九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

刑法各論覚書(1)：いわゆる「わいせつ」三要素と「強制わいせつ」罪(一七六条)

伊藤, 司
九州大学法学部助教授

https://doi.org/10.15017/2058

出版情報：法政研究. 63 (2), pp.1-8, 1996-11-21. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

論説

刑法各論覚書(1)

――いわゆる「わいせつ」三要素と「強制わいせつ」罪（一七六条）――

伊藤　司

一　はじめに
二　いわゆる「わいせつ」三要素と「強制わいせつ」罪
三　おわりに

一　はじめに

本稿は、「刑法各論」の論点につき、「備忘録」として書き留めておこうというものである。今回は第一回目として、

以前書いたことのある論点[1]を補足的に取り上げることにしたい。

(1)　拙稿「わいせつ罪」阿部純二・川端博編著『基本問題セミナー刑法2各論』（一九九二）二一一以下、特に二一九頁以下。そこでは、一七四・一七五条の「わいせつ」概念と一七六・一七八条の「わいせつ」概念を同様に捉えていた訳である（二二一・二二三頁）が、後述の前田教授の指摘にも啓発され、本稿のように考えを改めるに至った。結論的には岡野論文（二二一頁）が妥当であるということになる。

なお、本稿は、一九九六（平成八）年度前学期九州大学法学部刑法第二部＝刑法各論の講義ノートをまとめたものである。

二　いわゆる「わいせつ」三要素と「強制わいせつ」罪

「社会的法益に対する罪」たる刑法一七五条「わいせつ物頒布等」罪の「わいせつ」概念については、依然として「わいせつ」三要素＝「徒らに性慾を興奮又は刺激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」（最判一九五一・五・一〇刑集五巻六号一〇二七―八頁。以下、順番に第一ないし第三要素と呼ぶ。）が定義として維持されているとみてよいと思われるが[2]、この「わいせつ」概念が今日「個人的法益に対する罪」、なかんずく「性的自由（誰と性行為を行うか否かに関する自由）」に対する罪とされるのが一般的だと思われる[3]強制わいせつ罪についてもそのままの形で当てはまるかが問題である。この点、前田教授は「一七四条は第三者的視点からのわいせつ性判断であるのに比し、一七六条は被害者本人の視点によるもの」という指摘をされており[4]、この指摘を換言すれば一七四・一七五条はいわば「鑑賞型」であるのに対し、一七六条は「非鑑賞型」ということにもなろう。このよ

うに、前者は第三者的視点・鑑賞型であるのに対し、後者は被害者本人の視点・非鑑賞型だとすると、前者の「わいせつ」概念はそのままの形では後者に当てはまりえないことが予想されるが、どの程度変容を受けることになるのかがさらに問題とされる。

判例上強制わいせつ罪における「わいせつ」概念の定義の仕方は区々である。名古屋高金沢支判一九六一・五・二下刑集三巻五＝六号四〇〇頁は前述の「わいせつ」三要素をそのままの形でまず定義として掲げているが、具体的適用においては、「専ら自己の性的満足を得る目的で…暴力を用いて強いて接吻を求めたものであるから、…一般人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念の許容しないところというべきである」（四〇〇―一頁）としており、「わいせつ」概念の第二・第三要素の充足は認めているが、第一要素は行為者の主観的目的として捉え直されているのではないかと思われるのである。次に、最判一九七〇・一・二九刑集二四巻一号五頁以下「裁判官入江俊郎の反対意見」においては、「刑法一七六条…の罪が成立するためには、行為者（犯人）がわいせつの行為にあたる事実を認識し、…これを実行すれば必要にして充分であると解すべき」ところ、「右にいうわいせつの行為とは、普通人の性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反する行為をいう」としており（六頁）、ここでは、第一要素は定義自体からはずされていることを看取しうる。これに対し、逆に「多数意見」においては、「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」するとしており（二頁）、第一要素をやはり行為者の性的意図として捉え直しているのではないかと思われるのである。[5] さらに判例の中には、「接吻は…性欲と無関係なものではない。しかし性的の接吻をすべて反風俗的なものとして刑法にいわゆる猥褻の観念を以て律すべきで」もないが、「それが一般の風俗道徳的感情に反するような場合には、猥褻な行為と認められることもあり得る」ところ、本件「情況の下になされる接吻が一般の道徳風俗感情の許

容しないことは当然であって刑法の猥褻の行為に該る」と判示したものもある（東京高判一九五七・一・二二高刑集一〇巻一号一二頁）。ここでは第三要素のみが掲げられているとともに、「接吻」の刑法的意味付けが微妙な言い回しになっていることを看取しうるであろう。このように、特に第一要素の性格ないし位置づけが問われていることになるが、刑法一七五条に関する前述の「わいせつ」概念は行為者をも含めた一般人を基準に判断されるべきものとして提示されたと解されるところ、第一要素については特に行為者自身の主観的感情との関連で捉えやすいため、強制わいせつ罪の「わいせつ」概念についてはまず第一要素が変容を受けたのであろう。すなわち、「鑑賞型」の場合、行為者をも含めた一般人に対して「徒らに性慾を興奮又は刺激せしめ」ることが問題であるのに対し、「非鑑賞型」の場合、被害者本人の性慾を興奮又は刺激せしめるということは通常考えられず、またそれ以前に被害者と同様な立場にたった・例えば「一般女性」がこのような興奮・刺激を受けることは通常考えられないとすれば、この要素を何らかの形で生かそうとした場合、行為者の主観的意図・目的という形で捉え直し、それを理論的に「傾向犯」として位置づける方向も考えられないではない。前掲名古屋高金沢支判一九六一・五・二の具体的適用及び最判一九七〇・一・二九の「多数意見」はこのような方向づけを提示したものと解される。また、第二の「普通人＝例えば一般女性の正常な性的羞恥心を害する」という要素についても、通常「性的羞恥心」というよりもむしろ「性的嫌悪感ないし屈辱感」が大だとすれば第二要素の「なかみ」についても修正の必要があろう(6)。第三要素についても、強制的に性的行為を行ってはいけないという意味での・一般女性を中心とした一般人の性的道義ないし秩序観念に反するという形で捉え直すことが可能であろう。このように、一七五条の「わいせつ」概念を「一般人」という基準を生かしつつ、一七六条にも応用することは可能であり、かつこのような捉え方の方が妥当というべきである。特に別異に解する特段の理由がない限り、同じ文言は同様に解すべきであろうし、現行刑法典に限っていえば（改正刑法草案では必ずしもそ

うはいえないが）、「わいせつ、姦淫及び重婚の罪」という章下に規定された強制わいせつ罪は、まず構成要件該当性の段階で、被害者本人の事情はひとまず置き、「一般人」の立場から「わいせつな」といえる行為か否かを検討すべきことは、一七四・一七五条の「わいせつな」という概念と異なるところはないように思われるからである。もっとも、鑑賞型か非鑑賞型かという違いにより最小限の変容を受けることになる訳である。

（2）拙稿・前注（1）二一二頁以下。前田雅英『刑法各論講義［第2版］』（一九九五）一〇七・四五四頁。

（3）団藤重光『刑法綱要各論第三版』（一九九〇）四八九頁以下、内田文昭『刑法各論（第二版）』（一九八四―一刷・一九八五―二刷）一五四頁以下、など。

（4）前田・前注（2）一〇七頁。

（5）拙稿・前注（1）二二〇・二二一・二二二頁で指摘しておいたように、最高裁の「多数意見」及び「反対意見」はいずれも「わいせつ三要素」を意識していない訳ではないであろうが、三要素のいずれをいかなる形で位置づけるかについて、必ずしも自覚的に展開されていないように思われるのである。

（6）もっとも、この点、拙稿・前注（1）二一二頁参照。

三　おわりに

以上のような私見からは、判決例の中には必ずしも妥当な理解と思われないものもあることになる。名古屋地判一九七三・九・二八判時七三六号一一一頁は、まず、「強制わいせつ罪が成立するためには、該行為が主観的客観的にわいせつ性を具備することを要し、それには、その行為が①性欲の刺戟・興奮・満足を目的としてなされたというだけ

では足りず該行為が②その外形において、一般人の正常な性的羞恥心を害する程のものであることを要すると解される」としており（二段）、やはり第一要素を行為者の目的として捉え直し、客観面として第二要素をあげているものと思われるのであるが、当時一〇歳の女児をベンチまで連れて行き、同所で同女を背後から抱きすくめ、両膝で同女の身体（両脚）をはさみつけて同女の背中・腰部・臀部を撫で廻した行為（一段）に対し、「右①の要件の存在は優に認められるが、右②の要件の存在を認めるには十分でなく、右被告人の所為自体についてわいせつ性を具備したものということはできない。」（三段）として、暴行罪の成立を認めるにとどめたのである。無罪を言い渡したものではなく、また一審で確定している訳であるが、「一般人」＝一〇歳の女児一般が性的羞恥心ないし性的嫌悪感・屈辱感を惹起させられ、その監護権者らとしても「性的行為」として看過しえないとすれば、暴力的でもある本件のような性的行為は、強制的に性的行為を行ってはいけないという意味での・一般女性＝一〇歳の女児一般の性的道義・秩序観念に反し、かつ監護権者らの性的道義・秩序観念にも反するものとして、「強制わいせつ」罪の「わいせつな行為」にあたることを否定する理由はないことになろう。(7) 本判決例は、刑法一七四・一七五条の「わいせつ」概念にとらわれすぎたことにより、「例えば被害者の陰部、乳房等に手を触れ、或は自己の陰部を被害者の身体に押し当てる等の外形的、客観的にわいせつ性を備えた行為をなす意図であったことを認めることはできない」（三段）と判示するに至ったものといえよう。これに対し、新潟地判一九八八・八・二六判時一二九九号一五四頁は、被告人が当時七歳の女児を籾殻袋の上に座らせ、ポロシャツのボタンを外して右乳房を多数回撫でまわした後、スカートの中に手を差し入れてパンツの上からその臀部を撫でたため、女児は気持ちが悪く、恐ろしくて泣き出したくなり、臀部を触られたときには、嫌で嫌で仕方がなかったという事案（一段）につき、「同児は、女性としての自己を意識しており、被告人から乳部や臀部を触られて羞恥心と嫌悪感を抱」いたものであり、「周囲の者は、これまで同児を女の子として見

守ってきており、同児の母…は、…同児の将来を考えて心配しており、同児の父親らも本件被害内容を聞いて被告人に対する厳罰を求めている」として、被告人が当初から性的に興奮する目的で右所為に出たものであり、かつ現に性的に興奮していたことも付加しつつ（二段）、「被告人の右所為は、強制わいせつ罪のわいせつ行為に当たる」（三段）と判示しているのである。主観面についてはともかく、客観面については、結論的に妥当な認定になっているといえよう。しかして、小学校低学年の女児が体育の時間等に上半身裸で運動をしていても何人も「わいせつ」と考えないとしても、被害者に対し直接「性的行為」が行われた場合、自ずと異なる一例といってよいであろう。「接吻」についても同様な訳である。この点、前掲最判一九七〇・一・二九の事案は、被告人は自己の内妻と共同してその面前で他の婦女を裸体にさせて写真撮影したというものであり、強制わいせつ罪のみならず、場合によっては公然わいせつ罪における「わいせつ」の側面からも捉えられる可能性があるといってよいであろう。(8)

(7) なお、強制わいせつ罪は行為の客体が「男女」となっているので、女性の場合と同様、「一般男性」が基準になるケースもありうることになる。この点、準強制わいせつ致傷罪の事案ではあるが、東京高判一九八四・六・一三刑月一六巻五＝六号四一四頁参照。さらに、釧路地北見支判一九七八・一〇・六判タ三七四号一六二頁。

(8) 前田教授は、「一七六条にわいせつの傾向を要求しないと見られる」「最近の判例」として、東京地判一九八七・九・一六判タ六七〇号二五五頁をあげている（前田・前注(2)一〇九頁注(11)）が、本判決例は、「Aを全裸にして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」（二五六頁三―四段）と認定しており、「わいせつ行為」の「認識」として、「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を」「認識し」ていたというものであり、単純な「故意」であれば

自分自身を性的に刺激・興奮させる性的意味を有していることを自覚している必要はないはずであるから、狭義の故意にとどまっていないといわざるをえないように思われる。もっとも、全く被告人自身の主観にとどまっている訳でもなく、「男性として」という形で客観性をもたせていることにも注目しなければならない。本判決例は、わいせつ三要素の第一要素と第二要素を掲げているようにうかがえ、第一要素は男性一般と男性の一人としての被告人の混合形態であり、第二要素はAの性的羞恥心に限定されており（しかも恐らく強制わいせつ罪の法益として掲げたものであろう。この点、同旨の見解として、前田・前注(2)一〇七頁、平野龍一『刑法総論Ⅰ』（一九七二―一刷・一九七六―七刷）一二八頁。もっとも、平野『刑法概説』（一九七七―一刷・一九七九―六刷）一七三・一七九・一八〇頁参照）、「わいせつ行為」自体の定義とそれに対する「認識」の場合において、「わいせつ行為」の意義にズレが生じていることに気づくであろう。この点をどう理解するかであるが、結局「性的に意味のある行為」ないし「性的意味を有した行為」＝「わいせつ行為」という捉え方が前提となっており、その際、客観的側面でありかつ認識対象をなす「わいせつ行為」と主観的側面たる「わいせつ行為」の「認識」という形で並べたものといえよう。しかしわれわれとしては、このような判示に対しいかなる刑法理論体系上の位置づけが与えられるかを検討しなければならないといえよう。しかして、客観的側面が構成要件＝違法性という形の捉え方であり、主観的側面が責任要素としての「故意」ないし「意図・目的」という理解にたてば、一応の説明が可能であるようにも思われるが、主観的側面に違法要素の認識が欠けている訳である。これは、「性的に意味のある行為」ないし「性的意味を有した行為」という上位概念で「わいせつ行為」を代表させたことにより、その概念に包摂しうる形であれば「わいせつ行為」と捉えられると考えたためであろうが、やはり理論的には不整合の感が否めまい。そもそも本件は、下着のモデル等の仕事を強制的に行わせ続けるため、弱みを握ろうとして全裸写真を撮ろうとしたという事案であり、前掲最判一九七〇・一・二九と同様、「鑑賞型」でもありえた訳であるので、「非鑑賞型」との混合的な「わいせつ」理解になっているものといえよう。強制わいせつ罪との関連では、われわれの立場からすれば、構成要件上妙齢の女性一般の性的羞恥心という第二要素及びその認識が問題となり、当該女性の性的羞恥心は違法性の段階に位置づけられるという形での判示となる。