

第5章 身体的内密領域に対する罪

1 総説

(1) 保護法益としての性的自由・性的自己決定権

刑法典は、第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る。これらのうち、強制わいせつ罪および強制性交等罪(176条～181条〔なお、強制性交等罪は、2017年の刑法一部改正以前は「強姦罪」と呼ばれていた])は、**個人的法益に対する罪**であり、それ以外の犯罪(特に、174条と175条の罪が重要であるが、それらは個人的法益に対する罪ではなく、**社会的法益に対する罪**〔風俗ないし道徳的秩序に対する罪〕とされている)とは根本的に罪質を異にする¹。強制わいせつ罪・強制性交等罪については、公然わいせつ罪(174条)やわいせつ物公然陳列罪(175条)とは違い、「公然と」行われることが要件とされていないこともそこに理由がある²。

個人的法益に対する罪としての強制わいせつ罪および強制性交等罪の処罰規定(いわゆる性犯罪処罰規定)の保護法益(保護の客体)については、これを**性的自由ないし性的自己決定権**に求めるのが刑法学の通説である³。ここにいう性的自由・性的自己決定権とは、一般には、性的行為を行うかどうか、誰を相手として行うかに関して自分で決めることのできる(他人に強制されない)自由のこととして理解されているといえよう。

しかし、性犯罪(たとえば、強制性交等罪)を「自由に対する罪」として把握するとき、生命、身体、自由、財産という法益の序列の中に位置づけるときは、相対的にかなり軽い犯罪のランクを与えられることになり、それでは被害の重大性が的確に把握されたことにならないという問題がある。現行法上、強制性交等罪(177条)は、傷害罪(204条)に比べても相当に重い犯罪なのであるが、その重さが保護法益の次元で表現されていないことになる⁴。

注意すべきことは、自由とか自己決定権とかといっても、ただちに軽い法益が問題

¹ ただし、公然わいせつ罪(174条)も、わいせつ物頒布等罪(175条)も、それが意思に反して「わいせつ」なものを見せられる等することにより性的感情を害される個人の法益を保護する側面をあわせもっている。それが犯罪の成否を検討する際に本質的でないとされているにすぎない(→488頁以下)。

² 立法論としては、強制わいせつ罪および強制性交等罪に関する規定の体系的な位置づけ(つまり、これを個人的法益に対する罪の中に配列していない)という点で問題がある。

³ たとえば、大塚・97頁以下、川端・190頁、高橋・122頁、団藤・489頁以下、西田・88頁以下、林・87頁以下、山口・105頁、山中・162頁などを参照。このような理解は、ドイツ刑法学の影響の下に形成されたものといえようが、ドイツ刑法典では、強制性交等罪の処罰規定を含む各則第13章(174条以下)の章名自体が「性的自己決定に対する罪(Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung)」となっており、現在までの学説においても、この点に関し(立法論としても)異論のないところである。

⁴ また、「性的自由」という言葉自体が、ここで問題となっている刑法的保護の対象(したがって被害の実体)を正確に(誤解を生じさせることなく)表現しているかどうかについても異論がある。裁判員の加わる裁判において(たとえば、強制性交等致傷罪で起訴された事件において)、裁判官が保護法益の内容を説明しようとするとき、「性的自由」という用語は、自由な性ないし性的放縦^{ほうしゅう}を連想させるものでもあり、必ずしも適切でないともいわれるのである。

となっているとは限らないことである(生命についてもその自己決定権が語られる〔→30頁〕)。自己決定の対象により、いいかえれば、意思に反して何を強制されるかにより、被害は重大なものとなりうる。しかし、**性犯罪により何が侵害・毀損されるか**(逆にいえば、何がそこで保護されなければならないか)ということが「性的自由・性的自己決定権」という言葉によってはきちんと表現されていないというところに大きな問題がある⁵。

他方において、被害の重大性を表現しようとするあまり、「個人の人格」や「人間の尊厳」、「生きる権利」などの、きわめて抽象的な保護法益を考えること⁶も疑問である。人格や人間の尊厳を踏みにじる行為は性犯罪に限られるものではなく(殺人や重大な傷害行為などはまさにそう呼びうるものであろう)、性犯罪による被害の特性(および性犯罪処罰規定による保護の客体の実質)を具体的に把握して記述するのに適しているとはいえない。また、それらは余りに観念的で曖昧であり、そこから一定の具体的結論を引き出すことも困難であろう。

(2) 性犯罪の保護法益の実体

性犯罪における被害の実質は、**性的行為**という特殊な身体的接触の体験を犯人と共有することを強いられるところにあるといえよう。人は他人にアクセスされることを欲せず、他人のそれにアクセスすることも欲しない身体的領域をもつ。これを以下では**身体的内密領域**と呼びたい。性的行為とは、そのような身体的内密領域を一定の他者との関係で相互に開放し、視覚や聴覚のみならず、嗅覚や触覚などの五官すべての作用をもってその領域を相互に経験し合う特殊な人的営みである。こうした体験の犯人との共有を強えられることこそ、性犯罪における被害の実体である。

性犯罪者がそこに踏み込もうとする身体的内密領域については、一生涯にわたり他人には誰にもそこに立ち入らせたくないという考えをもつ人がいてもおかしくないし、現に一定数存在することであろう。他の大多数の人は、そうでなくても、特別に親密な関係のある人に限ってそれを許すという気持ちをもっているであろう。それは職業や政治に関わるものの見方よりももっと根源的な人生観・世界観の問題であり、この世界において生きる自分という個の捉え方・描き方と深く関連している。それだからこそ、身体的内密領域に踏み込まれ・踏み込まされる経験の強制を中核とする性犯罪

⁵ この点に関し、辰井聡子「『自由に対する罪』の保護法益—人格に対する罪としての再構成」町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開上巻』(2014年)413頁は、「『自由』という言葉の多義性に隠れて、真の保護法益が十分に言語化され」ていないと指摘するが、まさに正当であるといえよう。

⁶ たとえば、齊藤豊治「性暴力犯罪の保護法益」齊藤豊治＝青井秀夫編『セクシュアリティと法』(2006年)221頁以下、231頁以下、辰井・前掲注5)424頁以下、前田・93頁などを参照。さらに、近年では、たとえば、次のように言われている。「強姦罪の保護法益は、判例・通説では『性的自由の侵害』、つまり誰と性交渉を自由にするかという権利の侵害とされている。しかし、強姦の被害者は強姦時の肉体的・精神的苦痛のみならず、後遺症に長く苦しめられており、強姦が人格を破壊する『魂の殺人』とも言われていることに鑑みれば、生きる権利の侵害、人間の尊厳に対する侵害であると考えべきである」(自由民主党・女性活躍推進本部〔本部長・稲田朋美衆議院議員〕による提言〔2015(平成27)年6月9日〕24頁以下)。

が、被害者に対し持続的な深い精神的ダメージを与えることがしばしばある。

強制わいせつ罪・強制性交等罪の保護の客体は、以上のような意味における身体的内密領域として把握されるべきであり、これら性犯罪の保護法益は、**身体的内密領域を侵害しようとする性的行為からの防御権**という意味での**性的自己決定権**として捉えられるべきである⁷。

(3) 2017年における性犯罪処罰規定の改正

現行刑法の性犯罪処罰規定は、1908（明治41）年に刑法典が施行されて以来、この間における時代状況と社会意識の変化にもかかわらず、基本的にそのまま維持されてきたが、2017（平成29）年に至り、かなり大幅に改正された⁸。刑法一部改正法（平成29年法律第72号。施行は同年7月13日）による主な変更点は、次の通りである。①強姦罪の構成要件および法定刑の見直し、②監護者わいせつ罪および監護者性交等罪の新設、③強盗強姦罪の構成要件の見直し、④強姦罪等の非親告罪化。なお、国会審議の過程で、改正法の附則に、次の規定が付加された。「政府は、この法律の施行後3年を目途として、性犯罪における被害の実情、この法律による改正後の規定の施行の状況等を勘案し、性犯罪に係る事案の実態に即した対処を行うための施策の在り方について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする。」（附則第9条）。

2017年刑法一部改正の意味 この改正により、刑法典における性犯罪処罰規定が、時代状況と社会意識の変化に対応し、また国際水準に合致したものとなった。私の見るところ、特に重要なことは、(イ) これまでの性犯罪処罰規程の中にあった、男女の性別による格差が除かれたこと、(ロ) 性犯罪のうち特に重い類型（177条）とそうでない類型（176条）との間により合理的な区別が設けられるに至ったこと、(ハ) 強制性交等罪・準強制性交等罪および強制わいせつ罪・準強制わいせつ罪に加えて、それらと法的評価の上で同視できる新しい類型（179条）が設けられたこと、(ニ) 性犯罪の非親告罪化により、性犯罪の立件・訴追が国の責任であることを明確化したことの4点である。

2 強制わいせつ罪と強制性交等罪

(強制わいせつ)

⁷ このような身体的内密領域の防御権は、その人に性的事項に関する判断能力があるかないかを問わず、すべての人に保障されなければならない。当然のことながら、乳幼児や重度の精神障害者もこのような防御権を有する（本人の有効な同意がない限り、他人はそこに立ち入ることはできない）。

⁸ 法案の内容と改正の経緯について知るには、前澤貴子「性犯罪規定に係る刑法改正法案の概要」国立国会図書館・調査と情報—ISSUE BRIEF—962号（2017年）1頁以下が便利である。

第176条 13歳以上の者に対し、暴行又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。

(強制性交等)

第177条 13歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いて性交、^{こう}肛門性交又は^{くう}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年以上の有期懲役に処する。13歳未満の者に対し、性交等をした者も、同様とする。

***旧第177条(強姦)** 暴行又は脅迫を用いて13歳以上の女子を姦淫した者は、強姦の罪とし、3年以上の有期懲役に処する。13歳未満の女子を姦淫した者も、同様とする。

(1) 両罪の関係

強制性交等罪は、強制わいせつ罪の**加重特別類型**と捉えることができる。強制性交等罪(177条)は、被害者(男性及び女性の両方を含む)に性交(膣性交)、肛門性交、口腔性交(=「性交等」)を暴行または脅迫を用いて強制することを処罰の対象とするが、これらはいずれも176条の意味における「わいせつ行為」であり、その一態様である。刑法は、強制わいせつ行為のうち、性交等を特に重く処罰し、それ以外の形態の性的自由に対する侵害は強制わいせつ罪という、より軽い罪として扱っていることになる。

2017年の強姦罪規定改正 これまでの強姦罪規定(旧177条)は、女性を被害者とする膣性交(男性器を女性器に挿入すること)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膣性交の強制は強制わいせつにすぎなかった。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った(それは、女性は男性と異なり配偶者以外と性的関係をもってはならないとする道徳観と深く関連していたといえよう)。また、種々の性的侵害行為のうち、膣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もはや正当化できない。そこで、2017年の刑法一部改正法は、**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、これに膣性交の強制と同じ法定刑を予定することとしたものである。

なお、2017年の改正により、**強制性交等罪(および準強制性交等罪)の法定刑の下限が懲役5年に引き上げ**られた。旧規定の法定刑は3年以上の有期懲役であったが、とりわけ強盗罪の法定刑(5年以上の有期懲役)よりも下限においてより軽い点において強い批判があった。また、量刑の実務においても一般に強盗よりも重い刑が言い渡されており、一種の逆転現象が生じていた⁹。今回の改正による法定刑下限の引き上げにより、強姦罪の加重規定であり、4年以上の有

⁹ 現在の諸外国の立法例を見ても、多くは同等あるいは強制性交等罪の方により重い刑を規定している。法定刑は被害法益の価値の尺度であり、法が被害法益にどれだけの重みを認めているかという法の価値決定がそこに示されているという基本的な考え方からすれば、強盗罪の法定刑の方が強制性交等罪のそ

期懲役を法定刑としていた**集団強姦等罪（178条の2）の規定が削除された**¹⁰。引き上げられた法定刑の枠内において事案にとり適切な量刑が可能と考えられたからである。

(2) わいせつな行為と性交等

強制わいせつ罪にいう「**わいせつな行為**」¹¹とは、被害者の意思に反して、上記のような身体的内密領域を侵害し、そのことにより被害者の性的羞恥心を害し¹²、かつ一般人でも性的羞恥心を害されるであろう行為のことをいう。「わいせつ」という概念は、社会的法益に対する罪である174条や175条の罪においても用いられているが、そこにいう「わいせつ」と（→491頁以下）、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、その意味は異なる（概念の相対性。→総論53頁）。強制わいせつ罪におけるわいせつ行為とは、性器・乳房・尻や太もも等に触れたり、これらをもてあそんだりする行為、裸にして写真を撮る行為、強いてキスしようとする行為等のことである。その行為がそれを見る人に与える不快感や性的嫌悪感などは（174条や175条の場合とは異なり）重要ではない。被害者をして行為者自身の性器等に触れさせる行為も含む。着衣の上から尻や胸をなで回す等の行為についても、その程度・執拗さのいかんによりわいせつな行為となる¹³。電車内などにおける痴漢行為のうち、着衣の上から触れる程度にとどまるものについては、直ちに「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る（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なる¹⁴）。

れより重いことは正当化することが困難であったといえよう。なお、懲役3年は、酌量減輕（66条以下）が行われなくても実刑を回避できるギリギリの刑という点でも特徴的である（25条以下を参照）。2017年の改正は、強制性交等罪においては、**酌量減輕という特別な判断があつてはじめて実刑を回避できる、それほどの重い法益侵害が問題となっている**ということを立法上明確にするという意味があつたことになる。

¹⁰ 集団強姦等罪は、2004（平成16）年の刑法一部改正により新設された、強姦罪と準強姦罪の加重類型であった。

¹¹ 将来のための立法論としては、「わいせつな行為」という文言を維持すべきかどうかは問題である。これを「性的行為」とか「性的侵害行為」とかの概念に置き換えることも考慮すべきであろう。

¹² かりに被害者が就寝中にその行為が行われたとしても、被害者が目覚めてから性的羞恥を感じる行為であれば足りるように、被害者が幼児であったとしても（この点につき、中森・65頁注38）を参照）、後に成長してから性的羞恥を感じる行為であることが必要であり、それで足りる。

¹³ 本罪の成立を肯定したものとして、東京高判平成13・9・18東高判時報52巻1～12号54頁、名古屋高判平成15・6・2判時1834号161頁がある。

¹⁴ 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つて、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」と定める。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」である。

強制性交等罪 (177条) にいう「性交等」とは、性交、肛門性交、口腔性交のことをいう¹⁵。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をいう(当然のことながら、射精は既遂の要件とならない)。加害者・被害者ともに男女を問わない(ただし、少なくとも一方が男性であることを要する)。行為者が自己の膣・肛門・口腔に、被害者の男性器を挿入させる行為も本罪にあたる。被害者の男性器を「挿入させる行為」も、男性器の身体への挿入をともなう濃厚な性的なコンタクトの経験の共有を強いるという、行為の本質的部分においては、加害者の男性器を「挿入する行為」と何ら相違がない。これに対し、人の手指や器具(性具等)を膣・肛門・口腔に挿入することは、強制わいせつ罪となる(立法論としては、これらも重い類型としての強制性交等罪に含めることが考えられないではないが、そのときには指や歯ブラシの口腔への挿入も重い類型に含められうることになってしまう)¹⁶。

性的適合手術によって形成された陰茎または膣も、生まれながらの陰茎や膣と同じに扱うべき場合が考えられよう。自己または他人の組織を使用し、さらには一定の物質を使って形成されたものが手段または客体となる場合でも、本罪の適用が最初から排除されるものではない(それは、傷害罪における「人の身体」について〔204条〕、生まれながらの身体ばかりでなく、他人の臓器・組織や、一定の物質を人の身体に移植等したときに、容易に分離できない形で結合したのものについてはこれに当たる〔→48頁〕というのと考え方としては同じである)。

強制わいせつ罪も、強制性交等罪も、犯罪の主体に限定はない(したがって、いずれの犯罪も**身分犯ではない**)。強制性交等罪については、少なくとも行為者か被害者かのいずれかが男性であることが必要であるが、女性も、間接正犯や共同正犯の形態では女性を被害者とする同罪の正犯となることが可能である¹⁷。

配偶者間(夫婦間)においても強制性交等罪は成立する¹⁸。かつては婚姻が継続的な性

¹⁵ 現在の諸外国の立法例を見ても、これらの3つの行為類型は、基本的に同じ評価に値する行為とされているといえよう。これに対し、**口腔性交**については、現象的形態がかなり異なるとする意見もありうる。しかし、強制性交が行われる際に、口腔性交があわせ行われるケースが多いことに示されているように、性的欲求の対象となる度合いが高く、それだけ被害者の強い保護が要請されるという点で、膣性交・肛門性交と同じに扱うべきものであろう。また、口腔性交は被害者の顔に近いところで行われ、またそれは排泄のために使う身体部位を食事のために使う器官の中に入れるのであるから、身体的内密領域の侵害という点で顕著なものがあるということも付け加えることができよう。

¹⁶ 刑法は、より強い衝動をもって行われる行為に対し、より強い制裁をもって強く禁じることにより、法益を守ろうとする法である。一般論として、男性器の挿入は性欲の直接的満足をとともなう形態の性的侵害行為であることから、それだけ欲求が強く、そういう形態の性的侵害行為から**被害者はより強く保護される必要がある**。

¹⁷ なお、旧規定の下において、女性が男性と共謀しその強姦行為に加功したときに強姦罪の共同正犯を肯定したのは、最決昭和40・3・30刑集19巻2号125頁、東京高判昭和57・6・28高刑速昭和57年254頁(ただし、いずれの判例も、65条1項を適用している)。

¹⁸ たとえば、西田・91頁、山口・109頁以下など。同じことは、強制わいせつ罪についても妥当するであろう。

交渉を前提とすることを理由とする消極説も存在したが、女性の意思に反して性交が強制される限り、形式的に夫婦間という理由だけで本罪の成立を否定するのは不当な解釈である¹⁹。かつては「夫婦関係が実質的に破綻している場合」に限定して本罪の成立を肯定しようとする見解もあったが（いわゆる限定的肯定説）、「法が家庭の中に入っていくにあたっては相当な慎重さが要求される」という一般的な解釈指針を示したものにすぎず、特別な法的要件を設定したものではありえない（要件としては曖昧であって、意味がない）。同様の慎重さは、配偶者間のケースに限らず、継続的な関係にある恋人同士とか、同棲している同性間・異性間の間における性暴力への国家的対応についても当然のことながら要求される。

(3) 手段としての暴行・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る（176条前段・177条前段）。それは**最狭義の暴行・脅迫**でなければならないとされ（→54頁、123頁以下）、強盗罪（236条）における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が²⁰、**被害者の反抗を著しく困難ならしめる程度のものでなければならないとするのが判例・通説である**²¹。しかしながら、強制わいせつ罪・強制性交等罪において本質的なことは、被害者の意思に反して性的行為が強制される場所にある（暴行・脅迫要件は、被害者側に同意がある場合を排除する機能を有している）。したがって、必ずしも外形的な暴行・脅迫がそれ自体として一般的にはそれほど強度なものと解されなくても、種々の事情から当該被害者にとり抵抗が困難である場合が十分に想定可能であることに注意すべきである²²。とりわけ強制わいせつ罪においては、**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**でもよいから、比較的軽度な暴行でも、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る。したがって、手段たる暴行の程度の大小強弱を問わず、強制わいせつ罪は成立しうると

¹⁹ かつてのドイツ刑法の強姦罪規定（1997年の法改正までは、「婚姻外の」性交を強制することが強姦罪の成立要件とされていた）と異なり、日本の刑法には犯罪の成立を認めることに対する文言上の障害はない。配偶者間においても強姦罪（旧177条）の成立を認めた判例として、広島高松江支判昭和62・6・18高刑集40巻1号71頁、東京高判平成19・9・26判タ1268号345頁がある。いずれも婚姻関係が実質的に破綻していた事案であったが、後者の東京高裁の判決は、そうでなくても強姦罪が成立しうるとを述べている。

²⁰ 2017年改正前において、強盗罪の法定刑の下限が、強姦罪（旧177条）のそれよりも重いのは、手段としての暴行・脅迫の強度の違いに基づくものといわれたこともあった。

²¹ 最判昭和24・5・10刑集3巻6号711頁など。学説として、大塚・99頁以下、102頁、大谷・114頁、116頁、斎藤・53頁、曾根・67頁以下、団藤・490頁以下、中森・66頁、林・89頁、91頁、平野・概説179頁、山口・107頁以下、110頁、山中・165頁以下、169頁など。

²² 当該の事情の下で、一般的に見ればそれほど強度の暴行・脅迫があったとはいえ、抵抗も行われていないとしても、被害者にとり抵抗が困難であり性的行為が意思に反して強制されたことが、合理的な疑いを容れない程度に証明されるのであれば、現行の暴行・脅迫要件はクリアできる（いいかえれば、その場合にも最狭義の暴行・脅迫は認定可能な）のである。判例実務もこのような解釈を拒否するものではない。

いえよう²³。

強制性交等罪規定における暴行・脅迫要件の緩和・削除？ 現在の実務においては、意思に反する性交の強制があったケースにおいても、177条の予定する「反抗を著しく困難にする程度」の暴行・脅迫が認められないとして、訴追・立件が不可能とされたり、また、起訴されても無罪とされてしまうことがあるとする批判がしばしば提起されている。とりわけ、「被害者は容易に抵抗できたと考えられるのに現実には抵抗がなされなかった」という理由で、同条の予定する強度の暴行・脅迫の要件を具備しないとされ、本罪の成立が否定されることがあるといわれ、そのことが不当とされてきたのである²⁴。

しかし、現在の判例実務は、**行われた暴行・脅迫を重要な情況証拠として用いつつ被害者の意思に反する性交であったのかどうかを認定**している。判例実務の感覚では、意思に反すること（性交に関する合意が否定されること）と最狭義の暴行・脅迫の存在はイコールである。そのことは、暴行・脅迫の程度がより軽い場合に、強要罪（223条1項）として立件・処罰するのではなく、およそ不可罰として取り扱われてきたことに表れている²⁵。そこでは、「性交の合意はないが、強制性交等罪の暴行・脅迫より軽度の暴行・脅迫は存在する」という事態が想定されてこなかったのである。

判例実務において、意思に反すること（性交に関する合意が否定されること）と最狭義の暴行・脅迫の存在がイコールとされているとすれば、そのことは、意思に反することを間違いなく確信できる事例（すなわち、立証上のハードルをクリアでき、かつ行為者の側からする、被害者は同意していると思ったという錯誤の主張を排斥できるような場合）のみに本罪の成立を認めようとしているからであろうと考えられる。もしそうであるとすれば、現在の実務を前提として強制性交等罪における暴行・脅迫要件を一般的に緩和・削除することは、意思に反することを間違いなく確信することのできない事例を強制性交等罪として有罪とすることをもたらしうるのである。

強制わいせつ罪も、強制性交等罪も、**13歳未満の者が被害者**となる場合には、暴行・脅迫が要件とされない（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（この事態を指して、

²³ 特に、大塚・99頁以下、大谷・114頁。なお、高橋・126頁以下、西田・90頁も参照。

²⁴ 特に強い批判が向けられているのが、改正前において、強姦の公訴事実につき原審の有罪判決を破棄して無罪を言い渡した最判平成23・7・25判タ1358号79頁である。たとえば、大阪弁護士会人権擁護委員会・性暴力被害検討プロジェクトチーム編『性暴力と刑事司法』（2014年）、杉田聡編著『逃げられない性犯罪被害者—無謀な最高裁判決』（2013年）などの批判を参照。

²⁵ 性交の合意はないが、強姦のそれより軽度の暴行・脅迫は存在する、という事態が想定可能であれば、これを（「受け皿構成要件」としての）強要罪（→125頁）で処罰しない理由はない。なお、2016年改正前のドイツ刑法においては、性的強要罪・強姦罪（旧177条）の暴行・脅迫要件を充足しない程度の暴行・脅迫を用いて性的行為を強制したときには、強要罪の重い場合として処罰することが予定されていた（旧240条4項1号）。

「性交同意年齢」は満13歳であるといわれることもある)。

被害者が13歳未満であることは**故意における認識の対象**であり、行為者が本当は12歳の被害者を錯誤により13歳以上であると誤信していたとき(たとえば、中学2年であると思っていたとき)には、故意が阻却され、犯罪は成立しない。

年少者の性的自由の制限 「性交同意年齢」を満13歳とすること(すなわち、13歳以上であれば、性交に同意可能であるとする)は、年齢設定の点で低きにすぎるとはならないかという疑問が生じる(海外の法制と比較しても、最も低い立法例の1つに属する)。立法論としては、刑法上、同意にかかわらず強制わいせつ罪・強制性交等罪が成立する年齢を数歳引き上げることが考えられよう。しかも、現行法の下では、すでに年少者の性的自由は(未成熟な者の保護の見地から)特別法により大きく制限されている。すなわち、**児童福祉法**(1947〔昭和22〕年12月12日法律第164号)**34条1項6号**は、児童(満18歳未満の男女)に「淫行をさせる行為」を禁止している²⁶(その違反に対しては、同法60条1項により、10年以下の懲役もしくは300万円以下の罰金が科され、またはこれらが併科される)、**児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律**(児童買春・児童ポルノ処罰法。1999〔平成11〕年5月26日法律第52号)**4条**により、児童買春が処罰されている(違反に対しては、5年以下の懲役または300万円以下の罰金が科せられる)。さらに、「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**も存在する²⁷。

(4) 目的

最高裁判例²⁸は、**強制わいせつ罪**につき、特別な主観的要素(故意に付加して要求される主観的違法要素)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**」が必要だとしている(→総論109頁)。したがって、そ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する。たしかに、行為者が報復ないし制裁の目的で被害者の下半身を露出させ陰茎に傷害を加えたというような事例では傷害罪の成立のみが問題であって、強制わいせつ罪の規定の適用が考慮されないことを考える

²⁶ ここにいう「淫行」とは、児童福祉法の趣旨(同法1条1項)に照らし、児童の心身の健全な育成を阻害するおそれがあると認められる性交またはこれに準ずる性交類似行為をいうと解されており、児童を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような者を相手とする性交またはこれに準ずる性交類似行為は「淫行」に含まれるとされている。そして、淫行「させる行為」とは、直接たると間接たるとを問わず児童に対して事実上の影響力を及ぼして児童が淫行をなすことを助長し促進する行為をいい、そのようなものである限り、児童を第三者と淫行させる行為と、行為者自らが児童と淫行をする行為の両方が含まれるとされている(最決平成28・6・21刑集70巻5号369頁)。

²⁷ これら諸法令について、安部哲夫『新版・青少年保護法〔補訂版〕』(2014年)12頁以下、17頁以下、19頁以下、215頁以下、242頁以下を参照。

²⁸ 最判昭和45・1・29刑集24巻1号1頁。

と、このような最高裁判例の解釈にも理由があるようにも見える。しかしながら、強制わいせつ罪が不当な方法で性欲を満足させることを処罰の対象とするのではなく、その保護法益はあくまでも被害者の性的自己決定権であるとすれば（→104頁以下）、行為者において、被害者の意思に反してその身体的内密領域を侵すという違法内容についての認識（故意）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。故意に付加して主観的違法要素を要求することは不要であり不当である²⁹。

（5）既遂と未遂

強制わいせつ罪は被害者に対するわいせつ行為が行われることにより、強制性交等罪は性交等が行われること（すなわち、男性器が膣、肛門または口腔の中に挿入されること）により既遂となる。強制わいせつ罪と強制性交等罪においては**未遂も処罰**される（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あるが（→総論401頁以下）、強制わいせつ罪にあっては、その暴行が同時にわいせつな行為そのものと認められる場合でもよいから、その行為の開始とともに実行の着手が認められ（直ちに既遂となる）。手段としての暴行または脅迫が行われるにとどまったとき、強制わいせつ罪の未遂犯となるか、それとも強制性交等罪の未遂犯となるかの区別は、行為者の目的が単なるわいせつ行為を行うところにあったのか、それとも性交等の強制にあったのかにより行われることになる。強制わいせつ罪に当たる行為が行われたとき、行為者が最初から性交等を行うつもりであったときには、その時点で強制性交等罪の未遂犯が成立する（強制わいせつ罪の既遂か、それとも強制性交等罪の未遂かは、外形的には区別できず、行為者が性交等に及ぶ故意があったかどうかにより区別される）。

（6）罪数、他罪との関係

強制性交等罪を犯した者が、その機会に、被害者に対し性交等以外の強制わいせつ行為を行ったときは、包括して重い強制性交等罪により処罰される（強制わいせつ罪も成立するが、強制性交等罪の規定により包括的に評価される。包括一罪〔吸収一罪〕については、総論527頁以下を参照）。13歳未満の被害者に対し、その反抗を著しく困難にさせる程度の暴行・脅迫を用いてわいせつ行為または強制性交等の行為をした場合、176条・177条の前段と後段との区別なく176条または177条に該当する一罪が成立する³⁰。強制わいせつ行為が同時に公然わいせつ罪（174条）の要件を充足するときには、両罪の観念的競合となる。

同一場所で数人に対して強制性交等罪を行ったときは、それぞれの被害者との関係で複数の強制性交等罪が成立し、併合罪として処断される。強盗犯人が強盗の機会に

²⁹ 学説の多くは、上記判例に反対しており、前掲注28）最判昭和45・1・29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・裁判例は存在しない。大阪高判平成28・10・27高刑集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）。

³⁰ 最決昭和44・7・25刑集23巻8号1068頁（強制わいせつのケース）。

女性に性交等を強制したときは、**強盗・強制性交等罪**（241条）となる。強制性交等罪の犯人が、実行の着手後に、強盗の故意を生じて、畏怖している被害者から金品を強取したときも、同罪が成立する（2017年の刑法一部改正前は、強姦罪と強盗罪の併合罪となるにすぎなかった）。

3 準強制わいせつ罪・準強制性交等罪

（準強制わいせつ及び準強制性交等）

第178条① 人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、わいせつな行為をした者は、第176条の例による。

② 人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、性交等をした者は、前条〔=177条〕の例による。

暴行・脅迫が用いられなくても、被害者が精神障害等の一定の理由で抵抗ができない状態（心神喪失または抗拒不能の状態）にあるとき、それに乗じて、または被害者をそのような状態に陥れてわいせつな行為（→176条）または性交等（→177条）を行えば、強制わいせつ罪または強制性交等罪と同じ刑で処罰される。**心神喪失**とは、精神の障害により正常な判断力を失った状態のことをいう（39条にいう心神喪失とは必ずしも同じではない。性的自由に関する判断能力が備わるとされる13歳未満程度の判断能力の有無ということが1つの目安となろう）。**抗拒不能**とは抵抗ができない場合のことをいうが、物理的・身体的に、または精神医学上の理由で抵抗できない場合だけでなく、一定の従属的・支配的關係があり心理的に抵抗し難い場合も含む（治癒を望む病者が医師を信頼する関係にあるような場合がその一つの例である）³¹。

準強制わいせつ罪・準強制性交等罪も、**未遂が処罰**される（180条）。実行の着手が認められるのは、心神喪失または抗拒不能の状態に乗じる場合にはわいせつ行為ないし性交等の行為を開始したときであり、被害者をそのような状態に陥れる場合であれば、その手段としての行為（被害者を心神喪失または抗拒不能の状態に陥れる行為）が開始された時点である。

4 監護者わいせつ罪・監護者性交等罪

（監護者わいせつ及び監護者性交等）

³¹ 近年の裁判例に限って見ても、医学系大学受験専門の学習塾の塾長について女子塾生（13歳ないし16歳）を被害者とする準強制わいせつ罪の成立を認めたもの（横浜地判平成16・9・14判タ1189号347頁）、教会の主管牧師について信者（14歳ないし16歳）を被害者とする準強姦罪（旧178条2項）の成立を認めたもの（京都地判平成18・2・21判タ1229号344頁）、養父である被告人について、同居していたその養女であり、小学6年の頃から性的虐待をくり返してきた27歳の女性を被害者とする準強姦罪・準強制わいせつ罪の成立を認めたもの（広島高岡山支判平成24・7・4LLI/DB L06720347）などがある。

第179条① 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条の例による。

② 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条の例による。

2017（平成29）年の刑法一部改正により新設された犯罪類型である。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捉えられる場合を類型化したものである。被害者が精神的に未成熟であり、かつ監護者との関係で精神的・経済的に依存しているときには、監護者がその影響力があることに乗じて行う行為に対し「抗拒不能」とまではいえないとしても（この要件が充足されれば、準強制わいせつ罪・準強制性交等罪〔178条〕が成立しうる）、被害者の有効な同意に基づく行為とはいえず³²、被害者を刑法典の性犯罪処罰規定により保護する必要があるとする考え方に立脚している。なお、18歳未満の者に対するその種の行為は、これまで児童福祉法34条1項6号の「児童に淫行をさせる行為」として処罰されてきたが（罰則は60条1項により、10年以下の懲役もしくは300万円以下の罰金またはこれらの併科）、その違法性の程度において強制わいせつ罪・強制性交等罪と変わらないところから、新規定が加えられたのである（学校の教師やスポーツクラブの指導者など、被害者との関係で監護者に当たらない者が地位・関係性を利用して行う性的侵害行為については、今後も児童福祉法34条1項6号により対応することとなるが、むしろ心理的な「抗拒不能」を肯定して準強制わいせつ罪・準強制性交等罪の規定〔178条〕を適用すべきケースもありえよう）。

「現に監護する者」とは、親権者のように法律上の監護権に基づきこれを行う者（民法820条を参照）に限られない。事実上、現に18歳未満の者を監督・保護する者であればこれに当たりうる（ただ、親子関係と同視しうる程度に、居住場所の提供・生活費用の支出・人格形成等の生活全般にわたる指導・監督などを継続的に行うによる依存関係・保護関係が形成されていなければならない）。逆に、法律上の監護権を有する者であっても、実際に監護しているという実態がなければこれから除かれることもありうる。「現に監護する者」の具体例としては実親や養親等が挙げられるが、養護施設等の職員についても具体的事情の下でこれに該当する場合がある。「影響力があることに乗じて」とは、影響力があることを明示し積極的にこれを利用するところまでは必要でなく、影響力があるにより可能となった状況において行為を行うことで足りる（単に、監護者であることを相手に認識させなかったというような稀有なケースがこれから除かれることになる）。なお、被害

³² かりに性的関係がかなり長期にわたり継続し、むしろそれが常態化しているといった場合であったとしても、被害者の（事実上の）同意はおよそ法的に有効なものと認めることはできない。このように、本罪が予定する事例は、被害者が13歳未満の場合および被害者が心神喪失・抗拒不能であった場合と並んで、同意が意味をもたず、暴行・脅迫による強制が働いた場合と同等と評価することが可能である。それは同条の要件の下で同意の不存在を擬制したものということもできよう。

者が13歳未満の者であるときは、本条ではなく、176条後段・177条後段が適用される。

本罪については**未遂も処罰**される(180条)。実行の着手は、わいせつ行為または性交等の行為が開始された時点において認められる。

5 強制わいせつ等致死傷罪

(強制わいせつ等致死傷)

第181条① 第176条、第178条第1項若しくは第179条第1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3年以上の懲役に処する。

② 第177条、第178条第2項若しくは第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年以上の懲役に処する。

本罪は、強制わいせつ罪・強制性交等罪、準強制わいせつ罪・準強制性交等罪、監護者わいせつ罪・監護者性交等罪を**基本犯**とする**結果的加重犯**(→総論222頁以下)である³³。規定の文言から明らかなように(「……又はこれらの罪の未遂罪を犯し」)、基本犯が未遂に終わっても死傷の結果が発生する限り、本罪は既遂となる³⁴。本罪における傷害の意義は、傷害罪(204条)におけるのと同じである(→46頁以下)。強制性交等罪や強制わいせつ罪の被害者が犯行後にPTSD(外傷後ストレス障害。→52頁)を発症した事例においても、強制性交等致傷罪や強制わいせつ致傷罪の成立を認められるとされている³⁵。ただし、被害者が事件のことを苦にして後に自殺したような場合には、法的因果関係(→総論124頁以下)が欠如すると考えられ、強制わいせつ致死罪や強制性交等致死罪にはならないとすべきであろう。

どのような行為から死傷の結果が発生しなければならないのかをめぐっては議論がある。結果的加重犯における刑の加重根拠は、基本犯の行為のもつ特別な危険性に求められるべきであるから(→総論225頁以下)、手段としての暴行・脅迫等から結果が発生した場合と、強制わいせつ行為ないし強制性交等の行為そのものから結果が発生した場合とに限られる。したがって、被害者が犯人から逃げようとして走り出し転倒して傷害を負った場合がこれに含まれるとすることは妥当であるが、犯人が強制わいせ

³³ 死亡結果が発生した場合と傷害結果が発生した場合について同一の法定刑により対応しようとしており、立法論としては大きな疑問がある。

³⁴ たとえば、性交等を行う手段として暴行を加え、そこから傷害の結果が発生したとき、強制性交等致傷罪の既遂犯となるから、その後、性交等の行為に出ることなく、任意に中止したとしても、中止犯(43条ただし書)は成立しない。

³⁵ 東京地八王子支判平成19・4・20 LEX/DB 28145176、大阪地判平成19・2・19 LEX/DB 28135106、さいたま地判平成24・6・14 LEX/DB 25482348など。また、「急性ストレス反応及び全治期間不明のパニック障害」を生じさせたケースについて強制わいせつ致傷罪の成立を認めたのは、広島高岡山支判平成25・2・27 高刑速平成25年195頁。ちなみに、181条の罪が成立する場合には暴行の故意がないケースも含まれているが、そのようなケースでPTSDが発症することについて故意がないにもかかわらず本罪の成立を認めてよいかどうかについては疑問を差し挟む余地がある。

つ罪や強制性交等罪の実行行為を終了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場合などはこれに含まれないと考えるべきである³⁶。

死傷の原因行為は強制性交等罪・強制わいせつ罪の構成要件該当行為に限られるか これに対し、判例は、死傷の結果を惹起する行為は、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する³⁷。たしかに、犯行後における犯人の逃走を阻止しようとする被害者は加害者により特別な危険にさらされるのであり、その保護の必要性があるのは事実であろう。しかし、結果的加重犯の規定が設けられているのは、基本犯の実行行為が重い結果を惹起する特別な危険性をもつと考えられることを理由とするものであるから、死傷結果の惹起行為を基本犯の構成要件該当行為以外の行為に求めることは妥当ではないと解される。

犯人に被害者の殺害につき故意があった場合、判例は、犯人が被害者を強姦するとともに殺意をもって窒息死させたというケースについて強姦致死罪（現在の強制性交等致死罪）と殺人罪との観念的競合になるとしている³⁸。しかし、同じ殺害結果を故意により惹起されたものとして評価し、同時に過失的に惹起されたものとして評価することは矛盾している（それは、死の結果を二重評価するものである）とすれば、強制性交等罪（または強制わいせつ罪）と殺人罪との観念的競合とすべきであろう³⁹。傷害の故意があった場合については、181条の刑が十分に重いことから、強制性交等致傷罪（または強制わいせつ致傷罪）等の成立のみを認めれば足りる⁴⁰。その限りで、本罪は、傷害結果について故意ある場合も含めて予想していると考えられることになる。

6 性犯罪の非親告罪化

³⁶ 同旨、大谷・125頁以下、曾根・70頁、西田・95頁、山中・174頁以下。

³⁷ 最決平成20・1・22刑集62巻1号1頁、東京高判平成12・2・21判時1740号107頁。なお、千葉地判平成23・7・21LEX/DB25443733は、被告人が、女性を強姦した後、その頸部を圧迫して窒息死させた事案につき、頸部圧迫行為は、強姦の犯行の発覚を防ぐため、強姦行為と場所的に接着して行われたが、時間的に接着して行われたものとはいえず、被告人に強姦の意思が継続していたとも認められないとして、頸部圧迫行為は強姦行為に随伴するものとまではいえないことから、強姦致死罪は成立せず、強姦罪と殺人罪とが成立するにとどまるとした。

³⁸ 最判昭和31・10・25刑集10巻10号1455頁。これに賛成するのは、川端・203頁、団藤・495頁、平野・概説181頁など。

³⁹ 大谷・127頁、大塚・106頁、佐久間・126頁、中森・70頁、西田・96頁、林・97頁、山口・115頁以下など。

⁴⁰ これと異なり、強制性交等罪ないし強制わいせつ罪と傷害罪の観念的競合とすれば、本罪よりも刑が軽くなり、アンバランスとなってしまう。団藤・495頁など参照。

これまで、強制わいせつ罪・強姦罪と準強制わいせつ罪・準強姦罪（およびこれらの罪の未遂罪）は、原則として親告罪とされてきた。親告罪とは、犯罪が成立し、かつ刑罰権が発生したとしても、**告訴**（被害者等が犯人の訴追と処罰を求める意思表示〔刑訴230条以下・260条・261条〕）があることが事件を裁判所に起訴するために必要な条件とされている犯罪（135条・〔旧〕180条1項・209条2項・229条・232条・264条など）のことである（→総論71頁注4）。親告罪は、犯人を処罰するかどうかを被害者等の意思により決めるものであるから、被害が公益に及んでいない、純然たる個人的法益に対する罪についてしかこれを考えることができない。

ある犯罪が親告罪とされていることの根拠は、①被害が軽微であって被害者が望まないのに訴追・処罰する公益上の必要がないこと、または、②重大な犯罪であっても被害者が望まないのに裁判を行うのは不相当であることにある。性犯罪が原則として親告罪とされてきたのは、いうまでもなく後者の理由であり、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った。

しかし、他方で、被害者の意思決定に立件・訴追の有無が依存すること、いいかえれば、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社会的事実が存在する。そこで、2017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とした（また、この機会に、わいせつ目的や結婚目的の拐取罪についても非親告罪化した〔→229条〕）。諸外国を見ると、親告罪制度を有する国々でも、フランス、ドイツ、韓国などの多くの国々が性犯罪を非親告罪としている。

なお、親告罪の規定は実質的には刑事訴訟法の規定であり、実体法上の原則である罪刑法定主義の原則（したがって、**刑罰法規不遡及の原則**）はこれに妥当しない（→総論61頁以下）。刑法一部改正法の施行（2017年7月13日）前は親告罪であった犯罪であっても、本法施行後は非親告罪となるから、改正法施行前に行われた行為であっても、施行後は告訴がなくてもこれを起訴することができる（附則2条2項を参照）。