

**性同一性障害と診断を受けた者の胸部を触った行為に対して迷惑防止条例違反の罪が成立するとされた事例**

【文献種別】 判決／大阪高等裁判所

【裁判年月日】 平成30年1月31日

【事件番号】 平成29年（う）第1032号

【事件名】 平成28年兵庫県条例第31号による改正前の公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例（昭和38年兵庫県条例第66号）違反被告事件

【裁判結果】 棄却

【参照法令】 平成28年兵庫県条例第31号による改正前の公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例（昭和38年兵庫県条例第66号）

【掲載誌】 判例集未掲載

LEX/DB 文献番号 25549755

**事実の概要**

原判決（神戸地判平29・9・6）が認定した事実によると、被告人X（男性）は、平成28年3月13日午前1時頃、神戸市内の飲食店内において、深夜、一人で飲食していたところ、A（戸籍上は男性であるが、性同一性障害との診断を受け、本件時も長髪で女性用の衣服を身に着けるなど一見すると女性に見える姿をしていた）も被告人の知人である女性に連れられて同店を訪れ、はじめは被告人とは離れた席に座ったが、知人女性のすすめもあって被告人の隣の席に座った。そこで、被告人とAは話をするなどしていた際、Xが、Aの左胸部を着衣の上から右手でつかんだ。以上の事実について、原判決は、平成28年兵庫県条例第31号による改正前の公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例（昭和38年兵庫県条例第66号。以下、「兵庫県迷惑防止条例」という。）違反を認定し、罰金20万円の有罪判決を下した。この判決に対し、被告人側が控訴した。

**判決の要旨**

控訴棄却。被告人がAの胸をつかんだり触ったりした事実はないと主張した点について、原判決の認定、判断に、論理則、経験則等に照らして不合理な点はなく、原判決の事実認定に是認し難い

誤りはないとした。また、被告人が、Aの左胸部を着衣の上から右手でつかんだとしても、そのような行為は、兵庫県迷惑防止条例にいう「人に対して、不安を覚えさせるような」「卑わいな言動」には当たらないと主張した点について、まず、ある言動が「卑わいな」ものといえるか否かは、行為者の主観的意図によらず、その言動を客観的に見て、社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだらなものといえるかどうかにより決すべきだとした。そのうえで、本件では、被告人に性的な意図がなかったとしても、そのことから直ちに「卑わいな言動」に当たらないとはいえないとした。Aは、戸籍上は男性であるとはいえ、胸も膨らんでおり、本件時も一見して女性に見える姿をしていたと認められるうえ、性同一性障害との診断を受けていたというのであるから、胸部をつかまれた際の屈辱感等は生来の女性の場合と比較しても遜色ないものと考えられるとした。そのようなAの胸部をつかむことは、社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだらな動作であることは明らかであると認定した。次に、人に対して、「不安を覚えさせるような」とは、人の身体に対する危険を感じさせ、あるいは人に心理的圧迫を与えることをいうものと解されるとし、その日にたまたま飲食店で出会い、若干会話をしただけの男性から、一見して女性と見られるAが、いきなり胸をつかまれれば、通常、身体に対する危険を感じ、

心理的圧迫を受けるのは当然だとして本罪を肯定した。

## 判例の解説

### 一 論点

兵庫県迷惑防止条例においては、「何人も、公共の場所又は公共の乗物において」「人に対する、不安を覚えさせるような卑わいな言動」をしてはならないと規定されている。被告人が被害者Aの膨らんだ胸部を着衣の上からつかんだ行為がこの規定に違反するとした原審の判断に対し、被告人は事実関係そのものを争ったが、本判決は被告人の供述は信用できないなどとして、被告人の主張を排斥した。本解説では、被告人のさらなる主張、すなわち、仮に、被告人がAの左胸部を着衣の上から右手でつかんだとしても、そのような行為は、兵庫県迷惑防止条例にいう「人に対して、不安を覚えさせるような卑わいな言動」には当たらないと主張した点を扱うこととしたい。

### 二 迷惑防止条例における卑わいな言動

全国の迷惑防止条例の模範となったのが、東京都公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例（昭和37年10月11日条例第103号）であり、その規制目的は、当時、不安や脅威を与えていたぐれん隊による暴力行為や迷惑行為を取り締まることであった<sup>1)</sup>。この目的から明らかなように、本条例における「卑わいな言動」処罰規定は、基本的には社会的法益に対する罪であると理解されてきた<sup>2)</sup>。しかし、その後、とくに電車内での痴漢行為が社会問題化した結果、本来、想定されていなかった、暴力集団などとは無縁な会社員等による電車内の痴漢行為や店舗・電車内での盗撮行為等に本条例が適用されるに至っている<sup>3)</sup>。その結果、卑わいな行為処罰規定は、現在、強制わいせつ罪と同様に、個人の性的自由を保護するという役割をも担うようになってきている。そこで、現在では、人に対し、卑わいな言動をしたり、身体に接触することを禁止することによって、個人の意思及び行動の自由を保護するとともに、善良な風俗環境を阻害する行為を防止しようとするものという、折衷的な見解が示されるに至ってい

る<sup>4)</sup>。

### 三 卑わいな行為の判断

卑わいな言動の典型例はいわゆる痴漢行為であり、他者の身体を衣服の上から、ないしは、直接触る行為が対象となる。この卑わいな言動の客体は「人」であり、必ずしも婦女に限られない<sup>5)</sup>。そして、「不安を覚えさせる」とは、卑わいな言動によって身体に対する危険を感じさせ、あるいは心理的圧迫を与えることをいい、脅迫に至らないものをいうとされる<sup>6)</sup>。また、「卑わいな行為」について、実務上、「いやらしくみだらな言語や動作で、普通人の性的しゅう恥心を害し、嫌悪感を催させ、又は不安を覚えさせるに足る言語、又は動作（東京地判平19・5・28LEX/DB28145205）」と定義される。

ここでいう「普通人の性的しゅう恥心や嫌悪感」について、近年では、多様な性のあり方を踏まえて、性的被害に対する社会の受け止め方は大きく変化してきている。現代社会において、行為の「性的な意味合い」をどのように判断すべきか、また、どの範囲までを刑事罰の対象とすべきなのかが問題となる。この行為の「性的な意味合い」の判断については、強制わいせつ罪に関してではあるが、最高裁による判例変更を契機に議論が深められている。前述のように、卑わいな行為処罰規定が、強制わいせつ罪と同様に、個人の性的自由を保護するという役割をも担う以上、強制わいせつ罪における判断との類似性があると考えられる。そこで、以下では、まず、強制わいせつ罪の議論を紹介することとしたい。

### 四 わいせつ行為の判断

最高裁によれば、強制わいせつ罪のわいせつ行為の判断において、その行為が性的な意味を有するか否かが核心部分となるとされる（最大判平29・11・29刑集71巻9号467頁参照<sup>7)</sup>）。そのような観点から、わいせつ行為は三類型に分類がなされている。まず、第一類型として、「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場合」が考えられる。次に、第二類型として、「性的性質が不明確で、具体的事情を考慮しなければ性的な意味があるかを評価しがたい場合」が

あるとされる。たとえば、幼児の裸を撮影する行為や、キスをする行為のようにその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場合だとされる。第三類型として、「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」があるといわれている。たとえば、性的関心をもって手に触れるとか、性的関心に基づいて衣服を付けたものを撮影するといった行為が念頭に置かれている。この場合、いかに行為者に性的意図があっても、この程度の行為までわいせつな行為とすることは、強制わいせつ罪の法定刑の重さから見て、妥当性を欠くとされる<sup>8)</sup>。

この三分類を踏まえて、ある行為が「わいせつ行為」に該当するというためには、①性的な意味があるか否か、②性的な意味合いの強さが刑法176条等による非難に相応する程度に達しているか否かを判断しなければならないとされる<sup>9)</sup>。この判断は、まず、原則的に、行為そのものが持つ性的性質の有無、程度に着目して、性的な意味があるかどうか、性的な意味合いの強さがどの程度かを検討するとされる。しかし、それだけでは、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うる性的性質の程度を踏まえたうえで、当該行為が行われた際の具体的状況などの諸般の事情をも加えて判断していくことになるとされる。事案ごとに勘案されるべき様々な具体的状況として、たとえば、(1) 行為者と被害者の関係性、(2) 行為者及び被害者の各属性等（性別・年齢・性的志向・文化的背景・宗教的背景等）、(3) 行為に及ぶ経緯、周囲の状況等（行為が行われた時間、場所、周囲の状況、行為に及ぶまでの経緯、行為者及び被害者の各言動等）があるとされる<sup>10)</sup>。

### 五 強制わいせつ罪と卑わい行為との区別

本判決の事案の被害者は男性であったが、従来、実務・学説上の理解では、男性の胸に触れる行為については、社会通念からいって、それだけではわいせつとはいいがたいとされてきた<sup>11)</sup>。そのため、前述の第二類型に属すると考えられる。具体的事情として、前述のように、本事案の被害者は、戸籍上は男性であるものの、本件当時、長髪で女性用の衣服を身に着けるなど一見すると女性

に見える姿をしていた。そのため、行為が性的性質を有していると認めうる状況であったといえる。しかしそうだとすると、本事案は、強制わいせつ罪が成立しえたとも考えられる。そのため、強制わいせつ罪と迷惑防止条例における卑わい行為との区別が問題となる。

前述のように、最高裁判平成29年判決の解説において、「性的な意味を帯びているとみられる行為にも、強制わいせつ罪の行為として処罰に値すると評価すべきでないものがある」ことが前提とされていた<sup>12)</sup>。その当罰性は、前述のように、当該行為が行われた際の具体的状況などの諸般の事情をも加えて判断されると考えられるが、一般的に、被害者の性的部位を「着衣の上から」触る場合、通常は強制わいせつ罪ではなく、より法定刑の軽い、迷惑防止条例の卑わい行為と分類される。ただし、態様が「執よう」な場合、つまり、着衣の上からでも「弄んだ」といえるような態様である場合、強制わいせつ罪とされてきた<sup>13)</sup>。また、行為の性的意味だけではなく、強制わいせつ罪は、その文言である暴行・脅迫に基づいて「被害者の意思に反して強制」されたかどうかとも考慮されなければならない<sup>14)</sup>。

以上の基準によれば、本件は、行為者は被害者の左胸部をいきなりつかんでいるという点で、被害者の反抗は著しく困難であった一方で、「着衣の上から」右手でつかんだとされる事案であり、強制わいせつではなく、卑わい行為として処理されたことは妥当だと思われる。なお、条文上「不安を覚えさせるような言動」であることが要求されているが、その日にたまたま飲食店で出会い、若干会話をしただけの男性から、一見して女性と見られる被害者が、いきなり胸をつかまれれば、通常、身体に対する危険を感じ、心理的圧迫を受けるのは当然だとして、被告人の行為が、「人に対して、不安を覚えさせるような」行為に該当するのは明らかだとされている。

### 六 性的意図

以上のように、本判決が、本事案について迷惑防止条例違反が成立するとした結論自体は妥当なものであったと考える。ただし、本判決が、卑わいな行為の判断において、行為者の主観的意図は

関係がないとした点については以下のように疑問がある。

前述の最高裁判決（最大判平 29・11・29）では、独立した成立要件として、行為者の性的意図を一律に要求すべき必要性はないとされた。つまり、行為者の性的意図という主観的要素は、規範的要件である「わいせつな行為」該当性を判断する際の判断要素の一つとして考慮すれば足りるのである。やはり、行為者の目的等も考慮しなければ「わいせつ行為」該当性を判断できないような事案がないとはいえず、強制わいせつ罪の成否を考えるにあたっては、行為者の主観的事情を考慮要素から完全に排除することには無理があるというのである<sup>15)</sup>。たとえば、監護者が児童を入浴させたり、その裸体を撮影する行為では、最終的には、行為者の目的等の主観的事情を考慮に入れて判断せざるをえない場合があるとされる<sup>16)</sup>。卑わい行為の判断においても同様に、行為の性的意味を理解するためには、強制わいせつ罪と同様に、行為者の主観的意図は考慮せざるをえないと思われる。以上から、本判決が、卑わい行為の判断にあたって、行為者の主観的意図を考慮すべきでないとした点には首肯しえない。

最後に、本判決の射程を超えるが、仮に、本件被害者の外見が本事案とは異なり、男性に見えていた場合はどのように判断されるべきだろうか。卑わい行為の判断にあたっては、強制わいせつ罪のわいせつ行為と同様に、原則的に、行為そのものが持つ性的性質の有無、程度に着目して、性的な意味があるかどうか、性的な意味合いの強さがどの程度かを検討したうえで、行為者と被害者の関係性や、当該行為が行われた際の具体的状況などの諸般の事情をも加えて判断することとなる。どんなに被害者が性的被害感情を有していたとしても、行為の性的な意味が客観的に認められなければ、行為者は当該行為の卑わい性を認識することができず、本罪の故意を肯定することはできないといわざるをえない<sup>17)</sup>。

●—注

- 1) 村上義弘「公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例」ジュリ 800 号（1983 年）72 頁。
- 2) 福岡高判平 22・9・24 高検速報（平 22）232 頁。平野龍一「座談会ぐれん隊防止条例」ジュリ 261 号（1962 年）

- 16 頁、合田悦三「いわゆる迷惑防止条例について」『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集』（判例タイムズ社、2006 年）517 頁。
- 3) 合田・前掲注 2）515 頁。
- 4) 曾田正和「迷惑防止条例違反」藤枝幸治編『シリーズ捜査実務全書 9 風俗・性犯罪〔第 3 版〕』（東京法令出版株式会社、2007 年）334 頁。
- 5) 安富潔「特別刑法の諸問題 第 4 回 迷惑防止条例」捜研 610 号（2002 年）56 頁。
- 6) 安富・前掲注 5）57 頁。
- 7) 馬渡香津子「判解」ジュリ 1517 号（2018 年）86 頁。
- 8) 馬渡・前掲注 7）85 頁以下。
- 9) 馬渡・前掲注 7）87 頁。
- 10) 馬渡・前掲注 7）87 頁。
- 11) 亀山＝河村「わいせつ、姦淫及び重婚の罪」大塚仁ほか編『大コメンタール刑法第 9 卷〔第 3 版〕』（青林書院、2013 年）68 頁。
- 12) 馬渡・前掲注 7）85 頁以下。
- 13) 池本壽美子「わいせつ、姦淫及び重婚の罪」川端博ほか編『裁判例コメンタール刑法第 2 卷』（立花書房、2006 年）294 頁。
- 14) 嘉門優「強制わいせつと痴漢行為との区別について」刑弁 93 号（2018 年）147 頁以下参照。
- 15) 馬渡・前掲注 7）84 頁。
- 16) 馬渡・前掲注 7）88 頁。
- 17) 山中敬一『刑法各論〔第 3 版〕』（成文堂、2015 年）166 頁参照。

立命館大学教授 嘉門 優