

# 令和5年 性犯罪関係の刑事法改正

令和5年の性犯罪に関する刑事法改正は、刑法だけでなく、刑事訴訟法改正や新法制定もされた。非常に重大な改正であるが、未だ目に触れやすい改正の紹介、とくに刑事訴訟の実務家の視点での論考が少ない。そのためか、既に新法が施行されていることに驚愕した、新たな構成要件の取扱でとまどうといった例もあるやに聞いている。そこで、この特集では、1で改正についての基本的な事項を紹介し、2で性犯罪の弁護実践において改正がどのようなインパクトを持ったかについて考察する。

刑事弁護委員会

## CONTENTS

1 令和5年の性犯罪に関する刑事法改正について	2頁
2 どのように性犯罪事件を闘うか～具体的弁護活動について～	12頁

## 1 令和5年の性犯罪に関する刑事法改正について

第一東京弁護士会会員 宮田 桂子 (40期)

### 第1 過去の性犯罪改正の経緯

性犯罪に関しては、この改正に至るまでの間、刑法改正による厳罰化が図られてきた。以下論じるにあたり、法定刑について、懲役、罰金という言葉は省いている。

#### 1 平成16年改正

この改正では、以下のとおり改正がされた。なお、衆参両院の法務委員会が、性犯罪の罰則の在り方についてさらに検討することを付帯決議した。

- ・強制わいせつ罪の法定刑の上限を7年から10年に引き上げ
- ・強姦罪の法定刑の下限を2年から3年に引き上げ
- ・強姦致傷罪の法定刑の下限を3年から5年に引き上げ
- ・集団強姦罪（4年以上）、集団強姦致死傷罪（無期または6年以上）の創設

#### 2 平成29年改正

平成22年、刑の時効や公訴時効に関する刑法・刑事訴訟法改正がされたが、この際、衆参両院の法

務委員会は、性犯罪の公訴事実についての更なる検討を付帯決議した。

その後、平成23年の第三次男女共同参画基本計画では、「強姦罪の見直し（非親告罪化、性交同意年齢の引き上げ、構成要件の見直し等）など性犯罪に関する罰則の在り方を検討する」との規定が盛り込まれた。

これらを受け、平成26年10月から性犯罪の罰則に関する検討会（当職はここから性犯罪の改正の検討に関わった）、平成27年11月から刑事法（性犯罪関係）部会が開催され、平成28年9月答申、法案は平成29年6月16日可決、同年7月13日から施行された。改正内容は以下のとおりである。

- ・強姦罪における姦淫を、性交、肛門性交又は口腔性交をする、させることを処罰することとし、強制性交等罪とした（女性以外も被害者たり得る）
- ・監護者わいせつ・監護者性交等罪を創設
- ・強制性交等罪の法定刑の下限を3年から5年に引き上げ
- ・強制性交等致死傷罪の法定刑の下限を5年から6年に引き上げ
- ・集団強姦罪、集団強姦致死傷罪の廃止
- ・強制わいせつ罪、強制性交等罪を非親告罪化
- ・強盗強姦罪につき、機会を一にすれば強盗と強制性交等のいずれが先でもよいとし、法定刑を5年以上から無期または7年以上に引き上げ

日弁連は、法定刑を上げて構成要件を広げることが二重の重罰化であることや、監護者であれば同意の余地がないとすると反証困難であるとして、監護者わいせつ・性交等罪の創設に対して憂慮する意見を出した。

両院法務委員会は、捜査機関や裁判所に対して法改正の趣旨を周知することや、被害者心理に関する知見を踏まえた研修をすること、被害者のプライバシーに配慮した捜査や公判を実施すること等を付帯決議した。また、改正附則9条は「政府は、この法律の施行後3年を目処として、性犯罪における被害の実情、この法律による改正後の規定の施行の状況等を勘案し、性犯罪に係る事案の実態に即した対

処を行うための施策の在り方について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする。」とした。

平成30年4月から、法務省内で「性犯罪に関する施策検討に向けた実態調査ワーキンググループ」が設置され、性犯罪の処分状況などがとりまとめられた。

令和2年3月から性犯罪に関する刑事法検討会が、令和3年10月から刑事法（性犯罪関係）部会が開催され、令和5年2月17日答申、同年6月16日に改正法が成立した。

## 第2 令和5年改正

### 1 既に多くが施行されている！

今般の改正は多岐にわたり、刑法では

- ・強制わいせつ罪、強制性交等罪の要件が改正され、不同意わいせつ罪、不同意性交等罪となった
- ・性交等の中に、物や指などを膣、肛門に挿入する行為を含めた
- ・夫婦間において不同意わいせつ・性交等罪が成立することにつき注意規定が置かれた
- ・性交同意年齢につき、13歳未満から16歳未満の者に引き上げ（例外あり）
- ・16歳未満の者に対して脅迫等によって面会を強制した者への処罰が創設

という改正がされ、令和5年7月13日から施行されている。

また、刑訴法では

- ・公訴時効を延長する改正
- ・被害者等の聴取結果を記録した録音・録画媒体の証拠能力の特則の創設

については令和5年12月15日から施行されている。

そして、特別法である「性的な姿態を撮影する行為の処罰及び押収物に記録された性的姿態の映像に係る電磁的記録の消去等に関する法律」が刑法改正と同日制定され、

- 性的姿態撮影罪などが創設され、これは令和5年7月13日から施行され、
  - 撮影された性的姿態等の画像の消去に関する行政処分等が新設され、令和6年6月までに施行されることになっている。
- 主立った法は既に施行されているので注意されたい。

## 2 刑法改正 1 不同意わいせつ・性交等罪

やや長いが条文を引用し、一読してわかりづらい条項には※で注記した後、とくに問題と考えられる点を指摘する。

**第176条** 次に掲げる行為又は事由その他これらに類する行為又は事由により、同意しない意思を形成し、表明し若しくは全うすることが困難な状態にさせ又はその状態にあることに乗じて、わいせつな行為をした者は、婚姻関係の有無にかかわらず、六月以上十年以下の拘禁刑に処する。

※拘禁刑の施行までは懲役刑と読み替える

- 一 暴行若しくは脅迫を用いること又はそれらを受けたこと。
- 二 心身の障害を生じさせること又はそれがあること。
- 三 アルコール若しくは薬物を摂取させること又はそれらの影響があること。
- 四 睡眠その他の意識が明瞭でない状態にさせること又はその状態にあること。
- 五 同意しない意思を形成し、表明し又は全うしないとまがないこと。

※いわゆる「いきなり性的行為がされる」「不意打ち」が想定されている。過去、わいせつ行為自体を暴行と認定した判例があるが、その類型はここに該当しよう。

- 六 予想と異なる事態に直面させて恐怖させ、若しくは驚愕<sup>きょうがく</sup>させること又はその事態に直面して恐怖し、若しくは驚愕していること。

※被害者が身動きできなくなる、いわゆる「フ

リーズ」の状態が想定されている。「加害者」は、被害者が抵抗せず、言葉も返さないので同意ととらえる可能性もあるが、四囲の状況等から被害者が恐怖・驚愕するような状況にあれば、本号に該当する可能性がある。

七 虐待に起因する心理的反応を生じさせること又はそれがあること。

八 経済的又は社会的関係上の地位に基づく影響力によって受ける不利益を憂慮させること又はそれを憂慮していること。

- 2 行為がわいせつなものではないとの誤信をさせ、若しくは行為をする者について人違いをさせ、又はそれらの誤信若しくは人違いをしていることに乗じて、わいせつな行為をした者も、前項と同様とする。

※被害者側委員から「欺罔」を入れるべきとの意見があったが、単に「欺罔」とすると、経歴を偽って交際し同意のもとで性的行為をしたとき等の、性的行為自体には同意していた場合まで含むとされる危険があるため、当罰性のある欺罔類型を切り出した。

- 3 十六歳未満の者に対し、わいせつな行為をした者（当該十六歳未満の者が十三歳以上である場合については、その者が生まれた日より五年以上前日に生まれた者に限る。）も、第一項と同様とする。

※13歳未満の者に対しては従前どおりである。被害者側委員から16～18歳未満に性交同意年齢を引き上げるべきとの意見があったが、同世代の恋愛に基づく性的行為を犯罪化することの問題が指摘され、義務教育中の者を保護するために16歳未満とし、明らかな上下関係があるとみなせる5歳の年齢差を真の同意といえないものとした。

**第177条** 前条第一項各号に掲げる行為又は事由その他これらに類する行為又は事由により、同意しない意思を形成し、表明し若しくは全うすることが困難な状態にさせ又はその状態にあることに乗じて、性交、肛門性交、口腔性交又は膣若しくは肛門に身体の一部（陰茎を除く。）若しくは

物を挿入する行為であってわいせつなもの（以下この条及び第七十九条第二項において「性交等」という。）をした者は、婚姻関係の有無にかかわらず、五年以上の有期拘禁刑に処する。

※口への異物挿入にはわいせつ性がないことが多いためおよそ除外し、異物挿入の対象は膣、肛門に限定され、医療・介護等の正当な挿入を構成要件から除くためにわいせつと評価できるものに限定する条項となった。指の挿入を伴う痴漢行為は不同意性交等罪となる。

- 2 行為がわいせつなものではないとの誤信をさせ、若しくは行為をする者について人違いをさせ、又はそれらの誤信若しくは人違いをしていることに乗じて、性交等をした者も、前項と同様とする。
- 3 十六歳未満の者に対し、性交等をした者（当該十六歳未満の者が十三歳以上である場合については、その者が生まれた日より五年以上前の日に生まれた者に限る。）も、第一項と同様とする。

#### (1) 類推解釈を許す規定である

今般の改正は、「起訴・不起訴、有罪・無罪の判断にばらつきがあるのは構成要件が明確ではないからだ」という問題提起から始まった。第1項をお読みになると、これが明確な構成要件と思われたらうか。

最も大きな問題は、一～八号まで例示された行為又は事由には全く類似性がないにもかかわらず、これらに「類する」行為が処罰対象とされている点である。業法で「類する」行為を処罰する例はあるが、規制の趣旨や例示が明確であるところに加えて、押さえの概念として「類する」としているので類推解釈を許す規定ではないといえるが、本項はそうではない。この「類する」という文言については、実務家の部会委員は、明確性や類推解釈禁止の視点から問題であること、立証の困難等を指摘した。この文言は、構成要件を明確化するという目的にそぐわない。

#### (2) 例示の外延が不明確である

一～八号に列挙された行為又は事由は、外延が不

明確であるため、処罰に値しない行為を峻別し得るのみに疑問がある。

三号であるが、「アルコールの影響」とのみ規定され、酩酊の程度等に言及がない。酒を飲んで上機嫌になったこともアルコールの影響といえるので、酔いの程度や言動の変化が顕著か等を考慮する必要がある。

七号の「心理的反応」に含まれるものはどう考えるべきかについて被害者支援をしている医師からの質問も出ているので、ここに含まれる反応といえるかどうかについて争いとなる事件もあろう。

被害者側委員からはセクハラを条項化すべきとの意見もあったが、研究者から「セクハラ」だと外延が明確ではないとの指摘がされ、そのような規定は置かれなかったところ、八号はセクハラも含み得る非常に広い概念である。性的行為は一定の人間関係に基づいてされることが殆どであり、人間関係が全て平等とは限らない以上、条文が濫用的に用いられる危険がある。特に、配偶者間にもこの条文が適用されることから、離婚事件での虚偽の主張に援用されかねない。被害者側委員からの、親族や教員、部活動のコーチなどを監護者性交等罪に含めるべきだという意見に対して、法務省から、八号があるのでそれらの処罰が可能との説明がされていることや、法定刑の重さ等から考えると、地位に極めて大きな差があり、加害者の権力性が典型的に存する場合に限定した適用がされるべきではないか。

一号は一見すると明確な規定だが、法務省は、これは強い暴行・脅迫には限られないと説明している。過去の裁判例では、被害者の特性、被害者・被告人との関係、四囲の状況等を勘案して強い暴行・脅迫に比肩すべき状態であるときに旧177条の成立を認めているところ、今回の改正が処罰範囲を広げるものではなく、過去の裁判例の確認的なものであるという立法の趣旨からすると、弱い暴行・脅迫の場合にはそのような諸条件が一号の成否を決すと考えなければ、処罰範囲が不当に拡大する危険がある。暴行・脅迫の当罰性判断のためにそれらの諸要素を考慮するとすれば、条文の一義的明確性がないこと

にはなるが、そのような考慮が不可欠であろう。

さらに、法務省は、各号を重疊的に適用できるという。そうすると、各号の組み合わせの数だけ要件が存することになり、明確性がさらにゆらぐ上、否認事件の場合、間接事実がどの号に対応するものなのかなど、主張・立証上の問題が生じ得る。現に、否認事件で、どの号に当たるのかについて議論をしている案件がある、あるいは、どの号に該当するかが争いになっている事件で、検察官が一〜八号は例示にすぎず、被害者を不同意ならしめる行動や状態が明らかであればいいのだという主張が出された（ならば構成要件を特定するための改正とはいえないではないか）例すらあるとの報告があり、事例が相当数集積するまで、現場には混乱が生じるのだろう（本特集2 14頁以下に現に生じている問題が紹介されている）。

### (3) 不同意も一義的概念ではない

単に「不同意」と規定すると、いつ、何に対する、いかなる状況が不同意であるかが不明確であるということで、性的行為に対応した意思の形成、表明、全うが困難な状態という定義規定が置かれた。過去の裁判例では、被害者の年齢が低い、障害がある等の意思形成の脆弱性が、旧177・178条の成立の大きな要因だったが、このような被害者の個人の属性も、この不同意の要件に含まれるという。被害者のどのような属性が、どの程度この要件として考慮し得るのか、現時点では必ずしも明確ではない。

また、不同意の要件なのか、一〜八号の要件なのか迷う場面もあり得るだろう。例えば、「酒に弱い」という属性は、三号のアルコールの影響の判断要素とも、被害者の同意にかかわる属性の要素とも考えられる。

さらに、旧178条は「抗拒不能」という文言を用いていたが、この条文では「困難」という言葉を用いていることから、どの程度、意思の表明等が難しい状態であればよいかの判断にもばらつきが生じ得るのではないかと危惧する。

### (4) 性交同意年齢の5歳差要件は合理的か

15歳の女子高校生が20歳の男子大学生よりも精神年齢が高いこともある。年齢を意識せずに真摯に交際を始め、その後大きな年の差に気付いてから性的行為に至ることも少なくあるまい（過去、キスでも強制わいせつ罪とされた例がある）。性交等には「させる」行為も含まれるので、社会人になった15歳の男子少年に性行為をねだられて応じた20歳以上の女性は不同意性交等罪が成立してしまう。

被害者との間で真摯な交際がある場合や未成年者が強く性的行為を求めた場合など、未成年への搾取の要素がなく当罰性の乏しい行為には本項を適用せず、処罰しない運用をして欲しい。

なお、付帯決議では、「両者の年齢差が5歳差未満であれば「対等な関係」であるとするものではないのであるから、第一条の規定による改正後の刑法176条1項及び2項並びに177条1項及び2項の規定の適用に当たっては、とりわけ、これらの規定に定める行為をする者が18歳以上であり、かつ、その相手方が16歳未満である場合には、むしろ、16歳未満の者にとっては年齢差がその意思決定に及ぼす影響が大きいことに鑑みると、両者の間でなされた性的行為は、176条1項八号、177条1項八号や両条2項の要件に該当し得ることに留意すること」、としている。未成年の搾取防止や保護という目的を超えて、処罰ありきの運用となることを危惧する。

## 3 刑法改正2 面会要求等

以下は新設された規定である。

**第182条** わいせつの目的で、十六歳未満の者に対し、次の各号に掲げるいずれかの行為をした者（当該十六歳未満の者が十三歳以上である場合については、その者が生まれた日より五年以上前の日に生まれた者に限る。）は、一年以下の拘禁刑又は五十万円以下の罰金に処する。

※この条文でも13～16歳未満の者には5歳差要件を設けた。

- 一 威迫し、偽計を用い又は誘惑して面会を要求すること。
  - 二 拒まれたにもかかわらず、反復して面会を要求すること。
  - 三 金銭その他の利益を供与し、又はその申込み若しくは約束をして面会を要求すること。
- 2 前項の罪を犯し、よってわいせつの目的で当該十六歳未満の者と面会をした者は、二年以下の拘禁刑又は百万円以下の罰金に処する。
- 3 十六歳未満の者に対し、次の各号に掲げるいずれかの行為（第二号に掲げる行為については、当該行為をさせることがわいせつなものであるものに限る。）を要求した者（当該十六歳未満の者が十三歳以上である場合については、その者が生まれた日より五年以上前の日に生まれた者に限る。）は、一年以下の拘禁刑又は五十万円以下の罰金に処する。
- 一 性交、肛門性交又は口腔性交をする姿勢をとってその映像を送信すること。
  - 二 前号に掲げるもののほか、膣又は肛門に身体の一部（陰茎を除く。）又は物を挿入し又は挿入される姿勢、性的な部位（性器若しくは肛門若しくはこれらの周辺部、<sup>でんぶ</sup>臀部又は胸部をいう。以下この号において同じ。）を触り又は触られる姿勢、性的な部位を露出した姿勢その他の姿勢をとってその映像を送信すること。

ドイツ等では、性的な目的で子どもを手懐けて性的行為に及ぶことを防止するために、そのような手懐け行為を処罰する規定を設けている。部会の議論では、未成年を手懐けるような接触について、性的な目的か保護・指導のための正当な目的かを行為の外形から区別できないことが指摘され、未成年への面会を求める行為自体が問題のある類型である1項一〜三号を処罰の対象とした。一種の予備罪処罰であるが、176条、178条とは吸収関係にない。

現実に面会した場合には2項で法定刑を加重した。

また、現実に出会うことがなくても、児童が裸体の

写真送付を要求されて応じ、さらにそれが保管され拡散される等の被害が多数起きていることから、3項では、16歳未満の者に性的写真、性的行為の動画を送信させた場合の罰則を定めている。児童ポルノ禁止法が、「自己の性的好奇心を満たす目的で、児童（18歳未満の者）ポルノを自己の意思に基づいて所持（電磁的記録を保管）するに至った者」に1年以下又は100万円以下（7条1項）、児童ポルノを製造した者に3年以下又は300万円以下（7条2〜5項）としている法定刑よりも重い。これらは刑法182条とは観念的競合となり得る。

「パパ活」等の投稿に対して警察官が身分を隠してやりとりし、実際に会って注意や指導をするサイバー補導について、警視庁がこの規定に抵触する疑念を持たれかねないとして自粛を求めたとの報道がされた（令和5年12月25日産経新聞）。もしも報道のとおりなら、効果のあった捜査手法の放棄にならないか。女子少年に女性の警察官が対応するなど、疑念を持たれない方法はいくらでもあろう。

## 4 刑訴法改正 1 時効の延長

時効についてはドラスティックな改正がされた。

### 刑事訴訟法 250 条

3 前項の規定にかかわらず、次の各号に掲げる罪についての時効は、当該各号に定める期間を経過することによって完成する。

- 一 刑法第181条（不同意わいせつ・性交等致死傷）の罪（人を負傷させたときに限る。）若しくは同法第241条第1項の罪又は盗犯等の防止及び処分に関する法律（昭和五年法律第九号）第四条の罪（同項の罪に係る部分に限る。）

二十年

※無期懲役又は禁固に当たる罪の15年を延長

- 二 刑法第177条、第178条第2項若しくは第179条第2項の罪又はこれらの罪の未遂罪

十五年

※長期15年以上の懲役又は禁固に当たる罪の

10年を延長

- 三 刑法第176条、178条第1項若しくは第179条第1項の罪若しくはこれらの未遂罪又は児童福祉法第60条第1項（自己を相手方として淫行させる行為に係るものに限る）十二年  
※長期15年未満の懲役又は禁固についての7年を延長

- 4 前二項の規定にかかわらず、前項各号に掲げる罪について、その被害者が犯罪行為が終わった時に18歳未満である場合における時効は、当該各号に定める期間に当該犯罪行為が終わった時から当該被害者が18歳に達する日までの期間に相当する期間を加算した期間を経過することによって完成する。

性被害については、被害者が幼いと、性的行為の意味がわからず、被害に遭ったことに気付かないこと、被害者のショックが非常に大きいなど被害を届け出ることができるようになるまで時間がかかること等からこのような規定が置かれた。防御上の証拠を含めた証拠の散逸、記憶の書き換えなど、長期の時間の経過による立証の困難があることを指摘したが、人を殺害した事件については時効が無くなったこととの比較において、政策的な時効延長は当然と簡単に片付けられてしまった。

なお、付帯決議は、公訴時効の法改正についてもさらなる検討を求めており、今後、さらに公訴時効が延長される可能性がある。

## 5 刑訴法改正2

### 被害者等の供述を録取した録音・録画媒体の証拠能力の特則

#### 刑事訴訟法 321 条の 3

第一号に掲げる者の供述及びその状況を録音及び録画を同時に行う方法により記録した記録媒体（その供述がされた聴取の開始から終了に至るまでの間における供述及びその状況を記録したものに限る。）は、その供述が第二号に掲げる措置が特に採られた状況の下にされたものであると認める場合であって、聴

取に至るまでの状況その他の事情を考慮し相当と認めるときは、第三百二十一条第一項の規定にかかわらず、証拠とすることができる。この場合において、裁判所は、その記録媒体を取り調べた後、訴訟関係人に対し、その供述者を証人として尋問する機会を与えなければならない。

#### 一 次に掲げる者

イ 刑法第七十六条、第七十七条、第七十九条、第八十一条若しくは第八十二条の罪、同法第二百五条若しくは第二百二十六条の二第三項の罪（わいせつ又は結婚の目的に係る部分に限る。以下このイにおいて同じ。）、同法第二百二十七条第一項（同法第二百五条又は第二百二十六条の二第三項の罪を犯した者を幫助する目的に係る部分に限る。）若しくは第三項（わいせつの目的に係る部分に限る。）の罪若しくは同法第二百四十一条第一項若しくは第三項の罪又はこれらの罪の未遂罪の被害者

ロ 児童福祉法第六十条第一項の罪若しくは同法第三十四条第一項第九号に係る同法第六十条第二項の罪又は児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律第四条から第八条までの罪の被害者

ハ イ及びロに掲げる者のほか、犯罪の性質、供述者の年齢、心身の状態、被告人との関係その他の事情により、更に公判準備又は公判期日において供述するときは精神の平穩を著しく害されるおそれがあると認められる者

#### 二 次に掲げる措置

イ 供述者の年齢、心身の状態その他の特性に応じ、供述者の不安又は緊張を緩和することその他の供述者が十分な供述をするために必要な措置

ロ 供述者の年齢、心身の状態その他の特性に応じ、誘導をできる限り避けることその他の供述の内容に不当な影響を与えないようにするために必要な措置

2 前項の規定により取り調べられた記録媒体に記録された供述者の供述は、第二百九十五条第一項前段の規定の適用については、被告事件の公判期日においてされたものとみなす。

#### (1) 部会への諮問事項を逸脱した対象の定め

改正に先立つヒアリングや被害者側委員の意見で、「司法面接」と呼ばれる、訓練を受けた心理臨床等の専門家によって、まだ言語的な能力が十分ではない子どもや障害者である被害者に対する聴取を行い、それを録音・録画して証拠化することが提案された。これによって、繰り返し同じことを聞かれる被害者の負担を減らすことができ、言語的に脆弱な者の記憶劣化に対応することが可能となる。

しかしながら、蓋を開けてみれば、言語的な能力の脆弱な者だけでなく、一口ではおよそ性犯罪の被害者全てが対象となっているばかりか、ハで、性犯罪以外の参考人にまで一定の要件のもとで対象が広げられた。部会で最高裁の委員が意見を述べることはほとんどないが、ハについては、諮問事項の逸脱であるという厳しい口調での意見が出された。

#### (2) 聴取主体や聴取方法について弛緩した規定

刑訴法321条の2は、裁判官の前での供述について録音・録画媒体に証拠能力を与えている。この規定とのアナロジーで被害者の供述の録音・録画媒体への証拠能力が与えられたわけだが、上記のような「司法面接」の性格に鑑みれば、聴取主体は訓練を受けた中立性のある心理臨床家・精神科医などに限られるべきであった。英国等では、この点について、専門家の訓練や聴取方法についてのガイドラインを作成し、それに従って訓練を受けた専門家が聴取をしている。しかし、我が国にあっては、多少訓練を受けただけの検察官が、児童相談所、警察などの機関を代表して面接する「代表面接」が実施されており、この規定は、心理臨床の知識の取得や現場の訓練を軽くみて、過去の実務を追認したものという批判も可能である。

現時点においては、録音・録画媒体が証拠とさ

れたとき、適切な質問が実施されているか、聴取者が適切な訓練を受けているか等につき専門家を交えて検討した後でなければ録音・録画媒体を安易に採用すべきではない（多少訓練を受けた法律家が誘導ではないと考える質問が、心理臨床の見地からは誘導であることもままある）し、質問者の訓練が十分でなく質問が不相当であることが事後にわかれば、証拠排除されるべきであるし、仮に証拠能力を認められた場合でも信用性判断が慎重になされるべきである。

#### (3) 考慮されるべき措置も「当たり前」のことだけ

考慮されるべき措置が適切に定められていれば救いがあるが、二には、供述者の特性に応じた措置をとる、誘導をできるだけ避けるといった、供述獲得のために当然配慮すべきことしか規定されていない。この程度の規定でよしとするということは、法務省（＝検察官）や警察官は通常の参考人聴取ではこういう配慮をしていないと自認しているようなものである。(2)で記載したとおり、訓練を受けた者の適切な方法での質問でなければ証拠能力を与えられるべきではない。

#### (4) 適切な司法面接でも記憶を洗浄できない

適切な司法面接が行われたとしても、既に記憶の汚染が生じていた場合には、それを洗浄して「真実」を語らせることができるわけではなく、聴取の際の記憶を正確に聴取できるに止まる。親族から被害を受けた未成年の強姦罪について再審無罪となった大阪の事件では、事態を誤解した母親の誤導により、被害者やそのきょうだいである目撃者の供述がゆがめられた。捜査官が、録音・録画された供述に先行して、被害者との間で、誰が、事件に関するどんな話を、どのような話し方でしていたのかについて、証拠化する規範を設けるべきである。弁護人は、記憶の汚染が疑われる事案においては、その点の証拠開示や関係者からの聴取をし、その点の立証をするよう心がける必要がある。

## 6 盗撮等に関する新法

「性的な姿態を撮影する行為等の処罰及び押収物に記録された性的な姿態の影像に係る電磁的記録の消去等に関する法律」が制定され、条例に委ねられていた盗撮行為等の処罰が国法で処罰対象となり厳罰化された。また、物でなければ没収できないところ、被害者の心配は画像が保持され続けることや拡散してしまうことにあるため、その消去に関する行政処分の手続き等が定められた。本法については、条文の引用ではなく、箇条書き的に紹介する。なお、撮影の客体である性的姿態等とは、性的な部位、身につけている下着、わいせつな行為や性交等がされている間における人の行為のことである。

### (1) 盗撮行為等の処罰

#### 性的姿態等撮影罪 (2条)

##### ① 正当な理由がないのに、ひそかに、性的姿態等を撮影

※性的姿態とは、①人の性的な部位（性器若しくは肛門若しくはその周辺部、臀部又は胸部をいう）又は人が身につけている下着（通常衣服で覆われており、かつ、性的な部位を覆うのに用いられるものに限る）のうち現に性的な部位を直接若しくは間接に覆っている部分 ②わいせつな行為または性交等（性交、肛門性交、口腔性交。後二者については異物挿入を含む）がされている間における人の姿態

##### ② 不同意性交等罪の規定と同様の行為・事由により、同意しない意思を形成・表明・全うすることが困難な状態にさせ、又はその状態にあることに乗じて、性的姿態等を撮影

##### ③ 行為の性質が性的なものではないとの誤信をさせ、若しくは特定の者以外の者が閲覧しないとの誤信をさせ、又はそれらの誤信をしていることに乗じて、性的姿態等を撮影

##### ④ 正当な理由がないのに、16歳未満の者の性的姿態等を撮影（13歳以上16歳未満の者は5歳差要件あり）

#### 性的映像等記録提供等罪 (3条)

上記の撮影罪又は後記の記録罪に当たる行為による性的姿態等の画像（性的影像記録）を提供する行為撮影罪、提供等罪の法定刑は3年以下または300万円以下である。条例での法定刑（2年以下、100万円以下）よりも重いことに注意が必要である。

単に提供するに止まらず、性的影像記録を不特定・多数の者に提供又は公然と陳列した場合には、5年以下若しくは500万円以下又はその併科となり、実刑の可能性もある。被害者の性的画像の拡散が被害者に与える苦痛の大きさ、その後も画像が拡散する危険を根拠とする。

#### 性的影像記録保管罪 (4条)

提供又は公然陳列の目的で、性的影像記録を保管した場合、2年以下又は200万円以下である。

#### 性的姿態等影像送信罪 (5条)

不特定・多数の者に、撮影罪の①から④までと同様の方法で、性的姿態等の影像を送信（ライブストリーミング）した場合、5年以下又は500万円以下又はその併科である。上記の陳列同様、被害者への苦痛の大きさ等を根拠とする。

#### 性的姿態等影像記録罪 (6条)

撮影罪の①から④までと同様の方法で影像送信された性的姿態等の影像を、情を知って記録した場合、3年以下又は300万円以下である。

### (2) 性的画像の消去

押収物に記録された犯罪に関わるデータの消去は、性的画像以外のものについても問題になり得るが、本法により、性的画像に限って、行政処分による消去が認められた（そのために特別法を作ったというのが実態だろう）。今まで、法的根拠がないまま、性的画像について被疑者・被告人の同意のもとで消去をしてから押収物の還付手続きがされてきたが、それに応じない者もあり、撮影された被害者の不安の種となっていたので消去の行政処分が創設された。司法手続きが必要な権利制限と考えるべきではないかと指摘したが、処分のスピードや、行政処分に対する取消を裁判所で審査し得るということでこのよ

うな規定とされた。

#### 対象となる電磁的記録（9条）

- ① 撮影罪又は記録罪により生じた物
- ② リベンジポルノ
- ③ 児童ポルノ

#### 消去等の措置の内容（10条 ④は11条）

- ① 対象電磁的記録の消去
- ② 押収物に記録されている電磁的記録の全消去（押収物の全ての電磁的記録の内容を確認することができない場合）
- ③ 押収物の廃棄（①②が困難な場合、電磁的記録ではない場合）
- ④ リモートアクセス捜査先への電磁的記録の消去命令

※リモートアクセス捜査とは、刑訴法218条2項に定められた、PCを差押える際にメールサーバーやクラウドサーバーなどに保管されているデータを複写すること。

#### 手続き

- ① 押収物の領置（12条）  
※なお、13条は、検察官が領置できるようにするため、裁判所が押収している物に消去すべき画像があるときには検察庁に通知する義務を定めているが、裁判所が押収物を見ることができるとは限らず、疑わしければおよそ通知することになりかねず、問題のある規定ではないか。
- ② 消去等決定または消去命令（16条）  
※リモートアクセス先のデータには国がアクセスできないため、処分の対象者に消去を命じるのである。
- ③ 聴聞手続（17条）
- ④ 対象電磁的記録以外の複写・交付（18条）
- ⑤ 不服申立てがされた場合の裁決（26条～29条）
- ⑥ 処分等取消しの訴え（31条）

#### 罰則

消去命令違反（1年以下の拘禁刑又は100万円以下の罰金）（43条）

対象電磁的記録以外の複写・交付申出の虚偽陳述（50万円以下の罰金）（44条）

#### 法人への罰金刑あり（45条）

デジタルデータが業務でも私生活の領域においても重要であり、性的画像以外の重要なデータが保管されている可能性があること、デジタル署名のある芸術作品などの財産的価値の高いデータも存在することなどを考えれば、消去の措置について、①が原則であるべきであり、安易に②や③が採られないような運用がされるべきであるなど、今後の課題が残る。

### 第3 重罰化では解決しない

重罰化によって犯罪は防げない。しかも、法定刑が重いことは、検察官が起訴に慎重になるということであるし、不同意性交等罪は減軽事由がない限りは実刑が必至であり、そのような状況では加害者が示談のために周囲の協力を得られないことも多いだろう。性犯罪で実刑となると、失職し、再就職どころか帰住先を見つけることすら困難となり、被害者への損害賠償に応じるところではなくなる。重罰化は本当に被害者のためになるのか疑問がある（なお、スウェーデンやドイツなど、他国の性犯罪の法定刑が我が国よりも軽いことも記録すべきである）。

しかも、性的行為について相手の同意を得ることの重要性など、今般の改正に関連した国民に対する啓発が重要であり、付帯決議でも指摘されているにもかかわらず、国からのわかりやすい情報提供が目につくところに存在せず、マスコミも具体的に視聴者がどう行動すべきかについての指導的な報道をしていない。学校における性教育は非常に抽象的でわかりづらく、子ども達が被害に気付かず、知らない間に加害者となる危険もある。

スウェーデンなどでは、性犯罪に関する法改正に際しては国民への啓発資料の配付などが手厚くなされたヒアリングで紹介されており、上記の改正だけでなく、かような点も他国を参考にしなければならない。

# 2 どのように性犯罪事件を闘うか

## ～具体的弁護活動について～

刑事弁護委員会副委員長 赤木 竜太郎 (67期)

### 第1 はじめに

本稿では、本特集1で解説されていた、令和5年の刑法の性犯罪関連規定の改正を踏まえ、具体的弁護活動における注意点について指摘したい。主たるテーマは公判段階にケースセオリーを構築する際の注意点であるが、捜査段階における注意点についても簡単に触れる。

### 第2 捜査段階の弁護活動における 注意点

#### 1 終局処分の見込みと取調対応方針

これまで強制性交等あるいは強制わいせつの罪名がついていた事案については、法改正がなされたからといって、捜査段階の基本方針が変わることはないように思われる。すなわち、被疑事実と争いがないのであれば、不起訴となるためには、原則として被害者との示談を成立させるしかない。示談が成立しなければ公判請求である。取調べにおいて供述したとしても、示談が成立していなければ、起訴猶予や略式命令請求処分となる見込みはないから、黙秘権の行使が原則であり、供述するメリットがあれば黙秘を解除するという考え方が望ましい。被疑事実と争いがある場合にも、黙秘権の行使が原則であることは言うまでもない。

#### 2 177条の適用対象の拡大

不同意性交等罪（177条）の対象に、「膣若しくは肛門に身体の一部」を挿入する行為であってわいせつなものが加えられたことは重要である。これまで強制わいせつ罪（176条）が成立するにとどまっていた、電車内の痴漢であって陰部に指を挿入するような態様のものは、176条ではなく177条が適用される。法定刑は5年以上の有期拘禁刑である。つまり減輕事由が

ない限り、執行猶予がつかない。依頼者に対し、起訴された場合の見立てを説明する際には注意が必要である。また、身体の一部の挿入があったか否かが法定刑を大きく左右する以上、起訴された場合に指等の挿入があったか否かが争いとなる事案も少なくないであろうから、捜査段階の取調対応はより一層重要となる。

### 第3 公判段階の弁護活動における 注意点

#### 1 はじめに

続いて、公判段階の弁護活動における注意点、特にケースセオリーを構築する際に弁護人が留意すべき点について述べる。不同意わいせつ又は不同意性交等の成否を争い、無罪を主張する事案を念頭において議論する。

#### 2 性犯罪事件におけるケースセオリー構築の難しさ

事件そのものの存在がないと主張したり、犯人性を否認する主張をする場合において、ケースセオリーを構築する際の注意点は、他の種類の事件と大きく異なる。ケースセオリーとは、公判に顕出される（不利な）事実の全てを論理的に説明できるものである。その説明は、事実認定者の常識や感情に適合し、受け入れられるようなものでなくてはならない。ケースセオリーに無理がなく、説得的であることは、無罪判決を獲得するための必要条件である。

公訴事実の争い方によっては、性犯罪特有の考慮が必要となる。不同意わいせつ又は不同意性交等について言えば、①176条1項各号該当性を争う場合②「同意しない意思を形成し、表明し若しくは全うすることが困難な状態」にあったこと（以下「困難性要件」という）を争う場合③性的行為に関し同意があったと主張する場合（ただし実質的な主張内容は

②とほぼ重なると思われる) ④176条2項又は177条2項該当性を争う場合⑤上記①乃至④について被告人の認識を争う場合⑥身体的接触はあったが、わいせつ行為や性交等が存在しなかったと主張する場合などがある。

このような方針をとった場合、多くの事案では被害者(実際には被害に遭っていない場合を含むが、便宜上「被害者」と呼称する)の供述の弾劾が防御活動の中核となる。例えば暴行若しくは脅迫を受けた、あるいは予想と異なる事態に直面して恐怖した、といった176条各号事由の存在や、困難性要件の存在を被害者が供述するところ、その供述が真実でない理由を説得的に説明するケースセオリーを構築しなければならない。なお、⑤被告人の認識を争う場合であっても、被告人に不同意わいせつ又は不同意性交等の故意があったことを基礎づける事実、被害者の供述に依拠することも多いであろうから(例えば、被害者が「被告人にキスされる直前、はっきりと「嫌だ」と言い、顔をそむけました。被告人に分からなかったはずはありません」と証言する場合などである)、やはり被害者供述の弾劾は避けて通れない。そして弁護人にとって難しいのが、上記の争い方をする事案において、多くの場合、被害者供述が真実でない理由を説明するケースセオリーは、「被害者は何らかの理由で嘘を付いている」という要素を含むものにならざるを得ない点である。勿論被害者が、深く斟酌していたり意識ははっきりしていなかったことにより、性的ではない身体的接触をわいせつ行為と勘違いしたり、わいせつ行為があったと思いきやこんでしまうことは無くはない。しかし典型的とは言えないし、わいせつ行為を超えて性交等がなされた事案ではこの説明は難しいであろう。各号事由や、困難性要件について、被害者が意図的に真実でない供述をしていると言えなければ、無罪という結論に達しない事案は相当多いと思われる。かかる意図的な虚偽供述には「話を盛っている」「大げさに供述している」というものも含まれる。

この虚偽供述をしていることの原因を、説得的に説明することが特に難しい。性犯罪の被害者(性的行為をされた者)は、公判廷というストレスのかかる状

況の下で、自己が性被害にあったとの、通常は強い羞恥心を覚える事項を証言することになるが、あえて嘘をついてまでこのような証言をする動機はないはずだと、ある種ドグマ的に考える事実認定者は少なくない。そして、そのような見方を除去し、被害者が実体験と異なる供述をなぜ行うのかという理由や、事件後からの被害者の心理の経過を、説得的に論じるケースセオリーをいざ構築しようとする、材料となる事実や証拠が不足していることも多いのである。しかし、例えば被害者が被告人に対する報復感情により、実態よりも大げさな供述をすることや、あるいは親族、捜査機関からの追及・誘導に迎合し、自己の記憶とは異なる事実を述べるという現象は実際に起こりうるのである(いわゆる大阪強姦再審事件は、この点で重要な示唆に富むものである)。

説得的なケースセオリーを構築する前提として、基本的なことではあるが、徹底的な証拠開示を求めるべきである。性犯罪事案でこそ重要である。公判前整理手続に付すよう請求することは欠かせない。事件直後から捜査機関による聴取が行われるまでの被害者の言動や関係者とのメッセージ等のやり取り、捜査機関による事情聴取の状況、被害者の供述経過に関する証拠を徹底的に収集するべきである。このような証拠の多くは、類型証拠開示請求や主張関連証拠開示請求でしか開示されないものであり、任意に開示されることは期待できない。上記のような証拠の開示を受けずに公判に臨むことが、如何に事実認定を誤らせる危険性が高いかについて、裁判所の理解を得る必要がある。

また、事実と異なる供述をしているかもしれない、との疑いを事実認定者に抱かせるためには、当然ながら、被害者の事件時の出来事に関する供述自体を大きく揺らがせることが必須である。居室や車内など、密室で行われることも少なくない性犯罪事案において限界はあるが、行為態様に関する映像や写真、身体における痕跡等の客観的証拠を精査することは突破口となりうる。写真だけでなく原データである動画自体を閲覧したり、事件現場を直接見聞するなど、なるべく情報量の多い資料にあたる姿勢が肝要である。

### 3 176条1項各号該当性を争うか否か

176条1項の構造について、法制審議会で、政府委員からは概要以下のような説明がされている。すなわち、176条1項は、列挙されている行為や事由それ自体の程度を問う条文構造となっていない。同項1号を例に挙げると、改正前は強制性交等または強制わいせつが成立するためには、かつては抗拒を著しく困難にする程度の暴行・脅迫が要求されていたが、改正後の176条1項1号の「暴行若しくは脅迫」は単なる人の身体に対する有形力の行使又は他人を畏怖させるに足りる害悪の告知を指すという。3号の「アルコール若しくは薬物」の影響についても同様であり、酩酊の度合いはここでは問われないという。

そうすると、暴行や酩酊の程度については、困難性要件の判断における一考慮事情として整理される一方、各号該当性は容易に認められる（特に暴行）ことから、これを争う実益は乏しいようにも思える。また、「その他これらに類する行為又は事由により」との文言があり、例示列挙とされていることから、各号該当性を争う意義は一層乏しいようにも見える。

しかし、条文の構造からも明らかであるように、176条1項は、困難性要件のみが充足されれば成立するのではなく、各号に列挙された事由及び「その他これらに類する行為又は事由」に該当することも要件となっている。すなわち、各号該当事由あるいはこれらに類する事由が、困難性要件の原因であることが要求されている\*1。また、例示列挙とされている意味についても、「これらに類する行為又は事由」にあたるかは、1号乃至8号に沿って解釈すべきとされている点に注意が必要である。すなわち、「1号に類する」「2号に類する」といった形式が想定されている。1号乃至8号とは全くかけはなれた類型（例えば「9号」「10号」といった形で規定されるべき、新たな類型）を処罰対象として捕捉することが、想定されているとは考え難い。

そして、各号に沿って解釈される以上、その範囲には一定の縛りがかけられるのであり\*2、「その他の

方法により」等の文言ではなく「その他これらに類する」との文言が用いられていることも、一定の限定がされていることを示している\*3。要するに、「●号その他これらに類する行為又は事由」にあらず、それにより構成要件該当性が欠ける、との判断はありうる。さらに各号該当事由は上記のように、困難性要件の原因行為・原因事実であるから、困難性要件の認定にあたり、各号該当事由の有無は事実上、大きく影響しうる。

弁護人にとって、各号該当性も積極的に争い、裁判所の判断を求めることは必要かつ有益といえるであろう。処罰範囲が無限定に拡張していくことを防ぐためにも重要である。

また検察官は本改正により、不同意わいせつ又は不同意性交等について、予め各号のどれに当たるかを選択・特定した上で、各号事由該当性について立証する義務を負うことになった。起訴状における罪名及び罰条には176条1項の何号にあたるかまで明示される（ただし、例えば3号に加え6号に該当するなど、重疊的に各号を適用する公訴事実も見られているところである）。訴因変更の可否の問題とも関連するが、弁護人としては何号を適用するか、との判断に関する検察官の誤りを突き、各号該当性が立証されていないとの主張を行う発想も持つべきであり、この意味でも弁護人が各号該当性を精査し、積極的に争うことをためらうべきではない。

### 4 各号該当性を争う上での注意点

紙幅の関係で、176条1項各号の全てについて論じることが困難であることから、事実認定上特に疑義が生じやすいと思われるものに限って、弁護活動上の注意点を述べる。なお、不同意性交等罪（177条）が成立するためにも「前条第一項各号に掲げる行為又は事由その他これらに類する行為又は事由により」との要件を充足する必要がある、176条1項各号該当性が問題となる。

\*1：法制審議会議事録性犯罪関係部会第12回会議議事録13頁井田発言

\*2：法制審議会議事録性犯罪関係部会第12回会議議事録8頁佐藤発言

\*3：法制審議会議事録性犯罪関係部会第12回会議議事録11頁浅沼発言

4号は「睡眠その他の意識が明瞭でない状態にさせること又はその状態にあること」である。このうち「明瞭でない状態」がどこまでの意識レベルのものを指しているのかは明白ではない。起きぬけで寝ぼけているような状態や、疲れてぼうっとしている状態まで含むのか、不明である。場合によっては、アルコールの影響により酩酊しており、本人には当時の記憶がない場合などにも、3号と併せて本号が適用される可能性もないではない。開眼の有無や自発的行動の有無、内容、程度などに着目した主張をすることが考えられるが、明瞭であったか否かは最終的には主観的な問題になるとも思われるから、「明瞭でない状態であったとしても、被告人はそうだと認識しなかった」との、故意にかかる主張も積極的に検討すべきであろう。

5号ではいわゆる唐突な性的行為、あるいは「不意打ち」が想定されている。被害者において反応する時間的余裕があったか否かが問題となると考えられる。わいせつ行為自体の客観的態様に関する被害者供述の弾効が肝であり、もし時間的余裕があった場合には、6号が成立する余地はあっても5号の問題とすべきではないといえる。なお、唐突さによって5号に該当する場合、常に困難性要件は充足されるはずであるとの指摘がなされている\*4。つまり、困難性要件よりも、5号該当性の有無が主戦場となる。

「予想と異なる事態に直面」させ、「恐怖」若しくは「驚愕」させた場合には6号が成立する。例えば「性的行為をされそうになるという予想と異なる事態に直面させて同人を恐怖させた」というような公訴事実の記載がなされる。法制審では、「予想と異なる事態」とは、性的行為が行われるかどうかに関する予想が実際と異なった場合のほか、行為者の態度や言動、周囲の状況、性的行為が持ちかけられたタイミングなどについて予想と異なる点がある場合なども含む、との説明が政府委員からなされた。仮にかかる解釈が裁判所に採用されるとすれば、その対象は非常に幅広いものとなる。「恐怖」「驚愕」との要件が充足されて

いるかが、慎重に検討されなければならないであろう。「恐怖」「驚愕」についても1号の暴行又は脅迫と同様に、その程度は問われないと議論がなされているが、「恐怖」や「驚愕」といった文言の語義に照らし、単に予想外の展開であるだとか、意外であったという以上に強い心理的影響があったことが求められると、弁護人としては主張すべきであろう。行為前の被害者と被告人とのやり取りや関係性、言動等をもとに、「恐怖」したり「驚愕」するような経過ではなかった、との説明を行うことが考えられる。なお、「恐怖」「驚愕」は被害者の現実の心理状態であり、故意の対象となるとの指摘もなされている。\*5

8号は「経済的又は社会的関係上の地位に基づく影響力によって受ける不利益を憂慮させること又はそれを憂慮していること」である。性をめぐるトラブルのうち、かなりの部分は知り合い同士の間で起きるのである。「経済的又は社会的関係」がない事案は少ないであろうし、例えば夫婦も婚約関係も、社会的関係といえなくもない。いままで犯罪とされず、あるいは起訴されなかったような、家庭内や同居している男女間のトラブルが、不同意わいせつ又は不同意性交等として起訴されることも、現実的には有りうる。同号該当性を争うにあたっては、単に「教師である」だとか「上司である」という表面的な関係性や地位にだけに目を向けるのではなく、事件前からの被害者との関係性を示す具体的事実に着目し、受けるであろう不利益がどこまで深刻なものであったのか、それに対する「憂慮」が同意の判断に及ぼすようなものであったのかを慎重に検討し、積極的に争っていかなければ、処罰範囲が無制限に拡大していく危険がある。なお、「経済的関係」「社会的関係」は広く肯定されることから、8号による捕捉範囲は「不利益」と困難性要件によって画されるとの指摘もされている一方で\*6、「経済的または社会的関係上の地位」にも一定程度犯罪の成立を限定するような役割があるとする見解もある\*7。

\*4：樋口亮介「不同意性交等・わいせつ罪一新176・177条1項の解釈・運用」法律時報95巻11号74頁

\*5：樋口同頁

\*6：樋口75頁

\*7：佐藤陽子「刑法176条1項8号の意義について」季刊刑事弁護117号27頁

## 5 「類する行為又は事由」との記載がもたらす危険性

上記のように、各号に掲げる行為又は事由に「類する行為又は事由」があった場合にも犯罪が成立する。各号に沿って解釈すべきとの、一定の限定があることは指摘されているものの、処罰対象の外縁が明らかでなく、明確性の観点から問題が大きい条文であるというほかない。弁護人が各号該当性及び「類する行為又は事由」に該当しないとの主張をするにあたっては、過去の裁判例を参照し、従前処罰の対象とされていたような行為から逸脱していないか、厳密に検証した上で、「類する」と言えるような範囲を超えていないか、検討する必要がある。また、もし「類する行為又は事由」に該当するとして起訴された場合あるいは有罪判決を受けた場合には、同条文の合憲性も争点とすることを、ためらうべきではない。

## 6 困難性要件を争う上での注意点

上記のように、各号該当性を争うことを検討すべきだが、当然ながら、各号は困難性要件の原因に過ぎないのであって、困難性要件充足性を争い、この要件が欠けていることについて説得的なケースセオリーを構築することが何よりも重要である。

これまでの実務において、被害者の同意の有無を検討するにあたっては、事件現場の状況や双方の具体的言動、体格差、被害者の属性（脆弱性の程度を含む）、性格など様々な事情が考慮要素になるとされてきた。176条1項何号にあたるかによって、上記の諸事情のうち、重視される事情または軽視ないし無視される事情は当然異なる。もっとも、事案の内容は千差万別であるから、各号について重視される事情を類型化して整理することはかえって発想を狭める危険性がある。各号事由がある場合に、なぜ当該被害者の「同意しない意思を形成し…全うすることが困難な状態」を招くのかについて、具体的な理由や被害者の心理が抑圧される機序をイメージすることは、発想の一つの指針にはなりうるが、同意があったことを示す事情は、各号該当事由に関連する事情のみにとどまるものではないはずである。

結局、個別の事案において、個々の事実がなぜ「同意」が存在したとの評価につながるのか、事実の重みをその都度考え抜く他ない。いわゆるブレインストーミングを行う中で、事実を一つ一つ洗い出し、その意味付けを検討するという基本的な手法が有効である。このために前提となるのが、条文に記載されている「同意しない意思を形成し…全うすることが困難な状態」とは何を指すかについての正確な理解である。まず、ここで規定されているのはあくまで客観的な「状態」である。同意する、しないという人の内心そのものが要件となっているわけではない。法制審議会で、「全うする」とは「完全にはたす」「完全に保つ」との意味の文言であり「同意しない意思を全うすることが困難な状態」とは、性的行為をしない、したくないという意思があるのにそのとおりにならない状態を表すものである、との発言もなされている。そして「困難」の程度は問わないとの説明もなされている。

## 7 故意を争う際の留意点

被告人の認識を争う主張も、積極的に検討すべきである。各号該当性が容易に認められる可能性があり、困難性要件の有無が、外形的に明らかとなる事実ではなく、被害者の心理に関する状態を指すものなのであれば、なおさら、「被害者がそのような状態にあったとしても、被告人はそれを認識していなかった」との問題設定が必要となる局面は増えるであろう。

どのような事実に着目するかについては、法改正前とそこまで大きな違いが生ずるとは思えないが、被告人が認識しえた事情のうち、被害者の被告人に対する直接的言動の内容が重要になることは間違いない。被害者が「いやだ」との言葉を口にただとか、被告人の体を被害者が押した、というような一局面だけにとらわれるのではなく、事件全体の経過における、その時々被告人の心境や心理状態を具体的に想像し、いかなる動作や言動が同意の認識を形成するにあたって決定的であったかを検討することになる。被告人からの詳細かつ頻回にわたる事情聴取が重要となることは言うまでもない。