

強制わいせつ罪における性的意図

伊 藤 亮 吉

目次

- 一 はじめに
- 二 性的意図に関する裁判例の動向
 - 1 従来 of 裁判例
 - 2 最高裁判所平成 29 年 11 月 29 日大法廷判決
 - 3 その後の裁判例
- 三 性的意図の要否
 - 1 性的意図に関するいくつかの学説
 - 2 平成 29 年判決の評価
 - 3 わいせつ行為
 - 4 具体的事案について
 - 5 わいせつ概念と性的意図の要否
- 四 結びにかえて

一 はじめに

強制わいせつ罪（刑法 176 条）（平成 7 年改正前は「強制猥褻罪」）の成立のためには、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するかどうか長い間争われてきた¹（刑

1 伊藤亮吉「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論（第 7 版）』（平成 26 年）30-31 頁。

法 178 条 1 項の準強制わいせつ罪についても同様に考えることができるので、本稿では特段の事情がない限り準強制わいせつ罪を含めて「強制わいせつ罪」とする)。この性的意図は法文上規定されているものではないが、行為の客観的側面だけでは強制わいせつ罪の違法性を判断することはできず、行為者の内心状態を加味して初めてその判断が可能となるのではないかとの考慮によるものである。従来は、強制わいせつ罪を傾向犯（ないしは目的犯）と把握し、性的意図を故意とは別個の超過的な主観的違法要素と位置づけることから、行為無価値論からは主観的違法要素を肯定する性的意図必要説が、結果無価値論からは主観的違法要素を否定する性的意図不要説が必然的に導き出されるものと考えられてきた²。しかし、近年では、傾向犯の問題に言及することなく、犯罪構成要件解釈の問題として強制わいせつ罪の成立に特別な意思や目的が必要とされるかの観点からその要否が検討されており、いわゆる行為無価値論者からも不要説が主張されている³。さらに、最近では、性的意図を考慮するとしても、それを固有の主観的要素として取扱うのではなく、わいせつ行為性を判断するための一要素として考慮する見解も主張されている⁴。

本稿は、上記のような問題意識に基づいて、強制わいせつ罪における性的意図について若干の検討を加えることを試みるものである⁵。

-
- 2 行為無価値論の代表的論者として例えば、大塚仁『刑法概説（各論）（第3版補訂版）』（平成17年）100頁、高橋則夫『刑法各論（第2版）』（平成26年）127頁（ただし第3版では改説している）、結果無価値論の代表的論者として例えば、西田典之＝橋爪隆補訂『刑法各論（第7版）』（平成30年）100頁、山口厚『刑法各論（第2版）』（平成22年）108頁。
 - 3 例えば、団藤重光『刑法綱要各論（第3版）』（平成2年）491頁、大谷實『刑法講義各論（新版第4版補訂版）』（平成27年）114頁、井田良『講義刑法学・各論』（平成28年）112頁。
 - 4 高橋則夫『刑法各論（第3版）』（平成30年）134頁は、これについて、行為者の性的意図として主観的構成要件要素に位置づけるか、わいせつな行為それ自体の性格として客観的構成要件要素に位置づけるかという論争であるとす。
 - 5 近年の強制わいせつ罪における性的意図に関する研究として、神元隆賢「強制わいせつ罪における性的意図（一）、（二・完）」北海学園大学法学研究 49巻 4号（平成26年）63-78頁、50巻 1号（平成26年）57-76頁、園田寿「強

二 性的意図に関する裁判例の動向

1 従来 of 裁判例

性的意図が問題となったこれまでの裁判例としては、次の3判決に着目することができよう。

まず、被告人XがA女に報復するために、約2時間にわたりAを脅迫し、畏怖しているAに命じて裸にさせ、内妻の面前で、Aの立っているところを写真撮影した、という事案において、最高裁判所は、「刑法一七六条前段のいわゆる強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が犯人の性欲を刺戟興奮させまたは満足させるという性的意図のもとに行なわれることを要し、婦女を脅迫し裸にして撮影する行為であつても、これが専らその婦女に報復し、または、これを侮辱し、虐待する目的に出たときは、強要罪その他の罪を構成するのは格別、強制わいせつの罪は成立しないものというべきである。」と判示し、強制猥褻罪の成立を認めなかった（原審裁判所に差し戻した）⁶。性的意図に関する第1の類型は、性的意図を必要

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〔下巻〕』（平成29年）117-130頁、木村光江「強制わいせつ罪における『性的意図』」『日高義博先生古稀祝賀論文集下巻』（平成30年）107-121頁、神元隆賢「強制わいせつ罪における性的意図の法的性質と要否」法政論叢54巻2号（平成30年）103-124頁。

- 6 最判昭和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）。ただし、これについては、入江俊郎裁判官が、刑法176条「にいうわいせつの行為とは、普通人の性的しゆう恥心を害し、善良な性的道義觀念に反する行為をいうものであり、ある行為がこの要件を充たすものであるか否かは、その行為を、客観的に、社会通念に従つて、換言すれば、その行為自体を普通人の立場に立つて観察して決すべきものである。けだし、このような行為が、性的自由の意義を正しく理解しえないと考えられる一三歳未満の男女に対して行なわれたり、一三歳以上の男女に対しては暴行脅迫の手段をもつて行なわれたりすれば、それだけで個人の性的自由が侵害されることになるからである。…私は、刑法一七六条の罪は、これを行為者（犯人）の性欲を興奮、刺激、満足させる目的に出たことを必要とするいわゆる目的犯ではないと考える。また、本条の罪をいわゆる傾向犯と解する余地も、まことに乏しいといわざるをえないと思う。たとえ、動機ないし目的が報復、侮辱、虐待であつたとしても、その一事は何ら本条の罪の成立を妨げるものではな〔い〕。…多数意見によると、相手方（被害者）の性的自由が侵害されている場合でも、行為者（犯人）に多数意

とする立場から性的意図のない場合には強制わいせつ罪の成立を否定するものと位置づけることができる（性的意図全面必要説）。

次に、女性下着販売業を営んでいた被告人 X が、A 女を無理やり全裸にして写真を撮影したが、それは写真の公表を怖れる A の性的羞恥心を利用して、A を女性下着販売業の従業員として稼働させるためであった、という事案において、東京地方裁判所は、「A を全裸にしその写真を撮る

見のというような性的意図がないときは、本条の罪としては処罰できないことになるのであるが、かくては、刑法が、性的自由の保護を、財産行為の自由の保護（強盗罪に関する二二六条、恐喝罪に関する二四九条参照）および公務員の職務行為の自由の保護（職務強要罪に関する九五条二項参照）などととも、その他一般の行為の自由の保護（強要罪に関する二二三条参照）と区別して、特に重く保護しようとしている趣旨が没却されることになる。すなわち、多数意見のように本件行為を強要罪に関する刑法二二三条によつて処断するとすれば、その刑は三年以下の懲役にすぎないこととなり、刑法一七六条該当の行為が六月以上七年以下の懲役にあたとされていることと対比し、極めて均衡を失することとなる。本条は、行為者（犯人）に多数意見のこのような性的意図が必要とされるという点からではなく、相手方（被害者）の性的自由が侵害されるという点から、強要罪に関する刑法二二三条の特別規定となると理解してこそ、はじめてその法意が活かされることになると考えるのである。…多数意見によると、相手方（被害者）の性的自由が侵害されている場合でも、行為者（犯人）に多数意見のこのような性的意図がないときは、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つて、刑法一八〇条一項が、性的自由の侵害を内容とする罪を特に親告罪として、訴追にあつ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点も、まことに不合理といわなければならない。」との反対意見を出されている（長部謹吾裁判官が同調する）。本判決の評釈として、時国康夫「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 45 年度』（昭和 46 年）1-7 頁、鈴木義男「判批」研修 263 号（昭和 45 年）61-70 頁、植松正「判批」法律のひろば 23 巻 6 号（昭和 45 年）41-44 頁、木村栄作「判批」警察学論集 23 巻 8 号（昭和 45 年）132-135 頁、岡野光雄「判批」早稲田社会科学 8 号（昭和 45 年）159-164 頁、平野龍一「判批」警察研究 42 巻 6 号（昭和 46 年）121-124 頁、大谷實「判批」法学セミナー 179 号（昭和 46 年）115 頁、後藤吉成「判批」法学研究 45 巻 10 号（昭和 47 年）132-137 頁、西原春夫「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論』（昭和 53 年）110-111 頁、西原春夫「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論（第 2 版）』（昭和 59 年）36-37 頁、大野平吉「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論（第 3 版）』（平成 4 年）32-33 頁、橋爪隆「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論（第 4 版）』（平成 9 年）30-31 頁、小田直樹「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論（第 5 版）』（平成 15 年）28-29 頁、丹羽正夫「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論（第 6 版）』（平成 20 年）32-33 頁、山本雅昭「判批」成瀬幸典他編『判例プラクティス刑法Ⅱ各論』（平成 24 年）92 頁、伊藤・前掲注（1）30-31 頁。

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。」⁷と判示し、強制猥褻罪の成立を認めた。第2の類型は、性的意図必要説ではあるが、わいせつ行為性の認識を性的意図と同視して強制わいせつ罪の成立を肯定するものといえる（性的意図とわいせつ性の認識同視説）⁸。

最後に、被告人XがA女に復讐するために、約2時間30分にわたりAの首を絞め、転倒したAの上に乗し、額をつかんで床に押し付けるなどの暴行を加え、着衣を脱がせて乳房をもみ、膣内に指先およびパイプレーターを挿入した、という事案において、東京高等裁判所は、「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。…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

7 東京地判昭和62年9月16日判タ670号254頁(以下、「昭和62年判決」とする)。本判決の評釈として、大谷實「判批」法学セミナー407号(昭和63年)108頁。

8 このような構成に対しては、大谷・前掲注(7)108頁は、「何らかの猥褻性を有する行為であることを認識している以上、主観的要件を満たすという帰結にもなりかねない。そうだとすると、否定説と著しく接近した判例ということになろう」、佐伯仁志「強制猥褻罪における猥褻概念」判タ708号(平成元年)65頁は、「ここで判決が問題としているのは、明らかに、行為者の客観的な性的意味の認識である。昭和四五年判決が要求する性的意図とは、行為者自身が現実に性的刺激、興奮を得る目的であり、単なる性的意味の認識ではないから、〔昭和62年〕判決は昭和四五年判決とは異なった立場に立つ判決である。…〔昭和62年〕判決は性的意図不要説に立っていると評価してよいであろう。」と評価する。これは昭和62年判決に対する学説の一般的な評価としてよいであろう。

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。⁹⁾と判示して、強制わいせつ罪の成立を認めた。第3の類型は、性的意図不要説から強制わいせつ罪の成立を肯定するものである（性的意図全面不要説）。

このように、判例の傾向¹⁰⁾は、錯綜しているものの、性的意図必要説から不要説へ流れつつあると考えられるが、その一方で、それでもなお性的意図の必要性を明言したり、性的意図の存否を認定する裁判例¹¹⁾も出されているところからは、なお依然として性的意図必要説が判例の主流である

- 9 東京高判平成 26 年 2 月 13 日高刑裁速（平 26）45 頁（以下、「平成 26 年判決」とする）。本判決の評釈として、浅沼雄介「判批」捜査研究 759 号（平成 26 年）2-10 頁、田中健太郎「判批」研修 797 号（平成 26 年）21-30 頁。事案はこれらの評釈による。
- 10 昭和 45 年判決以前の判例学説の状況については、成瀬幸典「強制わいせつ罪に関する一考察—その主観的要件を中心に—（上）」法学 80 巻 5 号（平成 28 年）1-35 頁、昭和 45 年判決以後の判例学説の状況については、成瀬幸典「強制わいせつ罪に関する一考察—その主観的要件を中心に—（下・完）」法学 82 巻 6 号（平成 30 年）1-44 頁。
- 11 例えば、大分地判平成 25 年 6 月 4 日 LEX/DB25445758 は、「強制わいせつ罪が成立するためには、犯人の性欲を刺激興奮させ又は満足させるという性的意図が必要であり、専ら報復・侮辱・虐待等の目的に出た行為であれば、強制わいせつ罪には当たらない」と明言する。その他には、京都地判平成 18 年 12 月 18 日 LEX/DB28135092（以下、「平成 18 年①判決」とする）（「わいせつ目的があったと認定するにはなお合理的な疑いが残る」「被告人がわいせつ行為に及んだとの確信を抱くには足りず、合理的疑いが残るといわざるを得ない」）、東京高判平成 19 年 3 月 26 日高刑裁速（平 19）181 頁（「わいせつ行為目的があったと断定するまでには至らないといわざるを得ない」）、大阪高判平成 22 年 3 月 26 日高刑裁速（平 22）113 頁（以下、「平成 22 年判決」とする）（「自己の性欲を刺激興奮させ又は満足させようと意図しているのであるから、被告人が性的意図を有していたことは明白である」）、広島高判平成 23 年 5 月 26 日 LEX/DB25471443（以下、「平成 23 年判決」とする）（「盗撮により得られた画像を閲覧することによって、自身の性欲を刺激し、あるいは、満足させることを目的として、盗撮行為に及んでいれば、わいせつ意図を有していたものと認定できる」）（本判決の評釈として、森永真綱「判批」法学教室 389 号別冊付録判例セレクト 2012-1（平成 25 年）36 頁）、東京地立川支判平成 24 年 10 月 12 日 LEX/DB25483394（以下、「平成 24 年判決」とする）（「正当な施術と誤信して抗拒不能の状態にあるのに乗じて、わいせつ目的で本件各施術を行ったと認めることはできない」）、などと性的意図やわいせつ目的の存否について認定している。

といえる¹²。

2 最高裁判所平成 29 年 11 月 29 日大法廷判決

(1) このような中で、最高裁判所は平成 29 年 11 月 29 日に画期的な判決を出した。本件事案の概要は、被告人は、被害者が 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わいせつな行為をしたとして、強制わいせつ罪（刑法 176 条後段）で起訴された、というものである（なお、被告人はその他に、児童ポルノ製造罪、児童ポルノ提供罪等でも起訴されている）。

第一審判決¹³は、「被告人は、上記の行為は、金に困って A から金を借りようとしたところ、金を貸すための条件として被害者とわいせつな行為をしてこれを撮影し、その画像データを送信するように要求されたから、わいせつな行為をしているような演技をしてその様子を撮影して送信したのであって、その目的は金を得ることであり、上記の行為によって自己の性欲を刺戟興奮させ、満足させる意図はなかったと供述している。」と認定したうえで、「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。」「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な主観的要件を要求する実質的な根拠は存在しない。〔原文改行〕 よって、

12 その後の裁判例は、昭和 45 年判決にしたがって性的意図必要説に依拠するものが多い。例えば、名古屋地判昭和 48 年 9 月 28 日判時 736 号 110 頁、釧路地北見支判昭和 53 年 10 月 6 日判タ 374 号 162 頁。このような評価として、成瀬・前掲注 (10) (下・完) 4 頁、神元・前掲注 (5) (一) 76 頁。また、木村・前掲注 (5) 115—117 頁からは、昭和 62 年判決が例外的な判決であることが読み取れる。

13 神戸地判平成 28 年 3 月 18 日刑集 71 巻 9 号 520 頁。本判決の評釈として、成瀬幸典「判批」法学教室 432 号（平成 28 年）166 頁。

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。」とし、被告人に強制わいせつ罪の成立を認めた。

控訴審判決¹⁴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。その理由は、原判決も指摘するとおり、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。」として第一審判決の判断を是認した。さらに、「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、最高裁判所…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。」とした。

この第一審判決と控訴審判決はいずれも性的意図全面不要説に位置づけることができる。

(2) 被告人から上告がなされ、最高裁判所は次のように判示した¹⁵。す

-
- 14 大阪高判平成 28 年 10 月 27 日刑集 71 卷 9 号 524 頁。本判決の評釈として、前田雅英「判批」捜査研究 800 号 (平成 29 年) 32-43 頁。
- 15 最大判平成 29 年 11 月 29 日刑集 71 卷 9 号 467 頁 (以下、「平成 29 年判決」とする)。本判決の評釈として (中には判例評釈の域を超えているとみられるものもあるが)、前田雅英「判批」捜査研究 804 号 (平成 29 年) 2-13 頁、豊田兼彦「判批」法学セミナー 757 号 (平成 30 年) 123 頁、成瀬幸典「判批」法学教室 449 号 (平成 30 年) 129 頁、松木俊明=奥村徹=園田寿「判批」法学セミナー 758 号 (平成 30 年) 48-52 頁、曲田統「判批」法学教室 450 号 (平成 30 年) 51-57 頁、木村光江「判批」ジュリスト 1518 号 (平成 30 年) 156-158 頁、馬渡香津子「判解」ジュリスト 1517 号 (平成 30 年) 78-89 頁、高橋則夫「判批」論究ジュリスト 25 号 (平成 30 年) 113-121 頁、奥村徹「判批」判時 2366 号 (平成 30 年) 131-137 頁、小林憲太郎「判批」判

なわち、「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」「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」ことと、平成16年と平成29年のわいせつ犯罪に関する重罰化や犯罪の新設といった「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」ことから、「今日では、強制わいせつ罪の成立要件の解釈をするにあたっては、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出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。」「もともと、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は不明確で、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

時2366号(平成30年)138-142頁、佐藤拓磨「判批」判時2366号(平成30年)143-146頁、園田寿「判批」新・判例解説Watch23号(平成30年)167-170頁、塩見淳「判批」刑事法ジャーナル56号(平成30年)33-38頁、松宮孝明「判批」季刊刑事弁護94号(平成30年)74-79頁、仲道祐樹「判批」論及ジュリスト28号(平成31年)188-193頁、村井敏邦「判批」時の法令2043号(平成30年)50-53頁、日和田哲史「判批」上智法学論集62巻1=2号(平成30年)177-191号、谷脇真渡「判批」桐蔭法学25巻1号(平成30年)75-109頁、江藤隆之「判批」桃山法学29号(平成30年)139-164頁、小棚木公貴「判批」北大法学論集69巻3号(平成30年)163-209号。

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。〔原文改行〕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。」

(3) 平成 29 年判決は、性的意図が強制わいせつ罪の処罰範囲を画することに一律に機能するものではないことと近年の法改正によるわいせつ犯罪の重罰化と新設から、「今日では、強制わいせつ罪の成立要件の解釈をするにあたっては、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」としたうえで、わいせつ行為には、「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」と、「行為そのものが持つ性的性質は不明確で、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」との二様の行為があり、さらに、「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」として、性的意味のある行為であっても強制わいせつ罪の成立が認められない行為

があるとする。

このような構成について、馬渡香津子判事（最高裁判所調査官）¹⁶は、平成29年判決は、性的な意味の有無と程度に着目して、わいせつな行為を判断するものであり、3つの類型に識別することができるとする。すなわち、第Ⅰ類型は、行為の外形自体から直ちに性的意味が明らかな行為であり、性交類似行為がこれに当たる。第Ⅱ類型は、行為の外形自体だけでは、性的意味があるかどうかを直ちに判断できない行為であり、幼児の裸の写真の撮影、キスがこれに当たる。第Ⅲ類型は、行為そのものが持っている性的性質がないか、あるとしても非常に希薄な行為であり、性的関心で手に触れる、衣類を着けた者の撮影がこれにあたる。第Ⅱ類型については、それだけでわいせつ行為該当性の判断がつかない場合には、行為そのものが持ち得る性的性質の程度を踏まえた上で、当該行為が行われた際の具体的状況等（行為者と被害者の関係性、行為者及び被害者の各属性等、行為に及ぶ経緯、周囲の状況等）の諸般の事情をも加えて判断していくものであり、中には、行為者がどのような目的でその行為をしたのかという主観的事情を総合判断の一要素として考慮せざるを得ない場面も、少ないとはいえ、ありうると考えられる（監護者が児童を入浴させたり、その裸体を撮影する行為）。そして、復讐目的や性産業に提供する目的は、目的により当該行為に強い性的意味が付与される一方で、医療目的や養育目的は、客観的には性的な意味を強く持ち得るような行為も性的な意味のない行為となる。また、第Ⅲ類型については、迷惑防止条例違反とはなりえても、いかに行為者が主観的に性的意図を込めて行ったものであったとしても、この程度の行為までわいせつな行為とするのは妥当性を欠く。以上である。

平成29年判決は、性的意図について、「故意以外の行為者の性的意図を一律に強制わいせつ罪の成立要件とすることは相当でな」とする構成

16 馬渡・前掲注（15）86－88頁。

を採用し、「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。」とする。これは、性的意図必要説、不要説の両者に与することなく、わいせつ行為を2つあるいは3つの類型に分け、一方では性的意図を不要とし、他方では性的意図を必要とする（あるいは、少なくともその余地を残した）ことで、強制わいせつ罪成立のための新たな基準を定立したことにその意義を認めることができよう¹⁷。

(4) 平成29年判決の理論は、昭和45年判決および昭和62年判決の事案にどのように影響を及ぼすであろうか。これらの事案は、行為者は被害者に復讐するために、あるいは、被害者を従業員として稼働させるために、被害者を裸にして写真撮影したものである。裸にしての写真撮影という行為自体は、平成29年判決の論理にしたがうと、「行為そのものが持つ性的性質は不明確」な場合に属し、行為者の性的意図を「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」類型に属するといえる。性的意図の存否は「行為が行われた際の具体的状況等の諸般の事情」の一要素にすぎないもので、それだけで強制わいせつ罪の成否が決定されるわけではないが、後述の平成31年判決が行為を性的性質が明確と判断しているとおもわれることとの対比からは、性的意図の認められない（昭和45年判決はもちろんのこと昭和62年判決についてもこのように評価すべきである）これらの行為については、平成29年判決の理論では、強制わいせつ罪の成立は認められないことになりそうである。この仮説が正しいとすると、平成29年判決の射程はあまりに狭くなりすぎるきらいがある。

17 植松・前掲注(6)44頁は、注目すべきことに、「なかには、行為者の主観的意図を問うまでもなく、行為の外形から見て、明らかに性的と認めてよいものもあるが、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る。」と、平成29年判決のいう二分説と同じような見解をこれに先がけて提唱している。また、青柳文雄「傾向犯について」法学研究36巻4号（昭和38年）2頁は、「特殊の場合にだけ猥褻罪が傾向犯になるのであつて、一般の羞恥感情を害することを処罰する猥褻罪全部が傾向犯なのではない」とするが、これも二分説の原型といえるだろう。

3 その後の裁判例

(1) 平成 29 年判決以降に出された裁判例においては、平成 29 年判決の論理にしたがったと認められるものがみられる。まず、生後 8 か月の A に対し、おむつを引き下げて陰茎を露出させたうえ、その包皮をむくなどの暴行を加え、亀頭部を殊更露出させるなどの姿勢をとらせ、それをスマートフォン付属のカメラで撮影、保存したなど、13 才未満の子供合計 8 人に対して同様の行為（致傷行為を含む）をしたという事案において（なお、本件事案の被告人はその他に、保護責任者遺棄致傷罪や殺人罪等でも起訴されている）、平成 29 年判決を引用したうえで、「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が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。」¹⁸と判示して強制わいせつ（致傷）罪（刑法 181 条 1 項）の成立を認めた。

平成 30 年判決では、「陰茎の包皮をむくといったそれ自体性的性質が明確なもの」と「日常でも目にするような全裸又は半裸の乳幼児の姿態」をあげ、後者においては「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」としている。後者は平成 29 年判決のいう「行為そのものが持つ性的性質が不明確な場合」の 1 つとして性的意図が必要な場合と位置づけられることになろう。

(2) 次に、X が、宴会の最中、被害者に対し、その顔に自分の股間付近に持ったウインナーのような物を近づけ、A 女から、手で払いのけるよう

18 東京高判平成 30 年 1 月 30 日 LEX/DB25549825（以下、「平成 30 年判決」とする）。本判決の評釈として、成瀬幸典「判批」法学教室 458 号（平成 30 年）145 頁、神元隆賢「判批」北海学園大学法学研究 54 巻 2 号（平成 30 年）57-68 頁。なお、本判決に対して被告人から上告がなされたが棄却された（最終平成 30 年 9 月 10 日 LEX/DB25561692）。

にされ、背後から被害者の両脇に両腕を差し入れて仰向けに倒したところ、Yが、被害者の両足を持ち上げて無理やり開脚させ、その間に自分の腰を入れた上、腰を前後に振って着衣の上から自分の股間付近をAの陰部付近に数回接触させ、更に被害者に覆いかぶさってキスを迫るかのような態勢をとったが、XとYはこれを宴会の中での悪ふざけやAに対する嫌がらせ、さらには冗談半分で行ったという事案において、同様に平成29年判決を引用したうえで、176条前段の「わいせつな行為に当たるか否かは、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すると考えることができる。…したがって、わいせつな行為であるというためには…被害者の立場に立った一般人から見て、客体とされることにつき一定以上の性的羞恥心の対象となる行為をいうものと解することができ〔る〕」「Yは、明らかに性交を模して股間付近を被害者の陰部付近に複数回接触させているのであり、単に着衣の上から性的部位を手で触る場合と同列に論じることは適当ではない。しかも、犯行が多数の同僚警察官が見ている宴席で行われているから、被害者の性的羞恥心を著しく害し、性的自由を大きく侵害する行為であるというべきである。」「Yの行為は、被告人兩名の主観的な事情にかかわらず、社会通念に照らし、性的な意味合いが強い行為であり、刑法176条前段の『わいせつな行為』に当たるといえるべきである。」¹⁹⁾と判示して強制わいせつ罪の成立を認めた。

平成31年判決では、「わいせつな行為に当たるか否かは、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」などを

19 福岡高判平成31年3月15日LEX/DB25562714（以下、「平成31年判決」とする）。本判決の評釈として、成瀬幸典「判批」法学教室468号（令和元年）137頁。

すると、平成 29 年判決に依拠しつつ、「着衣の上から自分の股間付近を被害者の陰部付近に数回接触させ」るような行為は「社会通念に照らし、性的な意味合いが強い行為である」とする。これについては、特に、「被告人兩名の主観的な事情にかかわらず」と強制わいせつ罪の成否にとって最も重要な問題点として位置づけられてきたといっても過言ではない性的意図にわざわざ言及しつつ、「当該行為が行われた際の具体的状況等の諸般の事情」を考慮することなく、「性的な意味合いが強い行為」としてわいせつ行為性を肯定しているのが、当該行為は平成 29 年判決のいう「行為そのものが持つ性的性質が明確な場合」に当たると判断したと考えるべきであろう²⁰。そして、平成 31 年判決が、「わいせつな行為であるというためには…被害者の立場に立った一般人から見て、客体とされることにつき一定以上の性的羞恥心の対象となる行為をいう」と、わいせつ行為の定義を掲げたことには注目に値する。これは、わいせつ行為というためには、一般人の観点から羞恥心を抱きうる程度の侵害を要するが、被害者自身が実際に羞恥心を抱く必要はないとするものと位置づけることができる。

三 性的意図の要否

1 性的意図に関するいくつかの学説

(1) 昭和 45 年判決をはじめとする性的意図全面必要説は、性的意図をわいせつ行為性とは無関係に要求してきた。これは強制わいせつ罪を傾向犯ないしは目的犯ととらえることからえられる帰結である。これに対して、近年では、性的意図をわいせつ行為性の判断の一要素としてとらえる見解が有力に主張されている。

20 成瀬・前掲注(19)は、本件行為は「不明確な場合」に属し、平成 31 年判決の意義は、「不明確な場合」に属する事案の中にも、行為者の主観面を考慮することなくわいせつ行為性を肯定しうるものがあることを示した点にある、とする。平成 29 年判決は、「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」としているだけなので、主観的事情を判断要素とすることなくわいせつ性を判断する場合があっても不思議なことではない。

平成 29 年判決は、「わいせつな行為に当たるか否かの判断を行うためには…事案によっては、…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。」とすることから、性的意図をわいせつ行為性の中で考慮することを志向していると考えられる。

(2) そこで次に、性的意図に関して近年主張される学説をいくつか紹介する。

佐藤陽子准教授²¹は、わいせつ性を判断するための要素として、i) 関係部位（性器、性象徴部位、性器等との距離／被害者・行為者側の性器／男女）、ii) 接触の有無・程度（物理的接触、肌と肌の触れ合い、性具）、iii) 継続性（短期間一回きり、執拗性）、iv) 強度（さっと触る、執拗に触る／社会通念上の性的評価）、v) 性的意図、vi) その他の状況（ひわいな言動、暴行脅迫の強度）をあげ、そのうち、i) と ii) が最も重要であり、iii) と iv) は行為者と被害者の身体が接触するような行為態様において i) と ii) に準じる重要性を有し、v) と vi) は i) から iv) の判断を補う程度の重要性しか有していないとする。

このうち、性的意図については、被害者の性的自己決定権を重視するわいせつ性定義からは、これを必須の要素として求める理由はない、性的意図以外の要素に基づいて既に重大な性的性質が認められている場合、性的意図の欠如はわいせつな行為を否定する根拠になりえない（例えば、嫌がらせ目的や戯れで、幼児の陰部に物を挿入した場合には、重大な性的性質が認められる（BGH NStZ-RR 08,339））が、その一方で、必須ではないとしても、1つの考慮要素にはなりうるのであって（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行為と、性的意図でもって撫でる場合とでは、重大な性的性質が異なる）、性的性

21 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」法律時報 88 卷 11 号（平成 28 年）60—65 頁。

質の弱い行為であっても、性的意図があることにより、わいせつな行為として認められるようになる、そして、治療行為については、内心に性的意図が隠れていることだけを理由として、客観的に正当な治療行為を処罰することは不当である、フェティシズム行為については、女性が嘔吐する姿に性的興奮を覚える者、女性の口に指を入れて嘔吐させる行為は、社会通念上ほとんど性的性質を有さない行為である、と指摘する。

佐藤准教授の見解によれば、平成 29 年判決が掲げるわいせつ行為性の判断に際して、「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」する必要があるとの指摘については、「性的性質」は特に i) から iv) に、「具体的状況等」は特に v) と vi) に対応することになるのだろうか。

(3) 高橋則夫教授²²は、平成 29 年判決における 3 段階の判断構造を指摘する。すなわち、A) 行為に性的性質があるか否か（有無の問題）、B) 行為に性的意味があるか否か（ここでは、a) 性的性質が明確な場合には性的な意味があり、b) 性的性質が不明確な場合には具体的状況等を考慮して判断される（性的意図も 1 つの判断資料となる）（程度の問題）、C) 行為に可罰的違法性があるか否かである。

そして、具体的事案における強制わいせつ罪の成否を検討する。すなわち、①復讐、いじめ目的の場合について、イ) 裸にして写真を撮る (Ba)、ロ) 裸にして性器をもてあそぶ (Bb)、ハ) 性器切断のためズボンを脱がせる (Ba または Bb) 行為はいずれも、性的意図必要性からは不成立、性的意図必要説からは成立する。②特殊性癖の場合について、イ) 幼児と入浴 (Bb)、ロ) 幼児を抱き上げ、スカートの中をのぞく (Bb)、ハ) 女性

22 高橋・前掲注 (15) 117、120—121 頁。高橋・前掲注 (4) 133—135 頁にも同様の記述があるが、そこからは、高橋教授自身は、平成 29 年判決の構造自体は採用されるようであるが、その一方で、性的意図という行為意思を超過的内心傾向ではなく「わいせつ行為」という実行行為の判断における不可欠な要件とする。

が嘔吐する姿に性的興奮を覚える者が女性の口に指を入れて嘔吐させる行為²³はいずれも、性的意図必要説からは成立、性的意図不要説からは不成立である。③治療行為等について、イ) 医師が患者を裸にする (Aがないまたは Bb) 行為は、性的意図必要説不要説ともに不成立であり、ロ) 診察中の盗撮 (Ba)²⁴ はともに成立する。④暴行脅迫時の段階について、客体の性器をもてあそぶため暴行する (Ba) 行為は、性的意図必要説からは不成立であり、性的意図必要説からは成立する。⑤準強制わいせつ罪について、イ) 介護のため寝ている者の服を脱がす (Aがない or Bb)、ロ) 窓を開けて裸で熟睡している者をこっそり撮影する (Bb) 行為は、性的意図必要説不要説ともに不成立であり、ハ) 女性患者に検査目的で肛門部などに検査器具を押し当てる (Aがないまたは Bb) 行為²⁵は、ともに成立する。⑥平成 29 年判決の事案 (Ba) については、性的意図必要説からは不成立であり、性的意図不要説からは成立する。

馬渡判事と高橋教授の指摘する 3 つの類型については、第 I 類型は Ba に、第 II 類型は Bb に、第 III 類型は A がない、に対応すると考えることができよう。また、当該行為が第 I から第 III のいずれの類型に属するかを判断するに際しては、馬渡判事のあげる当該行為が行われた際の具体的状況等 (行為者と被害者の関係性、行為者及び被害者の各属性等、行為に及ぶ経緯、周囲の状況等) の諸般の事情や、佐藤准教授のあげる i) から vi) の関係部位、接触の有無・程度、継続性、強度、性的意図、その他の状況といった諸要素が具体的要素として機能するものと考えることができる。

(4) 成瀬幸典教授²⁶は、特に①医師の診察事例 (正当な医療行為の過程において行われた、必要不可欠とまではいえないが、実施することが不当ともいい難い身体的接触や写真撮影行為)、②撫で廻し事例 (着衣の上か

23 青森地判平成 18 年 3 月 16 日 LEX/DB28115159 (以下、「平成 18 年②判決」とする)。

24 平成 23 年判決。

25 平成 18 年①判決。

26 成瀬・前掲注 (10) (下・完) 16-19、26-30 頁。

らの背中・腰部・臀部等の撫で廻し)、③小児性愛事例(小児性愛者が乳幼児の性器に触れたり、その裸体を写真撮影する行為)、④陰茎切断事例(妻を奪ったAに対して強い恨みを抱いたXが、専ら恨みを晴らす目的で、1人暮らしのA宅に侵入し、Aに暴行を加えて失神させた上、ズボンを脱がせてその局部を露出させ、それを左手で握って、右手に持ったナイフで切断した場合)の4つの事例について考察を加える。

①では、医療行為としての妥当性が問われており、必ずしも必要でない検査等を性的意図で行ったとしても、当該検査等を行うことが医学的に不当とまでは言えない以上、違法と評価すべきではない。②では、行為の有する性的意味が微弱で、強制わいせつ罪が予定する程度のわいせつ性を備えていなければ、わいせつ行為性をみとめることができず、性的意図の存在を根拠にしてそれを認めることは問題である。③では、主体と客体の関係、行為が行われた状況・態様等の外形的・客観的事実を基礎に、性的意味を有する行為か否かを社会通念に照らして評価することで、小児性愛者による入浴行為ではわいせつ行為が肯定され、小児性愛者でない父親による入浴行為ではわいせつ行為性が否定されるとの結論を導くことができる。その一方で、④では、行為者の意図・目的に照らすと、傷害罪の成立にとどめるべきであるが、ズボンを脱がす行為や陰茎を握る行為にわいせつ行為性を否定することはできないと考えられる。しかし、性的行為の強制には行為者と被害者それぞれが当該行為を主観的に性的行為と意味づけていることが必要であるところ、故意とは別に、それに対応する性的意図を本罪の独立の主観的要件とすることが必要になる。

2 平成29年判決の評価

(1) 平成29年判決は、わいせつ行為を「行為そのものが持つ性的性質が明確で…直ちにわいせつ行為と評価できる行為」と「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」とにわけた。そのような区別は観念的には考えられるであろう。しか

し、問題は、ある行為について、行為の外形自体から直ちに性的意味が明らかかな行為と、行為の外形自体からは性的意味があるかどうかを直ちに判断できない行為とを識別することは可能かということである²⁷。両者の区別は白か黒かで明確に線引きできるものではなく、白と黒の間には灰色の概念があり、さらにその灰色も白に近い灰色と黒に近い灰色のようにその程度に相違を認めることができるから、そのような「灰色」をどこまで白または黒と見ることができるかは明らかではなく、また、実際問題としても明らかになりうる性質のものではない。すなわち、両者の中間的な行為もまた観念しうるところであるから、そのような場合の限界線を引くことは困難というよりも不可能に近いといえるであろう。

(2) それに加えて、両者の行為は、一義的に判別・決定できるものではない。例えば、昭和45年判決で問題となった、女性を全裸にして写真撮影する行為については、「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」が、これに対して、昭和45年判決の事案では、「被害者を脅迫して裸体にさせ、単にその立っているところを、内妻の面前で撮影した所為に関するものであり、その行為が直ちに犯人の性的意図の存することを示すものとはいえない」とされる²⁸。これは、内妻の面前での写真撮影という特段の事情を考慮することで、当該行為はそれ自体ではわいせつ行為性を具備するものとはならないとする趣旨とおもわれる。そうすると、同一の行為であっても、それがあつた事情のもとで行われた場合にはわいせつ行為性の意味を変えることにならるのであろうか。

27 高橋・前掲注(15)118頁も、平成29年判決は、わいせつな行為を客観的に判断できることを前提としているが、その具体的な判断要素はあげられていないとする。

28 時国・前掲注(6)6頁。昭和45年判決もまた同様に、「自己の内妻と共同してその面前で他の婦女を裸体にし、単にその立っているところを写真に撮影した本件のような行為は、その行為自体が直ちに行為者に前記性的意図の存することを示すものともいえない」とする。

この点については、本件は、自ら手を下して衣服を脱がせる場合と異なり、言葉による脅迫を用いて裸にならせたものであり、肉体的接触が認められないことからわいせつ行為とするには抵抗感があるとの見解²⁹がある一方で、裸にして写真を撮る行為に性的性質が明確な場合で性的な意味があるとすると見解³⁰も主張されている。このような見解の対立は、行為の外形自体から性的性質が明確か否かの判断が一義的に決定できないことを端的に示していることを表すものといえる。

(3) 平成 29 年判決は、性的性質が明確な行為として「強姦罪に連なる行為」をあげている。「強姦罪に連なる行為」との文言は一例をあげたものであるが、それでもなお、これが性的性質が明確な行為の基準となることに疑いはないであろう。しかしながら、平成 29 年の法改正によって、膣性交だけでなく肛門性交や口腔性交までもが全て強制性交等罪（刑法 177 条）として、強制わいせつ罪よりも重く処罰されるようになった現在、どれだけの行為が「強姦罪に連なる行為」に該当するといえるだろうかとの問題を提起できる。実際にも平成 29 年判決の事案は、自己の陰茎を口にくわえさせるという今日では強制性交等罪に該当する行為なので、当該行為は「強姦罪に連なる行為」であることが明らかである。

「強姦罪に連なる行為」で想定されるのは、強制性交等罪で規定する膣性交、肛門性交、口腔性交に類似する行為（性交類似行為）や、これらの器官への侵襲ということになるだろう³¹。強制わいせつ罪の成立が認めら

29 木村・前掲注(6) 134 頁。平野・前掲注(6) 124 頁、成瀬・前掲注(10) (上) 24 頁も参照。しかし、身体的接触がある方がよりわいせつ性が認められやすいにすぎず、接触がないとしてもわいせつ性が認められないことにはならないのであって、その他の要素とあわせて判断されるべきであると考え。

30 高橋・前掲注(15) 120 頁。

31 高橋・前掲注(15) 118 頁も、平成 29 年判決の「強姦罪に連なる行為」の射程は明らかではないとし、性交等に至りうる蓋然性が高いことを要するのか、被害者を裸体にすれば足りるのか、身体的内密領域への介入で足りるのか不明であるとする。これに対して、馬渡・前掲注(15) 86 頁は、第Ⅰ類型の例として性交類似行為等を、第Ⅱ類型の例として幼児の裸の写真を撮影する行為、キスする行為をあげることからすると、平成 29 年判決が「強姦罪に連なる行為」で考えているのは、性交類似行為とそれに類する侵襲行為ということになると

れる具体的な行為としては、陰部への接触（指を挿入する、指で弄ぶ、自己の陰部を押し当てる、手を触れる）、乳房への接触（弄ぶ）、接吻が考えられている³²。そうすると、「強姦罪に連なる行為」として性的性質が明確な行為としては、陰部への接触がこれに該当する可能性があると考えられるが、これに対して、乳房への接触と接吻はこれに該当しないであろう。

また、実際の裁判例で現れた事案をみても、このような基準により性的性質が明確な行為にあたと判断できるのは、女性の膣内へ指を挿入すること³³、検査器具を被害者の肛門部に押し当て数回にわたり陰核に至るまで密着させた状態で往復させること³⁴、着衣を脱がせて乳房を揉み、膣内に手指やバイブレーターを挿入すること³⁵、手を着衣内に差し入れて乳房を揉んだ上、ショーツ内に差し入れて陰部を手指で弄ぶこと³⁶等である。その一方で、裸にして写真を撮影すること³⁷、接吻³⁸、就寝中の被害者の至近距離から同人にむけて自己の陰茎を手淫して射精すること³⁹、抱きしめるなどして身体を密着させ、臀部を撫でまわすこと⁴⁰等は、これまでの判例に基準によればいずれも性的性質が不明確な行為に当たることになるのではないだろうか。

さらに、口腔内に指を押し込んで嘔吐させること⁴¹、は、性的性質が不

おもわれる。

32 大塚仁他編『大コンメンタール刑法第9巻(第3版)』(平成25年)67-68頁〔亀山継夫=河村博執筆〕。

33 平成24年判決。

34 平成18年①判決。

35 平成26年判決。

36 佐賀地判平成26年10月16日LEX/DB25505335。

37 昭和45年判決、昭和62年判決、平成23年判決。なお、大塚他・前掲注(32)68頁〔亀山=河村〕も、「裸にして写真をとる行為は本条にあたり得る」とするが、この記述は、まさに当該行為は性的意味が不明確な行為と位置づける根拠となりうるであろう。

38 東京地判昭和56年4月30日判時1028号145頁。ここでは、「被害女性を男性の性的興味の対象として扱い、同女に性的しゅうち心を与えるという明らかに性的に興味のある行為」と、わいせつ行為性が肯定された。

39 平成22年判決。

40 名古屋地判平成25年9月9日LEX/DB25502130。

41 平成18年②判決。なお、本判決においては当該行為のわいせつ性は判断対象

明確な行為またはそもそも性的性質が希薄な行為と位置づけられるであろう。

ところで、平成 30 年判決は、陰茎の包皮をむくという行為を性的性質が明確な場合と位置づける。しかし、平成 30 年判決の第一審判決⁴²は、「月齢 8 か月程度の日本人男児の陰茎は、通常亀頭部が包皮に覆われており、亀頭と包皮は癒着している上、乳幼児の陰茎は包皮輪が亀頭よりも狭いことが多いため、医療処置をせずに包皮をむいて亀頭部を露出させることは難しく、包皮が偶然むけてしまうことは考えにくい」「生後〇か月の男児が自分で包皮をむいて亀頭部を露出させることは、痛みを伴うため絶対にな [い]」とする医師の供述を採用し、平成 30 年判決もこの点に異論を述べていないことからすると、当該行為は、乳幼児の陰茎への関心を抱かせる最たるものの 1 つと評価できるから、性的性質が明確なものとする分類は納得のいくところであろう。

また、平成 31 年判決は、着衣の上から行為者自身の股間付近を被害者の陰部付近に数回接触させた行為を性的性質が明確な場合に位置づけていると考えられる。確かに、行為者自身の股間を被害者の陰部に接触させるという行為は性的行為を連想させることから、性的性質を有しうるものと考えられるところである。しかし、本件行為は着衣の上からなされたものであり、性交を連想させるとはいえ、あくまでも性交を模したものにすぎない。これに対する被害者の恐怖心は計り知れないものではあるが、それでもなお、実際に当該行為から性交に至るまでにはなおいくつかの段階を経る必要があり、その意味ではこの時点において性交に至る危険性はなお低いものと評価できる。その意味では、当該行為に「強姦罪に連なる行為」と位置づけるだけの強い侵害があるかといえるまでは疑問であり、典型的なわいせつ行為と比較した場合、本件行為を性的な意味合いの強い行為と比べてよいか微妙であることから、「行為そのものが持つ性的性質が不明

となっていない。

42 横浜地判平成 28 年 7 月 20 日 LEX/DB25543577。

確な場合」に位置づけるべきであろう⁴³。

以上のようなことからすると、「強姦罪に連なる行為」に該当する行為に当たるものは、上であげた行為の他には今日ではあまり考えることができず、強制わいせつ罪の成否が問題となる行為はそのほとんどが性的性質が不明確な行為に位置づけられることになってしまうのではないだろうか⁴⁴。そうすると、「当該行為が行われた際の具体的状況等」を考慮に入れて性的性質が判断されることとなり、その判断要素の1つとして行為者の性的意図が役割を果たすことになるであろう。そうすると、性的意図を独立の超過的要素とみる場合にはもちろん、性的意図をわいせつ行為性判断のための一要素とみ、性的意図がわいせつ行為性の決定にとってそれほど重要な役割を担うものではないと位置づける場合であっても、結局のところ、性的意図の有無が強制わいせつ罪の成否を決定づけることになってしまうのではないだろうか。

(4) 平成 29 年判決は、行為そのものが持つ性的性質が明確な場合と不明確な場合という 2 つの場合を認め、後者については具体的状況の考慮を要するとし、前者については「当該行為が行われた際の具体的状況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」として考慮の必要がないとする。しかし、前述したとおり、2 つの場合を厳密に識別することは不可能であること、仮に識別できたとしても明確な場合の射程範囲はあまりに狭くなりすぎる可能性がある。その一方で、性的性質が明確とされる場合において、そもそも、行為それ自体だけからわいせつ行為性を判断することは可能なのか、そこでも大なり小なり具体的状況を考慮に入れる必要があるのではないか、の問題を提起することができる。例えば、先にあげた陰部への接触といっても、具体例としてあげた指を挿入する、指で弄ぶ、自己の陰部を押し当てる、手を触れるなど、その侵害態様は様々であり、またその侵害の程度も強弱がある。この中では指を挿入することが

43 前述したこの点に関する成瀬・前掲注(19)137頁の分析は正当なものといえる。

44 成瀬・前掲注(10)(下・完)145頁も参照。

最も強い侵害態様の1つといえそうである。行為者が被害者に指を挿入する場合は、行為者の動機や目的は、医療目的を除けば、わいせつ目的のみが通常は存するであろうが、それでも、陰部を掃除する（平成30年判決における被告人もこのような主張をしている）などの事情も考えるところである。そうだとすると、この場合においても行為時の具体的状況を考慮しなければわいせつ行為性を判断できないものも考えられるところである。ましてや、それよりも侵害の程度が弱いと考えられる態様では具体的状況の考慮は不可欠となる。その場合において、陰部への接触だけとしても多様な侵害態様が考えられ、その他の侵害行為を入れれば、性的侵害とひとくくりにはできないことから、行為時の具体的状況を考慮に入れる程度は、具体的事案に応じて異なるであろうことはもちろんである。以上のことから、行為そのものが持つ性的性質が明確な場合と不明確な場合を問わず、わいせつ行為性の判断には具体的状況の考慮が、具体的事案において考慮の程度の大小は異なるとしても、必要とされるものとする。

3 わいせつ行為

(1) 強制わいせつ罪の保護法益は、個人の性的自由、性的自己決定権であり、その内実は、性的行為を行うかどうか、いつ、誰と、どこで行うかについては自分自身で決定することのできる自由とするのが通説の立場である⁴⁵。これに対して、近年では、保護法益を性的自由としつつも、単なる意思侵害の問題ではないことを明らかにするために、自己の身体を性的に利用されない自由⁴⁶と把握したり、あるいは、性犯罪における被害の重大性に鑑み、より保護の実体に着目し明確化することから、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⁴⁷や、性的自己決定の可能・不可能を問わず、全てに共通する性的不

45 西田=橋爪・前掲注(2) 98頁、山口・前掲注(2) 105頁、高橋・前掲注(4) 126頁。

46 佐伯仁志「刑法における自由の保護」法曹時報67巻9号(平成27年)37頁。

47 井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修806号(平成27年)8頁。なお、

可侵性⁴⁸、などとする見解が主張されている⁴⁹。

「身体的内密領域」や「性的不可侵性」という表現は性犯罪が単なる意思の自由の侵害にとどまらず心身に対して重大な被害を及ぼす犯罪であることや、各種わいせつ犯罪が他の自由に対する犯罪よりも法定刑が比較的高いことに鑑みて、単なる自由侵害にとどまらないという意味で新しい概念を持ち出して、より実質的に性犯罪被害を把握しようとする方向性については理解できるところである。しかし、「性的自己決定権」という用法では被害の実態が十分に把握できないとしても、これらの見解の内実は性的自己決定権を重視するものでもあり、表現の差異はあってもそこで考えている保護法益やわいせつ行為性の内容にはそれほど大きな差異はないものと考えられる。「生命、身体、自由、名誉、財産」という伝統的な法益概念からすると、ここで使用される概念の内容は抽象的なものといわざるをえない。伝統的法益論を逸脱する必要がない限りは、これにしたがって法益論を展開する方が理解しやすいとおもわれる。性的自由に対する犯罪といっても、そこでの自由とは、そのような制約のある（修正された、具体化された）自由と制約的に考えれば足りるのではないかとおもわれる。その意味では、わいせつ犯罪（強制わいせつ罪）に特有な事情があることを汲みつつも、そして、そのような特別な事情を前提としつつ、性的自由

井田・前掲注(3) 103-118頁は、「身体的内密領域に対する罪」として1章を設け、それを「生命・身体に対する危険犯」と「自由に対する罪」の章の間に配置する。

48 山中敬一「強制わいせつ罪の保護法益について」研修817号（平成28年）10、13頁。なお、山中敬一『刑法各論（第3版）』（平成27年）164頁も参照。

49 平成29年判決は強制わいせつ罪の保護法益について定義づけをしていないが、「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やその内容、程度にこそ目を向けるべき」との指摘やこのような保護法益の考え方を否定していないことから、詳細については不明だが、基本的には一般的な保護法益論を否定するものではないとおもわれるが、豊田・前掲注(15)123頁は、平成29年判決は、学説がいう性的「自由の意義等をめぐって見解が分かれている」ことから、「特定の見解に立つことを避けたと推測される。」、また、木村・前掲注(5)113頁は、『「性的自由侵害」があれば犯罪の成立には十分であるという説明では、現在の国民の納得を得るには足りないと考えた面もあるように思われる。』とする。

に対する罪と保護法益論を展開することには一定の意義があるものと考えられる。問題はその内容なのである⁵⁰。

(2) 平成 29 年判決はわいせつ概念も定義づけていない。わいせつ概念については従来から、わいせつ物頒布罪（刑法 175 条）における「徒に性慾を興奮又は刺戟せしめ、且つ、普通人の性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」⁵¹ との定義が公然わいせつ罪（刑法 174 条）⁵² とともに、強制わいせつ罪⁵³においてもそのまま妥当すると考えられてきた。これを前提としても、被害者の意思に反して接吻することについて、社会的法益に対する罪である公然わいせつ罪は成立せず、個人的法益に対する罪である強制わいせつ罪は成立するように、両罪の成立範囲が異なることを想起すれば、各種わいせつ犯罪におけるわいせつ概念は必然的に異ならざるをえない。

このように、従来の定義では強制わいせつ罪の事案解決にあたり十分な指針を提供できていないとともに、幼児等の性的羞恥心・判断力を持たない者に対する保護の問題への対応が求められると考えられる⁵⁴ことから、近年の学説では強制わいせつ罪のわいせつ概念について従来とは異なった概念が提唱されている。例えば、公然わいせつ罪におけるわいせつ概念より広く、被害者の性的羞恥心を害する行為⁵⁵、性的な意味を有する行為、すなわち、本人の性的羞恥心の対象となるような行為⁵⁶、被害者の性的自

50 馬渡・前掲注(15) 85 頁は、いずれの見解に立脚しようとも、公衆の面前でのキス等に対する犯罪の成否で刑法 174、175 条と刑法 176 条との間で処罰の間隙が生じることは当然とされており、わいせつな行為該当性を安定的に解釈していくためには、これにどのような判断要素をどのような判断基準で考慮していくべきなのかという判断方法こそが重要であるとする。

51 最判昭和 26 年 5 月 10 日刑集 5 卷 6 号 1026 頁。

52 公然わいせつ罪については、「猥褻の行為とはその行為者又はその他の者の性慾を刺戟興奮又は満足させる動作であつて、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解するのを相当とする。」（東京高判昭和 27 年 12 月 18 日高刑集 5 卷 12 号 2314 頁）等がある。

53 名古屋高金沢支判昭和 36 年 5 月 2 日下刑集 3 卷 5 = 6 号 399 頁。

54 佐藤・前掲注(21) 62 頁。

55 西田=橋爪・前掲注(2) 98-99 頁。

56 山口・前掲注(2) 106 頁。そして、これは、被害者の具体的な感受性を基準

由を侵害するに足りる行為⁵⁷、被害者の意思に反して、身体的内密領域を侵害し、そのことにより被害者の性的羞恥心を害し、または一般通常人でも性的羞恥心を害されるであろう行為⁵⁸、性的性質を有する一定の重大な侵襲⁵⁹などである。

(3) このような保護法益論とわいせつ概念や、そこでの問題意識を前提とすると、強制わいせつ罪成立のために求められる要件は以下のように考えることができる。まず、わいせつ行為は性的侵害行為であることが必要なのもちろんであるが、そこでの性的侵害行為は、平成 29 年判決が述べるように、性的な意味を帯びているとみられる行為の全てがわいせつ行為に該当するものではなく、一定程度以上の違法性を備えることが要求されるべきである。もちろん、性的性質の明確な行為と不明確な行為の限界が困難であるのと同様に、性的意味のある行為と意味のない（あるいは、著しく低い）行為との限界線を引くことは困難であることは否定できない。しかし、強制わいせつ罪として処罰するためには、一定程度以上の性的侵害の存在が要求されるべきであり、その段階に至っていない侵害行為は、いかに性的な侵害であり、また、行為者がいかなる性的意図を有していたとしても、さらには、迷惑防止条例で規定する迷惑行為とは異なり、それ以上の性的被害が要求される強制わいせつ罪の性格を考慮すれば、強制わいせつ罪で処罰するだけの可罰的違法性が欠けるというべきである。

ここでは、わいせつ行為をどのような要素でもって判断していくかが重要になる。その具体的な判断については、基本的には、馬渡判事や佐藤准教授のあげる諸要素が重要な要素となろう。例えば、佐藤准教授は関係する部位について言及するが、これに関しては、①被害者の性器等（性器、性象徴部位）（例えば、股間、胸）と行為者の性器等（例えば、股間、胸）が接触した場合、②被害者の性器等（例えば、股間、胸）と行為者の非性

としてではなく、一般的基準によって判断されるとする。

57 高橋・前掲注(4) 128頁。

58 井田・前掲注(3) 107頁。

59 佐藤・前掲注(21) 62、65頁。

器（例えば、つま先）が接触した場合、③被害者の非性器（例えば、つま先）と行為者の性器等（例えば、股間、胸）が接触した場合、④被害者の非性器（例えば、つま先）と行為者の非性器（例えば、つま先）が接触したという4つの場合を想定することができる。①と②は被害者の性器等への接触であり、①と③は行為者の性器等への接触であることを考慮すると、わいせつ行為性を肯定するための障壁は比較的小さいといえる。

これに対して、④は、行為者が自身のつま先を被害者のつま先に接触させた場合のように、非性器と非性器の接触は、それ自体では性的意味合いを有する行為ではない、あるいは、その程度は著しく低いと考えられるから、社会通念上はわいせつ行為とは考えにくく、さらに、接触の程度が弱いものであれば特に、通常はわいせつ行為性が排除されるであろう。その一方で、つま先に性的嗜好を有する者が性的意図をもって同様の行為に至った場合には、感情的には強制わいせつ罪の成立を認めたいところであるかもしれないが、これについては、まずもってわいせつ行為性を否定することで解決が図られるべきであろう。その意味で、平成29年の判決の指摘するわいせつな行為として処罰に値すると評価すべきではない行為のように、わいせつ行為性を排除する行為類型については重要な意味があるといえる。

(4) 次に、強制わいせつ罪では被害者が性的羞恥心を害することが要求されるであろうか。これを要求する見解⁶⁰もあるが、その背景には、被害者が性的羞恥心を抱いたことで法益が現実的に侵害されたことが読み取れるのであり、実際に法益が侵害されたことが自由に対する罪の中に位置づけられるとはいえ、強制わいせつ罪が一般的な自由に対する罪よりも重く処罰される根拠を見出すことができるのかもしれない。しかし、性的羞恥心を抱かない者に対しても犯罪の成立が認められるべきである⁶¹。このよ

60 西田＝橋爪・前掲注(2) 98-99頁。

61 井田・前掲注(3) 107頁は、「かりに被害者が就寝中にその行為が行われたとしても、被害者が目覚めてから性的羞恥を感じる行為であれば足りるように、被害者が幼児であったとしても、後に成長してから性的羞恥心を感じる行為で

うな者には、乳幼児、高度の精神障害者、酩酊者、睡眠中の者、当該行為に対して嫌悪感程度の感情を抱いても（わいせつ行為への同意は存在しない）性的羞恥心を抱いていない者が属するであろう。この点で、実際に被害者が性的羞恥心を抱いたことは強制わいせつ罪の成立には必要ないこととなる。また、強制わいせつ罪の故意としてもこの点の認識は不要である。

(5) 当該行為に対して被害者が実際に羞恥心を抱く必要はないとしても、当該行為は被害者に羞恥心を抱かせるに足りる行為であることは必要である。羞恥心を抱くような行為の判断基準は一般人となるから、わいせつ行為というためには、一般人の見地から性的羞恥心を害する行為であることが必要である⁶²。平成 29 年判決のあげる「行為そのものが持つ性的意味」があるか否か、また、それが明確か否かは、結局のところわいせつ概念が時と場所により変遷するのであって、その時代における一般人が当該行為に対していかなる判断をするかが決定的ということになる。したがって、一般人が当該行為に対して性的羞恥心を抱かないような行為については、これをわいせつ行為から除外する必要がある⁶³。これが、性的な意味を帯びているとみられる行為の全てがわいせつ行為に該当するものではないことを意味するものである。

これに対しては、客観的には一般人からは性的意味を読み取れない行為が、行為者が特殊な性癖を有しているために行為者にとっては性的意味を帯びる場合の強制わいせつ罪の成立について問題となるとの指摘がある⁶⁴。そして、論者は、その例として、SM 嗜好やフェティシズム行為、

あることが必要であり、それで足りる。」とするが、そうすると、「目覚め」や「成長」により羞恥心を抱くことをまっぴら犯罪は既遂となるようにおもわれる。そのような行為は単に「一般通常人でも性的羞恥心を害されるであろう行為」とすれば十分ではないだろうか。

62 西田=橋爪・前掲注(2) 99 頁。

63 仲道祐樹「イギリスにおける性犯罪規定」刑事法ジャーナル 45 号(平成 27 年) 27 頁、高橋・前掲注(15) 118 頁を参照。

64 園田・前掲注(5) 125-126 頁、園田寿「強制わいせつ罪における〈わいせつ行為の概念〉—とくに被害者が低年齢の児童である場合—」『日高義博先生古稀祝賀論文集下巻』(平成 30 年) 105 頁。

自己の特異な性的欲求を満足させるために、被害者の口腔内に指を押し込んで嘔吐させるという事案⁶⁵や、射精を行い被害者の着衣に精液を付着させるという事案⁶⁶、乳幼児に対する以上な性癖に導かれた行為をあげ、行為が性的意図をもって行われるのであれば、強制わいせつ罪の成立を認める意味があるとする。

しかし、性的意図の要否については後で検討するとして、行為そのものが持っている性的性質がない、あるいは、あるとしても非常に希薄な行為の類型は、わいせつな行為と評価されるべき行為の類型と区別されるものであることはすでに述べたとおりである。そうであれば、行為自体に一般人がわいせつ性を認めないような行為については、そもそもわいせつ行為に当たらないと評価すべきであるし、たとえ行為者が当該行為にいかにも性的意図を有していようとも、性的意図の存在によってわいせつ行為性が付与されるものではないし、また、そうであってはならない⁶⁷。

また、乳幼児に特有な事情として、乳幼児の性器に触れたり、その裸体を写真撮影する行為について、乳幼児は性的に未成熟・未発達であるため、それらの行為が「一般人」の性的興奮を喚起したり、性的羞恥心を害したりすることはなく、また、乳幼児には性的羞恥心や性的行為に関する意思決定能力が認められないため、「わいせつ行為性」を認めることは困難であるようにおもわれる⁶⁸ことが考えられる。前者については、乳幼児に対するわいせつ行為のように、当該行為が一般人に対してなされればわいせつ性が付与されるが、乳幼児に対してなされてもわいせつとはみられないような場合は確かに存在する。しかし、わいせつ行為が一般人の性的羞恥

65 平成 18 年②判決。

66 平成 22 年判決。

67 佐藤・前掲注(15)145 頁も、パソコンのキーボードを打つ際の指先の動きとタッチ音に性的興奮を覚える者が性的意図をもって他人にこれを強要した場合、このような行為は日常的に行われるものであり、社会通念上、性的意味づけは与えられない、とする。

68 成瀬・前掲注(10)(下・完)19 頁。

心を害する程度のものが要求されることで重要なのは、具体的状況⁶⁹を含めての判断ではあるが、被害者がどのような者かというより、どのような行為がなされているかで判断されるべきである。乳幼児・低年齢児に対する性的虐待と呼べるような行為は一般人にとってはおぞましい行為、残虐な行為にすぎず、わいせつ行為と判断しづらであろう⁷⁰が、そのようなおぞましさや残虐さは、行為者が被害者に対してわいせつな行為を行っていると捉えるからこそ生じる感情であって、両感情は両立しうるものといえる。また、後者については、被害者自身の羞恥心や意思決定が重要なでないことはすでに論じたところである。

(6) なお、性的な意味を帯びてはいるがわいせつ行為に該当するほどの違法性を備えていない行為は、一般的に強制わいせつ罪が成立することはない。しかし、そのような行為であっても、被害者が実際に性的羞恥心を抱くことを認識して行為に及んだ場合には、犯罪の成立を否定する理由はないとおもわれる。例えば、つま先への接触がこれに属すると仮定して、なおつま先への接触に性的羞恥心を抱く者に対してその事情を知りつつつま先に触れる場合は、行為自体は性的侵害の程度が微弱であるとしても、被害者は現に性的羞恥心を抱き、行為者もこのことを認識している以上は、強制わいせつ罪の成立を肯定すべきである。

4 具体的事案について

(1) ここまで検討してきたところから、これまでに問題点を指摘してあげたいいくつかの事例について、ここでは成瀬教授が適切にも整理されているので、成瀬教授の事例区分にしたがい、成瀬教授の見解とこれに関す

69 成瀬・前掲注(10)(下・完)19頁は、わが国では、両親が乳幼児と一緒に入浴したり、その裸体をカメラ等で撮影したりすることがしばしば行われているとするが、それは乳幼児に特有な、それも親等の特定の関係のある者との間でのみ成立する事柄であり、それを乳幼児との入浴や裸の撮影一般にまで及んで、強制わいせつ罪の成否に影響を与える事情ということにはならないであろう。

70 園田・前掲注(5)119頁を参照。

の高橋教授の見解を再度確認した⁷¹うえで、さらにその他に考えられる事案にも言及しつつ、検討を加える。

(2) 成瀬教授のあげる①医師の診察事例について、成瀬教授は客観的な行為だけでわいせつ性の判断は可能だとし、高橋教授は、③(口)の診察中の盗撮や、⑤(ハ)の患者の肛門部に検査器具を押し当てる行為について、性的意図必要説と不要説のいずれにおいても強制わいせつ罪の成立を認める。

この場合は、正当業務行為性(違法性阻却事由)の判断に先立ってわいせつ行為性(構成要件該当性)の判断がなされなければならないと、あくまでも当該行為が客観的にわいせつ行為であることが肯定される必要があることは当然であるとの前提のもと、その論理は業務行為一般に拡大した上で、首肯できる。また、当該業務を行う上で必ずしも必要な措置とはいえないような行為、すなわち当該業務から逸脱する行為であっても、その逸脱の程度がわずかであり、業務遂行の一環として特段問題とならないものであれば、通常の業務の範囲内として扱うことも許されるであろう⁷²。すなわち、医療行為においては、これらの行為が正当な医療行為としての相当な範囲を逸脱しているかどうかは違法性阻却の問題として問われることになり、正当な検査の範囲内であれば、行為者が性的意図を有していても正当業務行為として取扱うべきであろう⁷³。医療行為以外においても、例えば、保育園・幼稚園の教諭や看護師・介護士が、園児や病者・被介護

71 前掲注(22)、前掲注(26)を参照。

72 正当業務行為について、団藤重光編『注釈刑法(2)のI』(昭和43年)106-107頁〔福田平執筆〕は、業務そのものは正当であるとしても、さらに、行為がその業務の正当な範囲に属することが必要であり、具体的行為が業務の正当な範囲にあるかどうかは、結局のところ、その行為が法秩序全体の見地からみて社会的に相当と認められるかどうかであり、その判断は、具体的・実質的になされなければならない、とする。

73 平成23年判決は、「診察中であっても、被告人の盗撮行為が診察行為に当たらないことは明白であり」「診療行為の一環として、各被害女児の着衣をずらし、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ず、その乳房を露出させた状態を利用した、強制わいせつ行為に当たる被告人盗撮行為」として、盗撮行為のみにわいせつ行為性を認める。

者の汚れたオムツ・下着を替える際に陰部や臀部等の身体に触れる行為は同様に考えることができるであろう。また、運動会や学会の際に保育園・幼稚園から依頼を受けて園児の着替えを手伝う親が、自分子供ではない園児の着替えをさせるときに同様の行為に出た場合も考えられる。この場合当該行為自体は反復・継続して行われるものではないので厳密には正当業務行為の性格を備えるものではないが、保育園・幼稚園の業務の一環として行われるものであることからそでの正当業務行為の一環としてなされるものと、あるいは、少なくともそれに準じるものと評価することができ、同じように考えることができるであろう。

実際に裁判例で問題となった事例については、診察中に盗撮することについては、医療行為の一環として患部を写真やビデオで撮影することは考えられるところではあるが、当該事案における撮影は「自動車の鍵のように見せかけて机上に設置した小型カメラで、乳房を露出した状態の場面を含めて」撮影したものであり、行為者の性的意図とは無関係に、「診察中であっても、被告人の盗撮行為が診察行為に当たらないことは明白であり、診察上の必要性もない」ものであるから、医療行為を利用したわいせつ行為として把握されるべきであり、そもそも医療行為の範疇を超えるか否かすら問題となりえないものといえる⁷⁴。これに対して、女性患者に検査目的で肛門部に検査器具を押し当てたことについては、被害者の直腸壁の異常を認識して当該措置に至ったもので、「本件において会陰走査は必要ではなかったとはいえない」と、当該行為を行う必要性が認められている。それが「本件措置時やその前後の〔被害者〕に対する配慮に欠ける、あるいは不十分な行為」はあっても、不当な医療行為とまではいえないような態様は、認められてしかるべきである⁷⁵。実際の裁判例では行為者のわいせつ目的の有無を詳細に判断し、「わいせつ目的があったと認定するには

74 平成 23 年判決。ただし、盗撮行為に強制わいせつ罪が成立するためには、暴行・脅迫の要件を充足しなければならないのであり、森永・前掲注 (11) 36 頁はこの点を指摘する。

75 平成 18 年①判決。

なお合理的な疑いが残る」としつつも、「わいせつ目的を有していたことの徴表とみる余地のある事情も存する」としているが、それは医療行為としての正当性を判断するための一要素としての判断にすぎず（その意味では平成18年①判決はわいせつ目的をわいせつ行為を判断するための一要素として理解するものと考えられる）、また結局のところわいせつ目的の存在は否定された。いずれにしても、たとえ行為者がわいせつ目的を有していたとしても、当該措置が正当な医療行為に属するのであれば、わいせつ目的の有無にかかわらず、強制わいせつ罪の成立は否定されるべきであろう。

(3) ②撫で廻し事例について、成瀬教授は客観的なわいせつ行為性を認めることができない場合に、性的意図の存在を根拠としてこれを認めることはできないとする。ここでは平成29年判決の指摘するわいせつな行為として処罰に値すると評価すべきでない行為の類型に当たるものと考えられている。そこであげられる背中への接触等が性的意味が微弱かどうかについては疑問の余地もあるが、基本的な方向性は賛同できる。

(4) ③小児性交事例について、成瀬教授は客観的な行為だけでわいせつ性の判断は可能だとし、高橋教授は、②イ)の幼児との入浴や②ロ)の幼児を抱き上げてスカートの中をのぞくことについて、いずれも性的意図必要説と不要説性で強制わいせつ罪の成否が分かるとする。

特殊性癖のある者が性的興奮を覚えるために乳幼児と入浴して実際に性的興奮を覚えたとしても、そして、入浴行為それ自体がわいせつ行為性を具備するとしても、通常の入浴の形態を超えるものでなければ正当な入浴として扱われるべきであるが、その程度を超えれば当該入浴は違法なものと認められるべきであろう。通常の入浴は決してわいせつ行為といえるものではないが、馬渡判事のあげる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判断要素として考慮に入れることで、わいせつ行為性を具備することもありうると考えられる。その意味では、入浴行為がわいせつ行為に当たるかどうかは構成要件該当性の問題である。なお、馬渡判事は、監護者による児童の入浴については行為者の主観面を考慮せざるをえ

ない場面の1つとしてあげている。しかし、入浴が通常の形態を超えて違法性を帯びるか否かは、行為者の性的意図によらなくても、馬渡判事のある具体的状況等（行為者と被害者の関係性、行為者及び被害者の各属性等、行為に及ぶ経緯、周囲の状況等）といった客観的要素でもって十分に判断は可能であり、むしろ行為者の性的意図を考慮すると、この存在によって、通常の形態の適法な入浴が違法に転じる可能性が危惧されるところである。

また、乳幼児の下着（オムツ）が（容易に）見える衣服について、特に何らかの手段を講じることなしに下着（オムツ）を見てもわいせつ行為とはいえないが、のぞくなどしてあえて下着（オムツ）を見れば、スカートの中をのぞくことは、一般の者であれば羞恥心を抱くと考えられるので、そこでは乳幼児自身が性的羞恥心を抱くことは必要ではなく、わいせつ行為たりうるであろう。ただし、まずはのぞく行為が客観的にわいせつ行為と判断できるだけの大きさを備えることが求められなければならない。これは②撫で廻し事例と同様に考えることができるものである。

ただし、乳幼児に対してはわいせつ行為として認められるためのハードルはより高くなると考えられる。わいせつ行為においては、陰部への手指の挿入のような強度のわいせつ行為から、短時間軽度に抱きつくといった軽度のわいせつ行為まで、その程度を観念することができる。抱きつき行為や着衣の上から臀部を撫でる行為は、それが大人に対してなされればわいせつ行為性を具備する場合が高いであろう⁷⁶が、同じ行為でも乳幼児に対してなされる場合にはわいせつ性が排除される可能性が高いとおもわれる。

例えば、飲食店の店員が帰りの会計の際にわざわざ乳幼児に短時間抱きついて礼を言ったという場合に、たとえその者が小児性愛者であったとしても、強制わいせつ罪の成立が認められることはないであろう。抱きつき

76 東京高判平成20年7月9日高検速報（平20）121頁、名古屋高判平成15年6月2日判時1834号161頁。

行為は会計に必要なものではないが、乳幼児への接し方という点では特に異常なものではないと考えられるからである。しかしながら、乳幼児に対して通常の接し方と考えられる程度を越えれば話が別であることは当然である。

(5) ④陰茎切断事例について、成瀬教授は客観的な行為だけで判断すると強制わいせつ（致傷）罪の成立を認めざるをえず、そのため超過的要素としての行為者の性的意図を考慮に入れて初めて強制わいせつ罪は否定できるとし、高橋教授は、①ハ）で性器切断のためにズボンを脱がせる行為について、必要説と不要説で強制わいせつ罪の成否が分かれるとする。

陰茎切断事例では、成瀬教授は、当該行為によって実際に被害者本人が性的羞恥心を覚えたとしても傷害罪（刑法 204 条）にとどめるべきであるとされる⁷⁷。これは、外形上はわいせつ行為と捉えることができ、被害者自身がそれに対して羞恥心を抱くようなものであっても、直ちに強制わいせつ罪の成立を認めるべきではないとする見解として傾聴に値する。しかし、これは、強制わいせつ罪の本質を「他者をその意思に反して自己又は第三者の性的衝動・性的欲求の対象として扱うことの禁止」に求める⁷⁸ことからの帰結であり、平成 29 年判決の「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であ〔る〕」ことによれば、行為者の意思よりもむしろ被害者の事情の方に重点を置く方向に向かうべきであろう。そうだとすると、「ズボンを脱がせてその局部を露出させる」

77 成瀬・前掲注 (13) 166 頁。そのために、成瀬・前掲注 (10) (下・完) 30 頁は、強制わいせつ罪の実質である「意思に反して、他者の性的衝動・性的欲求の対象として扱われないこと」という外形的・客観的事実を基礎に判断される「わいせつ行為」を超える、故意とは別の意図を強制わいせつ罪の独立の主観的要件とすることが必要であることを理由にして性的意図を超過的要素として要求するが、その内容は、「人をその意思に反して自己又は第三者の性的衝動・性的欲求の対象として扱う意図」を表すとする。そして、平成 31 年判決に関して、成瀬・前掲注 (19) 137 頁は、「性的欲求という概念を広く捉えれば、そこに性的好奇心の対象とすることを含めることも可能であろう。本件行為は、意思に反して、〔被害者〕を他者の性的好奇心の対象とするものであ〔る〕」として、この事案において性的意図の存在を肯定する。

78 成瀬・前掲注 (13) 166 頁。

「局部を手で握る」行為に、当該行為が行われた具体的な状況を考慮に入れたうえで、一般人が性的羞恥心を抱くのであれば、わいせつ行為性を否定する理由はないと考える。高橋教授の分類はこの点を踏まえてのものとおもわれる。

また、強制わいせつ罪不成立説は、性器切断により傷害罪が成立する場合に、強制わいせつ致傷罪との2罪が成立することを懸念すると考えられるが、両罪は保護法益自体が異なるので、2罪成立を特に問題視する必要はないと考えられる。

これについては、子供を裸にして折檻するという事案も同様に扱うことができる。これに関する裁判例では、自己の養子である5才の被害者に、浴槽内でシャワーの水をかけ、全裸にしてその肩付近まで水を溜めるなどした結果、被害者を死亡させたという事案⁷⁹や、自己の子供である10才の被害者を全裸にして、その手足を縛りベランダに縛りつけ、約3日間ほとんど飲食物を与えることなく放置した結果、被害者を死亡させたという事案⁸⁰で、傷害致死罪を認めた一方で、被害者を全裸にする行為についてわいせつ性の判断をしていないものがあり、そこから、性的意図が明らかに認められない場合には最初から性犯罪として立件されないのは当然のことであるとする見解⁸¹が主張される。そして、法的刑を比較すると、強制わいせつ致死傷罪が無期または3年以上の懲役なのに対して、傷害罪は15年以下の懲役または50万円以下の罰金であり、傷害致死罪の3年以上の有期懲役を加えても、強制わいせつ致死傷罪の法的刑の方が高い。

しかし、そうはいつでも、この種の事案が全ての場合において行為のわいせつ性が認められないかといえば、そうはならないであろう。まず、立件の容易性と傷害致死罪の明らかな成立により、検察官が起訴事実でもって十分な刑を科せると考えれば、あえて証明の困難なわいせつ事犯の判断

79 水戸地土浦支判平成12年2月8日判タ1072号263頁。

80 名古屋地岡崎支判平成15年1月20日LEX/DB2541051。

81 園田・前掲注(5)121頁は、刑事実務全般において性的意図の存否が性犯罪として立件するための十分条件とされているといえるのではないかとする。

をまつまでもないと考えても不思議ではない。しかも、裁判例に現れた事案はいまだ昭和 45 年判決が妥当し、性的意図が全面的に要求される時代であったこともあわせて考慮すべきである。また、わいせつ行為性の問題としては、馬渡判事のあげる当該行為が行われた際の具体的状況等の諸般の事情、特に、行為者と被害者の関係性も問題となる。これを学校の教諭が行う場合にはわいせつ行為性が認められやすいであろうが、親が行う場合には、親子関係にはわいせつ行為性のハードルは上がり、直ちにわいせつ行為性を肯定することにはならないなどの事情を考慮することができよう。そして、当該行為が行われた具体的な事情を考慮する必要がある。つまり、同じ局部を手で握る行為や裸にする行為であっても、その具体的事情に応じて、一般人が羞恥心を抱くものかどうかが判断されなければならない。その意味では、平成 29 年判決のあげる性的性質が明確な行為であっても、具体的事情の考慮を排除してもよいわけではなく、むしろその考慮は必要ということになる。さらに、故意の問題も出てくる。性的意図と故意とは同時に存在することが求められるわけではないが、かなりの部分で重なって存在しうるのは確かである。性的意図をもってわいせつな行為をすれば一般的にはわいせつ性の認識をもってそれをなしているのであり、逆に、裸にする行為をわいせつ性の認識なくして遂行すれば一般的には性的意図が存在しないものと考えられる。ここで問題としてあげた裁判例がそのような事案であるかは不明だが、性的意図の不存在がわいせつの故意の不存在と関係する事態であったということは否定できない。

(6) その他の事案としては、高橋教授は、②ハ) で口腔性交罪の規定化によって口腔に指を入れる行為の性的性質を否定することは困難であるとする⁸²。しかし、陰部や肛門に指を入れることと口に指を入れることは性的意味としては異なると考えられるから、口腔への指入れはわいせつ行為性を欠くと解すべきである⁸³。

82 高橋・前掲注(15) 120 頁。

83 平成 18 年②判決。なお、井田・前掲注(47) 12 頁は、「異物や指を口腔に挿

また、昭和 45 年判決と昭和 62 年判決の事案のように、復讐する目的や稼働させる目的で被害者を裸にして写真撮影する行為については、被害者が性的羞恥心を抱くに足りる行為がなされている以上は、強制わいせつ罪の成立が認められるべきである⁸⁴。また、平成 31 年判決の事案は、行為者はふざけて被害者に対して、腰を前後に振って着衣の上から自分の股間付近を被害者の陰部付近に数回接触させたというものだが、「明らかに性交を模して」行われた当該行為自体が性的意味合いの非常に強い行為であり、「しかも、犯行が多数の同僚警察官が見ている宴席で行われている」という具体的事情に照らせば、「被害者の性的羞恥心を著しく害」とするとの判示については、異論は認められない。

5 わいせつ概念と性的意図の要否

(1) 平成 29 年判決は、行為の意味を判断するに当たっては、「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」とし、従来の性的意図よりも広く主観的事情を考慮要素に含める可能性を捉えているとおもわれる。ただし、そこでも性的意図が議論の中核であることに疑いはないだろう。そして、高橋教授による分類が端的に示すとおり、性的意図を独立の超過的要素とみことは強制わいせつ罪にとって性的意図が成立要件として重要な役割を果たすことはもちろんだが、性的意図をわいせつ行為性判断のための一要素とみ、性的意図が強制わいせつ行為性の決定にとってそれほど重要な役割を担うものではないと位置づけるとしても、結局は、性的意図の有無で犯罪の成

入する場合には、他の場合との、侵害性の程度における差異が顕在化することにも明らかのように、男性器の挿入の場合とは質的に異なったものがある。」とし、佐藤・前掲注(15)144頁は、「口腔に関しては、日常生活上、様々な物が接触しまたは入る部位であることから、たとえば口腔内に手指を入れる行為は、性的性格が明確とはいえないのではなかろうか。これに対し、男性器の形状を模したバイブレーターを口腔内に挿入する行為は、明らかに口腔性交を想起させるものであるから、性的性格が明確だと考えることもできよう」とする。

84 伊藤・前掲注(1)31頁。

立が決定されることになるのではないだろうか。その意味で、性的意図を強制わいせつ罪成立のための要素に組み込むことは大きな問題をはらむものといえる。

いずれにしても、強制わいせつ罪の成立のために性的意図を超過的な主観的要素と捉える見解はもちろん、わいせつ行為の一要素と捉える見解においても、わいせつ行為概念が法益論とは別に考えることはできない。刑法の目的の1つとして法益保護をあげることができるところ、犯罪論体系は法益論を中核として構成されるため、法益論とは無関係な要素は基本的に犯罪構成要素からは除外されることになるからである。こうしたことから、法益論から性的意図の要否を検討する必要がある。

(2) まず、超過的要素として性的意図を要求すべきかについてである。奪取罪における不法領得の意思に代表されるように、書かれざる主観的構成要件要素であっても必要性（違法関連性や責任関連性）があればその存在は認められるべきである。性的意図もこれと同様であって、性的意図にそのような関連性が存在するかが問題となる。強制わいせつ罪の保護法益を性的自由、性的自己決定権という伝統的な見解にしたがい、また、性犯罪の被害の重大さを考慮に入れると、被害は被害者の側から構成すべきである。佐藤准教授のあげる諸要素についても、関係部位、接触の有無・程度、継続性、強度、性的意図、その他の状況と、性的意図を除けば全て被害者側の被害の大きさを判断するための要素といえる。また、馬渡判事のあげる当該行為が行われた際の具体的状況等としての、行為者と被害者の関係性、行為者及び被害者の各属性等、行為に及ぶ経緯、周囲の状況等といった事情は、直接的には被害の大小を示すものではないかもしれない。しかし、例えば、行為者と被害者の関係性については、わいせつ性の評価に影響を及ぼしうる重要な要素となるであろう。例えば、両者の関係が親子、親族、他人の場合や、被害者が特に年少者の場合には、同じ行為であっても、諸事情を考慮してそれがわいせつ行為となる場合とならない場合が存在しうるであろう。親子であれば、接触する部位やその強弱にもよることは当然のことではあるが、愛情表現や一種の遊びとして社会的に認めら

れるような行為が、他人であれば、たとえ戯れであっても、社会的相当性を逸脱した行為と評価されることになるからである。この点では、これらの要素も被害の大きさを判断するための要素となりうるものといえよう。

これに対して、性的意図は、行為者の主観面に存するものにすぎず、それ自体では被害者側の被害の大きさを判断するための要素、すなわち強制わいせつ罪における法益侵害に影響を与える要素としては必要がないものと考えられる。その一方で、性的意図を成立要件として要求すると、客観的にわいせつとはいえない行為が性的意図の存在によって犯罪の成立が認められかねないことも懸念される場所である⁸⁵。

(3) 次に、性的意図をわいせつ行為性判断の一要素として考慮することの是非についてである。これまでに検討したところからすると、強制わいせつ罪におけるわいせつ行為とは、「一定程度の性的侵害を伴う一般人が羞恥心を抱くに足りる行為および、その程度に至らない性的侵害であっても特に行為者が被害者がこれによって羞恥心を抱くことを認識しつつ実際に羞恥心を抱かせた行為」と定義することができる。

このような定義づけは、平成 31 年判決が、「わいせつな行為であるというためには…被害者の立場に立った一般人から見て、客体とされることにつき一定以上の性的羞恥心の対象となる行為をいう」と述べているところと、一般人基準を採用することと、被害者自身の性的羞恥心を要しないとする部分で合致するものと考えられる。

そして、その判断に際しては、馬渡判事や佐藤准教授があげる諸要素という具体的事情を加味して検討することになろう。このような主張には定義や判断の曖昧さを指摘することもできようが、そもそもわいせつ概念自体が規範的な曖昧な表現であるから、その時代と場所に応じた対応が求められることからすると、それも仕方ないものといえる。判例のあげる「徒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

85 伊藤・前掲注(1) 31頁。

良な性的道義観念に反すること」という伝統的な定義については、「徒に性欲を興奮又は刺戟せしめ」とは、行為者自身の性欲ではなく、行為それ自体の性格を表すのであれば、「普通人の正常な性的羞恥心を害し」と重複することになる。また、「善良な性的道義観念に反すること」は、強制わいせつ罪を社会的法益に近づける表現ともおもわれるが、一般人の性的羞恥心を害すると読み取ることも可能なので、その意味では「善良な性的道義観念に反すること」と大きな相違はないといえる。結局のところ、上記のような前提でもってではあるが、私見と判例のわいせつ概念にそれほど大きな相違は見いだせないとおもわれるが、端的に上であげたような定義づけをすれば足りるとおもわれる。

このようなわいせつ概念を前提として、性的意図をわいせつ行為の一要素として捉えることができるかであるが、わいせつ行為性も保護法益論を抜きにして、それだけを単独で理解することはできない。ここでも犯罪の重大性ゆえに被害者側の視点から捉えられるべきである。性的意図を犯罪成立のための単独の要素ではなく、行為性を判断するための一要素と捉えるのであれば、法益侵害性との関係はより薄まることになるので、その存在は認められやすくなるであろう。

しかし、それでもなお、わいせつ行為性は客観的要素によって判断されるべきであると考える。「一定程度の性的侵害を伴う一般人が羞恥心を抱くに足りる行為」を判断するに際しては、馬渡判事のあげる行為者と被害者の関係性、行為者及び被害者の各属性等、行為に及ぶ経緯、周囲の状況等の事情や、佐藤准教授のあげる関係部位、接触の有無・程度、継続性、強度、その他の状況でもって十分に判断が可能だからである。実際にこれまでに検討した事例においても、具体的状況に応じるとの条件をつけはしたが、わいせつ行為性が一律に否定されるべき事例というものはないことも、性的意図をわいせつ行為性で考慮する必要がないことを裏づけるものといえる。

四 結びにかえて

以上検討してきたとおり、強制わいせつ罪の成否の判断においては、わいせつ行為性の判断がまずなされることとなる。ここには行為そのものが持つ性的性質が明確な行為と行為そのものが持つ性的性質が不明確な行為があてはまるが、性的な意味を帯びていてもわいせつ行為に当たらない行為はそこから除外される。私見によると、性的性質が明確な行為と不明確な行為とでは、その限界線の明確な線引きをすることはできないことから、わいせつ行為性判断のための要素が変わることはなく、また、明確な行為であっても行為自体でわいせつ性の判断をするのは適切ではなく、いずれの場合にも当該行為が行われた具体的事情等を判断要素に組み込む必要があることから、わいせつ行為性判断のための要素を変える必要もない。ただし、性的性質が明確な行為と不明確な行為との限界線の明確な線引きはできないといっても、明確な行為と不明確な行為の存在まで否定するわけではない。その点では、具体的事情等は判断要素ではあるが、これをどの程度考慮するかは、事案に応じて判断されることになる。つまり、ほとんど考慮する必要がない場合もあろうし、大きく考慮する必要がある場合もあろう。そして、わいせつ性はあくまでも法益侵害性に基づいて判断されるべきであるところ、法益侵害性とは無関係な性的意図のような主観的超過要素は行為の法益侵害性を基礎づけることもないから、犯罪成立要件としては不要なものと考えられる。

その次に、違法性阻却事由の有無が判断されることになる。そこでは特に、医師の診察行為を代表的事例とする正当業務行為の有無が問題となる。その判断にあたっては、性的意図の有無にかかわらず、適切な医療行為の範囲内であれば当該行為は正当化されるべきである。

ただし、性的意図は犯罪構成要素（違法要素または責任要素）ではないとしても、それがあることによって量刑の判断に影響を与える量刑事情であることは否定できないであろう。

附記：浅木慎一先生には、先生が名城大学に着任されて以来大変お世話いただきました。先生の学問に対する真摯な姿勢にはいつも尊敬の念を抱かされずにはいられませんでした。先生のご退職にあたりささやかではありますが、感謝の気持ちとして本稿を捧げさせていただきます。そして、先生のご健康と今後のますますのご活躍を祈念いたします。