

【論説】

性犯罪の保護法益とあるべき条項

—法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会試案の問題点—

岡本裕明・神谷竜光・進藤広人・杉山博亮・山中純子*

概 要

序 章 はじめに

第 1 章 性犯罪規定の処罰対象について—財産犯との比較—

第 2 章 試案についての検討

第 3 章 性的侵害罪の処罰範囲と保護法益

概要

平成 29 年の性犯罪に関する刑法改正の後、令和 3 年 10 月から法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会により更なる改正のための検討が進められていたところ、令和 4 年 10 月に同部会の試案が公表された。本稿は、財物奪取罪における犯罪のカタログと対比しつつ、試案が示した刑法 176 条、177 条、178 条の改正の方向性に対して疑問を提示する。また、今回の試案を含め、わが国の性犯罪法制が先進諸国のそれと大きく異なることの根底には、性犯罪の保護法益に対する考え方の違いがあることを指摘する。

序章 はじめに

わが国の性犯罪に関する規定は、平成 29 年に大きな改正がなされたが、同

* 「刑事司法について考える法律家の会」(<http://lgcj.tokyo/>) のメンバーによる。

性犯罪の保護法益とあるべき条項
(岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

改正については不十分であるとの評価がなされてきた¹。同改正では、附則において3年後の見直しが定められていたところ、令和3年5月には、法務省内の「性犯罪に関する刑事法検討会」(以下「検討会」という。)²がとりまとめ報告書を公表した。その後、法務省においては、法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会(以下「法制審議会(性犯罪関係)部会」という。)³を設置し、諮問(諮問第117号)を行った。本稿では、諮問事項の中でも特に、「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」及び「刑法第七十六条前段及び第七十七条前段に規定する暴行及び脅迫の要件並びに同法第七十八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」に着目して検討する。

第1章 性犯罪規定の処罰対象について—財産犯との比較—

第1 財物奪取罪と性的侵害罪との比較

財物の占有と性的な人格的利益とは、いずれも個人的法益であるものの性質的にはまったく異なる。しかし、財物の占有の移転も、性的行為も、対象者の自由意思で行われる限り、原則として犯罪とすべき実体がない。その意味で両者は共通する。そのために、財物の占有に対する侵害行為を内容とする犯罪(＝奪取罪)の構成要件と、性的な侵害行為を内容とする犯罪(強制性交等罪、強制わいせつ罪など。ここでは「性的侵害罪」と称する。)の構成要件とは、構造的には類似したものとなる。ところが、両者の構成要件を比較すると、現行法における性的侵害罪のカタログは、奪取罪のそれに比べて著しく貧弱である。このことは平成29年(2017年)の性犯罪規定の改正でも同様であった。

今回、法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会は、令和4年10月24日の第10回会議配布資料として「試案」(以下、単に「試案」という。)を提示した³。試案では、性的侵害罪につき多くの類型が列挙されており、現行法と大きく

¹ 本稿執筆者5名による「刑事司法について考える法律家の会」においては、令和2年11月16日、本稿末尾添付の改正案を提言(以下「法律家の会提言」という。)している。また、とりまとめ報告書についても、意見を表明している(下記のQRコード、上記のURL参照)。



法律家の会提言： とりまとめ報告書に対する意見：



² 法制審議会(性犯罪関係)部会は、令和5年1月現在、第12回会議まで行われ、具体的な条文案などが検討されている。

³ <https://www.moj.go.jp/content/001382454.pdf>

様変わりするようにみえる。しかし、試案も、具に検討すると、結局のところ現行法のカタログとほぼ変わらないことが窺われる。以下では、財物奪取罪のカタログと比較しつつ、現行の強制性交等罪、強制わいせつ罪等の性的侵害罪のカタログが試案によってどのように変わるのかを明らかにしてみたい。

第 2 財物奪取罪のカタログ

奪取罪は、窃盗、強盗、詐欺、恐喝など、占有者の「本意」⁴に基づかない財物に対する占有の移転（＝奪取）を惹起する行為を処罰の対象とする。奪取罪は、さらに、「盗取罪」と「交付罪」とに区別される。「盗取罪」は、そもそも占有者の意思に「基づかない」で財物の占有が移転される場合である。財物の占有が占有者の意思に「反して」移転される場合と表現されることも多い。他方、「交付罪」は、一応、占有者の意思に「基づいて」移転しているものの、その意思の形成に錯誤や畏怖などの「瑕疵がある」場合である。

この区別に加え、本意に基づかない占有の移転が行為者の「どのような手段」によって惹起されるかによって、次の①から⑧までの区別がされる。①は強い暴行・脅迫、すなわち、相手方の反抗を抑圧する程度の暴行・脅迫を手段とする場合、②は①の暴行・脅迫以外の相手方の反抗を抑圧する行為による場合、③はすでに存在している反抗できない相手方の状態を利用する場合、④は弱い暴行・脅迫すなわち相手方の反抗を抑圧するに至らない程度の暴行・脅迫を手段とする場合、⑤は威力・威迫すなわち④のような暴行・脅迫にも至らない人の意思を制圧する勢力や他人に不安困惑の念を生じさせる氣勢を手段とする場合、⑥は人を欺く行為（欺罔行為）を手段とする場合、⑦は相手方の知慮浅薄や心神耗弱など判断能力の不足等の状態を利用する場合、そして、⑧は以上の①ないし⑦以外の手段を用いる場合であり、構成要件上特に行為態様が限定されていない場合である。

第 1 の盗取罪と交付罪の類型を横軸とし、第 2 の①ないし⑧の手段を縦軸としてマトリックスを作り、現行の奪取罪の規定によってカバーされる範囲をそこに書き込むと、【表 1】のとおりとなる。特筆すべきは、威力・威迫の程度にとどまる場合はともかく⁵、そうでない暴行・脅迫を用いられた場合には、盗取

⁴ なお、大谷實『刑法講義総論新版第 5 版』（成文堂、2019 年）252 頁、井田良『講義刑法学・総論 [第 2 版]』（有斐閣、2018 年）352 頁等では、「真意」に基づく承諾が必要との言及にとどまる。しかし、何が「真意」なのかという基準が定立されていない。むしろ、民法 93 条 1 項（心裡留保）では「真意ではないことを知っていたとき」として使われており、内面的効果意思がないことを「真意」として用いられている。そのため、本稿では、「本意」という。

⁵ 相手方を単に困惑させるにとどまる場合は脅迫行為には当たらない（札幌地判昭和 41 年 4 月 20 日下刑集 8 巻 4 号 658 頁参照）。

性犯罪の保護法益とあるべき条項
(岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

罪・交付罪と連続的に処罰対象とされていること、及び、盗取罪においては窃盗罪（及び不動産侵奪罪）が手段の限定のない受け皿規定となっていることである。また、法定刑については、手段に応じて、段階的な類型化がされていることが特徴である。

【表 1】 奪取罪の分類と守備範囲

手段	類型	奪取罪＝本意に基づかない占有移転	
		盗取罪 意思に基づかない占有移転 (意思に反する占有移転)	交付罪 瑕疵ある意思に基づく占有移転
①強い暴行・脅迫 (相手方の反抗を抑圧する程度)		反抗抑圧状態にして強取 →強盗罪(5年以上)	×
②その他の反抗抑圧行為		昏酔させて盗取 →昏酔強盗罪(5年以上)	×
③反抗不能状態の利用		窃取 →窃盗罪(10年以下等) ・酔っ払った人から窃取 ・寝ている人から窃取	×
④弱い暴行・脅迫(相手方の反抗抑圧に至らない程度)	×		畏怖させて交付させる →恐喝罪(10年以下)
⑤威力／威迫 (人の意思を制圧するに足る勢力)／(他人に氣勢を示し不安困惑の念を生ぜしめる)	×		×
⑥人を欺く行為(欺罔)	×		錯誤に陥らせて交付させる →詐欺罪(10年以下)
⑦相手方の判断能力の不足等を利用する行為	×		未成年者の知慮浅薄・人の心神耗弱に乗じて交付させる →準詐欺罪(10年以下)
⑧その他の手段(手段に限定なし)		窃取・不動産侵奪 →窃盗罪(10年以下等) →不動産侵奪罪(10年以下) ・不意を突いての窃取 ・その他	×

第 3 現行の性的侵害罪のカatalogと奪取罪との比較

1 現行の性的侵害罪のカatalog

強制性交等罪や強制わいせつ罪のような性的侵害罪についても、侵害態様と侵害手段により、財物奪取罪とパラレルに整理することは可能である。すなわ

ち、第1に、その侵害態様は、まったく相手方の意思に基づかずに性交等やわいせつ行為をした場合（不同意類型）と、一応相手方の同意に基づくがその同意に瑕疵があるという場合（瑕疵ある同意類型）とを区別できる。また、侵害手段としても、①ないし⑧のものを観念することが可能である。そこで、【表1】同様に、「不同意類型」と「瑕疵ある同意類型」とを横軸とし、手段の①ないし⑧を縦軸としてマトリックスを作り、その中に現行の性的侵害罪の構成要件を配置すると、次の【表2】のとおりとなる。

【表2】

手段 \ 類型	性的侵害罪	
	不同意類型 意思に基づかない性交等／わいせつ行為 (意思に反する占有移転)	瑕疵ある同意類型 瑕疵ある意思に基づく性交等／わいせつ行為
①強い暴行・脅迫 (相手方の反抗を抑圧する程度)	反抗を著しく困難にして性交等／わいせつ行為 →強制性交等罪(5年以上) →強わい罪(6月～10年)	×
②その他の反抗抑圧行為	①心神を喪失させて ②抗拒不能にさせて →準強制性交等罪(5年以上) →準強わい罪(6月～10年)	×
③反抗不能状態の利用	③心神喪失に乗じて ④抗拒不能に乗じて→準強制性交等罪(5年以上) →準強わい罪(6月～10年)	×
④弱い暴行・脅迫(相手方の反抗抑圧に至らない程度)	×	×
⑤威力／威迫 (人の意思を制圧するに足る勢力)／(他人に氣勢を示し不安困惑の念を生ぜしめる)	×	△ ・監護者性交等罪・監護者わいせつ罪
⑥人を欺く行為(欺罔)	×	×
⑦相手方の判断能力の不足等を利用する行為	×	△ 13歳未満の者に対する性交等／わいせつ行為
⑧その他の手段(手段に限定なし)	×	×

2 奪取罪との比較

この【表2】を、財物奪取罪に関する【表1】と比較すると、奪取罪に比べ、性的侵害罪の保護の守備範囲が明らかに狭いことがわかる⁶。現行の性的侵害罪は、基本的には、不同意類型のみを守備範囲とし、瑕疵ある同意類型は守備範囲としないこと、(暴行・脅迫その他の積極的な行為による必要はなくすでに存在している状況を利用しても構わないが)被害者の反抗が著しく困難な状況においてなされた場合だけを守備範囲とすることの方針によって組み立てられているといえる。これは、言い換えれば、被害者の反抗が著しく困難な状況の下で、かつ、被害者の意思に基づかないでなされた性交等やわいせつ行為のみを処罰範囲としているということである。

第4 試案による処罰範囲

では、「試案」によって示された性的侵害罪の守備範囲は、どのようなものであるか。性的自由侵害の類型としての「不同意類型」と「瑕疵ある同意類型」を横軸に、手段①ないし⑧を縦軸にとったマトリクスを埋めてみると、次の【表3】のとおりとなる。具体的な検討は、第2章で行うが、この試案の守備範囲を示す【表3】と現行の性的侵害罪の守備範囲を示す【表2】とを比較した場合、ほとんど違いのないことに気づくであろう。今回の試案が示した条項案では、(7)から(8)までの列挙事由が目を引き。しかし、これは、新たな守備範囲を設けたものではなく、従来から「暴行」又は「抗拒不能」の柔軟な解釈を通じて処罰の対象とされていた領域について、その「居場所」を明確にしたというに過ぎない。また、【表3】の中では⑥の「瑕疵ある同意類型」に位置づけられている領域についても、実は、同様である。この領域は従来、(若干の無理をして)解釈により「抗拒不能」の一部として取り込まれていた領域である。それをこの試案では、「拒絶不能」の類型から取り出し、錯誤に基づく「瑕疵ある同意」の類型として、別立てにして「居場所」を与えたに過ぎない。つまり、性的侵害罪の改正について今回の試案が目指したのは、「処罰範囲を拡大する新たな守備範囲を創設すること」ではなく、「柔軟な解釈を通じて従来から実務が176条、177条の守備範囲としていた領域についてその適用条項を明確化すること」であったといっていよい。

列挙事由によって処罰の対象となる行為の類型が増えた（ように見える）にもかかわらず、処罰範囲が拡大しない原因は、条項の柱書にある「人を拒絶困難にさせて」と「人が拒絶困難であることに乗じて」という2つの文言が、い

⁶ 性的侵害罪における暴行・脅迫の程度については、最判昭和24年5月10日刑集3巻6号711頁参照。

わば「足切り」の役割を果たしているからである。

【表3】

手段	類型	性的被害罪	
	不同意類型 意思に基づかない性交等／わいせつ行為 (意思に反する占有移転)	同意類型 瑕疵ある同意に基づく性交等／わいせつ行為	
①強い暴行・脅迫 (相手方の反抗を抑圧する程度)	(7)暴行又は脅迫を用いること によって人を拒絶困難にさせて →強制性交等罪(5年以上) →強制わいせつ罪(6月～10年)	×	
②その他の反抗抑圧行為	(4)心身に障害を生じさせること (7)アルコール又は薬物を摂取させること (2)睡眠その他の意識の明瞭でない状態にすること (4)拒絶するいとまを与えないこと (6)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 (8)虐待に起因する心理的反応を生じさせること (7)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 その他これらに類する行為 によって人を拒絶困難にさせて →強制性交等罪(5年以上) →強制わいせつ罪(6月～10年)	×	
③反抗不能状態の利用	(7)暴行又は脅迫を受けたこと (4)心身に障害があること (7)アルコール又は薬物の影響があること (2)睡眠その他の意識が明瞭でない状態にあること (4)拒絶するいとまがないこと (6)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 (8)虐待に起因する心理的反応があること (7)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 その他これらに類する事由によって 人が拒絶困難であることに乗じて →強制性交等罪(5年以上) →強制わいせつ罪(6月～10年)	×	
④弱い暴行・脅迫(相手方の反抗抑圧に至らない程度)	×	×	
⑤威力／威迫 (人の意思を制圧するに足る勢力)(他人に氣勢を示し不安困惑の念を生ぜしめる)	×	△ ・監護者性交等罪・監護者わいせつ罪	
⑥人を欺く行為(欺罔)	×	・行為がわいせつなものでないと言信させ、若しくは行為の相手方について人違いをさせて ・行為がわいせつなものでないと言診していること、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 →強制性交等罪 →強制わいせつ罪	
⑦相手方の判断能力の不足等を利用する行為	×	△ 13歳未満の者に対する性交等／わいせつ行為 13歳以上16歳未満の者に対する性交等／わいせつ行為	
⑧その他の手段(手段に限定なし)	×	×	

試案の条項案についての具体的な問題点の指摘は第2章で行うが、問題点は、形式的には、同一法定刑を維持し、段階的に類型化した規定を設けないとの前提の下、議論が推移していたことに由来するといえよう。しかしながら、より実質的には、性犯罪の保護法益をどのように捉えるかという議論が疎かになってきたのが本質的な問題点だと考えられる。この点を、第3章で指摘する。

第2章 試案についての検討

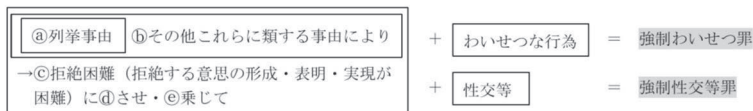
第1 試案「第1-1」1(1)及び2(1)(列挙事由と拒絶困難)について

1 試案の内容

(1) 試案の骨子

今般の法制審議会の試案は、「第1-1 暴行・脅迫要件、心神喪失・抗拒不能要件の改正」1(1)及び2(1)として、次の構造の改正案を提示した⁷。

【図】



強制わいせつ罪の法定刑：6年以上10年以下の拘禁刑（現行法と同じ）

強制性交等罪 の法定刑：5年以上の有期徒刑（現行法と同じ）

(2) 試案の内容

④列挙事由の行為としては、(ア)暴行又は脅迫を用いること／受けたこと、(イ)心身に障害を生じさせること／あること、(ウ)アルコール又は薬物を摂取させること／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／あること、(オ)拒絶するいとまを与えないこと／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／していること、(キ)虐待に起因する心理的反応を生じさせること／あること、(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／していることが挙げられている。その上で、⑤「その他これらに類する行為・事由」として、包括的な規定が挙げられている。ただ、これらの行為・事由により、③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)に④させ、又は⑤乗じて、わいせつな行為や性交等をすることが必要とされている。

⁷ 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第8回会議配布資料21の2[B案]参照。

2 試案の評価

(1) ㉔列举事由, ㉕受け皿規定の検討

㉔列举事由の(7)から(9)として挙げられている行為そのものは、性的な行為がなされる際に、行為者が用いたり、乗じたりすべきでない状態を意味しており、列举事由そのものについては、類型的に、被害者の本意に基づく同意がない方向に働かせる事情といえるであろう。法律家の会提言においても、「不意に」(法律家の会提言176条の2第2項)や「アルコール若しくは薬物の影響により正常な判断が困難な状態」(法律家の会提言178条の2第1項1号, 2項1号)として列举事由は挙げている。法律家の会提言を作成するに当たって、事前に調査した外国法においては、フランス法が、このように列举事由を挙げていく方法をとっており、処罰される実行行為が明確になる点でも優れているとの評価が可能である⁸。

また、単純に監護者性交等罪の対象を一定の地位・関係性を有する者まで拡張しようとする⁹のではなく、多様な関係性や影響力の強弱に着目して適切な処罰範囲を画定しようとする(9)の規定の仕方は基本的に評価できるところである。

このほか、試案が、㉕「その他これらに類する事由」との受け皿規定¹⁰を挙げていることについても、限定列举では必ずしも捕捉しきれない行為や状態がありうる以上、肯定的には考えられる(現行刑法典においても、「その他」の包括的な規定を置いている規定はある¹¹。但し、法制審議会での当局の説明によれば、(7)から(9)全体として捉えた上でそれに類すると考えているものではないということである¹²)。法律家の会提言でも、「人の心身耗弱」(法律家の会提言案178条の2第1項1号, 2項1号)や「前号に掲げるもののほか、人の抗拒の困難な状態」(法律家の会提言178条の2第1項2号, 2項2号)を挙げているところである。

⁸ 確かに、刑法典の規定としては、このような細かな列举事由を規定することはあまりないが、特別刑法では見られる規定方法である(例えば、インサイダー取引規制に関する金融商品取引法197条の2第13号, 166条1項, 2項14号参照)。法律家の会提言は、現行刑法典との差異をできるだけ生じさせないために、抽象化した文言を用いたが、複雑化していく日本社会への対処方法としては、列举事由を定めていくのも一つの立法方法といえよう。

⁹ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第8回会議配布資料25「A案」参照。

¹⁰ 斉藤豊治「不同意性交罪の新設の意義と課題(下)」法時94巻10号88頁。

¹¹ 例えば、刑法125条1項参照。勿論、列举事由との関係で、外延に問題があり、類推解釈にならないかとの危惧も踏まえて今後の検討はされるべきである(法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回会議事録18頁宮田委員発言参照)。

¹² 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回会議事録20頁吉田幹事発言参照。

(2) ㉔㉕拒絶困難の作出・便乗についての検討

その上で、試案では、上記の㉔㉕の実行行為により、㉔拒絶困難に㉔させ、又は㉔乗じていることが規定されている。これらのうち、㉔させること（作出型）や、㉔乗じること（便乗型）については、㉔が従前の強制わいせつ罪・強制性交等罪、㉔が従前の準強制わいせつ罪、準強制性交等罪に対応し、法律家の会提言においても、それぞれの規定を提案している（法律家の会提言176条の2、178条の2）ことからして、適当である。しかし、最終的に被害者の状態として要件化されている㉔拒絶困難の点については、疑問がある。

少なくとも、試案は、法律家の会提言において提案している段階的類型化¹³とは異なり、現行の強制わいせつ罪・強制性交等罪の法定刑は維持したまま、その構成要件要素のみについて、改正することを提案している。それゆえ、以下の2つの方向からの歪みが生じていると言わざるを得ない。

ア 限定列举された行為間の不整合

まず、限定列举として挙げられている行為が、必ずしも同じ法定刑の下限に評価されるべきものとは言い難いことである。例えば、(ア)暴行又は脅迫を用いること／受けたことは、現行の強制わいせつ罪・強制性交等罪と同じ実行行為である。暴行又は脅迫が、どの程度のもを想定しているかについては、法制審議会の当局によると、現行法下での最高裁判例である反抗を著しく困難にする程度を意味する¹⁴のではなく、その程度は問わないものであると述べている¹⁵。しかし、それだけ幅のある暴行・脅迫に対して、(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／していることが同程度に悪質な実行行為といえるのか疑問がある。刑法上の同種の実行行為に関しては、「威力」や「威迫」などが考えられるところ、「威力」は「人の自由意思を制圧するに足る勢力」、「威迫」は「他人に対し言語、挙動をもって氣勢を示し、不安困惑の念を生ぜしめる行為」を意味するが¹⁶、(カ)の実行行為は、どちらかといえば、「威力」や「威迫」によって捕捉される状態であり（特に、「驚愕」についてはそうであろう。）、(ア)暴行又は脅迫と、同程度に悪質な行為とは言い難いところである。

また、(ハ)拒絶するいとまを与えないこと／ないことについても、法律家の会提言では、上記のように反抗を著しく困難にするような暴行又は脅迫と同程度の悪質性とは言い難く、これよりも程度の低い、威力わいせつ罪と同程度の法

¹³ 斉藤・前掲注(10)91頁参照。斉藤教授においても、段階的類型化を提案している。

¹⁴ 最判昭和33年6月6日集刑126号171頁等。

¹⁵ 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第10回会議事録19頁宮田委員発言、同23頁浅沼幹事発言。

¹⁶ 最決昭和42年2月4日刑集21巻1号9頁参照。

定刑の類型として提案をしていた(法律家の会提言176条の2第2項)。また、「拒絶するいとまを与えない／ないこと」は、わいせつ行為については、想定できても、性交等については、容易には想定し難い(さらに、後述の第1-4の改正と併せて、現状、痴漢行為として捕捉されている犯罪が、強制性交等罪として捕捉されることにもなりかねない)。

さらに、(7)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／していることは、監護者わいせつ罪や監護者性交等罪(現行刑法179条)と同じ法定刑となるが、同程度に地位を濫用していると評価できるのか疑問がないではない。例えば、母子家庭の16歳以上の娘が、母親の雇用主から性的行為を求められ、母親がお世話になっているから逆らえずに性的行為の要求に応じなければならないような事案¹⁷について、仮に「不利益の憂慮」が認められるとしても、典型的な暴行脅迫を用いた強制性交と同程度に「拒絶困難」な状態が生じていると評価できるかは疑問であり、両者の事案には少なからず当罰性の違いがあるのではないかと考えられる。これを「拒絶困難」の程度で両者を同視するのであれば、結局、経済的又は社会的な地位を利用した事案において処罰対象となるのは極めて限られた事案となるであろう。

イ 拒絶困難の程度の曖昧さ

結局、㉔拒絶困難の程度は、現行刑法176条、177条、178条(心神喪失、抗拒不能)と同程度が求められているのではないかという疑問がある。上記アのように、実際には、悪質性に軽重がある実行行為を同じ法定刑でまとめるからには、拒絶困難の程度が、同じ程度にまで陥っていないと、正当化できない。「拒絶困難」の意味については、「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」というように定義が示されており、「困難」さの程度については明らかではない。法制審議会における当局の説明では、「拒絶困難」とは「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」をいうため、「困難の程度は問わないもの」としている¹⁸。しかし、法定刑が変わらず、「より構成要件が明確になるような形で規定し直すというだけ」¹⁹で、「この『試

¹⁷ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第8回議事録34頁山本委員発言参照。

¹⁸ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回議事録10、11頁浅沼幹事発言。

¹⁹ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第8回会議議事録21頁金杉幹事発言(但し、第6回会議における橋爪委員の「現行法の解釈におきましても、暴行・脅迫要件や抗拒不能要件は柔軟に解釈する余地がありましたので」「柔軟な実質的解釈を明文の規定で担保しようというのが」問題意識で、「現行法で処罰されていない行為を新たに処罰する、という評価が直ちに妥当するわけではない点についても確認しておきたい」との発言(法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第6回会議議事録18頁)をまとめたもの)。

性犯罪の保護法益とあるべき条項
(岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

案』は、前提として、これまで当罰的だと評価されていた行為の範囲を拡大する趣旨のものではありません²⁰というのであれば、「拒絶困難」をどのように言い換えたとしても、従前の最高裁判例が示した反抗を著しく困難にする程度であることが、基本的には求められることになるであろう。さらに、試案は、「わいせつな行為をした者」「性交等をした者」というように、従前の強制わいせつ罪・強制性交等罪の規定と同じく意思に基づかない場合の文言となっている。瑕疵ある意思に基づく性交等／わいせつ行為を想定した場合の規定といえる、「性交等をさせた者」「わいせつな行為をさせた者」との規定にはなっていない²¹。このことから、従前と同じく意思に基づかない場合のみを捕捉しようとしていると思われる²²。

このほか、(ウ)や(エ)虐待に起因する心理的反応を生じさせること／あることは、いわゆる不同意性交罪を想定したような実行行為ではあるものの、結局、現行刑法典の強制わいせつ罪・強制性交等罪と同じ法定刑としている以上、上記のように、「拒絶困難」の程度としては、法定刑に見合うだけの困難さが必要となり、いわゆる不同意性交罪による処罰範囲とは、似ても似つかぬものになるであろう²³。このことは、(ウ)経済的・社会的関係上の地位に基づく影響力による不利益を憂慮した場合についても同様である。さらに、この規定は監護者性交等罪との比較も必要である。監護者性交等罪は、被監護者が例外なく自由な意思決定ができないといえることに着目した犯罪で、これによって強制性交等罪と同じ法定刑の規定にあると考えられる。そうすると、試案の(ウ)における「拒絶困難」は、結局、監護者性交等罪における意思抑圧の程度と同程度に必要なと考えられる²⁴。

²⁰ 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第10回議事録20頁吉田幹事発言。

²¹ 強盗罪では、「他人の財物を強取した者」と規定されているのに対して、恐喝罪では「人を恐喝して財物を交付させた者」として、刑法典では、意思抑圧の程度に応じて、条文が書き分けられている。これを受けて、法律家の会提言では、「した」と「させた」場合を書き分ける条文案を提案した（176条の2、177条の2、178条の2の条文案参照）。

²² 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第10回議事録12頁橋爪委員発言では、括弧書により、意思の形成・表明・実現が困難であると記載されていることから判断のぶれが生ずる可能性は可及的に排除されていると考えている旨ある。しかし、「意思の形成・表明・実現が困難」であるかどうか判断されるのであれば、結局、困難さの程度が問題になるのではないかと思います。

²³ 斉藤教授においても、受け皿規定の改正案として、①「その他抗拒を著しく困難にする方法」、②「その他抗拒を困難にする方法」、③「その他意思に反する方法」が検討会では取り上げられたが、①②では、「強制性交等罪の若干の見直しを行おうとする見解であり、改革は弥縫策に終わると思われる」と指摘されている（斉藤・前掲注(10)89頁）。

²⁴ それゆえ、法律家の会の提言内容としては、特に現時点において補足する必要のある関係性に着目し、行為者が影響力を利用して性交した場合にのみ処罰範囲を限定すると

また、ドイツ法では不同意性交罪として「反対意思を形成・表明できない状況」を規定していたように、「反対(意思)」を形成し、表明し又は実現することが困難な状態に着目するのが不同意性交等罪の発想であるところ²⁵、試案は、「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としており、「反対」と「拒絶」で差がある。「反対」意思の形成・表明・実現か、「拒絶」意思の形成・表明・実現かは、厳密には、「反対」の方が、不同意という意思の問題であるのに対して、「拒絶」は拒絶「行為」の問題であり、不同意性交等罪よりも離れた内容というべきである²⁶。

結局、試案では、現行刑法典と同じ法定刑による改正案のままの提案となっているため、現行刑法典と同程度の悪質さが必要となり、不同意性交等罪のような場合を捕捉できないようにしているものと考えられる²⁷。

(3) 同一法定刑を維持した立法をしようとすることによる歪み

以上のように、現行刑法典と同じ法定刑(特に下限)を維持しつつ、「より構成要件が明確になるような形で規定し直すというだけ」というのは、一方では、不同意性交等罪を処罰するような規定振りとしてさも処罰範囲を拡張したかのように見せながら、他方では、現行の強制わいせつ罪・強制性交等罪と同程度の拒絶困難さを要求することでそれを狭めるという歪んだ立法であるとの疑いを拭いきれない。法定刑に差を設けることで、適切な処罰範囲・処罰の程度を確保しているのが各国の対応といえるであろう。また、罪刑均衡の考え方からしても、結果が同じであるならば、実行行為の悪質さに則して、法定刑に差を設けるのが、通常の刑事立法だと解される²⁸。それを、上記のような歪んだ立法で対応するというのは、「弥縫策」²⁹との誹りを免れないと思われる。

このような弥縫策では、将来的には、次のいずれかの問題にぶつかるとと思われる。まず、上記のように、厳密な条文解釈がなされ、被害者の救済には結局、

ともに、当該事案と典型的な強制性交事案との当罰性の違いに着目した科刑を試みるものである。なお、限定列举している地位や関係性については、今後の社会情勢や犯罪実態を踏まえて、柔軟に追加している形で法改正を行うべきものとする。

²⁵ 斉藤・前掲注(10)91頁。

²⁶ 斉藤・前掲注(10)90頁においても、この文言の差による違いを指摘している。法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回議事録15頁以下では、この点がかかり議論されており、法制審議会全体として、この文言が肯定的に評価されているわけではない。

²⁷ その意味で、斉藤・前掲注(10)90頁が、「反対の意思」ではなく「拒絶の意思」とすることで、「不同意性交罪の範囲を不相当に狭める可能性が残る」と指摘していることについては、むしろ、不同意性交罪を処罰しようとしていないのが試案の考え方ということになるであろう。

²⁸ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回議事録21頁金杉幹事発言参照。

²⁹ 斉藤・前掲注(10)89頁。

性犯罪の保護法益とあるべき条項
(岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

つながらなくなる³⁰。あるいは、逆に、加重された法定刑による処罰範囲が拡大する。そして、実務的には、このいずれかの間で揺れ動く、曖昧な処罰範囲が維持されることになる。

列挙事由や受け皿規定については、一つの立法内容として首肯できるものであるから、それに則した法定刑に合った規定（具体的には、段階的類型化が必要となるであろう）を検討し直すべきである。法律家の会提言では、3段階に類型化したものを提案し、法定刑にも差を設けている³¹。

結局、同一法定刑を維持しようとする態度は、その背後に、保護法益に関する議論が足りない点が挙げられると思われる。次の誤信に関する試案では、特に、保護法益の捉え方の差が顕在化しているといえよう。

第2 試案「第1—1」1（2）及び2（2）（誤信類型）について

1 試案の内容

試案においては、「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」、わいせつ行為ないし性交等をした者につき、強制わいせつ罪ないし強制性交等罪と同様に処罰することを規定している。ここでも、誤信させ又は人違いをさせる作出型と、誤信していること又は人違いをしていることに乗じる便乗型があり、1（1）及び2（1）と同様に2つの類型が設けられている。

誤信や人違いをさせる行為は、「偽計・欺罔」に当たるが、一般的な「偽計・欺罔」を広く手段として規定してしまうと、いわゆる動機の錯誤に陥らせた場合など、当罰性が高くない場合も処罰対象となってしまうおそれがある。そこで、試案においては、行為がわいせつなものではないとの誤信及び行為の相手方についての人違いに限定して、処罰の対象とされた。これは、性犯罪が、性的行為を行うかどうか、誰を相手として行うかについての自由な意思決定を保護法益としていることに着目して、行為の性質の錯誤や人違いについては、被

³⁰ 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第10回会議では、検察官の立場から、試案による場合、立証しなければならない項目が増え、処罰範囲が狭くなるのではないかと、また、被害者を拒絶困難にさせたことの認識は一層立証が困難になるのではないかとこの危惧が述べられている（同会議事録23頁田中委員発言）。

³¹ 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第6回会議では、「行為態様が異なっているも、意思に反して性行為が行われたという事実が共通であるならば、同様に処罰すべきであって、あえて減輕類型を設ける合理性はないからです。」と指摘されているが（同会議事録18頁橋爪委員発言）、行為の悪質さに応じて、法定刑に差を設けるのは、恐喝罪や強盗罪、傷害致死罪や殺人罪を例にするまでもなく当然と解される。

害者が性的行為を行うかどうかの意思決定をする前提を欠くことになることから、性的自由ないし性的自己決定に対する法益侵害があることが明らかな場合であるとして、類型化されたものといえる³²。1 (1) ないし 2 (1) の列挙事由と別類型にされたのは、当該錯誤がある場合には法益侵害が明らかであることから、錯誤の要件に該当する場合には直ちに拒絶困難といえる類型であるとされたからである。

2 試案の評価

(1) 現行法の裁判例を条文化したものに過ぎないこと

試案で新たに定められた類型に当たる日本の判例としては、医師を信頼して正当な治療行為が行われているものと誤信していた事例³³及び医師を装った被告人から検査や治療のための処置であると誤信させられていた事例³⁴等があり、いずれも抗拒不能の状態での性交だったとして準強制性交罪（旧準強姦罪）が認められていた。また、被害者が半睡半醒の状態で夫であると誤信しているのに乗じた事例³⁵で準強制性交罪（旧強姦罪）の成立を認め、熟睡し、夢うつつのまま内縁の夫であると誤信しているのに乗じた事例³⁶においても、準強制わいせつ罪の成立が認められていた。したがって、試案で示された類型は、現行法上、抗拒不能に当たると既に認められていたものを犯罪類型として明文化したに過ぎないといえる³⁷。

確かに、被害者がどのような錯誤に陥っていた場合に、行為者が処罰されるかについて、その範囲が明文化された点については肯定的に評価することができる。被害者の錯誤に関しては、性的行為に応じれば金銭を支払う旨誤信させて性的行為に及んだにもかかわらず金銭の支払いをしなかった場合のような動機の錯誤に関しては、性的行為に関する重要な錯誤ではなく、当罰性は低い

³² 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第 6 回会議議事録 15 頁嶋矢委員発言参照。

³³ 東京高判昭和 33 年 10 月 31 日判タ 85 号 75 頁、東京地判昭和 62 年 3 月 16 日下刑集 5 卷 3・4 号 244 頁。

³⁴ 名古屋地判昭和 55 年 7 月 28 日判時 1007 号 141 頁、東京地判昭和 62 年 4 月 15 日判時 1304 号 147 頁。

³⁵ 広島高判昭和 33 年 12 月 24 日高刑集 11 卷 10 号 701 頁。

³⁶ 大阪地判昭和 62 年 10 月 1 日判時 1256 号 123 頁。

³⁷ 欺罔による性的行為の処罰が問題となった判例についての考察については、山中純子「欺罔による性的行為の処罰について－ドイツ性刑法との比較に基づいて」東海法学 59 号 16 頁以下参照。

性犯罪の保護法益とあるべき条項
(岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

と解されている。このよう当罰性のそれほど高くない場合を含めて広く処罰対象になり得るかのような事態は避けるべきである。

(2) 錯誤の範囲として十分か—保護法益との関係も踏まえて—

この点、法律家の会提言においては、「性交等又は手淫等の性質又は態様についての人の錯誤」があった場合を処罰対象として定めている。性的行為の性質及び態様についての錯誤は、性的行為の同意において核心的な要素であり、当罰性が高いといえる。このような錯誤の例としては、避妊の有無や撮影の有無、性交なのか肛門性交なのかといった点が想定される。たとえ、性的行為そのものに同意していたとしても、避妊の有無や性交なのか肛門性交なのかという違いは、同意の判断にあたって重要である³⁸。これに対して、試案のいう「行為がわいせつなものではないと誤信」することは、上記裁判例のように、行為が治療や検査のために必要なものであると誤信しているような場合であり、錯誤がなければ性的行為自体を拒絶する場合を問題としている。法律家の会提言が、性的行為自体に同意していたとしても、その性質や態様であれば同意しない場合にも反対意思や拒絶意思は当然認められるべきであると考えており、錯誤の対象を広く捉えているのとは異なる。後述するように、保護法益を現行法のように積極的な性的自由ないし性的自己決定権と捉えた場合、性的行為自体に応じることについての同意の有無を判断基準とすることになるが、保護法益を性的尊厳と捉え、防御権たる消極的な性的自由を含むと考えれば、性的行為の性質や態様も決定的に重要であり、性質や態様についての錯誤があった場合も処罰対象とすべきであるとの考えに至るだろう³⁹。なお、法律家の会提言では、「行為の相手方について人違い」した場合については、明文化していないが、これは、誰と性的行為をするかということは、性交などの性質又は態様の違いに含まれると解するからであり、人違いの場合を除外したわけではない。したがって、試案の処罰対象は、法律家の会提言と比較して狭きに失するといえる。

³⁸ ドイツでは、ステルシング事例(コンドーム装着の有無を欺罔した事例)において、被害者の意思に反した態様の性的行為であるとして、性的侵襲罪が認められる。日独の性犯罪の保護法益の捉え方に着目し、日本においても性的尊厳・性的人格権を保護法益とし、法益関係の錯誤説に基づいて準強制性交等罪が認められると解するものとして、山中・前掲注(37)1頁以下参照。

³⁹ 山中・前掲注(37)22頁以下。

また、法律家の会提言においては、錯誤に陥って性的行為に応じた場合は、「当該錯誤がなければ…人の意思に反することとなる」として、当該類型を不同意性交等罪の一類型と位置づけた。上述のとおり、行為の相手方を人違いした場合については性交などの性質又は態様の違いに含まれると解するが、人違いによって同意した性的行為については、より重い現行の準強制性交等罪ないし準強制わいせつ罪で処罰することができる(法条競合)と考えたからであり、それ以外の性的行為の性質や態様が意思に反することとなる錯誤については、法定刑がより軽い類型を設けるべきであろう。これに対して、試案においては、処罰の前提として、全ての場合に「拒絶困難」を要求しており、錯誤の事例においては、意思決定の前提を欠く場合であるから類型的に拒絶困難であることが明らかであるがために、「拒絶困難」という文言が規定されなかったに過ぎない。つまり、法定刑はあくまで1(1)ないし2(1)で列举された行為による場合と同じであり、当罰性が同程度に高い場合に限定した明文にとどまる。しかし、上述のように、性的行為においては、「拒絶」の有無が重要なのではなく、「意思に反すること」が問題なのである。法定刑の軽い不同意性交等罪に準ずる錯誤による類型を設け、法益侵害の程度に応じた柔軟な処罰が可能となるような規定が望ましいといえる。

第3章 性的侵害罪の処罰範囲と保護法益

第1 あるべき処罰範囲に対する理解のズレ

強制性交等罪、強制わいせつ罪など「性的侵害罪」の保護法益は、性的自由ないし性的自己決定権であるとする見解が、現在の通説である。性的自由とは、誰と、いつ、どのように性的関係を持つかの自由であると言われる⁴⁰。性的侵害罪の保護法益が、性的自由にあるのなら、そのあるべき処罰範囲としては、行為者が、被害者の自由意思に反して被害者と性的行為をした場合を処罰対象とするのが正しい、ということになるであろう。ただ、問題は「意思に反する」という言葉自体が、すでに曖昧さを含んでいるということである。すなわち、「意思に反して」とは、「意思に基づかないで」という意味なのか、瑕疵ある意思に基づく場合も「意思に反して」に含まれるのか曖昧である。

⁴⁰ 斉藤豊治「性刑法改正における年少者の保護」法セミ 812 号 56 頁参照。法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第 10 回会議においても、性的自由・性的自己決定権であることが度々述べられている(同会議事録 13, 17 頁長谷川幹事発言参照)。

性犯罪の保護法益とあるべき条項
(岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

「瑕疵ある意思」は、意思形成過程に、詐欺、強迫などの不当な影響力が働いたことにより形成された意思を意味する言葉である。このような不当な影響力によって形成された意思によって実現された結果は、その者の本心から望むものではなかったという意味で「本意」によるものではなく、これもまた「意思に反して」なされたものであると理解することもできる。

しかし、これに対し、窃盗罪（刑法235条）における「窃取」とは「占有者の意思に反して財物の占有を移転すること」と説明されるものの、ここにいる「意思に反して」には、瑕疵ある意思に基づく場合は含まれていない。つまり、ここにいる「意思に反して」とは「意思に基づかないで」という意味である。そのため、占有者が瑕疵ある意思に基づく交付行為によって財物の占有を移転した場合については、別に、恐喝罪（249条）、詐欺罪（246条）が用意されている。このように、財産罪のうちの奪取罪（占有移転罪）は、意思に基づかない占有移転だけでなく、瑕疵ある意思に基づく占有移転をも処罰の対象とするものの、前者は「盗取罪」と称され、窃盗、強盗などはこれに当たり、後者は「交付罪」と称され、詐欺、恐喝などはこれに当たるとして、区別されている。

では、性的侵害罪において処罰対象とすべき被害者の「意思に反して」とはどちらの意味なのか。「意思に基づかないで」の意味か、あるいは、瑕疵ある意思に基づく場合を含む意味か。いずれの理解もあり得るのである。そのため、「意思に反する」性的行為を処罰対象とすべきだという点において論者の間に意見の一致が見られたとしても、その内実を見れば、意思に基づかない性的行為のみをあるべき処罰対象とする趣旨なのか（A説）、瑕疵ある意思に基づく性的行為をも処罰対象に含めるべきなのか（B説）、という点についてすでに理解のズレが生じているのである。

第2 A説（意思に基づかない性的行為に限定）によるあるべき性的侵害罪の体系

強制性交等罪（177条）、強制わいせつ罪（176条）における「暴行・脅迫」の解釈については、従来から、最狭義の暴行・脅迫であり、強盗罪におけるそれよりは少し弱い「相手方の反抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫」とであると解釈されてきた。このような解釈は、処罰範囲をめぐるA説の理解に沿うものである。つまり、ここにいる「暴行・脅迫」を最狭義のものに限定することは、性的行為が被害者の「意思に基づかない」場合を限定することに役立っていると理解される。同様に、準強制性交等罪や準強制わいせつ罪における「抗拒不能」についても「意思に基づかない」場合を限定する機能を果たし

ていると理解することになる⁴¹。

従来の裁判実務を見ると、厳密にはこのような意味での暴行・脅迫があったといえるかは疑わしい有罪判決もある。しかし、A説によれば、それでも、処罰対象が「意思に基づかない」場合に限定されているとすれば、それは法政策的には間違っていないということになる。また、準強制性交等罪、準強制わいせつ罪における「抗拒不能」についても、相手方の同一性を誤った錯誤の場合は、従来からこれに該当するものと解釈されている。これを「抗拒不能」に当たるとする解釈は、正直、かなり無理のある文言解釈ともいえるが、それでも、同一性の錯誤は「意思の欠缺」の場合であって、「意思に基づかない」場合といえるから、やはり法政策的な観点からは間違っていないということになる。

これに対して、「意思に基づかない」というレベルまでには到達せず、あくまで「瑕疵ある意思」に基づいて性的行為に応じた事案までも強制性交等罪で処罰した裁判例については、A説からすれば、本来の当罰的な対象を超えて処罰範囲を拡大したものとして、批判の対象となるはずである。

第3 B説（瑕疵ある意思に基づく性的行為をも含めるべき）によるあるべき性的侵害罪の体系

以上に対し、B説によれば、あるべき性的侵害罪の体系も異なったものとなるし、これまでの裁判実務に対する理解や評価も異なったものとなる。B説によれば、そもそもこれまでの判例が、177条の暴行・脅迫を、基本的に「相手方の反抗を著しく困難にする程度」のものとして解してきたこと自体に対して批判的となる。裁判例の中には、ここにいう暴行・脅迫を柔軟に解釈することで「瑕疵ある意思」に基づく性的行為の一部を処罰の対象に取り込んできたものがあるが、むしろこれこそが法政策的には正しいということになる。端的に言えば、奪取罪における強盗罪の類型ではなく、恐喝罪の類型に当たるような軽度の暴行・脅迫によるものであっても、不当な影響力が働いて性的行為に応じさせた場合をも処罰範囲に取り込んできたことは、正当であると評価することになる⁴²。

⁴¹ なお、この考え方からは、性交同意年齢が現行法上13歳であること（176条後段、177条後段）についても、整合的といえよう。「意思に基づかない」性交等／わいせつ行為と典型的に定める年齢が問題となるからである。

⁴² 性交同意年齢に関して、「性的行為をするかどうかに関する能力」の内実を、「①行為の性的な意味を認識する能力」、「②行為が自己に及ぼす影響を理解する能力」、「③性的行為に向けた相手方からの働き掛けに的確に対処する能力」の3つの能力があると分析し（法制審議会刑事法刑事法（性犯罪関係）部会第6回会議事録23、24頁佐藤陽子幹事発言参照）、これらの能力の内実を手掛かりとして、(1)客体となる者の対象年齢を

ただ、B説も「瑕疵ある意思」による性的行為のすべてを処罰範囲に取り込むことが正当だと主張するわけではない。とりわけ、錯誤による場合については慎重である。それは、錯誤自体が多種多様、千差万別であるため、これによる場合を一律に処罰対象とすると、不当な処罰範囲の拡大をもたらすおそれがあるからである。そしてそれは、そのような錯誤が欺罔によって惹起された場合であっても同様であるとする。特に問題となるのは「動機の錯誤」である。民法の意思表示理論においても「意思の欠缺」に分類される「同一性の錯誤」については、これを処罰範囲に含めることに問題はないと考えられる。それゆえ、B説も、相手方を誤った場合を解釈上「抗拒不能」とする判例実務に対しては肯定的である。しかし、欺罔による場合を含め、錯誤による同意による場合をすべて処罰範囲に含めることは問題であるとする。そして、177条、176条の「暴行・脅迫」要件は、そのような錯誤による（瑕疵ある意思に基づく）性的行為を排除するという意味で、有用な機能を担っているとする。

第4 従来の裁判実務に対する評価と法改正の在り方

1 いずれの説からも裁判実務の評価・法改正の在り方が一致していること

A説とB説とは、まったく対照的な立場でありながら、これまでの裁判実務に対する評価と法改正の在り方に対する見解は、表面的には、驚くほどの一致を見せることになる。

これまでの裁判実務の運用には、揺れがあったと考えられる。最狭義の暴行・脅迫を要件とする（と理解されていた）177条では、このような暴行・脅迫がなければ、仮に「意思に基づかない」性的行為があったとしても、同条で処罰をすることはできず、また、178条の「抗拒不能」にしてもこれを厳密に解釈すれば、「意思に基づかない」性的行為の一部は捕捉されないこととなる。しかし、裁判例の中には、177条の暴行・脅迫や178条の抗拒不能を柔軟に解釈することで、あるべき処罰範囲に合わせてこれらの条項を運用することで、これに対応してきたものがあり、これはA説からもB説からも積極的に評価される。また、B説によれば、加えて、恐喝的手段による性的行為を177条の柔軟解釈によって捕捉してきた裁判例も積極的に評価される。

ただ、いずれの説からも、そのような「柔軟な解釈」で対応すること自体は望ましいことではない、ということになる。個々の裁判官による柔軟な運用に頼っている限り、法的安定性の面で不安があるからである。実際、厳格な解釈を採用したために処罰に空隙を生じてしまっている例もある。

引き上げる理論的根拠や、(2)対象年齢を引き上げた場合における、一部を処罰対象から除外し又は処罰対象を限定することの要否及びその根拠が議論していく方向性も、どちらかといえば、「瑕疵ある意思」に基づくかどうかの検討と整合的である。

それゆえ、A説もB説も「従来の柔軟な対応を類型化し、条項化する改正をすべきである」という点では一致する。そこで、試案にあるような事由（暴行又は脅迫を用いること／心身に障害を生じさせること／アルコール又は薬物を摂取させること／睡眠その他の意識が明瞭でない状態にすること／拒絶するいとまを与えないこと／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／虐待に起因する心理的反応を生じさせること／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）を列挙し、事案の類型化を図り、運用の安定化を図ることには、A説もB説も、これに反対する理由はない。その意味で、この点に関する両説の意見は一致する。

2 拒絶困難という文言の曖昧さ

しかし、A説とB説とでは、そのような類型化によってどこまでの性的侵害行為をカバーしようと考えているのかという点では、大きな違いがある。これが現れるのが、柱書にある「拒絶困難」という文言である。A説によれば、これはあくまで処罰対象を「意思に基づかない」場合に限定するものと理解されることとなろう。しかし、B説によれば「瑕疵ある意思に基づく」場合も、これに含まれると理解されることとなる。そのため、A説によれば、仮に列挙事由のどれかに該当する場合であっても「意思に基づいて」性的行為が行われたと解釈される場合には、処罰範囲から除外される。これに対して、B説によれば、列挙事由のどれかに該当する場合には、仮に被害者の意思に基づいて性的行為が行われていた場合でも「瑕疵ある意思」に基づくとして、処罰の対象とされることが多いであろう。いずれにしても、結局、処罰範囲の広狭を分かつのは「拒絶困難」という文言である。そして、試案はこれにつき「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」と規定している。しかし、この規定自体で、試案がA説とB説のいずれの立場に立った改正を目指す趣旨であるかは特定されないであろう。ということは、A説の論者は自説が採用されたと理解し、B説の論者も自説が採用されたものと理解していたが、実際に法改正がなされてみると、自己の考えとは異なった解釈・運用がなされて愕然とする、ということもあり得るということであろう。

第5 性的侵害罪の保護法益

1 保護法益を巡る議論の乏しさ

このような同床異夢ともいべき事態が生じる背景には、強制的性交等罪、強制わいせつ罪などの性的侵害罪の保護法益は何なのか、という深い議論が棚上げされてきたことが挙げられよう。保護法益論などの抽象度の高い問題は、ともすれば議論を紛糾させ、論者の間に鋭い対立を出現させるおそれがあるのは

性犯罪の保護法益とあるべき条項
(岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

確かである。そのため、そのような抽象度の高い議論はひとまずおいておき、現実的・具体的な議論に話題を限定するということはあるがちである。しかし、本来、その根本の部分抜きにして法改正など語れないのではないか。

2 性的侵害罪の保護法益⁴³の本体

現在の通説は、性的侵害罪の保護法益を性的自由ないし性的自己決定権と理解する。つまり「自由」を保護法益と把握する。しかし、近時は、これとは異なる理解も有力に主張されるようになってきている。1974年に改正されたミシガン州刑法、1983年に改正されたカナダ刑法、さらにはその後のスペイン刑法、イタリア刑法などと同様に、性的侵害罪を、性的暴行罪（身体に対する罪）として位置づける方向がある。また、例えば、ドイツにおいては性犯罪の保護法益は「性的人格権」ないし「性的尊厳」とされている。しかし、特に傾聴に値するのは、特殊な身体的接触の体験を他者と共有するという性的行為の特徴を踏まえ、性的侵害罪の保護法益を「身体的内密領域」と把握する見解である⁴⁴。

では、このように性的侵害罪の保護法益を「自由」以外のものとして把握することには、どのような実質的な意味があるか。結論的に言えば、性的侵害罪においてその保護法益を「性的自由」ないし「性的自己決定権」と把握した場合には、その自由が侵害されたか否かが「自由意思」の抑圧の程度にかかっているため、これに対する保護は勢い抑制的なものとなる。逆に、自由の背後にある何らかの実体を保護法益と捉える場合は、財物奪取罪と同様に、その実体に対する侵害する行為を広く処罰する法制へと導かれることになる。その意味で、意思に基づかない性交等／わいせつ行為、瑕疵ある意思に基づかない性交等／わいせつ行為も処罰範囲として含め得るものとなってくる。

日本以外の先進諸国においても、性的侵害罪のカタログは、かつてはわが国と同様に簡素なものであったであろう。しかし、現在では、財物奪取罪のそれと同様に、多様なヴァリエーションを持つに至っている。そうした進化の背景には、性的侵害罪において保護すべき実体は何なのかということに対する理解が深まり、その保護法益に対する考え方が変化したことが、少なからず影響していると考えられる。それゆえ、わが国の性的侵害罪の規定は、他国の性的侵害罪規定に比べて「遅れている」と評されるのは、単なる表面的な規定形式だ

⁴³ 以下については、井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修806号3頁以下、木村光江「強姦罪の理解の変化—性的自由に対する罪とすることの問題性—」曹時55巻9号2343頁以下が詳しい。なお、嘉門優／樋口亮介「性犯罪をめぐる議論状況」刑ジャ69号13頁以下にもまとめられている。

⁴⁴ 井田・前掲注(43)8頁。

けの問題ではない。性的侵害罪の保護法益を「性的自由」や「性的自己決定権」と捉える立場から依然として1ミリも動かないならば、いかに形の上だけでヴァリエーションを付けたとしても、それはあくまで表面上のものにとどまることとなろう。今回の試案こそがその証左と言わざるを得ない。

前述した性的侵害罪の処罰範囲に関するA説とB説との対立を、このような保護法益論と関連づけて説明するならば、性的侵害罪の保護法益をあくまで「自由」と捉える場合は、A説のような考え方を生み出す傾向がある。他方で、性的侵害罪の保護法益を身体や性的人格、性的尊厳あるいは身体的内密領域と捉える考え方は、B説に親和的である。

では、どうしてそうなるのか。自由に対する罪の典型である監禁罪（220条）と比較してみよう。監禁罪の場合、保護法益は場所的移動の自由である。そのため「監禁」とは、一定の場所から脱出することを不可能又は著しく困難にして移動の自由を侵害することと解される。そこで、そのことと関連して、嬰兒や泥酔者など身動きができない者も同罪の客体となるか、また、睡眠中に施錠した場合にも同罪が成立するかなどが議論されている。そして、前者に関しては、そもそも身動きのできない者は同罪の客体にならないとされ、後者に関しては、判例・多数説は、移動の自由を「移動しようと思えば移動しうる自由」（可能的自由）と解することで睡眠中の者に対する監禁罪の成立を認めているものの、移動の自由は「現実に移動しようと思ったときに移動できる自由」（現実的自由）であるとして、自己が監禁されていることを認識する前には監禁罪は成立しないとの説も有力に主張されている。

そこで、同様に考えるならば、「自由」が保護法益であると考えた場合、性的侵害罪についても、なぜ赤ん坊に対しても強制わいせつ罪が成立するのかが理論上問題となり得るし、睡眠中のわいせつ行為に対しても、被害者が気づかなければ「自由に対する侵害はない」との評価も成り立ち得ることとなる。むしろ、実際上は、176条後段、177条後段、また「心神喪失」に乗じた場合を処罰の対象として規定する178条の文言からそのような議論はない。しかし、理論上として考えた場合、「自由」を保護法益と解する場合にはこれは説明が困難な問題となろう。

これに対して、性的侵害罪の保護法益を例えば「身体的内密領域」と捉えた場合は、この領域に対する侵襲は原則的に法益侵害となり、これが例外的に被害者の自由意思に基づく処分行為（同意）によって正当化されるという構造をとることになる。そうすると、赤ん坊や睡眠中の者であってもかかる領域への侵襲がある以上、強制わいせつ罪等の成立することは当然となる。赤ん坊や睡眠中の者に「自由がない」ことは、逆に自由意思に基づく処分行為がないこと

性犯罪の保護法益とあるべき条項
(岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

を意味し、むしろ正当化を否定する事情となる⁴⁵。これは、性的侵害罪を財物奪取罪とパラレルに把握する考え方である。奪取罪の場合も、占有の奪取はそれ自体、占有者の占有利益の喪失を意味し、それは原則的には法益侵害であるが、それが例外的に占有者の自由意思に基づく処分行為によって正当化される。また、これは、傷害罪が被害者の同意によって違法性阻却（または構成要件該当性阻却）となる構造とも同様である。そして、奪取罪の場合も、傷害罪の場合も、恐喝の手段によって同意した場合には正当化されず、それぞれ恐喝罪、傷害罪が成立することに異論はない。つまり、保護法益を「自由」ではない、その背後にある実体として把握することは、意思に反する場合のみならず、瑕疵ある意思に基づく場合をも処罰の対象に含めることに帰結する。

その意味で、性的侵害罪の保護法益を「性的自由」と解することは、女性の自己決定権を確立する象徴的な意味があったと言えるものの、実践的に見れば、むしろ（本意に反する場合でも）「意思に反しない」限りは処罰対象としないという余地を生み出しており、それが今回のような「玉虫色」の試案を帰結したというべきであろう。

第6 あるべき条項と今後の議論

性的侵害罪の保護法益を「身体的内密領域」や「性的尊厳」とし、それに対する侵襲を処罰するものと考える場合、その侵襲の程度と手段の危険性に応じて段階的なものがあるため、それに応じた法定刑を設定し（法定刑を下げた段階的な類型）、きめ細かな条文を定めるべきことになる。

また、手段を限定しないいわゆる不同意性交罪についても、このような保護法益理解からすれば、曖昧にならないよう十分に検討した上で、処罰規定を導入することが検討されるべきことになるであろう。法律家の会提言では、「認識することができる人の意思に反して性交等若しくは手淫等をし、又は継続した者は、1年以上10年以下の懲役に処する。」ということで、「認識可能な意思に反する」ことを構成要件要素とした不同意性交等罪も提案をしている。法制審議会では、このような「認識可能な意思に反する」性交等の処罰については、十分に議論がされているとはいえず⁴⁶、この点からも疑問

⁴⁵ この点につき、齊藤・前掲注(10)58頁では、「年少者の性は消極的自由として保護される。」として、積極的な意義が乏しく、むしろ、『性』を保護法益と解することで、性犯罪の保護法益は統一的に説明できる。」とする。

⁴⁶ 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第8回会議では、「認識可能な意思に反する」性交等であれば検討可能かの問題提起がなされたものの（同会議事録16頁山本委員発言）、他の委員からの回答はなかった。法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第10回会議では、再度、認識可能な相手の意思に反するといった規定にできないかの問題提起が

が残る⁴⁷。

法制審議会（性犯罪関係）部会において、試案は、あくまでもたたき台であり、議論の対象を制約したり、方向性を定めようとしたりする趣旨ではないと述べられている⁴⁸。しかし、保護法益に関するより深い議論を行い、それを踏まえた条項の検討をしない限り、試案と類似した条項案となるのではないかと考えられる。その場合、数次、性犯罪規定の改正がなされながらも、ほとんど内実が変更されてこなかったこれまでの法改正と同様になり、あるいは、より曖昧さが拡大しないかとの懸念を持たざるを得ない。

性的侵害罪のよりよい条文化がなされるよう、本稿がその一助になれば幸いである。

以 上

〔追記 1〕脱稿後の令和 5 年 1 月 1 7 日第 1 3 回会議において、試案(改訂版)が示され、「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」と定義。）という点を、「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」に修正する案が示された。報道によれば、表現を変えただけで処罰する対象は変わらないと当局側が説明したとのことで、本論稿で指摘した事項は、改訂版の試案についても、同様に妥当と思われる。

〔追記 2〕脱稿後の令和 5 年 2 月 3 日第 1 4 回会議において、要綱(骨子)案が示されたが、試案(改訂版)と内容的には変わらないため、〔追記 1〕同様、本論稿の指摘が妥当と思われる。

おかもと ひろあき（弁護士）

かみや たつみつ（弁護士）

しんどう ひろと（弁護士）

すぎやま ひろあき（弁護士）

やまなか じゅんこ（本学法学部講師）

なされたが（同会議議事録 8 頁山本発言）、やはりこの点についての議論はされなかった。長谷川幹事からは、端的に拒否の意思を表明した場合の類型を設けるべきとの意見が述べられたが、かえって、被害者に拒絶義務があるかのような印象を与えないかとの反論がなされている（同会議議事録 15 頁橋爪委員発言、佐伯委員発言）。しかし、認識可能な意思とすれば、このような問題は生じないと思われる。

⁴⁷ なお、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第 10 回会議では、試案の条項では拒絶の意思を表示後「継続することが性犯罪となることが明確になっていないのではないか」との指摘もされているが（同会議議事録 15 頁小島委員発言）、法律家の会提言では、この点を明確にしていることも特徴といえよう。

⁴⁸ 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第 10 回会議議事録 1 頁浅沼幹事発言。

【法律家の会の提言における改正案 全文】

(強制わいせつ)

第176条 13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、6年以上10年以下の懲役に処する。13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。

(威力わいせつ及び不意わいせつ)

第176条の2 13歳以上の者に対し、威力を用いてわいせつな行為をし、又はさせた者は、7年以下の懲役又は250万円以下の罰金に処する。

② 13歳以上の者に対し、不意にわいせつな行為をした者も、前項と同様とする。

(強制性交等)

第177条 13歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いて性交、肛門性交若しくは口腔性交(以下「性交等」という。)又は性器若しくは肛門への身体の部位若しくは物の挿入(以下「手淫等」という。)をした者は、強制性交等の罪とし、5年以上の有期徒刑に処する。13歳未満の者に対し、性交等又は手淫等をした者も、同様とする。

(威力性交等)

第177条の2 13歳以上の者に対し、威力を用いて性交等若しくは手淫等をし、又は性交等をさせた者は、威力性交等の罪とし、3年以上15年以下の有期徒刑に処する。

(準強制わいせつ及び準強制性交等)

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た者は、第176条の例による。
② 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、性交等又は手淫等をした者は、第177条の例による。

(準威力わいせつ及び準威力性交等)

第178条の2 次の各号に定める状態に乘じ、又は次の各号に定める状態にさせて、わいせつな行為をし、又はさせた者は、第176条の2の例による。ただし、第2号の場合において、承諾を得たときはこの限りでない。
一 人の心神耗弱、又はアルコール若

しくは薬物の影響により正常な判断が困難な状態

二 前号に掲げるもののほか、人の抗拒の困難な状態

② 次の各号に定める状態に乘じ、又は次の各号に定める状態にさせて、性交等若しくは手淫等をし、又は性交等をさせた者は、第177条の2の例による。ただし、第2号の場合において、承諾を得たときはこの限りでない。

一 人の心神耗弱、又はアルコール若しくは薬物の影響による正常な判断が困難な状態

二 前号に掲げるもののほか、人の抗拒の困難な状態

③ 知的障害その他の障害を有するため前2条に定める心神耗弱に常にある者に対し、その配偶者又はそれに準じる関係のある者が、その承諾を得て、わいせつな行為又は性交等若しくは手淫等をするときは、これを罰しない。

(不同意性交等)

第178条の3 認識することができる人の意思に反して性交等若しくは手淫等をし、又は継続した者は、1年以上10年以下の懲役に処する。

② 性交等又は手淫等の性質又は態様についての人の錯誤であって当該錯誤がなければ性交等又は手淫等が人の意思に反することとなるものに乗じて、性交等若しくは手淫等をし、又は継続した者についても、前項と同様とする。

③ 13歳以上16歳未満の者に対して、性交等又は手淫等をした18歳以上の者は、第1項と同様とする。

(監護者わいせつ及び監護者性交等)

第179条 18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176条の例による。

② 18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又は手淫等をした者は、第177条の例による。

(地位濫用わいせつ及び地位濫用性交等)

第179条の2 次の各号に定める者に対し、当該各号に定める影響力があることを濫用してわいせつな行為をし、

又はさせた者は、第 176 条の 2 の例による。第 1 号及び第 2 号の影響力を行使できる立場にある者の配偶者又はこれに準じる立場にある者がした場合も、同様とする。

一 22 歳未満の者 その者を監護、扶養その他法律上又は事実上の地位に基づいて管理又は監督している者であることによる影響力

二 老年者、身体障害者又は病者 その者を保護する責任のある者又は現に保護する者であることによる影響力

三 入院患者及び要介護者 その者に診療、療養看護又は介護を提供する立場にある者であることによる影響力

四 生徒及び学生 その者に教育を提供する立場にある者であることによる影響力

五 法令により拘禁された者 その者を看守し又は護送する者であることによる影響力

② 次の各号に定める者に対し、当該各号に定める影響力があることを濫用して性交等若しくは手淫等をし、又は性交等をさせた者は、第 177 条の 2 の例による。第 1 号及び第 2 号の影響力を行使できる立場にある者の配偶者又はこれに準じる立場にある者がした場合も、同様とする。

一 22 歳未満の者 その者を監護、扶養その他法律上又は事実上の地位に基づいて管理又は監督している者であることによる影響力

二 老年者、身体障害者又は病者 その者を保護する責任のある者又は現に保護する者であることによる影響力

三 入院患者及び要介護者 その者に診療、療養看護又は介護を提供する立場にある者であることによる影響力

四 生徒及び学生 その者に教育を提供する立場にある者であることによる影響力

五 法令により拘禁された者 その者を看守し又は護送する者であることによる影響力

(未遂罪)

第 180 条 第 176 条から第 178 条の 2 及び第 179 条から前条までの罪の未遂は、罰する。

(強制わいせつ等致死傷)

第 181 条 第 176 条、第 178 条第 1 項、第 179 条第 1 項の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯し、よって人を死傷させた者は、無期又は三年以上の懲役に処する。

② 第 177 条、第 177 条の 2、第 178 条第 2 項、第 178 条の 2 第 2 項、第 178 条の 3、第 179 条第 2 項若しくは第 179 条の 2 第 2 項の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯し、よって人を死傷させた者は、無期又は六年以上の懲役に処する。

