令和５年６月の性的自由に対する罪の改正に伴うテキストの修正

令和５年６月 16 日、刑法の性的自由に対する罪の改正がされました。この改正に伴い、『リアリスティック刑法』について、以下の表の修正をお願いいたします。

		修正前	修正後
刑法【初版】	vii ／Realistic15	「強盗・強制性交等殺人罪」と呼ぶべき？	「強盗・不同意性交等殺人罪」と呼ぶべき？
	P47 ／ i の ex.	13 歳未満の者に対する強制わいせつ罪や 13 歳未満の者に対する強制性交等罪は，同意があっても違法性は阻却されません（刑法 176 条後段，177 条後段）。13 歳未満の者は，性的なことについて同意する能力がないからです。	16 歳未満の者に対する不同意わいせつ罪や 16 歳未満の者に対する不同意性交等罪は，原則として，同意があっても違法性は阻却されません（刑法 176 条３項，177 条３項）。16 歳未満の者は，性的なことについて同意する能力がないからです。
	P47 ／ iii の ex1.	13 歳以上の者に対する強制わいせつ罪や 13 歳以上の者に対する強制性交等罪は，同意があれば犯罪とはなりません（刑法 176 条前段，177 条前段）。13 歳以上だと性的なことについて同意する能力があるからです。	16 歳以上の者に対する不同意わいせつ罪や 16 歳以上の者に対する不同意性交等罪は，同意があれば犯罪とはなりません（刑法 176 条１項，177 条１項）。16 歳以上だと性的なことについて同意する能力があるからです。

		修正前	修正後
	P115／⑤	強制わいせつ罪（刑法176 条），強制性交等罪（刑法 177 条），準強制わいせつ罪・準強制性交等罪（刑法 178 条）など	不同意わいせつ罪（刑法176 条），不同意性交等罪（刑法 177 条）など
	P116／①	強制わいせつ罪（刑法176 条），強制性交等罪（刑法 177 条）など	不同意わいせつ罪（刑法176 条），不同意性交等罪（刑法 177 条）など
	P116／⑥	強盗・強制性交等罪（刑法 241 条１項），強盗・強制性交等致死罪（刑法241 条３項）など	強盗・不同意性交等罪（刑法 241 条１項），強盗・不同意性交等致死罪（刑法 241 条３項）など
	P123 ／表の最狭義の暴行の行	（＊３）	※削除
	P123 ／表の最狭義の暴行の行	・強制性交等罪（刑法 177 条）（＊４）	※削除
	P123	＊３	※削除
	P123	＊４	※削除
	P134 ／表の ex2.	強制性交の意図を秘して	不同意性交の意図を秘して
	P135～138 ／3	※差替え	※後記◆◆１◆◆に差替え
	P176～177 ／7.	※差替え	※後記◆◆２◆◆に差替え

◆◆１◆◆

３ 性的自由に対する罪

性的自由に対する罪には，「不同意わいせつ罪」（下記１.），「不同意性交等罪」（下記２.）などがあります。

１．不同意わいせつ罪

刑法 176 条（不同意わいせつ）

１　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 年以下の懲役に処する。

一～一八〔省略〕

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，わいせつな行為をした者も，前項と同様とする。

３　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。

（1）法益

不同意わいせつ罪の法益は，個人の性的自由，性的自己決定権です。「個人」とありますとおり，男性の性的自由も法益となります。よって，被害者が男性である場合も不同意わいせつ罪が成立します。

不同意わいせつ罪の未遂は，罰せられます（刑法 180 条）。重い犯罪ですから，当たり前ですね。

（2）主体

男性だけでなく，女性も不同意わいせつ罪の主体となります。

（3）行為

相手方が 16 歳以上か 16 歳未満かで，実行行為が変わります。

かつては，13 歳以上か 13 歳未満かが基準でした。しかし，13 歳以上 16 歳未満の児童は，中学生くらいの年齢であり，行為の相手との関係で，その行為が自分に与える影響について自律的に考えて理解したり，その結果に基づいて相手に対処したりする能力が十分に備わっているとはいえず，相手との関係が対等でなければ，性的行為に関して有効に自由な意思決定をするための能力が欠けます。よって，令和５年の改正で，16 歳に引き上げられました。

なお，行為者と被害者の間に婚姻関係があっても，不同意わいせつ罪が成立します（刑法 176 条１項柱書）。これは，かつてから，このように解されていましたが，令和５年の改正で明文化されました。

16 歳以上の者	16 歳未満の者
①わいせつな行為をすること（刑法 176 条１項柱書，３項） 「わいせつな行為」とは，被害者の性的羞恥心（しゅうちしん）を害する行為です。 ex. 無理やりキスをする行為が当たります（東京高判昭 32.1.22）。	
②下記のⅰ～ⅷなどにより，同意しない意思を形成し，表明しも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，わいせつな行為をしたこと（刑法 176 条１項） 16 歳以上であれば，性的なことについて判断する能力があるため，この②の要件も充たす場合に不同意わいせつ罪が成立します。	※下記のⅰ～ⅷなどにより，同意しない意思を形成し，表明しも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，わいせつな行為をしたことは要件ではありません（刑法 176 条３項参照）。 よって，16 歳未満の者の事実上の同意を得てわいせつな行為をした場合でも，不同意わいせつ罪が成立します。 ただし，わいせつな行為をされた者が 13 歳以上である場合は，わいせつな行為をした者が５歳以上年長でなければ，左の②の要件が必要となります（刑法 176 条３項かっこ書）。これは，相手との年齢差が大きくなればなるほど，社会経験などの差によって対等な関係ではなくなっていくだろうという考えによります。

ⅰ　暴行もしくは脅迫を用いることまたはそれらを受けたこと（刑法176条１項１号）
ⅱ　心身の障害を生じさせることまたはそれがあること（刑法176条１項２号）
ⅲ　アルコールも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（刑法176条１項３号）
ⅳ　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（刑法176条１項４号）
ⅴ　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（刑法176条１項５号）
ⅵ　予想と異なる事態に直面させて恐怖させ，も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，もしくは驚愕していること（刑法176条１項６号）
ⅶ　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（刑法176条１項７号）
ⅷ　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（刑法176条１項８号）

※わいせつ傾向（性的意図）の要否

不同意わいせつ罪が成立するために，主観的要件として故意は必要ですが，さらに性欲を興奮・刺激させまたは満足させるというわいせつ傾向（性的意図）が必要でしょうか。

不要です（最大判平29.11.29）。

かつては，わいせつ傾向が必要とされていました。よって，女性を脅迫して全裸にして撮影したが，わいせつ傾向がなく復讐目的であった事案において，強制わいせつ罪（現不同意わいせつ罪）は成立せず，強要罪が成立するにすぎないとされました（最判昭45.1.29）。しかし，被害者の受けた性的な被害から考えるべきだとされ，平成29年に判例変更がされ，わいせつ傾向は不要とされました。常識的な扱いになったかと思います。

２．不同意性交等罪

刑法 177 条（不同意性交等）

1　前条第１項各号〔不同意わいせつ罪〕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（こう）門性交，口腔（こうくう）性交又は膣（ちつ）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（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年以上の有期懲役に処する。

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。

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１項と同様とする。

（1）法益

不同意性交等罪の法益も，個人の性的自由，性的自己決定権です。「個人」とありますとおり，男性の性的自由も法益となります。よって，被害者が男性である場合も不同意性交等罪が成立します。

かつては，強制性交等罪（現不同意性交等罪）は女性が被害者である場合しか成立しませんでした。しかし，男性が被害者となる性犯罪もあります。そこで，平成 29 年の改正で，被害者が男性である場合も強制性交等罪（現不同意性交等罪）が成立するとされました。また，かつては「強姦罪」という名称でしたが，平成 29 年の改正で「強制性交等罪」に名称が変わり，令和５年の改正で「不同意性交等罪」に名称が変わりました。

（2）主体

男性だけでなく，女性も不同意性交等罪の主体となります。女性が男性を襲う場合もあるからです。

（3）行為

不同意性交等罪も，相手方が 16 歳以上か 16 歳未満かで，実行行為が変わります。

令和５年の改正で，不同意わいせつ罪（本レジュメＰ４）と同じ理由から，13 歳から 16 歳に引き上げられました。

<table>
<tr><th>16 歳以上の者</th><th>16 歳未満の者</th></tr>
<tr><td colspan="2">①性交，肛門性交，口腔性交または膣（ちつ）もしくは肛門に身体の一部（陰茎を除く）もしくは物を挿入する行為であってわいせつなもの（これらを「性交等」といいます）をすること（刑法 177 条１項）
「肛門性交」「口腔性交」とは，男性器を肛門または口腔（口の中）に入れることです。これらは，平成 29 年の改正で追加された実行行為です。肛門性交や口腔性交でも，性交と同程度の苦痛があるからです。肛門性交は，男性が男性を襲う場合も想定した規定です。
「膣もしくは肛門に身体の一部（陰茎を除く）もしくは物を挿入する行為であってわいせつなもの」は，令和５年の改正で追加されました。</td></tr>
<tr><td>②本レジュメ Ｐ５のｉ～ⅷなどにより，同意しない意思を形成し，表明しも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，性交等をしたこと（刑法 177 条１項）</td><td>※本レジュメＰ５のｉ～ⅷなどにより，同意しない意思を形成し，表明しも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，性交等をしたことは要件ではありません（刑法 177 条３項参照）。
よって，16 歳未満の者の事実上の同意を得て性交等をした場合でも，不同意性交等罪が成立します。
ただし，性交等をされた者が 13 歳以上である場合は，性交等をした者が５歳以上年長でなければ，左の②の要件が必要となります（刑法 177 条３項かっこ書）。</td></tr>
<tr><td colspan="2">16 歳以上の者に対しては上記②が要件になるのに対して，16 歳未満の者に対しては上記②が要件にならない（同意を得て性交等をしても成立する）のは不同意わいせつ罪（本レジュメＰ４）と同じです。理由も同じです。</td></tr>
</table>

（4）実行の着手時期

不同意性交等罪の未遂は，罰せられます（刑法 180 条）。重い犯罪ですから，当たり前ですね。

では，実行の着手時期がいつかですが，実行の着手時期も，相手方が 16 歳以上か 16 歳未満かで変わります。

16 歳以上の者	16 歳未満の者
手段である暴行・脅迫等の開始時点 （最判昭 28.3.13） 暴行・脅迫等を用いることが要件なので，暴行・脅迫等の開始時点となります。暴行・脅迫等を開始した時に，法益である個人の性的自由，性的自己決定権が「あっ！危ない！」となります。	**性交等の開始時点** 暴行・脅迫等を用いることが要件ではないからです。性交等を開始した時に，法益である個人の性的自由，性的自己決定権が「あっ！危ない！」となります。

判例　**最決昭 45.7.28**

ＸとＺが，性交の目的で，必死に抵抗するＹ女をダンプカーの運転席に引きずり込み，その場から約 5800m離れた場所まで移動して性交をしました。この場合，いつの時点で実行の着手があったとされるでしょうか。

ダンプカーの運転席に引きずり込もうとした時点です。

ダンプカーの中に入れば，性交の障害がなくなるため，法益である個人の性的自由，性的自己決定権が「あっ！危ない！」となります。また，引きずり込む行為と性交は連続性があるといえます。

※親告罪か非親告罪か？

かつては，不同意わいせつ罪と不同意性交等罪は親告罪でした。性犯罪に遭ったことを知られたくない人もおり，プライバシーの問題もあるからです。

しかし，平成 29 年の改正で，非親告罪とされました。

改正されたのは，以下の①～③のような理由によります。

①告訴するかの選択を被害者が迫られていると感じる場合があった

②被害者が告訴を選択したことによって加害者から報復を受ける不安を持つ場合があった

③親告罪であるために公訴提起されない（野放しになる）加害者がいた

プライバシーの問題はあるのですが，それは捜査や公判の進め方を工夫することや被害者の支援を充実させることで対応していくとされました。

◆◆2◆◆

７．強盗・不同意性交等罪

刑法 241 条（強盗・不同意性交等及び同致死）

１　強盗の罪若しくはその未遂罪を犯した者が第 177 条の罪〔不同意性交等罪〕若しくはその未遂罪をも犯したとき，又は同条〔不同意性交等罪〕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年以上の懲役に処する。

３　第１項の罪に当たる行為により人を死亡させた者は，死刑又は無期懲役に処する。

（1）趣旨

強盗と同一の機会に不同意性交等が行われる場合があります。これは非常に悪質な行為なので，強盗罪と不同意性交等罪よりも重い犯罪として規定されたのが強盗・不同意性交等罪（下記（2））と強盗・不同意性交等致死罪（下記（3））です。刑罰は，強盗・不同意性交等罪が無期懲役または７年以上の懲役（刑法 241 条１項），強盗・不同意性交等致死罪が死刑または無期懲役です（刑法 241 条３項）。

なお，かつては「強盗・強制性交等罪」「強盗・強制性交等致死罪」という名称でしたが，令和５年の改正で「強盗・不同意性交等罪」「強盗・不同意性交等致死罪」に名称が変わりました。

（2）強盗・不同意性交等罪

強盗・不同意性交等罪の主体は，強盗（未遂も含みます）の犯人または不同意性交等（未遂も含みます）の犯人です（刑法 241 条１項）。強盗・不同意性交等罪も身分犯（P82 の１.）です。「強盗（未遂も含みます）の犯人」「不同意性交等（未遂も含みます）の犯人」とあるのは，強盗と不同意性交等のどちらが先でも成立するということです。かつては，以下のような違いがありました。

・強盗を行った者が不同意性交等を行った　→　強盗強姦罪（現強盗・不同意性交等罪）

・不同意性交等を行った者が強盗を行った　→　強姦罪（現不同意性交等罪）と強盗罪との併合罪
（無期懲役はなし。最判昭 24.12.24）

しかし，この違いはおかしいですよね。強盗と不同意性交等のどちらが先でも，非

常に悪質な行為であり被害者の被害も変わりがありません。そこで，平成 29 年の改正で，いずれも無期懲役のある強盗・強制性交等罪（現強盗・不同意性交等罪）とされました。

（3）強盗・不同意性交等致死罪

（a）意義

強盗と不同意性交等の行為により人を死亡させた場合，強盗・不同意性交等致死罪となります。非常に悪質な行為により被害者が死亡しましたので，法定刑は死刑または無期懲役とされています（刑法 241 条３項）。

（b）殺人の故意がある場合

殺人の故意がある場合も，強盗・不同意性交等致死罪となります。かつては，殺人の故意がある場合は，強盗強姦罪（現強盗・不同意性交等罪）と強盗殺人罪の観念的競合とされていました（大判昭 10.5.13）。しかし，平成 29 年の改正で，殺人の故意がない場合もある場合もいずれも強盗・強制性交等致死罪（現強盗・不同意性交等致死罪）と，わかりやすくなりました。

― Realistic 15　「強盗・不同意性交等殺人罪」と呼ぶべき？ ―

殺人の故意がある場合も刑法 241 条３項が適用されることが明確になりました。しかし，それを「強盗・不同意性交等致死罪」というのは少し違和感があるので，殺人の故意がある場合は「強盗・不同意性交等殺人罪」と呼ぶべきではないかという指摘もあります。