

性犯罪規定の改正

——要綱（骨子）案について——

嘉 門 優*

目 次

- 1 はじめに
- 2 要綱（骨子）案のコンセプト
- 3 包括要件としての「同意しない意思の形成等が困難な状態」
 - (1) 包括要件の必要性
 - (2) 拒絶義務・抵抗義務の否定
 - (3) 列举事由との組み合わせ
- 4 列举事由の意義
 - (1) 包括要件と列举事由
 - 1) 暴行・脅迫の位置づけ
 - 2) 実行行為ないしは実行の着手時期の把握
 - 3) 列举事由のさらなる内実解明
 - 4) 要綱（骨子）案の文言について
 - (2) 地位・関係性利用
- 5 欺罔・錯誤類型
- 6 終わりに

1 はじめに

近年における性犯罪の実情等に鑑み、この種の犯罪に適切に対処する法改正を検討する必要があるとして、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会（以下、法制審と称する）が開催され、2023年1月17日の第13回会議において改正試案の修正版が示された後、要綱（骨子）案としてまとめられた。

* かもん・ゆう 立命館大学法学部教授

法制審の審議内容は多岐にわたるが、本稿では、筆者の専門領域ならびに紙幅の都合上、実体法上の論点のうち、強制わいせつ罪(刑法176条)、強制性交等罪(同177条)の暴行及び脅迫要件、ならびに、準強制わいせつ・性交等罪(同178条)の心神喪失及び抗拒不能要件の改正、相手方の脆弱性や地位・関係性を利用して行われる性交等及びわいせつ行為を処罰する規定の新設に関する論点に限定して検討することとしたい¹⁾。

2017年の性犯罪規定改正後、筆者の当時の問題意識は、さらなる改正論議を進めるにあたって、現行法上、処罰の欠缺として評価しうる事案が存在するとすれば、どのような事案なのか、より詳細な分析が必要ではないかというものであった²⁾。詳細な裁判例分析や国際比較を踏まえた研究によれば、日本法は、暴行・脅迫要件や心理的抗拒不能概念によって、解釈を通じて広い処罰を実現していると評価しうる³⁾。しかしその一方で、実務における解釈はかなり複雑化しており、現状における処罰範囲、ならびに、その判断基準は不明確化している現状にあることが明らかとなってきた。しかも、このような難解な文言解釈を通じて、処罰対象の不明確性や、判断のブレが生じているとの問題意識も示され⁴⁾、特に、後述のように、不同意を認めながら暴行・脅迫を否定するといった事例が見られることが指摘されてきた⁵⁾。このような実務上の判断が原因となって、捜査機

1) 本稿は、2022年5月20日に関西学院大学にて行われた第10回刑事法学フォーラムにて報告した内容を元に、その後の改正動向を踏まえて大幅に加筆・修正したものである。以下では、最低限の参考文献のみを示すが、これまでの議論の詳細については、嘉門優=樋口亮介「性犯罪をめぐる議論状況」刑ジャ69号(2021年)4頁以下をご参照いただきたい。

2) 嘉門優「性犯罪規定の見直しに向けて」立命館法学387=388号(2019年)52頁以下参照。

3) 日本刑法学会関西部会令和2年度冬期例会(2021年1月24日)における共同研究の成果については、刑法雑誌61巻1号(2021年)105頁以下、裁判例分析については、半田靖史「性犯罪における暴行脅迫・抗拒不能要件等に関する裁判例の分析」刑ジャ69号(2021年)20頁以下参照。

4) 井田良「性犯罪処罰規定における暴行・脅迫要件について」曹時72巻2号(2020年)25頁以下。

5) 樋口亮介「本書解題」樋口=深町編『性犯罪規定の比較法研究』(成文堂、2020年)↗

関などにおいて性被害の訴えを聞いてもらえずに、被害者が門前払いされてしまうという問題が生じているとの指摘も見られる⁶⁾。

そのため、今次の改正論議において、国民の間で性犯罪被害が適切に理解され、さらに、実務家の間でも判断のブレが生じることのないように、処罰範囲として本来意図すべきところを明確化するという条文改正の必要性が指摘され、要綱（骨子）案でも前提とされている⁷⁾。ただし、その一方で、性被害をすべて捉えようとするあまり、曖昧な処罰規定が創設されれば、国民の行動の自由を侵害する恐れが生じる。性的行為の規制は国民の日常生活に大きな影響を与えるものであり、より慎重な検討が必要となる。特に、意思に反する性行為といっても、その内実にはかなりのグラデーションが存在するため⁸⁾、法務省「性犯罪に関する刑事法検討会（以下、検討会と称する）」ならびに法制審では、当罰性が認められる事案に限定することが試みられてきた。

以上のような改正の方向性について筆者も賛同するところであるが、問題は、いかなる文言によって明文化するのかという点である。当然のことながら、解釈の指針として、安定した運用に耐えうる条文であることが必要となる。そこで、本稿では、最初に要綱（骨子）案のコンセプトを確認した上で、そのコンセプトの現実化としての要綱（骨子）案の文言の問題

ㄨlxiv 頁以下、同「性犯罪規定に関する裁判例・立法例の検討」刑法雑誌61巻1号（2021年）151頁、半田・前掲注（3）30頁。なお、検討会第5回配布資料「性犯罪に係る不起訴事案調査」によれば、「暴行・脅迫の程度の認定に難あり」が不起訴理由の一つとするものが一定数存在することも見てとれる。

6) なお、抗拒不能に関する事例であるが、マッサージ店で女性客にわいせつな行為をしたとして、経営者の男が準強制わいせつで起訴された事件で、同意の誤信があったとしていったんは不起訴となったが、検察審査会の不起訴不当の議決を受けて京都地検が再捜査して起訴に至り、有罪判決（懲役2年）に至ったというケースも見られる（京都地判令和4・9・1 公刊物未登載）。

7) 井田・前掲注（4）23頁、橋爪委員・検討会第5回8頁、和田委員・検討会第5回20頁。

8) 橋爪委員・検討会第5回17頁、検討会第8回15頁、佐藤（陽）委員・検討会第5回19頁、佐藤陽子＝深町晋也「『性犯罪に関する刑事法検討会』取りまとめ報告書を巡る分析・考察を通じて」刑ジャ69号（2021年）87頁参照。

点やさらなる検討が必要な点について私見を述べることにしたい。

2 要綱(骨子)案のコンセプト

現在の判例実務について、学説上、「暴行・脅迫要件が充足される場合＝不同意性交等」という等式が必ずしも成立しておらず、反抗を諦めさせることに向けて恐喝罪レベルの心理的圧迫が行使された不同意性交等が認められるのに、それでも暴行・脅迫要件の充足が否定される場合が生じているのではないかとの疑問が示された⁹⁾。その後の判例分析においても、不同意を認めながら暴行・脅迫を否定するという事案が見られることから、やはり、暴行・脅迫要件について「著しく抗拒困難」との文言が判断の「重し」となっているのではないか、との評価が示された¹⁰⁾。これらの評価を踏まえて、性被害を適切に把握するための、よりふさわしい文言への改正が前提とされることとなった¹¹⁾。つまり、要綱(骨子)案では、現場の判断のブレを防いで、被害の訴えが門前払いされることのないように、また、国民一般に対して性被害について誤った印象を与えないために、より適切な文言による明文化が意図されることとされた¹²⁾。

要綱(骨子)案では、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ないとされ¹³⁾、現行の177、178条の5年以上の有期懲役という法定刑の下限が維持されることとなった(私見としては、そもそも2017年改正における法定刑の下限引上げに反対であり、今次の改正に当たって法定刑の下限が引き下げられるべきと考える¹⁴⁾)。文言改正に当たって、現行

9) 井田・前掲注(4)25頁。

10) 樋口・前掲注(5)〔比較法研究〕lxiv頁以下、半田・前掲注(3)30頁。

11) 井田・前掲注(4)9頁。

12) 橋爪委員・検討会第5回8頁、和田委員・検討会第5回20頁。

13) 吉田幹事・法制審第10回20頁。

14) 検討会ならびに法制審では、処罰範囲の拡張を意図するのであれば、懲役5年以上という法定刑の下限が重すぎるという意見がたびたび出されていた(金杉委員、宮田委員)。↗

法の法定刑の下限を前提とする場合にはなおさら、処罰範囲が拡張しすぎることをないように当罰性のある事案に限定することが課題となる。前述のように、検討会や法制審では、被害者の意思に反する性行為といってもグラデーションが存在することが指摘されてきた¹⁵⁾。なかでも論点とされてきたのが、欺罔・錯誤や、地位関係性を利用する類型である。現在の判例実務は、178条における心理的抗拒不能によって、心理的強制による性行為全般を受け皿的に処罰してきた¹⁶⁾。改正に当たっては、現行法における運用状況を踏まえて、当罰性のある事案への適切な限定をなすうの文言の選択が求められることになる。

3 包括要件としての「同意しない意思の形成等が困難な状態」

要綱（骨子）案は以下のとおりである。

一 強制わいせつ罪及び準強制わいせつ罪の要件の改正

1 次の(一)に掲げる行為その他これらに類する行為により同意しない意思を形成し、表明し若しくは全うすることが困難な状態にさせ、又は次の(二)に掲げる事由その他これらに類する事由により、当該状態にあることに乗じて、わいせつな行為をした者は、6月以上10年以下の拘禁刑に処するものとする。

(一) 次に掲げる行為

(1) 暴行又は脅迫を用いること。

↳そもそも、2017年改正における法定刑引上げの問題性については、嘉門優「法益論から見た強姦罪等の改正案」犯罪と刑罰第26号（2017年）24頁参照。

15) 橋爪委員・検討会第5回17頁、検討会第8回15頁、佐藤（陽）委員・検討会第5回19頁。検討会において可罰性が分かれた事例として、たとえば、地位の優劣のある当事者間で会社からの見返りを期待して、内心は嫌だと思いつつも上位者との性行為を受け入れた場合や、お金を払うとの欺罔を用いて性的行為を行った場合があった点について、佐藤＝深町・前掲注（8）87頁参照。

16) 嘉門＝樋口・前掲注（1）10頁以下参照。

- (2) 心身に障害を生じさせること。
- (3) アルコール又は薬物を摂取させること。
- (4) 睡眠その他の意識が明瞭でない状態にすること。
- (5) 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。
- (7) 虐待に起因する心理的反応を生じさせること。
- (8) 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。

(二) 次に掲げる事由

- (1) 暴行又は脅迫を受けたこと。
- (2) 心身に障害があること。
- (3) アルコール又は薬物の影響があること。
- (4) 睡眠その他の意識が明瞭でない状態にあること。
- (5) 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。
- (7) 虐待に起因する心理的反応があること。
- (8) 経済的又は社会的関係上の地位に基づく影響力によって受ける不利益を憂慮していること。

2 行為がわいせつなものではないと誤信させ若しくは行為の相手方について人違いをさせて、又は行為がわいせつなものではないと誤信していること若しくは行為の相手方について人違いをしていることに乗じて、わいせつな行為をした者も、1と同様とするものとする。

二 強制性交等罪及び準強制性交等罪の要件の改正

1 一(一)に掲げる行為その他これらに類する行為により同意しない意思を形成し、表明し若しくは全うすることが困難な状態にさせ、又は一(二)に掲げる事由その他これらに類する事由により、当該状態にあることに乗じて、性交、肛門性交又は口腔性交(以下「性交等」という。)をした者は、5年以上の有期拘禁刑に処するものとする。

2 行為がわいせつなものではないと誤信させ若しくは行為の相手方について人違いをさせて、又は行為がわいせつなものではないと誤信していること若しくは行為の相手方について人違いをしていることに乗じて、性交等をした者も、1と同様とするものとする。

(1) 包括要件の必要性

要綱（骨子）案では、当初（第10回会議）、抽象的な包括要件として「拒絶困難（拒絶意思を形成し、表明し又は実現することが困難な状態）」という規定が設けられることとなっていた。検討会では、単に被害者の「不同意」のみを要件とすることには、処罰の対象を過不足なく捕捉できるかという点で課題が残るとして、処罰範囲がより明確となる要件を検討する必要があるという点では、おおむね異論はなかったとされる¹⁷⁾。また、「意思に反する」を要件とする案に対しても、人の内心そのものを直接問題とするものであり¹⁸⁾、立証の困難性¹⁹⁾、運用上のばらつきといった問題が生じるのではないかと²⁰⁾、あいまいな要件では裁判規範として機能しない²¹⁾、といった懸念も示された。ただし、立証の困難さは、おそらく立証の対象が被害者の主観面にあることとはあまり関係がないとの指摘がある²²⁾。なぜなら、被害者を基準として主観的な抗拒困難性を判断した裁判例も存在するからである²³⁾。

むしろ問題となるのは、「意思に反する」という言葉のあいまいさである。つまり、最高裁の判例は、「意思に反して」という文言を相当広く理解していることから、それを性犯罪の領域に当てはめるとすると、相当に

17) 検討会「取りまとめ報告書」6頁。

18) 佐伯委員・法制審第6回6頁。

19) 宮田委員・検討会第5回15頁、橋爪委員・検討会第5回16頁など。

20) 嶋矢委員・法制審第8回15頁。

21) 中川委員・法制審第8回18頁。

22) 佐藤＝深町・前掲注（8）88頁。

23) 嘉門＝樋口・前掲注（1）6頁。

適用範囲が広くなり、かつ不明確になるおそれがある²⁴⁾。そのため、むしろ、不同意を合理的に推認するような行為態様や被害者の状態を要件として規定する方が、運用のばらつきをなくして安定したものとするためにも適切であるとされた²⁵⁾。そこで、どのような客観的な要件を条文上規定すべきかが議論され、検討会では、具体的には、威迫・不意打ち・驚愕・欺罔・監禁／飲酒・障害による影響²⁶⁾、畏怖²⁷⁾、不意打ち・威迫²⁸⁾、自由な能力を奪われた状態²⁹⁾、威力又は威迫・明確な意思に反して³⁰⁾、一定の絞りかけた欺罔：性的性質・同一性³¹⁾、といった文言が提案された³²⁾。

たしかに、以上のように、手段や被害者の心理状況を列挙すれば、あいまいさは回避されるかもしれない。しかし、今度は、具体的すぎることによって、重大な性被害の取りこぼしや、あるいは逆に、被害者が不同意であったことが明確に認定できない場合までもが含まれてしまう可能性が問題視された³³⁾。さらに、列挙された事由は、いずれもそれ自体が犯罪の成立を画する性質を有しておらず³⁴⁾、不同意の原因が、複合的な原因で発生することもあるし、列挙されていない要件も加わって発生することもありうるとの指摘がなされた³⁵⁾。そこで、検討会では、列挙された手段は例示とし、これらの手段の意義を示すような解釈の指針となる抽象的要件が盛り込まれるべきとされ³⁶⁾、要綱(骨子)案の前提となっ

24) 井田部会長・法制審第8回14頁、佐藤=深町・前掲注(8)88頁。

25) 検討会「取りまとめ報告書」8頁。

26) 小島委員・検討会第8回7頁。

27) 宮田委員・検討会第8回10頁。

28) 上谷委員・検討会第8回12頁。

29) 井田座長・検討会第8回12頁。

30) 金杉委員・検討会第8回15頁。

31) 佐藤委員・検討会第8回17頁。

32) これらの文言に対する評価として、樋口・前掲注(5)[刑法雑誌]153頁以下。

33) 橋爪委員・検討会第8回17頁。

34) 佐藤=深町・前掲注(8)88頁。

35) 佐藤=深町・前掲注(8)88頁。

36) 佐藤=深町・前掲注(8)100頁。

た³⁷⁾。

(2) 拒絶義務・抵抗義務の否定

第10回会議では、解釈指針となる抽象的な包括要件として、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）という文言が提案された。この文言について、第一に、拒絶意思の「形成」が困難な状態とは、「拒絶をしたい、拒絶しようという意識・発想自体ができない状態」であり、例えば、眠っているなど意識がない状態のほか、障害のため拒絶をしたい、拒絶しようとするだけの能力が不足しているような場合、継続的な虐待のために、拒絶したい、拒絶しようという考えさえ浮かばないというような場合、あるいは不意打ちで状況が把握できない場合なども含まれるとされる。第二に、拒絶意思の「表明」が困難な状態とは、「拒絶したい、拒絶しようという発想は浮かんだものの、それを外部に表すことができない状態」であるとされ、例えば、予期せず性的行為を迫られて、恐怖や驚がくに襲われ、拒絶したい、嫌だと言おうと思ったものの、それを言葉にできないというような場合、つまり、フリーズと呼ばれる状態になっている場合や、拒絶したときの不利益を憂慮して、嫌だと言い出せない場合などがこれに含まれるとされる。第三に、拒絶意思の「実現」が困難な状態とは、「拒絶の意思を表明した、つまり、嫌だと言ったのに性的行為を行われてしまう状態」であるとされ、例えば、拒絶の言葉を一応口に出すことはできたものの、恐怖心からそれ以上のことができないような場合や、押さえ付けられて身動きが取れない場合などがこれに含まれるとされる³⁸⁾。

37) なお、抽象的な包括要件を作るべき理由として、現行法では、暴行要件と抗拒不能要件の著しい柔軟化により、罪となるべき事実を見ても実質的な処罰理由が読み取れないという問題が生じていることが挙げられている。そのため、個別事案ごとに処罰根拠を公訴事実及び罪となるべき事実に具体的に書き込むことを要求するような受け皿となる抽象的な包括要件を作ることが望ましいとの指摘がある。樋口・前掲注(5)〔刑法雑誌〕157頁参照。

38) 嶋矢委員・法制審第8回15頁以下。

この案に対し、法制審では、「拒絶」という文言を使用することに対し、拒絶義務や抵抗義務の肯定につながり、抵抗できたのではないかとか、嫌だったらなぜ拒絶しなかったのかと被害者が言われてきた現状が維持されてしまうとの懸念が示された³⁹⁾。それに対し、「拒絶の意思を形成することが困難な状態、すなわち、性的行為を拒絶するかどうかの判断をする契機や能力が不足し、拒絶するという発想をすること自体が困難な状態が含まれることを明示し、被害者が拒絶しなかった場合にも強制わいせつ罪や強制性交等罪が成立し得ることとしているところであり、被害者に拒絶する義務を課すようなものではないことは明らか⁴⁰⁾」との説明がなされた。法制審において、性犯罪の成立に被害者の抵抗は必要ないことについては合意事項であり、刑法学説上も異論はない現状にある。拒絶困難という包括要件だけではなく、具体的な列挙事由と組み合わせることによって、被害者には拒絶義務や抵抗義務がないことはより明らかになっており⁴¹⁾、さらに、そのことを丁寧に社会に向けて発信する必要がある⁴²⁾。

なお、法制審では、「拒絶」に代わる文言として、「意思に反する」とすべきとの提案も見られた⁴³⁾。しかし、前述のように、文言のあいまいさという問題に加えて、積極方向の意思に反する性行為が、少なくとも文言上は排除されないということが問題視される⁴⁴⁾。つまり、「自己の望む性行為ではなかった」という場合を、広く性犯罪として処罰することになりかねないことが問題となる⁴⁵⁾。また、「相手が拒否したにもかかわらず」や、「拒否の意思を表明したにもかかわらず」といった提案もなされたが⁴⁶⁾、

39) 齋藤委員・法制審第8回13、25頁、山本委員・法制審第8回17頁。

40) 浅沼幹事・法制審第10回14頁、嶋矢委員・法制審第8回16頁。

41) 佐藤(陽)委員・法制審第8回24頁。

42) 佐藤=深町・前掲注(8)89頁参照。

43) 小島委員・法制審第6回4頁。

44) 橋爪委員・法制審第10回18頁。

45) この点に関する理論的な検討として、菊地一樹「欺罔に基づく性的行為の処罰について」山口厚ほか編『実務と理論の架橋』(成文堂、2023年)385頁以下参照。

46) 長谷川委員・法制審第10回13頁。

この文言にしたがえば、むしろ、被害者に拒絶意思の表明を求めることになってしまう点が問題となる。さらに、ドイツのように、「他の者の認識可能な意思に反して」と規定すべきという案についても、ドイツでは、被害者が性行為に同意していないということを、行為者が単に一般的に知っているというだけでは不十分であり、むしろ、実際的意思表明が行為者に認識できなければならないとされることに注意しなければならない⁴⁷⁾。つまりドイツでは、被害者の拒絶意思が明示され、行為者に伝わる必要があると解されており⁴⁸⁾、被害者に対して拒絶意思の明示を義務づけることになってしまうのである⁴⁹⁾。

その後、第13回会議において修正案が提示され、「拒絶意思」という文言に対する批判に配慮して、包括要件は、「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（以下、「同意しない意思の形成等が困難な状態」と称する）」に変更されることとなった。本稿執筆時点では議事録を入手出来ていないが、前述のように、「拒絶」という語によって拒絶義務や抵抗義務の肯定につながるという懸念を払しょくするために、「同意しない」という語に置き換えられたものと思われる。そのため、試案作成者による、前述した「拒絶困難」という概念の説明自体には変更はないものと考えている。

(3) 列举事由との組み合わせ

要綱（骨子）案では、「同意しない意思の形成等が困難な状態」という包括要件と具体的な列举事由とが組み合わせて規定されている。列举事由を例示として示すことの第一の意義は、暴行・脅迫がなくても性犯罪になることを明文上はっきりさせるという点である。特に、これまで暴行・脅迫がないとして門前払いされるおそれのあったフリージングや継続的虐待

47) *Fischer*, StGB 69. Aufl. 2022. § 177, Rn. 17.; なお、このような故意の認定方法に対する批判として、*Hoven/Weigend*, „Nein heißt Nein“—und viele Fragen offen, JZ 4/2017, S. 187. 参照。

48) *Eisele*・Schönke/Schröder-Kommentar, 30. Aufl. § 177, Rn. 19.

49) 嘉門・前掲注 (2) 67頁以下参照。

後の心理状態の明文化によって、性被害の訴えの門前払いをなくすことが期待される。第二に、性犯罪の成立に当たって、「著しく抵抗困難」という強度のレベルは要求されないことがより具体的に明確になるという点である。新たに「同意しない意思の形成等が困難な状態」という包括要件を規定しても、仮に、現状と変わらずに、「著しく抗拒困難」という実質的な判断基準が用いられれば、判断のブレや、被害者が門前払いされる事案の解消には至らない可能性が生じる。そのような事態を避けるために、不同意を徴表する、具体的な列挙事由を挙げることは意義があると言える。

4 列挙事由の意義

(1) 包括要件と列挙事由

1) 暴行・脅迫の位置づけ

A) 手段としての暴行

本章では、包括要件としての「同意しない意思の形成等が困難な状態」と列挙事由との関係について検討する。要綱(骨子)案では、列挙事由は例示とし、これらの事由の意義を示すような解釈の指針となる抽象的要件が盛り込まれるべきとされた。要綱(骨子)案では、作出型と便乗型に区別され、前者は「行為」として、後者は「事由」として列挙されている。ただし、列挙事由は手段だけではなく、被害者の心理状態なども混在している⁵⁰⁾。要綱(骨子)案では、「ア) 暴行又は脅迫」は列挙事由の一つとして位置づけられ、176・177条と178条との区別がなくなっている。これは、現在の判例実務において、暴行・脅迫に特段の限定的意義を認めず、被害者が抗拒困難な状態にあれば足り、外形的な有形力は、処罰を画する意義を失っているとの分析が前提となっている⁵¹⁾。その結果、暴行・脅迫は一要素として被害者が脆弱となり性的行為に抵抗困難な場合を広く包摂する

50) 今井委員・法制審第10回14頁。

51) 刑事比較法グループ「比較法から見た日本の性犯罪規定」刑ジャ45号(2015年)159頁。

176・177条と被害者が脆弱で性的行為に抵抗困難な場合を広範に包摂する一般条項としての178条の捕捉範囲は、大きくオーバーラップが生じることになっている⁵²⁾。そのため、要綱（骨子）案では、両者の区別は廃止し、暴行・脅迫は「同意しない意思の形成等が困難な状態」の一原因として位置づけられることとなった。

このように要綱（骨子）案が現行法の状況を踏まえた点は正当と評価しうる。しかし、「暴行又は脅迫」という列举事由は、作出型では「行為」として位置づけられていることから、条文上、包括要件としての「同意しない意思の形成等が困難な状態」とは別の意味づけを与える（ように読める）点が問題となる。つまり、暴行・脅迫が行われたことを立証するだけでは足りず、被害者が暴行・脅迫により「同意しない意思の形成等が困難な状態」に陥ったことを別途立証しなければならないとも読め、かえって現行よりも処罰できる範囲が狭くなるのではないかとの懸念が示されている⁵³⁾。特に問題となるのが、暴行・脅迫について、従来の「著しく抵抗困難な程度」という解釈が維持されれば、要綱（骨子）案においても、「被害者は「同意しない意思の形成等が困難な状態」だが、手段としての著しく反抗困難な程度の暴行は存在しない」と言えてしまいかねないという点である。そうすれば、現在の実務上、「被害者の不同意を認めつつ、著しく反抗困難な程度の暴行は認められない」という問題状況の解消ができないことになってしまうのである。

要綱案作成者は、暴行脅迫は、いずれもその程度は問わないもの、すなわち、暴行は人の身体に対する有形力の行使であるとするのが現在の実務であるとの認識を示している⁵⁴⁾。そうであれば、「暴行又は脅迫」には、特段の限定的な機能を与えないことを条文上明示すべきである。つまり、

52) 深町晋也「性犯罪における暴行・脅迫の程度」法教427号（2016年）40頁、樋口亮介「性犯罪の主要事実確定基準としての刑法解釈」法時88巻11号（2016年）90頁。

53) 田中委員・法制審第10回23頁。

54) 浅沼幹事・法制審第10回23頁。

暴行・脅迫は被害者が「同意しない意思の形成等が困難な状態」となる場合の原因の一つとして位置づけられるべきであり、解釈の指針となるのは、「同意しない意思の形成等が困難な状態かどうか」であることが条文上ははっきりと明示されるのが望ましい。また、現在、強制性交等罪の暴行概念について、性交等に通常随伴する有形力も含みうると解されているが⁵⁵⁾、そのような解釈を改正後も維持すると、すべての列挙事由を「暴行」として扱いうることになってしまいかねない。そのため、このような暴行概念の理解は、改正後は否定されるべきである。

B) 唐突型、不意打ちとしての暴行

要綱(骨子)案では、(オ)拒絶するいとまを与えないこと、ないしは、(カ)拒絶するいとまがないことと規定している。このようないわゆる唐突型は、現行の176条の強制わいせつ罪における暴行の解釈、すなわち、暴行は手段ではなく、同時にわいせつ行為であってもよいとすることで処罰対象とされてきた⁵⁶⁾。たとえば、すれ違いざまに不意に陰部を触るといった場合、暴行=わいせつ行為であると捉えることになる。

要綱(骨子)案では、この唐突型をより詳細に作出型と便乗型に区別している。つまり、作出型は、被害者の虚を生じさせる行為を想定したものであり、例えば、行為者自身が被害者の気をそらすような発言をして、その隙に胸を触る行為などを念頭に置いたとされる。一方、便乗型は、虚をつかれた状態にある場合を想定したものであり、例えば、擦れ違いざまに突然胸を触ったり、サウナで目を閉じて横になっている被害者に対して口腔性交をする場合における被害者の状態を念頭に置いたものとされる⁵⁷⁾。

55) そもそもこれまでの裁判例が、暴行について性交に通常随伴する有形力でもよいとしているかは疑問だとする見解も見られる。井田・前掲注(4) 25頁、嘉門・前掲注(2) 57頁参照。

56) 亀山継夫=河村博「第22章わいせつ、姦淫及び重婚の罪」大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕』(青林書院、2013年) 66頁。

57) 浅沼幹事・法制審第10回9頁。

しかし、判例実務上、従来、いわゆる唐突型について作出か便乗かの区別はされてこなかった。唐突型は、性的自由を直接侵害する類型であるとして強制性交等罪とするのが一般的であるが⁵⁸⁾、不意の性的暴行であれば、まさしく反抗が困難であったといえるため⁵⁹⁾、準強制わいせつ罪として理解すべきとの見解も見られる⁶⁰⁾。

今次、要綱（骨子）案のように、新たに作出型と便乗型を分けて規定する場合、作出型における「気を逸らすような発言」は、実行行為に含まれるのかという問題が生じてしまうことになる。私見としては、唐突型は、虚をつかれた状態にある人に対して、不意打ち的にいきなりわいせつ行為や性交等をする類型として位置づけるべきであり、作出型と便乗型の明文上の区別は不要であると考ええる。

2) 実行行為ないしは実行の着手時期の把握

要綱（骨子）案において作出型として列挙される「行為」について、実行行為や着手時期が不明確であるとの批判がある⁶¹⁾。たとえば、「(イ)心身に障害を生じさせること」などは、例えば、夫婦間で脅迫に当たらない程度の言動、言葉のDVによって、適応障害なり抑うつ状態なりになった場合、一つ一つの心身に障害を生じさせるような言動が強制わいせつや強制性交等の実行行為になるのか⁶²⁾、あるいは、「(7)虐待に起因する心理的反応を生じさせること」や「(4)睡眠その他の意識が明瞭でない状態にすること」も、例えば、長時間の仕事を与えて、睡眠不足になって正常な判断ができないような状態にさせるような業務上の指示なども、性交等あるいはわいせつ行為をするという目的・意図があれば、強制性交等や強制わ

58) 山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2012年）108頁。

59) 西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論〔第7版〕』（弘文堂、2018年）99頁。

60) 準強制わいせつ罪として理解する見解として、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、2015年）165頁以下、松原芳博『刑法各論〔第2版〕』（日本評論社、2021年）94頁。

61) 宮田委員・法制審第10回19頁、金杉委員・法制審第10回22頁。

62) 金杉委員・法制審第10回22頁。

いせつの実行の着手に当たるのかとの指摘がある⁶³⁾。

ただし、この問題は、現行法の178条における作出型にも存在する論点である。判例実務では、心神喪失や抗拒不能にさせる「手段」について、暴行・脅迫による場合を除き、限定はないとされ⁶⁴⁾、心神喪失・抗拒不能の状態に陥れて行うわいせつ行為や性交等の場合、そのような状態にさせる行為があった時に着手が認められるとされる⁶⁵⁾。たとえば、被害者が使用する薬缶の中にひそかに睡眠剤や麻酔剤を投入した事例では、投入した行為に準強姦の着手が認められるとされる⁶⁶⁾。一方、心神喪失又は抗拒不能に乗じた場合には、わいせつな行為又は性交等に至る客観的な危険性が認められる行為を開始した時点だとされる。すなわち、性交等の予備的な行為では足りず、客観的に見て性交等に着手したと認められるような行為、すなわち、必ずしも性交等自体である必要はないものの、性交等に向けて通常行われるそれに接着した行為を開始することが必要だとされる⁶⁷⁾。具体例として、第三者の加えた暴行により抗拒不能状態にある被害者の上に乗りにかかった時点で、準強姦の着手を認めた事例（大阪高判昭和33・12・9高刑集11巻10号611頁）がある。

要綱（骨子）案のような規定が創設された場合も、基本的には、現行の178条の実務理解と同様に着手時期を判断することになると思われる。そもそも、このような実行行為や実行の着手時期に関する問題意識が登場するのは、作出型について列挙事由を「行為」と位置づけたことが原因であると考えられる。私見としては、後述のように、列挙事由は「同意しない意思の形成等が困難な状態」の原因の一つであると明文上ははっきりと規定すべきだと考える。

63) 金杉委員・法制審第10回22頁。

64) 亀山＝河村・前掲注(56)82頁。

65) 亀山＝河村・前掲注(56)92頁。

66) 亀山＝河村・前掲注(56)82頁。

67) 前田雅英ほか編『条解刑法〔第4版〕』（弘文堂、2020年）536頁。

3) 列挙事由のさらなる内実解明

要綱（骨子）案における列挙事由が、「同意しない意思の形成等が困難な状態」になった原因を例示列挙したものと位置づけられる場合、その原因として複数の列挙事由に当てはまることも想定しうる。また、列挙事由に当てはまったとしてもそれだけで処罰が肯定されるわけではなく、「同意しない意思の形成等が困難な状態」という基準によって実質的に判断されることにある。特に、驚愕で頭が真っ白になるというフリージング状態について、裁判例では、就職に焦る年少者を驚愕させた事案（東京高判昭和31・9・17高刑集9巻9号949頁）や、高校時代の教師が卒業後突然キスしてきたことから生じた驚愕・困惑状態（宮崎地判令和2・2・3LEX/DB25565043）等が見られる。以上のような裁判例、ならびに、検討会や法制審における指摘を踏まえて、要綱（骨子）案では、「(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」という事由が設けられたことは評価できる。ただし、地位利用や未成年者へのつけ込みといった悪性のないフリージングの処罰価値は比較法的に見ると自明のものではないとの指摘がある⁶⁸⁾。フリージングを原因とする「同意しない意思の形成等が困難な状態」の判断に際しては、被害者心理のさらなる解明が必要となる。

さらに、「(7) 虐待に起因する心理的反応を生じさせること」という事由について、その心理的反応の内実が問題となる。名古屋地岡崎支判平成31年3月26日判時2437号100頁の結論に対して⁶⁹⁾、過去に性交を拒んだ際に暴行を受けたことに対する恐怖感、長年にわたって性的虐待が繰り返されることに対する無力感・諦め、被告人が逮捕されることによる家庭崩壊の

68) 樋口・前掲注(5)〔刑法雑誌〕152頁。

69) 被告人が、同居の実子（当時19歳）が被告人による暴力や性的虐待等によって抗拒不能の状態に陥っていることに乗じて性交をしたとされる準強制性交等罪の事案。名古屋高判令和2・3・12判時2467号137頁において逆転有罪判決となり、最決令和2・11・4LLI/DB文献番号L07510146（上告棄却・確定）。評釈として、嘉門優「判批」判評760号（2022年）165頁参照。

おそれに対する懸念といった事情が、「全体として」被害者の行動選択にどのように影響を与えたのかをより丁寧に認定したうえで結論づける必要があったとの批判がある⁷⁰⁾。特に、継続的な性的虐待について、これまでは地位利用型として位置づけたうえで、優位的な「地位」による支配従属関係によって生じた恐怖心や服従心によって、被害者は抵抗が困難になるという図式で理解される傾向にあった。もちろんそのような図式で理解されうる事案もあるが、虐待被害者の心情には特有のものが見られるとの指摘がなされてきた⁷¹⁾。認定に際しては、優越的地位に基づく支配従属関係、服従・盲従、恐怖感といった要素だけではなく、諦めや無力感といった特有の被害者心理の分析も求められる。このような被害者の諦めや無力感といった心情について、具体的には、過去の性的虐待の内容、性交に至った経緯、行為者と被害者との関係などを考慮に入れつつ、性行為を受け入れるという心情が形成されていく機序を丁寧に明らかにしていく必要がある。

4) 要綱(骨子)案の文言について

要綱(骨子)案では、作出型と便乗型に区別されており、現行の178条の区別に対応したものとなっている⁷²⁾。現行法制定過程において、当初は「乗じて」しか規定されていなかったのに対して、作出類型も明示すべきとの批判を受けて現在の規定に至ったという経緯がある⁷³⁾。要綱(骨子)案でもその区別が前提とされているが、各列挙事由すべてについて作出と便乗を区別して、作出類型の列挙事由を「行為」と位置づけると、前述の

70) 佐藤陽子「判批」刑ジャ62号(2019年)152頁。

71) 橋爪隆「判例講座・刑法各論(5)性犯罪について(1)」警察学論集73巻3号(2020年)158頁。

72) 178条に作出型と便乗型の両方が規定されたのは、現行刑法制定段階である。議論の経緯については、嶋矢貴之「旧刑法期における性犯罪規定の立法・判例・解釈論」樋口=深町編『性犯罪規定の比較法研究』(成文堂、2020年)783頁以下参照。

73) 内田文昭ほか編『日本立法資料全集26巻』(信山社、1995年)227頁。

ような問題が生じる。要綱（骨子）案のコンセプトを踏まえれば、列挙事由はあくまでも「同意しない意思の形成等が困難な状態」の原因にしか過ぎないのであって⁷⁴⁾、現行の178条における心神喪失、抗拒不能要件の原因や手段は問わないとしてきた実務運用と同様に理解されるのが望ましい。

以上より、私見として、「以下の(1)から(8)に掲げる事由その他これに類する事由を原因として、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あることに乗じ、又は、そのような状態にさせて」という修正を提案する。なお、法制審では、「その他これらに類する行為」という文言について、罪刑法定主義の観点から疑問が示されている⁷⁵⁾。しかし、私見の修正案によれば、あくまでも列挙事由は、「同意しない意思の形成等が困難な状態」の原因の例示にしかすぎない⁷⁶⁾。これは、現行の178条の解釈（心神喪失、抗拒不能要件の原因や手段は問わない）と同様の位置づけであって、過度な処罰範囲の拡張にはつながらないと思われる。

(2) 地位・関係性利用

検討会では、地位・関係性を利用する類型については、監護者性交等・わいせつ罪の主体を拡張する、独自の規定創設の是非が論点とされ、入居施設の職員と入所者の関係や、特別な地位・関係性、例えば、上司や取引先のほか、就職活動先のOB・OG、医療機関の医療職や心理職、福祉施設委員などによる性犯罪が問題とされていた⁷⁷⁾。たしかに、裁判例の分析を踏まえると、優越的地位を利用することによって相手に服従心を生じさせる類型は、教師と生徒、コーチと生徒のように、成人と未成年の間で生じやすい⁷⁸⁾。このような16歳未満の未成年者に対する地位・関係性を利用

74) 浅沼幹事・法制審第10回1、25頁では、「拒絶困難の原因事由」との発言がある。

75) 金杉委員・法制審第10回21頁、宮田委員・法制審第12回8頁、中川委員・法制審第12回9頁。

76) 吉田幹事・法制審第10回19頁。

77) 佐藤＝深町・前掲注(8)90頁参照。

78) 樋口亮介「性犯罪における暴行脅迫・心神喪失・抗拒不能要件と同意(その2)」法

した性犯罪は、要綱(骨子)案において提案された、性交同意年齢の16歳への引上げによって対応することが想定されていると思われる⁷⁹⁾。

一方、16歳以上の者に対する地位・関係性を利用した類型は、例えば、上司と部下、教師と学生といっても様々な関係性があるので、真の自己決定が難しい場面を一律に切り出すことができないため、可罰性のない範囲を含まない構成要件というのが想定しづらいとされる⁸⁰⁾。監護者とは異なり、それらの地位関係性には非常にグラデーションがあるため⁸¹⁾、それらの地位に基づいて、一律に処罰規定を設けるのは広すぎるとの問題意識も示された⁸²⁾。たとえば、上司が部下と性行為をすれば、すべて地位を利用した強制性交等罪だと評価するわけにはいかず、どういう地位をどのように利用すれば処罰されるのかということを明示する工夫が必要とされることになる⁸³⁾。

そこで、要綱(骨子)案では、列挙事由の一つとして、「(8)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の憂慮」が規定されることとなった。「不利益憂慮」との限定について、性的行為に応じることによって「利益」をもたらすという取引の持ちかけを行うこと自体は(道徳的にはあまり感心するような取引ではないにしても)、相手方に対して選択肢を与えることであり、その提案を受けるも受けないも本人の自由であるとの指摘がある⁸⁴⁾。それに対して、裁判例にもあるように、モデル事務所の経営者が、モデル志望者の弱い立場につけ込んで、本人が応じざるを得ないような提案(たとえば、性行為に応じなければモデルとしてデビューできない

↳セミ796号(2021年)102頁。

79) 和田委員・検討会第8回31頁参照。

80) 佐藤=深町・前掲注(8)91頁。

81) 宮田委員・和田委員・検討会第8回31頁、池田委員・検討会第8回32頁。

82) 橋爪委員・検討会第8回34頁。

83) 金杉委員・法制審第8回22頁。

84) 菊地一樹「利益誘導型の欺罔事案における性的行為の処罰について」季刊刑事弁護107号(2021年)155頁、樋口・前掲注(5)〔刑法雑誌〕150頁。

という「不利益」をもたらす）を行う場合は、「同意しない意思の形成等が困難な状態」の原因となりうる事情であると評価しうる⁸⁵⁾。なお、不利益憂慮の判断基準として、法制審では、客観的に憂慮すべき不利益があったかどうかは重要ではなく、あくまでも、被害者本人の主観面において不利益を憂慮・懸念すべき事情があれば、これに該当するとされる⁸⁶⁾。しかし、いかなる事情があれば、同意しない意思の形成等が困難かというのか、その判断の難しさは言うまでもない。また、被害者の主観における不利益憂慮については、被告人の故意の認定も論点となる。

5 欺罔・錯誤類型

現行法上、欺罔・錯誤類型は、心理的抗拒不能の一種として理解されており、まず、わいせつ・性交等自体の認識がない場合として、たとえば、適正な治療であるかのように誤信させて性交等をする場合、被害者は抵抗しようがないことから抗拒不能だと言えるとする⁸⁷⁾。また、わいせつ・性交等の相手方についての錯誤がある場合についても、誰と性行為をするかを決定する権利も性的自己決定権の中核であることから、抗拒不能を認めるべきだとされる⁸⁸⁾。それに対して、動機の錯誤については、一定の関係性を利用した働きかけや誘惑などによって性交等が行われる場合があるため、当罰性を認めるかどうかの判断は難しいとの理解が共有されてきた⁸⁹⁾。

85) 裁判例分析を踏まえて、直接の不利益ではなく、期待される利益の喪失であっても、相手方にとって重要で切実に願っているものであれば該当しうるとの見解もある。半田・前掲注(3) 29頁。

86) 橋爪委員・法制審第8回35頁。

87) 山口・前掲注(58) 112頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第5版〕』（成文堂、2019年）127頁。

88) 町野朔『犯罪各論の現在』（有斐閣、1996年）302頁、山口・前掲注(58) 112頁、橋爪隆「自由に対する罪」今井猛嘉ほか『刑法各論』（有斐閣、2007年）67頁。

89) 嶋矢貴之「現行刑法下戦前期における性犯罪規定の立法・判例・解釈論」樋口=深町編『性犯罪規定の比較法研究』（成文堂、2020年）823頁、橋爪・前掲注(71) 153頁、菊ノ

要綱(骨子)案では、判例実務上、争いなく心理的抗拒不能と認められてきた、行為の性的性質ならびに相手方の誤信についてのみ、2として規定されている。その法的効果について、「1と同様とする」という規定ぶりから、行為の性的性質ならびに相手方の誤信が認められれば、「同意しない意思の形成等が困難な状態」かどうかという判断をせずに、1の法定刑によって処罰されるものと解される。一方、動機の錯誤の場合、要綱(骨子)案の2では明文上規定されておらず、原則として処罰対象とはならないという趣旨とも解しうる⁹⁰⁾。ただし、裁判例分析によれば、動機の錯誤であっても、性的行為を拒否すれば大きな不利益が生じると誤信した場合には心理的抗拒不能であると解された例もあることから⁹¹⁾、1の(8)不利益憂慮型での捕捉も考えられるところである。そのように解する場合、動機の錯誤が存在する事例については、「同意しない意思の形成等が困難な状態かどうか」という基準に基づいて判断されることになる。

しかし、要綱(骨子)案のように、人違いや性的性質の錯誤類型と、動機の錯誤類型は、明文上異なる取扱いを定めうる程度に、明確に区別されるのかという点が問題となる。この点について、学説上、単に錯誤や欺罔が存在したか否かではなく、それが同意者の自律的な意思形成過程に与える影響や程度に着目すべきとして、同意の存否と有効性の問題を区別する見解が注目される⁹²⁾。本説によれば、同意者が「誰と、いつ、どこで、いかなる性的関係を結ぶか」という具体的な結果の発生について認容しているかどうかという「同意の存在」の問題と、それ以外のいわば周辺事情に関する錯誤については「同意の有効性」を阻害する錯誤として区別されることになる。後者について、自己実現の手段の同意という出発点からは、同意者の有する知識や情報にもまた適切な位置づけが与えられなければ

↘地・前掲注(84)157頁。

90) 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号(1985年)94頁以下参照。

91) 半田・前掲注(3)29頁、樋口・前掲注(5)[刑法雑誌]148頁。

92) 菊地一樹「刑法における性的自律の保護(1)」早稲田大学大学院法研論集158号(2016号)94頁以下。

ばならないとし、自己決定の基礎となる情報を刑法がどの範囲まで保障すべきかが問われることになる⁹³⁾とされる。

たしかに、錯誤類型について本質的な区別を説明した本説は注目に値する。ただし、このような類型分けは、現行法上は、心理的抗拒不能という一つの条文の解釈の範疇であったのに対して、要綱（骨子）案では、明文上区別され、要件も異なるという効果が発生する。はたして、そのような明文上の区別をなしうるほどに、この区別の判断基準が明確なものと言えるかどうかには疑問の余地がある。

6 終わりに

要綱（骨子）案における「同意しない意思の形成等が困難な状態」という要件について、具体化された列挙事由を組み合わせることによって、現在問題視されている、性被害の訴えの門前払いや判断のブレをなくせるであろうと期待される。ただし、私見としては、前提とされたコンセプトには賛同できるが、前述のように、文言については修正が必要であると思われる。紙幅の都合で、個別の列挙事由について十分な検討ができなかったが、改正後を見据えて、被害者心理の十分な理解を踏まえた、より精密な解釈論の準備にとりかかる必要があると思われる。

93) 菊地・前掲注(92)151頁以下。