

大谷實著『刑法講義各論』  
新版第5版  
性犯罪処罰規定改正についての追補  
(2025年3月1日)



## 第4節 性的自由に対する罪

### 1 性犯罪処罰規定の改正

性犯罪を処罰する規定は、諸外国で多様に展開されてきているが<sup>1</sup>、本稿では、性犯罪をわいせつ及び不自然な性的行為とし、それらの行為の処罰規定を対象として、わが国の法律、特に2023（令和5）年に改正された刑法典における性犯罪処罰規定を中心に、法解釈論を試みることにしたい。

性犯罪処罰規定は、明治13（1880）年の旧刑法において初めて登場し、身体に対する罪として、強制猥褻罪（346条）及び強姦罪（347条）が親告罪として規定されたが、1907（明治40）年の現行刑法では、性犯罪を「猥褻、及び重婚の罪」とし、強制猥褻罪、準強制猥褻罪及び女性を客体とする強姦罪と準強姦罪が親告罪として規定された。その後、1958年（昭和33）年の刑法改正により、2人以上の者が現場において共同して犯した強姦罪等が非親告罪とされ、また、2004（平成16）年の改正によって、強姦罪及び強姦致死傷罪の法定刑を引き上げられるとともに、集団強姦罪を創設する刑法改正が行われた。しかし、基本的には現行刑法制定当時の犯罪類型が維持されてきたのである。

一方、性犯罪被害者の声や性犯罪被害者支援団体等の支援活動及び男女共同参画基本計画等の社会や国の状況を背景として、性犯罪処罰規定は必ずしも当時の社会における性犯罪の実態に即したものとなっていないとする観点から、2017（平成29）年に、性犯罪処罰規定の大幅な改正が行われた（平成29年6月23日法律第72号）<sup>2</sup>。この改正は、①強姦罪を強制性交等罪と改めて、行為を「性交、肛門性交又は口腔性交」として、犯罪構成要件を改めるとともに法定刑を引き上げ、②親や監護者等の立場に乗じて行う監護者わいせつ・性交等を処罰する規定を新設し、③親告罪としてきたものを非親告罪とするというものであった。

しかし、性犯罪は、被害者の尊厳を著しく侵害し、その心身に長年にわた

1 樋口亮介＝深町晋也編著・性犯罪規定の比較法研究（成文堂・2020）。

2 なお、松田哲也＝今井将人「刑法の一部を改正する法律について」法曹時報69・11（2017）211頁参照。

り重大な苦痛を与え続ける悪質・重大な犯罪であり、厳正に対処すべきであるという社会の要請に基づき、2023（令和5）年に、性犯罪処罰規定を根本的に改める刑法改正が断行されたのである（令和5年6月23日法律第66号）。

改正の要点を掲げると、①性犯罪の処罰規定が安定的に運用されることに資するため、強制わいせつ罪及び準強制わいせつ罪並びに強制性交等罪をそれぞれ統合し、同意しない意思の形成・表明・全うが困難な状態でのわいせつ行為又は性交等であることを中核とする要件に整理し、不同意わいせつ罪及び不同意性交等罪としたこと、②若年者の性犯罪被害の実態に鑑み、「13歳未満」とされてきたいわゆる性交同意年齢について、これを「16歳未満」としたうえで、その者が13歳以上であるときは、行為者が5歳以上年長である場合に処罰することとし、これにより13歳未満の者に対しわいせつな行為又は性交等をした者に加えて、13歳以上16歳未満の者に対し、わいせつな行為又は性交等をしたその者より5歳以上年長の者についても、不同意わいせつ罪または不同意性交等罪として処罰することとしたこと、③若年者の性被害を未然に防止するため、わいせつの目的で16歳未満の者に対し、威迫、偽計、利益供与等の手段を用いて面会を要求する行為等を処罰の対象とする罪を新設したこと、④性犯罪の被害者申告の困難性等に鑑み、性犯罪についての公訴時効期間を5年延長するとともに、被害者が18歳未満である場合には、その者が18歳に達するまでの期間に相当する期間、さらに公訴時効期間を延長したこと、以上の4点である<sup>3</sup>。

なお、同時に、性犯罪に係る「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撮影に係る電磁的記録の消去に関する法律」（令和5年6月23日法律第67号）が成立した。

かくして、現行刑法典上の性犯罪は、「**第22章 わいせつ、不同意性交等及び重婚の罪**」となり、①不同意わいせつ罪（176条）、不同意性交等罪（178条）、③監護者わいせつ罪（179条1項）、監護者性交等罪（同条2項）、④不同意わいせつ致死傷罪（181条1項）、⑤不同意性交等致死傷罪（同条2項）、⑥18歳未満の者に対する面会要求等罪（182条）、⑦淫行勧誘罪、以上7つの犯罪類型となっ

<sup>3</sup> 法務省・令和5年第211国会提出「刑法及び刑事訴訟法の1部を改正する法律案」関係資料参照。

たのである。

## 2 性犯罪処罰規定の保護法益

わいせつな行為や性交等の行為は、それ自体としては人間として自然な行為であるのに、犯罪として処罰されるのは、いかなる根拠によるのであろうか。上記のように、わいせつ・性交等の犯罪は、相手方の同意を得ないで行われるわいせつまたは性交等の行為を内容とする犯罪である。言い換えると、**自由な意思決定が困難な状態で行われる性的行為**を本質とする犯罪なのである。改正前の性犯罪は、旧刑法以来、暴行・脅迫又は抗拒不能を要件として成立し、学説上は性的自由に対する罪とされてきたが、性的行為についての同意・不同意は、憲法13条の個人の尊厳に基づく自由及び幸福追求権に係るものであり、本罪の保護法益は、性的な自由すなわち性的羞恥心を抱くような事項に係る**自己決定の自由**であると解すべきである。

刑法は、第2編第22章で「わいせつ、不同意性交及び重婚の罪」の下に、性的行為に関する犯罪を規定しているが、この中には、社会の健全な性風俗を保護法益とする社会法益に対する罪および個人の性的自由を保護法益とする個人法益に対する罪の2種類が含まれている。前者は、公然わいせつ罪(174条)、わいせつ物頒布等罪(175条)及び重婚罪(184条)であり、後者は不同意わいせつ罪(176条)、不同意性交等罪(177条)、監護者わいせつ罪、監護者性交等罪(178条)、不同意わいせつ等致死傷罪(181条)、16歳未満の者に対する面会強要及び淫行勧誘罪(183条)である。本稿では、後者についてのみ述べることにする。

不同意わいせつ等の罪の本質は、性的行為の自由(性的羞恥心に係る事項についての自己決定の自由)と解する見解が通説となっているように思われるが<sup>4</sup>、近年では、性的人格権を保護法益とする見解<sup>5</sup>などが主張されている。特に「身

<sup>4</sup> 浅田和茂・刑法各論(第2版・成文堂・2024)117頁、大塚裕史ほか・基本刑法Ⅱ各論(第4版・日本評論社・2024)64頁。2023年改正前のもので、団藤重光・刑法綱要各論(第3版・創文社・1990)189頁、大塚仁・刑法概説(各論)(第3版増補版・有斐閣・2005)97頁、西田典之(橋爪隆補訂)(弘文堂・2018)97頁、山口厚・刑法各論(第2版・有斐閣・2010)111頁、高橋則夫・刑法各論(第4版・成文堂・2024)128頁。

<sup>5</sup> 辰井聡子『『自由に対する罪』の保護法益』町野朔古稀記念(上)(信山社・2014)425頁。

体的内密領域の尊重を求める権利」とする説が有力に主張されている<sup>6</sup>。しかし、後述のように、現行法の不同意わいせつ罪等の性犯罪の規定は、性的行為自体の是非を問うものではなく、「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」を中核的要素としているのであるから、性犯罪規定の立法趣旨を論ずる場合はともかく、性犯罪規定における保護法益としては、性的羞恥心を抱くような事項についての自己決定の自由又は性的自己決定権とすれば足りると解すべきである。

なお、性的事項について十分な判断能力を有していない年少者については、16歳未満の者に対する不同意わいせつ罪(176条3項)および不同意性交等罪(177条3項)、16歳未満の者に対する面会要求等罪(181条)を規定し、**若年者の性的自己決定権を確保するため**に手厚い保護を図っている。これに対し、乳幼児の臀部を撫でる行為にまで本罪を適用するのは妥当でないとする見解がある<sup>7</sup>。しかし、16歳未満の者については、わいせつ・性交等の行為が認められれば犯罪は成立するのであるから、当該行為がわいせつ・性交等と認められるかどうかが重要なのであり、幼児の陰部を撫でる行為も、わいせつと認められる以上、性犯罪の処罰規定を適用すべきである。

一方、年少者に対する性的犯罪については、**健全な青少年育成を目的とする**処罰規定が定められており、児童福祉法34条1項6号は、「児童に淫行をさせる行為」等を禁止し、それに違反した者については、10年以下の拘禁刑または300万円以下の罰金に処することとしている(児童福祉法60条1項)。また、地方公共団体では、青少年保護育成条例において、青少年に対する淫行またはわいせつ行為を禁止し、これに違反した者を処罰する規定が置かれている。さらに、児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童に関する保護等に関する法律においては、18歳未満の者に対する児童買春(4条)、児童買春周旋等を処罰することとしている。

### 3 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

6 井田良・刑法学講義・各論(第3版・有斐閣・2023)117頁。

7 西田典之ほか編・注釈刑法(第2巻・有斐閣・2018)618頁。

思を形成し、表明し若しくは全うすることを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 一 暴行若しくは脅迫を用いること又はそれを受けること。二 心身の障害を生じさせること又はそれがあること。三 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ること。四 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。五 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。六 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。七 虐待に起因する心理的反応を生じさせること又はそれを憂慮していること。八 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）。
- ② 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同様とする（同条2項）。
- ③ 16歳未満の者に対し、わいせつな行為をした者（当時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（同条3項）。

## 1 総説

不同意わいせつ罪は、16歳以上の男女に対し、「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<sup>8</sup>について成立する。わいせつな行為自体には有害性はなく、それを不同意によって行うところに性的自由の侵害があり、処罰されるのである。また、かつては、婚姻制度は継続的な性的交渉を前提としており、婚姻中は夫婦が互いに性的行為を求め、また応ずる義務があるから、例えば妻に対して夫が強制性交等の行為に及んでも、婚姻が破綻している場合は格別、強制性交等罪は成立しないとする見解があった。そして、この立場を採る判例もあった<sup>8</sup>。しかし、2023年の刑法改正により、不同意わいせつ・性交等の罪においては、婚姻関係の有無を問わないとされ、配偶者間においても、不同意わいせつ罪が成立することとなった。

一方、16未満の者に対しては、手段の如何、同意の有無を問わずわいせつ

<sup>8</sup> 広島高松江支判昭62・6・18高刑集40・1・71。

な行為をすれば成立する。年少者の性的自由を保護するためである。ただし、16歳未満の者が13歳以上である場合は、行為者が5年以上前の日に生まれた者、つまり5歳以上の者に限って処罰される。例えば、14歳の相手方に対してわいせつ行為をした15歳の者は処罰されない。これに対し、14歳の少女を相手方として、19歳の者がわいせつ行為をしたときは、不同意わいせつ罪は成立する。前者の場合は、行為者と相手方とは、ある程度対等の関係にあり、性的行為について理解し合うことが可能であり、したがって相手方にある程度の性的同意能力が認められるからであり、後者の場合は、5年という年齢差のゆえに少女に性的行為に対する理解力が不足しているから同意能力はなく、15歳の少年である行為者は、性的自己決定を侵害したものとして犯罪が成立するのである。性的同意能力の存否を5年という年齢差で決めるのは問題だという見解もあり得るが、5歳の年齢差があれば、行為者と相手方とが対等の関係にあるということはある得ないともいえるので、一律に5歳以上年齢差がある場合には、わいせつ行為を処罰することにしたのである<sup>9</sup>。

不同意わいせつ罪は、未遂も処罰される(180条)。なお、16歳未満の者に対して、16歳未満であることの認識を欠き、不同意わいせつ行為をしたときは、刑法176条の1項または3項の区別をすることなく、同条の罪すなわち不同意わいせつ罪が成立する<sup>10</sup>。なお、本罪は非親告罪である

## 2 不同意わいせつ罪の成立要件

(1) わいせつな行為 不同意わいせつ罪は、男か女かにかかわらず、人をして「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て」わいせつな行為をしたときに成立する。ここでいう「わいせつな行為」とは、一般社会における普通(通常)人の正常な**性的羞恥心を害する行為**をいう。現代では、相手方の同意がないのに、いわば無理矢理キスをするとか、乳房や陰部に触れる行為、裸にして写真を撮る行為、相手方に対し自分の性器等に触れさせる行為は、わいせつな行為に当たる。

<sup>9</sup> 大塚裕史ほか・前掲基本刑法Ⅱ各論(第4版)75頁参照。

<sup>10</sup> 最決昭44・7・25刑集23・8・1068参照。

一方、判例によると、わいせつとは、「徒に性欲を刺激し又は興奮させ、かつ、普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反する行為」<sup>11</sup>とするものがある。この判旨は、社会法益に対する罪（174条、175条）に対するものとしては妥当であるが、性的自由を害する罪としての不同意わいせつ罪におけるわいせつの概念には当てはまらない。また、相手方の同意があれば、既述のような乳房や陰部に触れ、あるいは人を裸にして写真を撮る行為もわいせつには当たらない。また、自ら全裸になり、他人に見せつける行為や自慰を行って射精する行為を他人に見せる行為は、その他人を強制して見させる行為でない限り、わいせつ行為には当たらない<sup>12</sup>。

**性的羞恥心を害する行為** 性的羞恥心とは、性に関し、一般人を基準として、他人から見られた場合に恥ずかしいと感じる心理状態をいうが、新潟地判昭和63年8月26日判時1299号152頁は、性的に未熟な7歳の女子でも女性としての意識を自覚しており、胸等に触れられる行為には羞恥心・嫌悪感を抱いていたのであるから、本罪の客体に当たるとした。しかし、被害者が性的感情としての「羞恥心を害されたかどうかではなく、普通人の正常な性的羞恥心を害する行為」すなわち一般人を基準としての性的羞恥心を害する行為といえるかどうかが問題の核心であろう。したがって、被害者が性的羞恥心を自覚し得るかどうかは重要でない。幼児の陰部を撫でる行為も、わいせつ行為に当たる。なお、保護法益を青少年の健全な育成に求めた上で、身体的感覚（およびその記憶）を通じて健全な生育を害するおそれのある行為として、3歳児に対するわいせつ行為を肯定した福岡地飯塚支判昭和34年2月17日下刑集1巻2号399頁があり、これを肯定する学説（西田ほか編・前掲注釈刑法2巻618頁）もあるが、本罪の保護法益は性的自由又は自己決定にあるから、青少年の健全育成を根拠とするのは妥当でない。

**(2) 相手方の不同意** 不同意わいせつ罪が成立するためには、わいせつ行為の相手方がわいせつ行為に同意していないこと、すなわち不同意による行為であることを必要とする。ここで不同意による行為というのは、「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れに乗じて」わいせつの行為を行うことである。改正前の規定では、「暴行」「脅迫」「心神喪失」「抗拒不能」といた要件を充足してわいせつな行為をした場合に、強制わいせつ罪を構成するとされ、判断の基準を「反抗を著しく困難にする程度」のものとしてきたが、それではあいまいであるという批判に

<sup>11</sup> 最大判昭32・3・13刑集11・3・997，名古屋高金沢支判昭36・5・2下刑集3・5＝6・396。

<sup>12</sup> 井田良・前掲書125頁。

答えて、2023（令和5）年の改正で性犯罪の本質的要素を「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」とし、これを基準に不同意の要件の明確化を図ったのである。

ここで「同意しない意思を形成することが困難な状態」とは、相手方のわいせつ行為を受け入れるか断るかといった意思を持つこと自体が難しい状態のことであり、例えば、咄嗟に胸を触られるとか、泥酔していて何をされているか分からない状態をいう。また、「同意しない意思を表明することが困難な状態」とは、同意しない意思は持っているが、それを外部に表すことが難しいことをいい、例えば、わいせつ行為を拒否する意思はあるが、過去のいきさつから断り切れない場合、あるいはわいせつ行為を迫られて驚き、断り切れない場合がこれに当たる。さらに、「同意しない意思を全うすることが困難な状態」とは、わいせつ行為には応じないという意思を示すことはできたが、それを貫くことが難しい状態のことであり、例えば、「やめて」といったけれども、相手方がそれに応じないでわいせつ行為をした場合がこれに当たる。したがって、**真実**、不同意であったことを要件とするものではない。

**(3) 8つの原因行為・事由** 「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」という規定は、いかにも抽象的であり、適正な運用を困難にすることが危惧されるところから、187条1項は、その例示として、8項目にわたる規定を設けている。

**1号**は、「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」である。ここで「暴行」とは、人の身体に対する有形力の行使をいい、「脅迫」とは、生命・身体・財産などに対する害悪の告知をいう。いずれも行為者が自ら相手方に対して行う場合をいう。また、「それを受けたこと」とは、第三者から暴行または脅迫を受けて不同意の意思の形成・表明・全うすることが困難な状態にさせることをいう。この類型における暴行・脅迫は、不同意わいせつ罪の手段となるものであるから、不同意わいせつ罪が成立すれば、それに吸収されて暴行罪または脅迫罪は成立しない。

**2号**は、「心身の障害を生じさせること又はそれがあること」である。身体障害、知的障害、発達障害、精神障害を含む。行為者が相手方に心身の障害

を生じさせること、また「それがあること」とは、心身の障害者や病気および第三者から攻撃されて心身の障害をきたした者を含む趣旨である。

**3号**は、「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る」ことである。本号についても「アルコール若しくは薬物を摂取させる」のは行為者であり、それによって相手方を「同意しない意思の形成、表明、全うするのが困難な状態」に陥らせることを必要とする。「それらの影響があること」とは、例えば、相手方が過度の飲酒や薬物の摂取によって同意する意思の形成等が困難な状態にある場合に、それを利用してわいせつ行為に及んだ場合も含むとする趣旨である。

**4号**は、「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」であり、例えば、本人の気づかない間に睡眠薬を投与して意識を朦朧とさせること、また、「その状態にあること」とは、例えば、泥酔して意識が朦朧としている状態の者の陰部に触るような場合をいう。

**5号**は、「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」であり、例えば、社交ダンス中にとっさにキスをし、胸を触る行為がこれに当たる。

**6号**は、「予想と異なる事態に直面させ、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」である。例えば、訪問客に愛犬をけしかけて吠えさせ、驚いて逃げようとするのを取り押さえてキスをする行為がこれに当たる。また、「その事態に直面して恐怖し、若しくは驚愕していること」とは、例えば、産婦人科クリニックの診察室に入ったところ、予想に反してわいせつ行為をしようとするので驚き、恐怖に陥っている場合をいう。

**7号**は、「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ること」である。虐待とは、反復的又は習慣的に暴力をふるったり、冷酷又は冷淡な接し方をすることをいい、身体的虐待や放棄・放置といったネグレクト、あるいは侮辱・無視といった心理的虐待、性的虐待などがあるが、それらの虐待によって、一定の行為により心理的反応を生じさせることがあり、その場合には、「不同意の意思の形成・表明・全うが困難な状態」となる。「それがあること」とは、行為者以外の者によって心理的反応が生じている場合を

いう。例えば、性器への虐待のために、わいせつな映像を鑑賞させると、性器への接触到抵抗できない場合がこれに当たる。

8号は、「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」である。例えば、経済的関係の地位としては、金銭の貸主と借主、社会的関係の地位としては、教師と教え子、親子、兄弟姉妹など、それらの立場としての影響力によって不利益が生ずることを不安に思わせる場合がこれに当たる。「それを憂慮していること」とは、現に心配している場合をいう。いずれも「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」に至る場合である。

不同意の意思に係る行為または事由の類型は、上記の行為または事由に尽きると思われるが、これらの類型は、わいせつ行為の相手方が同意しない意思の形成・表明・全うすることが困難と判断される場合を例示したものであり、それら以外にも不同意の意思の形成等が困難と評価すべき行為または事由はありうるものであり、その場合にも不同意の意思の形成・表明・全うすることが困難な事由とすべきである。177条が「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」としている所以である。

(4) 誤信および人違い 同条2項は、「行為がわいせつなものではないとの誤信をさせ、若しくは行為する者について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、前項と同じである」と規定している。例えば、被害者が、眠気及び部屋が暗く、また声が似ているので、犯人を自分の夫と誤信しているのに乗じてわいせつ行為をした場合<sup>13</sup>、同意は認められないから不同意わいせつ罪が成立する。あるいは、女性の患者が医師である被告人を信頼し、正常な診療がなされるものと信じて、陰部を露出して処置台に仰臥し、羞恥心から瞑目しているのに乗じてわいせつ行為をした場合<sup>14</sup>も、不同意わいせつ罪が成立する。

(5) 性的同意年齢 同条3項は、16歳未満の者に対し、わいせつな行為をした者については、「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」なくとも、不同意わ

<sup>13</sup> 広島高判昭33・12・24高刑集11・10・24参照。

<sup>14</sup> 東京高判昭33・10・31判タ85・75参照。

いせつ罪が成立するとしている。刑法は、16歳未満の者は、性的に未熟なために、わいせつ行為に対する判断能力が欠けているとし、絶対的な保護の対象としたのである。しかし、性的同意年齢との関係では、既述のように、176条3項は、13歳以上16歳未満の者に対しわいせつな行為をした者については、その16歳未満の被害者が生まれた日より5年以上前の日に生まれた者つまり被害者との年齢差が5歳以上の者に限って、犯罪の主体になるとされた。13歳未満の者は、およそ性的行為の意味を認識・理解できないため、性的行為に対する同意能力が否定され、絶対的な保護の対象とされたのである。したがって、幼児についても、わいせつな行為と認められる限り、本罪の保護の対象となる。これに対し、13歳以上16歳未満の者は、性的行為の意味をそれなりに認識・理解できるところから、年齢差が5歳以上の者との間では性的同意能力を認め、年長行為者を犯罪の主体とすることとし、その限りで13歳以上16歳未満の者を保護することとしたのである<sup>15</sup>。

### 3 主観的要件

(1) **故意** 不同意わいせつ罪は故意犯であるから、構成要件に該当する事実の認識が必要である。本罪における認識が問題となるのは、被害者の年齢についての錯誤である。16歳未満の者を16歳以上と誤信してわいせつ行為をした場合は、**事実の錯誤**として故意を欠き、本罪は成立しない。また、13歳以上16歳未満の者とわいせつ行為を行ったが、年齢差が5歳以上の者と誤信して16歳未満の者に対しわいせつな行為をしたときも事実の錯誤となり、故意が阻却されて犯罪は成立しない。これに対し、年齢差が4歳下の相手ならば許されると誤信し、合意の上わいせつな行為をした場合は**違法性の錯誤**であり、故意は阻却されず犯罪が成立する。

(2) **意図・傾向** 改正前の強制わいせつ罪において、主観的要件として、故意のほかに行行為者自身の「性的意図」または「猥褻の傾向」が必要であるとする見解があった。また、最高裁判所は、わいせつ罪が成立するためには、「犯人が性欲を刺激させ、又は満足させるという性的意図が必要である」とし、被告人がもっぱら被害者の女性に報復し、侮辱し虐待する目的で被害者である23歳の女性を裸にして写真撮影をしても、わいせつ罪は成立しないとす

<sup>15</sup> なお、この規定の解釈として独自の理解を示しているのは、井田良・前掲書134頁である。

ていた<sup>16</sup>。しかし、学説においては、そのような性的意図は、性的自由を保護法益とする強制わいせつ罪の解釈にとって不要であるとする見解が有力となっていた<sup>17</sup>。

最高裁判所は、上記のような学説の動向を踏まえて、平成29(2017)年11月29日の大法廷判決において、被告人は、性的意図はなく金を得る目的で7歳の女子に対し、被告人の陰茎を触らせ、口にくわえさせ、陰部を触るなどをさせた行為について、「性的意図」を一律に本罪の成立要件とすることは相当でないと判示して、強制わいせつ罪の成立を否定し、「昭和45年の判例の解釈は変更されるべきである」としたのである<sup>18</sup>。かくして、不同意わいせつ罪も性的自由を保護法益とするものであり、性的意図ないし性的傾向といった主観的要件は不要であると解する。

#### 4 未遂・罪数・他罪との関係

不同意わいせつ罪は、被害者に対するわいせつ行為が行われた時点で既遂となる。同罪の未遂も罰せられる(180条)。**実行の着手**は、176条1項にいう「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」にさせる場合には、その手段としての前述の8つの列挙またはそれらに類する行為を開始した時点で認められる。したがって、わいせつの意図で暴行・脅迫をしたが、それにとどまった場合にも、不同意わいせつ罪の未遂となる。また「その状態に乘じ」た場合には、わいせつ行為の開始時点が実行の着手となる。

同一の機会に同一の被害者に対して、複数のわいせつ行為をした場合は、法条競合として不同意わいせつ罪一罪が成立する。16歳未満の者に対し、暴行又は脅迫を用いてわいせつ行為をしたときは、暴行罪・脅迫罪又は強要罪も法条競合として不同意わいせつ罪一罪が成立する。本罪を公然と行った場合について、本罪一罪が成立するにすぎないとする有力な見解があるが<sup>19</sup>、本罪によって公然わいせつ罪を評価し尽くすことはできないから、本罪と公然わいせつ罪の観念的競合になると解すべきである。

<sup>16</sup> 最判昭45・1・29刑集24・1・1。

<sup>17</sup> 中森喜彦・刑法各論(第4版・有斐閣・2015)66頁、山口・108頁、高橋135頁。

<sup>18</sup> 最大判平29・11・29刑集71・9・467。

<sup>19</sup> 福田平・全訂刑法各論(第3版増補版・有斐閣・2002)183頁。

## 4 不同意性交等罪

① 前条第一項各号に掲げる行為又は事由その他これ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）。

② 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（同条2項）。

③ 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、第一項と同様とする（同条3項）。

### 1 意義

不同意性交等罪は、16歳以上の者に対し、同意しない意思を形成し、もしくは表明し、又は全うすることを困難な状態にさせ、又はその状態にあることに乗じて性交等の行為をすることを内容とする犯罪である。性交等の行為自体には有害性はないが、それを不同意によって行うところに性的自由の侵害があり、5年以上の有期拘禁刑で処罰されるのである。不同意わいせつ罪と同様、婚姻関係の有無を問わない。配偶者間の不同意性交も犯罪となるのである。

一方、16歳を性的同意年齢とし、16歳未満の者に対して性交等の行為をすれば、同意の有無を問わず不同意性交等罪が成立する。16歳未満の者は、一般的・類型的に同意能力を欠くとされているのである。ただし、既述のように、16歳未満の者（相手方）が13歳以上である場合は、その者が生まれた日より5年以上の前の日に生まれた者（5歳年上の者）に限って犯罪が成立する。例えば、14歳の少年が14歳の少女を相手方として性交等の行為をしたときは、不同意わいせつ罪は成立しないが、20歳の者がその少女を相手方とした場合は、同罪が成立するのである。若年者同士の性的行為を許容する趣旨からである。未遂も処罰される（180条）。

本罪は、相手方が同意していない性交等もわいせつ行為であり、濃厚な身体的接触を伴う肉体的交渉を強いられるという点で、性的自由の侵害として悪質かつ重大な犯罪であるところから、不同意わいせつ罪よりも刑を加重する**加重特別類型**である。したがって、行為の態様も不同意わいせつ罪と同様である<sup>20</sup>。2017（平成29）年の刑法改正までは、男性が女性を相手方として暴行・脅迫を用いて行う姦淫行為を強姦罪とし、「3年以上の有期懲役に処する」とされていた。しかし、性犯罪の社会における実態に即して処罰の適正を図り、主体及び客体いずれも「者」すなわち男女としたのである。また、行為は「姦淫」すること、すなわち男性性器（陰莖）を女性性器（膣）に挿入することとしていたが、これを「性交等」と改め、肛門や口腔に陰莖を挿入するといった性交以外の性交類似行為を重く処罰することとした。さらに2023（令和5）年の改正では、「性交等」の概念を改め、「膣若しくは肛門に身体の一部（陰莖を除く。）若しくは物を挿入する行為」を付け加え、これを「性交等」としたのである。

## 2 行 為

本罪の行為は、16歳以上の者に対し、不同意の意思の形成・表明・全うを困難な状態にさせまたはそれに乗じて、性交等をすることである。不同意の意思の形成・表明・全うを困難にする具体的な判断基準は、不同意わいせつ行為に係る8つの列挙行為・事由と同じである。性交等の行為の主体及び客体は、男女を問わない。また、婚姻関係の有無を問わないから、配偶者間での不同意性交等の行為も本罪を構成する。さらに、16歳未満を相手方とした者に対しては、単に性交等の行為をしただけで、言い換えると相手方の同意があっても本罪は成立する。

ここで「性交」とは、**男性性器（陰莖）を女性性器に挿入すること**をいう。このような身体への挿入を伴う性的交渉を相手方の同意なくして行う行為は、人間の尊厳を著しく害する性的自由の侵害として悪質であり、不同意わいせつ罪より重く罰する必要がある。これが本罪の刑の加重根拠である。

しかし、その点では女性の膣内ばかりでなく男性器を肛門に挿入する**肛門性交**、口腔内に挿入する**口腔性交**においても変わりがないところから、2017年

<sup>20</sup> 松田=今井「刑法の一部を改正する法律について」法曹時報69・11・228。

の刑法では、これらも性交等として処罰することになった。したがって、この時点で性交等とは、被害者の膣内、肛門内、口腔内に自己若しくは第三者の陰茎を挿入する行為とされた。性交、肛門性交、口腔性交は、行為者か被害者のいずれかが男性であることを必要としたのである。しかし、さらに身体への挿入という点では、「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」も陰茎を挿入することと変わりがないという理由で、2023年の改正ではこの態様の行為も性交等に入れられることとなった。なお、この場合は、口腔内への挿入は含まれない。例えば、歯科医が治療のために手指を口に挿入する行為は、どのような意図で行われても性的な意味を持たない場合がほとんどだからである。

かくして、2023（令和5）年の改正では、それまで不同意わいせつ罪とされてきた膣または肛門に身体の一部あるいは物を挿入する行為も性交等として、不同意性交等罪が新設されることになった。なお、ここで「身体の一部」とは、人の手足やその指をいい。「物」とは、日常生活で用いるすりこぎ棒やアダルトグッズとしての性具等のことである。それらを膣または肛門に挿入する行為であって、わいせつなものは「性交等」に当たることとされた。また、「わいせつなもの」とは、普通人の性的羞恥心を害する行為をいい、例えば、性具を膣や肛門に挿入すること、手足の指を性的行為として用いることなどがこれに含まれる。薬や生理用品を挿入する行為は、わいせつなものではないから、「性交等」に含まれないこと勿論である。

### 3 故意

本罪は故意犯であり、不同意意思の形成・表明、全うが困難な状態にさせ、またはその状態に乗じて性交等の行為をすることの認識を必要とする。また、本条3項の行為については、不同意わいせつ罪の場合と同様、行為の相手方つまり客体が16歳未満の者であることの認識が必要である。したがって、16歳未満の者であることを認識して性交等をしたときは、不同意わいせつ罪の場合と同じように、直ちに本罪は成立する。16歳未満の者に暴行・脅迫を用いて性交等をしたときも、法条競合として本罪一罪が成立する。なお、行為および年齢等の錯誤の取り扱い、不同意わいせつ罪の場合と同様である。

#### 4 未遂・罪数

不同意わいせつ罪の未遂と不同意性交等罪の未遂の区別が問題となる。例えば、膣を撫でている際に抵抗され、その場を立ち去った場合、不同意わいせつ罪の既遂とも考えられるが、行為態様から区別することが困難な場合は、行為者の意図がいずれにあったかによって区別するほかにないであろう<sup>21</sup>。一方、不同意意思の形成・表明・全うする行為が性交等の行為に直接に結びついていない場合、例えば、自動車内で不同意性交等を行う目的で自動車内に女子を無理に引きずり込む行為は、性交等の行為に至る切迫した危険を有するから、不同意性交等罪の実行の着手があったと見てよい<sup>22</sup>。同じ相手方に対し、同一の機会に連続して行われた一連の性交等の行為は、包括一罪となる<sup>23</sup>。不同意わいせつ罪と不同意性交等罪とが、時間的・場所的に接着して行われた場合は包括一罪、間隔が開いている場合は併合罪となる。なお、本罪も非親告罪である

### 5 監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪

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条第1項の例による(179条1項)。

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条第1項の例による(同条2項)。

未遂は、罰する(180条)。

#### 1 意義

不同意わいせつ罪及び不同意性交等罪は、個人の性的自由または性的な事項に関する己決定の自由を侵害する犯罪であるが、特定の地位や人間関係を利用して、従属的立場にある者を相手方として性的行為を行う場合にも、不同意の意思の形成・表明・全うを困難な状態にさせまたはそれに乗じて行った場合と同じように、性的自由又は自己決定権を侵害していることは明らかである。そこで、それまでは処罰されなかった行為ではあるが、性犯罪処罰

<sup>21</sup> 大判大3・7・21刑録20・1541。

<sup>22</sup> 最決昭45・7・28刑集24・7・585。

<sup>23</sup> 東京地判平元・10・31判時1363・159参照。

の適正化の見地から、18歳未満の者が生活全般にわたり精神的・経済的に依存し、監護者がそのような**依存関係から生ずる影響力**に乗じて、18歳未満の者に対してわいせつな行為および性交等の行為をすることを類型化し、2017(平成29)年の改正で、監護者わいせつ罪および監護者性交等罪として処罰することとしたのである。なお、18歳未満の者に対するこの種の行為は、これまで児童福祉法34条1項6号の「児童に淫行させる行為」として処罰されてきたが、法定刑も本罪と変わらないところから、この規定で処理されることになった。なお、本罪も非親告罪である

## 2 主 体

本罪の主体は、18歳未満の者を「**現に監護する者**」すなわち監護者である。監護者でなければ本罪は成立しないから、本罪は身分犯である。ここで「監護する」とは、民法820条の親族に関する規定と同様に、監督し、保護することを意味する。しかし、本罪の趣旨は、監護者との依存関係があると、暴行・脅迫等の行為がなくても性交等の行為に抵抗できない場合を処罰することにあるから、法律上の監護権に基づかなくても、事実上、現に18歳未満の者を監護している者であれば、「現に監護する者」に該当する。現に同居している父母、養父母などが考えられるが、「監護」に当たるか否かの判断は、①同居の有無等の居住場所、②指導状況や身の回りの世話、③生活費の支出など、諸般の事情を考慮して、わいせつ等の行為について、被害者の一般的に有効な承諾がないとみられるような**強い支配・従属関係**の存否を基準になされるべきである。ちなみに、教師と生徒、医師と患者、スポーツクラブの指導者とクラブ員など、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わいせつ行為および性交等は、今後も児童福祉法34条1項6号によって処理されるが、「現に監護している」場合もあり得るから、その場合は、監護者わいせつ・性交等罪が適用される。

## 3 客 体

本罪の行為の客体は、**18歳未満の者**であり、男女を問わない。18歳未満とされたのは、18歳未満の者は、性的に未熟で判断力に乏しく自由な自己決定が出来ないこと、18歳に達すれば、精神的に相当程度成熟すると考えられていること、③児童福祉法4条は18歳未満の者を対象としている等の理由に

よる。ただし、16歳未満の者については、176条3項で不同意わいせつ罪が、また177条3項で不同意性交等罪が成立ので、本罪の客体としては、16歳及び17歳の男女ということになる。

#### 4 行 為

本罪の行為は、現に監護する者であることによる影響力に「乗じて」、わいせつ・性交等の行為をすることである。「影響力」とは、人の意思決定に何らかの作用を及ぼしうる力のことである。「乗じて」とは、わいせつ・性交等の行為に抵抗できない心理状態にあることを「利用して」という意味である。しかし、積極的に利用する意思がなくても、客観的に支配・従属関係にあり、わいせつ・性交等の行為に抵抗することが困難な状況が認められる限り、それを認識してわいせつ・性交等の行為に及んだ以上、本罪が成立すると解すべきである。したがって、わいせつ・性交等の行為について、被害者が同意していたかどうかは関係がない。同意がないのにあったと誤信した場合も本罪を構成する。

本罪は故意犯であるから、その成立のためには、行為者はみずからが現に監護者であることの認識を必要とする。具体的には、同居させている、身の回りを世話している、生活させているといった「現に監護する者」であることを基礎づける事実の認識が必要である。この認識があって、わいせつ・性交等の行為に及べば、監護者であることによる影響力に乗じて行為したと判断してよいであろう。

#### 5 罪数及び他罪との関係

179条1項は、18歳未満の者に対してわいせつな行為をした場合に、監護者わいせつ罪として176条の不同意わいせつ罪と同じ法定刑で処罰する規定である。同2項は、18歳未満の者に対して性交等の行為をした場合に監護者性交等罪として、177条の不同意性交等罪と同じ法定刑で処罰することを定めるものである。監護者が同一の被害者に対して、わいせつな行為と性交等の行為を数回にわたって行った場合は、各犯行の時間的・場所的接着性を踏まえて、1個の行為と評価できる場合は包括一罪、そうでない場合は併合罪となる。監護者が、暴行・脅迫を用いて不同意性交等の行為をした場合は、不同意性交等罪が成立し、監護者性交等罪は成立しない。また、監護者わい

せつ・性交等の行為が同時に児童福祉法の淫行させる行為に当たる場合は、観念的競合となる。

## 6 不同意わいせつ・性交等罪及び監護者わいせつ・性交等罪の未遂

第176条、第177条及び前条の罪の未遂は、罰する（180条）。

### 1 不同意わいせつ罪及び性交等罪の未遂

不同意わいせつ罪および不同意性交等罪の未遂は罰せられる。不同意わいせつ罪は、被害者に対するわいせつ行為が行われたとき、また、不同意性交等罪は、膣等への挿入が行われたときに既遂となる。両罪の未遂も罰せられる。それらの**実行の着手**は、176条1項にいう「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」にさせる場合においては、手段となる既述の8つの行為またはそれらに類似する行為のいずれかが開始された時点で認められる。また、「それに乗じ」て行う場合は、わいせつ行為または性交等の実行行為の開始時点である。手段としての8つの行為をしたが、それにとどまった場合は、行為者の目的・意図によって、不同意わいせつ罪の未遂となるか、不同意性交等罪となるかを区別すべきである。不同意わいせつ罪に当たる行為がなされたとき、行為者が最初から性交等を行うつもりであった場合は、その時点で不同意性交等罪の実行の着手が認められる。

**実行の着手に関する判例** 最決昭和45年7月28日刑集24巻7号585頁は、「被告人が同女をダンプカーの運転席に引きずり込もうとした段階において既に強制性交に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において強姦行為の実行の着手があったと解するのが相当」と判示している（なお、大阪地判平成15年4月11日判タ1126号284頁参照）。

### 2 監護者わいせつ罪及び性交等罪の未遂

監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪の適用に当たっては、暴行・脅迫等による強制の有無や、被害者の同意の有無は問題とならない。また、監護者性交等罪の被害者が16歳未満の者であるときは、179条ではなく、176条3項及び177条3項が適用される。

監護者がわいせつ行為を目的として、その行為をした時点で既遂となる。不同意意思の形成・表明・全うすることが困難な状態にさせたときに実行の着手が認められ、実際にわいせつ行為を行わなかった場合に未遂となる。監護者が、18歳未満の者に性交等をする意思でわいせつ行為をしたが、性交等は行わなかったときは、178条3項の罪の実行の着手が認められ、不同意性交等罪の未遂となる。

## 7 不同意わいせつ・性交等致死傷罪

① 第176条若しくは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、無期または3年以上の拘禁刑に処する（181条1項）。

② 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年以下の拘禁刑に処する（同条2項）。

### 1 意義

本罪は、不同意わいせつ罪、不同意性交等罪、監護者わいせつ罪・監護者性交等罪の**結果的加重犯**である。基本犯が、①不同意わいせつ罪、監護者わいせつ罪およびこれらの罪の未遂罪の場合（1項）、②不同意性交等罪、監護者性交等罪およびこれらの未遂罪の場合、これら二つの場合を区別して、有期拘禁刑の下限に差が設けられている（2項）。死傷の結果は、わいせつの行為、性交等の行為から生じた場合だけでなく、その手段としての暴行・脅迫等の行為をも含む。基本犯が未遂に終わった場合でも、被害者に死傷の結果が発生した以上、本罪が適用される。

### 2 基本行為と密接に関連する行為

結果的加重犯における加重の根拠は、基本犯の性質上、致傷の結果が発生する特別の危険性に求められるから、手段としての暴行・脅迫等から結果が発生した場合とわいせつ行為・性交等の行為それ自体から結果が発生した場合に限られる。それでは、わいせつ・性交等の行為の機会に行なわれた暴行・脅迫によって死傷の結果が生じた場合にも本罪を適用すべきであろうか。例えば、不同意性交等の行為から被害者が逃げようとして転倒し傷害を負った場合はこれに含まれるが、不同意性交等の実行行為が終わった後に、被害者が専ら逃げようと走り出したので、それを阻止しようとして被害者に傷害を

負わせた場合について、学説は、①本罪の基本行為については、わいせつ・性交等の行為自体、または手段としての暴行・脅迫に限るべきであるとする説<sup>24</sup>、②わいせつ・性交等の行為に密接に関連する行為も基本行為に含まれるとする説<sup>25</sup>に分かれる。例えば、不同意わいせつ・性交等の目的で暴行を加えたところ、被害者が救を求めて二階から飛び降り負傷した場合<sup>26</sup>は、因果関係を認めるべきであろう。不同意性交をしようとして下半身を裸にしたところ、寒さと異常体質のために被害者がショック状態に陥ったので、被害者は死んだと誤信し、そのまま放置して凍死させた事案について、強制(不同意)性交等致死罪を認めた判例がある<sup>27</sup>。本罪を設けている趣旨は、不同意わいせつ・性交等の行為に付随して死傷の結果を生じさせる可能性が高いため、特に生命・身体の保護を図ることにあるから、基本となる行為をわいせつ・性交等ないしその手段となる暴行・脅迫の実行行為に限定する②説が妥当である。

### 3 死傷の結果の認識

本罪は結果的加重犯であるから、行為者に死傷の結果について認識がある以上、不同意性交等罪と傷害罪との観念的競合または殺人罪との観念的競合を認めるべきであるとする見解が有力である。しかし、この見解には疑問がある。問題を致傷と致死に分けて考えてみよう。

(1) 致傷の場合 致傷の結果について考えてみると、不同意わいせつ・性交等罪は、傷害の結果を伴う場合が多く、また、暴行又は傷害についての未必的認識をもって行われるのが通常であるから、行為者が致傷の結果を予見している場合に本罪を適用しなければ不合理となる。これを認めないとすれば、単に不同意わいせつ・性交等罪と傷害罪との観念的競合となって、刑は不同意わいせつ・不同意性交等罪の法定刑にとどまり、不同意性交等致死罪より軽くなって刑の均衡を失することになる。したがって、不同意わいせつ・不同意性交等罪および監護者わいせつ・性交等罪については、**故意のある結果的加重犯**を認めるべきであり、傷害の故意があるときは、不同意わいせ

<sup>24</sup> 曾根・70頁、西田108頁、井田・142頁。

<sup>25</sup> 団藤・406頁、大塚108頁、中森・70頁など。最決平20・1・22刑集62・1・1参照。

<sup>26</sup> 最決昭36・2・11裁判集刑132・201。

<sup>27</sup> 最決昭6・1・25刑集15・1・266。

つ・性交等罪，監護者わいせつ・性交等罪のみが成立し，傷害罪は構成しないと解すべきである<sup>28</sup>。

(2) **致死の場合** 致死の結果について考えると，通説・判例は，致死の結果について認識がある場合については，殺人罪と181条1項及び2項の致死罪との観念的競合であるとしている<sup>29</sup>。しかし，不同意わいせつ・性交等罪などの各致死罪と殺人罪の観念的競合とすると，死の結果について二重に評価することになるから妥当はでない。また，不同意わいせつ・性交等致死罪の成立を認めなくても，傷害の結果について認識ある場合のような刑の不均衡を生ずることがない以上，端的に殺人罪と不同意わいせつ・性交等罪の観念的競合を認めるべきである<sup>30</sup>。

#### 4 罪数

不同意わいせつ・性交等の行為の終了後，その現場において被害者に内密にするよう迫り，暴行を加えて負傷させた場合は，不同意わいせつ・性交等罪と傷害罪との併合罪となる。また，発覚を恐れて被害者を殺害したときは，不同意わいせつ・性交等罪と殺人罪の併合罪となる。不同意性交等罪の行為によって被害者に傷害を負わせ，さらに死に至らせたときは，傷害の事実が致死の結果に吸収され，不同意性交等致死罪のみが成立する。

### 8 16歳未満の者に対する面会等要求罪

① 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年以上前に生まれた者に限る。）は，3年以下の拘禁刑又は50万円以下の罰金に処する。一 威迫し，偽計を用い又は誘惑して面会を要求すること。二 拒まれたにもかかわらず，反復して面会を要求すること。三 金銭その他の利益を供与し，又はその申し込み若しくは約束をして面会を要求すること（182条1項）。

② 前項の罪を犯し，よってわいせつの目的で当該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（同条2項）。

③ 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

<sup>28</sup> 大塚・108頁，中森・61頁，山口・174頁，井田143頁。

<sup>29</sup> 団藤・195頁，川端・203頁，高橋・147頁など。最判昭30・10・25刑集10・10・1455。

<sup>30</sup> 大塚・106頁，中森・70頁，井田・143頁，山口・115頁。

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。一 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。二 前号に掲げるもののほか、膣また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（同条3項）。

## 1 意義

本罪は、性的未熟さのために性犯罪の被害を受けやすい16歳未満の者を保護し、性犯罪による被害を防止するために、親等の監護者による性的保護状態を確保することを目的として、**性犯罪の予備的行為**を処罰するものである。性犯罪の予備的行為として、①面会を要求する行為（182条1項）、②面会する行為、（同条2項）及び、③性的映像の送信をする行為（同条3項）を定め、処罰することになっている。

## 2 面会要求等罪

本罪の客体は、**16歳未満の者**（男女）である。相手方が13歳以上16歳未満の者であるときは、その行為者が5歳以上年長者でなければ処罰されない（176条3項、177条3項参照）。

本罪の行為は、①わいせつの目的で威迫し、偽計を用い、又は誘惑して面会を要求すること（182条1項1号）、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（2号）、③金銭その他の利益を供与し、またはその申し込みもしくは約束をして面会を要求する行為である（3号）。これらの行為をしたときは、面会要求罪として、1年以下の拘禁刑又は50万円以下の罰金に処せられる（182条1項）。

上記の面会要求罪を犯し、よって「わいせつ目的で当該16歳未満の者と面会した」場合は、面会罪として、2年以下の拘禁刑または100万円以下の罰金に処せられる（182条2項）。性的保護状態を侵害した者として、刑を加重している。わいせつ目的で面会を要求していたが、偶然に相手方に会った場合は本罪を構成しない。

### 3 わいせつ映像送信要求罪

本罪の行為は、相手方に以下の映像，すなわち，①性交，肛門性交または口腔性交をとった映像，②膣または肛門に身体の一部（陰茎を除く）または物を挿入または挿入される姿態をとった映像，③性的な部位（性器もしくはこれらの周辺部，臀部または胸部）を触りまたは触られる姿態をとった映像，④性的な部位を露出した姿態その他の姿態とった映像の送信を要求する行為であり，わいせつ映像送信要求罪として，1年以下の拘禁刑又は50万円以下の罰金に処せられる。要求した相手方が，実際にこれらの映像を送信した場合についての処罰規定はない。

## 9 淫行勧誘罪

営利の目的を以て，淫行の常習のない女子を誘惑して姦淫させた者は，3年以下の拘禁刑又は30万円以下の罰金に処する（183条）

### 1 保護法益

本罪は，売春婦のように不特定人を相手にみだらな性行為をする習癖のない女性を勧誘して性交させる行為を内容とする犯罪である。その保護法益については，風俗犯の一種で性風俗・秩序を乱す行為を処罰することによって，性秩序を保護すると解する立場が有力であるが<sup>31</sup>，女性の本罪の被害者として処罰されないと解すべきであり，性的自由ないし貞操が保護法益である<sup>32</sup>。

### 2 成立要件

本罪の客体は，「淫行の常習のない女子」である。**淫行の常習のない女子**とは，貞操観念に乏しく，不特定人を相手に性交する習癖のない女性をいう。年齢には関係がない。本罪の行為は，女子勧誘して性交させることである。ここで「**勧誘**」とは，女子に性交させる決意を生じさせることをいう。欺く行為を手段とする場合も含むと解される。自らが性交の相手方になる場合であると，第三者と性交させる場合であるとを問わない。ただし，売春のあつせ

<sup>31</sup> 大塚仁・前掲刑法概説（各論）514頁，西田典之・前掲刑法各論424頁，高橋則夫・前掲刑法各論604頁，井田良・前掲講義刑法学・各論574頁。

<sup>32</sup> 団藤重光・前掲刑法綱要各論489頁，中森喜彦・前掲刑法各論71頁。

人は本罪には当たらない。

本罪は、目的犯である。「**営利の目的**」とは、自らが財産上の利益を得る目的または第三者に利益を得させる目的をいう。この目的をもって「淫行の常習のない女子」を勧誘することが本罪の実行行為であり、当該女子が性交を開始することによって、本罪は既遂となる。暴行・脅迫を手段として本罪を犯したときは、暴行罪・脅迫罪と本罪との観念的競合となる<sup>33</sup>。

---

<sup>33</sup> 大谷實・刑法講義各論（新版第5版・成文堂・2019）139頁。