

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）

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	1
2	暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件の在り方	1
(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
(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	4
(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	5
5	強制性交等の罪の対象となる行為の範囲	8
6	法定刑の在り方	12
(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	12
(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	14
(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	15
(4)	強制性交等罪の法定刑（5年以上の有期懲役）の下限を引き下げるべきか	16
7	配偶者間等の性的行為に対する処罰規定の在り方	20
8	性的姿態の撮影行為に対する処罰規定の在り方	24
(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	24
(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	29
2	暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件の在り方	34
(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	34
(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	35

3	地位・関係性を利用した犯罪類型の在り方	37
(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	37
(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	40

※ 第1の2(1)から(3)までは第12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1の2(4)及び(5)は第8回会議分まで、第1の3は第9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12回会議分まで】

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、心身に關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、相手を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、身体の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、身体の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り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がたく、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か、立証方法が全く異なるものが同じ条文に規定されてはかえって適用しづらいのではないかと、刑の下限が相当下がることになるのではないかと、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につながっているため、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

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

① 被害の実態

- 被害者支援や臨床の場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部位の例として手指、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
- 通常体に入れられないことがない文房具、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つて、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て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と、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なると思われ、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）の下限を引き下げるべきか

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までは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に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中で、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る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、至近距離から複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穩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か

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製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製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

2 暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件の在り方

(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、暴行等の客観的事情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ぬこととなるから、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情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言い難いから、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ですが、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対する疑問は、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たのもやむを得ないとの評価がなされることに対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、性的行為に対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

(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を情状として考慮し、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、各行為がつな

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づき、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、マッサージ等を行う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

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、現実にそのような被害は起きている、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