

強制わいせつ罪に関する一考察（下・完）

——その主観的要件を中心に——

成 瀬 幸 典

はじめに

第一章 昭和四五年判決以前の強制わいせつ罪に関する学説・判例

第二章 昭和四五年判決の意義と残された課題（以上、法学八〇巻五号）

第三章 昭和四五年判決から最大判平成二九年一月二九日刑集七一巻九号四六七頁に至るまでの強制わいせつ罪に関する学説・判例

第一節 性的意図を必要とする判例・学説の展開

第二節 性的意図を不要とする学説の展開

第四章 平成二九年判決の意義と問題点

第一節 平成二九年判決の概要

第二節 平成二九年判決の意義と残された課題

終章 本罪の本質と性的意図

第三章 昭和四五年判決から最大判平成二九年一月二九日刑集七一巻九号四六七頁に至るまでの

強制わいせつ罪に関する学説・判例

第一節 性的意図を必要とする判例・学説の展開

一 強制わいせつ罪・準強制わいせつ罪の主観的要件として、性的意図を必要とする判例の主流化

1 前稿において確認したように、昭和四五年判決以前から、裁判例は本罪の判断において性的意図の有無を考慮していたが、そこでは性的意図はわいせつ行為性判断の一資料として位置付けられていた。これに対し、昭和四五年判決は性的意図を本罪の主観的要件として位置付け、それに独自の意義を認めた。それ以降の大多数の裁判例は、昭和四五年判決と同様の意味での性的意図必要説の立場から事実処理を行ってきたといつてよい。それらは、本罪の客観的要件が充足されていることに格別の疑義が生じない事案に関しても、——弁護人の主張に応える形で——性的意図の有無について判断しているからである。もともと、わいせつ行為性が客観的に明らかに認められる場合、行為者が性的意図を有していたと推認されやすいため、右のような事案に関して、性的意図の不存在を理由に本罪の成立を否定した裁判例は極めて少ない。もちろん、行為者と被害者との間に紛争があるなど、わいせつ行為が報復目的や復讐心等に基づいて行われたといえる面が認められる事案も散見されるが、このような場合、復讐心等と性的意図は併存しうるとして、性的意図が肯定される傾向にある。そして、このような理解は「(行為)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、……、強制わいせつの罪は成立しない(傍線及び二重傍線は引用者)」としていた昭和四五年判決において、既に示唆されていたものでもある。

2 このような昭和四五年判決以後の裁判例の状況に照らすと、同判決が性的意図を本罪の主観的要件とした意味

は必ずしも大きくはなかつたようにも思われる。しかし、性的意図を本罪の主観的要件とすることが意味をもつ事案、すなわち、わいせつ行為性は認められるが、性的意図の不存在を理由に本罪の成立が否定される事案が存在しないわけではない。それは、行為が被害者の利益のために行われた(かのような側面を有する)場合(以下、「被害者の利益目的事例」とする⁽¹³⁾)である⁽¹⁴⁾。この種の事案⁽¹⁵⁾では、行為が被害者の利益のために行われたかのような側面を有するため、性的意図(性欲を刺戟興奮させたり、満足させたりする意図)はなかつたのではないかとの疑義が生じ、慎重な判断が必要になるのである⁽¹⁶⁾。実際、この種の事案に関する裁判例は性的意図の有無を丁寧に判断しており、性的意図の不存在を理由に本罪の成立を否定したものもある。静岡地浜松支判平成二二年五月二四日LI/DL/DBL06550315は、「教師であるXが教え子であったAに対して、『俺は乳がんかどうか分かるから、しこりがあるかどうかせつかくだから診てやる。服の上からだと分からないから脱げ。』と申し向けて、同人が乳がん検査と誤信し、抗拒不能にあることに乗じて、同人の両乳房を右手のひらで弄び、もってわいせつな行為をした」として公訴が提起された事案に関して、「(準強制わいせつ罪は)傾向犯であり、その成立には故意とは別個にわいせつ意図を要する」とした上で、慎重かつ詳細に事実認定を行い、「外形的には準強制わいせつ罪のわいせつ行為に該当する」行為があったとは認められたものの、乳がん検診の目的であったこと等を理由に、「Xが、本件行為時にわいせつ意図を有していたと推認するには、なお合理的疑いが残るといわざるを得ない」として無罪を言渡⁽¹⁷⁾し、東京地立川支判平成二四年一〇月一二日LEX/DB2548394は、「療術師であるXが、自己が営む療術院で、療術の施術ということで、Vの膣内に指を挿入した行為が本罪に当たると争われた事案において、『本件各施術は、女性の膣内に指を挿入するというもので、それ自体をみれば、客観的にはわいせつな行為という評価を避けられない』としながらも、『本件で準強制わいせつ罪に問われているのは、療術師であるXが施術ということで行った行為であ(り)』、『本件各施

術のようなものであっても、真に治療目的に出たものであれば、相手の抗拒不能に乗じたとか、わいせつ目的で行ったとかいうことはできず、医師法等関係法令に違反することがあるのはともかく、準強制わいせつ罪には当たらない」とした上で、本件各施術が療術師としての師に当たる者から伝授されたもので、治療のための正当なものであるというXの説明等の信用性を否定することはできず、「合理的疑いの程度を超えて、Xに抗拒不能に乗じる故意やわいせつ目的があったことは認定できない」として、無罪を言渡したのである（傍線はいずれも引用者）。

3 このように昭和四五年判決以降の大多数の裁判例は性的意図を本罪の主観的要件とする立場を前提にしており、被害者の利益目的事例に関して、性的意図の不存在を理由に本罪の成立を否定したのもあった。もつとも、ほとんどの裁判例は性的意図が必要とされる理由を述べておらず、その解明は学説の課題とされたのである。では、学説はこの課題を果たしてきたといえるであろうか。次にこの点を検討することにしよう。

二 学説における必要説の展開とその問題性

1 既述のように、昭和四〇年代には、本罪を性的自由に対する罪と解しつつ、わいせつ行為と評価するためには性的意図が必要であるとする必要説が有力化していたが、そのように解すべき理論的根拠について十分な説明はなされていなかった。⁽¹⁹⁾その後、必要説は、昭和四五年判決を追い風として支持者を増やし、昭和六〇年代頃までは学説上、多数説の地位を占めていた。昭和四五年判決以降の必要説の論者が共通して指摘するのは「妥当な結論を導くためには、行為者の内心傾向や意図を考慮する必要がある」ということであり、その例として、「男性医師が診察のために女性患者の恥部に触れた場合（以下、「狹義の医師の診察事例」とする）⁽²⁰⁾」等が挙げられている。例えば、植松博士はいう。

「猥褻罪は一般に『傾向犯』とも称せられるくらいで、ある行為が猥褻か否かは単に行為の外形から決定しえない

場合がある。その行為は行為者の猥褻な性向または性的意図の表現としてなされることが必要である。それはいわゆる主観的違法要素であつて、美術家が裸体を描写し、婦人科医が内診を行うなどの行為を猥褻と見ることができないのは、この理によるのである」と(傍線は引用者)。

また、福田博士は(22)いう。

「傾向犯とは、行為が行為者の主観的傾向の表現として発現するもので、行為者の主観的傾向の表現であるかどうかによつて、行為の違法性の有無・強弱が決まる犯罪である。」猥褻罪において、婦人の恥部にふれるという純粋に客観的に同じ行為であつても、性欲を興奮させまたは満足させる傾向のもとに行われたときのみ違法であつて、診察や治療の目的で行われたときは違法でない。「傾向犯においては、主観的傾向が行為の違法性を左右している」と(傍線は引用者)。

なお、必要説には、植松博士のように、性的意図をわいせつ行為の要件(わいせつ行為性の必要条件)として位置付けるものと、福田博士のように、本罪の独立の主観的要件とするものがあるが、⁽²³⁾「性的意図が認められなければ、本罪は成立しない」という核心部分は共通しており、具体的な結論にも相違がないことに鑑みると、両者を必要説としてまとめて扱つてよいであらう。

2 (一) しかし、「妥当な結論を導くためには、行為者の内心傾向や意図を考慮する必要がある」というだけでは、必要説を理論的に根拠付けたことにはならないであらう。性的意図をもつてなされた行為のみが本罪を構成するということは、性的意図が本罪の核心を構成することを意味するはずであるから、必要説を根拠付けるためには、本罪の本質を明らかにし、性的意図がそれとどのように関係するのかを説明しなければならぬ。この点に関して、本罪を性的自由に対する罪と解する大塚博士は次のように述べる。⁽²⁵⁾

「犯罪は行為者の行為によって法益が侵害されさえすれば直ちに成立するものではなく、法益の侵害を導いた行為自体が刑法の構成要件に該当し、その禁止規範に触れるものであることを要する」。「単なる法益の侵害を理由として強制猥褻行為の可罰性を認めるのであれば、それは、古い結果責任主義と変わるところはない」。「行為者によって一定の法益の侵害を生じさせられたこととともに、その行為自体が処罰されるにふさわしい実態を具えている場合に限って刑法上の犯罪の成立がみとめられるべき」であり、「その処罰にふさわしい実態としては、…、その行為の法規範違反性の意味が問われなければならない」。「この意味の法規範違反性という観点から、強制猥褻罪は一定の猥褻の傾向を示した行為者の行為にして初めて犯罪性を持ちうる」と解するのが正しい解釈である、と（傍線は引用者）。

要するに、博士は行為無価値論⁽²⁶⁾の立場を前提に、「一定の猥褻傾向」は「行為の法規範違反性」を基礎付けるもの⁽²⁷⁾である。もっとも、博士は「一定の猥褻傾向」がいかなる意味で本罪の法規範違反性を基礎付けるのかを示しておらず、説明としては不十分であるといえよう。

(二) 大塚博士が本罪を性的自由に対する罪と解しつつ、性的意図が要求される根拠を法規範違反性という観点から説明しようとしたのに対し、本罪が性風俗に対する罪としての性格を併有していることを根拠に説明しようとするのが日高博士である。博士は大要次のように⁽²⁸⁾。

「強制猥褻行為が被害者の性的自由を侵害するものであることは否定しえないが、本罪の法定刑は暴行罪・脅迫罪・強要罪の法定刑と比べて重く、性的自由の保護ということだけで現行法上の本罪を説明することはできない。「本罪には」風俗環境を適正に維持するために合理的な歯止めをかけようとする目的があり、性的自由の保護という面のほかに風俗犯罪としての性格が依然残されている。」また、わいせつ行為か否かの判断は「被害者個人の性

的羞恥心や性的嫌悪感と必ずしも一致(せず)、「社会的にどの程度まで性風俗を維持することが現実に要求されているかという観点から客観的に判断されなければならない。」わいせつ行為か否かは客観的に判断されるが、風俗犯罪としての性格上、行為者の主観面において、わいせつ行為に関する認識があり、かつ、性的意図をもってなされることが必要である。わいせつな行為により被害者の性的自由が侵害されたことが結果反価値性を決定し、その行為が性的意図をもって遂行されたことが行為反価値性を決定する、と。

しかし、この見解に対しては、①風俗に対する罪であるわいせつ物頒布罪については性的意図が要求されていないことから分かるように、風俗犯罪であることと性的意図の必要性の間には必然的な関連性はない、②本罪は行為の公然性が要求されていないため、性風俗に対する危険犯と解されるが、その危険は性的意図とは無関係であるといった批判が向けられている。⁽²⁹⁾このような批判が提起されるのは、性的意図がいかなる意味で行為反価値性(規範違反性)を基礎付けるのが説明されていないためであり、日高博士の説明も、大塚博士と同様の問題を抱えているといえる。

(三) 大塚博士や日高博士が性的意図の必要性を行為無価値性(規範違反性)の観点から根拠付けようとしたのに対し、法益侵害性と関連付けて説明しようとする論者もある。西原博士はいう。⁽³⁰⁾

「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、その羞恥心はそのような外形のない場合と同様に著しく害されることになるし、ひいては性的自由の侵害が考えられる。」逆に、行為の外形上行為者に猥褻の目的あるいは内心傾向がないことが明らか場合には、それがある場合とくらべ、同じ行為に対しても羞恥心の著しい侵害を感じることはないであろう。」このように、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。性的自由を侵害する行為がなされた場合、行為者にわいせつ傾向がなかったとしても、それが
ないことが被害者に明らかでないかぎり法益侵害性は失われないので違法性は否定されない、と（傍線は引用者）。

しかし、——性的自由の実質を性的羞恥心に求めていることに對する疑問は措くとしても——一般論として、傍
線のようにいえるかは疑わしく、また、行為者にわいせつ傾向がなかった場合であっても、本罪の成立の余地を認
めるのであれば、それは不要説である。必要説に求められているのは、性的意図が本罪の不可欠の要件とされる根
拠の説明なのである。⁽³²⁾

(四) このように従来の必要説は性的意図が要求される根拠に關して、十分な説明を行っていなかったが、近年、
園田教授は、性的意図が要求される根拠を次のように説明した。⁽³³⁾

社会的に性的行為と判断されうる行為（普通人の感性により「わいせつ行為」と評価されうる行為）を行為者が意図的
に行っているならば、それは「わいせつ」という行為の意味を認識して行っているのであるから、重ねて性的意図
を要求することは無意味である。この場合の性的意図は内容的に完全に故意と重なる。しかし、特殊な性癖を有し
ている行為者が、性的意図を充足するために、「客観的には一般人からは性的な意味を読み取ることができないよ
うな違法行為（規範違反的行為）を行っているが、特殊な性癖を有しているためにそれが行為者にとっては性的意味
を帯びた行為であり、その行為によって性的意図を充足しようとしている場合」⁽³⁴⁾、当該行為は行為者の性的意図を
参照することによつてはじめて「性的な行為」と評価されることになる。これは「窃盗罪における領得の意思が窃
取行為と共通の範囲を有して、これを規制し、意味づけているのと同じ」であり、性的意図は「行為者が行つた違
法行為に『性的行為』としての意味づけ」を与えるものである。「強制わいせつ罪は『性的意図』の充足を目的と
した目的犯として把握すべきであるが、その目的は超遇的内心傾向ではなく、類型的には、『断絶された結果犯』

における目的と「意味を付与する目的」の二種類を含むと考えることができる」と(傍線は引用者)。

園田教授は本罪を目的犯と解すべきであるとしており、性的意図を本罪の主観的要件としているように見えるが、⁽³⁶⁾性的意図を要求する実質の意味が、傍線のような違法行為(規範違反行為)に「性的行為」としての意味付けを与えることに求められていることに照らすと、性的意図をわいせつ行為性の要件とする見解、より厳密にいえば、「ある違法行為」が、「わいせつ行為」として、「本罪の違法性(規範違反性)」を有するか否かを決定する基準とする見解と評価すべきであろう。

園田教授の見解は、必要説の共通認識である「結論の妥当性の確保」を目的犯の意義を踏まえつつ、理論的に根拠付けようとするもので注目に値するが、性的意図がわいせつ行為性の評価に影響を及ぼす理由が示されていないという問題のほか、⁽³⁷⁾それによる場合、わいせつ行為性が認められる範囲が広くなりすぎるという問題を含んでいるように思われる。例えば、女性の「写真を撮ること自体」に性的興奮を覚える特殊な性癖を持つ者が、女性を「脅迫して」、写真撮影に同意させ、客観的には通常の写真撮影に見える行為を行った場合、当該違法行為は、強要罪は格別、本罪を構成することはないと解すべきであろう。わいせつ行為性や本罪の規範違反性を認めるためには、当該行為が、社会通念に照らし、「性的意味」を有すると認められることが必要だと考えられる。

3 以上の検討から、①必要説は、違法性の本質に関する行為無価値論的理解を基礎にした上で、結論の妥当性の確保を主たる目的として主張されてきたこと、しかし、②性的意図が違法性の有無⁽³⁸⁾とどのように関連するのか(特に、本罪が予定する規範違反性と性的意図がどのように関係するのか)は十分に説明されていないことが明らかとなった。必要説は、その論理的帰結として、(被害者の性的自由等の)法益侵害が認められても、性的意図が欠ける場合、本罪の成立を否定することになるが、理論的な基礎付けがなされなければ、「条文上要求されていない性的意図を要

求することにより、被害者の保護を不当に狭めるものである」との批判に応えることはできないであろう。昭和六〇年代以降、必要説が支持を失っていったことには理由がある。では、不要説は十分な理論的基礎を有し、妥当な結論を導く見解といえるであろうか。次に、不要説の意義と問題点を確認することしよう。

第二節 性的意図を不要とする学説の展開

一 不要説の通説化

1 (一) 前稿で確認したように、昭和四五年判決が現れた当初から、一部の学説は同判決を含む必要説に対して厳しい批判を加えていた。⁽³⁹⁾その後、一時期は必要説が有力化したものの、平成の初期には多数の学説が不要説を支持するようになり、現在では通説の地位を占めている。不要説の内容は論者によって異なるが、①本罪の保護法益は行為者の内心傾向とは無関係に侵害されうるとの理解と、②法益侵害が認められるにもかかわらず、行為者に性的意図がないことを理由に本罪の成立を否定することは被害者の保護に欠け、妥当ではないとの認識は共有されているといつてよい。⁽⁴¹⁾その内容は結果無価値論的な発想と親和的であるが、性的意図の有無は規範違反性に影響を及ぼさないと理解を前提とすれば、行為無価値論的立場とも調和しうるもので、⁽⁴²⁾実際、行為無価値論を支持する論者の多くも不要説を支持している。⁽⁴³⁾必要説の基礎には行為無価値論的な違法性理解が存在するが、行為無価値論的な違法性理解から必然的に必要説に至るわけではないのである。

(二) そして、不要説の支持者は、行為者の内心傾向を考慮しなければ、妥当な結論を導くことができないとの必要説の主張に対し、そのようなことはないと反論する。例えば、狭義の医師の診察事例に関して、曾根教授は次のようにいう。⁽⁴⁴⁾

「医者⁽⁴⁵⁾の触診行為が医学的にみて必要かつ適切であり、そのことにつき患者の承諾があるときは、たとえ医者⁽⁴⁵⁾の側に自己⁽⁴⁵⁾の性的衝動を刺激し、満足させる傾向が内在していたとしても、それは適法な行為」であり、「反対に、医者⁽⁴⁵⁾にわいせつ⁽⁴⁵⁾の意図がないとしても、触診が客観的にみて医療行為の限度を超えており、患者の承諾もないときは、その患者の性的自由を侵害したものと⁽⁴⁵⁾して違法な行為となる」と（傍線は引用者）。

もつとも、この説明が、外形的・客観的事実を基礎に違法性の有無（⁽⁴⁵⁾）によって本罪の成否を判断すれば足りるとの趣旨だとすれば、昭和四五年判決以前から問題とされてきた「意思に反した接吻（以下、「接吻事例」とする）」のように、外形的・客観的事実のみでは、わいせつ行為性（構成要件該当性）を判断することが困難で、行為者の性的意図等の主観面をも含む、具体的な諸事情を考慮する必要がある事案も存在するのではないかとの疑問を招くことになる⁽⁴⁵⁾。しかし、このようなわいせつ行為性が問題になる場合についても、従来の不要説の論者の多くは、純粹不要説の立場をとり、性的意図等の主観面を考慮することを否定している。「性的意図の存在によって行為の客観的な属性としての『わいせつ性』の不足を補うのだとすれば、それは行為主義に違背する」し、「性的意図がなければ『わいせつな行為』の語義から外れるわけでもない」から⁽⁴⁶⁾である。わいせつ行為というためには「客観的に性的意味のある行為」でなければならず、客観主義・行為主義の観点からは、「行為の具体的な脈絡から客観的にこの意味が判明しない場合には、『わいせつな行為』に当たらないと解するべき」だ⁽⁴⁷⁾というのである⁽⁴⁸⁾。

2 このような不要説の主張は、法益侵害性（と被害者の保護）の観点を基礎に、客観主義・行為主義という刑法の諸原則を意識しつつ展開された、理論的に明快なもので、相応の説得力を有する。このことと、必要説が理論的に十分に根拠付けられていないことを併せ考慮すれば、不要説が通説化したことには理由があつたといえよう。そして、昭和六〇年代以降になると、不要説の立場を前提にしたと考えられる裁判例も散見されるようになる。その嚆

矢は東京地判昭和六二年九月一六日判時一二九四号一四三頁である。同判決は、Vを全裸にして、その写真を撮った行為につき、それがわいせつ行為に当たることを認めた上で、「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、……、あえてそのような行為をしようとして、判示暴行に及んだもの」と認められるので本罪の
成立が認められるとし、本罪の主観的な要件としては、わいせつ行為の認識（故意）で足りるとの理解を前提にし
た（と解される）判断を示したのである。⁽⁵⁰⁾

もつとも、同判決は性的意図を不要とは明言しておらず、当該事案においては、それが間接証拠から推認できる
ことを述べたにすぎないとみる余地がなくもなかった。⁽⁵¹⁾これに対して、性的意図が不要であると明言したが、東
京高判平成二六年二月一三日高刑速報（平二六年）四五頁である。⁽⁵²⁾同判決は「強制わいせつ罪の保護法益は被害者
の性的自由」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」とした上で、「被告人の意図がいかなるものであれ、本件犯行によつて、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ふ性的意
図の有無は、上記のような法益侵害とは関係を有しない」としたのである。⁽⁵³⁾

二 不要説の課題

このように学説上不要説が通説化し、それに従う裁判例も見られるようになったが、不要説にも解決すべき課題
がある。

1 保護法益の実質的内容の不明確性

(一) 不要説は「本罪の保護法益は行為者の内心傾向とは無関係に侵害されうる」との理解を前提にしているが、
この理解を基礎付けるためには保護法益の実質を明らかにし、それが性的意図と無関係に侵害されうるものである

ことを示さなければならぬ。しかし、以下に見るように、不要説は本罪の保護法益の實質的内容を十分には明らかにしておらず、この課題を果たしているとはいえない。

(二) 必要説を含め、現在の通説は本罪の保護法益を「性的自由」と解しているが、その内容は不明確である。⁽⁵⁵⁾このことは以前から認識されており、かつては、性的自由を「被害者の性的な羞恥心」という観点から明確化しようとする見解が有力に主張された。⁽⁵⁶⁾しかし、これに対しては、性的羞恥心を持たない幼児や意思無能力者も本罪の客体となりうること、⁽⁵⁷⁾性的羞恥心の侵害は性的自由の侵害に伴って生じるもので、独立の法益と捉える意義に乏しいこと、⁽⁵⁸⁾性的羞恥心を害されたとしても、本罪の成立を認めるべきではない場合（感受性の強い女性が産婦人科の治療に羞恥心を覚えた場合等）がある一方、その侵害がなくとも、成立を認めるべき場合（ストリッパーが意思に反して強制的に衣服を剥がれた場合等）があること等、⁽⁵⁹⁾多くの批判・疑問が示され、現在では支持する論者は少ない。⁽⁶⁰⁾

(三) 現在の多くの学説は、性的自由の内容を「性的意味を有する行為をするか否かを自ら決定する自由」あるいは「性的自己決定権」と解している。⁽⁶¹⁾これは性的自由を人格の自律に関する利益と解するもので、本罪を強要罪の特別法と位置付けるものといえるが、その場合、本罪の法定刑が強要罪よりも重く定められている根拠の説明、すなわち、「性的意味を有する行為の強要（による人格の自律の侵害）」が「他の行為の強要（による人格の自律の侵害）」に比べて、「類型的に」「より重大な」侵害に当たることの説明が必要になる。これは、性的意味を有する行為を強要することの實質の意味、すなわち、「自由の侵害（意思決定の侵害）一般」に対する「性的」自由の侵害（性的意思決定の侵害）の重大性の解明の必要性を意味するが、これが果たされているとはいえない。

(四) そこで、近年では、本罪（を含む性犯罪一般）の本質は、性的自由・性的自己決定権の侵害（だけ）ではなく、人格的尊厳の侵害を伴うことにあるとして、本罪（を含む性犯罪一般）の本質を「人格権侵害・人格的尊厳の侵害」

に求める見解が有力化している。⁽⁶²⁾ 確かに、本罪(を含む性犯罪一般)は被害者の人格(的尊厳)を侵害するものである。しかし、——人格・人格的尊厳という言葉の曖昧さは措くとしても——人身売買罪など、本罪(を含む性犯罪)以外の人格(的尊厳)を侵害する犯罪の法定刑は本罪(を含む性犯罪)ほどには高くは定められていないことが示しているように、人格(的尊厳)の侵害を含むということは「直ちには」本罪の法定刑の高さを根拠付けうるものではない。⁽⁶³⁾ ここで求められているのは、本罪の法定刑の高さを基礎付けうる「性的行為の強要による人格(的尊厳)の侵害」の「実質」を明らかにすることであり、⁽⁶⁴⁾ 本罪を人格権や人格的尊厳を侵害する犯罪であると説明するだけでは不十分なのである。

(五) このように、不要説を支持する学説の多くが、その主張の核心を構成する本罪の保護法益の実質的内容を明確には提示できていない状況において、近年、傾聴に値する見解を展開しているのが井田教授である。井田教授は大要次のようにいう。⁽⁶⁵⁾

「性犯罪における被害の実質は、性的行為という特殊な身体的接触の体験を犯人と共有することを強いられるところにある」。「人は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」、すなわち、身体的内密領域をもつ。「性的行為とは、そのような身体的内密領域を一定の他者との関係で相互に開放し、視覚や聴覚のみならず、嗅覚や触覚などの五官すべての作用をもつてその領域を相互に経験し合う特殊な人的営みである。こうした体験の犯人との共有を強いられることこそ、性犯罪における被害の実体である。」身体的内密領域に関する考えは、「職業や政治に関わるものの見方よりもつと根源的な人生観・世界観の問題であり、この世界において生きる自分という個の捉え方・描き方と深く関連している。それだからこそ、身体的内密領域に踏み込まれ・踏み込まされる経験の強制を中核とする性犯罪が、被害者に対し持続的な深い精神的ダメージを与え

る。本罪の保護の客体は、「身体的内密領域として把握されるべきであり、その保護法益は、身体的内密領域を侵害しようとする性的行為からの防衛権という意味での性的自己決定権として捉えられるべきである」、⁽⁶⁶⁾と。

これは、性的行為の本質を身体的内密領域の相互経験という観点から捉えらるとともに、身体的内密領域に関する考えが人的生存の根源に関わるものであることをも示すことによつて、性的行為を強要する（＝身体的内密領域に踏み込まれ・踏み込まされる経験を強制する）性犯罪が被害者に深刻なダメージを与えることを的確に表現するものといえ、基本的に支持できるように思われる。もつとも、このような理解を前提にしたとしても、本罪の成否を行為の外形面・客観面だけを基礎に判断できる（＝不要説が導かれる）とは思われない。性的行為の本質は、身体的内密領域の「相互経験」にあり、その成否の判断に際しては、行為者側の視点も無視できないと考えられるからである。この点については、私見の展開に際して述べることにしたい。

(六) このように、学説上、本罪の保護法益の内容は十分に明確化されているとはいえず、不要説の前提である「本罪の保護法益は行為者の内心傾向とは無関係に侵害されうる」との理解が理論的に十分に基礎付けられているとはいえない。不要説の基礎にある被害者の保護という視点は重要であるが、本罪の保護法益・本質を明らかにした上で、行為者の内心傾向が本罪の成否に意味をもたないことを理論的に説明することはそれ以上に重要なのである。

2 本罪の成立範囲の適切な画定の困難性

(一) さらに、不要説に対しては、本罪の成立範囲を適切に画定することができないのではないかとの疑問を覚える。⁽⁶⁷⁾特に、純粹不要説による場合、①わいせつ行為性が明らかの場合、法益侵害性が明確に認められるため、性的意図の有無に関わらず、本罪の成立を肯定することになり、他方で、②わいせつ行為性が明らかでなく、外形

的・客観的諸事情からは性的意味のある行為（わいせつ行為）と認められない場合、本罪の成立を肯定することはできないことになると考えられるが、①の場合、本罪の成立範囲が広くなりすぎ、②の場合、狭くなりすぎると考えられるのである。

（二）まず、①の本罪の成立範囲が広くなりすぎる例として、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、一人暮らしのA宅に侵入し、Aに暴行を加えて失神させた上、ズボンを取ら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（以下、「陰茎切断事例」とする）を挙げることができる。⁽⁶⁶⁾ この場合、「ズボンを脱がす行為」と「陰茎を握る行為」（特に、後者は、客観的に明らかに「わいせつな行為」といえるであろうから、純粹不要説によれば、本罪の成立を認めることになる）と考えられるが、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ろうし、実務上もそのように処理されていると思われる。⁽⁶⁹⁾

これに対しては、平成二九年判決のように修正不要説の立場をとり、かつ、「わいせつ行為性が明らかの場合」を「強姦罪に連なる行為」に限定した上で、ズボンを脱がす行為や陰茎を握る行為は、「わいせつ行為性が明らかでない場合」に当たる（ので、性的意図等の主観面をも含む具体的諸事情を考慮して「わいせつ行為性」を判断することになる）と解すれば、妥当な解決を図ることができるとの反論が考えられる。しかし、陰茎を握る行為でさえ、わいせつ行為性が明らかでないとする、わいせつ行為性が明らかでない場合である「強姦罪に連なる行為」の範囲は極めて狭いものとなり、⁽⁷⁰⁾ 強姦罪が強制性交等罪に改正された現行刑法の下では、それに当たる行為はほとんど存在せず、⁽⁷¹⁾ 実質的にはすべての事案において性的意図の有無を検討することになるのではないかとの疑問を覚える。

また、陰茎切断事例に関しては、最終目的が陰茎の切断という性的意味を持たない行為の遂行にあり、⁽⁷²⁾ 「ズボン

を脱がす行為」と「陰茎を握る行為」は目的達成のための手段としての行為であるから、これらを「陰茎を切断する一連の行為」として、全体的に評価すれば、性的意味は認められず、傷害罪が成立するにすぎないとの反論も考えられる。⁽⁷³⁾しかし、「ズボンを脱がす行為」や「陰茎を握る行為」それ自体について、わいせつ行為性が認められるのであれば、行為者の最終目的によって、その評価が変更されることはないであろう。塩見教授もいうように、着衣をはず取って裸にするといった客観的にわいせつな行為が、それにより反抗を抑圧して財物を奪取するといふ強盗目的で行われたからといって、本罪の成立を否定する理由は（少なくとも、理論的には）ないのである。⁽⁷⁴⁾

(三) 次に、本罪の成立範囲が狭くなりすぎる②のわいせつ行為性が明らかでない場合であるが、これは⑦性的意味が微弱な行為に関する事案、⑧正当な医療行為の過程における行為に関する事案、⑨行為者の特殊な性癖・性的嗜好に基づいてなされた行為に関する事案に分類できるので、それぞれについて検討することにしよう。

(1) わいせつ行為性が明らかでない事案の典型は、「行為が有する性的意味が微弱な場合であり、以前から接吻のわいせつ行為性が問題になってきた。もつとも、近年の裁判例で問題になっているのは「接吻」ではなく、「着衣の上からの背中・腰部・臀部等の撫で廻し等（以下、「撫で廻し事例」とする）」である。⁽⁷⁵⁾これらの行為は、接触部位等に照らすと「一定の性的意味」を有することは否定できないものの、性的意味が微弱であり、また、行為の状況・態様によつては、各都道府県において定められた「迷惑行為防止条例」の「迷惑行為」として捕捉すれば足る⁽⁸⁰⁾ように思われることから、わいせつ行為性が認められるかが問われることになる。もつとも、この種の事案は、行為の状況・態様といった客観的事情を基礎に、当該行為が本罪の予定する程度のわいせつ性を備えているか否かを判断することも十分に可能であるから、⁽⁸¹⁾純粹不要説を前提にしても、処罰範囲を適切に画することはできるように思われる。⁽⁸²⁾

(2) 裁判例において、しばしばわいせつ行為性が問題とされている別の場合として、「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えない難しい身体的接触行為や写真撮影行為(広義の医師の診察事例)」を挙げることができる⁽⁸⁵⁾。この場合、医療行為としての当該行為の有用性・妥当性を完全に否定することはできないため⁽⁸⁶⁾、外形的・客観的事実のみを基礎として判断する場合、性的意味(わいせつ行為性)を認めることは困難である。しかし、当該行為が必ずしも必要とはいえないこと、被害者が性的羞恥心・不快感等を覚えていることを併せ考えると、性的意図に基づいて行われた場合には、わいせつ行為性を肯定し、本罪の成立を認めるべきであるようにも思われ、そのように述べた裁判例も存在する。福岡地判平成二〇年二月四日 LLVD1706350194⁽⁸⁵⁾は、医師である被告人がVの膣内の内診を行った際、Vの陰部をデジタルカメラで撮影し、Vに同カメラの液晶モニターに映し出された陰部の画像を見せた行為につき、当該行為が「徒に性欲を興奮又は刺激せしめ、普通人の正常な性的しゅう恥心を害する行為となりうることは明らか」であり、「被告人が、かかる行為をわいせつな意図の下に行つたとすれば、当該行為はわいせつ行為と認められる(傍線は引用者)」としたのである(ただし、結論的には、被告人が当該行為時にわいせつ意図を有していたと認めるには、合理的な疑いが残るとして、わいせつ行為性を否定した⁽⁸⁶⁾)。

もっとも、この種の事案では、仮に、性的意図の存在を根拠にわいせつ行為性を認めたとしても、医療行為としての有用性・妥当性を否定しきれないので、最終的には違法性が否定されると考えることも可能であろうから⁽⁸⁷⁾、純粹不要説に依拠した場合に、本罪の成立範囲が「不当に」狭まるとまではいえないであろう。

(3) 不要説(特に、純粹不要説)を前提にした場合に、本罪の成立範囲が狭くなりすぎると考えられるのは、行為者が行為者の特殊な性癖・性的嗜好に基づいてなされた場合である。実際、この種の事案に関する裁判例は少なくな

(775)

い。特に多いのは、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したりする行為（以下、「小児性愛事例」とする）である。⁽⁸⁸⁾この場合、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思われる。⁽⁸⁹⁾わが国では、両親等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ことはこのことを示している。しかし、同種の行為は「小児性愛者」にとつては性的興奮を喚起させる性質を有するため、そのような者が性的意図をもって行った場合、子どもの保護という観点から、本罪の成立を認める必要性は極めて高い。この双方の法感覚を充足するためには、外形的・客観的事情に加えて、当該行為が行為者の特殊な性的嗜好（に由来する性的意図）に基づいて行われたか否かに着目する必要があるように思われるのである。⁽⁹⁰⁾

3 以上のように、不要説（特に、純粹不要説）にも解決すべき課題が残されているが、このような学説状況の中、昭和四五年判決を変更し、修正不要説的立場を前提にした平成二九年判決が登場した。章を改めて、同判決の内容と問題点を確認しよう。

第四章 平成二九年判決の意義と問題点

第一節 平成二九年判決の概要

一 平成二九年判決に至る経緯

昭和四五年判決以降、性的意図を本罪の主観的要件とする立場を前提にした（と解される）多くの裁判例が積み

重ねられていたが、不要説の通説化とともに、裁判例においても、性的意図を不要とするものが見られるようになっていた。そのような中、被告人に性的意図が認められない事案に関して本罪の成立を肯定する裁判例が現れた。神戸地判平成二八年三月一八日刑集七一巻九号五二〇頁である。⁽⁹²⁾ 同判決は、七歳の女兒に対し、自己の陰茎を触らせたり、口にくわえさせたり、女兒の陰部を触ったりした行為等につき、被告人に性的意図があつたと認定するには合理的な疑いが残るとしながらも、①本罪の保護法益である性的自由の侵害の有無は犯人の性的意図の有無によつて左右されないこと、②性的意図を本罪の成立要件とする規定はなく、それを要求する実質的な根拠は存在しないことを指摘した上で、「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」と述べ、しかも、「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」として、昭和四五年判決を相当ではないと明言したのである。これに対して、弁護人が控訴したが、控訴審(大阪高判平成二八年一〇月二七日高刑集六九巻二号二頁)は、被告人に性的意図があつたと認定するには合理的な疑いが残るとした原判決の判断は相当であるとした上で、原判決の前記①・②の指摘を妥当なものとし、客観的に被害者の性的自由を侵害する行為がなされ、行為者がその旨を認識していれば、本罪は成立するのであつて、性的意図の有無はその成立に影響を及ぼすものではないと述べ、さらに、「(昭和四五年判決)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」として、原判決の判断を是認したのである。

二 平成二九年判決の内容

これに対して、弁護人が上告し、原判決は本罪の成立に性的意図が必要とした昭和四五年判決に相反すると主張したが、平成二九年判決は、昭和四五年判決を変更し、「強制的わいせつ罪の成立を認めた第一審判決を是認した原判決の結論は相当である」とした。その内容は、昭和四五年判決を維持することの困難性(理由中の1(4)と、

わいせつ行為性判断及び同判断における性的意図の意義(同1(5))の二つに分けることができる。平成二九年判決及びそれに対する学説の評価に關する詳細な検討は別稿で行うこととし、本稿では、平成二九年判決の内容を瞥見した上で、同判決の意義と問題点を確認するに止める。

1 昭和四五年判決を維持することの困難性

(一) 平成二九年判決は、まず、性的意図を一律に本罪の成立要件とする昭和四五年判決の立場を維持することはできないとする。性犯罪に關する規定やその解釈には、「社会の受け止め方を踏まえなければ、処罰対象を適切に決まることができないという特質」があり、昭和四五年判決が性的意図を本罪の成立要件としたのも「当時の社会の受け止め方などを考慮」した結果と解されるが、平成一六年及び平成二九年の性犯罪に關する刑法改正の状況に鑑みれば、性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」は変化しているといえ、今日では、本罪の成立要件の解釈に当たって「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⁽⁹³⁾というのである。

2 わいせつ行為性判断及び同判断における性的意図の意義

他方、平成二九年判決は性的意図の有無が「わいせつ行為性判断」において意味を持つことはありうるとしている。わいせつ行為性判断は「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」が、①「強姦罪に連なる行為」のように、行為そのものを持つ「性的性質」が明確で、当然に「性的な意味」があると認められる場合は、性的意図を考慮するまでもなく、直ちにわいせつな行為と評価できるが、②行為そのものを持つ「性的性質」が不明确で、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」があるか否かが評価し難い場合については、本

罪の法定刑が重く、「性的な意味を帯びているとみられる行為」の全てが本罪による処罰に値すると評価されるべきではないことを踏まえると、「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」、「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」、性的意味の有無や性的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わいせつ行為性を判断せざるをえないのであり、「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」というのである。⁽⁹⁵⁾

要するに、平成二九年判決は、本罪のわいせつ行為を「本罪による処罰に値する程度の『性的な意味』のある行為」と捉えた上で、行為の性的意味の有無や程度を判断する重要な観点として、「行為そのものの『性的性質』」を挙げ、①「性的性質が明確な行為」の場合、右の程度の性的意味が肯定され、直ちにわいせつ行為と認められるのに対し、②「性的性質が不明確な行為」の場合、行為の具体的状況等を踏まえ、社会通念に照らして、性的意味の有無を判断し、それが肯定されたときには、さらに、その程度が右の程度のものといえるか否かによってわいせつ行為性を判断する必要がある、その際の考慮要素には、性的意図を含む行為者の主観的事情も含まれるというのである。

第二節 平成二九年判決の意義と残された課題

一 平成二九年判決の意義

平成二九年判決の最大の意義は、昭和四五年判決を明示的に変更し、行為そのものが持つ性的性質が明確な場合については、性的意図の有無を考慮する必要はないとする⁽⁹⁶⁾ことにより、性的意図を本罪の一般的な主観的要件とすること（必要説）を明確に否定したことにある。もともと、性的性質が不明確な行為のわいせつ行為性を判断する

際に、判断要素の一つとして性的意図を考慮することを認めている点では、純粹不要説とも一線を画しており、修正不要説の立場を採用している。

このようにわいせつ行為性判断において性的意図を考慮すべき場合があることを認めたことに対しては、理論的に不徹底であるとの批判もありえよう。⁽⁹⁷⁾しかし、「客観主義」・「行為主義」から要請されるのは、内心傾向を決定的な理由として本罪の成立を認めることであり、わいせつ行為性の「判断資料の一つ」として主観面を考慮することは必ずしも否定されないであろう。むしろ、平成二九年判決は、わいせつ行為性が明らかでない行為（特に、行為者の特殊な性癖・性的嗜好に基づく行為）について、本罪の成立範囲が狭くなりすぎるといって純粹不要説の課題を解決しうる枠組みを示したものととして積極的に評価すべきであると思われる。⁽⁹⁸⁾

二 平成二九年判決が残した課題

もつとも、平成二九年判決は、行為そのものが持つ性的性質が明確な場合については、性的意図の有無を考慮する必要はないとしているため、本罪の成立範囲が広くなりすぎるといって純粹不要説の課題（第三章第二節二（二）は解消されていない。また、「性的性質」及び「性的な意味」という概念の内容や両概念の相互関係が説明されていないため、性的性質が明確か否か（性的意図等の主観的事情を考慮することが許される場合か否か）をどのように判断するのか、なぜ、性的意図等の主観的事情が性的意味の有無・程度に影響を及ぼすのかといった疑問を生じさせることとなっている。⁽⁹⁹⁾

しかし、それ以上に問題であるのは、平成二九年判決が昭和四五年判決を変更した根拠である。本判決は、本罪の成否判断に際しては「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」であることを判例変更の実質的な論拠としている。⁽¹⁰⁰⁾これは不要説の核心である。「本罪の保護法益は行為者の内心傾向とは無関係

に侵害されうる」との理解や、「法益侵害が認められるにもかかわらず、性的意図がないことを理由に本罪の成立を否定することは被害者の保護に欠ける」との認識と重なるように見えるが、平成二九年判決は「性的な被害の有無・内容・程度」に目を向けるべきだとは述べているものの、それを法益侵害という観点と結び付けて説明していない点で、従来の不要説とは異なっている。^(四)この点につき、保護法益の内容が十分には明らかにされていないことから、特定の見解をとることを避けたとの評価もあるが、^(五)本罪の保護法益・本質を明らかにしなければ、本判決が「目を向けるべき」だと強調する「被害者の受けた性的な被害」の実質も不明確なものとならざるをえない。^(四)茫漠とした「性的な被害」を本罪の解釈の指針とし、当該被害に関する「社会の受け止め方」を考慮して本罪の処罰対象を決することは、理論的に整理されていない社会の当罰性感情を直接的に解釈に流入させるもので、刑法解釈のあり方として妥当でないとと思われる。本判決は「行為者の性的意図を同罪の成立要件とする昭和四五年判例の解釈は、その正当性を支える実質的な根拠」がないというが、それに理論的な説得力を与えるためには、本罪の保護法益・本質を明らかにし、それを踏まえて、性的意図を一律に本罪の成立要件とすることが不当であることを説明する必要がある。これを欠いている点で平成二九年判決は問題であり、これを補うことが今後の学説の課題であるといえよう。

終章 本罪の本質と性的意図

一 ここまで昭和四五年判決以降の必要説と不要説に検討を加え、さらに、平成二九年判決の内容とその問題性を確認した。その結果、必要説は、違法性の本質に関する行為無価値論的理解を基礎にした上で、結論の妥当性の確

保を主たる目的として主張されてきたが、性的意図と違法性の関係性を十分には説明できていないこと、その結果、「条文中要求されていない性的意図を要求することは、被害者の保護を不当に狭めることになる」との批判に応えることができず、必要説は支持を失っていったこと（第三章第一節）、不要説は、本罪の保護法益は行為者の内心傾向とは無関係に侵害されうるとの理解を前提にしているが、保護法益の内容は十分には明らかにされておらず、その前提は理論的に十分に基礎付けられているとはいえないこと、純粹不要説に依拠した場合、本罪の成立範圍を適切に画定することができないという問題が生じること（第三章第二節）、平成二九年判決は、結論の妥当性を確保すべく、修正不要説の立場を採用したが、純粹不要説の問題を完全には解決できておらず、また、本罪の保護法益の内容を明らかにすることを避けた上で、被害者保護の観点を強調している点は、社会の当罰性感情を直接的に解釈に流入させるもので、刑法解釈のあり方として妥当でないこと（第四章）が明らかとなった。これらの知見を踏まえ、最後に、本罪の保護法益、わいせつ行為性及び性的意図の要否に関する私見を述べて、本稿を閉じることにした。

二 本罪の保護法益とわいせつ行為性

1 本罪の保護法益

まず、本罪の保護法益であるが、これについては、前述の井田教授の説明を基礎にしなが⁽¹⁰⁾ら、「身体的内密領域の不可侵性」と解するのが妥当であると思われる。これによれば、強制わいせつ罪を含む性犯罪は、人格の根幹（人生観・世界観）に関わる身体的内密領域の相互経験を本質とする性的行為を強要することにより、身体的内密領域の不可侵性を害し、被害者の人格（的尊厳）を著しく侵害する犯罪と捉えられることになり、本罪の法定刑が、他の人格侵害犯罪よりも高く設定されている根拠も身体的内密領域の侵害という観点から説明されるべきことにな

る。

2 わいせつ行為性

(一) 右のような本罪の保護法益の理解を踏まえると、本罪の構成要件の行為である「わいせつ行為」とは、そのような法益侵害を惹起しうる行為、すなわち、「身体的内密領域を害することとなる性的行為（性的意味を有する行為）」と解すべきことにならう。⁽¹⁰⁾ そして、わいせつ行為性判断は構成要件該当性の問題であること、また、性に関する感受性は個人差が大きく、被害者を基準とした場合、判断が不安定になることを踏まえると、当該判断は行為が行われた具体的状況等の諸般の事情を総合的に考慮し、社会通念に照らして、客観的に行われるべきものと考えられる。⁽¹⁰⁾ わいせつ行為性が問題となった、昭和四五年判決以降の裁判例は、伝統的なわいせつ概念を基礎に、わいせつ行為を「一般人の性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」としているものが多いが、本稿の立場からは、「性的羞恥心を害しうる性質」は性的意味の有無の判断資料と、また、「善良な性的道義観念との抵触性」は、性的意味が認められた行為が、本罪が予定する程度の重大なものといえるか否かの判断資料⁽¹⁰⁾として位置付けるべきものと解される。

(二) このようにわいせつ行為性判断は、行為が行われた具体的状況等の諸般の事情を判断資料として行われるべきであるが、判断資料の中に性的意図等の主観的事情を含めるべきであろうか。既述のように、必要説の中には、性的意図をわいせつ行為性の必要条件とするものが存在し、また、平成二九年判決は「行為そのものが持つ性的性質が不明確」な場合におけるわいせつ行為性判断において、主観的事情を判断要素として考慮すべき場合がありうるとした。しかし、わいせつ行為性は客観的構成要件要素であること、被害者の保護という観点からは法益侵害性を基礎付けうる客観的性状を備えている行為は広く本罪の成否判断の対象とすべきであると考えられることから、

わいせつ行為性判断は行為の外形面を基礎に行われるべきであると思われる。そして、このように解したとしても、性的意図を考慮する必要性が問題になる。「狭義及び広義の医師の診察事例」、「撫で廻し事例」、「小児性愛事例」等について、わいせつ行為性を適切に判断することができると考えられる。

(1) まず、狭義及び広義の医師の診察事例であるが、そこで問われているのは当該行為の医療行為としての妥当性であり、実質的には、違法性の有無である。⁽¹⁰⁾それは、医学的見地から判断されるべきものであり、行為者の性的意図の有無がその判断を左右することはない。確かに、広義の医師の診察事例については、必ずしも必要ではない検査等を、性的意図で行った場合には、当罰性を肯定すべきようにも思われるが、当該検査等を行うことが医学的に不当とまではいえない以上、違法と評価すべきではないであろう。⁽¹¹⁾そして、違法でない医師の行為を「わいせつ行為」と評価することは法感覚に反するであろうから、このような場合、当該検査等が行われた客観的諸事情に照らすと、「性的行為(性的意味を有する行為)」とはいえず、わいせつ行為性が認められないと解するのが妥当であると思われる。⁽¹²⁾

(2) 次に、撫で廻し事例であるが、この事案の核心は、行為の有する性的意味が微弱で、「本罪が予定する程度のもの(法定刑の重さに見合ったもの)」とはいえないのではないかという点にある。この場合は、行為の状況や態様といった客観的事情を基礎に、当該行為が本罪の予定する程度のわいせつ性を備えているかを判断することが十分に可能である。⁽¹³⁾客観的にはわいせつ行為性を認めることができないう場合に、性的意図の存在を根拠にそれを認めることは、内心を決定的な根拠に構成要件該当性を肯定するもので、行為主義の観点からは問題があるといわざるをえないであろう。

(3) 以上の事例に対し、小児性愛事例について、性的意図を考慮することなくわいせつ行為性を判断できるかは

問題である。例えば、「成人男性が乳幼児と共に入浴し、その性器等を洗う」という同一の行為であっても、小児性愛者が性的意図をもって行った場合にはわいせつ行為性を肯定し、小児性愛者ではない父親が性的意図を持たずに行った場合には否定すべきであると考えられるが、外形的・客観的には同一の行為である以上、この結論は行為者の性的意図の有無によってしか基礎付けられないようにも思われる。しかし、この場合も、主体と客体との関係（父親か、第三者か）、行為が行われた状況（第三者が行う場合には、両親等からの依頼の有無等）・態様（通常の洗い方であるのか、特定の部位等に拘った特殊なものか）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（性的道義観念）に照らして評価すれば、右の結論を導くことができると思われる。⁽¹³⁾ なお、乳幼児と入浴し、身体を洗うことは、「『一般人の』性欲を興奮・刺激させる性質」や「『一般人の』性的羞恥心を害しうる性質」を持たないため、社会通念に照らした場合、当該行為に性的意味（わいせつ行為性）を認めることはできないのではないかとこの疑問もあろうが、⁽¹⁴⁾ 小児性愛者が存在すること、また、乳幼児を性的対象として扱うべきではないことは社会において広く認められているであろうから、外形的・客観的事実から、問題の行為が「『小児性愛者一般の』性欲を興奮・刺激させる性質」を備えていると評価される場合、社会通念に照らして、性的意味（わいせつ行為性）を肯定することができる⁽¹⁵⁾と考えられる。

三 性的意図の要否

本罪の保護法益を「身体的内密領域の不可侵性」と解し、また、わいせつ行為性は外形的・客観的事実を基礎に社会通念に照らして判断すべきであるとした場合、行為者が故意をもってわいせつ行為を行い、暴行・脅迫等の本罪の他の要件も充足されているときには、本罪の成立を否定する理由はないように思われる。しかし、このように考える場合、陰莖切断事例についても本罪の成立を認めざるをえないことになる。陰莖切断事例における「ズボ

ンを脱がす行為」や「陰莖を握る行為」(特に、後者)は「身体的内密領域に踏み込まれる経験の強制」にほかならず、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からである。

このような問題が生じるのは、本罪の本質を身体的内密領域の侵害という被害者側の視点からのみ捉えようとするためである。⁽¹⁶⁾ 既述のように、性的行為とは「身体的内密領域を相互に開放し、経験し合う人的営み」であり、本罪の核心は「性的行為の強制」、つまり、「身体的内密領域の『相互経験』の強制」にある。ここで「相互経験」という言葉が使われていることが示しているように、性的行為の強制があったと認めるためには、行為者と被害者がわいせつ行為と評価されうる客観的性質を備えた行為を相互に同時に経験するだけでは足りず、その時点において両者それぞれが当該行為を主観的に性的行為、すなわち、身体的内密領域に踏み込み・踏み込まれる行為と意味付けていることが必要⁽¹⁷⁾である。人は「自己の意思に反して身体的内密領域に踏み込まれない権利(意思に反して性的行為の対象として扱われない権利)」を有し、「人の意思に反して身体的内密領域に踏み込んでほならない(意思に反して性的行為の対象として扱ってはならない)義務」を負うが、前者の侵害は本罪の法益侵害性を、後者の侵害は本罪の規範違反性を基礎付けるもので、双方はそれぞれ本罪の違法性の核心を構成するものと考えられるからである。

なお、身体的内密領域に踏み込む(性的行為の対象として扱う)というのは、「人を外形的に性的意味のある行為の対象とする」ことではない。それは「わいせつな行為」と認めるための必須の要件であり、また、身体的内密領域に踏み込む(性的行為の対象として扱う)行為と認めるための必要条件であるが、十分条件ではない。それを十分条件とする場合、陰莖切断事例における「陰莖を握る行為」も、性的意図に基づく「陰莖を握る行為」も等しく本罪の捕捉対象となってしまうであろう。それは「人をその意思に反して性的衝動・性的欲求の対象として扱う」こと(により、その人格(の尊厳)を侵害すること)⁽¹⁸⁾を意味すると解すべきであり、それこそが本罪の規範違反性の実質だ

と考えられる。そして、人は、すべての人に対して、意思に反して性的衝動や性的欲求の対象として扱われない権利を有するはずであるから、その反映として、本罪は「自らの性的衝動・性的欲求の対象として扱う」ことだけでなく、「第三者の性的衝動・性的欲求の対象として扱う」ことをも禁止していると解すべきである⁽¹⁹⁾。

以上をまとめれば、本罪の本質は「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こと」の禁止」にあり、本罪の保護法益である身体的内密領域の不可侵性の実質は「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」にあることになる。そして、これは、外形的・客観的事実を基礎に判断される「わいせつ行為」を超えるものであるから、故意とは別に、それに対応する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⁽²⁰⁾。つまり、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性的意図と解し、それを本罪の主観的要件とすることが必要なのである。陰莖切断事例において、傷害罪に止めるべきであるのは、外形的・客観的には性的意味のある行為が行われており、身体的内密領域の侵害(被害者からみて、性的衝動・性的欲求の対象として扱われたといえる事態の惹起)は認められるものの、行為者は専ら復讐のために行為をしており、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が認められないためである。

(元)

(1) 以下、本判決を「平成二九年判決」と表記する。平成二九年判決に関する論稿・評釈として、奥村徹「最高裁大法院平成二九年一月二九日判決の背景」判時二二六六号二二一頁、木村光江「平成二九年度重要判例解説」一五六頁、小棚木公貴「判批」北大法学論集六九卷三号八八六頁、小林憲太郎「最高裁平成二九年一月二九日大法院判決について」判時二二六六号一三八頁、佐藤拓磨「最大判平成二九年一月二九日の意義と今後の課題」判時二二六六号一四三頁、塩見淳「強制わいせつ罪における『性的意図』」刑ジャ五六号三三三頁、高橋則夫「判批」論究ジュリ二

五号一三頁、豊田兼彦「判批」法セミ七七号一三三頁、前田雅英「判批」捜査研究八〇四号二頁、曲田統「判批」法教四五〇号五一頁、馬渡香津子「判批」ジュリ一五一七号七八頁、村井敏邦「判批」時の法令二〇四三号五〇頁、拙稿「判批」四四九号一二九頁等。

(2) 以下では、特に断らない限り、強制わいせつ罪と準強制わいせつ罪を併せて「本罪」と表記する。

(3) 以下では、行為が本罪の予定する「わいせつな行為」としての性質を備えていることを「わいせつ行為性」と、そのような性質を備えているか否かの判断を「わいせつ行為性判断」と表記する。

(4) 拙稿「強制わいせつ罪に関する一考察(上)」法学八〇巻五号一五頁以下(以下、「一考察」と略記)。特に、問題になっていたのは「接吻のわいせつ行為性」であった。

(5) 拙稿「一考察」二三頁。

(6) 例えば、大分地判平成二五年六月四日裁判所HP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ふ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」としている。性的意図を本罪の主観的要件としている(と考えられる)それ以外の裁判例として、釧路地判昭和五年一〇月六日判タ三七四号一六二頁(判例①)、東京高判昭和五六年一月二七日判月一三卷一〇二号五〇頁(判例②)、東京高判昭和五九年六月一三日判月一六卷五〇六号四一四頁(判例③)、岐阜地判平成九年五月一六日判時一六七一号一五二頁(判例④)、神戸地判平成一六年三月一六日裁判所HP(判例⑤)、広島地判平成一八年七月四日刑集六三卷八号九六三頁(判例⑥)、山形地判平成二四年一月二五日LEX/DB25482514(判例⑦)及びその控訴審である仙台高判平成二四年七月一九日LEX/DB25482513(判例⑧)、名古屋地判平成二五年九月九日LEX/DB25502130(判例⑨)、甲府地判平成二六年五月二七日LEX/DB25504086(判例⑩)、津地判平成二六年六月一一日LEX/DB25504193(判例⑪)、佐賀地判平成二六年一〇月一六日LEX/DB25505335(判例⑫)、横浜地判平成二七年一月一三日LEX/DB107050621(判例⑬)、東京高判平成二八年二月一九日判タ一四三三三号一三四頁(判例⑭)、盛岡地判平成二八年三月八日LEX/DB25542685(判例⑮)、大阪地堺支判平成二九年五月二五日LEX/DB25548318(判例⑯)等(以下、これらは「判例●」として引用する)。大阪高判平成二二年三月二六日高刑速報(平成二二年)一三三頁、那覇地判平長支判平成二三年三月一四日LEX/DB25480451、福岡高判平成二九年九月一三日

LLI/DBL07220434も参照。

三二一

(7) 以下では、性的意図を本罪の成立要件とする見解を「必要説」と、性的意図を本罪の成立を認めるための不可欠の要件ではないとする見解を「不要説」と表記する。必要説は、昭和四五年判決のように性的意図を本罪の独立の主観的要件とするものと、「わいせつ行為性」を認めるための必要条件とするもの(換言すれば、わいせつ行為性判断において、「常に」性的意図の有無を判断するもの)に分かれ、不要説は、性的意図を本罪の成否判断において考慮することを完全に否定するもの(以下、「純粹不要説」とする)と、「わいせつ行為性判断の一資料」とすることは認めるものに分かれる(以下、「修正不要説」とする)。修正不要説は、性的意図が認められなくとも、本罪の成立を肯定する場合があることを認める点で必要説と異なる。

(8) 捜査実務も同様であったようである。浅沼雄介「判批」捜査研究七五九号八頁、田中健太郎「判批」研修七九七号二七頁参照。

(9) 特に、判例②、判例③、判例⑤、判例⑥、判例⑪、判例⑫、判例⑬、判例⑭参照。

(10) なお、暴行・脅迫時点における本罪の着手の有無を判断するために、行為者のわいせつ目的の有無を問題にしている裁判例も多い。平成二〇年以降のものでは、長崎地判平成二二年一月一〇日LEX/DB25470376、新潟地判平成二二年一〇月四日LEX/DB2546217、大分地判平成二四年三月一日LEX/DB25480928、金沢地判平成二四年九月五日LEX/DB25482699、名古屋地判平成二四年一〇月一日LEX/DB25483440、大阪地判平成二六年一〇月二三日LEX/DB2541383(控訴審である大阪高判平成二七年九月二九日LEX/DB2541384)、函館地判平成二七年五月一八日裁判所HP等。これらも、本罪の成否が行為者の主観を考慮して判断されるものであることを示すものといえるが、その実質は故意の問題であるので(前掲大分地判平成二四年三月一日)はこのことを自覚的に検討している)、本稿の対象とはしない。

(11) 判例⑩は「姦淫行為又はわいせつ行為に客観的に該当する行為は、その性質上、専らわいせつ目的で行われるものであって、特段の事情がない限り、専ら他の目的で行われることはない」という。判例⑫、判例⑭、判例⑮も参照。さらに、馬渡・前掲八一頁も参照。

(12) 判例⑤(「性的意図は」意趣返し)の目的と十分に両立しうる)、前掲大分地判平成二五年六月四日(「復讐心と

このような性的意図は併存し得る。参照。判例①も参照。伊藤亮吉「強制わいせつ罪における主観的要素」山口厚ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論(第七版)』(二〇一四年)三二頁も参照。

(13) この種の事案で性的意図を認めた裁判例として、判例⑨(部活動の顧問によるテーピングの際の行為)、判例⑩(スポーツのコーチによる瘦身のためと称した行為)、判例⑬(占い師による除霊名目での行為)。

(14) これは、横領罪における不法領得の意思と「本人のためにする意思」の關係や背任罪における図利加害目的と「本人図利目的」の關係と類似した問題といえる。

(15) この種の事案では、暴行・脅迫が行われることはないため、被害者が一三歳未満の場合を除くと、通常は準強制わいせつ罪の成否が問題になる。

(16) 不要説の立場からは、わいせつ行為性が肯定されることを前提に、抗拒不能該当性又は被害者の承諾の有無という観点から検討することになろう。

(17) ただし、本判決は、事実誤認を理由に東京高判平成三三年一月三日LLI/DBL0620025によって破棄されている。

(18) 前掲静岡地浜松支判平成二二年五月二四日が、本罪が傾向犯であることを指摘しているのが目につく程度である。

(19) この点につき、拙稿「一考察」一三頁以下参照。

(20) 以下では、医療行為として明らかに正当な場合を「狹義の医師の診察事例」と、正当な医療行為の過程において行われているものの、必要不可欠とまではいえず、他方で、実施することが不当ともいえない難い場合を「広義の医師の診察事例」と表記する(後者については、第三章第二節二(三)(2)参照)。

(21) 植松正「再訂刑法概論Ⅱ各論」(一九七五年)二二二頁。

(22) 大塚仁・福田平「新版刑法の基礎知識(1)」(一九八二年)一一四頁以下(福田)。

(23) 大野平吉「強制猥褻罪における主観的要素」平野龍一ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論(第三版)』(一九九二年)三二頁、岡野光雄「刑法要説各論(第五版)』(二〇〇九年)六七頁、小田直樹「強制わいせつ罪における主観的要素」『刑法判例百選Ⅱ各論(第五版)』(二〇〇三年)二八頁、西原春夫「犯罪各論(訂補準備版)』(一九九一年)一九〇

頁（以下、『各論』と略記）等。高橋則夫『刑法各論（第三版）』（二〇一八年）一三四頁以下は、平成二九年判決を契機に、本罪を傾向犯とする従来の見解を改め、性的意図をわいせつ行為性（実行為性）の判断における不可欠の要件とした。なお、佐伯仁志「強制猥褻罪における猥褻概念」判タ七〇八号六六頁注一四（以下、『概念』と略記）は、日本の学説・下級審判決は「明確ではないが」と留保しつつ——、性的意図をわいせつ概念の要素としているように思われるとする。

(24) 阿部純二『刑法総論』（一九九七年）九四頁、大塚仁『刑法概説各論（第三版増補版）』（二〇〇五年）一〇〇頁（以下、『概説』と略記）、野村稔『刑法総論補訂版』（一九九八年）一〇五頁以下、日高義博『強制わいせつ罪における主観的要件』植松正ほか著『現代刑法論争Ⅱ（第二版）』（一九九七年）六七頁以下、福田平『全訂刑法各論（第三版増補）』（二〇〇二年）一八三頁等。

(25) 福田平『大塚仁』対談刑法総論（上）』（一九八六年）三三七頁以下。

(26) 西原春夫『強制猥褻罪における主観的要素』平野龍一ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論（第二版）』（一九八四年）三七頁（以下、『百選』と略記）は、「強制猥褻罪に猥褻の目的あるいは内心傾向という主観的要素の存在が必要であるかどうか、いいかえれば、強制猥褻罪は目的犯ないし傾向犯であるかどうかの争いには、違法本質論をめぐる深刻な論争がまつわりついている」という。

(27) 大塚『概説』九七頁。同一〇〇頁注八では「わいせつな動機による性的自由の侵害が犯罪とされる」と明言している。

(28) 日高・前掲書七〇頁以下。

(29) 佐伯『概念』六六頁、橋爪隆「強制わいせつ罪における主観的要素」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論（第四版）』（一九九七年）三一頁、丹羽正夫「強制わいせつ罪における主観的要素」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論（第六版）』（二〇〇八年）三二頁等参照。

(30) 西原『百選』三七頁。

(31) この点につき、第三章第二節二一（一）参照。

(32) なお、西原『各論』一九〇頁では、本罪のわいせつ行為と認めるためには、「主観的には性欲を刺戟・興奮させ

るといふ動機で、客観的には性欲を刺戟・興奮させ、一般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程度の行為のなされることが必要である」とし、「同じ行為でも医療の目的その他正当な目的で行われた場合には、刑法三五条をまつまでもなく、猥褻行為とはされない」とされている。しかし、右の動機が要求される根拠については説明されていない。

(33) 園田寿「強制わいせつ罪における人性的意図Vについて」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集(下巻)』(二〇一七年)一一七頁以下(特に、一二二頁以下)。

(34) ここで「違法行為」とされているのは、「客観的に中立な行為が行為者に主観的な性的意図があることによつてわいせつと色付けされる」ことはないと解されているからであろう(園田・前掲一二二頁)。

(35) 例として、SM行為、嘔吐させる行為、射精して精液を付着させる行為、低年齢児を対象にした行為等が挙げられている(園田・前掲一二四頁以下)。

(36) 本稿では、園田教授が本罪を目的犯と解すべきであると明言していることから、「断絶された結果犯」と解される場合につき、目的(性的意図)を有していることは必要であるが、故意と重なるために、要求することに実質的な意味はない(故意が認められれば、当然に、目的も認められる)と主張しているものと理解し、必要説として整理した。仮に、この場合は目的を要求しないとすると趣旨ならば、修正不要説と整理すべきことにならう。

(37) この点につき、小林・前掲一四〇頁以下。

(38) なお、理論的には、性的意図を非難可能性や予防の必要性の高さを基礎付ける「責任要素」と解することも考えられる(松原芳博『刑法各論』(二〇一六年)八八頁)が、実際にそのように主張する論者はいない。なお、小林・前掲一四一頁以下も参照。

(39) 拙稿「一考察」二二頁参照。

(40) このことを明示するものとして川端博『刑法各論講義(第二版)』(二〇一〇頁)一九一頁、平川宗信『刑法各論』(一九九五年)二〇〇頁等。堀内捷三『刑法各論』(二〇〇三年)六八頁、山口厚『刑法各論(第二版)』(二〇一〇年)一〇八頁も参照。

(41) 井田良『講義刑法学・各論』(二〇一六年)一一二頁、内田文昭『刑法各論(第三版)』(一九九六年)一六〇頁、

大谷實『刑法講義各論（新版第四版補訂版）』（二〇一五年）一一四頁、香川達夫『刑法講義各論（第三版）』（一九九六年）三二一頁（ただし、強制わいせつ罪を風俗に対する罪として位置付けている）、川端・前掲書一九一頁、佐伯「概念」六六頁、佐久間修『刑法各論（第二版）』（二〇一二年）一一五頁、曾根威彦「強制わいせつ罪における主観的要件」植松正ほか著『現代刑法論争Ⅱ（第二版）』（一九九七年）七八頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論（第七版）』（二〇一八年）一〇〇頁、橋本正博『刑法各論』（二〇一七年）一一九頁、林幹人『刑法各論（第二版）』（二〇〇七年）九〇頁、平川・前掲書二〇〇頁、平野龍一『刑法総論Ⅰ』（一九七二年）二二七頁（同）『刑法概説』（一九七七年）一八〇頁も）、堀内・前掲書六八頁、曲田・前掲五五頁、松原・前掲書八七頁、山口・前掲書一〇八頁、山中敬一『刑法各論（第三版）』（二〇一五年）一六六頁等。中森喜彦『刑法各論（第四版）』（二〇一五年）六六頁も参照。実務家の論稿でも同様の主張が見られる。浅沼・前掲九頁、大塚仁ほか編『大コメ九卷（第三版）』（二〇一三年）六九頁（亀山継夫「河村博」）。

(42) 曲田・前掲五四頁参照。内田・前掲書一六〇頁は「猥褻な傾向・性を主観的構成要件要素として要請する必要があるかどうかが問題となるが、行為者の『性欲抑制義務違反』ではなしに、被害者の『性的自由侵害』が処罰根拠をなすものと考えられる以上、ことさらに行為者の主観的傾向性をとりあげる必要はない」とする。

(43) 前掲注(41)に挙げた文献を参照。なお、不要説として、団藤重光『刑法綱要各論（第三版）』（一九八五年）四九一頁が挙げられることが多いが、同『刑法綱要総論（第三版）』（一九九〇年）一三三頁注二三では「傾向犯の例としては、強制猥褻罪が挙げられる。純粹に客観的には同じ行為であっても、医療目的でおこなわれるならば猥褻性をもたないことになる」とされている。

(44) 曾根・前掲書七八頁。同旨、伊藤（亮）・前掲三一頁（ただし、必要説の主張に一定の理解を示す）、佐伯「概念」六六頁、丹羽・前掲三三頁、橋爪・前掲三一頁、町野朔「犯罪各論の現在」（一九九六年）二八〇頁等。

(45) また、違法性の問題として処理することに対しては、医師の適法な診療行為をわいせつ行為と評価すること自体が法感覚に反するとの意見もあろう。

(46) 松原・前掲書八七頁。

(47) わいせつ行為性が明らかでない場合に、性的意図の存在を根拠にそれを肯定することは問題であるとするものと

して、佐伯「概念」六六頁、丹羽・前掲三三頁、橋爪・前掲三一頁、松宮孝明「刑法各論講義（第五版）」（二〇一八年）一一九頁、町野・前掲書二八三頁以下等。

(48) 佐伯「概念」六六頁。

(49) 松宮・前掲書一一九頁以下。なお、小林・前掲一四〇頁。

(50) 本判決の評釈である大谷實「判批」法セミ四〇七号一〇八頁は、本判決を「否定説と著しく接近した判例」とする。

(51) 同判決に関する判タ六七〇号二五五頁の匿名解説参照。

(52) ただし、本判決（及び原判決）は被告人に性的意図があったことを認めているようである。浅沼・前掲八頁、田中・前掲二三頁参照。

(53) さらに、田中・前掲二八頁では、大阪高判平成二五年五月八日公刊物未登載が、性的意図不要説を前提とした裁判例として挙げられている。

(54) 必要説も保護法益の内容を十分には説明していない。保護法益の解明は必要説・不要説に共通の課題である。

(55) 特に、辰井聡子「『自由に対する罪』の保護法益」岩瀬徹ほか編「町野朔先生古稀記念上巻」（二〇一四年）四一五頁以下参照。なお、性的自由の内容について説明していない論者も少なくない。堀内・前掲書、松宮・前掲書等。

(56) 平野龍一「刑法各論の諸問題」法セミ二〇五号七二頁。吉川絳夫「刑法各論」（一九八二年）七七頁も参照。

(57) 丹羽・前掲三三頁、橋爪・前掲三一頁。なお、佐伯「概念」六五頁も。

(58) 佐伯仁志「刑法における自由の保護」曹時六七卷九号三〇頁（以下、「自由」と略記）。

(59) 林・前掲書八七頁以下。

(60) 近年の文献で性的羞恥心を重視しているものとして、大谷・前掲書一一三頁、西田・前掲書九九頁等。

(61) 川端・前掲書一九〇頁（ただし、性的羞恥心にも配慮する）、中森・前掲書六五頁、橋爪・前掲三一頁、林・前掲書八八頁、松原・前掲書八五頁等。

(62) 佐久間・前掲書一一二頁、橋本・前掲書一一六頁、平川・前掲書一九三頁、前田雅英「刑法各論講義（第六版）」（二〇一五年）九三頁等。木村光江「強制わいせつ罪における『性的意図』」高橋則夫ほか編「日高義博先生古稀祝賀

論文集下巻』（二〇一八年）一二〇頁も参照。

(63) 佐伯「自由」三三頁以下は、人格の尊厳を侵害することが当該犯罪の法定刑の重さを基礎付けるものではないことを的確に指摘している。井田・前掲書一〇四頁も参照。

(64) 井田・前掲書一〇四頁以下は、本罪の保護法益を「性的自由・性的自己決定権」と表現するだけでは、性犯罪により何が侵害されるかがきちんと表現されず、また、「個人の人格」や「人間の尊厳」、「生きる権利」等の抽象的な利益と解するだけでは、性犯罪による被害の特性を具体的に把握して記述するのに適していないとする。極めて的確な指摘といえよう（佐伯「自由」二九頁以下も参照）。

なお、辰井・前掲四二四頁以下は、本罪（を含む性犯罪）の保護法益を「性的尊厳・性的人格権」とするが、「性的」尊厳・「性的」人格権の実質的意味を説明しようとしており、興味深い（その主旨は本文に挙げた井田教授の見解に近いように思われる）。

(65) 井田・前掲書一〇四頁以下（なお、井田教授の見解は、強制性交等罪をも射程においたものである）。井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修八〇六号三頁以下も参照。さらに、島岡まな「強制性交等罪における暴行・脅迫要件について」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集下巻』（二〇一八年）一二五頁以下も参照。

(66) なお、山中敬一「強制わいせつ罪の保護法益について」研修八一七号三頁以下（以下、「法益」と略記）は、本罪の保護法益を「性的不可侵性（外部的性的刺激から人が自由であること）」とし、「性的内密領域への侵害」をその侵害の典型とする。本罪の保護法益を「性的不可侵性」とすることに賛意を示すものとして、曲田・前掲五四頁注一四等。また、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」法時八八巻一一号六二頁も参照。

(67) 塩見・前掲三六頁は、本罪の成否にとつて重要であるのは、一七七条の行為と比べて広汎で、外延が明確とはいえない「わいせつ行為」の範囲を適切に画するにはどうしたらよいか、行為者の主観を考慮することなくそれが可能かということだとする。

(68) 平成二九年判決の第一審判決に関する拙稿「判批」法教四三三二号一六六頁参照（井田・前掲書一一二頁注二三も参照）。

(69) 同種の事案である東京高判平成二九年二月一四日LEX/DB2546813では、傷害罪で公訴が提起されている。図

田・前掲一二一頁注一二は、児童を裸にして「せっかん」した事案について、裁判例においては性犯罪として扱われていないことを指摘した上で、「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から、刑事実務全般においては性的意図の存在が事案を性犯罪として立件するための十分条件とされている」とする。

(70) 平成二九年判決は「陰茎を触らせ、口にくわえさせる」、「陰部を触る」行為などについて、「当該行為がそのものが持つ性的性質が明確な行為である」としており、それによれば、陰茎・陰部を触る行為は、わいせつ行為性が明らかの場合に当たることになる。「口にくわえさせる」行為は、現在では強制性交等罪に該当する。

(71) この点については、小棚木・前掲八四九頁の分析が参考になるが、そこに挙げられている行為は、通常、性的意図に基づいて行われるものであり、「強姦罪に連なる行為」とは、性的意図なしに行われることが想定されない行為を、「わいせつ行為性が明らかでない行為」とは、性的意図なしに行われる可能性があるすべての行為を意味し、実質的には、すべての場合に性的意図を要求すること（必要説）になるように思われる。なお、高橋「判批」一一八頁も参照。

(72) 佐藤（陽）・前掲六四頁参照。もともと、陰茎を切断する行為が、社会通念上、性的意味を持たない（性的と評価されない）とすることには異論もありえよう。

(73) 一般化して表現すれば、同一の行為であっても、行為が行われた文脈によって意味付けに相違が生じる（行為の意味は文脈に依存する）ということになる。小林・前掲一四〇頁、佐藤（拓）・前掲一四四頁以下等参照。

(74) 塩見・前掲三七頁。

(75) もちろん、これらに限られるわけではなく、また、複数の類型に跨る事案もありうる。後者につき、名古屋地判昭和四八年九月二八日判時七三六号一一〇頁（判例㉔）、新潟地判昭和六三年八月二六日判時一二九九号一五二頁（判例㉕）等参照。

(76) 判例㉖、東京地判昭和五六年四月三〇日判時一〇二八号一四五頁（判例㉗）、東京高判平成一三年九月一八日東高時（刑）五二卷一―一二号五四頁（判例㉘）、仙台高判平成二五年九月一九日高刑速（平成二五）二五〇頁（判例㉙）。

(77) すでに、最決昭和五〇年六月一九日裁判所HPは、性的意図を考慮することなく、行為が行われた客観的な諸状況を根拠にわいせつ行為性を肯定した原判決を正当とした。昭和四五年判決以降で接吻のわいせつ行為性が問題になったのは、判例㉔（わいせつ行為性を肯定）くらいである。

(78) 判例㉓（背中・腰部・臀部の撫で廻し）、判例㉔（パンツの上から臀部・大腿部を撫でた行為）、名古屋高判平成一五年六月二日判時一八三四号一六一頁（判例㉕。着衣の上から臀部等を撫でた行為）、判例㉖（着衣の上から臀部を撫でた行為）等参照。

(79) 特に、「一般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」とのわいせつ概念を前提にした場合、その程度に至っていないのではないかと疑念が生じる。

(80) 判例㉗や判例㉘における弁護人の主張を参照。

(81) 橋爪・前掲書三一頁、町野・前掲書二八四頁等参照。この場合のわいせつ行為性判断は、可罰的違法性における絶対的軽微類型の判断と同様である。

(82) 客観面を基礎に判断した裁判例として、判例㉙、判例㉚、性的意図を（も）考慮して判断したものとして、判例㉛、判例㉜、判例㉝。

(83) 京都地判平成一八年二月一八日裁判所HP、福岡地判平成二〇年二月四日LLJ/DBL06350194。

(84) この点で「被害者の利益目的事案」(第三章第一節一2参照)とは異なる。

(85) 本件では、本文に述べたもの他にも、複数の被害者に対する同様の行為のわいせつ行為性が問題となった。詳細は判決文を参照されたい。なお、本判決の控訴審である福岡高判平成二二年五月二八日LLJ/DBL06420299は、福岡地裁がわいせつ意図を認めなかった判断を是認しただけでなく、同地裁がわいせつ意図を認めた事案についてもそれを否定して、無罪となる範囲を拡大した。

(86) 前掲京都地判平成一八年二月一八日も、会陰走査が必要といえる状況で、その必要性を認識しつつ、会陰走査の外観を呈する措置を行ったという事案につき、本件措置がわいせつ目的をも併せ持つ心理状態で行われたとすると、会陰走査名目でわいせつ行為に及んだと認定する余地があるとした。もともと、同判決も、結論的には、本件措置がわいせつ行為であったと合理的な疑いなく認定することはできないとした。

(87) この種の事案で問われている実質は、当該行為の医療的妥当性であり、違法性の問題として論じるのが妥当であるように思われる。裁判例がわいせつ行為性の問題として検討しているのは、弁護人の争い方によるところが大きいように思われる。

(88) 判例⑥（小学校一年生の女兒の胸や臀部に触った行為）、仙台高判平成二十二年三月三日LEX/DB25463555（児童の陰部を撮影した行為）、横浜地判平成二十九年七月十九日LEX/DB25546811（四歳の子供の陰茎を触った行為）等。

(89) 判例⑥の弁護人の主張を参照。

(90) 判例⑥は、被害女兒自身も周囲の者も同児を女性として意識していたことに加え、被告人が同児の乳部や臀部を触るにより性的に興奮し、当初からその目的で当該行為に出たものであることをも考慮して、わいせつ行為に当たるとした。

(91) もっとも、後述のように、筆者は、小児性愛事例に關しても、行為の外表面・客観面を基礎にわいせつ行為性を認めることができると考えている。

(92) 同判決につき、拙稿「判批」法教四三三号一六六頁参照。

(93) このような判断を行う前提として、①性的意図を不要と解することにも十分な理由があることと、②昭和四五年判決は性的意図を要することについて十分な説明を行っていないことも指摘されている。詳細は、判決文を直接参照されたい。

(94) 本件の被告人の行為は①に該当するとされている。

(95) 平成二九年判決は性的意図を考慮すべき場合があるとは明言していない。しかし、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」と述べていることからすると、性的意図を主観的事情の一つとして想定していると考えられる。なお、小林・前掲一四〇頁。

(96) このことを認めているため、平成二九年判決は不要説の一種と位置付けられる。

(97) 小林・前掲一四〇頁以下。

(98) 佐藤（拓）・前掲一四五頁、曲田・前掲五七頁。

- (99) 特に、「強姦罪に連なる行為」について性的性質が明確といえる根拠の解明と、それを踏まえた、そこに含まれる行為の要件の明確化は重要であろう。さらに、佐藤(拓)・前掲一四四頁、高橋「判批」一一八頁以下等参照。
- (100) この点を積極的に評価するものとして、特に、木村「判批」一五七頁以下、前田「判批」一〇頁以下。さらに、曲田・前掲五五頁も。
- (101) 第一審判決や原判決とも異なる。本判決が原判決の「結論は相当である」としたことは、このことを示している。
- (102) 豊田・前掲一二三頁。なお、馬渡・前掲七九頁は、本罪の保護法益である個人的法益の中身をどのように表すのが最も適切かという近年の議論は、性的意図の要否を検討する上で直接関係するものではないことから、本判決にはその点への言及がないとしている。
- (103) 曲田・前掲五五頁は、平成二九年判決の判断を前提にする場合、「性的被害への確実な着目」を最も確かに実現するのに有効な法益概念とはいかなるものか、との問いが当然生じてくる」とする。
- (104) 本稿第三章第二節二一(五)参照。
- (105) もちろん、本罪が予定する程度の(本罪の法定刑の重さに見合った)行為であることが必要である。性的意味を有する行為は極めて広範にわたるため、このような程度を備えているか否かは、個々の事案において慎重に判断されなければならない。
- (106) 佐藤(陽)・前掲六三頁、馬渡・前掲八七頁。この点に関係する平成二九年判決の判示は基本的に妥当である。ただし、「行為そのものが持つ性的性質」と「行為の性的意味」を区別する必要はなく、端的に、問題となる行為の性的意味の有無と程度を問えば足りるように思われる(なお、高橋「判批」一一八頁参照)。同判決は両者の内容及び関係を明らかにしていないこととその問題性につき、第四章第二節二参照。また、「行為そのもの」の内容が不明確であることについて、佐藤(拓)・前掲一四四頁以下。
- (107) 判例③、判例④、判例⑤等。
- (108) この点につき、拙稿「一考察」一八頁及び注七二参照。
- (109) 木村「判批」一五八頁は、わいせつ行為性のような規範的判断では、構成要件該当性の問題と違法性の問題を区

(751)

別する実益は小さいとする。

(110) もちろん、医療行為としての妥当性を認めるための要件（患者の有効な同意等）が充足されていることは必要である。

(111) 佐藤（陽）・前掲六四頁は、「治療行為は社会通念上、およそ性的性質を有さない」とする。馬渡・前掲八八頁も参照。

(112) 特に、他の処罰規定の存在や善良な性的道義観念との抵触性の観点からの検討が重要である。本稿第三章第二節二二（三）（一）参照。

(113) 拙稿「判批」法教四五八号一四五頁参照。この場合も、わいせつ行為性を肯定した上で、違法性段階で処理することが考えられなくもないが、「おおげさに感じる」（森永真綱「性的意図は強制わいせつ罪の成立要件か？」法教四四〇号三頁）のも事実であろう。

(114) 園田・前掲一二五頁以下。

(115) なお、小児性愛者である保育士が、性的意図をもって園児を裸にして着替えさせたという場合、外形的には業務上の行為といえても、本罪の成立を認めるべきではないかとの疑問もあろう（馬渡・前掲八八頁参照）。しかし、この場合も、広義の医師の診察事例と同様に、業務としての妥当性の観点から考えるべきだと思われる。

(116) 本罪の保護法益を「性的不可侵性（外部的性的刺激から人が自由であること）」とする見解（山中「法益」九頁以下等）は、私見と類似する面があるが、本罪の本質を被害者側から捉えようとしている点で私見と異なる。この説によれば、陰茎切断事例は本罪に該当することにならう。

(117) 行為者と被害者との間で、同一の行為に關する主観的な意味付けの齟齬が生じうるのは「わいせつ行為」という概念が、即物的・物質的観点からのみでは決定することができない規範的概念であるためである。なお、小田・前掲二八頁参照。

(118) 本罪の法定刑が人格（の尊厳）を害する他の犯罪よりも高く定められているのは、人をその意思に反して性的衝動・性的欲求の対象とすることの規範違反性の高さによるものと解される。

なお、小田・前掲二九頁は「行為者が自己の『性欲』のために『性交渉の強制』に及ぶ場合こそが、被害者を

「性」の玩具（物）として扱う人格否認の態度であり、だからこそ、行為者に特定の意識すなわち「性的意図」があつてこそ強制わいせつ罪に値する」という。また、佐久間修「いわゆる性犯罪と性暴力の罪」高橋則夫ほか編「日高義博先生古稀祝賀論文集下巻」（二〇一八年）九一頁は「相手方の身体を性的欲求のはけ口（客体）として、いわばモノ扱いすることは、およそ人格の尊厳や人倫の秩序に反する」という。

(119) したがって、不良少女グループに属する複数の女性が、グループに属するAという少女が裏切り行為を行ったとして、「専ら制裁を加える目的で」、人気がない建物内でAを脅迫して裸にした上、暴行を加えたという場合、「性的行為の対象として扱う意図」が認められないため本罪は成立しない。これに対し、彼女ら自身は「専ら制裁を加える目的」であつたが、その様子をビデオに録画し、それをインターネット上にアップロードする等して、Aの裸を第三者に閲覧させる意図があつた場合には、「Aを第三者の性的欲求の対象として扱う意図」が認められるので、「性的行為の対象として扱う意図」が肯定されるため本罪が成立する。

(120) なお、本稿で詳細を述べることはできないが、一七六条後段の罪の本質は、性的弱者としての子どもへの保護という観点を基礎にした、「二三歳未満の子どもをわいせつ行為の対象とすること一般の禁止」にあり、性的意図は同罪の要件とはならないと考えられる。

(121) 同様の認識を基礎にしつつ、本文の意味での性的意図をわいせつ行為性の要件に取り込むことも考えられる（小田・前掲二九頁参照）。これは、傾向犯・目的犯としての理解を本罪の文言に反映させるもので一考に値するが、わいせつ行為性は客観的構成要件要素であり、行為の外形面を基礎に判断すべきであると考えられること、性的意図をわいせつ行為性の要件とした場合、本罪の故意は「性的意図を持っていることを認識していること」を内容とすることとなり、複雑になってしまうことから、性的意図は本罪の独立の主観的要件とすることが妥当であると思われる。