

Ⅲ 強制わいせつ罪、強制性交等罪

1 保護法益、両罪の関係

刑法典は、22章(174条から184条)において、性的なことに関係する犯罪をひとまとめにして規定しています。これらのうち、176条から181条までに規定された犯罪は、**個人的法益としての性的自由(性的自己決定権)**に対する罪であり、それ以外の犯罪(特に、174条と175条の罪が重要ですが、それらは個人的法益に対する罪ではなく、社会的法益〔風俗ないし道徳的秩序〕に対する罪です〔→190頁以下〕)とは根本的に異なります。性的自由とは、性的行為を行うかどうか、誰をパートナーとして行うかに関して自分で決めることのできる自由(それを他人に強制されない防衛権)のことです。そこから、強制わいせつ罪(176条)と強制性交等罪(177条)といった**性犯罪**は、公然わいせつ罪(174条)やわいせつ物頒布等罪(175条)とは違って、「公然と」行われる必要はないのです¹³。

まず、強制わいせつ罪の処罰規定である176条を見て下さい。ここにいう「**わいせつな行為**」とは何かが問題となるのですが、「わいせつ」という概念は174条や175条においても用いられているところです。ただ、それらの社会的法益に対する罪における「わいせつ」と、個人の性的自由を保護する本罪における「わいせつ」とは、同一の文言であっても、その意味は異なります¹⁴。強制わいせつ罪におけるわいせつ行為とは、被害者の意思に反する、そして、被害者の性的羞恥心を害し、かつ、ふつうの人でも性的羞恥心を害されるであろう行為のことです。たとえば、陰部、乳房、尻や太もも等に触れる行為、全裸の写真を撮る行為、キスする行為などはその人の意思に反して行われる限りこれにあたります。その行為がそれを見る人に与えるいやらしさなどは(174条や175条の場合とは異なり)重要ではないのです。

なお、電車内などにおける**痴漢行為**のうち、着衣の上から女性の尻や胸などに触れる程度にとどまるものについては、ただちに「わいせつな行為」とまでいえるか明らかでなく、また、それが「暴行」にあたるともいいにくいことから、強制わいせつ罪にはならないとされています(ただ、それは都道府県の迷惑行為防止条例等により犯罪とされています¹⁵)。

¹³ なお、性犯罪は原則として**親告罪**(→総論79頁)とされてきました。これは、性犯罪の被害者が立件・訴追を望まないケースにおいて立件・訴追が行われ、これにより(または手続の過程で)被害者がさらに傷つけられること(二次被害;セカンド・レイプ)を防止するとともに、加害者をして示談を成立させるように努力する動機づけを与え、事後的な被害者救済を促進するためでありました。しかし、被害者に手続進行上の責任とイニシアティブが付与されていることが、相当数の被害者にとり重い心理的負担として感じられてきたということがあり、2017(平成29)年の刑法一部改正法は、(旧)180条を削除してこれまで親告罪とされてきた性犯罪を**非親告罪**とした上で、実務上の運用において被害者の意思を尊重しプライバシー侵害が生じないように配慮することにしました。

¹⁴ こういう現象のことを「**概念の相対性**」と呼びます。井田53頁を参照して下さい。

¹⁵ たとえば、東京都については、東京都条例の「公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等

強制性交等罪（177 条）にいう「性交等」とは、条文にあるとおり、性交、肛門性交、口腔性交のことをいいます。このうち性交とは、性器の結合（男性器〔陰莖〕を女性器〔膣〕内に挿入すること）のことであり、肛門性交とは男性器を肛門に挿入すること、口腔性交とは男性器を口腔内に入れることです。性交等の行為も、強制わいせつ行為にほかなりません。刑法は、強制わいせつ行為のうち、特に被害者に対するダメージが大きいと考えられるものを選んで類型化し、これに重い刑を規定しているのです（したがって、強制性交等罪は、「加重強制わいせつ罪」にほかなりません）。

2017（平成 29）年の刑法一部改正により、これまでの強姦罪規定（旧 177 条）は大きく書き改められました。旧規定は、女性を被害者とする性交の強制のみを強姦として加重処罰しており、男性を被害者とする性交の強制は強制わいせつにすぎませんでした（このような差別的扱いについては、その正当化の根拠を見出すことが困難でありました）。また、種々の性的侵害行為のうち、性交の強制のみを特別視し、それ以外の性的な攻撃（肛門性交および口腔性交）をより軽く評価することも正当化できないところでした。そこで、このたびの改正により、177 条による処罰の範囲を拡大し、男性を被害者とするものを含める（ジェンダー・ニュートラルなものとする）とともに、強制的な性器結合と同等のダメージを与える性暴力（旧法下では強制わいせつ行為に含められていたもの）を切り出して、これに性交の強制と同じ法定刑を予定することとしたのです¹⁶（なお、2017 年の改正により、強制性交等罪の法定刑の下限が懲役 5 年に引き上げられました）。

2 暴行と脅迫

強制わいせつ罪についても、強制性交等罪についても、**暴行または脅迫**が構成要件要素となっています（176 条前段・177 条前段）¹⁷。この場合の暴行と脅迫は、

の防止に関する条例」5 条 1 項が、「何人も、正当な理由なく、人を著しく羞恥させ、又は人に不安を覚えさせるような行為であって、次に掲げるものをしてはならない」とし、同項 1 号は、「公共の場所又は公共の乗物において、衣服その他の身に着ける物の上から又は直接に人の身体に触れること」と定めています。刑罰は、同条例 8 条 1 項 2 号により、「6 月以下の懲役又は 50 万円以下の罰金」です。

¹⁶ 強制性交等罪においては、加害者・被害者ともに男女を問いません（ただし、少なくとも一方が男性であることが必要です）。たとえば、女性たる行為者が自分の口腔の中に男性たる被害者の男性器を挿入させる行為も本罪にあたるということになります。

¹⁷ なお、最高裁判例（最判昭和 45・1・29 刑集 24 卷 1 号 1 頁）は、**強制わいせつ罪**につき、**特別な（故意に加えて要求される）主観的要素**として、「犯人の性欲を刺激興奮させまたは満足させるという性的意図」が必要だとしています。したがって、このような性的意図がなく、もっぱら報復侮辱の目的で女性を脅迫し裸にして写真撮影する行為については、強要罪その他の罪の成立が考えられるにすぎないというのです。しかし、強制わいせつ罪の保護法益が被害者の性的自由であるとすれば、行為者において、被害者に性的羞恥心を抱かせて性的自由を侵害するという違法内容についての認識がある以上、強制わいせつ罪の成立を認めない理由はないでしょう。学説の多くは、上記判例に反対しており、それ以降、性的意図の不存在を理由に強制わいせつ罪の成立を否定した判例・裁判例は存在しません。大阪高判平成 28・10・27 高刑集

被害者の反抗を著しく困難ならしめる程度のものをいうとするのが判例・通説です。強盗罪（236条）のように、被害者の反抗を抑圧する程度のものであることを要しないとされています。しかし、本質的に重要なことは、**被害者の意思に反して性的行為が強制**されるところにあり、種々の事情から、必ずしも暴行・脅迫がそれほど強度でなくても、被害者にとり抵抗が不可能な場合もあることから、暴行・脅迫の強度に関しハードルを高くしすぎてはならないと考えられます。強盗罪については、暴行・脅迫をかなり強度のものに限定したとしても、その程度に至らない暴行・脅迫を用いる場合には恐喝罪（249条）として処罰することが可能ですが、これに対し、強制わいせつ罪や強制性交等罪については、強盗罪にとっての恐喝罪に対応する規定がないため、手段たる暴行・脅迫を特に強度のものに限定すると、それに達しない程度の手段を用いる場合が不可罰となってしまうのです。とりわけ、強制わいせつ罪における暴行は、比較的軽度のもので、被害者の油断・無防備に乗じて行われるときはその手段となりうる（ちなみに、その暴行が同時にわいせつ行為そのものと認められる場合でも強制わいせつ罪は成立します）ので、力の大小強弱を問わず、必ずしもそれが被害者の反抗を著しく困難にする程度のものでなくても、強制わいせつ罪は成立すると考えるべきでしょう¹⁸。

強制わいせつ罪と強制性交等罪においては**未遂も処罰**されますが（180条）、実行の着手（43条）が認められるのは、手段としての暴行または脅迫が開始された時点です（この点について、総論140頁を参照）。

性犯罪にとり本質的なことは、被害者の意思に反する性的行為が行われることですので、**暴行・脅迫がなくても成立する**場合があります。まず、強制わいせつ罪および強制性交等罪は、**13歳未満の者が被害者**となる場合には、暴行・脅迫が要件とされません（176条後段・177条後段を参照）。これは、被害者の**同意の有無を問わず**犯罪が成立するということを意味しており、いいかえれば、刑法は、13歳未満の者については性的自由に関する判断能力（同意能力）を否定しているのです。また、被害者が13歳以上であっても18歳未満であれば、2017年の刑法一部改正により新設された**監護者わいせつ罪**または**監護者性交等罪**が成立する可能性があります（179条）。これらの犯罪は、暴行・脅迫による強制という手段を用いることなく、地位・関係性を利用して行われた性的侵害行為であって、同意がおよそ問題にならない状況下にあったと考えられる場合を類型化したものです。本罪が成立するのは、被害者が18歳未満で精神的に未成熟であり、かつ実親や養親等の監護者との関係で精神的・経済的に依存していると

69巻2号1頁は、本罪の成立に性的意図は不要であるとし、被告人に性的意図があったことにつき合理的疑いが残るとされたケースについて本罪の成立を肯定しました（事件は上告中であり、最高裁が判例を見直すことが予想されているところです）。

¹⁸ 特に、大塚・各論99頁以下を参照。

き、監護者がその影響力があることに乗じて性的行為を行った場合です¹⁹。さらに、その年齢にかかわらず、被害者が精神障害や薬物服用、睡眠中等の理由で抵抗できない状態（心神喪失または抗拒不能の状態）にあるとき、これに乗じて、または、被害者をそのような状態に陥れて、わいせつ行為または性交等を行えば（暴行・脅迫が用いられなくても）**準強制わいせつ罪または準強制性交等罪**になります（178条）。

3 結果的加重犯

強制わいせつ罪・強制性交等罪の結果的加重犯として、強制わいせつ致死傷罪、強制性交等致死傷罪が規定されています（181条）。これらの罪が成立するのは、①強制わいせつないし性交等の手段としての暴行・脅迫から結果が発生した場合と、②強制わいせつ行為ないし性交等の行為そのものから結果が発生した場合の2つの場合があります。いずれも、強制わいせつ罪や強制性交等罪の**構成要件該当行為そのものから重い結果が発生した場合**です。

問題となるのは、犯人が強制わいせつ罪や強制性交等罪の実行行為を終了した後（または、実行行為の途中で犯意を放棄した後）に、もっぱら逃走のため、犯人の逃走を阻止しようとする被害者に傷害を加えたという場合に強制わいせつ致傷罪や強制性交等致傷罪が成立するかどうかです。この場合には、傷害の結果を発生させたのが、176条または177条の罪の構成要件該当行為ではなく、その後に行われた逃走行為ですので、181条の文言上、その罪の成立を認めることには疑問がないではありません。しかし、判例は、死傷の結果の原因行為は、強制わいせつ罪や強制性交等罪の構成要件該当行為そのものに限定されず、**それに随伴するものであれば足りると拡張的に解釈**しています²⁰。

（以下、脚注番号が1つずつ繰り上がる）

¹⁹ なお、13歳以上18歳未満の者に対する性的行為は、たとえその同意があっても、児童福祉法の児童に淫行をさせる罪（34条1項6号）、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による児童買春罪（4条）、「淫行」を規制する地方公共団体の青少年保護育成条例違反の罪により処罰されます。

²⁰ すなわち、最決平成20・1・22刑集62巻1号1頁は、準強制わいせつ行為をした者が、わいせつな行為を行う意思を喪失した後、逃走するため被疑者に暴行を加えて傷害を負わせた場合について、その暴行が準強制わいせつ行為に「随伴する」ものといえることを理由に、強制わいせつ致傷罪が成立するとしています。