

佐久間修＝橋本正博＝上嶋一高[著]

『刑法基本講義 総論・各論[第3版補訂版]』

## 補 遺

発行所：株式会社有斐閣

2023年4月 第3版補訂版第1刷発行

ISBN 978-4-641-24363-7

[2023.8.23 作成]

### 一 概 説

2023（令和5）年6月23日、刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律（法律第66号）が制定・公布された。そこで、以下の記述を「第13章 性犯罪」中の「3 個人の性的自由に対する罪」に追加して、新しい処罰規定の概要を説明しておこう。

#### 1 性暴力の罪と年少者の保護

いわゆる「性暴力の罪」では、被害者等を含めた国民の処罰感情が厳しいこともあって、逐次、重罰化が進行してきた。それにもかかわらず、旧来の強制わいせつ罪や強制性交等罪が暴行・脅迫を成立要件とした点に加えて、年少者に対する性的接触を制限する規定がなかったこともあり、今回の改正にいたったとされる。

#### 2 不同意わいせつと不同意性交等

具体的には、被害者の同意がない性的侵襲を広く処罰するべく、①強制わいせつ罪（旧176条）や強制性交等罪（旧177条）に代えて、不同意わいせつ罪（176条）や不同意性交等罪（177条）の規定が設けられた。また、②わいせつ・性交等にかかる被害者の同意年齢を、従前の「13歳以上」から「16歳以上」に引き上げた（176条3項・177条3項）。さらに、③不同意とはいえないが、被害者が拒絶の意思を表示できない場合として、従来の準強制わいせつ・準強制性交等（旧178条）にあたる諸事例を、①の不同意わいせつ・不同意性交等罪の中に取り込んでいる（176条1項2号～6号・同2項、177条1項・同2項）。

これらの法改正に伴って、準強制わいせつ・準強制性交等罪が削除されるとともに、これまで条文数として残っていた姦通罪（旧183条）の規定を削り、淫行勧誘罪（旧182条）を183条に繰り下げることで、つぎの年少者保護にかかる犯罪類型が、新たに挿入されたのである。

#### 3 年少者への面会要求等

新しい処罰規定としては、16歳未満の者に対する面会要求等罪が挙げられる（182条）。また、新規の特別刑法として、いわゆる盗撮を対象とした「性的な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な姿態の影像に係る電磁的記録の消去等に関する法律」が制定された（令和5年法律第67号）。以下、今回の刑法典改正で変更された処罰規定をみてゆこう。

なお、法務省のHPでは、本改正の概要とQ&Aがアップされている。また、法制審議会の審議内容も公開されており、参考のために、それらのURLを掲げておく。

[https://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12\\_00200.html](https://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00200.html)

[https://www.moj.go.jp/shingi1/housei02\\_003011](https://www.moj.go.jp/shingi1/housei02_003011)

## 二 不同意わいせつ罪(176条)

### 1 不同意の種類

まず、相手方の同意がない「わいせつな行為」として、「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（た）」場合を具体的に列挙している。すなわち、176条1項1号から8号では、(1)暴行・脅迫が手段とされた場合、(2)相手方の心身の障害を利用した場合、(3)被害者がアルコールや薬物の影響下にあった場合、(4)睡眠その他により意識が明瞭でない状態であった場合、(5)突然のことで不同意の意思を形成・表明しにくかった場合、(6)予想と異なる事態により恐怖・驚愕していた場合、(7)虐待に起因する心理的抑圧があった場合、(8)経済的又は社会的関係上の地位に関連して生じる不利益を憂慮していた場合が挙げられる。

いずれも、被害者の自由な意思決定が困難となりうる場合であって、上述した(1)から(8)の要件に該当することで、柱書にある「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にさせ又はその状態にあることに乗じ（た）」場合が処罰の対象となる。したがって、(1)から(8)の事実を原因として不同意の状態になったという意味で、いわば「二重の縛り」をかけたとされる。また、立法担当者の説明によれば、「原因となり得る行為や事由について具体的に掲げることで、旧規定と比較して、より明確となり、判断のばらつきが生じないようになった」とされる。

### 2 原因となる事由と「二重の縛り」要件

今回の法改正では、伝統的な暴行・脅迫に限定するのではなく、被害者の同意がない状態（不作為）を構成要件要素としたことが、重点の一つである。また、176条1項2号～6号では、旧規定の準強制わいせつ及び準強制性交等罪にあたる場合を取り込んでおり、同条1項7号・8号では、広い意味のセクハラも含めた原因を掲げている。ただし、後者については、監護者わいせつ及び監護者等性交等罪と重なる部分も少なくない。

他方、176条2項は、被害者の誤信や誤認を利用したわいせつ行為として、旧規定の準強制わいせつ及び準強制性交等罪に相当する場合を含んでいるが、ここでは、上述したような「二重の縛り」がかかっている。しかし、同条1項の規定においても、「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」となっており、法文上、同条1項1号から8号に列挙した事例に限定されない。その意味では、周辺に位置する類似の事例も取り込まれるし、同条1項5号には、上記の柱書の文言と重複する規定もみられる。したがって、見かけ上は「二重の縛り」があるようにみえても、最終的には、相手方が「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」であったかどうかで決

まることになる。

### 3 処罰範囲の拡張といえるか

なるほど、立法担当者は、従来の強制わいせつ罪・強制性交等罪や準強制わいせつ罪・準強制性交等罪が想定する処罰範囲を広げたわけではなく、これまで犯罪でなかった行為を新たに処罰していないというが、旧規定では不十分な被害者の保護を図ったにもかかわらず、なぜ「拡張していない」というのであろうか。むしろ、今回の法改正により、性暴力に対する刑事規制が強化されたことを率直に認めるべきであろう。

もっとも、実務上、被害者の同意がないという事実は、その立証が難しいこともあり、犯罪の成立範囲が不明確になる結果として、それほど処罰範囲は広がらないのかもしれない。しかし、「婚姻関係の有無にかかわらず」と明記されたことで、かつては実質的な破綻状態が前提とされたところ、新しい処罰規定では、そうした解釈論上の制約がなくなっている。この点も、従来の判例実務からみて処罰範囲が広がることになるだろう。なお、不同意わいせつ罪は、6月以上10年以下の拘禁刑に処せられる。

### 4 わいせつ同意年齢の引き上げ

第2のポイントは、旧規定の13歳未満という同意年齢を16歳未満まで引き上げたことである(176条3項)。ただし、若年者同士の性的行為では、13歳以上16歳未満の被害者と犯人の間には、5年以上の年齢差がなければならない。たとえば、被害者が13歳であった場合、加害者は少なくとも18歳以上という年齢上の制約が設けられている。かりに被害者が15歳であれば、加害者は20歳以上になるわけである。

なお、被害者が13歳～15歳までの場合、5年以上の年齢差を条件として、犯人の年齢を18歳～20歳に限っている点では、年齢による犯罪の不成立事由といえよう。これに対して、被害者が13歳未満であった場合には、5年以上の年齢差は問題とならず、かりに14歳と10歳の少年が性的交渉をもったとき、双方の合意があっても、本罪が成立する。ただし、犯人が14歳未満のときは、通常の刑事未成年(41条)により不可罰となるであろう。こうした点は、つぎの不同意性交等罪、及び、本改正により新設された16歳未満の者に対する面会要求等罪(182条)にあっても、同様である。

## 三 不同意性交等罪(177条)

176条の不同意わいせつ罪と同じく、不同意の類型が明記されるとともに、被害者による性交等の同意年齢を引き上げている。まず、前条(176条)1項各号に列挙された「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」、いわゆる「性交等」、すなわち、「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ってわいせつなもの」を行なわねばならない(177条1項)。旧規定では、「性交、肛門性交又は口腔性交」であったところ、新しい条文では、「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ってわいせつなもの」が追加されており、明らかに構成要件的行為の範囲を拡張している(監

護者性交等罪でも同様である)。

また、「婚姻関係の有無」が問われないのに加えて、177条2項では、旧規定の準強制わいせつ及び準強制性交等罪にあたる場合を取り込んだことも、不同意わいせつ罪と同様である。なお、同条3項では、性交等の同意年齢が16歳未満まで引き上げられており、その際、被害者が13歳以上16歳未満の場合には、犯人が5歳以上の年長者でなければならないのも、不同意わいせつ罪と同じである。不同意性交等罪は、5年以上の有期拘禁刑に処せられる。

#### 四 不同意わいせつ等致死傷罪(181条)

上述したように、今回の法改正により、不同意わいせつ罪及び不同意性交等罪へと変更され、旧規定の強制わいせつ及び準強制性交等罪(178条)が、新しい176条及び177条に吸収・削除されたため、それに合わせて条文が修正されている。すなわち、181条1項では、176条(不同意わいせつ)若しくは179条1項(監護者わいせつ)の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯して被害者を死傷させた場合、無期又は3年以上の拘禁刑に処せられる。また、181条2項では、177条(不同意性交等)若しくは179条2項(監護者性交等)の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯して被害者を死傷させた場合、無期又は6年以上の拘禁刑に処せられる。

#### 五 強盗・不同意性交等及び同致死(241条)

ここでも、不同意わいせつ罪や不同意性交等罪の新設により、準強制性交等罪(旧178条2項)の罪が、177条に吸収・削除されたことに伴う変更があった。具体的には、条文の見出しが「強盗・強制性交等及び同致死」から「強盗・不同意性交等及び同致死」に修正されるとともに、強盗犯人が犯した強制性交等(未遂罪を含む。ただし、監護者性交等罪を除く)について、単純に「177条の罪」という文言に改められている(第1項)。

#### 六 16歳未満の者に対する面会要求等(182条)

##### 1 要保護者に対する危殆化罪

今回の法改正では、16歳未満の年少者は、性的行為にかかる自由な意思決定ができないとして、不同意わいせつ罪や不同意性交等罪により特別に保護されている(176条3項、177条3項)。しかし、実際に性犯罪に遭遇する以前の段階から、そうした危険のない状態を損なう行為が、新たに処罰されることとなった。

まず、年少者の保護された状態を危うくしたり、現にこれを侵害する場合として、以下の具体例が列挙されている。すなわち、16歳未満の者に対し、わいせつの目的で、(1)威迫・偽計・誘惑して面会を要求したり(182条1項1号)、(2)拒否されたにもかかわらず、反復して面会を要求したり(同条1項2号)、(3)金銭その他の利益を供与、又はその申込みや約束により面会を要求したならば(同条1項3号)、1年以下の拘禁刑又は50万円以下の罰金刑に処せられる(同条1項)。ただし、被害者が13歳以上16歳未満の場合には、

犯人は被害者より5年以上の年齢差がなければならない。

## 2 わいせつ目的面会罪と性的映像要求罪

つぎに、上述した182条1項1号から同3号の行為により、わいせつの目的で現に16歳未満の年少者と面会したならば、2年以下の拘禁刑又は100万円以下の罰金刑に処せられる(182条2項)。こうした行為は、182条1項の面会要求罪と併せて、一般に性的グルーミング罪と呼ばれている。なお、被害者が13歳以上16歳未満である場合には、犯人と被害者の間に5年以上の年齢差がなければならない。

さらに、16歳未満の者に対し、性交、肛門性交又は口腔性交をする姿態をとった映像(写真や動画)を送信するように要求するほか(同条3項1号)、性交等の姿態や、性器やその周辺部などの性的部位に触れたり、これを露出するなどした姿態をとって、それらの映像を送信するように要求した場合(同条3項2号)、1年以下の拘禁刑又は50万円以下の罰金刑に処せられる。ただし、同条3項2号の場合においては、各行為がわいせつな意味を有していなければならず、被害者が13歳以上16歳未満の場合には、犯人と被害者で5年以上の年齢差が要求される。

以 上