ノート

性犯罪法改正に関する備忘録
―改正の議論に参加して

宮　田　桂　子

平成２９年７月１３日から、性犯罪に関して改正された刑法が施行されている。

性犯罪の罰則に関する検討会（以下「検討会」という）及び法制審刑事法（性犯罪関係）部会（以下法制審部会という）に関わったことで、最近、マスコミから意見を求められるなどしたため、この場を借りて私見をまとめてみることとした。

第１　我が国の判例は女性を貶めるものだったのか

強姦（現在は強制性交）罪の成立について、我が国では「被害者が相当に抵抗しなければ犯罪が成立しない」という言説がまかり通っている。(1) おそらく、過去、性犯罪者を支援する方々によって書かれた書籍に、そのような記載があるためだと思われる。(2)

しかしながら、実際のところ、我が国における強姦、準強姦の規定は、被害者を救済するために、法文を離れて拡大解釈（類推解釈とも考え得る）されてきた。

１　強姦罪（現　強制性交罪）の解釈について

強姦罪の暴行･脅迫について、最高裁昭和２４年５月１０日判決（刑集３･６･７１１）は、被害者の反抗を著しく困難ならしめるものであることが必要と判断しているので、もしかすると多くの言説はこの判断に依拠しているのかもしれない。

しかし、この要件は現実には緩和されている。最高裁昭和３３年６月６日判

(1)　例えば「痴漢外来　性犯罪と闘う科学（原田隆之」」ちくま新書は、加害者への対策として非常に優れた図書だが、そのような記載が散見される。

(2)　例えば、「逃げられない性犯罪被害者　無謀な最高裁判決（杉田聡）青弓社」など

決（裁集刑１２６・１７１）は、たとえ暴行・脅迫の程度が軽かったとしても、事件の起きた場所、時刻、経緯、行為のときの状況といった客観的な事情に加えて、被害者の性別、年齢等の属性も加味した諸般の事情から、被害者が「抵抗困難」であれば同罪が成立するとした。この判決以降、被害者の抵抗が困難な事情があると認められれば広く強姦罪の成立を認めてきていたというのが実情であり、諸般の状況を考慮して、腕を押さえる、覆い被さる等といった、性行為に当然に伴う有形力の行使を暴行と認定した事例も存する。

そのような判断がされたとしても、強姦事件の判決の公開は、被害者だけでなく加害者とされた者へのダメージが大きいため、公刊されない場合も多く、このような解釈が取られていることを、国民が知り得ないという問題が存する。現在、我が国では被害者が抵抗できないほどの強い暴行・脅迫を受けなければ犯罪が成立しないという解釈はとられていない。抗拒困難をもたらず「暴行又は脅迫を用いて」という要件は骨抜きにされており、そのことを罪刑法定主義に反するという批判をするならともかく、我が国では強い暴行脅迫がなければ犯罪成立を認めないかの言説は明らかに誤っている（ただし、今回の改正で厳しい解釈に戻る可能性はあることについて後述）。

なお、最高裁判決は、平成２３年７月２５日（判タ１３５８・７９）で逆転無罪判決を下しているが、この判決は、一部論者が言うように、「被害者が抵抗していないので、被害があったとすれば不合理である」という判断をしたのではない。当該事件では、暴行、脅迫、姦淫を裏付ける客観証拠がないので、それを基礎づける唯一の証拠である被害者供述の信用性判断を慎重に行う必要があるとしたものであり、被害者の抵抗を要求した判決ではないことは一読すれば明白である。確かに、この判決は、最初に、被害者が現場まで連れて行かれた際に逃げようとしなかった事実を真っ先に挙げてはいるが、被害態様について、供述どおりの行為が客観的に困難であることや、被害者が、ストッキングを破られたのでそれを捨てたと供述しているのに事件直後であるにもかかわらずそれが発見されなかったこと、新しいストッキングを買ったと供述していたものが、その裏付けがないとわかると、レジの記録に合わせた供述をしているといった供述の変遷があること等を考慮している。また、須藤正彦裁判官の補足意見では、被告人が、多数の女性に声をかけて行きずりの関係を結んでいることなどから、女性を８０ｍも離れたところまで連れて行く等の行為に出る

ことが不自然であるという加害者の属性や、被害者が、被告人から性的行為をされたのに被告人が対価を払わずに逃げたこと等から強い被害感情を持った可能性も指摘されているし、千葉勝美裁判官の補足意見では、被害者が男性から脅されて恐怖にかられて抵抗し難い心理状態になることもあり、女性の心理状態をふまえた認定が必要であることを明示したうえで、上記判断が正当ものであることを論証する慎重な判断がされている。この最高裁判決についての批判は的を射ていないものが多いように思われる。

確かに、判断に疑問のある裁判例も存在することは事実であるし、個別の事案で、非常に不適切な訴訟指揮や補充尋問をするなど、問題のある裁判官がいることは間違いないが、「日本の判決は女性を貶めてきた」「日本の裁判官が不勉強である」ということまではいえず、むしろ、検察官の起訴権限権の行使や、立証方法などを批判すべき事案の方が多いように思われる。我が国の政府や司法判断等への批判があれば「日本を貶めるネガティブキャンペーンだ」といういわゆる「右」の人達が、性犯罪に関する言説については批判を一つもしていないことが私には不思議でならない。

なお、刑法改正後にも、大きな判断の転換があった。最高裁平成２９年１１月２９日大法廷判決は、過去、刑法１７６条前段の強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が犯人の性欲を刺戟興奮させまたは満足させるという性的意図のもとに行われることを要するとしていた（最判昭４５・１・２９刑集２４・１・１）判断を全員一致で変更した。即ち、今日では、強制わいせつ罪の成立要件の解釈に当たっては、被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度に目を向けるべきであることを明示し、行為者の目的等の主観的事情が判断要素となることは否定できないとしつつも、行為者の性的意図を成立要件とするとした昭和４５年判決の解釈を変更すべきとした。客観的に、被害者が性的被害を受けたといえるような事案については、強制わいせつ罪が成立することになり、この最高裁判決の後では、被害者の衣服を脱がせる、胸や局部に触る、性器や肛門に異物を挿入する等といった行為は、加害者の性的意図がなくても強制わいせつ罪が成立することになろう。

２　準強姦罪（現　準強制性交罪）の解釈について

準強姦罪の「抗拒不能」の要件についても、泥酔した状態など、正常な判断

ができずにおよそ抵抗が不可能であるような場合だけではなく、反抗が著しく困難な状態であればよいとされ（大コンメンタール第９巻（第３版）８２ページ等）、物理的・身体的に困難な場合のみか、心理的に著しく困難な場合にまで拡大されている。例えば、牧師が被害者の信仰心を利用した（京都地判平１８.２.２１判タ１２２９・３４４）状況、治療行為として必要だと誤信させた（横浜地判平１６・９・１４判タ１１８９・３４７等）状況での姦淫を準強姦罪とした例がある。日弁連刑事弁護センターには、教師、上司、親がその地位を利用して姦淫に及んだものを有罪とした事例が報告されていた。このような幅広の判決が出されても、強姦罪（現　強制性交罪）と同様、公刊されないことが多かった。

このように「抗拒不能」の要件は、被害者が置かれた状況や行為者が作出した状況などを総合考慮して、被害者が、抵抗が著しく困難になっていれば（しかも、これは価値的なものであり、客観的にそういう場合は抵抗できないだろう、ということを意味する）本罪が成立するというところまで緩められている。この点については、被害者が性行為を行うことを認識・認容できている以上、準強姦罪は成立しないとの有力な学説もある（西田典之「刑法各論（第６版）」９３ページなど）が、裁判所は、被害者の自由な意思が妨げられるような錯誤状態に陥っている場合には、本罪の成立を認めてきた。

もちろん、そういう判断をとらずに検察官が不起訴にした事例は数多くあるだろうし、裁判所の判断にも犯罪成立をなぜ認めなかったか疑問を感じるものもあるが、前記 1. の検討と同様およそ日本の裁判がひどいなどとはいえない状況にある。

第２　強制性交罪の構成要件は妥当だったのか

今回、通常の性交に加え、肛門性交、口腔性交が強制性交の構成要件に定められた。これは、膣、肛門、口腔に陰茎を挿入すること、あるいはさせることを意味する。(3)

(3) 陰茎の挿入に関する定義を条文上明示する法務省案が当初出され、検討されたが、条文上は端的な表現とし、諮問された法務省案の意味内容を変更するものではないとされた。法務省法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第７回議事録１～２ページ　加藤俊治幹事の説明。法務省 HP　http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00136.html

肛門性交については、これを「性交」ということに対する違和感はないし、現実に「肛門性交」という言葉は使われている。一方「口腔性交」という言葉は、「オーラルセックス」の和訳として使われている言葉で、口腔への陰茎の挿入行為だけではなく、舌で陰茎を刺激するような行為や、舌や口唇で性器を刺激する行為も含む概念である。(4)

今般の立法に当たっては、性器を口腔に挿入される行為は、被害者の精神的な打撃が非常に大きいことが考慮された。しかし、被害者にとってみれば、陰茎を口に挿入された場合と、それを舐めさせられた場合の精神的打撃は大きく違わないのではないのか。社会で通有している「口腔性交」という言葉が通常使われる「オーラルセックス」を意味するのであれば（そうとしか考えられないと思うが)、陰茎の挿入行為よりもはるかに広い概念であることは明らかである。刑法において、日常用語よりも狭い概念の用語を用いることは、国民の混乱を生じかねないものではないのか。例えば、加害者が、口腔への挿入を全く考えていないような事案が強制性交罪ではなく強制わいせつ罪とされることには、被害者あるいは法律家以外の者には理解し難いものがあるのではないか。今後、改正１７７条が、陰茎の挿入を企図して作られた条文であるにも関わらず、「被害者の精神的打撃は口腔への挿入行為も舐めさせる行為も同じである」として、口腔性交を挿入を前提としないよう、別異に扱うべきであるという主張を招来する危険すら感じる。

口腔への性器の挿入行為に比べ、膣や肛門への挿入行為は、裂傷等の傷害が生じる恐れが高く、その危険性は大きい。性犯罪の罰則に関する検討会では異物挿入について議論がされたが、膣や肛門であればともかく、口への異物挿入は違法といえない場合もあること等が考慮されて改正の議論からは外されている。(5) 膣や肛門への異物の挿入は、陰茎の挿入と同等あるいはそれ以上に危険な行為であるし、被害者の性的被害感情、屈辱感も大きい。

---

(4) 例えば、厚労省「オーラルセックス（口腔性交）による感染症に関する Q&A」https://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/kenkou_iryou/kenkou/kekkaku-kansenshou/seikansenshou/qanda.htm

(5) 改正の議論については、性犯罪の罰則に関する検討会第５回会議議事録１３～２２ページ　http://www.moj.go.jp/content/001137753.pdf。なお、当職は、この会に、異物挿入が、膣や肛門に対してなされた場合には、被害者にとっては性犯罪であること、しかし、

今回の改正において「下半身の体腔（下半身が広すぎるなら、脚部の付け根にある体腔、でもいいのだが）に対する侵襲行為は懲役○年に処する」というような形での条文を考えることはできなかったのであろうか。このような条文であれば、異物挿入を処罰することも可能となる。被害者には、手指の挿入等も精神的にダメージが大きいということは、検討会でも指摘されているし、性具を用いたものとなれば、陰茎の挿入と同様の羞恥心をもたらし得るだろう。このような条文であれば、男性の女性化手術等による人工膣が膣といえるのかどうか、といった議論も全く必要がなくなる。確かに、こうすると、尿道への侵襲も処罰の対象になってくるが、そのような行為は稀であるうえ、尿道への侵襲が正当化できるのは、尿道カテーテル挿入等の医療行為のみであるし、侵襲行為がされれば男女を問わず屈辱感、羞恥の念が起こることは明らかで、男性の場合には苦痛を伴うことも間違いないのだから、これが処罰対象に入ることに著しい問題は生じないだろう。

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（反対意見を出したのは当職だけといってもよく、それをつぶす「議論」はあったが議論らしい議論はなかったように感じる）であったことから、当職がこのような考えを開陳する機会が全くなかったことを、今でも心から残念に思っている。

オーラルセックス（あえて口腔性交という言葉を用いない）には、被害者に与える精神的な被害が甚大であることは理解できる。しかし、被害者の精神的被害については、PTSD 等の診断をするなど、客観的事実を明確な証拠として示すことによって、強制わいせつ事件の中で、より重い類型であることを示すことができるのだし、PTSD を傷害と認定して、監禁致傷の成立を認めた最高裁判決（平２４・７・２４刑集６６・８・７０９）のアナロジーからすれば、そのような事例を強制わいせつ致傷罪として処罰することも可能であっただろう。今回の改正において、強制わいせつ事犯で、「精神的被害」が立証されてもなお言い渡される刑が軽くて不当であるといえるのかについての検討が全く

口ではそうはならないこと、「強姦と同じ」といえるかどうかの判断が必要であること等を発言している。結局、異物挿入については、強制性交罪の外延が不明確になるとして見送られた。第１０回会議議事録　法務省 HP　９～１０ページ　http://www.moj.go.jp/content/001152134.pdf

されなかったことに当職は不満を持っている。

日弁連は、平成２８年１０月２５日、強制わいせつ罪で処罰されていた肛門性交、口腔性交を１７７条等に入れ込み、後述のとおり刑の下限を懲役５年としたことは二重の重罰化であるとの意見を出した（以下「日弁連意見」という）が[(6)]、「口腔性交」という言葉自体の問題についても、意見を述べるべきではなかったかと考える。

また、「挿入させる行為」を、「挿入する行為」と同等に罰することとなったが、上記の被害者の身体に対する危険性を考えた場合、挿入する行為をした被害者の身体への危険性は考え難い。被害者の精神的打撃を受けることがあるとしても、挿入を伴わないオーラルセックスを強要されることのダメージより、「挿入させる行為」のダメージが大きいとは言い難いのではないのか。「感情」という計測困難なものによって構成要件を定めるということは、刑法の客観性を害することになると考えることもできるし、上記のとおり、被害者の精神的被害を傷害としてとらえることで従来の規定での対処は可能だったはずであり、「挿入させる行為」を強制わいせつから強制性交罪に移したことには問題があったと考える。

自民党の多数は、ジェンダーフリーの概念に対して極めて拒否的であるが、政府は、この刑法改正についてはLGBTも含めた性犯罪被害への対応だとの説明をしている。この点に矛盾を感じた自民党の国会議員はいなかったのだろうか。

第３　下限懲役５年の問題

強姦罪の下限は懲役３年であったが、強制性交罪の構成要件への改正と同時に、下限を懲役５年に引き上げられた。財産罪である強盗罪の下限５年よりも、性的自由を保護法益とする罪の下限が低いことが問題視されたこと、近年の強姦罪の量刑傾向が長期となる傾向があることが立法事実とされている。

しかし、強盗罪の下限５年が重いことについては、性犯罪の罰則に関する検討会中、井田良委員から指摘されているところである。恐喝罪に近い事例、暴

(6)　日弁連意見書はhttps://www.nichibenren.or.jp/document/opinion/year/2016/160915_4.html

行脅迫が極めて微弱な事例もあり、強盗罪の法定刑は重すぎる感がある。また、窃盗罪についても、常習累犯窃盗罪にはあらゆる窃盗罪の類型が取り込まれており、この構成要件に該当するということになれば、ごく軽微な犯罪類型でも実刑を免れない。万引き事犯が刑務所にあふれている国など我が国以外には存しない。刑罰の重さを議論するなら、我が国においては財産罪が重すぎるということも考えなければならなかったのではないのか。(7) また、人の生命という何より重い法益が害された殺人罪は下限５年、傷害致死罪は下限３年である。(8) 性犯罪が魂の殺人であるといわれるほど、被害者への精神的、肉体的ダメージが大きいことは間違いないが、これを人が現実に亡くなった事件と等しいと考えることはできない。なぜなら、被害者の肉体的・精神的ダメージからの回復を支援することこそが、性犯罪対策の中心におかれるべきであり、かような面から、被害者が死亡してしまった事件と性犯罪とは文字どおり彼岸と此岸の差があるからである。

さらに、情状酌量の余地のある殺人事件や強盗事件は存在する。例えば、嬰児殺や介護殺については、加害者が孤立無援の状態になり、抑うつ状態で事件を起こすことも多いし、強盗事件においても、被害額軽微で軽微な暴行・脅迫をしたような事件で、加害者の同情すべき貧困状態が動機となっていることもあり、そのような事案では酌量減軽により、執行猶予付有罪判決が言い渡されることもしばしばであるし、実刑となる場合でも、５年を下回る懲役刑が科されることも多い。

一方、性犯罪については、加害者に酌量すべき事情が存する案件はほとんど考え難い。ごく例外的に、加害者に完全責任能力はあるが、知的障害等のために動機等に酌量の余地がある事件などが考えられるかもしれない。検討会の時点から、強姦罪は実刑が科されるケースが多かったことが指摘されており、現在では、示談をして被害者から宥恕を受けていたとしても酌量減軽がされない案件が多くなっている。そうすると、下限が５年となることは、性犯罪においては執行猶予付実刑判決を出せないこととほぼ等価に等しい（ただし、より重

(7) 検討会第７回における井田委員の財産罪が重すぎるという発言や　３～４ページ、強盗の刑の下限を４年に下げ、強姦をこれに合わせることも考え得るとの発言　７～８ページ　検討会第７回会議議事録　法務省 HP　http://www.moj.go.jp/content/001140999.pdf

(8) 検討会第７回７～８ページの当職発言　上記法務省 HP

大な犯罪であるはずの強制性交致傷罪については、被害者に擦過傷等の軽微な傷害を負わせたが、性的行為は全く行われていない事例について、犯情軽微で酌量の余地があるといい得る場合がある)。

我々は、弁護をしていると、無罪を確信していた事件で、執行猶予付有罪判決や短期実刑に対して長期の審理期間のほぼ全てを算入して、直ちに、あるいは早期に釈放を図るような判決が出されるという経験をしている（担当裁判官にしてみれば「それは有罪だから有罪にしただけだ」というのかもしれないが、認定した犯罪事実が成立してその量刑だと軽すぎるという印象を持つのだ)。そうすると、強制性交罪で下限５年となったことは、裁判官は、無罪を言い渡すだけの勇気がない（失礼な表現かもしれないが）ときに、執行猶予付有罪判決等の判決をだすことはできなくなり、有罪か無罪か、という判断に直面せざるを得ない。

そして、第１，１・２で指摘した広範な解釈にも縮小傾向が出てこないだろうか。上記のとおり、１７７条の暴行・脅迫要件や１７８条の抗拒不能要件は非常にゆるやかに解されてきた。それは、刑の下限が３年であり、執行猶予付判決や短期実刑も含めた軽い刑を科すことにより、行為の重さとの均衡を害さない運用が可能だったからであろう。この点については、法改正の前に、斎藤豊治氏や嘉門優氏が、刑を重くすることによって、かえって、違法性のハードルが上がり、限界事例の処罰が困難となること、処罰範囲を広範にしたいという意図があるのであれば、下限５年とすることにはかえって問題が大きいことを指摘しておられた。[(9)] 下限５年への引き上げは、上記第１で記載したような、判例の法創造機能を最大限に活用した解釈を封じる可能性も存するであろう。過去、有罪とされてきた事例の中で、かなり限界的な事例については、今後、刑が引き上げられた結果、無罪となる可能性もあるのではなかろうか。

最近、「性犯罪での無罪事例が相次いでいる」という報道もあるが、もしかすると、かような刑の下限の引き上げにより、裁判官の違法性判断がより慎重になり、あるいは証拠評価がより慎重になった（とくに、性犯罪の場合には、もともと、被害者供述しか実行行為を裏付けるものが無い場合があるため、被害者供述に対する弁護人の弾劾は詳細なものとならざるを得ないし、裁判所の

(9) 「犯罪と刑罰（刑法読書会機関紙）」第２６号　嘉門「法益論から見た強姦罪等の改正案（１１ページ以下）」、斎藤「性犯罪の改革と課題（５３ページ以下）

判断も客観証拠や客観的事実を十分に吟味したも慎重なものとならざるを得なかった面がある）という仮説も成り立ち得る。

なお、各国の性犯罪に対する罰則の下限は、我が国の現行法よりもずっと低い。法制審部会第１回の配布資料１３「諸外国の性犯罪及び強姦罪等の法定刑」は、暴行脅迫を用いた類型と強制わいせつ罪に当たるもののみをピックアップしているが、配布資料１１－１～７は、アメリカ３州、イギリス、フランス、ドイツ（なお、これは改正前の法律であり、現在は、ドイツは、「同意なき性交」の類型を置いている）、韓国のその他の類型についての法定刑も記載されており、イギリスでは、性的暴行について、略式起訴の場合は６月以下の拘禁刑または罰金、正式起訴の場合は10年以下の拘禁刑としている（なお、ドイツ等については後述注15参照）。[10]

被害者やその支援者の方々が「広く処罰せよ」というのであれば、刑の下限は低いものでなければ不合理なのである。

また、確かに、フランスでは、性的攻撃を強姦と同視し、15年の拘禁刑を法定刑とするが、現実の刑の言い渡しがどうなっているかを比較しなければ意味がないと思われるところ、そのような資料が紹介されていないことには問題があるし、同国では、刑事施設内で、刑罰適用判事による大幅な減刑がなされることがあり[11]、仮釈放制度が弾力的に運用されている[12]ことを忘れてはならない。他の国々についても、刑法の条文を検討するだけでは足らず、現実に言い渡される刑や出所までの期間がどうであるかを見なければ、制度比較と

---

(10) 法務省HPで、それぞれ、ミシガン州　http://www.moj.go.jp/content/001162254.pdf
ニューヨーク州　http://www.moj.go.jp/content/001162255.pdf
カリフォルニア州　http://www.moj.go.jp/content/001162256.pdf
イギリス　http://www.moj.go.jp/content/001162257.pdf
フランス　http://www.moj.go.jp/content/001162258.pdf
ドイツ　http://www.moj.go.jp/content/001162259.pdf
韓国　http://www.moj.go.jp/content/001162260.pdf

(11)「判決宣告の段階では厳罰でも服役期間は短縮されている現実」との記載が「フランス刑法典の200年（イブ・ジャンクロ　小梁吉章訳）広島法学36．3」の1177ページ

(12) 法務省のフランスの電子監視制度を紹介する論文（渡邉俊子、田島佳代子）からも、減刑や仮釈放制度の弾力的運用を読み取ることが可能である。
法務省HP　http://www.moj.go.jp/content/000084704.pdf

しては不充分と断じざるを得ない。

第４　監護者性交罪立法の功罪

上記のとおり、１７８条は相当幅広に解釈されてきた。親子間の事例についても、例えば、同居していた養父により、小学生の頃から性的虐待を繰り返されていた２０代女性に対して、準強姦罪、準強制わいせつ罪の成立を認めた例（広島高岡山支部判平24・７・４　LLI/DB　L06720347）がある。繰り返し被害に遭っていた被害者が、抵抗を諦めてしまうような案件についても、心理的抗拒不能ないし著しく困難な事例として処罰が可能であったはずである。

しかし、法制審部会では、当職からのそのような指摘に対しては、そのような事例は抗拒不能には当たらないという発言や、明確な暴行脅迫もなく抗拒不能ともいえないような状況で性交等が繰り返され得る等という意見が相次ぎ、当職の考えは全く省みられなかった。[13] 確かに、被害者が保護者からの性的行為を愛情表現と思い込み、全く抵抗なく性交を含む性的行為に応じることや、被害が繰り返され、犯行の日時場所等が明らかな事案については暴行脅迫等の立証が困難な案件はあり得ると思われる。

しかし、１３歳未満の被害者に対しては、１７７条は、その同意の有無に拘わらず犯罪が成立するものとしているから、監護者が被害者の同意があると思った、被害者が喜んでいると思ったという主張をしても、それを封じることは可能である。

そうすると、監護者からの被害を受けた１３歳以上の者をどうすれば救えるのか、ということになる。今回の改正は、１７９条の監護者性交の客体を１８歳未満としており、１３歳から１７歳までの者が、精神的に未熟で、監護者への精神的、経済的な依存状態にあることが通常であることが考慮されている[14]。そして、１３歳から１７歳までの被害者が、たとえ、性的行為を愛情表現と思い込んで受け入れたとしても、加害者は、自分が保護者であり、影響力を行使

(13) 法制審部会第３回会議議事録　６～１２ページ。　法務省HP　http://www.moj.go.jp/content/001173701.pdf

(14) 同上　法務省からの説明　３ページ以下

している状態にあることを認識できていれば、故意として十分であるとされる。[15]

しかし、民法の成人年齢が１８歳に引き下げられたとはいえ、高等教育への進学率が高くなり、２０歳を超えても親の経済力に依存する子は多いし、未だ社会人になっておらず、社会経験を積んでいない学生であれば、監護者への依存状態は継続している場合も少なくないだろう。また、知的障害や身体障害等がある場合には、例え成人になったとしても、性に対する理解が十分できず、物理的に抵抗が不可能であって、被害を繰り返し受ける可能性がある場合もある。そのような被害者は、過去には、１７８条の柔軟な解釈により抗拒不能状態（あるいは著しい困難）とされて救われてきたが、この１７９条が作られたことによって、切り捨てられる危険がある。なぜなら、それらを１７８条の解釈で救うことができるのであれば、監護者性交等罪の立法事実はなかった、ということにもなりかねないからである。

また、この刑の下限が５年であることも問題である。確かに、非常に悲惨な事例も存するのだが、子が離れて育った後、同居するに至った親と恋愛関係になる、あるいは、子が養親と恋愛関係になるという案件もあり（養親が内縁の場合、子とその者が婚姻に至る場合もあり得る）、社会的非難が比較的低い類型も存するはずである。

そもそも、性交同意年齢については引き上げがされず１３歳未満とされたこととの比較や、性についての判断に関する個性、成長に段階があること等も考えあわせると、１８歳での一律の線引きや下限５年という刑には問題があったといえるのではなかろうか。[16]

かような意味で、監護者性交罪の新設は、かえって救われない被害者を作った面もあると考える。

名古屋地裁岡崎支部平成３１年３月２６日判決は、１９歳の被害者が父親からの性交に抗拒できなかったという事案に対して無罪を言い渡したものであるが、上記のとおり、刑法１７８条がかなり幅広に解釈されてきたところ、裁判所は、刑の下限が重くなったばかりでなく、１７９条の監護者性交罪が新設された状況に鑑み、親子間での長期間に渡る被害があった場合の抗拒不能の要件

---

(15) 前掲注　日弁連意見書は、「影響力があることに乗じた」との推認を覆す防御活動を行うことは極めて困難でありことを批判する。

(16) 前掲注９　嘉門論文等

の成立に対して慎重な態度をとった結果と考えることも可能であろう。

第5　性犯罪についての議論の混乱はないか

性犯罪に関しては、不起訴処分や無罪判決が出ると、直ちにそれが報道され、判断に批判がされる場合がある。性犯罪の処分に関する報道は、性犯罪被害者やその支援者から、女性に対する差別の問題、ジェンダーの問題等を取材してきた記者への情報が与えられて記事が書かれることが多いように感じられ、視点が司法的なものではないことから、被害者側の感想・意見が中心となり、実際の事件での証拠判断がいかなるものであったのかについての詳細な検討を欠いていることがあるように思われる（例えば、上記最高裁判決）。

性犯罪には、構成要件に関する客観的証拠が乏しく、被害者供述のみによって、構成要件たる暴行・脅迫あるいは抗拒不能（あるいは著しい困難）、性行為を裏付けなければならないような案件が多数ある。刑訴法の無罪推定、検察官の立証責任、疑わしきは被告人の利益にといった原則を前提とすれば、被害者供述に対して、非常に慎重（被害者にしてみれば、理不尽に自分の言い分が退けられたと感じるかもしれない）で詳細（被害者にしてみれば執拗と感じられるかもしれない）な検討がされることはやむを得ない面がある。

そうすると、性犯罪については、被害者の記憶が混乱している、ショックのため記憶が剥落しているといった案件もあるが、客観証拠が乏しければ、そのような案件について、検察官は起訴に耐えられないという判断を下さざるを得ないし、たとえ起訴されて裁判となっても、被害者の証言が十分に立証に耐えられないものとなり（反対尋問で崩されるだけでなく、主尋問の段階で、既に破綻してしまう場合もあり得る）、無罪を招くことになる。

弁護をしている我々の実感としてみれば、「強姦神話」[17] よりも、逆強姦神話ともいえるような「こんな恥ずかしいこと、こんな苦痛なことを話す被害者が嘘を言っているはずがない」という「逆強姦神話」が検察官、裁判官の判断に横溢しており、冤罪を生んでいるように思われてならない。真犯人が現れたことで被害者の供述が勘違いで誤りであったことが明らかになったいわゆる

(17) 性犯罪の加害者や被害者、性的暴行に対して持たれる、偏向していて類型的な、間違った信念のこと。「被害者が抵抗しなかったことはおかしい」「あんな所に行くから被害に遭う」「被害に遭うのは女性にも落ち度があるからだ」等といった例がある。

氷見事件や、被害者が親からの誘導で親族からの性被害を申告したが、実際には被害には遭っていなかったことを告白し、それを裏付ける証拠も存した、再審で無罪を言い渡した大阪地裁平成２７年１０月１６日判決（http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/443/085443_hanrei.pdf）など、被害者の勘違いや嘘が招いた冤罪事件は存するのである。冤罪であるにもかかわらず有罪が確定し、新証拠を探せず再審請求ができない、涙にくれる「加害者」も少なくないと思われる。

冤罪はあってはならない。被害者供述を丁寧に検証していく作業をする刑事司法は、健全なものといえる。

そして、被害者供述の信用性の判断については、上記最高裁判決に見られるように、被害者・加害者双方の供述やそれを裏付け得る証拠を検討し、裁判官は加害者の主張に合理性があれば、「疑わしきは被告人の利益に」事実を認定し、解釈を行うことになる。これは、刑事裁判の大原則であり、性犯罪だけが例外にはなり得ない。

巷間の言説をみると、「同意なき性交」という構成要件を作れば、被害者は今よりも広く救済されるというのだが、この構成要件は、被害者が「同意がなかった」といえば起訴され、有罪になるという魔法の杖ではない。

「同意なき性交」罪ができたとしても、「誰が見ても同意がないと考えるような事情」を、検察官が情況証拠を用いて立証していく必要がある。例えば、被害者が、上司には逆らうことができず、実際には嫌だったがやむなくホテルで性行為に応じた、という案件を考えると、この被害者が、「誰が見ても同意がないと考えるような状況」といえるかどうかが問題となり、例えば、被害者がホテルに入ることを嫌がっていた、被害者がホテルのフロントで泣いていたといった、当時の状況を示す証拠があれば、「同意がなかった」と言えるだろうが、そのような証拠が全くないような場合、あるいは、被害者が了解するようなそぶりを見せていた、被害者も喜んでついて行っているように見えた（たとえ被害者が酔って記憶を失っていたとしても）というような状況があれば、「同意があった」とされる可能性がある。また、事件前後の事情等から、加害者が「同意があったと誤信した」ということで、故意の成立が否定され、犯罪が成立しないという可能性もある。

また、海外には「同意なき性交」罪を置いている国もあるが、その刑罰は軽

い。例えば、スウェーデンでは、「自発的に参加しない者との性交」を処罰しているが、この罰則は自由２年～６年（なお、同国は過失犯について４年以下の件を定める）、ドイツでは「同意がない者との性交」を処罰しているが、この刑罰は自由刑６月以上５年以下である。[18]

また、ドイツで自由刑５年以上とされるのは、①加害者が凶器もしくは危険な道具を使用したとき、又は、② a）被害者を行為の際に身体的に著しく虐待し、もしくはｂ）行為により死亡の危険にさらしたときである。また、自由刑３年以上とされるのは、①凶器もしくはその他の危険な道具を携行したとき　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、道具も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である。[19]

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、つまみ食い的な引用がなされているように思えてならない。

既にされた改正を私は失敗だと思う。議論があまりに粗かったと思う。今後、さらに改正をするときには、もっと丁寧な議論がなされる必要がある。

第６　加害者への対策をどう考えるべきか

性犯罪の被害者は、加害者に対して嫌悪や恐怖の念を持ち、加害者がともかく目の前から居なくなってくれることを望むことが多い。しかし、性犯罪によって無期刑や死刑が科される事件は殆どないのであり、たとえ無期刑でも、仮釈放の可能性がある。早晩加害者は社会に帰ってくる。被害者が１日でも長く加害者の刑務所への収容を望んだとしても、刑期以上の収容はできない。

そうすると、加害者に対して、①再犯を防ぐための効果的な教育・治療をする　②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　③②の前提ともなり得るが、居場所を確保し、就労の機会を与

(18) 国際人権 NGO ヒューマンライツ・ナウの調査。ただし、法定刑については不完全な部分があると感じられる。http://hrn.or.jp/wpHN/wp-content/uploads/2019/02/d81f8c13c876e462bd4c4123941105a0.pdf

(19) 前掲注　嘉門　末尾表

えるなどして、社会内でやり直せる環境を整え、性以外への関心を向けさるといった方策をとることは、被害者本人だけでなく、新たに被害に遭う者を作らないという意味でも非常に重要な問題である。

①については、現在、刑務所内において「性犯罪防止プログラム」が実施されている。しかし、この受講は性犯罪をした者全員に施されるわけではないし、外部の医師や公認心理士等がプログラムを行うとは限らず、刑務所職員がそれを行う場合もある。そのような場合、指導者のプログラムに対する理解が十分ではなく、教育の効果が十分上がらないこともあることが指摘されている。指導を行う者に人間観やジェンダー観にゆがみがあれば、性加害者への適切な指導は行い得ないし、刑務所職員が過剰勤務の中、精神的余裕がない状況で行う指導はうまくいかないだろう。また、女性に被害を与えた男性の加害者は、男性ばかりの刑務所に入るので、女性がいない以上、再犯をしないのは当然で、教育・治療効果が上がっているかどうかの検証は出所してからでなければわからない。①と社会内での教育・治療とを有機的に連関させ、その効果を検証していく作業が必要不可欠であるが、未だ十分なされているとはいえない。

また、②については、仮釈放されると、仮釈放期間中、保護観察所において、性犯罪防止プログラムの受講を順守事項として科す場合が多い。しかし、満期出所だとそういう機会は与えられない。問題の大きな者に対して、社会内での教育・治療が行えないのは矛盾している。また、仮釈放については、被害者意見の聴取によって、その期間が短くなりがちである。宣告刑が重くなった分、仮釈放期間を十分に取り、社会内で指導を受けながら復帰をすることが望ましいのだが、そのように運用されていないことは問題である。仮に、性犯罪が繰り返される犯罪である、というのであれば、刑の一部執行猶予のような、施設再収容による威嚇のもとで、一定期間、監督するような方策も考える必要があるかもしれない。監視をするというのであれば、適正手続きのもとで、司法判断により、監視が適切な案件かを見定め、監督期間を定めることが不可欠だからだ。

また、仮釈放期間が過ぎてから、教育・治療を継続すべき場合もあると思われるが、本人にその動機付けができなければそのような機会を与えられないし、そもそも、我が国にはそのような教育・治療のための機関が少ないことも問題である。

③についてはさらに深刻である。性犯罪については、家族からも見放され、帰住先がない場合も少なくないのだが、そのような者を受け入れることができる更生保護施設は少ない。かなりの数の更生保護施設が、近隣住民と性犯罪をした者を受け入れないことを約している。また、仕事を探そうとしても、現在、企業の採用担当者は、新聞記事等で前科のチェックしていることが多く、軽微犯罪であればともかく、強制性交罪などの性犯罪であれば、女性従業員や顧客等の安全を考えるなどして、採用を拒否することが多いだろう。生活が不安定であれば、罪を犯すリスクは高まる（例え性犯罪をしなくても、財産罪等を行う危険などがある）。性犯罪をした人でも受け入れる居住施設や就職先を開拓することは急務であり、「犯罪者を許すな」というスローガンによって、かえって、社会の不安定を招く危険を、国民の共通認識にすべきである。そのために議員立法で「再犯防止推進法」が作られたのだから、国民への犯罪をした人の社会的包摂は必要不可欠性についての情報提供は、政治家の使命といえよう。

加害者が社会に帰ってきた際に、① GPS で監視すべきである　②ミーガン法のように加害者の居住している場所を公開情報とすべきである等との意見がある。

①については、GPS 監視を受けるのであれば不起訴にする、執行猶予として刑務所への収容をしない、というように、自由刑に代替する形での実施がされるのであれば、被疑者、被告人の意思によりそれを選択させることも一つの有効な方策かもしれない。刑務所には女性がいないのだから、社会内で教育・治療をしながら更生を図るほうが、その効果を測りやすいし、拘禁による弊害も避けることができる。もちろん、これも、本人同意（海外で、「疑われるのが嫌だから GPS を携帯して身の潔白を明らかにしたい」というケースがままあるようである）や司法判断の介在が不可欠である。刑執行後の監視ということになると、保安処分の性格を帯びた処分となるから、その導入には問題があり、たとえ実施するとしても、適用には慎重である必要がある。

②については、アメリカや韓国等で実施されている方策であるが、氏名公開により住居の確保や就労ができなくなること、行き場のないそのような者が集まってしまうこと、極端な場合には焼き討ちなど、社会からの私刑やいじめの可能性が高いこと等が指摘されており、当職は導入すべきでないと考える。しかし、例えば、子どもに対する性犯罪をした人が、子どもに関する仕事に就く

ことを制限することは、性犯罪が繰り返される可能性があること等から正当化し得る。例えば、学校、児童館、塾等の子どもへのサービスを提供している事業者から、採用に際して、警察への子どもに対する性犯罪の前科・前歴照会をすることを認めるというように、「再度被害にあう可能性がある者に対する元加害者のアクセスを制限する」ための情報提供は、検討する余地があるかもしれない。

さらに、性犯罪では知人間の被害が多いとされている。そういうお互いを知っている者の場合には、強制わいせつ罪や強制性交罪での処罰よりも、被害者が、加害者に対して、被害者への近接制限を求める仮処分を申し立てることを容易にし、それに対する違反を処罰する立法をして、被害者の不安を解消する方策の方がニーズに合致することも少なくないのではないか。なお、東京都が、第３期犯罪被害者等支援計画において、被害者の転居費用助成を定めたことは注目すべきである。

第７　社会を変える必要がある

現在の我が国における性教育は貧困である。受胎のしくみを説明し、女子に生理について解説する等に止まっている。性的行為は、信頼しあった関係の者どうしが、その同意で行うべきものであることが、共通の認識とされるべきであろう。

性犯罪者は、身体的に男性性が過剰な者は意外なほど少ない。人間観や女性観のゆがみ、性に対する誤った知識が事件の原因となっていることが多い。例えば、ポルノビデオを見た発達障害の青年が、女性は体の特定の部分を触れば喜ぶと思い込んで強制性交をした例がある。「ポルノビデオは作り事であり、事実ではなく、男性のファンタジーである」と一言告げられていれば防げた犯罪かもしれない。

子どもたちは虚偽の、問題のある情報に曝されている。子どもが被害者としても加害者としても犯罪に巻き込まれないよう教育することが重要だ。例えば、性的部位に触ったり、触られたりすることはいけないことであり、被害に遭いそうであれば逃げることや、もしもそういう被害に遭っていたら恥ずかしがらずに被害を申告することを教えれば、直ちに救われる被害者も出てくるだろう。

ポルノグラフィーに対する規制だが、わいせつ物頒布等は処罰されるといっても、我が国では、性的表現に対する規制が非常に緩い。スポーツ新聞や一般雑誌にポルノグラフィーを掲載することは問題ではないのか。また、売春防止法５条で、売春婦を処罰することには意味があるのか。特殊浴場や風俗営業で、実際には売春がされていることは常識で、個人がそれを行うと処罰され、風俗営業での女性への搾取がされ続けていることに合理性はあるのか。そのような問題については話題にものぼらず、同意なき性交罪等の刑法改正のみに注目が集まっていることに疑問を感じる。

追記　最終校正の段階で、強制性交罪の刑の下限が３年だとしても、精神的に大きな痛手を負った被害者の場合、ＰＴＳＤ等の診断を得ることができれば、強制性交致傷罪での処罰が可能であり、下限引き上げの必要は、このような点からも乏しかったのではないかと思いついたので、記しておくことにする。