
種 別： 判例研究

タイトル： 強制わいせつ罪の成立要件と「性的意図」

著 者： 日和田 哲史

所 収： 『上智法学論集』第 62 卷 1-2 合併号（平成 30 年 11 月）177-191 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

判例研究

強制わいせつ罪の成立要件と「性的意図」

日和田哲史

最高裁平成 29 年 11 月 29 日大法廷判決、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等に関する法律違反、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 卷 9 号 467 頁

【事実の概要】

被告人は、被告人方において、被害者（当時 7 歳）が 13 歳未満の女子であることを知りながら、被害者に対し、被告人の陰茎を触らせ、口にくわえさせ、被害者の陰部を触るなどの行為（本判決の「第 1 審判決判示第 1 の 1 の行為」）を行った者である。この事実を前提に、弁護人は、強制わいせつの成立要件として「自己の性欲を刺戟興奮させまたは満足させる」という性的意図を要求した最判昭和 45 年 1 月 29 日刑集 24 卷 1 号 1 頁（以下、本判決に倣って「昭和 45 年判例」と言う）の存在を指摘し、被告人に性的意図はなかったのだから強制わいせつ罪は成立しない、と主張していた⁽¹⁾。

第 1 審判決⁽²⁾は、「被告人に性的意図があったと認定することは困難である」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

-
- (1) 被告人は、インターネットを通じて知り合った A から金を借りようとしたが、A から、金を貸すための条件として、被害女兒に対してわいせつな行為を行った上、それを撮影し、その画像データを送信するように要求されていたのであって、自分には金を得る目的があっただけで、性的意図はなかったのだと弁解していた。松木俊明ほか「判批」法セ 758 号（2018 年）48 頁も参照。
- (2) 神戸地判平成 28 年 3 月 18 日刑集 71 卷 9 号 520 頁。

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」と判示し、被告人が被害者に対して客観的にわいせつ行為を行ったこと、また、その事実を被告人自身が認識していたことを根拠に、強制わいせつ罪の成立を認めた(懲役3年6月)。

被告人の控訴に対して、控訴審判決⁽³⁾も第1審判決の上記判断と同様に、昭和45年判例「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」と判示し、被告人に性的意図がなかったとしても強制わいせつ罪が成立するとし、控訴を棄却した。

被告人上告。

【判旨】

上告棄却。

弁護人らの上告趣意のうち、昭和45年判例を引用しての判例違反、法令違反をいう点について、最高裁は以下のように判示した。

「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。」

「刑法等の一部を改正する法律」(平成16年法律第156号)や、「刑法の一部を改正する法律」(平成29年法律第72号)という近時の「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。」

「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。」

(3) 大阪高判平成28年10月27日刑集71巻9号524頁。

「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、規範的评价として、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。」

「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。」

【評釈】

1 本判決の意義と問題の所在

本判決には、2つの意義がある。

第1に、本判決は、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た昭和45年判例を変更し、同罪におけるわいせつ行為は客観的に判断されるべきことを明示した。この点に1つ目の意義がある。特に、わいせつ行為には、性的性質が明確で当然に性的な意味合いが認められるものと、性的性質が不明確なために具体的な状況等も考慮しなくては性的意味合いの有無を判断できないものがあること、さらに、行為者の行為に性的意味合いを認めることができるとしても、その行為は強制わいせつ罪として処罰に値するようなもの(性的意味合いが強いもの)、言い換えるならば、法益侵害の程度が重大なものでなくてはならないことを指摘し、整理している点が注目される。

第2に、本判決は、行為者の行為がわいせつ行為に当たるかどうかの判断を行う際、性的意図を含めて行為者の主観的事情を考慮要素とすべき場合があることも指摘している。これが2つ目の意義である。昭和45年判例を変更するにしても、およそ行為者の主観的事情が強制わいせつ罪の成否に無関係であるとはしていない。

本判決の下、強制わいせつ罪の成否において、同罪の成立要件から外された性的意図が、考慮要素としてどのように位置付けられるべきことになるのか、また、その考慮要素としての比重をどの程度認めるべきことになるのか、上記2つの意義を意識しながら、この問題について展開された従来の判例・学説を踏まえ、分析・検討したい。

2 判例の概観

(1) 昭和45年判例

本判決によって変更された昭和45年判例は、被告人が被害者の裸体写真を撮って仕返しをしようとの考えで、脅迫により畏怖している被害者を裸体にさせて写真撮影をしたとの事実について、「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っても、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」としていた。この昭和45年判例は、強制わいせつ罪を目的犯・傾向犯と捉え、同罪の成立要件として性的意図を要求する当時の学説に同調したものと評されている⁽⁴⁾。

(4) 時国康夫「判解」最高裁判所判例解説刑事篇昭和45年度5頁。

もっとも、これには「行為者がいかなる目的・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戟させたか否かは、何ら結論に影響を及ぼすものではない」という入江裁判官の反対意見が付されていた。この反対意見のように、また、後述するように、強制わいせつ罪の保護法益を性的自由と捉えるならば、故意を超える主観的事情として、性的意図を要求する理由は乏しいことになる⁽⁵⁾。それでも強制わいせつ罪の成立要件として性的意図を要求しようとするならば、相応の理由付けが必要となるのである。

(2) 下級審裁判例

昭和45年判例以降、下級審裁判例も基本的に、性的意図を強制わいせつ罪の成立要件として扱ってきた⁽⁶⁾。もっとも、昭和45年判例は「性的意図は『わいせつ行為』に該当するための必要条件である」とまで明言してはいない。しかしこの点をより明確に指摘する下級審裁判例が多く見られる⁽⁷⁾。本判決は、「わいせつ行為」を認めるためには性的意図の存在が不可欠であるというそれら下級審裁判例の判断枠組みを意識した上で、昭和45年判例を変更し、判旨の通り「わいせつ行為」という概念の内容を整理し、示したと理解すべきことになるだろう。

(5) 町野朔『犯罪各論の現在』(有斐閣、1996年)278頁。なお、平野龍一「強制わいせつ罪とわいせつの意思」『犯罪論の諸問題(下)各論』(有斐閣、1982年)310頁は、昭和45年判例について「ある刑法の教科書に書いてあるからと、無反省にこれを判決に採り入れてしまったきらいがある」と評している。

(6) 釧路地北見支判昭和53年10月6日判タ374号162頁など。なお、近時、性的意図が不要であることを明言する裁判例として、東京高判平成26年2月13日高刑速(平26)号45頁がある。同裁判例は傍論ではあるが、「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」としている。同裁判例の評釈として田中健太郎「判批」研修797号(2014年)21頁。

(7) 東京地判昭和56年4月30日判時1028号145頁など。同裁判例は、被告人が被害者の頬へ接吻行為を行おうとしたところ、それを果たせなかったという事案において、被告人の当該行為が果たされたなら、それはわいせつ行為に該当するとし、強制わいせつ未遂罪を肯定している。また、東京地判昭和62年9月16日判時1294号143頁は、被告人が被害者を女性下着販売業の従業員として働かせようという目的で、被害者の全裸写真を強制的に撮影しようとし、傷害を負わせた事案であるが、被告人が、被害者を男性の性的興味の対象として扱い、被害者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を行い、それを認識していたことから、強制わいせつ致傷罪が成立するとしている。

他方で、近時の下級審裁判例において、性的意図が欠けることによって犯罪不成立とされた事案はほとんど見当たらない⁽⁸⁾。そこでは、性的意図が他の目的と併存していたとしても強制わいせつ罪の成立は否定されないという判断が目につく。また、本判決が示した整理を前提に評価しても、行為そのものの性的性質が明確な事案が多いとも言える。

なお、医療行為のように必ずしも性的性質が明確ではない、いわゆる中立的行為については、被告人の行為そのものが医療行為として適切か否かという、性的意図の有無が必ずしも決定的にはならない判断枠組みが示されていることにも注意が必要であろう⁽⁹⁾。

3 前提問題の整理——強制わいせつ罪の保護法益と「わいせつ行為」

強制わいせつ罪の保護法益は「性的自由」という個人的法益であると理解することに、近時、異論は見られない。「刑法の一部を改正する法律」(平成29年法律第72号)もこの理解を前提にして行われたようである⁽¹⁰⁾。また、本判

(8) 名古屋地判平成25年9月9日LEX/DB25502130、佐賀地判平成26年10月16日LEX/DB25505335、盛岡地判平成28年3月8日LEX/DB25542685など。大分地判平成25年6月4日LEX/DB25445758は、復讐心と性的意図は併存しうるものであり、これらが併存しているなら、強制わいせつ罪が成立するとしている。また、津地判平成26年6月11日LEX/DB25504193も、被告人が、将来の不安や気が減っていたことから、それを紛らわせるために犯行に及んだのであって、性的意図はなかったと弁解していた事案において、そのような意図・目的があっても、それは性的意図・目的と併存し得るとしている。

(9) 京都地判平成18年12月18日LEX/DB28135092は、臨床検査技師である被告人が、検査器具である腹部プローブを被害者の肛門部に押し当て、数回にわたり、同所からその陰核に至るまで密着させた状態で往復させたという事案だが、わいせつ目的が認定できず、被告人は無罪となった。そこでは、被告人は、被害者に対し正当な会陰走査の外観を呈する検査を行ったものである以上、そのような措置を取る必要性がなかったとは認められない(正当な治療行為であった)ともされている。他方、広島高判平成23年5月26日LEX/DB25471443は、予防接種の診察中に医師である被告人が行った盗撮行為について、その盗撮行為が診察行為に当たらないことは明白であり、強制わいせつ罪が成立するとしている。ただし、診察行為の一環として、各被害女児の着衣をずらして乳房を露出させた行為については、正当な診療行為であったことを否定できないともしている。なお、被害者らは13歳未満の女子であったため、暴行・脅迫は強制わいせつ罪の成立に必要ななかった。

(10) 橋爪隆「性犯罪に対処するための刑法改正について」法律のひろば70巻11号(2017年)4頁、辰井聡子「性犯罪に関する刑法改正——強制性交等罪の検討を中心に——」刑ジャ55号(2018年)5頁。

決の「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」という言い回しは、被害者の侵害された法益内容として、性的な被害を重視していることを示しているものと考えられることから⁽¹¹⁾、本判決も、性的自由を保護法益として捉えることを前提にしているものと推測される。

それでは、強制わいせつ罪にいうわいせつ行為とは何なのか。

最高裁は、わいせつ物頒布等罪における文書のわいせつ性を「徒に性欲を興奮または刺激せしめ且つ普通人の性的羞恥心を害し善良な性的道德観念に反するもの」⁽¹²⁾と定義している。それを受けて、強制わいせつ罪のわいせつ行為を「徒に性欲を興奮または刺激せしめ且つ普通人の性的羞恥心を害し善良な性的道德観念に反する行為」と解する下級審判例⁽¹³⁾があり、そのように理解する学説⁽¹⁴⁾もある。しかし、最高裁が、強制わいせつ罪のわいせつ行為について、その定義を明言したことはないのである。

この点、わいせつ物頒布等罪の保護法益は社会的法益であり、強制わいせつ罪の保護法益は個人的法益であると理解するのが一般的である。このような法益の差異から、処罰範囲を画するための「わいせつ」概念が両者で異なり得るのは当然であろう⁽¹⁵⁾。むしろ、強制わいせつ罪そのものの罪質から、同罪におけるわいせつ行為の定義は導かれるべきである。

現在の通説は、強制わいせつ罪の保護法益を性的自由と解するところから出

(11) 旧強姦罪から大幅に構成要件が拡張されることになった強制性交等罪も、「被害者の性的な被害」を重視したものであるとされる。すなわち、橋爪・前掲註(10)5頁は、同罪が「性交、肛門性交又は口腔性交」(性交等)を広く処罰対象に含めていることは、「自己の体内に他人の性器が挿入されること、あるいは、自己の性器を他人の体内に挿入させることが、他者との濃密な身体的接触を強制されるという意味において、重大な性的被害を根拠付ける」という理解が前提になっていると指摘する。

(12) 最判昭和26年5月10日刑集5巻6号1027頁。また、最判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁。

(13) 名古屋高金沢支判昭和36年5月2日下刑3巻5・6号399頁。

(14) 例えば、園田寿「強制わいせつ罪における〈性的意図〉について」『山中敬一先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2017年)119頁。同論文は、この定義を前提にして、子供に対して虐待行為が行われた場合には、強制わいせつ罪の成立要件として性的意図を要求すべきことを主張する。しかし、わいせつ行為の定義を巡っては、まず保護されるべき性的自由の範囲が問題になっていると思われる。そうであるならば、子供に対して一般人が性的興奮を覚えるか否かという点は、わいせつ行為の評価とは関係のない事情であり、性的意図を必要とする理由にもならないだろう。暴行・脅迫の要否という違いはあるものの、性的自由を保護されるべき範囲は、子供も大人も同じはずである。

(15) 林幹人『刑法各論』(東京大学出版会、第2版、2007年)87頁。

発し、素直に、わいせつ行為を「性的自由という法益を侵害する行為」⁽¹⁶⁾と理解する。そして、その行為の内実は、個人の性的自由の侵害であるとして「社会の人々が猥褻と評価するようなもの」⁽¹⁷⁾、すなわち、わいせつ性があるものとされ、それは客観的に判断すべきとされている。学説における議論は、わいせつ行為を客観的に判断するための具体的指針をどのように捉えるべきか、という点に移行していると言えるだろう⁽¹⁸⁾。

4 性的意図の要否を巡るドイツの議論

冒頭で引用することはできなかったが、判例変更するにあたって、本判決はドイツの状況も指摘・援用している。

ドイツでは1973年の刑法改正によって、「わいせつ行為 (unzüchtige Handlung)」が「性的行為 (sexuelle Handlung)」という概念に変更された。この変更は「わいせつ行為」という道徳的観念を内包した概念から、性犯罪をより客観的なものとして再構成したものと評されている。この再構成の有する重要な意味は、道徳的観念の排斥に伴って、性犯罪の客観化が指向され、性的意図 (sexuelle Absicht) の位置づけや比重が変化したことにある。

現在のドイツ刑法学説において、性犯罪の保護法益は、個人の性的自己決定の自由 (Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung) と理解されている⁽¹⁹⁾。すなわち、個人は性的な事柄を自由に自己決定できる領域をそれぞれ有しており、性的関連 (Sexualbezug) が認められる範囲でそれは保護される、性犯罪はその領域への侵害であると捉えられている。この性的関連は、すべての客観事情と社会的なコンテキストを考慮して判断されるが、アンビバレントな行為 (いわゆる中立的行為) については、故意の問題とは別に、性的意図に焦点が当たるといえるのが一般的な捉え方である。

(16) 山口厚『刑法各論』(有斐閣、第2版、2011年) 106頁など。

(17) 佐伯仁志「強制猥褻罪における猥褻概念」判タ708号(1989年) 65頁。

(18) 具体的指針として、例えば、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) 63頁は、「(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」が挙げられるとしており、橋爪隆「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅱ(第4版)』(有斐閣、1997年) 31頁は、「被害者の性別・年齢、行為者と被害者との以前からの関係、具体的行為態様、周囲の客観的状況などを考慮した上で慎重に検討されるべき」と指摘している。いずれも、被害者の性的な被害を重視し、それを分析・評価しようとするものである。

(19) Wolter in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. IV, 9 Auflage 2017, Vor § 174 Rn. 10.

とはいえ、医療行為は医学準則 (lege artis) によって判断されるので、もはやアンビバレントな行為ではないという指摘⁽²⁰⁾や、客観的な全事情を考慮するならば、アンビバレントな行為とされる場合はほとんどないだろうという指摘⁽²¹⁾もある。また、条文上、性的行為と評価されるためには、各構成要件における保護法益の観点から、行為に一定の重大性(身体的接触の部位・態様・時間的長短なども考慮して)がなくてはならないという制限もある(184条h第1項)。そのため、性的意図がそれ単独で犯罪の成否を決定付けるような事態は、ドイツにおいても、かなり限られているように思われるのである。

5 性的意図の要否を巡る我が国の学説

昭和45年判例が登場する頃、性的意図必要説は我が国の通説を占めていたと言われるが、その登場によって、今日まで続く性的意図必要説と不要説との対立が顕在化することにもなった。この対立が本判決の背景にあったことは間違いない。

さて、性的意図必要説の立場からは、先にも触れたように、強制わいせつ罪を傾向犯・目的犯として理解することとなるため、性的意図は、故意と区別された主観的違法要素⁽²²⁾として、同罪の成立要件とされる。しかし、この点は、性的意図不要説から、性的意図という行為者の主観的事情を要求する合理的な理由はないと厳しく批判されてきた⁽²³⁾。故意以外の心情要素は強制わいせつ罪の成立要件にならないと解したことから、本判決も性的意図必要説の考え方を採らないことは明らかである。

他方、性的意図不要説は、被害者の性的自由という法益が侵害されたことと行為者が性的意図を有していたことは、基本的に無関係であると考え。そうして、性的意図のような行為者の主観的事情は「わいせつ性の認識」という故意の要素として求めれば十分とするのである⁽²⁴⁾。同説の立場からは、さらに

(20) Frommel in: Kindhäuser/ Neumann/ Raeffgen Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5 Auflage 2017, § 184h Rn. 1; Hörnle in: Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3Auflage 2016, § 184h Rn. 4.

(21) Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 65 Auflage 2018, § 184h Rn 4a.

(22) ただし、成瀬幸典「判批」法教432号(2016年)166頁は、176条前段の場合には「他者をその意思に反して自己又は第三者の性的衝動・性的欲求の対象にする」という意図・傾向を要求すべきだが、性的弱者としての子供の保護という観点から、同条後段の場合にはそのような意図・傾向は不要とする。

(23) 例えば、佐伯・前掲註(17)66頁。

進んで、性的意図の要否という問題を超えて、「客観的には中立的な行為を、行為者の性的意図によって猥褻行為とするのは、明らかに不当である」⁽²⁵⁾という主張もなされている。

しかしその一方で、『性的自由』を指摘するだけの不要説は、実は、普通人の捉え方で、つまり、『善良な性風俗』で決めればよいと述べるに等しいのではなかろうか⁽²⁶⁾、あるいは、わいせつ行為を「客観的に評価できると言っている人も、行為者が外形的に行っている行為に加えて、暗黙のうちに、外部にあらわれた性的意図も合わせて考慮し、性的な意味合いの有無を判断しているような気もする」⁽²⁷⁾という指摘がある。これらの指摘は、「性的自由」という概念の内実をどのように理解するかという問題が、未だ完全には解明されていないことを意識したものであると言えよう。

近時ではさらに、両説の間における議論から、その中間説と呼ぶべき見解、原則性的意図不要説が登場している。

同説は、性的意図を主観的違法要素としては捉えず、わいせつ行為と評価するための一事情と捉える⁽²⁸⁾。そうして、明確に性的性質を認めることができる行為であれば、性的意図は不要としつつも、その性的性質が不明確な中立的行為の場合については、性的意図の有無で、わいせつ行為か否かを判断しようとする。

ここでは、例えば、「児童を抱きしめて体を撫でる行為であっても、性的意図なく愛情から撫でる場合と、性的意図をもって撫でる場合とでは、重大な性的性質が異なるというべき」と指摘⁽²⁹⁾される。これは限定的な範囲ではある

(24) 林・前掲註(15)90頁。佐伯・前掲註(17)65頁は、前掲註(7)の東京地判昭和62年が認定した性的意図は「わいせつ性の認識」に他ならず、同裁判例は実質的に性的意図不要説を採用するものであると評している。

(25) 佐伯・前掲註(17)66頁。また、町野・前掲註(5)284頁。橋爪・前掲註(18)31頁は、前掲註(7)の東京地判昭和56年について、そもそも接吻行為が客観的にわいせつ行為にあたると言えるのかを吟味すべきであったと指摘している。

(26) 小田直樹「判批」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅱ(第5版)』(有斐閣、2003年)29頁。

(27) 森永真綱「性的意図は強制わいせつ罪の成立要件か?」法教440号3頁。

(28) 佐藤・前掲註(18)64頁。森永・前掲註(27)3頁も、これに同調するものと思われる。

(29) 佐藤・前掲註(18)64頁。ただし、青森地判平成18年3月16日LEX/DB28115159の事案で被告人が行ったような、いわゆるフェティシズム行為の場合には「社会通念上ほとんど性的性質を有さない行為であるため、単に行行為者に性的意図があったことを理由に、176条で処罰すべきではないだろう」とも指摘している。

が、性的意図の有無だけで、わいせつ行為であるかどうかの判断が分かれる状況を許容しているとも言える。しかし、わいせつ行為という客観的であるはずの実行行為の有無が、性的意図の有無に左右されることはないのではないかという批判⁽³⁰⁾や、どれだけ限定的な範囲であっても、保護されるべき性的自由の範囲が行為者の性的意図の有無によって変動する、その理由が不明であるという批判が考えられるだろう。

同説の当否を明らかにするためには、性的意図の位置付けと考慮要素としての比重を検討しなければならない。

6 本判決の理解——性的意図の位置付けと考慮要素としての比重

ここまで確認してきたように、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ことに合理性を見出すことはできない。本判決が強制わいせつ罪の成立要件として性的意図を不要と解したことは妥当である。

問題は、わいせつ行為と評価するためには、行為者の行為に性的意味合いがあり、かつ、その行為が強制わいせつ罪による処罰に値するような重大なものでなくてはならないと本判決が整理しているところ、その判断過程において、性的意図がどのような役割を果たすかという点にある。もっとも、性的意図はあくまで行為者側の事情に過ぎないので、その有無・内容によって、被害者側の事情に属するはずの性的自由を侵害する程度、重大性が左右されることはないだろう⁽³¹⁾。

したがって、当然に性的意味合いを認めることのできないような、性的性質が不明確な中立的行為について、その性的意味合いの有無を判断するにあたり、性的意図をどのように位置付け、いかなる比重を与えるべきかが問題であると言わなければならない。

まず、強制わいせつ罪の成立要件から排除されるとしても、およそ性的意図が強制わいせつ罪の成否と無関係であるとまですべきではない。そうではなく、本判決が判示するように、行為の性的意味合いを評価する際の考慮要素として、性的意図は位置付けられるべきである。このとき、性的意図は、それ以外の行為者の主観的事情（例えば、報復目的など）や、被害者の主観的事情（例

(30) 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 卷 5 号 23 頁参照。

(31) この点、曲田統「判批」法教 450 号（2018 年）51 頁は、行為の「当罰性・要罰性」の判断にあたって、性的意図の有無を考慮すべきとしている。

えば、性的羞恥心など)と同様の扱いを受けることになる⁽³²⁾。

というのも、行為者と被害者の主観的事情という手掛かりなしに、中立的行為の性的意味合いを純粋に客観的に判断しようとするのは困難であるし、それらを考慮要素から完全に排除しなければならない理由も想定し難い。実際にその事件を体験している当事者の内心を探ること(例えば、「行為者はなぜ性的意図を有したのか?」、「行為者はなぜ報復手段として当該行為を選択したのか?」、「被害者はなぜ性的羞恥心を持ったのか?」)は、行為の性的意味合いを客観的に判断・検討するためのいわば重要な資料になると考えられるのである。

そうすると次に、考慮要素としての性的意図が有する比重が問題となるが、その比重の置き方には次の3つが考えられる。

- ① 性的意図の存在のみで、性的意味合いを認めることができる
- ② 性的意図と他の要素とが結びついて、初めて性的意味合いを認めることができる場合がある
- ③ 性的意図は、性的意味合いの有無を決定付ける事情ではない

まず、本判決は「性的意図」だけではなく、それをも含めた「行為者の主観的事情」が、性的意味合いを判断するための考慮要素となることを指摘している。すなわち、性的意図があれば、直ちに「行為そのものが持つ性的性質が不明確な行為に性的意味合いを認めることができる」とまでは言っていない。そうすると、行為者の主観的事情のうち、性的意図に性的意味合いの有無を左右するような重点を置いてしまっている点で、①の考え方と本判決には明確な差異がある。

また、①・②どちらの考え方を採ったとしても、そこでは、性的意図の存在によって性的意味合いを認めることができるようになる理由が不明である。少なくとも現在のところ、行為者の性的意図の有無によって、保護されるべき個人の性的自由の範囲が拡大・縮小する仕組みは明らかではない。仮に②のように考えたとしても、性的意図と結びついて性的意味合いの有無を左右させるような要素は何なのか、その要素と性的意図がどのような関係性にあるのか、それらが明らかになってはいない。現在、議論されているようなわいせつ行為を

(32) 佐伯・前掲註(17)66頁の註においては、「性的行為かどうかについての社会の評価が、被害者の年齢や性的羞恥心と関連性を持つことを否定するものではない」との補足がなされている。被害者の性的羞恥心の有無・程度によって直接的に個人の有する性的自由の範囲が変動することはないと考えるべきではあるが、その補足にあるように、行為のわいせつ性について社会的・客観的評価を探求するための考慮要素として、その限りで、性的羞恥心がわいせつ性判断と関連することまで否定すべきではないだろう。

認めるための具体的な指針（例えば、接触部位や強度・態様、継続性など）と照らし合わせたとしても、そのいずれにも、性的意図と結びついて性的意味合いを導くことができるような契機は見当たらないのである。

先に紹介した原則性的意図不要説は、①あるいは②の考え方を前提にしていると考えられるが、そうであるなら、それはやはり不合理と言うべきである。③の考え方のように、性的意図それ自体は性的意味合いの有無を決定付けるような比重を有しないと考えるべきであり、本判決の趣旨もそのように理解すべきであろう。

結局、強制わいせつ罪の成立要件から性的意図を排除することと行為の性的意味合いを探るための1つの考慮要素として性的意図を位置付けて利用することは、矛盾しない。その一方で、性的意図が性的意味合いの有無を決定付けることもない。

この帰結として、性的意図の存在を考慮した結果、性的意味合いが認められるような行為態様があるのならば、仮に性的意図が存在しなかったとしても、基本的にその行為態様には性的意味合いが認められるのでなくてはならないことになる。

例えば、被害者の頬への接吻行為があったとしよう。まずそこでは、行為者と被害者の人的関係を考慮せざるを得ない。というのも、客観的に存在する人的関係（親族であることや、親しい友人であることなど、比較的厳格な判断を要することになると思われる）を前提とした、親愛の情や友愛の情を示す意味合いのいわゆるライト・キスであるならば、被害者の性的自由を侵害したということではできない。仮に行為者が性的意図を有していたとしても、そう解すべきである。しかし、行為者と被害者の間に人的関係のない場合であれば、それは性的自由の侵害と言わざるを得ない。なぜなら、口腔性交が強制性交等罪として旧強姦罪と同等の重みを持って処罰に臨むべきであると認められた現在、やはり体内と体外を繋ぐ器官の一部である唇を介して身体的接触を図るような行為は、相応の濃密さを有する行為と言うべきなのであり、個人の性的な自己決定の領域に踏み込んでしまったという意味で、性的な意味合いを有するものと解さざるを得ないのである。この人的関係を考察する一事情として、性的意図は参考とすべき重要な資料となるだろう。

他方、短時間の抱擁行為については、強要罪や迷惑防止条例違反等、他の刑罰法規に該当する場合があるとしても、性的意味合いを認めることができない場合が多いだろう。勿論、そこでは、接触部位や接触の態様など、個別具体的な事情をも考慮することになる。しかし先の例を借りれば、「性的意図なく見

童を抱きしめて体を撫でる行為」に性的意味合いがないなら、性的意図があったとしても、その行為に性的意味合いはないとするしかない。そしてそうではあっても、行為者と被害者との間に人的関係が乏しく、短時間とは言えない抱擁行為が行われたのであれば、性的意味合いを認めるべきであるように思われる。この場合には、仮に行為者に性的意図がなかったとしても、性的意味合いを認めるべきである。

このように理解できるならば、中立的行為に性的意図があったとしても、なお性的意味合いが否定される場合が存在することになる。翻せば、中立的行為に性的意味合いを肯定するためには、性的意図の存在だけでは足りず、それとは異なる独立した理由、すなわち「被害者の性的自由が客観的に侵害されているという事実」を示さなくてはならないのである。そして、その前提として、「保護されるべき個人の性的自己決定の自由が認められる範囲をどのように画定するか」という強制わいせつ罪の保護法益論が、改めて問われることになる⁽³³⁾。

以上、本判決の趣旨を敷衍すれば、「性的意図は、行為者の他の主観的事情（報復目的など）や被害者の主観的事情（性的羞恥心など）と同様に、行為に備わる『性的意味合い』の有無を探るための考慮要素として位置付けられる。しかしそうではあっても、性的意図は『性的意味合い』の有無を決定付けるような比重を有していない。『性的意味合い』を認めるためには、性的意図を含めて、行為者・被害者が有した主観的事情の内容・形成過程を参考にしながらも、それらとは異なる独立した理由が必要である」と理解すべきことになる。

7 補論

昭和45年判例の行った解釈について、「強制猥褻罪は、性的欲望の淫らな追求という性倫理違反の行為であり、他人の性的自由の侵害だけでは十分でない、と考えている」という指摘⁽³⁴⁾があった。この指摘を前提とするならば、性的意図を強制わいせつ罪の成立要件から外してその成立範囲を緩めた本判決は、性倫理から一定の距離をとったようにも見える。しかし、本判決は、時代の変化によって性倫理、言い換えれば「社会の受け止め方」あるいは「社会通

(33) この検討を試みるものとして、井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修806号(2015年)3頁、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。

(34) 町野朔「刑法の解釈——最高裁判例における刑法と犯罪——」『刑法の基本判例』(有斐閣、1988年)7頁。

念」も変化し、その変化は性的意図の要否という要件論にまで影響すると考えているようにも見える⁽³⁵⁾。

果たして、後者のように考え、「社会の受け止め方」あるいは「社会通念」という必ずしも明確になるとは言い難いものによって、犯罪の成否を判断するための根幹である要件論が影響を受けてしまうという事態を許容してもよいものだろうか。

本判決は、昭和45年判例の時点で、性的意図は強制わいせつ罪の成立に不要であったことを認めるべきであったように思う。そう考えるならば、昭和45年判例の事案で行われた被告人の行為は「当然に性的意味合いを認めることができる行為」であり、「処罰に値するような重大な性的自由の侵害行為」であったと理解することになるだろう。

(本学法学部客員研究員)

(35) 馬渡香津子「判批」ジュリスト1517号(2018年)80頁以下参照。