

琉球大学学術リポジトリ

性暴力の罪の行為と類型

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2013-10-22 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 森川, 恭剛, Morikawa, Yasutaka メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/27814

性暴力の罪の行為と類型

森 川 恭 剛

- 1 はじめに～解釈論から改正論へ
- 2 米軍犯罪の被害と平時の性暴力の行為
- 3 犯意の余剰
 - (1)裁判員裁判の被害認識 (2)性器挿入の目的
- 4 「姦淫」の罪に代えて
 - (1)わいせつな行為 (2)業務上性暴力 (3)未遂と既遂 (4)被害者供述と犯罪類型
- 5 暴力性と不同意
 - (1)暴行・脅迫 (2)同意・不同意の自由 (3)被害者の不同意 (4)不同意の行為
- 6 性暴力の行為
 - (1)抗拒不能 (2)主体と客体 (3)心神喪失 (4)性暴力による差別
- 7 改正試案

1 はじめに～解釈論から改正論へ

2008年5月に「性暴力禁止法をつくろうネットワーク」が活動をはじめた。性暴力とは「痴漢、強制わいせつ、強かん、ストーキング、セクシュアル・ハラスメント、パートナーからの強かんを含むDV、子どもの性虐待、売春業・性風俗営業および買春・人身売買・ポルノ等で利用すること、を含めた性的搾取、盗撮などの非接触型性暴力など」の総称であるとされる。結成時の「呼びかけ文」によれば、それは「さまざまな形態でおこる」。しかし、その多くは「犯罪として可視化されておらず」「ばらばらな法システムで不十分な対応しかおこなわれていない」。それゆえ「被害を受けた当事者への回復支援にまったくといっていいほど手がつけられていない」。被害者がたとえ法的に訴えても、「被害をなかったこととする裁判が、殴られ、蹴られ、殺されていく女性たちの日常を再生産している」。ここでは、まず、性暴力に対して適切に違法判断が下されていないこと、次に、被害者支援の不足が指摘されている。法的に不適切な

被害認識が、被害回復を困難にしている現状があるといえる¹。

また、男女共同参画会議の設置する女性に対する暴力に関する専門調査会は、2012年7月に、第三次男女共同参画基本計画(2010年)に基づき、「性犯罪への厳正な対処等」「被害者への支援・配慮等」「加害者に関する対策の推進等」「啓発活動の推進」の四項目について、報告書『『女性に対する暴力』を根絶するための課題と対策～性犯罪への対策と推進～』をまとめた。重点的に取り上げられているのは、強かん罪規定の見直しと、ワンストップ支援センターの設置などの被害者支援についてである。前者について「被害者の保護、被害の顕在化」という視点が打ち出され、後者について「被害者のニーズに寄り添う施策の充実が強く望まれる」と明記された。前者で、もっとも踏み込んで検討されたのは強かん罪を非親告罪とすることであった。なぜなら第一に被害の申告と訴追の意思表示は異なり、後者を訴訟条件とし、被害者にその選択を強いることが「被害者の保護」に結びつかない現状があるからであり²、第二に「告訴がなされなければ、訴追されず、その結果被害が潜在化し、性犯罪の厳正な対処が実現できなくなる」とも考えられたからである。しかし同時に「告訴取消しを選択する被害者の権利行使」の側面に留意すべきであるとする慎重論が併記された。ここに親告罪をめぐる二律背反がある。それは刑事手続における「被害者の保護」と「厳正な対処」の矛盾である³。とはいえ、法的に不適切な

1 性暴力禁止法をつくろうネットワーク編集・発行『安心できる空を(中間報告書)』2010年、性暴力を許さない女の会編集・発行『性暴力禁止法をつくろう(報告集)』2010年、高橋きくえ編『思考するヒロシマへ』ひろしま女性学研究所、2011年、78頁以下、近藤恵子『パープルダイヤル』から『パープル・ホットライン』へ』部落解放647号、2011年、30頁以下。

2 「被害者の保護」の二義性について高島智世「強姦罪はなぜ親告罪なのか?」女性学16号、2008年、68頁以下。なお告訴取消しによる不起訴は強かん罪よりも強制わいせつ罪において顕著である(犯罪白書2006年版260頁、女性に対する暴力に関する専門調査会報告書(2012)資料10のうち「起訴・不起訴の状況(強姦罪・強制わいせつ罪)」)。

3 被害者が、新たな被害を食い止めるには犯人逮捕が必要であると考えたとしても、捜査機関による法的支援を受けるために、法的支援(二次被害を避けるための)を必要とする現状がある。また、加害者と面識のあることが「厳正な対処」と「被害者の保護」の阻害要因になっており(浅倉むつ子監修『導入対話によるジェンダー法学(第2版)』戒能江執筆、不磨書房、2005年、131頁以下)、親告罪との関係では、両者の矛盾は特にこの面識のある場合に難しく問題化すると思われる。したがって、あくまで刑事手続において「被害者の保護」と「厳正な対処」を両立させようとするれば、被害者は捜査機関に対して被害申告をするか否か、告訴をするか否か、告訴を取り消すか否かの三点で選択をする機会があるのであるから、親告罪としなければ第三点目の訴追保留(または追行停止等)の選択権が保障されえないか、という問題が提起されるであろう。ただし、

被害認識が被害回復を困難にしている現状があるのであれば、被害回復のために、被害認識を促すように、強かん罪を見直す、という一つの指針となる考え方をここから導きだすことができる。「被害の顕在化」は被害者支援による被害回復を目的とし、強かん罪もそのために見直されるのであれば、これは欧米のレイプ法改革にはみられなかった方法である。

というのは、例えばアメリカでは、レイプ法が①実体的②手続的③文化的に改革されるべきであると論じられたが、それは第一にレイプの違法行為を概念的に拡張して重罪化し、第二に被害者を侮辱して再被害者化する刑事司法を適正にし、第三に「男が女を攻撃的に支配するのは当然の権利」であるとする「レイプ・イデオロギー」（性別による差別）を改める必要があったからである⁴。それは刑法的にはレイプの重罰化と有罪判決の増加を図るものになった。この意味でレイプを顕在化させ、刑事手続において厳正に対処することが必要であるとされた。それは機能主義的な刑法観に支えられた強かん罪の拡張的な再解釈の試みであったといえる。これに対し、ここでは被害回復のために、強かん罪そのものを実体的に見直すことが提起されている。

「被害の顕在化」は被害者支援による被害回復を目的にする。DV被害者支援の法制度と比較して「レイプ被害者がレイプ被害者として利用できる法的資源が限られていることは注目に値する」⁵。この被害者支援について、内閣府は第

これを認めれば（例えばフランスでは未成年者に対する性犯罪の公訴時効は「被害者の保護」の観点から成人年齢を起算点にしている）、刑事手続として不安定であるとの批判がありえよう。そうではなく、仮に被害者支援機関の法的機能を充実させ、つまり国連パリ原則に準拠する「国内人権機関」との連携を構想し（山崎公士『国内人権機関の意義と役割』三省堂、2012年）、強制調査・措置や訴訟援助等の積極的救済が迅速かつ実効的に保障されることになれば（「処罰型」ではなく「理解促進型」の人権救済機関の必要性和その考え方について内田博文『求められる人権救済法制の論点』解放出版社、2006年）、訴訟援助には弁護士による任意代理の告訴権行使が含まれるから（黒澤睦『任意代理人による告訴と被害者支援思想』法律論叢 84 巻 2・3号、2012年、276頁以下）、親告罪とすることにおお意義を保てると思われる。もちろんこの積極的救済の前提にあるのは被害事実に対する適切な法的判断、つまり性暴力に対する違法判断である。被害者からの訴追の意思表示が法的に不適切な被害認識によって適切に受けとめられてこなかったことを反省するのであれば、非刑事的な救済手続か、刑事手続かの選択を被害者に保障するような制度設計が必要であると思われる。こうして、告訴がなければ被害が潜在化する、とは必ずしもいえないことが分かる。

4 S・ブラウンミラー『レイプ・踏みこまれた意思』幾島幸子訳、勁草書房、2000年、297頁以下。

5 Rose Corrigan, Rape Reform and the Failure of Success, New York University, Press, 2013, pp.7-18. 日本でも2004年の刑法一部改正により強かんの行為の重罰化が進んだ

二次犯罪被害者等基本計画(2011年)に基づき、2012年5月に、ウェブサイト
で「性犯罪・性暴力被害者のためのワンストップ支援センターの開設・運営の
手引」を公表した。これより早く2010年4月に、大阪府松原市の阪南中央病
院内に「性暴力救援センター・大阪」(SACHICO)、同年7月に、愛知県一宮市
の大雄会第一病院内に「ハートフルステーション・あいち」がそれぞれ設置さ
れており、「手引」ではその事業実績が高く評価されている。その資料編5「犯
罪被害者対応拠点モデル事業等の検証報告」によれば、特に前者では「性犯罪」
の語が意識的に避けられ、「幅広く女性の性に対する不当な暴力問題として取
り組む姿勢を明示すべく『性暴力』という言葉」が用いられたことで「相談者
が多数に上った要因の一つ」になったと分析された(「検証報告」1、8頁)。そ
こでは性暴力が強かん、強制わいせつ、性虐待、DV、その他に5分類されている。
強かんと強制わいせつに関する電話相談件数は全体の約半数であり、来所し診
察をした人では約6割がそうであった(「手引」50頁)。ここに「性暴力」が「性
犯罪」を包摂する関係が明らかである。また、性犯罪の被害の多くがそもそも
暗数化している現状において、有効に被害回復の支援をするためには『「性暴
力」という幅広い観点から」、性犯罪(強かん、強制わいせつ)をその中に含め、
「対象を緩やかなものとして打ち出すこと」によって犯罪被害の事実をくみ上
げようと努めることが必要であるとされた(「検証報告」15、23頁)。ここに「性
犯罪としての性暴力≡(従来の)性犯罪」の集合関係のあることが承認されて
いる。つまり、性犯罪の事実に対する適切な違法の判断を可能にする(被害を法的
に認識する)ために、性犯罪を性暴力の罪として再構成することが示唆されて
いる⁶。

が、被害回復支援につながるものではないと指摘されている(宮園久榮「法定刑の引き
上げと強姦罪」法学新報113巻11・12号、2007年、602頁以下)。

6 内閣府が設置を推奨するワンストップ支援センターとは、性暴力の被害をうけた女性に
対する緊急的・総合的な支援機関である。被害者に「まず必要なのは、寄り添ってくれる
人の存在と、心のサポートと医療支援であり、次に警察による捜査や法律家による法的
支援」である(性暴力救援センター・大阪(SACHICO)編集・発行『当事者の視点に
立った支援とは』2012年、2頁、楠本裕紀、加藤治子「性的虐待の医学的アセスメント
および身体的医学的治療」子どもの虐待とネグレクト13巻2号、2011年、191頁以下)。
その機能は「被害者のエンパワメントと証拠の確保」であるといえるが(守屋典子「NY
におけるSART(性暴力対応チーム)調査報告」警察学論集62巻12号、2009年、100
頁以下)、もちろん「本人が拒否すれば法医学的検査も証拠採取もしない」(手島昭子「カ
ナダにおける性暴力被害者支援」神戸女学院大学論集55巻1号、2008年、77頁以下)。

そこで本稿は、性暴力の被害をもたらす性犯罪の諸行為について考察する。ただし性犯罪規定の見直しを主眼とするので、性暴力は被害者の身体に対する性的行為として、やや縮小的に捉えられる（ストーカー行為などが外れる）。つまり、性暴力の被害認識に基づき、どのように他人の身体に対する性的行為を犯罪として類型化するかについて考えたい。なお、身体に「対する」とは、狭義において、加害者の身体が被害者の身体に接触することを要するが、ここでは広義において、身体に「向けられること」、つまり性的に意味づけられた加害者の行為が被害者の身体を志向する場合を含むものとして用いる。

本稿は刑法 177 条の強かん罪を解釈するのではなく、その解釈論の反省を踏まえ、性暴力の罪の諸類型を立案する。「女子」に対する「姦淫」の罪から「人」に対する性暴力の罪への改正の提案である。強かん罪は解釈適用よりも、改正を考えねばならない。こうした解釈論から改正論への転換は、性規範の変容という社会的背景を有するが、いわゆる自然犯におけることであるだけに、犯罪各論としてやや異例であると思われる。それゆえ、まず 2 で犯罪類型化の視点を引き出す作業からはじめ、次に 3・4 で現在の「姦淫」の罪としての類型化にある問題点を指摘してこれを修正する。そして 5・6 で性暴力の罪の類型における諸要素について検討を加え、最後に 7 で改正試案を提出する。

内閣府「手引」には「被害者が希望する場合には」（9 頁）「被害者の同意のもとに」（17 頁）医療機関で証拠採取が行われるとある。つまりワンストップ支援センターは、被害届を受理する機能を備えており、これにより被害申告と告訴が、被害者からすると、手続的に明瞭に分離可能になる。ただし、この被害者の「同意」については慎重な配慮が必要である。治療と探証は異なる医療的処置であり、医療情報の証拠機能には制約があり、その証明力について評価が分かれうること、さらに証拠開示されうることなど、後者に関するインフォームド・コンセントに要する説明は少なくない。何より探証に同意することが被害者として誠実であると考えられることがあってはならない（あらゆる場合に経費を公的に負担すべきである）、そもそも科学捜査の性質を有する医療的措置をうけることが被害者には苦痛となりうることに留意せねばならない（Jane Doe, 'Who benefits from the Sexual Assault Evidence Kit?', in Elizabeth A Sheehy ed., *Sexual Assault in Canada*, University of Ottawa Press, 2012, pp.357-88.）。さらに性暴力被害者がつねに緊急の医療的措置を必要とするとはかぎらず、また探証の医療的措置を求めない人にとっての利用の便宜を考慮すると、「手引」にあるように「病院拠点型」だけでなく「相談センター拠点型」の支援機関の必要性も依然として高いと考えられる。被害者に「寄り添ってくれる人」の待機する場所が、被害回復のための最初の拠点として位置づけられねばならないと考えられる。なお SANE（性暴力被害者支援専門看護職）について佐々木静子「被害者支援体制をいかに創るか」被害者学研究 21 号、2011 年、101 頁以下。アメリカのミンガン州では SANE プログラムの半数が病院外で運営される「コミュニティ拠点型」であり、その利点は被害者のために医療的ケアが用意されることであるとされる（Corrigan, op. cit., pp. 145-53.）。

2 米軍犯罪の被害と平時の性暴力の行為

2012年8月18日に、沖縄県で米軍人による強制わいせつ致傷事件があり、また同年10月16日にも集団強かん致傷事件があった。同月上旬には米海兵隊のMV-22 オスプレイが米軍普天間飛行場に配備され、在沖駐留米軍基地のことがあらためて疑問視されていたことがあり、とくに後者の米軍犯罪は社会問題として大きく取り上げられた。事件直後にキャサリン・フィッシャーが来沖し、米軍犯罪被害者対策チームや24時間体制のレイブ救援センターを設置すべきであると説いた。この提案は、米軍人の被疑者2名を沖縄県警がすでに逮捕していたことから、米軍に対する起訴前の身柄引渡しや日米地位協定の改正という従前の抗議要請とは異なる新鮮さをもって受けとめられたと思われる。彼女は2002年4月に神奈川県で米軍人から性暴力の被害に遭い、2009年に『自由の扉』(御茶の水書房)を著したジェーンであり、2012年3月から本名を明かしている(沖縄タイムス2012年7月6日)。その加害者は不起訴処分になったが、2004年11月に東京地裁は加害者に対する損害賠償請求を認容し、2008年5月に防衛省が肩代わりして見舞金を支払った。しかし、これではすでに除隊して帰国していた加害者は責任を免れたことになるので、2012年5月、アメリカの加害者の居住地で日本の判決の履行を求める裁判が提起されている。

また、彼女は2005年に神奈川県を被告とし、事件直後の初動捜査に従事した警察官らに精神的苦痛を与えられたとして賠償請求訴訟を提起した。「真っ先に病院での診療を希望した」のに事情聴取が優先されたからである。神奈川県警は1996年に全国に先駆けて「性犯罪捜査係」を設置し、被害者と「共に泣き、共に戦う」取り組みの蓄積があり(板谷利加子『御直披』角川書店、1998年)、また当時の『性犯罪被害者対応ハンドブック(改訂版)』(立花書房、2001年、56頁)には、被害を受理したら「事情聴取に優先して」「できる限り病院まで女性警察官等」が被害者を連れて行くことが必要であると記されていた。しかし東京地判H19・12・4判タ1284号176頁は、同ハンドブック等の「執務資料」が「性犯罪被害者に対する捜査による二次被害の防止を目的として」作成・改訂された経緯に触れたものの、他方で「原告が応急の救護を要する要保護者であったと認めることはできず、その余の事情を考慮しても、原告の生命、身体、財

産に対するさらなる侵害の具体的危険が存在しない以上、警察官らが申告のあった犯罪についての捜査への協力要請を離れて原告を保護すべき職務上の義務を負っていたということとはできない」として請求を棄却した（2008年12月10日控訴棄却、2009年7月16日上告棄却）。

性暴力被害者は、その「生命、身体、財産」ではない、まさに何の価値の侵害にさらされ、その何の価値の回復ために被害を届け出るのか、この点が十分に理解されていなかったと思われる。それゆえ、フィッシャーによれば、まず、24時間体制のレイブ救援センターが必要である。そこで沖縄県は、2012年11月に、強姦救援センター・沖縄（REICO）と連携し、かねて計画されていた24時間対応の性暴力被害電話相談を試験的に実施した。さらに同月中に、県内で『ワンストップ支援センター』設立を強く望む会が発足し、翌12月の同会設立シンポジウムで、その電話着信91件について検討結果が報告されるとともに（50件が性暴力被害の相談であり、そのうち4件は被害後72時間以内であった）、その設置準備は「本音を心の内に隠している」「当事者の声も聞いて」進められねばならないとされた。同会の二人の共同代表のうち一人は40年前に10代後半で米軍人から性暴力をうけた女性であり、もう一人は当時11歳の娘が親近から性暴力をうけた30代の母親である。沖縄県は2014年度中のセンター事業開始を予定していたが、同会の要請もあり、その時期を早めたいとした⁷。

こうして沖縄県では2012年10月の一件の米軍犯罪が重要な契機になり、24時間体制の性暴力救援センターの設置に向けて貴重な一歩がようやく踏み出された。というのは米軍の性暴力は、沖縄では犯罪被害者等支援の観点からというより、広く平和を念願するという草の根の観点に支えられ、むしろ政治的に問題であるとされてきたからである。それは戦時性暴力に準じたものであると理解されねばならない⁸。それは、一方で性暴力の行為を（準）戦時性暴力として可視化し、他方で沖縄におけるその不処罰の連鎖、つまり被害の潜在化との間にある、大きな落差を際立たせることにより適切な被害認識、特にその

7 琉球新報 2012年12月23日、沖縄タイムス 2013年4月11日、田中真生『『ワンストップ支援センター』の設立に向けて』けし風78号、2013年、52頁以下。

8 高里鈴代『沖縄の女たち』明石書店、1996年、214頁以下。日本での米軍の性暴力について藤目ゆき「冷戦体制形成期の米軍と性暴力」女性・戦争・人権2号、1999年、116頁以下。

被害の重さの認識に迫ろうとする方法であるといえる。つまり、日本の平和の直中に軍事主義の被害（広義の戦争被害）を見ている。それが沖縄の現実であるとされる。これに対し、性暴力救援センターは、十数年間のREICOの相談支援の取り組みが示唆してきたように、被害の重さだけでなく、日常生活の中に隠れているさらにたくさんのものを明るみに出す⁹。それは米軍の性暴力だけでなく、いわば平時の、私たちの間で潜在化している性暴力の被害を認識しようとする。つまり平時の性暴力の被害は、米軍の性暴力の被害と違い、平時の暴力的な性行為を可視化させる。

次に、フィッシャーは2012年11月に駐日米大使館を訪れ、「事件に関する調査や全ての裁判判決が出るまで、加害者の出国を認めないよう求める要請書」を提出した（琉球新報2012年11月2日）。彼女のいう米軍犯罪被害者対策チームとは、米軍犯罪被害に対する法的責任の所在を曖昧にさせないために必要であると考えられている。これは、一般的に沖縄の米軍基地被害の問題を法的に考える上で重要な問題提起であった。例えば嘉手納・普天間の爆音訴訟で、基地の供用により「受忍限度を超える騒音に曝されている事実は明らか」である（福岡高那支判H21・2・27LEX/DB25470447）、あるいは「違法な権利侵害ないし法益侵害となっている」（福岡高那支判H22・7・29判時2091号162頁）と認められながら、日本国がこれを規制する条約・法令上の根拠はないとされ、一方で被害状況を改善する国の責務があるとされるが、他方で米軍機の飛行を制限できていない。ここに米軍の安全を最優先の法益としたために、米軍犯罪・事故の違法性を判断できなかった米軍統治下の法体系にあった法的矛盾がみられる¹⁰。それは日本国憲法の下に「復帰」しても解消されない法的矛盾であったことを知らされたが、そこには米軍の違法行為を放置している不作為の違法行為がもう一つあることを指摘せざるをえない。違法性は二重である。

9 竹下小夜子『性 to 生』沖繩タイムス社、1998年、173頁以下、同「強姦救援センター沖繩（REICO）からの提言」フェミニストセラピー研究会編集・発行『Working with women：性暴力被害者支援のためのガイドブック』1999年、153頁以下。戦時性暴力は平時の「性的コードを援用し」「女性の身体を戦場として儀礼的に練り広げられる」と指摘されている（長谷川博子「儀礼としての性暴力」小森陽一、他編『ナショナル・ヒストリーを超えて』東京大学出版会、1998年、287頁以下）。

10 垣花豊順「戦後沖縄における犯罪現象」琉大法学18号、1976年、54頁以下、同「特定軍事法廷と米国民政府裁判所に関する一考察」琉大法学26号、1980年、67頁以下。

同様に、現在も基地被害として性暴力を含む米軍の犯罪・事故があり、それらは日米安保条約の負の側面として認識されているが、性暴力救援センターは、その米軍の性暴力そのものではないけれども、被害者らの被害回復の支援体制の不在を改めようとするものである。それは防衛省の米軍基地行政において潜在化してきた被害を顕在化させる試みである。被害の過小評価による潜在化において、米軍の犯罪・事故が繰り返されており、また被害者は回復されない被害を抱えこんでいる。したがって基地被害とは、基地の供用と被害の不可視化によりもたらされている。前者に対して被害補償と基地の不供用が求められるならば、同様に後者に対して被害の可視化による被害補償が求められる。しかし被害回復支援は、現在形で欠かせないことである。つまり、潜在化している被害の認識は、事後的補償による救済よりも、それに先立つ被害者支援が必要であることを私たちに理解させる。法的な観点からすれば、米軍犯罪・事故の被害の不可視化による被害の違法性とは、被害回復の支援体制の不在にある。これまで、この不作為の違法行為が見過ごされてきたとすれば、それは被害の潜在化とともに埋もれてきたのであろう。

ところで前述の2012年の二件の米軍の性犯罪事件は裁判員裁判の対象である。強制わいせつ致傷事件では、求刑のとおり、懲役4年の刑が言い渡された（那覇地判H24・12・13判例集未搭載）。集団強かん致傷事件では「比較的悪質な部類に属する」（判決要旨）とされ、二人の被告人に対して懲役10年と懲役9年の判決がでた（那覇地判H25・3・1判例集未搭載）。裁判員が被害の重さを知り、その罪の重大さを認識したからであると思われる。沖縄県民が司法参加して米軍犯罪の被告人に罪責を問うとき、私たちは何より被告人に責任をとってもらいたいと考える。被告人は真摯に謝罪し、十分に被害を弁償すべきである。そして米軍の性暴力は終わりにしなければならない（と繰り返し言ってきた）。しかし、米軍に対するこの期待は、被害者から私たちにも二重の意味で向けられている。すなわち第一に基地被害からの、第二に平時の性暴力被害からの、回復をはかろうとしても難しい社会であることについてである。このような意味でその役割、つまり不作為の違法行為の責任の所在が深く自覚されるのであれば、米軍人に対する科刑はただの応報であり、被害回復につながらない。こうして、米軍の犯罪・事故に対して被害を潜在化させず、被害を法的に適切に

認識して被害回復の仕組みを整えていくことが、これからの沖縄を描く設計図の一枚になると思われる。

ただし、米軍犯罪において、強かん（未遂）致傷罪に問いうる行為が、これよりも法定刑の軽い強制わいせつ致傷罪で裁判員裁判に提起されたとみられることの政治的意味について、1953年の日米の刑事裁判権密約との関係で、犯罪の縮小化がみられると指摘したことがある¹¹。県民の司法参加において米軍犯罪と向き合おうとするときに、検察官の訴追裁量によって強かん罪が見えにくいものにされているとすれば問題であると考えられた。これに対し、裁判員制度の発足後、送検容疑よりも起訴罪名が軽微になる「罪名落ち」の傾向が一般的に認められるのであり¹²、米軍犯罪も例外ではないとする指摘がありえよう。これは、むしろ裁判員裁判が「性犯罪の厳正な対処」を妨げる理由になっているとする議論であり、後述するとおり、たしかにその側面があることを否定できない。被害者の性的プライバシーの保護についても最大限に配慮されねばならない¹³。しかし、ここから基地被害の政治的な不可視化と米軍犯罪の「罪名落ち」の関連づけをみないとすれば早計である。

なぜなら、米軍犯罪の裁判員裁判には、前述のとおり、二重の違法性に関する発見的機能があると考えられるからである。米軍の性犯罪に対する裁判員裁判の審理は、沖縄戦後数十年間の不処罰の連鎖を終わらせるための（「厳正な対処」のための）県民の司法参加であると法制史的に位置づけることができるが、その責任追及機能に意義が認められることの根底には、そこで戦時性暴力に準じる性暴力の被害が認識され、そこから被害回復支援と、同時に平時の性暴力の行為に向き合うことの必要性を広く共有することができるとする見通しがあり、また、そのように考えられて沖縄で性暴力救援センターを設置すること

11 森川恭剛「米軍犯罪と裁判員裁判」琉球大学編『普遍への牽引力』沖縄タイムス社、2012年、176頁以下。

12 沖縄タイムス2012年7月22日（法務省の検察統計年報をもとにした共同通信の指摘）、中川孝博「事実認定」法律時報84巻9号、2012年、37頁。

13 性犯罪が裁判員裁判の対象とされることに対する被害者の違和感について「加害者が増えてしまう」、つまり「私が加害者に何をされたのかを、詳細に知っている一般の人が少なくとも6人はいる……そう考えたら、気持ちが悪い」と説明されている（小林美佳『性犯罪被害とたたかうということ』朝日新聞社、2010年、66頁）。性における「法と道徳」の区別は重要であり、何がどのように身体挿入されたかなどの事実について厳格な立証を正義は課しうるか、という問題があると思われる。

が急がれている。日本国内の米軍人は日米地位協定により特別な法的地位を有し、また軍事が性暴力として行使されてきた戦時性暴力の歴史（例えば旧日本軍の慰安所制度）を省みると、米軍の性暴力の違法性には特別なものがあると考えられるが、沖縄に長期駐留する外国軍の性暴力は平時の性暴力の中に紛れようとしてきた。米軍犯罪の裁判員裁判と性暴力救援センターは、この浸透する不可視化された暴力性が、平時に根を張ることを認識するとき、性暴力の被害認識から被害回復を実現する規範的プロセスの一環として連携することができる。したがって裁判員には平時の性暴力を裁く能力がないとして、この機会が摘み取られるとすれば残念である¹⁴。平時の性暴力被害の潜在化において、米軍のそれも潜在化するという悪循環をそのままにしておくことはできない。

他方で、それにしても性暴力被害者が裁判で二次被害をうけてきたことは問題である。司法参加する国民が、被害者からすると、不安をかき立てむしろ容易にその立場性を加害者側に移動させ、あたかも潜在化している性暴力被害の加害者であるように（特に女性の被害に対して男性の裁判員が）見えてしまうとしても無理はないであろう。したがって、裁判員裁判で平時の性暴力の行為の責任の所在について深く考えをめぐらし、適切に違法判断することができるように、性暴力の「行為」を取り出して類型化しておく必要があると思われる。もし性的な被害件数が暗数化しやすく、これが被害回復を妨げる一つの理由になっているのであれば、被害認識を促すように、犯罪を類型化することを考えねばならない¹⁵。

14 ただし現在の裁判員制度は憲法に違反すると指摘されている（小幡清剛『コモンズとしての裁判員裁判』萌書房、2013年、183頁以下）。

15 近代刑法学の犯罪論は基本的に認識論的（新カント主義的）であり、それは客観的な犯罪の事実を加害者に対して（主観的に）規範的・価値的に帰属させる。そこでは犯罪事実は客観的にすでに存在し、認識（違法判断）を待つだけであり、また被告人に罪を問うのは加害者非難（責任追究）のためでしかない。しかし価値侵害（規範違反）の犯罪事実とは価値的なことであり、価値も反価値も事実の中から滲出し湧出するしかないのであれば、司法的な責任実践とは、価値肯定の規範的プロセスであることが相応しい。つまり、その目的は被害回復であり、この回復されるべき被害をもたらす行為を予め犯罪類型化することが本稿の方法である。犯罪類型を近代自然法論の社会契約の産物であるとは考えない。なお、本稿では構成要件の概念（没価値的に記述される事実の類型、または違法・有責な行為の類型）を用いていない。犯罪とは違法・有責な刑罰法令違反の行為であり、刑罰は重大な法益侵害について断片的・補完的に被害回復のために科される、と理解されている。

3 犯意の余剰

(1) 裁判員裁判の被害認識

理論的には強かんは強制わいせつの特別類型であり、強制わいせつの中に強かんが含まれる関係にあるとされる。両者の行為の違いは「姦淫」をしたかどうか、つまり男性の性器が女性の性器に挿入されたかどうかである。ただし挿入目的の犯行が未遂に終わったとき、例えば被害者の悲鳴を聞いて通行人が駆けつけたため、犯行が中断されたときなどは、性的に暴力をふるって被害者に怪我をさせたという事実は残っても、そのときの加害意図は直ちに分からない。したがって検察官が、性器挿入の犯行目的を立証しようとしなければ、それは強かん（未遂）致傷ではなく、強制わいせつ致傷として起訴される。

例えば東京地判 H21・10・22LEX/DB25460214 では、被告人は早朝の路上で通行人の女性に対し「劣情を催し」「その首を背後から右腕で絞め付け」「駐車場に引っ張り込んで引き倒す暴行を加え、同駐車場内において、下着の上から指で同人の陰部に触るなどし」、全治約 39 日間の傷害を負わせた。被告人は「被害者の叫び声をきっかけとして」「頭が真っ白になって人に見つかるはずだと思い逃走した」。しかし被害者からすれば「男の目的はレイプ」であった。被告人は強制わいせつ致傷罪で懲役 3 年保護観察付執行猶予 5 年の有罪判決を受けた。

同様に福岡地判 H21・10・23LEX/DB25460268 では、被告人は知人女性と飲酒后、「遊歩道上において、同女に対し、いきなり、その頸部を左腕で絞めつけながら同女を引き倒し、…(中略)…同女に馬乗りになるなどの暴行・脅迫を加えて同女の反抗を抑圧した上、同女の口に舌を入れながら接吻し、その両乳房を両手で揉み、もって強いて同女にわいせつな行為」をして加療約 9 日間の傷害を負わせた。被害者は「殺されるのではない、強姦されるのではない」という強い恐怖感、強い屈辱感を味わわされた。被告人がわいせつの行為の目的を一応遂げたとみるべきか、判然としないが、強制わいせつ致傷罪で懲役 2 年 6 月の有罪判決がでた¹⁶。

16 これらに対し、新潟地判 H24・5・24LEX/DB25481761 では、「殴ったり凶器を用いたりせず、各被害者の乳房を直接あるいは着衣の上から短時間だけ触るといった犯行

検察官としては、強かんの犯意の立証をためらう理由を説明できないわけではない。第一に、行為の目的の推認は謙抑的であるべきである。第二に、裁判員は裁判官ほど供述調書に証明力をおかないかもしれない。例えば裁判員制度導入前の神戸地判 H17・3・30LEX/DB281052230 では、被告人は被害者に抵抗され目的を遂げなかったが、捜査段階において一貫して強かんの犯意を認めていたことから、公判廷で強制わいせつの犯意があったにすぎないと翻したものの、強かん（未遂）致傷罪が成立するとされた。第三に、裁判員の中に、ある種の予断・偏見がある、つまり裁判員が被害者の「落ち度」論をもっていると考えられることである。例えば弁護人が、被害者の魅力的な服装や振る舞いに挑発されたから、酌量した被告人はつい性的に興奮して被害者の身体に触れようとしただけであり、はなから強かんしようなどというつもりはなかった、と主張したとき、裁判員がこれに同調してしまうとすれば、検察官は二の足を踏むであろう。このような「落ち度」論の誤りを検察官が説得できなければならぬが、残念ながら、その前にこれが法廷に持ち込まれることも問題であり、これを回避することは重要である。第四に、被害者供述の信用性の問題がある。前述の被害者対応ハンドブックは次のように注意を促している。「被害者はしゅう恥心や精神的動揺等から、被害内容を過小に供述したり、自己に不利益な事実について供述しなかったり、虚偽の供述をしたりすることもありますので、申告内容について十分に聴取した上で客観的に検討し、適切な事件性の判断を行うことが捜査上重要です」と¹⁷。被害者は「落ち度」論に対して防御する必要もあるのであり、落ち度があったとはされたくないの少し無理をして供述をすることがあるかもしれない。

こうして、まさしく平時の性暴力の被害の潜在性を理由にして「罪名落ち」

態様」の三件の強制わいせつ致傷の犯罪事実について、被告人の動機は「自らの低身長を若い女性に何度も中傷されたなどと感じて抱え込んだ強い劣等感と、その弱みを見せまいとする葛藤が招いた日常生活上のストレスが、若い女性の胸を触りたいという性欲という形をとってあらわれたもの」であると説明されている。

17 性犯罪捜査研究会編『性犯罪被害者対応ハンドブック（再訂版）』立花書房、2008年、60頁。事件当日に警察署で被害を届け出た被害者も「事実と嘘がめちゃくちゃだった。聞いて助けてほしい気持ちと知られたくない話したくない思い出したくない気持ちと交ざり、中途半端な証言になってしまっていた。…自分にさえ、夢だと聞いて聞かせていたのだから」と記している（小林美佳『性犯罪にあうということ』朝日新聞社、2008年、31頁）。

(強かん(未遂)致傷から強制わいせつ致傷への)が浸透していく。日本の検察官は、供述調書の証明力によって無罪率を低下させることを「精密司法」として自負してきたのであり、裁判員制度の導入を機に、性犯罪でも起訴率が絞られていったことが示唆されている¹⁸。「落ち度」論の機能とは、ここでは被害者にも被害に遭う理由や責任があることにとどまらず、被害者が落ち度のない女性ではないとされると刑法的な保護の対象から外れること、したがってその被害供述が信用されないことを導くというものである。性の解放以前の古い性規範では、貞操義務を基準にして落ち度の有無が区別されるようになっており、落ち度のない女性でなければ価値的に劣るとみなされていた。それゆえ貞操義務のないところでは違法判断の前提となる被害がそもそも認識されることが難しかった¹⁹。この旧規範の影響が残るかぎり、被害者が落ち度の有無の線引きを逃れようとするれば、落ち度のないことを条件としなければ被害がそもそも認知されにくく、そして検察官は訴追をためらい、性暴力の被害も行為も潜在化する。性犯罪には、被害申告ができたとしても、被害者をはじく機能が法的に備わると考えられる。

しかし、そうであるならば性犯罪の審理において被害者の「落ち度」を探してきたのは、裁判官であることを最初に指摘せねばならない。ほんの一例をあげれば、那覇地判 H16・7・8LEX/DB28105104 では、米海兵隊少佐による強かん未遂の公訴事実に対し、弁護人が被害者の同意を主張したところ、強かんの犯意とその行為が否定され、口淫要求の暴行(「被告人が被害者の頭部を押さえるなどして自分の方に引き寄せた行為」)の限度で強制わいせつ未遂罪が成立するとされた。裁判官らは次のように考えた。「被告人のいわゆるベッティング行為に対しても被害者が『やめて。』と言ってこれを拒んだり、陰部を触られそうになった際、これを拒否し、車から外へ出たというのであるから、それについてある程度の嫌悪感、拒否感を抱いていたともみられ、この意味では被害者には

18 平井佐和子「性暴力犯罪と裁判員裁判」西南学院大学法学論叢 42 巻 3・4 号、2010 年、241 頁。前述の女性に対する暴力に関する専門調査会報告書(2012)資料 10 のうち「起訴・不起訴の状況(強姦致死傷・強制わいせつ致死傷)」によると、強かん致死傷の起訴率低下は「嫌疑不十分」を理由とする。

19 角田由紀子『性の法律学』有斐閣、1991 年、164 頁以下、第二東京弁護士会司法改革推進二弁本部ジェンダー部会司法におけるジェンダー問題諮問会議編『司法におけるジェンダー・バイアス(改訂版)』明石書店、2009 年、123 頁以下。

積極的に被告人の行為に応じる意思があったとまでは認定できないものである。しかしながら、男女間の性的な行為という、事の性質上、消極的にはこれを受け入れるという同意の存在、あるいは、被告人が被害者にはこの同意があると認識していた可能性が否定できないのであって（いったん被害者が車から外に出た後車に戻り被告人を自車に乗せ、会話をしたということから、被告人が被害者の拒否が一種のゲームであると考えたというのは、不自然ではない。）、強かんの犯意を認めることができない、と。被告人と被害者は米軍の将校と基地内将校クラブに派遣された従業員の関係であり、面識はなかった。閉店後に送ってほしいと車に乗り込んできた将校から不快な性的誘いをうけて、被害者が自車の運転席から離れて降りることは、性的な駆け引きの行為であると見なしうるとして、それをそのまま司法判断の根拠にしているのは尋常ではない。

さらに次のように述べている。「被告人が二度にわたって被害者の車に乗り込んで、被害者の意思に反してまで姦淫しようとしていたとすれば、たとえ被害者が激しく抵抗したとしても、現役軍人である被告人と小柄な女性である被害者との体力差を考える限り、夜間人影のない路上において、密室である車内での姦淫行為の遂行は困難ではなかったと考えられる。よって、被告人としては、被害者が真に拒否する状況で暴行脅迫を加え性交を持とうとまでは考えていなかったことが推認できる」と。被告人に真の犯意があったなら強かんできたのだから、真の犯意がなかったか、真の拒否がなかったかのどちらかであるという論理が通るのであれば、未遂罪の有罪判決を書くことはできない。被害者が携帯電話で警察に通報しようとする、被告人はいらだち紛れにそれを川に投げ捨てて損壊しているので、口淫要求の限度でその目的を遂げなかったという犯罪事実が残されたのであろう²⁰。

これに対し、性犯罪の裁判員裁判では、量刑判断は重罰化の傾向にあり、「罪

20 弁護人は1953年の刑事裁判権放棄の密約に由来する次の主張を行っていた。「法務省刑事局が各高等検察庁及び地方検察庁の長に宛てた通達によれば、合衆国軍隊の構成員、軍属又は合衆国の軍法に服するそれらの家族の犯した犯罪については、日本側において諸般の事情を勘案し実質的に重要であると認める事件についてのみ第一次裁判権を有するのが適当である、一般の標準に従い起訴猶予の処分を相当とするような事案、その他諸般の事情を考慮し、実質的にみて、日本側において起訴を必要とする程度に重要であるとは認められない事案は重要でない」とみて差し支えないとされており、この通達による限り、本件は不起訴とすべき事案であるから、本件起訴は検察官の著しい裁量権の逸脱がある」。

名落ち」があるとしても、それが性犯罪の被害の軽視につながっているとは考えられていない。むしろ裁判官にも従来の量刑が「軽すぎた」とする認識があり、また被害者は「自分たちの苦しみは、裁判官ではなく、裁判員には理解してもらえないのではないか」という思いをもち、そして裁判員は「被害について真剣に考えたうえで判決を出した」ときに司法参加の意義を覚えるとされる²¹。もちろん重罰化は起訴率が絞り込まれて「罪名落ち」がある中で（「落ち度」の有無の線引きをした上で）現れている統計的な傾向であると考えられ、ここから直ちに裁判員の被害認識の方法が裁判官のそれと大きく異なると結論することはできないであろう。しかし、裁判員が被害認識の難しくない事案で「被害について真剣に」向き合うことで、従来の被害認識の方法を固めていたある種のたがが緩むことはありうるであろう。例えば横浜地判 H22・11・19LEX/DB25470356 は、6歳の女儿に対する強制わいせつ致傷事件であるが、「犯行の結果」を次のように記している。「本件犯行により被害者が被った被害結果は甚大である。すなわち、執ような辱めを受け、顔面打撲傷を負わされた身体的被害もさることながら、精神的被害は正に深刻である。（改行）被害者は当時6歳であり、本件被害を受けている最中に失禁し、解放されて自宅へ戻った際には、被告人からわいせつ行為をされた恐怖や、所持していたはさみで殺されるのではないかと恐怖で泣いていた。また、被害者の母によれば、事件後には夜一人では寝られなくなり、被告人に似た男性を見ると恐怖感を訴えるようにもなったという。（改行）被害者の年齢からすれば、本件被害の記憶が消えることはないであろうと思われる。被害者が成長し、自分が受けた行為の意味を徐々に理解していくにつれ、本件が被害者の人格形成に与えるであろう悪影響は計り知れない」と。

これは精神医学的な知見に支えられた被害認識であり、そしてそれは性犯罪のそれであるよりは、性暴力のそれとして了解されていると考えられる。その特徴の一つは PTSD を重症化させるのが「姦淫」の行為であるとは論じられな

21 平山真理「ジェンダーと裁判員制度」ジェンダー法学会編『講座ジェンダーと法 第3巻』日本加除出版、2012年、111頁以下。ただし6人の裁判員の性別がすべて男性であってよいかは問題視されている（113頁以下、同「裁判員裁判と性犯罪」立命館法学 327・328号、2009年、677頁以下）。量刑分布について日本弁護士連合会裁判員本部編『裁判員裁判の量刑』現代人文社、2012年、440頁以下、前述の女性に対する暴力に関する専門調査会報告書（2012）資料10のうち第17回裁判員制度の運用等に関する有識者懇談会配付資料4。

いことである²²。2011年7月に東京で性暴力の被害に遭った三人によるパネル・ディスカッションが開催され、それぞれの経験が紹介されて議論があったが、そこでも強かんと強制わいせつの類型的区別に意味が与えられているようには思われない。また、その一人である小林美佳が彼女の元に届いた2994人の「性暴力被害者の声」を整理しているが、その58%が被害を誰にも話さず、また85%がどこにも届け出ずに、事件に「ふたをして」「ひとり葛藤する」という心に重くのしかかるような被害の現れ方は、犯罪類型の区別を超えた性暴力の被害の一つの特徴であるとされている²³。

つまり、性犯罪では、強かん罪は強制わいせつ罪よりも重い犯罪であり、「姦淫」の性器挿入の目的やその行為は罪の重さの根拠である。この点で「罪名落ち」は被害認識を妨げうる。しかし、性犯罪の被害はそもそも暗数化しているのであり、つまり被害認識が困難であったのであり、まさしくそのことが、現在では性暴力の被害の内容として認識されるようになってきている。そして裁判員裁判における被害認識が、むしろ性暴力のそれでありうるのであれば、この裁判員に対して性犯罪の侵害法益について、従来の刑法学の説明を繰り返すべきであるかは慎重であってよいと思われる²⁴。裁判員裁判では、強かん（未遂）致傷も強制わいせつ致傷も、「姦淫」の性器挿入の目的の有無の点で異なっているが、どちらも重い性暴力として、同一類型において把握されうるということが示唆されているとみることができるからである。そしてこれは、貞操の刑法的保護の不必要性と男性被害者の同等保護の必要性の観点から、そのほうが好ましいとされてきた改正論の方向性と²⁵、ある点まで一致している。性犯罪規定の見直しが「性暴力としての強制わいせつ≒性暴力としての強かん」の類型的包摂関係を自動的に導くとはいえないということである。

22 宮地尚子「性暴力とPTSD」ジュリスト1237号、2003年、156頁以下、同編『性的支配と歴史』大月書店、2008年、17頁以下。

23 NPO法人レジリエンス編集・発行『つながる 話すともに歩む』2012年、48頁以下、小林・前掲『性犯罪被害とたたかうということ』86頁以下。内閣府男女共同参画局による「男女間における暴力に関する調査報告書」（2012年）でも、異性から無理やりに性交された被害（女性）で、その67.9%が誰にも打ち明けられていない（52頁）。

24 裁判員にとって「性犯罪」の法益内容が理解しにくいことについて司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』法曹会、2012年、9頁。

25 角田・前掲書42頁、金城清子『法女性学（第2版）』日本評論社、1996年、271頁。

(2)性器挿入の目的

もちろん裁判員裁判でも強かんの犯意の有無は争われている。例えば大阪高判 H23・5・19 判タ 1363 号 208 頁では、被告人は「事務所兼当時の被告人方において、モデルの募集に応募してきた被害女性（当時 17 歳）に対し、無理やり姦淫しようと考え、『服を脱げ』、『静かにしとけよ』、『静かにしとかな切るぞ』などと脅しながら、カミソリを喉元に突き付け、左腕に 2 回切り付けるなどの暴行」をして、被害者の T シャツを脱がせたが、被害者が逃走したので目的を遂げなかった。強制わいせつ致傷の被疑事実で逮捕されたが、性器挿入の目的で犯行に及んだ旨の検察官調書が作成され、被告人は公判前整理手続で否認に転じたが、裁判員裁判は「あわよくばセックスしたいとの欲望」があったとして強かん（未遂）致傷罪を認めた（懲役 3 年 8 月）。控訴審で被告人は「事実をすべて認めるに至り」、またその他の被告人に有利な諸事情が加味され、懲役 3 年 4 月の有罪判決が確定した。

長崎地判 H24・4・19LEX/DB25481099 では、被告人は、友人の Y と、ナンパした A（当時 17 歳）及び B の計 4 人で、深夜にカラオケ店で「カラオケの採点ゲームの罰ゲームとしてテキーラを飲むなどしていたところ、前記 Y がいやがる前記 B に対してわいせつ行為を始めたことに触発され、前記 A を強いて姦淫しようとして、同日午前 6 時ころから同日午前 6 時 45 分ころまでの間、同室内において、同人に対し、断続的に、いきなりその身体に覆い被さったり、乳房を揉んだり、下着の中に手を差入れて陰部に指を挿入するなどの暴行」を加えた。しかし被害者が「抵抗したことなどから」その目的を遂げなかった。被告人は「わいせつ行為を開始した当初は姦淫行為に及ぶ意図はなかった」と述べたが、裁判員裁判は「被告人が現実に行ったわいせつ行為の態様、わいせつ行為に至った経緯及び被告人が当公判廷で『自分の欲望のまま行動した』旨述べていることなどからして、『何がなんでも強姦してやろう』という強度のものではないにせよ、当初から強姦の犯意があったもの」と認めた。性器挿入をしていない点についても、「これは被告人の意思によって中止した結果とは評価しない」とされた。ただし示談が成立しており、被害者からも寛大さが求められたことなどが考慮され、強かん（未遂）致傷罪で懲役 3 年執行猶予 5 年の有罪判決がでた。

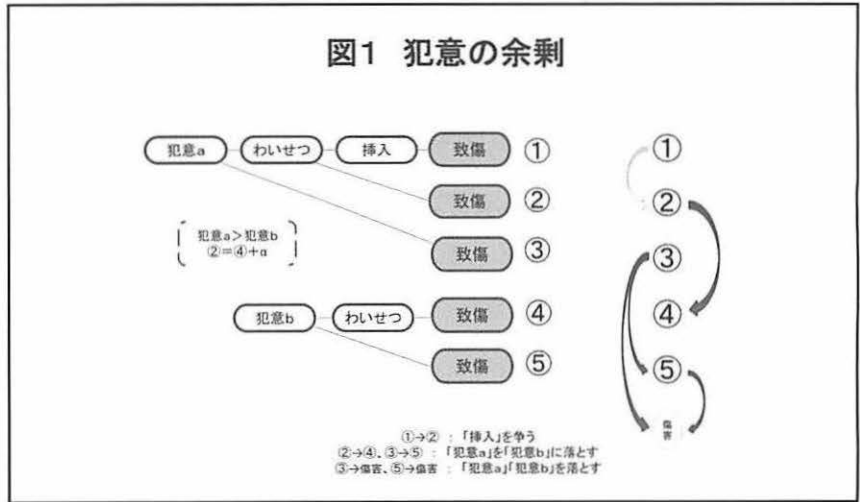
さらに長崎地判 H24・6・8LEX/DB25482099 では、被告人は女性の下着を窃取する目的で被害者宅に侵入し、入浴中の被害者に対し、性器挿入の目的で、台所にあった出刃包丁を示しながら脅迫したが、被害者が「包丁を左手で押し返すなどして抵抗したため」、その目的を遂げなかった。被害者はその左手を負傷した。裁判員裁判は「強姦の犯意は突発的に生じたもので、計画性はない。また、被告人は、暴行を加えてまで姦淫を遂げようとは考えておらず、被害者に抵抗されてすぐに逃走したことからすると、強姦の犯意は強固とまでは認められない」と判断した（住居侵入、窃盗、強姦致傷の科刑上一罪で懲役5年）。

強かんの犯意の有無は、検察官が立証を試み、弁護人が争えば審理されるが、これらの未遂致傷罪では性器挿入の目的があり、その行為がなく、わいせつな行為の目的にとどまらない目的があったとされたことは、量刑判断にどれほど有意な影響を与えたであろうか。「強度のものではない」あるいは「強固とまでは認められない」強かんの犯意の認定は、わいせつな行為の目的に比べて、より罪を重くする要素として理解されているであろうか。犯罪論の問題としては、性器挿入をすることの認識や意思は、それ自体が罪を重くする主観的違法要素であり、少なくとも未遂致傷罪では、強かんの犯意は、強制わいせつの行為よりも、それだけ違法性を高めるのであろうか。

一般的に強かんの犯意は次のようなときに認められ易いようである。第一に、共犯者との意思疎通において明らかになっているとき、第二に、被告人において特別な強制わいせつのわいせつな行為への嗜好がみられず、以前にも強かんの行為をしているとき、第三に、被告人において生理的・心理的に性器挿入がたまたま難しくなっていたとき（勃起不全や被害者の月経）、第四に、強かんの行為に対する一応の反省があるときである²⁶。上記三例は最後のものに入る

26 金沢地判 H24・7・27LEX/DB25482412 では、バス停留所建物前において、バスを待っていた被告人が、一方的に好意を抱いていた被害女性と2人きりになったことから、「強いて同女を姦淫しようとして、同女に対し、その背後から抱き付けて同建物出入口まで引きずり…（中略）…叫び声を上げていた同女の口を塞いで、同女の右頬をコンクリート床面に接着させ、さらに、同女のスカートをまくり上げ、パンツを太もも付近まで引き下げるなどの暴行」を加えたが、「同女の叫び声を聞いて駆け付けた同女の妹に発見されたため」目的を遂げなかったとされている（強かん未遂致傷罪、懲役3年保護観察付執行猶予5年）。犯意は争点になっていないが、被告人は「中度精神遅滞による心神耗弱の状態」で犯行に及んでおり、この点で強かんの犯意が推認されやすいということがあるのであれば、それは社会的な偏見の作用であるとも考えられるのであり、問題があると思われる。

図1 犯意の余剰

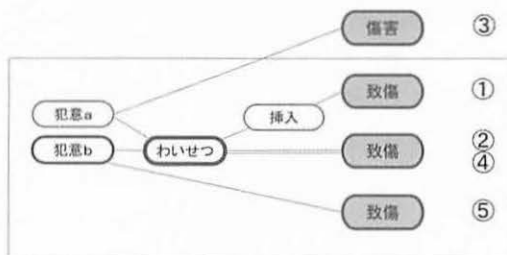


であろう。しかし、被告人の反省があるといっても、性器挿入の目的は強弱の度合いのあるものであり、また、しばしば法廷で争われるが²⁷、それは段階的に強まるものであり、犯行の途中から明確に目的化されることがあるという性質のものであると解されているようである。つまり、暴行・脅迫を用いて性犯罪に着手したとき、はじめに漠然としたわいせつの行為の目的があり、次第に性器挿入が目的的に意欲されるようになった、ということがありえるのであり、このとき、しかも性器挿入の行為に至らなかったとき、それにもかかわらず、はじめから弱い強かんの犯意があったと自認するかぎりでは反省がみられるとはいえるが、そのわいせつな犯罪行為の違法性を高めているのは、その弱い性器挿入の目的という主観的な要素そのものなのか、という点は考えてみなければならない。

図1は強かん致傷罪と強制わいせつ致傷罪の諸形態を示したものである。もし犯意aが立証されず、犯意bに解消されるならば、形式的に「②→④」「③→⑤」と罪が落ちていく。また性器挿入の有無が争われて否定されると「①→②→④」と落ちていくであろう。さらに犯意そのものが否定されると③と⑤はた

27 青木孝之『刑事司法改革と裁判員裁判』日本評論社、2013年、330頁以下。

図2 強制「わいせつ」の罪の諸形態



④が基本形であり、①や②は「わいせつな行為」を共有しているのに落ちるが、③は空に落ちるよりも性犯罪から外れて傷害罪になる。

だの傷害罪になる。では③は、⑤に落ちるのか、それとも傷害罪になるのか、という問題がある。理論的には③は⑤に落ちることが期待される。

図2は性器挿入の目的と行為が類型的に不安定な位置にあること、また③は⑤に落ち難いことを示している。性器挿入の目的も行為も、それぞれ広義のわいせつの目的と行為の特別型であることを強調すれば、むしろ、このように捉えられるであろう。基本型は④の強制わいせつ（既遂）致傷であることになる。図3は、そこから致傷罪をとり、代わりに既遂罪を表すために被害者の不同意の意思を示したものである。さらに、これを図4のように修正するとき、性器挿入の行為がむしろ相応しく位置づけられ、性犯罪は基本的に「姦淫」の罪であることが示されたことになるであろう。

まず、図2で犯意を否定されると③が性犯罪から外れることを具体的に見てみよう。神戸地姫路判 H24・10・22LEX/DB25483420 では、強かん致傷の公訴事実に対し、強かんの犯意が否定され、被告人は自車の助手席に乗せていた被害者Aの「腹部及び顔面を手拳で数回殴打するなどの暴行」を加えて通院加療約3週間の傷害を負わせたと言われた（傷害罪、懲役2年執行猶予5年）。被告人の警察官調書には強かんの犯意を「一応認める供述」があったが、公判廷で被告人は、Aが下車しようとしたことに「カッとなって思わずAを殴り、これ

にAが騒ぎ始めたことから静かにさせるために口を塞ぎ、さらに殴るなどの暴行を加えた」と述べた。Aからすれば、被告人は強かんをしようとしていた。裁判体も「Aが見ず知らずの被告人にレイプされるのではないかと恐怖を抱いたというのもその状況に照らして当然というべきであって」「その行動状況等からすると、被告人に強かんないしわいせつ目的等何らかの意図があったのではないかと疑われる」と指摘する。しかしながら、被告人が「性的な行為、すなわち、わいせつな意図をうかがわせるような行為ないし姦淫に結び付くような行為に及んだとは認めることができない。被告人が、Aに卑猥な言辞を弄したこともなく、また、Aに性的な行為を要求したりしたということも全く認められない」。つまり被告人によるわいせつな行為が認定されなかったので、強

図3 強制わいせつ罪≧強かん罪

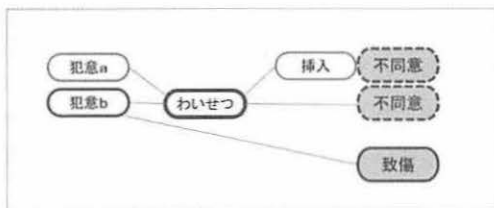
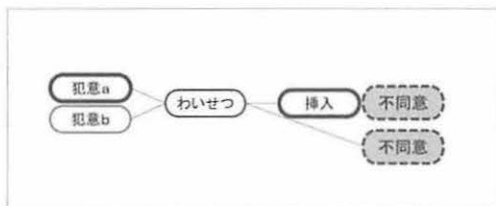


図2の①②④の加重結果をとり、
既遂算を表すために被害者の不同意をおいた。
強制わいせつが一般類型、強かんは特別類型

図4 「姦淫」の罪



性犯罪は性器挿入の行為によって完了する
「姦淫」の罪である。

かんの犯意が「間違いなくあったと認定するのが困難である」と結論された。

同様の理由で、検察官における強かんの犯意の推認は杜撰であると厳しく指摘しているのは京都地判 H18・8・25LEX/DB28115360 である。被害者は、ベランダから侵入した被告人によってベッドの上に押し倒され、馬乗りになって暴行を加えられたが、隙を見てその股間を蹴って戸外に逃げ出した。裁判官らは「強姦の犯意が存在したとの相当の疑いはあるものの」「そもそも住居侵入及び暴行の目的は、本件においても様々なものを想定することができ」「これを殺人、暴行（傷害）、強盗、強制わいせつ、強姦に限定して」「そのうち強姦以外のものに該当するとは考え難いことをもって」「強姦の犯意を推認するというのは、証拠の不足を合理的ともいい難い推論によって補おうとするものであって、このような消去法的な認定方法は、推論に推論を重ねるなどする余り、事実認定を誤るおそれがあるといわざるを得ず、採用することはできない」と結論した。なぜなら「被告人が性的な行為や性的発言に一切及んでいないという強姦の犯意認定に疑念を抱かせる事情も存する」からである。

このように、犯罪の主観的要素に関する認定を慎重にすることは刑法学において原則的であり、この二例の判断方法には首肯できるものがある。たしかに後者では、被告人が窓を開けようとしたのに対し、これに気付いた被害者が閉めようとしたが、「力負けて、開けられてしまい」、その勢いのまま、被告人によれば無我夢中で、暴行が加えられている。したがって検察官は、これを直ちに強かんの行為の着手である、つまり住居侵入時から強かんの行為が始まっており、単にのぞき見や犯行の下見などの意図に出たものではない、とみなしうることを立証せねばならなかったであろう。しかし、そのためには被告人の真摯な自白が必要である。

つまり、図 2 で①や②が④に落ちるのは、基本形である④のわいせつな行為を共有しているからであり、これに対して③はそれを欠くので、性犯罪から外れていくことが分かった。強かんの行為は暴行・脅迫と性器挿入の行為からなるが、その前段の暴行・脅迫においてわいせつな行為のあること（例えば入浴中の女性に刃物を示して接近すること）が、潜在的な性器挿入の目的、つまり弱い強かんの犯意が認められる前提である。そうすると違法判断（つまり被害認識）の根拠は、わいせつな行為のほうであって犯意そのものではない。もちろん性器

挿入の行為の前に、わいせつな行為を前提とせずに、いわば強い強かんの犯意が現れて、強かん未遂罪が認められることはあるが、それは違法な性器挿入の行為が急迫しているということであり、単に主観的に被害が認識されるのではない。つまり、性器挿入の行為が急迫しているのであれば、わいせつな行為の先にある性器挿入の行為の目的を、わいせつな行為の存在なくして認識することは困難である。

そうすると、そもそも③が性犯罪から外れるのは、あくまで③の犯罪事実を、広義のわいせつの行為をする性犯罪の未遂罪として捉えようとしているからである、という逆説にはまっていることを考えねばならない。つまり、ここで性暴力の概念に訴えるならば、③が性犯罪から外れ、ただの傷害罪になるのは、まさしく④の強制わいせつ（既遂）致傷罪の広義のわいせつの行為を基本型においているからではないか、と問うことができる。なぜなら、後者の被告人の行為が、ともかく国連のいう「女性に対する暴力」にあたることは否定できないと思われるのであり、さらに「性的な行為」がなかったとすることも大いに疑問が残るからである²⁸。

というのは、前掲那覇地判 H16・7・8と同様に、後者の京都地判 H18・8・25で強かんの犯意が否定されたのは、むしろ裁判官らの次のような思い込みに主な理由があったからである。「被害者の腹部への馬乗りは、その際に、身長約175センチメートル、体重63.4キログラムと比較的大柄な男性である被告人が、体重を掛けて同女の身体を押さえ付けることにより、学生時代にスポーツ（バレーボール）の経験があるとはいえ、身長約153センチメートルと小柄な女性である同女の身体の動きをかなりの程度抑圧することが可能な体勢であると考えられるところ、もし、被告人が強姦の前提行為として腹部に馬乗りになったのであれば、その際に強姦の目的達成をより確実なものとするため、同女に徹底的な暴行を加えてその犯行を完全に抑圧することも可能であったのに、いずれの際にも、片手で首を強く絞める以上の暴行には及んでおらず、そ

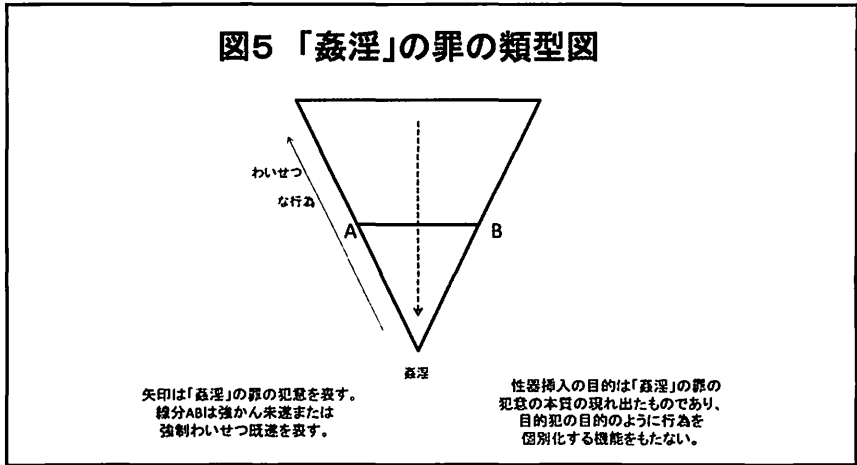
28 前者の神戸地姫路支判 H24・10・22では、自転車で通行中の被害者に車を接触させた被告人が、飲酒運転の発覚を恐れて、被害者を自車に乗せて病院に連れて行こうとした、というのが被告人の説明であり、これに十分な反駁を加えなければ、性暴力の行為を認めることは難しいと考えられる。

のため同女がいずれも自力で脱しているのであって、これらのことは、腹部への馬乗りが、強姦の前提行為ではなかったと見る余地を残しているのである」と。しかし、被告人は男性であり、午後 11 時半頃、豆球のついたワンルームマンションの一室に侵入すると、そこには長袖の T シャツとショーツの服装の女性おり、彼は彼女の身体をベッドの上で制圧するように暴行を加えたのである。「夜中に侵入していきなり押し倒してきたので、強姦する目的だと思った」と被害者が述べるのは当然であり、被告人にとっても、被害者がそのように感じるであろうことは認識可能であろう。その行為は、わいせつな行為ではないと解するが（判例・少数説）、しかし性暴力の行為にすでに着手している、とは考えられるからである。

では、この問題は、図 3 を図 4 に修正し、広義のわいせつの行為を基本型から降ろし、これを強制わいせつの行為と性器挿入の行為に分けて後者をいわば本質型とした「姦淫」の罪の類型において、解決されているであろうか。言い換えれば、強かんの犯意が否定されてしまい、③が性犯罪から外れるのは、性犯罪の基礎をわいせつな行為であるとするからであって、むしろより本質的に、性器挿入の行為を性犯罪の核心部にしっかりと据えるならば、被害者と同様に、被告人は「強姦する目的だった」と捉えうるであろうか、と問えば、答えは明らかにそうではない。なぜなら裁判官らは、強かんの行為の可能性を反対に否定したからこそ、犯罪事実の中に「性的な行為」を見抜けなかったのであり、それゆえ③は⑤に落ちることなく、性犯罪から外れたからである。つまり、性器挿入の行為の前に、その後ではじめて発現する目的性の内在する契機を、違法な性器挿入の行為の可能性の印として探しているから、その犯意の前提であるわいせつな行為が見抜けなかったのである。すなわち強かんの犯意を重視して違法要素とすることで、逆に適切な違法判断（被害認識）が妨げられている。

図 5 は、図 4 のイメージを図形に描いたものである。下に向かう矢印は「姦淫」の罪の犯意を表し、線分 AB は強かん未遂または強制わいせつ既遂を意味する。上下に罪を重ねて侵害利益の価値に優劣を置くと、行為が目的的に下降するほど罪は重い。頂点に「姦淫」があり、わいせつの行為の裾野を拡げる逆三角形がえられる。性器挿入の目的は、いわゆる目的犯の目的とは異なってい

図5 「姦淫」の罪の類型図



る。例えば略取・誘拐罪におけるわいせつや営利の目的は、それらの目的的な略取・誘拐の行為を単純なそれからいわば異質化して取り出させるものであり、その意味で行為の個別化機能をもっている。しかし、逆三角形で示された「姦淫」の罪における性器挿入の目的は、その犯意の目的的な本質が現れ出たものである。強かん未遂か強制わいせつ既遂かという問題は、その隠された本質を、性犯罪に着手したときに、あるときは読み取り、あるときは読み取らない、というその柔軟性に由来する。しかし、その区別は、対応する犯罪事実を典型的に欠いているといわねばならない。

むしろ性器挿入の目的を読み取ろうとすれば、わいせつな行為を見失うのであった。なぜなら現実的には強制わいせつのわいせつな行為と「姦淫」の前提行為は目的的に異なり十分に識別可能であることも少なくないからである。しかし、性暴力の被害があるのに、「姦淫」の行為の目的性の観点からわいせつな行為が絞込まれてしまえば、見えなくなるものが出てこざるをえない。それは一般的にいえば、犯罪事実（法益侵害またはその危険）のないところに（その想定されていないところに）、犯意をみるができなかったということにすぎない。つまり違法な性器挿入の行為がないときに、それ自体ですでに違法な目的（「姦淫」の罪の法益侵害の可能性）を探そうとすることは、空回りせざるをえない。「姦淫」の罪の犯意はこの余剰を出さざるをえない。しかし、性暴力の被害は性

器挿入の目的の有無に左右されない。性暴力の被害認識（性暴力の行為の違法判断）と「姦淫」の罪は類型的に齟齬を来している。これは「姦淫」の罪そのものを全体として類型的に修正せねばならないことを意味する。

4 「姦淫」の罪に代えて

(1) わいせつな行為

「姦淫」の罪はわいせつな行為と性器挿入の行為による法益侵害を禁止する。前者を幅広くとらえ、中でも後者を特別視する。後者は核心部にあり、性犯罪の被害認識はその周辺部にある行為のわいせつ性の有無に左右される。そうすると、図2で⑤の強制わいせつ（未遂）致傷が性犯罪の範囲にとどまりうるのも、強制わいせつの犯意を理由とするのではなく、行為のわいせつ性によることになる。強制わいせつの行為も暴行・脅迫とわいせつな行為からなるので、一見するとこれは背理である。しかし、ここでの暴行は、強かんの行為のそれとは異なり、「力の大小強弱を問わない」（大判T13・10・22刑集3巻749頁）とされ、他人の身体に触れるわいせつな行為そのものが暴行でありうるとされているので（着衣の上から女性の臀部を手のひらでなで回す行為について名古屋高判平15・6・2判時1834号161頁）、わいせつな行為の範囲はかなり広い。

そのため暴行による強制わいせつと準強制わいせつを区別することも理論的に困難になっている。例えば大阪地判H11・7・13判例タ1038号299頁では、睡眠中の被害者の「乳房に直接手で触れ、同室内にあったハサミで同女のパンティを切り裂いて陰部を露出させる」ことはわいせつな行為であるが、睡眠中の被害者の「陰部に触れようとして」「ズボンとパンティを一緒に掴んで膝の辺りまで引きずり下ろす暴行を加えた」こと、また「着衣の上から乳房に手で触れ、同女着用のTシャツを胸の辺りまでめくり上げた」こと、さらに「着衣の上から乳房に手を当て軽く揉むなどした」ことは準強制わいせつ未遂であるとされた。しかし後者で、その犯意ではなく、行為のわいせつ性を理由として未遂罪が適用されていることを疑いえない。ここではわいせつな行為が、その手段である暴行を吸収しているといえる。問題は、反対にわいせつな行為が暴行に吸収されているような場合であり、性暴力の性的な違法性、つまり、ここでは暴行のわいせつ性がどのように了解されているかである。

静岡地判 H24・5・18LEX/DB25481701 では、被告人は、第一に、ホテルの一室でホテル従業員に対し「暴行脅迫を加えて、その反抗を抑圧した上、キスをし、着衣の上から陰部を触り、同女を強姦しようとしたが、同女が激しく抵抗したためその目的を遂げず」、同女に加療約5日間の傷害を負わせ、第二に、深夜の路上で通行人の女性に対し「いきなりその身体を背後から抱え、転倒した同女の両腕をつかんで」「通路に引きずり込み、『黙れ』と語気鋭く言った上、同女の身体を足蹴にするなどの暴行脅迫を加え、強いてわいせつな行為をしようとしたが、同女が抵抗したため、その目的を遂げず」、同女に全治約10日間の傷害を負わせ、第三に、その15分後にJRの駅エレベーター内で女性に対し「いきなりその口を手でふさいだ上、その場に引き倒して、抵抗する同女の身体を押さえつけ、着衣の中に手を入れてその胸を揉み、陰部に指を挿入するなどし、もって強いてわいせつな行為をし」、同女に全治約1週間の傷害を負わせた。三つの致傷罪でいずれも犯意は争点になっていないが、第二の犯行は強制わいせつの未遂である。そして、それだけを見れば強制わいせつの犯意は明確でない。しかし、15分後の第三の犯行があるので、被告人の自白を聞かなくても、第二の犯行のわいせつ性はほとんど疑問の余地なく認められる。近接した時間と場所の類似した状況下で、同一人が類似した行為をしたときに、その行為の意味が異なることは経験則に反するからであろう。

同様に金沢地判 H24・9・5LEX/DB25482699 でも、行為のわいせつ性の意味が了解されている。被告人は日没後に通行人の女性を騙して「空き地に連れ込み」「同女に対し、背後からいきなりその口を手でふさぎ、その場にしゃがみこませる暴行を加えた上、『騒ぐな。静かにしろ。殺されたいんか。』などと言って脅迫したが、「同女に抵抗されたため、その目的を遂げず」、その際、全治約7日間の傷害を負わせた。その犯行目的について、裁判員裁判は次のように判断した。「被害者が見ず知らずの女子高校生であることや、その時間帯と場所、同女を空き地内に連れ込んだ状況、暴行、脅迫の態様等に照らすと、被告人の目的としては、被害者に対するわいせつ行為以外には想定し難いところであるから、特段の事情がない限り、被告人には、被害者に対して暴行、脅迫を加えた時点において、わいせつ目的があったものと強く推認することができる」と。これに対し、東京高判 H19・3・26LEX/DB25365660 では、団地内遊

歩道で被害者に対し暴行・脅迫を加え、百数十メートルの距離がある公園の方まで連行しようとした被告人の目的は「わいせつ行為にあった疑いが濃厚ではある」が、「人気のない公園の方までわざわざ連行しようとしていたことからすれば、結果的に団地内でわいせつ行為自体に及ぶのはちゅうちょしていたことが窺われる」として、強制わいせつ罪の実行の着手が否定されている。前者では空き地に連れ込んだ後の暴行・脅迫のわいせつ性、後者では公園に連行する前の暴行のわいせつ性が問われた。そして前者では、その行為を包む場の諸状況から総合的に行為のわいせつ性が肯定されている。

さらに他人にキスをする場合のように、それ自体では暴行ともわいせつな行為とも判然としないときでも、その行為の意味は諸状況から判断される。東京地判 S56・4・30 判時 1028 号 145 頁では、男性である被告人が女性にキスをしようとしたが目的を遂げず、強制わいせつ未遂罪であるとされた。弁護人によれば、頬に接吻しようとする行為は「現代の社会風俗にあつては単に親愛の情の表現であつてわいせつ性はない」。たしかにキスをすることは、単なる挨拶でもありえるので、それ自体では性的な行為であるとさえいえない。しかし具体的には「接吻行為は、それが唇を対象とされなくともその行われたときの当事者の意思感情、行為のなされた状況や経緯等からして、相手方の意思に反し」、その法益を「不当に侵害する態様でなされたときは、親子、兄弟あるいは相思相愛の男女同士が親愛の情の表現としてなされた場合などとは異なつて」「わいせつな行為に該当することがある」。被告人は午前 5 時 50 分頃に顔見知りの女性と出会つたため、待ちかまえて、同人が傍らを通り過ぎようとしたとき、いきなりその両肩をつかんで抱き寄せたが、抵抗されたため口づけできず、さらに路地の方へ引つ張り込もうとしたが、同人が大声をあげたため手を離れた。これは「一般の道徳的風俗感情の許容しないものであつて」「わいせつ性を十分具有している」。そのように被告人が被害者を襲うことは、被告人からすればキスをしようとしたにすぎないかもしれないが、一般的には、親愛の情の表現行為ではなく、わいせつな行為であると意味が了解される。

つまり、他人にキスをすることも、他人に暴行を加えることも、わいせつ性の意味が了解されるとき、わいせつな行為に着手したとされ、強制わいせつ未遂罪が適用される。同じことは他人の身体に触れる行為についてもいえる。触

ることは、それ自体では性的でもないし、わいせつな行為でもないし、まして暴行ではない。しかし、その行為を包む場の状況次第でわいせつな触る行為になる。刑法 176 条の強制わいせつの行為は「暴行又は脅迫を用いてわいせつな行為」をすることであると書かれているので、暴行・脅迫とわいせつな行為の二段階に分割した上で、「被告人の行為＝暴行＝わいせつな行為」と解釈することが許されているが、ここで問はただ一つ、その被告人の行為にわいせつ性の規範的意味があるか否かである。つまり価値侵害の意味が了解されるか否か、すなわち犯罪事実（法益侵害またはその危険）の有無である。ただし、暴行はわいせつ性の意味がなくても、すでにそれ自体で違法であるが、キスや触ることはわいせつ性の意味了解をまって、はじめて性的に違法な行為であると評価される、という違いがある。

したがって、大阪高判 H19・3・28LEX/DB25451664 は、被害者供述の信用性を否定した強制わいせつ未遂の無罪事例であるが、その誤りがどこにあるかを理解できる。公訴事実によると、被告人は駅構内の女子トイレで、被害者の「両腕を自己の両手でつかむなどの暴行を加えた上、同女の顔に自己の顔を近づけて同女に接吻しようとしたが、同女が抵抗したため、その目的を遂げなかった」。被告人によれば、女子トイレに入ったのは「間違っ」たことであり、被害者の腕をつかんだのは「よろけて」したことである。控訴審は、この被告人供述は「いささか不自然」であり、むしろ被害者が供述するように、被害者が「女子トイレですよ」と声をかけたのに出ていく気配がないので、「男の横を通り過ぎてトイレから出ようとしたら、いきなり両手で両腕を強くつかまれた」という事実が認められるとした。しかし「被告人はあごを前に出して、15 ないし 20 センチメートルの距離まで顔を近づけてきた」という供述部分は、当時の被告人が「酒臭強い」状態にあったことに「全く気づいていないとする」ものであり信用できないとされた。したがって「被告人の行為が強いて被害者にキスをしようとした行為である」と断定できないから、わいせつ性はない、と。しかしながら、女子トイレが男性に対して排他的な空間である以上、女子トイレから出ようとする男性が、出ようとする女性の両腕を強くつかまえて拘束することは「女性に対する暴力」であると考えられるのであり、しかも、トイレは人の身体の性的器官が露出される場所であるから、それは性的な暴力の意

味をおのずから帯びてくる。被害者は性暴力の被害に遭ったと感じているであろう（この被害認識は「裸の行為」論に喩えれば「裸の違法」判断である）。女子トイレで故なく男性が女性の身体を拘束すれば、その行為の性的な意味は未だ十分に具体的に顕在化していないとはいえ、すでに性暴力の行為に着手しているとはいえるのであり、それはキスの行為であるよりも暴行であり、それを強制わいせつの行為の未遂であると解釈することもできたと思われる。具体的に被告人が何をしようとしたかは被告人が問われるべきことであるが、被告人がキスをしようとしたか否かを要証事実とする法的構成は本件にそぐわない。

わいせつな行為は性的な意味を有するが、性的な行為としての定型性がなければわいせつな行為ではない、とはいえないということであろう。キスは親愛の情を表し、性的なキスを含む。また、状況次第でわいせつな行為として性的な意味を有する。しかし、キスは性的な行為であるから、被告人のそれはわいせつな行為か、と問うたときにおそらく性暴力の被害を見失ったのであるから、むしろキスはわいせつな行為でありうるか、と問うべきではない。「キス \supset 性的キス \supset わいせつなキス」という集合関係は存在しない。たしかに暴行は、すでに違法な行為であるから、わいせつな行為として違法であると解釈することが許されているのであろうが、同様にキスも、すでに性的であるから、わいせつな行為として違法であると評価できる、と考えてはならない。行為のわいせつ性的の意味は被告人のどのような振る舞いにあったかを問い、わいせつな行為が取り出されたとき、それは性的な行為であるが、もはやそこにキス（親愛の情の表現行為）はない、というべきであろう。キスをしようとする行為がわいせつな行為と評価されたとき、キスをしたとみなすのはひとり加害者であろう。もちろん、それはわいせつな行為の限界を縁取る判断であるから、被害者がキスをされたと感じる程度のものであるならばわいせつな行為ではないということでもあり、一義的な明証性を期待しえないのであるが。

このように、わいせつな行為は性犯罪の外縁部まで拡がりながら、その意味が社会的に了解され、その範囲を縁取る機能を与えられている。「姦淫」の罪の逆三角形の底辺は、わいせつな行為を拡張的に取り込むことができるといえるであろう。そして、ここでは性犯罪を包摂して性暴力の罪を類型化することが考えられているのであるから、性暴力の性的に違法な行為の限界も同様にそこ

にあるとせねばならない。ただし、まず、その外縁の境界にあるのは性的な行為ではない。他人にキスをすることや触れることは、それ自体で性的な行為とはいえ、むしろ人としてごく普通のインタラクシオンであり、日常的・慣習的に、いわば前法的に人々が繰り返している、ほとんど無目的でもありうるような行為である。それが性的な目的を帯びて行われるときも、相手方の事前の意味了解(同意)があるならば、それは日常的・慣習的なインタラクシオンであり続けることができる。しかし反対に、その行為を包む場の状況次第で、わいせつ性の意味が了解されることがあり、そのときにかぎり、それは違法である。次に、性犯罪では、それらの性的に違法な行為をそれ自体で暴行であるとするのは、明確性の要件を欠くと思われるときでも、やむなくそれ自体でわいせつな暴行であると解釈されているのであり、この点は性暴力の罪を構成する上で改善されねばならない。つまり、性暴力の行為の外縁には、いわば非暴力(非暴行)の、しかし暴力的な、わいせつな行為があると理解することができる。そうすると、暴行の語義(有形力の行使)の制約を解かれて性暴力の罪は、「視る」「撮る」を含め、性犯罪よりもやや範囲を拡げることができるであろう。

(2)業務上性暴力

以上は、強制わいせつ罪の主観的要素をめぐる見解の対立に関連する論点である。最判 S45・1・29 刑集 24 卷 1 号 1 頁は「その行為が犯人の性欲を刺激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、報復目的で被害者を裸にして写真撮影するのは、わいせつな行為にあたらなとした。「わいせつ」とは、判例によれば①性欲を興奮・刺激させ②性的羞恥心を害し③善良な性的道義観念に反するものをいう、とする三要件によって示されるので、被告人において第一要件を充足する「性的意図」がなければ、犯意として十分ではないと考えられた。しかし、その後の東京地判 S62・9・16 判時 1294 号 143 頁は、「自らを男性として性的に刺激、興奮させる性的意味を有した行為であることを認識しながら」、被害者の全裸写真を撮影したとしてわいせつな行為を認めている。第一要件が要求するのは、被告人による性欲充足という性的意図ではなく、被告人において性欲充足という性的意味の認識があることであるとされた。「わいせつ」な違法行為の故意の対象として、それで

足りると考えられる。

これに対し、現在の多数説は、判例の「わいせつ」概念による「わいせつな行為」の解釈をここでは斥け、被害者の性的自由が侵害されているとして、わいせつな行為を認める。客観的な観点から、それが性的な侵害行為であり、犯罪結果があることは（被告人も含めて）自明視されている。しかし、被写体の同意があっても、裸体の撮影は性的な意味をもち、そこに撮影者の性的な悪意が加わるなら犯罪行為でありうるとするのが、判例を支持する少数説である。この立場からすると、多数説のいう性的自由侵害の客観性とは、報復意図の悪意を考慮した主観的な判断にすぎない、と反論することができそうである。なぜなら、その悪意とは、その性的意味の認識が撮影者にあるならば、と敷衍できる間主観的（客観的）な意思の内容であるからである。そうではなく多数説が考慮するのは、加害者ではなく、被害者の意に反するか否かであるとしても、いずれにせよ、わいせつな行為の有無が主観的に判断されている。では、入浴中の女性に刃物を示して接近し、あるいは下着姿の女性に対して侵入者がベッド上で暴力をふるうのは、加害者や被害者の主観を考慮して、はじめてその性的な暴力性、つまり違法性を判断できたのかと問えば、そうではない。多数説の問題点は、被害者の何の意に反しているかを問わないで、性的不同意（性的自由侵害）の結論を先取りしたところにあるであろう。性的不同意の前に（その条件として）、性的な行為が加えられていることの意味の認識がすでに被害者に与えられていることからすると、不同意の対象は行為の性的な意味づけ（ここでは加害者による意味の認識）そのものにあるのではない。性的な行為が被害者の身体に加えられており、そこに違法の意味（わいせつ性・性暴力性）をみてとるのは、加害者の意図と被害者の意思を離れて判断されうることであらねばならない。なぜなら、後述するとおり、そこでは人間の尊厳に反するか否かというようなことが判断の材料にもされているからである。少なくとも「わいせつな行為」の違法性（行為のわいせつ性）の意味の認識を性欲の興奮・刺激の次元で狭く理解してはならないし、また性暴力の被害認識の観点からは、それは性的意味の認識に伴う性的羞恥心を害するという性的不同意よりも深い次元で了解されねばならない。

したがって、東京地立川支判 H24・10・12LEX/DB25483394 の無罪判決の

論理のどこに誤りがあったかを理解できる。「療術院」を営む被告人は、椎間板ヘルニアの症状のある通院女性Aの性器に指を挿入した複数回の行為について、「わいせつ目的」は認められず、「正当な療術の施術として」行っており、準強制わいせつ罪にあたらないとされた。Aは「正当な施術と誤信して抗拒不能の状態」にあったとされており、また「止めてほしい」と伝えたとするA供述の信用性も否定されている。判例・少数説からこの結論を支持することができる。ここでの「わいせつ目的」は前述の「性的意図」である。しかし、判決書によれば「H大学医学部附属病院医師Iは、公判廷で証人として、女性の椎間板ヘルニアの患者に対し、膣内に指を挿入して治療したという報告はなく、そのような治療方法はあり得ないと供述しており」、また「J療術師協会理事長G及びF療術師会会長であるKは、公判廷で証人として、療術の技法として、椎間板ヘルニアの女性患者の膣内に指を挿入するなどというものはなく、療術師がそのような行為をすることは許されないと供述している」。つまり、一般的にはこれは性的な侵害行為であると認識されているということである。しかし、これに対して判決は「療術は、その性質上、医学的に有効性が証明できないことがらについて、これを補充するものとして受け入れられているという面があることも否定できず、医学的に証明できないことから、直ちに、療術の施術としてあり得ないものとまではいえない」とし、また、ある研修会でそのような療術の技法が教えられていたことを指摘し、この一般的には性的である行為を正当な業務行為であるとみなしながら、同時に「性的意図」を否定し、その違法性を否定した。

たしかに他人の身体の性的器官や部位を扱う医療行為は正当化される。それは少なくとも性的羞恥心を患者に与える性的な意味のある行為であるが、患者はそれを理解した上で健康回復等の価値を優先させ、医療行為に同意している。例えば京都地判H18・12・18LEX/DB28135092では、臨床検査技師である被告人による女性患者に対する会陰走査（超音波検査）のわいせつ性が問われたが、その医学的な必要性が認められないことはないと言われ、検査器具が不必要に操作されたとする被害者供述が否定されて無罪になった。そこでは性的な行為を加えることの医学的な正当性が、患者の同意を前提にして最初に認められたのである。しかし、ここでの「療術」の行為は「性的意図」（つまり被告人

の「わいせつ目的」の有無を問う前に、証人らが述べたように、常識的にわいせつであると踏み込んで、性的に意味づけられていることを見失ってはならない。この価値侵害的な行為を正当業務であると、被告人がきわめて特異に誤信していた、ということはありません。また A もそう信じ込まされて同意を与えていたかもしれない。しかし、両者の誤信の前に、これは性的な価値侵害の行為である、という一般的な了解（その行為の社会的意味）がある。そして「療術」にかこつけて抗拒不能に乗じて行為するときは、それは明らかに違法な行為であり、そこに性暴力の被害がある。

前述のとおり、性暴力の外縁にあるわいせつな行為は、それ自体でつねに性的ではない行為（例えば身体に触る、キスをする、撮影する、視るなど）をわいせつであると性的に意味づけることができた。それに対し、ここでは、すでに性的な意味をもつが、正当化されている行為（医療行為、身体検査、モデル撮影、身体的介助など）の正当性をいわば阻却してわいせつな行為として意味づけることが問題になっている。その正当化の条件は、医療行為でいえば、優越的利益と医学的適正性であり、また、患者の同意をえなければならぬとされる。それらは、その業務上の行為がおのずから帯びてくる性的な意味を社会的に抑えこむ覆いの役割をはたしている。つまり、それは制度的に正当化されている²⁹。しかし、それ自体で性的な行為がその覆いをはみ出すとき、行為者の「性的意図」「わいせつ目的」が表明されたかのように見える。もちろん主観的にわいせつ性の認識を欠く場合もありうるが、しかし、いずれにせよ、それはわいせつな行為である、とその社会的意味が了解されなければ、その正当性を阻却できない。それゆえ通説的な言葉を借りれば、構成要件に該当する「わいせつな行為」がまず医療行為等として正当化され、次に被告人の主観的な「性的意図」「わいせつ目的」によって「わいせつな行為」として意味づけ直される、ということではない。まず、性的な行為の正当化があり、次に、その正当性が阻却されてわ

29 社会学では「巧妙な装置」の制度化があると論じられている。それは患者をして服従させるという関係性の非対称化の権力関係である。そこでは「巧妙」で不当な「身体規則」がノルムになっている、と理解されている（岡原正幸「コンフリクトへの自由」安積純子、他『生の技法（第3版）』生活書院、2012年、199頁以下）。フーコー権力論が強く影響していると思われる。しかし、規範的（法的）な議論は、医療行為の制度的な正当化の条件を模索してきた。本稿もそうである。医師と患者の非対称性が、その制度的な対称化（つまり法的な正当化）を要請するからである。

いせつな行為になる。性的な意味の覆われていた医療行為等にわいせつ性の意味が吸収されてから、わいせつであるという性的な意味が露見するのであって、ここでも、性的に定型的な行為であるからわいせつである、と判断されているのではない。

これを業務上性暴力とすることができる。その特徴は、性的な意味のある行為に対する被害者の同意が、その行為の正当性(の装い)を理由にしてすでに与えられていることにある。それゆえここでも暴行・脅迫を要しないが、ここでの違法な性的行為は、正当性を偽装して被害者の同意をいわば搾取している(言い換えれば制度的に個人の意思が抑圧され違法行為を身体的に甘受させる)点で、暴力的であると表現することが相応しいであろう。たしかにそれはすでに性的な行為であるから、そのわいせつで暴力的な違法性の認定は、当事者間の供述が対立し、患者の身体どの部位がどのように触られたか、といったことが争点になると難しくなることを避けられない。しかし、業務上の遵守事項を厳格にし、行為の適正性の条件を絞り込むことはできるし、また必要である。前述の京都地判H18・12・18では、下腹部や背部の痛みがあり受診した患者に対し、その担当医からの事前の指示も、また事後の報告もなく、検査技師によって会陰走査が実施された。それは、まず、そもそも患者の同意をえた医療行為であったかも疑問であり、次に、性的意味を覆う適正性の諸条件を充足しているとはいえない強引さのある医療行為であった。性的な業務行為は、性的であるがゆえにその正当性の要件を明確に満たすことが求められる。さもなければ被害者の不同意が推認されるのであり、その業務上の性的な行為は性暴力の行為として違法であるということができる。

ここから重要な結論が一つ導かれる。性暴力の行為は正当化されないことである。なぜなら性行為は、その適正性等を要件として制度的に正当化されるものではないからである。それは飲食や睡眠よりも相互性を求める欲求行為であるとはいえるが、非公然に私的かつ親密に行われることが期待される。この点で性行為への同意と医療行為へのそれは比較にならない。制度的な正当化を要する医療行為に対する患者の同意は、決して性行為に対するそのような同意ではない。正当業務行為の正当性が阻却されて性暴力の行為になったとき、これを正当化できる理由はどこにもない。同じことが、前述のキスをする、触る

等の行為についてもいえる。それらは正当化を要しない常識的・慣習的で一般的な相互行為であり、相手方の意味了解（規範的かつ前-法的な文化的背景）があることで性的な意味を帯び、また事前の同意を欠くことでわいせつな行為にもなるが、性的にキスをする、触る等の行為が相手方の同意によってはじめて正当化されるのではないからである。むしろ性の解放後の現代社会で性行為は、制度的な正当化（家長の同意等）を要しなくなったと理解すべきであろう。それゆえ性暴力の行為は、正当化のできない自然犯になることができる（性行為は実定法を要しないといえることができるが、しかし生殖に対する社会的関心は現在も高い）。ただし、社会的な相互行為としての性行為に、その意味了解の身についていないことを理由として、制度的に年齢制限を設定するならば、相手方の年齢により形式的に違法性が推定され、実質的な正当化の余地が生じることになる（したがってそれは「同意」年齢であるというよりは性的な相互行為の原則禁止の法定年齢である）。

(3)未遂と既遂

強かん未遂の弱い犯意はわいせつな行為を前提にし、そのとき、それは性暴力の行為に着手している。強制わいせつ未遂では行為のわいせつ性が了解されるとき、わいせつな行為に着手している。いずれにせよ性犯罪の被害認識はわいせつな行為の有無に左右され、後者ではわいせつな行為があるならば、それはすでに十分に違法であると考えられる場合があった。それが性暴力の外縁部にあるわいせつな行為であり、そこではわいせつな行為であると意味了解されたときに法益侵害があり、違法行為の同一性判断（犯罪の行為と結果の必然性の判断）が直ちになされて既遂罪が成立すると考えられる。

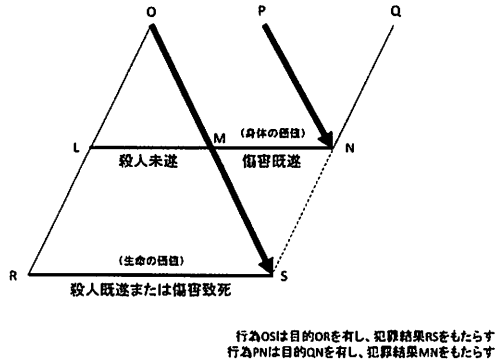
他方で、わいせつな行為の範囲は広く、事前の同意をえないで他人の身体に単に性的に触れる行為と、その同意をいわば搾取して他人の身体に性的な行為を加える業務上性暴力の行為を区別することができた。前者では、つねに性的ではない行為が性的に意味づけられるのに対し、後者では、すでに性的な意味のある行為の暴力性が問われねばならない。その暴力性とは、恣に他人の身体に性的な行為を加えることができている点に認められるであろう。前者は性的な行為への入口における違法行為であるが、後者は性的な行為の条件そのも

の、その価値そのものを直接的に脅かすものであると考えられる。そして前者が非暴力的な性暴力であり、後者が暴力的な性暴力であるならば、おそらく前者における非暴力的な暴力性の被害認識は、後者における暴力性の被害認識に支えられている。前述の大阪高判 H19・3・28 のように、従来はわいせつな行為の認められなかったところにも、性暴力の暴力性の被害を見だしえたのはそのためであろう。つまり、従来の強制わいせつの未遂罪が、性暴力としてのわいせつな行為の既遂罪として再構成されるのは、性的な暴力性の程度を少なくとも二段階に区別して後者の暴力的な性暴力の行為の違法性をより重いと位置づけることができるからである。そうすると、性暴力としてのわいせつな行為は違法性の程度の軽い性暴力の罪にあたり、これに対し、さらに重い性暴力の罪の行為がある。そして、その重い違法性は、行為のわいせつ性ではなく、むしろ性的な暴力性を捉えたところに見えてくるであろう。

問題は「姦淫」の罪において重視されていた性器挿入の行為と法益侵害の関係にある。挿入行為は身体内部への侵入であるともいえるので、たしかに暴力性の程度が強いという印象を与える。また、それは生殖行為の形態において暴力的であるから、ヒトの生殖の営みに対して暴力的な侵害性を有すると捉えることもできる。しかし、前述のとおり、強かんの犯意の有無、つまり「姦淫」の性器挿入の目的の有無は、性暴力の被害認識において不可欠ではなかった。性器挿入の目的を前提にしないで、性暴力の行為が認識されるからである。そうすると、性器挿入の行為の着手前に、主観的に強かんの犯意が強制わいせつの犯意に対して「より以上のもの」でないのであれば、これを客観的な側面からみると、わいせつな行為は性器挿入の行為に対して「より以下のもの」であるとはかぎらず、つねにその行為のベクトルが性器挿入を目指して前者が後者に目的的に解消される、と理解すべきであるかは、疑問に付することができるであろう。つまり、生命に対する身体の価値のように、相対的に独立した内容の価値を、強制わいせつの行為が侵害するというでなければ、少なくとも性器挿入の行為の着手前に、態様の類似した強かんの行為と強制わいせつの行為を区別する意義は、じつはない。

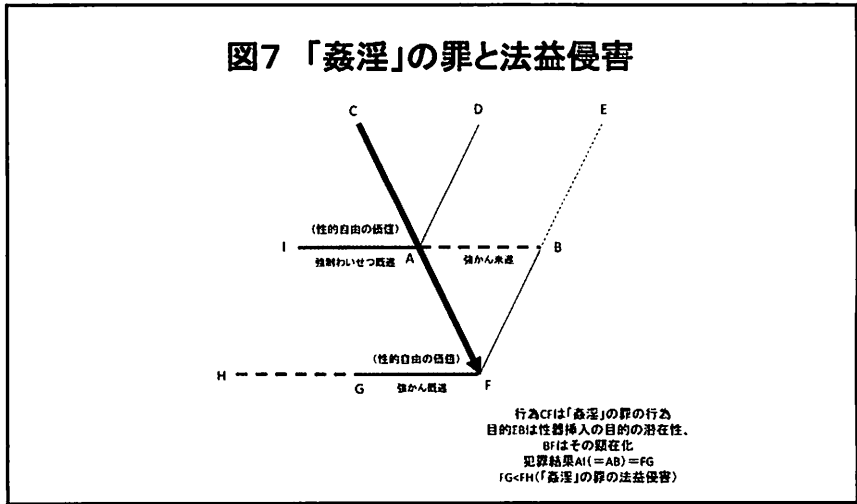
もう一度、図5をみてみよう。線分 AB は強かん未遂または強制わいせつ既遂を表す。通説によれば、それは性的自由の侵害である。この未遂／既遂の法

図6 殺人未遂と傷害既遂



益侵害を殺人未遂／傷害既遂の法益侵害と比較するために描かれたのが図6である。例えば銃で腕を撃たれたとき、殺人未遂か傷害既遂かは、行為の目的性の観点から区別するしかない。一見するとそこにあるのは身体傷害であるにすぎない。殺人既遂か傷害致死かの区別も同様であり、そこには生命侵害というただ一つの犯罪事実がある。それゆえ両者の相違は主観的なものでしかない、と考えられている。しかし、それは行為者においてそれが区別されているということに他ならず、その区別の前提には、殺人罪の法益と傷害罪のそれが、前者あつての後者という関係にありながら、後者それ自体の固有の価値を認められており、行為者にとっても例えば発砲行為に着手する段階で、その価値が明確に区別されている、という一般的な了解ができあがっている。つまり、身体あつての生命であるが、価値的には生命を保つために身体を保たねばならず、しかも同時に生命侵害を目的としないで身体の価値だけを侵害することができる。そのような価値の世界の中で、行為がある。それゆえ殺人未遂と傷害既遂は、単に行為者主観の相違に還元されるのではなく、その区別の根拠として線分MNが与えられている。それは目的QNを有する行為PNの犯罪結果である。これに対して殺人行為OSは目的ORを有し、生命侵害の結果RSをもたらす。その未遂の結果がLMであり、これは行為OMと目的OLの結果であり、

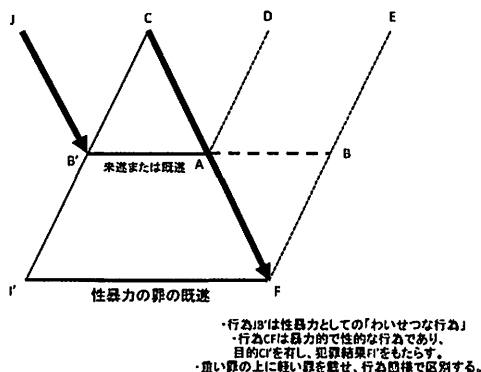
図7 「姦淫」の罪と法益侵害



MNとは異なっている。つまり、殺人未遂と傷害既遂は、むしろ目的的な行為によって区別されている。ただし行為PNが致死結果RSをもたらすとき、目的QNはOLとの区別を問われる。

「姦淫」の罪には、このようなLMとMNの区別がない。しかも性器挿入の行為による侵害性は大きいとされいながら、通説は、その内容を明示していない。たしかに強かんと強制わいせつの行為は、生殖の営みと結びついて「姦淫」の禁止があり、またヒトの性の価値もどこかで生殖と結びつくと考えられるという意味で、前者の禁止なくして後者の禁止なしという関係にあるといえる。この前後の順位を価値の優劣の関係とみたとき「姦淫」を頂点とする逆三角形がえられ、そして上下の罪の重さをいうために、行為の目的性の観点から、下に向かう矢印によって「姦淫」の罪の犯意が表示された。こうして目的的に侵害性の大きさが一応図示された。しかし、同時にそれは生殖の営みに関するある種の性規範の違反を意味し、これが性の解放により法益性をかなりの部分で喪失した。「ある種の」というのは、女性に対して差別的に機能する、という意味であった。そして性犯罪の法益を近代的な個人の自由であるとしたとき、性犯罪と生殖の価値との関連性は希薄になり、強かん未遂も強制わいせつ既遂も性的自由侵害として同視された。通説は両者を区別する意義を認めない。そし

図8 性暴力の罪と法益侵害



て、ヒトの生殖の営みは、一方で生殖補助医療技術を用いれば、男女二人の性行為であることを要しないのであるから、その価値保全のために「姦淫」の性器挿入を禁止すれば足りるとはいえず、また他方で性暴力の罪は、女性に対する暴力的な性器挿入を何ら容認するものではない。それゆえ、「姦淫」の罪を見直すにあたり、性器挿入の行為の侵害性の大きさを言い当てねばならないということはなく、ここでは性暴力の被害を類型的に把握するために、「姦淫」の罪の逆三角形を殺人罪のような形に戻すことを試みてみよう。

図7は、図6に倣い、図5を修正したものであり、CFは「姦淫」の罪の行為を表し、またEFはその犯意を表す。EFのうち、点線EBは性器挿入の目的を本質的に内在させた潜在性を意味し、BFはその目的の顕在化である。同様にCFを分割し、CAをわいせつな行為とし、またAFを性器挿入の行為とする。DFは犯意EFから点線EBの本質的部分を取り除いた残りのわいせつな行為の目的であり、行為CAが目的DAを有し、強制わいせつ既遂の犯罪結果AIをもたらす。同様に行為AFが目的BFを有し、強かん既遂の犯罪結果FGをもたらす。FG<FHであり、FHは「姦淫」の罪の犯罪結果であるが、現在ではその侵害性が評価されない。むしろAI=FGであり（例えば性的自由侵害として）、そうすると行為CA（肛門性交や口淫等）と行為AF（「姦淫」の性器挿入）の間に手段

目的の関係はなく、また価値的な優劣もない。

そこで、AIを下にずらしてFGと並べ、犯罪結果F1'を底辺とする三角形を描いて図8とする。行為CFはCA+AFの諸行為を含む性暴力の行為の全体を表し、目的C1'はその犯意である。その犯罪結果F1'は、性暴力の罪の既遂罪であり、その法益侵害は被害者に対して性的な行為が暴力的に加えられたことでもたらされる。行為CAは性暴力の罪の実行に着手したことを表し、目的CB'を有し、犯罪結果AB'をもたらす。JB'は前述の性暴力としてのわいせつな行為であり、CAとJB'は、目的CB'を共有するが、行為態様によって区別される。行為JB'の既遂の犯罪結果は性暴力の未遂のそれと同視される。こうして性暴力の罪の軽重の二類型が同一法益に対する行為態様の違い（法益侵害に対する手段の違い）として段階的に整理された。

違法性の重い性暴力の罪は性器挿入の行為を待たずに既遂に達する。それはあらゆる挿入行為の既遂と未遂を区別していない。性暴力の外縁には前述のわいせつな行為があり、重い性暴力の行為は、ここでは、性的な行為がわいせつ性の程度をこえて「より暴力的」に加えられることである。「性的な行為」は「性交または性交類似行為」（あるいは「淫行」）よりも広い概念である。「性交類似行為」とは「姦淫」を除く違法な性行為を広く指しうる拡張性のある概念であるが、ここでの「性的な行為」は「わいせつな行為」を含み、対人的に暴力的でありうるかぎりのすべての性的な行為を含む。それは、性行為で用いられる人の身体の性的な器官・部位に対して他人の行為が故なく加えられること、あるいは人の身体が何らかの形で（直接的または間接的に）他人に性的に故なく利用されることであると敷衍することができる。ただし「暴力的な」「性的な行為」が「性交類似行為」よりも概念的にフレキシブルであるとは限らない。この性的な「暴力性」をどのように把握するかが、性暴力の罪の行為を理解する鍵になるであろう。

外国の立法例では、2003年のイギリス性犯罪法が①強かん（膣・肛門・口への性器挿入）②性的挿入（指や器具の挿入）③性的接触の三段階構成を採用し、またドイツ刑法も①強かん（性交・その類似行為）②性的強要（その他の性行為の強要）の二段階構成を採用する。いずれも他人の身体に対する性的な挿入行為を重視する方法である。これに対し、カナダ刑法は基本類型として単なる性的暴行の

行為を禁止する。国連経済社会局の女性の地位向上部による 2009 年の立法ハンドブックが推薦するのは、このカナダの類型化である。なぜなら、性器挿入を強かんとして重視する犯罪類型は「女性たちが経験してきた性暴力のすべてを網羅するものではなく、また被害者が被った性暴力の影響を表すものでもない」からである³⁰。ここでの重い性暴力の罪の構成方法はこれを採用するものになる。

ところでカナダでは 1983 年に強かん (rape) とわいせつ暴行 (indecent assault) の罪が廃止され性的暴行 (sexual assault) の罪が新設された。暴行罪には基本類型の他に二つの加重類型（武器使用型と致死傷型）があり（カナダ刑法 266 条～268 条）、性的暴行罪もこれに倣う（同 271 条～273 条）³¹。しかし、暴行の概念について法律上の定義があるものの³²、性的暴行については解釈に委ねられ、カナダ最高裁は 1987 年のチェイス事件で「性的な性質の事情の下で (in circumstances in a sexual nature) なされた」暴行であり、「被害者の性的統合性 (sex-

30 国連経済社会局女性の地位向上部『女性に対する暴力に関する立法ハンドブック』ヒューマンライツ・ナウ訳、信山社、2011 年、37 頁以下（英語のテキストは <http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/v-handbook.htm>）。性暴力は性的暴行とセクシュアル・ハラスメントに分けられているが、性的暴行について「レイプとわいせつな (indecent) 暴行を包括的な性的暴行に置き換え、被害の程度に応じて段階づける」ことを提案し、性器挿入 (penetration) の立証を不要とすべきであるとする。犯罪の段階づけとは、武器使用や致傷結果等を加重要件とするという趣旨である。仏・独・英・米の諸国の立法例について法務総合研究所・研究部報告 38「諸外国における性犯罪の実情と対策に関する研究」2008 年。

31 Maria Los, 'The struggle to redefine rape in the early 1980s', in Julian V. Roberts and Renate M. Mohr, eds., *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change*, University of Toronto Press, 1994, pp. 26-30.

32 暴行とは「(a)他人の同意なく、その者に対し、直接的または間接的に、意図的に有形力 (force) を行使する」こと、「(b)自己の目的を遂げさせる現在の能力を有し、またはその能力を有すると他人をして合理的に信じさせる者が、行為または姿勢 (gesture) によって、他人に力を行使しようとし、またはそうすると脅迫すること」、「(c)武器またはその模造品を公然と装着または携帯し、他人に声をかけ (accost) もしくは妨害行為をし (impede)、または何かしらの要求をする (beg)」ことをいい（カナダ刑法 265 条 1 項）、性的暴行罪の「暴行」も同義である（同条 2 項）。また、次の理由で告訴人 (complainant) が服従しまたは抵抗しないとき、同意がないとされる。「(7)告訴人またはその他の者に対して力が行使されるとき(1)告訴人またはその者に対して脅迫または力の行使の恐れがあるとき(2)欺罔 (fraud) があるとき(3)権力の行使 (exercise of authority) があるとき」(同条 3 項)。ただし同意に関する被告人の誤信について次のように規定されている。「被告人が、公訴事実の主題である当該行動に対する告訴人の同意があると誤信したと主張するとき、裁判官は、十分な証拠があり、陪審員からみて、その証拠が抗弁になるならば、被告人の誤信の誠実さ (honesty) を左右する要素に関するあらゆる証拠に鑑み、その誤信の合理的理由の有無を判断するように、陪審員に説示するものとする」(同条 4 項)。

ual integrity) を侵害する」ものがそれに当たると述べた。それは「触られた身体
 の部位、その身体接触の性質、それがなされた状況、行為に伴う言葉やジェ
 スチャー、または有形力行使したか否かにかかわらず脅迫をしたかどうか等
 のその他のあらゆる行為事情」を考慮して判断される (R. v. Chase, [1987]2
 S.C.R. 293)。これは、被告人が女性 (15 歳) の胸をつかんだという行為は男性の
 ひげ (同様に二次性徴である) をつかむようなものであり「性的でない」とする控
 訴審の判断を翻して確立されねばならなかった性的暴行の概念である。ただ
 し、カナダでは暴行が基本的に「不同意」の有形力の行使をいうとされている
 ので、性的暴行罪の犯罪結果として性的な不同意の事実が立証されねばなら
 ないが³³、しかし、そのことで被害事実 (例えば「性的統合性」の侵害事実) が適切
 に認識されうるかが、さらに難しい問題として残る。加重類型を含む三類型の
 性的暴行罪の適用対象は、以前の強かん罪とわいせつ暴行罪のそれと重なり、
 その大半が基本類型に分類されている³⁴。その法定刑は 10 年以下の懲役であ
 るが、改正前の強かん罪のそれは終身刑である³⁵。ここにカナダでは強かん罪

33 1992 年の追加条項によれば「同意」とは「当該性的振舞い (sexual activity) に従事す
 るという告訴人の自発的な合意 (voluntary agreement)」を意味し (カナダ刑法 273.1
 条 1 項)、次の場合に同意がないとされる。[(7)告訴人ではない者の言葉または行動
 (words and conduct) で合意が表明されるとき(イ)告訴人が当該振舞いに同意不能である
 (incapable) とき(ウ)被告人が委託 (trust) または権力 (power or authority) の地位
 を濫用し、当該振舞いに従事するように、告訴人に勧める (induce) とき(イ)告訴人が、
 言葉または行動で、当該振舞いに従事する合意のないことを表明するとき(ウ)性的振舞
 いに従事することに同意した告訴人が、言葉または行動で、当該振舞いを続ける合意
 のないことを表明するとき] (同条 2 項)。以上は非制限的な列挙である (同条 3 項)。ま
 た、同意に関する被告人の誤信は、次の場合に抗弁にならない。[(7)被告人の誤信が、自
 己の①自招による薬物使用によるとき、または②過失 (recklessness) もしくは意図的
 な軽視 (willful blindness) によるとき(イ)被告人が、告訴人の同意を確認する (ascertain)
 ために、その当時に自己の知りえた状況の範囲で、合理的な段階 (reasonable steps) を
 踏まなかったとき] (273.2 条)。

34 Julian V. Roberts and Michelle G. Grossman, 'Changing definitions of sexual assault:
 an analysis of police statistics', in J. V. Roberts and R. M. Mohr, eds., op. cit., pp. 63-
 8. 例えば 1990 年の警察統計では性的暴行の 96% が基本類型に分類される。近年も同
 様の傾向を示しており、2009 年の警察統計では性犯罪の 91% が性的暴行の基本類型に
 あたり、加重二類型にあたるのは 3% 以下である (Maire Sinh, ed., Measuring Violence
 Against Women: Statistical Trends, Statistical Canada Catalogue no. 85-002-X, 2013,
 p. 29.)。

35 1983 年の法改正までの経緯について紙谷雅子『『強姦』から『性的暴行』へ(1)(2)』学
 習院大学法学部研究年報 30 号、1995 年、75 頁以下、学習院大学法学会雑誌 32 巻 1 号、
 1996 年、69 頁以下。

の「実質的な格下げ」があったと評価される理由がある³⁶。英独の類型のように性的挿入の行為と非挿入の接触行為の二段階構成をせめて維持すれば、挿入または非挿入の犯罪事実が適示されねばならず、そのことで自ずと理解される違法性の重みがあると考えられるが、これがカナダ刑法では失われうるからである。そして性的暴行罪の限界（性的な同意の有無）を問うことは、暴行罪の成否（不同意の暴行か否か）を論ずるよりもおそらく困難であろう³⁷。カナダの性的暴行罪は単一の犯罪類型として広範に行為を拾いすぎると思われる³⁸。

日本の刑法は、前述のとおり、暴行・脅迫を用いる性器挿入の行為とわいせつな行為を禁止し、前者をより重く処罰するが、後者の成立範囲が広いことが特徴である。それゆえ、本稿では、性暴力の被害を潜在化させないために、まず、性暴力の外延をそのように広くとらえてから、次に、そこに罪の重さの程度に違いが生じることを認め、違法性の軽い性暴力と重い性暴力を区別した。前者は他人の身体を単に性的に触る等の行為であり、まず、「性暴力≡強制わいせつの触る等の行為」の関係が導かれた。次に、後者は、より暴力的に他人の身体に対して性的な行為を加えることである。つまりわいせつな性暴力と、より暴力的な性暴力の二段階構成である。問題となっているのは、性的な暴力性の違法性の重さをいうために被挿入の事実の立証を要するか否かである。しかし、ひとまず、こうして「性犯罪としての性暴力≡強制わいせつ+強かん」の包摂関係が「性暴力=軽い性暴力+重い性暴力」として暴力性の観点から典型的に再編された。もちろん重い性暴力の罪で、暴行・脅迫による致死傷の結果があるとき、また妊娠の精神的負担もしくは細菌感染を伴うなど生殖や性の器官・機能に関する利益（リプロダクティブ・ヘルスまたはセクシュアル・ヘルス）の侵害があるときを加重類型とすることができる。

36 Jennifer Temkin, *Rape and the Legal Process*, Second ed., Oxford University Press, 2002, pp. 162, 178.

37 カナダ刑法 265 条 3 項(イ)の欺罔と性的同意の関係が特に困難視されている (Christine Boyle, 'The judicial construction of sexual assault offences', in J. V. Roberts and R. M. Mohr, eds., op. cit., pp. 143-6.)。

38 ただし 16 歳未満の者に対する性的接触罪（触れる行為の禁止）（カナダ刑法 151 条）と性的勧誘接触罪（触れさせる行為の禁止）（152 条）、また 16 歳以上 18 歳未満の者と障がいのある者に対するこれらの行為をその保護者等に禁止する性的搾取罪（153 条、153.1 条 1 項、後者は 1998 年追加）があり、この限度で性的暴行の罪は二段階に構成されている。

(4)被害者供述と犯罪類型

性暴力の罪を軽重の二段階に分け、重い性暴力の罪では性器挿入等の挿入行為を特別視しない。これは「女子」に対する違法な性器挿入の行為を禁止する現在の強かん罪を削除し、「男女」を行為客体とする強制わいせつ罪を軽重の二罪に分けることではない。なぜなら重い性暴力の罪では、被害者に加えられる性的な行為が「より暴力的」であることが違法判断の基準として理論化されるのであり、それは「わいせつな行為」の概念の機能しうる領域ではないからである。つまり挿入行為を特別視しないことは、挿入行為があるか否かという行為態様の違いによって、そのことを直接的な根拠として、違法性の程度を段階づけしないことである。挿入行為が性的により暴力的であるとは典型的に捉えないことになる。この点は議論が分かれるであろう。日本では（暗黙のうちに）強かん罪と強制わいせつ罪の二段階構成を維持し、前者の改正方法として、挿入行為を挿入物や挿入箇所によって典型的に区別しないことが考えられている。具体的に問題を捉え直してみよう。

名古屋地判 H23・11・14LEX/DB25481756 では、強かん致傷の公訴事実に対し、強制わいせつ致傷の限度で犯罪事実が認められた。被害者（当時66歳）は「レビー小体型認知症に罹患しているため、公判廷に召喚することができず、反対尋問による弾効ができない」ので、その供述調書は「被告人が被害者を押し倒すなどしてパンツ等を脱がし、陰部を指で触るなどのわいせつな行為に及んだ限りにおいて、客観的証拠や状況と符合するものとして、十分な信用性を有する」とみなされたことによる。ここでは性器挿入の行為があったとする被害者供述は結果的に軽視されている。被告人が控訴し、さらにわいせつな行為の有無や被害者の同意の有無を争おうとしたが、名古屋高判 H24・5・14LEX/DB25481755 は、被害者供述に虚偽の契機は「およそ見当たらない」のであり、その信用性はむしろ高いとして控訴棄却した。そうすると、原審の裁判員裁判は、性器挿入の事実を捨象したとしても、被害認識に不足がでるとはみなさなかつたのかもしれない。つまり、性器挿入の行為まで認定したからといって、被告人の犯罪行為の違法性が格段に重くなるとは理解されなかつたということが考えられる。

また大阪高判 H23・8・31LEX/DB25473560 では、被告人は「自己が仕事上

優位な立場にあることを利用し、取引先の社員である被害者 A をホテルの一室に連れ込み、「嫌がる同女の両肩を押さえ、その着衣を脱がせ、両手で同女の両足を押し広げるなどの暴行を加えた上、その陰部を舐め、膣及び肛門の中に手指を挿入するなどのわいせつな行為」をして傷害を負わせた。原審の裁判員裁判は監禁罪と強制わいせつ致傷罪を認めているが、弁護人の控訴趣意は、A は「被告人とホテルに入り性的な行為をすることについて、乗り気ではなかったとしても、消極的な承諾はしていたと考えるのが相当であって、監禁や強制わいせつ致傷罪は成立しない」と主張し、控訴審は監禁罪の成立を否定した。弁護人によれば、A の供述には「誇張傾向がみられる」ので「信用性には多大な疑問がある」。例えば A が職場の上司に「レイプ」された、と被害に遭ったことを伝えたことがそれにあたるという。しかし、裁判員裁判は「仮に、A が『レイプ』と言ったとしても、肛門や膣に指を何度も差し入れられるというような極めて恥辱的で精神的苦痛の著しい性的暴行を、A が『レイプ』と表現したことをもって、A が殊更に被害を誇張して訴えたとまではいえない」と判断した³⁹。ここには「レイプ＝性暴力≒強制わいせつ」という典型的な把握がみられる。

さらに大阪地判 H22・3・25LEX/DB25470374 では、被告人は、人通りのない深夜の路上で被害者にカッターナイフを突きつけ、わいせつな行為をした上で、さらに路地に連行して強かんの行為に着手し、そして現金を奪った。被告人は、被告人に真摯な反省を求めて、被害者にもそれが伝わるように、その立証をするという情状弁護の方法を採った。しかし「被害者調書には同意したうえで」被害者供述の信用性を疑問視して性器挿入の有無を争った⁴⁰。裁判員裁判はこの主張を却けたが、被害者としては、こうして事実が歪められてしまうなら許せないし、やるせないことであると思うであろう。ただし、判決書は懲役 7 年 6 月の「量刑の理由」について、犯行の悪質さを次のように記した。被告人は「被害者が恐怖のあまり抵抗できないのに乗じて、暗くて細い路地に連れて行き、被害者の下半身を裸にさせる、陰茎を口淫させる、被害者の乳房を揉み、陰茎を膣内に挿入する、その後、再度、陰茎を口淫させ、被害者の口の

39 弁護人は被害者供述が「大げさ」であり、捜査が「ひどいものだった」と報告している（山本了宣「目撃者は実はいなかった」季刊刑事弁護 69 号、2012 年、5 頁以下）。

40 小橋るり「性犯罪事件の情状弁護」法学セミナー 672 号、2010 年、134 頁以下、同「性犯罪事件における情状弁護」自由と正義 62 巻 3 号、2011 年、58 頁以下。

中に射精するなどした上、現金を奪っている」と。争点は、膣内挿入まであったか否かであったが、まず、本件における性暴力の被害認識にとって、それはどれほど決定的な事実の有無であり、次に、それが捨象できるとしても、その理由は口淫させる行為があるからなのか、と問うことができるであろう。これらの複数の性犯罪の行為を一つの性暴力の行為として認識し、その被害を把握することはできないであろうか。いずれにせよ、挿入行為を重視するならば、性器挿入の有無を争うことができる。しかし、そもそも捜査機関は被害者のために供述調書を作成するのではないので、被害者がありのままに被害の事実を伝えるににくいという制約のつきまとう中で、しかも被害者の心身がダメージを受けているときに、挿入の態様や有無に意味をもたせて法律上の争点にし、被害者は正確にそれについて述べねばならない、とすることがよいのかどうか。また、被害者の「貞操」を重視するというものでないのであれば、それは何のためか、ということは十分に検討されねばならない。

性犯罪の審理で挿入の有無あるいは挿入による被害の有無が争われるとき、被害者が事情聴取に応じているならば、被害者供述の信用性が問われる。それは被害事実の全般についていえることであるが、「姦淫」の罪において重視されてきた要証事実について、被害者供述の信用性が否定されうることの意味は深刻である。性犯罪では被害者が虚偽供述をする特別な理由があり、弁護人は「否認の方針をとるかぎり、被害者を徹底的に弾劾しなければならない」と説かれている⁴¹。そうすると性犯罪の刑事弁護は、被害者を強く非難するものになりうる。例えば最決 H21・4・13LEX/DB25450834 は強かん未遂の全面否認事件であり、逮捕された10人の少年のうち4人が少年審判で否認に転じたことから逆送され、そして第一審第3回公判期日に、矛盾を指摘された被害者が犯行日を変更する供述をした。少年らは新たな犯行日のアリバイ等をあらためて主張したが、被害者供述の変遷理由は理解できるものであるとされ、有罪が確定した。弁護人は上告趣意書で被害者が「悪質」であることを強調している。また、犯行日について虚偽があったことは、被害者がその日に別の男性と「遅くまで遊んでいてこれを隠蔽するため」(親に対する弁明)であり、それは「虚偽レ

41 後藤貞人「性犯罪における情状弁護」季刊刑事弁護 35号、2003年、84頁。

イブに典型的な事情」であると指摘されている⁴²。しかしながら、とにかく10人の少年の自白調書が一様に犯行期日を間違えたことは「拙劣な捜査の結果」（第一審）であり、そして同じことが被害者との関係でも妥当するであろう。被害者供述の信用性を疑問視できるのは、被害者に対する事情聴取の中で虚偽供述調書が作成されるからであり、問題は、それがなぜか、ということであると思われる。痴漢事件に即して指摘されているように、性犯罪の被害者供述には「定型的な理解のパタン」が入り込みやすいからである。それは加害者の「悪性」と被害者の「無垢性」を強調する⁴³。つまり後者が被害者の「落ち度」論の裏返しであることが問題である。

例えば東京高判 H17・12・5 高刑速（平17）号 227 頁では、強制わいせつの行為の被害者が原審公判で捜査段階の供述内容が「実際より誇張した虚偽のものであることを告白」した。交際相手の「気を引くため」、被害内容を誇張して伝えたところ、同人から被害申告を勧められて後に引けなくなったが、内心忸怩たる思いを抱いていたという。被害者は、深夜の路上で声をかけられ、立ち塞がった被告人から、実際には「着衣の上から乳房を弄ばれた」ので、これ以上の難を逃れるため電話番号を教えた。被告人によれば、被害者をナンパしようと思ひ、声をかけ、電話番号を聞いたので喜びのあまり、その「背中や腰を軽く2、3回抱擁した」にすぎないのに、被害者はスカートの下に手を入れられたなどと「架空の犯罪事実を捏造した」。ここでは虚偽訂正後の被害事実が認められた。

このように被害者が交際相手、あるいは親や夫に性犯罪の被害に遭ったことを伝えたことで被害申告に至ったが、その被害内容には誇張があったとされることがある（それは誇張というよりは、別の被害事実がそこに重ね合わされたのかもしれないが、ここでは考慮しない）。その結果、被害者供述の信用性が否定され、被告人が無罪になった近年の裁判例として横浜地判 H24・9・27 LEX/DB 25482901、東京地判 H21・10・8LEX/DB25463736、前橋地裁 H20・1・

42 指宿信「性犯罪における手続的問題点」季刊刑事弁護 35号、2003年、50頁。他の6人の共犯者のうち1人も保護処分終了後にその取消しを申立てたが棄却された（最終 H23・12・19 刑集 65 巻 9 号 1661 頁）。

43 浜田寿美男「痴漢事件の被害者供述をどう読むか」秋山賢三、他編『痴漢冤罪の弁護』現代人文社、2004年、70頁以下。

17LEX/DB28145252、東京地判 H15・6・26LEX/DB28085771、大津地判 H15・1・17LEX/DB25420642 等がある⁴⁴。また、児童買春の無罪事例であるが、大阪地判 H14・12・13LEX/DB25420639 は、保護者からの被害届に対し、被害者供述の信用性を否定し、「不安定な生活状況、満たされない精神状態にあった被害者が、寂しさを埋め合わせるために男性との出会いを求めてテレクラに電話をかけ、そこで知り合い性交渉を持った被告人に対して疑似恋愛感情を抱いて対価のない男女関係を続けた、との弁護人の指摘もそれなりに真実味を帯びて」とした。弁護人によれば、当時 14 歳の被害者にとって「家出期間中にナンパされたという弁解は、必然的なもの」であった。なぜなら、被告人の性行為は、被害者からすると、そのように言い換えることのできることで、そのように説明することで、つまり被告人のナンパによるものであり、被害者の望んだことではなかったとふりかえることで、はじめて被害として理解のえられることであったのであろう。つまり被害者は、保護者や警察に伝わるように、被害を述べたにすぎない、と考えられる。そこに被害はないとする自己決定論の立場があるが、中学生に対する大人の性行為は、対償の有無を問わず、一種の虐待であるとも解されている⁴⁵。弁護人によれば、被害者は被告人との関係を「援助交際だと決めつける刑事に迎合して」「恋愛感情を否定する供述をしていた」。したがって弁護人の尋問に対し、被害者は「しよせんは中学生のガキですよ、やっぱ」と開き直るかのような態度を示した。これは、被害を結局は伝えきれなかったという被害者の残念な気持ちを表していると思われる⁴⁶。

44 虚偽告訴罪の成立例として仙台高判 H16・1・29LEX/DB28091127 がある。他方で宇都宮地判 H24・7・3LEX/DB25482295 では、被害者は、テレクラで知り合ったばかりの被告人と「話だけするつもりでホテルに行った」と述べた。しかし裁判員裁判は、両手首をひもで後ろ手に縛ることについて「黙示的な同意があった」としながらも、被告人は、被害者が「それを解くように求めても応じなかったばかりか、これに逆上し」、さらに「その両手首、上半身、両足首などをガムテープで縛り付けるとともに、その顔面等を両手拳で約 10 回殴打するなどの暴行」を加えて性器挿入し、傷害を負わせたことと認定した。

45 宗岡嗣郎、清水純「誤解される『自己決定権』」論座 48 号、1999 年、75 頁。なお「淫行」処罰条例に関する最判 S60・10・23 刑集 39 巻 6 号 413 頁の反対意見（谷口正孝）によれば、16 歳未満の「年少少年」に対する性交又は性交類似行為は違法である。

46 秋田真志「少女供述の信用性」季刊刑事弁護 35 号、2003 年、72 頁以下。「買春、麻薬、ないし非行に抵抗した子どもの生活に共通の指標は、大人による無条件の受容にしか過ぎなかった」と報告されている（ロジャー・J・R・レヴェスク『子どもの性的虐待と国際人権』萩原重夫訳、明石書店、2001 年、134 頁）。

被害者供述は、その被害の重大さが聞き手に伝わるようにいわば粉飾されることで「定型的な理解のパタン」に収まる。それは迎合的な語りであるといえるが、期待された語りでもある。しかし、それは旧規範の期待であり、こうして被害者は期せずして「姦淫」の罪の行為客体に位置づけられる。つまり「落ち度」なき女性であり、その法益を担う保護の客体であろうとする。それゆえ弁護士が被害者供述の虚偽を指摘することは、被害者が「落ち度」のある女性であるという意味に転じ、同様に期せずして「落ち度」論にはまり込む。つまり旧規範の被害認識は不適切であるが、その悪循環に引き込まれている。

前橋地高崎支判 H15・2・7 判時 1911 号 167 頁は準強かんの無罪事例である。被害者が交際相手に被害を伝えたことから立件された。被告人は被害者（当時 18 歳）を乗車させて自宅まで送る途中で睡眠薬をウーロン茶に混入して飲ませ、援助交際をもちかけるなどしていた。被害者の自宅前で停車中にちょうど被害者の父親が帰宅したので車を別の場所に移動させ、そこで性行為があった。被害者によれば力が抜けて被告人を払いのけることができなかったが、被告人によれば被害者の意識は明瞭であった。前者に虚偽がある、と結論された。ただし判決書には、自宅に戻った被害者が「トイレに行き、被告人に膣内で精子を出されたことが分かり、性交した実感が沸き、性交されたことと中出しされたことにむかいついてきた」とする被害者の供述が紹介されている。この点について、被告人はパイプカットしており「精子が出ない」と被害者に嘘を言っていた。なぜなら被害者が「以前に妊娠したことがあるから心配であるなどと被告人に説明した」からである。被告人に「射精した覚えはなかった」。しかし、もし睡眠薬を飲まされていなければ、被告人の射精行為を防げたと被害者が考えたのであれば、それは準強かん罪に当たらないが、性暴力の被害がないことにはならないであろう。そしてこれは挿入行為に伴う被害であるが、挿入行為を重視しなければ捉えられない被害ではない。被害者は「妊娠して後始末で苦勞したことがあった」と公判でも述べた。つまり被告人は少なくとも被害者のリプロダクティブ・ライツを害する行為をしたと思われる。この被害内容は性暴力の行為の加重結果として取り込みうるものであろう。被害者供述が「姦淫」の罪の被害を虚偽構成したことで弾劾されてしまい、この性的な被害がないことにされてしまうことが、被害の潜在化の問題であり、すなわち刑事司法にお

ける被害認識の不適切さの問題である。

性暴力の被害は、旧規範の影響の残る中で、被害者から伝えられるときに、聞き手の理解を促すために増幅される可能性があり、供述調書作成時に増幅固定する。それが弁護人にとっては格好の弾劾対象となり、裁判官の「落ち度」論が被告人を無罪にする。そして被害者のうけた被害が潜在化する。このような実務上の問題点があることを踏まえて最判 H23・7・25 判タ 1358 号 79 頁が検討されねばならない。そこでも全面否認の被告人と被害者のそれぞれの供述の信用性が争われた。被疑事実は強かんであるが、被告人によれば、それは対価の支払いを条件に女性 A の同意をえて手淫をしてもらったにすぎない。最高裁（多数意見）は、A の同意の有無の以前に、被告人による性器挿入があったこと自体が疑わしいとみなし、A 供述の信用性を疑問視した。そうすると、被告人が駅前の歩道で A に声をかけて 2 人で付近のビル屋上まで移動したという事実も、被告人の暴行・脅迫によるのではなく、被告人の述べる通り、A の任意の同行であると理解したほうが合理的であり、刑法 177 条の犯罪事実は何も残らない⁴⁷。しかし他方で、補足意見（須藤正彦）によれば、「A はその意に反して、かつ何らの対価もなしに被告人から手やコートの袖口に精液を掛けられたものであり、その後始末を余儀なくされた。このことから、A は強い屈辱感、不快感を味わわされたことは明らかで、この点だけからでも、A が抱いた被害感情は相当強かったことが十分考えられる」。これは性器挿入があったという A 供述を信用できない理由の一つとして指摘されていることである。もちろんそれは強かん罪の犯罪結果ではないが、しかし被告人の射精の行為は少なくとも A にその被害を与えたのであり（ちなみに A は職場の従業員に「やられた」と言って被害を伝えたとされる）、それは法律上の性器挿入の罪にあたらしないと判断せざるをえないとしても、そのことによって、あたかも A が被害者であることに虚偽があるかのような誤解を与えかねないのであれば、それは望ましい刑事司法の姿からは離れているであろう。本件では問われえなかったことがあると思われる。つまり、一口に手淫といってもその様子は様々であるから、被告人が A の身体を利用して射精の行為をしたその方法が、A からする

47「無謀な最高裁判決」であると批判的に検討されている（杉田聡編『逃げられない性犯罪被害者』青弓社、2013年）。

と「暴力的」であった可能性は否定されないであろう。そしてこの被害認識を「レイプ＝強かん」として「姦淫」の罪の適用対象とすることには困難があるが、しかしそれは性的に「暴力的」であると了解可能な被害である。したがって、その行為の暴力性を、挿入の有無にとらわれずに、どのように法律的に把握するかを考えることができるであろう。

ここから、性暴力の罪の行為において、旧規範を完全に切り離すために、挿入行為の重要性をいったん保留する方法が試みられてよい、ということができると思われる。性器挿入の行為による法益侵害の重大性を（強かん罪の解釈論として）論じることはできるが、修復的司法の理論が提起しているように、被害回復を優先課題とする刑事司法について考えていくことができるのであれば、挿入行為の有無の立証において被害者が負担を強いられる現状があるときに、挿入の目的やその行為があれば罪は重いとする類型的な認識に固執してよいかについて、立ち止まって考えてみる必要があったと思われる。これに代えて、挿入行為がなくても罪が軽いことに必ずしもならないと被害認識することができるのであれば、そちらのほうが望ましいと思われる。性暴力において、性器挿入の意味の特別な重大性は自明視されていないということもある。例えば目取真俊『虹の鳥』（影書房、2006年）で「若いギャングが相手の性別を問わず性的リンチを頻用するのは、彼らが屈服のメカニズムを操作する性的な支配の方途をくまなく理解しているからだ」と指摘されている⁴⁸。「性的リンチ」には、被害者らに性的作為を強いる虐待的な行為もあり、そこでは性器挿入の行為そのものが最も酷い行為であるとはいえない。被挿入の事実そのことに重みがあることを否定できないとしても、その内容にかかわらず、そこでは強制と被強制の対人関係そのことに性的な価値のすでに大きな侵害があると考えられる。むしろ「性的な支配」において人の重大な価値が侵害されるのであるならば、その価値侵害の意味を捉えて性暴力の罪の行為として類型化せねばならない。

48 佐藤泉「一九九五―二〇〇四の地層」新城郁夫編『沖繩・問いを立てる-3 攪乱する島』社会評論社、2008年、163頁以下。

5 暴力性と不同意

(1) 暴行・脅迫

強かん罪に関する欧米の法改正は、審理の対象は被告人の行為であり、被害者の抵抗行為の有無や程度ではないとする認識に支えられていた。しかし、現在も理論的には、それを「不同意の性交を強いる」ことであるとしたとき、違法性の実質が加害者の強制と被害者の不同意のどちらにあるかで議論が分かれる。前述の国連立法ハンドブックも、このどちらかを厳密に広く解釈する方法を採用するべきであるとする（つまり「強制的状況」を広く定義するか、もしくは「一義的で自発的な同意」がなければ犯罪であるとする）。それゆえ、ともかく「有形力の行使 (force)」「暴力 (violence)」が犯罪成立の要件であってはならない、と。ただし、これは強制の手段にすぎない暴行・脅迫が性暴力の罪の必要条件とされることがあってはならないという意味である。ここでは性暴力の行為における暴力性を理解するために、強かん罪に即して暴行・脅迫の意義について再検討しておきたい。ただし、ここでの挿入行為は性暴力の行為の一つの態様を例示しているにすぎない。

強かんの行為は、暴行・脅迫と性器挿入の二つからなる。強盗が暴行・脅迫を手段として財物を奪うように、強かんも暴行・脅迫を手段として性器挿入の行為をすると理解されている。では、強盗にいう暴行・脅迫を用いなくて、財物を奪うのは窃盗であるが、強かんという暴行・脅迫を用いなくて性器挿入の行為をするのは、かつて姦通罪（旧 183 条）の適用が考えられたが、現在では 18 歳以上の「人」を客体とするとき、準強かんを例外として犯罪とされていない。したがって、強盗と強かんの比較は、暴行・脅迫の行為を手段として、被害者の意思を抑圧し、被害者をして不同意の行為をさせる、すなわち強盗では財物を手放す作為・不作為の行為をさせ（強盗罪は交付罪ではなく盗取罪であるとされるが、被害者はつねにもっぱら財物を強奪されるということでもない）、強かんでは意のままに性的に従わせて行為をさせる、と理解するときには有意義である。ただし後者の「行為をさせる」を、「児童に淫行をさせる」（児童福祉法 34 条 1 項 6 号）のように、強いられた被害者が性行為をすると読んでよいかは一つの問題とさ

れねばならない（最決 H10・11・2 刑集 52 卷 8 号 505 頁では被告人の面前で児童が器具を用いて自慰行為をしている）。というのは児童買春・児童ポルノ禁止法では、児童買春の性的な行為態様が①性交・性交類似行為または②児童の性器等を触ること、もしくは③児童に自己の性器等を触らせることであるとされ、これらを児童に対する「性交等」と呼んでいるからである。①②も③も行為主体は加害者であり、その侵害客体は「児童の権利」である。本稿で強姦を「強かん」と平仮名で表記するのもここに留意したいからである。「姦」は淫らなことをするという意味であると考えられるが、強「姦」ではその行為主体が今ひとつ明確にならない。強盗では、暴行・脅迫の行為客体は被害者であり、同時に被害者は財物を手放す行為主体でありうるが、強盗とは、その財物を行為客体として、加害者がこれを強取する財産犯である。しかし「強姦」は、暴行・脅迫の程度に犯罪の成否が左右されることもあり、淫らなことを被害者もすると解される余地を残しており、主・客の明確な児童買春等の性的搾取・虐待と異なる（淫行勧誘罪の「姦淫」は性交の意味であるとされる）。この点は重要なので後述するが、ともかく、このように被害者に何らかの行為をさせる手段としての暴行・脅迫の強制力に着目するなら、強かんの行為（強いて性器挿入をする行為）の性暴力としての暴力性は、強要手段としての暴行・脅迫の暴力性において認められることになる（「手段の暴力性説」）。

しかし、そうすると 18 歳未満の者に対する淫行など、意思抑圧の手段としての暴行・脅迫が用いられないとき、何をもちてそれを性暴力であるとするかがあらためて問われる。これに対して一般的には性的自由の侵害をもって性暴力であるとする回答される。そうすると強かんの手段としての暴行・脅迫の暴力性は、被害者の意思を抑圧するものではあるが、それ自体で性的ではなく、他人の自由を性的に侵害するものではないから、性暴力の暴力性とは異なるものになる。一人が脅迫をして被害者の意思を抑圧し、もう一人が性器挿入の行為をするとき（片面的な共犯）、性暴力の暴力性をもって行為をしているのは後者であるとみなされるであろう。

つまり強かんが性暴力であるのは、暴行・脅迫を手段とするからではない、強かんは暴行・脅迫を手段とするから暴力的なのではないと考えられている。実際に暴行・脅迫がなくても、催眠状態にさせるなど、相手方の意思の自由を

奪う準強かんは性暴力であるとみなされる。準強かん罪の「心神喪失」「抗拒不能」は、暴行・脅迫による意思抑圧に準ずる被害者の意思の不自由を、昏睡強盗罪の「昏睡」よりも広く内包する概念である。「抗拒不能」は欺罔による場合を含むので、準強かんを含む広義の強かんの罪は、強盗罪だけでなく詐欺罪も含めて比較の対象にすることができる。つまり強かんは、強盗よりも、はるかに被害者の意思の自由・不自由、言い換えれば被害者の不同意に敏感な犯罪である。なぜなら人と物の関係ではなく、そこでは人と人の関係が問われるからである。そうすると強盗における暴行・脅迫は、強盗を恐喝と窃盗から区別する意義をもつが、強かんにおける暴行・脅迫は、性暴力としての強かんの行為にとって不可欠ではなく、強かんとは実質的に不同意の性器挿入をいうであろう（「不同意の暴力性説」）。たしかに、性暴力の行為が相手方の意に反するものであることは、性暴力の重要な一面を捉えていると思われる。しかし、まず、性暴力における被害者の不同意については、その根拠とされる性的自由の意義等の難題が山積している。次に、性暴力における暴行・脅迫の意義をこのように希薄にすることには、犯罪論上の問題など、幾つかの難しさがあると思われる。後者から説明する。

強かん罪の実行の着手時期について次の判例がある。被告人らは通行人の女性をダンプカーの運転席に引きずり込み負傷させ、そこから数キロメートル離れた場所まで車を走行させて被害者に対して性器挿入した。争点は、車内に引きずり込む行為において、強かん的手段としての暴行を認めうるかであり、最高裁はこれを肯定し、強かんの行為に着手してから被害者を負傷させているので、強かん致傷罪が成立するとした（最判S45・7・28刑集24巻7号585頁）。なぜなら被告人らは強かんの犯意をもって被害者を車内に引きずり込んでおり、その「段階においてすでに強姦に至る客観的な危険性が明らかに認められる」からである。しかし上告趣意は、引きずり込む行為は性器挿入の目的を欠いて行われたから、傷害罪の手段の暴行であるにすぎず、傷害罪と強かん罪は分離されると説いた。実行の着手時期に関する客観的危険説（純客観説）はこの併合罪説を支持することになる。なぜなら、二つの行為は場所的に離れたところで行われているので、前者の行為時に被害者が強かんをされる客観的危険性は、行為者主観を考慮しないとすれば、認められないと考えられるからである。つ

まり、被告人らの行為の目的性を考慮した上でその行為の結果の「客観的な危険性」を判断してよいか否かで見解が分かれる。一般的には犯罪の実行の着手時期は、犯罪結果に対する可能性の有無やその程度を基準として判断されるのであるから、最高裁の判断の誤りを即断することはできないであろう。

むしろ行為論としてみるならば、行為の結果、つまりその目的達成の客観的な危険性を行為の目的性から切り離して判断できるとすることには無理があると思われる。しかしながら、これは未遂論として、犯意があれば実行の着手を認めるということではないし⁴⁹、また被告人らの強かんの犯意は、一方が他方のそれを「察知し」「意思を相通じ」、二人で協力して被害者を引きずり込むという行為における性器挿入の目的であるから、現在の裁判員裁判であれば、その「察知」の立証の困難視される場合にあたるとされたかもしれない。もちろん「わいせつ」の目的が認められるなら、同目的の拐取罪とすることもできるが、「姦淫」の罪において、最高裁のような「客観的な危険性」の判断方法は、前述の犯意の余剰の問題をもたらすのであり、そこでは犯罪行為が性暴力の被害と典型的な齟齬を来していた。

そして強かんの犯意をもって被害者を原動機付自転車の荷台に同乗せて約1キロメートルを走行させたとき、監禁罪が成立するとされているのであるから（最決S38・4・18刑集17巻3号248頁）、この先例に照らして被告人らに監禁致傷罪と強かん罪が成立すると考えられてもよかった。数キロメートルの場所移動に際し、被害者にとって脱出が困難な状況があったのであれば、たしかに被害者は監禁されていたであろう。最高裁判例解説（大久保太郎・昭和45年度245頁以下）は、監禁罪と強かん致傷罪の観念的競合であると指摘しているが、これは次の点で示唆に富む。つまり、そもそも相手方に対して強いて性器挿入の行為をするためには、その身体が（そこにとどまるという意味で）拘束されていなければならないから、強かんの行為には、必ず相手方の逮捕・監禁の行為が競合しているともいえる。もちろん判例解説は強かんの実行の着手時期を監禁着手時に認めたからそう述べたのであって、ここでは、強かんの性暴力としての暴力性と、その手段としての暴行・脅迫の暴力性を区別し、不同意の性器

49 京都地判S43・11・26判時543号91頁、大阪地判S45・6・11判タ259号319頁は強かん未遂罪の否定例である。

挿入において強かんは暴力的であるとする「不同意の暴力性説」の文脈において検討をしたいのであるから、身体拘束と性器挿入を分離して監禁致傷罪と強かん罪の併合罪であるとせねばならない。そうすると、強かんの手段としての暴行・脅迫とは、最初に人を逮捕・監禁するための行為であり、それにより被害者が負傷したときは、つねに逮捕等致傷罪が成立するのであろうか。

たしかに、性暴力の目的をもって被害者を拘束することは、性暴力の外延が広く、その行為態様も様々であることから、被告人においてその目的が不確定的でばやけていることも考えられる。また相手方を緩やかに拘束することは、その者と同意のある性行為をするための手段の一つであるとさえいえるし、反対に、強かんの明らかな犯意をもって被害者をタクシー内に連れ込んだとしても、運転手の手前、そこで性器挿入をすることは困難である（大阪地判S61・3・11判タ615号125頁）。したがって被告人が被害者を拘束したときに、直ちに強かんの行為が始まっていたとみなすことが性急であるとされる場合があることを認めねばならない。しかしそれは、ある限度まで、つまり性暴力の行為の目的性がそれなりの実現可能性に裏付けられるまで、被害者の身体拘束が逮捕・監禁の行為として評価されるということではなければならない。なぜなら他人を車内に引きずり込む行為は、たしかに暴行ではあるが、強かんの行為の着手を認めようとすると典型的に齟齬を来すにすぎないのであって、わいせつな行為の着手（わいせつ目的拐取罪の行為）としてならば、性暴力の行為の入口にあると解釈できる行為態様であるからである。

性暴力の行為において、暴行・脅迫は被害者の身体の動きを制約するために随伴する。そうすると「不同意の暴力性説」において、強かんの手段としての暴行・脅迫が、不法な逮捕・監禁の手段の行為に解消されるかのように考えられた理由は、強かんの行為と逮捕・監禁の行為の間に類縁性があるから、つまり、むしろ強かんの行為そのものが、身動きの不自由な相手方に対し、ある程度の時間的な幅をもって、つまり継続性をもって行われるからであろう。その継続の幅は、性器の挿入されている時間と一致するとは考えられないから、逮捕・監禁の手段としての暴行・脅迫から区別されて開始される強かんの行為には、性器挿入の行為に集約されないで、それと密接不可分な、被害者を拘束するための手段としての暴力的な行為が一体となって含まれていると考えら

れる。被害者は「威圧された状態で『逃げ出せない』」⁵⁰。そしてそれは単なる身体拘束ではなく、被害者をいわば屈服させる力の行使である。そこに被害者の屈辱の被害があるといわれるのであり、この点でそれは意思の抑圧があるという意味の不同意よりも、また、必ずしも性器挿入が目的とされていなくても、その有無に関わらず、強い意味の痕跡を残す被害の経験でありうるであろう。この意味において、暴力的な暴行・脅迫を用いて性器挿入等の性的な行為を被害者の身体に加えるひとまとまりの行為の全体を指して、性犯罪の行為であるとしているのが現行規定であると解釈すべきであろう。暴行・脅迫の行為と性器挿入等の性的な行為の二つの部分があるのではなく、それは二要素からなる一つの行為である⁵¹。ここから、被害者の身体に対する暴力的で性的な行為をもって性暴力とする考え方を導くことができる（「性行為の暴力性説」）。

そうすると、性暴力の罪における暴行・脅迫とは、被害者の身体を拘束し、意思を抑圧し、そして被害者を従わせる（程度の）強制力の行使である（で足りる）とすることができる。それは「不同意の暴力性説」の立場から、性器挿入をもって「暴行」とであると解し、強制わいせつ罪の暴行・脅迫と同様に、その程度を問わないとすることではない。問題は、現在の「姦淫」の罪の解釈では「相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度」（1949年の最高裁判例・刑集3巻6号711頁）を要するとされていることである。これは被告人が被害者と「姦淫」（性交）をするだけでは強かんではないと考えられたことによると思われるのであり、たしかに古い見解である。しかし現在も積極的に支持されている通説であり⁵²、例えば大阪地判H20・6・27LEX/DB28145357は次のように述べて強かん罪を否定している。「被告人の行為は、前日に知り合ったばかりの14歳の中学生に公道上に停めた自動車内で性交するという社会的には不相当な行為であり、人間として深く反省すべき点があるのは明らかであるが、刑法上の強

50 木村光江「性的自由に対する罪の再検討」田口守一、他編『犯罪の多角的検討』有斐閣、2006年、79頁。

51 角田由紀子『性差別と暴力』有斐閣、2001年、180頁以下。

52 斉藤豊治「ジェンダーと刑罰論」法律時報78巻3号、2006年、54頁以下、松宮孝明「性犯罪における構成要件論的弁護」季刊刑事弁護35号、2003年、43頁以下。もし被害者が恐怖等により抵抗困難であっても「反抗を著しく困難にする程度」の暴行があったと事実認定することができるのであれば、強要罪と強かん罪のそれぞれに要する暴行・脅迫の程度を区別する必要はないであろう。また「著しく困難にする」と「困難にする」が事実認定論において同程度であるとされるのか、疑問である。例えば、13

姦罪の成否という観点からは、被告人がDに対してその反抗を著しく困難にする暴行を加えたとは認められず、また、強姦の故意があったとも認めることはできない。「被告人は、Dが拒否的な態度を示しつつも、最終的には大きな抵抗もないことから、自己との性交を消極的ながら受け入れていたと誤信していた疑いは払拭できない」と。

ただし、このようなものばかりでもなく、対照的に福岡地判 H24・1・12LEX/DB25480585 は、被害者が「23歳の力の強い被告人から、着衣を脱がされたことで」「抵抗をあきらめていたとしても不自然ではない」との認識を示し、次のように強かんの犯罪事実を認めた。「被告人は、A（当時14歳）を強いて姦淫しようと企て」「駐車した本件車両の後部座席に同女を押して乗り入れさせ、同女が履いていたショートパンツとパンティを両手で引きずり下ろした上、同女の両太股に跨り、その両手首を片手でおさえつけるなどの暴行を加えて、その反抗を抑圧し、強いて同女を姦淫した」と。「不同意の暴力性説」によれば、ここでは被害者が抵抗をあきらめており、また前述の事案でも被害者は「拒否的な態度」を示したのであるから、そこに被害者の不同意があったといえる。同意の誤信の合理性も認められないであろう⁵³。これに対して「性行為の暴力性説」によれば、「拒否的な態度」を示した被害者に対し、被告人は「いいんじゃない」などと言いながら「強いて」「従わせる」行為を続けたとされているのであり、そこに被害者の身体に対する性暴力の行為の暴力性を認めることができる。

なお、強かん罪の暴行・脅迫の程度に関する理解は、準強かん罪の「抗拒不能」の意義にも影響を及ぼしている。例えば横浜地判 H22・7・15LEX/DB25463784 では、被告人車の後部座席で酩酊状態にある被害者Aが性器挿入された。この点は争われていない。彼らは同窓会（飲み会）で午前7時半頃まで飲酒等をしており、被告人は居酒屋前の路上に座り込み眠ってしまったA

歳以上の同年齢の子どもの間で「火遊び」感覚で性的関係があった場合に「相対的に強度の暴行・脅迫が必要」とであると論じられている（斉藤 55 頁）。これは、相対的に弱い暴行・脅迫が用いられるとき、抵抗が「著しく」困難ではないのに、「火遊び」感覚で抵抗をしない場合があるという趣旨であろう。このような解釈論が被害者の「落ち度」論を許している（谷田川知恵「性暴力と刑法」ジェンダー法学会編・前掲書 187 頁）。

53 神山千之「強姦事件の審理における被害者の供述の取扱い」刑事法ジャーナル 30 号、2011 年、80 頁。

を歩かせて自車まで連れて行き後部座席に乗せた後、その駐車場にいた友人らから牛井屋に行こうと誘われたため 10 メートルほど一緒に歩いた。しかし「性交したい」と考えて引き返し、後部座席に乗り込んだ。そのとき A は、小さな声で「嫌だ」「やめて」などと何度か言っているが、それ以上に「抵抗しようとしたが」「思うように声を出すことも体を動かすこともできなかった」。この後半の A 供述が信用できない、つまり A が抗拒不能の状態にあったことは認定できないとされ、被告人は準強かんについて無罪とされた。しかしながら、判決書によれば、A は「飲酒と眠気の影響により、通常の状態に比して判断能力が一定程度低下した状態であった」と認められるのであり、そして「被告人がそのような状態に乗じて性交に及んだことからしても、A 子が被告人との性交に積極的に同意していたとは考えられない」。検察官はこれを準強かんとして起訴し、弁護人は「徹底的に」被害者供述の信用性を争い⁵⁴、そして裁判官は準強かんであることを否定した。強かん罪の暴行・脅迫の程度に準じる「抗拒不能」の状態が要求されたことによる無罪事例である。しかし、被害者 A が、積極的に同意していないのに、被告人の行為によって「強いられ」「従わされて」性暴力の被害に遭った事実は動かせないであろう⁵⁵。

(2)同意・不同意の自由

強かん罪の暴行・脅迫の意義に即して、性暴力の暴力性について「手段の暴力性説」「不同意の暴力性説」「性行為の暴力性説」の三つを取り出した。「手段の暴力性説」では暴行・脅迫の用いられない性暴力の暴力性を理解することが難しく、また「不同意の暴力性説」では違法な性器挿入等の行為と暴行・脅迫との密接不可分な一体性のある性暴力の行為性をうまく理解できない。さらに

54 畑裕士「被告人の自白の信用性を否定した事例」季刊刑事弁護 64 号、2010 年、101 頁以下。なお「捜査段階の自白調書は、真意とかけ離れたものが録取されたもの」であった（判決書）。

55 刑法 178 条の罪と致死傷の加重結果の関係について、準強制わいせつの行為をした者が、わいせつな行為を行う意思の喪失後、逃走するために被害者に暴行を加えて傷害を負わせた場合について、その暴行は「準強制わいせつ行為に随伴するものといえる」という理由で強制わいせつ致傷罪が成立するとされた（最決 H20・1・22 刑集 62 卷 1 号 1 頁）。同様に、電車内で強制わいせつの行為を終了した直後、被害者に腕をつかまれたため、車外に逃走しようとし、これを振り払う暴行により傷害を負わせたとして強制わいせつ致傷罪が認められた（東京高判 H12・2・21 判時 1740 号 107 頁）。しかし「性行為の暴力性説」では、逃走のための暴行は性暴力の暴力性の意味をもたない。

「手段の暴力性説」では、加害者が強いる行為をし、加害者と被害者が淫らなことをすると解しうる余地が残った。この点について「不同意の暴力性説」では、被害者は意に反した淫らなことをさせられるのであって、それをするのではないと考えられている。児童買春の③の「触らせる」行為の客体は「触らせられる」のであって、この性的虐待の行為客体である児童が「触る」のではない。

しかし「不同意の暴力性説」では、不本意である点で区別する意義はないとはいえ、一般的に行為態様として、例えば不本意でさせられる口淫と不本意でする口淫を区別することができる。「させられる」は「進んでする」を意味しないが、不本意で「する」ことではありえる。加害者の加える強制力が一見して弱いとみえるときでも、「不同意の暴力性説」では犯罪の成否は同意・不同意の区別において判断されるのであるから、被害者においてそれは、同意して性行為をすることと不同意に性行為をすることの違いになるであろう。不本意に「させられる」も、不本意に「する」も、そこにある不同意に意味があるのであるから、不本意に「する」ことの主体性と「させられる」ことの客体性は、法的に重要な区別であるとは評価されない。つまり「不同意の暴力性説」では、被害者は、加えられる強制力に対して不本意に性的に行為せざるをえないという意味で、不同意の性行為をする、と記述することを妨げられない。不同意において違法性が認識されるからである。ただし、被害者が加害者と淫らなことを(一緒に)するという含意はなく、あくまで被害者は、加害者にとって目的的な行為をさせられるのであり、その行為をする主体ではあるが、主体的に行為するとまではいえない。

そして、この点は「性行為の暴力性説」にもある程度まで当てはまり、一見すると暴力的な行為について相手方は性的に同意を与えることができるし、反対に違法な性暴力の行為に対して相手方は不本意に従わせられる。暴行・脅迫は被害者を従わせる力を持ち、そのように従わせられることに被害者は同意していない。ここでも被害者の不同意は重要な意味をもっており、「性行為の暴力性説」は、加害者が「強いて」、被害者が「させられる」ことを否定するものではないという意味で上記二説の折衷説であるといえる。

しかしながら、「不同意の暴力性説」が「させられる」と「する」の区別を重視しないのに対し、「性行為の暴力性説」は被害者が「強いられて」「従わされ

る」ことを直視する。ここでは「従わされて」「する」ことの主体性はかえって屈辱的であるが、それは犯罪結果の内容を意味することであり、犯罪行為の暴力性は「強いて」「従わせる」ことにある。この意味で、加害者の強制か、被害者の不同意か、という前述の議論は、あくまで同意論の土俵で、違法性の実質（被害者の不同意）を強制的状況と被害者の意思のどちらにみるかの対立であったといえる。では、性暴力の行為を「強いて」「従わせる」ことであるとしたとき、むしろこの違法性の実質論の土俵が、何かを捉え損なってきたのではないかと問うことができるであろう。なぜなら、強いられた被害者が「従わされて」「する」とき、被害者の意思の消極的な同意があるから、それは屈辱的である、と理解することが、同意論の土俵を離れると、できるからである。不本意に性行為を「する」被害者の被害は、「させられる」被害者のそれとは少し異なり、主体的に行為するところにもあると考えられる。

もちろん、同意論の土俵では、このように述べることはナンセンスである。なぜなら性的に同意を与えるとは、一般的にいても、その本人が性的自由の価値を享受する行為をするという意味であると考えられるからである。それゆえ本稿でも「同意」をこの意味で用いたい。しかし、そうすると、性暴力の行為に対する被害者の「不同意」がないこと、つまり「同意」を、被害者の同意論において総論的に、性的自由（sexual freedom）という個人的な利益の処分として、すなわち他人の性的な行為に対する同意とは性的自由の放棄である、と理解できるかは疑わしいであろう。

それゆえ、難題であると先に指摘した性犯罪の法益であるとされる性的自由とは、意に反する性的な行為が加えられることを拒否するという意味の消極的自由、あるいは性的な行為をしないという意味の不作为の自由であるとせざるをえない。少なくともそれは逮捕監禁罪における、身体移動を志向するような、積極的自由ではない。ここから、じつは「不同意の暴力性説」は、性器挿入に対する不同意に強かん罪の実質があり、暴行・脅迫による被害者の身体の拘束はその手段にすぎないと位置づける点で、この二つの意味の自由に対する侵害を混然と評価していることが分かる。そこでは性的自由とは、性に関する消極的自由と身体に関する積極的自由からなると理解されているであろう。

もちろん、消極的な性的自由が侵害されているならば、その反面で、誰とい

つどこでどのような性行為をするか、という積極的な意味での自由も侵害されている。それゆえ強かん罪の保護する性的自由とは、性的自己決定の自由であるとも考えられている。これは侵害客体をより内面的に、個人の深奥で捉えることを意図しているであろう。性的自己決定権は人格的利益であるとされる。しかし、法廷で争われてきたのは、その他人の性的な行為に対して同意があったか否かであり、同意がなければ「強かん」であり、同意があれば「和かん」であるとされる。後者が広く認められている点に問題があるが、ともかく前者であれば自己決定がなく、後者であれば自己決定があったとされる。したがって、この意味での性的自己決定の自由とは、性的な意思決定の自由であり、強かん罪に即していえば、その性器挿入を認めるか否かの許諾権をいうことになる。

さて、この許諾権という利益は、住居侵入罪において指摘されている法益内容である。そこでは平穩説と新住居権説が対立しており、許諾権とは住居権者の自己決定の権利をいう。平穩説は住居の平穩が害されることをもって住居への「侵入」であるとし、新住居権説は許諾権に反する住居への立入りを「侵入」であるとする。しかし、まず、住居内に他人が立ち入ることに対する意思決定と、他人の性器挿入に対する意思決定を、それぞれ住居と人格への侵入として類比的に考察して違法判断をすることが適切であるとは思われない。前者では他人の侵入に対して私が外に出ていくことを選択することもできるが、後者では、私の意思の自由の選択の問題である前に、より感覚的に、身体的にそれが受容されない、ということであると考えられる。次に、許諾の有無は判断基準として明確でもない。というのは、それは不退去罪では退去要求として言語や動作により相手方に「了知」されねばならないが、相手方としては、発せられた言葉そのもの（例えば「デテキナサイ」）の語義ではなく、その言葉が発せられた状況や動作等を総合的に察知し、退出要求の行為があった、とその言語行為の意味を了解できなければ、その言葉に託された居住者の意思を了知できないからである。つまり許諾の有無は、その場が平穩か否かで判断されざるをえないと思われる。

他方で、性暴力の罪において、住居の不退去（不作為）に相当する行為を違法であると判断できれば有意義であろう。この点では住居を侵す罪との比較に意

味がある。居住者としても「住居の平穩」⁵⁶の害されることを予期しているとき、あるいはそれが感覚的に捉えられたとき、そのことから立入りを許諾しないという意味を表明することができるようになるのであり、その逆ではないであろう。そうすると性暴力でも、私に対する他人の性的なアプローチが「私の平穩」を害する、と喩えることができ、その侵害性が何らかの形で捉えられたならば、同意は不同意に転じることができるであろう。それは例えば相手方の行為が自己の身体の感覚的な受容の限界を超えたときや装着されていたコンドームが外されたときなどである。このとき不同意の意味が明確に表明され、はっきりと他人の性的な行為が中断されたならば問題はない。しかし、そのようなとき「意思の自由」は往々にして直ちにこれを退けることができず、加害行為の受忍を選択してしまうかもしれない。このとき、本当は「意思の自由」の許諾がなかったと被害者の述べる被害に対し、どうすれば適切に違法判断を下しうるのであるか。具体的には相手方の行為態様の変化を指摘することで、被害者にとって平穩が害されたかを見る、というような、より総合的な判断方法を採る以外にないであろう。

そうすると、被害者の許諾がないことではなく、性的な「私の平穩」侵害が、性暴力の行為の犯罪結果として認識されねばならない。したがって、いわゆる性的自己決定の自由とは「意思の自由」の性的な選択権であるよりも、むしろ憲法13条の「個人の尊重」の価値そのもの、あるいは「人間の尊厳」のような、より根源的な価値を指すと考えられている。それは少なくとも刑法学において「生命」「身体」に次ぐ「自由」の法益よりも価値の高いもの、意味の深いものであるとされている。刑法的法益としての「自由」は、脅迫・強要の罪の侵害客体として、基本的に行為選択の自由（「意思の自由」）を意味している。その法定刑は器物損壊罪にほぼ相当するが、建造物損壊罪や窃盗罪よりも軽い。しか

56 ここでは「住居の平穩」とは、建造物のそれと異なり、根底的にはいわゆる「ホーム」の価値を意味し（Iris Marion Young, *Intersecting Voices: Dilemmas of Gender, Political Philosophy, and Policy*, Princeton University Press, 1997, pp. 134-64. 岡野八代編『自由への問い7家族』岩波書店、2010年、51頁以下）、居住者の意に反するような他人の立ち入りは、人と人の中で親密な関係性の築かれるべき時空間へ、いわば土足で上がることであるとする。住居「侵入」とは、居住者がそこで人と過ごすに当たり平穩の保障されるべき場所を乱すことである。住居では「意思の自由」よりも「平穩」の価値が尊ばれると思われる。

もその「自由」とは、逮捕監禁罪において、身体の場所移動の選択をする能力のない幼児等を保護の客体から外すような概念である。幼児も身体の場所移動をする利益の主体であるが(さもなくば生育の可能性が大きく失われる)、幼児にとってのその価値は「自由」の価値によっては保護されないと解釈されている。

ところが、警察官の被害者対応ハンドブックには「性犯罪は、個人の性的自由だけでなく、人間としての人格と尊厳を踏みにじる」とあり、国連立法ハンドブックにも性的暴行は「身体的統合性と性的自律性 (bodily integrity and sexual autonomy)」を侵害すると定義されている⁵⁷。7歳の女兒の胸部や臀部を撫でる行為は、このように深奥の次元から捉え返して、幼児であっても潜在的であるが、性的な利益の主体であるとしなければ、それを個人に対する強制わいせつの行為として違法であるとするはできなかつたであろう(新潟地判S63・8・26判時1299号152頁)。「不同意の暴力性説」は、被害者の不同意に集約させて、この価値侵害を捉えようとしている。しかし、その同意・不同意の「自由」が人の深みに根づくほど、少なくともそれは、個人が任意に放棄できる類の価値ではなくなる。

性暴力の行為は個人の身体に対して加えられるものであり、個人的法益に対する罪に分類されるであろう。しかし、その侵害客体は、同意殺人罪において生命の価値がそうであるように、被害者の同意論でその処分を説明できるようなものではなく、むしろ個人の意のままにならないという点に、かえって尊さのある価値であると考えられる。おそらく刑法学は、いわゆる「性的自由」の深い意味をよく理解しないまま、個人に対する性犯罪を自由に対する罪に分類したのであろう。これを近代法における「自由」「自律性」の価値の刑法学における冷遇の一例とみれば、それはそれで興味深い法哲学的なテーマであると思われるが、ここでは「性的自由」が法的に過小評価されて見過ごされてきた価値であることを重視せねばならない。それは近代自然法論においても不可譲の自然権であったはずのものであり、また、より伝統的な自然法論でいえば各人に帰属する権利(jus)であり、ともかく、いかに軽視されてきたにせよ、それは現代において「性的権利」「性的人権」と法的に捉え返すことのできる価値で

57 性犯罪捜査研究会編・前掲書4頁、国連経済社会局女性の地位向上部・前掲書37頁。

ある。「性」は刑法学において「自由」から区別される法益であると考えられる。

そうすると、生命は「意思の自由」から独立した価値であり、実際に私たちは普段から生きることをいちいち選択しているのでもない。同様に、私たちは、尊い性的な価値を賭けるように、その都度の性行為を選択しているのであろうか、と問い返すことができると思われる。つまり、性的な同意があることと、被害者の不同意があることは、コインの表裏の関係にあるようなこと、被害者が一枚のコインを表裏のどちらから見るか、という問題ではないと考えられる。たしかに同意のある性行為の相に照らすと、性暴力の行為が何であるかが見えてくるであろう。しかし、これを「自由」の有無として説明しようとするとき、それらは被害者の同意・不同意、つまり同意の有無として差異化され、性器挿入を許諾するか否か、といった問題にされてしまう。

リバタリアニズムは生命を処分する個人の自由の価値を擁護するが、まるで「意思の自由」の株価をつりあげるような自由の価値肯定の方法で、性暴力の行為が侵害する性的な価値を理解することは相応しくないであろう。なぜなら他方で「人間の尊厳」のこともまた念頭におかれているならば、これはみずから処分できるものではないし、また、それは侵害されても、霧散して消えてなくなるどころか、そのままに現れることのできるものであると思われる。つまり、尊厳のある性行為の相に照らされて性暴力の行為が明らかになるとしても、それは尊厳の有無の問題であるとはいえない。つまり、性行為の同意があることと、被害者の不同意があることは、そもそも別々の事態を指しており、Aと非Aの関係にあるのではない。性暴力に対する被害者の不同意はかなり実践的な（政治的な）概念であること、加害者が偏見をもってそこに裏返しの同意を見ようとしていること、この二点から、さらにそのことを説明したい。

(3)被害者の不同意

夫婦間レイプについて、婚姻関係が実質的に破綻している場合に強かん罪が成立するとされる（広島高松江支判 S62・6・18 高刑集 40 巻 1 号 71 頁）。学説では、婚姻関係は「個別の性行為についての妻の同意義務（逆にいえば、夫の妻に対する性交権）を当然に基礎付けるものではない」とされ、理論的に夫婦間レイプの成立範囲がより広げられている。なぜなら「夫婦間の性行為も 1 回ごとの相互の

具体的な同意によって行われるべきであるし、妻が夫を告訴するような夫婦関係では刑法の介入による弊害もない」からである⁵⁸。東京高判 H19・9・26 判タ 1268 号 345 頁がこれを次のように敷衍している。「いかなる男女関係においても、性行為を暴行脅迫により強制できるものではなく、そのことは、女性の自己決定権を保護するという観点からも重要である。いわゆる DV の実態がある場合には強姦罪の成立も視野に入れなければならない。もっとも、こう解すると、通常の婚姻関係が維持されているなかで、例えば、偶々妻が気が乗らないという理由だけで性行為を拒否したときにも、夫に刑が重い強姦罪が成立することになり、刑法の謙抑性の観点から問題があるという批判もあり得ようが、そのような場合に、そのことが妻から訴えられるということも考えにくく、あくまで理論的な問題にとどまるともいえる」と。

つまり、被告人は婚姻関係が実質的に破綻しているときに強かんの行為をしたので、妻が告訴して強かん罪が成立した。これを逆にすると、妻が夫を強かん罪で訴えるようなら、実質的に婚姻関係は破綻していた。さらに言い換えれば、妻の不同意があるようなら、夫の強かん罪が成立する。被害者の不同意が実践的な(政治的な)概念であるというのはこの意味である。被害者である妻は、どのようなときに夫を訴えるべきかを選択することができるからである。その選択は、もちろん 1 回ごとの性行為に関するそれと同じものではなく、むしろ婚姻関係を破綻させるそれに近いものであるといえる。したがって、夫婦間レイプと DV が関連しているとみるならば、被害者の不同意は個別に、ではなく全体的に、夫婦の関係性を左右する切実な関心事である。「偶々妻が気が乗らない」ときに夫が性行為を「暴行脅迫により強制できる」か、と問われているのに、「不同意の暴力性説」は、いつのまにか暴行・脅迫のことを等閑視して「1 回ごとの同意」の理論に純化されてしまったように思われる。

DV 防止法が配偶者間の暴力を DV として禁止し、夫による強かんや強制わいせつの行為が DV における性暴力として捉えられるようになり、刑法学の関心も個別の傷害や強かんの行為よりも、DV に対する刑事介入の方法に向けられるようになった。基本的には親密な関係における暴力は、当事者支援の観点か

58 山口厚『刑法各論(第2版)』有斐閣、2010年、109頁、平川宗信『刑法各論』有斐閣、1995年、201頁。

ら、親密圏の価値を侵害する行為として問題にすべきであると考えられる⁵⁹。しかし、離婚した被害者が元配偶者を傷害罪や強かん罪で告訴することが妨げられてはならないであろうし、また被害届や告訴はDVの加害と被害の関係を終了させる一つの方法として使われる（離婚の有用な方法であるという意味ではない）。それゆえ親密な関係において性暴力に対する被害者の不同意がどのようにしてあるかは理論的に説明されねばならない。

性暴力の連続体の理論は、女性の経験において「同意のあるレイプ」があるとしても、その両側にそれぞれ強かんの被害と同意のある性行為の経験に連なる諸経験があり、性暴力に対する「女性の不同意」の基準点が、その一本の連続線上で位置を移動させることができるとした。いわゆる「性的自由」とはフェミニズムの概念に他ならないという理解である。この理論によって、親密圏における性暴力の被害者が、過去をふりかえり、あのときに不同意があったと気づくとき、じつはその過去において同意があったのではないと理解できるようになった。これは特に親密な関係性の中で性暴力が潜在化すること、そのとき被害者はその関係的な価値を優先させているため、性暴力による性的な価値侵害を認識できていないかもしれないが、しかし、やがてそれは「女性の不同意」に照らされて被害として顕在化することを意味する。児童虐待としての性暴力でも、このような被害者のふりかえりが必要になる。ここからDVや児童虐待の違法性を周知させて「女性の不同意」の位置を実践的に（政治的に）動かして被害の潜在化を防ぐことが必要であるとされる⁶⁰。

しかし、これに対し、同意のある性行為と性暴力は、1本の線上にあるのではなく、あくまでも2本の線として区別されねばならないとする見解がある。両者が連続しているなら、被害者自身の経験はそのどこに位置しているのだろうか。一方で「女性の不同意」が実践的に（政治的に）性暴力の範囲を上げようとするが、他方で加害者は被害者の不同意の基準点を逆方向にずらそうとしているのであり、そのせめぎ合いの中で被害者自身が混乱してしまうからであ

59 森川恭剛「親密圏の刑罰」石塚伸一、他編『足立昌勝先生古稀記念論文集近代刑法の現代的論点』社会評論社、2013年（予定）。

60 リズ・ケリー「性暴力の連続体」ジャルナ・ハマー、メアリー・メイナード『ジェンダーと暴力』堤かなめ監訳、2001年、83頁以下、森川恭剛「規範のゆがみと強姦罪の解釈」琉大法学68号、2002年、45頁以下。

る。したがって被害者自身がその感情を整理しなければならない。一方に「心地よさ・愛情・好意・親密さ・安心感、安全感・信頼感」をおき、他方に「恐怖・無力感・混乱・搾取された感覚・『自分』という感覚の喪失、自尊心の低下、罪悪感、恥、自責」をおき、その経験が後者の「性暴力の線」のほうに分類されたとき、「加害者が何と言おうと」、それは前者の「健全な性行為の線」にスライドしないのである⁶¹。

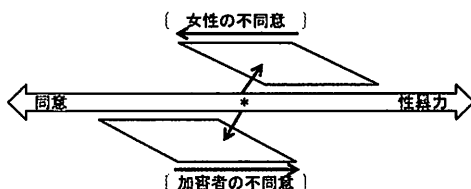
したがって、この被害者の不同意を前提にして、性暴力の犯罪事実に対して違法の判断をすることになるが、被害者によるその経験の振り分けの判断は、犯罪行為時のものであるとはかぎらないので、違法の判断方法としては、その被害者のふりかえりの自己決定を必要にさせた諸要因、例えば加害者と被害者の親密な関係性（一般的には、被害者が加害者との間で優先させている関係性の諸価値）をまず理解してから、その次に、その関係性が何らかの理由で途切れているとき、あるいは関係性に後ろ向きの変化があるときや加害者の行為そのものがその関係性をはみ出して壊すときなど、それらの契機を把握して、前述のとおり、被害者の「私の平穏」が害されたかどうか、つまり「恐怖・無力感」等々の感情に支配される状況にあったかを見ていく以外にないであろう。

そうすると、性暴力の行為の事前の経過は、被害者の不同意の契機を探すために顧みられるのであり、その逆ではないではないことになる。この点は重要である。加害者が事前の同意を主張し、被害者の不同意を否定しようとすることは、違法の判断に際して、もはや意味をなさない。なぜなら、関係性の変容において、被害者のふりかえりの不同意が要求されるとき、事前の同意はすでに消失しているからである。この意味で「同意」はあてにできないものである。性的な「同意」（自由）は、むしろ法（正義）の領域の外側にあり、法的に安定的な価値判断の根拠とするには脆い性質のものであると考えることができるであろう（ただし、後述するが、性的自律性の価値を法的に重視するならば、このような結論まで引き出すことはできない）。

したがって「女性の不同意」によって性暴力の成立範囲の大枠が画されるとしても、その大枠の中で被害者自身が感情をいつも整理することが必要であ

61 中島幸子『性暴力 その後を生きる』NPO 法人レジリエンス、2011年、21頁以下。

図9 不同意の基準点／ふりかえりの不同意



り、同意のある性行為と性暴力は、その被害者自身の不同意によって区別されることが期待される。つまり、性暴力の罪は、加害者の加える性的な行為に対して被害者の同意が得られなかったときに成立せねばならない、とさしあたりいうことができる。そして、それはまさしく加害者が、被害者との関係性の意味やその変容をよく理解できないで、性行為に及ぶからであるといえる。性暴力の加害者は、被害者との間で性的に行為をすることが許されていると思い込んで行為することがあるように思われる。加害者にとっての、被害者の不同意の基準点がある、ということであろう。しかし、被害者からすれば、加害者との性行為を促すような関係的な価値を加害者とそもそも、あるいはもはや共有していない。したがって被害者はそのときに、あるいはやがて不同意の意思をもつことができる（図9）。

では、加害者は、その行為がこの犯罪結果、すなわち被害者の不同意をもたらすことを認識できなかったのであろうか。被害者の不同意は、強いていえば、ここでは「私の平穩」侵害の比喩的意味の単なる事実の記述であり、生命の価値侵害における心停止あるいは脳死の概念に相当する。その結果概念は、つねにふりかえりの不同意に先在するとされねばならない。したがって、その内容は行為の意味（価値侵害）の認識、つまり性暴力の罪の故意の対象とは何かという問題として、より実質的に議論することができる。

(4) 不同意の行為

被害者の不同意に対し、被告人としては同意があった、もしくは同意がある

と誤信したのであれば、犯罪の故意を欠いて性暴力の罪は成立しない、と従来は論じられてきた。同意の誤信には被害者の年齢に関する錯誤が含まれる。日本では13歳未満の「人」に対する性行為が禁止されており、それは被害者が判断能力を欠くのでその同意の有無を問わない、という趣旨であると理解されている。つまり、誤信による故意の阻却とは、被告人は性行為を加えていることをともかく認識しているが、それには被害者の同意がある、または法的に有効な同意がある、と思い込んでいた、という主張のことである。

日本では被害者の同意の有無が争われ、しかも被害者の不同意は暴行・脅迫に対する一定程度以上の抗拒の行為によって表明されねばならないと解釈されてきたので、被害者の不同意にもかかわらず同意があると誤信していたという被告人の主張はそれほど多く見られない。しかし、ここでの論点は、被害者の不同意の訴えに対し、被告人はもはや客観的に、つまり違法の判断において、同意があったと主張できないということである。なぜなら、それは被告人において、被害者の不同意の基準点が、被害者とずれているということではかないからである。それは勝れて被告人の側の事情であり、強いていえば被告人の主観的な思い込みである。つまり、同意があったという主張と、あると思ったという主張は、区別されない。法定年齢未満の者においても、後のふりかえりの不同意を要するのであるから(被害の顕在化の必然性)、もともと法的に有効な同意を推認するなどということをしてはならない。同意年齢が擬制されることで、同意の推認という、被害者からすれば容認できない被告人の主張が可能になることは大問題であろう。被告人としては、ふりかえりの不同意があるとは思えなかったと主張できるだけである。つまり前述の「恐怖・無力感」等々の感情を相手方に呼び起こしうるような行為は一切していない、と誤信するのもし方がない、という事実の錯誤があることを示す以外にない。

しかし、「不同意の暴力性説」が「一回ごとの同意」を強調するとき、行為規範として、他人と性行為をする者には相手方の意思の確認をすることが求められるであろう(合意による性的な正義の再定義)。にもかかわらず、この確認作業を怠るか、相手方の意思を読み間違ふとき、あるいは13歳未満の者が十分な判断能力を備えているとき、被告人としては、同意があった(と思った)、と無罪を主張したくなる。なぜなら現在の日本ではそのような意思確認の行為規範は

法律上のものではないからである。これに対して過失犯規定を設ければ、相手方の意思をよく確認して性行為をすべきであり、この点に不注意の義務違反があれば、処罰される。

過失強かん罪は、被害者の不同意のある性暴力の行為が加害者にとって同意のあるものである、という二重基準を是正しようとする方法である。それはフェミニズムが挑んできた性規範の二重基準の一例である。被告人が過失強かん罪に問われるとき、二重基準の誤りが示される。被告人は二重基準に従って性的に行為をしてきたので、不注意で性暴力の行為をしてしまったが、これからは二重基準に拠らないで、相手方の意思確認をしてから性行為をすることが期待される。このように司法が二重基準を裁く。それは被告人が用いてきた「被害者の落ち度」論に対する「被告人の落ち度」論であるといえる。

しかし、それは効果的な反対論であろうか。フェミニズムによる性犯罪の性暴力としての捉え直しは、被害者の同意・不同意ではなく、被告人の暴力的な行為こそが審理の対象であるとし、男性の性行為を政治的な土俵に引っぱりだそうとした。しかし「被告人の落ち度」論は被告人の個人的なことを政治的に曝し出すことなのか、それとも政治的なことを被告人の軽率さや鈍感さに閉じ込めてしまうことなのか。少なくともそれは、「被害者の落ち論」と同様に、法廷に二重基準を入れることになるであろう。

被告人が被害者の不同意を認識していなかったというとき、被告人としてはただの性行為をしているだけであると勘違いをしていた、ということかもしれない。しかし、被害者にとって、被告人の勘違いがあるか否かは、本当のところ、意味のない違いである。いずれにせよ被害者は性暴力に遭っている。被告人は性暴力の行為をしており、これに対して被害者の不同意がある。被害者にとって、被告人は故意犯であれ、過失犯であれ、性暴力の行為者である。つまり、被告人の行為を主観的な側面から法律的に差異化することを認めても、現実的には被告人の行為とその結果が変わるところはない。もちろん故意の殺人であれ、過失致死であれ、被害者死亡の結果は変わらないが、行為の意味はそうではないことからすると、これは重要な点である。

例えば交通事故に遭い負傷したとき、被害者からしても、加害者は運転行為をしていたのに、傷害の結果が生じているので、加害者は傷害の行為の故意責

任ではなく、過失傷害の責任を負う。そのように運転行為の意味は社会的に了解されており、被害者もこれを了解している。過失犯の犯罪結果は、被告人にとって目的的に偶然であるから、被告人としては、犯罪結果を目的としないで別の目的をもって何らかの行為をしていたはずである。それが運転行為である。そして、もちろんここでも被告人は、いや被告人としては、被害者の不同意を目的としているのではない、といたいであろう。では、何の行為をしていたかと問えば、それは他人に対する性行為である。しかしそれは、いわば脳死は人の死ではないという理屈であり、結果としての脳死（ここでは被害者の不同意）があることまでを否定できない。

したがって、被告人において、そのいわゆる性行為に対する被害者の不同意という結果がよく見えなかったというとき、客観的には、それは被害者の不同意を目的としていないことにならない。そして被害者からすれば、その誤解を与えようとしていたのではないのであるから、それは決して二義的ではない。つまり、被害者にとって、そこに別の意味を帯びうる行為（つまり被害者の不同意を目的としない行為）はなく、それは性暴力の被害をもたらす行為でしかありえない。したがって過失責任を問うのであれば、そのいわゆる性行為の意味、すなわちそれは被害者の不同意という結果でなければ何を目的にする行為であるか、言い換えれば、どのような意味でそれは一般的に了解可能な許された危険の行為であるかを明らかにしなければならないはずである。しかし、それは性の旧規範から離れようとしている現在において無理であると思われる。それなのに被告人は、むしろ被害者の言動のほうに勘違いをさせる理由があったかのような主張を憚らず行い、そのため被害者が、そのような誤解を招きかねないように振る舞ったかもしれない、という自責の念に苛まれる。

こうして被害者の不同意の錯誤の過失責任論は、被告人の行為ではなく、被害者の行為のほうに別の意味をもたせてしまう。これが被害者にとって、大きな意味の違いを生んでしまう。まさしく「被告人の落ち度」論は「被害者の落ち度」論と対になり、被害者を政治的なことに曝し出してしまう。被告人は性暴力の行為をしており、被害者は性暴力に遭っているが、被告人の誤解の理由が被害者の行為に求められるとき、むしろ被害者に許諾の過失行為があったと意味了解されてしまう。それは被告人だけの誤解ではなくなり、多くの人々が

被害者に過ちがあったと誤解してしまうであろう。

しかし、被告人が暴行・脅迫を用いて性行為をするとき、つまり性暴力の行為をするとき、被告人としては、被告人なりの、被害者の不同意の基準点をもっているから、被害者の不同意を目的として行為していないのである。被告人が性規範の二重基準に従っているというのは、この意味である。それゆえ被告人は、予めの同意があるかのように、少なくとも被害者が事前に同意していたかのように思い込み、あたかも被害者が同意の意思表示をしているように見てしまう。このように被告人は、一応、弁解することができる。しかし、被害者からすれば、それは暴力的であるとしかいいようなない不遜の振る舞いである。なぜなら被告人は、被害者が不同意の意思を表明していない、その意味が読み取れなかった、その意味はその場に表れていなかったとするが、これに対して被害者は、単に「従わされる」だけでなく、不同意の意思の表れる行為をしていたと思われるのである。

被害者が不同意のある行為をしていたか、同意のある行為をしていたか、これは被害者にとって決定的に異なる意味をもつ。被害者としては前者でしかありえないのに、被告人の勘違いを強いて了解しようとするれば、被害者の行為の意味を反転させねばならない。しかし、被害者からすれば、被害者の不同意があるとき、被告人は性暴力の行為をしており、同意があるとき、性暴力の行為をしていない。それは別々の異なる事態である。前者のとき、被害者の不同意の意思のある行為と被告人の性暴力の行為があり、後者のとき、そこにはただの性行為がある。したがって、被害者の同意の有無により差異化されてきた二つのことは、第一に、二人の意思が齟齬する二つの行為があるときのことであり、第二に、一つの性行為があるときのことであるといえる。これは一般的に誤解の入り込まない（過失責任論の余地のない）事実の相違であると思われる⁶²。

1970年代のフェミニズムは次のように考えていた。「暴力の行使またはその脅しのある性交は決して『性交』(sexual intercourse)ではない。私たちにとっ

62 性暴力の故意犯と過失犯の区別を理論的に追求することはできるが、それはおそらく現実的でない。例えば人を叱ることや嘲笑することは、十分に注意を欠いたまま、ついしてしまうことがある。しかし、体罰や差別的な言葉は、刑事規制するとすれば、故意行為として構成するしかないであろう（例えば「危険体罰致死傷」という構成が考えられる）。喜怒哀楽のように基礎的な情動と根底的に結びつく行為自体を過失犯として規制することは困難であると考えられるのであり、性行為もそうであると思われる。

て『性交』とは『共感的な性的関係』(consensual sexual relations)をいうからである」と。ここからレイプの成否は、被害者の意に反していたか否かではなく、被告人の行為の暴力性によって判断されるとされ、次のように敷衍された。「レイプは、財産罪においてそうであるように、身体的な力の行使またはその脅しのあるかぎり、被害者において同意があることを決して想定させない」と。それゆえ、この意味でレイプを性的な行為(つまり性的同意によって違法阻却される行為)から暴力的な行為であると書き換えるとき、「従来のような同意に関する議論の余地はなくなる」と考えられていた⁶³。そこでは被害者の「落ち度」(過失)も問われない。「共感的」(consensual)とは共振的・共鳴的であり、法的に「同意のある」という意味ではなかったと考えられる。

被告人が性暴力の行為をしたとき、被害者は不同意の行為をした。これは被告人の行為による結果である。つまり被害者の不同意という結果は、そのような質料をもって実際に存在していた。性暴力の行為は、被害者を従わせるだけでなく、被害者は少なくとも不作為の行為において、不同意の意思を表明していたであろう。性暴力の行為の暴行・脅迫は、加害者にとって目的的に被害者をして「行為をさせる」だけでなく、おそらくその「意思の自由」の選択の余地なく、被害者をして不同意の行為をさせる。したがって、暴行・脅迫を用いて他人の身体に対して性的な行為を加え、その被害者に不同意の行為をさせたならば、その同意を得られなかったのであり、性暴力の罪が成立する。被告人は、そのいわゆる性行為をしており、そのことを認識しているのであるから、二重基準の規範の錯誤がもはや法律の錯誤(刑法38条3項)にすぎないのであれば、被害者の同意の有無や誤信を今さら争うことはできない。性暴力の行為をしたときに被害者の不同意の行為があったのであり、性暴力の行為をしたのであれば、被害者の同意を得られなかったのである。

ただし、被告人としては、被害者の不同意の行為が、やはり見えなかったといたいのであろう。また、被害者自身も、その不同意の行為の存在をふりかえりの不同意によってはじめて明確に伝えることがある。そして被害者のふりかえりの不同意は、暴行・脅迫が用いられていない場合にもみられる。したが

63 Lorraine Clark and Debra Lewis, *Rape: The Price of Coercive Sexuality*, Women's Educational Press, Toronto, 1977, p. 164.

って次に、そのいわゆる性行為、つまり被害者の不同意の基準点をずらして性的な行為を加えるとは、どういうことかを説明して、被告人にも理解できるように（価値侵害の内容を示して）、性暴力の行為を捉えねばならない。

6 性暴力の行為

(1) 抗拒不能の暴力性

最判 H21・4・14 刑集 63 巻 4 号 331 頁は電車内の痴漢行為に対する無罪事例である。痴漢に遭ったと訴えて被害者が、下車するときに被告人のネクタイをつかんだ。被告人は大学の男性教員であり、被害者は女子高生である。現行犯のこの逮捕行為の部分だけを切り取るなら、ある意味で痛快である。しかし被告人は無罪であるから、そこには人違いがあったと考えるほかない。それは冗談のような話であり、当事者間に利害対立はなかった。しかし、主張は対立し、被告人の犯人性に関する被害者の供述部分は信用性を否定されねばならなかった。つまり被害者は、確証がないのに被告人が犯人に違いないと偽った、と理解せざるをえないが、それは、さもなければ被害そのものがなかったことにされてしまうので、この意味で「落ち度」論の線引きから逃れようとしたからであろう。

痴漢事件に関する無罪判決には数十件の集積があり、被害者供述の信用性の判断基準について研究が進められてきた。それは冤罪を許さないことを優先課題として被害者供述の虚偽性を判断してきたが、被害の有無と被告人の犯人性の区別は重要であるとされていたし、また冤罪理由は捜査段階にあるとも指摘されている⁶⁴。被告人が犯人である、と被害者が述べざるをえなかったのは、被害に遭ったことを伝えるためであり、仮に部分的に信用性が否定されるとしても、それはこの被害を疑わせるものではない。複数回の痴漢の被害が同一人によるものとして供述されている場合も、それは現行犯逮捕の被疑事実に対する被告人の犯人性を確証するためのものであると考えられる。なぜなら被害者供述のみで、その犯人性について、合理的な疑いが差し挟まれないことはなく、

64 荒木伸怡「痴漢冤罪事件と刑事訴訟法の解釈・運用」秋山、他編・前掲書 24 頁以下、秋山賢三「痴漢冤罪は、なぜ生まれる？」同、他編『続・痴漢冤罪の弁護』現代人文社、2009 年、12 頁以下。

「現行犯逮捕なければ犯罪なし」ともいえるからである。それゆえ第三者の犯行の可能性を容易に想定できる痴漢事件では、法と心理学による被害者供述分析は、被害があったことを前提にしてその真实性を論じるものである必要があると思われる⁶⁵。そして、それは性暴力の被害であるから、ここではその行為をどのように理解するかを検討せねばならない。

痴漢事件は、迷惑防止条例違反か強制わいせつ罪に問われている。後者では、前述のとおり、わいせつな行為そのものを指して暴行であるとする解釈が採用されている。しかし、一般的には触ることや撫でることは暴力的な行為ではないので、この解釈論には反対論があるところであり、それによれば痴漢の行為はむしろ暴行・脅迫を手段としない準強制わいせつの行為にあたると考えられている⁶⁶。つまり被害者は抗拒不能の状態にあり、加害者はその機会に乗じてわいせつな行為をしているところに暴力性があると理解される。したがって加害者が被害者に逮捕される痛快さは、抵抗のできなかつた被害者が立場を逆転させて状況を一変させるところにあるであろう。それはあくまで逮捕行為であり、犯行に対する抗拒ではない。つまり、被害者はわいせつな行為に対し、ここでは不同意の意思のある行為をすることができなかつたが、しかしその沈黙を破ることができたのであり、この逮捕行為自体は、たとえ誤認逮捕であったとしても責められることではない⁶⁷。

暴行・脅迫を用いた性暴力の行為に対し、被害者は不同意の意思のある行為

65 「被害女性本人の想像能力を超えた被害態様があると認められた場合にのみ、その信用性を認めるべきである」ならば（浜田寿美男「痴漢事件の供述をどのように読むべきか」秋山賢三、他編・前掲『統・痴漢冤罪の弁護』176頁以下）、ありふれた痴漢被害の供述は信用されないことになるであろう。また痴漢被害者は「虚偽へと傾きかねない強い動機状況」にあり、その供述は「犯行中のその手をつかんで、放さなかつた」と虚偽構成される「可能性が大なり小なりある」と論じられているが（同179頁以下）、同じことが逮捕された被疑者にも「大なり小なり」いえることは認めておかねばならない。つまり任意の男性が痴漢の犯人でありうるという「相互了解性」がなければ「人同士の共同の世界は成り立たない」。被害女性が人違いの可能性を排除する傾向があるとすれば、それが「耐えが大なり小なり不協和」である前に、「落ち度」の線引きとの不協和であることを知る必要がある。なお国際基準では性暴力の被害者供述は補強証拠を要しない（国連経済社会局女性の地位向上部・前掲書64頁）。

66 山口・前掲書108頁、山中敬一『刑法各論（第2版）』成文堂、2009年、146頁。

67 「痴漢犯人と思ひ込んだ男性を犯人に仕立てあげても良い」とはいえない（荒木・前掲論文27頁）。また「私人による現行犯逮捕の落とし穴」もある（同「刑事訴訟法運用上の問題」秋山、他編・前掲『統・痴漢冤罪の弁護』204頁以下）。しかし被害者は誰かを犯人視せざるをえなかつたのであり（後藤弘子「最高裁痴漢無罪判決」法学セミナー

をする。しかし暴行・脅迫を用いない性暴力の行為に対し、被害者はその意味を表す行為をすることが困難である。第三者にその意味を伝えて救助を求めることができればよいが、被害者にそのような選択肢はほとんど与えられていない（ただし痴漢被害では携帯電話が利用されることがある）。身体を移動させて抗拒することもできない。それゆえ加害者は暴行・脅迫の手段を要しない。もちろん被害者の不同意は、性暴力の行為の事前に加害者に対して示されるのではなく、この不同意は遍く認められるものである。それゆえここでは被害者において、その例外的な事前の同意があるか否かを知ろうとするのは意味がないことである。つまり被害者が不同意の意思を表明していないとしても、被害者の不同意があること、それが抱え込まれていることは自明視される。

しかし他方で、暴行・脅迫の強制力を加えていない加害者にとって、被害者が「従わされている」とは見えなくなる、ということはある。ここでは被害者は、加害者自身の行使する有形力に対して不同意の行為をしないからである。被害者の不同意という結果が巧妙に除かれているといえる。むしろ被害者が「意思の自由」を操縦されているならば（心理的抗拒不能）、被害者が進んで性行為をしていると見えることもある。そのため、抗拒不能の状態が続いているかぎり、少なくとも加害者にとって、被害者は被害を甘受しているものとみなされるかもしれない。つまり、不同意があるといえないばかりでなく、不同意がないことは、同意のあることに、ねじ曲げられてしまいかねない。この意味で被害がないことにされてしまえば、被害者は落ち度のない人から外されていく。

このように考えると、性行為に対する被害者の同意・不同意は①「同意なし」②「不同意あり」③「不同意なし」④「同意あり」の四つに区別できる。これらは相互に排他的ではなく、抗拒不能のわいせつな行為では、被害者において

656号、2009年、57頁以下）、それは犯行態様の特性からきていることである。というのは、痴漢は「(女性に対する性暴力の) 恐怖の不平等配分」に乗じた性暴力であり、女性からすると、「許された危険」が痴漢被害として現実化するのが満員電車である。したがって、恐怖の再配分を是とするならば (Keith Burgess-Jackson, Rape: A Philosophical Investigation, Dartmouth, 1996, pp181-205.)、満員電車のすべての男性が痴漢行為の疑いで現行犯逮捕されるリスクを負うべきである、というのも一つの正論である。しかし、これは応報的でもある悪平等の配分的な議論であるから、刑事手続的には、供述調書の作成段階における「落ち度」論の機能を考察すべきであると思われる。供述調書の心理学的な分析は、その作成過程に着目せざるをえない。なお被疑者の取調べでは、加害行為の悪質さを引き出すために、被害者のことを貶めて調書が作成されている、という指摘がある(牧野雅子『刑事司法とジェンダー』インパクト出版会、2013年、104頁以下)。

少なくとも①③があり、加害者からすれば①③④が同居している。瀬戸内寂聴の短編小説『藤壺』（講談社、2004年）がこの四つを同時に描いているので、やや長くなるがその場面を引いて議論の手がかりにしよう。

御帳台の中には、黒髪を枕上にひろげたまま、夢にみつづけたあのお方が無心に眠っていらっしやるのです。源氏の君は一枚一枚、身につけたものを脱ぎ捨てながら、美しい人の可愛らしくもなまめかしい寝顔を上の空で見つづけていらっしやいました。／これは夢としか思えず、すべてのものをはぎ取ったお姿で、人形のように可憐な寝姿の人の横へ軀をさし入れました／その時、はじめて藤壺の宮は目をおさましになり、恐怖の余り全身を硬直させました。唇がわなわな震えているものの声は出ません。／「怖がらないで下さい。お許し下さい。とうとう、ようやく、お側に参ることが出来ました」／自分の声が出るのが源氏の君には不思議でした。薄い柔かな白絹の下着に包まれた藤壺の宮のお軀は、抱けば溶けてしまいそうな柔かさ、たおやかさ。源氏の君はこれ以上やさしく扱えないというつましさで抱きしめました。その腕から逃れようとして、かえって、源氏の君の腕にまつられる形になり、藤壺の宮は、ようやく小さな声をあげました。／「誰か……王命婦……弁」／「誰も、王命婦も弁もまいりません。誰も居ませんので」／その声に宮は御涙をあふれさせ、全身を震わせて嗚咽する藤壺の宮をこわれ物のように抱きかかえ、源氏の君も宮に負けないほど涙をあふれさせていました。／藤壺の宮の涙は、恐れと後悔の涙であり、源氏の君の涙は、長い念願が適えられた喜びと感謝の涙でしたけれど、涙の熱さと量は見分けもつかず、二つの涙は融けあわさり、二人の胸を濡らしていました。／…（中略）…／ある時から、抵抗することをびたりとおやめになった藤壺の宮は、その代り、自分を死人と見なそうとしたようでした。どんなこまやかな愛撫にも、やさしい言葉にも、石になったように一切の反応を示さず、息をとめ横たわっていらっしやるだけでした。／どのように冷たくつらくあしらわれても、源氏の君はこの時が永遠につづいてくれるようにと願いました。／たった一度、藤壺の宮の腕が源氏の君の背に巻かれ、かすかに力がこめられたことを、見逃してはいませんでした。藤壺の宮御自身はそれにお気づきにならなかったにちがいありません。また思い出したようにしくしく泣きじゃくっている藤壺の宮が、自分の幼い妹でもあるかのように、ひたすらいじらしくいとしく思われてくるのでした。／「これも前世からの縁とあきらめて下さい。この上は命にかえても、あなたをお守りいたします。人倫に叛いてしまったわたくしに

は、もはや、神も仏も、帝すらも怖じ恐れるものはありません。もう恐ろしいものなどこの世にもあの世にも何一つありません。この世、あの世をかけて、宮を御守り申し上げましょう」

これは現代的には強かんでであると認識されて描かれている。それは光源氏のスタイルであり、ここでも藤壺の意に反して性行為を加えているからである⁶⁸。しかも源氏は藤壺の涙や、その石になったような無反応さの意味を理解できていないのではない。藤壺はその不同意の意思を表す行為をしており、源氏は「冷たくつらくあしらわれている」とその意味を一応知った上で、かえって「いじらしく」感じている。そして源氏は暴行・脅迫を用いていない。源氏は周到に用意をして、藤壺の女房らにとりいり、むしろ藤壺から抗拒の手段を奪っている。不意に帳台の中に忍び込まれることがなければ、彼女なら拒み通すことはできるからである。この点で藤壺は不同意の行為を奪われており、不同意のない抗拒不能の状態におかれ、そして源氏の「こまやかな愛撫」を受ける。しかし「二つの涙は融けあわさり」、藤壺は源氏と再び過つことになる。それは「前世からの縁」であり「あきらめ」の同意があったことが示唆されている。

現代的には強かんであるとしても、藤壺は源氏を訴えることができない。藤壺の冷淡さとは、源氏とともに「人倫」に違反すること（父帝の後妻藤壺と息子源氏の性交）は許されないということであり、この点で藤壺の苦悩は深く、また源氏もその後に病気を患うなどその罪に苦しむ。ここに平安貴族と現代人に相通じるものがあるとはいえる。しかし、藤壺が泣きじゃくるのはむしろ世間に対する意思表示であり、姦淫の露見を恐れている。したがって源氏は心から憎まれているわけでもなく、それは二人の密事である。平安時代の性規範は男性からの性行為を拒否する権利を藤壺に保障するものではない。

しかし、近代人の感覚からすれば、源氏の行為は相手方を意に介さず突然に襲っている点で、明らかに性暴力である。事前の同意がまったくなく、しかも藤壺は「自分を死人と見なそう」と行為している。彼女の①同意はなく、また②不同意の行為がある。前述のとおり、性暴力において被害者の②「不同意あ

68 駒尺喜美『紫式部のメッセージ』朝日新聞社、1991年、119頁以下。

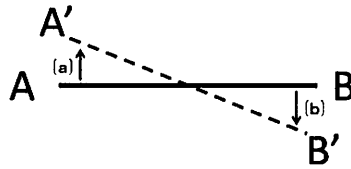
り」の結果は加害者の暴行・脅迫によりもたらされるので、ここから①「同意なし」とは、不同意の表明には至らないが、事前の同意がないという意味であることができる。性暴力において、前述の「わいせつな行為」がこれに対応する違法行為であろう。しかし平安貴族にはその意味の理解が欠けている。また②「不同意あり」も暴行・脅迫の要らないところで空回りして違法の意味を伝えることができない。

したがって源氏の行為の暴力性は、その犯行の計画性にあり、それは抗拒不能に乗じた性暴力であるとせねばならない。つまり、それは暴行・脅迫を用いないで抗拒不能に乗じてする性暴力であり、その特徴は③不同意のないことにあることができる。抗拒不能とは、被害者の不同意のある行為、その意思表示の行為が奪われている状態のことである。それは被害者から抵抗の機会、つまり不服従を奪う行為である。そして、この③「不同意なし」は、個人の性的権利の保障されていない世界では、④「同意あり」へと転じていく。被害者の「落ち度」論の正体がここに明らかにされるように思われる。被害者が抗拒できないのに抗拒がなければ、不服従を奪われているのに服従したとされ、被害者には同意があり、「人倫」に叛いたとみなされる。③から④への転化（加害者における③④の同居という基準の二重化）が許されないとすれば、それは性規範に新旧の変化が起きているからである。

(2)主体と客体

性暴力の行為には三つの種類のあることが示された。第一に、暴行・脅迫を用いないで、他人の身体に対し、被害者の事前の同意なく、性的な行為を加えることであり、第二に、暴行・脅迫を用いて、被害者が不同意の行為をしているのに、性的な行為を加えることであり、第三に、被害者の抗拒不能に乗じて、性的な行為を加えることである。これらは性規範の変化があったことで、性暴力として、その被害の認識される違法行為になった。その変化とは個人の性的な利益（「性的権利」「性的人権」）が保障されるようになってきたことである。しかし、この三種類の性暴力の行為を被害者の意に反する性行為と総称することは「不同意なし」が含まれていることから不適切である。では、この価値侵害の行為は、どのような違法性の実質において把握されているのであろうか。

図10 性暴力の行為の三態様



- (ア) a ……①触る、撮るなど(同意なし)被害者の不同意の行為で犯行終了
 (イ) a+b ……②暴行・脅迫あり + 不同意あり
 (ウ) b ……③抗拒不能(暴行・脅迫なし、不同意なし)

図10の実線はAとBの二人の性行為が禁止の対象外であること、点線はそれが違法になることを表している。二人の主観に着目すれば、実線は意思の疎通があること、点線は齟齬があることを意味する。点線は実線からのずれであり、点線A'は加害者側からその理由aを説明できること、点線B'は被害者側からその理由bを説明できることを示す。ここから、違法な行為に三種類を区別することができる。(ア)aのみの場合(イ)aとbの場合(ウ)bのみの場合である。これがそれぞれ前述の①「同意なし」②「不同意あり」③「不同意なし」に対応する。

点線A'は加害者の行為が何らかの積極性を帯びることを意味し、(イ)では、それは暴行・脅迫が用いられることである。(ア)では、暴行・脅迫は用いられないが、事前の同意なく、つまり被害者との何らの相互交渉も前提としないで、被害者に対して働きかけをする。被害者があえて不同意の意思を表明するに及ばないほど、それは一方的であり、被害者がその意味に気づかなくてもそれは違法な行為である。例えば他人の身体の性的な器官・部位を単に触ることや身体を性的に撫でること、あるいは自己の性的器官で他人に触れ、またはそれを他人に触れさせることである。子どもの行うスカートめくりもこれにあたるであろう。性的に視線を向けることや声をかけること(卑猥なからかいなど)、あるいは性器等を特定人に見せることは限界例であり、性暴力の罪とするほどではないとも考えられるが(わいせつなぞき見は軽犯罪法違反である)、性的な撮影の行

為は違法であろう。これは人の身体に対する行為ではなく人に向ける行為であるが、撮影された記録が残り、広く視聴等の用に供されるおそれがある点で、被害者の利益を害する程度は高い⁶⁹。いずれにせよ、ここでは「視る」「発話する」「撮影する」「触る」という、より一般的な意味のある行為が、加害者において性的に意味づけられており、被害者においてその行為の意味が事前に把握されていない。加害者の性的行為のその目的性が被害者に隠されている点に特徴がある。そこに公然性と私秘性の境界に成立する「わいせつ」の概念を用いる理由があると思われる。つまり「わいせつな行為」とは、排他的・私的な関係性において性的な意味の共通了解の得られる行為でありながら、相手方においてその意味了解がない（この意味で同意がない）ために、違法であると判断される行為である⁷⁰。したがって加害者の行為に対し、その意味を認識した被害者が応ずる行為（退ける、離れるなど）は、加害行為を終了させることになる。

点線B'は被害者の行為、すなわち不同意の行為の有無に着目させるためのずれである。(イ)では、前述のとおり、被害者は涙を流したり、無反応になったり、あるいは震えたり、逃れようとしたり、叫び声をあげたり、とにかく抗う行為（作為・不作為）をしている。つまり、ここでは被害者は一方で加害者の暴行・脅迫に服従しているが、他方で不服従の行為をするという二面性をもっている。これに対して(ウ)では、被害者はその不服従の行為を奪われており、無反応になることも難しいであろう。加害者の行為を加えられ、ただ貶められているという状態に置かれている。加害者の行為は、それだけを見れば、違法と合法の区別もつかない。

実線で結ばれる二人の性行為の内容は問われない。そのような二人の性行為は、どのように意思の疎通があり、どのような形態をとり、法的な行為

69 性暴力のわいせつな行為により撮影された画像データは刑法175条のわいせつ規制の対象でもあったと考えられる。ただし、わいせつ物の制作過程で性暴力が深刻化していると指摘されており、これをポルノグラフィとして、その制作・流通・消費を法規制することが必要であると論じられている（ポルノ被害と性暴力を考える会編『証言・現代の性暴力とポルノ被害』東京都社会福祉協議会、2010年、22頁以下）。

70 一般的に「わいせつ」とは「性的文化環境」（人々の性的羞恥心を害することなくエロチシズムの追求を可能にしている社会的法益）の侵害を意味するが（梅崎進哉「性風俗の刑事規制と社会法益の構造」久留米大学法学14号、1992年、45頁以下）、公然わいせつ罪の「わいせつな行為」がその法益性の共通了解を公然と踏み外すのに対し、ここでの「わいせつな行為」は特定の被害者においてその意味の了解を外し、個人的に性的利益を侵害する。

規範の関心を外れるものとしてある。これに対し、実線からのずれは、二人の性行為の有している均衡性・対称性を崩すものとして図示されている。(7)(イ)(ウ)の三者に共通するのは、二人の性行為であったものが、あるいは加害者側において上方にずれ、あるいは被害者側において下方にずれ、一方から他方への行為に変容するということである。これが一般的に「性的支配」と呼ばれていることであると考えられる。つまり性暴力の行為とは、加害者が被害者の身体に対して（に向けて）性的に行為を加えることである。

したがって、AがBに対して性行為をする、これは価値中立的な事実の記述ではない、という結論が導かれる。加害者からすれば、私は、あなたに対し、暴力的に性行為をしている（性行為とは暴力的であるとまだ誤解している）。そのとき私が行為主体であり、あなたが行為客体である。これに対し、被害者は（児童買春の行為客体のように）性行為をしていない。(イ)では被害者が「従わされて」不同意に性的に行為するとしても、それは、必ず不同意の意思を表す行為に伴われたものでしかないのであり、性暴力の行為客体は、口淫や手淫をさせられても、もはや性行為をしているとは評価されない。つまり被害者の「不同意あり」の行為は性的な価値を享受していない。(ウ)でも被害者の「不同意なし」の性的な行為があったとしても、それはふりかえりの不同意の作業を難しくする性的な被害の深刻さを意味するものでしかない。性的に行為を加えられることは、二人で性行為をすることとは異なる経験である。つまり被害者からすれば、性暴力に遭っているとき、私の身体に対する他人の性行為があるのであり、私は他人の性行為の「客体」である。加害者が、被害者の不同意の基準点をずらして性的に行為を加えるとき、被害者は行為客体になっている。

これは男／女の主／客への近代的な二分化を暴力として問題にするということではない。ヒトの一对の性行為は言語以前から社会的に統制されている関係性であり、そこに規範的価値を肯定することは、ポスト構造主義のいう他者の暴力的な主体化（言語的な他者の型取り）を意味しないと思われる。性暴力の行為がこの一对の関係性を壊すとき、AとBは加害／被害の対立的な関係に置かれるといえるが、AとBが性行為において関係することは、二元の偶然な邂逅であり（九鬼周造）、AとBの同一性または排斥性の働きの手前で、AとBが対称的に向き合うことでありうる。この点で交尾から区別されるのであれば、

そこに規範的価値をそのまま肯定できると思われる。

身体的に触れ合う相互行為の特徴は「身体に『触れられる／触れる』ことによって他者に感覚を『与える／与えられる』ことそれ自体」が相互的に享受されることにあるとされる。この点で手を結ぶことと性行為には共通点がある。この相互性とは身体感覚的なある種の「循環」が相互了解の下に成立することをいう。「自己の行為には、他者の行為に対する『受動的な反応』という契機が含まれる」。つまり『私』の他者への能動性は、その内部に、他者による『私』に対する行為への受動的な反応（触発されたという契機）を含んでおり、同時に逆に、他者の能動性もまた、『私』の他者に対する能動性への受動的な反応を含んでいる」。これは不安定な均衡であり、この循環的な対称性が崩れるならば、そこに一方から他方への暴力が現れる⁷¹。しかもその対称的な循環性とは、優れて体感的な、相互的な価値の享受であり、第三者による財の配分を要しないし、財の互恵的な行為であるとも捉えがたい。手を結ぶときのように、あるいは笑いもそうであるが、そこでは相互行為の中から滲み出てくる価値が双方で享受されているであろう。

したがって、性暴力の行為によるBの客体化とは、Bを人として（目的的に）扱わない、ということである前に、人として等しく数えないことであると考えてみたい。AとBの対向的で対称的な性行為に、目的的な同一性への契機を未だみないからである。それは、例えば「愛」なる目的（または目的としての人間性）が「愛」なる果実（または人間の尊厳）として各人に配分されるということではなく、単にAとBが同等の二元として形式的に向き合うことでしかなく、性暴力の行為とは、この二元をもはやひとつふたつと数えられなくすることである。もちろん、これは人を数に還元することではなく、どの個体も同じ一人として数えられるという抽象化の能力を人間は有しており、一對の相互性の価値は、そこに関係づけられるであろうということである。主客未分の対称的な個体として対向するAとBが、行為の主体と客体になり、一方から他方への関係に置かれるとき、Bは人として等しく数えられない。そこでは相同性・類同性

71 堀田義太郎「性売買と性暴力」女性・戦争・人権8号、2007年、117頁以下。ただし性的な相互性は身体的な触れ合いを必ずしも要しないし、循環的な対称性を崩す暴力性が性的であるときには、性的な価値を相互に享受するという意味理解がないというもう一つの要素が加わらねばならないと思われる。

の等式（人は人に等しい）が成立しない。性暴力の行為にはそのような端的な価値否定があると考えられる。

「等しきを等しく扱え」は同語反復であり、平等論とは財の配分論であると一般的に考えられている。法論にとっても「等しさ」は前提的な所与の概念であり、それは「等しさ」の適用される範囲（どのような財のどのような配分関係を「等しい」とみなすか）について議論してきた。しかし「等しさ」とはヒト化において獲得されたヒトの社会の規範であるならば、すでにそれは無意味で抽象的な単なる形式ではなくて、人間的に価値づけられている。「等しさ」の価値が正義の原理として財の社会的な配分行為を導くことができるのは、そのためである。しかし半面で「等しさ」の価値が財の配分の平等で極まるとはかぎらない。したがってここでは、二人の性行為は財の互恵的な行為であるよりも、その前に「等しさ」の形式を満たそうとして人と人の「等しさ」をつくる相互行為であると理解される。それが性的関係に正しさが成立しうる理由であり、現代の性規範はそのような「等しさ」の価値が二人の性行為において充足されること（制度的な保障）を明確に求めるようになったと思われる⁷²。

ただし、その違反行為は個人的な権利の侵害として理論化される。したがって、法益論としてその構造は独特である。「人を殺した者」は殺人罪の主体であり、「他人の財物を窃取した者」は窃盗罪の主体である。殺人罪の行為客体は「人」であり、窃盗罪のそれは「財物」である。このように犯罪類型は行為の主体と客体を規定する。それぞれの語義の明確性が問われることはあるが、それ

72 森川恭剛『ハンセン病と平等の法論』法律文化社、2012年、203頁以下。C・マッキノンが探している「平等にセンシティブな実体的アプローチ」とは、ヒトとその他の動物との関係を除けば、このような「等しさ」の概念を前提にすると思われる（キャサリン・マッキノン『女の生、男の法（上）』森田成也、他訳、岩波書店、2011年、5頁以下、55頁以下）。例えば「共に食する」相互行為は、「等しさ」の観点からすれば、他方に食物を与えることで差異を捨象して「人+食物」=「人+食物」の同一性を導いたものと把握できる。このような意味で人間とは有徳であろうとする前に「等しさ」をつくる動物である。——なおM・ヌスパウムのリベラルで善基底的な新アリストテレス主義によれば「自然によって」政治的な人間、あるいは「政治的動物」としての人格には種として備わる力量があり、これによりケアを必要とする者がケアを社会的に享受できる。それは同情という道德情操に支えられた目的的な社会正義であり、準契約主義的に人格の平等を保障する（マーサ・C・ヌスパウム『正義のフロンティア』神島祐子訳、法政大学出版局、2012年、100頁以下）。これに対し、本稿では「等しさ」の形式的な価値が人間社会に埋め込まれていると理解されている。なぜなら、政治的リベラリズムの正義論（財の再配分による社会制度の改良を目的とする）と違い、ここでは、親密性の領

らを指示すること自体は分析的である。しかし性暴力の罪ではそうではなく、性行為の主体と客体が法律に規定されること自体に意味があり、このことにおいて、性暴力の行為の客体において侵害されるものが何であるかが示されている。つまり、殺人罪で「人」は生命の価値を担い、窃盗罪で「財物」は他人による占有という価値を担うが、性暴力の行為客体は、ある種の価値を担っているから指示されるというよりも、それらを指示することにおいて、ある種の価値侵害の意味が示されるから規定されると解釈されねばならない。それは人と人の対称的な相互性を壊す行為であり、「に対する」行為である点に侵害性が認められるからである。そこに主・客未分の性行為の対称性が壊され、被害者において同等の人として数えられないという意味で、尊重されていないという価値侵害を生じさせることになる。

したがって性暴力の罪の行為客体は「人」である。それは「人」に対する罪でしかありえない。行為客体として「女子」と「男女」を差異化する意義はなくなっている。「女子」と「男女」のそれぞれが担う価値を示す必要がないからである。強かん罪の「女子」は、妊娠・出産という生殖能力の価値そのものを保護するために行為客体として指示されたのではないが、性暴力の罪も、それを直接的に保護するものではない。行為客体は男女も未分の（雌雄を捨象した）「人」である。それゆえ性暴力の行為における犯意（故意）は、人を客体として性的に行為することの意味の認識を要する。それは相手方のことを意に介さな

域において、そのような政治（国家）介入の必ずしも適さない、個別具体的な行為について違法判断をすることが迫られているからである。人間の社会正義は財の再配分を要求するが、社会とは人間の正義に先在するものであり（盪長類学的に）、それは財の配分のために仕組まれた関係性ではない。ヒト化における社会の平等化において「もの」が財として社会的に価値を帯びるようになったのであれば、「等しさ」とは具体的な財の相互承認に先立つ形式的な価値である。法的正義とは、配分（言い換えれば政治的コンセンサス）を要しない財（ここでは二人の性行為における性的価値）の平等をも追求できるところに実践的意義を有するであろう。ヌスバウムによれば、性暴力は「可能性」として人格に帰属すべき性的価値の侵害行為であると捉えられるであろう。その「可能性」が政治的に偏って配分されている現状があるのであれば、それは平等配分されねばならない。しかし、その「可能性」とは一人称の性的な価値の享受可能性に決して限定されないであろう。その価値とはヌスバウムの言葉を借りれば「道徳的平等者としての人間」に関する「直感」（同書 186 頁）が把握するところの対称性の価値でなければならないと思われる。「平等の観念を、尊厳というがらんとした観念に、加えなければならない」（同書 335 頁）。この意味で平等は前政治的な価値である。さもなければ「可能性」は目的的な必然性（人格的な生）への「開花」可能性のことであり、その平等配分の原理としてリベラル優生主義を容認せざるをえず、そして「持続的な植物状態にある人と無脳症児」に対する性暴力について、性暴力であるから違法であると判断できないであろう（同書 208 頁以下）。

いで相手方に対して性的な行為を加えることであるといえるであろう。性的な行為を加えられているという犯罪事実が示されねばならない。

もちろん性的な健康や前述の消極的自由（同意・不同意の「意思の自由」）は、客体において担われている価値である。しかし、これらは同意のある性行為をしたときにも害されることのあるものである。性感染症に罹患することや性行為を後悔することは、必ずしも性暴力の行為の結果ではない。前者は、性暴力の行為の加重結果でありうる。後者は、性暴力の罪と強要罪の関係を示唆している。つまり性行為の後悔と強要行為による「意思の自由」の抑圧は、ともに内的な経験であるが、強要罪の被害者は「義務のないこと」をさせられ、暴行・脅迫による性暴力の被害者も「従わされる」点で、単なる後悔を超えて不同意の行為をしている。さらに性暴力の被害者は不同意の行為をし、あるいはそれすらも奪われており、そこに価値侵害があることは、強要罪にみられないことである。性的自由に対する性犯罪は強要罪に包摂されるが、性暴力の罪は性的な意思の不自由の罪、つまり強要罪ではない。

(3)心神喪失

性暴力の罪の行為は人と人の対称性の関係的な価値を侵害する。したがって性暴力の行為が「性的権利」「性的人権」を侵害するというとき、その侵害客体である性の個人的利益とは、性行為において同等に数えられ、人として尊重されることである。つまり性暴力の行為の被害者は性的な行為を加えられることによって、性行為において人として数えられるという意味で尊重されること、そこに与る機会を奪われる。「性的権利」「性的人権」は対人関係的に人に帰属するので、対人関係的に侵害される。

これは身体的統合性や性的自律性を侵害客体とする捉え方とは異なっている。これらはあくまで個人的な利益であり、他人の性的な行為から独立しているので、他人でなくてもこれを侵害することができる。例えば売春の行為選択がそれにあたるとする考え方があり、これによればそれは買春行為利用による自己利益の間接的な危殆化であると理解できるであろう。性暴力の被害者は、売春者がそうでありうるように、他人の性行為の「客体」になるとはいえ、少なくとも潜在的には、これに対して不同意の意思を表し、せめてその不同意の

行為の「主体」でありたいと思うような、そうした主体性を放棄しないのであり、それゆえ他人の性行為による客体化によって人として数えられないことは、それ以上のこと、つまりその行為客体において「主体」と「客体」の分割をもたらさずにいない。加害者が、被害者の不同意の基準点をずらして性的な行為を加えるとき、心身の統合体である被害者は心身の不調和を経験するであろう。前述の(7)(イ)(ウ)では、被害者の不同意の行為やふりかえりの不同意において、ともかく不同意は現れるのであり、それは行為客体における主客の分裂のような価値の侵害があったと突き詰めて理解してこそ、その被害の重大さをより深く知りうる、と考えられはしないか。

ところで「性＝人格」論によれば、性売買は売り手の「性的人格権」を侵害するので禁止される。「人格」概念は、「意思の自由」の同意が性売買を正当化しないことを説明することができるであろう⁷³。しかし、これに対し、まず、売春者による性の商品化と売春者に対する性的客体化を区別し、買春者が後者の性的客体化を追求できるとき、そのかぎりでは前者の性の商品化が性暴力として顕在化するので、買春者とその助長者の行為に焦点を合わせて法規制することが重要であるとされる⁷⁴。つまり、売春の行為に対して違法の判断をする必要はない。児童買春では、性の商品化と客体化の区別が持ち込まれることはないが、買春行為とその助長行為が禁止されている。次に、性の商品化は「人格」の商品化ではない、とするところに売春者の「人格や尊厳」が賭けられているならば、性売買のもつ危険性を売春者の「人格」に対する侵害可能性であるとする性売買違法論は、かえって売春者への「連帯の情動」を欠いている。売春の非合法化は、売春者に対する性暴力被害を顕在化させないからである⁷⁵。したがって、児童買春と異なり、成人買春の法規制を考えるにあたっては、売春の行為選択を法的に否定しないように配慮することが重要である。売春も買春も

73 中里見博『ポルノグラフィと性暴力』明石書店、2007年、225頁以下。ただし「人格」概念の規範的機能が歴史的な反省の対象であることについて小松美彦『生権力の歴史』青土社、2012年、199頁以下。

74 堀田・前掲論文 121頁以下。

75 青山薫『セックスワーカーの人権・自由・安全』辻村みよ子編『ジェンダー社会科学の可能性第1巻 かけがえのない個から』岩波書店、2011年、135頁以下。売春者への連帯の方法について青山薫『「セックスワーカー」とは誰か』大月書店、2007年。例えば性的サービス業（風俗業）として「障害者デリヘル」が支持されている（玉垣努、他編『身体障害者の性活動』三輪書店、2012年、121頁以下）。

違法であるが売春者に法的責任はない、とする違法有責の二分論は、規範的実践の世界のニーズに応えないと思われる。売春の行為選択が引き受けられている現実があるときに、売春の行為が違法類型化されてはならないからである⁷⁶。しかし他方で、性暴力の罪は「買春行為において、より積極的に適用される必要がある」⁷⁷。性売買で性的に労働する者が、その行為は「人格」の商品化ではないと思えないとき、そこには性的客体化があり、買い手とその助長者の行為は性暴力である。

このように対人関係的な価値侵害であれ、個人の深奥にある根底的な価値（「人格」）の侵害であれ、性暴力の行為の違法性の実質は、いずれにせよ憲法的には「個人の尊重」「個人の尊厳」といった原則的価値（基本的人権）に関連づけられねばならない重大な価値侵害であり、もはや被害者の同意によって正当化されうるものではない。ここまでの認識は共有されるであろう。しかしながら、前述の「不同意なし」には被害者の抗拒不能だけでなく心神喪失の場合が含まれるのであり、そこでは性暴力の行為に対する被害者自身のふりかえりの不同意がつねに現れることを期待できない場合があると思われる。身体的統合性や性的自律性、あるいは人格性の価値侵害の有無の判断は、その基準が被害者自身の不同意であるときに実践的な（政治的な）意義を失わないが、そうでないとき、その人格性の判断をすることが、被害者への「連帯の情動」を保ちうるかは、理論的に保障されていないと思われる。

例えば東京高判 S58・6・8 東高刑判決時報 34 巻 4-6 号 23 頁では、被害者

76 売春は「今日になお行われている労働」であり、「歴史的、経済的に周辺化された女性たちはそういう労働をして生きてきたし、現に今も生きている」（藤目ゆき「女性史研究と性暴力パラダイム」大越愛子、他『フェミニズムの転回』白澤社、2001 年、223 頁）。なお戦後日本の「売春禁止主義」と軍事主義の結びつきについて藤目ゆき「日本のフェミニズムと性売買問題」女性・戦争・人権 8 号、2007 年、130 頁以下。

77 若尾典子「女性の自己決定権」斉藤豊治、他編『セクシュアリティと法』東北大学出版会、2006 年、58 頁。現在の日本の刑事司法で売春者に対する性暴力を立証するのは容易ではないと考えられるが、ともかくこれは売買春の行為における合法／違法の区別を前提とする。フーコー権力論の観点から、緊急通報電話の開設などの一定の条件が整備されるならば、売春者の抵抗の自由において同意の余地があると論じられている（Barbara Sullivan, "Prostitution and consent: beyond the liberal dichotomy of "free or forced"', in Mark Cowling and Paul Reynolds, eds., Making Sense of Sexual Consent, Ashgate, 2004, pp. 127-39.）。「等しさ」の保障の観点からは、性的労働者に対する性暴力防止を目的にする性売買の法的規制において、利用者に対する厳格な遵守事項が定められている必要があると思われる。

(当時25歳)は「中等度の精神遅滞」にあり「精神年齢6、7歳の程度」であるが、「洋菓子製造会社に勤務し、単純作業に従事して」おり、性行為について「おちんちんをおしっこの穴に入れること」程度の認識を有していた。そのため被告人の行為に対し「感情面で拒否感なしに応じた」とされる。しかし、被告人に準強かん罪が認められたのは、被害者自身の不同意を根拠としたからではなく、被害者には「性行為について意思決定する正常な判断力」が欠けていたから、つまり「心神喪失」の状態にあったからである。「正常な判断力の有無を判定するに当っては、具体的事実関係に即して、当該婦女の一般的な精神遅滞の程度、性器、性行為についての生物学的認識(その医学的呼称についての知識とは異なるこというをまたない。)にとどまらず、性行為を行なうことの社会的、倫理的意味についての理解の程度、右の理解に基づき自から性行為につき意思決定をする能力の有無を慎重に見きわめる必要がある」とされた。しかもこの各項目は「順次前者が後者の判断の前提となる関係にある」と。これは、性的自律性の価値がそもそも被害者のものになっていない、という趣旨であると思われる。それゆえ被害者自身が同意と不同意の間で経験を振り分けることは、ここでは期待されていなかった。言い換えれば、被害者が被害に遭ったことを上手く言語で表現できない場合がある。

同様に大阪地判S55・12・15 刑裁月報12巻12号1266頁では、被告人は被害者を「全裸にして仰向けに寝かせたうえ、手指で同女の陰部を弄ぶなど」した。被害者は当時11歳であり、被告人にはこの点で錯誤があったが、被害者は「言葉は満足に話すことができず、小学校1年生初期の数の計算もできない状態で、知能程度が3、4歳位の一見明白な精神薄弱児童であって、小学校のいわゆる複式養護学級に在籍していたことが認められる」から、「そうすると、被害者は当然性生活の意義について理解する能力もなかったといわねばならず」「心神喪失」の状態にあった。被告人は、被害者の「知能が低いことを知りながら本件のようなわいせつな行為に及んだ以上」、準強制わいせつ罪が認められる、と。

知的障がいのある人が性の価値を(特に対人関係的に)享受することは、難しいとされているが、このような事例で、被害者において、どのような意味で性的自律性や身体的統合性の価値が害されるか、ということは問われることの難

しい問いであったと思われる。しかし、加害者が被害者の不同意の基準点をずらして性的な行為を加える、という基準点のずれの観点からすると、後者の事例で、被害者の年齢について13歳以上であるとの誤信が認められた上で（被告人はそう聞かされていたからであるとされている）、被害者は心神喪失の状態にある、とされた点は興味深い。「13歳」を法的に有効な「同意年齢」であるとしても、13歳未満の被害者の年齢について加害者に錯誤の生じることは避けられないが、知的障がいのある人を「心神喪失」の状態にあるとする解釈において、そうした誤信、つまり、例えば被害者の知能指数は35であるが、その同意が法的に実質的に有効でありうる、ということは理論的に十分に想定されていないようである。これは知的障がいのある被告人（精神年齢14歳未満）の責任能力が実質的に判断されているのに対し、ここでは相対的により重い機能障害のある被害者の判断能力が問われるからであると思われる。しかし、被害者の同意論が同意能力として一定以上の知的機能を要するとするとき、知的機能は年齢のように加算されないのであるから、その弊害は「同意年齢」の場合よりも大きく現れると思われる。

というのは、このように被害者における知的機能の制約、つまり機能障害の重さを主な理由にして、性行為に関する判断能力の欠けることを指す概念として「心神喪失」を用いるならば、心神喪失に乗じて行う性暴力とは、「心神喪失者」に対するそれをいうことになる。しかし、まず、これが知的に重度以上または中度の障がいのある人が他人と性行為をする法的能力を否定することであるならば、それは障害者権利条約12条の自己決定「支援」の考え方と相容れない⁷⁸。つまり知的障がいのある人の性的自由（積極的なそれ）を不当に制約することがおこりうるし、また、その不同意の意思表示は（たとえ可能であったとしても理論的に要求されない）軽んじられることになるであろう⁷⁹。被害者の不同意の意思表示があるならば、それは「抗拒不能」の概念を用いるべきである。次に、その法的能力の否定は知的に重度以上の障がいのある人に限られる

78 松井充輔、川島聡編『概説障害者権利条約』法律文化社、2010年、183頁以下。「他者性」と両立する「自己決定」について星加良司『障害とは何か』生活書院、2007年、280頁以下。

79 性的な判断能力が否定された者の被害供述の信用性は低下するであろう。なお神戸地判H16・1・27LEX/DB28095215は被害者供述の信用性を認め「知的能力は6歳レベ

とするならば、中軽度の障がいのある人の法的能力は濫用されうるであろう。なぜなら実際には被告人は、被害者に重い障がいであっても「心神喪失の状態」にあることを知らない、と主張するからである。つまり被告人は不同意の基準点をずらしているのであるから、被告人からすると、法的に有効な同意があるからである。被告人にとって被害者が心神喪失「者」であるか否かは関心事ではない（大阪地判 S43・11・26 判タ 235 号 281 頁）。

例えば福岡高判 S41・8・31 高刑集 19 卷 5 号 575 頁では、被害者（当時 14 歳 8 ヶ月）の「精神年齢は 6 年 10 月」であり「強度の精神薄弱」の状態にあり、被害者が「本件姦淫について通常の社会生活上信頼され得る同意を与えたとは到底認められない」として準強かん罪が成立するとされた。これに対し、弁護人の控訴趣意によれば、被告人は被害者が心神喪失の状態にあるとは認識していないので犯罪の故意がない、つまり「少し頭の足りない女であることは感じていたとしても」、それに「乗じて姦淫したのではない」。というも、被害者は被告人に「なついていた」だけでなく、「二ヶ月位前から二人の間には種々の前戯的な性行為が積み重ねられて」おり、被害者が「それを嫌うのではなく、むしろそれを求めるように被告人に近づいていた」からである。弁護人が、心神喪失に「乗じた」か否かを争うのは、それを被害者個人の知的機能の制約という問題に還元したくないからであろう。つまり、その機能制約の程度はむしろ対人関係的に意味づけられると理解したとき、知的に重い障がいのある人との性行為はどのようなときに肯定されるか、という問題意識をもちえたのであろう。

また東京高判 S51・12・13 東高刑判決時報 27 卷 12 号 165 頁では、被害者（当時 43 歳）は「4、5 歳の知能程度しかなく、善悪の判断ができない」とされた。被告人が被害者に対し『やらせるかい』と言って、右手で親指を人示指と中指の間にいれて（いわゆる女陰の形を示しやらせろという意味表示）握って見せる」と、被害者は「にやにやして『うん』と言ってうなづき」「被告人のいうがまま何のためらいもなくその着用していたズボンを足許まで脱いでいる」。しかし、被害者が「承諾能力を欠いていたことはもとよりとして、被告人に対し

ルの中度の知的発達遅滞の認められる知的障害者」に対する強かん罪を成立させている。福岡高宮崎支判 H22・12・21LEX/DB25482876 では軽度精神遅滞に該当する被害者（28 歳）の告訴能力（わいせつ誘拐、強制わいせつ）が肯定されている。

通常成人の婦女が示す姦淫についての同意の意思を示していたものとは到底容認し難く、準強かん罪が成立するとされた。なぜなら被告人と被害者は「初対面の間柄」であり、被告人は「愛情の表現等を一言も口にする事なく」「性的交渉を求める男の態度としては極めて異常」であったからであり、また被害者の側から「性的交渉を求めるについて積極的姿勢を示した事実も認められない」からである。

にもかかわらず、もし被告人が知的に健全な者であり、被害者には知的障がいがあると認めながら、その同意の言動を健全者のそれ（「通常成人の婦女が示す」それ）と法的に同等扱いましたのであれば、その理由こそが問われねばならなかったであろう。つまり、被告人と被害者の間で対称的に性行為をする関係性が成立しえたのであろうか、と。さもなければ被告人にとっての被害者の不同意の基準点は「女性の不同意」のそれからずれていたのであり、健全者と障がい者の間の社会的差別の関係が、両者の間にないこと、すなわちその非対称な関係性が、そのまま被告人による被害者に対する性的な行為として、両者の間に現れないことをいえないであろう。知的障がいのある被害者の不同意の意思表示が抑圧されている差別的な社会の現状があり⁸⁰、その中で不同意の現れてこないほど知的に重い障がいのある人の性の個人的利益がおそらく侵害されている。これを「抗拒不能」に乗じる性暴力と同様に、被害者の不同意の行為が奪われる「不同意なし」として、「心神喪失」に乗じる性暴力であると把握できるのは、それが被害者の知的障がいに「つけ込んだ」行為であるからである（神戸地判 H23・11・29LEX/DB245444428）。すなわちここでの「心神喪失」とは、被害者が、知的機能の制約のために、法的に有効な同意能力を欠いていることではなく⁸¹、むしろ自律的な主体として立ち上がる手前で主客未分のまま性行為をすることができるのに単なる性行為の客体として、同等者として尊重されないで遇されること、そのようなつけ込まれ方をされていることである、とい

80 副島洋明『知的障害者の奪われた人権』明石書店、2000年、66頁以下。

81 カナダでも刑法 273.1 条 2 項(イ)の「同意不能」による「オール・オア・ナッシング」の判断基準を知的障がいのある被害者に適用することは適当でなく、むしろ同条項(ウ)の被告人による権力的地位の濫用の概念を「知的障がいの搾取」へと敷衍することが考えられており、また 273.2 条の同意に関する誤信の抗弁に要する「合理的な段階 (reasonable steps)」についても、被害者に知的な障がいがあるときは「指数関数的に増加しなければならない」と指摘されている (Janine Benedet and Isabel Grant, 'Sexual assault

えると思われる。

「自己決定」支援の考え方は、知的障がいのある人の性的「自己決定」の概念を前提にする。しかし、その具体的な意味は必ずしも自明ではなく、むしろ支援100%の場合がありうるとされている。他方で「支援」の必要性は疑われていないのであり、それは知的に障がいのある人が性的自由（積極的なそれ）を享受するために、性教育等の方法で実践されている⁸²。つまり、その同意ある性行為は障がいの程度に応じた「支援」を前提にするのであり、もし知的障がいのある人のことを意に介さないで性的な行為がその身体に加えられたならば、それは「支援」を外している。それは障害差別を匡正する配慮の方法が否定されていることであり、したがってそこに差別的な関係がむき出しになる。ここでは被害者は同等に向き合われる人として尊重されていない。被告人の行為によって、知的障がいのある被害者に対するどのような「支援」がどのように外されたかを明らかにすることで「心神喪失」に乗じたか否かを判断することができると思われる。

(4)性暴力による差別

性暴力の行為は性的に「人」を客体化する。このように理解するとき、強かん罪における暴力性が差別的であることをあらためて知ることができる。つまり、強かん罪の行為客体が「女子」であると規定されたことは、「女子」が何らかの価値を担うからであるよりも、むしろ、そこに「女子」を指示することで、女性が男性の性行為の客体にすぎないことを表すことができたからであろう。性器挿入の罪の行為主体は「私（または私たち）」ではない他の男性であり、他の男性が私（または私たち）の「女子」を性器挿入の客体とするとき、そのかぎりで「女子」が固有の価値を担っていることが「私（または私たち）」に認識された。男性が「私たち」として排他的かつ集会的に女性の生殖能力を統制しよ

of women with mental disabilities: a Canadian perspective', in Clare McGlynn and Vanessa E. Munro, eds., *Rethinking Rape Law*, Routledge, 2010, pp. 322-34.).

82 河東田博「性の権利と性をめぐる諸問題」松友了編『知的障害者の人権』明石書店、1999年、123頁以下、「人間と性」教育研究協議会編『人間発達と性を育む』大月書店、2006年、『知的障がい児のための「こころとからだの学習」』編集委員会編『知的障がい児のための「こころとからだの学習」』明石書店、2006年、児玉勇二『性教育裁判』岩波ブックレット、2009年、等。

うとした法的規範が強かん罪であると考えられる（「家族」の制度の副産物であったかもしれないが）。そのため、性器挿入の違法行為に対して女性は抵抗することが期待された。他の男性が暴行・脅迫を用いて「私（または私たち）」の「女子」を強取するのに対し、女性は抵抗して「貞操」を守ってほしいと男性らは考えたであろう。この意味で強かん罪は、行為客体に対する行為規範である。

こうして、まず、強かん罪は、強盗罪に準じる、暴力的な犯罪であると位置づけられることになる。暴行・脅迫の機能は両者で同じであり、それは被害者を強いて従わせ、抗拒を抑え込み、加害者からみて目的的に行為させるための手段である。そして次に、強かんの行為が行われるとき、その性器挿入の行為というよりは、強かん罪そのもの、つまり被害者がその指示された行為客体の「女子」であると目されたことが、その犯罪行為が被害者に対して差別的になることの理由であると考えられねばならない。つまり女性が被害者として「女子」になればそれだけ、女性は抑え込まれたのであり、抵抗しても抑圧される客体でしかない女性に対する社会的差別が示される。強かん罪に照らすと、女性は特別に抑え込まれる対象である（女性保護のためなら女性に対する暴行・脅迫の男性加重処罰の方法で足りる）。刑法的な保護の客体は抵抗して無駄に帰するものとしての「女子」である。したがって強かん罪は、その犯罪類型そのものが、女性に対して暴力的、差別的に機能する。

これを強かん罪の被害者差別機能と呼ぶことにしよう。ここに着目するとき、これまで明瞭に認識されていなかったこと（私自身にとって）を指摘できるようになる。すなわち、この規範は、女性の妊娠・出産の生殖能力を直接的に法益とするものではないので（生殖目的の「家族」の制度との関係を考えてみるが）、ここでは、そのセクシュアルな部分、つまり性器挿入の行為そのものは、強かんの行為であれ、不倫の行為であれ、違法であることに変わりがなく、必ずしも差別的な機能をもたない、ということである（不倫の性器挿入は必ずしも差別的でない）。この点で、強かんの行為を性別による差別行為であると解釈し、強かん罪を女性に対する差別行為の禁止規範の一つであると読み換えようとすることには限界があった。なぜならその性器挿入の行為が暴力的に女性を貶めることまでは理解できても、性的な差別的暴力の行為であることが、女性という性別に一方的に関わるという、間接的な意味でしか示唆できなかったからであ

る。それは性別差別の行為であり、性的な行為による暴力行為であるが、性的な行為による差別行為であることが示されなかった（したがって「性暴力」を「女性に対する暴力」として位置づけるときその差別性を明確に理解できないと思われる）。

しかし、まず、インターセクシュアル（半陰陽者）が強かん（強かん）の行為の被害に遭ったとき、「女子」から除外されて立件されないことがあったのではなかろうか。日本の裁判例で被害者について半陰陽、間性、性分化疾患などと記したものがあつたことを知らないからである。これは「性」暴力の（暴力的で差別的な）行為に対する強かん罪の機能不全の一例である。また、男性を行為客体としてその肛門に性器挿入が暴力的に行われたとき、それを強制わいせつの行為であるとするのは疑問視されるようになり、強かんの行為と同じように、それは性暴力の行為による被害であるとする被害認識を生んでいた。つまり「性」暴力の（暴力的で差別的な）被害として、両者は区別されなくなり、「姦淫」の性器挿入の行為が差別的であると、これのみを特別視する理由を失っていた。

この後者の問題提起に対し、女性の性器への男性の性器の挿入行為を原則型とし、肛門への性器挿入の行為を例外型として、前者の罪の（性別）差別性から類比的に、後者の行為の差別性、つまり後者でも被害者が暴力的に貶められていることを把握しようと試みられた⁸³。たしかに貶め、蔑視、従属等は差別を徴表する。また実際に異性愛の男性による肛門への性器挿入の行為は、肛門を代用とする例外型であるといえそうである。しかし、同性間の性行為を指向する男性による同じ態様の行為を、同様に考えることができるかは、明記して見解を保留すべきであつたと思われる。その例外性が、自然・文化人類学的に実証されることがありうるとは考えられるが（有性生殖と結びついて性の価値があると思うからである）、しかし、同性愛者の性行為が、異性愛者のそれと明確に差異化され、文化的に価値づけられており、しかもその価値確証が人は「差別されない」という規範に訴えて政治的に実践されているときに、あくまで犯罪行為としてではあるが、肛門への性器挿入の行為を例外型として位置づけることが（いや、犯罪行為として例外視するからこそ、というべきかもしれない）、規範理論として、適当であるかは反省されねばならない。では反対に、同性愛者と異性愛者

83 森川恭剛「戦後沖縄と強姦罪」新城編・前掲書 117 頁以下。

において、それぞれの性的な行為はそれぞれの意味があるとして、それぞれの法益性を有するそれぞれの類型性において、違法行為を示すことも理論的には追求できるであろうが、それもまったく実践的ではない。行為客体となった被害者に対し、また行為主体である加害者に対し、異性愛者と同性愛者を区別して法適用することは考えられない。

このような原則・例外の議論は、強かん罪の差別性が、女性の被暴力の被害者性においてこそ現れるものであったことからすると、むしろ、行為の性的な態様に目を奪われた考察方法であったといわねばならない。つまり性器であれ、肛門であれ、挿入されるなら屈辱的であり、貶められている、と。これは女性に対する貶め、つまり性別による貶めとして、間接的にしか示唆できなかった、明らかに性的である、その差別行為の、その性的な意味の部分、行為の性的な態様の共通性（挿入行為であること）に着目することで、いわば乗り越えようとして、生じた理論的混乱であったと考えられる。つまり、性的な行為の差別性が、挿入行為によるものとし、つまりその侵襲性から類比的にしか、把握されていなかった、ということである。しかし、インターセクシュアル（半陰陽者）が、強かん罪の行為客体から外されることがあったとしても、それが「女子」に対するものとして目的的な行為であったならば、つまり強かん罪の被害者差別機能を働かせる行為であったならば、当の被害者に対する差別的な意味は消えないと思われる。仮に加害者が他人の身体に対して性的な行為を加えようとし、その身体には挿入できなかったとしても（客観的な絶対的不能）、性暴力の行為の性的な暴力性、すなわちその性的で暴力的な行為における差別性が示されねばならないであろう。

アン・ケーヒルの強かん論をみてみよう。レイプとは、性的な挿入行為であるとされている。なぜなら挿入行為は身体の表層への接触行為よりも侵襲性が高く、より身体的に破壊的な行為であるからである。そして、この被害を受けるのはほとんどが女性であり、それは女性の生の経験を身体的に象るほど圧倒的であるから、それは性的に中立な暴行ではありえず、身体的に経験される性的差異を前提にした性的な暴行である、と⁸⁴。本稿は挿入行為が大きく侵襲的

84 Ann J. Cahill, *Rethinking Rape*, Cornell University Press, 2001, pp. 10-2, 118-28, 187.

であることを否定しない。しかし、ケーヒルのように論じるとき、女性に多い痴漢の被害のその意味を、挿入行為による被害の身体的意味から類比的に理解することになる。はたしてその必要があるだろうか。男性による女性に対するレイプと痴漢は、ともに性別差別の行為であり、また性的な暴力行為である。レイプのほうが、性的差異を理由とする、より差別的な行為である、とはいえないと思われる。

性暴力の行為客体は「人」であり、「人」を行為客体として性的な行為を加えるとき、それは「人」を意に介さない暴力的な行為である。比喩的には、性暴力の行為はダイアログではなく、他人に対するモノログであり、それは単に一人で性欲を満たし、あるいは射精をする行為ではない。それは二元の偶然なる対向関係が破られること、我なる一者が他者なる汝の「無」に対して「有」を立てる行為である。それは他者との同一化（連帯）ではなく、自己による同一化（支配）のための行為である。ケーヒルがリュス・イリガライの議論を引き、近代的な人格の概念は男性的であるのに中立性を装い女性の性的差異を否定してきたとして「間主体的主体（intersubjective subject）」の概念を用い、「レイプの行為そのことによって加害者は被害者と性交をしたが、被害者は加害者と性交をしなかった」、あるいは「レイプは性的な行為であるが、相互的にそうではない」と述べるとき、その考え方は本稿と共通している。なぜならレイプの行為は「被害者の間主体的な動作者性（agency）をその場で台無しにする」から、つまり「被害者は真に間主体的に動けない（incapable of being truly engaged intersubjectively）」からである。それは男性的な主体の同一性（必然性）が、女性に対してその性的差異（偶然性）を否定するということであろう。しかし、これが次のように言い換えられている。「レイプは女性の存在性の根底的な条件に対する身体的で性的な暴行である」からである、と⁸⁵。

ケーヒルは、レイプでは「一方（加害者）だけが行為をし、他方（被害者）はただ行為を加えられ」「その自己（the self）が直ちに否定される」と述べる。これに対し、本稿では性暴力の行為を加えられる被害者の不同意の行為に注目した。「間主体的な主体」は性暴力に対しても間主体的に行為するからである。そ

85 Cahill, op. cit., pp. 97-100, 128-142, 199.

うすると、レイプによって否定される「自己」とは、性的に差異化されているが、もはや否定されてはならない身体的経験を有する「私」、つまり女性として連帯する「自己」を意味するであろう。そこでは性的差異が倫理の根源にあるとされていると思われる。これに対し本稿では、女性の連帯にせよ、男性の当為の必然性による支配にせよ、その同一化の働きの手前で偶然に邂逅する二元の相互行為において価値が相互に享受され、人と人の「等しさ」がつくられると考えた。ここでは差異や多様性は二元の「等しさ」のわき出る純然たる所与である。行為客体における差異ではなく、行為主体の立てる「有」（偶然性の否定）が差別的であるからである。したがって、性暴力の行為は人と人の「等しさ」に対する罪であるという意味で「人」に対する罪として類型化されるのであり、性的な主客の非対称化は暴力的であると同時に差別的である。

強かん罪の性器挿入の行為を重視し、その法益をヒトの生殖の価値の観点から理解しようとすることは、強かんの行為を射精の観点から生物学的に説明しようとすると同様に、方法論的に誤っていたと思われる。なぜなら強かん罪は、被害者に対して差別的に機能するものとしてつくられているからであり、その差別性を生殖の意味から説明することはできないからである。それはたしかに行為客体に「産む性」の意味を負荷してこの点で差別的であるが、いわゆる自然的な生殖能力を法益としない。生殖の価値は、胎児の生命と母体のリプロダクティブ・ヘルスの観点から法益性を肯定される。性暴力の罪においてそれは背景に退く。倫理的理由による人工妊娠中絶の正当化は、強かん罪の血統主義の観点からではなく、女性の身体的統合性の観点から理解されねばならない。それでもケーヒルが、産むことのできる女性の身体という性的差異に価値を見だし、レイプの行為の差別性をこの差異の観点から説明するとき、性暴力の行為を跳ね返すために、ケーヒルは、女性は自衛力を身につけた身体をもたねばならない、と述べざるをえなかった⁸⁶。これは一つの方法であるが、所詮は健常者の身体を前提にしている。これに対し、「等しさ」に対する違反行為として性暴力が禁止されるとき、同時に国家的な正義は「等しさ」を回復するために、男性に対する性暴力防止目的の性教育等の差別は正措置をとる法的

86 Cahill, op. cit., pp. 198-207.

機能を引き受ける。国家的な刑罰行政は、特定の差別行為が攻撃するところの行為客体における固有の価値ではなく、差別行為が差別性の形式を備えるかぎり、その差別行為に関心を示さねばならない。

したがって性暴力の行為の差別性は、性器挿入（射精）の行為を法的に特別視することではなく、強かん罪の被害者差別機能に着目することによって、説明されねばならない。ある女性に対して性暴力の行為が加えられたとき、強かん罪の行為客体を「女子」として指示した差別的な性規範の残る現在では、それは性別による社会的差別が被害者の一身を襲うことである。性暴力はこの意味の行為として被害者に加えられる。しかし、それは個別の性器挿入の行為そのことが差別的であるからではなく、「女子」を行為客体とする法規範と、「人」を行為客体とする性暴力の行為が、行為客体を同等な人として尊重することのない点で、同じように暴力的であり、そして同時に、それが行為主体から行為客体への一方的な非対称化の働きかけである点で、同じように差別的に機能しうるからである。ただし、この非対称化の差別性の機能が、例えば同性間の性的関係で、どのように具体的に顕在的であるかは検討されねばならない。なぜなら、その行為主体がその行為客体を、その資格で社会的に意味づけうるのは（例えば「産む性」として）、「有」を立て（例えば「産む性」ではない性として）、その資格で集合化しようとするからであり、そのとき、その一対の性暴力の行為は、単に主客の差異化をもたらすのではなく、社会的な差別行為になると考えられるからである。

しかし、女性が圧倒的に行為客体になり続けているかぎり、強かん罪の被害者差別機能は現に働いているのであり、性暴力の行為は女性に対する、現実的に差別的な犯罪であるとされねばならない。また、沖縄の「人」が客体であり続けている状態の続くかぎり、米軍の性暴力は、日米と沖縄の軍事力による差別的な関係が被害者の一身に被さるという点で、いっそう差別的である。同様に障がいのある「人」が、性暴力の行為の客体とされやすい状態があるかぎり、それは障がいの有無を理由とする、「非障がい」すなわち健常性の「有」の意味を肯定し、これに与る差別行為であり、その差別のある中で行われている点で、いっそう差別的であると思われる。これらの行為の差別性は、現実的である。性暴力による差別は「人」が性的に客体化されることでもたらされた一つの侵害結果である。

差別行為の形式について、A は非 A に対し、B という有徴性を「実在的な差異」として指示し、「A でない」ことを根拠に B を排除すると説明されている。B とは、A の仕掛ける言説上の罫である。そのため反差別の論理は、B の再定義へと駆り立てられ、非 A としての差異とはもはや B ではないこと、つまり非 B であること、したがって非 B=A（A への同化）をいう危うさを抱え込まざるをえないという⁸⁷。ここから A と B の対称性の関係をひらくためには、「A でない」という B の偶然性を人の「尊厳」に転じるような「野生の思考」を必要とするであろう⁸⁸。これに対して本稿では、「B でない」という集合的同一性が A という有徴性を構成し、B に対する差別の理由になると考える⁸⁹。例えば性別差別とは「女性でない」こと、障がい差別とは「障がいがない」ことを理由とする差別であり、同様に近代ハンセン病差別とは「ハンセン病にならない」（予防する）ことを理由とする差別である。他個体は異物であり、差異は所与である。無数の二元の邂逅はほとんど空しいが、しかし、差異を捨象する邂逅は「等しさ」をつくる。A の人にとっては「B でない」という偶然性が、また B の人にとっては「A でない」という偶然性が、それぞれ無意味な差異として相互に無視される。それは「野生」の相互行為によって「等しさ」が享受されたときに起きている。差別行為の形式とは、あらゆる同一化の手前の二元の偶然な邂逅において、B を「無」にして「B でない」ことを理由として A の「有」が立てられる、という「等しさ」の規範違反があることをいう。そして、この「有」は行為の集積により必然化しうるのであるから、B は非概念的であることもできる⁹⁰。それゆえ反差別の論理は、A の人に対して「A である」ことの偶然性を投げ返さねばならない⁹¹。

性暴力の行為は、現実的には非対称の人と人の関係性に関わるので、いかなる社会的地位にある者が、いかなる行為事情において、行為客体に対し、いか

87 江原由美子『女性解放という思想』勁草書房、1985年、82頁以下。

88 花崎皋平『増補アイデンティティと共生の哲学』平凡社ライブラリー、2001年、211頁以下。

89 佐藤裕『差別論』明石書店、2005年、51頁以下。

90 佐藤・前掲書 57頁以下。ただし同書の「差別論」は法論に対して閉じられている。

91 差別に対する集合的な「自己再定義」の意義について斉藤純一『政治と複数性』岩波書店、2008年、90頁。ただし優劣ある表象の二分法の問題化とは、優位する表象の偶然化であり、自他の均質化ではなく、単なる二元化であると考えられる。

なる社会的地位にある者であると認識して行為を加えたか、つまり行為主体がいかなる「有」を必然化するかによってその差別性の意味に偏差を生じる。そして、この「有」は複合的でありうる。性暴力の行為者に異性間のジェンダーが影響するならば、それは性別差別の意味を免れないであろう。他方でオランウータンによるヒトに対するレイプがあったと報告されているが⁹²、そこに性暴力の行為があったとする理由は、擬人表現としてはともかく、ないと思われる。二元の偶然的な対向性に「等しさ」の価値を認める人間社会の文化を前提にして、それが性的に暴力的な行為として取り出されるからである。ただし人と人の対称性の価値が、このようになぜ性行為において問われるのか、言い換えれば、その対称性の関係を壊すことが、性暴力の行為として問題になっている理由はどこにあるか、なぜ性的に対称性を破れば(暴行・脅迫を用いていなくても)特に暴力的で差別的なのか、この点については、現代的な性の価値を人と人の親密さや平穏の価値等と関連させてさらに考察せねばならないであろう。

こうして性暴力の相に照らされ、同意のある性行為の特別な価値がみえてきたと思われる。それは現実的に差別的に作用しうる大枠の社会的差別がある中で、それなりに理性的に男女間で性行為を続けてこられた理由を尋ねることでもある。ひとつは、意識的に性暴力の行為に落ち込まないように、当事者間で同意を交わして性行為をしてきたからであると考えることである。もうひとつは、一对の性行為が、対称性の価値を互いに享受する機会になりえていたからであると考えることである。いずれにせよ互いに個人を尊重する方法であるが、後者によれば性行為とは「等しさ」をつくる相互行為である。これは一見すると規範的にみて希薄であるが、ここからも人間のインタラクションと平等の価値創造の相性の良さを論じていくことができるとと思われる。

92 リチャード・ランガム、デイル・ピーターソン『男の凶暴性はどこからきたか』山下篤子訳、三田出版社、1998年、174頁以下。男性の攻撃性の中でも特に女性に対する性暴力について、性選択の観点から類人猿との異同を探ろうとする方法論がある(Martin N. Muller and Richard W. Wrangham eds., *Sexual Coercion in Primates and Humans: An Evolutionary Perspective on Male Aggression against Females*, Harvard University Press, 2009.)。これに対し、人間社会の進化論的な特徴は平和や平等にあるとする反論があり(加納隆至「人間の本性は悪なのか?」西田利貞編『ホミニゼーション』京都大学学術出版会、2001年、33頁以下、西田正規「家族社会の進化と平和力」寺嶋秀明編『平等と不平等をめぐる人類学的研究』ナカニシヤ出版、2004年、274頁以下、寺嶋秀明『平等論』ナカニシヤ出版、2011年)、本稿はその平和や平等を規範的にさらに追求したいと考え、偶然性の論理を用いて平等を捉え直そうとしている。

7 改正試案

本稿は次の二点で従来議論を理論的に修正している。第一に、「姦淫」の罪における強かんの行為の性器挿入を特別視しないで性暴力の行為を犯罪行為として類型化したことである。第二に、和かんと強かんに同意・不同意で区別されたのに対し、性暴力の行為とは性的な「等しさ」を壊す行為であり、この法益は被害者が任意に処分できるものではないと理解したことである。以上の考察に基づき、性の個人的利益に対する性暴力の罪の諸類型を（暫定的に）次のように提案したい。刑法典 22 章は、「わいせつ、姦淫及び重婚の罪」から重婚罪を削除し、「性に対する罪」と改めることができると思われる（図 11）。

22 章 性に対する罪

（公然わいせつ）

刑法 174 条（略）

（わいせつ物頒布等）

同 175 条（略）

（不同意わいせつ）

同 176 条 13 歳以上の人に対し、同意なくわいせつな行為をした者は、2 年以下の懲役に処する。13 歳未満の児童に対し、わいせつな行為をした者も、同様とする。

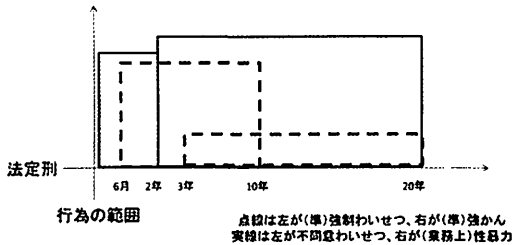
（性暴力）

- 同 177 条
- ① 暴行または脅迫を用いて、人の身体に対して性的な行為を加え、または人に性的な行為をさせた者は、2 年以上の有期懲役に処する。
 - ② 人の心神喪失もしくは抗拒不能に乗じ、または心神を喪失させ、もしくは抗拒不能にさせて、その身体に対して性的な行為を加え、またはその者に性的な行為をさせた者も、前項と同様とする。
 - ③ 13 歳未満の児童の身体に対して性的な行為を加え、またはその児童に性的な行為をさせた者も、第 1 項と同様とする。

（業務上性暴力）

同 178 条 業務上人の身体に触れまたはこれを扱う者が、177 条の罪を犯したときは、3 年以上の有期懲役に処する。

図11 性暴力の罪と「姦淫」の罪の範囲



(集団性暴力)

同 178 条の 2 (略)

(未遂罪)

同 179 条 177 条から前条までの罪の未遂は、罰する。

(親告罪)

同 180 条 ①176 条の罪、177 条の罪及びこの罪の未遂罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

② (略)

(性暴力致死傷等)

同 181 条 ①177 条の罪またはその未遂罪を犯し、よって人を死傷させ、またはそのリプロダクティブ・ヘルスを害した者は、無期または 3 年以上の懲役に処する。

②178 条の罪またはその未遂罪を犯し、よって人を死傷させ、またはそのリプロダクティブ・ヘルスを害した者は、無期または 4 年以上の懲役に処する。

③ (略)

(淫行勧誘)

同 182 条 削除

(重婚)

同 184 条 削除