

山中敬一・山中純子著『刑法概説Ⅱ [各論] 第2版』

令和5年性犯罪規定改正による追補

(令和6年3月8日)

29頁 第2講 自由に対する罪 第2講へのアクセス 【Q3】、【Q4】を以下の設問に差し替える。

第2講へのアクセス

【Q3】不同意わいせつ罪（旧・強制わいせつ罪）の主観的要件として、「性的意図」は必要だろうか。全裸の女兒（当時7歳）に対してわいせつな行為をし、その姿態を撮影するなどした場合、その目的がただ撮影データの提供相手から融資を受けることにしかなかった場合、不同意わいせつ罪は成立しないのだろうか（最大判平29・11・29刑集71・9・467＝百選Ⅱ-14参照）。

【Q4】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、どのような状態をいうのだろうか。また、そのような状態を惹き起こす行為・事由にはどのようなものがあるか。コーチが教え子に対し、性交に応じなければ試合に出場させないとして性交を迫ったため、教え子が試合に出たい一心でこれに応じた場合、不同意性交等罪は成立するだろうか。

41-47 頁「5. 強制わいせつの罪」を以下のとおりに差し替える。

5. 不同意わいせつ・不同意性交等の罪

性的自由を侵害する犯罪である。令和5年の刑法改正により、それまでの強制わいせつ罪、強制性交等罪が不同意わいせつ罪、不同意性交等罪に改正され、面会要求等罪といった新設規定も追加された。不同意わいせつ罪・不同意性交等罪は、暴行・脅迫等の一定の事由により、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、わいせつな行為や性交等をした者を処罰する類型である。監護者わいせつ罪・監護者性交等罪は、18歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じて、わいせつ行為または性交等を行う行為を処罰する。面会要求等罪は、わいせつ目的で16歳未満の者に対して威迫等の手段を用いて面会要求することや性的姿態の映像送信を要求することを処罰する新設規定である。

不同意わいせつ・不同意性交等の罪は、刑法典においては社会的法益に関する罪(174条・175条・184条)も混ざった「わいせつ、不同意性交等及び重婚の罪」(第22章)に規定されるが、個人的法益に関する罪である。通説によれば、性的自由を侵害する罪の総称である。性的自由は、誰とどのような性的行為を行うかといった積極的自由だけでなく、みだりに侵害されないという消極的自由をも意味する。しかし、幼児や自由な意思決定が困難な状態にある者の「性的自由」は、自由の意識とは独立に侵害されうる。ここでは、個人がもつ自己決定権ないし身体・精神の性的不可侵性(性的完全性)が侵害されている。淫行勧誘罪については、個人的法益に関する罪に位置づけるか、社会的法益に位置づけるかにつき未だ争いがある。

本章の罪は、平成16年の改正によって、強制わいせつ罪(旧176条)、強姦罪(旧177条)、および強制わいせつ等致死傷罪(旧181条)につき、法定刑の引上げがあり、集団強姦罪(旧178条の2)、同致死傷罪(旧181条3項)が付け加えられたが、平成29年の改正により、従来の強姦罪は強制性交等罪となり、被害者は男女を問わず、また、性交のみならず、性交類似行為をも処罰対象とし、法定刑の下限も(3年以上の有期懲役から)「5年以上の有期拘禁刑(有期懲役)」に引き上げられた。さらに、強制わいせつ罪とともに非親告罪となった。また、集団強姦罪は廃止され、新たに「監護者わいせつ及び監護者性交等」(179条)が新設された。これは、親などの地位・影響力を利用して18歳未満の者に対する性犯罪につき、暴行脅迫要件をなくした構成要件を設けたものである。

その後、令和5年6月に成立した「刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律」および「性的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姿態の影像に係る電磁的記録の消去等に関する法律」により、性犯罪規定が再び大きく改正された(一部を除いて、同年7月13日に施行された)。主な改正内容は、①強制わいせつ罪(旧176条)と準強制わいせつ罪(旧178条1項)が不同意わいせつ罪(176条)に、強制性交等罪(旧177条)と準強制性交等罪(旧178条2項)が不同意性交等罪に改められ、その成立要件が見直されたこと、②「性交等」の範囲が拡張されたこと、③配偶者間においても性犯罪が成立することが条文に明記されたこと、④性交同意年齢が13歳未満から16歳未満に引き上げられ、13歳以上16歳未満の者に対する行為については5歳差の年

齢要件が設けられたこと、⑤いわゆる性的グルーミング規定が新設され、わいせつの目的で16歳未満の者に対し、威迫等の手段を用いて面会要求する行為や、性的姿態の映像送信を要求する行為等が処罰されるようになったことである。立法担当者によれば、①については、これまで「抗拒を著しく困難にさせる程度」を要求することで性犯罪の成立範囲が限定的に解される余地があったことから、要件を明確化し、判断のばらつきが生じない規定にしたものであり、処罰範囲を拡大することを意図したものではない。しかし、罪名変更および包括要件や例示列举の規定により、これまで処罰対象でなかった類型の同意なき性交等が処罰されるようになったとの印象を与えており、類推解釈による不当な処罰拡大にならないように改正条文の適切な解釈運用が求められる。令和5年改正により、性犯罪の被害者保護や若年者が性犯罪の被害に遭うことの防止に資する改正が行われたと評価することができる一方、更なる改正についても議論する必要がある。

1. 不同意わいせつ罪

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、6月以上10年以下の拘禁刑に処する。

- (1) 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。
- (2) 心身の障害を生じさせること又はそれがあること。
- (3) 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。
- (4) 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。
- (5) 同意しない意思を形成し、表明し又は全うするいとまがないこと。
- (6) 予想と異なる事態に直面させて恐怖させ、若しくは驚愕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。
- (7) 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。
- (8) 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（176条1項）。

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（176条2項）。

16歳未満の者に対し、わいせつな行為をした者（当該16歳未満の者が13歳以上である場合については、その者が生まれた日より5年以上前の日に生まれた者に限る。）も、第1項と同様とする（176条3項）。

1項ないし3項の未遂は罰する（180条）。

本罪の保護法益は、性的自由ないし性的不可侵性である。性的感情を含むという説があるが、性的感情をもちえない人に対しても本罪は成立するから、これを含める必要はない。改正前は、この性的自由ないし性的不可侵性が、「暴行」または「脅迫」により、あるいは、「心神喪失」または「抗拒不能」により侵害された場合を処罰していた。しかし、令和5年改正により、これらの手段による場合に限らず、16歳以上の男女に対する性的行為は、自由な意思決定が困難な状態となされたことが成立要件となった。すなわち、「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」または「その状態にあることに乗じて」性的行為がなされることが

必要である（176条1項）。「同意しない意思を形成することが困難な状態」とは、性的行為をするかどうかの判断・選択をする契機や能力が不足し、性的行為をしない、したくないという発想をすること自体が困難な状態をいう。眠っていて意識がない場合、障害により判断する能力が不足している場合、継続的な虐待の影響で同意しないという考え自体が浮かばない状態、不意打ちで状況把握ができない場合などである。「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外部に表すことが困難な状態をいう。不同意の意思を有していても、混乱や恐怖から言葉にできない場合、それを伝えたときの不利益を憂慮して言い出せない場合などをいう。「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形成または表明したものの、その意思のとおりにするのが困難な状態をいう。同意しない意思を表明していても押さえつけられて身動きが取れない場合や、一旦は表明したものの、恐怖心からその意思を貫徹できない場合などである。

このような**不同意困難状態**を惹き起こす行為・事由として、同項1号ないし8号の行為または事由およびこれらに類する行為または事由（以下、「困難作出事由」という。）が掲げられている。各号の**困難作出事由**には、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（1号）、心身の障害を生じさせること又はそれがあること（2号）、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（3号）、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（4号）、同意しない意思を形成し、表明し又は全うするいとまがないこと（5号）、予想と異なる事態に直面させて恐怖させ、若しくは驚愕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（6号）、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（7号）、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（8号）が列挙されているが、これらは例示にすぎず、「その他これらに類する行為又は事由」（176条1項柱書）も対象となる。1号は強制わいせつ罪（旧176条）・強姦性交等罪（旧177条）で手段とされていたもの、2号ないし4号は準強制わいせつ罪・準強姦性交等罪（旧178条。令和5年改正で削除。）で手段とされていたもの、5号ないし8号は、従来も判例実務の解釈によって処罰対象になると考えられていたものであるが、条文化された。すれ違いざまに不意に女性の胸に触れる「不意打ち」行為は、6号にあたる。また、従業員が雇用主から解雇されるのではないかと憂慮する場合、生徒が教師から落第させられるのではないかと憂慮する場合などが、8号にあたる。改正後の規定では、行為者が、困難作出事由により、不同意困難状態にある者に対してわいせつな行為をした場合、たとえ被害者が外形的に「同意」していたとしても処罰される。行為者と被害者との間の婚姻関係の有無を問わない。

次に、「行為がわいせつなものではないとの誤信」または「行為をする者について人違い」を利用したわいせつ行為も処罰される（同条2項）。わいせつ行為を医療行為であると誤信させる場合、行為者を夫であると勘違いしている状況を利用する場合などが典型例であり、当然に自由な意思決定が困難な状態であったといえるため、第1項の不同意困難状態の要件が不要な類型である。

さらに、16歳未満の男女については、わいせつ行為の意味を正しく理解せず、性的行為に関する同意能力を有していないため、自由な意思決定が困難な状態でなされたことは要件とならない（同条3項）。令和5年改正により、性交同意年齢は13歳から16歳に引き上げられた。ただし、13歳以上16歳未満の者に対しては、行為者が「その者が生まれた日より5年以上前の日に生ま

れた者」に限られており、この5歳年上の年齢要件を充たさない場合、本罪の構成要件に該当しない。5歳以上年長の者との間では、自由な意思決定の前提となる対等な関係をおよそ築くことができず、有効な自由な意思決定をする前提となる能力に欠けるからである。16歳未満の被害者（13歳以上16歳未満であれば、行為者が5歳年上の年齢要件を充たしている場合）の承諾は、無効である。

わいせつ行為とは、いたずらに性欲を興奮・刺激させ、かつ、普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道徳観念に反する行為をいう。性的に未熟な児童に対して客観的にわいせつと感じられるような行為をすれば、これにあたる。

主観的要件として、故意以外に「性的な意図ないし傾向」が必要かどうかについて、従来、最高裁はそれを必要としていた（最判昭45・1・29刑集24・1・1）が、その後、「故意以外の行為者の性的意図を一律に強制わいせつ罪（現・不同意わいせつ罪）の成立要件とすることは相当でなく、昭和45年判例の解釈は変更されるべきである」として判例を変更した（最大判平29・11・29刑集71・9・467=百選II-14）。

2. 不同意性交等罪

176条第1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つてわいせつなもの（以下この条及び第179条第2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、5年以上の有期拘禁刑に処する（177条1項）。

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（177条2項）。

16歳未満の者に対し、性交等をした者（当該16歳未満の者が13歳以上である場合については、その者が生まれた日より5年以上前の日に生まれた者に限る。）も、第1項と同様とする（177条3項）。

1項ないし3項の未遂は罰する（180条）。

不同意性交等罪は、かつての強姦罪が廃止され、新たに設けられた強制性交等罪が更に改正された犯罪類型である。被害者の性別を問わない。旧強姦罪では、強姦行為の特質上、直接「正犯」は、男性に限られた身分犯と解釈されていたが、これも男女を問わないことになった。本罪の行為は、「性交、肛門性交又は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つてわいせつなもの」（性交等）である。従来は、男性器（陰茎）を女性器（膣）に挿入する「姦淫」行為が対象であったが、平成29年改正で「性交、肛門性交又は口腔性交」に拡大された。「肛門性交」とは肛門に男性器を挿入する（させる）こと、「口腔性交」とは口腔に男性器を挿入する（させる）ことを意味する。これらに加え、令和5年改正で身体の一部（陰茎を除く）及び物の挿入が含まれることになった。夫婦間においても、不同意性交等は認められることが明確化された。婚姻関係が実質的に破綻していた場合にこれを認めた判例（東京高判平19・9・26高刑速平19・312）がある。

困難作出事由、不同意困難状態の要件及び年齢要件については、不同意わいせつ罪と同様である。実行の着手時点は、旧規定時代には、暴行・脅迫を手段とする場合にはその開始時点である

とされていた。判例には、不同意性交（旧・強姦性交）を行う意思でダンプカーの車内に被害者を引きずり込んで数キロ離れた場所で車を停めて性交したという事案で、引きずり込むという暴行の段階で不同意性交に至る客観的危険性があるとして、すでに実行の着手を認めたものがある（最決昭45・7・28刑集24・7・585）。令和5年改正後の本罪では、1号ないし8号の困難作出事由の開始時点で実行の着手を認めることができるかが問題になる。例えば、アルコールを摂取させた時点（3号）や予想と異なる事態に直面させて恐怖させた時点（6号）においては、不同意困難状態に陥っているとは限らないため、不同意性交等に至る客観的な危険性が認められない場合には、実行の着手を認めるべきでない。

3. 監護者わいせつ・監護者性交等罪

18歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じてわいせつな行為をした者は、第176条第1項の例による（179条1項）。未遂は罰する（180条）。

18歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じて性交等をした者は、第177条第1項の例による（179条2項）。未遂は罰する（180条）。

18歳未満の未熟で完全に自立しているとはいえない16歳以上の者に対しては、不同意わいせつ罪・不同意性交等罪における困難作出事由や不同意困難状態がなくても、「その者を現に監護する者」が、それによる「影響力があることに乗じて」わいせつ行為または性交等を行えば処罰する趣旨の規定であり、不同意わいせつ罪・不同意性交等罪の補充規定である。16歳以上の者については、一応の性的自己決定権が認められるが、本罪は、監護者と被監護者という「依存関係」「支配関係」などを通じて、被監護者に対する監護者の継続的・構造的な「影響力」によって自立した自己決定が事実上困難な場合につき、自己決定権にもとづく有効な同意はないと推定したものであり、平成29年の刑法改正により設けられた。本罪を児童の心身の健全な成長・発展をも保護法益としていると解する見解が唱えられているが、性的自由ないし性的不可侵性に対する侵害犯としての性犯罪にそれ以外の法益を持ち込み、抽象的危険犯とするこの見解には疑問がある。

「現に監護する者」とは、事実上対象者を監督し保護する者をいう。法律上監護権を有している（例えば、民820条）だけでは十分でないが、法律上でなくても現実に監護している者であればよい。父母、養父母のほか、それらの者と同様に、全面的・継続的にその生活を支え、生活全般に渡って指導監督・保護をする立場にある者がそれである。教師のような一時的・部分的な指導者・援助者はこれに含まれない。

「影響力があることに乗じて」わいせつ行為や性交等を行えば足り、暴行・脅迫はもとより、指示・命令や懇願・依頼なども不要である。

4. 不同意わいせつ等致死傷罪

第176条若しくは第179条第1項又はこれらの罪の未遂罪を犯し、よって人を死傷させた者は、無期又は3年以上の拘禁刑に処する（181条1項）。

第177条若しくは第179条第2項の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯し、よって人を死傷させた者は、無期又は6年以上の拘禁刑に処する（同条2項）。

第1項は、不同意わいせつ罪(176条)、監護者わいせつ罪(179条1項)、これらの罪の未遂罪の**結果的加重犯**であり、「無期又は3年以上の拘禁刑」に処せられる。これに対して、第2項は、不同意性交等罪(177条)、監護者性交等罪(179条2項)、これらの罪の未遂罪の**結果的加重犯**であり、「無期又は6年以上の拘禁刑」に処せられる。不同意性交等罪は、殺人の故意ある場合を含まないことは明らかであるが、その場合に殺人罪と不同意性交等罪の観念的競合になるのか、殺人罪と不同意性交等致死罪との観念的競合になるのかは見解が分かれている。傷害の故意のある場合については、不同意性交等罪と傷害罪の観念的競合とする見解によれば、処断刑が5年以上の有期拘禁刑となり、不同意性交等致傷罪の適用が可能な傷害につき過失があるにすぎない場合より軽くなる。そこで、傷害につき故意がある場合にも不同意性交等致傷罪の適用があると解すべきである。

「死傷」が、基本犯たる上述の性犯罪の危険が現実化した結果であり、予見可能なものであることが必要である。例えば、被害者がPTSDやパニック障害を発症した場合も「傷害」結果にあたり、被害者が暴行・脅迫による性交等から逃れるために2階から飛び降りて負傷した場合、逃走中転倒して負傷した場合も、危険の現実化が認められる。しかし、就寝中の被害者にわいせつ行為を行ったが、被害者が目覚め、逃走する行為者のTシャツを掴んだときに指に傷害を負った場合、傷害は、不同意わいせつ(旧・強制わいせつ)行為に随伴するものではある(最決平20・1・22刑集62・1・1=百選II-15)が、わいせつ行為の終了後の行為から生じたので、これに含まれないと解すべきである。

5. 16歳未満の者に対する面会要求等罪

わいせつの目的で、16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16歳未満の者が13歳以上である場合については、その者が生まれた日より5年以上前の日に生まれた者に限る。)は、1年以下の拘禁刑又は50万円以下の罰金に処する。

- (1) 威迫し、偽計を用い又は誘惑して面会を要求すること。
- (2) 拒まれたにもかかわらず、反復して面会を要求すること。
- (3) 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(182条1項)。

前項の罪を犯し、よってわいせつの目的で当該16歳未満の者と面会をした者は、2年以下の拘禁刑又は100万円以下の罰金に処する(同条2項)。

16歳未満の者に対し、次の各号に掲げるいずれかの行為(第2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16歳未満の者が13歳以上である場合については、その者が生まれた日より5年以上前の日に生まれた者に限る。)は、1年以下の拘禁刑又は50万円以下の罰金に処する。

- (1) 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。
- (2) 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、^{でん}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(同条3項)。

本罪は、わいせつ行為に及ぶことを目的に、若年者を手なづけ、懐柔する「性的グルーミング」の処罰規定である。わいせつ行為に至る前の段階で、性被害に遭う危険性を捉えて処罰するため、本罪の保護法益は、16歳未満の者の性被害に遭う危険性のない保護された状態、すなわち**性的保護状態**である。性的保護状態が侵害されていなくても、性的自由が侵害される危険を伴うことで犯罪が成立する**抽象的危険犯**である。

面会要求罪（182条1項）および面会罪（同条2項）は、行為自体にわいせつ性がないため、「わいせつの目的」を有することが主観的構成要件とされる**目的犯**である。客体は、性被害に遭うことを回避する能力が低い「16歳未満の者」である。13歳以上16歳未満の者に対する場合には、5歳以上年長の者との間では自由な意思決定の前提となる対等な関係をおよそ築くことができないことから、性交同意年齢と同じ5歳差の年齢要件が設けられている。第1項の行為は、威迫し、偽計を用い又は誘惑して面接を要求すること（1号）、拒まれたにもかかわらず、反復して面会を要求すること（2号）、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（3号）である。面会要求自体は、わいせつ性のない価値中立的な行為であることから、当罰性の高い一定の手段や態様による場合に限定されている。芸能人に会えるといった虚偽や甘言で誘い出す場合、面会の対価として金銭を与える場合などが考えられる。第2項の面会罪は、第1項の面会要求罪を犯した上で、実際に面会した場合により重く処罰する規定である。「面会」とは、物理的な直接の対面をいう。

映像送信要求罪（同条3項）は、非対面・非接触型で行われるわいせつ行為の準備行為として、16歳未満の者に性的な姿態をとってその映像を送信することを要求することを処罰する。客体の年齢要件は、面会要求罪と同様である。わいせつ目的は構成要件でないが、行為は、「性的な姿態をとること」と「その映像を送信すること」の両方の要求である。性的な姿態とは、性交、肛門性交又は口腔性交をする姿態（1号）、性交類似行為、性的な部位を触り又は触られる姿態、性的な部位を露出した姿態等（2号）で、後者は「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。

本罪の行為の後にわいせつ行為が実行された場合、本罪は不同意わいせつ・不同意性交等罪の予備罪ではなく、独立の保護法益をもつことから、これらの罪に吸収されるのではなく、それぞれの罪が独立に成立する。牽連犯として、科刑上一罪で処理されると解すべきである。

6. 淫行勧誘罪

営利の目的で、淫行の常習のない女子を勧誘して**姦淫**させた者は、3年以下の拘禁刑又は30万円以下の罰金に処する（183条）。

保護法益は、女性の性的自由である。「淫行の常習のない女子」が行為客体である。「勧誘」とは、姦淫の決意を生じさせる一切の行為を言う。欺罔も含む。「営利の目的」で行われることが必要である。