

## 【第 9 回】性的自由に対する罪

### 1 保護法益 《山口刑法 p. 243 / 西田各論 pp. 85-86、山口各論 pp. 102-103》

性的自由（＝性的な事項についての自己決定の自由）

※ 同じ「第 22 章 わいせつ、姦淫及び重婚の罪」に規定されている公然猥褻罪 [174 条]・猥褻物頒布罪 [175 条] が社会的法益に対する罪であるのと異なり、今回取り扱う犯罪類型は個人的法益に対する罪である。

↓

- \* 暴行、脅迫を手段として、相手の意思に反してわいせつ行為を強制し、または女子を姦淫する行為を処罰の対象とする。
- \* 相手方が 13 歳未満である場合には、手段を問わず、かつ相手方に同意があっても犯罪が成立する（性的な事項についての判断能力が未熟な青少年を保護する趣旨）。

[刑法典以外の性的保護に関する規定]

- \* 児童福祉法 34 条 1 項 6 号——「児童に淫行をさせる行為」（罰則は同法 60 条 1 項。同条 4 項に両罰規定。）
  - ※ 「淫行をさせる行為」には淫行の相手方となる行為（買春など）は含まれないと考えられるが、裁判例にはこの場合に本罪の成立を認めたものがある（名古屋高判昭和 54 年 6 月 4 年刑裁月報 11 巻 6 号 515 頁、最決平成 10 年 11 月 2 日刑集 52 巻 8 号 505 頁など）。
- \* 地方公共団体制定の青少年育成条例——児童に対し淫行または猥褻な行為を行うこと
  - ※ 刑法・児童福祉法で不可罰の行為を条例で処罰の対象とすることには法律主義に違反するとの疑いがあるが、判例は趣旨や目的を異にすることを理由に合憲とする（最大判昭和 60 年 10 月 23 日刑集 39 巻 6 号 413 頁）。
  - なお、後掲の「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」（児童買春処罰法）が 1999 年に公布・施行されたことにより、同法で処罰される行為を処罰する条例の規定は失効している（同法附則 2 条による）。
- \* 児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律（児童買春処罰法）
  - 児童買春 [同法 4 条]、児童買春周旋 [同法 5 条]、児童買春勧誘 [同法 6 条]、児童ポルノ頒布 [同法 7 条]、児童買春等目的人身売買 [同法 8 条]。児童買春周旋・同勧誘・児童ポルノ頒布の各罪については両罰規定が置かれている [同法 11 条]。

### 2 強制猥褻罪 [176 条] 《山口刑法 pp. 243-244 / 西田各論 pp. 86-87、山口各論 pp. 103-106》

#### 2-1 客体

前段： 13 歳以上の男女 ← 暴行または脅迫を手段とする必要（後掲 2-3 参照）

後段： 13 歳未満の男女 ← 手段の如何、同意の有無を問わない

※ 13 歳未満の男女に対し暴行または脅迫を用いて行った場合は、176 条の罪一罪が成立する（最決昭和 44 年 7 月 25 日刑集 23 巻 8 号 1068 頁）。

## 2-2 猥褻行為

「わいせつな行為」＝被害者の性的羞恥心を害する行為

←具体的な被害者ではなく、一般人の基準によって判断される。

※ なお、公然猥褻罪 [174 条] における「わいせつな行為」とは内容が異なる。←**保護法益が異なる**ため。

[具体例]

- \* 相手の意に反してキスする行為 (東京高判昭和 32 年 1 月 11 日高刑集 10 卷 1 号 10 頁)
- \* 乳房や陰部などに触れる行為 (名古屋高金沢支判昭和 36 年 5 月 29 日下刑集 3 卷 5=6 号 399 頁)
- \* 裸にして写真を撮影する行為 (東京高判昭和 29 年 9 月 29 日判特 40 号 138 頁)、など。

[その他]

- \* 性交を強要することも本罪に該当する。  
(性交の強要は強姦罪 [177 条] になりうるが、同罪は客体が女性に限定されるため、客体が男性の場合に本罪が成立することになる。)
- \* 女性に対して姦淫目的をもって猥褻な行為をした場合は、強姦罪・同未遂罪 [179 条] が成立する限りにおいて、本罪の適用は法条競合として排除される。

## 2-3 暴行・脅迫

相手方の反抗を抑圧する程度のもの (←強盗罪 [236 条] の場合はこの程度の暴行・脅迫が要求される) である必要はないが、**相手方の反抗を著しく困難にする程度**のものであることが必要。

[問] 暴行自体がわいせつ行為である場合 (=性的暴行) に本罪は成立しうるか?

A. 否定説＝性的暴行は単純暴行罪 [208 条] が成立するに過ぎない。

←性的自由の侵害という側面を無視しているとの批判あり。

B. 肯定説 (大判大正 7 年 8 月 20 日刑録 24 輯 1203 頁、大判大正 13 年 10 月 22 日刑集 3 卷 749 頁参照)

B-1. 他人の意思に反していれば力の大小は問わない。

(大判大正 14 年 12 月 1 日刑集 4 卷 743 頁参照)

B-2. 暴行と脅迫を区別し、暴行については反抗を著しく困難にする程度のものであることを要しない。

←どちらの見解に対しても、わいせつ行為における同意の有無の認定は微妙であり、相手の意思に反したか否かを判断するために暴行・脅迫が反抗を著しく困難にする程度のものであるということを必要としているはず。単に相手方の意思に反していればよいとしても問題の解決にはならないのでは、との批判あり。

B-3. 不意の性的暴行であれば、まさに反抗は困難であったとする。

←暴行自体がわいせつな行為にあたる場合でも、当該暴行を避けえたか否かの判断は可能であるとの理解に基づく。しかし、この場合は暴行により反抗を著しく困難にしたうえで猥褻行為を行うのではないから、むしろ抗拒不能に乗じて猥褻行為を行ったとして準強制猥褻罪 [178 条] の問題とすべきではないか、との見解がある。

## 2-4 主観的要件

本条後段の罪については、被害者が 13 歳未満であることの認識が必要。

↓

- \* 13 歳未満の者を 13 歳以上であると誤信して暴行・脅迫によらずに猥褻行為を行った場

合、故意が阻却される（事実の錯誤）。

- \* 13 歳以上の者を 13 歳未満であると誤信して暴行・脅迫によらずに猥褻行為を行った場合、本条後段の罪の故意は認められるが、構成要件該当事実が認められないので、未遂 [179 条] が成立するにとどまる。

[問] 強制猥褻罪成立のためには、故意があることに加えて、当該行為が「犯人の性欲を刺戟興奮させまたは満足させるという性的意図のもとに行なわれること」が必要か？

A. 肯定説（判例(96)）

←この場合、本罪は**傾向犯**と解される。

B. 否定説（判例(97)）

本罪の保護法益である性的自由の侵害には、上記の性的意図の有無は影響を及ぼさない。

### 3 強姦罪 [177 条] 《山口刑法 pp. 244-245 / 西田各論 p. 88、山口各論 pp. 106-107》

#### 3-1 客体

強制猥褻罪の場合とは異なり、客体は**女性に限定**される。

前段： 13 歳以上の女性 ←暴行または脅迫を手段とする必要（後掲 3-3 参照）

後段： 13 歳未満の女性 ←手段の如何、同意の有無を問わない

#### 3-2 主体

前掲 3-1 より、直接単独正犯の形態では男性のみが主体となりうるが、共同正犯・間接正犯の形態で女性が本罪を行うことは可能である（共同正犯について、最決昭和 40 年 3 月 30 日刑集 19 卷 2 号 125 頁参照）。

←本罪は**身分犯**と理解されるのが一般的だが、法益侵害惹起について事実上の制約があるに過ぎず身分犯ではないとの理解もある。

夫による妻の強姦罪も肯定しうる（婚姻関係にあることが性行為についての包括的同意があることを意味しない）。

判例(95)は強姦罪の成否について婚姻関係が実質的に破綻していたかどうかを基準としたものであるが、強姦罪成立を婚姻関係が実質的に破綻していた場合に限定する理由はない。

#### 3-3 暴行・脅迫

相手方の反抗を著しく困難にする程度のものであることが必要（最判昭和 24 年 5 月 10 日刑集 3 卷 6 号 711 頁参照）。

#### 3-4 実行の着手時期

姦淫行為や姦淫の手段たる暴行・脅迫へ着手した場合のほか、それ以前であっても、判例によれば強姦に至る客観的な危険性が認められる時点で本罪の実行の着手を認めている（最決昭和 45 年 7 月 28 日刑集 24 卷 7 号 585 頁参照）。

### 4 準強制猥褻罪・準強姦罪 [178 条] 《山口刑法 pp. 245-247 / 西田各論 pp. 89-90、山口各論 pp. 107-110》

#### 4-1 意義

相手方の抵抗困難な状態（＝心神喪失・抗拒不能の状態）を利用して行われる猥褻行為・姦淫

を処罰の対象とする。

(※ 猥褻行為・姦淫の目的で暴行・脅迫を行い相手方を上記の状態にして猥褻行為・姦淫を行う場合は、本罪ではなく強制猥褻罪 [176 条]・強姦罪 [177 条] が成立する。)

従って、

(i) 猥褻行為・姦淫の目的で、暴行・脅迫によらずに相手方を心神喪失・抗拒不能にして、猥褻行為・姦淫を行う場合

のほか、

(ii) 猥褻行為・姦淫以外の目的で、暴行・脅迫またはその他の手段により相手方を心神喪失・抗拒不能にして、猥褻行為・姦淫を行う場合

(iii) 第三者により作出された、または相手方に存在する心神喪失・抗拒不能状態を利用して、猥褻行為・姦淫を行う場合

が本罪の対象となる。

(※ (i)は強制猥褻罪・強姦罪の補充類型、(ii)(iii)は拡張類型である。)

#### 4-2 心神喪失・抗拒不能

「心神喪失」＝失神、睡眠、泥酔、高度の精神障害等の理由により、自己の性的自由が侵害されていることについて認識を欠く場合

(※ 責任無能力 [39 条 1 項] の概念とは異なる点に注意。)

「抗拒不能」＝自己の性的自由が侵害されていることについての意識はあるが、物理的・心理的にこれに対する抵抗が著しく困難な場合

[例] 手足を縄で縛られている、酩酊状態、極度の畏怖状態、など

[問] 偽計による姦淫の場合に、心理的な抗拒不能な状態にあるといえるか？

\* 被害者が半睡半醒のため行為者を夫または情夫と誤信した状態を利用して姦淫した場合

(本罪成立を認めたものとして、仙台高判昭和 32 年 4 月 18 日裁判所特報 4 巻 10 号 230 頁、広島高判昭和 33 年 12 月 24 日高刑集 11 巻 10 号 701 頁参照。)

\* 治療行為のために必要と誤信させて姦淫した場合

(本罪成立を認めたものとして、大判大正 15 年 6 月 25 日刑集 5 巻 285 頁、判例(98)などを参照。なお、抗拒不能にあたらなかった例として、判例(100)参照。)

この問題は錯誤による同意の有効性の問題であり、法益関係的錯誤の点から判断されるべき。

#### 4-3 主観的要件

[問] 強制猥褻罪・強姦罪の故意で、準強制猥褻罪・準強姦罪の構成要件を実現した場合（例えば、暴行を用いて姦淫したが、相手方がすでに心神喪失状態にあった場合）の処理は？

→性的自由の侵害についての異なった類型間における抽象的事実の錯誤《山口刑法 pp. 119-122》の問題。

### 5 集団強姦等の罪 [178 条の 2] 《山口刑法 p. 247 / 西田各論 p. 90、山口各論 p. 630》

※ 平成 16 年 12 月 8 日法律 156 号による改正の際に新設された規定。集団による強姦等の行為のもつ手段としての危険性および結果発生の危険性の高さに着目して設けられたものといえよう。

強姦罪 [177 条]、準強姦罪 [178 条 2 項] の加重類型。

「2人以上の者が現場において共同して」犯した、との要件が満たされれば全員が姦淫行為を遂げていなくても本罪既遂の共同正犯となる。

本罪は必要的共犯（集団犯）だが、別途本罪の共謀共同正犯・幫助犯が成立しうる。  
非親告罪である。

## 6 親告罪 [180条] 《山口刑法 pp. 247-248 / 西田各論 pp. 90-91、山口各論 p. 111》

強制猥褻罪、強姦罪、準強制猥褻罪・準強姦罪、およびこれらの罪の未遂罪が対象 [180条1項]。

←被害者の名誉等の利益の保護を考慮した規定

ただし、2人以上の者が現場において共同で犯した場合には、非親告罪とされる [180条2項]。

←一般予防的見地を優先させたもの

## 7 強制猥褻・強姦致死傷罪 [181条] 《山口刑法 pp. 248-249 / 西田各論 pp. 91-92、山口各論 pp. 111-113》

### 7-1 構成要件

強制猥褻罪・強姦罪などを基本犯とする結果的加重犯。

死傷の結果が猥褻行為・姦淫自体から生じた場合のほか、手段たる暴行・脅迫から生じた場合（最決昭和43年9月17日刑集22巻9号862頁参照）、さらには基本犯の遂行過程で生じた場合をも本罪が成立する（これらの行為と結果の間に相当因果関係があれば足りる）。従って、

\* 被害者が逃走中に転倒して負傷した場合

を含む（最決昭和46年9月22日刑集25巻6号769頁参照）。

また、判例は

\* 姦淫後に逃走を容易にするための暴行から傷害を負わせた場合

にも本罪の成立を認める（判例(101)、大阪高判昭和62年3月19日判時1236号156頁参照）が、犯行後の行為から死傷結果が生じた場合について本罪の成立を認めるのは疑問では？

なお、

\* 基本犯の被害者が羞恥心から自殺した場合

は本罪は成立しない。

### 7-2 主観的要件

[問] 加重結果について故意がある場合の処理は？

\* 死亡結果について故意がある場合

A. 本罪と殺人罪の観念的競合（最判昭和31年10月25日刑集10巻10号1455頁参照）

←死亡結果の二重評価となり、望ましくないのでは？

B. 強制猥褻罪・強姦罪等と殺人罪の観念的競合

←本罪のみ適用の場合との間で刑の不均衡を生じない。

\* 傷害結果について故意がある場合

A. 強制猥褻罪・強姦罪等と傷害罪の観念的競合

←本罪のみ適用の場合との間で刑の不均衡が生じてしまう。

B. 本罪のみが成立

←この場合、本罪はその限度で加重結果について故意ある場合を含むことになる。

---

**《参考文献》**

**1 および 2 について**

- \* 町野朔「強制猥褻罪の現在」『犯罪各論の現在』 pp. 271-287

**3 および 4 について**

- \* 町野朔「強姦罪の現在」『犯罪各論の現在』 pp. 288-308
- 

**《判例教材と百選Ⅱ第6版との対応関係》**

- \* 判例(96) = 百選Ⅱ-No. 15