

画等のデータファイルをダウンロードして、甲方に設置された自らのパーソナルコンピュータに記録・保存し

第2 平成28年12月18日午前10時15分ころ、前記有料配信に備えたバックアップ等のために、名古屋市東区〇〇1丁目5番8号東海ハイム1102号室において、DVDやハードディスクにわいせつな動画等のデータファイルを保管したものである。

上記は、最決平26・11・25判時22の事案を参考にした。最高裁は、不特定の者である顧客によるダウンロード操作を契機としたものであっても、その操作に応じて自動的にデータを送信する機能を備えた配信サイトを利用して送信する方法によってわいせつな動画等のデータファイルを当該顧客のパソコン等の記録媒体上に記録・保存させることは、175条1項後段のわいせつ電磁的記録の頒布に当たること、被疑者らがその罪を日本国内で犯した者に当たること（この点では第1編総説第4章第12節第①例の解説<sup>49</sup>頁参照）、日本国内での頒布目的が明白であることについて判示した。

#### ⑧ わいせつ図画の有償頒布目的所持（175条2項）

被疑者は、有償で頒布する目的で、令和〇〇年2月2日、東京都墨田区〇〇3丁目8番4号の自宅において、男女性交の場面等を露骨に撮影したわいせつなビデオカセットテープ150巻を所持したものである。

改正前の事案であるが、最決平18・5・16刑集60・5・413は、被疑者が光磁気ディスク自体の販売目的ではなく専らバックアップ用として所持（販売用のCDをその光磁気ディスクから別途作成して販売）していた事案において、光磁気ディスク自体の所持を販売目的と認定。

### 第3節 不同意わいせつ等（令和5年改正後の176条）

#### 〈令和5年改正の趣旨〉

- ① 令和5年改正では、性犯罪の本質的な要素を、「自由な意思決定が困難な状態で行われた性的行為」と整理した。改正前の強制わいせつ罪・強制性交等罪や準強制わいせつ罪・準強制性交等罪では、そのような本質的な要素を満たすかどうかを、「暴行」・「脅迫」、「心神喪失」・「抗拒不能」といった要件によって判断し、事案によっては、その成立範囲が限定的に解されることとなっていた。そこで、令和5年改正後の不同意わいせつ罪・不同意性交等罪では、性犯罪の本質的な要素を「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」と整理した上で統一的な要件とした。なお、「暴行」・「脅迫」、「心神喪失」・「抗拒不能」といった要件を改めることで、改正前の強制わいせつ罪・強制性交等罪や準強制わいせつ罪・準強制性交等罪では処罰できなかった行為を新たに処罰対象に含めるものではない。改正前と比較して、より明確で、判断にばらつきが生じない規定とすることで、改正前のそれらの罪によっても本来処罰されるべきであった行為に対して的確に処罰できるようにしたというのが改正の趣旨である。
- ② 被害者がそのような状態にあったかどうかを判断を行いやすくするため、その原因となり得る行為や事由について、具体的に列挙されている。新たな不同意わいせつ罪として規定された8つの行為・事由については、いずれもその程度は問わないものの、不同意わいせつ罪・不同意性交等罪が成立するためには、これらの行為・事由により、被害者が「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」になっている必要がある。
- ③ 改正前においても、行為者と相手方の間に婚姻関係があるかどうかは、性犯罪の成立に影響しないと考える見解が一般的であったが、今回の改正法では、不同意わいせつ罪や不同意性交等罪が配偶者間でも成立することを、確認的な意味で条文上明確化することとし、「婚姻関係の有無にかかわらず」と明記された。

#### 〈参考・公訴時効期間の延長〉

性犯罪についての公訴時効期間が延長された。不同意性交等罪（改正前の強制性

交等罪)の公訴時効期間が10年から15年に延長され、例えば、12歳のときに不同意性交等罪の被害に遭った人については、さらに、その人が18歳になる日までの期間が加わるので、公訴時効はその人が33歳に達する日まで完成しない(「33歳に達する日」とは33歳の誕生日前日)。

この改正の趣旨は次のとおり。性犯罪は、一般的に、その性質上、恥ずかしいことだという感情や自分が悪いという感情により被害申告が難しいこと、被害者の周りの人たちも被害に気付きにくいことから、他の犯罪と比べて、被害が表に出にくいこと、刑事訴追が可能になる前(公訴時効)に完成し、犯人の処罰が不可能になる事態が生じる場合があり、性犯罪(性被害)の被害を適切に確保するため、性犯罪(性被害)についての公訴時効期間を15年に延長した。さらに、心身ともに未熟な子どもや若年者は、特に被害を申告しにくいと考えられるため、性犯罪の被害者が18歳未満である場合には、犯罪が終わったときから被害者が18歳になる日までの期間を加えることとした。

### ① 不同意わいせつ……暴行脅迫(176条1項1号)

被疑者は、令和6年1月15日午前11時45分ころ、山形県新庄市〇〇2丁目3番5号バー「茜」内の個室において、一緒に来店した友人であるB女(当時21歳)に対し、両手でその首を絞め、<sup>①</sup>「嫌がるなら痛めつけるぞ」などと言って脅迫して、同意しない意思を形成し、<sup>②</sup>表明し若しくは全うすることが困難な状態にさせ、<sup>③</sup>左手で同女の乳房や陰部をもてあそぶなどのわいせつな行為をしたものである。

176条1項1号の罪は、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により同意しない意思を形成し、<sup>①</sup>表明し若しくは全うすることが困難な状態<sup>②</sup>にさせ又はその状態にあることに乗じて、<sup>③</sup>わいせつな行為をすることにより成立する。

① 1号では、「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」が規定されている。

「暴行」とは、人の身体に向けられた不法な有形力の行使をいい、「脅迫」とは、

他人を畏怖させるような害悪の告知である。

令和5年改正の前と異なるのは、新たな不同意わいせつ罪として規定された8つの行為・事由については、いずれもその程度は問われないとされたことである。そこで、1号の暴行・脅迫についても、その程度は問われない。ただ、不同意わいせつ罪・不同意性交等罪が成立するためには、これらの行為・事由により、被害者が「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」になっていることが必要である。

② 改正刑法の不同意わいせつ罪・不同意性交等罪における「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」とは、性的行為をするかどうかを考えたり、決めたりするきっかけや能力が低下して、性的行為をしない、したくないという意思を持つこと自体が難しい状態がある。このうち、「同意しない意思を表明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を持つことはできたものの、それを外部に表すことが難しい状態のことであり、また、「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を外部に表すことはできたものの、その意思のとおりになることが難しい状態である。

③ 「わいせつな行為」については、「第176条(自然わいせつ)①②の②(☞239頁)と「\*参考\*第3節の2(旧)強制わいせつ等」①②の③④(☞261頁)を参照。

② 不同意わいせつ……心身の障害を生じさせること又はそれがあつること(176条1項2号)

被疑者は、令和6年2月10日午後4時45分ころ、東京都新宿区〇〇2丁目1番3号〇〇障害支援施設「翔」1階リハビリテーションセンターにおいて、両腕と両肢に障害<sup>①</sup>があつて自由に動かすことができないB女(当時22歳)に対し、それらの障害<sup>①</sup>により、同意しない意思を表明し若しくは全うすることが困難な状態<sup>②</sup>にあることに乗じて、両手で同女の乳房や陰部をもてあそぶなどのわいせつな行為<sup>③</sup>をしたものである。