

# 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——

嘉 門 優\*

### 目 次

- 第一章 本稿の課題
- 第二章 現行法における処罰の状況
  - 一 判例による理解と問題点
  - 二 現行法上の「処罰の限界」
  - 三 小 括
- 第三章 不同意性交等罪導入の是非
  - 一 No means no モデル——ドイツにおける性犯罪規定改正
  - 二 Yes means yes モデル
- 第四章 結 論

## 第一章 本稿の課題

2017年に改正された性犯罪規定をめぐる、さらなる改正を求める意見が主張されている。とくに、性暴力根絶を訴える「フラワーデモ<sup>1)</sup>」においては、女性が性犯罪被害を訴えた裁判での無罪判決の多さが問題視されている。これらの主張において必ず取り上げられる無罪判決が、名古屋地裁岡崎支部の令和元年判決である<sup>2)</sup>。この無罪判決に対し、意に反する性行為をされたとしても、「抗拒不能」という厳しい要件をクリアしない限

---

\* かもん・ゆう 立命館大学法学部教授

1) ハフポスト日本版「声をあげることから世界は変わる。性暴力に抗議する『フラワーデモ』に彼女が参加する理由」[https://www.huffingtonpost.jp/entry/story\\_jp\\_5d9d7f3ee4b06ddfc5108369](https://www.huffingtonpost.jp/entry/story_jp_5d9d7f3ee4b06ddfc5108369)（アクセス日2019/12/30）

2) 名古屋地裁岡崎支判平成31年3月26日 LEX/DB25562770

り性犯罪として処罰できないのは理不尽だと批判がなされている<sup>3)</sup>。そして、国際的な比較を踏まえて、日本の性犯罪規定が諸外国から取り残されて、ひとときわ被害者に厳しく、性暴力加害者に寛大な規定になっていると評価されている<sup>4)</sup>。

たしかに、強制性交等罪の暴行・脅迫要件を廃止すべきという主張は古くからなされてきた。従来、立法論というより、解釈論上、姦淫行為がそれ自体を暴行とみることによって、事実上、不同意性交等を処罰すべきとする見解があった<sup>5)</sup>。さらに、暴行・脅迫による性交を「性的暴行罪」として再構成して、被害者の同意を構成要件該当性（違法性）阻却事由と位置づけるべきとする見解もみられた<sup>6)</sup>。しかし、近年ではより進んで、不同意性交等罪を立法化すべきという主張がなされるに至る。すなわち、いわゆる Yes means yes モデルを採用して、性交等は基本的には違法だとし、相手方の同意が表明されてはじめて違法性が阻却されると考えるべきだとされるのである<sup>7)</sup>。この見解では、被害者の抵抗の有無を問題とするべきではないとされ、犯罪の成立に当たっては、当該性交等が「意思に反したものであった」とする被害者供述の内容が非常に重要となるとされる<sup>8)</sup>。また、このような立法論においては、過失強制性交等罪の新設の必要性も主張される<sup>9)</sup>。

以上のような主張を受けて、本稿でははじめに、日本の性犯罪規定には

---

3) 伊藤和子『なぜ、それが無罪なのか』（ディスカヴァー携書、2019年）31頁。

4) 伊藤・前掲注（3）125頁。

5) 内田博文「特集これからの刑法法をどうする」法学セミナー502号（1996年）32頁。

6) 木村光江「強姦罪の理解の変化」法曹時報55巻9号（2003年）14頁以下。

7) 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>（アクセス日2019/12/03）。さらに、川口浩一「強姦罪から不同意性交等罪へ」法政研究85巻3・4号（2019年）1296頁。

8) 島岡まな「性犯罪の保護法益及び刑法改正骨子への批判的考察」慶應法学37号（2017年）31頁。

9) 島岡まな「強姦罪」井田＝浅田編『基本法コンメンタール刑法〔第2版〕』（日本評論社、2017年）390頁。

本当に「処罰の間隙」が生じているのか、生じているとすればどういった事案なのかという点を検討しなければならない。この問題設定の背景には、不同意性交等罪導入を主張する見解において、具体的にどのような事案を、現行法では処罰できない、いわば「処罰の間隙」として位置づけているのか、はっきり明示されていないのではないかという疑問がある(第二章)。さらなる疑問として、日本は、海外に比べて処罰範囲が狭いと本当に評価しうるのだろうか。この点について、2016年に暴行・脅迫要件を削除したばかりのドイツ法と比較してみることとしたい。そして、仮に日本において暴行・脅迫要件を削除して、不同意性交等罪や過失犯処罰規定を創設する場合、その規定は本当に被害者保護に資するといえるのか、むしろ、新たな問題が生じるおそれはないかという点についても検討する(第三章)。以上を踏まえて、最後に、日本の性犯罪規定の今後の見直しに当たって、本当に検討されるべき点を私見として示すこととしたい。

## 第二章 現行法における処罰の状況

### 一 判例による理解と問題点

#### (1) 暴行・脅迫／抗拒不能要件の拡張

177条の暴行・脅迫要件の撤廃が主張される理由の一つに、要求される程度があまりにも高すぎるといったものがある。しかし、この暴行・脅迫要件について、判例上、著しく抵抗困難な程度といった強度のものは要求されていないということはこれまで何度も指摘されてきた。つまり、判例上、暴行・脅迫の程度が軽くても、諸般の事情を総合考慮することによって、被害者が抵抗困難であることを認定しており<sup>10)</sup>、暴行・脅迫要件は、被害者の抵抗困難を総合考慮する際の一要素にしか過ぎないという位置づけを与えられているとされる<sup>11)</sup>。そして、暴行と比べて、あまり注目され

---

10) 最判昭和33年6月6日裁集刑126号171頁。

11) 強制性交等罪の類型ごとの判断基準については、嶋矢貴之「性犯罪における『暴行・脅迫』要件の解釈」、法学雑誌2018年10月号、104頁以下を参照。

ることの少ない脅迫要件についても拡張傾向にあると評価されてきた<sup>12)</sup>。つまり、177条の脅迫は、被害者の抵抗困難性という観点からより実質的な判断がなされており、生命・身体への害悪の告知だけではなく、より広い範囲で認められているといえる<sup>13)</sup>。

一方、178条の準強制性交等罪は、「心神喪失」もしくは「抗拒不能」に乗じたり、それらの状態にさせて性交等に及んだ場合を対象としている。しかし、この「抗拒不能」についても一定の拡張がみられる。つまり、抵抗することが「不可能」な状態にまで立ち至っていることまでは必要ではなく、「反抗が著しく困難な状態」で足りるとされてきた<sup>14)</sup>。具体的には、精神障害、睡眠中、半覚醒の状態にある被害者だけではなく、通常の状態にあって、性的行為に関する理解能力や判断能力に欠けるところのない被害者であっても、判例上、抗拒不能と認められた事案はみられる。典型的には、医師ないし医師と称する行為者が正当な医療行為を行うものと誤信している被害者に性的行為を行う場合だが、それに加えて、被害者の無知、困惑、驚愕などに乗じて、あるいは被害者の置かれている特別の状況を利用して、当該被害者にとって抗拒不能といえる状況を作出した場合についても本罪が成立するとされてきた<sup>15)</sup>。このような「抗拒不能」の判

---

ㇿ脅迫]について」法律時報88巻11号（2016年）71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」法律時報88巻11号（2016年）89頁参照。

12) 刑事比較法研究グループ「比較法から見た日本の性犯罪規定」刑事法ジャーナル45号（2015年）159頁。

13) 広島高決平成23年4月4日家裁月報63巻9号90頁（過去の性的いじめをばらす旨の脅迫）、東京高判平成19年9月26日判タ1268号345頁（被害者が解雇されるように仕向ける旨の脅迫）、高松高判昭和47年9月29日高刑集25巻4号425頁（被害者の万引き行為を警察に申告すると脅迫）。

14) 東京高判平成15年9月29日東京高裁（刑事）判決時報54巻1～12号67頁参照。亀山＝河村「準強制わいせつ及び準強姦」大塚仁ほか編『大コンメンタール第9巻（第3版）』（青林書院、2013年）82頁。

15) 東京高判平成15年9月29日東京高裁（刑事）判決時報54巻1～12号67頁、東京高判昭和31年9月17日高刑集9巻9号949頁〔強姦致傷〕、東京高判昭和56年1月27日刑裁月報13巻1＝2号50頁〔強制わいせつ〕。

断基準は、「被害者の置かれた状況、行為者が作出した状況等を総合して、当該被害者に当該行為を承諾し、あるいは認容する以外の行為を期待することが著しく困難と認められることを要する<sup>16)</sup>」とされている。ほかにも、ゴルフのコーチ<sup>17)</sup>、牧師<sup>18)</sup>、部活動の顧問<sup>19)</sup>などが、未成年に対して地位・関係性を利用して被害者を畏怖・驚愕させた場合や、不利益を恐れさせたりして性行為に応じさせる場合に抗拒不能とされてきた。

このように、解釈によって処罰範囲が拡大してきた結果、強制性交等罪と準強制性交等罪の処罰範囲が重なることになる。つまり、準強制性交等罪が「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化」していると評価されている<sup>20)</sup>。その一方、強制性交等罪は暴行・脅迫を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ため、両者の成立範囲が重なり合うことになるといわれる<sup>21)</sup>。そして、いずれにせよ、法定刑は同じなので、どちらの条文を使っても特段の問題はないとの指摘もある<sup>22)</sup>。

## (2) 性交等に通常伴う暴行？

さらに拡張解釈を進めて、学説上、暴行要件については、通常の性行為の場合に用いられる有形力、たとえば、上から覆いかぶさったり、足を開くといった行為でもよいとする見解が見られる。仮に、このような有形力の行使でよいとなれば、事実上、現行法のままで、不同意性交等の処罰が可能になるともいえそうである。一部の学説は、これを肯定しており、暴

---

16) 亀山＝河村・前掲注(14)84頁。

17) 福岡高宮崎支判平成26年12月11日LEX/DB25505426(突然の状況に著しく驚愕して声も出ないような硬直状況に陥った被害者)。

18) 京都地判平成18年2月21日判タ1229号344頁。

19) 秋田地判平成25年2月20日LEX/DB25500971

20) 刑事比較法研究グループ・前掲注(12)161頁、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。

21) 深町・前掲注(20)40頁。

22) 深町・前掲注(20)40頁、樋口・前掲注(11)90頁。

行によって被害者の抵抗を物理的に排除したかは問題にならず、有形力の程度は法的意義を失っていると評価されている<sup>23)</sup>。たしかに、一部の裁判例においてこういった運用がなされていることは否定できないが、被害者が未成年という特異な場面に限られており、判例の立場とまでは言えないように思われる<sup>24)</sup>。そもそも、このような解釈は類推であって、罪刑法定主義に反しているといわざるをえない。不同意性交等を広く処罰する必要があるのであれば正面から議論をすべきであって、解釈で対応すべきではない。

### (3) 抗拒不能の理解に対する批判

前述の通り、準強制性交等罪の抗拒不能要件の解釈に対し、名古屋地裁岡崎支部が出した無罪判決を契機に批判が高まっている。この事案では、被告人は、かねてから同人の暴力や性的虐待等により被告人に抵抗できない精神状態で生活していた同居の実子である娘（19歳）が抗拒不能の状態に陥っていることに乗じて、会議室やホテルにおいて、同娘と性交したとことについて、準強制性交等罪に問われた<sup>25)</sup>。名古屋地裁岡崎支部は、「本件各性交当時におけるAの心理状態は、例えば、性交に応じなければ生命・身体等に重大な危害を加えられるおそれがあるという恐怖心から抵抗することができなかったような場合や、相手方の言葉を全面的に信じこれに盲従する状況にあったことから性交に応じるほかには選択肢が一切ないと思込まされていたような場合などの心理的抗拒不能の場合とは異なる

---

23) 刑事比較法研究グループ・前掲注(12)159頁、嶋矢・前掲注(11)67頁、樋口・前掲注(11)89頁。

24) 福島家裁いわき支判平成17年1月20日家月57巻6号198頁とその控訴審である仙台高決平成16年10月29日家月57巻6号174頁。この事案の被害者は13歳であることや行為前の事情などを総合的に考慮して、抵抗困難な暴行だと判断した事例である。したがって、この裁判例をもって、一般的に、暴行を性交に通常随伴する有形力でもかまわないと認めると判例の立場を解することには無理があると思われる。

25) 名古屋地裁岡崎支判平成31年3月26日LEX/DB25562770

り、抗拒不能の状態にまで至っていたと断定するには、なお合理的な疑いが残るというべき」として無罪とした。

本判決に対しては、学説上、「本判決の求めた抗拒困難性の程度(人格の完全なる支配)は過剰であった可能性が高い<sup>26)</sup>」と批判されている。たしかに、被害者が長年にわたって暴行や性的虐待を受けてきた点をもう少し考慮すべきであったかもしれない。しかし、抗拒不能として要求されるべきレベルを下げて、被害者の任意の判断の余地がある場合までをより広く対象とすることには疑問の余地がある。

本件のように、親から性的虐待を受けてきた被害者を念頭に置いて、2017年に監護者性交等罪(179条2項)が創設された。本罪は、被害者が18歳未満の場合に限定して、養親等の監護者が性的虐待を継続的に繰り返している事案等においては、性的行為の場面だけ見ると、暴行・脅迫が認められず、また、抗拒不能にも当たらないため、刑法上の性犯罪としての訴追が困難なものが存在していたことを理由に新設された。したがって、同種行為が18歳以上の被害者に対して行われた場合については、暴行・脅迫が認められるか、抗拒不能に当たらない限りは、強制性交等罪や準強制性交等罪の処罰の範囲外と理解すべきことにならざるをえない。立法者意思に従えば、抗拒不能要件の従来の理解を変えてまで、このような事案を準強制性交等罪で処罰すべきではない。

現在、被害者心理のあり方について、恐怖だけではなく、あきらめなどから心理的に抗拒困難な状況に陥る場合もあるとの研究報告が示されている<sup>27)</sup>。このうち、仮に、抗拒不能としては把握しきれず、刑法によって新

---

26) 佐藤陽子「判批」刑事法ジャーナル62号(2019年)151頁、安田拓人「判批」法学教室469号(2019年)138頁参照。さらに、鹿児島地判平成26年3月27日LEX/DB25446357における抗拒不能判断に対する批判として、金澤真理「判批」判例セレクト2014年I号(2014年)33頁、川本哲郎「準強姦罪における『抗拒不能』について」井田良ほか編『川端博先生古稀祝賀論文集(下)』(成文堂、2014年)74頁参照。

27) たとえば、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巻(2019年) 8

たに対応すべき被害実態が存在するのであれば、現行法の解釈を緩めるのではなく、新たな立法による対応が望ましく、それが、不同意性交等罪創設であるかどうかは次の問題である。

#### （4）被害者供述の信用性判断の問題性

暴行・脅迫の程度がそれほど強くない場合、被害者の抵抗がほぼ見られず、むしろ、性行為に同意していたかのような外形的状況が認められることがある。その場合、裁判においては、被害者に対して「本当に嫌だったのか」と問われざるをえず、被害者供述の信用性の判断が極めて重要になるとされてきた<sup>28)</sup>。この判断において要求される「真意の承諾」と、被害者に、被告人との性交を積極的に期待、ないしは、希望する事情までは必要ではないとされている。つまり、被害者の任意な判断として、「被告人から求められれば抵抗するつもりもないし、性交しても仕方がない」という容認の意思があれば、真意に出た承諾と考えてよいとされている。この判断においては、被告人と被害者との間に、犯行に至るまでにどのような関係性があったのか、さらに、犯行後の被害者の言動、とくに被害申告が重要だとされる。

このように、客観的な証拠がなく、被害者供述が決め手となる場合には、当然のことながら、その信用性判断は特に慎重にならざるを得ない<sup>29)</sup>。なかでも、性犯罪においては、その判断の基準となる経験則について、いわゆる「強姦神話」が批判されてきた。つまり、「本当に襲われたのであれば、逃げたり激しく抵抗したはずだ」、「大きな声を上げて助けを求めべきだった」とされ、そのような行為をとらなかった被害者には、

---

↘185頁以下、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（2019年）32頁以下。

28) 遠藤邦彦「強姦の成否（1）」小林＝植村編『刑事事実認定重要判決50選』（立花書房、2007年）230頁。

29) 最判平成21年4月14日刑集63巻4号331頁参照。

「容認の意思」があったと認められた事例があるというのである<sup>30)</sup>。

このような被害者供述の信用性判断のあり方について、強姦神話といった誤った経験則を正していく必要がある。しかし、この問題について、不同意性交等罪を新たに導入したからといって解決する問題ではないのは明らかである。不同意性交等罪を導入すると、客観的事情を抜きに被害者の証言が争点となることが今以上に増えると思われる<sup>31)</sup>。そうなると、裁判において被害者の証言の確かさを厳しく追及するあまりに、被害者に対する二次被害を招くおそれが今以上に高まることになる。つまり、弁護士側だけでなく、検察や警察までも、公判を維持するために、被害者に対して、「本当に同意していなかったのか」と厳しく問い質さざるをえない状況が生じるのである。このように、暴行・脅迫要件をただ削除するだけでは、被害者を保護するどころか、むしろ今以上に苦しめる危険性もあると考えるべきである。

## 二 現行法上の「処罰の限界」

### (1) 処罰の限界

以上のように、処罰の間隙が指摘される一方で、現行法において、判例・学説ともにあえて「処罰の限界」と位置づけてきた類型がある。第一に、被害者が客観的に抵抗困難な状況だったとは認められない事例が挙げられる。たとえば、相手に要求されて、内心では嫌だったのだが、人間関係が悪化するのをおそれて断り切れずに性交に応じたような場面が考えられる。たしかにこれも不同意の性交とはいいうる。しかし、人間は、嫌なことであっても、「とりあえず」、「親切心から」、「争いを避けるために」

---

30) 鳥尾恵理「強姦無罪」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』（信山社，2014年）58頁以下。なお、野澤佳弘「強姦無罪」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』（信山社，2014年）73頁以下も、大阪地判平成20年6月27日判決LEX/DB28145357〔強姦〕を素材に、判例による被害者心理の理解の誤りについて批判している。

31) 鳥岡・前掲注(8)31頁参照。

などといった多様な理由から、要求に従うことはありうる。これらすべてを処罰されるべき強要とは位置づけておらず、このことは性的な行為においても同じはずだと考えられている<sup>32)</sup>。

さらに、前述のように、性行為の認識や人の同一性の錯誤については、心理的抗拒不能として処罰対象とされているが、「真実を知れば、当該性的行為に応じなかったであろう」という程度の欺罔・錯誤を広く抗拒不能に含めるべきではないと解されている<sup>33)</sup>。つまり、これまで、たとえば、欺罔されているとはいえ、結婚詐欺のように、動機に錯誤がある場合には、抗拒不能とはいえ、準強制性交等罪が成立するとはいえないとされてきた。正常な判断能力を有する成人の被害者が、特定の相手方と性行為を持つことを認識しながらこれに応じている場合については、「抗拒不能」とはいえないとするのである<sup>34)</sup>。なぜなら、たとえば、「結婚してくれるといったから」とか、「一生愛してくれるといったから」性交に応じたといった場合も、広い意味で「不同意」の性交とはいえるわけだが、これらを広く刑法によって対処すべき、重大な性被害とまではいえないと考えられているからである。

## (2) 故意の認定

次に、暴行・脅迫要件が形骸化して、外形的に抵抗困難だったことを認定できる要素がないと、必然的に、被告人の故意の認定が難しくなるという限界がある。つまり、被害者の驚愕や恐怖といった心理状態によって抵抗困難性を認定するようになると、客観的には抵抗困難であったことがわからないため、当然、行為者としてその状況を認識する契機が存在しない。そうすると、強制性交や準強制性交の故意があったとは認定できなく

---

32) *Fischer*, Noch einmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention, ZIS 6/2015, S. 314.f. 参照。

33) 刑事比較法研究グループ・前掲注(12) 167頁。

34) 亀山=河村・前掲注(14) 84頁。

なる。

たとえば、被害者が抗拒不能であったことは肯定したが、故意を否定したうえで無罪とした事案では<sup>35)</sup>、「外形的には、被害者の明確な拒絶の意思は示されていない」、「被害者が異常な精神的混乱状態にあることが外部から見て判別できるような状況にあったとは認められないし、それを疑わせるような徴表があった様子も見当たらない」とされ、被告人からすれば、「あくまでも、被害者の（少なくとも消極的な）同意を取り付けつつ、性交に持ち込もうとしていた可能性が否定できない」として故意が否定された。また、静岡地裁浜松支部も、被告人が通行中の女性に暴行を加えて口腔性交を行い、口腔挫創等の傷害を負わせたという事案において、被害者が抗拒不能であったことは認定したが、被告人の故意を否定して無罪とした<sup>36)</sup>。なお、被害者が「抵抗できなかった主たる理由は『頭が真っ白になる』などといった精神的な理由による」、「口腔性交に至る前の時点では、被告人からみて明らかにそれと分かるような形での抵抗を示すことができていなかった」とした。

このように、被害者が内心において抗拒不能の状態だったといえても、被告人がそのことを認識する契機がなければ、被告人の故意を肯定することはできない。このように、客観的な要件を解釈によって拡張的に理解することができたとしても、故意認定の問題はどうしても残らざるを得ない。この点は、故意犯のみを規定する現行法上、処罰の限界といわざるを得ない。

---

35) 福岡高裁宮崎支判平成26年12月11日 LEX/DB25505426。なお、木村光江「準強姦罪、準強姦わいせつ罪——地位・関係性の利用」研修818号（2016年）7頁は、「指導的立場にある者が準強姦に問われた事案は被害者が複数である場合、被害者が18歳未満である場合といった特色があり、鹿児島的事案のように18歳の一人の被害者の場合には抗拒不能の認識が欠けるとされる余地もあった」と分析している。

36) 静岡地裁浜松支判平成31年3月19日 LEX/DB25563101

### 三 小 括

前述のように、日本の性犯罪規定には、暴行・脅迫要件があるというもの、その要件は形骸化しており、抗拒不能の理解は拡張されてきていると評する。ただし、このような実務状況に問題がないとはもちろん言えず、たとえば、名古屋地裁岡崎支部の令和元年判決に対して、「抗拒不能」の理解が限定的過ぎるのではないかという批判がなされているところである。しかし、前述の通り、抗拒不能として要求されるべきレベルを下げて、被害者の任意の判断の余地がある場合までをより広く対象とすることには疑問の余地がある。もちろん、刑法学において、拒絶意思を示すことができなかつたり、抵抗できなかつた被害者の心理状況に対する理解不足が一定程度存在すると思われる。こういった被害者心理を正確に理解することが急務となる。ただし、刑法によって新たに対応すべき被害実態が存在するとしても、現行法の解釈を緩めるのではなく、新たな立法による対応が望ましく、それが、不同意性交等罪創設であるかどうかが次の問題である。

その一方で、現行法上、あえて処罰の限界とされてきた類型が存在する。被害者が抵抗困難とは客観的には認められない事例や、前述のように、抗拒不能の判断において、被害者の意思に反していたとしても、動機や周辺事情に錯誤があるような場合を広く処罰対象とはされていない。また、被害者が内心において不同意であったとしても、外形上そのことを認識する契機がまったくなければ、行為者の故意を認定することはできない以上、処罰はできない現状にある。このように、現行法上、当然に「処罰の限界」とされてきた事例をも、不同意性交等罪、ならびに、過失処罰規定を新たに導入して処罰すべきかが次の論点である。

### 第三章 不同意性交等罪導入の是非

#### 一 No means no モデル——ドイツにおける性犯罪規定改正

##### (1) ドイツにおける「処罰の間隙」

第二章で検討したような現状にある日本において、不同意性交等罪を導入すべきだろうか。仮に、日本に不同意性交等罪を導入するとして、モデルとなりうるのが、第一に、ドイツが導入した、被害者の拒絶意思に反して性交に及ぶ場合のみを処罰するという方式（No means no モデル（以下Noモデルと称する））である。このモデルによれば、「被害者が拒絶意思を明示しているのに性交に及んだこと」が処罰対象となる。すでに拙稿において紹介した通り<sup>37)</sup>、ドイツでは、2016年に暴行・脅迫要件が削除され、このモデルが導入された<sup>38)</sup>。国際的潮流としても、被害者の意思の抑圧と

---

37) 嘉門優『法益論』（成文堂、2019年）201頁以下。

38) ドイツ刑法177条（性的侵害；性的強要；強姦）

(1) 他人の認識可能な意思に反して、この者に対して性行為を行ったり、あるいは、この者に性行為を行わせた者、あるいは、この者に第三者に対して、あるいは、第三者による性行為の実行あるいは受忍をさせた者は、6月以上5年以下の自由刑に処する。

(2) 他者に対する性行為を実行したり、その者にさせた者、あるいは、この者に第三者に対する、あるいは、第三者による性行為の実行や甘受をさせた者が、以下のような場合において前項と同様に処する。

1. 人が抵抗意思を形成ないしは表明できない状況を利用した場合
2. 行為者が相手方の同意を得た場合を除き、その者の身体的ないしは精神的な状況に基づいて、意思形成あるいは意思表明が重大に制約されていることを利用した場合
3. 行為者が相手方の驚愕を利用した場合
4. 被害者が抵抗に際して重大な害におそれを抱く状況を利用した場合
5. 行為者が、性行為の実行ないしは受忍を、重大な害による脅迫によって強要した場合

(3) 以上の未遂は罰する。

(4) 被害者の疾病や障害に基づいて、意思形成や意思表明ができない場合、1年以上の自由刑を言渡す。

(5) 1年以上の自由刑は、行為者が以下の場合に言渡す。

1. 被害者に対して暴行を用いた場合
2. 被害者に身体若しくは生命に対して現在の危険を及ぼす旨の脅迫を行った場合

いう要素を要求せず、強要手段の限定を排すべきとされる傾向にある<sup>39)</sup>。このような動向を踏まえて、前述のように、日本でも暴行・脅迫要件を撤廃して、不同意性交等罪を導入すべきと主張されることがある。しかし、本当に、ドイツのような規定を導入することが、日本において処罰範囲の適正化につながり、ひいては被害者保護につながるのだろうか。

ドイツの強姦罪が改正されたのは、主に三種の「処罰の間隙」があったからだとされる。第一に、強要手段なく実行される性行為、たとえば、被害者が恥辱やあきらめ、ないしは錯誤によって抵抗しえなかったような場合である<sup>40)</sup>。第二に、生命・身体に対する害以外の重大な害を告知した場

- 
3. 被害者が、無防備な状態で行為者の影響下に身を委ねている状況を利用した場合
- (6) 犯情の特に重い事案では、刑は2年以上の自由刑とする。犯情の特に重い事案とは、原則として、
1. 行為者が被害者と性交を行った場合、または、それと類似した特に被害者を貶めるような性行為を、被害者に対して若しくは、自己に対して被害者に行わせた場合、とりわけ、それらの行為が身体への挿入と結びついている場合（強姦）
  2. 行為が、複数の者により共同して行われたとき
- (7) 行為者が以下の場合には3年以上の自由刑を言渡す。
1. 凶器若しくはその他の危険な道具を携帯したとき
  2. そのほか、暴行により若しくは暴行を加える旨の脅迫により、他者の反抗を阻止し若しくは抑圧する目的で、道具若しくは手段を携帯したとき
  3. 行為により被害者を重い健康障害の危険にさらしたとき
- (8) 行為者が以下の場合には5年以上の自由刑を言渡す。
1. 行為の際に凶器若しくは危険な道具を使用したとき、又は、
  2. 被害者を a) 行為の際に身体的に著しく虐待し、若しくは、  
b) 行為により死亡の危険にさらしたとき
- (9) 第1及び第2項のうち犯情があまり重くない事案では、3月以上3年以下の自由刑を、第4項及び第5項のうち犯情があまり重くない事案では6年以上10年以下の自由刑を言渡す。第7項及び第8項のうち犯情があまり重くない事案では1年以上10年以下の自由刑に処する。
- 39) イスタンブール条約36条参照。Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008482e> (2020年1月11日閲覧)；Eisele, Schönke/Schröder-Kommentar, 30. Aufl. § 177, Rn. 5. 参照。
- 40) BGH NSTZ 2013, 466.

合、たとえば、行為者が以前の行動や脅迫によって形成した、家庭内暴力による影響を利用して性行為を行うような場合<sup>41)</sup>、社会的な害悪の告知(たとえば、職を失う、パートナー関係の解消、子どもを奪う)がある<sup>42)</sup>。第三に、被害者の驚愕を利用する類型、たとえば、女性のスカートの中をいきなり触ることや、女性の胸をいきなりつかむ場合があるとされる<sup>43)</sup>。以上のような場合、従来の規定では処罰できなかったため、改正されることとなったとされる。

たしかに、ドイツでは、日本とは異なり、暴行・脅迫要件がかなり厳格に解されていたため<sup>44)</sup>、処罰の間隙が存在していた。そのため、改正により処罰範囲が拡大したと評価しうる。それに対して、日本では、第二章で検討したように、第一の強要手段なき類型は、主に心理的抗拒不能として、第二については、脅迫による類型として、すでに現行法においてほぼ処罰範囲に含まれていると評価しうる(なお、第三の類型は、日本では強制わいせつ罪の対象となる)。

## (2) 拒絶意思の認識可能性

また、ドイツが採用したNoモデルの場合、被害者の拒絶意思が処罰の中核となるが、その意思の判断方法が問題となる。ドイツでは、被害者供述に依存することを避けるため、客観的な判断をすべきだと主張されている。つまり、通説は、ドイツ刑法177条1項における「他人の認識可能な意思に反して」という要件の「認識可能性」は、第三者の観点から客観的に判断されるべきとする<sup>45)</sup>。具体的には、被害者が行為時点で、行為者に対して拒絶意思を口頭で明確に説明しているか、あるいは、態度で——た

41) *Renzikowski*, MÜKo, 3. Aufl. § 177, Rn. 32.; *Eisele*・前掲注 (39) § 177, Rn. 4.

42) *Laubenthal*, Handbuch Sexualstraftaten, 2012, Rn. 218. 参照。

43) *Isfen*, Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten, ZIS 4/2015, S. 218.; *Eisele*・前掲注 (39) § 177, Rn. 4.

44) 嘉門・前掲注 (37) 208頁以下参照。

45) BGH BeckRS 2018, 46309; BT-Drs, 18/9097, 22.; *Eisele*・前掲注 (39) § 177, Rn. 19.

たとえば、泣いたり、性行為を回避しようとしたりすることで——表現していることによって客観的に認識可能と認められる<sup>46)</sup>。さらに、客観的な観察者にとって、以上の意思是、行為者と被害者の関係性や、先行する彼らの行為態様からも認識可能であるとされる<sup>47)</sup>。

このように、ドイツにおいて、被害者の拒絶意思を客観的に認定しようとする手法は、現在、暴行・脅迫要件を持つ日本において、被害者の反抗困難性を客観的に認定する手法や判断要素と大差ないように見える。日本において、前述のように、被害者の抵抗困難性を認定するに当たって、暴行・脅迫以外の客観的な考慮要素とされてきたのが、犯行に至るまでの経緯（車で夜中の山中に連れ出される場合など）や行為時の状況（密室性など）、被害者の属性（性別、年齢など）などがある<sup>48)</sup>。このような実際上の認定手法を見ても、日本においてNoモデルを導入する意義を見出しがたいのではないだろうか。

### (3) Noモデルが前提とする「強い被害者」像

さらに、Noモデルにおける被害者の拒絶意思は、その客観的な認識可能性に加えて、行為者の故意の観点からも問題となる。ドイツ立法者は、「被害者の客観的に認識可能な拒絶意思に反して性行為が行われているということを、行為者が少なくとも是認しつつ甘受している (billigend in Kauf nehmen) 場合」に故意が認められると説明している<sup>49)</sup>。また、学説上、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ぬとされる<sup>50)</sup>。したがって、被害者の拒絶

---

46) BGH BeckRS 2018, 46309; BT-Drs, 18/9097, 22.; Ziegler, BeckOK StGB §177 Rn. 9.

47) Eisele・前掲注 (39) §177, Rn. 19.; Ziegler・前掲注 (46) §177 Rn. 9.

48) 強制性交等罪の認定については、嶋矢・前掲注 (11) 71頁、樋口・前掲注 (11) 89頁が詳しい。

49) BT-Drs. 18/9097, 23.

50) Fischer, StGB 66. Aufl. 2019. §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, ↗

意思が明示され、行為者に伝わる必要がある<sup>51)</sup>。

以上のような要求は、裏を返せば、Noモデルでは、被害者に対して拒絶意思の明示を義務づけているということを意味する。つまり、Noモデルでは、「Noといえる強い被害者像」が前提となっているのである。このような強い被害者像は、ドイツでは妥当な前提なのかもしれない。それに対して、日本では、前述のように、被害者の抵抗困難性判断が、主に、被害者供述の信用性判断に依存する傾向にあるうえに、強姦神話がいまだに存在すると指摘されている<sup>52)</sup>。このような状況で、「強い被害者像」を前提とするNoモデルを、原則的なモデルとして導入すれば、「なぜ、拒絶意思を口頭や態度で強く示さなかったのか」と捜査や裁判段階において被害者が詰問されるという事態が今以上に高まるおそれがあると思われる。これでは、被害者保護どころか、むしろ、被害者を苦しめる結果を生じさせかねない。したがって、Noモデルをそのまま日本に導入することには賛成できない。

より重要なのは、拒絶意思を明示することができない状況にあった、いわば「弱い被害者像」を明らかにして、どの範囲までを刑法によって保護すべきかを検討することである。

したがって、ドイツのNoモデルにおいて着目されるべきは、例外的に規定されている、「被害者が拒絶意思を表明できない状況にあった」という場合の内容である。そのうちとくに、ドイツ刑法177条2項2号に規定されている「身体的ないしは精神的な状況に基づいて、意思形成あるいは意思表示が重大に制約されている場合<sup>53)</sup>」とは、立法者によれば、意思形成や表明の能力を一時的に重大に制約された場合であり、典型例として

---

↘S. 187. 参照。

51) *Eisele*・前掲注(39) §177, Rn. 19.

52) 第二章一(4)参照。

53) この2号は立法手続の最後に規定されたため、十分に議論されていないとのことである。その背景には、旧規定よりも構成要件が拡張していることから、学説上強い反対が示されたことにあるという。*Eisele*・前掲注(39) §177, Rn. 32. 参照。

は、ひどい酩酊状態を指すとされている<sup>54)</sup>。また、その重大性の判断は、被害者の意思形成や表明能力が制約されていることが、客観的な観点から明白であって、第三者から見ても当然に認められることが基準となるとされる<sup>55)</sup>。このような被害者の状況を利用した場合、本条文によれば、行為者が被害者の明確な、あるいは、推断的な同意を得た場合に限り、不処罰となる。つまり、ここでは例外的に Yes means yes モデルが採用されているのである<sup>56)</sup>。

このような規定の妥当性についてはより詳細な検討が必要だが、ここで重要なのは、このように、被害者が抵抗できなかつたり、拒絶意思を明示できなかった場合について、どのような要件のもと、どの範囲まで刑法が保護していくのかという点が、日本の現状において重大な論点とされるべきだということである。

## 二 Yes means yes モデル

第二に、相手方の明示の同意を得ていない性交はすべて処罰すべきという考え方（only yes means yesモデル（以下Yesモデルと称する））がある。この考え方によれば、性交をするときは事前に相手方の明示の同意をとるべきだとされ、相手の同意を確認せずに性交をすると処罰されることになる。また、相手に同意があると勘違いしたような事案についても、同意をとることを怠ったため過失犯として処罰される可能性がある。その典型例は、スウェーデン刑法に見られる<sup>57)</sup>。日本においても、被害者の抵抗の有無を問題とするべきではなく、客観的な性行為（通常は多少の身体に対する有形力を伴うため、暴行は既に存在する）の証拠とともに、性交が「意思に反したものであった」とする被害者供述の内容が非常に重要となるとして、

---

54) BT-Drs. 18/9097 24.; *Eisele*・前掲注(39) §177, Rn. 33.

55) BT-Drs. 18/9097 24.

56) *Eisele*・前掲注(39) §177, Rn. 36.

57) 川口・前掲注(7) 1283頁以下参照。

Yesモデルを導入すべきと主張されている<sup>58)</sup>。

しかし、ドイツでは、性行為の前に積極的に同意を表明することを要求するYesモデルは、常に他者の反応を観察することを求めることになり、過剰な負担を社会の構成員に求めることになると批判されてきた<sup>59)</sup>。そのため、ドイツ立法者はYesモデルを採用しなかったのだが、その態度について、過剰な処罰を避け、憲法で保障された責任原理を考慮に入れたと高く評価されている<sup>60)</sup>。

そういった批判に対し、政策的な観点から、Yesモデルによって過失犯をも導入したうえで広く処罰しなければ、性被害を防ぐことはできないという反論はもちろんありうる。しかし、たとえば、恋人同士が性交をする前に、明示の同意を取り合うということはあまりなく、暗黙の了解で行われることが通常ではないだろうか。日本では、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いまだにあると思われる。このような社会において、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、明確な同意をとらずに性交すれば犯罪だ」というルールを強制することになれば、社会の人々の自由な性的活動全体に多大な影響を及ぼしうる。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が理解されえない。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、性被害をなくすという目的が達成されなくなってしまう。したがって、Yesモデルによる不同意性交等罪、ならびに、過失犯処罰規定の導入には賛成できない。

性被害を防ぐために、現在の日本の性文化を変える必要があるのだとすれば、いきなり国家が刑罰という最も強力な手段によって強制するのではなく、性のあり方をめぐる国民の議論や、性教育の見直しが先行しなければ

---

58) 鳥岡・前掲注(8)31頁、川口・前掲注(7)1296頁。

59) Hörnle, Wie § 177 StGB ergänzt werden sollte, GA2015, S. 326.

60) Eisele・前掲注(39)§ 177, Rn. 19.

ばならない<sup>61)</sup>。

## 第四章 結 論

今後の性犯罪改正見直しに当たっては、現状についての冷静な分析が必要である。本当に「処罰の間隙」が存在するのか、また、仮に「処罰の間隙」があるとして、その解決法として不同意性交等罪の創設が本当に正しいのかということについて、より慎重な議論がなされなければならない。前述のように、現状の日本において、暴行・脅迫要件があるというものの、その要件は形骸化しており、抗拒不能の理解は拡張されてきていると評しうる<sup>62)</sup>。ただし、裁判例における抗拒不能要件の理解には問題があると指摘されているところである。私見としては、前述の通り、仮に、抗拒不能としては把握しきれず、刑法によって新たに対応すべき被害実態が存在するのであれば、現行法の解釈を緩めるのではなく、新たな立法による対応が望ましいと考える。

しかし、まず、前述のように、「強い被害者像」を前提としたNoモデルにもとづいて、不同意性交等罪を創設することには賛成できない。さらに、社会の構成員に過剰な負担を求めるYesモデルにも反対であり、過失処罰も否定されなければならない。冒頭で示したように、日本の現状において問題視されているのは、「抵抗できない、拒絶意思を明示できない被害者」に対する刑法的保護のあり方である。不同意性交等罪のいずれのモデルによっても、このような被害者保護を適切に行えるとは考えられず、むしろ、新たな問題が生じる可能性がある。

---

61) たとえば、性的同意のチェックリストは参考になる取組みである。京都市男女共同参画推進協会「ジェンダーハンドブック」[https://www.wings-kyoto.jp/docs/association\\_GH1808](https://www.wings-kyoto.jp/docs/association_GH1808)（アクセス日2020/01/16）参照。

62) 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」刑事法ジャーナル55号（2018年）8頁は、暴行・脅迫要件の強度が本質的でないなら、だれが見てもそれとわかるように条文に記載すべきとする。

今後論じられるべきは、これまで適切にとらえられてこなかった、ないしは、とらえるのが難しかった、被害者の心理状況について、現在の裁判所による解釈手法の見直しだけで対応しうるのか、あるいは、新たな処罰規定を創設すべきなのかという点である。新たな規定として考えるのが、現在の被害実態の分析にしたがって、一定の状況にある被害者については、典型的に抗拒不能として扱うといったものである。たとえば、ドイツのように、重大な酩酊状態にあつて拒絶意思が明示できない事案が典型例であるが、「身体的ないしは精神的な状況に基づいて、意思形成あるいは意思表示が重大に制約されている場合」について特別な規定を作ることが考えられる。ただし、当然のことながら、その検討に際しては、責任主義の観点から、行為者の認識可能性に関する考慮が必要となる。解釈の見直しや具体的な規定のあり方については、今後の課題とさせていただきたい。