

性行為と同意

——格差構造下における自由と強制——

はじめに

一 近時の裁判例の動向

1 上司による性行為と同意

2 最高裁の見方

二 「真の同意」判定のための判断枠組

1 法益侵害・違法性——格差構造という視点

(1) 組織的格差

(2) 個人的格差

(3) Xの（拒否の自由）

2 故意・過失——誤想同意と心的要因

(1) Yの誤想同意

(2) Xの心的要因

むすび

性行為と同意

金
山
直
樹

はじめに

本稿の問題意識を示すため、具体的には、次のような設例で考えてみよう。

〔設例〕

Xは二六歳女性、新人の非正規社員であり、Yは四一歳男性、Xの上司にあたる正規社員である。Xは、新たな職場に入って二ヶ月足らずの五月中旬、Yから飲み会に誘われた。その会の帰り道、Xは突然Yに言い寄られ、困惑しているうちに無理矢理手を引つ張られて近くのラブホテルに連れ込まれ、興奮して制御不能となったYに押し切られる形で、肉関係係を結んでしまった。Xは、イヤな気持ちはあったものの、Yが上司であったことから、明確にイヤとは言えなかったのである。その後も、Xは、Yに指示されるままにホテルの予約までさせられてそこで一夜を明かすなど、合計四回の肉関係係を持った。もっとも、Yとしては、Xの同意があったからこそ、複数回にわたってXと肉関係係を持ったに過ぎない、と考えている。

Xは、Yと性行為をしたことがトラウマとなり、自責の念にかられ、職場でもYとの関係が知られているのではないかとの心配も重なって、次第に精神的に追い詰められていき、結局、退職に追い込まれた。Xの症状は、医者診断によると、セクハラを原因とするストレス障害ということである。そこで、Xは、自己の尊厳と名誉回復のためYを訴え、慰謝料の支払いと逸失利益の賠償を求めた。

この設例では、Xが性行為に同意していたか否かが争点になる。Yは、Xと同意の上で性行為を繰り返したに過ぎないと主張するに違いないからである。これに対して、Xは、同意は強いられたものであって、真の同意と

は言えないと主張するだろう。ここでは、そのような同意を「強制同意」と呼ぶことにする⁽¹⁾。その特徴は、同意を示すと見られる事実はあるが、それはXの自由が抑圧された中で強いられたものであるから、真の同意として評価することができない、という点にある。では、裁判所は、どのような概念を用い、またいかなる判断枠組に基づいて、Xの同意の性質（真の同意か、強制同意か）を判定すべきか。これが問題の核心である。

最初に確認しておくべきは、証拠の問題である。Xの傷害や衣服の破損といった決定的な証拠がある場合は別として（刑法一七七条参照）、設例のような場合には、問題となる行為は密室の中で行われるので、物的証拠としては、せいぜい状況証拠たるメールやSNSが提出されるに留まることが多いであろう。そこで、裁判所としては、両当事者の供述の信憑性を比較し、またメールやSNSを評価した上で、最終的には自由心証によって、Xの同意の有無につき判断することになる。つまり、裁判官の事実認定がすべてなのである⁽²⁾。

では、実際に、裁判所は、自由心証を働かせた結果、どのような結論に到達しているのだろうか。裁判例を分析・検討した研究はすでに多く見られる。その中の一つによると、二〇〇一年の段階で、性行為以外の加害行為も含めたセクハラ訴訟一般について、実際の勝訴率は「九割に近い」とされている⁽⁴⁾。そこには、被害者を救済しようとする裁判官の姿勢が示されている。このような裁判の方向性は、基本的に支持すべきだと考える。だが、なお二つの課題があるように思われる。

第一に、設例のような事案においては、自由心証の名の下、裁判官の世界観や男女観がそのまま判決に投影されてしまう危険がある⁽⁵⁾。実際、一審と二審とで、事実認定および結論を大きく異にする事件が見られる⁽⁶⁾。これは一般の裁判でも見られることだが、できるだけ裁判官の恣意を働きにくくして、バラツキのない安定的な判断がなされるべきことに異論はないはずである。そのためには、性行為という行為の特性を踏まえて、不法行為責任の成立のために必要な「権利侵害・違法性」および「故意・過失」といった規範的要件を明確に意識した上で、

それぞれの基礎となるべき事実群を的確に評価することのできる判断枠組を組み立てる必要がある。この点で、先行研究は、裁判例を分析して類型化するに留まっており、不法行為理論の観点からの考察が不十分であったように思われる⁽⁸⁾。

第二は、賠償額の問題である。意に反する性行為が行われた場合、損害は慰謝料の形で評価されることになる。裁判例を見ると、現状では、二〇〇万円～三〇〇万円という「相場」が形成されているように見える(後に検討する判決①②の認容額参照)。それが妥当な額かどうかは、正直、誰にも分からないのかもしれない。けれども、慰謝料は、Yに心からの後悔と反省を促すことのできるような額でなければならぬ、と言うことはできないだろうか。それによって、初めてXの「損害」は回復されると考えられるからである。そのためには、一方で、Xが望まない性行為によって被る被害の内容を正確に理解して概念化し、他方で、慰謝料に何を読み込むべきかという根本問題にも挑まなければならない。

本稿は、以上の二つの課題のうち、第一の課題に取り組むことを目的としている⁽⁹⁾。そのため、以下においては、まず、現場の裁判官の経験に学ぶため、幾つかの判決を紹介・検討しよう。その作業を通じて、Xの同意の有無を判定するために、裁判官がどのような「背景」ないし「環境」に着目しているかが明らかになるだろう(一)。その上で、不法行為の成立要件の角度から、裁判例が考慮した「背景」ないし「環境」を取り込むことのできる判断枠組を整理して提示したい。その際、私の視線は、Xの置かれた「場の構造」に向けられることになる(二)。

なお、本稿では、当事者を示す際、予断を防ぐため、原則として、結論先取的な「加害者、被害者」という名詞は用いない。その代わりに、上記の設例と同じ立場にある者として「X、Y」という記号を用いる。

一 近時の裁判例の動向

ここでは、裁判所がXの強制同意の問題にどのように取り組んでいるのかを検討する。まず、Xが新たな職場に来た直後に上司Yによる性行為がなされたという点で、設例と共通する要素のある二つの下級審事件を扱う(1)。その上で、最高裁が、強制同意の問題性を十分に意識していることを示したい(2)。

1 上司による性行為と同意

①東京地判平成二四年六月一日(労働経済判例速報二一五三三頁——ワカホ事件)

事案は、Xの直属の上司Yが、入社したばかりのXに好意を寄せ、職場上の上下関係を利用して、入社間もないXに対して性行為を継続的に行った、というものである。Xは、Yとの性行為によって、心身の不調をきたして、休職を余儀なくされ、退職にまで追い込まれたと主張して、逸失利益および慰謝料を請求した。判決は、以下のように述べて、Xが同意したとは言えない、と判示している(傍点は、引用者——以下、同じ)。

「……Xが性行為に積極的であつたというYの供述は信用できない。特に、平成二〇年六月上旬は、Xが会社に入社した時期から二か月少ししか経過していない時期であり、Xとの間において、通常の男女間において恋愛関係を自然に醸成させるような出来事は特に見あたらず、Yから要求しなければ、Xが性交に応じる理由も必然性も見あたらぬ。そうすると、Yが一方的にXに対して、性行為を要求し、Xが本意ではあつたものの、職場の上下関係もあり、職を失うことを危惧してこれに応じたにすぎないとみるのが相当である。

次に、Yは、ラブホテルをXが探したことをもって、XがYとの性交に積極的に応じていたと主張するが、

Xによれば、Yから命じられて探したものにすぎず、かかる事実をもって、Xが性行為に積極的であったと認めめることはできない」。

この判決は、XがYとの性行為に應じるに至った背景ないし環境に視線を向けている。そこで映し出された事実₁に照らして、Xが性交に応じたのは恋愛感情があったからだというYの主張を否定している。そのようなYの主張が認められるためには、「通常の男女間において恋愛関係を自然に醸成させるような出来事」、あるいは、「Xが性交に應じる理由ないし必然性」をYが証明しなければならぬ、という。これは、Yにとってかなり高いハードルである。このハードルを超えることができなければ、Yは責任を免れない。

判決は、続けて、次のように述べる。

「Xも若干笑いながら拒否するなど、毅然と拒否する態度までは示していないが、これはXとYが上司と部下という関係で、二人きりでいるときの出来事であるからすれば、やむを得ないものといえる」。

「XとYは、一回目の性交の後も四回ほどラブホテルにて性交していることは認められるが、Xによれば、全てYから言われて応じたものであり、その間、XにとってYが上司である状況には何ら変化がなかったことからすれば、かかる事実をもって、本件がセクハラではなく、不倫関係（＝恋愛に基づく関係）であったことを基礎付ける事実とはいいがたい」。

ここで判決は、第一に、Xが毅然と拒否しなかったからといって、同意を推認することはできず、第二に、複数回にわたってXY間で性交が行われたからといって、それが好意や恋愛感情、ひいては同意を基礎づけること

にはらない、という評価（経験則）を示している。その前提として判決が重視しているのが、「XとYが上司と部下という関係」にあったという事実である。その上で、判決は、次のように述べて、さらに詳しくXの同意の問題を扱っている。

「Yは、Xが誘いを拒否しなかったことをもって、合意の上で性的関係をもったと主張している。

しかしながら、セクハラとは、相手方の意に反した性的な性質の言動を行い、それに対する対応によって仕事を遂行する上で、一定の不利益を与えたり、またこれを繰り返すことによって就業環境を著しく悪化させることであり、職場における上司と部下などの上下関係、優劣関係を背景に、圧倒的な差を利用し、隠微かつ狡猾な手段で脅迫・強制が行われること、被害者は職場の上司である加害者を怒らせないようにして自分を守ろうとする無意識の防衛本能が働くため、加害者に逆らうことができず、喜んで従って見えることがあるから、一見して性行為の強要があることがわかりにくいとされている。

本件において、被告会社内におけるYの地位と、Xの地位との差は歴然としており、Xは、Yか「ら」指揮命令を受ける立場にあった。……

また、XとYが性行為に至る経緯は、Yからの働きかけから始まる一方的で唐突なものであり、男女間の自然な恋愛感情が醸成されていくような経緯は全く認められない」。

（裁判官・内藤寿彦）

ここに、裁判官・内藤寿彦の見識が披露されている。とくに、「被害者は……喜んで従って見えることがあるから、一見して性行為の強要があることがわかりにくい」と述べている部分は、判決の白眉というべきである。

ここに、強制同意の本質が語られている。Xが性行為に同意していたような行動をとっていたとしても、それはYとの「圧倒的な力の差」から来るXの「無意識の防衛本能」の表現として理解すべきだと説いて、Xの迎合的な態度をどう解釈するかについて、重要な視点を提供しているからである。

判決は、以上のように説いて、Yに対して、慰謝料として二〇〇万円、弁護士費用として二〇万円の賠償金の支払いを命じた。なお、本件において、Yは懲戒解雇されている。

② 東京高判平成二四年八月二十九日(労判一〇六〇号二二頁——銀蔵事件)

Xは、大学四年に在学中の平成一九年四月の時点で、平成二〇年四月付けでG会社に入社することが内定していた。G会社の人事担当者から、平成一九年一月のα店のオープンに備えてアルバイトとして働くことを勧められたので、実家のある千葉から大阪に引っ越し、卒業前の同年一〇月からG会社に勤務し始めた。Xが引っ越しして入居したのは、G会社が女性従業員用の社宅として用意したワンルーム・マンションであった。G社の代表取締役Yは、平成一九年二月一日、気がかりにしていたXから話を聞こうと思いい立ち、午後一時過ぎころ、Xに対し、Xの家に行ってよいかと電話し、了承を得られたため、酒とお菓子を手土産に、X宅を訪問した。そこにおいて、Xが異性関係の話題を持ち出したことなどから、YはXとの性行為をするに至った。その後、同年二月二〇日には、二度目の性行為が行われている。

争点は、性行為につきXの同意があったか否かである。この点につき、地裁と高裁とでは判断が分かれた。東京地裁は、次のように述べて、同意があったと判示した。

② 東京地判平成二四年一月三十一日(労判一〇六〇号三〇頁)

「Xは、Yとの二度の性交渉について、強姦であり、同意していなかった旨主張し、同旨の供述等がある。

しかしながら、Xは、一度目のときは、『こういうことはためです』『奥さんがいますよね』などと言うのみで、その他にYの行為を拒絶する素振りを見せず……、二度目のときは、やはりYの行為を拒絶する素振りを、見せていない……。

そして、Xは、二度目のとき、YがXと性交渉を目的に来ると思ったが、自分はY会社の内定者であり、G会社代表者のYの訪問を断って内定取消し等になるのが怖く、訪問を了承した旨供述するが、最初から訪問の目的が分かり、それが嫌なのであれば、平成一九年一月三〇日に訪問を断つたように……、断ることも十分可能であつたはずである。

……そうすると、Xが、Yとの性交渉に同意していなかった旨の供述等は採用できないというべきである」。

(裁判官・大野昭子)

裁判官・大野昭子は、このように説いて、Xの請求を棄却した。この裁判官は、Xがどのような立場に置かれていたのかに関する供述を一顧だにせず、もっぱら「拒絶する素振り」の有無だけを評価対象として取り上げ、しかも、Xは断ることもできたのに断らなかつたのは、同意していたからだ、という固定観念に支配されている。これに対するXからの控訴を受けて、東京高裁は、一審判決を取り消した。いわく、

「Yは、……Xの態度から、Xは、同意の上でYとの性行為を行ったと主張する。しかしながら、Xは、心理的に抵抗できなかったたのであり、同意したわけではない旨供述している(証拠略)。そして、Xは、翌年四月にG会社に入社することが内定した大学四年生であつたのであり、……在学中でありながら、親元を離れて

単身で大阪で生活し、翌年入社予定のアルバイトとしてG会社に勤務するようになったものに対して、YはXに対して人事権を有するG会社の代表取締役であったのであるから、XがYが訪問することを受け入れ、Yの要求に応じて性行為を受け入れたことについては、それがXの望んだことではないことは明らかであり、Xは自分の置かれた立場を考えてやむなく受け入れたものと認めるのが相当である。したがって、XがYの要求を拒絶することは不可能であったとまではいえないが、心理的に要求を拒絶することが困難な状況にあったものと認められ、Xが性行為を受入れたからといって、Xの自由な意思に基づく同意があったと認めることはできない。

「当時置かれていたXとY双方の立場を考慮すれば、Xの自由な意思に基づく同意があったと認めることはでき〔ず〕……、Yの代表取締役であるという立場を利用してXとの性行為に及んだYの行為は、Xの性的自由及び人格権を侵害した違法な行為であり、Xに対する不法行為を構成するものといふべきである。」

(裁判官・福田剛久、孝橋宏、中野琢郎)

このように、裁判官(福田剛久・孝橋宏・中野琢郎)は、本件の具体的背景にまで踏み込んだ上で、Xに真の同意があったかを問題にしている。その上で、端的に、Yは「代表取締役であるという立場を利用してXとの性行為に及んだ」として、自由意思に基づく同意の存在を否定している。その点で、XはYの性行為を拒絶することができたはずだ、と決めつけた地裁判決と対照的である。ここに、強制同意の一つの認定のあり方が示されている。

判決は、以上のように述べて、Yに対して、慰謝料三〇〇万円、弁護士費用三〇万円の支払いを命じた⁽¹⁰⁾。なお、Yは、いわゆる雇われ社長であり、事件の発覚後、辞任している。

2 最高裁の見方

判決①②のような事案に関する最高裁判決は、未だ見られない。だが、性交を伴わないセクシャル・ハラスメントが原因で職場において懲戒処分を受けたYが、その取り消しを求めた事件に関しては、二つの最高裁判決が存在している。そこには、強制同意に関する最高裁の見識が示されている。順次、検討しよう。

③最判平成二七年二月二六日（判時二二三三三〇七頁——海遊館事件）

水族館の経営等を目的とするK社の男性従業員であるY₁Y₂は、女性従業員であるXに対し、一年余にわたって性的発言を繰り返していた。すなわち、Y₁は、自らの不貞に関する性的な事柄を具体的に話し、また、「俺のん、でかくて太いらしいねん。やっぱり若い子の方がいいんかなあ」など、合計八件のセクハラ発言をし、Y₂は、「いくつになったん」、「もうそんな歳になったん。結婚もせんでこんな所で何してんの。親泣くで」などと言うなど、合計六件のセクハラ発言をした。

K社は、Y₁Y₂がセクハラ行為をしたとのXの申告を受けて、事情聴取等を行った上、Yらに対し出勤停止の懲戒処分をするともに、下位の等級に降格させた。これに対して、Yらは、懲戒処分および降格は無効であると、K社を相手に訴えを提訴した。

第一審（大阪地判平成二五年九月六日労判一〇九九号五三頁——裁判官・馬場俊宏）は、懲戒処分等を有効として、Yらの請求を棄却した。これに対して、控訴審（大阪高判平成二六年三月二八日労判一〇九九号三三三頁——裁判官・水上敏、平野剛史、山田兼司）は、Yらは、Xから明確な拒否の姿勢を示されておらず、そのような発言もXから許されていると誤信していたこと等を考慮すると、懲戒解雇の次に重い出勤停止処分を行うことは酷に過ぎ、本件各処分は権利の濫用として無効である等として、第一審判決を変更し、Yらの請求を一部認容した。これを不

服として、K社が上告した。

最高裁は、原判決中、K社敗訴部分を破棄し、Yらの請求を棄却した第一審判決を正当として、控訴棄却の判決を言い渡している。ここで注目したいのは、XがYらのセクハラ行為に対して明白な拒否の姿勢を示さなかったことについて、最高裁が経験則の内容として説いている部分である。いわく、

「原審は、Yらが従業員Xから明白な拒否の姿勢を示されておらず、本件各行為のような言動も同人から許されていると誤信していたなどとして、これらをYらに有利な事情としてしんじやくするが、職場におけるセクハラ行為については、被害者が内心で著しい不快感や嫌悪感等を抱きながらも、職場の人間関係の悪化等を懸念して、加害者に対する抗議や抵抗ないし会社に対する被害の申告を差し控えたりちゅうちよしたりすることが少なくないと考えられること……等に照らせば、仮に「Xに」上記のような「明白な拒否の姿勢を示さないという」事情があつたとしても、そのことをもってYらに有利にしんじやくすることは相当ではないというべきである」。

(裁判官・金築誠志、櫻井龍子、白木勇、山浦善樹、池上政幸)

最高裁は、XがYらに対して抗議・抵抗したり、会社に対して被害を申告したりすることが困難だという実態を率直に認めている。その上で、職場の構造やその独特の雰囲気の中で、XがYらのセクハラ行為を明白に拒否しなかったことが、Xの不利益に、つまり同意していたかのごとくに理解されるべきではない、と説く。ここでは、Xの不作為は同意を意味しない、という経験則が認められている。その際、裁判官(金築誠志、櫻井龍子、白木勇、山浦善樹、池上政幸)は、Xの目線に立つて、そもそもなぜノーと言えないのかという、セクハラ問題の

本質的構造を見事に捉えている。

④最判平成三〇年一月六日（判タ一四五九号二五頁——加古川市事件）

Yは、平成三年に加古川市に採用された一般職に属する男性の地方公務員であり、同二年四月から自動車運転士として、主に一般廃棄物の収集および運搬の職務に従事していた。Yは、勤務時間中である平成二六年九月三〇日午後二時三〇分頃、加古川市の市章の付いた作業着である制服を着用してコンビニ店舗を訪れ、顔見知りであった女性従業員Xに飲物を買って与えようとして、自らの左手をXの右手首に絡めるようにしてショーケースの前まで連れて行き、そこで商品を選ばせた上で、自らの右腕をXの左腕に絡めて歩き始め、その後間もなく、自らの右手で本件従業員の左手首をつかんで引き寄せ、その指先を制服の上から自らの股間に軽く触れさせた。Xは、Yの手を振りほどき、本件店舗の奥に逃げ込んだ。このことが問題となり、Yは停職六月の懲戒処分を受けた。Yが、それを不服として、加古川市には裁量権の範囲を逸脱し、またはこれを濫用した違法があるとして訴えたのが本件である。

ここでも、最高裁は、Yの主張を認めた原審の判断には違法があるとして破棄自判をしている。その際、Xの同意に関して、原審と対照的な判断を示している。最高裁によれば、原審（大阪高判平成二九年四月二六日・平成二九年（行コ）第三号TKC二五五六一九一三）は、次のように判示している。

「Yによる行為……は、以前の顔見知りに対する行為であり、本件従業員Xは手や腕を絡められるという身体的接触をされながら終始笑顔で行動しており、これについて渋々ながらも同意していたと認められる」。

（裁判官・藤下健、石原稚也、山田健男）

これに対して、最高裁は、次のように説く。

「……Yと本件従業員Xはコンビニエンスストアの客と店員の関係にすぎないから、Xが終始笑顔で行動し、Yによる身体的接触に抵抗を示さなかったとしても、それは、客との間のトラブルを避けるためのものであったとみる余地があり、身体的接触についての同意があったとして、これをYに有利に評価することは相当でない。」

(裁判官・岡部喜代子、山崎敏充、戸倉三郎、林景一、宮崎裕子)

ここでは、上記の事件①～③と異なり、組織内の従業員と組織外の顧客との関係が扱われている。そしてここでも、最高裁は、客と従業員という関係性に着眼して、終始笑顔で対応して明確な抵抗を示さなかったXにつき、同意をしたと評価してはならない、と明確に説いている。そのように説いた上で、「洪々の同意」を認めた大阪高裁の判断を覆している。それは、Xが組織外の顧客Yに対して曖昧とも言える態度を示したのは、Xが組織内において置かれた立場に起因している、と評価したからであろう。そこから、判決①～③と同一の扱いが導かれている。

ここでも最高裁の裁判官(岡部喜代子、山崎敏充、戸倉三郎、林景一、宮崎裕子)は、「従業員が終始笑顔で行動し、Yによる身体的接触に抵抗を示さなかった」事実の背景、いかえればYの置かれた環境にまで踏み込み、あくまでもYの目線に立った上で、同意の有無を判定している。この判断方法は、当然、性行為が問題となった場面でも用いられることになろう。

二 「真の同意」判定のための判断枠組

そもそも性行為自体は、何ら違法ではない。その点で、殺人や傷害、あるいは所有権侵害と異なっている。それらの行為とは異なり、性行為自体は違法性を内包していないからである。その意味で、性行為は、法的には、無色でニュートラルな行為とすることができる。それは、たとえばカップルが一緒に食事を楽しんでいるのと、何ら異ならない。強いて適法か違法かを問うならば、自然の営みとしての性行為自体は不法行為にはならないという意味で、適法というほかない。

性行為に違法性が刻印されるのは、Xが望まない性行為をYによって強いられた場合、すなわちXに真の同意がない場合に限られる。⁽¹⁾ところが、Xがその意に反する性行為がなされたと主張する場合でも、設例や判決①②のような場合には、最終的にはXは性行為を拒否しなかったという意味では、何らかの同意があったように見えるのが普通である。だとすると、いかにすれば、Xには真の同意がなかったこと、すなわち強制同意しかなかったことを認定することができるのだろうか。そのため、まず、不法行為の要件の一つである「違法性」という観点から、強制同意を認定するための判断基準を示したい(1)。

もう一つの不法行為の要件、すなわち「故意・過失」も、性行為の特性を踏まえた上で、捉える必要がある。強制同意の場面では、少なくとも表面的には、Xは性行為に同意したように見えるからである。とくにYからは、そう見えることが多いだろう。それゆえ、故意・過失の対象も、性行為を違法とする事由、すなわち、Xには真の同意がなく、強制同意しかないこと、でなければならぬ。⁽²⁾その角度から、故意・過失の問題を考察しよう

1 法益侵害・違法性——格差構造という視点

性行為の違法性の有無は、理論的には、Xの同意の有無によって決まる。ところが、判決①②の検討からも明らかのように、性行為についての同意は、「ある」か「ない」かではなく、グラデーションを保ちつつも、何らかの形で存在しているといつてよい場合がほとんどである。現実には、同意の中に、様々なものが混じっているのである。その中から、性行為に違法性を刻印するに相応しい「強制同意」を抽出しなければならない。

だが、同意それ自体をいくら分析しても、答えは出てこない。設例や判決①②の事案を見れば分かるように、Xは最後にはYとの性行為に同意した、少なくとも拒否しなかった、という点は動かしようがないからである。その点で、同意が全くないとされる刑法上の強制性交罪とも区別されるわけである。

だとすると、Xが〈同意〉するに至った事情に光を当てる必要がある。実際、判決①④が、Xが同意したかのような態度を示すに至った事情(背景・環境)に着眼しているのは、いくら同意それ自体にこだわっても、何ら有意的な指針は得られない、と考えたからであろう。

そもそも、Xの同意の意味があるのは、Xが〈同意する・しない〉を自由に選択できる場合だけである。Yとの間に存在する力の格差のゆえにXに対して強制的な力が働いたときには、同意はその前提を失う。たしかに、①②判決の事案においても、Xにはなお最後までYとの性行為を拒否する自由があったはずだと強弁して、自由意思の神聖さと不可侵性を説くことができないわけではない。だが、それは非現実的で空虚な観念論でしかない。力のない者は、力のある者(優越的地位にある者)の行為に同意する以外に、自由も選択肢もない、あるいはほとんどない、というのが現実だからである。

この現実を無視して、観念的・抽象的に自由を考えた典型例が判決②(判決②の原審判決)であった。担当裁判官は、本_三に嫌なら抵抗できたはずだと考えて、⁽¹³⁾Xが性行為を拒絶する素振りを最後まで見せなかったことに、

真の同意を見出したのであった。あたかも、Xは、拒否する自由を奪われたり、制約されたりすることはなかったかのごとくである。しかし、そのような見方は、その控訴審判決②によって、現実を理解しないものとして否定されている。実際、判決②は、Xが同意するに至った経緯・背景、要するにXの置かれた「場の構造」を正面から取り上げて、Xが拒否する自由を持っていたかを問題にしている。場の構造を捨象すると、Xの同意を同意たらしめる前提たるXの自由の有無、ひいてはYの行為の違法性の有無を的確に判断することができないと考えたからである。判決①④は、いずれも、XY間に存在する力の格差構造の中にこそ、Xの強制同意の源があると考えている。

そこで、以下においては、性行為の違法性を認定するための基準として、場の格差構造を、(1)組織的格差、および、(2)個人的格差という二つの相において捉えることを提案したい。その上で、(3)設例のような場面に置かれたXの〈拒否の自由〉の中身を具体的に考察しよう。

(1) 組織的格差

組織的格差とは、社会的分業の結果として作り出された組織における構造的な力の格差をいう。典型的には、職場内において、上司と部下との間に存在する組織上の上下関係を指す。

このような見方は、すでに従来から何らかの形で意識されてきた。たとえば、ある論者は、裁判官の視線が当事者の置かれた支配・従属関係や権力関係に向けられており、そこでは加害者の社会的地位が安定しているのに対して被害者の社会的地位は不安定であるという事実が析出されている、と述べている⁽¹⁵⁾。また、圧倒的な権威の差や暗黙のプレッシャーのある中での同意は、真の同意ではないとも論じられている⁽¹⁶⁾。さらに、Xが支配・従属関係の下に置かれている場合には、YがXは性行為に同意したと主張しても認めないという明確な方向性が近時の

裁判所には見られる、とも述べられている。⁽¹⁷⁾ これらは、いずれも何らかの格差を意識したものだといえる。私は、そのような見方を的確に表すためには、組織的格差という概念が有用だと考える。

組織的格差は、企業や役所の「職場」においてのみならず、研究・教育・スポーツ・芸術・芸能などにおける「指導・被指導」の関係においても、存在している。格差は抑圧を生み、抑圧は自由を奪う。

以下では、組織的格差につき、(a) 具体例、(b) 要件・効果、(c) 政策的インプリケーションの順に論じよう。

(a) 具体例

たとえば、判決①は、一方で、Yが「職場における上司と部下などの上下関係、優劣関係を背景に、圧倒的な力の差を利用し」、他方で、Xが「上司である加害者を怒らせないようにして自分を守ろうとする無意識の防衛本能が働くため、加害者に逆らうことができず、喜んで従って見える」ことを認めている。判決②も、「Yの代表取締役であるという立場を利用してXとの性行為に及んだ」こと、そして、「Xは自分の置かれた立場を考え、てやむなく受け入れた」ことを認めている。そこで語られているのが、組織的格差である。また、判決④は、「Yと本件従業員Xはコンビニエンスストアの客と店員の関係」、つまり「客と従業員」という組織的格差があったことを認めている。これらの判示部分はすべて、組織的格差に関する事実認定として理解することができる。

(b) 要件・効果

職場内において、上司が、法的な意味、あるいは組織内のルールとして、厳密な意味での指揮命令権限を有することは、組織的格差を認定する上で、必ずしも必要でない。「上司」というだけで、「部下」とっては、自由意思に対する構造的・潜在的な脅威になるからである。とくに、「新人」とっては、組織上の権限関係などは

眼中になく、新しい職場で仕事について手ほどきをしてくれる者が「上司」として現れる。新人にとって上司と上手くやっていけるかが職場に馴染めるかの分かれ目だからである。新人の中でも、正規社員と比べて立場の弱い非正規社員の方が、上司との組織的格差は広がる（判決②④はそのような例）。

上司は、日常的に、その法律上・事実上の権限を背景に、部下を指揮・命令・管理・評価し、部下の雇用や出世を左右しかねない存在として現れる。これを受けて、部下は、上司によって自分の地位・将来、労働の質が左右されるのではないかと考えるのが普通である。だから、組織的格差が存在する場合には、部下の自由は構造的に制約されることになる。それゆえ、部下が上司による性行為を受け入れたときには、まずもって部下の〈拒否の自由〉が組織的格差によって構造的に制約されていたからではないか、と考える必要がある。

このような事情から、上司と部下との間で性行為がなされた場合には、対等の部下同士で性行為がなされた場合と異なり、部下は同意していた、という経験則を働かせてはならない。働かせるべきは、部下は強制同意の結果、性行為に応じたに違いない、という経験則だからである。上記裁判例において、裁判官が、「〔Xが〕職を失うことを危惧してこれに応じたにすぎない」（判決①）、あるいは、「Xは自分の置かれた立場を考えてやむなく受け入れた」（判決②）と述べたとき、そこには組織的格差が強制同意を生んだという認識が示されている。

そのことは、たとえ部下Xが上司Yに「喜んで従って見える」場合でも変わらない。なぜなら、「職場における上司と部下などの上下関係、優劣関係を背景に、圧倒的な力の差」があるので、「〔Xは〕Yに逆らうことができず」、「Xが職場の上司Y……を怒らせないようにして自分を守ろうとする無意識の防衛本能が働く」からである（判決①）。のみならず、仮にXがYとの性行為を積極的に「歓迎」しているような態度をメールなどで示したとしても、「歓迎」自体が組織的格差の反映でないかが疑われるべきである。判決①が、「ラブホテルをXが探したことをもって、……Xが性行為に積極的であったと認めることはできない」と説いているのは、そのような

「見方を表したものと言うことができる。」

組織的格差という角度から、設例を考えてみよう。ここでは、「Xは二六歳女性、新人の非正規社員であり、Yは四一歳男性で、Xの上司にあたる正規社員である」という記述から明らかのように、組織的格差が存在している。だから、「Xは、イヤな気持ちはあったものの、Yが上司であったことから、明確にイヤとは言えなかつた」のである。組織的格差がXの許否の自由を奪ったからである。たしかに、「Xは、Yに指示されるままにホテルの予約までさせられてそこで一夜を明かすなど、合計四回の肉体関係を持った」とされているが、これもXの同意を推認すべき事実としてではなく、組織的格差の反映として捉えるべきである。

以上、要するに、組織的格差がある場合、そこでXが性行為に同意したように見えても、経験則上、それは強制同意としての価値しかないと評価すべきである。その結果、Yの性行為には、違法性の烙印が押されることになる。

(c) 政策的インプリケーション

組織的格差という見方からすると、上司と部下の間の「職場恋愛」は、原則として、部下の強制同意に基づくものと評価されることになる。このように一刀両断に切り捨てることについては、余りに短絡的で、上司の「恋愛（不倫？）の自由」を不当に制限するものである、と批判されるかもしれない。あるいは、上司にすれば、そのような自由の制約はとも受け入れ難いと考えるかもしれない。

だが、もし組織的格差に由来する強制同意のルールが、上司の自由に対する不当な制限であり、とても受け入れ難いというのであれば、上司としては、格差のないフラットな組織に改めれば足りる（例、上司の定期的相互選抜システムの導入、全社員の正規雇用化）。それができなければ、上司は組織的格差の維持に加担した者として、

それに伴う責任から逃げることはできない。上司が組織的格差を温存したまま責任を免れたいのであれば、部下との性行為を慎めば済むだけの話である。Yが性行為のパートナーを欲するときは、上司として組織内ではなく、一般人として組織外に求めるべきである。ここに見られるのは、あくまでも上司という立場に付随する制約に過ぎず、それを超えて上司の人としての一般的自由に対する制約ではない。立場に付随する制約が不当だと主張するような上司は、部下の目線に立って、部下という立場に置かれた者から見える風景に少しでも思いを致すべきである。

もつとも、組織的格差が存在する場面においても、そこから導かれる経験則（同意の不存在に関する事実上の推定）⁽¹⁸⁾を破るため、上司が、部下と恋愛関係にあった、あるいは部下が性行為につき真に同意していた、と証明することは妨げられない。それは、組織的格差を超えた恋愛や同意というべきであって、例外的な場合にしか認められないであろう。それをどう認定し、どう扱うかは、組織的格差を踏まえた上で、最終的に、次の個人的格差の角度から考察するのが適当である（2）(b)。

(2) 個人的格差

人にはそれぞれ雰囲気のようなものがある。たとえば、柔和で、相手の気持ちや感情を直ちに理解して、細やかな配慮のできる人がいる。それとは逆に、抗しがたい雰囲気を漂わせ、強引、高飛車で、攻撃的な人もいる。一度決めたら決して譲歩することを知らず、とくに興奮したときに反抗すると何をするか分からない人もいる。このように、人のあり様は色々であるが、ある人を前にすると、どうしても気後れしてしまつて逆らえない、ということがある。そこで生じる力の格差を「個人的格差」と呼ぼう。それは、各自が各々個性を備えた存在として他者と向き合うときに直面する格差である。

個人的格差は、年齢的・体格的・経済的・心理的な所与に起因するものもあれば、言動や身体的動作といった行為に起因するものもある。暴行・脅迫は、行為によって作られる個人的格差の極限形態だといってよい。格差は抑圧を生み、抑圧は自由を奪う。

職場においては、上下関係という形で、すでに組織的格差が存在している。それに加えて、個人的格差が存在すると、Xの自由意思はさらに強く抑圧されることになる。実際、判決①は、上記の紹介では省略したが、組織的格差だけでなく、個人的格差についても言及している。いわく、「Yは」Xに対して、積極的かつかなり執拗に性的な発言や性的接触行為を繰り返し……、XがYの性的接触を拒否する態度を明確に示すと、YはXに対して業務を与えない、話しかけないなどして、職場から孤立させる嫌がらせをした」。この事実認定は、組織的格差が存在するところに、個人的格差が重なったという見方を示すものとして理解することができる。そして、二つの格差が重なるところでは、Xは強制同意をするしかなかったことが、より強く推認される。

以下において、個人的格差が、具体的にどのよう作用するかを検討しよう。個人的格差は、性行為に関するXの真の同意の存在を、(a)否定する方向に働くこともあれば、(b)ごく例外的とはいえ、肯定する方向に働くこともある。

(a) 同意を否定する方向に働く場合

個人的格差の本体を見極めるためには、組織的格差のない場面に焦点を当てて考える必要がある。純粹かつ典型的な個人的格差は、刑法上の強制性交（強姦）に見られる。ここでは、Yの暴行・脅迫によって、個人的格差が作出される。たとえば、ある刑事判決の次のような事実認定部分には、個人的格差が析出されている。

⑤山形地判平成三〇年四月二十五日（平成二九年（わ）第三一号・同年（わ）第八九号TKC二五五六〇六四七）

「Yが」強姦の目的で、平成二五年一月二日午前五時三〇分頃、X方に、玄関ドア又は東側窓から侵入し、その頃から同日午前六時三〇分頃までの間に、同所において、就寝中のX（当時二一歳）に対し、その口にクロ、ホ、ル、ムを染み込ませた紙タオルを押し当てて口をふさぎ、Yの身体を押さえつけ、『静かにしろ。』と
言うなどの暴行、脅迫を加え、その反抗を抑圧した上、強いてXを姦淫し「た」。

（裁判官・兒島光夫、馬場崇、小野寺俊樹）

この判決の事案は、通りすがりのYがXに対して性行為を行ったというものであって、職場における組織的格差といった要素は全く見られない。だから、組織的格差の論理は働く余地がない。それゆえ、この判決は、暴行・脅迫・抑圧という強姦罪の要件事実にして、個人的格差を認定したものとして理解することができる。判決は、この部分を含む事実認定に基づいて、Yを住居侵入、強姦致傷、強姦の罪で、懲役二一年の刑に処している。

もう一つ、個人的格差に着眼した刑事判決を見ておこう。

⑥東京高判平成二九年一月六日（平成二九年（う）第八二四号TKC二五五四九八三八）

事案は、YがXをホテルに連れ込んで、下着姿や全裸姿を撮影していたところ、Xは強姦されると思い、一度は、「お金も要らないし、写真も好きに使っていいから帰してください」と言って、全裸で退室しようとしたが、YがXを強制的にベッドまで連れ戻してXと性交をした、というものである。判決は、原審におけるXの次のような証言を取り上げている。

「〔Xは〕……本件客室で、Yから下着姿になるよう指示され、そのとおりにすると、Yが自己の携帯電話機で写真を撮り始めたので、不審に思い、『下着モデルじゃないの』と聞くと、『ちげーよ、何聞いてきたの、エロサイトの撮影だよ』と強い口調で言われた。そのとき、Yは優しい感じから、怒った目、人を殺しそうな顔に変わっており、逆らったら何をされるか分からないと思います、写真撮影に応じた」。

裁判所は、この証言の真偽を評価して、以下のように説く。

「〔Xは〕最初の話よりも露出度の高い扇情的な下着や全裸での写真の撮影に素直に応じた……。そうすると、撮影を断ったり、条件を交渉するのを躊躇させる何らかの事情があったことが推認される。Yが怖い顔をして、強い口調でやるように求めたというXの証言は、この欠けている経過を自然に説明するものである……」。

(裁判官・青柳勤、岡部豪、溝田泰之)

このように、本件裁判官(青柳勤・岡部豪・溝田泰之)は、Xの無抵抗を説明するため、Yの「怒った目、人を殺しそうな顔」という証言、そして、「Yが怖い顔をして、強い口調でやるように求めた」という証言を事実として認めている。ここでは、典型的な形で個人的格差が認定されている。この事実認定に基づいて、判決は、Yを懲役四年六月の刑に処している(原審は事実認定を若干異にしていたが結論は同じ)。

判決⑤⑥が析出した個人的格差という見方は、民事分野でも等しく妥当するはずである。それは、Xの無抵抗が真の同意と捉えられかねないような場合においても、それを否定して強制同意しかなかったと認定するための

強力な武器を提供するものである。

このような観点から、設例を考えてみよう。そこには、「その会の帰り道、Xは突然、Yに言い寄られ、困惑しているうちに無理矢理手を引つ張られて、近くのラブホテルに連れ込まれ、興奮して制御不能となったYに押し切られる形で肉体関係を結んでしまった」という記述が見られる。この部分は、Yの行為によって個人的格差が生じたことを示す事実として、取り上げるべきである。のみならず、そもそもXとYの間には、一〇歳以上の年齢格差がある。Yの具体的な行為を取り上げる以前に、X・Y間には、所与の事実として個人的格差が存在しているのである。この点で、たとえば、学生同士のコンパの後、Yが同年代のXを誘って性行為をした場合とは異なっている。もちろん、たとえばコンパの二次会において、YがXに酒を飲ませて意識朦朧とさせ、それに乗じて性交に及んだ場合、たとえXがその場で抵抗することなく、性交に同意していたように見えたとしても、Yは自らの行為によって作出した個人的格差を利用した者として扱われることになる。その場合、Yの性行為は違法性を帯びる。

以上、要するに、Yの年齢・体格・経済力・性格から見て、あるいは、Yの具体的な言動ないし身体的動作から見て、Xとの間に個人的格差があると認められるときには、Xは強制同意しかなかったものと推認され、Yの性行為には違法性が刻印される。

(b) 同意を肯定する方向に働く場合

組織的格差が存在しても、個人的格差のあり様によっては、Xの真の同意を肯定すべき場合がある。そのことを認めた例として、判決②を挙げることができる。上記の紹介では省略したが、この事件においては、Xは、Yとは別に、Y₁をも性行為の加害者として訴えていた。東京高裁が、Y₁に対する請求を棄却するに際して、次の

ように説いている点が注目される。

「Xは、〔Y₁が〕平成一九年一二月二〇日に、Xを自宅に強引に連れて行き、『嫌だ』『触らないで』と抵抗したXを強姦したほか、平成二〇年二月中には、週二回ほどの割合でX宅でXを強姦した旨主張している。

しかしながら、証拠(略)によれば、Y₁は独身であり、Xに好意を抱いていたが、平成一九年一二月一六日の懇親会の後、Y₁がXにXの自宅を訪ねることの可否を電話で尋ねたところ、Xは、これを承諾し、Xの自宅で二人だけで酒を飲んだこと、一二月二〇日に、Y₁とXはいったん自宅に戻った後、近所のおでん屋で落ち合い、酒を飲んだこと、その後、Y₁の自宅で飲み直すことになり、Xも歩いてY₁宅に赴き、二人で酒を飲んだ後、性交渉を持ったこと、Xは、当日そのままY₁方に泊まり、翌日、Y₁が出勤した後にY₁方を出たこと、その後、XとY₁は休日、二人で水族館やアウトレットに出掛けるようになり、平成二〇年二月中には、週二回ほどの頻度で、X宅で二人で酒を飲んだ後性交渉を持ったことなどの事実が認められ、これらの事実からすれば、Xは、平成一九年一月中旬から平成二〇年二月までの間、Y₁と極めて親密な関係にあったと認められ、Xは、自由な意思に基づいて、Y₁と性交渉を持ったものと認めるのが相当である。

したがって、Xの上記主張を採用することはできない。」

Y₁は、Xが勤めていたa店の店長であった。だから、そこに組織的格差があったことは否定できない。けれども、判決は、XとY₁が、頻繁に待ち合わせをしたり、出かけたたりして、「極めて親密な関係」にあったことを認めた上で、Xが「自由な意思に基づいて、Yと性交渉を持ったもの」と認めている。そこでは、XとY₁間との「極めて親密な関係」が、組織的格差を無意味にするものだと考えられている。判決がいう「極めて親密な関係」

は、個人的格差の単なる不存在ではない。より積極的に、人格的な交流、互いの人としての尊厳を前提とした対等な交わりとすべきものである。なぜなら、単なる個人的格差の不在というだけでは、組織的格差を消去するには不十分だと考えられるからである。ここで問われているのは、Yが、Xを単に自己の性的欲求を満たすための道具として扱ったのか、それともXの人格と尊厳を認めて、人と人として、交際していたのか、である。判決が、水族館やアウトレットでデートを重ねていたことに言及しているのは、それが人格的な交わりを推認すると考えたからであろう。そのような関係であれば、Xは性行為を拒否する自由を制約されることはないので、性行為が違法になることもない。判決は、そのような思考回路を辿ったものとして理解することができる。

たしかに、上司と部下の間でも、本場の職場恋愛が成立する場合があることは、経験の教えるところである。ただし、その場合には、たとえ結末がどうなるうとも、XはYを訴えたりしないはずである。恋愛は、本来、法の世界の外で育まれるものからである。だから、Yとしては、一つの職場恋愛が終わったと思っていたときに、突然、Xから訴えられると、恋愛感情がこじれて逆恨みされたと感じるかもしれない。

けれども、Xによる訴えは、そもそも恋愛の名に値する関係や恋愛感情など、一切なかったと主張するものである。だから、そこでXが真に性行為に同意していたか否かは、法的な問題として、あくまでも法の世界において、Xの置かれた環境、すなわち組織的格差と個人的格差という二つの角度から判断すべきである。そのどちらかが認定できれば、経験則として、強制同意を推認すべきである。また、一つの格差構造だけでは強制同意を推認するには足りないときでも、もう一つの格差構造と合わせれば十分に推認できるという場合もあるだろう。

Xは、二つの格差構造の重なる場面に置かれると、性行為を拒否する自由をほぼ完全に失うことになる。したがって、Yの性行為は強く違法性が推認されることになる。けれども、翻って考えてみると、強制同意の問題を考える際に、Xの〈拒否の自由〉は、どれほどの意味を持つのだろうか。項を改めて考えてみたい。

(3) X の〈拒否の自由〉

X の〈拒否の自由〉は、性行為に向けての Y の態度が時々刻々と具体化してくるに従って、次第に狭められていく。ここでは、X の〈拒否の自由〉を考えるため、設問に即して、Y が、X と性行為をする意思を露わにした時点、すなわち「帰り道、X は突然 Y に言い寄られ、困惑しているうちに無理矢理手を引つ張られて近くのラブホテルに連れ込まれ」そうになった時点で焦点を当ててみよう。その場面において、X がどのような行動を選択することができるのかを考えてみたい。

この場面では、Y が暴行を加えて性行為に及ぼうとするとときと比べると、X は、比較的冷静さを保つことができ、それゆえ〈自由意思〉を働かせることができる可能性が高い。もちろん、X は常に冷静に自由意思を働かせることができるとは限らない。突然、信頼していた上司の Y から言い寄られて、X は頭が真っ白になって、体が硬直し、声も出ない、ということもありうるからである。あるいは、混乱して、どう判断して良いか分からなくなって、ずるずると Y の言いなりになってしまうことも考えられる。そのような場合には、X の〈拒否の自由〉を語る余地はなく、したがって、Y の性行為は違法性を帯びる。問題は、X が、ある程度冷静さを保った状態で Y との性行為を拒否すべきかどうかにつき、〈自由意思〉に基づいて判断することができると考えられる場合である。

まず最初に、X は、意を決して、組織的格差・個人的格差をもとめせず、Y との性行為を明確に拒否することを考えるであろう。しかし、直ちに、X は得体の知れない不安に襲われることになる。なぜなら、そのような態度をとると、性行為を迫るという理不尽な態度を示している Y が、一体何をするのか、X は合理的に予想することができないからである。実際には、Y は X の拒否を洪々受け入れるかもしれない。だが、後に、職場においてどのような報復が待っているのか、X は不安を覚えるだろう。あるいは、Y は、X の拒否によってメンツを

失ったと感じて激怒して、無理矢理ホテルに連れ込んで、暴力でXの拒否・抵抗を押さえて、強姦するかもしれない。そうなれば、Xは怪我をさせられるかもしれない。のみならず、殺される可能性もゼロとはいえない。⁽¹⁹⁾ それらすべてが、得体の知れない不安と深刻な脅威となつて、一気にXに向かつて迫ってくる。

このように分析すれば明らかなように、Xが性行為を拒否する意思をYに対して明確に伝えることは、何ら最終的な〈解決〉ではなく、別の予想し難く不気味な展開への〈序章〉に過ぎない。すべては、Xに拒否されたYの出方次第だからである。それゆえ、Xは、最悪の結果を想定し、その覚悟がなければ、Yとの性行為を明確に拒否することはできないのではないだろうか。

むしろ、Xは、冷静であればあるほど、得体の知れない不気味な結果を避けたいと考えるかもしれない。だとすると、Xにとつては、強くは拒否しないことが、最も合理的な行動だということになる。そのような態度を示しただけでも、Yは、Xが性行為に消極的であることを察して、一線を越えることを踏み踏み留まってくれるかも知れないからである。Xの一番の願ひは、そこにあるだろう。だが、強くは拒否しないというのは、曖昧な態度である。だから、Xの願ひとは反対に、Yは、Xの態度を——自分勝手に都合良く——同意したものと解釈して、性行為に及ぶかもしれない。その場合、Xには、意に反する性交という重大な結末が待ち構えている。けれども、それは、さしあたり、その場限りのものであつて、Xにとつて「比較的」予測可能かつ限定的なものである。「比較的」というのは、Xが明確に拒否したときに口を開けて待つている不気味な結末と比べてのことである。

予測可能な結末と、予測不可能な結末。その間に立たされた時、〈自由意思〉を備えたXは、どちらを選択するだろうか。まさに、それはXの自由である。少なくとも、Xが、強くは拒否しない態度を示したとき、誰も、Xの選択を非合理だとして、「もし本当に同意していないならそのような態度は取らないであろう」とか、「同意がなければ説明がつかない」と責めることはできないはずである。

そもそも、格差構造を利用して、Xを〈究極の選択〉に追い込んだのは、Yである。しかも、そこでXに与えられた選択たるや、いずれにしてもX自身が被害を被る点で五十歩百歩の〈負の選択〉であって、およそ、人の尊厳とは相容れない残酷なものである。だから、Xが、最終的に、Yとの性行為を拒否しなかったとしても、その選択自体には、何らの価値も認めるべきではない。もちろん、そこにはXの真の同意などありえない。そのような状況下においてXに残された自由は、そもそも自由の名に値するものとは言えないからである。

ここで想起すべきは、意思表示の場面で、Yが詐欺・強迫によって不当な干渉をしたときには、Xは、その結果なされた意思表示を取り消すことができるというルールである(民法九六条)。ここでは、自由意思への不当な干渉と、そこでなされた意思表示との間に因果関係さえあれば、意思表示は意思表示としての価値を失うとされている。注意すべきは、表意者の自由がどの程度制約されたかは問題とされないことである。それと同様に、Yが格差構造を利用して、Xの〈拒否する自由〉に対して不当な干渉をしたときには、その結果なされたXの〈同意〉は、同意としての価値を失うと解すべきである。格差構造と〈同意〉との間に因果関係さえあれば、真の同意はなかったと評価されるのである。因果関係は、格差構造がなければXは同意しなかったであろうという場合には認められ、その結果、性行為は強制同意の下で行われたものとして、違法性を帯びることになる。要するに、Xの〈拒否の自由〉がどの程度制約されたかは問題にならないし、問題にすべきでもない。

2 故意・過失——誤想同意と心的要因

Yの故意・過失の問題を考えるためには、まず、その対象を特定しておく必要がある。一般に、「故意・過失」の対象は、違法な結果(損害)の発生である。性行為は、相手方の同意がないときに限って違法性が刻印されるので、相手方の同意が全くないまま性行為がなされた場合には、「同意のない性行為」が違法な結果であり、そ

れが故意・過失の対象である。したがって、故意とは、相手方の同意のないことを知りつつ性行為をしたこと、また、過失とは、相手方の同意のないことを知ることができ、かつ知るべきであったのに、知らずに性行為をしたこと、と定義することができる。

もつとも、強制同意の下で性行為がなされた場合には、曲がりなりにも同意の外観が存在している。そこで、改めて、「故意・過失」の対象は何かということが問われなければならない。ここでは、強制同意しかないことが性行為に違法性を刻印するので、故意・過失の対象も「強制同意しかないこと」でなければならぬ。したがって、故意とは、YがXの同意が強制同意に過ぎないことを知りつつ性行為をしたこと、また、過失とは、同意が強制同意に過ぎないことを知ることができ、かつ知るべきであったにもかかわらず、知らずに性行為をしたこと、と定義することができる。

このことを前提に、以下においては、故意・過失が具体的になる場面として、(1) YがXの同意があったと信じた場合、および、(2) Xに心的要因があった場合について、順次、検討しよう。ここでも、格差構造という見方の有用性が浮かび上がってくる。

(1) Yの誤想同意

設例や判決①②の事案においては、Yは、Xが真に同意したからこそ、性行為に及んだと主張するのが普通である。ところが、組織的格差と個人的格差という基準で判断した結果、Xは強制同意をしたに過ぎず、従ってYの性行為は違法だったと評価されたでしょう。その場合、YはXの強制同意を真の同意だと誤想していたことになる。これを「誤想同意」と呼ぼう。⁽²⁰⁾ 刑法でいえば、錯誤の問題である。

すでに、この問題性は指摘されているが、具体的な解決策は示されていない。⁽²¹⁾ 故意については、強制同意しか

ないことを知っていたという点の証明の問題は残るであろうが、それさえクリアすればとくに問題はない。問題は、過失との関係で誤想同意をどう扱うべきか、である。

この問題についても、二つの格差構造という角度から検討することが有益である。Yは、まず、組織の中で部下という階層を創り出し、少なくともその維持に加担し、組織的格差の下にXを置き、Xと向き合っている。そうである以上、組織の維持・管理者として、あるいは組織の中で上位にある者として、組織の中で弱い立場に置かれたXのことを配慮する義務を負う、というべきである。次に、Yは、Xとの関係で性格や体格等の面での人的格差があるときには、自分との関係で力の弱い立場に置かれるXのことを配慮する義務を負う、というべきである。⁽²²⁾ いずれも、現代版の「Noblesse oblige」だといつてよ。

ここにいう義務は、不法行為法上、損害の発生を防止・回避すべきことを内容とする「相手方配慮義務」(一種の安全配慮義務)だといえることができる。⁽²³⁾ Yがこの義務を尽くさないことが過失である。Yがこの義務を尽くしていれば、Xが強制同意しかしていないことが分かり、違法な性行為という結果を回避することができたかもしれない。にもかかわらず、Yは、その義務を十分に尽くさなかったためにXの真意に気がつかず、その結果として、Xの意に反する違法な性行為をしたと評価することができる。Yの過失を認定すべきである。要するに、過失とは、二つの構造的な格差から発生する不法行為法上の相手方配慮義務違反として定義することができる。

Yの配慮の仕方は様々でありうるので、その具体的内容を一義的に特定することはできない。もともと、抽象的には、Yは、性行為という、職務の遂行とはかけ離れた行為をXに求めるにあたっては、格差構造のためにXが明確に拒否することが困難であることを予見することができ、かつ、予見すべきであるから、XがYとの性行為に真に同意しているのかを注意深くかつ慎重に観察・確認する義務がある、と言うことはできよう。だか

ら、Yがもつばら自己の性欲を満足させることだけを考えて、Xの真意を探ることを怠った場合には、相手方配慮義務に対する違反があり、したがって過失が認められることになる。

このように、Yは、格差構造上、Xが自分に逆らえないのではないかという想像力を働かせる義務を負担している。それが過失の前提となる義務であり、判断基準である。新人Xが部下として入ってきた時、とりわけ非正規社員として入ってきた時には、上司Yの義務は加重され、新人、とりわけ非正規社員の不安や緊張感を理解する努力を怠ってはならない。このように考えると、格差構造を背景に性行為をしたYが、誤想同意を理由に過失なしと評価されて責任を免れることは、至難であろう。⁽²⁴⁾

(2) Xの心的要因

Xの側に目を転じよう。格差構造の下で、意に反する性行為を迫られた場合、具体的にどのような形で〈拒否の自由〉を行使し、また、いかなる態度を示すかについては、人によってバラツキがある。その人の気質や性格といった心的要因が大きく左右するからである。では、不法行為法は、Xの心的要因をどう考慮すべきか。この点を検討しよう。⁽²⁵⁾

まず、判決②(②判決の原審)に即して考えてみよう。そこで次のように説かれている部分に着目したい(この部分は控訴審で覆されることになるが)。

「Yは、Xから心を開かれ、好意を寄せられていると思ひ、Xにキスをし、体に触ると、Xも、Yの性器を触り、Yの要求に応じて、性器をなめた。Xは、Yに対し、『こういうことはだめです』『奥さんがいますよね』などとは言ったが、その他にYの行為を拒絶する素振りは見せず、結局、同意の上、Yと性交渉に至っ

た」。

ここで判決は、Xが性行為に同意したという事実認定およびその法的評価を述べている。けれども、Xは強制同意しかしてなかったという前提で読むならば、この判示部分は、YがXは真に同意をしたものと誤信したことすなわち誤想同意を基礎づける事実に関する記述として理解することができる。

だが、Yは、たとえば次のように主張するのではないだろうか。《私は、Xが明確に拒否したり、強く抵抗したりしなかったから、同意したものと思って性行為に及んだのであって、もしXが同意してなかったのであれば、その旨を明確に伝えるべきであった。そうすれば、自分も性交にまで及ぶことはなかったはずである。その意味で、性交の責任の一端はXにもある。Xが拒絶の意思を明確に伝えず、また強く抵抗しなかったことが誤想同意を誘発したのであるから、被害者の過失として、賠償額を減額する方向で斟酌されるべきである》、と。

この点をどう考えるべきか。Yの気質や性格が様々であるのと同様、Xの気質や性格も一様ではありえない。設例のような状況下に置かれた場合、断固として拒否する態度を示すことのできるXもいれば、頭の中が真っ白になったり、相手の気持ちを第一に考えたり、拒否することの波及効果を瞬時に考えたりして、イヤだという気持ちやストレスに表すことのできないXもいるはずだからである。要するに、Yから性行為を迫られた場合、Xの反応は様々であって、それはXの気質や性格に起因する部分が大きい。

このような気質や性格のパラッキを、ここでは「心的要因」と呼ぼう。そうすると、判決②の右説示部分は、Xが、明確に言葉や態度に訴えて性行為を拒否する態度を示すことができなかつたのは、心的要因が原因となつたことを推測させる記述として理解することができる。設例においても、そのような事情があつた可能性は高い。

以下において、心的要因につき、(a)判例の考え方を確認した上で、(b)解決の方向性を模索するとともに、(c)そ

の政策的インプリケーションを明らかにしておきたい。

(a) 判例

Xが不法行為（交通事故）の被害者になった場合、その身体的要因をどう考慮すべきかに関しては、次の判例がある。

⑦最判平成八年一〇月二十九日（民集五〇卷九号二四七四頁）

「被害者が平均的な体格ないし通常の体質と異なる身体的特徴を有していたとしても、……特段の事情の存しない限り、被害者の右身体的特徴を損害賠償の額を定めるに当たり斟酌することはできないと解すべきである。ただし、人の体格ないし体質は、すべての人が均一同質なものということはできないものであり、極端な肥満など通常人の平均値から著しくかけ離れた身体的特徴を有する者が、転倒などにより重大な傷害を被りかねないことから日常生活において通常人に比べてより慎重な行動をとることが求められるような場合は格別、その程度に至らない身体的特徴は、個々人の個体差の範囲として当然にその存在が予定されているものといふべきだからである」。

（裁判官・千種秀夫、園部逸夫、可部恒雄、大野正男、尾崎行信）

最高裁は、このように述べて、身体的要因を理由に過失相殺をした原判決を破棄して、差し戻している。判決は、被害者の身体的要因が働いた結果、損害が拡大したとしても、身体的特徴が「通常人の平均値から著しくかけ離れた」ものでない限り、法はそのバラツキをそのまま受け止めるべきだ、と宣言している。つまり、加害者

は、身体的要因につきバラツキのある被害者を（あるがまま）受け止めなければならぬ、というのが最高裁の立場なのである。そして、この判旨の射程は、心的要因にまで及ぶと解されている。⁽²⁶⁾

実際、最高裁は、それ以前の判決において、心的要因に関して、次のように説いている。

⑧ 最判昭和六三年四月二一日（民集四二卷四号二四三頁）

「Xの回復への自発的意欲の欠如等があいまつて、適切さを欠く治療を継続させた結果、症状の悪化とその固定化を招いたと考えられ、このような事情のもとでは、本件事故による受傷及びそれに起因して三年間にわたつてXに生じた損害を全部Yらに負担させることは公平の理念に照らし相当ではない。すなわち、右損害は本件事故のみによつて通常発生する程度、範囲を超えているものといふことができ、かつ、その損害の拡大についてXの心的要因が寄与していることが明らかであるから、本件の損害賠償の額を定めるに当たつては、民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して、その損害の拡大に寄与した上告人の右事情を斟酌することができるといふべきである」。

（裁判官・高島益郎、大内恒夫、佐藤哲郎、四ツ谷巖）

ここで最高裁は、不法行為の発生後、被害者がいわば故意で損害を拡大させたような事案において、過失相殺規定を類推適用している。それは、単なるバラツキを超えた心的要因が原因となつて、損害が拡大したと評価したからである。逆に言えば、「通常発生する程度、範囲」の損害として評価される限り、加害者は被害者の心的要因をそのまま引き受けなければならない。その場合、過失相殺の規定を類推適用する余地はない。

(b) 問題の解決

設問や判決②の上記部分において、Xがその心的要因のゆえに、性行為を拒否する意思を明確に伝えることができなかつた、あるいは、性行為に最後まで抵抗することができなかつたということは、十分にありうることである。その場合、判決⑦⑧の考え方を前提にすれば、Yは、Xを性行為に誘う際には、Xの心的要因をそのまま引き受けなければならない。⁽²⁷⁾それゆえ、Xが明確に拒否の意思を伝えず、あるいは、最後には性行為を拒否しなかつた場合、Yは——Xが自分のこと、あるいは自分との性行為に興味を持つているかもしれないと思うのは勝手だが——法的には、相手方配慮義務に基づいて、Xの態度がその気質や性格に起因しているかもしれない、との疑いを持たなければならぬ。したがって、そのような疑いを抱くことなく、Xの心的要因を見落として性交に及んだYには、過失が認められる。当然のことながら、Xの心的要因を理由とする過失相殺規定の類推適用はなく、賠償額の減額の余地もない。

以上の考察が正しいとすれば、実際の裁判において、YがXの同意があつたと主張するのは、訴訟戦術として必ずしも適当とはいえないことになる。なぜなら、そのような主張は、不法行為法上の故意がなかつたと言つたものであるが、格差構造から発生する相手方配慮義務の存在すら知らなかつたことを自白するようなものであり、かえつてYの過失を推認する材料になつてしまうからである。

(c) 政策的インプリケーション

上司の中には、常習的に、職場の新人を次々に誘つて、脈のありそうな女性に狙いを定めて、性行為に及ぶような者がいるかもしれない。ここに「脈のありそうな女性」というのは、まさに、その気質や性格のゆえに、何事に対しても、明確に拒否の意思を伝えること、あるいは徹底的に拒絶することのできないような心的要因を備

えた者ということになる。統計的にみれば、そのような女性が（男性も同じだが）一定の割合で存在することは、任意の組織の構成メンバーの顔ぶれを思い浮かべるだけで、誰にでも容易に理解できるだろう。だから、とくに年度の初めを狙って、何も知らない新入社員の者の中から、そのような心的要因を備えた女性を探し出し、狙いすまして性行為に及ぶような上司が一定数存在したとしても、何ら不思議なことではない。

ここで問われるべきは、社会がそのような上司の行為を黙認しても良いのか、である。答えは言うまでもないだろう。法が、心的要因のバラツキがあるがまま受け止め、誤想同意の抗弁を否定することは、右のような上司のプラクティスを否定・根絶する政策的インプリケーションを持つ。上司が、明確にノーと言えないXを探し出して、Xが心から同意したと信じて性行為をしても、強制同意しかなかったとして違法性の烙印が押されるところにも、相手方配慮義務違反があったとして過失が認定され、不法行為法による制裁がフルに発動されることになるからである。

むすび

以上、本稿においては、設例を念頭に、性行為に基づく不法行為の成立要件に関して、Xの同意の問題を中心に考察した。設問についての結論はこうである。Yとの性行為につき「イヤな気持ちがあった」Xの〈同意〉は、「上司」Yとの組織的格差、および、「制御不能になった年上」Yとの個人的格差に起因するものだから、強制同意として評価される。強制同意に基づく性行為は、真の同意なき性行為として、裸の性暴力と異ならない。それゆえ、Yの性行為は違法性を帯びる。Yは、Xが性行為につき真に同意したと考えたとしても（誤想同意）、誤想の原因がYの相手方配慮義務違反にあるときには、過失も認められる。その場合、Yは、不法行為責任を免れ

ない。

現代においては、多くの職場で女性の姿が見られるようになってきている。だが、働く女性の誰もが、一度は、性に関わる不快な事柄、屈辱感、悔しさに遭遇している、と言われている⁽²⁸⁾。そのことよって、女性の尊厳と名誉は深く傷つけられ、甚大な被害がもたらされている。とくに意に反する性行為によって、いつまでも女性の心と体が苦しめられていはずがない。この点、刑法が、二〇一七（平成二九）年の改正によって、「強姦罪」を「強制性交罪」へと名称の変更をするとともに、法定刑を「三年以上」から「五年以上」の懲役へと引き上げたことは注目される（一七七条）。けれども、「暴行・脅迫」の要件を維持するとともに、その故意犯という性質上、誤想同意（錯誤）の抗弁を認めていることから、設問のような場合には十分に実効性を確保することができないように思われる⁽²⁹⁾。

だとすれば、セクハラのない社会を実現するためには、民法としても、考えるところがなければならない。そのためには、人ほどのような場面においても原則として〈拒否の自由〉を持つてはならず、という見方は捨てなければならない。抽象的な自由の観念は、現実には、強者を保護する帰結しかもたらさないからである。Xが格差構造の中に組み込まれている現実を理解し、Yとの性行為に至るまでの生々しい場面を具体的に想像できるかが問われている。

本稿は、設例に即して、XがYから意に反する性行為を迫られている場面を念頭に置いて、そこにおいては同意の前提となる〈拒否の自由〉とは相容れない「場の構造」が支配していること、具体的には、組織的格差と個人的格差という二つの格差構造が支配していることを明らかにした。その上で、Xがこの二つの格差構造の内の一つにでも組み込まれると、Yとの性行為につき、〈拒否の自由〉に裏打ちされた真の同意をする可能性は雲散霧消し、強制同意しか残らない、という判断枠組（経験則）を示した。

すでに、近時の訴訟においては、Xの置かれた具体的な「場の構造」には十分な光が当てられている。本稿は、光に映し出された諸事実を整理して、組織的格差と個人的格差という二つの格差構造として提示し、それを通じてXの真の同意の有無につき、より安定的で的確な認定と判断がなされることを願って執筆したものである。現場の裁判官にとって、また事件を担当する弁護士にとって、そして何よりも〈被害者〉Xにとって、有用であることを願っている。

〔付記〕 本稿は、筆者が弁護士として担当した事件に触発されて執筆したものである。だから、本稿の主張には、筆者の意図しないバイアスがかかっているかもしれない。念のため、本稿の由来につき、記しておくゆえんである。

(1) 内田貴「セクシュアル・ハラスメント」民法の争点(内田貴・大村敦志編、有斐閣、二〇〇七年)三〇六頁は、同様の場面を念頭に、「強いられた同意」という表現を用いている。私も当初、フランス競争法上用いられている「*le consentement contraint*」という用語(Ex: Muriel CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, préface Jacques Ghestin, 2004, p. 732 s.)を念頭に、同じ表現を用いることを考えた。しかし、「強いられた同意」は、術語として、カッコを使わないと日本語として上手く用いることができないという難点がある(内田論文もカッコ付きで用いている)。そこで、本稿では、より強い響きがあるが、「強制同意」という表現を用いることにした。なお、本稿の問題意識は、内田論文とほぼ共通している。異なっているのは、より実践的に、概念を組み立てて、操作可能な判断枠組として提示しようとしている点にある。

(2) 本設例のような場面における事実認定の意味と実際については、小島妙子『職場のセクハラ——使用者責任と法』(信山社、二〇〇八年)一〇〇頁以下参照。

(3) 裁判例を分析する文献は、すでに多く見られる。たとえば、山田省三「職場におけるセクシュアル・ハラスメントをめぐる裁判例の分析(一)(二・完)」法学新報一〇五卷一二号〜一〇六卷一〇二号(一九九九年)、水谷英夫「セクシュアル・ハラスメントの実態と法理——タブーから権利へ」(信山社、二〇〇一年)二七六頁以下、渡辺智子

「セクシユアル・ハラスメント訴訟の現在」『現代民法学の理論と課題・遠藤浩先生傘寿記念』（第一法規、二〇〇二年）、和田美江「セクシユアル・ハラスメントの不法行為評価（一）（二・完）」北大法学論集五三巻五号、六号（二〇〇三年）、山崎文夫『改訂版・セクシユアル・ハラスメントの法理』（株式会社労働法令、二〇〇四年）、尾田清貴「セクシユアル・ハラスメントの法的規制について」日本法学七一巻一号（二〇〇五年）参照。

（4）松本克美「キャンパス・セクシユアル・ハラスメントと大学の教育研究環境配慮義務」立命館言語文化研究一三巻三号（二〇〇一年）一三二頁。

もつとも、救済が九割というのは、あくまでもセクハラ被害を訴えた原告数を母数とするものである。その背後に、訴えなかった被害者、あるいは訴えることのできなかつた被害者が、数多くいることを忘れてはならない。実際、あの調査によれば、二〇〇八年四月から二〇一〇年八月までの二年五か月の間に、性行為による被害者は、男性一四四人を含めて二九九四人、加害者との関係は、(1)顔見知りが四七％、(2)見知らぬ人が四八％となっており、(1)の中では、教師・職場関係がその二〇％（二七五人）を占めている（小林美佳『性犯罪被害とたたかうということ』（朝日新聞出版、二〇一〇年）八六～八九頁）。ところが、性行為による被害については、誰にも打ち明けることのできない者が五八％、警察・弁護士・病院など外部に届けていない者が八五％を占めている（その理由も含めて、同九七～一〇二頁）。一、二〇名は警察に届けたが、刑事裁判にまで至ったのは、そのうちの三〇人に過ぎない（同二二頁）。これは性行為被害者全体の一％に過ぎない。しかも、有罪判決が下される割合は、とくに教師や職場関係の事件に関しては、極めて低い（後述、注（29）参照）。ここに、刑事裁判では扱われない事件が多いという現実が示されている。それらはすべて民事裁判が担うしかない。

（5）すでに、二〇年前に指摘されたことである（奥山明良『職場のセクシユアル・ハラスメント』（有斐閣、一九九九年）一一五頁）。

（6）事実認定が一八〇度変わったためにX勝訴の逆転判決となったものとして、後に本文で検討する判決②のほか、次のものがある。(i)名古屋高判平成二八年七月二〇日（イビケン事件、労判一一五七号六三頁——裁判官・藤山雅行、上杉英司、前田郁勝）は、一審がセクハラはなかったとして、Xの請求を棄却した判決（岐阜地裁大垣支部判平成二七年八月一八日労判一一五七号六三頁——裁判官・近藤猛司）を取り消して、Yに対して慰謝料二〇〇万円、弁護士

費用二〇万円の支払いを命じている。(ii)東京高判平成二九年四月一二日(自衛官セクハラ事件、労判一一六二号九頁——裁判官・野山宏、大塚博喜、布施雄士)は、一審がYによる強姦があつたとのXの主張を認めず、ただYがXにキスをしたことについて三〇万円の慰謝料の支払いを命じるに留めた判決(静岡地裁浜松支部判平成二八年六月一日労判一一六二号二頁——裁判官・足立堅太)を取り消して、強姦の主張を認めて、Yに対して、性交を理由とする不法行為の損害賠償としては最高額だともいえる慰謝料八〇〇万円、弁護士費用八〇万円の支払いを命じている。これに対しては、上告がなされたが、不受理の決定がなされている(最決平成三〇年二月二日・平成二九年(オ)第一〇五三号・平成二九年(受)第一三二七号——裁判官・山本庸幸、鬼丸かおる、菅野博之)。

さらに、性交を伴わないセクハラ行為にまで検討対象を広げると、(iii)東京高判平成九年一月二〇日(横浜セクハラ事件、判時一六七三号八九頁——裁判官・村田長生、後藤博、加藤和夫)は、Xの請求を棄却した判決(横浜地判平成七年三月二四日判時一五三九号一一頁——裁判官・鈴木敏之、川口代志子、菊池憲久)を取り消して、Yに対して、慰謝料二五〇万円、弁護士費用二五万円をXに支払うように命じている。ほかにも、請求を棄却した地裁判決を取り消した高裁判決として、(iv)慰謝料一五〇万円、弁護士費用三〇万円の支払いを命じた仙台高裁秋田支部判平成一〇年二月一〇日(秋田県立農業短期大学事件、判時一六八一号一一二頁——裁判官・守屋克彦、丸地明子、大久保正道)、(v)慰謝料五〇万円、逸失約一五〇万円、弁護士費用二〇万円の支払いを命じた東京高判平成二〇年九月一〇日(風月堂事件、判時二〇二三号二七頁——裁判官・宮崎公男、山本博、森邦明)がある。

以上の逆転判決事件においては、裁判官の経験則の中身がバラバラであり、その結果、判断が安定していないことが表れているように思われる。注意すべきは、刊行された裁判例の中には、Xが逆転敗訴した事件は一件も見あたらないことである。地裁よりも高裁の裁判官の方が、人生経験が豊富で、Xの置かれた具体的立場をより良く理解することができるからであろうか。

- (7) 違法性・故意・過失などの規範的要件は直接に証明することができないので、それらを基礎づけることのできる事実群が証明の対象となる。そして、この事実群は、間接事実として位置づけると弁論主義適用の範囲外となることから、主要事実として位置づけられるとともに、証明の対象として弁論主義の適用を受ける(竹内努・新注釈民法(15)(窪田充見編、有斐閣、二〇一七年)八三八〜八三九頁参照)。

- (8) これまでの研究は、裁判例の紹介と類型化に主たる労力が注がれてきたように見える（前掲注(3) 引用文献参照）。たとえば、水谷・前掲注(3) 三二〇頁以下は、故意・過失および違法性に分けて論じているが、そこでも主眼は、裁判例を整理して各項目に割り振ることにあり、理論的分析には至っていないように見受けられる。
- (9) 第二の課題たる「損害論」については、別稿を用意している（本誌九三巻二号掲載予定）。たとえば、「東北生活文化大学事件」について、仙台地判平成一一年六月三日（判時一八〇〇号五三頁——裁判官・梅津和宏、裁判官、衣笠和彦）は、慰籍料六〇〇万円、弁護士費用一〇〇万円の支払いを命じていたが、控訴審の仙台高判平成一三年三月二九日（判時一八〇〇号四七頁——裁判官・大内俊身、吉田徹、比佐和枝）によって、「Xの行動も無警戒にすぎ、本件現場においても、XがYの要求を断固として拒否する態度に出たならば本件行為にまで至らなかった」こと等を理由に、慰謝料二〇〇万円、弁護士費用二〇万円へと減じられている。なぜ、これほどまでに認容額が違うのかが問われなければならない。
- (10) 高裁判決は、G会社の使用者責任も認めているが、本稿にとつては周辺問題なので、省略する。
- (11) 中下裕子ほか『セクシユアル・ハラスメント——「性」はどう裁かれているか』（有斐閣、一九九一年）一九〇頁（金子雅臣執筆）。
- (12) 内田・前掲注(1) 三〇七頁。
- (13) 「本当に嫌なら抵抗できたはずだ」という見方は、固定観念に縛られた神話であるとして、批判されている（例、水谷・前掲注(3) 一六頁以下）。
- (14) 従来は、XY間の社会的関係を示すため、「権力」や「権力関係」という用語が用いられることが多かったように見受けられる。あえて「組織的格差」という用語を提案するゆえんは、「権力」や「権力関係」の源が組織構造にあることを明確に示すためである。なお、広くセクシユアル・ハラスメントについては、対価型と環境型といったアメリカ発の分類がなされることがあるが、少なくとも不法行為責任を考える上では有意的な差異をもたらさない（内田・前掲注(1) 三〇六頁、本稿では採用しない）。
- (15) 和田・前掲注(3) 「(一)」北大法学論集五三巻五号一四二六頁以下。
- (16) 宮地尚子「性暴力とPTSD」ジュリスト一二三七号（二〇〇三年）一七二頁

(17) 水谷・前掲注(3) 一〇一～一九四頁。

(18) 「事実上の推定」は、厳密には、「経験則を適用してある事実の存在または不存在を推定する裁判官の心証形成作用」であるから、推定の対象が違法性や過失といった規範的評価である場合をどう考えるかは問題である。これは、従来、「過失の一応の推定」として論じられてきた問題である(竹内・前掲注(7) 八四一～八四二頁)。ここで詳細に立ち入ることはできないが、本文で言う「事実上の推定」の対象は——竹内・同前の叙述を参考にして言えば——組織的格差が存在する場合には、高度の蓋然性のある経験則上、上司から性行為を迫られた部下には「真の同意」は存在しないという事実に向けられているだけであって、違法性の推定という結果は、推定された事実(＝真の同意がないこと)に結びつけられた法的評価として位置づけることができるように思われる。

(19) たとえば、大分地判平成二七年二月六日(平成二六年(わ) 第二三三二号、TKC二五五〇六二五——裁判官・真鍋秀永 世森ユキコ 大下良仁)は、被告人が、以前からラブレターを渡すなどして好意を寄せていた被害者(独身女性・四六歳)をその勤務先の駐車場で待っていたところ、被害者が現れたので、話しかけ、ラブレターのことを持ち出したが、被害者が無視して行こうとしたため、被害者の左肩に手をかけたが、被害者から顔を叩かれたため、被告人が反射的に被害者の顔を平手打ちをしたところ、被害者が座り込み、大声で叫ぶなどしたことから、被告人は手で被害者の口を塞ごうとしたが、被害者に噛まれそうになったので、怒りや焦りから行動をエスカレートさせ、結局、被害者を殺害し、その後、死体を姦淫した上、犯行を隠蔽するため、首を切断するなどして死体をばらばらにして川に捨てたという事件である。このように、女性が断固とした拒否の態度を取ると死を招くことがある。被告人は、懲役二〇年の刑に処せられている。

(20) 「誤想同意」は、同じく本稿の提案する「強制同意」という用語法とは一貫性を欠いている。なぜなら、「強制同意」は、Xが同意を強制されたということの意味するのに対して、「誤想同意」は、Xが同意したものとYが誤想したということを意味しており、誰に着眼するかが異なっているからである。そこで、「同意誤想」という用語も考えたが、日本語として難がある。結局、「誤想防衛」の語に倣って、デメリットを承知の上で、「誤想同意」という用語を用いることとした。デメリットというのは、「誤想防衛」では、誤想と防衛が同一主体によってなされるのに対して(例、「Xの攻撃を誤想して防衛したY」)、「誤想同意」では、誤想と同意が、異なる主体によってなされるので

- (例、「Xの同意を誤想したY」、用語としての一貫性を欠いているからである。読者のご海容を願うほかない。
- (21) 例、和田・前掲注(3)「(二)」北大法学論集五三巻六号一八九三頁以下。内田・前掲注(1)三〇七頁も、「『強いられた同意型』においては、……同意があったと信じたという加害者からの主張の扱いも問題になる」と述べるに留まっている。
- (22) 本文で組織的格差から生じる義務として述べていることは、権力的な関係に由来する義務として、すでにほぼ同様の形で提示されている(内田・前掲注(1)三〇七頁)。これに対して、個人的格差から生じる義務については触れられていない。
- (23) 内田・前掲注(1)三〇七頁も、「配慮義務」という用語を用いて、Yの過失の前提として、同様の義務を認めている。
- (24) 内田・前掲注(1)三〇七頁も、Yの過失の推定を覆すことは至難であろうと述べて、私見と同一の見方を示している。もっとも、過失の前提としての配慮義務が尽くされていかどうかにつき判定するための具体的手がかりとして、(a)加害者の職場での地位、(b)誰が誘いかけたか、(c)誘いの強引さ、(d)同意と見られる事実の内容、(e)被害者の性格を列挙した上、最終的には総合的に評価すべきだと言う。私見は、(a)については組織的格差の問題として、(c)については個人的格差の問題としてそれぞれ捉え、そこから発生する義務を基準にすべきだと考えているので、それらについては実質的には賛成である。これに対して、(e)については、次に本文(2)において「心的要因」の問題として説くように、原則として考慮すべきではないと考えている。のみならず、(b)や(d)は、強制同意しかしていない被害者であっても、進んで真の同意をしたかのような態度をとることは十分にありうるので(セクハラ被害者に特有の態度として、内田説も認めている)、判断材料にならないと言うべきである。そもそも、「総合的な評価」というアプローチは、このデリケートな問題について、裁判官の既成概念や恣意が無意識的に介入することを許しかねないので、賛成し難い。
- (25) この問題を扱う先行研究として、城内明「不法行為法における『傷つきやすい被害者』——セクシュアル・ハラメント訴訟の分析」早稲田法学八四巻三号(二〇〇九年)四〇三頁以下がある。基本的には、私見と同じく、加害者は被害者をバラツキのあるがまま受け入れなければならないとしている。

(26) 長沢幸男「判決⑦解説」最判解説民事篇平成八年度(下)八一七頁。心的要因は、身体的要因と並べて論じられている。

(27) もっとも、判例⑦⑧の事案では、素因が損害の「拡大」に寄与したことが問題になっているのに対して、設問ではXの素因によって明確に拒否の意思を伝えることができず、それが損害の「発生」に繋がったかもしれないという点で、異なる場面が問題になっている。けれども、損害の拡大は、拡大部分に焦点を当てるならば、拡大損害の発生として捉えることができる。いずれも素因が存在しなければ、生じない損害という意味では変わるところがない。それゆえ、判例⑦⑧の基本的価値判断は、心的要因のゆえに明確にノーと言えないXにも及ぶと解すべきだと考える。なお、心的要因が例外的に「被害者の過失」と同視されるような場合には、(i)慰謝料算定に際して斟酌されるべきか、それとも、(ii)過失相殺の対象になるに過ぎないのか、という問題があり、損害填補の観点からは(i)が当然に導かれるが、精神的苦痛という損害の特殊性から、(ii)のように解してよいのではないかと説かれている(四宮和夫「不法行為」(青林書院、一九九五年)五九九頁——もっとも、(i)か(ii)かは実益のある議論ではないとする)。

(28) 角田由紀子「セクシュアル・ハラスメント」自由と正義四五卷五号(一九九四年)三五頁。

(29) 刑法上は、意に反する性行為が顔見知りの間でなされたときには、そもそも事件としてほとんど取り上げられないという現状がある(やや特殊なケースかもしれないが、伊藤詩織『ブラックボックス』(文藝春秋、二〇一七年)参照)。最近、取り上げられたものとしては、たとえば、Y(五六歳)が、自ら主催するゴルフ教室の生徒であるX(一八歳)を、ゴルフ指導の一環との口実でホテルの一室に連れ込み、恩師として信頼していたYの言動に強い衝撃を受けて極度に畏怖・困惑し、思考が混乱して抗拒不能の状態に陥っているXを、その旨を認識しながら姦淫したとして準強姦罪で起訴された事件がある。この事件では、(1)Xが性交時に抗拒不能状態であったか否か、(2)そのことをYが認識していたか否かが争点となったが、裁判所は、(1)②両方とも認定できないとして(鹿児島地判所平成二六年三月二七日・平成二四年(わ)第二九〇号TKC二五四四六三三七——裁判官・安永武央、植田類、竹中輝順)、あるいは(2)は認定できないとして(その控訴審、福岡高判平成二六年一月一日・平成二六年(う)第二〇号TKC二五五〇五四二六——裁判官・岡田信、増尾崇、高橋心平)、Y無罪の判決を言い渡している(この判決は、伊藤・前掲一七三―一七四頁において「驚くべき判例」として触れられている)。これに対しては、上告がなされたが、上

告理由にあたらな^いとして、上告棄却の決定が下されている（最決平成二八年一月一四日・平成二七年（あ）第一一〇号TKC二五四二四二七——裁判官・池上政幸、櫻井龍子、山浦善樹、大谷直人、小池裕）。

なお、現在、強制性交罪の再改正の動きがあると聞く。だとすれば、この機会を捉えて、右のような事案もカバーできるように、若干ハードルを下げた規定を追加することは、考えられないだろうか（前掲注（4）も参照）。