

強制わいせつ罪における わいせつ概念について

嘉 門 優*

目 次

- 一 はじめに
- 二 強制わいせつ罪におけるわいせつ概念の見直し
- 三 わいせつ行為の類型化
- 四 わいせつ行為の判断基準
- 五 おわりに

一 はじめに

2017年に刑法の一部を改正する法律が成立・公布されたことにより、性犯罪の改正、具体的には、強制性交等罪、監護者わいせつ及び性交等罪を新設するなどの罰則整備や、強姦罪等を親告罪とする規定が削除され、非親告罪化されることとなった。本改正以前より、性犯罪の実情などに鑑みて、事案の実態に即した対処が必要であるとの主張が強くなされていたが¹⁾、本改正によってそれらの主張が実現されたといえる。ただし、本

* かもん・ゆう 立命館大学法学部教授

1) たとえば、岩井宣子「性犯罪規定の見直し」神奈川法学43巻1号（2010年）136頁以下、秀嶋ゆかり「刑事実務におけるジェンダー」現刑47号（2003年）44頁以下、島岡まな「ジェンダーと現行刑法典」現刑47号（2003年）14頁以下、木村光江「強姦罪の理解の変化」曹時55巻9号（2003年）10頁以下、角田由紀子『性と法律——変わったこと、変えたこと』（岩波書店、2013年）152頁以下、柑本美和「強姦罪と準強姦罪」女性犯罪研究会編『性犯罪・被害』（尚学社、2014年）157頁。

改正の主な対象は強姦罪であり、強制わいせつ罪の規定は依然としてそのまま維持されることとなった。しかし、強制わいせつ罪について検討課題がないというわけではない。そもそも、本改正前の議論では、性犯罪の保護法益としての「性的自由、性的自己決定権」を見直すべきという議論が高まっていた。つまり、性的自己決定権の侵害というだけでは、他の犯罪も自己決定を害しているため、性犯罪の特殊性を示せないというのである。そこで、強姦罪は、相手方を人格的存在として省みることなく、ただ、自己の性的欲求の充足のみを図る行為の典型であり、人格的領域を交錯させることにより女性の人格的統合性を害する罪として理解する見解や²⁾、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として捉えられるべきとの見解が見られた³⁾。

さらに、最近になって最高裁は判例変更を行い、強制わいせつ罪の成立にあたって性的意図は不要であるとした（最大判平成29年11月29日裁時1688号1頁）。そして、最高裁はわいせつ行為の判断について、「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」すべきとした。たしかに社会通念にしたがう必要があるとはいいうるものの、強制わいせつ罪の法定刑が比較的軽く設定されており、迷惑防止条例の卑わい行為と区別されている以上⁴⁾、その成立範囲は重大な性的侵害に限定されなければならない。しかし、この点について、最新の教科書やコンメンタールをみても、肯定例が羅列されるにとどまっており、その具体的な内実、限界を読み取ることは困難だといわざるをえない状況にある。

そこで、本稿では、裁判例において認められたわいせつ行為について、

2) 和田俊憲「鉄道における強姦罪と公然性」慶應法学31号（2015年）263頁以下。

3) 井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修806号（2015年）8頁。

4) 嘉門優「強制わいせつ罪と痴漢行為処罰規定（迷惑防止条例違反の罪）との区別について」季刊刑事弁護93号（2018年）147頁以下参照。

その行為態様を詳細に類型化し、その類型ごとの性的侵害の内実について分析することで、強制わいせつ罪のわいせつ行為概念をより明らかにし、本罪の成立範囲の限界を示すこととしたい。

二 強制わいせつ罪におけるわいせつ概念の見直し

(1) わいせつ概念

刑法典において、「わいせつ」という概念はいくつかの条文において用いられている。まず、174条の公然わいせつ罪におけるわいせつ概念は、「性欲の刺げき満足を目的とする行為であつて、他人に羞恥の情を懐かしめる行為（大阪高判昭和30年6月10日高刑集8巻5号649頁、東京高判昭和27年12月18日高刑集5巻12号2314頁、福岡高判昭和27年9月17日高刑集5巻8号1398頁）」と定義されている。また、強制わいせつ罪も同様に、従来は社会的法益に対する罪と解されていたことから、強制わいせつ罪のわいせつ概念と公然わいせつ罪のそれは同じもの、つまり、「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こと（名古屋高裁金沢支判昭和36年5月2日刑集3巻5=6号399頁。接吻行為）」と解されてきた。

しかし、その後の裁判例では、強制わいせつ罪のわいせつ概念は、個人の性的自由侵害を主眼にとらえられるべきである旨が明言されるようになり（たとえば、釧路地判北見支判昭和53年10月6日判タ374号162頁、東京地判昭和56年4月30日判時1028号145頁⁵⁾）、学説上も強制わいせつ罪の保護法益を個人の性的自由と解する説が通説となる⁶⁾。その結果、176条のわいせつな

5) 裁判例の動きについては、佐伯仁志「強制猥褻罪における猥褻概念」判タ708号（1989年）65頁参照。

6) 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（創文社、1999年）491頁以下、大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（有斐閣、2005年）97頁、福田平『全訂刑法各論〔第3版増補〕』（有斐閣、2004年）182頁、中森喜彦『刑法各論〔第3版〕』（有斐閣、2011年）56頁、西田典之『刑法各論〔第6版〕』（弘文堂、2012年）88頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有

行為の定義は、依然として変更されなかったものの、「客体である個人の性的自由を侵害するか」という見地から解釈すべきとされるようになった⁷⁾。その結果、現在では、刑法176条におけるわいせつ概念は、公然わいせつ罪におけるそれより広い概念だと理解されており、公然わいせつ罪にはあたらないが、強制わいせつ罪にあたりうるわいせつ行為——たとえば、乳房や陰部などに触れる行為、接吻する行為——が存在するとされる⁸⁾。

(2) 重大な性的侵襲性

しかし、現在、以上のような伝統的な定義は放棄されるべきだといわれている⁹⁾。なぜなら、「性欲を刺激・興奮させ」や「性的羞恥心を害する」という表現は、幼児など性的羞恥心・判断力を持たない者に対する保護が及ばないかのような誤った印象を与えるからだといっているのである¹⁰⁾。そのため、わいせつな行為を単純に「性的性質を有する一定の重大な侵襲」と定義すべきだと主張されている¹¹⁾。以上の批判に加えて、前述のとおり、最高裁が判例変更を行い、性的意図は不要だとし、わいせつ行為の判断につ

ㄨ 斐閣、2012年）105頁、松宮孝明『刑法講義各論〔第4版〕』（成文堂、2016年）116頁、井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣、2016年）103頁以下、松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）85頁、高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』（成文堂、2014年）122頁、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、2015年）162頁。

7) 前田雅英ほか編『条解刑法〔第2版〕』（弘文堂、2007年）466頁、亀山＝河村「わいせつ、姦淫及び重婚の罪」大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第9巻〔第3版〕』（青林書院、2013年）67頁。ただし、少数ではあるが、社会的法益の侵害という側面を考慮すべきとする見解もある。藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂、1976年）171頁。なお、日高義博「強制わいせつ罪における主観的要件」植松正ほか編『現代刑法論争Ⅱ〔第2版〕』（勁草書房、1997年）70頁以下参照。

8) 西田・前掲注（6）89頁。

9) 山中敬一「強制わいせつの罪の保護法益について」研修817号（2016年）9頁以下、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巻11号（2017年）62頁。

10) 亀山＝河村・前掲注（7）67頁、佐藤・前掲注（9）62頁。

11) 佐藤・前掲注（9）62頁。

いて、「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」すべきだとした(最大判平成29年11月29日裁時1688号1頁)。このようにわいせつ概念の変更の要請が現在非常に高まっているという。

ただし、仮に、本罪におけるわいせつ概念を単純に「性的性質を有する一定の重大な侵襲」と理解し、さらに、判例のように、社会通念に照らして客観的に「性的意味」や「その性的な意味合いの強さ」を判断するとした場合であっても、その具体的な判断方法が問われざるをえない。学説上、判断に当たっては、(i) 関係する部位、(ii) 接触の有無・方法、(iii) 継続性、(iv) 強度、(v) 性的意図、(vi) その他の状況が、総合的に考慮されなければならないといわれている¹²⁾。本稿もこの結論に同意するものであるが、それぞれの要素が性的侵襲の「重大性」判断にどうかかわるのかという点についてさらに検討する必要があると思われる。

この検討に当たって、保護法益や性的侵害の内実について抽象論を繰り返して広げても、望ましい解答がえられるとは考えにくい。そこで、強制わいせつ罪については多くの裁判例がこれまで集積されてきていることから、次章以下において、本罪が認められた裁判例をその行為態様ごとに類型化し、その性的侵害の内実を分析するという手法を採用することとした。

(3) 暴行・脅迫要件との関係

わいせつ行為の判断に当たって、まず、性的部位への「接触」という要素が性的侵襲の重大性を高めることに疑いはない¹³⁾。2017年の性刑法改正における議論では、従来は強制わいせつ罪に問擬されてきた性交類似行為(肛門性交、口腔性交)を、強制性交等罪の処罰対象にされることとされた。その理由として挙げられているのが、男性器の身体への挿入をとまなう濃

12) 佐藤・前掲注(9)63頁。

13) 比較法研究グループ「比較法からみた日本の性犯罪規定」刑ジャ45号(2015年)154頁。

厚な性的なコンタクトの経験の共有を強いる点だとされる¹⁴⁾。ここで示されている「性的コンタクト」と、その経験の共有を「強いる」という2つの要素こそが、強制性交等罪における「性交等」の「性的侵襲の重大性」を根拠づけていると考えられ、強制わいせつ罪についても、基本的には同様に解されるべきである。

この「強いる」という要素は、条文上は「暴行・脅迫」要件として示されている。しかしその一方で、裁判例において、後述するように、わいせつ行為の判断においても、接触の「継続性や強度」といった強制に関する要素が考慮対象とされるのが通常である¹⁵⁾。そのため、裁判例を読んでいくと、当該事実認定が「暴行」要件のためのものなのか、「わいせつ行為」要件のためのものなのかが判然としないものが多い。このような現象の背景には、暴行・脅迫要件の位置づけに関する問題が存在する¹⁶⁾。第一に、判例上古くから、手段としての暴行がわいせつ行為と同一である場合（唐突型）でも本罪が肯定されてきたことが挙げられる¹⁷⁾。また、この点と関連して、第二に、裁判例において、そもそも、強姦罪を含めて性犯罪の暴行・脅迫は最狭義のものとは理解されていないという指摘が多数なされてきた¹⁸⁾。つまり、暴行・脅迫はより実質的に判断されているとされ、被害

14) 田野尻猛「性犯罪の罰則整備に関する刑法改正の概要」論究ジュリスト23号（2017年）113頁、井田・前掲注（3）11頁。

15) 佐藤・前掲注（9）63頁。

16) その詳細について、嘉門優「被害者の意思侵害要件の展開」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集上巻』（成文堂、2016年）743頁以下参照。

17) 大判大正7年8月20日刑録24輯1203頁、大判大正14年12月1日刑集4巻12号741頁（被害者の陰部膣内に指を挿入した事案）。

18) 木村光江「性的自由に対する罪の再検討」田口ほか編『犯罪の多角的検討 渥美東洋先生古稀記念』（有斐閣、2006年）75頁以下、同「強盗罪・強姦罪をめぐる諸問題」安廣文夫編『裁判員裁判時代の刑事裁判』（成文堂、2015年）485頁以下、曲田統「強制わいせつ罪・強姦罪における暴行脅迫について」井田ほか編『川端博先生古稀祝賀記念論文集下巻』（成文堂、2014年）25頁以下、辰井聡子「『自由に対する罪』の保護法益——人格に対する罪としての再構成」岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新たな展開（上）』（信山社、2014年）421頁以下、佐藤陽子「性犯罪」法教418号（2015年）22頁以下、比較法研究

者が抵抗が著しく困難な状況になれば手段もそのようなものと理解されることになるというのである¹⁹⁾。そのため、行為態様だけでなく、たとえば、被害者の驚愕を利用する場合や、密室状況の利用、職場の上司としての地位の利用、被害者の心理的な抵抗困難性も考慮に入れる傾向にある²⁰⁾。

このような背景のもと、暴行・脅迫要件とわいせつ行為の判断要素に重なる部分が生じ、事実認定において両要件が区別されない事態が生じたと考えられる。しかし、だからといって、「強制わいせつ」として、全体直感的に、総合評価がなされるべきではない。条文上要求されている以上、「暴行・脅迫」と「わいせつ行為」はそれぞれ独立して認定されるべきであり、判断要素が一部共通していたとしても、両要件は混同されるべきではない。本稿では、以上の点を確認したうえで、紙幅の関係上、わいせつ行為だけに焦点を当てて論じることとしたい。

三 わいせつ行為の類型化

わいせつ行為の類型化にあたっては、性的領域への侵入の程度、性的侵害の重大性という観点から「接触」という要素を重視し、接触型と非接触型に分類した(表1参照)。そのうえで、類型ごとに要求されている要素を分析することで、裁判例において要求されている、強制わいせつ罪における性的侵害の内実を明らかにしていくこととする。

↘グループ・前掲注(13)158頁以下。

19) 佐伯仁志「刑法における自由の保護」曹時67巻9号(2015年)23頁以下、亀山=河村・前掲注(7)66頁。

20) 詳しくは、嘉門・前掲注(4)147頁以下参照。

表 1²¹⁾

接触型	被害者への挿入行為	被害者の「肛門，口」への行為者の「男性器」の挿入		A 類型 → 新177条の適用対象
		被害者の「膣，肛門，口」への行為者の「指や異物」の挿入		B 類型
	被害者に触る行為	被害者の「性的部位（陰部，乳房，尻）」を触る行為	直接	C 類型
			着衣の上から	D 類型
	被害者の「非性的部位」を触る行為		E 類型	
被害者に触らせる行為	行為者の「性的部位」を直接触らせる行為			F 類型
非接触型	被害者が（行為者の性器や性行為を）「見る」類型			G 類型
	被害者が（自身の性行為や裸を）「見られる」類型			H 類型

強制わいせつ罪におけるわいせつ行為の典型例として、第一に、被害者の「肛門，口」への行為者の「男性器」の挿入（A 類型）、たとえば、口淫（福岡地裁飯塚支判昭和44年5月26日判タ237号320頁，東京高決昭和57年5月18日家月34巻10号105頁）や、被害者の肛門への陰茎の挿入（横浜地裁横須賀支判平成28年12月15日 LEX/DB 25544980）が挙げられる。ただし、2017年改正に伴い、これらの類型は強制性交等罪（新177条）の適用対象となった²²⁾。次に、被害者の「膣，肛門，口」への行為者の「指や異物」の挿入（B 類型）、たとえば、肛門に指・異物（東京高判昭和59年6月13日刑月16巻5=6号414頁），肛門に指（甲府地判平成27年5月13日 LEX/DB 25540417），肛門に異物（神戸地裁尼崎支判平成26年7月30日 LEX/DB 25504574），膣に指（さいたま地判平成14年6月19日 LEX/DB 28085107）を挿入する行為が挙げられる。

21) LEX/DB と判例体系に収録されている約500件の強制わいせつ罪を扱った裁判例を分析し、類型化を行った。

22) なお、今井将人『「刑法の一部を改正する法律」の概要」研修830号（2017年）50頁は、陰茎を単に舌先でなめる行為や、女性の外陰部をなめる行為等は、口腔性交に当たらないとしているため、こういった行為は依然として強制わいせつ罪の対象となる。

次に、被害者の「性的部位²³⁾(陰部、乳房²⁴⁾、尻)」に接触する類型として、「直接」触れるという行為態様(C類型)は、客観的に見て、被害者への性的な侵襲性が比較的高いといえ、強制わいせつ罪の成立が認められてきた。たとえば、乳房を直接触る・なめる行為(福岡高裁宮崎支判平成29年2月23日LEX/DB25545373)、混雑した電車内で露出させたでん部を撫で回す行為(最決平成23年9月14日刑集65巻6号949頁)、着衣の中に手を差し入れて乳房をもみ、陰部をなでる行為(さいたま地判平成26年5月21日LEX/DB25504089)等が挙げられる。他にも、被害者の陰毛をハサミで切断する行為(東京高決平成21年1月20日東高(刑事)時報60巻1~12号1頁)がある。

一方、被害者の性的部位を「着衣の上から」触る場合、性的侵害性が比較的低いことから、通常は、迷惑防止条例における痴漢行為と分類されるが、態様が「執よう」な場合に限って、強制わいせつ罪が肯定されている²⁵⁾。具体的には、単に触れるだけでは足りず、着衣の上からでも「弄んだ」といえるような態様であることが必要だとされてきた²⁶⁾。たとえば、着衣の上から乳房を揉む行為(函館地判平成27年5月18日LEX/DB25447301)、スカートの上から臀部を撫で回す行為(京都地判平成26年5月21日LEX/DB25504092)、着衣の上から乳房をわしづかみにする行為(高松地判平成26年3月17日LEX/DB25503841)、臀部や胸部をなで回した行為(名古屋高判平成15年6月2日高検速報(平15)117頁)等が挙げられる。

以上に加えて、被害者の「非性的部位」に触れる場合についても、これまで強制わいせつ罪が肯定されてきた(E類型)。その典型例は、口に対す

23) 「唇」については、後述するように、本稿では「非性的部位」として扱う。ただし、山中・前掲注(9)10頁参照。

24) 亀山=河村・前掲注(7)68頁は、男性の乳房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する。しかし、現代の性意識においてそれが当然だとはいいきれず、態様によっては強制わいせつ罪の成立を肯定すべき場合もありうると考えられる。

25) 池本壽美子「わいせつ、姦淫及び重婚の罪」川端博ほか編『裁判例コンメンタール刑法第2巻』(立花書房、2006年)294頁。

26) 前田・前掲注(7)466頁。

る接吻（広島高裁松江支判昭和27年9月24日高刑特20号187頁，東京高判昭和32年1月22日高刑特4巻1～3号16頁，大阪高判昭和41年9月7日判タ199号187頁）であり，古くから強制わいせつ罪が認められてきた²⁷⁾。唇への接吻行為の場合，相手方に対する愛情の表現であり，成長した男女間のそれは性欲と無関係なものではない²⁸⁾。しかし，裁判例においては，それだけでわいせつ行為，つまり，重大な性的侵襲だと評価してきてはならず，相手方の意思に反して「無理やり」接吻しているかどうかを重視してきた（東京高判昭和32年1月22日高刑特4巻1～3号16頁）。具体的には，行為が行われたときの「当事者の意思感情，行動環境等」が影響するとされ，被害者が激しく抵抗するにもかかわらず，運転台に押し倒して接吻したことを強制わいせつ行為だと認めた。また，東京地判昭和56年4月30日判時1028号145頁は，「当事者の意思感情，行為のなされた状況や経緯等からして，相手方の意思に反しその性的自由を不当に侵害する態様でなされたとき」は，強制わいせつ行為に当たるとしている。

被害者に行為者の性的部位を直接接触させる行為（F類型）についても強制わいせつ罪が認められている。そのうち，手淫させる行為（さいたま地判平成26年6月23日LEX/DB25504325）については，性交類似行為として，当然にわいせつ性が肯定される。さらに，行為者の陰茎をなめさせる行為（富山地判平成24年1月19日LEX/DB25482650。ただし児童），行為者の陰茎を触らせる行為（熊本地判平成27年6月12日LEX/DB25540876）についても，強制わいせつ罪が肯定されている。

被害者が「見る」というG類型として，たとえば，行為者の自慰行為を見せる行為（大津地判平成24年6月1日LEX/DB25481694），被害者の面前で自慰行為をして射精する行為（名古屋地判平成28年4月25日LEX/DB

27) なお、「唇」を性的な領域と理解する見解もあるが（山中・前掲注（9）10頁），陰部・乳房・臀部とは異なり，唇に触れること自体をもって直ちに「性欲を刺激する行為」を有すると評価することはできない。そこで本稿では，唇への接触を「非性的部位への接触」として扱うこととする。

28) 佐伯・前掲注（5）65頁。

25542949)が挙げられる。一方、被害者が行為者に「見られる」という日類型は、裁判例においては、面前で内縁関係にある男女に性交の動作をさせた行為(釧路地裁北見支判昭和53年10月6日判タ374号162頁)、被害者に自慰行為をさせる行為(神戸地裁尼崎支判平成26年7月30日LEX/DB25504574)がある。また、被害者が裸にされて、行為者に見られる類型(広島地判平成27年12月7日LEX/DB25542007、京都地判平成26年7月7日LEX/DB25504435)、さらに、裸体を撮影される行為(東京地判昭和62年9月16日判時1294号143頁(ただし、撮影は未遂)、静岡地裁浜松支判平成11年12月1日判タ1041号293頁、横浜地判平成24年10月12日LEX/DB25483121)がある。

四 わいせつ行為の判断基準

(1) 性的部位への接触型

本章では、以上の類型化を踏まえて、強制わいせつ罪のわいせつ行為について、その類型ごとの特徴から、判断基準とその限界事例について検討していくこととしたい。

第一に、「性的部位(陰部、乳房²⁹⁾、尻)³⁰⁾に接触する行為」が本罪の典型例となるのは当然である³¹⁾。ただし、被害者の「性的部位」を触っていても、その行為自体は、公然に行われたとしても公然わいせつ罪を認めることはできない類型とされている³²⁾。たしかに、性的部位に触れるという行為は、それ自体として性的意味を有するものの、挿入行為と比較して、触る行為自体の性的侵襲性は低い。そのため、性的侵襲の重大性判断に当たり、接触の具体的な態様が問われることとなる。前述のように、接触が「直接」の場合は原則的に本罪が肯定されるが、そうではなく「着衣の上

29) 亀山=河村・前掲注(7)68頁。

30) 山中・前掲注(9)10頁参照。

31) 比較法研究グループ・前掲注(13)154頁。

32) 山口・前掲注(6)107頁。

から」の場合、態様が「執よう」な場合に限られてきた³³⁾。裁判例においては、「揉む」「撫で回す」「わしづかみにする」という言葉を用いて、その態様の執よう性が表現されるのが通例である。この点に関して、大阪地方裁判所堺支判平成29年5月25日 LEX/DB 文献番号 25545818 は、「被告人の行為は、手を被害者の臀部に押し当てるというものであり、指を曲げて臀部をつかんだり握ったりする態様のものではなく、また、ごく短時間のものである」として、本罪の成立を否定している。

(2) 非性的部位への接触型

第二に、非性的部位への接触行為の場合、その行為だけでは性的侵襲性がより低くなるため、「強制」という要素に加えて、性的意味合いを根拠づけるためのさらなる要素、すなわち、「性的意図」が要求されることになる。たとえば、前述のように、唇への接吻行為の場合、相手方の意思に反して「無理やり」行うという態様でなされてはじめて本罪を肯定しようとされてきた（東京高判昭和32年1月22日高刑特4巻1～3号16頁）。しかし、なぜ、「無理やり」行為をすることが、接吻行為のわいせつ性を基礎づけるのだろうか。裁判例において、接吻は相手方に対する愛情表現であり、性欲と無関係とはいえない行為であり、その行為を、無理やり強要することは、「単に自己の性欲を満足させる目的による行為」だとしかいいようがないとして、そのわいせつ行為性を根拠づけてきた。

このように、接触行為自体の「性的意味合い」が弱い事案の場合、従来、裁判例において、性的侵襲の「重大性」を示す要素として考慮されてきたのが、「性的意図」、すなわち、「性欲を刺激、興奮、満足させる」という要素だと考えられる。たしかに、前述のように、この表現は、幼児など性的羞恥心・判断力を持たない者に対する保護が及ばないかのような誤った印象を与えうるという点で問題を有する。しかし、この性欲が刺激

33) 池本・前掲注(25) 294頁、前田・前掲注(7) 466頁。

されるかどうかはあくまでも行為者側にとっての問題であり、客観的に見て社会通念上「単に自己の性欲を満足させる目的による行為」といいうるかどうかは問われることになる³⁴⁾。

したがって、唇以外の非性的な部位(頬やあご等)に接吻する場合には、その行為が、通常は性欲刺激・興奮・満足に結びつくとは評価しえないため(大阪高判昭和41年9月7日判タ199号187頁)³⁵⁾、無理やり行ったとしても、強制わいせつ罪を肯定すべきではないということになる³⁶⁾。また、他の非性的部位をなめたり、触ったりする行為(たとえば、被害者の指や大腿部などを触る行為)を無理やり行ったとしても本罪のわいせつ性は認められないと解するべきである。なお、裁判例において、足の指を舐める行為(神戸地判平成15年4月10日LEX/DB28085644)や³⁷⁾、太もも、膝頭付近を触る行為(東京高判平成13年9月18日高刑特52巻1～12号54頁)について強制わいせつ罪が肯定されているものの、いずれも、より性的侵襲性の高い行為(陰部を弄ぶ、臀部を直接接触)とともに行われており、一連の行為全体でわいせつ性が肯定されているにすぎない。

34) このように性的意図は必須ではないにしても、ひとつの考慮要素とされることとなる。したがって、性的意図以外の要素に基づいてすでに重大な性的侵襲性が肯定されるような場合、性的意図の欠如はわいせつな行為を否定する根拠にはなりえない。佐藤・前掲注(9)64頁参照。

35) 松原・前掲注(6)87頁は、頬にキスする行為は「現在の性意識に照らせば、性的意味は認めがたい」とする。

36) 東京地判昭和56年4月30日判時1028号145頁は、「頬にキスしようとした行為」について強制わいせつ未遂罪を肯定したが疑問である。また、東京地判平成21年10月8日LEX/DB25463736は、「首筋に接吻する行為」についてわいせつ性を認めている。ただし、この事案では、被害者の乳房を直接もみ、下着の上から陰部に手指を押し当て、さらに、首筋に接吻したという一連の行為について、わいせつ性を肯定しており、首筋への接吻行為だけで強制わいせつ罪が成立すると判断されたものではない(ただし、結論として、被害者の供述の信用性が認められないとして無罪とされている。)

37) 被害者の指をなめる行為について、奥村徹「ホテルの女性従業員の「指」をなめて逮捕」<http://okumuraosaka.hatenadiary.jp/entry/2017/08/02/064000>(アクセス日2018/01/21)参照。

(3) 被害者に触らせる行為

次に、被害者に行為者の身体を触らせるという類型について、被害者自身の身体に対して直接的な侵害が行われるわけではない点で、これまでの類型とは異なる。この類型では、被害者が、行為者の性的部位を直接触れるという「知覚」を通じて、被害者に性的刺激を与えることによって性的侵害が生じる点に特徴がある³⁸⁾。なお、「知覚」を通じて受ける性的刺激については、個体差が大きいため、裁判例においては、客観的に社会通念上、当該接触行為が「性欲を刺激、興奮又は満足させる行為」だと評価しうることが必要とされてきた。

裁判例における肯定例は、前述のように、原則的には、接触部位が行為者の「男性器」で³⁹⁾、態様としても「直接」触らされた場合にとどまっている。したがって、行為者の「非性的部位」を触らせる行為や、男性器を「着衣の上から」触らされた行為について、強制わいせつ罪を肯定した事例は見当たらない。

(4) 非接触型

これまで見てきたように、「接触」という要素は性的侵害性を高める重要な要素と位置づけられてきた⁴⁰⁾。そのため、接触という基本要素を欠く場合、その性的侵害性は比較的低いといわざるをえないため、ドイツでは、長きにわたって、非接触型は、被害者が児童の場合にのみ処罰対象とされてきた（しかし、現在では改正され、成人に対しても一部が処罰対象とされ

38) *Brockmann*, Das Rechtsgut des § 176StGB, 2015, S. 256f. キンゼイほか（朝山ほか訳）『人間女性における性行動下巻』（コスモポリタン社、1953年）305頁以下参照。なお、*Brockmann* の見解はあくまでも、「児童」に対する性的侵害を検討している点で違いがある。私見としては、児童に対する性的刺激は別のものとしてとらえるべきであると考えるため、その点については後述する。

39) ただし、大阪地裁堺支判昭和36年4月12日下刑集3巻3・4号319頁は、被害児童の乳房を直接触り、さらに、両手で同女の頭部を抱きしめて同女の顔面を自己の胸部に押しつけた事案について、強制わいせつ罪を肯定した（ただし、被害者は13歳未満）。

40) 比較法研究グループ・前掲注（13）154頁。

ている⁴¹⁾。それに対して、日本では処罰対象とされてきたものの、判例実務において、その処罰範囲は限定されるべきであることが、暗黙のうちに認められてきたといえる。

1) 被害者が性的行為を見る類型 (G類型)

この類型では、接触という直接的に侵害を与える類型とは異なり、非接触型の場合は、被害者の見るという「知覚」を通じて、被害者に性的刺激を与えることによって性的侵害が生じる点に特徴があるとされる⁴²⁾。ただし、被害者が見ることによって性的刺激を受けたかというかどうかは、個体差が激しいため、日本の裁判例では、客観判断、すなわち、少なくとも、仮に公然性があれば、公然わいせつ罪を認めうる程度のわいせつ性が要求されてきた。そのため、被害者が見た内容は少なくとも「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」ものと評価されなければならない。たとえば、前述のように、行為者の自慰行為を見せる行為が挙げられる。

さらに、本類型の場合、極論すれば、被害者は、目をつぶるなどして「見ない」という形で被害を避けることもできる。そのため、この類型的な性的侵襲の重大性を根拠づけるために、裁判例において、被害者が見ることを「強いられた」ということがより強く要求されてきた。たとえば、共犯者らによる強度の脅迫、被害者の陰茎や臀部に対する多数回の暴行（神戸地裁尼崎支判平成26年7月30日 LEX/DB 25504574）、抗拒不能に陥らせる程度の脅迫（広島地判平成27年12月7日 LEX/DB 25542007）、反抗を抑圧するほどのかなり強度の暴行（京都地判平成26年7月7日 LEX/DB 25504435、横浜地判平成24年10月12日 LEX/DB 25483121、東京地判昭和62年9月16日判時1294号143

41) ドイツ刑法177条1項・2項において、「他人の認識可能な意思に反して、その者に性的行為を行わせ」という文言が2016年の改正において、性的侵襲の一類型として加えられた。

42) *Brockmann*・前掲注(38) S. 256f. キンゼイほか(朝山ほか訳)・前掲注(38) 305頁以下参照。

頁）が挙げられる⁴³⁾。学説上も、「接触」という要素がない以上、本類型においては、性的侵害行為が、「特定の被害者に直接かつ客観的に向けられる⁴⁴⁾」こと、「被害者が自己の身体に及ぼす支配力を直接的に被る⁴⁵⁾」ことというように、行為の被害者へ強度の支配力が要求されるべきだといわれている。

2) 被害者が自己の性的行為を見られる類型

一方、被害者が自己の性的行為や裸を「見られる」という類型における、被害者が受ける性的刺激とは、自己の裸や行為が、他人にとって性的刺激であると意識することによって、被害者が性的羞恥心を感じることだと説明される⁴⁶⁾。裁判例において、「他人にとっての性的刺激となること」の判断基準として、この類型においても、少なくとも、仮に被害者の行為が公然となされれば、公然わいせつ罪が認められる程度が要求されてきた。たとえば、前述のように、面前で内縁関係にある男女に性交の動作をさせた行為や、被害者に自慰行為をさせる行為がある。また、被害者が裸にされて、行為者に見られる類型や、裸体を撮影される行為がある。

また、この類型においても、接触がない以上、被害者が不当に要求された行為をしないという決断を自由に出来なかった理由を裁判所が証明する必要がある⁴⁷⁾。そのため、前述の裁判例においては、かなり強度の暴行を用いて強要されている事例がほとんどである（暴行を用いていない事例にお

43) ただし、被害者が13歳未満の児童の場合は、「被害者に向けられる直接的な支配力」を形成する手段はより広く認められることになる（静岡地裁浜松支判平成11年12月1日判タ1041号293頁）。

44) 比較法研究グループ・前掲注（13）154頁。

45) 森永真綱「判批」判例セレクト2012年I（2013年）36頁。

46) 山中・前掲注（9）9頁。ただし、被害者の性的羞恥心は、被害者の具体的な感受性を基準としてではなく、一般的基準によって判断される。山口・前掲注（6）106頁。なお、7歳の女兒に対する強制わいせつ罪を肯定した事例として、新潟地判昭和63年8月26日判時1299号152頁。

47) *Renzikowski*, Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3, 3Auffl., 2017, § 177, Rn. 51.

いては、被害者が児童であるという事情が認められる(広島地判平成27年12月7日 LEX/DB25542007(被害者は13歳)、静岡地裁浜松支判平成11年12月1日判タ1041号293頁(被害者は11歳と8歳))。

なお、行為者が被害者の前で自慰行為をして射精する行為について、「被害者が被告人の陰茎等を直接見ていないとしても強制わいせつ罪の成否に影響しない」とした裁判例がある(名古屋地判平成28年4月25日 LEX/DB25542949)。しかし、本罪を肯定するためには、被害者の前で自慰行為が行われたという客観的な事実だけでは不十分である。つまり、本類型の性的侵害の実質として、被害者に「性的刺激」を「知覚」させたことが必要である。そのため、(性器自体を直接見なかったとしても)少なくとも、自分の前で自慰行為という「性行為」がなされているという被害者の認識は必要だといわざるをえない(ただし、被害者が児童の場合は異なるため後述する)⁴⁸⁾。また、被害者の裸を撮影する行為の場合にも、撮影行為が被害者の「知覚・感覚」に作用することが必要であり、そのことにより「脳内の処理を通じた心理的な性的刺激」が被害者に生じ、性的侵害が生じるとされる⁴⁹⁾。したがって、被害者の裸を「盗撮」する行為に、強制わいせつ罪を認めることはできない⁵⁰⁾⁵¹⁾。

48) 被害者の知覚が必要だと解する以上、暗闇で何を触ったかを理解していなかったというような場合は、強制わいせつ罪は成立しえないことになる。山中・前掲注(9)10頁参照。

49) 山中・前掲注(9)11頁参照。したがって、被害者に知覚能力があることが必要だとする。

50) 広島高判平成23年5月26日 LEX/DB25471443は、それ自体としては外形的に何ら問題のない、正当な医療行為を行う過程でなされた盗撮行為について、わいせつ行為性を認めた事案(ただし、被害者は13歳未満)であるが疑問である。森永・前掲注(45)36頁参照。

51) このような日本の状況とは異なり、意思に反する性行為をさせられることこそを性的侵襲の内実だと解せば、行為者による知覚は必要ないと解しうるが疑問である。ドイツ刑法177条1項・2項における、「他人の認識可能な意思に反して、その者に性的行為を行わせる」という類型において想定されているのは、被害者自らに、性欲を刺激するような姿勢をとらせたり、自慰行為をさせるなどといった行為である。なお、行為者がその場にいることや、被害者の性行為を知覚している必要はないとされている。ただし、このような

五 おわりに

本稿の結論は以下のとおりである。強制わいせつ罪のわいせつ概念を理解するに当たって、前述のとおり、被害者に対して生じる重大な性的侵襲性は、社会通念にもとづき客観的に把握される。そして、その重大性判断のための要素として、原則的には、性的部位への接触とその態様（継続性や強度）が重視されることになる。ただし、その判断は、類型ごとに差があることから、類型化して考察されるべきであると思われたため、具体的な判断方法についてこれまでの裁判例を参照することとした。なお、その判断に当たり、条文上要求されている「暴行・脅迫」と「わいせつ行為」はそれぞれ独立して認定されるべきであり、判断要素が一部共通していたとしても、両要件は混同されるべきではない。

わいせつ概念の判断方法について概略的に述べると、性的部位に接触するという基本類型においては、その接触の態様（直接か着衣の上からか、継続性や強度）が考慮されることになる。非性的部位に接触した場合は、その行為自体の性的意味が弱まることから、付加的に「性的意図」が検討要素とされ、その行為の態様などから、客観的に見て社会通念上「単に自己の性欲を満足させる目的による行為」といえるかどうか問われることになる。また、被害者が触る、見る、見られるといった知覚を通じた性的刺激については、個体差が激しいため、前述のとおり、客観的な判断がなされてきた。

以上から、「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」すべきという最高裁平成29年判決の示した判断枠組みは、従来の判例実務を大きく変えるものではないといえる。しかも、最

↘理解に対しては、範囲が不明確であるとして、学説上は批判の強いところである。
(Fischer, StGB, 64Auf. § 177, Rn. 7.; Renzikowski・前掲注 (47) § 177, Rn. 49.)

高裁平成29年判決のいう「性的」意味合いを客観的に判断するに当たって、普通人の「性欲」、「性的刺激」、「性的羞恥心」といった概念を放棄することはできないのであり、「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こと(名古屋高裁金沢支判昭和36年5月2日刑集3巻5=6号399頁)」というこれまでの定義は維持されるべきだと思われる。

なお、被害者が児童である場合には、その性的侵害性の内実についてさらに慎重な検討が必要となる。そもそも、本罪のわいせつ行為の定義を検討するに当たって、被害者が「児童」の場合という特別な事例を念頭に置くべきではない。被害者が児童の場合は、与えられる性的被害の特殊性に応じて、別の議論をすべきである。判断が未熟な児童には性的自由は認められず、保護法益を性的不可侵性としてとらえなおし、児童は、外部的な性的刺激にさらされない自由をもつと理解すべきとされる⁵²⁾。児童は、その要保護性から、外部的な性的刺激にさらされるべきではなく、被害児童は性行為の意味がわかっていなくても、また、性的羞恥心を感じなくてもよい。その判断に当たっては、児童の成長発達への悪影響という観点が考慮に入れられなくてはならず、児童の性的虐待などの概念とともに総合的に検討しなければならない。その具体的な検討については、紙幅の関係上、別稿に譲ることとしたい。

52) *Brockmann*, 前掲注(38) S. 252ff. なお、山中・前掲注(9) 9頁以下参照。