

中森喜彦 著『刑法各論〔第4版〕』（13913-8）補遺

平成30（2018）年9月

本補遺は、性犯罪に関する刑法一部改正（平29法72）に合わせ、本書の関連箇所（64頁以下、および131頁以下）を改正後の法内容に対応させて書き直したものです。当該箇所については、こちらをご覧ください。

※凡例：本補遺中では、本書で用いているもののほか、以下の略語を使用している。

高橋 高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』（平26，成文堂）

西田 = 橋爪 西田典之著 = 橋爪隆補訂『刑法各論〔第7版〕』（平30，弘文堂）

[本書第1編第2章第4節 (64頁以下)]

## 第4節 性的自由を害する罪

### I 総 説

刑法は、22章を「わいせつ、強制性交等〔平成29年改正前は、姦淫〕及び重婚の罪」として、性的事項に関する犯罪を規定している。法典上の位置から、刑法は、これらの罪を一まとめに社会的法益としての性的風俗を害するものと見ていたといえよう。しかし今日では、176条の強制わいせつから181条の強制わいせつ等致死傷までの各罪は個人の性的自由を害する罪だとするのが通説である。これらの罪は、単に社会の風俗を害するに過ぎないものではない<sup>36)</sup>。

性的自由を害する罪は、平成29年の刑法一部改正によって大きく変更された(平29法72)<sup>37)</sup>。改正の要点は、①加重類型としての強姦罪の規定を拡張して強制性交等の罪とし、刑の下限を引き上げたこと、②致死傷罪を除いて各犯罪を親告罪でないものとしたこと、③監護者わいせつ及び監護者性交等の罪(179条)を新設したことである<sup>38)</sup>。

---

36) 淫行勧誘罪(182条)の性格は曖昧であるが、弱い立場にある女子の自己決定の利益を害するものとみて、ここに含めて論じたい。同様の立場として、団藤489頁、大谷116頁、曾根66頁。

37) 平成29年7月13日施行。立案関係者による解説として、松田哲也=今井将人「刑法の一部を改正する法律について」曹時69巻11号211頁以下、田野尻猛・論究ジュリスト23号112頁以下など。

38) 強制性交等の罪の刑の下限が5年に引き上げられたため、刑を4年以上の有期懲役としていた集団強姦等の罪(旧178条の2)は存在意義を失ったとして、廃止された。さらに、強盗強姦罪が強盗・強制性交等の罪に改められ(241条)、また、わいせつ・結婚目的の拐取罪(225条)および同罪を幫助する目的で犯した被拐取者引渡し等の罪(227条1項)並びにこれらの未遂罪も親告罪でないものとされた。

## II 強制わいせつ罪

〔法規定〕 13歳以上の者に対し、暴行または脅迫を用いてわいせつな行為をした者は、6月以上10年以下の懲役に処する。13歳未満の者に対し、わいせつな行為をした者も、同様とする（176条<sup>39)</sup>。未遂を罰する（180条）。

強制わいせつ罪は、被害者が13歳以上であれば、暴行・脅迫によりわいせつ行為をした場合、13歳未満であれば、およそわいせつ行為をしたすべての場合に成立する。客体は、すべての人である。従来は「男女」と表示されていたが、性差を問題にしない見地から、今回の改正で「者」と改められた。わいせつ行為の意義については、公然わいせつ罪（174条）、わいせつ物頒布等の罪（175条）におけると同様だが重点が異なる、とされることもある（たとえば、名古屋高金沢支判昭36・5・2下刑集3巻5=6号399頁、東京高判昭59・6・13刑月16巻5=6号414頁。団藤490頁、大谷117頁）。しかし、本罪が個人の性的自由に対する罪であるとすれば、端的に、人の性的自己決定を害する行為をいうとすれば足りる（内田158頁、曾根66頁<sup>40)</sup>。ただし、どのような事柄に性的意味を認めるかは人によって多様であり、その限界は必ずしも明快ではない。犯罪として取り上げる以上、一般性が認められることは必要であるが、一般人を基準とすれば足りるというものではない<sup>41)</sup>。

本罪の成立については、被害者が13歳に達しているか否かによって、暴行・脅迫の要否が分かれる。被害者が13歳未満であれば、その同意を得て行為しても本罪が成立する。法は、この年齢でわいせつ行為の意味を判断する能

39) 凶悪・重大犯罪に対処するための平成16年の改正の一環として、刑の上限が7年から10年に引き上げられた（平16法156。平成17年1月1日施行）。また従来、致死傷罪や現場共同の罪を除いて、性的自由を害する罪は親告罪とされており、平成12年には、被害者に熟慮の余裕を与えるため、告訴期間の制限（刑訴235条）が廃止された。しかし平成29年の改正では、犯人の処罰を被害者の意思に依存させるのは被害者に精神的負担を負わせるものとして、告訴の要件が削除された。

40) 性的羞恥心を害する行為とするのは（西田＝橋爪98頁）、被害者が幼児である場合などに不都合であろう。

41) 西田＝橋爪99頁は、「一般人の見地からみても性的羞恥心を害する行為であることが必要であろう」とする。この点についてはまた、最大判平29・11・29刑集71巻9号467頁、参照。

力の有無が分かるとみなしたのである<sup>42)</sup>。13歳未満の者に対して暴行・脅迫を用いてわいせつ行為が行われた場合には、前段・後段の区別なく、本条に該当する一罪が成立する（最決昭44・7・25刑集23巻8号1068頁）。手段である暴行・脅迫はそれぞれ、物理的強制と心理的強制を表すものであり、行為者と相手方の年齢・性別、両者の関係、行為の時刻・場所などの具体的事情を考慮して、相手方の抵抗が著しく困難であったと認められれば本罪が成立する（旧強姦致傷罪に関する、最判昭33・6・6裁集126号171頁、参照）。強盗罪とは異なり、抵抗を不可能にする程度のものであることまでは要求されない。また本罪は、被害者の隙に乗じて不意に触れる場合のように、暴行自体がわいせつ行為である形態においても行われうる。このような場合には、力の行使の程度は問題とならない。不意を突かれたため抵抗が困難であったともいうことができる（西田=橋爪99頁）。他方、下級審判例には、本罪の暴行は「被害者の意思に反してわいせつ行為を行うに必要な程度に抗拒を抑制するもので足りる」とするものがあるが（名古屋高判平15・6・2判時1834号161頁）、単純に意思侵害・抗拒抑制というだけでは、適切な判断基準を示しているとはいえない。

本罪は故意犯であるから、行為のわいせつ性を認識してなされることが必要である。また本罪は、被害者の年齢によって暴行・脅迫の要否を分けているので、暴行・脅迫を用いない場合には、被害者を13歳未満と認識していなければ本罪の故意が認められない。なお、かつては、故意に加えて、行為者が自己の性的欲望を刺激・興奮させ、または満足させる意図であったことを要するとする考え方があった（いわゆる傾向犯。今日の学説として、高橋127頁、など）。判例も、同様の立場をとっていた（最判昭45・1・29刑集24巻1号1頁：報復・侮辱目的で女性を裸にして写真撮影した行為につき、本罪不成立とした）。しかし、本罪が個人の性的自由を保護するものであるなら、故意以上のものを要求することには根拠がない。最高裁も最近、判例を変更し、性的意図を一律に要求するのは相当でないとしている（前掲最大判平29・11・29：第三者から金銭を得る目的で、

42) 13歳を基準とするのは、比較法的にみて高くない。改正刑法草案は、14歳に引き上げていた（298条）。旧強姦罪に関して年齢の引上げを要求した見解として、滝川79頁。引上げに批判的な見解として、平野・法セ205号71頁。ただし、被害者が18歳未満の場合、その同意があっても、新設された監護者わいせつ及び監護者性交等の罪（179条）の適用がありうる。また、地方公共団体の青少年条例、児童福祉法、児童買春処罰法による処罰もありうる。

7歳の女兒に対してわいせつな行為をした事案につき、本罪の成立を認めた<sup>43)</sup>。

### Ⅲ 強制性交等の罪

〔法規定〕 13歳以上の者に対し、暴行または脅迫を用いて性交、肛門性交または口腔性交（以下、「性交等」という）をした者は、強制性交等の罪とし、5年以上の有期徒刑に処する。13歳未満の者に対し、性交等をした者も、同様とする（177条）。未遂を罰する（180条）。

強制性交等の罪は、強制わいせつ罪の特別罪、加重類型である。かつては、女子に対する姦淫だけが加重の対象であったが（旧強姦罪）、平成29年の改正によって、性交類似行為にまで対象を拡張し、かつ、法定刑の下限が3年から5年に引き上げられた。性交等は要するに男性器の挿入であり、旧強姦罪と異なり女子に対する姦淫に限られないので、男女ともに行為者・被害者となり得る。加重の根拠は、旧強姦罪では女子の妊娠・出産の危険・負担であったと思われるが、本罪では、より一般的に、性的自由を著しく蹂躪するところにあることになろう。立案関係者は、「濃厚な身体的接触を伴う性交渉」を強いる、性交と同等の悪質性・重大性があると説明している。しかし、男性器の挿入という性交との現象的類似要素がそれだけで十分な加重理由になるかは疑わしい。性的自由の著しい蹂躪は、他の行為態様においても認められうるはずであり、列挙された三つの行動のどれか一つが認められさえすれば、あらゆる関係において常に加重が正当化される、とするのも行き過ぎであろう。要するに、強制わいせつ罪との区別を維持した上で、現象的類似性に着目して三つの行為態様を取り出し加重類型を設けたのは、立法として慎重さを欠くというべきである。また法定刑の下限の引上げ<sup>44)</sup>にも議論の余地があろう。5年という刑の下限は、強盗罪（236条）や現住建造物等放火罪（108条）と同じであるが、その理由は、本罪に当たる行為の悪質性・重大性に対する社会の評価がこれら二つの罪に対

43) 最高裁は、行為の性的意味が必ずしも明白でないときには、行為者の目的等の主観的事情を含めて、行為の具体的事情を総合考慮して本罪の成否が判断される場合があり得るとしている。

44) 旧強姦罪の法定刑の下限は、古くは2年であったが、平成16年の改正により、3年に引き上げられていた。

する評価を下回るものではないこと、最近の実務においてもこれらの罪に対するより重い量刑がなされる傾向があること、などに求められている。しかし、放火罪の危険性は公共に対するものとして異質であるし、現行刑法における強盗罪など財産犯の刑は重すぎると言わざるを得ない。行為の重大性評価、量刑の重さなどは事案ごとの問題である。本罪の三つの行為態様につき、強制わいせつの6月とかけ離れて重い5年という下限を定めるのは疑問である。

本罪の実行行為は、性交、肛門性交または口腔性交の強制である。上記のように、男性器の挿入をいう。男性は、行為者である場合も被害者である場合もある。一部の挿入で既遂になる。手段は暴行・脅迫であるが、強制わいせつについて既述したように、それ自体の強度が決定的ではなく、具体的状況下で被害者の抵抗が困難であったと認められるかどうかが重要である。性交等に直結する暴行・脅迫が開始された時点で未遂が成立する<sup>45)</sup>。被害者が13歳未満である場合は、強制わいせつと同様、暴行・脅迫がなく、相手方の同意を得たとしても本罪が成立する。その年齢の認識についても、強制わいせつと同じである。

夫婦間においても本罪は成立しうる。しかし、人間関係の具体的状況に応じて慎重な判断が求められるであろう<sup>46)</sup>。

#### Ⅳ 準強制わいせつ・準強制性交等の罪

〔法規定〕 人の心神喪失もしくは抗拒不能に乗じ、または心神を喪失させ、もしくは抗拒不能にさせて、わいせつな行為をした者は、176条の例による(178条1項)。人の心神喪失もしくは抗拒不能に乗じ、または心神を喪失させ、もしくは抗拒不能にさせて、性交等をした者は、177条の例による(同2項)。未遂を罰する(180条)。

45) 暴行の時点での強姦の危険を明示的に判断した例として、最決昭45・7・28刑集24巻7号585頁。

46) 婚姻が破綻していて、夫が第三者と共同して妻を姦淫した特異な事案につき旧強姦罪を認めた、広島高松江支判昭62・6・18高刑集40巻1号71頁、別居中の妻に対する同罪の成立を認めた、東京高判平19・9・26判タ1268号345頁がある。町野・犯罪各論の現在(平8)294頁、林92頁、参照。

本罪は、被害者が抵抗できない状態にあるときに行われるわいせつ・性交等の行為を、強制わいせつ・強制性交等と同じく処罰する。心神喪失は、性的行為につき判断力を持たない状態（責任能力に関する39条1項とは異なる）、抗拒不能は、それ以外の理由で抵抗が著しく困難な状態をいう。両者の区別は重要でない。高度の精神障害が前者の例、熟睡・誤信などが後者の例である。前段の「心神喪失・抗拒不能に乘じ」は、犯人の行為と無関係に存在する相手方の抵抗困難状態を利用する場合であり、後段は、犯人が暴行・脅迫以外の手段で相手方の抵抗困難状態を惹起する場合のほか、暴行・脅迫を用いても、その際にはわいせつ・性交等の故意がなかった場合を含む。

法適用においては、心理的な抵抗困難をどの範囲で認めるかが、難しい問題となる<sup>47)</sup>。相手方が性行為等であることを認識してその行為を承諾している場合には、法益処分について錯誤がないので本罪は成立しない、とする見解もある（法益関係の錯誤の理論<sup>48)</sup>）。しかし、法益の処分があったというためには、それが自由な意思決定によるものであることを要するから、この理論が独自の意義を持ちうるかは疑問である。

## V 監護者わいせつ及び監護者性交等の罪

〔法規定〕 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、176条の例による（179条1項）。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、177条の例による（同2項）。未遂を罰する（180条）。

保護関係、人的上下関係を利用して、従属的立場にある者の性的自由を侵害する行為につき、これまでに検討した各罪を認めることができない場合、その保護をどうするかは従来から懸案とされてきたが<sup>49)</sup>、今回の改正では、監護者

47) 治療のために必要と騙して姦淫した事例についての下級審の判断は分かれている（肯定例として、名古屋地判昭55・7・28刑月12巻7号709頁、横浜地判平16・9・14判タ1189号347頁、否定例として、東京地判昭58・3・1判時1096号145頁）。

48) 町野・判例刑法研究2巻（昭56）202頁、西田＝橋爪105頁。

49) 改正刑法草案は、被保護者の姦淫の罪を置くこととしていた。

の行為に限って、処罰規定が置かれた。

本条は、18歳未満の者に対して、その者を現に監護する者が、そのことによる影響力があることに乗じて、わいせつな行為あるいは性交等をした場合に、それぞれ強制わいせつ、強制性交等と同様に処罰すると定める。「監護」は、民法820条と同様、監督・保護を意味する。「現に」監護するとは、法律上の権限の有無とは関わりなく、生活の全般にわたって、18歳未満の者との間に、保護・被保護ないし依存・被依存の関係が継続的に認められることをいう。親ないし親に匹敵する生活共同体構成員が本罪の主体の典型であろう。そのような保護関係を積極的に利用したことは要求されておらず、保護関係による「影響力があることに乗じて」行為が行われれば足るから、保護関係にあることを認識している限り、本罪の成立が認められることになる。本条は、若年者の保護範囲を拡大したものであるから、18歳未満の者の承諾があっても犯罪の成立は否定されない。

## VI 強制わいせつ・強制性交等致死傷罪

〔法規定〕 強制わいせつ、準強制わいせつもしくは監護者わいせつの罪また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、無期または3年以上の懲役に処する（181条1項）。強制性交等、準強制性交等もしくは監護者性交等の罪また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、無期または6年以上の懲役に処する（同2項）。

これまで述べてきた各罪を犯して被害者を死傷させた場合に刑を加重する規定である<sup>50)</sup>。重大な罪であるため、従来から、親告罪とはされていなかった。明

301条① 身分、雇用、業務その他の関係に基づき自己が保護し又は監督する18歳未満の女子に対し、偽計又は威力を用いて、これを姦淫した者は、5年以下の懲役に処する。

② 精神障害の状態にある女子を保護し又は監督する者が、その地位を利用して、その女子を姦淫したときも、前項と同じである。

50) 古くは、これらの致死傷は一律に、無期または3年以上の懲役とされていたが、平成16年の改正により、旧強姦致死傷を分けて、刑の下限が5年に引き上げられていた。平成29年の改正では、強制性交等の刑の下限が5年とされたため、致死傷の刑は、さらに1年重く定められた。なお、旧集団強姦等致死傷の刑の下限は6年とされていたが、本条2項によって賄えるとして、同罪の規定は削除された。

文上、基本犯が未遂の場合にも、本罪が成立する。

死傷の結果は、各基本犯の手段である暴行・脅迫、あるいはわいせつ・性交等の行為自体から生じたのでなくとも、各基本犯の遂行過程から生じたのであれば足りる（被害者が逃避する際に傷害を負った例につき、最決昭46・9・22刑集25巻6号769頁、犯人が逃走の目的で暴行して傷害を与えた例につき、大判明44・6・29刑録17輯1330頁、最決平20・1・22刑集62巻1号1頁<sup>51)</sup>。加重結果としての致死には被害者の自殺を含まないとするのが一般的見解である（反対、木村211頁）。致傷の中に被害者の妊娠を含むかどうかについて、古い学説には対立があるが（否定説、大場353頁、泉二405頁。肯定説、小疇718頁）、妊娠それ自体を傷害ということはできないであろう。

さらに、被害者の死傷につき行為者に故意がある場合を含むか、という問題がある。殺人の故意がある場合には、本罪と殺人罪との観念的競合とするのが判例・通説であるが（最判昭31・10・25刑集10巻10号1455頁。団藤495頁、平野181頁）、一つの死を二度評価するのは妥当でなく、強盗致死罪（240条後段）と異なって、法定刑の点からも本罪の成立を認める実益はないから、強制わいせつ・強制性交等の罪と殺人罪の観念的競合とするのが妥当であろう（同旨、大塚106頁、大谷131頁、山口116頁）。これに対して、傷害の故意がある場合には、本罪の刑の下限が重いので、本罪の成立を認めないと処断刑に不均衡が生じる上、強制わいせつ・強制性交等の罪と傷害との結び付きは通常のものといえるから、本罪に含めてよいであろう（反対、大塚106頁、曾根70頁）。

## Ⅶ 淫行勧誘罪

〔法規定〕 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、

51) 犯人が逃走のためにした行為による死傷の場合を含まないとする見解として、大谷129頁、曾根70頁、西田=橋爪108頁。しかし、犯人が犯意を失っただけで、犯罪遂行から生じる危険も終了したとするのは、適当ではないであろう。他方、判例は、基本犯に随伴する行為による死傷で足るとするが、文字通りに適用すれば、広すぎることもありうる。なお、強制わいせつの被害者が重篤なパニック障害等を発症した場合に強制わいせつ致傷罪の成立を認めた下級審判例として、広島高岡山支判平25・2・27高刑速（平25）195頁がある。

3年以下の懲役または30万円以下の罰金に処する（182条）。

本罪は風俗犯だとするのが多数説である。実行行為が勧誘にすぎず、女性の自由の侵害としては弱いこと、営利目的を要すること、第三者と姦淫させた場合にのみ成立すること、姦淫の相手方となった男性は処罰されないことなどが、この解釈を支える。しかし、この罪が結局において女性の性的自由を保護しようとするものであることは否定できず、女性は被害者として処罰されないのであるから、個人法益に対する罪とみてよいであろう（団藤489頁、平野・法セ205号72頁、大谷132頁）。

ただし、今日におけるこのような処罰規定の必要性・妥当性には疑問があり、児童福祉法（34条6号など）、売春防止法（7条など）の規定で足りると思われる（平野・法セ205号72頁）。

[本書第1編第5章第3節V (131頁以下)]

## V 強盗・強制性交等及び同致死罪

[法規定] 強盗の罪もしくはその未遂罪を犯した者が強制性交等の罪（179条2項の罪を除く。以下この項において同じ）もしくはその未遂罪をも犯したとき、または強制性交等の罪もしくはその未遂罪を犯した者が強盗の罪もしくはその未遂罪をも犯したときは、無期または7年以上の懲役に処する（241条1項）。1項の場合のうち、その犯した罪がいずれも未遂罪であるときは、人を死傷させたときを除き、その刑を減輕することができる。ただし、自己の意思によりいずれかの犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、または免除する（同2項）。1項の罪に当たる行為により人を死亡させた者は、死刑または無期懲役に処する（同3項）。未遂を罰する（243条）。

強盗と強制性交等とは本来無関係の行為であるが、同一機会に行われることが実際には少なくないので、独自の加重類型として規定され、平成29年改正前は、「強盗が女子を強姦したときは、」として、強盗犯人が強姦をも行った場合を対象とした表現になっていた。そこで、強姦犯人がその着手後に強盗意思を生じて強盗も実行した場合、241条の罪は成立せず、強姦と強盗の併合罪（処断刑は5年以上の有期懲役）とするのが判例・通説であった（最判昭24・12・24刑集3巻12号2114頁）。しかし、強盗と強姦という二つの重大な犯罪を同一の機会に行ったにもかかわらず、強盗意思が後から生じた場合にだけ刑を軽くすることには合理的理由がなく、改正法は、強盗と強制性交等の両方が行われた場合には、その先後関係を問わず刑が加重されることを明確にしたのである（機会犯）。強盗には準強盗を含み、強制性交等にも準強制性交等を含む。強制性交等の被害者は、財産上の被害者である必要はない。

改正後の241条は、強盗と強制性交等の両方が開始されて初めて本条が適用されることを明示している。被害者の性的自由の保護を重視したことが本条を設けた理由であるから、強制性交等の完成如何が未遂・既遂を決する。しかし、本条2項は、強盗と強制性交等の両方が未遂である場合にのみ刑の任意減輕が認められるとして制限的な規定を置く一方、どちらかの行為を自己の意思によ

り中止したときには刑が減免されるとしている<sup>57)</sup>。本罪の個数は、強制的性交等の被害者の数によって決まる。

強盗・強制的性交等致死罪は、本条1項の罪、したがって、強盗・強盗未遂、強制的性交等・強制的性交等未遂「に当たる行為」により人を死亡させた場合に成立する。強姦行為から死の結果が発生したことを予定していた旧強盗強姦罪より適用範囲が拡大されている。文言から、被害者死亡の原因行為は強盗・強制的性交等の実行行為に限るとする理解もありうるであろうが、両罪に関して既に述べたように、犯人が逃走する際の行為から生じた場合を除外する理由はないであろう。

改正後の241条は、「第1項の罪に当たる行為により人を死亡させた者」と規定して、旧241条のように、「よって」という結果的加重犯の形式をとっていない。これは、犯人が被害者を故意に殺害した場合にも3項のみが適用されることを示すものとされている<sup>58)</sup>。未遂は、強盗殺人罪と同様、故意の殺害が未遂に終わったときをいうとする見解があるが（西田＝橋爪204頁）、強盗・強制的性交等がともに既遂の場合、2項の趣旨と合うか、議論の余地がありえよう。なお、強盗・強制的性交等に関しては、致傷罪の規定がない。1項の強盗・強制的性交等の法定刑は強盗致傷より重いから、改正前の判例の大勢のように、1項の罪だけが成立すると解しても大きな問題は生じない。

---

57) 2項の規定から、本罪には未遂がないとする見解として、西田＝橋爪202頁。

58) 細かいことをいえば、故意の殺害行為が強盗ではなく強制的性交等のみに関係していると見るべき場合には、旧規定におけると同様に、3項適用の可否が問題になるかもしれない。