

III 判例研究 III

強制わいせつ罪におけるわいせつな行為と社会通念 - 最大判平成29年11月29日刑集71巻9号467頁 -

櫻 庭 総
大 場 史 朗

【事案の概要】

判決文によると、本件の事案は以下の通りである。

- ① 平成27年1月下旬頃、山梨県甲府市の被告人方において、被害者（当時8歳）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。
- ② 同月下旬頃、前記被告人方において、提供の目的で、全裸の状態での前記①のわいせつ行為に係る被害者の姿態や、全裸または半裸の状態で陰部または胸部を露出した被害者の姿態を被告人が使用するスマートフォンで撮影し、電磁的記録に係る記録媒体である児童ポルノを製造した。
- ③ 同月下旬頃、前記被告人方において、複数回にわたり、前記画像データ（合計124点）を、被告人が使用するスマートフォンから、電気通信回線を通じてAが使用するスマートフォンに送信して提供した。

【第一審および原審の判断】

第一審は、被告人が、被害者に対して、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をしたこと（以下、本件行為という）につき、「これらの行為は、通常、性的意図を伴うものと推認できるものである」とした上で、①被告人が本件行為の目的は金を得ることにあり、本件行為により自己の性欲を刺激興奮させ、満足させる意図はなかったと供

述していること、②被告人の供述はAの供述およびAに対して送られた画像データの内容とも符合していることなどから、被告人の弁解には「一定の合理性」が認められるとした。

そして、被害者の供述には高い信用性が認められないことなども考慮すると、「被告人の上記の弁解は排斥できず、被告人に性的意図があったと認定するには合理的な疑いが残る」としつつも、次のように判示して、強制わいせつ罪が成立するとした。

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どころ、犯人の性的意図の有無によって、被害者の性的自由が侵害されたか否かが左右されるとは考えられない。また、犯人の性的意図が強制わいせつ罪の成立要件であると定めた規定はなく、同罪の成立にこのような特別の主観的要件を要求する実質的な根拠は存在しない。(原文改行) によって、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判断した。(原文改行) 本件では、被告人が被害者に対して客観的にわいせつな行為をしたこと及びその際に自分がそのような行為をしていることを認識していたことは証拠上明らかである。よって、被告人には強制わいせつ罪が成立する。

原審は、「被告人の弁解を排斥することができないとして、被告人に性的意図があったと認定するには合理的な疑いが残るとした原判決の判断は相当である」とした上で、第一審の判断を支持し、「当裁判所も、刑法176条について、原審と同様の解釈をとるものであり、最高裁判例（最高裁昭和45年1月29日第1小法廷判決・刑集24巻1号1頁）の判断基準を現時点において維持するのは相当ではないと考える。」とした。(なお、弁護人から、強制わいせつ罪および提供目的児童ポルノ製造罪、提供目的児童ポルノ製造罪および児童ポルノ提供罪に関する法令適用の誤りなども控訴理由として挙げられたが、原審はいずれも退けた。)

【判旨】

(1) 上告を受けた最高裁大法廷は、第一審および原審の判断を支持し、以下のア～ウの理由から「昭和45年判例の示した上記解釈は維持し難いというべき」とした。

ア 現行刑法が制定されてから現在に至るまで、法文上強制わいせつ罪の成立要件として性的意図といった故意以外の行為者の主観的事情を求める趣旨の文言が規定されたことはなく、強制わいせつ罪について、行為者自身の性欲を刺激興奮させたか否かは何ら同罪の成立に影響を及ぼすものではないとの有力な見解も従前から主張されていた。これに対し、昭和45年判例は、強制わいせつ罪の成立に性的意図を要するとし、性的意図がない場合には、強要罪等の成立があり得る旨判示しているところ、性的意図の有無によって、強制わいせつ罪（当時の法定刑は6月以上7年以下の懲役）が成立するか、法定刑の軽い強要罪（法定刑は3年以下の懲役）等が成立するにとどまるかの結論を異にすべき理由を明らかにしていない。また、同判例は、強制わいせつ罪の加重類型と解される強姦罪の成立には故意以外の行為者の主観的事情を要しないと一貫して解されてきたこととの整合性に関する説明も特段付していない。

元来、性的な被害に係る犯罪規定あるいはその解釈には、社会の受け止め方を踏まえないければ、処罰対象を適切に決断することができないという特質があると考えられる。諸外国においても、昭和45年（1970年）以降、性的な被害に係る犯罪規定の改正が各国の実情に応じて行われており、我が国の昭和45年当時の学説に影響を与えていたと指摘されることがあるドイツにおいても、累次の法改正により、既に構成要件の基本部分が改められるなどしている。こうした立法の動きは、性的な被害に係る犯罪規定がその時代の各国における性的な被害の実態とそれに対する社会の意識の変化に対応していることを示すものといえる。

これらのことからすると、昭和45年判例は、その当時の社会の受け止め方などを考慮しつつ、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。

イ そして、「刑法等の一部を改正する法律」（平成16年法律第156号）は、性的な被害に係る犯罪に対する国民の規範意識に合致させるため、強制わいせつ罪の法定刑を6月以上7年以下の懲役から6月以上10年以下の懲役に引き上げ、強姦罪の法定刑を2年以上の有期懲役から3年以上の有期懲役に引き上げるなどし、「刑法の一部を改正する法律」（平成29年法律第72号）は、性的な被害に係る犯罪の実情等に鑑み、事案の実態に即した対処を可能とするため、それまで強制わいせつ罪による処罰対象とされてきた行為の一部を強姦罪とされてきた行為と併せ、男女いずれもが、その行為の客体あるいは主体となり得るとされる強制性交等罪を新設するとともに、その法定刑を5年以上の有期懲役に引上げたほか、監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪を新設するなどしている。これらの法改正が、性的な被害に係る犯罪やその被害の実態に対する社会の一般的な受け止め方の変化を反映したものであることは明らかである。

ウ 以上を踏まえると、今日では、強制わいせつ罪の成立要件の解釈をするに当たっては、被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度にこそ目を向けるべきであって、行為者の性的意図を同罪の成立要件とする昭和45年判例の解釈は、その正当性を支える実質的な根拠を見いだすことが一層難しくなっているといわざるを得ず、もはや維持し難い。

(2) 次に、最高裁大法廷は、「わいせつな行為」に関して次のように判示した（丸数字は引用者）。

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、①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、②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。③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。④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。

⑤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) 最後に、最高裁大法廷は、本件被告人の行為に関して次のように判示した。

本件についてみると…当該行為そのものが持つ性的な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審を是認した原判決の結論は相当である。

【判例研究】

一 本判決の意義

本判決は、強制わいせつ罪の成立には「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われること」が必要であるとした第一判昭和45年1月29日刑集24巻1号1頁（以下、昭和45年判例とする）を変更して、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いとしたものである。従来から学説では、行為者の内心の傾向を成立要件とする傾向犯について批判的な見解を示すものが多数を占めるところであり¹⁾、現に下級審裁判例も、強制わいせつ罪の成立に関して実質的には「性欲を満足

1) たとえば、平野龍一「強制わいせつ罪とわいせつの意思」同『犯罪論の諸問題(下)』(有斐閣、1982年)308頁以下、団藤重光『刑法綱要各論〔第3版)』(創文社、1990年)491頁など参照。

させる意図」を不要と解しているとの評価もみられる²⁾。もっとも、本判決は、強制わいせつ罪成立の判断要素として性的意図を一切不要であるとしたわけではなく、その位置づけに関しては新たな批判も呈されている。

また、本判決では、「わいせつな行為」の判断方法についても注目すべき判示が見られる。そこでは、行為そのものが持つ性的性質の明確性如何によって判断要素に区別が設けられ、さらに、それらを判断する一般的基準も示されている。この判断枠組みを明らかにした点にも本判決の大きな意義があるように思われるが、その解釈をめぐっては本判決に関する評釈においても評価が分かれている。

本稿では、まず、本判決が昭和45年判例を変更するに至った理由および新たに示された「わいせつな行為」の判断方法について、調査官解説および評釈を手がかりに整理し(二、三)、残された課題を析出した上で、若干の検討を行う(四)。

二 昭和45年判例が維持しがたい点について

本判決は、昭和45年判例を変更すべき理由として、他罪との整合性に関する理論的問題および社会の意識の変化を反映させる必要性を挙げている。

(1) 他罪との整合性

他罪との整合性に関しては、強要罪および強姦罪との関係が言及されている。前者に関しては、法定刑に大きな開きがある強要罪と強制わいせつ罪について、性的意図の有無によって結論を異にすべき理由が明らかにされていないとされる。また、これに関連して、調査官解説では、「本件のように、13歳未満の者に対し、暴行・脅迫を加えることなく、性的意図を持たずに『わいせつな行為』をした場合には、昭和45年判例の解釈を前提にすれば、強要罪すら成立しない」こととなる点も指摘されている³⁾。

2) 今井猛嘉・小林憲太郎・島田聡一郎・橋爪隆『刑法総論』(有斐閣、2011年)54頁(小林執筆)など参照。裁判例として東京地判昭和62年9月16日判時1294号143頁(裸にして写真を撮る行為)参照。

3) 馬渡香津子「判解」ジュリスト1517号(2018年)83頁。

後者に関しては、強制わいせつ罪の加重類型とされる強姦罪は傾向犯と解されていないこととの整合性が説明されていないとされる。加えて、平成29年改正により、これまでは強制わいせつ罪として位置づけられていた肛門性交・口腔性交が、性交とあわせ性的意図の不要な強制性交等罪として新設されたことから、昭和45年判例の問題性はより明らかだとされる⁴⁾。

本判決が判例変更に至った理由については、後述の「社会の受け止め方」が重視される傾向があるように思われるが、ここで確認したように、法体系的整合性に関する視点も示されていることに注意を払っておきたい。

(2) 「社会の受け止め方」への着目

本判決は、「元来、性的な被害に係る犯罪規定あるいはその解釈には、社会の受け止め方を踏まえなければ、処罰対象を適切に決することができないという特質があると考えられる」とし、昭和45年判例以降の社会の受け止め方の変化を反映するものとして、わが国およびわが国に学説上の影響を与えていたとされるドイツの性犯罪規定の改正を挙げている。調査官解説では、昭和45年当時と比べた社会の受け止め方の変化として、より具体的に、保護法益の学説の変化、児童に対する性犯罪に対する理解の変化、性犯罪被害に対する理解の変化および性犯罪に係る刑法改正の動向が触れられている⁵⁾。

もっとも、本判決では強制わいせつ罪の保護法益に関して直接的な言及はみられない⁶⁾。その理由としては、「学説では、これを個人の性的自由とする立場が多数説であるが、そこにいう自由の意義等をめぐって見解が分かれている。このような状況もあり、本判決は、特定の見解に立つことを避けたと推測される」と、これをやや消極的に解する評価⁷⁾がみられる一方、本判

4) 馬渡・前掲註3) 83頁。佐藤拓磨「判批」判例時報2366号(2018年)144頁も同旨。

5) 馬渡・前掲註3) 81頁。

6) なお、調査官解説は、直接的な「言及はないものの、『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』と判示し、強制わいせつ罪及び強姦罪等の保護法益とされる個人的法益を念頭に解釈すべきことが示されているものと思われる」とする。馬渡・同上79頁。

7) 豊田兼彦「判批」法セミ757号(2018年)123頁。

決の意義は「性的意図の有無で犯罪の成否を決定する考え方が『行為者からみた犯罪の成否』であったのに対し、『被害者から見た犯罪の成否』に転換すべきだとした」点にあるのであり、「ここで重視されている被害の中身が『性的自由』であるか否かは、さほど重要な問題ではない」と、積極的に解する評価⁸⁾も見られる。なお、本件上告審担当弁護人によれば、「性的自由構成では性的自由や羞恥心が観念できない乳幼児の保護に欠ける」旨の指摘をしたが、「この点について、平成29年判例は沈黙した」とされる⁹⁾。

本判決は、以上の変化を踏まえ、「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」だとして、昭和45年判例の解釈は、もはや維持しがたいと判示する。

この判示部分については、これを高く評価する見解¹⁰⁾が多く見られる一方で、「社会の受け止め方」の強調は目新しいものではないとして、やや慎重に評価する見解¹¹⁾もみられる。

三 「わいせつな行為」の判断方法について

(1) わいせつな行為の類型化

強制わいせつ罪における「わいせつ」概念については、名古屋高金沢支判昭和36年5月2日下刑集3巻5・6号399頁等が、わいせつ物頒布罪の「わいせつ」

8) 木村光江「判批」ジュリスト1518号(2018年)158頁。

9) 奥村徹「判批」判例時報2366号(2018年)132頁。なお、本判決に関する評釈のうち、強制わいせつ罪の保護法益を二元的に捉え、「幼児等にとっては、国家による保護を必要とする児童の権利の一環である性的に健全に成長・発達する権利だと解するべきであろう」とするものとして、松宮孝明「判批」季刊刑事弁護94号(2018年)78頁。

10) 一例を挙げると、「被害者の視点を強調した点で高く評価できる」(佐藤・前掲註4)144頁、「『行為者からみた犯罪の成否』であったのに対し、『被害者から見た犯罪の成否』に転換すべきだとした」(木村・前掲註8)158頁、「性的被害を重視する今日的視座に立つものであり、かつ現にそれを可能とする解釈を是とする旨の判断であり、その意義は極めて大きい」(曲田統「判批」法学教室450号(2018年)53頁)など。

11) 「なお、『社会の受け止め方』の強調は、昭和45年判例の入江裁判官反対意見でも『現時の世相下』という言葉で述べられていたところであり、目新しいものではない。むしろ、『わいせつ行為』を『羞恥心を害する行為』一般と混同しないことが肝要である。」(松宮・前掲註9)79頁)。

概念に関する「徒に性慾を興奮又は刺激せしめ且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し善良な性的道徳観念に反するもの」という最高裁の判示（最一小判昭和26年5月10日刑集5巻6号1026頁）を用いたことから、多くの学説もそれを援用してきたところであるが、本判決においても、強制わいせつ罪における「わいせつな行為」の定義はみられない。その事情を調査官解説は、「いわゆる規範的構成要件である『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、これをどのように定義づけるかよりも、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かという判断方法こそが重要であると考えられる」と説明している¹²⁾。

したがって、本判決は、「わいせつな行為」を積極的に定義するかわりに、これを①「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②「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」に類型化したうえで、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③不可罰な領域も存在すると判示した。

調査官解説では、それぞれの一例として、①性交類似行為、②児童の裸の写真の撮影、キス、③性的な関心をもって手を触れる、衣服を着けた者を撮影する、といった事例が挙げられている¹³⁾ことから、③類型としては迷惑防止条例で規制対象となっている痴漢行為等が主に想定されているようである。

本判決に対する評釈の多くも、「わいせつ行為」にこのような区別をなし

12) 馬渡・前掲註3) 85頁。もっとも、このことから、本判決は従来通用してきた「わいせつ」の定義に変更を加えるものではない、との理解が自然であるが、そうであるとすれば、従来の性欲要件を含む定義を残したまま性的意図を強制わいせつ罪の一律の要件とはしないことは矛盾しているとの指摘もなされている。奥村・前掲註9) 134頁、松木俊明／奥村徹／園田寿「判批」法セミ758号（2018年）51頁（園田執筆）。

13) 馬渡・前掲註3) 86頁。

得ること自体については一致があるといってよい。ただし、後述するように、そもそも何をもって性的性質が明らかといえるか、ある行為がどの類型に該当するかについては、論者によって評価が分かれているように思われる。

(2) 判断基準

本判決によれば、「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」に関する判断基準は、「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」と判示される（判示④）。

そこでは客観的基準によるべきことが示されたわけだが、調査官解説では、「これらの判断を当該被害者が実際に、当罰性の高い性的意味を感じたか否かによるべきではないことは当然であり、他方で、昭和45年判例の解釈を採用しない以上、行為者自身の性欲等を基準にすべきでもないことも明らか」であるから、「結局、その判断は、社会通念に照らして客観的に判断されるべきと考えられる」と解説されている¹⁴⁾。したがって、前述した、社会の受け止め方の変化に関する、「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……にこそ目を向けるべき」との判示部分については、「被害者の視点に立つ」ことを文字通り意味すると解するべきではなく、「わいせつ性は、一般人からみた『行為のいやらしさ』ではなく、一般人からみて被害者に対する性的侵襲と評価できるかという観点から判断されるべきだということになろう¹⁵⁾」といった評価がより正確であろう。

14) 馬渡・前掲註3) 86頁。なお、本件担当弁護士によれば、「個人の主観的権利侵害という定義ではわいせつの範囲が定まらないから原判決の定義は不適切である」との弁論を展開しており、本判示はこれを受け手のものであるとされる。奥村・前掲註9) 132-133頁。

15) 佐藤・前掲註4) 144頁。

(3) 性的意図の位置づけ

本判決は、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昭和45年判例の解釈を変更すべきだとしたが、その成立要件に性的意図が一切不要であるとしたわけではない。行為そのものの持つ性的性質が不明確な類型については、「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」ため、「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の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」と判示している（判示⑤）。そこで主観の事情に関して、調査官解説によれば、行為者自身の性的意図のみならず、性的屈辱感を感じさせることによって復讐等を果たす目的や、第三者らの性欲を満たすための性産業に提供する目的等も、社会通念に照らせば当該行為に強い性的な意味を付与することになる一方、行為に医療目的や養育目的が認められれば、社会通念上、通常は、性的に意味のない行為というべきだと例示されている¹⁶⁾。

このように行為の判断要素として目的等の主観の事情を含ませることに關しては、「本判決の判断枠組みを用いると……性的性質の不明確な行為であっても、性的意図を伴っていたならば、それを併せ考慮し、わいせつ行為性を肯定することも可能となり、「こうした判断手法・結論は、本判決で説かれた、被害性への着目の視点にも適う」といった評価¹⁷⁾が見られる。

その一方で、行為者の意図のみを理由に本罪の成立が認められることになれば、「『客観主義』『行為主義』に反するであろう」との批判¹⁸⁾や、そこでの主観の事情に性的意図が含まれるとすれば、「典型的な心情刑法の一で

16) 馬渡・前掲註3) 88頁。

17) 曲田・前掲註10) 56頁。

18) 松宮・前掲註9) 79頁。なお、本判決につき客観的要素を重視すべきだとした裁判所のメッセージであると解すべきだとするものとして、村井敏邦「判批」時の法令20143号(2018年) 50頁以下。

あって理論的に許容されない」といった批判¹⁹⁾もなされている。

四 残された課題

(1) 問題点

本判決については、これを歓迎する評価も見られるところであるが、なお、未解決の問題があるとする見解や、新たな問題を生じさせることになったとの見解も散見される。ここでは、そこで指摘された諸問題のうち三点を取り上げ、残された課題を析出してみたい。

第一に、本判決は、本件行為につき、「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」と判示しているが、わいせつ行為の定義を示さないまま、そのように断言することができるかという問題が指摘されている。すなわち、本判決が性欲興奮要件を含むわいせつな行為の定義を変更していないのであれば、「このような低年齢の児童に対するおぞましい性的虐待ともいえる行為がいかなる意味で上記の『わいせつ行為』の定義にあてはまるのかも明確ではない」とされる²⁰⁾。

第二に、本判決は、行為そのものの性的性質が不明確な場合は、具体的状況等も考慮し、社会通念に照らして客観的に判断されると判示しているが、その基準の理解については、未だ議論の余地が多く残されているように思われる。この基準の適用により、従来の裁判実務よりも広い行為が性的意味をもつ行為として処罰範囲に含まれることになるとする見解²¹⁾がある一方で、本判決においても性的意図は「わいせつな行為」という実行行為の判断にお

19) 小林憲太郎「判批」判例時報2366号(2018年)140頁。また、基本的には判示に賛成だが、「その判断要素として『行為者の目的等の主観的事情』が含まれうるとした点には疑問を覚える」とするものとして、成瀬幸典「判批」法学教室449号(2018年)129頁。

20) 松木ほか・前掲註12) 51頁(園田執筆)。

21) 「裁判例の中には、10歳の少女を背後から抱きすくめ、両膝で同女の背中・腰部・臀部を撫で回した行為について、行為のわいせつ性を否定したものがあがるが、今日の社会通念からすれば、このような行為には少なくとも性的意味は認めるべきである」と理解するものとして、佐藤・前掲註4) 145頁。

いて一定の役割を果たすことが肯定されているため、性的意図の位置づけの変更によって今後の判例・実務が大きく変わることはないと推測する見解²²⁾や、二義的行為の場合に行行為者の「性的意図」によって「わいせつ」が拡大されるとするものであるなら疑問であるとの見解²³⁾もみられる。

とりわけ問題となるのは、行為者が特殊な性的嗜好を有している場合、すなわち行為者は性的意図を有しているものの、一般人からみて当該客観的行為を被害者に対する性的侵襲と評価することは困難である場合である。青森地判平成18年3月16日公判判例集未登載は、被告人が、かつて、口淫した女性がその後嘔吐したアダルトビデオを観て性的興奮を覚えたことから、自己の特異な性的欲求を満足させるため、その口腔内に中指を押し込んで被害者に嘔吐させる行為を行った事案につき、暴行罪の成立を認めた。このような事例につき、「通常、嘔吐する姿は他人にみせるものではないことに加え、現に性行為の文脈の中でそのような場面を描写するアダルトビデオが流通しているのであれば、性的意味を認め得る」とする評価²⁴⁾がある一方で、「自己の特異な性欲の満足のために被害者の口腔内に指を押し込んで嘔吐させる行為も、客観的に性的な意味がない限り、同様に〔わいせつな行為に当たらないと——引用者注〕解すべきだろう」と評する見解²⁵⁾もある。

このように、本判決が区別した性的性質が明確な行為および性的性質が不明確な行為それぞれに関して、論者によって異なる理解が示されている。その一因として、たしかに一部の評釈で指摘されるように、わいせつ行為の定義が示されなかったことも挙げられよう。ただし、仮に個人的法益に沿ったわいせつ行為の定義を示したところで、結局のところ「わいせつ性」ないし「性的性質」の判断が規範的評価を含むものであることは否定できず、その意味で、判例の示すように「社会通念に照らした」判断とならざるを得ないだろう²⁶⁾。問題は、むしろ、そこでいう「社会通念」の理解が評者によって

22) 高橋則夫「判批」論究ジュリスト25号(2018年)121頁。

23) 松宮・前掲註9)79頁。

24) 佐藤・前掲註4)145頁。

25) 豊田・前掲註7)123頁。

26) 「性的性質」を有するか否かの判断について、どのような立場に立脚したとしても、

異なることに基因するように思われる。

(2) 「社会通念」の解釈

思うに、本判決の判示するように、「性的性質を持つ行為は何か」を判断するにあたっては、行為の具体的状況を判断基底として、性的性質に関する「社会通念」を判断基準とせざるを得ない²⁷⁾。性的性質の有無・程度は、当該国家社会の歴史的・文化的背景によって異なりうるからである²⁸⁾。

ただし、「性的性質を持つ行為に対してどの程度の可罰性を付与するか(犯罪化するか否か、犯罪化するとして何罪で処断すべきか)」の判断は、社会通念から直接に導かれるべきものではなく、むしろ、刑法の原理・原則に支えられた当該国家社会の法体系的整合性ないし法政策的考慮に基づくべきものではないだろうか。当罰性に関する「社会通念」とは、いわゆる国民の処罰要求²⁹⁾を意味するように思われるが、もし、それだけが考慮要素であると

「『一般人の通常感覚』や『合理的一般人』を援用せざるを得ない……とすれば、結局、当該行為の(その時代における)性的道義観念に照らした評価に依存せざるを得ないのではないかという疑問もあろう」と指摘するものとして、高橋・前掲註22) 118頁。

27) たとえば、西田典之ほか編『注釈刑法第2巻各論(1)』(有斐閣, 2016年) 608頁以下(和田俊憲執筆)によれば、判例ないし裁判例を分析した上で、わいせつ行為の態様が、①性器(陰部)への直接的接触をもたらず行為、②乳房、肛門等の性器(陰部)に準ずるものへの直接的接触をもたらず行為、③着衣の上からの身体接触、④接吻等のそのほかの接触行為、⑤裸の写真撮影、被害者らに性交の姿態動作をとらせそれを眺める行為、精液をかける行為などの接触のない態様に分類される。否定例としては、男性が女性の上に馬乗りになる行為につき、「仰向けに倒れている女子の上に二人の男子が前後に相接して馬乗りになるという行為自体は、普通の性的行為を実行する体勢ではなく、また直ちに性的行為を連想せしめる行為でもない」等とした大阪高判昭和29年11月30日裁特1巻12号584頁、男性が10歳の女兒を抱きすくめ、両膝でその両脚を挟みつけて背中・腰部・臀部を撫でまわした行為につき、「その外形において、一般人の正常な性的羞恥心を害する程のもの」ではないとした名古屋地判昭和48年9月28日判時736号110頁などがある。なお、刑法における社会通念に関しては、阿部純二「刑法判例と社会通念」法律時報52巻5号(1980年) 35頁以下、秋山哲治「刑法解釈における社会通念の意義」同志社法学14号(1963年) 81頁以下も参照。

28) 「わいせつ行為」以外の表現行為としては、例えば、日米でのヘイトスピーチの行為態様の差などもあげられようか。これについては、櫻庭総「刑法における表現の自由の限界——ヘイト・スピーチの明確性と歴史性との関係」金尚均編『ヘイト・スピーチの(法的)研究』(法律文化社, 2014年) 107頁以下参照。

29) 当罰性と国民の処罰要求ないし社会通念との関係については、藤木英雄「現代と刑事政策」(成文堂, 1970年)ならびに前田雅英『可罰的違法性論の研究』(東京大学出版会,

すれば、被害者感情を支持する国民の処罰要求がそのまま厳罰化に結び付くという帰結や、国民の大多数が望めば憲法違反の刑事規制さえ容認されうるという極端な理論的帰結を回避しがたいであろう。

このように考えることができるのであれば、本判例の「社会通念」を援用して、従来は迷惑防止条例や暴行罪の対象となる行為までも現在は当然に強制わいせつ罪が成立すると即断することはできない。本判決が判示した「社会の一般的な受け止め方」の変化を論じた評釈においては、「昭和55年刊行の解説書において、『着衣の上から臀、乳房などに触れるいわゆる痴漢行為』につき、判例……の基準からは、わいせつ性を具備しないことになるという記述があるが……、これがそのまま現在でも維持しうるのは疑問の余地がある。わいせつ行為は、時代により『社会の一般的な受け止め方』が変わり、それに依じて変化するのである」との指摘がある³⁰⁾。たしかに、このような解説書の記述の背景には、その当時、例えば、「あいさつ」等と称して職場の女性の臀部等に触る行為等が日本社会に多く見受けられていた事実があったであろうことが推察される。しかし、必ずしもこうした事実から、当時はその行為が性的意味をもっていなかったとはいえないことに注意する必要がある。むしろ、当時からそのような行為は十分に性的な意味を有していたのではないだろうか。

ただし、注意すべきは、本判決もいうように、刑法176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」。性的な意味をもつ行為と「わいせつ行為」は同じではない。

そこで問題となるのは、そのような性的意味をもつ行為を強制わいせつ罪の対象とするか、迷惑防止条例の対象とするか、民法・労働法の領域で処理するか、または／および啓発等の非制裁的取組で対処するかという、当該社

1982年)参照。それらの評価に関しては、内田博文『日本刑法学のあゆみと課題』(日本評論社、2008年)182頁以下および215頁以下も参照。なお、前田雅英「判批」捜査研究804号(2017年)10頁は、「社会の受け止め方の変化」を「規範意識の変化」とする。
30) 木村・前掲註8)158頁。

会問題を解決するに適した法体系のおよび法政策的な判断であろう。既に確認したように（本稿二（1））、本判決でも、強要罪や強姦罪との法体系的整合性から性的意図一律必要説が反駁されており、法体系的ないし法政策的な判断が基礎となっていることを看過すべきではない³¹⁾。また、本判決においてはドイツの例を引きながら比較法的検討もなされているが、この点、すでに指摘されているように、比較法的にみれば、わが国の性犯罪処罰の範囲はかなり広いと指摘されていることにも注意しなければならない³²⁾。

以上を本判決の判示に引き付けていえば、「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」とされる箇所につき、そこでの「規範的評価」には、「社会の一般的な受け止め方」＝「社会通念」のほか、直接的には社会通念に還元されない「客観的判断」＝「法的判断（法体系的整合性および法政策的考慮）」も含まれると解される。そのうえで、その規範的評価の対象たる、「行為の性的な意味」および「同条による当罰性」について、前者の判断は主として社会通念が考慮されるが、後者の判断は法的判断が優先されると解釈することも可能であるように思われる。

31) 一方、前田・前掲註29) 10頁は、「法解釈である以上、条文解釈の重要性を否定するつもりはないが、今回の判例変更にとって重要なのは、条文解釈の説得性というよりは、『性的な被害に係る犯罪規定あるいはその解釈には、社会の受け止め方を踏まえなければ、処罰対象を適切に決することができないという特質がある』という点（……昭和45年以降の法改正の動きに代表される規範意識の変化）である」とする。

32) たとえば、比較法研究グループ「特集／性犯罪規定の比較法的研究」刑事法ジャーナル45号（2015年）162頁によれば、「日本の現在の実務運用（改正前一引用者）においては、暴行要件の拡張解釈及び心理的抗拒不能概念を通じて心理的な強制が可能となっている点、脅迫要件の解釈として名誉や経済的利益への害悪の告知も包含されている点において、諸外国と比較しても、刑法典上の性犯罪の処罰範囲は広い法域に属するといえる。しかも、刑法典上の性犯罪が成立しない局面について、さらに児童福祉法によって地位利用類型が補足可能になっている。（原文改行）このような現在の運用からすると、我が国の現状に対する批判論にもかかわらず、比較法的には性的自由の保護は厚いとみることも可能である。」とされる。

(3) その他の傾向犯類似の犯罪への影響

上述の二つの論点のほか、第三に、本判決が強制わいせつ罪を傾向犯と位置づけることをどの程度否定したのかも問題とされる。

本判決は、行為の性的意味の有無および程度を判断するにあたり考慮される「行為者の目的等の主観的事情」に性的意図を含めていると解するのが自然であるが、もしそうであるとすれば、前述したように、心情刑法であるとの批判がなされている。すなわち、「性的意図のような行為者の悪しき動機を、行為がもつ性的性質の有無や程度、したがって、『わいせつな行為』という不法類型該当性の判断において考慮することは、典型的な心情刑法の一であって理論的に許容されないだけでなく、そうする実践的な必要性もまた存在しない」とされ、「行為がどのような動機に基づくものであれ、その不法の程度が変化することはありえない。これこそが、近代刑法の大原則である『心情刑法の排斥』にほかならない」とされる³³⁾。

もし、この批判が的を射ているのであれば、本判決の論理をもってしてもなお昭和45年判例に向けられた従前の批判を克服することはできていない可能性がある。また、ストーカー規制法における「つきまとい等」の成立要件である恋愛感情等充足目的や、児童ポルノ処罰法における単純所持罪の成立要件である性的好奇心満足目的についても、同様の批判が当てはまるように思われる。これらの目的は、一般的な目的犯の目的とは異なり、法益侵害との関連性を有さず、行為の不法の程度を変化させるものではないからである³⁴⁾。

もっとも、本判決については、目的等の主観的要素を強制わいせつ罪の構成要件要素とし、その認識を故意の内容とする解釈もなお不可能ではないようにも思われるが³⁵⁾、果たして、「つきまとい等」や児童ポルノ単純所持罪

33) 小林・前掲註19) 140頁。

34) これらの目的規定の問題については、櫻庭総／大場史朗「法益関連性なき目的犯——価値中立的目的犯とその実体法、手続法上の問題点」山口経済学雑誌66巻6号(2018年)109頁以下参照。

35) 本判決を行為者に性的意図がなくても本罪が成立しようとしたものと位置づけ、「客観的に行為が性的意味を有すること——関係者の誰かが性的意図を有していること——」

についてもそのような解釈がなし得るかについて、検討される必要がある。

五 結びにかえて

以上、本稿では、本判決が新たに示した「わいせつな行為」の判断方法の解釈を中心に、若干の検討を行ってきた。

昭和45年判例は、①性的性質が明確な行為（直ちにわいせつな行為と評価できる行為）と、②性的性質が不明確な行為を特段区別することなく、当時の「社会通念」（社会の受け止め方）などを考慮し、強制わいせつ罪の成立要件として一律に行為者の性的意図を要求した。この昭和45年判例の論理によれば、かりに①の行為であっても、行為者に性的意図が認められない（あるいは認定できない）場合には、強制わいせつ罪の成立は否定されることになる。これに対し、本判決は、①と②を区別しつつ、現在の「社会通念」に照らし、故意以外の行為者の性的意図を一律に同罪の成立要件とすることを否定した。そして、本件被告人の行為は①に当たるとして、「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原判決の結論を相当とした。

本判決が性犯罪の厳罰化を進めた平成29年の刑法改正などを援用していることから、本判決が「社会の受け止め方」を考慮して176条の処罰範囲を拡大したと理解する評釈もある。

本判決の判示するように、「性的性質を持つ行為は何か」を判断するにあ

が本罪の構成要件要素であり、その認識が故意の内容として必要であると解釈するものとして、松宮・前掲註9) 79頁。また、わいせつ行為のうち、被害者の面前で自慰行為を行う等、性的行為の直接の対象が被害者ではなく行為者自身である場合については、同罪の成立には、「本来対等であるべき他者を自己の性的行為の道具に貶めるという意味での『性的意図』——直接被害者に性的行為が向けられる態様のもとでは、事実認識としての故意の内容をなすもの——がさらに必要となる」と解釈するものとして、塩見淳「強制わいせつ罪における『性的意図』」刑法ジャーナル56号（2018年）38頁。

たつては、行為の具体的状況を判断基底として、性的性質に関する「社会通念」を判断基準とせざるを得ない。そして、従前から、判例ないし裁判例においては「社会通念」を判断基準として「性的性質を持つ行為」を確定してきたように思われる。

しかし、「社会通念」によって確定された性的性質を持つ行為が、ただちに176条にいう「わいせつ行為」に該当するわけではない。すでに述べたように、「わいせつ行為」の確定にあたっては、法体系的および法政策的な判断が優先されると本判決を解釈することも十分可能であろう。このように考えると、本判決は176条の処罰範囲を拡大したとまでは言えないように思われる。

他方で、本判決には、「わいせつ行為」の定義が示されていないという点や、昭和45年判例に向けられた批判がそのまま妥当するのではないかという点などが検討課題として積み残されている。今度、その他の傾向犯類似の犯罪類型への影響等も踏まえて、これらの点をさらに論究する必要がある。