

第114回女性に対する暴力に関する専門調査会

法務省説明資料

○ 「性犯罪に関する刑事法検討会」における検討状況の概要について

【資料1】

委員名簿・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 1

【資料2】

開催状況・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 2

【資料3】

検討すべき論点・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 4

【資料4】

意見要旨集・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 7

○ 被害者の事情聴取の在り方に関する取組状況について

【資料5】

障害がある性犯罪被害者を対象とする代表者聴取の試行・71

○ 性犯罪者処遇プログラムについて

【資料6】

「性犯罪・性暴力対策の強化の方針」等に基づく取組・・72

令和3年3月17日



法務省

性犯罪に関する刑事法検討会 委員名簿

令和 2 年 6 月 4 日現在

【座長】

い	だ	まこと	
井	田	良	中央大学教授

【委員】

いけ	だ	きみ	ひろ	京都大学教授
池	田	公	博	
かな	すぎ	み	わ	弁護士（京都弁護士会）
金	杉	美	和	
かみ	たに	さくら		弁護士（第一東京弁護士会）
上	谷			
かわ	いで	とし	ひろ	東京大学教授
川	出	敏	裕	
き	むら	みつ	え	東京都立大学教授
木	村	光	江	
こ	じま	たえ	こ	弁護士（仙台弁護士会）
小	島	妙	子	
こ	にし	たか	こ	武蔵野大学教授
小	西	聖	子	
さい	とう	あずさ		目白大学専任講師・臨床心理士・公認心理師 被害者支援都民センター相談員
齋	藤	梓		
さ	とう	よう	こ	北海道大学教授
佐	藤	陽	子	
なか	がわ	あや	こ	大阪地方裁判所部総括判事
中	川	綾	子	
はし	づめ	たかし		東京大学教授
橋	爪	隆		
はね	いし	ち	よ	警察庁刑事局刑事企画課刑事指導室長
羽	石	千	代	
みや	た	けい	こ	弁護士（第一東京弁護士会）
宮	田	桂	子	
やま	もと	じゆん		セ イ ン S A N E（性暴力被害者支援看護師） （一般社団法人 S p r i n g 代表理事）
山	本	潤		
わ	だ	とし	のり	東京大学教授
和	田	俊	憲	
わた	なべ	ゆ	り	東京地方検察庁検事
渡	邊			

（敬称略，五十音順）

「性犯罪に関する刑事法検討会」開催状況

- 第1回 令和2年6月4日開催
大臣挨拶，自己紹介，意見交換
- 第2回 令和2年6月22日開催
ヒアリング（男性の性被害，性的マイノリティの性被害，子供の性被害，司法面接）
- 第3回 令和2年7月9日開催
ヒアリング（教員からの性被害，フランス刑法の性犯罪規定，加害者臨床，刑事弁護）
- 第4回 令和2年7月27日開催
論点整理案について
- 第5回 令和2年8月27日開催
検討すべき論点の確定，【一巡目】論点についての議論（現行法の運用の実情と課題，暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件，地位・関係性を利用した犯罪類型，性交同意年齢）
- 第6回 令和2年9月24日開催
論点についての議論（強制性交等の罪の対象となる行為の範囲，法定刑，配偶者間等の性的行為に対する処罰規定，性的姿態の撮影行為に対する処罰規定）
- 第7回 令和2年10月20日開催
論点についての議論（性的姿態の撮影行為に対する処罰規定，公訴時効，レイプシールド，司法面接的手法による聴取結果の証拠法上の取扱い）
- 第8回 令和2年11月10日開催
【二巡目】論点についての議論（暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件，地位・関係性を利用した犯罪類型）
- 第9回 令和2年12月8日開催
論点についての議論（地位・関係性を利用した犯罪類型，性交同意年齢）
- 第10回 令和2年12月25日開催
論点についての議論（強制性交等の罪の対象となる行為の範囲，法定刑，配偶者間等の性的行為に対する処罰規定，性的姿態の撮影行為に対する処罰規定）
- 第11回 令和3年1月28日開催
論点についての議論（性的姿態の撮影行為に対する処罰規定，公訴時効，レイプシールド，司法面接的手法による聴取結果の証拠法上の取扱い）

○ 第12回 令和3年2月16日開催

【三巡目】論点についての議論（暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件，地位・関係性を利用した犯罪類型，性交同意年齢）

○ 第13回 令和3年3月8日開催

論点についての議論（暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件，強制性交等の罪の対象となる行為の範囲，法定刑，配偶者間等の性的行為に対する処罰規定，性的姿態の撮影行為に対する処罰規定，その他の実体法に関する論点）

性犯罪に関する刑事法検討会 検討すべき論点

第1 刑事実体法について1 現行法の運用の実情と課題（総論的事項）

- 現行法がどのように運用されているか、処罰すべき行為が適切に処罰されない事態が生じているか

2 暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件の在り方

- 強制性交等罪の暴行・脅迫の要件，準強制性交等罪の心神喪失・抗拒不能の要件を撤廃し，被害者が性交等に同意していないことを構成要件とすべきか
- 強制性交等罪の暴行・脅迫の要件，準強制性交等罪の心神喪失・抗拒不能の要件について，判例上必要とされる「被害者の抗拒を著しく困難にさせる程度」を緩和した要件とすべきか
- 強制性交等罪や準強制性交等罪の構成要件として，暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能に加えて，又はこれらに代えて，その手段や状態を明確化して列挙すべきか
- 被害者が性交等に同意していないことについて，一定の行為や状態が認められる場合に被告人側に立証責任を転換し，又はその要件の充足を推定する規定を設けるべきか
- 行為者が，被害者が性交等に同意していないことの認識を有しない場合にどのように対処すべきか

3 地位・関係性を利用した犯罪類型の在り方

- 被害者が一定の年齢未満である場合に，その者を「現に監護する者」には該当しないものの，被害者に対して一定の影響力を有する者が性的行為をしたときは，被害者の同意の有無を問わず，監護者性交等罪と同様に処罰する類型を創設すべきか
- 被害者の年齢を問わず，行為者が被害者の脆弱性，被害者との地位の優劣・関係性などを利用して行った行為について，当罰性が認められる場合を類型化し，新たな罪を創設すべきか
- 同一被害者に対して継続的に性的行為がなされた場合において，個々の行為の具体的な日時・場所を特定しなくても，個々の行為を包括する一連の事実について1個の犯罪の成立を認めることができるような罪を

創設すべきか

- 一定の年齢未満の者に対し、性的行為や児童ポルノの対象とすることを目的として行われるいわゆるグルーミング行為を処罰する規定を創設すべきか

4 いわゆる性交同意年齢の在り方

- 暴行・脅迫や被害者の同意の有無を問わず強制性交等罪が成立する年齢を引き上げるべきか

5 強制性交等の罪の対象となる行為の範囲

- 強制性交等の罪の対象となる行為に、身体の一部や物を被害者の膣・肛門・口腔内に挿入する行為を含めるべきか

6 法定刑の在り方

- 2名以上の者が現場において共同した場合について加重類型を設けるべきか
- 被害者が一定の年齢未満の者である場合について加重類型を設けるべきか
- 強制性交等罪の法定刑（5年以上の有期懲役）の下限を引き下げるべきか

7 配偶者間等の性的行為に対する処罰規定の在り方

- 配偶者、内縁などの関係にある者の間でも強制性交等罪や準強制性交等罪が成立することを明示する規定を設けるべきか

8 性的姿態の撮影行為に対する処罰規定の在り方

- 他人の性的な姿態を同意なく撮影する行為や画像を流通させる行為を処罰する規定を設けるべきか
- 撮影された性的な姿態の画像の没収（消去）を可能にする特別規定を設けるべきか

第2 刑事手続法について

1 公訴時効の在り方

- 強制性交等の罪について、公訴時効を撤廃し、又はその期間を延長すべきか
- 一定の年齢未満の者を被害者とする強制性交等の罪について、公訴時効期間を延長することとし、又は一定の期間は公訴時効が進行しないこ

ととすべきか

2 起訴状等における被害者等の氏名の取扱いの在り方

- 起訴状等の送達等によって、被害者の氏名などの被害者特定事項が被告人に知られることがないようにする仕組みを設けるべきか

3 いわゆるレイプシールドの在り方

- 被害者の性的な経験や傾向に関する証拠を公判に顕出することを原則として禁止することとすべきか

4 司法面接的手法による聴取結果の証拠法上の取扱いの在り方

- 司法面接的手法による聴取結果を記録した録音・録画記録媒体について、特別に証拠能力を認める規定を設けるべきか

※ 以上の論点については、わいせつ行為に係る罪についても問題となる。

性犯罪に関する刑事法検討会
意見要旨集（第 1 2 回会議分まで）

性犯罪に関する刑事法検討会
意見要旨集（第１２回会議分まで） 目次

第１	刑事実体法について	１０
１	現行法の運用の実情と課題（総論的事項）	１０
２	暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件の在り方	１２
（１）	暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件を撤廃し，被害者が性交等に同意していないことを構成要件とすべきか	１２
（２）	暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件について，判例上必要とされる「被害者の抗拒を著しく困難にさせる程度」を緩和した要件とすべきか	１５
（３）	暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能に加えて，又はこれらに代えて，その手段や状態を明確化して列挙すべきか	１６
（４）	被害者が性交等に同意していないことについて，一定の行為や状態が認められる場合に被告人側に立証責任を転換し，又はその要件の充足を推定する規定を設けるべきか	１８
（５）	行為者が，被害者が性交等に同意していないことの認識を有しない場合にどのように対処すべきか	１９
３	地位・関係性を利用した犯罪類型の在り方	２１
（１）	検討すべき論点第１の「３」の一つ目と二つ目の「○」についての議論の前提とすべき事柄	２１
（２）	被害者が一定の年齢未満である場合に，その者を「現に監護する者」には該当しないものの，被害者に対して一定の影響力を有する者が性的行為をしたときは，被害者の同意の有無を問わず，監護者性交等罪と同様に処罰する類型を創設すべきか	２１
（３）	被害者の年齢を問わず，行為者が被害者の脆弱性，被害者との地位の優劣・関係性などを利用して行った行為について，当罰性が認められる場合を類型化し，新たな罪を創設すべきか	２３
（４）	同一被害者に対して継続的に性的行為が行われた場合において，個々の行為の具体的な日時・場所を特定しなくても，個々の行為を包括する一連の事実について１個の犯罪の成立を認めることができるような罪を創設すべきか	２６
（５）	一定の年齢未満の者に対し，性的行為や児童ポルノの対象とすることを目的として行われるいわゆるグルーミング行為を処罰する規定を創設すべきか	２９

4	いわゆる性交同意年齢の在り方	3 2
5	強制的性交等の罪の対象となる行為の範囲	3 5
6	法定刑の在り方	3 9
(1)	2名以上の者が現場において共同した場合について加重類型を設けるべきか	3 9
(2)	被害者が一定の年齢未満の者である場合について加重類型を設けるべきか	4 1
(3)	常習的又は継続的な犯行に及んだ場合について加重類型を設けるべきか	4 2
(4)	強制的性交等の法定刑（5年以上の有期懲役）の下限を引き下げるべきか	4 3
7	配偶者間等の性的行為に対する処罰規定の在り方	4 7
8	性的姿態の撮影行為に対する処罰規定の在り方	5 1
(1)	他人の性的な姿態を同意なく撮影する行為や画像を流通させる行為を処罰する規定を設けるべきか	5 1
(2)	撮影された性的な姿態の画像の没収（消去）を可能にする特別規定を設けるべきか	5 6
第2	刑事手続法について	6 1
1	公訴時効の在り方	6 1
(1)	強制的性交等の罪について、公訴時効を撤廃し、又はその期間を延長すべきか	6 1
(2)	一定の年齢未満の者を被害者とする強制的性交等の罪について、公訴時効期間を延長することとし、又は一定の期間は公訴時効が進行しないこととすべきか	6 3
3	いわゆるレイプシールドの在り方	6 5
4	司法面接的手法による聴取結果の証拠法上の取扱いの在り方	6 8
※	第1の1は第8回会議分まで、第1の2は第12回会議分まで、第1の3及び4は第9回会議分まで、第1の5から7までは第10回会議分まで、第1の8は第11回会議分まで、第2の1、3及び4は第7回会議分までを掲載	

意見要旨集（第12回会議分まで）

第1 刑事実体法について

【第8回会議分まで】

1 現行法の運用の実情と課題（総論的事項）

現行法がどのように運用されているか、処罰すべき行為が適切に処罰されない事態が生じているか

① 議論の前提とすべき事柄

- 被害に遭った人の一部しか警察に届け出ることができておらず、認知されている事件の背後に、被害届を提出しなかった、できなかった膨大な数の被害者がいることを踏まえて議論すべき
- 人の感情や意思を無視した性交は、心と体の侵害であり、自殺企図、PTSD、鬱、アルコール・薬物依存などの問題を引き起こし、社会生活・対人関係に深刻な影響を及ぼすが、被害者支援の現場の経験からすると、その人の意思や感情に反した性交であっても、被害者はそれを性暴力・性犯罪であるとするぐには認識できないし、その多くは、現在の刑法では性犯罪に該当しない
- 同意していなければ抵抗するだろうと思われているが、人は、恐怖や驚愕を感じたとき、性交したくないと思っていても有効に反応できないという実態があるし、虐待のような力による支配がなされている犯罪では、被害者が進んで性交する形になっている場合があることについても理解し、実態に即した検討をすべき
- 性犯罪の事件の判決は、裁判所のデータベースには原則として掲載されず、また、民間のデータベースには関係者からの情報提供で掲載されるために自白事件が掲載されにくい。そのため、要件の解釈について裁判官・検察官が総合的に検討を加え、それを警察と共有することが困難であり、さらに、実務の運用について研究者の間で検討ができておらず、裁判所の研究成果も出されていないことが、解釈の不統一を招く一つの原因になっている

② 改正の要否

- 被害者支援に携わる中で、類似した事件であっても、有罪になる事案もあれば、警察に被害届を受け付けてもらえない事案や不起訴になる事案があると感じており、適切な要件の検討が必要
- 現行法でうまく対応できないものとして、性的虐待のケースや生物学的反応のために抵抗できないケースなど、自己決定そのものが侵されている類型と、外部に表示された同意や不同意の意味が問題となる類型があり、これらを適切に捉えることのできる改正が必要
- 性犯罪の成立要件については、加害者の行為ではなく、被害者に生じている法益侵害から検討し、国際水準に従って同意なき性交を処罰することとすべきであり、一般にも司法関係者にも、明確な拒絶の意思表示がないことが同意を示すものではないということが理解されていないという問題があるため、性的行為に対する同意の在り方についても考えるべき

- 暴行・脅迫要件は、被害者の意思に反する性行為であることを明確に認定するための徴表として機能しており、これによって処罰範囲が過剰に限定されているわけではないと考えられるが、これを限定的に捉える解釈の余地が全くないわけではなく、国民一般に性犯罪の成立範囲が過剰に限定されているかのような印象を与えることも適当ではないから、暴行・脅迫という文言が実務の運用にばらつきが生じる原因となり得ることを踏まえ、改正の可能性を含めて検討すべき
- 177条の暴行・脅迫については、解釈によって処罰範囲を広げてきた経緯があるが、国民の間に統一的な意識が共有されていないのが現状であり、解釈論で広げるという対応には限界があると思われるから、本来処罰すべきものが何であるかが条文上明確に伝わるようにすべき
- 現状の運用に問題があるという場合に、解釈上の問題なのか、あるべき解釈が共有されていないことによるのかにつき、実証的な研究が必要であるし、そもそも構成要件の問題なのか、被害者が知的障害が原因で供述できない、物証がないといった証拠上の問題なのかを切り分けて議論することが必要
- 検察官が177条で起訴し、178条を予備的訴因として追加していないために無罪とされた事案もあるように思われ、178条が適切に適用できているのかという問題がある

2 暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件の在り方

(1) 暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件を撤廃し、被害者が性交等に同意していないことを構成要件とすべきか

① 保護法益

- 性犯罪は心身の境界線の侵害であり、身体の統合性を破壊する行為であって、性犯罪の被害者は、自由意思を侵害されただけでなく、自分の心身が踏みにじられ、自分の体が犯罪の現場になったことに苦しむということを踏まえ、心身に関わる内容を保護法益に加えるべき
- 相手の意思や感情に反する性行為は、相手に対等な人間と認めないことにより、その尊厳を踏みにじる行為であるから、保護法益にはそのようなニュアンスが含まれるべきであるし、保護法益を性的自己決定権とすると、幼い子供の被害をうまく捉えられないという問題があるので、保護法益には、身体境界線の侵襲というニュアンスも含まれるべき
- 性犯罪の保護法益は、性的自由・性的統合性であり、性的統合性とは、尊厳、自律、身体統合性を含む概念である
- 保護法益を性的自由と考えると、性的行為は同意がない場合に初めて違法性・侵害性が生じることとなるが、一定の上下関係に基づいて行う性的行為自体に侵害性があり、その上下関係を利用して性的利益を奪い取ること、相手を性的利益の器として扱うことによって、その人格的統合性を侵害することに性犯罪の本質があるから、保護法益は、人格的統合性や性的尊厳と考えるべき
- 保護法益を性的自己決定権とすると、暴行・脅迫の程度が自己決定を凌駕する強度のものである必要があるため、その程度を緩和することを議論するのであれば、尊厳のようなものを保護法益に含めるべき

② 処罰すべき性交等の範囲についての基本的な考え方

- 被害者から明確な同意を得ていない性交は犯罪となるべき
- 性的自由・性的統合性を侵害すれば犯罪が成立することとすべき
- 性交は双方が合意を形成しながら互いに参加して行うものであるから、同意のない性交は処罰されるべきであって、被害者に抵抗や拒絶の意思表示を求めるのではなく、「Yes means Yes」型、すなわち、自発的に参加していない人に対してした性交を処罰の対象とすべき
- 非対等の関係性において逃げられない状況で説得されて相手の要求を受けざるを得なくなった場合や、理解力や力関係の差を利用して外形的に同意した場合は、処罰されるべき
- 性行為は、それ自体は犯罪行為ではないから、同意なき性交を違法とすることで取り締まるべきではない性行為にも網がかからないか、この問題にどのような対応をしていけばいいのか、国民の間で議論すべき
- 「不同意」という言葉自体がかなり幅のある概念であり、例えば、一定の関係を有する相手の要求に対し、悩んだ挙げ句に最終的に性行為を甘受する

に至った場合には、被害者の心理状態は多様であり、どこまでが「不同意」といえるかが明確ではないように思われるし、結婚すると偽ってだまして性交した場合に、被害者が錯誤に陥っており有効な同意がないとして犯罪の成立を肯定することは適当ではないから、どこまでを処罰すべきかという点については踏み込んだ議論が必要

- 「Yes means Yes」型を、相手方の明確で自発的な同意がある場合に限って性行為に関する合意が成立し、性犯罪の成立が否定されるものと考えた場合、同意の有無が必ずしも明確に認定できない場合や、相手方が一定の葛藤や躊躇の上に性行為を受け入れた場合についても、処罰の対象となる可能性があるが、現在の日本においては、性行為に同意しているか否かを言語や行為によって明確かつ一義的に表示すべきとの社会通念が十分に定着しているとは言い難く、被害者が内心では性行為に同意していた可能性がある場合まで、広く処罰対象となるおそれがある
- 性的行為は人間のコミュニケーション手段の一つであり、また、性行為に至る過程の在り方も様々であって、ノンバーバルなコミュニケーションを通じて相手が応じていると思って性行為をしたものの、実際は嫌がっていたということが起きる。すべきでない行為にもグラデーションがあり、刑罰という強烈な制裁を行う以上、その対象は、それを正当化できるだけの当罰性を有する行為である必要があるから、「Yes means Yes」型にして広く処罰するのは相当ではない
- ③ 暴行・脅迫等の要件の撤廃や「不同意」を要件とすることの要否・当否
 - 人は、予期しない言動に混乱して体が硬直するなど、たやすく抵抗できない状態に陥るものであり、人の感情や意思をないがしろにして、その人の体を侵襲することは心身の侵害であり、人生に深刻な影響を及ぼす暴力であるから、不同意性交が罪として認識されるべき
 - 性暴力の本質は、同意がないことにあるから、構成要件上、同意がないこと、意思に反していることを前面に出し、被害者も加害者もそのことを認識できるようにすべき
 - 現行の暴行・脅迫要件や抗拒不能要件は不同意の徴表とすることであるが、そもそもその不同意が刑法においてどのように捉えられているのかについて疑問があり、各人で想定するものが違うのではないか。支援者や被害者は、性的同意について明確な価値基準を持っており、同意するのもしないのも同様に尊重されるべきであるとの当然の前提があるところ、相手の「NO」を尊重しない加害者の責任を追及するような不同意の規定が作られることを望む
 - 同意のない性行為が暴力であることが理解されておらず、被害者が深刻な傷を負っているのに自己が暴力を受けたことを認識できず、加害者が自己の行為が相手を死に至らしめる可能性があることを認識できないことは問題であるから、セックスとレイプを分けるものが同意の有無であることを構成要件上明らかにした上で、加害者が用いる手段、被害者の状態、両者の関係性等によって、同意がないことをどのように示すかを検討することが重要

- 不同意であるか否かは、内心の要素にとどまらず、それを徴表する具体的な行為との関連で判断しなければならないし、不同意のみを要件とすると、錯誤により被告人の故意が阻却されるおそれがあるので、禁止される行為を明確にするため、不同意を徴表する具体的・客観的な要素をも構成要件に明示する必要がある
- 177条の暴行・脅迫要件を撤廃すると、激しい暴行・脅迫を要するものとそれを全く問わないものとが同一の条文で規定されることとなるが、法律としてそれでよいのか、立証方法が全く異なるものが同じ条文に規定されているのか、適用しづらいのではないのか、刑の下限が相当下がることになるのではないのか、という懸念がある
- 仮に不同意を要件とする場合、被害者が同意していなかったことと被告人にその認識があったことについて、厳格な証明が必要となるが、被害者の内心を直接証明することは困難であるから、外部的・客観的な事実関係から認定する必要があり、その判断材料となり得る客観的な事実、具体的には、被害者の内心を徴表する行為態様や関係性等の客観的な要件を明確に規定する必要がある
- 被害者の意思に反する性行為は犯罪であり、これを処罰する必要があることは当然である。その上で、具体的な構成要件を検討するに当たっては、①被害者の意思に明確に反する性行為を取りこぼしなく処罰対象とすること、②処罰すべきでないものが処罰されないこと、③法的安定性が十分に担保され、裁判体が変わっても同一の結論が導かれることの3点が重要である。不同意のみを要件とした場合、不同意の内実を具体的に明らかにする作業が必要となるが、その内実を言語化することは必ずしも容易ではなく、例えば、錯誤による同意の場合について言えば、成人同士の関係において結婚すると偽って性行為に及んだときのように処罰すべきとは思われない事案もある一方で、治療と偽って性行為に及んだときのように処罰すべき事案もあり、個別の事案ごとの行為態様、関係性、被害者の心理状態等に基づく限界設定が必要となる。このことからすると、不同意自体を構成要件とするのではなく、行為態様や被害者の心理状態を具体的に規定することにより、被害者に不当な影響を及ぼし、その意思決定を歪めたと評価できる場合を捕捉できる構成要件とすることが好ましい。また、不同意のみを要件とすると、意思決定や心理状態というものが、その性質上微妙なものであることから、裁判所による同意・不同意の認定が現行法以上にぶれてしまい、結果的に被害者に負担が生じる懸念もある
- 暴行・脅迫の要件を撤廃して、被害者の同意がないことに決定的な意味付けを与えることとすると、そのことが被害者にとって負担となることが懸念されるため、被害者の意思そのものより、不同意を根拠付ける状況、手段、状態の有無を要件とすることが適切
- 暴行・脅迫や抗拒不能の要件は、例えば、被害者が大きな恐怖やだまされたことにより性交されたという状況で、同意がないことの徴表として、一定

の縛りをかけるものとして機能しているから、仮に同意なき性交という構成要件を作ったからといって、それによって処罰範囲が広がることとなるのかについても検討すべき

- 被害者の同意に関する被告人の認識を明らかにするためには、暴行・脅迫、薬物の使用や飲酒の有無、被告人と被害者の年齢差といった客観的要素が重要な手掛かりになり、立証責任を負う検察官にとっては、そのような手掛かりの存在が有用であり、不同意のみを要件とすると立証の対象を特定しにくい

(2) 暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件について、判例上必要とされる「被害者の抗拒を著しく困難にさせる程度」を緩和した要件とすべきか

① 「抗拒を著しく困難にさせる程度」を緩和することの要否・当否

- 現行法は、性犯罪の類型が少な過ぎるので、177条の基本的枠組みを維持しつつ、暴行・脅迫要件に実情を踏まえた文言を書き入れた上で、別途、暴行・脅迫の程度を緩和したり、地位・関係性を利用した類型を作ったりして、きめ細かく規定する方が、同意のない性交をきちんと処罰できるようになり、被害者救済につながる
- 裁判実務において、「抗拒を著しく困難にさせる程度」が必要とされるのは、暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件の下、行為態様や被害者の状態が被害者の自由な意思決定を阻害するに足る程度か否かを問題とし、同意の不存在を一義的に推認するためであると解されるので、その程度を大幅に緩和した要件を設けた場合、不同意の性交であることが明らかでないものまで処罰対象に取り込まれるおそれがある

② 法定刑のより軽い類型を創設することの要否・当否

- 177条については、判例上必要とされている「抗拒を著しく困難にさせる程度」という要件を条文に書き込み、これとは別に、もっと軽い類型として不同意性交等罪を設け、「抗拒を著しく困難にさせる程度」には至らない暴行・脅迫といった要件とし、さらに、不同意が外形的に認識できる客観的要件を設けるという方策が考えられる
- 性交に通常伴うような暴行・脅迫しかなく、加害者の地位や被害者との関係性等を考慮して177条が適用されるような当罰性の高さに疑問がある事例については、例えば、威力ないし威迫を用いて被害者の明確な意思に反して性交等を行った場合に10年以下の懲役に処することとする軽い類型を創設することが考えられる
- 同意のない性交を処罰する諸外国の法定刑は、2年以上の自由刑や、2年以上6年以下の拘禁刑など、軽く規定されているところ、軽い処罰であっても広く罰して違法であることを示すことが重要なのか、それとも、処罰する範囲が狭くても重く処罰することが重要なのかを整理する必要がある
- 性犯罪の加害者は認知のゆがみを持ち、自分の利益や欲求、依存心や支配欲を満たすために加害を行っており、治療・教育の成果が得られなければ加害を繰り返す一方、被害者は長期間トラウマに苦しみ、ついには自死に至る

こともあることを踏まえれば、軽い類型を作ることには反対

- 暴行・脅迫要件を満たさない事例の中には、悩みながら最終的には性行為を受け入れた場合など、同意・不同意のグレーゾーンに位置する事例が含まれるから、法定刑の軽い類型を設けるかについては、そのような事例を処罰することの要否を検討する必要があるし、仮にそのような事例も同意がないものとして処罰するのであれば、同じ不同意でありながら刑を軽くする根拠について、理論的な検討が必要

(3) 暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能に加えて、又はこれらに代えて、その手段や状態を明確化して列挙すべきか

① 手段や状態を列挙することの要否・当否

- 不同意性交が処罰されるべきであるが、性的同意という概念が浸透していない日本で、不同意性交という要件のみでは該当性判断が難しいのであれば、ほかの文言を列挙してもよい
- 同意はしていないが抵抗できない原因として、本人の意思とは関係なく生じ、体が動かなくなる「Tonic immobility」という反応があり、同意の有無と抵抗の有無とを結び付けて抵抗だけを重視するのは問題であり、より広い事情を拾うべき
- 抗拒不能の要件は、条文上、心神喪失と並べて規定されていることもあり、実務上、抗拒不能に該当するか否かの判断に悩むことが多いし、裁判例を見ても、抗拒不能の判断が第一審と控訴審とで分かれているものもあり、このような事態への対応として、薬物や飲酒などを列挙することは有用と思われる
- 仮に、現行法の暴行・脅迫という行為態様や心神喪失・抗拒不能という状態が、被害者の不同意を惹起する全ての場合を捕捉し切れていないのであれば、生じ得る処罰の間隙を補うために、被害者の不同意という心理状態を合理的に推認し、根拠付けることとなる行為態様を追加したり、より具体的な被害者の状態を盛り込んだりすることは十分にあり得る
- 同意がないことを表す一定の場合、例えば、被害者が泣いている場合を規定するとすると、被害者の個人的な事情が争点になって被害者の負担が増加することが考えられるし、訴追側にとっても防御側にとっても、争点の拡散が生じることとなる
- 不同意を推認させる間接事実を列挙しようとしても、例示には必ず漏れが生じ、例示された事実が解釈で拡張されるおそれがあるので、処罰の外枠を画するための要件として、暴行・脅迫や抗拒不能といった抽象概念が必要になる

② 考えられる規定の在り方

- 手段として、暴行・脅迫のほか、威迫、不意打ち、偽計、驚愕、欺罔、監禁を加えるべき
- 威迫・不意打ち・偽計・欺罔・監禁などを手段として列挙するのは、様々な手段が雑多に入り過ぎていると思われるし、「威迫」や「不意打ち」は、これまで刑法で用いられていない文言であるから、どのように適用され得るかを十分検討する必要がある。また、欺罔一般を含めるのは相当ではなく、規定の仕方に十分注意する必要がある
- 列挙される手段に欺罔を含めるか否かについて、成人に対して好意や婚姻する意思を偽る場合には処罰価値がないと思われる一方で、行為の性的な性質を偽る場合や相手方の同一性を偽る場合は現行法でも処罰されているから、欺罔を含める場合には、その範囲を限定することが重要
- 不同意とは、選択を行う自由と能力が侵害される場合であり、自由と能力のいずれか一方を有していない場合には同意ができない。「自由」の侵害とは、暴行・脅迫が用いられた場合や地位・関係性を利用された場合、家庭内の被害の場合である。「能力」の侵害とは、相手方の年齢、薬物、障害、疾患を利用した場合であり、心神喪失・抗拒不能の要件に対応するところ、「能力」が奪われている状態を幅広く明文化する必要がある
- 抗拒不能の要件の明確化として、「人の無意識、睡眠、催眠、酩酊、薬物の影響、疾患、障害、洗脳、恐怖、困惑その他の状況により、特別に脆弱な状態におかれている状況を利用し、又はその状況に乗じて」という要件とすべき
- 経済上・学業上・人間関係上の問題がある場合や、秘密をばらされるかもしれない状況を利用した場合、理解力や力関係の差や脆弱性を利用した場合を捕捉できるような文言を検討するべきである。また、18歳になる前から監護者に性交を強要されていた被害者は18歳を超えても抵抗できないし、最初の性交が強制的性交等であった場合には、その後、明確な脅しがなくても性交に応じてしまう場合があるため、以前の性交によりその後の抵抗が抑圧されるといった場合が捕捉されるような文言を検討する必要がある
- 被害者の同意がないことを明確に規定するため、暴行・脅迫を例示としたり、「抵抗ができない状態」や「正当な理由なく」といった文言を加えたりする形で概括的に規定すべきであり、そうすると、177条と178条の処罰対象が一部重なることになるが、問題はないと思われる
- 被害者の自由意思を阻害する可能性がある手段の全てを網羅的に規定することは恐らく不可能であるから、仮に行為態様を追加するとしても、例示列挙とした上で、例えば、「暴行、脅迫、威力、不意打ちなど被害者の抗拒を著しく困難にさせる手段」という形で、例示された手段の意義を包括的に示す要件が必要になると思われる。また、行為態様を幅広く列挙すると、被害者の不同意が明確に認定できない場合が含まれ得るので、例えば、「(一定の手段によって)被害者の自由な意思決定を困難にし、その状態で性交等を行う」

という形で、行為態様に加えて被害者の心理状態を要件として規定することも考えられる

- 不同意性交を処罰することとし、一定の場合に不同意が推定されると規定した場合、不同意が何を意味するのかが問題となるし、手段を列挙した上で、「その他意思に反する手段」と規定した場合、「その他意思に反する」が何を意味するのかが曖昧になるので、明確性を確保するため、手段と一定の被害者の状態の両方を規定することが必要
- 177条に、暴行・脅迫より広い概念を書き込むべきだが、判例で使われている「抗拒を著しく困難にさせる」という表現について、法律家ではない人は、被害者が抵抗することを前提としたものと理解しているものと思われ、それが性暴力に対する意識の低さ、被害者に対する偏見、嫌なら一生懸命抵抗すべきであるといった強姦神話のようなものがなくなることにつながっている、別の言葉にすべき
- 言葉のニュアンスとして、「抗拒が困難な状態に陥れ」という文言だと、被害者は陥れられたと感じるが、抗拒不能のように、「不能」という文言だと、抵抗できることが前提になっているように感じるものであり、法律用語が分からない一般人と専門家との間の認識や理解には乖離があると感じる

(4) 被害者が性交等に同意していないことについて、一定の行為や状態が認められる場合に被告人側に立証責任を転換し、又はその要件の充足を推定する規定を設けるべきか

- 「Yes means Yes」型の不同意性交等罪が創設されるのであれば、被告人側としても、相手方の同意を確認したことが主張できる以上、立証責任の転換は可能ではないかと理解している
- 「Yes means Yes」型の規定には様々な形があり、例えば、睡眠中の被害者に対する性行為を処罰する諸外国の例では、その睡眠状態を「不適切に利用」することが必要であるとして、犯人側に事前の同意を主張する余地を残すとともに、故意も問題にし得るようにしている規定もある一方で、同意は性行為が行われる時点で現に存在しなければならず、睡眠中の被害者を起こして意思を確認しなければ同意は存在しないとして形式的な行為規範違反を問うような反証を許さない規定もあるから、「Yes means Yes」型であれば一定の決まった形での推定規定を直ちに作ることができるわけではない
- 刑事手続においては、検察官が刑事責任の存在と範囲を基礎付ける全ての事実を立証するのが原則であり、挙証責任の転換規定又は推定規定はその例外に当たることから、例外を設けることの必要性和合理性の両面からの検討が必要である。被害者の性交等への不同意それ自体を要件とする場合、被害者の内心を直接証明することは困難であるから、結局、外部的・客観的事実関係から認定することにならざるを得ないところ、そのような被害者の不同意の徴表となるような客観的事実を明確化し、それが充足されれば犯罪が成立するという構成要件を作ることができるのであれば、あえて挙証責任の転換規定や推定規定を設ける必要性は認められない

- 構成要件の在り方を工夫してもなお被害者の同意の不存在について立証の困難性が残るのであれば、挙証責任の転換規定や推定規定を設ける必要性は認められるが、そうした規定を設けるためには、合理性の観点から、①検察官が証明する事実から、被告人が挙証責任を負担する事実又は推定事実への推認が合理的であること、②被告人が挙証責任を負担する事実又は推定事実を証明する資料が通常被告人側にあり、その反証が容易であることの2点を満たす必要があるところ、我が国の運用上、暴行等の客観的事実が認められれば被害者の不同意は事実上推認され、被告人側がその推認を覆すような特別な事情を立証しなければならないこととなるから、あえて挙証責任の転換規定等を設ける必要性に乏しいし、被害者の不同意が推認されるとまでは言えない客観的事実があるにとどまる場合にまでそのような規定を設けようとする、その合理性が疑わしくなる。また、性交等への同意・不同意という被害者の内心面を証明する資料は通常被告人側にはなく、被告人の反証が容易とはいえないから、結局、挙証責任の転換規定等を設けることは困難である
 - 例えば、イギリスの推定規定については、簡単に推定を覆すことができるため、実務上ほとんど意味がないと言われており、推定規定を作れば問題が全て解決するわけではない
 - 被告人側に立証責任を転換することとした場合、同意の存在の立証方法としては、性交等の様子を録音・録画したもの以外は考えにくいから、そうすると、被告人は、別罪で訴追される危険を冒しながら同意なく撮影した映像を証拠請求して反証しなければならない立場に置かれることになるし、そもそも、性交等に際して証拠を確保しておかなければならないという制度は、性的自由を過度に制約するものであって、いずれにしても立証責任の転換は困難
- (5) 行為者が、被害者が性交等に同意していないことの認識を有しない場合にどのように対処すべきか
- ① 議論の前提とすべき事柄
 - 加害者は、性交等に至る過程で通常行う相手方との相互交流や共同調整をせず、相手を物として見て、自分の欲求や利益を押し付けているのであり、このような、無神経で相手の能力・希望を尊重できない者について、相手が同意していないことの認識がないとして無罪とするのはやめるべき
 - 暴行・脅迫の有無が問題になる事案において、同意の有無も問題になることが多いのは、社会的に何を同意と見るかが曖昧であることに原因があると思われるところ、被害者が犯人と一緒に酒を飲んだり、密室に一緒にいたり、明確に嫌だと言わなかったことが同意とイコールではないことが、一般の人や司法関係者に理解されていない
 - 何が合理的な推論であるかや、性的被害について何が通念であるかが曖昧なまま、判断の合理性を裁判官個人に任せていることから、被害者の同意を巡る被告人の認識が適切に認定されない事案が発生している
 - 実務では、被告人が同意があると思っていた旨主張しても、客観的状況から、被害者が同意していなかったといえるような状況が立証されれば、故意

が認められており、現状の運用に問題はない

② 考えられる対処方策の在り方

- 性行為については明確な同意を得るべきであり、これを怠った場合のリスクは、同意を曖昧なままにして利益を得た者が取るべきであるので、諸外国において、相手方の同意の有無について行為者に確認義務を課し、これを著しく怠った場合には過失レイプ罪として処罰しているように、過失犯処罰規定の創設を検討すべきである。その場合、法定刑は強制性交等罪とは異なるものになると考えられる
- 状況として明らかに不同意であるのに、被告人が同意があると思った旨主張したときに、裁判で専門家が専門的見地から被告人の主張を否定しなければならない司法の現状はおかしいのであり、同意がないことの徴表が法文上明確かつ適切に明記されれば、そのような主張は難しくなると考えられる。また、司法関係者や社会一般に、被害者の心理状態に関する教育・啓発がなされることも望まれる
- 裁判官の間では、被害者の同意の有無について、被害者の内心自体を直接判断の対象とするよりも、むしろ同意するような状況にあったか否かを客観的な事情から推認すべきではないかという議論や、被告人の故意について、通常であれば被害者が同意しないであろう客観的な状況を被告人が認識していたのであれば故意が推認されることから、被告人の弁解を踏まえて、そのような推認に合理的な疑いを差し挟む余地があるかという観点から評価していくべきではないかという議論がなされており、被告人の認知のゆがみ、独特の価値観、ナンパの成功体験等により、被告人の故意が常に否定されるわけではない
- 被害者の同意があると思っていたという被告人の主張が認められることに對する疑問は、客観的には被害者に同意があるとは認められない状況であるにもかかわらず、被告人において同意があると考えのもやむを得ないとの評価がなされることに對するものであると思われるから、まずは、司法関係者において、性的行為に對する同意の在り方についての認識・理解を深めてもらうことが重要である。そのような認識が共有されれば、捜査・公判実務において客観的な状況から適切に被告人の認識が認定されるようになると思われるし、構成要件を明確化する実体法の整備もその一助になる

3 地位・関係性を利用した犯罪類型の在り方

(1) 検討すべき論点第1の「3」の一つ目と二つ目の「○」についての議論の前提とすべき事柄

① 地位・関係性を利用した被害の実態

- 性暴力が発生するプロセスにおいては、加害者が被害者に対して言動を用いて力関係を作り出すことにより、被害者は抵抗や拒否ができない状態に追い詰められていく
- 明確な暴行・脅迫がなくても、被害者の脆弱性、様々な意味での立場の弱さ、利害関係、依存関係が利用された場合には、被害者は抵抗できない

② 監護者性交等罪では処罰されない被害

- 犯罪として処罰される家庭内の性虐待の範囲は狭く、監護者性交等罪の「現に監護する者」に、きょうだいや祖父母、おじ、おば、同居していない親などは含まれないし、18歳を超えた者の被害は、まだ見逃されている
- 13歳以上の者が、別居中で養育費を支払っていない父親からわいせつな行為をされた場合には、「現に監護する者」に当たらず、暴行・脅迫がなければ性犯罪とならない
- 子供にとって、学校の教師、養護施設の職員からの被害は、抵抗すると、子供自身の生活環境や生活する社会が壊されるというリスクがあるものである
- 長期間にわたる継続的な性的虐待の事案では、被害者の年齢に関係なく、安全な環境に逃げて治療を受け、一定期間が経過することによって、本人の自由意思が戻るものであると臨床上考えられることから、被害者の年齢で区切るのではなく、被害者の状態に合わせた規定が必要

(2) 被害者が一定の年齢未満である場合に、その者を「現に監護する者」には該当しないものの、被害者に対して一定の影響力を有する者が性的行為をしたときは、被害者の同意の有無を問わず、監護者性交等罪と同様に処罰する類型を創設すべきか

① 子供の被害の実態

- 思春期の子供の被害は、徐々に親密な関係を築いて子供をだまし、追い込むなどして性行為を強要する被害、理解力や力関係の差を利用する被害であり、時には、子供自身が「自分が同意した」と思い込まされている場合もある
- 閉鎖空間で行われる虐待は、子供の抵抗を封じ、子供に無力感や絶望感をもたらし、加害者に迎合する態度を強化するという心理学上の常識が、法律上きちんと扱われていない
- 子供は、深い傷つきの結果、親や学校の教師、スポーツのコーチ等から繰り返される性的被害を恩恵と捉えるようなことさえある
- 子供が、親族関係にある者に反抗したり抵抗したりすると、その親族が子供の衣食住を管理している者であるか否かにかかわらず、子供の家族関係・

居場所が壊れることがある

- 教師からの被害は、地位に基づくパワーの濫用である点や加害が繰り返されることが多い点で、監護者からの被害と共通する。被害者は、加害者からパワーでコントロールされ、監護者性交等罪の場合と非常に似た心理に陥り、性行為への同意の有無が自分で分からなかったり、被害を受けていることが認識できなかったりする
- ② 被害者の同意の有無を問わない新たな処罰類型を創設することの要否・当否
 - 児童福祉法では18歳未満の者への性行為は罪であるとされていることも踏まえ、教師という立場の大人が生徒という立場の子供に対し、性行為を含むような恋愛をすることは許されないと考えてもよいし、そもそも、教師と生徒は対等な関係とはいえないのであって、そのような両者の間に真摯な恋愛が成立するかについて、深く考える必要がある
 - 自立を遂げる段階にあり、家庭以外の居場所や人間関係が重要となる中高生にとって、支配従属関係にある教師やスポーツの指導者などによる性被害を訴えることは、居場所を失い、社会的生存が脅かされることであるから、そのような者が中高生に性的関係を強要する行為については、監護者性交等罪と同様に処罰すべき
 - 子供に対する性犯罪の保護法益には、青少年の保護という側面もあると考えられるところ、教師は、教員免許に基づいて、子供にとって家庭生活に次いで比重の大きい学校生活を預かっており、子供に対する責任・影響力は大きい上、教師による行為は継続するおそれがあり、法益侵害は大きい。少なくとも中学校の教師による行為は監護者と同じように処罰されるべき
 - 教師・生徒の関係であっても、生徒が高校生の場合には、両者の上下関係が逆転することが無視できない程度に起こり得るので、同意の有無を問わずに一律処罰することは適切ではなく、被害者の同意を問わない新たな類型を設けるとしても、生徒が中学生の場合に限定すべきである
 - 教師には、担任の教師から同じ学校に在籍するだけの教師までが含まれ、児童との関係性は多様で影響の程度に濃淡があることから、教師やコーチによる児童との性的行為を一律に処罰することには疑問があり、児童本人の自由な意思決定による同意があったと評価できる場合まで処罰することは相当ではない
 - 教師には様々な種類があり、生徒との関係性も多様であることから、教師による生徒への性行為を監護者性交等と同じように処罰するためには、教師の範囲を強い影響力を有する者に限定する必要があると思われる。他方、処罰範囲を広げるのであれば、健全育成の視点から、又は、人格的統合性といった保護法益にダメージを与える危険性があることから、パターンナリストイックな保護として、軽い法定刑の罪で処罰することが考えられる
 - 保護者である親等と子供との関係については、ある程度の定型性があるが、学校の先生やコーチとその生徒などとの関係は、非常に不定型でグラデーションがあるため、そのような関係にあるだけで処罰するという規定を作っ

はならない

- 教師による性行為は、現行法の下でも、被害者が小学生の場合には、いわゆる性交同意年齢未満の者への行為として処罰可能であるし、被害者が13歳以上の場合、悪質な事案は準強姦性交等罪で処罰可能であって、新たな罰則を設けるよりも、被害拡大防止のため、加害者を早期に発見して懲戒解雇の対象とし、教育の場に戻さないことが重要

③ 児童福祉法の淫行をさせる罪との関係

- 児童に淫行をさせる行為における「淫行」は、児童の心身の健全な育成を阻害するおそれがあると認められる性交又は性交類似行為と解されており、真摯な関係性に基づく行為は該当せず、また、児童に対して事実上の影響力を及ぼして児童が淫行をなすことを助長し促進する行為が必要であるとされている。児童福祉法違反に該当しない場合まで刑法で処罰対象とすることは相当ではなく、児童の年齢、地位・関係性、同意の内容等も含めて、個別具体的に処罰範囲を検討する必要がある
- 一定の年齢未満の者が被害者であるときを対象として、軽い法定刑の類型を設けてパターンリスティックに保護することとする場合には、児童福祉法との関係性が問題となるが、児童福祉法で処罰の対象とされていない、性交類似行為に至らないわいせつ行為が行われた場合を処罰できるようにすることに意味はあるし、一般的に認知度の低い児童福祉法ではなく刑法に規定することに価値があるとも考えられる
- 児童に対する性犯罪の保護法益は、児童の健全育成や、脆弱な意思決定しできない者の保護であると考えられるので、児童福祉法や児童ポルノ法などの児童福祉法制の中で処罰規定を設ける方法が考えられる

(3) 被害者の年齢を問わず、行為者が被害者の脆弱性、被害者との地位の優劣・関係性などを利用して行った行為について、当罰性が認められる場合を類型化し、新たな罪を創設すべきか

① 新たな処罰類型を創設することの要否・当否

- 逆らい難い上下関係がある類型について、178条の抗拒不能に該当するとして有罪にした事例と178条に該当しないとされた事例とを比較・分析し、その結果、178条を適用することができず救われない事案が多いのであれば、新たな立法が必要
- 178条の抗拒不能の程度は、177条の暴行・脅迫と同程度であると考えられているため、抗拒不能ではなかなか拾えないことから、ある程度類型化してくり出すことが必要
- 後見人と被後見人、教師・指導者と生徒、雇用者と被雇用者、上司と部下、施設職員と通所者・入所者などの間において、上位の地位にある者が、下位の地位にある者に対し、その影響力があることに乗じて性的行為をした場合を処罰する規定の創設が必要
- 上司のほかにも、教師や習い事の先生、就職活動先のOB・OG、フリーランスの人たちの取引相手、医療機関の医療職や心理職、福祉施設職員、利

害関係、依存関係、脆弱性がある関係性など、いろいろな関係性が挙げられるところ、少なくとも、相手の人生や将来、経済状態等を決定する権限のある人たち、医療職や心理職、福祉施設職員のように、相手に力を行使したり、その人たちの生活、生命、精神状態を左右できるような立場にいる人たちによる性暴力は、きちんと罰することが必要

- 相手方が、雇用主や取引先、大人になってからの先輩などであると、女性はほぼ抵抗できないのが実情であり、客観的状況から女性が嫌がっていることが明らかと思われる場合であっても、男性の「黙っているから合意だと思った」旨の弁解が認められることが多い。このようなケースが178条の心理的抗拒不能といえるかは疑問であり、現に、このような事案は不起訴になっているので、多少抽象的な要件になったとしても、優越的な地位や関係性を利用した場合を類型化した新しい規定を創設すべき
 - 監護者の場合と比較して、学校の教師やスポーツのコーチなどの場合、その影響の程度は一様ではなく、仮に、一定の地位・関係性に基づく性行為を罰することとするとしても、相手に対する影響力の程度や当事者間の関係性を個別に認定し、あるいは、地位・関係性を悪用・濫用する具体的な行為を要求するなど、何らかの限定的な規定を検討することが必要
 - 地位・関係性を利用した類型を設け、およそ立場が弱い側からの働きかけや積極的な同意があり得ないとしてしまうと、例えば、被害者とされる側が積極的に働きかけて性行為に至ったものの、期待した利益を得られなかったことから意思に反した性行為であったと申告するような、本来処罰されるべきではないケースについても処罰される危険がある
 - 上司、先輩、教師といった権力関係にある者からの被害の防止のためには、刑事実体法の改定より前に、十分な情報提供や啓蒙活動を行い、職場・学校における性的な言動に起因する問題に関して被害者心理も踏まえた措置を講じるよう促し、職場・学校における意識改革を行うことが急務
- ② 若年であることによる脆弱性を利用する行為を類型化することの要否・当否**
- 子供が被害者である場合、被害者の脆弱性の要素が強く表に出る場合と、地位・関係性の要素が強く表に出る場合とが、いずれも典型的なケースとしてあり得るので、その両方を処罰することが必要
 - 若年者は、典型的に立場が弱く、判断能力・対処能力が低いため、一定の影響力を有する者からの働きかけに対して適切な判断や拒絶等の行動を取ることが困難な場合がある。そこで、成人を念頭に置いた抗拒不能の規定とは別に、一定の地位・関係性、行為態様、意思決定に対する影響などを要件とする規定を設けることが考えられ、その場合、178条の抗拒不能要件、いわゆる性交同意年齢など他の論点との関係を踏まえて要件を検討する必要がある。また、若年者が一定の影響力を及ぼされて同意した場合、その同意は、典型的に瑕疵があるとはいえても、いわゆる性交同意年齢に達している以上はおおよそ無効とはならないとも考えられ、同意が無効である場合とは異なる類型として位置付けることも考え得る

- 一般に、中高生の年代の男子は、性的興味は女子より強いところ、その年代の男子が同意の下で成人女性と関係を持った場合に成人女性が処罰されることは不当であると思われるが、それを回避するため男性は被害者にならないとすることは、177条・178条の被害者に男性を含めた平成29年改正の趣旨に反するように思われる。未成年者にも、不完全ながら性的自己決定の能力はあり、性的な興味に対して近付いていくことも一つの権利であることを考えると、未成年者との行為について地位・関係性を定めて処罰することには技術的に非常に難しい問題がある

③ 障害を有することによる脆弱性を利用する行為を類型化することの要否・当否

- 障害者は健常者の3倍被害に遭いやすいという海外の調査結果や、障害者が施設職員から被害に遭うことが頻繁に起きていることを踏まえると、施設職員と障害者という関係性を明示した規定の創設が必要である。施設職員と入所者という関係を明示することにより、入所施設やショートステイ先の施設で職員から性的被害を受けた本人や家族が被害であることを認識し、声を上げやすくなるので、178条に障害を明示するのみならず、地位・関係性を利用した類型でも捕捉すべき
- 障害者と施設職員という関係性に着目した類型を検討するに当たっては、入居施設のみならず、通所施設であっても、フルタイムで通所している障害者とその施設の指導職員の関係性は、生徒と教師の関係性と同等であると考えられることから、いずれの施設の職員による行為も処罰対象となるような規定にすべき
- 障害の内容や程度は多様であり、被害者に障害があることを一律に処罰の根拠とすることは、かえって障害者の性的自由を不当に制約するおそれがあり、適当ではないし、自由な意思決定や抵抗が困難となるような重大な障害を具体的かつ明確に規定するのも現実的ではない。個別の事案ごとに、障害の内容や程度、行為者と被害者の関係性、被害者の意思決定に対する影響力などの具体的な事情に基づき、被害者の自由な意思決定が困難な状況にあったか否かを判断することが不可欠であって、現行法の心神喪失・抗拒不能の要件解釈を明確化して適用を安定化させるため、例えば、抗拒不能性を根拠付ける一類型として、被害者の重大な障害に付け込む行為などを例示列举する方法があり得る
- 障害の程度も被害に至る要因も様々であり、例えば、性的な行為について、そもそも何が行われているかを理解できない程度の障害もあれば、発達障害など非常にだまされやすい側面がある場合もあり、身体障害にも様々なものがあるが、障害が脆弱性の一要因になり、地位の優劣関係にも影響を与えるので、そのことを明示し、個別判断ができるような要件にすべき
- 障害者が被害に遭う場合には、ナンパなどで声を掛けられるものと施設内のものがあり、施設の種類も様々であって、定義が困難である。障害者に対する性的虐待は、虐待の中でも最もひどいものであり、障害者の尊厳を守るため、障害者虐待防止法などの法律の充実も考えるべき

④ 考えられる規定の在り方

- 学校や職場、施設など権力が支配する閉ざされた空間で、上下関係を利用・濫用して性的行為を行った場合には、被害者が成人であっても性犯罪とすべきであり、条文としては、職場の上司・部下といった地位・関係性を列挙した上で、「地位・関係性を利用・濫用し」などとし、その内実を解釈に委ねることが考えられる
- 行為の客体が未成年者である場合、未成年者が脆弱であることを前提に、何らかの手段あるいは地位・関係性があることを要件とすることにより、脆弱ではない被害者であれば比較的容易に拒絶することができる状況であったとしても、意思に反して性的行為を押し付けられたものといえるとして処罰することを考えてよい。他方、客体が成人である場合には、脆弱性がないため、関係性だけを要件として処罰することとすると、当該関係性にある者の間では性的行為を控えるべきという社会倫理的な規範になる恐れがあり、妥当ではないので、実質的な要件、例えば、比較的厳格な手段を要件とするといった工夫が必要
- 未成年者との性的行為を処罰する類型を作るに当たっては、客体が一定の年齢未満の者であるというだけで処罰されることとなる絶対的な性交同意年齢を上回る者との性的行為について、海外ではかなり軽い法定刑とされていることを踏まえ、どのような法定刑にするかも含めて考えていく必要がある

(4) 同一被害者に対して継続的に性的行為が行われた場合において、個々の行為の具体的な日時・場所を特定しなくても、個々の行為を包括する一連の事実について1個の犯罪の成立を認めることができるような罪を創設すべきか

① 現行法の解釈による対処の可否

- 現行法の解釈上、複数の性交等ごとに別個の法益侵害が発生するので、各被害は併合罪となるのが原則であるが、判例は、継続的かつ長期間の暴行によって被害者が傷害を負った事件について、複数の暴行を包括的に評価した上で、傷害罪一罪の成立を認めているところ、複数の犯罪行為を包括的に評価できる判断基準は一樣ではないものの、同一の意思決定に基づく犯罪行為であり、かつ複数の犯罪行為の個性が乏しく、その個性を捨象して包括的に評価できることがポイントになるように思われるので、性犯罪についても、そのような複数の性交等について、同一の意思決定や人間関係に基づく犯罪であり、かつ、個別の犯罪行為の個性が乏しいと評価できる場合があるかが現行法の枠内でも問題となる
- 判例が、同一の人間関係を背景として共通の動機から繰り返し犯意を生じて暴行を反復累行した事案について、意思決定の一回性に言及せずに傷害罪の包括一罪の成立を認めていることを前提とすると、監護者性交等罪のように、同一被害者に対して共通の動機から性犯罪を反復累行した場合には、個別の行為の日時・場所、行為態様等を立証しなくても、全体を包括一罪として処理することが現行法上可能であると思われる。しかし、実務上は、性犯罪は行為ごとの法益侵害性が重大で、被害者はその都度別の被害を被ること

から、包括的評価が困難であるとの感覚が一般的であるため、併合罪として処理されているものと思われ、性犯罪の法益侵害の実質とも関連付けて、包括評価の可否と限界を更に検討することが有益である

- 傷害罪の包括一罪を認めた判例は、行為の一体性と被害法益の一体性から一罪性を認めているところ、このような考え方は性犯罪にも妥当し、現行法の下でも、監護者が被監護者に対して継続的に性的行為を行ったような場合には、包括一罪として処理することは可能と考えられる
- 仮に複数の性行為を包括一罪と評価できるのであれば、継続的な性的虐待によりPTSDを発症した場合、現行法でも、監護者性交等致傷罪が成立し、無期懲役で処罰することが可能
- 傷害罪の場合、傷害結果とそれを生じさせ得る暴行との間の因果関係が相当程度推認されるし、傷害結果を生じさせ得る暴行が行われる期間もそれほど長期ではないが、性犯罪の場合、被害が数か月、数年に及ぶこともあり、傷害罪に関する判例の射程が性犯罪に及ぶのか疑問がある

② 新たな罪の創設の要否・当否

- 繰り返し性的虐待を受けた者の海馬は縮小しているといわれ、記憶の保持、記銘力に問題を抱えていることが多く、個々の被害の日時・場所等の特定が困難な場合がある。長期間にわたり反復して虐待を受けた場合、被害者は複雑性PTSDなど深刻な被害を受けるにもかかわらず、個々の被害の日時・場所等の特定が困難であることを理由に加害者が何の処罰も受けないことは問題であり、具体的な日時・場所を特定できなくても、犯罪の成立を認める規定の創設が望まれる
- 家族からの性的虐待に限らず、子供の被害は継続的に起こることが非常に多いが、嫌な出来事なので何も記録しておらず、日時と場所を正確に結び付けることが難しいという子供がたくさんおり、また、そもそも、脳の発達上の問題から子供にとって日時の特定は難しいので、日時・場所と性的行為を正確に結び付けて特定できなくても犯罪と認めるべき
- 性的虐待では100回以上の被害があることもまれではないが、実務上、全体の被害のうちのごく一部しか処罰されておらず、それで十分なのか疑問がある。医学的・心理学的には、繰り返し起こるトラウマ体験による症状について、複雑性PTSDという診断基準を新たに設けて被害を包括的に捉えていることも参考になる
- 新たな罪を設けたとしても、その罪の構成要件に該当する事実は立証される必要があるから、日時・場所の特定は困難であるものの、継続的な性的行為が行われたこと自体は確かであるという事案が実態としてどのくらいあるのかを検討することが必要
- 現行法の下で、日時・場所についてはある程度幅を持たせて起訴することができること、複数の事実を併合罪として重く処罰することが可能であること、繰り返しの被害による精神的被害を傷害と評価して強制性交等致傷罪で処罰できる可能性があること、継続的な加害を刑を重くする量刑要素として

考慮することが可能であることからすると、新たな罪を設ける必要性には疑問がある

③ 新たな罪を創設する上での実体法上の検討課題

- 新たな罪を創設する場合には、立証の緩和の問題とは別に、これを一罪として処罰する根拠が何であるか、罪の性質や要件とともに検討することが必要
- 新たな罪の法定刑につき、包括一罪と同様に1回の行為の場合と同じ法定刑とするのか、それとも、より重大な侵害を伴うものとしてより重い法定刑とするのか、その場合に併合罪加重による上限を超えた法定刑とするのかを検討することが必要
- 性犯罪の保護法益を人格的統合性又は性的尊厳と考ええると、複数の行為によって、保護法益がより重大に侵害されるという見方が自然であり、単回の行為を処罰する類型より法定刑の上限を重くし、強制性交等罪であれば上限を無期懲役とすることが考え得る
- 現行法の下でも、性犯罪を包括一罪として処理することは可能であり、複数の性的行為を相互に識別可能な形で特定できるか否かによって、検察官が併合罪と包括一罪のいずれで起訴するかを決められることを前提に、確認的な意味で新たな罪を創設することはあり得るが、その場合、複数の罪を併合罪として処理することはできないという解釈が生じる余地がある。また、新たな罪の法定刑については、現行法の罪につき併合罪加重をしたものより重くしなければ、かえって処断刑が軽くなることとなるが、現在でも、複数の行為が起訴されている場合には、併合罪加重をした上で同種行為の繰り返しの情状として考慮し、相応に重い量刑がなされているものと思われ、新たな罪についてそのような重い法定刑を定める必要があるのかという観点からも検討が必要である

④ 新たな罪を創設する上での手続法上の検討課題

- 新たな罪を創設することとしても、実務上は、営業犯や常習犯については、一罪であるからといって、当然に日時・場所等を特定しない形での記載が許されるとは考えられていないようであるから、新たな罪について個々の行為の日時・場所等を特定しないことが訴因の記載として十分と言えるかを検討することが必要
- 起訴状においては、審理対象を明らかにして二重起訴を防止する観点からも、被告人の防御の観点からも、できる限り日時・場所を特定する必要があるが、犯罪の性質なども踏まえ、一定の幅をもった時期、行為態様、被害状況などとあいまって、ほかの機会における他の事実と区別できる程度に特定できているのであれば、厳密に日時・場所を特定しなければならないとは理解されていない
- 実務上、被害日時の特定のための捜査として、例えば、被害者の携帯電話機に被害日時の特定のきっかけとなる出来事の記録がないかなどを調べているものの、一貫した供述を得られるかという問題もあり、対応に苦慮してい

るところ、性犯罪は被害者供述の信用性が争点となることが多く、被害者が当該事実を他の事実と区別して記憶できていない場合において、致傷結果との因果関係等を含めた当該事実の構成要件該当性の立証に当たり、合理的疑いを超える程度の立証ができるかが問題となる

- 新たな罪の規定の仕方については、営業犯や常習犯の規定が参考になると思われるが、これらの犯罪の実務上の訴因の構成や立証の実情を見ると、少なくとも一個の事実については具体的場面を描写し得る程度の立証が必要であると考えられているようである。その理由が、少なくとも一個の事実についてそのような立証ができない場合には、全体としての犯罪事実の存在について合理的な疑いを超える程度の立証ができないということであれば、新たな罪を設けたとしても立証の困難性の問題は解決できないから、日時・場所の特定は困難であるものの、継続的虐待が行われたことは確かであるという立証ができる場合があるのかを検討する必要がある
- 個別の日時・場所が特定されていないと、被告人が事実を争った場合、検察官が主張する事実と別の事実を主張するという形での反証が困難又は不可能になるという問題がある
- 継続的な被害全体を一連の行為として処罰対象とする場合、各行為が繋がっているといえるのであれば、その最終行為について公訴時効が完成していない限りは全体を処罰対象とすることができると思われる

⑤ その他

- 新たな罰則を設けるのではなく、児童福祉法や児童虐待の防止等に関する法律に性的虐待を含めた虐待についての規定を作り、保護者への介入や教育を充実させていくことに意味がある
- (5) 一定の年齢未満の者に対し、性的行為や児童ポルノの対象とすることを目的として行われるいわゆるグルーミング行為を処罰する規定を創設すべきか

① いわゆるグルーミング行為の実態

- グルーミングは、性虐待に遭っている事実さえ認識できない恐ろしい犯罪と言われており、インターネット経由で何百人もの児童が勧誘されておびき出されることが実際に起きている。手なづけと洗脳操作という独特の戦略がある点が単回のレイプと異なっており、加害者は、子供に寄り添いながら近付き、日頃から愚痴を聞くなどして味方を演じることから始め、少しずつ性的な話題に持ち込んで性虐待に及び、その罪悪感や羞恥心等を利用して手なづける。諸外国では、グルーミングは、標的を絞り込んで接近手段を確保し、被害者を孤立・隔離させ、その信頼を得て関係性をコントロールし隠蔽する行為と定義されている
- グルーミングには、① SNS等を通じて徐々に子供の信頼を得た上で、会う約束をしたり画像や動画を送らせたりして性交に及ぶなどの類型、② 子供と近い関係にある者が、子供に対して、肩もみ、膝に乗せる行為、マッサージ等することから始めて徐々に体を触り、断りにくくする類型、③ 子供と面識のない者が、公園等で子供に声を掛けて徐々に親しくなる類型等がある

る

② 新たな罪の創設の要否・当否

- グルーミング行為については、接触のプロセスから始まって、面会時にはすぐに加害を仕掛けることで性的な接触や搾取が行われる可能性が非常に高いところ、現実にはそのような被害は起きており、被害を受けた子供は、被害の継続により更に搾取されて心身に有害な影響を受けることから、法的に規制すべき
- 正当な行為をその目的だけに着目して処罰することについては、非常に慎重な検討が必要だが、SNS等に氾濫している非常に危険な書き込みの中でも、特に児童買春に直結するような危険性を有するものは、類型化して処罰する余地はある
- 大人が子供の好意や信頼を利用してわいせつ行為に及ぶことは許されず、わいせつ行為等が行われた場合には、捜査機関がグルーミングのプロセスを理解して適切に評価するとともに、その理解や評価が177条・178条により捉えられるようになるべきであり、子供の承認欲求が利用されやすいことが捕捉される法律及びそれを理解した捜査上の判断を望む
- 処罰の根拠は、法益侵害又はその危険性の惹起にあるから、その危険性が認められない行為の処罰は正当化できないところ、法益侵害の危険性は行為者の主観的意思や目的だけでは根拠付けられず、客観的な行為態様自体が一定の危険性を有することが必要であり、そのことは、諸外国のグルーミング行為の処罰規定が採用している目的犯においても同様である。子供と仲良くしたり面会を求めたりする行為は、一定の危険性を徴表する場合もあるが、常に客観的に性的な危険性をはらむわけではないところ、客観的には十分な危険性を示さない価値中立的な行為を、行為者の目的を根拠に処罰することは、結局のところ、行為者の主観面だけを根拠に処罰することになりかねず、理論的には正当化が困難であると思われる
- グルーミング行為については、子供に対して違法な行為をしようとしているのか、あるいは単に声を掛けたり連絡したりしただけなのかの区別がつかず、その定型性には問題がある上、処罰規定を設けなくとも、グルーミング行為の存在は性犯罪が行われた後に判明すると思われるので、例えば、178条の抗拒不能の状態の作出過程における非常に悪質な情状や計画性の間接事実として評価できるようにも思われる。また、性的な満足を得るための連絡のようなものについては、いわゆる自撮りに関する条例、児童ポルノの製造等の既存の規定の活用についての十分な検討が必要
- 本来正当な行為が違法な目的を有することによって処罰されるという規定は、ともすれば内心を処罰することになりかねない。また、違法な目的が事後に判明したわけでもないのに性犯罪の前科前歴を有する者が逮捕されるといったように、保安処分的に働く危険性が十分考えられるので、慎重に判断すべき

③ 考えられる規定の在り方

- 諸外国には、グルーミングについて、①犯罪の成立時期を比較的遅く設定し、性的な語りかけであるかを問わず、偽りの信頼関係を築いた後に、性的な行為をする目的で子供と会う行為又はその準備をする行為を処罰する規定、②犯罪の成立時期を比較的早く設定し、性的な虐待目的でインターネット等で子供と連絡を取る行為自体を処罰する規定があるところ、②は、おとり捜査によらなければ連絡段階での性的な虐待目的の証明が難しいことから、実効性のないシンボル立法とされているのに対し、①は、面会時のコンドームの所持等により性的な行為をする目的が立証可能であり、相応に実効性のある規定とされている。グルーミング行為を処罰する規定を創設する場合には、このような諸外国の例も参考に、複数の選択肢の中から日本に適する規定を考える必要がある
- グルーミング行為を処罰する場合でも、行為態様自体が客観的・外形的に性犯罪の危険性を示していると評価できる場合に限定する必要がある。また、性犯罪に対する危険性を重視する観点からは、諸外国の例も参考に、子供が一定の反応や応答をするなどしてその危険性が高まったことを犯罪の成立要件として要求するべきと思われる
- ④ 強制性交等罪の予備罪を創設することの要否・当否
 - 強制性交等罪の予備罪の創設は理論的にはあり得るものの、実際の適用には限界があり、強制性交等の罪が殺人や強盗よりも格段に軽い犯罪として扱われていないことを象徴的に示すシンボリックな立法にならざるを得ないと思われる
 - グルーミング行為の目的は性交等とは限らず、わいせつ行為である可能性もあるところ、強制わいせつと強制性交等のいずれの予備であるかは外形的には見分けがつかない

4 いわゆる性交同意年齢の在り方

暴行・脅迫や被害者の同意の有無を問わず強制的性交等罪が成立する年齢を引き上げるべきか

① 被害の実態

- 13歳以上であっても、思春期の子供は、徐々に親密な関係を築かれてだまされたり追い込まれたり、理解力や力関係の差を利用されたりして被害に遭うことがあり、子供自身が性行為に自ら同意したと思い込まされている場合もあるが、その後、自責感や自尊心の低下が生じ、自殺や物質依存、性問題行動を起こすといった問題が生じる

② いわゆる性交同意年齢を引き上げることの要否・当否

- 子供の被害は、加害者が、子供の理解力の未発達、脆弱性、大人より狭い世界で生きていることを利用するので、そのプロセスが第三者から見ると分かりにくい場合も少なくないから、暴行・脅迫や抗拒不能の要件の変更とは別に、少なくとも義務教育年齢の子供たちを被害から守るという意味で、いわゆる性交同意年齢を上げていく必要がある
- 現行法の13歳という年齢は、発達段階にある子供を保護するという視点が欠けており、脳の成長が25歳くらいまでかかることや、子供の社会経験の乏しさからすると、少なくとも16歳未満の義務教育を受けている者は保護される必要があるし、それとは別に、例えば、大人による18歳未満の者の搾取を防止する規定を設けるなど、年齢層ごとに、それぞれ保護の在り方を定めるべき
- 性交には、妊娠や性感染症の罹患の可能性があり、避妊や人工妊娠中絶に費用がかかること、若年者の性交・妊娠・出産がハイリスクであること、経済的困窮に陥るおそれが高いことなどから、いわゆる性交同意年齢の引上げを若年者の性的自由の制限と捉えるべきではなく、性的自由に対する責任を果たせる年代かという観点から保護すべき年齢を考えるべき
- 脳科学上、ティーンエイジャーは、情動や性的な行動能力は成人に達するが、理性や情動のコントロールの点では未熟であり、適切な行動がとれないという特徴もあるため、その年代の者に一定の保護を与えるという考え方があってよい
- 青少年の性行動に関する調査によれば、キスや性交を経験する年齢は全般的には若年化傾向にあり、児童の性的保護を直ちに強化すべき喫緊の立法事実があるか、法改正の必要性を根拠付ける事情を検討すべき
- 年齢のみを要件として処罰する類型について、その年齢を13歳とする国は日本以外に複数ある。法律上、18歳で結婚できる中で、その前から交際して性的行為をする場合など、一律に処罰することが適当ではない場合もあるので、脆弱な未成年者の保護に当たっては個別の事情を踏まえるべきであり、いわゆる性交同意年齢は13歳のままでよい

③ 保護法益との関係

- 保護法益を性的統合性と考えたと、若年者に対する性犯罪の保護法益は、健全な人格的統合性の形成と考えることができる。そうすると、現行法上、13歳未満の者との性交等は、人格的統合性の健全な成長を阻害する行為であるから処罰されると説明されることとなり、いわゆる性交同意年齢の引上げは、人格的統合性の形成に影響が及ぶ年齢の基準の引上げと整理できる
- 地位・関係性を利用した類型の創設により、処罰すべき行為を全て捉え切れない場合、いわゆる性交同意年齢の引上げではなく、保護法益に、健全育成や健全な人格的統合性の形成を加え、児童福祉法の淫行をさせる罪や青少年保護育成条例の淫行処罰規定などの解釈を参考に、その保護法益を侵害する行為を切り出して処罰することも一つの方法といえる

④ いわゆる性交同意年齢を何歳とするか

- 少なくとも16歳未満（義務教育年齢）とすべき
- 仮に18歳とすると、例えば、17歳の高校生が新任教師に強く働きかけて性的行為を行った場合、教師に犯罪が成立する逆転現象が生じ、教師の側に拒絶義務を課することになることなどを考えると、いわゆる性交同意年齢の引上げは、義務教育年齢が限度ではないか
- 刑事責任が問われ得るのに性的自己決定については全く能力がないとされることは理論的に整合しないので、いわゆる性交同意年齢を刑事責任年齢である14歳より上に引き上げることは相当ではない

⑤ 強制的性交等と強制わいせつとで年齢を分けることの要否・当否

- 性交とわいせつ行為とでは、その行為に対して同意をする能力は異なっていると思われ、強制的性交等と強制わいせつとで年齢を分けて考えることはできないか
- 性交とそれ以外の性的行為とで年齢を分けて考えることはあり得るが、性的行為のみで性交に至らなかった場合であっても、性交の目的があると未遂罪になる可能性があることに留意が必要

⑥ 行為者の年齢に関する要件の要否・当否

- 例えば、いわゆる性交同意年齢を13歳から16歳に引き上げた場合、14歳や15歳同士の性的行為が問題となるが、16歳未満同士の行為を処罰対象から除く方法や、被害者に対する信頼的地位に就いている者に限り訴追されるようにする方法などが考えられる
- いわゆる性交同意年齢を一定の年齢まで引き上げた場合には、中学生や高校生同士のキスや性行為について、両当事者とも処罰又は保護処分の対象となるため、何らかの対応が必要となるところ、その対応策として、行為者と被害者に一定の年齢差がある場合や行為者が一定の年齢以上である場合にのみ処罰することが考えられるが、その場合、両当事者の年齢が近い場合や行為者が一定の年齢未満である場合には違法ではない行為が、なぜ年齢差がある場合などには違法となるのか、いわゆる性交同意年齢を引き上げる根拠と、一定の場合に処罰を否定する理論的根拠を整理することが必要

- 性犯罪の保護法益を性的統合性・性的尊厳と考える場合、同年代同士の行為であれば人格的統合性の形成を阻害しないと評価することが実質的に可能であり、それゆえ処罰対象から外されるという説明が可能
 - 両当事者が一定の年齢差以上である場合を処罰するという要件を定める場合であっても、例えば、13歳未満は絶対的に保護されるべき年齢として年齢差要件を設けないこととし、13歳以上16歳又は18歳未満の場合には年齢差要件を設けるといった方策も考えられる
 - 子供が性教育をきちんと受けておらず、意思決定において脆弱であるということは、加害者とされる側についても同様であるから、性犯罪について当罰性のある年齢が何歳であるかも検討すべき
 - 両当事者に一定の年齢差がある場合を処罰することとした場合、年齢が高い者が必ず優位であるわけではないことも考慮すべき
- ⑦ 地位・関係性を利用した類型との関係
- いわゆる性交同意年齢の引上げについては、これを引き上げた上で行為者と被害者の一定の年齢差を要件とするのか、それとも、年齢差という地位・関係性を利用した犯罪類型として処罰するのかを更に検討することが必要
 - 14歳や15歳の者については、性的行為について適切に理解して同意する能力が一応あるが、一定年齢以上の者から性的行為を働きかけられた場合、一種の優越的な地位の利用状態が生じ、自由な意思決定をゆがめられると考えることにより、一定年齢以上の者が行う場合や年齢差がある場合にのみ処罰される理由を説明することは可能と思われる。もっとも、その場合であっても、年齢要件のみをもって一律に犯罪を成立させることの当否、適切な年齢の設定、当罰性の評価や法定刑が強制性交等罪と同等かについて慎重な検討が必要
 - 刑法制定当時の義務教育が12歳程度までであったことを現在に引き直すと、いわゆる性交同意年齢を15歳や16歳とすることも考えられるが、立法事実として、教師からの被害や脆弱性を利用された被害が挙げられることからすると、いわゆる性交同意年齢の引上げよりも、地位・関係性を利用した類型をくり出すことを優先してもよい
 - 客体の年齢だけで処罰を基礎付ける類型について、その年齢を12歳未満とする国も複数あり、日本のいわゆる性交同意年齢が必ずしも低過ぎるわけではないが、諸外国では、客体の年齢以外に、緩やかな地位・関係性の要件や、年齢差に基づく脆弱性利用などの要件を付して、相対的に保護する中間的な年齢層を設けており、我が国でもそのような規定を設けることが考えられる
- ⑧ その他
- 子供の性的な問題行動の背景には、性教育を受けていないことのほか、暴力の被害に遭っているなど別のトラウマが原因となっている場合もあり、そのような子供に対する教育や支援が必要

5 強制的性交等の罪の対象となる行為の範囲

強制的性交等の罪の対象となる行為に、身体の一部や物を被害者の膣・肛門・口腔内に挿入する行為を含めるべきか

① 被害の実態

- 被害者支援や臨床の場合などで被害当事者等から話を聞くと、挿入に用いられる身体の一部の例として手指、舌、腕、拳、足などが、挿入に用いられる物の例として鉄パイプ、割り箸、木刀、角材、瓶、男性器を模した性具、バイブレーターなどがあり、特に、子供が被害に遭う場合や女性が加害者である場合に、手指や物を挿入する例があるほか、集団による犯行において、ある者は男性器を挿入し、ある者は瓶を挿入するという場合もある
- 通常体に入れられることがない文房具、木刀、靴べら、瓶、電球、モップの柄などを身体に挿入される被害が現実には起こっているし、性的ないじめやDVの中で、虐待的に、性的な辱めとして物を挿入される被害では、被害者がレイプ被害を受けたと認識しづらく、加害者もそれを罪として認識しづらい
- 膣に陰茎が挿入される場合には妊娠のリスクがあり、肛門に陰茎を挿入される場合には性感染症や炎症、臓器損傷のリスクがあるが、肛門への指の挿入でも傷がつくリスクがあるし、鉄パイプや割り箸の挿入ではほぼ間違いなく傷がつき、著しい臓器損傷のリスクもある
- 性的マイノリティーの人たちを始めとし、様々な方法による性行為が行われていることをも踏まえて議論すべき

② 現行法の下での対応

- 強制わいせつ罪の法定刑の上限は10年であり、また、PTSDを含めた致傷結果が生じた場合は強制わいせつ致傷罪としてより重い処罰が可能となるから、新たな構成要件を設けなくても、検察官が被害者の精神的な苦痛を含めて丁寧に立証すれば、量刑上の問題を解決することができ、実質的な解決は可能
- 現状では、手指や物の挿入を伴う強制わいせつについては、行為が複数回にわたって長期化している事案や致傷の結果を伴う事案では、それに応じて重く処罰されている一方で、執行猶予が付される事案も相応にあり、量刑傾向として、強制わいせつ罪の法定刑の上の方に張り付いているとか、下の方はおよそないというわけではなく、必ずしも現在の法定刑の枠内で適正な量刑が困難であるというわけではない
- 身体の一部や物の挿入は、身体への侵襲や性的な侵害という点において性交等と差がなく、被害者は深刻な精神的影響を受けているのに強制的性交等罪と区別されていることが問題なのであり、強制わいせつ罪の中で重く処罰すれば足りるというものではないし、そのような行為が強制的性交等罪に当たらないとされているため、それが社会的に軽いものと捉えられ、量刑に適切に反映されてこなかった可能性もある

③ 身体の一部や物を挿入する行為を含めることの要否・当否

- 被害者側に起きることからすると、同意なく身体に挿入されること自体がレ

イプであり、挿入されるものが男性器であろうと指であろうと、性具やその他の物であろうと、また、挿入される場所が口腔、膣、肛門のいずれであろうと身体的侵襲であるから、これらの行為をいずれも強制性交等罪とすべき

- 被害者にとって、何を挿入されたかを聞かれること自体が耐え難いことであり、男性器を挿入された旨証言しなければ懲役刑に問うことが難しいというのは相当な負担である。被害者にとっては、挿入されるものが何であれ、同じ被害であることを認識すべき。また、指を挿入する事案については、年少の被害者も多く、また、年長の被害者であっても整体師やマッサージ師等による本来安心できる状況下での被害も多い上、加害者には常習性が認められる。性具を挿入する事案についても、非常に悪質で撮影などを伴うこともあり、当罰性が高いといえる。したがって、身体の一部や物を挿入する行為を含めるべき
- 男女約3,000人ずつを対象に調査を行ったところ、基本的に、肛門・膣への手指・物の挿入と、口腔・肛門・膣への男性器の挿入との間には、精神的反応に差がないことが分かっており、性的侵襲という観点から考えると、挿入されるものが何であるかを問う必要はない。また、臨床的な知見からすると、身体の一部や物の挿入であっても重篤なPTSDを示すことは珍しくなく、挿入された状況や、挿入されたものが指1本なのか陰茎なのかにより、精神的反応がそれほど大きく変わるという認識はない
- 物を挿入する行為については、行為者に性的意図があったか否かが問題とされ得るが、例えば、いじめの一環として肛門や膣に物を挿入する行為も、相手を性的におとしめる意図によるものであるし、被害者にとっては性的に虐げられることになるから、これらを含めてもよい
- 心理学や精神医学の分野では、「レイプ」には身体の一部や物の挿入を含むことが一般であり、レイプ被害者の精神的影響に関する海外の調査結果もそれを前提としていることが多い
- 平成29年改正において肛門性交及び口腔性交を強制性交等罪の対象に追加した際の議論を前提とすると、第一に、強制性交等罪は強制わいせつ罪の加重類型であり、性的意味が乏しい行為を強制性交等罪の対象に含めることはおよそ正当化し難いところ、口腔内への物や指の挿入など性的意味が乏しい行為も存在することから、性的な意味が明らかであって、性的な侵害行為と評価できるものに限って追加することが必要であり、第二に、行為態様を追加する場合には、これに該当する行為が全て強制性交等罪と同程度の悪質性・当罰性を有することが必要であるところ、身体の一部や物を挿入する行為については、同罪と同程度の当罰性を有する行為も多数あるものの、全ての行為が同程度の当罰性を有するかについては若干の疑問がある
- 身体の一部や物を挿入する行為として想定される類型について、わいせつ性を備え、かつ、性交等と同等の悪質性・当罰性を有するものも考えられるが、例えば、性具を口腔内に挿入する行為は、わいせつ性は備えるものの、性交等と同等の法益侵害があるかについては議論の余地がある。また、膣や肛門に身体の一部や物を挿入する行為は、挿入する物の形状や挿入の態様によってはわ

いせつ性を備えるか否かの評価が分かれ得るので、その全てを強制性交等と同等の悪質性・当罰性があるとするのは難しいのではないか

- 仮に性的侵襲を処罰対象とするとしても、物や身体の一部を挿入する行為を規定する場合、それが性的であるか否かをどのようにして区別することができるのか疑問
- 177条・178条が男性器の挿入行為のみを対象としているのは、それが最も起こりがちな性的被害であること、処女膜裂傷や妊娠の危険等の重大な被害を伴う可能性があること、加害者が自分の身体で快楽を得る行為を禁圧するメッセージを与えて一般予防の効果を上げることにあるから、不合理ではない。他方で、指や舌等を挿入した場合を含めると、挿入したのか触っただけなのかという非常に不毛な争いが必ず起こることとなる
- 膣や肛門等に身体の一部や物を挿入する行為を一律に強制性交等罪の対象となる行為に含めるとすると、電車の中で被害者の膣内に指を挿入する行為についても強制性交等罪で処罰されることになって、権利保釈が認められず裁量保釈しか許されないことになる。また、強制わいせつより強制性交等未遂の方が法定刑が重いところ、膣には指を挿入しなかったが性器周辺を弄んだ事案について、強制性交等の犯意があれば強制性交等未遂になるのかという問題も生じる

④ 特に口腔に挿入する行為を含めることの要否・当否

- 性犯罪を身体の統合性又は性的な領域を土足で踏みにじられることと考えるならば、身体の境界線を侵襲されることには、非常に大きな意味があるところ、少なくとも膣や肛門に手指や物を挿入する行為は、加害者の意図がどうであれ、被害者にとっては性的な侵襲性を伴うものといえるのに対し、口腔に挿入する行為には、それが伴わない場合もあるため、心理学の研究では、膣・肛門・口腔への陰茎の挿入と、膣や肛門への手指・物の挿入とは同等の法益侵害があるものとして区分している
- 被害という意味では、挿入するものを男性器に限定せずに拡大する必要があると考えられるが、強制性交等罪と同等の重さで処罰するのであれば、性器に関わる部分への挿入に対象を限定することには意味があり、性器とそれ以外というのは一応の区別としてあり得る
- 諸外国の法制では、身体の一部や物を性器や肛門に入れる行為を性交と同程度に処罰している国が多く、少なくとも、膣と肛門への物や指の挿入行為は強制性交等罪の対象とすべき
- 膣や肛門への挿入については、それ自体に性的意味があり、何を挿入するかにかかわらず強制性交等罪と同等の当罰性があるといえるのに対し、口腔の場合は、挿入するものにより性的意味合いが異なることから、当罰性があるのは、性的意味合いがあるものを挿入する場合に限定されると思われる。そのような限定の下では、身体の一部や物の挿入は、男性器の挿入より被害が軽いとはいえないから、法定刑は現行法と同じでよい

⑤ 身体の一部や物を挿入させる行為を含めることの要否・当否

- 現行法では、男性器を挿入させる行為は強制性交等罪の対象となるところ、物の挿入も対象とすると、例えば、少年に性具を持たせて女性器に挿入させる行為についても女性側に同罪が成立することとなるが、その場合の少年の被害が男性器を挿入させられる場合と同程度といえるかは悩ましく、物を挿入する行為と挿入させる行為とを同様に処罰する規定を設けることには無理があると思われる。他方で、強制性交等罪において、挿入する行為に限り処罰することとすると、現在処罰されている男性器を挿入させる行為が処罰されなくなるのは問題なので、男性器を挿入する行為も挿入させる行為も処罰する現行の強制性交等罪と、物を挿入する行為のみを処罰する新たな罪とに分けて規定することが考えられる

⑥ 考えられる規定の在り方

- 例えば、「わいせつな行為であって、かつ、身体への侵入を伴う行為」を処罰する類型を設けることとすれば、性的性質のない行為が処罰対象となるとの懸念は解消されるが、さらに、それを強制性交等罪と同じ重さで処罰すべきかという問題もあり得るところ、対応策としては、強制性交等罪の対象にこれらを含める方法のほかに、強制性交等罪とは別に類型を設けて、強制性交等罪と同じ法定刑により、又は、強制わいせつ罪と強制性交等罪の中間に位置する法定刑により処罰する方法も考えられる
- 性的な挿入行為の中には、性交等と同じ当罰性があるとはいえないものもあるところ、性交等と同等のものだけを切り出すことは難しいので、挿入行為のうち、重い類型については性交等と同じ評価を与えつつ、軽い類型については性交等と同程度とまではいえないことを表す規定として、法定刑の上限は強制性交等罪と同じ懲役20年とし、下限は懲役3年又は2年とする新たな犯罪類型を設けるという方法も考えられる

6 法定刑の在り方

(1) 2名以上の者が現場において共同した場合について加重類型を設けるべきか

① 被害の実態

- 臨床における印象として、複数人による犯行の方が暴力的・常習的であることが多く、また、加害者に加害の意識が薄いという特徴が見られるほか、酒や薬物を使用した集団レイプを繰り返し、被害者の状態を撮影して仲間内でそれを共有することがある
- 複数人による犯行の被害に遭った者は、相手が複数なのでまさか何もしてこないだろうと思っているところに、不意打ちのようにして被害に遭うし、相手が複数であるため逃げ出すことができないという絶望感を覚えるものである
- 海外の研究には、加害者が一人の場合と複数の場合とで精神的反応に差がないとしているものと、複数の場合の方が重篤であるとしているものがあるが、いずれの研究でも出来事の性質が大きく異なるとされており、加害者が複数の場合は、脅迫、身体的暴力、薬物の使用を伴うことが多く、膣への性器挿入のみならず、異物挿入や口腔・肛門への挿入も多いとされる
- 複数人による犯行の被害に遭ったこと自体が被害者に不名誉な評価を与えるのが実情であり、複数人による被害に遭った事実を知った者から、そのことを理由に脅され、新たな性被害に遭うことがある

② 量刑の実情

- 検察官は、幅広い法定刑の枠内で、犯行態様、共犯事件の場合の役割分担、被害結果、犯行後の状況などを総合考慮して求刑を決めている。2名以上共同した強制性交等はそれ自体悪質であるし、常習的な犯行であることや、その場で犯行がエスカレートして甚大な被害が生じることも多い。検察官は、これらの事情を評価して求刑を行っており、裁判所にもその評価が受け入れられていると思う
- 量刑は、個別事件の事実関係に基づいて行われるものであるため、一概には言えないが、性犯罪については、一人による犯行であっても恐怖ですくんでしまっただけ抵抗できない被害者がほとんどであるので、複数人による犯行であることは、悪質性が高いとして量刑を重くする事情と評価されることが多い
- 被害者代理人としての経験からすると、被害者が、法廷での意見陳述において、複数人からの被害に遭ったつらさを述べ、検察官の論告や裁判所の事実認定で複数人による犯行であることが指摘されていても、そのことによって求刑や判決が重くなっているという実感はない

③ 加重類型を設けることの要否・当否

- 集団強姦の被害に遭った知人が、平成29年改正により自分が受けた被害の罪名がなくなりショックであると言っていた。やはり、集団強姦罪は廃止すべきでなかったと考えられる。加害者が複数人であることで、精神的被害

がより重大であり、また、逃げにくいこと、役割分担をして、被害者を逃がさないように薬物や酒を摂取させるなど、組織的・計画的に行われることが多いことなど、集団による加害という質の異なる悪質さを踏まえ、加重類型を復活させるべき

- 強制性交等罪については、被害者のPTSD発症率が非常に高いが、被害に遭ったこととPTSDを発症したこととの間の因果関係の立証の難しさから、無期懲役の定めのある致傷罪が適用されるケースはごく少ないと思われる。法定刑の下限は現状のままとしつつ、上限は無期懲役に引き上げ、弾力的な運用をするのが適切ではないか
- 単に2名以上の者が現場で共同しただけではなく、例えば、高度に組織化され、役割分担を伴って実行したことにより、犯罪遂行が一層容易となった場合などは、その態様は悪質で、類型的に特段の当罰性を有すると評価可能であるので、重く処罰することも考え得る
- 平成29年改正では、複数人による犯行であることの悪質性については、引き上げられた法定刑の範囲内で量刑上適切に考慮することが可能である一方で、集団強姦罪を残すとする、その致傷罪の法定刑の下限は、酌量減輕をしてもおよそ執行猶予を付し得ない懲役7年以上とすることとなり、問題があるとして廃止されたものであるところ、2名以上の者が現場において共同した事案の改正後の量刑分布を見ると、強制性交等罪全体の場合とは異なり、懲役3年以下のものは見当たらず、複数人による犯行であるという事情は類型的に相応に重いものとして評価されていると見ることができる
- 2名以上の者が現場において共同した事案で、致死傷の結果が生じていないものについて、その量刑が法定刑の上限に張り付いている事情は見受けられないことから、法定刑の上限を無期懲役に引き上げなければ適正な量刑が困難な状況ではないと思われる
- 複数人による犯行については、現行法の下でも重く処罰することが可能であるから、法定刑を引き上げる必要はない上、集団の中には、単なる見張り役もいれば首謀者もいるなど、人によって役割が大きく異なることがあり、共同正犯であっても、補助的な役割の者である場合もあるため、現行法程度の法定刑でなければ不都合が生じる
- 法定刑に無期懲役がある罪は、死の結果を生じさせる罪や、多数人の生命に関わる罪であることに鑑みると、致死の結果を生じさせない性犯罪について、法定刑の上限を無期懲役とすることには疑問がある。また、現行法の下でも、継続的に強制性交等の被害に遭った事案で併合罪となる場合には、懲役30年までの刑を科すことが可能であるし、性的被害による精神的ダメージがPTSD等と診断されれば、致傷罪として無期懲役を科すことも可能である
- 法定刑の上限を無期懲役に引き上げると裁判員裁判対象事件となるが、被害者は裁判員裁判に抵抗感や苦痛を覚える可能性があることも考慮する必要がある

④ 考えられる法定刑

- 法定刑の下限を懲役5年から懲役6年に引き上げる
- 法定刑の上限を有期懲役から無期懲役に引き上げる
- 致傷の結果を生じさせた場合については、法定刑の下限は6年としつつ、上限を無期懲役とすべきであるが、致傷の結果を生じさせなかった場合については、有期懲役の範囲内で十分な処罰が可能と考えられるので、上限を無期懲役に引き上げるべきではない

(2) 被害者が一定の年齢未満の者である場合について加重類型を設けるべきか

① 被害の実態

- 子供のときの被害は、その人格形成に影響を及ぼすという意味で被害が甚大であり、また、再び性被害に遭うリスクを高めるものである上、成人になってから被害に遭った場合に精神的な後遺症が深刻になるリスク要因の一つとなるものである

② 量刑の実情

- 被害者が子供である場合、犯人としては、子供が抵抗しないため犯行に及びやすく、その結果、安易に犯行に及び、また、犯行を繰り返す傾向があるが、繰り返し犯行を行っていることの立証が困難な場合もある。検察官は、被害結果が甚大であることに加えて、このような事情をも踏まえて求刑を決めているところであって、判決を見ても、被害者が子供である場合には量刑が重いという印象である
- 量刑の本質は、被告人の犯罪行為に見合った刑事責任を与えるところにあるところ、一定の年齢未満の者に対する性犯罪については、成長過程にある被害者の今後の成長に長期にわたって悪影響を与える点で結果が重大であるといえるし、被告人が、低年齢ゆえ抵抗できない被害者に対して理解力や力の差を利用して継続的に性的虐待に及んでいるような場合は、常習性や犯行態様の悪質性が認められ、これらの事情は量刑を重くするものとして評価されている
- 実際の量刑傾向を見ると、監護者性交等罪は強制性交等罪と比較して明らかに重く処罰されており、一定の年齢未満の者に対する犯行の類型的な悪質さが反映されていると評価し得る

③ 加重類型を設けることの要否・当否

- 子供の被害は、長期間にわたって子供を苦しめ、その後の人生に重大な損害を与えるため、成人の被害の場合より重く処罰することを考えるべきであるが、行為者が未成年者であるなど子供同士の場合は加重しないことも検討すべき
- 子供に対する性犯罪は、被害者の心身に対する侵害性が類型的に重大であるといえるが、そのような被害の重大性は、現行法の法定刑の範囲内において、量刑上、十分に考慮できるし、現に実務でもそのように対応していると思われる
- 加重類型を設けるとなると、法定刑の下限を懲役6年とし、致死傷の場合

の下限を懲役7年とすることが考えられるが、姦淫行為に至らなかったものの致傷結果が発生した事案では現在の運用において執行猶予が付されることがあるほか、一定の年齢未満の被害者に対する事案では加害者がハンディキャップを負っている場合も少なくなく、知的障害など加害者の特性に配慮して刑の量定をすべき事案も相当数あることから、執行猶予を付すことができない法定刑とすることには問題がある

- 一定の年齢未満の被害者に対する事案で、致死傷の結果を生じさせていないものについて、その量刑が法定刑の上限に張り付いているという事情は見受けられないことから、法定刑の上限を無期懲役に引き上げなければ適正な量刑が困難であるわけではないと思われる
- 強制性交等罪の法定刑の下限が重いために加重類型を設けることが困難であるという問題を回避する方法として、性犯罪とは保護法益が異なるものとして年少者への性的行為を対象とする犯罪類型を別途設け、被害者が年少者である場合には性犯罪と新たな罪の二罪が成立して観念的競合となることとすれば、成立する犯罪名において被害者が年少者であることを示すことができる
- 加重類型を設けるか否かは、地位・関係性を利用した犯罪類型、いわゆる性交同意年齢、司法面接的手法を用いた聴取などの論点とも関連するので、複合的・横断的に議論すべき
- 刑法典には、被害者が年少者である点に着目して刑を加重する規定は設けられておらず、仮に、性犯罪についてそのような加重類型を設ける場合には、性犯罪以外の犯罪についても加重類型の要否を検討する必要性が生じるが、具体的にいかなる犯罪について設けるべきかの判断は必ずしも容易ではないように思われ、他の犯罪にも波及し得る問題であることに留意すべき

④ その他

- 一概には言えないものの、子供でも大人でも、長期間にわたって多数回の性加害を繰り返された人が最も予後が悪いことが分かっていることから、加害者が性加害を繰り返す傾向に焦点を当て、性加害を行う傾向が高い人に対し、出所時に専門的なアセスメントを行い、治療・教育や再犯防止制度をより一層活用して加害を防止するという視点が必要
- 子供に対する犯罪を行う加害者は常習性が高いため、犯罪の対象となり得る者がいる社会内で再犯防止プログラムを継続することが重要であり、法定刑に関する議論を行うに当たっては、再犯防止の取組と併せて考える必要がある
- 子供に対する性犯罪を行った者については、保護観察における治療プログラムへの参加を義務付けることも検討すべき
- 子供への性加害がどのようにして起こるのかに関連して、ペドフィリア（小児性指向障害）の問題を考えるべき

(3) 常習的又は継続的な犯行に及んだ場合について加重類型を設けるべきか

- 「暴力行為等処罰ニ関スル法律」が定める常習傷害罪・常習暴行罪や「盗犯

等ノ防止及処分ニ関スル法律」が定める常習特殊強窃盗罪に倣って、常習として強制性交等罪を犯す行為を重く処罰する類型を設けることはあり得ると考えられ、その場合には、行為者の常習性が加重の根拠となるため、同一の被害者に対する犯行が繰り返された場合でなくても加重の対象とすることが可能である。また、常習特殊強窃盗罪は、常習性に加えて、特殊な方法・手口による場合を重い処罰の対象としているところ、その中には、2人以上現場において共同して犯したときという要件があるので、性犯罪についても、常習性と集団性をセットにした加重類型を設けることも考えられる

- 刑を加重する根拠には、犯人が常習性をもって複数の性行為を反復したことといった犯人の悪質性に基づく観点と、同一の被害者が複数の性被害によって重大な被害を受けたことといった被害の重大性に基づく観点を二つがあるところ、家庭内で児童が継続的な性被害を受けた場合には、心身に重大なダメージを受けることが多いので、例えば、監護者性交等罪について、継続的な性行為が行われた場合などの特に被害が重大なものをうまく切り取ることができるのであれば、被害の重大性の観点から加重類型を設けて、無期懲役を法定刑に加えることもあり得る
 - 同一被害者に対して犯行を繰り返した場合について加重類型を設け、法定刑の下限を引き上げることとし、致死傷の結果を伴う場合をそうでない場合よりも重くする場合には、法定刑の下限は7年以上の懲役とすることとなり、執行猶予を付すことができなくなると考えられるところ、その当否については、一人の犯人が継続的に同一被害者に対して性的行為に及んで死傷の結果が生じた場合に、なお実刑を回避しなければならない事案が本当にあるのかという観点から検討する必要があると思われる。他方で、法定刑の上限を引き上げることとする場合には、行為の悪質さや被害の大きさを根拠として加重類型を設けるのであるから、法定刑は単なる併合罪の場合より重くすることと思われる、具体的には、例えば、懲役35年や40年という特定の刑期とするか、無期懲役とすることが考えられる
 - 現状では、同一被害者に対して犯行を繰り返した事案において、全ての性的行為が起訴されて量刑がなされた事案は恐らくなく、長期間にわたって性的行為が繰り返されたことは量刑事情の一つとして判決の中で認定されているのが実情であると思われるので、現在の量刑を手掛かりに、法定刑の上限を引き上げて無期懲役を加えることの要否を検討することはできないと思われる。そのため、無期懲役が定められている他の罪と比較しつつ、同一被害者に対して繰り返された性的行為の中に致死傷の結果を伴うものが全くない場合であっても、無期懲役に値するだけの違法性を持つものがあるか否かという観点から、無期懲役を加えることの当否を検討する必要があると思われる
- (4) 強制性交等罪の法定刑（5年以上の有期懲役）の下限を引き下げべきか
- ① 捜査・公判の実情
 - 平成29年改正により法定刑の下限が引き上げられたことによって、捜査機関が立証のハードルを高く設定するようになった結果、被害を訴え出ても

証拠不足や記憶の欠落を理由に被害を聞き入れず、また、検察官・裁判官が刑法177条・178条の適用をちゅうちょし、これらが適用される事例の幅が狭くなっているという印象を受ける

- 平成29年改正後に起訴猶予となる事件が増えているが、これは、検察において、性犯罪が非親告罪化された後も、起訴・不起訴の処分に際して被害者の意向を確認することを徹底し、被害者が訴追を望まない場合には不起訴処分としているためであるという実感である
- 法改正により法定刑の下限が懲役5年に引き上げられたところ、執行猶予を付するためには懲役3年以下である必要があるから、裁判所においては、法律上の減軽事由があるか、又は酌量減軽すべきかについて適切に判断している
- 法定刑の引上げによって解釈上犯罪が成立する幅が狭くなった旨の指摘があったが、平成29年改正前の強姦罪の成否の判断に当たっては、用いられた暴行自体の強度のみならず、様々な事情が考慮され、非常に幅広い行為態様が含まれることとなっていたところ、そのような解釈は改正後も変更がない。改正後の法定刑は、そのような強姦罪の量刑傾向が考慮されて定められたものであるから、法定刑の下限の引上げが罪の成立範囲の縮小をもたらすことにはならない

② 法定刑の下限の引下げの要否・当否

- 本来、性交は合意があれば自由な行為であるところ、行為者が、言わば口説く努力を経て相手方の同意を得たつもりで性交をした場合であっても、強制性交等罪の暴行・脅迫要件が非常に緩やかに解釈されており、例えば、服を脱がせる、足を開くといった通常の性交に付随するような行為でも暴行・脅迫に当たると認定されて有罪とされ得ることを考えると、現行法の法定刑は非常に重い
- 諸外国では、同意なき性交罪の法定刑の下限は6月や2年などと定められており、また、ドイツでは、凶器携行等の非常に強度な暴行・脅迫の類型について5年以上の刑が定められていることと比較すると、日本の強制性交等罪の法定刑の下限は重きに過ぎており、下限を殺人罪と同じ懲役5年とした平成29年改正には疑問がある
- 起訴前に示談が成立して起訴猶予となる事件は相当数あるが、他方、裁判における量刑判断では、行為類型が考慮の中心となるため、示談が成立したことのウエートが低く、かつ、性犯罪は犯情において酌量すべき事情がないことが多いことから、起訴後に示談が成立し、被告人が再犯防止のための入院医療等を誓約し、被害者が執行猶予でも構わないと言っている事案であっても、平成29年改正後はほぼ実刑となるというのが現場での体感であり、落差が大きい。弁護人は、検察官から被害者の連絡先を教えてもらわなければ被害者と連絡が取れず、起訴前に示談のための働き掛けができない場合があることをも踏まえると、こうした落差は極めて不当
- 平成29年改正では、量刑傾向と法定刑との間にギャップがあることを理

由に法定刑の下限を引き上げたが、量刑は、単純に法定刑の範囲内で行われるものではなく、法律上の加重減軽を経て定まった処断刑の範囲内で、更に個別事情を考慮して行われるものであるから、事案の個別性が非常に高い性犯罪について、そのようなギャップがあるのは当然である。また、性交等に通常伴うような行為を暴行と認定して177条の成立を認め、あるいは、諸外国では抗拒不能として認められていない欺罔による場合について178条の成立を認めている裁判例があることからすると、強姦性交等罪の法定刑の下限を5年とすることは適切ではなく、少なくとも平成29年改正前の法定刑の下限である3年に引き下げるべきであるし、構成要件を明確化する法改正を行うのであれば、諸外国においても重大で悪質とされている類型のみ法定刑の下限を5年とし、それ以外の類型の法定刑の下限は2年とするのが妥当

- 性暴力に対する加害者の認識と被害者の認識は大きく異なっており、加害者にとっては口説く行為でも、被害者にとっては言語的強制であることが多く、また、性被害は、自殺企図や自殺未遂などを引き起こし、死に至る可能性がある生命に関わる被害であって、適切なケアを受けなければ何十年と苦しみ続けることが多いことからすれば、法定刑の下限の懲役5年が重いと考えるのは、被害の重大性が社会に十分浸透していないことが理由であると思われる
- 被害者の心情からすれば、加害者には一生刑務所に入っていてほしいという人が多く、また、被害者は被害によって人への信頼感や世界の見方が大きく損なわれ、それまでと同様の生活を送ることができなくなることから、被害者は終身刑を受けているようなものであると言う人もおり、罪の重さを示すためには、法定刑の下限が懲役5年であるのは妥当
- 平成29年改正における法定刑の下限の引上げは、厳罰化して量刑傾向を変更しようとする趣旨ではなく、改正前の時点で量刑傾向と法定刑の間にギャップが生じていたことから実務の運用に対応するために行った改正であると評価できることからすれば、その後、実務の運用や社会通念に大きな変化がない以上、今回法定刑を引き下げるだけの根拠は乏しい
- 量刑資料によると、平成29年改正の前後で強姦罪・強姦性交等罪のうちで全部執行猶予が付される事案の割合は減少しておらず、また、肛門性交及び口腔性交の事案で執行猶予が付される割合は性交の事案よりも低いので、これらの類型が強姦性交等罪の対象とされたことによって執行猶予の割合が上がったという事情も見受けられないところ、このような量刑傾向を踏まえると、改正後に執行猶予の付され方に明確な変更があったとはうかがわれず、そのことを理由として法定刑の下限を引き下げることはならない。また、平成29年改正における法定刑の下限の引上げにより、特段の事情がない限り執行猶予を付すべきではないこととされたものと理解されるが、それにもかかわらず、改正後においても執行猶予が付されているというのは、実務において、実情に即した量刑が行われていることの帰結であると思われる

- 平成２９年改正の際に引き上げられた法定刑を，単純に引き下げることが難しいのは理解するが，暴行・脅迫によって著しく抵抗困難にさせたとは言いえないような類型については，別の類型として軽い処罰を可能とすべき
- 現在議論を行っている強制性交等罪の要件の拡張，対象行為の拡大，加重類型の創設などを行うことと併せて，法定刑の下限を懲役５年から懲役４年に引き下げることとはあり得なくはないように思われる

7 配偶者間等の性的行為に対する処罰規定の在り方

配偶者、内縁などの関係にある者の間でも強制性交等罪や準強制性交等罪が成立することを明示する規定を設けるべきか

① 被害の実態

- パートナーは、性的関係を伴う間柄であり、接触がしやすく、加害を与えることが容易な立場であるところ、そのような者からの性暴力は、信頼関係の裏切りであり、家庭内の安全感を消失させる
- 性暴力は、被害者と加害者の関係性のいかんにかかわらず、被害者に深刻なダメージを与える上、親密な関係性における性暴力の多くは、裏切りや他の暴力を伴い、かつ、継続的に行われていて、被害者の自尊心や人生に与える影響が重大であるのに、そのほとんどが犯罪として扱われていない
- 配偶者間で、心理的なDVを受けて思考力や判断力を奪われて性交を強要される、理不尽なことで長時間罵られた末に性交を強要される、強い身体的暴力を受けた後、しばらくの期間身体的暴力がなく、その後に性交に至るといった事例で、レイプと認められない場合があるほか、交際関係にある者の間で、身体的暴力がないことや、被害者が相手への好意を示すメールを送信していることを理由に処罰されない場合がある
- 男女間における暴力に関する調査や配偶者からの暴力に関する警察への相談件数、私自身の弁護士としての経験に照らすと、配偶者からの強制性交等罪の検挙件数はあまりにも少なく、被害が潜在化している

② 捜査・公判の実情

- 検察・警察においては、配偶者であるから強制性交等罪が成立しないという考え方はとっていない。起訴が少ない理由としては、加害者側から、「同意があった」又は「同意があると思った」との弁解がなされることが極めて多く、特に、同意誤信が不合理であることを立証することが困難であることによるものと思われ、加害者の意識が変わっていくことが必要であって、そのための方法として何が効果的なのかを検討する必要がある
- 配偶者間で強制性交等罪が認められた裁判例があり、裁判所においても、婚姻関係や内縁関係にあること自体が強制性交等罪の成立を妨げる事情であるという考え方はとられていないと思われる
- 配偶者間の強制性交等罪が警察から検察官に送致された件数は年間数件程度であるが、それは、立証が難しいことや、被害者に被害申告の意思がないことなど、様々な事情によるものであると思われる
- 配偶者間の強制性交等の立件が少ない理由としては、同意があると思ったとの弁解がなされやすいことのほか、供述以外の証拠がないことや、同居している間は被害申告ができないことも考えられるし、また、離婚調停を有利に進めるため、強制的な性行為があったと虚偽を述べて警察を利用する例もあるので、警察や検察官が慎重に捜査し、起訴・不起訴の判断をしているということには合理性がある

③ 配偶者間等でも犯罪が成立することを明示する規定を設けることの要否・当否

- 婚姻は、性的自由や性的統合性といった性犯罪の保護法益，人格的利益を放棄する関係ではないので，DVに対する厳格な対応という意味で適切な運用がなされるよう，配偶者間の強制的性交等が処罰対象になることを条文に明記すべき
- 一般社会のみならず，司法関係者の間にも，パートナー，配偶者，内縁などの関係にある者同士の行為には同意があるはずであるというバイアスがあり，そのような関係でも犯罪が成立することが法律に明示されていないことが，被害の届出がなされず，届け出られても警察に受理されず，受理されても起訴されず，起訴されても無罪になるといった実態に影響している
- 警察官の間にも一般社会にも，パートナー間での性加害はレイプにならないという認識がある。パートナー間での性行為が犯罪にならないとの規定が元々なかったから，犯罪になる旨を条文にあえて記載する必要はないということ自体が，被害者にとっては不条理であるし，むしろ，フランスのように，配偶者からの性加害を重く処罰することが合理的
- 特定の関係にあることによって性犯罪の成立範囲が限定され得ることは，婚姻の場合だけでなく，恋人，同棲パートナー，性的マイノリティー同士のパートナーについても同様に生じ得る問題であり，交際関係にある人や，同棲している人たちが被害を訴えにくく，それが犯罪とも認められない支援現場の実情を考慮して，配偶者間等でも犯罪が成立することを明示する規定を設けるべき
- 海外とは立法形式が異なるため，あえて条文を置く必要性は国ごとに違いがあるものの，我が国の刑法に配偶者間の性的行為について規定がないことは，国際的な批判の対象となっている。我が国において配偶者間での性犯罪の立件数が少ないことに照らすと，その批判が単なる誤解とも言い切れないことや，社会学者による著書の中に日本では配偶者間において強制的性交等罪は成立しないと書かれたものがあり，社会一般がそのような理解をしている可能性があることを考慮すると，書き方を慎重に検討した上で，配偶者を強制的性交等罪の客体から排除していないことを示す必要はある
- 伝統的な刑法の専門家の感覚からすると，「こういう場合には当然犯罪が成立する」旨の規定を置くことは不自然であり，刑法典には例がないので，極めて強い違和感を覚えるものの，夫には性交する権利があり，妻には性交に応じる義務があり，婚姻関係があれば強姦罪が成立しないというかつての通説の考え方に引きずられた考え方や印象を持つ人がいることは間違いないので，婚姻関係があることによって解釈上の影響を受けないことが分かるような規定を設けるべき
- 性の不一致が離婚理由に影響を与える場合は少なくなく，妻の側が性行為に積極的で男性が拒絶する例も見受けられるが，他方で，性行為は，子供を授かって育てていくことと関連しているので，DVを受けている妻であっても子供が現に生まれてきてくれたこと自体には感謝しているという例もあり，配偶者間の性的行為を刑法が規律することの難しさがある

- 夫婦間における強制性交等罪の成否に関して、その成立を全面的に否定する見解は現在では消滅したと考えられ、その対極にある全面的に成立するとの見解が現在の多数説又は通説と考えられるものの、中間的な見解として、婚姻関係があることにより強制性交等罪の成立が一定の範囲で限定されとする限定否定説が残っている。具体的には、①婚姻制度と全く相入れないような行為態様で行われる場合には性犯罪が成立するが、婚姻制度と相入れるような行為態様で行われる場合には相手の意思に反していても性犯罪が成立しないとする説、②性行為を拒絶する理由に着目し、婚姻制度と全く相入れない理由では拒絶できないとする説、③性行為の危険性に着目し、性行為によって性病感染等の危険があるのであれば婚姻関係があっても拒否できるが、そのような危険がないのであれば従わなければならないとする説がある
- 社会に対してメッセージを発して誤解を解消することは刑法の役割を超えており、むしろ、広報や研修など別の方法を検討すべきであるし、また、この検討会もメッセージを発信する重要な契機となっていると思われるが、他方で、配偶者間の強姦を認めた裁判例を見ると、婚姻中の夫婦の間で、性交を求める権利の行使として違法性が阻却される余地についても言及がなされているところ、解釈論として、配偶者間では性犯罪の成立範囲が限定されると解する余地が全くないわけではないので、実務・学説の見解の一致が見られない状況であるならば、解釈上の疑義を解消するために明文規定を設けることも選択肢としてはあり得る

④ 考えられる規定の在り方

- 現在、WHOを始めとする各種機関や各種研究においては、基本的にIPV（Intimate Partner Violence：親密な関係性における暴力）という言葉が使われおり、配偶者のみならず、同棲するパートナー、内縁、性的マイノリティー同士のパートナーなどを含めた概念が用いられていることも踏まえるべき
- 親しい関係には、交際関係にある者、パートナー、かつてのパートナーなども考えられるので、配偶者のみを条文上明示することが得策であるかを検討する必要がある
- 強制性交等罪の客体を、「者（婚姻関係にある者を含む。）」と規定する方法や、「婚姻関係があることによって第176条（強制わいせつ）又は第177条（強制性交等）の罪が成立しないものと解することはできない。」といった規定を置く方法が考えられる
- 客体について「者（婚姻関係にある者を含む。）」と規定するものとする、事実婚、パートナー、性的マイノリティー同士の関係が排除されるおそれがあるものの、婚姻関係に基づく性交要求権があると考えて犯罪が成立しないとされることが問題であることに焦点を当てるのであれば、そのような規定もあり得られると思われるし、176条・177条を当事者が婚姻関係にあるか否かを問わず犯罪が成立するというような条項にすることも考えられる
- 客体について「者（婚姻関係にある者を含む。）」と規定すると、それ以外のパートナーを含むかどうかについて問題が生じるかもしれないが、「婚姻関係に

ある者を含む。」と書いてあるだけで、それ以外の関係を排除する趣旨ではないことを明確に説明すれば理解されると思われる

- 配偶者間では性犯罪の成立範囲が限定され得るとの理解を封じるには、性交に応ずる義務が問題とされてきた婚姻関係に絞った規定を設けることが有効であること、法律上の婚姻関係がある場合でも性犯罪が成立することを確認的に規定すればそれ以外の親密な関係性についても性犯罪が成立することは当然の解釈として明らかになること、親密な関係性にも多様なものがあってその全てを網羅的に列挙することは不可能であり、親密な関係性やパートナーシップという表現を使うと刑法の条文としては内容の明確性・具体性が乏しいことから、婚姻関係に限った規定ぶりとして、例えば、「暴行又は脅迫を用いて性交等をした者は、婚姻関係の有無にかかわらず、強制性交等の罪とし」とすることが考えられる

- 条文上、「婚姻関係の有無にかかわらず」とすることを前提に、それ以外のパートナーシップ間における性犯罪の成立が排除されないことを報告書等に確実に明記すべき

⑤ その他

- 配偶者間の性交等について困っている人を救済するためには、DV防止法（配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律）による支援の充実を図ることの方が重要

8 性的姿態の撮影行為に対する処罰規定の在り方

(1) 他人の性的な姿態を同意なく撮影する行為や画像を流通させる行為を処罰する規定を設けるべきか

① 被害の実態

- 塾や学校、マッサージ店などでの盗撮事案は非常に多く、撮影される側が気付かないため潜在化することが多い。また、航空業界では航空機内での客室乗務員に対する盗撮が問題となっているが、犯罪地の特定が難しく、適用される都道府県条例が定まらないため、取締りができない。さらに、アダルトビデオ出演強要問題では、意に反する契約を結ばされて同意なき撮影が行われて売却されているし、スポーツ界では、トップアスリートから中高生の競技者に至るまで、赤外線カメラによる透視や、殊更に胸部や臀部を強調した写真を撮影してわいせつなコメントを付してインターネット上に投稿する行為が問題となっている
- 同意のない性行為を強いられて、その状況を知らない間に撮影されて、後に、その画像の存在を知られなくなかったら言うことを聞くよう言われ、画像を基に脅迫され、性的行為を強要されるといった実態がある
- 街中で声をかけられ、アルバイトとして行った先で衣服を身に着けた状態で撮影が始まり、年上の男性に取り囲まれて下着を見せるよう言われ、最終的に脅されてアダルトビデオの撮影に至る事例や、生徒や学生が複数の同級生に囲まれて撮影されながらレイプされる事例があるなど、今や多くの性被害が撮影とセットになっている
- 被害者に対し事前に性行為や裸体の撮影であることを告知しないまま、だまして撮影場所に連れ込み、恐怖や困惑の中で撮影に応じざるを得ない状況に追い込んで性的姿態を撮影し、撮影した画像をインターネットで頒布・販売して多額の利益を得ている業者がおり、一旦契約した以上、断れば違約金を払わなければならない、親にばらすなどと脅され、やむを得ずアダルトビデオに出演させられている被害者がいる
- 性的な姿態をいつどこで誰に見られるかは自ら決めるべきことであり、たとえ気付かない間に撮影されていても、また、顔が写っていない状態でも、性的な姿態を同意なく撮影されることや、撮影された画像を他人に見られること、撮影された画像を他人に持たれることは、自分の体を他人に性的に利用されることにほかならず、被害者を苦しめ、その尊厳を害するものであって、特に、画像を拡散されると、外出することが怖くなるほどの恐怖を覚えるものである
- 性的な画像を他人に見られるのではないかという恐怖から、うつ病や対人恐怖症になったり、死にたいという思いに駆られたりする人もいる
- 臨床や被害者の鑑定の経験から、性犯罪の被害の際に同意なく撮影が行われたことが被害相談や警察への届出、民事訴訟の提起の妨げとなり、被害者の精神的回復を遅らせる一因ともなっており、同意なき撮影が被害者を黙ら

せる手段として用いられる例が増加していると感じる

② 新たな罪の創設の要否・当否

- 盗撮行為は、主に都道府県の迷惑防止条例で規制されているが、条例によって、対象となる行為や刑の重さが異なるため、不都合が生じており、軽犯刑法や建造物侵入罪により取り締まることができる場合もあるものの、軽犯刑法は刑が軽く、建造物侵入罪は撮影対象者が被害者にならないという問題があることから、全国一律に盗撮自体を規制することが必要
- 私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律（以下「リベンジポルノ法」という。）では、盗撮自体が犯罪とされておらず、また、迷惑防止条例は、都道府県によって内容が異なる上、法定刑も軽いことから、新たな処罰規定が必要
- 機器の発達により盗撮が巧妙化する一方、画像が容易に流出し得る状況にある。インターネット上に流出すると、画像の回収が非常に困難であるため、被害結果が重大なものとなることから、法律による対処が必要
- 撮影データやその記録媒体を没収・消去の対象とする前提として撮影行為を処罰対象とする必要性が高い
- 性的画像の撮影自体を原則として違法とした上で、契約書などで同意を取り交わしたものについては合法となるようにしていかなければ、既に氾濫し、拡散している性的画像の生成とその販売、拡散などを止められない
- 同意のない撮影行為が検討対象とされているが、同意に瑕疵がある場合として、例えば、顔を写さない約束であったのに写された場合、撮影したものを個人で持っている約束であったのに他人に拡散された場合、拡散の同意はしたが実際の拡散の範囲が異なっていた場合など、様々な場合が想定され、同意の有無の認定に問題が生ずる

③ 新たな罪の保護法益

- 同意なく性的な姿態を撮影する罪をプライバシーを侵害する罪として構成することも可能であるが、性的な姿態が撮影され、それがデータとして固定化されることで撮影対象者の羞恥心、屈辱感、重大な不安などの感情を引き起こす危険性が典型的に高いことを重視し、性的自己決定権を損なう犯罪として位置付けた上で、撮影対象、撮影場所、行為態様などについて検討すべき
- 個人的法益としての性的自己決定権を損なう犯罪として位置付けるとともに、公序良俗に反するものとして社会的法益と位置付けることも考える必要がある
- 保護法益を狭く従来どおりのものと解した結果、処罰すべき行為が処罰されないということになると、被害実態を無視することにつながって本末転倒であることから、性的尊厳という新たな保護法益からアプローチすることが考えられる。被告人がショッピングセンターにおいて、約5分間、執拗に被害者を背後から追跡し続けて、至近距離から多数回その臀部を撮影した行為が卑わいな言動に該当するとした判例の事案についても、保護法益を性的尊

厳と捉えることになじむと考えられる

④ 新たな罪の処罰対象とすべき行為（撮影行為）

- 撮影する行為によって視覚的情報が固定化され、データが拡散する危険性が生じるのであって、見る行為とは次元の異なる法益侵害性が認められるから、撮影という行為に着目した処罰規定を検討する必要がある
- 撮影対象に着目した処罰規定を設ける場合に、迷惑防止条例の卑わいな言動の一類型としての撮影行為のように、人の通常衣服で隠されている下着又は身体といった文言とすると、明確性の観点から問題がある上、性的自己決定権の観点からは処罰対象が広くなり過ぎるという問題もあることから、児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律（以下「児童ポルノ法」という。）やリベンジポルノ法における定義を参考に、例えば、具体的な撮影対象は、性器等の性的な部位、下着、性交等をしている姿態などとするのが考えられる
- 被害者に気付かれずにひそかに撮影する類型は、現状では迷惑防止条例違反で処罰され得るが、同条例の保護法益が「生活の平穩」であるため、撮影場所が公衆が集まる場所に限定されることとなることから、新たな罪は個人的法益に対する罪と位置付け、場所を特定せずに、例えば、隠されている下着、人目にさらされないことが期待されているような部分、性的な姿態を撮影対象として規定することが考えられる。他方、そのように撮影対象を特定すると、水着姿やユニフォーム姿でいる撮影対象者の性的部分を露骨に強調する形で撮影する行為を処罰対象として捉えられないことになるから、そのような行為については、異なる類型を考える必要がある
- スポーツイベントやパブリックな場所での撮影のように、自由に撮影が許されている場所での撮影行為自体は取り締まることが困難であり、新たな罪を設ける場合には、撮影対象を絞るとともに、保護法益を個人的法益と考え、被害者が羞恥を覚えるようなものを処罰の対象に含めていくことが考えられる。その上で、浴場の脱衣所、自分の家の中などのプライベートな空間での撮影を禁止する規定とすることは、撮影対象を絞り込む上で有効ではないか
- 被害者には、撮影者の目的にかかわらず重大な被害結果が生じるから、強制わいせつ罪において必ずしもわいせつ目的が必要ではないとされたことも踏まえ、撮影の罪の構成要件としてわいせつ目的を要するものとすべきではない
- 被害者に気付かれずにひそかに撮影する場合だけでなく、例えば、浴室や更衣室等の人が衣服を身に付けない場所に侵入し、面前でいきなり撮影する撮影態様も考えられるところ、性的な部位や姿態を撮影されない自由を保護するという意味では、そうした撮影態様も処罰対象から除外すべきではないから、撮影されていることについての被害者の認識を要件とはしないことが考えられる
- 新たな処罰規定を設ける必要があると指摘されている類型としては、①被害者に気付かれずに密かに性的な姿態を撮影する類型（撮影されていること

の認識があれば同意しなかったと推定されるもの)、②強制性交等罪等の犯行状況を撮影する類型(性交等に同意しておらず、当然、撮影にも同意していないもの)、③アダルトビデオ出演強要など欺罔や威迫によって性的な姿態を撮影することに同意させられた類型(撮影の同意に瑕疵があるもの)に分けられるように思われ、処罰規定を検討する際には、類型ごとに構成要件などを検討する必要がある

- いわゆるアダルトビデオ出演強要問題については、性的行為と撮影行為が密接不可分の関係にあり、性的行為の同意の有無に疑念が生ずる事例が含まれていることから、まずは、強制性交等罪や準強制性交等罪の適用の問題として、暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件についての議論を踏まえながら、性的行為についての同意・不同意の限界を明確化する作業が必要
- 撮影される者の承諾を得ずにひそかに性的姿態を撮影する行為についての処罰規定の在り方を検討した上で、強制性交等罪の犯行状況を撮影する類型や、アダルトビデオ出演強要の類型について、その規定を適用することで足りるのか、あるいは、更に別の要件を設けるなどする必要があるかを考えていくべき
- 処罰規定を設ける必要がある類型として、ユニフォーム姿で運動する際に脚を開く様子を拡大して撮影する場合のように、撮影自体には同意しているものの、撮影方法に同意がない類型もある

⑤ 新たな罪の処罰対象とすべき行為(撮影行為以外)

- 被害者が泣き寝入りしないよう、撮影された画像を第三者に提供した者、譲り受けた者、インターネット上に拡散した者、売却して利益を上げた者も処罰の対象とする必要がある
- 児童ポルノ法等も参考にすると、他人の性的な画像等を流通させる行為のうち、同意なく性的な姿態等を撮影する行為によって得られた画像又は記録物を提供する行為や公然と陳列する行為を処罰対象とすることが考えられ、このうち、提供行為については、特定かつ少数の者に提供する場合や不特定又は多数の者に提供する場合が考えられるところ、これらを全て処罰対象とするのか、一部を処罰対象とするのかを検討する必要がある
- 撮影行為自体には同意していたものの、撮影行為者以外の者にその撮影データを提供することには同意していない場合について、既に私事性的画像記録の提供等の罪が用意されていることとの関係を踏まえながら、処罰対象とすべきかを検討する必要がある。また、撮影行為自体には同意がないが、提供行為の時点では提供行為に対する同意がある場合も考えられることから、そのような場合をどう扱うかということも含めて法的整理をする必要がある
- スポーツ選手の撮影や海水浴場での撮影については、通常、撮影行為の時点では、違法な目的で撮影しているのかは分からず、その後、撮影行為者が画像をインターネット上に掲載したり譲渡したりするなどした時点で、初めて違法な目的での撮影であったことが発覚するものと考えられることを踏まえると、そのような場合については、諸外国のように、対象者の意思に反し

て性的欲望や羞恥心を誘発できる形に編集・合成・加工したものの頒布等を禁止して処罰することが考えられる。また、刑法175条（わいせつ物の頒布等）を性的な姿態等が公開されては困るという被害者の権利の観点から再構築することも考えられる。さらに、裁判所等の機関に盗撮画像等の消去を命じる権限を与え、その命令に従わずに消去しなかった場合について処罰する規定を設ければ、盗撮画像と知らなかった者に画像の消去を求めることが可能となるものと考えられる

- 公衆浴場やトイレ等においてひそかに性的な姿態が撮影されたかのような画像であっても、それがやらせであることも考えられ、当該画像が同意なく撮影されたものかどうかの認識が必ず問題になると考えられることから、所持の処罰は困難であり、同意なく撮影する行為及び流通させる行為の処罰に絞るべき
- 所持の処罰について、やらせの盗撮ビデオとそうではない盗撮ビデオとの区別は難しいところ、要件を厳格に絞れば所持してはならないものを形式的に定めることは可能だが、実質的にどのようなビデオの所持を処罰の対象とするのかは難しい問題であるし、やらせだと思っていた旨弁解された場合には、故意の証明が難しくなるという問題もある
- やらせの盗撮ビデオの存在を前提とすると、所持者から見て撮影に同意があったものとそうでないものの区別は難しいことから、所持の処罰は現実的には困難だと思われるが、流通を阻止するために、現実には処罰はできなくても没収はできるようにするという観点で政策的な規定を作ることは考え得る
- 児童ポルノ法のような、児童又はその健全な成育を守るという観点からの規制とは異なるので、所持まで処罰することには疑問がある

⑥ 検討すべき課題

- 撮影対象者が、どの部位の撮影がなされるかといった態様も含めて認識し、かつ、これを任意かつ明示的に承諾している場合には、そのような撮影まで処罰の対象とする必要はないと考えられるが、そのことをどのような文言で規定するかについては更に検討が必要
- 性的な姿態を撮影された人がその姿態の画像等の用いられ方について権利を有することを明確にし、一旦同意しても、当該同意が事後的に撤回の対象になるものとすべき
- 被告人がショッピングセンターにおいて、約5分間、執拗に被害者を背後から追跡し続けて、至近距離から多数回被害者の臀部を撮影した行為が卑わいな言動に該当するとして、北海道迷惑防止条例違反の罪の成立を肯定した判例があるところ、この判例は行為態様の執拗性・異常性を重視して処罰を肯定したものと考えられるし、同条例は個人的法益だけでなく社会全般の生活の平穏を併せて保護したものと解される。撮影行為の異常性という客観的な行為態様に着目した罰則を設けるかどうかについては、こういった観点を意識した議論が必要

- スポーツ選手の撮影に関して、通常どおりの態様で撮影した上、後から性的な部位だけを拡大してSNSに掲載したり、卑わいな言葉をプラスして掲載したりする行為を規制しようとする、撮影行為後の行為を考慮しなければならないこととなり、端的に撮影行為自体を処罰することが困難になる。他方で、「性的意図をもって」などといった主観面の存在を撮影行為時に要求する方法もあり得るが、その証明が難しいという問題が生じる
- カナダ法における盗撮罪は三つの類型で構成されており、①どの部分を撮影するかに着目する類型、②裸になるのが普通でそれが合理的に予測される場所において撮影する行為を処罰対象とする類型、③撮影行為が性的目的で行われた場合を処罰対象とする類型があるところ、処罰対象とすべき場合を全て捕捉しようとする、様々な類型を具体的に定めて複数の観点から処罰範囲を決めなければならないという困難が生じる。また、③の類型については、性的目的の証明が難しいという問題があり、無理をして性的目的を認定して無理な処罰が行われる危険もあることから、慎重に考える必要がある

⑦ その他

- 性的な姿態の画像の問題については、被害申告は望まないが画像の消去は望むという被害者もいるので、犯罪の成否を問わず、プライバシー情報のコントロールという意味で、個人を特定できる情報、取り分け性的な情報に対して個人がアクセスし、消去を求める権利を拡大した上で、その権利を実現する方法を検討するといった被害者の救済の方が重要
- 盗撮画像用のプラットフォームを作って商業的な利益を得ている事例が実情としてかなりあることから、プロバイダの責任も考える必要がある

(2) 撮影された性的な姿態の画像の没収（消去）を可能にする特別規定を設けるべきか

① 捜査・公判における画像の没収・消去の実情

- 捜査実務においては、刑罰として没収できないものについては、画像を消去する前提として、捜査官が被疑者・被告人から所有権放棄を得る努力をしているが、相当長期間にわたって放棄に応じない者も珍しくなく、対応に苦慮している
- 強姦等の犯行の様子を撮影したビデオカセットの没収を認めた平成30年最高裁決定は、撮影の目的が、被害者が捜査機関に被告人の処罰を求めることを断念させ、刑事責任の追及を逃れようとするためであるとして、記録媒体を犯罪供用物件として没収できるとしているが、それ以外の場合、例えば、性的満足を得る目的や営利目的で撮影した場合については、判断が示されておらず、そのことが検察官が没収求刑しないことに影響しているのではない

② 没収・消去を可能にする特別規定を設けることの要否・当否

- 被害者にとっては、画像が存在していること自体が恐怖であり、いつか誰かに見られて何か言われるのではないかと、交際相手や結婚相手、成長した子供に見られたらどうしようなどと不安や恐怖を抱え続けるものであるところ、

加害者は、そのような状態を利用したり、画像を保持したりすることで、利益を得ているのであるから、法律上、没収を認めるべき

- 性的姿態の画像等については、性的尊厳として、撮影対象者本人にコントロールする権利があることを明確にするべき
- 同意なく撮影された画像を取り戻すには多くの手続を要し、弁護士を介したとしても遅々として進まない上、PTSDなどで体調の悪い被害者がそのような負担を抱えることは大変であるから、画像の消去等がより迅速に行えるような法整備が必要
- 同意なく撮影された性的な姿態の画像を他人に持たれている限り、被害者は傷を負い続けることになるので、所持者に、それが同意なく撮影された画像であることの認識がない場合であっても、没収はできるようにすべき
- 被害の拡大を防止する観点から、性的な姿態が撮影された記録媒体を没収することが必要であるが、判例の理解を前提とすると、例えば、強制わいせつ罪の遂行の過程で撮影が行われた場合であっても、撮影自体が実行行為の遂行を促進する効果を有し、実行行為と密接に関連する場合でなければ、犯罪供用物件として没収することは困難であると解されるから、立法による対応が必要
- 例えば、同意のない撮影行為を処罰対象とすれば、撮影されたデータが記録された記録媒体は犯罪生成物件として没収が可能になるから、没収の議論は、いかなる行為を処罰対象とするかの議論と関連付けて行う必要がある
- 刑法19条による没収の対象は、犯行時に撮影した画像などの原本であるところ、撮影した画像のデータの複製やスマートフォン・パソコン相互間等でのデータの転送が極めて容易であることなど現在の社会情勢に照らすと、現行法の没収対象物の範囲は狭きに失する
- デジタルデータに関しては、例えば、捜査としてクラウド上に保存してあるデータにアクセスしようとする場合には、本人からパスワードを聞かなければならないといった不都合があり、デジタルデータに関する刑法・刑事訴訟法の在り方自体を考える必要があるのであって、性犯罪に特有の問題ではない
- デジタル画像は、メールやインターネット上で次々とコピーされ拡散するから、どの範囲の者が没収を受ける主体となるのかが問題となるし、画像の加工等により同一性が失われた場合の没収の可否という問題もある。また、データ消去時にパソコンや携帯電話機を初期化すると性的画像以外のデータ等が壊れてしまいかねず、そのコストとリスクをどのように考えたらよいのかという問題や、画像が蔵置されたサーバーにアクセスするためのIDやパスワードが分からなければ消去ができないなどといった実効性の問題もある
- 検察庁には、復元不可能な形で没収対象のデータを消去できる特殊な消去用のアプリケーションソフトが配備されている

③ 複写物の没収

- 刑法19条によって没収できるのは有体物であり、かつ、犯罪行為と直接

的な関連性を有するもの、すなわち原本に限られ、原則として複写物を没収することができず、データの消去を命ずる措置を刑罰として科すことが困難であるといった問題があるところ、データの複製が容易であることは性的な画像に限った話ではないから、複写物を没収の対象に含めることを検討するに当たっては、刑法典の没収規定全般に関する問題として検討するののかどうかについて議論の余地がある上、データの一部のコピー、データの修正・加工など、原本との同一性の認定が困難なケースにおいていかなる範囲で複写物を没収・消去の対象とするかについて、刑法19条の趣旨に遡った検討が必要

- 刑法19条の没収が原本に限られ、複写物は原則として没収対象に含まれないという問題を刑法の没収・追徴に関する一般的な問題として検討する余地もあるが、実務的に問題が生じており、被害が深刻であって緊急に対応する必要性が高いことに鑑み、まずは性的姿態の画像の複写物に限った特別な規定を設けることとすることには、十分な合理性・必要性がある
- 付加刑として性的画像の没収・消去を可能とする制度を設ける場合には、複写物やクラウド上に流出した画像も没収・消去の対象とするべき
- 複写物を没収する具体的な方法としては、複製行為を処罰対象とすることにより、複写物を犯罪生成物件として没収対象に含める方法と、撮影行為に関する没収対象物の範囲を拡大して複写物も含める方法とがあり得るが、複製行為といっても多様な状況下における多様な行為が想定され、これら全てを処罰対象にすべきかについては更に検討が必要である上、複製行為についての故意等の立証ができない場合には没収できないおそれがあることを踏まえると、後者の方法が立法論としては優れており、複製行為を処罰対象にしない場合でも複写物の没収を可能とするような特別な規定の創設を検討することが有益である
- 画像の一部の複製がなされた場合における、その没収の可否については、刑法19条の趣旨に立ち返って考える必要があるところ、没収は刑事罰である一方で、危険なものを除去するという保安処分的側面も有しており、ここでいう危険とは、性的な画像が流出すること等によって撮影対象者の性的な尊厳等が侵害されることにあると考えられることから、複製が行われた場合の没収の範囲もその侵害に見合うものである必要がある。例えば、性的な部位や性的な姿態が写っている場合には、たとえ撮影対象者の顔が写っていなくてもそれを没収できるようにすることが考えられる一方で、性的な部位や性的な姿態が写っていない場合には、性的な意味での危険性がないため、没収は難しくなるのではないか
- 物の特定ができないと、裁判所に没収対象を特定して示すことができない上、特定されていない対象物について犯人以外の所有に属さないことを示すことも困難であることから、検察実務では、基本的に没収の対象となる物が押収されて特定されている場合に没収求刑をする取扱いとしている。複写物の没収が可能となったとしても、実際に没収するに当たっては、複写物自体

が特定されていることや、所有関係が明らかになっていることが必要と考えられ、インターネット上にある複写物のようにデータの所在が不明確である場合や、海外のサーバーにデータがあるような場合には、没収は難しく、基本的には、捜査の過程で押収された複写物の没収を考えることになると思われる

④ 有罪判決を前提としない画像の没収・消去

- 現行法の没収は付加刑とされているから、他人の性的な姿態を同意なく撮影する行為を処罰する規定を設けたとしても、没収は、当該行為について有罪判決を得ることが前提となるが、捜査機関が性的な画像等を発見した時点で既に撮影の罪の公訴時効期間が経過している場合や撮影対象者が処罰を望まないという理由で起訴されない場合には、有罪判決を得ることができない。また、同意なく撮影された性的な画像を取得する行為を処罰する規定を設ければ、犯罪取得物件あるいは犯罪生成物件として、取得者からの没収が可能になるが、取得者が同意なく撮影された画像であることの認識を有しない場合については、有罪判決を得ることができないこととなる。撮影する罪が犯され、その画像が残っていることによる法益侵害状態を解消する上で、その画像の剥奪が付加刑でなければならないとする必然性はないから、有罪判決を前提としない画像の没収ないし消去の仕組みを設ける必要がある
- 性的な姿態の画像がインターネット上に出回った場合、その運営会社に削除要請をしても対応のスピードが区々であるため、行政上の措置としてスピード感を持って削除できる制度を作らなければ、画像があつという間に拡散されるという現状には対応できない
- 有罪判決を前提とせずに記録媒体の所有権を剥奪し、又はデータを消去する仕組みを設ける場合には、財産権の制約になることから、その可否や法的根拠を検討するとともに、それと関連付けて剥奪・消去の要件や範囲を検討し、記録媒体の所有者や画像データの保有者に対する手続保障の在り方も考える必要がある
- 行政機関が、被害者本人の申出によって、プロバイダ等に性的画像の消去や削除を命じる法制度を作るべきである。ストーカー行為等の規制等に関する法律（以下「ストーカー規制法」という。）に基づく禁止命令等の内容として、性的羞恥心を害する写真等を送付した場合について、そのネガやマスターテープを放棄することなどを命ずる仕組みもあることから、行政上の措置を講じるものとすることは日本の法制度としてあり得る
- 関税法上の輸入禁制品の行政没収に係る規定や、ストーカー規制法に基づく禁止命令等の内容として画像データの削除を命じる例が、具体的な制度の在り方を検討する際の手掛かりになる
- 関税法上の輸入禁制品の没収については税関長が、ストーカー規制法に基づく画像データ等の削除命令については都道府県公安委員会がその主体とされているところ、これは、これらの主体が、当該禁制品や画像データ等が対象物に該当するかどうかの判断を行うのに必要な情報を有しており、その判

断を迅速かつ適正にできることを踏まえて定められたものと考えられる。性的な姿態の画像の没収・消去が問題になるのは、盗撮等を含む性犯罪の捜査の過程で画像の存在が明らかになり、それが証拠物や没収すべきものとして差し押さえられている場合であると考えられるところ、それらが没収・消去の対象に該当するかどうかを最も的確に判断できるのは捜査機関であると考えられるから、捜査機関が主体となって、当該刑事事件の捜査・公判の過程で、押収された画像等について没収・消去等の措置を取ったり、押収はされていないが押収の対象となり得る画像等について消去を命じたりする仕組みとすることが考えられる

- 児童ポルノについては所持自体が許されないという非常に厳しい規制を設けているが、それ以外の画像の場合にそこまでの表現規制をしてもよいのかという問題がある。諸外国には、国が性的被害に遭った人に消去費用を支援し、その費用を加害者に対して求償する制度があり、そのような民事の手続の中で被害者を支援する方法も考えられる。また、仮に、盗撮画像の消去を命じる規定を設けることとする場合、命令を出す主体は捜査機関ではなく、裁判所のような中立な第三者にした方が公平かつ妥当な解決を図ることができる

1 公訴時効の在り方

(1) 強制性交等の罪について、公訴時効を撤廃し、又はその期間を延長すべきか

① 被害認識・被害申告をめぐる実情

- 性犯罪は、被害として認識することが難しく、また、解離で記憶を失ったり記憶の保持が困難になったりすることが臨床上知られている。他方で、時間がたつて記憶の痛みにある程度耐えられるようになってから記憶がよみがえることもあり、長期反復する虐待を受けていた人が30歳前後で被害を話せるようになることも多い
- 被害時に未成年である場合、解離によって被害の記憶を失うことがあるほか、自己の身に起きたことがよく分からずに被害認識に10年以上かかる例もまれではなく、思春期以降に性的なことだと分かっても警察に届け出るような被害とは認識できない例がある。被害時に成人である場合、未成年よりは短い、被害認識に1年以上かかることが多く、特に知人からの被害では、見知らぬ人に突然襲われるという性暴力のイメージと一致しないため、被害と認識できない例がある
- アンケートを実施したところ、「身体の一部や異物を口・肛門・膣に挿入された／させられた」被害に遭った者のうち、すぐに被害と認識できなかった者の割合は63.6%、それらの者が認識までにかかった期間の平均は7.46年であり、被害時の年齢が幼いほど期間が長い、20～30歳代でも11年以上かかる者が一定数いた
- 精神科臨床の経験からすると、単回の被害と比較し、継続的な性的虐待の被害では、被害と認識していなかったり相談できなかったりしており、被害が終わってから臨床に来るまでの期間の長短は、周囲の介入の仕方にもよるが、成年に達したからといって被害を十分認識できるものではなく、30歳前後にならないと一人ではなかなか被害を認識できないのが実情
- 被害であると認識できても、被害者は、警察が事件として取り上げてくれるのか、警察に届け出て自分は安全なのかと迷い、フラッシュバックなどで被害を口に出すことも難しい状況が続く。相手方との関係性の中で生じる継続的な被害では、その関係を離れて安全が確保されて初めて警察に行くことを考えられるようになることもまれではなく、被害者が自分を責めているために被害を言い出せないことも多い

② 精神的被害の継続や証拠の残存・散逸をめぐる実情

- 性犯罪については、被害者が長きにわたってトラウマで苦しむことが明らかになっている。他方、最近、犯行状況の撮影が行われて映像が残っている例も多いほか、被害直後に採取した証拠が冷凍保存されている場合もあるなど、時の経過により変質しない証拠価値の高い証拠が残っている可能性が高まっており、鑑定技術も進歩している
- 犯人のDNAが採取できている場合には、公訴時効期間の延長等により、

これまで公訴時効の完成が原因で検挙できなかった被疑者を検挙できる可能性が高まり、逃げ得を許さなくなるという意味で効果がある

- 犯人が画像を撮っている例や、被害者の関係者が録音している例があり、容易に記録できる機器の増加により、そのような例が増加することが考えられるところ、処罰できるかどうかは事案ごとの判断であるが、公訴時効が完成しなければ、少なくとも捜査を尽くした上で訴追の可否が判断されるという意義がある
- 公訴時効の趣旨の一つは法的安定性であり、訴追される側の利益も考えなければならないのであって、時の経過により、訴追される側の証拠も散逸するし、性犯罪の多くの事件で重要な役割を果たす被害者供述が、記憶の変容により信用性に重大な問題を生じることがある

③ 公訴時効を撤廃することの要否・当否

- 被害者が成人の場合も含めて公訴時効を撤廃し、性犯罪は時間の経過により許される罪ではないことを示すべき
- 公訴時効の撤廃は、その犯罪には公訴時効制度の趣旨が妥当しないということの意味する。平成22年に殺人等の公訴時効が撤廃されたのは、殺人については時間の経過により犯人が一律に処罰されなくなることは不当であるという意識が国民の間で広く共有されているとの理由によるものであったが、性犯罪についてそこまでの社会的合意ができていないかは疑問があり、生命を奪う犯罪である傷害致死罪の公訴時効が撤廃されていないこととの均衡からも、現時点で性犯罪の公訴時効を撤廃することの説明は困難

④ 上記③のほか、特別の取扱いをすることの要否・当否

- 公訴時効の撤廃に問題があるとしても、諸外国のように、成年又は一定の年齢まで公訴時効を停止し、その後、20年、30年たっても被害を訴えられるようにすべき。解離症状で記憶が失われていたり被害を認識できなかったりする間に公訴時効が進行するのは、被害者にとっては不正義であるから、その期間は公訴時効を停止することも考えられる
- 公訴時効制度は、犯人処罰の必要性和法的安定性の調和とも言われるが、一般国民には理解が難しく、説得力のある説明がなされているとはいえないから、性犯罪の被害の実情や証拠が残存している状況も踏まえ、被害者の視点から再検討して制度を改正すべき
- 公訴時効期間は、法定刑を基本的な基準として定められているが、現行法上、特定の罪種について別の観点から異なる取扱いとすることも許容される。性犯罪については、①被害の害悪や影響が長期にわたって残存すること、②被害者が被害と認識して相談・届出をすることができない場合や、被害認識を形成しても、周囲の目や人間関係、被害を語ることへの心理的抵抗といった様々な理由から被害申告が困難である場合が少なくないことから、特別の取扱いをすることも検討に値するところであり、②については、特に年少者に妥当する
- 公訴時効期間を延長すると、証拠の散逸による誤判のおそれが生じないか

が懸念されるが、検察官が立証責任を負うことなど立証に関わる刑事訴訟法上の諸制度・仕組みが正しく機能する限り、「疑わしきは被告人の利益に」という原則に従い、証拠によって認められる限りの事実が認定されるにとどまるので、根拠のない有罪判決のおそれが高まることにはならない

- 被告人に有利な事情を示す証拠の散逸により防御が困難になるという指摘については、検察官が十分な立証を行えるかという問題であるし、被疑者・被告人の地位に置かれること自体についても、一般に、検察官は有罪の見込みなく公訴提起することは許されないと理解されており、そのような原則に従う限り、訴追される負担が理由なく広がることにはならない。そして、相応の根拠がないのに重い負担が課されることにならないのであれば、時間がたっていることによって特に不合理な負担が生じることにはならない
- 長期間たってから被害と認識した場合、そもそも行為があったかどうかの証拠が散逸し、客観的証拠が残っていない場合が多いと思われるし、仮に、犯人の画像等が残っていたとしても、その人物が被疑者・被告人であるかという識別の問題が生じた場合に、例えば、被疑者・被告人がその時間にはそこにいなかったという反証が証拠の散逸によって難しくなるし、同意の有無やその誤信について争う場合に、被害者との関係性や当時の被害者の態度、あるいは周囲から二人がどのような関係に見えたかといった反証のための有利な証拠が散逸していることが考えられ、公訴時効の撤廃や停止については慎重であるべき

⑤ 特別の取扱いをする場合の運用上の課題

- 警察では、捜査の過程で収集された証拠品や捜査資料を公訴時効の完成まで保管する必要がある、特に、DNA試料は冷凍庫で保管しているところ、これらを保管するためのスペースの問題や、紛失・劣化への対応という課題があるほか、被害の発生から長期間たってから被害認識ができて初めて警察に届出がなされ、客観証拠が得られていない場合における立証の問題、警察の限られた人的資源の配分・活用の方法についても考える必要がある

(2) 一定の年齢未満の者を被害者とする強制性交等の罪について、公訴時効期間を延長することとし、又は一定の期間は公訴時効が進行しないこととすべきか

- 被害者が子供である場合、親に被害を伝えても親が届出をしないことがあるほか、監護者による性交など届出が大変困難なものがある。また、子供は、性や性暴力に関する知識や理解の程度が大人と異なり、力が弱く、年長の加害者からの脅しが強い恐怖となり得るので、言いくるめられたり脅されたりしていたら被害を話せないし、加害者が知人であると更に話せないのもので、一人で考えて警察に届け出て捜査に関わることができる年齢になるまで、公訴時効を停止させることが必要
- 未成年者に対して繰り返し行われる性的虐待については、犯行日時が特定できないために公訴時効の起算点が定まらず、その結果、公訴時効が完成しているかもしれないことを理由として立件ができない事案があるが、未成年者について、一定年齢に達するまで公訴時効が進行しないこととすれば、この問題は

解決できる

- 時の経過によって性的行為についての合意の立証が難しくなるとの指摘があるが、監護者による事案や被害者がいわゆる性交同意年齢を満たしていない事案では、合意の有無は問題にならない
- 特に未成年者については、周囲の者も本人も被害を認識できないという問題があるので、一定の年齢まで公訴時効の起算点を遅らせることが必要であると考えるが、その方法については、例えば、被害者が30歳に達するまで全ての性犯罪について公訴時効の起算点を遅らせる方法や、被害者が18歳未満の者である場合に限り、28歳に達するまで公訴時効の起算点を遅らせるといった方法が考えられる

3 いわゆるレイプシールドの在り方

被害者の性的な経験や傾向に関する証拠を公判に顕出することを原則として禁止することとすべきか

① 捜査・公判における二次被害の実態

- 弁護人が要証事実とは無関係な性的な事項に言及して被害者をおとしめることが現に法廷で行われており、例えば、被害とは関係がないとして公判前に裁判所・検察官・被告人側で合意したにもかかわらず、弁護人が法廷で被害者の職業に殊更に言及したり、弁護人が被害とは無関係の被害者の既往歴やピルの服用に言及したりする例があるが、裁判所の訴訟指揮に任され、漫然と放置される例があるなど、裁判官により訴訟指揮に相当程度の違いがある
- 警察官による個人差はあるが、被害を訴えたときに、警察官から、裁判で嫌な質問をされるとか、過去の出来事を持ち出されるなどと言われて被害届を取り下げた例があるし、すぐに警察に届け出なかったことを理由に、同意を疑われる例もある。また、その場から逃げなかったことを理由の一つとして性犯罪の無罪判決が出たり、これまでにいろいろな人と性的関係を持っているから今回も同意があると推測して被害者の訴えを信用しなかったりすることが司法の現場で起きており、社会全体に、被害者心理や危機的状况に置かれた人の反応についての無理解、レイプ神話に基づくジェンダーバイアスがある
- 見知らぬ人から被害に遭った女性が、法廷で、風俗や水商売の仕事に就いていたことに言及されることや、加害者との過去の関係以外の性関係が問題になることがあり、また、警察の捜査の段階で二次被害的に言及されることがあり、明確な禁止規定が必要

② 現行法の下での対応の実情

- 被害者の証人尋問において、弁護人から被害者の性的な経験や傾向について質問がなされ、検察官が事件に関係がないとして異議を出した場合、裁判所は、弁護人の意見を聴き、関係がないと判断すれば質問を認めず、又は質問を変更させることになり、仮に必要であったとしても、質問の方法が被害者を侮辱するものである場合には、質問の方法を変更させ、又は質問を止めさせることがある。また、裁判官は、裁判での被害者への配慮やレイプ神話などに関する専門家の講演などを通じ、偏見に基づく不当な扱いをしていないか、二次被害を与えていないかを常に心に留め、努力している
- 水商売に従事しているからといって性的行為に同意があったことにはならないという裁判例が集積されており、そうした被害者の属性そのものを重要な立証事項と考えている弁護人は恐らくいないが、立証上、被害者の属性に言及せざるを得ない事件があり、例えば、売春の支払金額でもめた、出会い系サイトで知り合って性的関係を持ったことが家族や恋人にばれた、若い被害者が性的な事柄への関心から積極的に関係を持とうとしたといった事案においては、同意の立証のため、被害者の属性を争点とせざるを得ない
- 公判前整理手続に付されていない場合、裁判所は争点を知らずに裁判に臨ん

でおり、弁護人の質問が争点に関わりがあるのかが分からないまま、検察官が適切に異議を述べずに放置され、それが裁判所の訴訟指揮が悪いという批判につながっている例もあるのではないか

③ 新たな規定を設けることの要否・当否

- 被害者は、被害を訴えるといろいろなことを言われる、警察で嫌な質問をされるといった情報をインターネットで検索しており、そのようなことを言われたら心身の状態が悪化する、生きていけないなどと考え、訴えることが難しくなるので、統一した見解を明示し、不適切な質問や同意に関する誤った判断がなされないよう、レイプシールド法を制定すべき
- 法廷では不要・不適切な尋問は行われなことを明文で示し、被害申告を考えている人に説明できるようにしておく必要があるし、不適切な反対尋問がされない法律を整備しておくことが重要
- 不適切な質問に対して検察官が異議を出すかどうかにかかわらず、質問された時点で被害者を侮辱するような事態が起きているのであるから、刑事訴訟法に確認規定を設ける、研修を行う、指針を定めるといったことも含めて、何らかの手当てをすべき
- 過去の性的な経験や傾向が、今起きている出来事の同意の有無には関わらないということが何らかの形で明確になれば、捜査段階の聴取の仕方が変わるなどして、被害者の二次被害が減るのではないか。また、性被害に対する偏見や先入観はいまだ大きく、証拠の関連性の判断全体にバイアスがかかっている可能性があるから、レイプシールドの在り方の検討、レイプ神話・ジェンダー・セクシャリティーに関する司法関係者への適切な研修を検討すべき
- 証拠の提出や尋問に当たっては、検察官による意見・異議と裁判所の裁定が適切になされれば、関連性のない証拠や質問は排除されるはずであり、他方、関連性・必要性がある場合にまで禁止する規定を置くことは、憲法で保障された反対尋問権を不当に制限するものであり、認められるべきでない

④ 具体的な対応策の在り方

- 被害者の性的な経験や傾向を立証することが被告人の防御に必要であれば、それを一切認めないことは許されないもので、仮に立法をするとしても、関連性や必要性のない証拠の取調べを認めない、又は不相当な質問は認めないといった現在の運用を確認する規定を置くことになると考えられるが、その際には、前科証拠の扱いなども含め、関連性についての一連の規定を設けるのが筋である。レイプシールドについてのみ規定を置くことについては、関連性や必要性に関して裁判所が誤った理解・解釈をしているのであれば、特別な規定を置いてそれを正す意味があるが、個別の事件における判断の誤りなのであれば、裁判所内部での研修や運用面の指針の作成などの方法で対処すべき
- 個別の事件において証人の性的遍歴に関する質問や侮辱的な言葉の使用に対する制限を決めることができる制度を設ける方法もあり得るし、運用において、公判前整理手続や事前の打合せで証拠提出や尋問の範囲を明確に定め、合意に反する行為がなされないように強くコントロールして、適切な訴訟指揮や異議

申立てができるようにし、それが機能するようになれば、証人となる被害者にとっても予測可能性があり、利益になる

4 司法面接的手法による聴取結果の証拠法上の取扱いの在り方

司法面接的手法による聴取結果を記録した録音・録画記録媒体について、特別に証拠能力を認める規定を設けるべきか

① 刑事訴訟法321条1項の運用の実情

- 検察官が請求した被害者の供述調書を不同意とされた場合には、被害者の証人尋問請求をしなければならず、刑事訴訟法321条1項2号により証拠能力が認められるのは、証人尋問を実施して相反供述とされた場合や、供述不能の場合に限られる。供述不能要件の認定の運用は厳しく、検察官が証人の状態から供述不能に当たると判断し、その供述調書を証拠請求しても、裁判所から、実際に出廷することができないという事実を示すよう厳しく求められる例もある

② 法廷で証言することに伴う負担

- 被害者が裁判官や被告人の前で証言することで、その内容が真実かどうかを明らかにする必要があるというのは、トラウマ経験を持っている人に、ほぼ不可能なことを要求するものであり、耐えられない出来事を経験して安全感や信頼感が奪われた人が、非日常的な権威的で安全でないと感じられる場所に行くことで、緊張やストレスが高まって記憶へのアクセスが失われ、かえって適切な証言ができなくなる
- 子供の心理に精通していない人が聴取するたびに子供の心の傷口は刺激され、警察の聴取や裁判での証言の後に状態が悪化したり、事件について聴かれることが嫌だとカウンセリングに来なくなったりする子供がいるし、子供にそのような負担を負わせたくないとして届出を諦める保護者もいる。年齢を問わず、被害を一から話すことは、その場で正に被害が起きているかのような苦痛を感じかねないことであり、大人であっても意見陳述や証言で泣き崩れる人がいるし、子供の脆弱な心にはそれが非常に大きな負担となる

③ 司法面接的手法による聴取の在り方

- 性犯罪の被害者は、成人であっても、聴取の当初は被害を過少に申告するなど、適切に被害を申告することが難しい状況にあるので、全件について司法面接を行うべきとの医師の指摘がある
- 司法面接は相対的に優れた手段であるにすぎず、司法面接さえすれば事実が全て分かるとか、子供が全く傷つかないというわけではなく、司法面接のときに既に回避的で話せなかったり、被害の最中から記憶の変容が起きたりする例もあり、司法面接に至る経過も供述の在り方も様々であって、司法面接の技術にも差異がある。とはいえ、子供の負担や記憶の問題を考えれば、司法面接により質の高い供述が得られることが望ましく、同時に、司法面接の手法を評価していくことも必要

④ 特別に証拠能力を認める規定を設けることの要否・当否

- 子供の聴取においては、年齢、発達レベル、記憶に対するトラウマの影響、暗示性、バイアスなどを考慮する必要があるとされ、また、子供から正確な回

答を得るためには、サポートティブな姿勢，すなわち，安心できる環境や対応が必要であり，子供の限られた語彙に合わせて記憶を聴き取り，ノンバーバルな情報を読み取る必要がある。司法面接の実施までの間に記憶が汚染される可能性を考慮しても，少なくとも司法面接の 때가最も適切な聴取の段階であり，子供の発達や心理に精通して訓練を受けた人による司法面接の録画が情報として最も適切であるから，主尋問においては司法面接の方が正確であるし，証言の信用性が争われる場合には，聴取者や，映像を見て誘導の有無を判断できる司法面接に精通した人を尋問する方法が考えられる

- 司法面接的手法による聴取結果を記録した録音・録画記録媒体を証拠として用いることを認める必要性として，①捜査段階の複数回の取調べや公判廷での証言で被害を迫体験させられることは，心身に多大な悪影響を与え，その後の人生にも影響を及ぼすところ，供述の反復によって生じる問題は，遮蔽やビデオリンクなどの証人保護措置では対処できないこと，②誘導や暗示を受けやすく，記憶の変容を生じやすい年少者の特性から，初期の供述を確保しておく必要がある，司法面接的手法により聴取された供述の方が信用性が高い場合があるので，これにより正確な事実認定を確保する必要があることが挙げられる。特に子供の場合，①について，心身の健全な成長に与える悪影響が重篤であるといえる

⑤ 具体的な規定の在り方

- 子供に対して誘導・暗示的な質問がされないように，また，二次被害を起こさないように，必要な情報を客観的に聴取して録画することは，証言の変遷を防ぎ，被害者を保護するために必須のこととして実施されているので，そのまま証拠として採用されるべき
- 子供や知的障害者などの供述弱者の供述をいかに刑事裁判の証拠とするかという問題であり，証拠法上の手当てが必要であるが，反対尋問なしに証拠能力を認めると被告人が納得できず，再犯防止にもならないと考えられるから，主尋問に代えて用いることができる諸外国の制度を参考にすべき
- 司法面接的手法による聴取結果を記録した録音・録画記録媒体は，被害状況等を立証するために用いる場合には伝聞証拠に当たるところ，刑事訴訟法は，証拠とする必要性和信用性の情況的保障の強弱の兼ね合いによって伝聞証拠の例外を認めている。これを前提に検討すると，規定の在り方としては，①刑事訴訟法 321 条 1 項 3 号のように，反対尋問の機会を与えることなく証拠能力を認める規定と，②同法 321 条の 2 のように，反対尋問の機会を保障した上で，主尋問に代えて証拠能力を認める規定とが考えられる。①の方法は，高度の必要性がある場合に限られると思われるが，性犯罪の被害者等の中でも，年少者については，繰り返し被害の状況を供述することによる心的外傷の症状の悪化等が極めて重篤であるとされ，公判期日において証言をすれば，将来において心身の故障に至るおそれが現実的なものとして想定されるので，高度の必要性が認められると思われる。信用性の情況的保障については，同法 321 条 1 項 3 号と同等の状況が必要となると考えられ，事件から近い時期に誘導や暗

示を排除した聴取手法を用いるといった司法面接の要素や、供述に至る経緯、聴取者の立場等の要素を要件ないし考慮要素として明文化することが考えられる。②については、反対尋問の機会が保障されているので、①ほど厳格な要件を設ける必要はないが、裁判官の面前における供述ではなく、信用性の情況的保障が典型的に高いとはいえないため、先ほどと同様、司法面接の手法に着目した特信性の要件を設けることによってこの点を補うことが考えられる

- 現在の代表者聴取は、警察・検察官・児童相談所が行っているところ、どれだけ訓練を受けていても、捜査や訴追を行い、被害を調べる立場の者による聴取では暗示・誘導のおそれが払拭できないから、医師や臨床心理士など中立な第三者が聴取すべきであるし、仮にそのように得られた供述であったとしても、詳細かつ迫真的なうその供述が語られることがあり、当然に信用性が認められるわけではないから、被告人が事実を争う場合には、主尋問に代替するものとしても証拠能力を認めるべきではなく、証人尋問を行い、証人が記憶がなかったり泣き崩れたりして証言ができない場合に限り、刑事訴訟法321条1項2号の要件に従って判断されるべき

⑥ 特別に証拠能力を認める規定を設ける場合における検討課題

- 憲法で保障された証人に審問する権利を剥奪するものであるから、証言能力が年齢によりかなり差があることを踏まえ、司法面接でなければならない人の範囲をどう考えるのかという視点が必要であるし、被疑者として取り調べられている人についても司法面接を取り入れることを考えてほしい。また、そうして得られた供述が常に正しいわけではないから、証拠能力を認めるには、その供述を裏付ける独立した証拠を要するとすることの検討が必要
- 専門家が聴取することが最適であるし、検察庁・警察・児童相談所という場所自体が、悪いことをした人のことを話す場所であるという暗示性を持つ可能性があることも考えるべきである。また、被害に遭ってすぐに警察に行く人は少ないので、聴取の前に事件について保護者等と話している可能性が高いから、全ての事件で記憶汚染の可能性があると考え、誰とどのような話をしたかに関する資料を集めておく必要がある
- 司法面接の運用についても更なる検討が必要であり、記憶の汚染を防ぎ、子供の心を守りながら正確に記憶を聴取する上で、子供の発達や心理についての研修が多く行われる必要があるし、それらに精通して訓練を受けた人が、何が重要であるかを理解した上でプロトコルを遵守して聴取を行うことが必要

障害がある性犯罪被害者を対象とする代表者聴取の試行

令和 3 年 3 月 法務省

試行対象事件

下記(1)及び(2)に該当する事件のうち、試行するのに適した事件について、被害者からの事情聴取に当たり、代表者聴取（検察・警察のうちの代表者が被害者から聴取する取組をいう。以下同じ。）を実施する。

- (1) 知的障害、精神障害、発達障害等、精神に障害を有する被害者に係る性犯罪事件
- (2) 事件の内容、証拠関係、被害者の障害の程度等を考慮し、その負担軽減及び供述の信用性確保の観点から、代表者聴取を行うことが相当であると認められる事件

試行庁

- 部が置かれている地方検察庁（東京、横浜、さいたま、千葉、大阪、京都、神戸、名古屋、広島、福岡、仙台、札幌及び高松）
- 上記各庁での試行結果を踏まえて、全庁での試行拡大を検討する。

試行方針

- 試行庁においては、試行の実施に先立ち、試行対象事件の相談窓口を作り、試行体制、試行方法等について、各都道府県警察と緊密な情報交換を行う。
- 代表者聴取の実施の判断に当たっては、警察の担当者と協議し、事件の内容、証拠関係、被害者の障害の程度等を考慮し、その負担軽減及び供述の信用性確保の観点から、代表者聴取を行うことが相当であるかどうかなどを踏まえ、その実施の要否等の対応方針を検討する。

試行開始時期

令和 3 年 4 月 1 日

令和3年3月

1 矯正施設・保護観察所において性犯罪者に実施しているプログラムの拡充

- ▶ 性犯罪者に実施しているプログラムの更なる充実化の方向性等について，外部有識者を構成員とした検討会による議論を取りまとめ，報告書を公表
- ▶ 性犯罪者に対して更に実効的な処遇を行うことができるよう，現在，報告書の内容等を踏まえ，**プログラムの更なる充実に向けた具体的な検討を実施**

性犯罪者処遇プログラム検討会 報告書（令和2年10月）（概要）

- 矯正施設や保護観察所で実施している現行のプログラムについて，基本的には効果があるとの評価
- 一方で，以下の点について，更なる充実等の必要性を指摘

矯正施設収容中から出所後までの一貫性のある効果的な指導の実施

犯罪の態様，対象者の特性に応じた指導の一層の推進

プログラムに従事する職員に対する研修体制の一層の充実

など

2 地方公共団体における取組

- ▶ 大阪府においては，性犯罪者に対する心理カウンセリングを始めとした社会復帰支援を実施

法務省の地域再犯防止推進モデル事業（※）において，支援の対象となる者の範囲を拡充

（※）地域再犯防止推進モデル事業・・・国・地方公共団体の協働による効果的な再犯防止対策の在り方について調査するため，一部の地方公共団体において，①地域の実態調査と支援策の策定，②モデル事業の実施，③事業の効果検証といった一連の取組を実施（平成30年度～令和2年度）

課題

- 現状では同様の取組事例は限られており，**地域における性犯罪者の指導・支援を全国に展開することが必要**
- 地域において性犯罪者に対する専門的な指導・支援を担う**人材の育成等が必要**

3 その他の取組

- ▶ 出所者情報の提供が可能な場合等について整理し，地方公共団体に周知
- ▶ 新たな再犯防止対策の検討のため，諸外国の法制度・運用や技術的な知見等の把握を目的とした実情調査の準備