

タイトル	強制わいせつ罪における性的意図（二・完）
著者	神元，隆賢；KANMOTO, akayoshi
引用	北海学園大学法学研究，50(1)：57-76
発行日	2014-06-30

# 強制わいせつ罪における性的意図（二・完）

神 元 隆 賢

I 目 次  
 はじめに  
 II 判例の動向（以上、第四九卷第四号）

III 学説の状況  
 IV 私見  
 V おわりに（以上、本号）

## III 学説の状況

以上のように、判例は、強制わいせつ罪及び準強制わいせつ罪について、行為者の性欲を刺激興奮させまたは満足させる、性的意図という主観的要件を満たす必要があるとの立場を採っている。もともと、性的意図の法的性質について、最高裁判例（①判決）は故意とは別個の主観的違法要素（特別的主観的違法要素）であると解しているように

思われるものの、下級審判例では故意に含まれると解しているように思われるものがある。一方、学説上は、主に性的自由の法益侵害性が性的意図により左右されるかを巡って議論が展開され、これを肯定して最高裁判例を支持する性的意図必要説、本罪の成立において故意を超えた性的意図は不要であるとする性的意図不要説、性的意図が性的自由の法益侵害性を左右する主観的違法要素であることは肯定しつつも、被害者が行為者の性的意図を認識しているかを問題とし、これを欠いているときに限り本罪の成立を否定する、被害者における性的意図の認識必要説などが対立している。

これらの学説は、とくに、行為者が性的意図なしに、報復等の他の目的でわいせつ性のある外形的行為に出た事例（以下「性的意図不存在事例」）、医師が女性患者の診断・治療を行った際に、正当な診断・治療行為の外形を保った状態で女性器に触れるなどした事例（以下「医療行為事例」）、医師が自己に性的意図があることを秘したうえで、女性患者の診断・治療を仮装して医学上の必要なしに女性器に触れるなどし、女性患者はその外形的行為のわいせつ性を認識していたものの、医師に性的意図があることまでは認識していなかった事例（④判決類似の事例、以下「医療行為仮装事例」）の処理を巡って争っている。医療行為事例と医療行為仮装事例の客観的相違は、診断・治療行為が医学上の必要性のある正当なものであるか否かという点にあるが、行為者が偽医者である場合にはともかく、医療従事者である場合にはこの区別は微妙なものとなる。⑤判決は、まさにこの点について「不自然なところや虚偽」の可能性を指摘しつつも、結局は、行為者の「わいせつ目的」があったとは認定できない（すなわち性的意図を欠く医療行為事例）として無罪の結論を導いているのである。

以下、上記学説をこれらの事例に照らして検討する。さらに、①⑦判決を参考に、性的意図と報復等の複数の意図・目的が併存していた事例（以下「複数意図併存事例」）の処理についても検討する。

一 性的意図必要説

性的意図必要説は、①判決を支持し、強制わいせつ罪は傾向犯であるから、行為者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なされる必要があるとする<sup>15)</sup>。さらに、性的意図の法的性質は、被害者の性的自由の法益侵害性を基礎づける、故意を超えた違法性にかかる主観的超過要素（特別的主観的違法要素）であると<sup>17)</sup>する。

本説の論者は、性的意図不存在事例では、性的意図がない以上、性的自由の法益侵害もないとして、①判決と同様、強制わいせつ罪の成立を否定する<sup>18)</sup>。一方、医療行為事例及び医療行為仮装事例では、医師が性的意図なしにかかる行為に出たならば被害者の性的自由は侵害されないが、性的意図を有してかかる行為に出たならば、被害者の性的自由が侵害されるとして、本罪の成立を肯定する<sup>19)</sup>。

複数意図併存事例については、言及する論者は皆無であるが、①⑦判決と同様、どの意図が「専ら」であったか本罪の成否が判断されることになろう。これにつき、実務上は、性的意図必要説を採用①判決によれば、微妙な主観的側面の立証という課題が課されることになるもの<sup>20)</sup>、①判決が「敢えて『性的目的を要する』とは言わずに、『性的意図のもとに行われることを要し』というやや曖昧な文言を用いていることからすれば、ともかく性的意図が共存する場合には、強制わいせつ罪の成立を肯定するかのようにも解釈し得る」として、他の犯罪の口封じのために強い性器の写真を撮影するなどした場合には、口封じ目的が最終目的で、性的意図が前面には出ていなかったとしても、性的目的（意図）が存したが故にその手段を決した以上、やはり性的目的で敢行した事案と言つてよいとの主張がある<sup>21)</sup>。

なお、本説の根拠について、強制わいせつ罪を善良な性風俗を侵害する風俗犯と解するならば、行為者の行為がわいせつ行為であるか否かが客観的に判断される反面、風俗犯としての性格上、主観的に性的意図をもって行為がなさ

れたかが本罪の成立要件として判断されることになるとの主張がある<sup>(22)</sup>。刑法典上の本罪の規定の位置に鑑み、立法者が本罪の保護法益を善良な性風俗という社会的法益と解していたことは明らかである<sup>(23)</sup>。もつとも、これに対しては、なぜ風俗犯であれば行為者の性的意図が必要になるのか明らかではないし、風俗犯であるわいせつ物頒布罪（第一七五条第一項）ではこのような性的意図が要求されないとの批判がある<sup>(24)</sup>。近年の通説は、わいせつ物頒布罪の保護法益を善良な性風俗を侵害する風俗犯と解したうえで、わいせつ性は規範的構成要件要素であるから、故意における認識の対象となり、一般人が性的好奇心を抱くような社会通念上の意味の認識があれば足りるなどと解しており、主観的超過要素としての目的までは要求しない<sup>(25)</sup>。そもそも、学説上は古くから、強制わいせつ罪の保護法益についてはむしろ個人法益としての性的自由と解すべきとする主張が有力で、今日でも通説的地位を占めている<sup>(27)</sup>。強制わいせつ罪が風俗犯であることを根拠に性的意図必要説を採るのは、困難と言うべきであろう。

## 二 性的意図不要説

性的意図不要説は、強制わいせつ罪は傾向犯ではなく、本罪の成立に性的意図は不要であるとする<sup>(28)</sup>。近年の多数説である。

本説の論者は、性的意図不存在事例では、性的意図がなくとも性的自由は侵害されうるとして、本罪の成立を肯定する。医療行為事例及び医療行為仮装事例では、当該診断・治療行為が正当であったかを客観的に判断して本罪の成否を決定すべきとするものが多い。複数意図併存事例については、性的意図不存在事例と同様、本罪の成立を肯定するようである。詳細は後述する。

本説の根拠としては、主に以下が主張されている。

第一は、性的意図が法文上は構成要件の主観的要素とはされていないとの主張である<sup>(29)</sup>。行為者には、強制わいせつ罪の故意として、当該行為がわいせつ行為であることを認識している必要があるものの、それを超える主観的要素は法文上要求されていないのである。もともと、強制わいせつ罪の構成要件として「猥褻の動機」が必要であり、これは一種の超過的内心傾向として構成要件のうちに包摂されるとの主張も古くからある<sup>(30)</sup>。この問題は、結局は、性的意図を主観的超過要素と解しうるかという、性的意図の法的性質についての議論と言える。

第二は、性的自由の法益侵害性は行為者の主観的要素によって左右されると解すべきでないとの主張である<sup>(31)</sup>。そもそも性的自由は、客観的にわいせつ行為がなされることで侵害される法益であり、強制わいせつ罪の成否を行為者の性的意図の有無によって判断するならば、被害者の性的自由の法的保護を大きく欠くというのである<sup>(32)</sup>。この立場からは、強制わいせつ罪の成否は、行為者の行為の外形を基準に判断されることになる。

これに関連して、本説の論者は、医療行為事例において医師に性的意図があったとしても、性的意図必要説に抛り強制わいせつ罪ないし準強制わいせつ罪が成立するとの結論に至るのは妥当でなく、あくまでも診断・治療行為の外形が正当であったかという客観的判断基準によって本罪の成否を検討すべきと主張する<sup>(34)</sup>。すなわち、医師が診断・治療に際して性的意図を有していたとしても、行為が診断・治療として相当な外形を保っている限り、被害者の羞恥心ひいては性的自由を侵害しないから、わいせつ行為とはならず本罪は成立しない。逆に、①判決や性的意図不存在事例のように、正当な理由なしに女性の裸体写真を撮影するなどといった行為は外形的に性的自由の法益侵害を惹起するから、行為者にわいせつ性の認識すなわち故意がある以上は主観的超過要素としての性的意図の有無を問題とすることなく、本罪が成立するというのである<sup>(35)</sup>。複数意図併存事例については言及する論者がやはり皆無であるが、性的意図不存在事例と同様に処理されることとなろう。

もつとも、性器への診断・治療行為が正当であったか、客観的基準によってもその判断が困難な場合はありうる。

⑤判決は、「被告人には、……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つ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。」として準強制わいせつ罪の成立を否定したところ、これを診断行為の外形は正当でなかつたが行為者において性的意図を欠いていた事例と見るならば、性的意図不要説からは本罪の成立が当然に肯定されることになろう。

ところで、医療行為事例について犯罪成立を制限的に解釈するに当たり、その法的根拠として正当業務行為による違法性阻却を用いるべきとの主張がある。<sup>36</sup> すなわち、女性器に触れる等する医師の診断・治療行為は、その性的意図の有無にかかわらず、すべて本罪の構成要件に該当するが、医師において診断・治療という業務を正当に行おうとする意思があるならば、正当業務行為となるから違法性が阻却されるというのである。<sup>37</sup> この主張によれば、医療行為事例では、ここでの行為者の「業務を正当に行おうとする意思」が正当業務行為における主観的正当化要素として機能する。すなわち、診断・治療行為の外形が正当であつたとしても、女性患者の性的自由の法益侵害自体は惹起されるから準強制わいせつ罪の構成要件に該当するが、「業務を正当に行おうとする意思」がある場合には正当業務行為として違法性が阻却される。逆にこの意思を欠いていた場合には、診断・治療行為の外形自体は正当であつたとしても本罪の成立は肯定される。<sup>38</sup> 一方、医療行為仮装事例では、主観的正当化要素を欠いていることを根拠に準強制わいせつ罪の成立が肯定される。以上の主張によれば、⑤判決事案では、女性患者の性的自由の法益侵害を肯定しつつ違法性

を阻却することになる。

なお、医療行為事例及び医療行為仮装事例では、④判決において見たように、被害者の同意が身体の法益侵害に対してのものか、それとも性的自由の法益侵害に対してのものかは重要な問題となりうる。前者と解したならば、前述したように、性的意図は性的自由の法益侵害性を基礎づける要素となり、性的意図必要説に至る。これに対し、後者と解したならば、行為者の性的意図の有無によって性的自由の法益侵害性は左右されず、従って性的意図不要説に至るものの、行為者の主観的要素が被害者の同意の対象に含まれるかはさらなる問題となる。

被害者の同意（承諾）の対象が結果と行為のいずれかであるについては争いがあるところ、「被害者が法益侵害の結果を無条件に肯定するものではない限り、承諾の対象は結果発生のみならず、その具体的な危殆化行為にも及びうるものとしてよいだろう」として結果とともに行為も対象に含めるべきとの主張がある<sup>(39)</sup>。これに従えば、行為者の主観的要素を被害者の性的自由についての同意の条件とすることも許されるかもしれない。しかし、性的意図がなければ被害者の同意が認められ不可罰となるが、存在したならば同意を超えたことにより強制わいせつ罪ないし準強制わいせつ罪の成立を認めるといふのであれば、結局は、性的意図こそが本罪の成否を決定づける主観的要素ということになるのではないか。性的自由についての被害者の同意を認め、かつ性的意図の有無が本罪の成否に関係しないと解するのであれば、医療行為仮装事例では、被害者はそれでも性的自由の法益侵害自体には同意していたとして、一律に本罪の成立を否定しなければならぬ。欺罔されて性行為に及んだ場合について、被害者が性行為をすること自体に同意している以上、それは動機の錯誤であるから同意は有効であるとする動機の錯誤説<sup>(40)</sup>、あるいは性行為の相手の同一性ないし性行為をすること自体についての錯誤すなわち法益関係的錯誤があつたときのみ、性行為についての同意は無効であるとする法益関係的錯誤説<sup>(41)</sup>の論者は、欺罔された性行為の事例における犯罪成立に否定的であるから、ま

さにそのように解することになる。このように、被害者の同意の対象の問題を踏まえたうえで、性的意図不要説が論理の一貫性を保つためには、医療行為仮装事例において本罪の成立を一律に否定すべきということになるが、これが妥当かは慎重な検討を要するであろう。

あるいは、行為者の主観的要素を被害者の同意の条件としないとしても、以下のように解することで、被害者の同意の対象を性的自由の法益の放棄としたうえで、客観的基準によつて本罪の成否を判断することは可能かもしれない。すなわち、医師による治療行為の不可罰根拠について、わが国では、被害者の同意（承諾）及び推定的同意の法理を根拠とする被害者の同意（承諾）説<sup>②</sup>、インフォームド・コンセントとしての被害者の同意に加え、治療行為により維持・増進される身体的利益が侵害される身体的利益を上回ることと利益衡量により違法性が阻却されるとする優越的利益説<sup>③</sup>、当該治療行為が社会生活の実態に即した合理的なものであれば違法性が阻却されるとする社会的相当性説<sup>④</sup>、主観的正当化要素としての治療目的の下に適当な手段・方法により行われる限り正当行為として違法性が阻却されるとする治療目的説<sup>⑤</sup>などが対立している。このうち、優越的利益説を採るならば、医療行為事例及び医療行為仮装事例において、診断・治療が被害者の生命・身体に資することによつて惹起される結果有価値が、性的自由を侵害することによる結果無価値を相殺あるいは上回ることから、客観的違法性が阻却されると解する余地がある<sup>⑥</sup>。そうであれば、医師が性的意図を有しているか否かは、強制わいせつ罪ないし準強制わいせつ罪の成否を左右せず、ただ治療行為の医学的必要性、医療技術的正当性の有無のみが問題となると解しうる。そして、④判決事案のように、行為者が偽医師で当該行為について治療の必要性、正当性を欠いている場合には、当該行為に被害者の生命・身体に資するところがないから客観的違法性が阻却されないと解して、強制わいせつ罪ないし準強制わいせつ罪の成立を認めるのである。一方、⑤判決事案では、「わいせつ目的を推測させる程度が必ずしも高くない」というのであるから、本件診断行為は

客観的基準によっても、かろうじて正当と判断されたと解しうる。しかし、被告人は当該診断行為について女性患者に十分な説明をしていないから、インフォームド・コンセントの範囲を超えた行為がなされたものと見ることも可能かもしれない。仮にそうであるならば、当該行為について客観的違法性が阻却されないから、準強制わいせつ罪の成立を認めざるを得ないことになる。

第三は、行為者の内心傾向は漠然としたものであるばかりか、無意識の世界にまで立ち入って判断せざるを得ない性質のものであるとの主張である。<sup>(47)</sup>これは、性的意図の有無の立証が容易ではなく、実務上の問題を生じるという問題に繋がる。もつとも、実務家からは、「ともかく性的意図が共存する場合には、強制わいせつ罪の成立を肯定するかのようにも解釈し得る」<sup>(48)</sup>との前提に立ち、犯罪を目撃した被害女性に対し口封じのために縛って裸にして写真撮影のふりをした事案において、「如何に口封じ目的と言っても、本件犯行ほどの行為を敢行する必要はないのではないか、……それにもかかわらず本件犯行にまで及んだのは性的意図があつたからこそではないかとの可能性に注目することとなり、計画それ自体ではなく、計画立案過程そのものの詳細を追求し、全体的な計画の中で、何故かかる行為を選択することになったか」<sup>(49)</sup>を解明の中心に据えることで、公判にて性的意図の立証に成功した例が紹介されている。性的意図の立証の難易は、結局は、複数意図併存事例において、性的意図に「専ら」であることを要求するか否かにかかると言えよう。

### 三 被害者における性的意図の認識必要説

被害者における性的意図の認識必要説は、性的意図が被害者における性的自由の法益侵害性を決定する主観的違法要素であること自体は肯定しつつも、<sup>(50)</sup>強制わいせつ罪の成立について、「行為者の性的意図」ではなく、「行為者に性

的意図があることについての被害者の認識」を要求すべきであるとする。すなわち、西原博士は、たとえ行為の外形が診断・治療・懲戒というような合法的な外形をとっていたとしても、行為者に性的意図のあることが被害者にとつて明らかな場合には、その羞恥心は著しく害されるが、逆に性的意図のないことが明らかな場合には、同じ行為であっても羞恥心の著しい侵害を感じることがないであろうとする。<sup>51</sup> 性的自由の法益侵害性が強制わいせつ罪として可罰的であるためには、被害者がその性的意図を認識していなければならぬというのである。

本説によれば、行為の外形と被害者の認識が法益侵害性を決定づけるものとなるから、行為者の性的意図の有無は必ずしも強制わいせつ罪の成否を決定するものとはならない。従つて、本説は結論としては性的意図不要説に接近する。西原博士は①判決について、性的自由の法益侵害性が否定されない事例として本罪の成立を認めるべきであるとしているから、性的意図不存在事例及び複数意図併存事例において本罪の成立を肯定することは明らかである。これに対し、医療行為事例において準強制わいせつ罪の成立を認めうるかは問題である。<sup>52</sup> ⑤判決のように、行為者に性的意図はないものの、被害者が行為者に性的意図があるものと認識していた場合において、本説によれば本罪が成立するのかは必ずしも明らかではない。①判決の結論に鑑みると、このような場合にも本罪の成立が肯定されるようにも思われるが、そうであれば妥当とは言い難い。そして医療行為仮装事例では、行為者に性的意図があるものの、被害者が錯誤に陥るなどしてそれを認識していないから、羞恥心は害されず法益侵害性がないものとして不可罰と解することになるようにも思われる。準強制わいせつ及び準強姦における錯誤に基づく性行為への同意に関する議論において、法益関係的錯誤説を採り準強制わいせつ罪及び準強姦罪の成立について消極的に解するならば必ずしも結論は矛盾しないが、西原博士は、欺罔により性行為に同意した場合について、本罪の成立を必ずしも否定していない。<sup>53</sup>

ところで、被害者が行為者の性的意図を認識することで、被害者の羞恥心が惹起され性的自由が侵害される側面が

あることは確かにあるものの、被害者が泥酔するなどして意識のない状態で性器を弄ばれる等した場合について、性的自由の法益侵害性を否定することは困難であろう。本説は、少なくとも準強制わいせつの事例には適用できないといふべきである。

#### IV 私見

性的意図必要説と不要説の対立は概ね、行為者の性的意図の有無が、被害者の性的自由の法益侵害性を左右するという点に集約される。これは性的意図の法的性質に直接繋がる問題であり、性的自由の法益侵害性を左右しないというのであれば、性的意図は単なる故意にかかる要素ということになり、法益侵害性を左右するのであれば、故意を超えた主観的違法要素ということになる。ドイツに言う性的意図、*wollüstige Absicht*に含まれる*Absicht*という用語は、概念的には、構成要件の故意の一形式である「意図」と、故意を超えた主観的違法要素（主観的超過要素、特別的主観的違法要素）である目的犯における「目的」の二つの意味を含み、*Absicht*が法益侵害性を欠いている場合には「意図」、法益侵害性ある場合には「目的」と理解される<sup>54</sup>。もともと、わが国の判例上は、「意図」と「目的」が明確に区別されて用いられているとは言い難い。すなわち、①判決は「性的意図」を欠くことを理由に強制わいせつ罪の成立を否定しているところ、*Absicht*の理解に照らせば、これは「意図」ではなく「目的」と言うべきであった。④⑤判決は「わいせつ目的」の有無を問題とし、とくに⑤判決の「わいせつ目的」は構成要件の故意と別個の主観的超過要素と解しうるものであったから、「目的」の用法に適用ものと言えるが、⑥判決は「目的」たるべき主観的超過要素として「性的意図」を、⑦判決は同じく「わいせつ意図」を要求しているのである。本論文では、①判決に倣い「性的意図」に用語をできる限り統一しているが、はたして性的意図は、「意図」と「目的」を区別する観点からは、

むしろ性的「目的」と言うべき主観的違法要素なのであろうか。

被害者が性的意図を欠くと信じて女性器への手指挿入に同意した④判決、医療行為としての会陰走査について被害者が性的自由の侵害を主張した⑤判決の事案では、被告人の性的意図の有無が問題とされ、④判決ではこれがあるとの認定から準強制わいせつ致傷罪の成立が認められ、⑤判決では欠けているとの認定から不可罰とされた。両判決を参照するに、性的意図が性的自由の法益侵害性を左右することは、必ずしも否定しえないように思われる。

もつとも、④⑤判決はいずれも、強制わいせつ罪ではなく準強制わいせつ（致傷）罪の成否が争われた事案である。④判決のような医療行為偽装事例、⑤判決のような医療行為事例では、いずれも強制わいせつ罪ではなく準強制わいせつ罪の成否が問題となる。そうすると、強制わいせつ罪では性的意図は不要、少なくとも故意にかかる要素として「わいせつ性の認識」があれば足りるが、準強制わいせつ罪では性的意図は必要で、その法的性質は故意を超えた主観的違法要素と解する余地があるのではないか。すなわち、強制わいせつ罪では、行為者が故意と同化した「わいせつ性の認識」を有したうえで手段としての暴行・脅迫に出て、被害者が右行為を認識しかつ反抗を著しく困難にされることにより、被害者は行為者に「わいせつ性の認識」があることを認識しうる状態に置かれるし、被害者は行為者に対し何らの同意も与えていない。そうすると、被害者の羞恥心を含む性的自由は当然に侵害されるから、行為者に対して「わいせつ性の認識」を超えた、主観的超過要素としての性的意図を要求する必要性は乏しい。以上から、行為者が、「わいせつ性の認識」を含む強制わいせつ罪の故意に基づいて行為に出たならば、さらなる主観的超過要素としての性的意図の有無を問題とすることなく、性的自由の法益侵害性を肯定して本罪の成立を認めるべきと考える。従って、強制わいせつ罪における性的意図は、故意に含まれる「意図」である。

これに対し、第一七八条に規定される準強制わいせつ罪では、被害者の置かれる状況が異なる。第一七八条にお

る「心神喪失」は、泥酔状態、精神年齢六〜七歳程度の精神薄弱者<sup>(26)</sup>など、精神または意識の障害によって性行為につき正常な判断ができない状態にあることを言い、「抗拒不能」は、心神喪失以外の理由で抵抗できないか、あるいは抵抗が著しく困難な状態にあることを言う。抗拒不能は「物理的・身体的抗拒不能」と「心理的抗拒不能」に分類され、物理的・身体的抗拒不能は、手足が縛られている状態、身動きできない傷害を負っている状態などが例として挙げられる。一方、心理的抗拒不能は、催眠術にかかっていたり睡眠中の状態などが例として挙げられるが、さらに判例の多くは、自身と性交しなければ病気を治療できない等と被害者を欺罔し同意を得て性行為に出るなどした事例（以下「錯誤に基づく同意事例」）についても、同意にかかる被害者の自由意思の有無を問題とし、これを欠いている場合には同意は無効であるとして、心理的抗拒不能による準強制わいせつ罪や準強姦罪の成立を認めており、これを支持する学説もまた有力である。<sup>(27)</sup> 錯誤に基づく同意事例では、被害者は④判決のように、医療行為であるなどと欺罔される行為者の外形的行為に同意を与え、行為者に性的意図がないものと認識していることが多いと考えられるから、ここでは行為者の性的意図の要否を問題とする実益がある。すなわち、被害者は欺罔されて身体法益の限度で同意を与えたが、被害者の案に相違して行為者が性的意図を有していたことにより、身体法益を超えた、被害者の同意の範囲外である性的自由の法益侵害が惹起されたと解して、準強制わいせつ罪の成立を認めるのである。このように考えるならば、行為者の性的意図は、被害者の性的自由の法益侵害性を基礎づける、故意を超えた主観的違法要素として機能する。従って、準強制わいせつ罪における性的意図は、主観的違法要素としての「目的」である。そして④判決型の医療行為仮装事例では、行為者に性的意図があった場合に限り準強制わいせつ罪の成立を認める。性的意図（性的目的）の立証、認定は困難であるとの批判はありうるが、行為者が医療行為を敢えて仮装した経緯を解明することで、この事例での性的意図は比較的容易に立証、認定しうるように思われる。<sup>(28)</sup>

一方、⑤判決型の医療行為事例についてはどうか。性的意図不要説は、客観的基準により準強制わいせつ罪の成否を判断するところ、インフォームド・コンセントとしての被害者の同意を客観的基準に組み込みみうることは前述した。従って、インフォームド・コンセントの範囲を超えた性器に対する医療行為はすべて準強制わいせつ罪となるが、インフォームド・コンセントの範囲外の治療について、暴行罪や傷害罪であればともかく、準強制わいせつ罪の成立を容易に認めてよいかは疑問もある。⑤判決では、被告人の行った会陰走査は検査において必要であったと認定されたものの、被告人は会陰走査の必要性を患者に対して十分に説明していなかったことから、被告人が被害者の同意の範囲を超えた会陰走査という医療行為に出て、患者の羞恥心が惹起された事実と見ることができるとしている。⑤判決では会陰走査の必要性自体は肯定されており、従って患者の身体に資する結果有価値は肯定されるが、インフォームド・コンセントの範囲を超えた以上、優越的利益説により治療行為による違法性阻却を認めることは困難である。被害者の意思確認が困難な状況であったならば、緊急避難や推定的同意による違法性阻却も考えうるが、⑤判決事案はそのような状況であったとは言い難い。正当業務行為による違法性阻却についても、インフォームド・コンセントの範囲を超えた診断・治療を「正当業務」と解しうるかは疑問がある。結局、⑤判決事案において準強制わいせつ罪の成立を否定するには、行為者の性的意図の有無を問題とするほかにないように思われる。

もつとも、医療行為事例において行為者に性的意図があったとしても、診断・治療の必要性が肯定される限り、準強制わいせつ罪の成立は否定されるべきである。被害者が性的意図を認識していなければ、同意の対象は身体利益と解されるから、行為者の性的意図は、身体利益を超過する性的自由の法益侵害性を基礎づける。しかし、診断・治療の必要性が肯定されるのであれば、性的自由の法益侵害を上回る身体利益の有価値を認めうるから、優越的利益説に基づいて治療行為により違法性を阻却すべきである<sup>(9)</sup>。これに対し、医師が密かに性的意図を抱きつつ、しかしそれを

患者に認識させずに、医学的に正当な範囲を逸脱した診断・治療を行った場合には、それはもはや医療行為事例ではなく医療行為仮装事例に分類すべきで、治療行為による違法性阻却を否定して準強制わいせつ罪の成立を認めるべきであろう。

以上のようにして、私見は、⑤判決型の医療行為事例において準強制わいせつ罪の成立を否定し、④判決型の医療行為仮装事例においては肯定するという、④⑤判決と同じ結論に至る。一方、性的意図不存在事例、複数意図併存事例では、性的意図不要説と同様、強制わいせつ罪の成立を肯定することになる。準強制わいせつ罪において、被害者の同意の対象を身体法益と解するのであれば、行為者の性的意図はまさに、身体法益を超える性的自由の法益侵害性を基礎づける、故意を超えた主観的違法要素として機能する「性的目的」となる。被害者は同意の対象となる法益に關する錯誤を生じているが、これは法益関係的錯誤と言いうるもので、性的自由の侵害についての同意は存在しない。これに対し、強制わいせつ罪においては、被害者は性的自由が侵害されることを認識したうえで侵害されるから、この場合の行為者の「性的意図」は被害者の性的自由の法益侵害性を左右しないとすべきである。

## V おわりに

本論文では、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、判例の動向、学説の状況を参照したうえで、とくに、被害者が身体法益の放棄について同意を与えたものの、実際には行為者が性的意図を有していた④判決と、被害者が同意したのは身体と性的自由のいずれの法益の放棄についてであるのが問題となる、医療行為事例の限界例というべき⑤判決の事例の分析を中心に、はたして性的意図は性的自由の法益侵害性を左右する主観的違法要素であるのかを検討した。そして、強制わいせつ罪については故意の一部として「わ

いせつ性の認識」があれば足り、これを超過した格別の主観的要素としての性的意図は不要であるとした。一方、準強制わいせつ罪については、性的意図は「性的目的」というべき、故意を越えた主観的違法要素（特別的主観的違法要素）として必要であるとした。ただし、準強制わいせつ罪の成否が問題となる医療行為事例において、客観的に診断・治療の必要性が肯定されたならば、行為者に性的意図が存在していたとしても、違法性阻却事由としての治療行為の要件を満たすから本罪は成立しないとされた。メツガーの主張に見られるように、従来、性的意図は医療行為事例を不可罰とするための主観的要素として論じられてきたものの、わが国では、①判決を契機として、①判決型の性的意図不存在事例ないし複数意図併存事例について強制わいせつ罪の成立を否定してよいのかとの主張が支持されて、今日の性的意図不要説の隆盛に至っている。しかし、性的意図を準強制わいせつ罪においてのみ要求することで、①判決型の性的意図不存在事例ないし複数意図併存事例と、不可罰とすべき医療行為事例とを分けて、それぞれにおいて妥当な結論を導きうるものと考ええる。

もつとも、このように解すると、強制わいせつ罪と準強制わいせつ罪の区別はさらなる問題となりうる。基本的には、最狭義の暴行・脅迫が手段としてなされたものが強制わいせつ罪、そうでないものが準強制わいせつ罪となる。しかし、準強制わいせつ事例であっても、例えば、行為者が性病検査の一環としての女性器への手指挿入を拒めば生活が滅茶苦茶になるなどと申し向けた東京地判昭和六二年四月一五日判時一三〇四号一四七頁、就職活動の際の交換条件としての性行為を要求した東京地判平成二〇年二月八日（判例集未登載）など、程度はともかくとしても、ある種の脅迫がわいせつ行為の手段として用いられたものが判例上散見される。さらに、準強制わいせつ（及び準強姦）事例では、上記の判例も含め、被害者が欺罔されて性行為に同意した判例事案が近年多く見られるが、法益関係的錯誤説や動機の錯誤説の論者は、被害者の同意を有効と解して、錯誤に基づく同意事例すべてを不可罰とすべきと主張

する。<sup>61</sup>しかし、④判決において見たように、錯誤に基づく同意事例での被害者の同意が、はたして身体と性的自由のいずれの法益の放棄に向けてなされたものかは検討の余地があるように思われる。仮に被害者の同意した法益と実際に侵害された法益の間に齟齬が見られたならば、それはまさに法益関係の錯誤と言いうるのではないか。

以上の問題については、別の機会に改めて詳細な検討を試みることにする。

注

- (16) 植松正『刑法概論Ⅱ各論』(再訂・一九七五年)二二一頁、大塚仁『刑法概説(各論)』(第三版増補版・二〇〇五年)一〇〇頁、福田平『刑法各論』(全訂第三版増補・二〇〇二年)一八三頁、岡野光雄『刑法要説各論』(第五版・二〇〇九年)六七頁、野村・前掲書一〇五頁、団藤重光編『注釈刑法(四)』(一九六五年)二九五頁(所一彦)、日高義博「強制猥褻罪における主観的要件」植松他編『現代刑法論争Ⅱ』(一九八五年)七四頁。
- (17) 野村・前掲書一〇四頁。
- (18) 大塚・各論一〇〇頁注八、野村・前掲書一〇五頁注二。
- (19) 団藤編・注釈刑法(四)二九五頁(所)、日高・現代刑法論争Ⅱ七一頁以下。
- (20) 吉田正喜「強制わいせつ事件——性的意図の判断と捜査——」捜査研究四二巻八号(一九九三年)一三頁。
- (21) 吉田・前掲論文一九、二一頁。
- (22) 日高・現代刑法論争Ⅱ七一頁。これに対し、青柳・前掲論文八頁は強制わいせつ罪が風俗犯であるとの前提に立ったうえで、これを結果犯であるとする。
- (23) 団藤編・注釈刑法(四)二七七頁(団藤)。
- (24) 佐伯・判タ七〇八号六六頁
- (25) 大塚・各論五二四頁、大谷『刑法講義各論』(新版第四版・二〇一三年)五二七頁、前田・前掲書五六三頁。もっとも、わいせつ物販売目的所持罪(旧第一七五条)では、不特定多数者に譲渡する「販売の目的」が要求されており、これについて青柳・前掲論文九頁は「厳格にいえば傾向犯というよりは目的犯である。……認識を必要としない、故意を超過する要素」であるとす。

- (26) 平井彦三郎『刑法論綱各論』(一九三四年)二一九頁、宮本英脩『刑法大綱』(一九三五年)四六四頁、泉二新熊『刑法大要』(増訂三九版・一九四二年)五二五頁。なお、小野『刑法講義各論』(新訂三版・一九五〇年)一四一頁、藤木英雄『刑法講義各論』(一九七六年)一七一頁は、風俗犯と個人の性的自由を侵害する犯罪の両方の性質を有しているとする。
- (27) なお、大谷・各論一六六頁は、個人の性的自由に加えて、性的羞恥心を生じさせるといふ個人の性的感情を保護法益に加えるべきとする。これに対し、山口厚『刑法各論』(第二版・二〇一〇年)は、性的羞恥心は、これを生じさせる事項に関する性的自己決定権の問題として性的自由に含まれるもので、両者を異なったものと理解すべきでないとする。林・前掲書八七頁は、産婦人科の治療や初夜の際に性的羞恥心を生じたり、心神喪失状態下での準強制わいせつの際に性的羞恥心を生じないこともあるから、そもそも性的羞恥心の有無によって本罪の成否を決定すべきでないとする。
- (28) 平野『刑法概説』(一九七七年)一八〇頁、井田良『刑法各論』(二〇〇七年)六四頁、大谷・各論一一八頁、岡野光雄『刑法要説各論』(第五版・二〇〇九年)六八頁、香川達夫『刑法講義各論』(第三版・一九九六年)三二一頁注一、川端博『刑法各論講義』(第二版・二〇一〇年)一九一頁、木村裕三・小林敬和『現代の刑法各論』(改訂第三版・二〇〇八年)六八頁、佐久間修『刑法各論』(第二版・二〇一二年)一五五頁、鈴木茂嗣『刑法総論』(第二版・二〇一一年)五五頁、須之内克彦『刑法概説各論』(第二版・二〇一四年)六二頁、曾根威彦『刑法各論』(第五版・二〇一二年)六七頁、中山研一『刑法各論』(一九八四年)一三〇頁、内藤謙『刑法講義総論(上)』(一九八三年)二一九頁、西田・各論九〇頁、林・前掲書九〇頁、堀内捷三『刑法各論』(二〇〇三年)六八頁、前田・前掲書一五二頁、山口・前掲書一〇八頁、佐伯・判タ七〇八号六六頁、青柳・前掲論文八頁(結果犯であるとする)。
- (29) 大谷・各論一一八頁、川端・前掲書一九一頁、佐久間・前掲書一一五頁、佐伯(仁)・判タ七〇八号六六頁、丹羽正夫「強制わいせつ罪における主観的要素」西田他編『刑法判例百選II各論』(第六版・二〇〇八年)三三三頁。
- (30) 小野・構成要件四五頁。
- (31) 井田・前掲書六四頁、大谷・各論一一八頁、岡野・前掲書六八頁、香川・前掲書三二二頁注一、川端・前掲書一九一頁、佐久間・前掲書一一五頁、西田・各論九〇頁、林・前掲書九〇頁、平川宗信『刑法各論』(一九九五年)二〇〇頁、堀内・前掲書六八頁、山口・前掲書一〇八頁、青柳・前掲論文八頁、佐伯「被害者の錯誤について」神戸法学年報一号(一九八五年)九三頁注一〇四。
- (32) 平川・前掲書二〇〇頁。
- (33) 佐久間・前掲書一一五頁。
- (34) 植松・前掲書二二頁、大塚編『判例コンメンタール九刑法II(各則I)』(一九七六年)三四三頁(中義勝)参照。

- (35) 森井暉「強姦・強制わいせつ」西原春夫他編『判例刑法研究第五卷』(一九八〇年)二五五頁。
- (36) 青柳・前掲論文八頁、鈴木・前掲書五五頁。
- (37) 青柳・前掲論文八頁。
- (38) 客観的違法性と主観的違法性の一方で欠いたならば全体として違法性阻却を認めて良いとする立場よるならば、診断・治療行為の外形が正当であることと、主観的正当化要素があることとをいづれか一方のみが肯定されれば違法性を阻却しうる。もっとも、⑤判決事案では、インフォームド・コンセントの範囲を超えたことで客観的違法性の阻却が困難であるように思われる。
- (39) 振津隆行「被害者の承諾」芝原他編『刑法理論の現代的展開——総論Ⅰ』(一九八八年)一六五頁。
- (40) 平川・前掲書二〇二頁、前田・前掲書(第四版・二〇〇七年)一二五頁(なお、前田・前掲書(第五版)一五八頁では動機の錯誤についての記述が削除されている)。
- (41) 佐伯・神戸法学年報八八頁以下、西田・各論九三頁、須之内・前掲書六三頁注七。
- (42) 団藤『刑法綱要総論』(第三版・一九九一年)二二二頁、大谷・総論二五九頁。
- (43) 町野朔「患者の自己決定権と法」(一九八六年)一六三頁、内藤『刑法講義総論(中)』(一九八六年)五三〇頁、曾根『刑法総論』(第四版・二〇〇八年)一二二頁、西田『刑法総論』(第二版・二〇一〇年)一九七頁。
- (44) 小林公夫『治療行為の正当化原理』(二〇〇七年)一二七頁。
- (45) 木村亀二(阿部純二増補)『刑法総論』(増補版・一九七八年)二八九頁、佐々木養二『医療と刑法——治療行為に関連して』(一九九四年)一四頁。
- (46) 「治療行為」が構成要件該当性と違法性のいづれにかかる犯罪成立阻却事由かについては、学説上の対立がある。構成要件該当性阻却事由説(治療行為非傷害説)を採るものとして、米田泰邦『医療行為と刑法』(一九八五年)一八四頁、斎藤誠二『刑法講義各論Ⅰ』(新訂版・一九七九年)一九二頁、大谷・各論二五九頁。違法性阻却事由説(治療行為傷害説)を採るものとして、町野・前掲書一三四頁、佐々木・前掲書一三頁、甲斐克則『医事刑法への旅Ⅰ』(新版・二〇〇六年)三〇頁。私見としては、違法性阻却事由説を支持する。なお、構成要件該当性阻却事由説は、ここでは暴行罪、傷害罪、強要罪の構成要件該当性を念頭に展開されており、本説を採るとしても、強制わいせつ罪及び準強制わいせつ罪の構成要件該当性まで阻却されると解してよいかは、若干の検討を要するかもしれない。
- (47) 大谷・各論一一八頁。

- (48) 吉田・前掲論文二二頁。
- (49) 吉田・前掲論文一七頁。
- (50) 西原・百選(第二版)三七頁。
- (51) 西原・百選(第二版)三七頁。
- (52) 西原・百選(第二版)三七頁、西原・総論一四八頁。
- (53) 西原『犯罪各論』(訂補準備版・一九九一年)一九一頁。
- (54) 伊藤亮吉「目的犯の新たな潮流(一)」名城法学六一卷三号(二〇一二年)五、一〇頁。
- (55) なお、性的羞恥心を性的自由に含めるかは議論がある。大谷・各論一一六頁は、性的羞恥心を生じさせることによって害される「性的感情」を、性的自由と併せて強制わいせつ罪の保護法益と解すべきとする。これに対し、山口・前掲書一〇五頁は、性的羞恥心は性的自由に含まれると解すべきで、両者を別個のものと理解する必要はないとする。
- (56) 東京高判昭和五八年六月八日東高刑報三四卷四〇六号二三頁。
- (57) 拙著「準強制わいせつ及び準強姦における錯誤に基づく同意(一)」北海道大学法学研究四九卷三号(二〇一三年)四頁以下参照。
- (58) 団藤編・注釈刑法(四)三〇三頁(所)、瀧川幸辰『刑法各論』(増補・一九六八年)八一頁、大塚・各論一〇四頁、木村光江『刑法』(第三版・二〇一〇年)二七七頁、佐久間・前掲書一二一頁。
- (59) 吉田・前掲論文一七頁参照。
- (60) もっとも、この場合の行為者の性的意図は、行為者の自白がない限り、立証、認定が極めて困難である。
- (61) 平川・前掲書二〇二頁、佐伯・神戸法学年報八八頁以下、西田・各論九三頁、須之内・前掲書六三頁注七。

## **Die unzüchtige Handlung in wollüstiger Absicht (2 • Schluss)**

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 (Band 50, Heft 1)