

# 児童に対する性犯罪に関する 中日両国の法制度

賀 裕 雪

(法学専攻 法政リサーチ・コース)

## 目 次

はじめに

第一部 中国における児童（18歳未満の者）に対する性犯罪規定

第一章 児童（18歳未満の者）に対する刑法上の性犯罪

第一節 中国刑法における「児童」の概念——14歳未満の者

第二節 中国における刑法解釈

第三節 刑法第236条「強姦罪」

第四節 刑法第237条「強制わいせつ罪，侮辱罪・児童わいせつ罪」

第五節 刑法上の他の性犯罪規定

第六節 刑法の新動向

第二章 治安管理条例における児童（18歳未満の者）に対する性犯罪

第一節 治安管理条例の紹介

第二節 児童に対する性犯罪

第二部 日本における児童に対する性犯罪規定

第一章 児童に対する刑法上の性犯罪

第一節 日本における「児童」の概念

第二節 被害者が13歳以上の場合

第三節 被害者が13歳未満の場合

第二章 児童福祉法上の児童に対する性犯罪

第一節 児童福祉法の目的・理念

第二節 「児童に淫行させる罪」の構成要件

第三章 児童売春・児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護に関する法律

第四章 各都道府県の淫行条例

第三部 中日法規制の比較

第一章 中日法規制の異同

第一節 保護法益

第二節 強姦罪（強制性交等罪）の構成要件

第三節 児童に対する性犯罪類型

第二章 中国法規制の問題点と今後の課題

第一節 中国法規制の問題点

第二節 今後の課題：中国の刑法修正案の問題点

おわりに

## はじめに

本稿では、中国と日本における、児童に対する性犯罪規定を紹介したうえで、両国の規定の比較検討を行い、児童保護のあり方を問うことを目的とする。

日本では、2017年に性犯罪規定が改正されたが、「3年後の見直し規定<sup>1)</sup>」にもとづいて、現在法務省において検討が行われている。中国においても児童に対する性犯罪について改正の議論が行われ、2020年12月26日には、中国人民代表大会常委会第二十四回会議において一部の性犯罪関連条文を含む内容を修正した上で、「刑法修正案（十一）」として可決され、2021年3月1日に施行された。

本稿では、このような両国の現状について紹介したうえで、両国の法制度の差異、中でも中国における児童に対する性犯罪規定の問題点を明らかにしたいと考えている。

## 第一部 中国における児童（18歳未満の者） に対する性犯罪規定

### 第一章 児童（18歳未満の者）に対する刑法上の性犯罪

#### 第一節 中国刑法における「児童」の概念——14歳未満の者

日本の「児童とは18歳未満の者を指す<sup>2)</sup>」という規定とは異なり、まず、中国の「未成年者保護法」によると、「18歳未満の者」とは児童ではなく、「未成年者」と称される（同法総則第2条）。中国の刑法において、「児童」

と「未成年者」とは区別して規定されている。例えば、「児童誘拐罪」（刑法第262条）において、「児童」とは「14歳未満の未成年者」と解されている。同条の1「身体障害者児童組織物金請わせ罪」においても、「児童」とは「14歳未満の未成年者」である趣旨が規定されている<sup>3)</sup>。

しかしその一方で、中国政府は1990年に国連の「児童の権利に関する条約」に署名し、1992年に批准を行った。この条約では、「児童とは18歳未満のすべての者（第1条）」という定義がなされている。この条約を批准している以上、中国においても「児童は18歳未満の者」と理解すべきはずだが、前述のように、条文上は「児童」と「未成年者」を区別して規定している状況にある。

以上のように、日本と中国の刑法とを比較する際に注意すべきことは、中国における「未成年者」と日本の「児童」の概念はいずれも「18歳未満の者」であるが、中国の「児童」は日本とは異なり、「14歳未満の者」だという点である。

## 第二節 中国における刑法解釈

検討を始めるにあたって、中国における実務上の刑法解釈において、司法解釈と案例指導制度が重要な役割を有していることを指摘しなければならない。特に、未成年者に対する性犯罪に関する解釈については、特別な指導案例と指導意見を参照する必要がある。そこで、本稿ではまずこれらの制度の概要を簡単に紹介していく。

司法解釈の形式について、2007年に最高人民法院が公表した「最高人民法院司法解釈に関する規定」第6条によると、司法解釈の形式として「解釈」、「規定」、「返答」、「決定」の4種類が定められている<sup>4)</sup>。また、2006年に最高人民検察院が公表した「最高人民検察院司法解釈に関する規定」の第6条によると、検察院が主体として制定する司法解釈の形式もあり、「解釈」、「規則」、「規定」、「返答」、「決定」の5種類が定められている<sup>5)</sup>。

後に詳述するが、未成年者に対する性犯罪に対処するため、2013年に最

最高人民法院、最高人民検察院、公安部、司法部が公布した「未成年者に対する性犯罪の処罰に関する意見」（以下では「意見」と称する）には、これらの犯罪に対処する手続きや具体的な量刑情状に含まれる法律適用等の重要な内容が示されている。この「意見」を公布した主体に、最高人民法院と最高人民検察院が含まれるが、上述の司法解釈形式の中に「意見」という形式は含まれない。したがって、この「意見」は司法解釈の効力を有さず、指導規範としての意義を有するにとどまる。

さらに、2006年から最高人民法院が編集者となって、業務指導及び研究の価値を有する、既に効力を生じた判決の事実概要や審判理由、結果等が整理された『刑事審判参考』という本が出版されている。また、2013年に公布した「意見」に対して、最高人民法院刑事審判第一庭が編集した、『性侵害未成年者犯罪の司法政策——案例指導と理解適用』という本が出版された。未成年者に対する性犯罪に関する重要判決（被害者の個人情報 は含まれない）も、これらの出版物より閲覧することができるが、これも司法解釈ではない。ただし、これらの書籍は最高人民法院の見解が示されているという点で参考価値があるため、本稿でも関連する部分を適宜紹介することとしたい。

また、司法解釈に加えて、中国では指導案例が解釈において重要な役割を果たしている。指導案例とは、すでに法律効力が生じ、今後同種類の案例の処理に対する普遍的指導意義を有する個々の判例を指す。前述の司法解釈形態種類の中で「指導案例」という形態は含まれない以上、この指導案例も司法解釈ではないと考えられるが、全国の法院あるいは検察院に対して、類似した案件に指導的な影響を与え、参照して適用するという事実上の拘束力を持つといえる。

### 第三節 刑法第236条「強姦罪」

#### ア 法条の内容<sup>6)</sup>

##### 刑法236条 強姦罪

- ① 暴行、脅迫又はその他の方法により女子を姦淫した者は、3年以上10年以下の有期徒刑に処する。
- ② 14歳未満の幼女を姦淫したときは、強姦罪とし、重く処罰する。
- ③ 女子又は幼女を姦淫した場合において、次に掲げるいずれかの事情があるときは、10年以上の有期徒刑、無期懲役又は死刑に処する。
  - (1) 女子又は幼女を姦淫し、情状が悪質であること；
  - (2) 多数の女子又は幼女を姦淫したこと；
  - (3) 公共の場所において女子を公然と姦淫したこと；
  - (4) 2人以上で輪姦したこと；
  - (5) 被害者を死亡させたこと、重傷を負わせたこと又はその他の重い結果を生じさせたこと。

なお、2015年の刑法改正により、刑法第360条第2項（幼女買春罪<sup>7)</sup>が削除された。同条には、14歳未満の幼女を買春したときは、刑法第236条（強姦罪）第2項により重く処罰されると規定されていた。

#### I 本罪の処罰行為と被害客体

中国刑法236条の強姦罪の被害客体は「女性」に限定され、被害者が男性の場合には、強姦罪は成立せず、強制わいせつ罪が成立するという現状にある。14歳未満の女性（幼女）に対する犯行の場合、「暴行・脅迫」という要件は不要であり、被害者の同意を問わず犯罪が成立する。また、肛門性交・口腔性交という行為は強姦罪の対象とはなっておらず、性交類似行為として強制わいせつ罪により処罰されている。

## II 「暴行・脅迫又はその他の方法」の認定

本罪の成立要件について、1984年に最高人民法院、最高人民検察院及び公安部により公表された「現在の強姦事件についての具体的な法律適用の諸問題に関する解答」（以下「解答」と称する）において「暴行・脅迫又はその他の方法」の解釈が示された。なお、2013年に、「刑法及び相關司法解釈について新しい規定がなされたこと」を理由に本解釈を廃止したものの、現時点で「暴行・脅迫又はその他の方法」について新しい解釈は示されていないことから、「解答」は今でも参考価値があると思われる。

「解答」によると、「暴行手段」とは「行為者が、被害婦女に対して直接殴ったり、縛り上げたり、首を絞めたり、押し倒すなど人身安全及び人身自由に対して危害を加え、婦女を抵抗不能にさせる手段<sup>8)</sup>」を指す。

「脅迫手段」とは「行為者が、被害婦女に対して威嚇して、精神的に支配するような強制的な手段」を指す。脅迫の態様について、例えば、被害者に対して「殺す」、「痛い目に遭わせる」と言ったり、プライバシーを暴いたり、家族を加害する旨の脅迫などが該当する。また、迷信を利用することや、教育関係、従属関係、職権及び孤立無援の環境条件を利用することを通じて、婦女に屈服させ、抵抗する勇気を失わせる場合も「脅迫手段」に該当するとされる<sup>9)</sup>。

「その他の手段」とは「行為者が、暴行・脅迫以外の手段を使って被害婦女が抵抗できないようにする手段」を指す。具体的には「例えば、婦女が重病や熟睡時にあるのに乗じて強姦行為を行う場合；アルコール或いは薬物麻酔により、及び治療行為を装う方法など<sup>10)</sup>」が挙げられる。

### イ 児童（18歳未満の者）に対する特別な取扱い

#### I 未成年者に対する強姦行為を重く処罰すべき情状

中国刑法第236条2項によると、14歳未満の幼女を姦淫したときは重く処罰するとある。また、同条3項も「10年以上の有期懲役、無期懲役又は死刑に処する」場合として、「情状が悪質であること、多数の女子又は幼

女を姦淫したこと、公然と姦淫したこと、輪姦したこと、被害者を死亡させたこと、重傷害を負わせたこと又はその他の重い結果を生じさせたこと」を挙げる。以下では、この第236条の適用に際し、実務上、重罰に処される場合について具体的に見ていくこととする<sup>11)</sup>。

2013年に最高人民法院、最高人民検察院、公安部、司法部が公布した「未成年者に対する性犯罪の処罰に関する意見」第25条（以下は「意見」と称する）によると、未成年者に対する強姦、わいせつ行為が行われた場合、以下の25条に規定する情状の一つに該当すれば、重く処罰すべきとされる。

「意見」第25条：

- (1) 未成年者に対し特殊な責任を有する者、未成年者と共同的な家庭生活関係を有する者、公的機関の職員及び公的機関の職員を装う者が強姦、わいせつ行為をした場合；
- (2) 未成年者が自宅、学生寮にいた場合；
- (3) 暴力、脅迫、麻酔などの手段を使う場合；
- (4) 12歳未満の児童、農村における留守児童、身体障害、あるいは知的障害を有する未成年者に対して強姦、わいせつ行為を行った場合；
- (5) 多数の未成年者に対してわいせつ行為を行った場合、あるいは、複数回強姦、わいせつ行為をした場合；
- (6) 未成年である被害者が、軽傷、妊娠、性病感染に至った場合；
- (7) 行為者に強姦、わいせつ行為の前科がある場合。

この25条において特に論点となる場合について以下で詳述する。

- (1) 「意見」第25条1項「共同的な家庭生活関係を有する者」について  
最高人民法院が出版した『刑事審判参考』第980号判例<sup>12)</sup>によると、第25条1項の「未成年者と家庭共同生活関係を持つ者」が、幼女に対して強

姦行為、わいせつ行為を行うことも「重く処罰」する情状の一つに該当する理由について以下のように説明される。

まず、これらの犯行は一般社会道徳感情に強い衝撃を与えることがある。また、これらの犯罪者は未成年者に触れる機会が多く、普通の性犯罪より隠蔽されやすく、第三者によって発見されにくい。さらに、犯行の継続期間も通常の性犯罪より長い場合、被害者は抵抗しにくく、警察など公機関に通報するのも難しいことが明らかである。社会危害性も普通の性犯罪より大きいと思われる<sup>13)</sup>。

このような特殊責任を有する者の強姦行為については、後のIVにおいて詳しく紹介する。

さらに、本情状の認定について、同判例は以下のような判断基準を示した。

「家庭」の概念に基づいて、この「共同家庭生活関係」概念の中身の「質」と「量」の要求を正確に捉えるべきである。まず、「質」の要求については、実際的な共同生活関係の存在が必要である。例えば、事実上の扶養関係や監護関係がある場合である。そして、「量」の要求について、共同生活関係の長期性、確定性、安定性を有する条件が必要である。仮に、数回だけ、あるいは、短期間だけ共同生活関係を持つ場合は、「共同家庭生活関係」に該当しないと思われる<sup>14)</sup>。

(2) 「意見」第25条4項「農村における留守児童」について

同条4項の「農村留守児童」とは、農村の出稼ぎ者たちが都市へ出稼ぎに行き、様々な原因で子どもを出稼ぎ先まで連れて行けないため、農村に残した子どもたちのことをいう<sup>15)</sup>。両親が都市で働いている間、その子どもが農村に残っている親族や知人に預けられて暮らすことが多い、特に閉



鎖的な貧困地域では、留守児童に対しての監護・保護が不十分となる傾向にある。また、留守児童自体にも、防衛意識が足りないので、被害に遭いやすい現状があるとされる<sup>16)</sup>。「意見」には、このような農村における留守児童を特別な保護対象とする趣旨が示されている。

(3) 「意見」第25条4項「知的障害を有する未成年者」について

1984年に最高人民法院、最高人民検察院、公安部が公表した「現在の強姦事件を処理するための法律適用に関する諸問題の解答書」によると、相手の婦女が、精神病患者あるいは痴呆症患者（重度程度）の事実を知った上で強姦行為を行った場合、手段にかかわらず、すべて強姦罪として処せられるべきだとされていた。そして、性防衛能力について、最高人民法院、最高人民検察院、公安部、司法部、衛生部により公表した「精神疾病司法鑑定の暫定的な規定」の第6章によると、「鑑定によって精神病だとされた女性の性不可侵権利が侵害されたときは、権利侵害あるいは重大な結果に対して実質的な認識が乏しいために、『自己防衛能力なし』と判定できる<sup>17)</sup>」とされる。したがって、「知的障害を有する未成年者」に対する性犯罪行為を加重処罰する理由は、実務上、精神疾病及び年齢を考えた上で、特別な保護の必要性だと想定されている。

(4) 「重く処罰する」の実質的判断

さらに、「意見」を見ると、法定刑の範囲内で「重く処罰する」という条項を適用する際、主に特殊な身分者、特定の犯罪の場合、酷い犯罪手段、犯罪対象、悪質な結果及び被告人の前科という要素を総合に考慮すべきだと考えられる。

なお、第236条の「② 14歳未満の幼女を姦淫したときは、強姦罪とし、重く処罰する」の適用客体は「14歳未満の幼女」に限定されているものの、実際の指導意見によれば、18歳未満の「未成年者」に対して強姦行為を行う場合のすべての事案が「重く処罰」されると考えられる。

## II 14歳未満幼女に対する強姦行為の場合の3項1号「情状が悪質な場合」 の認定

刑法第236条3項には、「10年以上の有期懲役、無期懲役又は死刑に処する」場合が列挙されている。中でも、同項1号の児童に対する強姦行為の「情状が悪質である」という文言はかなり曖昧なので、具体的な認定が非常に重要となってくる。

前述のように、2013年に公表された「意見」には、18歳未満の未成年者に対する性犯罪を重く処罰すべき要素が挙げられていたが、これらの要素と236条3項の「情状が悪質である」ことの関連性については言及されていなかった。その後、2018年に最高人民検察院が公表した「法的効力を有する指導案例第42号」において、14歳未満の幼女に対する性犯罪について「情状が悪質である」についての具体的な解釈が示された。以下では、指導案例第42号本文において関係する部分だけを引用しながら説明する。

### 最高人民検察院指導案例第42号<sup>18)</sup>

#### 【事実概要】

X小学校の指導教員であった被告人齊某は、2011年夏から2012年10月まで指導教員を担当している間、昼休み、夜の自習時間、寮の見回り時間を利用して、事務室、教室、公共浴室、男子寮といった場所で、被害児童A(11歳)、B(10歳)に対して強姦行為及びわいせつ行為を行った。さらに、Aと一緒に病院に行くふりをして、自分の家に連れて行った後強姦した。また、齊某は女子寮でCに対してわいせつ行為を複数回行い、D、E、F、Gに対して各一回わいせつ行為を行った。

#### 【判決要旨の二(その他の点は省略)】

幼女を姦淫した場合、「意見」における「重く処罰する」情状があり、そして社会危害性が、刑法第236条3項2号-4号の情状に相当する場合、第236条3項1号「情状が悪質である」と認定できる。

【指導意義の二（その他の点は省略）】

幼女に対する強姦行為「情状が悪質である」ことについての具体的な適用事例。

刑法第236条3項1号によると、幼女を姦淫し、情状が悪質であれば、10年以上の有期徒刑、無期徒刑又は死刑に処する。2013年に最高人民法院、最高人民検察院、公安部、司法部が公布した「意見」の25条によると、「未成年者に対する強姦、わいせつ行為を行う場合、以下の情状の一つに該当する場合、重く処罰されるべき」とする7つの情状が規定されている。実務上、幼女を姦淫した場合、「意見」における「重く処罰する」情状があり、そして、社会危害性が刑法第236条3項2号-4号に相当する場合、第236条3項1号の「情状が悪質である」と認定できる。例えば、刑法236条3項2号の「多数の幼女を姦淫したこと」について、通常3人以上幼女を強姦したことを指す。本事案では、被告人が教師という特殊な身分を有し、2人の幼女を複数回強姦した行為の社会危害性は「3人の幼女を強姦した行為」より低いとはいえないため、「情状が悪質である」と認定できる。

Ⅲ 刑法236条3項3号「公共の場合」の認定

2013年の「意見」では、第23条において以下のような内容が公表された。この23条をはじめて適用した事例も、上述の最高人民検察院が公表した指導案例第42号であることから、指導案例第42号本文の関連部分だけを紹介することとしたい。

「意見」第23条：

学校、プール、遊園地等の公共の場所で、未成年者に対して強姦、わいせつ行為を行った場合、現場にいる人が実際に見たかどうかに関わらず、刑法第236条3項、第237条の規定における「公共の場所において女子を公然と姦淫したこと」を認定できる。

## 指導案例第42号 (2018年)

### 【指導意義の三 (その他の点は省略)】

未成年者に対する強姦，わいせつ行為が「公共の場所で公然と行われた場合」の適用。

「意見」第23条で挙げられた「学校，プール，遊園地等の公共の場所」で未成年者に対して強姦，わいせつ行為が行われた場合，場所が一定の公開性を有し，多数の人がいて，他人が認識する可能性がある場合，「公共の場合」として公然犯罪を認定できる。最高人民法院最終審の判決によると，学校の教室，寮，トイレ，シャワー室等の場所は，不特定未成年者の活動場所である。こういう場所で未成年者に対して強姦，わいせつした場合，「公共の場所で公然と犯罪を行う」ことに該当すべきだとされる。

ただし，2019年に最高人民法院「刑事審判参考」において公表された以下の事案の中では，「公共の場所」の定義と解釈が部分的に修正された。この背景には，罪刑均衡という前提を重視し，犯罪の具体的状況に応じて合理的な判断を出すことが重要だとする実務の処罰動向が見られる。

## 最高人民法院「刑事審判参考」第1260号判例 (2019年4月公表)

### 【事実概要】

2014年9月14日14時頃，広東省東莞市某公園の警備員Yは勤務時間で，遊園地に遊びに来た被害者5人（9歳1人，11歳3人，12歳1人）をお化け屋敷に連れ込んで，被害者達の胸部と腰，肩等の部位に触った。

### 【判旨摘要】

一審判決では，被告人は被害者数名と他人が現場にいる際の，被害者らに対するわいせつ行為を「公共の場所で公然と」わいせつを行ったと認定した。他方，二審判決では，事実証拠について，お化け屋敷内の空間は閉鎖性を有し，当時行為者と被害者以外の多数人が現場にいたという証拠が足りず，「公共の場所」で行うという刑罰加重要件は存在しないと認めた。私たちは，二審判決の処理結果に賛成する。その主な理由は，事実証拠が

足りないということだけでなく、罪刑均衡の原則に基づいて、「公共の場所  
で公衆の面前」という情状を実質的に解釈すべきだからである。

#### IV 特殊責任を有する者の強姦行為について

現在、中国刑法において、未成年者に対し、特殊責任を有する者（監護  
者、教師等）の強姦、わいせつ行為に対しての特別な規定を設けていない  
現状にある<sup>19)</sup>。ただし、「意見」第21条において以下のような規定がある。

##### 「意見」第21条：

- (1) 幼女に対して特殊な責任を有する者が幼女と性行為を行う場合、  
強姦罪として処罰される；
- (2) 14歳以上の未成年女性に対して特殊な責任を有する者が、地位  
を利用して、又は、被害者が孤立無援となっている状況を利用し  
て、無理に被害者を服従させて性行為を行う場合、強姦罪として  
処罰される。

前述のように、刑法第236条によると、14歳未満の幼女に対しては、暴  
行、脅迫を用いなくとも、強姦罪を成立することは明らかである。一方、  
14歳以上の未成年女性に対して特殊な責任を有する者が、地位を利用す  
ることにより性行為を行う場合には、「暴行・脅迫又はその他の方法」が要  
件だと文言上は理解する。

しかし、実務上、「意見」公表後の2014年2月1日に、最高人民法院が  
出版した「意見」の解説書において、第21条2項の内容について、「行為  
者は採用された強制手段及びその程度の認定については、未成年者の心  
神耗弱状況及び特殊責任者との関係、被害を受けやすい等の状況を十分に  
考慮した上で、成年者に対する性侵害行為と区別する必要がある<sup>20)</sup>」とい  
う説明が見られる。つまり、「特殊責任を有する者による14歳以上の未  
成年者に対する性犯罪事件を判断する際、成年者に対する暴行・脅迫の程  
度より緩く解することができる<sup>21)</sup>」という実務の考え方が明らかにされた。

#### 第四節 刑法第237条「強制わいせつ罪，侮辱罪・児童わいせつ罪」

##### ア 法条の内容

##### 刑法第237条 強制わいせつ罪，侮辱罪・児童わいせつ罪

- ① 暴行，脅迫又はその他の方法により，人に強制的にわいせつな行為を行い，又は女子を侮辱した者は，5年以下の有期懲役又は拘役<sup>22)</sup>に処する。
- ② 公衆が集合する場合又は公共の場所において前項の罪を犯したとき，又はその他の悪質な情状があるときは，5年以上の有期懲役に処する。
- ③ 児童にわいせつな行為をした者は<sup>23)</sup>，前2項の規定により重く処罰する。

##### イ 修正内容

2015年の刑法改正において，従前の「暴行，脅迫又はその他の方法により，女子に強制的にわいせつな行為を行い，又は女子を侮辱した者は，5年以下の有期懲役又は拘役に処する」という条文から，「暴行，脅迫又はその他の方法により，人に強制的にわいせつな行為を行い，又は女子を侮辱した者は，5年以下の有期懲役又は拘役に処する」と改正した。さらに，同条第2項については，「公衆が集合する場合，又は公共の場所において前項の罪を犯したときは，5年以上の有期懲役に処する」という条文から，「公衆が集合する場合，又は公共の場所において前項の罪を犯したとき，又はその他の悪質な情状があるときは，5年以上の有期懲役に処する。」と改正した。

すなわち，刑法第237条として強制わいせつ罪の犯罪客体を「女子」から男女の意味の「人」に拡大すると同時に，処罰行為について，「その他の悪質な情状」が存在する場合も加えた。

### ウ 「わいせつ」の認定

以下では、「わいせつ」概念についての実務上の認定について、判例を参照しながら説明する。

最高人民法院「刑事審判参考」第989号判例（2014年12月公表）

#### 【事実概要】

深セン市南区某学校の国語教諭であった被告人は、2012年11月から2013年5月23日の間、月曜日から金曜日までの昼休みに、複数回にわたって教室の教卓で被害者Z、C、Hの3人（いずれも女子、当時平均年齢7歳）に対し、服の中に手を入れて性的部位を触った。さらに、金曜日の放課後の誰もいない時に、被害者L（女子、当時8歳）に対し、複数回にわたって顔にキスした。司法鑑定によると、Z、C、Hの陰部と体表面には明らかな暴力傷害の痕跡は認められなかった。

#### 【判決理由】

「わいせつ行為」の認定においては、主観面と客観面の要素を考慮しなければならない。主観面とは、性欲を刺激・満足させるという性的な意図を要する……もし被告人が児童に対し侮辱目的を持って行為した場合には、現行刑法上「児童侮辱罪」がないため、「児童わいせつ罪」が成立しうると思われる。一方、「わいせつ行為」の客観面とは、性欲を刺激あるいは満足させ、一般人の性的羞恥心を害する、あるいは、嫌悪感を生じる行為を指す。判断に際しては、侵害された身体部位に性的意味があるか否かを考慮すべきである（陰部、尻、乳房など）。性的意味がある部位以外の部位（顔、背中、腕など）を触った場合には、その行為を「わいせつ」として認定することには特に慎重にならなければならない……本件被告人はLに対しキスする行為について、侵害された身体部位を見ると、典型的なわいせつ行為ではない。しかし、被告人は、放課後他の学生が教室に離れた際を複数回利用してLにキスした。また、半年間被害者3人の性的部位に対しわいせつ行為を行っていたことから、Lに対しキスする行為におけ

る、主観上性欲を刺激・興奮させる動機の強さを推定しうる<sup>24)</sup>。

## 第五節 刑法上の他の性犯罪規定

以上の【公民の人身権利・民主権利を侵害する罪】における性犯罪に対処する刑法規制以外にも、【社会管理の秩序を乱す罪】における、第1節「公共秩序を妨害する罪」に第301条「多衆集合淫行罪，未成年者多衆集合淫行勧誘罪」がある。この条文は、未成年者を勧誘して、多衆集合の淫行活動に参加させた者を処罰するものである。また、第8節「売春組織，強要，勧誘，収容，あっせん罪」には、第358条の「売春組織罪，売春強要罪」，第359条の「売春勧誘場所提供紹介罪，幼女売春勧誘罪」が設けられている。これらの規定は、未成年者売春を組織，強要する行為及び勧誘する行為を対象としている。

## 第六節 刑法の新動向

2020年12月26日に、中国立法機関によって可決され、2021年3月1日に施行された「刑法修正案（十一）」において、未成年者に対する性犯罪の部分以下のように修正された。

### 1) 新第236条「強姦罪」3項の改正

#### 第236条③

女子又は幼女を姦淫した場合において、次に掲げるいずれかの事情があるときは、10年以上の有期徒刑，無期徒刑又は死刑に処する。

- (1) 女子又は幼女を姦淫し、情状が悪質であること；
- (2) 多数の女子又は幼女を姦淫したこと；
- (3) 公共の場所において女子又は幼女を公然と姦淫したこと；
- (4) 2人以上で輪姦したこと；
- (5) 10歳未満の幼女を強姦したこと，又は、幼女に傷害を負わせたこと；



- (6) 被害者を死亡させたこと、重傷害を負わせたこと、又はその他の重い結果を生じさせたこと。

2) 特殊責任を有する者に対する犯罪（第236条の1）の新設

第236条の1

監護、扶養、看護、教育、医療等の特殊責任を有する者は、14歳以上16歳未満の女性と性行為をした場合、3年以下の有期徒刑に処する。

情状が悪質な場合、3年以上10年以下の有期徒刑に処する。本条に違反する同時に第236条で挙げられた行為に該当する場合、最も重い刑により処断する。

3) 第237条3項の児童わいせつ罪「児童にわいせつな行為をした者は、前項の規定を参考した上で重く処罰する。」という文言の修正

第237条③

児童にわいせつな行為をした者は、5年以下の有期徒刑に処する。

以下の場合の一つに該当する場合、5年以上の有期徒刑に処する：

- (1) 複数人の児童に対してわいせつ行為を行った、又は、児童に対して複数回わいせつ行為を行った場合；
- (2) 多衆集合、若しくは、公共の場所で児童に対して公然とわいせつ行為を行った場合、又は、情状が悪質な場合；
- (3) 被害児童が傷害を負った、又は、その他の重い結果が生じた場合；
- (4) わいせつ手段が悪質、又は、その他の悪質な情状がある場合。

## 第二章 治安管理条例における児童（18歳未満の者） に対する性犯罪

第一章では、中国刑法における性犯罪規定を紹介してきた。中国の法的

制裁には刑事・行政・民事の3種類が存在しており、なかでも、行政法上の行政処罰規定、すなわち、治安管理处罰法による規制は重要な位置を占めている。そこで、本章では、まず「治安管理处罰法規制」の趣旨及び刑法との区別を簡単に説明したうえで、児童に対する性犯罪に関する治安管理处罰法規制を紹介することとする。

### 第一節 治安管理处罰法の紹介

本法の目的について、「治安管理处罰法規制」の第1条には、「社会治安秩序を維持するため、公共安全を保障するため、公民、法人及びその他の組織の合法権利を保護するため、及び、公安機関と人民警察は法律により治安管理職責を果たすことを規範として保障するために、本法を制定した」とある。通常、行政法規における法的責任は、その行政法規内のものであるが、被害者の甚大性や刑法規範への抵触などによっては刑事責任が問われる場合もある。それに対し、中国における治安管理处罰法は、刑事責任を補充する機能を付加している。したがって、その役割は非常に重要なものである<sup>25)</sup>。現在中国では、「刑法に違反する犯罪行為」と「治安管理处罰法に違反する行為」とに区別する、二元モデルが採用されている。両者の運用について、中国において「質量転換」という伝統的な学説が主張されてきた。本説によると、治安管理違反行為は確かに社会危害性を有する。しかし、「その性質上違法行為ではあるが、その社会的危害性には限度があり、この限度を超えれば、犯罪行為となる」とされる<sup>26)</sup>。

### 第二節 児童に対する性犯罪

以下では、治安管理处罰法上の、未成年者に対する性犯罪について説明していくこととする。

(1) 第44条「他人に対するわいせつ行為、或いは公共の場で裸になる、情状が悪質な場合5日以上10日以下の行政拘留を科す；知的障害者、精神病

患者，14歳未満の者をわいせつする場合或いは他の悪質情状がある場合10日以上15日以下の行政拘留を科す」。

治安管理处罰法における「わいせつ」行為と刑法における「わいせつ」行為とは概念上はほぼ同じと考えられるが，本法と刑法の適用の区別基準が特に問題となる。この問題について，前述の最高人民法院が2019年1月に公表した刑事審判参考判例第1260号判例の裁判理由で以下のように述べており，実務判断に際して参考価値があると思われる。

「実務上，わいせつ行為の態様は多様である。刑法による処罰の程度に達する行為とは，例えば，女性器に挿入する行為，他人の反抗を抑圧し持続時間も比較的長く胸を触る行為である。一方，例えば，込み合う状況を利用して，短時間で服の外で被害者を触ったり，（性器を）臀，胸に擦り付ける行為といった，著しく軽微な行為であったとしても，同時に公共の場で多数人の前で行われたり，持続時間が比較的長いといった情状があるときには，刑法により処罰される可能性がある」。

近年の判例を見ると，地下鉄の車内で女子に対して，性器を尻に擦り付ける行為を行った上で，逃げる途中で警察官を噛んだという事案について，「車両内が混雑している中，被害者が反抗困難な状況を利用して行われたわいせつ行為は，わいせつの『強制性』要件を満たす」として，「強制わいせつ罪」と「公務妨害罪」の両罪が成立し，懲役1年3月に処された（2017年12月1日北京朝陽区人民法院判決<sup>27)</sup>）。これは北京市の公共交通空間で発生したわいせつ行為を初めて刑法によって処罰した事案である<sup>28)</sup>。このように，現在，わいせつ行為に対する対応は厳しくなっている状況にある。

(2) 第66条「売春，買春した者は，10日以上15日以下の行政拘留に処し，

5000人民元以下の罰金を併科できる；情状が軽微な場合、5日以下の行政拘留に処し、或いは500人民元以下の罰金を処する」。

第67条「売春を勧誘、収容又は斡旋する者は、10日以上15日以下の行政拘留に処し、5000人民元以下の罰金を併科できる；情状が軽微な場合、5日以下の行政拘留に処し、或いは500人民元以下の罰金を処する」。

本法第67条と刑法第359条の条文内容にも重複する部分がある。2005年に最高人民検察院と公安部が公表した「刑事案件立件及び訴追標準の規定(一)」の第78条によると、「①二人以上を勧誘、場所を提供し又は紹介する者；②14歳から18未満の未成年者を勧誘、場所を提供し又は紹介する者；③勧誘、場所を提供又は紹介された者が、HIV、梅毒、淋病等の性病を有する場合」、さらに、同規定第79条によると、「14歳未満の幼女を勧誘する場合」には立件し、訴追すべきだと説明されている。すなわち、回数と人数等の要素によって、犯罪行為として刑法で処罰すべき場合を判断している現状にある。

## 第二部 日本における児童に対する性犯罪規定

第二部では、児童に対する性犯罪を規制するための日本の現行法制度について紹介を行う。

### 第一章 児童に対する刑法上の性犯罪

#### 第一節 日本における「児童」の概念

日本は、1990年9月に国連の「児童の権利に関する条約」に署名し、1994年5月22日から条約の効力が発生した。条約第1条「児童とは、18歳未満のすべての者をいう。」という規定に従って、「児童」の定義が条文上明示されている法律がある。例えば、「児童福祉法」第4条、「児童虐待の

防止等に関する法律」第2条において「児童とは18歳未満の者を指す」と規定されている。刑法上第179条「監護者わいせつ及び監護者性交罪」の客体も「18歳未満の者」を指す。以上より日本では児童は「18歳未満の者」と理解されているといえる。

## 第二節 被害者が13歳以上の場合

### ア 強制わいせつ罪及び強制性交等罪

13歳以上の被害者に対して性犯罪を行った場合の刑法規制は以下のよう  
に設けられている。

#### （強制わいせつ）

第176条 13歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いてわいせつな行為  
をした者は、6月以上10年以下の懲役に処する。

#### （強制性交等）

第177条 13歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いて性交、肛門性交  
又は口腔性交（以下「性交等」という。）をした者は、強制性交等の  
罪とし、5年以上の有期懲役に処する。

### ① 暴行要件

第177条「強制性交等罪」において、判例上、暴行は、抵抗ないし反抗  
を著しく困難にする程度という理解が定着している。ただし、この判断に  
際しては、具体的状況において、相手方の年齢、性別、素行、経歴等やそ  
れがなされた時間、場所の四囲の環境その他具体的事情が考慮に入れられ  
る（最判昭和33年6月6日裁集刑126号171頁）。

それに対して、第176条「強制わいせつ罪」を見ると、反抗を著しく困  
難にすることは求められておらず、力の大小強弱を問わない判例も存在す  
る（大判大正13年10月22日刑集3巻749頁）。しかし、唐突型わいせつ以外  
の事案については、強制わいせつ罪と強制性交等罪（旧強姦罪）と同様、  
地位利用や困惑などの諸事情を総合考慮して、性的行為が強いられたかど

うかが判断されており、強制性交等罪（旧強姦罪）と同様の判断が行われると思われる<sup>29)</sup>。

## ② 脅迫要件

脅迫要件も暴行要件と同じように、抵抗ないし反抗を著しく困難にする程度という理解が定着している。「脅迫」を判断する際に、強制性交等罪と強制わいせつ罪とも具体的な要素に基づいて総合に判断されている。日本では、生命・身体への害悪の告知のみならず、名誉に対する害悪の告知も脅迫該当性が肯定されている。例えば、過去の性的いじめをばらされたくなければ性交に応じると述べた事案で脅迫が肯定された（広島高決平成23年4月4日家月63巻9号90頁）。さらに、経済的利益の害悪の告知も脅迫に該当するとされた。例えば、被害者が解雇されるように仕向ける旨の脅迫も肯定された（東京高判平成19年9月26日判タ1268号345頁）<sup>30)</sup>。

### イ 準強制わいせつ及び準強制性交等罪

第178条「準強制わいせつ及び準強制性交等罪」において、以下のよう  
に規定されている。

#### （準強制わいせつ及び準強制性交等）

第178条 人の心神喪失若しくは抗拒不能に乘じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、わいせつな行為をした者は、第176条の例による。

2 人の心神喪失若しくは抗拒不能に乘じ、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、前条の例による。

#### 「心神喪失若しくは抗拒不能」要件

「心神喪失」とは、精神の障害又は意識の障害により、自己の性的行為について正常な判断ができない状態にあることをいう<sup>31)</sup>。具体的には、失神、睡眠、泥酔、高度の精神障害などのために、自己に対してわいせつ行為又は強制性交等が行われることについての認識を欠いている状態をい

う<sup>32)</sup>。

「抗拒不能」とは、自己の性的自由が侵害されることについての認識はあるが、わいせつな行為又は強制性交等に対しては抵抗するのが著しく困難な状態をいう。抵抗不能には、物理的抵抗不能と心理的抵抗不能とがある。まず、物理的抵抗不能とは、例えば、手足を縄で縛られている場合のように、物理的に抵抗できない場合を言う。心理的抵抗不能とは、例えば、被害者が寝ぼけていて行為者を夫と間違えているのを利用して性交した場合のように、心理的に抵抗できない場合をいう<sup>33)</sup>。

そして、心理的に抵抗できない場合を見ると、①欺罔に基づく性行為は準強制わいせつ及び準強制性交等罪における「抗拒不能」の要件に該当する場合が処罰の対象となる。例えば、被害者A（当時17歳）はリンパマッサージを受けられるものと誤信して抵抗できない事実を認定した上で、被告人はAにリンパマッサージを装いAに対して陰部を右手指で弄る行為が「準強姦致傷罪」と認定された（岐阜地裁平成24年7月13日判決<sup>34)</sup>。

児童に対して地位を利用した場合でも本罪に成立する例もある。例えば高校の部活動の顧問兼監督であった被告人が、生徒4名（16歳～17歳）に対して計7回のわいせつ行為を行ったとされた事案において（秋田地裁平成25年2月20日<sup>35)</sup>、「監督としての地位をことさら利用して判示各犯行に及んだものであり、その卑劣さは顕著である。」という量刑理由と判示して、被告人に準強制わいせつ罪が成立するとした。すなわち、児童に対して地位・関係性を利用し、被害者を畏怖・驚愕させ性行為を行う場合も「抗拒不能」に満たすことが肯定されている。

#### ウ 新設された「監護者わいせつ及び監護者性交等罪」

2017年刑法改正で新設された刑法179条の「監護者わいせつ及び監護者性交等罪」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に乗じたわいせつ行為又は性交等を処罰する規定である。暴行・脅迫がない場合であっても、本罪が成立し、強制わいせつ罪と強制性交等罪と同じ刑

により処罰できる。

本罪の行為主体である「現に監護する者」について、「監護」に当たるか否かの判断は、「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」が必要だとされる<sup>36)</sup>。また、「影響力」という要件について、「ある特定のわいせつ行為や性交行為における被監護者の意思決定に直接影響に与えるものに限られず、被監護者が性的行為等に関する意思決定を行う前提となる人格、倫理観、価値観等の形成過程を含め、一般的かつ継続的に被監護者の意思決定に作用を及ぼしうる力が含まれる<sup>37)</sup>」とされる。

2019年に18歳未満の実の娘と性交したとして、監護者性交等の罪などに問われ、懲役9年という岐阜地判監護者性交等被告事件が報道された<sup>38)</sup>。今後、本条を適用する件数も増えると想定される。

### 第三節 被害者が13歳未満の場合

性犯罪の被害者が13歳未満の場合、第176条「強制わいせつ」と第177条「強制性交等」の二つの規定について、「暴行・脅迫」という要件が不要であり、例えば、13歳未満の者に対しての犯行の場合、被害者の同意の有無にかかわらずこれらの罪が成立する。なお、13歳未満の児童に対して心神喪失又は抗拒不能に乗じて犯行をした場合には準強制わいせつ及び準強制性交等罪（第178条）として強制わいせつ罪や強制性交等罪と同じ刑が科される。

## 第二章 児童福祉法上の児童に対する性犯罪

### 第一節 児童福祉法の目的・理念

児童福祉法では「すべて国民は、児童が心身ともに健やかに生まれ、且つ、育成されるよう努めなければならない」（第1条）と規定され、そし



て、「児童が持つべき権利や児童に対する支援が阻害されたような場合に、処罰できる」という罰則（60条～62条の7）を設けている。この罰則に違反すると、児童福祉法違反の罪に問われる。すなわち、児童の健康な成長や福祉という社会的法益を保障するために、本法が定められている。

## 第二節 「児童に淫行させる罪」の構成要件

児童福祉法は、「児童に淫行をさせる行為」（同法34条1項6号）を禁止し、違反した場合の罰則（10年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又は懲役と罰金の併科）を定めている（同法60条1項）。

### (1) 「淫行」について

児童福祉法34条1項6号にいう「淫行」は、従来、「性道徳的に見て不正とされる性交<sup>39)</sup>」、「反倫理的な性行為<sup>40)</sup>」と定義された。判例上、被告人（当時28歳）が、勤務する高等学校の校内で同校の生徒である被害児童（当時16歳）との性的接触を開始し、共にホテルに入って性交に及んだという、児童福祉法違反が問われた事案がある（最決平成28年6月21日<sup>41)</sup>）。本件「淫行」該当性について、最高裁は、「淫行」とは「児童の心身の健全な育成を阻害するおそれがあると認められる性交又はこれに準ずる性交類似行為」とし、「児童を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような者を相手とする性交又はこれに準ずる性交類似行為」は淫行に当たると認定した。

### (2) 「させる」行為の解釈——事実上の影響力

「させる」の意義について、判例上、芸妓置屋を経営する被告人の下に芸妓として世話をしていた女性児童が売春をなすに当たってこれを放置していた行為に対して、「直接たると間接たるとを問わず児童に対して事実上の影響力を及ぼして児童が淫行をなすことを助長し促進する行為をも包含する」として定義された（最決昭40年4月30日裁集刑155号595頁）。

最高裁平成28年決定は、最高裁昭和40年決定の「させる」行為の解釈を踏襲し、「させる行為」に該当するかどうかについては、「行為者と児童の関係、助長・促進行為の内容及び児童の意思決定に対する影響の程度、淫行の内容及び淫行に至る動機・経緯、児童の年齢、その他当該児童の置かれていた具体的状況も総合考慮して判断するのが相当」とした。すなわち、「させる行為」に当たるかどうかの判断に際しては、当該児童に及んでいる「事実上の影響力」の程度を踏まえた上で、「させる行為」と評価できるような「助長・促進行為」があるかどうかを当該児童が淫行に及んだ具体的状況に照らして個別に検討していくことになる<sup>42)</sup>。

### (3) 「淫行させる」行為の該当性について

児童福祉法34条1項6号は、本来、売春防止法と同様の趣旨で、特に児童に売春をさせることを処罰する目的で立法され、当初の運用状況も主に売春事例に適用されていた。しかし、その後、自己を相手とする淫行をさせる場合について、教唆犯や幫助犯とする場合を含め、処罰対象にされるようになった<sup>43)</sup>。また、近年では、「行為者と児童の間に行為者優位の関係性がある中において自己を相手に淫行させた行為について、児童福祉法違反とされる事例が増えている」とされる。例えば、平成10年の最高裁決定により、中学校の教師が、その立場を利用し、女子生徒に対し、性具の電動バイブレーターを示して自慰行為をするよう勧め、あるいは、これを手渡し、一緒に入っているこたつ又は布団の中でこれを使用して自慰行為をするに至らせた行為は、いずれも児童福祉法34条1項6号にいう「児童に淫行をさせる行為」に当たる（最決平成10年1月2日刑集52巻8号505頁）としている。

### 第三章 児童売春・児童ポルノに係る行為等の処罰及び 児童の保護に関する法律

児童に対する性的搾取及び性的虐待が児童の権利を著しく侵害することに着目して、児童売春・児童ポルノに係る行為等を処罰する特別法も制定されている。「児童買春」とは、児童などに対償を供与し、又はその供与の約束をして、当該児童に対し、性交等をするを言う（本法第2条2項）。こういう行為に対して、「3年以下の懲役又は300万円以下の罰金に処する」（本法第4条）。

### 第四章 各都道府県の淫行条例

以上の規定に加えて、「青少年の健全な育成を図るため青少年を保護すること」を目的として、全国47都道府県において、それぞれ淫行に関する青少年保護育成条例を設けている<sup>44)</sup>。この「淫行」概念について、福岡県青少年保護育成条例事件で、最高裁（最大判昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁）によると、「淫行」を広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきではなく、「青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような性交又は性交類似行為」をいうものと解するのが相当であるとされている<sup>45)</sup>。

## 第三部 中日法規制の比較

第三部では、中国と日本の法律規制を比較することを通じて、両国における性犯罪の保護法益の理解や、規定方法の差異などを分析する。

## 第一章 中日法規制の異同

### 第一節 保護法益

日本では、刑法典に規定されている強制性交等罪や強制わいせつ罪は、個人の性的自由を保護する犯罪だと理解されている<sup>46)</sup>。それに対して、児童福祉法上の児童淫行罪と児童淫行条例は、児童の健全な育成という社会的法益を保護するものだと理解されてきた。

一方、中国では、強姦罪の保護法益に関して主に二つの見解がある。第一は、児童に対する性犯罪も成年者と同じ、性的自由を保護法益とする学説である。具体的には、「強姦罪の法益とは婦女（幼女も含まれる）の性的自己決定権で、その基本内容とは婦女は自己の意思により性行為を決定する権利である<sup>47)</sup>」とされる。第二は、性交同意年齢により、幼女（14歳未満の女性）と婦女（14歳以上の女性）を分けて法益を理解する学説がある。すなわち、「強姦罪の客体とは女性の性自由権利と幼女の心身健康権利である。婦女（14歳以上の女性を指す）の性的自由権利とは、自己の意思により性行為を行う権利であり、幼女の心身健康権利とは、幼女の身体と精神は正常に発育と健康に成長する権利を指す<sup>48)</sup>」とする。

1957年に公表された「最高人民法院1955年以来の幼女に対する姦淫事件の検査と総括」では、児童に対する性犯罪について、「次世代の利益を考えると、一定年齢以下の幼女を特殊な保護対象とする必要性がある」と述べられている。この「次世代の利益」とは、子どもの健康な育成と理解できる。そうすると、実務上は、14歳未満の幼女の保護法益は心身健康権利あるいは健全な育成という法益に着目する考え方が主流であると解される。それに対して、14歳以上の未成年者は成年者と同じ、個人の性自由権利を保護法益として想定しているのが一般的である。

さらに、中国において特徴的なのが、強姦行為と強制わいせつ行為を判断する際に、性的自由と幼女の心身健康以外に、さらに社会風俗も重要な

法益と考えているという点である。前述のように、刑法第236条と第237条の中において「公共の場所において女子を公然と姦淫した」場合があれば、「重く処罰する」ことができる。その理由について、公然の性行為とは合意があるにも関わらず、社会風俗に対する危害があるとされる。このような危害を考慮しなければ、性犯罪の「公共の場所」に関する重く処罰する条文を解釈することが難しい問題があるとされる<sup>49)</sup>。この点は、日本における強制わいせつ罪や強制性交等罪が個人の性的自由を保護する規定だと理解されているのとは異なる。

中国におけるこれまでの幼女に対する性犯罪判例の判旨を見ると、「児童の健康的な成長を侵害した」、「社会に対する深刻な危害をもたらす」<sup>50)</sup>という結果に着目するという共通点が見られる。社会に対する悪影響という結果を重視する理由は、少なくとも前述の社会風俗を保護するためだと考えられる。中国において児童に対する性犯罪は、刑法第21章【公民の人身権利、民主権利を侵害する罪】部分に規定されているが、実務上は、性的自由という個人権利だけではなく、幼女の心身健康権利と社会風俗という社会法益も考慮されている。

## 第二節 強姦罪（強制性交等罪）の構成要件

中国刑法における強姦罪の主体は、「男性」、被害客体は「女性」を限定されている<sup>51)</sup>。肛門性交や口腔性交といった行為は、強姦罪ではなく、強制わいせつ罪として扱われる。例えば、男性に対する肛門性交行為は強姦罪（基本刑3年以上10年以下）を適用できないので、法定刑より軽い強制わいせつ罪（基本刑5年以下）により処罰されている。

それに対して、日本では改正前の刑法177条において、「女子を姦淫」することを「強姦」と定めて、被害者を女性に限定し、処罰対象となる行為も性交に限定されていた。しかし、2017年の刑法改正後、刑法177条では「女子」という限定はなくなって、被害者の性別は問わないこととされ、処罰対象となる行為も「性交、肛門性交又は口腔性交」に拡大されている。

具体的には、「自己又は第三者の陰茎を被害者の膣内等に入れる行為だけでなく、自己又は第三者の陰茎を自己の膣内に入れさせてる行為や、男性が別の男性の陰茎を自己の肛門内に入れさせる行為も、同条による処罰対象となる<sup>52)</sup>」。すなわち、日本では改正により、本罪の処罰行為を拡張されたと同時に、行為主体も女性に含まれた。

### 第三節 児童に対する性犯罪類型

#### ア 性交同意年齢

中国において、被害者は14歳未満の幼女である場合、第236条「強姦罪」と第237条3項「児童わいせつ罪」について、「暴行・脅迫」要件が不要であり、同意の有無も問わずに犯罪が成立する。それに対して、日本の刑法において被害者が13歳未満の場合、第176条「強制わいせつ」と第177条「強制性交等」の二つの規定について、被害者は13歳未満の児童なら、「暴行・脅迫」という要件が不要であり、被害者の同意の有無を問わずに犯罪が成立する。以上のように、年齢1歳差があるが、日中刑法とも性交同意年齢が制定されている。

#### イ 被害者14歳以上の場合における「暴行・脅迫その他の方法」

中国の刑法第236条「強姦罪」と第237条1項「強制わいせつ罪」によると、被害者は14歳以上18歳未満の女子児童の場合、成年者と同じく「暴行・脅迫又はその他の方法」要件が必要である。ただし、前述のように、実務上の判断において、特殊責任を有する者がその地位を利用して性犯罪を行う場合、「暴行・脅迫又はその他の方法」の強度は、成年者の場合より緩く解することができる<sup>53)</sup>と理解されている。1984年の最高人民法院、最高人民検察院及び公安部が公表した「現在の強姦事件の取扱いに際しての、法律の具体的適用における諸問題に関する解答」において「暴行・脅迫又はその他の方法」を具体的に解釈して、「抵抗不能にさせることや屈服させること」も含まれることを明らかにした。すなわち、「その他の方

法」とは、例えば、熟睡、重病する時に乗じての強姦行為やアルコールにより抵抗不能にさせて行う姦淫行為も「その他の方法」に満たすとされる。

日本の刑法第176条「強制わいせつ」と第177条「強制性交等」の二つの規定について、被害者が13歳以上の児童の場合、成年者と同じく「暴行・脅迫」要件が必要である。日本は暴行・脅迫を「抵抗が著しく困難な程度」と実質的に理解している一方、中国では、「婦女の意思に反するかどうか」を判断する標準は行為者が「暴行・脅迫又はその他の手段」を利用したこととする考え方が主流であり<sup>54)</sup>、「暴行・脅迫」という要件を比較的厳格に要求する傾向にある。

#### ウ 親子関係及び親子関係を同視できる関係で性犯罪が行われた場合

##### ① 刑法の規定

日本の場合、2017年に新設させた「監護者わいせつ及び監護者性交罪等」について、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に乗じたわいせつ行為又は性交行為等が処罰されることとなる。構造を見ると、暴行・脅迫要件がなくても本罪が成立し、強制わいせつ罪と強制性交等罪の法定刑と同じである。

これに対して、中国では、現在特別な法条を設けていないが、家庭内の特殊な身分者（親及び同視できる者）が幼女に対して強制わいせつや強姦行為を行った場合、2013年「意見」の25条により、「未成年者<sup>55)</sup>に対する強姦、わいせつ行為を行う場合、未成年者に対して特殊な責任を有する者、未成年者と共同的な家庭生活関係を有する者……」として、第236条「3年以上10年以下」、第237条「5年以下」の基本刑の範囲内で「重く処罰する」べきだとされる。そして、「意見」という刑法解釈にしたがって、家庭内における児童に対する性犯罪類型の量刑基準が規定されている。日本刑法では「暴行・脅迫要件を不要」とする監護者性交等罪が刑法に条文として規定されているのは異なり、中国には刑法上には特別な条文がなく、14歳以上の児童が被害者なら、親子関係を利用した場合でも「暴行・

脅迫又はその他の方法」が不可欠な要件となっている。ただし、「意見」において特別な取扱いを行うべきとの注意書きが見られる。

## ② 規制の趣旨

日本刑法の179条の保護法益は、前述のように、強制わいせつ罪や強制性交等罪などと同様に、性的自由ないし性的自由決定権である。一方、中国の場合、家庭内性犯罪を重く処罰する理由について、一般社会道徳感情に対する強い衝撃や社会危害性の大きさが挙げられる<sup>56)</sup>。以上のように、保護法益を「性的自由ないし性的自由決定権」として理解する日本では、家庭内性犯罪は、強制わいせつ罪や強制性交等罪と同じ法定刑により処罰される。それに対して、中国は、児童の性的自由という個人法益より、社会の善良な性風俗と児童の健全な育成という社会法益を重視するので、強姦罪とわいせつ罪より重い法定刑を設けていると考えられる。

### エ 身分、地位例えば雇用関係、身分関係を利用し性犯罪が行われた場合

日本で、児童に対して雇用関係、身分関係を利用し性交又はわいせつ行為をした場合、まず、暴行・脅迫要件を満たせば、第177条「強制性交等罪」が当然に成立する。また、前述のように、児童に対して身分関係を利用して性犯罪を行った場合、第178条「準強制わいせつ及び準強制性交等罪」の「抗拒不能」という要件を満たせば、本罪が成立すると解することも可能である。さらに、「事実上の影響力」という要件を満たす場合、児童福祉法上の「児童淫行罪」により処罰されることもある。

中国においても、児童に対して雇用関係、身分関係を利用し性交又はわいせつ行為をした場合、「暴行・脅迫又はその他の方法」に満たすなら、第236条「強姦罪」あるいは第237条「強制わいせつ罪」に該当する。また、実務上、特殊な責任者という身分関係を利用した場合（教員など）、親子関係を利用した場合の処理とほぼ同じであり、「未成年者に対して特殊な責任を有する者、未成年者と共同的な家庭生活関係を有する者……」と同様に重く処罰される。しかし、欺罔や事実上の影響力などを利用した場合、



中国では「児童福祉法」に類似する法規制が存在せず、刑法を適用するしかない現状である。とくに、14歳以上の女性児童が被害者の場合、「暴行・脅迫又はその他の方法」要件が不可欠な要件であることから、処罰対象とはならないと考えられる。

## 第二章 中国法規制の問題点と今後の課題

### 第一節 中国法規制の問題点

#### ア 「強姦罪」被害客体と処罰行為の狭さ

第三部第一章第二節で述べたように、今中国刑法第236条強姦罪の被害客体は「女性」に限定され、男性が排除されているという現状がある。また、中国の現行刑法の理論と実務は、強姦行為を狭義の性交行為に限定しており、肛門性交と口腔性交行為が強姦罪ではなく、わいせつ罪として扱われている。この点について、中国は国際に見てもかなり遅れていると言える。

#### イ 14歳－18歳被害者に対する保護不足の問題

第三部第一章第一節で述べたように、中国では14歳未満の幼女の生理・心理年齢の未成熟を考慮して、健康的な成長を阻害するという理由から、刑法で重く処罰しなければならないという趣旨の条文を設けて、幼女の保護を相当に重視する態度が見られる。幼女に対する性犯罪を重く罰することは、伝統的な社会善良な風俗に対して大きな衝撃を与える、すなわち、「社会に対する悪影響」に恐れる考え方に基づくものとされている。

中国の児童に対する性犯罪の現行の条文を見ると、14歳未満の幼女に対する性犯罪に悪質な情状がある場合、10年以上の有期懲役、無期懲役、死刑でも可能であるというかなり重い量刑基準も明文化された。それに対して、被害者が14歳－18歳の場合には、成年者と同じ、個人の性自由権利を保護法益と理解されている。たしかに、2013年の未成年者（18歳未満の

者) 全体に対する性犯罪の処罰に関する「意見」の第21条2項「14歳以上の未成年女性に対して特殊な責任を有する者が、地位を利用して、及び被害者が孤立無援となっている境遇を利用して、無理に被害者を服従させて性行為を行う場合、強姦罪として処罰される。」という規定が見られる。しかし、前述のように、この規定は司法解釈ではなく、刑法の条文上は、この年齢の被害者であっても、強姦罪と強制わいせつが成立するためには、「暴行・脅迫又はその他の方法」が用いられることが要件となっている。

このように、中国では、14歳未満の幼女に対する性犯罪は非常に重く処罰するという規定があるのに対し、14歳以上の児童であれば基本的には成人と同様に扱うという姿勢をとっている。例えば、第一部で述べた最高人民検察院指導案例第42号の判旨において、「意見」における「重く処罰する」という情状があり、さらに、社会危害性が刑法第236条3項2号-4号情状に相当する場合、第236条3項1号「情状が悪質である」と認定できるとする判断基準を出したが、その適用の大前提は18歳未満の未成年者全体ではなく、「幼女を姦淫した場合」だけであることを明らかにした。

たしかに、前述のように、実務上の理解として、18歳未満の被害者の場合には「暴行・脅迫又はその他の方法」の強度は成年者が被害者である場合より緩く解することができるという理解されている。しかし、この実務上の理解は、「意見」と後に公表された『性侵害未成年者犯罪の司法政策——案例指導と理解適用』に示されたものであり、司法解釈の効力を有さず、指導規範としての意義を有するにとどまるといわざるをえない。罪刑法定主義の考え方に基づいて、実務に対しての拘束力は刑法より弱いことになる。

さらに、中国では日本とは異なり、14歳以上18歳未満の者に対して刑法以外の特別法を設けていない現状にある。私見として、こういう年齢にある者に対しても特別な保護がなされるべきであると考えている。

## 第二節 今後の課題：中国の刑法修正案の問題点

第一部第一章第六節で述べたように、2020年12月26日の中国人民代表大会常委会第二十四回会議で通過した刑法修正案（十一）において、未成年者に対する性犯罪に関する内容が新設されたが、問題点がいくつか存在している。

### ① 処罰範囲の不明確さ

刑法修正案（十一）の内容を見ると、幼女を強姦する行為の加重刑を適用する二つの場面を追加し、特殊な責任を有する者が14歳－16歳未満の女性と性行為をした場合、強姦罪が成立するとして第236条が修正された。特に特殊責任を有する者に関する条文は、14歳－18歳の被害児童に対しても「暴行・脅迫又はその他の方法」が不可欠な要件としていたという問題点を修正するものと評価できる。犯罪の主体を見ると、「特殊責任を有する者」として、家庭関係以外の教育関係、医療関係の場合も明文化された。ちなみに、被害者は16歳未満なら、狭義の監護者のほかに、教師と生徒、医者と患者の場合でも本罪が成立しようと考えている。これによって、地位利用型の性犯罪を重視する傾向が明らかにされたが、条文を見ると、犯罪手段については言及されていない。こういう特殊責任を有する者に対して、どのような経緯であるとしても、16歳未満の者を相手とした性行為は処罰されるべきだという趣旨は反映された。しかし、例えば日本刑法第179条のような「影響力があることに乗じて」という要件は規定されていないことから、教育関係、医療関係を有する者が16歳未満の者と性行為を行った場合をすべて処罰しようになってしまうため、処罰範囲が広すぎる恐れも否定できない。

### ② 16歳－18歳の者に対する特別な保護の必要性

今次の刑法修正により、「特殊責任を有する者」に関する性犯罪の条文が新設されたが、被害者の年齢は16歳未満とされている。今までの空白から一歩前に進んだと言えるが、16歳－18歳の未成年者に対しての性犯罪に対処する規制に言及していない。現在、国際社会において認められている、

「児童の権利に関する条約」の「18歳未満のすべての者（第1条）」という定義にしたがえば、16歳にとどまらず、18歳未満の者すべてに成人とは異なる特別な保護がなされるべきである。なぜなら、18歳未満の者は心身未熟や判断力が乏しくて、自由な意思決定能力が足りないという特徴があるからである。このような理解からは、社会的な法益としての健全な育成についての理解を修正する必要がある、18歳未満の者に対しても特別な保護がなされるべきであると考えている。

## お わ り に

本稿は児童に対する性犯罪に対処する中日両国の法規制の比較に基づいて、それぞれの立法現状や中国の問題点を明らかにした。日本において2017年に改正された性犯罪に関する法条や児童に対する性犯罪に対処する刑法やそれ以外の法規制は、中国の現行法制の改正に向けて非常に参考する価値があるといえる。

以上の検討踏まえ、本稿の最後に、児童に対する性犯罪の中国現行法規制の改正に向けて、私見を述べることにしたい。

### ① 男性児童の保護も重視すること

中国刑法第236条強姦罪の被害客体は「女性」を限定され、男性が排除されているという現状がある。さらに、14歳未満の幼女に対する非常に重視している一方、18歳未満の男性児童に対する性犯罪を一切「わいせつ行為」として取り扱う。男女問わず同じ保護に与えるべきであり、早めに第236条強姦罪の主体や成立要件を改正することが期待される。

### ② 14歳－18歳の者に対する全面的な法規制の制定

中国の法規制において、14歳未満の幼女の保護を極めて重視する態度はもちろん賛成するが、14歳－18歳の児童に対する性犯罪の保護法益が性的

自由だけではなく、健全な育成であることに鑑みると、現行法規制のバランスを調整する必要があると考えている。2021年3月から施行する改正法が適切に運用されることが期待されるが、今後、中国は未成年者（特に14歳-18歳未満の者）に対する性犯罪に対して、日本のように、児童の年齢や犯罪手段などの要素に基づいて刑法以外の多様な法規制を設けることを検討することが非常に重要である。同時に、性的自己決定権に過剰介入しないような意見<sup>57)</sup>も中国の現状に対して参照価値があると考えている。

### ③ 新236条「特殊責任を有する者」に関する条文の具体化

第三部第二章第二節で刑法修正案（十一）の問題点を述べたように、新設された236条の1には、処罰範囲の不明確さという問題が存在している。刑罰法規の明確性の要請という視点から考えると、未成年者を保護するための趣旨と処罰限界とを比較衡量した上で、刑法条文上明確な成立要件が必要である。少なくとも、本条文の具体的な適用解釈について、今後、教育、医療関係に関しては、司法解釈などにより詳しく説明されることが望ましいと考えられる。

もちろん、両国にはこれから検討されるべき共通の課題が残されている。例えば、刑法強制性交等罪の「暴行・脅迫」要件の撤廃の是非や、性交同意年齢の引き上げの検討などの論点は沢山ある。児童に対する性犯罪に対して有効な対応策の検討や被害児童の保護する仕組みの構築という重要な課題も存在している。今後、両国それぞれの社会の状況に見合った、よりよい方策を具体的に考えなければならない。

- 1) 平成29年法律第72号附則9条「施行後三年を目途とした見直し」。
- 2) 【児童福祉法】第1節第4条、【児童虐待の防止等に関する法律】第2条、【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】第2条において、「児童とは、18歳未満の者」と規定されている。
- 3) 第262条「児童誘拐罪」とは「14歳未満の未成年者を誘拐し、家庭又は後見人から引き離した者は、5年以下の有期徒刑又は拘役に処する」、第262条の1「身体障害者児童組織

物金請わせ罪」の行為とは「暴行又は脅迫を用いて、身体障害者又は14歳未満の未成年者を組織して通行人に物又は金銭を請わせた」と規定されている。

- 4) 同規定第6条により、具体的には、審判過程中、具体的な法律あるいは同一種類案件、同一類型の問題に関する法律の適用に対しての司法解釈は「解釈」という形態を採用するとされる。立法趣旨によると、審判において制定すべき規範、意見等司法解釈は「規定」という形態、高級人民法院、解放軍軍事法院に対し審判における具体的な法律問題の指示に関する司法解釈は「返答」の形態、司法解釈の修正あるいは廃止は「決定」という形態を採用するとされる。
- 5) 同規定第6条により、具体的には、検察院による業務における具体的な法律あるいは同一種類案件、同一類型の問題に関する法律の適用に対しての司法解釈は「解釈」、「規則」という形態、業務等において制定すべき規範、意見等司法解釈は「規定」という形態、省級人民検察院（解放軍軍事検察院、新疆ウイグル自治区建設軍団人民検察院にも含まれる）の業務における具体的な法律問題の指示に関する司法解釈は「返答」の形態、司法解釈の修正あるいは廃止は「決定」という形態を採用するとされる。
- 6) 以下の条文の訳については、甲斐克則・劉建利編訳『中華人民共和国刑法』（成文堂、2011年）を参照した。
- 7) 原条文「14歳未満の幼女と買春した者は、5年以上の有期徒刑に処し、罰金を併科する。」廃止した理由は主に三つがある：①中国刑法の強姦罪により、幼女の同意にもかかわらず、強姦罪に成立する。しかし、幼女買春罪は幼女の性同意権利（性的自己決定権）を認めた上、強姦罪として処罰しないこと；②「幼女」に「売春婦」や「娼妓」の悪いレッテルを貼ること；③量刑の重さについて、例えば3人以上の幼女を強姦した場合一番重い刑罰は死刑で、3人以上の幼女を買春した場合、一番重い刑罰とは有期徒刑15年だと想定すること。
- 8) 「解答」第二部を参照。原文内容：“暴力手段”，是指犯罪分子直接对被害妇女采用殴打，捆绑，卡脖子，按倒等危害人身安全或者人身自由，使妇女不能抗拒的手段。
- 9) 「解答」第二部を参照。原文内容：“胁迫手段”，是指犯罪分子对被害妇女威胁，恫吓，达到精神上的强制的手段。如：扬言行凶报复，揭发隐私，加害亲属等相威胁，利用迷信进行恐吓，欺骗，利用教养关系，从属关系，职权以及孤立无援的环境条件，进行挟制，迫害等，迫使妇女忍辱屈从，不敢抗拒。
- 10) 原文内容：“其他手段”，是指犯罪分子用暴力，胁迫以外的手段，使被害妇女无法抗拒。例如：利用妇女患重病，熟睡之机，进行奸淫；以醉酒，药物麻醉，以及利用或者假冒治病等等方法对妇女进行奸淫。
- 11) 中華人民共和国刑法第62条【重罰及び輕罰】には、「犯罪者が、この法律に規定する重く処罰する情状、又はその刑を軽くする情状を有するときは、法定刑の限度内で刑を科さなければならない」と規定されている。
- 12) 事実概要：2011年7月から2012年8月まで、被告人談招貴と事実婚相手孫某及び孫某の娘（被害者M、1999年7月25日生、当時12歳）と一緒に暮らした。その間で、被告人はMに対し数回強姦行為を行った。2012年8月、Mが妊娠したことを確定した上で、墮胎手術を受けた。

- 13) 原文内容：如此规定，主要是考虑到此类人员对未成年人实施性侵害犯罪，严重挑战社会伦理道德底线；同时，此类人员具有接触未成年人的便利条件，实施性侵害行为更加隐蔽，一般人难以发现，持续时间通常更长，未成年被害人更难以抗拒和向有关部门揭露，社会危险更大。
- 14) 原文内容：在实践中，考察是否具有“共同家庭生活关系”，应当立足家庭的概念，准确把握“共同家庭生活关系”内涵中具有“质”和“量”的要求。从“质”上来说，需要形成实际上的共同生活关系，如事实上的抚养关系，监护关系等；从“量”上来说，需要具有共同生活的长期性，确定性和稳定性，如果仅有几次的共同居住或者较短时间的共同居住就不属于这里所指的“共同家庭生活关系”。
- 15) 麗麗「中国における農村留守児童の暮らしの現状と支援の課題——子どもの権利の視点から——」東洋大学大学院紀要52巻（2015年）290頁参照。
- 16) 例えば、2006年3月「貴州省百色市における貧乏な家庭の児童を援助するように」というウェブサイトを創出し、九年間で七百万人民币以上の寄付金を集め、それを口実に児童を強姦、わいせつし、児童売春に勧誘したという事件がある。[http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2016-10/14/content\\_117256.htm?div=0](http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2016-10/14/content_117256.htm?div=0)（最終閲覧日：2021年1月2日）
- 17) 原文内容：<http://www.nhc.gov.cn/fzs/s3576/201808/5711f9ab931c44f3ab06bd748e28f570.shtml> 最高人民法院，最高人民检察院，公安部，司法部，卫生部关于精神疾病司法鉴定暂行规定。自1989年8月1日起施行。（最終閲覧日：2021年1月2日）
- 18) [https://www.spp.gov.cn/spp/jczdal/201811/t20181118\\_399377.shtml](https://www.spp.gov.cn/spp/jczdal/201811/t20181118_399377.shtml) 最高人民檢察院第11批指導案例 2018年7月27日最高人民法院最終審：2018年11月18日最高人民檢察院は指導案例として公表した。（最終閲覧日：2021年1月5日）
- 19) 2020年12月26日中国立法機關が可決された刑法修正案（十一）において、この部分を修正した。具体的に後述するが、ここで述べるのは2021年3月1日に修正案が施行される前の状況である。
- 20) 最高人民法院刑事審判第一庭『性侵害未成年者犯罪の司法政策——案例指導と理解適用』（人民法院出版社，2014年）217頁参照。
- 21) 最高人民法院刑事審判第一庭・前掲注（20）216頁参照。
- 22) 拘役とは、短期自由刑である。刑期は1月以上6月以下であり、居住地又は裁判地に近接する拘禁場所で執行される。（刑法42、43条参照）。
- 23) 「児童にわいせつな行為をした者」とは、14歳未満の者に対する行為を指す。
- 24) 原文内容：被告人吴茂东实施亲吻被害人L脸部这一行为，单从其侵害的身体部位而言，并不属于典型的猥亵方式，但吴茂东多次利用其他学生放学离开教室之际，亲吻被害人L脸部，并且在半年多时间内以将手伸进被害人衣裤内抠摸敏感部位等方式猥亵Z某，C某，H某等女学生，可见其亲吻L脸部，主观上具有强烈的刺激，满足性欲动机。
- 25) 足立昌勝「中国における治安管理処罰と刑事法『一元的刑法体系と刑罰補完機能を有する治安管理処罰』」関東学院法学第20巻第3号（2011年）11頁以下参照。
- 26) 安建主編『中華人民共和國治安管理処罰法積義』（法律出版社，2005年）6頁。
- 27) 案件番号：（2017）京0105刑初2193号。
- 28) 上海市でもこのようなわいせつ行為を刑法で処罰した判決がある（未成年者の被害者が



いるため、2019年10月15日上海静安区人民法院未公開審理した)。

- 29) 刑事比較法研究グループ「比較法からみた日本の性犯罪規定」刑事法ジャーナル45号(2015年)158頁。
- 30) 刑事比較法研究グループ・前掲注(29)159頁以下参照。
- 31) 大谷實『刑法講義各論(新版第5版)』(成文堂,2019年)127頁。
- 32) 東京高判昭51・12・13東時27・12・165。
- 33) 広島高判昭33・12・24高刑集11・10・701。
- 34) LEX/DB 文献番号:25482354。
- 35) LEX/DB 文献番号:25500971。
- 36) 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第3回会議記事録中村幹事発言(16頁)。
- 37) 加藤俊治「性犯罪に対処するための刑法改正の概要」法律のひろば70巻8号(2017年)58頁。
- 38) <https://www.chunichi.co.jp/article/77426>(最終閲覧日:2020年6月27日)
- 39) 西田典之「児童に淫行をさせる罪について」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集編集委員会「宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第三巻」(成文堂,2000年)296頁以下参照。
- 40) 澤新=長島裕「児童福祉法」伊藤栄樹ほか編『注釈特別刑法第8巻』(立花書房,1990年)786頁以下参照。
- 41) 刑集70巻5号369頁。
- 42) 松本朗「判批」研修820号(2016年)15頁以下,豊田兼彦「判批」法学セミナー741号(2016年)115頁参照。
- 43) 井口修「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成一〇年度』(法曹会,2001年)180頁以下参照。
- 44) たとえば [http://www.reiki.metro.tokyo.jp/reiki/reiki\\_honbun/g101RG00002150.html](http://www.reiki.metro.tokyo.jp/reiki/reiki_honbun/g101RG00002150.html) 東京都青少年の健全な育成に関する条例(最終閲覧日:2020年11月24日)
- 45) 本条例の近年の状況については,江原伸一「青少年保護育成条例をめぐる最近の動向について」警察学論集55巻4号(2002年)24頁以下参照。
- 46) ただし,179条の保護法益は主として児童の性的な発達・健全育成であるが,付随的に児童の性的自己決定も考慮する見解もある。深町晋也「家庭内における児童に対する性的虐待の刑罰的規律:監護者性交等・わいせつ罪(刑法179条)を中心に」立教法学97巻(2018年)199頁参照。
- 47) 張明楷『刑法学(第5版)』(法律出版社,2016年)867頁。
- 48) 高銘暄『刑法学(第9版)』(北京大学出版社,2019年)461頁。
- 49) 王政勳「強制わいせつ・侮辱罪構成要件の法教義学分析——原型範疇理論に基づいての研究」法律科学(西北政法大学学報)第4期(2018年)71頁参照。
- 50) こういう社会危害性を重視する理由について,刑法13条「社会危害性;刑事違法性;可罰性」という犯罪の三つの基本的な特徴からなる犯罪概念を定めることにより,行為に一定の社会危害性があることが犯罪の最も重要な特徴と言える。
- 51) 張・前掲注(47)868-869頁参照。「単独的な直接正犯は男性しかなくて,女性は強姦罪の教唆犯,幫助犯となることが可能であり,強姦罪の間接正犯と共同正犯となることも



できる」。

- 52) 加藤・前掲注(37) 55頁参照。
- 53) 最高人民法院刑事審判第一庭・前掲注(20) 216頁参照。
- 54) 高・前掲注(48) 461頁参照。
- 55) 第一部第一節で述べたように、中国の「未成年者」とは「18歳未満の者」を指す。
- 56) 例えば『刑事審判参考』第980号判例判旨における「本件の被告人談招貴は被害者Mに対し数回の強姦行為について、持続時間が長くて、社会に対する危害性が大きく、悪い影響力をもたらす」。
- 57) 淫行条例について、「年少少年（例えば、16歳未満の者）と年長少年（例えば、16歳以上の者）とを区別せず、これらを全て青少年の概念でひっくるめ、これらの者に対する「淫行」の一切を一律に可罰行為としている点において適正処罰の要請からとうてい是認できない（福岡県青少年保護育成条例事件最高裁判決での谷口反対意見）等が、それに当たる。