
 論 説

性犯罪処罰規定の見直しに関する議論について

上 田 正 基

I はじめに

2017年6月16日に成立し、同年7月13日に施行された「刑法の一部を改正する法律」(平成29年法律第72号)によって、刑法典の性犯罪処罰規定(176条以下)は大幅に改正された。しかし、改正当初から、性被害当事者や被害者を支援してきた者を中心として、さらなる改正を求める意見が多く挙がった¹⁾。さらに、2019年3月、性犯罪事件に関する無罪判決が4件²⁾相次いで報道され、それらの無罪判決に抗議する形で、各地にフラワーデモが広がる等、「性暴力のない世界を、そして被害者の視点にたった刑法改正」³⁾を求める声は大きくなりつつあるように感じられる⁴⁾。

そのような状況下で、2020年3月31日、「性犯罪に関する刑事法検討会」が新たに設置された⁵⁾。これは、「刑法の一部を改正する法律」(平成29年法律第72号)が、「施行後3年を目途」とする「検討」を規定してい

1) 角田由紀子「性犯罪法の改正——改正の意義と課題」論ジュリ 23号 120頁(2017年)、齋藤梓「被害者支援の現場から見た性犯罪にかかわる刑法改正の意義」刑ジャ 55号 17頁(2018年)、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——」日高義博古稀『日高義博先生古稀祝賀論文集 下巻』123頁(成文堂・2018年)、齋藤梓=大竹裕子「当事者にとっての性交『同意』とは——性暴力被害当事者の視点から望まない性交が発生するプロセスをとらえる——」年報公共政策学 13号 185頁、186頁(2019年)、伊藤詩織『Black Box』185-186頁(文藝春秋・2017年)、一般社団法人Spring編集『見直そう! 刑法性犯罪～性被害当事者の視点から～』<http://spring-voice.org/wp-content/themes/theme-bones-master/library/pdf/sexcime.pdf>(一般社団法人Spring・2018年)等参照。

る（附則 9 条⁶⁾）ことを受けてのものである。その検討会の構成員には被害当事者も含まれる⁷⁾。性被害当事者や支援者等、性犯罪現象をよく知る様々な立場の者が主体として検討に参加することは、「一部専門家による一部専門家のための検討」にならないためにも必要であろう⁸⁾。

確かに、「より良き立法」は、多様な立場の者に開かれた「討議の場」における、より良き立法を志向し続ける永続的な営為の中にしかない⁹⁾。しかし、性犯罪処罰規定に関する討議の場における、より良き立法への営為に対して、刑法学は十分な貢献を果たしてきたのであろうか。少なくとも、2017 年改正が「一部専門家による一部専門家のための改正」と批判さ

- 2) 福岡地裁久留米支判平成 31 年 3 月 12 日公刊物未登載、静岡地裁浜松支判平成 31 年 3 月 19 日判時 2437 号 107 頁、名古屋地裁岡崎支判平成 31 年 3 月 26 日判時 2437 号 100 頁、静岡地判平成 31 年 3 月 28 日（LEX/DB 文献番号 25563007）。なお、福岡地裁久留米支判については福岡高判令和 2 年 2 月 5 日（LEX/DB 文献番号 25565044）、名古屋地裁岡崎支判については名古屋高判令和 2 年 3 月 12 日（LEX/DB 文献番号 25565258）が、それぞれ逆転有罪判決（懲役 4 年及び懲役 10 年）を下している（静岡地判については無罪確定）。
- これらの裁判例については、角田由紀子「性被害事件判決のジェンダー・バイアスはなぜ生まれるのか」ジェンダーと法 17 号 68 頁、71 頁以下（2020 年）も参照。名古屋高判令和 2 年 3 月 12 日については、前田雅英「判批」捜査研究 835 号 30 頁（2020 年）、大畑拓也「判批」警察公論 75 巻 10 号 88 頁（2020 年）。
- 3) フラワーデモ HP（<https://www.flowerdemo.org/about-us>, 2020 年 10 月 31 日最終閲覧）。
- 4) 小川たまか「被害者支援の現場から見た実感は…性犯罪 4 つの無罪判決が浮き彫りにした問題点」創 49 巻 6 号 78 頁（2019 年）、伊藤和子『なぜ、それが無罪なのか!?——性被害を軽視する日本の司法』（ディスカヴァー携書・2019 年）。
- 5) http://www.moj.go.jp/keijil/keijil2_00020.html
- 6) 府は、この法律の施行後三年を目途として、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。
- 7) 法務省性犯罪に関する刑事法検討会「各委員から提出された自己紹介及び意見（五十音順）」28 頁以下〔山本潤〕（令和 2 年 5 月）（<http://www.moj.go.jp/content/001320347.pdf>）。

また、このことは、「ロビイングなどを続けてきた被害当事者や支援者」の「悲願」であったとされる。小川たまか「『私たち抜きで決めないで』の悲願叶う 刑法改正の検討委員に性被害当事者が入りました」<https://news.yahoo.co.jp/byline/ogawa-tamaka/20200331-00170599/>（2020 年 10 月 31 日最終閲覧）、一般社団法人 Spring「法務省内『性犯罪に関する刑事法検討会』メンバーに山本潤が入りました。」<http://spring-voice.org/news/20030331/>（2020 年 10 月 31 日最終閲覧）。

れる¹⁰⁾限りでは、貢献のあり方に課題があったと考えられる¹¹⁾。

この問題意識を背景として、本稿では、性犯罪処罰規定の見直しに関する今後の議論に対して、刑法学がどのような貢献を果たしていくべきかを検討する。その前提としてまず、従来の刑法学と立法論との関係をごく簡単に要約し、立法論における刑法学の議論のあり方それ自体に内在する問題点を指摘した後、今後の刑事立法論のあり方についての私見を述べる(Ⅱ)。それを踏まえて次に、性犯罪処罰規定の見直しに関する議論のあり方を検討する(Ⅲ)。そこでは、今後の見直し議論においてひとつの中心的な争点となるであろう、性犯罪処罰規定における暴行・脅迫要件の緩和乃至撤廃を主に扱い、改正についての一応の提案も行う。

Ⅱ 従来の刑事立法論と今後の刑事立法論のあり方

刑法学は、「刑事立法の質ないし立法の正当性を判断する基準」として有効に機能する立法の規範理論を確立できていないとされる¹²⁾。このことは、性犯罪処罰規定の見直しに関する今後の議論に対する、刑法学からの貢献のあり方にも影響する。「より良き性犯罪処罰規定」を測る基準が刑法学にないのであれば、性犯罪処罰規定の見直しに関する議論に対して、刑法学は学術的に適切な指針を提供することができないからである。

8) 辰井聡子「性犯罪に関する刑法改正——強制性交等罪の検討を中心に——」刑ジャ 55 号 4 頁、9 頁 (2018 年)。

9) 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 25 頁、69 頁 (2019 年)、拙稿「『過剰な犯罪化 (overcriminalization)』について」神奈川法学 52 巻 1 号 1 頁、23 頁 (2019 年)。

10) 辰井・前掲注 8) 9 頁。齋藤梓＝岡本かおり＝大竹裕子「性暴力被害が人生に与える影響と被害認識との関係——性暴力被害の支援をどう整えるべきか——」学校危機とメンタルケア 11 巻 32 頁、33 頁 (2019 年) も参照。

11) 宮田桂子「性犯罪法改正に関する備忘録——改正の議論に参加して」駒澤法曹 16 号 195 頁、200 頁 (2020 年) も、2017 年の改正は、「検討会の時点から、法務省案は相当程度固まっており、法制審部会においては、専ら法務省案がいかに妥当かについての裏付けを提供する場」であったとする。また、「議論があまりに粗かった」(同 209 頁) という評価もなされている。

12) 井田良「平成時代の刑法学説」刑ジャ 61 号 13 頁、19 頁 (2019 年)。

1 従来の刑法学と立法論の関係

従来の刑法学は、立法論ではなく、既存の刑罰法規の解釈を中心とする理論刑法学に集中してきた。その理論刑法学の中で刑法総論は、「刑罰が科されるべき行為としての犯罪の、一般的な、全てに共通する成立要件」を解明することを目的とする¹³⁾。そこで解明される一般概念としての犯罪成立要件は、その性質上、全ての犯罪に一般的に適用されるので、立法の際にも当然考慮されるべき要件となる。すなわち、新たに制定される刑罰法規の対象となる行為も、「刑罰が科されるべき行為としての犯罪の、一般的な、全てに共通する成立要件」を充たしていなければならない。それゆえ、刑法総論の解釈論は、犯罪と非犯罪を一般的に区別する刑法内在的基準を提供し、犯罪化を限界づけるものとして、立法論にもなる¹⁴⁾。例えば、違法論における法益侵害・危殆化に関する議論が、刑法上保護に値する法益の存在及びその侵害・危殆化を要求する立法論としての法益論に表れる¹⁵⁾。また、責任主義との適合性が、立法論においても問われる。このような意味で従来は、理論刑法学における解釈論と刑事立法論は一致していた¹⁶⁾。

しかし、刑法総論における解釈論が、刑事立法に対して規範的な制約として働くためには、その規範的力の前提となる理論的根拠及び価値判断が明らかにされなければならない。そこで、刑法の目的及び刑罰の目的が解釈論をどのように基礎づけるのかが議論される。また、実定法秩序において刑法に優位する憲法原理によって刑法の基本原則を基礎づけることが試みられる。このように解釈論の前提となる基礎理論に着目し、「いかなる行為が処罰されるべきなのか」を議論するならば、解釈論と立法論の一致

13) 山口厚『刑法総論』2頁(有斐閣・第3版・2016年)。

14) 高橋則夫「『犯罪』概念と刑事政策『学』の連関」石川正興古稀『刑事政策の新たな潮流——石川正興先生古稀祝賀論文集——』21頁(成文堂・2019年)。

15) 法益論については、嘉門優『法益論——刑法における意義と役割——』(成文堂・2019年)を参照。

16) 松原芳博「立法化の時代における刑法学」井田良=松原芳博編『立法学のプロンティア3 立法実践の変革』123頁、137頁以下(ナカニシヤ出版・2014年)も参照。

は必然ではなくなる。なぜなら、刑法又は刑罰目的論といった基礎理論から、処罰されるべき行為の基準が直接導出できるのであれば、刑事立法を分析する枠組は解釈論から独立したものとして構築され得るからである¹⁷⁾。そして、刑事立法を分析する枠組自体を構築しようとする試みは、理論刑法学の外側で、刑事立法に対する制約を考察することを要求し、憲法学、法哲学及び政治哲学等を踏まえた学際的な研究へとつながっている¹⁸⁾。

以上で、従来の刑法学と立法論の関係をごく簡単に要約したが、そこにおける立法論には、方法論において共通点がある。それは、刑法の正当な範囲、あるいは刑罰の正当な対象を抽象的に画定し、具体的な刑事立法がその範囲を逸脱していないか否かを検討するという点である。しかも議論は、あるべき刑法の範囲を画定することに集中してきたように思われる。しかし、このような方法論自体には、立法論・政策論という観点からは問題がある。

2 従来の刑事立法論の問題点

(1) 政策論としての不十分性

あるべき刑法の範囲を画定し、そこから逸脱する現象を問題視するという従来の刑事立法論は、あるべき刑事政策を論じるという点では政策論でもあるが、政策論としては非常に問題ある方法論である。

従来の刑事立法論のような方法論を採る場合、そこで問題視される立法及び政策に対して、刑法学から提示し得る解決策は、あるべき刑法の回復でしかあり得ない¹⁹⁾。しかし、この方法論自体からは、現在の社会経済的

17) 伊東研祐「現代社会における刑罰論への一視座」法時 87 巻 7 号 4 頁 (2015 年)、中村悠人「刑罰目的論と刑罰の正当化根拠論」現代法学 28 号 175 頁 (2015 年)、飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』(成文堂・2016 年)等も参照。

18) 拙著『その行為、本当に処罰しますか——憲法的刑事立法論序説』(弘文堂・2016 年)、高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』(成文堂・2018 年)も参照。

19) HENRIQUE CARVALHO, THE PREVENTIVE TURN IN CRIMINAL LAW 10 (2017). 拙稿・前掲注 9) 10 頁以下も参照。

状況や、刑事司法制度及びその運営を前提として、一定の理念に基づくあるべき刑法を実現できるのか、及びどのように実現するのかが導き出されない。なぜなら、この方法論自体は、当該あるべき刑法を最もよく現実化するための社会的・制度的条件を十分に検討するものではないからである²⁰⁾。そして、このような理由から、刑事実体法の法文上ではあるべき刑法が実現できたとしても、それが実際の社会的・制度的状況の下で理念通りに実現され得るのか、またどの程度実現され得るのかといった検討も不可能となる²¹⁾。この点は、刑事政策の事後的検証を行う際にも大きな問題となろう²²⁾。

(2) 普遍性の欠如

あるべき刑法を実現するための社会的・制度的条件について、検討が不十分となる原因は、あるべき刑法を基礎づけるアプローチにもある。

「刑罰が科されるべき行為としての犯罪の、一般的な、全てに共通する成立要件」を解明することを目的とする刑法総論を出発点として、当該要件を刑法の限界として規範的に基礎づけるというアプローチは、法益保護主義や責任主義、行為主義といった刑法学上の諸原則を所与のものとする。しかし、刑法学上の諸原則も、政治的及び制度的環境とともに歴史的に発展してきた、その意味で偶然的なものであり、決して普遍的なものではない²³⁾。それにもかかわらず、それらの諸原則あるいは理念を刑法の法的・規範的限界として基礎づけるアプローチは、当該理念を理念たらしめている政治的・制度的条件を等閑視するものといえよう。このことは、刑法の憲法的限界を探るにせよ、それ以外のアプローチを採るにせよ、同様に妥当する²⁴⁾。そして、そのような中であるべき刑法を本質化してしまえば、

20) See NICOLA LACEY, IN SEARCH OF CRIMINAL RESPONSIBILITY - IDEAS, INTERESTS AND INSTITUTIONS ch. 6 (2016).

21) 拙稿・前掲注9) 11-12 頁も参照。

22) そもそも、従来の刑事立法論の方法論からは、実現可能な状態間の比較を可能とする基準は提供され得ず、理想の状態に届かない状態は全て不完全とされ得る(拙稿・前掲注9) 11 頁も参照)。

当該理念を理念たらしめている政治的・制度的条件を固定化してしまい、それらに起因する問題をより悪化させることにもつながりかねない²⁵⁾。

3 今後の刑事立法論のあり方

(1) 法律論と政策論の区別

まず前提として、刑事立法論は、刑法の法的限界を画定するものと、その限界の中で政策論としてのあるべき刑法を議論するものに区別されなければならない²⁶⁾。

もっとも、前述した、あるべき刑法にかかる理念の形成における歴史性・偶然性、及び当該諸理念を刑法の法的限界として固定することの不適切性に鑑みれば、刑法学上の基本原則の中で法的限界を構成するものは、それほど多くないと考えるべきであろう。

したがって、政策論としてのあるべき刑法に関する議論においては、何があるべき刑法なのかを論じ、どのようにそれが基礎づけられるかを論じるだけでは不十分である。理念としてのあるべき刑法は、どのように実現されるのか、どの程度実現されるべきなのかも議論されなければならない

23) 性格責任、能力責任、結果責任、及びリスク責任という責任に関する理念が、利益及び制度のダイナミクスの中で経時的に変化し、またそれぞれの理念が共存し得ることについては、LACEY, *supra* note 20, ch. 5、自由で自律的な個人と自由主義的刑法の関係については、CARVALHO, *supra* note 19, chs. 1-2 参照。さらに、自由意思を備えた個人という主体、及び責任という概念すらも、近代社会が生み出した根拠なき虚構であることについては、小坂井敏晶『増補 責任という虚構』第 4~5 章（筑摩書房・2020 年）を参照。

24) 刑法学上の基本原則を出発点とする限りは、本文と同様のことがいえる。また、刑法解釈論から独立した限界を探求する場合も、当該諸限界が一定の理念に基づいている限りは、同じである。

25) 自由で自律的な有責の主体を本質化し、自由主義を基礎に置く刑法というモデルの問題については、CARVALHO, *supra* note 19, at 44-48 を参照。また、憲法による刑法のコントロールを通じての刑罰積極主義への対応に対しては、稲谷龍彦「試論：公共政策としての刑事司法」社会安全・警察学第 4 号 99 頁、100 頁以下（2017 年）参照。

26) 外側の〈限界〉である合憲性審査と、内側の〈討議の場〉としての刑法理論に基づく討議・提案という刑事立法分析における 2 段階構造を論じるものとして、仲道・前掲注 9) 64 頁以下参照。

い。また、現実に取り得る政策の中で、理念の実現度合いが異なる政策間の比較を可能にし、それぞれの政策による変化を通じて事態が現状よりも改善するののかという検討を可能にする枠組みも構築されなければならない²⁷⁾。

(2) 制度としての刑事司法への着目

次に、政策論において、政策の実現可能性及び実現方法の検討、並びに政策間比較を可能にするためには、刑事司法全体が制度として構成されるあり様に着目する必要がある。制度とは、人々の社会的相互作用における均衡状態であり、人々が従うインセンティブがあるルールであるとされる²⁸⁾。あるべき刑法のような理念も、そのような制度の中で形成され、実現される。すなわち、理念は、一定の制度的基盤の上に、そこに関わる人々の利害によって形成される²⁹⁾。それゆえ理念には、それを実現するための政治的及び制度的条件が存在する。刑事立法論においては、刑事司法制度全体に目を向け、あるべき刑法という理念を実現するための条件を検討しなければ、当該理念の実現可能性や実現方法は議論できないのである。

(3) 人間の行動への着目

最後に、現状の制度及び制度の変化が、それに関わる人間の行動にどのような影響を与えるのかも研究しなければならない。制度が、人々の社会

27) 仲道・前掲注9) 65頁の表現を借りれば、政策論におけるあるべき刑法とは「A評価」の立法、又は〈より良き立法〉の中で最良のものということになる。

28) FRANCESCO GUALA, UNDERSTANDING INSTITUTIONS: THE SCIENCE AND PHILOSOPHY OF LIVING TOGETHER ch.1 (2016). (フランチェスコ・グアラ (瀧澤弘和監訳=水野孝之訳)『制度とは何か——社会科学のための制度論』23頁以下(慶應義塾大学出版会・2018年)。) Guala は、言語的言明としてのルールを考えるだけでは、人々がルールに従う理由を説明できず (*Id.* at 8 (29頁))、名目的ルールと実質的ルールを区別することができないという観点 (*Id.* at 9-10 (30-31頁)) から、ルールを言明することだけでは制度を生み出すのには十分でない (*Id.* at 8 (29頁)) として、本文の定義を導いている (*Id.* at 10 (32頁))。

29) See LACEY, *supra* note 20, at 2-4.

的相互作用の均衡状態であるとすれば、ある制度変化は、それに関わる人間のインセンティブを変化させ、それによって異なる均衡状態としての制度のあり方を生じさせる³⁰⁾。また、均衡としての制度内部における諸個人の行動パターンの観察及び承認によって選好が形成され、それに法規範がシグナルとして寄与するとすれば、一度成立した均衡としての制度は、安定的かつ強固なものとなろう³¹⁾。したがって、刑事司法制度における問題事象を解決し、あるべき刑法を目指すためには、現状において人々がどのようなインセンティブを有しているのかを理解し、当該問題事象がどのような均衡状態として生じているのかを、まず明らかにしなければならない³²⁾。その後、何をどのように変化させれば、あるべき刑法により近づく新たな均衡状態が生じるのかを検討しなければならないのである。

4 小括

ここで、これまで述べてきたことを踏まえて、具体的に性犯罪処罰規定の見直しを評価・検討する際に、本稿が用いようとしている議論枠組みについてまとめておく。

まず、どのような性犯罪処罰規定が、刑法学上の基本原則とされるものに最も適合しているかを論じるだけでは不十分である。適合していること

30) 経営者のインセンティブ・システムについての記述であるが、CARSTEN HERRMANN-PILLATH & IVAN BOLDYREV, HEGEL, INSTITUTIONS AND ECONOMICS – PERFORMING THE SOCIAL 184-185 (2014) (カールステン・ヘルマン＝ピラート＋イヴァン・ボディレフ (岡本裕一朗＋瀧澤弘和訳)『現代経済学のヘーゲルの転回——社会科学の制度論的基礎』235 頁 (NTT 出版・2017 年))。

31) 全ての制度は社会的インタラクションにおける均衡であり、選好は、当該均衡において諸個人がとる行動パターンにおける外部的規則性である (その意味で、選好も制度である) という視点については、*id.* at 67-75 & ch.3 (ヘルマン＝ピラート＋ボディレフ (岡本＋瀧澤訳)・前掲注 30) 97 頁以下及び第 3 章) を参照。

また、近代刑事司法の基本原則について、基本的に所与の前提として受け入れるという従来の刑事立法論にも共通するような態度と、このような視点との関係については、稲谷龍彦「刑事学の方法と課題 第 4 回 近代刑事司法の現代的課題 (3)」法セミ 774 号 98 頁、100 頁以下 (2019 年) 参照。

32) 過剰な犯罪化現象を素材にして、この点を検討したものとして、拙稿・前掲注 9) 13 頁以下がある。

によって、どのような便益（又は不利益）が生じるのか、また、適合していないことによって、どのような不利益（又は便益）が生じ、それによって現状よりも事態が全体として悪化（改善）するのかが検討されなければならない。そのためには、理念として考えられた当該基本原則が、政治的及び制度的環境とともに歴史的に発展してきた偶然的なものにすぎないことを念頭において、なぜ刑法学が当該基本原則を理念であると考えてきたのかを反省的に検討しなければならない。

次に、具体的な刑事司法制度において、現在の性犯罪処罰規定を、例えば、暴行・脅迫要件の緩和乃至撤廃という方向に改正した場合、それが人々の行動や利害関係にどのような影響を与えるかを考えなければならない³³⁾。影響を受ける者は、犯罪化される行為の（潜在的／具体的）行為者（加害者）及び（潜在的／具体的）被害者だけではない。刑事司法制度に対して一定の関心を有する一般市民、刑事司法制度にかかわる警察官、検察官、裁判官等も含まれる。したがって、なぜ人は法を遵守し、法に違反するのかや、刑法が被害者の「保護」にどれだけ寄与しているのかだけではなく、刑事司法制度に関与する各アクターがどのように行動するのか等も検討しなければならない。なぜなら、法典上では「あるべき性犯罪処罰規定」が実現されたとしても、現実の刑事司法制度上でその理念通りに現実化されるかどうかは別の問題として議論されなければならない、そのためには実際当該規定がどのように運用されると予測されるのかも検討されなければならないからである³⁴⁾。

最後に、以上の検討を前提として、具体的な性犯罪処罰規定の見直し、社会全体として事態を改善することになるのか否かを検討しなければなら

33) そもそも、日本の性犯罪処罰規定を改正し、それによって日本社会全体がより善い方向に進むのかという議論をしているのであるから、このような視点からの検討がなければ、比較法的検討も無意味なものとなろう。この点に関して、宮田・前掲注11) 209頁は、「性犯罪に関する改正の議論（既にされた改正も含む）は、我が国の判例解釈、言い渡される刑の実態を十分に踏まえたものとはいえず、各国の構成要件、罰則の詳細等を子細に検討せず、つまみ食いの引用がなされているように思えてならない」とする。

ない。その際には、新たな刑罰法規がどの程度遵守されるのか、違反のうちどの程度が実際に執行され、有罪判決に至ると予測されるのか、当該刑罰法規の執行にどの程度のコストがかかるのか等を含めた幅広い考慮を踏まえた、当該改正をすることの利害得失が総合的に検討されなければならない。

以上が、本稿が基礎に置く枠組みであるが、ここで挙げた全てを本稿において私が独力で検討することは不可能である。また、私の認識・理解不足もあるであろう。それゆえに、複数の専門家がそれぞれの立場からの知見を提供し合って、最適な性犯罪処罰規定を目指していくことが必要となる³⁵⁾。本稿がその議論に少しでも寄与できることを望んでいる。

Ⅲ 性犯罪処罰規定の見直しに向けて

以下では、性犯罪処罰規定の見直しに当たって、上記の議論枠組みに基づいて、どのような議論がなされるべきかを検討しつつ、見直しの方向性に関する一定の私見を示していく。その際、本稿ではとりわけ、強制性交等罪（刑法 177 条）の暴行・脅迫要件を廃止すべきという主張を素材とする。

1 刑法学における性犯罪処罰規定の解釈

まずは、刑法学において性犯罪処罰規定がどのように解釈され、その解釈がどのように構成されているのか、そして、それについてどのような問題点が指摘されているのかについて確認する。

34) 規定の上では被害者の「保護」が拡大されたとしても、それが現実化される形で運用されなければ、現実世界では逆に「保護」が縮小するかもしれない、そうであれば改正しない方がよいという結論になるはずである。したがって、規定上の「保護」拡大が現実の制度において実現される条件を考慮せずに、規定上の「保護」を拡大する方向の主張を行うことは、刑事実体法の改正に対して過度の期待をしていると言わざるを得ない。この点に関して、井田・前掲注 12) 16 頁脚注 (14) も参照。

35) 法務省性犯罪に関する刑事法検討会・前掲注 7) 1 頁〔井田良〕参照。

(1) 保護法益

刑法の性犯罪処罰規定（176条～181条）の保護法益について、現在の刑法学の通説は、性的自由又は性的自己決定権と解している³⁶⁾。ここにいう性的自由・性的自己決定権とは、性的関係を持つか否か、誰を相手とするかに関して自分で決めることのできる（他人に強制されない）自由のことである³⁷⁾。

刑法各論において個人的法益は、主として生命、身体、自由に区分され、その中で、自由は生命、身体に次いで重要な個人的法益であるとされる³⁸⁾。そのうえで、性犯罪処罰規定が、相手の意に反して性交等を強制することを処罰しているという側面に着目すれば、性犯罪処罰規定の保護法益を自由として分類することは自然であるように思われる。

しかし、このような法益理解に対しては、「性暴力被害の影響として当事者たちは何が侵害されたと感じているのか」という観点で、性暴力被害の実態を正確に反映していないという批判がなされている³⁹⁾。確かに、「魂の殺人」ともいわれるほど深刻な性暴力・性犯罪の被害者に対する影響を、行為選択の自由（意思の自由）の侵害という側面だけで説明することには無理がある⁴⁰⁾。性暴力・性犯罪の被害者が、長期にわたる多様な身体症状や、心的外傷後ストレス障害等の、ときに回復不能な精神的問題を抱える⁴¹⁾理由は、「意思の自由」が侵害されたからというだけではなく、まさに「性」という人間にとって特別な意味を持つ領域においてそれが侵害され

36) 山口厚『刑法各論』105頁（有斐閣・第2版・2010年）、前田雅英編集代表『条解刑法』498頁、502頁（弘文堂・第3版・2013年）、松原芳博『刑法各論』85頁（日本評論社・2016年）、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論』97頁以下（弘文堂・第7版・2018年）、高橋則夫『刑法各論』126頁（成文堂・第3版・2018年）。

37) 松原・前掲注36) 85頁、井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修806号3頁（2015年）参照。

38) 山口・前掲注36) 71頁、松原・前掲注36) 77頁、西田〔橋爪〕・前掲注36) 74頁、高橋・前掲注36) 89頁。

39) 齋藤（梓）＝岡本＝大竹・前掲注10) 33頁、日本学術会議「提言：『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——」11-12頁（令和2年9月29日）（<http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-24-t298-5.pdf>）。

たからである⁴²⁾。そして、人間にとって「性」が特別な意味を持つということに対しては、異論はないであろう⁴³⁾。したがって、この点を前提として、既存の法益論の見直しも含めて、性暴力被害の実態をより正確に反映した刑法解釈及び性犯罪処罰規定を検討していくことが重要であると考えられる。

(2)「被害者」の同意

性犯罪処罰規定の保護法益を性的自由又は性的自己決定権と理解した場

40) 井田・前掲注 37) 4-5 頁、島岡・前掲注 1) 125-126 頁、北川佳世子「強制性交等の罪・準強制性交等の罪」法時 90 巻 4 号 55 頁、55-56 頁 (2018 年)、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 上巻』411 頁、424 頁 (信山社・2014 年)。また、「性的自由が『自由』の名の下で刑法的に過小評価されてきた」という指摘として、森川恭剛『性暴力の罪の行為と類型——フェミニズムと刑法』127 頁、190 頁以下 (法律文化社・2017 年) 参照。

41) 久保田康愛「性暴力被害者への心理的支援」特定非営利活動法人性暴力救援センター・大阪 SACHICO 編『性暴力被害者の医療的支援——リプロダクティブ・ヘルツ&ライツの回復に向けて——』83 頁以下 (信山社・2018 年)、中島聡美「性暴力被害者のメンタルヘルスと心理的支援」小西聖子=上田鼓編『性暴力被害者への支援——臨床実践の現場から』1 頁、7 頁以下 (誠信書房・2016 年)、宮地尚子「精神科医から見た性暴力被害の実態」日本弁護士連合会両性の平等に関する委員会編 (角田由紀子編集代表)『性暴力被害の実態と刑事裁判』41 頁、45 頁以下 (信山社・2015 年)、安藤久美子「思春期における性に関する問題——性的被害の実態とその治療——」性の健康 17 巻 3 号 24 頁 (2018 年)。また、被害者自身の体験については、山本潤『13 歳、「私」をなくした私——性暴力と生きることのリアル——』(朝日新聞出版・2017 年)、小林美佳『性犯罪被害にあうということ』(朝日新聞出版・2011 年)、同『性犯罪被害とたたかうということ』(朝日新聞出版・2016 年)を参照。

42) 辰井・前掲注 40) 424-425 頁、小坂井・前掲注 23) 266 頁注 56 参照。

また、井田・前掲注 37) 7-8 頁は、「性犯罪における被害の実質」が、「性的行為という特殊な身体的接触の体験を犯人と共有することを強いられるところにある」として、性犯罪の保護法益を「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」としているが、その背景にも、「性」が人間にとって特別な意味を持つという理解がうかがわれる。さらに性犯罪の法益を「個人の『性』」とする、斉藤豊治「性刑法の改革と課題」犯罪と刑罰 26 号 53 頁、79 頁 (2017 年) も参照。

43) もっとも、このことに超越的根拠も内在的理由もなく、社会の大半がそうだと信じているということ以外に理由はないかもしれない (小坂井・前掲注 23) 254-260 頁、266 頁注 56、及び同『神の亡霊——近代という物語』95-98 頁 (東京大学出版会・2018) を参照)。しかし、そうだからこそ、この点を変更すること (例えば、性の完全解放) は、およそ不可能であると考えられる。

合、性的関係を持つか否か、誰を相手とするかに関して自分で意思決定したといえるならば、法益侵害性が否定される。そこで生じるのが、被害者の同意⁴⁴⁾という問題である。

刑法において被害者の同意とは、利益欠缺原理に基づいて、法益の侵害を実質的に否定する法形象である⁴⁵⁾。この基礎にあるのは、個々の構成要件が保護する法益の状態が変更されるとき、法益主体はその変更の良否に関する判断権限を有するので、そのような法益処分に対して刑法が違法評価をすることは、個人の自律を害することになるという考えである⁴⁶⁾。そして、このことは、他者を使って法益処分を行う場合にも同様に妥当する⁴⁷⁾。それゆえ、法益侵害結果について被害者が同意しているならば、そうでなければ構成要件に該当するような行為者の行為についても犯罪は成立しない。

刑法上、行為の不可罰を導く被害者の同意が有効に存在するためには、法益処分の意義と内容を理解する能力を有する者によって、当該法益処分の意義と内容を十分に理解したうえで自由で真意に基づく同意がなされていなければならない⁴⁸⁾。これを同意の要件論という形で表現すれば、同意が存在するためには、法益侵害結果（法益の状態変更）を認識し、少なくともそれを認容的に甘受（消極的に認容）していなければならない⁴⁹⁾、そのような意思が自由な意思決定に基づいていなければならないということである。そして、真意に基づく同意がないとされるのは、強制によって被害者の意思が抑圧されている場合、及び重要な事実について被害者の錯誤が

44) 性犯罪の文脈においては、「同意」があれば「被害」もなくなると考えるのであれば、「被害者」の同意というより、「法益主体」の同意といった方が適切かもしれない。

45) 小林憲太郎『刑法総論』142頁（新世社・第2版・2020年）。

46) 三代川邦夫『被害者の危険の引受けと個人の自律』77頁（立教大学出版会・2017年）。

47) 小林（憲）・前掲注45）143頁。

48) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』207頁（有斐閣・2013年）。

49) 同意の対象・程度については、三代川・前掲注46）79頁、小林（憲）・前掲注45）146-147頁、佐伯・前掲注48）213-214頁、田中優輝「被害者による危険の引受けについて（四）」法学論叢174巻3号53頁、56-57頁（2013年）を参照。

あり、錯誤がなければ被害者は同意しなかったであろうといい得る場合である。

以上のような被害者の同意論を性犯罪処罰規定の文脈に引き直せば、行為者が性交等（177 条）やわいせつな行為（176 条）をし、それを相手方が自由な意思決定に基づいて消極的に認容すれば、強制性交等罪等は成立しないということになる。しかし、性犯罪の構造をこのように捉える刑法的理解に対してなされていると考えられる批判として、女性たちにとっての「同意ある性交」とはどのようなものか、及び女性たちの視点からみた同意と不同意の違いを適切に反映していないというものがある⁵⁰⁾。また、「甲が乙と性行為をすることは、甲が乙に対して性行為をし、乙が甲によって性行為されることではない」という指摘もある⁵¹⁾。そして、性交等への「同意」を被害者の「同意」という文脈で理解することは、「甲が乙に対して性行為をし、乙が甲によって性行為される」という構造を含意している可能性がある。

このような批判を踏まえれば、「同意」の下で理解されているものの相違を検討せずに、暴行・脅迫要件の廃止、すなわちいわゆる不「同意」性交等罪の導入を検討することは、議論をいたずらに混乱させるかもしれない、仮に不同意性交等罪が導入されたとしても、実際の運用が支持者の望んだ通りにならないかもしれない⁵²⁾。したがって、刑法上の「同意」という枠組みをいったん離れて、性的な「同意」とは何かを直接議論する必要があると考えられる⁵³⁾。

50) 齋藤（梓）＝大竹・前掲注 1）186-187 頁、202 頁参照。

51) 森川・前掲注 40）20-21 頁。また、同 123 頁以下も参照。

52) 例えば、「セックスに対して同意のない状態が基本」であり、被害者の同意は違法性を阻却する事由であるという立場から、不同意性交罪の導入を主張すること（島岡まな「性犯罪の本質は被害者の不同意にある」<https://news.yahoo.co.jp/feature/1510>、2020 年 10 月 31 日最終閲覧）も、やはり被害当事者等にとっての「同意ある性交」を正確に反映していないかもしれない。

53) 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』京都女子大学現代社会研究 19 号 69 頁（2016 年）参照。

(3)「暴行又は脅迫」要件

性犯罪処罰規定の保護法益を性的自由又は性的自己決定権とし、同意によりその法益侵害性が否定されとするならば⁵⁴⁾、性的自己決定に対する罪としての性犯罪の本質は、被害者の不同意にあると理解することが可能である。そして、このような理解を前提に、「暴行又は脅迫を用いて」という要件を撤廃した不同意性交等罪の導入が主張されている⁵⁵⁾。

もっとも、ある法益に対する罪が、当該法益を侵害・危殆化する行為態様の全てを補足していないことそれ自体は、何ら不合理なことではない。刑法が介入する範囲を検討するにあたって、正当な法益を探索するだけでなく、「どのような範囲で、そしてどのような攻撃態様に対して、刑法が介入すべきなのか」という視点から、介入範囲を限定することそれ自体に問題はない⁵⁶⁾。したがって、「暴行又は脅迫」要件の撤廃を性的自由又は性的自己決定権という保護法益の観点から主張するためには、「暴行又は脅迫」要件の有無が、性的自由・性的自己決定権という法益が侵害される程度に影響せず、それゆえ行為態様の限定が法益保護の不当な限定となっている、又は／及び、暴行・脅迫によらない性的自己決定権侵害であっても当罰性は十分にあり、処罰範囲が不当に制限されている（この意味で不当な処罰の間隙部分が生じている）ということが論証されなければならない⁵⁷⁾。そのような論証としては、性犯罪の暴力性（性的な価値の侵害という性的被害の側面）は、手段の暴力性（暴行・脅迫等の被害者の意思を制圧し、従わせる行為）そのものではないという主張⁵⁸⁾や、「暴行又は脅迫」要件は、強姦罪の保護法益を「貞操」とであるとする理解、及び戦前の家父

54) 前述した、それぞれの内部における相違についてはひとまず措く。

55) 島岡・前掲注 52)、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 85 巻 3・4 号 1283 頁、1296 頁（2019 年）、及び齋藤実「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 381 頁、386 頁以下、日本学術会議・前掲注 39) 12 頁以下。

56) 嘉門・前掲注 15) 90 頁以下。さらに、拙著・前掲注 18) 40 頁以下、87 頁以下等も参照。

57) 井田良「性犯罪処罰規定における暴行・脅迫要件をめぐる」曹時 72 巻 2 号 1 頁、22 頁以下（2020 年）も参照。

長制を前提としており⁵⁹⁾、被害者（とりわけ女性）に抵抗を義務付けるものであるという主張がある⁶⁰⁾。

しかし、以上のような主張に対しては、もともと現行刑法は、不同意性交等のうちで暴行・脅迫要件によりさらに処罰の範囲を絞っていると理解すべきではないという指摘もある⁶¹⁾。確かに、刑法 177 条の「暴行又は脅迫」について日本の判例は、「相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度のものであることを以て足りる」としているが⁶²⁾、具体的な判断基準は、「単にそれのみを取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」とされている⁶³⁾。この基準に従えば、暴行・脅迫それ自体の程度が判断されているわけではなく、暴行・脅迫に伴って被害者が性交等に対して抵抗が著しく困難な状態となった否かが決定的になる⁶⁴⁾。

58) 森川・前掲注 40) 116 頁以下。性犯罪の本質は「性的に従わせること」にあり、そのことによる被害の程度は、従わせるための手段の強度によって測られるわけではないという主張であると考えられる。

また、角田由紀子『性と法律——変わったこと、変えたいこと』154 頁（岩波書店・2013 年）が、「法が保護すべき性的自由の侵害は、高度の暴行・脅迫によるもので、そのときには（たぶん）高度の性的自由の侵害があるからという考え方」は、「理解できない」としているのも同趣旨であろう。

59) 角田・前掲注 2) 77 頁以下、及び齊藤豊治「コメント：判例と性刑法改正——段階的類型化の必要性」ジェンダーと法 17 号 109 頁以下（2020 年）参照。

60) 伊藤（和）・前掲注 4) 208-209 頁、角田・前掲注 58) 152-153 頁、島岡・前掲注 52)。また、齊藤豊治「わが国の性刑法規定の問題点」大阪弁護士会人権擁護委員会性暴力被害検討プロジェクトチーム編『性暴力と刑事司法』11 頁（信山社・2014 年）も参照。

61) 井田・前掲注 57) 23 頁。なお、判例実務が「処罰の空隙」を認めている可能性については留保している（同 13 頁以下参照）。判例実務に対する認識については、林夏子「性犯罪が変わる？ 法務省が刑法見直しへ…被害者がリスクを負う現状、曖昧な『性的同意』」Business Journal 2020 年 4 月 13 日〔安田拓人発言〕(https://biz-journal.jp/2020/04/post_150083.html, 2020 年 10 月 31 日最終閲覧)、日本学術会議・前掲注 39) 13-14 頁、16-17 頁も参照。

62) 最判昭和 24 年 5 月 10 日刑集 3 巻 6 号 711 頁。

63) 最判昭和 33 年 6 月 6 日集刑 126 号 171 頁。

それゆえ、適用次第では、暴行・脅迫それ自体には一定の強度が要求されないこととなり⁶⁵⁾、「暴行・脅迫要件の充足＝意思に反すること（性交に関する合意が否定されること）」と理解することも可能になる⁶⁶⁾。そして、そのような解釈が判例実務においても採られているとすれば⁶⁷⁾、暴行・脅迫要件には、それ自体として性犯罪の成立を限定する機能が失われていると評価されることになる⁶⁸⁾。

「暴行又は脅迫を用いて」という要件に関する以上の議論を踏まえれば、当該要件の緩和乃至撤廃は、暴行・脅迫の強度が本質的でないことを条文中で明白なものにするという意義⁶⁹⁾、又は被害者の抵抗義務はおよそ存在しないことを明確にするという象徴的な意義を有する⁷⁰⁾にすぎないともいえる。しかし、前述した保護法益及び同意に関する議論も踏まえると、議論はそう単純ではなくなる。なぜなら、刑法解釈論上及び判例実務上で、「暴行・脅迫要件の充足＝意思に反すること」という等式が成立しているのか否かに関する理解だけでなく、そもそも「意思に反すること」とは何かに関する理解が一致していないと考えられるからである。したがって、議論すべきは、まず、性暴力被害の実態を踏まえた当罰的な性暴力（性行為）とは何かであり、それを確定した後に、条文としてどのように規定されるべきかが検討されなければならないのである。

64) 深町晋也「性犯罪における暴行・脅迫の程度」法教 427 号 35 頁、37-38 頁（2016 年）。

65) 佐藤陽子「性犯罪」法教 418 号 22 頁、23 頁（2015 年）。

66) 井田良「性犯罪処罰規定の改正についての覚書」慶應法学 31 号 43 頁、52 頁（2015 年）。

67) この点については、井田・前掲注 57) 25 頁脚注 38、林・前掲注 61) [安田発言]、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 387・388 号 52 頁、54 頁以下（2019 年）、及び杉本正則「強制性交等罪における『反抗抑圧の有無』」植村立郎編『刑事事実認定重要判決 50 選（上）』481 頁、486 頁以下（立花書房・第 3 版・2020 年）も参照。

68) 深町・前掲注 64) 38 頁、嶋矢貴之「性犯罪における『暴行脅迫』について」法時 88 卷 11 号 66 頁、67 頁（2016 年）。

69) 辰井・前掲注 8) 8 頁。

70) 深町晋也「性犯罪」法教 457 号 107 頁、113 頁（2018 年）。

(4) 故意と同意の錯誤

強制わいせつ罪 (176 条) 及び強制性交等罪 (177 条) 等は故意犯であり、犯罪の成立には行為者の故意が必要である。そして、相手方が性交等に同意していないのに、自由な意思決定に基づいて同意したものと誤信したときは、事実の錯誤として故意が阻却され、強制性交等罪等は成立しない⁷¹⁾。なぜなら、行為の違法性を基礎づける事実 (同意の不存在) を認識しておらず、「罪を犯す意思」(38 条) を有していないからである。

しかし、行為者が同意を誤信していたとしても、「被害者の不同意」はあり、「被害者は性的人権を侵害されている」とするならば、「被害者にとって、被告人の勘違いがあるか否かは、実に意味のない違いである」⁷²⁾。このことは、行為者が同意を誤信した原因が、明確な拒絶の意思が示されていないことから性交等への同意を推論したり (さらには、拒絶意思の表明を願望の表明であると解釈したり)、デートをすることや、ラブホテルに一緒に行くことから性交等への同意を推論したりといった、行為者⁷³⁾による「誤った」経験則の適用 (認知の歪み、レイプ神話⁷⁴⁾) に帰属されるならば、なおさらであろう⁷⁵⁾。そこで、不同意の性交等が被害者に重いダメー

71) 準強制わいせつ及び準強制性交等罪 (178 条) についても同意の誤信は考えられる (前田編集代表・前掲注 36) 509 頁参照)。監護者わいせつ及び監護者性交等罪 (179 条) についてはそもそも、被害者である 18 歳未満の者の同意の有無は、犯罪の成否と無関係である (松田哲也 = 今井将人「刑法の一部を改正する法律について」曹時 69 巻 11 号 211 頁、253 頁 (2017 年))。

72) 森川・前掲注 40) 136 頁。

73) 「裁判所」(事実認定者)ではなく、「行為者」としている理由は、故意と同意の錯誤の問題に関して一次的に問題となるのは、「行為者」がどのような知識、認識枠組あるいはパーソナリティーをもって一定の事実を認識したかが問題となるからである。もっとも、行為者にどのような知識等を帰属するかについては、事実認定上の問題が存在する。これらの点については、小宮友根『「抗拒不能」の認識における知識帰属の実践——ジェンダーバイアスの『アウトソース』問題について』ジェンダーと法 17 号 81 頁 (2020 年) 以下を参照。

74) 認知の歪み・レイプ神話については、大淵憲一 = 石毛博 = 山入端津由 = 井上和子「レイプ神話と性犯罪」犯罪心理学研究 23 巻 2 号 1 頁 (1985 年)、田口真二 = 平伸二 = 池田稔 = 桐生正幸『性犯罪の行動科学——発生と再発の防止に向けた学際的アプローチ——』44 頁以下 (北大路書房・2010 年) を参照。

75) 伊藤 (和)・前掲注 4) 94 頁以下参照。日本学術会議・前掲注 39) 16-17 頁も参照。

ジを残す可能性を考慮して、軽率に同意があると誤信した場合にも行為者の処罰を可能にする過失犯処罰規定の導入が主張される⁷⁶⁾。さらに、同意の挙証責任を被告人に負わせたうえで、性交等の時点で裁判になったら証明できると考えられる程度の確実な根拠に基づいて被害者が同意していると誤信した場合にのみ、故意を阻却すべきとする主張もある⁷⁷⁾。

以上のような同意の錯誤の問題は、「暴行又は脅迫を用いて」という要件を撤廃した不同意性交等罪等が導入されたとしても残るものである。しかし、前述したように、「同意」の意義及び当罰的な性暴力（性行為）の範囲に争いがあり得る。そうであるとすれば、故意と錯誤の取扱いのみを議論してもあまり意味がないであろう。性的な同意／不同意とは何か、当罰的な性暴力（性行為）をどのように理解すべきかを議論する中で、それぞれとの関係で故意又は錯誤がどのような意義・機能を有するのかが問題となるからである。

2 被害当事者にとっての性暴力被害と「同意」

1で検討したように、現在の性犯罪処罰規定及びその刑法学的解釈に対して、性被害当事者や被害者を支援してきた者から向けられる批判は、刑法が性暴力被害の実態を正確に反映していないという認識に基づいている。そのような批判に（刑法学の立場から）適切に応答するためには、性暴力被害当事者の視点から、性暴力被害がどのように認識されているのか、及び同意性交／不同意性交がどのように理解されているのかを参照することが必要となろう。

しかし、刑事立法を論じるに際して、刑法学上の基本原則とされるものに最も適合しているかを論じるだけでは不十分であるのと同様に、性暴力被害当事者の視点からの性暴力被害の実態を最も正確に反映する性犯罪処罰規定が最適であるとすることもできない。それを正確に反映することに

76) 浅田和茂＝井田良編『新基本法コンメンタール刑法〔第2版〕』別冊法セミ250号390頁〔島岡まな〕(2017年)。

77) 島岡・前掲注1) 136頁以下。

よる利害得失が考慮されなければならないのである。

そこで以下では、まず、性暴力被害当事者が被害と認識するものが、刑法によって捕捉されていないことによって、どのような不利益が生じるかを検討する。次に、性暴力被害当事者の視点から性暴力被害、及び同意／不同意が、どのように認識、理解されているのかを参照し、それらをより正確に反映する性犯罪処罰規定としてどのようなものが考えられるのかを、不同意性交等罪も含めて考察する。

(1) 被害当事者にとっての刑事司法制度

望まない性交等を経験することは、当事者のその後の人生に深刻な影響を与える。そこからの回復は、自らの経験を「被害」とであると認識し、当該認識が社会的、法的に承認され、自らが「被害者」とであると認められ、必要な保護や支援を受けることからはじまると考えられる⁷⁸⁾。しかしながら、「加害者」が罪に問われないこと（起訴猶予、不起訴、無罪判決等）は、「被害者」にとって自らの経験が法的に「被害」と認められないことを意味し、そのことが二次的な傷つきへとつながる場合もある⁷⁹⁾。このような意味で、「被害者」にとって刑事司法制度は、被害回復又は救済の手段でもある⁸⁰⁾。

したがって、当事者が自らの経験を「被害」と認識しているにもかかわらず、刑法が当該「被害」を「性犯罪」として補足していないことは、「被

78) 齋藤（梓）＝岡本＝大竹・前掲注 10) 42 頁以下、宮地・前掲注 41) 41-43 頁、雪田樹理「はじめに——性暴力被害への法的支援に求められる基本的な理解と姿勢」特定非営利活動法人性暴力救援センター・大阪 SACHICO 編『性暴力被害者の法的支援——性的自己決定権・性的人格権の確立に向けて——』5 頁、9-10 頁（信山社・2017 年）等参照。また、被害認識は自責感の緩和にもつながる（齋藤（梓）＝岡本＝大竹・前掲注 10) 42 頁以下）。

さらに、井上摩耶子「裁判所の『経験則』は正しいか？——誤判を防ぐために」大阪弁護士会人権擁護委員会性暴力被害検討プロジェクトチーム編・前掲注 60) 119 頁も参照。

79) 齋藤（梓）・前掲注 1) 18 頁、21 頁、伊藤（和）・前掲注 4) 8 頁等参照。

80) 伊藤（和）・前掲注 4) 34 頁、山本・前掲注 41) 241 頁、角田・前掲注 58) 152 頁等も参照。

害者」にとって救済の拒絶を意味する⁸¹⁾。そのことは、司法への失望や社会システムそのものの不信につながるであろう⁸²⁾。そして、このような失望が潜在的被害者へと伝われば⁸³⁾、自らの経験を「被害」と認識したとしても、警察届出等につながらず、当事者自らが救済の道を閉ざすことにもなる⁸⁴⁾。それによって、社会から「被害者」と認識されない当事者が、必要かつ適切な支援を受け、被害から回復する可能性を喪失することによるコストだけでなく、「加害者」が刑事司法制度によって補足されないことによるコスト（予防効の低下等）も社会は負担することになる⁸⁵⁾。

また、望まない性交等を経験した当事者が、自らの経験を「被害」であると認識することに対して、性犯罪処罰規定のあり方は影響を与えると考えられる。自らの経験を「被害」であると認識することと、それを「性犯罪」であると認識することが表裏である限りにおいて、当事者が「性犯罪」に対して有するイメージが「被害」認識と関係する。そして、「性犯罪」に対するイメージは、刑法及び刑事司法制度の運用のあり方によっても影響を受ける。そうであれば、「暴行又は脅迫を用いて」という要件があることで、「暴行や脅迫がなかったので自らの経験は性犯罪ではない」という認識を、望まない性交等の当事者に生じさせる可能性もある⁸⁶⁾。一般の人々

81) 角田・前掲注1) 123頁。

82) 齋藤(梓)・前掲注1) 18頁、伊藤(和)・前掲注4) 8頁、日本学術会議・前掲注39) 16頁等参照。

83) 山本潤「コメント：私たち抜きで私たちのことを決めないで」ジェンダーと法17号102頁、104頁以下(2020年)も参照。

84) 法務総合研究所「研究部報告61 第5回犯罪被害実態(暗数)調査——安全・安心な社会づくりのための基礎調査——」179頁(2020年3月)によれば、性的事件の被害を捜査機関へ申告しなかった理由として、「捜査機関は何もしてくれない」(10.7%)、「捜査機関が怖い又は嫌い(捜査機関に関わってほしくない)」(3.6%)が挙げられる。この点については、田口=平=池田=桐生・前掲注74) 93-94頁、岡本かおり=齋藤梓=大竹裕子「性暴力被害の警察届出をめぐる被害当事者の思い——被害当事者へのインタビュー調査に基づく検討——」清泉女学院大学人間学部研究紀要17号25頁、43頁以下(2020年)も参照。

85) 岡本=齋藤(梓)=大竹・前掲注84) 27頁。

86) 岡本=齋藤(梓)=大竹・前掲注84) 26頁、42頁以下、齋藤(梓)=岡本=大竹・前掲注10) 46-47頁。齋藤(梓)=大竹・前掲注1) 200頁以下、及び宮地・前掲注41) 63頁も参照。

の「犯罪」に対するイメージが、最も暴力的なものになる傾向があるとなれば⁸⁷⁾、なおさらその可能性は高まる。このように自らの性犯罪（性暴力）のイメージが自らの経験と適合しないことによって、「被害」認識が形成されず、警察届出等につながらないとすれば、上記と同様のコストが社会において生じる⁸⁸⁾。

したがって、人々（潜在的被害者）が有する「性犯罪」のイメージを、被害当事者の被害実態へと近づけるために、性犯罪処罰規定を性暴力被害当事者の視点からの性暴力被害の実態を正確に反映するように改正することには、一定の利益があると考えられる⁸⁹⁾。

(2) 当事者にとっての「被害」とは？

性犯罪処罰規定において性暴力被害の実態を正確に反映する一定の必要性があるとして、次に、当事者の主観的体験としての「望まない性交」あるいは「性暴力被害」とはどのようなものなのかが検討されなければならない。

a 「性暴力」発生のプロセス

まず、当事者の主観的体験から見出される性暴力発生のプロセスとして、「奇襲」（道を歩いていて突然、あるいは目が覚めたら既に、というように、突然襲われ性暴力被害に遭ったという状況）、「飲酒・薬物使用」（性交以前にお酒を飲んでいたり、薬物を使用されていたりした状況）、「児童期の性虐待」（親族や知人から、幼い時に継続的に被害にあうという状況）、「パートナー・レイプ」（恋人間や夫婦間等で存在するレイプ）、「エントラップメント」（徐々に逃げ道をふさがれていき、明確な暴力がなくとも逃げ

87) RACHEL ELISE BARKOW, PRISONERS OF POLITICS: BREAKING THE CYCLE OF MASS INCARCERATION 19 (2019).

88) 佐藤・前掲注 65) 26 頁も参照。

89) 最終的に、刑法の改正によってそれを行うことが、社会全体にとって利益となるかどうかはさらなる問題として残る。

られない状態に追い込まれて被害に遭う状況)があるとされる⁹⁰⁾。

このうち最も典型的な不同意性交の発生プロセスはエントラップメント型であり、他の被害形態に伴って非常に頻繁に経験されているとされる⁹¹⁾。エントラップメント型の具体的プロセスは、①日常的な関係性や会話の中で、「加害者」は、自分の権威を高めるような言動、当事者を貶めるような言動をし、上下関係を作り出す、②当事者はその力関係の中で、「加害者」に逆らうことができない状態に追い込まれる、③「加害者」は、当事者の逃げ道を物理的に遮断し、突然性的な要求を挟み込み、当事者の弱みに付け込む形で性交を強要するというものである⁹²⁾。また、エントラップメントは、特殊な状況で起こるのではなく、「加害者」が見知った人であっても見知らぬ人であっても生じるとされる⁹³⁾。

このようなエントラップメント型においては、「暴行又は脅迫」が当事者に認識されていない場合や、必ずしも生命に関わる強い恐怖を伴わない場合であっても、当事者はその性的関係から逃げるのが極めて困難になるとされる⁹⁴⁾。それゆえエントラップメント型の場合には、前述したように、当事者が自らの経験を「暴行又は脅迫」を伴う「性犯罪」であると認識することが困難となり、当事者の「被害」認識を妨げる⁹⁵⁾。

b Tonic Immobility

もともと、望まない性交の危険が迫っているにもかかわらず、当事者が逃走あるいは抵抗することが非常に困難となるような状況は、エントラップメント型の場合に限られない。性暴力に晒された当事者はその最中に

90) 齋藤(梓) = 大竹・前掲注1) 190 頁。

91) 齋藤(梓) = 大竹・前掲注1) 194 頁以下。

92) 齋藤(梓) = 大竹・前掲注1) 198 頁以下。

93) 齋藤(梓) = 大竹・前掲注1) 195 頁。

94) 齋藤(梓) = 大竹・前掲注1) 199-200 頁。加藤治子「性暴力被害の実態」特定非営利活動法人性暴力救援センター・大阪 SACHICO 編・前掲注41) 13 頁、25 頁も参照。

95) 齋藤(梓) = 大竹・前掲注1) 200-201 頁。齋藤(梓) = 岡本 = 大竹・前掲注10) 46-47 頁、49 頁及び岡本 = 齋藤(梓) = 大竹・前掲注84) 26 頁、42 頁以下も参照。

Tonic Immobility (TI; 擬死反応、強直性不動状態、持続性不動状態)を経験することが一般的であるとされる⁹⁶⁾。

TI とは、捕食動物からの逃走又はそれに対する抵抗が成功しない場合に被食動物に生じる反応であり⁹⁷⁾、進化的に適応的な生存戦略であるとされる⁹⁸⁾。TI の最も明白な特徴は、可逆的な物理的不動 (physical immobility)、筋固縮 (muscular rigidity) 及び刺激に対する相対的無反応である⁹⁹⁾。TI は、極度の恐怖を引き起こし、逃走の強力な行為傾向 (action tendency) を妨げるような状況において生じる¹⁰⁰⁾。このような防御反応は、一定の状況の下では人間においても観察され¹⁰¹⁾、TI は同種間 (人間同士) においても生じるとされる¹⁰²⁾。とりわけ性暴力被害者においては、行為に晒されている最中に、動く又は叫ぶことが不可能になることが報告されている¹⁰³⁾。性暴力に対する TI は、性暴力に伴う恐怖 (fear)、接触

96) Anna Möller, Hans Peter Söndergaard & Lotti Helström, *Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression*, 96 ACTA OBSTETRICIA ET GYNECOLOGICA SCANDINAVICA 932, 935 (2017).

TI 自体については、大江美佐里「心的外傷体験における Tonic Immobility (持続性不動状態)」最新精神医学 24 巻 5 号 384 頁 (2019 年) も参照。

また、宮地・前掲注 41) 46 頁、63-64 頁、杉田聡編著『逃げられない性犯罪被害者——無謀な最高裁判決』21 頁以下 (青弓社・2013 年)、田中嘉寿子「改正刑法の性犯罪の暴行・脅迫要件の認定と被害者の『5F 反応』」甲南法務研究 14 号 65 頁、67 頁 (2018 年)、及び小西聖子「性犯罪被害者の精神鑑定——『抗拒不能』の心理学的説明——」ジェンダーと法 17 号 93 頁 (2020 年) も参照。

なお、杉田・同 32 頁以下は、性犯罪と離人感や解離の関係についても論じている。

97) Brian P. Marx, John P. Forsyth, Gordon G. Gallup, Tiffany Fusé & Jennifer M. Lexington, *Tonic Immobility as an Evolved Predator Defense: Implications for Sexual Assault Survivors*, 15 (1) CLINICAL PSYCHOLOGY: SCIENCE AND PRACTICE 74, 75 (2008).

98) *id.* at 76.

99) *id.* at 75.

100) *id.* at 76-77.

101) *id.* at 78.

102) *id.* at 79.

103) *id.* See also Möller et al., *supra* note 96, at 935.

また、山本・前掲注 41) 56-61 頁、小林 (美)・前掲注 41)『性犯罪被害にあうということ』16-21 頁も参照。

(contact) 及び拘束 (restraint) の知覚に対する反応である¹⁰⁴⁾。なお、ここで「拘束」とは、身体的接触と結びついたエントラップメント及び逃走不可能性の知覚を含む、幅広く理解される概念であり、極度の恐怖と結びついた最小限の身体的接触も含む¹⁰⁵⁾。

また、注意すべきは、TI が非学習的な不随意反応であるということである¹⁰⁶⁾。すなわち、当事者は抵抗しないことを選択したのではなく、抵抗しないようプログラミングされていたのであり、TI しないようにすることはできないのである。

このような TI 反応を考慮すれば、「被害者」を抗拒がない状態にするために、行為者の「暴行又は脅迫」は必要ないということになる。しかも、「加害者」が「被害者」に抵抗しないことを選択させたわけでもないのである。したがって、エントラップメント型の場合と同様、性交等の最中に TI が生じている場合には、当事者が自らの経験を「性犯罪」と認識することが困難になると考えられる。さらに、性暴力の最中の TI 経験が、事件後の PTSD 等を予測するならば¹⁰⁷⁾、TI による抗拒困難・不能の場合も捕捉することが明確になるように性犯罪処罰規定を改正し、当事者の被害認識を容易にする必要性もあろう¹⁰⁸⁾。

c 当事者にとっての「被害」

以上のようなプロセスを経て生じた性暴力被害は、当事者にとって、「自分の意思が無視される」、「自分がモノのように扱われる」出来事であり、1 人の人間ではなく性の対象、支配する対象としてしかみられていないと

104) Marx et al., *supra* note 97, at 79.

105) *id.* at 83.

106) *id.* at 80.

107) Möller et al., *supra* note 96, at 936. この点は、「なぜ私は逃げられなかったんだろう」という自責の念が生じることがあることと関係があるかもしれない（加藤・前掲注 94）25 頁参照）。

108) See Moriah Schiewe, *Tonic Immobility: The Fear-Freeze Response as a Forgotten Factor in Sexual Assault Laws*, 8 DEPAUL J. WOMAN GENDER & L. 1 (2019).

いう出来事であるとされる¹⁰⁹⁾。このような意味で、性暴力被害の本質はまさに、「尊厳／主体性への侵害」、つまり 1 人の意思を持った人間としての在り方が奪われ、基本的な人権が損なわれることである¹¹⁰⁾。また、「尊厳／主体性への侵害」は、当事者が自らの経験を「被害」と認識しているか否かにかかわらず生じるとされる¹¹¹⁾。

そして、1 人の人間としての尊厳が奪われ、自分には価値がないと感じることの影響として、親密な関係や性的関係への侵害が生じるとされる。すなわち、当事者は、尊厳や主体性を侵害され、自責も影響した結果、自尊心が低下し、自分を大切にすることができずに、親密な関係や性的関係の変化（混乱した性的関係、再被害、他者との親密な関係がゆがむ）が生じるとされるのである¹¹²⁾。

このようなまさに「魂の殺人」と呼び得る「被害」からの回復へと、当事者がより容易にアクセスできるようにするためにも、性犯罪処罰規定を性暴力被害当事者の視点からの性暴力被害の実態を正確に反映するように改正することは、一定の意義を有していると考えられる。

(3) 当事者にとっての「同意」とは

当事者にとっての「望まない性交」又は「性暴力被害」が、前述のように、エントラップメント状況や、自ら選択したわけではない無抵抗状態における、「尊厳／主体性への侵害」であるとすれば、当事者にとっての「同意性交」とは、その対照をなすものである。すなわち、「同意性交」とは、当事者が意思を尊重されていると認識でき、自由に拒否を伝えられる、互いに尊重しあう対等な関係性の上で行われる性交であるとされる¹¹³⁾。こ

109) 齋藤（梓）＝岡本＝大竹・前掲注 10）36 頁。宮地・前掲注 41）60-61 頁、田口＝平＝池田＝桐生編著・前掲注 74）91-92 頁、加藤・前掲注 94）25 頁も参照。

110) 齋藤（梓）＝岡本＝大竹・前掲注 10）35 頁、47 頁。

111) 齋藤（梓）＝岡本＝大竹・前掲注 10）48 頁。

112) 齋藤（梓）＝岡本＝大竹・前掲注 10）35 頁、38-39 頁。宮地・前掲注 41）60-61 頁、久保田・前掲注 41）86-87 頁、山本・前掲注 41）86 頁以下、小林（美）・前掲注 41）『性犯罪被害にあうということ』54 頁以下も参照。

113) 齋藤（梓）＝大竹・前掲注 1）202 頁（原文は女性に限った記述である）。

のような「同意性交」の理解は、性行為を、単に利己的でも利他的でもなく、また一方的に能動的でも受動的でもなく、相互的に価値が享受される相利的な協力行為 (mutualistic cooperation) とする理解¹¹⁴⁾とも整合すると考えられる。

したがって、行為者が性行為をし、それに対して「同意」をするという刑法上の構成要件又は違法性阻却の構造自体が、当事者にとっての性行為に対する「同意」を捉え損なっていることになる。というのも、そこにおいて当事者は、「性行為をされた」だけであり、「共同して性行為をした」わけではないからである。そして、前述したように、一方的に「性行為をされた」ということに、当事者にとっての「被害」の本質があり、その「被害」にとって、「暴力又は脅迫」の有無や、さらには意思に基づく選択の有無は無関係であった。

以上のように考えれば、刑法上の構成要件阻却事由（又は違法性阻却事由）の「同意」の意味を維持したままで、いわゆる不「同意」性交等罪を導入することは、性暴力被害当事者の視点からの性暴力被害の実態を適切に反映することにはならない。「共同して性行為をした」のではなく、被害者が「性行為をされた」と評価されるのはどのような場合かを検討¹¹⁵⁾したうえで、それを条文として表現しなければならないのである。

3 暫定的な提案——被害実態の適切な把握

ここまでで、現在の性犯罪処罰規定及びその刑法学的解釈と、それに対して性被害当事者や被害者を支援してきた者から向けられる批判とが、何をどのように争っているのかを検討し、性暴力被害当事者の視点からの性暴力被害の実態を適切に反映するように性犯罪処罰規定を改正することに、一定の利益があることを明らかにした。また、そのような改正の方向性に一定の示唆も与えた。すなわち、行為者が当事者の尊厳や主体性を侵

114) 森川・前掲注 40) 21 頁。

115) あえていえば、「共同正犯」と「幫助」との区別に関する議論が参考になるかもしれない。

害し、一方的に性交等をするという性暴力被害の本質を、条文において適切に把握するという方向性である。そこでここでは、そのような方向性に合致する性犯罪処罰規定に関する一応の改正提案を提示する。

それは、「十三歳以上の者に対し、抗拒がないことに乗じて性交、肛門性交又は口腔性交（以下「性交等」という。）をした者は、強制性交等の罪とし」という規定を原則規定とするというものである。

これにより、まず、当事者にとって「暴行又は脅迫」と認識されるものがないにもかかわらず、望まない性交が生じた場合や、TIによって自らの意思にかかわらず抵抗できなかった場合にも対処可能になる。また、被害者の抵抗義務が全く存在しないことが非常に明確にもなろう。なぜなら、抗拒困難又は抗拒不能であるか否かは問題とならず、まさに抗拒がなかったこと（あるいは、抗拒がないと行為者が認識していたこと）が犯罪成立要件となるからである。

次に、「No がないこと」が不同意を意味することになるため¹¹⁶⁾、刑法上の「同意」が一見するとあるようにみえるが、行為者が一方的に性行為をしたにすぎないと評価される場合をも把握することが可能となる。なお、「乗じて」という文言で、性行為の相互的に価値が享受されるという意味での「同意」がある場合は、処罰範囲から適切に排除されると考えられる。

さらに、行為者が現に「抗拒がない」と認識し、それに「乗じて」性交等を行ったことのみが問題となるので、行為者がどのように「抗拒困難」を導いたか、どのように「同意」を獲得したのかも問題とならない。その意味で、驚愕、畏怖及び欺罔の利用、不意打ち、さらには地位利用の場合も捕捉する条文となる。逆に、被害者側にとっても、抗拒しなかったこと

116) 被害者の拒絶意思に反して性的行為に及ばないことをルール化する、いわゆる No means No モデルや、積極的な同意を得なければ性的行為に及んではならないことをルール化する、いわゆる Yes means Yes モデルとは異なる。もっとも、処罰範囲自体は、狭い意味での「同意」がない性的行為は処罰するというものであり、実質的には Yes means Yes モデルと同様になると考えられる。異なるのは、後述するように、立法としてどのようなメッセージを伝達し、それがどのように受け取られるかという点である。

が要件化されることによって、「なぜ、抗拒しなかったのか」ということが焦点化されなくなるため、その意味での被害者保護も達成できると考えられる¹¹⁷⁾。

このように「抗拒がないことに乗じて」を原則規定とすることは、従来の準強制わいせつ及び準強制性交等がハードルを下げた形で原則化されることを意味すると考えられる。この場合、「暴行又は脅迫」を用いる類型等の従来の犯罪類型は、加重類型を構成することとなろう。

以下では、この提案を一応の検討対象としつつ、性犯罪処罰規定の改正を巡る議論において提起される論点に、この提案が対処可能か、あるいは別の代替案があるかを検討していくこととする。

4 補論——男性の被害について

性暴力被害について検討するに際して、ここまでは主に女性被害者を対象とする研究を参照してきた。しかし、性暴力被害者は、実態としても、条文上においても女性に限られるわけではない。そこで、次の議論に移る前に、上記提案が、男性の被害者に与えると考えられる影響について、若干の補足を行う¹¹⁸⁾。

(1) 男性の性的被害に対する神話と現実

男性の性暴力被害についての理解、及び被害からの回復を妨げる重大な障害として、以下のような誤った信念（神話）が文化的に存在するとされる¹¹⁹⁾。

①少年は、性的に使われたり、虐待されたりすることはあり得ず、もしそのようなことをされれば、当該少年は「真の男」にはなり得ない。②少

117) 嘉門・前掲注 67) 68 頁も参照。

118) 男性を被害者とする性犯罪については、城祐一郎「男性を被害者とする性犯罪 (上) (下)」警察公論 74 巻 5 号 76 頁 (2019 年)、74 巻 6 号 77 頁 (2019 年) も参照。

119) 以下について、<https://www.malesurvivor.co.uk/support-for-male-survivors/myths-and-facts/> (2020 年 10 月 31 日最終閲覧) を参照。

年が虐待の最中に性的刺激を経験したならば、彼はそれを望んでいた、又は／及び楽しんでいたのであり、彼が性的経験を一部であっても望んでいたのであれば、それは彼の過ちである。③少年にとって性的虐待は、少女にとってよりも害を及ぼすものではない。④少年を性的に虐待する男はたいていゲイである。⑤男性によって虐待された少年は、ゲイであるから虐待を招いたはずである、あるいは結果としてゲイになる。⑥女性が少年を用いる又は虐待した場合、彼は「幸運」だったのであり、もしそのように感じないのであれば、彼は何か間違っている。⑦性的に虐待された少年は他者を虐待するようになる。

神話①は、成功した男性は身体的にも感情的にも脆弱ではなく、自分自身を守ることができるはずであるということを含意している。しかしこれは、抵抗を弱めるために権威や地位の利用等も含むあらゆる手段が用いられることや、不随意反応によって無抵抗状態になり得ることを看過している。

神話②は、男性が性的刺激に対して、たとえ心的外傷体験や痛みを伴う状況の中にあっても、勃起やオーガズムをもって反応し得ることを看過している。

神話③⑤については、性的虐待又は性暴力によって惹起される害はほとんど、ジェンダーによって規定されない事情に依存しているとされる。神話④についても、事実と食い違っているとされる。

神話⑥は、女性（とりわけ年上の女性）との性的経験は、「真の男」であることの証明であるという信念を前提としており、男性は性的に虐待され得ないということを含意している。しかし、虐待的又は搾取的な性的体験が肯定的なものとなることは決してない。

神話⑦については、子供を性的に虐待する者の多くが性的虐待を経験しているということが真であったとしても、性的に虐待された少年のほとんどが、他者を性的に虐待するようになるということが真になるわけではない。

(2) 上記提案と男性被害者

神話①や⑥が示すように、男性にとって性暴力被害は男性性の喪失を意味すると感じられるため、「被害」認識が警察届出等につながる可能性はかなり低いと感じられる。また、神話②とも相まって、自らの経験が「被害」であるとの認識を否定することにつながるかもしれない。「被害」認識及び救済又は回復へのアクセスにこれらの男性特有の障害があるとすれば、上記提案が与える影響は限定的であろう。

もっとも、被害者の抵抗義務が全く存在しないことを明確に示すという点は、男性被害者にとっても有意義であると考えられる。しかも、一方的に性交等をされるという被害実態自体には、ジェンダーに基づく差はないであろう。

しかし、神話①～⑦のような信念を被害当事者自身も有しているとすれば、自身の体験をどのように理解するのかという点で、ジェンダーに基づく差があるということは考えられ、これ以上のことをここで述べることはできない。男性被害者、さらには、LGBTIQAの被害者にとって、性犯罪処罰規定がどのようなべきかについては今後の検討課題となろう。

5 加害当事者にとっての性犯罪・性暴力

以下では、性被害当事者の視点からの性暴力被害の実態を適切に反映するものとして上で提案した、「抗拒がないことに乗じて」という規定によって、加害者側の行動にどのような影響を与えるかを検討する。

(1) 検討の視点

検討の前提となるのは、以下のような視点である。

第一に、性犯罪の抑止や再犯防止には、少なくとも性的加害に対する恥や罪の意識、そして刑罰や社会的制裁の抑止効果といった要因が関わっていると考えられ¹²⁰⁾、一定の規範意識を前提として、自らの行おうとする行為が「犯罪」とであると認識する可能性が高まれば、当該行為を実行しない可能性も高まると考えられるということである¹²¹⁾。このような視点を前

提とすれば、性暴力加害者とされる者が、行おうとしている行為を犯罪となる悪いことであると認識する可能性が高まれば、性暴力の抑止可能性は高まる。したがって、性暴力加害者の動機等を検討し、加害者自身が自らの行為をどのような行為と認識しているのかが考察されなければならない。なぜなら、そのような加害者の認識する自らの行為が、上で提案した「抗拒がないことに乗じて」とする規定によって適切に把握されており、当該規定によって把握される行為が「性犯罪」として悪いことであると潜在的加害者に伝達されているならば、それだけ自らが行おうとしている行為を犯罪となる悪いことであると認識する可能性が高まると考えられるからである。

しかし、犯罪の前提となるルールについて、社会の人々にある程度の共通認識が形成されていなければ、処罰しても何が悪いのかが理解され得ず、そうすると、社会にそのルールを守ろうという規範意識が醸成されないという事態が生じるとされる¹²²⁾。すなわち、ある行為が悪いことであると社会に伝達し、それによって醸成される規範意識を通じて、当該行為を予防するという機能が刑法（又は刑罰）にあるとしても、潜在的加害者としての一般人が悪いことであると考えた行為と、刑法が処罰対象として把握している行為との間の差異が大きすぎるものになれば、刑法はそのような機能を十分に果たせなくなる。したがって、ある行為が悪いことであるということが潜在的加害者に伝達され得るかを考えるにあたっては、上記提案が一般人にどのような受け取られ方をされるのかも検討する必要がある。

第二に、故意と同意の錯誤について前述したように、故意が阻却され、犯罪の成立が否定される要因には、行為者による「誤った」経験則の適用

120) 田口=平=池田=桐生・前掲注 74) 53-54 頁、大淵=石毛=山入端=井上・前掲注 74) 8 頁。

121) 拙稿『「合理性」とルール遵守、その刑事政策への含意について』神奈川法学 51 卷 1 号 233 頁、243 頁以下（2018 年）参照。

122) 嘉門・前掲注 67) 70 頁。

があると考えられるということである。犯罪不成立という事態は「被害者」にとっての二次的な傷つきへとつながるとすれば、行為者によるそのような経験則の適用にもかかわらず、故意が認められるようにすることは一定の意義がある。したがって、性暴力加害者に特有の認知の方法があるとするればそれが、上で提案した規定における故意にどのように影響するかを検討する必要がある。

第三に、処罰される性犯罪加害者にとって、行為と罰との間の不均衡が大きくなりすぎれば不公平感が高まり、かえって加害行動を強めてしまう恐れが大きくなり、そうした不公平感を助長するような状況での刑の執行には、膨大なコストを要するということである¹²³⁾。また、加害者にとっての不公平感は、捜査機関のリソースの問題等から多くの違反行為が摘発・訴追されない状態になっている場合にも生じる。そのような場合には、行為者において認識される刑罰の可能性が低下し、刑罰の抑止効果が弱まるだけでなく、警察及び検察は不当な理由から自らを狙い撃ちにしているといった合理化を助長する¹²⁴⁾。したがって、上記提案のように処罰範囲を拡張する場合には、その執行可能性及びそれが加害者に与える影響も検討しなければならない。

(2) 性暴力加害者の動機

一般には、性暴力・性犯罪の最大の動機は、性的欲求であると考えられるかもしれない¹²⁵⁾。広く一般の人々のなかに、多くの場合は穏やかな形態として存在する¹²⁶⁾レイプ神話の構成要素としても、「男性は女性に比べてはるかに強く抑えがたい性的欲望を持っているから、レイプはやむをえないこともある(性的欲求不満)」、「レイプは一時の激情によるものだから

123) 藤岡淳子『性暴力の理解と治療教育』98頁(誠信書房・2006年)。拙稿・前掲注121)251頁以下も参照。

124) 拙稿・前掲注121)253頁以下。

125) 牧野雅子『刑事司法とジェンダー』70頁以下(インパクト出版会・2013年)も参照。

126) 大淵=石毛=山入端=井上・前掲注74)7頁。

厳しくとがめるべきではない（衝動行為）」というものがある¹²⁷⁾。

しかしまず、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わけではないとされる¹²⁸⁾。性暴力は、性的欲求というよりは、攻撃、支配、優越、男性性の誇示、接触、依存等の様々な欲求を、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」なのである¹²⁹⁾。現に、性犯罪者もセックスパートナーとの性生活をもっており、お互いに配慮を要する同意に基づくセックスと、性暴力とは、行動上は似ていても、どのような欲求に基づくかという心理的な意味では全く別物であるとされる¹³⁰⁾。もっとも、性的欲求が性暴力行動と全く無関係であるというわけではなく、性犯罪の発生にかかわる要因として一定の重要性を有していると考えられている¹³¹⁾。

次に、「衝動的でコントロール不能」という主張も、まさに神話というべき誤った信念又は態度である。すなわち、性暴力加害者は、意図的に被害者と加害状況を選び、したがって、多くの性暴力は、加害者にとって自身の欲求を充足させるという目的に沿った合目的的行動であるとされる¹³²⁾。

性暴力「加害」の以上のような理解は、自分の意思が無視され、モノの

127) 大淵＝石毛＝山入端＝井上・前掲注 74) 2 頁。

128) 藤岡・前掲注 123) 14 頁。さらに、性暴力の原因が性欲にあるという主張は、むらっとこさせたのは被害者のせいだという印象を与えたいという、中和（合理化）、他罰化の意味さえあるかもしれないとする（同 14-15 頁）。現に、「女性の性的魅力に圧倒されてレイプに走ったのだから、女性の性的挑発も原因の一部である」（女性の性的魅力）もレイプ神話の構成要素である（大淵＝石毛＝山入端＝井上・前掲注 74) 2 頁）。

129) 藤岡・前掲注 123) 15 頁。

130) 藤岡・前掲注 123) 15 頁（「アルコール依存者はのどが渇いたから酒を飲むのではない」と表現される）。

131) 田口＝平＝池田＝桐生・前掲注 74) 42-43 頁、48 頁以下。

湯川進太郎＝泊真児「性的情報接触と性犯罪行為可能性：性犯罪神話を媒介として」犯罪心理学研究 37 巻 2 号 15 頁、23 頁（1999 年）は、「性経験や一般的性欲といった個人の経験・特性が、ポルノグラフィへの接触を促し、身近で類似した（気の合う）他者との性的な情報交換を媒介して、性犯罪を合理化するような誤った信念や態度が形成され、その結果として女性に対する犯罪的な性暴力につながる可能性」を指摘している（強調筆者）。

132) 藤岡・前掲注 123) 17 頁。鈴木伸元『性犯罪者の頭の中』（幻冬舎新書・2014 年）も参照。

ように扱われるという性暴力「被害」と表裏の関係にあると考えられる。加害者は、自分の欲求や感情を充足するために、被害者の欲求や感情を無視し、被害者を性的に用いるのである¹³³⁾。それゆえ、性暴力被害当事者の視点からの性暴力被害の実態を適切に反映する処罰規定は、加害者にとっての性暴力「加害」をも適切に反映するものにもなると考えられる。また、「抗拒がないことに乗じる」という状況は、加害者にとって最も容易に性的行為を遂行することが可能であると認識されるような状況であり、まさに加害者が目指す状況であろう。その意味で、「抗拒がないことに乗じて」という規定は、性暴力加害者が、まさに行おうとしている行為をも適切に反映していると考えられる。

したがって、性暴力加害者に一定の規範意識を仮定し、性犯罪処罰規定が潜在的加害者に一定程度伝達されていることを前提とすれば、「抗拒がないことに乗じて」とする規定は、加害者が自ら行おうとしている行為を犯罪となる悪いことであると認識する可能性を高め、それだけ性暴力加害の抑止可能性を高めると考えられる。少なくとも、「暴行又は脅迫」に関して、ある程度強度なものをイメージする傾向が一般的にあるとすれば、「暴行又は脅迫を用いて」という文言との関係で、自らの行為を犯罪と認識する可能性よりは高くなるであろう。

(3) 規範意識の醸成——潜在的加害者にどのように受け取られるのか

「抗拒がないことに乗じて」とする規定が、加害者がまさに自ら行おうとしている行為を適切に反映した規定であり、性暴力加害の抑止可能性を高めるとしても、それは、当該性犯罪処罰規定が潜在的加害者としての一般人に規範意識を醸成し得るという前提が成り立つ限りにおいてである。

そこで参照されなければならないのは、積極的な同意を得なければ性的行為に及んではならないことをルール化する、いわゆる Yes means Yes モデル、及び同意の誤信の場合に、同意を取ることを怠ったことを処罰する

133) 藤岡・前掲注123) 15頁も参照。

過失犯処罰規定に対して提起される次のような批判である。すなわち、性行為そのものをあからさまに口に出すことが遠慮される社会的風潮が残る日本社会において、性交をする前に、明示の同意を取り合うということがあまりないということを想定すれば、いきなり国家が刑法によって、「性交を行う際には必ず事前に相手の同意を確認しろ、明確な同意を取らずに性交すれば犯罪だ」というルールを強制することは、社会の構成員に過剰な負担を求めるものであり、そのようなルールについて社会において共通認識がないことから、当該ルールを守ろうという規範意識が醸成されないという批判である¹³⁴⁾。

しかし、規範意識の醸成に関するこのような批判は、Yes means Yes モデルと比べれば、「抗拒がないことに乗じて」という規定に対しては、妥当しないと考えられる。なぜなら、「抗拒がないことに乗じて」という規定によって伝達することを意図しているルールは、「抵抗していない（と認識した）相手に対して一方的に性交をするな」というものであり、当該ルールについては、社会においてある程度の共通認識が形成され得ると考えられるからである¹³⁵⁾。そして、少なくとも、刑罰によって日本の性文化を変えようということを考慮した場合のコストは小さくなるであろう。

社会の構成員に対する負担についても、「抗拒がないことに乗じて」という規定が要求するのは、「性的行為に向けられた（一方的な）積極的働きかけを行ったとき、相手が抗拒していないことだけを理由に、それ以上に性的行為を続行してはならない」というものであり、社会の構成員が感じる負担は、Yes means Yes モデルに比べて小さいように思われる。いずれにしても同意を確認しなければならないことには違いはないが、同意を確認すべき状況を明示している分だけ負担感は小さくなろう。

134) 嘉門・前掲注 67) 70-71 頁。

135) そうでなければ、準強制性交等罪の一部についてもそのような共通認識がないことを意味してしまう。

(4) 故意と同意の錯誤への対処

単に同意・不同意を犯罪成立の要件にすることに対しては、故意の認定を困難にするという批判もある。「暴行又は脅迫」要件には、外形的にそれが明白に備わっている場合には、被害者の同意があったと誤認したとする主張を困難にする機能がある¹³⁶⁾。「暴行又は脅迫」は、被害者の内心における不同意を行為者が認識する契機でもあるのである¹³⁷⁾。したがって、立法論の問題として、単に同意・不同意を犯罪成立の要件にするというのではなく、客観的な要件を明確化すれば、それだけ錯誤による免責の主張は困難になるとされる¹³⁸⁾。この点に関して、「抗拒がないことに乗じて」という要件は、「抗拒困難」又は「抗拒不能」のように程度評価は問題とならず、抗拒があるかないかの問題であるので、ある程度客観的な要件であると考えられる。

また、同意の錯誤の問題は、被害者の不同意よりも同意の範囲を広げる行為者なりの不同意の基準点に従って性的行為をしたために、行為者が被害者の不同意を見逃すことによって生じる問題である¹³⁹⁾。ある意味で、加害者は、被害者の言動を自分に都合のよいように「見誤る」のである¹⁴⁰⁾。ここで、行為者の「認知の歪み」が問題となる¹⁴¹⁾。典型的には、例えば、「女性は（貞操を守るために）生命・身体の危険を冒しても最後まで抵抗を図るものであり、そのような抵抗を抑圧して行われるのがレイプである。女性が抵抗しなくなるのは、性行為を受け入れ（口では嫌と言っても）体が喜んでいるからである＝被害者が生命・身体の危険を冒して最後

136) 井田・前掲注 57) 21 頁。

137) 嘉門・前掲注 67) 61-62 頁。これは、前述のように現行法上で、「暴行又は脅迫」要件を形骸化し、意思に反することの重要な状況証拠であると理解する場合にも問題となる。

138) 井田・前掲注 57) 21 頁。

139) 森川・前掲注 40) 135 頁。そのため、故意の認定においては、被告人がどのような基準を用いていたかが問題となる。小宮・前掲注 73) 86 頁以下も参照。

140) 藤岡・前掲注 123) 28 頁。

141) なお、服部啓一郎＝高木小太郎＝浅井健人＝後藤晃輔＝森山直樹＝島幹彦編著『先を見通す捜査弁護 犯罪類型別編』237-238 頁（第一法規・2020 年）も参照。

まで抵抗しなければ同意でありレイプではない」というものである¹⁴²⁾。このような行為者の「認知の歪み」によって、同意の錯誤による故意阻却が生じているとすれば、被害者の「不同意」を客観的に表す状態を犯罪成立要件とし、行為者の故意の対象とすれば、行為者が自らの誤った経験則を適用したことによる同意の錯誤の問題は解決され得ると考えられる。なぜなら、被害者の「不同意」を表す状態を認識しているにもかかわらず、性的行為をしたという事実を前提としたうえで、「同意」があると誤信した(あるいは「同意」があった)と主張する必要があるからである。したがって、この点でも、被害者にとっての「不同意性交等」を適切に反映することを意図した「抗拒がないことに乗じて」という規定は、同意の錯誤の問題に適切に対応していると考えられる。

なお、被害者にとっての不同意性交等が、加害者によって同意を得たものと解釈され、それによって犯罪不成立が導かれるという問題に対する解決として、軽率に同意があると誤信した場合にも行為者の処罰を可能にする過失犯処罰規定の導入も主張されている¹⁴³⁾。しかし、行為者の誤信が相当であったか否かの判断において、被害者の素行や経歴、具体的状況における行為等が検討されるとすれば別の問題が生じる。すなわち、行為者は被害者の言動のほうに同意を誤信させる理由があったと主張し、また、被害者もその誤解を招きかねない振る舞いをしたかもしれないと自責の念に苛まれるかもしれない¹⁴⁴⁾。この可能性に鑑みれば、被害者の「不同意」

142) 吉田容子「データからみる性暴力被害の実態——判決で描かれる性暴力被害と実態との乖離」日本弁護士連合会両性の平等に関する委員会編(角田編集代表)・前掲注41) 14頁。男性の被害者については、Ⅲ4も参照。

143) 浅田=井田編・前掲注76) 390頁〔島岡〕、齊藤・前掲注59) 113頁。

なお、同意を違法性阻却事由と解した上で、厳格責任説に従い、同意の錯誤を違法性の錯誤として故意が阻却されないものとし、誤信に相当な理由があった又は避けられなかった場合にのみ責任を阻却するという方法によって、同意の錯誤の問題を解決しようとする見解もある。しかし、総論における議論を無視して、強制性交等罪等についてのみ厳格責任説を導入することは不可能である。しかも、そのような主張が総論における通説や、判例実務における解釈を無視して、刑法を専門としない場で「解決策」のように提案、主張されるならば、有害以外の何ものでもない。

144) 森川・前掲注40) 137頁。

を客観的に表す状態を故意の対象とすることに、一定の利点があると考えられる。

(5) 訴追及び刑の執行のあり方が（潜在的）加害者に与える影響

a 法執行のコスト

「抗拒がないことに乗じて」という規定を性犯罪処罰規定の原則規定とすることによって、「暴行又は脅迫」要件が不要となり、同意の錯誤により故意が阻却される範囲も狭くなるとすれば、それだけ可罰的な行為の範囲も広がることになる。このことは、一定の規範意識を前提とすれば、潜在的加害者にとっても、自らの行為が犯罪行為となるかもしれないと認識する可能性を高めるであろう。また、前述したように、「抗拒がないことに乗じて」という規定が、性暴力被害当事者の視点からの性暴力被害の実態を適切に反映しているとすれば、それによって被害が捜査機関等に届け出られる割合は高められると考えられる。

しかし、処罰され得る行為の範囲が広がり、警察届出等の可能性が上昇することにより、警察が性暴力被害を認知する数が増えたとしても、それだけで、摘発、訴追され、有罪となる性犯罪が劇的に増えるわけではない。なぜなら、犯罪となる行為の数が増える中で、犯罪捜査、訴追及び有罪判決の確率を上げようとするれば、そのためのコストが必要となるが、実体法上の規定が変わっただけでは、警察及び検察が性犯罪事案に割り当てられるリソースが増えるわけではないからである¹⁴⁵⁾。認知した全犯罪のうち性犯罪事案にどれだけのリソースを割くかどうかは、警察及び検察が有する固有の利害関係及び性犯罪に対する意識にもよる。警察及び検察が、事件を有罪という結論をもって解決することに固有の（職業上又は個人的）利益を有しているならば、性犯罪処罰規定が改正され、包摂される行為の範囲が拡大したとしても、密室における1対1の性犯罪事案のような客観

145) See Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 (2) *Journal of Political Economy* 169, 174-76 (1968).

証拠に乏しく、有罪判決獲得のために多くのコストがかかるような事件に、新たにリソースを割くようになるとは考えられない（もっとも、このことは新たな性犯罪処罰規定にかかる要件の立証が、他の犯罪等とも比較して、どの程度容易になるかにかかわる）。また、警察及び検察の性犯罪に対する意識が、実体法の改正によって直ちに変わるわけでもないであろう¹⁴⁶⁾。

したがって、性犯罪の摘発、訴追の確率を上昇させようとするならば、警察及び検察が性犯罪事案に割り当てるリソースを増やす方向に導くように、警察及び検察のインセンティブ構造を変化させる制度的措置が別途必要となる¹⁴⁷⁾。

b 摘発、訴追、有罪判決の確率と中和の技術

「抗拒がないことに乗じて」という規定によって、可罰的な行為の範囲が拡大したにもかかわらず、性犯罪の摘発、訴追及び有罪判決の確率が上がらないとすれば、性犯罪行為それ自体を助長する危険もある。

まず、性犯罪の抑止には、潜在的加害者の性的加害に対する恥や罪の意識、そして刑罰や社会的制裁の抑止効果といった要因が関わっていると考えられる¹⁴⁸⁾。そこで、潜在的加害者にとって性犯罪であると認識される行為の範囲が拡大したにもかかわらず、その摘発、訴追及び有罪判決の確率が上がらないのであれば、そのことは、潜在的加害者において、予測される逮捕及び刑罰による不利益の量を引き下げるとともに、性犯罪に関する規範に対する重み付けを軽減してしまう¹⁴⁹⁾。というのも、ある行為を

146) 改正後の法執行及び法適用を通じて、意識が変化していくことを否定するものではない。

147) 以上の視点については、拙稿・前掲注 9) 15 頁以下も参照。さらに、齋藤(実)・前掲注 55) 147 頁も参照。

148) 田口＝平＝池田＝桐生・前掲注 74) 53-54 頁、大淵＝石毛＝山入端＝井上・前掲注 74) 8 頁。また、被害者選択において、その後露見し逮捕される危険性の高低が重要であることも、このことを裏付けている(藤岡・前掲注 123) 17 頁)。

149) なお、一般的にここで前提としている合理的個人像及びその選好構造については、拙稿・前掲注 121) 243 頁以下を参照。

対象とする新たな法を可決することによって立法者は、違反者となるであろう者に、社会は当該犯罪を深刻に受け取っているというメッセージを送ることを予定しているが、それにもかかわらず、警察又は検察による僅かな執行しかなければ、その行為を減少させることは、政治的道具にすぎないか、警察及び検察にとっては取るに足りないものであるという、逆のメッセージが伝達されるかもしれないからである¹⁵⁰⁾。

次に、性犯罪に関する規範に対する一定の重み付け、及び性的加害に対する一定の恥や罪の意識を前提としても、潜在的加害者において、摘発、訴追及び有罪判決の確率が低く認識されていれば、そのことは、合理化（中和）の利用を助長し、自らの性犯罪行為を継続することを可能にする¹⁵¹⁾。逸脱行為に先立つ合理化（中和）とは、支配的な規範と価値のシステムにコミットし続けているが、その禁止（要請）に違反しようとする者によって、その罪悪感や羞恥心を中和するために行われるものである¹⁵²⁾。摘発、訴追及び有罪判決の確率が低く、潜在的加害者において、法執行が選択的あるいは類似の状況において異なる取扱いがなされていると認識されていれば、自らの犯罪行為を非難する刑事司法システムへの非難につながり（非難者の非難 the condemnation of the condemner¹⁵³⁾）、行為者が注意の焦点を自らの逸脱行為から、当該逸脱を非とする者の動機や行動へと移すことにより自らの行為を合理化することを助長する¹⁵⁴⁾。また、選択的執行は、あまり執行されていない法は重要ではなく、その違反は甘受されるとの想定を助長したり、訴追されていない他の違反者の行為との比較

150) See William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 (3) MICH. L. REV. 505, 521 (2001); Todd Haugh, *Overcriminalization's New Harm Paradigm*, 68 (5) VAND. L. REV. 1191, 1204 (2015).

151) 中和理論一般、及びその刑事政策への含意については、拙稿・前掲注 121) 251 頁以下参照。

152) Gresham M. Sykes & David Matza, *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*, 22 (6) AMERICAN SOCIOLOGICAL REVIEW 664, 666-67 (1957).

153) *Id.* at 668.

154) Shadd Maruna & Heith Copes, *What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research?*, 32 CRIME AND JUSTICE 221, 233 (2005).

による合理化を助長したりする（相対的許容性／通常性の主張 claim of relative acceptability / normality）¹⁵⁵⁾。さらに、不平等な取扱い、刑事司法システムを、全体的にあるいは自らと結び付けられた集団に対して、不正に操作されているものとみなすという反応を生み出し、「私が真の被害者である」といった合理化を助長する¹⁵⁶⁾（被害者の否定 the denial of victim¹⁵⁷⁾）。

以上のように、性犯罪処罰規定を改正し、可罰的行為の範囲を拡大するだけで、現状よりも加害者が逮捕、起訴され、有罪となる件数が増え、その意味で被害者が現状よりも広く救済されるということはない¹⁵⁸⁾。また、それだけで性犯罪行為が抑止され、減少するわけでもない。そのためには、法執行のコストもかかるのである。そして、検討される性犯罪処罰規定をある特定の程度で執行するために、どれだけの法執行のコストがかかるのか、当該程度において執行された場合に、前述したような性暴力被害当事者の救済等及び加害者に対する抑止効果等にかかわる利害得失がどのようなものであるのかを評価し、それらが全体としてマイナスになるのであれば、当該改正は現状においてすべきでないと結論づけられなければならない。もっとも、現状において、全体として利益をもたらす一定の改正及び制度変更を行い、それによって社会状況を変化させ、それに応じて将来さらなる改正を行い、「理想」の性犯罪処罰規定を達成していくことは否定されない。例えば、刑法上の「性犯罪」がなくても性暴力「被害」は存在することを啓発するとともに¹⁵⁹⁾、「性犯罪」被害者でなくても「被害者」として医療的支援等を受けられる制度を構築することは検討に値しよう¹⁶⁰⁾。

155) Haugh, *supra* note 150, at 1226.

156) *Id.*

157) Sykes & Matza, *supra* note 152, at 668.

158) このことが、被害者側にも司法への失望や社会システムそのものへの不信をもたらし、それ自体が社会的コストであることについては、Ⅲ 2 (1) を参照。

159) 性のあり方をめぐる議論や、性教育の見直しが先行しなければならないという指摘として、嘉門・前掲注 67) 70-71 頁。宮田・前掲注 11) 212 頁以下も参照。

160) 齋藤（梓）＝岡本＝大竹・前掲注 10) 49 頁も参照。

c 法定刑及び加害者に対する処遇

刑の執行にもコストは伴い、それは有罪判決を受けた犯罪者だけでなく、社会全体が負担するものも含む¹⁶¹⁾。しかし、刑を科すだけで、受刑者の社会復帰が促進され、再犯の可能性が下がるわけではない。したがって、性犯罪に対する法定刑を重くするだけでは、性暴力・性犯罪の問題に対する最適な解決にはならない。加害者に対して、再犯を防ぐための効果的な教育・治療を行えるようにし、加害者が社会内で居場所を見つけ、教育・治療を継続させることができるようにすることも必要なのである¹⁶²⁾。そのためには、性犯罪処罰規定を改正するだけでは不十分である。

性犯罪処罰規定の改正に関しても、可罰的行為の範囲を拡大するにもかかわらず、法定刑の下限を引き下げないことには別の問題も指摘されている。このことは、従来「暴行又は脅迫」、「心神喪失」又は「抗拒不能」が認定されず、不起訴又は無罪等になっていた行為類型について、「暴行又は脅迫」を用いた、あるいは「心神喪失」又は「抗拒不能」に乗じた意思に反する性交の最も軽い類型よりも重く評価することを意味する。警察、検察及び裁判官の性犯罪に対する意識が、実体法の改正によって直ちに変わるわけではないとすれば、おそらく、改正によって新たに犯罪化された行為類型は、従来の（準）強制性交等より「軽い」犯罪であると認識されるにもかかわらずである¹⁶³⁾。それゆえ、可罰的行為の範囲の拡大にもかかわらず、「重い」法定刑に値しないと考えられる行為類型は、実際には執行されないか、「無罪」となってしまう¹⁶⁴⁾。その結果として、摘発、訴追及び有罪判決の確率が低く認識されるようになれば、前述の問題が生じることになる。

161) Becker, *supra* note 145, at 179-80.

162) 宮田・前掲注 11) 209 頁以下。藤岡・前掲注 123) 97 頁以下も参照。

163) もっとも、不同意性交等罪の導入ではなく、「抗拒がないことに乗じて」という類型を原則形態とする本稿の提案についても、そのようにいえるかは検討を要する問題かもしれない。

164) 嘉門・前掲注 15) 222-224 頁、斉藤・前掲注 42) 70-71 頁、深町・前掲注 70) 113-114 頁、宮田・前掲注 11) 201 頁以下。

したがって、「抗拒がないことに乗じて」という規定を原則形態とする場合には、その法定刑の下限を 5 年よりも引き下げるか、あるいは、加重類型とされるべき「暴行又は脅迫」を用いる類型について、従来よりも強度の「暴行又は脅迫」を要求したうえで、法定刑の下限を 5 年よりも引き上げ¹⁶⁵⁾、「抗拒がないことに乗じて」類型の法定刑の下限を 5 年にするかのどちらかを選択すべきである¹⁶⁶⁾。

6 判決におけるジェンダーバイアス

性犯罪に関する判決（とりわけ、無罪判決）においては、裁判官におけるジェンダーバイアスやレイプ神話の「経験則」としての受容が批判されてきた¹⁶⁷⁾。しかし、そのような誤った推論は、裁判官個人の偏見に還元できる問題ではなく、場合によっては被害者自身をも含めた、社会成員全員が行ってしまう可能性があるともされ¹⁶⁸⁾、問題は刑事司法過程の構造に起因する、個別の事例における「経験則」の適用の仕方にあると指摘されている¹⁶⁹⁾。これは、裁判官に対するジェンダー教育や、女性裁判官の増加のみによって解決される問題ではないのである¹⁷⁰⁾。

それでは、本稿で提案した「抗拒がないことに乗じて」という改正は、

165) 強盗罪と同様に、生命・身体に対する危険を理由とする加重類型とすることを意味する。森川・前掲注 40) 190 頁以下も参照。

166) 性被害当事者の視点からの性暴力被害の実態を適切に反映するように性犯罪処罰規定を改正するという本稿の提案の趣旨からすれば、本来「暴行又は脅迫」の有無は性的側面での被害の大きさに影響していなかったと考えるべきであるので、後者の提案の方が、より趣旨を反映したものであるかもしれない。

167) 角田・前掲注 2)、大阪弁護士会人権擁護委員会性暴力被害検討プロジェクトチーム編・前掲注 60) の各論考を参照。

168) なお、性犯罪被害者に対する非難という問題については、小坂井敏晶『社会学講義〈閉ざされた社会〉と〈開かれた社会〉』116 頁以下（筑摩書房・2013 年）、嶋田有希「性犯罪被害者に対する第三者からの非難と心理的被害の過小評価に影響を及ぼす要因の検討」ヒューマンサイエンス 22 号 78 頁（2019 年）、柴田侑秀＝森永康子「公正世界信念と犯罪不安、被害リスク認知が被害者非難へ与える影響」同志社心理 65 号 1 頁（2019 年）等を参照。

169) 小宮友根「強姦罪における『被害者資格』問題と『経験則』の再検討」陶久利彦編著『性風俗と法秩序』306 頁、316 頁以下（尚学社・2017 年）。

170) 小宮・前掲注 169) 325 頁。なお、日本学術会議・前掲注 39) 19 頁も参照。

この問題に何らかの影響を与えるであろうか。裁判官のジェンダーバイアスや誤った経験則が批判されてきたのは、主に、「暴行又は脅迫」（あるいは、性交等に対する不同意）の認定、及び同意の錯誤に関する分脈であったと考えられる。そして、そうであれば、「抗拒がないことに乗じて」という規定は、これまで論じてきたように、それらの場面における「誤った」経験則を構造的に排除するものであると考えられる。すなわち、被害者の抵抗が必要ないこと、抵抗がないことが同意を意味しないこと、及び加害者が抵抗の不存在を同意であると認識したことによって故意が阻却されないことが条文において明らかにされているのである。

いずれにしても、判決におけるジェンダーバイアスの問題は、被告人の防御を不当に制限することなく、ジェンダーバイアスやレイプ神話を事実認定において、どのように構造的に排除するかを検討することによって解決されるべきである。そこにおいては、手続法だけでなく¹⁷¹⁾、実体法のあり方も検討されなければならない¹⁷²⁾。

IV おわりに

本稿では、性犯罪処罰規定の改正に関して、「抗拒がないことに乗じて」という規定を原則規定とするという提案を行った。しかし、性犯罪処罰規定に関して見直しを検討すべき論点は、「暴行又は脅迫」要件の撤廃乃至緩和に関するものに限られるわけではない¹⁷³⁾。例えば、強姦性交等の罪の対象となる行為に、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を含めるべきかや、性交同意年齢のあり方について本稿では検討しなかった。それらは今後の検討課題としたい。

いずれにせよ、本稿においては、性犯罪処罰規定の見直しに際して、「被

171) 成瀬剛「性犯罪被害者の性的経歴に関する証拠」法時 88 巻 11 号 80 頁も参照。

172) 小宮・前掲注 169) 326-327 頁。

173) 性犯罪に関する刑事法検討会「資料 12 検討すべき論点」(令和 2 年 8 月 27 日)(<http://www.moj.go.jp/content/001327158.pdf>) も参照。

害者」の保護の拡大を目指すにしても、それによって性暴力・性犯罪にかかわる加害者、警察、検察及び裁判所等がその改正によってどのような影響を受け、それによって社会全体として事態が改善するのかという視点をもって検討すべきであることを示した。そのような検討において、本稿が用いた検討手法や提案が何らかの貢献をなし得れば幸いである。