



Title	刑事判例研究
Author(s)	小棚木, 公貴
Citation	北大法学論集, 69(3), 184[163]-138[209]
Issue Date	2018-09-28
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/71601
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_vol69no3_07.pdf



[Instructions for use](#)

刑事判例研究

小棚木 公 貴

強制わいせつ罪の成立と性的意図の要否

平成29年11月29日最高裁大法廷判決¹

平成28年(あ)第1731号 児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護に関する法律違反、強制わいせつ、犯罪による収益の移転防止に関する法律違反被告事件
刑集71巻9号467頁

I 事案の概要

被告人は、被害者(当時7歳の女子)が13歳未満の女子であることを知りながら、平成27年1月下旬頃、被告人方において、被害者に自身の陰茎を触らせ、

¹ 本判決の評釈・解説として、前田雅英「判批」捜研804号(2017年)2頁以下、豊田兼彦「判批」法セ757号(2018年)123頁、成瀬幸典「判批」法教449号(2018年)129頁、曲田統「判批」法教450号(2018年)51頁以下、馬渡香津子「判批」ジュリ1517号(2018年)78頁以下、松木俊明＝奥村徹＝園田寿「判批」法セ758号(2018年)48頁以下、木村光江「判批」ジュリ1518号(2018年)156頁以下、村井敏邦「判批」時法2043号(2018年)50頁以下、高橋則夫「判批」論ジュリ25号(2018年)113頁以下、松宮孝明「判批」刑弁94号(2018年)74頁以下、奥村徹「判批」判時2366号(2018年)131頁以下、小林憲太郎「判批」判時2366号(2018年)138頁以下、佐藤拓磨「判批」判時2366号(2018年)143頁以下、塩見淳「判批」刑ジャ56号(2018年)33頁以下、園田寿「判批」TKC Watch 刑法No.125(2018年)1頁以下、石飛勝幸「判批」公論73巻8号(2018年)88頁以下。

口にくわえさせ、被害者の陰部を触るなどの行為（以下、「本件行為」とする）をした²。

第一審判決（神戸地判平成28年3月18日刑集71巻9号520頁参照）³は、全裸の被害者に自身の勃起した陰茎を触らせ、口にくわえさせ、被害者の陰部を触り、射精してその精液を被害者の顔に付けるといった被告人の行為は通常性的意図を伴うものと推認できるが、一方で「金に困ってB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であり、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」とする被告人の供述の信用性は認められるため、本件行為がこのような特殊な経緯により、特殊な目的で行われたものであることを踏まえて考えると、本件行為につき被告人に性的意図があったと認定するにはなお合理的な疑いが残ると認定した。

しかし、「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。」と判示し、結論として本件行為について強制わいせつ罪（176条後段⁴）の成立を認めた。

² なお、本事例では被害者との本件行為に係る被害者の姿態および全裸又は半裸の状態で陰部または胸部を露出した被害者の姿態をスマートフォンで撮影し、画像データをBのスマートフォンに送信した行為についても併合審理されており、当該行為については児童ポルノ規制法上の罪（児童ポルノ製造罪および児童ポルノ電磁的記録提供罪）の成立が認められている。

³ 同判決の評釈として、成瀬幸典「判批」法教432号（2016年）166頁。

⁴ 本件行為における「被告人の陰茎を口にくわえさせ」た部分については、平成

これに対し被告人は控訴し、強制わいせつ罪が成立するためには犯人に性的意図が必要であるとして、被告人には性的意図が全くなかったにもかかわらず、本件行為について強制わいせつ罪を成立させたことは許されないと主張した。しかし、原判決（大阪高判平成28年10月28日刑集71巻9号524頁参照）⁵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認定した第一審判決の判断を相当としたうえで、「強制わいせつ罪の保護法益は被害者の性的自由と解され、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兒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ふべきである。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巻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。」として、本件行為について強制わいせつ罪の成立を認めた。

これに対して被告人は上告し、原判決は、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又は満足させるという性的意図のも

29年7月13日より施行された刑法177条の「口腔性交」にあたる可能性があるが、平成27年1月下旬頃に犯行が行われた本事案では刑法6条よりこの部分についても刑法176条後段の適用の有無が問題となる。

⁵ 同判決の評釈として、前田雅英「判批」搜研800号（2017年）32頁以下。

とに行われることを要するとした最一小判昭和45年1月29日刑集24巻1号1頁に反すると主張した。

II 判旨

最高裁大法廷は以下のように判示し、裁判官15名全員一致の意見によって弁護人の上告を退けた。

「(4) しかしながら、昭和45年判例の示した…解釈は維持しがた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、既に構成要件の基本部分が改められるなどしている。こうした立法の動きは、性的な被害に係る犯罪規定がその時代の各国における性的な被害の実態とそれに対する社会の意識の変化に対応していることを示すものといえる。

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の評価し難いような行為もある。その上、同条の法定刑の重さに照らすと、性的な意味を帯びているとみられる行為の全てが同条にいうわいせつな行為として処罰に値すると評価すべきものではない。そして、いかなる行為に性的な意味があり、同条による処罰に値する行為とみるべきかは、規範的評価として、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な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(筆者注:本件行為)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。(下線部は刑集記載のとおり)

Ⅲ はじめに

強制わいせつ罪(176条)の構成要件は、客体の年齢によって異なる。すなわち、客体が13歳以上の者⁶である場合(176条前段)には手段として暴行又は脅迫を用いることが必要である。これに対して、客体が13歳未満の者である場合には、手段たる暴行又は脅迫は不要である(176条後段)。他方で、「わいせつな行為」は両者に共通する構成要件要素である。この意義について示した最高裁判例は存在しないものの、下級審裁判例⁷には、わいせつ物頒布罪(175条)における「わいせつ」の意義⁸と同様に「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」行為と解したものが存在する。また、通説によると客体が13歳未満の者である場合には主観的要件として客体が13歳未満であることの認識が必要である⁹。

⁶ 従来、強制わいせつ罪の客体は「男女」と規定されていたが、平成29年7月13日以降は「者」と規定されている。

⁷ 名古屋高金沢支判昭和36年5月2日下集3巻5=6号399頁。

⁸ わいせつ物頒布等罪における「わいせつ」の意義について示した判例として、最判昭和26年5月10日刑集5巻6号1026頁(サンデー娯楽事件判決)がある。

⁹ 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年)69頁〔亀山継夫=河村博〕参照。

本判決では、以上に加えて強制わいせつ罪の構成要件として行為者の性欲を刺激興奮させまたは満足させる意図（以下、「性的意図」とする¹⁰）が必要か否かが問題となった。この点について、既に最高裁は最一小判昭和45年1月29日刑集24巻1号1頁（以下、「昭和45年判決」とする）において、強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が性的意図のもとに行われることを要すると判示しており、強制わいせつ罪の構成要件として一律に性的意図が必要であるという見解を示していた（以下、「一律必要説」とする）。昭和45年判決については判決直後から学説上の批判を集めたものの、昭和45年判決以降、被告人の性的意図を否定して強制わいせつ罪の成立を否定した、あるいは強要罪を成立させた裁判例は公刊物上見当たらず、裁判所は昭和45年判決の解釈に従って強制わいせつ罪を成立させていると評価されてきた¹¹。

このような状況の中、本判決の第一審判決及び原判決は被告人の性的意図を否定しながら、強制わいせつ罪の成立を認めて昭和45年判決に反する判断を行い、本判決も昭和45年判決の解釈を変更して第一審判決及び原判決の結論を是認した。このように、性的意図の要否に関する解釈を変更した本判決は重大な意義を持つ判決である。これに加え本判決は、「わいせつな行為」該当性の判断枠組みを示していることから、かかる判示部分についても今後の裁判に多大な影響を与えることが予想される。

以上を踏まえ本稿では、性的意図の要否に関する学説および従来の判例・裁判例を分析したのち、本判決の射程について検討を加える。

IV 昭和45年判決の検討

まずは強制わいせつ罪の成立における性的意図の要否につき、一律必要説に基づく解釈を示した昭和45年判決について検討を試みる。

1. 昭和45年判決の概要

¹⁰ 下級審裁判例の中には、このような意図について性的意図という表現ではなく、わいせつ目的、わいせつ意図、わいせつ傾向、わいせつ意思等の表現をするものがある。本稿では、「性的意図」という語に統一して表記する。

¹¹ 橋爪・後掲注(12)30頁以下、小田・後掲注(12)28頁以下、丹羽・後掲注(12)32頁以下、伊藤・後掲注(12)30頁以下。

被告人は、内妻 A が B (当時23歳) の手引きにより逃げたものと信じ、これを詰問すべく自室に B を呼び出し、A と共に B に対し「よくも俺を騙したな、俺は…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。」と申し向ける等して約2時間にわたり B を脅迫し、B が許しを請うのに対し、B 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 B を裸体にさせてこれを写真撮影した。

第一審判決(釧路地判昭和42年7月7日刑集24巻1号12頁参照)は、「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を認め、原判決(札幌高判昭和42年12月26日刑集24巻1号14頁参照)も「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な行為に該当することはいうまでもない」として「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のみならず、たとえかかる目的意思がなかつたとしても本罪が成立する」と判示して第一審判決の判断を支持した。

これに対して、昭和45年判決¹²は「職権により調査するに、刑法176条前段のいわゆる強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が犯人の性欲を刺戟興奮させまたは満足させるという性的意図のもとに行なわれることを要し、婦女を脅迫し裸にして撮影する行為であつても、これが専らその婦女に報復し、ま

¹² 同判決の評釈・解説として、植松正「判批」ひろば23巻6号(1970年)41頁以下、木村栄作「判批」警論23巻8号(1970年)132頁以下、岡野光雄「判批」早稲田社会科学研究所8号(1970年)159頁以下、時国康夫「判解」最判解刑事昭和45年度(1971年)1頁以下、平野龍一「判批」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集第32巻第33巻』(有斐閣、1987年)1頁以下、佐伯仁志「強制猥褻罪における猥褻概念」判タ708号(1989年)63頁以下、匿名解説・搜研448号(1989年)81頁以下、室井和弘「判批」研修609号(1999年)65頁以下、西原春夫「判批」別ジュリ83号(1984年)36頁以下、大野平吉「判批」別ジュリ117号(1992年)32頁以下、橋爪隆「判批」別ジュリ143号(1997年)30頁以下、小田直樹「判批」別ジュリ167号(2003年)28頁以下、丹羽正夫「判批」別ジュリ190号(2008年)32頁以下、伊藤亮吉「判批」別ジュリ221号(2014年)30頁以下。

たは、これを侮辱し、虐待する目的に出たときは、強要罪その他の罪を構成するのは格別、強制わいせつの罪は成立しないものというべきである。」「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176条の解釈適用を誤つたものである。」「もつとも、年若い婦女…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、…原判決は、本件被告人に報復の手段とする意図のほかに、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。」「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つ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…本件を原裁判所に差し戻すべきものとする。」と判示した。なお、同判決には原判決の判断を相当とする2名の反対意見がある。

このように、昭和45年判決は強制わいせつ罪の成立要件として一律に性的意図を要求しているが、その理論的根拠を示していないため、昭和45年判決のみから一律必要説の理論的根拠を特定することは困難である。

2. 性的意図の要否に関する学説状況

性的意図の要否に関する学説としては、一律必要説のほか、「わいせつな行為」該当性判断の考慮要素の一つとして性的意図が必要であると解する説（以下、「一部必要説」とする）、および性的意図は全く不要であると解する説（以下、「不要説」とする）の3説に大別される¹³。なお、これまで性的意図の要否とい

¹³ なお、成瀬・前掲注(3)166頁は、176条前段の本質は他者をその意思に反

う論点においては性的意図は成立要件として必要か、それとも全く不要かという観点から議論がなされていたため、一律必要説および一部必要説は必要説として統一的に理解されてきたが、後にみるように本判決は一律必要説を否定し、一部必要説に立った判示を行っていることから、本稿ではそれぞれ別の学説として理解する¹⁴。

(1) 一律必要説

一律必要説が主張される根拠として、強制わいせつ罪が傾向犯であることを挙げるものがある。行為に違法性を与え、または行為の違法性を強める主観的要素を主観的違法要素といい、これが定型的に構成要件に取り込まれたものを主観的構成要件要素というが、このとき、行為者の主観的傾向が主観的違法要素として主観的構成要件要素を構成するような犯罪については講学上、「傾向犯」と定義されることがある¹⁵。

このような理解を前提とすると、純客観的には同一の行為であっても、性的意図のもとで行われた場合には違法性を帯び、診察や治療の目的で行われた場合には違法性を帯びないとするので、強制わいせつ罪は傾向犯であると解釈することが可能である。そして、性的意図のもとで行われた場合にのみ違法性を帯びるのであるから、強制わいせつ罪の成立には主観的構成要件要素として一律に性的意図が必要であると主張するのである¹⁶⁻¹⁷。

なお、昭和45年判決の調査官解説が「強制わいせつ罪を目的犯とみ…るとの

して自己又は第三者を性的衝動・性的欲求の対象として扱うことの禁止にあるため、行為者の性的意図を故意とは別個の主観的要件として解すべきとする一方で、176条後段の本質は13歳未満の子供をわいせつ行為の対象とすること一般の禁止であるため、行為者の性的意図を成立要件とするべきではないと主張し、性的意図の要否について前段では一律必要説、後段では不要説として解釈する。

¹⁴ 一部必要説を「行為者の性的意図を考慮する立場」と表現することで、一律必要説とは別異に扱っているものとして丹羽・前掲注(12)33頁。

¹⁵ 団藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(創文社、1990年)132頁以下。

¹⁶ 木村亀二編『体系刑法事典』(青林書院新社、1969年)103頁〔福田平〕。

¹⁷ 昭和45年判決の評釈・解説のうち、強制わいせつ罪を傾向犯と解し一律必要説を主張するものとしては、岡野・前掲注(12)163頁以下がある。

説や、同罪を傾向犯と…説く説がおおむねの学説である。本判決の多数意見は、強制わいせつ罪を目的犯とみるか、傾向犯とみるかにつき、明示してはいないが、…通説を妥当のものとみる立場に立っているものと解せられる。』¹⁸と論じていることや、昭和45年判決における入江裁判官の反対意見が、「多数意見は、本条の罪を目的犯のごとく解するようであり…」と論じていることもあり、昭和45年判決は強制わいせつ罪を傾向犯（あるいは目的犯¹⁹）と解したものであると評価する見解も存在する²⁰。しかし、先述したように昭和45年判決は必要説の理論的根拠を明示しておらず、また、調査官解説および入江裁判官の反対意見も昭和45年判決は強制わいせつ罪を傾向犯とみた場合と結論は異ならないと指摘しているにとどまると考えられることから、強制わいせつ罪を傾向犯を解したことが昭和45年判決の背景にあるかは不明である。

なお、昭和45年判決以前の学説²¹の中には性的意図が一律に必要な根拠を「わいせつな行為」該当性判断の基準に求める学説も見られる²²。かかる学説は「わいせつな行為」には「性慾を興奮又は満足せしめ」る主観的な性的意図と、客観的に「人に性的な羞恥嫌悪の情を生ぜしめるに足る」ことの両方が必要であると論じる。しかし、性的意図の意義については、行為者自らのためであるか、行為の客体たる相手方のため又は第三者のためであるかは問わない、とすることから、性的意図の主体を犯人に限定する昭和45年判決とは異なる定義であり、かかる見解を一律必要説に含めることはできない²³。性的意図の主体に

¹⁸ 時国・前掲注(12) 5頁。

¹⁹ 目的犯における目的も主観的構成要件要素における主観的違法要素であって問題状況が傾向犯とほとんど異なるため、本稿では強制わいせつ罪を目的犯と解する主張を傾向犯と解する主張の中にも含める。

²⁰ 成瀬・後掲注(21) 23頁。

²¹ 昭和45年判決以前の学説状況について詳述しているものとして、成瀬幸典「強制わいせつ罪に関する一考察(上)―その主観的要件を中心に―」法学80巻5号(2016年) 1頁以下。

²² 瀧川春雄＝竹内正『刑法各論講義』(有斐閣、1965年) 91頁以下。同様のものとして、宮内裕『新訂刑法各論講義』(有信堂、1962年) 211頁以下、熊倉武『日本刑法各論(上巻)』(法律文化社、1960年) 269頁以下。

²³ 前掲注(22)で挙げた文献は全て性的意図を行為者、相手方、第三者の性欲を刺激興奮させまたは満足させる意図と解釈している。

相手方および第三者を含めた背景には、強制わいせつ罪の本質を風俗犯罪・社会的法益に対する罪であるとしていた従前の学説²⁴の残滓があったためと考えられる²⁵。

(2) 一部必要説

一部必要説は、「わいせつな行為」該当性について客観面のみからでは判断が困難な場合には性的意図が必要であるが、客観面のみから明白に判断できる場合には不要であるとする事で、性的意図を「わいせつな行為」該当性判断の考慮要素の一つと位置付ける学説である。例えば、西原春夫は、「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。」「行為者に猥褻の目的あるいは内心傾向があることが被害者にとって明らかな場合には、たとえ診断・治療・懲戒というような合法的な外形をとっていたとしても…性的自由の侵害が考えられる」ため、性的意図は必要であるが、「もし猥褻の目的あるいは内心傾向があるとしたら当然性的自由の侵害が考えられるような外部的行為の行われた事例においては、そのような目的あるいは内心傾向がない場合にもそのないことが被害者に明らかでない限り法益侵害性は失われないことにな」と述べ²⁶、性的意図がなくとも強制わいせつ罪が成立する余地があると主張している^{27・28}。

(3) 不要説

²⁴ 例えば、小野清一郎『全訂刑法講義』（有斐閣、1945年）521頁以下。

²⁵ 前掲注（22）の論者も、強制わいせつ罪が個人的法益に対する罪である点を強調するが、社会的法益に対する罪であることを完全に排斥してはいないと考えられる。

²⁶ 西原・前掲注（12）37頁。

²⁷ 植松・前掲注（12）44頁は、行為の外形から見て明らかに性的と認められる場合には、主観的要件を考慮するまでもなく同罪を構成するが、主観を考慮することによって初めて性的色彩の明白になるものもあり、後者の場合において性的意図が存在しない場合には本罪が成立しない、と主張しており、客観面から「わいせつな行為」該当性が明白な場合には、性的意図は不要であるという考え方がより徹底されている。

²⁸ 他に、一部必要説を支持する見解としては小田・前掲注（11）29頁、佐藤陽

不要説は、強制わいせつ罪の保護法益が個人の性的自由であることを前提に、客観的に性的自由が侵害されれば性的意図の有無にかかわらず保護法益の侵害が認められるため、強制わいせつ罪が成立すると論じる学説である。この点について、昭和45年判決における第一審判決・原判決も強制わいせつ罪の保護法益が被害者の性的自由であることを前提に、行為者に性的意図以外の他の目的があったとしても被害者の性的自由の侵害が認められればわいせつの行為に該当し、強制わいせつ罪が成立すると明示していることから、第一審判決・原判決は不要説に立つものであると理解されている²⁹。例えば、原判決の判断は相当であるとする平野龍一は、「強制わいせつ罪は、わいせつな気持を持つことを処罰する風俗犯ではなく、被害者の性的自由を保護するものである。したがって、被害者が性的自由を侵害されたと思うような行為がなされたかどうかだけが問題で、故意としてもこのことを認識していれば足りるはずである。」「傾向犯のような主観的違法要素を認めることに対し、このような主観的要素は客観的要素のほかに、これにプラスして要求されるのであるから、不当ではないという見解がある。…しかし、必ずしもそうともいいきれない。…客観的な要素を十分検討せずそれだけでは必ずしも犯罪ではないものが、主観的意図の存在によって犯罪になりかねないところに、主観的要素の問題性がある。」と主張し³⁰、強制わいせつ罪が傾向犯であることを否定しつつ不要説を支持している³¹。

3. 昭和45年判決以前の裁判例

では、昭和45年判決以前の裁判例は強制わいせつ罪の成否につき性的意図をどのように扱っていたのだろうか。以下では、昭和45年判決が示した一律必要説の理論的根拠を分析するべく、強制わいせつ罪の成否が問題となった裁判例をそれぞれ検討する。

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巻11号（2016年）60頁以下。

²⁹ 西原・前掲注（12）36頁。

³⁰ 平野・前掲注（12）3頁以下。

³¹ 他に、不要説を支持する見解としては丹羽・前掲注（12）33頁、橋爪・前掲注（12）31頁、佐伯・前掲注（12）66頁がある。

〔事例①〕東京高判昭和27年5月8日高刑判決特報34号5頁

【事実の概要】

被告人は「ちょっと話したい事があるから来てくれ」と欺き、手をひっぱって少女（16歳）を甲寺付近に連れ込み、同女のパンツの中に手を入れて左手指で陰部をもてあそび、更に背後から同女を抱きしめ陰部に自己の陰部を強く押し当てた。

【判旨】

「原判決においては、前示のように、被告人が、午後10時半頃の夜間、屋外の路上において、当16年の少女に対し、手を引張つて附近に連れ込んだ上、同女の意思に反して、そのパンツの中に手をつつ込み、指でその陰部を弄び、更に、背後から同女を抱きしめ、その陰部に自己の陰部を強く押し当てた旨を判示しているのであつて、被告人のこのような行為は、まさに、右少女に対する暴行々為であると同時に、それ自体が、猥褻の行為である場合に該当するものであるというべきであるから、…原判決が、右判示事実に対し、刑法第176条を適用したことは正当である」。

【検討】

本事例は、暴行または脅迫によってわいせつ行為をしたという事実認定がないにもかかわらず原判決が176条を適用したのは違法であると主張する被告人の控訴に対して、強制わいせつ罪の手段たる暴行自体がわいせつ行為と認められるような場合も強制わいせつ罪における「暴行を以て猥褻の行為をする」に含まれると判示した事例である。本事例においては被告人の性的意図の有無について判断しないうまま強制わいせつ罪の成立を認めているため、性的意図がどのように扱われているのかは不明である。このように、性的意図の有無が判断されなかった根拠としては、陰部を指でもてあそぶという被告人の行為から明らかに被告人に性的意図が認められるというもの、あるいは、被告人の性的意図が仮に無かったとしても「わいせつな行為」であることが認められるというものが挙げられるが、いずれにせよ本事例は、性的意図をあえて判断せずとも、被告人の行為につき強制わいせつ罪を成立させることができると考えたため、性的意図の存否を判断しなかった事例であると考えられる³²。

³² 〔事例①〕と同種の事例として、着衣の下から女子児童の乳房をもてあそぶ行為等について特段の根拠を付さずに強制わいせつ罪の成立を認めた大阪地堺支

【事例②】高松高判昭和33年2月24日高刑裁判特報5巻2号57頁

【事実の概要】

被告人は、路上で道を尋ねるようなふうを装い13歳の女児Aを呼び止め、接吻しようとして不意にAの両肩に抱きついたが、助けを求められたためその目的を遂げなかった。当該行為につき強制わいせつ未遂罪を成立させた原判決に対し、被告人は当該行為は強制わいせつ未遂と認めがたいなどと主張し控訴した。

【判旨】

「男女間における接吻は性欲と関連を有する場合が多く、時と場合即ちその時の当事者の意思感情や行動状況環境等により一般の風俗性的道徳感情に反し猥褻な行為と認められることがあり得る。人通りの少い所や夜間暗所で通行中の若い婦女子にその同意を得られる事情もないのに強いて接吻を為すが如きは、親子兄妹或は子供どうし等が肉身的愛情の発露や友情として為すような場合とは異り、性的満足を得る目的をもつて為したものと解せざるを得ず、かかる状況下になされる接吻は猥褻性を具有するに至るものといわなければならない。証拠によれば…被告人が…路上に於て、英語の勉強に行つての帰途にあつた見知らぬ二人連れ的女子中学生を認めるや、その中の一女子に強いて接吻をしようと考え、A(当時13年)に対し道をたずねるような風を装うて呼び止め、不意に同女の両肩に抱きついたが同女及び共に歩いていたB(今一人の女子中学生)に大声で救を求められた為その目的を遂げなかつたという事案であるから、かような状況下における接吻は前説示に照し十分猥褻性を具有するものであり従つて強制猥褻未遂罪の成立を否定することはできない。」

【検討】

本事例は、接吻には、その時の当事者の意思感情や行動状況環境等といった具体的状況によってはわいせつと評価されるものもあれば、そうでないものもあることを認めていることから、被告人の行為が接吻であるという一事をもって直ちに「わいせつな行為」であると評価していない。今回のケースにおいては、接吻が行われた時点における客観的状況のみが検討されており、かかる状況から被告人の性的意図を推認することで「わいせつな行為」該当性が認められて

判昭和36年4月12日判時267号32頁(同事例は、被害者・目撃者の女子児童の供述の信用性が問題となった事例であった)。

いる。したがって、本事例は被告人の行為が「わいせつな行為」に該当するかどうかを判断する要素として性的意図が考慮されているものの、被告人の性的意図は行為の客観的状況から推認可能であったため、この推認に基づいて性的意図が認定されている事例であったと考えられる³³。

〔事例③〕大阪高判昭和41年9月7日判タ199号187頁

【事実の概要】

被告人は、洋酒喫茶店の女性店員(22歳)に強いて接吻しようとし、やにわに右手で同女の首を巻き、左手であご辺を押さえて一回接吻し、なお抵抗する同女の顔面を平手で殴りつけてさらに一回接吻し、二階へ逃げた同女を強いて呼び戻させ、ふるえている同女の右耳をつかんで引きよせざまその身体を自己の両脚にはさみ込み、両手で顔を押えたうえなおも一回接吻し、たまらず逃げ出して泣いている同女に追いついて「もう一ぺんしたろうか」というやいなや手拳で同女の顔面を一回殴りつけて転倒させ、同女に対し加療三日間を要する顔面打撲傷を負わせた。強制わいせつ致傷罪を成立させた原判決に対し、被告人は接吻が頬やあごに行われたこと、および接吻が行われた場所がバーまたはキャバレー風の店内であることを主張し、被告人の接吻は強制わいせつ罪に該当しないとして控訴した。

【判旨】

「一般に猥褻とは『徒らに性欲を興奮又は刺激せしめ、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』ことをいうのであるが(昭和26年5月10日最高裁判決)、元来接吻は、性愛、友情、尊敬、挨拶を表現するものとして唇を相手方の唇、顔、手に接触させる行為とされ、口唇は催情感帯の一つであるから、これに対する接吻は性愛表示を伴いがちである。しかし接吻一般にしても性愛表示を伴う接吻にしても、それだけが直ちに猥褻という観念にあてはまるというわけのものではなく、それが猥褻とされるには、それがなされた時、場所、その姿勢、態様および周囲の状況、雰囲気等のもとより、

³³ 〔事例②〕と同様に行為者の性的意図を推認した裁判例として、東京高判昭和32年1月22日高刑集10巻1号10頁(顔見知りに対する接吻)、名古屋高金沢支判昭和36年5月2日下集3巻5=6号399頁(スカートの上から陰部を押し撫でる行為)。

当時の風俗、習慣、社会感情等を考慮にいれて、これが前記の猥褻の要素を備えているかどうかによつて判断さるべきである。」

本件事案において証拠を総合すると、「本件の接吻は婦女の口唇になされたものであり、それが単に女の『あごの下』又は『頬』になされたとする所論は採用し難い。しかも・・・性交接吻の形態に属するものとみるのが妥当であり、これを友愛、尊敬、または単なる挨拶のための接吻とみることができないことはいうまでもない。被告人も接吻の動機について『女をからかうため』または『俗にいう助平根生が出た』と供述しているのである・・・。」「かかる状況下における接吻が徒に性慾を刺激、興奮させ、正常な性的羞恥心を害するものであり、かつ一般の風俗、感情の許容しない善良な性的道義観念に反するものであることは論をまたないところで、原判決がこれを猥褻行為と判断したことは相当であり、所論はとるをえない。」

【検討】

本事例も接吻の事例であり、また、行為の具体的状況を考慮しなければ接吻が「わいせつな行為」に該当するか否かは判断できないとしている点は、〔事例②〕と同様である。しかし、本事例においては行為の客観的状況だけではなく、接吻の動機といったそれ以外の事情をも検討することで、被告人の性的意図を認定しており、この点は〔事例②〕と大きく異なる。このように、被告人の行為の客観的状況のみから性的意図を推認しなかった根拠として、洋酒喫茶店という盛り場で接吻がなされている本事例は、路上で突然接吻しようとした〔事例②〕と比べて、客観的状況からのみでは被告人に単なるいたずらなどといった性的意図以外の他の意図が存在する可能性を排除できないため、被告人の性的意図を行為の客観的状況のみから推認することは困難であるという考慮が働いたと考えられる。本事例は、行為の客観的状況のみからでは「わいせつな行為」該当性を判断できなかったため、それ以外の事情をも考慮して被告人の性的意図の有無を検討した事例であると考えられる。

〔事例④〕大阪高判昭和29年11月30日高刑裁判特報1巻12号584頁

【事実の概要】

被告人X・Yは酒を飲み街道を歩いていたところ、なじみのある女給のA（当時22歳）に出会った。XがAをからかっているとうどん屋を営むB方に同女が逃げこんだのでYと2人で後からAを追って入った。XはAの肩に手をか

ける等していたが、酒の勢いでAに抱きついたらAが仰向けに倒れたのでXはAの上に乗りかかる格好となり、YもXの背後に接着してAの上に乗りかかった。X・Yの行為がAの意思に反していたことは証拠によって明らかになっている。

【判決】

「刑法第174条乃至第176条にいわゆる猥褻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（昭和27年4月1日最高裁判所第三小法廷判決）のであるが、…仰向けに倒れている女子の上に2人の男子が前後に相接着して馬乗りになるという行為自体は、普通の性的行為を実行する体勢ではなく、また直ちに性的行為を連想せしめる行為でもない…。目撃証人B、Cの両名も「ほたえている」〔筆者注：ふざけているの意味〕と思つたと供述している程度である。以上説明のような事情の下における被告人等の行為は飲酒酩酊の上予てから馴染の間柄である被害者Aに一方的に悪ふざけをしたにすぎないものと認められ、いまだ猥褻行為であると断ずる程度に達しないものと認めるのが相当である。従つて本件事案の証明の程度では強制猥褻または公然猥褻のいずれの罪にも該当しないものというべきである。しかしながら…被告人両名が…仰向けに倒れたAの上に乗りかかかった行為は…刑法上の暴行罪を構成するに足るものといわなければならない。」

【判旨】

本事例は〔事例③〕と同様に、行為の客観的状況に加え、目撃者の評価という行為外の事情をも検討しているが、そのような事情を考慮しても被告人の行為は悪ふざけの意図に基づくものにすぎず、「わいせつな行為」に該当するとはいえないとしている。本事例は行為の客観的状況およびそれ以外の事情をも考慮しても被告人の性的意図を認定することができなかったため、被告人の行為は「わいせつな行為」に該当せず、強制わいせつ罪の成立が否定された事例であると考えられる。

以上をまとめると、〔事例①〕は被告人の行為そのものが明白に「わいせつな行為」であるため被告人の性的意図が検討されなかった一方で、〔事例②〕から〔事例④〕では、被告人の行為が「わいせつな行為」に該当するか否かを判断す

る考慮要素の一つとして被告人の性的意図が検討されていたと考えられる³⁴。また、行為それ自体について「わいせつな行為」の認定が困難になるほど、判断材料として考慮される事実の範囲は拡張される傾向にある。

4. 昭和45年判決の分析

以下では、昭和45年判決が一律必要説に沿って判示した根拠について検討を試みたい。

まず、昭和45年判決以前の裁判例が「わいせつな行為」に該当するか否かを判断する考慮要素の一つとして被告人の性的意図を検討していたことに鑑みると、昭和45年判決は強制わいせつ罪を傾向犯と解したのではなく、「わいせつな行為」の存否の考慮要素として性的意図を一律に必要と解釈していたのではないかと推測される。

ここで問題となるのは、最高裁が性的意図を「わいせつな行為」該当性判断の考慮要素に置きつつ、一律必要説に立った根拠である。これに対しては、「わいせつな行為」とは性的意図のもとに行われた行為であり、そうでない場合は「わいせつな行為」とはいえないというように、性的意図の有無を「わいせつな行為」該当性の判断基準におくと、強制わいせつ罪の成立範囲を明確にすることができ、実務上も性的意図がないことを理由に容易に医療行為、乳幼児への養育行為、身体障害者への介護行為、懲戒行為などを強制わいせつ罪から除外して妥当な結論を導き出すことが可能となることから、このような効果をねらったものであると考えられる³⁵。

もっとも、昭和45年判決の事案は特殊な事案であったと考えられる。昭和45年判決の調査官解説は「被害者の性に関係ある身体部分に対する接触行為は勿論、被害者を裸にして眺め、ないしは、写真を撮る行為も、特段の事情のない限り、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が、外形行為自身から推認されるのであり、この推認がなされうる場合には、強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が、性的意図のもとに行われることを要

³⁴ ほぼ同様の指摘として、成瀬・前掲注(21)17頁。

³⁵ 馬渡・前掲注(1)82頁、深町晋也「性犯罪から学ぶ刑法」法セ759号(2018年)33頁。

するか否かという…対立は顕在化しないと考えられる。』³⁶と述べている。これを検討すると、〔事例①〕や〔事例②〕のように行為の客観面のみを考慮要素としても「わいせつな行為」該当性を評価することができるかと判断された事例については、一律必要説あるいは一部必要説に基づくと行為の客観面から行為者の性的意図を推認することで「わいせつな行為」該当性を認めることができる一方で、不要説からも行為者の客観面から直接「わいせつな行為」該当性を認めることができるため、性的意図の要否の問題は顕在化しないが、〔事例③〕や〔事例④〕のように行為の客観面のみでは「わいせつな行為」該当性を評価できないと判断された場合には、性的意図の要否の問題が顕在化するといえよう。

以上を踏まえて昭和45年判決の事例を再度確認すると、この事例は被告人が内妻の面前で報復の手段として被害者を脅迫して裸体にさせ、撮影したというケースであった。このとき、全裸の写真を撮影するという行為には、例えば親が子供の成長記録を撮影するなど、その状況によっては「わいせつな行為」とはいえない場合もあることから、全裸の写真を撮影する行為そのものから直ちにわいせつ性を認めることはできない。

また、昭和45年判決においては「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のである。」と指摘されていることから、被害者の身体に直接触れておらず、また内妻の面前で撮影されているという本事案に特徴的な事情を考慮した結果、裸体の写真を撮るという行為について、なお客観的事情のみから「わいせつな行為」該当性を評価することはできないという判断がなされたものと考えられる。しかし一方で、同判決の第一審判決・原判決が客観的事情のみから「わいせつな行為」該当性を評価していることを考慮すると、客観的事情のみから「わいせつな行為」該当性を評価できるか否かの判断が微妙である事案であったと考えられる³⁷。このように、同判決は顕在化していた性的意図の要否の間

³⁶ 時国・前掲注(12)6頁。

³⁷ 昭和45年判決の事案においては、そもそも客観的に「わいせつな行為」に当たるのかが問題であると指摘したものとして、平野・前掲(12)3頁。また、同判決の解釈とは異なり、同事案は客観的事情のみから「わいせつな行為」該当性を評価できると判断していると考えられるものとして西原・前掲注(12)

題を先鋭化させる特殊な事例であったと考えられるのである³⁸。

そして、前節の分析と、一律必要説に立つ昭和45年判決の判示を組み合わせると、当時の裁判実務の考え方について以下のような分析が可能である。すなわち、問題となる行為について〔事例①〕および〔事例②〕のように行為の客観的状況から性的意図を推認することができる場合には、性的意図を推認することで「わいせつな行為」該当性を認めることになる。次に、〔事例③〕および〔事例④〕のように行為の客観的状況から性的意図を推認することができない場合には、行為外の事情まで考慮して行為者の性的意図の有無を積極的に判断し、〔事例③〕のように行為者の性的意図が認められる場合には「わいせつな行為」該当性を認める一方で、〔事例④〕のように行為者の性的意図が認められない場合には「わいせつな行為」該当性を認めることができないため、強制わいせつ罪の成立を否定することになる。以上の分析を図示すると後掲する【フローチャート①】（後掲23頁）のようになる。

5. 昭和45年判決への批判

昭和45年判決に対しては多くの批判が集まった。この点について、昭和45年判決における入江敏郎裁判官の反対意見は不要説に立ったうえで原判決は相当であると論じた後、さらに昭和45年判決に対し批判を加えている。入江裁判官は、以下の4点を挙げて昭和45年判決を批判する。すなわち、①故意以外の目的・意図といった特殊な主観的要件が必要な犯罪については、刑法の条文上に、そのような主観的要件が明文で規定されているにもかかわらず、176条にはない。②特殊な主観的要件が明文で規定されていなくても、窃盗罪における不法領得の意思のように構成要件の解釈上、特殊な主観的要件が必要な場合があるが、被害者の性的自由を侵害したと認められる客観的事実があれば、強制わいせつ罪は成立し、行為者の性的意図を必要とする理由は見出しえない。③多数意見によると被害者の性的自由が侵害されている場合でも性的意図がない場合

37頁（これは、一部必要説を主張する同論者が「本判決の多数意見は結論において相当ではな」として、被告人に性的意図が認められていないにもかかわらず、強制わいせつ罪を成立させるべきであるとしていることから推測されるものである）。

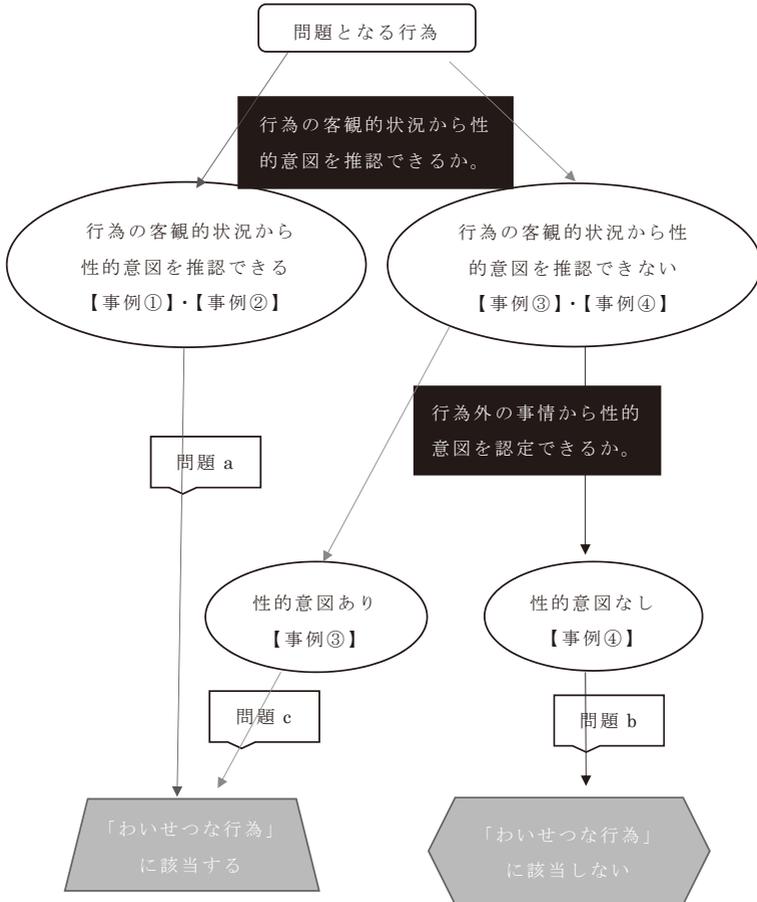
³⁸ 馬渡・前掲注（1）81頁。

は、強制わいせつ罪は成立せず、強要罪等の成立が問題となるが、強制わいせつ罪と強要罪の法定刑の差³⁹を比較するとその差には大きな開きがあるため、刑法が性的自由の保護を強要罪(223条)における一般の行為の自由の保護と区別して特に重く保護しようとしている趣旨を没却することになる。最後に、④被害者の性的自由が侵害されている場合でも行為者に性的意図がない場合は、非親告罪である強要罪その他の罪として訴追され、審理、判決されることになるが、旧刑法180条1項が、性的自由の侵害を内容とする罪を特に親告罪として、訴追にあたって被害者の意思を尊重すべきものとした趣旨が没却されることになる。

この中で入江裁判官が指摘した③の批判は、性的意図の有無によって強制わいせつ罪の成立の可否が決定されることの不合理性について論じたものと思われるが、さらに以下の3つの問題点を挙げることができる。まず、a. 行為の客観的状况から性的意図を推認することができる場合でも、行為外の事情から性的意図の存在が否定されて推認が覆される可能性が考えられる。仮に、〔事例①〕や〔事例②〕のような事例で、行為外の事情から被告人に報復目的が認められ性的意図が認められないような場合には、昭和45年判決に従うと性的意図の推認は覆されて強制わいせつ罪が否定され、それより大幅に法定刑の低い強要罪が成立することとなる。しかし、行為の客観的状况から性的意図を推認できるほど客観的にはわいせつ性が強いにもかかわらず、行為者の性的意図の不存在という一事をもって強制わいせつ罪が否定されるという結論になることには問題があると考えられる。次に、b.〔事例④〕のように行為の客観的状况から性的意図を推認することができず、かつ行為外の事情からも性的意図を認定することができない場合には強制わいせつ罪が成立しないことになるが、被害者が性的羞恥心を感じている可能性があるにもかかわらず、一律に性的意図の存否を基軸にして本罪の成立を否定することには問題があると考えられる。最後にc.〔事例③〕のように行為の客観的状况から性的意図を推認できない行為は、推認できる行為と比較して、行為のわいせつ性が相対的に低いと考えられるところ、そのような行為について行為者の性的意図の存在を認めて「わいせつな行為」該当性を認めることで、客観面におけるわいせつ性の認定が弛緩し、性的意図を持っていればどのような行為でも「わいせつな行為」該当性が

³⁹ 強制わいせつ罪の当時の法定刑は6月以上7年以下の懲役であり、強要罪の法定刑は3年以下の懲役である。

認められる余地が生まれ⁴⁰、本罪の成立範囲が不当に拡大するおそれがあると考えられる⁴¹。以上の問題点が本稿における昭和45年判決の分析におけるどの部分に位置するのかについては【フローチャート①】に示している。



【フローチャート①】昭和45年判決の分析・問題点

⁴⁰ 客観面におけるわいせつ性の認定が弛緩すると、例えば、被害者の肩に手をかける行為であっても、その行為について性的意図が認められるならば、「わいせつな行為」と判断される可能性がある。

⁴¹ この問題を指摘するものとして、丹羽・前掲注(12)33頁、橋爪・前掲注(12)31頁、町野朔「犯罪各論の現在」(有斐閣、1996年)283頁以下。

V 昭和45年判決の以降の裁判例

昭和45年判決以降、被告人の性的意図を否定して強制わいせつ罪の成立を否定した、あるいは強要罪を成立させた裁判例は公刊物上見当たらず、裁判所は昭和45年判決の解釈に従い被告人の性的意図を認めることで強制わいせつ罪を成立させていると評価されている⁴²。もっとも、実際の判決中においては、被告人に性的意図は認められないという弁護人の主張に応じる形で被告人の性的意図の有無が検討されていることから、全ての強制わいせつ事案について被告人の性的意図を明示して強制わいせつ罪を成立させているわけではなく、また、「わいせつな行為」該当性の考慮要素として性的意図が位置付けられているか否かは不明である。ただし、性的意図の認定方法として客観的事情から性的意図を推認している裁判例⁴³と、行為外の事情から積極的に性的意図を認定している裁判例⁴⁴が存在することから、裁判所は行為の客観面から性的意図を推認できるか否かで性的意図の認定方法を変えていると考えられる。

⁴² 橋爪・後掲注(12)30頁以下、小田・後掲注(12)28頁以下、丹羽・後掲注(12)32頁以下、伊藤・後掲注(12)30頁以下。

⁴³ 行為の客観的状况から性的意図を推認することで被告人の性的意図を認めた裁判例として、東京地判昭和56年4月30日判時1028号145頁(路上における顔見知りに対する接吻)、東京高判昭和59年6月13日判時1143号155頁(少年の肛門への異物挿入)、大分地判平成25年6月4日LEX/DB25445758(陰部への直接の接触)、津地判平成26年6月11日LEX/DB25504193(乳房をもてあそぶ・口淫・口内射精)、佐賀地判平成26年10月16日LEX/DB25505335(乳房を直接揉む・直接陰部をもてあそぶ)、盛岡地判平成28年3月8日LEX/DB25542685(唇への接吻・乳房をなめる・陰部内への手指挿入)、横浜地判平成29年7月19日LEX/DB25546811(児童の陰茎を直接接触)。なお、昭和59年判決、平成26年判決(佐賀)は客観面のみから性的意図を認定するのではなく、補足的に被告人の供述を検討することでかかる推認の正当性を担保している。

⁴⁴ 行為外の事情から性的意図を認定した裁判例としては、横浜地判平成28年7月20日LEX/DB25543577。同裁判例においてはベビーシッターが乳児・児童を全裸または下半身裸にさせ、その姿態を写真撮影した行為につき強制わいせつ罪が成立するか否かが問題となったところ、被告人が日頃閲覧していたウェブサイトに乳幼児への性的行為を内容とするものであることおよび常習的に犯行を繰り返していたことを根拠として性的意図を認定していることに特徴が認められる。

しかし、昭和45年判決以降の裁判例の中には被告人の性的意図を認めて強制わいせつ罪を成立させているものの、実質的には昭和45年判決の解釈と異なった解釈に基づいているとみられる裁判例が存在するため、以下ではこれについて検討を試みる。

〔事例⑤〕東京地判昭和62年9月16日判時1294号143頁⁴⁵

【事実の概要】

自己の店舗で働く従業員が不足しており営業を継続させることができないのではないかと焦燥感を抱いていた被告人は、A女(当時21歳)の全裸写真を撮影して弱みを握り、自己の店舗で従業員として働くことを承諾させようとして、同女に暴行を加え、強いて同女を全裸にしその姿態を写真に撮影するなどのわいせつ行為をしようとしたが、これを遂げることができず、右暴行によってAに傷害を負わせた。弁護人は、Aを従業員として働かせる目的であったと主張している。

【判旨】

「たしかに、本件犯行の際、被告人には、右A女を全裸にしその姿態を写真撮影することによって、同女を被告人が営む女性下着販売業の従業員として働かせようという目的があったことは一応肯認することができる。」「しかし一方、…各証拠を総合検討すれば、被告人が、…右A女を働かせるという目的とともに、同女に対する強制わいせつの意図をも有して本件犯行に及んだことも十分肯認できるというべきである。」そして、証拠を検討すると「右A女を全裸にしその写真を撮る行為は、本件においては、同女を男性の性的興味の対象として扱い、同女に性的羞恥心を与えるという明らかに性的に意味のある行為、すなわちわいせつ行為であり、かつ、被告人は、そのようなわいせつ行為であることを認識しながら、換言すれば、自らを男性として性的に刺激、興奮させる性的意味を有した行為であることを認識しながら、あえてそのような行為をしようとして企て、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。したがって、被告人の本件所為が強制わいせつ致傷罪に当たることは明らかである。」

【検討】

⁴⁵ 同判決の評釈として、大谷實「判批」法セ407号(1988年)108頁。

本事例は、性的意図を一般的にわいせつと認められる行為に及んだことの認識、すなわち「わいせつな行為」についての意味の認識として故意に包摂される認識としており、昭和45年判決で定義された性的意図の意義、すなわち犯人の性欲を刺激興奮させまたは満足させる意図とは異なって性的意図を解釈している⁴⁶。それに加えて、本事例は性的意図を独立した主観的構成要件要素として解しているところ、「わいせつな行為」該当性を判断する要素として性的意図を捉える昭和45年判決以前の解釈および本稿における昭和45年判決の分析とも異なっている。この点について、仮に、本稿における昭和45年判決の分析に基づいて本事例を検討すると、全裸写真を撮るという行為の客観的状況から被告人の性的意図を推認できず、また行為外の事情からも性的意図の存在を積極的に認めることができないため、被告人の行為について「わいせつな行為」該当性を認めることができず、強制わいせつ罪を成立させることはできないという結論になる可能性が考えられる。一方で、本事例では被告人の行為が被害者に性的羞恥心を与えていることが認められているが、被害者に性的羞恥心を与えているにもかかわらず強制わいせつ罪を成立させないとする結論にも疑問の余地がある。そのため本事例は、昭和45年判決の問題点として先述したbの問題に直面したものと思われる。したがって本事例は、この問題の解決手段として、被害者に性的羞恥心を与えていることに基づき強制わいせつ罪を成立させるという結論を導き出しつつも、かかる性的意図を主観的要件と解することで昭和45年判決との整合性を図ろうとしたものと理解される。このように本事例は性的意図を不要とした事例ではないものの、昭和45年判決が定義した性的意図の意義を変更することで実質的に昭和45年判決の解釈における性的意図を不要とした裁判例である。

〔事例⑥〕 東京高判平成26年2月13日高検速報平成26年45頁⁴⁷

【事実の概要】

ともにバンド活動を行い、一方的に好意を寄せていたA女(当時24歳)から

⁴⁶ この点について指摘するものとして、橋爪・前掲注(12)30頁、小田・前掲注(12)29頁、佐伯・前掲注(12)65頁。

⁴⁷ 同判決の評釈として、浅沼雄介「判批」捜研759号(2014年)2頁以下、田中健太郎「判批」研修797号(2014年)21頁以下。

バンドを脱退してXとのかかわりも絶つと告げられたため、Aに対して復讐したいとの感情を抱き、Aの首を絞めて転倒させた上で着衣を脱がせて乳房を揉み、膣内に手指及びバイブレーターを挿入した。原判決がわいせつ行為の態様から、報復目的のほかに性的意図が併存していたと認定して強制わいせつ致傷罪の成立を認めたが、本判決は、被告人に性的意図があったとする原判決の事実認定を是認した上で以下のような判示を行った。

【判旨】

「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。」

【検討】

本事例は、被告人の意図がいかなるものであっても被害者の性的自由が侵害されれば強制わいせつ罪は成立するとした点で昭和45年判決とは異なっており、むしろ昭和45年判決の第一審判決・原判決に近い根拠を述べて行為者の性的意図は不要であるという結論を導き出している。仮に、本稿における昭和45年判決の分析に基づき本事例を検討すると、着衣を脱がせて乳房を揉み、膣内に手指及びバイブレーターを挿入するという行為の客観的状況から性的意図を推認することが可能である一方で、行為に至る経緯を具体的に検討すると被害者に対する報復目的も認められることから、被告人の性的意図の推認が覆される可能性が考えられる。そのため、本事例は昭和45年判決の問題点として先述したaの問題に直面したものと思われる。そして、その解決手段として本事例は昭和45年判決の解釈を維持して強制わいせつ罪の成立を否定するのではなく、昭和45年判決の解釈に背き行為者の性的意図を不要とすることによって強制わいせつ罪の成立を認めたのである。もっとも、本事例で引用した部分は原判決の事実認定を是認した上で注意的に判示されたものであるため、本事例は

昭和45年判決の解釈を完全に否定したものではないと考えられる。

このように、昭和45年判決以降の裁判例の中には特殊な事案があり、そのような事案について昭和45年判決の解釈に従うと妥当ではない結論を導き出すおそれがあったため、裁判所は実質的に昭和45年判決とは異なる解釈を取ることによって妥当な結論を導き出していたという経緯が認められる。

VI 本判決の検討

以上のように、裁判所は原則として昭和45年判決の解釈に従い被告人の性的意図を認めることで強制わいせつ罪を成立させてきたものの、昭和45年判決の判断方法に従うと結論上の問題があると判断された場合には、結論の妥当性を得るために異なる方法が用いられてきた。そして本事案もそのような事案であったため、本判決の第一審判決・原判決では正面から昭和45年判決に反する解釈に基づいた判断がなされ、本判決も昭和45年判決の解釈を否定して新たな解釈を示し、判例変更を行ったと考えられるのである。

1. 第一審判決・原判決における判例変更の根拠

まずは、第一審判決および原判決が昭和45年判決の解釈を否定した根拠について検討を試みる。原判決は、「強制わいせつ罪の保護法益は被害者の性的自由と解され、同罪は被害者の性的自由を侵害する行為を処罰するものであり、客観的に被害者の性的自由を侵害する行為がなされ、行為者がその旨認識していれば、強制わいせつ罪が成立し、行為者の性的意図の有無は同罪の成立に影響を及ぼすものではないと解すべきである。」として、第一審判決の判断および法令解釈は相当であると判示しているため、第一審判決・原判決は不要説に立つ。このとき、不要説を支持する根拠として、原判決は「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」い点、「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」点を挙げている。これは、強制わいせつ罪の成立要件として性的意図が必要であることは条文からは読みとることができず、「わいせつな行為」該当性を判断する上でも、独立した主観的構成要件要素としても性的意図は不要であるという趣旨であると考えられる。このように不要説を支持した根拠は、不要説および昭和45年判決の第一審判決・原判決・入江裁判官の反対意見の見解と

軌を一にするものと考えられる。

2. 本判決における判例変更の根拠

一方で本判決は昭和45年判決の解釈を否定するにあたり、直ちにこれを否定するのではなく、(i) 一律必要説に基づく昭和45年判決の変更可能性及び(ii) 判例変更の是非について論じており、このような2つの段階を経て昭和45年判決の解釈を否定している。

(i) について、本判決は強制わいせつ罪の成立要件として行為者の性的意図が明文で要求されていないにもかかわらず、昭和45年判決は、行為者の性的意図の有無によって強制わいせつ罪が成立するか強要罪が成立するかの結論を異にすべき理由を明示していないこと、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の整合性に関する説明が付されていない⁴⁸ことを挙げ、昭和45年判決の理論的脆弱性を指摘している。前者については、昭和45年判決に対する入江裁判官反対意見と同じ根拠を述べており、この根拠だけでも昭和45年判決の解釈を変更することが可能である根拠として足るものであるとも思える。しかし、さらに本判決は、特にドイツ刑法の改正を例として、性的な被害に係る犯罪規定は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挙げ、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はできないという特質があることを根拠として挙げている。そして、これらを踏まえたうえで、昭和45年判決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性的意図を一律に必要としたものであると理解できるが、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として、昭和45年判決は変更される余地があるという結論を導き出している。

⁴⁸ なお、昭和45年判決が「わいせつな行為」該当性判断につき性的意図を一律に必要と解しており、「わいせつな行為」該当性が客観面から明らかである場合には性的意図を推認していたという本稿の分析に基づくと、強姦罪は姦淫という行為の客観面から性的意図が擬制された類型であるという説明が可能であるように思われる。

(ii) について、平成16年に強制わいせつ罪および強姦罪の法定刑が引き上げられ、平成29年に強姦罪が廃止され強制性交等罪・監護者わいせつ罪あるいは監護者性交等罪が新設されたことは、性的な被害に係る犯罪やその被害の実態に対する社会の一般的な受け止め方の変化を反映したものであることは明らかであるとして、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成立要件とする昭和45年判決の解釈には、実質的な根拠を見出すことが一層難しくなっているため、もはや維持し難いと判示している。

これは、以下のような趣旨であると考えられる。従来は、性的意図に基づき行われた行為が性犯罪であり、性的意図に基づかずに行われた行為は性犯罪ではないというのが性犯罪に対する社会の受け止め方であったため、強制わいせつ罪の成否についても性的意図の有無を基準とすべきであった。しかし、近年の法改正では強制わいせつ罪および当時の強姦罪の法定刑が引き上げられ、強制性交等罪・監護者性交等罪が新設されたところ、このような法改正は、性犯罪は被害者に大きな身体的・精神的苦痛を負わせる犯罪であること⁴⁹、性犯罪は男性が加害者で女性が被害者というものばかりではなく男性も女性も被害者にも加害者にもなりうること、従来強制わいせつ罪とされてきた行為には強姦罪に含まれるような、より重大な被害を及ぼす行為類型が含まれていること⁵⁰、子どもを監護する責任のある監護者も加害者となる場合があり、その場合には被害者の生育に重大な悪影響を及ぼすことが多く被害が重大化しやすいこと⁵¹

⁴⁹ 平成29年改正で強制性交等罪の法定刑の下限が旧強姦罪よりも重い5年とされた背景には旧強姦罪の量刑の水準が徐々に重い方へとシフトし、法定刑の下限が5年である強盗罪よりも重くなっているという現状を踏まえたものであった(『性犯罪の罰則に関する検討会』取りまとめ報告書(法務省ホームページ <http://www.moj.go.jp/content/001154850.pdf>) 30頁参照(平成30年5月17日最終閲覧。以下、URLについては全て同じ))。

⁵⁰ 法制審議会でも、精神的被害の重大さに男女差や陰性交と肛門性交と口性交による差はないということが臨床心理士から指摘されている(「法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第2回会議議事録」(法務省ホームページ http://www.moj.go.jp/keijil/keiji12_00124.html) 齋藤梓幹事意見参照)。

⁵¹ 法制審議会でも、親から受けた性的虐待の影響は今後の人生に与える悪影響が大きいことが心理学者から指摘されている(「法制審議会刑事法(性犯罪関係)

という性犯罪の実態およびこれに対する現在の社会の受け止め方が反映されたものであった。このような改正の傾向を検討すると平成29年改正は被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度に注目した改正であったと考えられる。したがって、強制わいせつ罪の解釈においてもこのような性犯罪に対する社会の受け止め方の変化に対応して、性的意図のような行為者の事情よりも被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度といった被害者の事情に目を向けなければならない、性的意図を基準として強制わいせつ罪の成否は決されなければならないとした昭和45年判決の解釈は維持しがたい。

このように、性犯罪規定や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ことを前提に、性的意図の要否を含めた強制わいせつ罪全体の解釈に関しても現在の社会の受け止め方を考慮して判断した点は、妥当であると考えられる⁵²。かつて昭和45年判決直後の判例評釈において、強制わいせつ罪を傾向犯と解し、独立した主観的構成要件要素として性的意図が必要であると主張した岡野光雄は、強制わいせつ罪につき性的意図を不要と解すると「全く復讐の目的から女性が女性に対し暴行または脅迫を加えて裸にしこれを写真撮影した場合にも強制わいせつ罪が成立することになり、われわれの一般法感情にそぐわないというべきである。」⁵³として不要説を批判している。しかし、性犯罪とは被害者が性被害を受けることであり、また、男性も女性も性犯罪の被害者にも加害者にもなりうるということが社会の一般的な受け止め方として共有されていることを考慮すると、当時としてはともかく、現在もおここのような考え方がそのまま妥当するかについては疑問が残る⁵⁴。このような状況にあるにもかかわらず、現在の一般的な社会の受け止め方を無視し、従来の一一般的な社会の受け止め方では妥当していた刑法上の解釈をそのまま維持し続けると、その時代、その社会にとって不合理な結論に達す

部会第3回会議議事録」(法務省ホームページ http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00126.html) 小西聖子委員意見参照)。

⁵² 猥褻か否かを具体的に評価するにあたってはその対象について普通人がどのような印象を受けるかが最終的な根拠となると主張するものとして、植松正「猥褻の概念」『総合判例研究叢書 刑法(19)』(有斐閣、1963年) 55頁。

⁵³ 岡野・前掲注(12) 164頁。

⁵⁴ 同様の分析をするものとして、木村・前掲注(1) 158頁。

る危険性がある。

強制わいせつ罪の成立要件の解釈について社会の受け止め方を考慮するという方法については刑法上の解釈を一義的に決定することができず、基準として不明確であるという批判が考えられる。しかし、仮に多義的な解釈を許さないほど性犯罪を一義的に詳細に解釈すると、社会の受け止め方に応じて頻繁に解釈変更の必要性が生まれ、法的安定性に欠くと考えられるため、少なくとも性犯罪に関しては多義的な解釈の余地を残すべきであると考えられる。

他方で、性犯罪の解釈を全て社会の一般的な受け止め方に委ねてしまうと、「わいせつ」に対して鈍感な社会は性犯罪が成立しにくく、「わいせつ」に対して敏感な社会は性犯罪が成立しやすくなるということになって、極端な結論となる危険性がある。この点、児童に対する性的行為は社会の一般的な受け止め方を考慮すると「わいせつ」な行為とは言えず、ただの「おぞましい」性的虐待行為に過ぎないという結論になってしまうのではないかという疑問にも説得力が認められる⁵⁵。本判決も社会の受け止め方だけではなく条文上の解釈からも昭和45年判決は変更されなければならないことを明示しており、性犯罪の解釈に関する社会の受け止め方のみを考慮して昭和45年判決の解釈を変更したものではないと考えられる。

また、本判決は強制わいせつ罪の保護法益について言及していないものの、被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度といった被害者の事情に目を向けなければならないとしていることから、強制わいせつ罪の保護法益を個人的法益とすることについては親和的であると考えられる。

3. 本判決における「わいせつな行為」該当性の判断枠組みについて

このように昭和45年判決は変更されなければならないという点については、第一審判決・原判決と本判決は結論において異ならなかったにもかかわらず、本判決は「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」とし、一部必要説に親和的な解釈がなされている。以下では、本判決が「わいせつな行為」の判断枠組みを規定しながら、どのよ

⁵⁵ 児童に対するおぞましい性的虐待行為がいかなる意味で「わいせつ」な行為の定義にあてはまるのかは明確ではないことを指摘するものとして、松木＝奥村＝園田・前掲注（1）51頁。

うな場合に性的意図が考慮される余地があるのかという点について判示した部分に関して検討を試みる。

本判決は、 α 当該行為に性的な意味が認められるか否かを判断（以下、「性的関連性判断」とする）した後、 β わいせつな行為として176条による処罰に値すると評価できるか否かを判断（以下、「重大性判断」とする）して、性的な意味が認められ176条による処罰に値すると評価できる行為について「わいせつな行為」と評価しているものと考えられる。このとき、性的関連性判断および重大性判断における考慮基準については「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」なければならないとし、行為者・被害者の主観ではなく、あくまでも一般人から見た客観に基づいて考慮されなければならないと判示している。

そして、性的関連性の判断においては性的性質の明確性に依じて類型化がなされている。すなわち、①行為そのものが持つ性的性質が明確な行為（以下、「①行為」とする）については、当然に強い性的な意味を認めることができるが、②行為そのものが持つ性的性質が不明確な行為（以下、「②行為」とする）については、①行為と比較して性的な意味が弱く、直ちに性的な意味があるか否かを評価できないというものである。このように性的性質によって類型化されているのは、行為者の立場から行為者の主観面で性犯罪の解釈を考えるのではなく、性被害者がいるという観点から一般人視点で客観的に性犯罪の解釈を考えようとする本判決の解釈基準に沿ったものであると考えられる。そして、②行為については行為そのものだけではなく、当該行為が行われた際の具体的状況も総合考慮して性的な意味の有無及び強さが検討されるところ、この具体的状況の一つとして行為者の主観的事情を考慮要素に置くことについては否定し難いとしている。したがって、本判決は①行為の場合には、性的関連性判断の考慮要素から性的意図が排斥され、②行為の場合には、性的関連性判断の一考慮要素として性的意図を含めることが許容されている。一方で、重大性判断については考慮基準は示されているものの、「同条による処罰に値する行為とみるべきか」に関して、考慮要素として性的意図等の行為者の主観的事情が考慮されるか否かについては言及されていない。以上が本判決の判断枠組みであると考えられるところ、これを図示すると【フローチャート②】（後掲199頁）のようになる。

本判決は以上の判示を踏まえ、本件行為は①行為として行為そのものから性

的な意味が認められ、かつ176条による処罰に値すると評価できるため、行為者の主観的事情を考慮せずとも客観的にわいせつな行為であることが明らかであるとして、強制わいせつ罪の成立を認めた原判決の結論を相当としたものと理解される。

本判決は昭和45年判決の批判として先に挙げた a の問題——行為の客観的状況から性的意図を推認することができる場合でも行為外の事情から性的意図の存在が否定されて推認が覆される場合に性的意図の不存在という一事をもって強制わいせつ罪を否定するという結論に達することへの問題——に直面したため、昭和45年判決の解釈を変更したものと考えられる。これは、本事案の第一審判決・原判決が、被告人の行為は「通常、性的意図を伴うものと推認できるものである」としたものの、結果的に被告人の弁解等から性的意図の推認を覆し、性的意図を否定していることからうかがえる。昭和45年判決の解釈に従いつつ a の問題を回避するためには、性的意図の存在が否定され推認が覆されかねない事情があったとしても、さらに他の事情から性的意図を認める必要があるが、これは実務上非常に困難であると考えられる⁵⁶。そのため、a の問題を

⁵⁶ 検察官の立場から強制わいせつ事件における性的意図の立証の困難さについて、実際の事例を挙げながら解説したものとして吉田正喜「強制わいせつ事件—性的意図の判断と捜査—」捜研500号(1993年)13頁以下。本解説で挙げられた事例は、C社従業員A・Bが金に困りC社の金を盗む狂言強盗を計画し、C社の金を持ったAがC社の女性従業員Vと一緒にいるときに、BがAからC社の金を奪ってA・Vの体を縛った上で「警察へ話すと恥ずかしい写真をばらまくぞ」などと申し向けてVの下半身を露出させ写真を撮影するふりをし(実際に写真撮影はしていない)、一方でAはC社が強盗被害を信用しつつ、警察に被害届が提出され狂言強盗であることが発覚することを避けるため、V・C社に対してVが性器の写真を撮られた以上、警察沙汰にすべきではないと説得を試みた(結局、警察へ被害届が出されたため計画が発覚した)という特殊な事例であった。このような事例に対して検察官は、BからVの裸や性器を見るということを想像するだけで興奮してしまい、股を開かせた際にも性器の部分にあった生理用品を取り払ったという供述を引き出し、またAからは犯行計画段階において(実際には見るができなかったが)Vの裸を見られるかもしれないとも思っていたという供述を引き出すことで結果的に、A・Bそれぞれの性的意図を立証した。本解説では、以上の検察官の立証に基づいて公判でも

解決するために、①行為の場合に成立要件として性的意図は不要とした本判決の解釈は妥当であると考えられる。一方で、②行為であっても性的意図は「わいせつな行為」該当性判断の個別具体的な事情の一つに過ぎないと判示されており、性的意図がなくても強制わいせつ罪が成立する余地を残した点は昭和45年判決の批判として先に挙げたbの問題——性的意図の存否を基軸にして本罪の成否を検討することへの問題——を解消するものであると考えられる。本判決は、性的意図を性的関連性判断における考慮要素の一つとして認めているものの、「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状況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。」というように、性的意図を考慮要素として積極的に認めているわけではないように思われる。ゆえに、本判決は②行為において性的関連性を検討する際には、被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度といった客観的状況を考慮要素の中心とし、性的意図を含めた行為者の主観的状況はあくまでも客観的状況からは判断が困難な限界事例にのみ考慮要素とすると判示しているものと推察される。

本判決は「わいせつな行為」を①行為と②行為に類型化し、判断枠組みとして性的関連性と重大性という2段階の審査を設けているところ、その背景には「わいせつな行為」該当性判断については慎重に検討するべきであるという考慮が存在する。これは、「わいせつな行為」には行為そのものが持つ性的性質が明確な行為もあれば行為そのものが持つ性的性質が不明確な行為があるにもかかわらず、従来は性的意図の有無によって画一的に強制わいせつ罪の成否が決められてしまったこと、また「わいせつな行為」の有無の基準として性的意図が前面に出ることによって従来は「わいせつな行為」該当性判断においては性的関連性の有無、すなわち性的か否かのみがクローズアップされていた一方で、性に対する一定程度重大な侵害行為でなければ「わいせつな行為」とはいえないという行為の重大性が従来明らかになってこなかったことへの反省に基づき、より精緻に「わいせつな行為」該当性判断がなされることを目指したものであると考えられる。

本判決の問題点としては後述するように、強制わいせつ罪における「わいせ

強制わいせつ罪について有罪が認定されたことが明らかになっているが、当事例は一見、報復目的のみしか認められないような被告人に対する性的意図の立証の困難さを示す一例となりうると考えられる。

つな行為」の意義を明示していない点が挙げられる。もっとも「わいせつな行為」該当性の判断基準については、規範的評価として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なければならないという判示がなされている。これは、一般人が性被害と感じ、性的嫌悪感を覚えるかということが「わいせつな行為」該当性のメルクマールであるという意味であると推察される⁵⁷。このような理解に基づく、性的関連性判断は一般人がその行為を性被害と受け止め性的嫌悪感を感じるか否か、重大性判断は一般人がその行為について強制わいせつ罪として重い処罰を加えるか否かという観点を考慮しつつ判断すべきであるという解釈がなされているものと考えられる。そして、性的関連性判断および重大性判断を行う際の考慮基準の中には被害者が性的嫌悪感を抱いたか否かが含まれていないことから、本判決は被害者が性的嫌悪感を抱いたとしても一般人が見て性的嫌悪感を抱かないと考えられる事例ならば、「わいせつな行為」と評価しえない場合が存在するという点について解釈上の余地を残していると思われる。

4. 具体的事案へのあてはめ

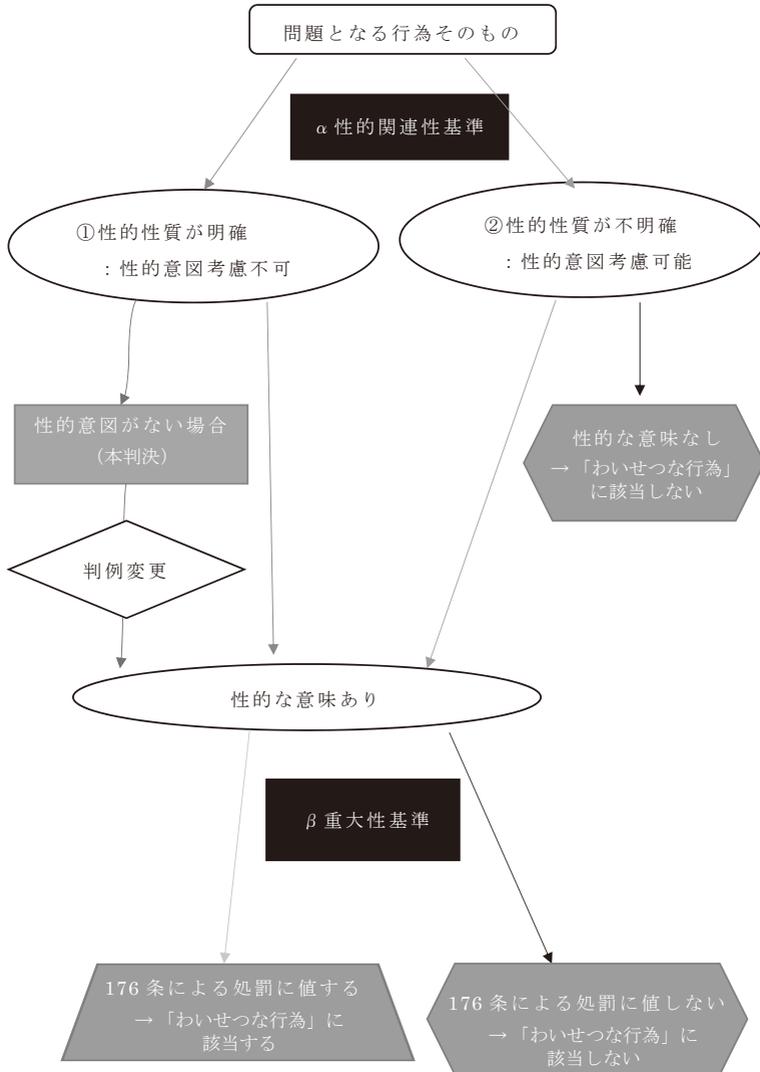
本判決の判断枠組みを具体的事案に当てはめると、どのような結論が導き出されるのか。過去の裁判例を挙げながら検討を加える。

(1) ①行為そのものが持つ性的性質が明確な行為

①行為（性的性質の明確な行為）とは、具体的にどのような行為を指すのだろうか。この点について本判決は、①行為を「強姦罪に連なる」ものであり「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⁵⁸と認められる…行為」と表現している。「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…行為」とは、行為そのもののみを考慮要素とすれば、どんな事情があっても、一義的には性的な意味が付与され、（相手方の意思に反して行えば）一般人が性的嫌悪感を感

⁵⁷ この点に関して、社会が性的行為と評価するものであれば猥褻行為としてよいと思われると主張するものとして佐伯・前掲注(12) 65頁。

⁵⁸ ここでいう「性的な意味がある」とは性的な意味が強くある、または性的な意味が十分にあるという意味であると考えられる。



【フローチャート②】平成29年判決の判断枠組み

じる行為、行為者の視点から言い換えると、性的意図が擬制される行為である。「強姦罪に連なる行為」とは、平成29年改正において新設された強制性交等罪で膣性交と並んで実行行為として規定された肛門性交や口性交がその一例と

して挙げられる。ここで注意を要するのは、強制性交等罪が新設されたのは、自己の体内へ他者の陰茎が挿入される行為、あるいは他者の体内に自己の陰茎が挿入させられる行為は陰性交と同等の重大性・悪質性を有するという見解に基づくものであり⁵⁹、性的性質の明確性に基づくものではないということである。確かに、性的接触の明確性が明らかであるからこそ性的接触の重大性を評価することが可能であるため、陰茎を他者の体内へ挿入し、または挿入させる行為については性的性質の明確性を認めることが可能である。しかし、ここには性的接触が重大とまではいえないが性的性質が明確な行為が含まれていないため、このような行為類型だけでは不十分であると考えられる。加えて、体内への陰茎の挿入先としては口腔、膣、肛門といった体の中にある穴が想定されるところ、平成29年改正後は肛門性交や口腔性交は陰性交と合わせて強制性交等罪の実行行為として捕捉されることになったため、かかる行為のみを①行為の具体例としてしまうと、今後①行為と認められる行為は実質的に存在しないという結果となってしまう、不自然である。

そこで「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…行為」に立ち戻って考えてみると、陰性交・口腔性交・肛門性交・接吻を除く肛門・性器（男性器・女性器⁶⁰）・口のいずれか2つを接触させる行為⁶¹、あるいは、性器から体液を被害者にかかる行為は、医療行為・マッサージ治療等の性的な意味が付与されない具体的状況を考えることが不可能であることから、行為そのもののみを考慮要素とした場合でも一義的に性的な意味が付与される行為と捉えることができる。そして、このような行為は口・肛門・性器が関わる行為として強姦罪や強制性交等罪に連なる行為であると解釈できるため、①行為に含まれる行為である⁶²。

⁵⁹ 松田哲也＝今井将人「刑法の一部を改正する法律について」曹時69巻11号（2017年）228頁以下。

⁶⁰ ここでいう「女性器」とは膣を含む内性器のみならず、陰裂を含む外性器をも想定した表現である。

⁶¹ すなわち、肛門同士の接触、肛門と女性器の接触、肛門と口の接触、女性器と口の接触、男性器同士の接触、女性器同士の接触である。

⁶² 高橋・前掲注（1）120頁は、裸にして写真を撮る行為や裸にして性器をもてあそぶ行為、医師による診察中の盗撮行為を①行為の具体例とするが、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行為かという観

(2) ②行為そのものが持つ性的性質が不明確な行為

②行為に当てはまる行為は、性的な意味が①行為と比較して弱く、その行為に性的な意味を含む多義的な意味が認められる行為であり、非常に多くの行為類型が含まれる。以下では、②行為の中でも①医療行為・養育行為・介護行為（以下、医療行為等とする）のようにも思える行為、②特殊性癖に基づく行為、③①②を除く性的な意味のない行為としても行われる行為の3つを取り上げ、主観的事情が考慮要素となる場合とは具体的にどのような場合なのかについて検討を加える。

①について、従来の下級審裁判例は性的意図の有無を軸にし、性的意図をもって行われた行為を性的な意味のある行為と評価し、性的意図なく行われた行為を性的な意味のない医療行為等と評価することで「わいせつな行為」該当性を判断してきたことが認められる。しかし、その判断方法の実情は、その行為の客観的事情を考慮要素に医療行為等として必要性・相当性の認められる行為については性的意図を否定することでわいせつな行為を否定し、認められない行為については被告人に性的意図が認められるとしてわいせつな行為を肯定している。例えば、広島高判平成23年5月26日 LEX/DB25471443は、医師が女児の着衣をずらして乳房を露出させた行為自体は予防接種の診察行為として正当な診療行為であるため、わいせつな行為とは評価できないが、診察中に小型カメラで女児の姿態を盗撮した行為については診療上の必要性が全くないことを理由に、性的意図を推認し、盗撮した画像をパソコン等で保存していたという行為外の事情も含めて性的意図を認定することでわいせつな行為と評価してい

点からは疑問が残る。現に、ベビーシッターが乳児・児童を全裸または下半身裸にさせ、その姿態を写真撮影した行為につき性的意図を認めた上で強制わいせつ罪が成立させた前掲横浜地判平成28年7月20日の控訴審である東京高判平成30年1月30日 LEX/DB25549825は、本判決を紹介しつつ「本件強制わいせつ等の各行為には、陰茎等を緊縛する、陰茎や陰部を露出させる、陰茎の包皮をむくといったそれ自体性的性質の明確なものも含まれる一方、日常でも目にするような全裸又は半裸の乳幼児の姿態を写真撮影するという態様のものも含まれており、それらのわいせつ行為該当性を判断するのに、被告人の性的意図の有無をも考慮要素とする意義はなお存するというべきである。」とした上で、原判決の判断は「その理由とするところを含めて正当」であると判示しており、裸にして写真を撮る行為を②行為に当てはまる行為として理解している。

る。また、京都地裁平成18年12月18日 LEX/DB28135092は検査器具を肛門部に押し当てる行為がわいせつな行為か否かを判断するにあたって、被告人の行為は配慮に欠ける不十分な行為であり、具体的事情を考慮すると性的意図を有していたことの徴表とみる余地のある事情も存在するが、外観上正当な検査行為であり、必要性・相当性がない行為とまではいえないため、わいせつな行為に及んだとの確信を抱くには足りないと評価している。このように、従来の下級審裁判例が客観的な必要性・相当性を判断し性的意図を認定することで、わいせつな行為と評価していたことを考慮すると、①においては従来性的意図の有無を判断する際に考慮されていた客観的状况における医療行為の必要性・相当性判断が前面に出ることで、客観的な必要性・相当性のみから直接、性的な意味の有無を評価することが可能である⁶³ため、主観的事情は考慮要素として必須ではないと考えられる。以上のような分析に基づくと、医療行為等としてみなければ性的な意味を払拭できないような比較的性的な意味の強い行為、例えば肛門に異物を挿入する行為⁶⁴、マッサージの目的で着衣の上から陰部に電動式性具を押しあてる行為⁶⁵についても客観的的事情のみを考慮要素としても性的な意味の有無を評価できると考えられる。

②についても、性的意図の有無を軸にして性的な意味の有無を判断することは可能である。しかし、特殊性癖に基づく行為には、一般的には性欲を刺激満足させるような対象とならない身体的部位⁶⁶を性的意図をもって触る行為やSMプレイの一環として性的意図をもって被害者に暴行を加える行為などが考えられるところ、このような行為について性的意図を軸にして性的な意味の有無を判断すると現在の性的な被害に対する社会の受け止め方と乖離する結論になるため妥当ではないと考えられる⁶⁷。そのため②においては、行為者の特殊

⁶³ 医療行為等として外観上相当であっても不必要な行為や逆に医療行為等として必要であっても卑猥な言動があり、その点で相当でない行為については性的な意味を認めることが可能であると考えられる。

⁶⁴ 東京高判昭和59年6月13日判時1143号155頁。

⁶⁵ マッサージ目的ではないものの、陰部に電動式性具を押し当てた事案につき強制わいせつ罪を認めたものとして大阪地判平成25年6月21日 LEX/DB25501587（上告審につき最判平成26年8月21日 LEX/DB25504747）。

⁶⁶ 例えば、髪、鼻、歯、耳、肩などが考えられる。

⁶⁷ 例えば、東京高裁平成29年2月14日 LEX/DB25546813（事案の内容について

性癖や性的意図といった主観的事情を考慮すべきではなく、規範的評価に基づき客観的事情のみを考慮要素として性的な意味を考慮すべきであると考えられる。この点について、青森地判平成18年3月16日 LEX/DB28115159は、嘔吐させるシチュエーションのあるアダルトビデオを見て性的興奮を覚えた被告人が、性的意図をもって女子高生の口腔内に指を押し込んで嘔吐させた行為について、強制わいせつ罪ではなく暴行罪を成立させた事例であるところ、以上の見解から説明することが可能である。

③の具体例としては、服の上から体に接触する行為、裸を撮影する行為、接吻など多くの行為類型が想定される。このとき③についても、被害者の関係性といった客観的事情のみを考慮要素として性的な意味の有無を判断することが一定程度可能であると考えられる。例えば、路上で見ず知らずの他人から接吻された場合や同じく見ず知らずの他人から全裸の写真が撮られた場合、公共交通機関で服の上から臀部を触られる行為については現在の社会の一般的な受け止め方として、相手方の意思に反して行えば、性的嫌悪感を感じると考えられるため、このような場合については客観的事情のみを考慮要素として性的な意味の有無を判断することが可能であると考えられる。一方で、客観的事情のみを考慮要素としても性的な意味の有無を判断することが困難な場合を想定することも可能である。例えば親族や友人から接吻された場合、親族や友人から記録として全裸写真を撮られた場合、肩車をされた場合についてはその詳細な状況によっては性的な意味の強さも異なると考えられるため、客観的状況のみから現在の社会の受け止め方として性的な意味の有無を判断することには困難も認められる。以上の分析に基づくと、③には客観的事情のみからは性的な意味の有無の評価が困難な限界事例が存在する可能性があるため、③においては主観的事情が考慮要素の1つとなりうると考えられる。

(3) 重大性判断が問題となる事例

は東京地裁平成28年7月5日 LEX/DB25543578が詳しい)は、報復目的で陰茎を切断した行為について傷害罪を成立させた事例であるところ、仮にSMプレイの一環として行われた場合であっても、現在の一般的な社会の受け止め方として単なるおぞましい行為と評価されることこそ考えられるが、性的な意味を認めることについてはなお疑問が残る。

重大性判断は性的関連性判断とは異なり、その考慮要素に主観的事情が含まれるか否かについては明示していないと考えられる。そのため、従来までの下級審裁判例を検討することで、性的意図が考慮要素に含まれるのかを検討したい。以下では、重大性判断において重大性の有無が問題となると考えられる事例として④ ①行為であるため、性的な意味が認められた行為、⑤ ②行為のうち、性的な意味が認められた行為に分けて下級審裁判例を確認する。

④の代表的な例としては、体液を相手にかける行為が考えられる。かかる行為については性的な意味を当然認めることができると考えられるところ、かけた場所を基準とすることでわいせつな行為として176条による処罰に値するかどうかを判断することが可能であると考えられる。例えば、前橋地判平成27年6月19日 LEX/DB25540837は、着衣に精液を付着させる行為につき結論として暴行罪を成立させていることから、体液が直接身体に付着した否かを重大性判断の軸とすることも可能である⁶⁸。

⑤の代表的な例としては、いわゆる痴漢⁶⁹にも該当するような公共の場で相手の服の上から体に接触する行為が考えられる⁷⁰。このような事例が問題となった下級審裁判例をみると強制わいせつ罪を認めたものとして、高松高判平

⁶⁸ なお、大阪高判平成22年3月26日高検速報平成22年113頁は就寝中の女性の方を向いて射精した行為につき、「被害女性という特定の相手方に向けられたわいせつな行為である」として、準強制わいせつ罪を成立させているが、体液が直接身体に付着したか否かについては不明である。

⁶⁹ 痴漢とは、地域住民の平穏の保持等を目的として各都道府県で制定されている、いわゆる迷惑防止条例上で禁止されている「卑猥な言動」等をいう。例えば、東京都では公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例5条1項「何人も、正当な理由なく、人を著しく羞恥させ、又は人に不安を覚えさせるような行為であつて、次に掲げるものをしてはならない。一 公共の場所又は公共の乗物において、衣服その他の身に着ける物の上から又は直接に人の身体に触れること。」において痴漢は禁止されている。

⁷⁰ いわゆる迷惑防止条例について詳述するものとして、合田悦三「いわゆる迷惑防止条例について」小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集〈上巻〉』（判例タイムズ社、2006年）510頁以下、強制わいせつと痴漢の区別について詳述するものとして嘉門優「強制わいせつと痴漢の行為との区別について」刑弁93号（2018年）147頁以下。

成22年9月7日LEX/DB25464058は、被害者が3回やめてと言うまで1分くらい被害者の臀部をなでた行為について、下着の中には手を差し入れなかったとしてもわいせつ行為にあたるとしている。仙台高判平成25年9月19日高検速報平成25年250頁は、左手で押さえつけて自己の体に引き寄せたままの被害者のスカートを右手で捲り上げて、ハーフパンツ越しに臀部を右手で撫でるように触った行為について、触った部位や態様等に照らしても、被害者の性的自由を不当に侵害すると共に、普通人の性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するものであるとしてわいせつ行為に該当するとしている。

他方、強制わいせつ罪の成立を否定したものとして、東京高決平成17年8月10日家月58巻11号89頁はエレベーター内で服の上から女兒の陰部付近および胸部を触った行為について、福岡高判平成22年9月24日高検速報平成22年232頁は、バス車内において女子中学生に対し、右手でその腹部を着衣の上から、また、左太ももを直接なで回した行為について、それぞれ迷惑防止条例違反の罪を成立させており、名古屋地判昭和48年9月28日判時736号110頁は、背後から抱きすくめ両膝で被害者の両脚をはさみつけて背中・腰部・臀部を撫で廻す行為について、性的意図を認めつつもその外形において一般人の正常な性的羞恥心を害する程度とはいえないとして、暴行罪を成立させているものがある。以上の下級審裁判例からは、着衣の上から触ったか否かは重大性判断の軸にはならないものの、これを考慮要素の一つとして行為の強度や継続性を考慮要素とすれば、重大性を判断することが可能であると考えられる。

以上のように、性的な意味が認められるが、なお「わいせつな行為」に該当するか否かが問題となる行為については、性的意図のような行為者の主観的事情を考慮要素に置かなくとも、当該行為の強度や継続性といった客観的事情のみを考慮要素として重大性判断を行うことも可能であると考えられる。

Ⅶ おわりに

1. 本判決の意義・射程

従来は成立要件として一律に行為者の性的意図が必要か否かという問題で行為者の性的意図の要否が議論されていたところ、本判決は昭和45年判決の解釈を変更し、成立要件として性的意図は不要であると解釈したため、性的意図の要否の問題は終結したように思える。しかし、本判決は「わいせつな行為」該当性の考慮要素の一つとして性的意図は否定し難いと判示したため、今後は「わ

いせつな行為」該当性の考慮要素の一つとして性的意図は必要か否かという問題が、性的意図の要否の問題として新たに顕在化するものと考えられる。

そして、本判決は「わいせつな行為」該当性の考慮要素の一つとして性的意図が位置づけられる場合を非常に広く解し、性的意図が不要である場合を非常に狭く解したため、その実質においては昭和45年判決とほとんど変わらないと考えられる⁷¹。加えて、本判決の射程は「わいせつな行為」該当性判断につき、性的意図が判断要素として考慮されるべき場合があるものの、一律に強制わいせつ罪の成立要件とはならないという部分にとどまっており、強制わいせつ罪の故意の有無を判断する上で性的意図が判断されるか否かについては本判決の射程外の問題であると考えられる。このように「わいせつな行為」の認識の有無を判断する要素として性的意図が排斥されていないことは、今後ますます強制わいせつ罪の成否に関する問題を複雑化させると考えられる⁷²。本判決は、行為者の性的意図に関する議論を終結させたのではなく、新たな問題を提示しているのである。

また、本判決は「わいせつな行為」の判断基準については示しているが「わいせつな行為」の意義を示していないため、「わいせつな行為」の外延が不明であること、およびどのような認識があれば「わいせつな行為」の認識と認められるのかが不明である。先述したように、わいせつとは「徒に性欲を興奮または刺激せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道徳観念に反するもの」であるのが従来の解釈であり、そのような行為が176条における「わいせつな行為」であると判示する下級審裁判例が存在していた。仮に、本判決

⁷¹ 本判決の射程の狭さについて指摘するものとして、松宮・前掲注(1)76頁。

⁷² 本判決以降で強制わいせつ罪における性的意図が問題となった裁判例として、被害者の首を絞めて殺害した後全裸にしてその乳房をなめた行為について強制わいせつ致死罪を成立させた東京地判平成30年3月7日LEX/DB25549846。同裁判例は被告人が「悪魔がうつる。早く倒さない。危ない、危ない。」等との声に従って被害者を殺害し、証拠隠滅および生死確認のためかかる行為に及んだと供述して性的意図を否定していることから、強制わいせつ罪の故意の有無が争点となったが、結果的には客観的にわいせつな行為を行っていることから性的意図を推認し、被告人の供述を否定して性的意図を認めた事例であった。性的意図を故意の有無の考慮要素としている点で同裁判例は本判決の射程外の裁判例であると考えられる。

において「わいせつな行為」の意義をこのように解するならば、本罪の故意は「自己または他人の性欲を刺戟興奮させまたは満足させる性的意味を有する行為」であることの認識と解することになる⁷³。しかし、本判決が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、内容、程度にこそ目を向けるべきであると判示していることを考慮すると、そのような認識のない場合に故意が否定されることになるという解釈には疑問がある。一方で従来の不要説には、本罪の保護法益は性的自由であり、強制わいせつ罪における「わいせつ」はわいせつ物頒布罪等の社会的法益に対する罪における「わいせつ」とは異なるため、「わいせつな行為」とは性的自由の侵害であり、本罪の故意は性的自由の侵害の認識である⁷⁴と解するものもあった。しかし「性的自由」という言葉は多義的であるため、性的自由の侵害および性的自由の侵害の認識とは具体的にはどのような意味なのかについては、疑問の余地があり、今後の議論が待たれる^{75・76}。

2. 本判決に対する私見

⁷³ 松宮・前掲注(1)78頁以下、松宮孝明『刑法各論講義(第4版)』(成文堂、2016年)119頁以下は、本罪の故意をこのように解する。

⁷⁴ 山中敬一『刑法各論(第3版)』(成文堂、2015年)162頁以下がある(なお、同論者は山中敬一「強制わいせつ罪の保護法益について」研修817号(2016年)3頁以下にて後掲注(75)の問題意識から、「わいせつな行為」の具体的な意義について詳細な検討を行っている)。

⁷⁵ なお、強制わいせつ罪の保護法益が性的自由であることについては否定しないが、「自由」という言葉が多義的であるため真の保護法益が十分に言語化されていないと指摘し、性的自由に代わる適切な表現とは何かという問題を提起したものとして、辰井聡子『「自由に対する罪」の保護法益』岩瀬徹＝中森喜彦＝西田典之編『刑事法・医事法の新たな展開上巻 町野朔先生古稀記念』(信山社、2014年)411頁以下がある。

⁷⁶ 例えば前掲注(75)の問題意識から、井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣、2016年)103頁以下、井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修806号(2015年)3頁以下は「わいせつな行為」を被害者の意思に反して身体的内密領域(他人にアクセスされ、またはアクセスすることを欲しない身体的領域)を侵害し、そのことにより被害者の性的羞恥心を害し、かつ一般通常人でも性的羞恥心を害されるであろう行為と定義し、被害者の意思に反して身体的内密領域を侵す認識を強制わいせつ罪の故意と定義する。

本判決が「わいせつな行為」該当性を判断するにあたり、性的意図が考慮される余地を残した点については、昭和45年判決の批判として先に挙げたcの問題——行為者の性的意図の存在を認めて「わいせつな行為」該当性を認めることで、客観面におけるわいせつ性の認定が弛緩し、本罪の成立範囲が不当に拡大するおそれがあるという問題——がなお妥当する。本判決は、「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」であるとして、「わいせつな行為」該当性について緻密に判断枠組みを構築したにもかかわらず、②行為について性的意図の存在に基づいて「性的な意味がある」と評価することを認めており、性的関連性が弱いほど性的意図に基づくある種の「裏口認定」を認めている矛盾した判決となっているように思われる。このように性的関連性の判断について性的意図が考慮されるようになると、性的関連性における客観面の認定の重要性が弛緩し、本罪の成立範囲が不当に拡大し、社会の一般的な受け止め方も乖離してしまう危険性が考えられる⁷⁷⁻⁷⁸⁻⁷⁹。加えて、本判決では①行為について性的意図を含む行為者の主観的事情は不要であると判示したものの、①行為の範囲は非常に狭く、②行為の範囲が非常に広いこともこのような危険性を拡大させる要因となっている。以上のように、行為者の主観的事情を考慮要素とすることの弊害を考えると、「わいせつな行為」該当性については客観的事情を積み重ねていくことが裁判所に必要とされる態度であり⁸⁰、「わいせつな行為」該当性の考慮要素として性的意図は不要であると解するべきである。

⁷⁷ これを指摘するものとして、松宮・前掲注(1)79頁。

⁷⁸ 本判決は、客観的事情からは判断が困難な場合にのみ性的意図が考慮要素となると判示していると推察されるが、そのような限界事例においては性的意図の有無が「わいせつな行為」該当性の成否の軸となる余地を排除していないように思われる。

⁷⁹ 例えば、前掲注(40)でも指摘した「被害者の肩に手をかける行為」は、②行為であり、本判決の判示に従っても行為者に性的意図が認められることをもって「わいせつな行為」と判断される可能性が排除されていないが、かかる理由で「わいせつな行為」と判断されることが果たして社会の一般的な受け止め方と合致しているのかについては疑問である。

⁸⁰ 性的意図の要否について不要説に立つ丹羽・前掲注(12)33頁はこの点を指摘する。

このような私見に対しては、客観的事情のみでは性的な意味の有無を判断することができない限界事例（例えば、②行為における③）があるため、このような場合に性的意図を考慮要素に含めないと強制わいせつ罪の成否を決することができないのではないかとという批判が考えられる。

これに関しては、身体の部位⁸¹、行為時の言動⁸²、被告人と被害者の関係性⁸³、当該行為に至る合理性⁸⁴といった事情を積み重ねていけば、性的意図を考慮しなければならない限界事例というのは存在しないのではないかと考えている。

⁸¹ 例えば、胸・臀部・陰部を触る行為および撮影する行為は、他の部位と比較して性的な意味を強める事情として考慮されうる。

⁸² 例えば、卑猥な言葉をかけながら行われたのであれば、性的な意味を強める事情として考慮されうる。

⁸³ 例えば、家族や恋人間での接吻は性的な意味を弱める事情として、初対面の他人に対する接吻は性的な意味を強める事情として考慮されうる。

⁸⁴ 例えば、何の理由もなく肩車するよりも「木に引っかかった風船を拾う」などのようにそのような行為に至った経緯が合理的であれば性的な意味を弱める事情として考慮されうる。