

性犯罪に関する刑事法検討会

補助資料

性犯罪に関する刑事法検討会
補助資料 目次

テーマ 1	一定の年齢未満の者を被害者とする罰則の在り方	1
1	議論の前提とすべき事柄	1
2	いわゆる性交同意年齢の在り方	2
3	地位・関係性を利用した犯罪類型の在り方	4
テーマ 2	障害者を被害者とする罰則の在り方	7
1	地位・関係性を利用した犯罪類型の在り方	7
テーマ 3	地位・関係性を利用する罰則の在り方	9
1	議論の前提とすべき事柄	9
2	被害者の年齢を問わず、行為者が被害者の脆弱性、被害者との地位の優劣・関係性などを利用して行った行為について、当罰性が認められる場合を類型化し、新たな罪を創設すべきか	9
テーマ 4	暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件の在り方	11
1	暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件を撤廃し、被害者が性交等に同意していないことを構成要件とすべきか	11
2	暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件について、判例上必要とされる「被害者の抗拒を著しく困難にさせる程度」を緩和した要件とすべきか	13
3	暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能に加えて、又はこれらに代えて、その手段や状態を明確化して列挙すべきか	14

※ テーマ 4 は、テーマ 1 から 3 までのいずれにも関係する。

補助資料

テーマ1 一定の年齢未満の者を被害者とする罰則の在り方

1 議論の前提とすべき事柄

① 子供の被害の実態

- 13歳以上であっても、思春期の子供は、徐々に親密な関係を築かれてだまされたり追い込まれたり、理解力や力関係の差を利用されたりして被害に遭うことがあり、子供自身が性行為に自ら同意したと思込まされている場合もあるが、その後、自責感や自尊心の低下が生じ、自殺や物質依存、性問題行動を起こすといった問題が生じる
- 思春期の子供の被害は、徐々に親密な関係を築いて子供をだまし、追い込むなどして性行為を強要する被害、理解力や力関係の差を利用する被害であり、時には、子供自身が「自分が同意した」と思込まされている場合もある
- 閉鎖空間で行われる虐待は、子供の抵抗を封じ、子供に無力感や絶望感をもたらし、加害者に迎合する態度を強化するという心理学上の常識が、法律上きちんと扱われていない
- 子供は、深い傷つきの結果、親や学校の教師、スポーツのコーチ等から繰り返される性的被害を恩恵と捉えるようなことさえある
- 子供が、親族関係にある者に反抗したり抵抗したりすると、その親族が子供の衣食住を管理している者であるか否かにかかわらず、子供の家族関係・居場所が壊れることがある
- 教師からの被害は、地位に基づくパワーの濫用である点や加害が繰り返されることが多い点で、監護者からの被害と共通する。被害者は、加害者からパワーでコントロールされ、監護者性交等罪の場合と非常に似た心理に陥り、性行為への同意の有無が自分で分からなかったり、被害を受けていることが認識できなかつたりする

② 監護者性交等罪では処罰されない被害

- 犯罪として処罰される家庭内の性虐待の範囲は狭く、監護者性交等罪の「現に監護する者」に、きょうだいや祖父母、おじ、おば、同居していない親などは含まれないし、18歳を超えた者の被害は、まだ見逃されている
- 13歳以上の者が、別居中で養育費を支払っていない父親からわいせつな行為をされた場合には、「現に監護する者」に当たらず、暴行・脅迫がなければ性犯罪とならない
- 子供にとって、学校の教師、養護施設の職員からの被害は、抵抗すると、子供自身の生活環境や生活する社会が壊されるというリスクがあるものである
- 長期間にわたる継続的な性的虐待の事案では、被害者の年齢に関係なく、安全な環境に逃げて治療を受け、一定期間が経過することによって、本人の自由意思が戻るものであると臨床上考えられることから、被害者の年齢で区切るのではなく、被害者の状態に合わせた規定が必要

2 いわゆる性交同意年齢の在り方

暴行・脅迫や被害者の同意の有無を問わず強制性交等罪が成立する年齢を引き上げるべきか

① いわゆる性交同意年齢を引き上げることの要否・当否

- 子供の被害は、加害者が、子供の理解力の未発達、脆弱性、大人より狭い世界で生きていることを利用するので、そのプロセスが第三者から見ると分かりにくい場合も少なくないから、暴行・脅迫や抗拒不能の要件の変更とは別に、少なくとも義務教育年齢の子供たちを被害から守るという意味で、いわゆる性交同意年齢を上げていく必要がある
- 現行法の13歳という年齢は、発達段階にある子供を保護するという視点が欠けており、脳の成長が25歳くらいまでかかることや、子供の社会経験の乏しさからすると、少なくとも16歳未満の義務教育を受けている者は保護される必要があるし、それとは別に、例えば、大人による18歳未満の者の搾取を防止する規定を設けるなど、年齢層ごとに、それぞれ保護の在り方を定めるべき
- 性交には、妊娠や性感染症の罹患の可能性があり、避妊や人工妊娠中絶に費用がかかること、若年者の性交・妊娠・出産がハイリスクであること、経済的困窮に陥るおそれが高いことなどから、いわゆる性交同意年齢の引上げを若年者の性的自由の制限と捉えるべきではなく、性的自由に対する責任を果たせる年代かという観点から保護すべき年齢を考えるべき
- 脳科学上、ティーンエイジャーは、情動や性的な行動能力は成人に達するが、理性や情動のコントロールの点では未熟であり、適切な行動がとれないという特徴もあるため、その年代の者に一定の保護を与えるという考え方があってよい
- 青少年の性行動に関する調査によれば、キスや性交を経験する年齢は全般的には若年化傾向にあり、児童の性的保護を直ちに強化すべき喫緊の立法事実があるか、法改正の必要性を根拠付ける事情を検討すべき
- 年齢のみを要件として処罰する類型について、その年齢を13歳とする国は日本以外に複数ある。法律上、18歳で結婚できる中で、その前から交際して性的行為をする場合など、一律に処罰することが適当ではない場合もあるので、脆弱な未成年者の保護に当たっては個別の事情を踏まえるべきであり、いわゆる性交同意年齢は13歳のままでよい

② 保護法益との関係

- 保護法益を性的統合性と考えると、若年者に対する性犯罪の保護法益は、健全な人格的統合性の形成と考えることができる。そうすると、現行法上、13歳未満の者との性交等は、人格的統合性の健全な成長を阻害する行為であるから処罰されると説明されることとなり、いわゆる性交同意年齢の引上げは、人格的統合性の形成に影響が及ぶ年齢の基準の引上げと整理できる
- 地位・関係性を利用した類型の創設により、処罰すべき行為を全て捉え切れない場合、いわゆる性交同意年齢の引上げではなく、保護法益に、健全育成や健全な人格的統合性の形成を加え、児童福祉法の淫行をさせる罪や青少年保護

育成条例の淫行処罰規定などの解釈を参考に、その保護法益を侵害する行為を切り出して処罰することも一つの方法といえる

③ いわゆる性交同意年齢を何歳とするか

- 少なくとも16歳未満（義務教育年齢）とすべき
- 仮に18歳とすると、例えば、17歳の高校生が新任教師に強く働きかけて性的行為を行った場合、教師に犯罪が成立する逆転現象が生じ、教師の側に拒絶義務を課することになることなどを考えると、いわゆる性交同意年齢の引上げは、義務教育年齢が限度ではないか
- 刑事責任が問われ得るのに性的自己決定については全く能力がないとされることは理論的に整合しないので、いわゆる性交同意年齢を刑事責任年齢である14歳より上に引き上げることは相当ではない

④ 強制的性交等と強制わいせつとで年齢を分けることの要否・当否

- 性交とわいせつ行為とでは、その行為に対して同意をする能力は異なっていると思われ、強制的性交等と強制わいせつとで年齢を分けて考えることはできないか
- 性交とそれ以外の性的行為とで年齢を分けて考えることはあり得るが、性的行為のみで性交に至らなかった場合であっても、性交の目的があると未遂罪になる可能性があることに留意が必要

⑤ 行為者の年齢に関する要件の要否・当否

- 例えば、いわゆる性交同意年齢を13歳から16歳に引き上げた場合、14歳や15歳同士の性的行為が問題となるが、16歳未満同士の行為を処罰対象から除く方法や、被害者に対する信賴的地位に就いている者に限り訴追されるようにする方法などが考えられる
- いわゆる性交同意年齢を一定の年齢まで引き上げた場合には、中学生や高校生同士のキスや性行為について、両当事者とも処罰又は保護処分の対象となるため、何らかの対応が必要となるところ、その対応策として、行為者と被害者に一定の年齢差がある場合や行為者が一定の年齢以上である場合にのみ処罰することが考えられるが、その場合、両当事者の年齢が近い場合や行為者が一定の年齢未満である場合には違法ではない行為が、なぜ年齢差がある場合などには違法となるのか、いわゆる性交同意年齢を引き上げる根拠と、一定の場合に処罰を否定する理論的根拠を整理することが必要
- 性犯罪の保護法益を性的統合性・性的尊厳と考える場合、同年代同士の行為であれば人格的統合性の形成を阻害しないと評価することが実質的に可能であり、それゆえ処罰対象から外されるという説明が可能
- 両当事者が一定の年齢差以上である場合を処罰するという要件を定める場合であっても、例えば、13歳未満は絶対的に保護されるべき年齢として年齢差要件を設けないこととし、13歳以上16歳又は18歳未満の場合には年齢差要件を設けるといった方策も考えられる
- 子供が性教育をきちんと受けておらず、意思決定において脆弱であるということ、加害者とされる側についても同様であるから、性犯罪について当罰性

のある年齢が何歳であるかも検討すべき

- 両当事者に一定の年齢差がある場合を処罰することとした場合、年齢が高い者が必ず優位であるわけではないことも考慮すべき

⑥ 地位・関係性を利用した類型との関係

- いわゆる性交同意年齢の引上げについては、これを引き上げた上で行為者と被害者の一定の年齢差を要件とするのか、それとも、年齢差という地位・関係性を利用した犯罪類型として処罰するのかを更に検討することが必要
- 14歳や15歳の者については、性的行為について適切に理解して同意する能力が一応あるが、一定年齢以上の者から性的行為を働きかけられた場合、一種の優越的な地位の利用状態が生じ、自由な意思決定をゆがめられると考えることにより、一定年齢以上の者が行う場合や年齢差がある場合にのみ処罰される理由を説明することは可能と思われる。もっとも、その場合であっても、年齢要件のみをもって一律に犯罪を成立させることの当否、適切な年齢の設定、当罰性の評価や法定刑が強制性交等罪と同等かについて慎重な検討が必要
- 刑法制定当時の義務教育が12歳程度までであったことを現在に引き直すと、いわゆる性交同意年齢を15歳や16歳とすることも考えられるが、立法事実として、教師からの被害や脆弱性を利用された被害が挙げられることからすると、いわゆる性交同意年齢の引上げよりも、地位・関係性を利用した類型をくり出すことを優先してもよい
- 客体の年齢だけで処罰を基礎付ける類型について、その年齢を12歳未満とする国も複数あり、日本のいわゆる性交同意年齢が必ずしも低過ぎるわけではないが、諸外国では、客体の年齢以外に、緩やかな地位・関係性の要件や、年齢差に基づく脆弱性利用などの要件を付して、相対的に保護する中間的な年齢層を設けており、我が国でもそのような規定を設けることが考えられる

⑦ その他

- 子供の性的な問題行動の背景には、性教育を受けていないことのほか、暴力の被害に遭っているなど別のトラウマが原因となっている場合もあり、そのような子供に対する教育や支援が必要

3 地位・関係性を利用した犯罪類型の在り方

① 被害者の同意の有無を問わない新たな処罰類型を創設することの要否・当否

- 児童福祉法では18歳未満の者への性行為は罪であるとされていることも踏まえ、教師という立場の大人が生徒という立場の子供に対し、性行為を含むような恋愛をすることは許されないと考えてもよいし、そもそも、教師と生徒は対等な関係とはいえないのであって、そのような両者の間に真摯な恋愛が成立するかについて、深く考える必要がある
- 自立を遂げる段階にあり、家庭以外の居場所や人間関係が重要となる中高生にとって、支配従属関係にある教師やスポーツの指導者などによる性被害を訴えることは、居場所を失い、社会的生存が脅かされることであるから、そのような者が中高生に性的関係を強要する行為については、監護者性交等罪と同様に処罰すべき

- 子供に対する性犯罪の保護法益には、青少年の保護という側面もあると考えられるところ、教師は、教員免許に基づいて、子供にとって家庭生活に次いで比重の大きい学校生活を預かっており、子供に対する責任・影響力は大きい上、教師による行為は継続するおそれがあり、法益侵害は大きい。少なくとも中学校の教師による行為は監護者と同じように処罰されるべき
- 教師・生徒の関係であっても、生徒が高校生の場合には、両者の上下関係が逆転することが無視できない程度に起こり得るので、同意の有無を問わずに一律処罰することは適切ではなく、被害者の同意を問わない新たな類型を設けるとしても、生徒が中学生の場合に限定すべきである
- 教師には、担任の教師から同じ学校に在籍するだけの教師までが含まれ、児童との関係性は多様で影響の程度に濃淡があることから、教師やコーチによる児童との性的行為を一律に処罰することには疑問があり、児童本人の自由な意思決定による同意があったと評価できる場合まで処罰することは相当ではない
- 教師には様々な種類があり、生徒との関係性も多様であることから、教師による生徒への性行為を監護者性交等と同じように処罰するためには、教師の範囲を強い影響力を有する者に限定する必要があると思われる。他方、処罰範囲を広げるのであれば、健全育成の視点から、又は、人格的統合性といった保護法益にダメージを与える危険性があることから、パターンリスティックな保護として、軽い法定刑の罪で処罰することが考えられる
- 保護者である親等と子供との関係については、ある程度の定型性があるが、学校の先生やコーチとその生徒などとの関係は、非常に不定型でグラデーションがあるため、そのような関係にあるだけで処罰するという規定を作ってはならない
- 教師による性行為は、現行法の下でも、被害者が小学生の場合には、いわゆる性交同意年齢未満の者への行為として処罰可能であるし、被害者が13歳以上の場合、悪質な事案は準強姦性交等罪で処罰可能であって、新たな罰則を設けるよりも、被害拡大防止のため、加害者を早期に発見して懲戒解雇の対象とし、教育の場に戻さないことが重要

② 児童福祉法の淫行をさせる罪との関係

- 児童に淫行をさせる行為における「淫行」は、児童の心身の健全な育成を阻害するおそれがあると認められる性交又は性交類似行為と解されており、真摯な関係性に基づく行為は該当せず、また、児童に対して事実上の影響力を及ぼして児童が淫行をなすことを助長し促進する行為が必要であるとされている。児童福祉法違反に該当しない場合まで刑法で処罰対象とすることは相当ではなく、児童の年齢、地位・関係性、同意の内容等も含めて、個別具体的に処罰範囲を検討する必要がある
- 一定の年齢未満の者が被害者であるときを対象として、軽い法定刑の類型を設けてパターンリスティックに保護することとする場合には、児童福祉法との関係性が問題となるが、児童福祉法で処罰の対象とされていない、性交類似行為に至らないわいせつ行為が行われた場合を処罰できるようにすることに意味

はあるし、一般的に認知度の低い児童福祉法ではなく刑法に規定することに価値があるとも考えられる

- 児童に対する性犯罪の保護法益は、児童の健全育成や、脆弱な意思決定しかできない者の保護であると考えられるので、児童福祉法や児童ポルノ法などの児童福祉法制の中で処罰規定を設ける方法が考えられる

③ 若年であることによる脆弱性を利用する行為を類型化することの要否・当否

- 子供が被害者である場合、被害者の脆弱性の要素が強く表に出る場合と、地位・関係性の要素が強く表に出る場合とが、いずれも典型的なケースとしてあり得るので、その両方を処罰することが必要
- 若年者は、類型的に立場が弱く、判断能力・対処能力が低いため、一定の影響力を有する者からの働きかけに対して適切な判断や拒絶等の行動を取ることが困難な場合がある。そこで、成人を念頭に置いた抗拒不能の規定とは別に、一定の地位・関係性、行為態様、意思決定に対する影響などを要件とする規定を設けることが考えられ、その場合、178条の抗拒不能要件、いわゆる性交同意年齢など他の論点との関係を踏まえて要件を検討する必要がある。また、若年者が一定の影響力を及ぼされて同意した場合、その同意は、類型的に瑕疵があるとはいっても、いわゆる性交同意年齢に達している以上はおよそ無効とはならないとも考えられ、同意が無効である場合とは異なる類型として位置付けることも考え得る
- 一般に、中高生の年代の男子は、性的興味は女子より強いところ、その年代の男子が同意の下で成人女性と関係を持った場合に成人女性が処罰されることは不当であると思われるが、それを回避するため男性は被害者にならないとすることは、177条・178条の被害者に男性を含めた平成29年改正の趣旨に反するように思われる。未成年者にも、不完全ながら性的自己決定の能力はあり、性的な興味に対して近付いていくことも一つの権利であることを考えると、未成年者との行為について地位・関係性を定めて処罰することには技術的に非常に難しい問題がある

④ 考えられる規定の在り方

- 行為の客体が未成年者である場合、未成年者が脆弱であることを前提に、何らかの手段あるいは地位・関係性があることを要件とすることにより、脆弱ではない被害者であれば比較的容易に拒絶することができる状況であったとしても、意思に反して性的行為を押し付けられたものといえるとして処罰することを考えてよい。他方、客体が成人である場合には、脆弱性がないため、関係性だけを要件として処罰することとすると、当該関係性にある者の間では性的行為を控えるべきという社会倫理的な規範になる恐れがあり、妥当ではないので、実質的な要件、例えば、比較的厳格な手段を要件とするといった工夫が必要
- 未成年者との性的行為を処罰する類型を作るに当たっては、客体が一定の年齢未満の者であるというだけで処罰されることとなる絶対的な性交同意年齢を上回る者との性的行為について、海外ではかなり軽い法定刑とされていることを踏まえ、どのような法定刑にするかも含めて考えていく必要がある

テーマ2 障害者を被害者とする罰則の在り方

1 地位・関係性を利用した犯罪類型の在り方

① 議論の前提とすべき事柄

- 明確な暴行・脅迫がなくても、被害者の脆弱性、様々な意味での立場の弱さ、利害関係、依存関係が利用された場合には、被害者は抵抗できない

② 障害を有することによる脆弱性を利用する行為を類型化することの要否・当否

- 障害者は健常者の3倍被害に遭いやすいという海外の調査結果や、障害者が施設職員から被害に遭うことが頻繁に起きていることを踏まえると、施設職員と障害者という関係性を明示した規定の創設が必要である。施設職員と入所者という関係を明示することにより、入所施設やショートステイ先の施設で職員から性的被害を受けた本人や家族が被害であることを認識し、声を上げやすくなるので、178条に障害を明示するのみならず、地位・関係性を利用した類型でも捕捉すべき
- 障害者と施設職員という関係性に着目した類型を検討するに当たっては、入居施設のみならず、通所施設であっても、フルタイムで通所している障害者とその施設の指導職員の関係性は、生徒と教師の関係性と同等であると考えられることから、いずれの施設の職員による行為も処罰対象となるような規定にすべき
- 障害の内容や程度は多様であり、被害者に障害があることを一律に処罰の根拠とすることは、かえって障害者の性的自由を不当に制約するおそれがあり、適当ではないし、自由な意思決定や抵抗が困難となるような重大な障害を具体的かつ明確に規定するのも現実的ではない。個別の事案ごとに、障害の内容や程度、行為者と被害者の関係性、被害者の意思決定に対する影響力などの具体的な事情に基づき、被害者の自由な意思決定が困難な状況にあったか否かを判断することが不可欠であって、現行法の心神喪失・抗拒不能の要件解釈を明確化して適用を安定化させるため、例えば、抗拒不能性を根拠付ける一類型として、被害者の重大な障害に付け込む行為などを例示列挙する方法があり得る
- 障害の程度も被害に至る要因も様々であり、例えば、性的な行為について、そもそも何が行われているかを理解できない程度の障害もあれば、発達障害など非常にだまされやすい側面がある場合もあり、身体障害にも様々なものがあるが、障害が脆弱性の一要因になり、地位の優劣関係にも影響を与えるので、そのことを明示し、個別判断ができるような要件にすべき
- 障害者が被害に遭う場合には、ナンパなどで声を掛けられるものと施設内のものがあり、施設の種類も様々であって、定義が困難である。障害者に対する性的虐待は、虐待の中でも最もひどいものであり、障害者の尊厳を守るため、障害者虐待防止法などの法律の充実も考えるべき

③ 考えられる規定の在り方

- 学校や職場、施設など権力が支配する閉ざされた空間で、上下関係を利用・濫用して性的行為を行った場合には、被害者が成人であっても性犯罪とすべきであり、条文としては、職場の上司・部下といった地位・関係性を列挙した上

で、「地位・関係性を利用・濫用し」などとし、その内実を解釈に委ねることが考えられる

テーマ3 地位・関係性を利用する罰則の在り方

1 議論の前提とすべき事柄

- 性暴力が発生するプロセスにおいては、加害者が被害者に対して言動を用いて力関係を作り出すことにより、被害者は抵抗や拒否ができない状態に追い詰められていく
- 明確な暴行・脅迫がなくても、被害者の脆弱性、様々な意味での立場の弱さ、利害関係、依存関係が利用された場合には、被害者は抵抗できない
- 13歳以上であっても、思春期の子供は、徐々に親密な関係を築かれてだまされたり追い込まれたり、理解力や力関係の差を利用されたりして被害に遭うことがあり、子供自身が性行為に自ら同意したと思込まされている場合もあるが、その後、自責感や自尊心の低下が生じ、自殺や物質依存、性問題行動を起こすといった問題が生じる
- 長期間にわたる継続的な性的虐待の事案では、被害者の年齢に関係なく、安全な環境に逃げて治療を受け、一定期間が経過することによって、本人の自由意思が戻るものであると臨床上考えられることから、被害者の年齢で区切るのではなく、被害者の状態に合わせた規定が必要

2 被害者の年齢を問わず、行為者が被害者の脆弱性、被害者との地位の優劣・関係性などを利用して行った行為について、当罰性が認められる場合を類型化し、新たな罪を創設すべきか

① 新たな処罰類型を創設することの要否・当否

- 逆らい難い上下関係がある類型について、178条の抗拒不能に該当するとして有罪にした事例と178条に該当しないとされた事例とを比較・分析し、その結果、178条を適用することができず救われない事案が多いのであれば、新たな立法が必要
- 178条の抗拒不能の程度は、177条の暴行・脅迫と同程度であると考えられているため、抗拒不能ではなかなか拾えないことから、ある程度類型化してくり出すことが必要
- 後見人と被後見人、教師・指導者と生徒、雇用者と被雇用者、上司と部下、施設職員と通所者・入所者などの間において、上位の地位にある者が、下位の地位にある者に対し、その影響力があることに乗じて性的行為をした場合を処罰する規定の創設が必要
- 上司のほかにも、教師や習い事の先生、就職活動先のOB・OG、フリーランスの人たちの取引相手、医療機関の医療職や心理職、福祉施設職員、利害関係、依存関係、脆弱性がある関係性など、いろいろな関係性が挙げられるところ、少なくとも、相手の人生や将来、経済状態等を決定する権限のある人たち、医療職や心理職、福祉施設職員のように、相手に力を行使したり、その人たちの生活、生命、精神状態を左右できるような立場にいる人たちによる性暴力は、きちんと罰することが必要
- 相手方が、雇用主や取引先、大人になってからの先輩などであると、女性はほぼ抵抗できないのが実情であり、客観的状況から女性が嫌がっていることが

明らかと思われる場合であっても、男性の「黙っているから合意だと思った」旨の弁解が認められることが多い。このようなケースが178条の心理的抗拒不能といえるかは疑問であり、現に、このような事案は不起訴になっているので、多少抽象的な要件になったとしても、優越的な地位や関係性を利用した場合を類型化した新しい規定を創設すべき

- 地位・関係性を利用した類型を設け、およそ立場が弱い側からの働きかけや積極的な同意があり得ないとしてしまうと、例えば、被害者とされる側が積極的に働きかけて性行為に至ったものの、期待した利益を得られなかったことから意思に反した性行為であったと申告するような、本来処罰されるべきではないケースについても処罰される危険がある
- 上司、先輩、教師といった権力関係にある者からの被害の防止のためには、刑事実体法の改定より前に、十分な情報提供や啓蒙活動を行い、職場・学校における性的な言動に起因する問題に関して被害者心理も踏まえた措置を講じるよう促し、職場・学校における意識改革を行うことが急務

② 考えられる規定の在り方

- 学校や職場、施設など権力が支配する閉ざされた空間で、上下関係を利用・濫用して性的行為を行った場合には、被害者が成人であっても性犯罪とすべきであり、条文としては、職場の上司・部下といった地位・関係性を列挙した上で、「地位・関係性を利用・濫用し」などとし、その内実を解釈に委ねることが考えられる
- 行為の客体が未成年者である場合、未成年者が脆弱であることを前提に、何らかの手段あるいは地位・関係性があることを要件とすることにより、脆弱ではない被害者であれば比較的容易に拒絶することができる状況であったとしても、意思に反して性的行為を押し付けられたものといえるとして処罰することを考えてよい。他方、客体が成人である場合には、脆弱性がないため、関係性だけを要件として処罰することとすると、当該関係性にある者の間では性的行為を控えるべきという社会倫理的な規範になる恐れがあり、妥当ではないので、実質的な要件、例えば、比較的厳格な手段を要件とするといった工夫が必要

テーマ4 暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件の在り方

1 暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件を撤廃し、被害者が性交等に同意していないことを構成要件とすべきか

① 保護法益

- 性犯罪は心身の境界線の侵害であり、身体の統合性を破壊する行為であって、性犯罪の被害者は、自由意思を侵害されただけでなく、自分の心身が踏みにじられ、自分の体が犯罪の現場になったことに苦しむということを踏まえ、心身に関わる内容を保護法益に加えるべき
- 相手の意思や感情に反する性行為は、相手を対等な人間と認めないことにより、その尊厳を踏みにじる行為であるから、保護法益にはそのようなニュアンスが含まれるべきであるし、保護法益を性的自己決定権とすると、幼い子供の被害をうまく捉えられないという問題があるので、保護法益には、身体の境界線の侵襲というニュアンスも含まれるべき
- 性犯罪の保護法益は、性的自由・性的統合性であり、性的統合性とは、尊厳、自律、身体の統合性を含む概念である
- 保護法益を性的自由と考えると、性的行為は同意がない場合に初めて違法性・侵害性が生じることとなるが、一定の上下関係に基づいて行う性的行為自体に侵害性があり、その上下関係を利用して性的利益を奪い取ること、相手を性的利益の器として扱うことによって、その人格的統合性を侵害することに性犯罪の本質があるから、保護法益は、人格的統合性や性的尊厳と考えるべき
- 保護法益を性的自己決定権とすると、暴行・脅迫の程度が自己決定を凌駕する強度のものである必要があるため、その程度を緩和することを議論するのであれば、尊厳のようなものを保護法益に含めるべき

② 処罰すべき性交等の範囲についての基本的な考え方

- 被害者から明確な同意を得ていない性交は犯罪となるべき
- 性的自由・性的統合性を侵害すれば犯罪が成立することとすべき
- 性交は双方が合意を形成しながら互いに参加して行うものであるから、同意のない性交は処罰されるべきであって、被害者に抵抗や拒絶の意思表示を求めたのではなく、「Yes means Yes」型、すなわち、自発的に参加していない人に対してした性交を処罰の対象とすべき
- 非対等の関係性において逃げられない状況で説得されて相手の要求を受けざるを得なくなった場合や、理解力や力関係の差を利用して外形的に同意した場合は、処罰されるべき
- 性行為は、それ自体は犯罪行為ではないから、同意なき性交を違法とすることで取り締まるべきではない性行為にも網がかからないか、この問題にどのような対応をしていけばいいのか、国民の間で議論すべき
- 「不同意」という言葉自体がかなり幅のある概念であり、例えば、一定の関係を有する相手の要求に対し、悩んだ挙げ句に最終的に性行為を甘受するに至った場合には、被害者の心理状態は多様であり、どこまでが「不同意」といえるかが明確ではないように思われるし、結婚すると偽ってだまして性交した場

合に、被害者が錯誤に陥っており有効な同意がないとして犯罪の成立を肯定することは適当ではないから、どこまでを処罰すべきかという点については踏み込んだ議論が必要

- 性的行為は人間のコミュニケーション手段の一つであり、また、性行為に至る過程の在り方も様々であって、ノンバーバルなコミュニケーションを通じて相手が応じていると思って性行為をしたものの、実際は嫌がっていたということが起きる。するべきでない行為にもグラデーションがあり、刑罰という強烈な制裁を行う以上、その対象は、それを正当化できるだけの当罰性を有する行為である必要があるから、「Yes means Yes」型にして広く処罰するのは相当ではない

③ 暴行・脅迫等の要件の撤廃や「不同意」を要件とすることの要否・当否

- 人は、予期しない言動に混乱して体が硬直するなど、たやすく抵抗できない状態に陥るものであり、人の感情や意思をないがしろにして、その人の体を侵襲することは心身の侵害であり、人生に深刻な影響を及ぼす暴力であるから、不同意性交が罪として認識されるべき
- 性暴力の本質は、同意がないことにあるから、構成要件上、同意がないこと、意思に反していることを前面に出し、被害者も加害者もそのことを認識できるようにすべき
- 同意のない性行為が暴力であることが理解されておらず、被害者が深刻な傷を負っているのに自己が暴力を受けたことを認識できず、加害者が自己の行為が相手を死に至らしめる可能性があることを認識できないことは問題であるから、セックスとレイプを分けるものが同意の有無であることを構成要件上明らかにした上で、加害者が用いる手段、被害者の状態、両者の関係性等によって、同意がないことをどのように示すかを検討することが重要
- 不同意であるか否かは、内心の要素にとどまらず、それを徴表する具体的な行為との関連で判断しなければならないし、不同意のみを要件とすると、錯誤により被告人の故意が阻却されるおそれがあるので、禁止される行為を明確にするため、不同意を徴表する具体的・客観的な要素をも構成要件に明示する必要がある
- 177条の暴行・脅迫要件を撤廃すると、激しい暴行・脅迫を要するものとそれを全く問わないものが同一の条文で規定されることとなるが、法律としてそれでよいか、立証方法が全く異なるものが同じ条文に規定されてはかえって適用しづらいのではないかと、刑の下限が相当下がることになるのではないかと、という懸念がある
- 仮に不同意を要件とする場合、被害者が同意していなかったことと被告人にその認識があったことについて、厳格な証明が必要となるが、被害者の内心を直接証明することは困難であるから、外部的・客観的な事実関係から認定する必要がある、その判断材料となり得る客観的な事実、具体的には、被害者の内心を徴表する行為態様や関係性等の客観的な要件を明確に規定する必要がある
- 暴行・脅迫の要件を撤廃して、被害者の同意がないことに決定的な意味付け

を与えることとすると、そのことが被害者にとって負担となることが懸念されるため、被害者の意思そのものより、不同意を根拠付ける状況、手段、状態の有無を要件とすることが適切

- 暴行・脅迫や抗拒不能の要件は、例えば、被害者が大きな恐怖やだまされたことにより性交されたという状況で、同意がないことの徴表として、一定の縛りかけるものとして機能しているから、仮に同意なき性交という構成要件を作ったからといって、それによって処罰範囲が広がることとなるのかについても検討すべき
- 被害者の同意に関する被告人の認識を明らかにするためには、暴行・脅迫、薬物の使用や飲酒の有無、被告人と被害者の年齢差といった客観的要素が重要な手掛かりになり、立証責任を負う検察官にとっては、そのような手掛かりの存在が有用であり、不同意のみを要件とすると立証の対象を特定しにくい

2 暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件について、判例上必要とされる「被害者の抗拒を著しく困難にさせる程度」を緩和した要件とすべきか

① 「抗拒を著しく困難にさせる程度」を緩和することの要否・当否

- 現行法は、性犯罪の類型が少な過ぎるので、177条の基本的枠組みを維持しつつ、暴行・脅迫要件に実情を踏まえた文言を書き入れた上で、別途、暴行・脅迫の程度を緩和したり、地位・関係性を利用した類型を作ったりして、きめ細かく規定する方が、同意のない性交をきちんと処罰できるようになり、被害者救済につながる
- 裁判実務において、「抗拒を著しく困難にさせる程度」が必要とされるのは、暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件の下、行為態様や被害者の状態が被害者の自由な意思決定を阻害するに足る程度か否かを問題とし、同意の不存在を一義的に推認するためであると解されるので、その程度を大幅に緩和した要件を設けた場合、不同意の性交であることが明らかでないものまで処罰対象に取り込まれるおそれがある

② 法定刑のより軽い類型を創設することの要否・当否

- 177条については、判例上必要とされている「抗拒を著しく困難にさせる程度」という要件を条文に書き込み、これとは別に、もっと軽い類型として不同意性交等罪を設け、「抗拒を著しく困難にさせる程度」には至らない暴行・脅迫といった要件とし、さらに、不同意が外形的に認識できる客観的要件を設けるという方策が考えられる
- 性交に通常伴うような暴行・脅迫しがなく、加害者の地位や被害者との関係性等を考慮して177条が適用されるような当罰性の高さに疑問がある事例については、例えば、威力ないし威迫を用いて被害者の明確な意思に反して性交等を行った場合に10年以下の懲役に処することとする軽い類型を創設することが考えられる
- 同意のない性交を処罰する諸外国の法定刑は、2年以上の自由刑や、2年以上6年以下の拘禁刑など、軽く規定されているところ、軽い処罰であっても広く罰して違法であることを示すことが重要なのか、それとも、処罰する範囲が

狭くても重く処罰することが重要なのかを整理する必要がある

- 性犯罪の加害者は認知のゆがみを持ち、自分の利益や欲求、依存心や支配欲を満たすために加害を行っており、治療・教育の成果が得られなければ加害を繰り返す一方、被害者は長期間トラウマに苦しみ、ついには自死に至ることもあることを踏まえれば、軽い類型を作ることには反対
- 暴行・脅迫要件を満たさない事例の中には、悩みながら最終的には性行為を受け入れた場合など、同意・不同意のグレーゾーンに位置する事例が含まれるから、法定刑の軽い類型を設けるかについては、そのような事例を処罰することの可否を検討する必要があるし、仮にそのような事例も同意がないものとして処罰するのであれば、同じ不同意でありながら刑を軽くする根拠について、理論的な検討が必要

3 暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能に加えて、又はこれらに代えて、その手段や状態を明確化して列挙すべきか

① 手段や状態を列挙することの可否・当否

- 不同意性交が処罰されるべきであるが、性的同意という概念が浸透していない日本で、不同意性交という要件のみでは該当性判断が難しいのであれば、ほかの文言を列挙してもよい
- 同意はしていないが抵抗できない原因として、本人の意思とは関係なく生じ、体が動かなくなる「Tonic immobility」という反応があり、同意の有無と抵抗の有無とを結び付けて抵抗だけを重視するのは問題であり、より広い事情を拾うべき
- 抗拒不能の要件は、条文上、心神喪失と並べて規定されていることもあり、実務上、抗拒不能に該当するか否かの判断に悩むことが多いし、裁判例を見ても、抗拒不能の判断が第一審と控訴審とで分かれているものもあり、このような事態への対応として、薬物や飲酒などを列挙することは有用と思われる
- 仮に、現行法の暴行・脅迫という行為態様や心神喪失・抗拒不能という状態が、被害者の不同意を惹起する全ての場合を捕捉し切れていないのであれば、生じ得る処罰の間隙を補うために、被害者の不同意という心理状態を合理的に推認し、根拠付けることとなる行為態様を追加したり、より具体的な被害者の状態を盛り込んだりすることは十分にあり得る
- 同意がないことを表す一定の場合、例えば、被害者が泣いている場合を規定するとすると、被害者の個人的な事情が争点になって被害者の負担が増加することが考えられるし、訴追側にとっても防御側にとっても、争点の拡散が生じることとなる
- 不同意を推認させる間接事実を列挙しようとしても、例示には必ず漏れが生じ、例示された事実が解釈で拡張されるおそれがあるので、処罰の外枠を画するための要件として、暴行・脅迫や抗拒不能といった抽象概念が必要になる

② 考えられる規定の在り方

- 手段として、暴行・脅迫のほか、威迫、不意打ち、偽計、驚愕、欺罔、監禁を加えるべき

- 威迫・不意打ち・偽計・欺罔・監禁などを手段として列挙するのは、様々な手段が雑多に入り過ぎていると思われるし、「威迫」や「不意打ち」は、これまで刑法で用いられていない文言であるから、どのように適用され得るかを十分検討する必要がある。また、欺罔一般を含めるのは相当ではなく、規定の仕方に十分注意する必要がある
- 列挙される手段に欺罔を含めるか否かについて、成人に対して好意や婚姻する意思を偽る場合には処罰価値がないと思われる一方で、行為の性的な性質を偽る場合や相手方の同一性を偽る場合は現行法でも処罰されているから、欺罔を含める場合には、その範囲を限定することが重要
- 不同意とは、選択を行う自由と能力が侵害される場合であり、自由と能力のいずれか一方を有していない場合には同意ができない。「自由」の侵害とは、暴行・脅迫が用いられた場合や地位・関係性を利用された場合、家庭内の被害の場合である。「能力」の侵害とは、相手方の年齢、薬物、障害、疾患を利用した場合であり、心神喪失・抗拒不能の要件に対応するところ、「能力」が奪われている状態を幅広く明文化する必要がある
- 抗拒不能の要件の明確化として、「人の無意識、睡眠、催眠、酩酊、薬物の影響、疾患、障害、洗脳、恐怖、困惑その他の状況により、特別に脆弱な状態におかれている状況を利用し、又はその状況に乗じて」という要件とすべき
- 経済上・学業上・人間関係上の問題がある場合や、秘密をばらされるかもしれない状況を利用した場合、理解力や力関係の差や脆弱性を利用した場合を捕捉できるような文言を検討すべきである。また、18歳になる前から監護者に性交を強要されていた被害者は18歳を超えても抵抗できないし、最初の性交が強制性交等であった場合には、その後、明確な脅しがなくても性交に応じてしまう場合があるため、以前の性交によりその後の抵抗が抑圧されるといった場合が捕捉されるような文言を検討する必要がある
- 被害者の同意がないことを明確に規定するため、暴行・脅迫を例示としたり、「抵抗ができない状態」や「正当な理由なく」といった文言を加えたりする形で概括的に規定すべきであり、そうすると、177条と178条の処罰対象が一部重なることになるが、問題はないと思われる
- 被害者の自由意思を阻害する可能性がある手段の全てを網羅的に規定することは恐らく不可能であるから、仮に行為態様を追加するとしても、例示列挙とした上で、例えば、「暴行、脅迫、威力、不意打ちなど被害者の抗拒を著しく困難にさせる手段」という形で、例示された手段の意義を包括的に示す要件が必要になると思われる。また、行為態様を幅広く列挙すると、被害者の不同意が明確に認定できない場合が含まれ得るので、例えば、「(一定の手段によって)被害者の自由な意思決定を困難にし、その状態で性交等を行う」という形で、行為態様に加えて被害者の心理状態を要件として規定することも考えられる
- 不同意性交を処罰することとし、一定の場合に不同意が推定されると規定した場合、不同意が何を意味するのかが問題となるし、手段を列挙した上で、「その他意思に反する手段」と規定した場合、「その他意思に反する」が何を意味す

るのが曖昧になるので、明確性を確保するため、手段と一定の被害者の状態の両方を規定することが必要

- 177条に、暴行・脅迫より広い概念を書き込むべきだが、判例で使われている「抗拒を著しく困難にさせる」という表現について、法律家ではない人は、被害者が抵抗することを前提としたものと理解しているものと思われ、それが性暴力に対する意識の低さ、被害者に対する偏見、嫌なら一生懸命抵抗すべきであるといった強姦神話のようなものがなくなるにつながっているもので、別の言葉にすべき
- 言葉のニュアンスとして、「抗拒が困難な状態に陥れ」という文言だと、被害者は陥れられたと感じるが、抗拒不能のように、「不能」という文言だと、抵抗できることが前提になっているように感じるものであり、法律用語が分からない一般人と専門家との間の認識や理解には乖離があると感じる