

タイトル	強制わいせつ罪における性的意図(一)
著者	神元, 隆賢; KANMOTO, Takayoshi
引用	北海学園大学法学研究, 49(4): 809-824
発行日	2014-03-30

# 強制わいせつ罪における性的意図（一）

神 元 隆 賢

目 次

I はじめに

II 判例の動向（以上、本号）

III 学説の状況

IV 私見

V おわりに

## I はじめに

刑法第一七六条に規定される強制わいせつ罪、第一七八条第一項に規定される準強制わいせつ罪、及び第一八一条第一項に規定される同致死傷罪については、主観的要件として、故意に加えて、犯人の性欲を刺激興奮させまたは満足させるという性的意図（「わいせつ意図」、「わいせつ目的」、「わいせつ傾向」、「わいせつ意思」とも）が主観的違法

要素とくに主観的超過要素（特別的主観的違法要素）として必要であるかが議論されている。

メツガーは、「いわゆる傾向犯（Tendendelikte）は、行為者の内心的傾向の徴表として表出される犯罪であり、この傾向は法規定の中に含まれる。性器に対するあらゆる接触は、医師の診察上の目的によらないのであれば、強制わいせつ罪における『わいせつ行為（unzüchtige Handlung）』に当たる。それはすなわち、当該行為が、性欲を刺戟興奮させまたは満足させるという傾向を伴ってなされたということである。」と主張した。<sup>(1)</sup>この主張は多くの論者から支持され、現在のドイツの通説は、強制わいせつ罪などの性犯罪では、その性質上、行為者の外部的行為が被害者の羞恥心を惹起するだけでは足りず、さらに行為者が、主観的構成要件要素に付加されてその外部的行為に性的な性格を与える主観的傾向である「性的意図（wollüstige Absicht）」ないし「性的傾向（wollüstige Tendenz）」を有している必要があるとする。<sup>(2)</sup>傾向犯は、行為者の実行行為が特定の意思方向に支配されることにより、その保護法益に対して特別の危険を付与する点に特徴がある。そして行為者が性的意図を有していたか否かは、強制わいせつ罪の保護法益である性的自由の法益侵害性を左右するものである。<sup>(3)</sup>

一方、わが国でも、ドイツの影響を受け、強制わいせつ罪を傾向犯と解し、超過的内心傾向としての性的意図を要求すべきとする性的意図必要説が古くから主張され、<sup>(4)</sup>これに対し、本罪は結果犯であり、行為者の傾向である性的意図の表出を要求して傾向犯と解する必要はないとする性的意図不要説もまた主張されていたが、<sup>(5)</sup>この問題に関する議論自体、かつてはあまり活発ではなかったようである。<sup>(6)</sup>しかし、後掲する最判昭和四五年一月二十九日刑集二四卷一号一頁は、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」が必要であるとして、性的意図必要説を採用することを明示し、本判決を契機として、以後は性的意図の要否に関し活発な議論が展開されるようになり今日に至っている。もともと、近年の多くの論者は最判昭和四五年一月二十九日に批判的で、性的意図

不要説を支持している。

性的意図必要説と不要説は、主に行為者の性的意図の有無により性的自由の法益侵害性が左右されるか否かを巡って争っている。超過的内心傾向としての主観的超過要素（特別的主観的違法要素）は、客観面のみで違法性を判断できない場合に要求されるところ、性的意図必要説は、性的意図がまさにその主観的超過要素であるとする。すなわち、強制わいせつ罪及び準強制わいせつ罪は、客観面では身体法益の侵害しか見られないが、主観面では性的意図という超過的内心傾向が存在することにより被害者の性的自由がはじめて侵害される犯罪で、単なる暴行罪と強制わいせつ罪及び準強制わいせつ罪は主観面においてのみ区別しようというのである。これに対し、性的意図不要説は、行為者には性的意図がないものの、当該行為がわいせつ性を有することを認識していた、言い換えれば強制わいせつ罪の故意を有した状態で行為に出たのであれば、被害者は性的自由を侵害されるから、本罪の成立を認めるべきであるとする。さらに、今日では傾向犯の概念は強制わいせつ罪及び準強制わいせつ罪でしか問題とされておらず、性的意図不要説によればもはや傾向犯の概念自体が不要となるとする論者もある。もともと、下級審判例では、後掲する横浜地判平成一六年九月一四日判タ一一八九号三四七頁など、性的意図の存在により性的自由の法益侵害性が基礎づけられるとの趣旨であるように解しうるものがある。行為者の性的意図の有無にかかわらず被害者が性的自由を侵害されると解してよいかは、実際の判例事案を参照して慎重に検討する必要がある。

本論文は、強制わいせつ罪及び準強制わいせつ罪における性的意図の要否及びその法的性質について、判例の状況、学説の動向を参照して検討しようとするものである。

## II 判例の動向

強制わいせつ罪及び準強制わいせつ罪において、性的意図の要否が争われた、あるいは性的意図について言及した判例としては、以下のものが挙げられる。

①最判昭和四五年一月二九日刑集二四卷一号二頁は、内妻に逃げられた被告人が、A女（当時二三歳）の手引きにより内妻が逃げたと信じ、A女を自室に呼び出し、被告人と仲直りした内妻と共に約二時間にわたり脅迫し、A女の裸体写真を撮って仕返しをしようと考え、「五分間裸で立つておれ。」と申し向け、畏怖しているA女を裸体にさせてこれを写真撮影した事案につき、第一審（釧路地判昭和四二年七月七日刑集二四卷一号一二頁）は「強制わいせつ罪の被害法益は相手の性的自由であり、同罪はこれの侵害を処罰する趣旨である点に鑑みれば、行為者の性欲を興奮、刺激、満足させる目的に出たことを要する所謂目的犯と解すべきではなく、報復、侮辱のためになされても同罪が成立するものと解するのが相当である」として強制わいせつ罪の成立を認め、控訴審（札幌高判昭和四二年一月二六日刑集二四卷一号一四頁）も「このような裸体写真をとる行為が被害者の性的自由を侵害するわいせつの行為に該当することはいうまでもない。……報復侮辱の手段とはいえ、本件のような裸体写真の撮影を行った被告人に、その性欲を刺激興奮させる意図が全くなかったとは俄かに断定し難いものがあるのみならず、たとえかかる目的意思がなかったとしても本罪が成立する」として控訴を棄却したところ、最高裁は、「刑法一七六条前段のいわゆる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激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、婦女を脅迫し裸にして撮影する行為であっても、これ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、強要罪その他の罪を構成するのは格別、強制わいせつの罪は成立しないものというべき

である。……してみれば、性欲を刺戟興奮させ、または満足させる等の性的意図がなくても強制わいせつ罪が成立するとした第一審判決および原判決は、ともに刑法一七六条の解釈適用を誤ったものである。もつとも、年若い婦女（本件被害者は本件当時二三歳であった）を脅迫して裸体にさせることは、性欲の刺戟、興奮等性的意図に出ることが多いと考えられるので、本件の場合においても、審理を尽くせば、報復の意図のほかに右性的意図の存在も認められるかもしれない。しかし、第一審判決は、報復の意図に出た事実だけを認定し、右性的意図の存したことは認定していないし、また、……本件のような行為は、その行為自体が直ちに行為者に前記性的意図の存することを示すものともいえないのである。しかるに、控訴審たる原審判決は、前記の如く『報復侮辱の手段とはいえ、本件のような裸体写真の撮影を行った被告人に、その性欲を刺戟興奮させる意図が全くなかったとは俄かに断定し難いものがある』と判示しているけれども、何ら証拠を示していないし、また右意図の存在を認める理由を説示していない」と判示して高裁に破棄差戻した。

本判決は、強制わいせつ罪において、主観的超過要素と明言してはいないものの、「性欲を刺戟興奮させ、または満足させる等の性的意図」を必要と解していることは明らかである。さらに本判決は、性的意図と復讐心等の他の目的とが併存した場合の処理についても言及している。本判決では、被告人が性的意図をまったく持たなかったか否かは明らかにされていないとの指摘があるが、「第一審判決は、報復の意図に出た事実だけを認定し、右性的意図の存したことは認定していない」との記述から、少なくとも報復の意図と性的意図が併存することは明らかにしていると言えよう。そのうえで、本判決は、「専ら」報復の意図で行為に出たときには本罪が成立しないとするが、これは、複数の意図のうち、性的意図が「専ら」と言いうる主要な主観的要素であるかを基準に強制わいせつの成否を検討する立場と解する余地がある。

②東京高判昭和五九年六月一三日刑月一六卷五〇六号四一四頁は、少年A（当時一三歳）が被告人を尊敬しているのを利用し、Aを部屋に連れ込んだうえ、言葉巧みに欺いてAの肛門部周辺に局所麻酔剤を注射したり、肛門内に真空管や多数の綿球を挿入するなどして、Aに入院加療約一か月を要する傷害を負わせた事案について、被告人及び弁護人は、被告人に卑わいな行為をしているとの認識はなく、行為の目的も、勤務先の社長に冷遇されている鬱憤を晴らそうとしたもので、これによつて性欲を刺激、興奮させようとしたものではなく、行為の態様をみても、被告人の行為はAの肛門部のみに向けられていて、Aの性的自由を侵害していないから、準強制わいせつ致傷罪ではなく傷害罪が成立するにとどまると主張したところ、「被告人の所為の客観的内容及び態様等に照らせば、右行為は客観的にみて性欲を興奮、刺激させ、一般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ということができ、右のような内容及び態様等の行為であつてみれば、それが専ら被害者の肛門部を対象とし、直接性器に及ばないものである。つても、わいせつ性の点では性器に対する行為と同一視すべきであることは、社会通念上明らかとすべきである。そして、被告人においてかかる行為に出た以上、当時被告人の内心に性欲を興奮または刺激させようとする意識があつたと推認できることも当然である。」と判示して、準強制わいせつ致傷罪の成立を認めた。

本判決は、被告人の行為が「客観的にみて」被害者の性的自由を侵害するものであることを明らかにしている。そのうえで、準強制わいせつ致傷罪の成立には被告人の性的意図が必要であるとし、かつこの意図を「推認できる」として本罪の成立を認めている。本来の傾向犯としての強制わいせつ罪における性的意図は、上述したように外部的行為に性的性質を付与するものであるが、本判決は外部的行為のみで性的自由の侵害が惹起されるというのである。そうすると、ここでの性的意図は、必ずしも性的自由の法益侵害性を左右する決定的な要素ではないことになる。あるいは本判決は、性的意図を強制わいせつ罪及び準強制わいせつ罪の故意と同視しているのではないかとも思われる。

なお、本判決では、被告人らの主張した鬱憤を晴らす目的の存在を格別認定していないから、本件事案を①判決のような複数意図併存事例とは解していない可能性がある。

③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は、女性下着販売業を営み、下着モデルの女性の確保に苦慮していた被告人が、シヨップアドバイザー（女子販売スタッフ）募集などという広告を掲載し、これに応募してきたA女（当時二一歳）の弱みをつかんで下着モデルとして働くことを承諾させようと考えて、事務所において、A女に対しタオル等で口をふさぎ頸部を手で押さえるなどして暴行を加えて、A女を全裸にして写真撮影しようとしたが、A女が抵抗し逃走したため写真撮影に至らず、さらに暴行の際にA女を負傷させた事案について、「被告人が、右のように右A女を働かせるという目的とともに、同女に対する強制わいせつの意図をも有して本件犯行に及んだことも十分肯認できるといふべきである。……被告人は右A女をして被告人自身が男性の一人として性的に刺激、興奮するような状態、すなわち全裸のような状態にしなければならず（なお、被告人としても同女の裸につき性的な興味がないわけではなかつた旨、捜査段階において自認している）、かつ、その撮影する写真も被告人自身が性的に興味を覚えるようなものでなければならなかつたことなどが認められる。……右A女を全裸にしその写真を撮る行為は、本件においては、同女を男性の性的興味の対象として扱い、同女に性的羞恥心を与えるという明らかに性的に意味のある行為、すなわちわいせつ行為であり、かつ、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、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、あえてそのような行為をしようと企て、判示暴行に及んだものであることを優に認めることができる。」と判示して、強制わいせつ致傷罪の成立を認めた。

本判決では「強制わいせつの意図」すなわち性的意図の有無が争われたところ、「性的に意味のある行為」であるこ

との認識があつたとして強制わいせつ致傷罪の成立を認めた。これにつき、多くの論者は、本判決は性的意図を故意と解することにより、実質的に性的意図を不要とする趣旨であると主張する<sup>①</sup>。性的自由を侵害する行為であることを「認識」するだけで強制わいせつ罪の成立に十分というのであれば、確かに、主観的超過要素としての性的意図の有無を問題とする余地は確かになくなってしまう。この点で、本判決と②判決の類似性を指摘することができよう。もつとも、本判決に対しては、性的自由を侵害する認識は故意に必要であるものの、「自らを性的に刺激、興奮させる性的意味を有した行為であることの認識」を故意と解するのは妥当でないとの主張がある<sup>②</sup>。なお、複数の意図・目的の併存について、本判決は性的意図と「働かせるという目的」の併存を認めたが、いずれが「専ら」であつたのかは格別示されなかつた。

④横浜地判平成一六年九月一四日判タ一一八九号三四七頁は、医学系大学受験塾の塾長であつた被告人が、授業等で自分は海外留学経験のある医師であるなどと虚言を繰り返して塾生の女子中・高生四名(当時一三歳〜一六歳)に信じ込ませたうえ、メラノーマや乳がんの治療、あるいは脳を活性化させ頭を良くする治療等を仮装して、女性器への手指挿入等のわいせつ行為をし、うち一名に対し全治約二週間の傷害を負わせた事案について、「被害者らは、本件各欺罔時、一三歳ないし一六歳の素直な性格の少女らで、いずれも被告人の指導を受けていたが、……塾長で優秀な医師として強い畏敬の念を懐いて心服しきつていたうえ、第一の被害者は悪性腫瘍や癌等の病氣への強い不安感を懐かされ被告人の診療に依存せざるを得ない心理状態に陥っていたこと、他の被害者らはいずれも受験生として成績向上を強く望んでいたため成績向上のための特殊な治療的な行為であると信じ込んでしまったことなどから、本件各行為の外形的な認識はあつても、被告人にわいせつ目的などはなく正当な診療・治療等の行為を行うものと信じ込まされていたものと認められる。そうすると、いずれの被害者も、被告人のわいせつ目的を疑つたり、性的行為を拒むこ

とが著しく困難な状態にあったことは優に肯認することができるから、前記『抗拒不能』の状態に当るものと認めるのが相当である。」として、準強制わいせつ罪及び同致傷罪の成立を認めた。

本判決は、被告人の「わいせつ目的」すなわち性的意図を認定しており、性的意図を必要とする立場を採っていることは明らかである。本判決が特徴的であるのは、被害者らには被告人の行為の「外形的な認識」があつたが、「わいせつ目的」がないと信じていたとした点である。そうすると、被害者らは手指挿入等の行為の持つ性的な意味を認識していたものの、欺罔により被告人に性的意図がないことを前提に手指挿入等についての同意を与え、この同意が錯誤に基づくものとして無効と解されたことになる。それでは、被害者らの同意した結果は、手指挿入による身体法益の侵害と性的自由の侵害のいずれであつたのか。前者であつたならば、被害者は身体法益の限度で同意を与えたが、行為者の性的意図が存在したことにより、身体法益を超えた性的自由が侵害されたことになる。主観的超過要素としての性的意図を必要とするならば、このように解されよう。一方、後者であつたならば、被害者は性的自由の侵害の結果について同意を与えたが、行為者が準強制わいせつ罪の故意ないし主観的超過要素となる性的意図を有することには同意しなかつたところ、にもかかわらず行為者が性的意図を有していたために被害者の同意の範囲を逸脱したこととなる。行為者の性的意図の有無によつて性的自由の法益侵害性は左右されないとするならばこのような解釈に至るが、そうすると、本件事案では被告人の主観も被害者の同意の対象ということになる。はたしてこれが妥当であるかは検討を要するであろう。

⑤京都市判平成一八年一二月一八日（判例集未登載）は、臨床検査技師である被告人が、女性患者A女に対し、検査名目で、検査器具を肛門部ないし会陰部に押し当て、会陰部の範囲内で往復させた事案において、準強制わいせつ罪の成否が争われ、被告人及び弁護人は、上記行為は会陰走査という必要かつ正当な超音波検査として行つたもので

あり、わいせつ目的はなかったと主張したところ、会陰走査の必要性、及び被告人が会陰走査の必要性を認識していたことを認定したうえで、必ずしも必要がないのに検査着のひもを二か所とも解いたこと、露出したA女の胸部及び臀部にタオルを掛けなかったこと、A女が着替え中に声を掛けることなくカーテンを開け、上半身裸でブラジャーを胸に当てがった状態の同女に片足跳びを指示したこと、A女に会陰走査の必要性等の説明を十分に行わなかったこと、そもそも女性患者に対して男性技師一人で超音波検査を実施している中で、さらに陰部を露出することになる会陰走査を実施したこと、その際、下着を下げるのをA女がためらったとはいえ、被告人自身が強引にA女の下着を下げたこと、A女と身体が接触したことなどから、「被告人には、以上のような女性患者に対する配慮に欠ける、あるいは不十分な行動がいくつも見られること、また、被告人の供述には、特に会陰走査を必要と判断した理由という重要な点を含め、変遷したり、不自然なところや虚偽の疑いがある部分が存在していることなどが認められるが、それぞれの事情は、わいせつ目的を推測させる程度が必ずしも高くなく、それらを総合考慮したとしても、被告人にわいせつ目的があったと認定するにはなお合理的な疑いが残るといわざるを得ない。」として無罪を言い渡した。

本判決は、「わいせつ目的」すなわち性的意図を必要とする立場を採り、本件の被告人はこれを欠いているとしたのである。本件事案における被告人の行為であるところの会陰走査が、性的自由を侵害しうる行為であることは容易に認識しうるから、準強制わいせつ罪の故意もまた容易に認定しうる。そのうえで、本判決は性的意図の有無を問題としこれを否定しているから、本判決のいう「わいせつ目的」は、故意を超えた主観的超過要素ということになるのではないか。

⑥大阪高判平成二二年三月二六日高検速報平成二二年一号は、被告人が就寝中のA女の至近距離から、A女に向いて自己の陰茎を手淫して射精した事案について、準強制わいせつ罪の成否が争われたところ、原判決が「自慰行為や

射精行為を被害女性に認識させる意図』や『被害女性に精液をかける意図』が認められないとして、本件自慰行為及びそれに続く射精は被害女性に対して行われたものと評価することはできない」旨判示して準強制わいせつ罪の成立を否定したのに対し、「被告人が精液が被害女性にかからないよう配慮することもなく、同被害女性の方を向いて自己の陰茎を手淫して射精したことは明らかであるから、被告人の行為は被害女性という特定の相手方に向けられたわいせつな行為というほかになく、その就寝中という抗拒不能の状態を利用して自ら性欲のはけ口としたものであるから、被害女性の性的自由を侵害するものであることも明らかである。……自己の性欲を刺激興奮させ又は満足させる意図、いわゆる性的意図というのであれば、就寝中の被害女性と二人だけしかいない密室といってもいい室内において、至近距離から同被害女性の寝姿を盗み見しながら自慰行為に耽ることによって、自己の性欲を刺激興奮させ又は満足させようと意図しているのであるから、被告人が性的意図を有していたことは明白であり、仮に、原判決のいう上記意図が、故意及び性的意図以外の主観的要素をいうのであれば、その説示するところの見方によっては、準強制わいせつ罪が心神喪失又は抗拒不能であることに乗じて行う犯罪類型であることと相容れない内容さえ含むものであり、到底受け入れることはできない。」と判示して、準強制わいせつ罪の成立を認めた。

本判決は性的意図を必要とする立場を採るところ、「故意及び性的意図以外の主観的要素」の問題に言及した際に、性的意図を故意とは別個の主観的要素として列挙している。このことから、本判決は、性的意図の法的性質を主観的超過要素と解したものと思われる。

⑦大分地判平成二五年六月四日（判例集未登載）は、被告人が妻の連れ子である被害者A女（当時一七歳）を後ろから引き倒して馬乗りになり、何度か「やらせろ。」と言ってこれを拒絶したA女の両手や左足ふくらはぎに粘着テープを巻こうとし、右手をA女のスカートの中に差し入れてパンツを膝の上あたりまで下ろし、A女の性器に指を入れ

ようとして陰部に触れ、さらに抵抗するA女の首を両手で絞めたほか、この間にA女の顔面を二、三回殴る暴行を加え、これら一連の暴行により、A女に加療約二週間を要する喉頭部挫傷、頸部打撲傷及び右踵部打撲、加療三週間を要する顔面打撲、両結膜下出血及び左網膜出血、加療約一週間を要する舌咬創の傷害を負わせた事案につき、弁護人は、被告人にはA女との確執より生じたA女への怒りと悔しさからくる復讐心しかなく、強制わいせつ罪の成立要件である「わいせつ意図」はなかったなどと主張したところ、以下のように判示して強制わいせつ罪の成立を認めた。

「(1)……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う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が、弁護人の主張する復讐心とこのような性的意図は併存し得るものであって、これらが併存していると認められるのであれば、強制わいせつ罪が成立する。

(2)被告人は、被害者のパンツを下ろし、生殖器に指を入れようと陰部を触ったと認められるところ、これがわいせつな行為であることは言うまでもなく、被告人もこのことを当然認識していたといえる。また、被告人自身、被害者に性的な屈辱感を与えようとしていたことを認めている(第二回公判の被告人供述調……『自分自身の中で、女性がどういうことをされたら屈辱かというのもそれなりに分かっています。』)。

被告人と被害者との間に弁護人が主張するような確執等があったとしても、その復讐として、被害者に対し、敢えてこのようなわいせつな行為に出る必要はない。

そうすると、被告人には、単なる復讐心ではなく、自らの性的な欲求を刺激する、あるいは辱められた被害者の姿を見て性的な満足を得るといった意図が存在していたものと推認できる。

(3)なお、被告人は、被害者が失神した後、被害者に対し、それ以上のわいせつな行為に及んでいないと認められる

ものの、被害者が失神したことに驚き、自分のしたことが怖くなって、それ以上の行為をしなかったものと考えられるから、このことは上記の性的意図の存在を否定するものではない。

(4)以上のとおり、被告人には、本件犯行時に、被害者への復讐心だけでなく、強制わいせつ罪が成立するために必要な性的意図があったものと認められる。」と。

本判決は、性的意図を必要とする立場を採ることを明言し、「被告人は、……わいせつな行為であることは言うまでもなく、被告人もこのことを当然認識していたといえる。」として、わいせつ行為の認識の存在を認めただうえで、「復讐として、被害者に対し、敢えてこのようなわいせつな行為に出る必要はない」とし、「被告人には、単なる復讐心だけではなく、自らの性的な欲求を刺激する、あるいは辱められた被害者の姿を見て性的な満足を得るといった意図が存在していたものと推認できる」と判示している。本判決の言うわいせつ行為の「認識」は、強制わいせつ罪の故意と解されよう。そうすると、わいせつ行為の認識があるとされた後に、さらに存在を認定された「自らの性的な欲求を刺激する、あるいは辱められた被害者の姿を見て性的な満足を得るといった意図」ないし「性的意図」は、故意とは別個の主観的要素、すなわち主観的超過要素に当たると解しようのではないか。

さらに、複数の意図・目的の併存について、本判決は「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が、……復讐心とこのような性的意図は併存し得るものであって、これらが併存していると認められるのであれば、強制わいせつ罪が成立する。……被告人には、本件犯行時に、被害者への復讐心だけでなく、強制わいせつ罪が成立するために必要な性的意図があったものと認められる。」と判示しており、その内容は①判決に類似している。従って、本判決は①判決と同様、行為者に複数の意図・目的が併存するときには、性的意図が「専ら」と言いうる主要な主観的要素であるか否かで強制わいせつ罪の成否を判断する立場に立ったうえで、本件を①

判決と異なる、性的意図が「専ら」な事案と解したのではないか。

このほか、釧路地北見支判昭和五年一〇月六日判タ三七四号一六二頁<sup>15</sup>、東京高判平成一九年三月二六日高検速報三三三二二号<sup>16</sup>、東京高判平成二四年一月一日判時二一九六号一三六頁なども、強制わいせつ罪の成立には性的意図が必要であるとする。

以上、判例が、強制わいせつ罪及び準強制わいせつ罪が成立するためには、性的意図を必要とする立場を採っていることは疑いない。しかし、性的意図の法的性質について、故意と主観的超過要素（特別的主観的違法要素）のいずれと解しているかは必ずしも明らかではない。これを故意と解したならば、外部的行為のわいせつ性を行為者が認識ないし認容してさえいれば強制わいせつ罪が成立することになるから、性的意図の有無を格別問題視する必要はなくなる。確かに、②③判決ではまさにそのように解しているようにも思われるし、そのように主張する論者もある。しかし、その後の⑤⑥⑦判決では、むしろ主観的超過要素と解しているように思われるのである。

さらに、複数の意図・目的が併存した場合の処理について、①⑦判決は、どの意図・目的が「専ら」であったかでの性的意図の有無を判断している。これは、報復等の意図と性的意図のいずれが「専ら」主要な主観的要素であったかを基準に、強制わいせつ罪の成否を決定する立場を示しているようにも思われるが、今日の議論は性的意図の要否が中心で、性的意図必要説を前提にこの点を指摘する論者は皆無である。

注

(1) Edmund Mezger / Hermann Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 13., neubearbeitete Aufl. (1968), S.98.

(2) Hans-Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996), S.319ff; Claus Roxin,

- Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl. (2006), §10 Rn. 85.
- (3) Jescheck/Weigend, a.a.O. S.319ff.
- (4) 例えば、小野清一郎『犯罪構成要件の理論』(一九五三年)四五頁。
- (5) 青柳文雄「傾向犯について」慶應義塾大学法学研究三六巻四号(一九六三年)八頁。
- (6) 佐伯仁志「強制猥褻罪における猥褻概念」判夕七〇八号(一九八九年)六三頁参照。
- (7) 西原春夫『刑法総論』(一九八七年)一四八頁、同「強制猥褻罪における主観的要素」平野龍一他編『刑法判例百選II各論』(第二版・一九八四年)三七頁、野村稔『刑法総論』(補訂版・一九九八年)一〇五頁。
- (8) かつては、公然わいせつ罪、侮辱罪なども傾向犯に分類されていたが、今日ではこのような分類はあまり見られない。
- (9) 大谷實『刑法講義総論』(新版第四版・二〇一二年)一一九頁。
- (10) 大野平吉「強制猥褻罪における主観的要素」平野龍一他編『刑法判例百選II各論』(第三版・一九九二年)三三三頁。
- (11) 西田典之『刑法各論』(第六版・二〇一二年)九〇頁、前田雅英『刑法各論講義』(第五版・二〇一一年)一五二頁注一一、山口厚『刑法各論』(第二版・二〇一〇年)一〇八頁、松宮孝明『刑法各論講義』(第三版・二〇一二年)一一二頁、小田直樹「強制わいせつ罪における主観的要素」芝原邦爾他編『刑法判例百選II各論』(第五版・二〇〇三年)二九頁。これに対し、高橋則夫『刑法各論』(二〇一一年)一二四頁は「性的意図を不要としたものではなく、性的意図も併存していた事実と理解するべきであろう」とする。
- (12) 林幹人『刑法各論』(第二版・二〇〇七年)九〇頁。
- (13) 被告人二名が、A及びその同棲者B女を山道に連れ込み、脅迫して両名を全裸にさせて性交の姿態及び動作をとらせてそれを眺めた事実について、被告人が被害者に接触しなくとも、「性的……意図のもとになされた性的自由の侵害行為」というに十分であるととして強制わいせつ罪の成立を認めた。
- (14) 被告人が、深夜に遊歩道においてA女を暴行・脅迫し、百数十メートル離れた人気がない公園の方向に連行しようとしたがA女が途中で逃げ出した事実について、暴行・脅迫時において「わいせつ行為目的があったとは断定するまでには至らないといわざるを得ない。……たとえ、被告人が、被害者に対するわいせつ行為目的を有していたとしても、……未だ強制わいせつに至る客観的な危険性が明らかに認められるとまでは言い難く、強制わいせつ行為の実行の着手を認めることはできない。」とし、傷害罪及び脅迫罪の成立のみを認めた。
- (15) 被告人が一三歳未満の児童二名に対し陰部に触るなどした事実について、被告人の「性的意図」ないし「わいせつ行為をする目的」

を認定して強制わいせつ罪の成立を認めた。

## **Die unzüchtige Handlung in wollüstiger Absicht (1)**

Takayoshi KANMOTO

Ist die wollüstige Absicht in einer unzüchtige Tat notwendig?

Ist die wollüstige Absicht eine besondere subjektive Merkmale?

I Einleitung

II Der Trend in der Rechtsprechung

(Band 49, Heft 4)

III Die Situation der Lehre

IV Meine Theorie

V Schlußsatz