

資 料
〔外国文献紹介〕

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」

Tatjana Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, ZStW 127, 2016, S. 851 ff.

菊 地 一 樹

1 紹介に当たって

性犯罪の保護法益は、性的自己決定であるとするのが通説的な理解であるが、近時は、「性的自己決定（性的自由）」という保護法益の内実が必ずしも明らかではないとして、性犯罪の保護法益を「人格的統合性」や「性的尊厳」であるとする見解も主張されている。⁽¹⁾ こうした新たな法益構想が、保護法益の明確な言語化に成功しているかはともかく、「性的自己決定（性的自由）」という保護法益の内実が従来十分に明らかにされてこなかったという指摘は重要である。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画定するうえで不可欠であり、適切な解釈論・立法論を構築する前提となるからである。性犯罪を性的自由に対する罪とする伝統的理解を維持するのであれば、性的自己決定の意義や、それが侵害されたと評価される具体的な条件を理論的に分析する必要がある。

本論文は、性刑法改革の議論が高まりを見せているドイツにおいて⁽²⁾、「性的自

(1) 例えば、齊藤豊治「性暴力犯罪の保護法益」齊藤豊治＝青井秀夫編『セクシュアリティと法』（東北大学出版会、2006年）235頁、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』町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開（上）』（信山社、2014年）425頁等。

(2) 現在ドイツでは、性刑法の改正について活発な動きがあり、2015年12月23日には、ドイツ法務省による改正案が公表されている（Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_SchutzSexuelleSelbstbestimmung.pdf;jsessionid=B33DE24387561B8960E

己決定」という概念の内実の分析を試みたものである。こうした分析は、同じく性刑法の改正に向けた議論が進められている我が国にとっても有益な示唆を含むものと思われる。そこで、以下では本論文の概要を紹介し、最後に若干のコメントを加えることにしたい。⁽³⁾

2 ヘルンレ論文の内容

I. 導入

ドイツ刑法には、14年以上前から、「性的自己決定に対する罪」と題する章が設けられている(第13章)。この章が設けられて以来、全てのコンメンタールが「性的自己決定」という法益について言及してきたが、「性的自己決定」がこの文脈において何を意味しているのかという点や、性的接触に対する同意が、刑法上の可罰性を阻却するための条件が何かという点についての十分な分析はなされていない。そこで、性的自己決定の内容を、コンセプトチュアル(konzeptuell)に考察することが、本稿の課題となる。「コンセプトチュアル」という言葉が含意しているのは、ドイツ刑法の禁止規範の具体的な適用範囲や解釈の問題からひとまず離れて、概念上の考察を加えるということである。

こうした考察は、性刑法の改正について議論する際にも重要である。通常、刑法改正の議論は、実際に発生した事例の中で、当罰性はあるものの現行法では対処されていないものに集中することから始められる。確かに、そのような問題状況が存在することの指摘は、法改正の必要を促す点で、重要な発見的機能(heuristische Funktion)を有するであろう。しかし、規定の形式をいかに新しく構築し直すかを問題とする段階において、過去に生じた具体的な事例の対処にのみ専念することには、方法論的な欠陥が存在する。なぜなら、そこでは、将来新たに発生するかもしれない事例への対処が十分に行われないからである。

このような懸念を回避するためには、3つのステップを踏んで議論を進める必要がある。第1のステップは、当罰性はあるが、刑罰が科されていない行為が問題となる個別事例を認識することであるが、第2のステップでは、それを超えて、「いかなる場合に当罰的な性的自己決定の侵害が問題となるのか」を理論的

8570B973583BB.1_cid324?_blob=publicationFile&v=4 (2016年9月5日閲覧)。議論状況の詳細については、嘉門優「ドイツ性刑法における『被害者の意思に反する(gegen den Willen des Opfers)』要件の展開——ドイツ刑法177条の改正の動きを中心に——」川端博=浅田和茂=山口厚=井田良編『理論刑法学の探究⑨』(成文堂、2016年)281頁以下参照。

(3) なお、原文における文献の注記については、特に重要と思われるものに限り、紹介においても注記した。

に分析する必要がある。この点を踏まえたうえで、初めて、当罰的な行為を十分捕捉することが可能な構成要件の設定という第3のステップに進むことが可能となる。「性的自己決定」という概念を顧みることなく、個々の処罰の間隙を埋めることに専念することは、故障した機械を接着テープで修理する（eine defekte Maschine mit Klebeband zu reparieren）のに等しい。

Ⅱ. 哲学と法哲学の視点からの自律と自己決定

「自律」のトポスは、世界中の哲学の文献において多くの紙幅を占めているが、「自律とは何か」という問いへの単純明快な答えは存在しない。もっとも、そうした哲学的な検討がしばしば、「善き生（ein gutes Leben）のための条件は何か」という問題に取り組んでいるのに対して、法哲学の視点からすれば、それは主要な関心事ではない。善き生や人格の発展への問いは、哲学、社会学や心理学に委ねられるべきである。

法哲学的考察に際して出発点とすべきなのは、法秩序の中心的な任務が、決定と行為における人間の自由な領域を相互に限界づけ、自己決定による行為の余地を各人に保障する点に存するという点である。これは、ドイツの基本法における行動の自由の原則からも導かれる（基本法2条1項参照）。伝統的な考え方は、宗教的に基礎づけられた信条や、客観的・存在論的に確信された価値を保護することも、国家の1つのあるいは中心的な役割とさえ考えられていたが、こうした理解に変化が生じたことにより、自己決定こそが中心的な組織原理（Organisationsprinzip）となるに至ったのである。

ここで重要なのは、具体的な決定や行為がいかなる条件のもとで、「自己決定された」と評価できるかである。一部の論者はその条件を、彼自身の価値体系との一致に求めているが、このような視座は、哲学のアプローチとしてはともかく、禁止規範を構成する際の基礎となる法的評価にとっては狭すぎる。そうした法的評価にとって重要となるのは、むしろ、人と人との間の相互作用（Interaktionen）と答責領域の各人への割り当てという視点である。ある意思決定を、「自己決定された」ものであると評価することは、それを引き合いに出す者の自由を保障する機能だけではなく、国家や他の市民を免責する機能をも有しているのである。この免責機能が中心的な意義を有していることは、一方で、国家のリソースに限界があるという点から導かれる。公共的なリソース（経済的・非経済的なものを含めて）の供給とその配分は、必然的に政策的な議論の対象とされる。

(4) Knut Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998, S. 42.

他方で、本稿のテーマとより関連するのは、自己答責性のディメンジョンである。我々は、成人した者が原則として自己答責的に決定し、行動していることを信頼して生活することが許されている。確かに、自律的に行動する能力が個人によって様々であることは経験的な考察から明らかであるが、そうした能力を相手方が実際に有しているか否かを調査・確認する義務を各々の市民に負わせることは、過大な要求となってしまう。そこで、法秩序は、成人の市民が、通常の場合には、自己決定に必要な能力を有していることを出発点としているのである。

これに対して、家族のような一定の親密領域における人間関係が問題となる場合には、異なる判断が可能となる。高度に抽象化された市民間の関係とは異なり、社会的に親密な関係においては、自律的な判断能力の有無の確認等を義務づけることも、場合によっては認められるであろう。

Ⅲ. 性的自己決定：積極的自由と消極的自由

性的自己決定の重要性について論じる前提として、積極的自由と消極的自由という2つの異なる概念を区別しておく必要がある。積極的自由とは、彼自身の願望に従って、性的行為を行うことが可能であることを内容とする自由である。これに対して、消極的自由は、他者の行為に巻き込まれないことを内容とする自由である。⁽⁵⁾ 積極的自由と消極的自由のそれぞれに対する刑法の関係は、非対称的 (asymmetrisch) である。後者の消極的自由に関して、刑法は、個人に防衛の権利 (Abwehrrechte) を認め、これを禁止規範により保護することで、その保障機能を引き受けている。まさに性刑法の主要な任務は、性的接触に巻き込まれることを欲しない者の消極的自由を保護する点に認められる。

これに対して、積極的自由という観点において刑法は、人々の間でなされる性的行為を容認する (規制しない) という形で、控えめにのみ寄与することが許される。確かに、伝統的な法秩序は、消極的自由とは無関係に、ただ性道徳に反するという理由で、性的行為の積極的自由を制限してきた。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、「わいせつ (Unzucht)」という宗教的色彩の強い概念を用いるとともに、章のタイトルを「良俗に対する罪 (Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit)」と定めるなど、道徳的な要素を含んでいたのである。

しかし、近代的な法秩序のもとで、関与者全員が事実上望んでいる性的接触を禁止することは、道徳的な要請によって根拠づけることができない。こうした禁止を根拠づけることができるのは、自己決定の行使に際して認められる欠陥

(5) Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, 1969. [本書の翻訳として、アイザイア・バーリン (小川晃一=福田歓一=小池銈=生松敬三訳) 『自由論』(みすず書房、2000年)]

(Defizit) だけである。すなわち、たとえ現実に同意が存在するとしても、何らかの欠陥により、それが真に自己決定的といえない場合には、同意を無効なものとして評価するという、パターンリズムの論理がここでは問題となるのである。したがって、今日の刑法学にとっての課題は、パターンリズムの論理が説得力を有するのがいかなる場合であるかを、体系的な方法により分析することである。

IV. 性的自己決定 I : 消極的自由の保護

1. 原則

他人を、望まない性的接触へと巻き込む行為が、当罰的であると評価される根拠は、性的自己決定の権利の軽視それ自体に求められる。リベラルな伝統が、犯罪化に際して第一の選定基準として用いる侵害原理 (Harm Principle) によれば、行為の評価は、被害者が受けた損害の程度や、資産の減少量によって決まるが、性犯罪において、これらの要素は必須のメルクマールでない。例えば、永続的に意識を喪失している女性を、その身体を損傷することなく姦淫する場合でも、性的自己決定の権利の侵害自体を根拠に当罰性を認めることができる (後述 2.c 参照)。

不当な性的干渉が有する、特別な不法を説明する際には、内密領域 (Intimsphäre) と人間の尊厳に対する指摘が重要である。他者の身体を、その承諾なく性的行為のために利用する者は、その内密領域と人間の尊厳を侵害している。そうした著しい「辱め (Demütigung)」があったか否かにとって決定的となるのは、関係する個人が当該事件を、自身でいかに評価するかではなく、むしろ、行為の社会的意味やメッセージを文化的な準拠系に従って推定する、外部的なパースペクティブである。

また、「内密領域」や自己の身体に対する支配力の重要性が、性的に寛容・奔放な時代への移り変わりに伴って弱まるということは決してない。依然として、性行為は、内密で、他人の目から隠されるべき事象として理解されているのであり、ヌード写真の流通はそれに何の変更も加えない。積極的自由が広い範囲で認められるに至ったことは、望まない性的接触に対する非難まで取り去られることを意味しない。むしろ、反対に、防衛の権利は、女性の性的自己決定権の向上等の理由から、ますます重要性を獲得するに至っている。

2. 刑法上の禁止規範の新たな構想化

まず明らかにされるべきなのは、「同意の欠如」を被害者の内面的な心理状態の問題として理解するか、あるいは、外部的な表示の有無を基準とするかであるが、法的な評価のためには、後者を出発点とすべきである。法的な評価は、市民

間における自由な領域の境界を画するものであり、そのために相互に認識可能な事情に照準を合わせる必要がある。

したがって、刑法上の禁止規範を構想するに際しては、起こりうるコミュニケーション過程の分析が重要であるが、その検討に当たっては、3つの事例群に区別して議論するのが有用である。

a) 明確な拒絶のコミュニケーションが言葉や態度を通じてなされた場合には、性的接触を禁止する規範が適切である。この考え方に対しては、明確な拒絶の意思表示にかかわらず、内心では性的接触を望んでいる場合、当罰的な不法が欠如するのではないかと、との反論があり得る。しかし、事象経過を全体的に考察すれば、そのような事情の下では通常、同意の存在を認めることができる（例えば、事前に演技として表面上の拒絶をすることが申し合わされている場合）。反対に、全体的なコミュニケーションの過程の中で、承諾の要素が一切見出されない場合には、「実は内心で望んでいた」という抗弁を重視すべきではない。

b) 曖昧なコミュニケーションの事例群では、性的行為に対して、同意とも拒絶とも受け取れる両義的な態度が示されている状況が問題となる。ここで議論となるのは、自らの性的欲求を実現しようとする者が、曖昧な態度を採る相手方に対して、さらなる質問を通じた意思確認の義務を有すると解すべきか否かである。

倫理的な評価は別として、刑法的な判断においては、「公平な答責性の割り当て」の観点を買っ先に重視しなければならない。義務を侵害しているのは、そのような確認の質問をしなかった者だけではない。曖昧な態度を採った者もまた、自身の意思を誤解のないように表明するという義務を怠っている。この場合、前者だけに刑法上の答責性を負わせ、制裁を加えることは妥当でなく、不可罰の結論が導かれるべきである。

c) 第3の事例群では、コミュニケーションが客観的に不可能であった場合が問題となる。この事例群には、行為者が、他者の不意を突くことで抵抗される間もなく性的行為に及ぶ場合と、生理的な状態 (physiologische Umstände) がコミュニケーションを不可能にしている場合 (例えば、意識不明の女性) とが含まれる。b) の事例群とは異なり、いずれの場合にも、行為者に誤解を与える余地は存在しておらず、性的接触を禁止することに反対する理由はない。

V. 性的自己決定Ⅱ：パターンリスティックな干渉の限界

1. 原則

本章で問題となるのは、被害者が実際に同意を表明したという状況である。禁止規範がこのような場合までも取り込もうとする場合、それが人々の積極的自由

を不当に制限するものでないかが問われなければならない。性道徳的な根拠ではなく、パターンリスティックな根拠が問題となるとしても、刑法学はその限界を明らかにする必要がある。

「パターンリズム」は通常、以下の2種類に区別される。柔らかいパターンリズム (weicher Peternalismus) は、意思決定に欠陥が存在する場合に問題となる。例えば、倒壊の危険を知らずに橋を渡ろうとする者の意思決定には、「無知」という欠陥が存在している。John Stuart Millは、この場合に彼を引き止めることを、問題がないパターンリズムの例として挙げている⁽⁶⁾。

これに対して、硬いパターンリズム (harter Peternalismus) 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際に問題となる。自己決定を志向する憲法秩序において、硬いパターンリズムには問題がある。当該決定が、彼の幸福にとって本当に必要なものであるか否かは、国家が決定できるのではなく、彼が自分で検討し、その結果について責任を負わなければならない。

ただし、意思決定に際して、高度な認識能力とあらゆる外部の影響力からの自由を要求すれば、柔らかいパターンリズムと硬いパターンリズムの境界が消滅してしまうだろう。決定的なポイントとなるのは、いかなる内的あるいは外的な条件が、承諾者に「自己決定」が欠けているとみなすことを正当化するかである。現実の生活での意思決定に際して、認識・状況面での理想的な条件が揃うことが例外的であることからすれば、法的評価にとって関心の対象となるのは、最善の (optimal) 条件ではなく、具体的な文脈において、意思決定が法により尊重されるための最低限の (minimal) 条件である。とりわけ、刑法的禁止による峻厳な法効果を考慮するならば、自己決定を無効とする事情としては、重大な程度のものが要求される。

また、防衛の権利の保護が問題となる場合 (上述IV) とは異なり、柔らかいパターンリズムに基づく刑法規範は、行為者側の自由だけではなく、その意思決定に欠陥があると分類された者の自由も制約してしまう点に注意を払う必要がある。確かにこの場合、制裁は行為者に対してのみ発動するが、性的接触を禁止する行為規範は、行為者だけではなく、パターンリスティックに保護される者に対しても作用するのである。このような自由制約の両面性に鑑みれば、柔らかいパターンリズムに基づく刑法規範の限界づけは特に慎重に行う必要がある。

(6) John Stuart Mill, On Liberty, in: On Liberty and Other Essays, 1991, S. 106 f. [本書の翻訳として、J. S. ミル (塩尻公明・木村健康訳) 『自由論』(岩波書店、1971年) 193頁以下]

2. 無効な同意

同意が自己決定に基づくものでないと評価する際に重要となりうる事情としては、判断能力の不足、意思の欠缺 (Willensmängel)、強制 (Zwang) が挙げられる。同意の有効性判断に際して注意しなければならないのは、単に同意者の内心の状態だけを孤立して認定するのでは不十分であり、むしろ、行為者との間の相互作用を適切に評価する必要があるということである。すなわち、実際に同意者に生じていた知識・判断能力の不足や心理的圧迫の程度自体が重要なのではなく、そうした欠陥が、他者によって違法な態様で (in rechtswidriger Weise) 惹起させられたものであるか否かが重要な意義を有するのである。

a) 判断能力の不足

第一に、同意の有効性を認めるに際して年齢制限が必要なことに争いはない。注目に値するのは、ドイツの性刑法で見られる児童 (Kindern) と少年 (Jugendlichen) の区別である。自己決定的と評価されるだけの十分な意思決定が可能かどうかの判断を、5歳の児童と15歳の少年との間で同じように行うことはできない。児童については、性に対する理解や一般的な判断能力が弱いことから、その同意を自己決定的でないと評価することが容易に根拠づけられる。これに対して、少年が問題となる場合には、具体的なコンテキストや、当事者間の社会的関係に照準が合せられる。現に、ドイツ刑法182条3項は、少年に対する性的虐待の罪について、16歳未満の者を虐待し、その際に「自らと比して (ihr gegenüber)」性的自己決定の能力が被害者に欠けていることを利用する行為を処罰の対象としている。ここでは、行為者と被害者の具体的な関係という評価の要素に、中心的な意義が認められているのである。

第二の問題群である、精神的障害やアルツハイマー病による判断能力の不足については、現実の生活において稀ではない事例であるにもかかわらず、これまでドイツにおいて議論が活発に行われていない。例えば、重度のアルツハイマー病に罹患した妻の同意に基づいて性的行為を行うようなケースについて、どのように考えるべきであろうか。

この問題について、病状が判断能力に影響した程度に照準を合わせ、それが高度である場合には一律に処罰を肯定するという素朴な解決の仕方は誤っている。この解決では、重大な精神的障害やアルツハイマー病に罹っている人間にも性的欲求が存在することが無視されてしまう。より説得力があるのは、障害や病状の程度だけを孤立して評価するのではなく、柔軟なパターンリズムに基づく刑法規範をより厳密に限界づけるアプローチである。具体的には、病者自身の性的欲求や、健康に及ぼすリスク、さらには、当事者同士の関係性の親密さ (長年連れ

添った夫婦など、信頼が包括的なものであるほど、個別事例での判断能力は低いもので足りる）などの様々な事情の総合考慮が決定的となる。

第三に、同意者が大量にアルコールや麻薬を摂取している場合にも、同意の有効性の判断は困難なものとなる。影響の度合いには個人差があることから、摂取量を基準とすることはできないし、認定可能な外観だけを基準とすることもできない。むしろ、本質的な要素となるのは、それらを摂取することの確知（Wissentlichkeit）と任意性（Freiwilligkeit）である。他者の欺罔や工作を通じて酩酊状態が作出された場合とは異なり、成人の者が、自身の決定の基づいて酔っ払った場合には、その後に表明された同意の有効性を肯定すべきである。これに対して、その者が酩酊状態に陥っていなければいかに振る舞っていたかを基準として持ち出す⁽⁷⁾ことはできない。なぜなら、普段の状態では保たれている歯止めを、アルコールの助けを借りることで取り払い、普段であればしないであろう同意をすることもまた、その者の自由に属するからである。

b) 意思の欠缺

現在のドイツ刑法典には、欺罔や錯誤の利用を通じて同意が得られた場合を捕捉する構成要件が存在しておらず、学説上もほとんど議論はなされていない。しかし、コンセプチュアルな視点からは、いかなる範囲で性的接触が、意思の欠缺を原因として自己決定的でなくなるのかを考察する必要がある。

意思決定に際して依拠する情報が常に不確かであることからすれば、自ら陥ったものも含めたあらゆる錯誤の不存在を、自律的決定の前提条件と理解することはできない。可罰性が考慮されるのは、せいぜい、性交渉の相手から欺罔がなされた場合であり、かつ、欺罔が法益関係的錯誤、より適切には、規範目的関係的な錯誤（normzweckbezogener Irrtum）を惹起する場合である。そのような場合としては、性交渉の相手方となる人物の同一性を偽る場合や、身体的接触の性的な性格（sexuelle Natur）を偽る場合（治療行為であると見せかける場合）が考えられる。これに対して、単なる動機の錯誤が同意を無効とすることはなく、例えば、対価の支払いや、愛情の存在などについて偽られた場合、同意は依然として有効である。

c) 強制

「強制」や「心理的圧迫」と呼ばれる状況下でなされた同意をいかに評価すべ

(7) Joachim Renzikowski, in: MK, 2. Aufl., 2012, § 179 Rn. 30; Jörg Eisele, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl., 2014, § 179 Rn. 6a; Klaus Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten, 2012, Rn. 312.

きか、という問題についても慎重な分析を必要とする。外部的ないし内部的な原因から何かを強制されることは、人間の生活において日常茶飯事であり、そうした状況下における同意を一括りに無効と評価することは許されない。ある程度の範囲では、強制によりなされた決定も自己答責的であると評価すべきである。

問題は、「ある程度の範囲」というのが具体的に何を意味しているかである。この点につき、被収容者の生活全体がコントロール下に置かれる「全制的施設 (totale Institution)⁽⁸⁾」においては、同意者の精神的障害の有無や年齢に関わりなく、性的接触に対する同意を無効と評価できる (例えば、刑務所、未成年者や障害者の宿泊施設、宗教上の共同生活体など)。これに対して、そのような究極的な状況ではなく、個別の生活範囲における社会的な従属が問題となる場合 (例えば、雇用関係や大学教授と学生の関係)、同意が無効であると単純に結論付けることはできない。

事案の構造を明らかにするためには、状況の改善に対する「提案」と、ただ当事者の生活状況を悪化させる「脅迫」とを区別しておく必要がある。例えば、解雇に向けてすでに事象経過が進行している場合や、定期試験に再三欠席したことで、退学が目前に迫っている場合には、状況の改善に対する「提案」が問題となる。このような「提案」と「脅迫」の区別は、心理的圧迫の程度だけを重視する視点からは、何の意味もなさないであろう。いずれの場合も、解雇や退学に対する恐れから、性的行為に応じることへの心理的圧迫が生じる点では同じだからである。連邦通常裁判所も、万引監視員 (Ladendetektiv) が、商品を盗んだ女性に対して、性的行為に応じれば、告発を取り下げると「提案」した事案で、強要罪の成立を肯定している (BGHSt. 31, 195, 202)。

しかし、法的評価のためには、同意者の内部に生じた心理的圧迫の程度にのみ照準を合わせるのでは不十分であり、相互作用の観点から各人の答責領域を限界づける規範的評価が必要不可欠である。そこで出発点となるのは、自身の生活状況を改善するために、愛情の有無にかかわらず、セックスを利用するという選択も、積極的自由の一部を構成しているということである。困難な状況に立たされた成人の者が、セックスを通じて状況を改善するというチャンスを掴んだ場合 (「提案」型)、その者の決定は原則として有効である。これに対して、そのようなジレンマを作出ないし増大させることで、性的行為に応じさせる場合 (「脅迫」型) には、同意が自己決定的であるとはいえない。評価の決め手となるのは、心理的圧迫それ自体ではなく、ジレンマに対する答責性の有無なのである。

(8) Erving Goffmann, *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, 1961. [本書の翻訳として、アーヴィング・ゴッフマン (石黒毅訳) 『アサイラム——施設被収容者の日常世界』 (誠信書房、1984年)]

残念なことに、心理学的な所見と法的な評価の区別は、十分な理解を得ていない。ドイツ法務省から最近公表された性刑法改正案は、「重大な害悪を恐れて」行われた性的接触を刑罰の対象としているが、これには「提案」型の性的接触も含まれてしまう。他人の不安を利用することが道徳的な非難に値するのは確かであるが、刑法的な評価にとって、この基準は広すぎる。

VI. 刑事政策的な帰結

以上のコンセプトualな考察は、ドイツの性刑法に根本的な改正を迫るものである。まず、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（177条1項1号ないし2号）や抵抗の困難性（177条1項3号、179条、174a条ないし174c条）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。明示された意思に反してなされた性的接触は、それだけで当罰性を有するのであり、強要的要素が不可欠な条件であるとはいえない。

性刑法の構成要件は、前章までに扱ってきた事例グループに応じて、新しく編成され直すべきである。明示された拒絶に反して性的行為が行われるのが第1グループであるのに対して、第2グループは、当該意思の表明が客観的に不可能であったために、拒絶も同意もなされなかった場合に問題となる。最後に、第3グループは、事実上なされた同意が、法的に無効であると評価される場合である。

現行法では、望まない性的接触に対する防衛の権利と、同意の存在を前提としたパターンリスティックな禁止との間の重要な区別が示されていない。これまでの立法手続でも、こうした区別が役割を果たすことはなかったが、その理由は、刑法学において、パターンリスティックな禁止の根拠と限界をめぐる議論が、ごく一部でしか行われなかったからである。医事刑法では、この点が集中的に議論されているが、性刑法の領域では未だに議論が進んでいない。パターンリズムによって根拠づけられた構成要件は、複雑な法的評価を必要とするのであり、今後は徹底的な議論を行う必要がある。

3. 若干のコメント

本論文の意義は、性的自己決定の概念のコンセプトualな分析に基づいて、問題となる事案類型を整理し、適切な当罰性評価のための視点を明らかにしている点に認められる。とりわけ、同意の意思表示が存在せず、被害者の消極的自由の保護が問題となる場合（IV章—同意不存在型）と、事実上の同意の存在を前提としつつ、意思の欠陥を理由に同意が無効となる場合（V章—同意無効型）とを区別したうえで、後者は、柔軟なパターンリズムの適切な限界づけという観点

から、慎重な法的評価が必要であることが強調されている。こうした区別は、問題の本質に即した議論を可能とする点で意義があろう。「同意不存在型」と「同意無効型」の区別に基づき、性的自己決定が実現したと評価できる具体的な条件を分析するという本論文の枠組みは基本的に支持できる⁽⁹⁾。

ただし、同意の存否と有効性評価のいずれの問題に属するののかの見極めが困難な場合があることには注意が必要である。ヘルンレは、①性交渉の相手方となる人物の同一性や、②身体的接触の性的な性格の錯誤について、それが他者の欺罔により惹起された場合には、同意が無効になると評価している。しかし、これらの錯誤が認められる場合には、同意の有効性評価を行う以前に、「特定の相手方と性的な行為を行うこと」に対する同意がそもそも不存在であると解する余地がある。なぜなら、例えば、夫である A との性行為に同意しているとしても、全くの他人である B との関係では、同意が不存在であるのと価値的に差がない(=「防衛の権利」の保護が問題となる)ように思われるからである。

このような、同意「無効」事由か「不存在」事由かの振り分けは、単なる形式上の問題ではなく、実際上の帰結にも相違を生じさせる可能性がある。というのも、これらの錯誤が同意「不存在」事由であるとすれば、錯誤の発生原因を問わず同意の存在が否定され、性的自己決定の実現がおよそ否定されると考えられるのに対して、これらの錯誤を「無効」事由と理解する場合、(ヘルンレの立場を前提とすれば)当該錯誤の発生について行為者に答責性が認められるか否かに応じて、評価のあり方が異なってくるためである。

以上の点とも関連して、ヘルンレが、欺罔が同意の有効性に影響を与える場合を、上記①②事情を中心とする「規範目的関係的な錯誤」が惹起された場合に限定する点についても議論の余地があるように思われる。すなわち、上記①②事情から外れる「動機の錯誤」についても、それが意思決定に際して重要性を有すると評価可能な範囲で、同意の有効性に影響を与える場合がありうるのではないだろうか。例えば、X が A に対して、病気の治療のためには、「性的な刺激」が必要であると偽って、自身との性交に応じさせたという場合、A には、①性交渉の相手方となる人物 (X) の同一性の錯誤はなく、さらに、「性的な刺激」を受けけることを認識しているため、②行為の性的性格の錯誤も認められない⁽¹⁰⁾。しかし、「病気の治療」という重要な動機に関する錯誤が、同意の有効性に影響を及

(9) 菊地一樹「刑法における性的自律の保護 (1) (2・完)」早稲田大学大学院法研論集 158号81頁以下、159号149頁以下 (2016年) 参照。

(10) 現にヘルンレも、本論文中で、類似の事例である OLG Stuttgart, NJW 1962, 62 を引き合いに出して、ここで問題となる錯誤は、「規範目的関係的な錯誤」のカテゴリには属しないと説明している。

ぼすと考える余地は十分に認められるであろう。⁽¹¹⁾ 動機の「重要性」をいかに評価すべきかは、なお慎重な検討が必要であるものの、「動機の錯誤」を一律に同意の有効性と無関係であるとする根拠は乏しいように思われる。

ヘルンレの主張の核心は、同意の有効性評価において行為者との相互作用や答責性の割当てを適切に考慮すべきであるという点に認められる。本論文では、例えば、アルコールの影響により判断能力が減退している場合にも、飲酒により酩酊状態に陥ることが、任意の意思決定に基づくものである限り、同意を有効と評価すべきであるという主張が展開されている。これは、「原因において自由な行為」の発想を、法益主体の同意にも推し及ぼしたものと理解することができるだろう。

もっとも、同意者が、酩酊状態に陥ることさえ認識していれば、判断能力減退後に行われた性的行為が常に自己答責的と評価してよいかについては、疑問の余地があるように思われる。酩酊状態に陥る以前の、完全な判断能力が認められる時点で、性的行為へと発展することの予見（ないし予見可能性）が必要であるとの異論もありうるだろう。また、ヘルンレは、「仮に酩酊状態に陥らなくても本人が同意していたか否か」は重要でないとしているが、完全な判断能力下でも同意していたであろうという事情は、酩酊状態が本人の意思形成に有意な影響を与えなかったことを示す事情として意義を有すると考える余地もあると思われる。

また、相互作用や答責性の適切な考慮という発想は、「提案」と「脅迫」を区別し、「脅迫」により得られた同意のみが無効になるという主張にも反映されている。これに対して、我が国の学説上は、脅迫罪・強要罪の成立について、「告知される害は適法なものであってもよい」とする⁽¹²⁾のが通説であり、例えば、万引きをした者に告知をほのめかして、自己との交際⁽¹³⁾に応じるように「提案」する行為も、強要罪を構成するものと考えられている。その理由として、適法な害であっても、それを告知された者には心理的圧迫が生じることが挙げられることが一般的である。しかし、ヘルンレのような、心理的圧迫の有無それ自体ではなく、それを生じさせたことの答責性を問題とすべきであるという立場からは、以上の

(11) 例えば、名古屋地判昭和55年7月28日判時1007号140頁は、婦人科医を装った被告人が、被害者が梅毒に感染しており、治療するためには、被告人との性交が必要であると偽ったと言う事案について、準強姦罪の成立を認めている。

(12) ただし、脅迫罪については、告知される害が、犯罪を構成するもの（平野龍一「刑法各論の諸問題」法セ201号（1972年）65頁等）、あるいは違法なもの（曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（弘文堂、2012年）54頁等）に限られるとする見解も有力に主張されている。

(13) なお、高松高判昭和47年9月29日高刑集25巻4号425頁は、商店の経営者が万引きをした女性に対して、警察に通報しない代わりに性的行為に応じることを迫ったという事案で、強姦罪の成立を認めている。

通説的見解にも再考の余地があることになろう。

本論文で問題とされたような、「告訴しないこと」や「退学の阻止」をいわばエサにして、性的接触を「提案」する行為は、他人の窮状に乗じている点で道徳的に問題があるのみならず、告訴・大学教育制度との関係で不当ないし違法性を有していることは否定できない。告訴権を、性的接触を持ちかけるための取引手段として利用することは、明らかに告訴制度の趣旨に反しているし、性的接触に応じたものを成績上有利に取り扱うことは、公正な成績評価に対する信頼を完全に害してしまうであろう。しかし、問題は、こうした制度への攻撃を根拠に、法益主体の同意を無効とし、個人的法益である性的自己決定の侵害がなされたと評価することが許されるかどうかである。ヘルンレが指摘するように、「提案」により与えられた状況改善のチャンスを掴むかどうか、まさに本人の積極的自由に属するとすれば、同意の有効性を安易に否定することには慎重であるべきということになろう。これに対して、そのような「提案」を持ちかけること自体が、意思の形成過程に対する不当な干渉であると評価することが許されるならば、同意の有効性が否定されると考える余地もなお残されるように思われる。

以上のように、相互作用や答責性を適切に考慮する発想に立つとしても、答責性の具体的な割り当て方や、その基準・要件については議論の余地を多く残している。また、個別の事案における実際の評価に際しても困難が伴うであろう。しかし、これらの課題と向き合うことは、刑法におけるパターンリスティックな干渉を限界づけるためにも必要不可欠であり、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。