

**強制わいせつ罪における「性的意図」の要否****【文献種別】** 判決／最高裁判所大法廷**【裁判年月日】** 平成29年11月29日**【事件番号】** 平成28年(あ)第1731号**【事件名】** 児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律違反、強制わいせつ、犯罪による収益の移転防止に関する法律違反被告事件**【裁判結果】** 棄却**【参照法令】** 刑法176条(強制わいせつ罪)**【掲載誌】** 裁時1688号1頁

LEX/DB 文献番号 25449066

**事実の概要**

本件は、被告人が、インターネットで知り合った人物から金銭を借りる目的で、同人の要求に応じて、当時7歳の女兒に対し、被告人の陰茎を触らせ、口にくわえさせ、同女の陰部を触るなどの行為をし、その様子をスマートフォンで撮影するなどして児童ポルノを製造し、そのデータを上記人物に送信して提供したとされる事案である。

被告人は上記の行為の際には同女に対して自己の性欲を満たすという意味での性的意図がなく、強制わいせつ罪(刑法176条)において性的意図を必要とした最判昭45・1・29(刑集24巻1号1頁)(以下、〈45年判決〉と略す)<sup>1)</sup>に従えば、上記の行為をわいせつと評価することはできないと主張した。一審(神戸地判平28・3・18LEX/DB25447965)は、被告人に性的意図があったと認定するには合理的疑いが残るが、本罪の成立には性的意図は不要であり〈45年判決〉は相当でないとして、本罪の成立を認めた。原審(大阪高判平28・10・27高刑集69巻2号1頁)も、一審の事実認定を是認した上で、被害者の性的自由を侵害する行為がなされ、行為者がそれを認識していたならば本罪が成立し、行為者の性的意図は本罪の成否に影響を与えないから、〈45年判決〉を維持するのは相当でないとした。

**判決の要旨**

上告棄却。強制わいせつ罪の成立要件の解釈に

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〈45年判決〉の解釈は、もはや維持し難い。

刑法176条のわいせつ行為には、行為そのものが持つ性的性質が明確で、当然に性的な意味があると認められるため、直ちにわいせつな行為と評価できる行為がある一方、行為そのものが持つ性的性質が不明確で、当該行為が行われた際の具体的状況等をも考慮に入れなければ当該行為に性的な意味があるかどうかの評価し難いような行為もある(また、すべての性的行為がわいせつ行為とされるものでもない)。そして、いかなる行為に性的な意味があり、同条による処罰に値する行為とみるべきかは、規範的评价として、その時代の性的な被害に係る犯罪に対する社会の一般的な受け止め方を考慮しつつ客観的に判断されるべき事柄である。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。」

被告人の行為は、当該行為そのものが持つ性的性質が明確な行為であるから、その他の事情を考慮するまでもなく、性的な意味の強い行為として、客観的にわいせつな行為であることが明らかである<sup>2)</sup>。

## 判例の解説

一 日常世界には、違法とされるさまざまな「性的行為」があるが、そのすべてが刑法176条に該当するわけではない。しかし、強制わいせつ罪が問題になるためには当該行為が社会的に性的行為と評価されていることが必要である（本件では、被害者が7歳であるので、被告人の行為が「わいせつ」か否かだけが問題になっている<sup>3)</sup>）。

被告人の行為は、刑法176条の該当性以前に児童ポルノ禁止法7条2項及び3項（児童ポルノ提供罪と製造罪）に該当することについては問題なく、その点は裁判でも争われていない。製造されたのは、同法2条3項1号（性交類似行為の描写）と2号（性器接触行為の描写）の児童ポルノであり、それらは被告人自身の行為を描写したものであるから、外見からは「性的意図」があったとされることについては否定できない。しかし、被告人の内心の問題として「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され、行為者の主観に言及することなしに「わいせつ」という評価が可能であるのかが争われた。

最高裁は〈45年判決〉において、強制わいせつ罪の成立には行為者において「性的意図」が必要であるという立場に立ち、実務もまた必要説に従ってきた。しかし、本件第一審と控訴審は、行為者の「性的意図」は強制わいせつ罪の成否に影響を与えないので、〈45年判決〉は変更されるべきだとし、最高裁の考えを質したのであった。

これに対する最高裁の回答は、強制わいせつ罪における「わいせつ行為」には、基本的に2つの類型があり、一律に「性的意図」を強制わいせつ罪の要件とすることは適当ではなく、〈45年判決〉は変更されるべきであるというものだった。これは、新しい分析視角である。その2つの類型とは、第1は、行為そのものが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ため、直ちにわいせつな行為と評価できる行為（第1類型）であり、第2は、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（第2類型）である。

二 まず、第1類型については、行為者における「性的意図」の有無を改めて問題にする必要がなく、直ちに「わいせつ」と評価できるとした。これは、端的に言って、性的意図をわいせつ性の意味の認識に近づける考え方であり、すでに下級審においてそのような判断を示した裁判例はみられた。たとえば、東京地判昭62・9・16（判時1294号143頁）は、男性対象に女性下着を販売していた被告人が、求人面接に来た女性の全裸写真を無理矢理撮影して強制的に下着着用モデル等として働かせようとして、女性に暴行を加え負傷させた事案に関し、「わいせつな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」暴行に及んだとして、強制わいせつ致傷罪を認めた。このような考え方は、刑法の解釈として可能である。刑法92条1項の外国国章損壊罪は、「外国に対して侮辱を加える目的」で、外国の国旗等を損壊・除去・汚損の行為を処罰している。この場合、外国の国旗等に対するそのような行為じたいがそのまま侮辱を意味するのであって、行為者に対してさらに「侮辱を加える目的」が要求されるわけではない。本条は、形式上は目的犯の形をとっているが、この「目的」は内容的に故意と重なっている。このように考えると、第1類型に該当する行為については、改めて「性的意図」の有無を問うことなく、刑法176条の成立を肯定することは可能だと思われる。ただし、次のような問題は残る。

本判決は、第1類型については「わいせつ」であることは自明であるとした。しかし、本件のように7歳の女兒に対する上記のような行為をなぜ「わいせつ」と評価できるのかについては根本的な疑問は残る。

刑法176条における「わいせつ」は、基本的に刑法174条（公然わいせつ）や刑法175条（わいせつ物頒布等）におけるわいせつ概念と同様で

あり、「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し善良な性的道義観念に反するもの」(最判昭26・5・10刑集5巻6号1027頁)という定義が前提にされている。つまり、刑法176条における「わいせつ」も、一般人を基準にした評価であると解されてきた。この点、〈45年判決〉での反対意見は、「わいせつの行為とは、普通人の性的しゅう恥心を害し、善良な性的道義観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、社会通念に従って、換言すれば、その行為自体を普通人の立場に立って観察して決すべきものである」とした。ここでは、上記の定義から「徒に性欲を興奮または刺戟せしめ」という部分が削除されている点が注目される。ここにいう「性欲」とは、行為者本人の性欲という意味に理解されるので、性的意図不要説からわいせつの定義にこの部分を残すことは論理矛盾だと思われ、〈45年判決〉の反対意見がこの部分を削除したのは論理的には理解できる。

しかし、性的意図不要説に立って、客観的に行為のわいせつ性を判断しなければならないとすると、本件のような低年齢の児童に対する性的行為は、一般人の普通の感性から判断すればまさに、ただ〈おぞましい行為〉あるいは〈残虐な行為〉にすぎず、最高裁がどのような意味で本件行為をわいせつと評価したのかは必ずしも明確ではない。本判決は、被告人の行為を性的な意味が強い行為であるとしたが<sup>4)</sup>、性的意味が強いとはどのような意味なのか、また、それがわいせつの概念にどのようにつながるのかは不明である。

三 第2類型については、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性的意味を評価し難いとされた。判決は、ここで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るとしている。

具体的な行為に言及されていないが、それは、たとえばいわゆるSM嗜好やフェティシズム行為のような(一般的でない)特殊な性癖による違法行為が行われる場合であって、被害者にとっては暴行としか感じられないが、行為者はそれによって自らの性的満足を求めているような場合であろう<sup>5)</sup>。そして、強い性的動機によってなされたそ

のような行為を単なる暴行罪で処理することは妥当ではない。なぜなら、被害者は、単なる暴行を受けた場合よりも精神的により深く傷つくと考えられるからである。たとえば、女性が嘔吐する姿に性的興奮を覚える被告人が、誘拐した女子高校生の口腔内に指を押し込んで嘔吐させたという事案で、青森地判平18・3・16(LEX/DB28115159)は、具体的なわいせつ行為には及んでいないとして、わいせつ目的誘拐罪に留めた。このような行為も、本人にとってはもちろんのこと、社会的にも「性的行為」であることは否定されないであろう。裁判所は結果的にこの行為については暴行を認めたとすぎないが、被害者は単なる暴行以上の精神的打撃を受けているに違いない<sup>6)</sup>。性的意図があったことによって、その被害は単なる暴行とは質的にまったく違ったものになるのではないか。また、異常性欲の発現ではないが、東京地判昭56・4・30(判時1028号145頁)は、被告人が被害者の頬にキスしようとしたにすぎないと主張した行為について強制わいせつ罪(未遂)を認めた。これは、単なる暴行罪ではないかとの批判があるが<sup>7)</sup>、被告人は、「自己の性的満足を得る目的の下に同女の感情を無視」(判決文)したものであり、被害者にとっては性的嫌悪感が残るのであるから、単なる有形力の行使を受けた場合とは質的に異なる違法行為だといえる。最高裁が今後このようなケースをどう判断するかは不明であるが、本判決において被害者の側の事情を重視すべきであると述べていることから、わいせつとの評価が下される可能性は否定できない<sup>8)</sup>。

四 最後にその他の若干の問題について触れておきたい。

第1は、わいせつの概念である。「猥褻」という文字がわが国の刑法典に初めて登場するのは、旧刑法典(明治13年)である。強制猥褻罪(第346条)は、社会的法益に対する罪である公然猥褻罪(第258条)や猥褻物公然陳列罪(第259条)と区別され、個人的法益に対する罪として「第3編身体財産ニ対スル重罪軽罪」の中に規定された。それが現行刑法典制定の過程で、立法者によって同罪は個人の身体に対する罪よりもむしろ風俗を害する犯罪だと説明され、社会的法益に対する罪として規定されたのだった<sup>9)</sup>。ただし、「猥褻」の概念については、「風俗を壊乱する出版物」を

取り締まる事前納本制度（検閲制度）が機能していたために、大審院時代の判例では、「刑法 175 条ニ所謂猥褻ノ文書図画其他ノ物トハ性慾ヲ刺戟興奮シ又ハ之ヲ満足セシムベキ文書図画其他一切ノ物品ヲ指称シ、從テ猥褻物タルニハ人ヲシテ羞恥厭惡ノ感念ヲ生ゼシメルモノナルコトヲ要スル」（大判大 7・6・10 新聞 1443 号 22 頁、下線は筆者）があるくらいで、法廷で正面から「猥褻」概念の内容が議論になることはなかった<sup>10)</sup>。戦後、検閲制度が廃止された結果、性表現を規制する条文として刑法 175 条の重要性が増すことになり、「善良な性的道義観念への違反」という要素がわいせつの定義に取り入れられたのであった。その結果、強制わいせつ罪は、被害者の性的自由が侵されながらも、それを性道徳に関する判断基準で議論せざるをえないという根本的なジレンマを抱えるようになった。本判決では、「わいせつ」の概念については言及されていないが、とくに第 1 類型において特別な性的意図が不要だとすると、主観を排したその客観的な観点から「わいせつ」という評価基準がどのように定義されるのかは本質的な問題として残る（性的意図不要説は、その明確な定義を提案できていない）。立法的解決をも視野に入れた、将来の課題である。

第 2 に、13 歳未満に対する強制わいせつ事犯は年間数百件ほど認知されており、その約 1 割は 0～5 歳までの乳幼児に対する「強制わいせつ事犯」である。これらの行為に「性的な意味」を付与するのは、健全な一般人がおよそ性的対象とすることのない児童に対する行為者の異常な性癖である。特殊な性癖、性的目的など、主観面に言及しなければ、これらの違法行為を「わいせつ」と評価できないのではないかと。

さらに、刑法の解釈は矯正処遇の場面をも取り込んで、刑事法システム全体の中で議論されなければならない。性的な強い動機に駆られて事件を起こした者に対しては、現在重点的に性犯罪再犯防止プログラムが実施されており、犯行に動かしした性的意図を裁判で正面から認定することは、彼らに誤った認知・感情や偏った性癖を自覚させることになり、その後の矯正処遇においてもたいへん効果的なことだと思われるのである。

案。最高裁は、「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、……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」、強制わいせつ罪は成立しないとされた。なお、客観的に性的自由が侵害されれば直ちに同罪は成立するというべきであり、行為者に性的意図を要求することは、文言上も、解釈論上も、何ら根拠がないとする、入江裁判官の反対意見が付されている。

- 2) 本判決についての評釈として、以下のものがある。曲田統・法教 450 号 51 頁、松木俊明＝奥村徹＝園田寿・法セ 758 号 48 頁、豊田兼彦・法セ 757 号 123 頁、村井敏邦・時法 2043 号 50 頁、前田雅英 WestLaw0120-100-482。一審・控訴審判決に関するものとしては、成瀬幸典・法教 432 号 166 頁、森永真綱・法教 440 号 2 頁、前田雅英・捜研 800 号 32 頁がある。なお、その他の文献について、園田寿「強制わいせつ罪における『性的意図』について」山中古稀記念（下）（成文堂、2017 年）117 頁以下を参照されたい。
- 3) 客観的に中立な行為の場合、行為者の主観的な性的意図があることによって、それがわいせつとされることはない（佐伯仁志「強制猥褻罪における猥褻概念」判タ 708 号 66 頁）。たとえば、客観的には医学的準則に則った適切な治療行為を行いながら、行為者が内心では性的満足を得ていたとしても、行為者には客観的な規範違反行為が認められないから、そもそも刑法の世界で論じるべき端緒が存在しない（法と道徳・倫理の峻別）。患者が性的なしゅう恥心を抱いたとしても、外観に現れない医師の内心の性的意図がそのしゅう恥心に作用していると考えすることはできない。
- 4) ドイツの議論との関連性につき、曲田・前掲注 2) 56 頁以下参照。
- 5) 佐藤陽子「強制わいせつ罪におけるわいせつ概念について」法時 88 卷 11 号 60 頁以下。
- 6) 井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修 806 号 3 頁以下は、指の口腔内への挿入は、「身体的内密領域」の侵犯であり、客観的にはわいせつ行為たりうるとする。
- 7) 町野朔『犯罪各論の現在』（有斐閣、1996 年）283 頁以下、橋爪隆『刑法判例百選Ⅱ（第 4 版）』31 頁、丹羽正夫・同〔第 6 版〕33 頁。
- 8) 曲田・前掲注 2) 57 頁、前田・前掲注 2) WestLaw。なお、佐藤・前掲注 5) 65 頁、豊田・前掲注 2) 123 頁は否定論的である。
- 9) 成瀬幸典「強制わいせつ罪に関する一考察（上）」東北大学法學 80 卷 5 号 498 頁。
- 10) 町野・前掲注 7) 215 頁以下。

甲南大学教授 園田 寿

●—注

- 1) 報復目的で被害女性を裸にして写真を撮ったという事