

高橋則夫著『刑法各論（第4版）』
2023年性犯罪規定改正による追補

（128頁以下）

第6節 性的自由に対する罪

1 総説

令和5年（2023年）6月16日、「刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律」および「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」が成立し、同月23日公布され、一部を除いて同年7月13日に施行された。今回の性犯罪規定の改正の中で、刑法典に係る規定は概要次のように改正された（1）。

①強制わいせつ罪（旧176条）と準強制わいせつ罪（旧178条2項）、強制性交等罪（旧177条）と準強制性交等罪（旧178条2項）がそれぞれ「不同意わいせつ罪」（176条）および「不同意性交等罪」（177条）に統合され、その成立要件が再構成された（2）。

②不同意性交等罪における「性交等」の範囲が拡張された。

③配偶者間でも性犯罪が成立することが条文上明記された。

④性交同意年齢（同意の有無を問わずに性犯罪が成立する年齢）が13歳未満から16歳未満に引き上げられた。

⑤いわゆる性的グルーミング規定である、わいせつ目的面会要求等罪が新設された。

このような改正の理由は、近年における性犯罪をめぐる状況に鑑み、この種の犯罪に適切に対処するためである。ただ、立案担当者は、改正前の刑法の下で処罰できなかった行為を新たに処罰対象として追加するものではなく、規定を明確化することによって、改正前の刑法の下でも本来なら処罰されるべき行為が、よりの確に処罰されることとなる、としている（3）。

本罪の保護法益は「性的自由・性的自己決定権」である。すなわち、本罪は、性的行為を行うかどうか、誰を相手方として行うかを自由に意思決定することを保護するものである。この性的自由や自由な意思決定が侵害されたか否かについて、改正前は、「暴行又は脅迫を用いて」「心神喪失」「抗拒不能」などの要件によって判断されていた。今回の改正は、自由な意思決定が困難な状態でなされた性的行為かどうかの判断をこれらの要件にかからしめないものとしたのである。

第1に、自由な意思決定が困難な状態でなされた性的行為かどうかを示す要件として、「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」または「その状態にあることに乗じて」と規定された（包括要件）。

第2に、上記の「困難な状態」の判断を容易にし、安定的な運用を確保するために、「困難な状態」の「原因行為」または「原因事由」が具体的に例示列挙された。

刑法典上、性的自由に対する罪として、不同意わいせつ罪（6月以上10年以下の拘禁刑）（176条）、不同意性交等罪（5年以上の拘禁刑）（177条）、監護者わいせつ罪（6

月以上10年以下の拘禁刑)・監護者性交等罪(5年以上の拘禁刑)(179条1項・2項)、不同意わいせつ致死傷罪・監護者わいせつ致死傷罪(無期・3年以上の拘禁刑)(181条1項)、不同意性交等致死傷罪・監護者性交等致死傷罪(無期・6年以上の拘禁刑)(181条2項)、16歳未満の者に対する面会要求罪(1年以下の拘禁刑・50万円以下の罰金)(182条1項)・面会罪(2年以下の拘禁刑・100万円以下の罰金)(182条2項)・映像送信要求罪(1年以下の拘禁刑・50万円以下の罰金)(182条3項)がある。176条、177条、179条の罪については、未遂が処罰される(180条)。なお、178条(準強制わいせつ及び準強制性交等罪)は、今回の改正で削除された。

(1) 刑法典以外の改正として、性犯罪に係る罪の公訴時効期間の延長、被害者等の聴取結果を記録した録音・録画記録媒体に係る証拠能力の特則の新設、性的姿態の撮影行為およびその画像等の提供行為等に係る罪の新設、性的姿態の画像等を没収・消去できる仕組みの導入などがある。

(2) 犯罪の成否の判断が、行為者を基準とする「強制」であるか否かから、被害者がどのような状態であったかという被害者を基準とする「不同意」へと変更されたわけである。

(3) 性犯罪規定の改正については、「(小特集)性犯罪改正の分析・評価」法時1195号(2023年)64頁以下[佐藤(陽)「2023年改正の概要とその意義について」64頁以下、樋口「不同意性交等・わいせつ罪—新176条・177条1項の解釈・運用」70頁以下、深町「性交同意年齢の引上げを巡る諸問題」77頁以下、小池(信)「令和5年性犯罪規定の改正と量刑」84頁以下、堀江「被害者等の供述の聴取に係る録音録画記録の証拠能力—法制審議会部会における議論の検討」90頁以下]、「(特集)性犯罪規定の改正」刑ジャ78号(2023年)4頁以下[井田「性犯罪規定改正の意義」4頁以下、浅沼『「刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律」及び『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』の概要」12頁以下、嶋矢「不同意わいせつ・不同意性交等罪」21頁以下、樋口「いわゆる性交同意年齢の引上げ」33頁以下、山中(純)「性的グルーミング処罰規定の新設」42頁以下、嘉門「性的姿態の撮影等罪の新設」49頁以下、橋本(広)「性的姿態画像の没収・消去」58頁以下、池田(公)「性犯罪にかかる公訴時効の見直し」66頁以下]、城「性犯罪規定の大転換—令和5年における刑法および刑事訴訟法の改正の解説—(前(後))」捜研876号2頁以下、877号15頁以下(2023年)、梶『「刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律」及び『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』の概要(1)(2)」捜研877号2頁以下、878号27頁以下(2023年)、木村(光)「性犯罪に関する刑法改正」YOLJ-L2309003、同「『性的自由に対する罪』再考」曹時76巻1号(2024年)1頁以下、北川「令和5年刑法及び刑事訴訟法の一部改正法—刑法に係る改正事項について」法教519号(2023年)44頁以下、「(特集)新しい性犯罪規定の解釈論」刑弁117号(2024年)21頁以下[斎藤「本特集の趣旨」21頁以下、嘉門「新しい性犯罪規定の解釈」23頁以下、佐藤(陽)「刑法176条1項8号の意義について」27頁以下、菊地「新しい性犯罪規定と欺罔類型について」37頁以下、橋本(広)「イギリスにおける性的行為の処罰と欺罔・錯誤に基づく同意」46頁以下]、浅沼ほか「刑法及び刑事

訴訟法の一部を改正する法律について」曹時76巻1号39頁以下など参照。

2 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つたこと。
- 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つたこと。
- 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つたこと。
- 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)。

未遂を罰する(180条)

(1) 行為客体

本条1項では、「婚姻関係の有無にかかわらず」と規定され、配偶者間においても本罪が成立することが明示された。従来も、配偶者間で性犯罪が成立することが肯定されていたが、婚姻関係という法律上の関係を根拠とすることから生じる解釈上の疑義を払拭するために、確認的に規定されたものである。なお、婚姻関係があつても、なお本罪が成立することから、内縁関係であつた場合などには、当然に本罪が成立する(4)。

(4) 城・前掲論文(前)25頁、佐藤(陽)・前掲論文67頁、嶋矢・前掲論文24頁参照。

(2) わいせつな行為

→131頁以下

なお、後述のように、最大判平成29・11・29刑集71巻9号467頁によれば、

「わいせつな行為」の判断構造は、3段階構造（A・B・C）になっており、A＝行為に性的性質があるか否か（有無の問題）→B＝行為に性的意味があるか否か（a＝性的性質が明確な場合→性的な意味あり、b＝性的性質が不明確な場合→具体的状況等を考慮して判断〔性的意図も一つの判断資料となる〕）（程度の問題）→C＝行為に可罰的違法性があるか否かというものである。

（3）主観的要件

故意については、後述の客観的構成要件要素である「原因行為・原因事由」「困難状態作出行為・困難状態存在（包括要件）」「わいせつな行為」の認識が必要である。そこでは、それぞれの評価を基礎づける事実の認識（意味の認識）があれば、故意が認められる。なお、客観的要件は、「同意の存在」ではなく、「同意しない意思の形成等の困難状態の作出・存在」であるから、そのような困難状態の認識があれば、故意が認められることになる。したがって、同意があるものと軽信して性的行為に及んだ場合でも、本罪の故意の成立は否定されない。

性的意図については → 134頁以下

（4）包括要件＝「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」

以下では、わいせつ行為のみならず、性交等についても共通する要件なので、両者を包含する「性的行為」という名称を用いる。

①「同意しない意思」

審議会における当初の案は「拒絶の意思」とされていたが、被害者に性的行為を拒絶する義務を課す印象があることなどの理由から、「同意しない意思」に修正された。従来判例が、「抗拒が著しく困難」という考慮要素に拘束されていたことから、拒絶意思の問題が明確に排斥されることになったわけである（5）。

②同意しない意思を「形成」することの困難状態

「同意しない意思を形成することが困難な状態」とは、性的行為をしようかどうかの判断・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。たとえば、気絶させる場合、眠っていて意識がない場合、障害のため性的行為に同意しないかどうかを判断する能力が不足している場合、継続的な虐待で抵抗意思を失っている場合などがこれである。

③同意しない意思を「表明」することの困難状態

「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形成すること自体はできたものの、それを外部に表すことが困難な状態をいう。たとえば、口を塞いで身動きもできなくする場合、混乱や精神障害などから意思の表明ができない場合、恐怖や驚愕により嫌だと言葉にできない場合（フリーズ状態）などがこれである。

④同意しない意思を「全うする」ことの困難状態

「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

という意思を形成したものの、あるいは、その意思を表明したものの、その意思のとおりになることが困難な状態をいう。たとえば、性的行為をしない、したくないという意思を一旦表明したものの、恐怖心などからそれ以上のことができない場合、同意しない意思を表明したが、相手に押さえつけられて抵抗できない場合などがこれである。

以上の包括要件は、1項1号から8号の原因行為・原因事由（後述2（5）参照）と組み合わされることによって、本罪の実行行為性が確定されることになる（後述2（6）参照）。なお、複数の原因行為・原因事由が相まって困難状態の原因となることもあり、原因行為・原因事由が一つに特定される必要はない。

（5）樋口・前掲論文（法時）70頁以下、城・前掲（前）論文10頁以下、梶・前掲論文（1）6頁以下参照。

（5）原因行為・原因事由（1項1号から8号）

1項は、7個の行為と8個の事由を列挙し、さらに、柱書で「その他これらに類する行為又は事由」と規定されている。これらは、原因行為類型と原因事由類型の2類型に分けられる（6）。

①暴行若しくは脅迫を用いること、または、それらを受けたこと（1項1号）

旧176条における暴行・脅迫の意義（相手方の反抗を著しく困難にする程度）が変更されたのか否かが問題となる。従来の判例も、具体的状況による判断によって軽い程度のもので暴行・脅迫に当たると解してきたが（139頁注22参照）、今回の改正は、暴行・脅迫の程度を問わないことにしたものであり、したがって、いわゆる「狭義の暴行・脅迫」、すなわち、暴行罪における「暴行」、脅迫罪における「脅迫」と同義と解される。「用いること」とは、行為者自身が被害者に対して性的行為の手段として暴行・脅迫をする場合をいい、「それらを受けたこと」とは、被害者が第三者から暴行・脅迫を受けた場合や、行為者から性的行為の手段としてではなく暴行・脅迫を受けた場合をいう。

第1段階で、これらの暴行・脅迫の有無が判断され、それが肯定された場合には、第2段階で、同意しない意思の形成等が困難な状態になっているかが判断されることになる（この点は以下同じ）。

②心身の障害を生じさせること又はそれがあること（同2号）

「心身の障害」とは、身体障害、知的障害、発達障害および精神障害を意味し、一時的な者を含み、また、その程度を問わない。「生じさせること」とは、たとえば、行為者自身が、被害者に対し、脅迫以外の手段で、急性ストレス反応などの一時的な精神症状を引き起こさせる場合などがこれである。「それがあること」とは、被害者が身体障害、知的障害、発達障害および精神障害を有している場合がこれである。

③アルコール若しくは薬物を摂取させること、または、それらの影響があること（同3号）

「薬物」には、睡眠薬のみならず、意識がはっきりしなくなる効用をもたらすものであれば、すべて含まれる。「摂取させる」とは、行為者自身が、被害者に対してアルコールまたは薬物を摂取させる場合であり、「それらの影響がある」とは、被害者が第三者によって飲酒させられたり薬物を摂取させられ、あるいは、自ら飲酒したり薬物を摂取して、それ

らの影響を受けている場合である。

④睡眠その他の意識が明瞭でない状態にさせること、またはその状態にあること（同4号）

たとえば、催眠術を用いるなどして、睡眠その他の意識が明瞭でない状態にさせることである。「その他の意識が明瞭でない状態」とは、睡眠以外の原因で意識がはっきりしない場合であり、たとえば、半覚醒状態で意識がもうろうとしてはっきりしない状態、極度の過労などで意識がもうろうとなっている状態などがこれである。

⑤同意しない意思を形成し、表明し、または全うするいとまがないこと（同5号）

本号は、原因事由のみを規定している。「いとまがない」とは、被害者の虚をつかれた不意打ち状態をいう。たとえば、すれ違いざまに突然胸部を触ったりするなど、被害者において、同意しない意思を形成しまたは表明する時間的なゆとりがない場合などがこれである。原因行為を列挙しなかったのは、「いとまを与えない」でなされる性的行為は、被害者の自由な意思決定をするための時間のゆとりがない状態を利用して行われる場合にほかならないからである。

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、また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（同6号）

本号は、主として、いわゆる「フリーズ状態」、すなわち、被害者が予想外の事態に直面したり、予想を超える事態に直面したことから、自分の身に危害が加わるかもしれないと考えたり、驚くなどして、平静を失った状態を捕捉する規定である。「予想と異なる事態」には、性的行為が行われるかどうかに関する予想が実際と異なった場合のほか、行為者の態度や言動、周囲の状況、性的行為が持ちかけられたタイミングなどについて予想と異なる点がある場合も含まれる。たとえば、性的行為を求められるとは予想していない被害者に対し、2人きりの密室で執拗に性的行為を迫ることで被害者を激しく動揺させる場合、人気のない夜道で、脇道から出てきた行為者と不意に出くわしたことで激しく動揺している場合などがこれである。

⑦虐待に起因する心理的反応を生じさせること、またはそれがあること（同7号）

「虐待」とは、たとえば、暴力による身体的虐待、親による子に対する性的虐待、ネグレクト、他の兄弟姉妹との間における著しい差別などの心理的虐待、いじめ、DVなどをいう。「心理的反応」とは、虐待を受けたことに起因する順応、虐待を受けたことに起因する無力感などの心理状態をいう。たとえば、行為者自身が、被害者に対して、最終的に性交する目的で、性的行為を繰り返す性的虐待を加え、性的行為をすることに順応させたり、無力感を植え付ける場合などがこれである。

⑧経済的また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、またはそれを憂慮していること（同8号）

本号は、優越的な地位を利用して、従わざるを得ない状況での性被害を捕捉する規定である。すなわち、優越的地位における服従心の利用、性的行為は行われぬという信頼による無防備な状態への付け込みなどを禁止するものである。

「経済的関係上の地位」とは、たとえば、債権者と債務者、雇用主と従業員、取引先と取引関係のある者などである。「社会的関係上の地位」とは、たとえば、祖父母と孫、おじ・おばとおい・めい、兄弟姉妹といった家族関係、上司と部下、先輩と後輩、教師と学生、

コーチと教え子、介護施設職員と入所者といった社会生活上の人間関係をいう。「不利益な憂慮」とは、客観的に憂慮すべき不利益があったかどうかではなく、被害者本人の主観面において不利益を想起して憂慮すべきことをいう。たとえば、降格させられるのでは、辞めさせられるのではなどと憂慮する場合はこれである。また、「相手から見放されてしまう」などの精神的ダメージも「不利益」に該当する。さらに、相手の要求に応じなければ利益が得られないなどの「利益誘導型」も含まれる。しかし、単なる欺罔は除かれることになろう（7）。

⑨その他これらに類する行為、または事由（本条1項柱書）

以上の1項1号から8号の原因行為・原因事由は、例示類型であり、それに加えて、1項柱書において、「これらに類する行為又は事由」が規定されている。これによって、処罰類型が過不足なく捕捉されることにはなるが、罪刑法定主義（明確性の原則）の問題は、なお残るであろう。

（6）樋口・前掲論文（法時）70頁以下、城・前掲論文（前）6頁以下、嶋矢・前掲論文24頁以下、浅沼ほか・前掲論文69頁以下参照。

（7）1項8号につき、佐藤（陽）・前掲論文（刑弁）27頁以下参照。

（6）原因行為・困難状態作出行為・わいせつな行為

問題は、1項柱書の「困難な状態にさせ又はその状態にあることに乗じて」の位置づけである。前文は「状態にさせ」とあり、後文は「状態にあることに乗じて」と規定されていることから、前者は構成要件的行為として、後者は構成要件の状況として解することができ、前者を「困難状態作出行為」と位置づけることができよう。とすれば、「原因行為類型」の場合には、「原因行為」、「困難状態作出行為」、「わいせつな行為」という3行為の位置づけが問題とならざるをえない。「わいせつな行為」が実行行為であることは明白であるが、それと原因行為および困難状態作出行為とはいかなる関係にあるのかが問題となろう。すなわち、それらも実行行為なのか、そして、実行の着手時期はどの時点かなどの問題が生じることになろう。

条文上、原因行為「により」、困難状態「にさせ」、「わいせつな行為をした」と規定されており、これら3行為の存在が立証されなければならない。その意味で、この3つの行為は構成要件的行為、すなわち、実行行為と解することができよう。問題は、原因行為の開始時に実行の着手を肯定し、未遂犯を成立させてよいかである。

原因行為の中には、たとえば、3号のアルコール摂取があるが、この場合、アルコールを飲ませた段階で未遂犯を成立させるのは、早すぎるように思われる。したがって、それぞれの原因行為ごとに、その原因行為と困難状態作出行為を結合させ、困難状態作出行為時に実行の着手を認める考え方、あるいは、困難状態下において「わいせつな行為」の遂行が可能となるような行為がなされた時に実行の着手を認める考え方などがありえよう。この場合、「実行行為と実行の着手との分離」を肯定することになる。「実行行為＝実行の着手と未遂犯成立との分離」を肯定する私見（総論118頁以下参照）によれば、原因行為の開始時に実行の着手が肯定され、「原因行為＋困難状態作出行為＋わいせつな行為」の一連の行為の中で、法益への具体的・現実的危険が発生した段階に未遂犯の成立が肯定さ

れるという帰結になろう。

なお、「原因事由類型」の場合には、「原因事由」と「困難な状態にあること」は、構成要件的状況であり、その「状態にあることに乗じて」、つまり、そのような状態を利用して、「わいせつな行為」を遂行するという行為構造であり、「わいせつな行為」の開始時に実行の着手が肯定され、その段階で法益への具体的・現実的危険が発生していれば、その段階に未遂犯の成立が肯定されることになろう。

(7) 錯誤を利用する「わいせつな行為」(本条2項)

本条2項は、行為がわいせつなものではないと誤信させる行為による「わいせつな行為」、若しくは、行為をする者について人違いをさせる行為による「わいせつな行為」、または、それらの誤信・人違いをしていることに乗じた「わいせつな行為」を処罰する規定である(8)。「わいせつ性誤信類型(わいせつ性の錯誤)」は、たとえば、真実はわいせつ行為であるのに、医療行為であると誤信している場合などがこれであり、「人違い類型(行為者の同一性の錯誤)」は、たとえば、真実は夫とは別の人物であるのに、暗闇の中で、行為者を夫と勘違いした場合などがこれである。これらの類型は、直ちに困難状態といえる類型として、1項の列挙事由とは別に規定された(2項には1項のような包括要件はなく、当然にこの要件を充足すると見なされているわけである)。

もっとも、性的行為を行う際の錯誤には多様なものがあり、その中には性犯罪として処罰すべきではない類型もあるし、また、行為者の同一性を正しく認識しているが、その属性に関する誤信をしているにすぎない場合には、「人違い」には該当しない。たとえば、真実は無職なのに金持ちの社長と誤信した場合、真実は既婚者であるのに未婚者であると誤信した場合などがこれである。したがって、錯誤があることで性的行為に対する自由な意思決定が妨げられたという場合のみを処罰対象とする趣旨から、上記の2類型の場合に限定された(限定列挙)。したがって、たとえば、いわゆるステルシング(避妊具の装着について誤信させること)は処罰対象とされていない。

(8) 城・前掲論文(前)26頁以下、梶・前掲論文(1)8頁、井田・前掲論文8頁以下、嶋矢・前掲論文30頁以下、菊地・前掲論文37頁以下、橋本(広)・前掲論文46頁以下、浅沼ほか・前掲論文77頁以下参照。

(8) 16歳未満の者に対する行為(本条3項)

16歳未満の者に対しては、原因行為・原因事由・困難状態を要件とせず、同意があっても、わいせつな行為が行われれば本罪が成立する。従来の規定が13歳未満としていたのを16歳未満と年齢が引き上げられた。義務教育終了年齢である16歳未満と引き上げられた実質的根拠は、16歳未満の心の発達がなお十分でないこと、学校で十分な性教育がなされていないことなどから、性的行為をするかどうかに関する自由な意思決定をするために必要な能力(性的同意能力)、すなわち、①行為の性的な意味を認識する能力、②行為が自己に及ぼす影響を理解する能力、③性的行為に向けた相手方からの働きかけに的確に対処する能力(能力三分説)が不足しているという点にある(9)。

13歳以上16歳未満の者に対しては、その者より5歳以上年長の者が性的行為をした

場合に限って処罰の対象としている（年齢差要件）。その根拠は、13歳以上16歳未満の者については、前述の①の能力が一律に欠けるわけではないが、②と③の能力が十分でないことから、13歳以上16歳未満の者に対する性的行為をすべて処罰するのではなく、同年代同士の恋愛行為などを除外し、非対等な関係に基づく性的行為に限定した点にある。

審議の過程では、年齢差がある場合でも真の恋愛関係など不同意でない場合もありうることから、「対処能力が不十分であることに乗じて」という実質要件を採用すべきか否かが議論となったが、5歳違う場合には対等な関係はおよそあり得ないとして、年齢差という形式的基準が採用されたわけである。これによって、これまで条例などで処罰の対象ではなかった性的行為が、5歳以上の年齢差によって同意は無効とされることになり、処罰範囲は拡張されたことになる。

被害者の年齢および行為者の年齢差は、故意における認識対象であるから、15歳の被害者（中学生）を16歳以上（高校生）であると誤信した場合、また、相手方とは5歳以上の年齢差があるのに、それがないと誤信した場合などにおいては、故意が阻却される。

なお、本罪の主体は、13歳以上16歳未満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、その点で、構成的（真正）身分犯である。

16歳未満の者に対して、1項の要件を充足する場合には、1項および3項が適用されて一罪となる。

（9）深町・前掲論文77頁以下、城・前掲論文（前）29頁以下、佐藤（陽）・前掲論文67頁以下、井田・前掲論文9頁以下、樋口・前掲論文（刑ジャ）33頁以下、北川・前掲論文48頁、浅沼ほか・前掲論文79頁以下参照。

3 不同意性交等罪

前条第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）。

未遂を罰する（180条）

（1）行為客体

前述2（1）参照

(2) 性交等

本条の行為は、「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」であり、これらを合わせて、「性交等」と称する。

「性交」とは、男性性器（陰茎）を女性性器（膣）に挿入する行為をいう。陰茎の少なくとも一部を膣に挿入することである。「肛門性交」とは、肛門内に陰茎を挿入する行為をいい、「口腔性交」とは、口腔内に陰茎を挿入する行為をいう。この3者の行為には、行為者が自己または第三者の陰茎を被害者の膣内、肛門内または口腔内に挿入する行為のみならず、自己または第三者の膣内、肛門内または口腔内に被害者の陰茎を挿入する行為も含まれる。

今回の改正により、「膣・肛門」に「身体の一部（陰茎を除く）若しくは物」を「挿入する（わいせつな）行為」が「性交等」の概念に含まれることになった（10）。これらの行為は、従来、強制わいせつ罪（旧176条）による処罰の対象とされていた。しかし、陰茎以外の挿入行為は、心理学・精神医学の知見等を踏まえれば、性的侵襲性の強さや精神的ダメージの重大さに照らして、陰茎挿入と同等の法益侵害性・当罰性が認められることから、性交等と同等に取り扱うべきとされた。

「身体の一部（陰茎を除く）若しくは物」は、形状・性質による限定はなく、たとえば、綿球のような小さい物や、錠剤・座薬のように挿入後溶けるような物など、陰茎とはまったく類似しない物も含まれる。他方、膣又は肛門に物を挿入する行為であっても、たとえば、医療行為や介護の際に、行為の状況等も考慮すると性的性質がなく、わいせつな行為とはいえないものが含まれ得ることから、そのような例外的な場合を除く趣旨で、「わいせつなもの」に限定された（10）。

なお、口腔に対する「身体・物」の挿入は本罪の対象とされていないが、不同意わいせつ罪の成立の可能性がある。また、行為者が被害者をして行為者自身の膣または肛門にそれらを挿入「させる」行為も本罪の対象とされていないが、不同意わいせつ罪の成立の可能性がある。

（10）佐藤（陽）・前掲論文66頁、嶋矢・前掲論文23頁、城・前掲論文（後）17頁以下、梶・前掲論文（1）10頁、浅沼ほか・前掲論文106頁以下参照。

(3) 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（本条1項）
前述2（4）参照。

(4) 原因行為・原因事由（本条1項）
前述2（5）参照。

(5) 原因行為・困難状態作出行為・性交等
前述2（6）参照。

(6) 既遂時期
→ 141頁参照

(7) 錯誤を利用する性交等 (本条2項)
前述2(7)参照。

(8) 16歳未満の者に対する行為 (本条3項)
前述2(8)参照。

(141頁以下)
第178条 削除

(144頁以下)

4 監護者わいせつ及び監護者性交等罪

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)。

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)。

未遂を罰する(180条)。

(本文) ×強制わいせつ罪→○不同意わいせつ罪、×強制性交等罪→○不同意性交等罪
削除=準強制わいせつ罪、準強制性交等罪

(147頁以下)

5 不同意わいせつ・不同意性交等致死傷罪

第176条若しくは第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(181条2項)。

(本文) ×強制わいせつ罪→○不同意わいせつ罪、×強制性交等罪→○不同意性交等罪
削除=準強制わいせつ罪、準強制性交等罪

6 16歳未満の者に対するわいせつ目的面会要求等罪

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(182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態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態、性的な部位(性器若しくは肛門若しくはこれらの周辺部、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態、性的な部位を露出した姿態その他の姿態をとってその映像を送信すること。(182条3項)

(1) 総説

本罪は、16歳未満の者への性犯罪を未然に防止し、その性的自己決定・性的自由の保護を徹底するため、性犯罪に至る前の段階の行為である面会要求など、いわゆる性的グルーミング行為を処罰するものである。性的映像の送信(自己撮り画像等を送信する行為)は児童ポルノ製造罪等で処罰されていたが、画像の拡散等の被害の重大性から、送信を要求した段階で規制することが必要とされた。その保護法益は、16歳未満の者が性被害に遭う危険性のない状態、すなわち、性被害に遭わない環境にあるという「性的保護状態」である。本罪は予備罪として構成されたものではなく、実際に性犯罪が行われた場合には、それぞれ別罪を構成する(11)。

(11) 佐藤(陽)・前掲論文68頁、山中(純)・前掲論文42頁以下、城・前掲論文(後)19頁以下、梶・前掲論文(1)11頁以下、浅沼ほか112頁以下参照。

(2) 行為客体

本条の客体となる若年者は、176条3項および177条3項で保護される者、すなわち、16歳未満の者である。

(3) 行為主体

行為主体については、行為客体が13歳未満の者である場合には、その主体に限定はないが、行為客体が13歳以上16歳未満の者である場合には、その主体は5歳以上年長の者である(年齢差要件)(前述2(8)参照)。

(4) 行為

本罪の行為としては、一定の手段を用いた面会の要求行為（1項＝面会要求罪）と、一定の性的行為の要求行為（3項＝映像送信要求罪）がそれぞれ処罰対象行為となる。なお、面会要求については、実際に面会が行われた場合には刑が加重される（2項＝面会罪）。前者は対面での面会を目的として行われる類型（対面型）、後者は、性的な姿態の映像を送信させる類型（遠隔型）と整理できる。本罪は、これらの要求行為による「性的保護状態」に対する抽象的危険犯である。

面会要求罪については、単なる要求にとどまらず、面会をするかどうかの判断を一般的・典型的にゆがめる手段を用いて面会を要求する行為を基本的な処罰対象行為としている。すなわち、1項1号では、「威迫し、偽計を用い又は誘惑して面会を要求する」行為、1項2号では、「拒まれたにもかかわらず、反復して面会を要求する」行為、1項3号では、「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」行為の3行為類型がこれである。「威迫・偽計・誘惑」とは、たとえば、脅かす、嘘をつく、甘い言葉で誘うなどであり、「拒まれたのに反復」とは、たとえば、拒まれたのに、何度も繰り返し要求するなどであり、「利益供与・その申込み・約束」とは、たとえば、金銭や物を与える、その約束をするなどである。

面会の要求行為の結果、行為者と対象者が実際に面会するに至った場合には、性的保護状態に対する危険がより高まったことから、面会罪として加重処罰されている（2項）。「面会」とは、物理的な直接の対面をいう。

映像送信要求罪については、これまで強制わいせつ罪の成立を認めた裁判例を踏まえて、要求した行為が実現した場合に強制わいせつ罪の成立が認められると考えられる行為を要求行為の対象とするものである。すなわち、「性交、肛門性交又は口腔性交をする姿態をとってその映像を送信する」行為（3項1号）、「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態、性的な部位（性器若しくは肛門若しくはこれらの周辺部、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態、性的な部位を露出した姿態その他の姿態をとってその映像を送信する」行為（3項2号）を要求する行為を処罰対象行為としている。2号については、たとえば、医師が、リモート診察において、胸部に皮膚疾患を有している16歳未満の者に対し、患部を映すように要求するなどのように、性的意味がない場合もあることから、「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」とされた。

（5）わいせつの目的・故意

面会要求罪（1項）と面会罪（2項）については、わいせつの目的をもって要求行為が行われることを要する（目的犯）。わいせつの目的とは、わいせつ目的拐取罪（225条）における「わいせつの目的」と同様、（不同意）性交等を含む性的自由を侵害する目的をいう。故意については、相手方が16歳未満であることを認識している必要がある。

（6）罪数

本条1項の面会要求罪と本条2項の面会罪とが成立する場合には、前者は後者に吸収される。面会罪の成立後、不同意わいせつ罪や不同意性交等罪が成立した場合、面会罪は後者の罪の予備罪ではなく、後者の罪とは保護法益が異なり、2つの法益侵害が存すること

から、両罪が成立し、牽連犯となろう。

(312頁以下)

7 強盗・不同意性交等罪、強盗・不同意性交等致死罪

強盗の罪若しくはその未遂罪を犯した者が第177条の罪若しくはその未遂罪をも犯したとき、又は同条の罪若しくはその未遂罪を犯した者が強盗の罪若しくはその未遂罪をも犯したときは、無期又は7年以上の拘禁刑に処する(241条1項)。

(本文) ×強制性交等 → ○「不同意性交等」

(604頁)

4 淫行勧誘罪

×182条 → ○183条