

Title	性行為と損害賠償(一): 慰謝料の再構成に向けて
Sub Title	Sexual intercourse and damages : reconsidering consolation money (1)
Author	金山, 直樹(Kanayama, Naoki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2020
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.93, No.2 (2020. 2) ,p.1- 54
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20200228-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20200228-0001</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 性行為と損害賠償（一）

——慰謝料の再構成に向けて——

はじめに

一 性行為による被害の内容

1 性行為の現場における精神的被害

(ア) 現場の光景

(イ) 保護法益

2 後発的に発生する精神的被害

(ア) 恐怖

(イ) 社会の目線（象徴的意味）

(ウ) 生き方の混乱（参照枠組の混乱）

二 精神的損害と慰謝料

1 加害行為・損害・慰謝料

(ア) 加害行為と損害

(イ) 慰謝料の意義・機能

(ウ) 懲罰的賠償の禁止原則との関係

2 慰謝料の再構成

金山直樹

(ア) 定額慰謝料

(イ) 変額慰謝料

3 刑事制裁との棲み分けと協働

(ア) 日本における刑事制裁

(イ) フランスにおける刑事制裁

(ウ) 刑法と民法の協働……………（以上、本号）

三 慰謝料額算定の現状

1 東北生活文化大学事件

(ア) 事案と判決

(イ) 分析と評価

2 自衛隊上官事件

(ア) 事案と判決

(イ) 分析と評価

3 職場上司暴行事件

むすび……………（以上、九十三巻三号）

はじめに

筆者は、「性行為と同意——格差構造下における自由と強制——」（法学研究九二巻九号、二〇一九年——以下では「前稿」と称する）という論文において、性行為が不法行為として評価されるための「成立要件」を検討した。そこで念頭に置いたのは、次のような設例であった。

〔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か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、肉体関係を結んでしまった。Xは、イヤな気持ちがあったものの、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、合計四回の肉体関係を持った。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と肉体関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 の 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、慰謝料と逸失利益の賠償を求めた。

この設例を再び念頭に置きながら、本稿においては、そこで残された課題、すなわち不法行為の「効果」について、考究してみたい（判決の通し番号も前稿から受け継ぐ）。

設例において不法行為があつたと判断されると、Yは損害賠償責任を免れない。Xは、Yの違法行為が原因となつて、退職に追い込まれたのであるから、退職に伴う逸失利益について、Yに対して賠償を求めることができる。この部分は、財産的損害として、比較的容易に算定することができよう。Xの支出した治療費についても、同様である。

問題は、精神的損害である。Xは、Yの違法な性行為によつて、精神的損害を被っているはずである。精神的損害とは、たとえば、「不法行為によつて主体者が感じた苦痛・不快感のごとく、人間としての精神の安定状態が破壊されたこと」と定義されている。<sup>1)</sup>この精神的損害を金銭的に評価したものが「慰謝料」である。だが、精神的損害を慰謝料として算定評価することは、不可能でないとしても、極めて困難である。というのは、以下の理由による。

第一は、精神には市場がないことである。物や労働力など、財産的価値のあるものについては、市場が存在している。むしろ、市場があるからこそ、モノには財産的価値（市場価格）が与えられていると言つてよい。だから、物や労働力に対して違法な侵害がなされた場合には、損害は市場価格を基準に金銭的に評価することができる。たとえば、不法行為によつて家が倒壊した場合には、家（ないしその再築費用）の市場価格を基準に賠償額を算定することができる。ところが、精神（人格）には市場がないので、意に反する性行為による精神的被害については、財産につき用いられる損害の評価方法は使えない。もちろん、財産的損害を念頭に置く「差額説」も使えない。要するに、精神的損害については、金銭的評価の物差しがなく、市場価格を前提とする損害賠償モデルは役に立たないのである。

この点で注目されるのが、『民事交通事故訴訟・損害賠償額算定基準』（いわゆる「赤い本」）、および、『交通事故損害額算定基準』（「青い本」）である。これらは、交通事故の局面において、人身損害が発生した際に認められるべき慰謝料について、一定の基準を定め、保険を通じて市場で商品化することを可能にしている。ところが、違法な性行為を理由とする慰謝料については、幸か不幸か、そのような物差しは存在しない。

第二は、そもそも違法な性行為による精神的被害は、具体的にイメージしにくいことである。精神は無形なので、誰もその損害を「見る」ことはできない。そこには、（人は、他人の痛みを感じる事ができるのか）、という哲学上の根本問題の一つが横たわっている。もともと、人身損害が発生した場合における精神的損害は、比較的イメージしやすいと言えよう。たとえば、交通事故によって半身不随になった被害者を見れば、その境遇に同情を寄せることができ、被害者の外形から精神的損害——心の傷や苦しみ——を想像しやすいかもしれない。実際、「赤い本・青い本」における慰謝料額が、人身損害の程度に応じてランク付けされているのは、その表れだといえよう。けれども、性行為自体は、たとえ被害者の意に反して行われたとしても、刑法上の強制性交等罪に該当するようなものでもない限り、外形的な痕跡を残さないのが普通である。その場合、損害を目で見ることができない。損害は、まさしく純粹に精神的なものであり、無形だからである。我々は、そのような損害の実体に正面から取り組まなければならぬ。

裁判所は、この困難な問題に、いかにして立ち向かってきたのだろうか。周知の通り、裁判官は、訴訟において、口頭弁論に現れた事実をすべて斟酌した上で、慰謝料の額を定めている。しかも、明治以来の判例によれば、裁判官は、慰謝料額の算定の根拠を示さなくてもよい。<sup>(2)</sup> たしかに、慰謝料算定の根拠を具体的に示せと命じられても、裁判官は困惑するばかりであろう。

けれども、だからといって、裁判官は、何の基準も根拠もなく、恣意的に慰謝料額を定めてよい、ということ

にはならないはずである。実際、違法な性行為が行われた場合には、「二〇〇万円～三〇〇万円」という慰謝料相場が形成されているように見える（前稿五～一〇頁・判決①②および後掲判決⑬参照<sup>3)</sup>。〈相場〉は、被害者間のいわば「横の公平」を実現するためのものであって、加害者と被害者の間のいわば「縦の公平」を重んじる傾向のあるフランス法との対比において、日本法の特徴を成している<sup>4)</sup>。実際、〈相場〉を大幅に超える賠償額を認容した地裁判決を取り消した高裁判決がある（後に検討する判決⑬<sup>4)</sup>）。けれども、既存の〈相場〉が適正な額を表したものと云えるのかは、検証を要する。

本稿においては、以上のような問題意識を背景に、まず、性行為による被害の現実を直視し、不法行為法上の「被侵害利益」ないし「保護法益」の次元で受け止めたい（一）。次に、精神的な損害を的確に捉えるために、〈慰謝料の再構成〉を提案する（二）。その上で、実際の裁判例における慰謝料額算定の現状を明らかにすることによって、すでに慰謝料の再構成の動きが見られることを示したい（三）。

## 一 性行為による被害の内容

一般に、慰謝料は、被害者の精神的損害を金銭的に評価したものとされている。そこには、およそ損害賠償は、損害を填補することを目的としているという見方が、そのまま投影されている。このような見方を「填補説」と呼ぼう。填補説を貫くときには、慰謝料は損害を填補するのに相応しい額でなければならず、それ以上であつても、それ以下であつてもならない。だから、違法な性行為によつて発生する被害の内容をできるだけ正確に捉えて、適正に評価する必要がある。

そこで、以下においては、違法な性行為によつて発生する損害を理解するため、被害を時系列的に二つに区分

して、それぞれ分析しよう。それは、意に反する性行為の時点で発生する被害と(1)、性行為後に、後発的に発生する被害(後遺症)(2)との区分である。後者については、トラウマに関する最新の精神医学の知見を踏まえて、性暴力被害の現実に迫りたい。

### 1 性行為の現場における精神的被害

性行為の現場において発生する被害は、交通事故の場合と比較すると明らかのように、瞬時に発生して内容が確定するものではなく、少なくとも性行為中は継続して発生する。のみならず、被害者は、性行為の前後においても、苦痛と屈辱を味わうことになる。設例でいえば、Yに突然、手を握られてから、性行為を経てラブホテルを出て別れるまでの間、Xの被害は継続して発生する。

もちろん、最も重大な被害が性行為によって発生することは否定できない。だから、性行為の現場からは目をそらすことができないはずである。ところが、肝心の現場の状況は、これまで学説上、十分に論じられてこなかったように思われる。性行為の前後における被害者の苦痛についても、同様である。その点で、後に検討する裁判例からは学ぶべきことが多い(→三)。

これまで、違法な性行為の現場の状況が十分に論じられてこなかったのは、それがあえて精査する必要のない〈当然の前提〉とされてきたからかもしれない。しかし、〈当然の前提〉においては、既成観念的な見方、あるいは、ポルノ映像を見るような男性視線が、無意識にも働かないという保障はない。だから、被害者の苦痛があるがまま受け止めるためには、意識的に、性行為の現場に正面から光を当てる必要がある。

そこで、まず、(ア)被害者たる女性の視線から、現場の光景を再現しよう。その上で、(イ)違法な性行為における保護法益ないし被侵害利益について考えてみよう。

(ア) 現場の光景

被害女性は、性行為につき同意をしていない以上、嫌悪感で一杯のはずである。その感情は、むしろ空虚な状態にあるというべきかもしれない。

精神医学の専門家によれば、被害者から見える光景は、突然豹変して迫ってくる男性の異様な顔つきであり、首元を感じるなま暖かい息であり、急に羽交い締めにされる感覚であり、汗臭い匂いであり、精液のべとつきである。性暴力の被害者は、加害者と接する時間が長く、距離が近く(というより密着され、侵入され、距離はゼロないしマイナスになる)、視覚、聴覚、嗅覚、味覚、触覚その他の身体感覚すべてが侵襲される。被害者には、無力感とともに、おぞましさ、そして、気持ちの悪さが残る。被害者にできることといえば、無理な抵抗を止めて、目を閉じ、耳を塞ぎ、性行為が早く終わるのを待つことだけである。これは、外傷的刺激と時間を減らすという意味でも、理に適った反応だとされている。以上が専門家による分析である。

時間軸に沿って、もう少し具体的に現場の光景を描写してみよう。被害女性が味わう苦痛を可視化するためである。設例のような場合、女性は、無理矢理ラブホテルの部屋に連れ込まれるや否や、男性から接吻され、舌を絡みつけられるかもしれない。男性の唾液が自分の口の中に入り込んでくるのを感じるだろう。次に、女性は、無理矢理、服を脱がされ、あるいは自分で脱ぐように命じられる。女性は、全裸の状態にさせられ、性器を露出させられた状態で男性の視線を浴びて、羞恥、恥辱、そして屈辱を味わうことになる。(優しい)男性であれば、照明を落として、羞恥心を和らげてくれるかもしれない。だが、多くの場合、男性との対等のコミュニケーションがない中、女性は男性によって、一方的に好きなように触られ、弄ばれるだけである。男性から何をされるかわからないという不安と恐怖が、女性から消えることはない。直ちに陰茎を挿入されるかもしれない。乳首を噛まれ、性器を貪られ、互いの口淫を強要されるかもしれない。肛門にも、何をされるかわからない。最後に、女

性は、男性にのしかかられ、臆に陰莖を挿入された状態で、男性の動きに耐えなければならぬ。男性の体臭や加齢臭も我慢しなければならぬ。女性の体には男性の汗や体液がしたり落ちる。男性からは、侮辱的な言葉が投げかけられるかもしれない。しかも、耳元で。男性がきちんと避妊してくれるのか、百パーセントの保証はない。そのようにして、やっと性行為が終わっても、それで終わりという保証はない。いつになったら、男性から解放されるのだろうか。性行為の現場において、女性は、以上のような耐え難い苦痛、嫌悪感、恐怖心、絶望感、不安感から逃れることはできないのである。

### (イ) 保護法益

加害現場において被害者に発生する損害とは何か。違法な性行為における「保護法益」ないし「被侵害利益」が問題になる。この点で示唆的なのが、近時の刑法改正を契機に、刑法学において、強姦罪の保護法益をめぐって繰り広げられた議論である。それによれば、従来、ともすれば、強姦罪の保護法益は、性的自己決定権、すなわち、〈誰と、いつ、いかなる性行為をするか〉を決定する性的自由権だとされてきた。けれども、単に自己決定の自由に対する侵害として位置づけるだけでは、被害の現実や深刻さを十分に捉えきれないのではないかと、という疑問が呈せられるようになった。その結果、様々な見解が唱えられるに至った。

その中でも、決定的だったのは、法務省『性犯罪の罰則に関する検討会・取りまとめ報告書』(二〇一五年)のように見える。たしかに、その主眼は、それまで、強姦罪と強制わいせつ罪との間にあった仕切りの位置を改めて、「強制性交等罪」の名の下、より多くの行為を前者に寄せるとともに、重罰化を図る点にあった。だが、その前提として、性犯罪は、性的なコンタクトの体験を強制的に共有させられることによって被害者の人格・尊厳に多大な精神的ダメージを与える点に本質があるとして、その保護法益は、性的なコンタクトの体験を強制的に

共有させられることから保護することである、という意見が示されたのである(同二頁、三一頁)。

これを受けて、あるいはこれを準備する中で、刑法の学説は、強制性交における保護法益につき、従来よりも一步踏み込んだ議論を展開することとなった。たとえば、(1)性領域が秘匿されていること、それゆえ日常において他人から性の対象として扱われないことは、人間性の保持にとって必須の要件であり、同意なくして自己の性の領域に土足で踏み込まれることによって、人格の統合・人間の尊厳が侵害されることこそが性犯罪の核心である、と主張されている<sup>(8)</sup>。また、(2)女性が人格的存在として顧みられることなく、もっぱら性的欲求の充足のみを図る行為によって、人格的領域が強制的に交錯させられ、その結果、女性の人格的統合性が害されることに性犯罪の核心ある、と述べるものもある<sup>(9)</sup>。さらに、(3)人は、自己の「身体的内密領域」には、特別の人に限って立ち入ることを許す気持ちを持ち、それが根本的な人生観や価値観、この世に生きる自分という個の捉え方および描き方に深く関連しており、そのような意味での身体的内密領域が、性行為、すなわち視覚・聴覚・嗅覚・触觉などの五官すべての作用をもって相互に経験し合う特殊な営みを強制されることよって侵害されない、という意味における性的自己決定権を觀念する見解もある<sup>(10)</sup>。あるいは、よりシンプルに、(4)人は自己の身体を性的に利用されない自由を持つ、と觀念する説もある<sup>(11)</sup>。

これらの説は、性と人間の尊厳が不可分の関係にあることを認めている点で相互補完的であり、決して相反するものとは言えないだろう。それらを踏まえた上で、私としては、さしあたり簡明な形で、意に反する性行為における保護法益は、加害者の一方的な性欲充足行為によって女性の人格・尊厳が害されないこと、と捉えておきたい。

## 2 後発的に発生する精神的被害

違法な性行為による精神的被害は、被害者が性行為の現場から解放された後も、長期間にわたって発生し続ける。「被害者が受ける屈辱感、無力感、自責感が、長期にわたって継続し、その人生に深刻な爪痕を残す」のである。<sup>12)</sup>たとえば、後に検討する判決<sup>14)</sup>は、深刻な後遺症障害を損害として認めたものとして位置づけることができる。ここから、後発的な精神的被害(後遺症障害)の実体を解明することが課題となる。

そもそも、被害者は、性行為が終了して、加害者と別れた後も、我に返ることができず、自分に何が起こったのか、理解できないかもしれない。やっとのことで比較的冷静さを取り戻し、我に返ると、被害者は、改めて恥辱感を味わうとともに、今度は自責の念にかられることになる。なぜ、自分があんなに酷い目に遭ったのか、という答えのない問いを発し続けるしかない。体が汚されたという感覚を拭うことは、ほとんど不可能である。意に反する性行為をしてしまったことに対する嫌悪感も、容易には消えない。嫌悪感は、加害者にだけでなく、自分にも向けられることになる。

被害女性性は、そのような気持ちを引きずりながらも、事件の翌日には、たとえば加害者たる上司のいる職場に、いつも通りに出勤することが多いとされている。この行動は、精神的被害がさほど大きくないことの徴表として評価されかねない。しかし、専門家によれば、被害者が予定通りの普通の行動をしているのは、どうしていいかわからず、自分に起こったことを誰にも知られたくないからである。衝撃の中にあつて、思考能力が落ち、習慣的になった行動をとり続けているだけなのである。<sup>13)</sup>あるいは、精神的被害の大きさによって押しつぶされそうになる自分を守るための、自己防衛的な反応というべきかもしれない。忌まわしい性行為がなされたという事実を一刻も早く忘れたらという、本能的な反応である。何事もなかったかのように振る舞うことによって、精神的被害の定着と拡大を防ごうとするわけである。とくに、ダメージが余りにも大きいため、とても自分では背負いき

れない被害女性は、そのように振る舞うしかないのかもしれない。

そのような、日常と余り変わらない外見の下、被害者の内面に何が起こっているのか。この点は、「心的外傷」の影響に関する精神医学の知見に学ぶべきである。それによれば、性暴力によつて心的外傷を負わされた被害者は、ASD (Acute Stress Disorder——急性ストレス障害) と、PTSD (Post Traumatic Stress Disorder——心的外傷後ストレス障害) を発症することが多いとされている。一般に、自然災害などの場合も含めて、ASDやPTSDの障害(症状)の引き金となる最も重要な因子としては、(1)外傷的事件の暴露の強さ、(2)期間、および(3)接近度が挙げられている。違法な性行為においては、この三点すべてが揃っている<sup>(14)</sup>。

ASDとは、圧倒的な出来事(外傷的出来事)の経験後、短期間だけ、その記憶が頭の中に割り込んできて繰り返し甦ることをいう。出来事から、四週間以内に始まり、長くても一カ月ほどで治まるとされている。

これに対して、PTSDをいかに分析するかについては、現在でも確立した知見はないようである。その中であつて、PTSDを構成する要素として、(ア)恐怖、(イ)社会目録、(ウ)生き方の混乱に分類して説明する見解が注目される<sup>(15)</sup>。その主眼は強姦レイプにあるが、程度の差こそあれ、真の同意のない性行為にも当てはまると考えられる。

以下においては、その見解を辿ることによつて、後発的な被害の現実を明らかにしよう。そのことを通じて、被害者の長期にわたる心の傷をできるだけの確に捉え、損害評価の前提にしたいと考える。

#### (ア) 恐怖

性行為を強制するために、よく使われる手段が脅しである。命令に背けば何が起こるか分からないと思わせ、恐怖に陥れることに成功するからこそ、被害者の意に反する性行為が可能になる(宮地・一八〇頁)。ここで恐怖

と性行為は表裏一体の関係にある。

この場面でも、被害女性の目線に立って、性行為の手段たる強制・命令・脅しの意味を考える必要がある。加害者は、言葉だけでなく、身体的・心理的な圧迫感によって、様々な脅しをかける。被害者が抵抗をすれば、必要に応じて脅しが本当であるという片鱗を見せるだろう。このような加害者の態度を目の前にして、被害者は、まず警戒の生理反応を起こす。交感神経が高まり、直面した状況に集中し、痛みその他が感じられなくなるなど、知覚に歪みが起こる。「闘争か逃走か」の姿勢に入り、結局どちらにも成功しなかったとき、「人間の自己防衛システムは圧倒され、解体に向かう」(ハーマン・四八頁)。生理的な覚醒度、感情、認知、記憶が、相互の統合を失い、それぞれが変容をきたす。

そして、このような恐怖の精神的影響が、事件のフラッシュバックや悪夢といった——時間が事件の時に止まったかのような——再体験症状、事件と関連した刺激を回避する行動、感情の範囲の狭まり、外界への関心の低下、不眠や集中困難、過度の警戒心や驚愕反応の過覚醒(同じ危険が戻ってくるのではないかという感覚)として現れ、長期間にわたって継続する。これらは、いずれも典型的なPTSDの症状だとされている(宮地・一八〇～一八一頁)。

我々は、被害者の味わう恐怖の強さをどれだけ実感しているのだろうか。実際に被害者が見るのは、自分に襲いかかってくる加害者の姿である。その時に感じるのは、自分の未来が予測不可能に陥った時の恐怖である。どのような攻撃が加えられるのか、いかなる性的侵襲になるのか、身体は傷つけられないのか、命は大丈夫か、いつ解放されるのか、確かなことは何もない。その時点では、嫌悪感や痛みを感じる余裕もなければ(宮地・一八一頁)。

とりわけ、加害者が被害者の知り合いである場合には、被害者が味わった恐怖心を想像することは難しい。そ

れまで知り合いとして振る舞っていた人の行動が豹変するのだから、被害者は何が起こっているのか分からず、当惑し、予測不可能な状態に陥る。知り合いだからこそ、下手をすれば口封じのために殺されるかもしれない。その当惑と予測不可能性が被害者を追い詰めて強い恐怖心をもたらすのである。ところが、我々は、相手が知り合いの男性というだけで、合意の上での性行為だったのではないか、あるいは女性がじらしただけではないか、という既成概念に囚われてしまいがちである（宮地・一八三～一八四頁）。そのことが、被害者の恐怖体験、ひいてはそのPTSDを的確に理解することを妨げている。上司であれば、本来、被害者の近くにいて、安全と庇護の手を差し伸べてくれるはずである。にもかかわらず、逆に、危険の発生源になってしまったのだから、被害者の恐怖、不信任感、孤独感はますます深められる（ハーマン・九二～九三頁）。その恐怖心が、性行為後も、PTSDとして、長期間にわたって被害者に襲いかかるのである。

被害者は、社会的抹殺の恐怖も感じる。人間は社会的な生き物だから、社会的な死への恐れによって、恐怖は倍増される。職場がらみの事件では、とくにそうである。被害者は、職場の上司が加害者であるときには、現在の生活基盤たる仕事を失うのではないかとという恐怖を感じる。職場において自分に向けられた信用が失なわれるのではないか、という恐怖も感じないわけにはいかない。生命の危険に比べて、これらの恐怖は軽視しがちであるが、過小評価してはならない（宮地・一八六頁）。

しかも、違法な性行為の結果として、被害者の内部や皮膚にはトラウマ記憶が刻印される。被害者は、自分の身体が恐怖とフラッシュバックのトリガーになって、違法な性行為を何度も再体験することになる。いうまでもなく、誰も、自分の身体から逃げることはできない。その結果、被害者には、安心できる空間がなくなってしまうのである。実際、性暴力は、身体感覚、皮膚感覚、触覚として強く記憶されるので、被害者は、まるで加害者が自分の体内に住み続けるかのように感じ、自分自身が恐怖の対象となりやすい。フラッシュバックのたびに、

性交時のあらゆる身体的感覚が甦り、耐えがたい苦痛に襲われる。これが、自殺企図<sup>(16)</sup>や自傷行為に結びついたり、解離性同一性障害の症状に結びついたりする。ここに、恐怖の自家中毒現象が見られる(宮地・一八七〜一八八頁)。

このような症状の最も重いものは、三か月から六か月で消えるが、一年後にもまだ恐怖と不安は残ると言われている。のみならず、二・三年経過しても症状は残り、四〜六年たつても被害者の四人に一人はまだ回復していないと感じるとされている。さらに時が経てば、このような症状は表面的には消滅するが、何かのきっかけで甦る(ハーマン・七〇〜七一頁)。

(イ) 社会の目線(象徴的意味)

性暴力は、被害者に対して、その意思に反する性行為を強制する点において、被害者の人格を否定し、屈服させた、という象徴的意味を持っている。そこに社会の目線が投げかけられる。性暴力は、社会的には、被害者の人格全体に影響を与えるものとして捉えられるのである。実際のところ、性暴力被害者は、事件が公になると、周囲の人々から「性的な色眼鏡」で見られるようになる。性的な部分ばかりがクローズアップされ、性というリズムを通してしか被害者は見られなくなる。その人のアイデンティティーが性化<sup>(17)</sup>されるのである。性は、道徳や階層と象徴的に結びつけられているので、当然、差別の対象になる(宮地・一八九〜一九〇頁)<sup>(18)</sup>。

のみならず、社会の目線は、女性が性的に活発であったとか、一定の職業に就いていたということにも向けられる。それに応じて、事件の解釈は左右され、そのことを通じて、被害者は「セカンド・レイプ」を体験することになる<sup>(19)</sup>。

被害者は、性的な色眼鏡で見られることを何よりも恐れる。だから、大部分の被害者は、加害行為を受けた後、

しばらくの間、泣き寝入りの状態であることが多い。できる限り、性的な色眼鏡で見られることがないように、外見を取り繕おうとするからである。その間、被害者は、意に反する性交のことを忘れようと思ひ、外見上は、何もなかったように日常生活を送る努力を続けるわけである。

しかし、そのような外見は、被害者の苦痛をさらに強める結果をもたらす。このことは、人身損害が発生した場合と比べれば、容易に理解できよう。たとえば、交通事故における人身損害は、誰が見ても一目瞭然なので、それに伴う被害者の精神的損害（内面の悲しみや苦しみ）についても、周りの人々の理解や共感を得たり、同情や慰めを受けたりすることができる。ところが、性暴力は、交通事故と異なり、外見的な手がかりによって被害者の内面（精神）を推測することができない。その結果、被害者は、外見を取り繕えば取り繕うほど、周囲との関係で、ギャップ、理解されない苦しさ、さらに進んで、理解してもらおうと思っても理解してもらえないのではないかと、という苦悩を味わうことになる。被害者は、心が傷ついたままの状態に置かれるので、自分には尊重される価値がないと感じるようになり、ひいては、誰も愛することができなくなってしまうかもしれない。性暴力は、それが持つ社会的・象徴的意味を介して、このように重大な、場合によっては回復できない深刻な被害をもたらす。

(ウ) 生き方の混乱（参照枠組の混乱）

性暴力によって、被害者が人々との関係において形成し、維持してきた〈構造〉が粉碎される。世の中の安全性に関する基礎的な前提、自己の肯定的価値、そして、世界を意味あるものにする秩序感覚が壊されるのである。人は、幼少期に学ぶ基本的信頼によって、つまり自分が世の中に存在しても安全であるという感覚によって、支えられ、生きている。ところが、性暴力が行使された時、被害者は、慰謝と庇護を求めることができず、あるい

は助けを求めて泣き叫んでも応答がなかったのである。その時、基本的安全への信頼が碎かれる。被害者は、見捨てられ、孤独に閉じ込められ、システムの外に放り出されたと感じる。以後、疎外感、離断感が、被害者の人間関係を支配するようになる。被害者は、罪悪感と劣等感に苛まれる（ハーマン・七五～七九頁）。

性暴力によって、被害者は人間として（壊された）と感じることが多い。それは、以上のように、生きる上で必要な基本的な参照枠組が壊されるからである。そのことは、まず、人の普通の時間的参照枠組、すなわち、「昨日のことは過ぎたことだ」、「明日も今日と同じような生活が続くだろう」といった参照枠組が崩壊することを意味している。その結果、昨日のことがまるで今日のことのように自分を襲ってくると感じるのである。また、社会的な参照枠組、すなわち、「危険はあちこちにあるけど、気を付けていけば問題はないだろう」、「相手に対して親切に振る舞い、敬意をもって接していれば、酷い目に遭わされることはないだろう」、「自分に落ち度がないければ、被害者になることはないだろう」といった参照枠組が崩壊することも意味している。参照枠組には、生物学的なものもあれば、社会文化的なものもあるが、それらが一気に崩れるのである。信頼して敬意をもって接していた知人に裏切られて、性被害を被ってしまったときには、なおさらそうである（宮地・一九三～一九四頁）。設例のように、上司が加害者である場合には、上司は本来部下を感謝し庇護すべき存在であるという社会的な参照枠組が崩れることになる。

以上、性暴力が被害者にもたらす重大かつ深刻な（心の傷）の一端を確認した。性暴力の本質が、被害女性を身体的、心理的、社会的に犯すという点にあるということが（宮地・一九三～一九四頁）、少しは明らかになったのではないだろうか。しかも、心的外傷を伴う圧倒的な出来事を前にすると、個人それぞれの性格の差など、もの数ではない（宮地・同前）。その典型例が強制性交等罪に該当する場合であることは言うまでもない。けれど

も、設例のように、刑事制裁が発動されないような場合においても、右に述べた〈心の傷〉は、程度の差こそあれ、必ず発生する。被害者は、その〈心の傷〉を抱えたまま、その後の人生を歩んでいかなければならない。では、民法は、性行為による被害をどのように受け止めることができるのだろうか。精神的損害の捉え方と慰謝料の意味が問われることになる。

## 二 精神的損害と慰謝料

精神的損害と慰謝料の問題を考えるため、まず、前提として、違法な性行為と損害の関係を確認しておきたい（1）。その上で、慰謝料を再構成して、いわば最低限のデフォルト値としての定額の部分と、加害行為の態様など、一切の事情を考慮して付加される変額の部分から成るものとして提案したい（2）。その際には、刑事制裁との棲み分けないし協働が問題になる（3）。

### 1 加害行為・損害・慰謝料

ここで、(ア)加害行為と損害の関係、および、(イ)損害と慰謝料の関係について、順次、整序しておきたい。さらに、(ウ)慰謝料と懲罰的賠償の禁止原則との関係についても検討する必要がある。

#### (ア) 加害行為と損害

意に反する性行為の被害者は、そもそも、自分がどれだけの精神的損害を被ったのか、分からないかもしれない。いわんや、精神的損害を金銭で表せと言われても、困惑するばかりであろう。しかも、後遺症的な被害がい

かなる形でここまで続くのかは、全く予断を許さない。そもそも、それらの損害を全部特定することができたとしても、「はじめに」で述べたように、精神には市場がないので、値札を付けることもできない。だから、純粹の填補説を前提に、被害者とその被害にばかり目を向けていても、慰謝料算定のための有意的な指針を得ることはできない。

性行為による損害を的確に捉えるためには、(1)性行為と財産上の取引行為を対比することが有益である。その上で、(2)精神的損害における主体と客体の関係に光を当てたい。

(1) 財産的損害と精神的損害

性行為も取引行為(契約)も、当事者双方によって望み望まれて行うのが本則である点は、共通している。しかし、主体と客体の関係が異なっている。この点でも参考になる刑法の学説によれば、次の通りである。<sup>(20)</sup>

まず、取引行為においては、主体から切り離された客体(財産)が交換される。だから、意思に反して財産を奪われた場合には、客体の「喪失の強制」を観念することができる。その場合、主体から切り離された客体たる財産の持つ価値が損害になる。当該財産の市場価格が損害として評価されるわけである。

これに対して、性行為においては、主体と客体が渾然一体となって切り離せない関係の下に置かれている。その結果、性行為においては、同意の下で行われる場合であっても、財産行為におけるような意味での客体の交換を観念することはできない。そこにおいて、両当事者は、性行為の価値(感覚ないし快樂?)を互いに交換するのではなく、むしろ共同して行う性行為それぞれ自体を分かち合うべきだからである。だから、違法な性行為が行われたときの損害は、財産的行為における「客体の喪失の強制」ではなく、「主体間の分かち合い(共有)の強制」だということになる。侵害の客体は、人格を備えた主体だからである。「望まぬ相手と共有を強制され

るときに害されるのは、主体からは切り離された客体に関する利益ではなく、主体自体にかかわる利益、すなわち、人格的利益なのである<sup>(21)</sup>、と説かれるゆえんである。要するに、違法な性行為においては、主体と切り離された客体への攻撃を観念することができず、主体そのものへの攻撃を観念するしかないのである。ここに、純粹の精神的損害の特質がある<sup>(22)</sup>。

(2) 精神的損害における主体と客体

右の検討から分かるように、違法な性行為による精神的損害は、主体と切り離された客体に生じるのではなく、人としての尊厳を備えた主体において、その人格への攻撃の形で生じる。ここでは、主体たる人格に対する加害行為を離れて損害を観念することはできない。その意味において、性暴力による精神的損害は、加害行為と一体・一如というべきである。そのことは、先に描写した性行為の現場に立ち返れば明らかである(前述七～八頁)。加害行為そのものが被害者にとつての損害なのである。だから、違法な性行為による精神的損害を評価するためには、被害者たる主体に対する加害行為に着眼しなければならない。ここに、違法な性行為による精神的損害の特質がある。

実際、性暴力事件の審理に際して、裁判官の目線の中心にあるのは、加害行為の態様である(後述「三」で取り上げる判決<sup>(13)</sup>～<sup>(15)</sup>参照)。そこでは加害行為が、その態様や悪性も含めて、そのまま精神的損害を構成すると捉えられている。実務上も、精神的損害は、加害行為を通じて評価するしかないと考えられているのである。だからまた、違法な性行為をした後に、たとえば被害女性から不法行為を理由に訴えられた加害者が、名誉毀損を理由に反訴を提起したときは、反訴自体が新たな加害行為として捉えられ、それが新たな精神的損害の評価対象として加えられる(後掲・判決<sup>(15)</sup>参照)。ここでも、精神的損害は、加害行為の態様に即して評価されるわけである<sup>(23)</sup>。

(イ) 慰謝料の意義・機能

違法な性行為において、損害は加害行為と一体・一如であるとしても、それによって値札が付されるわけではない。加害行為自体にも値札がないからである。この問題をどう解決すべきか。慰謝料の（本質）が問われることになる。

まず、不法行為の一般原則に立ち返ってみよう。民法七〇九条に典型的に示されているように、損害が生じたとしても、被害者には当然に救済が与えられるわけではない。救済が与えられるかどうかは、加害者の態様、すなわち故意・過失の有無によって決まるからである。その点からすると、そもそも不法行為法は、被害者よりもむしろ加害者に焦点を当てた制度だといえることができる。だから、「不法行為法は本質的に制裁法としての性格を有しているのであり、その役割を損害の填補、被害者の救済という視点からのみ理解するのは、制度理解としては十分ではない」と説かれている<sup>24</sup>。不法行為法は、一般原則のレベルで、故意・過失のある加害者に対する制裁という目的・機能を有しているのである。また、民事責任の制裁・予防機能を重視する立場からは、損害は、填補（原状回復）と制裁の両方の観点から評価されるべきだと説かれている<sup>25</sup>。さらに、不法行為の制度目的は、損害填補ではなく、制裁や抑止を目的とするものとして再構成すべきだという見解も見られる<sup>26</sup>。

次に、慰謝料に焦点を絞って、議論状況を確認しよう。そこで留意すべきは、どの説においても、慰謝料が——主たるものかどうかは別として——制裁機能を持つことまでは否定されていないことである。実際、代表的な教科書・体系書を見れば、次のように説かれている。「加害者の過失の場合よりも、故意の場合の方が慰藉料が多くなるべきであるが、それは被害者の痛恨の情が大きいと考えられるからであって、被害者の感情を考慮する結果として慰藉料が私的制裁の機能をもつことはある<sup>27</sup>」。「損害を填補すべき責任が現実には制裁として機能することや、政策的見地から損害賠償に制裁の機能を期待することまでも、否定することはできない<sup>28</sup>」。「慰謝料には侵

害行為の態様が反映してしかるべきであり、公平の見地からも制裁的要素を含むものと解すべきである。……加害行為の犯罪性などは被害の重さとして最大限に被害に取り込むべきであり、その限度においてのみ斟酌しうる<sup>(29)</sup>と考える」。具体的な額の算定にあたっては加害行為の悪性等が考慮に入れられる結果、慰謝料が制裁的機能を持つことは否定しえない<sup>(30)</sup>、というわけである。

以上が教科書・体系書レベルでの議論状況である。填補一本槍という学説は見られない。しかし、それだけでは、慰謝料に関する議論を進めることはできない。そこで、まず、(1)個別の研究にまで視野を広げて、慰謝料の意義・機能に関する理解を深めよう。その上で、(2)性暴力被害者に対して支払われる慰謝料の意味を考えてみよう。

### (1) 填補・抑止・制裁

慰謝料には、(a)損害の填補、(b)損害発生を抑止、(c)加害行為に対する制裁といった意義・機能が認められている。かつ、多くの学説にとって、それらは相反するものではないと考えられている。

#### (a) 損害の填補

わが国において、慰謝料についても、填補説を徹底することを説いた第一人者は、おそらく植林弘であろう<sup>(31)</sup>。彼が填補説を徹底する際に、批判の対象として念頭にあったのは、制裁説、すなわち、慰謝料の本質を加害者に対する制裁と位置づける学説であった<sup>(32)</sup>。もちろん、植林も、非財産的損害を金銭的に評価することが「不可能」であることは認める。だから、財産的損害の賠償のように、損害と等価物の給付によって原状回復ないし損害の填補をするという考え方は、慰謝料には適用できない(一三八頁)。そこで、「賠償金を受領……することによる

喜び、……不可欠の生活必需品の入手および貯蓄の可能性を被害者に与え、それによって被害者その嗜好と生活上の慰安の実現可能な状態に置換することにより、困惑または苦痛を、一時的に軽減または忘却せしめうる」点  
に、非財産的損害の金銭による賠償可能性を見出している(一三九頁)。慰謝料には「加害行為によって被害者  
……が感受せる忿懣・怨恨の情をも一時的に忘却・軽減する機能」があるというわけである(二七六頁)。要す  
るに、被害者が慰謝料という名目で金銭を受領することによって、その忿懣・怨恨の情を一時的に軽減・忘却す  
ることができる点に、精神的損害の填補可能性を見出すのである。

植林説は、あくまでも、被害者に焦点を当てて、そこに損害の存在と填補の可能性を見出している。けれども、  
根本的な疑問は、はたして性暴力の被害者は、加害者から金銭を受け取ることにより「喜び」を見出したり、その忿  
懣・怨恨の情を一時的に「軽減・忘却」したりできるのか、ということである。しかも、慰謝料を受けとつても、  
被害者は「その嗜好と生活上の慰安の実現可能な状態」に置かれるに留まる。だが、慰安の可能性を与えるだけ  
で、果たして損害を填補したといえるのだろうか。結局のところ、植林が、金銭による忿懣・怨恨の情の「軽  
減・忘却」を考え、また、被害者の慰安可能性を語るのは、填補説に拘泥した結果のように思われる。彼の視界  
には、被害者とその被害しか映らなかつたのではないだろうか。もちろん、慰謝料も損害賠償として、何らかの  
損害填補の意味・機能があることは否定できない。けれども、だからといって、他の意味・機能を排斥すべきこ  
とにはならないはずである。

(b) 損害の発生の抑止

懲罰的損害賠償を念頭に置いての議論だが、それがもつばら抑止のための制度だという学説が紹介されている<sup>(33)</sup>。  
さらに進めて、不法行為一般について、その制度目的は、損害填補ではなく、損害発生の抑止を目的とするもの

として再構成すべきだという見解がある。<sup>(34)</sup> これは「法と経済学」の考え方からのアプローチである。それによれば、慰謝料も抑止を目的とするものとして再構成されるべきことになる。違法な性行為に即して、その考え方を再定位置すれば、慰謝料の額は、違法な性行為の最適抑止 (optimal deterrence) の観点から定められるべきことになる。ところが、実際には、違法な性行為は常に発見・告発され賠償が請求されるわけではない。だから、慰謝料が、違法行為の抑止という目的を達成するためには、被害者は、実際に被った精神的損害分を上回る額の賠償を受け取ることができるとすべきである。これが抑止の考え方の骨子である。

たしかに、慰謝料が性暴力被害を抑止する効果を持ちうることは否定できない。その点に光を当てて、その目的達成に必要な限り、慰謝料額が実際の損害を上回ることを認めることについても、原理的な困難はないだろう。<sup>(35)</sup> 慰謝料を通じて、性暴力が割に合わないことを (潜在的) 加害者に伝えることは大切だと考えられるからである。けれども、性暴力被害の抑止のための「最適抑止の額」は、誰も具体的に計算することができない。<sup>(36)</sup> のみならず、抑止という見方だけでは、故意行為等に対する非難可能性や、加害者に対して加えられるべき制裁といった観点が捨象されてしまう。<sup>(37)</sup> 要するに、抑止という角度だけから、慰謝料の意義・機能を十分に説明することはできないし、その再構成を構想することも適当とはいえない。

(c) 加害行為に対する制裁

学説上、慰謝料の一般論として、填補と制裁の二要素を判然区別して認めたのは、三島宗彦である。<sup>(38)</sup> 注意すべきは、三島が制裁の中に含まれる復讐の感情を忌避していないことである。むしろ、被害者の持つ復讐の感情を正面からは認し、その表れとして制裁的慰謝料を位置づける。彼は、アメリカにおける判例・学説に触発される形で、法秩序によって私的復讐が禁止されていることに対する代償として、積極的に制裁的慰謝料を位置づける。

それは、「損害賠償という形式に昇華された復讐」(一一頁)なのである。そして、制裁的慰謝料として、加害者の故意・過失などの侵害行為の態様、当事者の財産状態などを斟酌した上で、「加害者本人をして反省せしめ、社会一般に警告することによって類似行為の反復を抑制するに足りるだけの額」を觀念する(二四頁)<sup>(39)</sup>。要するに、三島の構想する制裁的慰謝料は、一方で、制裁として加害者に罪滅ぼしをさせることを、そして、他方で、抑止として本人ならびに他の人々による非行の再発を防止することを、同時に目的としている(一〇頁)。それは、「被害者に対する侵害に関連するばかりでなく、本質的に加害者の行為すなわち行為の非難性に関連する」ものとして位置づけられている(一五頁)。

近時において注目されるのは、被害者には、慰謝料という名の「処罰権」(制裁権)が与えられていると主張する説を紹介する学説(佐伯仁志)である。<sup>(40)</sup> それによれば、(懲罰的)慰謝料は、被害者に金銭を得る権利があるから認められるのではなく、被害者が加害者に対して苦痛を与える権利があるから認められる。これは、国によって公認された復讐として理解することができる。「被害者は、加害者に対して自らの手で復讐を行うことによって、傷つけられた自己の人格の尊厳を回復することができる」わけである(二五三頁)。そして、およそ慰謝料は、「金銭を得ることによる利便によって精神的苦痛が癒され……るものであれば、それは通常の意味で補填的である」が、「自己にとつての金銭の価値ではなく、加害者が金銭を支払わされることにより苦痛を受けたこと自体に満足を得……るのであれば、それは応報感情の満足であつて、制裁といつてよいであろう」と言う(二五四頁)。その上で、後者の意味での慰謝料は、あくまでも民事裁判における応報感情の満足を目的としたものであつて、刑法の応報刑思想における正義論とは区別されるべきものとして位置づけられている(二五五頁)。

ここでは、慰謝料が、制裁(応報感情の満足)としても、損害の填補としても、理解可能なことが示されてい

る。たしかに慰謝料は、被害者が加害者に対して金銭的苦痛を与えるものとしても、あるいは一歩進んで、そのような苦痛を与えることによって被害者が傷つけられた自己の尊厳を回復するものとしても、理解することができる。それは、被害者の視線が、あくまでも自分を傷つけた加害者に向けられるのか、それとも加害行為によって傷ついた自分に向けられるのかによる違いだといってよい。慰謝料は、この二つの意味・機能を兼ね備えたものとして捉えることができる。その意味で、「制裁」は、「填補」の観念と両立することになる。その結果、〈復讐する被害者〉の存在も認めることができる。私は、現代においても、復讐感情の満足のために慰謝料が支払われることは、肯定的に評価すべきだと考える（次述②参照）。

なお、制裁的な慰謝料を認めると、被害者は結果的に利得を得るのではないかとの議論がありえよう。日本の司法は、伝統的に極端なまでに「被害者太り」を嫌っているように見えるので、とくに問題になる。<sup>(4)</sup>だが、純粹の精神的損害が生じた場合において、裁判官が「当事者双方の社会的地位、職業、資産、加害の動機および態様、被害者の年齢、学歴等諸般の事情」を斟酌した結果、制裁的慰謝料の支払いを命じたとしても、まさにそれが裁判官による損害の評価なのであって、決して制裁が一人歩きしているわけではない。その意味において、純粹の精神的損害については、被害者太りの問題は生じえない。むしろ、被害の原状回復からは遠い所に置かれた被害者に思いを寄せるべきである。意に反する性行為の被害者は、全員、「事件の日を境に、別人になってしまった。その前の自分に戻りたい」と願っているはずである。だが、誰も事件以前の自分に戻ること（原状回復）はできない。たとえ制裁的な慰謝料を手にしたとしても、被害者の心の傷は口を開けたままだからである。だとすれば、何ゆえ、それが利得になると言われなければならないのだろうか。

(2) 性被害における慰謝料

違法な性行為をした者が支払うべき慰謝料には、他には見られない意味がある。その一端は、すでに「被害者太り」の問題に即して右に示した。ここでは、性被害における慰謝料の意味を際立たせるため、(a)性暴力被害者の感情に立ち返るとともに、(b)その機能を検討しよう。

(a) 被害者の感情

制裁的な慰謝料を認める最大の根拠は、本来的に金銭には評価できない精神的損害を受けた被害者の感情にある。

その第一は、右に見たように、加害者に対する復讐感情である。現代においても、復讐感情の満足のために慰謝料が支払われることは、肯定的に評価されるべきである。ここで慰謝料は、被害者に生じた復讐感情という名の損害を填補することを目的とする填補的要素を備えたものとしても捉えることができる。その限りで、復讐感情の満足において、制裁の要素が一人歩きするわけではない。もちろん、だからといって、慰謝料が、違法な性行為に対する制裁としての役割を果たさなくなるわけではない。実際、慰謝料は、違法な性行為に対する制裁の意味を担うべきである(次述(b)参照)。

第二に、被害者は、必ずしも「復讐の鬼」と化しているわけではない。この点については、性暴力の実際の被害者の声に耳を傾けてみる必要がある。そこで聞こえてくるのは、自分の苦しみを金銭的に表すのは難しいけれども、まずもって、加害者には自らが行った行為の責任をきちんと取って欲しい、という——どちらかといえば理性的な——声である。のみならず、被害者はいつまでも自分だけの問題として捉え続けるとは限らない。実際、自分の身に降りかかった不幸な出来事を契機に、被害者は、セクハラのない社会という一般利益の実現を願い始

めるかもしれない。そのことは、実名で性暴力を告発した被害者の一人が、加害者に対して、怒りや憎悪の感情は全くないと言いつつ切った時に、鮮明に読み取ることができる。<sup>(42)</sup> その気持ちは、復讐というよりも、むしろ切なる願いというべきである。いわく、

「おかしいと声を上げない限りは、私たちはずっと、この理不尽な運命を受け入れて生きていかなければならない。……もしも沈黙したら、それは今後の私たちの人生に、これから生まれてくる子供たちの人生に、鏡のように反映されるだろう」<sup>(43)</sup>。

ここでは、文章の主語が、単数形ではなく、複数形で「私たち」、「子供たち」と表されていることに注意すべきである。そこには、性暴力の問題を、被害者個人の問題としてではなく、私たち社会の問題として受けとめようという姿勢が表れている。ここに書かれた被害者の願いは、さしあたり刑事手続を念頭に置いたものであるが、舞台を民事手続に移しても変わることはないだろう。<sup>(44)</sup> ここで慰謝料は、加害者に対する被害者の復讐心やその満足のためというよりも、セクハラのない社会という一般利益の実現のため、加害行為の予防に向けての制裁的なものとして位置づけられる。

では、慰謝料は、具体的に、どのような形で、予防の機能を果たすことができるのだろうか。その中身を確認しよう。

(b) 予防機能

交通事故の賠償責任を扱うために作成されたものとして、「赤い本・青い本」がある。だが、それに予防（事

故抑止の効果を期待することはほとんどできない。なぜなら、交通事故は、過失によるものがほとんどであり、しかも、加害者の賠償責任は慰謝料も含めて保険によってカバーされるからである。たしかに、保険会社は、等級を上下させることによって、被保険者に対して事故回避のインセンティブを与えているが、その効果は限定的・相対的なものに留まっているように思われる。

これに対して、違法な性行為においては、加害者は、常に性行為につき故意を有し、しかも被害者に真の同意がないことにつき悪意の場合も少なくないはずである。その上、セクハラ責任をカバーする保険は、会社を被保険者とするものではなく存在しているが、加害者個人を被保険者とするものは、現在のところ見当たらない。だから、制裁的慰謝料の支払いを命じることは、違法な行為を予防する効果に直結すると期待することができる。

民法上の予防も、刑法上のそれと同じく、(i)特別予防、および、(ii)一般予防の二つに分けて考察することができる。

#### (i) 特別予防

被害者が加害者を訴える場合、当該加害者に対して、罪滅ぼしをして欲しいという願いに加えて、自分と同じような被害者を作らないために、もう二度と、同じ過ちを犯さないで欲しいという願いを持つのではないだろうか。民事において制裁的慰謝料の支払いを命じることは、当該加害者に対して、二度と同じ過ちをしないようにという特別予防の効果を發揮することが期待できる。慰謝料額の算定に際しては、その観点からの考慮があつて然るべきである。

(ii) 一般予防

違法な性行為に関する裁判例が積み重なって、加害者が払うべき慰謝料の額は高いという意識が人々の間に浸透してくると、潜在的加害者は、違法な性行為は割に合わないと考えようになるだろう。制裁的慰謝料を認めることは、潜在的加害者に対して、性行為に際しては相手方配慮義務を尽くして(前稿・三三二～三三三頁参照)、被害者が同意したように見えても、それが真の同意なのかを確かめるインセンティブになる。とくに、予め、最低限の定額の慰謝料の額を示すことができれば、その効果は強まるように思われる。後に、「定額慰謝料」を提案する理由の一つである(後述三三三頁以下参照)。

以上、なるべく分析的に、慰謝料の構成要素・意義・機能について考察した。そこから分かるように、一言でいえば、慰謝料は常に多様な要素から構成されている。だから、たとえば五〇〇万円の慰謝料の支払いが命じられた場合、三〇〇万円は填補的慰謝料であり、残りの二〇〇万円は制裁的慰謝料である、という形に分解することはできない。五〇〇万円という金額の中に、すべての要素・意味・機能が渾然一体となって含まれていると理解すべきだからである。

(ウ) 懲罰的賠償の禁止原則との関係

制裁的な意味を持つ慰謝料を認めることは、わが国における懲罰的賠償の禁止原則に抵触しないか。周知のように、最高裁は、懲罰的賠償は「我が国における不法行為に基づく損害賠償制度の基本原則ないし基本理念と相いれない」と判示している(最判平成九年七月一日民集五一巻六号二五七三頁——裁判官・大西勝也、根岸重治、河合伸一、福田博)。注意すべきは、そこで「基本理念と相いれない」と形容される主語が、正確には、「被害者が

加害者から、実際に生じた損害の賠償に加えて、制裁及び一般予防を目的とする賠償金の支払を受け得るとする「こと」とされている点である。つまり、実損害とは別に、あるいは実損害とは無関係に、加害者に対する制裁として賠償金の支払いを命じることが否定されているのである。

学説上も、損害と無関係に賠償額が算定されることを実質的な理由として、制裁という考え方は批判されている<sup>(45)</sup>。もつとも、公害や薬害などを念頭に、加害者に対する制裁や加害行為の抑止のため、もつと制裁的機能を重視すべきではないか、とも主張されている<sup>(46)</sup>。より積極的に、慰謝料額が加害行為の性質・程度に対応して決定されることから、慰謝料は加害行為抑止金だと明確に主張する学説も見られる<sup>(47)</sup>。

では、どう考えるべきか。日本法上、債務不履行の場合を中心に、純粹の経済取引から損害が生じた場合には、財産的損害の賠償によって、原則として、精神的損害もカバーされると扱われている<sup>(48)</sup>。ところが、上記判決において問題とされたのは、賃貸借契約の締結に際して欺罔行為が行われたことを理由に、填補的損害賠償に加えて、その倍以上の一二万ドル余りの懲罰的賠償の支払いを命じたカリフォルニアの判決を日本において執行できるかであった<sup>(49)</sup>。しかも、当該外国判決は、填補的損害賠償と「明確に区別して」懲罰的損害賠償を命じるものであった<sup>(49)</sup>。最高裁は、純粹の経済取引から損害が生じた場合には、もつぱら実損（財産的損害）につき賠償を認めれば十分であつて、それに加えて、明確に区別した形で、慰謝料の一種たる懲罰的賠償を認めることはできない、と判示したわけである。

この最高裁判例は、違法な性行為が行われた場合に制裁的な意味を持つ慰謝料の支払いを命じることが禁じているのだろうか。たしかに、経済取引から損害が生じた場合には、市場という物差しによって実損を観念することができるとは、これに対して、違法な性行為が行われた場合には、そもそも取引場面におけるような実損を観念することができない（前述三頁参照）。精神は非融通物として、本来、金銭的評価に馴染まないものである（民法三九

九条参照）。だから、実損に慰謝料を加えることは、概念上、不可能である。この場面では、慰謝料はむしろ実損そのものを表そうとしているからである。それゆえ、違法な性行為によって精神的損害が発生した場合に制裁的慰謝料を認めたとしても、実損に加えて慰謝料を認めたとにはならず、判例違反の問題は生じない。

そもそも、判例は、慰謝料の算定に際して、一切の事情を斟酌することを許している。たとえば、じん肺に関する判例（最判平成六年二月二日民集四八巻二号四四一頁——裁判官・可部恒雄、園部逸夫、佐藤庄市郎、大野正男、千種秀夫）は、「元来、慰謝料とは、物質的損害ではなく精神的損害に対する賠償、いわば内心の痛みを与えられたことへの償いを意味し、その苦痛の程度を彼此比較した上、客観的・数量的に把握することは困難な性質のものであるから、当裁判所の先例においても、『慰謝料額の認定は原審の裁量に属する事実認定の問題……』……とされている」と判示している。そのため、慰謝料の算定に際しては、「当事者双方の社会的地位、職業、資産、加害の動機および態様、被害者の年齢、学歴等諸般の事情を参酌すべきである」とされているのである（最判昭和四〇年二月五日裁判集民七七号三三二頁——裁判官・奥野健一、山田作之助、草鹿浅之介、城戸芳彦、石田和外）。

このような慰謝料算定のルールと、懲罰的損害賠償に関する上記最高裁判例との関係について、佐久間邦夫・調査官解説は、填補説の立場から、(1)加害者の行為態様によって精神的損害が異なること、(2)慰謝料が財産的損害の賠償を補充する機能を有していることを理由に、慰謝料の制裁的性格を否定し、あくまでも被害者に生じた現実の損害を賠償するという填補説の枠内で慰謝料を捉えようとしている<sup>(50)</sup>。けれども、(1)は、加害者の行為態様以外の事由（当事者双方の社会的地位、職業、資産、被害者の年齢、学歴等）を捨象した説明であり、理由づけとして極めて不十分である。しかも、その多くは、とくに加害者・被害者の年齢や社会的地位といった事由は、損害とは直接関係のない事情とすべきである。だからこそ、厳格な填補説の立場から、それらの事情を全面的・一

一般的に斟酌することはできないはずだ、と指摘されているのである。<sup>(51)</sup> また、(2)については、純粹の精神的損害だが問題になる性暴力の場面では、無関係の命題というほかない。要するに、調査官解説は、慰謝料の性質について納得できる説明をしていない。

そもそも、損害事実説の考え方によれば、違法な性行為が損害であつて、慰謝料はその金銭的評価の問題に過ぎない。そして、損害の金銭的評価につき裁量権を与えられた裁判官が、制裁の観点を踏まえて慰謝料を算出することは、何ら妨げられないはずである。むしろ、そのようにして算出された慰謝料こそが、精神的損害を金銭的に評価したものだと言ふことができる。

要するに、違法な性行為の場面で制裁的慰謝料を認めることは、実損に加えて、あるいは実損とは無関係に賠償を認めることにはならない。ここにいう制裁的慰謝料は、慰謝料一般について、加害者の「社会的地位・資力」を含めて、一切の事情を斟酌する大審院以来の判例の当然の帰結として位置づけるべきであつて、最高裁が問題視する懲罰的賠償とは性質を異にしているのである。

以上の検討を前提に、違法な性行為が行われた場合に認められるべき慰謝料の再構成を試みよう。再構成した慰謝料にも、填補的要素と制裁的要素の両方が渾然一体となつて含まれていることは言うまでもない。

## 2 慰謝料の再構成

違法な性行為を理由に認められるべき慰謝料は、(ア)「定額慰謝料」と(イ)「変額慰謝料」の〈二階建て構造〉を備えたものとして再構成すべきである。これが本稿の主張である。もつとも、そのような構造理解は、慰謝料算定のための指針としての意味を持つに留まる。裁判所は、仮にこの指針を採用して、〈二階建て構造〉に従つて慰謝料を算定したとしても、そのことを判決において示す必要がないのは当然である。

(7) 定額慰謝料

慰謝料のいわば〈一階部分〉が「定額慰謝料」である。まず、(1)なぜ、定額慰謝料を認める必要があるのかを説明しなければならない。その上で、(2)要件、および、(3)意味・機能を順次、明らかにしよう。

(1) 必要性

慰謝料額の算定に際しては、一切の事情を斟酌することができるというのが判例である。ところが、違法な性行為を理由とする慰謝料の算定場面において、このルールを適用すると、被害者は過酷な状況に置かれてしまうことになる。というのは、こうである。

裁判官は、慰謝料算定の一般ルールに従うならば、どのような加害行為がいかなる状況下においてなされたのか、その個別具体的な事実を認定した上でなければ、的確に慰謝料を算定することはできないはずである。そのことは、被害者が加害行為たる違法な性行為と被害の詳細につき証明しなければならないことを意味している。これは、「不法行為の成立要件」(例、真の同意の不存在)のレベルを超えた証明である。加害者も、慰謝料減額の理由になりそうな一切の事実を次から次へと取り上げて、証明しようと試みるであろう。

けれども、とくに違法な性行為をめぐる事実の詳細や、それをめぐる弁論は、被害者にとっては苦痛以外の何ものでもない。被害者は忌まわしい過去を忘れたいはずだからである。にもかかわらず、自分で無理に思い出すように努力したり、相手方から思い出すように強いられたりすると、被害者は直ちにフラッシュバックの症状を引き起こす危険がある。

具体的に考えてみよう。性暴力被害を理由に訴えを準備する被害者は、まず弁護士に事件と被害状況を説明し、その質問に答えて訴状と準備書面の作成を手助けしなければならない。訴訟が始まれば、加害者側の準備書面が

提出される度に、それに応答しなければならない。さらに、陳述書も書かなければならぬだろう。被害者は、これらすべての段階において、忌まわしい事件の詳細を自ら語ろうとすればするほど、また相手方の主張に対する確かな形で反論しようとするほど、新たな苦痛とフラッシュバックの危険にさらされることになる。被害者は、裁判に訴える以上、これらすべてを耐え忍ぶしかないのだろうか。

その上、最大のハードルとして待ち構えているのが、本人尋問である。設例のような事件においては、物証がほとんどないのが普通であるから、本人尋問は極めて重要である。だが、その分だけ、加害者側の弁護士から浴びせられる反対尋問は厳しいものになることが予想される。たとえば、設例のような事案が訴訟になった場合には、加害者側の弁護士から、次のような尋問を受けることが考えられる。

「好きだったから、何度も一緒にホテルに行ったのではないですか？」

「今回、裁判に訴えたのは、被告に振られたことの逆恨みではないですか？」

「貴方は男性経験が豊富なようですが、今回も純粹に性行為を楽しんでいたのではないですか？」

「ラブホテルでは、被告と一緒にテレビを見たり、ふざけたりして、それなりに楽しい一時を過ごしたのではないですか？」

「当日は、居酒屋でお酒を一緒に飲んでいただけのことですが、貴女にも体を許してもいいという気持ちがあったのではないですか？ 少なくとも、そう思われても仕方のない隙があったのではないですか？」

「トラウマと言いますが、事件の後も、きちんと毎日出勤していただけないですか？」

「PTSDの症状があると言いますが、もう男性とは普通に付き合えなくなってしまったのですか？ 今では新しく恋人もできて、普通にセックスもしているのではないですか？」

最後の尋問は、後遺症の内容を具体的に確認するためには、不可欠というべきかもしれない。もちろん、これらの尋問を受けても、被害者は、もし性暴力の（被害者）でなければ、つまり、普通の精神状態であれば、難なく冷静に答えられるであろう。しかし、まさに被害者であるがゆえに、セカンドレイプの危険から逃れることができないのである。尋問がきっかけとなって、PTSDの症状が現れないとも限らない。もちろん、度を越した尋問に対しては、被害者側の弁護士が、本人を侮辱するものとして発言の取消しを求めるであろうし、裁判官も、被害者の人格を傷つけるような質問は許さないのである。だが、加害者側の弁護士の尋問は、後に取り消されたとしても、被害者の記憶に残り、法廷を出た後も、心に突き刺さったまま留まるであろう。このように、慰謝料額の算定のため、裁判所や相手方が事実の詳細を求めれば求めるほど、被害者は、さらに傷つけられる危険にさらされるのである。

実際、裁判の実情に関しては、次のように評されている。

「〔性暴力に関する〕法的手続きの過程に付き合っていくことは、主治医という立場から正直に言えば、被害者にはあまり勧めたくないことである。それほど精神的ストレスが大きく、ひどい場合は多大な二次被害を被ってしまうからである。今の裁判過程は、心理的な被害を金銭に換算して考えるならば、もともとの損害額を賠償してもらうためにその何倍もの費用が必要となる理不尽なプロセスであるように思える」<sup>(52)</sup>。

多くの性暴力被害者が、裁判で再び傷つくことを恐れて、訴訟をためらっている。とりわけ、被害の深刻な者やPTSDの症状の重い者ほど、裁判までのプロセスに耐えられないようである。<sup>(53)</sup> 一番、助けの必要な被害者が裁判所の門を叩けないのである。

どのようなすれば、現状を変えることができるだろうか。裁判において、被害者が、フラッシュバックや PTSD を覚悟しなくても済むような制度を考えなければならぬ。

(2) 〈節度ある事実〉

裁判官が慰謝料額の算定のために事実の詳細を探索し、それに呼応して、原告・被告双方の弁護士が事実の詳細を主張し、また争うと、結果として傷つくのは被害者である。もちろん、事実は大切である。だが、被害者が詳細な事実認定を望まない場合には、〈節度ある事実〉でもって満足すべきではないだろうか。

私は、前稿において、意に反する性行為か否かを判定するための要件論の軸として「格差構造」という判断枠組を示した(前稿・一六頁以下)。それは、被害者が置かれた環境(格差構造)から外形的にその同意の有無を判断することによって、被害者の証明負担を軽減し、なるべくフラッシュバックや PTSD を起こさせたくない、と考えたからである。〈節度ある事実〉の認定だけで充足される不法行為の要件論を提示しなかったのである。それと同様に、効果論としても、被害者は、事定の詳細を明らかにしなくても、〈節度ある事実〉に基づいて十分な賠償を受けることができるようにならなければならない。

そこで提案したいのが、違法な性行為があれば、最低限、当然に認められるデフォルトとしての「定額慰謝料」である。<sup>(54)</sup>これは、〈節度ある事実〉から、違法な性行為があったことさえ認定できれば、当然に認められる画一的・定型的な慰謝料である。被害者は、〈節度ある事実〉、すなわち違法な性行為であったことを示す最低限の類型的な事実を証明すれば足りる。その証明は、性行為が不法行為の要件を充足していることの証明に他ならない。被害者は、加害者の不法行為さえ証明できれば、無条件に定額慰謝料を手にすることができるわけである。ここで被害者は、〈節度ある事実〉を超えて、フラッシュバックや PTSD の原因になるような事実の詳細(例、

性行為に至るまでの生々しい出来事）や、後遺症の個別具体的な内容にまで立ち入った証明をする必要はない。

定額慰謝料の考え方が採用されると、被害者は、訴訟において、性行為が違法であったことの証明に集中すれば足りる。もちろん、〈節度ある事実〉で足りると言ったところで、加害者が〈節度ある事実〉そのものを争わないという保証はないし、かえって自分から事実の詳細をあげつらってくるかもしれない。そうなると、結局、被害者のセカンドレイプ的な苦痛はゼロにならないかもしれない。けれども、被害者が定額慰謝料のみを求め、それに応じて、裁判所での審理が〈節度ある事実〉だけを対象にするという考え方で進められる場合には、〈節度を欠く〉詳細な事実は自ずから審理の対象から外されるのでないだろうか。裁判官は、違法な性行為を推認する最低限の事実についての心証を得ただけで、デフォルトとしての定額慰謝料の賠償を命じることができるからである。その意味で、定額慰謝料は、裁判官にとっても福音である。なぜなら、定額慰謝料の支払いだけを求める訴訟においては、典型的な要件事実についての心証さえ得られれば、それ以外の事情をあれこれ斟酌するまでもなく、結論を導き出すことができるからである。

定額慰謝料が一般的に認められるようになれば、交通事故における「赤い本・青い本」のように、それを基準にして裁判外での和解も容易かつ効率的に進められることになるだろう。違法な性行為における定額慰謝料は、新たに、いわば「緑の本」——あるいは「MeToo本」——をつけ加えようという提案だからである。定額である以上、加害者・被害者の社会的地位や資力によって、額が左右されることもない。すべての被害者に平等に認められる慰謝料である。

(3) 意味・機能

定額慰謝料は、すべての性暴力被害者に対して、最低限保障されるべき賠償額である。<sup>(55)</sup>それは、まずもって定

型的・典型的な損害を填補するための填補的慰謝料として性格づけることができる。しかし、同時に、性暴力に対する制裁的慰謝料としての意味・機能をも併せ持つことになる。なぜなら、最低限の慰謝料の額を予め明示することによって、違法な性行為が割に合わないことを社会に対して警告することになるからである。

このように、定額慰謝料は、典型的・典型的な損害を填補するための填補としての性質と、性暴力に対する制裁としての性質を兼ね備えている。だから、定額慰謝料のある部分を切り出してみて、どちらかの性質しか見られない、ということはあり得ない。

定額慰謝料は、「加害行為＝損害」という図式を前提に、「典型的加害行為＝典型的損害＝典型的填補・制裁」という見方を採用するものである。ここで問題になるのが、後遺症的な精神的被害（PTSD）の位置づけである。典型的・典型的な症状の範囲内に収まる PTSD の症状については、右の「典型的加害行為＝典型的損害＝典型的填補・制裁」という見方が当てはまるので、定額慰謝料の算出において予め考慮されるべきである。つまり、〈節度ある事案〉によって認定された加害行為に対する評価として算出された慰謝料の中に含まれることになる。このことは、典型的・典型的な PTSD について、被害者が個別具体的な証明責任を負わないことを意味している。これは被害者に大きなメリットをもたらす。なぜなら、精神科医の立場から、刑事手続を念頭において、「被害者の PTSD の有無を法廷に示すのは、被害者の治療や回復にも悪影響を与えかねないので、できれば避けて欲しい……」。今後は、PTSD 研究の成果を用いたある程度客観的な基準で、被害者に与えた心的負荷の重み付けをして、量刑に反映させるという方法もあるのではないだろうか」と要望されているからである。<sup>56</sup> 定額慰謝料という客観的な基準の提案は、民法の立場から民事訴訟において、この要望に応えようとするものである。

では、定額慰謝料の額は、具体的に幾らとすべきか。意に反する性行為が行われた場合、現在の慰謝料の相場

は、二〇〇万円～三〇〇万円のようなものである（前述五頁参照）。けれども、その額は、填補的慰謝料として、性暴力による被害の深刻さ、そして、長期にわたる被害者の苦しみを十分に填補できる額といえるだろうか。さらに、制裁的慰謝料として、加害者に対する復讐のため、また性暴力という加害行為の子防のために十分な額だといえるだろうか。具体的な額は、このような観点から算出すべきである。のみならず、裁判の現場における慰謝料額算定の実情も踏まえる必要がある（後述「三」で検討する）。それゆえ、定額慰謝料の具体的な額は、本稿の「むすび」において提示することにした。

定額慰謝料は、「典型的加害行為＝典型的損害」という図式が成り立つことを前提にしているので、その図式に収まらない場合をどう扱うかという問題がある。そのような場合をカバーするため、定額慰謝料に加えて、いわば（二階部分）として、「変額慰謝料」を観念する必要がある。

#### （イ） 変額慰謝料

まず、(1)なぜ、変額慰謝料を認める必要があるのかを説明しなければならない。その上で、(2)要件、および、(3)意味・機能を順次、明らかにしよう。

##### （1） 必要性

性暴力の被害者の中には、〈節度ある事実〉の証明だけから認められる定額慰謝料には満足しない者がいるかもしれない。定額慰謝料の提案は、あくまでも最低限の賠償を保障することを目的としているので、それに満足しない被害者の権利行使を阻止するものではあってはならない。だから、被害者がフラッシュバックやセカンドレイプを覚悟の上、いわば自己責任で、加害行為や後遺症に関する詳細を証明して、定額慰謝料以上の損害賠償

を求める可能性は残しておく必要がある。後に「三」において行う裁判例（判決⑬⑭）の検討から明らかになるように、経験的に見て、事実認定の詳細さと慰謝料の認容額には比例関係が存在している。被害者が、〈節度ある事実〉を超えた〈個別具体的事実の詳細〉を証明することによって、加害行為や損害の全容が明らかになれば、それに応じて、より高額の慰謝料が認容されるべきことは当然である。

当該事案に固有の個別具体的事情に応じて、定額慰謝料にプラスして認められるべき慰謝料を「変額慰謝料」と呼ぼう。性暴力の被害者は、最低限の保障たる定額慰謝料に加えて、個別具体的事案の詳細を証明することによって、変額慰謝料をも請求することができるわけである。

(2) 〈詳細な事実〉

変額慰謝料の算定に際して斟酌される代表的な個別具体的事実を幾つか取り上げて検討しよう。さしあたり、(a)加害行為の悪性、(b)被害者の後遺症の重篤さ、(c)加害者の常習性、(d)加害者の社会的地位・資産状況が問題となる。

(a) 加害行為の悪性

違法な性行為においては「加害行為＝損害」の図式が当てはまるので、加害行為の悪性は、そのまま損害の甚大さとして評価することができる。それに応じて、被害者の復讐感情も強まるだろう。ここにおいて、変額慰謝料は、悪性の強い加害行為から生じた重大な精神的損害を填補するとともに、同様の悪性の強い加害行為をしないようにとの制裁（警告）を発することになる。その意味で、変額慰謝料も、填補目的と制裁目的の両方を兼ね備えることになる。裁判例の中から、加害行為の悪性を考慮した二つの具体例を見よう。

第一の裁判例は、路上ですれ違った女性を強姦しようと思ひ立ち、後日当該女性を尾行してその自宅を突き止めたので、そこで待ち伏せして、被害者が帰宅して自宅玄関のドアを開けるや、「背後からクロロホルムを浸した軍手等を原告の口や鼻に押し当てて被害者にクロロホルムを吸引させて被害者の抵抗を不能にした上、被害者を全裸にし、ガムテープで原告の両足を緊縛し、目や口を塞いだ上」、二時間近くの間、「陰部に手指を挿入したり、乳房を弄んだり、口づけをしたりするなどの猥褻行為をした上、……被害者を強姦した」、というものである。加害者は、さらに「後で性的興奮を得る目的で、携帯電話のデジタルカメラで被害者の陰部や緊縛状態を写真撮影するとともに、被害者の下着四点及び被害者が撮影されている写真三枚を強取した」。この事案において、判決は、被害者がクロロホルムの薬害による傷害に苦しんでいることも斟酌した上で、七〇〇万円の慰謝料を相当として認めている（東京地判平成一七年六月二一日（平成一六年（ワ）第二五二七〇号・判例秘書）——裁判官・矢尾涉）。

第二の裁判例は、より悪質な加害行為を認定している。ある漫画家がアシスタントの女性と肉体関係を結ぶことを望んでいたが、デートに誘っても断られたため、当該女性と肉体関係を結ぶには強姦するしかないと考え、女性の自宅で強姦することを企てて、被害者のバッグからその自宅の鍵を盗んで合鍵を作った。その合鍵を使って侵入し、職場の上司であることを隠すために覆面を被って被害者の帰宅を待ち、「帰宅した原告に目隠しをし、ガムテープで口をふさぎ、手足をロープで縛って身動きできない状態にした」上、「被害者の実家の住所、被害者の名前、被害者の経歴などを述べたうえで、『全部知っているんだからな』……『ヘタなことをするとどうなるか分からんぞ』等と言って被害者を脅迫し……更に、加害者の背後には暴力団がいることを示して、被害者を脅迫した」。「その結果、被害者は、加害者の言うことを聞かないと家族等に危害が及び、自分も殺されるとの恐怖から、反抗を完全に抑圧され、その後、……約一二時間に渡って、裸にされ、陰毛を剃らされたり、オナニー

をさせられたり、フェラチオをさせられたり、クニニリングスをさせられたり、被告の目の前で放尿をさせられる等の原告の人格を否定するような陵辱行為を強要された上で、二回の姦淫行為を受けた。更に、被告は、これらの陵辱場面を三脚やライトを利用して、克明にビデオ撮影した」。その後、被害者は転居したが、転居先にも加害者は同様の手口で合鍵を作成して侵入し、前回と同じような陵辱の限りを尽くした。また、前回の犯行時と同様に、克明にビデオ撮影をした。加害行為は、その後、約七か月にわたって、合計四〇回に及んだ。判決は、一〇〇万円の慰謝料が相当だとした上で、加害者が被害者に対して支払った五〇〇万円を控除した残額たる五〇〇万円の請求を認容している(東京地判平成一八年三月二二日(平成一八年(ワ)第二二四号・判例秘書)——裁判官・安浪亮介)。

以上の事案は、いずれも刑事事件として立件され、加害者には有罪判決が下されている。その意味で、極めて悪性の強い加害行為を扱ったものである。加害行為の悪性は、精神的たると身体的たるとを問わない。(慰謝料の再構成)の観点からは、加害行為の悪性を認定し、その評価を変額慰謝料の算定に反映させた例として位置づけることができる。

(b) 後遺症の重篤さ

性暴力を受けた被害者の中には、典型的・定型的な症状を超えて、極めて深刻な後遺症(P.T.S.D.)を負う者がいる。そのような被害者の非定型的・非典型的な損害は、定額慰謝料の想定する典型的・定型的な損害からは外れるので、別個独立の損害として個別具体的に証明の対象になるとともに、変額慰謝料の対象として金銭的に評価するしかない。

被害者の後遺症の重篤さは、被害者側の事情である。同じ加害行為があつたとしても、被害者に発症する後遺

症の内容および程度にはバラツキがある。もちろん、重篤な後遺症につき慰謝料が認められるかは、相当因果関係と損害賠償の範囲の問題である。ただし、被害者の心的要因に起因して重篤な後遺症を発症した場合には、心的要因が「通常人の平均値から著しくかけ離れた」ものでない限り、顧慮すべきではない、というのが判例である（前稿・三六～三七頁・判例⑧（最判昭和六三年四月二二日民集四二巻四号二四三頁）、および、同四六頁注（27）参照）。この基準を満たす限り、被害者は、重篤な後遺症による損害につき、変額慰謝料として算定して加害者に賠償を請求することができる。

裁判例の中には、事案不詳ながらも、強姦で起訴されて、有罪が確定した事件に関する民事訴訟において、「被害者は、本件事件の被害を受けた後、PTSDを発症し、不眠、摂食不良、失声、自傷行為等の症状により入院治療を受けたこと、大学に行けずに留年を余儀なくされたこと、加害者に対する恐怖心から転居せざるを得なかったこと、現在に至るも精神状態が回復せず、大学への復帰や就職は極めて困難な状況にあること」を認め、一二〇〇万円の慰謝料の支払いを命じたものがある（東京地判平成一九年五月一日（平成一九年（ワ）第四七〇七号・判例秘書）——裁判官・長谷川浩二）。

この場面では、慰謝料は填補目的としての意味合いが大きく、制裁目的としての意味合いは後退する。なぜなら、同じような性暴力が行使されても、重篤な後遺症が発症するかどうかは被害者次第なので、たまたま発生した重篤な後遺症部分につき変額慰謝料を認めても、直ちに予防に繋がるとは考えにくいからである。もつとも、違法な性行為をすれば、被害者次第で発生しうる重篤な後遺症部分についても慰謝料を払わなければならないということが当該加害者や一般の人々に認識されるようになれば、一定の予防効果を持つことになろう。

(c) 加害者の常習性

加害者の常習性は、加害者の属性であつて、被害者の被る精神的損害とは無関係といふべきである。被害者は、たまたま常習性のある加害者の犠牲になつたに過ぎない、と言ふことができるからである。したがつて、填補説の立場からは、加害者の常習性は、直接に加害行為の態様や被害内容に影響を及ぼしたといえない限り、斟酌することはできないはずである。しかし、常習犯に対して刑法が累犯加刑で臨んでいることから分かるように（刑法五六〇五九条）、常習性のある加害者に対しては、社会の立場から制裁を科して警告を発すべき必要性が高い。その目的のため、変額慰謝料を認めるべきである。これは、常習的な加害行為に対する一般予防・特別予防のための制裁的な変額慰謝料として位置づけることができる。

(d) 加害者の社会的地位・資産状況

ここでは加害者の「社会的地位」に焦点を合わせて論じよう。加害者の資産状況は、その社会的地位と密接不可分の関係にあると考えられるからである。

填補説からは、加害者の社会的地位は、それが直接に加害行為の態様や被害内容に影響を及ぼしたのでない限り、斟酌できないはずである。実際、加害者の社会的地位を考慮するか否かが、慰謝料を損害賠償として見るか、制裁として見るかの分かれ目だとされている。<sup>(57)</sup> そうだとすれば、慰謝料の算定にあつて、被害者の「負傷の程度」と並んで、「当事者の身分、資産」を斟酌したり（大判大正四年一〇月一三日民録二一輯二六八三頁）、「加害者の社会上の地位」を斟酌したりすることは（大判大正九年五月二〇日民録二六輯七一〇頁）、<sup>(58)</sup> すでに制裁説に立つものとして位置づけられることにならう。<sup>(59)</sup>

ここで加害者の社会的地位の高さに応じて変額慰謝料を算定すべき理由は、慰謝料は加害者に心からの後悔と

反省を促すことのできるような額でなければならぬからである。社会的地位の高い者に対しては、そうでない者と同額の慰謝料の支払いを命じただけでは、心からの後悔と反省を促すことはできない。社会的地位の高い者に対して違法な性行為が割に合わないことを教えるためには、その社会的地位に応じた高額の慰謝料の支払いを命じる必要がある。ここに慰謝料は、当該加害者に対して特別予防の効果を持つとともに、社会的地位の高い人々一般に対しても警告を発することによって一般予防の効果を持つことになる。そのことは、社会的地位の高い者から性暴力を受けた被害者の復讐感情にも合致するであろう。復讐に損害填補の意味を認めることができるならば（前述二六頁参照）、その限りで、慰謝料は填補的性質をも備えることになる。

(3) 意味・機能

定額慰謝料が不法行為の要件事実（最低限の〈節度ある事実〉）の証明があれば当然に認められるのと異なり、変額慰謝料は、より詳細な個別具体的事実の証明を必要とする。その事実を証明しなければならぬのは、被害者である。もちろん、裁判所は、変額慰謝料を認める場合でも、判決文において、定額慰謝料に加えて、変額慰謝料を認めたことを示す必要はなく、単に慰謝料として総額を認容すれば足りる。

変額慰謝料が、(a)「加害行為の悪性」を斟酌する場合には、定額慰謝料と同様、填補的要素と制裁的要素の両方を等しく認めることができる。これに対して、(b)「後遺症の重篤さ」を斟酌する際には、填補的色彩が強くなり、逆に、(c)「加害者の常習性」や、(d)「加害者の地位・資産状況」を斟酌する場合には、制裁的色彩が強くなる。けれども、先に述べたように、(b)の重篤な後遺症に対して高い慰謝料の支払いが命じられると、やはり一定の予防的効果を持つことは否定できない。また逆に、(c)(d)においては制裁的要素が前面に出るが、被害者になれば、高い慰謝料の支払いを受けることによって、溜飲を下げることができ、復讐感情も和らげられるかもしれ

ない。このように、変額慰謝料においても、填補的要素と制裁的要素は、実際には重なり合いながら共に慰謝料算定の基礎になると理解すべきである。<sup>(60)</sup>

戦前、慰謝料の算定に際して、判例が加害者の社会的地位と資産を考慮している例が少なくないことを念頭に置いて、「そこには倫理的要素が発露ししかもそれが全体の立場からする理念によって導かれてゐる」と評されたことがある。<sup>(61)</sup> 本稿の提唱する（慰謝料の再構成）も、加害行為の予防という「全体の立場からする理念」、すなわち社会ないし一般利益という理念によって導かれている、と評することが許されよう。ここに、刑法と協働する可能性が開かれてくる。

### 3 刑事制裁との棲み分けと協働

予防を目的とする制裁制度として最初に目に浮かぶのは、刑法である。では、意に反する性行為の問題において、刑法は、その役割を十分に果たしているのだろうか。

民法において填補説が唱えられる背景には、民刑事峻別論の考え方が存在する。それは、加害者に対して制裁を科すのは刑法の任務であって、民法の任務はあくまでも損害を填補することにある、というものである。<sup>(62)</sup> たしかに、加害者に対して制裁を加えることがすぐれて刑法の任務であることは、何人も否定できない。ところが、刑事制裁を発動するためのハードルは、次に検討するように、実体法上も証拠法上も、高く設定されている。その結果、現実には、起訴にまで至らない事件や、起訴されても被疑者が無罪になる事件が多く見られる。刑法の観点からは、それが妥当なのかもしれない。けれども、民法の立場から、その事態を傍観してよいかは別問題である。民刑事峻別論の前提が崩れてしまうからである。刑法の現状は、民法にとっても他人事では済まされないのである。

そこで、以下においては、刑事制裁に焦点を合わせて、(ア)日本の現状を一瞥した上で、(イ)フランスの状況との比較に及びたい。そこから、(ウ)意に反する性行為の場面では、民法と刑法との協働が必要なが分かるだろう。

(ア) 日本における刑事制裁  
刑法は、次の規定を置いている。

(強制性交等)

第一七七条 一三歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いて性交、肛門性交又は口腔性交（以下「性交等」という。）をした者は、強制性交等の罪とし、五年以上の有期懲役に処する。一三歳未満の者に対し、性交等をした者も、同様とする。

(準強制わいせつ及び準強制性交等)

第一七八条 ……

2 人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、性交等をした者は、前条の例による。

性行為に対して刑事制裁を科すためのハードルは高い。三つの閥門が待ち構えているからである。

第一に、性行為の手段として、「暴行・脅迫」を用いなければ、罪に問われない。ここに「暴行・脅迫」とは、最高裁によれば、「相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度のものであることを以て足りる」（最判昭和二四年五月一〇刑集三卷六号七一頁<sup>63</sup>）——裁判官・長谷川太一郎、井上登、島保、河村又介、穂積重遠。「足りる」であるか

ら、論理的には、それ以下の程度のものであっても、なお「足りる」可能性は排除されないはずである。けれども、この判例は「相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度のものであることが必要である」という形で読み替えられて理解され、運用されている<sup>(64)</sup>。

第二に、強制性交等罪が故意犯であることから、被害者が性行為に同意したものと加害者が誤信した場合、違法性につき錯誤があるので故意が阻却され、無罪となる。つまり、被害者に真の同意がなくても、加害者が被害者の同意を誤想さえすれば、刑法制裁は発動されない。

第三に、刑事訴訟法上の証拠のルールとして、「合理的疑いを超える証明」が求められている。このことが、とくに強制性交等罪において、刑事制裁の発動を困難にしている。

以上のようなハードルの意味を明確な形で浮かび上がらせる事件があるので、まず、(1)当該事件を紹介・検討し、その上で、(2)他の刑事判決も交えながら、刑事制裁の現状を確かめよう。

#### (1) ゴルフ教室事件

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んだ。X は、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たところ、Y は、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。

一審判決 (⑨鹿兒島地判平成二六年三月二七日・平成二四年 (わ) 第二九〇号TKC二五四四六三五七——裁判官・安永武央、植田類、竹中輝順) 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 が認識していたかを問う。まず、(1) については、「X が Y との性交を拒否しなかった原因としては、信頼していた Y から突然性

交を持ちかけられたことによる精神的混乱により抗拒不能に陥っていた可能性がある一方で、そのような精神的混乱はあったものの、その程度は抗拒不能に陥るほどではなく、自分から主体的な行動を起こさなかった可能性も排斥できない」と評価した上で、抗拒不能につき合理的な疑いを超える証明がない、と結論づけている。次に、(2)については、「YとXの人間関係は濃いものではあっても、それは虐待とかドメスティック・バイオレンスというものとはほど遠いものであるから、XがYからのおよそ理不尽な要求に逆らえないほどの人間関係上の問題があったとYが認識することも困難である」として、故意を認めることはできないと説く。Y無罪。そこで、檢察が控訴。

控訴審判決も(9)福岡高判平成二六年二月一日・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の無罪を言い渡している。ただし、(1)については、「Xは、……ゴルフの指導の一環としてYに同行していたことから、これまでのYと同様、ゴルフの指導の枠内にとどまるのではないかとの希望的観測も有していたところ、実際に、最もそうであって欲しくない事態が、二人きりのラブホテルの一室といういわば逃げ場のない状況で現実化したのであるから、Yから性交を求められて、著しく驚愕するとともに精神的に大きな混乱を来したとみるのがごく自然である」とことから、「本件当時抗拒不能の状態にあったものと認められ、これを否定した原判決には事実の誤認がある」と判示して、原審の判断を覆している。もともと、(2)については、「最後までゴルフの指導にかこつけて性交を求めているところや、ホテル内においても、取立てて暴力的な手段に訴えていないこと、Yが本件性交後、Xの無表情な様子等を見て不安を覚えたこと……などに照らすと、あくまでも、Xの(少なくとも消極的な)同意を取り付けつつ、性交に持ち込もうとしていた可能性が否定できない。……Yにおいて、自分の行動がそのような異常な精神的混乱状態を招く可能性がある」と理解していなかった可能性は否定できない。……「被害者が」着衣を脱がされる際、脚を閉じて脱がされないようにした、

という事実……があつたとしても、Yにおいて、緊張や羞恥心のあらわれなどと考えて、これを性交に対する拒絶の意思表示とまでは認識しなかつた可能性は否定できない」と評価する。そこから、「Yは、本件性交当時、Xが抗拒不能状態にあつたことを認識して、これに乗じて性交したとまでは認められない」と結論づけて、控訴棄却の判決を言い渡している。

この判決に対しては、検察から上告がなされたが、最高裁は、上告理由にあたらなれずとして、上告棄却を決定している(⑨最決平成二八年一月一日・平成二七年(あ)第一一〇号TKC二五五四二四二七——裁判官・池上政幸、櫻井龍子、山浦善樹、大谷直人、小池裕)。上告棄却決定に規範的意味はないが、最高裁が控訴審の判断を是正する必要性を感じなかつたことは確かであろう。

この事件は、刑法のハードルが高いことを象徴しているように思われる。民事上は、Yが組織的格差および個人的格差を背景に性行為を行った以上、Xには強制同意しか認められないので、当然、Yの不法行為責任が成立するからである(前稿・一六頁以下)。しかも、Yに過失が認められる限り、誤想同意の抗弁を容れる余地もない(前稿・三一頁以下)。

(2) その他の刑事判決

刑法のハードルの高さは、他の裁判例を見ても浮かび上がってくる。以下の通りである。

⑩東京地判平成一四年三月二七日(判時一七九一号一五二頁——裁判官・池田耕平、中島経太、富張邦夫)

判決は、X(二二歳)が被告人ほか二名によって順次強姦されたとの公訴事実について、性交は合意によるものであつた可能性を完全に否定できず、被告人が被害者の抵抗を著しく困難にする程度に至る暴行、脅迫を用い

て姦淫したことを立証するに足る証拠もないとして、被告人に無罪を言い渡している。

⑪大阪地判平成二〇年六月二十七日（平成一九年（わ）第四一四六号TKC二八一四五三五七——裁判官・横田信之、赤坂宏一、鮫島寿美子）

一四歳の女子中学生Xに対して二四歳のYが性行為をした事案につき、判決は、(1)Xが性交に同意していなかったことは認めつつも、(2)「YがXの足を開く行為及びXに覆い被さる行為が、反抗を著しく困難にする程度の有形力の行使であるとは認めがたい」と認定し、さらに、(3)「Xに付き合うか尋ね、Xがこれを承諾しており、性交を受け入れたものとYが考えても不自然ではない人的関係にあった。……Yは、X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たと誤信していた疑いは払拭できない」と判示して、Yの無罪を言い渡している。

⑫最判平成二三年七月二五日（判時二一三二号一三四頁——裁判官・千葉勝美、古田佑紀〔反対意見〕、竹内行夫、須藤正彦）

通行中のX（一八歳）に対してY（四八歳）が暴行、脅迫を加えてビルの階段踊り場まで連行し、強いて姦淫したとして起訴された事件について、判決は、「Xは、Yに対して抵抗することが著しく困難な状況に陥っていたといえるかは疑問であり、Xのいうような脅迫等があったとすること」、および、「姦淫行為があったとすること」には、疑義があるとして、Yを有罪とした一審・原審判決を破棄自判して、Yに無罪を言い渡している。<sup>(65)</sup>

これらの裁判例は、性暴力の被害者がセカンドレイプを覚悟の上、強制性交等罪を理由に告訴しても、よほど

のことがなければ、被疑者には、無罪判決が言い渡されることを示している。<sup>(66)</sup> このような裁判の現実を前にすると、有罪率を誇る日本の検察としては、確実に有罪を勝ち取れる事件でなければ起訴しないという方針をますます厳格に貫くことになる(例、後掲判決<sup>⑤</sup>の事案)。だが、そのことは、性暴力被害者の立場からいえば、刑事司法の門がますます狭められてしまうことを意味している。

のみならず、刑事裁判は、被疑者の人権保護と量刑判断のためであろうが、強制性交の現場の様子を赤裸々に描写する点において、民事裁判の比ではない。それによりやく耐えて、やっとの思いで判決にまで辿りついて、それが被告人の無罪を宣告するものであれば、被害者は、サードレイプされたような気持ちになるのではないだろうか。被害者の一生を左右する重大な——生命に次ぐ——法益侵害を予防するためには、暴行・脅迫の要件を緩和するしかない、と主張されるゆえんである。<sup>(67)</sup>

#### (イ) フランスにおける刑事制裁

ここで日本法の特徴を示すために、フランス法の状況を概観しておこう。フランス刑法典二二二条の二三三は、「他人の身体に対し、暴行、脅迫、強制または不意打ちを用いてなされる性的侵入行為は、いかなる性質のものであれ、すべて強姦とする」と規定している。「暴行、脅迫」がなくても、「強制または不意打ち」があれば犯罪が成立する点で、日本法と異なっている。それに加えて、フランス刑法は、職務につき与えられた権限を濫用する者による強姦については、より重い処罰で臨んでいる(同二二三条の二四)。これは、組織的格差を正面から受け止めた規定として、評価することができる。

暴行や強制に関しては、有形力の行使を伴わない無形の精神的なものであっても構わないとされている。<sup>(68)</sup> だから、たとえば、上司Yが部下Xを三回にわたって強姦したとして起訴された刑事事件において、破毀院は、「Y

の振る舞いは、一八歳六か月に過ぎず内気で慎み深い性格の女性であるXを、有形力行使の恐怖、および精神的強制の下に置く性質のものであって……、部長たるYの『独裁的な性格』が被害者Xの沈黙を説明することができる」と判示して、Yの重罪を認めている。<sup>(69)</sup> 他にも、中学校長、学校長、司祭、教師などに関して、具体的に強制や脅迫の中身の詳細を明らかにすることなく、行為者の地位だけから脅迫があったと推認した判決も見られる。<sup>(70)</sup> このように、フランスにおいては、日本と比べると、強姦罪の成立要件が格段に緩い。性暴力被害者に対して広く門戸が開かれているのである。それが証拠に、強姦に関する判決は、*« Légitimité »* を見れば明らかのように、破毀院だけでも、毎年、一〇〇件を優に越えている。<sup>(71)</sup> しかも、有罪率は日本の七倍だとされている。<sup>(72)</sup> 加えて、被告人に対して有罪が宣告されると、被害者は、刑事手続に付随する附帯私訴制度を利用して、刑事判決における事実認定に基づいて、民事救済も受けることができる。そこでは、刑事と民事が一体となつて、加害者に対する刑事上の制裁と、被害者に対する民事上の救済が一举に図られている。附帯私訴の制度は、フランス(ヨーロッパ)司法の一般的制度である。だが、これが性暴力に適用されると、被害者を事実の証明の困難さから解放することができる。これは、被害者にとって力強い味方である。要するに、フランスでは、性暴力被害者は、司法による全面的なサポートを受けることができるのである。

この点、日本ではどうか。二〇〇七年に一部改正された「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律」が注目される。これによって、強制性交等の被害者も、加害者を有罪とする判決が下されると、損害賠償命令の申立て等を行うことができるようになった(二三条)<sup>(73)</sup>。だが、現状のように刑事司法のハードルが高いままでは、強制性交等に関してこの制度が活かされる場面は余りないかもしれない。

(ウ) 刑法と民法の協働

フランスの現状は、刑事と民事の間に落差のある日本の現状を照射しているように思われる。日本の強制性交等罪は、フランスと比べて、ハードルが高く、その結果、カバーする範囲が狭いのである。実際、判決⑨⑩を見れば分かるように、性暴力の疑いがあっても、刑事制裁はそう簡単には発動されない。日本においては、前述したように、(1)脅迫・暴行といった構成要件が組み立てられていること、(2)故意犯として、錯誤の抗弁を認めていること、そして、(3)証拠法上、合理的疑いを差し挟む余地のない程度の証明が要求されているからである。

そのような現状を前にして、強制性交等罪に関する刑法の規定は、今年、二〇二〇年に、改正が予定されている。(1)の点は、要件を軽減した規定を置く形で法改正を行うことができるかもしれない。しかし、(2)(3)の点は、被疑者の人権保障上、また虚偽告訴の防止の観点からも、そう簡単に改正するわけにはいかないだろう。それゆえ、強制性交等罪の門戸を広げる改正がなされたとしても、依然として刑法によってカバーされない事案は残らざるを得ない。むしろ、刑法としては、刑事制裁の発動を自制する場面において、民法が刑法の代替的機能を果たしてくれるならば、安んじて、謙抑性と人権保障に重点を置く政策を進めることができる、と言うべきかもしれない。

性暴力の場面で、刑法の代替的役割を果たすことのできる民法上の制度は、慰謝料である。慰謝料の中にある「制裁」という要素が、刑法と協働するための契機となる。慰謝料は、填補的要素を含みながらも、刑法に代わって予防目的を達成するための制裁として正式に位置づけることができるわけである。刑法も不法行為法も、ともに〈制裁法〉として、同じ目的に向けて各々の機能を分担し、協働することができるのである。<sup>(74)</sup>

(本号分の脚注も含めて、次号に続く)