HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	準強制わいせつ及び準強姦における錯誤に基づく同意（一）
著者	神元，隆賢；KANMOTO，Takayoshi
引用	北海学園大学法学研究，49(3)：523-551
発行日	2013-12-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論説

準強制わいせつ及び準強姦における錯誤に基づく同意 (一)

神元隆賢

目次

Ⅰ はじめに
Ⅱ 判例の動向（以上、本号）
Ⅲ 学説の状況
Ⅳ 私見
Ⅴ おわりに

Ⅰ はじめに

刑法第一七八条は第一項において準強制わいせつ罪、第二項において準強姦罪を規定し、被害者の心神喪失もしくは抗拒不能の状態に乗じ、または被害者をそのような状態にさせてわいせつ行為あるいは姦淫に出た場合を、暴行・脅迫を手段としてなされたものと同価値と評価して、「一七六条の例による」あるいは「前条（一七七条）の例による」

とする。第一七八条における「心神喪失」は、泥酔状態、精神年齢六～七歳程度の精神薄弱者[1]など、精神または意識の障害によって性行為につき正常な判断ができない状態にあることを言い、「抗拒不能」は、心神喪失以外の理由で抵抗できないか、あるいは抵抗が著しく困難な状態にあることを言う。抗拒不能は「物理的・身体的抗拒不能」と「心理的抗拒不能」に分類され、物理的・身体的抗拒不能は、手足が縛られている状態、身動きできない傷害を負っている状態などが例として挙げられる。一方、心理的抗拒不能は、催眠術にかかっていたり、睡眠中の状態などが例として挙げられるが、さらに自身と性交しなければ病気を治療できない等と被害者を欺罔し同意を得て姦淫するなどといった、錯誤に基づく同意によるわいせつ行為や姦淫についても、被害者を心理的抗拒不能にさせてわいせつ行為や姦淫をしたものと解して、準強制わいせつ罪や準強姦罪の成立を認めうるかは議論がある。

第一七八条の罪は、被害者の性的自由を保護法益とする犯罪であるから、性行為に関する被害者の自己決定にかかる意思は当然に重視され、従って錯誤に基づく同意による性行為については、準強制わいせつ罪や準強姦罪の成立を積極的に認めるべきとも解しうる。しかし、結婚前提での性行為のみ同意する婦女に対し、男が結婚すると申し向けて性交したものの、男には当初から結婚の意思がなかったという結婚詐欺的事例について、民法上の婚約成立を認めてその破棄による損害賠償を肯定するかはともかく[2]、刑法上、準強姦罪の成立を認めることは許されないと解されている[3]。

判例の多くは、錯誤に基づく同意による性行為の事案について、同意にかかる自由意思の有無を問題とし、自由意思を欠いている場合には同意は無効であるとして準強制わいせつ罪・準強姦罪の成立を認めるが、錯誤による抗拒不能の判断基準については、客観的基準によるべきとするものと、被害者の主観的基準によるべきとするものとが混在しており統一されていない。これに対し学説上は、判例と同様、自由意思の有無を問題とし、欺罔により性行為に同

意した場合に本罪の成立を積極的に認めるべきとする積極説[4]が有力であるが、抗拒不能の判断基準について客観的基準と主観的基準のいずれによるべきかは議論がある。さらに近年は、被害者の同意に関するドイツの学説の影響を受け、欺罔により生命法益や身体法益を守るため、より軽い法益である性的自由を放棄し性行為への同意をするほかないとの錯誤に陥った緊急避難類似状況の錯誤では、同意にかかる自由意思を欠いているから同意は無効であるとする緊急避難類似状況錯誤説[5]、被害者が性行為をすること自体に同意している以上、それは動機の錯誤であるから同意は有効であるとする動機の錯誤説[6]、性行為の相手の同一性ないし性行為をすること自体についての錯誤すなわち法益関係的錯誤があったときのみ、性行為についての同意は無効であるとする法益関係的錯誤説[7]などが主張されている。動機の錯誤説、法益関係的錯誤説によれば、欺罔行為により客体が性行為に同意した事例は、極度の眠気等でもうろうとした状態で夫と間違えて他者との性交に同意したなどといった人間違い事例を除き、そのほとんどが不可罰となるが、はたして妥当であろうか。

東京地判平成二〇年二月八日（判例集未登載）など複数の下級審判例は、就職活動中の女子学生に対し、企業の人事担当者を装った者あるいは経営者自身が、わいせつ行為を拒否したならば採用されなくなるなどと申し向けてわいせつ行為をした事案についても、「被害者はその就職活動という、その後のそれぞれの人生ないしは生活のあり方に重大な影響を及ぼすような場面に立っていた」などとして、心理的抗拒不能による準強制わいせつ罪の成立を認めるが、これがはたして同意にかかる自由意思を欠いていたと言える事案であったかは検討の必要がある。就職活動が人生に重大な影響を及ぼすというのであれば、結婚はそれと同等以上に重大な影響を及ぼすはずであるが、結婚詐欺的事例では心理的抗拒不能を認めず、就職活動事例では認めるというのであれば、両者を区別する心理的抗拒不能の判断基準が必要となろう。これに対し、緊急避難類似状況錯誤説、動機の錯誤説、法益関係的錯誤説によれば、このような

就職活動事案は一様に不可罰となる。

本論文は、以上の錯誤に基づく同意による性行為に関する準強制わいせつ罪、準強姦罪の成否について、判例の状況、学説の動向を参照して検討しようとするものである。

II　判例の動向

錯誤に基づく同意による姦淫に関する判例は多い。これらは通常、治療行為と誤信させられたことによる同意、人間違いによる同意の二つの態様に分類されるが、[5]本論文ではこれに加えて、行為者への信頼による同意、行為者の治療等のための同意、就職面接・斡旋の際の同意の五つの類型に分類して検討する。

一　治療行為と誤信させられたことによる同意

第一に、治療行為と誤信させられて行為者との性行為に同意した場合はどうか。この類型の判例は、被害者に性行為の認識がなかったか、認識していたならば、行為者が医師ないし偽医師を騙っていたか否かで、さらに三つに分類することができる。

（一）被害者に性行為の認識がなかった事例

①大判大正一五年六月二五日刑集五巻二八五頁は、医師であった被告人がA女（当時一八歳）の治療にあたった際、A女が良家の処女で性交のなんたるかを理解していなかったため、陰部に薬品を挿入されることに嫌悪感、羞恥心を抱かず、被告人を信頼して身を委ねていたことから、被害者を姦淫しようとの犯意を継続的に有し、約一か月間にわ

たり四回、A女に対し、胸部の疾患に影響を及ぼす他の疾患を治療し月経を順調にするため陰部に座薬を挿入すると偽って必要な施術であると誤信させ、A女の目を閉じさせ、あるいは毛布で顔面を覆って自身の動作を目撃されないようにして姦淫した事案について、原判決が強姦罪の成立を認めず無罪を言い渡したのに対し、破棄自判して「誤信ニ因リ抗拒不能ニ陥リタルニ乗シ之ヲ姦淫シタリ」と認定し準強姦罪の成立を認めた。

本判決については、「性行為について全く知識を有しないときは、性行為に対する任意の同意ということはあり得ないからである」[9]とか、「性交という行為の意味を理解する能力を全然欠いた少女の精神能力の状態を利用する姦淫行為を刑法一七八条の強姦罪のなかに含ませることは比較的容易であったと思われる」[10]などと説明する論者がある。しかし、本件事案では、A女は座薬を挿入すると申し向けられ、しかも顔面を覆うなどされており、そもそも被告人による男性器の挿入を認識して同意したわけではない。従って、A女の性行為の知識の有無は、少なくとも本件事案では準強姦罪の成否を検討するうえで問題とならないように思われる。

②東京高判昭和三三年一〇月三一日判タ八五号七五頁は、産婦人科医師であった被告人がA女ら三名の治療にあたった際、それぞれ遮断幕のない処置台の上に仰臥させたが身体を拘束しない状態において、A女らが目を閉じたことに乗じて姦淫した事案について、「同人等は医師である被告人を信頼し、同人が正当な医療行為をなすものと信じ切つて右処置台上に仰臥し該処置台は遮断幕の設備のない異例のものであつたため婦女の羞恥心から施療中瞑目していたのであるから右各被害者は被告人の本件犯行当時抗拒不能の状態に陥つていたものと認めるを相当とする」と判示して、準強姦罪の成立を認めた。

③東京地判昭和三八年三月一六日下刑集五巻三＝四号二四四頁は、産婦人科の開業医であった被告人が、人工妊娠中絶手術を受けるため来院した妊娠六か月のA女（当時二六歳）を診察台の上に仰臥させて必要な施療を行った際、

右施療終了後もA女が引続き股を開き両足を診察台の足掛けに乗せて陰部を露出したまま仰臥し、さらに遮断幕に遮られて被告人の挙動を目撃することができず引き続き被告人が必要な施術をなしているものと誤信しているのに乗じて姦淫した事案について、「右の姦淫がA女の同意によるものなどとは到底考えられないことはもとより、右の如く医師が、治療患者たる婦女の自己を厚く信頼し、陰部を露出したまま診察台上に仰臥し、且つカーテンにより遮断されて医師の行動を目撃し得ないのに乗じ、必要なる施術を為すものの如く誤信せしむる場合は刑法第一七八条にいわゆる『抗拒不能に乗じ』る場合に該るものというべきである」として、準強姦罪の成立を認めた。

②③判決の被害者はいずれも、①判決の被害者と異なり性行為の知識を十分に有していたが、産婦人科医である被告人により必要な施術が行われるものと認識し、かつ被告人の挙動を目撃することのできない状態であり、被告人はこれに乗じて被害者の膣内に自身の男性器を挿入した。従って、②③判決では①判決の事案と同様、被害者における性行為の知識の有無は問題となり得ない。これらはそもそも、錯誤に基づく同意による性行為の事案ではないというべきである。[11]

（二）被害者に性行為の認識があり、被告人が医師ないし偽医師であった事例

④名古屋地判昭和五五年七月二八日判時一〇〇七号一四〇頁は、被告人が被害者四名（当時一九歳～二五歳）それぞれに対し医師を装って近づき、被害者らの近親者が梅毒に感染したことが判明し被害者も遺伝して感染しているかもしれないから検査するよう近親者から依頼された、梅毒だと判明すると戸籍に赤字で記載され結婚にも差し支えるなどと申し向け、梅毒検査のためと称してホテルに連れ込み、梅毒検査に必要であると誤信させて被害者を全裸で横臥させ、触診・打診を装って胸部や背部を指で押し、所携のチューブ入り避妊用ゼリーを梅毒の検査薬と偽って膣内

に注入するなどして検査を実施したもののように装い、被害者がやはり梅毒に感染していると申し向け、驚愕、不安の余り冷静な判断力、批判力を欠いた状態に陥った被害者に対し、さらに梅毒の治療について「男性の場合は性器が外に出ているので直接薬をつけたりして治すことができるが、女性の場合は難しい。ただ女性の場合は、男性の性器にこの薬を塗つて女性の性器に入れて性交すると梅毒の菌が七〇パーセント男性に移ります。三〇パーセントは女性に残るがあとは飲み薬で治ります。……私はあなたのお母さんやお姉さんからも頼まれていますので、私が菌をとつてあげたいと思いますがいかがでしようか。もし駄目ならあとは手術するしかありませんが、手術は苦しいですよ。」などと申し向け、被害者をして梅毒治療のためには被告人との性交による治療を受けるほかないものと誤信させて被害者と性交した事案について、「犯行当時における被害者らは、被暗示性の昂進した精神状態であつて、権威ある医師と誤信している被告人の言動に無批判に誘導されてしまう状態であり、催眠状態ではないが、催眠下と類似した意識状態であつた」とする鑑定書を引用したうえで、「被害者は、被告人を権威ある医師と誤信し、被害者の心理状態に即応した被告人の極めて効果的な言動により、驚愕、不安の余り冷静な判断力、批判力を欠いた極めて不安定な心理状態に陥れられ、当時の状況からして自由なる意思のもとに行動する精神的余裕を失い、被告人の説明するとおり被告人との性交による治療を受けるほかないものと誤信し、姦淫行為を拒否することは期待できない状態、即ち心理的に刑法一七八条にいう『抗拒不能の状態』にあつたものといわざるをえない。」として、準強姦罪の成立を認めた。

本判決では、被害者の年齢等から性交の知識は認めうるが、被告人が権威ある医師を装いかつ性病治療を名目とし、「戸籍に赤字で記載されるなどして結婚にも差し支える」などと脅迫的言動をしたことで、精神的余裕を失い同意にかかる自由意思を喪失したとして、錯誤に基づく同意を無効と解したと言える。緊急避難類似状況錯誤説の論者は、被害者らには梅毒に罹患しているとの錯誤があるので、性的自由を放棄しても身体を守ろうとする緊急避難類似状況の

錯誤と言えるとして、本判決の結論を支持する。[12] これに対し、法益関係的錯誤説の論者は、被害者が性交自体は認識して同意し、ただその目的において錯誤があったに過ぎないから、準強姦罪の成立を認めるべきではなかったと批判する。[13]

⑤東京地判昭和六二年四月一五日判時一三〇四号一四七頁は、被告人がA女（当時二〇歳）に対し、警察から依頼された医師であると偽って虚偽の身分証明書を示したうえで、警察ではA女に売春の容疑を抱いていること、A女が性病に感染した可能性があり、容疑を晴らしA女に性体験がなく売春していないと証明するには被告人と性行為をして検査しなければならず、被告人がこの件に関して警察からすべて任されており、A女に検査を拒否する権利はなく、さもなければA女の家族の生活も滅茶苦茶になるなどと申し向けて、陰部に手指を挿入し、後日三回姦淫した事案について、「刑法一七八条にいう抗拒不能は、物理的、身体的な抗拒不能のみならず、心理的、精神的な抗拒不能を含み、たとえ物理的、身体的には抗拒不能といえない場合であつても、わいせつ、姦淫行為を抗拒することにより被り又は続くと予想される危難を避けるため、その行為を受け容れるほかはないとの心理的、精神的状態に被害者を追い込んだときには、心理的、精神的な抗拒不能に陥れた場合にあたるということができる。そして、そのような心理的、精神的状態に追い込んだか否かは、危難の内容、行為者及び被害者の特徴、行為の状況などの具体的事情を資料とし、当該被害者に即し、その際の心理や精神状態を基準として判断すべきであり、一般的平均人を想定し、その通常の心理や精神状態を基準として判断すべきものではない。刑法一七八条は、個々の被害者の性的自由をそれぞれに保護するための規定であるから、犯人が当該被害者にとつて抗拒不能といいうる状態を作出してわいせつ、姦淫行為に及び、もつてその性的自由を侵害したときは、当然その規定の適用があると解すべきである。……被告人は、警察から依頼された医師であると名乗つたうえ、言葉巧みに売春と性病の検査を受ける必要があることを説き、その検査を拒否す

れば警察に不利な報告をしたり、警察による公の捜査が行われたりして名誉や信用が失墜すると告げ、さらに、最悪の場合には逮捕されることもありうると暗示し、そのため被害者は、ひたすら被告人の言葉を信じ、これに従うほかないと観念して検査に応じたものであるから、被害者が被る危難の性質、程度、被告人の言動の巧妙さ、被害者の年齢、性知識、家庭環境などを考えあわせると、被害者が心理的、精神的な抗拒不能に陥つていたと認めるに十分である。……性体験のなかつた被害者が性器への手指挿入や性行為という検査、治療を受け容れ、そこに打算、好奇心その他の動機の介在を疑う余地がないという事実自体、被害者が心理的、精神的に抗拒不能に陥つていたことの何よりの証左であることを指摘しておくべきであろう。結局、被告人は、このような被害者の心理状態を利用して巧みに被害者を抗拒不能に陥れたうえ、わいせつ行為及び姦淫行為に及んだものであつて、その刑責は否定すべくもない。」と判示して、手指挿入につき準強制わいせつ罪、姦淫につき準強姦罪の成立を認めた。

本判決は、抗拒不能の判断基準について「危難の内容、行為者及び被害者の特徴、行為の状況などの具体的事情を資料とし、当該被害者に即し、その際の心理や精神状態を基準として判断すべきであり、一般的平均人を想定し、その通常の心理や精神状態を基準として判断すべきものではない」として、被害者の主観的基準を採用したことを明言している[14]。本件の被告人は偽医師のうえ、検査及び警察の捜査名目でかかる行為に出、「A女の家族の生活も滅茶苦茶になる」などの脅迫的言動もしているから、被害者の主観的基準によれば抗拒不能状態を容易に認めうるであろう。緊急避難類似状況錯誤説の論者は、本判決を④判決とともに緊急避難類似状況の錯誤であるとする[15]。

⑥横浜地判平成一六年九月一四日判タ一一八九号三四七頁は、医学系大学受験塾の塾長であった被告人が、授業等で自分は海外留学経験のある医師であるなどと虚言を繰り返して塾生の女子中・高生四名（当時一三歳〜一六歳）に信じ込ませたうえ、メラノーマや乳がんの治療、あるいは脳を活性化させ頭を良くする治療等を仮装して手指挿入等

のわいせつ行為をし、うち一名に対し全治約二週間の傷害を負わせた事案について、「被害者らは、本件各欺罔時、一三歳ないし一六歳の素直な性格の少女らで、いずれも被告人の指導を受けていたが、……塾長で優秀な医師として強い畏敬の念を懐いて心服しきっていたうえ、第一の被害者は悪性腫瘍や癌等の病気への強い不安感を懐かされ被告人の診療に依存せざるを得ない心理状態に陥っていたこと、他の被害者らはいずれも受験生として成績向上を強く望んでいたため成績向上のための特殊な治療的な行為であると信じ込んでしまったことなどから、本件各行為の外形的な認識はあっても、被告人にわいせつ目的などはなく正当な診療・治療等の行為を行うものと信じ込まされていたものと認められる。そうすると、いずれの被害者も、被告人のわいせつ目的を疑ったり、性的行為を拒むことが著しく困難な状態にあったことは優に肯認することができるから、前記『抗拒不能』の状態に当るものと認めるのが相当である。」として、準強制わいせつ罪及び同致傷罪の成立を認めた。

本判決は、準強制わいせつ罪の成立には「わいせつ目的」すなわち性的意図が必要であるとする従来の判例の立場に拠り[16]、被害者らには被告人の行為の「外形的な認識」があったとしている。従って、被害者らは手指挿入等の行為の持つ性的な意味を認識していたものの、欺罔により被告人にわいせつ目的がないことを前提に同意を与え、この同意が錯誤に基づくものとして無効と解されたことになる。性行為がなされたこと自体を被害者が認識していない①②③判決とはこの点で異なり、従って、本件では被害者の性行為の知識の有無が問題となりうるが、被害者らは皆一三歳以上であるから、性行為の知識を前提とした同意能力自体は肯定し得よう。

それでは、本件被害者らの同意した結果は、手指挿入による身体法益の侵害と性的自由の侵害のいずれであったのか。前者であるならば、被害者は身体法益の限度で同意を与えたが、行為者の性的意図が存在したことにより、身体法益を超えた性的自由が侵害されたことになる。主観的超過要素としての性的意図必要説[17]からはこのように解されよ

う。一方、後者であるならば、被害者は性的自由の侵害の結果について同意を与えたが、行為者が準強制わいせつ罪の故意ないし主観的超過要素となる性的意図を有することには同意しなかったところ、にもかかわらず行為者が性的意図を有していたために被害者の同意の範囲を逸脱したことになる。性的意図の有無により性的自由の法益侵害性が左右されないとする性的意図不要説[18]によればこのように解されようが、これによれば行為者の主観も被害者の同意の対象ということになる。[19]①②③判決とは異なり、被害者が性的自由の侵害の結果について同意を与えたと解するならば、動機の錯誤説、法益関係的錯誤説からは準強制わいせつ罪の成立が否定されよう。これに対し、緊急避難類似状況錯誤説からは、「性交しなければ、生命に危険な手術をしなければならないと欺罔するのは準強姦罪であろう」[20]と主張される。本説によれば、メラノーマや乳がん治療の名目で手指挿入がなされた被害者に限り、生命に危険な状況についての錯誤による同意であるから、準強制わいせつ罪の成立を認めうることになろう。

（三）被害者に性行為の認識があり、被告人が医師ないし偽医師でなかった事例

⑦岡山地判昭和四三年五月六日下刑集一〇巻五号五六一頁は、被告人が、泊めてもらった家の奥の間で就寝中の娘A女（当時一五歳五か月）の上に乗りかかって抱きつく等し、「これであんたは妊娠した。病院に行かなくてもおろす方法を教えてやる」「処女膜を破つて痛くなくなつたら子供ができないことになるから僕が処女膜を破つてやる」と申し向け、堕胎に必要な行為であると偽ってA女と性交した事案について、「虚言、詐術によつて婦女を欺罔し錯誤に陥し入れ姦淫を忍受させた場合つねに抗拒不能に乗じ又は抗拒不能ならしめて姦淫したということはできない。欺罔による姦淫が抗拒不能に乗じての姦淫として準強姦罪が成立するのは欺罔の内容、手段、方法が行為者被害者の年令、身分、行為の日時場所との関係において婦女をして高度に困惑、驚愕、狼狽の念を起させ、自由なる意思のもとに行

動する精神的余裕を喪失させ、行為者の姦淫行為を拒否することが不能又は著しく困難であると客観的に認められる場合であつて、行為者が婦女において右状態に陥つていることを知りながら敢えて姦淫した場合に限定せられると解するのが相当である。……その状態の判定にあたつては、『抗拒不能』に至つたとされる原因行為者及び被害者の認識、行為時の状況、行為後の状況を慎重に検討し婦女の心理状態の程度内容を客観的に考察するとともに、その状態は通常その年令層の婦女であるならば心理的に『抗拒不能』になるという一般性を有しなければならない。」としたうえで、A女が「学校の成績も上位の方で……男女共学の中学校で一応生理衛生や生殖の教育を受けており……、初汐も小学校六年生の頃にあり……、具体的には性交について知らなかつたがなんとなく男と女が関係することを知つていた……のであつて、本件当時同女の年令は婚姻適令に近い一五才五ケ月であつて、この年令になれば一応女性の本能として意思に反した姦淫あるいはそれに近接する行為を拒絶するという貞操観念を有するものと認められること、本件の行われた場所は隣室に家族が就寝中で、同女が一声叫べば直ちに救助を求められるところであり……、被告人から抱きつかれ、妊娠したと言われたとき『そうかなあ』という一抹の不安と疑念はもつたものの他の行動を考える精神的余裕を喪失するほどひどく同女が驚愕狼狽したという事実も認められないことなどの事情を考慮すれば、同女の前記性については何も知らない旨の供述はにわかに措信しがたい。そうとすると、被告人の前記欺罔行為の稚劣さもさることながら同人の欺罔により同女が強く意思決定に制約を受けたとも認められず、……被告人の姦淫を拒否するのがある程度困難であつたことは認められないでもないが拒否することが『不能』もしくは著しく困難であつたと認めるにはあまりにも外形的な情況が欠けており、とうてい『抗拒不能』の状態にあつたということはできない。……被告人が同女に偽計を用いた事実は認められるものの、同女が『抗拒不能』な状態にあつたとは認められないから、被告人の本件所為を目して婦女の抗拒不能に乗じた姦淫ということはできない。」と判示して、準強姦罪の成立を認めな

かった。

本判決は、「『抗拒不能』に至つたとされる原因行為者及び被害者の認識、行為時の状況、行為後の状況を慎重に検討し婦女の心理状態の程度内容を客観的に考察する」必要があるとするから、主観的基準を採用した⑤判決などと異なり、抗拒不能の判断については客観的基準を採用したものと言える。[21] そのうえで、A女には性交の知識があること、容易に家族の助けを求めることができたこと、ひどく驚愕狼狽した事実も認められないこと等から、A女には同意にかかる自由意思があり、かつ完全に錯誤に陥ってもいなかったとして、同意を有効と解している。本判決では指摘されていないものの、①②③④⑤⑥判決と異なり、被告人が医師ないし偽医師ではなかった点は、抗拒不能の判断において客観的にも消極的に作用したのではないかと思われる。なお、学説の多くは、本件については準強姦罪の成立に否定的で概ね判例の結論を支持するが、これに対しては「女子の性的自由を不当に低く評価している」との批判もある。[22]

⑧東京地判昭和五八年三月一日刑月一五巻三号二五五頁は、被告人が通りがかりのA女（当時二一歳）、B女（当時二〇歳）をそれぞれ言葉巧みに誘い、被告人に霊感があるものと誤信させたうえ、子宮に疾患があるため不妊、流産、奇形児出産、子宮癌のおそれがあり、現代医学では直せないが霊感を使ったマッサージで治ると申し向けて信じさせ、全裸にさせて手指を膣内に挿入するなどし、さらに子宮の疾患がひどいため被告人の男性器を挿入して治療する必要があるなどと申し向けて姦淫した事案について、「本件被害者らは、いずれも正常な判断力を有する状態の下で、被告人がその性器を被害者らの膣内に挿入してマッサージをするという異常な事態を明確に認識しながらこれに応じていることが明らかである。この点において、正常な判断力が欠けていたり、正常な判断力はあつても行為内容の明確な認識を欠いていたために姦淫されてしまつたという、準強姦の場合に従来多く見られた事例とは全く事情を異にしている。……そうすると、問題は、性器結合という行為の性質やその相手方がだれであるかについて取り違えがない場

合に、なお法律上準強姦罪の成立する余地があり得るか否かという点にかかつてくる。……性行為についての承諾がある場合になお準強姦罪が成立するか否かについて考えると、……そのような場合には、一般に暴行・脅迫により相手方の自由意思を無視して行われる通常の姦淫の場合に比べ、性的自由に対する侵害の程度が際立つて異なつており、仮に性行為を承諾するに至つた動機ないし周辺事情に見込み違いがあつたとしても、実質的にはるかに軽い程度の被害にとどまつているのが通例であると言わざるを得ないのであるから、それにもかかわらず準強姦罪の成立を認めるためには、そのような承諾があつたにもかかわらずなお暴行・脅迫と同程度に相手方の自由意思を無視したものと認めざるを得ない特段の事情の存することが必要と考えられるのである。……確かに被告人の言動の中には、一部、不妊、流産、奇形児出産のおそれなどという内容が含まれていたから、これが被害者に何程かの心理的影響を与えたであろうことは十分考えられる。しかし、……被告人の行為が被害者らをして抗拒不能ならしめるようなものであつたとまでは未だ認めることができない。」として、準強姦罪の成立を認めなかった。

本判決も④⑤⑥⑦判決と同様、治療ないし検査名目、かつ被害者が性行為の意味を理解し得た事案であったが、準強姦罪の成立には「暴行・脅迫と同程度に相手方の自由意思を無視したものと認めざるを得ない特段の事情」が必要であるところ、被告人の「不妊、流産、奇形児出産のおそれ」についての言動では足りず、抗拒不能とは言えないとした。霊感治療として男性器を膣内に挿入してマッサージするとの申し出は他の判例事案と比べても荒唐無稽であるが、あるいは、正常な判断力を有しているにもかかわらず当該申し出を真実と誤信するとは考えがたく、被告人の行為は「抗拒不能にさせ」るというには足りないから、申し出と性交との間の相当因果関係を欠いていたと解する余地もあるかもしれない。緊急避難類似状況錯誤説、法益関係的錯誤説の論者も、準強姦罪の成立には否定的である。[23]

ところで、④⑤⑥⑦⑧判決はいずれも治療行為を装って性行為に出た事案であったが、被告人が偽医師であった④

⑤⑥判決では準強制わいせつ罪、準強姦罪の成立が肯定されたのに対し、一般人ないし霊感自称者であった⑦⑧判決では否定された。一般人の医師に対する信頼の存在は、同意にかかる自由意思を喪失させ心理的抗拒不能に陥らせるに足りる「特段の事情」と言いうるが、一般人や自称霊能力者に対する信頼ではこれには足りないとの趣旨であろうか。

二　行為者への信頼による同意

第二に、行為者が医師ではないものの被害者から同等以上の信頼を得ていた場合はどうか。

⑨東京高判平成一五年九月二九日東高刑報五四巻一＝一二号六七頁は、高校の英語教師であった被告人が、被告人を尊敬し信用していた教え子の高校生A女ら三名に対し、一名ずつ被告人方にて英語の個人レッスンを行い、その際、英語上達につながるリラックス法があると言葉巧みに説き、これも信用させ、併せて強い口調も交えて、被告人の言に従えば英語が上達できるものと信じさせ、A女らをして、拒否すれば被告人から英語を教えてもらえなくなり失礼にも当たるとも思い込ませ、わいせつな行為をする意思があるのにこれがないと装い、リラックスのために必要であると誤信させ、被告人が用意していた服をA女らに渡して下着まで脱いで着替えさせた事案について、「抗拒不能にさせる行為か否かは、行為者及び被害者の年齢、性別、社会経験の程度、殊に欺く行為により錯誤に陥らせたという場合においてはその行為の状況などの具体的事情を基にして、当該被害者に即した心理的、精神的な状態を基準として判断すべきである。……（A女らは）被告人のわいせつな行為に心理的に抵抗することが著しく困難な状態に陥らせたものと認められる。……このようにして、被告人は、A女ら三名をいずれも『抗拒不能にさせ』たのであって、その上で同女らに対して原判示の各わいせつな行為をなした被告人には、同女らに対する準強制わいせつ罪が成立する

ことは明らかである。」と判示した。

本判決においても、⑤判決などと同様、抗拒不能の判断基準について被害者の主観的基準が採用されている。本判決の被告人は医師ではなく高校教師で、被害者らは教え子であるが、⑦判決では一五歳五か月で性交の知識があると認定しているから、本件被害者らについても性行為の知識を肯定しうる。にもかかわらず、本判決では心理的抗拒不能が認められた。これは、高校教師である被告人を教え子である被害者らが尊敬し信用しており、被害者の主観的基準によれば、医師と患者の関係と同様の、同意にかかる自由意思の喪失を認めうると解されたことによるのであろう。

⑩京都地判平成一八年二月二一日判タ一二二九号三四四頁は、教会の主管牧師であった被告人が、教会牧師室、ホテルまたは被告人宅において、幼い頃から教会信者であった被害少女六名（当時一四歳～一六歳）に対し、それぞれ被告人の指示に従わなければ地獄に堕ちて永遠に苦しみ続ける旨説教して畏怖させて数年にわたり繰り返し姦淫し、うち四名については一二歳の時から一三歳未満と知りながら数回にわたり強姦していた事案について、「被告人が……地獄に堕ちた場合、……聞くだけでも恐ろしい世界が待っていることを説教で述べており、少女らが地獄に堕ちた場合到底耐えられないと思い込む内容のものであると判断できる。……本件少女らはいずれも、被告人や他の信者のみでなく、親からも被告人が聖徒などになすことは祝福であり、神の意に添う喜ばしいことであると評価されており、また、被告人に気に入られた者や被告人が説教の際にほめた者は高く評価され、厚遇される一方で、気に入られなかったり非難されると周囲の者から白い目で見られ、神に従順でないものと評価される、ときには被告人によって暴力を受け、あるいは裸で走らされるなどの制裁を受けることを目の当たりにし、あるいは親から叱られるなどしており、それらを通じて本件少女らは被告人の力が絶大なものであり、また、被告人は主管牧師として牧師の中でも一番偉いもので、神に近い存在であると教会内で皆から評価されていることをまざまざと実感し、またそのように教会関係者

や親から教え込まれていたものである。……本件少女らが、被告人に従わなければ地獄に堕ちることになるなどと畏怖し、抗拒不能の状態にあったことに疑いを入れる余地はなく」準強姦罪が成立すると判示した。

本判決の被告人は宗教者の牧師で、霊感自称者に関する⑧判決の事案とは行為主体において共通するところがあるが、客体については、⑧判決では通りすがりの女性であったのに対し、⑩判決では幼い頃からの教会信者で、⑩判決での主体と客体の信頼関係は医師と患者と同等かそれ以上の「特段の事情」を認めうるものであったと解されよう。さらに本件被害者六名中四名は、性行為への同意能力が否定される一二歳から宗教行為名目で継続的に強姦されており、あるいは、性交の意味を理解し得ない状態が被告人の宗教的指導により一三歳となって以降も継続していたと見る余地もあるかもしれないが、⑩判決はこれについて格別言及していない。

三　人間違いによる同意

第三に、おぼろげな意識の妻が夫と間違えて性交に同意するなどした、人間違いによる同意の場合はどうか。

⑪仙台高判昭和三二年四月一八日高刑集一〇巻六号四九一頁は、A女が深夜、極度の眠気を催した状態で、旅館の暗い部屋で情夫の隣で寝ていたところ、被告人が部屋に侵入してA女を姦淫しようとし、A女は「夢うつつの中のおぼろな意識のうち」で被告人を情夫と勘違いしてこれに応じたが、そのうち意識が次第に鮮明となり被告人に気づいて情夫とともに被告人を取り押さえた事案について、「刑法一七八条にいわゆる抗拒不能とは、心神喪失以外の意味において心理的若しくは物理的に抵抗することの至難な状態をいうものと解されるから、……婦女の抗拒不能に乗じて姦淫する場合にあたるものといわなければならない。」とし、姦淫の際にA女が両肩に全治三日の擦過傷を負っていたことから準強姦致傷罪の成立を認めた。

⑫広島高判昭和三三年一二月二四日高刑集一一巻一〇号七〇一頁は、A女が深夜近くまで仕事をして疲労甚だしい状態で睡眠していたところ、被告人がA女を強姦しようとA女の寝床に潜り込み、A女は目を覚ましたものの、被告人の声が夫のそれに酷似し、部屋が暗闇であったため、被告人をA女の夫と間違って性交に及び、途中でA女が人間違いに気づいて抵抗した事案について、「被害者の完全に睡眠よりさめ切らない、もうろうたる半睡半醒の精神状態が被告人を自己の夫と思い誤つた主たる原因であつたことは否み難い事実であると認め得られる。……当初より犯人に婦女を強姦する意思があり、しかも被害者が前叙の如き精神状態によつて陥つた重大な錯誤（自己の夫と間違えると云う）に乗じ犯人が其の婦女を姦淫した以上右性交の当時或はその直前には被害者が睡眠より完全に覚醒していたとしても、なお被害者が犯人を自己の夫と誤認している状態の継続する限り右は刑法第一七八条にいわゆる抗拒不能に乗じて婦女を姦淫したものと解するを妨げないものと謂うべきである」として、準強姦罪の成立を認めた。

⑪判決では「夢うつつの中のおぼろな意識のうち」であることを抗拒不能と解したが、⑫判決では「完全に睡眠よりさめ切らない、もうろうたる半睡半醒の精神状態」であったものの、「被害者が犯人を自己の夫と誤認している状態」を抗拒不能と解しており、被害者の意識が完全であっても、人間違いによる同意は準強姦となるとの趣旨かと思われる。[24] 法益関係的錯誤説を採る論者も、性的自由は誰を相手に性行為をするかの自由も含むなどとして、人間違い事例における準強制わいせつ罪、準強姦罪の成立を認めている。[25]

なお、⑫判決については、A女は被告人を夫と間違えて性交に応じたのであるから、性行為自体には同意しており、被告人による強制的な要素も、少なくとも性交中にA女に気づかれる前には存在しない。この点から、準強姦罪の成立を認めるには強姦罪における暴行・脅迫と同様の「強制」要素が必要であるとの前提に立ち、⑫判決は、被害者に性行為の具体的相手方に関する同意がなく、その意思に反する性行為について、「『強制』の擬制」をしたものである

との主張がある。[26] ここで言う「強制」要素は、⑧判決の言う「暴行・脅迫と同程度に相手方の自由意思を無視したものと認めざるを得ない特段の事情」と同義かと思われるが、これに対しては、婦女子の心理状態が状況に応じ微妙に変化することもありうるであろうこと、強姦罪の構成要件が「婦女をその意思に反して姦淫した者は」と規定されているわけではないこと等から、被害者の意思如何のみを判断基準として「強制」の擬制を認めるのは問題があるとの批判がある。[27]

四　行為者の治療等のための同意

第四に、行為者自身が病苦で困窮しているとの虚言を信じた被害者が、行為者の治療等のために性行為に同意した場合はどうか。

⑬東京高判平成九年三月一一日東高刑報四八巻一＝一二号一四頁は、被告人が区立図書館において、本の整理をしていた被害者の女性アルバイト職員A女（当時二〇歳）に対し、「連れが出られないから手伝ってくれ。鍵が開かなくなった。」と言って女子便所内に誘い込んだうえ、身体障害者を装い、女子便所の奥にある身体障害者用の便所にA女とともに入り、他の職員を呼びに行こうとするA女を引き留めて矢継ぎ早に小便の介助を要求し、A女にズボンのチャックを下げさせて被告人の陰茎を露出させて握らせ、さらに、それをしぼるように指示した事案について、「被害者は、被告人の言により、被告人が手や脊髄の不自由な身体障害者であると誤信させられ、矢継ぎ早になされた被告人の要求により、もしこれに従わなければ、被告人が小便をすることができず、非常に困難な状況になるし、他の職員を呼びに行く時間もないような緊急を要する状態であると思い込まされ、公的施設の職員として、身体障害者を介護しなければならないという気持もあいまって、冷静な判断力や批判力を欠いた心理状態に陥れられ、やむなく被告

人の要求するままに被告人の陰茎を握ったり、しぼるようにしたものであって、このような場合、被害者は、被告人の要求を断ることが著しく困難な心理状態、すなわち抗拒不能の状態にあったというべきである。……被告人に対し、準強制わいせつ罪の成立を認めた原判決に事実の誤認ないし法令の適用の誤りは認められない。」と判示した。

⑭東京高判平成一一年九月二七日東高刑報五〇巻一＝一二号九三頁は、被告人が女性の声色を使って被害者の娘を装うなどして電話をし、娘が夫と性交中に膣けいれんを起こして男性器が抜けなくなり、無理をして男性器を抜くと男性の体内に溜まった精子が腐ってしまい、夫が被害者と性交しなければ夫が性的不能になるなどと申し向け、それを信じた被害者に対し娘の夫などを装って性交した事案について、「わいせつな行為あるいは姦淫行為を拒めば被害者の身近な者らに危難が生じるものと誤信させ、その危難を避けるためには、その行為を受け入れるほかはないとの心理的、精神的状態に被害者を追い込んだときには、心理的、精神的な抗拒不能にさせた場合に当たるということができる。そして、そのような心理的、精神的状態に追い込んだといえるか否かは、その危難の生じるとされた者と被害者との関係、被害者の年齢、生活状況などの具体的事情を資料とし、当該被害者に即し、その際の心理や精神状態を基準として判断すべきであり、一般的平均人を想定し、その通常の心理や精神状態を基準として判断すべきものではない。刑法一七八条は、個々の被害者の性的自由をそれぞれに保護するための規定であるから、犯人が当該被害者にとって抗拒不能といいうる状態を作出してわいせつな行為あるいは姦淫行為に及び、もってその性的自由を侵害したときは、当然その規定の適用があると解すべきである。……被告人は、被害者の娘や妹あるいは親しい知人を装い、同人らに切迫した事態が生じ、被害者の助力が必要不可欠であると誤信させて被害者を精神的に追い詰め、被害者が姦淫行為を拒めば、娘の夫らが性的不能に陥るものと誤信させ、各被害者を心理的、精神的に抗拒不能の状態にさせたものということができるのであって、準強姦罪あるいはその未遂罪の成立を認めた原判決は正当」であるとした。

本判決においても、⑤⑨判決などと同様、抗拒不能の判断基準について被害者の主観的基準が採用されている。本判決における被告人の欺罔の内容は荒唐無稽であるが、客観的基準ではなく主観的基準によるならば、「一般的平均人を想定し」て判断するのではなく、被害者自身の精神状態に照らして判断することになるから、抗拒不能を認めることは比較的容易となる。

ところで、⑬⑭判決はいずれも、被害者の他者への親切心等に乗じた事案であるが、⑬判決では、被告人はあくまでも小便の介助の名目で男性器を握りかつしぼらせた事案であるから、被害者は、被告人が性的意図を有していたものと認識せずに、かかる行為に出たものと解しうる。とすれば、⑬判決は、行為者の要求する行為が被害者の性的自由を侵害しうるものであることを被害者自身も認識していたものの、行為者に性的意図が欠けているとも認識していた点で、⑥判決と同様の判例と見ることができるのではないか。一方、⑭判決では、被害者は被告人との性交を認識したうえで行っているが、性的不能になった娘の夫と誤信して被告人と性交しているのであるから、被告人の性的不能を治療するためとの目的以前に、人間違い事例と同様に解して準強姦罪の成立を認める余地もあろう。[28]

五　就職面接・斡旋の際の同意

第五に、就職面接・斡旋の際に、身体検査や度胸試し、お礼などと称して性行為に応じさせた事例はどうか。

⑮東京高判昭和三一年九月一七日高刑集九巻九号九四九頁は、中学卒業を控えて就職に焦心していたA女（当時一四歳）に対し、被告人が言葉巧みに就職斡旋を名に連れ出し、就職のための身体検査であるとしてA女の陰部に手指を挿入し、また陰茎を挿入しかけて、人の近づく気配がしたため他に場所を転じてA女との性交を遂げ、それにより処女膜裂傷を生じさせた事案について、「就職に焦心しているうら若い同女の始めての経験として、その性交が、……

被告人の右手指挿入等に起因した驚愕の結果、同女において前後の辨を失した抗拒不能の精神状態になつたのに乗じて行われたものであることもこれを認め得る……。姦淫において、敢えて有形力の行使による暴行や畏怖せしむる言辞を弄するの手段に出でた事実がないとしても、欺罔等の巧妙な手段によつて機会を作り、相手方の性的無知ないしは性的所作事に起因する驚愕による前後の辨を失した抗拒不能に乗じて姦淫を遂げた事実あるにおいては、強姦の罪の成立あるを免がれない。」と判示して、準強姦致傷罪の成立を認めた。

本判決は、就職への焦心、性的無知、手指挿入等によりA女が驚愕したことから自由意思を喪失したと解しており、抗拒不能の判断において主観的基準を採用したものといえる。これに対し、緊急避難類似状況錯誤説によれば、就職斡旋と性的自由では法益権衡性が否定されるため、自由意思の喪失が否定されよう。

⑯東京地判昭和五六年一月二七日刑月一三巻一＝二号五〇頁は、芸能プロダクションの実質経営者であった被告人が、モデル志願者としてスカウトしたA女ら三名（当時一六歳～二一歳）それぞれに対し、写真を撮影するからと申し向けてスタジオに誘い込み、モデルになるための度胸試しの名目で写真を撮影するために全裸になるよう申し向け、さまざまなポーズをとらせて写真撮影をし、その際に乳首を吸ったり陰部を弄ぶ等し、加えてA女に対しては病気の予防と称して水虫治療薬をつけた指で陰部を弄ぶなどした事案について、「被害者らは被告人の右発言によって、全裸で写真撮影されることもモデルになるため必要なことであり、これを拒否すればモデルとして売り出してもらえなくなるものと誤信し、被告人の執ような言動に対する諦めの気持も手伝ってやむなく全裸になつたものと認定するのが相当であり、このような場合は被害者らは社会の一般的常識として心理的に抗拒不能の状態に陥つたと解すべきであり、またその後の被告人と二人きりの密室内で全裸でいる被害者らの状態がそのままでは脱出できず、抗拒不能の状態といえることについては多言を要しないところである。これに対して所論は、被告人がモデルとなるためには裸に

なれないと駄目だと言つたとしても、被害者らは全裸になつて写真撮影されることを拒否しようと思えば十分可能であつたと主張するところ、物理的な強制があつたわけではないから、被害者らが被告人の発言によつて前叙のような誤信に陥らなかつたというのであれば右の主張もうなずけないわけではないが、被害者らは前叙のように誤信したことが明らかであつて、そのような状況のもとでは被害者らの年令、社会経験等に照らし、一般的に考え、もはや被害者らに被告人の要求を拒否することを期待するのは著しく困難であつたと認められるから、右主張は理由がなく、……前叙の結論を左右するに足りない。」と判示して、準強制わいせつ罪の成立を認めた。

本判決では、A女へのわいせつ行為の一部に病気の予防名目のものがあるものの、ほとんどは就職面接のための同意ということができるところ、「社会の一般的常識として心理的に抗拒不能の状態に陥つた」として、抗拒不能の判断において客観的基準を採用したうえで抗拒不能を認めている。これに対しては、治療行為と誤信させられたり人間違いによる事案と異なり、「あくまで、被告人に自己の裸体の写真を撮影されることを承知の上で全裸になったのであるから、……少くともこれまでの判例の立場からは『抗拒不能』を認めていなかった分野にまで一歩踏み込んで抗拒不能を認めた判決であるといえる」との指摘があり[29]、学説の多くも判例に批判的である[30]。

⑰東京地判平成二〇年二月八日（判例集未登載）は、被告人が、テレビ局の採用面接試験を受けに来ていたA女（当時二一歳）、B女（当時二一歳）それぞれに対し、当該テレビ局の採用を担当する部署の責任者の地位にあることを表示する名刺を見せるなどして人事担当者であると誤認させ、自分の権限で採用する礼として自分を喜ばせてくれなどと申し向けて、わいせつ行為を受忍させた事案について、弁護人は、本件では被害者がわいせつ行為を了解をするに至った動機において誤認があったものに過ぎず、準強制わいせつ罪における抗拒不能にはあたらないと主張したところ、「本件各被害者による前記のような誤認が生じた背景には、本件各被害者らにおいて、就職活動一般ないしは少な

くともテレビ局等に対する就職活動において、人事担当者らによるこうした行為が通常行われているか、あるいは、少なくとも、そのようなこともありうるとの考え方があったことが推測されるところ、このような事態というものが現実に生じているかどうかは別にして、社会的な風評やイメージなども考慮して考えれば、本件各被害者がこのような考え方を有していたこと自体については、これを一概に不合理なものということはできず、これにともなって、本件各被害者が前記のとおりの誤認を生じたこともまた不合理なこととも言えない。……準強姦罪ないし準強制わいせつ罪における抗拒不能は正常な判断に基づく意思決定ができない状態をいうものと考えられるところ、相手方に対して自己の身分等について虚偽の事実を告げるなどした結果、相手方が具体的な事実関係について誤認を生じ、その結果として、性交渉やわいせつ行為を受忍する意思決定をした場合等においては、こうした判断の前提となるべき事実に誤認があるのであるから、その判断は正常な判断とは言えず、したがって、このような欺罔行為によって被害者が錯誤に陥る場合も、準強制わいせつ罪における抗拒不能に該当しうるものと考えられる。……本件各被害者はその就職活動という、その後のそれぞれの人生ないしは生活のあり方に重大な影響を及ぼすような場面に立っていたこと、また、被告人は本件各被害者が現実に就職を希望していた企業の人事担当者であることを装い、判示のような各種の言辞を申し向けたのであり、その結果として、本件各被害者は被告人の意向を受け入れることによって、自己の就職という希望が叶えられるという具体的な事実関係につき誤認を生じていたのであり、……さらに、本件の各犯行場所は、まんが喫茶……ないしはカラオケ店……の各個室であり、……このような区画内で被告人から本件のような経過でわいせつ行為に及ぶ旨の言辞を申し向けられた場合、むしろ、これを拒絶することの方にそれなりの心理的な抵抗感をともなうことが推測される。……事実を誤認した結果として、準強制わいせつ罪でいうところの抗拒不能な状態にそれぞれ陥ったものと考えるべきである。」と判示して、準強制わいせつ罪の成立を認めた。

本判決は、「社会的な風評やイメージなども考慮して」テレビ局の採用人事では人事担当者のわいせつ行為を受忍しなければならないとの「誤認を生じたこともまた不合理なこととも言えない」とするから、抗拒不能の判断基準について客観的基準を採用したものと言える。

ところで、⑮⑰判決では、被告人は被害者に対し、就職を斡旋するとか企業の人事担当者であるなどと欺罔しているから、錯誤に基づく同意による性行為の事案と見ることができる。しかし、⑯判決では、被告人は芸能プロダクションの経営者自身であるから、被害者の女子学生が被告人の要求するわいせつ行為に同意しなければ、当該女子学生はその芸能プロダクションにてモデルとして稼働できなかったであろう。[31] 従って、被害者のわいせつ行為への同意は、必ずしも錯誤に基づく同意とは言えないようにも思われ、⑯判決が「拒否すればモデルとして売り出してもらえなくなるものと誤信し」たと認定した点には疑問が残る。

六　まとめ

以上の錯誤に基づく同意による性行為に関する判例は、全体的には準強制わいせつ罪、準強姦罪の成立に積極的な姿勢をとっていると言える。各類型ごとの判例の動向は以下の通りである。

第一に、治療行為と誤信させられたことによる同意の類型については、行為者が医師ないし偽医師であったならば、行為者の主張する治療行為の態様が、男性器を膣内に挿入することで治療できるなどという一般的には容易に信じがたいもので、かつ客体が性行為について理解しうる年齢であったとしても、心理的抗拒不能による準強姦罪が成立しうる。これに対し、⑦⑧判決のように行為者が医師ないし偽医師でなかった事案について、判例は準強姦罪の成立に消極的である。医師に対する患者の信頼は一般的に篤く、客観的基準と主観的基準のいずれによっても、治療行為に

関しては患者は医師に対し、多くの場合において心理的抗拒不能となると解されているのであろう。

なお、被害者に性交等の認識が認められなかった①②③判決では、被害者は性交について錯誤に基づく同意をしているわけではなく、膣内に座薬や器具等、男性器ではない異物を挿入することについて錯誤に基づく同意をしているといえるが、判例は、性交等の認識の有無による区別を格別していない。いずれにせよ、被害者が心理的抗拒不能であることにはかわりはなく、準強姦罪の成立は認められるとの趣旨であろう。①判決では、被害者に性行為についての知識がなく、これを準強姦罪における心理的抗拒不能を認める根拠とする論者があるが[32]、本判決の行為者は医師であるし、被害者も認識して性交をしたわけではないから、被害者の年齢、性行為についての知識の有無にかかわらず、準強姦罪が成立しうる事案であったといえよう。

第二に、行為者が医師ではないものの、被害者から同様の信頼を得、これを利用して行為者が性行為に出た類型についても、第一類型に準じて心理的抗拒不能による準強制わいせつ罪、準強姦罪が成立しうる。

第三に、おぼろげな意識の妻が夫と間違えるなどして性行為に同意した、人間違いによる同意の類型についても、心理的抗拒不能による準強制わいせつ罪、準強姦罪が成立しうる。本罪の保護法益は性的自由で、これは性交する相手についての選択の自由を含むから、人間違いによる同意に乗じた性行為が性的自由を侵害することは明らかで、判例が本罪の成立に積極的であることは首肯しうる。

第四に、行為者自身が病苦で困窮しているとの虚言等を信じた被害者が、行為者の治療等のために性行為に同意した類型についても、準強制わいせつ罪、準強姦罪が成立しうる。

第五に、就職面接・斡旋の際に、お礼などと称して性行為に応じさせた類型についても、準強制わいせつ罪、準強姦罪が成立しうる。⑰判決によれば「就職活動という、その後のそれぞれの人生ないしは生活のあり方に重大な影響

を及ぼすような場面」であることが、被害者を心理的抗拒不能に陥らせるということになろう。事例としては、行為者の就職斡旋等が単なる虚言か真実かで、錯誤に基づく同意か否かを分けることができるように思われるが、判例上は格別の区別がなされていない。さらに、ごく短期間の非正規雇用の面接で性行為への要求がなされた場合などは、必ずしも「人生ないしは生活のあり方に重大な影響を及ぼすような場面」とは言い難いようにも思われるが、これについての判例の立場は不明である。

以上のように、判例上、錯誤に基づく同意による性行為について準強制わいせつ罪、準強姦罪の成立が否定されたのは、被害者に性行為の認識があり、被告人が医師ないし偽医師でなかった事例に限られ、これ以外の事例では本罪の成立がことごとく認められているのである。

注

(1) 東京高判昭和五八年六月八日東高刑報三四巻四＝六号二三頁。

(2) 最判昭和三八年九月五日民集一七巻八号九四二頁は、結納や同棲、親兄弟に知らせることなしでの、結婚を誓い合っての三年余りの情交関係について婚姻予約が成立するとし、その破棄者について慰謝料支払義務を認めた。

(3) 町野朔『犯罪各論の現在』(一九九六年)三〇一頁、林美月子「錯誤に基づく同意」内藤謙先生古希祝賀『刑事法学の現代的状況』(一九九四年)三九頁。小松正富「錯誤を利用した姦淫と抗拒不能」判タ一一一号(一九六一年)四九頁注五は、結婚詐欺的事例における性行為は、被欺罔者たる婦女自身が責任を負うべき一種の法的に放任された私的自治の領域に属し、これを刑法的に可罰的なものとすることはできないとする。

(4) 団藤重光編『注釈刑法(四)』(一九六五年)三〇三頁(所一彦)、瀧川幸辰『刑法各論』(増補・一九六八年)八一頁、大塚仁『刑法概説(各論)』(第三版増補版・二〇〇五年)一〇四頁、木村光江『刑法』(第三版・二〇一〇年)二七七頁、佐久間修『刑法各論』(第二版・二〇一二年)一二二頁。

(5) 林（美）・前掲論文三四、三八頁（法益関係的錯誤説との併用）、大谷實『刑法講義各論』（新版第四版・二〇一三年）一二三頁。
(6) 平川宗信『刑法各論』（一九九五年）二〇二頁、前田雅英『刑法各論講義』（第四版・二〇〇七年）一二五頁（なお、前田『刑法各論講義』（第五版・二〇一一年）一五八頁では動機の錯誤についての記述が削除されている）。
(7) 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報一号（一九八五年）八八頁以下、西田典之『刑法各論』（第六版・二〇一二年）九三頁、須之内克彦『刑法概説各論』（二〇一一年）六三頁注七。
(8) 例えば、西田・前掲書九二頁。
(9) 江家義男『刑法各論』（増補・一九六三年）一七七頁。
(10) 小松・前掲論文四五頁。
(11) 法益関係的錯誤説からこの点を指摘するものとして、佐伯・前掲論文九一頁（①③判決）、林（美）・前掲論文三八、四七頁注六二（③判決）。
(12) 林（美）・前掲論文三九頁。
(13) 佐伯・前掲論文九五頁、西田・前掲書九三頁。
(14) 町野・前掲論文三〇四頁。
(15) 林（美）・前掲論文三九頁。
(16) 最判昭和四五年一月二九日刑集二四巻一号一頁。なお、東京地判昭和六二年九月一六日判時一二九四号一四三頁は、女性下着販売業を営む被告人が、ショップアドバイザーに応募してきたA女の弱みを握って下着モデルとして働かせる目的で、A女の全裸写真を撮影しようと暴行を加え負傷させた事案について、被告人には「働かせるという目的」と「強制わいせつの意図」があったとしたうえで、「右A女を全裸にしその写真を撮る行為は、……明らかに性的に意味のある行為、すなわちわいせつ行為であり、かつ、被告人は、そのようなわいせつ行為であることを認識しながら、換言すれば、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、あえてそのような行為をしようと企て、判示暴行に及んだものであることを優に認めることができる。」として強制わいせつ致傷罪の成立を認めた。本判決については、強制わいせつ罪の主観的要素を故意で足りるとし、実質的にわいせつ目的を不要とするものであるとの指摘がある（西田・前掲書九〇頁、前田・前掲書（第五版）一五二頁注一一）。もっとも、その後の判例は、大阪高判平成二二年三月二六日高検速報平成二二年一号、大分地判平成二五年六月四日（判例集未登載）など、故意と別個に性的意図を認定するものが複数見られる。

(17) 植松正『刑法概論Ⅱ各論』(再訂・一九七五年) 二一一頁、大塚・前掲書一〇〇頁、福田平『刑法各論』(全訂第三版増補・二〇〇二年) 一八三頁、団藤・注釈刑法 (四) 二九五頁 (所)。

(18) 井田良『刑法各論』(二〇〇七年) 六四頁、大谷・前掲書一一八頁、西田・前掲書九〇頁、林幹人『刑法各論』(第二版・二〇〇七年) 九〇頁、川端博『刑法各論講義』(第二版・二〇一〇年) 一九一頁、佐伯・前掲論文九三頁注一〇四。

(19) 被害者の承諾の対象が結果と行為のいずれかについては争いがある。これにつき、振津隆行「被害者の承諾」芝原邦爾他編『刑法理論の現代的展開—総論Ⅰ』(一九八八年) 一六五頁は、「被害者が法益侵害の結果を無条件に肯定するものではない限り、承諾の対象は結果発生のみならず、その具体的な危殆化行為にも及びうるものとしてよいだろう」とする。

(20) 林 (美)・前掲論文三八頁。

(21) 町野・前掲書三〇三頁。

(22) 木村裕三＝小林敬和『現代の刑法各論』(改訂第三版・二〇〇八年) 七〇頁。

(23) 林 (美)・前掲論文三八頁、西田九三頁注三。

(24) 小松・前掲論文四五頁参照。

(25) 佐伯・前掲論文九一頁、林 (美)・前掲論文三八頁、山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関西大学法学論集三三巻三＝四＝五号 (一九八三年) 三二六頁、西田・前掲書九三頁。

(26) 小松・前掲論文四八、四九頁注七。

(27) 飛田清弘「刑法第一七八条にいわゆる『抗拒不能』の内容」警察学論集三四巻一二号 (一九八一年) 一五四頁。

(28) 具体的符合説的に見れば、被害者が目の前にいる被告人と性交することを認識していた点では錯誤がないとも言えるが、そのように解するならば、人間違い事例にかかる⑪⑫判決についても錯誤はないとして同意の効力を肯定しなければならないであろう。

(29) 飛田・前掲論文一五六頁。

(30) 林 (幹) 九四頁、曽根威彦『刑法各論』(第五版・二〇一二年) 六九頁。

(31) 林 (美)・前掲論文四八頁注六九は「欺罔の内容が現実であったとしても、モデル志願者が将来、プロモートをしてもらうための取引であり、強制わいせつ罪とすることには疑問がある」とする。

(32) 前注(9)、(10)参照。

Willensmängel bei der Einwilligung des Verletzten der Unzucht und der Vergewaltigung (1)

Takayoshi KANMOTO

I Einleitung
II Der Trend in der Rechtsprechung (Band 49, Heft 3)
III Die Situation der Lehre
IV Meine Theorie
V Schlußsatz