



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	性犯罪の横断的研究（１）：若年者を被害者とする性犯罪の研究を中心に
Author(s)	小棚木，公貴
Citation	北大法学論集，75(3-4)，77-121
Issue Date	2024-11-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/93701
Type	departmental bulletin paper
File Information	03_Kotanagi_lawreview_75_3-4.pdf



性犯罪の横断的研究（1）

—— 若年者を被害者とする性犯罪の研究を中心に ——

小棚木 公 貴

目 次

第1章 はじめに

第2章 被害者の年齢にかかわらず問題となる刑法上の「わいせつな行為」について

第1節 平成29年判決以前の「わいせつな行為」解釈の変遷

第1項 第二次世界大戦以前の判例・学説

第2項 第二次世界大戦以後から昭和45年判決以前の判例・学説

第3項 昭和45年判決の検討

第4項 昭和45年判決以降の判例・学説 (以上、本号)

第2節 平成29年判決と平成29年判決以降の理解

第3節 カナダにおける「性的」行為の理解

第4節 小括

第3章 被害者が18歳未満の場合に問題となる若年者保護規定の解釈について

第1節 児童淫行罪における「児童に淫行をさせる行為」解釈の変遷

第2節 青少年健全育成条例上の淫行罪における「淫行またはわいせつな行為」の解釈の変遷

第3節 カナダにおける若年者保護規定の状況

第4節 監護者性交等・わいせつ罪における「その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じて」の解釈

第4章 若年者保護規定における処罰範囲の重なり合いに関する私見

- 第1節 はじめに
- 第2節 絶対的保護年齢に該当する者の保護
- 第3節 かつての刑法上の性犯罪の理解
- 第4節 若年者保護規定における処罰範囲の重なり合いの変遷
- 第5節 現在における若年者保護規定における処罰範囲の重なり合い

第5章 おわりに

第1章 はじめに

(1) 若年者保護規定の特殊性

性犯罪処罰規定は被害者の年齢に応じて保護の度合いが変わるという点で、他の多くの犯罪と異なる性質を持つ¹。

現行刑法が制定されてからしばらくは、被害者が13歳以上の場合には、「暴行・脅迫」「心神喪失・抗拒不能」要件を充足する（当時の）姦淫・わいせつな行為を行った場合に旧（準）強姦・強制わいせつ罪が成立し、被害者が13歳未満（旧刑法176条後段・177条後段）の場合には、被害者を相手に姦淫・わいせつな行為をすることそれ自体で旧（準）強姦・強制わいせつ罪（旧刑法176条前段・177条前段・178条）が成立していた。

この背景には、他者と性的行為に至ることはそれ自体違法な行為ではないことから、国家の介入を必要とするような著しく不当な場合を除き、個人間の性的行為を積極的に制約するべきではないという理解が根底に存在していたものと考えられる²。このような理解に立つと、被害者が13

¹ なお、被害者の年齢に応じて保護の度合いが変わる刑法上の犯罪としては、性犯罪処罰規定を除くと、被害者が未成年者である場合について、略取誘拐それ自体を処罰対象とし目的要件を不要とする略取誘拐の罪（224条～226条）、法定刑を引き上げる人身売買罪（226条の2）、処罰対象となる行為を追加的に規定する準詐欺罪（248条、246条）が存在する。

² 例えば、新保勘解人『日本刑法要論』（敬文堂書店、1927年）222頁以下は、「…国家は正当なる婚姻以外の性的行為中特に不当の甚だしきもののみを持出して之を処罰し其他に付ては国民の自由なる道徳観に委することと為したり」と述

歳以上である場合については、被害者の意思に反しているにもかかわらず姦淫・わいせつな行為を行った場合に限定して刑法上の性犯罪を成立させるべきであるが、被害者が13歳未満である場合については、性的行為を行うか否かを決定する能力（同意能力）がそもそも欠如しているため、性交等・わいせつな行為の相手方となることについて包括的に刑法上の性犯罪を成立させるべきであるという判断へと至ることになる。

その後、時代の変化とともに18歳未満の者についてはこれを特別に保護する必要があるという考え方が広まっていき³、現在では18歳未満を被害者とする性犯罪処罰規定として、刑法上に監護者性交等罪・わいせつ罪（刑法179条）、児童福祉法上に同法34条1項6号の罪（以下、「児童淫行罪」とする）、児童買春処罰法上に児童買春罪（同法4条）、各地域の青少年健全育成条例などで規定されている「青少年を相手に淫行またはわいせつな行為をする」罪（以下、「条例上の淫行罪」とする）が存在している。

18歳未満の者を被害者とする性犯罪処罰規定が増加しても、13歳未満の者については既にあらゆる性交等・わいせつな行為をすることが禁止されているため、実質的には処罰範囲に大きな変化は存在しない。このようにあらゆる性交等・わいせつな行為から保護される基準を形成する年齢については、一般的に絶対的保護年齢と表現されている。

そして2023年刑法改正により、絶対的保護年齢は16歳未満へと引き上げられ、16歳未満の者に対しては原則としてあらゆる性交等・わいせつな行為が禁止されている。

他方、16歳以上18歳未満の者については18歳未満を被害者とする性犯罪処罰規定が複数存在することにより、被害者が18歳以上の者である場合よりも処罰範囲が拡大しており、かつ各性犯罪処罰規定の法定刑がそれぞれ異なるため、事案の悪質性に応じてきめ細かく保護されることになる。このように絶対的保護年齢ではないものの、大人よりも手厚く保護される基準を形成する年齢については、一般的に相対的保護年齢と表

べる。

³ その嚆矢となったのが1947年に公布された児童福祉法である。この点については、次章以降で紹介する児童淫行罪の沿革において扱う。

現されている。本稿では相対的保護年齢に該当する者を若年者と表現し、18歳未満を被害者とする性犯罪処罰規定については、特に被害者が若年者の場合に犯罪の成否が問題となることを捉えて若年者保護規定と表現する。

（2）若年者保護規定の利点と弊害

若年者保護規定の増加は、望まない性的行為あるいは将来の健全育成に重大な悪影響を及ぼす可能性の高い性的行為から未成年者をきめ細かく保護するという観点からは支持されるべき傾向であるといえる。他方で各性犯罪処罰規定が刑法・特別法・条例にまたがって規定されており、それぞれの処罰規定の関係性について十分な議論がなされないまま、それぞれが構成要件の解釈について独自の深化・発展を遂げてきたことから、現在、被害者が若年者である場合における各犯罪の成立範囲がどのような関係性にあるのかが不明瞭であるという弊害を招いている。

とある事件と、また別のとある事件が被告人と被害者の関係性、性的行為に至るまでの経緯、性的行為に付随する手段、被害者の心理状態という観点から共通点を有しており、ほぼ同種の事案であると理解できる場合には、同一の犯罪が成立すると理解するのが通常であるように思われる。しかし、若年者保護規定が有する弊害により、裁判実務においては、若年者を被害者とする性犯罪においては同種の事案であっても、どの犯罪が成立するかに関する判断あるいは犯罪の成否の判断についてばらつきが生じているおそれがある。

裁判所は検察官が公訴提起した犯罪の成否を判断し、公訴提起しなかった犯罪の成否については原則として一切検討せず、また、検察官は立証の便宜上、立証しやすい犯罪を選択して公訴提起を行う場合も考えられることから、この判断のばらつきという問題はある一つの判決文から明示的に表れるわけではない。しかし、複数の裁判例を比較分析するところのおそれは顕在化する。

例えば、被告人が、自宅内で交際相手の連れ子である17歳の被害者の両手首を左手でつかんで引っ張り、そのまま押し倒して性交したという事案で、被害者は、被告人への恐怖心などから、性交を拒絶するような態度をとっておらず、他方で、以前から被害者が日常的に被告人から虐

待や性的虐待を受けていた事情が認められる事例について、裁判実務においては、被告人と若年者に監護・被監護関係にあり、被告人が18歳未満の被害者の「監護者」であることに着目して監護者性交等罪を成立させる⁴ことが通常であると考えられる。

他方で、性交に至るまでに若年者の両手首を左手でつかんで引っ張り、そのまま押し倒したことに着目し、これを「暴行」と判断した上で旧強制性交等罪を成立させた裁判例⁵、幼少期から継続的に被告人から虐待・性的虐待を受けていたことに着目し、これを根拠として、性交時点で若年者が「抗拒不能」の心理状態に陥っていたと判断した上で旧準強制性交等罪を成立させた裁判例⁶が存在する。また、刑法上の性犯罪が成立しないとしても、若年者の母親の交際相手としての立場を利用し、若年者が被告人を相手として性交することを助長促進したことを「淫行させる行為」と判断した上で児童淫行罪を成立させた裁判例⁷、やや古い裁判例であるが、青少年を相手に淫行していることに着目して条例上の淫行罪を成立させた裁判例⁸もそれぞれ存在する。このように、同種の事案であってもどのような事実関係や成立要件に着目するかで、どの犯罪が成立するかに関する判断にばらつきが生じているおそれがある。

裁判実務において、どの犯罪が成立するかに関する判断にばらつきが生じていることは、一定の重い/軽い犯罪で処罰されるべき事案が軽い/重い犯罪で処罰されてしまうという帰結や、処罰されるべき事案が全く処罰されない（もしくは検察官による公訴提起がなされない）、または処罰されるべきではない事案が処罰されるという帰結を生じさせるおそれがあり、衡平性を欠くことになりかねない。

このように、ある特定の犯罪現象について複数の処罰規定があること

⁴ 例えば、松山地判令和3年9月21日 LLI/DB L07651082。

⁵ 例えば、大阪高判令和2年11月4日高刑速令和2年448頁。

⁶ 例えば、津地判令和3年11月24日 LEX/DB25591423。

⁷ 例えば、大阪地判令和2年3月26日 D1-Law.com28282586。

⁸ さいたま地判平成14年1月15日 LLI/DB L05750279（埼玉）。これは、未成年者（15歳）の母親である妻の目を盗んでは日常的に未成年者に対して性的行為を行うという関係が続けてきた被告人が、母親に内緒で借りたアパートの1室で性交に及んだという事案であった。

には、手厚く保護されるという側面もあるが、他方で、どの犯罪を優先的に適用すべきかが不明確になってしまうという弊害も生じるおそれがあることからすると、各犯罪の位置づけ・関係性について理論面から分析する必要があることはもとより、裁判実務に対して、いわば「交通整理」として起訴・適用に関する指針を示す必要性があると考えられる。

また、2023年刑法改正では、旧（準）強制性交等・わいせつ罪が不同意性交等・わいせつ罪へと再構成されたことで、犯罪の成否の判断にばらつきが生じないように規定へと改正された⁹が、他方で、児童淫行罪・条例上の淫行罪は2023年刑法改正の対象外となったことから、改正後の現在においても、どの犯罪が成立するかに関する判断にばらつきが生じているというおそれについては解決しておらず、刑法上の性犯罪と児童淫行罪・条例上の淫行罪の関係性について論じることにはなお意義があると考えられる。

（3）カナダ刑法における若年者保護規定を検討することの意義

カナダ刑法においては、全ての者を被害者として把握する一般的な性犯罪規定として、被害者の同意を得ずに行われた性的接触等を処罰する性的暴行罪が存在する。それに加えて、16歳未満の者が被害者となる場合については、あらゆる性的接触等を処罰する性的干渉罪・性的接触勧誘罪が存在する。また、16歳以上18歳未満の者の若年者が被害者となる場合については、一定の列挙された立場（優越的立場）にある者が性的接触等を行うことを処罰する性的搾取罪が存在する。

このような性犯罪処罰規定に関するカナダの状況は、現在のわが国の性犯罪規定の「交通整理」に示唆を与えるものと考えられる。

第1に、わが国は2023年刑法改正において、旧（準）強制性交等・わいせつ罪から「不同意」を成立要件とする不同意性交等・わいせつ罪へと改正された。この改正によって、被害者が若年者である場合には「不同意」ではなかったとしても、なお若年者保護規定により処罰される可

⁹ 例えば、法務省ホームページ「性犯罪関係の法改正等 Q&A」(https://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00200.html 最終閲覧日2023年12月1日) Answer 4を参照。

能性が生じることになるが、一般的な性犯罪が「不同意」を基準とした上で、さらに若年者保護規定が存在するという処罰規定の構造はカナダ刑法の性犯罪処罰規定の構造に類似しているといえる。

第2に、わが国には、犯罪の成否を判断する際に、一定の地位・関係性に着目する若年者保護規定として、監護者性交等・わいせつ罪、児童淫行罪が存在する。現在、児童淫行罪は二者関係型についても適用されているところ、裁判実務においては、被告人が親や親代わりの者、教師・スポーツ等の指導者といった一定の地位にあることによる影響力を及ぼした上でその子・生徒・教え子を相手として淫行に及んだ場合に児童淫行罪を成立させるケースが多く、犯罪成立にあたって被害児童と一定の地位・関係性にあることが重要な要素となっていると考えられる。また、監護者性交等・わいせつ罪も監護・被監護関係にある場合を処罰対象としていることが注目される。

カナダにおける性的搾取罪に目を向けると、こちらも行為者が被害者に対して優越的立場にあることに着目して犯罪を成立させている点が注目される。また、カナダでは判決文の中で、裁判所が具体的事案について優越的立場の有無を判断する際に、ある判断要素の中でどのような具体的事実関係が考慮されたのか、その判断要素が優越的立場を判断する上でどのような役割を果たしたのかといった優越的立場を判断する過程が比較的詳細に判示されており、わが国における地位・関係性に着目する若年者保護規定の成否を検討する上で示唆を与える。また、近時の性的搾取罪が争われた下級審裁判例においてはさらに判断要素を追加することで、より若年者の保護を手厚くする傾向にある点も注目される。

次章以降で後述するように、カナダの性的暴行罪は暴行罪の加重類型、すなわち「身体に対する罪」として理解されており、わが国の不同意性交等・わいせつ罪が性的自己決定権を侵害する罪として理解されていることと比較すると、性犯罪に対する一般的な理解については相容れない部分も存在するものの、他方で未成年者保護規定の考え方については類似しており、わが国が将来的に進むかもしれない未成年者保護規定の考え方の一つの方向性をカナダ刑法が示している点で、カナダ刑法を検討・分析することに意義があると考えられる。

（4）本稿の目標

本稿では、若年者を被害者とする性加害が行われたとき、いかなる場合に、いかなる犯罪が成立するかを検討する。それを検討するにあたっては、まずは、各若年者保護規定について、いかなる場合に犯罪が成立するかについて検討した後、それぞれの犯罪がどのように重なり合うかについて分析する必要がある。そして、重なり合う領域ではいかなる犯罪が適用される可能性があり、そのうちどの犯罪を優先的に成立させるべきかを視覚的に分かりやすいモデル図で提示することを目標とする。

第2章 被害者の年齢にかかわらず問題となる刑法上の「わいせつな行為」について

第1節 平成29年判決以前の「わいせつな行為」解釈の変遷

2023年刑法改正までの性犯罪において処罰対象となる行為は、旧強制性交等罪（177条）における「性交、肛門性交又は口腔性交」と強制わいせつ罪（176条）における「わいせつ¹な行為」である。もっとも、前者はその意義が明確になっている。すなわち、「性交」とは膣内に陰茎を挿入し、または挿入させる行為、「肛門性交」とは肛門内に陰茎を挿入し、または挿入させる行為、「口腔性交」とは口腔内に陰茎を挿入し、または挿入させる行為である²。一方で、「わいせつな行為」はその文言だけで直ちに意義を把握することはできず、「わいせつ」ではなければ暴行罪・脅迫罪・強要罪が成立する余地がある。したがって、「わいせつな行為」の要素が明らかになれば、暴行罪等と旧強制わいせつ罪の区別を明確にすることができ、性犯罪の行為の外延を画することが可能となると考えられる。

この検討は、旧（準）強制わいせつ罪・監護者わいせつの問題にとどまらず、児童淫行罪・条例上の淫行罪における「淫行」や「わいせつな行為」を分析する際に、「わいせつ」の行為の概念を確定する試みとしても位置づけられる。

以下では、どのように旧強制わいせつ罪と暴行罪等とが区別されるのかという観点から、戦前（第1節第1項）、戦後から最一小判昭和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）以前まで（第2項）、昭和45年判決（第3項）、昭和45年判決から最大判平成29年11月

¹ 特段の事情がない限り、「わいせつ」は平仮名で表記する。

² 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。なお、2023年刑法改正では、膣または肛門に陰茎を除く身体の一部または物を挿入する行為であってわいせつなものも「性交等」に含まれることになったため、現在では「性交等」か否かを判断するにあたって「わいせつな行為」の意義が問題となる。

29日（以下、「平成29年判決」とする）以前まで（第4項）、平成29年判決（第2節）に分けて、判例及び学説を検討していく。

第1項 第二次世界大戦以前の判例・学説

1. 大審院判例

大審院における旧強制わいせつ事件では「わいせつな行為」の意義が示されることなく、端的に当該行為が「わいせつな行為」であることが肯定されている。

そのうち、膣内に指を挿入する行為（大判大正7年8月20日刑録24輯1203頁・大判大正14年12月1日刑集4巻743頁）、陰部に左手を当てる行為（大判大正13年10月22日刑集3巻749頁）については、通常、一般人からみて疑う余地もないほど「わいせつ」であるため、「わいせつな行為」が争点とならないことにも理由があるが、公道を通行していたAの両肩を押さえる行為、Bが着用するマントを押さえる行為、Cに抱きつく行為、Dを前方から抱きしめる行為³（大判昭和8年9月11日法律新聞3615号11頁）については、「わいせつ」といえるかは疑問であることが指摘されている⁴。

2. 学説⁵

1882年に制定された旧刑法は、公然わいせつ罪やわいせつ物陳列等罪を賭博罪や富くじ販売等罪、礼拝所妨害罪と共に「風俗に対する罪」と位置づける。一方で性犯罪については「猥褻姦淫重婚の罪」として、「身

³ 同事件では、複数女性が被害者となっており、被害者の1人に対して被告人が股間の中に手を挿入している。

⁴ 植松正「猥褻の概念」『総合判例研究叢書 刑法(9)』（有斐閣、1963年）3頁以下。

⁵ 旧刑法期の刑法学説について詳述するものとして、嶋谷貴之「旧刑法期における性犯罪規定の立法・判例・解釈論」樋口亮介＝深町晋也『性犯罪規定の比較法研究』（成文堂、2020年）768頁以下。旧刑法期から昭和45年判決以前までの刑法学説について詳述するものとして、成瀬幸典「『性的自由に対する罪』に関する基礎的考察」斎藤豊治＝青井秀夫編「セクシュアリティと法」（東北大学出版会、2006年）251頁以下、同「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。

体財産に対する重罪軽罪」のうちの「身体に対する罪」に位置づけていることから、旧刑法は性犯罪を個人的法益に対する罪と解していたと考えられる。しかし、この当時の学説⁶には、交接を目的とする旧強姦罪と陰陽に関係する背徳的な行為そのものを目的とする⁷旧強制わいせつ罪を別異に扱った上で、さらに、旧強制わいせつ罪におけるわいせつな行為を「淫事（吾人異性間の結合、鶏姦、獸姦、手淫等）に関し見るに堪えざる醜行を総称する」⁸行為であると定義することで、旧強制わいせつ罪における「わいせつな行為」を公然わいせつ罪における「わいせつな行為」と接近させて理解する見解があった。このことから、この時期の学説は、旧強制わいせつ罪を身体に対する罪とする刑法上の建前とは異なり、社会的法益に対する罪とする見解も存在していたものと考えられる。

その後1908年に施行された現行刑法は、性に関する犯罪を全て「わいせつ、強制性交等及び重婚の罪」の中に位置付けており、その条文の位置から社会的法益に対する罪と解したのと考えられるが、このような解釈は旧刑法における一部の学説の解釈が関係した可能性が考えられる。

そして、現行刑法が制定された直後の学説⁹の中には「本章の罪は色情に関する社会の風儀を害する罪なりといえども強制わいせつ罪・強姦罪…は、また性交上の自由…を侵害し一面個人の法益を害するもの」とした上で、旧強制わいせつ罪におけるわいせつの行為を「行為者自ずから淫慾を刺激し又は満足せしむる意思を要せず、第三者をして淫慾を挑発し又は満足せしむる意思をもって婦女を捕らえその裳裾を捲り上ぐるが如きもまた本罪を構成す」と述べ、現行法の条文の位置に忠実に、旧強制わいせつ罪の保護法益に社会的法益としての性格を認める見解も存在した。

⁶ 江木衷『現行刑法各論・全』（博聞社＝有斐閣、1888年）227頁以下、勝本勘三郎『刑法析義 各論之部 下巻』（有斐閣書房、1900年）211頁以下。

⁷ 江木・前掲注（6）165頁は、旧強制わいせつ罪の成立につき、行為者の性的意図は不要であると述べているが、これは、旧強制わいせつ罪は行為そのものが目的であると解していたからであると考えられる。

⁸ 文献を引用する際には、適宜カタカナを平仮名に直し、最小限の仮名遣いを修正し、濁点・句点を付加している。

⁹ 神谷健夫＝神原甚造『刑法詳論』（清水書店、1913年）805頁以下。

一方で、元來人は自己の意思によって活動する自由を有しており、男女の交際すなわち性交に関しても同様であるところ、この自由が侵害される場合に性交の自由を侵害する犯罪が成立するのであって、男女の性交それ自体は風俗を害する行為ではなく、猥褻の行為ということができない旨を述べて、旧強姦罪および旧強制わいせつ罪についてはあくまでも性的自由を害する罪であるとする理解を徹底した学説もある¹⁰。かかる学説は「わいせつな行為」の意義について「客観的にこれを言えば淫事に関し風紀を紊る行為、すなわち羞恥の感覚を惹起する行為をいい、主観的にこれを言えば行為者が淫慾を起し、もしくはこれを満足せしむるために行う行為をいう。」と述べ、第三者の性欲を満足させる意図をもって旧強制わいせつ罪を成立させるべきとする学説を批判している。

このように、現行刑法はその条文の位置から性犯罪の社会的法益としての側面を強めたにもかかわらず、学説上はその保護法益を個人的法益とする見解も有力であった。

第2項 第二次世界大戦以後から昭和45年判決以前の判例・学説

1. 裁判例

本項では「わいせつな行為」が問題となった事例を年代順に検討することで、「わいせつな行為」の理解がどのように形成されたのかについて検討を試みる¹¹。

(1) 【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

¹⁰ 大場茂馬『刑法各論 上巻』（巖松堂、1911年）341頁以下。ただし、その罪質として社会の風俗に対する罪であることを排斥してはならず、その保護法益として社会的法益も認められることも首肯している。

¹¹ 「わいせつな行為」が問題となった事例を年代順に検討したため、特に後掲大阪高判昭和29年11月30日の分析が小棚木公貴「判批」北法69巻3号（2018年）175頁以下とは異なっている。

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、同女の意味に反して、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々であると同時に、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な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ところ、「わいせつな行為」の意義を示すことなく、当然に「わいせつな行為」であることを認めている。

(2) 〔事例②〕 大阪高判昭和29年11月30日高刑裁判特報 1 卷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。

【判旨】

「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（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の上に乗るかかった行為は…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。〕

【検討】

本裁判例は、——管見の限りではあるが——旧強制わいせつ罪における「わいせつな行為」の意義をはじめて明らかにした裁判例である。この裁判例は直近のわいせつ物頒布等罪（175条）における最高裁判決と密接な関連性が認められる。戦後まもなく、最高裁（最判昭和26年5月10日刑集5巻6号1026頁）は「好色話の泉」、「其の夜我慾情す」、「変態女の秘戯」、「処女の門、十七の扉ひらかる」という記事を掲載した新聞を販売する行為がわいせつ物頒布等罪（175条）に当たるか否かを判断するにあたり、「その記事はいずれも徒らに性慾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觀念に反するものと認められるから、…刑法175条所定の猥褻文書」に該当するとして、わいせつ物頒布等罪の成立を認めており、その後、最高裁（最判昭和27年4月1日刑集6巻4号573頁）は、この判例を引用し、「刑法175条にいわゆる「猥褻」とは徒らに性慾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觀念に反することをいう」と判示しているのである。

以上の最高裁判決は、わいせつ物頒布等罪における「わいせつ」について判示した判決であるところ、本裁判例は、175条における「わいせつ」の概念を、公然わいせつ罪（174条）の「わいせつ」にも旧強制わいせ

つ罪（176条）における「わいせつ」にも適用させることで「わいせつ」を統一的に解している点に特徴がある。これを受けて、本裁判例は「わいせつ」を「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」と定義した上で、2人の男性が女性の上に折り重なるように乗りかかった行為は客観的状况からみて「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もの」とはいえないとして旧強制わいせつ罪の成立を否定したものと考えられる。

もっとも、わいせつ物頒布等罪における「わいせつ」の意義について判示した判例をそのまま旧強制わいせつ罪の「わいせつ」にも適用した点には弊害も認められる。わいせつ物頒布等罪における「わいせつ」の意義中の「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ」る主体は書物等であり、客体はその書物等を読む読者等である。しかし、この「わいせつ」の意義をそのまま旧強制わいせつ罪の「わいせつ」に適用すると、「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ」の主体は行為者が行った行為であるところ、その客体が誰にあたるのか必ずしも明らかではない。このように本裁判例は、「わいせつ」の意義を統一的に判断するという解釈を示した点でその意義を認めることができるが、わいせつ物頒布等罪が一般に流通させることを目的とした書物等をして不特定多数の人に「わいせつ」な情報を与えさせる罪であるのに対して、旧強制わいせつ罪が特定の人が特定の人に「わいせつな行為」をする罪であるという差異を考慮せず、安易にそのまま適用したことによって、かえってその意義が不明瞭になっているといえる。

(3) 〔事例③〕 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歳の女兒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。当該行為につき旧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、当該行為は旧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德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】

本裁判例は、接吻が「わいせつな行為」に当たるか否かを判断するにあたり、「わいせつな行為」の意義を明らかなにはしていないものの、接吻にもわいせつな行為に当たる場合とわいせつな行為に当たらない場合を明示し、接吻が「わいせつな行為」と判断される際の判断基盤を示した上で、「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」ような客観的状況が認められれば行為者の性的意図が推認され、その推認によって行為がわいせつ性を具備していることが認められると判示している。したがって、本事例は被告人の行為が「わいせつな行為」に該当するか否かを判断する要素として被告人の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。

(4) 【事例④】 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

【事案の概要】

被告人は飲食店甲において飲酒中、A女に接吻しようと考え、背後か

ら抱きつき接吻しようとして拒否されるや、A女の膝に馬乗りとなって抱きつき、片手でその陰部をスカートの上から強く押し撫でた。

【判旨】

「刑法第176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ものと解すべきところ、…単なる飲食店の経営者と客という間柄にすぎない…Aに対し、白昼他に客の居ないのを奇貨としていきなり背後から抱きつき同女に接吻しようとしたもので、…同女がこれを承諾すべきことを予期しうる事情は少しもないのに、専ら自己の性的満足を得る目的で相手方の感情を無視し、暴力を用いて強いて接吻を求めたものであるから、かような状況の下になされる接吻は、親子、兄妹、或は相思相愛の者同志が愛情の発露や友情としてなされる場合と異なり、一般人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念の許容しないところというべきであり、さらに、原判示の如く、被告人が同女の膝に馬乗りとなつて抱きつき、その陰部をスカートの上から強く押し撫でた行為も、…単なる酔客の悪ふざけと見られる程度のものと同視することはできないから、結局被告人の右一連の行為は刑法第176条にいわゆる『猥せつの行為』に該することは叙上の説明により明白といわなければならない。」（なお、XはAに接吻を拒否された際にAを殴打し、これによってAは傷害を負ったため、結果としてわいせつ致傷罪（181条）を成立させている。）

【検討】

本裁判例はわいせつ物頒布等罪の最高裁判例（前記最判昭和26年5月10日）を引用していないものの、〔事例②〕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」行為を「わいせつな行為」と解しており、その内容は同じである。もっとも、「専ら自己の性的満足を得る目的で…かような状況の下になされる接吻は、…一般人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念の許容しないところというべき」という判旨中の文言をみると、「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ」る客体を行為者とした上で、言い換えると行為者が自らを「徒に性欲を興奮又は刺戟」させた上で、その行為が「普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義

觀念に反する」ことを要求しているように思われる。このように「わいせつ」の意義を旧強制わいせつ罪の罪質に適合するように修正し、「専ら自己の性的満足を得る目的」の必要性を「わいせつな行為」の意義に引き付けて示した点には本裁判例の意義が認められると考えられる。

(5)〔事例⑤〕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。旧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、被告人の接吻は旧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、善良な性的道義觀念に反する」ことをいうのであるが（昭和26年5月10日最高裁判決）、元來接吻は、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觀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、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・・・性愛接吻の形態に属するものとみるのが至当であり、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觀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、「わいせつな行為」の意義につき〔事例②〕〔事例④〕と同じ意義を提示している。また、行為の客観的状況を考慮して接吻が「わいせつな行為」に該当するか否かを判断している点は、〔事例③〕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、接吻の動機について述べた被告人供述という、客観的状況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③〕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においては、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。このように、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。

なお、「わいせつな行為」か否かを判断する上で直接的に行為者の性的意図が考慮されている別の事例としては、東京高判昭和29年5月29日高刑判決特報40号138頁が挙げられる。本事案は、写真撮影業を営む被告人が被害者の意思に反して、被害者を裸体にさせてその写真を撮影し、または、被害者の陰部を左右に開かせた上でその写真を撮影し、あるい

は、被害者の陰部を手指で弄んだという事例であるところ、裁判所は「わいせつな行為」の意義および「わいせつな行為」の判断基盤を示してはいないものの、「性慾の刺戟興奮のため」各行為に及んだことを認定した上で、被告人の行為が「わいせつな行為」にあたると述べており、行為者の性的意図が「わいせつな行為」を判断する上での考慮要素の1つとなっていると考えられる。

（6）小括

以上まとめると、〔事例①〕では「わいせつの意義」も「わいせつな行為」の判断基盤も示されなかったものの、〔事例②〕では「わいせつな行為」の意義が示され、〔事例③〕では「わいせつな行為」の意義は示されなかったものの「わいせつな行為」の判断基盤が示され、その判断基盤の中に行為者の性的意図が位置付けられるようになった。そして〔事例④〕では行為者の性的意図が「わいせつな行為」の意義に引き付ける形で位置付けられ、〔事例⑤〕では「わいせつな行為」の意義を示しつつ、「わいせつな行為」の判断基盤の中に性的意図を含めている。

以上の5つの事例は処罰対象となった行為が一様ではなく、また、その判断方法にばらつきが存在することから、その当時の裁判実務の判断手法を断定的に述べることは困難である。しかし、当時の裁判実務においては「わいせつな行為」の有無を判断する上で行為者の性的意図が考慮要素の1つとして理解されていた、と考察することは可能である。

2. 学説

前掲最判昭和26年5月10日が、わいせつ物頒布等罪における「わいせつ」を「徒らに性慾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もの」と定義したことに対応し、学説上も「わいせつな行為」について、この定義を基礎とした意義が主張されるようになった。すなわち、「わいせつな行為」の意義は、「性慾を興奮又は満足せしめる意図をもってなされた行為であって、人に性的な羞恥嫌悪の情を生ぜしめるに足る行為」とであると定義されたのである¹²。

¹² 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

その上で、一部の学説では「わいせつな行為」といえるためには、「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り、「主観的・客観的の要件のいずれかを欠く場合には猥褻行為とはいえない」ため¹³、「他人の性器を取扱っても、単なる暴行の目的にすぎぬ時には、猥褻行為ではない」と論じている¹⁴。これは、性的意図を少なくとも考慮要素の1つとして位置付けている裁判例とは異なっている。また、この学説では性的意図の意義について、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、と理解している点が注目される¹⁵。これは、「徒らに性慾を興奮又は刺戟せしめ」の客体を行為者、相手方あるいは第三者としたものであると考えられるが、「徒らに性慾を興奮又は刺戟せしめ」の客体を行為者のみに限定した裁判例とは異なって解釈している。このように、性的意図の客体に相手方および第三者を含めた背景には、旧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の残滓があったと考えられる。

第3項 昭和45年判決の検討

旧強制わいせつ罪と暴行罪等を分ける分水嶺を「わいせつな行為」の意義ではなく、行為者の性的意図に求めたのが昭和45年判決であった。

1. 昭和45年判決¹⁶の概要

【事実の概要】

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、

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。

¹³ 瀧川＝竹内・前掲注(12) 91頁。

¹⁴ 宮内・前掲注(12) 211頁。

¹⁵ 瀧川＝竹内・前掲注(12) 91頁、宮内・前掲注(12) 211頁、熊倉・前掲注(12) 269頁。

¹⁶ 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

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了。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」として旧強制わいせつ罪の成立を認め、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」と判示して第一審判決の判断を支持した。

【判旨】

「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、または、

田社会科学研究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・捜研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。

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。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。」「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。

【検討】

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行為者の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年判決のみから理論的根拠を特定することは困難である。

2. 昭和45年判決に対する学説の評価

昭和45年判決に対して学説は、昭和45年判決に賛同し、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する見解（以下、「一律必要説」とする）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見解（以下、「一部必要説」とす

る¹⁷⁾、および性的意図は全く不要であると解する見解（以下、「不要説」とする）に分かれた。

（1）一律必要説

一律必要説は、旧強制わいせつ罪が傾向犯であることを挙げ、旧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を主張する。

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¹⁸⁾。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ことで、旧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、旧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¹⁹⁻²⁰⁾。

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。」²¹⁾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年判決は旧強制わいせ

¹⁷⁾ 丹羽・前掲注(16) 33頁は、早くから一部必要説を「行為者の性的意図を考慮する立場」と表現し一律必要説と別異に扱っている点で注目される。

¹⁸⁾ 団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（創文社、1990年）132頁以下。

¹⁹⁾ 木村亀二編『体系刑法事典』（青林書院新社、1969年）103頁〔福田平〕。

²⁰⁾ 昭和45年判決の評釈・解説のうち、旧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(16) 163頁以下がある。

²¹⁾ 時国・前掲注(16) 5頁。

つ罪を傾向犯（あるいは目的犯²²）と解したものであると評価する見解も存在する²³。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年判決は旧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、旧強制わいせつ罪を傾向犯と解したことが昭和45年判決の背景にあるかは明らかではない。

なお、第2節第2項で示した昭和45年判決以前の一部の学説も旧強制わいせつ罪の成立要件として性的意図が一律に必要であると解しているが、性的意図の意義については、行為者自らのためであるか、行為の客體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、としており、性的意図の意義が異なることから、本稿では一律必要説には含まれないものとして理解する。

(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、たとい診断・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

²² 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らないため、本稿では旧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含める。

²³ 成瀬・前掲注（5）23頁。

性は失われないことにな」と述べ²⁴、性的意図がなくとも旧強制わいせつ罪が成立する余地があると主張している²⁵。さらに植松正は、行為の外形からみ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を徹底させている²⁶。

（3）不要説

不要説は、旧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、旧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・原判決も旧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、旧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²⁷。例えば、原判決の判断が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

²⁴ 西原・前掲注（16）37頁。

²⁵ 他に、一部必要説を支持する見解としては小田・前掲注（16）29頁、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巻11号（2016年）60頁以下。

²⁶ 植松・前掲注（16）44頁。

²⁷ 西原・前掲注（16）36頁。

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²⁸、旧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²⁹。

3. 昭和45年判決の分析

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分析を試みる。まず、前項で説明したように昭和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年判決は旧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、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、最高裁が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、性的意図の有無で「わいせつな行為」該当性の有無を振り分けると、旧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、懲戒行為などを旧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³⁰。

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

²⁸ 平野・前掲注(16) 3頁以下。

²⁹ 他に、不要説を支持する見解としては丹羽・前掲注(16) 33頁、橋爪・前掲注(16) 31頁、佐伯・前掲注(16) 66頁がある。

³⁰ 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年) 82頁、深町晋也「性犯罪から学ぶ刑法」法セ759号(2018年) 33頁。

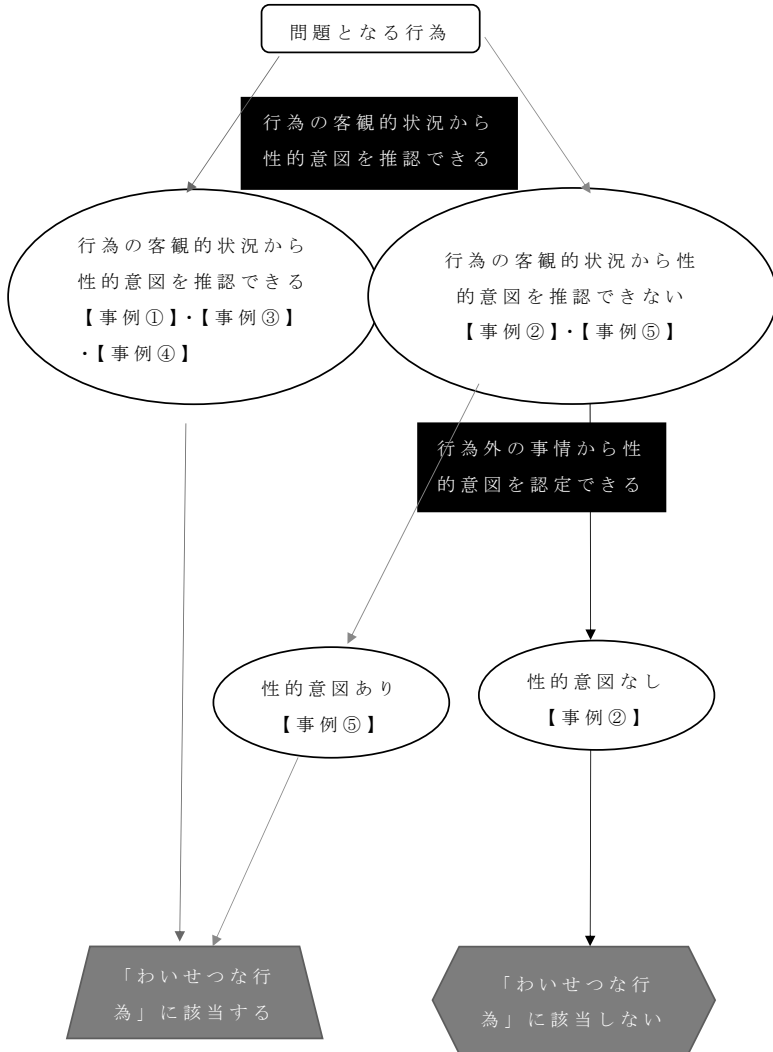
接触行為は勿論、被害者を裸にして眺め、ないしは、写真を撮る行為も、特段の事情のない限り、犯人の性欲を刺戟興奮させ、または満足させるという性的意図が、外形行為自身から推認されるのであり、この推認がなされうる場合には、旧強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が、性的意図のもとに行われることを要するか否かという…対立は顕在化しないと考えられる。³¹と述べている。これを検討すると、〔事例①〕、〔事例③〕、〔事例④〕のように行為の客観面のみを考慮要素としても「わいせつな行為」該当性を評価することができると判断された事例については、一律必要説あるいは一部必要説に基づくと行為の客観面から行為者の性的意図を推認することで「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一方で、そうではない場合には、性的意図の要否の問題が顕在化することになる。

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、単にその立つて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。」と指摘しており、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、なお客観的事実のみから「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・原判決が客観的事実のみから「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、客観的事実の

³¹ 時国・前掲注（16）6頁。

【フローチャート①】：昭和45年判決の分析



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³²。このように、同判決は顕在化していた性的意図の要否の問題を先鋭化させる特殊な事例であったと考えられる³³。

そして、昭和45年判決以前の裁判例の分析と、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〕、〔事例③〕、〔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②〕および〔事例⑤〕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⑤〕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②〕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、旧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】のようになる。

第4項 昭和45年判決以降の判例・学説

昭和45年判決以後も「わいせつな行為」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」行為であると定義された。しかし、昭和45年判決が性的意図を強制わいせつ罪の成立要件としたことで、その後の裁判例が性的

³² 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」に当たったのかが問題であると指摘したものとして、平野・前掲(16)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(16)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、旧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）。

³³ 馬渡・前掲注(30)81頁。

意図の有無（および「暴行・脅迫」の有無）で強制わいせつ罪の成否を決するようになった。

また、学説では性的意図不要説が通説となった³⁴ところ、強制わいせつ罪の保護法益たる性的自由を侵害するか否か（および「暴行・脅迫」の有無）で強制わいせつ罪の成否が決められるべきだという主張がなされるようになった。

このように通説も判例も「わいせつな行為」の意義から行為の外延を決定するのではなく、「わいせつな行為」の意義を飛び越えて、強制わいせつ罪の保護法益または行為者の性的意図で行為の外延を決定することが図られた一方で、「わいせつな行為」の意義が保護法益と乖離しているにもかかわらず、裁判所がこれに代わる新しい意義を示さず、学説上も「わいせつな行為」の意義を新たに示さないという状況が長く続いたため、「わいせつな行為」に強制わいせつ罪と暴行罪を分ける分水嶺としての役割が小さくなった。

以下では、「わいせつな行為」に代わり、暴行罪と強制わいせつ罪を分ける分水嶺となった性的意図にも着目して議論を進めていく。

1. 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³⁵⁻³⁶。もっとも、実

³⁴ 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）、団藤重光『刑法綱要各論（第3版）』（創文堂、1990年）491頁。

³⁵ 橋爪・後掲注（16）30頁以下、小田・後掲注（16）28頁以下、丹羽・後掲注（16）32頁以下、伊藤・後掲注（16）30頁以下。

³⁶ ただし、名古屋地判昭和48年9月28日判時736号110頁は被告人がA子（10歳）に接近し、嫌がる同女の手を掴んで付近のベンチまで連れて行き、同女を背後から抱きすくめ、両膝で同女の両脚をはさみつけて同女の背中・腰部・臀部を撫で廻し、同女が嫌がって暴れるやその顔面を平手で殴打したという事例であるところ、「強制わいせつ罪が成立するためには、該行為が主観的客観的にわ

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」該当性に引き付けて性的意図が位置付けられているか否かは不明である。しかし、以下の事例は強制わいせつ罪の成立につき行為者の性的意図が問題となった事例であることから、これらの事例について検討を試みる。

(1) 【事例⑥】 東京地判昭和56年 4 月30日判時1028号145頁

【事案の概要】

本件当日被告人は、自宅アパート前路上において、たまたま新聞配達中のC子（23歳）と出会ったため、同女とは単に被告人方にも新聞配達に来て顔見知り程度であったが、日頃可愛いと思っていたことから同女に対し接吻しようと決意し、同女が再び、被告人居住のアパート前に戻ってくるのを同所において待ちかまえ、同女が被告人の傍を通り抜けようとしたときに、いきなり同女の前方からその両肩等を掴んで抱き寄せ、同女が「何するの。やめて。」と叫びながら、被告人の手を振りほどいて逃れようとするのもかまわず両腕を同女の首に回して抱き寄せ顔を近付けて接吻しようとしたが、その目的を遂げなかった。被告人は被害者

いせつ性を具備することを要し、それには、その行為が〔1〕性欲の刺戟・興奮・満足を目的としてなされたというだけでは足りず該行為が〔2〕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のものであることを要すると解されるところ、これを本件について見れば、前認定の被告人の所為の態様並びに前掲各証拠によって認められる当時の状況からして、右〔1〕の要件の存在は優に認められるが、右〔2〕の要件の存在を認めるには十分でなく、右被告人の所為自体についてわいせつ性を具備したものということとはできない。…被告人において、…外形的、客観的にわいせつ性を備えた行為をなす意図であったことを認めることはできず、そうとすれば、前記被告人の行為をもって強制わいせつの実行の着手ありとすることもできない」として、行為者の性的意図を認めつつも「わいせつな行為」ではないことをもって例外的に旧強制わいせつ罪を否定している点で特徴的である。

の頬に接吻しようとしたに過ぎず、このような行為はくちびるを合わせる場合などと違って性的満足を得る行為とはいいいがたく、現代の社会風俗にあつては単に親愛の情の表現であつてわいせつ性はないといわなければならない、暴行罪にあたることは別として、旧強制わいせつ未遂罪は成立しないと主張している。

【判旨】

「強制わいせつの罪は、個人の人格的自由の一種としての性的自由の保護を目的とするものであり、従つて本罪におけるわいせつ行為の内容は、被害者の性的自由の侵害を主眼として理解されなければならないところ、接吻行為は、それが唇を対象とされなくともその行われたときの当事者の意思感情、行為のなされた状況や経緯等からして、相手方の意思に反しその性的自由を不当に侵害する態様でなされたときは、親子、兄弟あるいは相思相愛の男女同志が親愛の情の表現としてなされた場合などとは異つて一般人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道德觀念に反するわいせつ行為に該当することがあるといわなければならない。」
本件の事実を照らすと「そもそも被告人が同女に接吻しようとした際の意図が親愛の情の表現として接吻しようとしたとするには極めて不自然で、性的満足を得る目的をもって為したものであると認めざるをえない。つまり、当時の状況や被害者との関係からして同女が被告人の接吻に同意することを予期しうる事情は少しもなく、その態様に照らすとき被告人はむしろ若い女性との肉体的接触を求め、自己の性的満足を得る目的の下に同女の感情を無視し、強いて接吻を求めたものであるというべきである。そして、更にかような状況、態様でなされる接吻は、同女の性的自由を不当に侵害し一般の道德的風俗感情の許容しないものであつて被告人の所為は強制わいせつ罪にいうわいせつ性を十分具有しているといふべきである。従つて本件被告人の行為が強制わいせつ未遂罪に該することは明白である。」

【検討】

本裁判例は、「わいせつな行為」の意義を示し「わいせつな行為」に該当することをもって旧強制わいせつ罪が成立すると述べていることから、「わいせつな行為」の意義に当てはまるか否かが旧強制わいせつ罪の成否を左右しているように思われる。しかし、「性的自由を不当に侵

害する態様でなされたときは…わいせつ行為に該当する」と述べており、性的自由の侵害の有無で「わいせつな行為」の有無が決められている。その上で、本事例においては「自己の性的満足を得る目的の下に同女の感情を無視し」たような「情況、態様でなされる接吻は、同女の性的自由を不当に侵害し」としていると述べられていることから、性的意図の有無で性的自由の侵害の有無が決められている。以上のような構造となっていることからすると、結果的には性的意図の有無で旧強制わいせつ罪の成否が決められているといえる。

（2）【事例⑦】東京高判昭和59年6月13日判時1143号155頁

【事案の概要】

被告人は、被害者（13歳の少年）が被告人を尊敬しているのを利用し、被害者の肛門部周辺に局所麻酔剤を注射した上で、肛門内に真空管や多数の綿球を挿入し、これにより被害者に傷害を負わせた。

【判旨】

「被告人の所為の客観的内容及び態様等に照らせば、右行為は客観的にみて性欲を興奮、刺激させ、一般人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道德観念に反するということができ、右のような内容及び態様等の行為であつてみれば、それが専ら被害者の肛門部を対象とし、直接性器に及ばないものであつても、わいせつ性の点では性器に対する行為と同一視すべきであることは、社会通念上明らかというべきである。そして、被告人においてかかる行為に出た以上、当時被告人の内心に性欲を興奮または刺激させようとする意識があつたと推認できることも当然である。」また、被告人は「男の子の肛門を狙った行為は、他人からみればわいせつ目的によるものとみられても仕方がないし、広い意味では性欲の満足ということになるかと思う旨」供述しており、また、「『私は同性愛者ではないと思っていますが、サディストという性格がある事は確かだと思うのです。つまり、子供に痛みを与えて心を満足させる私の気持が変つた形で性の満足という事であろうと思うのです。』」という自白を考慮すると、「被告人の本件所為が準強制わいせつ致傷罪にあたることに疑問はないというべきである。」

【検討】

本裁判例は「わいせつな行為」の意義を示しながらも、その実質としては〔事例①〕・〔事例③〕・〔事例④〕のように、客観的な状況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」の該当性を認めている。しかし、本裁判例は性的意図を推認するだけではなく、補足的に被告人の供述という行為外の事情をも適示することでかかる推認の正当性を担保している。

(3) 【事例⑧】 横浜地判平成28年7月20日 LEX/DB25543577³⁷

【事案の概要】

被告人はベビーシッターとして預かった幼児Aらを全裸または下半身裸にさせ、その目や口等にガムテープを貼り付けるとともに、その両手首にひもを巻き付けて緊縛したほか、その陰のうを手指でつかみ、さらに、その陰茎及び陰のうにひもを巻き付けて緊縛した上、その陰茎の包皮をむき、その亀頭部を殊更露出させた姿態をデジタルカメラで撮影するなどした点について、旧強制わいせつ罪に問われた。以下は、被告人は被害児童に対して性的興奮を感じていない、小児の陰茎等を見ると過去に受けたいじめのトラウマがフラッシュバックするため、過去に自分が受けたのと同様のことを被害児童に行ったなどと主張していることから、被告人の性的意図の有無について争った部分である。

【判旨】

「被告人が撮影して保存していた多数の児童を被写体とする画像を見ると、その態様は、幼児の陰茎をひもで縛ったり、乳幼児の性器を強調した写真を撮影したりするなど、強い性的意味を有するものである。加えて、被告人がインターネットを通じて閲覧していたウェブサイトには、ページタイトルが…乳幼児への性的行為を内容とするものが多数あり、被告人は、これらのウェブサイトをしばしば繰り返し閲覧していたこと…も併せ考慮すれば、被告人は、乳幼児を性的欲求の対象としていると認められる。そうすると、被告人は、被害児童らを性的対象として前記

³⁷ 控訴審として平成30年1月30日 LEX/DB25549825、上告審として平成30年9月10日 LEX/DB25561692。

各犯行に及んだものと考えられ、そうした同様の行為を多数回繰り返して行っていることからして、被告人が性欲を刺激興奮又は満足させようという意図の下に前記各犯行を行ったと推認することができる。」これに加えて、捜査段階で被告人の精神鑑定を行った医師…は、被告人の行為は医学的なフラッシュバックに基づくものではなく、乳幼児を性的欲求の対象としていたことは明らかであると主張している。「以上によれば、被告人は、自ら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下に前記各犯行を行ったと認められる。」

【検討】

本裁判例は、日頃見ていたウェブサイトの閲覧記録という行為外の事情から性的意図を認定した裁判例である。これは客観的な態様が非常に特異であり、性的意味を認めることができても性的意図を推認することまでは至らなかったため、例外的に行行為外の事情から性的意図を認定した事例であると推察される。

(4) 【事例⑨】 東京地判昭和62年9月16日判時1294号143頁³⁸

【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ち

³⁸ 同判決の評釈として、大谷實「判批」法セ407号（1988年）108頁。

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とは明らかである。」

【検討】

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おり性的意図を解釈している³⁹。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、旧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旧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。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

³⁹ この点について指摘するものとして、橋爪・前掲注(16) 30頁、小田・前掲注(16) 29頁、佐伯・前掲注(16) 65頁。

き旧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。

(5) 【事例⑩】 東京高判平成26年2月13日高検速報平成26年45頁⁴⁰

【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旧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もたないものというべきである。」

⁴⁰ 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。

【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旧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旧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旧強制わいせつ罪の成立を認めたと考えられる。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。

(6) 小括

昭和45年判決以後の裁判例の大部分は、行為の客観的状況から性的意図を推認することによって性的意図を認定しており、昭和45年判決と整合的である。しかし、性的意図が推認できない事例や性的意図を有していないとする被告人の主張にも一定程度の理由がある事案もあり、そのような事案について昭和45年判決の解釈に従うと性的意図の不存在を根拠として旧強制わいせつ罪の成立が否定されることになる。一方、被害者の視点から見た場合、性被害を受けているにもかかわらず、性的意図の不存在をもって旧強制わいせつ罪の成立を否定することには結論として妥当ではないという価値判断から、そのような場合には、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推察される。

2. 学説

裁判例では行為者の性的意図の有無で旧強制わいせつ罪の成否を決し

ていた一方で、学説上は不要説に基づき旧強制わいせつ罪の保護法益たる性的自由が侵害されているか否かで旧強制わいせつ罪を決すべきであるという見解が通説となったが、性的自由とは何かという問いに対しては、性的自由とは人格的自由である⁴¹、すなわち人としての生存に必要な一身専属的な自由であると説明するにとどまり、性的自由の意義については具体的に明らかにされてこなかった。さらに、近時は性的自由から離れ「自由」という言葉を使わずに保護法益を示そうとする動きが見られている。このように学説においては性犯罪（旧（準）強制性交等・わいせつ罪）の保護法益論と結びつける形で、旧強制わいせつ罪の行為の外延が議論されることとなった。

性犯罪の保護法益に関する学説を大別すると、性的自由と解する見解、性的自由および性的羞恥心と解する見解、性的不可侵性と解する見解、性的人格権とする見解がある。

（1）性的自由（性的自己決定権）と解する見解

平川宗信⁴²は、人間の性的行動は人間の深奥に根差したその人格とも深く関連する極めて精神的な活動であり、不当に侵害されると被害者に大きな精神的打撃が与えられるため、刑法的保護が必要であるという立場から、性的行動の自由、すなわち「誰と、いつ、どこで、いかなる性的行為をするかをみずから決定する自由」としての性的自由が性犯罪の保護法益であると主張する。

この見解に対しては、性犯罪の保護法益を性的自由であると理解することそれ自体に問題はないとしても、それが任意の者と性的行為を行うことを実現する自由（積極的自由）であるかのような表現を用いている点には問題がある、との指摘がある⁴³。

⁴¹ 団藤・前掲注（34）489頁。

⁴² 平川宗信『刑法各論』（有斐閣、1995年）192頁以下。

⁴³ 江藤隆之「「自由に対する罪」を擁護する」桃山法学28号（2018年）13頁以下、井田良『性犯罪の保護法益をめぐる』研修806号（2015年）5頁。これに関連して、井田良＝大島隆明＝園原敏彦＝辛島明「裁判員裁判における量刑評議の在り方について」司法研究報告書63輯3号（2012年）9頁では、裁判員裁判における裁判員に対して性犯罪の保護法益を性的自由と説明しても的確な理解が

性的自由を積極的自由とする理解に対する批判としては様々なものがある⁴⁴が、筆者なりに敷衍すると、この理解は、性的行為の相手方が望まない者であれば、本来得られるべき自由が得られていないため、被害者は強く拒絶・抵抗するはずだという解釈、すなわち「暴行・脅迫」が強度の暴行・脅迫がある場合に限定されるべきだという解釈と結びつきやすく、性犯罪の処罰範囲が不当に限定される、という批判に集約されると考えられる。

このような批判を受けて、性犯罪の保護法益は性的自由であるという理解を堅持する見解からは、性的自由とは積極的自由ではなく、望まない者と性行為を行わない自由（消極的自由）であることが確認ないし指摘された上で、性的自由に代わる、より適切な表現に関する検討がなされている。

井田良⁴⁵は、性的行為とは、身体的内密領域（他人にアクセスされることを欲せず、他人のそれにアクセスすることも欲しない身体的領域）を五感で相互に経験し合う人的営みであって、そのような体験を性犯罪者と共有することを強えられることに性犯罪の被害の実体があるとした上で、性犯罪の保護法益は「身体的内密領域を侵害しようとする性的行為からの防御権」という意味での性的自己決定権⁴⁶であると主張する。

得られないため、「意思に反して性的行為を強制されない利益」「性的攻撃を受けない自由」という表現を用いるよう配慮すべきことが求められており、性的自由という表現には積極的自由を含むおそれがある、より適切な表現に言い換える必要があることが示唆されている。

⁴⁴ 例えば、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）418頁、木村光江「強姦罪の理解の変化——性的自由に対する罪とする事の問題性」曹時55巻9号（2003年）9頁は、性的自由を「誰と、いつ、どこで、いかなる性的行為をするかをみずから決定する自由」として理解した上で、性的自由を保護法益とする見解を批判するが、ここで批判の対象となっているのは、主として積極的自由としての性的自由であると考えられる。

⁴⁵ 井田・前掲注（43）3頁以下、同『講義刑法学・各論〔第3版〕』（有斐閣、2023年）116頁以下。

⁴⁶ また、佐伯仁志『刑法における自由の保護』曹時67巻9号（2015年）37頁は、性的自由を自己の身体を性的に利用されない自由と表現する。

（2）性的自由および性的羞恥心と解する見解

平野龍一⁴⁷は、性的自由は他の自由とは異なり、性的自由が侵害されることによって羞恥心という感情が湧くことに着目し、性犯罪の保護法益は性的自由および性的羞恥心⁴⁸であると主張する⁴⁹。保護法益として性的自由に加えて性的羞恥心をも要求する背景には、不意に被害者の陰部に触れるという事例において、被害者が何らの意思決定をしていないにもかかわらず、被害者の陰部に触れられない自由が侵害されたとするのは、自由の内容があまりにも無限定に過ぎるのではないかという問題意識があり、このような事例では性的自由に代えて被害者の性的羞恥心が侵害されたと理解するべきであると主張する。

この見解に対しては、被害者の性的羞恥心で性犯罪の成否が決せられてしまうと、その行為が被害者の意思に反していたが、被害者は性的羞恥心を覚えていなかった場合、または、被害者が恐怖・動転していたために性的羞恥心を覚えていなかった場合には、性犯罪は成立しない一方で、医師が診療行為の一環で陰部などを触った際に被害者が性的羞恥心を覚えた場合には旧強制わいせつ罪が成立する、ということになるため被害者の性的羞恥心によって犯罪の成否を分けるべきではないとする批判がある⁵⁰。

しかし、そもそも本見解は性的羞恥心で性犯罪の成否を決すべきと主張しているわけではなく、被害者が何らの意思決定をしておらず、性的自由の侵害が観念できない場合に、補充的に性的羞恥心の有無で性犯罪の成否を決すべきとした点に本見解の眼目がある。性犯罪の保護法益と

⁴⁷ 平野龍一『刑法各論の諸問題6』法セ205号（1973年）71頁以下。さらに、大谷實『刑法講義各論（新版第4版補訂版）』（成文堂、2015年）112頁。なお、後掲注（49）も参照のこと。

⁴⁸ ほぼ同義の言葉として「性的嫌悪感」、「正常な性感情」がある。

⁴⁹ なお、山口厚『刑法各論（第3版）』（有斐閣、2024年）104頁は、性犯罪の保護法益を性的自由としつつも、性的自由を人が性的羞恥心を抱くような事項についての自己決定の自由と定義しており、性的自由概念の中核として性的羞恥心を理解している。また、大谷實『刑法講義各論（第5版補訂版）』（成文堂、2019年）119頁は改説した上で同見解を支持する。

⁵⁰ 林幹人『刑法各論（第2版）』（東京大学出版会、2007年）87頁以下。

して性的羞恥心という表現が適切であるかという点は措くとしても、性犯罪の保護法益に関する議論が高まる以前から、性犯罪の保護法益を性的自由と表現することに対して問題意識を提起したという観点からは、注目すべき見解であるといえる。

(3) 性的不可侵性と解する見解

客体が13歳未満の者である場合に手段たる暴行又は脅迫が不要である根拠については、従来、13歳未満の者はわいせつな行為の意味を十分に理解しえず、抗拒困難の状態にあるため、13歳未満の者に対して、わいせつな行為を行うこと自体に強制的な要素が認められる、という説明がなされていた。このような説明に対して、山中敬一⁵¹は、13歳未満の者がわいせつな行為の意味を理解しえず、他者からの性的行為に抵抗する意思が未成熟であるのであれば、13歳未満の者には性的自己決定権の行使を観念することができず、ゆえに、性的自己決定権の侵害も観念できない、として旧刑法176条後段の保護法益は性的自己決定権ではない、と主張する。

その上で、スイスにおける性犯罪規定が「性的不可侵性(die sexuelle Integrität)⁵²に対する可罰的行為」と題され、また、オーストリアにおける性犯罪規定が「性的不可侵性および性的自己決定(die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung)に対する可罰的行為」と題されていることに着目し、性的自己決定権行使が不可能な13歳未満の者が客体となる場合も性的不可侵性の侵害が観念されることを根拠に、旧(準)強制わいせつ罪の保護法益を性的自己決定権に代えて性的不可侵性とするべきであると主張する。

⁵¹ 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) 6頁以下。

⁵² なお、sexuelle Integrität の邦訳として「性的完全性」の訳をあてるものもある。例えば、深町晋也「スイス刑法における性犯罪規定」樋口亮介＝深町晋也『性犯罪規定の比較法研究』(成文堂、2020年) 503頁。

（4）性的人格権と解する見解

斎藤豊治⁵³は、個人的法益に対する罪は全て被害者の自己決定権を害するともいえるため、性的自己決定権が保護法益であるというだけでは性犯罪の違法性の高さが表現しきれない点、13歳未満に対しては意思侵害を要素とせず単に性的行為を行っただけで成立することを鑑みると、意思に反するということ自体に本罪の本質を求める構造は維持できない点、性犯罪の保護法益を自由のみに求めると、望まない性的行為が行われたことによって、人間的尊厳が踏みにじられたことへの屈辱、怒り、恐怖感など、被害者に生じる心の傷や痛みといった性被害の実態が保護法益で表現できない点を挙げ、性犯罪の保護法益を性的自由とする見解を批判する。さらに、このような性被害は単なる暴行・強要とも異なる被害であり、性犯罪の実態が正しく表現することができないとして、性犯罪の保護法益を身体とする見解も批判する。以上のことから、性は一般的な身体や自由に還元されつくされることのない独自の利益、価値を有しており、生命、身体、自由、財産と並ぶ独立の保護法益として位置付けることが可能であると述べ、性犯罪の保護法益を性的人格権⁵⁴であると指摘する。このとき、性的人格権は複合的な性格を持ち、ここには、性への侵害からの自由（消極的自由）、誰と、いつ、どこで、いかなる性的行為をするかをみずから決定する自由（積極的自由）、年少者の健全な性的成長発達、性的羞恥心、性に関する自己情報のコントロール権、性生活をみだりに他人に除かれないという意味でのプライバシーの保護といった性に関する権利が含まれると主張する。

この見解に対しては、人格権や尊厳の侵害は他の個人的法益に対する罪にもみられることから性犯罪固有の犯罪とはいえない点、未成年者の有効な同意があってもその人格の発展を阻害する恐れがあるという場合

⁵³ 斎藤豊治「性暴力犯罪の保護法益」斎藤豊治＝青井秀夫編「セクシュアリティと法」（東北大学出版会、2006年）221頁以下。

⁵⁴ また、辰井・前掲注（44）425頁以下は、旧強制わいせつ・旧強姦罪の被害の核心は、性的尊厳・人格権への侵害であると主張し、和田俊憲『鉄道における強姦罪と公然性』慶應法学31号（2015年）263頁以下は、旧強姦罪は人格的領域を交錯させることにより女性の人格的統合性を害する罪であると主張する。

には性犯罪による処罰を肯定できる点で問題であるという批判が向けられている⁵⁵。

⁵⁵ 例えば、佐伯・前掲注(46) 37頁。