

## 強制わいせつ罪の成立に性的意図は必要か<sup>1)</sup>

——平成 29 年 11 月 29 日最高裁大法廷判決を契機として——

谷脇 真渡

1. はじめに
2. 検討
3. むすびにかえて

### 1. はじめに

平成 29 年、性犯罪をめぐる 2 つの大きな動きがあった。その 1 つが、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に行われた刑法の一部改正（平成 29 年法律第 72 号）である。具体的には、強姦罪の構成要件の見直しおよび「強制性交等罪」への罪名変更、強制性交等罪などの法定刑の引き上げ、監護者わいせつ罪・監護者性交等罪の新設、強盗強姦罪の構成要件の見直し、そして性犯罪の非親告罪化である<sup>2)</sup>。そしてもう 1 つが、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激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」するとして、故意のほかには主観的な成立要件として「性的意図」が一律に必要であると判示した昭和 45 年 1 月 29 日最高裁第 1 小法廷判決（刑集 24 卷 1 号 1 頁。以下、「昭和 45 年判例」という。）を本件平成 29 年 11 月 29 日最高裁大法廷判決（刑集 71 卷 9 号 467 頁）が変更したことである。このうち、本稿の関心は表題のとおり後者の点にある。

昭和 45 年判例が示された以降、下級審においては基本的に性的意図必要説（以下、単に「必要説」という。）の立場から性的意図の有無を検討し強

制わいせつ罪の成否を判断してきたが、近時、本件の第 1 審、控訴審を含むいくつかの裁判例において性的意図を不要とすることを明言するもの<sup>3)</sup>も現れていた。学説においては、昭和 45 年判例が示された当時は必要説が通説<sup>4)</sup>とされていたものの、すでにその頃から強制わいせつ罪の成否に性的意図の存否は影響しないとする性的意図不要説<sup>5)</sup>(以下、単に「不要説」という。)も有力に主張されており、現在ではその立場は逆転したといっても過言ではないように思われる。

そうした中で、今回の最高裁大法廷判決が出されたのである。もっとも、後で詳しくみるように、最高裁は「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」いが、「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(ず)……、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(下線は引用者)」と、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否定しつつも考慮要素とすることまでは否定しなかったのである。

性的意図をはじめとする行為者の故意以外の主観的状況を違法性・責任(阻却事由)段階において考慮するのであれば別段、強制わいせつ罪の構成要件該当性判断において考慮するというのであれば妥当でないと思われる。そこで本稿は、強制わいせつ罪における性的意図の要否について検討する。

## 2. 検討

### I 本件の確認

まず、本件事案の概要と各裁判所の判断を確認することにする。

#### 【事案の概要】

被告人は、被害女兒(当時 7 歳)に対し、13 歳未満の女子であることを

知りながら、自宅において被告人の陰茎を触らせ、口にくわえさせ、被害女兒の陰部を触るなどのわいせつな行為をした。

### 【各裁判所の判断】

〔第1審<sup>6)</sup>〕(神戸地判平成28年3月18日LEX/DB25447965)

被告人は、「上記の行為は、金に困ってAから金を借りようとしたところ、金を貸すための条件として被害者とわいせつな行為をしてこれを撮影し、その画像データを送信するように要求されたから、わいせつな行為をしているような演技をしてその様子を撮影して送信したのであって、その目的は金を得ることにあり、上記の行為によって自己の性欲を刺激興奮させ、満足させる意図はなかった」と主張したのであるが、神戸地裁は、「Aとのやり取りや撮影等に関する被告人の供述は、Aの供述や発見された画像データの内容とも整合しており、被告人の弁解には合理性が認められ、金を得る目的だけであったとの被告人の供述も信用することができ、被告人の弁解を排斥することができないとして、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」としながらも、「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ところ、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。」「よって、客観的にわいせつな行為がなされ、犯人がそのような行為をしていることを認識していれば、同罪が成立すると解するのが相当である。弁護人は、これと異なる最高裁判所の判例を指摘するが、当裁判所は、同判例は相当でない」と判断した。」「本件では、被告人が被害者に対して客観的にわいせつな行為をしたこと及びその際に自分がそのような行為をしていることを認識していたことは証拠上明らかである。」として強制わいせつ罪の成立を認め、懲役3年6月に処した。

〔控訴審<sup>7)</sup>〕(大阪高判平成28年10月27日高刑集69巻2号1頁)

これに対し弁護人は、強制わいせつ罪の成立を認めた点につき、法令適用の誤りおよび理由不備の違法を理由に控訴したのであるが、大阪高裁は、被告人の行為が「客観的に被害女兒に対するわいせつな行為であることは明らかであるから、通常は、被告人の行為に性的意図を伴うものと推認すること

ができる。」が、「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原判決の判断は相当である。」とした上で、「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、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子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。」と説示して、第 1 審判決を是認し、控訴を棄却した。

[最高裁<sup>8)</sup>] (最大判平成 29 年 11 月 29 日刑集 71 卷 9 号 467 頁)

そこで弁護人は、昭和 45 年判例を引用して判例違反、法令違反などを理由に上告したのであるが、最高裁大法廷は、以下のように判示して上告を棄却した。

「(4) しかしながら、昭和 45 年判例の示した上記解釈は維持し難いというべきである。

ア 現行刑法が制定されてから現在に至るまで、法文上強制わいせつ罪の成立要件として性的意図といった故意以外の行為者の主観的事情を求める趣旨の文言が規定されたことはなく、強制わいせつ罪について、行為者自身の

性欲を刺激興奮させたか否かは何ら同罪の成立に影響を及ぼすものではないとの有力な見解も従前から主張されていた。これに対し、昭和45年判例は、強制わいせつ罪の成立に性的意図を要するとし、性的意図がない場合には、強要罪等の成立があり得る旨判示しているところ、性的意図の有無によって、強制わいせつ罪（当時の法定刑は6月以上7年以下の懲役）が成立するか、法定刑の軽い強要罪（法定刑は3年以下の懲役）等が成立するにとどまるかの結論を異にすべき理由を明らかにしていない。また、同判例は、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。

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、すで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。

これらのことからすると、昭和45年判例は、その当時の社会の受け止め方などを考慮しつつ、強制わいせつ罪の処罰範囲を画するものとして、同罪の成立要件として、行為の性質及び内容にかかわらず、犯人の性欲を刺激興奮させ又は満足させるという性的意図のもとに行われることを一律に求めたものと理解できるが、その解釈を確として揺るぎないものとみることはできない。

イ そして、「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引き上げたほか、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。

ウ 以上を踏まえると、今日では、強制わいせつ罪の成立要件の解釈をするに当たっては、被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度にこそ目を向けるべきであって、行為者の性的意図を同罪の成立要件とする昭和 45 年判例の解釈は、そ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いわざるを得ず、もはや維持し難い。

(5) もっとも、刑法 176 条にいうわいせつな行為と評価されるべき行為の中には、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がある一方、行為そのものが持つ性的性質が不明確で、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が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、規範的評価として、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。

そうすると、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。

(6) そこで、本件についてみると、第1審判決判示第1の1の行為は、当該行為そのものが持つ性的性質が明確な行為であるから、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であり、強制わいせつ罪の成立を認めた第1審判決を是認した原判決の結論は相当である。

以上によれば、刑訴法410条2項により、昭和45年判例を当裁判所の上記見解に反する限度で変更し、原判決を維持するのを相当と認めるから、同判例違反をいう所論は、原判決破棄の理由にならない。なお、このように原判決を維持することは憲法31条等に違反するものではない。」

## II 昭和45年判例の確認

次に、変更された昭和45年判例の事案の概要と各裁判所の判断を確認することにする。

### 【事案の概要】

被告人は、内妻が被害者A女(23歳)の手引により東京方面に逃げたものと信じ、これを詰問するためアパート内の自室にA女を呼び出し、同所で内妻と共に同女に対し「よくも俺を騙したな、俺は東京の病院に行っていたけれ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。」などと約2時間にわたり脅迫し、同女が許しを請うのに対し、同女の裸体写真を撮ってその仕返しをしようと考え、「5分間裸で立っておれ。」と申し向け、畏怖している同女を裸体にさせて(ただし、背部にオーバーをまともわせて)これを写真撮影した。

### 【各裁判所の判断】

〔第1審〕(釧路地判昭和42年7月7日刑集24巻1号12頁)

弁護人は、強制わいせつ罪が成立するには、性欲を興奮、刺激させる目的をもってなされる必要があり、本件は報復の手段としてなされたものなので同法条に該当しないと主張したのであるが、釧路地裁は、「本件は……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」として、強制わいせつ罪の成立を認め、懲役 1 年に処した。

〔控訴審〕(札幌高判昭和 42 年 12 月 26 日刑集 24 卷 1 号 14 頁)

これに対し弁護人は、事実誤認や法令適用の誤りなどを理由に控訴したのであるが、札幌高裁は、事実誤認の点については、「被告人が原判決のとおり被害者 A を脅迫し、その自由意思に反し裸体にさせて本件写真撮影を行ったことは、……背部にオーバーをまとっているにもせよ、このような裸体写真をとる行為が被害者の性的自由を侵害するわいせつの行為に該当することはいうまでもない。」とし、また法令適用の誤りの点については、「報復侮辱の手段とはいえ、本件のような裸体写真の撮影を行った被告人に、その性欲を刺戟興奮させる意図が全くなかったとは俄かに断定し難いものがあるのみならず、たとえかかる目的意思がなかったとしても本罪が成立することは、原判決がその理由中に説示するとおりである」として、控訴を棄却した。

〔最高裁<sup>9)</sup>〕(最判昭和 45 年 1 月 29 日刑集 24 卷 1 号 1 頁)

そこで弁護人は、判例違反(東京高判昭和 29 年 5 月 29 日高刑特報 40 号 138 頁)などを理由に上告したのであるが、最高裁第 1 小法廷は弁護人の上告趣意を適法な上告理由にあたらなかつつも、職権により調査し、以下のように判示して原判決を破棄し事件を札幌高裁に差し戻した。

「刑法一七六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つても、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、強制わいせつ罪は成立しないものというべきである。……してみれば、性欲を刺戟興奮させ、または満足させる等の性的意図がなくても強制わいせつ罪が成立するとした第一審判決および原判決は、ともに刑法一七六条の解釈適用を誤つたものである。」  
「もつとも、年若い婦女(本件被害者は本件当時二三年であつた)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は右性的意図の存在も認められるかもしれない。しかし、第一審判決は、報復の意図に出た事実だけを認定し、右性的意図の存したことは認定していないし、また、自己の内妻と共同してその前で他の婦女を裸体にし、単にその立っているところを写真に撮影した本件のような行為は、その行為自体が直ちに行為者に前記性的意図の存することを示すものともいえないのである。しかるに、控訴審たる原審判決は、前記の如く「報復侮辱の手段とはいえ、本件のような裸体写真の撮影を行つた被告人に、その性欲を刺戟興奮させる意図が全くなかつたとは俄かに断定し難いものがある」と判示しているけれども、何ら証拠を示していないし、また右意図の存在を認める理由を説示していないのみならず、他の弁護人の論旨に対し本件第一審判決には、事実誤認はないと判示し控訴を棄却しているのであるから、原判決は、本件被告人に報復の手段とする意図のほかには、性欲を刺戟興奮させる意図の存した事実を認定したものでないこと明らかである。してみれば、原判決は、強制わいせつ罪の成否に関する第一審判決の判断を是認し維持したものといわなければならない。」「要するに、原判決には刑法一七六条の解釈適用を誤つた違法があり、判決の結果に影響を及ぼすことが明らかであつて、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認める。」「そして、第一審判決の確定した事実は強制わいせつ罪にはあたらないとしても、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、また原判決の示唆するごとく、もし被告人に前記性的意図の存したことが証明されれば、被告人を強制わいせつ罪によって処断することもできる次第であるから、さらにこれらの点につき審理させるため刑訴法四一一一条一号四一三条により原判決を破棄し、本件を原裁判所に差し戻すべきものとする。」

なお、昭和45年判例には入江俊郎裁判官の反対意見が付されている(長部謹吾裁判官も同調)。

「一 刑法一七六条が、一七七条、一七八条とならんで、同法一七四条、一七五条に比し、より重い刑を定めたこと、および刑法一七六条の罪が、一八〇条一項により、一七七条、一七八条、一七九条の罪とともに親告罪とされ訴追にあたって被害者の意思が尊重されるべきことを定めている所以は、

性的しゆう恥心ないし性的清浄性が、各個人にとって、精神的にも肉体的にも極めて重要な性的自由に属する事柄であり、個人のプライバシーと密接な関係をもっているものであることに鑑み、法が特にこのような個人の性的自由を保護法益としたからにはほかならないものと考えられる。」「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ゆ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。」「わいせつの行為とは、普通人の性的しゆう恥心を害し、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。」

「二 私は、刑法一七六条の罪は、これを行為者（犯人）の性欲を興奮、刺激、満足させる目的に出たことを必要とするいわゆる目的犯ではないと考える。また、本条の罪をいわゆる傾向犯と解する余地も、まことに乏しいといわざるをえないと思う。たとえ、動機ないし目的が報復、侮辱、虐待であったとしても、その一事は何ら本条の罪の成立を妨げるものではなく、これと同趣旨を判示した第一審判決は正当であり、これを是認した原判決もまた相当であって、何ら所論のような法令違反はない」。

### Ⅲ 性的意図の要否に関する本件最高裁判決の意義

本件最高裁判決と昭和 45 年判例を比較すると、性的意図についての事実認定につき次の点が明らかになる。すなわち、いずれの第 1 審（およびそれを是認した控訴審）も不要説に立つものではあるが、前者では「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」として、被告人に性的意図が存在した事実を認定することができなかったのに対して、後者では報復の意図に出た事実だけを認定し、被告人に性的意図が存在した事実を認定していない点である。もっとも、昭和 45 年判例の控訴審が、「報復侮辱の手段とはいえ、本件のような裸体写真の撮影を行った被告人に、その性欲を刺戟興奮させる意図が全くなかつたとは俄かに断定し難いものがある」と判示していることから、また一般論として、報復の手段としては、暴行したり、

脅迫したり、強要（例えば、謝罪文を書かせたり土下座をさせたりするなど）したりあるいは名誉を毀損したりする方法もあり得るところ、あえて被害女性を全裸にしその姿態を写真に撮るという方法を選択した場合には、たとえ報復が主たる目的であったとしても同時に性的意図も併存<sup>10)</sup>していたと考えることに合理性があるとするならば、性的意図の存否について積極的に検討していればその存在を完全に否定することはできないように思われる。事実、昭和45年判例も「年若い婦女（本件被害者は本件当時二三年であつた）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。」と判示しているところである。しかし、その存在が認定されていない以上、被告人には性的意図がなかったとして以下検討を加えていく。

ところで、性的意図の存否が争われた下級審の裁判例を確認してみると、被告人が性的意図はなかった旨主張しても裁判所は客観的な行為の性的性質から性的意図の存在を推認するという方法を採用している。したがって、客観的な行為がわいせつ性を帯びていればいるほど性的意図は推認されやすいということになる。しかし、本件がそうであったように、たとえ客観的にはわいせつ性を強く帯びた行為が行われ容易に性的意図の存在が推認できたとしても、結果として性的意図の存在が認められない、すなわち性的意図が金銭目的によって完全に排除され併存すらしていない場合には、昭和45年判例の解釈に従って判断すれば強制わいせつ罪の成立を認めることができないことになる。そこで今回、昭和45年判例が変更され、とりわけ「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」<sup>11)</sup>については、性的意図の有無にかかわらず（たとえそれが存在していなくても）、強制わいせつ罪の成立を認めることとなったのである。仮に、最高裁が必要説を堅持して本件被告人の行為に強制わいせつ罪の成立を認めなかったとすれば、それは正義に悖るものである。したがって、本判決が「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」として、少なくとも性的性質が明確な場合については性的意図がなくても同罪の成立を認

めるとしたことは評価に値する。これが性的意図の要否に関する本件最高裁判決の意義である。

もっとも、本判決によれば、強制わいせつ罪における「わいせつな行為」には、本件のように、①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 176 条にいうわいせつな行為と評価できる行為（以下、「第 1 類型」という）のほか、②行為そのものが持つ性的性質が不明確で、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（同、「第 2 類型」）、および③性的な意味を帯びているとみられる行為であっても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ではない行為（同、「第 3 類型」）があるが、このうち第 2・3 類型については、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（有無の問題：第 2 類型）や、その性的な意味合いの強さ（程度の問題：第 3 類型）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ず、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という<sup>12)</sup>。なお、本判決は具体的には述べていないが、第 2 類型は例えば強要罪、暴行罪などと、第 3 類型は例えば迷惑防止条例違反としての痴漢行為などと強制わいせつ罪との区別において問題になると思われる<sup>13)</sup>。

#### IV 本件最高裁判決から見た昭和 45 年判例の位置づけ

それでは視点を変えて、本件最高裁判決の基準に従って判断する場合、昭和 45 年判例の被告人の行為は、本判決がわいせつな行為について示したいずれの類型に属することになるのであろうか。この点、反対意見の中で性的意図を不要とする論を展開した入江裁判官は、「問題とされている行為は、まさに刑法一七六条前段の要件を充たすものというべきである。」と述べておられる。つまり、第 1 類型に属する行為と考えておられるのであろう。ところが、学説の中には、昭和 45 年判例の事案では、「客観的に強制わいせつといえるかどうかの問題なのである。少なくとも上告論旨はこの点を争って

いるのであって、性欲の刺激興奮以外の目的で行ったときは、強制わいせつ罪が成立しない、と争っているのではない。」<sup>14)</sup>と、裸体の写真撮影程度ではわいせつな行為といえないのではないかと主張するものがある<sup>15)</sup>。そして何より、昭和45年判例自身が、「自己の内妻と共同してその面前で他の婦女を裸体にし、単にその立っているところを写真に撮影した本件のような行為は、その行為自体が直ちに行為者に前記性的意図の存することを示すものともいえない」と判示している。これを、被告人の行為からは性的意図の存在が推認できない、つまり、「行為そのものが持つ性的性質が不明確」と考えていたとの理解を前提とすれば、本件最高裁判決が示した本来の枠組みとは異なるが、昭和45年判例の被告人の行為は第2類型に属する行為ということになると思われる。もちろん、性的意図を、故意とは別個の成立要件と捉えるか(昭和45年判例)、それとも考慮要素と捉えるか(本件最高裁判決)の違いは大きいですが、少なくともその存否が強制わいせつ罪の成否に影響を与えているということにはなろう。この限りで、本件最高裁判決と昭和45年判例は矛盾しないとも考えられる。むしろ、本件最高裁判決は、第2類型に属する行為の1つとして、昭和45年判例の被告人の行為を念頭に置いていると考える余地もある。

## V 昭和45年判例の事案と類似する裁判例

それではここで、昭和45年判例の事案と類似するものでありながら、強制わいせつ致傷罪の成立(もっとも、強制わいせつの点については未遂)を認めた裁判例を確認することにする。

東京地判昭和62年9月16日判時1294号143頁<sup>16)</sup>。

### 【事案の概要】

被告人は、女性の下着を好む男性客相手に女性下着販売業(もっとも、営業の実体は、男性客の選んだ下着をモデルの女性に着用させたうえで買い取らせたり、下着姿のモデルの写真を撮影させたり、モデルの着替えや入浴を手伝わせたりして、下着代金のほか、試着料、コンサルタント料、撮影料等の名目で客から金銭を受け取るというものである。)を営む者であるが、当初4人在籍していたモデルの女性が1人だけとなってしまい営業ができない状態になっていたため、営業の実体を秘して女子販売スタッフ募集などとい

う広告を求人雑誌に掲載したところ、これを見たA女からアルバイトをしたいとの電話があり翌日面接を行う旨を伝えたのであるが、その電話での話し振りなどからどうしても同女をモデルとして働かせたいと考え、同女が約束どおり面接に来たならば、仕事の中味を告げる前に同女を無理矢理全裸にしてその姿態を写真に撮影し、その写真の存在や公表等を怖れる同女の性的羞恥心を利用して同女の弱味を掴むことによって、同女にモデルとして働くことを承諾させようと思ひ立ち、翌日実際に面接に訪れた同じ女に対し、前夜思い立ったとおり強いて同女を全裸にしその姿態を写真に撮影しようとしてタオルで同女の口を塞いだり、頸部を押さえ付けたりするなどの暴行を加えたが、抵抗されて目的を達せず、しかもその際の暴行により傷害を負わせた、というものである。

#### 【裁判所の判断】

弁護人は、被告人が本件行為に及んだ目的は、Aを裸にし、その姿態を写真撮影することによって、同女を被告人が経営する女性下着販売業の従業員として働かせようということにあったのであり、被告人自身の性欲を刺激、興奮させ又は満足させようという意図は全くなかったのであるから強制わいせつ致傷罪は成立せず、せいぜい強要未遂罪及び傷害罪が成立するにすぎない旨主張したのであるが、東京地裁は、「被告人は右A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つた旨、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つたことなどが認められる。してみると右A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。」として、強制わいせつ致傷罪の成立を認め、懲役3年、執行猶予3年に処した。

この裁判例に対しては、必要説から「性的意図を不要としたものではなく、性的意図も併存していた事案と理解するべきであろう。」<sup>17)</sup>との評価があるものの、不要説からは、概ね昭和45年判例以降初めて性的意図を不要とした裁判例と評価されている。不要説に立たれる町野朔教授は、この裁判例は昭和45年判例の要求する性的意図の存在を認めて強制わいせつ罪の成立を認めたものと解しつつも、被告人には「『自己の性欲を刺戟興奮させ又は満足させようとした意図』はなかったであろう。ただ、全裸写真の撮影が自分を含めた男性を性的に興奮させる性質を有していることを認識していることが、性的意図とされているのである。これは、行為のわいせつ性の認識、すなわち強制猥褻罪の故意と変わりはない。特別の性的意図は不要とされてしまっているといっても過言ではないのである。」<sup>18)</sup>とする。要するに、昭和45年判例と表面上合わせるために性的意図を問題にはしているが、昭和45年判例とは異なり「性的刺激、興奮を自ら得る目的を要求しているわけではない」のであるから<sup>19)</sup>、性的意図を「故意に還元したもの」<sup>20)</sup>あるいは「故意に読み込むもの」<sup>21)</sup>と解すべきなのである<sup>22)</sup>。したがって、性的意図を故意に還元することで実質的には性的意図を不要とした裁判例と評価することができよう。ちなみに、この裁判例に対する匿名解説<sup>23)</sup>は、「右判示に従えば、行為者本人にとって全く性的意味をもたないという特殊な事情が認められる場合のほかは、わいせつの意図は否定されないことになるようにも思われる(右判示のような考え方で最高裁判例(昭和45年判例——引用者挿入)の事案に臨んだ場合、果してわいせつの意図を否定できるか、問題であろう。)」と述べている。

## VI 必要説の理論的根拠

必要説は、①強制わいせつ罪を傾向犯と解すること、および②本罪の保護法益を社会的法益である側面をも考慮すべきであること、あるいは被害者の性的羞恥心と解することを根拠に展開されている。

### ①傾向犯との関係

必要説に立つわが国のかつての通説は、ドイツ刑法の影響<sup>24)</sup>を受け強制わいせつ罪を傾向犯(あるいは目的犯)と解していた<sup>25)</sup>。そもそも傾向犯とは、行為者の内心的傾向を構成要件要素とする犯罪をいう。これはメツガ

一によって主張されたものである。彼は客観的違法性論に立ちながら違法性の存否・程度に影響を与える主観的要素として、目的犯における「目的」、傾向犯における「内心的傾向」および表現犯における「内心的経過」があると主張した。このうち、「情欲的傾向が行為者の外的行為に性的性格を与える性犯罪」を傾向犯の典型例として挙げていた<sup>26)</sup>。また、必要説は主観的違法要素に好意的な行為無価値論者<sup>27)</sup>によって展開されこととも相まって、強制わいせつ罪の成否と性的意図の要否の関係については、とりわけ行為無価値論者から、行為無価値論＝強制わいせつ罪は傾向犯である＝必要説、結果無価値論＝強制わいせつ罪は傾向犯ではない＝不要説という枠組みが主張されていた。しかし、行為無価値論に立脚しながら、少なくとも強制わいせつ罪の成立には性的意図は不要、すなわち本罪が傾向犯であることを否定する論者<sup>28)</sup>もあり、行為無価値論＝強制わいせつ罪は傾向犯である＝必要説に論理必然的な関係にはない。これは、強制わいせつ罪は傾向犯であると解するか否かの問題なのであり、主観的違法要素を認めることや行為無価値論に立脚することとは別次元の話なのである。本罪を傾向犯と解する必要説は、客観的構成要件要素としてのわいせつな行為が存在し、それに対応する一般的主観的構成要件要素としての故意の存在が認められた上に、さらに特殊的主観的構成要件要素としての性的意図の存在を要求するものであるが、これは過剰な要求であると思われる。むしろ、客観的にも主観的にもわいせつ行為性が認められながら性的意図が存在しないとして本罪の成立を否定することは、著しく正義に反すると思う。以上の検討から、少なくとも本罪を傾向犯と解することは妥当でなく、したがって、性的意図を故意とは別個の成立要件と解すべきでないを考える。

## ②保護法益との関係

強制わいせつ罪の保護法益につき、性的自由ないし性的自己決定といった個人的法益と解することに異を差し挟む見解は皆無といってよいが、一部では、これに加えて健全な性風俗といった社会的法益をも考慮すべきとする見解<sup>29)</sup>がある。日高義博教授は、「わいせつ罪の保護法益が、性的自由という個人的法益だけではなく、性風俗環境の適正な維持という社会的法益をも併せ持っていることを前提とする場合には、ここでの行為者の性的意図は、法益侵害性に影響する超過的な内心的要素であり、それを客観化することは



きない」<sup>30)</sup>として性的意図の必要性を主張する。しかし、この見解に対しては、同じ風俗犯であるわいせつ物頒布等罪の成立要件として性的意図は要求されていない<sup>31)</sup>との批判や、少なくとも強制わいせつ罪においては性的意図が存在することにより、善良な性風俗の侵害が増大するという関係を見出すことはできない<sup>32)</sup>との批判がある<sup>33)</sup>。

また、本罪の保護法益を個人的法益と解する立場から、その内容を被害者の性的羞恥心と理解する場合には性的意図が必要であるとする見解もある。西原春夫博士は、「行為者に猥褻の目的あるいは内心的傾向があることが被害者にとって明らかな場合には、……その羞恥心は……著しく害されることになるし、ひいて性的自由の侵害が考えられる」ので「強制猥褻罪における主観的違法要素は、……法益侵害性を決定する要素として理解すべきである」<sup>34)</sup>とされる（この限りで「修正必要説」と呼ぶことができるであろう）。しかし、この見解に対しても、性的羞恥心のない幼児や心神喪失状態にある者に対する場合は、性的自由の侵害はあるが性的羞恥心の侵害はないので性的意図は法益侵害性に影響を与えないことになる<sup>35)</sup>といった批判や、行為者に性的意図があろうがなかろうが被害者には羞恥感情が侵害されていること、および強制わいせつ罪はひとつの種類の犯罪であるのに性的意図が必要な場合とそうでない場合があることは理屈に合わない<sup>36)</sup>といった批判がある。やはり、本罪の保護法益を被害者の性的自由と解するのであれば、性的意図の有無はその侵害があったか否かに何ら影響を与えないと解するべきであろう。

なお、本罪の保護法益に関して本件最高裁判決は具体的には語っていないが、「被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度にこそ目を向けるべき」と述べていることからすれば、被害者の利益と捉えているのであって、この限りで個人的法益であることは間違いない。したがって、問題はその具体的な内容ということになろう<sup>37)</sup>。しかし、性的意図の要否の問題を主眼とする本稿においては、少なくとも現在までに主張されている保護法益の観点から性的意図を強制わいせつ罪の成立要件と解する見解を批判的に検討するに留めこれ以上は立ち入らない。保護法益の具体的な内容についての検討は別稿に譲りたい。

## Ⅶ 性的意図をわいせつ行為性判断において考慮することの是非

すでに確認しているとおり、本件最高裁判決はわいせつな行為を上記 3 つに分類し、わいせつ行為性判断において性的意図を、第 1 類型の場合は不要とするが、第 2・3 類型の場合は考慮することを認める旨判示している。もっとも、この基準は、性的意図を故意とは別個の成立要件とするわけではないので必要説ではなく、また、わいせつ行為性判断において考慮要素とするもので完全に不要とするものではないから不要説でもない。したがって、本稿では、本件最高裁判決が示した基準を「考慮説」と呼ぶことにする。ちなみに、すでに必要説から、昭和 45 年判例に対する評釈において考慮説と同様の判断構造を持つ解釈が示されていた。すなわち、第 1 類型の場合は性的意図を不要とするが、とりわけ第 2 類型の場合はそれを成立要件とするというものである<sup>38)</sup>。学説にも、本件最高裁判決が示した考慮説を支持する見解<sup>39)</sup>がある。また、ドイツの学説においても、強制わいせつ罪の成立には性的意図は原則として不要であるが、客観的に両義的（アンビバレント）な行為の場合には、そのわいせつ行為性判断において性的意図を考慮するという見解が主張されている<sup>40)</sup>。

しかし、性的意図を成立要件とすることはもちろん考慮要素とすることも妥当でないと解する。以下でそれを論証する。

### (1) 予備的考察

まず、予備的考察として「わいせつな行為」について検討する。

わいせつな行為は、「行為」でなければならない。行為は「客観面と主観面の統合体」<sup>41)</sup>であるから、一面的に捉えるのは妥当ではない（もちろん、その存否を判断するに当たっては両面を分けて検討する必要はあるが、最終的に両面が「わいせつな行為」といえる性質を備えていなければならない。）。そうすると基本的には、例えば、本件事案のように、客観的に「女兒の乳房や陰部に触れる行為」<sup>42)</sup>があり、主観的に「女兒の乳房や陰部に触れているという認識」があれば刑法 176 条の構成要件に該当する「わいせつな行為」といってよい。もちろん、それが性的意図の発現として行われたかどうかは重要でない。したがって、「女兒の乳房や陰部に触れているという認識」を持ちながらマネキンに触れている場合やその逆の場合は、「わいせつな行

為」とはいえないことになる。

また「わいせつ」な行為は、事実に行為（いわゆる「裸の行為」）ではなく構成要件に該当する行為でなければならないから（とりわけ「わいせつ性」は規範的構成要件要素の典型例である。）、この限り（ここでは形式的な構成要件該当性判断であり実質的な違法性判断に至らない限度）で価値関係的にその行為の性的性質を判断しなければならない。したがって、「女兒の乳房や陰部に触れる行為」がわいせつな行為であるのは、「頭をなでたり、手をつないだりする行為」とは異なり、それが性的な意味を持った行為、ひいては被害者の性的自由を侵害する行為だからということになる。これがまさにわいせつ性判断ということになる。

ところで、ドイツ刑法典においては、「性的行為 (sexuelle Handlung)」に関する概念規定が184h 条<sup>43)</sup>に置かれている。これは、1973年の刑法第4次改正法において新設された規定で、それまでの「わいせつな行為 (unzüchtige Handlung)」に代わるものである。また、その際、いわゆる性犯罪規定が置かれていた第13章の章名も「風俗に対する重罪及び軽罪」<sup>44)</sup>から「性的自己決定に対する犯罪行為」<sup>45)</sup>に改められ、保護法益もそれまでの社会的法益としての性風俗<sup>46)</sup>から個人的法益としての性的自己決定と理解されることとなったのである。ちなみに、184h 条1項は「本法において、性的行為とは、それぞれの保護法益に関してかなり顕著なもののみをいう。」と規定している。保護法益の観点から整理すれば、ドイツの「わいせつな行為」は性風俗を侵害する行為、同じく「性的行為」は性的自己決定を侵害する行為ということになる。わが国の強制わいせつ罪の保護法益は、前述のとおり性的自由ないし性的自己決定と理解されているので、わが国の刑法176条の「わいせつな行為」とドイツ刑法典184h 条1項の「性的行為」は、性的自由を侵害する行為の点では同じであると解してよいと思われる。なお、定義の中で示されている「それぞれの保護法益に関してかなり顕著なもののみ」という要件については、改めて触れることにする。

## (2) わいせつ性判断からの考察

強制わいせつ罪におけるわいせつの定義は、わいせつ文書販売罪で示された定義<sup>47)</sup>をそのまま踏襲し、「刑法第一百七十六条にいわゆる『猥せつ』とは

徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反することをいう」<sup>48)</sup>とされている。したがって、わいせつ性は、当該行為がこの定義に照らして性的な意味を持っているかという観点から判断されることになる(ちなみに、必要説は、この定義のうち「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ」という要素から、性欲を興奮または刺戟されるのは犯人、すなわち行為者であると解して、性的興奮や刺激を行為者自らが得る目的を要求し、このような性的意図を故意とは別個の成立要件とするという解釈をしたのである。しかし、これが妥当でないことは先に指摘したところである。)

すでに触れたように、わいせつ概念は規範的構成要件要素である。規範的構成要件要素とは、その存否の認定について裁判官の規範的・評価的な価値判断を要する構成要件要素で、わいせつ概念については、社会一般の文化的評価による判断を必要とするものと解されている<sup>49)</sup>。前述したとおり、本件最高裁判決が、「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、規範的評価として、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。」と述べているのも、このことを踏まえたものと思われる。これを端的にいうならば、わいせつな行為か否かは「社会通念」を基準とした客観的判断、すなわち当該行為を「社会の人々が性的に意味ある行為としてみている」<sup>50)</sup>か否かによって判断するということなろう。そうすると、問題は、判断対象としての行為とはいかなるものか、より具体的には、客観面と主観面の統合体を指すのか、それとも客観的側面だけを指すのか、ということである。この点、わいせつ文書販売罪が問題となったチャトレイ事件において最高裁は、「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。」<sup>51)</sup>と判示している。入江裁判官も昭和 45 年判例の反対意見の中でこのことに言及している。これをわいせつな行為に置き換えると、「わいせつ性の存否は行為の客観的側面(のみ)から判断されなければならない、行為者の主観的事情によって影響されるべきものではない」ということなろう。第 22 章に規定された 174 条の公然わいせつ罪、175 条のわいせつ物頒布等罪、そして 176 条の強制わいせつ罪に共通する「わいせつ」

概念につき、そもそもわいせつの定義自体が不明確であることから、また前二者の保護法益は社会的法益であるのに対し、強制わいせつ罪は個人的法益であることから、それぞれ同じ内容のものとして理解すべきなのかについて議論があるものの、少なくとも判断構造についてはいずれにおいても同様のことが当てはまらなければならないと思う<sup>52)</sup>。もっとも、わいせつ「物、図画や文書」はそれ自体意思を持たない客観的なものであるのに対して、わいせつな「行為」は客観面と主観面の統合体であるから、わいせつ性判断の対象としての行為は、主観面をも考慮した統合体としての行為ということになる。したがって、この限りで、行為者の主観的事情を考慮しなければならないことにはなる。しかし、ここで考慮されるべき主観的事情とは、故意であって性的意図ではない。故意は、行為の客観的側面の主観的反映だからである。そして、故意を問題とする以上、論理的には行為の客観的側面がわいせつ性を帯びていること、すなわちわいせつな行為の客観的側面の存在が認定されてから初めて考慮されなければならないものなのである。当然のことながら、わいせつ文書販売罪においても故意の存在は必要で、とりわけ故意の内容として要求される認識の程度（いわゆる「意味の認識」）などが問題になっているが、その前提には、その作品がわいせつ性を帯びているかどうかの判断が先行して行われているのである。そうであるならば、作品に対応するのはやはり行為の客観的側面なのであり、この存否の判断は純客観的に、したがって、性的意図のような行為者の主観的事情を考慮してはならないのである。

以上の検討から、わいせつな行為といえるか否かの判断は、最終的には客観面と主観面の統合体としての行為を対象として行われなければならないが、その前提として、まず行為の客観的側面がわいせつ性を帯びているかの判断を先行させなければならないのである。そして、その判断は性的意図といった行為者の主観的事情を考慮することなく純客観的に行われなければならないのである<sup>53)</sup>。

### (3) 犯罪認定論からの考察

本件最高裁判決がいうように、行為の性的性質が不明確な場合に行行為者の性的意図あるいは治療目的などの主観的事情を考慮することは、一見すると、

その行為のわいせつ性を慎重かつ適切に判断することを可能にするようにも見える。しかし、これらの主観的事情を犯罪認定のどの段階で、そしてどのように考慮するというのであろうか。犯罪認定の順序については、客観面から主観面へ、形式的判断（構成要件該当性判断）から実質的判断（違法性・責任判断）へ、という順序で行うのが大原則である。これを前提とするならば、故意はもちろんのこと性的意図といった主観的側面の存在を認定した上でそれに対応する行為の客観的側面の存否の判断に移る、すなわち主観面から客観面の順序で検討することは明らかに妥当でない。なぜなら、主観面の検討を客観面のそれに先行させると、内心が悪ければ客観的にそれほど悪くなくても感情的に処罰の方向に流れてしまう危険性があるからである。同様の批判は、行為の客観的側面の存否の判断にあたって行為者の主観的事情を考慮することにも当てはまる。客観的側面だけを取り上げれば直ちにわいせつな行為と評価できない行為、例えばフェティシズムに代表されるような行為を、「自己の特異な性的欲求を満足させるため」といった行為者の性的意図を踏まえた上で判断すれば、「安易に」その行為のわいせつ性が肯定されかねないからである<sup>54)</sup>。要するに、行為の客観的側面だけではわいせつ性を帯びていなくても性的意図を考慮する、より正確には「性的意図の存在でその不足分を補う」<sup>55)</sup> ことによってわいせつ行為性を認めているにすぎないのである。これは内面の悪さを根拠にわいせつ行為性を認める主観主義刑法であり、人権保障の観点からも到底許されるものではない。この点、すでに町野朔教授が、「行為者に性的意図が存在すれば、客観的に猥褻性の程度が低くても強制猥褻罪が成立するというのではない。……行為者に悪しき性的意図を要求するのと引換えに客観的な猥褻概念を緩める傾向が生じたとすれば、それは妥当ではない」<sup>56)</sup> と指摘しているところである。いずれにしても、行為の客観的側面がわいせつ性を有しているということが重要なのである。

また、治療目的のような主観的正当化事情をわいせつな行為の成否、すなわち構成要件段階で考慮するというのも、やはり妥当でない。確かに、当該行為が治療を目的として行われたのであれば構成要件該当性を否定することができ、構成要件該当性を認めたとえで違法性を阻却するよりも、（最終的には強制わいせつ罪不成立という点では同じであっても）罪刑法定主義、ひいては人権保障に適っているといえなくもない。しかし、当該行為が治療行

為に当たるか否かは元来違法性阻却事由である正当行為（刑法 35 条）の成否の問題であり、その判断は違法性の段階で検討すべき内容であるから、このような実質的判断を形式的判断であるべき構成要件段階で行うのは妥当でない。何より、性的意図の不存在の場合とは異なり、治療目的などの主観的正当化事情が存在する場合は、それが存在しさえすれば（構成要件該当性が認められた）行為のわいせつ性が否定される（すなわち正当化される）わけではなく、当該行為が客観的にも治療として相当な行為といえるものでなければならぬのである<sup>57)</sup>。このようなところからも、当該行為は客観的にも主観的にも治療行為であるという実質的な判断は違法性判断ですべきものなのである。とにもかくにも、わいせつな行為か否かは構成要件段階で検討されるべき内容なのである。

以上の検討から、考慮説は客観的にはわいせつな行為といえないものに、行為者の性的意図、さらにはその背後にある特殊性癖を考慮してわいせつ行為性を構成要件段階で認定してしまう危険性がある。これは、内面の悪さを根拠に処罰することを意味するものであり、客観主義、行為主義に反するもので到底許されない<sup>58)</sup>。したがって、行為の性的性質が不明確な場合や両義的な場合、「行為の具体的な脈絡から客観的にこの意味が判明しない場合には、『わいせつな行為』にあたらないと解すべき」<sup>59)</sup>である<sup>60)</sup>。

## Ⅷ 被害者の性的被害に目を向けるという視点

本件最高裁判決は、「強制わいせつ罪の成立要件の解釈をするに当たっては、被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度にこそ目を向けるべきである。」と述べ被害者の性的被害の視点を基礎として本罪の成否を判断すべきとしている。冒頭でふれた今回の刑法改正も同じ視点に立つものである。これは極めて重要な視点である。そこで、裁判において強制わいせつ罪の成立が否定された行為を手がかりにこの点を検討する。

裁判において強制わいせつ罪の成立が否定された行為としては、昭和 45 年判例で問題となった裸体の写真撮影のほか、①予てから馴染の間柄である被害女性に抱きついたところ、同女が仰向けに倒れたのでその上に被告人である二人の男が前後に相接着して馬乗りになったという行為<sup>61)</sup>、② 10 歳の少女を背後から抱きすくめ、両膝で同女の身体（両脚）をはさみつけて同女

の背中、腰部、臀部を撫でまわす行為<sup>62)</sup>、③被害者の口腔内に指を押し込んで嘔吐させる行為<sup>63)</sup>、④必要性が認められた臨床検査技師による会陰走査<sup>64)</sup>、⑤診療行為の一環として被害女兒の着衣をずらして乳房を露出させる行為<sup>65)</sup>、⑥療術行為として膣内へ指を挿入する行為<sup>66)</sup>などを挙げることができる。もっとも、それぞれ強制わいせつ罪の成立を否定した根拠が異なっており、それを類型化すると、a) わいせつ行為性が否定されたもの(①、②、③)、b) 正当行為<sup>67)</sup>とされたもの(④、⑤、⑥)がある。このうち、a) ①は不成立の理由を「飲酒酩酊の上の悪ふざけにすぎない」とするもので必ずしも明確ではないが、②では「被告人に性的意図があったことは優に認められる」、③では(かつて、口淫した女性がその後嘔吐したアダルトビデオを見て性的興奮を覚えたことから)「自己の特異な性的欲求を満足させるため」とそれぞれ性的意図の存在が認定されているところからすると、より正確には行為の客観的側面のわいせつ性が否定されたものといえる。なお、⑤は、被害女兒の着衣をずらして乳房を露出させる行為に引き続き行われたビデオカメラによる盗撮行為をわいせつな行為としている。ちなみに、被告人は医師である。つまり、乳房を露出させる行為は正当な診察行為として違法性が阻却されているが、盗撮行為は正当な診察行為ではないとして違法性阻却を否定しているのである<sup>68)</sup>。いずれにしても、このような態様の盗撮行為がわいせつな行為に当たると認定しているのである。

そうすると、昭和 45 年判例の事案では、性的意図が欠けるとして強制わいせつ罪の成立が否定されたが、前掲昭和 62 年東京地裁判決および⑤においては、具体的な状況はそれぞれ異なるものの、いずれの場合についても撮影行為に強制わいせつ罪の成立が認められている。同様に、②および公然わいせつ罪の成否が問題となりその成立が否定された事案<sup>69)</sup>ではあるが、衣服の上から臀部を撫でまわす行為に対しても、近時では強制わいせつ罪の成立が認められているところである<sup>70)</sup>。これらは、本件最高裁判決が言及する「被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度にこそ目を向けるべき」を体现するものであろう。このように撮影行為や臀部を撫でまわす行為など、かつてわいせつ行為性が否定されていたものについても、(性的意図を考慮した上でかもしれないが)わいせつ性を認める傾向にあることは注目に値する。これらの観点からすれば、少なくとも、わいせつ行為性が否定さ



れた②および昭和45年判例の被告人の行為については、わいせつ性、すなわち強制わいせつ罪の成立を認めてよいと思われる。根拠としては、まず、②および昭和45年判例の被告人の行為とも、行為者の性的意図を考慮しなくても性的意味が認められると解されること、被害者の側に寄り添って判断すると著しく性的羞恥心が害されているとともに嫌悪感や恐怖感を抱くものでもあることが容易に想像できること（加えて、②については被害者が10歳の女兒であること）、などが挙げられる<sup>71)</sup>。

とはいえ、被害者の性的被害に目を向けるということが、わいせつ行為性の認定を緩めることになってはならない。例えば、臀部を撫でまわす行為については、過去の裁判例がそうであるように、行為態様によっては暴行罪、場合によっては無罪ということも当然あり得る。性的意味を帯びた行為であれば、常に強制わいせつ罪の成立を認めてよいわけではない。ここで参酌されるのが、ドイツにおける性的行為の概念規定にある「それぞれの保護法益に関してかなり顕著なもののみ」という要件である。これをわが国の強制わいせつ罪に置き換えてみると、「下限6月という法定刑に基づく刑罰が正当化される程度の性的侵害が要求されている」<sup>72)</sup>ということになる。したがって、とりわけ胸部、陰部、臀部への接触行為であれば、直ちに強制わいせつ罪の成立を認めるわけではなく、例えば、ある程度の執拗性<sup>73)</sup>といった事情が必要ということになる。この点については更なる検討が必要であるが、このような程度判断は行為の客観的側面からなされるものであり、性的意図自体からでは難しいであろう<sup>74)</sup>。

なお、同じくわいせつ行為性が否定された③については、裁判所の結論を支持する見解<sup>75)</sup>がある一方で、わいせつ行為性を肯定する見解も主張されている。例えば、井田良教授は、指の口腔内への挿入を「身体的内密領域」の侵犯であると解することによって<sup>76)</sup>、また、園田寿教授は「本人にとってはもちろんのこと、社会的にも『性的行為』であることは否定されないであろう。」<sup>77)</sup>として、わいせつ行為性を肯定する。とりわけ後者については、本件最高裁判決が示した、「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」との関係が重要であろう。この点は、前述したフェティシズム行為との関係において問題になると思われる。結局のところ、そもそも「わいせつな行為」とは何かを

明らかにすることが重要であるが、現時点では、少なくとも行為の客観的側面自体にわいせつ性が認められなければならないということを指摘するに留め、これ以上立ち入らない。この点については、別稿で改めて論じたい。

### 3. むすびにかえて

以上検討してきたとおり、本稿は不要説を妥当とする立場から、成立要件としてはもちろん考慮要素としてであっても強制わいせつ罪の成否、より具体的には構成要件該当性判断を行うに当たって性的意図は不要であるとの結論に達した。確かに、一見、単なる強要や暴行にすぎない行為であっても、それが性的意図の発現として行われているというのであれば、わいせつな行為として評価してよい場合が多いようにも思われる。この限りで、行為のわいせつ性判断において性的意図を考慮することには一応の理由がある。しかし、このことは、行為の客観的側面だけではわいせつ性を帯びていなくても性的意図を考慮する、より正確には「性的意図の存在でその不足分を補う」ことによってわいせつ行為性を認める危険性を孕んでいる。これは内面の悪さを根拠にわいせつ行為性を認める主観主義刑法であり、人権保障の観点からも到底許されるものではない。行為の客観的側面自体においてわいせつ性が充足されなければならず、「行為の具体的な脈絡から客観的にこの意味が判明しない場合には、『わいせつな行為』にあたらないと解するべき」である。性的意図の存在は、それが存在すればしない場合よりも犯情が悪いという量刑事情にすぎないのであり、強制わいせつ罪の成否にかかわらせるべきではない。

もっとも、本稿は強制わいせつ罪の成立には「性的意図」が不要であること明らかにしたにすぎず、重要な論点である強制わいせつ罪の「保護法益」や「わいせつな行為」についての検討は留保してきた。これらの点については別稿で改めて論じたい。

【注】

- 1) 本稿は、桐蔭法学研究会で報告した「強制わいせつ罪の成立に性的意図は必要か～平成29年11月29日最高裁大法廷判決を契機として～」を加筆・修正したものである。
- 2) 改正内容の詳細については、加藤俊治「性犯罪に対処するための『刑法の一部を改正する法律』の概要」刑ジャ53号(2017)73頁などを参照。
- 3) 東京高判平成26年2月13日高検速報平成26年45頁は、「本罪の基本犯である強制わいせつ罪の保護法益は被害者の性的自由であると解されるところ、同罪はこれ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、同罪の成立に欠けるところはないというべきである。」「本件において、被告人の行為が被害者の性的自由を侵害するものであることは明らかであり、被告人もその旨認識していたことも明らかであるから、強制わいせつ致傷罪が成立することは明白である。被告人の意図がいかなるものであれ、本件犯行によって、被害者の性的自由が侵害されたことに変わりはないのであり、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は、上記のような法益侵害とは関係を有しないものというべきである。」と、傍論ではあるが、被告人に性的意図があった事実を認定した上で、強制わいせつ罪の成立に性的意図は不要であるとする立場を明示している。なお、本判決の評釈として、田中健太郎「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の成立に欠けるところはなく、犯人の性欲を刺激興奮させ又は満足させるという性的意図の有無は同罪の法益侵害とは関係を有しない旨判示した事例」研修797号(2014)21頁など。
- 4) 佐伯千仞『刑法における違法性の理論』(有斐閣、1974)209頁以下、福田平『全訂刑法各論〔第3版〕』(有斐閣、1995)183頁(福田平・大塚仁『対談刑法総論(上)』(有斐閣、1986)334頁以下も参照)、大塚仁『刑法概説各論〔第3版増補版〕』(有斐閣、2005)100頁(福田平・大塚仁『対談刑法総論(上)』(有斐閣、1986)337頁以下も参照)、吉田敏雄「主観的構成要件要素と主観的違法要素」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第2

- 卷一構成要件論(錯誤、過失を含む)』(法学書院、1994) 152 頁以下、阿部純二『刑法総論』(日本評論社、1997) 94 頁。同「強制わいせつ罪における性的意図の要否」現代刑事法 2 卷 3 号 (2000) 27 頁、日高義博「強制わいせつ罪における主観的要件」植松正ほか著『現代刑法論争Ⅱ〔第 2 版〕』(勁草書房、1997) 67 頁、立石二六『刑法総論〔第 4 版〕』(成文堂、2015) 129 頁以下、岡野光雄『刑法要論各論〔第 5 版〕』(成文堂、2009) 67 頁、高橋則夫『刑法各論〔第 2 版〕』(成文堂、2014) 127 頁以下、同『刑法各論〔第 3 版〕』(成文堂、2016) 96 頁など。なお、西原春夫「強制猥褻罪における主観的要素」平野龍一ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第 2 版〕』(有斐閣、1984) 36 頁、成瀬幸典「強制わいせつ罪に関する一考察(上)」法学 80 卷 5 号(東北大学法学会、2016) 1 頁など。
- 5) 平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、1977) 180 頁、団藤重光『刑法綱要各論〔第 3 版〕』(創文堂、1990) 491 頁、内藤謙『刑法講義総論(上)』(有斐閣、1983) 218 頁、内田文昭『刑法各論〔第 2 版〕』(青林書院、1984) 160 頁、町野朔「強制わいせつ罪の現在——セクハラと痴漢——」『刑法各論の現在』(有斐閣、1996) 271 頁、佐伯仁志「強制猥褻罪における猥褻概念」判タ 708 号(1989) 66 頁、香川達夫『刑法講義各論〔第 3 版〕』(成文堂、1995) 321 頁、齊藤信宰『新版刑法講義〔各論〕』(成文堂、2007) 121 頁以下、橋爪隆「強制わいせつ罪における主観的要素」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第 4 版〕』(有斐閣、1997) 31 頁、堀内捷三『刑法各論』(有斐閣、2003) 68 頁、山口厚『刑法各論〔第 2 版〕』(有斐閣、2010) 108 頁、林幹人『刑法各論〔第 2 版〕』(東京大学出版会、2007) 90 頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第 3 版〕』(成文堂、2012) 111 頁以下、西田典之『刑法各論〔第 6 版〕』(弘文堂、2012) 90 頁、大越義久『刑法総論〔第 5 版〕』(有斐閣、2012) 73 頁、曾根威彦『刑法各論〔第 5 版〕』(成文堂、2012) 67 頁、斎藤信治『刑法各論〔第 4 版〕』(有斐閣、2014) 54 頁、伊藤亮吉「強制わいせつ罪における主観的要素」山口厚ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第 7 版〕』(有斐閣、2014) 30 頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第 4 版補訂版〕』(成文堂、2015) 113 頁以下、前田雅英『刑法各論講義〔第 6 版〕』(東京大学出版会、2015) 96 頁、山中敬一『刑法各論〔第 3 版〕』(成文堂、2015) 165 頁、中森喜彦『刑法各論〔第 4

- 版』(有斐閣、2015) 66 頁、井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣、2016) 112 頁、松原芳博『刑法各論』(日本評論社、2016) 87 頁以下、橋本正博『刑法各論』(新世社、2017) 119 頁など。
- 6) 本判決の評釈として、成瀬幸典「強制わいせつ罪の主観的要件としての性的意図の要否」法教 432 号 (2016) 166 頁。
  - 7) 本判決の評釈として、園田寿「強制わいせつ罪における〈性的意図〉について」井田良ほか編『山中敬一先生古希祝賀論文集〔下巻〕』(成文堂、2017) 118 頁。
  - 8) 本判決の評釈として、前田雅英「わいせつ目的と性犯罪」WLJ 判例コラム特報 122 号 (2017) 1 頁、成瀬幸典「強制わいせつ罪の主観的要件としての性的意図の要否」法教 449 号 (2018) 129 頁、豊田兼彦「強制わいせつ罪における性的意図の要否」法セ 757 号 (2018) 123 頁、曲田統「強制わいせつ罪における『性的意図』の要否」法教 450 号 (2018) 51 頁、馬渡香津子「強制わいせつ罪の成立と行為者の性的意図の要否」ジュリ 1517 号 (2018) 78 頁、村井敏邦「強制わいせつ罪の成立に、わいせつ目的を必要とするか」時の法令 2043 号 (2018) 50 頁、木村光江「行為者の性的意図と強制わいせつ罪の成立要件」ジュリ 1518 号 (2018) 156 頁、園田寿「強制わいせつ罪における『性的意図』の要否」TKC ローライブラリー No.125 (2018) 1 頁、高橋則夫「強制わいせつ罪における性的意図」論究ジュリ 25 号 (2018) 113 頁、塩見淳「強制わいせつ罪における『性的意図』—最高裁平成 29 年 11 月 29 日大法廷判決を契機として—」刑ジャ 56 号 (2018) 33 頁。
  - 9) 本判決の評釈として、時国康夫・最高裁判所判例解説刑事編昭和 45 年度 (1971) 1 頁、植松正「報復・侮辱の目的による裸体撮影」法律のひろば 23 卷 6 号 (1970) 41 頁、平野龍一「強制わいせつ罪とわいせつの意思」警察研究 42 卷 6 号 (1971) 121 頁、鈴木義男「強制わいせつ罪の主観的要素」研修 263 号 (1971) 61 頁、西原・前掲注 4) 36 頁、大野平吉「強制猥褻罪における主観的要素」平野龍一ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第 3 版〕』(有斐閣、1992) 32 頁、橋爪・前掲注 5) 31 頁、丹羽正夫「強制わいせつ罪における主観的要素」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第 5 版〕』(有斐閣、2003) 32 頁、小田直樹「強制わいせつ罪における主観的

要素」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第 6 版〕』（有斐閣、2003）  
28 頁、伊藤・前掲注 5）30 頁など。

- 10) 大分地判平成 25 年 6 月 4 日 LLI/DB L06850398 は、「強制わいせつ罪が成立するためには、犯人の性欲を刺激興奮させ又は満足させるという性的意図が必要であり、専ら報復・侮辱・虐待等の目的に出た行為であれば、強制わいせつ罪には当たらないが、弁護人の主張する復讐心とこのような性的意図は併存し得るものであって、これらが併存していると認められるのであれば、強制わいせつ罪が成立する。」という。
- 11) 口腔性交は、改正前（本件当時）は、性交類似行為として強制わいせつ罪に当たる行為とされていたが、改正法により強制性交等罪に該当する行為となった。したがって、被害者が 13 歳未満の者であることから、暴行・脅迫がなく、たとえ合意の上であっても、その年齢を知りつつ本件のような行為に及べば強制性交等罪 [177 条後段]（あるいは、行為者が被害者の監護者である場合は新設された監護者性交等罪 [179 条 2 項]）が成立することになる。この意味でも、本件被告人の行為は性的な意味を強く帯びたものであることが明らかである。
- 12) 学説には、具体的指針として、(i) 関係する部位、(ii) 接触の有無・方法、(iii) 継続性、(iv) 強度、(v) 性的意図、(vi) その他の状況を考慮すると主張するものがあり、この中で最も重要なのは、(i)、(ii) であるとする（佐藤陽子「強制わいせつ罪におけるわいせつ概念について」法時 88 卷 11 号（2016）63 頁以下）。なお、嘉門優「強制わいせつ罪におけるわいせつ概念について」立命館法学 5・6 号（2017）120 頁も参照。
- 13) 豊田・前掲注 8）123 頁は、第 2 類型の例として虐待行為や治療行為かが微妙な行為を、第 3 類型の例として射精して被害者の着衣に精液を附着させる行為も挙げている。
- 14) 平野・前掲注 9）124 頁。
- 15) 町野・前掲注 5）283 頁は、「実際には、この事案における被告人の行為の程度で『猥褻』といえるかにはかなり問題があったと思われる」という。成瀬・前掲注 4）24 頁も参照。
- 16) 本判決の評釈として、大谷實「強制猥褻罪における主観的要素」法セ 407 号（1988）108 頁。

- 17) 高橋・前掲注4) 128頁。
- 18) 町野・前掲注5) 278頁。
- 19) 佐伯・前掲注5) 65頁。
- 20) 松宮・前掲注5) 119頁、松原・前掲注5)・87頁注25)。
- 21) 豊田・前掲注8) 123頁。
- 22) なお、大谷・前掲注5) 114頁は、「わいせつの意図を広く認めるもの」とする。
- 23) 匿名解説・判タ670号254頁。
- 24) 例えば、佐伯・前掲注4) 209頁以下、福田・大塚・前掲注4) 334頁以下、吉田・前掲注4) 140頁以下など。
- 25) 時国・前掲注9) 5頁。
- 26) Mezger, Strafrecht, 3.Aufl., 1949, S.172.
- 27) 例えば、大塚仁博士や福田平博士など。
- 28) 例えば、行為無価値論に立たれる団藤重光博士、大谷實教授、井田良教授は不要説に立つ。
- 29) 日高・前掲注4) 300頁、香川達夫『刑法講義各論〔第3版〕』（成文堂、1995）321頁。もっとも、本罪の性格につき、「直接的には、被害者の性的自由の侵害であるが、本罪自身はやはり性的秩序の保護を目的にしている」として「社会的法益に対する罪」に位置づけている。また、同312頁も参照。藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂、1976）171頁も、「強制わいせつ、強姦は、一方では純個人的犯罪という面をもつことは否定しがたいが、犯罪の背景には、社会の性に関する風潮、社会風俗の態様、地方的特色などが密接に関係しており、風俗犯罪としての性格をいぜん強くもっていると見てよいであろう。」と本罪を「第二編 社会的法益を保護する刑罰法規」の「第四章 善良な風俗、道徳秩序に対する罪」の中で取り扱っている。
- 30) 日高・前掲注4) 300頁。
- 31) 佐伯・前掲注5) 66頁。
- 32) 橋爪・前掲注5) 31頁。
- 33) 強制わいせつ罪の中核は、「強制」、すなわち被害者の意思に反する点にある。被害者の同意は、被害者が処分可能な法益に限定されるため、個人的

法益でなければならないとの一般的な理解を前提とするならば、やはり本罪は個人の性的自由あるいは性的自己決定権侵害を本質とし、善良な風俗などの社会的法益に対する罪ではないということになる。

- 34) 西原・前掲注 4) 37 頁。
- 35) 橋爪・前掲注 5) 31 頁。阿部・前掲注 4) 26 頁。なお、新潟地判昭和 63 年 8 月 26 日判時 1299 号 152 頁。
- 36) 町野・前掲注 5) 279 頁。
- 37) 近時の強制わいせつ罪の保護法益について、例えば、「性的尊厳・人格権」とするもの（辰井聡子『『自由に対する罪』の保護法益——人格に対する罪としての再構成』岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新たな展開 [上巻]——町野朔先生古希記念』（信山社、2014）425 頁）、「身体的内密領域」とするもの（井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修 806 号（2015）8 頁）、「人格的統合性」とするもの（和田俊憲「鉄道における強姦罪と公然性」慶応法学 31 号（2015）264 頁以下）、「自己の身体を性的に利用されない自由」とするもの（佐伯仁志「刑法における自由の保護」曹時 67 卷 9 号（2015）37 頁）、「性的不可侵性」とするもの（山中敬一「強制わいせつ罪の保護法益について」研修 817 号（2016）10 頁）などが主張されている。
- 38) 植松・前掲注 9) 13 頁。
- 39) 佐藤・前掲注 12) 64 頁、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」刑ジャ 45 号（2015）154 頁ほか、本件最高裁判決の評釈者は考慮要素とすることに対して好意的である。
- 40) Eisele, Adolf Schönke, Horst Schröder (Begr.): Strafgesetzbuch. Kommentar. 29. Auflage. C. H. Beck, München 2014.
- 41) 大塚仁『刑法概説（総論）〔第 4 版〕』（有斐閣、2008）128 頁。
- 42) 話を単純にするためにここでは 13 歳未満の者を対象とする。
- 43) 制定当時は 184c 条であった。なお、ドイツの性刑法の変遷については、佐藤陽子「ドイツにおける性犯罪規定」刑ジャ 45 号（2015）70 頁以下、同・前掲注 12) 61 頁以下を参照。
- 44) 訳は、法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ刑法典—1966 年 1 月 1 日現在の正文—』（法務資料第 397 号）に依拠している。



- 45) 訳は、法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ刑法典—1980年10月1日現在の正文—』(法務資料第439号)に依拠している。
- 46) 近親姦、男子間の行為(いわゆる鶏姦)、反自然的な行為(主として獣姦)といった、いわゆる反倫理的な行為をも処罰するとしていた。すなわち「わいせつな行為」には反倫理的な性質が内在していたのである。
- 47) 最判昭和26年5月10日刑集5巻6号1026頁。
- 48) 名古屋高金沢支昭和36年5月2日下刑集3巻5=6号399頁、大阪高判昭和41年9月7日判タ199号187頁など。
- 49) 大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』(成文堂、2012)119頁以下。
- 50) 佐伯・前掲5)65頁。
- 51) 最判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁。
- 52) 植松・前掲注9)13頁は必要説の立場から、前二者の保護法益は社会的法益であり、風俗侵害においては、ことからの性質上、侵害事実の有無は純客観的に判断されなければならないが、性的自由を保護法益とする強制わいせつ罪においては、「侵害行為そのものの性質が、それに内在する行為者の主観によって意味づけられるという特徴を有する」という。
- 53) 成瀬・前掲注8)129頁。
- 54) 性的興奮を得るために、例えば下着や自転車のサドルを窃取した場合、少なくとも強制わいせつ罪の成立は認めるべきではない。なお、仲道祐樹「イギリスにおける性犯罪規定」刑ジャ45号(2015)28頁注107)を参照。また、朝日新聞2013年5月7日夕刊11頁(大阪本社)も参照。
- 55) 松原・前掲注5)88頁。
- 56) 町野・前掲注5)284頁。
- 57) 広島高判平成23年5月26日LEX/DB25471443および後掲注68)も参照。
- 58) 松宮・前掲注5)119頁以下、松原・前掲注5)88頁。
- 59) 松宮・前掲注5)120頁。
- 60) 例えば、小児愛者である男性が女兒と身体的な接触をはかるために医師(行為としては、診察行為など)や保育士・幼稚園教諭(行為としては、着替えの補助やおむつの取り換えなど)になった場合、確かに性的意図やその背後にある特殊な性癖を考慮すればこれらの行為はわいせつ性を帯びてくるし、そもそもそのような不純な動機・目的をもってそれぞれの職を

目指すこと自体許し難く非難に値するが、正規の手続きを経て資格を取得して職に就き、そしてそれらの業務に従事している以上、仮にそのような意図を持ちながらそれらの業務に従事していても、客観的に相当性が認められる行為に留まるのであれば、そのことから直ちにわいせつ行為性を認めることはできないと思う。

- 61) 大阪高判昭和 29 年 11 月 30 日裁特 1 巻 12 号 584 頁。
- 62) 名古屋地判昭和 48 年 9 月 28 日判時 736 号 110 頁。
- 63) 青森地判平成 18 年 3 月 16 日 LEX/DB28115159
- 64) 京都地判平成 18 年 12 月 18 日 LEX/DB28135092
- 65) 前掲広島高判平成 23 年 5 月 26 日 LEX/DB25471443
- 66) 東京地立川支平成 24 年 10 月 12 日 LEX/DB25483394
- 67) 町野・前掲注 5) 280 頁は、「医師の行為が強制わいせつ罪・準強制わいせつ罪にならないのは、行為が合法だからであり、彼に性的意図が欠如するからではない。客観的に正当な医療行為であるなら、医師の内心に不純な心理が生じたとしても処罰されるべきではないのである。」という。大越・前掲注 5) 73 頁も参照。
- 68) 本判決は「診察行為の一環として乳房を露出させた行為を盗撮行為と併せた一連の行為としてわいせつ行為と捉えるのが相当であるとする原判決の認定、説示は肯認できない。」とする。
- 69) 福島簡判昭和 33 年 1 月 18 日一審刑集 1 巻 1 号 21 頁。
- 70) 名古屋高判平成 15 年 6 月 2 日高検速報平成 15 年度 117 頁。
- 71) したがって、昭和 45 年判例の事案において、内妻が同席していたことや背部にオーバーをまとわせていたことは、行為のわいせつ性を否定する理由にはならないと思う。
- 72) 刑事比較法研究グループ・前掲注 39) 153 頁。
- 73) 川端博ほか編『裁判例コンメンタール〔第 2 巻〕』（立花書房、2006 年）294 頁〔池本壽美子〕。
- 74) 強制わいせつ罪の成立が否定された理由が明確ではなかったため本文には挙げなかったが、自己の陰茎を手淫しながら接近し、被害者に向けて射精して自己の精液をその着衣に付着させた行為を暴行罪とした裁判例（前橋地判平成 27 年 6 月 19 日 LEX/DB25540837）や、肛門にバイブレータ

一を挿入するなどのSM行為を強いた事案に対して暴行罪を認めた裁判例(松山地判平成17年12月12日LEX/DB28115029)については、直感的判断であるとの誹りを免れないが、行為の客観的側面自体にわいせつ性が認められると解されるので強制わいせつ罪の成立を認めてよいと思われる。ちなみに、前者については、類似の事案において準強制わいせつ罪とした裁判例(大阪高判平成22年3月26日高刑速平22年113頁)がある。なお、後者との関連では、この事案の行為者も被害者ともに男性である。学説には、「男子の乳房については、社会通念からいって、それだけではわいせつ行為とはいいいがたい場合が多いであろう」との主張があるが(大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第9巻〔第3版〕』(青林書院、2013)68頁)[亀山継夫=河村博]、佐藤陽子教授は「男性・児童の胸や臀部は女性のそれと同視できないとの理解は、少なくとも、176条においてはもはや通用しないであろう」という(佐藤・前掲注12)63頁)。正当である。

75) 佐藤・前掲注12) 65頁。

76) 井田・前掲注37) 3頁。

77) 園田・前掲注8) 3頁。もっとも、園田教授は必要説に立たれるため、「性的意図があったことによって、その被害は単なる暴行とは質的にまったく違ったものになるのではないか。」とされるが、私見は性的意図の有無は関係ないと思う。

(たにわき・まさと 桐蔭横浜大学法学部准教授)