗のふりをしたと彼らに言った。第一審において、裁判官は陪審員に対し、被告人は被害者が同意したこと正直に信じており、及びその信念は合理的である場合、性犯罪が成立しないと指示した。その上で、1974年1月24日、被告人4人が全員に有罪であった、と判示した。判決が言い渡され後、被告人たちは上訴した。

上訴審では、被害者が同意したということを正直に誤信した場合、客観的に合理的である必要はないという結論を出した。最後に、当該事案の被告人たちが有罪である結論が変わらなかったが、同意があったという誤信が不合理であっても、正直に信じた場合は無罪になりうる、という上訴審で主張された結論が、当時の民衆、特に女性の一般的な不満を引き起こした。したがって、この事案に関して、被告人たちの有罪判決にもかかわらず、広く批判されていた。特に、当時のイギリスのフェミニストたちはこの事案を批判した。¹⁷⁵最後に、イギリスは2003年性犯罪法案によって、被害者が同意したという被告人の信念は「合理的」でなければならないと規定された。

確かに、イギリスにおける「合理的」誤信がすでに一定の程度で DPP v Morgan のような事案を解決したが、過失犯の創設はそれより、被告人に更なる注意義務が課されている。それは、そもそも「合理的」であるかどうか、という問題を判断する基準は明確とは言えないからである。詳細に言うと、性別による力の不均衡状況は、対等な人間関係の対極であると思われており、女性の言葉は、そのものとして尊重されることなく、男性の願望に従って解釈されている。¹⁷⁶

さらに、「合意」というのは、「二人の人間の意思が合致することであることは言うまでもない。ある目的に対して、等距離から二人の人間が歩み寄って一致点に到達したというのが『合意された』ということである。このことが可能にある大前提は、二人の人間が対等な場所に立っていることであり、どちらの人もどのような意思決定をしようとも、相手はもちろん誰からも、何の不利益を受けないことが保障されていることである。イエスと言わなければ不利益を被る状況で言われたイエスや、まして沈黙は、本当のイエスではな

¹⁷⁴ <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1975/3.html>

¹⁷⁵ See Sara Hinchliffe, *Rape law reform in Britain*, Society (New Brunswick). 2000, vol. 37, no. 4, p59.

¹⁷⁶ 角田・前掲注 (9) 199 頁。

い。」¹⁷⁷それゆえ、「合理的」という制限が加えられても、「彼女が同意した」という「幻想的同意」は許されない「言い訳」と見なされるようになっている。

2. 被害者に対する非難の防止

前述したように、性犯罪は通常「故意」に実施する必要がある行為とみなされている。それゆえ、行為者が裁判中よく使われている抗弁事由は、相手方が性的行為に同意したと信じていた、ということである。この事由を証明するために、特にイギリス法のように、「合理的」であるかどうか、という問題に対する判断が極めて重要である場合、裁判の重点は被害者当時の行為、態度、さらに、その前の生活スタイルに対する考察に移ることが多いのである。すなわち、被害者が同意したという抗弁を証明するために、よく被害者を考察の中心として、被害者の服装や、生活スタイルや、行為時の状態を議論する。これは、「標準被害者」または「被害者資格要件」と呼ばれている。結論として、被害者として認められるには、貞操観念をしっかりと持った上品な女性であることが常に必要である。¹⁷⁸

このような非難を防止するために、多くの国では、レイプ・シールド法が作られた。例えば、アメリカ、イギリス、カナダ等の国において、類似的な規定が設けられている。¹⁷⁹レイプ・シールド法の問題に関して、現在の日本においても検討されている。上谷さくら弁護士の紹介によれば、弁護人が要証事実と関係ない性的なことで被害者をおとしめるということは、今でも法廷で行われている。例えば、被害者の職業や活動、被害とは無関係の被害者の既往歴はよく法廷で言及されている。特に、既往症などについては、被害者がピルを飲んでいることを殊更に指摘する弁護人もいるし、このピルを飲んでいるというのは、要は性的に奔放な女性であると、妊娠をしないようにしているのだという趣旨で質問しているらしいのである¹⁸⁰

そのほかに、このような質問は、特に「性風俗や『発展場』にいる人について」、彼らが「その場にいたことを開示することが難しい状況にあると、法廷で自らの職業や性経験を問題視されるリスクというのは、当事者から声を上げる力を奪うのだということ」である。¹⁸¹したがって、被害者が安心して被害申告をして、刑事裁判の場に臨めるようになるためには、レイプ・シールド法の必要性も提言された。しかしながら、レイプシールド法の他国の立法例が挙げられても、アメリカその他の国で非常に多様な規定を鑑みると、この分野で明確な規律を設けることの難しさが分かる。¹⁸²

以上のように、レイプ・シールド法を作って女性に対する非難を防止するアプローチの他に、過失性交罪を創設して、性交行為する前に、相手方の意思を確認する義務を法律によって明確化することは、より徹底的なアプローチであると思われる。そもそも、性的自己決定権というのは、被害者の服装や職業または既往歴とは関係せず、誰でも有している

¹⁷⁷ 角田・前掲注 (9) 198 頁。

¹⁷⁸ 角田・前掲注 (9) 194 頁。

¹⁷⁹ 性犯罪に関する刑事法検討会第7回会議 (令和2年10月20日) 配布資料50「いわゆるレイプシールドに関する諸外国の規定(仮訳)」参照。

¹⁸⁰ 性犯罪に関する刑事法検討会第7回会議 (令和2年10月20日) 議事録18頁参照 (上谷さくら委員)。

¹⁸¹ 性犯罪に関する刑事法検討会第11回会議 (令和3年1月28日) 議事録19頁参照 (小島妙子委員)。

¹⁸² 前掲注 (181) 20 頁参照 (池田公博委員)。

基本的権利であるからだ。

四、過失性交罪への疑問

1. 実務上の難点

過失性交罪が創設されたとしても、行為者の主観的要件は故意であるかまたは過失であるか、という問題を判断するのは、難しいことであると思われる。そもそも、性的行為に同意したかどうか、という問題に対する判断は第一歩であり、非常に難しいプロセスであると思われる。したがって、被害者の同意に対する判断に基づき、さらに行為者の主観面の判断が必要であることは、よく疑問視されている。この問題を解決するために、スウェーデンは、第一歩の判断を簡略化した。それは、「yes means yes」という基準を採用したことである。それゆえ、スウェーデン最高裁判所の過失性交罪の事例において、被害者と被告人が同じベッドに横になることについて合意があったという事実と、被害者が下着しか着ていなかったという事実は、被害者が性的行為に関与していたことを意味するものではない、と認定されていた。「Yes means yes」という基準を採用していることは、おそらく過失性交罪の意義が最大限実現される原因であるだろう。

また、第二章で分析したように、性犯罪の特徴の一つは、証明の困難性である。確かに、法律の規定が如何なる完璧に設置されていても、捜査段階では証拠の採集が難しく、当事者の供述が信用しにくいと考えるため、具体的な事件が正義に合致することが難しいと思われる。しかしながら、刑法規範の在り方を検討する際、証明の難しさということを考慮しなければならない要素としている理由は、必ずしも明確とは言えない。そもそも、刑事実体法と刑事手続法とは相互に繋がっているにも拘らず、独立の法律であるからだ。

その他に、実務上の第二の問題点は、性犯罪処罰の軽減化ということである。特に答弁取引 (Plea bargain) 制度が採用されている国であれば、公訴の効率を追求するために、検察官が軽い罪名で起訴することを被告人に保証して、被告人の有罪答弁を交換することができる。故意犯と比べて、過失犯罪が比較的軽い罪名であるので、故意犯によって起訴することより、過失犯によって起訴する恐れがあると思われる。それゆえ、過失性交罪が創設されると、特に疑わしい事案であれば、公訴機関が証明責任を軽減するため、故意犯より過失犯の成立を第一の選択とするかもしれない。そうすると、被害者側から鑑みると、行為者が負うべき責任が軽減されるという懸念が出て来る。

2. 理論化の難点

十八世紀までの刑法理論において、過失には準犯罪か、もしくは減輕事由としての地位しか与えられず、故意のみが真正の刑事責任とされていた。¹⁸³日本の刑法を鑑みると、その三八条第1項は、「罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、その限りではない」と規定されている。すなわち、原則として刑法は故意犯のみ処罰しているが、例外として、明文で規定されている罪名の過失犯も処罰できるということである。仮に日本においても、過失性交罪を設けると、その理論構造を明確化することは重要であると思われる。

¹⁸³ 松宮孝明『刑事過失論の研究』(成文堂、2004年)2頁参照。

過失論の理論を鑑みると、旧過失論と新過失論の他に、修正した旧過失論または新・新過失論もあるが、ここでは、論述の便利のために、旧過失論と新過失論を典型的理論として、検討を加える。旧過失論によれば、過失の本質を、結果を予見すべきであったにも拘らず、不注意で結果を予見しなかった点のみに求め、過失を故意と並ぶ責任形式であるとする。従って、旧過失論によれば、故意犯と過失犯とは責任形式に違いがあるだけで、構成要件・違法性については共通であるとする。しかしながら、過失事案が増加することに伴い、新過失論が提唱された。新過失論によれば、過失を違法性段階で捉え、客観的結果回避義務違反ないし予見義務違反がなければその行為は適法であると考えられている。¹⁸⁴

しかしながら、いずれの過失論に賛成していても、過失が認められる基準は、明確にしなければならないのである。すなわち、旧過失論に賛成すると、どのような場合は予見可能性が認められるか、という問題は肝心である。一方、新過失論に賛成すれば、どのような場合に注意義務違反であると認定すべきか、という問題を検討することが重要であると考えられる。

(1) 言い難い意思

令和3年5月に公表された性犯罪に関する刑事法検討会取りまとめ報告書によれば、実務において、客観的には被害者の同意があるとは認められない状況であるにもかかわらず、被告人において同意があると考えられるもやむを得ないと評価される事態が生じている。この問題に対応するためには、二点の意見が述べられた。すなわち、第一に、被害者の不同意の徴表が構成要件に明確に示されるような実体法の整備が必要である。そして、第二に、社会的に何を同意と見るかが曖昧であることが問題であり、司法関係者や社会一般が、性的行為に対する同意の在り方について理解を深めることや、これらに対して、被害者の心理状態に関する教育・啓発がなされることが必要である。¹⁸⁵その中で、第一点は、不同意性交罪の創設によって問題を解決するアプローチであるが、第二点で指摘されたように、そもそも、このアプローチにも問題点があるのである。それは、性的同意に対する社会的認識や公認の欠如、という問題である。特に、女性にとって、性的同意を明確に示すことは恥ずかしし、男性側からみれば、相手方が当該性的行為に同意しなかったことを予見することは無理である、という現実の問題になっている。

先ほど述べたように、行為者に一定の義務を課すことは、過失性交罪の本質であると思われる。しかしながら、事実上、行為者だけではなく、被害者にも自分の意思を表明する義務があるだろう、という疑問も出てくるかもしれない。特に東南アジア諸国においては、社会的風俗や性的意識に関する理由によって、積極的に性的行為をする意思を表明することが難しいと考えられる。それゆえ、男性が相手方の意思を判断することは、さらに難しいのでと評価される。例えば、性犯罪に関する刑事法検討会において、過失性交罪の創設を反対した意見として、もっとも重要な理由は、「性交等に至る経緯や同意を得るプロセスは多様であるし、性交等に当たって相手方が示す反応も様々であることから、どのような方法で確認すれば注意義務を果たしたことになるかという判断基準が不明確である」、

¹⁸⁴ 甲斐・前掲注(149)96頁参照。

¹⁸⁵ 前掲注(3)12頁参照。

ということである。¹⁸⁶

この問題を解決するために、やはり性刑法の機能に関する議論と併せて検討する必要があると考えられる。第二章において、性刑法の機能に対する分析によって、性刑法の積極的機能を果たすべきである、と主張した。また、過失性交罪の創設には、そもそも一定のメッセージを伝える機能があるので、過失性交罪の意義を慎重に検討する必要があると考えられる。矢野恵美教授が紹介されたように、スウェーデンの2018年性刑法も、「被害者が任意に参加したかどうかを判断するのは難しい」という理由によって強く反対されているが、スウェーデンは「任意に参加している人被害の性行為はレイプである」というメッセージを発する道を選んだ。¹⁸⁷過失性交罪も、この罪名の創設によって発したいメッセージは、性交する前に、必ず相手方の真正的意思を確認しなければならない、ということである。

通常、法律は社会の現実が遅れているべきだと考えられる。すなわち、一般的には、社会の現実には一定の問題が発生したら、立法者たちは法律の制定や改正を通じて、これら問題に対応する。それでは、性犯罪の分野において、状況は違うだろうか。詳しく言うと、不同意性交罪も、過失性交罪も、問題を解決するアプローチであると認められなく、むしろ新たな社会問題が起す理由であるとみえるが、そうではないと考えられる。なぜかという、性犯罪の立法はいわゆる社会現実をある程度を超えているように見えるが、このような社会現実には人々が信じている仮象にすぎないからである。すなわち、女性が自分の性的欲望をはっきり表明することがあり得ないことは、すでに変わり続けているのである。仮に「言い難い意思」という意識が、今までなお人々の考え方を束縛しているならば、過失性交罪の創設によって、このような認識を変えることには、相当な価値があると考えられる。

確かに、過失性交罪を創設することには、理論構造も司法実務上も難点が多いが、「言い難い意思」を理由として、これを拒絶することは、説得力が足りないかもしれないと思われる。そもそも、スウェーデンの最高裁判所の事案のように、被害者に対しても、必ず自分の意思をはっきりする義務が課されていないのである。

(2) 注意義務の正当性

注意義務の内容について、旧過失論からは結果予見義務、新過失論からは結果回避義務が帰結され¹⁸⁸、いずれの理論に賛成しても、注意義務の根拠、またはその正当性を明確化しなければならないのである。そもそも、過失が何故刑事責任たりうるかを根拠づけることは、刑法理論上重大な課題であると思われる。言い換えれば、行為時における「義務」とは何か、つまり過失犯における「法的期待」とは何かを明らかにすることが必要であると考えられる。¹⁸⁹しかしながら、性犯罪の分野でこの問題を検討することは、さらに困難であるかもしれない。理由は、以下のとおりである。

¹⁸⁶ 前掲注(3) 12頁参照。

¹⁸⁷ 矢野・前掲注(142) 628頁参照。

¹⁸⁸ 松宮孝明『刑法総論講義(第5版)』(成文堂、2017年) 207頁参照。

¹⁸⁹ 古川伸彦『刑事過失論序説』(成文堂、2007年) i頁参照。

まず、義務づけの性的行為は今まで想像し難いことであるだろう。性的自己決定権を保護するために、逆に人々の日常生活を壊す可能性もありうる、という懸念もよく主張されている。知り合い、特にカップルである場合、相手方が意識不明の場合、「同意がある」という判断は不可能であるから、過失性交罪が創設されると、カップルの間にも、過失性交罪が成立しうるか。この問題について、カップルの間には、絶対に過失性交罪が成立しないとは言えないだろう。しかしながら、すでに夫婦になる場合、性的行為をする前に、必ず相手方の意思を確認する義務を課すことは、本当によいか。

また、久留米事件のように、男性と一緒にお酒を飲んで、相手方とのやり取りもよい場合、そのまま酔っ払った場合は、「同意がある」と認識してもよいか。日本で行われたフラワーデモから見れば、答えは、そうではないだろう。「あなたが自分の意志でこんなにつばいなお酒を飲んだよ」、「あなたは、男性がいるのに、無防備に意識不明に陥ったよ」、「そうすれば、性的行為をそのまま流れに任せるに留まった可能性があるだろう」¹⁹⁰等認識を変えるのは、急務であると考えられる。すなわち、女性が自分で「危険を引き受けた」とみえる場合においても、男性は、相手方が自分の性的行為に同意するかどうかを確認するために、合理的なステップを取らなければならないのである。もし性的行為の発起人がこのようなステップを取らなかったら、相応の注意義務を果たさなかったため、過失と認定される可能性がありうる。

しかしながら、この注意義務を人々に課す前提は、その義務の正当性であると思われる。性的行為を発起した人に確認する義務を課すことを支持する理由は、主に二つがある。第一は、前述したように、「危険を引き受けた」というような認識を変えるために、性刑法のメッセージ機能を果たすべきからである。また、第二の理由としては、性犯罪の実質は不同意の性的行為であるからだ。詳細に言うと、傷害、殺人など多くの重罪の行為形態には過失が含まれているが、なぜ性犯罪罪が例外なのか、という問題に対して反省すると、やはり伝統的に「強姦罪」という罪名の強制性を長期にわたって強調したからである。

結論として、個人的には、このような義務を課すことは、合理的であると考えられる。確かに、過失性交罪を理論化すると、難点がかなり多いのである、更なる分析が必要であると考えられる。例えば、具体的に被告人の注意能力に対する判断は、その難点の一つであると思われる。この点について、行為者の注意能力のうち、「情報収集能力」及び「回避行動能力」という要素を考慮に入れて「具体的類型人」を設定し、それを基準に注意義務を定立する「注意能力対応説」も主張された。¹⁹¹しかしながら、このような要素は詳細にどのように判断すべきか、性犯罪の場合、「強い個人」である行為者に対する判断は特別事情を考慮すべきか、というような問題はさらに検討しなければならないのであると思われる。

前述したように、久留米事件とゴルフコーチ事件とは、類似しているところがある。詳細に言うと、ゴルフコーチ事件は地位・関係性がある場合の性的行為であり、久留米事件は酩酊状態の下で行われた性的行為である。それゆえ、二つの事件とも、被害者が行為者の状態と比較すると、一定の脆弱性があると思われる。不同意性交罪の概念を受け入れつ

¹⁹⁰ ゴルフコーチ事件の第一審判決を参照。

¹⁹¹ 大塚裕史「過失犯における注意義務と注意能力との関係」早稲田法学会誌 32 巻（1982 年）67 頁。

つ、性犯罪の手段要件を拡張すると、このように、暴行・脅迫という強制手段の他に、被害者が不平等の状況、又は反応不能の状況の下で、性的行為を行う場合は、行為者の注意義務がさらに高いとされるべきであると思われる。したがって、過失性交罪を設けることは、必ず性犯罪の体系に対する全体的な構造とこれに対する理解とあわせて衡量しなければならないと考えられる。

五、結論

スウェーデンにおける状況に対する紹介を踏まえて、日本の現行法と判例に対する分析により、過失性交罪の意義と構造はさらに明になってきた。現在の各国の動向や動きを鑑みると、過失性交罪の創設を支持する声が高まっているが、同時に、過失性交罪に対する質疑を示す論調も多く現れた。個人的には、性犯罪の本質に対する認識を転換すれば、被告人が重大な過失で相手が同意していなかったことを認識せず性的行為を行う場合、過失性交罪が成立する余地があるべきだと考える。しかしながら、実務上の問題にも拘らず、さらに難しい問題は理論上の構造である。

過失犯の構造から見ると、まず社会は行為者に期待する必要がある。このような期待は、性犯罪に対する理解や性意識と繋がっており、逆に社会的性秩序または性行動に影響することである。事実上、矢野教授が指摘されたように、過失性交罪を設立することは、刑法が社会的秩序を調整し、教育する役割を果たしている。¹⁹²それは、性的行為の発起者が相手の意思を確認しなければならないというメッセージを発することである。確かに、通常、刑法は補充性、断片性があるため、法益侵害が深刻な行為だけを処罰すると考えられており、刑法の教育機能に対しても質疑がなお存在しているから、過失性交罪までを処罰するのは、やはり刑法の役割に合わないという疑問がありうる。しかしながら、性犯罪の分野においては、フェミニズム思想と人権主義運動の発展に伴い、性犯罪に対する反省も行われている。これは罪刑法定、責任主義などの枠組みを壊すわけではなく、むしろ刑法が性的自己決定に対する保護が弱い、という現象に対する反省の成果にすぎないのである。

また、上記の分析のとおり、同意の錯誤に関する事例について、解決するアプローチは二つがある。第一は過失性交罪を新設するアプローチである。そして、第二は、手段要件の拡張によって問題を解決するアプローチである。手段要件の拡張ができれば、「行為者が被害者に与えた心理的圧迫に基づいて同意意思が形成されたことの認識さえあれば、故意の成立は認められるのであり、単に行為者側において同意があったという認識があったとしても、それだけでは故意が阻却されることにならない」¹⁹³ので、過失性交罪を創設しなくても問題が解決できると思われるかもしれない。この問題に対して、松澤教授の意見によれば、「No means no」——No と言っている者に対して性交してはならないということ——の状況までは保護されているが、そこまでである。これを補完するのが、過失レイプ罪であるということが出来る。¹⁹⁴前述したように、おそらく多くの事案は手段要件に対する修正、特に心理的強制への重視によって解決できるが、過失性交罪を創設することは、な

¹⁹² 矢野・前掲注 (142) 627-628 頁参照。

¹⁹³ 嘉門・樋口・前掲注 (64) 9 頁参照。

¹⁹⁴ 松澤・前掲注 (144) 652 頁参照。

第四章 不同意性交罪に対する分析 —日本を対象にする構想—

お意義があると考えられる。特に、過失性交罪に対する学術上の議論は、社会に対して、一定のメッセージを発することもできるので、過失性交罪は無視すべきではない課題の一つであると考えられる。最後に、理論的な構造を見ると、過失性交罪を新設することは、相当難しい課題である。特に、日本や中国のように、性犯罪に対する理解はまだ制限されている国にとっては、過失性交罪の創設がなお難しいかもしれない。したがって、今後は、更なる研究や検討が必要であると思われる。もし、社会的に、性差別をなくすことができれば、過失性交罪に対する理解も容易になりうるだろう。

終章

第一節 本稿の論旨

以上、比較法的視角から、性犯罪に関する諸問題、特に性犯罪の処罰範囲に関する問題を考察してきた。もっとも、なお十分に論じきれなかった問題もある。そこで、以下では、これまでの議論を要約するとともに、今後の課題と展望について述べる。

全体的に、日進月歩の技術と密接に関連する犯罪を除いて、各国の刑法が初期に類型化されてから、性犯罪のように広範な論争を引き起こす犯罪は一つもないようで、その固有の本質的特徴が法学者を除いて、社会学者、哲学者、社会学者など各界の人々の関心を集めている。したがって、性犯罪に関する諸問題を検討する際には、刑法規範論上の意識は不可欠であるが、それ以外の知識、特にジェンダー意識も考慮しなければならない要素である。本稿は、性犯罪の処罰範囲を明確化することを目的として、性犯罪の保護法益、性犯罪規制の機能と限界及び修正論または立法論による解決策の選択を検討した。その上で、日本と中国の性犯罪規定を詳細に分析して、それぞれの問題点を検討した上で、性犯罪規制パターンとしての不同意パターンと要件式パターンの特別の定義を見出せた。最後には、性犯罪の処罰範囲を取り扱う際、もっとも厄介な三つの問題を検討して、私なりの結論を得た。

詳細に言うと、第一章では、性犯罪の保護法益に関する問題を検討した。まず、第一節では、性的自己決定の基本的視座を明らかにして、性犯罪の保護法益が変更した流れを紹介した。さらに、第二節では、性的自己決定権が性犯罪の保護法益として広く認められているが、新たな法益構想もよく提唱されているので、この保護法益に関する論争の実質は、性的自己決定権に対する認識が不十分であるからだと論証した。実は、性犯罪の保護法益に関する諸構想を分析した上で、その核である部分が性的自己決定権の内実とは一致しているため、性的自己決定権を保護法益としても、性犯罪に関する諸問題を解決することは、可能であると提言した。この論点をさらに論証するために、第三節においては、法益論の機能をさらに検討した。結論として、法益の機能に対する疑念は確かに存在しているが、完全にある罪名の保護法益を無視して、その処罰範囲を検討することは、やはり無理であると確認した。その上で、性犯罪の保護法益は一元論の性的自己決定権であるとの結論に至った。

ついで、第二章では、性的自己決定権に関する規範論を分析した。前述したように、罪名の保護法益を明確化するのは、やはり処罰範囲に関する問題を解決するための基礎であり、第一歩とも言える。しかしながら、性的自己決定権は性犯罪の保護法益として認められても、それぞれの疑問や懸念に応じるために、規範論上の検討は不可欠である。すなわち、性犯罪に関する諸問題を解決するために、刑法において、性的自己決定権をどのように理解すべきか、という問題を検討するのは、極めて重要であると思われる。そもそも、法益に関する議論の目的も、規範論を検討する際に、その限界を確定して、検討の焦点を

明確化することである。したがって、第二章第一節においては、性的自己決定権の条件及び性刑法の現状と動向を検討した。その上で、第二節においては、性刑法の機能と限界の定義を明らかにした。さらに、性刑法は、積極的機能を果たすべきであるとの結論に至った。最後に、第三節においては、それぞれの問題点及びその原因を明確した上で、性犯罪の規範論を正しく構築するための解決策を検討した。それは、性的自己決定権の特徴を理解した上で、立法論を選択して、そして積極的パターンリズムを維持すべきであるとの結論を得た。

そして、第三章では、第一章と第二章の検討を踏まえた上で、歴史的な視角も含め、比較法的なアプローチに基づき、日本と中国の性犯罪規定を検討した。性犯罪を研究する趣旨は、性犯罪に普遍的に存在する問題点を解決することであり、性的自己決定権と刑法の処罰範囲のバランスを見つけて、客観的な判断基準を模索することである。しかし、その目的を達成するために、自国の性犯罪立法の現状と不足している点を研究しなければならないと思われる。性犯罪立法がすでに整っている国に比べて、中国は立法上遅れているだけでなく、立法論上の議論も乏しい状況にある。したがって、第三章においては、日本と中国の性刑法を分析して、両国の共通の問題点を見出して、不同意パターンと要件式パターンの実質区別を明らかにした。

最後に、第四章では、性犯罪の処罰範囲に関する諸問題のうち、残された三つの一番厄介な問題を取り扱い、性刑法の問題点をより分析した。また、日本が対象とされた理由は、中国と日本の性犯罪規定における高度な類似性があり、今日日本において性犯罪に関する検討が盛んであるからだ。詳細に言うと、第四章においては、検討された三つの問題は、強制手段である暴行・脅迫要件に関する問題、欺罔性交という問題及び過失性交罪の創設という問題である。第一の問題に関して、暴行・脅迫要件は性犯罪に至る諸手段の一つに過ぎないので、被害者の不同意を中核として、包括的な手段要件を明文化するのは、より適切な規制アプローチであることを論証した。そして、第二の問題に関して、確かに欺罔手段も性犯罪の諸手段の一つであるが、暴行・脅迫要件と比べると、欺罔手段に関する議論が特に少ない。その中で、新型欺罔性交の問題は、すでに諸外国において盛んに検討されているが、日本においては、重視されていない問題である。この問題を重視するために、イギリスとカナダの状況を紹介して、日本における問題意識を構築した。最後に、第三の問題、すなわち過失性交罪の問題も重要な問題であり、今後日本の性刑法または中国の性刑法を検討する際には避けられないテーマである。しかしながら、結論として、性的意識やジェンダー意識が十分に浸透されていない日本や中国にとって、過失性交罪の創設はまだ厳しい挑戦であるとの結論を得た。

以上、本稿は、理論的な分析を加えて、日本、中国及びイギリス、カナダ、スウェーデン等の国の判例・学説を分析することで、性犯罪の諸問題を解決するためのアプローチを検討した。

第二節 残された課題

性犯罪に関する問題を検討することは、非常に膨大な課題であり、単に刑法理論によっ

て解決できる問題ではない。本稿が特に性犯罪の処罰範囲という問題を取り扱っても、すでに多くの問題にも触れた。それは、性交同意年齢に関する問題、性交概念とわいせつ概念の整理に関する問題、配偶者間の性犯罪に関する問題、及び性犯罪に至る手段要件と主観要件に関する問題である。これらの問題を検討する際に、性犯罪の処罰範囲を一定の程度で明らかにしたが、残された問題はなお多くある。その中で、特に以下の3点を示しておきたい。

第一に、性犯罪規定の体系に関する問題である。

第二章で分析したように、性犯罪の具体的な条文の書き方についても、立法論によって危機をもたらす可能性はありうるのである。すなわち、日本の現行刑法を鑑みると、その条文自体はかなり短くて、詳細な規定はなされていないので、性犯罪に関する膨大な条文を刑法に入れると、多少な違和感が出てくるかもしれない。特に、日本の現行法を考えると、性犯罪を規制している法律は刑法典に限らず、児童福祉法や児童買春法というような法律も規定されており、性犯罪に関する全国の各都道府県の条例も規定されている。条文間の齟齬を避けるために、または性犯罪規定の体系をさらに改善するためには、性犯罪に関する特別法を制定するのも可能であると主張された。例えば、和田俊憲教授の見解によれば、「性犯罪についての特別法を作って、児童福祉法だとか児童買春法だとか各種条例だとかも含めた、総合的に統一的な検討をした上で、それを全て特別法に盛り込むというようなことが超長期的には課題になり得ると思っております。」¹確かに、性犯罪に関する問題は甚大な課題であり、性的行為を犯罪化する傾向に伴い、さらに複雑な体系になる可能性が十分にあるので、単独の性犯罪法案を作るのも、説得力がある提案であると考えられる。しかしながら、この課題に対処するためには、性犯罪の処罰範囲を徹底的に明確化する必要があり、国際的視野を入れて、ジェンダー意識を踏まえて、より慎重な検討が肝心であると思われる。

そして、残された課題の第二として、性犯罪法定刑の問題である。

第三章で検討したように、法定刑の問題は規範論上極めて重要な課題の一つであるが、本稿は主にその前提である処罰範囲に関する問題を検討してきたので、法定刑に関する問題を一応割愛した。しかしながら、完全な性犯罪法体系を構築するために、法定刑の問題は避けられない問題である。特に性犯罪規定の拡張とともに、性犯罪の法定刑は低くすべきか、という問題は大事である。もともと、日本における2017年の法改正によって、法定刑の下限を3年から5年に引き上げたことに対しても、疑問が出てきている。例えば、宮田桂子弁護士が紹介されたように、「改正によって、萎縮的な効果が生じたのではないか、改正前の法定刑の下限が3年のときには、もっと大胆な判決もなされていたという指摘もあります。」²この点に関して、実証的な根拠を示されないと、やはり説得力は欠いているので、令和2年性犯罪に関する刑事法検討会で配布された資料「性犯罪の量刑に関する資料（平成11年～令和元年）」を参照することは参考になる。その中で、平成29年から令和元年のデータとその前のデータと比較すると、明らかな萎縮的な効果はないものの、この点に関しては、更なる研究が必要であると考えられる。特に悪質性が同じである事案に関

¹ 性犯罪に関する刑事法検討会第4回会議(令和2年7月27日)議事録15頁(和田俊憲委員)。

² 性犯罪に関する刑事法検討会第5回会議(令和2年8月27日)議事録6頁(宮田桂子委員)。

して、法改正前の量刑状況と法改正後の量刑状況を比較することはさらに説得力があると考えられる。また、暴行・脅迫を用いた性犯罪と欺罔、不意打ちや他の脆弱性を利用する性犯罪とは、同じ法定刑によって処罰することは合理的であるかどうか、という問題もさらに検討する必要がある。特に法定刑の下限が5年である日本現行法は、どのように処罰範囲の拡張を対応するべきか、という問題も重要であると考えられる。³

残された課題の第三は、不同意性犯罪が創設された国々での実態に関する問題である。

結論として、本稿も不同意性犯罪という罪名を性犯罪に対処する最優の選択肢であると支持しているが、日本や中国の実態に応じるためには、直接にスウェーデンのように「yes means yes」モデルを採用するのは、難しいことであると考えられる。しかしながら、今後の性的意識の変化とともに、実現できることであるかもしれないので、そのような未来に対応するために、さらに研究しなければならないのは、不同意性犯罪が実施されている国々の実情である。すなわち、不同意性犯罪に関する判例や学説上の総論、または刑事訴訟法上のやり方等のことである。これらの問題を比較法的研究の視野に入れて、実証的調査・分析をすることは大切であると思われる。特に過失性犯罪が創設されている北ヨーロッパの国の状況を調査するのは、今後の研究課題としたいと思う。

以上のような各点のみならず、この他にも種々の課題は残されている。また、本稿は消極的性的自己決定権を検討対象として絞ったこともあり、積極的性的自己決定権に関する性犯罪の問題には殆ど触れていない。しかも、本稿は、見ての通り、現に提唱されている「不同意性交等罪」を大きく変えようというものでもない。その前提である部分が変わるところがあるとしても、それはせいぜい性的自己決定権を保護法益として維持する程度である。

それでもなお、本稿に一定の成果があったとすれば、それは性的自己決定権の条件と特徴を明らかにして、規範論上の基礎を再構築することである。そうしなければ、性犯罪に関する諸問題を検討することは、単に自分の立場から考慮した結果になる恐れがある。例えば、被害者側に立つ代表にとっては、被害者に対する保護が第一であるので、被害者の意思に反した性的行為を処罰すべきであると主張しがちである。それに対して、検察側の代表としては、立証の困難性を鑑みると、不同意性犯罪を反対することもよく見られる。刑法の安定性を重視する刑法学者の側も、反対する意見をもちやすいが、それはそれぞれの立場が違うからである。

したがって、性犯罪に関する諸問題を解決するためには、まず一定の共通の認識を構築することが重要であると思われる。それは、性犯罪の保護法益は何か、性刑法の機能と限界は何か、また、性刑法を検討する際には、どのようなイデオロギーを選択すべきか、というような問題である。これらの問題を検討した上で、性犯罪の諸問題に対する解決策は体系性をもつことができる。今世界中の性刑法の傾向を鑑みると、性的行為の犯罪化が不可避であり、なお日本や中国の性刑法に新たな視点や見解をもたらす契機となるのではないかと期待している。このような背景の下で、日本や中国がどのように世界レベルに達するか、という問題への回答は、それもまた本稿の成果といえることができよう。

³ 島岡まな教授の意見によれば、現行法より軽い類型も処罰範囲に含むので、法定刑の下限を三年にすべきであると考えられる。島岡まな「ジェンダー視点を取り入れた立法論—国際水準を踏まえた刑法性犯罪修正案—」刑事法ジャーナル 69 巻(2021年)121 頁、注 (60) 参照。

既発表の論文等の業績

1. 潘卓希「中国における性犯罪規定(1)」早稲田大学大学院法研論集 179 号 (2021 年) 99-115 頁。
2. 潘卓希「中国における性犯罪規定(2・完)」早稲田大学大学院法研論集 180 号 (2021 年) 1-15 頁。
3. 潘卓希「欺罔性交に対する刑事規制(1)—イギリスとカナダにおける議論を中心に—」早稲田大学大学院法研論集 183 号 (2022 年) 19-40 頁。
4. 潘卓希「欺罔性交に対する刑事規制(2・完)—イギリスとカナダにおける議論を中心に—」早稲田大学大学院法研論集 184 号 (2022 年) 12-30 頁。

参考文献

日本語文献（五十音順）

1. A・J・シュヴァルツ「ポーランド刑法におけるエイズ感染の刑法上の責任」（高橋則夫訳）比較法学 34 卷 1 号（2000 年）93-103 頁
2. 浅田和茂『刑法総論（第 2 版）』（成文堂、2019 年）8-9 頁参照
3. 浅田和茂『刑法各論』（成文堂、2020 年）119 頁
4. アテファニー・クープ『国際刑事法におけるジェンダー暴力』（日本評論社、2012 年）50-51 頁
5. アレクサンダー・ホラーバハ「法哲学からみた、法における自己決定」（笹倉秀夫訳）松本博之、西谷敏編『現代社会と自己決定権：日独シンポジウム』（信山社、1997 年）49 頁
6. 飯島暢「刑罰の目的とその現実性—法の目的、法の原理としての自由の保障との関係—」川端博・山口厚・井田良・浅田和茂（編集）『理論刑法学の探究（6）』（成文堂、2013 年）29 頁
7. 石田奈那・吉中季子・小野川文子「若年女性の妊娠と出産の実態：10 代で妊娠・出産した女性たちの語りから」道北福祉 9 卷（2018 年）1-16 頁
8. 井田良「刑事立法の活性化とそのゆくえ」法律時報 75 卷 2 号（2003 年）5 頁
9. 井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修 806 号（2015 年）7 頁以下
10. 井田良『講義刑法学・各論（第 2 版）』（有斐閣、2020 年）113 頁
11. 伊東研祐『法益概念史研究』（成文堂、1984 年）415 頁
12. 伊藤亮吉『刑法各論入門講義』（成文堂、2022 年）110 頁
13. 今井猛嘉「監護者わいせつ罪及び監護者性交等の罪」法律時報 90 卷 4 号（2018 年）64 頁
14. 今井猛嘉・小林憲太郎・島田聡一郎・橋爪隆『刑法各論（第 2 版）』（有斐閣、2013 年）80 頁
15. ヴォルフガング・フリッシュ「刑法における生命と自己決定」（浅田和茂訳）松本博之・西谷敏編『現代社会と自己決定権：日独シンポジウム』（信山社、1997 年）49 頁
16. 上野千鶴子『家父長と資本制—マルクス主義フェミニズムの地平』（岩波書店、2009 年）70 頁
17. 江口聡「『ノーはノー』から『イエスがイエス』へ：なぜ性的同意の哲学的分析が必要か」現代社会研究 19 卷（2016 年）70-71 頁
18. 江原由美子『フェミニズムのパラドックス—定着による拡散』（勁草書房、2000 年）163 頁
19. 江原由美子『自己決定権とジェンダー』（岩波書店、2012 年）36 頁以下
20. 大越愛子『フェミニズム入門』（筑摩書房、1996 年）30 頁以下
21. 大野真義『刑法の機能と限界』（世界思想社、2002 年）30-33 頁
22. 大野真義・森本益之・加藤久雄・本田稔・神馬幸一『刑法総論（新装版）』（世界思想

参考文献

- 社、2015年) 6頁
23. 大島稔彦『立法学:理論と実務』(第一法規株式会社、2013年) 1-2頁
 24. 大谷實『刑法講義各論(第5版)』(成文堂、2018年) 80頁
 25. 大谷實『刑法講義総論(新版第5版)』(成文堂、2019年) 7-9頁
 26. 大塚裕史「過失犯における注意義務と注意能力との関係」早稲田法学会誌 32巻(1982年) 67頁
 27. 岡野八代「第14章 フェミニズムと法・国家論」辻村みよ子編『ジェンダーの基礎理論と法』(東北大学出版社、2007年) 277頁以下
 28. 奥田暁子・秋山洋子・支倉寿子(編集)『概説フェミニズム思想史』(ミネルヴァ書房、2003年) 182-183頁
 29. 小野清一郎「改正刑法草案の批判に対する再批判(上)」ジュリスト 570号(1974年)18-20頁
 30. カール・クレッシェル「法史的観点で見た『自己決定』」(和田卓朗訳)松本博之・西谷敏編『現代社会と自己決定権:日独シンポジウム』(信山社、1997年) 10頁
 31. 甲斐克則『安楽死と刑法[医事刑法研究第1巻]』(成文堂、2003年) 19頁以下
 32. 甲斐克則「刑事立法と法益概念の機能」法律時報 75巻 2号(2003年) 13頁
 33. 甲斐克則『被検者保護と刑法[医事刑法研究第3巻]』(成文堂、2005年) 11頁以下
 34. 甲斐克則「被害者の承諾」椎橋隆幸、西田典之編『日中刑事法シンポジウム報告書 変動する21世紀において共有される刑事法の課題』(成文堂、2011年) 95頁以下
 35. 甲斐克則『臓器移植と刑法[医事刑法研究第6巻]』(成文堂、2016年) 3頁以下
 36. 甲斐克則『責任原理と過失犯論(増補版)』(成文堂、2019年) 102頁
 37. 甲斐克則・劉建利(編訳)『中華人民共和国刑法』(成文堂、2011年) 144頁
 38. 角田由紀子『性差別と暴力』(有斐閣、2001年) 183以下
 39. 角田由紀子「性犯罪法の改正—改正の意義と課題」論究ジュリスト 23号(2017年) 123頁
 40. 金井直美『自己決定の限界と可能性—自己決定の主体と能力をめぐる考察—』政治学研究論集 33号(2010年) 159頁
 41. 神山千之「合意による性交と強姦の境」刑事法ジャーナル 27号(2011年) 56頁
 42. 亀山継夫・河村博「準強制わいせつ及び準強姦」大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(第3版)第9巻』(青林書院、2013年) 82頁
 43. 嘉門優「法益論の現代的意義」刑法雑誌 47巻 1号(2007年) 121頁
 44. 嘉門優「性犯罪規定の見直しに向けて—不同意性交等罪の導入に対する疑問—」立命館法学 5・6(2019年) 52頁以下
 45. 嘉門優「同居の実子であるAの抗拒不能の状態に乗じて性交をした被告人に対して無罪を言い渡した原判決を破棄して有罪とした事例」刑事法ジャーナル 66巻(2020年) 115頁以下
 46. 嘉門優「被告人が、同居の実子(当時19歳)が被告人による暴力や性的虐待等によって抗拒不能の状態に陥っていることに乗じて性交をしたとされる準強制性交等罪の事案において、抗拒不能状態を認定できないとして無罪を言い渡した原判決を破棄して有罪とした事例」判例時報 2517号(2022年) 166頁

参考文献

47. 嘉門優・樋口亮介「性犯罪をめぐる議論状況」刑事法ジャーナル 69 卷 (2021 年) 8 頁
48. 川口浩一「強姦罪から不同意性交等罪へ：性刑法の基本類型の比較法的考察」法政研究 3 卷 8 号 (2019 年) 507-532 頁
49. 川口浩一「スウェーデン刑法における過失レイプ罪について」法律論叢 93 卷 4-5 号 (2021 年) 76-77 頁
50. 川崎一夫『刑法総論 (犯罪論)』(北樹出版、2009 年) 13-15 頁
51. 川崎政司「立法をめぐる昨今の問題状況と立法の質・あり方：法と政治の相克による従来の法的な枠組みの揺らぎと、それらへの対応」慶應法学 12 号 (2009 年) 52 頁
52. 川端博『『立法』の時代を迎えた刑事法学』学術の動向 8 卷 6 号 (2003 年) 40 頁
53. 川端博『レクチャー刑法総論 (第 2 版)』(法学書院、2005 年) 6-7 頁
54. 菊地一樹「法益関係的錯誤概念の拡張に対する批判的検討」早稲田大学大学院法研論集 156 号 (2015 年) 107 頁
55. 菊地一樹「刑法における性的自律の保護(2)」早稲田大学大学院法研論集 159 号 (2016 年) 153-155 頁
56. 菊地一樹「法益主体の同意と規範的自律(1)」早稲田法学会誌第 66 卷 2 号 (2016 年) 191 頁
57. 菊地一樹「タチャーナ・ヘルンレ『性的自己決定：意義、条件、そして刑事政策的要請』早稲田法学 92 卷 2 号 (2017 年) 200 頁以下
58. 菊地夏野「掘り起こされ、芽生えてゆく自由」仲正昌樹 (編集)『自由と自律』(御茶の水書房、2010 年) 139 頁
59. 北川佳世子「性犯罪の罰則に関する刑法改正」法学教室 445 号 (2017 年) 65 頁
60. 北川佳世子「強制性交等の罪・準強制性交等の罪」法律時報 90 卷 4 号 (2018 年) 55 頁
61. 木村光江「刑法各論の新展開(3)性的自由に対する罪と被害者の同意」現代刑事法：その理論と実務 5 卷 11 号 (2003 年) 96 頁
62. 木村光江「性的自由に対する罪と被害者の同意」現代刑事法 5 卷 11 号 (2003 年) 102 頁
63. 黄士軒「台湾における性犯罪規定」樋口亮介・深町晋也編著『性犯罪規定の比較法研究』(成文堂、2020 年) 949 頁
64. 国連経済社会局女性の地位向上部(著)『女性に対する暴力に関する立法ハンドブック』ヒューマンライツ・ナウ編訳 (信山社、2011 年) 37 頁
65. 小林憲太郎『『法益』について』立教法学 85 号 (2012 年) 484 頁
66. 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(判例時報社、2018 年) 196 頁
67. 小林憲太郎『刑法総論 (第 2 版)』(新世社、2020 年) 142 頁
68. 斎藤信治『刑法講義総論 (第 6 版)』(有斐閣、2008 年) 2-12 頁
69. 斉藤豊治「性暴力犯罪の保護法益」『セクシュアリティと法』(東北大学出版社、2006 年) 227 頁以下
70. 斉藤豊治「性刑法の改革と課題」犯罪と刑罰 26 号 (2017 年) 56 頁
71. 斉藤豊治「不同意性交罪の新設の意義と課題 (上)」法律時報 94 卷 9 号 (2022 年) 105 頁以下

参考文献

72. 齊藤豊治「不同意性交罪の新設の意義と課題（下）」法律時報 94 卷 10 号（2022 年）88-92 頁
73. 齊藤豊治「性刑法における被害者の位置と運用対応論の限界」犯罪と刑罰 31 号（2022 年）1-31 頁
74. 齋藤実「強制的性交等罪における暴行・脅迫要件について—北欧の性犯罪規定との比較検討—」獨協法学 112 号（2020 年）143 頁
75. 齋野彦弥「立法問題としての性的自己決定の保護」現代刑事法 5 卷 3 号（2003 年）20 以下
76. 佐伯千仞「刑法改正草案の問題点—少数意見の立場から—」ジュリスト 570 号（1974 年）37-43 頁
77. 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報 1 号（1985 年）94 頁
78. 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013 年）200 頁
79. 佐伯仁志「刑法における自由の保護」法曹時報 67 卷 9 号（2015 年）2489 頁
80. 佐伯仁志「日本の性犯罪—最近の改正の動き—」甲斐克則編『日中刑法総論・各論の先端課題』（成文堂、2018 年）152-153 頁
81. 佐久間修「刑事立法学の可能性—刑法解釈学と刑事政策—」山口厚・井田良・佐伯仁志『高橋則夫先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2022 年）17 頁
82. 笹倉秀夫「自己決定権とは何か」松本博之・西谷敏編『現代社会と自己決定権：日独シンポジウム』（信山社、1997 年）20 頁
83. 佐藤陽子「被告人が、かねてより被告人による暴力や性的虐待等により被告人に抵抗できない精神状態で生活していた同居の実子 A（当時 19 歳）に対し、その抗拒不能に乗じて性交したとして 2 件の準強制的性交等罪に問われた事案において、A が本件各性交当時に抗拒不能の状態にあったと認定することはできないとして、無罪が言い渡された事例」刑事法ジャーナル 62 卷（2020 年）152 頁
84. 島岡まな「性犯罪の重罰化—真の問題はどこにあるのか」法学セミナー 60 卷 3 号（2015 年）39 頁
85. 島岡まな「強制的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—」高橋則夫（ほか）『日高義博先生古稀祝賀論文集 上巻』（成文堂、2018 年）126 頁
86. 島岡まな「ジェンダー視点を取り入れた立法論—国際水準を踏まえた刑法性犯罪修正案—」刑事法ジャーナル 69 卷（2021 年）114-125 頁
87. 島岡まな「性犯罪に見られる現行刑法のジェンダー・バイアス—財産犯や住居侵入罪との比較を通して—」山口厚・井田良・佐伯仁志・松原芳博・仲道祐樹編集『高橋則夫先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、2022 年）250-255 頁
88. 嶋矢貴之「性犯罪における『暴行脅迫』について」法律時報 88 卷 11 号（2016 年）68-69 頁
89. 嶋矢貴之「現行刑法下戦前期における性犯罪規定の立法・判例・解釈論」山口厚（ほか）編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017 年）287 頁
90. 末道康之「HIV 感染をめぐる刑法上の諸問題—フランスの議論を素材として」南山法学 36 卷 2 号（2013 年）49-77 頁

参考文献

91. 世界保健機関「安全な中絶：医療保健システムのための技術及び政策の手引き（第2版）」（すぺーすアライズ訳）（2012年）31頁
92. 瀬戸山晃一「自律にはナッジで十分か？」那須耕介・橋本努（編集）『ナッジ?!』（勁草書房、2020年）203頁
93. 曾根威彦『刑法学の基礎』（成文堂、2001年）3頁
94. 高橋則夫『刑法総論（第5版）』（成文堂、2022年）36頁
95. 只木誠「狭義の『暴行』概念について」山口厚（ほか）編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017年）244頁
96. 城裕一郎『性犯罪捜査全書—理論と実務の詳解—』（立花書房、2021年）74-84頁
97. 辰井聡子『『自由に対する罪』の保護法益—人格に対する罪としての再構成』岩瀬徹等編『刑事法・医事法の新展開：町野朔先生古稀記念 上巻』（信山社、2014年）424頁
98. 立石二六『刑法総論（第4版）』（成文堂、2015年）8-9頁
99. 田中成明「生命倫理への法的関与の在り方について—自己決定と合意形成をめぐる序論的考察—」田中成明主編『現代法の展望：自己決定の諸相』（有斐閣、2004年）156頁
100. 玉木秀敏「自律の価値と卓越主義的リベラリズム」田中成明主編『現代法の展望：自己決定の諸相』（有斐閣、2004年）289頁
101. 田村公江『性の倫理学』（丸善株式会社、2004年）1-2頁
102. 張應赫「韓国における性犯罪規定」樋口亮介・深町晋也編著『性犯罪規定の比較法研究』（成文堂、2020年）831頁
103. 張開駿「中国刑法改正における最新の動向—2015年の「刑法修正案(九)」について—」只木誠（監訳）・頼勇侂（訳）、比較法雑誌50巻2号（2016年）371頁
104. 張明楷「性犯罪の問題をめぐる論争」甲斐克則編『日中刑法総論・各論の先端課題』（成文堂、2018年）161頁
105. 辻村みよ子・糠塚康江・谷田川知恵『概説ジェンダーと人権』（信山社、2021年）244頁
106. 辻本典央「強姦罪等の非親告罪化」犯罪と刑罰26号（2017年）85-89頁
107. 土屋文昭「判例に関する覚書—民事判例の主論を中心として—」東京大学法科大学院ローレビュー6巻（2011年）224頁
108. 手嶋昭子『『性的自己決定権』の基礎—強姦罪をめぐる—』法社会学46号（1994年）239頁
109. 手嶋昭子『親密圏における暴力—被害者支援と法』（信山社、2016年）55頁以下
110. 土場学「モダニティとフェミニズム—ポストモダン・フェミニズムのジレンマ—」比較社会文化2巻（1996年）29頁
111. 中里見博『ポルノグラフィと性暴力—新たな法規制を求め』（明石書店、2007年）226頁
112. 中里見博「第17章 憲法学とジェンダー研究」辻村みよ子編『ジェンダーの基礎理論と法』（東北大学出版社、2007年）347頁
113. 中谷実「米国における性的自己決定をめぐる司法消極主義と積極主義—避妊・中絶・

参考文献

- 同性愛と最高裁」滋賀大学教育学部紀要人文科学・社会科学・教育科学 35 号（1985 年）146-172 頁
114. 仲正昌樹「自由と自律」仲正昌樹（編集）『自由と自律』（御茶の水書房、2010 年）3 頁
115. 仲道祐樹「法益論・危害原理・憲法判断—刑事立法の分析枠組に関する比較法的考察—」比較法学 53 卷 1 号（2019 年）25 頁以下
116. 仲道祐樹「継続的虐待と抗拒不能の判断」判例時評（法律時報）2020 年 4 月 27 日、5-6 頁
117. 仲道祐樹「イギリス法における性犯罪規定、盗撮規制および性犯罪記録画像の取扱い」樋口亮介・深町晋也編著『性犯罪規定の比較法研究』（成文堂、2020 年）34-35 頁
118. 仲道祐樹「刑事立法分析の 2 段階構造とテロ等準備罪」小山剛・新井誠・横大道聡編『日常のなかの〈自由と安全〉：生活安全をめぐる法・政策・実務』（弘文堂、2020 年）14-15 頁
119. 中村悠人「法益論と社会侵害性について」浅田和茂（ほか）編集『自由と安全の刑事法学：生田勝義先生古稀祝賀論文集』（法律文化社、2014 年）33 頁
120. 西野基継『尊厳概念の生成と構造』（晃洋書房、2021 年）47 頁
121. 西原博史『自律と保護』（成文堂、2009 年）5 頁
122. 日本産婦人科医会「第 40 回日本産婦人科医会性教育指導セミナー全国大会集録集」（2017 年）6-17 頁
123. 野村和彦「法益関係的錯誤説に対する批判」慶應法学 37 号（2017 年）199-200 頁
124. 橋爪隆「性犯罪に対処するための刑法改正について」法律のひろば 70 卷 11 号（2017 年）5 頁
125. 林幹人「錯誤に基づく被害者の同意」芝原邦爾・井上正仁・西田典之編集『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻』（有斐閣、1998 年）250 頁
126. 半田靖史「性犯罪における暴行脅迫・抗拒不能要件等に関する裁判例の分析」刑事法ジャーナル 69 卷（2021 年）、20-39 頁
127. ハンナ・マッケン等（著）『フェミニズム大図鑑』最所篤子・福井久美子（訳）（三省堂、2020 年）168 頁
128. 樋口亮介「本書解題」樋口亮介・深町晋也編著『性犯罪規定の比較法研究』（成文堂、2020 年）lxiv 頁
129. 樋口亮介「アメリカにおける性犯罪規定」樋口亮介・深町晋也編著『性犯罪規定の比較法研究』（成文堂、2020 年）92-93 頁
130. 樋口亮介「性犯罪における暴行脅迫・心神喪失・抗拒不能要件と同意（その 1）」法学セミナー 66 卷 4 号（2021 年）63 頁
131. 樋口亮介「性犯罪における暴行脅迫・心神喪失・抗拒不能要件と同意（その 3）」法学セミナー 66 卷 6 号（2021 年）109 頁
132. 樋口亮介「性犯罪における暴行脅迫・心神喪失・抗拒不能要件と同意（その 4・完）」法学セミナー 66 卷 7 号（2021 年）110 頁
133. 樋口亮介・仲道祐樹「スウェーデン・フランス法解題」樋口亮介・深町晋也編著『性犯罪規定の比較法研究』（成文堂、2020 年）565 頁

134. 日高義博『刑法各論』(成文堂、2020年) 137頁
135. 平野龍一『刑法の基礎』(東京大学出版会、1966年) 113頁
136. 平岡章夫『多極競合的人権理論の可能性—「自己決定権」批判の理論として—』(成文堂、2013年) 36頁
137. 平場安治「改正刑法草案に対する若干の批判」ジュリスト 570号 (1974年)44-52頁
138. 広渡清吾「現代社会における自己決定権の意義とジェンダー」ジェンダーと法(刑事司法/自己決定権) 9号 (2012年) 67頁
139. 深町晋也「家庭内における児童に対する性的虐待の刑法的規律: 監護者性交等・わいせつ罪(刑法 179条)を中心に」立教法学 97巻 (2018年)199頁
140. 深町晋也「2016年改正以降のドイツ性犯罪規定について—ドイツ刑法第 177条の検討を中心に—」樋口亮介・深町晋也編著『性犯罪規定の比較法研究』(成文堂、2020年) 340-341頁
141. 藤岡順子『性暴力の理解と治療教育』(誠信書房、2006年) 12頁
142. 福原明雄「リバリタリアニズムにとってリバリアン・パターンリズムとは何か」仲正昌樹(編集)『自由と自律』(御茶の水書房、2010年) 93頁
143. 古川伸彦『刑事過失論序説』(成文堂、2007年) i頁
144. 法務省刑事局『改正刑法草案の解説』(大蔵省印刷局、1975年) 294-297頁
145. 前田雅英『刑法の基礎(総論)』(有斐閣、1993年) 19頁
146. 前田雅英「刑法 178条 2項の『心理的抗拒不能』の意義—名古屋地裁岡崎支部平成 31年 3月 26日判決準強制性交等被告事件—」WLJ 判例コラム臨時号 166号 (2019年)
147. 松井茂記「第三章 自己決定権」長谷部恭男編著『リーディングズ現代の憲法』(日本評論社、1995年) 58頁
148. 松尾浩也「第三十章 姦淫の罪」平場安治・平野龍一『刑法改正の研究 2 各則: 改正草案の批判的検討』(東京大学出版会、1973年) 328頁
149. 松澤伸「2018年スウェーデン性犯罪規定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・深町晋也編著『性犯罪規定の比較法研究』(成文堂、2020年) 640頁
150. 松宮孝明『刑事過失論の研究』(成文堂、2004年) 2頁
151. 松宮孝明『刑法総論講義(第5版)』(成文堂、2017年) 207頁
152. 松宮孝明『刑法各論講義(第5版)』(成文堂、2018年) 115頁
153. 松宮孝明『ハイブリッド刑法総論(第3版)』(法律文化社、2020年) 11-13頁
154. 宮台真司「自由決定原論—自由と尊厳」宮台真司・速水由紀子・山本直英等著『「性の自己決定」原論: 援助交際・売買春・子どもの性』(紀伊國屋書店、1998年) 252頁
155. 宗岡嗣郎『犯罪論と法哲学』(成文堂、2007年) 162頁
156. 森川恭剛『性暴力の罪の行為と類型—フェミニズムと刑法』(法律文化社、2017年) 17頁
157. 森村進『自由と正義と幸福と』(信山社、2021年) 70頁
158. 安田拓人「準強制性交等罪における抗拒不能の判断」法学教室 469号 (2019年) 138頁
159. 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・深町晋也編著『性

参考文献

- 犯罪規定の比較法研究』（成文堂、2020年）605頁以下
160. 山中敬一「強制わいせつの罪の保護法益について」研修817号（2016年）8頁以下
161. 吉田敏雄『被害者の承諾』（成文堂、2019年）86-87頁
162. 米沢広一「自己決定権と未成年者」松本博之・西谷敏編『現代社会と自己決定権：日独シンポジウム』（信山社、1997年）77頁
163. 若尾岳志『『尊厳』に関する覚書—刑事裁判例に表れる『尊厳』—』山口厚・井田良・佐伯仁志『高橋則夫先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2022年）27頁
164. 若尾典子「第7章 性的自己決定権と性業者・買春者」浅倉むつ子・戒能民江・若尾典子『フェミニズム法学：生活と法の新しい関係』（明石書店、2004年）358頁以下
165. 渡邊泰洋「わが国の刑法における性犯罪規定改正の比較法的考察—スコットランド2009年法を参考に—」拓殖大学論集：政治・経済・法律研究21巻2号（2019年）104頁
166. 和田俊憲「鉄道における強姦罪と公然性」慶應法学31号（2015年）264頁
167. 和田俊憲「カナダ刑法における『性犯罪』への対応」樋口亮介・深町晋也編著『性犯罪規定の比較法研究』（成文堂、2020年）214-215頁
168. 若林翼『フェミニストの法：二元的ジェンダー構造への挑戦』（勁草書房、2008年）33頁
169. 若松良樹「自己決定権は生き残されるか」那須耕介・橋本努（編集）『ナッジ?!』（勁草書房、2020年）14頁
170. 若松良樹『醜い自由—ミル「自由論」を読む—』（成文堂、2021年）29頁

議事録及び配布資料

1. 内閣府男女共同参画局「第3次男女共同参画基本計画」（第9分野「女性に対するあらゆる暴力の根絶」）（平成22年12月7日）
2. 第4回児童虐待防止対策に関する関係府省庁連絡会議（平成29年6月29日）資料2「刑法の一部を改正する法律の概要」
3. 性犯罪の罰則に関する検討会第6回会議（平成27年2月12日）配布資料29「準強姦罪・準強制わいせつ罪における抗拒不能に関する裁判例」
4. 性犯罪の罰則に関する検討会取りまとめ報告書（平成27年8月6日）
5. 性犯罪に関する刑事法検討会第1回会議（令和2年6月4日）
—— 配布資料1「刑法の一部を改正する法律（平成29年法律第72号）附則第9条並びに同法律案に対する衆議院法務委員会及び参議院法務委員会における附帯決議」。
—— 配布資料2「平成29年刑法改正に至るまでの検討経緯」
6. 性犯罪に関する刑事法検討会第4回（令和2年7月27日）
—— 議事録
—— 配布資料14「性犯罪が親告罪とされた理由等について」
7. 性犯罪に関する刑事法検討会第5回会議（令和2年8月27日）
—— 議事録

参考文献

- 配布資料 12 「性犯罪に関する刑事法検討会検討すべき論点」
- 配布資料 23 「強制性交等罪における『暴行』、『脅迫』の要件の沿革」
- 配布資料 24 「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」
- 配布資料 26 「地位・関係性を利用した性的行為に関する議論の経緯等」
- 配布資料 28 「諸外国の性犯罪規定の概要（性的行為の当事者間に一定の地位・関係性が存することや性的行為の相手方が脆弱性を有すること等を要件とする規定）」
- 8. 性犯罪に関する刑事法検討会第 6 回（令和 2 年 9 月 24 日）議事録
- 9. 性犯罪に関する刑事法検討会第 7 回（令和 2 年 10 月 20 日）
 - 議事録
 - 配布資料 50 「いわゆるレイプシールドに関する諸外国の規定（仮訳）」
- 10. 性犯罪に関する刑事法検討会第 8 回（令和 2 年 11 月 10 日）議事録
- 11. 性犯罪に関する刑事法検討会第 9 回（令和 2 年 12 月 8 日）議事録
- 12. 性犯罪に関する刑事法検討会第 10 回（令和 2 年 12 月 25 日）議事録
- 13. 性犯罪に関する刑事法検討会第 11 回（令和 3 年 1 月 28 日）議事録
- 14. 性犯罪に関する刑事法検討会第 12 回（令和 3 年 2 月 16 日）議事録
- 15. 性犯罪に関する刑事法検討会第 13 回（令和 3 年 3 月 8 日）議事録
- 16. 性犯罪に関する刑事法検討会第 16 回（令和 3 年 5 月 21 日）議事録
- 17. 令和 3 年 5 月性犯罪に関する刑事法検討会取りまとめ報告書
- 18. 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第 1 回会議（令和 3 年 10 月 27 日）配布資料 1「諮問第 117 号」。
- 19. 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第 3 回会議（令和 3 年 12 月 27 日）議事録
- 20. 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第 6 回（令和 4 年 3 月 29 日）
 - 議事録
 - 配布資料 11 「刑法第 176 条前段及び第 177 条前段に規定する暴行及び脅迫の要件並びに同法第 178 条に規定する心神喪失及び抗拒不能の要件を改正すること」
 - 配布資料 12 「刑法第 176 条後段及び第 177 条後段に規定する年齢を引き上げること」
 - 配布資料 13 「相手方の脆弱性や地位・関係性を利用して行われる性交等及びわいせつな行為に係る罪を新設すること」
 - 配布資料 14 「刑法第 176 条の罪に係るわいせつな挿入行為の同法における取扱いを見直すこと」
 - 配布資料 15 「配偶者間において刑法第 177 条の罪等が成立することを明確化すること」
- 21. 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第 10 回会議（令和 4 年 10 月 24 日）配布資料 26「試案」
- 22. 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第 13 回会議（令和 5 年 1 月 17 日）配布資料 27「試案（改訂版）」

中国語文献（拼音順）

1. Eli Coleman (周福春訳) 「在新千年里性健康和性權利的發展和展望」(周福春訳) 中国性科学 12 卷 2 号 (2003 年) 43 頁
2. Friedrich August von Hayek 『自由憲章』(楊玉生等訳) (中国社会科学出版社、2012 年) 189 頁
3. Richard Allen Posner 『性と理性』(蘇力訳) (中国政法大学出版社、2013 年) 116-129 頁
4. 車浩「刑法理論的教義学轉向」 檢察日報 2018 年 6 月 7 日 2 頁
5. 陳波「猥褻行為應納入負有照護職責人員性侵罪—以師源性侵為例」 青少年犯罪問題 4 号 (2021 年) 28-41 頁
6. 陳興良「奸淫幼女構成犯罪應以明知為前提—為一個司法解釋弁護」 法律科学 6 号 (2003 年) 27 頁
7. 陳真「当代西方性倫学總述」 国外社会科学 5 号 (2004 年) 17 頁。
8. 段知壯・刘志松「唐代姦罪的法文化意義考察」 浙江師範大學學報(社会科学版) 45 卷 1 号 (2020 年) 56 頁
9. 費孝通『鄉土中国生育制度』(北京大学出版社、2014 年版) 27 頁
10. 馮軍「刑法教義学的立場和方法」 中外法学 26 卷 1 号 (2014 年) 173 頁
11. 福柯『權力的眼睛—福柯訪談錄』(嚴鋒訳) (上海人民出版社、1997 年) 75-77 頁
12. 付立慶「負有照護職責人員性侵罪的保護法益与犯罪類型」 清華法学 15 卷 4 号 (2021 年) 74-75 頁
13. 高銘暄・馬克昌『刑法学 (第 9 版)』(北京大学出版社、2019 年) 465 頁
14. 何洋『強姦罪解構と応用』(法律出版社、2014 年) 10 頁
15. 胡東飛・秦紅「違背婦女意志是強姦罪的本質特征—兼与謝慧教授商榷」 政治与法律 3 号 (2008 年) 133 頁
16. 胡適『容忍与自由』(云南人民出版社、2017 年) 46-47 頁
17. 許玉秀「重新學習性自主—勇敢面對問題」 月旦法学雜誌 200 号 (2021 年) 318-319 頁
18. 賈健「強姦究竟侵犯了什麼? —作為通說的“性的自主決定權”法益之檢討」 法律科学 (西北政法大學學報) 5 号 (2018 年) 101 頁
19. 勞東燕「風險社会与功能主義の刑法立法觀」 法学評論 6 号 (2017 年) 12 頁
20. 黎広『刑法学 (第 2 版)』(法律出版社、2016 年) 229 頁
21. 李静・姜金良「最高人民法院、最高人民檢察院关于執行『中華人民共和國刑法』确定罪名的補充規定(七)的理解与适用」 人民司法 10 号 (2021 年) 34 頁
22. 李立众「強姦罪既遂未遂標準應統一」 人民檢察 12 号 (2002 年) 50 頁
23. 李擁軍「掀开法律的男權主義面紗—对中国当代性犯罪立法的文化解讀与批判」 法律科学(西北政法學院學報) 1 号 (2007 年) 25-26 頁
24. 梁健『強姦罪比較研究』(中国人民公安大学出版社、2010 年) 277-278 頁
25. 林貴文「不必重构我国刑法上的強姦罪—从比較法律文化的角度考察」 西南政法大學學報 4 号 (2010 年) 45 頁
26. 林志潔・金孟華「美國女性主義發展與性侵害防制法之改革」 月旦法學雜誌 182 号 (2010 年) 149 頁

27. 林志潔『性別正義的刑法觀點』(台灣元照出版公司、2015年) 68頁
28. 劉芳「我國強姦類犯罪立法歷史演變考」蘭台世界 12 号 (2014 年) 161 頁
29. 馬姝「論強姦罪應予廢除—基於後現代女性主義立場的一種觀點」河北法學 29 卷 12 号 (2011 年) 131-132 頁
30. 喬治·於建「紹介他人與智障女發生性關係構成強姦罪共犯」人民司法 8 号 (2015 年) 36 頁
31. 石耀輝·伍紅梅「非正常婚姻狀態下強姦罪的構成」人民司法 24 号 (2011 年) 54-55 頁
32. 田剛「強姦罪司法認定面臨的問題及其對策」法商研究 37 卷 2 号 (2020 年) 168 頁
33. 王煥婷「海峽兩岸妨害性自主犯罪立法、司法之比較研究」河南財經政法大學學報 4 号 (2015 年) 158-159 頁
34. 王皇玉「強制手段と被害者の欺瞞の同意：強制性交わいせつ罪を中心に」台大法學論叢 42 卷 2 号 (2013 年) 409 頁
35. 王曉丹「性暴力法制的歷史交織交織：一個性別批判的觀點」陳瑤華主編『台灣婦女處境白皮書：2014 年』(台灣女書文化事業有限公司、2014 年) 287-288 頁
36. 王燕玲「女性主義法學視域下強姦罪之思」政法論壇 11 号 (2015 年) 161 頁
37. 魏東·倪永紅「強姦罪的文化學分析」國家檢察官學院學報 10 卷 3 号 (2002 年) 37 頁
38. 魏漢濤「強姦罪的本質特征與立法模式之反思」環球法律評論 4 号 (2012 年) 128-129 頁
39. 謝斐「強姦罪立法完善之思考—以 2017 年日本刑法之修改為切入點」政法學刊 35 卷 5 号 (2018 年) 93 頁
40. 熊建明「基於性學之緯的強姦罪法益反思」法治現代化研究 4 号 (2017 年) 54 頁
41. 姚建龍·林需需「性侵未成年人刑法適用若干疑難與爭議問題辨析」中國應用法學 2 号 (2019 年) 56 頁
42. 岳麗「法律如何使女性成為弱勢—以強姦罪為視角」長春理工大學學報(高教版) 5 卷 1 号 (2010 年) 6 頁
43. 張明楷「『刑法修正案(十一)』對司法解釋的否認及其問題解決」法學 2 号 (2021 年) 4 頁。
44. 張明楷『刑法學·下(第六版)』(法律出版社、2021 年) 1143 頁。
45. 張亞飛「從晚清民國和奸罪的存廢看親屬法倫理變遷」社會科學家 11 号 (2018 年) 113-114 頁
46. 張澤峰「貞操權觀念在現代社會中的重新審視」社科縱橫 20 卷 2 号 (2005 年) 116 頁
47. 趙擁軍「論『刑法修正案(十一)』第 27 條的修改—兼論理性防衛能力削弱司法鑑定意見下強姦罪認定標準的本質回歸」青少年犯罪問題 1 号 (2021 年) 41-42 頁
48. 中國計划生育協會「2019—2020 年全國大學生性與生殖健康調查報告」
49. 周安平「社會性別的法律建構及其批判」中國法學 6 号 (2004 年) 69-71 頁
50. 周道鸞主編「刑法罪名精釋·上(第 4 版)」(人民法院出版社、2013 年) 529-530 頁
51. 周道鸞主編「刑法罪名精釋·下(第 4 版)」(人民法院出版社、2013 年) 958 頁
52. 周光權「刑事立法進展與司法展望—『刑法修正案(十一)』總置評」法學 1 号 (2021 年) 30-31 頁
53. 周光權『刑法各論(第四版)』(中國人民大學出版社、2021 年) 38 頁。

54. 周光堂·胡廷霞·王麗娟「非典型性強姦罪司法認定之實踐考察与理論轉向」法律適用 6号(2020年)107頁
55. 周子実「強姦罪入罪模式的比較研究—以德国『刑法典』第177条最新修正為視角」比較法研究 1号(2018年)45頁

英語文献

1. Alexandra Brodsky, *Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal*, Columbia Journal of Gender and Law 32, no. 2 (2017).
2. Catharine A. Mackinnon, *Rape Redefined*, 10 Harv. L. & Pol'y Rev. 431(2016), p474.
3. Cline Hogg, *Review of Alex Sharpe's Sexual Intimacy and Gender Identity 'Fraud' : Reframing the Legal and Ethical Debate*, Criminal Law and Philosophy (2021)15, p325.
4. Dan M. Kahan, *Culture, Cognition, and Consent: Who Perceives What, and Why, in Acquaintance-Rape Cases*, 158 U. Pa. L. Rev. 729(2010), p732-765.
5. Donald A. Dripps, *Beyond Rape: An Essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent*, 92 Colum. L. Rev. (1992), p1786.
6. Donald A. Dripps, *More on Distinguishing Sex, Sexual Expropriation, and Sexual Assault: A Reply to Professor West*, 93 Colum. L. Rev. 1460(1993), p1469.
7. Donald A. Dripps; Linda Fairstein; Robin West; Deborah W. Denno, *Men, Women and Rape*, 63 Fordham L. Rev. 125(1994), p 154.
8. Estelle B. Freedman, *Uncontrolled Desires: The Response to the Sexual Psychopath, 1920-1960*, collected in *Feminism Sexuality & Politics*, U.S.A, the University of North Carolina Press (2006).
9. Green, Stuart P *Criminalizing Sex : a unified liberal theory*. New York, Oxford University Press, 2020.
10. Harvard Law Review Association, *Acquaintance Rape and Degrees of Consent: "No" Means "No," but What Does "Yes" Mean?*, Harvard Law Review , May, 2004, Vol. 117, No. 7 (May, 2004).
11. Jed Rubenfeld, *Rape-by-Deception-A Response*, 123 Yale L. J. F. 389(2013-2014), p390.
12. Jed Rubenfeld, *The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy*, 122 Yale L. J. 172(2013), p1379.
13. Jonathan Herring, *Does Yes Mean Yes-The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity*, (2002) 22 Singapore Law Review 181.
14. Kiel Brennan-Marquez, *A Quite Principled Conceit: A Response to Jed Rubenfeld, The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy*, 122 Yale L J 1372(2013), 80 U. Chi. L. Rev. Dialogue 81(2013), p81-87.
15. Luis E. Chiesa, *Solving the Riddle of Rape-by-Deception*, 35 Yale L. & Pol'y Rev. 407 (2017) , p422.
16. Lynne N. Henderson, *What Makes Rape a Crime?*, BERKELEY WOMEN'S L.J. 193 (1988) ,

- p226–27.
17. Margo Kaplan, *Rape beyond Crime*, 66 *Duck L. J.* 1045(2017), p1045.
 18. Matthew Cornett, *Criminalization of the Intended Transmission or Knowing Non-Disclosure of HIV in Canada*, (2011) 5(1) *McGill Journal of Law and Health*, p66.
 19. Michelle Madden Dempsey & Jonathan Herring, *Why Sexual Penetration Requires Justification*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No. 3 (2007), p 472-473.
 20. Neutral Citation Number: [2020] EWCA Crim 971, Royal Courts of Justice Strand, London, WC2A 2LL. Date: 23 July 2020.<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2020/971.html>
 21. Richard Elliott, *After Cuerrier: Canadian Criminal Law and the Non-Disclosure of HIV-Positive Status*, Health Canada(1999), p1.
 22. Sara Hinchliffe, *Rape law reform in Britain*, *Society* (New Brunswick). 2000, vol. 37, no. 4, p59.
 23. Stephen J. Schulhofer, *Unwanted Sex-The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard University Press, (1998), p274.
 24. 478 U.S. 186 (1986) BOWERS, ATTORNEY GENERAL OF GEORGIA v. HARDWICK ET AL. Supreme Court of United States.
 25. 539 U.S. 558 (2003) LAWRENCE et al. v. TEXAS, Supreme Court of United States.
 26. R v Lawrence [2020] EWCA Crim 971
 27. R. v. Aziga[2008] O.J. No. 2431
 28. R. v. Cuerrier, [1998] 2 S.C.R. 371
 29. R. v. Hutchinson , [2014] 1 SCR 346
 30. R. v. Mabior, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584