

# 児童期性的虐待に関する一考察

-最高裁判所平成 29 年 11 月 29 日大法廷判決を契機として-

林 弘 正

- I. 問題の所在
- II. 最高裁平成 29 年 11 月 29 日大法廷判決の検討
  - II - i. 最高裁昭和 45 年 1 月 29 日第一小法廷判決
  - II - ii. 東京地裁昭和 62 年 9 月 16 日刑事第 10 部判決
  - II - iii. 最高裁平成 29 年 11 月 29 日大法廷判決
- III. 「刑法の一部を改正する法律」(平成 29 年法律第 72 号) 刑法第 179 条  
監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪の検討
  - III - i. 「性犯罪の罰則に関する検討会」の審議状況
  - III - ii. 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会の審議状況
- IV. 結語

## I. 問題の所在

1. 最高裁平成 29 年 11 月 29 日大法廷判決は、強制わいせつ罪の成立に性的意図を必要とする最高裁昭和 45 年 1 月 29 日第一小法廷判決を変更した。<sup>1</sup>

最高裁昭和 45 年 1 月 29 日第一小法廷判決は、「刑法 176 条前段のいわゆる強制わいせつ罪が成立するためには、その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を要し、婦女を脅迫し裸にして撮影する行為であっても、これが専らその婦女に報復し、または、これを侮辱し、虐待する目的に出たときは、強要罪その他

の罪を構成するのは格別、強制わいせつの罪は成立しないものというべきである。」と判示する。<sup>2</sup>

強制わいせつ罪の成立要件として性的意図を必要とするか否かは、判例と学説が乖離した状況にあった。<sup>3</sup>

判例は、最高裁昭和45年1月29日第一小法廷判決を受けて強制わいせつ罪の成立要件として性的意図必要説を維持しているものの東京地裁昭和62年9月16日刑事第10部判決のように実質的には不要説にたつ下級審判例もみられる。

学説は、強制わいせつ罪の成立要件として性的意図不要説が支配的見解である。

2. 「刑法の一部を改正する法律」(平成29年法律第72号)は、制定以来110年を経て性犯罪規定に重要な変革を齎した。第1は、従前強姦罪の主体は男性・客体は女性とされてきたが、強制性交等罪として主体及び客体共に男性及び女性双方となったことである。第2は、監護者に対して刑法第179条監護者わいせつ罪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条の例による。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条の例による。」が新設されたことである。

児童期性的虐待の加害者の一部が、監護者としての影響力行使により刑法第179条の刑事制裁の対象となったことは不十分ながらも被害防止の一助にはなり得る。

ドイツ刑法は、第173条の近親姦規定をはじめ一定の身分関係にある性的虐待類型として第174条a 受刑者、被收容者又は施設内の病人及び要援助者に対する性的虐待、第174条b 官職の地位を利用した性的虐待及び第174条c 相談、治療又は世話を行う関係を利用した性的虐待を規定する。

児童期性的虐待類型としては、第174条 保護を委ねられている者に対

する性的虐待、第 176 条 子どもに対する性的虐待、第 176 条 a 子どもに対する性的虐待のうち犯情の重いもの及び第 176 条 b 子どもに対する性的虐待致死を規定する。

Ⅲ. 本稿は、最高裁平成 29 年 11 月 29 日大法廷判決を契機に児童期性的虐待事案の現況を踏まえ、「刑法の一部を改正する法律」の成立経緯を「性犯罪の罰則に関する検討会」及び法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会の審議を検討し、刑法第 179 条監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪の問題点の一端を検討するものである。

## Ⅱ. 最高裁平成 29 年 11 月 29 日大法廷判決の検討

### Ⅱ - i. 最高裁昭和 45 年 1 月 29 日第一小法廷判決<sup>4</sup>

#### 【事実の概要】

X は、昭和 42 年 1 月 16 日午後 8 時頃、内妻 Y が A (当時 23 年) の手引きにより東京方面に逃げたものと信じ、A を詰問するため釧路市内の自室に呼び出し、Y と共に、A に対し「よくも俺を騙したな。俺は東京の病院に行っていたけど何もかも捨ててあんたに仕返しに来た。硫酸もある。お前の顔に硫酸をかければ醜くなる。」などと言って、札束を示しながら「この通り金はある。金さえあればどんなことでもできる。」と言って Y に暴力団員宅に電話をかけさせた。X は、「婆もぐるだから次は婆だ。お前には可愛い子供もいるだろう。」と言いながら約 2 時間にわたり A を脅迫した。X は、A が許しを請うのに対し、A の裸体写真を撮影して仕返しをしようと考え、「5 分間裸で立っておれ。」と言って、畏怖している A を Y の面前で裸体にさせて写真撮影した。

原原審釧路地裁昭和 42 年 7 月 7 日判決は、公訴事実を認定し X を強制わいせつ罪で懲役 1 年に処した。

原審札幌高裁昭和 42 年 12 月 26 日第 3 部判決は、弁護人の控訴を棄却した。

## 【判旨】

最高裁は、「刑法 176 条前段のいわゆる強制わいせつ罪が成立するためには、その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を要し、婦女を脅迫し裸にして撮影する行為であっても、これが専らその婦女に報復し、または、これを侮辱し、虐待する目的に出たときは、強要罪その他の罪を構成するのは格別、強制わいせつの罪は成立しないものというべきである。」と判示して、原判決を破棄し札幌高等裁判所に差し戻した。

## 【研究】

1. 本事案は、強制わいせつ罪の成立に性的意図を必要とするか否かを争点とするものである。

原審釧路地裁昭和 42 年 7 月 7 日判決は、「本件は前記判示のとおり報復の目的で行われたものであることが認められるが、強制わいせつ罪の被害法益は相手の性的自由であり、同罪はこれの侵害を処罰する趣旨である点に鑑みれば、行為者の性欲を興奮、刺激、満足させる目的に出たことを要する所謂目的犯と解すべきではなく、報復、侮辱のためになされても同罪が成立するものと解するのが相当である」と判示して、性的意図は強制わいせつ罪の成立要件ではないとした。<sup>5</sup>

原審札幌高裁昭和 42 年 12 月 26 日第 3 部判決は、原判決を支持して弁護人の控訴を棄却した。<sup>6</sup> なお、原審は、A の写真撮影時の状況として A が「背部にオーバーをまとっている」と判示する。

法廷意見は、原審の強制わいせつ罪の成立要件に性欲を刺戟興奮させ、または満足させる等の性的意図を不要とする判断を刑法第 176 条の解釈適用の誤りとして排斥し、職権判断として「刑法 176 条前段のいわゆる強制わいせつ罪が成立するためには、その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を要し、婦女を脅迫し裸にして撮影する行為であっても、これが専らその婦女に報復し、または、これを侮辱し、虐待する目的に出たときは、強要罪その他の罪を

構成するのは格別、強制わいせつの罪は成立しないものというべきである。」と判示して、性的意図を強制わいせつ罪の成立要件とする。<sup>7</sup>

法廷意見は、差し戻し理由においてより審理を尽くせば行為者に性的意図が認められ強制わいせつ罪の存在が認められるかも知れないとして「所要の訴訟手続を踏めば他の罪に問い得ることも考えられ」とし、更に「もっとも、年若い婦女(本件被害者は本件当時23年であった)を脅迫して裸体にさせることは、性欲の刺戟、興奮等性的意図に出ることが多いと考えられるので、本件の場合においても、審理を尽くせば、報復の意図のほかにも右性的意図の存在も認められるかもしれない。」と判示し、原判決を破棄し当該事案の性的意図の存否等について更なる審理を求め、札幌高等裁判所に差し戻した。

本判決には、入江俊郎裁判官と長部謹吾裁判官の反対意見がある。

2. 入江俊郎裁判官は、反対意見において「個人のプライバシーに属する性的自由を保護し尊重することは、まさに憲法13条の法意に適合する所以であり、現時の世相下においては、殊にこれら刑法法条の重要性が認識されなければならないのであって、これら法条の解釈にあたっては、個人をその性的自由の侵害から守り、その性的自由の保護が充分全うされるよう、配慮されなければならない。従って、これらの法条の罪については、行為者(犯人)がいかなる目的・意図で行為に出たか、行為者自身の性欲をいたずらに興奮または刺激させたか否か、行為者自身または第三者の性的しゅう恥心を害したか否かは、何ら結論に影響を及ぼすものではないと解すべきである。このことは、当裁判所大法廷判決(昭和28年(あ)第1713号、同32年3月13日判決、刑集11巻3号997頁)が、刑法175条のわいせつ文書につき、「猥褻性の存否は純客観的に、つまり作品自体からして判断されなければならない、作者の主観的意図によって影響されるべきものではない。」としているのと相通ずるところがあるのである。

(中略) わいせつの行為とは、普通人の性的しゅう恥心を害し、善良な性的道義観念に反する行為をいうものであり、ある行為がこの要件を充た

すものであるか否かは、その行為を、客観的に、社会通念に従って、換言すれば、その行為自体を普通人の立場に立って観察して決すべきものである。」と判示する。更に、入江俊郎裁判官は、刑法 176 条について「本条は、個人(被害者)の性的自由を侵害する罪を定めた規定であり、その保護法益は個人のプライバシーに属する性的自由に存するのであって、相手方(被害者)の性的自由を侵害したと認められる客観的事実があれば、当然に本条の罪は成立すると解すべく、行為者(犯人)に多数意見のというような性的意図がないというだけの理由で犯罪の成立を否定しなければならない解釈上の根拠は、本条の規定の趣旨からみて、到底見出だしえないのである。(中略) 本条は、行為者(犯人)に多数意見のというような性的意図が必要とされるという点からではなく、相手方(被害者)の性的自由が侵害されるという点から、強要罪に関する刑法 223 条の特別規定となると理解してこそ、はじめてその法意が生かされることになるのである。」と判示し、強制わいせつ罪の成立要件に性的意図は不要とする。

長部謹吾裁判官は、入江俊郎裁判官の反対意見に同調する。

3. 法廷意見は、強制わいせつ罪の成立要件として性欲を刺戟興奮させ、または満足させる性的意図を必要と判示するが、その理由を付してはいない。強制わいせつ罪の保護法益は、個人法益としての性的自由である。強制わいせつ罪に該当する行為は、客観的に個人の性的自由を侵害する行為であり、行為者の主観的性的意図の存否によって左右されるものではない。

佐伯仁志教授は、「性的意図の存在は限界事例においては非常に微妙な問題であり、犯罪の成否を分ける基準としては適当ではないし、客観的に性的自由を侵害する行為があれば、このような意図を重ねて要求する必要はないと思われる。」として不要説をとる。<sup>8</sup> 橋爪 隆教授は、不要説に立ったうえでわいせつ行為の判断について「被害者の性別・年齢、行為者と被害者との以前からの関係、具体的行為態様、周囲の客観的状況などを考慮した上で慎重に検討されるべきであろう。」と指摘する。<sup>9</sup>

法廷意見は、差戻理由においてより審理を尽くせば行為者に性的意図が認められ強制わいせつ罪が認められるかも知れないと判示する。

4. 法廷意見が強制わいせつ罪の成立要件として要請する「性的意図」は、M.E.Mayer や Mezger が傾向犯 (Tendenzdelikt) の例としてあげる医師の診察行為に際し診察目的とは別異に医師がわいせつ目的を有する場合や懲戒のため女の子の尻を叩く行為が懲戒行為でなく「性欲を満足させるため」に行われた場合をわいせつ罪とする主観的違法要素 (subjective Unrechtselemente) の見解を踏襲したものである。<sup>10</sup>

団藤重光博士は、入江俊郎裁判官及び長部謹吾裁判官の反対意見を支持され不要説に立脚した上で、「被害者の性的自由を侵害する点を主眼と考える以上、行為者の側における性的満足などの主観的 (心理的・生理的・性格的) な要素を本罪の「猥褻」概念の要素として構成要件に含ませることは相当でないというべきであろう。しかし、メツガーがそのいわゆる「傾向犯 (Tendenzdelikt)」の例として強制わいせつ罪を挙げていることもあって (総論 3 版 133 頁注 22、注 23)、わが国にも本罪を傾向犯ないし目的犯と考えるひとつの学説傾向があらわれ」と指摘され、本判決も同趣旨と位置付ける。平野龍一博士は、「本判決は、ある刑法の教科書に書いてあるからと、無反省にこれを判決に採り入れてしまったきらいがある。」と酷評される。<sup>11</sup>

現在の支配的見解は、強制わいせつ罪の成立要件として性的意図を不要と解する。<sup>12</sup> 不要説の見解が正当である。

## II - ii. 東京地裁昭和 62 年 9 月 16 日刑事第 10 部判決

### 【事実の概要】

X は、昭和 62 年 5 月 28 日午前 10 時 15 分頃、求人広告雑誌のショップアドバイザー (女子販売スタッフ) 募集という広告見て事務所に面接に来た A (21 歳) に実際には自己の経営する女性下着販売業のモデルとして働くことを承諾させようとして事務所の板の間に招き入れ、椅子に座るよ

う指示した。Xは、玄関脇のスチール製物入れに置いておいたタオル一枚を右手に持ち、椅子に座ろうとして立ち止まったAの背後からいきなりタオルでAの口を塞ぎ、左腕をAの首に巻くようにしてその頸部を強く押さえ、倒れたAの上に乗리카かった形で押さえ付けた。Xは、Aの口からタオルが外れ、大声で悲鳴を上げ始めたAの口を右手で塞いだり、その頸部を手の平で押さえ付けた。Xは、Aを全裸にしその姿態を写真撮影しようとした。Aの悲鳴を聞き付けた隣人の連絡を受けたマンション管理人が、Xの事務所を訪れた際に、Aは玄関から外に逃げ出した。Aは、Xの一連の行為により加療約20日間を要する頸部絞傷、両鎖骨部擦過傷及び両膝・両下腿打撲擦過傷の傷害を負った。

#### 【判旨】

裁判所は、Xを強制わいせつ致傷罪で懲役3年執行猶予3年に処した。

#### 【研究】

1. 裁判所は、被害者を自己の経営する女性下着販売業の従業員として働かせようとの目的で被害者を裸にしその姿態を写真撮影しようとしただけで、性欲を刺激、興奮させ又は満足させようという意図は全くなかったとして強制わいせつ致傷罪の成立を否定する弁護人の主張を排斥し、「被告人は、右B女をして被告人自身が男性の一人として性的に刺激、興奮するような状態、すなわち全裸のような状態にしなければならず(なお、被告人としても同女の裸につき性的な興味がないわけではなかった旨、捜査段階において自認している。)、かつ、その撮影する写真も被告人自身が性的に興味を覚えるようなものでなければならなかったことなどが認められる。してみると右B女を全裸にしその写真を撮る行為は、本件においては、同女を男性の性的興味の対象として扱い、同女に性的羞恥心を与えるという明らかに性的に意味のある行為、すなわちわいせつ行為であり、かつ、被告人は、そのようなわいせつ行為であることを認識しながら、換言すれば、自らを男性として性的に刺激、興奮させる性的意味を有した行為であることを認識しながら、あえてそのような行為をしようと企て、



判示暴行に及んだものであることを優に認めることができる。」と判示し、強制わいせつ致傷罪の成立を認める。

2. 本判決は、強制わいせつ罪の成立に「性的意図」を必要とする最高裁昭和45年1月29日第一小法廷判決を踏襲するような表現があるものの性的意図を意味の認識と解し、実質的には強制わいせつ罪の成立要件に性的意図を不要とする不要説に立脚する。<sup>13</sup>

## II - iii. 最高裁平成29年11月29日大法廷判決

### 【事実の概要】

実父 X は、平成27年1月下旬頃、山梨県甲府市内の自宅において娘 A（当時7歳）に対し、自己の陰茎を触らせ、口にくわえさせ、Aの陰部を触ったりした。

X は、平成27年1月下旬頃、自宅において全裸の状態で行っていた A の姿態や、裸又は半裸の状態で陰部又は胸部を露出した A の姿態を自己の使用するスマートフォンで撮影し、画像データである電磁的記録合計124点を自己のスマートフォンの内蔵記録装置に記録して保存し、児童ポルノを製造した。

X は、金に困って B から金を借りようとしたところ金を貸す条件として A とのわいせつな行為を撮影し、その画像データを送信するように要求された。X は、1月下旬頃、作成した A の画像データ合計124点を自宅から複数回自己の使用するスマートフォンから電気通信回線を通じて B が使用するスマートフォンに送信した。

原原審神戸地裁平成28年3月18日第2刑事部判決は、公訴事実を認め X を懲役3年6月（求刑懲役4年6月）に処した。<sup>14</sup>

原審大阪高裁平成28年10月27日第5刑事部判決は、弁護人の控訴を棄却した。<sup>15</sup>

### 【判旨】

最高裁大法廷は、「刑法176条にいうわいせつな行為に当たるか否かの

判断を行うためには、行為そのものが持つ性的性質の有無及び程度を十分に踏まえた上で、事案によっては、当該行為が行われた際の具体的状況等の諸般の事情をも総合考慮し、社会通念に照らし、その行為に性的な意味があるといえるか否かや、その性的な意味合いの強さを個別事案に応じた具体的事実関係に基づいて判断せざるを得ないことになる。したがって、そのような個別具体的な事情の一つとして、行為者の目的等の主観的事情を判断要素として考慮すべき場合があり得ることは否定し難い。しかし、そのような場合があるとしても、故意以外の行為者の性的意図を一律に強制わいせつ罪の成立要件とすることは相当でなく、昭和45年判例の解釈は変更されるべきである。」と判示し、性的意図を一律に強制わいせつ罪の成立要件とする最高裁昭和45年1月29日第一小法廷判決の解釈の正当性を支える実質的な根拠を見いだすことが一層難しくなっているとして同判決を変更した。

#### 【研究】

1. 本判決は、原原審で争点となった最高裁昭和45年1月29日第一小法廷判決の性的意図を一律に強制わいせつ罪の成立要件とする解釈に判例変更をしたものである。

原原審神戸地裁平成28年3月18日第2刑事部判決は、「被告人に性的意図があったと認定するには合理的な疑いが残る」としたうえで、「強制わいせつ罪の保護法益は、被害者の性的自由と解されるどころ、犯人の性的意図の有無によって、被害者の性的自由が侵害されたか否かが左右されるとは考えられない。また、犯人の性的意図が強制わいせつ罪の成立要件であると定めた規定はなく、同罪の成立にこのような特別の主観的要件を要求する実質的な根拠は存在しない。」と判示し、最高裁昭和45年1月29日第一小法廷判決とは解釈を異にする。

原審大阪高裁平成28年10月27日第5刑事部判決は、「強制わいせつ罪の保護法益は被害者の性的自由と解され、同罪は被害者の性的自由を侵害する行為を処罰するものであり、客観的に被害者の性的自由を侵害する

行為がなされ、行為者がその旨認識していれば、強制わいせつ罪が成立し、行為者の性的意図の有無は同罪の成立に影響を及ぼすものではないと解すべきである。その理由は、原判決も指摘するとおり、犯人の性欲を刺激興奮させ、または満足させるという性的意図の有無によって、被害者の性的自由が侵害されたか否かが左右されるとは考えられないし、このような犯人の性的意図が強制わいせつ罪の成立要件であると定めた規定はなく、同罪の成立にこのような特別な主観的要件を要求する実質的な根拠は存在しないと考えられるからである。そうすると、本件において、被告人の目的がいかなるものであったにせよ、被告人の行為が被害女児の性的自由を侵害する行為であることは明らかであり、被告人も自己の行為がそういう行為であることは十分に認識していたと認められるから、強制わいせつ罪が成立することは明白である。以上によれば、強制わいせつ罪の成立について犯人が性的意図を有する必要はないから、被告人に性的意図が認められないにしても、被告人には強制わいせつ罪が成立するとした原判決の判断及び法令解釈は相当というべきである。当裁判所も、刑法 176 条について、原審と同様の解釈をとるものであり、最高裁判例（最高裁昭和 45 年 1 月 29 日第 1 小法廷判決・刑集 24 卷 1 号 1 頁）の判断基準を現時点において維持するのは相当ではないと考える。」と判示し、最高裁昭和 45 年 1 月 29 日第一小法廷判決とは解釈を異にする。

2. 最高裁大法廷は、最高裁昭和 45 年 1 月 29 日第一小法廷判決の解釈が変更されるべき理由として以下の点を挙げる。

第 1 は、性犯罪規定の特質である。最高裁大法廷は、「元来、性的な被害に係る犯罪規定あるいはその解釈には、社会の受け止め方を踏まえなければ、処罰対象を適切に決することができないという特質があると考えられる。諸外国においても、昭和 45 年（1970 年）以降、性的な被害に係る犯罪規定の改正が各国の実情に応じて行われており、我が国の昭和 45 年当時の学説に影響を与えていたと指摘されることがあるドイツにおいても、累次の法改正により、既に構成要件の基本部分が改められるなどしてい

る。こうした立法の動きは、性的な被害に係る犯罪規定がその時代の各国における性的な被害の実態とそれに対する社会の意識の変化に対応していることを示すものといえる。」と判示し、性犯罪に対する社会の認識の変化に言及する。

第2は、法改正による性的な被害に係る犯罪に対する国民の規範意識との整合性である。最高裁大法廷は、「刑法等の一部を改正する法律」(平成16年法律第156号)は、性的な被害に係る犯罪に対する国民の規範意識に合致させるため、強制わいせつ罪の法定刑を6月以上7年以下の懲役から6月以上10年以下の懲役に引き上げ、強姦罪の法定刑を2年以上の有期懲役から3年以上の有期懲役に引き上げるなどし、「刑法の一部を改正する法律」(平成29年法律第72号)は、性的な被害に係る犯罪の実情等に鑑み、事案の実態に即した対処を可能とするため、それまで強制わいせつ罪による処罰対象とされてきた行為の一部を強姦罪とされてきた行為と併せ、男女いずれもが、その行為の客体あるいは主体となり得るとされる強制性交等罪を新設するとともに、その法定刑を5年以上の有期懲役に上げたほか、監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪を新設するなどしている。これらの法改正が、性的な被害に係る犯罪やその被害の実態に対する社会の一般的な受け止め方の変化を反映したものであることは明らかである。」と判示し、量刑の引き上げや強制性交等罪及び監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪の新設に言及する。

最高裁大法廷は、刑法176条の構成要件に該当するわいせつな行為を性的性質が明確な場合と不明確な場合とに分析し検討する。

性的性質が明確な場合は、「強姦罪に連なる行為のように、行為そのものが持つ性的性質が明確で、当該行為が行われた際の具体的状況等如何にかかわらず当然に性的な意味があると認められるため、直ちにわいせつな行為と評価できる行為」である。

性的性質が不明確な場合は、「当該行為が行われた際の具体的状況等をも考慮に入れなければ当該行為に性的な意味があるかどうかの評価し難い

ような行為もある。その上、同条の法定刑の重さに照らすと、性的な意味を帯びているとみられる行為の全てが同条にいうわいせつな行為として処罰に値すると評価すべきものではない。そして、いかなる行為に性的な意味があり、同条による処罰に値する行為とみるべきかは、規範的评价として、その時代の性的な被害に係る犯罪に対する社会の一般的な受け止め方を考慮しつつ客観的に判断されるべき事柄であると考えられる」と判示する。

3. 最高裁大法廷判決は、最高裁昭和 45 年 1 月 29 日第一小法廷判決が性的意図の有無により強制わいせつ罪と強要罪等と結論を異にする理由を付していない点と判例が強制わいせつ罪の加重類型と解される強姦罪の成立には故意以外の行為者の主観的事情を要しないと一貫して解されてきたこととの整合性に関する説明も特段付していない点も踏まえて性的意図を一律に強制わいせつ罪の成立要件とする最高裁昭和 45 年 1 月 29 日第一小法廷判決の解釈を変更した。

本判決は、強制わいせつ罪の成立要件として一律に性的意図を必要とする最高裁昭和 45 年 1 月 29 日第一小法廷判決の解釈を性犯罪に対する社会の認識や国民の規範意識との整合性の視点から変更したのである。

本判決は、「当該行為そのものが持つ性的性質が明確な行為であり、その他の事情を考慮するまでもなく性的な意味の強い行為として、客観的にわいせつな行為であることが明らか」な本事案について性的意図は不要とした。本判決の判断は、妥当である。

### Ⅲ. 「刑法の一部を改正する法律」(平成 29 年法律第 72 号) 刑法第 179 条監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪の検討

#### Ⅲ-i. 「性犯罪の罰則に関する検討会」の審議状況

1. 法務省は、性犯罪の見直しの視点から「性犯罪の罰則に関する検討会」を設置し、検討を開始する。<sup>16</sup>

性犯罪の罰則の在り方に関する論点は、予め法務省で準備され、以下の3項目である。<sup>17</sup>

「第1 性犯罪の構成要件及び法定刑について

1 性犯罪の法定刑の見直し 現行法において、強姦罪の法定刑の下限が強盗罪のそれよりも低いこと、強姦致死傷罪の法定刑の下限が強盗致死傷罪のそれよりも低いことなどにつき、強姦罪の法定刑を強盗罪と同じ又はそれより重いものとするなどの見直しをすべきか。また、現行法では、強姦犯人が強盗をした場合については、強姦罪と強盗罪の併合罪とされている一方、強盗犯人が強姦をした場合については、特に重い罰則（強盗強姦罪）が規定されているところ、強姦犯人が強盗をした場合についても強盗強姦罪と同様に重く処罰するなどの規定を設けるべきか。

2 強姦罪の主体等の拡大 現行法では、強姦罪の行為者は男性、被害者は女性に限られているところ、行為者に女性を被害者に男性を加えて性差のないものとすべきか。

3 性交類似行為に関する構成要件の創設 現行法では、強姦罪で処罰される男性器の女性器への挿入以外の性的行為は強制わいせつ罪で処罰されること、肛門性交、口淫等の性交類似行為については新たな犯罪類型を設けるなどし、強姦罪と同様の刑、あるいは、強制わいせつ罪より重い刑で処罰することとすべきか。

4 強姦罪等における暴行・脅迫要件の緩和 現行法及び判例上、強姦罪等が成立するには、被害者の抗拒を著しく困難ならしめる程度の暴行又は脅迫を用いることが要件とされているところ、この暴行・脅迫の要件を緩和すべきか。

5 地位・関係性を利用した性的行為に関する規定の創設 親子関係等の一定の地位や関係性を利用して、従属的な立場にある者と性的行為を行う類型について、新たな犯罪類型を設けるべきか。

6 いわゆる性交同意年齢の引上げについて 現行法では、暴行・脅迫がなくても強姦罪等が成立する範囲は被害者が13歳未満の場合とされている

ところ、この年齢を引き上げるべきか。

第2 性犯罪を非親告罪とすることについて 現行法では、(準)強姦罪及び(準)強制わいせつ罪については親告罪とされているところ、この規定を廃止し、告訴がなくても公訴を提起することができることとすべきか。

第3 性犯罪に関する公訴時効の撤廃又は停止について 特に年少者が被害者である性犯罪について、一定の期間は公訴時効が進行しないこととすべきか、あるいは公訴時効を撤廃すべきか。」

2. 性犯罪の罰則に関する検討会は、平成26年10月31日開催第1回以降精力的に審議を重ね平成27年8月6日開催第12回において「性犯罪の罰則に関する検討会 取りまとめ報告書【案】」を了承した。<sup>18</sup>

「性犯罪の罰則に関する検討会 取りまとめ報告書」は、各委員の専門的視点からの意見とヒアリングでの意見をも踏まえ審議状況を反映した報告書である。本稿では、「地位・関係性を利用した性的行為に関する規定の創設」についての論議を中心に紹介する。<sup>19</sup>

#### 「6 地位・関係性を利用した性的行為に関する規定の創設

親子関係等の一定の地位や関係性を利用して、従属的な立場にある者と性的行為を行う類型について、新たに犯罪類型(近親姦処罰規定を含む。)を設けるべきか。

(1) 前記5のとおり、暴行・脅迫要件の一般的な緩和・撤廃については、消極的な意見が多数を占めたものの、暴行・脅迫を用いない、あるいは非常に軽微な暴行しかないような場合であっても、加害者と被害者との間の一定の地位又は関係性を利用して性的行為が行われる場合については、暴行・脅迫要件を緩和し、あるいはこれらの要件に代えて、地位又は関係性を要件とする新たな犯罪類型を設けるということが考えられた。そこで、まず、地位又は関係性を利用した性的行為に関する新たな犯罪類型を創設すべきか、創設するべきであると考えられる場合、どのような事案・類型を対象とする必要があるのかという点について検討した。

この点については、

○ 強姦罪は不同意性交罪であることを前提に、被害者と加害者との関係性ゆえに、被害者が加害者に対して性交に不同意である旨の意思表示ができないような関係を対象とする類型を設けるべきである。具体的には、加害者が親などの近親者であって被害者を扶養しているという関係のほか、教師と生徒の関係や雇用関係、障害者施設の職員と入所者、医師と患者、スポーツのコーチや協会役員等と選手といった関係が考えられる。

○ 被害者支援の立場からは、障害者、親子、教師、雇用者、加害者に逆らったら自分の将来が阻害されるであろうと認められるような指導・被指導の関係など、感情や行動が特に制限される関係については、暴行・脅迫要件が通常の強姦よりも緩和された要件で認められるようにしてもらいたい。

○ 性犯罪捜査を担当する捜査官からは、強姦罪と同等の可罰性があるが、必ずしも現行の制度で対応できない事案があるという声がある。具体的には、実父ないし養父から、幼少期から継続的に性的虐待を受け、当初は被害者に被害を受けているという自覚がない状況で、継続的に性的虐待を繰り返され、姦淫行為もなされるというような場合、どの段階においても明確な暴行・脅迫が認められず、強姦罪として問擬することが難しい事案がある。このような事例について、確かに準強姦罪で立件することもあるが、必ずしも抗拒不能を立証できない場合もあり、児童福祉法違反として対応するしかないケースもある。

○ 児童の権利に関する条約第19条の趣旨からも、子供に対して地位・関係性を利用して行う性的行為を処罰する規定を設けるべきである。

などの意見が述べられ、地位又は関係性を利用した性的行為に関する何らかの規定を設けるべきであるとの意見が多数を占めた。

(2) また、具体的に対象とすべき地位又は関係性を切り出すメルクマールについては、

○ 現行刑法が規定する強姦罪、準強姦罪、13歳未満の者に対する強姦罪のいずれも、およそ同意が問題にならない類型、あるいは抵抗が極めて困



難な類型である。そこで、地位又は関係性を切り出すメルクマールとしても、およそ同意が問題にならないような関係、あるいは抵抗することが非常に困難だという関係に限定すべきであり、そうすると、内縁等を含む親子等の直系の関係が中心となるのではないか。

○ 児童福祉法の児童に淫行をさせる罪は、解釈上、児童に対して事実上の影響力を及ぼして淫行するよう働きかけることが要求されているので、地位又は関係性を利用した性的行為について、これより重い類型を作ることになるのであれば、それ以上の支配性、影響力が典型的に認められる関係に絞る必要があるのではないかと思われる。この地位又は関係性を利用した規定を設ける場合には、その地位又は関係性が存するのであれば被害者に有効な同意がないと実質的にみなせるような非常に強い支配関係が要件として規定される必要があり、そうでなければ有効に機能しないのではないかと考える。

○ 被害者が加害者に扶養されているとか生存がかかっているような強い支配関係という意味で、同居をメルクマールとすることが考えられる。

○ 被害者支援の立場からは、地位又は関係性を利用したもので、起訴されないという事例は、雇用主と従業員や教師と生徒など幅広くある。ただ、明確に誰の目から見ても分かるようにという点から考えると、内縁関係を含む親子関係ということが考えられ、また、著しく抵抗が困難という意味では同居の有無というのが非常に重要であるということも理解している。同居し、加害者の庇護下で暮らしているからこそ逃げられない、抵抗を示していなくても状況的に著しく困難であるといえると考えられる。

○ 日本は近親姦を処罰してこなかったが、国連の女性差別撤廃委員会からも、近親姦を強姦から切り出して処罰するよという勧告を受けている。近親者による子供に対する性犯罪は、被害者の性的な発達も含めて、人間としての成長過程全体がダメージを受けるという特別な被害であり、大人の被害とは質の違いがある。近親姦をタブーのようにして目をつぶってきた考え方を変える意味でも、地位又は関係性を利用するタイプの明確な

構成要件として類型化すべきであると考える。

○ 近親姦を処罰する場合には、いわば倫理違反を処罰するというような要素を入れることを認めるおそれがある。

○ 類型的に抵抗できないとみられるような類型を切り出すという観点からは、被害者が18歳未満の場合に限定するのが妥当である。

○ 最も当罰性が高いのは児童虐待の類型であり、児童、つまり18歳未満の者に対するものを、児童福祉法よりも重く処罰する必要があると考える。刑法の中に性的自由だけでなく児童福祉を保護法益として取り込むことも考えてよいのではないか。

○ 親子関係では18歳未満に限定することもあり得るが、施設における関係等を対象とする場合には、18歳未満に限定することで賄えるか、疑問がある。

○ 姦淫行為や挿入を伴う行為だけでなく、わいせつ行為についても、地位又は関係性があることによって著しく抵抗が困難であるということは変わらないので、地位又は関係性を利用した性的行為に関する規定は、強姦罪と並ぶ類型としてだけではなく、強制わいせつ罪と並ぶ類型としても設けるのが当然である。

などの意見があった。

(3) 次に、地位又は関係性を利用した性的行為に関する規定を設ける場合、通常強姦罪との関係でどのような位置付けの規定とするのか(通常強姦罪と並ぶ同等のものと位置付け、同等の法定刑とするのか、それとも通常強姦罪よりも重いものと位置付け、刑を加重するのか、あるいは、通常強姦罪よりも要件を緩和し、刑を軽減するのか)という点について、

○ 特に年少者を被害者とする近親姦については、大人を被害者とする場合とは違う深刻な被害を引き起こすものであるから、通常強姦罪よりも刑を加重すべきである。ヒアリングでも、子供が受ける性被害は、重篤な症状を引き起こしたり、被害者のその後の人生に深刻な影響を与えてい

るとの意見が述べられており、このような重大な犯罪であることを社会にメッセージとして発することが必要である。

○ 地位又は関係性を利用した性的行為に関する規定が、支配・被支配の関係性を前提に、性犯罪が何度も繰り返されているということまで含意するものであるとすれば、これを理由に刑を加重することも考えられる。ただ、強姦罪の法定刑の下限を大きく引き上げるのであれば、それ以上に加重類型を設ける必要はないかもしれない。

との意見が述べられた。

他方、

○ 諸外国の法制においては、一定の地位・関係性のある者による児童に対する性的行為について、児童保護の観点から同意の有無にかかわらず処罰する規定として、強姦罪よりも軽い法定刑を定めているものがある。我が国においても、このような規定を設けることも考えられるのではないか。

との意見も述べられた。これらに対しては、

○ 現行法の強姦罪等の要件を変えることなく、これらに支配・被支配関係の要件を加えるのであれば、刑を加重することも考えられるが、そうではなく、暴行・脅迫を用いなくても犯罪が成立する類型を新たに設けるのだとすれば、強姦罪より重いものとするのは困難であると思われる。

○ 通常の強姦罪より刑を加重するとすれば、要件が厳格になりすぎてしまうと思われる。現行法の強姦罪、準強姦罪、13歳未満の者に対する強姦罪と同視できるものを類型化していくことを検討するべきであり、強姦罪と同等の刑とするべきである。

○ 幅広い地位・関係性を対象として、児童保護の観点からの規定を設けるのであれば、軽い法定刑の類型として設けることになるとと思われるが、典型的に、その相手との性的行為に同意することが考えられないような関係性を限定的に切り取って対象とするのであれば、現行の強姦罪、準強姦罪等と同等の法定刑とするべきではないか。

など、地位又は関係性を利用した性的行為に関する規定については、(準)強姦罪、(準)強制わいせつ罪と並ぶ類型として、同等の法定刑とするべきであるとの意見が複数述べられた。

なお、このほかに、具体的な規定の在り方について、

○ 13歳未満の者に対する姦淫と同じように、一定の客観的な地位関係にあり、性交した事実があれば、それだけで処罰するものとするべきである。

○ 「類型的に有効な同意がないと考えられるような支配関係」を対象として立法する場合において、そのような一定の関係のある者との性的な関係については、直ちに犯罪が成立するとするのか、それとも有効な同意があったとの反証を許すのか、明確にしておくべきである。

との意見が述べられた。」

### Ⅲ - ii. 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会の審議状況

1. 平成27年10月9日開催法制審議会第175回会議は、法務大臣の諮問第101号「近年における性犯罪の実情等に鑑み、事案の実態に即した対処をするための罰則の整備を早急に行う必要があると思われるので、別紙要綱(骨子)について御意見を賜りたい。」との諮問をうけ、刑事法(性犯罪関係)部会を設置した。<sup>20</sup> 同部会は、平成27年11月2日第1回会議を開催し、平成28年6月16日第7回会議まで審議を重ねた。<sup>21</sup>

要綱(骨子)は、以下の7項目を挙げる。<sup>22</sup>

#### 「第一 強姦の罪(刑法第177条)の改正

暴行又は脅迫を用いて13歳以上の者を相手方として性交等(相手方の陰内、肛門内若しくは口腔内に自己若しくは第三者の陰茎を入れ、又は自己若しくは第三者の陰内、肛門内若しくは口腔内に相手方の陰茎を入れる行為をいう。以下同じ。)をした者は、5年以上の有期懲役に処するものとする。

13歳未満の者を相手方として性交等をした者も、同様とすること。

第二 準強姦の罪(刑法第178条第2項)の改正

人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、性交等をした者は、第一の例によるものとする事  
こと。

第三 監護者であることによる影響力を利用したわいせつな行為又は性交等に係る罪の新設

- 一 18歳未満の者に対し、当該18歳未満の者を現に監護する者であることによる影響力を利用してわいせつな行為をした者は、刑法第176条の例によるものとする事  
こと。
- 二 18歳未満の者を現に監護する者であることによる影響力を利用して当該18歳未満の者を相手方として性交等をした者は、第一の例によるものとする事  
こと。
- 三 一及び二の未遂は、罰するものとする事  
こと。

第四 強姦の罪等の非親告罪化

- 一 刑法第180条を削除するものとする事  
こと。
- 二 刑法第229条を次のように改めるものとする事  
こと。  
第224条の罪及びこの罪を幫助する目的で犯した第227条第1項の罪並びにこれらの罪の未遂罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

第五 集団強姦等の罪及び同罪に係る強姦等致死傷の罪(刑法第178条の2及び第181条第3項)の廃止

刑法第178の2及び第181条第3項を削るものとする事  
こと。

第六 強制わいせつ等致死傷及び強姦等致死傷の各罪(刑法第181条第1項及び第2項)の改正

- 一 刑法第176条若しくは第178条第1項若しくは第3の1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年以上の懲役に処するものとする事  
こと。
- 二 第1、第2若しくは第3の2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年以上の懲役に処するものとする。

#### 第七 強盗強姦及び同致死の罪(刑法第241条)並びに強盗強姦未遂罪(刑法第243条)の改正

一 次の1に掲げる罪又は次の2に掲げる罪の一方を犯した際に他の一方をも犯した者は、無期又は7年以上の懲役に処するものとする。ただし、いずれの罪も未遂罪であるときは、その刑を減輕することができるものとする。

1 第1若しくは第2の罪若しくはこれらの罪の未遂罪又は第6の2の罪(第3の2の罪に係るものを除き、人を負傷させた場合に限る。)

2 刑法第236条、第238条若しくは第239条の罪若しくはこれらの罪の未遂罪又は同法第240条の罪(人を負傷させた場合に限る。)

二 一ただし書の場合において、自己の意思によりいずれかの犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除するものとする。

三 一の1に掲げる罪又は一の2に掲げる罪の一方を犯した際に他の一方をも犯し、いずれか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ものとする。」

2. 本稿では、新設された刑法第179条監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪について要綱(骨子)「第三 監護者であることによる影響力を利用したわいせつな行為又は性交等に係る罪の新設」を検討する。

第3項目については、平成27年12月16開催第3回会議、平成28年3月25開催第5回会議及び平成28年6月16開催第7回会議で論議されている。

平成27年12月16開催刑事法(性犯罪関係)部会第3回会議において法務省刑事局刑事法制企画官中村幹事より要綱(骨子)第3項目について以下の説明がなされる。<sup>23</sup>

「要綱(骨子)第3の1から3までは、18歳未満の者を現に監護する者で

あることによる影響力を利用して、当該18歳未満の者に対しわいせつな行為をし、あるいは、当該18歳未満の者を相手方として性交等をした者について、現行の強制わいせつ罪ないし要綱(骨子)第1の罪と同様の処罰の対象としようとするものでありまして、これらの行為の未遂をも処罰することとするものです。

現行法におきましては、不同意のわいせつ行為又は性交であって、違法性が高く、かつ、悪質であると典型的に認められるものとして、暴行又は脅迫を用いてなされたもの及び心神喪失又は抗拒不能に乗じるなどしてなされたものを処罰対象としております。

しかしながら、資料21と22の事例集を御覧くださいとお分かりいただけますとおり、被害者の意思に反して行われる親子間の性交等の事案が、強姦罪や準強姦罪ではなく児童福祉法違反などで処理されている例が多くあります。このような現状に鑑みますと、性交等に及ぶ場面だけを見ると、暴行又は脅迫を用いることなく、また、抗拒不能には当たらないようなものであっても、現行法の強姦罪、強制わいせつ罪に当たる行為と同様に性的自由ないし性的自己決定権を侵害し、同等の悪質性、当罰性があるものが存在すると考えられます。

「性犯罪の罰則に関する検討会」におきましても、「被害者と加害者の関係性ゆえに、被害者が加害者に対して性交に不同意である旨の意思表示ができないような関係を対象とする類型を設けるべきである」などとして、地位又は関係性を利用した性的行為を処罰する規定を設けるべきであるとの意見が多数を占めました。

そこで、要綱(骨子)第3の1及び2におきましては、行為者が18歳未満の者を現に監護しているという関係がある場合には、18歳未満の者が精神的に未熟である上、生活全般にわたって自己を監督し保護している監護者に精神的にも経済的にも依存している、そういう関係にあることに着目し、監護者がそのような関係性を利用して18歳未満の者と性交等を行った場合には18歳未満の者の自由な意思決定に基づくものとはいえず、

性的自由を侵害する行為として、強姦罪などと同様に処罰する規定を設けようとするものです。

本罪の主体、客体に関しては、「性犯罪の罰則に関する検討会」では、新たな規定による処罰の対象とする地位又は関係性について、教師と生徒の関係、雇用関係、医師と患者の関係、スポーツのコーチ等と選手等との関係などをも対象とすることが考えられるという御意見もありましたが、要綱(骨子)におきましては、それらの関係性による影響力を利用した場合を含まないこととしております。

この点につきましては、「性犯罪の罰則に関する検討会」においても、「地位又は関係性を利用した性的行為を処罰する規定を設ける場合には、その地位又は関係性が存するのであれば被害者に有効な同意がないと実質的にみなせるような非常に強い支配関係が要件として規定される必要があり、そうでなければ有効に機能しないのではないか」、「被害者が加害者に扶養されているとか、生存がかかっているような強い支配関係という意味で、同居をメルクマールとすることが考えられる」などといった御意見があり、そのような御意見を踏まえて検討し、「現に監護する者であることによる影響力を利用」した場合に限定することとしたものです。

具体的には、先ほど申し上げましたとおり、18歳未満の者が精神的に未熟である上、生活全般にわたって自己を監督し保護している監護者に精神的にも経済的にも依存している関係にあることから、監護者がそのような関係性を利用して18歳未満の者と性交等を行った場合には、典型的に18歳未満の者の自由な意思決定に基づくものとはいえないと考えられますが、それ以外の関係性、例えば雇用関係や教師と生徒などの関係などの場合、必ずしも生活全般にわたる関係ではない場合も多いと思われ、その関係性を利用した性交等が典型的に自由な意思決定に基づくものでないと断ずることまではできないと考えたためです。

このように、本罪は、強姦罪等と同様に性的自己決定権を侵害するものであり、同等の悪質性・当罰性が認められる犯罪と考えておりますことか



ら、法定刑は、強姦罪など同様のものとするとし、要綱(骨子)第3の1の罪については、刑法第176条の強制わいせつ罪と同様の法定刑、要綱(骨子)第3の2の罪については、要綱(骨子)第1の罪と同様の法定刑としています。また、要綱(骨子)第3の3において、強制わいせつ罪や強姦罪と同様に、要綱(骨子)第3の1及び2の罪の未遂を罰することとしております。

本罪の具体的な要件について、御説明申し上げます。

まず、本罪の被害者となるのは、18歳未満の者としています。これは、一般に、18歳未満の者は、精神的に未熟である上、監護者に精神的・経済的に依存していることから、このような者に対し、監護者が影響力を利用して性交等を行った場合には、自由な意思決定によるものとはいえないと考えられるためです。逆に言いますと、一般に、通常高校を卒業する年齢であります18歳程度になれば、精神的にも成熟度が増し、監護者に対する精神的・経済的な依存が弱くなると考えられます。加えて、年少者の保護を目的とする児童福祉法や児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律などにおいても、年少者の社会生活上の実態を踏まえて18歳未満を保護の対象としていることなどをも考慮し、本罪の被害者についても18歳未満の者としたものでございます。

次に、本罪は、「現に監護する者であることによる影響力を利用して」わいせつ行為又は性交等を行うことにより成立することとしております。ここで、「監護する」とは、民法に親権の効力として定められているところと同様に、「監督し、保護すること」をいうものですが、法律上の監護権に基づくものでなくても、事実上、現に18歳未満の者を監督し、保護する関係があれば、要綱(骨子)第3の「現に監護する」に該当し得ると考えております。

民法の規定などにつきましては、本日お配りいたしました資料28を御覧いただければと思いますけれども、民法上の「監護」が、そもそも親子関係を基本とする概念でありますことから、要綱(骨子)第3の「現に監護

する者」と言えるためには、親子関係と同視し得る程度に、居住場所、生活費用、人格形成などの生活全般にわたって、依存・被依存ないし保護・被保護の関係が認められ、かつ、その関係に継続性が認められることが必要であると考えております。

「現に監護する者」であるか否かの主な判断要素としては、同居の有無、居住場所の関係、未成年者に対する指導状況、身の回りの世話等の生活状況、生活費の支出などの経済的状況、未成年者に関する諸手続等を行う状況などが挙げられるものと考えております。

「現に監護する者であることによる影響力を利用して」とは、必ずしも積極的・明示的な作為であることを要するものではなく、黙示や挙動による利用ということもあり得るものと考えております。」

山口 厚部会長は、要綱(骨子)第3項目の論点を以下の3点に整理する。<sup>24</sup>

「まず、1つ目でございますが、要綱(骨子)第3の1及び2にありますような一定の影響力を利用したわいせつ行為や性交等に関する罪を新設する必要性についてでございます。第3は、現行法にはない新しい類型の罪を設けようとするものですので、このような罪を設けるべき必要性について、御議論いただきたいと思っております。

次いで、2つ目でございますが、そのような類型の罪を新設する必要があるといたしまして、構成要件が要綱(骨子)第3のようなもので適切であるかどうかという点でございます。その中でも、まず、主体及び客体の範囲をどのようなものとするのが適切であるのか、要綱(骨子)のように、被害者を18歳未満の者とし、行為者を18歳未満の者を監護する者とするのが適当かという点について御議論いただき、その上で、「現に監護することによる影響力を利用して」との要件について、このような要件を設けることの当否について御議論いただきたいと考えております。

3つ目でございますが、法定刑の点でございます。すなわち、第3の罪の法定刑を、強制わいせつ罪及び強姦罪と同様の法定刑とすることが適切

かどうかという点について、御議論をお願いしたいと思います。

もちろん、それぞれの論点は、互いに関連するものでございますので、御発言の際に、関連して述べた方がよいと思われる場合には、他の論点に関する御意見をおっしゃっていただくことも差し支えございませんが、基本的には、今申し上げたような順に整理して議論を進めたいというように考えております。

また、以上私から申し上げた論点に当たらない部分につきましても、御意見をお持ちの方がおられるかもしれませんので、そのような御意見をおっしゃっていただく機会も適宜設けたいというように考えております。

このような進行とさせていただきたいと思っておりますが、よろしゅうございましょうか。」

平成 28 年 3 月 25 日開催刑事法(性犯罪関係)部会第 5 回会議は、要綱(骨子)第 3 について 2 巡目として以下の論議をする。<sup>25</sup>

「本日は要綱(骨子)第 3 及び第 7 について 2 巡目の議論を行います。まず、要綱(骨子)第 3 についての審議を行いたいと思います。要綱(骨子)第 3 につきましては、1 巡目の議論を簡単に振り返りますと、まず第三のような類型の罪を新たに設ける必要性につきましては、準強姦罪で対応できるので新たに設ける必要はないという御意見もございましたが、多数の方は、新たな類型の罪を設ける必要があるという御意見でございました。

次に、第 3 の罪の主体を「18 歳未満の者を現に監護する者」としている点につきましては、より広く、教師、あるいは祖父、おじまで含めるべきであるという御意見、更にはスポーツのコーチなどまで含めるべきであるという御意見、それから客体を「18 歳未満の者」としている点につきましては、16 歳以上の女子が婚姻可能であることとの関係で疑問があるといった御意見がございましたが、要綱(骨子)のとおりでよいという御意見が多数でございました。

また、第 3 の罪の法定刑を強制わいせつ罪や強姦罪と同じ法定刑としている点につきましては、より軽い法定刑とするべきであるという御意見も

ございましたが、要綱(骨子)のとおりとすべきであるという御意見が多数でございました。

なお、「現に監護する者であることによる影響力を利用して」という要件につきましては、これに該当しない場合としてはどのような例が考えられるのかという点について、事務当局への御質問や御意見があり、この点については事務当局において更に検討していただくこととしておりました。

本日はこのような1巡目の議論を踏まえまして、まず事務当局から1巡目の議論の後に検討していただいたことについて、御説明をお願いしたいと思います。

○中村幹事 第3回会議におきまして、要綱(骨子)第3の「現に監護する者であることによる影響力を利用して」との要件に関しまして、御質問などを頂いておりました。そこで、改めまして、事務当局において要綱(骨子)第3の罪の趣旨や各要件の意義について、検討・整理いたしましたので御説明申し上げます。

まず、要綱(骨子)第3の罪を設けようとする趣旨などにつきまして、改めて御説明申し上げます。まず、そもそもこのような罪を設ける必要性があると考えたのは、現実に発生している事案の中に、強姦罪や強制わいせつ罪と同じように、性的自由ないし性的自己決定権を侵害しており、同等の悪質性、当罰性がある事件だと思われるにもかかわらず、現行法の強姦罪や強制わいせつ罪などでは処罰できていないものがあると考えられたためでした。

その典型例としては、実親や養親等の監護者による18歳未満の者に対する性交等が継続的に繰り返され、監護者と性交等をするのが日常なことになってしまっていたり、さらには、18歳未満の者が監護者と性交等をするのが良いことであると思いついてしまっているなどして、事件として日時場所などが特定できる性交等の場面だけを見ると、暴行や脅迫を用いることなく、抗拒不能にも当たらない、そのような状態で性交等が

行われているという事案が挙げられます。

そこで、このような事案をその実態に即して、強姦罪や強制わいせつ罪と同様の法定刑で処罰するために設けようとするのが、要綱(骨子)第3の罪でございます。

その上で、この要綱(骨子)第3の罪の考え方を改めて整理して御説明申し上げます。

一般に、18歳未満の者は、精神的に未熟である上、生活全般にわたって自己を監督し保護している監護者に、精神的・経済的に依存しております。そのような依存・被依存ないし保護・被保護の関係にある監護者の影響力がある状況下で性交等が行われた場合、18歳未満の者が監護者との性交等に応じたとしても、その意思決定は、そもそも精神的に未熟で判断能力に乏しい18歳未満の者に対して監護者の影響力が作用してなされたものであって、自由な意思決定ということはできないものと考えられます。

したがって、監護者がその影響力を利用して、18歳未満の者と性交等をする場合は、強姦罪や強制わいせつ罪などと同じく、18歳未満の者の性的自由ないし性的自己決定権を侵害するものであるということができ、強姦罪などと同等の悪質性・当罰性が認められると考えたものです。

そして、このようなことから、要綱(骨子)第3の罪は要綱(骨子)第1の罪や強制わいせつ罪と同じ法定刑としているものです。

次に、要綱(骨子)第3の罪で用いられている文言の意義について御説明申し上げます。まず、「監護する」でございますが、「監護する」とは、第3回会議でも申し上げましたとおり、民法に親権の効力として定められているところと同様に、「監督し、保護すること」を言います。法律上の監護権に基づくものでなくても、事実上、現に18歳未満の者を監督し、保護する関係にあれば、要綱(骨子)第3の「現に監護する」に該当し得ます。そして、民法上の監護が親子関係を基本とする概念であることから、要綱(骨子)第三の「現に監護する者」と言えるためには、親子関係と同視

し得る程度に、居住場所、生活費用、人格形成等の生活全般にわたって依存・被依存の関係ないし保護・被保護の関係が認められ、かつ、その関係に継続性が認められることが必要でございます。なお、「現に監護する」とは、法律上の監護権に基づくものでなくてもよい反面、法律上、監護権を持っている者でも、実際に監護しているという実態がなければ、「現に監護する者」には当たらないこととなります。

次に、「影響力」ですけれども、「影響力」とは18歳未満の者の意思決定に作用し得る力を言います。

そして、「影響力を利用して性交等をした」の要件について、御説明申し上げます。18歳未満の者を現に監護する者であれば、日頃から自分が保護し、自分に依存している18歳未満の者の生活全般にわたって、その意思決定に作用する影響力が常にある者と考えられますところ、このような18歳未満の者に対する影響力が一般的に存在している状況において、監護者と18歳未満の者とが、性交等を行った場合には、通常はその性交等についても一般的に存在している監護者の影響力が作用しており、18歳未満の者の自由な意思決定に基づくものとは言えないと考えられます。

ここで、影響力を利用して性交等を行ったと認められるためには、監護者からの影響力を利用する積極的な働き掛けなどの行為が必要不可欠だとすることは、先ほど申し述べましたとおり、本罪により処罰することとすべき事例の中には、特に積極的な働き掛けなどがなくても、性交等に応じてしまうようなものも含まれることから、適当ではないと考えられます。むしろ、監護者の影響力が一般的に存在している関係においては、通常、その性交等について監護者の影響力が作用しており、18歳未満の者の自由な意思決定に基づくものとは言えないと考えられますから、そのような積極的な働き掛けなどがなくても「影響力を利用して」に該当すると考えられます。

ただ、18歳未満の者に対する監護者の影響力が、一般的に存在している状況であっても、監護者と18歳未満の者との間で行われた性交等が、

監護者の影響力が遮断されて行われたと言える場合が全くないとまでは言えないと考えられます。例えば、監護者の18歳未満の者に対する影響力が一般的に存在している場合であっても、暗闇の中、相手方を判別できない状態で性交等が行われた時や、18歳未満の者から脅迫されるなどして監護者が性交等を強いられたとき、このような場合には性交等との関係では影響力が遮断されており、影響力とは無関係に性交等が行われたものと考えられます。

このような一般的に存在している監護者の影響力が遮断されているような場合には、「影響力を利用して」性交等を行ったと言えず、第三の罪が成立しないこととなるものと考えております。

このようなことから、「影響力を利用して」とは、18歳未満の者に対する監護者の影響力が一般的に存在し、かつ、その影響力が遮断されていない状況で性交等を行ったことをいうものと考えております。

次に、被害者の同意の点でございますけれども、18歳未満の者に対する監護者の影響力が一般的に存在している状況においては、その影響力が遮断されない限り、18歳未満の者が監護者との性交等に応じたとしても、その意思決定は、そもそも精神的に未熟で判断能力に乏しい18歳未満の者に対して監護者の影響力が作用してなされたものであって、自由な意思決定ということはできないということですから、要綱(骨子)第3の罪の成否を論ずるに当たり、被害者の自由な意思決定による同意の有無は直接問題とはならないものと考えております。もっとも、当該性交等が監護者の影響力を「利用して」行われたこと、すなわち、一般的に存在している監護者の影響力が遮断されていない状況で性交等が行われたことの立証責任を検察官が負うものであることに変わりはありません。

○山口部会長 ありがとうございます。それでは、ただいまの御説明を踏まえまして、御議論いただきたいと思います。ただいまの御説明に対する御質問、あるいは御意見も含めて御発言いただきたいと思いますが、よろしく申し上げます。

○香川幹事 新しい刑事罰の類型ができるということでございますので、実際に適用する裁判所の立場から若干、今の事務当局の御説明を踏まえて、3点、この時点で事務当局のお考えをお聞かせいただけないかと思えます。

まず、「18歳未満の者を現に監護する者」ということにつきまして、親子関係と同視し得る程度にというようなお話があったかと思えます。親以外で監護するという者に当たりそうな者といたしまして、例えば18歳未満の者が児童養護施設等の施設に入所している場合を考えた場合、この施設に所属している職員皆さんがこれに該当するのか、あるいは施設の中で一定の範囲の職員の方が該当するということになるのか、もちろん具体的な事案ごとに裁判所が検討するということになるのかもしれませんけれども、例えばどんな要素を考えるべきなのか、事務当局の方でもしお考えのところがあれば、お聞かせいただきたいということでございます。例えば施設の職員の中でも、正にその児童の身の回りの世話をしている方と、例えば管理職とでは、児童との近さというのは大分差があるのかなと思えます。この辺どんなふう考えたらいいか、一般論でも結構でございますので、今お考えがあればお聞かせいただきたいというのが1点目でございます。

2点目は、同じく「18歳未満の者を現に監護する者」の御説明の中で、事実として現に監護している者ということが重要であるとお伺いいたしました。裁判所の方では、例えば家庭裁判所ですと時々ございますけれども、子供の親権を争って別居しているような親御さんの間で、お子さんが事実上、移動するというようなことがございまして、その場合、後から法的に評価すると、これは一方の親が一方的に子供を連れていったのだと評価されるような場合があります、場合によりますと、違法だ、損害賠償だみたいな話が出てまいります。これと、この犯罪における現に監護するということが関係するのかもしれないのか、通常は恐らく事実として監護しているかどうかということに着目すると、連れ去ったかどうかとか、監護



に至った経緯が違法かどうかというのは、余り関係しないようにも思うのですけれども、そういう理解でいいのかどうか、現時点の事務当局のお考えで結構ですので、お聞かせいただければと思います。

最後3点目、ちょっとこれは技術的な話になりますけれども、実際、実務上見てまいりますと、今回問題になっているような類型の一部は、従前、例えば児童福祉法違反というような形で処罰してきたものもあるのではないかと思うのですけれども、今回、要綱(骨子)第3の罪に当たるようなものの中で、同じく児童福祉法違反の罪にも当たるといようなものもあるのではないかと。そうした場合、この罪数関係がどうなるのかということはどうしても実務家は考えてしまうわけですが、ここについて、何か今の段階で事務当局のお考えがあればお聞かせいただきたい。

以上、3点でございます。

○中村幹事 それでは、今の3点について、お答え申し上げます。

まず、養護施設等の施設の職員の点についてでございますけれども、「現に監護する者」に当たるか否かにつきましては、個別の事案における具体的な事実関係によって判断されるものですけれども、その施設等の場合につきましても、同居の有無や居住場所に関する指定などの状況、指導状況、身の回りの世話などの生活状況、生活費の支出などの経済的な状況、未成年者に関する諸手続などを行う状況などの要素を考慮して、個別に判断されるものと考えております。

管理職などについて御指摘がございましたけれども、管理職を含む養護施設の職員でありましても、このような要素を考慮して、親子関係と同視し得る程度に生活全般にわたって、依存・被依存ないし保護・被保護の関係が認められ、かつ、その関係に継続性が認められる場合には、「現に監護する者」に該当する場合もあると考えております。

また、管理職か又は身近な世話をする人かといった御指摘がございましたけれども、その身の回りの世話につきましても、その考慮要素となり得ると思われる一方、直接身体的な接触があるかどうかの一事をもって、直

ちに「現に監護する者」と認められるか否かが左右されるものではないと思われま

す。また、職員が施設に居住しているかどうかといういろいろなそれぞれのパターンがあるかと思えますけれども、その施設に居住しているかどうかという点については、同居の有無として考慮対象となる要素となるものと考えております。

続いて、2点目でございます。2点目の親権の争いがあるような場合についてでございますけれども、「現に監護する者」に当たるかどうかにつきましては、個別の事案における具体的な事実関係により判断されるものでございますけれども、先ほど御質問の中で御指摘がありましたとおり、ここでいうところの監護関係は、法律上の監護権に基づくものであることは要せず、事実上、現に監督し保護していれば足りると考えておりますので、先ほどの御指摘のような場合であっても、「現に監護する者」に該当することはあり得るものと考えております。

次に、児童福祉法違反の罪との罪数関係の点でございます。この要綱（骨子）第3の罪と、児童福祉法違反の罪との関係でございますけれども、これは現行法の強姦罪ないし強制わいせつ罪と、児童福祉法違反の罪との関係と同様であると考えております。したがって、18歳未満の者を監護する者であることによる影響力を利用して、性交等又はわいせつ行為に及んだことが、同時に児童に淫行させる行為に当たる場合には、要綱（骨子）第3の罪と児童福祉法の淫行させる罪との関係は、併合罪となるのではなく、両者は一罪となるものと考えております。

○宮田委員 この点についての意見の前に、先ほど小西委員の御意見の中で誤解があると感じましたので、1点言わせていただきたく存じます。私は、この部会での議論に文句を言っているのではなくて、部会や事務所に送られてきたものを拝読していると、どう考えても判例の読み方が違うのではないかと、法的な理解が誤っているのではないかとと思われるもの等があったためあのような発言をいたしました。私の申し上げ方が悪かったの

かもしれませんが、私は部会の議論をどうこう言うつもりは全くなく、そこはご理解いただかないとこれからの議論が不必要にぎくしゃくしそうに思いましたので、大変申し訳ありませんが、御指摘申し上げます。

事務当局への御質問も幾つか含めて、私の方の意見も申し述べたいと思います。お伺いしたいことは、3点ございます。前回のこの要綱(骨子)第3について検討する際に、母親と男性の関係にはいろいろなグラデーションがあるということで、幾つかの場合について質問しました。経済的に全く母親に依存している男だったら、これには当たらないか等、いろいろな事例を挙げたと思います。そういうものについては、今御説明になったように、ケース・バイ・ケースでよいのかどうかという確認です。

2つめです。監護をする者と同居している者との関係についてです。先ほどの山口部会長のおまとめの中でも、要件の中には祖父とかおじ・おばというのは原則として入らないという趣旨になっていたかと思えますけれども、これは両親あるいは片親がいる家庭という前提でよろしいのでしょうか。親がいて親が監護していれば、祖父とかおじやおばは入らないという理解でよいのかどうかということでございます。

というのも、想定されているのは、両親がいて母親が面倒を見て、父親が経済活動をして、というような、典型的な中流家庭のように思えるのです。両親がいても両親が非常にハードに働いていて、祖父母に子育てを丸投げという家族もありますし、片親家庭で祖父母に子育てを任せている場合や、親の兄弟、子供にとってはおばさん、おじさんに当たる方たちに子育てを任せている場合、あるいは年齢の上の子供、子供にとっては兄や姉に監護を任せているというような家もあるかと思えます。

そのように家族が大家族的な家庭、親と子供だけという家族ではなくて、ほかの親族が子育てに関わりのある形での同居をしている場合に、祖父母やおじ・おば、兄弟・姉妹は、監護する者の中に入れられるのでしょうか、入れられないのでしょうか。というのも、少年事件などでよく見るのが、育児放棄的な家で、父親も母親も子供の面倒を見ないで、朝、500

円渡して食事を買えという。たくさん家族が住んでいて、両親だけではなくて、祖父母やおじ・お婆も一緒に住んでいるような家の子供は、一体誰が育てているか分からないような状況であったりします。そういうところで性的被害が起きたときに、監護者は一体誰なのだろうかと感じてしまうわけです。

3つめです。先ほどの香川幹事からの御質問の中で、施設の話が出ましたけれども、施設から子供を預かっている里親は、これは法律的なものではないけれども、事実上の同居している親と見ていいのかということでございます。更に、全くの他人が事実上監護している場合は当たるのかどうかということです。法律的には養子縁組もしていないが、事実上、子供の面倒を見ている場合は、これは事実上の監護に当たるといってもよさそうに思われます。しかし、例えば、中学生くらいの子供が家出をした場合を想定し、その子供が声を掛けてきた男性の家に転がり込み、相当長期間、その家で暮らしていたとします。男性がいろいろと面倒を見てくれる状況下で生活をし、具体的には、同居して生活費も出してもらっているし、携帯の契約や雇用の保証など、いろいろな形で法律的・対外的にその男性が面倒を見てくれている場合に、性的な関係を持ったとすると、これは監護者類型に当たるのか当たらないのかということです。転がり込んだ先の男性が、例えば祖父とかおじとか親族であればなるのか、全くの他人であってもなるのかということがわかりません。

全く他人の男性のもとに、高校生ぐらいの女子が転がり込んで結婚してしまえば、適法な関係になることとの均衡はどうなるのかという疑問もあります。

ここからは意見になります。今申し上げたたくさんさんの家族が住んでいるような例を考えるなどしていますと、この類型については、私はやはり児童福祉法とか虐待防止法の中での対処を検討した方がよいと考えます。その家族から離すことと、監護していると称している人たちの影響力を排除するための措置を抜きにして、子供の保護は図れないと思うのです。被害

者の救済や加害者への対処などについて総合的な配慮をしなければ、こういう事件の解決にはならないのではないのでしょうか。もちろん、強姦罪に当たるような罪を創設して、親をしょっ引くのが一番手っ取り早い方法かもしれないですけども、私は他の虐待を含めて、総合的な検討ができた方がいいと考えているのです。

それから、この要綱案の条文には、民法の親子関係やそれと同視できるものとは明示的に出てきません。条文の中に、監護者というのは親子に準じる関係にある者だということまで含んだ文言にしておかないと、解釈が無限定に広がるのではないかという危惧を持っています。

そして、この条文は刑法第177条、第178条では網を掛けられない場合を想定したものであるとの御説明がありましたけれども、条文ができてしまえば、親族等の近い関係にある人が影響力を利用していると考えられる案件については、第177条、第178条でいける案件でもこの類型で処罰され、慎重に監護者性等を考えなければならない案件についても、解釈が広がっていくのではないかと危惧します。少なくとも、この規定については、第177条、第178条の補充的な性格であることが、何らかの形で明示される必要があるように思われます。

更に今の事務当局の御説明を伺いますと、監護者であれば影響力はほぼあるということになります。影響力の利用については、検察官が立証されることにはなりますけれども、この人が監護をしているということ、こういうような生活実態があるということを立てれば、ほぼ影響力があるということ、ちなわち、同意は瑕疵があるというのとほぼ等価だと思えます。前回、立証責任が事実上転換されているのではないかと申し上げましたが、そうはいえず立証責任が検察官にあると言っても、事実上、反証は許されない、不可能な形の犯罪類型なのではないかと感じた次第です。

なお、このついでに、大変申し訳ありませんが、以前の私の発言についての訂正をさせていただければと思います。前回の議論の時にドイツの抗拒不能の第178条については、第177条と罰条が一致していないとの指摘

をしましたが、被害が姦淫の類型については抗拒不能の類型について、ドイツでも懲役2年で第117条と同じでした。ただ、ドイツでは、要綱(骨子)の第1、第2の類型とも懲役2年だということは再度指摘しつつ、訂正させていただければと思います。

○中村幹事 それでは、今何点か御質問があった点についてお答え申し上げます。この「現に監護する者」にどのような場合が当たるかどうかという点についてでございます。先ほどケース・バイ・ケースかという御質問がありましたけれども、やはりこれにつきましては、個別の事案における具体的な事実関係によって判断されるものでございますので、なかなか一概にお答えすることは難しいところではございます。まず、この「現に監護する者」に当たるかどうかというところではございますけれども、この現に監護するというのは、法律上の監護権に基づくものでなくても、事実上、現に監督し、保護する関係があれば、この「現に監護する」に該当し得る。逆に言いますと、法律上の監護権があったとしても、事実上、監督して保護していなければ、この「現に監護する」には当たらないということになります。

先ほど幾つか大家族的なもの、里親、また、家出して声を掛けた場合と、幾つかの事例というのを御指摘いただきましたけれども、この「現に監護する者」の「監護」につきましても、「監護する」というのが民法において親権の効力として定められているところと同様に、監督して保護することを言いついて、またこの民法上の「監護」というのは、親子関係を基本とする概念でありますから、この「現に監護する者」と言えるためには、親子関係と同視し得る程度に居住場所、生活費用、人格形成等の生活全般にわたって、依存・被依存ないし保護・被保護の関係が認められ、かつ、その関係に継続性が認められることが必要であると考えているということでございます。

具体的にどのように判断していくかというところにつきましては、先ほど香川幹事の御質問に対してお答えしたような要素を考慮して、個別に判

断していくことになるものと考えております。

また、この条文上、「監護」という言葉を用いているけれども、これがどんどんその範囲が広がっていかないかというところがございますけれども、この「監護」という用語がございますけれども、これはるる御説明申し上げてきておりますとおり、民法上の「監護」というところを頼りにこの用語を使っているということでございますので、この「現に監護する者」という意義につきましては、先ほど申し上げたようなところで明確となっていると考えております。

また、罪数の点でございますけれども、こちらも御説明してきておりますとおり、要綱(骨子)第3の罪というのは要綱(骨子)第1の罪や、強制わいせつ罪を補充する趣旨で設けようとするものでございます。したがって、仮にある行為が外形的には強制わいせつ罪ないし要綱(骨子)第1の罪と要綱(骨子)第3の罪との双方に該当するよう見られる場合には、強制わいせつ罪又は要綱(骨子)第1の罪のみが成立するものと考えております。

なお、立証責任の点について、御指摘がございましたけれども、これも冒頭の説明と同様となってまいりますけれども、検察官がこの監護者の影響力を利用して行われたこと、当該性交等が監護者の影響力を利用して行われたことについて、立証責任を負うこと自体は、当然変わりはありませんので、立証責任の転換はないと考えております。

○加藤幹事 ただいまの説明に若干補充させていただきます。宮田委員の御質問の最初に提示された母親と男性との関係をグラデーショナルに御提示されたことにつき、ケース・バイ・ケースでよいのかという御質問だったと思いますが、それは中村幹事がお答えしたように、もちろん基本的にはケース・バイ・ケースです。具体的に申し上げますと、例えばお母さんの彼氏と言われているような方がたまに家に帰ってくるということがあっても、同居しているとも言えず、生計も別であり、意思疎通も18歳未満の者とはほとんどないということになれば、通常は監護しているとは言えな

いだらうと考えられますし、一方、法律上の監護権者でなくても、実親との関係、お母さんとの関係がいわゆる内縁といわれるような実態的な夫婦関係にあって、またその18歳未満の者との関係も実の父子と変わらないというような関係にあれば、監護している者と言える場合もあるだらうと考えられます。その中間もいろいろなケースがあるだらうという意味で、ケース・バイ・ケースだと申し上げているわけでございます。

また、監護者であるか否かの認定は、先ほど来、御説明しているとおり、現に監護する者であるかどうかという事実関係の問題でありまして、事実上の問題として実の親子であれば監護者であることが多いということは言えたとしても、親子であるから監護者である、あるいは親族であるから監護者に当たるという、そういう関係にある要素ではないということは、これまでの御説明で御理解いただいていると思います。

大家族の場合というのも、事実認定の問題になるので、個々のケースを分析してみなければ分からないところではありますが、例えば御提示いただいたように、実の親は養育にはほとんど関わっておらず、実際に子育てをしているのは祖父母あるいはおじ・おばであるという場合に、その祖父母やおじ・おばが監護者に当たるということはあり得るということと言えると思われまふ。したがって、実親がいるからその祖父母やおじ・おばは決して監護者には当たらないという関係にはないであらうとは考えているところでありまふ。

一方、里親の例を挙げられて、親族でない人、全くの他人が監護者に当たることもあるのかという御質問もあつたように思うのですが、それもあり得るという意味では、正に先ほど来、御説明申し上げている監護者に当たる者であれば、当たるということになるものと考えております。すなわち、血縁関係がないことが監護者であることとの関係を排斥することにはならないとは考えています。例えば、里親として18歳未満の者の生活全般の面倒を見ており、親子関係と正に同視し得る程度に、生活全般にわたって依存・被依存、あるいは保護・被保護という関係があるものについて



は、それは監護者に当たる場合があると考えていただいてよろしいかと思  
います。

最後に、検察官の立証責任を事実上、転換するものなのではないかとい  
う御指摘につきましては、中村幹事からも御説明申し上げましたけれど  
も、この犯罪の構成要件は監護者である者がその影響力を利用して性交等  
に及べば成立するというものでありまして、逆に言えば監護者ではないこ  
と、あるいはその影響力を利用していないことについて、その弁護人、あ  
るいは被告人の立場として主張することは可能であるわけでありませ  
う。事実の問題として反証の余地が狭いのではないかという御指摘につ  
いては、それはそういう構成要件を設けることの適否の問題に正に帰着するわけ  
であり、そうした規定を設けることについて、それが適切であるか否かにつ  
いては、正に委員・幹事の皆様の御意見を伺いたいと考えているところ  
でございます。

○塩見委員 「影響力を利用し」のところ、1点質問をさせていただき  
たいと思います。

影響力の遮断があった場合には、この要件を満たさないということで、  
影響力の遮断がまれにあるとされる例としまして、暗闇の例ですか、それ  
からあと、被監護者の側が脅迫を行った場合、性交に応じるように求めた  
場合という例を挙げられました。もう少し一般的に言えば、監護する者で  
あることを被害者に認識させなかった場合、あるいは被監護者の側から性  
交等を求めた場合、この場合には影響力の遮断があるということになるか  
と思います。そうしますと、被害者は行為者が監護する者であることを認  
識していたのですけれども、行為者の側は被害者が認識していないと誤信  
していた場合、あるいは被監護者の方から性交等を求めたと行為者が誤信  
をしていた場合、こういう場合は影響力の利用についての認識が欠ける、  
故意がないということになる、という気がするのですが、そういう理解で  
よろしいのですかというのが質問です。

○中村幹事 影響力が遮断されているか否かの判断でございますけれど

も、これは個別の事案によって判断されるものですが、要は、性交等が一般的に存在している監護者の影響力とは無関係に行われたかどうかというところがございます。その例としましては、先ほど申し上げましたとおり、暗闇という例を申し上げましたけれども、これは18歳未満の者の側で行為者が監護者であるということを認識していなかった場合ということでございますけれども、それ以外の場合であっても客観的に性交等が一般的に存在している監護者の影響力とは無関係に行われたと認められる場合には、この影響力が遮断されるということになろうかと思えます。

今、御質問の中で御指摘のありました18歳未満の者が監護者に対して性交等を求めた場合、どうなのかという点がございまして、18歳未満の者に対する監護者の影響力というのが一般的に存在している場合におきまして、仮に外形的にはその18歳未満の者から監護者に対して性交等を求めたということがあったといたしましても、そのような行動というのを18歳未満の者がとるといえるのはどういうことかといいますと、例えば監護者において幼い頃から継続的に性的な行為を行ってきたこともありまして、要は18歳未満の者としては生活全般を監護者に依存しているということから、性交等を求めることによって監護者を喜ばせる、ないしはその機嫌を損なわないようにしているような場合というのがあり得るところでございまして、そのような18歳未満の者の方から性交等を求めた場合であっても、そのような行動をとるに至ったこと自体が、精神的に未熟で判断能力に乏しい18歳未満の者に対して、監護者の影響力が作用した結果であると考えべきではないかと考えております。

そうしますと、18歳未満の者の方から性交等を求めたにすぎないような場合というのは、影響力とは無関係に行われたとは言えず、その影響力が遮断されている場合には当たらないと考えております。

先ほど、故意の点、錯誤の点について御指摘がございましたけれども、影響力の利用というところにつきましては、当然これについても行為者において認識、故意がないといけないということでございますけれども、要

は「影響力を利用して性交等をした」について、故意があると言えるためには行為者におきましてその18歳未満の者に対する監護者の影響力が一般的に存在することを基礎付ける事実の認識、また、その影響力が遮断されていない状況で性交等を行った事実の認識というところが必要であると考えられます。したがって、これらの認識に欠けるという場合には、故意犯である以上はこの罪は成立しないということになるのではないかと考えております。

○今井委員 私も中村幹事の御説明に賛成するところです。前提といたしまして、今日の冒頭、角田委員から改めて実情についての御説明を頂きました。齋藤幹事からも同じような御説明があったわけですが、この要綱(骨子)第3の罪が念頭に置いている典型的な事例といたしましては、先ほど角田委員もおっしゃったように、例えば幼少期から親が性交を子供に対して繰り返すということで、そういう18歳未満の者としては特定の行為がなされた段階では、自分がどういうふうな被害に遭っているのかを認識できないような場合も多く含まれている。そういった根の深い事例をも視野に入れて、立案しようとしているものだと思います。

そうしますと、この要綱(骨子)ですと、影響力を利用してという文言が使われておりまして、これですと直近の被害者に向けられた特定の行為の立証が必要になるようにも読めるわけでありまして、その影響力が遮断されているか否かということがこの犯罪を否定する大きな要素であるという御説明があり、私もそれに賛成するものであります。そして、そのことをもう少し的確に表現するならば、「影響力があることに乗じて」というふうな、他の表現ぶりの方が適切ではないかと思ったところですので、意見として申し上げたところです。

○小西委員 暗闇の中で判別されないということが、影響力の遮断の典型例として出てくるのが、ちょっと私はどうかと思っております。というのは、多くの例えば性的虐待の例で、夜、暗闇で真っ暗にした中で性交が行われるというケースがあるんですね。だけれども、もちろん目では誰だ

か分からないけれども、実際すぐ分かりますよ。それは人間の認識は視覚だけではないので、触覚も聴覚も体感もあるわけなので、当然誰だかは分かるわけですね。というようなケースが結構あり、更に小さい時からの繰返しがあってここに至って、そのケースが事件化される、その事例が事件化されるということになるとすると、真っ先にこの暗闇の例が出てきてしまうのが、ちょっともう少し適切なものに変えていただけないかなと思います。自分が持っているケースで、たくさんそういうケースが思い当たります。父親は夜誰か別の人が忍び込んできたのだろうと言ったりするのだけれども、実際にはそうではないというケースが複数あります。ですので、それはちょっと考えていただけないかなというのが私の気持ちです。

それから、実はこの問題に該当するケースを私は持っておりまして、御本人がどうして抵抗できないか、この会議で話していいと言われたので、聞いたまま今日持ってきたのですね。なのでちょっとどういうことが行われているか、具体的に1分ぐらい御紹介させていただいてもいいですか。

この人は、実父からの性的な虐待の被害者で、18歳でようやくそこから逃れた人です。当初は全て自分が悪いから、父を自分が誘ったから、こういうことが起きたとしか考えられていませんでした。2年たってようようちょっと話せるようになってきているのですけれども、「何か抵抗するとかやめるとかいうことを考えなかったのか」と質問した、「そんなの全く無理。怖いからそういうこと自体を考えないようにしていた。被害を受けていた当時は、自分はその記憶を切り離して、日常生活は何もないように過ごしていた。だから嫌だとも思っていなかった。夜になったり、家に戻ったりすると多少思い出したけれども、それでも考えないようにし、昼間はその虐待について意識さえしていなかった。性行為について意識さえしていなかった。」と言っています。

「子供にとって親は全てだから、言うことを聞かないといけないと思っていた。親が性交することが普通だと親が言えば、自分は普通だと思う。他の家でもみんなやっていることだけれども、言わないだけなのだ親に

言われて、自分もだからそうかと思っていた。そういう環境でしか育っていないので、それは普通だと思っていた。」ということです。

最初がいつから始まったのか覚えていない。中学の時も高校の時もあったけれども、それより前からあったかもしれない。記憶が出てこないのですね。親は、性的虐待にこんな理屈をつけていました。「性行為に慣れていないと痛いから、将来の練習としてやるのだ」と言われた。本人は屁理屈だと思ったが「そうなんだ」と父に言うしかなかった。高校の時、人を助けたくてリハビリの職に就きたいと思い、そのことを家族に話したことがあったが、父と二人きりになった時に、風俗嬢みたいなことをやることを父が提案してきた。「そういう職について、対象者の家を訪問する時もあるだろうが、別料金でやると喜ばれるのではないか」と父は言ったそうです。そういう性的処理の練習をしているのだ、好きな人相手に気持ちよくなってもらってテクニックの練習だと言われた、と言っています。本人にこのことについて聞くと、今は複雑な気持ちで、2年たった今でも、「父は自分の欲望を正当化していた」とは思うところまでは来ましたがけれども、なかなか本当に自分は悪くないと思えない状況です。「父が悪くて、自分が被害者だと納得しにくい、言い換えれば心理的な納得がなかなかできないのです。もしかして自分が悪いのじゃないかという気持ちからなかなか逃れられません。虐待から逃れて2年でここまで言えるのは、むしろ治療としては順調だと思います。実情を語れるようになったこと、御本人が話してもいいということ、そのものが治療の成果です。

こういう形で本人は嫌とも言わず、むしろ良いことかもしれないと思い、そういうことをしたのは自分の責任だと思い、行われているというのが性的虐待の典型例です。ちょっと御紹介したいとお話ししました。

○森委員 今、小西委員の方から具体的な被害者の声の御紹介がありましたけれども、私も検察官として実務の現場でこのような事案を経験してきた立場から、若干申し上げたいと思います。

以前にも申し上げましたけれども、実の親、あるいは養親などが、子に対して性的行為を繰り返し日常的に行っているという事案では、暴行も脅迫もなく、抗拒不能という状態もない、そういった状況の中で性交等が行われているという事案がよくございます。そのような事案の中には、被害者が普通こういうことはやるものだと思っていて、それでもできるだけやられたくないので、お父さんの機嫌をとるためにプレゼントをねだったり、あるいはどこかに連れていってくれと言って外にお父さんを連れ出して、そのときに積極的に腕を組んで歩いたりしたというような事案もありました。

それからまた、姉妹がいて、最初は姉の方が被害に遭っていて、父親が妹の方にも手を出そうとしたので、その姉が妹をかばうために積極的に自分が父親に働き掛けて、自分が性行為の相手をしていたという、非常に痛ましい事案もございました。現実そのような事案があることを考えますと、先ほど事務当局の説明にもありましたように、監護者の側から必ずしも積極的な働き掛けがなくても、影響力の下で行ったと見るべき事案というのはたくさんあると思っております。

先ほど今井委員の方から、「乗じて」という表現の方が適切ではないかというような御意見がありましたけれども、私もその御意見を伺いまして、その方がしっくりするなという感想を抱いたところです。

○中村幹事 先ほど小西委員から、影響力が遮断されている事例として挙げました暗闇で行われた例につきまして再考を要するのではないかという御指摘を頂きましたけれども、これは確かに御指摘として受け止めたと思います。ただ、ここで申し上げているのはどういうことかと申し上げますと、影響力が遮断されているかどうかというのは、つまりは影響力とは無関係に性交等が行われたかどうかということであると。その一つの典型的な例として、18歳未満の者の側が、その行為者が監護者であることを認識していなかった。それが影響力とは無関係、つまり影響力は遮断されているということの一つのパターンであろうと考えた次第でございます。

その上で、暗闇の中、相手方を判別できない状態という、一種机上の事例というのを考えてみた次第でありまして、それを御紹介したというところでございます。

○加藤幹事 事務当局の想像力の欠如を露呈してしまったというところでありまして、恐縮なのですが、中村幹事が申し上げたように、暗闇の例は暗ければ犯罪が成立しないと言っているわけではなく、それによって相手方が監護者であることを認識できないという、そういう例ですので、先ほど小西委員から御指摘いただいたように、例えば挙動とか、それから見えなくても声が聞こえればその声ですとか、そういうものから判別できていれば、この例には当たらないというところでございます。

○小西委員 それは承知しております。よく分かります。

○佐伯委員 要綱(骨子)第3の罪というのは監護権の影響力がある状況下でなされた18歳未満の者の意思決定は、外見上、自由なもののように見えても自由な意思決定ということとはできないと法的に判断するということだろうと理解しております。そうすると、先ほど来、御意見がありましたように、影響力を利用したという文言はちょっと強すぎる。他にどんな文言が適切かというのは難しいのですけれども、「乗じて」というのも候補だと思いますが、「利用した」というのはちょっと強すぎるように私も思います。

それからそのように、法的に規範的に判断するという観点から考えますと、先ほど来、問題になっております現に監護する者の範囲につきましても、法的な監護権に限られないということは確かにそうなのですが、先ほどからの御議論を伺っていると、限られないというところにちょっと力点が強いのかなという印象を受けまして、やはり法的な監護権に基づいた影響力であるということは、監護権者の範囲を判断する際には、非常に重要な要素ではないかと思えます。

それから最後は、要綱(骨子)第3の規定が補充規定であるということの意味についてですが、先ほど事務当局から刑法第177条、第178条に当

たる場合には、そのみが成立するという御説明があったのですけれども、私は第177条ないし第178条に当たり得る場合であったとしても、要綱(骨子)第3の罪で処罰することは可能であると考えます。

○加藤幹事 ただいまの佐伯委員の御指摘の中にもございましたが、要綱(骨子)第3の書き方については、これまで御説明してきたような具体的な内容を表現するものとして、「利用して」という文言を要綱に用いたものでございます。しかし、ただいま、別の表現を検討すべきではないかという御指摘がございましたので、この点につきましては更に事務当局においても、十分に検討させていただきたいと存じます。

○辻委員 1点、事務当局の方から補足させていただきます。

ただいま、佐伯委員の方から、要綱(骨子)第1の罪と要綱(骨子)第3の罪の関係について御指摘がございましたが、第1の罪のみが成立すると申し上げた趣旨は、意味としては佐伯委員のおっしゃるものと同様の意味であると考えておまして、実体法の関係の罪数の整理としては第1の罪のみが成立するという場合があるかと思いますが、訴訟法的な観点を加味して、この要綱(骨子)第3の罪だけで処罰できるかといいますと、それは可能であると事務当局としても考えているというところでございます。

○齋藤幹事 宮田委員がおっしゃったように、現在の家族の関係というのは多様だと感じております。例えば両親と同居していても、日中、両親は仕事でおらず、実質的には祖父母が面倒を見ているとか、おじ・おばが面倒を見ているとか、若しくは家族の中のほかの者が面倒を見ているというような家庭はありまして、その中で祖父・孫間の性的虐待ですとか、親族間の性的虐待ということが行われているという事例も経験しております。従いまして、これまで説明のございましたように、監護という観点につきまして、実質的な状況について、個々に判断していただけるということがとても重要なのではないかと考えております。

また、自由な意思決定ということに関してですけれども、これはもう既



に幾つも御意見が出ているものではございますが、私も臨床の中で出会った事例には、養父から大変言葉巧みに、自分たちが恋愛関係であると思ひ込まれる、若しくはこれを断ると、母親若しくはこの今の暮らしに影響が及ぶのだということを言葉巧みに刷り込まれるなどし、性的な関係に持ち込まれ、性的虐待が継続され、そして加害者が逮捕されて安全な状況になって初めて、自分の傷に気付いて、本当にその後、大変苦しむという事例も幾つもありました。そういったことを考えますと、やはり影響力が行使されている段階で、自由な意思決定というのが大変難しいということを考えてはおりますので、今、御説明のあったことが個々に本当に判断されることを願っております。

○橋爪幹事 要綱(骨子)に賛成する方向で2点申し上げたいと存じます。既に議論がございましたように、本罪は、精神的に未成熟な18歳未満の者が、現に監護する者の影響力を受けて、性交等をする事についての意思決定に至った類型をカバーする規定ですので、18歳未満の者の意思決定は自由な意思決定とは言い難いという観点、つまり意思決定過程に瑕疵が生じていることが処罰の根拠をなすと考えるべきかと存じます。そして、このように考えますと、やはり監護する者の概念については、意思決定に重大な影響を及ぼしうる者という観点から、ある程度限定的に捉える必要があると思うのです。したがって、基本的には、法的な監護権が認められるような事情を前提としながら、場合によっては更に限定するような理解もあり得るように考えております。そうしますと、例えば教師や、あるいはスポーツのコーチなどが、仮に18歳未満の者に一定の精神的影響を与える関係があるとしても、それだけで、これを監護する者に含めることは難しいと思います。

もう1点でございますが、このように行為者が監護する者という地位にあることが処罰の根拠として重要であると考えますと、本罪につきましては、本来ならば被害者を保護しなければいけない者、すなわち、被害者を保護し、監護すべき立場にある者が、その立場や機会を濫用して、本来な

らば保護すべき者の性的自由を侵害するという意味において、悪質性が高いと考えられます。このように行為者に対する非難可能性が高いことを併せ考えますと、やはりこの類型については、通常の強姦罪、強制わいせつ罪と同一の法定刑で処罰すべきであると考えております。

○塩見委員 余計な一言かもしれませんが、先ほどからお話を聞いていますと、被監護者の側が、妹を救うためとか、そういう本心ではないのだけれども、表面的にはむしろ監護者に迎合するような態度を取っているような場合があるというお話だったのですけれども、先ほどちょっと故意を問題にしましたのは、そうすると監護者の側から、被監護者の同意がある、向こうから求めてきたと認識していたという主張が出やすくなってくのではないかと思ったからです。先ほど、遮断の認識があれば、やはり故意が否定されるという御趣旨の御回答もありました。具体的に何か提案があるわけではないのですけれども、やはり立法化された際に認定をどうするのかという点は慎重でないと、本来処罰対象に入れるべき行為が、故意の観点で落ちてしまうということになりかねないのではないかと、ちょっと思いましたので、一言申し述べさせていただきました。

○加藤幹事 ただいまの塩見委員の御指摘について、承って検討いたしました存じますが、1点、先ほど中村幹事からお答えした趣旨ですけれども、18歳未満の者の側から監護者等に対して性交を求めることがあったとしても、それはその行為自体が監護関係による影響力を受けていると考えられる方が一般的であろうと考えられるので、18歳未満の者の側から求める行為があっただけでは、影響力が遮断されたことにならないという理解をしております。したがって、18歳未満の者の側から求めてきたという認識があるだけでは、故意を欠くことにならないと考えているという点を確認させていただきます。

○宮田委員 他人の類型のことで一つ確認です。今、橋爪先生のおっしゃったスポーツ等の指導者の例ですけれども、親がスポーツのコーチに子供を託すような場合があります。あるいは学校の寮などに契約をして入

れる場合もあります。そのように、親権者からの委託を受けて子供を預かっている全くの他人は、同居して生活の面倒を見ている場合に、この類型には、含め得るのか得ないのかというところでございます。先ほどの他人の類型はどこまでか、というところにも関係してまいるかと思えます。

○中村幹事 「現に監護する者」に当たるか否かにつきましては、正に個別の事案の具体的な事実関係によって判断されるものですので、先ほど来、申し上げているような要素から、今のようなケースについても当たるかどうかというのを判断していくということになると思うのですけれども、いわゆる単なる教師と生徒とか、単なるコーチと教え子というだけであるならば、通常は、その現に監護する者には当たらないということになると思えますけれども、更にそれが言わば親代わりになっているような場合には、その関係性というのが親子関係と同視し得るような場合にまで至っているということであれば、「現に監護する者」に当たるということもないわけではないのではないかと考えております。

○武内幹事 質問に当たりますけれども、イメージの整理をさせていただきます。そうしますと、現に監護する者と被監護者との間では、具体的な局面において、例えば抗拒不能状態にある時と、抗拒不能でない時というのは、それぞれ存在し得る。他方、現に監護する者と被監護者の間における影響力というのは、基本的には常に存在する、すなわち常態的に存在するものである。ただ、例外的にその影響力と無関係に性交が行われる場合も考えられ、そのようなケースを、影響力の遮断という用語で説明されていた。このように理解しましたけれども、大筋において間違いはないでしょうか。

○中村幹事 基本的に、今御指摘になったようなところで、間違いはないものと考えております。この「現に監護する者」に当たるということであれば、その18歳未満の者に対する一般的な影響力があるものと考えておりますので、そのような影響力が一般的に存在する下において性交等が行われたということであれば、通常はその影響力を利用したと言えるのだろ

うけれども、ただ例外的に影響力とは無関係に行われた場合がないとは言えないだろうと。そのような場合を遮断という言葉で先ほど来、申し上げているとおりであります、そういう場合は影響力を利用したとは言えないということでございます。

○武内幹事 そうしますと、故意の要素、すなわち主観的な認識の対象としても、自らが現に監護する者であることを認識していれば、一般的には当該性交が影響力を利用しないしは影響力の存在するところで行われたものであるということの認識を伴うという理解でおおむねよろしいでしょうか。

○中村幹事 現に監護する者であることによる影響力を利用して性交等をしたということでございますから、もちろん故意犯でありますので、いずれについても認識が必要となるということでもありますけれども、現に監護する者であるという点については、現に監護する者であることを基礎付ける事実の認識があれば、この現に監護する者であるという要件についての故意があるということになります。

また、その影響力を利用して性交等をしたという点でございますけれども、先ほど来申し上げますとおり、この影響力を利用して性交等をしたという意味ですけれども、18歳未満の者に対する監護者の影響力が一般的に存在しており、かつ、その影響力が遮断されていない状況で性交等を行ったという意味であると御説明申し上げてきているところでございますけれども、故意については、今申し上げたとおり、監護者の影響力が一般的に存在するというを基礎付ける事実の認識、また、その影響力が遮断されていない状況で性交等を行った事実、この認識が必要であるということになってまいります。

○山口部会長 今回は2巡目で、1巡目の時にも大分御議論いただきました。今日もいろいろな観点から御議論を頂きましたが、この辺りでまとめさせていただいてもよろしゅうございましょうか。

「影響力を利用して」の要件につきましては、18歳未満の者に対する監

護者の影響力が一般的に存在し、かつ、その影響力が遮断されていない状況で、性交等又はわいせつな行為を行った時には、影響力を利用したと言えるというのが基本的な事務当局の御説明であったわけでございますけれども、これに対しては立証責任の事実上の転換になるのではないかと、あるいは処罰範囲が広がってってしまうのではないかとというような趣旨の御疑問をお述べになる御意見もございましたけれども、多数の方は事務当局のような説明でよいのではないかと御意見であったと理解させていただきました。

なお、そのような理解を前提とした場合に、「影響力を利用して」という文言につきましては、更に検討が必要だという御意見もございまして、先ほど事務当局からもそれに関して御発言がございましたけれども、事務当局において更に御検討をお願いしたいと思います。

要綱(骨子)第3につきましては、大体この辺りで終わらせていただきたいと思いますが、よろしゅうございましょうか。ありがとうございました。」

平成28年6月16日開催刑事法(性犯罪関係)部会第7回会議は、要綱(骨子)第3について以下のように総括する。<sup>26</sup>

「次に、修正の2点目として、要綱(骨子)第3の罪の修正案について説明します。

第5回の会議において、事務当局から要綱(骨子)第3の罪の「影響力を利用して」という文言の意義につき、「18歳未満の者に対する監護者の影響力が一般的に存在し、かつ、その影響力が遮断されていない状況で、性交等を行ったことをいう」旨の考え方を説明いたしましたところ、複数の委員か、「影響力を利用して」という表現では、被害者に向けられた具体的な利用行為が必要であるようにも読めるため、文言を工夫した方がよいのではないかと御指摘を頂いていました。

そこで、事務当局において検討しましたところ、要綱(骨子)修正案第3のとおり、「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」と修正するのが適切であると考えに至ったものです。

なお、この修正は、従前の要綱(骨子)第3で示そうとしていたことを、より適切な表現に修正したものでございますので、第5回会議で申し上げた考え方や意味内容を変更するものではなく、「18歳未満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」とは、「18歳未満の者に対する監護者の影響力が一般的に存在し、かつ、その影響力が遮断されていない状況で、性交等を行った」ことをいうものです。

このほか、要綱(骨子)修正案第3の2において、冒頭に「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」としておりますのは、要綱(骨子)第1の修正に合わせて、構文を整理したものです。」

平成28年6月16日開催刑事法(性犯罪関係)部会第7回会議は、要綱(骨子)修正案を要綱(骨子)として採択した。<sup>27</sup>

平成28年9月12日開催法制審議会第177回会議は、諮問第101号についての刑事法(性犯罪関係)部会の要綱案を原案通り採択した。<sup>28</sup>

3. 刑事立法作業においては、新設規定の立案に際しては当該構成要件を必要とする社会的要請が前提である。社会的要請は、当該行為の社会的影響及び被害者の実態等をも考慮されねばならない。

Childhood Sexual Abuseを刑事制裁の対象とする立法作業においては、被害者支援にあたっている専門家の提案と実情分析や裁判実務に関与している法律家の見解はChildhood Sexual Abuse実態把握に不可欠である。<sup>29</sup>

刑事法(性犯罪関係)部会は、精神科医小西聖子委員の臨床経験、臨床心理士齋藤 梓幹事及び検察官森 悦子幹事の経験に基づく見解表明は示唆に富むものである。

Childhood Sexual Abuseは、裁判実務においては実父ないし義父による強姦行為に強姦罪を適用する事案は非常に少ない。

強姦罪事案としては、実父による前橋地裁平成15年3月27日判決、養父によるさいたま地裁平成14年1月15日判決、東京地裁平成15年6月20日判決及び神戸地裁平成21年12月10日判決がある。<sup>30</sup> 児童福祉法事

案としては、実父による東京家裁平成12年7月17日判決、養父による東京高裁平成22年8月3日判決がある。<sup>31</sup>

刑法第179条監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪は、今後の法運用の実務や解釈において刑事法(性犯罪関係)部会での論議が参考となる。

刑事法(性犯罪関係)部会の審議は、性犯罪の罰則に関する検討会での論点整理をベースに論議が進められており、性犯罪の罰則に関する検討会の構成員10名が刑事法(性犯罪関係)部会委員として参加している事実からも明白である。

#### IV. 結語

1. ドイツは、性犯罪規定の改正により児童期性的虐待に対する多様な構成要件を設定する。<sup>32</sup>

第174条は、保護を委ねられている者に対する性的虐待に関する規定であり、一定の身分にあり支配性を有する者の行為を対象とする。

第174条1項3号は、「行為者の血縁上若しくは法律上の直系卑属、又は、行為者の法律上の配偶者、行為者と内縁関係にある者、若しくは、行為者が共に婚姻関係若しくは内縁関係類似の生活を営んでいる者の直系卑属で、18歳未満の者に対して性的行為を行い、又は、この者に自己に対する性的行為を行わせた者は、3月以上5年以下の自由刑に処する。」と規定する。第174条1項3号は、主体を監護者とするわが国の刑法第179条監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪よりも射程距離を広くとっている。

ドイツ刑法174条1項1号2号及び2項は、より広範な「教育上、職業教育上、世話上、職務上若しくは労働上の関係と結びついた従属性」に基づく主体を対象とする性的虐待を刑事制裁の対象とする。同条1項1号及び2号は、「一 教育、職業教育若しくは生活上の世話が行為者に委ねられている16歳未満の者に対して 二 教育、職業教育若しくは生活上の世話が行為者に委ねられ、若しくは、職務上若しくは労働上の関係の枠内で部

下に当たる18歳未満の者に対して、教育上、職業教育上、世話上、職務上若しくは労働上の関係と結びついた従属性を濫用して性的行為を行い、又は、この者に自己に対する性的行為を行わせた者は、3月以上5年以下の自由刑に処する。」と規定する。同条2項は、「そのための特定の施設において、18歳未満の者から、教育、職業教育若しくは生活上の世話を委ねられている者で、以下の者は、3月以上5年以下の自由刑に処する。一 その施設において、教育、職業教育若しくは生活上の世話を従事するという法律関係にある16歳未満の者に対して性的行為を行い、又は、この者に対する性的行為を自己に行わせた者、又は二 被害者の地位を利用して、その施設において、教育、職業教育若しくは生活上の世話を従事するという法律関係にある18歳未満の者に対して性的行為を行い、又は、この者に自己に対する性的行為を行わせた者」と規定する。

ドイツの性犯罪規定は、性的虐待の実相に配慮した構成要件として規定されている。

2. 児童期性的虐待は、一定の身分を有する者による行為を刑事制裁の対象とする構成要件の新設が不可欠である。

筆者は、わが国の刑事立法の経緯を踏まえて法制史的知見をも視野に入れ、児童期性的虐待防止と被害児の回復の一助として、児童期性的虐待に関する構成要件新設の立法提言を夙に行ってきた。<sup>33</sup>

【提言1】 強姦罪(刑法177条)及び強制わいせつ罪(刑法176条)について、児童(14歳未満として現行法より1歳年齢を引き上げる)を客体とする構成要件を新設すること。

α条① 14歳未満の女子を姦淫した者は、3年以上の有期徒刑に処する。

② 14歳未満の男女に対し、わいせつな行為をした者は、6月以上10年以上の懲役に処する。

【提言2】 一定の身分を有する者の性的虐待に対し構成要件を新設すること。

β条① 養育の任にある親族乃至生活を共にする者又は教育、指導の任に



ある者が、自己の養育又は教育、指導する 18 歳未満の女子を姦淫した者は、3 年以上の有期懲役に処する。

② 養育の任にある親族乃至生活を共にする者又は教育、指導の任にある者が、自己の養育又は教育、指導する 18 歳未満の男女に対し、わいせつな行為をした者は、6 月以上 10 年以上の懲役に処する。

γ 条① 業務、雇用その他の関係に基づき自己が保護し又は監督する 18 歳未満の女子を姦淫した者は、3 年以上の有期懲役に処する。

② 業務、雇用その他の関係に基づき自己が保護し又は監督する 18 歳未満の男女に対し、わいせつな行為をした者は、6 月以上 10 年以上の懲役に処する。

【提言 2】は、ドイツ刑法 174 条 1 項及び 2 項に比し主体は限定的であるが、裁判実務で Childhood Sexual Abuse の事例として生起している教師と児童・生徒及び運動部顧問と選手の従属的關係を視野に入れての提言である。

3. 本稿は、児童期性的虐待について最高裁平成 29 年 11 月 29 日大法廷判決を契機に検討を加えたものである。本最高裁大法廷判決は、強制わいせつ罪の成立要件に性的意図を必要とする最高裁昭和 45 年 1 月 29 日第 1 法廷判決変更して不要説を採用した。

本事案の児童期性的虐待の具体的行為態様は、実父が 7 歳の娘を全裸にして勃起した陰茎を触らせ、口にくわえさせ、娘の陰部を触り、さらに射精した精液を顔に付けている。更に、わいせつ行為中の A の姿勢や、全裸又は半裸の状態で陰部又は胸部を露出した姿態をスマートフォンで撮影し児童ポルノを作成している。<sup>34</sup>

東京家裁平成 12 年 7 月 17 日判決は、実父による同様な児童期性的虐待事案である。<sup>35</sup> 被害児は、実父を強姦罪で訴追することを求めたが証拠物としての精液の存在がなく、児童福祉法 34 条 1 項 6 号の証拠物として実父の保存していたボラロイド写真が犯罪事実を証明した。

今日ではスマートフォンの普及により Childhood Sexual Abuse は、先

に挙げた神戸地裁平成 21 年 12 月 10 日判決及び本最高裁平成 29 年 11 月 29 日大法廷判決同様に児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律違反として児童ポルノ作成罪にも問われている。

(註)

- 1 裁判所時報 1688 号 1 頁以下参照。
- 2 刑集 24 卷 1 号 1 頁以下参照。
- 3 団藤重光『刑法綱要 各論〔第 3 版〕』491 頁注(3) 参照。この経緯について、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』、有斐閣、2013 年、111 頁注 32) 参照。
- 4 刑集 24 卷 1 号 1 頁以下参照。
- 5 刑集 24 卷 1 号 12 頁以下参照。
- 6 刑集 24 卷 1 号 14 頁以下参照。
- 7 最高裁昭和 45 年 1 月 29 日第一小法廷判決の系譜の近時の事案として、養父による児童期性的虐待事案である大分地裁平成 25 年 6 月 4 日刑事部判決は、強制わいせつ罪の成立には性的意図を必要とする (LEX/DB【文献番号】25445758)。大分地裁平成 25 年 6 月 4 日刑事部判決の詳細について、拙稿「近時の裁判実務における児童虐待事案の刑事法的一考察(4)」、武蔵野法学 8 号(2018 年)1 頁以下、特に 29 頁以下参照。
- 8 佐伯仁志「強制猥褻罪における猥褻概念」、判タ 708 号 66 頁参照。
- 9 橋爪 隆「強制わいせつ罪における主観的要素」、別冊ジュリスト 143 号 31 頁参照。
- 10 M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, S. 104, Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS. 89, S. 207ff. Mezger-Blei, Strafrecht I 14 Aufl., S. 100.
- 11 平野龍一『犯罪論の諸問題(下)』、有斐閣、1982 年、310 頁参照。
- 12 団藤重光『刑法綱要 各論〔第 3 版〕』491 頁、平野龍一『刑法概説』180 頁、山口 厚『刑法総論〔第 2 版〕』108 頁、山中敬一『刑法各論〔第 3 版〕』166 頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』、111 頁参照。
- 13 同旨、佐伯仁志「強制猥褻罪における猥褻概念」、判タ 708 号 65 頁、橋爪 隆

「強制わいせつ罪における主観的要素」、別冊ジュリスト 143 号 30 頁、丹羽正夫「強制わいせつ罪における主観的要素」、刑法判例百選Ⅱ〔第 6 版〕33 頁参照。

- 14 LEX/DB【文献番号】25447965。
- 15 高刑 69 卷 2 号 1 頁以下参照。
- 16 性犯罪の罰則に関する検討会の構成員は、座長：山口 厚・早稲田大学教授、委員：井田 良・慶應義塾大学教授、小木曾 綾・中央大学教授、北川佳世子・早稲田大学教授、木村光江・首都大学東京教授、工藤陽代・警察庁刑事事務局刑事企画課付、齋藤 梓・臨床心理士・目白大学助教・被害者支援都民センター相談員、佐伯仁志・東京大学教授、田中素子・最高検察庁検事、田邊三保子・東京地方裁判所部総括判事、角田由紀子・弁護士（第 2 東京弁護士会）、宮田桂子・弁護士（第 1 東京弁護士会）の男女同数の 12 氏であり、いずれも在京メンバーである。
- 17 性犯罪の罰則の在り方に関する論点（案）  
（<http://www.moj.go.jp/content/001128042.pdf>）。
- 18 「性犯罪の罰則に関する検討会 取りまとめ報告書【案】」  
（<http://www.moj.go.jp/content/001154848.pdf>）。
- 19 「性犯罪の罰則に関する検討会 取りまとめ報告書」、21 頁以下参照。
- 20 法制審議会第175 回会議議事録参照（<http://www.moj.go.jp/content/001163730.pdf>）。
- 21 刑事法（性犯罪関係）部会の構成員は、部会長：山口 厚・早稲田大学教授、委員：井田 良・中央大学教授、今井猛嘉・法政大学教授、小木曾 綾・中央大学教授、北川佳世子・早稲田大学教授、木村光江・首都大学東京教授、小西聖子・武蔵野大学教授、佐伯仁志・東京大学教授、塩見 淳・京都大学教授、田邊三保子・名古屋高等裁判所判事、辻 裕教・法務省大臣官房審議官、角田由紀子・弁護士（第二東京弁護士会所属）、林 眞琴・法務省刑事局、平木正洋・最高裁判所事務総局刑事局長、三浦正充・警察庁刑事局長、宮田桂子・弁護士（第一東京弁護士会所属）、森 悦子・最高検察庁検事、幹事：池田公博・神戸大学教授、岡本 章・内閣法制局参事官、加藤 俊・法務省刑事局刑事法制管理官、鎌田徹郎・警察庁刑事局捜査第一課長、齋藤 梓・目白大学専任講師・公益社団法人被害者支援都民センター臨床心理士、武内大徳・弁護士（神奈川県弁護士会所属）、隄 良行・法務省刑事局刑事法制企画

官、橋爪 隆・東京大学教授、福島直之・最高裁判所事務総局刑事局第一課長、松下 裕・法務省刑事局刑事課長の 27 氏であり性犯罪の罰則に関する検討会の 10 氏が重複しており女性は 8 人である

(<http://www.moj.go.jp/content/001184600.pdf>)。構成委員氏名は、平成 28 年 5 月 25 日開催第 5 回会議現在のものである。公務員の委員及び幹事は移動があるので、第 1 回開催時の氏名も不可欠である。

- 22 諮問第 101 号要綱(骨子)参照  
(<http://www.moj.go.jp/content/001162242.pdf>)。
- 23 平成 27 年 12 月 16 日開催刑事法(性犯罪関係)部会第 3 回議事録 2 頁以下参照  
(<http://www.moj.go.jp/content/001173701.pdf>)。
- 24 平成 27 年 12 月 16 日開催刑事法(性犯罪関係)部会第 3 回議事録 6 頁以下参照  
(<http://www.moj.go.jp/content/001173701.pdf>)。
- 25 平成 28 年 3 月 25 日開催刑事法(性犯罪関係)部会第 5 回議事録 6 頁以下参照  
(<http://www.moj.go.jp/content/001183730.pdf>)。
- 26 平成 28 年 6 月 16 日開催刑事法(性犯罪関係)部会第 7 回議事録 3 頁以下参照  
(<http://www.moj.go.jp/content/001199101.pdf>)。
- 27 要綱(骨子)修正案参照(<http://www.moj.go.jp/content/001185581.pdf>)。
- 28 法制審議会第 177 回会議議事録参照(<http://www.moj.go.jp/content/001234833.pdf>)。
- 29 刑事法(性犯罪関係)部会第 3 回会議議事録 8 頁以下及び刑事法(性犯罪関係)部会第 5 回会議議事録 15 頁以下参照。
- 30 拙著『児童虐待Ⅱ 問題解決への刑事法的アプローチ [増刷版]』、成文堂、2011 年、129 頁以下、131 頁以下、132 頁以下及び 337 頁以下参照。
- 31 拙著『児童虐待Ⅱ 問題解決への刑事法的アプローチ [増刷版]』、127 頁以下及び 334 頁以下参照。
- 32 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第 1 回会議配布資料 11-6 「ドイツ性犯罪関連条文和訳(仮訳)」参照(<http://www.moj.go.jp/content/001162259.pdf>)。同仮訳は、平成 27 年 1 月 21 日施行の刑法改正を反映した訳文である。
- 33 拙稿「児童虐待への刑事法的介入」(吉田恒雄編『児童虐待への介入－その制度と法 [増補版]』、尚学社、1999 年、拙著『児童虐待 その現況と刑事法的介入』、成文堂、2000 年、257 頁参照。
- 34 神戸地裁平成 28 年 3 月 18 日第 2 刑事部判決参照(LEX/DB【文献番号】

25447965)。

- 35 本判決は、公刊集未登載である。拙著『児童虐待Ⅱ 問題解決への刑事法的アプローチ [増刷版]』、127 頁以下参照。なお、被害児の narrative について、拙著『児童虐待 その現況と刑事法的介入』、161 頁参照。

