

タイトル	刑事判例研究 東京高判平成30年1月30日（富士見市ベビーシッター事件控訴審判決）
著者	神元，隆賢；KANMOTO, Takayoshi
引用	北海学園大学法学研究，54(2)：57-68
発行日	2018-09-30

強制わいせつ罪において性的意図を考慮要素とする意義をなお存するとし、さらに強制わいせつの際に被害児童の姿態を撮影し児童ポルノを製造した場合の強制わいせつ罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係につき、撮影機器内に一次保存した場合は観念的競合、複製するなどして二次保存した場合は併合罪とした事例（富士見市ベビーシッター事件控訴審判決）

東京高裁平成三〇年一月三〇日判決（上告）

（平成二八年（う）第一六八七号…保護責任者遺棄致傷、強制わいせつ、児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律違反、強制わいせつ（変更後の訴因わいせつ誘拐、強制わいせつ）、殺人、強制わいせつ致傷被告事件）

（判例集未登載）

神 元 隆 賢

【事実の概要】

ベビーシッター業を営む被告人は、平成二四年一月一六日頃から平成二五年一〇月二七日頃までの間、ベビーシッターという立場を悪用し、A、Iら九名の各男児がいずれも一八歳に満たない児童であることを知りながら、同児童らに

対し、全裸の状態 で陰茎を露出させるなどの姿態をとらせ、さらにうち二名（A（当時五歳）、F（当時生後八か月））については陰茎の包皮をむくなどし、Fに亀頭包皮炎の傷害を負わせた（Aに対する強制わいせつ事件、Fに対する強制わいせつ致傷事件）。また、その姿態をデジタルカメラあるいはスマートフォン付属カメラで撮影し、その静止画データを当該撮影機器内のマイクロSDカード内に記録して保存（以下「一次保存」、あるいは一次保存した画像をノートパソコンのハードディスク内に保存（以下「二次保存」）し、児童ポルノを製造した（児童ポルノ製造事件））。

平成二六年三月一四日、被告人は、I（当時二歳）及びH（当時生後八か月）にわいせつな行為をする目的で、被告人に對してはIらの一時保育を依頼する意思がないIの母親Jらに對し、別人を装ってIらの一時保育を引き受ける旨の電子

メールを送信するなどして、Jらに、Iらの一時保育をするのが被告人ではないと誤信させるとともに、情を知らないKにI及びHを預けさせ、さらにKからIらを引き取り、Iらを被告人方に連れ帰るなどして自己の支配下に置いた（わいせつ誘拐事件）。

同日、被告人は、Hに對し、約一二時間にわたってミルク等の栄養を全く与えず、その後は水分も与えず、約二時間にわたって全裸のまま放置するなどし、よって、Hに生命に危険を及ぼすおそれのある重度の低血糖症及び脱水症、程度の低体温症の傷害を負わせた（保護責任者遺棄致傷事件）。

同月一五日頃、被告人は、被告人方において、Iに對し、その陰茎をひもで縛り、その包皮をむく暴行を加えた。さらに殺意をもって、その鼻口部を手で塞ぐなどし、窒息により死亡させた（殺人事件）。

以上の事案につき、検察官は、保護責任者遺棄致傷、強制わいせつ、児童ポルノ製造罪（児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律（以下「児保法」）違反）、わいせつ誘拐、殺人、強制わいせつ致傷罪が成立すると主張して、無期懲役を求刑した。

原判決（横浜地裁平成二八年七月二〇日（判例集未登載）

は、検察官の主張する犯罪すべての成立を認め、量刑を懲役二六年とした。なお、強制わいせつ罪あるいは強制わいせつ致傷罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係につき、原判決は罪数判断の理由を明示していないものの、基本的には、児童ポルノ製造が一次保存であった場合は観念的競合、二次保存であった場合は併合罪とした。わいせつ誘拐事件については、I及びIIに対する各わいせつ誘拐罪を観念的競合、Iに対するわいせつ誘拐罪と強制わいせつ罪を牽連犯とし、結局以上を一罪として最も重いIに対するわいせつ誘拐罪の刑で処断するとした。

被告人・弁護人は、強制わいせつ事件につき、被告人が幼児に対していたずら行為をしたのはトラウマやフラッシュバックの影響によるものであって、強制わいせつ罪の成立に必要な性的意図を欠いていた、強制わいせつ罪・強制わいせつ致傷罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係はいずれも観念的競合とすべきであったなどと主張して控訴した。

【判旨】

控訴棄却。

性的意図については、「原判決は、被告人が撮影、保存して

いた多数の児童を被写体とする画像及び被告人がインターネットを通じて繰り返し閲覧していたウェブサイトの内容から、被告人は、乳幼児を性的欲求の対象としてしていると認められ、同様の行為を多数回繰り返し行っているとし、さらに、L医師の原審証言（被告人の性的対象は小児であり、被告人が自身の性的嗜好に基づき自らの性的欲求を満たすために上記各犯行を行った、中学時代に被告人が受けたという性的ないじめ被害の点は、トラウマというより、その被害を一つの性的なモデルとして行動化していた可能性もあり、背景事情にとどまる、被告人の述べるフラッシュバックについては、被告人が、ひもやガムテープを準備し、小児への性的行為を内容とするサイトを多数閲覧し、撮影した小児の性的画像をパソコンに保存する行為を自ら積極的にやっていることから、医学的なフラッシュバックではなく、単なる想起にすぎないとするもの）も信用性が高いとして、被告人が性欲を刺激興奮又は満足させようという意図の下に本件強制わいせつ等を行ったと推認できるとした。

原判決の上記判断は、その理由とするところを含めて正当であり、当裁判所としても是認できる。

なお、原判決当時、強制わいせつ罪の成立には、行為者の

性欲を刺激興奮させ又は満足させるという性的意図のもとに行為が行われることを要するとする判例（最高裁判昭和四五年一月二九日判決）があったが、その後、この判例は、故意以外の行為者の性的意図を一律に同罪の成立要件とすることは相当でないとする最高裁判平成二九年一月二九日大法廷判決によって、変更されている。もつとも、同判決は、わいせつ行為に当たるか否かの判断を行うためには、行為の性的な意味の強さに応じて、行為者の目的等の主観的事情を判断要素として考慮すべき場合もあり得ると判示している。本件強制わいせつ等の各行為には、陰茎等を緊縛する、陰茎や陰部を露出させる、陰茎の包皮をむくといったそれ自体性的性質が明確なものも含まれる一方、日常でも目にするような全裸又は半裸の乳幼児の姿態を写真撮影するという態様のものも含まれており、それらのわいせつ行為が該当性を判断するのに、被告人の性的意図の有無をも考慮要素とする意義はなお存するといふべきである。」とした。

強制わいせつ罪・強制わいせつ致傷罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係については、「わいせつな姿態をとらせて撮影することによる強制わいせつ行為と当該撮影及びその画像データの撮影機器に内蔵又は付属された記録媒体への保存行為を

内容とする児童ポルノ製造行為は、ほぼ同時に行われ、行為も重なり合うから、自然的観察の下で社会的見解上一個のものと評価し得るが、撮影画像データを撮影機器とは異なる記録媒体であるパソコンに複製して保存する二次保存が日時を異にして行われた場合には、両行為が同時に行われたとはいえず、重なり合わない部分も含まれること、そもそも強制わいせつ行為と児童ポルノ製造行為とは、前者が被害者の性的自由を害することを内容とするのに対し、後者が被害者のわいせつな姿態を記録することによりその心身の成長を害することを主たる内容とするものであつて、基本的に併合罪の關係にあることに照らすと、画像の複製行為を含む児童ポルノ製造行為を強制わいせつとは別罪になるとすることは合理性を有する。原判決の罪数判断は、合理性のある基準を適用した一貫したものとみることができ、理由齟齬はなく、具体的な行為に応じて観念的競合又は併合罪とした判断自体も不合理なものとはいえない。」とした。

【評釈】

一 本件で問題となるのは、以下の点である。

第一は、強制わいせつ罪における性的意図の要否である。

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、および第一八一一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故意を超えた主観的超過要素（超過的内心傾向、特別的主観的違法要素）として必要かが議論されている。

本判決が挙げた、「強制わいせつ罪の成立には、行為者の性欲を刺激興奮させ又は満足させるという性的意図のもとに行われることを要するとする」最判昭和四五年一月二九日刑集二四卷一頁一頁は、被告人が被害者に対し報復等の目的で脅迫し裸体にさせて写真撮影した事案につき、強制わいせつ罪の成否が争われたところ、第一審、控訴審が「性欲を興奮、刺激、満足させる目的」を不要として同罪の成立を認めたとに対し、「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

他の罪を構成するのは格別、強制わいせつ罪は成立しないものというべきである。」として、「性欲を刺激興奮させ、または満足させる等の性的意図」を必要と明示し、「第一審判決は、報復の意図に出た事実だけを認定し、右性的意図の存在したことは認定していない」として高裁に破棄差戻したというものである。最判昭和四五年一月二九日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言及しており、この点から、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、少なくとも報復の意図と性的意図が併存しうることは明らかにしたと言えよう。そのうえで、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罪の成否を検討したものと思われる。

もっとも、学説上は、最判昭和四五年一月二九日を契機として、性的意図の要否を巡って激しい対立を生じた。すなわち、性的意図必要説は、行為者の性欲を刺激興奮させ、または満足させるといふ性的意図を、性的自由の法益侵害性を基礎づける主観的超過要素として要求する⁽²⁾。すなわち、性的意図がないならば、性的自由の法益侵害もないというのである。これに対し、性的意図不要説は、強制わいせつ罪は結果犯で

あるから性的意図は不要で、故意としてのわいせつ性の認識があれば足りるとする。³⁾すなわち、性的意図の有無にかかわらず、被害者の性的自由は侵害されうるのである。

一方、本判決が挙げた「故意以外の行為者の性的意図を一律に同罪の成立要件とすることは相当でないとする」最大判平成二九年一月二九日裁時一六八八号一頁は、被告人が知人から金を借りる際、条件として被害女兒とのわいせつ行為の画像データを送信するように要求されたため、被害女兒に対し、自身の陰茎を触らせ、口にくわえさせ、被害女兒の陰部を触り、射精してその精液を被害者の顔に付けるなどとして、その様子を撮影し児童ポルノ画像データを製造、送信したところ、強制わいせつ罪が成立するかが争われ、被告人は、目的は金を得るためだけで性的意図はなかったとし、被告人の陰茎の勃起、射精については、過去に交際した女性との性行為等を思い出しながら自慰行為をしたことによると主張した事案につき、第一審は被告人には金を得る目的のみがあったと認定したうえで「犯人の性的意図の有無によって、被害者の性的自由が侵害されたか否かが左右されるとは考えられない。また、犯人の性的意図が強制わいせつ罪の成立要件であると定めた規定はなく、……客観的にわいせつな行為がなさ

れ、犯人がそのような行為をしていることを認識していれば、同罪が成立すると解するのが相当である。」として同罪の成立を認め、控訴審も性的意図を不要とし、さらに最判昭和四五年一月二九日について、その「判断基準を現時点において維持するのは相当ではないと考える。」として控訴棄却した事件について、一律に性的意図を成立要件とするのは相当でないとして上告棄却したものであるが、その際、「わいせつな行為に当たるかどうかの判断には、行為そのものが持つ性的性質の有無や程度を十分に踏まえた上で、事案によっては、社会通念に照らし、その行為の性的な意味などを個別事案に応じて判断せざるを得ない。そのような個別具体的な事情の一つとして、行為者の目的など、主観的事情を判断要素として考慮すべき場合があり得ることは否定し難い」と判示した。最大判平成二九年一月二九日は、性的意図を一律に不要とするのではなく、個別事案によっては性的意図を要求する余地があるとする点で、「外部への発露 (äusseren Erscheinungsbild)」が明瞭である場合には性的意図は不要であるが、⁴⁾これが判然としない行為 (äusserlich ambivalenten Handlung)、例えば行為者の診察や暴行が、性的な動機によるものか否かが不明であるときには、性的意図を要求する余

地があるとする、⁽⁵⁾ドイツの通説と同様の立場をとるものと思われ。

他方、本判決は、「本件強制わいせつ等の各行為には、…：それ自体性的性質が明確なものも含まれる一方、日常でも目にするような全裸又は半裸の乳幼児の姿態を写真撮影するという態様のものも含まれており、それらのわいせつ行為該当性を判断するのに、被告人の性的意図の有無をも考慮要素とする意義はなお存するというべきである。」として、性的性質が不明確な、いわば「外部への発露が判然としない行為」について性的意図の必要性を肯定し、かつ本件における性的意図の存在を認めて強制わいせつ罪が成立するとした。

思うに、強制わいせつが暴行・脅迫を手段として行われた場合、行為者は、暴行・脅迫という被害者の抵抗を抑圧ないし困難にする行為に出て、それから外形的なわいせつ行為に出る。これについては「外部への発露」を認めうるから、行為者が行為のわいせつ性を認識していれば強制わいせつ罪の故意として足り、故意を超えた主観的超過要素として性的意図を要求する実益はない。一方、暴行・脅迫を手段としない、一三歳未満の者に対する強制わいせつの場合には、暴行・脅迫がないが故に「外部への発露」がなく、この場合には、主観

的超過要素としての性的意図を要求する意義を認めることができよう。⁽⁶⁾本判決は、陰茎等を緊縛する、陰茎や陰部を露出させる、陰茎の包皮をむくといった、暴行を手段とした「外部への発露」が明瞭である場合には性的意図を不要とし、そうでない場合は必要とするということができ、妥当であるように思われる。本判決は、最大判平成二九年一月二九日が示した、性的意図を必要とすることがある場合の一例を、具体的に明らかにしたものと重要である。

二 第二は、強制わいせつ罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係を、観念的競合と併合罪のいずれと解するかという点である。観念的競合は、一個の行為で数個の結果を生じ、それが構成要件に複数回該当し、かつ社会的事象としても重なり合いが認められる場合⁽⁷⁾で、刑法第五四条第一項が適用されることにより、刑を科すうえで一罪として扱われ、数罪のうち最も重い罪の刑により処断される。一個の行為による包括一罪との違いは、被害法益の主体、種類の共通性の要否に求められ、被害法益が異なっている場合は観念的競合、共通する場合は包括一罪が選択される。そして両罪の保護法益についてみると、強制わいせつ罪のそれが個人法益としての性的自由であ

ることに異論はないが、児童ポルノ製造罪では議論がある。児童ポルノ法第一条が、「この法律は、児童に対する性的搾取及び性的虐待が児童の権利を著しく侵害することの重大性にかんがみ、児童買春、児童ポルノに係る行為等を処罰するとともに、これらの行為等により心身に有害な影響を受けた児童の保護のための措置等を定めることにより、児童の権利の擁護に資することを目的とする。」と規定することに鑑みるに、「児童が性的搾取及び性的虐待されない権利」が同罪の保護法益であることには疑いない。しかし、これが被害児童の個人的法益であるのか、児童一般の社会的法益であるのか、あるいは両方の性質を持つのかを巡って争いがあるのである。もっとも、三説のいずれを採ったとしても、強制わいせつ罪の保護法益である性的自由とは差異を生じるから、結局、両罪を観念的競合とする選択は可能である。

しかし、従来の判例は、児童ポルノ製造罪と強制わいせつ罪等の性犯罪の罪数関係について、児童ポルノ製造が一次保存と二次保存のいずれによるかを格別区別せず、すべて併合罪として処理するのが一般的であった。

最決平成二十二年一〇月二一日刑集六三卷八号一〇七〇頁は、児童福祉法上の児童に淫行をさせる罪(第三四条一項六

号)と、それを撮影し一次保存することによる児童ポルノ法上の児童ポルノ製造罪について、「一部重なる点はあるもの、両行為が通常伴う関係にあるとはいえないことや、両行為の性質等にかんがみると、それぞれにおける行為者の動態は社会的見解上別個のものといえるから(最高裁昭和四七年(あ)第一八九六号同四九年五月二九日大法廷判決・刑集二八卷四号一四頁参照)、両罪は、刑法五四条一項前段の観念的競合の関係にはなく、同法四五条前段の併合罪の関係にあるといふべきである。」とした。

津地判平成二十二年二月二七日(判例集未登載)は、青少年健全育成条例違反(いん行)と一次保存による児童ポルノ製造の事案について、「児童ポルノの製造行為は、製造の前提としての性交が『いん行』と一部重なるにすぎず、実行行為である撮影行為に『いん行』と重なり合う点は認められない。…児童ポルノ製造罪と本条例二三条一項違反の罪とは保護法益も異なり、かつ、『いん行』に児童ポルノの製造が通常伴う関係にあるとはいえない。このように、両行為は、密接かつ統一的事象であるとは認められず、保護法益の共通性も、一つの行為と評価しうるだけの一体性も認められないことから、両罪は包括一罪の関係でも観念的競合の関係でもなく、

併合罪の関係に立つと解するべきである。」とした。

東京高判平成二八年二月一九日東高刑報六七卷一頁は、強要と二次保存による児童ポルノ製造の事案について、「原判決は、本件において、強要罪と三項製造罪を観念的競合であるとしたが、本件のように被害者を脅迫してその乳房、性器等を撮影させ、その画像データを送信させ、被告人使用の携帯電話機でこれを受信・記録して児童ポルノを製造した場合においては、強要罪に触れる行為と三項製造罪に触れる行為とは、一部重なる点はあるものの、両行為が通常伴う関係にあるとはいえず、両行為の性質等にも鑑みると、両行為は社会的見解上別個のものとして評価すべきであるから、これらは併合罪の関係にあるというべきである。」とした。

大阪高判平成二八年一〇月二七日高刑集六九卷二号一頁は、強制わいせつと一次保存による児童ポルノ製造の事案について、「強制わいせつ罪及び……提供目的児童ポルノ製造罪をそれぞれ構成する……両行為には同時性が認められる。また、本件提供目的児童ポルノ製造罪における撮影行為は、本件強制わいせつ罪の訴因に含まれていないとはいえず、強制わいせつ罪のわいせつな行為と評価され得るものであるから、その意味では両行為には一部重なり合いもみられる。し

かしながら、強制わいせつ罪における行為者の動態（第三者の目に見えるような身体の動静）は、被害者に対して本件において行われたようなわいせつな行為を行うことであるのに対し、児童ポルノ製造罪における行為者の動態は、児童ポルノ法二条三項各号に該当する児童の姿態を撮影、記録して児童ポルノを製造することであるから、両行為は、その性質が相当異なっており、社会的事実として強い一体性があるとはいえない。また、児童ポルノの複製行為も児童ポルノ製造罪を構成し得ることからすると、児童ポルノ製造罪が時間的な広がりをもつて行われて、強制わいせつ罪と児童ポルノ製造罪のそれぞれを構成する行為の同時性が甚だしく欠ける場合も想定される。さらに、強制わいせつ罪と児童ポルノ製造罪とは、それぞれを構成する行為が必然的あるいは通常伴う関係にあるとはいえず、それぞれ別個の意思の発現によって犯される罪であるとみることができるとは、以上によれば、行為の同時性や一部重なり合いの存在を考慮しても、強制わいせつ罪及び児童ポルノ製造罪における行為者の動態は社会的見解上、別個のものとして評価すべきであって、これを一個のものとすることはできない。」として、観念的競合ではなく併合罪とした。なお、この判決は上掲最大判平成二九年一月二九

日の原判決であるが、最大判平成二九年一月二十九日では罪数関係について格別の言及がない。

岡山地判平成二九年七月二五日（判例集未登載）は、強制わいせつと二次保存による児童ポルノ製造の事案について、「本件のような場合、強制わいせつ罪の行為と児童ポルノ製造の行為とは、一部重なり合う部分があり、特に、被害女兒に陰部等を自ら撮影の上送信させて児童ポルノを製造した場合には、相当部分が重なり合うともいえる。しかし、本件強制わいせつ行為の中核部分は、脅迫により反抗が著しく困難な状態となった被害女兒に、陰部等を撮影させて送信させたり、口淫させたり、陰部等を露出させて動画配信させたりしたわいせつ行為にある一方、本件児童ポルノ製造行為の中核部分は、それらをコンピュータに保存・蔵置した製造行為にあるのであって、前記の両行為が、通常伴う関係にあるとはいえず、また、行為に同時性があるとしても、社会的事実として強い一体性・同質性までは認められない。そうすると、本件において、強制わいせつ行為と児童ポルノ製造行為とは、社会的見解上別個のものといえるから、観念的競合の関係にはなく、併合罪の関係にあるというべきである。」とした。

横浜地判平成二九年二月二六日は、強制わいせつと一次

保存による児童ポルノ製造の事案について、「直接的なわいせつ行為とこれを撮影する行為とは、本質部分において共通性を欠き、社会的意味合いを異にする別個の意思の発現行為であるから、両罪は観念的競合の関係ではなく、併合罪の関係にある。」とした。

仙台高判平成三〇年二月八日（判例集未登載）は、強制わいせつと一次保存による児童ポルノ製造の事案について、「同一の被害児童に対する強制わいせつ行為と児童ポルノ製造行為とは、一部重なる点はあるものの、両行為が通常伴う関係にあるとはいえないことや両行為の性質等に鑑みると、それぞれにおける行為者の動態は社会的見解上別個のものといえるから、併合罪の関係に立つと解するのが相当である（最高裁平成二一年一〇月二一日決定参照）」とした。

以上見たように、従来の判例は、一貫して、強制わいせつと児童ポルノ製造の行為の同時性は肯定しうるもの、行為の社会的一体性・同質性は肯定しえないから、併合罪となるとの立場を示してきた。これに対し、本判決は、強制わいせつ罪と児童ポルノ製造罪が「基本的に併合罪の関係にある」ものの、一次保存の場合は「ほぼ同時に行われ、行為も重なり合うから、自然的観察の下で社会的見解上一個のもの」と評

価し得る」とした。強制わいせつと児童ポルノ製造の両行為の社会的・一体性・同質性は肯定、否定の分水嶺にあるところ、一次保存の事案では同時性を肯定できるから、かろうじて観念的競合と解しようとの解釈であろうか。しかし、そうであるならば、社会的・一体性・同質性をむしろ肯定し、「基本的に観念的競合の關係にある」としたうえで、二次保存では同時性が否定されるから併合罪となると解釈すべきではなかったか。あるいは、社会的・一体性・同質性を必ずしも肯定しきれないが故に「基本的に併合罪の關係にある」というのであれば、同時性を肯定できたとしても、すべて併合罪とすべきであつたらうし、それが従来の判例の立場でもあつた。いずれにせよ、一次保存の場合に限つてであつても、強制わいせつ罪と児童ポルノ製造罪の罪数關係を観念的競合とした本判決及び原判決の判断には疑問が残る。

- (1) 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。
 (2) 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、野村稔『刑法総論』(補訂版・一九九八年)一〇四、一〇五頁、高橋則夫『刑法各論』(第二版・二〇一四年)二二七頁、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。

- (3) 平野『刑法概説』(一九七七年)一八〇頁、井田良「講義刑法学・各論」(二〇一六年)一一二頁、大谷實「刑法講義各論」(新版第四版補訂版・二〇一五年)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)三三一頁注一、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)一一五頁、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、曾根成彦『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)二二九頁、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論』(第七版・二〇一八年)一〇〇頁、林幹人『刑法各論』(第二版・二〇〇七年)九〇頁、堀内捷三『刑法各論』(二〇〇三年)六八頁、前田雅英「刑法各論講義」(第五版・二〇一一年)一五二頁(被害者に性的な羞恥心を抱かせるに足る客観的行為を行い、そのことを十分に認識している場合であれば、行為

者の主観においてわいせつ傾向が欠けたからといって、構成要件該当性を肯定することも十分考えられる」とする。なお、同第六版九六頁はこの記述を削除したうえで、性的意図必要説から不要説への判例変更の可能性を示唆する（山口厚『刑法各論』（第二版・二〇一〇年）一〇八頁、佐伯仁志『強制猥褻罪における猥褻概念』判タ七〇八号（一九八九年）六六頁、青柳文雄『傾向犯について』慶應義塾大学法学研究三六卷四号（一九六三年）八頁（結果犯であるとする））。

- (4) Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl. (2014), §184g Rdn. 7 (Eisele); Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 65. Aufl. (2018), §184h Rdn. 4.
- (5) Schönke/Schröder, a. a. O. §184g Rdn. 8ff (Eisele); Fischer, a. a. O., §184h Rdn. 4a.
- (6) 私見の詳細については、拙稿「強制わいせつ罪における性的意図の法的性質と要否」法政論叢五四卷二号（二〇一八年）一一六頁以下参照。
- (7) 最大判昭和四九年五月二九日刑集二八卷四号一一四頁。
- (8) 議論の状況については、永井善之「児童ポルノの刑事規制根拠に関する一考察」金沢法学六〇卷一号（二〇一七年）一一三〇頁参照。