

# 不同意性交等罪について

——付・司法面接結果の証拠利用

清水 晴 生

- 1 はじめに
- 2 性交同意年齢の引き上げ
- 3 司法面接結果の証拠としての取り扱い
- 4 不同意の認識
- 5 明確同意確認義務違反性交等罪

## 1 はじめに

本稿は、不同意性交等罪が創設・適用された場合についての懸念とその代案提示を目的とするが、それに関連して性交同意年齢の引き上げ、司法面接結果の証拠利用についても付言したい。

## 2 性交同意年齢の引き上げ

性交同意年齢をたとえば16歳に引き上げた場合、15歳同士のカップル、場合によっては男子が年下の14歳である場合なども含め、相互の同意の下に性行為に及んだ場合であっても、両者共に相手に対する不同意性交の非行事実を行った犯罪少年・触法少年とされることになる。12歳の場合と比較してはるかに起こりうる事態と思われ、刑法により一定の性倫理を強制しようというもので、刑法の謙抑性の原則に反する疑いが濃厚である。

## 3 司法面接結果の証拠としての取り扱い

児童・子供への性的虐待事案における、密室性等から来る証拠収集の困難さと、被害児童・年少児童の供述能力・供述特性上の問題という二律背

反状況を打開しうる取調手法として、そのような特性にできる限りの配慮を施す「司法面接」<sup>(1)</sup>の実施が試みられ、さらにその結果の証拠能力如何が問題となっている。

蓄積された知見に基づいて適切に実施される場合の当該手法の科学性<sup>(2)</sup>は疑われないものの、実施主体や実施態様、並びにその結果の証拠能力や証明力を評価する裁判所の評価能力に鑑みるときには、反対尋問の有効性も含めて懐疑的とならざるをえない面が少なくない。

この司法面接が、児童福祉的なケアを目的とするものではなく、あくまで捜査機関主導で実施される証拠収集・参考人取調であるという性質が拭い去られるわけではない以上、その聴取態様や聴取内容にかかるバイアスを取り去るためには相当に慎重な配慮と取り組み、高度で持続的な教育、専門的・組織的な関与が要求されるはずである。

聴取の実施自体に関しては、子供の供述能力や記憶の変移、また捜査官の質問のしかた・雰囲気・回数といった繊細な事情によって、誘導・暗示が混入する危険性は小さくない。

逆に暗示を避けるがゆえに供述があいまいなままである場合には、その内容をどのように解釈すべきかが困難な場合もありうる。ましてそれをはっきりさせるために面接を繰り返せば、なおさら暗示が介入するおそれが大きくなるだろう。

記憶の固定が困難で、暗示による変移も招きやすいがゆえに、質問内容による誘導を受けやすいというばかりでなく、誘導尋問がむしろ効果的となりうる反対尋問の実施手法が明らかでなく、また反対尋問の意味を理解できないがゆえにこれを効果的に行うことが困難である場合もありうるように思われる。

さらに、いつの段階で、誰により、どのような態様で実施されたかとい

---

(1) 仲真紀子「子どもの司法面接・協同面接の現状と課題」社会安全・警察学5号35頁以下参照。

(2) <http://nichdprotocol.com/>を参照。

う背景事情を、証拠能力や証明力の評価において、裁判所が適切に加味できるかという裁判所の評価能力が十分であるかは疑わしい<sup>(3)</sup>。この懸念は、面接状況が全面的に録音・録画されそのまま実質証拠化された場合であつても拭い去れない。

無論、証拠の信用性といつてもつねに万全を期しうるわけではないが、伝聞法則で懸念されるような知覚・記憶・表現・叙述における誤りの混入が、その特性により暗示や変移により類型的に高度に懸念されうるケースについて、特に信用性や証明力を担保するための反対尋問が、面接から時間が経過した後に初めてなされることでその有効性が削られることの問題は軽視できないように思われる。

また補助証拠としても、司法面接的手法を取る場合には威圧的な聴取などが行われないことはむしろ当然であるから、穏やかな雰囲気面接が行われたことをもって直ちにその供述内容の信用性や証明力を積極的に評価するというわけにもいかないであろう。

客観的証拠収集の手がかりとする限りでは有効な活用が期待されることはいうまでもなく、ただ密行・潜行的事案であるからこそ客観的証拠の収集がそもそも困難であるという前提もあることから悩ましいというほかないが、証拠による裁判の大原則を維持しながらも、証拠不足による事案の未解決を回避するためにも、汚染のない証拠収集の工夫と努力とが不断に求められよう。代表者聴取<sup>(4)</sup>や協同面接<sup>(5)</sup>として児童相談所を面接場所と

(3) 緑大輔「刑事手続における司法面接結果の録音録画媒体の使用——いわゆる代表者聴取を中心として」法律時報92巻3号42頁も、「『つらい状況にもかかわらず供述したから真実であるはず』といった素朴な理由によって信用性を判断する危険性も残りうる。」とする。

(4) 法務省「代表者聴取の取組の実情」<http://www.moj.go.jp/content/001331469.pdf>。

(5) 遠峰良美「(平成30年度子ども・子育て支援推進調査研究事業)『児童相談所、警察、検察による協同面接等の実態調査による効果検証に関する調査研究』事業報告書」(株式会社キャンサースキャン介入研究事業部) <https://cancerscan.jp/wp-content/uploads/2019/04/9e78edc7f8deb4e0261bb9fc708e94ed-1.pdf>。

しても、面接者や主導権は検察官という実施態様に積極的な改良を加えていくことがその近道であるように思われるし、どのような実施形態であったとしても供述特性自体に対する十分な認識が前提とされなければならないことはもちろんであろう。

#### 4 不同意の認識

強制性交等罪において、暴行・脅迫という手段要件並びに反抗困難要件を要求する代わりに不同意で足りるとした場合<sup>(6)</sup>、反抗が困難だったかが争われる代わりに不同意を認識していたかが争われることになると思われる。

反抗しようと思えばできたはずという事情は同時に、だから不同意を認識していなかったという主張を基礎づけるものともなる。

したがってこの要件の変更は、暴行・脅迫手段の行使が必ずしも明白ではないようなデート・レイプやその他のケースを容易に処罰するに至るものとはならず、ただ争われる要件が変わったということにしかならないことも予想される(この点、秘密裡、犯行抑圧、欺罔・威迫といった客観的行為態様からの不同意性認定が容易と思われる性的姿態不同意撮影の場合と大きく異なる)。

反抗が困難だったかどうかは被害者の内心の問題であるから、被害者の内心の状態を説得的に主張する余地があるのに対して、不同意を認識していなかったことは行為者の内心の問題であるから、行為者が被害者の内心・真意を必ずしも知りえない以上は、外部に表れた(混乱・困惑、畏怖・恐怖等による)低強度の抵抗に基づく行為者の「被害者は必ずしも不

---

(6) 不同意性交等罪全般に関しては、齊藤豊治「アメリカにおける性刑法の改革」大阪商業大学論集5巻1号(通号151・152号合併号)189頁以下、島岡まな「フランス刑法における性犯罪の種類と処罰について」刑法雑誌54巻1号49頁以下、同「性犯罪の保護法益及び刑法改正骨子への批判的考察」慶應法学37号19頁以下、内田亜也子「被害の実態に即した性犯罪施策の課題(1)―平成29年刑法改正法に関する国会論議―」立法と調査424号3頁以下、等参照。

同意ではない」と認識していたとする主張は不合理とはいえないとして、その信用性を容易には否定し難いということにもなりうる可能性がある。

つまり、不同意であれば足りるという犯罪構成要件になったとしても、「そのとき不同意でした」と被害者が証言すれば犯罪が成立するというものではなく、過失犯ではなく故意犯として構成する以上は、行為者の側に「不同意の認識」があったと認められて初めて故意犯が成立する。

被害者の内心を含めた反抗の困難性の肯否ではなく、例えば被害者が夕食を共にした後密室に随行したといった外観状況に対する一般的評価を含みながら行為者の不同意認識の存否・その主張の信用性が争われ、判断されることになる。

このように不同意のみを要件とすることは、かえって故意犯の成立を困難にする可能性が考えられるのである。

訴追・証明する検察官は、被害者の不同意を被告人が認識していたことを証拠により証明しなければならず、それは被害者が内心において反抗困難な状態だったことを証明する以上に、客観的事実を必要としよう。被害者が不同意であることを被告人が少なくとも未必的に認識していたことを、合理的な疑いを入れない程度に証明しなければならない。

このとき、例えば被告人がそれまでに同様の状況を経験してきた中で、当該被害者によると同様の非難を受けたことがなかったということさえ、被告人が不同意を認識できなかったことの間接証拠となろう。

まして恋人・夫婦間では相当特段の状況がない限り、「すすんでということはなくても受け入れていた」とか「本当に嫌ならもっと抵抗するはず」、「最初は必ずしもその気ではなかったが結局は受け入れた」といった、むしろ未必的な同意を認識していたとの主張を否定することは容易でないようにも思われる。

## 5 明確同意確認義務違反性交等罪

性犯罪中、現行法でカバーできてないが特に処罰が必要とされる類型としては、不意打ち的に性交渉・性的関係を迫ることで、とまどいあるいは冷静な判断ができなくなることで、自律的な判断を行い終える以前に、あるいはどのように断り方をすべきなのかの判断を行い終える以前に、明確にあるいは冷静に断る態度決定が不全の状態のまま、そのような状態が顧みられることもなく、場合によってはそうした混乱・困惑状況を奇貨として、性交渉・性交等の行為が行われた場合ではないかと考える。

このような事態を不同意性交と処罰する場合には、「不同意」についての認識を欠いたという弁解・防禦がなされ、この点の争いは一般に証拠に乏しいことも予想され、まして証明責任の転換は被告人側にとって証明が容易であることが前提であるから、両当事者にとって困難な場合に転換を認めることは、証拠によらず刑事裁判をすることになりかねず許されない。

そうであるとすれば、明確な同意を確認すべき法的義務を怠って性交等の行為に及んだことを処罰することはできないだろうか。明確同意確認義務違反性交等罪とし、不同意そのものの有無ではなく、明確な同意を「確認しなかった」ことの有無を問題にするのである。

すなわち、暴行・脅迫という作為によりもたらされる状況を利用する代わりに、同意確認という作為義務の履行を怠った不作為によってもたらされた混乱・困惑状況を利用した作為の性交等の行為の処罰として構成するものである。

このような構成要件であれば、検察官は明確な同意が確認されなかったことを主張するのに対して、被告人は明確な同意があったこと、同意が明示されたことをもって反論することになる。

法はあらかじめ明確な同意を確認すべき義務を課すから、明確な同意の証拠を提示することなく、同意があったと思ったという程度の抗弁は通用

しないことになる。

また「明確に同意してないとして罪に問われるかもしれない」ことを相手に告げることは比較的可能なのではないか<sup>(7)</sup>とも思われ、結局不同意の有無が争われまたその証明責任が問題となる不同意性交等罪よりも、行為時のルールとしても裁判時のルールとしても実効性を望みうるのではないかと思料する。

またこの点を指摘しさえすれば、「明確な同意確認を怠った性交渉が処罰されるとは知らなかった」といった違法性の意識やその可能性がなかったとする弁解も、ほぼ通用しないことになりえよう。

明確同意確認義務を怠って処罰される以上は被告人にも落ち度があり、処罰に納得できる余地も大きいのではなかろうか。

また単に「相手が同意していない性交は処罰される」というルールは確認する側にとって遵守すべきルールの内容がわかりにくいのに対して、「相手の明確な同意を確認せずに行った性交は処罰される」というルールの方が遵守すべき内容が明確であり、指導・教育の現場においてもなすべき行為を明示しやすいように思われる。

そしてこのように構成される犯罪類型は、決して「うっかり確認し損なった」というような過失犯ではないという点も重要であろう。自宅が火事になりそうな状況を放置して逃げだしたり、家族が苦しんでいる状況を見過ごす場合と同様に、性的な自律的判断の行使を迫られる状況にある相手に対して、それを迫る状況を創出した者自身のほかに、相手の真意によ

---

(7) この明確同意確認義務が双方に課される義務であることから、相手が確認しようとしなかった場合に、まず自らこの確認義務を履行することが相手からの確認を促す契機となり、このとき明確な同意を告げないという態度を明示することで、犯罪構成要件を満たして犯罪が成立しうることをも明示し、暗に告げうる・突きつけるタイミング・機会を改めて創出しうることもなりうるのではなかろうか。同時に、逆に相手側が誘われた方であるとか、明確な同意を確認されなかったといった反論を許さないことにもなりえよう。ただし、相手から促されない限り明確同意確認義務がないわけではないのはもちろんであり、動揺・混乱している状況で促すことがなお困難である場合は少なくないと思われる。

る自律的判断の行使が脅かされている状況の解消を果たしうる者はなく、その意味で法益侵害に生じた危険に対する支配的地位に立つ以上、法的作為義務を課され、この当然想起・対峙し履行すべき作為義務を意識的にあえて遵守することなしに性交等に及んだ行為をもって、故意犯として処罰されうるのである。

このような犯罪の構成は、いわば準性交等罪の抗拒不能要件の存否を確認すべき義務を課す形で、同罪の成立範囲を拡張するものともいえる。

危険運転致死傷罪が、安全運転義務違反による自動車事故の一部を故意犯化したのと同じように、単に「不同意」という証明・反証困難な主観要件ではなしに、「明確な確認」という客観的行為要件<sup>(8)</sup>を設定した上で、その有無が争われるべきであると思われる<sup>(9)</sup>。

(本学法学部教授)

---

(8) 行為時から相当の日数を経過した場合に、明確同意確認義務履行の有無の立証が相互に困難となりうるのは、一つこの要件に限ったことではない。しかし、内心どう思っていたかということと比較すれば、はるかに客観的な状況証拠・間接証拠によって互いに証明し合うことも、また事実認定の際に客観的な判断資料・証拠資料を利用し、手がかりとすることが可能となるのではなかろうか。

(9) ただし、このような要件の下でもなお、義務を履行したかどうかという事実の存否を巡る争いは無論残ることになる。しかしその争いは、内心どうであったかといったような証明不能な事柄に対する不確かな認定を裁判所に強いるものとはならず、明確同意確認をしたかという客観的事実の有無の問題となる。どちらが同衾を促したか、自ら脱衣したか、どのような会話がなされたかなどといった間接事実を総合して認定に至りうることになろう。そしてこれらの事実は一定の時・場所において一連のものであるから記憶に残りやすいと同時に、虚偽を述べた場合の不合理さも比較的明確になりやすいのではなかろうか。