
オーストリア刑法における性犯罪規定

深 町 晋 也

I 初めに

1. 本稿の検討対象
2. 現行規定の構造
3. オーストリア性犯罪規定の改正の流れ

II 意思に反する性的自己決定の侵害

1. 強姦罪 (201 条)
2. 性的強要罪 (202 条)
3. 抵抗不能な者又は精神に障害のある者の性的虐待罪 (205 条)

III 児童・青少年に対する性犯罪

1. 児童に対する加重性的虐待罪 (206 条)
2. 児童に対する性的虐待罪 (207 条)
3. 青少年に対する性的虐待罪 (207 条 b)
4. 16 歳未満の者を道徳的に危殆化する罪 (208 条)
5. 権威的關係を濫用する罪 (212 条)

IV 性的嫌がらせ罪及び公然性的行為罪 (218 条)

1. 概 説
2. 構成要件

V 性的自己決定の侵害罪 (205 条 a) の導入

1. 概 説
2. 205 条 a の内容
3. 学説による評価

VI ま と め

VII 終 わ り に

I 初めに¹⁾

1. 本稿の検討対象

オーストリア刑法典²⁾の性犯罪規定は、その基本的な枠組みが1974年改正によって形成され、その後の度重なる改正によって大幅に修正されている。特に、2004年改正により、「わいせつ (Unzucht)」という用語が、一部の例外³⁾を除いて全面的に削除されるなど、性犯罪規定の現代化が推し進められている。他方で、スイス刑法では姿を消した売春に関する伝統的概念、例えば「売春仲介 (Kuppelei)」(213条)などはなお残存し、全体的に複雑な様相を呈している。

また、オーストリア刑法は、ドイツ刑法やスイス刑法と比しても、ヨーロッパの性犯罪に関する議論動向に極めて敏感に対応している。例えば、2009年改正ではインターネット上の児童ポルノの「閲覧」処罰規定(207条a第3a項)を、2011年改正では、14歳未満の児童に対して性犯罪を行う意図で、インターネットを利用するなどして当該児童に会うことを提案・約束する、いわゆるグルーミング罪(208条a)をそれぞれ導入し、また、2015年改正では意思に反する性交などを処罰する規定(205条a)を新設するなど、頻繁に法改正を行い、一貫して性犯罪規定の広範化・重罰化を推し進めている。このようなオーストリア刑法の性犯罪規定を概観することは、ドイツ語法圏における性犯罪規定のあり方の異同を理解する上でも、また、我が国における性犯罪規定のあり方を考える上でも、決して少なくない意義を有するものと思われる。

本稿は、こうした問題意識から、オーストリアの性犯罪につき、主要な判

1) 本稿は、刑事法ジャーナル45号(2015年)の特集「性犯罪規定の比較法的研究」において十分に検討を加えることができなかったオーストリア刑法における性犯罪を扱うものであり、本特集のドイツ語法圏における議論を補完するものである。併せて本特集を参照されたい。

2) 本稿は、2016年1月1日付のオーストリア刑法典に依拠している。なお、以下で条文のみを掲げている場合には、全てオーストリア刑法典の条文を指す。

3) わいせつな行為の惹起の告知(219条)及び動物とのわいせつ行為の勧誘(220条a)がそれであるが、後者は2015年改正法により削除された。Vgl. BGBl I 2015/112.

例⁴⁾、基本的な教科書やコンメンタール、及び立法資料を元に概観することを目的としている⁵⁾。なお、性犯罪規定のうち、性的行為に関連する経済的搾取からの保護を規定する諸条文や児童ポルノ犯罪⁶⁾、グルーミング罪については、性犯罪として重要な類型ではあるが、本稿の直接の検討対象からは除外する。他方、2015年改正によって新たに導入された、意思に反する性交を処罰する規定（205条a）については、その重要性に鑑みて概観することとする。

本稿は、以下の順序で検討を行う。まず、本稿の扱うテーマが、オーストリア刑法の性犯罪規定という多くの読者にとってはそれ自体としてなじみが薄いであろう問題領域であることに鑑み、オーストリア刑法の現行規定の構造及びその背後に存在する基底的思考について、英米法やドイツ語法圏の性犯罪理解とも比較しつつ検討し、更に、性犯罪規定の改正の歴史⁷⁾を概観することにする（Ⅰ2以下）。次に、自由な意思によらない性的行為から被害者を保護する類型を検討し（Ⅱ）、その後、脆弱者又は弱い立場にある者を性的行為から保護する類型を検討する（Ⅲ）。こうした基本的な類型の検討の後に、性的な事象に直面することから被害者を保護する規定を検討し（Ⅳ）、最後に、意思に反した性的行為から被害者を保護する近時の刑法改正について採り上げる（Ⅴ）。こうした検討を通じて、我が国との関係で示唆となる議論を、まとめとして提示する（Ⅵ）。

4) なお、本稿で「判例」としているのは、全てオーストリア連邦最高裁判所の判例を指す。

5) オーストリア刑法のコンメンタールとしては、Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar 2. Aufl. 4. Band, Vor §§201ff. bis 220a (Thomas Philipp) 及び Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar Band 5, Vor §§201ff. bis 220a (Hubert Hinterhofer) を、教科書としては、Christian Bertel/Klaus Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil II, 11. Aufl. (2015) 及び Hubert Hinterhofer/Christian Rosbaud, Strafrecht Besonderer Teil II (2012) を主として参照している。

6) オーストリアでは、ポルノグラフィーについては特別法（いわゆるポルノグラフィー法。正式名称は「わいせつ内容の公表の撲滅及び道徳的な危殆化からの青少年保護に関する1950年3月31日連邦法」）が存在するが、これについても紹介は割愛する。

7) 児童に対する性犯罪についての公訴時効に関する2009年改正についても、ここで扱う。

2. 現行規定の構造

(1) 性犯罪の類型化

オーストリア刑法第10章(性的完全性と性的自己決定に対する可罰的行為)で規定される性犯罪規定は、保護法益の観点から見ると4類型に区別し得る⁸⁾。

① 自由な意思によらない性的行為からの保護(201条, 202条, 205条, 205条a, 207条b, 212条, 213条1項)

② 特に保護すべき者の性的完全性の保護(206条, 207条, 207条a, 208条, 208条a)

③ 性的行為に関連する経済的搾取からの保護(213条2項, 214条から217条)

④ 性的嫌がらせや見たくないものに直面することからの保護(218条から220条a)

(2) 性犯罪規定の基底的思考

オーストリア刑法における性犯罪規定は、ドイツ語法圏に一般的な構造⁹⁾を有している。すなわち、単に被害者の意思に反する性交・性的行為(不同意性交・性的行為)一般を処罰する¹⁰⁾のではなく、①強姦罪に代表される、被害者の抵抗意思を抑圧するような行為(強要行為)によって性犯罪を実現する類型と、②児童に対する性犯罪や抵抗不能者・精神障害者に対する性犯罪に代表される、被害者の脆弱性を利用して性犯罪を実現する類型に限定して処罰するという構造である。

オーストリア刑法がこのような構造を採用するのは、性的行為はそれ自体として見る限り、社会的に相当な行為であるとの前提¹¹⁾による。すなわち、性

8) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), Vor §§201 Rz. 2. なお、近親相姦(211条)については、性犯罪に属しないとの観点から、この分類には含まれていない。

9) この点については、刑事比較法研究グループ「本企画の概要」刑事法ジャーナル45号(2015年)7頁参照。

10) 英米法圏においては、不同意の性的行為それ自体が処罰の中核をなす点につき、刑事比較法研究グループ・前掲注9)5頁参照。

11) Johannes Oberlauer/Kathrin Schmidhuber, Die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gemäß §205a StGB, RZ 2015, 175.

的行為は、それに関与する者の意思に反しない場合には、社会的に見て相当な（あるいはむしろ望ましいとさえ言える）行為であるが、一旦関与者の意思に反した場合には、その社会的な害悪性（侵害性）は極めて大きいものである。しかし、英米法が、被害者の意思に反した性的行為の害悪性をダイレクトに評価しようとするのに対して、オーストリア刑法では、「被害者の意思に反したか否か」は、それ自体としては構成要件要素として極めて不明確であるため、処罰対象を明確に枠づけるためには、保護法益とは必ずしも連動しない他の客観的な要素、すなわち性的行為が強要手段に基づいてなされたことや、あるいは被害者の脆弱性を利用してなされたといった限定要素があつて初めて明確性が担保されると考えているのである¹²⁾。

このような明確性の理解は、性犯罪に限定されるものではないと考えられる。例えば、オーストリア刑法における住居侵入罪（109条）についても、単に住居権者の意思に反すれば成立するわけではなく、暴行又は暴行を伴う脅迫という行為態様に基づいて住居へ立ち入った場合に限り成立することとされている。殺人のように、当該行為自体の害悪性が明確である場合であれば、行為態様による限定なく犯罪構成要件を規定しても明確性に反しないが、性的行為や住居への立入りといった、それ自体の害悪性が明確ではない、あるいは被害者の意思に反しない限りで社会的に相当な行為である場合には、「被害者の意思に反したか否か」という保護法益の観点のみで構成要件を明確化することは困難であるという発想が、一貫して採用されていると言えよう¹³⁾。

したがって、①の強要類型と②の脆弱性利用類型は、必ずしも保護法益と連動した区別ではなく、むしろ、処罰範囲の明確化という観点からの限定化・類型化である。そして、①の強要類型では、被害者の抵抗意思を抑圧するような性的行為が問題となっているため、被害者の性的自己決定が保護法益とされる

12) Vgl. Susanne Reindl-Krauskopf, 44/SN-98/ME XXV. GP (Stellungnahme zu Entwurf), 16.

13) なお、ドイツ語法圏においては、窃盗罪は所有権を侵害する犯罪であり、奪取 (Wegnahme) という占有侵害行為はあくまでも行為態様に過ぎない (保護法益とは関係しない) とされていることもまた、こうした明確性の観点から理解することができる。この点については、別稿で更に検討する予定である。

が、②の脆弱性利用類型においては、被害者の脆弱性の理由に応じて、保護法益も異なる¹⁴⁾。

例えば、精神障害者や抵抗不能者といった、性的自己決定を適切に行う能力が少なくとも行為時には欠如している者(205条)については、行為時に抵抗意思を生じさせる能力を欠いており、性的な自己決定を行うことができない状態にあるため、他者が勝手に¹⁵⁾性的自己決定を行うことから保護される。これに対して、14歳未満の児童(206条, 207条)については、自由な意思による性的行為であるか否かに拘らず、14歳未満の児童であることから、一律に性的行為から保護することで、その性的・精神的な成長を保護することが保護法益とされる。また、被害者と行為者との依存関係から被害者の脆弱性が生じる場合(207条b, 212条)では、被害者の性的完全性と結びついた形での被害者の性的自己決定が保護されている。

3. オーストリア性犯罪規定の改正の流れ

オーストリア刑法は、1974年改正において、従来の1852年法を大幅に改正し、これが現在の性犯罪規定の基礎をなしている。そこで、以下では、1974年以降の性犯罪規定の主要な改正について、本稿の検討対象と関係する限りで概観することにする¹⁶⁾。

1989年改正においては、強姦を意味する文言が、Notzuchtからより価値中立的な単語であるVergewaltigungに改められ、また、性交と同視すべき性的行為(性交類似行為)が新たに規定されることで、強姦罪が性中立化された。また、婚姻間強姦・性的強要も処罰対象に含まれるに至ったが、なお親告罪とされた(旧203条)。

14) 詳細については、各条文での説明を参照されたい。

15) この意味で、205条もまた、自由な意思によらない性的行為からの保護を規定する条文である。

16) 2004年改正まではHinterhofer, a. a. O. (Anm. 5), Vor §§201 Rz. 1ff. を、2011年改正まではPhilipp, a. a. O. (Anm. 5), Vor §§201 Rz. 1ff. をそれぞれ参照。2013年改正についてはBGBl 2013/116及びEBRV 2319 BlgNR XXIV GP, 9ff. を、2015年改正についてはBGBl 2015/112及びEBRV 689 BlgNR XXV GP, 33ff. をそれぞれ参照。

1998年改正においては、児童に対する性犯罪規定が改正され、児童との「わいせつな行為」を処罰する規定であった207条が、児童との「性的行為」を処罰する規定とされた。また、児童に対する性犯罪において、被害者と行為者が一定の年齢差に留まる場合に行為者を不可罰とする規定が導入された。

2001年改正においては、強姦致死罪及び加重児童性的虐待致死罪の法定刑の上限が、強盗致死罪と同様に無期自由刑に引き上げられた。

2004年改正においては、性犯罪規定の全面改正がなされ、「わいせつ」という文言が基本的に削除された。また、婚姻間強姦・性的強要の特別規定（旧203条）が削除され、一般の強姦・性的強要と完全に同一の法的扱いがなされるに至った。それ以外にも、加重強姦と単純強姦との区別が廃止されるなど、多くの性犯罪規定が刷新されるに至った。

2009年改正においては、58条3項3号で、被害者が18歳未満であった場合には、第10章の罪については、当該被害者が28歳になるまでの期間を公訴時効に算入しないと規定された¹⁷⁾。これは、被害児童や青少年は権威的立場にある行為者を恐れ、あるいは依存関係にあるために、自己の被害体験を告白するまでに長い時間がかかることを考慮したものである¹⁸⁾¹⁹⁾。

2013年改正においては、性犯罪規定の法定刑の引き上げがなされた。例えば、強姦罪の法定刑が6月以上10年以下の自由刑から1年以上10年以下の自由刑と下限が引き上げられ、性的強要罪の加重類型の法定刑が強姦罪の加重類型の法定刑と同一とされた。また、抵抗不能な者又は精神に障害のある者の性的虐待罪（205条）につき、強姦罪・性的強要罪と完全に平仄を合わせた規定に変更され、法定刑も引き上げられた。更に、児童に対する性犯罪の加重類型の内容及び法定刑が、強姦罪・性的強要罪の加重類型と同一とされた。この他

17) 具体的には、1項の場合には公訴時効は10年、2項の場合には、致死以外については20年であり、致死の場合には公訴時効は存在しない（57条）。

18) *Initiativantrag 271/A XXIV. GP, 34*; Philipp, a. a. O. (Anm. 5), Vor §§201 Rz. 13.

19) とはいえ、このように時効完成までの期間が長期化することについては、①証人の証言の正確性、再現性に問題が生じることや、②既に成人となって長期間が経った被害者の意思に反しても公訴提起がなされる危険性があるといった理由から、学説上批判も多い（vgl. Hinterhofer, a. a. O. (Anm. 5), Vor §§201 Rz. 47）。

にも、16歳未満の者を道徳的に危殆化する行為(208条)につき、第2項及び第3項で新たな類型が処罰されるようになった。

2015年改正においては、意思に反する性交・性交類似行為を処罰する205条aが導入された。また、218条の性的嫌がらせ罪の処罰対象が拡張された。この他にも、青少年に対する性的虐待罪における日数罰金の上限が、従来の360日から、720日にまで引き上げられた。

II 意思に反する性的自己決定の侵害

1. 強姦罪(201条)

201条 強姦

1. 暴行、人的自由の剥奪又は身体若しくは生命(89条)に対する現在の危険を伴う脅迫によって、人に性交又は性交と同視すべき性的行為を行うこと又は甘受することを強要した者は、1年以上10年以下の自由刑に処する。
2. 強姦された者が、前項の行為によって重傷害(84条1項)若しくは妊娠に至り、又は相当の期間苛まされた状態に置かれ若しくは特別な方法で貶められたときは、行為者は5年以上15年以下の自由刑に処する。強姦された者が、前項の行為によって死亡したときは、行為者は10年以上20年以下の自由刑又は無期自由刑に処する。

(1) 概説

① 現行法に至る経緯

オーストリア刑法の強姦罪規定は、1974年改正により、加重強姦と単純強姦とに区別され²⁰⁾、1989年改正でもかかる区別は引き継がれた²¹⁾。また、1989年改正では、性交に加えて性交と同視すべき性的行為(性交類似行為)に

20) 被害者に向けられた暴行又は被害者に向けられた生命若しくは身体に対する現在の危険を伴う脅迫により反抗抑圧状態を作出し、よって性交した場合には加重強姦(旧201条1項)が、暴行又は危険な脅迫により性交を強要した場合には単純強姦(旧202条1項)が成立した。

についても強姦罪の対象に含まれ、性中立化が図られた。その後、2004年改正により、加重強姦と単純強姦との区別は否定され、1項で強姦罪を、2項でその結果的加重犯を中心とした加重形態を規定するという形になった。また、2004年改正においては、婚姻間強姦についても非親告罪化され、婚姻外強姦と完全に同一の扱いがなされるに至った。

なお、強姦罪の法定刑は、1年以上10年以下の自由刑である。かつては法定刑の下限は6月であり、性的強要罪の法定刑の下限と同一であったが、2013年改正により、下限が1年に引き上げられた。

② 保護法益

本条の保護法益は、第10章のタイトルにあるように、被害者の性的自己決定である。学説においては、一方で、意思決定・意思活動の自由の侵害こそが本罪の核心であり、強要罪（105条）の一類型としての性質を強調する見解²²⁾もあれば、強姦罪（201条）と性的強要罪（202条）との法定刑の差からして、被害者の性的領域への侵害の程度が決定的であるとする見解²³⁾もある。

(2) 構成要件

本条は、一定の強要手段により、性交又は性交類似行為の遂行あるいは甘受を被害者に強要することによって成立するという、強要罪の加重類型としての構造を有している。

① 主体・客体

性交に加えて性交類似行為が処罰対象とされるに伴い、主体及び客体について、完全に性中立化された。したがって、同性間強姦も処罰される。また、こうした性中立化の観点からは、女性が男性に暴行・脅迫などを加えて、その男性器を自己の膣に入れるように強要する場合も本条により捕捉されることになる²⁴⁾。

21) 1974年改正の文言を現代化しつつ、旧201条1項については「重大な」という限定を付した。それに対して、旧202条1項については、「危険な脅迫」から、「生命若しくは身体に対する現在の危険を伴う脅迫」とされ、かつ、201条2項に組み込まれた。

22) Hinterhofer, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 6.

23) Phillip, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 6. 但し、強要手段の程度の差を無視しているわけではない。Vgl. Phillip, a. a. O. (Anm. 5), §202 Rz. 1.

② 構成要件的行为

1) 強要行為 (強要手段)

本条は、3つの強要手段、すなわち a) 暴行、b) 人的自由の剥奪 (監禁) 及び c) 生命・身体に対する現在の危険を伴う脅迫を列挙している (限定列挙)。a) と c) については、強盗罪 (142 条) や強盜的窃盗罪 (131 条) にも見られる強要手段である²⁵⁾。なお、後述するように、強姦罪の強要手段には該当しなくとも、性的強要罪の強要手段に該当することはある。すなわち、性的強要罪の強要手段に該当する暴行・脅迫によって性交又は性交類似行為を強要した場合には、性的強要罪が成立する。

a) 暴行

本条の暴行は、強盗罪や強盜的窃盗罪とは異なり、条文上は「人に対する」暴行との限定は存在しないが、脅迫が限定されていることとの関係で、対物暴行では足りないとされている。また、刑法典における文言の定義規定である 74 条 1 項 5 号で「危険な脅迫」については近親者に対する加害の告知も含まれることから、第三者に対する暴行のうち、近親者に対する暴行の場合にはなお本条の暴行に含まれるとする見解が有力である²⁶⁾。

本条の暴行は、相手方の現実の又は予測される抵抗を乗り越えるための、軽微ではないあらゆる物理力の行使を指す。但し、相手方が現実には抵抗するか否か、あるいは抵抗を試みるか否かは本罪の成否とは関係ない²⁷⁾。なお、睡眠薬のような薬物の投与も暴行に当たる²⁸⁾。但し、薬物の作用で相手方の意識覚醒を深く妨げるような場合に限る²⁹⁾。また、相手方の腕を掴むことでも足

24) Hinterhofer, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 44.

25) なお、強盗罪の法定刑は 1 年以上 10 年以下の自由刑であり、強盜的窃盗罪の法定刑は、6 月以上 5 年以下の自由刑である。強盗罪と強姦罪とは、法定刑が完全に同一である。但し、強盗罪には 142 条 2 項で減輕類型が規定されているが、強姦罪にはかかる規定はない。

26) Phillip, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 12. これに対して、全くの第三者に対する暴行であっても、なお本条にいう暴行に当たるとする見解も主張されている (vgl. Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 7)。

27) 689 BlgNR XXV. GP, 35.

28) Phillip, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 13.

りるし、身体を床などに押さえつけることでも足りる。

判例は、被害者の腕を掴んでベッドの上に押さえつけた事案で、本条の暴行を肯定している³⁰⁾。また、身体的に劣る15歳の男子生徒を後ろから捕まえてストーブの排気管（Kaminschacht）に押し付けて上半身を押さえつけて肛門性交を強いた28歳の被告人に対して、本条の暴行を肯定するためには特別な強度の有形力の行使は不要であり、被害者が恐怖（Angst）から抵抗をしなかった場合でも足りると判示している³¹⁾。

b) 人的自由の剥奪（監禁）

本条は、自由剥奪を強要手段として規定する唯一の条文である。強要罪（105条）を巡って、被害者を閉じ込めたり取り囲んだりすることが、暴行・脅迫に当たるか否かが激しく争われてきたところ、1989年改正においては、かかる手段も強姦の強要手段として明示的に規定された。本条の規定する暴行・脅迫に匹敵する強要手段として、最低限、監禁罪（99条）の成立要件を満たす必要がある³²⁾。

c) 生命・身体に対する現在の危険を伴う脅迫

74条1項5号が規定する「危険な脅迫」で足りる性的強要罪とは異なり、本条における脅迫は生命・身体に対する現在の危険を内容とする脅迫に限定されている。すなわち、告知の対象となる害悪は、①身体的完全性に向けられたものではなくならず、かつ、②直ちに（sofort）実行に移せるものでなければならないとされている³³⁾。

第三者の生命・身体に対する加害の告知については、暴行の場合と同様に、74条1項5号の趣旨からして近親者に限定されるか、それとも任意の第三者でも認められるのかについて対立がある³⁴⁾。

判例においては、「お前の姉妹に何らかの危害を加えるぞ」と脅して指を被

29) 13 Os 102/05. コカインを混ぜた飲み物を飲ませた事例で、本条の暴行の存在を否定した（但し未遂の余地は肯定）。

30) OGH JBI 1996, 804.

31) 13 Os 111/99.

32) Hinterhofer, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 28.

33) Phillip, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 16.

害者の膣に挿入した事案で、姉妹に対する加害が第三者に対する加害である点については特に触れることなく、単に「生命・身体に対する現在の危険」を伴う脅迫と言えるか否かという観点からのみ検討がなされており、被告人が当該脅迫の内容を直ちに実行に移せるか否かが、かかる危険の存否の判断では決定的であるとしている³⁵⁾。

加害の内容については、具体的な法益に対する一定程度の重大性が要求されている。判例においては、「俺と寝ないと何か良くないことが起こるぞ (“etwas passieren”）」と被告人が被害者に述べた事案で、いかなる法益にどのような加害をなすのが具体的に読み取れないとして、なお本条の脅迫には当たらない旨判示されている³⁶⁾。

2) 強要結果

本条の規定する結果は、a) 性交又は b) 性交と同視すべき性的行為（性交類似行為）である。強要手段と強要結果との間には因果関係（惹起連関）が必要である。

a) 性交を行うこと又は甘受させること

性交とは、男性器を女性器に挿入することを指す。射精を伴うか、妊娠リスクがあるかは、本条の性交の有無にとって決定的ではない³⁷⁾。

性交が他の性的行為に対して特に強い侵害性を有するか否かについては、議論があるが、本条が性交類似行為も規定しているところから、性交独自の違法性については極めて相対化されているとの見解が有力である³⁸⁾。

b) 性交と同視すべき性的行為（性交類似行為）

1989年改正により、強姦罪の枠内で、性交類似行為についても処罰される

34) Hinterhofer, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 32. 但し, Hinterhofer 自身は, 暴行については任意の第三者で足りるとしつつ, 脅迫については近親者に限定している。

35) 14 Os 31/03.

36) 14 Os 90/10g.

37) Phillip, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 20.

38) 婚外強姦のみを処罰していた旧規定においては, 婚外の妊娠のリスクは重要な問題であったが, 現行法は婚姻間強姦も同様に処罰しているため, 性交独自の問題としての妊娠リスクは相対的に重要ではなくなっていると指摘するものとして, Phillip, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 20 参照。

ようになった。司法委員会の報告においては、「その作用と付随現象の総和において性交と同視すべき性的行為」が性交類似行為であるとされ、具体的には、あらゆる形態の口腔、膣、肛門への挿入が含まれるとされており³⁹⁾、判例もこの理解に従っている⁴⁰⁾。刑務所における暴力的な男性間強姦はもとより、異性間での肛門・口腔性交もまた、性交類似行為に含まれるとされる⁴¹⁾。

性交類似行為とその他の性的行為の区別は、性交との見た目の類似性（第1次のな性器が関係すること、性交に類似した動作であること、挿入の有無）が重要である⁴²⁾。重要なのは社会的な性的関連性であり、行為者の意図ではない。これに加えて、被害者の性的領域への侵害性の大きさもまた考慮されなければならない。ここでは、①被害者の性的自己決定への侵害の程度、及び②被害者に対する貶めの程度が特に考慮される⁴³⁾。

こうした観点からは、口腔・肛門性交、指・舌・器具の膣への挿入、指・舌・器具の肛門への挿入は性交類似行為に該当し、いわゆるスマタやパイズリ、尿道プレイはこれに該当しない。口腔への指や器具の挿入もこれに該当しない⁴⁴⁾。これに対して学説では、肛門は性器ではないとして、男性器以外の指・器具などの肛門への挿入については性交類似行為から除外する見解が有力に主張されている⁴⁵⁾⁴⁶⁾。

③ 加重類型

201条2項は、5つの加重類型を規定している。それは、1) 重傷害及び2)

39) JAB 927 BlgNR XVII. GP, 3.

40) 15 Os 11/92 以来の判例の立場である。

41) Phillip, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 23.

42) Hinterhofer, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 48.

43) Phillip, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 23f.

44) Phillip, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 25ff.

45) Schwaighofer, Materielle und formelle Probleme des Sexualstrafrechts, ÖJZ 2003, 532; Hinterhofer, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 20.

46) かつては、男性器の挿入を伴わない場合にはおよそ性交類似行為とはならない（すなわち、膣に指や器具を入れる場合も排除する）との見解が有力であった（Schwaighofer, JBl 1992, 730f.）。しかし、判例においては、膣に指を入れる事案（15 Os 15/95）、肛門に指を入れる事案（13 Os 191/95）でいずれも性交類似行為を肯定し、現在では、学説においても、少なくとも前者の事案では性交類似行為を肯定する。

致死結果をもたらしたこと, 3) 妊娠結果をもたらしたこと, 4) 相当の期間 (längere Zeit) 被害者を苛む状態に置いたこと, 及び5) 被害者を特別な方法で貶めたこと, である。通説によれば, 1) から3) までは結果的加重犯規定であるため, 加重結果に対する故意は不要であるが, 4) 及び5) については通常の故意犯として, 加重事由に対する故意も必要となる。

法定刑は, 1), 3) ~5) は5年以上15年以下の自由刑, 2) は無期自由刑⁴⁷⁾又は10年以上20年以下の自由刑である。

1) 重 傷 害

本条にいう重傷害とは, 84条1項が規定する「24日を超えて継続する健康障害若しくは就業不能又はそれ自体として重大な侵害若しくは健康障害」を指す。HIV・肝炎の感染やうつ病の惹起も含まれる。

複数回の性的虐待や長期の性的虐待によって, 精神的なトラウマ状態が惹起された場合に, 裁判例においては, 個々の行為が詳細に具体化されることなく, 「○○から○○までの期間反復された性交によって……」などと記述されることがままある。この場合, 複数行為 (die Taten) に重傷害が帰属されることになる⁴⁸⁾。

判例のこうした記述方法は, 重傷害が個々の行為によって引き起こされるのではなく, 反復され, 継続的に行われる物理的・心理的暴力によって惹起されるという実態に合致している。とはいえ, 個々の行為と加重結果との因果関係は立証しがたいという問題はなお残ると指摘されている⁴⁹⁾。

2) 死 亡

47) 2001年改正によって, 強盗罪の場合と同様に, 致死結果が生じた場合の法定刑の上限が無期自由刑にまで引き上げられた。1974年改正の際に, 強盗罪 (143条) については, 司法委員会の修正 (vgl. JAB 959 BlgNR XIII. GP, 27) が受け入れられて無期自由刑が法定刑の上限とされたが, 強姦罪の法定刑は, 政府提案が維持されて10年以上20年以下の自由刑のままであった。これに対して, 性的自己決定の侵害に対する社会的な重要性が高まっている昨今からすれば, 財産犯である強盗罪で致死結果が生じた場合と, 性犯罪で致死結果が生じた場合とで法定刑に差があることは不均衡であるとされ, 2001年改正でこの点が改められた (vgl. EBRV 754 BlgNR XXI GP, 13f.)。

48) 15 Os 26/06x.

49) Phillip, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 30.

被害者が強姦から逃れようとして窓から飛び降りて死亡したような場合にも、死亡結果は行為者の行為に帰属される。但し、被害者が強姦されたことを憐んで自殺した場合には、当該死亡結果は行為者には帰属されない。というのは、加重強要罪（106条2項）や加重恐喝罪（145条3項）におけるような、被害者の自殺結果を行為者に帰属させる規定が、本条には存在しないからである⁵⁰⁾。

3) 妊 娠

2004年改正により、妊娠が加重事由として導入された。学説においては、妊娠結果を加重結果として規定することは、妊娠を不法として解することになり問題であるとの指摘がなされている⁵¹⁾。これに対して、①妊娠は被害女性に大きな精神的・身体的負荷を与えること、②女性の自己決定権の中には、誰との間に子をなすかを決定する権利が含まれるが、望まぬ子を妊娠中絶する場合には著しい身体的・精神的負荷が生じることを指摘して、妊娠を加重結果として規定することに賛同する見解もある⁵²⁾。

4) 相当の期間被害者を苛む状態に置いたこと

被害者を苛む状態 (in einen qualvollen Zustand) とは、被害者が苦痛に満ちた、重大な身体的・精神的損害を負った場合に生じる。判例においては、40分間縛られていた事案で、「相当の期間」と認めたものがある。

5) 被害者を特別な方法で貶めたこと

被害者を特に貶めたとされる事案としては、顔面に射精した事案⁵³⁾、縛られた被害者をフィルムに収めた事案、被害者を全裸で床に伏せさせ何分間もそのままにさせた事案⁵⁴⁾、行為者が切り取った自分の陰唇を嚙下させられた事案などがある。こうした加重事由が認められるためには、強姦に通常伴うよう

50) Phillip, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 30. なお、2015年改正により、インターネットなどを利用した継続的嫌がらせが新たに処罰されるようになった（107条c）が、その第3項にも同様の規定がある。

51) Hinterhofer, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 61.

52) Phillip, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 31.

53) 12 Os 64/11w. 但し、オーストリア連邦最高裁は、特別な方法で被害者を貶めたことについての被告人の故意が認定できないとして、本条の成立を肯定した原判決を破棄差戻しとした。

な辱めを著しく超えた辱めを与える必要がある⁵⁵⁾。

なお、こうした加重事由があったとしても、性的強要罪における性的行為が強姦罪における性交類似行為に格上げされることはない⁵⁶⁾。

④ 被害者の合意

被害者が性交又は性交類似行為に合意⁵⁷⁾した場合には、強姦罪は成立しない。被害者の合意の不存在は書かれざる構成要件要素であり、かかる合意が存在すれば、構成要件該当性が否定されることになる⁵⁸⁾。

2. 性的強要罪 (202条)

202条 性的強要

1. 201条の場合を除き、暴行又は危険な脅迫により、人に性的行為を行うこと又は甘受することを強要した者は、6月以上5年以下の自由刑に処する。
2. 強要された者が、前項の行為によって重傷害(84条1項)若しくは妊娠に至り、又は相当の期間苛まされた状態に置かれ若しくは特別な方法で貶められたときは、行為者は5年以上15年以下の自由刑に処する。強要された者が、前項の行為によって死亡したときは、行為者は10年以上20年以下の自由刑又は無期自由刑に処する。

(1) 概 説

① 基本構造

本条は、性的行為を強要する罪の基本構成要件を規定するものであり、本条

54) 12 Os 5/12w. これに対して、直接的な性的できごとによって被害者の貶めが生じなければならず、本事案はこれに当たらないとするものとして、Bertel/Schwaighofer, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 8 参照。

55) Phillip, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 33.

56) Phillip, a. a. O. (Anm. 5), §201 Rz. 34.

57) 構成要件を阻却する合意と違法性を阻却する同意とを区別する必要がある場合に限り、本稿では「合意」という用語を用いることにする。

58) この点は、被害者の自由な意思によらない性的行為を処罰する性犯罪全てに妥当する。これに対して、児童に対する性犯罪では、かかる合意が存在しても犯罪の成否には影響がない。III 1も参照。

の加重類型が強姦罪（201条）である。強姦罪とは異なり、①強要手段が暴行又は危険な脅迫であり、かつ②性交又は性交類似行為以外の性的行為を捕捉するものである。法定刑は、6月以上5年以下の自由刑である。

本条は、結果のみならず、強要手段についても、強姦罪の受け皿的な構成要件である。すなわち、性交又は性交類似行為が、強姦罪所定の暴行又は脅迫に該当しないような暴行・脅迫によって強いられた場合にも本条が成立する。

なお、本条に該当しない場合であっても、性的嫌がらせ罪（218条）の成否が別途問題となる。

② 保護法益

本条の保護法益は、強姦罪と同様、被害者の性的自己決定である。

(2) 構成要件

① 強要行為（強要手段）

本条の規定する強要手段は、1) 暴行、及び2) 危険な脅迫である。強要罪（105条）と同一である。

1) 暴行

本条の暴行とは、被害者の現実の又は予期される抵抗意思を圧迫し、排除するに適したあらゆる優越的な物理力の行使を指す。201条の暴行とは異なり、間接的に被害者の身体に影響を及ぼし得る限りで対物暴行も含まれる⁵⁹⁾。

2) 危険な脅迫

「危険な脅迫」の内容は、刑法典における文言の定義規定である74条1項5号で規定されている。かつては身体、自由、名誉及び財産法益に対する加害の告知に限定されていたが、被害者の性的指向（同性愛者であること）を被害者の両親に暴露するとの被告人の加害の告知が、名誉に対する加害の告知には該当せず、74条1項5号により捕捉されないとの判例⁶⁰⁾を受けて、74条1項5号の保護範囲が狭すぎるのが問題とされた。そこで、2015年改正において、事実の公表などにより高度に人的な生活領域を侵害する旨の脅迫についても、74条1項5号に含める改正がなされた⁶¹⁾。

59) Phillip, a. a. O. (Anm. 5), §202 Rz. 5.

60) 12 Os 90/13x.

「危険な脅迫」は、明示的ではなく黙示的でも足り、要求・依頼・提案・示唆であっても足り、時にはジェスチャーのみでも足りる。行為者に逆らえば何をされるか分からないので逆らっても無駄だと考えて逆らわなかった場合であっても、「危険な脅迫」は肯定され得る⁶²⁾。

74条1項5号では、被害者に対するのみならず、その近親者に対する加害の告知も含み、かつ、危険の現在性は要求されていない。但し、加害の内容が、行為者や行為者が影響を及ぼし得る人間によって実現され得るものであることが要求される⁶³⁾。

判例においては、被告人 X 及び Y 女が共謀の上、X が当時 14 歳であった A に対して、「自分と性交した写真を撮影してマフィアに送らないと、Y 女がマフィアに誘拐されてしまう」旨の虚偽の事実を告げて、A に対して性的行為を行ったという事案で、A にとって Y 女は親友であり、近い関係にあった者ということではできるが、X 及び Y 女が告げた害悪の内容、すなわちマフィアに誘拐されるという危険は、X 及び Y 女が影響を及ぼし得るものではなかったとして、本条の「危険な脅迫」には当たらないとしたものがある⁶⁴⁾。

② 強要結果

本条の規定する結果は、性的行為の遂行又は被害者による甘受である。性的行為とは、「単なる一時的なものではなく、性的関連性を有する、直接的に性的領域に属し、男性又は女性の身体に特徴的な被害者又は行為者の身体部分と他者の身体との接触」を意味する。但し、器具によって直接的に性的領域に属する部分に接触する場合も包摂される。性的行為か否かの判断においては、客観的に見て性的関連性を有しているか、すなわちその意義や強度・期間に照らして少なからぬ侵害性を有し、それゆえ秘部 (Intimbereich) に対する法益侵害性を有していると言えるか否かが重要であり、例えば服の上から太ももや臀部に対して接触する場合には、なお性的行為には当たらない⁶⁵⁾⁶⁶⁾。

61) EBRV 689 BlgNR XXV GP, 15.

62) Oberlaber/Schmidhuber, a. a. O. (Anm. 11), S. 177.

63) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §202 Rz. 7.

64) 11 Os 36/05m. 但し、後述のように、被告人らは青少年に対する性的虐待罪 (207 条 b) で処罰されている。III 3 (2)を参照。

性的行為と言えるか否かを判断するに当たっては、①直接的な性的領域に属する身体部分か否か、②一時的とは言えない性的接触であるか否か、が考慮される。また、かつてのように「わいせつな行為」が問題となっていた時代であれば、ポルノ的な撮影の強要も包摂されたが、「性的行為の強要」としては、それでは不十分であり、被害者が自己又は第三者の身体に接触することを強要されて初めて、本条に該当する⁶⁷⁾。

③ 加重類型

本条の加重類型は、強姦罪の加重類型（201条2項）と同一であり、かつ、法定刑も201条2項と同一である。なお、2013年改正以前は、致死以外の加重類型については1年以上10年以下の自由刑が、致死については5年以上15年以下の自由刑が規定されていた⁶⁸⁾。

3. 抵抗不能な者又は精神に障害のある者の性的虐待罪（205条）

205条 抵抗不能な者又は精神に障害のある者の性的虐待

1. 抵抗不能な者又は精神病、知的障害、重大な意識障害、若しくはその他これらの状態に匹敵するような重大な精神の不調のため、性的事象の意義を理解し若しくは理解に従って行動することができない者に対して、当該状態を悪用して、性交若しくは性交と同視すべき行為を行い、第三者と性交若しくは性交と同視すべき性的行為を行わせ若しくは甘受することを唆し、又は自己若しくは第三者を性的に興奮若しくは満足させるために被害者自身に対して性交と同視すべき性的行為を行うことを唆し、もって虐待した者は、1年以上10年以下の自由刑に処する。
2. 第1項の場合を除き、抵抗不能な者又は精神に障害のある者（第1項）に対して、当該状態を悪用して、性的行為を行い若しくは自己に対して性的行

65) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §202 Rz. 9ff.

66) 性的嫌がらせ罪（218条）の2015年改正では、太ももや臀部への接触を処罰範囲に含めている。IV 2 (2)参照。

67) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §202 Rz. 11.

68) 基本犯である強姦罪と性的強要罪とは法定刑が大きく異なるにも拘らず、加重類型については法定刑が同一である点については、なお批判の余地がある。

為を行わせ、第三者との性的行為を行うことを唆し、又は自己若しくは第三者を性的に興奮若しくは満足させるために被害者自身に対して性的行為を行うことを唆し、もって虐待した者は、6月以上5年以下の自由刑に処する。

3. 虐待された者が、前2項の行為によって重傷害(84条1項)若しくは妊娠に至り、又は相当の期間苛まされた状態に置かれ若しくは特別な方法で貶められたときは、行為者は5年以上15年以下の自由刑に処する。虐待された者が、前2項の行為によって死亡したときは、行為者は10年以上20年以下の自由刑又は無期自由刑に処する。

(1) 概 説

① 基本構造

本条は、抵抗不能な者、又は精神に障害のある者に対して性交又は性交類似行為を行う場合、又は第三者に対して若しくは(性交類似行為を)被害者自身に対して行うよう唆した場合(1項)には強姦罪と同一の法定刑で、それ以外の性的行為が問題となる場合(2項)には性的強要罪と同一の法定刑で処罰する規定である。また、加重類型(3項)については、201条2項及び202条2項と同一の加重類型を同一の法定刑で規定している。本罪は概ね、我が国における準強姦罪及び準強制わいせつ罪(刑法178条)に対応する。

2004年改正までは、凌辱罪(Schändung)という概念が用いられていたが、本改正により「抵抗不能な者又は精神に障害のある者の性的虐待罪」に変更された。また、「抗拒不能(Widerstandunfähigkeit)」から、「抵抗不能(Wehrlosigkeit)」に変更されたが、意味内容に変化が生じたわけではない⁶⁹⁾。その他にも、2項において「わいせつな行為」という概念が「性的行為」に置き換えられるなど、本改正により様々な変更が行われている。

また、2013年改正により、「性的行為」で統一されていた⁷⁰⁾性的虐待の内容が、性交又は性交類似行為とそれ以外の性的行為とに区別され、前者は強姦罪

69) Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §205 Rz. 5.

70) 1974年改正においては、性交(旧205条1項)とそれ以外のわいせつな行為(旧205条2項)とで法定刑が異なっており、2013年改正は、こうした規定方式に戻したものとと言える。

と、後者は性的強要罪と同一の法定刑で規定されるに至った。

② 保護法益

本条の保護法益は、被害者の性的完全性である。強姦罪・性的強要罪とは異なり、性交又は性交類似行為、及びその他の性的行為を強要することは不要である⁷¹⁾。しかし、本条の客体であっても、あらゆる性的活動から一律に保護されるわけではなく、虐待要件や「唆し」要件により、一定の限定が設けられている。抵抗不能状態に陥る前や性的自己決定能力がなお存在する段階で性交などに合意をした場合には、虐待要件が欠如し、構成要件該当性が否定される。

(2) 構成要件

① 主体・客体

本条の主体及び客体は、男性及び女性のいずれもなり得る。但し、客体については、1) 抵抗不能な者か、2) 精神に障害があるために性的自己決定ができない者でなければならない⁷²⁾。

1) 抵抗不能な者

抵抗不能とは、旧規定における抗拒不能と同じ概念であり、物理的理由による場合と心理的理由による場合の両方を包摂する。拘束されている場合、アルコールの摂取によって意識がない場合、睡眠中や半覚醒の場合がこれに当たる。

71) 強姦罪・性的強要罪とは異なり、被害者の意思の押し曲げ・排除といった要素が存在しないにも拘らず法定刑（特にその上限）が同一であるというのは、ドイツ刑法 177 条及びドイツ刑法 179 条の関係を考えると妥当性を欠くようにも見える。実際、2013 年改正までは、本条の法定刑は 6 月以上 5 年以下の自由刑であり、2013 年改正以前の強姦罪の法定刑（6 月以上 10 年以下）よりも上限が低かった。但し、スイス刑法 191 条の凌辱罪は、強姦罪（スイス刑法 190 条）と同じ法定刑の上限（10 年以下の自由刑）を規定しており、現在のオーストリア刑法のような立法に合理性がないとは言えない。被害者が抵抗できない状態の悪用すなわち脆弱さの悪用という点に、意思の押し曲げ・排除と同程度の不法性を見出しているとの説明も可能であろう。この点は、ウィーン大学教授である Susanne Reindl-Krauskopf 氏からの教示を得た。

72) なお、14 歳未満の児童についても本条の客体になり得るか否かが問題となる。通説によれば、この場合には専ら児童に対する性犯罪（206 条、207 条）のみが成立する（vgl. Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §206 Rz. 6）。これに対して、児童に対して、その身体的・精神的障害を悪用して性犯罪がなされた場合には、かかる悪用の有する不法内容が、児童に対する性犯罪では評価し尽くせないとして、本条と 206 条、207 条との競合を認める見解もある（vgl. Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §205 Rz. 4）。

更には、直前になされた暴力行為によってショックを受けた状態（いわゆる「硬直状態」）も、心理的に抵抗不能状態と言える⁷³⁾。これに対して、虚偽の事実を告げて性交などをした場合には、本条ではなく欺罔罪（108条⁷⁴⁾）に該当する⁷⁵⁾とされる⁷⁶⁾。

2) 精神に障害がある者

本条では、精神の障害として4つの類型を掲げている。すなわち、精神病、知的障害、重大な意識障害、及び、その他の重大な、前3者に匹敵するような精神の不調である。

精神の障害があることで直ちに本罪の客体になるのではなく、精神の障害ゆえに行為の意義を理解し、又は理解に従って行動する能力を欠いていた場合のみ、本罪の客体となる。

② 構成要件的行為

1) 第1項の行為類型

第1項の構成要件的行為は、被害者の抵抗不能状態又は精神に障害がある状態を悪用して、以下の行為によって被害者を虐待することである。

- a) 被害者と性交又は性交類似行為を行うこと
- b) 被害者が第三者と性交又は性交類似行為を行う又は甘受することを唆すこと
- c) 自己又は第三者を性的に興奮又は満足させるために、被害者が自分自身に対して性交類似行為をすることを唆すこと

2) 第2項の行為類型

第2項の構成要件的行為は、第1項と同様の方法で、以下の行為によって被

73) Hinterhofer, a. a. O. (Anm. 5), §205 Rz. 23.

74) 欺罔罪（108条）は、事実に関する欺罔によって、被害者の権利を侵害して意図的に損害を与えた場合に成立する犯罪であり、1年以下の自由刑又は720日以下の日数罰金に処せられる。

75) 11 Os 36/05m. 事案の詳細については、注64)も参照。

76) 但し、学説においては、欺罔による性交を108条で処罰することに否定的な見解が通説的である。Vgl. Christian Bertel/Klaus Schwaighofer/Andreas Venier, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I, 13. Aufl. (2015), §108 Rz. 3.

害者を虐待することである。

- a) 被害者に性的行為⁷⁷⁾を行うこと又は被害者に性的行為を行わせること
- b) 被害者が第三者と性的行為を行うことを唆すこと
- c) 自己又は第三者を性的に興奮又は満足させるために、被害者が自分自身に対して性的行為を行うことを唆すこと

3) 被害者の状態の悪用

本条の「悪用」とは、行為者が被害者の当該状態を、自己の計画に有利な事実として計算に入れる場合に認められる。例えば、精神障害者が行為者との性交に同意した場合に、「精神障害の事実がなければ性交に同意しなかったであろう」ということを行為者が認識しつつ性交を行った場合には、かかる精神障害の「悪用」が肯定される⁷⁸⁾。逆に、両者の間に人間的な情愛に基づく継続的な関係があり、性的行為が当該関係に基づくような場合には、「悪用」は否定される⁷⁹⁾。

4) 性交などの唆し

本条の「唆す」の意義については、後述の児童に対する加重性的虐待罪(206条)の説明を参照。

③ 加重類型

本条の加重類型は、強姦罪の加重類型(201条2項)と同一であり、かつ、法定刑も201条2項と同一である。2013年改正以前は、結果的加重犯(重傷害、妊娠、致死)のみが規定されていたが、2013年改正により、201条2項と完全に同一となった。

77) なお、判例においては、被告人らが被害者の酩酊中にその陰毛を剃刀で剃ったという事案で、性的行為の存否が問題となったが、「剃毛によって付随的に被害者の性器部分に集中的に接触した」との理由で本罪の成立を肯定している (Evbl 1994/124)。

78) Hinterhofer, a. a. O. (Anm. 5), §205 Rz. 29.

79) Hinterhofer, a. a. O. (Anm. 5), §205 Rz. 43.

Ⅲ 児童・青少年⁸⁰⁾に対する性犯罪

1. 児童に対する加重性的虐待罪 (206条)

206条 児童に対する加重性的虐待

1. 児童と性交又は性交と同視すべき性的行為を行うことを企図した者は、1年以上10年以下の自由刑に処する。
2. 児童に第三者と性交若しくは性交と同視すべき性的行為を行う若しくは甘受することを唆し、又は自己若しくは第三者を性的に興奮若しくは満足させるために性交と同視すべき性的行為を児童自身に対して行うことを唆した者は、前項と同じ刑に処する。
3. 児童が、前2項の行為によって重傷害(84条1項)若しくは妊娠に至り、又は相当の期間苛まされた状態に置かれ若しくは特別な方法で貶められたときは、行為者は5年以上15年以下の自由刑に処する。児童が、前2項の行為によって死亡したときは、行為者は10年以上20年以下の自由刑又は無期自由刑に処する。
4. 行為者の年齢が児童の年齢から3歳を超えず、かつ児童が第1項及び第2項の行為によって、相当の期間苛まされる状態に置かれず、特別な方法で貶められず、重傷害(84条1項)若しくは死亡するに至らなかったときは、児童が13歳に満たない場合を除き、行為者は第1項及び第2項によって処罰されない。

(1) 概 説

① 基本構造

本条第1項は、14歳未満の児童に対して、性交又は性交類似行為を企図(Unternehmen)した者に、強姦罪と同じ法定刑、すなわち1年以上10年以下の自由刑を科すものである⁸¹⁾。また、第2項は、14歳未満の児童に対して第三者との性交若しくは性交類似行為を行うことや甘受することを唆し、又は、

80) 本稿では、オーストリア刑法における絶対的保護年齢である14歳未満の者を児童とし、成人とは異なった保護を受ける18歳未満の者又は16歳未満の者を青少年とする。

行為者若しくは第三者を性的に興奮・満足させるために、児童自身に対して性交類似行為を行うことを唆した場合を第1項と同様に処罰する。第3項は、強姦罪など同一の加重類型を同一の法定刑で規定している。

更に、第4項では、行為者と被害児童との年齢差が3歳を超えない場合に、一定の条件の下で行為者を不可罰とする規定が設けられている（年齢差免責条項）。

② 保護法益

本条の保護法益は、児童の性的完全性であり、意思決定・意思活動の自由への侵害あるいは意思に反する性的完全性の侵害が保護の対象となっているわけではない。児童は精神の未熟さゆえに、性的なアプローチに対する理解・判断能力が欠如している。したがって、児童の性的・精神的な成長を可能な限り阻害されないようにするため、こうした性的なアプローチを一律に禁じるのが本条の趣旨である。脆弱者の保護という観点では抵抗不能な者又は精神に障害のある者の性的虐待罪（205条）と共通するが、保護法益に関しては、児童の健全な成長といった別個の視点が考慮されていることになる。

児童に対するあらゆる性的な行為は、それ自体として虐待であり、児童の同意があった場合でも本罪の成立は否定されない⁸²⁾。児童の心身の成長は、児童ごとに大きく異なるが、本条は、14歳未満の児童についてはなお性的自己決定能力が備わっていないことを擬制したものと言える（絶対的保護年齢）。したがって、児童の年齢及び児童の年齢についての行為者の認識が立証されれば本罪は成立する⁸³⁾。

(2) 構成要件

① 主体・客体

本条の主体・客体ともに、男性・女性の限定はなく性中立化が実現されてい

81) 児童に対する性犯罪につき、強姦罪や性的強要罪よりも低い法定刑を定めるドイツ・スイスとは、この点大きく異なる。14歳未満の児童の保護という特別な要請を極めて重視する観点から、こうした法定刑が正当化されているものと思われる。なお、本条は1974年改正の時点で、既に強姦罪（201条）と同じ法定刑を規定するものであった。

82) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §206 Rz. 1f.

83) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §206 Rz. 3.

る。客体は14歳未満の児童であり、現実の性的成熟度に関係なく、一律に本条で絶対的に保護されている。

② 構成要件的行為

1) 性的虐待の行為類型

本条で問題となる行為類型は、205条と基本的には同じである。すなわち、以下のa)からc)の行為が処罰対象とされている。但し、205条とは異なり、a)からc)の行為によって児童を虐待することが、条文上別個に要求されていない。

a) 児童に対して性交又は性交類似行為を企図すること⁸⁴⁾

b) 児童が第三者と性交又は性交類似行為を行う又は甘受することを唆すこと

c) 自己又は第三者を性的に興奮又は満足させるために、被害者が自分自身に対して性交類似行為をすることを唆すこと

2) 性交又は性交類似行為の企図

本条第1項では、行為者が被害児童に対して性交又は性交類似行為を実際に行うことは要求されておらず、その企図(Unternehmen)で足りる。

性交の企図とは、性交の現実の開始とは異なり、膣に対するペニスの挿入を開始しなくても認められる⁸⁵⁾が、少なくとも男性器と女性器の接触は必要である。こうした接触がない場合には、本罪の未遂が認められるに留まる⁸⁶⁾。

性交類似行為の企図についても、性交類似行為の現実の開始とは異なり、膣に対する指の挿入などを開始しなくても認められるが、少なくとも男性器又は

84) 条文上は性交類似行為についても企図で足りるとされているが、男性器又は女性器の接触の時点で、児童に対して性交類似行為を行い、又は甘受させたと評価できるとする見解もある(Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §206 Rz. 7)。

85) 被害児童が幼少のため、そもそもペニスが入り込めないほどに膣が未発達な場合であっても、本罪の成立が肯定される。Vgl. Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §206 Rz. 5.

86) 15条1項により、あらゆる故意犯は未遂も処罰される。なお、条文上「企図」となっているが、本罪はいわゆる企図犯(Unternehmensdelikt)ではないので、未遂もなお可罰的である。Vgl. Fabrizio, StGB und ausgewählte Nebengesetze, Kurzkomentar, 11. Aufl. (2013), §206 Rz. 2.

女性器の、挿入を意図した接触⁸⁷⁾は必要である。こうした接触がない場合には、本罪の未遂が認められるに留まる。

なお、指や器具を肛門に挿入する場合には、肛門自体は性器ではないために性交類似行為とはならないとする見解と、かかる場合も性交類似行為になるとする見解とが対立している⁸⁸⁾。

3) 性交又は性交類似行為の唆し

本条第2項の「唆す (verleiten)」とは、正犯を規定する⁸⁹⁾12条の「唆す (bestimmen)」と同様に、行為者が、被害児童に対して、第三者に対する性交又は性交類似行為を行うことや第三者からの性交又は性交類似行為を甘受することを決意させることを指す⁹⁰⁾。被害児童が誘惑されることは不要であり、被害児童が自ら決断した場合にも本条は成立する。

4) 自分自身に対する性交類似行為？

本条第2項後段は、被害児童が自らに対する性交類似行為を行うことを唆す場合をも処罰しているが、学説においては、性交とは2人の人間による身体的結合を本質とするものであり、性交類似行為を1人で行うことはできないとして、当該規定を立法の過誤⁹¹⁾だとする見解も有力に主張されている⁹²⁾。

これに対して、近時の判例は、行為者が9歳の少女に対して電話越しに、自

87) 13 Os 7/04. 被告人が自己のペニスを4歳の少年のペニスとこすり合わせたという事案で、判例は、性交類似行為に本質的である挿入という要素を欠くが故に本罪は成立せず、児童に対する性的虐待罪(207条1項)が成立するに留まるとした。

88) 強姦罪における議論(II 1(2))を参照。

89) オーストリア刑法は統一的正犯概念を採用しているが、正犯概念の一つに誘発正犯(Bestimmungstäter)がある。これは日本で言えば教唆犯である。より詳細については、例えば十河太朗「オーストリア刑法における共犯と身分」愛媛大学法文学部論集16号(2004年)72頁参照。

90) Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §206 Rz. 10; Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §206 Rz. 13.

91) 当該規定は、元々は児童に対する性的虐待罪(207条)にのみ存在したものであるが、1998年改正において本条が性交類似行為についても捕捉するようになったことに伴い、本条の事例と207条の事例とを同様に扱うために、本条についても新たに規定されたものである。Vgl. EBRV 1230 BlgNR XX GP, 21f.

92) Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §206 Rz. 11.

己の指を女性器に差し込んでかき回すように要求したという事案において、かつての判例⁹³⁾とは異なり、本条第2項が適用されることを正面から肯定している⁹⁴⁾。なお、この事例では、行為者が被害者と同じ場所にはいないが、判例はこうした場合にもなお本条第2項の成立を肯定している⁹⁵⁾。

(3) 加重類型 (第3項)

本条第3項の規定する加重類型は、強姦罪の加重類型 (201条2項) などと同一であり、法定刑も同一である。

但し、死亡結果に関しては、強姦罪などの場合とは異なり、被害児童には自己答責性が欠如するため、自殺についても含むとするのが有力説である⁹⁶⁾。

(4) 主観的要件

本条は故意犯であり、被害児童が14歳未満であることについての認識が必要である。当該認識を欠く場合には、本条は成立しない⁹⁷⁾。

また、本条第2項後段は、「自己又は第三者を性的に興奮又は満足させるため」という主観的要素を規定している。ここでは、かかる意図 (5条2項) を有することが要求されている。

(5) 処罰阻却事由 (第4項)

① 法的性質及び趣旨

本条第4項は、青少年間の恋愛においては、児童の側がイニシアティブを取ること稀ではないことに鑑みて、一定の要件の下で青少年である行為者を不可罰にするものであり、人的処罰阻却事由と解されている⁹⁸⁾。なお、本条の

93) 13 Os 107/77. 1974年改正においては、旧206条は専ら性交のみを捕捉しており、本文で述べたような事案は旧207条1項に当たるとされた。

94) 15 Os 100/09h. 判例は、本件において、性交類似行為となるか否かにおいて決定的なのは性交との外観上の類似性及び被害者の性的領域への干渉の程度であると論じ、本件の被害者の行為 (膣への挿入行為) は、性交に類似し、同様の社会侵害性を有する行為であると判示した。

95) 15 Os 100/09h.

96) Hinterhofer, a. a. O. (Anm. 5), §206 Rz. 39; Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §206 Rz. 15.

97) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §206 Rz. 21. これに対してスイス刑法187条4項では、年齢不知の場合にも過失犯処罰規定を設けている。

98) EBRV 1230 BlgNR XX GP, 23.

趣旨としては、青少年間のこうした性的事象について、刑事手続で処理することは、被害者及び行為者に辛い経験として固着化し、その将来にとっても害になるとの理由も挙げられている⁹⁹⁾。

② 要件

- 1) 行為者の年齢が被害児童の年齢よりも3歳を超えないこと
- 2) 被害児童が行為時に13歳に達していること
- 3) 第3項の加重類型のうち、妊娠以外の類型に当たらないこと

③ 錯誤

②の1)から3)の要件が客観的には存在しないにも拘らず行為者が錯誤に陥っている場合には、本条第4項は適用されず、処罰は阻却されない¹⁰⁰⁾。

2. 児童に対する性的虐待罪（207条）

207条 児童に対する性的虐待

1. 206条の場合を除き、児童に性的行為を行い又は行わせた者は、6月以上5年以下の自由刑に処する。
2. 児童に第三者と性的行為を行うことを唆し、又は自己若しくは第三者を性的に興奮若しくは満足させるために性的行為を児童自身に対して行うことを唆した者は、前項と同じ刑に処する。
3. 児童が、前2項の行為によって重傷害（84条1項）に至り、又は相当の期間苛まされた状態に置かれ若しくは特別な方法で貶められたときは、行為者は5年以上15年以下の自由刑に処する。児童が、前2項の行為によって死亡したときは、行為者は10年以上20年以下の自由刑又は無期自由刑に処する。
4. 行為者の年齢が児童の年齢から4歳を超えず、かつ児童が第1項及び第2項の行為によって、相当の期間苛まされる状態に置かれず、特別な方法で貶められず、若しくは第3項の結果が生じなかったときは、児童が12歳に満たない場合を除き、行為者は第1項及び第2項によって処罰されない。

99) JAB 959 BlgNR XIII GP, 31.

100) Bertel/Schwaighofer, a. a. O. (Anm. 5), §206 Rz. 9.

(1) 概 説

① 基本構造

本条は、児童に対する加重性的虐待罪（206条）の基本構成要件を規定するものであり、第1項は、児童に対して性交又は性交類似行為以外の性的行為を行い、又は自己に対して行わせた者に対し、性的強要罪（202条）と同一の法定刑、すなわち6月以上5年以下の自由刑を科すものである。第2項は、206条2項に、第3項は206条3項に、第4項は206条4項にそれぞれ対応しているが、幾つか差異もある。

② 保護法益

本条の保護法益は、206条と同一である。したがって、性的自己決定権が保護されているのではなく、あくまでも児童の健全な精神的・性的成長といった観点と結びついた児童の性的完全性が保護されている¹⁰¹⁾。児童が性的行為に同意をしている場合でも、本罪の成否に影響はない。

(2) 構成要件

① 性的行為

性的行為の定義については性的強要罪（202条）を参照。判例は、旧207条に関して、身体接触を伴わない場合でも「わいせつ」に当たるとしていた¹⁰²⁾が、こうした判例は、性的行為を規定する本条ではもはや妥当しないとするのが学説の理解である¹⁰³⁾。

また、判例においても、一時的で侵害の程度が低い身体接触ではなお性的行為とは言えないとされている¹⁰⁴⁾。

② 行為類型

206条での説明を参照。

101) Hinterhofer, a. a. O. (Anm. 5), §207 Rz. 2 ; Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §207 Rz. 1.

102) 判例は、児童の裸体の下半身を撮影する行為が「わいせつな」行為に当たるとする。
Vgl. EvBl 1999/8.

103) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §207 Rz. 10ff.

104) 15 Os 24/12m. 少年のズボンに手を入れて性器部分を触った事案につき、接触していた時間及びその程度が不明であるとして、本条の成立を認めた原判決を破棄して差し戻した。

(3) 加重類型（本条第3項）

強姦罪などの加重類型とは異なり、妊娠については加重事由から除外されている。性的強要罪（202条）が、強姦の強要手段には当たらない暴行・脅迫による性交をも捕捉し得るのとは異なり、本条は性交の事例をおよそ捕捉しないため、こうした規定とされていると言えよう¹⁰⁵⁾。

(4) 処罰阻却事由（本条第4項）

以下の①から③を満たしている場合に、行為者を不可罰とする規定である。

- ① 行為者の年齢が被害児童の年齢よりも4歳を超えないこと
- ② 被害児童が行為時に12歳に達していること
- ③ 第3項の加重類型に該当しないこと

3. 青少年に対する性的虐待罪（207条b）

207条b 青少年に対する性的虐待

1. 16歳に満たず、かつ一定の事由により性的事象の意義を理解する又は理解に基づいて行動するほどに十分に成熟していない者に対して、その未成熟さ及び自己の年齢に基づく優越性を悪用して、性的行為を行い若しくは行わせ、又は第三者に性的行為を行い若しくは第三者に行わせることを唆した者は、1年以下の自由刑又は720日以下の日数罰金に処する。
2. 18歳未満の者に対して、その者の強制状態を悪用して、性的行為を行い若しくは行わせ、又は第三者に性的行為を行い若しくは第三者に行わせることを唆した者は、3年以下の自由刑に処する。
3. 18歳未満の者に対して、直接的に対価によって、性的行為を自己又は第三者に対して行い又は自己又は第三者によって被害者自身に対して行わせることを唆した者は、3年以下の自由刑に処する。

(1) 概 説

① 基本構造

本条は、児童に対する性犯罪（206条、207条）で前提とされている絶対的保

105) Hinterhofer, a. a. O. (Anm. 5), §207 Rz. 30.

護年齢（14歳未満）を超えた青少年を一定の要件の下で保護する規定である。第1項では、16歳未満で性的行為の意義を理解できるほどに成熟していない青少年に対して、その未成熟さ及び年齢差による優越性を悪用して性的行為を行うなどした者を処罰する。第2項では18歳未満の青少年に対して、その強制状態（Zwangslage）を悪用して性的行為を行うなどした者を処罰する。そして第3項では、18歳未満の青少年に対して、直接的に対価によって性的行為を唆した者を処罰する。

本条の前身である旧209条は、18歳以上の男性が18歳未満の男性とわいせつな行為をすることを処罰するものであった。しかし、当該規定が平等原則に反するとしてオーストリア憲法裁判所で違憲無効とされた¹⁰⁶⁾ため、本条が急遽導入されたものである。このような経緯もあり、本条は十分な検討の上に導入されたものではなく、特に第1項については規定の内容が不明確であり、かつ処罰範囲が広範であるとの批判が学説から強くなされている¹⁰⁷⁾。

② 保護法益

本条の保護法益は、青少年の性的自己決定権である¹⁰⁸⁾。すなわち、本条は、他からの影響を容易に受けやすい¹⁰⁹⁾青少年の性的自己決定権を保護する規定であり、201条・202条、205条、206条・207条、及び212条の処罰の欠缺を埋めるものである。

(2) 構成要件

① 第1項

1) 客 体

本項の客体は、16歳未満の者であって、性的行為の意義を理解し、又は理解に従って行動するほど十分に成熟していない者である。14歳未満の者であっても本項の客体に含まれる¹¹⁰⁾が、児童に対する（加重）性的虐待罪（206条・207条）に対して、本項は補充的な関係に立つ¹¹¹⁾。

106) G 6/02 vom 21. 6. 2002 JBl 2002, 579.

107) Schwaighofer, a. a. O. (Anm. 45), S. 528.

108) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §207b Rz. 5.

109) したがって、本条は、青少年の健全な成長が、他からの影響を受けて損なわれることから青少年を保護する規定でもある。Vgl. Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §207b Rz. 4.

2) 構成要件的行為

本項は、被害者の未成熟さ及び年齢差に基づく優越性を悪用することで、性的行為を行うなどした場合に成立する。

a) 未成熟さ・年齢差の悪用

本項の罪が成立するためには、行為者はまず、「性的行為の意義を理解し、又は理解に従って行動するほど十分に成熟していない者」の未成熟さ¹¹²⁾を悪用する必要がある。本項の規定する未成熟さの定義は、少年裁判所法4条2項1号とパラレルである。しかし、行為の違法性に関する弁別能力・行動制御能力ではなく、むしろ事実に関する認識能力などが問題となると学説においては解されている¹¹³⁾。

次に、年齢差に基づく優越性を悪用する必要がある。どの程度の年齢差が必要かは、法文からは明らかではないが、最低でも10歳差は必要であるとの見解¹¹⁴⁾や、5歳差は必要であるとする見解¹¹⁵⁾などが示されている。

また、本項は、206・207条とは異なり、未成熟さ及び年齢差を「悪用」することを要件としている。「悪用」とは、被害者の利益に反することに向けられた方法で行動する場合に肯定される。行為者と青少年との間に人間的な情愛に基づく継続的な関係があり、性的行為が当該関係に基づくような場合には、本項の適用は否定される¹¹⁶⁾。

110) かつての判例は、本項は14歳以上16歳未満の者を保護する規定であると解していたが(14 Os 44/04)、近時の判例は、この点を改めて本文のように解している(13 Os 130/07b)。なお、本文のように解する実益は、被告人が、実際には14歳未満の被害者を14歳以上(16歳未満)であると誤信した場合に、206条・207条では処罰できなくても本項で処罰できる点にある。

111) 13 Os 130/07b.

112) こうした未成熟さについて個別具体的に立証する必要がある点が、児童における絶対的保護年齢(14歳未満)との最大の差異である。

113) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §207b Rz. 11.

114) Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §207b Rz. 6. こうした見解は、本項は、「50代のスケベ親父(Lustmolch)」が14歳又は15歳の少女と性的行為を行う事例を処罰するものであるとの理解に立っている。

115) Schwaighofer, a. a. O. (Anm. 45), S. 530.

116) Hinterhofer, a. a. O. (Anm. 5), §207b Rz. 21.

b) 性的行為を行うこと等

本項では、本項所定の客体に対して性的行為を行う若しくは行わせた者、又は性的行為を第三者に対して行う若しくは行わせることを唆した者が処罰対象とされている。性的行為については202条を参照。

② 第2項

1) 客 体

本項の客体は18歳未満の青少年である¹¹⁷⁾。

2) 構成要件的行為

本項は、18歳未満の青少年の強制状態 (Zwangslage) を悪用することで性的行為を行うなどした場合に成立する。

a) 強制状態の悪用

本項の規定する「強制状態」とは、青少年が性的行為に強いられるような不都合な諸事情が存在することを言い、こうした諸事情がなければ青少年が性的行為におよそ応じなかったであろう場合を指す¹¹⁸⁾。主として想定されているのは、重大な経済的窮乏状態であり、ホームレス、薬物中毒、アルコール中毒、家から引き離された青少年などを保護するのが本項の趣旨である。かかる強制状態は、問題となる害悪が現実存在する場合のみならず、存在すると思込まされた場合であってもなお成立し得る。また、かかる害悪が自己のみならず自己の近親者に向けられている場合にも、本項の規定する「強制状態」はなお存在する¹¹⁹⁾。

また、本項も、第1項と同様に強制状態を「悪用」することを要件としている。この点については第1項の記述を参照。

判例においては、被告人 X 及び Y 女が共謀の上、X が当時 14 歳であった A に対して、「自分と性交した写真を撮影してマフィアに送らないと、Y 女がマフィアに誘拐されてしまう」旨の虚偽の事実を告げて、A に対して性的行

117) かつては16歳未満の青少年とされていたが、2013年改正により本文のように規定された。

118) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §207b Rz. 16.

119) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §207b Rz. 12.

為を行ったという事案で、本項における「強制状態」は被害者自身に生じなければならぬが、被害者に近い関係にある者に対して害悪が及んでいる場合にも、被害者自身が「強制状態」にあるとした。その上で、かかる害悪が現実存在するか否かは本条の成否に関係なく、虚偽の事実を告げて被害者が「強制状態」に陥った場合には、本項の罪と欺罔罪（108条）との所為単一になると判示した。但し、本件では、告訴が存在しないため、親告罪である欺罔罪については成立せず、本項の罪のみが成立するとされた¹²⁰⁾。

b) 性的行為を行うこと等

第1項の記述を参照。

③ 第3項

1) 客 体

本項の客体は、18歳未満の青少年である¹²¹⁾。

2) 構成要件的行為

本項は、18歳未満の青少年に対して対価によって直接的に性的行為を唆した場合に成立する。

a) 対 価

「対価」とは、刑法典における文言の定義規定である74条1項6号に規定されているように、「金銭に匹敵するような反対給付」を指す。しかし、字義どおりに捉えると、食事を奢ることや映画館に誘うことといった場合にも「対価」関係が認められかねず、過度に広範であるとの批判が学説からなされている¹²²⁾。その観点から、学説においては、第2項と併せて読むことにより、青少年の強制状態を悪用した対価的な性的行為に限定する解釈が主張されている¹²³⁾。

b) 性的行為の唆し

120) 11 Os 36/05m. 注64) 及び注74) も参照。

121) 18歳未満という高い保護年齢は、対価に基づく性的行為を処罰するドイツ刑法182条2項やスイス刑法196条においても同様である。

122) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §207b Rz. 17.

123) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §207b Rz. 17.

「唆す (verleiten)」の内容については、206条を参照。

4. 16歳未満の者を道徳的に危殆化する罪 (208条)

208条 16歳未満の者の道徳的危殆化

1. 16歳未満の者の道徳的、精神的又は健康的な成長を危殆化する性質を有する行為を、自己又は第三者を性的に興奮又は満足させるために、児童又は自己の教育、職業訓練若しくは監督に服する16歳未満の者の面前で行った者は、事案の諸事情に鑑みて児童又は16歳未満の者の危殆化が生じない場合を除き、1年以下の自由刑又は720日以下の日数罰金に処する。
2. 第1項の場合を除き、自己又は第三者を性的に興奮又は満足させるために、児童が性的行為を認識するように働きかけた者は、第1項と同じ刑に処する。
3. 自己又は第三者を性的に興奮又は満足させるために、児童が201条ないし207条又は207条bによって可罰的な行為を認識するように働きかけた者は、2年以下の自由刑に処する。
4. 第1項前段及び第2項の行為者の年齢が児童の年齢から4歳を超えないときは、児童が12歳に満たない場合を除き、行為者は第1項及び第2項によって処罰されない。

(1) 概 説

① 基本構造

本条は、16歳未満の青少年の道徳的、精神的、又は健康的な成長を危険に晒す性質を有する行為を、自己又は第三者を性的に興奮又は満足させるために、14歳未満の者又は自己の教育、職業訓練若しくは監督に服する16歳未満の青少年の面前で行う者に対して1年以下の自由刑又は720日以下の日数罰金を科す規定である。なされる行為が必ずしも性的行為に限定されないものの、行為者が性的目的を有する点で、性犯罪に位置づけられている¹²⁴⁾。

また、2013年改正により、本条第2項及び第3項では新たに、自己又は第三者を性的に興奮又は満足させるために、14歳未満の児童が性的行為(2項)

124) Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §208 Rz. 1.

又は 201 条から 207 条若しくは 207 条 b により可罰的な行為（3 項）を認識するように行為者が働きかける場合を処罰している。

更に、本条は第 4 項で、第 1 項前段（14 歳未満の児童の場合）及び第 2 項の行為につき、行為者と被害者との年齢差が 4 歳を超えない場合に、一定の条件の下で処罰を阻却する規定を設けている（年齢差免責条項）。

② 保護法益

本条の保護法益は、児童又は 16 歳未満の青少年の性的成長である。すなわち、健全な性的・精神的成長を可能にするために、性的なものに直面することから青少年を保護する規定が本条である¹²⁵⁾。したがって、本条の保護法益は 206 条・207 条の保護法益と共通する¹²⁶⁾。

(2) 構成要件（第 1 項）

① 客 体

本条は、14 歳未満の児童又は行為者による教育、職業訓練若しくは監督に服する 16 歳未満の青少年を客体とする。なお、性的意義をおよそ理解し得ない児童については、本条の客体から除外される¹²⁷⁾。

② 構成要件的行為

1) 児童・青少年の性的成長を危険に晒す性質を有する行為

前述の通り、本項の文言上は、「16 歳未満の者の道徳的、精神的、又は健康的な成長を危険に晒す性質を有する行為」が構成要件的行為であり、性的行為

125) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §208 Rz. 1.

126) スイス刑法では、児童に対する性犯罪を規定する 187 条 1 項により、「児童を性的行為に巻き込んだ場合」を、児童と性的行為を行った場合と並置して処罰（5 年以下の自由刑又は日数罰金）している。こうしたスイス刑法と比較すると、本条は、①児童を性的事象に巻き込むことを、児童に対する性犯罪（206 条、207 条）よりも著しく軽く処罰する一方、②処罰範囲を、性交や性的行為に限定せず、およそ健全な精神的成長に害を及ぼす行為一般に拡張し、かつ、③ 16 歳未満の青少年を保護対象とする点でも処罰範囲を拡張するものと言える。とはいえ、スイス刑法 187 条 1 項においても、法定刑の下限は極めて低く、かつ、性的行為に児童を巻き込む類型で想定される行為責任の幅は法定刑の下限の方に位置しているであろうから、実際にはオーストリア刑法と大きな差はないと言えよう。

127) 何歳までを性的意義を理解し得ない児童として解するかについては、後述のように見解の対立がある。

あるいは性に関係する行為には限定されていない¹²⁸⁾。しかし、本罪が性犯罪に位置づけられていることから、性的行為あるいは性的に不快感を与える行為に限定する見解が有力である¹²⁹⁾。このような行為としては、児童・青少年の面前でオナニーをすること¹³⁰⁾、性器を露出すること、ハードポルノを見せることなどが挙げられている¹³¹⁾。これに対して、児童・青少年の前で裸で歩き回るといった行為は、本項では捕捉されないとされる¹³²⁾。また、ウェブカメラを通じて自己の性交を被害者に見せる行為も本項では捕捉されないとされる¹³³⁾。

2) 具体的事情における危険の否定

本項では、事案の諸事情に鑑みて、当該行為が児童又は16歳未満の者に危険を与えない場合には構成要件が充足されない旨規定されている。当該行為が一般的には被害者の成長を危険に晒す性質を持っていても、当該事案の下ではかかる危険が存在しない場合には、構成要件該当性が否定される。例えば、当該児童が既に売春などに手を染めていて、当該行為によってはもはや性的な成長が危険に晒されない場合が挙げられる¹³⁴⁾。

また、乳幼児の面前で性的行為を行うような場合に、性的行為の意義を理解し得ないものとして本条の成立が否定されるかについては、乳児(0歳から2歳ぐらいまで)についてのみ保護客体から除外する見解と、幼児(5歳ぐらいまで)についても保護客体から除外する見解とに分かれている¹³⁵⁾。

③ 主観的要件

本条では、故意の他に、第1項から第3項に共通して、「自己又は第三者を性的に興奮又は満足させるため」との主観的要件が規定されている。前述の通

128) 11 Os 95/78.

129) Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §208 Rz. 5.

130) 11 Os 29/06h.

131) スイス刑法187条1項が「児童を性的行為に巻き込むこと」を要求するのとは異なり、現実の性的行為が被害者の面前で行われる必要はない。

132) Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §208 Rz. 5.

133) 但し、後述の通り本条第2項で捕捉される。

134) Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §208 Rz. 6.

135) Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §208 Rz. 7.

り、本条所定の行為自体は、性的な行為に限定されておらず、当該要件こそが本罪の性犯罪としての性質を基礎づけているものと言える。

判例においては、被告人が家の階段で下半身を剥き出しにしてオナニーをしていたところ、開いていた玄関のドアから被害者である7歳の少女がその状況を見てしまったという事案がある。第1審が、被告人は「自己の行為が青少年や児童を含む他人から見られても構わないと考えていた」として本罪の成立を肯定したのに対して、オーストリア連邦最高裁は、本罪の成立には自己又は第三者を性的に興奮又は満足させる意図¹³⁶⁾が必要であり、かかる性的興奮又は満足は、当該行為が児童又は青少年の面前で行われているという状況によって惹き起こされたものでなければならないとし、かかる意図を認定しないままに出された第1審の有罪判決には誤りがある旨判示した¹³⁷⁾。

(3) 第2項及び第3項の構成要件

第2項は、14歳未満の児童が性的行為を認識するように働きかける場合を第1項の場合と同様に処罰する規定である。主として念頭に置かれているのは、行為者が児童の面前で性的行為を行わず、例えばウェブカメラなどを通じてライブチャットを行う過程で、被害者に性的行為を視覚的又は音的に認識させる場合である¹³⁸⁾。

これに対して、第3項は、14歳未満の児童が201条から207条及び207条bの罪に当たる可罰的行為を認識するように働きかける場合、すなわち暴行・脅迫が問題となる性犯罪や児童が関係する性犯罪に当たる行為を児童に認識させる場合を、第1項の場合よりも重く処罰する規定である。

いずれについても、第1項と同様に、行為者に自己又は第三者を性的に興奮又は満足させる意図が必要である。

(4) 処罰阻却事由（第4項）

本条第1項前段（14歳未満の児童が客体となる場合）及び第2項については、

136) 5条2項には、「意図」に関し、「当該状況又は結果の実現が行為者にとって重要である場合には、行為者は意図的に行為したものである」との定義規定が置かれている。

137) SSt 55/53.

138) Bertel/Schwaighofer, a. a. O. (Anm. 5), §208 Rz. 5.

以下の①及び②の要件を満たす場合に行為者が不可罰とされる。本項の法的性質及び趣旨については、児童に対する加重性的虐待罪(206条)を参照。

- ① 行為者の年齢が被害児童の年齢よりも4歳を超えないこと
- ② 被害児童が行為時に12歳に達していること

5. 権威的関係を濫用する罪(212条)

212条 権威的関係の濫用

1. 1) 18歳未満の自己の直系卑属, 養子, 継子若しくは被後見人に, 又は
2) 18歳未満の自己の教育, 職業訓練若しくは監督に服する者に, 自己の当該人に対する地位を悪用して,
性的行為を行い若しくは行わせ, 又は自己若しくは第三者を性的に興奮若しくは満足させるために被害者自身に対して性的行為を行うことを唆した者は, 3年以下の自由刑に処する。
2. 1) 医師, 臨床心理学者, 衛生心理学者, 心理セラピスト, 衛生・看護業務の従事者若しくは牧師である者が, 業務上監護されている者と
2) 教育施設の職員その他の従業員である者が, 施設内で監護されている者と, 又は
3) 公務員が, その公務上の監護に服する者と
自己の当該人に対する地位を悪用して, 性的行為を行い若しくは行わせ, 又は自己若しくは第三者を性的に興奮若しくは満足させるために被害者自身に対して性的行為を行うことを唆した者は, 前項と同じ刑に処する。

(1) 概 説

① 基本構造

本条第1項は, 18歳未満の直系卑属, 養子, 継子若しくは被後見人と性的行為をする者, 又は自己の教育, 職業訓練若しくは監督に服する18歳未満の者と自己の地位を悪用して性的行為をする者を3年以下の自由刑で処罰する規定である。

これに対して, 第2項は, 被害客体が18歳未満との限定なく, 医師, 病院

などに勤務する者や牧師，教育施設に勤務する者，及び公務員が，自己の地位を悪用して，職務上担当する相手方に性的行為をする場合を第1項と同様に処罰する規定である。

いずれの規定も，行為者の有する権威的地位により，被害者の意思が制約されて性的行為に巻き込まれることを処罰対象とするものである。暴行・脅迫といった手段ではなく，権威的・依存的関係によって，被害者が自由な意思によらない性的行為に至るという点で，201条以下の強姦罪・性的強要罪の補充類型としての意味を有する¹³⁹⁾。

② 保護法益

本条の保護法益は，201条以下と同様，被害者の意思決定の自由と結びついた被害者の性的完全性であるが，本条が捕捉する権威的關係（例えば家族，学校，医療・教育施設，拘禁施設）が支障なく機能を発揮することが副次的に保護されていると解されている¹⁴⁰⁾。

(2) 構成要件

① 主体・客体

1) 第1項

第1項の客体は，①18歳未満の者であり，かつ②1) 行為者の直系卑属，養子，継子若しくは被後見人であるか（1号），又は②2) 行為者の教育，職業訓練若しくは監督に服する者（2号）である。1号の場合には，行為者が自己の地位を悪用しなくても本罪が成立するが，2号の場合には，行為者が自己の地位を悪用する場合にのみ成立する。すなわち，1号所定の関係にある場合には，当該関係それ自体により，被害者の意思が制約されていると擬制されている¹⁴¹⁾。

2号所定の関係は，行為者と被害者との間の事実的な関係として存在する必要があるが，明示的な取り決めに基づく関係といった法的な関係は不要である¹⁴²⁾¹⁴³⁾。教師¹⁴⁴⁾，補習教師¹⁴⁵⁾，青少年グループの引率者といった立場にあ

139) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §212 Rz. 1.

140) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §212 Rz. 1.

141) Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §212 Rz. 1.

る場合も本号で捕捉され得る¹⁴⁶⁾。

2) 第 2 項

第2項の客体は、18歳未満との限定はなく、成人であっても客体となる。本項の1号ないし3号では、以下の3つの類型が客体として規定されている。

a) 医師、臨床心理学者、衛生心理学者、心理セラピスト、衛生業務・看護業務の従事者又は牧師である主体に、業務上監護されている者(1号)

b) 教育施設の職員その他の従業員である主体に、施設内で監護されている者(2号)

c) 公務員たる主体による公務上の監護に服する者(3号)

なお、3号については、公務員の中でも、対象者に対して強制力を行使する権限を有する者、例えば警察官、刑務官、国の医療施設に勤務する医師などが想定されている¹⁴⁷⁾。

② 構成要件的行為

1) 性的行為を行うこと等

本条では、本条所定の客体に対して性的行為を行う若しくは自己に対して行わせること、又は自己若しくは第三者を性的に興奮させ若しくは性的に満足させるために、被害者が自分自身に対して性的行為をすることを唆すことが処罰対象とされている¹⁴⁸⁾。判例においては、行為者が被害者の面前でオナニーを

142) 11 Os 90/09g.

143) 被告人が、自分の妻の妹に著しい学習困難があったため、その母親から黙示的に監督を委ねられていた事案で、本号所定の関係を認めたものとして、SSt 52/24 参照(但し、後述のように、当該関係の悪用を否定)。

144) EvBl 1984/7. この事案では、小学校の教師である被告人が、学校内のみならず遠足や補習授業においても被害者に対して性的行為を行ったという事案であったが、判例においてはいずれの行為に関しても本号所定の権威的關係が存在することを肯定している。

145) EvBl 1999/51.

146) Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §212 Rz. 3.

147) Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §212 Rz. 8.

148) したがって、単に被害者の面前でオナニーをする行為は、本条では捕捉されない。但し、本条1項2号所定の関係にある被害者が16歳未満であれば、道徳的危殆化罪(208条)により処罰される(11 Os 29/06hも参照)。また、年齢を問わず、性的嫌がらせ罪(218条)も成立し得る。

する事案につき、行為者と被害者との間の性的接触を欠くとして本条は成立しない旨述べている¹⁴⁹⁾。なお、性的行為については202条を参照。

2) 自己の地位を悪用すること

本条第1項1号の場合を除き、本条の罪が成立するためには、行為者が自己の地位を悪用したことが必要である。すなわち、被害者が行為者の意思に逆らえないように、行為者が自己の地位を意思抑圧の手段として用いる場合にのみ本条が成立する¹⁵⁰⁾。いかなる場合に自己の地位の悪用が認められるかについては、被害者が行為者との性的行為に関して決定する余地が、第三者に対する場合よりも小さくなる場合であるとの基準が示されている¹⁵¹⁾。行為者と被害者との間に権威的関係が成立する以前から恋愛関係にあった場合や、両者の間に人間的な情愛に基づく継続的な関係があり、性的行為が当該関係に基づくような場合には、本条の適用は否定される¹⁵²⁾。その点では、抵抗不能者又は精神に障害のある者の性的虐待（205条）や青少年に対する性的虐待（207条b）における「悪用」要件と同じである。

判例においては、被告人Xが自分の妻Aの妹Bにつき、その母親から教育に関する監督を黙示的に委ねられていたところ、ある日、Aが寝た後にXがBと共に酒を飲んで性的な話をしているうちに性的に興奮し、Bと愛撫し合い、更に場所を変えてXはBにキスをして服の上から乳房や性器を触ったが、それ以上のことはしなかったという事案で、「権威的関係によって初めて性的行為が可能になったか、又は少なくとも決定的に容易になったこと」が「地位の悪用」を肯定するためには必要であるとして、かかる権威的関係が生じる以前に既に恋愛関係にあった場合には、本条は成立しないとされている¹⁵³⁾。

149) 2004年改正によって、本条が「わいせつな行為へと虐待する」との文言から「性的行為を行う又は行わせる」との現在の文言に修正されたが、判例は、その前後を通じて一貫して、行為者と被害者との間に性的接触が必要である旨判示している。12 Os 188/94（1995年3月9日決定）及び13 Os 6/07t（2007年3月7日決定）参照。

150) Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §212 Rz. 11; Bertel/Schwaighofer, a. a. O. (Anm. 5), §212 Rz. 6.

151) Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §212 Rz. 11.

152) Hinterhofer, a. a. O. (Anm. 5), §212 Rz. 47.

また、数年間にわたり被害者 A の補習教師をしていた被告人 X が、補習をしている A の部屋で、A の乳房や性器を触ったという事案で、「長年に渉る補習教育が、とりわけ A の部屋で、他の（権威的立場に立つ）者がいない状態になされていたという事実からは、A が X に道徳的關係においても従属していたことを基礎づけることができる」として、「地位の悪用」を認めた第 1 審の判断を肯定した判例もある¹⁵⁴⁾。

以上の判例においては、①単に行為者に権威的な地位があるだけでは足りず、②かかる地位を実際に利用することによって初めて性的行為を実現したと言えることが要求されていると言える。

③ 主観的要件

本罪も故意犯であり、本条第 1 項 1 号については所定の権威的關係が存在することの認識が必要である。また、本条第 1 項 2 号及び第 2 項については、かかる認識に加えて、当該地位を悪用した点についても認識が必要である¹⁵⁵⁾。

被害者が自分自身に対して性的行為をすることを行為者が唆す場合には、前述の故意に加えて、自己若しくは第三者を性的に興奮又は満足させる意図が必要である。この点については 208 条を参照。

IV 性的嫌がらせ罪及び公然性的行為罪 (218 条)

218 条 性的嫌がらせ及び公然性的行為

1. 1) 人に対して、又は

2) 人の前で、理由ある不快感を催すような状況の下

性的行為を行い、もって嫌がらせをした者は、その行為が他の規定に基づいてより重く処罰されないときは、6 月以下の自由刑又は 360 日以下の日数罰金に処する。

153) SSt 52/24. 注 143) も参照。

154) EvBl 1999/51.

155) SSt 52/24.

- 1a. 他人の性的領域に分類される身体部分に強く接触し、もってその尊厳を害した者も、第1項に基づいて処罰される。
2. 直接的な認識により理由のある不快感を催すような状況の下、公然と性的行為を行った者は、第1項と同じ刑に処する。
3. 第1項及び第1項aは、被害者の告訴をまって初めて行為者を訴追できる。

1. 概 説

(1) 基本構造

本条第1項は、被害者に対する、又は被害者の前でなされる性的行為によって嫌がらせを行った者を6月以下の自由刑又は360日以下の日数罰金で処罰する規定である。これに対して第2項は、人が不快感を催すような状況下で公然と性的行為を行った者を第1項と同様に処罰する規定である。第1項では特定の人が客体となるのに対して、第2項では不特定又は多数人が客体となる。

また、2015年改正により、新たに第1項aが規定され、「他人の性的領域に分類される身体部分に強く接触し、もってその尊厳を害した者」も第1項に基づいて処罰されることとなった。本規定は、被害者に対して性的行為が行われなかった場合についても処罰範囲を拡張するものである¹⁵⁶⁾。

本条第1項及び第1項aは、第3項で親告罪とされている。これに対して、第2項は非親告罪である。

(2) 保護法益

本条は、公衆の羞恥感情あるいは道徳感情を保護法益とする¹⁵⁷⁾ものではなく、望まずに性的行為・性的接触到直面することから個人を保護するものであり、被害者の性的自己決定を保護法益とする¹⁵⁸⁾。

156) EBRV 689 BlgNR XXV GP, 38f. なお、2004年改正では、公然わいせつのみを処罰していた旧規定につき、職場における性的嫌がらせをも処罰する見地から、特定個人に対する性的嫌がらせも併せて処罰する規定を導入する一方で、「わいせつな行為」との文言を「性的行為」に変えることで処罰範囲を明確化した（EBRV 294 BlgNR XXII GP, 28）。2015年改正は、この点につき処罰範囲を拡張するものである。

157) 1974年改正における政府提案（EBRV 1971, 366）では、旧規定である公然わいせつ罪の保護法益に関してこのような説明をしていた。

2. 構成要件

(1) 第1項

① 性的行為

第1項の性的行為とは、性的強要罪（202条）の性的行為と同じく、「単なる一時的なものではなく、性的関連性を有する、直接的に性的領域に属し、男性又は女性の身体に特徴的な被害者又は行為者の身体部分と他者の身体との接触」を意味する¹⁵⁹⁾。したがって、排便の様子を見せつける行為は、（行為者の主観面がどうであれ）こうした性的関連性を客観的には有しないため性的行為に該当せず、人前で裸になる行為も、裸になるだけでは同様に性的関連性を有しないため、性的行為には含まれない¹⁶⁰⁾。但し、「行為者の身体と他者の身体との接触」との定義は、専ら「被害者に対する性的行為」にのみ妥当し、「被害者の面前での性的行為」については妥当しない¹⁶¹⁾。性的行為に関する詳細は202条を参照。

② 被害者に「対する」性的行為

被害者の性器や（女性の）乳房を執拗に触る場合や自己の性器を被害者の身体に接触させる場合がこれに当たる。他方、被害者の臀部に触る場合はこれに当たらない¹⁶²⁾。

③ 被害者の「面前での」性的行為

被害者の面前で、行為者が自分自身の性器に触る場合や第三者に性的行為を行う場合がこれに当たる。行為者が電話でオナニーをしている旨を告げる場合や行為者が性的行為を録画して後で被害者に見せる行為はこれに当たらないが、ウェブカメラを用いてライブで映像を送信する場合はこれに当たる¹⁶³⁾。16歳

158) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §218 Rz. 1.

159) EBRV 294 BlgNR XXII GP, 28.

160) Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §218 Rz. 7.

161) Hinterhofer, a. a. O. (Anm. 5), §218 Rz. 20. それゆえ、後述のように、被害者の面前でオナニーをする行為についても、自己の性器に対する接触しかないものの、なお本条で捕捉される。

162) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §218 Rz. 6. 但し、この場合は第1項aには該当し得る。

163) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §218 Rz. 8ff.

未満の者を道徳的に危殆化する罪（208条）も参照。

④ 理由ある不快感

被害者の「面前で」性的行為を行う場合には、性的行為が被害者に理由のある不快感を生じさせるに適した状況が存在する限りで本罪が成立する。「不快感」とは、道徳感情や羞恥心が害されることで、当該行為又は当該行為者に対して生じる深刻な感情を指す。性的行為が不快感を生じさせるような性質を有するか否かは、道徳的に正常な通常人を基準にして決される¹⁶⁴⁾。売春宿やストリップショーといった閉鎖的な空間で他人の性的行為を見る場合には、被害者が望まずにこうした状況に置かれたわけではなく、むしろ任意にこうした状況に臨んでいるため、理由のある嫌悪感を催すような事情があるとは言えない¹⁶⁵⁾。

⑤ 嫌がらせ (Belästigung)

本項では、被害者に対する又は被害者の面前での性的行為により、被害者に嫌がらせをすることが必要である。嫌がらせとは、政府提案によれば、「被害者が行為者の行為を認識し、当該行為が怯え、不快感、怒りなどの一定程度のネガティブな感情をもたらすこと」とされ、単に驚かされたという程度では嫌がらせには該当しないとされる¹⁶⁶⁾。あくまでも、望まない事態に直面することが嫌がらせの本質であり、逆に、当該事態を望んでいる場合には嫌がらせとは言えない¹⁶⁷⁾。

(2) 第 1 項 a

① 2015年改正による導入

2004年改正では、性的嫌がらせ罪はあくまでも「性的行為」によって嫌がらせを行う犯罪として規定された。判例において性的行為とは直接的に性的領域に属する身体部分への接触が必要であり、臀部は当該身体部分には含まれないとされている¹⁶⁸⁾。したがって、服の上から臀部を執拗に触る行為は、本条

164) EBRV 1971, 366.

165) Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §218 Rz. 9. この限りでは、「嫌がらせ」要件との差は不明確になろう。

166) EBRV 294 BglNR XXII. GP, 28 ; Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §218 Rz. 13.

167) JAB StRÄG 2004 379 BglNR XXII. GP, 3.

第1項によっては捕捉されないことになる。

これに対して、労働環境における性差別などを禁じる平等取扱法の第6条については、職場における当該行為も性的領域に属する行為として性的嫌がらせであると解されており¹⁶⁹⁾、こうした規定と平仄を合わせる形で¹⁷⁰⁾、身体接触を伴う性的嫌がらせについて処罰範囲を拡張する目的で本条第1項aが導入されることとなった。

② 性的領域に分類される身体部分

性的行為が「直接的に性的領域に属する (gehören) 身体部分」を対象とするのとは異なり、本項では、「性的領域に分類される (zuordnen) 身体領域」が問題となっている。特に想定されているのは、臀部及び太ももである¹⁷¹⁾。

③ 強い接触

性的行為につき、「直接的に性的領域に属する身体部分」の一時的かつ表面的な接触では足りないとして、侵害の強度が問題とされているのと同様に、本項においても、「性的領域に分類される身体部分」を強く (intensiv) 触ることが明示的に要求されている。例えば、被害者の臀部をいきなり鷲掴みにする行為であっても、「強い接触」に当たると解されている¹⁷²⁾。

④ 尊厳の侵害

尊厳の侵害という文言は、イスタンブール条約¹⁷³⁾や(それを受けた)平等取扱法を意識したものである。被害者が望まない性的攻撃、例えば被害者の臀部

168) 臀部への接触は、(性器である)肛門への接触を意味しないからである。Vgl. 13 Os 62/09f. 性的行為の意義については、性的強要罪(202条)も参照。

169) 9 ObA 292/99b.

170) 厳密に言えば、平等取扱法6条では身体接触を伴わない場合でも性的嫌がらせに含まれるため、2015年改正においても完全に平仄を合わせているわけではない。2015年改正の政府提案においては、言葉による性的嫌がらせを含めた、より広範な性的嫌がらせについては、刑法の補充性の観点から、なお民事法・労働法・行政法上の規制に委ねるとしている。Vgl. EBRV 689 BlgNR XXV. GP, 39.

171) EBRV 689 BlgNR XXV GP, 39.

172) EBRV 689 BlgNR XXV GP, 39.

173) 正式名称は「女性に対する暴力及び家庭内暴力の予防及び撲滅のための欧州評議会条約」である。2011年5月11日締結、2014年8月1日発効。オーストリアは2013年11月14日に批准している。

をいきなり驚掴みにする行為は、1 回限りの行為であってもなお被害者の尊厳を侵害するものと言える¹⁷⁴⁾。

(3) 第 2 項

① 公然性

本条第 2 項は、性的行為を公然と行ったことを要件とする。刑法典における文言の定義規定の 1 つである 69 条は、「当該行為が直接的に多数人によって認識可能であった場合」を公然性として規定している。ここでの認識可能性は、視覚的な認識可能性を指し、聴覚的にしか認識可能でない場合は含まれない。ポルノ画像・ポルノフィルムを上映するような行為は、性的行為の「直接的な」認識可能性を欠くとされる¹⁷⁵⁾。なお、「多数人」とは 10 人程度¹⁷⁶⁾が基準とされている¹⁷⁷⁾。

但し、現実には多数人に認識されている必要はなく、現実には存在する多数人中で、不特定の少数人のみが性的行為を直接的に認識可能であった場合でもなお足りる¹⁷⁸⁾。また、同時に多数人が認識可能でなければならぬわけではなく、多数人が順番に認識可能であれば足りる¹⁷⁹⁾。

② 性的行為

本項の性的行為については、第 1 項を参照。本項で特に処罰されるのは、公然とオナニーする場合や公然と性交する場合である。これに対して、いわゆる露出狂のように、裸になって自己の性器を見せつける行為は本項では捕捉されない¹⁸⁰⁾。

③ 理由のある不快感

理由のある不快感については、第 1 項を参照。

174) EBRV 689 BlgNR XXV GP, 39.

175) 但し、ポルノフラフィー法 1 条又は 2 条が適用され得る。

176) 3, 4 人では足りないとしたものとして、EvBl 1977/262 参照。

177) 以上につき、Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §218 Rz.11.

178) EvBl 1977/262.

179) Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §218 Rz. 18.

180) 但し、16 歳未満の者を道徳的に危殆化する罪 (208 条) には該当し得る。

(4) 主観的要件

本条各項はいずれも故意犯である。したがって、行為者が誰にも見られていないと思ってオナニーや性交を行っても本条各項は成立しない。また、特定の人間にしか見られていないと思った場合には、公然性の認識を欠くために2項の公然性的行為罪は成立しない¹⁸¹⁾。

V 性的自己決定の侵害罪 (205条 a) の導入

205条 a 性的自己決定の侵害

1. その意思に反して、強制状況を悪用して、又は先行する威迫に基づいて人と性交又は性交と同視すべき性的行為を行った者は、その行為が他の規定によってより重く処罰されていないときは、2年以下の自由刑に処する。
2. 第1項に掲げた方法で、人を第三者と性交若しくは性交と同視すべき性的行為を行う若しくは甘受することを唆し、又は自己若しくは第三者を性的に興奮若しくは満足させるために性交と同視すべき性的行為を自由意思によらずに被害者自身に対して行うことを唆した者は、前項と同じ刑に処する。

1. 概 説

2015年改正において、暴行・脅迫といった手段や被害者の脆弱性を要件とせず¹⁸²⁾、被害者の自由意思に反してなされた性交・性交類似行為を処罰する規定である205条aが導入されるに至った。本条は、イスタンブール条約36条の影響を強く受けたものである。

イスタンブール条約36条では、「強姦を含む性暴力」とのタイトルの下、批准国に対して、第1項において、故意でなされる以下のa) からc)の行為について刑罰の対象とするために必要な立法上その他の措置を講じることを義務付けている。

a) 同意に基づかずに、身体の一部又は器具を、他人の膣、肛門又は口腔

181) Hinterhofer/Rosbaud, a. a. O. (Anm. 5), §218 Rz. 16.

182) Oberlaber/Schmidhuber, a. a. O. (Anm. 11), S. 175.

へ性的性質を有する挿入を行うこと

b) その他同意に基づかない性的性質を有する行為を他人に行うこと

c) 他人に、同意に基づかない性的な性質を有する行為を第三者と行わせること

政府提案¹⁸³⁾は、①イスタンブール条約では、自由な意思に基づく同意をどのように解するかは基本的には批准国に委ねられており、また、②イスタンブール条約 36 条を国内法化する際には、被害者が抵抗すべきであったという点に焦点を合わせた規定を設けることは許されないという点を前提とする。そして、既に現行刑法典の諸規定、特に 205 条、206 条、207 条、207 条 b、212 条、218 条によって、行為者が暴力、脅迫などを用いずに性的行為を行った場合にもなお可罰的となる点を指摘する。また、108 条が、欺罔によって他人の権利を侵害する行為一般を処罰していることに鑑みて、欺罔による性的行為についても 108 条で捕捉可能である点も併せて指摘する。それゆえ、イスタンブール条約の要求する最低基準は、既に現行法において充足されているとする。

しかし、性暴力を予防・抑止するための明確でありつつ穏健な象徴として、イスタンブール条約の最低基準を超える規定を設けることには正当性が認められるとして、205 条 a の導入が決定された。なお、本条は、2016 年 1 月 1 日付で施行されている。

2. 205 条 a の内容

(1) 基本構造

本条は、第 1 項で、性交又は性交類似行為を、①人の意思に反して行う類型、②強制状況を悪用して行う類型、及び③先行する威迫に基づいて行う類型を 2 年以下の自由刑で処罰する。また、第 2 項で、①ないし③の方法で、第三者との性交又は性交類似行為を唆す行為及び被害者自身に対する性交類似行為を唆す行為を同様に処罰する。

本条は、被害者の性的自己決定を侵害する罪であり、最も性的自己決定を侵

183) EBRV 689 BlgNR XXV GP, 33f.

害する強姦罪 (201 条) から、性的強要罪 (202 条) や、更には性的嫌がらせ罪 (218 条) という性犯罪の各段階の中では、性的強要と性的嫌がらせの間に位置づけられる。また、本条では、性交又は性交類似行為に限定されており、それ以外の被害者の自由な意思によらない (欺罔による) 性的行為については、欺罔罪 (108 条)¹⁸⁴⁾で捕捉される¹⁸⁵⁾。なお、欺罔罪が親告罪であるのとは異なり、本条は非親告罪である。

(2) 構成要件

①類型は、主として被害者がショックを受けて硬直状態に陥り、自己の意思を表明することができない場合を想定したものである¹⁸⁶⁾。したがって、被害者が現実に拒絶意思を表明する必要はない。但し、被害者の拒絶意思がその内心に留まっており、外部から認識できない場合には、なお本条は成立しない。被害者の拒絶意思が認識可能であり、かつ被害者が拒絶していることを行為者が認識した上で性交又は性交類似行為に及んだ場合には、本条が成立する¹⁸⁷⁾。

②類型は、207 条 b 第 2 項が規定する、強制状態を悪用して 18 歳未満の者に対して性的行為を行う罪を、18 歳以上の成人についても拡張しつつ¹⁸⁸⁾、性交又は性交類似行為に限定したものである。したがって、「強制状態の悪用」については、207 条 b 第 2 項の解釈が援用される¹⁸⁹⁾。

③類型は、威迫 (Einschüchterung) の結果として得られた、その有効性を考慮すべきではない同意が存在する場合を捕捉するものである。威迫とは、性的強要罪 (202 条) が規定する「危険な脅迫」の前段階に位置するものであり、したがって、暴行又は危険な脅迫が存在しなくとも③類型は成立する。こうした威迫は、物理的又は心理的作用により、被害者がもはや自由に決断できない

184) 注 74) 参照。

185) EBRV 689 BlgNR XXV GP, 37. 更に、性的嫌がらせ罪 (218 条) においても、被害者の自由な意思によらない性的行為や性的接触が処罰される。

186) こうした事例の一部は、既に抵抗不能者又は精神に障害がある者の性的虐待罪 (205 条) において、心理的抗拒不能事例として捕捉されている。

187) EBRV 689 BlgNR XXV GP, 34f.

188) この点では、スイス刑法 193 条と共通する規定と言える。但し、スイス刑法 193 条は、性交又は性交類似行為に限定せず、性的行為一般について処罰する規定である。

189) EBRV 689 BlgNR XXV GP, 36.

との不安に基づく心理状態にある場合に肯定される¹⁹⁰⁾。威迫行為がいつ行われたかは基本的に本罪の成否とは無関係であり、威迫の効果が性交・性交類似行為の時点まで及んでいれば足りる¹⁹¹⁾。

3. 学説による評価

(1) 概 説

学説においては、205条aの立法段階で、既に本条に対する否定的意見が有力に主張されていた。すなわち、本条の②及び③類型については、既に現行法によっても殆どの事例が捕捉可能であり、とりわけ性的強要罪（202条）における「危険な脅迫」や抵抗不能な者又は精神に障害がある者の性的虐待罪（205条）の「抵抗不能」において広範にカバーされるため、新たに規定する意味に乏しい。逆に、①類型については、被害者の意思に反すれば成立し、他の行為態様や具体的な虐待状況による限定がおよそ存在しない点で、不法内容が不明確であって、こうした立法を行うべきではないとの批判である¹⁹²⁾。

I 2(2)で既に述べたように、オーストリア刑法においては、それ自体としては社会的に相当な行為を犯罪構成要件として明確化するに当たっては、「被害者の意思に反した」か否かだけでは足りず、行為態様による限定又は脆弱性利用による限定を行って初めて明確性の要請に合致するとの基底的思考が存在する。本条の①類型はかかる思考から大幅に逸脱しており、学説において反対意見が強いのは当然と言える。

また、②類型については、成人である売春者がお金に困っていることを知りつつ行為者が買春した場合には本罪が成立することになり、買春の合法性を放

190) 216条（いわゆる「ヒモ行為」を処罰する規定）でも「威迫」という概念が用いられているが、そこでは同様の解釈が示されている（vgl. Philipp, a. a. O. (Anm. 5), §216 Rz. 12）。

191) EBRV 689 BlgNR XXV GP, 37.

192) Reindl-Krauskopf, a. a. O. (Anm. 12), S. 15ff. なお、①類型については、性交又は性交類似行為を行う際に同意を明示するといった稀な事例を除けば、意思に反しているか否かの立証が困難である（従って「疑わしきは被告人の利益に」原則からは不可罰とせざるを得ない）点も指摘されている。

棄するに等しいとの批判もなされている¹⁹³⁾。同様の規定を有するスイス刑法193条に対して、スイスの学説では、依存関係の悪用の判断が極めて困難であるとの指摘がなされている¹⁹⁴⁾。こうした比較法的分析からすれば、②類型に対する学説の批判は尤もであろう。

これらの批判のうち、従来のオーストリア刑法の体系から見て最も重要なものは、①類型に対する批判であり、学説においても、特に①類型に対して批判が集中している¹⁹⁵⁾。そこで、以下では①類型についてより詳細に分析することにする。

(2) 「被害者の意思に反する」要件の分析

政府提案においては、①類型、すなわち「被害者の意思に反する」性交又は性交類似行為につき、専ら被害者が硬直状態に陥った場合を念頭に置いて検討がなされており、行為者が欺罔されて性交・性交類似行為に応じた場合に本条が成立するかについて政府提案は留保している¹⁹⁶⁾。すなわち、政府提案は、本条で捕捉されない自由な意思によらない性的行為については、欺罔罪(108条)や性的嫌がらせ罪(218条)が適用されるとしており¹⁹⁷⁾、欺罔による性交・性交類似行為について本条で捕捉されると考えているのか、それとも欺罔罪で捕捉されると考えているのかは明らかではない。

政府提案が、被害者が硬直状態に陥った場合のような、被害者が脆弱で性的事象に対応する能力を欠いている場合のみを①類型において検討しているのは、前述のようなオーストリア刑法の基底的思考からすれば、十分に理解可能である。被害者が欺罔によって錯誤に陥っている場合のように、被害者の脆弱性に直ちには依拠できない事例については、なお欺罔罪のような特別規定に委ねたいという理解なのかも知れない。

これに対して、学説では、欺罔罪を欺罔による性交などに適用すること自体

193) Oberlaber/Schmidhuber, a. a. O. (Anm. 11), S. 176.

194) 深町晋也「スイス刑法における性犯罪規定」刑事法ジャーナル45号(2015年)111頁。

195) Alexander Tipold, Das Strafrechtsänderungsgesetz 2015, JSt 2015, 412.

196) Oberlaber/Schmidhuber, a. a. O. (Anm. 11), S. 178.

197) EBRV 689 BlgNR XXV GP, 37.

に対して否定的であることを措いても、欺罔による性交・性交類似行為に関しても専ら欺罔罪のみが成立するとの理解を採用することは困難であり、むしろ205条aの文言からは、欺罔による性交・性交類似行為を除外する理由は存在しないとの見解が有力である¹⁹⁸⁾。したがって、「写真のモデルとして契約を結びたいとの虚偽の事実を述べて性交・性交類似行為を行った場合」、「産婦人科医として検査の必要があると偽って性交・性交類似行為を行った場合」や「コンドームを付けていると偽って性交した場合」など、欺罔によって性交・性交類似行為に応じさせた事例が広範に本条で捕捉されることになり得る¹⁹⁹⁾²⁰⁰⁾。こうした事例で本条による処罰が否定されるか否かは、専ら同意論の理解に依拠することになろう²⁰¹⁾。

VI ま と め

オーストリア刑法における性犯罪規定は、数次に渉る改正によって、極めて複雑な様相を呈しており、スイス刑法はもとより、ドイツ刑法と比較しても、必ずしも理解が容易であるとは言えない。しかし、オーストリア刑法は、ヨーロッパにおける性犯罪改革の議論動向にいち早く対応しており、ドイツ語法圏における今後の動向を分析する上で極めて重要な議論材料を提供しているのみならず、我が国における性犯罪を理解する上でも重要な示唆が得られるものと思われる。そこで、我が国における議論との関係で重要となる点をまとめつつ、将来の議論への参考としたい²⁰²⁾。

198) 205条aでは、「当該行為が他の規定によってより重く処罰されていない場合には」成立するとされており、欺罔罪の法定刑は本条よりも軽い（1年以下の自由刑又は720日以下の日数罰金）ため、欺罔罪が優先的に適用される理由はない。欺罔罪の適用領域として残されるのは、性交・性交類似行為以外の性的行為が欺罔によってなされた場合であろう（vgl. Oberlaber/Schmidhuber, a. a. O. (Anm. 11), S. 178）。

199) Tipold, a. a. O. (Anm. 195), S. 412 ; Oberlaber/Schmidhuber, a. a. O. (Anm. 11), S. 178.

200) なお、本条第2項によって、例えば虚偽の事実を述べてテレフォンセックスに応じさせるといった事案についても処罰され得ることになる。

201) Tipold, a. a. O. (Anm. 195), S. 412.

第1に、強姦罪(201条)における強要手段につき、暴行・脅迫の他に人的自由の剥奪という手段を規定した点については、従来の判例・学説における理解を明示化したに過ぎず、処罰範囲の拡張としては理解されていない。そして、暴行についてもその範囲は相当に広く理解されており、我が国における理解と通底するものがある。

第2に、強姦罪に比べると、性的強要罪(202条)における暴行・脅迫の程度は低いもので足りると規定されており、性的強要罪が強姦罪の受け皿として機能している。そして、特に脅迫については、極めて広範に認められる傾向にある。但し、陰部などをいきなり触るといった、いわゆる「唐突型」については、なお性的強要罪においても捕捉されない。強姦罪と性的強要罪とで、暴行・脅迫の程度が異なっても構わないというのは、十分にあり得る理解であろう。

第3に、強姦罪においては、性交のみならず性交類似行為まで捕捉されており、性交類似行為とは何かを巡って、判例・学説において激しい対立がある点である。ドイツ刑法やスイス刑法においては性交類似行為という概念が問題とならないのに対して、オーストリア刑法ではこの点が正面から問題となっており、我が国の性犯罪規定の改正において、いかなる理念に基づいて性交の範囲を拡張するのかを考える上で、大きな示唆を与えるものであろう。特に、かつての学説が男性器の挿入に着目していた点は、我が国の強姦罪(刑法177条)の改正案で示された「性交等」の定義²⁰³⁾と軌を一にするものがあり、参考となる。

第4に、抵抗不能な者又は精神に障害のある者の性的虐待罪(205条)においては、「抵抗不能」という概念が用いられており、ドイツ刑法とは異なり、心理的な抗拒不能を広範に認める解釈論的基礎が存在する。しかし、被害者が錯誤に陥って性交などに同意をした場合には、錯誤のみを理由として本条の成

202) なお、我が国の性犯罪規定の分析・検討については別稿を予定している。性犯罪の暴行・脅迫に限定したものではあるが、深町晋也「性犯罪における暴行・脅迫の程度」法学教室427号(2016年)も参照。

203) 性犯罪に対処するための刑法の一部改正に関する諮問第101号別紙要綱(骨子)第1参照。

立を認めるとの理解はおよそ採用されておらず、この点はドイツ刑法やスイス刑法における解釈と同様である。すなわち、本罪もまた、強姦罪や性的強要罪と同様に、単なる不同意犯罪ではない点に注意が必要である。但し、スイス刑法と同様に、半覚醒や酩酊といった他の事情を合わせて考慮することで、「抵抗不能」とであると判断される場合は認められる。

第5に、児童に対する性的虐待罪（206条及び207条）を広範に規定しつつ、強姦罪・性的強要罪と同一の法定刑で処罰している点である。ドイツ刑法やスイス刑法においては、児童に対する性的虐待罪を同様に規定しつつ、強姦罪・性的強要罪よりもその法定刑の上限を低く抑えていたが、オーストリア刑法はそのような規定を採用しておらず、児童の保護に極めて厚いと評価できる。他方で、権威的關係を悪用して18歳未満の青少年と性的行為を行った場合には、法定刑の上限が低く抑えられており、14歳未満の児童であるか否かで、その扱いを大きく異にするものと評価できる。こうしたあり方は、我が国の刑法改正動向²⁰⁴⁾を考える上でも参考となろう。

第6に、児童に対する性犯罪については、青少年同士の恋愛の自由に配慮した規定（年齢差免責条項）が設けられている点である。我が国においても、特に18歳未満の者に対する性的行為を規制する都道府県の条例（青少年保護育成条例）を分析する上で、こうした視点は重要であろう。

第7に、職場でのセクハラや痴漢といった、性的強要罪で捕捉しにくい事例について、性的嫌がらせ罪（218条）で広く捕捉できる点である。2015年改正により、性的嫌がらせ罪の処罰範囲が拡張された点も重要である。

第8に、殆どの性犯罪が非親告罪であり、また、18歳未満の者に対する性犯罪については28歳になるまでの期間が時効期間に算入されない点も、我が国の性犯罪を巡る議論を考える上で重要である。他方で、性的嫌がらせ罪についてはなお親告罪である点も、特に我が国の迷惑防止条例を分析する上で参考になろう。

第9に、2015年改正により、意思に反する性交・性交類似行為を処罰する

204) 性犯罪に対処するための刑法の一部改正に関する諮問第101号別紙要綱（骨子）第3参照。

規定(205条a)が導入されたことは、不同意犯罪としての性犯罪を正面から肯定したという点で極めて注目される。どのような場合に「意思に反した」と評価されるのかは、性犯罪の成立範囲を考える上で重要な問題である。被害者が硬直状態に陥った場合に準強姦罪・準強制わいせつ罪(刑法178条)が成立するかを巡っては、近時の裁判例でも問題となっており²⁰⁵⁾、我が国においても極めてアクチュアルな問題である。

Ⅶ 終わりに

現在、我が国では刑法典における性犯罪規定の改正作業が進められている。こうした改正の内容を正確に理解しつつ、比較法的な視点からその当否について分析を加えるためには、諸外国の立法に関する広範かつ正確な理解が不可欠である。本稿は、オーストリア刑法の性犯罪規定を紹介・検討するものであるが、今後の我が国の性犯罪を巡る議論の一助になれば幸いである。

本稿は、2016年3月をもって本法務研究科を退職される廣瀬健二先生に献呈されるものである。廣瀬先生は、刑事裁判官を退官されて本法務研究科で長らく教育・研究に従事された。また、筆者が本法務研究科に奉職してからは、様々な機会に先生からご教示を賜った。本稿がなお不十分なものであると自覚しつつ、ここで筆を擱くことにする。

【附 記】

本稿は、平成27年度立教大学派遣研究員(派遣テーマ「オーストリア刑法学における性犯罪処罰規定の研究」)による研究成果の一部である。受入れ先であるウィーン大学刑法・刑事学研究所のSusanne Reindl-Krauskopf教授に感謝の意を申し上げる。

205) 福岡高宮崎支判平成26・12・11公刊物未登載(LEX/DB 25505426)。新聞報道(朝日新聞デジタル版2016年1月17日)によれば、最決平成28年1月14日により、検察官役の指定弁護人の上告が棄却され、準強姦罪(刑法178条2項)の成立を否定した原判決が確定したとのことである。