HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	性犯罪の横断的研究 ： 若年者を被害者とする性犯罪の研究を中心に
Author(s)	小棚木, 公貴
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第15699号
Issue Date	2024-03-25
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k15699
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/91997
Type	doctoral thesis
File Information	Koki_Kotanagi.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

性犯罪の横断的研究

―若年者を被害者とする性犯罪の研究を中心に

北海道大学大学院法学研究科

法学政治学専攻　　博士後期課程

小棚木　公貴

性犯罪の横断的研究
―若年者を被害者とする性犯罪の研究を中心に

目次

第1章　はじめに
第2章　被害者の年齢にかかわらず問題となる刑法上の「わいせつな行為」について
　第1節　平成29年判決以前の「わいせつな行為」解釈の変遷
　第2節　平成29年判決と平成29年判決以降の理解
　第3節　カナダにおける「性的」行為の理解
第3章　被害者が18歳未満の場合に問題となる若年者保護規定の解釈について
　第1節　児童淫行罪における「児童に淫行をさせる行為」解釈の変遷
　第2節　青少年健全育成条例上の淫行罪における「淫行またはわいせつな行為」の解釈の変遷
　第3節　カナダにおける若年者保護規定の状況
　第4節　監護者性交等・わいせつ罪における「その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じて」の解釈
第4章　若年者保護規定における処罰範囲の重なり合いに関する私見
　第1節　はじめに
　第2節　絶対的保護年齢に該当する者の保護
　第3節　かつての刑法上の性犯罪の理解
　第4節　若年者保護規定における処罰範囲の重なり合いの変遷
　第5節　現在における若年者保護規定における処罰範囲の重なり合い
第5章　おわりに

第１章　はじめに

⑴若年者保護規定の特殊性

性犯罪処罰規定が他の多くの犯罪と異なる特徴の 1 つとして、被害者の年齢に応じて保護の度合いが変わる点が挙げられる[1]。

現行刑法が制定されてからしばらくは、被害者が 13 歳以上の場合には、「暴行・脅迫」「心神喪失・抗拒不能」要件を充足する姦淫・わいせつな行為を行った場合に旧（準）強姦・強制わいせつ罪が成立し、被害者が 13 歳未満（旧刑法 176 条後段・177 条後段）の場合には、被害者を相手に姦淫・わいせつな行為をすることそれ自体で旧（準）強姦・強制わいせつ罪（旧刑法 176 条前段・177 条前段・178 条）が成立していた。

この背景には、他者と性的行為に至ることはそれ自体違法な行為ではないことから、国家の介入を必要とするような著しく不当な場合を除き、個人間の性的行為を積極的に制約するべきではないという理解が根底に存在していたものと考えられる[2]。このような理解に立つと、被害者が 13 歳以上である場合については、被害者の意思に反しているにもかかわらず姦淫・わいせつな行為を行った場合に限定して刑法上の性犯罪を成立させるべきであるが、被害者が 13 歳未満である場合については、性的行為を行うか否かを決定する能力（同意能力）がそもそも欠如しているため、性交等・わいせつな行為の相手方となることについて包括的に刑法上の性犯罪を成立させるべきであるという判断へと至ることになる。

その後、時代の変化とともに 18 歳未満の者についてはこれを特別に保護する必要があるという考え方が広まっていき[3]、現在では 18 歳未満を被害者とする性犯罪処罰規定として、刑法上に監護者性交等罪・わいせつ罪（刑法 179 条）、児童福祉法上に同法 34 条 1 項 6 号の罪（以下、「児童淫行罪」とする）、児童買春処罰法上に児童買春罪（同法 4 条）、各地域の青少年健全育成条例などで規定されている「青少年を相手に淫行するまたはわいせつな行為をする」罪（以下、「条例上の淫行罪」とする）が存在している。

18 歳未満を被害者とする性犯罪処罰規定が増加しても、13 歳未満の者については既にあらゆる性交等・わいせつな行為をすることが禁止されているため、実質的には処罰範囲に大きな変化は存在しない。このようにあらゆる性交等・わいせつな行為から保護される基準を形成する年齢については、一般的に絶対的保護年齢と表現されている。

他方、13 歳以上 18 歳未満の者については 18 歳未満を被害者とする性犯罪処罰規定が複

---

[1] なお、被害者の年齢に応じて保護の度合いが変わる刑法上の犯罪としては、性犯罪処罰規定を除くと、被害者が未成年者である場合について、略取誘拐それ自体を処罰対象とし目的要件を不要とする略取誘拐の罪（224 条～226 条）、法定刑を引き上げる人身売買罪（226 条の 2）、処罰対象となる行為を追加的に規定する準詐欺罪（248 条、246 条）が存在する。

[2] 例えば、新保勘解人『日本刑法要論』（敬文堂書店、1927 年）222 頁以下は、「…国家は正当なる婚姻以外の性的行為中特に不当の甚だしきもののみを持出して之を処罰し其他に付ては国民の自由なる道徳観に委することと為したり」と述べる。

[3] その嚆矢となったのが 1947 年に公布された児童福祉法である。この点については、後述する児童淫行罪の沿革において扱う。

数存在することにより、被害者が 18 歳以上の者である場合よりも処罰範囲が拡大しており、かつ各性犯罪処罰規定の法定刑がそれぞれ異なるため、事案の悪質性に応じてきめ細かく保護されることになる。このように絶対的保護年齢ではないものの、大人よりも手厚く保護される基準を形成する年齢については、一般的に相対的保護年齢と表現されている。本稿では相対的保護年齢に該当する者を若年者と表現し、18 歳未満を被害者とする性犯罪処罰規定については、特に被害者が若年者の場合に犯罪の成否が問題となることを捉えて若年者保護規定と表現する。

⑵若年者保護規定の利点と弊害

若年者保護規定の増加は、望まない性的行為あるいは将来の健全育成に重大な悪影響を及ぼす可能性の高い性的行為から未成年者をきめ細かく保護するという観点からは支持されるべき傾向であるといえる。他方で各性犯罪処罰規定が刑法・特別法・条例にまたがって規定されており、それぞれの処罰規定の関係性について十分な議論がなされないまま、それぞれが構成要件の解釈について独自の深化・発展を遂げてきたことから、現在、被害者が若年者である場合における各犯罪の成立範囲がどのような関係性にあるのが不明瞭であるという弊害を招いている。

複数の事件が被告人と被害者の関係性、性的行為に至るまでの経緯、性的行為に付随する手段、被害者の心理状態という観点から共通点を有しており、ほぼ同種の事案であると理解できる場合には、同一の犯罪が成立すると理解するのが通常であるように思われる。しかし、若年者保護規定が有するかかる弊害により、裁判実務においては、若年者を被害者とする性犯罪においては同種の事案であっても、どの犯罪が成立するかに関する判断あるいは犯罪の成否の判断についてばらつきが生じているおそれがある。

裁判所は検察官が公訴提起した犯罪の成否を判断し、公訴提起されなかった犯罪の成否については原則として一切検討せず、また、検察官が立証の便宜上、立証しやすい犯罪で公訴提起を行う場合も考えられるので、この問題は判決文から明示的に表れるわけではない。

もっとも、例えば、同居する親ないし親代わりの者である被告人から若年者が日常的に虐待や性的虐待を受けていたところ、被告人が若年者を相手に性交したという事案について、裁判実務においては、被告人と若年者に監護・被監護関係にあることに着目して監護者性交等罪を成立させる[4]ことが通常であると考えられるが、若年者の両手首を左手でつかんで性交等に至ったことを「暴行」と判断した上で旧強制性交等罪を成立させた裁判例[5]、被告人の養育なくしては生活自体ができない状況下にあったことや、幼少期から継続的に被告人から虐待・性的虐待を受けていたことにより、性交時点で若年者が「抗拒不能」の心理状態に陥っていたと判断した上で旧準強制性交等罪を成立させた裁判例[6]、若年者の母親の交際

[4] 例えば、松山地判令和 3 年 9 月 21 日 LLI/DB L07651082。
[5] 例えば、大阪高判令和 2 年 11 月 4 日高刑速令和 2 年 448 頁。
[6] 例えば、津地判令和 3 年 11 月 24 日 LEX/DB25591423。

相手としての立場を利用し、若年者が被告人を相手として性交することを助長促進したことを「淫行させる行為」と判断した上で児童淫行罪を成立させた裁判例[7]、やや古い裁判例であるが、被告人が妻（若年者の母親）の目を盗んでは日常的に若年者に対して性的行為を行うという関係を続けてきた被告人が、母親に内緒で借りたアパートの１室で性交に及んだことを自己の性的欲望を満足させることのみを目的とした性交であって「淫行する」に該当すると判断した上で、条例上の淫行罪を成立させた裁判例[8]もそれぞれ存在しており、どの犯罪が成立するかに関する判断にばらつきが生じているおそれがある。

裁判実務において、どの犯罪が成立するかに関する判断にばらつきが生じていることは、一定の重い/軽い犯罪で処罰されるべき犯罪が軽い/重い犯罪で処罰されてしまうという帰結や、処罰されるべき/処罰されるべきではない犯罪が全く処罰されない（または検察官による公訴提起がなされない）/処罰されるという帰結を生じさせるおそれがあり、衡平性を欠くことになりかねない。

なお、2023 年改正刑法により、旧（準）強制性交等・わいせつ罪は不同意性交等・わいせつ罪へと再構成され、犯罪成否の基準が「暴行・脅迫」、「心神喪失・抗拒不能」から「不同意」へと改正されたが、この改正は従来の処罰範囲を変更するものではないことが立案担当者・立法者から示されており[9]、改正前刑法の刑法上の性犯罪の解釈を検討・分析することについては、現在もなお意義が存在する。

⑶若年者保護規定とカナダ法

犯罪の成否を判断するにあたって、一定の地位・関係性に着目する若年者保護規定として、監護者性交等・わいせつ罪、児童淫行罪（改正刑法における 8 号事由も含まれる）が存在するが、これらについて検討する際には、カナダ刑法上の若年者保護規定が大きな示唆を与えると考えられる。

カナダ刑法においては、まず、全ての者を被害者として把握する性犯罪として、被害者の同意が得られていない性的接触等を処罰する性的暴行罪が存在し、被害者が 16 歳未満の者（絶対的保護年齢）である場合については、性的接触等を広範に処罰する性的干渉罪・性的接触勧誘罪が存在する。そして、若年者（16 歳以上 18 歳未満の者）が被害者となる場合については、一定の列挙された立場（本稿では、これをまとめて優越的立場としている）にある者が性的接触等を行うことを処罰する性的搾取罪が規定されている。また、わが国においても 2023 年刑法改正において、旧（準）強制性交等・わいせつ罪から「不同意」を成立要件とする不同意性交等・わいせつ罪に改正されたことからすると、2023 年刑法改正は一定程度カナダ刑法の性犯罪処罰規定に近づく改正となったといえ、カナダ刑法に目を向ける

---

[7] 例えば、大阪地判令和 2 年 3 月 26 日 D1-Law.com28282586。
[8] さいたま地判平成 14 年 1 月 15 日 LLI/DB L05750279（埼玉）。
[9] 例えば、法務省ホームページ「性犯罪関係の法改正等　Q&A」（https://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00200.html　最終閲覧日 2023 年 12 月 1 日、以下同じ）Answer 4 を参照。

意義はより高まったと考えられる。

現在、児童淫行罪は二者関係型についても適用されているところ、裁判実務においては、被告人が親や親代わりの者、教師・スポーツ等の指導者といった一定の地位にあることによる影響力を及ぼした上でその子・生徒・教え子を相手として淫行に及んだ場合に児童淫行罪を成立させるケースが多く、犯罪成立にあたって被害児童と一定の地位・関係性にあることが重要な要素となっていると考えられ、また、監護者性交等・わいせつ罪も監護・被監護関係にある場合に成立するが、これは若年者に対して優越的立場にあることを成立要件とする性的搾取罪（カナダ）と類似していると考えられる。

また、性的搾取罪（カナダ）は、優越的立場を判断する際の判断要素が刑法で明示されているが、近時の下級審裁判例においてはさらに判断要素を追加することで、より若年者の保護を手厚くする傾向にあり、一定の地位・関係性に着目する若年者保護規定が将来的に進むかもしれない一つの方向性を示している。さらに、カナダでは判決文の中で、裁判所が具体的事案について優越的立場の有無を判断する際に、ある判断要素の中でどのような具体的事実関係が考慮されたのか、その判断要素が優越的立場を判断する上でどのような役割を果たしたのかといった優越的立場を判断する過程が比較的詳細に判示されており、わが国においても地位・関係性を判断する上で示唆を与えるものと考えられる。

⑷本稿の目標

本稿では、若年者を被害者とする性加害が行われた場合に、いかなる犯罪が成立するかを検討する。まずは、各若年者保護規定について、いかなる場合に犯罪が成立するかについて検討した後、それぞれの犯罪がどのように重なり合うかについて分析する。そして、重なり合う領域ではいかなる犯罪が適用される可能性があり、そのうちいずれの犯罪を優先的に成立させるべきかを視覚的に分かりやすいモデル図で提示することを目標とする。

第 2 章　被害者の年齢にかかわらず問題となる刑法上の「わいせつな行為」について

第 1 節　平成 29 年判決以前の「わいせつな行為」解釈の変遷

性犯罪において処罰対象となる行為は、強制性交等罪（177 条）における「性交、肛門性交又は口腔性交」と強制わいせつ罪（176 条）における「わいせつ[1]な行為」である。もっとも、前者はその意義が明確になっている。すなわち、「性交」とは膣内に陰茎を挿入し、または挿入させる行為、「肛門性交」とは肛門内に陰茎を挿入し、または挿入させる行為、「口腔性交」とは口腔内に陰茎を挿入し、または挿入させる行為である[2]。一方で、後者はその文言だけで直ちに意義を把握することはできず、「わいせつ」か否かで、暴行罪・脅迫罪・強要罪から分離されている。したがって、「わいせつな行為」の中身が明らかになれば、暴行罪等と強制わいせつ罪を分離することができ、性犯罪の行為の外延を画することが可能となると考えられる。

以下では、どのようにして強制わいせつ罪と暴行罪等とが分けられてきたのかという観点から、戦前（第 1 項）、戦後から最一小判昭和 45 年 1 月 29 日刑集 24 巻 1 号 1 頁（以下、「昭和 45 年判決」とする）以前まで（第 2 項）、昭和 45 年判決（第 3 項）、昭和 45 年判決から最大判平成 29 年 11 月 29 日（以下、「平成 29 年判決」とする）以前まで（第 4 項）、平成 29 年判決（第 2 節）に分けて、判例及び学説を検討していく。

第 1 項　戦前

１．裁判例

強制わいせつ罪の存否が問題となった戦前の判例としては、膣内に指を挿入する行為（大判大正 7 年 8 月 20 日刑録 24 輯 1203 頁・大判大正 14 年 12 月 10 日刑集 4 巻 743 頁）、陰部に左手を当てる行為（大判大正 13 年 10 月 22 日刑集 3 巻 749 頁）、公道を通行していた女性に抱きつき、抱きしめ、股間[3]に手を挿入する行為（大判昭和 8 年 9 月 11 日法律新聞 3615 号 11 頁）がある。大審院は、これらの事例について「わいせつな行為」の意義を示すことなく、これらの行為が「わいせつな行為」であることを端的に認め、強制わいせつ罪を成立させている。

これについて、膣内に指を挿入する行為、陰部に左手を当てる行為、股間に手を挿入する行為につき、「わいせつな行為」の意義を示すことなく直ちに「わいせつな行為」と判断した点については、これらの行為は性器が関係しており、一般人の視点からみて疑う余地もないほど「わいせつ」であるという考慮が働いたものと考えられるが、一方で、抱きつき、または抱きしめる行為については必ずしも「わいせつな行為」とはいえないため、「わいせつ

---

1 特段の事情がない限り、「わいせつ」は平仮名で表記する。

2 松田哲也＝今井將人「刑法の一部を改正する法律について」曹時 69 巻 11 号（2017 年）228 頁以下。

3 原文では「〇間」と伏字となっている。

な行為」の意義を示さず、これらの行為を直ちに「わいせつな行為」としたのは問題があると考えられる[4]。

２．学説[5]

1882 年に制定された旧刑法では、公然わいせつ罪やわいせつ物陳列等罪については賭博罪や富くじ販売等罪、礼拝所妨害罪と共に「風俗に対する罪」として規定されている一方で性犯罪は「猥褻姦淫重婚の罪」のうちの犯罪として、「身体財産に対する重罪軽罪」のうちの「身体に対する罪」の中に位置づけられていることから、旧刑法は性犯罪を個人的法益に対する罪と解していたと考えられる。しかし、この当時の学説[6]は、交接を目的とする強姦罪と陰陽に関係する背徳的な行為そのものを目的とする[7]強制わいせつ罪を別異に扱った上で、さらに、強制わいせつ罪におけるわいせつな行為の意義を「淫事（吾人異性間の結合、鶏姦、獣姦、手淫等）に関し見るに堪えざる醜行を総称する」[8]行為であると規定することで、強制わいせつ罪を公然わいせつ罪と接近させて理解していた。このことから、この時期の学説は、身体に対する罪という刑法上の建前とは逆に学説上は社会的法益に対する罪とするような解釈がなされていたものと考えられる。

その後 1908 年に施行された現行刑法は、性に関する犯罪を全て「わいせつ、強制性交等及び重婚の罪」の中に位置付けており、その条文の位置から社会的法益に対する罪と解したものと考えられるが、このような解釈は旧刑法における学説の解釈が関係した可能性が考えられる。

現行刑法が制定された直後の学説[9]の中には「本章の罪は色情に関する社会の風儀を害する罪なりといえども強制わいせつ罪・強姦罪…は、また性交上の自由…を侵害し一面個人の法益を害するもの」と、この章全体の保護法益を社会的法益とした上で、強制わいせつ罪におけるわいせつの行為を「行為者自ずから淫慾を刺激し又は満足せしむる意思を要せず、第

---

4 同旨の批判として、植松正「猥褻の概念」『総合判例研究叢書 刑法⑲』（有斐閣、1963 年）3 頁以下。

5 旧刑法期の刑法学説について詳述するものとして、嶋谷貴之「旧刑法期における性犯罪規定の立法・判例・解釈論」刑ジャ 45 号（2015 年）129 頁以下。旧刑法期から昭和 45 年判決以前までの刑法学説について詳述するものとして、成瀬幸典「『性的自由に対する罪』に関する基礎的考察」斎藤豊治＝青井秀夫編「セクシュアリティと法」（東北大学出版会、2006 年）251 頁以下、同「強制わいせつ罪に関する一考察（上）―その主観的要件を中心に―」法学 80 巻 5 号（2016 年）1 頁以下。

6 江木衷『現行刑法原論 巻之 3　再版』（東京法学院、1894 年）、勝本勘三郎『刑法析義 各論之部 下巻』（明治法律學校出版部講法會、1900 年）。

7 江木・前掲注(7)165 頁は、強制わいせつ罪の成立につき、行為者の性的意図は不要であると述べているが、これは、強制わいせつ罪は行為そのものが目的であると解していたからであると考えられる。

8 文献を引用する際には、適宜カタカナを平仮名に直し、最小限の仮名遣いを修正し、濁点・句点を付加している。

9 神谷健夫＝神原甚造『刑法詳論』（清水書店、1913 年）805 頁以下。

三者をして淫慾を挑発し又は満足せしむる意思をもって婦女を捕らえその裳裾を捲り上ぐるが如きもまた本罪を構成す」と述べ、現行法の条文の位置に忠実に、強制わいせつ罪の保護法益も公然わいせつ罪などと同様に、社会的法益と解する見解も存在した。

一方で、「元来人は自己の意思によって活動する自由を有しており、男女の交際すなわち性交に関しても同様であるところ、この自由が侵害される場合に性交の自由を侵害する犯罪が成立することになる。男女の性交それ自体は風俗を害する行為ではなく、猥褻の行為ということができない」と述べて、強姦罪および強制わいせつ罪については性交の自由を害する罪であると述べた学説もある[10]。かかる学説は「わいせつな行為」の意義について「客観的にこれを言えば淫事に関し風紀を紊る行為、すなわち羞恥の感覚を惹起する行為をいい、主観的にこれを言えば行為者が淫慾を起こし、もしくはこれを満足せしむるために行う行為をいう。」と述べ、第三者の性的意図をもって強制わいせつ罪を成立させるべきとする学説を批判している。

このように、現行刑法はその条文の位置から性犯罪の社会的法益としての側面を強めたにもかかわらず、学説上はその保護法益を個人的法益とする見解も有力であった。

第 2 項　戦後から昭和 45 年判決以前

１．裁判例

本項では「わいせつな行為」が問題となった事例を年代順に検討することで、「わいせつな行為」がどのように整備されたのかについて検討を試みる[11]。

⑴　〔事例①〕東京高判昭和 27 年 5 月 8 日高刑判決特報 34 号 5 頁

【事実の概要】

被告人は「ちょっと話したい事があるから来てくれ」と欺き、手をひっぱって少女（16 歳）を甲寺付近に連れ込み、同女のパンツの中に手を入れて左手指で陰部をもてあそび、更に背後から同女を抱きしめ陰部に自己の陰部を強く押し当てた。

【判旨】

「原判決においては、前示のように、被告人が、午後 10 時半頃の夜間、屋外の路上において、当 16 年の少女に対し、手を引張つて附近に連れ込んだ上、同女の意思に反して、そのパンツの中に手をつつ込み、指でその陰部を弄び、更に、背後から同女を抱きしめ、その陰部に自己の陰部を強く押し当てた旨を判示しているのであつて、被告人のこのような行為は、まさに、右少女に対する暴行々為であると同時に、それ自体が、猥褻の行為である場合

---

10 大場茂馬『刑法各論 上巻』（巌松堂、1911 年）341 頁以下。ただし、その罪質として社会の風俗に対する罪であることを排斥してはおらず、その保護法益として社会的法益も認められることも首肯している。

11 基本的な方針は小棚木公貴「判批」北大法学 69 巻 3 号 175 頁以下と同じであるが、年代別に検討せずバラバラに検討したのは失当であったと考えている。このため、後述する大阪高判昭和 29 年 11 月 30 日の解釈が特に大きく変更されている。

に該当するものであるというべきであるから、…原判決が、右判示事実に対し、刑法第 176 条を適用したことは正当であ」る。

【検討】

本事例は、暴行または脅迫によってわいせつな行為をしたという事実認定がないにもかかわらず原判決が 176 条を適用したのは違法であると主張する被告人の控訴に対して、強制わいせつ罪の手段たる暴行自体がわいせつ行為と認められるような場合も強制わいせつ罪における「暴行を以て猥褻の行為をする」に含まれると判示した事例であるところ、「わいせつな行為」の意義を示すことなく、当然に「わいせつな行為」であることを認めている。

⑵ 〔事例②〕大阪高判昭和 29 年 11 月 30 日高刑裁判特報 1 巻 12 号 584 頁

【事実の概要】

被告人 X・Y は酒を飲み街道を歩いていたところ、なじみのある女給の A（当時 22 歳）に出会った。X が A をからかっているとうどん屋を営む B 方に同女が逃げこんだので Y と 2 人で後から A を追って入った。X は A の肩に手をかける等していたが、酒の勢いで A に抱きついたら A が仰向けに倒れたので X は A の上に乗りかかる格好となり、Y も X の背後に接着して A の上に乗りかかった。X・Y の行為が A の意思に反していたことは証拠によって明らかになっている。

【判旨】

「刑法第 174 条乃至第 176 条にいわゆる猥褻とは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をいう（昭和 27 年 4 月 1 日最高裁判所第三小法廷判決）のであるが、…仰向けに倒れている女子の上に 2 人の男子が前後に相接着して馬乗りになるという行為自体は、普通の性的行為を実行する体勢ではなく、また直ちに性的行為を連想せしめる行為でもない…。目撃証人 B、C の両名も「ほたえている」〔筆者注：ふざけているの意味〕と思つたと供述している程度である。以上説明のような事情の下における被告人等の行為は飲酒酩酊の上予てから馴染の間柄である被害者 A に一方的に悪ふざけをしたにすぎないものと認められ、いまだ猥褻行為であると断ずる程度に達しないものと認めるのが相当である。従つて本件事案の証明の程度では強制猥褻または公然猥褻のいずれの罪にも該当しないものというべきである。しかしながら…被告人両名が…仰向けに倒れた A の上に乗りかかかった行為は…刑法上の暴行罪を構成するに足るものといわなければならない。」

【検討】

本裁判例は、――管見の限りではあるが――強制わいせつ罪における「わいせつな行為」の意義をはじめて明らかにした裁判例である。この裁判例は直近のわいせつ物頒布等罪（175 条）における最高裁判決と密接な関連性が認められる。すなわち、戦後まもなく、最高裁（最判昭和 26 年 5 月 10 日刑集 5 巻 6 号 1026 頁）は「好色話の泉」、「其の夜我慾情す」、「変態女の秘戯」、「処女の門、十七の扉ひらかる」という記事を掲載した新聞がわいせ

つ物頒布等罪（175 条）に当たるか否かを判断するにあたり、「その記事はいずれも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ものと認められるから、…刑法 175 条所定の猥褻文書」に該当するとして、わいせつ物頒布等罪の成立を認めており、その後、最高裁（最判昭和 27 年 4 月 1 日刑集 6 巻 4 号 573 頁）は、この判例を引用し、「刑法 175 条にいわゆる『猥褻』とは徒らに性慾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をいう」と判示しているのである。

以上の最高裁判決は、わいせつ物頒布等罪における「わいせつ」について判示した判決であるところ、本裁判例は、175 条における「わいせつ」の概念を、公然わいせつ罪（174 条）の「わいせつ」にも強制わいせつ罪（176 条）における「わいせつ」にも適用させることで「わいせつ」を統一的に解している。したがって、本裁判例は「わいせつ」を「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」と定義した上で、2 人の男性が女性の上に折り重なるように乗りかかった行為は客観的状況からみて「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」とはいえないとして強制わいせつ罪の成立を否定したものと考えられる。

もっとも、わいせつ物頒布等罪における「わいせつ」の意義について判示した判例をそのまま強制わいせつ罪の「わいせつ」にも適用したことには弊害が認められる。わいせつ物頒布等罪における「わいせつ」の意義中の「徒らに性慾を興奮又は刺戟せしめ」る主体は書物等であり、客体はその書物等を読む読者等である。しかし、この「わいせつ」の意義をそのまま強制わいせつ罪の「わいせつ」に適用すると、「徒らに性慾を興奮又は刺戟せしめ」の主体は行為者が行った行為であるところ、その客体が誰にあたるのか必ずしも明らかではない。このように本裁判例は、「わいせつ」の意義を統一的に判断するという解釈を示した点でその意義を認めることができるが、わいせつ物頒布等罪が一般に流通させることを目的とした書物等をして不特定多数の人に「わいせつ」な情報を与えさせる罪であるのに対して、強制わいせつ罪が特定の人が特定の人に「わいせつな行為」をする罪であるという差異を考慮せず、安易にそのまま適用したことによって、かえってその意義が不明瞭になっているといえる。

⑶ 〔事例③〕高松高判昭和 33 年 2 月 24 日高刑裁判特報 5 巻 2 号 57 頁

【事実の概要】

被告人は、路上で道を尋ねるようなふうを装い 13 歳の女児 A を呼び止め、接吻しようとして不意に A の両肩に抱きついたが、助けを求められたためその目的を遂げなかった。当該行為につき強制わいせつ未遂罪を成立させた原判決に対し、被告人は、当該行為は強制わいせつ未遂と認めがたいなどと主張し控訴した。

【判旨】

「男女間における接吻は性欲と関連を有する場合が多く、時と場合即ちその時の当事者の

意思感情や行動状況環境等により一般の風俗性的道徳感情に反し猥褻な行為と認められることがあり得る。人通りの少い所や夜間暗所で通行中の若い婦女子にその同意を得られる事情もないのに強いて接吻を為すが如きは、親子兄妹或は子供どうし等が肉身的愛情の発露や友情として為すような場合とは異り、性的満足を得る目的をもつて為したものと解せざるを得ず、かかる状況下になされる接吻は猥褻性を具有するに至るものといわなければならない。証拠によれば…被告人が…路上に於て、英語の勉強に行つての帰途にあつた見知らぬ二人連れの女子中学生を認めるや、その中の一女子に強いて接吻をしようと考え、A（当時 13 年）に対し道をたずねるような風を装うて呼び止め、不意に同女の両肩に抱きついたが同女及び共に歩いていた B（今一人の女子中学生）に大声で救を求められた為その目的を遂げなかつたという事案であるから、かような状況下における接吻は前説示に照し十分猥褻性を具有するものであり従つて強制猥褻未遂罪の成立を否定することはできない。」

【検討】

本裁判例は、接吻が「わいせつな行為」に当たるか否かを判断するにあたり、「わいせつな行為」の意義を明らかにはしていないものの、接吻にもわいせつな行為に当たる場合とわいせつな行為に当たらない場合を明示し、接吻が「わいせつな行為」と判断される際の判断基盤を示した上で、「人通りの少い所や夜間暗所で通行中の若い婦女子にその同意を得られる事情もないのに強いて接吻を為す」ような客観的状況が認められれば行為者の性的意図が推認され、その推認によって行為がわいせつ性を具備していることが認められると判示している。したがって、本事例は被告人の行為が「わいせつな行為」に該当するか否かを判断する要素として被告人の性的意図が考慮されているものの、被告人の性的意図は行為の客観的状況から推認可能であったため、この推認に基づいて性的意図が認定されている事例であったと考えられる。

⑷ 〔事例④〕名古屋高金沢支判昭和 36 年 5 月 2 日下集 3 巻 5=6 号 399 頁

【事案の概要】

被告人は飲食店甲において飲酒中、A 女に接吻しようと考え、背後から抱きつき接吻しようとして拒否されるや、A 女の膝に馬乗りとなって抱きつき、片手でその陰部をスカートの上から強く押し撫でた。

【判旨】

「刑法第 176 条にいわゆる『猥せつ』とは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をいうものと解すべきところ、…単なる飲食店の経営者と客という間柄にすぎない…A に対し、白昼他に客の居ないのを奇貨としていきなり背後から抱きつき同女に接吻しようとしたもので、…同女がこれを承諾すべきことを予期しうる事情は少しもないのに、専ら自己の性的満足を得る目的で相手方の感情を無視し、暴力を用いて強いて接吻を求めたものであるから、かような情況の下になされる接吻は、親子、兄妹、或は相思相愛の者同志が愛情の発露や友情としてなされる

場合と異なり、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り、さらに、原判示の如く、被告人が同女の膝に馬乗りとなつて抱きつき、その陰部をスカートの上から強く押し撫でた行為も、…単なる酔客の悪ふざけと見られる程度のものと同視することはできないから、結局被告人の右一連の行為は刑法第 176 条にいわゆる『猥せつの行為』に該ることは叙上の説明により明白といわなければならない。」（なお、X は A に接吻を拒否された際に A を殴打し、これによって A は傷害を負ったため、結果としてわいせつ致傷罪（181 条）を成立させている。）

【検討】

本裁判例はわいせつ物頒布等罪の最高裁判例（前記最判昭和 26 年 5 月 10 日）を引用していないものの、〔事例①〕と同様に「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」行為を「わいせつな行為」と解しており、その内容は同じである。もっとも、「専ら自己の性的満足を得る目的で…かような情況の下になされる接吻は、…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」という判旨中の文言をみると、「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ」る客体を行為者とした上で、言い換えると行為者が自らを「徒に性欲を興奮又は刺戟」させた上で、その行為が「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」ことを要求しているように思われる。このように「わいせつ」の意義を強制わいせつ罪の罪質に適合するように修正し、「専ら自己の性的満足を得る目的」の必要性を「わいせつな行為」の意義に引き付けて示した点には本裁判例の意義が認められると考えられる。

⑸ 〔事例⑤〕大阪高判昭和 41 年 9 月 7 日判タ 199 号 187 頁

【事実の概要】

被告人は、洋酒喫茶店の女性店員（22 歳）に強いて接吻しようとし、やにわに右手で同女の首を巻き、左手であご辺を押さえて一回接吻し、なお抵抗する同女の顔面を平手で殴りつけてさらに一回接吻し、二階へ逃げた同女を強いて呼び戻させ、ふるえている同女の右耳をつかんで引きよせざまその身体を自己の両脚にはさみ込み、両手で顔を押えたうえなおも一回接吻し、たまらず逃げ出して泣いている同女に追いついて「もう一ぺんしたろうか」というやいなや手拳で同女の顔面を一回殴りつけて転倒させ、同女に対し加療三日間を要する顔面打撲傷を負わせた。強制わいせつ致傷罪を成立させた原判決に対し、被告人は接吻が頬やあごに行われたこと、および接吻が行われた場所がバーまたはキャバレー風の店内であることを主張し、被告人の接吻は強制わいせつ罪に該当しないとして控訴した。

【判旨】

「一般に猥褻とは『徒らに性欲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』ことをいうのであるが（昭和 26 年 5 月 10 日最高裁判決）、元来接吻は、性愛、友情、尊敬、挨拶を表現するものとして唇を相手方の唇、顔、手に接触させる行為とされ、口唇は催情感帯の一つであるから、これに対する接吻は性愛表示

を伴いがちである。しかし接吻一般にしても性愛表示を伴う接吻にしても、それだけが直ちに猥褻という観念にあてはまるというわけのものではなく、それが猥褻とされるには、それがなされた時、場所、その姿勢、態様および周囲の状況、雰囲気等はもとより、当時の風俗、習慣、社会感情等を考慮にいれて、これが前記の猥褻の要素を備えているかどうかによつて判断さるべきである。」

本件事案において証拠を総合すると、「本件の接吻は婦女の口唇になされたものであり、それが単に女の『あごの下』又は『頬』になされたとする所論は採用し難い。しかも・・・性愛接吻の形態に属するものとみるのが至当であり、これを友愛、尊敬、または単なる挨拶のための接吻とみることができないことはいうまでもない。被告人も接吻の動機について『女をからかうため』または『俗にいう助平根生が出た』と供述しているのである・・・。」「かかる情況下における接吻が徒に性慾を刺激、興奮させ、正常な性的羞恥心を害するものであり、かつ一般の風俗、感情の許容しない善良な性的道義観念に反するものであることは論をまたないところで、原判決がこれを猥褻行為と判断したことは相当であり、所論はとるをえない。」

【検討】

本事例も接吻の事例であり、「わいせつな行為」の意義につき〔事例③〕〔事例④〕と同じ意義を提示している。また、行為の具体的状況を考慮して接吻が「わいせつな行為」に該当するか否かを判断している点は、〔事例③〕と同様である。しかし、本事例においては行為の客観的状況だけではなく、接吻の動機について述べた供述という、客観的状況以外の事情をも検討することで、被告人の性的意図を認定しており、この点は〔事例③〕と大きく異なる。このように、被告人の行為の客観的状況のみから性的意図を推認しなかった根拠として、洋酒喫茶店という盛り場で接吻がなされている本事例は、路上で突然接吻しようとした〔事例②〕と比べて、客観的状況からのみでは被告人に単なるいたずらなどといった性的意図以外の他の意図が存在する可能性を排除できないため、被告人の性的意図を行為の客観的状況のみから推認することは困難であるという考慮が働いたと考えられる。このように、本事例は、行為の客観的状況のみからでは「わいせつな行為」該当性を判断できなかったため、それ以外の事情をも考慮して被告人の性的意図の有無を検討した事例であると考えられる。

「わいせつな行為」か否かを判断する上で行為者の性的意図が考慮されている別の事例としては、東京高判昭和 29 年 5 月 29 日高刑判決特報 40 号 138 頁が挙げられる。本事案は、写真撮影業を営む被告人が被害者の意思に反して、被害者を裸体にさせてその写真を撮影し、または、被害者の陰部を左右に開かせた上でその写真を撮影し、あるいは、被害者の陰部を手指で弄んだという事例であるところ、裁判所は「わいせつな行為」の意義および「わいせつな行為」の判断基盤を示してはいないものの、「性慾の刺戟興奮のため」各行為に及んだことを認定した上で、被告人の行為が「わいせつな行為」にあたると述べており、行為者の性的意図が「わいせつな行為」を判断する上での考慮要素の 1 つとなっていると考えられる。

⑹ 小括

以上まとめると、〔事例①〕では「わいせつの意義」も「わいせつな行為」の判断基盤も示されなかったものの、〔事例②〕では「わいせつな行為」の意義が示され、〔事例③〕では「わいせつな行為」の意義は示されなかったものの「わいせつな行為」の判断基盤が示され、その判断基盤の中に行為者の性的意図が位置付けられるようになった。そして〔事例④〕では行為者の性的意図が「わいせつな行為」の意義に引き付ける形で位置付けられ、〔事例⑤〕では「わいせつな行為」の意義を示しつつ、「わいせつな行為」の判断基盤の中に性的意図を含めている。戦前の裁判例には、「わいせつ」の意義について示した判例は管見の限り存在しなかったところ、以上のように、「わいせつ」に関する裁判例の蓄積に伴って徐々に「わいせつな行為」の中身が整備されてきたと考えられる。

２．学説

前掲最判昭和 26 年 5 月 10 日が、わいせつ物頒布等罪における「わいせつ」を「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もの」と定義したことに対応し、学説上も「わいせつな行為」について、この定義を基礎とした意義が主張されるようになった。すなわち、「わいせつな行為」の意義は、「性慾を興奮又は満足せしめる意図をもってなされた行為であって、人に性的な羞恥嫌悪の情を生ぜしめるに足る行為」であると定義されたのである[12]。

しかし、学説は「わいせつな行為」といえるためには、「性慾を興奮又は満足せしめ」る主観的な性的意図と、客観的に「人に性的な羞恥嫌悪の情を生ぜしめるに足る」ことの両方が必要であり、「主観的・客観的の要件のいずれかを欠く場合には猥褻行為とはいえない」ため[13]、「他人の性器を取扱っても、単なる暴行の目的にすぎぬ時には、猥褻行為ではない」と論じている[14]。これは、性的意図を少なくとも考慮要素の 1 つとして位置付けている裁判例とは異なっている。また、学説は性的意図の意義について、行為者自らのためであるか、行為の客体たる相手方のため又は第三者のためであるかは問わない、と解している点が注目される。これは、「徒らに性慾を興奮又は刺戟せしめ」の客体を行為者、相手方あるいは第三者としたものであると考えられるが、「徒らに性慾を興奮又は刺戟せしめ」の客体を行為者のみに限定した裁判例とは異なって解釈している。性的意図の主体に相手方および第三者を含めた背景には、強制わいせつ罪の本質を風俗犯罪・社会的法益に対する罪であるとしていた従前の学説の残滓があったためと考えられる[15]。

---

12 瀧川春雄＝竹内正『刑法各論講義』（有斐閣、1965 年）91 頁以下。同様のものとして、宮内裕『新訂刑法各論講義』（有信堂、1962 年）211 頁以下、熊倉武『日本刑法各論（上巻)』（法律文化社、1960 年）269 頁以下。

13 前掲注(12)瀧川＝竹内 91 頁。

14 前掲注(12)宮内 211 頁。

15 前掲注(12)の論者も、強制わいせつ罪が個人的法益に対する罪である点を強調するが、

第 3 項　昭和 45 年判決

強制わいせつ罪と暴行罪等を分ける分水嶺を「わいせつな行為」の意義ではなく、行為者の性的意図に求めたのが昭和 45 年判決であった。

１．昭和 45 年判決[16]の概要

【事実の概要】

被告人は、内妻 A が B（当時 23 歳）の手引きにより逃げたものと信じ、これを詰問すべく自室に B を呼び出し、A と共に B に対し「よくも俺を騙したな、俺は…何もかも捨ててあんたに仕返しに来た。硫酸もある。お前の顔に硫酸をかければ醜くなる。」と申し向ける等して約 2 時間にわたり B を脅迫し、B が許しを請うのに対し、B の裸体写真を撮ってその仕返しをしようと考え、「5 分間裸で立っておれ。」と申し向け、畏怖している B を裸体にさせてこれを写真撮影した。

第一審判決（釧路地判昭和 42 年 7 月 7 日刑集 24 巻 1 号 12 頁参照）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を認め、原判決（札幌高判昭和 42 年 12 月 26 日刑集 24 巻 1 号 14 頁参照）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な行為に該当することはいうまでもない」として「被告人に、その性欲を刺戟興奮させる意図が全くなかつ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つたとしても本罪が成立する」と判示して第一審判決の判断を支持した。

【判旨】

「職権により調査するに、刑法 176 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し、婦女を脅迫し裸にして撮影する行為であつても、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

社会的法益に対する罪であることを完全に排斥してはいないと考えられる。

16 同判決の評釈・解説として、植松正「判批」ひろば 23 巻 6 号（1970 年）41 頁以下、木村栄作「判批」警論 23 巻 8 号（1970 年）132 頁以下、岡野光雄「判批」早稲田社会科学研究 8 号（1970 年）159 頁以下、時国康夫「判解」最判解刑事昭和 45 年度（1971 年）1 頁以下、平野龍一「判批」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集第 32 巻第 33 巻』（有斐閣、1987 年）1 頁以下、佐伯仁志「強制猥褻罪における猥褻概念」判タ 708 号（1989 年）63 頁以下、匿名解説・捜研 448 号（1989 年）81 頁以下、室井和弘「判批」研修 609 号（1999 年）65 頁以下、西原春夫「判批」別ジュリ 83 号（1984 年）36 頁以下、大野平吉「判批」別ジュリ 117 号（1992 年）32 頁以下、橋爪隆「判批」別ジュリ 143 号（1997 年）30 頁以下、小田直樹「判批」別ジュリ 167 号（2003 年）28 頁以下、丹羽正夫「判批」別ジュリ 190 号（2008 年）32 頁以下、伊藤亮吉「判批」別ジュリ 221 号（2014 年）30 頁以下。

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 176 条の解釈適用を誤つたものである。」「もつとも、年若い婦女…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、自己の内妻と共同してその面前で他の婦女を裸体にし、単にその立つているところを写真に撮影し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、…原判決は、本件被告人に報復の手段とする意図のほかに、性欲を刺戟興奮させる意図の存した事実を認定したものでないこと明らかである。」「第一審判決の確定した事実は強制わいせつ罪にはあたらないとしても、所要の訴訟手続を踏めば他の罪に問い得ることも考えられ、また原判決の示唆するごとく、もし被告人に前記性的意図の存したことが証明されれば、被告人を強制わいせつ罪によつて処断することもできる次第であるから、さらにこれらの点につき審理させるため…本件を原裁判所に差し戻すべきものとする。」と判示した。なお、同判決には原判決の判断を相当とする 2 名の反対意見がある。

【検討】

昭和 45 年判決は強制わいせつ罪の成立要件として一律に行為者の性的意図を要求しているが、その理論的根拠を示していないため、昭和 45 年判決のみから理論的根拠を特定することは困難である。

２．昭和 45 年判決に対する学説の評価

昭和 45 年判決に対して学説は、昭和 45 年判決に賛同し、強制わいせつ罪の成立要件として一律に性的意図を要求する見解（以下、「一律必要説」とする）のほか、「わいせつな行為」該当性判断の考慮要素の一つとして性的意図が必要であると解する見解（以下、「一部必要説」とする[17]）、および性的意図は全く不要であると解する見解（以下、「不要説」とする）に分かれた。

⑴ 一律必要説

一律必要説は、強制わいせつ罪が傾向犯であることを挙げ、強制わいせつ罪の成立要件として性的意図が必要であることを主張する。

行為に違法性を与え、または行為の違法性を強める主観的要素を主観的違法要素といい、これが定型的に構成要件に取り込まれたものを主観的構成要件要素というが、このとき、行

[17] 丹羽・前掲注(16)33 頁は、早くから一部必要説を「行為者の性的意図を考慮する立場」と表現し一律必要説と別異に扱っている点で注目される。

為者の主観的傾向が主観的違法要素として主観的構成要件要素を構成するような犯罪については講学上、「傾向犯」と定義されることがある[18]。このような理解を前提とすると、純客観的には同一の行為であっても、性的意図のもとで行われた場合には違法性を帯び、診察や治療の目的で行われた場合には違法性を帯びないとすることで、強制わいせつ罪は傾向犯であると解釈することが可能である。そして、性的意図のもとで行われた場合にのみ違法性を帯びるのであるから、強制わいせつ罪の成立には主観的構成要件要素として一律に性的意図が必要であると主張するのである[19・20]。

なお、昭和 45 年判決の調査官解説が「強制わいせつ罪を目的犯とみ…るとの説や、同罪を傾向犯と…説く説がおおむねの学説である。本判決の多数意見は、強制わいせつ罪を目的犯とみるか、傾向犯とみるかにつき、明示してはいないが、…通説を妥当のものとみる立場に立っているものと解せられる。」[21]と論じていることや、昭和 45 年判決における入江裁判官の反対意見が、「多数意見は、本条の罪を目的犯のごとく解するようであり…」と論じていることもあり、昭和 45 年判決は強制わいせつ罪を傾向犯（あるいは目的犯[22]）と解したものであると評価する見解も存在する[23]。しかし、先述したように昭和 45 年判決は必要説の理論的根拠を明示しておらず、また、調査官解説および入江裁判官の反対意見も昭和 45 年判決は強制わいせつ罪を傾向犯とみた場合と結論は異ならないと指摘しているにとどまると考えられることから、強制わいせつ罪を傾向犯と解したことが昭和 45 年判決の背景にあるかは不明である。

なお、第 2 節第 2 項で示した昭和 45 年判決以前の学説も強制わいせつ罪の成立要件として性的意図が一律に必要であると解しているが、性的意図の意義については、行為者自らのためであるか、行為の客体たる相手方のため又は第三者のためであるかは問わない、としており、性的意図の意義が異なることから本稿では別異に扱う。

⑵　一部必要説

一部必要説は、「わいせつな行為」該当性について客観面のみからでは判断が困難な場合には性的意図が必要であるが、客観面のみから明白に判断できる場合には不要であるとすることで、性的意図を「わいせつな行為」該当性判断の考慮要素の一つと位置付ける学説である。例えば、西原春夫は、「強制猥褻罪における主観的違法要素は…法益侵害性を決定する要素として理解すべきである。」「行為者に猥褻の目的あるいは内心傾向があることが被

---

18 団藤重光『刑法綱要総論（第 3 版）』（創文社、1990 年）132 頁以下。
19 木村亀二編『体系刑法事典』（青林書院新社、1969 年）103 頁〔福田平〕。
20 昭和 45 年判決の評釈・解説のうち、強制わいせつ罪を傾向犯と解し一律必要説を主張するものとしては、岡野・前掲注(12)163 頁以下がある。
21 時国・前掲注(16)5 頁。
22 目的犯における目的も主観的構成要件要素における主観的違法要素であって問題状況が傾向犯とほとんど異ならないため、本稿では強制わいせつ罪を目的犯と解する主張を傾向犯と解する主張の中に含める。
23 成瀬・後掲注(5)23 頁。

害者にとって明らかな場合には、たとい診断・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…性的自由の侵害が考えられる」ため、性的意図は必要であるが、「もし猥褻の目的あるいは内心傾向があるとしたら当然性的自由の侵害が考えられるような外部的行為の行われた事例においては、そのような目的あるいは内心傾向がない場合にもそのないことが被害者に明らかでない限り法益侵害性は失われないことにな」ると述べ[24]、性的意図がなくとも強制わいせつ罪が成立する余地があると主張している[25]。さらに植松正は、行為の外形からみて明らかに性的と認められる場合には、主観的要件を考慮するまでもなく同罪を構成するが、主観を考慮することによって初めて性的色彩の明白になるものもあり、後者の場合において性的意図が存在しない場合には本罪が成立しない、と主張しており、客観面から「わいせつな行為」該当性が明白な場合には、性的意図は不要であるという考え方を徹底させている[26]。

⑶ 不要説

不要説は、強制わいせつ罪の保護法益が個人の性的自由であることを前提に、客観的に性的自由が侵害されれば性的意図の有無にかかわらず保護法益の侵害が認められるため、強制わいせつ罪が成立すると論じる学説である。この点について、昭和 45 年判決における第一審判決・原判決も強制わいせつ罪の保護法益が被害者の性的自由であることを前提に、行為者に性的意図以外の他の目的があったとしても被害者の性的自由の侵害が認められればわいせつの行為に該当し、強制わいせつ罪が成立すると明示していることから、第一審判決・原判決は不要説に立つものであると理解されている[27]。例えば、原判決の判断は相当であるとする平野龍一は、「強制わいせつ罪は、わいせつな気持を持つことを処罰する風俗犯ではなく、被害者の性的自由を保護するものである。したがって、被害者が性的自由を侵害されたと思うような行為がなされたかどうかだけが問題で、故意としてもこのことを認識していれば足りるはずである。」「傾向犯のような主観的違法要素を認めることに対し、このような主観的要素は客観的要素のほかに、これにプラスして要求されるのであるから、不当ではないという見解がある。…しかし、必ずしもそうともいいきれない。…客観的な要素を十分検討せずそれだけでは必ずしも犯罪ではないものが、主観的意図の存在によって犯罪になりかねないところに、主観的要素の問題性がある。」と主張し[28]、強制わいせつ罪が傾向犯であることを否定しつつ不要説を支持している[29]。

---

[24] 西原・前掲注(16)37 頁。
[25] 他に、一部必要説を支持する見解としては小田・前掲注(16)29 頁、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」法時 88 巻 11 号（2016 年）60 頁以下。
[26] 植松・前掲注(16)44 頁。
[27] 西原・前掲注(16)36 頁。
[28] 平野・前掲注(16) 3 頁以下。
[29] 他に、不要説を支持する見解としては丹羽・前掲注(16)33 頁、橋爪・前掲注(16)31 頁、佐伯・前掲注(16)66 頁がある。

３．昭和 45 年判決の分析

昭和 45 年判決が一律必要説に沿って判示した根拠について分析を試みる。まず、前項で説明したように昭和 45 年判決以前の裁判例が「わいせつな行為」に該当するか否かを判断する考慮要素の一つとして被告人の性的意図を検討していたことに鑑みると、昭和 45 年判決は強制わいせつ罪を傾向犯と解したものではなく、「わいせつな行為」の存否の考慮要素として性的意図を一律に必要と解釈していたのではないかと推測される。

ここで問題となるのは、性的意図を「わいせつな行為」該当性判断の考慮要素に置きつつ、最高裁が一律必要説に立った根拠である。これに対しては、「わいせつな行為」とは性的意図のもとに行われた行為であり、そうでない場合は「わいせつな行為」とはいえないというように、性的意図の有無で「わいせつな行為」該当性の有無を振り分けると、強制わいせつ罪の成立範囲を明確にすることができ、実務上も性的意図がないことを理由に容易に医療行為、乳幼児への養育行為、身体障碍者への介護行為、懲戒行為などを強制わいせつ罪から除外して妥当な結論を導き出すことが可能となることから、このような効果をねらったものであると考えられる[30]。

もっとも、昭和 45 年判決の事案は特殊な事案であったと考えられる。昭和 45 年判決の調査官解説は「被害者の性に関係ある身体部分に対する接触行為は勿論、被害者を裸にして眺め、ないしは、写真を撮る行為も、特段の事情のない限り、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、外形行為自身から推認されるのであり、この推認がなされうる場合には、強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が、性的意図のもとに行われることを要するか否かという…対立は顕在化しないと考えられる。」[31]と述べている。これを検討すると、〔事例①〕、〔事例③〕、〔事例④〕のように行為の客観面のみを考慮要素としても「わいせつな行為」該当性を評価することができると判断された事例については、一律必要説あるいは一部必要説に基づくと行為の客観面から行為者の性的意図を推認することで「わいせつな行為」該当性を認めることができる一方で、不要説からも行為者の客観面から直接「わいせつな行為」該当性を認めることができるため、性的意図の要否の問題は顕在化しないが、〔事例①〕、〔事例③〕、〔事例④〕のように行為の客観面のみでは「わいせつな行為」該当性を評価できないと判断された場合には、性的意図の要否の問題が顕在化するといえよう。

以上を踏まえて昭和 45 年判決の事例を再度確認すると、この事例は被告人が内妻の面前で報復の手段として被害者を脅迫して裸体にさせ、撮影したというケースであった。このとき、全裸の写真を撮影するという行為には、例えば親が子供の成長記録を撮影するなど、その状況によっては「わいせつな行為」とはいえない場合もあることから、全裸の写真を撮影

---

[30] 馬渡・後掲注(54) 82 頁、深町晋也「性犯罪から学ぶ刑法」法セ 759 号（2018 年）33 頁。

[31] 時国・前掲注(16) 6 頁。

する行為そのものから直ちにわいせつ性を認めることはできない。

また、昭和 45 年判決においては「自己の内妻と共同してその面前で他の婦女を裸体にし、単にその立つているところを写真に撮影し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。」と指摘されていることから、被害者の身体に直接触れておらず、また内妻の面前で撮影されているという本事案に特徴的な事情を考慮した結果、裸体の写真を撮るという行為について、なお客観的事情のみから「わいせつな行為」該当性を評価することはできないという判断がなされたものと考えられる。しかし一方で、同判決の第一審判決・原判決が客観的事情のみから「わいせつな行為」該当性を評価していることを考慮すると、客観的事情のみから「わいせつな行為」該当性を評価できるか否かの判断が微妙である事案であったと考えられる[32]。このように、同判決は顕在化していた性的意図の要否の問題を先鋭化させる特殊な事例であったと考えられるのである[33]。

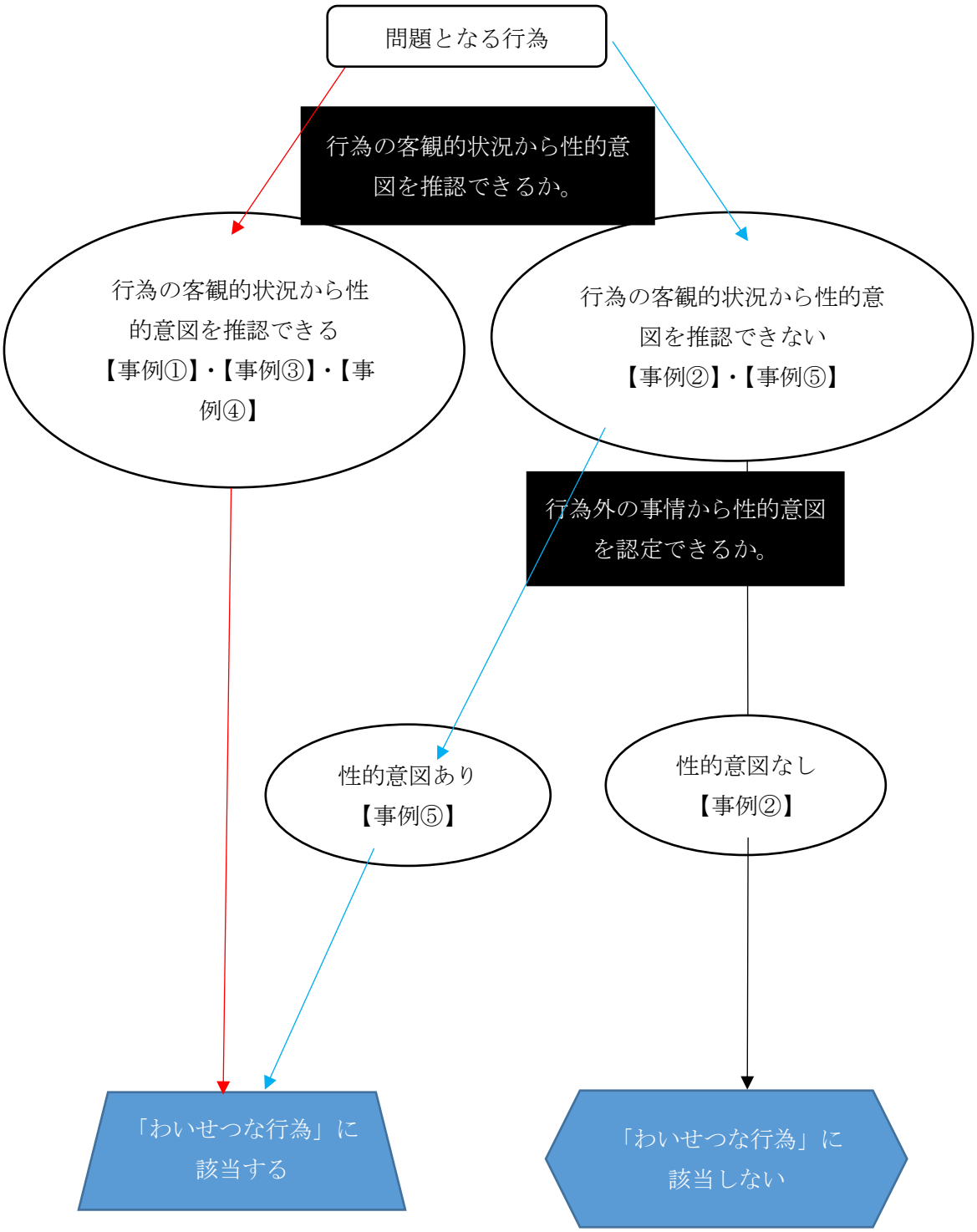
そして、前節の分析と、一律必要説に立つ昭和 45 年判決の判示を組み合わせると、当時の裁判実務の考え方について以下のような分析が可能である。すなわち、問題となる行為について〔事例①〕、〔事例③〕、〔事例④〕のように行為の客観的状況から性的意図を推認することができる場合には、性的意図を推認することで「わいせつな行為」該当性を認めることになる。次に、〔事例②〕および〔事例⑤〕のように行為の客観的状況から性的意図を推認することができない場合には、行為外の事情まで考慮して行為者の性的意図の有無を積極的に判断し、〔事例⑤〕のように行為者の性的意図が認められる場合には「わいせつな行為」該当性を認める一方で、〔事例②〕のように行為者の性的意図が認められない場合には「わいせつな行為」該当性を認めることができないため、強制わいせつ罪の成立を否定することになる。以上の分析を図示すると後掲する【フローチャート①】のようになる。

---

[32] 昭和 45 年判決の事案においては、そもそも客観的に「わいせつな行為」に当たるのかが問題であると指摘したものとして、平野・前掲(16)3 頁。また、同判決の解釈とは異なり、同事案は客観的事情のみから「わいせつな行為」該当性を評価できると判断していると考えられるものとして西原・前掲注(16)37 頁（これは、一部必要説を主張する同論者が「本判決の多数意見は結論において相当ではな」いとして、被告人に性的意図が認められていないにもかかわらず、強制わいせつ罪を成立させるべきであるとしていることから推測されるものである）。

[33] 馬渡・後掲注(54) 81 頁。

【フローチャート①】：昭和 45 年判決の分析



第 4 項　昭和 45 年判決以降

昭和 45 年判決の後も「わいせつな行為」とは、「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」行為であると定義された。しかし、昭和 45 年判決が性的意図を強制わいせつ罪の成立要件としたことで、その後の裁判例が性的意図の有無（および「暴行・脅迫」の有無）で強制わいせつ罪の成否を決するようになった。

また、学説は性的意図不要説が通説となった[34]ところ、強制わいせつ罪の保護法益たる性的自由に違反するか否か（および「暴行・脅迫」の有無）で強制わいせつ罪の成否を決するようになってしまった。

このように通説も判例も「わいせつな行為」の意義から行為の外延を決定するのではなく、「わいせつな行為」の意義を飛び越えて、強制わいせつ罪の保護法益または行為者の性的意図で行為の外延を決定することが図られた一方で、「わいせつな行為」の意義が保護法益と乖離しているにもかかわらず、裁判所はこれに代わる新しい意義を示さず、学説上も「わいせつな行為」の意義を新たに示さないという状況が長く続いたため、「わいせつな行為」に強制わいせつ罪と暴行罪を分ける分水嶺としての役割が低下してしまった。

以下では、「わいせつな行為」に代わり暴行罪と強制わいせつ罪を分ける分水嶺となったと考えられる性的意図にも着目して議論を進めていく。

１．裁判例

昭和 45 年判決以降、被告人の性的意図を否定して強制わいせつ罪の成立を否定した、あるいは強要罪を成立させた裁判例は公刊物上見当たらず、裁判所は昭和 45 年判決の解釈に従い被告人の性的意図を認めることで強制わいせつ罪を成立させていると評価されている[35-36]。もっとも、実際の判決中においては、被告人に性的意図は認められないという弁護人

---

34 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）69 頁〔亀山継夫＝河村博〕、団藤重光『刑法綱要各論（第 3 版）』（創文堂、1990 年）491 頁。

35 橋爪・後掲注(16)30 頁以下、小田・後掲注(16)28 頁以下、丹羽・後掲注(16)32 頁以下、伊藤・後掲注(16)30 頁以下。

36 ただし、名古屋地判昭和 48 年 9 月 28 日判時 736 号 110 頁は被告人が A 子（10 歳）に接近し、嫌がる同女の手を掴んで付近のベンチまで連れて行き、同女を背後から抱きすくめ、両膝で同女の両脚をはさみつけて同女の背中・腰部・臀部を撫で廻し、同女が嫌がって暴れるやその顔面を平手で殴打したという事例であるところ、「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ころ、これを本件について見れば、前認定の被告人の所為の態様並びに前掲各証拠によって認められる当時の状況からして、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。…被告人において、…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

の主張に応じる形で被告人の性的意図の有無が検討されていることから、全ての強制わいせつ事案について被告人の性的意図を明示して強制わいせつ罪を成立させているわけではなく、また、「わいせつな行為」該当性に引き付けて性的意図が位置付けられているか否かは不明である。しかし、以下の事例は強制わいせつ罪の成立につき行為者の性的意図が問題となった事例であると考えられるため、これらの事例について検討を試みる。

⑴ 〔事例⑥〕東京地判昭和 56 年 4 月 30 日判時 1028 号 145 頁

【事案の概要】

本件当日被告人は、自宅アパート前路上において、たまたま新聞配達中の C 子（23 歳）と出会ったため、同女とは単に被告人方にも新聞配達に来て顔見知り程度であったが、日頃可愛いと思っていたことから同女に対し接吻しようと決意し、同女が再び、被告人居住のアパート前に戻ってくるのを同所において待ちかまえ、同女が被告人の傍を通り抜けようとしたときに、いきなり同女の前方からその両肩等を掴んで抱き寄せ、同女が「何するの。やめて。」と叫びながら、被告人の手を振りほどいて逃れようとするのもかまわず両腕を同女の首に回して抱き寄せ顔を近付けて接吻しようとしたが、その目的を遂げなかった。被告人は被害者の頬に接吻しようとしたに過ぎず、このような行為はくちびるを合わせる場合などと違って性的満足を得る行為とはいいがたく、現代の社会風俗にあっては単に親愛の情の表現であってわいせつ性はないといわなければならず、暴行罪にあたることは別として、強制わいせつ未遂罪は成立しないと主張している。

【判旨】

「ところで強制わいせつの罪は、個人の人格的自由の一種としての性的自由の保護を目的とするものであり、従って本罪におけるわいせつ行為の内容は、被害者の性的自由の侵害を主眼として理解されなければならないところ、接吻行為は、それが唇を対象とされなくともその行われたときの当事者の意思感情、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、親子、兄弟あるいは相思相愛の男女同志が親愛の情の表現としてなされた場合などとは異って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わいせつ行為に該当することがあるといわなければならない。」本件の事実に照らすと「そもそも被告人が同女に接吻しようとした際の意図が親愛の情の表現として接吻しようとしたとするには極めて不自然で、性的満足を得る目的をもって為したものであると認めざるをえない。つまり、当時の状況や被害者との関係からして同女が被告人の接吻に同意することを予期しうる事情は少しもなく、その態様に照らすとき被告人はむしろ若い女性との肉体的接触を求め、自己の性的満足を得る目的の下に同女の感情を無視し、強いて接吻を求めたものであるというべきである。そして、更に

はできず、そうとすれば、前記被告人の行為をもって強制わいせつの実行の着手ありとすることもできない」として、行為者の性的意図を認めつつも「わいせつな行為」ではないことをもって例外的に強制わいせつ罪を否定している点で特徴的である。

かような情況、態様でなされる接吻は、同女の性的自由を不当に侵害し一般の道徳的風俗感情の許容しないものであって被告人の所為は強制わいせつ罪にいうわいせつ性を十分具有しているというべきである。従って本件被告人の行為が強制わいせつ未遂罪に該ることは明白であ」る。

【検討】

本裁判例は、「わいせつな行為」の意義を示し「わいせつな行為」に該当することをもって強制わいせつ罪が成立すると述べていることから、「わいせつな行為」の意義に当てはまるか否かが強制わいせつ罪の成否を左右しているように思われる。しかし、「性的自由を不当に侵害する態様でなされたときは…わいせつ行為に該当する」と述べており、性的自由の侵害の有無が「わいせつな行為」の意義に当てはめるか否かを左右している。さらに、本事例においては「自己の性的満足を得る目的の下に同女の感情を無視し」たような「情況、態様でなされる接吻は、同女の性的自由を不当に侵害し」ていると述べられていることから、性的意図の有無が性的自由の侵害の有無を左右していることが分かる。以上のように性的意図の有無が性的自由の侵害の有無を左右し、「わいせつな行為」の意義の充足を左右するという構造となっていることから、結果的には性的意図の有無が強制わいせつ罪の成否を左右しているといえる。

⑵ 〔事例⑦〕東京高判昭和 59 年 6 月 13 日判時 1143 号 155 頁

【事案の概要】

被告人は、被害者（13 歳の少年）が被告人を尊敬しているのを利用し、被害者の肛門部周辺に局所麻酔剤を注射した上で、肛門内に真空管や多数の綿球を挿入し、これにより被害者に傷害を負わせた。

【判旨】

「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いうべきである。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。」また、被告人は「男の子の肛門を狙つた行為は、他人からみればわいせつ目的によるものとみられても仕方がないし、広い意味では性欲の満足ということになるかと思う旨」供述しており、また、「『私は同性愛者ではないと思つていますが、サデイストという性格がある事は確かだと思うのです。つまり、子供に痛みを与えて心を満足させる私の気持が変つた形で性の満足という事であろうと思うのです。』」という自白を考慮すると、「被告人の本件所為が準強制わいせつ致傷罪にあたることに疑問はないというべきである。」

【検討】

本裁判例は「わいせつな行為」の意義を示しながらも、その実質としては〔事例①〕・〔事例③〕・〔事例④〕のように、客観的な状況から行為者の性的意図を推認することで「わいせつな行為」の該当性を認めている。しかし、本裁判例は性的意図を推認するだけではなく、補足的に被告人の供述という行為外の事情をも適示することでかかる推認の正当性を担保している。

⑶ 〔事例⑧〕横浜地判平成 28 年 7 月 20 日 LEX/DB25543577[37]

【事案の概要】

被告人はベビーシッターとして預かった幼児 A らを全裸または下半身裸にさせ、その目や口等にガムテープを貼り付けるとともに、その両手首にひもを巻き付けて緊縛したほか、その陰のうを手指でつかみ、さらに、その陰茎及び陰のうにひもを巻き付けて緊縛した上、その陰茎の包皮をむき、その亀頭部を殊更露出させた姿態をデジタルカメラで撮影するなどした点について、強制わいせつ罪に問われた。以下は、被告人は被害児童に対して性的興奮を感じていない、小児の陰茎等を見ると過去に受けたいじめのトラウマがフラッシュバックするため、過去に自分が受けたのと同様のことを被害児童に行ったなどと主張していることから、被告人の性的意図の有無について争った部分である。

【判旨】

「被告人が撮影して保存していた多数の児童を被写体とする画像を見ると、その態様は、幼児の陰茎をひもで縛ったり、乳幼児の性器を強調した写真を撮影したりするなど、強い性的意味を有するものである。加えて、被告人がインターネットを通じて閲覧していたウェブサイトには、ページタイトルが…乳幼児への性的行為を内容とするものが多数あり、被告人は、これらのウェブサイトをしばしば繰り返し閲覧していたこと…も併せ考慮すれば、被告人は、乳幼児を性的欲求の対象としていると認められる。そうすると、被告人は、被害児童らを性的対象として前記各犯行に及んだものと考えられ、そうした同様の行為を多数回繰り返して行っていることからして、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前記各犯行を行ったと推認することができる。」これに加えて、捜査段階で被告人の精神鑑定を行った医師…は、被告人の行為は医学的なフラッシュバックに基づくものではなく、乳幼児を性的欲求の対象としていたことは明らかであると主張している。「以上によれば、被告人は、自ら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下に前記各犯行を行ったと認められる。」

【検討】

本裁判例は、日頃見ていたウェブサイトの閲覧記録という行為外の事情から性的意図を認定した裁判例である。これは客観的な態様が非常に特異であり、性的意味を認めることが

[37] 控訴審として平成 30 年 1 月 30 日 LEX/DB25549825、上告審として平成 30 年 9 月 10 日 LEX/DB25561692。

できても性的意図を推認することまでは至らなかったため、例外的に行為外の事情から性的意図を認定した事例であると推察される。

⑷ 〔事例⑨〕東京地判昭和 62 年 9 月 16 日判時 1294 号 143 頁[38]

【事実の概要】

自己の店舗で働く従業員が不足しており営業を継続させることができないのではないかと焦燥感を抱いていた被告人は、A 女（当時 21 歳）の全裸写真を撮影して弱みを握り、自己の店舗で従業員として働くことを承諾させようとして、同女に暴行を加え、強いて同女を全裸にし、その姿態を写真に撮影するなどのわいせつ行為をしようとしたが、これを遂げることができず、右暴行によって A に傷害を負わせた。弁護人は、A を従業員として働かせる目的であったと主張している。

【判旨】

「たしかに、本件犯行の際、被告人には、右 A 女を全裸にしその姿態を写真撮影することによって、同女を被告人が営む女性下着販売業の従業員として働かせようという目的があったことは一応肯認することができる。」「しかし一方、…各証拠を総合検討すれば、被告人が、…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うべきである。」そして、証拠を検討すると「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。したがって、被告人の本件所為が強制わいせつ致傷罪に当たることは明らかである。」

【検討】

本事例は、性的意図を一般的にわいせつと認められる行為に及んだことの認識、すなわち「わいせつな行為」についての意味の認識として故意に包摂される認識としており、昭和 45 年判決で定義された性的意図の意義、すなわち犯人の性欲を刺激興奮させまたは満足させる意図とは異なって性的意図を解釈している[39]。それに加えて、本事例は性的意図を独立した主観的構成要件要素として解しているところ、「わいせつな行為」該当性を判断する要素として性的意図を捉える昭和 45 年判決以前の解釈および本稿における昭和 45 年判決の分析とも異なっている。この点について、仮に、本稿における昭和 45 年判決の分析に基づいて本事例を検討すると、全裸写真を撮るという行為の客観的状況から被告人の性的意図を

---

38 同判決の評釈として、大谷實「判批」法セ 407 号（1988 年）108 頁。

39 この点について指摘するものとして、橋爪・前掲注(16)30 頁、小田・前掲注(16)29 頁、佐伯・前掲注(16)65 頁。

推認できず、また行為外の事情からも性的意図の存在を積極的に認めることができないため、被告人の行為について「わいせつな行為」該当性を認めることができず、強制わいせつ罪を成立させることはできないという結論になる可能性が考えられる。一方で、本事例では被告人の行為が被害者に性的羞恥心を与えていることが認められているが、被害者に性的羞恥心を与えているにもかかわらず強制わいせつ罪を成立させないとする結論にも疑問の余地がある。したがって本事例は、この問題の解決手段として、被害者に性的羞恥心を与えていることに基づき強制わいせつ罪を成立させるという結論を導き出しつつも、かかる性的意図を主観的要件と解することで昭和45年判決との整合性を図ろうとしたものと理解される。このように本事例は性的意図を不要とした事例ではないものの、昭和45年判決が定義した性的意図の意義を変更することで実質的に昭和45年判決の解釈における性的意図を不要とした裁判例である。

⑸ 〔事例⑩〕東京高判平成26年2月13日高検速報平成26年45頁[40]

【事実の概要】

ともにバンド活動を行い、一方的に好意を寄せていたA女（当時24歳）からバンドを脱退してXとのかかわりも絶つと告げられたため、Aに対して復讐したいとの感情を抱き、Aの首を絞めて転倒させた上で着衣を脱がせて乳房を揉み、膣内に手指及びバイブレーターを挿入した。原判決がわいせつ行為の態様から、報復目的のほかに性的意図が併存していたと認定して強制わいせつ致傷罪の成立を認めたが、本判決は、被告人に性的意図があったとする原判決の事実認定を是認した上で以下のような判示を行った。

【判旨】

「本罪の基本犯である強制わいせつ罪の保護法益は被害者の性的自由であると解されるところ、同罪はこれを侵害する行為を処罰するものであり、客観的に被害者の性的自由を侵害する行為がなされ、行為者がその旨認識していれば、同罪の成立に欠けるところはないというべきである。本件において、被告人の行為が被害者の性的自由を侵害するものであることは明らかであり、被告人もその旨認識していたことも明らかであるから、強制わいせつ致傷罪が成立することは明白である。被告人の意図がいかなるものであれ、本件犯行によって、被害者の性的自由が侵害されたことに変わりはないのであり、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有無は、上記のような法益侵害とは関係を有しないものというべきである。」

【検討】

本事例は、被告人の意図がいかなるものであっても被害者の性的自由が侵害されれば強制わいせつ罪は成立するとした点で昭和45年判決とは異なっており、むしろ昭和45年判決の第一審判決・原判決に近い根拠を述べて行為者の性的意図は不要であるという結論を

40 同判決の評釈として、浅沼雄介「判批」捜研759号（2014年）2頁以下、田中健太郎「判批」研修797号（2014年）21頁以下。

導き出している。仮に、本稿における昭和 45 年判決の分析に基づき本事例を検討すると、着衣を脱がせて乳房を揉み、膣内に手指及びバイブレーターを挿入するという行為の客観的状況から性的意図を推認することが可能である一方で、行為に至る経緯を具体的に検討すると被害者に対する報復目的も認められることから、被告人の性的意図の推認が覆される可能性が考えられる。その解決手段として本事例は昭和 45 年判決の解釈を維持して強制わいせつ罪の成立を否定するのではなく、昭和 45 年判決の解釈に背き行為者の性的意図を不要とすることによって強制わいせつ罪の成立を認めたと考えられる。もっとも、本事例で引用した部分は原判決の事実認定を是認した上で注意的に判示されたものであるため、本事例は昭和 45 年判決の解釈を完全に否定したものではないと考えられる。

⑹ 小括

昭和 45 年判決の大部分は行為の客観的状況から性的意図を推認することによって、性的意図を認定しているが、性的意図が推認できない事例や性的意図を有していないとする被告人の主張に一定程度の理由がある事案があり、そのような事案について昭和 45 年判決の解釈に従うと妥当ではない結論を導き出すおそれがあったため、そのような場合には、裁判所は実質的に昭和 45 年判決とは異なる解釈を取ることによって妥当な結論を導き出していたという経緯が認められる。

２．学説

先述したように判例実務は行為者の性的意図の有無で強制わいせつ罪の成否を決していた一方で、学説上は不要説に基づき強制わいせつ罪の保護法益たる性的自由が侵害されているか否かで強制わいせつ罪を決すべきであるという見解が通説となった。もっとも、性的自由とは何かという問いに対しては、性的自由とは人格的自由である[41]、すなわち人としての生存に必要な一身専属的な自由であると説明するにとどまり、性的自由の意義については具体的に明らかにされてこなかった。さらに、近時は性的自由から離れ「自由」という言葉を使わずに保護法益を示そうとする動きが見られている。このように学説においては性犯罪の保護法益論と結びつける形で、強制わいせつ罪の行為の外延が定められることとなった。

性犯罪の保護法益に関する学説を大別すると、性的自由と解する見解、性的自由および性的羞恥心と解する見解、性的不可侵性と解する見解、性的人格権とする見解があり、以下それぞれについて検討していく。

⑴ 性的自由と解する見解

平川宗信[42]は、憲法で保障されている幸福追求権（憲法 13 条後段）では、一般的活動の

---

41 団藤・前掲注(34)489 頁。

42 平川宗信『刑法各論』（有斐閣、1995 年）192 頁以下。

自由が保障されているため、性的行動の自由も保障されていると述べた上で、性的行動は人間のみ奥に根差したその人格とも深く関連する極めて精神的な活動であり、不当に侵害されると被害者に大きな精神的打撃が与えられるため、刑法上も保護されるべきであるという立場から、性的自由とは性的行動の自由であり、「誰と、いつ、どこで、いかなる性的行為をするかをみずから決定する自由」と主張する。そして、強制わいせつ罪の保護法益は風俗犯たる公然わいせつ罪・わいせつ物頒布等罪の保護法益と異なっていることから、両者の「わいせつ」も異なって解するべきであるという観点から、「わいせつな行為」とは「一般に性的意味がある行為であって、意に反して行うことが具体的事情のもとで性的自由の侵害とみられるもの」であると指摘する。この見解は、性的自由を性的行動について主体的選択をする自由（積極的自由）と解釈しているものと考えられる。

井田良[43]は、性犯罪により何が侵害・毀損されるかということが「性的自由」という言葉によってはきちんと表現されていない点で「性的自由」という用語は問題であると指摘した上で、性犯罪における被害の実質は特殊な身体的接触の体験を五感の作用をもって性犯罪者と共有することを強いられることにあるのだから、性犯罪によって「他人にアクセスされることを欲せず、他人のそれにアクセスすることも欲しない身体的領域」、すなわち身体的内密領域が侵害されると延べた上で、性犯罪の保護法益は「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」であると主張する。そしてこのような保護法益理解に基づくと「わいせつな行為」とは、公然わいせつ罪およびわいせつ物頒布等罪における「わいせつ」とは異なり、「被害者の意思に反して身体的内密領域を侵害し、そのことにより被害者の性的羞恥心を害し、かつ一般普通人でも性的羞恥心を害されるであろう行為」であると指摘する。この見解は、行動の自由ではなく身体に対する侵襲を受けない選択をする自由（消極的自由）として、性的自由を解釈している点で特徴があると考えられる。

また、佐伯仁志[44]は、性犯罪を性的自由に対する罪と位置付けると、同意のある被害者による真意の同意があれば、自由の侵害はないので構成要件該当性が否定され、犯罪は成立しない一方で、性犯罪を性的自由以外の法益に対する罪と理解すると、被害者の同意は違法性阻却事由となるが、被害者の真意の同意があっても SM 行為のような場合には、社会的相当性が否定されることによって違法性阻却が否定される可能性があるため問題であるとして、性犯罪の保護法益を自由以外にすることはできないと主張する。

⑵　性的自由および性的羞恥心と解する見解

平野龍一は、性的自由は他の自由とは異なり、性的自由が侵害されることによって羞恥心

---

43 井田良『性犯罪の保護法益をめぐって』研修 806 号（2015 年）3 頁以下、同『講義刑法学各論』（有斐閣、2016 年）104 頁以下。

44 佐伯仁志『刑法における自由の保護』曹時 67 巻 9 号（2015 年）15 頁以下。

という感情が湧くことに着目し、性犯罪の保護法益は性的自由および性的羞恥心[45]であると主張する[46]。このとき、保護法益として性的自由に加えて性的羞恥心が要求される[47]根拠として、とっさに陰部に触れられたような場合に陰部に触れられない自由が侵害されたとするのは、自由の内容があまりにも無限定に過ぎるためであると指摘し、このような場合には被害者の性的羞恥心が侵害されたとするべきであると主張する。

これは、意思の抑圧につき暴行・脅迫が用いられなければ性的自由が侵害されたとはいえないという理解を前提としたうえで、性犯罪の保護法益を性的自由のみとしてしまうと、単に陰部に触れる行為、接吻する行為については本人の意思に反したとしても、暴行・脅迫を手段としていないことから、性的自由が侵害されていないという帰結となってしまうことを避けるため、暴行・脅迫を手段としない場合には性的羞恥心が侵害されたとするべきであるという趣旨であると考えられる。

この見解は、個人の単なる羞恥心または単なる嫌悪感を保護法益とする犯罪は刑法上存在しないと考えられる[48]が、本見解は性に関する羞恥心や嫌悪感の場合には保護法益となりうると解している。「性」に関することであるという点に要保護性の重点を置いている点で、本見解は後述する保護法益を性的人格権と解する見解の嚆矢となった可能性が考えられる。

この見解に対しては、被害者の性的羞恥心で性犯罪の成否が決せられてしまうと、その行為が被害者の意思に反していたが、被害者は羞恥心を覚えていなかった場合、または、被害者が恐怖・動転して性的羞恥心を覚えるどころではなかった場合には、被害者は性的羞恥心を覚えていないため性犯罪は成立しない一方で、医師が診療行為の一環で陰部などを触った際に被害者が性的羞恥心を覚えた場合には強制わいせつ罪が成立する、ということになるため被害者の性的羞恥心によって犯罪の成否を分けるべきではないとする批判がある[49]。

しかし、そもそも本見解は性的羞恥心で犯罪の成否を決すべきと主張しているわけではなく、性的自由が侵害されていないと評価できる場合に、なお性的羞恥心が侵害されているか否かを判断し、性的羞恥心が侵害されていると評価できる場合に性犯罪を成立させるべきであるという主張であると考えられるため、性的行為が被害者の意思に反している場合、および被害者が恐怖・動転している場合には性的自由が侵害されていることをもって、強制わいせつ罪を成立させるものと考えられる。したがって、本見解は、医師が医療行為を行った際に被害者が性的羞恥心を覚えた場合には、性的自由は侵害されてはいないものの、強制

---

45 ほぼ同義の言葉として「性的嫌悪感」、「正常な性感情」がある。

46 平野龍一『刑法各論の諸問題６』法セ 205 号（1973 年）71 頁以下。さらに、大谷実『刑法講義各論（第 4 版補訂版)』(成文堂、2015 年）112 頁。

47 性的自由と性的羞恥心を別個の保護法益と考える解釈とは別に、山口厚『刑法各論（第 2 版)』は、性的自由が侵害されることによって性的羞恥心も侵害されることについては首肯するが、あくまでも保護法益は性的自由であると主張している。これは、性的羞恥心の侵害は性的自由が侵害されたことの効果に過ぎないという趣旨であると考えられる。

48 ただし、侮辱罪（231 条）の保護法益を名誉感情と解する見解が存在する。

49 林幹人『刑法各論（第 2 版)』(東京大学出版会、2007 年）87 頁以下。

わいせつ罪の構成要件に該当し、正当行為に当たると判断された場合は違法性が阻却されるという帰結になると考えられる。

⑶ 性的不可侵性と解する見解

山中敬一[50]は、客体が 13 歳未満の者である場合には手段たる暴行又は脅迫は不要である根拠は、13 歳未満の者はわいせつな行為の意味を十分に理解しえず、抗拒困難の状態にあり、したがって、わいせつな行為それ自体が強制的であるためであるという理解に基づくと、13 歳未満の者は他人からの性的行為に対して自由に消極的自己決定権を行使することができないと擬制されるという帰結が導きだされると指摘する。そしてこれを前提とすると、性犯罪の保護法益を消極的自己決定権と解するならば、13 歳未満の者に対する性犯罪は自己決定権のない者の自己決定権を侵害する犯罪と定義されることになって矛盾が生じるため、性犯罪の保護法益は自己決定権ではないと主張する。その上で、スイス刑法は性犯罪の保護法益を性的不可侵性(sexuelle Integrität)、すなわち性的内密領域そのものに求めていることに着目し、日本も性的不可侵性を性犯罪の保護法益とすべきであるとする。これは、性犯罪の保護法益を性的不可侵性とすると、性的自己決定の可能・不可能を問わず、全ての客体について統一的に保護法益を解釈することができるためであると指摘する。そして、「わいせつな行為」の意義については示していないものの、「わいせつな行為」を性的不可侵性が侵害される場合を性的領域に接触する場合、接触を伴わず知覚・感覚を通じて性的刺激を惹起する場合、性的行為を強要する場合の 3 類型に分け、それぞれの類型で性的不可侵性が侵害されているかどうかを検討すべきであるとする。

⑷ 性的人格権と解する見解

斎藤豊治[51]は、個人的法益に対する罪は全て被害者の自己決定権を害するともいえるため、性的自己決定権が保護法益であるというだけでは性犯罪の違法性の高さが表現しきれない点、13 歳未満に対しては意思侵害を要素とせず単に性的行為を行っただけで成立することを鑑みると、意思に反するということ自体に本罪の本質を求める構造は維持できない点、性犯罪の保護法益を自由のみに求めると、望まない性的行為が行われたことによって、人間的尊厳が踏みにじられたことへの屈辱、怒り、恐怖感など、被害者に生じる心の傷や痛みといった性被害の実態が保護法益で表現できない点を挙げ、性犯罪の保護法益を性的自由とする見解を批判する。さらに、このような性被害は単なる暴行・強要とも異なる被害であり、性犯罪の実態が正しく表現することができないとして、性犯罪の保護法益を身体とする見解も批判する。以上のことから、性は一般的な身体や自由に還元されつくされることのない独自の利益、価値を有しており、生命、身体、自由、財産と並ぶ独立の保護法益として位置

---

50 山中敬一「強制わいせつ罪の保護法益について」研修 817 号（2016 年）3 頁以下。

51 斎藤豊治「性暴力犯罪の保護法益」斎藤豊治＝青井秀夫編「セクシュアリティと法」（東北大学出版会、2006 年）221 頁以下。

付けることが可能であると述べ、性犯罪の保護法益を性的人格権[52]であると指摘する。このとき、性的人格権は複合的な性格を持ち、ここには、性への侵害からの自由（消極的自由）、誰と、いつ、どこで、いかなる性的行為をするかをみずから決定する自由（積極的自由）、年少者の健全な性的成長発達、性的羞恥心、性に関する自己情報のコントロール権、性生活をみだりに他人に除かれないという意味でのプライバシーの保護といった性に関する権利が含まれると主張する。

この見解に対しては、人格権や尊厳の侵害は他の個人的法益に対する罪にもみられることから性犯罪固有の犯罪とはいえない点、未成年者の有効な同意があってもその人格的発展を阻害する恐れがあるという場合には性犯罪による処罰を肯定できる点で問題であるとする批判がある[53]。

また、この見解では具体的にどのような行為がなされれば「わいせつな行為」なのかという点について明確性を欠いており、「わいせつな行為」の外延が限度なく拡張される危険性がある点で問題があると考えられる。

第 2 節　平成 29 年判決と平成 29 年判決以降の理解

第 1 項　平成 29 年判決[54]の概要

【事案の概要】

被告人は、被害者（当時 7 歳の女子）が 13 歳未満の女子であることを知りながら、平成 27 年 1 月下旬頃、被告人方において、被害者に自身の陰茎を触らせ、口にくわえさせ、被害者の陰部を触るなどの行為（以下、「本件行為」とする）をした。

【判旨】

「…今日では、強制わいせつ罪の成立要件の解釈をするに当たっては、被害者の受けた性的

---

52 この点、辰井聡子「『自由に対する罪』の保護法益」岩瀬徹＝中森喜彦＝西田典之編『刑事法・医事法の新たな展開上巻 町野朔先生古稀記念』（信山社、2014 年）411 頁以下は、性的尊厳と表現し、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）255 頁以下は人格的領域と表現する。

53 佐伯・前掲注(45)37 頁。

54 本判決の評釈・解説として、前田雅英「判批」捜研 804 号（2017 年）2 頁以下、豊田兼彦「判批」法セ 757 号（2018 年）123 頁、成瀬幸典「判批」法教 449 号（2018 年）129 頁、曲田統「判批」法教 450 号（2018 年）51 頁以下、馬渡香津子「判批」ジュリ 1517 号（2018 年）78 頁以下、松木俊明＝奥村徹＝園田寿「判批」法セ 758 号（2018 年）48 頁以下、木村光江「判批」ジュリ 1518 号（2018 年）156 頁以下、村井敏邦「判批」時法 2043 号（2018 年）50 頁以下、高橋則夫「判批」論ジュリ 25 号（2018 年）113 頁以下、松宮孝明「判批」刑弁 94 号（2018 年）74 頁以下、奥村徹「判批」判時 2366 号（2018 年）131 頁以下、小林憲太郎「判批」判時 2366 号（2018 年）138 頁以下、佐藤拓磨「判批」判時 2366 号（2018 年）143 頁以下、塩見淳「判批」刑ジャ 56 号（2018 年）33 頁以下、園田寿「判批」TKCWatch 刑法 No.125（2018 年）1 頁以下、石飛勝幸「判批」公論 73 巻 8 号（2018 年）88 頁以下、小棚木公貴「判批」北大法学 69 巻 3 号 184 頁以下、谷脇真渡「判批」桐蔭 25 巻 1 号（2018 年）75 頁以下。

な被害の有無やその内容、程度にこそ目を向けるべきであって、行為者の性的意図を同罪の成立要件とする昭和 45 年判例の解釈は、その正当性を支える実質的な根拠を見いだすことが一層難しくなっているといわざるを得ず、もはや維持し難い。」「もっとも、刑法 176 条にいうわいせつな行為と評価されるべき行為の中には、強姦罪に連なる行為のように、行為そのものが持つ性的性質が明確で、当該行為が行われた際の具体的状況等如何にかかわらず当然に性的な意味があると認められるため、直ちにわいせつな行為と評価できる行為がある一方、行為そのものが持つ性的性質が不明確で、当該行為が行われた際の具体的状況等をも考慮に入れなければ当該行為に性的な意味があるかどうかが評価し難いような行為もある。その上、同条の法定刑の重さに照らすと、性的な意味を帯びているとみられる行為の全てが同条にいうわいせつな行為として処罰に値すると評価すべきものではない。そして、いかなる行為に性的な意味があり、同条による処罰に値する行為とみるべきかは、規範的評価として、その時代の性的な被害に係る犯罪に対する社会の一般的な受け止め方を考慮しつつ客観的に判断されるべき事柄であると考えられる。

そうすると、刑法 176 条にいうわいせつな行為に当たるか否かの判断を行うためには、行為そのものが持つ性的性質の有無及び程度を十分に踏まえた上で、事案によっては、当該行為が行われた際の具体的状況等の諸般の事情をも総合考慮し、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せざるを得ないことになる。したがって、そのような個別具体的な事情の一つとして、行為者の目的等の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。しかし、そのような場合があるとしても、故意以外の行為者の性的意図を一律に強制わいせつ罪の成立要件とすることは相当でなく、昭和 45 年判例の解釈は変更されるべきである。

そこで、本件についてみると、第 1 審判決判示第 1 の 1 の行為（筆者注：本件行為）は、当該行為そのものが持つ性的性質が明確な行為であるから、その他の事情を考慮するまでもなく、性的な意味の強い行為として、客観的にわいせつな行為であることが明らかであり、強制わいせつ罪の成立を認めた第 1 審判決を是認した原判決の結論は相当である。（下線部は刑集記載のとおり）」

第 2 項　「わいせつな行為」該当性判断に対する学説上の理解

平成 29 年判決は強制わいせつ罪の成立要件として性的意図が一律に必要であるという解釈を変更して「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があり得ることは否定し難い」と述べ、一部必要説に親和的な解釈を行っている点で重要である[55]。

この点、平成 29 年判決が示した「わいせつな行為」の判断枠組みの解釈として⑴行為類

[55] この点については、小棚木・前掲注(54) 184 頁以下にて、検討を行っている。

型を 3 つに分けて論じる見解[56]（3 類型説）、⑵行為類型を 2 つに分けて論じる見解[57]（2 類型説）⑶全ての行為は性的な意味の有無が判断された後、176 条の処罰に値するかどうかが判断されるとする見解（2 段階説：私見[58]）の 3 つがあるため、以下ではそれぞれについて見ていく。

⑴ 3 類型説

この見解は、①行為の外形自体から性的性質が明確な行為については直ちに性的な意味があることが明らかであり性的意図を含めた具体的事情を考慮せずとも「わいせつな行為」に該当する。②行為の外形自体だけでは性的性質が不明確な行為については、性的意図を含めた行為の具体的事情を考慮して性的な意味を認めることができれば、「わいせつな行為」に該当する。③行為そのものが持っている性的性質がない、または非常に希薄な行為は、仮に性的意図があった場合には性的な意味を認めることができるが、176 条の法定刑の重さに照らすと「わいせつな行為」に該当しない。というように、3 類型に分けて「わいせつな行為」を判断する見解である。これを図示すると【フローチャート②】（後掲 41 頁）のようになる。

⑵ 2 類型説

この見解は、①行為の外形自体から性的性質が明確な行為については直ちに性的な意味があることが明らかであり、性的意図を含めた具体的事情を考慮せずとも「わいせつな行為」に該当する。②行為の外形自体だけでは性的性質が不明確な行為については、性的意図を含めた具体的状況を考慮して性的な意味の有無を判断し、性的な意味が認められたものの中でさらに、176 条の法定刑の重さに照らして「わいせつな行為」に該当するか否かがを判断する。というように 2 段階に分けて「わいせつな行為」を判断する見解である。これを図示すると【フローチャート③】（後掲 42 頁）のようになる。

⑶ 2 段階説

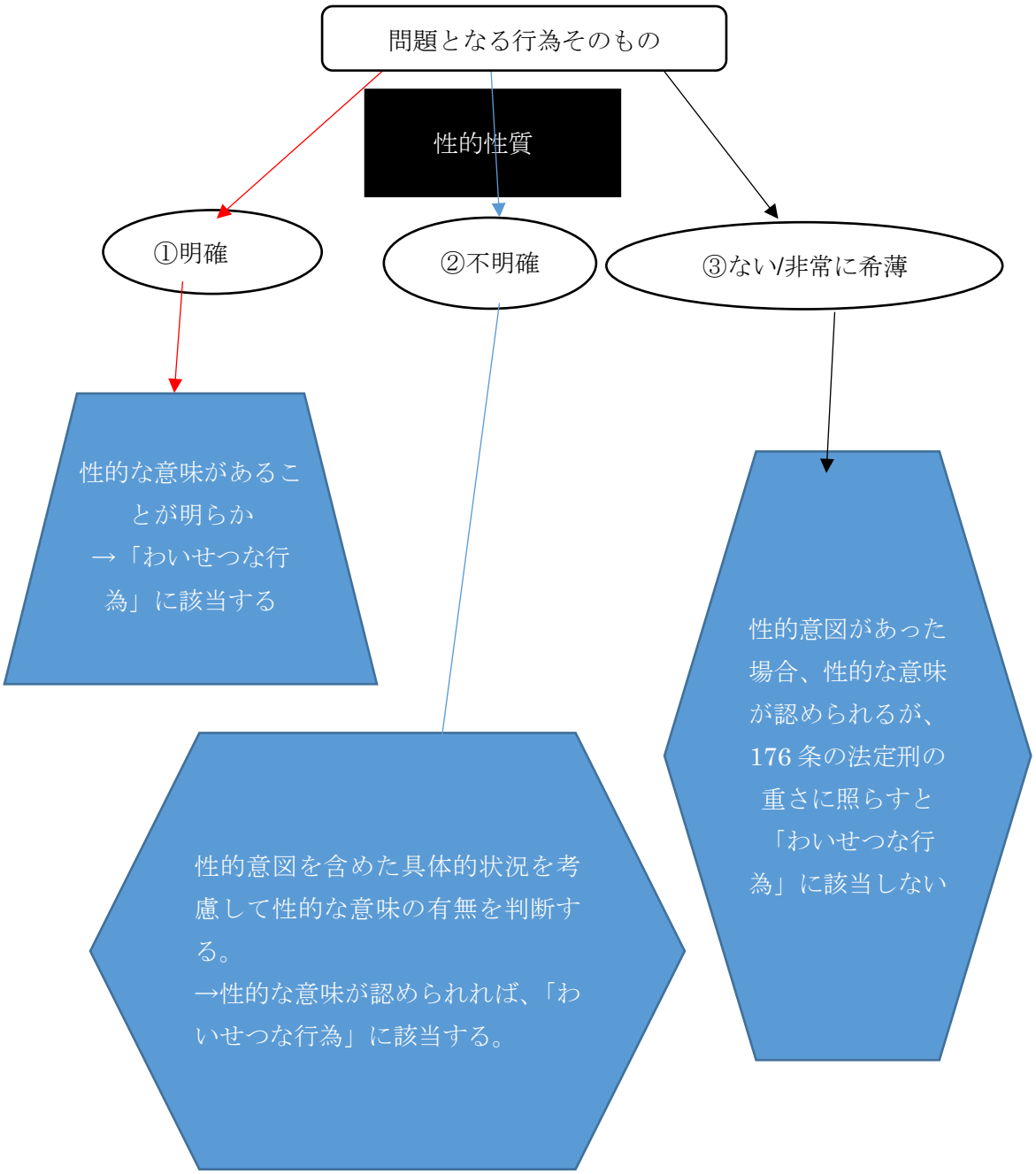
この見解は、α当該行為に性的な意味が認められるか否かを判断（以下、「性的関連性判断」とする）する際には、①行為の外形自体から性的性質が明確な行為については直ちに性的な意味があることが明らかであり性的意図を含めた具体的事情を考慮せずとも性的な意味を認めることができる。②行為の外形自体だけでは性的性質が不明確な行為については、性的意図を含めた具体的状況を考慮して性的な意味の有無を判断する。というように 2 類型に分けて判断をした後、さらに、βわいせつな行為として 176 条による処罰に値すると

---

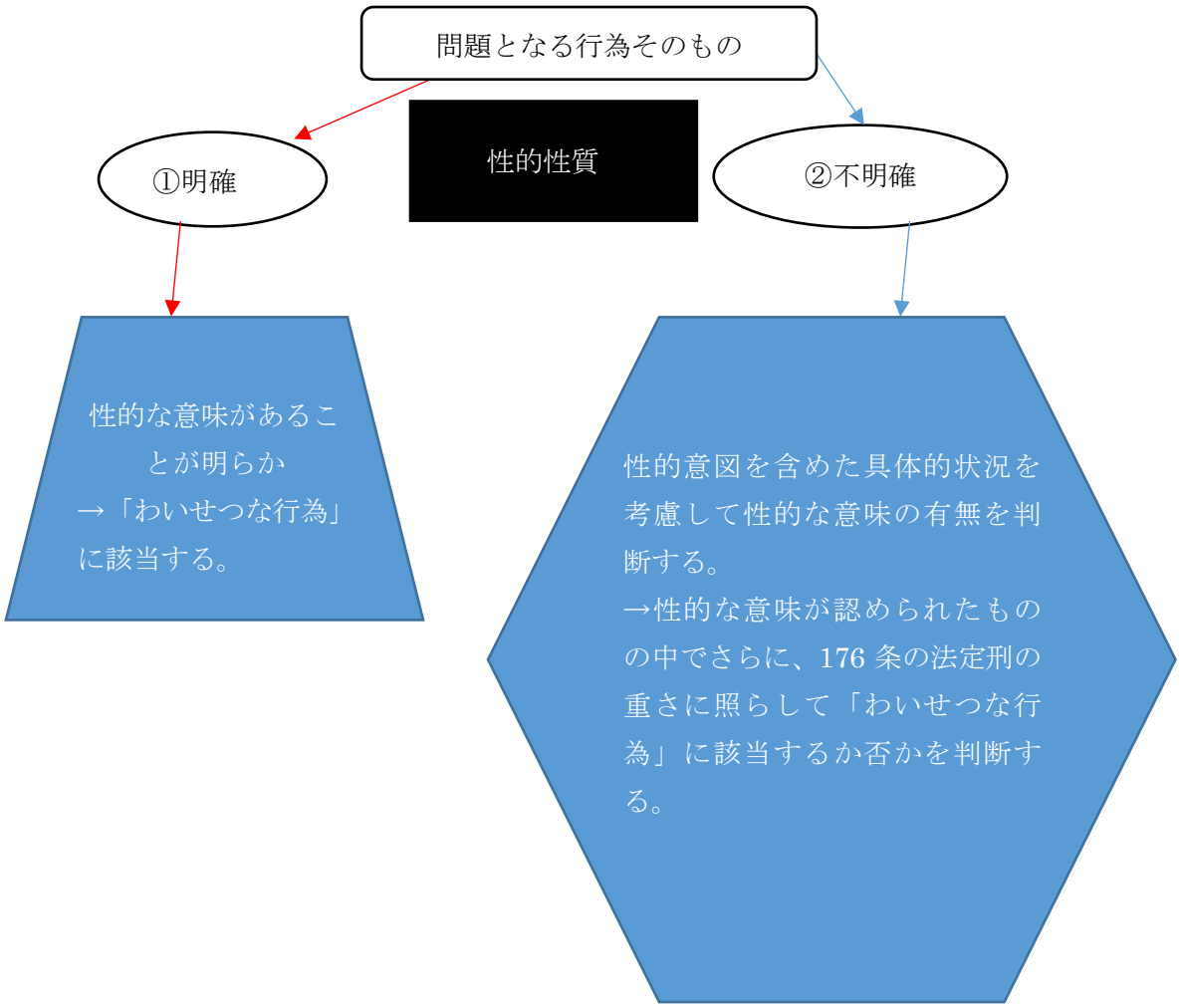
[56] 豊田・前掲注(54)123 頁、馬渡・前掲注(54)86 頁以下、高橋・前掲注(54)117 頁以下。
[57] 曲田・前掲注(54)55 頁以下、松木ほか・前掲注(54)50 頁以下、木村・前掲注(54)158 頁、奥村・前掲注(54)131 頁以下、佐藤・前掲注(54)144 頁以下、塩見・前掲注(54)36 頁以下、石飛・前掲注(54)93 頁以下。
[58] 小棚木・前掲注(54)194 頁以下

評価できるか否かを判断（以下、「重大性判断」とする）の中で、176 条による処罰に値すると評価できた行為について「わいせつな行為」と評価する見解である。これを図示すると【フローチャート④】（後掲 43 頁）のようになる。

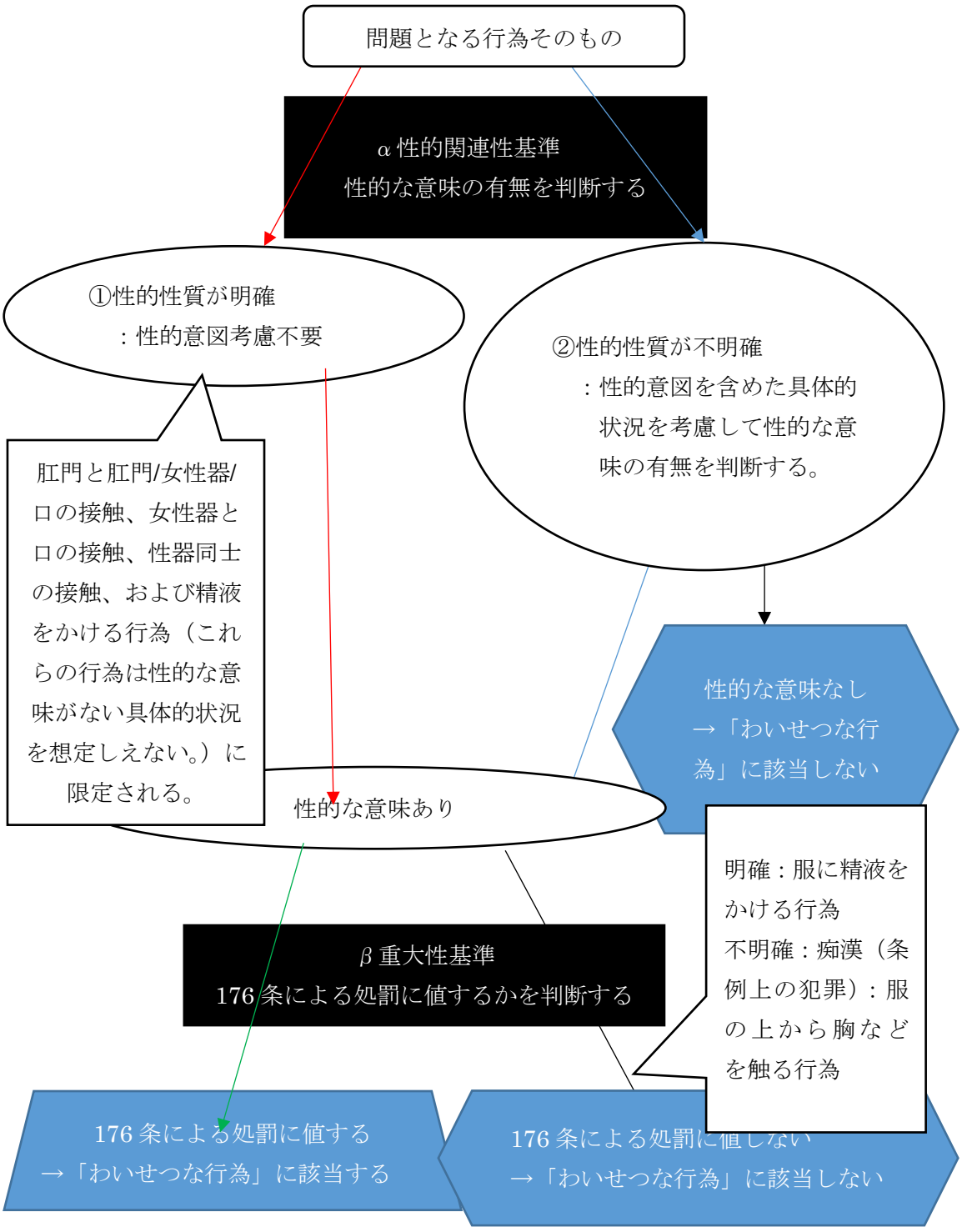
【フローチャート②】3 類型説



【フローチャート③】2 類型説



【フローチャート④】2 段階説



第 3 項　具体的事案への当てはめ

本判決の判断枠組みを具体的事案に当てはめると、どのような結論が導き出されるのか。以下では、私見である 2 段階説に基づき検討を加える。

⑴　①行為そのものが持つ性的性質が明確な行為

性的性質の明確な行為（以下、「①行為」とする）とは、具体的にどのような行為を指すのだろうか。この点について本判決は、①行為を「強姦罪に連なる」ものであり「当該行為が行われた際の具体的状況等如何にかかわらず当然に性的な意味がある[59]と認められる…行為」と表現している。「当該行為が行われた際の具体的状況等如何にかかわらず当然に性的な意味があると認められる…行為」とは、行為そのもののみを考慮要素とすれば、どんな事情があっても、一義的に性的な意味が付与され、（相手方の意思に反して行えば）一般人が性的嫌悪感を抱く行為、行為者の視点から言い換えると、性的意図が擬制される行為である。「強姦罪に連なる行為」とは、平成 29 年改正において新設された強制性交等罪で膣性交と並んで実行行為として規定された肛門性交や口腔性交がその一例として挙げられる。ここで注意を要するのは、強制性交等罪が新設されたのは、自己の体内へ他者の陰茎が挿入される行為、あるいは他者の体内に自己の陰茎が挿入させられる行為は膣性交と同等の重大性・悪質性を有するという見解に基づくものであり[60]、性的性質の明確性に基づくものではないということである。確かに、性的接触の明確性が明らかであるからこそ性的接触の重大性を評価することが可能であるため、陰茎を他者の体内へ挿入し、または挿入させる行為については性的性質の明確性を認めることが可能である。しかし、ここには性的接触が重大とまではいえないが性的性質が明確な行為が含まれていないため、このような行為類型だけでは不十分であると考えられる。加えて、体内への陰茎の挿入先としては口腔、膣、肛門といった体の開口部が想定されるところ、平成 29 年改正後は肛門性交や口腔性交は膣性交と合わせて強制性交等罪の実行行為として捕捉されることになったため、かかる行為のみを①行為の具体例としてしまうと、今後①行為と認められる行為は実質的に存在しないという結果となってしまい、不自然である。

そこで「当該行為が行われた際の具体的状況等如何にかかわらず当然に性的な意味があると認められる…行為」に立ち戻って考えてみると、膣性交・口腔性交・肛門性交・接吻を除く肛門・性器（男性器・女性器[61]）・口のいずれか 2 つを接触させる行為[62]、あるいは、性器から体液を被害者にかける行為は、医療行為・マッサージ治療等の性的な意味が付与され

59　ここでいう「性的な意味がある」とは性的な意味が強くある、または性的な意味が十分にあるという意味であると考えられる。

60　松田＝今井・前掲注(2)。

61　ここでいう「女性器」とは膣を含む内性器のみならず、陰裂を含む外性器をも想定した表現である。

62　すなわち、肛門同士の接触、肛門と女性器の接触、肛門と口の接触、女性器と口の接触、男性器同士の接触、女性器同士の接触である。

ない具体的状況を考えることが不可能であることから、行為そのもののみを考慮要素とした場合でも一義的に性的な意味が付与される行為と捉えることができる。そして、このような行為は口・肛門・性器が関わる行為として強姦罪や強制性交等罪に連なる行為であると解釈できるため、①行為に含まれる行為である。

⑵ ②行為そのものが持つ性的性質が不明確な行為

行為そのものが持つ性的性質が不明確な行為（以下、「②行為」とする）に当てはまる行為は、性的な意味が①行為と比較して弱く、その行為に性的な意味を含む多義的な意味が認められる行為であり、非常に多くの行為類型が含まれる。以下では、②行為の中でも❶医療行為・養育行為・介護行為（以下、「医療行為等」とする）のようにも思える行為、❷特殊性癖に基づく行為、❸❶❷を除く性的な意味のない行為としても行われる行為の 3 つを取り上げ、主観的事情が考慮要素となる場合とは具体的にどのような場合なのかについて検討を加える。

❶について、従来の下級審裁判例は性的意図の有無を軸にし、性的意図をもって行われた行為を性的な意味のある行為と評価し、性的意図なく行われた行為を性的な意味のない医療行為等と評価することで「わいせつな行為」該当性を判断してきたことが認められる。しかし、その判断方法の実情は、その行為の客観的事情を考慮要素に医療行為等として必要性・相当性の認められる行為については性的意図を否定することでわいせつな行為を否定し、認められない行為については被告人に性的意図が認められるとしてわいせつな行為を肯定している。例えば、広島高判平成 23 年 5 月 26 日 LEX/DB25471443 は、医師が女児の着衣をずらして乳房を露出させた行為自体は予防接種の診察行為として正当な診療行為であるため、わいせつな行為とは評価できないが、診察中に小型カメラで女児の姿態を盗撮した行為については診療上の必要性が全くないことを理由に、性的意図を推認し、盗撮した画像をパソコン等で保存していたという行為外の事情も含めて性的意図を認定することでわいせつな行為と評価している。また、京都地裁平成 18 年 12 月 18 日 LEX/DB28135092 は検査器具を肛門部に押し当てる行為がわいせつな行為か否かを判断するにあたって、被告人の行為は配慮に欠ける不十分な行為であり、具体的事情を考慮すると性的意図を有していたことの徴表とみる余地のある事情も存在するが、外観上正当な検査行為であり、必要性・相当性がない行為とまではいえないため、わいせつな行為に及んだとの確信を抱くには足りないと評価している。このように、従来の下級審裁判例が客観的な必要性・相当性を判断し性的意図を認定することで、わいせつな行為と評価していたことを考慮すると、❶においては従来性的意図の有無を判断する際に考慮されていた客観的状況における医療行為の必要性・相当性判断が前面に出ることで、客観的な必要性・相当性のみから直接、性的な意味の有無を評価することが可能である[63]ため、主観的事情は考慮要素として必須ではないと

[63] 医療行為等として外観上相当であっても不必要な行為や逆に医療行為等として必要であっても卑猥な言動があり、その点で相当でない行為については性的な意味を認めること

考えられる。以上のような分析に基づくと、医療行為等としてみなければ性的な意味を払拭できないような比較的に性的な意味の強い行為、例えば肛門に異物を挿入する行為[64]、マッサージの目的で着衣の上から陰部に電動式性具を押しあてる行為[65]についても客観的事情のみを考慮要素としても性的な意味の有無を評価できると考えられる。

❷についても、性的意図の有無を軸にして性的な意味の有無を判断することは可能である。しかし、特殊性癖に基づく行為には、一般的には性欲を刺激満足させるような対象とならない身体的部位[66]を、性的意図をもって触る行為やSMプレイの一環として性的意図をもって被害者に暴行を加える行為などが考えられるところ、このような行為について性的意図を軸にして性的な意味の有無を判断すると現在の性的な被害に対する社会の受け止め方と乖離する結論になるため妥当ではないと考えられる[67]。そのため❷においては、行為者の特殊性癖や性的意図といった主観的事情を考慮すべきではなく、規範的評価に基づき客観的事情のみを考慮要素として性的な意味を考慮すべきであると考えられる。この点について、青森地判平成18年3月16日LEX/DB28115159は、嘔吐させるシチュエーションのあるアダルトビデオを見て性的興奮を覚えた被告人が、性的意図をもって女子高生の口腔内に指を押し込んで嘔吐させた行為について、強制わいせつ罪ではなく暴行罪を成立させた事例であるところ、以上の見解から説明することが可能である。

❸の具体例としては、服の上から体に接触する行為、裸を撮影する行為、接吻など多くの行為類型が想定される。このとき❸についても、被害者の関係性といった客観的事情のみを考慮要素として性的な意味の有無を判断することが一定程度可能であると考えられる。例えば、路上で見ず知らずの他人から接吻された場合や同じく見ず知らずの他人から全裸の写真を撮られた場合、公共交通機関で服の上から臀部を触られる行為については、現在の社会の一般的な受け止め方として、相手方の意思に反して行えば、性的嫌悪感を抱くと考えられるため、このような場合については客観的事情のみを考慮要素として性的な意味の有無を判断することが可能であると考えられる。一方で、客観的事情のみを考慮要素としても性的な意味の有無を判断することが困難な場合を想定することも可能である。例えば親族や友人から接吻された場合、親族や友人から記録として全裸写真を撮られた場合、肩車をされた場合についてはその詳細な状況によっては性的な意味の強さも異なると考えられるため、

が可能であると考えられる。

64 東京高判昭和59年6月13日判時1143号155頁。

65 マッサージ目的ではないものの、陰部に電動式性具を押し当てた事案につき強制わいせつ罪を認めたものとして大阪地判平成25年6月21日LEX/DB25501587（上告審につき最判平成26年8月21日LEX/DB25504747）。

66 例えば、髪、鼻、歯、耳、肩などが考えられる。

67 例えば、東京高裁平成29年2月14日LEX/DB25546813（事案の内容については東京地裁平成28年7月5日LEX/DB25543578が詳しい）は、報復目的で陰茎を切断した行為について傷害罪を成立させた事例であるところ、仮にSMプレイの一環として行われた場合であっても、現在の一般的な社会の受け止め方として単なるおぞましい行為と評価されることこそ考えられるが、性的な意味を認めることについてはなお疑問が残る。

客観的状況のみから現在の社会の受け止め方として性的な意味の有無を判断することには困難も認められる。以上の分析に基づくと、❸には客観的事情のみからは性的な意味の有無の評価が困難な限界事例が存在する可能性があるため、❸においては主観的事情が考慮要素の１つとなりうると考えられる。

⑶　重大性判断が問題となる事例

重大性判断は性的関連性判断とは異なり、その考慮要素に主観的事情が含まれるか否かについては明示していないと考えられる。そのため、従来までの下級審裁判例を検討することで、性的意図が考慮要素に含まれるのかを検討したい。以下では、重大性判断において重大性の有無が問題となると考えられる事例として❹ ①行為であるため、性的な意味が認められた行為、❺ ②行為のうち、性的な意味が認められた行為に分けて下級審裁判例を確認する。

❹の代表的な例としては、体液を相手にかける行為が考えられる。かかる行為については性的な意味を当然認めることができると考えられるところ、かけた場所を基準とすることでわいせつな行為として 176 条による処罰に値するか否かを判断することが可能であると考えられる。例えば、前橋地判平成 27 年 6 月 19 日 LEX/DB25540837 は、着衣に精液を付着させる行為につき結論として暴行罪を成立させていることから、体液が直接身体に付着した否かを重大性判断の軸とすることも可能である[68]。

❺の代表的な例としては、いわゆる痴漢[69]にも該当するような公共の場で相手の服の上から体に接触する行為が考えられる[70]。このような事例が問題となった下級審裁判例をみると強制わいせつ罪を認めたものとして、高松高判平成 22 年 9 月 7 日 LEX/DB25464058 は、被害者が 3 回やめてと言うまで 1 分くらい被害者の臀部をなでた行為について、下着の中には手を差し入れなかったとしてもわいせつ行為にあたるとしている。仙台高判平成 25 年

---

68 なお、大阪高判平成 22 年 3 月 26 日高検速報平成 22 年 113 頁は就寝中の女性の方を向いて射精した行為につき、「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である」として、準強制わいせつ罪を成立させているが、体液が直接身体に付着したか否かについては不明である。

69 痴漢とは、地域住民の平穏の保持等を目的として各都道府県で制定されている、いわゆる迷惑防止条例上で禁止されている「卑猥な言動」等をいう。例えば、東京都では公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例 5 条 1 項「何人も、正当な理由なく、人を著しく羞恥させ、又は人に不安を覚えさせるような行為であつて、次に掲げるものをしてはならない。一　公共の場所又は公共の乗物において、衣服その他の身に着ける物の上から又は直接に人の身体に触れること。」において痴漢は禁止されている。

70 いわゆる迷惑防止条例について詳述するものとして、合田悦三「いわゆる迷惑防止条例について」小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集〈上巻〉』（判例タイムズ社、2006 年）510 頁以下、強制わいせつと痴漢の区別について詳述するものとして嘉門優「強制わいせつと痴漢の行為との区別について」刑弁 93 号（2018 年）147 頁以下。

9 月 19 日高検速報平成 25 年 250 頁は、左手で押さえつけて自己の体に引き寄せたままの被害者のスカートを右手で捲り上げて、ハーフパンツ越しに臀部を右手で撫でるように触った行為について、触った部位や態様等に照らしても、被害者の性的自由を不当に侵害すると共に、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ものであるとしてわいせつ行為に該当するとしている。

他方、強制わいせつ罪の成立を否定したものとして、東京高決平成 17 年 8 月 10 日家月 58 巻 11 号 89 頁はエレベーター内で服の上から女児の陰部付近および胸部を触った行為について、福岡高判平成 22 年 9 月 24 日高検速報平成 22 年 232 頁は、バス車内において女子中学生に対し、右手でその腹部を着衣の上から、また、左太ももを直接なで回した行為について、それぞれ迷惑防止条例違反の罪を成立させており、名古屋地判昭和 48 年 9 月 28 日判時 736 号 110 頁は、背後から抱きすくめ両膝で被害者の両脚をはさみつけて背中・腰部・臀部を撫で廻す行為について、性的意図を認めつつも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度とはいえないとして、暴行罪を成立させているものがある。以上の下級審裁判例からは、着衣の上から触ったか否かは重大性判断の軸にはならないものの、これを考慮要素の一つとして行為の強度や継続性を考慮要素とすれば、重大性を判断することが可能であると考えられる。

以上のように、性的な意味が認められるが、なお「わいせつな行為」に該当するか否かが問題となる行為については、性的意図のような行為者の主観的事情を考慮要素に置かなくとも、当該行為の強度や継続性といった客観的事情のみを考慮要素として重大性判断を行うことも可能であると考えられる。

第 4 項　まとめ

旧刑法の下では、性に関する罪を「風俗を害する罪」と「身体に対する罪」に分けて規定しており、性犯罪の全てが後者で規定されていたところ、現行刑法では、これらを統合し社会的法益に対する罪として位置付けた。現行刑法当初は、個人的法益に対する罪であると主張した学説も存在していたが、実務上は、強制わいせつ罪は風俗犯であるとの認識の下、道徳的な見地から当然わいせつと評価される行為について強制わいせつ罪を成立させていた。戦後になると、「わいせつな行為」の意義が示され、「わいせつな行為」に該当する行為について強制わいせつ罪を成立させていた。しかし、昭和 45 年判決によって実務上は行為者の性的意図の有無で強制わいせつ罪の成否を決せられるようになった。一方で学説上は強制わいせつ罪の保護法益に違反するか否かで強制わいせつ罪の成否を決せられるようになって、性犯罪の保護法益論と結び付ける形で強制わいせつ罪の行為の外延が議論された。その後、平成 29 年判決は強制わいせつ罪の保護法益を示さず、また、「わいせつな行為」の意義も示さなかったが、性的意図の有無で強制わいせつ罪の成否が決せられるとする判断を変更し、「わいせつな行為」の判断枠組みという観点から、「わいせつな行為」に引き付けて強制わいせつ罪の成否を決するべきであると判示した。そして、その際には被害者の受けた性

的な被害の有無やその内容、程度といった被害者の事情に目を向けるべきであると判示した。

第 3 節　カナダ刑法における「性的」行為の理解

第 1 項　カナダ刑法における性犯罪の特殊性

カナダ刑法は強姦を含めた個人に対する性的侵害を「性犯罪」の章から放逐し、「暴行の罪」の章中の性的暴行の罪で規定している。そのため、刑法典上は個人に対する性的侵害は刑法典上「性犯罪」ではないというのが、カナダ法における性犯罪[71]の最大の特徴である。

強姦罪・わいせつ暴行罪を削除し性的暴行罪を新設した経緯については、以下の点が指摘されている。貞淑な女性はそもそも強姦されず、性被害に遭遇するのは女性が不貞だからであると烙印が押される現状、すなわち性犯罪被害者＝不貞な女性という烙印が押されてしまう現状があり、これは強姦罪の申告率が実際に起こった事件の 1 割であるという統計上のデータに現れている。また、強姦の被害者は不貞であるという先入観は、被害者側の主張が裁判において認められづらいという帰結も招いており、これは通常の犯罪の有罪率は 82%であるにもかかわらず、強姦罪の有罪率は 52%となっているというのが統計上のデータに現れている。この事態を変えるためには、従来の「性犯罪被害者」を「暴力犯罪被害者」とすることで少しでも性的侵害を受けた被害者に対して法的救済が受けられるようにする必要がある[72]。

性的暴行の罪の特徴としては、意図的に暴行の罪と平仄を合わせるように条文が制定されたことが挙げられる[73]。つまり、暴行の罪は、暴行罪（265 条・5 年以下の拘禁刑）[74]を基本犯として、武器を用いたり、第三者を脅迫したり、身体的な傷害を生じさせたりすることを加重要素とする武器使用等による暴行罪（267 条・10 年以下の拘禁刑）、重大な傷害を加重要素とする加重的暴行罪（268 条・14 年以下の拘禁刑）の 3 段階で規定がなされているところ、性的暴行の罪も性的暴行罪（271 条・10 年以下の拘禁刑）、武器使用等による性的暴行罪（272 条・14 年以下の拘禁刑）、加重的性的暴行罪（273 条・無期拘禁刑）の 3 段階で規定がなされているのである。そして、性的暴行の罪が暴行の罪と平仄を合わせるように規定されていること、および、性的暴行の罪の各類型が暴行の罪の各類型よりも法定刑が重くなっていることからも分かるように、性的暴行の罪は暴行の罪を基本犯とした上で性的

---

71 もっとも、刑法典上の刑事訴訟法の規定（468 条以降）には性的暴行罪を性犯罪と規定しているものもあり(例：490.011 条)、性的暴行罪は完全に性犯罪ではないと捉えているわけではない。したがって、本稿では、性犯罪とは性的暴行罪を指し、「性犯罪」とは性犯罪の章に含まれている犯罪を指すものとする。

72 Hon. Flora MacDonald, “House of Commons Debates”, 32nd Parliament, 1st Session: Vol. 17, at 20041.

73 刑法典上も、性的暴行罪における「暴行」の解釈については暴行罪における暴行の解釈が準用される（265 条 2 項）ことが規定されている。

74 現在の暴行罪および性的暴行罪の条文については R.S.C. 1985, c. C-46 in force since Oct 17, 2018 を参照している。

であることを加重要素とした犯罪である。したがって、例えば加重的性的暴行罪は、暴行罪という基本犯に、暴行が性的という加重要素と重大な傷害という加重要素が二重に加重された犯罪であるといえる。

	→暴行が性的であることが加重要素	
↓行為の危険性および重大な傷害が加重要素	暴行罪（265 条・5 年）	性的暴行罪（271 条・10 年）
	武器使用等による暴行罪（266 条・10 年）	武器使用等による性的暴行罪（272 条・14 年）
	加重的暴行罪（267 条・14 年）	加重的性的暴行罪（273 条・無期）

性的暴行罪について規定する 271 条は、「性的暴行を犯した者は次のように罰する…」と規定するのみであり、性的暴行罪の成立要件が本条に書かれているわけではない。そのため、性的暴行罪の解釈は裁判所に委ねられ、後に見ていくように各裁判所で様々な解釈がなされたところ、「性的暴行罪の客観的要件(actus reus)は、ⅰ行為の性的性質のほか、ⅱ接触、ⅲ同意の不存在であり、このとき、接触と性的性質は客観的に判断され、同意の不存在は、接触された時点の被害者の主観的な内心に基づいて判断される。主観的要件(mens rea)はⅰ接触の意図、ⅱ同意の不存在についての認識(knowing)、無謀(reckless)、ことさらな盲目(willfully blind) [75]である。」とする連邦最高裁判所の解釈があり、実務上これが性的暴行罪の成立要件として確立されている[76]。

第 2 項　1982 年刑法改正までの状況[77]

１．1892 年刑法の制定

カナダがイギリスから独立したのはイギリスから自治権を獲得した 1867 年である。しかし、イギリスから完全に独立したわけではなく、法律・政治・外交に関しては依然としてイギリスに隷属しており、刑事法の領域についてもイギリス由来の伝統的なコモン・ローに基づく法体系が継受されていた。しかし、刑事法典を制定するという構想は独立当初から存在しており、イングランド刑事法典草案やイギリスの文献を参考にする形で 1892 年に刑法典

[75] willful は「意図的な」と通常日本語訳されるが、intention(意図)との混同を避けるため、「ことさらな」という日本語訳を当てた。

[76] *R. v. Ewanchuk* (1999) 1 S.C.R. 330, 22 C.R. (5th) 1, 131 C.C.C (3d) 481 (S.C.C.).

[77] 1982 年の刑法改正以前の強姦罪の規定および解釈について詳述したものとして、紙谷雅子「『強姦』から『性的暴行』へ⑴――カナダ刑事法の変遷に見る裁判所と議会の関係――」学習院大學法學部研究年報 30 号（1995 年）75 頁以下、同「同⑵」学習院法学 32 巻 1 号（1996 年）69 頁以下。現行カナダ刑法における性犯罪の研究につき、和田俊憲「カナダ刑法における『性犯罪』への対応」刑ジャ 45 号 57 頁以下。性犯罪規定について書かれたカナダ刑法の基本書として Kent Roach, “Criminal Law” 6/E (2015), Toronto, ON, Irwin Law, at 441-459.

[78]が制定された。この時点では、刑法は性に関する犯罪をひとまとめに規定しておらず、どのような権利を侵害するかという視点から、それぞれの章で規定されていた。具体的には「宗教・道徳・公共の便宜に対する犯罪」の「道徳に対する犯罪」では、近親相姦罪、公然わいせつ罪、同性愛罪、婦女誘惑罪、婦女堕落罪（売春あっせん罪）、精神障碍者姦淫罪が反自然的性行為罪(buggery)としてラベリングされて規定されており（174 条～190 条）、「個人または名誉に対する罪」の「暴行の罪」では、女性に対するわいせつ暴行罪（259 条）、男性に対するわいせつ暴行罪（260 条）が規定されており、さらに「個人または名誉に対する罪」の「強姦罪および中絶あっせん」では、強姦罪（266 条～270 条）および中絶罪（271 条～274 条）が規定されていた[79]。しかし 1955 年の刑法改正[80]では、強姦罪、猥褻暴行罪が反自然的性交罪と共に「性犯罪・公共の道徳・秩序を乱す行為」の中の「性犯罪」の章にまとめられた。このように章立てが変わったにもかかわらず、強姦罪・わいせつ暴行罪の定義は刑法制定当初から 1982 年に改正されるまで基本的には維持されており、章が改められたことによる解釈上の変更は小さかったものと考えられる。

２．各条文の規定及び解釈[81]

⑴ 強姦罪

強姦罪（143 条）は「男性が強姦罪を犯すのは、妻ではない女性と性交渉(sexual intercourse)し、その関係について以下の(a)(b)(c)のいずれかに該当する場合をいう。すなわち、(a)同意がない場合、(b)(i)脅迫あるいは身体的な危害による恐怖によって同意が強要された場合、または、(ii)夫を詐称することで同意を得た場合、(iii)行為の性質及び質に関する虚偽および詐欺の表明によって同意が得られた場合である」と定義されており、強姦罪を犯した者には無期拘禁刑が科される（144 条）。強姦罪の未遂犯も罰せられ、10 年の拘禁刑が科される（145 条）。なお、1955 年刑法改正までは強姦罪は「女性の肉体的知識を得る」行為であると規定されており[82]、条文上強姦の実行行為が明確に規定されていなかったところ、1955 年刑法改正では、これが「性交渉」と言い換えられ、性交渉の定義が刑法典の総則において「ほんのわずかな程度であっても、陰茎の挿入があれば、射精がなくとも性交渉があ

---

78 S.C. 1892, c. 29.

79 さらに婚姻秩序の保護のもと、「夫婦及び両親の権利に対する犯罪―重婚―誘拐」では重婚、偽装結婚、不法結婚罪、婦女誘拐罪が規定されていた（275 条～284 条）。

80 R.S.C.1953-54, c.51.

81 カナダの刑法典は、細かな改正を含めると非常に頻繁に改正がなされていて、その度ごとに条文の番号が変更されていることに注意が必要である。本節で挙げている条文番号は 1982 年の改正によって性的暴行罪が創設される直近の改正である 1977 年刑法改正（S.C. 1976-77, c. 53.）の条文番号である。

82 強姦の実行行為をこのように解していた背景には、行為者が相手の女性の肉体的知識を知覚できなければ、女性の貞操は汚されたとはいえないため、強姦とはいえないという解釈があったものと考えられる。現に 14 歳未満の男性は、強姦罪を犯さないとみなすという規定が存在していた（147 条）。

ったと認められる」と定義されるようになった。

また、143 条(a)(b)(c)の要件がないため、強姦罪にならないような単なる性交渉も客体が未成年者・精神障碍者の場合には犯罪となる。すなわち、妻ではない 14 歳未満の女性と性交渉した場合には無期拘禁刑（146 条 1 項）が科され、貞淑な性格の、妻ではない 14 歳以上 16 歳未満の女性と性交渉した場合には 5 年の拘禁刑（146 条 2 項）が科され、男性が、強姦罪が成立しない状況下で女性と性交渉したとしても、その女性が妻ではなく、精神薄弱(feeble-minded)、精神障害(insane)、白痴(idiot)、または、痴愚(imbecile)であり、かつ、男性がそのことを知っているかまたはそう信じていることについて合理的な理由がある場合には 5 年の拘禁刑が科される（148 条）。

⑵ わいせつ暴行罪（indecent assault）

女性をわいせつに暴行する場合には 5 年の拘禁刑が科される（149 条 1 項）。このとき、被告人が女性の同意の下行ったと立証する場合でも、女性の同意が行為の性質および質に鑑みて、虚偽の詐欺的表現によって得られた場合は有罪判決を下される可能性がある（149 条 2 項）。また、反自然的性行為の意図をもって他人を暴行、または、男性をわいせつに暴行した男性は 10 年の拘禁刑が科される（156 条）。このように、刑法典が制定された当初から暴行を手段としたわいせつな行為ではなく、わいせつな暴行それ自体を実行行為としている点で特徴がある。

「わいせつに暴行する」の意義については *Chong* 判決[83]が州控訴裁判所の判決でありながら先例的な判決を下している。本事例は、被告人が深夜帰宅途中の被害者（15 歳の女性）を寂れた場所に連れ込み、不道徳な目的（売春宿に連れ込み売春する目的）で、金銭を提供し自分と一緒に来るように言ったが、被害者が断ったため、これを遂げなかった事例であった。州控訴裁判所は、「それが行われた状況で行われたことがわいせつになされたか否かは各事例における事実の問題であるが、仮にそれが行われた状況がわいせつであるならば、わいせつ暴行罪が成立する」と述べ、行為の性質、行為がなされた時にかけられた言葉を考慮してわいせつな状況で暴行がなされたと評価できるならば、わいせつ暴行罪が成立するという判断を示し、この判断に基づき、わいせつ暴行罪を成立させた。このように「わいせつ」という解釈について何らの解釈を行わないまま、わいせつな状況で行われた暴行を「わいせつな暴行」と解釈することは、トートロジーに陥っているという非難を免れないと考えられる[84]が、その状況がわいせつか否かについては、道徳に照らせば判断することができるという考えがあったことから、問題視されなかったものと考えられる。

その後、連邦最高裁判所は *Swietlinski* 判決[85]にてわいせつ性の評価は事例ごとに判断されるところ、実際の暴行に関連する事実および状況の客観面から判断され、被告人の精神状

---

83 *R. v. Chong* (1914), 23 C.C.C. 250, 32 O.L.R. 66 (O.N. C.A.).

84 S. J. Usprich “A New Crime in Old Battles: Definitional Problems with Sexual Assault” (1987) 29 Criminal Law Quarterly 200 at 202.

85 *Swietlinski v. R.* (1980), 2 S.C.R. 956 (S.C.C.).

態に左右されないため、行為者が客観的にわいせつ暴行罪を構成する行為を行ったならば、行為者がわいせつな目的を有していたことを示す必要はないと判示している。つまり、客観的要素に基づき「わいせつ」は評価されるべきであり、その判断の際にわいせつ目的は不要であるとするのが判例上の解釈であった。

さらに、主観的要件としても「それがなされた状況において、わいせつ暴行罪を構成する行為を行うための一般的な認識があれば足りる。」[86]とされており、行為のわいせつ性の認識は不要であると解されていた。

⑶ 性犯罪として規定されているその他の罪

近親相姦罪(incest)を犯した者は 14 年の拘禁刑に科される（150 条)。16 歳以上 18 歳未満の貞淑な性格の女性を誘惑した(seduce)[87]者は 2 年の拘禁刑が科される（151 条)。21 歳以上の婚約している男性が 21 歳未満の貞淑な性格の未婚の女性を誘惑した場合は 2 年の拘禁刑に科される（152 条)。男性が継娘、養女、女性の被後見人に対して反道徳的な性交渉をした場合、または 21 歳未満の貞淑な女性を雇用し、雇用上支配下に置き、または、賃金を渡している場合に、その女性に対して反道徳的な性交渉をする場合は、2 年の懲役刑が科される（153 条 1 項)。船の所有者、船長、または船の運航に従事する男性が船の女性乗客を誘惑し、または、脅迫または権力を行使して船の女性乗客と性交渉をした場合は、2 年の懲役刑が科される（154 条)。反自然的性行為または獣姦を犯した場合、14 年の懲役刑が科される（155 条)。全般的わいせつ行為罪[88](gross indecency)を犯した者は、5 年の拘禁刑が科される（157 条)。

第 3 項　「性犯罪」から性的暴行罪へ

1982 年に「性犯罪」の章から強姦罪・わいせつ暴行罪は削除され、「個人および名誉に対する罪」の章の「暴行の罪」の中に性的暴行の罪が規定された。

１．性的暴行罪の保護法益

性的暴行罪について規定する 271 条は、「性的暴行を犯した者は次のように罰する…」と規定するのみであり、性的暴行罪の成立要件が本条に書かれているわけではない。したがって、「性的(sexual)」の解釈、および、「暴行(assault)」の解釈が問題となる。この点に関して、暴行罪の保護法益は被害者の身体機能の完全性(physical integrity)、あるいは身体の内密領域(bodily privacy)であるとされているところ、性的暴行罪の保護法益も、やはり暴行

---

[86] *Leary v. The Queen.* (1978), 1 S.C.R. 29 (S.C.C.).

[87] 「誘惑」とは、人に不法な性交渉をする気にさせることをいう。

[88] *R. v. Quesnel* (1979), 51 C.C.C. (2d) 270 (O.N. C.A.)は、“gross indecency”をその状況の中で平均的なカナダ人に期待される世間一般の行為から著しく逸脱した行為であると定義した上で、街中で男女 3 人でフェラチオおよびクンニリングスする行為を同罪で処罰した。

の罪に平仄を合わせ、性的完全性(sexual integrity)および性的尊厳(sexual dignity)であると解釈されている[89]。そして、性的暴行の罪は「性的」という要素が追加されることにより、単なる暴行の罪よりも侵襲のレベルが高くなるため、「性的」が暴行の罪と性的暴行の罪を分ける要素であると説明されている。

２．「暴行」の意義について

性的暴行罪における「暴行」の解釈については暴行罪における暴行の解釈が準用される（265 条 2 項）。暴行罪（265 条 1 項）は以下のように規定される。「暴行罪は(a)同意なく、意図的に、直接的または間接的に、その者に対して威力を行使する場合、(b)目的達成能力を現に有しているか、それを現に有していると合理的根拠をもって人に信じさせ、その者に対して行動や身ぶり手ぶりによって威力を行使しようとしたり、威力を行使したりするという脅迫をする場合、(c)公然と武器またはその模造品を携帯または所持しながら挑発し、または、妨害し、もしくは、懇願する場合に成立する。」条文上明らかにされているように、(b)(c)のような、暴行の未遂や暴行を行うことに対する脅迫も暴行罪の既遂を構成することがカナダ刑法の暴行罪の特色として挙げられる。この問題に関連した事例としては *Ricketts* 判決[90]がある。本事例は、被告人が売春婦に性的サービスをやってもらえないか交渉したところ被害者が前もって現金を要求したため、ナイフを見せ、腕をとって、口腔性交するように要求したが被害者は逃走したという事例である。これについて事実審では武器使用性的暴行罪の未遂を成立させたところ、州控訴裁判所は「暴力を構成するのに十分な物理力の表現を伴う卑猥な提案はそれ自体性的暴行を構成する」と判示し、武器使用性的暴行罪の既遂を認めている。

３．「性的」の意義について

性的暴行罪は「性的(sexual)」である必要があるところ、刑法典には「性的」の意義について規定されていないため、その意義が問題となった。このとき、1982 年に性的暴行罪が新設された直後に「性的」の意義について各州控訴裁判所で 3 つの異なる判決が出されたのでそれぞれ検討を行う。

①*Chase* 判決[91]は、被害者（15 歳の女性）と性交渉しようとした被告人が被害者ともみ合いになり、胸(breast)をつかんだという事例であった。ニューブランズウィック州控訴裁判所は、“sex”、“sexual”を辞書で調べると、その意義には性的臓器(sexual organs)や生殖器(genitalia)への関連性が認められ、また、暴行という言葉に「性的」という言葉が追加され

---

[89] *R. v. Cook* (1985), 20 C.C.C. (3d) 18 (B.C. C.A). 車の助手席に座っていた被告人が運転中の被害者の内もも、おなか、胸に触ったという事案につき、性的完全性および性的尊厳に対する侮辱であるとして、性的暴行罪を成立させた。後述する *Chase* 判決もこれに同意している。

[90] *R. v. Ricketts* (1985), 61 A.R.175 (A.B. C.A.).

[91] *R. v. Chase* (1984), 13 C.C.C. (3d) 187 (N.B. C.A.).

ているのは、体のどの部分に不法な物理力が適用されたのかを判断する必要があることを示唆していることを指摘した上で、性的暴行とは自分の性的臓器または生殖器を他人に接触させ、または他人の性的臓器または生殖器を自分に接触させる行為に限定されると判示した。これは、人体構造上第二次性徴として理解される人体の部位または性感帯と考えられる人体の部位を性的暴行に含めると、男性のひげや就寝前のキスに性的暴行罪が成立してしまい、不合理な結論につながる可能性があること、また、被告人の性的満足を動機とする行為を性的暴行に含めてしまうと、人間の性行動といった性科学の領域について裁判所が調査しなければならなくなり妥当ではないということがその判断としてあったためである[92]。以上を踏まえ、本事案については第二次性徴たる女性の胸は性的暴行罪で問題となる部位ではないとして、性的暴行罪を成立させず、通常の暴行罪を成立させた。

②*Alderton* 判決[93]は、被告人が被害者と性交渉する意図をもって被害者の口と鼻を手で覆ったという事例だった。オンタリオ州控訴裁判所は *Chase* 判決を批判し、「"sexual assault"の包括的な定義を規定しなくとも、少なくとも被害者と性交渉する意図をもって行われた暴行、または、性的満足の目的で暴行が行われるならば、"sexual assault"は充足される」と判示し、本事例につき性的暴行罪を成立させた。

③*Taylor* 判決[94]は以下のような事例であった。被害者（16 歳の女子）は頻繁にタバコやマリファナを吸うなどの非行を行うため、親族から再三の注意を受けていたが、非行は改善しなかった。被害者による非行に対して、同居していた親族である被告人（男性）は被害者を地下室に連れていき、手を挙げさせてこれを金属製の支柱にテープで縛りつけた上で着ていた服をずらし、5 分から 10 分全裸にさせた。その 4 日後には同様の行為をしたうえで木製のオールで臀部を 10 回から 12 回殴った。州裁判所で行われた事実審は、被告人が被害者を懲戒するに至った経緯、被告人は被害者に対して懲戒に関する発言しかしておらず、性的な言葉をかけてはいないことから、衣服を脱がせる行為がわいせつな行為に当たる可能性があるとしても性的暴行罪には当たらないと判断して暴行罪の構成要件に該当するとした。その上で、被告人の行為は懲戒行為（43 条[95]）に基づき正当化されるとして無罪を言い渡した。アルバータ州控訴裁判所は「"sexual assault"は性的な状況における物理力の行為であるところ、性的満足のために他の人を堕落させる、または品位を落とすことを意図した行為が含まれる。そのため、性的暴行罪における肉体的(carnal)または性的な側面を、性的臓器に対する物理力の行為のみに限定するものは何もない。」として、*Chase* 判決を批判し、「肉欲的側面を判断する基準は被害者の知見(perception)でも行為者の目的(purpose)でもなく、原則として客観面、すなわち合理的な観察者の視点から判断しなければならない。」

---

92 *Ibid.* at 190.
93 *R. v. Alderton* (1985), 49 O.R (2d) 257, 17 C.C.C. (3d) 204 (O.N. C.A.).
94 *R. v. Taylor* (1985), 44 C.R. (3d) 263,19 C.C.C. (3d) 156 (A.B. C.A.).
95 43 条（物理力による児童の懲戒）：教師・両親・両親に準じる者は生徒や児童を懲戒するために物理力を用いることが正当化される。ただし、物理力が当該状況下において合理的な程度を超えない場合に限られる。

として事実審をやり直すよう判示した。

①では性的臓器または生殖器といった生殖活動に関係する部位が「性的」を基礎づけると判断している。これは「性的」か否かは暴行を受けた部位が重要な要素を持つことについて肯定しつつも、生殖器と関係ない部位は性的かどうかが曖昧であるという考慮に基づくものであると考えられる。

②では、行為者の性的満足の目的が「性的」を基礎づけると判断している。もっとも、本判決は少なくとも性的満足の目的があれば“sexual assault”を充足するという表現がなされており、性的暴行罪が成立するために特定の意図が必要であるという判示したわけではないということに注意が必要である。②は、客観的にみれば家に押し入った被害者の口と鼻を手で覆ったという事例であり、客観面だけでは性的とは評価しづらい事例であったためこのような判断がされたと推測される。

③では①と同様、暴行を受けた部位が「性的」を基礎づけると判断した上で、性的であるか否かが曖昧である部位に関しては行為の状況を判断して性的か否かを判断すべきであるとするものである。

この当時の学説上の見解として、以下のように述べて「性的」は客観面で判断されるべきであるとしたものがある[96]。

以下の 2 点の理由から「性的」は客観面で判断するべきである。1 点目は、性的暴行罪における「性的」の解釈に関して立法者意思は客観面の判断を望んでいると推察されるという点である。先述したように、わいせつ暴行罪の「わいせつ」の解釈は客観面に基づいて判断するのが判例の立場であったところ、仮にこの解釈を変更するのが立法者の意思であるならば、わいせつ暴行罪を廃止し、性的暴行罪を新設したときに、条文上そのような解釈を可能にするような文言が含めて規定するはずであるところ、性的暴行罪の条文にはそのような文言が存在しないため、立法者意思は客観面での判断を望んでいると推察されるのである。2 点目は、性的暴行の罪の条文上の構造が暴行の罪と平仄を合わせる形で、3 段階で罪を規定しているところ、これは行為者の主観的要素の違いに着目したものではなく、むしろ、行為によって加えられた客観的な危害の重さに着目したものであるという点である。

もっとも、暴行が「性的」か否かという判断については、客観面ではなく行為者の視点から主観的に判断する判断方法もありうる。その場合は、主観的要素として性的目的が必要である場合、主観的要件を超えた動機として行為者の性的目的が必要であると解する場合の 2 つが考えられる。しかし、主観的要素を超えた動機に性的目的を含める場合、このような動機は通常条文で明示されているところ、性的暴行罪には明示されていないため、「性的」の解釈の中にこのような解釈が黙示的に含意されていると解釈することになるが、暴行罪の 1 形態としての性的暴行罪について、性的目的を持った暴行と解釈するのは解釈の飛躍がある。

また、主観的要素を超えた動機に性的目的を含める場合であっても、主観的要素とは自身

[96] *Swietlinski, supra* note (85) at 212-219.

が行った行為、行為の状況、結果について認識していることであるところ、それが「性的」か否かというのは行為及びその状況と結びついた事後的な判断であり、行為者は行為時に「性的」それ自体を認識することはできないため、性的目的を主観的要素に含めることもできない。また、事案の解決に際しても、一般的には性的な意味がないとされているものであっても人によっては性欲が喚起させられるようなフェティシズムに基づく暴行がなされた場合には、被害者および一般人が単なる暴行と考えるにもかかわらず、行為者に性的目的があることをもって性的暴行罪を成立させることになる一方で、被害者および一般人が性的暴行と考えるにもかかわらず、行為者が性的目的を有していないことをもって性的暴行罪を成立させないとすることになるが、このように、性的目的を基準にして性的暴行罪の成否を決すると、性的暴行罪の成否を判断する基準が行為ではなく行為者となってしまい、行為者に犯罪の定義を委ねることになって不適切である。

以上を前提とすると、その暴行が「性的」か否かについては暴行がなされた部位および周囲の状況を考慮要素として客観的に判断されるべきであり、行為者の性的目的は不要である。行為者の主観的要件としても性的暴行を基礎づける事実について意欲的故意を有していれば足りることから、ここでもやはり行為者の性的目的は不要である。

以上の見解を参考として、カナダにおける最上級裁判所である連邦最高裁判所[97]が①*Chase*判決の上告審で判決を下した。それは、「ⅰ性的暴行罪は、被害者の性的完全性が侵害されるような性的性質を有する状況で行われることを前提とした上で、ⅱ性的性質の有無は接触した身体の部分、接触の性質、接触時の状況、脅迫を含む行為に付随する言葉や身振り手振り、および行為を取り巻くその他すべての状況を考慮して理性的な観察者の視点から客観的に判断される。ⅲ被告人の意欲的故意(intent)や目的(purpose)、動機(motive)は、それが性的満足(gratification)であった場合は、その行為が性的か否かを判断する判断要素となりうるにとどまり、主観的要素としては一般的な意欲的故意の存在で足りる。」というものであった。この判決は、その暴行が性的か否かという判断について先例的な役割を担っている判決である。

４．性的完全性の意義について

性的暴行罪の成否につき、性的完全性が侵害されているか否かが問題となった事例として、*V. (K.B.)*事例がある。

本事案は「成人の性器部分(genital region)をつかむことを 3 歳の息子にやめさせ、それがどれほど痛いかを示すために、被告人はしつけとして、あざができるほど激しく息子の性器をつかんだ。第 1 審は、被告人が性的満足をもって行為していたことに関して証拠がなくても、他の証拠からその暴行が性的暴行であるという結論を導きうるため、この事例において性的満足の不存在は性的暴行罪の成否とは無関係である、として性的暴行罪を成立さ

[97] *R. v. Chase* (1987), 59 C.R. (3d) 193, 37 C.C.C. (3d) 97 (C.S.C.).

せた。」という事例であった。州控訴裁判所[98]は、その少数意見で「本事例における暴行は、暴行を受けた身体の部分を除けば、あらゆる点で性質上非性的であり、また、被告人に性的満足の意図が欠如していることは性的暴行との関係で無関係ではなく、むしろ、被告人の活動の全体像を変化させている。したがって、当該暴行は、誤った形で行われたしつけであり、無力な子供に対する残酷で不当な暴行であって刑罰に値するものであるが、性的暴行ではない。」と主張したものの、その多数意見では「議会は、被害者の性的プライバシーまたは性的完全性に対する容認できない侵入(intrusion)または違反(violation)を表すために、性的暴行を犯罪化したことを考慮すると、性的暴行とは権力(power)、攻撃性(aggression)、支配性(control)に基づく行為である。したがって、性的暴行は性(sexuality)を必要とせず、これを含まなくてもよい。そして、暴行を性的暴行に格上げする要素は各々の事例に左右されるが、性的満足の有無は、性的暴行が発生したかどうかを判断する際に考慮すべき要素の 1 つにすぎないのであるから、被告人の性的満足の不存在は性的暴行罪の成否を決定するものではない。被告人の見当違いの原始的なしつけは、被害者の性的完全性を侵害した積極的な支配行為であり、性的暴行罪にあたる。」と判示した。そして、連邦最高裁判所[99]も「全事情を考慮すると、当該暴行は児童の性的完全性を侵害しているため、性的性質を帯びている。」と主張して、性的暴行罪を認めている。

「性的暴行罪は性を含まなくてよい」という判示は、一見矛盾しているように思われる。しかし、性的暴行の罪は「性犯罪」ではなく暴行の罪の加重類型であり、暴行の罪の保護法益が身体の完全性であるのと同様に、性的暴行の罪の保護法益も身体の完全性である。そして、性的暴行の罪が暴行の罪より重く処罰されるのは、性的暴行の罪は身体の内密領域に対する重大な侵襲であるからである。したがって、行為者の性欲を満足させる目的がなくとも、または、その状況を観察した一般人からみて性欲を喚起させるものでなかったとしても、――もちろん、性風俗とも関係なく――性的暴行の罪は成立する余地が認められる。

このように、カナダの性的暴行の罪は「性」の特殊性に接近するのではなく、「性」から侵襲の重大性を抽出することで、その意義を担保していると考えられる。

５．わいせつ暴行罪と性的暴行罪の違い[100]

わいせつ暴行罪は一般的に性的性質を有しているとみなされるため、わいせつ暴行罪と性的暴行罪にはそれほど差がないように思われる。このことは *Chase* 判決においても、「性的暴行罪として有罪判決を受けるような行為の大部分は従来のわいせつ暴行罪についても有罪判決を受ける可能性がある」と指摘されているところである。

しかし、わいせつ暴行罪が廃止され、性的暴行罪が新しく制定されたことによって 3 つ

---

98 *R. v. V. (K.B.)* (1992), 71 C.C.C. (3d) 65 (O.N. C.A.).

99 *R. v. V. (K.B.)* (1993), 82 C.C.C. (3d) 382 (S.C.C.). なお、原判決の少数意見と同旨の少数意見が付されている。

100 *Swietlinski, supra* note (85) at 207-210.

の点で変化が生じたと考えられる。

1つ目は、性的暴行罪には従来強姦罪または強姦未遂罪を構成していた行為が含まれる点である。つまり、性的暴行罪は身体機能の完全性を高度に侵襲する行為を処罰するものであり、性交渉も性的暴行罪に含まれうるのである。また、性的暴行罪における「暴行」に対しては暴行罪の暴行の解釈が準用されるところ、暴行罪は暴行の未遂を「暴行」の中に包含していることから、強姦未遂罪を構成していた行為についても性的暴行罪が成立することになる。

2つ目は、道徳に対する罪から個人に対する罪へと罪質が変更された点である。わいせつ暴行罪は性道徳を保護していたが、「わいせつ」の有無は道徳的にみて社会規範に反しているか否かという評価者の主観的な評価に委ねられることになる。そのため、礼節を欠いているという意味で「わいせつ」が解釈されることもその解釈上完全に排除されておらず、理論的には単なる暴行についてわいせつな暴行と評価される可能性がある。一方で性的暴行罪は身体に対する罪であり、個人の内密領域に対する侵襲から保護している。そして「性的」の有無は、客観的・一義的に評価されることになる。

また、わいせつ暴行罪における「わいせつ」も性的暴行罪における「性的」も共に、周囲の状況が考慮要素となりうるところ、前者は物理力それ自体がわいせつでなくともわいせつな雰囲気が認められれば性道徳に違反しているため、わいせつ暴行罪が成立するのに対して、後者は被害者の性的内密領域が侵害されているか否かが本質的に犯罪の成否を分けていることから、物理力それ自体も性的であることが必要とされる。そのため、不道徳な目的で寂れた場所に連れ込んだという事例であった *Chong* 判決は、実際の判決ではわいせつ暴行罪が成立したが、性的暴行罪が成立しない可能性が高いと考えられる。

加えて、性的暴行罪は被害者の感性を動揺させるだけでは足りず、性的完全性を侵害することではじめて性的性質を有する侵害であると評価されることから、単に卑猥な言葉をかけながら接触するような事例であってもその接触態様如何によっては、わいせつ暴行罪は成立するとしても、性的暴行罪は成立しない可能性が考えられる。

3つ目は、わいせつ暴行罪における「わいせつ」の判断基盤は行為の状況のみであったが、性的暴行罪における「性的」の判断基盤は行為の状況のみならず物理力それ自体にも存在するということである。これに関する事例としては *Burden* 判決[101]が挙げられる。本事例は、被告人がバスにほとんど乗客がいなかったにもかかわらず、被害者女性のそばの座席に座り、しばらく被害者を見つめた後、5秒から10秒の間、被害者の太ももに手を置いたという事例であった。被告人は性的暴行罪で起訴されたものの事実審は「愚かでなれなれしい行為の全てが必ずわいせつであるわけではないところ、被告人の行為は愚かでなれなれしい行為ではあるが、わいせつではない。」と判断して無罪を言い渡し、州控訴裁判所も暴行罪のみを成立させた。本事例では、被告人はなれなれしく被害者に触っただけであり、行為の状況がわいせつとはいえないため、わいせつ暴行罪は成立しなかったものと推測されると

[101] *R. v. Burden* (1981), 64 C.C.C. (2d) 68 (B.C. C.A.).

ころ、接触それ自体が身体機能の完全性を侵害しており、性的であると評価できるため、性的暴行罪が成立すると解釈しうる事例であったと考えられる[102]。

第 4 項　まとめ

カナダは、刑法制定当時は、先述したように性に関する罪を「道徳を害する罪」と「身体に対する罪」に分けて規定しており、強姦罪あるいは猥褻暴行罪といった異性愛に基づく性的行為は後者で規定されていたが、同性愛に基づく性的行為は当事者の同意の有無にかかわらず、反自然的性的行為罪として前者に規定されていた。しかも、猥褻暴行罪は「猥褻」という言葉の解釈上、その規定の位置に反して、道徳犯的な性格を強く帯びており、わいせつな状況で行われた行為か否かでわいせつ暴行罪の成否が決せられていた。1953 年刑法改正はこのような実態を受けて全ての性に関する罪を「性犯罪」の章でまとめられた。しかし、1982 年刑法改正によって性犯罪は性的暴行罪として包括的に規定されることになり、暴行の罪の加重類型として、身体の内密領域に対する重大な侵襲がなされたか否かで性的暴行罪の成否が決せられることなった。

[102] R. v. Cook も本事例は性的暴行罪が成立しうるであったと述べている。

第3章　被害者が18歳未満の場合に問題となる若年者保護規定の解釈について

第1節　児童淫行罪における「児童に淫行をさせる行為」の解釈の変遷

第1項　はじめに

児童福祉法は、34条1項において「何人も、次に掲げる行為をしてはならない。」と規定し、児童が被害者となる禁止行為を1号から9号まで列挙する。そのうち、6号は児童淫行罪として「児童に淫行をさせる行為」を禁止しており、同法60条1項において、10年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金、又はその併科が科されることが規定されている。児童淫行罪を除くその他34条1項で規定された禁止行為に違反した場合には、同法60条2項において、3年以下の懲役若しくは100万円以下の罰金が科されることを考慮すると、児童淫行罪は他の禁止行為よりも非常に重い法定刑が定められていることが注目される。

児童淫行罪においては、①行為者が児童をして第三者を相手方に淫行をなさしめた場合（以下、「三者関係型」とする）に児童淫行罪の成立は限定されるのか、②「淫行」は性交に限定されるのか、③いかなる場合に「(淫行) させる行為」が肯定されるのか、が争点となっていた。

①については、最決平成10年11月2日刑集52巻8号505頁（以下、「平成10年決定」とする）が、三者関係型に限定されず、行為者と児童という二者の関係性の中で、行為者が児童に対して淫行をなさしめた場合（以下、「二者関係型」とする）についても児童淫行罪が成立しうるという解釈を示した。裁判実務は、平成10年決定以前については、児童淫行罪を三者関係型に限定して運用していたが、平成10年決定を境に、二者関係型についても児童淫行罪が成立しうることを当然の前提として児童淫行罪を運用しており、現在の学説もその解釈を前提とした議論を行っているため、現在、①の争点はほぼ解消されたといってよい状況にある。しかし、平成10年決定の時点で既に、被害者を相手方として「淫行する」行為を処罰する条例上の淫行罪がほとんどの都道府県で規定されているという状況にあり、両罪の適用関係という問題が新たに生じた。その問題は②、③の争点の中で議論されている。

②については、かつて最決昭和47年11月28日刑集26巻9号617頁（以下、昭和47年決定）が、「淫行」は性交に限定されず、性交類似行為まで含まれるという解釈を示した。その後、最決平成28年6月21日刑集70巻5号369頁（以下、「平成28年決定」とする）は、「児童福祉法34条1項6号にいう「淫行」とは、同法の趣旨（同法1条1項）に照らし、児童の心身の健全な育成を阻害するおそれがあると認められる性交又はこれに準ずる性交類似行為は、同号にいう「淫行」に含まれる。」と述べ、「淫行」の意義を示した。しかし、いかなる性交類似行為が「淫行」として肯定されるのか、また、条例上の淫行罪における「淫行」との関係性が依然として問題となっている。

③については、かつて最決昭和40年4月30日集刑155号595頁（以下、「昭和40年決定」とする）が、「淫行させる行為」は「児童に淫行をさせる行為のうちには、直接たると間接たるとを問わず児童に対して事実上の影響力を及ぼして児童が淫行をなすことを助長し促進する行為をも包含する」と述べ、「させる行為」の意義を示した。その後、平成28年

決定は昭和 40 年決定が示した「させる行為」の意義を引用しつつ、「そのような行為に当たるか否かは、行為者と児童の関係、助長・促進行為の内容及び児童の意思決定に対する影響の程度、淫行の内容及び淫行に至る動機・経緯、児童の年齢、その他当該児童の置かれていた具体的状況を総合考慮して判断するのが相当である」と述べた。この争点は条例上の淫行罪における「(淫行) する」との適用関係が正面から問題となるため、いかなる場合に「させる行為」が肯定されるのか、という点が問題となっている。

現在、児童淫行罪においては、平成 28 年決定を契機として、いかなる場合に「させる行為」は肯定されるのかという問題を中心に据えた研究が進展しているが、その中では、主として条例上の淫行罪との適用関係が新たに争点となった平成 10 年決定を起点とした研究がなされているように思われる。確かに三者関係型と二者関係型は犯罪の構造が異なっており、現にその運用状況も平成 10 年決定を境に大きく変化しているが、どちらも児童淫行罪という同一の犯罪の中における「淫行」または「させる行為」の解釈の問題であるという点は同じである。それゆえ、平成 10 年決定を境に突然「淫行」「させる行為」の解釈が劇的に変化したとはおよそ考えられず、三者関係型に限定されていた平成 10 年決定以前の判例・学説の状況についても検討する必要性が現在においてもなお存在すると考えられる。

そのような理解から、本稿では児童福祉法制定に至る過程、児童福祉法制定当初の議論状況、および、平成 10 年決定以前の判例・学説の議論状況、平成 10 年決定以降の判例・学説の議論状況についてそれぞれ詳細に検討した上で、今現在におけるあるべき児童淫行罪の成立範囲と適用状況について分析する。

第 2 項　児童福祉法制定以前の状況

児童福祉法 34 条の前身となる法律として、1933 年に制定された旧児童虐待防止法が存在する[1]。旧児童虐待防止法は、1 条において児童を 14 歳未満の者と定義し、7 条において児童虐待又は児童虐待を誘発するおそれがある行為・業務に児童を用いることを禁止・制限しうるとし、10 条においてその法定刑を懲役 1 年以下又は 1000 円の罰金と定めている。そして、旧児童虐待防止法は児童虐待防止法第七条ニ依ル業務及行為ノ種類指定ノ件（昭和 8 年内務省令第 21 号）に、そのような行為・業務の具体例を委任しているところ、省令は、不具畸形ヲ観覧ニ供スル行為（1 号）、乞食（2 号）、軽業、曲馬其ノ他危険ナル業務ニシテ公衆ノ娯楽ヲ目的トスルモノ（3 号）、戸戸ニ就キ又ハ道路ニ於テ物品ヲ販売スル業務（4

[1] 児童福祉法法案の国会提出に際して当時の厚生省児童局が作成した児童福祉法案逐条説明（児童福祉法研究会編『児童福祉法成立資料集成　上巻』（ドメス出版、1978 年）823 頁に所収）は旧法 7 条と児童福祉法 34 条（法案当時は 33 条）は対応関係にあると明示している。また、磯谷文明ほか編『実務コンメンタール　児童福祉法・児童虐待防止法』（有斐閣、2020 年）471 頁〔柑本美和・町野朔〕は、児童福祉法 34 条 1 項 1 号から 5 号については旧児童虐待防止法 7 条および同条が委任する省令とほぼ同内容であることを根拠に、この部分については同法の児童使用の禁止又は制限に関する規定をほぼ継受したという評価をしている。

号)、戸戸ニ就キ又ハ道路ニ於テ歌謡、遊芸其ノ他ノ演技ヲ行フ業務（5 号）芸妓、酌婦、女給其ノ他酒間ノ斡旋ヲ為ス業務（6 号）を、その具体例として挙げている。省令で列挙された行為は、後述するように児童福祉法 34 条 1 項 1 号から 5 号とほぼ同内容であるが、「淫行をさせる行為」に類する行為はここで列挙されていないことが注目される。

旧児童虐待防止法 7 条が委任する省令で列挙された行為は、経済的な利益を得るために児童を労働に従事させ、児童を搾取するという枠組みがある点で共通している。これは、同法が 1930 年代に農村における子供の身売りや児童がカフェー（いわゆる盛り場）で働くことが社会問題となったことを背景に、工場法などの労働法ではカバーしきれない児童労働を禁止・制約するために制定されたとされている[2]。このように、現代における「児童虐待」とは異なり、同法 7 条は、児童労働[3]という枠組みの中で、「児童虐待」を捉えていた。

第 3 項　児童福祉法の成立過程

児童福祉法は児童全般の福祉を増進するための総合的な法律[4]として 1947 年 12 月 12 日に公布された。この背景には、第二次世界大戦後に戦災孤児が悪環境の中での生活を余儀なくされ、また、乳幼児や妊婦の保健状態が悪く乳幼児の死亡率が高いということが社会問題となっており、これにいち早く対処する必要に迫られたこと、また、児童保護に関する法律が少年教護法及び児童虐待防止法しか存在せず、現行法では保護を必要とする児童に対して有効な対策を取ることが困難であったという事情があった。

児童福祉法の法案は 1946 年から作成されており、国会に法案が提出されるまでに立案担当者は 10 件の法案要綱あるいは法案[5]を作成している。児童福祉法上の禁止規定、特に現行児童福祉法 34 条 1 項 6 号に着目してこれら 10 件の法案を概観すると、法案は 3 つの段階を経ていることが分かる。

第 1 段階[6]においては、「児童の成長を妨げる業務又は行為に児童を使用することを制限又は禁止する」あるいは「児童の虐待に渉り又はこれを誘発するおそれのある業務又は行為

---

[2] 児童福祉法研究会編『児童福祉法成立資料集成　上巻』（ドメス出版、1978 年）37 頁（以下、「資料（上巻)」とする)。

[3] 本稿では、労働法における「労働」や民法における「雇用」とは無関係に、広く対価を得ることが予定される行為に児童を従事させることを「児童労働」と表現する。

[4] 当時の厚生大臣の発言（第 1 回国会参議院厚生委員会第 8 号（昭和 22 年 8 月 19 日）一松定吉発言）を参照した。

[5] その内訳は、①児童保護法案要綱（大綱案）（昭和 21 年 10 月 15 日)、②児童保護法（仮）案（昭和 21 年 11 月 4 日)、③児童保護法要綱案（昭和 21 年 11 月 30 日)、④児童福祉法要綱案（昭和 22 年 1 月 6 日)、⑤児童福祉法要綱案（昭和 22 年 1 月 8 日)、⑥児童福祉法要綱案（昭和 22 年 1 月 25 日)、⑦児童福祉法案（昭和 22 年 2 月 3 日)、⑧児童福祉法案（昭和 22 年 6 月 2 日)、⑨児童福祉法案（昭和 22 年 7 月 21 日)、⑩児童福祉法案（昭和 22 年 8 月 11 日）である。条文については、資料（上巻)・前掲注(2)519 頁以下、児童福祉法研究会編『児童福祉法成立資料集成　下巻』（ドメス出版、1979 年）815 頁以下（以下、「資料（下巻)」とする）を参照した。

[6] 前掲注(5)における①から⑥に該当する。

に児童を用ひてはならない」という一般的な禁止・制限規定を設けた上で、その具体的な内容については省令に委任し、その法定刑を 1 年以下又は 1000 円以下の罰金（後に 1 万円以下の罰金）と定めている。この段階では、旧児童虐待防止法 7 条とほぼ同じ構造・内容で禁止行為が規定されていることが注目される。第 2 段階[7]では、どの禁止行為に関しても一律に 1 年以下の懲役又は 1 万円以下の罰金が定められているという点においては第 1 段階と共通しているものの、「何人も次の各号の一に該当する業務又は行為をしてはならない。」と柱書で定めた後に、禁止行為が具体的に列挙されるという規定に変化した。その列挙された行為は、旧法 7 条が委任する省令で列挙された行為のうち、4 号[8]以外の行為と、さらに「児童にこじき又は淫行をさせる行為」[9]が列挙されており、児童に淫行をさせる行為を禁止する明文の規定が設けられた点で注目される。しかし、この時点では児童にこじきをさせる行為と合わせて列挙されており、また、法定刑も他の違反行為と同一である点で現行法とは異なっている。第 3 段階[10]では、現行法と同様に「児童にこじきをさせる行為」と「児童に淫行をさせる行為」が別個の禁止行為として列挙され、児童に淫行をさせる行為のみ 10 年以下の懲役又は 2000 円以上 3 万円以下の罰金と定められた。その後、法案が国会で審議される段階では、禁止規定について変更されることなく、同部分は現行児童福祉法 34 条 1 項として立法された。

現在、児童福祉法 34 条 1 項 1 号から 5 号については、旧児童虐待防止法 7 条および同条が委任する省令とほぼ同内容であることを根拠として、同法の児童使用の禁止又は制限に関する規定をほぼ継受したという説明がなされており[11]、この説明によれば 6 号（児童淫行罪）はこの限りではないようにも思われる。しかし、当時の厚生省児童局が作成した児童福祉法案逐条説明が、児童淫行罪の処罰は、労働基準法の強制労働に対する処罰（「使用者は、暴行、脅迫、監禁その他精神又は身体の自由を不当に拘束する手段によつて、労働者の意思に反して労働を強制してはならない」（労働基準法 5 条））と同等であると説明しており[12]、実際に両罪の法定刑の上限は同一である点[13]、同局作成の予想質問答弁資料が、児童を 18 歳未満とした根拠は発育過程にある者は特別な保護を要するためであるとした上で、労働基準法が 18 歳未満の者に対して特別な規定を設けている点を引き合いに出している点[14]、

---

7 前掲注(5)における⑦⑧に該当する。

8 もっとも、後の改正で追加された 4 号の 2・4 号の 3 はこれに似た内容の行為を禁止している。

9 なお、次号に「児童を用いてこじきをする業務」が列挙されている。

10 前掲注(5)における⑨⑩に該当する。

11 磯谷ほか・前掲注(1) 471 頁〔柑本美和・町野朔〕。

12 資料（上巻）・前掲注(2)821 頁。

13 児童福祉法制定当時における児童福祉法 34 条 1 項 6 号の罪の法定刑は、10 年以下の懲役又は 2 千円以上 3 万円以下の罰金（児童福祉法 60 条 1 項・34 条 1 項 6 号）であり、同時期の労働基準法 5 条の罪の法定刑は、1 年以上 10 年以下の懲役又は 2 千円以上 3 万円以下の罰金（労働基準法 117 条）であった。

14 資料（上巻）・前掲注(2)867 頁。実際に国会答弁において、少年救護法は「少年」を 14

および、「淫行させる行為」が「児童にこじきをさせる行為」から派生した禁止行為である点を考慮すると、少なくとも立法担当者は6号（児童淫行罪）についても、1号から5号と同様と同様に、児童労働の禁止という枠組みで理解していたと考えられる[15]。

児童労働の禁止という枠組みで児童淫行罪を理解すると、「淫行」とは、対価を得て行われる性的行為、すなわち売春と理解されることになる。このことは、売春の意義上、「淫行」は性交に限定されるという理解と親和的である。また、淫行「させる行為」とは、児童労働という構造の中で使用者が従業員たる児童に労働として客を相手に売春させる行為（管理売春）として把握されることになる。このことは、三者関係が存在する場合に「させる行為」が認められうるという理解と親和的である。

一方で、児童福祉法はその規定上、児童の健全な生活全般の保障を目的に制定されており（1条）、処罰の対象が児童労働に限定されていない。このことは児童労働の場合以外についても児童淫行罪が適用される根拠となっていく。

第4項　売春業事例時代[16]

１．売春業事例―概説

判例データベースで児童淫行罪について検索すると、昭和40年決定以前の児童淫行罪の事件は、約360件[17]（2023年現在）を確認することができる。そのうち、児童福祉法制定直後から昭和30年代後半まで（以下、「売春業事例時代」とする）の裁判例は、そのほとんどが、被告人が児童を雇い、雇われた児童が客を相手に売春をするという管理売春の事例（以下、「売春業事例」とする）である[18]。このような売春業事例は、まさに立案担当者が想定した児童労働の枠組みとして理解されるべき事案であって、立案担当者の想定通りに児童淫行罪が運用されたことを示している。

歳未満の者と定義しているのであるから、これと平仄を合わせる形でまずは14歳未満の者を対象とした保護規定を置いた上で、これとは別立てで14歳以上18歳未満の者を対象とした保護規定を考えるべきではないかという意見に対して、現に浮浪児や不良児として社会問題となっている年齢帯は18歳程度であるという点のほか、労働基準法を引き合いに労働基準法も18歳以下（原典ママ）の労働少年について詳細な保護規定を設けていることを根拠として、一律に18歳未満の者を「児童」としたものであると回答している（第1回国会参議院　厚生委員会第10号（昭和22年8月22日）宮城タマヨ発言・米澤常道発言）。

15 なお、立法時点で児童福祉法34条1項に「追加」された行為は、児童に淫行をさせる行為（6号）のほか、各号で列挙された行為をするおそれのある者などに児童を引き渡す行為（7号）がある。

16 平成10年決定以前の裁判例・学説の動向に関して詳述した論文として、若尾岳志「子どもに対する性的行為と刑事規制――児童福祉法34条1項6号における対応――」独協法学104号（2017年）154頁以下がある。

17 控訴審・上告審が存在する事例は全て併せて1件とカウントしている。

18 昭和40年までの児童淫行罪の事例のほとんどが売春業事例であるところ、現在確認できる児童淫行罪の事例全体の約7割（260件程度）にのぼる。

売春業事例についてはそれぞれの事案で若干の差異が存在するが、おおむね以下のような事実関係が認められる。

客を相手として女性が売春を行うことで利益を得る事業（売春業[19]）を営む被告人が被害児童を従業員として雇い、被告人方の一室を被害児童に貸与する。被害児童は自室またはホテル・旅館に出向いて客を相手に売春する。児童が売春をすることによって得た金銭の一部（4 割から 6 割）を寄宿費などの名目で被告人が取得する。

まずは、戦後直後において児童売春を含む売春業がどのように営まれていたのかについて、社会的な側面から簡単に確認する[20]。1946 年に公娼制度が廃止され、また、婦女に売淫をさせた者等の処罰に関する勅令（昭和 22 年勅令第 9 号）が公布されたことにより、売春は違法とされたものの、貸座敷営業を行っていた遊廓が飲食店などの名目[21]で営業許可を得て、飲食店の看板を掲げつつ、その実態として売春業を営んでいた。売春業においては、公娼制度における芸娼妓契約と同じく、就業時に先に家族に借金という形で金銭が支払われ、女性が売春に従事することによって得た金銭がその借金の返済に充当されるという前借金制度によって児童が事実上逃げられないような仕組みが存在しており[22]、その結果、女性が客を相手に売春をすることにより、その対価として売春料を客からもらっても売春料から前借金[23]および生活費・下宿費などが売春業者によって天引きされ、女性の手元にはわずかな金銭しか残らないという実情があった。売春業に従事する女性は、売春業者方に住み込みで働くことがほとんどであり、接客婦あるいは芸妓として客を相手に接客し、その後、売春業者から与えられた部屋またはホテル・旅館に出向いて客を相手に売春を行っていた。児童を含む女性が売春業に従事する経緯について、その正確な実態を把握することは困難であるが、例えば、借金返済などの理由で家族によって売春婦斡旋業者や売春業者に対して

---

19 被告人がどのような事業を営んでいるかについて裁判例の記載だけでは不明瞭な場合が多いが、本稿では、特殊飲食店・カフェー・特殊喫茶店・特殊下宿屋・貸席・料亭・芸妓置屋・旅館を被告人が営んでいると裁判例に記載がある場合、そのような事業は社会的・歴史的に売春との結びつきが強いため、「売春業を営んでいる者」と判断する。一方で（軽）飲食店を営んでいると記載がある場合は、管理売春との関わりが不明であるため、そのまま「飲食店を営んでいる者」と判断する。

20 昭和 20 年代の（児童）売春の実態については、神崎清『売春 決定版・神崎レポート』（現代史出版会、1974 年）を参照した。

21 判決文においては、「被告人は売春業を営んでいた」などと明示される場合もあるが、（特殊）飲食店・カフェー・特殊喫茶店・特殊下宿屋・貸席・料亭・芸妓置屋・旅館といった名目上の営業形態のみが指摘されることも多い。これらは全て、その当時において、被告人がその実態として売春業を営んでいることを強く推認させる事業である。

22 1946 年に公娼制度が廃止され、1947 年に昭和 22 年勅令第 9 号により芸娼妓契約が、労働基準法 119 条・17 条により前借金制度がそれぞれ罰則付きで禁止されたものの、その後もしばらくは芸娼妓契約および前借金制度に基づく売春が水面下で行われていたとされる。

23 当時は、前借金だけで売春料の 4 割から 6 割が天引きされるのが通例であり、これは売春業事例時代における裁判例の事実関係においても確認される。また、前借金に高い利子がつけられており、女性が借金を完済できない仕組みが構築されていたとされる。

身売りされたというケースや、家庭内暴力・ネグレクトを苦にして家出した児童あるいは戦災孤児が 1 人で生計を立てる手段として他に適当な選択肢がなく、売春業を選択せざるをえなかったというケースが報告されている。

２.「淫行」は性交に限定されるのか

⑴売春業事例時代における裁判例

裁判例においては、扱われる事案が児童売春の事案であることもあり、淫行に該当しうる行為の範疇や「淫ら」の該当性は、ほとんど争われなかった[24]。ただし、児童売春の事例であるものの、「児童福祉法において児童に淫行させる行為を罰する所以は、児童を心身ともに健やかに育成させ、児童の生活を保護し、愛護するためであるから、児童に淫行をせる行為とは、売淫に限らない…」と述べた裁判例[25]があり、「淫行」が売春に限られないことを指摘する裁判例はかなり早い時期から存在していた。

⑵売春業事例時代の学説

児童福祉法成立直後に厚生省児童局局長によって著された児童福祉法の解説書である高田正巳(1951)[26]は、「「淫行」というのは、「わいせつ」より範囲がせまく、性的交接（セクシュアル・インターコース）だけを指すものと解されている。」と述べ、また、高田正巳(1951)の第 2 版にあたる高田浩運(1957) [27]は、これとはやや表現を変えつつも「「淫行」とは、性道徳的に見て不正とされる性交をいい、その行為は性交だけを指す点「わいせつ」よりも範囲がせまい」と述べている。その後の学説は、以上の文献を引用した上で[28]、淫行に該当しうる行為の範疇については性交すなわち男女間の姦淫行為に限定されており、性交が性道徳的に見て不正であれば「淫ら」であるという見解が「(かつての) 通説」であると理解している。

---

24 なお、男性客が待機する売春部屋まで被害児童が行ったものの、客と関係するのを断ったという事案につき、「淫行」においては、必ずしも情交関係が結ばれる必要はなく、情交関係と密接なる準備行為が行われた場合も含まれるため児童淫行罪が成立するという検察側の主張に対して、「児童福祉法の立法精神より考えると同法の淫行をさせるとは現実的に性的交渉をさせることを指称しただ単に準備行為をさせたのみで現実的に性的交渉がない限りは淫行をさせたとは云い得ない」と述べ、児童淫行罪の成立については現に「淫行」がなされる必要があることを根拠に、児童淫行罪の成立を否定したという事例（福岡家小倉支判昭和 33 年 2 月 4 日家月 10 巻 3 号 63 頁）がある。

25 東京高判昭和 27 年 6 月 27 日高刑判決特報 34 号 88 頁。

26 高田正巳『児童福祉法の解説と運用』(時事通信社、1951 年) 240 頁。同文献と同様の記述がなされている文献として、小山進次郎編『社会保障関係法 (Ⅱ)』(日本評論新社、1953 年) 226 頁。

27 高田浩運『児童福祉法の解説』(時事通信社、1957 年) 232 頁以下。この記述は、高田正巳(1951)の第 7 版にあたる厚生省児童家庭局編『改訂・児童福祉法 母子及び寡婦福祉法 母子保健法 精神薄弱者福祉法 の解説』(時事通信社、1991 年) に至るまで、変更されていない。

28 そのほか「児童に淫行させるというのは性交させる意味」と記述する文献として、川嶋三郎『児童福祉法の解説』(中央社会福祉協議会、1951 年) 257 頁。

しかし、「淫行」は男女間の姦淫行為に限定されるという理解が果たして「(かつての) 通説」だったのかという点については疑問がある。

確かに、木宮(1962) [29]のように「「淫行」とは、通常異性間の交接すなわち性交をいう。しかし、ここでは単なる性交の義ではなく、一般道徳的に見て不正とされる性交をいう。」と述べており、「淫行」とは「性交」に限定され、「性交」とは男女間の姦淫行為であるという解釈を明示する文献が存在する。しかし、ある警察の内部資料[30]においては「淫行」について「一般道徳的に見て不正とされる性交をいう。」と記載しつつ、一方で「ここにいう淫行には異性間の性交のみならず、これと態様を同じくする状況下に、男女性交の姿態を模して行なう手淫、その他の性交類似行為の、刑法 176 条所定のわいせつ行為の範囲を逸脱すると認められるものを含むと解されている。」という記載がなされており、また、立法直後の法務当局の内部資料[31]においては、児童福祉法上の規定は、同法 1 条に掲げる基本理念に沿って合目的的に解釈されるべきであるため、「淫行」はわいせつ行為の概念ほど広くないものの、男女間の姦淫行為に限定されるべきではなく、鶏姦、獣姦、手淫等の不自然な性行為も「淫行」に含まれるとすべきであって、児童らに強要して少年相互間に鶏姦又は相互手淫を行わしめるような行為は「淫行させる行為」に該当する旨の記載がなされている。

さらに、昭和 47 年決定の調査官解説である近藤(1974)は、前掲警察内部資料と前掲高田浩運(1957)を指摘した後、高田浩運(1957)も「「わいせつ」と対比させて説示されているところからすると、単なる「わいせつ」行為の範囲を出た本件（筆者補注：昭和 47 年決定事例）のごとき性交類似行為は、…「性交」に含ましめる趣旨であるかもしれない。そうであるとすれば、両者は、結局、同趣旨に帰着するわけであって、何ら対立はないこととなる」と結論づけており、かつての通説が「性交」に性交類似行為を含める理解を示している。

以上を考慮すると「(かつての) 通説」は、男女間の姦淫行為に限定しない広い概念として「性交」という用語を用いていた可能性があり、仮にそうであるならば、「(かつての) 通説」においても「淫行」は男女間の姦淫行為に限定されないと理解していたことになる[32]。

３．児童淫行罪は三者関係型に限定されるかという問題

⑴裁判例

売春業事例時代における裁判例は、売春業者たる被告人が従業員として児童を雇い、雇わ

---

29 木宮高彦『特別刑法詳解 第 2 巻 売春・人身売買』(日本評論新社、1962 年) 188 頁以下。

30 近藤和義「判解（昭和 47 年決定)」最判解刑事篇昭和 47 年度（1974 年）203 頁が引用する警視庁防犯部「福祉犯捜査要領」15 頁参照。同資料については原典に当たることができなかった。

31 木宮・前掲注(29)189 頁が引用する検察月報昭和 27 年度 159 頁以下・昭 27・1・12 法務府検務 1177 号法務府検務局長より高松検事正宛「児童福祉法第 34 条第 1 項第 6 号の条文解釈について」参照。同資料については原典に当たることができなかった。木宮・前掲注(29)188 頁以下は同文献の見解に対して「疑問なしとしない」と述べる。

32 近藤・前掲注(30)203 頁。

れた児童が客を相手として売春するという三者関係型の事例がほとんど[33]であり、二者関係型についても児童淫行罪が成立するかという問題がそもそも争われなかった。

⑵学説

高田正巳(1951)[34]は「本号は児童に淫行をさせる行為を禁止しているのであるから、児童を直接相手として性交をしたばあいは、本号に該当しないものと解する。」と述べ、売春業事例時代における他の文献についても、川嶋(1951)は「自分が児童を相手にして行うことは淫行させることにはならない」[35]、木宮(1962)は「「淫行をさせる行為」とは、児童をして他人に性交させる行為である。」[36]と述べている。これらの文献を根拠にその後の学説は、児童淫行罪は三者関係型の場合に限定されるという見解が「(かつての) 通説」であると理解している。

しかし、埼玉県が当時の厚生省児童局局長に対して、未亡人が男児（13 歳～15 歳）10 数名に対し有料で売春行為をなした場合、児童淫行罪が成立するかという旨の照会をし、これに対して当局が、未亡人が金をとって児童に対し売淫行為をしたという場合は「児童に淫行をさせる行為」に該当しないという回答をしたことを通知した昭和 26 年の厚生省通知が存在する[37]。未亡人が男児を相手方に売春を行った場合に児童淫行罪が成立するかという疑問はまさしく二者関係型の場合においても児童淫行罪が成立するか否かという問題であるところ、この疑問は売春業事例時代におけるいくつかの文献で言及されている。

この疑問について、児童淫行罪が三者関係型に限定されることを明示した木宮(1962)は「児童に淫行を勧誘した上自ら淫行した場合、たとえば未亡人が児童に金をやるからと勧誘してこれと淫行した場合、解釈に疑問があるが、本号は適用されないと考える。」と述べ[38]、児童の淫行の相手方がやはり第三者に限定されることを示している。しかし、高田正巳(1951)[39]は「未亡人が児童から少額の金をとってこれと淫行したばあいは、本号に該当しないが、未亡人が児童に金をやるからと勧誘してこれと淫行したばあいは、解釈に若干の疑問がある。」と述べるにとどまっており、児童の淫行の相手方が第三者に限定されない余地を

---

33 ただし、児童の淫行の相手方について児童淫行罪の教唆犯を成立させた裁判例（福岡家小倉支判昭和 35 年 3 月 18 日家月 12 巻 7 号 147 頁）が存在する。同裁判例については教唆事例の項で詳述する。

34 高田正巳・前掲注(26)240 頁。

35 川嶋・前掲注(28)257 頁。

36 木宮・前掲注(29)189 頁。同文献は、淫行の相手方については児童福祉法 34 条 1 項 9 号の罪が成立する可能性があると指摘する。

37 同通知を引用する文献として、高田浩運・前掲注(27)232 頁。なお、児発 338 号（昭和 26 年 7 月 18 日）はインターネット上で公開されている（https://www.mhlw.go.jp/web/t_doc?dataId=00ta1637&dataType=1&pageNo=1 2023 年 8 月 1 日最終閲覧、以下同じ）。

38 木宮・前掲注(29)189 頁。

39 高田正巳・前掲注(26)240 頁。ただし、同文献は同通知を引用していない。

残した記述になっている。

また、児童を直接相手として性交をした場合、児童淫行罪が成立しない、という高田正巳(1951)・川嶋(1951)の記載は、児童の淫行の相手方が行為者である場合は児童淫行罪が一切成立しないことを示したものではなく、単に児童が行為者と淫行をなした場合には児童淫行罪は成立しないことを示したにとどまり、行為者が児童に対して自身を相手方に淫行するよう働きかけたことで、児童が自身を相手方に淫行をなした場合については児童淫行罪が成立することを排除しないものであると解釈することも可能である。

売春業事例時代の学説が二者関係型の場合においても児童淫行罪が成立するか否かという問題についてこれ以上の言及をしていないため、この問題についての「(かつての) 通説」がいかなるものだったかを判断することは困難である。しかし少なくとも、売春業事例時代の学説は、かなり早い段階から二者関係型について児童淫行罪が成立するか否かということを児童淫行罪の争点の 1 つとして理解していたと考えられる。もっとも、先に述べたように売春業事例時代において、児童淫行罪の主体と淫行の相手方の同一性の問題はほとんど争われなかったことを考慮すると、この時点では、かかる問題を議論する重要性は高くなかったと推測される。

４．いかなる場合に「させる行為」が肯定されるのか

⑴学説

高田正巳(1951)[40]は「児童が自らの意思に基づいて淫行をした場合は児童淫行罪に該当しないが、児童を一定の場所に泊めておいて、逃げようとする際に暴行・脅迫によって、または、前借金を理由にして、児童が逃げられないようにし、客が来れば客をとらなければならないような事実を有形無形に作り上げていることが客観的に認められる場合は、児童が自らの意思に基づいて淫行をしたといっても、かかる事実を作り上げている者について児童淫行罪が成立する」と述べる。

同文献は、その前半で「児童が自らの意思に基づいて淫行をした場合は児童淫行罪に該当しない」と述べ、その淫行が「自らの意思」に基づくものではない場合には「させる行為」が肯定されることを示した一方で、その後半では、行為者が客を相手として淫行することを児童に対して直接的に強制した場合あるいは客を相手に淫行しなければ生活できないようにするといった仕組みを構築することで客を相手に淫行することを児童に対して間接的に強制した場合には「児童が自らの意思に基づいて淫行をした」としても「させる行為」に該当すると述べており、前半と後半で矛盾が生じているように思われる。もっとも、同文献が被害児童の淫行の意思を「させる行為」の判断基準に据えていることに鑑み

---

40 高田正巳・前掲注(26)240 頁。この第 2 版（高田浩運・前掲注(27)）から第 7 版（1991 年）までは、「売淫行為につき直接且つ積極的に勧誘又は強制もしなかつたとしても、児童に売淫させる行為に該当するものと解するを相当とする。」と述べる裁判例があることを、年月日を明かさずに（なお、引用部分は大阪家判昭和 30 年 5 月 9 日家月 7 巻 7 号 65 頁と符合する）紹介している。

ると、既に淫行の意思を有している児童に対して淫行のあっせんをした場合には「『もともと持っていた』自らの意思」に基づいて淫行をなしたため「させる行為」は認められないが、児童に対して淫行を強制することで児童に対して淫行をなす意思を生じさせた（淫行を決意させた）場合については、たとえ「自らの意思」に基づいて淫行をなしたとしても、それは「『行為者によって創出させられた』自らの意思」であるため、「させる行為」が認められる、という趣旨であると理解することが可能である。

このように、同文献が被害児童に対して淫行の意思を生じさせたか否かを「させる行為」の判断基準としたことからすると、児童に対して淫行を強制する行為が認められる場合だけではなく、例えば淫行をすると金銭が得られることを示すといった、児童に対して淫行を勧誘する教唆的行為についても「させる行為」が認められると考えられる。

⑵裁判例

①昭和 40 年決定までの裁判例の傾向

学説の見解とは異なり、売春業事例時代における裁判例の多くはその当初から、行為者が児童に対して淫行するように強制する強制的行為あるいは勧誘のような教唆的行為が認められない場合であっても、なお「させる行為」は肯定されると判断しており[41]、最高裁判所もかなり早い段階でそのような判断を示している。

最判昭和 30 年 12 月 26 日刑集 9 巻 14 号 3018 頁[42]は、「自己の住所で軽飲食店を経営する者が、満 17 歳の住込女中と客に数回に自宅の一室を提供し同女をしてそこで数回に数名の客に売淫をさせ、同女が売淫によつて得た対価を蒲団代等の名義で折半取得する行為はたとえ右売淫が児童である同女自らの意思に基く場合であつても児童福祉法 34 条 1 項 6 号の児童に淫行をさせる行為に該当すると解するを相当とする。児童を一定の場所に泊めておいて暴力又は脅迫により或は前借金があるのに乗じて逃げられないようにし、客を取るべく余儀なくさせるような有形無形の情勢を行為者がつくり上げることはこの犯罪の構成上必しも常に必要な要件ではない。」と述べた。同判決は、行為者が児童に対して客を相手に淫行する旨の強制や勧誘をしておらず、それゆえ淫行が児童の自らの意思に基づく場合であっても、「させる行為」は肯定されることを示しており、被害児童に淫行の意思を生じさせたか否かを「させる行為」の判断基準とした学説の見解は明確に否定されている。その上で、同判決は淫行の意思のある児童に対して淫行の場所や淫行の機会を提供するという幇助的行為を行うことで児童の淫行を促進させたことを根拠として「させる行為」を肯定している。

強制・教唆的行為のみならず幇助的行為であっても「させる行為」が肯定されるということはすなわち、何らかの意味で児童の淫行を助長促進させる行為をなしていれば「させる行為」は肯定されるということになり、児童淫行罪の成立範囲が無限定に拡大されると

41 例えば、東京高判昭和 27 年 8 月 13 日高刑集 5 巻 9 号 1537 頁。
42 松本勝夫「判解」最判解刑事篇昭和 30 年度 468 頁。

いう点で、一見妥当ではないように思われる。しかし、売春業事例時代の裁判例においては行為者と被害児童が支配服従関係にあることが「させる行為」の必須要件ではないことについては裁判所も認める裁判例[43]も存在する一方で、行為者が一定の地位あるいは立場にあることに着目した上で幇助的行為について「させる行為」を肯定する裁判例が存在する。

例えば、東京家判昭和 29 年 1 月 25 日家月 6 巻 10 号 64 頁が「児童に対して心身ともに健全に育成されるように保護者を始め雇主その他現に児童を教育監護する者はあらゆる阻害行為より児童を保護しなければならないことは児童福祉法の原理である」と述べた上で「法にいわゆる「児童に淫行をさせる行為」とは淫行を強要し、又は勧奨する等積極的行為による場合は勿論、由来心身ともに未成熟で確固たる判断力乃至社会的抵抗力の極めて弱い 18 才未満の児童をして淫行に至らしめることを有形無形に助成し、もしくは原因を支えるものと認められる一切の場合を含むと解す」と述べた上で、「被告人が普通旅館の名義の下に児童を雇入れて住込ませ客の要求に応じて売淫を斡旋し、その収入の約 6 分を収得して生活して居る」という幇助的行為を根拠に「させる行為」を肯定した。また、東京高判昭和 28 年 7 月 6 日高刑判決特報 39 号 3 頁は「被告人は、その監護者として当然に心身ともに未成熟なかかる児童を保護しこれを心身ともに健やかに育成すべき地位にあつたものであることは、児童福祉法第 1 条乃至第 3 条第 6 条の規定に徴し明らかである」と述べた上で「自己の営利のために該児童等にも売淫のための場屋、設備等を支給使用させ、同女等の行つた売淫による収益中から継続して常にほぼこれに半する一定率の金銭を徴してこれを自己の営業上の所得としていた」という幇助的行為を根拠に「させる行為」を肯定している。

このように裁判所は、行為者が「現に児童を教育監護する者」「監護者」であることに着目した上で幇助的行為をなした場合にも「させる行為」は肯定される、とする[44]が、昭和 30 年代に入ると、同様に行為者が「現に児童を教育監護する者」であることに着目した上で、さらに幇助的行為にも限定されず、児童がなす淫行を阻止せず黙認した場合にも「させる行為」は肯定される、とする裁判例が見受けられるようになる。

例えば、名古屋高判昭和 33 年 9 月 8 日高刑裁判特報 5 巻 9 号 392 頁（原判決：名古屋家判昭和 33 年 3 月 26 日家月 10 巻 9 号 127 頁）は「児童に淫行をさせる行為というのは、必ずしも児童に対し、積極的に淫行を勧めまたは強制したりする行為やあるいは淫行をするための場所や設備を供与する行為などのような、いわゆる作為的行為のみを指称するのではなく、児童の使用者で現にこれを監護すべき地位にある者が、利得の意図をもつて、その児童が自発的に淫行することの情を知りながら、あえてこれを阻止せす暗黙のうちに認容する態度のような、いわゆる不作為的行為をも指称するものと解すべき」と述べた上で

---

43 東京家判昭和 33 年 3 月 3 日高刑裁判特報 5 巻 2 号 63 頁。

44 さらに、児童を自己の支配下に置いて児童に淫行の便益を与え、その結果児童をして淫行をなすに至らしめたことを根拠に「させる行為」を認める裁判例として、大阪高判昭和 31 年 2 月 21 日高刑集 9 巻 2 号 144 頁、名古屋家判昭和 33 年 3 月 25 日家月 10 巻 4 号 82 頁。

「被告人が児童たる A に対し、積極的に売淫を勧めまたは強制したり、あるいは淫行をするための場所や設備を供与するなどの作為的行為をした事実はこれを認めることはできないが、芸者置屋を営む被告人において、18 万円の前貸しをして抱えた芸者 A が自発的に外泊売淫することの情を知りながら、その売淫の対価たる収益について歩合による利得をする意図のもとに、あえてこれを阻止せすして黙認する不作為的態度をとり、よつて同女をして判示淫行をなさしめた事実を認めるに十分である。」と述べて「させる行為」を肯定した[45]。

まとめると、売春業事例時代においては、行為者の行為が児童の淫行を何らかの形で助長促進していれば、その行為について「させる行為」が肯定される、としたわけではなく、実質的には行為者が「現に児童を教育監護する」立場にあることを重要視して「させる行為」を肯定したものと考えられる。言い換えると、裁判実務は、被告人が「現に児童を教育監護する」立場にあることを前提とした上で、強制・教唆的行為・幇助的行為といった作為的行為をなしている場合には、その行為が児童の淫行を助長促進しているため、当然に「させる行為」が肯定されるが、さらに、児童の淫行を阻止せず黙認したという不作為的行為をなした場合であっても、児童の淫行を阻止すべき者が阻止しなかったという観点から見れば、児童の淫行を助長促進させたことになるため、なお「させる行為」は肯定される、と理解したのである。

②幇助的行為・不作為的行為であっても「させる行為」を肯定した背景

このように裁判実務が、被告人が「現に児童を教育監護する」立場にあれば、幇助的行為あるいは不作為的行為といった児童の淫行を助長促進する程度が弱い行為であっても「させる行為」は肯定される、とした背景には、管理売春制度において児童を管理下に入れ児童売春によって利益を得る売春業者が黒幕的存在として児童売春に深く関与しており、これを処罰する必要があるにもかかわらず、学説の見解に基づいた場合には、具体的事案においては売春業者に児童淫行罪を成立させることが困難であったという事情があったものと推測される。

既に述べたように、例えば、借金返済などの理由で家族によって売春婦斡旋業者や売春業者に対して身売りされたという経緯で児童が売春を行っていたという事情が存在していたことからすると、売春業者の下で売春を行う児童は内心では売春したくないと思っていたとしても、家族の家計を楽にするために、あるいは家族の強制あるいは勧めに応じてしかたなく売春業に従事するというケースが多かったと考えられる。そのような児童が売春業者

[45] 児童を保護監督する者が被害児童の淫行を阻止せず黙認した場合も「させる行為」に含まれることを認めた裁判例として東京家判昭和 31 年 2 月 2 日家月 8 巻 5 号 118 頁、東京家判昭和 31 年 9 月 21 日家月 8 巻 11 号 110 頁、東京家判昭和 31 年 10 月 19 日家月 9 巻 1 号 51 頁、福岡家判昭和 32 年 5 月 17 日家月 9 巻 6 号 57 頁、神戸家判昭和 32 年 12 月 16 日家月 10 巻 1 号 86 頁。また、「拒止」が児童淫行罪の成立を阻却するに足りると述べた裁判例として、東京高判昭和 27 年 8 月 13 日高刑集 5 巻 9 号 1537 頁。

の下で働き始めた段階においては、児童が自発的に客を相手に淫行する意思の下で売春しているようにも見えるという理解から[46]、児童の淫行に対する行為者の強制・教唆的行為を認めるのが困難であり、幇助的行為を捉えて「させる行為」を認めざるを得なかった可能性がある。

また、東京高判昭和 29 年 9 月 29 日高刑集 7 巻 9 号 1450 頁は、売春業（芸妓下宿業）を営む被告人が、被害児童が 18 歳未満の児童であることについては認識していたものの、被害児童が芸妓となることを強く希望していたため、芸妓としての届けをせずに事実上の芸妓として被害児童を働かせ、その中で被害児童が客を相手に売春をしたという事案につき、裁判所は、客を相手に売春をなしたことが被害児童の意思に反するものではなかったことを認めつつ、他方で、被告人が積極的にその手助けをしなれば被害児童は芸妓として客を相手に売春することができなかったことを根拠に、被害児童が被告人の期待に背かず自発的に芸妓となることを申し出たことを被告人は利用したものであるとして、「淫行させる行為」を肯定した。同裁判例のように、売春業事例においては、被害児童が客を相手に売春することに積極的であるという場合も一定数存在した可能性があるところ、このような事例においては、客との売春が被害児童の意思に反するものではないとしても、健全な生活全般の保障という児童福祉法の立法目的に照らして、なお児童淫行罪を成立させるべきであるという判断から、裁判実務においては行為者が児童の売春に関して幇助的行為で関与した場合であっても「させる行為」を肯定したのだと考えられる。

さらに、一旦管理売春の枠組みに被害児童が取り込まれてしまうと、売春業者が児童に何らかの具体的な関与をせずとも、児童が不特定多数の客を相手に多数回売春をなすというケースが考えられ、そのような場合には児童の淫行について行為者の幇助的行為すらも認めることが困難であり、売春業者である被告人が被害児童の淫行を黙認したことを根拠に「させる行為」を認めざるをえなかった可能性が考えられる。例えば、福岡高判昭和 30 年 2 月 28 日刑資 229 号 262 頁は、売春業（特殊飲食店）を営む被告人が被害児童を売春婦として雇い入れ、被害児童が客を相手に売春をなした後、被害児童の年齢が 18 歳に満たないことが発覚したことから、被害児童を取り次いだ者に被害児童を引き取るように申し入れ、また、被害児童には店に出ずに炊事の手伝いをするように言いつけていたところ、それにもかかわらず、被害児童が再び客を相手に売春をするようになったという事案につき、裁判所は被害児童が売淫行為をなす場所ないしその機会から完全に隔離し同女が売淫行為をすることのできないよう有効適確な措置を講じていなかった点、従前どおり売淫のため使用さ

[46] 他方、大阪家判昭和 29 年 4 月 6 日家月 6 巻 10 号 71 頁は、個人が自発的に売春することは違法ではない（当時）としても、被影響性強く未成熟の児童のする売淫行為が自発的であるためにはその児童が名実共に経済的にも精神的にもいささかの拘束をも受けない独立の地位に置かれなければならないと述べ、「させる行為」の意義を「児童に対して淫行を強要し、児童に淫行を決意させる行為および児童に対して淫行を勧誘し、児童に淫行の意思を生じさせる教唆的行為」としつつ、教唆的行為の判断の基準を緩く解することで、「させる行為」の範囲を拡大させた裁判例も存在する。

せる目的で設備された部屋、調度等を使用して売春が容易な状態においていた点、売春によって得た金銭を被告人の妻に手渡し、これを被告人も黙認した点を挙げて、「淫行させる行為」を認めている。

③「現に児童を教育監護する」立場に関する検討

「させる行為」の拡大に歯止めをかける「現に児童を教育監護する」立場はいかなる場合に認められるのかが問題となる。ここで、児童福祉法6条が「保護者とは、親権を行う者、未成年者後見人その他の者で、児童を現に監護する者をいう」と規定していることを考慮すると「現に児童を教育監護する」立場は保護者、特に親権者・未成年後見人に限定して認められるように思われる。しかし、売春業事例時代において狭義の保護者が被告人となる裁判例は管見の限り見受けられず[47]、売春業者など被害児童の雇い主を被告人とする裁判例がほとんどであることから、裁判所は売春業者などの児童の雇い主に「現に児童を教育監護する」立場を認めていると考えられる。

もっとも、単なる児童の雇い主は狭義の保護者には含まれないため、「現に児童を教育監護する」立場は認められないように思われる。しかし、児童淫行罪を成立させた裁判例においては、被告人は児童の雇い主として単に被害児童を雇用するだけではなく、児童を自己の店舗の一室に住みこませた上で、児童が客を相手に売春をなしたことによって得た利益の多くを自身が受け取っているという事情が挙げられており、これらの事情が考慮された上で「させる行為」を肯定している[48]。このような事情が認められる被告人の地位は、単なる児童の雇い主としての地位にとどまらず、売春業者としての地位、言い換えると、被害児童を売春婦として雇い、被害児童の生活と生計を掌握することで児童を搾取する地位（搾取的地位）と評価できるものである。したがって、裁判実務は搾取的地位にある者についても「現に児童を教育監護する」立場を認めていると考えられる[49]。

④「させる行為」を否定した裁判例の検討

裁判所は、被告人が単に被害児童の雇用者という地位にある場合にまで緩めて「させる行為」を肯定するわけではなく、その中でもさらに被告人に搾取的地位が認められる場合、言

---

47 筆者の調査の限りではあるが、児童淫行罪の成立につき、狭義の保護者が関与する事例としてわずかに福岡家小倉支判昭和35年3月18日家月12巻7号147頁が認められる。同裁判例は、被害児童の母親に対して金銭を貸していた被告人が被害児童の父親に対して借金の返済の代替手段として娘との淫行を申し向けた上で児童が被告人を相手方に淫行をなしたという事案につき、被告人に児童の父親を正犯とする児童淫行罪の教唆を成立させたというものであり、第5項2⑷で詳述する。

48 静岡地判沼津支判昭和25年8月1日刑資55号494頁ほか多数の裁判例に見られる。

49 したがって、ここで言及されている「現に児童を教育監護する」者は、民法上の監護（権）者（民法820条以下）や監護者性交等・わいせつ罪（刑法179条）における「監護者」とは異なる概念であることに留意する必要がある。以下、「現に児童を教育監護する」者という表現については、児童淫行罪の文脈で用いることとする。

い換えると、雇用者という地位に加えて、児童を搾取する事情が認められる場合に限定して「させる行為」を肯定していると考えられる。

富山家高岡支判昭和 32 年 2 月 28 日家月 9 巻 6 号 97 頁[50]は、料理店を営む被告人が雇用していた児童 A が客 G らを相手に売春を行ったという事例であったところ、「被告人の経営する料理店…は婦女子に売淫させることによつて営業上の利益を得ているものとは認められず、むしろかかる売淫をさせないことを表看板にしていることが認められ、A も売淫の意思をもつて被告方に雇われたとも認められず、G らといえども必ずしも A との淫行を目的として客となつたとは認められない。更に、被告人は A に対し、直接且つ積極的に勧誘、強制したことは勿論、同女に対し利害得失を説明する等して淫行するよう示唆暗示したことも認められない。（確かに、検察側は被告人が A に対し）貴女が好きになつたお客さんと何をするのも自由だけれども然し若い人と体の関係を結ぶのはよした方がよい、若い人は直ぐ脇に云つて喋るから（と述べており、この言辞をもって A が淫行することを被告人が容認していた旨主張するが、）この一言をもつて直ちに、比較的年輩の客ならば売淫した方がよいと、同女に対し淫行するよう示唆し又は暗示したものと解することはできない。…被告人が同女の売淫によつて自己の営業上何等かの利得をはかる意図を有していたとか、同女の淫行の対価の全部又は一部を何等かの名義で徴収したとか、更に同女の淫行々為をあつせんしたとか、又はこれを容易ならしめるため場所、設備、調度その他何等かの便宜を与えたとか、特段の事情は認められないし、而も同女の淫行々為につき認識すらしていないので、このような状況下において、右被告人の言辞をもつて、直ちに被告人が A の淫行売淫を容認したものであると断定することも、ちゆうちよせざるを得ない。仮りに断定し得るとしても、前記特段の事情のない限りこれをもつて直ちに児童福祉法第 34 条第 1 項第 6 号に所謂「淫行をさせる行為をした」ものと解することはできない。…A が被告人方に雇われるに際し、前借金として金 4 万円を受取り、その返済は同女の毎月給料として受取るべき金弐千円をもつて逐次充当することになつていたことが認められるけれども、被告人が、同女がこれによつて売淫せざるを得ないようになるだろうということを承知し敢えてこのような窮地におちいらしめたものとは認められない。その他、被告人の作為又は不作為若しくは直接又は間接に A 子に淫行をさせる行為をしたと認めるに足る資料はない…。」と述べて児童淫行罪の成立を否定した（鍵括弧中の丸括弧は筆者が文章を補った）。

同裁判例の検察側は、料理店を営んでいる被告人を「現に児童を教育監護する」立場と理解した上で、従業員たる被害児童の売春を阻止せず黙認したことを根拠に「させる行為」を肯定したと考えられる。これに対して、裁判所は、直接的には、被告人は被害児童の淫行に

---

50 「させる行為」を否定して無罪を言い渡した裁判例としてほかに、「A が被告人方の客室において客 G と淫行をなした事実が認められるにとどまり、右淫行をなすよう被告人において A を強制、勧誘しようよう又はこれを承認して右淫行のために施設調度を提供したり A が淫行によつて得た対価を取得する等被告人が A の右淫行に関与した事跡を確認し得る資料はない。」と述べて児童淫行罪の成立を否定した盛岡家判昭和 33 年 6 月 5 日家月 10 巻 6 号 52 頁がある。

ついて認識していないことを根拠に「させる行為」を否定しているが、実質的には、被告人の経営する料理店が、女性が客を相手に売春することによって利益を得るという営業を行っておらず、本件淫行についても被害児童が売春によって得た金銭を得ていないため、被告人は搾取的地位にはなく「現に児童を教育監護する」立場にないということを根拠に「させる行為」を否定したと考えられる。

同事例と類似しているが、なお児童淫行罪が肯定された裁判例として仙台高判昭和 35 年 12 月 24 日刑資 229 号 268 頁がある。これは、被告人 X が被害児童 A に客 G を X'店附近の Y 旅館まで案内させ、A が G を Y 旅館まで送り、X'店に立戻ろうとした際、G が A に売春することを勧めたため、A は X'店に戻り、X に対して G を相手に売春することを許容してほしい旨申し出たところ、X は「G さんは良い人だから行ってもよい」と答え、その承諾を与えたため、A が Y 旅館にて G を相手に売春したという事案につき、「A は G から同人を相手に売春することを勧誘され、これに応ずる意思であったとしても、この意思は、もし X がこれを許したならばという未必的のものであり、このような意思の A から、G を相手に売春することを許容されたい旨の申し出を受けた被告人がこれを容れた結果、A をして右既発の意思を固めさせ、G を相手に売春するに至らしめたというべきである以上、たとえ、右売春自体は同女の自由意思に出たものとしても、被告人は同女に淫行をさせたものといわなければならない。」と述べて「させる行為」を肯定した裁判例である。

同裁判例に対して、木宮(1962)[51]は、児童が客を相手に売春をなしたことによって得た金銭を行為者が受け取らず、単に客と売春することを児童に対して許容した場合にはたとえ淫行の事実を知っていたとしても「させる行為」を認めるべきではないとして批判した。

確かに、本事案は、被告人の児童の淫行に対してなした行為が既に淫行の意思を有する被害児童に対する淫行の承諾という比較的緩やかな関与であり、また「させる行為」を肯定するにあたって被害児童が客を相手に売春をなしたことによって得た金銭を受け取っているという事情が指摘されていない。しかし、被害児童が売春するか否かの判断を被告人に委ねるという関係性が認められることを考慮すると、詳細な事実関係は不明であるものの、被告人は雇用した児童をして客を相手に売春せしめる売春業者であって搾取的地位にあり、日常的・反復的に被害児童が売春によって得た利益を被告人が得ていたと推察される。そうであるならば、仮に今回については客が売春することを被害児童に勧誘したものであるために、被告人が売春によって得た金銭を児童から受け取っていないという事情があったとしても、被告人は「現に児童を教育監護する」立場であれば、児童の淫行を阻止せず黙認したという不作為的行為にとどまる場合についても、「させる行為」は肯定されるとする従来の裁判実務の傾向に照らした場合には、同裁判例の帰結通り、なお「させる行為」が肯定される事案であると考えられる。

⑤昭和 40 年決定の分析

---

[51] 木宮・前掲注(29)190 頁。

以上の昭和 40 年決定までの裁判例の検討を踏まえた上で、昭和 40 年決定について検討を行う。昭和 40 年決定は端的に被告人の上告を棄却した上で、括弧書きで「児童に淫行をさせる行為のうちには、直接たると間接たるとを問わず児童に対して事実上の影響力を及ぼして児童が淫行をなすことを助長し促進する行為をも包含するとした原審の判断は相当である」[52]と述べた。その後の裁判例・学説では、これが「させる行為」の意義であるとして昭和 40 年決定が参照された上で議論が展開されており、平成 28 年決定においても参照されている。

しかし、昭和 40 年決定そのものだけ見ても、「させる行為」がいかなる場合に限定されるのかについて検討するのは困難である。確かに「事実上の影響力を及ぼして」という部分が「させる行為」を何らかの意味で限定する要素であると理解することも可能であるが、この部分には「直接たると間接たるとを問わず」という「事実上の影響力」を緩やかに理解する修飾がなされており、また、結局それは「児童が淫行をなすことを助長し促進する行為」という部分に帰着している。そのため、昭和 40 年決定そのものだけ見た場合、結局は、児童の淫行を助長促進させる行為をなしているか否かを「させる行為」の判断基準としたものである、と理解することも可能であるように思われる。しかし、そのように理解した場合、児童淫行罪の成立範囲が無限定に拡大するおそれがあるところ、昭和 40 年決定がそのようなおそれを全く考慮せずに「させる行為」の意義を示したとは思われない。

このような理由から、昭和 40 年決定のみを基礎として昭和 40 年決定を分析するという手法それ自体が妥当ではなく、それ以前の裁判例の蓄積やその当時の児童淫行罪の運用状況を踏まえて昭和 40 年決定を分析する必要があるように思われる[53]。

ここで昭和 40 年決定の第 1 審判決（名古屋家判昭和 39 年 9 月 25 日家月 17 巻 4 号 123 頁）を見ると、被害児童たる芸妓が客を相手に売春をなしたという事案につき、被害児童を雇い入れた芸妓置屋の経営者に児童淫行罪が成立するかが争われており、被告人は被害児童が売春していたことを了知していたが、売春を勧めたことはないため「させる行為」に当たらないという被告人側の主張に対して、裁判所は「児童に淫行を強制したり、積極的にこれを勧めたりする場合ばかりではなく、直接的たると間接的たるとを問わず事実上の影響力を児童に及ぼし、児童をして淫行々為を為すことを容易ならしめ、或いはこれを助長し、更にはその原因を与える一切の行為」が「淫行させる」に含まれると述べた上で、児童淫行罪を成立させたことが認められる。

第 1 審判決がこのような判断をなしていることを考慮すると、昭和 40 年決定は、それ以前の裁判例と同様に、あくまでも行為者が売春業者という搾取的地位にあることを前提と

---

[52] 上告趣意によれば、原判決は名古屋高判昭和 39 年 11 月 25 日であるとされるが、公刊されておらず、未詳である。

[53] 昭和 40 年決定以降の学説である北島・後掲注(63)59 頁以下も、昭和 40 年決定を引用した後、昭和 40 年決定までの下級審裁判例を分析するという手法をもって、売春業事例時代においては「助長し促進する行為」の内容として具体的にどの程度の行為を想定していたかを検討している。

した上で、売春業者が児童の売春を黙認した場合に「させる行為」を肯定したと理解すべきである[54]。そして、従来までの裁判例の傾向や児童淫行罪の運用状況と昭和 40 年決定とを組み合わせて考えると、「直接たると間接たるとを問わず児童に対して事実上の影響力を及ぼして児童が淫行をなすことを助長し促進する行為をも包含する」という部分は、被告人が「現に児童を教育監護する」立場にある場合、特に売春業者のような搾取的地位にある場合には、「事実上の影響力」の程度が強いために、「助長促進行為」が強制・教唆的行為・幇助的行為をなすことで何らかの意味で児童の淫行を助長促進させた場合だけではなく、児童の淫行を阻止せず黙認したという不作為的行為にとどまるという場合であっても、「させる行為」は肯定されることを示したものであると理解すべきである。ここでは、「させる行為」の意義における「事実上の影響力」が「させる行為」を限定するブレーキの役割を果たしているといえる。

次に、昭和 40 年決定が「児童に淫行をさせる行為のうちには、…をも包含する」と述べたことを考慮すると、昭和 40 年決定は「させる行為」の定義を示したものではなく[55]、強制的行為や教唆的行為は「させる行為」は当然に含まれることを前提に、被告人が「現に児童を教育監護する」立場にある場合には幇助的行為や児童の淫行を阻止せず黙認するという不作為的行為も「させる行為」に含まれることを示したと考えられる。言い換えると、昭和 40 年決定は被告人が「現に児童を教育監護する」立場にないときについては、いかなる場合に「させる行為」が肯定されるかについての判断を留保していると理解すべきである。

そのため、高田正巳(1951)が、その淫行が自らの意思に基づくものではない場合には「させる行為」が肯定されることを示しており、また、従来の裁判例が、行為者が児童に対して強制あるいは教唆的行為をすることによって淫行の意思を生じさせたならば、「させる行為」が肯定されることを前提に「させる行為」の有無を判断していたことを考慮すると、被告人が「現に児童を教育監護する」立場にない場合であっても、強制あるいは教唆的行為をすることによって淫行の意思を生じさせた場合には、児童の淫行の助長促進の程度の強さを根拠として「させる行為」を肯定することが可能である。昭和 40 年決定の射程の中では、被告人が「現に児童を教育監護する」立場にある場合には、「事実上の影響力」の部分が「させる行為」を限定するブレーキの役割を果たしていたが、そのような立場にない場合（昭和 40 年決定の射程外）であっても、児童の淫行の助長促進の程度が強い場合には、「助長促進行為」の部分に「させる行為」を限定するブレーキの役割を担わせることで「させる行為」を限定的に理解することが可能であることから、このように理解しても昭和 40 年決定と直

---

[54] 佐野・後掲注(167)233 頁は、本決定は被害児童の淫行の内容が売春であったという事情と、かかる売春の機会を常習的に被害児童に対して与えうるような雇用関係であったという事情がある場合については放置行為であっても「させる行為」を肯定したにすぎず、本決定が低い程度の助長促進行為のみで処罰を是認したとは理解すべきではない、と述べ、本稿と同様の見解を示す。

[55] 佐野・後掲注(167)232 頁は、平成 28 年決定が「させる行為」の定義を確立させた、と指摘している。

ちに相反するものではないと考えられる。

以上まとめると、「させる行為」は、児童の淫行に対する寄与度についての基準を示すものであり、これは事実上の影響力という要素と助長促進行為の程度という要素に分解することが可能であり、この要素が掛け合わせによって児童の淫行の寄与度が示されるところ、昭和 40 年決定は、被告人が「現に児童を教育監護する」立場にあるとき、事実上の影響力の程度が強いことを根拠に、強制・教唆的行為のみならず、幇助的行為や、阻止せず黙認するといった不作為的行為をなした場合であっても「させる行為」が肯定されることを示したが、「現に児童を教育監護する」立場にないときには、いかなる場合についても「させる行為」が否定されることを示したものではなく、従来の裁判例・学説が示すように、被告人がそのような立場になくとも児童に対して強制あるいは教唆的行為をすることによって淫行の意思を生じさせたならば、「させる行為」が肯定されることをなお許容していると理解すべきである。

事実上の影響力の程度を横軸・助長促進行為の程度を縦軸にした図を作成すると、以上の理解は＜図 1＞で示される。しかし図 1 には、昭和 40 年決定が判断を留保した領域（＜図 1＞における領域 A～D）がなお残されているため、当時の裁判実務がそれぞれの領域について「させる行為」を肯定するか否かを検討する必要がある。

まず、不作為的行為であっても「させる行為」が肯定されるためには、被告人がある一定の立場にあることが必須となることから、何の立場もない者の不作為的行為を「させる行為」に含めることは、不作為犯の構造からしてあり得ない（＜図 1＞領域 D)。ここで、事実上の影響力をより緩やかに理解し、「現に児童を教育監護する」立場にないが、なお一定の立場が認められるという場合に、被告人が不作為的行為をなしたことを根拠に「させる行為」を肯定するという余地はあり、このように理解しても昭和 40 年決定と相反しない。しかし、前掲した富山家高岡支判昭和 32 年 2 月 28 日は単なる雇用者が児童の淫行を阻止せず黙認した行為に「させる行為」を否定していることからすると、当時の裁判実務は「現に児童を教育監護する」立場にない者が不作為的行為をなしたことを根拠に「させる行為」を肯定することには消極的であったと理解すべきである（＜図 1＞領域 C)。以下、領域 C が問題となった三者関係型の事案は管見の限り存在せず、かつ、二者関係型においては不作為的行為をもって「させる行為」が肯定される余地はないことから、領域 C について「させる行為」が肯定されるか否かに関する議論は省略する。

一方で、「現に児童を教育監護する」立場にない者が淫行の意思ある児童に対して場所や機会を提供するといった、比較的助長促進の程度の弱い幇助的行為をなしたことを根拠に「させる行為」を肯定するという余地はあり、このように理解してもやはり昭和 40 年決定と相反しない。ここでは、被告人の立場の有無に応じて問題を細分化して分析する必要がある。すなわち、被告人が何の立場もないにもかかわらず、幇助的行為をもって「させる行為」を肯定してもよいかという問題（＜図 1＞領域 B)、また、「現に児童を教育監護する」立場にないが、なお一定の立場が認められる場合に、幇助的行為をもって「させる行為」を肯定

してもよいかという問題（＜図 1＞領域 A）が存在する。

昭和 40 年決定はこのような領域 A・B の事案について判断を留保しているため、領域 A・B の事案について「させる行為」を肯定することが昭和 40 年決定に適合するとも、反しているともいえない。しかし、昭和 40 年決定や従来の裁判例・学説が「させる行為」を肯定した領域よりも、事実上の影響力の程度・助長促進の程度の双方が低く、それゆえに児童の淫行に対する寄与度が低いことから、この領域について「させる行為」が肯定されるためには、寄与度が低くとも、昭和 40 年決定で「させる行為」が肯定されるとされた領域と同じように「させる行為」が肯定されるべき積極的な根拠が必要であるように思われる。

＜図 1＞　売春業事例時代（網掛け部分は「させる行為」を肯定する領域）

<table>
<tr><td>事実上の影響力の程度
助長促進行為の程度</td><td rowspan="2">被告人が「現に児童を教育監護する立場」にある</td><td colspan="2">被告人が「現に児童を教育監護する立場」にない</td></tr>
<tr><td></td><td>なお、一定の立場がある</td><td>何の立場もない</td></tr>
<tr><td>強制・教唆的行為（児童に淫行の意思を生じさせる）</td><td colspan="3">裁判例・学説において昭和 40 年決定以前から当然「させる行為」が肯定される場合として理解されている。</td></tr>
<tr><td>幇助的行為（既に淫行の意思ある児童に場所や機会を提供する）</td><td rowspan="2">昭和 40 年決定において「…をも包含する」という判示がなされ、「させる行為」が肯定された。</td><td>領域 A
横浜家判昭和 35 年 12 月 15 日が肯定</td><td>領域 B</td></tr>
<tr><td>不作為的行為（児童の淫行を阻止せず黙認する）</td><td>領域 C
富山家高岡支判昭和 32 年 2 月 28 日が否定</td><td>領域 D</td></tr>
</table>

⑥昭和 40 年決定の判断枠組みの射程外にある裁判例

昭和 40 年決定の判断枠組みの射程外、すなわち＜図 1＞における領域 A の事案について「させる行為」を肯定した裁判例として、横浜家判昭和 35 年 12 月 15 日家月 13 巻 3 号 196 頁がある。同裁判例は、自室にて特定の客を相手に売春することで生計を立てるオンリー（売春婦）である被害児童に対して被告人が自宅の 2 階を貸与し食事を提供し小遣銭を立替えることで、被害児童の淫行を助長促進したことを根拠に「させる行為」を肯定したという裁判例である。

同裁判例は、被告人と被害児童には大家と店子という関係性が認められること、被告人は児童が売春をすることで得た金銭を結果的に受け取っていること、被害児童に場所を提供することで児童の淫行が助長促進されていることを根拠に「させる行為」を肯定したと考え

られる。しかし、被害児童から得た金銭は大家が住居の賃貸料として受け取った金銭であって、労働者たる児童が売春によって得た金銭を売春業者たる被告人が受け取ったという構造とは異なるものであるため、被告人に搾取的地位は認められず「現に児童を教育監護する」立場になく、また、被害児童に淫行を強制したものでも、淫行の意思を生じさせたものでもないため、「させる行為」を肯定する際に昭和 40 年決定を根拠とすることはできず、昭和 40 年決定の射程外にあると言える。この事案は事実上の影響力の程度としては、被告人と被害児童が大家と店子という関係性にあるため、被告人は被害児童に対して何らかの立場にあり、また、助長促進行為の程度としては幇助的行為に該当するため、＜図 1＞の領域 A に含まれると考えられる[56]。

領域 A に含まれる場合については、児童の淫行の寄与度が低いにもかかわらずなお「させる行為」を肯定するべき根拠が示される必要があると考えられるが、そのような根拠が特に示されてはおらず、他の裁判例と同様に「させる行為」が肯定されているため、同事案について「させる行為」を肯定したことについては疑問があるように思われる。

第 5 項　ポスト売春業事例時代

判例データベースによれば、売春業事例は昭和 30 年前後に件数がピークに達した後、漸進的に減少していき、昭和 40 年決定以降はほとんど見られない。これは、昭和 31 年に売春防止法が成立し、当局によって管理売春が厳しく取り締まられたためであると考えられる。そのような状況の中、昭和 30 年代後半から売春業事例とは異なる事案が児童淫行罪の事件において見られるようになり、児童淫行罪のそれぞれの解釈に大きな影響を及ぼすことになった。

１.「淫行」は性交に限定されるのか

⑴売春業事例時代以降から昭和 47 年決定までの裁判例の状況

売春業事例においては女児が男客を相手として行う売春、すなわち男女の姦淫行為が行われていたため、淫行に該当しうる行為の範疇が問題となることはなかったが、昭和 30 年代後半から、男児が男性客を相手に性行為をした事案についてその男児の雇用者に児童淫行罪を成立させる下級審裁判例が現れ、そのような事例では、淫行に該当しうる行為の範疇

[56] 他に、広島家判昭和 26 年 4 月 4 日労働省婦人少年局編売春関係判例集 29 頁（『性暴力問題資料集成（第 3 巻)』（不二出版、2004 年）320 頁以降所収）は、児童が客を相手に売春することを知りつつ、部屋を貸した被告人に対し「させる行為」を肯定した。また、鳥取家判昭和 36 年 10 月 3 日家月 14 巻 1 号 149 頁は、客 G から被告人の近隣に住む被害児童 A を呼んでもらいたい旨依頼され、被告人がその依頼に応じて A を被告人の居宅に呼び寄せるとともに G に二階を貸与し、その場で A が G を相手方に淫行をなしたという事案につき「させる行為」を肯定した。これらの裁判例の事案は、被告人が「現に児童を教育監護する者」ではなく、また児童の淫行に対する働きかけも幇助的行為にとどまっているため＜図 1＞の領域 A に該当する。これらの裁判例が「させる行為」を肯定したことについても、同様に疑問があるように思われる。

に男性間の性行為が含まれるか否かという問題が顕在化した。

淫行に該当しうる行為の範疇に男性間の性行為が含まれることを示し、その根拠を詳細に述べた裁判例として、東京家判昭和 39 年 12 月 7 日家月 17 巻 6 号 264 頁が挙げられる。被告人は、同性愛クラブを主宰し、同性愛者たる男性を募り、他方その相手となるべき少年を集めてこれにひきあわせているということを日常的に行っており、男児 4 名（15 歳～17 歳）をして男性を相手方に手淫その他性交類似行為をなさしめたという事案であったところ、「児童福祉法 34 条 1 項 6 号の淫行とは、男女間の性交に限らず同性愛などの異常性欲を満足させる行為を含みひろく道徳的に非難されるような性行為を指称するものと解するのが相当である。蓋し児童福祉法 34 条 1 項 6 号が児童に淫行をさせることを禁止しているのは、児童が心身ともに健やかに育成されるためには「性」に関しても道徳的に正しく身体的にも健全な知識、習慣を身につけさせることが必要であつて、男女間の不道徳な性交渉たとえば売春や性倒錯と考えられる異常性行為たとえば同性愛などは児童が正しい健全な性知識を身に着け心身共に健やかに育成されることを妨げるものであるから、児童にそのような性行為をさせることを禁止する必要があるからであつて、この立法目的に鑑みるときは、「淫行」なる文言を、それが言語として男女間の性交のみを意味するものであれば格別そうでない以上これを男女間の不道徳な性交渉に限る必要はないからである。」と述べ、児童淫行罪の成立を認めた。

同裁判例は「淫行」が男女の姦淫行為に限られず、性交類似行為まで含まれるとした上でその根拠を「淫行」はその文理解釈上、性交に限定されるものではない点、児童の健全育成の保護という児童福祉法の立法目的を考慮すると不道徳な性的行為も「淫行」と評価するべきであるという点に求め、道徳的に非難されるような性行為が淫行に該当しうる行為の範疇に含まれることを示した。このような裁判例に代表されるように、「淫行」に含まれる性交類似行為とは、道徳的な観点から性交に類似する行為であると理解する裁判例が存在する[57]。

一方で、東京家判昭和 37 年 10 月 5 日家月 14 巻 12 号 189 頁は「異性間の性交とその態様を同じくする状況下に於ける手淫行為その他の性交類似行為など不自然な性行為は正に前記わいせつ行為の範囲を逸脱したものであり、斯かる行為は前記理念に照して考えると異性間の性交行為とその本質に於て何等異なるところがないものであり…「淫行」に該当するものと解しなければならない。」と述べている。同裁判例は、単なる不道徳な性行為であれば直ちに「淫行」と評価するのではなく、さらに「男女の性交を模した」性行為である場合に限って「淫行」を認めている。このような裁判例に代表されるように、「淫行」に含まれる性交類似行為とは、当該性行為がなされた態様や状況という観点からみて性交に類似

[57] なお、特に根拠を挙げず男性間の性行為をもって「淫行」と判断した裁判例として、札幌家判昭和 39 年 12 月 23 日家月 17 巻 8 号 106 頁、大阪家判昭和 40 年 11 月 30 日家月 18 巻 9 号 132 頁がある。

する行為であると理解する裁判例が存在する[58]。

⑵昭和 47 年決定の分析

淫行が男女の姦淫行為に限定されるか、これに限定されず、性交類似行為まで含まれるとすればどのような基準で「淫行」は判断されるべきかという問題について下級審裁判例で見解が分かれる状況の中、「淫行」の範疇に関する最高裁判決（最決昭和 47 年 11 月 28 日刑集 26 巻 9 号 617 頁）が示された。同判決は、被告人が男児 A・B をして女性 G を相手方に「強姦ショー」をさせ、また男児 D をして女性 H・I を相手方に「白黒ショー」をさせたという事案である。なお、「強姦ショー」とは、舞台上で男性が女性の着衣をはぎとり、次いで男性も全裸となってこれに打ち重なり、男女性交の場面を模するストリップショーであり、「白黒ショー」とは、男性が女性と共に舞台上で全裸となり、互いに打ち重なって男女性交の場面を模するストリップショーであり、「男女性交の場面を模する」の具体的な行為については、判決文上明らかにされていないものの、原判決によれば、いずれもステージ上で実際に男女間の姦淫行為が行われることはないが、性器同士を接触させる行為はあったことが示されている。

同事案について、第 1 審（大阪家判昭和 46 年 8 月 2 日刑集 26 巻 9 号 622 頁参照）は「児童福祉法上の「淫行」が、右刑法条文の「淫行」と用語が同一であるからといつて、両者同一に解釈すべき必然的理由は見当らない。児童福祉法第 60 条 1 項において、同法第 34 条 1 項 6 号違反の罪に対し右刑法第 182 条の所定刑よりはるかに重い 10 年以下の懲役刑を規定する趣旨は、児童福祉法が、精神面、情操面の発達未熟で他から影響され易い児童の心身を、その正常な発達に有害な行為から守り、児童を健全に育成しようとする立法趣旨に則つたものであるから、右同法第 34 条 1 項 6 号の「児童に淫行をさせる行為」の意義も、前記児童福祉法の立法趣旨から、その解釈をなすべきものである。右のような考えによれば、前記児童福祉法上の「淫行」とは異性間の姦淫行為は勿論のこと、その類似行為、手淫、口淫（被告人が尺八と称するもの）、肛淫（被告人がバツクと称するもの）、触淫（被告人が素股と称するもの）、さらには、いわゆる獣姦、鶏姦等の各行為をも含むものと解するのが相当である。けだし、以上の各淫行を児童にさせる行為は、そのいずれをも、通常、大人の場合に比して、容易に児童の健全な心身の発達を阻害し、その精神面、情操面に多大の有害な影響を与えるのであろうことは必至であり、前記立法趣旨により設定された児童福祉法第 34 条 1 項 6 号、同第 60 条 1 項の罰条に抵触すると認められるからである。」と述べた上で、被告人は、「白黒ショー」では児童である A らをして男女間の性交類似行為を全裸でなさしめたものであり、「強姦ショー」では強姦を模したものであるから、いずれも児童淫行罪が成立すると述べた。

---

[58] 他に「男女性交を模した（性交類似行為）」などの表現がなされる裁判例として、大阪家判昭和 40 年 11 月 30 日家月 18 巻 9 号 132 頁、大阪高判昭和 41 年 4 月 26 日高検速報 22 号 44 頁。

第 1 審判決は、「淫行」は男女の姦淫行為に限られず、性交類似行為まで含まれると結論づけた上で、東京家裁昭和 39 年判決と同様に、その文理解釈上、性交に限定されるものではない点、児童の健全育成の保護という児童福祉法の立法目的を考慮すると不道徳な性的行為も「淫行」と評価するべきであることを根拠として、「淫行」に含まれる性交類似行為とは、道徳的な観点から性交に類似する行為であると理解している。

そして、原判決（大阪高判昭和 47 年 4 月 20 日刑集 26 巻 9 号 626 頁参照）は「児童福祉法 34 条 1 項 6 号にいう「淫行」には性交そのもののほか性交類似行為をも含むと解すべきものであることは原判決の詳述するところであり、当裁判所もまたこの見解を変更する必要をみない。しかしてかく解することは右「淫行」の解釈の範囲内に属する」と述べた上で、本件各行為は「「淫行」に含まれる性交類似行為の一種に該当すると認められる」と述べ、第 1 審判決を支持しており、最高裁判決も「「淫行」には、性交そのもののほか性交類似行為をも含むとした原判断は正当」であると述べ、原判決を支持していることから、原判決・最高裁判決も第 1 審判決の判断を支持したものと考えられる[59]。

⑶昭和 47 年決定以降の学説の状況

①性交類似行為も「淫行」に含まれるのかという議論

多くの学説は、「淫行」には、性交類似行為をも含むと解釈した昭和 47 年決定を支持した（肯定説）。他方で西田(1973) [60]は「淫行」の意義も日常用語として考えれば、必ずしも男女間の姦淫行為に限らず、性交類似行為や刑法上のわいせつ行為をも包摂しうる、として根拠①を認めつつ、昭和 47 年決定を批判し、児童をして性交類似行為をさせた場合には児童福祉法 34 条 1 項 9 号違反（以下、9 号違反）として処罰するべきである、と主張した（否定説）。西田(1973)は、男女間の姦淫行為のみに限定される根拠として以下の 5 点を挙げる。

まず 1 点目として、これまで児童淫行罪を成立させた裁判例は、児童をして売春を行わせるか、または、その幇助・斡旋をしたという事案が圧倒的多数を占めている。2 点目に、刑法の体系書の多くは、その淫行勧誘罪に関する解説の中で、児童淫行罪は売春防止法 7 条以下の規定と同様に、淫行勧誘罪の特別規定であるという立場を表明している。そうであるならば、児童淫行罪における「淫行」は淫行勧誘罪における「淫行」とパラレルに理解するべき、すなわち男女間の姦淫行為のみに限定して理解するべきである。

また 3 つ目に、児童の健全育成の保護という児童福祉法の立法目的を考慮すると不道徳

---

[59] なお、判例データベースで確認できる昭和 47 年決定以降の裁判例の事例は、そのほとんどが男女間の姦淫行為であって「淫行」が争点となっていないところ、児童が第三者を相手方に肛門性交・口腔性交をしたという事例につき行為者に児童淫行罪の幇助犯を認めた高知家判昭和 50 年 8 月 13 日家月 28 巻 3 号 111 頁が存在する。ただし、同判決は同行為が「淫行」に該当するか否かについて争点となっておらず、結論として「淫行」が認められることを指摘したにとどまっている。

[60] 西田典之「児童福祉法 34 条 1 項 6 号にいう『淫行』の意義」警研 44 巻 12 号（1973 年）123 頁以下。

な性的行為も「淫行」と評価するべきであるという肯定説の根拠に対する批判として、児童福祉法の理念を強調し、性交類似行為も「淫行」に含まれると解すると、全く同様の理由付けによって、その範囲はそれ以外の単なるわいせつ行為にまで拡がることが予想され、児童淫行罪による処罰範囲の限定にとっての有効な歯止めを失うことになる。

そして、性交類似行為を「淫行」に含めることによって児童淫行罪の処罰範囲の限界の問題が生じると述べ、4 つ目に、ヌードモデル・ストリップショーの踊り子・ミストルコ等として児童を使用し、陰部を露出させ、または、裸体の男性客に手淫行為を施す行為をさせた場合、現在の裁判例は 9 号違反を成立させている[61]が、児童淫行罪による処罰の対象が性交類似行為にまで拡大された場合、児童淫行罪と 9 号違反の処罰の限界が流動的になり、児童淫行罪（当時は懲役 10 年以下）と 9 号違反（当時は懲役 1 年以下）の法定刑には大幅な差が存在することを考慮すると、著しく法的安定性を害する結果を生じるおそれがあることを指摘する。また、5 つ目に性交類似行為が「淫行」に含まれると解すると、男女の姦淫行為以外のわいせつな行為が「淫行」に含まれることになるが、同じわいせつな行為でも、児童に対してわいせつな行為をすることで、児童淫行罪より直接的に児童の性的自由を侵害する強制わいせつ罪の法定刑（当時は懲役 6 月以上 7 年以下）よりも、児童淫行罪の法定刑の方が重くなってしまい、罪刑の均衡を失することになる。

否定説の 2 つ目の批判に対して、肯定説は、性風俗を保護法益とする淫行勧誘罪と児童の健全育成を立法目的とする児童淫行罪は、その趣旨、罪質を異にするため、淫行の意義についても別々に解釈する必要がある、と反論した[62]。

---

61 児童をしてヌードモデルをなさしめた事例につき 9 号違反を成立させた裁判例として、静岡家沼津支判昭和 36 年 11 月 11 日家月 14 巻 2 号 207 頁、東京家判昭和 41 年 5 月 23 日下刑集 8 巻 5 号 754 頁、東京家判昭和 48 年 12 月 21 日家月 26 巻 8 号 134 頁。

児童をしてストリップショーに出演せしめた事例につき 9 号違反を成立させた裁判例として、福岡家判昭和 35 年 2 月 19 日家月 12 巻 4 号 153 頁、福岡家判昭和 35 年 3 月 10 日家月 12 巻 5 号 222 頁、横浜家判昭和 35 年 11 月 17 日家月 13 巻 2 号 228 頁、横浜家判昭和 36 年 4 月 20 日家月 13 巻 7 号 174 頁、京都家判昭和 37 年 3 月 23 日家月 14 巻 7 号 138 頁、横浜家判昭和 38 年 3 月 28 日家月 15 巻 7 号 154 頁、福岡家判昭和 40 年 2 月 5 日家月 17 巻 10 号 149 頁、東京家判昭和 48 年 10 月 29 日家月 26 巻 6 号 83 頁。

性風俗店に勤務する児童をして入浴客の裸体を流しマッサージ（手淫行為等）をなさしめた事例につき 9 号違反を成立させた裁判例として、東京家判昭和 38 年 10 月 22 日家月 16 巻 2 号 134 頁、東京家判昭和 38 年 10 月 29 日家月 16 巻 3 号 162 頁、横浜家判昭和 40 年 9 月 30 日家月 18 巻 6 号 196 頁、横浜家判昭和 40 年 12 月 23 日家月 18 巻 9 号 135 頁、大阪家判昭和 41 年 1 月 18 日刑集 21 巻 9 号 1228 頁参照、東京家判昭和 41 年 2 月 25 日家月 18 巻 11 号 128 頁、横浜家判昭和 41 年 3 月 24 日家月 18 巻 12 号 83 頁、東京家判昭和 41 年 8 月 15 日刑集 21 巻 10 号 1360 頁参照、大阪高判昭和 41 年 10 月 17 日判タ 202 号 171 頁、大阪高判昭和 41 年 12 月 17 日下刑集 8 巻 12 号 1520 頁。

62 亀山継夫「児童に淫行をさせる罪（その一）」研修 346 号（1977 年）44 頁、同旨の文献として、宮澤浩一＝安部哲夫「児童福祉法・青少年条例」西原春夫他編『判例刑法研究 第 8 巻』（有斐閣、1981 年）389 頁、小泉祐康「児童福祉法」平野龍一他編『注解特別刑法第 7 巻/風俗・軽犯罪編・第 2 巻』（青林書院、1982 年）36 頁。また、北島敬介『福祉犯罪―解釈と実務』（1979 年、日世社）53 頁は、淫行勧誘罪で用いられる「淫

また、肯定説の内部では、否定説の 3 つ目の批判が指摘した性交類似行為の限界が議論の対象となり、どのような基準で「淫行」が判断されるべきかという問題が争点となった。

まず、肯定説の見解の中でも、乳房をもてあそんだりする行為[63]や接吻といった行為を「淫行」に該当する見解は見られない。これは、児童淫行罪が他の 34 条違反の犯罪よりも特に重い法定刑を設けていることを根拠に、「わいせつな行為」というだけでは「淫行」には含まれないこと、そして、少なくとも行為の類似性の観点からみて性交に類似する行為―具体的には性器に関係する行為―である必要があるという点については共通の見解を有していたものと考えられる[64]。

その上で肯定説は、2 つの見解に分かれている。

1 つ目は、児童の健全な育成を阻害する行為であると認められた場合に性交類似行為を認める見解（健全阻害基準）である[65]。この見解は、児童に相手方がいない場合であっても、児童の健全な育成を阻害する行為であると認められるならば「淫行」に含まれると理解する。したがって、自己の性欲を刺戟させるために、あるいは、営利の目的でショーとして児童に手淫行為等（自慰行為）をさせる場合も「淫行（させる）」に含まれることになる。

2 つ目は、実質的にみて性交と同程度に児童の健全な育成が阻害される行為がなされた場合に性交類似行為を限定する見解である（実質的性交同視基準）[66]。この見解によれば、単に性器を露出させたり、性器に手を触れさせたりする行為[67]、または、ヌードモデルが陰部を露出したり、客に陰部を触れさせたりすることや、トルコ嬢が客に対して手淫を施す行為[68]は「淫行」に含まれないとされるが、その具体的な基準については必ずしも明らかではない。

②「淫行」に該当しない性交・性交類似行為が存在しうるか

「淫行」には性交のみならず性交類似行為が含まれることを肯定したとしても、いかなる

行」は、あくまでも「淫行の常習なき婦女」として保護の対象たる婦女の属性をあらわすのに用いられているに過ぎないのであって、その実行行為はあくまでも「姦淫」せしめることにあるのであるから、必ずしも児童淫行罪における「淫行」と淫行勧誘罪における「淫行」を同義に解さなければならないわけではないと主張する。また、近藤・前掲注(30)204 頁は、淫行勧誘罪における「淫行」についても性交類似行為が含まれると解することで両罪の「淫行」の解釈を同一にする見解を指摘する。

63 乳房をもてあそんだりする行為は「淫行」に含まれないことを明示する見解として、宮澤＝安部・前掲注(62)388 頁。

64 これを指摘する見解として、廣瀬健二「児童に淫行をさせる行為」佐藤文哉編『刑事裁判実務体系　第 3 巻風俗営業・売春防止』（1994 年、青林書院）428 頁以下。

65 亀山継夫「児童に淫行をさせる罪（その二）」研修 347 号（1977 年）59 頁、61 頁。

66 北島・前掲注(62)54 頁、小泉・前掲注(62)37 頁、宮澤＝安部・前掲注(62)388 頁、澤新＝長島裕「児童福祉法」伊藤栄樹他編『注釈特別刑法 8 巻』（立花書房、1990 年）787 頁。

67 北島・前掲注(62)54 頁。

68 小泉・前掲注(62)37 頁。

場合にそれが「淫行」に該当するのか、言い換えると性交・性交類似行為であっても「淫ら」ではないとして「淫行」に該当しない場合があるかが問題となる。

この点について、既に述べたように売春業事例時代の学説は性道徳的に不正とされる性交であれば「淫行」に該当すると理解していたところ、ポスト売春業事例時代の学説においても、性道徳上非難に値するものであれば「淫ら」であるという理解は維持されていた。

このような理解からは「淫ら」か否かを判断する際は、当該性交・性交類似行為が性道徳上非難に値するかが判断基準となる。この点について、小泉(1982) [69]は、学説には売春や不特定多数人との無差別的な性交や倒錯した性欲の満足を目的とする性交、公衆の観覧に供する目的をもってする性交は性道徳上非難に値するが、婚姻外の性交が直ちに性道徳上非難に値するとはいえないとして、当該性行為をその動機・目的、態様および結果等について、全体的に観察し、その時代における平均的な倫理感に照らして決すべきであると述べる。また、北島(1979)[70]は、本罪においては淫行を「させる」という行為類型が要求されるため、ごく自然な男女の結びつきとしての性行為は実際上その対象としては考えられない、として本来二者間で行われる性行為に第三者が介入することそれ自体で通常は「淫ら」が肯定されることを指摘する。

これらの見解は「淫ら」が否定されることで「淫行」に該当しない性交・性交類似行為が存在しうることについては肯定するが、いかなる場合に「淫ら」が否定されるのかについてはなお不明確である。もっとも、この時期における裁判例は被害児童が第三者を相手に売春を行ったという事例であって、売春は当然に性道徳的に不正とされる性交であると判断されるために、この点について議論する必要性が乏しかったと考えられる。

２．児童淫行罪は三者関係型に限定されるのかという問題

この問題については、まず学説が二者関係型肯定説を主張し[71]、裁判例がその影響を受けて二者関係型否定説から徐々に見解を変容させていったと考えられるため、先に学説の傾向について検討する。

⑴二者関係型否定説の根拠についての整理

売春業事例時代の通説は後の学説によって二者関係型否定説であると理解されているところ（ただし、先に検討したように、売春業事例時代の通説は二者関係型の枠組みの中で運用される可能性については認識していたが、基本的には児童淫行罪は三者関係型の枠組の中で運用される犯罪であると想定しており、現にそのように運用されていた関係上、二者関

69 小泉・前掲注(62)37 頁。

70 北島・前掲注(62)58 頁。

71 他の学説にさきがけて、児童淫行罪における「淫行」には性交類似行為が含まれることを根拠に、児童が男女間の姦淫行為をなしたことを処罰する淫行勧誘罪や売春防止法上の罪と同一の解釈をする必要はないとして、二者関係型肯定説を主張した文献として、小泉祐康「児童福祉法」研修 252 号（1969 年）105 頁以下が挙げられる。

係型が認められるか否かという問題自体をそもそも重要視しておらず、この問題について特に態度を明示していない（すなわち、否定説とも肯定説とも言い難い）と理解するべきである)、ポスト売春業事例時代に入ると、多くの学説は二者関係型肯定説を主張した。売春業事例時代の通説は、結論として否定説を主張するにとどまり、その根拠について明示しなかったため、肯定説は、否定説の根拠について推測し、それを否定することで肯定説の根拠とした側面も認められることから、まずは否定説の根拠について検討する。

売春業事例時代における二者関係型否定説の根拠として推測された見解として 2 つの見解が挙げられる。

1 つ目は、児童淫行罪の条文に「(淫行) させる」という使役表現が用いられていることを根拠に、売春業事例時代の学説は、児童淫行罪には使役者たる行為者、被使役者たる児童、第三者の三者が必要であると解釈したのではないかという見解である。しかし、「(さ) せる」とは、その文理解釈上、ある者 A がある行為をした際に、単に（ひとりでに）「A が…をした」と説明するのではなく、別の者 X が A に対して関与・作用した結果として、A がその行為をしたことを説明する表現にしかすぎず、そこには働きかける対象に関する限定は存在しない[72]。そのため、「させる」という使役表現が使われていることは、二者関係型否定説の根拠とならないと考えられる。

2 つ目は、行為者が児童と淫行をなした場合には児童淫行罪が成立しえないとする根拠を必要的共犯の問題に引きつけて考える見解である[73]。必要的共犯の問題とは、犯罪の成立につき他者の行為 β を必要とする行為 α が犯罪として規定されているが、行為 β については犯罪として規定されていない場合に、行為 β をした者が行為 α の共犯として処罰されるかという問題である。このとき、立法者意思説によれば、行為 β について処罰規定が存在しない場合には、行為 β を処罰しないとした立法者意思を尊重し、行為 β については行為 α の共犯としても処罰するべきではないと解することになる。例えば、淫行勧誘罪において姦淫の相手方が共犯としても処罰されず、また、売春防止法違反において売春の相手方（買春を行った者）が共犯としても処罰されないとされる根拠は、それぞれ必要的共犯の問題として理解した結果であると理解されている。以上を踏まえると、児童淫行罪も、淫行の相手方を必要とする「児童に淫行をさせる行為」が犯罪として規定されている一方で、淫行の相手方については処罰規定が存在しないことから、これを必要的共犯の問題として理解し、淫行勧誘罪と同様に、行為者が児童と淫行をなした場合には児童淫行罪が成立しえないと解するのが 2 つ目の見解である。

これに対して二者関係型肯定説は、淫行勧誘罪・売春防止法上の罪は姦淫または売春の相手方となる者の関与が必要不可欠であり、かつ、その者に対する処罰が存在しないことから、

---

72 高見健一『受身と使役―その意味規則を探る―』（開拓社、2011 年）128 頁以下。

73 内田文昭「児童福祉法 34 条 1 項 6 号違反罪（児童に淫行させる行為）の教唆者が自ら淫行の相手方となった場合の罪責」研修 384 号（1980 年）9 頁は、児童淫行罪の教唆犯は成立しうるが、淫行の相手方については、必要的共犯の問題に直面することを根拠に、教唆犯も成立しえないと理解する（ただし、後に改説)。

必要的共犯の問題として理解されるが、児童淫行罪における「淫行」は、性交に限らず性交類似行為をも含んでおり、必ずしも相手方の存在を要件とするものではないことから、必要的共犯の問題の前提を欠くと主張する[74-75]。これは、必要的共犯の問題が二者関係型否定説の根拠とならないという点では有力な主張であると考えられる。しかし、必要的共犯の問題が二者関係型否定説の根拠とならないという主張は単なる消極的な根拠であり、直ちに二者関係型肯定説が支持される積極的な根拠とならないように思われる。さらに、この見解は「淫行」に相手方の存在が不要であることが前提となっており、「淫行」の範疇の問題と二者関係型を認めるか否かの問題を連動させている点に留意する必要がある。

しかし、この見解のように「淫行」の解釈に引き付けなくとも、必要的共犯の問題を二者関係型否定説の根拠とするべきではないように思われる。すなわち、必要的共犯に基づいて二者関係型否定説を主張する場合、淫行の相手方を処罰する規定が存在しないことがその根拠となるが、これは「(淫行) させる行為」の主体に淫行の相手方が含まれないという結論を先取りした見解であり、トートロジーに陥っているように思われる。さらに、ポスト売春業事例時代の裁判例および学説の一部は、行為者が淫行の相手方と同一である場合には、「させる行為」に該当しないとして二者関係型否定説を主張しつつも、淫行の相手方について、あっせん者を正犯とする児童淫行罪の教唆犯は認められうると述べるが[76]、児童淫行罪が必要的共犯の問題に直面していると理解するならば、淫行の相手方は児童淫行罪の教唆犯ともならないはずであるように思われる[77]。

⑵二者関係型否定説の根拠に関する本稿の理解

以上のように、売春業事例時代における二者関係型否定説の根拠として後の学説が推測した根拠はいずれも説得的とはいえない。しかし、裁判実務が平成 10 年決定に至るまで三

---

74 亀山・前掲注(64)61 頁以下。井口・後掲注(121)336 頁は、児童淫行罪が必要的共犯であるにしても、その場合に不可罰となる必要的関与者は淫行をなす児童であり、淫行の相手方まで不可罰とする必然性はないと述べる。

75 鈴木・後掲注(120)241 頁は、売春防止法は売春に関与する行為を罰することによって間接的に女性を保護する規定である一方で、児童淫行罪は直接的に児童の保護を目的とするものであるから、児童の淫行の相手方となることで児童の福祉を直接的に阻害する者の行為を処罰対象から除外したと理解することはできないと述べ、児童淫行罪を売春防止法上の罪とパラレルに理解することを否定する。

76 否定説を主張する宮澤＝安部・前掲注(62)395 頁は、「行為者は淫行の相手方としては「特別な関与形態」であり、不可罰とされる「通常の関与形態」とは区別されるべきである」と述べ、淫行の相手方が行為者である場合であっても、あっせん者を正犯とする児童淫行罪の教唆は成立しうると述べる。これに対して、内田文昭「児童福祉法 34 条 1 項 6 号違反罪（児童に淫行させる行為）の教唆者が自ら淫行の相手方となった場合の罪責」研修 384 号（1980 年）6 頁は「通常の関与形態」の場合、不可罰であり、「特別な関与形態」の場合、教唆犯が成立する根拠は不明であると指摘する。

77 否定説の根拠を必要的共犯の問題に引きつけるならば、淫行の相手方はあっせん者を正犯とする児童淫行罪の教唆犯・幇助犯としても処罰しえないという帰結になることを指摘するものとして、北島・前掲注(62)69 頁以下。

者関係型に限定して児童淫行罪を運用しており、かつ、二者関係型肯定説が学説の中で有力となっていたにもかかわらず、なお「通説」として二者関係型否定説が扱われていたことを考慮すると、二者関係型否定説にもなお一定の説得的な根拠があったと理解すべきであると考える。本稿では、否定説における説得的な根拠については、以下のようなものもあったのではないかと検討する。

児童福祉法 34 条 1 項が（児童を危険な労働に従事させることを禁止した）旧児童虐待防止法と対応関係にあるという点が明示されていることを考慮すると、児童福祉法 34 条 1 項は、行為者と児童に事実上の使用者―労働者の関係があることを前提に、児童を心身の健全育成を阻害する労働に従事させ児童を搾取することを禁止するという立法目的があったものと考えられる。同項 6 号以外の各号で禁止されている行為が、児童に心身の健全育成を阻害する労働に従事させ、児童を搾取する行為（見世物にさせる(1・3・4 号)、こじきをさせる(2 号)、戸別販売させる(4 の 2・4 の 3 号)・酒席に侍らせる(5 号)）またはその未遂犯的な行為(7・8・9 号) [78]であることがその証左といえよう[79]。

旧児童虐待防止法では、児童を売春業に従事させることが明文で禁止されていなかったものの、立法当時、売春業者が児童を売春業に従事させた上で、客を相手に売春させ、その売春料の多くを利得することが社会問題となっており、その社会問題を解決するために、児童を不特定多数、複数回にわたって売春に従事させるという児童売春の構造それ自体を取り締まることを目的に児童淫行罪が立法されたものと考えられる。一方で、行為者が児童の淫行の相手方となった場合はかかる立法目的とは合致しないため、刑法上の性犯罪として処罰される点はともかく、児童淫行罪としては不可罰とすべきであるという理解があったものと考えられる[80]。したがって、児童淫行罪は、単に児童が淫行することについて働きかける行為を直接禁止したものではなく、児童を売春業に従事させること、すなわち、売春業者が児童をして客を相手方に売春をなさしめて利益を得るという構造を規制する目的で立

[78] 8 号および 9 号は制定当初は存在しなかったものの、のちに改正によって追加された。

[79] さらに、児童福祉法 34 条 1 項で禁止されている行為の一部が労働法の観点からも禁止され罰則が設けられており、この点からも児童福祉法と労働法の結びつきが強いことが注目される（児童福祉法 34 条 1 項 5 号について労働基準法 119 条 1 項・62 条・年少者労働基準規則 8 条 44 号、児童福祉法 34 条 1 項 3 号および 4 号について労働基準法 118 条 1 項・56 条・年少者労働基準規則 9 条 1 号および 2 号)。

[80] 高田正巳・前掲注(26)244 頁は、児童に対してなされるわいせつな行為および児童を相手とする淫行が刑法 176 条～178 条に該当する限りで禁止されていることを指摘する。同旨のものとして、同文献の第 2 版にあたる高田浩運・前掲注(27)232 頁以下。

法され、運用されたと理解するべきである[81-82]。

しかし、売春防止法が成立したことにより、児童労働の枠組みでなされた売春については売春防止法上の罪で捕捉されるようになったため、児童淫行罪において児童労働という枠組みは薄まり、児童の健全育成を阻害するおそれのある行為を処罰するものであるという理解に変化していったと考えられる[83]。しかし、二者関係型否定説においては、児童労働の枠組みの残滓によって「児童の健全育成を阻害するおそれのある行為」が、引き続き、管理売春の場合に限定されて理解されたものと考えられる。すなわち、特定の者が児童に直接働きかけ、児童がその者と淫行をなした場合は児童の健全育成を阻害したものとはいえず、児童の性的自由の侵害が認められる場合には刑法上の性犯罪による解決が図られる一方で、児童に対して淫行を働きかける者がおり、その者の働きかけによって児童が不特定（多数）の者を相手方に淫行をなした場合には、児童の健全育成を阻害するおそれのある行為であると認められるため、児童淫行罪をもって解決が図られるべきであるという二分論的な理解が否定説の中で存在し続けたものと考えられる。

そして二者関係型否定説はその二分的な理解を「させる行為」の解釈に引きつけて把握したものと考えられる。すなわち、その文理解釈上は児童淫行罪が三者関係型に限定されるメルクマールとしての機能を果たさない「させる行為」という文言に、児童淫行罪が三者関係型に限定されるメルクマールとしての意味を読み込んだと考えられる[84]。そして、そのようなメルクマールがあるからこそ、「させる行為」を充足するに足る働きかけが緩く解されて

---

81 安部哲夫「判批（平成 10 年決定）」北陸 7 巻 2 号（1999 年）76 頁は、34 条 1 項各号に定められた児童福祉阻害犯罪の性格を考慮すると、児童淫行罪は、児童をして第三者に淫行をさせることの非人間性や、性の商品化を防止して児童保護の理念を実現しようとしたものであり、あくまでも性的搾取のごとき形態を前提に立法されたものであることから、「淫行させる行為」の解釈にあっても、常習的または営業的性格の強いもの、さらには親権など事実上の支配権を及ぼして性の売買が進められるケースに限定して考えるべきである、と述べ、西田・後掲注(127)、加藤久雄「判批」ジュリ 1157 号（1999 年）165 頁は、児童淫行罪は児童の人身売買等と絡んで行われる児童に売春行為を行わせる行為の処罰を目的とした規定である、と述べる。これらの理解は、少なくとも売春業事例時代における児童淫行罪の解釈として、本稿と同一の理解を示すものである。

82 淫行勧誘罪や売春防止法の上の罪が、「させる行為」の主体を淫行・売春の相手方に含まないのは、同様に児童をして第三者に淫行または売春をなさしめることで、「させる行為」の主体が利益を得る構造を規制するためであると考えられる。

83 西田・後掲注(128)は、児童淫行罪は売春防止法上の罪を補強し、また、児童をして客を相手に売春をなさしめる行為やその周辺的な行為を加重的に処罰する趣旨があったと述べる。確かに、刑法のコンメンタールや体系書では、淫行勧誘罪の項目で児童淫行罪を淫行勧誘罪や売春防止法上の特別規定であるという主張がなされていたが、児童淫行罪が制定された後に売春防止法上の罪が制定された点、公刊されている裁判例を分析する限りにおいては売春防止法上の罪よりも児童淫行罪の方が、法定刑が重いとは必ずしもいえない点から、それぞれの罪は択一的な関係にあるように思われる。

84 若尾・前掲注(16)131 頁。

きたものと考えられる[85]。そのため、高田正巳(1951)[86]の「本号は児童に淫行をさせる行為を禁止しているのであるから、児童を直接相手として性交をしたばあいは、本号に該当しないものと解する。」という部分は、「あっせん者を介在させず、直接児童と性交をしたばあいは、児童淫行罪に該当しないものと解する。」と述べたものであると理解するべきである。

二者関係型否定説の根拠を以上のように理解するならば、二者関係型否定説がどのような場合に児童淫行罪の成立を否定しているのかをより正確に理解する必要がある。すなわち、従来、二者関係型否定説は、行為者が児童の淫行の相手方となった場合には児童淫行罪が全く成立しえないとする見解であると理解されることもあったが、正確にはあっせん者の介在がなく児童がその相手方と淫行に至った場合にはその淫行の相手方については児童淫行罪が成立しえないとする見解と理解するべきである。それゆえ、否定説に立ったとしても、なお、あっせん者が、児童がなす淫行に介在しているという場合であれば、児童の淫行の相手方についてあっせん者を（直接）正犯とした共同正犯・教唆犯・幇助犯の成立は否定されないと理解するべきである。

⑶二者関係型肯定説の根拠に関する整理

二者関係型肯定説の積極的根拠としてはほぼ 1 つの根拠に集約される[87]。これは、児童淫行罪の立法目的は、児童の健全育成の保護である[88]ところ、児童の淫行の相手方が第三者であろうと、行為者自身であろうと児童の健全育成が阻害されうるため、これを別異に解する理由はないというものである[89]。ここには、児童淫行罪が三者関係型に限定されるメルクマールとして「させる行為」を理解した否定説と異なり、肯定説は、淫行を働きかける行為の有無を判断するメルクマールとして「させる行為」を理解したことがその前提にあると考えられる[90-91]。

---

85 大山＝松宮・後掲注(120)75 頁。

86 高田正巳・前掲注(26)240 頁。

87 他に、児童が行為者を相手方に性交ないし性交類似行為をなした事例につき、裁判例が 9 号の罪を成立させていることと平仄を合わせるべきであることを肯定説の根拠とする見解として、北島・前掲注(62)68 頁。

88 淫行勧誘罪や売春防止法上の罪は、主として性風俗の維持を目的とするのに対し、児童淫行罪は、児童本人の保護を直接目的とするものであって、趣旨・目的を異にすると述べる見解として、小泉・前掲注(62)34 頁以下。

89 亀山・前掲注(64)61 頁。これ以降の二者関係型肯定説も同文献を引用する。

90 若尾・前掲注(16)193 頁は、二者関係型否定説において「させる行為」は、犯罪の成立範囲を拡大する意義があった一方で、二者関係型肯定説において「させる行為」は、犯罪の成立範囲を限定する意義に変化したことを指摘する。

91 例えば北島・前掲注(62)68 頁は、「淫行をさせる行為」が認められる以上、その者が当該淫行の相手方となったからといって、そのことのために不処罰とされる理由はないと考えられる、と述べるが、これは、児童に淫行を働きかける行為があれば「させる行為」は充足されるのであり、三者関係型に限定されるメルクマールとして「させる行為」を理解するべきではないことを示したものであると理解される。

これに対して、二者関係型否定説は二者関係型を肯定した場合、青少年健全育成条例における淫行罪（条例上の淫行罪）と区別することができないおそれがあると主張する。昭和 40 年代から各都道府県では、児童買春を処罰する目的等から、青少年健全育成条例を制定し、その中で「青少年（18 歳未満）に対し、淫行をしてはならない」などのように、児童を相手方として淫行をなす行為を処罰する規定を設けるようになったが、二者関係型否定説に基づく場合にはあっせん者・児童・淫行の相手方の三者が存在する場合には児童淫行罪が成立し、児童・淫行の相手方の二者しか存在しない場合には条例上の淫行罪が成立するというように両者には明確な区別が存在していた。しかし、二者関係型肯定説に基づく場合には、児童淫行罪においても条例上の淫行罪においても児童・淫行の相手方の二者しか存在しないため、児童を相手方として「淫行する」ことを処罰する条例上の淫行罪と、児童の相手方の立場から児童に対して「淫行させる」ことを処罰する児童淫行罪を区別することが困難になる。したがって、二者関係型肯定説の内部では、「淫行させる」が「淫行する」とどのような点で異なるのかという視点から、「させる行為」を充足させる関与の程度に問題の焦点が集まることになる。

また二者関係型肯定説は、不特定多数の者を相手方に淫行するように児童に働きかけた結果として児童が淫行をなすという構造を持つ三者関係型における児童への有害性と、児童の淫行の相手方として児童を相手に淫行するという構造を持つ二者関係型における児童への有害性が同列に扱われることが暗黙の前提となっているところ、不特定多数を相手に淫行するように働きかけることで間接的に児童の健全育成を阻害する前者と、児童の淫行の相手方となることで直接的に児童の健全育成を阻害する後者では、児童に与える有害性の性質が異なっているようにも思われ、同一の犯罪で処罰すべきものなのかについては疑問がある。

⑷ポスト売春業事例時代における裁判例の変遷

ポスト売春業事例時代における下級審裁判例は、被害児童とその相手方の淫行にあっせん者が介在したという事案であり、二者関係型肯定説に基づかなければ児童淫行罪が成立しえないというケースが存在せず、二者関係型否定説と二者関係型肯定説の議論が直接的に問題となることはなかった。しかし、下級審裁判例においては、児童の淫行の相手方につき児童淫行罪の教唆犯を認める裁判例（教唆事例）が登場し、淫行の相手方について児童淫行罪の教唆を認める過程で、二者関係型否定説と二者関係型肯定説の議論が間接的に問題となった[92]。教唆事例とは、行為者 X が、あっせん者 M に対して淫行の相手方となる児童

[92] 児童淫行罪と共犯の問題として、売春業者に児童をあっせんする行為が児童淫行罪の共犯となるかという問題がある。大阪家判昭和 31 年 8 月 22 日家月 8 巻 11 号 96 頁は「させる行為」に対する加功行為ではあるものの、「引き渡す」行為（7 号）に該当するため、児童あっせん者に児童淫行罪の共謀共同正犯は成立しないと述べ、一方で静岡家浜松支判昭和 40 年 6 月 19 日家月 18 巻 3 号 117 頁は特に根拠を述べず、幇助犯を認めた。

を紹介するように申し向け、M が X を相手方に淫行するよう被害児童 A を説得・勧誘し、M の働きかけを受けて A が X を相手に淫行するという事案に対して、M を正犯とする児童淫行罪の教唆を成立させる裁判例である。教唆事例では、淫行の相手方について児童淫行罪の教唆犯を成立させつつ、その一方で「児童を直接相手として淫行した場合は、児童淫行罪に該当しない」と述べており、肯定説によってその矛盾が指摘された。

教唆事例は、売春業事例時代にあたる福岡家小倉支判昭和 35 年 3 月 18 日家月 12 巻 7 号 147 頁においてすでに確認される。同裁判例は、X が N に対して金銭を貸与し N がその支払に窮するや、N の夫 M に対して「家がきつい時は娘一人位犠牲にしていいではないか」と、X を相手方として家計の援助を代償として夫婦の娘 A に淫行させるよう申し向け、M は貧困から X の申し入れを受け入れ、A をして X を相手方として淫行せしめたという事例であり、M を正犯とする児童淫行罪の教唆が X に成立するかが争点となった。同裁判例では「児童に淫行させる行為」には児童を直接相手方として淫行をした場合は含まれないとの弁護人の主張に対して「児童に淫行させる行為なる概念中には児童を直接相手方として淫行した者が包含されないのは勿論であるが本件は X が児童である A の父親である M に X を相手方として A に淫行させるよう教唆したとして起訴されているのであつて被告人が児童である A を相手方として行つた淫行について問擬しているのではない」と述べて、弁護人の主張を排斥し、児童淫行罪の教唆の成立を認めたものである。

同判決は「児童に淫行させる行為なる概念中には児童を直接相手方として淫行した者が包含されない」とする一方で、淫行の相手方に児童淫行罪の教唆犯を認めている点で、一見矛盾しているように思われるが、二者関係型否定説は児童淫行罪が三者関係型に限定されるメルクマールとして「させる行為」を理解する見解であるという本稿の理解を前提とすると、あっせん者の介在なく、行為者が児童に直接働きかけることで児童が行為者を相手方に淫行をなした場合は、「させる行為」のメルクマールを満たしていない一方で、行為者があっせん者に対して淫行の相手方となる児童を紹介するように申し向け、あっせん者の「させる行為」を決意させ、あっせん者が児童に行為者と淫行するように働きかけて「させる行為」をなすことで、行為者が児童の淫行の相手方となった場合は、児童が行為者を相手方に淫行する過程であっせん者の介在があるため、「させる行為」のメルクマールが満たされていることになり、その矛盾を克服することが可能である。

ポスト売春業事例時代における教唆事例についても、上記理解はしばらく維持されていた[93]。東京高判昭和 50 年 3 月 10 日家月 27 巻 12 号 76 頁は、「「児童に淫行をさせる行為」

[93] 本文で挙げた裁判例のほか、被告人が相手方となって児童と淫行した事案のうち、あっせん者に対して「淫行させる行為」を決意させたことを根拠に、児童淫行罪の教唆を成立させた裁判例として、熊本家判昭和 52 年 6 月 22 日家月 30 巻 2 号 170 頁、名古屋高判昭和 54 年 6 月 4 日家月 32 巻 9 号 76 頁（原判決：名古屋家岡崎支判昭和 54 年 1 月 22 日家月 31 巻 10 号 130 頁）、仙台高判昭和 56 年 11 月 24 日家月 34 巻 4 号 108 頁。また、児童 A 男らを性交類似行為（肛門性交・口腔性交）の相手方として被告人 X に紹介する旨の意思あることを Y から告げられるや、X がこれを受け入れ、紹介料を Y に提供

には、自己が直接児童と淫行をした場合は包含されないと解するのを相当とするが、本件のように、他人を教唆し児童をして自己を相手方として淫行をさせる場合は、児童をして第三者と淫行をさせる場合と区別すべき合理的理由がなく、また被教唆者に対してのみ児童に淫行をさせた責任を問うべきものではなくして、教唆者も同法条違反の罪の教唆犯としての責任を免れることができない。」と述べ、教唆事例につき児童淫行罪を成立させた。また、札幌家決昭和 56 年 10 月 15 日家月 34 巻 3 号 87 頁は、行為者が他の共同正犯者とともに児童 A を誘い出し、自らが児童と性交した行為につき、児童 A をして行為者を相手方として淫行するに至らしめたものであるとして児童淫行罪で起訴された事案につき、「「児童に淫行をさせる行為」とは、児童をして、異性である他人と性交させる行為をいう」と判断し、児童淫行罪の成立を否定した[94]。以上の裁判例は、二者関係型を明確に否定した上で、あっせん者に対して児童淫行のあっせんを教唆した者がいれば児童淫行罪の教唆犯が成立するという論理で児童淫行罪の教唆犯が成立すると述べており、二者関係型否定説が根拠とする児童淫行罪の成立にはあっせん者が必要であるという理解と矛盾しない。

しかし、東京高判昭和 58 年 9 月 22 日高刑集 36 巻 3 号 271 頁は「「児童に淫行をさせる行為」は、児童の淫行を必然的な関与行為として予定し、また、具体的な場合においてその淫行の態様によるけれども、通常は淫行の相手方の存在を予想しているものといえよう。そして、児童福祉法の右条文が、児童に対する法益侵害行為のうち、「児童に淫行をさせる行為」のみを処罰し、これに必然的な、あるいは通常伴なう関与行為について処罰規定をおいていないことは、これらの関与行為自体を処罰しないことはもとより、これらの関与行為にとどまるかぎり、「児童に淫行をさせる行為」の教唆犯あるいは幇助犯としても処罰しない趣旨とみることができる。…しかしながら、児童の淫行の相手方は、右のようにその関与行為自体によつては処罰されないけれども、その者が、すすんで「児童に淫行をさせる行為」をした者であるときは、児童に対する別個の態様の法益侵害行為として、児童福祉法の前記罰則によつて処罰されることは当然である。けだし、「児童に淫行をさせる行為」とは、児童に対し、事実上の影響力を及ぼして、児童の淫行を助長、促進する行為をいうものと解されるところ、児童に対し、このような淫行をさせる行為をした者が、たまたま自らがその淫行の相手方となつた場合には、これを処罰しないとする合理的理由は全く存在しないからである。このことは、「児童に淫行をさせる行為」という文言自体に徴しても明らかであつて、右の文言は児童の淫行の相手方が第三者であるか否かを問わない趣旨に解されるので

支払することを確約して、Y の意思を確実強固ならしめ、その約束に基づき、Y をして、A らを言葉巧みに使嗾慫慂して、X の性交類似行為の相手方となることを承諾させ、Y からこれら児童の紹介を受けたうえ、A らをして性交類似行為をさせ、もつて Y の児童に淫行をさせる行為を各容易ならしめたという事例につき、X に児童淫行罪の幇助を認めた裁判例として、高知家判昭和 50 年 8 月 13 日家月 28 巻 3 号 111 頁。

94 「淫行させる行為」とは、児童をして他人を相手方として淫行をさせる場合に限られ、自らその相手方となって児童と淫行した場合は含まないと述べ、同裁判例と同様の判断を行った裁判例として、札幌家判昭和 41 年 9 月 20 日家月 19 巻 8 号 168 頁がある。

ある。…児童福祉法違反の場合には、自ら淫行の相手方となる者であつても、児童に淫行をさせる行為の正犯資格を付与するに何ら障害は存しないのである。結局、児童の淫行の相手方となる者が、通常の関与行為を超えて、犯罪構成要件として規定された「児童に淫行をさせる行為」をした場合において、児童福祉法 34 条 1 項 6 号、60 条 1 項によつて処罰されることは、当然の事理といわなければならない。本件において、被告人は、他人に「児童に淫行させる行為」を教唆し、自ら児童の淫行の相手方となつたのであるが、すでに説明したように被告人は右犯行につき正犯資格を有するものであるから、教唆犯の成立することは当然のことである。被告人が第三者と共謀のうえ、他人に「児童に淫行をさせる行為」を教唆し、右共謀者が淫行の相手方となつた場合においても同様である。」と述べた[95]。

同裁判例は、あっせん者に対して「淫行をさせる」ことを決意させている点を根拠に、児童淫行罪の教唆が成立するという結論が導かれており、この点については、従来の裁判例と同一である。しかし、淫行の相手方が児童淫行罪の正犯資格を有することを前提とし、そうであるならばその共犯についても成立しうるという根拠に基づいた上で、児童淫行罪の教唆犯を認めている点で、従来の裁判例と大きく異なっている。また、同裁判例は「児童の淫行の相手方…が、すすんで「児童に淫行をさせる行為」をした者であるときは、児童に対する別個の態様の法益侵害行為として、児童福祉法の前記罰則によつて処罰されることは当然である。」と述べており、淫行の相手方が「させる行為」の主体となりうることを明言しており、「させる行為」の主体をあっせん者に限定しないという点で、二者関係型肯定説に親和的な見解を示している。このとき、二者関係型否定説が主張するように、三者関係型に限定されるメルクマールとして「させる行為」を解釈するのではなく、淫行に通常随伴する関与行為を超える働きかけを行った上で児童と淫行をなした場合に限定されるメルクマールとして「させる行為」が理解されている。同裁判例は、教唆事例の成立の射程を変化させるものではないものの、「させる行為」の役割を変化させることで二者関係型肯定説への道が開かれたという点で注目されるべき裁判例である。

教唆事例においては、児童淫行罪の正犯たるあっせん者も児童であるという点、あっせん者が被害児童に対して行為者を相手方に淫行「させる行為」は、売春をすると金銭が得られることを示しつつ勧誘するなどのような教唆的行為である[96]という点でその事実関係に共

---

[95] 他に、東京高判昭和 58 年 9 月 22 日を引用し、これと同様の根拠で、教唆事例につき児童淫行罪の教唆犯を成立させた裁判例として、神戸家判昭和 60 年 5 月 9 日家月 37 巻 12 号 77 頁がある。

[96] 静岡家判昭和 49 年 11 月 14 日家月 27 巻 12 号 81 頁は、あっせん者（児童）に対して淫行の相手方をあっせんするように申し向けて「淫行させる」よう決意させ、あっせん者が被害児童に対して淫行するように勧誘した事案であったが、昭和 40 年決定を引用した上で、あっせん者が被害児童らに、被告人と性交させる目的で、その旨勧誘し、被害児童らを被告人に紹介した行為は、被害児童らが淫行をなすことを助長し促進した行為として、前記「児童に淫行をさせる行為」に該当するものというべきである、と述べ、教唆事例においてあっせん者が被害児童に淫行の幇助的行為をなした場合も「させる行為」に該当する余地を残している。

通点が認められる。行為者が児童たるあっせん者を教唆し、あっせん者が被害児童に教唆的行為を用いて行為者を相手に淫行をなすという関係性は、行為者があっせん者を媒介者として被害児童に「淫行させる行為」を行っていると評価した場合には、間接正犯に類似した状況を観念することができ、下級審裁判例はそのようなかなり限定的な場合に児童淫行罪の教唆犯の成立を認めていたものと考えられる。一方で、教唆事例を間接正犯に類似する場合に限定していたということは、児童の淫行の相手方であっても、あっせん者を介在させず、被害児童に直接働きかけたという場合には、児童淫行罪の直接正犯と観念することが可能になるため、教唆事例の射程という側面からも二者関係型肯定説への道が開かれることになると考えられる。

その後、東京家判平成 9 年 7 月 11 日公刊物未登載[97]は、以下の事案で X・Y につき児童淫行罪の共同正犯が成立すると述べた。芸能プロダクションの代表取締役 X は、少女 B・C に対して、同女らのモデル、タレント志望の気持ちに乗じて、同女らに対し、自己と性的関係を持てば、モデルやタレントへの道が開ける、あるいは、自己のような立場の者と性的関係を持つことはむしろ芸能界では当然であるかのように申し向けるなどして同女らを誘惑し、少女らを相手に性的関係を持っていた。X は、テレビ番組の制作に携わっていた Y に対して、その性交相手となる若い女性として B・C を紹介することにより、Y に取り入って、仕事面で便宜を図ってもらおうと考え、Y に知り合いの女の子を紹介する旨を告げたところ、Y も X の意図を知り、X から性交相手を世話してもらおうと考えていたことをあって、X の誘いを快諾した。X は、テレビ局のプロデューサーであるなどと述べて Y を同女らに紹介し、同女らにレースクイーン・モデル等に推薦してくれるとの期待感を持たせたうえで、ラブホテルに行くことを秘して嘘の口実で再び車に乗せ、同女らをラブホテル前まで連れて行き、ラブホテルと気付いて中に入るのを拒んだ同女らを強引にホテル客室内に連れ込み、B に対しては「エッチしようよ。ここまで来たんだからグズグズするんじゃない。」などと強い口調で、C に対しては「ここまで来たら観念するしかない。」などと申し向けた上で、X・Y は同女らを全裸にし、同女らは Y を相手方に性交した。

児童の淫行の相手方となった者に対しては、あっせん者を正犯とする教唆犯・幇助犯を認めるというのが従来までの裁判例の傾向であったが、同裁判例は児童の淫行の相手方となった者に対して、あっせん者との（共同）正犯を認めており、従来の裁判例の傾向から一歩進んだ判決となっている点で注目される。確かに、児童の淫行の相手方となった者に対して児童淫行罪の正犯を認めていることに着目すると、二者関係型肯定説に立った裁判例であると理解することも可能である。しかし、二者関係型否定説に立ったとしても、あっせん者である X が正犯として介在していることを根拠すれば、X の犯行に対する関与の程度の如何によっては淫行の相手方たる Y に対して共同正犯を認めることも可能であるため、同裁判例は二者関係型肯定説に基づく裁判例であるとは必ずしもいえないように思われる。

---

[97] 事案については、吉田統宏「判批」警論 50 巻 10 号（1997 年）197 頁以下が詳しい。

３．いかなる場合に「させる行為」が肯定されるのか

⑴ポスト売春業事例時代における裁判例の分析

売春業事例時代においては、被告人が「現に児童を教育監護する」立場にある場合には、強制・教唆的行為のみならず、幇助的行為や、阻止せず黙認するといった不作為的行為をなした場合であっても「させる行為」が肯定されること、「現に児童を教育監護する」立場にない場合でも、児童に対して強制あるいは教唆的行為をすることによって淫行の意思を生じさせたならば、「させる行為」が肯定されることは、先述した（再掲図 1）。

＜再掲図 1＞　売春業事例（網掛け部分は「させる行為」が肯定された領域）

<table>
<tr><td>事実上の影響力の程度
助長促進行為の程度</td><td rowspan="2">被告人が「現に児童を教育監護する立場」（搾取的地位）にある</td><td colspan="2">被告人が「現に児童を教育監護する立場」にない</td></tr>
<tr><td>なお、一定の立場がある</td><td>何の立場もない</td></tr>
<tr><td>強制・教唆的行為（児童に淫行の意思を生じさせる）</td><td colspan="3">裁判例・学説において昭和 40 年決定以前から当然「させる行為」が肯定される場合として理解されている。</td></tr>
<tr><td>幇助的行為（既に淫行の意思ある児童に場所や機会を提供する）</td><td rowspan="2">昭和 40 年決定において「…をも包含する」という判示がなされ、「させる行為」が肯定された。</td><td>領域 A</td><td>領域 B</td></tr>
<tr><td>不作為的行為（児童の淫行を阻止せず黙認する）</td><td>領域 C
富山家高岡支判昭和 32 年 2 月 28 日が否定</td><td>領域 D</td></tr>
</table>

しかし、昭和 30 年代後半から児童淫行罪のケースに占める売春業事例―すなわち、被告人が「現に児童を教育監護する立場」にある事例―が急激に減り、児童淫行罪事例の全体としてもその件数が激減した。その理由は不明であるが、管理売春を規制する目的の下、新たに昭和 31 年に売春防止法が制定されたことにより、売春業者が規制されてその数自体が少なくなり、かつ、児童の管理売春を規制する際に児童淫行罪ではなく売春防止法上の罪が運用されたことがその背景にある可能性がある。

そして、売春業事例時代終了後（以下、売春業事例時代から平成 10 年決定までの期間を「ポスト売春業事例時代」とする）には、売春業者ではない者が児童の淫行に関与した事例について児童淫行罪が運用されるようになり、児童淫行罪の運用に明らかな変化が生じている。これに伴い「させる行為」の解釈についても変化が生じているため、児童淫行罪の事例を 3 つのグループに分けた上で以下詳しく検討する＜図 2＞。

＜図 2＞　ポスト売春業事例

<table>
<tr><td>事実上の影響力の程度
助長促進行為の程度</td><td rowspan="2">被告人が「現に児童を教育監護する立場」にある</td><td colspan="2">被告人が「現に児童を教育監護する立場」にない</td></tr>
<tr><td>なお、一定の立場がある</td><td>何の立場もない</td></tr>
<tr><td>強制・教唆的行為
（児童に淫行の意思を生じさせる）</td><td rowspan="3">第 1 グループ
昭和 40 年決定によって「させる行為」が肯定される。</td><td colspan="2">第 2 グループ
昭和 40 年決定以前から既に裁判例・学説において「させる行為」が肯定されている。</td></tr>
<tr><td>幇助的行為
（既に淫行の意思ある児童に場所や機会を提供する）</td><td colspan="2">第 3 グループ（機会提供事例）
昭和 40 年決定は「させる行為」を肯定も否定もしていない。</td></tr>
<tr><td>不作為的行為
（児童の淫行を阻止せず黙認する）</td><td>領域 A</td><td>領域 B</td></tr>
<tr><td></td><td></td><td>領域 C</td><td>領域 D</td></tr>
</table>

①ポスト売春業事例時代において第 1 グループに属する裁判例

ポスト売春業事例における第 1 グループは、売春業事例と同様に、被告人に「現に児童を教育監護する」立場が認められる場合である。例えば、デートクラブの経営者が売春によって金銭を得たいと思っている児童を募集し、集まってきた児童を「デート嬢」として来店した客にあっせんし、児童が客を相手に売春した事例[98]やアダルトビデオの制作者が児童をアダルトビデオに出演させ、撮影の中で児童が男優を相手方に性交した事例[99]がある[100]。このような事例は、行為者が被害児童を雇用し、被害児童が第三者を相手方に淫行をすることによって利益を得るという搾取的地位にある点で、売春業事例と軌を一にする事例である。

売春業事例時代においては、管見の限りではあるが、児童の保護者が被告人となる事例が見受けられなかったが、ポスト売春業事例時代においては児童の保護者が被告人となる事例が見受けられる。広島家呉支判昭和 42 年 12 月 2 日家月 20 巻 8 号 131 頁は、被告人が、A が自身の交際相手の連れ子であり、事実上の養女となっていることを奇貨として、A に対して「家は家族が多いし生活が苦しい。…G はええお客さんじやけえ頼むけえつき合つてあ

98 東京家判平成 7 年 7 月 6 日家月 47 巻 12 号 75 頁。

99 東京高判昭和 63 年 2 月 2 日家月 40 巻 11 号 120 頁、東京高判昭和 63 年 3 月 30 日家月 40 巻 11 号 120 頁。

100 そのほかの事例として、最決昭和 47 年 11 月 28 日刑集 26 巻 9 号 617 頁（ヌードショー）、千葉家判昭和 53 年 1 月 23 日家月 31 巻 2 号 175 頁（性風俗店）がある。

げてえ」などと申し向け、A が 5 万円の対価を受けて G と性交をなしたという事案[101]につき、児童淫行罪を成立させた。被告人の保護者が被告人となる事例は、まさに被告人が「現に児童を教育監護する」立場にある事例であって、やはり売春業事例と軌を一にする事例であるといえる。第 1 グループはまさに昭和 40 年決定が想定した類型であって、かかる場合に「させる行為」を肯定することについては問題ないと考えられる。

②ポスト売春業事例時代において第 2 グループに属する裁判例

第 2 グループは、行為者が「現に児童を教育監護する」立場にあるとはいえないが、行為者が児童に対して淫行を強制した場合、または児童に対して淫行を勧誘し、児童に淫行の意思を生じさせる教唆的行為をなした場合である。

まず、児童に対して淫行を強制した事例としては、X が児童 A に対して売春する同年代の高校生を見つけるよう依頼していたところ、A がこれを見つけることができなかったため、A に責任を取って売春するよう強く申し向け、G を相手に売春させたという事例[102]、X は児童 A と情交関係を持ち、親密な関係となったところ、A に売春させようと企て、A に対し、G を相手に売春することを要求し、A が断ると、「お父さんとお母さんに今迄のことをばらしてもいいのか」などと申し向け、A を困惑させて売春することを承諾させ、G を相手に売春させた事例[103]、X が A らに「ヤキ入れるよ」「早く G のところへ行け」「おやじ機嫌が悪いからおこったらこまる…だからやらせたほうがいいぞ」などと申し向け、暴力団関係者と考えられる G らを相手に性交させたという事例[104]がある[105]。

次に、児童に対して淫行するよう勧誘・誘導することで児童に淫行の意思を生じさせた事例としては、X が A を相手方に売春したものの、売春料を A に直接払わず、G とさらに売春しないと X との売春によって生じた売春料を受け取れないようにさせた上で、A が G を相手に性交した事例[106]、X は、A に対し「G と一緒に寝てくれ、ことわったらひどいめに会うんや、小遣いやるというとる。」などと申し向け、A が X に対して同情し、また売春によって金銭が得られると考え、G を相手に性交した事例[107]がある[108]。

---

101 夫妻が妻の連れ子 A をして G らを相手方として売春させた事例として、宇都宮家判昭和 48 年 9 月 22 日家月 26 巻 4 号 113 頁。

102 鹿児島家判昭和 49 年 3 月 28 日家月 26 巻 10 号 126 頁。

103 静岡地浜松支判昭和 53 年 3 月 27 日家月 31 巻 1 号 157 頁。

104 札幌家判平成 3 年 3 月 4 日家月 43 巻 8 号 92 頁。

105 そのほかには、暴力団組員が児童に売春を強要した広島家判昭和 50 年 10 月 28 日家月 28 巻 5 号 94 頁がある。

106 名古屋高判昭和 55 年 2 月 4 日刑資 229 号 273 頁。

107 神戸家判昭和 53 年 5 月 26 日家月 30 巻 12 号 136 頁。

108 他に、札幌家決昭和 56 年 10 月 15 日家月 34 巻 3 号 87 頁は、暴走族の総長である被告人が暴走族の顧問であり暴力団組員でもある G らから、性交の相手方として、覚せい剤を使用したことのある若い女性を探してくるように求められ、児童 A らに対し「ある物を運んでくれたら、覚せい剤を回してやっても良いぞ。」などと言葉巧みに誘い出し某所にて G らに引き渡し、A らをして G らを相手方として淫行せしめた事例につき児童淫

売春業事例時代の裁判例のほとんどが、行為者が「現に児童を教育監護する」立場にある事案であったため、第 2 グループは新しい児童淫行罪の類型であるといえる。しかし、これはまさしく、昭和 40 年決定以前から既に裁判例・学説において「させる行為」が肯定されており、昭和 40 年決定においては当然「させる行為」が肯定されると判断された類型であって、第 2 グループについて「させる行為」を肯定することについてはやはり問題はないと考えられる。

③ポスト売春業事例時代において第 3 グループに属する裁判例（機会提供事例）

第 3 グループは、被害児童に対して「現に児童を教育監護する」立場にない者が既に売春の意思のある児童から依頼を受け、児童に対し売春相手をあっせんし淫行の機会を提供する幇助的行為をなしたという事例（以下、「機会提供事例」とする）である。機会提供事例も第 2 グループの事例と同様に新しい児童淫行罪の類型であるが、この類型は昭和 40 年決定が判断を留保した領域 A・B と重なっていることが注目される。機会提供事例について、昭和 40 年決定は「させる行為」を積極的に肯定も否定もしていないため、「させる行為」を肯定して児童淫行罪を成立させるためには、さらに積極的な根拠が必要であるようにも思われる。

ポスト売春業事例時代に入ると、機会提供事例についても児童淫行罪が運用されるようになったという点については、既に同時代の学説においても指摘されていたことから、まずは、機会提供事例に対する学説の理解について分析を行った上で機会提供事例の裁判例の分析を行う。

⑵機会提供事例に対する学説の検討

①北島説の分析

北島(1979) [109]は次のような趣旨の指摘をする。

> かつては、児童の淫行につきその機会や場所を提供してこれを容易ならしめるなど、いわば幇助的な介入行為があることを根拠に「させる行為」を肯定したが、これらの裁判例の事案は、自己の使用する児童に売春をさせることにより利得を得るといった管理売春的形態を備えており、現実には児童に対する相当程度の支配力・影響力を背景としていると考えられ、それが、昭和 40 年決定の示す「させる行為」の意義における「事実上の影響力」の部分の解釈において留意されていたが、近時、裁判所は、児童を雇用しまたは監護する者とはいえない者が児童の自由意思に基づく売春行為に介在したという事案について児童淫行罪を成立させている。かかる近時の裁判例の傾向からすれば、昭和 40 年決定における「事実上の影響力」についても、被害児童が淫行をするか否かの意思決定を左右し得るような影響力を及ぼした場合に限定されるものではなく、「その淫行を助成しあるいは淫行の原因を与

行罪の成立を認めた。

109 北島・前掲注(62)59 頁以下。

えたと認められる行為」（札幌高判昭和 52 年 10 月 17 日刑資 229 号 270 頁[110]）があり、その結果、淫行が行われるに至ったという事実上の因果関係があれば「させる行為」を肯定してもよい。このような解釈は、心身未熟な児童に及ぼす決定的な悪影響を防止するため、その原因や態様のいかんを問わず、「淫行」が行われるような場面に児童を晒すこと自体を厳禁するという児童淫行罪の趣旨からしても妥当である。ただし、助長促進行為があれば「させる行為」が肯定されるとしても、それはあくまでも具体的な淫行に関するものでなければならず、単に児童に対し一般的・抽象的に淫行をなすべきことを勧めた場合や淫行をさせるおそれのある者（筆者注：ここでは、売春業者など児童をして第三者を相手に淫行せしめる者が想定されていると考えられる）に児童を引き渡したとしても、そのことだけから「させる行為」は肯定されない。

北島(1979)は、かつての裁判実務は被告人が「現に児童を教育監護する」立場があることを背景に「させる行為」を肯定していたが、近時の裁判例においては「現に児童を教育監護する」立場にない被告人が児童の自由意思に基づく売春行為に介在したという事案―すなわち、機会提供事例―についても、児童の淫行と事実上の因果関係を持つ行為がなされていることを根拠に「させる行為」を肯定していることを指摘した上で、児童淫行罪の趣旨に照らすと、具体的な被害児童の淫行に関して、被害児童を直接相手として助長促進行為をなした場合に「させる行為」が肯定されるべきとする見解である、とまとめられる。

北島(1979)は、昭和 40 年決定における「事実上の影響力」を緩やかに理解し、児童の淫行を助長促進する行為がなされていれば「事実上の影響力」も認められる、としており、事実上、「させる行為」の問題を助長促進行為の問題として単一化して理解することに特徴がある。その上で、被害児童の具体的な淫行に対する助長促進行為を要求していることから、包括的・一般的・抽象的に児童の淫行を助長促進することになる不作為的行為については「させる行為」を否定し、それ以外の助長促進行為については「させる行為」を肯定すると考えられる。（以下、これを「北島説」とし、その範囲を下記＜図 3＞で示す。）

北島説については、昭和 40 年決定など複数の事案が、売春業者が児童の淫行を阻止せず黙認することで包括的・一般的・抽象的に児童の淫行を助長促進する不作為的行為をなした場合についても「させる行為」を肯定したにもかかわらず、昭和 40 年決定を基礎にしつつあらゆる不作為的行為について「させる行為」を否定している点で矛盾が存在するように思われる。また、北島説は、心身未熟な児童に及ぼす決定的な悪影響が認められれば児童淫行罪を成立させるべきであるという指針に基づき、児童の淫行を助長促進する行為を広く「させる行為」として捕捉するため、機会提供事例についても広く「させる行為」を肯定すると考えられる。しかし、児童に淫行の意思を生じさせる強制・教唆的行為と、あくまで既に淫

110 判例データベース上では事案が不明であるところ、北島・前掲注(62)64 頁によると、自己と情交関係のあった被害児童 A と被告人の誘いに応じて淫行の意図を抱いた被害児童 B に対し、性交の相手方をそれぞれあっせんし、各児童が自らの自由意思に基づいて同人らと淫行をなしたという事案であったとのことである。

行の意思ある児童に場所や機会を提供する幇助的行為では、悪影響を及ぼす程度に差があるように思われ、（あらゆる）幇助的行為を（あらゆる）強制・教唆的行為と同一の「させる行為」に含むべき根拠としてはなお不十分であるように思われる。

＜図 3＞　北島説（網掛け部分は「させる行為」を肯定する領域）

<table>
<tr><td rowspan="2">事実上の影響力の程度
助長促進行為の程度</td><td rowspan="2">被告人が「現に児童を教育監護する立場」にある</td><td colspan="2">被告人が「現に児童を教育監護する立場」にない</td></tr>
<tr><td>なお、一定の立場がある</td><td>何の立場もない</td></tr>
<tr><td>強制・教唆的行為（児童に淫行の意思を生じさせる）</td><td rowspan="3">第 1 グループ</td><td colspan="2">第 2 グループ</td></tr>
<tr><td>幇助的行為（既に淫行の意思ある児童に場所や機会を提供する）</td><td colspan="2">第 3 グループ（機会提供事例）</td></tr>
<tr><td>領域 A</td><td>領域 B</td></tr>
<tr><td>不作為的行為（児童の淫行を阻止せず黙認する）</td><td></td><td>領域 C</td><td>領域 D</td></tr>
</table>

②横田説の分析

横田(1987)[111]は、次のような趣旨の指摘をする。

> 北島説のように、助長促進行為と淫行との間に単なる事実上の因果関係があれば「させる行為」が肯定されると理解すると、二者関係型においては、淫行に通常随伴する程度の働きかけまで「させる行為」に含まれる可能性があり、結果的に「（淫行）する行為」が処罰されることになってしまい妥当ではないため、文理上「させる」という使役形が使われている以上、児童が淫行するか否かの意思決定をなすにつき、何らかの影響力・心理的負担（例えば、友人からの紹介でありその友人へのよしみがあった等）があった場合に限定して「させる行為」を肯定すべきである。

横田(1987)は、二者関係型肯定説と児童の淫行を助長促進する行為をなしていれば「させる行為」は肯定されるという北島説の理解が組み合わさった場合、児童を相手方とした性交が広く処罰されることになるという懸念があるとして、児童の淫行を助長促進する行為が

111 横田信之「児童福祉法 34 条 1 項 6 号の『児童に淫行をさせる行為』の意義」家月 39 巻 4 号 103 頁（1987 年）108 頁。

なされた場合のうち、淫行するか否かに関する被害児童の意思決定に対して何らかの影響力・心理的負担が認められる場合に限定して「させる行為」を肯定すべきであるという見解である、とまとめられる。

従来の裁判例・学説は「事実上の影響力」を「現に児童を教育監護する立場」として理解していたにもかかわらず、横田(1987)は「事実上の影響力」を被害児童が淫行するか否かの意思決定をなす上での影響力や心理的負担として理解しており、「事実上の影響力」の捉え方が従来と異なる点で注目される。もっとも、「現に児童を教育監護する立場」にある場合や、児童に淫行の意思を生じさせるような強制・教唆的行為をなした場合には、被害児童が淫行するか否かの意思決定への影響力や心理的負担は存在するといえるため、少なくとも第 1 グループと第 2 グループについては「させる行為」が肯定されるように思われる。一方、機会提供事例は、淫行するという意思決定を既になしている被害児童に対して幇助的行為をなすことで児童の淫行を助長促進するという事例であるところ、かかる事例について被害児童の意思決定への影響力や心理的負担を認めることは困難であるため、基本的には「させる行為」が消極的に理解されることになると考えられる。ただし、被告人が一定の立場にあるという場合（領域 A）には、被告人がそのような立場にあることそれ自体が、被害児童が淫行するという意思決定を選択する際に影響を与えたり、また、そのような意思決定を強固にしたりする可能性が考えられる。したがって、被告人が一定の立場にあるとき、被害児童の意思決定への影響力が認められる余地があり、それが認められる場合にはなお「させる行為」が肯定されると考えられる。（以下、これを「横田説」とし、その範囲を下記＜図 4＞で示す。）

横田説は、かかる場合に「させる行為」が限定されるべき根拠を文理上「させる」という使役形が使われていることに求めている。しかし、既に言及したように、「(さ) せる」とは、その文理解釈上、ある者 A がある行為をした際に、単に（ひとりでに）「A が…をした」と説明するのではなく、別の者 X が A に対して関与・作用した結果として、A がその行為をしたことを説明する表現であるにすぎない。このように「(さ) せる」という表現それ自体には、X が A に関与・作用する程度に関する限定は存在しないため、「(さ) せる」という使役形が使われていることを根拠として「させる行為」の範囲を限定することはできない。横田説は、二者関係型肯定説を前提として児童淫行罪を議論するようになった平成 10 年決定以降の裁判例・学説に先んじて、一定の場合には「させる行為」を限定すべきと主張した点で注目されるべき見解であるが、横田(1987)は限定の基準や限定の根拠については、なお明らかではないように思われる。

＜図 4＞　横田説

<table>
<tr><td>事実上の影響力の程度
助長促進行為の程度</td><td>被告人が「現に児童を教育監護する立場」にある</td><td colspan="2">被告人が「現に児童を教育監護する立場」にない</td></tr>
<tr><td></td><td></td><td>なお、一定の立場がある</td><td>何の立場もない</td></tr>
<tr><td>強制・教唆的行為（児童に淫行の意思を生じさせる）</td><td rowspan="4">第 1 グループ</td><td colspan="2">第 2 グループ</td></tr>
<tr><td rowspan="2">幇助的行為（既に淫行の意思ある児童に場所や機会を提供する）</td><td colspan="2">第 3 グループ（機会提供事例）</td></tr>
<tr><td>領域 A
児童の意思決定への影響力が認められる場合に「させる行為」を肯定する。</td><td>領域 B</td></tr>
<tr><td>不作為的行為（児童の淫行を阻止せず黙認する）</td><td>領域 C</td><td>領域 D</td></tr>
</table>

③亀山説の分析

最後に亀山(1977)[112]は、次のような趣旨の指摘をする。

児童淫行罪を除く児童福祉法 34 条 1 項各号の罪における禁止行為は継続的な有害業務をさせることに関するものであり、したがって、相当程度の支配関係がある場合であることが定型的に予想されること、また、児童淫行罪の法定刑が他の各号の罪よりも飛び抜けて高く定められていること等から考えると、児童淫行罪についても本来は相当強度の支配的関係による「させる行為」が予定されていたのではないかとも思われ、児童との間に雇用・監護等の関係にない場合にも児童淫行罪を認める近時の裁判例はやや広きにすぎるように思われる。しかし、他面、児童淫行罪を除く各号の罪が業務的な継続的行為を有害行為として処罰しているのに対して、児童淫行罪は一回的な有害行為を処罰しており、しかも特に高い法定刑を定めていることは、児童福祉法が児童による淫行を児童の福祉を阻害する行為のうちで特に重視していることを示しており、さらに、実際にも、心身ともに発育途上にあり、可塑性に富むと同時に不安定な状態にある児童の将来にとって、異常ないしは不適当な性的体験は悪影響を及ぼすことから、このような見地からすると、児童が淫行にさらされたかどうかが決定的に重要なポイントであって、それに対して、支配力を及ぼしたか、助長促進するにとどまったかは二次的な問題であり、児童を愛護し、その健全育成を図るという児童

112 亀山・前掲注(64)58 頁以下。

福祉法の目的から見て、近時の裁判例も支持されるべきである。

一方で、児童淫行罪の罪質は性的風俗の侵害ではなく、児童の健全な成長の阻害にあり、しかも法定刑の重さ等に鑑みると、単なる抽象的な危険にとどまらず、現実に健全な育成が阻害され、あるいはその危険にさらされたといえるような場合に限定して児童淫行罪を成立させるべきであるため、児童淫行罪の成否に関しては「淫行」自体の有害性と「させる」行為の有害性ないしは性的自由の侵害性を総合して、児童の健全な成長の阻害ないしはその具体的危険の有無を基準として判断されるべきである。「させる行為」が緩やかに解されたかつての裁判例は、児童がヌードショーとして不特定多数人に性交または性交類似行為を観覧させる行為をなしたという事例、または児童が客を相手に売春をしたという事例に対する判断であり、「淫行」の方の有害性が相当強度に認められたため「させる行為」を緩やかに解したと理解すべきである一方で、たとえ反倫理的な性的交渉であっても、健全成長に対する具体的な阻害性が比較的小さく、しかも手段の有害性もそれほどでもないというようなケースについてまで、児童淫行罪を適用することには問題がある。

亀山(1977)の主張は、児童淫行罪の成否は「淫行」の有害性の強度と「させる行為」の有害性の強度を総合的に考慮した上で判断されるべきであるというものである。この見解によれば、被告人が「現に児童を教育監護する立場」にない場合についても「させる行為」が認められる根拠は、「淫行」の有害性が強い売春を児童がなしていることに求められるため、児童売春に関与したという事例であれば機会提供事例についても広く「させる行為」が肯定されることになると考えられる（以下、これを「亀山説」とし、その範囲を下記＜図 5＞で示す)。

当時、児童淫行罪が争われた裁判例のほとんどは、児童売春に関与する事案や性風俗業者が被害児童をして客を相手に性交せしめるという事例であるところ、亀山説は、それを有害性の強い「淫行」と判断している。他方、亀山説がいかなる事例を「淫行」の有害性の低い性交・性交類似行為として想定していたのかは明らかではなく、性交・性交類似行為の大部分が有害性の強い「淫行」と判断される可能性がある。

亀山説は、児童の淫行を助長促進する行為がなされていれば広範に「させる行為」が肯定されると理解する北島説よりも「させる行為」を限定しようとする狙いがあったと考えられるが、児童淫行罪の成否を判断する際には、「させる行為」の有害性がほとんどない場合であっても、実質的に「淫行」の有害性の強さを根拠として児童淫行罪の成立が肯定されることになってしまい、結局のところ北島説とほぼ同様に広範に児童淫行罪の成立を肯定する結論に帰着すると考えられる[113]。

[113] さらに、亀山・前掲注(64)61 頁は、二者関係型を肯定した上で「「淫行をさせる」といえるだけの行為なしに単に児童の淫行の相手方となっただけでは児童淫行罪に当たらない」と述べているが、亀山説の児童淫行罪の解釈と二者関係型肯定説が組み合わさった場合には、児童を相手方とした性交が広く処罰されることになるという横田説の懸念がまさに妥当するように思われる。

＜図 5＞　亀山説　※児童淫行罪の事例のほとんどが児童売春のケースであることを考慮

<table>
<tr><td>事実上の影響力の程度
助長促進行為の程度</td><td>被告人が「現に児童を教育監護する立場」にある</td><td colspan="2">被告人が「現に児童を教育監護する立場」にない</td></tr>
<tr><td></td><td></td><td>なお、一定の立場がある</td><td>何の立場もない</td></tr>
<tr><td>強制・教唆的行為（児童に淫行の意思を生じさせる）</td><td rowspan="4">第 1 グループ</td><td colspan="2">第 2 グループ</td></tr>
<tr><td>幇助的行為（既に淫行の意思ある児童に場所や機会を提供する）</td><td colspan="2">第 3 グループ（機会提供事例）</td></tr>
<tr><td></td><td>領域 A</td><td>領域 B</td></tr>
<tr><td>不作為的行為（児童の淫行を阻止せず黙認する）</td><td>領域 C</td><td>領域 D</td></tr>
</table>

④小括

以上、機会提供事例に対する 3 つの学説を分析したが、基本的には、機会提供事例にまで児童淫行罪を運用する裁判例の傾向を追認した上で、「事実上の影響力」を極めて緩やかに理解した上で、児童の淫行を助長促進する行為がなされていれば「させる行為」が肯定されるとする北島説が有力であり[114]、他には北島説を批判しつつも実質的には北島説と同じ結論に達する可能性の高い亀山説、北島説を批判する「させる行為」を限定する見解としてわずかに横田説が存在するという状況であった。

⑶裁判例の分析

①機会提供事例に児童淫行罪を成立させることに消極的な裁判例

裁判実務は、当初、機会提供事例について「させる行為」を肯定することに消極的であったと考えられる。例えば、東京家判昭和 50 年 7 月 17 日家月 29 巻 7 号 81 頁は、被告人が

114 同様の見解として、澤＝長島・前掲注(66)789 頁、廣瀬・前掲注(64)433 頁、小泉・前掲注(62)40 頁。なお、宮澤＝安部・前掲注(62)390 頁以下は、裁判例は被告人の側から淫行を持ちかけ児童が第三者を相手方に淫行をしたといった、被告人の行為と児童の淫行との間に事実上の因果関係が認められれば、たとえ児童の自発的意思が存していても、「させる行為」を認めている、と述べており、被告人の側から淫行を持ち掛けた場合に限定して「させる行為」が肯定されるかのような指摘をしている。しかし一方で、児童から売春の相手方の紹介を依頼されていた被告人が被害児童に対して売春のあっせんをすることも「淫行をさせる」ことになる旨判示した裁判例（昭和 54 年名古屋高判）も紹介しており、見解が一貫していない。

被害児童 A と G を仲介し、その後、A と G が情交関係を結ぶに至ったという事案につき、「この関係は右両名が双方の自発的意思によつて形成したものであつて、被告人は両者の仲介をしたに過ぎないものと認められるから、被告人のこの行為は…児童に淫行をさせる行為に該当しない」と述べて、児童淫行罪の成立を認めなかった[115]。

同判決は、「現に児童を教育監護する」立場にない被告人が A と G の仲介をするという幇助的行為をなしただけでは「させる行為」は肯定されないことを示しており、本事案を機会提供事例と理解した上で「させる行為」を否定したと考えられる。

その控訴審（東京高判昭和 51 年 3 月 17 日家月 29 巻 7 号 82 頁）は、被告人が A と G とに情交関係を結ばせる目的で積極的に仲介行為を行ったことで両名が情交関係を結ぶに至ったのか否か、すなわち被告人の仲介行為と右両名の情交関係との因果関係の有無を検討する、と述べた上で事実関係を詳細に適示して児童淫行罪を成立させた。

すなわち、裁判所は「被告人は、…その経営する「劇団〇〇〇」専属のポルノ女優・ヌードモデルとして自己の支配下においていた当時 17 歳の児童である A のパトロンとして友人の G を選び、右 G に対し「チビ（同女のこと）の面倒をみてやつてくれないか」と働きかける一方、同女に対しても「G さんがパトロンになりたいと言つているが、その気はないか」などともちかけて、これを承諾させ、その旨報告をうけた右 G は、そのころ同女のパトロンとなるについての具体的条件を取り決めるべく、電話で被告人に対し「A に会いたい」旨申入れ、被告人の了承を得たうえ、同日夕刻被告人方事務所から同女を連れ出し、同女とパトロンになるについての具体的内容について話し合つた後、「ホテル〇〇〇」で情交を結ぶに至つたことが認められる。原判決のいう「仲介」とは、被告人が右 G を同女のパトロンにするため右両名に積極的に働きかけたことを指しているのか、本件当日右両名が会うことについて仲介したことを指すのか、必らずしも明らかではないが、いずれも右 G を同女のパトロンとするための一連の行為であり、その仲介行為によつて「ホテル〇〇〇」における右両名の情交が行なわれたことが明らかである。そして、被告人が仲介した右両名間のパトロン関係とは、同女が右 G から経済的援助を受ける代償として、同女が右 G と情交関係を結ぶ内容のものであることは、…明らかである。右認定の各事実によれば、右 G と同女が「ホテル〇〇〇」において情交関係を結ぶに至つたのは、被告人が右両名に情交関係を結ばせる目的で積極的に仲介行為を行つた結果であり、右両名の情交関係が被告人の仲介行為と無関係に生じたものではないことが優に認められ」るとして児童淫行罪を成立させた。

同裁判例は A と G に情交関係を結ばせる目的で積極的に仲介行為を行ったことを根拠に「させる行為」を肯定しているが、その仲介行為が単なる仲介行為にとどまらず、児童に対して淫行の意思を生じさせる程度に働きかけの強い仲介行為であったことを認めた上で、「させる行為」を肯定している。このように、原判決はこの事案を機会提供事例として理解したで「させる行為」を否定したが、同判決はこの事案を第 2 グループの事案として理解し

[115] ただし、同判決は児童淫行罪に代えて児童福祉法 34 条 1 項 9 号の罪を成立させた。

た上で「させる行為」を肯定しており、機会提供事例について児童淫行罪の成立を肯定したわけではないことが注目される（後掲＜図 6＞も参照のこと）。

②機会提供事例に児童淫行罪を成立させた裁判例

しかし、その後、機会提供事例について明確に児童淫行罪を成立させた裁判例が存在する。そのリーディングケースとして名古屋高判昭和 54 年 1 月 25 日家月 32 巻 6 号 80 頁（昭和 54 年名古屋高判）が挙げられる。同判決の事案は、被告人に売春の相手方を依頼してきた被害児童 A に対し、その相手方となる者 B・C を引き合わせて売春のあっせんをしたという事案であるところ、原判決（津家四日市支判昭和 53 年 6 月 28 日家月 32 巻 6 号 86 頁）は、昭和 40 年決定を引用した後、「なるほど被告人は…売春をする者である児童の A と、その相手方となる者である B や C との間で売春行為が行われるよう仲介して売春の周旋をなしたものではあるが、被告人が A に淫行を強制したり又は勧誘した事実はもとより、A に対する事実上の影響力を及ぼして A が淫行をなすことを助長したり促進したりする行為をなした事実は、これを認めるに足る証拠はない。…被告人がはじめて A と知り合つた際、A の方から売春の相手方を紹介してほしい旨依頼されているところであるし、又被告人と A とは性的交渉はなく、被告人は A から一切の金銭的、物質的な利得も得ておらず、被告人が A に対し事実上の影響力を及ぼし得るような地位、立場にいなかつたことはまことに明白である。」と述べ、児童淫行罪の成立を否定した[116]。

原判決は、被告人が被害児童に対して搾取的地位になく、それゆえ「現に児童を教育監護する」立場にあると認められず、また、児童の淫行の助長促進の程度についても淫行の機会を提供する程度にとどまり、強制や教唆的行為には至らないことを根拠に「させる行為」を否定したと考えられる。

原判決に対して検察側が控訴したところ、同判決は「昭和 40 年決定の「事実上の影響力を及ぼして児童が淫行をなすことを助長し促進する」との趣旨は、当該児童が淫行するか否かの意思決定をするについて、これを左右し支配するに足る心理的、物理的強制力を加えることが必要であるとか、犯人と淫行をした児童との間に雇用状態や性関係のむすびつき、或は相互の経済的、物質的利益の授受などの行為が存することを必要不可欠の要件とするものとは理解し難く同法文が「淫行をさせる行為」とした文辞の解釈上その行為の態様として少なくとも児童をして淫行行為をすることを容易ならしめて、これを助長し促進する事実上の影響力のある行為の存在を必要とし、またそれをもつて足るものと解するのが相当である。」と述べた上で、被告人が被害児童に対し売春相手として B・C をあっせんした状況を詳細に指摘した。すなわち、B を被害児童にあっせんした状況を例にとると、被告人は被害児童に架電し、売春の相手方が B でもよいかという旨を伝えた上で、同女の了解をとり

116 本事例は、同一事案につき売春周旋罪（売春防止法 6 条 1 項）および児童淫行罪で起訴されたところ、児童淫行罪の成立が否定されたことで売春周旋罪についての家庭裁判所の併合管轄権の基礎が失われたとして、結論として管轄違の判決が下されている。

つけ、待ち合せ場所αと待ち合わせ時間を定め、同女に終ったらすぐ電話するよう告げ、一方ではBに対しても架電し、その中で同人から待ち合わせ場所βに行くと連絡を受けると、待ち合わせ場所αで待ちあわせていた同女を待ち合わせ場所βまで連れていって同所で同女をBに引き合せるとともに、B運転の自動車に同女を同乗させ、さらに、同女がBを相手に売春した後、同女から「いま終ったから」という旨の架電があった際、「金はいくらもらったか」などと同女に尋ねていることを事実として認めた（被害児童にCをあっせんした事例についても同様である）。以上の事実関係を述べた上で、「被告人の本件行為の態様は児童であるAに対して、B、Cと性交させる目的で、右両名を紹介したうえ、同女に淫行をさせることを容易ならしめ、助長、促進するために周到な媒介行為に出たうえ、売春の結果についても報告を受けているものであつて、これらの行為は同女が前記の淫行をするについて事実上の影響力を及ぼしこれを助長し促進していると評価できるので…「児童に淫行させる行為」に該当するものというべきである。」と判断し、児童淫行罪を成立させた[117]。

昭和54年名古屋判決は、被害児童が淫行するか否かの意思決定をするについて、これを左右し支配するに足る心理的、物理的強制力を加えることや、被告人と被害児童との間に雇用状態や性関係のむすびつき、あるいは相互の経済的・物質的利益の授受などの行為が存することは「させる行為」を肯定する上で不要であると指摘した上で、「させる行為」とは、その行為の態様として少なくとも児童をして淫行行為をすることを容易ならしめて、これを助長し促進する事実上の影響力のある行為の存在を必要とし、またそれで足りると述べた。しかし、これは、単に児童の淫行を助長促進するような行為をなしただけで「させる行為」が肯定されることになり、昭和40年決定当時における枠組みからは逸脱している。

一方で、昭和54年名古屋判決は既に淫行の意思のある被害児童に対して単に淫行の機会を提供したことを根拠に「させる行為」を肯定したのではなく、被告人が待ち合わせ時間や待ち合わせ場所を設定し、これを逐一双方に架電して伝え、被害児童を待ち合わせ場所まで連れて行き、売春後もさらに被害児童に架電して売春の対価を得たかを確認したというあっせんの具体的な状況を指摘した上で「させる行為」を肯定している。以上の判断過程を考慮すると、同判決は機会提供事例について無制限に「させる行為」を肯定したものではなく、その中でも、被告人が児童とその相手方でなされる売買春をコントロールする立場にある場合に限定して「させる行為」を肯定したと考えられる。

従来まで「させる行為」に歯止めをかけるために設けられた「現に児童を教育監護する」立場という部分についても、児童をコントロールする立場という要素が認められる。これを考慮すると、昭和54年名古屋判決は「させる行為」を肯定するにあたっては、「事実上の影響力」として、被告人が「現に児童を教育監護する」立場にある必要まではなく、児童がな

117 判決自体は津家庭裁判所に破棄差戻しされ、差戻第一審（津家判昭和54年6月21日家月32巻6号93頁）・差戻控訴審（名古屋高判昭和54年11月14日家月32巻6号90頁）は、特段「させる行為」の該当性が問題となることなく、児童淫行罪の成立が肯定されている。

す淫行をコントロールする立場であれば足りるという方向性で「させる行為」の解釈を緩めたと理解すべきである。これを図示すると、同裁判例は下記＜図 6＞における領域 A'について「させる行為」を肯定したと理解されることになる。

他方、昭和 54 年名古屋判決以外にも機会提供事例について端的に児童淫行罪の成立を認めた裁判例が存在するところ、「させる行為」が肯定された根拠が不明であるため、児童がなす淫行をコントロールする立場にある者が児童の淫行を助長促進する行為をなしたことを根拠に「させる行為」を肯定したか否かは不明である[118]。すなわち、裁判実務が機会提供事例のうち児童の淫行をコントロールする立場が認められない場合（領域 B'）について「させる行為」を肯定したのかはなお不明であると理解すべきである。

＜図 6＞　機会提供事例の分析

<table>
<tr><td>事実上の影響力の程度
助長促進行為の程度</td><td>被告人が「現に児童を教育監護する立場」にある</td><td colspan="2">被告人が「現に児童を教育監護する立場」にない</td></tr>
<tr><td></td><td></td><td>児童の淫行をコントロールする立場にある</td><td>児童の淫行をコントロールする立場にない</td></tr>
<tr><td>強制・教唆的行為（児童に淫行の意思を生じさせる）</td><td rowspan="3">第 1 グループ</td><td colspan="2">第 2 グループ
（東京高判昭和 51 年 3 月 17 日は機会提供事例ではなく、この領域）</td></tr>
<tr><td rowspan="2">幇助的行為（既に淫行の意思ある児童に場所や機会を提供する）</td><td colspan="2">第 3 グループ（機会提供事例）</td></tr>
<tr><td>領域 A'
昭和 54 年名古屋高判が「させる行為」を肯定。</td><td>領域 B'
この領域について、裁判実務が「させる行為」が肯定しているかはなお不明。</td></tr>
<tr><td>不作為的行為（児童の淫行を阻止せず黙認する）</td><td></td><td>領域 C'</td><td>領域 D'</td></tr>
</table>

118 他の機会提供事例として、水戸家判昭和 52 年 10 月 12 日家月 30 巻 6 号 174 頁、東京高判昭和 53 年 10 月 18 日東高時報 29 巻 10 月 178 頁、名古屋高判昭和 54 年 12 月 10 日刑資 229 号 177 頁が存在するが、1 つ目については「させる行為」の該当性が問題となることなく児童淫行罪が認められており、残りの 2 つについては、控訴審判決のみが判例集に搭載されているため、具体的にどのような判断がなされた上で「させる行為」が認められたのかが不明である。他に判例集未登載の裁判例として、青森家弘前支判昭和 51 年 6 月 28 日判例集未登載（北島・前掲注(62)63 頁以下参照）、岐阜家大垣支判昭和 51 年 11 月 17 日判例集未登載（北島・前掲注(62)64 頁以下参照）が存在する。

第 6 項　平成 10 年決定

学説が二者関係型肯定説を主張する一方で裁判実務は二者関係型否定説の立場を堅持していたが、そのような裁判実務の立場を一変させたのが平成 10 年決定である。第 1 審判決が示す犯罪事実によれば、平成 10 年決定は以下のような事例であった。

> 被告人は、被害児童 A・B を教え子とする中学校教師であるところ、A に対し、自ら購入しておいたバイブレーターを示し、スイッチを操作するなどしてその使用方法を説明したうえ、これを自己の性器に挿入して自慰行為をするよう勧め、よって同女をして右バイブレーターを自己の性器に挿入せしめて自慰行為をさせ、B に対し、自ら注文して購入したバイブレーターを示し、スイッチを操作するなどしてその使用方法を説明したうえ、同女がこれを自己の性器に挿入して自慰行為をするであろうことを承知していながら、これを同女に手渡し、よって同女をして右バイブレーターを自己の性器に挿入して自慰行為をするに至らしめた。

この事案について、第 1 審判決[119]・原判決[120]は児童淫行罪の成立を認め、被告人側は二者関係型を肯定する原判決は東京高判昭和 50 年 3 月 10 日家月 27 巻 12 号 76 頁（「自己が直接児童と淫行をした場合は包含されない」ことを示した教唆事例であり、本稿では既に第 5 項 2⑷にて触れた）に違反し、また原判決は「淫行」または「淫行させる」の解釈並びに児童淫行罪の主体についての解釈を誤っているなどと主張して上告したが、最高裁判決[121]は上告を棄却した上で「なお、中学校の教師である被告人が、その立場を利用して、児童である女子生徒に対し、性具の電動バイブレーターを示し、その使用方を説明した上自慰行為をするよう勧め、あるいは、これに使用するであろうことを承知しながらバイブレーターを手渡し、よって、児童をして、被告人も入っている同じこたつの中に下半身を入れた状態で、あるいは、被告人も入っている同じベッド上の布団の中で、バイブレーターを使用して自慰行為をするに至らせたという各行為について、いずれも児童福祉法 34 条 1 項 6 号にいう「児童に淫行をさせる行為」に当たるとした原判断は正当である。」と述べて、児童淫行罪の成立を認めた[122]。

本決定では、⑴本件被害児童の行為について「淫行」が肯定されるのか、⑵二者関係型について児童淫行罪の成立は肯定されうるのか、⑶本件被告人の行為について「させる行為」

---

119 第 1 審判決の評釈として、本田守弘「判批」研修 579 号（1996 年）13 頁以下。

120 原判決の評釈として、山口幹生「判批」警公 52 巻 2 号（1997 年）112 頁以下、大山弘＝松宮孝明「判批」法セ 515 号（1997 年）74 頁以下、鈴木彰雄「判批」判時 1640 号（1998 年）239 頁以下。

121 最高裁判決の評釈として、井口修「判解（平成 10 年決定）」最判解刑事篇平成 10 年度（2001 年）318 頁以下、黒川弘務「判批」警論 52 巻 6 号（1999 年）168 頁以下、安部哲夫「判批」北陸 7 巻 2 号（1999 年）71 頁以下、加藤久雄「判批」ジュリ 1157 号（1999 年）、松本裕「判批」警公 54 巻 2 号（1999 年）128 頁以下。

122 本事案が発生した長野県では当時、青少年健全育成条例が制定されていなかったため、児童淫行罪の成否が問題となったことを指摘する見解として大山＝松宮・前掲注(120)75 頁。

が肯定されるのかがそれぞれ問題となり、最高裁は「「児童に淫行をさせる行為」に当たるとした原判断は正当である」という表現で、端的に全てを肯定する結論を導いた。

もっとも、それぞれの問題について第1審判決（長野家飯田支判平成8年3月18日刑集52巻8号536頁参照）および原判決（東京高判平成8年10月30日高刑集49巻3号434頁）は異なる判断を下しているため、第 1 審判決および原判決を分析しその違いについて検討する必要がある。

１．本件被害児童の行為について「淫行」が肯定されるのか

既に下級審裁判例においては同性間の性行為も「淫行」に含まれるという判断がなされており、昭和 47 年決定は男女が全裸になって打ち重なる行為も性交類似行為として「淫行」に含まれるという判断を行った。他方、本事案において被害児童は自慰行為を行ったところ、相手方の存在しない性的行為は性交類似行為とは認められず、それゆえ「淫行」に該当しないのではないかという点が本決定では問題となった。

⑴第１審判決

第1審判決は、自慰行為が児童淫行罪における「淫行」に該当しないと主張する被告人側の主張に対して、「淫行とは、右法条が、心身ともに未熟な児童の性的情操の保護やその健全育成を法益とするものであることに鑑みると、刑法182条にいう「淫行」、同法177条にいう「姦淫」、売春防止法にいう「売春」とは異なり、男女間の性交に限らず、児童の心身に与える有害性が認められ、実質的にみて性交と同視し得る程度の行為、すなわち男女間の性交を模した、あるいは性交を連想させるような姿態での手淫・口淫行為や同性愛行為等の性交類似行為をも含むものと解される。」と述べた上で、「性交類似行為は、通常は相手方となるべき人間の存在が予想されていると考えられるが、相手方が存在せず行為者が単独で行う場合においても、単に行為者が素手で自慰行為をするなどの行為に止まるのではなく、例えば人間の姿形を模して造られた人形を用いて自慰行為をし、あるいは女性が男性性器を模して造られた器具を用いてこれを自己の性器にあてがい又は性器に挿入するなどの方法で自慰行為に及んだときは、これをもって性交類似行為に出たということができると解すべきである。蓋し、右のような人間を模して造られた用具や男性性器を模して造られた器具を用いての右のような方法による自慰行為は、男女間の性交を模した行為、あるいは性交を連想させるような行為と評価できるものであり、またこのような行為は、児童が正しい健全な性知識や習慣を身につけ心身ともに健やかに育成されることを妨げるものであって、児童にそのような行為をさせることを禁止する必要性が大きいからである。」「本件においては、…いずれもバイブレーターを自己の性器に挿入して自慰行為をしたと認定できるものであるところ、本件バイブレーターが男性性器を模して造られたその代用品であることは明らかであって、本件各児童の判示各自慰行為は男女間の性交を模した行為、あるいは性交を連想させるような行為と評価できるものであり、これが児童の健全育成にとって有害

なものであることは優に認められるものであることからすると、本件各児童の判示各自慰行為はいずれも性交類似行為に当たるということができるものであって、これらは児童福祉法 34 条 1 項 6 号にいう淫行に該当するというべきである。」と述べ、被害児童のなした行為が「淫行」に該当することを肯定した。

第 1 審判決は、相手方の存在しない性的行為も「淫行」に該当しうることを前提に[123]、「淫行」の評価の対象となる性的行為を児童が単独で行った自慰行為と構成した上で、児童が素手で自慰行為をするにとどまるのではなく、女児であれば男性器を模した器具を用いて自慰行為に及んだ場合は、実質的にみて性交と同程度に児童の健全な育成が阻害される行為と評価されることを根拠（実質的性交同視基準）に「淫行」を認めた、と理解される[124]。

しかし、実質的性交同視基準によれば相手方が児童の陰部に触れる行為は「淫行」に該当せず、手淫も一定の場合には「淫行」に該当しないと理解されていた。そうであるならば、他者ではなく児童自身で、また、手指などの身体の一部ではなく器具を自身の陰部に挿入した点で、「淫行」に該当しないとされた行為よりも、本件行為は児童の健全な育成が阻害される程度が低いのではないかという疑問が生じる。

この点に関しては、児童が挿入した器具が「男性性器を模して造られたその代用品」であることを重要視し、男性器の形状をした物体が児童の陰部に挿入されたという行為の態様が性交と類似していることを根拠に「淫行」を認めたようにも思われる。しかし、平成 10 年決定調査官解説や平成 10 年決定原判決の判決文によれば、本件で使用されたバイブレーターは張型のように男性器をそのまま模したものではなく、ペン型あるいは卵型のバイブレーターであるとされており[125]、「男性性器を模して造られたその代用品」とまでは評価できないように思われる。

このように、第 1 審判決は、本件行為を児童の健全な育成が阻害される行為と評価した点については問題なく肯定されると思われる[126]が、それが「実質的に性交と同程度」である根拠については明らかではなく、結論先取り的に「淫行」を判断したものであるといえる。

---

123 これを支持するものとして、山口・前掲注(120)118 頁。

124 第 1 審判決の判断を肯定する見解として、黒川・前掲注(121)173 頁、鈴木・前掲注(120)241 頁。

125 井口・前掲注(121)344 頁。

126 従来の裁判例で「淫行」とされた行為のほとんどは、金銭の授受を伴っているところ、本件の場合はそれが存在しないことから、厳密には、本件行為が性交類似行為であることが認められたうえで、さらに「淫ら」か否かが問題となるように思われる。この点に関して第 1 審判決は、本件行為は可罰的違法性を欠くという被告人側の主張に対応する形で、「被告人は、中学校教師という中学生を保護育成すべき職にありながら、自己の数え子である女子中学生に対し、自らバイブレーターを示してその使用方法を説明するなど積極的に関与して自慰行為をさせたものであって、右の各行為が、本件各児童の性的情操の保護やその健全育成を害するものであることは明らかというべく…本件において可罰的違法性を有することはいうまでもない」と述べており、被告人と被害児童が教師とその教え子という関係にあること、児童がバイブレーターを使って自慰行為をしたことが「淫ら」を判断する上で考慮されたものと考えられる。

以上のように、第1審判決が示した実質的性交同視基準は「淫行」を判断する基準として機能せず、無制限に拡大されるおそれがあるように思われる[127]。

⑵原判決

原判決は、「淫行」に含まれる性交類似行為とは、男女間の性交に類似する行為であって、児童の行為の相手方として第三者が登場し、その第三者との間で肌の接触がある行為であり、かつ、その行為が児童の健全育成を著しく阻害することが明らかなものと限定解釈しなければならないため、本件各自慰行為は「淫行」には該当しないという被告人側の主張に対して、「児童福祉法34条1項6号にいう「淫行」には、性交そのもののほか性交類似行為をも含むものと解される（最高裁判所昭和47年11月28日第一小法廷決定刑集26巻9号617頁参照）。同法は、すべての国民は、児童が心身ともに健やかに生まれ、かつ、育成されるよう努めなければならないこと、すべて児童は、ひとしくその生活を保護され、愛護されなければならないこと、国及び地方公共団体は、児童の保護者とともに、児童を心身ともに健やかに育成する責任を負うことをもって、児童の福祉を保障するための原理とし、この原理は、すべて児童に関する法令の施行に当たって、常に尊重されなければならないと規定している。そして、同法34条は、このような基本理念に基づいて、児童を保護するための各種禁止行為について規定しているが、なかでも同条1項6号は、児童が精神的にも肉体的にも性的に未成熟であるため、そのような児童に淫行をさせる行為は児童の心身に与える有害性が特に大きいとみて、これを規制する趣旨であると解される。右のような児童福祉法の基本理念や同法34条1項6号の趣旨目的に照らせば、児童の相手方がバイブレーターを自らの手で児童の性器に挿入する行為が性交類似行為に当たることは、多言を要しないが、仮に相手方が自らの手でバイブレーターを児童の性器に挿入しない場合であっても、バイブレーターを調達して児童に交付した上、自己の面前において児童をしてこれを性器に挿入させる行為も、相手方が自らの手でバイブレーターを児童の性器に挿入する場合と、児童の心身に与える有害性は異ならないものと認められるのであって、性交類似行為に当たるものと解するのが相当である。」「本件においては、被告人は、被害児童に対し、自ら購入しておいたバイブレーターを示し、スイッチを操作するなどしてその使用方法を説明した上、これを自己の性器に挿入して自慰行為をするよう勧め、よって、同児をして、被告人も入っている同じこたつの中に下半身を入れた状態で、右バイブレーターを自己の性器に挿入せしめて自慰行為をさせ、あるいは、被害児童に対し、自ら注文して入手したバイブレー

---

127 実質的性交同視基準を批判する見解として、西田典之「児童に淫行をさせる罪について」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集編集委員会編『宮澤浩一先生祝賀論文集　第三巻　現代社会と刑事集』（成文堂、2000年）298頁、安部・前掲注(121)74頁。また、鎮目征樹「判批」ジュリ1210号（2001年）216頁は、相手方が存在しない場合も「淫行」に含まれると理解するならば、ポルノ雑誌を与えて児童をして1人で自慰行為をなさしめる場合も、児童の健全育成にとって有害であるという根拠から「淫行をさせる」に含まれる余地があり、妥当ではないと述べる。

ターを示し、スイッチを操作するなどしてその使用方法を説明した上、同児がこれを使用するであろうことを承知していながら、これを同児に手渡し、よって、同児をして、被告人も入っている同じベッド上のふとんの中で、右バイブレーターを自己の性器に挿入して自慰行為をするに至らしめたというのであって、右のような被告人と各被害児童との間の行為が前記性交類似行為、すなわち「淫行」に該当することは明らかというべきである。」

原判決は、「淫行」の評価の対象となる性的行為を被告人の面前において電動バイブレーターを挿入する行為と構成し、被告人を相手方に性交類似行為を行ったと評価した。そして、児童福祉法の基本理念や児童淫行罪の趣旨目的に照らした場合、児童の相手方がバイブレーターを自らの手で児童の性器に挿入する行為は、児童を相手方に性交する場合と児童の心身に与える有害性の点で異ならないことを前提に、さらに、かかる行為と本件行為は児童の心身に与える有害性の点で異ならないことを根拠に、本件行為は性交類似行為であるという論理で「淫行」を認めている。これは、第 1 審判決と同様に実質的性交同視基準に基づいて「淫行」を判断したものといえるが、行為が行われた具体的な状況を考慮した上で[128]、器具を自身の陰部に挿入する行為が被告人の面前で行われたことを根拠に「淫行」を認めた点で第 1 審判決と判断方法が異なるように思われる[129]。

第 1 審判決との違いについては、具体的な当てはめにおいても見られる。原判決は、バイブレーターを使用した被害児童の自慰行為が被告人も入っている同じこたつの中に下半身を入れた状態で、あるいは、被告人も入っている同じベッド上の布団の中で行われたという第 1 審判決では判断の基礎となっていなかった事実を挙げた上で、「淫行」を認めている。

これは、自慰行為が被告人から離れて単に 1 人でなされたものではなく、被告人と（接触していないが）密着した状態でなされたことを重要視して「淫行」を認めたものであると考えられる[130]。したがって、原判決は、実質的性交同視基準を前提とした上で、性交が行われるのと同様の状況の下で、外形的に見て性交を模した行為が行われた場合に「淫行」を限定する見解（以下、この見解を「外形的性交同視基準」とする）を示したものであると考えられる[131]。

---

128 前掲東京家判昭和 37 年 10 月 5 日は「異性間の性交とその態様を同じくする状況下に於ける」行為がなされた場合に性交類似行為が認められると述べており、早くから、その行為が行われた状況に注目して「淫行」を判断したようにも思われる裁判例は存在していた。

129 本件行為は、性交類似行為の相手方として被告人が存在した事案であるから、性交類似行為には必ずしも相手方の存在を必要としないと判断した第 1 審判決の解釈の当否について検討を加えるまでもなく、本件行為が「淫行」に該当するとした第 1 審判決の結論に誤りはないと述べており、原判決が第 1 審判決と異なる判断を行ったことが示唆されている。

130 原判決と同様に、バイブレーターを使用した被害児童の自慰行為が被告人と極めて密着した状況でなされた点を根拠に児童淫行罪の成立を肯定する見解として、井口・前掲注(121)330 頁・西田・前掲注(127)299 頁。

131 性交との行為の近接性を根拠に、性交の前段階（前戯）として行われた自慰行為である場合に限り「淫行」を認める立場から原判決を批判する見解として、安部・前掲注

なお、「淫行」の該当性が問題となった過去の裁判例の事案は、性交の代替行為として行われた男性間の性行為であり、昭和 47 年決定の事案も被害児童と女性が互いに全裸となり打ち重なって性交を模した行為であったが、これらの性行為も性交が行われるのと同様の状況の下で、外形的に見て性交を模した行為であるといえるため、外形的性交同視基準に反するものではない[132]。

そして、実質的性交同視基準を示した学説が、相手方が児童の陰部に触れる行為は「淫行」に該当しないと述べていた根拠は外形的に見て「性交を模した行為」といえないことに求めることが可能であり、手淫行為には「淫行」と認められない場合があると述べた根拠は、例えば性交の代替行為として身体を折り重ねて男性間で行われる手淫は「性交を模した行為」といえるが、そのような状況がなく単に手淫する場合は「性交を模した」ものとはいえないというように、その行為の状況によって判断が異なるためであると説明することが可能である。このように、外形的性交同視基準に基づいた場合でも、なお、従来の裁判例・学説の判断を説明することができる[133]。

２．二者関係型について児童淫行罪の成立は肯定されうるのか

従来の裁判実務においては、仮に淫行の相手方が被告人となった場合であっても、児童の淫行につきあっせん者を介在する三者関係型の事案についてのみ児童淫行罪を運用していたことから、裁判実務は二者関係型の事案について児童淫行罪は成立しえないと判断していると理解されていた。他方、本事案は被告人があっせん者の介在なく被害児童と淫行に至ったというまさに二者関係型の事案であることから、このような二者関係型であっても児童淫行罪は成立しうるのかが問題となった。

⑴第１審判決

第１審判決は、⑶本件被告人の行為について「させる行為」が肯定されるか否かという問題についてのみ判断を行っており、⑵二者関係型について児童淫行罪の成立は肯定されうるのかという問題について特に判断することなく、「させる行為」を肯定している。

これは、第１審判決が「淫行」は相手方の存在を必ずしも必要とするものではないことを前提とした上で、本件被害児童の行為を被害児童が相手方のいない単独で行った自慰行為とした点に起因している。本件被害児童の行為をこのように理解すると、本事案における被告人を被害児童に器具を渡すことで被害児童の自慰行為の機会を与えたあっせん者とする

---

(121)74 頁。

132 井口・前掲注(121)329 頁は、これまでの裁判例は外形的性交同視基準に基づいて「淫行」を判断していると主張する。

133 これに対して、従来の裁判例は児童との身体的接触を伴う相手方の存在を必要としていたのであって、原判決はそのような相手方がいない場合でも「淫行」を認めたものであり、従来の「淫行」の範囲を拡大していると述べる見解として、大山＝松宮・前掲注(120)74 頁以下。

三者関係型の事案として把握することが可能である。

このように、第 1 審判決は、あっせん者を介在する三者関係型の事案についてのみ児童淫行罪を運用してきた従来の裁判例の理解に相反しないように本事案を理解することで、二者関係型について児童淫行罪の成立は肯定されうるのかという問題を回避して次のステップに進んだと理解すべきである[134]。

⑵原判決

原判決は、第 1 審判決と異なり、本件被害児童の行為を、被告人を相手方とする性交類似行為として把握したため、二者関係型について児童淫行罪の成立は肯定されうるのかという問題がダイレクトに争点となる。

この問題について、被告人側は「淫行をさせる行為」とは、犯人以外の第三者を相手方として淫行させることをいうものであり、犯人が自ら児童と淫行する場合を含まないとして二者関係型の場合に児童淫行罪は成立しないと主張した。

これに対して、原判決は「児童福祉法 34 条 1 項 6 号は、「児童に淫行をさせる行為」を禁止しているところ、まず、規定の文言上、淫行の相手方を限定していないばかりでなく、右の「児童に淫行をさせる行為」は、文理上は、淫行をさせる行為をした者（以下、「行為者」とする）が児童をして行為者以外の第三者と淫行をさせる行為と行為者が児童をして行為者自身と淫行をさせる行為の両者を含むと読むことができる。そして…同法の基本理念や同法 34 条 1 項 6 号の趣旨目的に照らせば、同号にいう淫行の相手方が行為者以外の第三者であるか、それとも行為者自身であるかは、児童の心身に与える有害性という点で、本質的な差異をもたらすべき事項とは考えられない。もっとも、同号にいう「淫行をさせる行為」とは、行為者以外の第三者を相手方として淫行させることをいうもので、行為者が自ら児童と淫行する場合を含まない旨の所論に沿う見解も存在する。しかし単に児童と淫行したに過ぎない者が同号に該当しないことは当然であるとしても、行為者が児童に対しいかに淫行を働きかけた場合であっても、行為者が自ら淫行の相手方になったときは、同号に該当しないこととなるとの点については、人を納得させるに足るだけの根拠が示されておらず、その点について合理的理由を見出すことも困難であって、右のような見解を採ることはできない。以上の次第で、同号にいう「児童に淫行をさせる行為」とは、行為者が児童をして第三者と淫行をさせる行為のみならず、行為者が児童をして行為者自身と淫行をさせる行為をも含むものと解するのが相当である。」と述べ、二者関係型について児童淫行罪の成立は

---

134 井口・前掲注(121)336 頁は、第 1 審判決の見解に従った場合、被害児童が単独で行った自慰行為について児童淫行罪が成立するのにもかかわらず、被告人が明らかに「淫行」が肯定される性交を、児童を相手方に行ったという事例については、かえって児童淫行罪の成否が問題となるという奇妙な結果になると批判するが、そもそも第 1 審判決は三者関係型の枠組みで事案を理解しており、二者関係型について児童淫行罪の成立は肯定されうるかという問題に対する判断を回避しているため、かかる批判は妥当しないと考えられる。

肯定されうるという判断を行った。

従来「通説」とされた二者関係型否定説は、「児童の健全育成を阻害するおそれのある行為」が、児童労働の枠組みの残滓によって管理売春の場合に限定されて理解されたことを背景に、その文理解釈上は児童淫行罪が三者関係型に限定されるメルクマールとしての機能を果たさない[135]「させる行為」という文言に、児童淫行罪が三者関係型に限定されるメルクマールとしての意味を読み込む見解であり、従来の裁判例もその理解に従って三者関係型に限定して児童淫行罪を運用していた。

これに対して、原判決は、そのような歴史的背景から児童淫行罪を切り離し、新たに児童淫行罪を児童の健全育成を阻害する行為一般を広く規制する規定であると定義し直すことで、二者関係型についても児童淫行罪の成立は肯定されうることを示したものと考えられる[136]。

他方で、原判決は従来の二者関係型肯定説の理解とも異なる。従来の二者関係型肯定説の主流の考え方は、「淫行」は相手方の存在を必要としない自慰行為も含まれるため、児童淫行罪は必要的共犯の問題に直面せず、ゆえに児童淫行罪の成立は三者関係型に限定されるわけではないという主張であった。

しかし、原判決は「淫行」には相手方の存在を必要としない自慰行為も含まれるかという問題を留保し、あくまでも本件被害児童の行為は相手方のいる性交類似行為であると理解している。その上で、児童福祉法 34 条 1 項 6 号の文言上、淫行の相手方が被告人となる場合を排除していないことを前提としつつ、児童の健全育成を阻害する行為を規制するという児童福祉法の基本理念や児童淫行罪の趣旨目的に照らせば、あっせん者が存在せず、被告人が淫行の相手方となる二者関係型の場合に児童淫行罪が成立しえない根拠はない、という根拠で二者関係型の場合でも児童淫行罪は成立しうることを指摘しており、従来の二者関係型肯定説の主流の考え方と異なる方法で二者関係型を肯定している。

３．本件被告人の行為について「させる行為」が肯定されるか

被害児童 A については、被告人はバイブレーターの使用方法を説明して、これを自己の性器に挿入して自慰行為をするよう被害児童 A に勧めるという教唆的行為を行っているため、「させる行為」を肯定しやすいように思われる。他方、被害児童 B について、被告人は「現に児童を教育監護する」立場にはなく、かつ、バイブレーターの使用方法を説明して被

---

135 既に述べたように、「(さ) せる」という使役表現が使われていることは、二者関係型否定説の根拠とはなりえない。かかる点を指摘して二者関係型否定説を批判する見解として、山口・前掲注(120)118 頁、松本・前掲注(121)134 頁。

136 一方で、安部・前掲注(121)76 頁は、児童をして第三者に淫行をさせることの非人間性や、性の商品化を防止して児童保護の理念を実現するため、児童淫行罪を設けたのであるから、あくまでも常習的または営業的性格の強い事例、あるいは親権など事実上の支配権を及ぼして性の売買が進められるような事例のような性的搾取が認められる事例に限定されるとして、三者関係型に限定して児童淫行罪を成立させるべきであるとして平成 10 年決定を批判する。

害児童Bにこれを手渡すという幇助的行為を行うにとどまっているため、「させる行為」が肯定されるか否かについては大いに問題となるように思われる。

2⑴で既に指摘したように、第1審判決は本事案を三者関係型の事案として理解しているため、三者関係型の枠組みで「させる行為」の有無を判断することになる。

他方、原判決は本事案を二者関係型の事案として理解したところ、「させる行為」に関する従来までの裁判実務の理解は、児童淫行罪の成立が三者関係型に限定されることを前提としたものであるため、従来までの裁判実務の理解をそのまま敷衍して、本件被告人の行為について「させる行為」が肯定されるか否かを判断することには問題がある。そのため、二者関係型について児童淫行罪の成立が肯定されうると判断したことによって「させる行為」に関する従来までの理解をいかに修正するべきかという問題に直面することになると考えられる。

⑴第1審判決

第1審判決は、「淫行をさせる行為とは、児童に淫行を強制したり積極的に勧誘したりすることのみに限定されるものではなく、たとえ児童の自発的な意思に基づくものであっても、直接的・間接的、物質的・精神的とを問わず、また作為・不作為の別なく、児童に対して事実上の影響力を及ぼして児童が淫行するのを助長し促進する一切の行為を含むと解すべきであり、例えば、児童が淫行をすることの情を知りながら、淫行の場所・設備・用具等を供与し、あるいは児童を保護育成すべき地位にある者が、その児童が自発的に淫行をすることの情を知りながら、あえてこれを阻止せず、暗黙のうちにこれを認容する場合等も、これに該当するというべきである。」と述べた上で、「本件において、被告人は、中学校教師という中学生を保護育成すべき職にありながら、判示のとおり、第一においては、自己の教え子である女子中学生Aに対し、自ら購入しておいたバイブレーターを示し、スイッチを操作するなどしてその使用方法を説明したうえ、これを自己の性器に挿入して自慰行為をするよう勧め、その結果、同女をして右器具を使用して自慰行為をさせたと認定できるものであり（なお、同女が自慰行為をしている最中に被告人がバイブレーターのスイッチを操作したとの事実を認めることは困難である）、また、第二においては、同様に自己の教え子である女子中学生Bに対し、自ら注文して購入したバイブレーターを示し、スイッチを操作するなどしてその使用方法を説明したうえ、同女がこれを自己の性器に挿入して自慰行為をするであろうことを承知していながら、これを同女に手渡し、その結果、同女をして右器具を使用して自慰行為をするに至らしめたと認定できるものであって（なお、同女がバイブレーターを用いての自慰行為を開始する前に被告人が同女に対し自慰行為をするよう勧めた事実や、同女が自慰行為をしている最中に被告人が自らバイブレーターを同女の性器に挿入したとの事実を認めるには、多大の疑問が存し、右各事実を認めることはできない）、これらの被告人の行為が児童に淫行をさせる行為に当たることは明らかというべきである。」と述べて「させる行為」を肯定した。

第 1 審判決は、児童に淫行を強制したり積極的に勧誘したりする場合に限られず、児童の自発的な意思に基づくものであっても「させる行為」は肯定され、さらに、淫行の場所・設備・用具等を供与する場合や、児童を保護育成すべき地位にある者が、児童の淫行を阻止せず、これを認容する場合も「させる行為」が肯定されると述べた上で、中学生を保護育成すべき職にある被告人が、教え子の被害児童 A に対して自慰行為をするよう勧める行為、および、教え子の被害児童 B に対して自慰行為をするであろうことを承知しつつバイブレーターを手渡す行為について端的に「させる行為」を肯定している。

第 1 審判決は、2 つの点で従来の裁判例よりも「させる行為」の範囲を拡大させている。

まず、昭和 54 年名古屋高判は、被告人が児童の淫行をコントロールする立場にあることを指摘した上で、既に淫行の意思を有する児童に対して淫行の機会を提供するという幇助的行為につき「させる行為」を肯定していたことを考慮すると、第 1 審判決は、特に限定せずに広く幇助的行為について「させる行為」を肯定している。ゆえに、幇助的行為について「させる行為」が肯定される範囲が拡大している。

さらに、従来は被告人が「現に児童を教育監護する」立場にあれば、児童の淫行を阻止せず黙認するという不作為的行為についても「させる行為」は肯定されるとしていたが、第 1 審は、「児童を保護育成すべき地位にある者」が不作為的行為をなした場合についても「させる行為」は肯定されると述べており、「現に児童を教育監護する」立場から「児童を保護育成すべき地位」へと表現が異なっている。第 1 審判決は、被告人が「中学校教師という中学生を保護育成すべき職」にあると述べていることから、教師は「児童を保護育成すべき地位」にあると理解していると考えられる。しかし、それ以前に教師を「現に児童を教育監護する」立場として理解した裁判例は管見の限りではあるが存在せず、また、従来は、保護者や売春業者のような搾取的地位にある者など非常に強く児童に対して事実上の影響力を及ぼす地位にある場合に「現に児童を教育監護する」立場が認められてきたことを考慮すると、教師には「現に児童を教育監護する」立場は認められないと考えられる。これらを考慮すると「現に児童を教育監護する」立場と「児童を保護育成すべき地位」は、別の概念であって、かつ、後者の方が広い概念であると考えられる。ゆえに、不作為的行為について「させる行為」が肯定される範囲が拡大している。

第 1 審判決は、従来の裁判例よりも「させる行為」の範囲を拡大させた根拠について何も述べていない。もっとも、「事実上の影響力」を緩やかに理解し、児童の淫行を助長促進する行為をなしていれば直ちに「させる行為」が肯定されるという理解は、北島説に類似しているように思われる。また、北島説は、心身未熟な児童に及ぼす決定的な悪影響が認められれば児童淫行罪を成立させるべきであるという指針に基づいて「させる行為」を緩やかに理解すべきとしたが、第 1 審判決が、被告人が「児童を保護育成すべき地位」にある場合には「させる行為」が肯定される範囲を非常に広く理解した背景には、「児童を保護育成すべき地位」に含まれる教師がその教え子の淫行に関与することには児童に及ぼす決定的な悪影響があるという理解があったのではないかと考えられる。

本件被告人の行為について「させる行為」が肯定されるか否かについては、被害児童 A に対してはバイブレーターを示して自慰行為を勧めるという教唆的行為、被害児童 B に対しては自慰行為をするであろうことを承知していながらバイブレーターを手渡すという幇助的行為をなしており、第 1 審判決が示した「させる行為」の判断に従った場合には、被告人が「児童を保護育成すべき地位にある者」であることに言及せずとも「させる行為」が肯定される可能性があったように思われるところ、被告人が「児童の保護育成すべき地位にある者」であって事実上の影響力の程度が大きいことを指摘することで、「させる行為」が肯定される範囲の中でもより中核的な場合であることを確認的に示したものであると考えられる。（第 1 審判決の「させる行為」の理解については、＜図 7＞を参照のこと）

⑵原判決

原判決において、被告人側は淫行を「させる行為」とは、その目的、手段、態様、児童の意思等にかんがみ社会的に強く非難されるべき当罰性の高いものと限定解釈すべきであると主張した。これに対して、原判決は、「淫行を「させる行為」とは、児童に淫行を強制する行為のみならず、児童に対し、直接であると間接であると物的であると精神的であるとを問わず、事実上の影響力を及ぼして児童が淫行することに原因を与えあるいはこれを助長する行為をも包含するものと解される（なお、最高裁判所昭和 30 年 12 月 26 日第 3 小法廷判決刑集 9 巻 14 号 3018 頁、最高裁判所昭和 40 年 4 月 30 日第 1 小法廷決定裁判集 155 号 595 頁参照。）。」「そして…同号が、いわゆる青少年保護育成条例等にみられる淫行処罰規定…とは異なり、児童に淫行を「させる」という形態の行為を処罰の対象とし、法定刑も最高で懲役 10 年と重く定められていること等にかんがみれば、行為者自身が淫行の相手方となる場合について同号違反の罪が成立するためには、淫行をする行為に包摂される程度を超え、児童に対し、事実上の影響力を及ぼして淫行をするように働きかけ、その結果児童をして淫行をするに至らせることが必要であるものと解される。」「被告人は、中学校の教師という生徒への強い立場を利用して、その生徒である女子中学生 A にバイブレーターを与えて淫行を勧め、同児をして淫行をするに至らせ、また、同じく中学校の教師という生徒への強い立場を利用して、その生徒である女子中学生 B にバイブレーターを入手した上その使用方法を説明して手渡し、同児をして淫行をするに至らせたものであって、まさに児童に対し事実上の影響力を及ぼして児童が淫行することに原因を与えあるいはこれを助長する行為をし、それが淫行をする行為に包摂される程度を超えていたことが認められる」と述べて「させる行為」を肯定した。

原判決は昭和 40 年決定が示した「させる行為」の判断を前提としているが、一方で、「行為者自身が淫行の相手方となる場合について同号違反の罪が成立するためには、…が必要である」と述べており、「させる行為」の判断について事案が二者関係型であることに対応した修正を施している。その修正とは、児童淫行罪が、条例上の淫行罪とは異なり、児童に淫行を「させる」という形態の行為を処罰の対象とし、法定刑も最高で懲役 10 年と重く定

められていること等を考慮すると、淫行をする行為に包摂される程度を超え、事実上の影響力を及ぼして児童が淫行をなすことを助長促進行為することで、児童に働きかけ[137]、その結果児童をして淫行をするに至らせる場合に限定して「させる行為」を肯定すべきである、というものである。

二者関係型における「(淫行) させる行為」は、児童の淫行の相手方となるように児童に働きかける行為、すなわち、児童が（被告人を相手として）淫行する行為に対する被告人の働きかけが処罰対象となる一方で、条例上の淫行罪における「(淫行) する行為」は児童を相手に淫行する行為、すなわち、被告人が（児童を相手として）淫行する行為そのものが処罰対象となるところ、どちらの場合についても、結局のところ被告人と被害児童は淫行に至っているという点で同一の現象であることが注目される。したがって両罪は、被告人と被害児童が淫行に至ったという事実関係について、「(被告人が児童を相手に淫行) する行為」の部分を捕捉して条例上の淫行罪を成立させるか、それとも「(児童が被告人を相手に淫行するように) させる行為＝働きかける行為」の部分を捕捉して児童淫行罪を成立させるかが判断されることになるという関係にある。

1つの理解として、児童に淫行を働きかける行為がなくとも条例上の淫行罪は成立する点で、児童淫行罪よりも条例上の淫行罪の成立範囲は広いため、児童に淫行を働きかける行為がある場合には「させる行為」は肯定され、淫行を働きかける行為がない場合には「(淫行) する行為」であるとして、「させる行為」が否定されるという判断基準を設けることも可能である。しかし、実際の問題として、被告人と児童が淫行に至る際には、通常、被告人が児童に対して何らかの働きかけをしていることがほとんどであると考えられるため、このように理解すると、被告人と児童が淫行に至ったケースのほとんどが児童淫行罪として捕捉されることになる[138]。

しかし、原判決は、条例上の淫行罪における「(淫行) する行為」で捕捉される類型についても児童に働きかける場合があることについては想定していると考えられ、それにもかかわらず、児童淫行罪がなおあえて児童の淫行に働きかける行為、すなわち「させる行為」を捕捉してこれを処罰対象とした上で、条例上の淫行罪よりもはるかに重い法定刑を定めていることを考慮すべきであると述べていることを鑑みると、原判決は淫行の働きかけの有無を「させる行為」の基準としたものではなく、淫行をする行為に包摂される程度の、程度の軽い働きかけがある場合を「(淫行) する行為」と把握することを前提として、淫行を

---

137 事実上の影響力を及ぼすことでも児童に「働きかける」ことは可能であり、助長促進行為を行うことでも児童に「働きかける」ことが可能であることを考慮すると、「働きかける」は、事実上の影響力を及ぼすことと助長促進行為に分解されるべき概念（逆に言えば、事実上の影響力の程度と助長促進行為の程度がかけ合わされることで「働きかけ」の程度が計られることになる）であると考えられる。

138 山口・前掲注(120)120 頁・井口・前掲注(121)337 頁は、単に児童の側からの誘いかけに応じただけでは「させる行為」が認められず、少なくとも児童淫行罪は成立しないと述べるが、被告人と被害児童のやり取りの中で被告人が児童の誘いかけに応じることしかしなかったという場合は、実際の問題としてほとんどあり得ないように思われる。

する行為に包摂される程度を超える、程度の重い働きかけがある場合を「させる行為」と理解していると考えられる。

ただし、このように理解しても結局は、程度の軽い働きかけがなされた場合は「する行為」として条例上の淫行罪しか成立せず、程度の重い働きかけがなされた場合は「させる行為」として児童淫行罪が成立する、ということを述べたに過ぎず、どのような場合には程度の重いまたは軽い働きかけと言えるのか、については非常に不明瞭である。

以上から原判決が示した「させる行為」を判断する基準は、非常に不明瞭であるため批判されるべきであるように思われる[139-140]。

ただし、このように非常に不明瞭な基準であるが、昭和 40 年決定で示された判断については、なお妥当するため、「働きかけ」の要素は「事実上の影響力」の要素と「助長促進行為」の要素に分解されることになり、両方の要素をかけあわせることで「程度の強い働きかけ」として理解される場合には「させる行為」が肯定されることになる。また、被告人の行為がその不明瞭な基準となるラインのはるか内側である場合については「させる行為」を肯定することが、妥当な結論を導くにあたってはなおかろうじて可能であるように思われる。

本件事案においては、被告人は、被害児童 A に対してはバイブレーターを与えて淫行を勧めるという助長促進行為、被害児童 B に対しては、バイブレーターの使用方法を説明して手渡すという助長促進行為をなしているところ、どちらも「中学校の教師という生徒への強い立場を利用して」教え子である被害児童 A・B に対して助長促進行為をしたという点を重要視しているように思われ、事実上の影響力が非常に強いことを根拠に「させる行為」の基準のはるか内側にある類型であることが認められるとして「させる行為」を肯定したと考えられる[141]。(原判決における「させる行為」の判断方法については＜図 8＞を参照のこと。)

---

139 原判決が示す「させる行為」の基準では「させる行為」と「する行為」は区別できないと述べ、原判決を批判する見解として、大山＝松宮・前掲注(120)75 頁。

140 当時、本事案が発生した長野県では、条例上の淫行罪が規定されていなかったところ、仮に本事案が条例上の淫行罪が規定されている地域で行われた場合は、条例上の淫行罪のみが成立したのではないかと指摘する見解として、安部・前掲注(121)77 頁。

141 佐藤隆文「児童福祉法 34 条 1 項 6 号の「児童に淫行をさせる行為」をめぐる諸問題」研修 613 号（1999 年）116 頁、鎮目・前掲注(127)219 頁。

＜再掲図 1＞　売春業事例（網掛け部分は「させる行為」が肯定された領域）

<table>
<tr><td>事実上の影響力の程度
助長促進行為の程度</td><td rowspan="2">被告人が「現に児童を教育監護する立場」にある</td><td colspan="2">被告人が「現に児童を教育監護する立場」にない</td></tr>
<tr><td>なお、一定の立場がある</td><td>何の立場もない</td></tr>
<tr><td>強制・教唆的行為（児童に淫行の意思を生じさせる）</td><td colspan="3">裁判例・学説において昭和 40 年決定以前から当然「させる行為」が肯定される場合として理解されている。</td></tr>
<tr><td>幇助的行為（既に淫行の意思ある児童に場所や機会を提供する）</td><td rowspan="2">昭和 40 年決定において「…をも包含する」という判示がなされ、「させる行為」が肯定された。</td><td>領域 A</td><td>領域 B</td></tr>
<tr><td>不作為的行為（児童の淫行を阻止せず黙認する）</td><td>領域 C
富山家高岡支判昭和 32 年 2 月 28 日が否定</td><td>領域 D</td></tr>
</table>

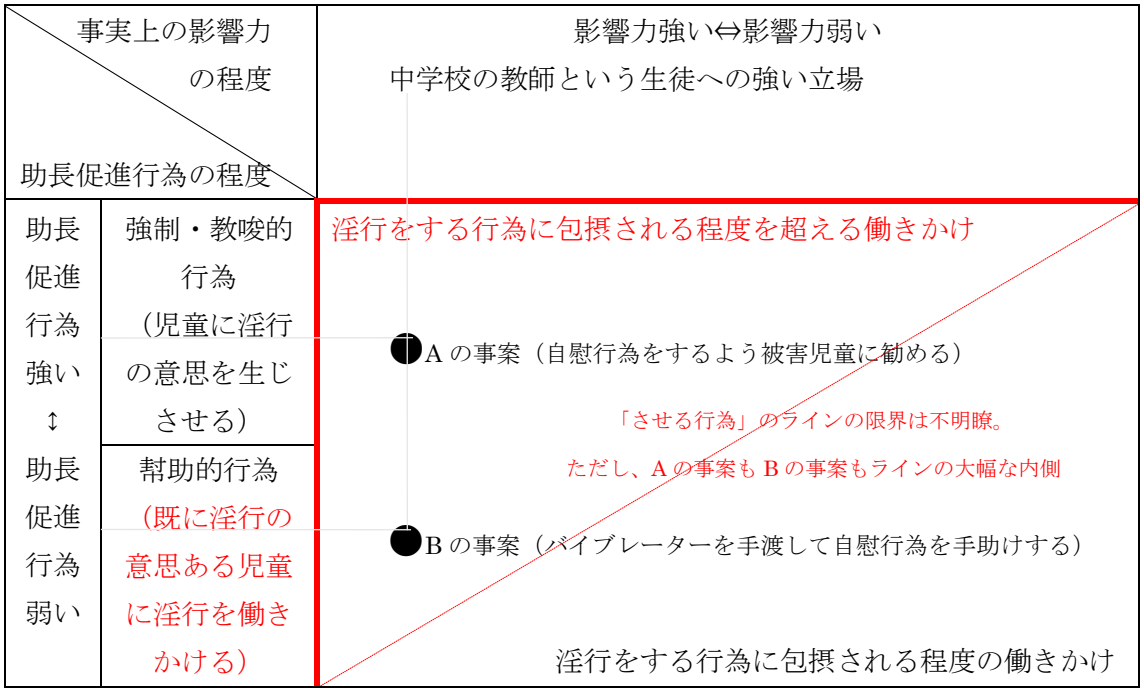
＜再掲図 6＞　機会提供事例の分析

<table>
<tr><td>事実上の影響力の程度
助長促進行為の程度</td><td rowspan="2">被告人が「現に児童を教育監護する立場」にある</td><td colspan="2">被告人が「現に児童を教育監護する立場」にない</td></tr>
<tr><td>児童の淫行をコントロールする立場にある</td><td>児童の淫行をコントロールする立場にない</td></tr>
<tr><td>強制・教唆的行為（児童に淫行の意思を生じさせる）</td><td rowspan="3">第 1 グループ</td><td colspan="2">第 2 グループ
（東京高判昭和 51 年 3 月 17 日は機会提供事例ではなく、この領域）</td></tr>
<tr><td>幇助的行為（既に淫行の意思ある児童に場所や機会を提供する）</td><td colspan="2">第 3 グループ（機会提供事例）
領域 A’
昭和 54 年名古屋高判が「させる行為」を肯定。
領域 B’
この領域について、裁判実務が「させる行為」が肯定しているかはなお不明。</td></tr>
<tr><td>不作為的行為（児童の淫行を阻止せず黙認する）</td><td>領域 C’</td><td>領域 D’</td></tr>
</table>

＜図 7＞　平成 10 年決定第 1 審判決

事実上の影響力の程度 ／ 助長促進行為の程度	被告人が「児童を保護育成すべき地位にある者」にある	被告人が「児童を保護育成すべき地位にある者」にない	
強制・教唆的行為（児童に淫行の意思を生じさせる）	A の事案		
幇助的行為（既に淫行の意思ある児童に場所や機会を提供する）	B の事案		
不作為的行為（児童の淫行を阻止せず黙認する）		領域 C	領域 D

＜図 8＞　平成 10 年決定原判決



第 7 項　平成 10 年決定以降について

１．「淫行」

⑴平成 28 年決定の検討

平成 28 年決定においては県立高校の常勤講師として勤務していた者が、同校の生徒たる被害児童（16 歳）とホテル内で性交したという 2 件の事案について児童淫行罪の成否が争われた。本事案については被告人側から複数の主張がなされたところ、「淫行」に関連する争点としては、「淫行」が不明確であるとしてこれが憲法 31 条に違反するという「淫行」の定義に関する主張、本件性交は真摯な交際関係にある者同士の性行為であって「淫行」に該当しないという「淫行」の判断方法に関する主張がなされた。

①「淫行」の定義に関して

第 1 審（福岡地飯塚支部平成 26 年 5 月 19 日 LLI/DB L06951133）は「児童福祉法は、すべて国民は、児童が心身ともに健やかに生まれ、かつ、育成されるよう努めなければならないこと、すべて児童は、ひとしくその生活を保障され、愛護されなければならないこと、国及び地方公共団体は、児童の保護者とともに、児童を心身ともに健やかに育成する責任を負い、これらは、児童の福祉を保障するための原理であり、この原理は、すべて児童に関する法令の施行に当たって、常に尊重されなければならないと規定している（同法 1 条ないし 3 条参照）。同法 34 条は、このような基本理念に基づいて、児童を保護するための各種禁止行為について規定しているところ、同条 1 項 6 号は、児童が精神的にも肉体的にも性的に未熟であるため、そのような児童に淫行をさせる行為は児童の心身に与える有害性が特に大きいとみて、これを規制する趣旨であると解される。こうした児童福祉法の基本理念や同法 34 条 1 項 6 号の趣旨に照らせば、同号の「淫行」とは、性道徳上非難すべき男女間の性交又はこれに準ずべき性交類似行為を指すと解すべきである。」と述べ、原判決（福岡高判平成 26 年 9 月 19 日 LLI/DB L06920751）も第 1 審の判断を是認し、同様に性道徳上非難すべきか否かで「淫行」を判断している。

第 1 審は、児童福祉法は児童の健全育成を保護するために規定されており、児童淫行罪は精神的にも肉体的にも性的に未熟な児童に淫行をさせる行為は児童の心身に与える有害性が特に大きいことを根拠に「淫行」は性道徳上非難すべき男女間の性交又はこれに準ずべき性交類似行為を指すと述べたところ、これは平成 10 年決定原判決と同様の判示であって従来の理解を踏襲するものであるといえる。

これに対して、最高裁は「児童福祉法 34 条 1 項 6 号にいう「淫行」とは、同法の趣旨（同法 1 条 1 項）に照らし、児童の心身の健全な育成を阻害するおそれがあると認められる性交又はこれに準ずる性交類似行為をいうと解するのが相当であり、児童を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような者を相手とする性交又はこれに準ずる性交類似行為は、同号にいう「淫行」に含まれる。」と述べており、性道徳への違背に着目した第 1 審とは「淫行」の定義が異なり、児童の健全育成の阻害に着目

して定義されている。

もっとも、第1審においては「淫行」の定義を示すうえで、児童淫行罪が児童の心身の健全な育成を阻害するおそれがある行為を処罰する目的で規定されたことに言及していることからすると、第1審と最高裁で「淫行」の定義に関する実質的な変化はなく、最高裁は第1審においても既に指摘されていた「淫行」の健全育成阻害の側面を直接的に示したに過ぎないと考えられる。

②「淫行」の判断方法について

次に、本件性交は真摯な交際関係にある者同士の性行為であって「淫行」に該当しないという被告人側の主張に対して、第1審は「男女間の性交が、性道徳上非難すべきものに当たるか否かについては、当該性交が児童の心身に与える有害性の大きさを、その動機・目的、態様及び結果等に照らし、全体的に観察して判断すべきである。そして、男女の性交そのものは、成長途上にある児童の心身に対して悪影響を及ぼしやすく、その回復も困難となりがちであり、また、児童の身体が性的欲望のはけ口として利用される際の最たるものといえることから、有害性の大きい「淫行」の典型的態様である…。ところで、当該児童とその相手とが交際関係にあった場合においては、その交際が真摯なものであって社会的に相当と認められる場合に限り、その動機や態様等に照らし、その性交について、児童の心身に与える有害性が否定され、性道徳上非難すべきものに当たらないこともあり得ると解される。」と述べた。

その上で、「被告人と被害児童との間のメールの内容…や、被告人との性交日を登録した被害児童の携帯電話機のデータの内容…、D（筆者補注：被害児童の担任教師）に対して相談を切り出す際の被害児童の発言内容…等に照らすと、公訴事実記載の各性交は、被告人と被害児童とが交際関係にある中でなされたものであるとみる余地がある。…しかし、被告人と被害児童とが交際関係にあり、公訴事実記載の各性交がそうした関係の中でなされたとしても、その交際を、真摯なものであって社会的に相当なものということはできないというべきである。すなわち、…被告人は、本件当時、高校生（16歳）の被害児童よりも12歳年長で、被害児童の通学する高校において講師として勤務し、かつて被害児童の授業を担当したこともあり、また、私生活においては、約2年半前から本件により逮捕されるまで、自己の出身大学で出会った当時24歳の女性と同居していたところ、同女とは、少なくともかつては被告人自身結婚を意識し、互いの親戚との面識を有する関係にあった。被告人は、こうした自己の立場や被害児童との関係性を顧みることなく、同児童との間で性交を継続する一方、同居する女性に対しては、同女との同居状態や交際関係の解消に向けた具体的行動や、交際関係が既に解消していることを明確にする具体的行動に及んでいなかったといえる。また、被告人は、同居する女性や被害児童の保護者に対しては、被害児童との間で性交に至り、これを継続していることを一切明らかにせず、同児童に対しても、被告人との性交等につき折に触れて他言を禁ずるよう持ちかけている。さらに、被告人は、勤務先の高校の上司

から、被害児童との交際の有無を問われたことに対し、被害児童からの申告の事実を突きつけられるまで、これを否定し続け、また、被害児童からの申告の事実を突きつけられた際にも、同児童と交際関係にあり、一定の性的接触を持った旨を告げたにとどまり、同児童との性交についてはなお頑なにこれを認めず虚偽の弁解を貫こうとしていた。そして、被告人は、勤務先の高校の上司から被害児童との関係を問われた直後には、被害児童に対して、両者間の性交等が表沙汰にならないよう、メールアドレスの変更やメールデータの消去等を指示している。こうした被告人の一連の行動は、性交を伴う被害児童との関係が周囲の者に知られることに伴い、失職や同居女性との関係の変化等、自己の現状ないし将来に対して重大な影響ないし不利益が及ぶことを危惧し、自己保身を図ってこれをひた隠しにしようとした上での行動とみるほかないものであり、また、被告人の供述によっても、被害児童との関係は、結婚を前提としたものではなかったことが窺われ、その意味でも相応の覚悟を伴ったものとはいえないものである。以上に照らせば、被害児童との関係は、被告人にとって真剣度の乏しさを疑われても仕方のないものであったといわざるを得ないものであり、その交際が真摯なものであって社会的に相当と認められる場合には到底当たらないというべきである。そうすると、被告人と被害児童との間の性交が同児童に与える有害性は否定されず、同性交について、当時の両者の関係性を理由としてその有害性を否定する旨をいう弁護人の主張は採用できない。公訴事実記載の各性交は、その動機・目的、態様及び結果等に照らし、性道徳上非難すべきものといえるから、これらが「淫行」に当たることは明らかである。」と述べた。原判決においては、同居女性は単なるルームメイトであり、また、被告人と被害児童との交際状況からすれば、被害児童との交際について被告人の真剣度が乏しいとはいえない旨の被告人側主張がなされたところ、原判決はこれを排斥し、第 1 審の判断が正当であることを示した。最高裁は、「原判決が是認する第 1 審判決が認定した事実によれば、…各性交は、被害児童（当時 16 歳）を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような者を相手とする性交であ」ると述べて、原判決の結論は正当であると判断した。

第 1 審は、性交は原則として「淫行」に該当することを示しつつ、当該児童とその相手とが交際関係にあった場合においては、交際が真摯なものであって社会的に相当と認められるならば、児童の心身に与える有害性が否定されることで、例外的に「淫行」に該当しないこともあり得ることを示した。最高裁において「淫行」に該当する具体例として示された「単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められない者を相手とする性交・性交類似行為」とは、交際関係が真摯とはいえず社会的に相当と認められない場合を含む一般的な概念であると考えられる。

その上で、第 1 審における本件性交では、交際関係の中で性交がなされていることについて否定しなかったが、その交際が真摯なものであって社会的に相当なものではないことを根拠に「淫行」を肯定している。そして、交際が真摯なものであって社会的に相当なものといえるか否かを判断するにあたって様々な事情を挙げているが、これらは大きく分けて 2

つの要素に分けられると考えられる。

1つ目の要素は、本件性交当時、被告人は少なくともかつては被告人自身が結婚を意識していた交際相手と同居していたにもかかわらず、被害児童との交際あるいは性交を継続していたという事情に見られるように、二重交際の下で被害児童を相手に性交・性交類宇治行為を行ったという要素である。

2つ目の要素は、被告人は、同居する交際相手や被害児童の保護者に対して、被害児童との間で性交に至り、これを継続していることを一切明らかにせず、被害児童と交際していることおよび性交の事実が明るみになった際にも虚偽の弁解を行い、同児童に対しても、被告人との性交等につき折に触れて他言を禁ずるよう持ちかけ、メールアドレスの変更やメールデータの消去を指示したという事情に見られるように、被害児童との交際関係あるいは性交があったことを秘匿しようとする要素である。

⑵平成 10 年決定以降の裁判例で肯定された「淫行」

性交以外の行為で「淫行」が認められた裁判例には3つのタイプがある。1つ目は、性器と口が接触する行為である。例えば、被害児童の陰部をなめる、または口淫する行為[142]、自身の陰茎を被害児童になめさせる、または、くわえさせる行為[143]である。2つ目は、着衣の中に手を差入れてその膣内に自己の手指を挿入する行為[144]のように、指を陰部に没入させる行為である。3つ目は、性器と手が触れる行為である。例えば、陰部を手指で弄び、被告人の陰茎を手淫させる行為[145]、陰部を手指で触る行為[146]、陰茎を手淫する行為[147]である。

２.「させる行為」

⑴平成 28 年決定以前の学説

①西田(2000)の見解

平成10年決定で二者関係型が肯定されたことによって生じる問題を指摘した上で、将来的には二者関係型においても児童淫行罪が運用されることを前提に、いかなる場合に「させ

---

142 福岡地判小倉支判令和3年9月22日 LLI/DB L07650999。同旨の裁判例として大阪高判令和3年2月22日 LLI/DB L07620092、大阪地判令和元年6月25日 LLI/DB L07451561、横浜地判平成29年12月20日 LLI/DB L07251017。

143 福岡地判小倉支判令和3年9月22日 LLI/DB L07650999。同旨の裁判例として、高松地判令和2年9月17日 LEX/DB25568925、千葉地判平成31年3月28日 LLI/DB L07450492、岐阜地判平成30年7月5日 LEX/DB25561250、福岡地小倉支判令和元年12月3日 LEX/DB25564706。

144 熊本地判令和3年5月20日 LEX/DB25590109。同様の事例として、大津地判令和3年4月22日 D1-Law.com28292087。

145 岐阜地判大垣支令和3年3月3日 LLI/DB L07650317。

146 佐賀地判令和3年3月11日 LLI/DB L07650287。

147 秋田地判令和元年7月10日 LEX/DB25564123。

る行為」が肯定されるべきかを論じた最初期の学説として西田(2000)[148]がある。西田(2000)は「させる行為」について次のような趣旨の指摘をする[149]。

昭和 40 年決定は、「させる行為」は「直接たると間接たるとを問わず児童に対して事実上の影響力を及ぼして児童が淫行をなすことを助長し促進する行為をも包含する」としたところ、平成 10 年決定以前の三者関係型の裁判例を検討すると、芸妓置屋とそこで働く芸妓（昭和 40 年決定）や飲食店の経営者と住み込みで働く従業員（昭和 30 年判決）のように、雇用関係や身分関係などにより事実上の支配関係が認められる場合だけではなく、知り合いの近所の児童に淫行の相手方を紹介し淫行の場所を提供する行為（鳥取家判昭和 36 年 10 月 3 日家月 14 巻 1 号 149 頁）や、児童から売春の相手方を紹介してほしい旨を依頼され相手方を紹介する行為（昭和 54 年名古屋高判）のように、支配的・強制的要素が全く認められない単なる売春の周旋行為のような場合も、事実上の影響力を有する行為として「させる行為」が肯定されたことを考慮すると、かつては、児童がなす淫行と事実上の因果関係を有する行為であれば「させる行為」を肯定していたと理解すべきである。

このような前提の下、平成 10 年決定においては、二者関係型についても児童淫行罪が成立しうるという解釈が示されたところ、平成 11 年（1999 年）における児童買春処罰法の制定に伴い、児童淫行罪の成立範囲は三者関係型についても二者関係型についても、より限定的に解釈されるべきである。すなわち、児童買春処罰法においては児童買春を周旋する行為について児童買春周旋罪（同法 5 条）が規定されているが、その法定刑が児童淫行罪より軽い[150]ことを考慮すると、単に児童の淫行を周旋する行為については児童買春周旋罪が成立する関係上、「させる行為」が否定されると理解するべきである。また、同法においては児童買春する行為について児童買春罪（同法 4 条）が規定されているが、その法定刑が児童淫行罪よりも軽い[151]ことを考慮すると、対償の供与・約束を伴って児童の性交の相手方となる行為については児童買春罪が成立する関係上、それだけでは「させる行為」が否定されると理解するべきである。

このように、児童福祉法における児童淫行罪の法定刑の重さや、児童買春処罰法との役割分担を考慮するならば、児童淫行罪における「させる行為」は「させる」という文言の使役的要素を重視して雇用関係、身分関係、親子関係などにより児童に対してある程度支配的・強制的な関係を有する場合に限定して解釈されるべきである。特に、単純に児童の淫行の相手方となる行為は、児童に対する優越的地位の利用、児童の困窮状態の利用など、何らかの支配関係が成立している場合に限定するべきであって、それ以外の場合は児童買春処罰法の範囲でのみ処罰されると解すべきである。

148 西田・前掲注(127)291 頁以下。
149 西田・前掲注(127)303 頁以下。
150 制定当初は 3 年以下の懲役または 300 万円以下の罰金だったが、平成 16 年改正により、5 年以下の懲役または 500 万円以下の罰金となった。
151 制定当初は 3 年以下の懲役または 100 万円以下の罰金だったが、平成 16 年改正により、5 年以下の懲役または 300 万円以下の罰金となった。

昭和 40 年決定当時の理解では、被告人が「現に児童を教育監護する」立場にある場合には「事実上の影響力」の程度が強いことを根拠に、強制・教唆的行為のみならず、幇助的行為や、阻止せず黙認するといった不作為的行為をなした場合にも「させる行為」が肯定され、さらに被告人が「現に児童を教育監護する」立場にはない場合でも、行為者が児童に対して強制あるいは教唆的行為をすることによって淫行の意思を生じさせた場合には助長促進行為の程度が強いことを根拠に「させる行為」が肯定される、という理解だったが、その後、裁判例・学説においては、「事実上の影響力」が緩やかに理解されるようになり、機会提供事例のような事例についても児童淫行罪が成立するようになった。

このように、(「助長促進行為」が「させる行為」を限定するブレーキの役割を果たさない場合に)「させる行為」を限定するブレーキの要素を果たすはずの「事実上の影響力」の重要度が低下してしまったのは、なぜ「させる行為」を限定的に理解しなければならないのかというそもそもの問題を裁判例・学説が看過してしまったからであるように思われる。

この疑問に対して、西田(2000)は、児童買春処罰法上の罪と児童淫行罪は択一的に成立するという前提に立った上で、児童淫行罪が児童買春処罰法上の罪よりも法定刑が重いことを考慮すると、「させる行為」とは、児童淫行罪の法定刑に対応する重い不法性を担保する成立要件であることを根拠に「させる行為」が限定的に理解されるべきであることを示した上で、「事実上の影響力」を限定的に解釈することで「させる行為」を限定的に理解しようとしたと考えられる。

このように、西田(2000)は、「事実上の影響力」の部分に改めて「させる行為」を限定するブレーキの役割を与えることで「させる行為」を限定的に理解し、それによって、児童淫行罪の法定刑に対応する重い不法性を担保しようとしたことに意義が認められる。以降の「させる行為」を限定的に理解しようとする学説も、西田(2000)が示した基本方針に沿うものであるといえる。

しかし、「事実上の影響力」が「支配関係」に限定されるという点については、「支配」には様々なレベルが存在するため、必ずしも明らかではないように思われる。ここで西田(2000)における「支配関係」の理解については「支配」のレベルの異なる 2 つの理解が考えられる。すなわち、1 つは、「「させる行為」は…雇用関係、身分関係、親子関係などにより児童に対してある程度支配的・強制的な関係を有する場合に限定」すべきであると述べていることを考慮し、「支配関係」を雇用関係・身分関係[152]・親子関係と結びついた関係性に限定する理解であり、もう 1 つは、「支配関係」を単なる上下関係と緩やかに理解した上で、西田(2000)が児童淫行罪と児童買春処罰法上の罪は択一的に成立すべきであると述べていることを考慮し、売春・買春の関係性（金銭授受関係）しかない場合については、上下関係がないとして「支配関係」を否定する理解である。

---

152 「身分関係」という言葉それ自体は、親族関係とも単なる地位上の上下関係とも理解することが可能であるところ、「身分関係」の理解の相違と①と②の理解の相違は同根のものであるといえる。

まず、「支配関係」を前者のように理解するならば、西田(2000)が三者関係型における「雇用関係や身分関係などにより事実上の支配関係が認められる」場合として昭和 40 年決定や昭和 30 年判決を挙げていることを考慮すると、「支配関係」が認められる場合とは、被告人に「現に児童を教育監護する」立場が認められる場合であると理解される。したがって、前者のような理解では、二者関係型においても「現に児童を教育監護する」立場にある者、具体的には狭義の保護者（親権者・未成年後見人）や売春業者と同等の搾取的地位が認められる者が児童の淫行の相手方となった場合に限定して「させる行為」が肯定されることになると考えられる。しかし、西田(2000)は「教師と生徒という一種の支配服従関係の利用」があることを根拠に「させる行為」を認めた平成 10 年決定を是認しており、教師・生徒の関係にあることそれ自体をもって直ちに「支配関係」を認めている。西田(2000)は、平成 10 年決定には昭和 30 年判決や昭和 40 年決定と同様の「支配関係」が認められると理解しているように思われるが、従来、「現に児童を教育監護する」立場は、それが狭義の保護者ではない場合には、被害児童の生活と生計を掌握する程度に強固な支配関係が認められる場合に限定されており、昭和 30 年判決や昭和 40 年決定の事案も現にそのような場合であったが、平成 10 年決定において被告人は被害児童の教師であったところ、教師は通常、そのどちらでもないように思われる。したがって、「支配関係」を前者のように理解すると、平成 10 年決定を昭和 30 年判決や昭和 40 年決定と「支配関係」の点で同視している点、具体的には「現に児童を教育監護する」立場に教師を含めている点に根拠がなく、妥当ではないように思われる。

次に、「支配関係」を後者のように理解するならば、教師・生徒関係も地位上の上下関係であるため「支配関係」が認められることになる。この点で、前者の問題点は払拭されているが、「支配関係」を後者のように理解した場合、その範囲が非常に広くなる可能性がある。

まず、金銭授受関係も金銭を受け取る側よりも金銭を与える側の方が上の立場であるようにも思われるが、なぜ、この場合には上下関係が認められないのか、その根拠が不明である。また、児童淫行罪の主体については限定がなく解釈上は児童も「淫行させる」主体となりうるが、児童福祉法が（旧）児童虐待防止法の事実上の改正法であるという沿革からみてもその運用上においても、「淫行させる」主体は成人（18 歳以上の者）が想定されていると考えられる。このとき、児童の方が大人よりも年齢の点で劣っているという点や児童は心身が未成熟であって容易に他者に支配されやすい脆弱な存在である点を考慮すると、大人と児童という関係性（大人・子供の関係性）自体に既に上下関係があると捉えることも可能であるように思われる。このように「支配関係」を上下関係と理解した場合には、教師・生徒間は「支配関係」に含まれ、金銭授受関係や大人・子供の関係は「支配関係」に含まれないのかという点を説明できず、「上下関係」の有無が恣意的に判断されるおそれがある点で妥当ではないように思われる。

以上のように、西田(2000)は、「事実上の影響力」に着目して「させる行為」を限定的に理解しようとした点については意義が認められるが、いかなる場合に「事実上の影響力」を

認めるべきかについてはなお、問題を残したといえる。

②芥川（2012）[153]の見解

芥川(2012)は東京高判平成22年8月3日高刑集63巻2号1頁における判例評釈の中で、いかなる場合に「させる行為」が肯定されるべきかという問題について、西田(2000)とは異なる見解を示している。芥川(2012)は次のような趣旨の指摘をする[154]。

本来、性行動は相手方と関わり合いながら自律的に判断して行われるべき行為であることからすると、児童が自律的に判断して性行動を行っている場合には、児童の健全育成の阻害が認められず、児童の健全育成を保護法益とする児童淫行罪は成立しない。

この観点から三者関係型・二者関係型それぞれの児童淫行罪を分析すると、行為者が被害児童に働きかけて第三者と淫行に及ぶことを決意させ、淫行に及ばせるという三者関係型の場合、被害児童は性行動に際して自律的な判断を行う機会を失っており、今後の性行動についても他律に委ねる傾向を生じさせるおそれがあるため、児童の健全育成を阻害する高度の危険性が存在する。これに対し、行為者を相手方として児童が性行動を行うという二者関係型の場合、被害児童が性行動に際して自律的な判断を行っている余地がなお存在するため、児童の健全育成を阻害する高度の危険性が認められるためには、さらなる要件が必要となる。

このさらなる要件に関して、第1に、自由意思が害された下では、被害児童は性行動に際して自律的な判断が困難であるため、被害児童がそのような状態の下で性行動を行うと児童の健全育成を阻害する高度の危険性が認められていること、第2に、確かに、従来の裁判例は児童淫行罪の成否を判断するにあたって「事実上の支配」や「積極的な行為」に着目しているが、これは淫行に及ぶか否かに関する被害児童の自由意思を害する方法の典型例に過ぎないこと、第3に、一方で、自由意思の侵害を（旧）強姦罪・強制わいせつ罪における程度と同等なものを要するとすれば、児童淫行罪の意義が失われること、第4に、三者関係型においては自律的な判断の機会が失われていることに児童淫行罪の不法内容が見いだされること、を考慮すると、二者関係型においては、被告人の働きかけの如何ではなく、淫行が児童の自律的な判断によるものではないという程度に自由意思が侵害されている場合に児童の健全育成を阻害する高度の危険性を認めるべきである。

したがって、淫行が児童の自律的な判断によるものではないという程度に被害児童の自由意思が侵害されている場合に児童淫行罪を成立させるべきである。これに対し、児童買春処罰法4条の罪（児童買春罪）および条例上の淫行罪は、被害児童の自律的な判断があるこ

153 芥川正洋「児童福祉法34条1項6項にいう「児童に淫行をさせる行為」の意義」法時84巻（2012年）4号114頁以下（以下、「芥川（法時）」とする）。同旨の文献として、芥川正洋「児童福祉法34条1項6項にいう「児童に淫行をさせる行為」の意義」高橋則夫＝松原芳博『判例特別刑法 第2集』（日本評論社、2015年）388頁以下。

154 芥川（法時）・前掲注(153)116頁。

とを前提としており、前者は対償の供与またはその供与の約束、後者は「誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等」という不当な手段によって、それぞれ被害児童の自律的な判断が歪められることによって、成立する。

芥川(2012)は、主張④「淫行が児童の自律的な判断によるものではないという程度に被害児童の自由意思が侵害されている」場合に児童淫行罪を成立させるべきであるとしているが、その前提においては、主張①二者関係型と三者関係型を分けて検討した上で、二者関係型についてはさらなる要件が必要となること、主張②児童淫行罪の成否を判断するにあたっては被害児童が淫行に対して消極的だったにもかかわらず、結果的に淫行に応じたという心理状態に着目するべきであること、主張③児童淫行罪の成否の基準を被告人の助長促進行為に求めるべきではなく、より直接的に被害児童の心理状態に求めるべきであること、が主張されている。

まずは、主張③について検討する。芥川(2012)の判例評釈の対象となった東京高判平成 22 年 8 月 3 日高刑集 63 巻 2 号 1 頁は、養父である被告人が養女である被害児童をして自身を相手に性交させたという事例につき、「本件性交の際、被害児童は、養父である被告人から性交されることについて抵抗したり、実母に相談したりすることすらできない心理状態にあったものであり、被告人もこのような事情を認識していたものといい得る。そうすると、被告人は、養父である立場を積極的に利用して被害児童と性交したものであり、本件性交は…「淫行させる行為」に該当する」として本罪の成立を認めたというものであった。確かに、同裁判例においては、被告人から性交されることについて抵抗したり、実母に相談したりすることができない心理状態にある被害児童を相手として被告人が淫行したことを根拠に「淫行させる行為」が肯定されており[155]、このような判断方法は被害児童の心理状態を児童淫行罪の成否の基準とする主張③と親和的である。

しかし、児童の淫行に対する行為者の助長促進行為を根拠として「させる行為」を肯定していた従来の理解とは異なり、主張③は、自由意思が侵害された心理状態にある被害児童を相手として行為者が淫行する行為に「させる行為」を肯定する構造になっており[156]、行為者が淫行する行為そのものに「させる行為」を肯定することが可能かという問題に直面するように思われる。

児童淫行罪は、（その強弱については措くとしても）行為者が被害児童に対して淫行するように助長促進行為を行い、その助長促進行為の結果として児童が淫行する犯罪であると

155 本事例においては、本件性交がなされる前から被告人は被害児童に対して暴力をふるい、または、被害児童に陰茎を見せ、被害児童の胸や陰部等を触り、被害児童と性交するなどの性的虐待を行っていたことが事実関係として認められており、このような事実関係に基づき、被告人が「養父である立場を積極的に利用」したことで、被害児童が被告人と淫行するに至ったと結論づけることも可能であるように思われる。

156 芥川（法時）・前掲注(153)115 頁以下は、いかなる場合に児童淫行罪を成立させるべきかという観点から議論を進めており、その議論と「させる行為」の意義の対応関係を明らかにしていない。

いう理解が当然の前提とされていたと考えられる[157]。この理解においては、まず先行して、行為者による「(淫行) させる行為」＝助長促進行為があり、その後、児童による「淫行（する行為)」があると理解されることになるため、あくまでも児童が「淫行（する行為)」と行為者が「(淫行) させる行為」は分けて論じられなければならないと考えられる。これは、「(さ) せる」という文言が使役表現であることにその根拠があり[158]、三者関係型であっても二者関係型を認めた場合であっても、この前提は堅持されるべきであると考えられる。

一方で主張③は、二者関係型においてはどのような基準で児童淫行罪の成立範囲を限定するべきかという観点から議論を進めており、その中では、どのような場合に行為者が児童を相手として淫行する行為に「淫行させる行為」が肯定されるかという問題提起を行っている。しかし、このような問題提起自体が「(さ) せる」が使役表現であることの解釈の枠を超えたものであって、文理解釈上、無理があるように思われる。

したがって、主張③については失当であるように思われる。

次に、芥川(2012)の結論である主張④について検討する。仮に「淫行させる行為」に「淫行する行為」を含めるという主張③が刑法上の解釈として許容されるとしても、主張④に従って児童淫行罪の成否を判断することは非常に困難であるように思われる。例えば、被害児童が積極的に淫行を求めてきた場合に「淫行が被害児童の自律的な判断によるものではないという程度の自由意思の侵害」が認められるかが不明である。この点については芥川(2012)の中で必ずしも明らかにされているとはいえないため、主張④を 2 つの見解に仮定的に分けて理解する。

まず、芥川(2012)が、性行動の際に相手方との関わり合いに基づく自律的な判断を行う機会が失われた経験をしたことで、児童淫行罪の保護法益である児童の健全育成が高度に阻害される、と指摘していることを考慮すると、児童の側から積極的に淫行を求めてきた場合であっても、行為者の行為と被害児童の意思決定に因果性が認められた場合には、なお「淫行が被害児童の自律的な判断によるものではないという程度の自由意思の侵害」があるとして、「淫行させる行為」を肯定するという理解が考えられる。

確かに、三者関係型における機会提供事例は、まさに既に淫行を決意しており、行為者に対して淫行の相手方をあっせんするように求めたという事例であって、児童の側から積極的に性交を求めてきた場合であるといえるが、機会提供事例について児童に対して淫行をあっせんしたことを根拠に「淫行させる行為」を肯定した昭和 54 年名古屋高判があり、また、教師が教え子たる被害児童と淫行に至ったという二者関係型の事例について、どちらが積極的に淫行を求めたかについては事実関係上明らかではないとしつつも、教師・生徒の関

---

157 小泉・前掲注(62)40 頁以下。そのため、行為者が「させる行為」をした場合であっても実際に児童が第三者を相手として淫行しなかった場合は、児童淫行罪は成立しないことになる。

158 例えば、「母親が息子に勉強させた」という文においては、勉強するのはあくまでも息子であり、「母親が勉強する」ことを決して意味しない。

係にあることを根拠として「淫行させる行為」を肯定する裁判例があるが[159]、これらの裁判例は肯定説に親和的であるといえる。

他方、芥川(2012)は児童淫行罪が成立しない場合であってもなお、行為者が「「誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等」という不当な手段によって、それぞれ被害児童の自律的な判断を歪めた上で児童と淫行する」場合には条例上の淫行罪が成立すると述べている。しかし、このような不当な手段によって被害児童と淫行に至った場合には、まさに行為者の行為と被害児童の意思決定に因果性が認められると思われるが、それにもかかわらず、児童淫行罪が成立せず、それよりも法定刑の軽い条例上の淫行罪しか成立しない根拠が不明である[160]。

次に、芥川(2012)が、行為者と被害児童に雇用関係が認められる事例について、児童の側から積極的に性交を求めてきたことを根拠に本罪の成立を否定した裁判例[161]を挙げていることを考慮すると、児童の側から積極的に淫行を求めてきた場合には「淫行が被害児童の自律的な判断によるものではないという程度の自由意思の侵害」はないとして「淫行させる行為」を否定するという理解が考えられる。

この理解では、被害児童が積極的に淫行を求めてきたが、「淫行をする」という意思決定が被害児童自身の自由な思考の下で判断されたものではないという場合こそが「(自律的判断によるものであるが、なお) 自律的判断が歪められた場合」であるとして、条例上の淫行罪が成立すると理解することが可能であり、児童淫行罪と条例上の淫行罪を成立範囲の限界を示すことが一応可能である。しかし、児童の側から積極的に性交を求めてきた場合であってもなお、淫行について「自律的な判断」があるとはいえない場合があり、そのような場合であっても一律に児童淫行罪が否定されるという点で妥当でないように思われる。例えば、母親の交際相手（養父）が母親の実子を相手として淫行したが、児童の側に恋愛感情があり、積極的に性交を求めてきたという事例について、この理解からは児童淫行罪が成立しないことになるが、養子に対する養父の影響力を考慮すると、「恋愛感情があり、積極的に性交を求めてきた」という行為は、養父が養子を誘惑した上で積極的に性交を求めるように誘導した可能性も考えられ、性交が「自律的な判断」によるものかという観点からは、なお疑問が残るように思われる。このように、被害児童が積極的に淫行を求めてきた場合であっても、それが、行為者が被害児童を巧妙に誘導した結果である場合には、児童の健全育成を阻害するという観点においては被害児童が淫行に消極的な場合と異ならないと思われるに

159 東京高判平成 21 年 9 月 14 日 LEX/DB25463513（原判決：東京家判平成 21 年 3 月 9 日 LEX/DB25463512）。

160 なお、芥川(2012)と異なり、児童買春罪や条例上の淫行罪を「自律的判断が歪められた場合」と理解するのではなく、児童が自律的な判断に基づいて淫行する場合のうち、児童買春罪は性的行為の対価として児童に金銭を供与したことを根拠として処罰する犯罪、条例上の淫行罪は、行為者が専ら性欲を満たすための性的行為がなされたことを根拠として処罰する犯罪と理解した場合には、児童淫行罪と条例上の淫行罪・児童買春罪とを区別することは一応可能であるように思われる。

161 大阪家判平成 17 年 1 月 11 日家月 59 巻 6 号 61 頁。

もかかわらず、児童淫行罪よりも法定刑の軽い条例上の淫行罪で処罰される根拠を説明することができないように思われる。

さらに、当初は被害児童が淫行に対して消極的であった段階では「自律的な判断が失われた場合」として児童淫行罪が成立するが、徐々に恋愛感情が湧き、途中から児童の側から積極的に性交を求めてきた段階においては、「(自律的判断によるものであるが、なお) 自律的判断が歪められた場合」として条例上の淫行罪しか成立しないのではないかと考えられるが、児童の健全育成という法益が長期的・累積的に侵害される性質を持つことを考慮すると、最初に児童を相手方に淫行した場合には児童淫行罪が成立するにもかかわらず、その後複数回淫行した場合には、児童淫行罪よりも法定刑の軽い条例上の淫行罪しか成立しえないという帰結が生じうる点で妥当ではないと考えられる。

このように、主張④をどちらの見解から理解したとしても、被害児童が積極的に淫行を求めてきた場合における児童淫行罪の成否について矛盾が生じてしまうように思われる。

一方で、主張①・②については、後の平成 28 年決定の調査官解説である馬渡解説(2019)[162]に大きな影響を及ぼしている。すなわち、馬渡解説(2019)は芥川(2012)を引用しつつ、昭和 40 年決定における「事実上の影響力」の部分を「児童の意思決定に対する影響力」と理解した上で、昭和 40 年決定においては、「させる行為」について、助長促進行為のみならず、児童の意思決定に対する影響力についても検討することが求められていたと解される[163]、と述べており、昭和 40 年決定で示された「させる行為」の意義に主張②を組み込んで理解する。

すなわち、馬渡解説(2019)は「事実上の影響力」を「児童の意思決定に対する影響力」と理解した上で、被害児童が淫行に消極的であったにもかかわらず、淫行に応じたという心理状態に至ったか否かという基準で「事実上の影響力」の有無を判断し、そのような心理状態にあることを利用して淫行に至ったか否かという基準で「助長促進行為」の有無を判断しているように思われる（以下、「させる行為」を判断するにあたって、被害児童が淫行に消極的であったにもかかわらず、淫行に応じたという心理状態に至ったか否かを考慮する見解を「馬渡説」とする[164])。

その上で、三者関係型の場合には、本来は二者間の交渉においてなされるべき性行動に係る判断過程に、第三者が関わってくるということ自体が、児童の性行動に係る判断の自律性を一般的に歪める行為であることから、緩やかな助長・促進行為しかなく、児童の自発的意思があったとしても、児童の意思決定に「事実上の影響力」を及ぼしたものとして「させる行為」が肯定されやすいが、一方で二者関係型の場合、淫行を助長促進する行為だけでは児

---

162 馬渡香津子「判解（平成 28 年決定)」最判解刑事篇平成 28 年度（2019 年）102 頁以下。

163 馬渡・前掲注(162)123 頁。

164 すなわち、馬渡(2019)においては、被害児童が淫行に対して消極的であったにもかかわらず、結果的に淫行に応じた、という事情は被告人による「事実上の影響力」があったことを推認させる事情として理解することになる。

童の自律性が直ちに歪められているとは限られないから、「させる行為」が肯定されるか否かを判断するためには、その助長促進行為がどのようなものであったかや、児童の意思決定に及ぼされた事実上の影響力がどのようなものであったかを個別に検討する必要が生じてくる[165]、と述べた上で、二者関係型では三者関係型に比べてプラスアルファの要素が必要になってくる[166]、と述べており、主張①と同様の理解を示している。

以上のように、芥川(2012)は、児童淫行罪の保護法益に着目した上で、児童淫行罪が「健全育成」という将来に渉る長期的な利益が累積的に侵害されることを保護する犯罪であることを指摘した点、および、二者関係型と三者関係型を分けて検討した上で、二者関係型についてはさらなる要件が必要となると述べた点（主張①）と、児童淫行罪の成否を判断するにあたっては被害児童が淫行に消極的であったにもかかわらず、淫行に応じたという心理状態に至ったか否かに着目するべきであると述べた点（主張②）については、後の学説にも影響を及ぼしているが、児童淫行罪の成否の基準を被告人の助長促進行為に求めるべきではなく、より直接的に被害者の心理状態に求めるべきであるとした点（主張③）についてはその方法論自体に問題があり、かつ、「淫行が児童の自律的な判断によるものではないという程度に被害児童の自由意思が侵害されている」場合に児童淫行罪を成立させるべきであるとした点（主張④）については、児童淫行罪と条例上の淫行罪の適用関係の観点から矛盾が生じていており、妥当ではないように思われる。

⑵平成 28 年決定[167]

平成 10 年決定に続く最高裁判決として平成 28 年決定があるところ、同決定は「淫行」および「させる行為」に関する判断を示した点で注目される。

平成 28 年決定は高校の常勤講師を務めていた被告人（28 歳）が、同高校に通学していた被害児童（16 歳）に対し、2 度にわたり自己を相手に性交せしめたことについて児童淫行罪で起訴されたという事案であり[168]、同決定は「淫行」について、「児童福祉法 34 条 1 項 6 号にいう「淫行」とは、同法の趣旨（同法 1 条）に照らし、児童の心身の健全な育成を阻

---

165 馬渡・前掲注(162)123 頁。

166 馬渡・前掲注(162)125 頁。なお、馬渡・前掲注(162)は、西田・前掲注(127)305 頁や深町（西田献呈）・後掲注(173)328 頁を引用した上で、支配関係が成立している場合や保護責任者的地位（原文ママ）を利用した場合に「させる行為」を限定する見解が存在すると述べるが、その関係や地位の有無を「させる行為」の基準とすることについては消極的である。

167 平成 28 年決定の判例評釈として、上原龍「判批」警論 69 巻 10 号（2016 年）162 頁以下、嘉門優「判批」刑ジャ 51 号（2017 年）125 頁以下、栗原一紘「判批」警公 71 巻 10 号（2016 年）87 頁以下、豊田兼彦「判批」法セ 741 号（2016 年）115 頁、松本朗「判批」研修 820 号（2016 年）15 頁以下、石井徹哉「判批」ジュリ 1505 号（2017 年）182 頁以下、佐野文彦「判批」論究ジュリ 22 号（2017 年）229 頁以下、永井善之「判批」新・判例解説 Watch 21 号（2017 年）185 頁以下がある。

168 事案の詳しい検討および第 1 審の検討については、続く「裁判例の検討」の項で詳述する。

害するおそれがあると認められる性交又はこれに準ずる性交類似行為をいうと解するのが相当であり、児童を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような者を相手とする性交又はこれに準ずる性交類似行為は、児童淫行罪における「淫行」に含まれる。」と述べた。そして「させる行為」については、「同号にいう「させる行為」とは、直接たると間接たるとを問わず児童に対して事実上の影響力を及ぼして児童が淫行をなすことを助長し促進する行為をいう」として昭和 40 年決定を参照した上で、「そのような行為に当たるか否かは、行為者と児童の関係、助長・促進行為の内容及び児童の意思決定に対する影響の程度、淫行の内容及び淫行に至る動機・経緯、児童の年齢、その他当該児童の置かれていた具体的状況を総合考慮して判断するのが相当である。」と述べた。

その上で、「これを本件についてみると、原判決が是認する第 1 審判決が認定した事実によれば、同判示第 1 及び第 2 の各性交は、被害児童（当時 16 歳）を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような者を相手とする性交であり、同児童が通う高等学校の常勤講師である被告人は、校内の場所を利用するなどして同児童との性的接触を開始し、ほどなく同児童と共にホテルに入室して性交に及んでいることが認められる。このような事実関係の下では、被告人は、単に同児童の淫行の相手方となったにとどまらず、同児童に対して事実上の影響力を及ぼして同児童が淫行をなすことを助長し促進する行為をしたと認められる。したがって、被告人の行為は、同号にいう「児童に淫行をさせる行為」に当たり、同号違反の罪の成立を認めた原判断は、結論において正当である。」と述べて、児童淫行罪の成立を肯定した。

平成 28 年決定は、「させる行為」を判断するにあたっては「事実上の影響力」を児童に及ぼしているか否か、児童が淫行をすることを助長促進する行為か否か、という 2 つの観点から判断すべきであることを前提とした上で、「させる行為」を判断する際にキーポイントとなる具体的判断要素を列挙し、それらの判断要素を総合考慮することで「させる行為」を判断すべき、という「させる行為」の判断方法を示したといえる[169]。

この判示は、児童淫行罪を成立させた裁判例の集積を踏まえたものであり、これまでの裁判実務における児童淫行罪の運用と反するものではないと考えられる[170]。しかし、平成 28 年決定は個々の判断要素を並列的に列挙するにとどまっているために、どの具体的事実関係がどの判断要素の中で考慮されるのかという点、個々の判断要素がどのような位置づけ・関係性にあるのかという点については明らかになっておらず、「させる行為」の判断基準および判断方法が具体的に示されたとはいえないという批判[171]、また、このような総合考慮的な判断では、本来、児童買春罪や条例上の淫行罪とされるような事例についても、「させる行為」が肯定されるおそれがあり、これらの犯罪との適用関係の問題も解決されていないと

169 馬渡・前掲注(162)126 頁以下。
170 馬渡・前掲注(162) 126 頁、上原 171 頁。
171 深町（西田献呈）・後掲注(173)327 頁以下、樋口亮介「性犯罪の主要事実確定基準としての刑法解釈」法時 88 巻 11 号（2016 年）91 頁、鎮目・後掲注(184)69 頁。

いう批判があり[172]、これらの批判は正当であるように思われる。

⑶深町(2017)の見解

平成 28 年決定以降の学説のうち、「させる行為」の判断基準を明確に示した学説として深町(2017)[173]がある。深町(2017)は、ドイツ語圏各国における児童に対する性犯罪を検討・分析した上で、児童淫行罪について次のような趣旨の指摘をする。

> 三者関係型の場合には第三者たる行為者が仲介・介在することで、児童の淫行を促進・助長する程度の影響力を及ぼせば「させる行為」は認められるとされてきたが、二者関係型の場合は、二者間で性関係を構築することそれ自体は通常の性関係である以上、なお被害児童の心身に有害な影響を及ぼすような具体的事情がある場合に「させる行為」を限定するべきである。その具体的事情については、本罪よりも類型的に軽い児童買春罪との区別が可能となるような本罪独自の不法性は何かという観点から、児童の心身の健全な発展を害する危険性が高いといえるだけの事情をより明確化・類型化する必要がある。
>
> そのような観点から見ると、平成 28 年決定を含めたそれ以前の判例・裁判例と同様に、行為者が被害児童の心身の健全な発展に重要な役割を果たす地位、いわば「当該被害児童の健全な成長を見守る保護責任者的な立場」にある場合に本罪の成立を限定するべきである。なぜなら、本罪の保護法益の中心が児童の健全育成であることに鑑みれば、行為者がそのような立場にある場合には、行為者が自己の立場を利用して、被害児童との関係を性的関係に転化させ、いわば当該児童を「裏切る」ことで、被害児童が自律的に性的関係を形成する能力を発展することを妨げ、ひいては当該児童の性的な健全育成を大きく妨げる危険性が存在するためである。具体的には、①親子・養親子関係や教師と教え子の関係といった児童の全人格の形成に関わる一定の依存関係（生活依存や教育上の依存関係）が存在し、かつ②当該関係を利用して淫行に至っている場合には、児童の意思決定に対して事実上の影響力を行使しているものとして、本罪の「淫行をさせる行為」を肯定すべきである。

深町(2017)を昭和 40 年決定における「させる行為」の意義に即して理解すると、「事実上の影響力」の部分と「助長促進行為」の部分に分けた上で、「事実上の影響力」を被告人と被害児童に生活依存や教育上の依存関係のような全人格の形成に関わる一定の依存関係が存在する場合に限定的に理解し、「助長促進行為」については、その関係性を利用する行為[174]と理解することになると考えられる。このとき、深町(2017)は、そのような一定の依存関

---

172 深町（西田献呈）・後掲注(173)328 頁、石井・前掲注(167)183 頁。

173 深町晋也「児童に対する性犯罪について」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017 年）305 頁以下（以下、「深町（西田献呈）」とする）。さらに、深町晋也「児童に対する性犯罪規定を巡る現状と課題」法時 88 巻 11 号（2016 年）73 頁以下（以下。「深町（法時）」とする）、深町晋也「家庭内における児童に対する性的虐待の刑法的規律」立教 97 号（2018 年）93 頁以下（以下、「深町（立教）」とする）、深町晋也『家族と刑法』（有斐閣、2021 年）32 頁以下（以下、「深町（家族）」とする）。

174 深町説は、全人格の形成に関わるような依存関係が認められるが、その依存関係の利

係が認められる場合、被告人には保護責任者的立場が認められると述べている（以下、行為者が保護責任者的立場にある場合に限定して「させる行為」を肯定する見解を「深町説」[175]とする）ところ、このように一定の立場に着目して「させる行為」を限定しようとする点は、「現に児童を教育監護する」立場に着目して「させる行為」を判断した昭和 40 年決定当時の理解と共通するものと考えられる。

確かに、平成 10 年決定以降における二者関係型の裁判例を分析すると、児童淫行罪を成立させた裁判例の多くが、被告人と被害児童が親子・養親子関係または教師とその教え子の関係にあるという事案であり、このような裁判例の傾向は、被告人が保護責任者的立場にある場合に限定して「させる行為」を肯定すべきとする深町説に親和的であるといえる。さらに、二者関係型の裁判例の中には、深町説に親和的な判断方法を示した上で「させる行為」を肯定する裁判例が何件か存在する（この点については、後述する第 7 項 2⑷で詳述する）。

深町説においては、被告人がどのような地位にある場合に「保護責任者的立場」が認められるかという問題がある。

「現に児童を教育監護する」立場に着目して「させる行為」を限定しようとした昭和 40 年決定当時の理解においては、被告人が親権者・未成年後見人といった地位にある場合のほか、売春業者など搾取的地位にある場合に、「現に児童を教育監護する」立場が認められることになるが、深町説は主として、親・養親といった地位（以下、「保護者的地位」とする）にある場合や教師といった地位（以下、「指導者的地位」とする）にある場合を「保護責任者的立場」として想定しており、「現に児童を教育監護する」立場よりも「保護責任者的立場」が認められる範囲は広い。

「保護責任者的立場」に関して、深町(2017)は、「保護責任者的立場」にある者は、被害児童の心身の健全な発展に重要な役割を果たす地位にあり、被害児童の健全な成長を見守る立場にあって、この者と被害児童には、児童の全人格の形成に関わる一定の依存関係（生活依存や教育上の依存関係）が認められる、と説明している。

また、深町(2017)は、同説が自説の基礎に置くドイツ語圏における性犯罪では、「保護責任者的立場」を利用した類型と被害児童の困窮状態を利用した類型は、法定刑の上でほとん

用が認められないため「させる行為」とはいえない場合として、行為者と児童に学校の教師とその教え子という関係が認められるが、児童がその学校に入学する前から当該教師との間に恋愛関係が存在していた場合や、児童の保護に第 1 次的な責任を有する親の同意がある場合を挙げる。

175 深町説に親和的な見解として、永井・前掲注(167)188 頁は、両当事者が対等ではなく家庭や学校といった児童の生活の大半を占める継続的場面において行為者が相当程度の支配的地位にあり、児童はその生活維持を依存する立場にあるという不均衡な関係（継続的な支配的依存的関係性）がある場合に（ただし深町説とは異なり、三者関係型の場合にも）「させる行為」が限定されると述べる。同見解は、いかなる場合に「させる行為」が限定されるべきかという問題について非常に有用な視座を示しているように思われるが、継続的な支配的依存的関係性がある場合に「させる行為」が限定されるべきか、という点については、深町説と同様に、なお検討する必要があるように思われる。

ど差異がないことを指摘しつつ、児童淫行罪の保護法益の中心は児童の健全育成であることに鑑みれば、人格的な依存関係を利用し、いわば被害児童を「裏切る」ことによって性関係を形成することは、当該児童の性的な健全育成を大きく妨げる危険性がある一方で、困窮状態の利用は、経済的にひっ迫しているなどの理由により、真意に沿わない形での性的行為を強いられるという意味で、児童の性的自己決定に対する侵害は肯定されるが、こうした侵害はあくまでも当該性的行為の自由な決定が妨げられたという1回的な侵害にほかならず、児童淫行罪で前提とされている、児童の性的な健全育成に対する長期に渉る有害な影響といった観点とは大きく異なると述べ、被害児童の困窮状態を利用した場合はなお「させる行為」が否定されると述べる[176]。

その上で、行為者が被害児童の雇用者であるという類型については、行為者が、被害児童がバイトとして働くコンビニの店長であった場合、直ちに全人格の形成に関わるような依存関係を肯定することはできないが、住み込みなどで働く場合には依存関係が肯定される、と述べる。また、行為者が被害児童の教師であるという類型のうち、教え子が卒業した場合（後述する元教師事例）には、たとえ卒業後に人間的な交流が続いているとしても、そうした交流における関係は、学校のような制度的な依存状況を生じさせる場における依存関係とは異なるとして依存関係を否定する。[177]

また、被害児童を自宅などに連れ去った上で淫行に至る事例（後述する家出事例）については、基本的に依存関係を肯定することに消極的であると考えられるが、誘拐後そのまま被告人と被害児童が 1 か月程度生活を継続させた時点で淫行に至った場合[178]については、一定の生活関係を継続し、被害児童が被告人に経済的・精神的に依存する関係が成立したとして依存関係を例外的に肯定する[179]。

以上を考慮すると、深町説が想定する「保護責任者的立場」にある者とは、被害児童の心身の健全な発展や人格形成について責任を有している者と理解しているように思われる。より詳しく言うと、単に児童が生活上または教育上の観点から一時的にその者に対して生活上の依存や教育上の依存をしていることが認められるだけでは足りず、児童が継続的・類型的・制度的にその者に対して生活依存や教育上の依存をしているため、反射的にその者がその児童に対して生活あるいは教育における責任を持つ者であることが認められる場合に限定して「保護責任者的立場」を認めていると考えられる。

したがって、例えば、行為者が被害児童の塾講師・家庭教師であるという場合も、教師と同様に児童の教育に関わっていることを考慮すると、教師と同様の指導者的地位にある者として「保護責任者的立場」が認められるようにも思われるが、深町説によれば、継続的・類型的に児童の教育について責任を有していないため、塾講師・家庭教師には「保護責任者

176 深町（西田献呈）・前掲注(173)330 頁以下。
177 この段落について、深町（西田献呈）・前掲注(173)328 頁以下。
178 後掲する三重事件を指す。
179 深町（立教）・前掲注(173)96 頁。

的立場」が認められないと考えられる。他方で、行為者が職業上の上司や教師以外の指導者、例えば、行為者が被害児童のスポーツ指導者・音楽指導者・ダンス指導者等であって、単に技術・技能を教える関係性に留まる場合は「保護責任者的立場」が認められないように思われるが、住み込みで指導したり、指導が長時間・長期間に及んだりする場合などその児童の将来を左右するような地位[180]が認められる場合には、「保護責任者的立場」が認められると考えられる。

一方で、深町説は、教師という地位に基づく責任に着目するため、淫行時点で被害児童が通う学校に在籍する教師という地位にあれば「保護責任者的立場」は肯定されると考えられ、さらに、現に被害児童の担任・教科担任・部活動の顧問として、被害児童を教育的に指導する地位にあることまでは要求しないものと考えられる。現に、平成 28 年決定の事実関係も淫行時点で高校 2 年生の被害児童が高校 1 年生のとき、被告人が高校の常勤講師として授業を担当していたというものであり、被告人がかつて（現に在学している）被害児童の教科担任を担当していたという程度の関係性であっても「教師とその教え子」の関係性にある（＝教師事例である）と理解するのが深町説[181]のみならず、学説・裁判実務においても一般的であるように思われる。

深町説よりも児童淫行罪の成立を限定する見解として、学説には「保護責任者的立場」を親が子に対して有する監護権に引き付けて理解する見解が存在する。すなわち佐野(2017)[182]は、親は子の監護教育義務を負っており、その点で、一般人よりも加重された児童の健全育成義務を第一義的に負っていることを前提にすると、親が子を学校に通わせることでその義務履行が当該学校にも委ねられ、その構成員たる教師も具体的権限に関わらず、同様の義務を負うことになる、と述べる。この見解は、児童淫行罪の法定刑が重い根拠を子に対して親が有する監護教育義務の違反に求めた上で、その親が持つ監護教育義務を委ねられた者であれば、親と同様に一般人よりも重大な刑事責任を負わせることが可能であるとする見解である。しかし、売春業事例時代においては親が売春業者に子を引き渡すことで児童の義務履行を売春業者に委ねた場合のみならず、児童を売春業に従事させる売春業者であることをもって広く「現に児童を教育監護する」立場を認めており、従来の裁判実務の理解に反することになる。

このように、佐野(2017)の見解は「させる行為」を限定する基準としては疑問があるが、児童淫行罪の法定刑が重いという点から出発して謙抑的に児童淫行罪を理解する点[183]、被

---

180 「保護責任者的立場」が認められる「職業上の上司」としては、行為者と被害児童が大工における棟梁と弟子の関係にある場合などが考えられる。

181 例えば、深町（立教）・前掲注(173)94 頁。

182 佐野・前掲注(167)234 頁。

183 佐野(2017)も、親が一時的に子の生活や教育を委ねただけでは、「（親の持つ）監護教育義務」の委託を肯定しないと考えられるため、仮に佐野(2017)が「保護責任者的立場着目型」判断方法に限定して「させる行為」を肯定するならば、あらゆる家出事例について「監護教育義務」の委託を否定して「させる行為」を否定する以外については、深町説とほぼ同じ帰結になると考えられる。

告人が被害児童の教師という地位にある場合については、積極的に「させる行為」が肯定されるべき根拠を示した点については、目を向ける必要があると考えられる。

⑷二者関係型裁判例の検討[184]

平成 10 年決定で二者関係型が肯定されることによって、従来では児童の淫行の相手方については教唆犯が成立するとされてきた事例、すなわち、児童の淫行の相手方があっせん者に対して「淫行をさせる」行為を唆し、あっせん者が被害児童をして行為者を相手方に淫行せしめる事例や、従来では二者関係型が否定されたことを根拠に、児童淫行罪が成立しないとされた事例、すなわち児童に金銭が得られることを示して、児童に淫行の意思を生じさせ、児童をして自己を相手に淫行せしめる事例について児童淫行罪による運用がなされるように思われる。

しかし、実際には、被告人と被害児童が親子・養親子関係または教師とその教え子という関係が認められる事案について児童淫行罪は運用されており、平成 10 年決定を境に児童淫行罪の運用状況は大幅に変化している。

ここで、二者関係型を正面から認めた平成 10 年決定以降の（二者関係型の）児童淫行罪の裁判例に関して「させる行為」を肯定または否定する過程について分析していくと、その判断過程は必ずしも画一的ではなく、その過程でどのような要素を重要視するかでいくつかのグループに分けることが可能である。なお、それぞれのグループの裁判例はあくまでもある一定の事実あるいは要素に着目して「させる行為」を認めたにすぎず、「させる行為」について何らかの基準を示したわけではない―すなわち、その一定の事実や要素がない場合には「させる行為」が否定されるということまで示したわけではない―ため、グループ間で判断手法が異なったとしても、直ちに一方のグループの裁判例が他方のグループの裁判例を否定することにはならないことに注意すべきである。

①被告人が保護者的地位・指導者的地位にある場合

ⅰ「保護責任者的立場利用着目型」判断方法

平成 28 年決定においては、被告人と被害児童が教師とその教え子という関係性にある事例（以下、教師が現在の教え子[185]と淫行に至ったケースについては「教師事例」とする）につき「させる行為」が問題となったところ、同決定では「原判決が是認する第 1 審判決が認定した事実によれば…被害児童が通う高等学校の常勤講師である被告人は、校内の場所を利用するなどして同児童との性的接触を開始し、ほどなく同児童と共にホテルに入室して性交に及んでいるという事実関係をもって、被害児童に対して事実上の影響力を及ぼして

184 近時の児童淫行罪の裁判例について詳細に分析・検討した論文として、鎮目征樹「児童に対する性犯罪処罰規定の現状と課題について」刑ジャ 69 号（2021 年）40 頁以下。

185 なお、裁判実務・学説はかなり広く「教え子」を把握しており、被告人が教師として在籍する学校に被害児童が通っていれば教師事例として理解しているように思われる。

同児童が淫行をなすことを助長し促進する行為をしたと認めている。このような事実関係の下では、…原判断は結論において正当である。」と述べて「させる行為」を肯定している。

平成 28 年決定の具体的判断の中で「助長促進行為」に該当する指摘は、「校内の場所を利用するなどして同児童との性的接触を開始し、ほどなく同児童と共にホテルに入室して性交に及んでいる」という部分であるところ、このような助長促進行為は条例上の淫行罪においても行われることであり、「させる行為」を基礎づけるような重い不法性を認めることはできないため、「させる行為」を肯定するにあたって被告人が教師であることが重要視されていると考えられる[186]。

また、その第 1 審（福岡地飯塚支部平成 26 年 5 月 19 日 LLI/DB L06951133）は「一般に講師を含む教師は、思慮分別を有する社会人として、生徒から無条件の信頼を得ながら、学業のみならず生活全般等に関して、全人格的な教育指導を行うことで、生徒の健全な成長を図り、相互信頼関係を維持育成することが要請され、相当な影響力を有することは明らかである上、その職務上も生徒との関係が一定範囲から逸脱しないように自己を律すべき立場にあったといえるところ、被告人は、そうした自己の立場を顧みることなく、…被告人との性交が法的・社会的にいかなる意味を持つかを十分に理解していなかったと見られる被害児童との間で性交をしたものであり、こうした被告人と被害児童との関係性に照らすと、…各性交は、被告人が被害児童に対して事実上の影響力を及ぼして淫行するように働きかけたことによるものとの評価を免れないというべき」と述べている[187]。

平成 28 年決定第 1 審は、具体的な被告人と被害児童の関係に目を向けるのではなく、教師という地位にある者は職務上その教え子に対して「全人格的な教育指導を行う」立場にあり、そのような「全人格的な教育指導を行う」立場にある者は「させる行為」が肯定されることを前提とした上で、被告人が教師という地位にあることを根拠に「させる行為」を肯定している。このような判断方法は、保護者的地位や指導者的地位にある者は「当該被害児童の健全な成長を見守る保護責任者的な立場」にあることを前提に、被告人がそのような立場にある場合に限定して「させる行為」を肯定するべきであるとする深町説と同一の構造を有しており、当然、深町説からもこの判断方法は支持されるように思われる[188]（以下、平成 28 年決定第 1 審が示した「させる行為」の判断方法を「「保護責任者的立場利用着目型」判断方法」とする）。

また、他の学説においても、教師と生徒という関係性が認められる場合、一般的に教師は職務上全人格的な教育指導を行うことで相当な影響力を生徒に対して及ぼしているという観点から、「させる行為」を限定的に理解する要素である「事実上の影響力」の要素を容易に満たしうることを根拠に「させる行為」が肯定されやすいことが指摘されており[189]、「保

---

186 佐野・前掲注(167)233 頁以下。

187 量刑の文脈で、教師として生徒を指導し健全な成長をさせるべき立場にあることに言及した裁判例として、大津地判令和 3 年 4 月 22 日 D1-Law.com28292087（高校）。

188 深町（西田献呈）・前掲注(173)330 頁。

189 石井・前掲注(167)183 頁。同旨の見解として、佐野・前掲注(167)234 頁、嘉門・前掲

護責任者的立場利用着目型」判断方法によって「させる行為」を肯定することは、学説においても広く受け入れられていると考えられる。

平成 28 年決定第 1 審以外にも「保護責任者的立場利用着目型」判断方法に基づいて「させる行為」を肯定した裁判例が存在する。東京家判平成 21 年 3 月 9 日 LEX/DB25463512（控訴審：東京高判平成 21 年 9 月 14 日 LEX/DB25463513）は、中学校の担任が教え子と性交におよんだ事例につき、裁判所は、交際および淫行をどちらが積極的に持ち掛けたかという事実関係については争いがあるとしつつも[190]、昭和 40 年決定を引用した上で「一般に中学生は社会経験や判断力が十分に備わっていない段階にあり、その心身の発達に応じた教育を施されるべき立場にあるのに対し、教諭は思慮分別を有する社会人として、生徒から無条件の信頼を得ながら、勉学のみならず生活全般等に関し全人格的な教育指導を行うべき立場にあり、中学教諭はその生徒に対し圧倒的な影響力を有している。そして、上記のとおりの本件犯行当時の二人の関係性を踏まえれば、被告人の本児童に対する事実上の影響力は極めて高いと認められ、かかる状況の下で行われた被告人の本児童との性交は、被告人が本児童に対して事実上の影響力を及ぼして本児童が淫行をすることを助長、促進する行為をしたと評価されてもやむを得ないと解される。…仮に本児童からの積極的なアプローチに被告人が応じたとの事情があったとしても、被告人の担任教諭としての地位や事実上の影響力は揺らぐものではなく、かかる立場にある被告人が本児童との性交に応じれば、本児童に対する事実上の影響力を保持した状態で本児童の性行為を助長、促進しているものと認められ、上記評価は何ら左右されないというべきである。」と述べており[191]、同判決も平成 28 年決定第 1 審と同様に「保護責任者的立場利用着目型」判断方法に沿って「させる行為」を肯定しているといえる[192]。

次に、裁判実務における「保護責任者的立場」の理解を分析する。裁判実務における「保護責任者的立場」の理解は必ずしも明らかではないが、いかなる場合に「保護責任者的立場」が認められるかが問題となったケースが存在する。

長野地判平成 31 年 1 月 30 日 LLI/DB L07450146 は、被告人は被害児童（年齢不詳）に

注(167)128 頁。なお、これらの学説（および平成 28 年決定第 1 審判決）は深町説とは異なり、他の判断方法によって「させる行為」を肯定することを排除していないことに留意されたい。

190 事実関係によれば、被告人は教室で授業を受けることが困難になった被害児童に対して、保健室で個別に勉強を教えており、また、被害児童の高校の推薦入学を得るために尽力し、その推薦入学が内定した旨を被害児童の自宅に架電した際に個人的な交際がスタートしている。

191 控訴審も「仮に被害者が被告人に対する信頼や尊敬の念等から、被告人に自身の思いを伝えたことが交際等の契機となり、その後互いに恋愛感情にとらわれる経過があったとしても、本件当時は、生徒とその担任教諭ということで開始した両者の根本的な関係に変化はなく、被告人が被害者に対する強い影響力の下に被害者と本件性交に及んだ事実は何ら否定されるものではない。」などと述べて、原判決を是認した。

192 なお、深町（西田献呈）・前掲注(173)328 頁は、同裁判例を「保護責任者的立場」にある場合に本罪の成立を認めた裁判例として挙げている。

対する補導等の職務に従事する警察官が被害児童をして淫行せしめたという事案であるところ、弁護人は、被告人と被害児童との間に支配的関係ないし保護責任者的地位がなければ、よほど助長・促進行為が強度であるなどの例外的事情がない限り、「させる行為」には該当しないとした上で、被告人は被害児童の処遇の決定に影響力を有する支配的立場ではないこと、合意の上性交しており淫行の助長・促進行為は微弱であることなどの諸事情を根拠として挙げ、被告人は相互に恋い慕う関係に基づき被害児童の性交の相手になったにすぎず、同号の「させる行為」に当たらない旨主張した。この主張は被告人が「保護責任者的立場」にある場合に「させる行為」を限定する深町説が意識されていると思われ、「保護責任者的立場利用着目型」判断方法に従った場合には「させる行為」が肯定されないため、児童淫行罪は成立しない旨の主張であると考えられる。

これに対して、裁判所は「被告人は、少年非行の防止等を扱う生活安全課の一員…として、少年に対する補導等を行う立場にあったと認められ、加えて、被害児童が継続補導対象少年に選定されて以降は、…被害児童の補導及び立ち直り支援活動に従事する立場にあった」ことを認めた上で、「本件各性交が被告人と被害児童との相互に恋い慕う関係に基づいてなされたものと認められない…。そして、…被告人は、警察官として、…被害児童に対する補導及び立ち直り支援活動に従事する者として、被害児童に対して、性的逸脱行動を含め、その心身の健全な育成を阻害するおそれのある行動をしないよう指導する立場であり、かつ、被告人の前記活動を通じて、判断力が未熟で、精神的にも不安定で他人（とりわけ男性）を頼りやすい被害児童が被告人を精神的に頼っていたことから、被告人は、被害児童に対して影響力を有する立場にあったといえる。そして、被告人は、そのような立場や被害児童との関係性を利用し、前記のとおり、被害児童を自分の性的欲望を満足させる対象として扱い、被害児童と性交を重ねる中で本件各性交に至ったものである。これらの事情に鑑みると、被告人が被害児童に本件各性交を強く持ち掛けたことがないことや、被害児童が性交を拒絶していないことなどの事情を踏まえても、被告人が被害児童に対する事実上の影響力を及ぼして被害児童が淫行をなすことを助長し促進する行為をしたものと認められる。」と述べて「させる行為」を肯定した。

同判決における被告人は「保護責任者的立場」の典型例である親・養親や教師ではなく、警察官であることから、その点で、やや特殊な事案であったといえる。しかし、同判決は、被告人が警察官として被害児童に対して、性的逸脱行動を含め、その心身の健全な育成を阻害するおそれのある行動をしないよう指導する立場にあることを重要視して「させる行為」を肯定していることから、弁護人が「させる行為」の根拠として提示した「保護責任者的立場利用着目型」判断方法とは異なる判断方法を示したものではなく、その判断方法に依拠しても、なお被害児童の補導を担当する警察官である被告人は指導者的地位にあることを根拠に「させる行為」は肯定されることを示したものであると考えられる。深町説は、同判決について態度を明らかにしていないが、警察官が行う補導とは、少年の非行の防止及び保護を通じて少年の健全な育成を図るための警察活動（少年警察活動規則 1 条）であることか

ら、被害児童の補導及び立ち直り支援活動に従事する立場にあった被告人について、なお「保護責任者的立場」が認められることを根拠に「させる行為」を肯定すると考えられる。

また、名古屋地岡崎支判平成 29 年 3 月 13 日 LEX/DB25548304（控訴審：名古屋高判平成 29 年 9 月 12 日 LEX/DB25548303）は、被害児童 A（17 歳）が通っていた高校等の運営に関与し、生徒である A らの音楽教育等の指導に当たるとともに、高校の寮で A らと共同生活をしてその生活全般の指導監督に当たっていた被告人（41 歳）が A をして淫行せしめたという事例であり、「させる行為」の存否について「〔1〕被告人…と A…は、男女間の交際関係でなかった。被告人は、生徒として A らが通う高校及び習い事の学校の運営に関与し、A らの音楽教育等の指導に当たっていた。また、被告人は、生徒だけでなく、高校等の教師に対しても叱るなどして指導していた。さらに、被告人は、A らと共に高校の寮で共同生活をし、A らの生活全般の指導監督にも当たっていた。〔2〕被告人は、平成 28 年 3 月 8 日、A を習い事の学校から、A 及び被告人らが生活する高校の寮に連れ出し、寮に二人きりの状況で、A がやめるように懇願したにもかかわらず、執ように性的行為を行うことを促して、性的行為及び性交に及んだ。〔3〕被告人は、本件時、脱衣所及び浴室内等で、A の胸や陰部を一方的に触り、陰茎を陰部に押し付けるなどした上、避妊の措置をとることなく陰茎を陰部に挿入し、そのままちつ内に射精した。また、被告人は、約半年前から、繰り返し A に対して一方的に性的行為に及んでいる中で、本件性交に及んだ。なお、被告人は、A らの音楽教育等の指導に当たっていないと供述するが…被告人は、高校や習い事の学校で決まった授業を担当することはなかったものの、A らに対して歌を教えるなど、音楽教育等の指導をしていたと認められる。被告人は、A らと高校の寮において共同生活をしていたが、A らの生活の指導監督はしていないと供述する。しかし、被告人は、G に対して自分はボディーガード役として寮に入るなどと言って、高校の寮に住むようになったこと、被告人は、高校の寮において、日常、夕食の準備や、自動車による高校等への生徒らの送り迎えを行っていたこと、被告人は A らに対して、「早く寝るように。」と言うことがあったことが認められる。そして、これらに、被告人が高校や習い事の学校でAらを指導していたことなどを併せ考慮すると、被告人は、A らと高校の寮において共同生活をしていただけでなく、A らの生活全般の指導監督をしていたと認められる。前記…のような被告人と A との関係、被告人がした淫行への助長・促進行為の内容及び A の意思決定に対する影響の程度、淫行の内容及び淫行に至る経緯等を考慮すると、被告人は、A に対して事実上の影響力を強く及ぼして A が淫行をなすことを助長し促進したといえる。そうすると、被告人は、自己の立場を利用して、A に被告人を相手に性交させ、A に淫行を「させる行為」をしたと認められる。」と述べて、「させる行為」を肯定した[193]。

---

193 なお、控訴審は、「原判決の判断に、結論において、誤りがないことは明らかである」と述べた上で、「念のため、…原判決の判断に誤りのないことを確認しておく。」として「被告人が、A の通う高校及び習い事の学校の運営に関わるとともに、A らと高校の寮で共同生活をし、A を指導監督する立場にあったところ、約半年前から A に対して性的行為に及んでいた中で、A を連れ出して高校の寮に二人きりでいた際に、A から生理中であ

本裁判例は、「被告人とAとの関係、被告人がした淫行への助長・促進行為の内容及びAの意思決定に対する影響の程度、淫行の内容及び淫行に至る経緯等」という具体的判断要素を列挙した上で、これらを総合考慮するという平成28年決定が示した判断方法に依拠して、「させる行為」を肯定しているが、最終的には「自己の立場を利用して、Aに被告人を相手に性交させ、Aに淫行を「させる行為」をしたと認められる」と述べており、「させる行為」を肯定するにあたって被告人の立場を重要視したものと考えられる。そして、判断に至った過程について見ると、被害児童の音楽教育を指導し、かつ、被害児童らと共に高校の寮で共同生活をすることで被害児童らの生活全般を指導監督する地位にあったことを認めた上で「させる行為」を肯定しており、このような判断方法は「保護責任者的立場利用着目型」判断方法に親和的であると考えられる。本件被告人は被害児童が通う高校の教師ではなく、その点が「保護責任者的立場」の判断につき消極的に作用するように思われるが、なお、音楽教育の指導者および生活全般の指導監督者であることを根拠に「保護責任者的立場」を認めることが可能である事案であるといえ、このような「保護責任者的立場」の理解は深町説からも支持しうると考えられる。

以上のように、児童淫行罪を成立させた裁判例の大多数は、被告人が保護者的地位あるいは指導者的地位にあるという事例であることから、その限りでは「保護責任者的立場利用着目型」判断方法に依拠して「させる行為」を肯定することが可能であり、「保護責任者的立場利用着目型」判断方法に限定するとする深町説とも相反しないといえる。しかし、個々の裁判例の判断方法を分析すると、そのような枠組みに含まれない裁判例も存在する。

まず、「保護責任者的立場利用着目型」判断方法から「させる行為」を肯定することが可能であり、その限りで深町説とも相反しないが、被告人が保護責任者的立場にあることを導くために被告人が保護者的地位・指導者的地位にあるという事情が考慮されたものではなく、それゆえ「保護責任者的立場利用着目型」とは異なる判断方法に依拠して「させる行為」を肯定した裁判例が存在する。

次に、深町説からは「させる行為」が消極的に理解されると考えられるにもかかわらず、「させる行為」を肯定した裁判例が存在する。その中にはさらに2つの類型が存在する。

1つ目の類型は、「保護責任者的立場利用着目型」とは異なる判断方法に依拠して「させる行為」を肯定したと理解することも可能であるが、深町説よりも「保護責任者的立場」を緩やかに理解すれば、なお「保護責任者的立場利用着目型」判断方法からも「させる行為」を肯定することが可能であると考えられる裁判例である。

2つ目の類型は、「保護責任者的立場利用着目型」判断方法から「させる行為」を肯定することが困難であり、「保護責任者的立場利用着目型」とは異なる判断方法に依拠して「さ

ることを理由に再三拒まれたにもかかわらず、Aに対し、執ように被告人と性的行為を行うよう求め、被告人が一方的に胸や陰部を触るなどの性的行為を行い、性交にも及んだことが認められるから、被告人は、自己の立場を利用して、Aに「淫行をさせる行為」をしたと認定できる。」と述べ、原判決の判断および結論を支持している。

せる行為」を肯定したと理解する必要がある裁判例である。

ⅱ「上下関係利用着目型」判断方法

福岡地判平成 23 年 3 月 17 日 LEX/DB25471160（控訴審：福岡高判平成 23 年 9 月 28 日 LLI/DB L06620464）において、被告人は、自己が経営する英会話教室の生徒である被害児童（13 歳）に、英会話教室の教師の立場を利用するなどして、自身を相手方に淫行させたことを根拠に起訴された。これに対して、被告人が被害児童と性交したことは、被害児童の真の自己決定に基づくから、「児童に淫行をさせる行為」には当たらないなどと被告人側が主張したところ、「被害児童は、被害児童の母親が被告人には特別な力があると信じて被告人の英会話教室に通わせるようになり、10 歳ころから被告人の自宅で催される勉強会に参加するようになり、被告人の指示の下、写真撮影やビデオ撮影され、小学校 4 年生のころから被告人に性交や性交類似行為を繰り返しされていたことが認められ（なお、被害児童は、判示 3 の強姦の被害にも遭っている）、以上によれば、被害児童に対し上位者である被告人が事実上の影響力を及ぼして淫行するよう働きかけ、本件児童福祉法違反に及んだことは明らかである。また、上記の経緯に加え、被害児童が当時 13 歳であったことにかんがみれば、被害児童が真に性的自己決定が可能であったとはおよそ認められない。」と述べて、児童淫行罪を成立させた[194]。

「させる行為」の判断方法を「保護責任者的立場利用着目型」判断方法に限定する深町説から同裁判例の事案を検討すると、被告人が学校の教師ではなく、詳細な事実関係は不明であるものの、その児童の将来を左右するような地位にもないと考えられるため、本被告人は「保護責任者的立場」になく「させる行為」は否定されるように思われる。しかし、本裁判例では、被害児童が 10 歳の頃から被告人が被害児童の英会話教室の教師という地位にあり、その頃から被告人に性交や性交類似行為を繰り返しされていたことを根拠に「被害児童に対し上位者である被告人が事実上の影響力を及ぼして淫行するよう働きかけ」たことを認めて児童淫行罪を成立させている。本裁判例は、被害児童との間に上下関係があり、それを被告人が利用したことを根拠に「させる行為」を肯定する見解（このような「させる行為」の判断方法を「上下関係利用着目型」判断方法と呼ぶ）を示したものと考えられる。

②「保護責任者的立場」を緩やかに理解すれば、なお「保護責任者的立場利用着目型」判断方法からも「させる行為」を肯定することが可能である事例

ⅲ元教師事例と「信用的立場利用着目型」判断方法

かつての教師がかつての教え子と淫行に至ったケース（以下、このケースを「元教師事例」

194 控訴審では、13 歳の被害児童が、真の性的自己決定に基づき、被告人との性行為に同意している以上、児童淫行罪は成立させるべきではないという被告人側の主張に対して、昭和 40 年決定を引用した上で、「もとより児童に対して淫行を強制するものである必要はなく、たとえ児童が淫行に同意した場合でも、「事実上の影響力」が認められれば本罪が成立すると解される」と述べて、被告人側の主張を退けた。

とする）において、いかなる場合に「させる行為」が肯定されるかが問題となった裁判例に長野地松本支判令和 2 年 9 月 16 日 LEX/DB25566991 がある。同裁判例は、中間教室（通学することが困難になった小中学生に対して学校復帰を含めた自立への道を進めていくために地方自治体が設置した教室[195]）の指導員として同教室に通う中学生の個別指導をしていた中学校教諭たる被告人が、指導員として教室に通っていた被害児童（年齢不詳）を指導していたところ、同児童が同教室に通わなくなった後も、その個人的な相談に乗るなどの理由で面会し続けていた中で被害児童と淫行に至った事例であるところ、「被告人は、中間教室において、指導員の立場で生徒である被害児童に対して約 5 か月間にわたり個別指導を行い、その途中で被害児童に対して交際を申し込んで交際するようになったこと、被害児童は、被告人のことを優しく尊敬できる先生であると思っていたことなどから、性的な関係を持たないという約束の下でなら交際してもよいと思い、被告人からの交際の申込みを受入れたこと、その後、被害児童は、被告人から性的な行為を求められるようになったが、被告人に嫌われたくないなどと考え、その求めを断ることができなかったこと、被告人は、性的な関係を持たないという約束を破って被害児童と初めて接吻をした時、被害児童が困惑した表情をしているのを見て、被害児童に対し、第三者に接吻のことを言わず、秘密にしておくように求めたことなどの事実が認められる。これらの事実関係によれば、被告人は、単に被害児童の淫行の相手方となったにとどまらず、中間教室の指導員として被害児童を指導し、被害児童が中間教室に通わなくなった後も、その個人的な相談に乗るなどの理由で面会し続けていた立場を利用し、被害児童に対して事実上の影響力を及ぼして被害児童が淫行をなすことを助長し促進する行為をしたことは明らかである。」と述べて「させる行為」を肯定した。

同裁判例が「させる行為」を肯定するにあたっては、被告人が中間教室の指導員として被害児童を指導していたという事情が指摘されているが、「保護責任者的立場利用着目型」判断方法のように、被告人が「保護責任者的立場」にあることを示すために被告人が指導者的地位にあるという事情が指摘されているわけではないように思われる。むしろ、同裁判例は、被告人は被害児童から「優しく尊敬できる先生であり、交際したとしても性的な関係を持たないという約束を守ってくれる」旨の信頼を得ていたにもかかわらず、被告人がその信頼に反して性的な行為を求めてきた際に、「被告人に嫌われたくないなどと考え、その求めを断ることができなかった」ことを「させる行為」を肯定する上で重要視したと考えられる。このとき注目すべきは、被害児童が被告人に対して抱いていた信頼は単なる主観的な信頼ではなく、被告人が教師という指導者的地位にあることによって「先生なら裏切らないだろう」などという形で、そのような信頼が信用としてある程度担保されている点である[196]。すなわ

---

195 長野市ホームページ「中間教室のご案内」参照（https://www.city.nagano.nagano.jp/n601000/kosodate/p001546.html）

196 佐野・前掲注(167)234 頁は、幼い頃から教師に生活全般にわたる指導を恒常的に受けることで、教師の求めに対しては従わなければならないという心理的内面化が一定程度なされているとして、教師という地位にある者に対して児童が信頼を抱く構造を指摘す

ち、被告人が指導者的地位にあるという事情は、被害児童の被告人に対する信頼の度合いを高める要素として指摘されている。以上のように、同裁判例では、被害児童から継続的に信頼され、その信頼が一定の長期間にわたって継続しており、かつ、被告人が一定の地位にあることによってその信頼が信用にまで高められている立場（以下、「信用的立場」とする）にある者が、その信用を及ぼして被害児童と淫行に至ったことを根拠に「させる行為」を肯定している、といえる（以下、被害児童が被告人を継続的に信頼しており、その信頼が信用にまで高められていることで被告人が被害児童に対して信用的立場にあり、その立場に基づく事実上の影響力を及ぼしたことを根拠に「させる行為」を肯定する、「させる行為」の判断方法を「「信用的立場利用着目型」判断方法」とする）[197]。

同裁判例の事案は、淫行時点において被害児童は中間教室に通っていなかったという事情があり、被告人が被害児童に対して「保護責任者的立場」にあったと評価することに疑義が生じたため、裁判所は「保護責任者的立場利用着目型」判断方法に依拠せずに「させる行為」を肯定した可能性がある[198]。確かに、深町説に立った場合、被害児童が既に被告人が勤務する学校を卒業しているために、淫行時点においては被害児童のかつての教師という関係性にある者についてはたとえ卒業後に人間的な交流が続いていたとしても「保護責任者的立場」は認められず、「させる行為」が否定されることになるため、同裁判例の事案についても「させる行為」を否定する可能性がある。

また、元教師事例について、被告人が単に被害児童の元教師という地位にあるだけでは「させる行為」は肯定されないとした上で、さらに、「させる行為」を判断する上で信用的立場にあることを重要視した裁判例として、東京高判平成 24 年 10 月 17 日東高刑時報 63 巻 1~12 号 209 頁がある。

原判決（横浜地判平成 24 年 1 月 26 日 LEX/DB25483020）における罪となるべき事実には、被告人は、当時 a 市立 b 中学校に教諭として勤務し、同校の運動部顧問を兼ねていたものであるが、上記中学校の元生徒であり、運動部の部員であった B（15 歳）・C（17 歳）を相手にそれぞれ性交または性交類似行為をさせ、もって児童に淫行をさせる行為をした旨の記載がなされており、原判決はこの記載をもって児童淫行罪を成立させた。

これに対して被告人側は、児童淫行罪の罪となるべき事実については、単に雇用関係や身分関係という被告人と被害児童との関係だけでなく、実際に事実上の影響力を与えた事実を記載する必要があるところ、原判決は「実際に事実上の影響力を与えた事実」を全く記載していない、として理由不備の主張をした。

る。

197 鎮目・前掲注(184)74 頁も、この項で挙げた東京高判平成 24 年 10 月 17 日、水戸地判平成 29 年 8 月 21 日、長野地松本支判令和 2 年 9 月 16 日を信頼や好意が形成され、継続していることを「させる行為」該当性において重視する裁判例として列挙する。

198 ただし、量刑の文脈では「被告人は、中学校教諭として、心身ともに未成熟な児童を教え導く立場にありながら、その立場に真っ向から反し…」と述べており、被告人の教師としての立場について言及している。

被告人側の主張を受けて、本判決は、昭和 40 年決定を引用した上で「原判決は、上記のとおり、被告人が本件中学校の教諭で同校の運動部顧問であり、被害児童 2 名…が本件中学校の元生徒で運動部の部員であった旨を判示するにとどまり、このことが被告人を相手とする性交類似行為又は性交とどのような関連があるかの判示はなく、他に被告人が被害児童 2 名に対し淫行を助長し促進したことを示す事実の摘示もない…。そうすると、原判決は、児童福祉法 34 条 1 項 6 号の罪の構成要件を満たす事実を漏れなく記載していないというべきであるから、原判決には、…理由不備の違法があるといわざるを得ない。検察官は、…原判示の罪となるべき事実は、本件が、中学校教師の生徒又は元生徒に対する事実上の影響力、運動指導者のその教え子に対する事実上の影響力を及ぼして B 及び C に淫行をさせた趣旨であることを容易に理解できるから、児童に淫行をさせる罪の構成要件の摘示に欠けるところはないと主張するが、単なる両者の関係の記載をもって、直ちに同関係に伴う影響力を及ぼした趣旨であると解することは困難である上、原判決は、被告人が児童に淫行をさせるいかなる行為をしたのかについては全く記載していないのであるから、検察官の上記所論は採用できない。」と述べて[199]、被告人側の主張には理由があるとして破棄自判した。

本判決は、罪となるべき事実を以下のように変更した上で、しかし、原判決の結論と同じく、全ての事実について児童淫行罪の成立を肯定した。

被告人は、当時 a 市立 b 中学校に教諭として勤務し、同校の運動部顧問を兼ねていたものであるが、上記中学校の生徒（平成 22 年 4 月 1 日以降は元生徒）であり、運動部の部員であった B が、教科や運動の指導だけなく、中学校在校時のみならず卒業後も個人的な相談にも乗ってくれていた被告人に対し、教師又は恩師として信頼し、恩義も感じていたことから、被告人の要求を拒絶しづらい心境にあることに乗じて、自己の性欲を満たすため、(平成 22 年 3 月 23 日及び同年 5 月 8 日に)被告人との性的行為を望んでいない同児童に対し、性交または性交類似行為をさせ、また、上記中学校の担任クラスの元生徒であり、運動部の部員であった C が、教科や運動等の指導だけでなく、中学校在校時のみならず卒業後も個人的な相談にも乗ってくれていた被告人に対し、恩師として頼りに感じるとともに好意も抱いていることに乗じて、自己の性欲を満たすため、同児童に対し、「ホテルに泊まりに行こう。」と言って被告人との性的関係を持ち掛けた上、自らその宿泊の予約をして、同児童をして被告人を相手に性交をさせ、あるいは、相談事のため被告人と会い、助手席に座っていた同児童に対し、「後ろに移ろう。」と言って、被告人との性的関係を持ち掛けた上、同児童をして被告人を相手に性交をさせ、もって児童に淫行をさせる行為をした。

---

199 なお、原判決は、量刑の理由において「被害児童 2 名が、中学時も卒業後も、恩師として被告人を尊敬し頼りにしており、それ故に中学校卒業後も被告人に自らの悩みを相談していたのであり、同児童らと被告人との中学時代の関係等からすれば、被告人は恩師として同児童らに依然として相当な影響力を持っていたと考えられる。」と述べているところ、同判決は、かかる判示は「被告人がかかる影響力を利用して被害児童 2 名に淫行をさせたと解し得る説示をしているものの、この点を罪となるべき事実として摘示していない以上、理由不備の違法が解消されるものではない。」と述べている。

本判決は、犯行時、被告人と C との間の師弟関係が消滅してから 1 年以上が経過しており、教師としての影響力はなくなっていた上、C も婚姻可能年齢を超え 17 歳となって判断能力も備えていたから、相談を受ける関係が継続していたとしても、児童淫行罪が予定する「支配関係」には達していないというべきであり、C に対する児童淫行罪は成立しない旨の被告人側の主張に対して、「しかしながら、…C は、中学校在学中の 3 年間を通じてクラス担任であり、自己の所属する運動部の顧問であった被告人に対し、進路のことだけでなく、家庭のことや友人のことについても相談に乗ってもらい、頼りに感じるとともに親近感を持っていたこと、高校進学後も上記運動部の部活動やイベントに時々顔を出すとともに、被告人に高校まで迎えに来てもらって個人的な相談をするなどしていたことが明らかであり、本件当時恩師としての影響力がなくなっていたとはいえない。所論の「支配関係」なるものがどのようなものを意味するのか必ずしも明確ではないが、児童に「淫行をさせ」たといえるためには、直接たると間接たるとを問わず児童に対して事実上の影響力を及ぼして児童が淫行をなすことを助長し促進する行為があれば足りるというべきであるから（前記最高裁決定参照）、所論が、被害児童において拒否できないような力関係の存在を前提とする趣旨であれば、失当である。被告人は、C が拒まなかったことから、C が高校 1 年生の頃から C と性的接触や性交にも及ぶようになったものであるが、前記のとおり、被告人は自ら性的関係を持ち掛けているのであり、被告人のこの言動は、恩師としての事実上の影響力を及ぼし、C が被告人に好意を抱いていることに乗じて、C が淫行をなすことを助長し促進する行為ということができるから、弁護人の上記主張は採用できない。なお、C が 17 歳に達していたことは、上記判断を左右するものではない。」と述べて、被告人側の主張を退けた。

本裁判例では、原判決と本判決では同一の結論に達しながらも、結論に至る判断過程が異なっていることが注目される。

まず、原判決は、被告人が被害児童の元教師であることのみを根拠に「させる行為」を肯定していることに特徴がある。これは、被告人が被害児童の教師であれば（すなわち、教師事例であれば）「保護責任者的立場」が認められることを根拠に「させる行為」が肯定されるという「保護責任者的立場着目型」判断方法に依拠した上で、「保護責任者的立場」を非常に緩やかに理解し、被告人が被害児童の元教師であれば、教師事例と同様に「保護責任者的立場」が認められることを根拠に「させる行為」が肯定されることを示したと考えられる。

これに対して、本判決は、被告人が被害児童の元教師であることのみを根拠に「させる行為」を肯定した原判決は根拠として不十分であると指摘しており、原判決の判断方法を否定している。特に C については、淫行時点で被告人が教師として在籍する中学校を卒業してから 1 年以上が経過しており、被害児童の教師だった時点で有していた「保護責任者的立場」が淫行時点においてもなお被害児童に対して継続して存在すると判断することは困難であるように思われ、「保護責任者的立場着目型」判断方法からは「させる行為」を肯定することは困難であるように思われる。この点、「犯行時、被告人と C との間の師弟関係が消滅してから 1 年以上が経過しており、教師としての影響力はなくなっていた」ため「させる

行為」は否定されるべきであるという被告人側の主張も、1年以上経過しているため被告人にはかつて被害児童の教師だった時点において有していた「保護責任者的立場」が淫行時点においては、もはや存在していないという趣旨であるように思われる。

これに対して、本判決は、原判決の判断を否定しつつも、被告人が中学校在学中の3年間を通じてCのクラス担任であり、かつ運動部の顧問であったこと、Cが被告人に対し、進路のことだけでなく、家庭のことや友人のことについても相談に乗ってもらい、頼りに感じるとともに親近感を持っていたこと、高校進学後も個人的な相談をしていたことを挙げ、「本件当時恩師としての影響力がなくなっていたとはいえない」[200]と述べて、最終的に「させる行為」を肯定している。ここでは、被告人が被害児童から継続的に信頼されており、かつ、被告人が自身にとって恩師という地位にあることによって被害児童の中でその信頼が信用にまで高められていることを根拠に「させる行為」が肯定されており、「信用的立場着目型」判断方法に従って「させる行為」が肯定されていると理解される。

本判決は、元教師事例のうち、教え子が卒業してから相当程度期間が経っていた場合でも、教え子が卒業後も被告人を恩師と仰ぎ、継続的に個人的な相談をしているといった交流が続いていれば、なお「させる行為」が肯定されることを示している点が注目される。

さらに、元教師事例の事案について、特段「させる行為」を争わずに児童淫行罪を成立させる裁判例が散見される。

金沢地判令和元年11月12日LLI/DB L07451372は、被告人は、被害児童（15歳）の中学校在籍時の部活動顧問かつ授業担当教師であり、同人の中学校在籍中から進路等の相談を受け、平成31年3月に中学校を卒業し高等学校進学後も悩みごとの相談を受けていた立場を利用して、同年4月29日に同人に自己の陰茎を口淫させるなどの性交類似行為をさせたことを根拠に児童淫行罪で起訴されたところ、判決文上、特段の争いなく児童淫行罪を成立させた[201]。その上で、量刑の文脈で本事例は「児童の健全な成長を図るべき立場の教師が、生徒である児童の未熟さに付け込み、その影響力を及ぼして性交類似行為の相手方をさせた」事例であると述べた[202]。

---

200 被告人側の主張は「（かつて有していた）教師」としての影響力が淫行時点において継続していないという主張であったが、同判決は淫行時点で現に被告人が被害児童に対して有している「恩師」としての影響力が存在していると主張しており、被告人側の主張を正面から否定しているわけではない点に注意すべきである。

201 このほか、別の被害児童（15歳）の担任教諭であり、同人から家庭状況等の相談を受けていた立場を利用し、平成31年3月25日に同人に自己の陰茎を口淫させるなどの性交類似行為をさせた事案について児童淫行罪を成立させている。

202 同裁判例と同様の裁判例として、大阪地判令和元年6月25日LLI/DB L07451561は、被告人は、被害児童（13歳）の小学校在籍時の教師であり、同人の中学校在籍中から進路等の相談を受け、（小学校卒業時期は明示されていないが、平成30年3月であると考えられる）中学校進学後も中学校生活等の相談を受けていた立場を利用して平成30年4月21日に性交類似行為をさせたことを根拠に児童淫行罪で起訴され、これを成立させたという裁判例がある。

同裁判例は、「保護責任者的立場利用着目型」判断方法に基づいて「させる行為」を肯定したとも、「信用的立場利用着目型」判断方法に基づいて「させる行為」を肯定したとも理解できるが、判断方法の違いによってその射程が異なるように思われる。

まず、同裁判例では被告人が被害児童の現在の教師ではなく、元教師であるにすぎないことが児童淫行罪の成立に当たって特に問題になっておらず、さらに、被告人が教師としてその教え子だった者に対して健全育成すべき特別の義務があることを指摘しているところ、この指摘からは、先述した東京高裁平成 24 年判決の原判決と同じく、被告人が被害児童の元教師であれば、教師事例と同様に「保護責任者的立場」が認められることを前提に、「保護責任者的立場利用着目型」判断方法に基づいて「させる行為」が肯定されることを示したものであると理解することが可能である。ただし、東京高裁平成 24 年判決の被告人側主張で指摘されたように、教え子が卒業してから相当程度期間が経っていた場合でも、なお被告人に、教師事例と同様の「保護責任者的立場」が認められるかについては疑問の余地がある。

この点、本事例は、平成 31 年 3 月に被害児童が中学校を卒業した後、同年 4 月 29 日に淫行がなされているという事情が認められる。このように、教え子が卒業して教師とその教え子という関係が終了してから、淫行に至るまでの期間が比較的近接しているという事情があれば、被告人が被害児童の元教師であったとしても、教師事例に準じる保護責任者的立場を認めて、「させる行為」を肯定することには、(深町説の「保護責任者的立場」の理解からは乖離することになるが[203]、) 被害児童に対する事実上の影響力の程度という観点から見て、なお一定の理由があるように思われる。

したがって、仮に同裁判例が「保護責任者的立場利用着目型」判断方法に従ったと理解した場合には、教え子の卒業から淫行に至るまでの期間が比較的近接しているという射程の中で、教師事例と同様に被害児童の元教師についても「保護責任者的立場」を認めることで「させる行為」を肯定したと理解することが可能である。

一方で「信用的立場利用着目型」判断方法に基づいて「させる行為」を肯定したと理解することも可能である。なぜならば、「被害児童の中学校在籍中から進路等の相談を受け、高等学校進学後も悩みごとの相談を受けていた…という立場を利用し」たという同裁判例の判示は、被害児童が被告人に悩みごとの相談をしており被告人を信頼していたという点を重要視して「させる行為」を肯定したものであり、かつ、被告人に対する信頼が高められたことを指摘するために被告人が被害児童の元教師であるという事情を挙げたと理解することも可能であるためである。同裁判例がこのような判断方法で「させる行為」を肯定したものであると理解した場合、東京高裁平成 24 年判決と同様に信用関係が継続している限り、「させる行為」は肯定されることになり、「保護責任者的立場利用着目型」判断方法によって判断した場合よりも、「させる行為」の射程は拡大されるように思われる。

---

[203] 一方で、深町説は、教師という地位に基づく責任を重視するため、年度末の 3 月 31 日までは学校を卒業した児童に対して保護責任者的立場を認めるが、年度が替わった 4 月 1 日からは一転して保護責任者的立場を認めない、と理解すると考えられる。

さらに、同一の判決の中に元教師事例が複数存在するにもかかわらず、ある被害児童に対する事件については児童淫行罪で起訴され、別の被害児童に対する事件については条例上の淫行罪で起訴されたケースが存在する。岐阜地判大垣支令和 3 年 3 月 3 日 LLI/DB L07650317 は、被告人の元教え子である A・C、元教え子ではない B を相手としてそれぞれ淫行をなした事案（被害児童は全員 15 歳）であり、A・C に対する犯行は「教師としての立場を悪用したものである」としつつも、C の事例については、被告人は乙中学校に教諭として勤務していたものであるが、中学校の元生徒であり（明示されていないが、C は令和元年 3 月に中学校を卒業したと考えられる）、被告人が担任をしていた C が同中学校在籍時に相談に乗ってもらうなどしていた被告人に対し、恩師としての信頼や好意を寄せていることに乗じて令和元年 8 月 9 日に性交類似行為をさせたことを根拠として児童淫行罪で起訴され、A（令和 2 年 6 月 10 日から 11 日の間と同月 19 日の 2 件）・B（令和 2 年 6 月 29 日）については条例上の淫行罪（岐阜）で起訴され、判決文上、特段の争いなく、それぞれその成立が認められたというケースである[204]。量刑の文脈で、同裁判例は C について「特に、被告人は、かつてクラス担任をしていた C…が自己に信頼や好意を寄せていることを認識しつつ、C…に対して何ら恋愛感情を有していないのに、交際関係への発展を期待させる言動をして、C に性交類似行為をさせ」たと述べる一方で、A については先に令和 2 年 5 月 30 日に乳房を露出させた姿態をとらせて被告人の携帯電話機に送信させるという児童ポルノ製造罪（4 項）を犯したのち、「A の元教師であることを明かして安心させたのちには、言葉巧みに深夜に誘い出して」A と淫行に及んだと述べている。

詳細な事実関係は不明であるものの、A の事案は、元教師とその生徒という関係性は確かに存在しているが、被告人と被害児童の交流が切れ目なく続いていた他の元教師事例とは異なり、被告人と被害児童の交流がいったん途切れてしまったが、淫行の直前に何らかの経緯でその交流が復活したという事案であるように思われる。

仮に「信用的立場利用着目型」判断方法に基づいて A の事案を分析した場合、「A の元教師であることを明かして安心させ…言葉巧みに深夜に誘い出して」という部分から、なお被告人に信用的立場を認めることが可能であるように思われるが、「保護責任者的立場利用着目型」判断方法に基づくと、被告人と被害児童の交流がいったん途切れてしまっていることから、教師と同様の保護責任者的立場を肯定することは困難であるように思われる。それゆえ、「保護責任者的立場利用着目型」判断方法に基づいた場合にのみ、被告人が児童淫行罪で起訴されなかったことを説明することが可能であるように思われる。

一方で、C の事案については「かつてクラス担任をしていた C…が自己に信頼や好意を寄せている」という部分があることから、「信用的立場利用着目型」判断方法に基づいて「させる行為」を肯定することが可能であるように思われるが、卒業から 4 か月以上経過しているため、被告人に対して教師と同等の被害児童に対する保護責任者的立場を認めてよいかについてはなお疑問の余地があるように思われる。それゆえ、C の事案については「保護

[204] B を被害者とする事案には、さらに児童買春罪を成立させたものがある。

責任者的立場利用着目型」判断方法に基づいた場合には、被告人が児童淫行罪で起訴され、これを成立したことについては、なお疑問がある。

以上まとめると、元教師事例について、深町説は「させる行為」を否定して児童淫行罪の成立を否定するが、裁判例においては児童淫行罪の成立を肯定する裁判例が何件か存在しており結論に差異が生じている。このとき、元教師事例の裁判例を分析すると「信用的立場利用着目型」判断方法に依拠して「させる行為」を肯定したと理解した裁判例も存在する一方、深町説よりも「保護責任者的立場」を緩やかに理解した上で、なお「保護責任者的立場利用着目型」判断方法から「させる行為」を肯定したかのような裁判例も存在する。しかし、両者の判断方法の射程が異なるため、恣意的にこれらの判断方法を使い分けた場合には、同じ事例であるにもかかわらず結論に差異が生じるおそれがあるにもかかわらず、検察の起訴状況を見るに、裁判実務は恣意的にこれらの判断方法を使い分けている可能性があり、「させる行為」の判断基準について一貫した基準があるとは評価できない状況にあるように思われる。

元教師事例以外で「信用的立場利用型」判断方法によって「させる行為」を肯定した裁判例として、水戸地判平成 29 年 8 月 21 日 LEX/DB25547040 がある。同裁判例は、学童保育所の指導員が 13 名の小学生男子との間で口淫や手淫等の性交類似行為を行った事案について、全ての被害者について強制わいせつ罪（176 条後段）を成立させ、さらに 12 名の被害児童については同罪とともに児童淫行罪も成立させたという事案であり、その中で「させる行為」の有無が争点となったところ、同裁判例は「被害児童らは、いずれも、被告人が運営し指導員も務めていた本件学童保育所に通い、被告人ら指導員から世話を受けながら、本件学童保育所で親が帰宅するまでの時間を過ごしていた小学生であり、指導員の中でも被告人を特に慕っていた。その上、被害児童らは、性的な行為に関し、無知であるかそれに近い状態であったから、被告人は前記児童らに影響力を及ぼしやすい立場にあったと認められる。そして、被告人は、被害児童らに性交類似行為を教えて身に付けさせたというべきであり、性交類似行為をするに当たっては、被害児童らが本件学童保育所に通所した機会をよく利用していた。これらの事情を考慮すると、被告人は、被害児童らの淫行について、いずれも、単に淫行の相手方となっただけではなく、いわば指導員としての立場を利用し、事実上の影響力を及ぼして被害児童らが淫行をすることを助長し促進する行為をしたと認めるのが相当である。…以上によれば、被告人は、判示のとおり、指導員又は元指導員としての立場を利用し、被害児童らに淫行を「させる行為」をしたものと認められ、児童淫行罪が成立する。」と述べて、「させる行為」を肯定した。

さらに、被害児童のうち 1 名（J）については、通所していた時点になされた性交類似行為のほか、さらに既に中学生となっており、学童保育所に通所していなかった時点になされた性交類似行為についても児童淫行罪を成立させたところ、この点については「J は、小学 6 年生まで本件学童保育所に通い…、前記のとおり、指導員である被告人を慕っていた上、既に被告人との間で性交類似行為を行っていたのであるから、前記事案においても、依然と

して、被告人からの誘いを断りづらい状況にあったと認められる。そして、…前記事案において、被告人は、本件学童保育所に通っていたJの兄弟の送迎でJ宅を訪れた際、Jと偶然会うと、Jに性交類似行為をしようと誘い、送迎車の中でJと判示の性交類似行為を行ったことが認められる。以上の事情を考慮すると、被告人は、前記事案についても、元指導員としての立場を利用し、事実上の影響力を及ぼしてJが淫行をすることを助長し促進する行為をしたと認められる。」と述べて「させる行為」を肯定している。

同裁判例は、被告人が学童保育所の（元）指導員として被害児童の世話をしていたという事案であるところ、学童保育所（放課後児童クラブ）は児童福祉法第6条の3第2項に定める「放課後児童健全育成事業」であって[205]、授業の終了後等に適切な遊び及び生活の場を与えて、その健全な育成を図る役割があることを根拠に、これに従事する指導員は一般に「保護責任者的立場」にあると理解することで、「保護責任者的立場」判断方法に依拠して「させる行為」を肯定することも可能であったように思われる。しかし、同裁判例は「させる行為」を肯定するにあたって、被告人を特に慕っていたという事情を中核として、被害児童が性的な行為に関し、無知であるかそれに近い状態であったという事情、および、被告人は指導員又は元指導員としての立場を利用し、被害児童らが本件学童保育所に通所した機会に性交類似行為を行っていたという事情が考慮されている。

このような判断方法は、被害児童が被告人を継続的に信頼しており、被告人が（元）指導員という地位にあることでその信頼が信用にまで高められている信用的立場にある、ということを根拠に「させる行為」を肯定する「信用的立場利用着目型」判断方法に依拠したものであるといえるが、同裁判例ではさらに被害児童が未熟で性的知識が乏しいことが指摘されていることが注目される。被害児童が低年齢で精神的に未熟である場合、被害児童が（自身に対して優しくしてくれる）大人に対して盲従的になりやすく、被害児童が比較的高年齢である場合よりも、被害児童から容易かつ高度の信用を得られると考えられるところ、同裁判例においても信頼を信用へと高められたか否かを判断する上で大いに考慮されたものと考えられる[206]。

---

205 磯谷ほか・前掲注(1) 101頁。

206 本裁判例の事実関係では、被告人は性的な知識の乏しい被害児童らに対し、口淫を「ピースケ」、手淫することを「お手手」と呼び、それらのやり方を説明するなどして、口淫や手淫のことを教えていたことが指摘されている。被害児童が高年齢であればそのような説明に対して疑いを抱くことが予想され、その点で被告人に対する信用が消極に理解される可能性もあるが、本事案では、被害児童が未熟であるためにそのような説明に対して疑いを抱かなかったのであるというような合理的な説明が成り立つ。
また、被告人は、被害児童の1人（A）との性交類似行為が始まったのは、本件学童保育所に通所する別の児童と被告人との間の性的な行為をAに目撃されてしまい、Aから、同じような行為をしたいと繰り返しせがまれたからであると供述している。このような供述は被告人が信用的立場にあることを利用してAと淫行に至ったという理解を消極に解する事情であるように思われるが、裁判所は、仮にそのような供述が事実だったとしても、被害児童が性的な行為について無知だったことを根拠とすれば「させる行為」は肯定されると判示している。

以上まとめると、被害児童が被告人の勤務する学校を卒業しており、淫行時点においては被害児童の元教師という関係性にある者には「保護責任者的立場」は認められないものの、被害児童の教師であることによって被害児童から獲得した信用が、教師という地位を離れた時点においてもなお継続している場合には、信用的立場にあることを根拠として「させる行為」が肯定されると理解するべきである。淫行時点で被害児童から獲得した信用が継続しているか否かという判断は、卒業後も引き続き、学校生活や進路等の相談を受けていたか否かで左右され、卒業から淫行までの期間が短ければ「させる行為」が肯定されやすく、長ければ「させる行為」が否定されやすい関係性にあるといえる。

③「保護責任者的立場利用着目型」判断方法から「させる行為」を肯定することが困難である事例

ⅳ-1 家出事例と「衣食住依存着目型」判断方法

一部の裁判例には被告人が保護者的地位あるいは指導者的地位にないと考えられるにもかかわらず、なお「させる行為」を肯定し、児童淫行罪の成立を認めた裁判例が存在する。そのような裁判例は「保護責任者的立場利用着目型」判断方法からは説明できず、また、深町説に明確に反しているように思われる。その代表的な事例として、家出願望を SNS 等で表明する被害児童に対し、家出先として自己の下に来るように申し伝え、これを決意した被害児童を被告人宅に連れ去った上で被害児童と淫行に至ったという事例（家出事例）がある。

家出事例のうち、いくつかの裁判例では児童淫行罪で起訴され、「させる行為」が肯定されている。

まず、名古屋高判平成 29 年 8 月 9 日 LEX/DB25547869（以下、「三重事例」とする）は出会い系アプリで知り合った被害児童 A（14 歳）が家出願望を有していることを知ると、A に対し「俺の家来ればいいのに」「迎えに行くよ」などのメッセージを送信して家出を積極的に勧め、これを決意した A を平成 27 年 11 月 18 日に三重県から自宅のある高知県まで連れ去った後、同年 12 月 22 日に被告人方において A と性交した（この間、少なくとも 10 回性交したという事実が認められているが、これらについては起訴されていない）という事例であった。

原判決（津地判平成 29 年 3 月 22 日 LEX/DB25545575）は「A が被告人方から離れて独力で生活することは現実的には困難であることに加え、A は当時、他に行く場所のないまま被告人方から自宅へ戻されることを望んではいなかったと考えられることも併せ考慮すると、A が被告人方での生活を継続するには被告人の要求に応じて同人と性交せざるをえない状況であったというべきである。…これらの事情によれば、被告人は、家出願望を有する A（当時 14 歳）に生活場所を提供する旨提案するなどして A の判断の適正を誤らせ、同人を母親の保護下から引き離して被告人方で生活させることにより事実的支配の下に置き（未成年者誘拐）複数回の性交に応じさせるなどの関係が継続していることを前提に、その関係を利用して、A に対し性交を要求したのであって、事実上の影響力を及ぼして淫行をな

すことを助長ないし促進した、すなわち淫行を「させる行為」をしたものと評価できる。」と述べて「させる行為」を肯定し、児童淫行罪の成立を認めた。

これに対し、本件は取引としての性交であるため「させる行為」にあたらないとして、被告人側が控訴したところ、同判決は「A は当時 14 歳で未熟で社会経験に乏しく、性的自由に関して自己決定をなし得る十分な判断能力があったとはいえない上、自宅のある三重県内から相当遠く離れた高知県内に連れて来られ、所持金はほとんどなく、被告人方で専ら被告人に頼って生活していたこと、A は被告人方での生活を継続したいと望んでおり、他の居住場所に移ることや自宅に帰ることは考えておらず、独力でそれをすることは現実的にも困難であったことに照らすと、A は被告人の要求を断りにくく、その要求に応じて性交せざるを得ない状況にあったといえる。A が自己の判断で被告人との性交に応じたとしても、上記のような A の年齢、置かれた状況、被告人との関係を踏まえると、被告人は A に事実上の影響力を及ぼして A が性交をなすことを助長し促進する行為をしたといえ、A に（淫行を）「させる行為」をしたと認められる。」と述べ、同旨の判断に出た原判決に誤りはないと述べた。

以上のように、三重事例は、被害児童は被告人の要求を断りにくく、その要求に応じて性交せざるを得ない状況にあったことに収斂させて「させる行為」を肯定している。これは被害児童が淫行に消極的であったにもかかわらず、淫行に応じたという心理状態に至ったか否かを考慮して「させる行為」を肯定する馬渡説に親和的であるのようにも思われる。しかし、「させる行為」を肯定する判断に至った過程を検討すると、被害児童が現に被告人方で専ら被告人に頼って生活していたという事情や、自宅のある三重県内から相当離れた高知県内に連れ去られたため、被害児童が独力で他の居住場所に移ることや自宅に帰ることは現実的に困難であったという事情が踏まえられている。それゆえ、実質的には、被害児童が淫行時点で被告人に衣食住を依存する状況にあることによる事実上の影響力を及ぼしたことを重要視して「させる行為」を肯定したものと考えられる（以下、この判断方法を「「衣食住依存利用着目型」判断方法」とする）。

他方、深町説に従った場合、被告人は被害児童に対して指導者的地位にも保護者的地位にもないため、「保護責任者的立場」が認められず、それゆえ「させる行為」が否定されるように思われる。しかし、深町説は平成 27 年 11 月 18 日に被告人が被害児童と生活を始めた後、およそ 10 回の性交をしている中で、同年 12 月 22 日の性交についてのみ、「支配関係の利用」を理由に児童淫行の成立を原判決が肯定したことを挙げ、一定の生活関係を継続し、被害児童が被告人に経済的・精神的に依存する関係が成立したからこそ、被告人に本罪の成立が肯定されているものと見ることも可能である[207]、として三重事例においては、なお「させる行為」は肯定されると述べている。

このように、深町説は、家出事例のうち、一定期間にわたって生活を継続し続けたことにより、被害児童が被告人に経済的・精神的に依存する関係が成立したという場合に限り、例

[207] 深町（立教）・前掲注(173)96 頁。

外的に被告人に保護者的地位としての「保護責任者的立場」を認め、「させる行為」を肯定する。しかし、一定の生活関係を継続したとはいえない事案について、なお裁判所が「させる行為」を肯定した裁判例として札幌高判平成 30 年 11 月 14 日 LLI/DB L07320626（以下、「札幌事例」とする）がある。

札幌事例は、家出願望がある旨をツイッター上に表明していた被害児童 A（13 歳）に対し、家出先として被告人方を提示し、自己の下に来るように誘惑し、これを決意した同人を平成 29 年 11 月 16 日午後 7 時 44 分頃に自宅まで連れ去った後（どこからどこまで連れ去ったのかは不明であるが、被告人側の主張によれば「独力で帰宅できる範囲内」であるとのことである）、同日午後 9 時頃に入浴のために裸となった A を、そのまま風呂場から連れ出し、鎖付きの首輪を付けて、ガムテープで後ろ手に両手首を縛って、口淫をさせるとともに性交に及び、膣内に射精し（原判示第 6 の 1 の事実）、また、翌 17 日午後 5 時頃に A の陰毛などの体毛を剃った上で鎖付きの首輪を付けて、口淫をさせるとともに性交に及び、膣内に射精する（原判示第 6 の 2 の事実）などしたという事例であった。

被告人側は、「児童に淫行をさせる行為」をしたというためには、行為者と児童との間に、児童の全人格の形成に関わる一定の依存関係がなければならないと解されるが、被告人と A との間にはこのような依存関係がないため、本事例において「させる行為」は否定されると主張した。これは、「保護責任者的立場利用着目型」判断方法を示した平成 28 年決定第 1 審および深町説に立脚した主張であって、その主張には一定の説得力が認められる。「保護責任者的立場利用着目型」判断方法に立脚した場合、被告人が保護者的地位にあるとはいえないため「させる行為」は否定されると考えられる。また深町説が示した基準に立脚した場合でも、確かに被害児童は被告人宅を家出先と定め、その場所で生活を開始しているものの、少なくとも誘拐した当日（誘拐後約 1 時間半後）またはその翌日の段階において、一定の生活関係を継続し、被害児童が被告人に経済的・精神的に依存する関係が成立したと認めることは困難であるため、「させる行為」は消極的に解されると考えられる。

しかし、裁判所は同事例につき「させる行為」を肯定して児童淫行罪の成立を認めた。

裁判所は「「児童に淫行をさせる行為」とは、前記のとおり、淫行（すなわち、児童の心身の健全な育成を阻害するおそれがあると認められる性交又はこれに準ずる性交類似行為）を児童がなすことを、直接たると間接たるとを問わず児童に対して事実上の影響力を及ぼして助長し促進する行為をいうのであって、児童の心身の健全育成という児童福祉法の趣旨に照らせば、所論が主張するような依存関係がなければ「児童に淫行をさせる行為」をしたとはいえないと限定して解釈するのは相当ではない。」と述べ、「「児童に淫行をさせる行為」に当たるか否かは、行為者と児童の関係、助長・促進行為の内容及び児童の意思決定に対する影響の程度、淫行の内容及び淫行に至る動機・経緯、児童の年齢、その他当該児童の置かれていた具体的状況を総合考慮して判断するのが相当である」と述べて、平成 28 年決定を引用した。

そして、裁判所は事案の具体的事情を列挙した上で、「13 歳という年齢や、強い家出願望

を有するなどの A の状況からすれば、A に自分の性行動に関する適切な判断能力がなかったことは明らかである。そして、被告人の A に対する性的行為は、被告人宅に寝泊まりして生活を被告人に頼らざるを得ない A の状況を利用したものである上、特に、原判示第 6 の 1 の事実の性交等については、特異な嗜好に基づく強力かつ直接的な態様のものであって、性交経験を有さず、被告人との性交を嫌がっていた[208]A が自律的意思に基づいて応じたとはおよそ考えられないものであった。原判示第 6 の 2 の事実の性交等についても、A が被告人を頼らざるを得ないことなど、その他の状況が変わっていないことや、原判示第 6 の 1 の事実の性交等が一旦行われた後のものであることや、それ自体陰毛を剃るなどの特異な嗜好に基づく行為がされていることなどからすれば、A が自律的意思に基づいて応じたとはおよそ考えられない。以上によれば、本件は、判断能力に乏しい児童を狙って、これを自己の影響下に置き、その影響力を行使して、自己の倒錯した性的欲求を満足させようと計画した被告人が、実際に、その計画に従って、性交等を望んでいなかった児童を自分の影響下に置き、強い影響力を及ぼして、淫行を助長、促進した事案と評価できるのであって、被告人が、A に「淫行をさせる行為をした」といえることは明らかである。」と述べた。

その上で「A が被告人とのツイッター上のやり取りの中で、家出先で口淫することについては容認していたことや、小学 6 年生時に自分の裸の画像を見知らぬ者に送信したことがあるなど、不健全な性行動に親和的な生活を送っていたといえるから、被告人の行為が、A に事実上の影響力を及ぼして A が淫行をなすことを助長し促進する行為に当たるとはいえない」という被告人側の主張に対しては「13 歳という A の年齢や心身の状態等に照らせば、A が自分の性行動に関する十分な判断力を有していたとは認められない。前記の淫行に至る動機・経緯や当時の A の状況、被告人と A の関係、淫行に向けて及ぼした影響力の程度や態様等によれば、被告人が A に事実上の影響力を及ぼして A が淫行をなすことを助長し促進させる行為を行っていたことは明らかである。」と述べて、これを排斥し、さらに、「最初の淫行は、被告人が A と合流してわずか 1 時間 17 分後にされたものであるから、A が被告人に依存するといった関係性が生じていたとはいえない」とする被告人側の主張に対しては「A は 13 歳で、十分な判断力を備えておらず、強い家出願望を有していた。被告人は、このような A を、安心させて家出をさせ、自宅に連れ込み、A を被告人に頼らざるを得ない状況の下に置いた上で、前記のとおり、淫行に向けて直接的かつ強力な態様で影響力を及ぼしているのであるから、最初の淫行の時点でも、既に A に事実上の影響力を及ぼして、A が淫行をなすことを助長し促進させる行為を行っていたといえる。」と述べ、これを排斥した。

札幌事例について、深町説は、被告人が被害児童と合流してわずか 1 時間 17 分後に淫行

---

208 この点について、誘拐前になされた SNS 上のやりとりにおいて、性交の経験がなく、被告人と性交しなければならなくなるのが嫌であり被告人に犯されないか心配している旨および自宅にいるくらいなら被告人に毎日口淫させられることも頑張るが、性交することは困る旨を伝えており、これに対し、被告人は性交渉を持つつもりはない旨の返答をしていたことが事実として認められている。

に至っており、また、連れ去られた被告人宅が独力で帰宅できる範囲内にあることを根拠に、三重事例とは異なり、淫行時点で被害児童が被告人に経済的・精神的に依存する関係が成立したわけではないと述べており、「させる行為」を肯定することについては批判的である[209]。

しかし、札幌事例は「児童の全人格の形成に関わる一定の依存関係がなければ「児童に淫行をさせる行為」をしたとはいえないと限定して解釈するのは相当ではない」として、被告人が保護責任者的立場にない場合であっても「させる行為」が肯定されることを明確にし、その上で、同判決は、被害児童は自律的意思に基づいて性交等に応じたものではないことに収斂させて「させる行為」を肯定した。

このような判断方法に関しては、被害児童が淫行に消極的であったにもかかわらず、淫行に応じたという心理状態に至ったか否かを考慮する馬渡説と同様に、被害児童の淫行は自律的意思に基づいたものか否かという基準を用いた上で「させる行為」を肯定したように思われる。

確かに同判決は「させる行為」を肯定する過程で、鎖付きの首輪を付けて、ガムテープで後ろ手に両手首を縛るという児童の淫行に対する消極性を強く推認させる手段をとった上で性交に及んだという事情、および、被害児童が被告人との性交を嫌がっていたという事情を指摘しており、それらの事情は被害児童の心理状態を考慮したものであって、「自律的意思に基づいて応じたものではない」という帰結に対して一定の影響を与えた可能性がある。

しかし、それらの事情が「特に…」という文言の後で述べられた事情であることを考慮すると、その前で述べられた事情、すなわち、被害児童が被告人宅に寝泊まりして生活を被告人に頼らざるを得ないという状況にある事情を「させる行為」を肯定する上で重要視したと理解すべきである。したがって、札幌事例は、被害児童が淫行時点において被告人方で生活を継続せざるを得ない状態にあり、かつ、将来にわたって長期間、被告人の下で生活することを余儀なくされる可能性の高く、それゆえに、事実上淫行に応じるという選択肢しかない中で淫行に応じたものであることを捉えて「自律的意思に基づいて応じたものではない」という判断に至ったものであり、実質的には、三重事例と同様、被害児童が淫行時点で被告人に衣食住を依存していることによる事実上の影響力を及ぼしたことに着目して、すなわち「衣食住依存着目型」判断方法に基づいて「させる行為」を肯定したと理解するべきであると考えられる。

他方、家出事例であるが、児童淫行罪で起訴されなかった、または、児童淫行罪に代えて条例上の淫行罪で起訴された事例が存在する[210]。

---

209 深町（家族）・前掲注(173)42 頁。

210 家出事例には本文で挙げた事例のほか、佐賀地判令和 2 年 12 月 23 日 LLI/DB L07551201（福岡）がある。同事例は、被告人は、ツイッター上に家に帰りたくない旨投稿していた被害者に対して、ツイッター及びラインで「家に帰りたくないなら迎えにこようか」「□□駅まで来てくれるなら迎えに行くよ」などと伝え、被害者が家出をして自己の下に来るよう誘惑し、被害者にその旨決意させ、令和 2 年 9 月 24 日午後 10 時頃、佐賀県佐賀市から自宅のある福岡県飯塚市まで連れ去った上、21 時間にわたって被

また、大津地判令和2年9月16日 LLI/DB L07550775 は、被告人は SNS を通じて知り合った被害児童 A（17 歳）と、中学校 3 年生の「Y」なる架空の人物として連絡を取り合う中で、A が「Y」の存在を信じて好意を寄せていることを利用し「A に会いたい」「…二、三日、Y と一緒に行動してほしい」「Y の言うことに NG はなし。NG 出したら会えなくなる」などと申し向け、家出をして自己の元へ来るように誘惑し、A にその旨決意させて、令和元年 8 月 16 日午後零時 5 分頃に合流して、岐阜県大垣市から愛知県名古屋市のホテルまで連れ去り、約 5 日間自己の支配に置いた点についてわいせつ目的誘拐罪で起訴され、これが成立したところ、量刑の文脈において誘拐中に被害児童と淫行に及んだ旨の言及がなされているが、その件については特に立件がなされていないという事例である（なお、誘拐後に愛知県稲沢市ホテル内で被害児童を相手として行った淫行については条例上の淫行罪（愛知）が成立している）。

判決文には限られた情報しか記載されておらず、事案を正確に理解することは困難であるが、被害児童を連れ去った後に淫行に至ったという点では、児童淫行罪を成立させた家出事例に類似していることから、児童淫行罪の成否が問題となるべき事例であるといえる。しかし、同事例はホテル内で被害児童と淫行に至ったという点で、児童淫行罪を成立させた事例とは異なっており、誘拐からあまり時間が経っておらず、また、今後長期間にわたって被告人の下で生活を余儀なくされる可能性が低いということが考慮された（実際に誘拐罪は 5 日間で終了している）結果、「衣食住依存利用着目型」で判断した場合でも、「させる行為」が否定されるとして、起訴が見送られた可能性がある。

また、神戸地判令和 3 年 11 月 22 日 LEX/DB 25591443（兵庫）は、被告人はツイッター等で自殺願望を表明していた被害者（13 歳）に対し「DM 失礼します、本当に死にたいですか…？もしよければ力を貸します。自分も死ぬつもりですけど 1 人で死ぬのは少し寂しい気がして」などと、同人と一緒に自殺をする旨のメッセージを送信して、自己の下に来るように誘惑し、同人に被告人の下に行くことを決意させ、同月 5 日午前 6 時 20 分頃、兵庫県明石市から同県丹波市まで連れ去り、同日午前 8 時 7 分頃から同日午後 5 時 48 分頃までの間に、同市の自動車内において同人と性交した行為について条例上の淫行罪で起訴され、これが成立した事例である。

同事例も、被害児童を連れ去った後に淫行に至ったという点に着目すると、児童淫行罪の成否が問題となるべき事例であるように思われる。しかし、同事例は車内で被害児童と淫行に至ったという点で、やはり今後長期間にわたって被告人の下で生活を余儀なくされる可能性が低いということが考慮された結果、「衣食住依存利用着目型」で判断した場合でも、「させる行為」が否定されるとして、起訴が見送られた可能性がある[211]。

告人方に留め置く中で、25 日午後 1 時頃から同日午後 6 時 53 分頃までの間に被害者の首をなめ、乳房を手指でもてあそぶといった行為を行った事例につき条例上の淫行罪（わいせつな行為）で起訴され、これが成立した。同事例は、被害児童に対して行った行為が「淫行」に該当しないため、児童淫行罪で起訴されなかったと考えられる。

[211] また、同事例は被告人の自殺幇助によって被害児童が自殺したことにより、児童淫行

以上のように、家出事例の中でも、ホテルの一室や自動車の中で被害児童と淫行したという事情が認められる場合には、児童淫行罪で起訴されない傾向にあるところ、それは「衣食住依存利用着目型」判断方法に照らした場合でも「させる行為」が否定されるためであると理解することが可能であるように思われる。

なお、家出事例以外にも「衣食住利用着目型」判断方法に基づいて「させる行為」を肯定したと考えられる裁判例が存在する。すなわち、東京地立川支判平成 25 年 5 月 29 日 D1-Law.com28213779 は、養父の立場を利用して被害児童に性交させたかどうかという観点から、「させる行為」の存否が争われた事例であるところ、裁判所は、被告人が養子たる被害児童（12 歳[212]）から「エッチをしてみたい」などと言われ、何回か断ったが、被害児童から何度も言われたため被害児童との性交に応じたものであるなどという被告人の供述を前提にした上で、しかしそれでもなお、「被害児童は、当時 12 歳の被告人の養子で、被告人と同居し、生活全般を被告人らに負っていたのだから、その行為が好感をもって受け入れられたとすると、より多くの好意・愛情を獲得するため、同様の行為を更に積極的に行うようになることは、見やすい道理である。被告人が、当初、ためらいを覚えながら胸を触ることから始め、自宅で F（注：被害児童の実母）のいないところで、胸を愛撫したり、接吻をしたり、更には、陰部にまで触るようになったという経過は、その事をよく物語っている。そして、その行為が、最終的に性行為にそのものにまで発展することも、行為の展開の過程から、容易に想像のつくところである。被告人も、そのような過程を通じて、被告人が被害児童の誘いを受け入れ、性的行為を行うことが、被害児童の行為を更にエスカレートさせていくことを実感として感じたものと合理的に推認できる。その年齢からも、立場からも被害児童の被告人に対する性的関心は、その意味を十分理解した通常の男女間の恋愛感情に基づくものとは異なる、未熟な好奇心や裏返しの愛情の希求に基づくものであり、一方、被告人の被害児童に対する性的関心も、相手の知慮浅薄に乗じた、社会的に許される余地のないものであることを考え併せると、被告人が被害児童に対して性的行為を繰り返したことは、それ自体が、通常の性交の場合に包摂される程度を超え、養父の立場を利用して、同人に性交をするように働きかけたというべきである。」と述べて、児童淫行罪を成立させた。

性交に至る過程について被害児童にイニシアチブがあり、被告人が被害児童による性交の求めに応じるという行為は、まさしく通常の性交の場合に包摂される程度であるようにも思われ、仮に「させる行為」を判断するにあたって被害児童が淫行に消極的であるという心理状態に着目する馬渡説に立った場合には、被害児童が淫行に積極的であるために、「させる行為」が否定される可能性がある。しかし、裁判所は「被告人の養子で、被告人と同居し、生活全般を被告人らに負って」いる被害児童の行為を被告人が好感をもって受け止めたために、被害児童が行為をエスカレートさせたのであるとして、「養父の立場を利用して、同人に性交をするように働きかけた」ことを肯定しており、その判断過程においては、性交

罪で起訴するための証拠を収集することが困難だった可能性も考えられる。

[212] 旧強姦罪（177 条後段）でも起訴されており、成立が認められている。

に至る過程について被害児童にイニシアチブがあったことよりも、被害児童が養父たる被告人と同居しており、生活全般を依存していることを重要視している。

同裁判例は、被告人が被害児童の養父であるという事案であるため、「保護責任者的立場利用着目型」判断方法に基づいた場合にも「させる行為」が肯定されうるが、同裁判例の判断それ自体は「衣食住利用着目型」判断方法に親和的であるように思われる。

以上まとめると、家出事例において被害児童を一時的に自己の支配下に置く者は「保護責任者的立場」に該当しない場合があるものの、被害児童が淫行時点で被告人に衣食住を依存する状況にある場合には、そのような依存状況にあることを根拠として「させる行為」が肯定されると理解するべきである。被害児童が淫行時点で被告人に衣食住を依存する状況にあるか否かを判断する上では、被害児童の自宅までの距離、支配下に置かれていた場所の密室性、支配下に置かれていた期間、淫行への働きかけといった考慮要素が総合的に判断されることになる。具体的には、淫行に至った場所が被害児童の自宅から遠い場合には、その場で生活せざるを得ない状況が作り出されているため、「させる行為」が肯定されやすく、また、一定期間にわたって生活を継続し続けた末に淫行に至った場合には「させる行為」が肯定されやすいといえる。また、支配下に置いている場所が被告人の自宅である場合には被告人への衣食住の依存度合いが強いため、「させる行為」が肯定されやすく、他方、ホテルや自動車内である場合には「させる行為」が否定されやすくなる。また、札幌事例のように鎖付きの首輪をつけてガムテープで後ろ手に両手首を縛るといった逮捕監禁にも該当しうるような行為に出た上で、淫行に至った場合にはその場で生活せざるを得ない状況が作り出されているため、「させる行為」が肯定されやすくなるといえる。

ⅳ-2「衣食住依存着目型」判断方法と相反する家出事例

前項では、家出事例につき「衣食住依存着目型」判断方法で児童淫行罪を成立させた裁判例を挙げたが、家出事例につき「衣食住依存着目型」判断方法とは異なる方法で児童淫行罪を成立させた、あるいは「衣食住依存着目型」判断方法と相反する帰結となった裁判例が存在する。水戸地判令和 4 年 3 月 22 日 LLI/DB L07750406（以下、「茨城事例」とする）は、自殺願望がある旨をツイッター上に表明していた被害児童 A（14 歳）に対し、家出先として被告人方を提示し、自己の下に来るように誘惑し、これを決意した同人を令和元年 5 月 31 日に茨城県水戸市から自宅のある栃木県小山市まで連れ去った後、同年 6 月 3 日頃に A に対し、主従関係がいいのか、それとも、対等な夫婦のような関係がいいのかといった趣旨のことを言い、その顔面を平手で多数回殴打した上で A と口腔性交をしたという事案につき、強制性交等罪および児童淫行罪で起訴し、また、A が前記暴行等により被告人に対して抵抗することが著しく困難な状態に陥っていることに乗じて同月 7 日頃 A と性交をし、同月 18 日頃、同月 20 日頃、同月 26 日頃、同年 7 月 2 日頃の 4 回にわたり A と口腔性交をしたという事案について、準強制性交等罪および児童淫行罪で起訴したという事例であった。これに対して被告人側は「被告人と A は、結婚を前提とした真摯な交際をしており、A

に対し同意なく暴力を振るったことはないから、A と肉体関係をもったことは強制性交等、準強制性交等及び児童福祉法違反に当たら」ないと主張して事実を争ったところ、裁判所はその主張を認めず、「本件性交等は、A の同意の上で行われたものではなく、被告人の暴行、脅迫により反抗が著しく困難になった状態で行われたものであり、また、当時、被告人と A は、結婚を前提とするような真摯な交際をしていたものでもないことも認められる。したがって、…強制性交等又は準強制性交等に当たるとともに、児童である A に淫行をさせる行為に当たる。」と述べた。

茨城事例においては、被害児童は淫行時点で、被告人方で生活を継続せざるを得ない状態にあったと考えられることから、「衣食住依存利用着目型」判断方法から「させる行為」を肯定することが可能である。しかし、その判断過程を見ると、被害児童に対して暴行・脅迫を手段とし、または被害児童が抗拒困難状態に陥っていることを利用したことを根拠に、「させる行為」を肯定するかのような判断を行っており、「させる行為」を判断するにあたって、被害児童が淫行に消極的であったにもかかわらず、淫行に応じたという心理状態に至ったか否かを考慮する馬渡説に親和的であるといえる。

また、家出事例の中には、「衣食住依存着目型」判断方法に従った場合には「させる行為」が肯定され児童淫行罪が成立する可能性があるにもかかわらず、条例上の淫行罪で起訴され、これを成立させたという裁判例がある。

静岡地浜松支判令和 2 年 7 月 10 日 LLI/DB L07550567（静岡）は、被告人（高校教師）は、被害者（14 歳）に対して「えっち好きなの？」「オレとはしてくれない？」…「一人暮らしだから毎週末泊まらせるよ？」…などというメッセージを送信し、被害者に自己の下に来るように誘惑し、被害者にその旨決意させ、令和 2 年 4 月 5 日午後 4 時頃、被害者を静岡県浜松市から自宅のある静岡市まで連れ去った上、同日午後 10 時 5 分頃から午後 10 時 35 分頃までの間、被害者と性交したという事案につき条例上の淫行罪で起訴され、これを成立させた。また、さいたま地判令和 3 年 11 月 5 日 D1-Law.com 28293624（東京）は、被告人は、SNS 上に家出願望がある旨表明していた被害者（17 歳）に対して、「大丈夫ですか？？もし力になれたらうれしいです、、、！東京都 F 区在住です」、「裏切るようなことは絶対しませんし、ぜひ家出先の選択肢に入れてもらえたら嬉しいです」、「服も家用だったら貸すし、それ以外でも貸せるものは全て貸します。だから生活必需品はあまり持ってくる必要ないかも、、、」という旨のメッセージを送信して、自己の下に来るよう誘惑し、被害者にその旨決意させ、令和 3 年 6 月 13 日午後 4 時 39 分頃、東京都 F 区で同人と合流し、自宅のある同区被告人方まで連れ去った上、同月 13 日午後 6 時頃から同月 16 日午前 1 時頃までの間に 2 回にわたって同人と性交した事例につき条例上の淫行罪で起訴され、これを成立させた。

これらの裁判例は、連れ去った場所から比較的近距離に被告人宅があり、また、連れ去ってから淫行まで比較的時間が経過していないという事情が認められる。それゆえ、被害児童のもともとの居住地から比較的遠距離にある被告人宅に誘拐され、ある程度の期間、被告人

宅で生活を継続した中で、被告人と被害児童が淫行に至った三重事例については肯定的に理解し、被害児童が自力で帰宅可能な場所にある被告人宅に誘拐された後、その日のうちに被告人と被害児童が淫行に至った札幌事例については否定的に理解する深町説に親和的である可能性がある。

ｖそのほか「保護責任者的立場」判断方法に基づいた場合には、「させる行為」を肯定することが困難と考えられる事例

横浜地判平成 29 年 3 月 16 日 LLI/DB L07250163 は、被告人は、被害児童（13 歳）の両親から、被害児童を、同人の両親の監督を離れて被告人の所有する上記マンション…号室に宿泊させることなどにつき承諾を得ていたものであるが、その立場を利用し、被害児童をして淫行せしめたという旨の罪となるべき事実につき、特に「させる行為」について判決文中に争いなく、児童淫行罪を成立させたものであり、量刑の理由において「被告人は、被害児童を釣りやバーベキューに誘うなどし、B やその両親から信頼を得ていたことを十分に認識しながら、その信頼や B の判断能力の未熟さにつけ込んで本件犯行に及んだ。もとより、自己の性的欲求を満たすために行われた本件犯行動機に酌量の余地はない。被害児童は、信頼していた被告人から被害を受けたもので、その健全な成長に与えた悪影響が懸念される。」と判示された。

同裁判例は、「被害児童を、同人の両親の監督を離れて被告人の所有するマンションの一室に宿泊させることなどについて承諾を得ている」という立場にあったことを「させる行為」の根拠としている。同裁判例は、被害児童から信頼されており、その信頼を利用して被害児童と淫行に至ったことを重要視して「させる行為」を肯定したものと考えられるが、その信頼を高める要素は親から信頼されていたということに求められる。

同事例については、被害児童が被告人を信頼しており、親も被告人を信頼していることがその信頼を信用にまで高めている事例であると理解することが可能であるが、教師という一定の地位にあることによって信頼が信用へと高められた教師事例や元教師事例と同様に理解することにはなお疑問がある。すなわち、信用的立場は信頼から信用へと高められる根拠が一定の地位である一方で、同事例についてはそのような事情を欠いており、信用的立場にあることによる事実上の影響力を及ぼした事例と把握するべきではない。

第 8 項　二者関係型における児童淫行罪の成立範囲に関する私見

１．「させる行為」の判断手法について

児童淫行罪と条例上の淫行罪に共通するのは、18 歳未満の者（児童淫行罪における児童＝条例上の淫行罪における未成年者）の健全育成を保護法益とし、これを阻害するおそれのある行為を規制する点にある。そのため、18 歳未満の者を相手に性的行為を行った場合のうち、いかなる場合に「18 歳未満の者の健全育成を阻害するおそれ」が生じるのかを確認する必要がある。

「18 歳未満の者の健全育成を阻害するおそれ」に関しては、あくまでも阻害の対象が 18 歳未満の「健全育成」であることに着目すべきであるように思われる。例えば、仮に 18 歳未満の者を相手方として、その同意の下、性的行為を行ったというケースを考えると、性的行為を行った時点においては、被害者の自己決定権に対する侵害はないといえる。しかし、長期的に見た場合、被害者の自己決定権に対する侵害がないということが直ちに健全育成を阻害しないことを意味しない。

18 歳未満の者が他者と非対等な関係性の下で性的行為を行うことによって生じると理解するべきである。なぜなら、非対等な関係性の下で性的行為がなされた場合、児童は精神的なダメージを受ける可能性が高く、また、将来的に自身の性被害に関して鈍麻する可能性があり、性被害を受け続ける可能性が高いためである。非対等な性的行為がなされたか否かの判断については、両罪に共通する要件である「淫行」の有無で判断されることになる。被告人と被害者がいかなる関係性であっても、非対等性が否定されるならば、児童淫行罪も条例上の淫行罪も成立しない可能性がある（ただし、刑法上の性犯罪は成立する余地がある）が、例えば、児童に対して地位や関係性に基づく上下関係がある場合、その関係性を保持したまま、淫行に至る可能性が高く、非対等性が認められやすいと考えられるため、非対等性が否定されるためには、それを否定する強い根拠が必要になると考えられる。

非対等であることが認められた場合には、両罪は保護法益を同じくしていることから、児童淫行罪に該当するか条例上の淫行罪に該当するかという振り分けの問題が発生することになる。条例上の淫行罪が「淫行する行為」を処罰対象とし、児童淫行罪が「淫行させる行為」を処罰対象としていることから、この振り分けの基準については「させる行為」の中で検討されることになる。

「させる行為」の判断基準については、「（さ）せる」が使役表現であることを根拠に行為者が児童に対して性的行為を何らかの意味で強制した場合に限定されると理解する見解もある。しかし、「（さ）せる」という使役表現自体には様々な意味があるため、少なくとも行為者が、児童がなす淫行について何らかの因果関係を有する行為を行ったという解釈しか得られず、これを根拠に何らかの限定的な解釈を導出することは困難である。したがって、「させる行為」の判断基準の検討にあたっては、現在までの実務における両罪の運用状況を考慮しつつ、児童淫行罪が条例上の淫行罪よりも格段に法定刑が重いという事情に依拠せざるを得ず、より当罰性が高い事案については条例上の淫行罪ではなく児童淫行罪を成立させるべきであるというある程度恣意的な判断によらざるを得ないと考えられる。

非対等な関係性には、自身の年齢や身分などを秘匿し又は偽ることによって情報の非対称性が生じている場合や、年齢差によって成熟度に差が生じている場合など様々な場合が考えられる。しかし、その当初から児童淫行罪は、児童が客を相手に売春したことによって得た金銭の一部を行為者が受け取るという事案につき、黒幕的な立場にある行為者を処罰するために運用される傾向があり、その中で裁判所は、行為者が児童の淫行にどの程度働きかけたかに注目するのではなく、行為者の立場に注目して「させる行為」を認めていたこと

に着目するべきである。

このように「させる行為」については被告人の立場に着目すべきであること、および、条例上の淫行罪よりも児童淫行罪の方が、法定刑が格段に重いことを考慮すると、児童の人生を左右する立場（権威的立場）、児童が衣食住を依存する立場（衣食住被依存的立場）、児童が信用するに足る立場（信用的立場）にある者が、その特定の非対等な立場（優越的立場）を利用して児童の淫行に関与していれば、その利用行為につき「させる行為」を認めるべきであると考えられる。

行為者がそのような立場にある場合には、そうではない場合よりも児童に対する心身のダメージが大きく、その当罰性は大きいと考えられる。まず、児童との関係性が密接であるため被害が長期化しやすい。また、児童にはその意思にかかわらず、「しない」という選択肢が事実上閉ざされており、将来的な意思決定の機会を失わせることになる。また、一般的に信用するべきとされている立場にある者に裏切られた時のダメージの大きさは、そのような立場にない者に裏切られた時のダメージよりも大きく、将来的に信用に値すべき地位にある者すら信用しなくなる危険性がある。また、一定の立場を利用して児童との淫行に至った場合、児童に対してさらなる働きかけを行うことなく容易または自動的に児童と淫行をなすことが可能であるため、一般予防的観点から、重い法定刑をもってこれに対処する必要があると考えられる。

一方、公表されている裁判例を分析すると、児童淫行罪が認められたケースは、行為者が被害児童の教師・保護者といった地位にある場合が多く、実際に一部の裁判例は被害児童に対して教師・保護者といった地位にある者を保護責任者的地位と理解し、行為者が保護責任者的地位にあることを根拠に「させる行為」を認めている。確かに、行為者が被害児童の教師・保護者といった地位にある場合についてはその地位の性質上、教師については権威的立場・信用的立場にあることが内包されており、保護者については権威的立場・被依存的立場・信用的立場にあることが内包されていると考えられる。そのため、被告人が保護責任者的地位にある場合は、「させる行為」が認められる典型的なケースとして理解することが可能である。

ただし、具体的な地位と児童淫行罪の成立の結びつきが強固になってしまうと、保護責任者的地位にあることではなく、その地位が内包する立場を利用して児童と淫行をなすことが問題なのであるにもかかわらず、児童淫行罪が職業上の倫理違反に対する罪として運用されてしまう危険性がある。児童淫行罪は行為者が特定の地位にあることを要求しているわけではなく、職務上の倫理違反を処罰するために制定された犯罪ではないため、それ自体妥当ではないばかりか、かつ、「させる行為」の解釈が一定の地位にある場合に限定して運用されてしまい、本来あるべき成立範囲と乖離してしまう危険性がある。

この問題は、保護責任者的地位にある場合に限定して「させる行為」が認められるべきだという理解によって生じている。言い換えると、優越的立場には地位によって形成される側面と具体的な児童との関係性や児童がなす淫行に対する働きかけによって構築される側面

があると考えられるため、保護責任者的地位に限定して「させる行為」を認める必要性はないと考えられる。

近時の裁判例も行為者が保護責任者的地位にある場合に限定して「させる行為」を認めているわけではない。例えば、長野地判平成 31 年 1 月 30 日 LLI/DB L07450146 は「被告人と被害児童との間に支配的関係ないし保護責任者的地位がなければ、よほど助長・促進行為が強度であるなどの例外的事情がない限り、児童福祉法 34 条 1 項 6 号の「させる行為」には該当しない」とする弁護人の主張は採用できないとして、これを明確に否定している。

保護責任者的立場ではないが、優越的立場にあることが認められることによって「させる行為」が肯定される類型として、家出事例が挙げられる。この点、保護責任者的立場の有無で「させる行為」を判断する深町説は、家出事例のうち、一定期間にわたって生活を継続し続けたことにより、被害児童が被告人に経済的・精神的に依存する関係が成立したという場合に限り、例外的に被告人に保護者的地位としての「保護責任者的立場」を認め、「させる行為」を肯定する一方で、そのような一定の生活関係を継続したとはいえない事案について、「保護責任者的立場」は否定する。しかし、被告人の居宅へと連れ去られ、被害児童にとって居宅から脱出することが困難な状況が作出されていれば、もはや被害児童はその場で生活を営むという選択を取らざるを得ないことから、行為者は被害児童に対して衣食住被依存的立場を獲得しているとして優越的立場を認め、「させる行為」を肯定するべきであると考えられる。他方で、同じ家出事例であってもホテルの一室に連れ込むような事案については居宅とは異なり、その場で長期間生活するわけではなく、居宅の場合と比較してホテルの一室には密室性が乏しいことからすると、ホテルに連れ込んだその時点から衣食住被依存的立場を獲得していると理解することは困難であり、一定程度長期間ホテルに連泊するなどして、被告人と被害児童が生活をともにしている状況が存在しなければ衣食住被依存的立場は獲得されないと考えられる。

また、さらに進んで、被告人が保護責任者的地位にあることが「させる行為」を判断する上でどのような位置づけにあるのかを示したものとして、福岡地判令和 2 年 6 月 22 日 LLI/DB L07550543 がある。児童相談所の児童福祉司として勤務する被告人が、同相談所で一時保護中の児童であった被害児童 A と性交におよんだという事例につき、検察官は、被告人と A との間に「保護責任者的地位のような関係性」があったことを根拠に、被告人からの事実上の影響力が A に強く及んでいたとした上で、被告人が、担当児童福祉司として A と面接する機会に、その立場を利用して、児童相談所の相談室等において、A と二人きりの状況を作出するとともに、相談室内の灯りを消し、自らのズボンとパンツを脱いで陰茎を露出させ、A の着衣をまくりあげるなどの行為は、被告人からの事実上の影響力の強さを考慮すると、「助長・促進行為」に当たりうるとして、児童淫行罪が成立すると主張した。

しかし裁判所は、被告人と A との間に「保護責任者的地位のような関係性」があるか否かという点について、「A としては、被告人は、援助指針（援助方針）を策定する立場にある者と認識していたのであるから、一時保護されている期間中の被告人からの働き掛けに

ついては、A の将来を左右し得る立場の者からの働き掛けであると考えて、A の自律的な意思決定が歪められる危険性があることは否定できないから、そのような意味において、A に対して相当の事実上の影響力を有していたとはいえ」る。しかし、児童福祉司は、一時保護されている子どもの援助指針（援助方針）を策定する児童相談所の専門家チームの一員であり、一時保護されている子どもと担当児童福祉司が会う機会は、面接時に限られている点、一時保護されている子どもと担当児童福祉司の関係は、原則として 2 か月以内の期間にとどまる点を考慮すると、「一時保護中の子どもとその担当児童福祉司との関係は、子どもとその親など保護者との関係や、学校における児童・生徒と教師との関係とは異なる部分が多い上、援助指針（援助方針）の策定に際しては、児童相談所の方針を子どもや保護者らに伝え、その意向を聴取し、できる限り子どもや保護者らとの協議が行われることなども踏まえると、検察官が主張するように、被告人と A との間に「保護責任者的地位のような関係性」があったとみるのは適切ではないと考える。」と述べて、被告人は A に対して保護責任者的地位にはないと判断した。

しかしその上で裁判所は、被告人と A との間に「保護責任者的地位のような関係性」が認められないとしても、「担当児童福祉司である被告人からの働き掛けがあったとすれば、それは A に対して相当の事実上の影響力があったと認められる。」と述べ、結果的には「させる行為」を認めず、児童淫行罪の成立を否定したが、被告人が A に対して保護責任者的地位にあることが認められない場合でも、A がなす淫行に対する被告人の働きかけの強さによっては「させる行為」が認められることを示した。

同裁判例は「させる行為」が行為者に保護責任者的地位がある場合に限定されないことを示しただけではなく、まずは保護責任者的地位という一定の地位があるか否かを判断し、そのような地位がない場合には、さらに被害児童がなす淫行に対する被告人の働きかけの強さから「させる行為」の有無を示すべきであるという「させる行為」の判断手法を示した点で参考とすべき裁判例であるといえる。同裁判例が示す判断手法を自説から言い換えると、まず第 1 段階で優越的立場の存在が内包されている保護責任者的地位に被告人があるか否かについて検討した上で、さらに第 2 段階で当該被告人と被害児童の関係性や被害児童がなす淫行に対する働きかけの程度から直截に優越的立場の有無について検討したものであるといえ、あるべき「させる行為」の判断手法を示していると考えられる。

２.「させる行為」の判断手法について

⑴行為者と被害児童に教師とその教え子という関係がある場合

平成 28 年決定においては、被告人と被害児童が教師とその教え子という関係性にある事例（狭義の教師事例）につき「させる行為」が問題となったところ、その第 1 審は「一般に講師を含む教師は、思慮分別を有する社会人として、生徒から無条件の信頼を得ながら、学業のみならず生活全般等に関して、全人格的な教育指導を行うことで、生徒の健全な成長を図り、相互信頼関係を維持育成することが要請され、相当な影響力を有することは明らかで

ある上、その職務上も生徒との関係が一定範囲から逸脱しないように自己を律すべき立場」（以下、「全人格的な教育指導を行う立場」とする）[213]にあり、その一方で「一般に中学生は社会経験や判断力が十分に備わっていない段階にあり、その心身の発達に応じた教育を施されるべき立場にある」[214]と述べた上で「させる行為」を認めている[215]。

このように、裁判所は、狭義の教師事例の場合には、具体的な被告人と被害児童の関係に目を向けるのではなく、一般的に教師という地位にある者はその教え子に対して「全人格的な教育指導を行う立場」にあること、および、一般的に児童が教師から教育を施されるべき立場にあることを根拠に包括的に「させる行為」を認める傾向がある。

裁判所が示した教師という地位にある者がその教え子に対して有する「全人格的な教育指導を行う立場」は複数の側面から構成されていると考えられる[216]。1 つ目は、指導者としての立場である。教え子は現にその教師に対して生活上・教育上の指導を受けていることから、教師は教え子の学業・成績・進路・人格形成・その他児童が学校生活を送る上での利益・不利益（ex.部活動）を現に左右する立場にあるといえる。2 つ目は、教え子から無条件の信頼を得る立場である。児童は幼い頃から教師という地位にある者から生活上および教育上の指導を恒常的に受けているため、教師という地位のある者は（具体的に特定の教師を信頼するか否かについては別にしても）信頼すべき立場にある者であるという心理状態が児童の中で形成されていることからすると、教師はその教え子に対して、教師という地位から生じる信頼に基づく影響力を有しているといえる。3 つ目に、教師は教え子を健全育成する特別の義務を有する立場にあるといえる。児童は教師という地位にある者を無条件に信頼すべきであるということが、教育上のシステムとして確立されている以上、教師は、その教え子との関係が一定範囲から逸脱しない義務、すなわち、教え子と淫行を行う関係とならないように自己を律すべき職務上の義務を負う立場にあるといえる。

狭義の教師事例の場合、教師という地位にある者はこの 3 つの要素を全て兼ね備えた立場としての「全人格的な教育指導を行う立場」であるといえるが、その関係性によっては、教師という地位にある者が 3 つの要素を全て兼ね備えた立場とはいえない場合もあり、「全人格的な教育指導を行う立場」の射程が問題となる。

教師という地位にある者が被害児童に対して有する「全人格的な教育指導を行う立場」を優越的立場という側面から理解すると、そこには複数の側面が認められる。

まず、教師は教え子の学業・進路・学校生活を左右しうるという意味で権威的立場にある。典型的な例としては、教師の地位を濫用して被害児童に自身との淫行に応じることによる

---

213 福岡地飯塚支部平成 26 年 5 月 19 日 LLI/DB L06951133。

214 東京高判平成 21 年 9 月 14 日 LEX/DB25463513（東京家判平成 21 年 3 月 9 日 LEX/DB25463512）。

215 量刑の文脈で、教師として生徒を指導し健全な成長をさせるべき立場にあることに言及した裁判例として、大津地判令和 3 年 4 月 22 日 D1-Law.com28292087（高校）。

216 「全人格的な教育指導を行う立場」について分析する研究として、佐野・前掲注(167) 234 頁。

学業上・進路上の利益、または、自身との淫行に応じないことによる不利益を与える旨を示唆した上で児童と淫行に至る場合が考えられる。実際の事例としては、淫行の対価として試験問題を事前に渡したという事例[217]、被害児童の中学校担任かつ部活動顧問である被告人が希望する性的関係を持つことに被害児童が消極的な態度に出たときに、被害児童に「俺は先生でおまえは生徒やぞ！」などと、教諭としての立場を振りかざすようなメールを送信した事例[218]が存在する。

次に、教師は児童の家庭や人間関係の悩みについての相談を受けることがあり、それに対処すべき信用的立場にある。単に被害児童が主観的に被告人を信頼しているのではなく、その信頼が教師という地位に裏打ちされたある程度合理的な信用であるという点に、被告人が教師という地位にあることの重要性が認められる[219]。

被害児童の側に積極的に被告人との関係性を親密にさせるようなふるまいが認められる場合には、被告人と被害児童の関係性が淫行をする関係へと発展させていく一要因を被害児童も作り出しているために、その事情は「させる行為」を消極的に理解する事情となりうる。しかし、そのような場合であっても、被告人が教師という地位にある場合には、その地位に内包された信用的立場を信用したことによるふるまいとして、なお「させる行為」が認められることになる。裁判例にも、被告人に昼夜を問わず繰り返し、被告人への依存を強める行動を被害児童自身がとっていたという事情が認められるとしつつ、被告人は被害児童と外食したり、服や化粧品を買ったりといった自身に対する依存を強化しており、被害児童が精神的に不安定な状態にあり、被害児童から相談を受ける立場にあったことを利用して児童との淫行に至ったとして「させる行為」を認めたものがある[220]。

⑵「全人格的な教育指導を行う立場」の射程の問題

①単に被告人が教師という地位にある場合

教師が有する児童を健全育成すべき特別の義務、すなわち「その職務上も生徒との関係が一定範囲から逸脱しないように自己を律すべき立場」という部分を拡大解釈して、職業倫理上、教師という地位にある者はおよそ児童と淫行してはならないと理解することも可能である。しかし、裁判実務においては被告人が教師である事例につき、児童淫行罪ではなく、

---

217 岐阜地判平成 30 年 7 月 5 日 LEX/DB25561250（高校・授業担当）。量刑の文脈で、「教師と生徒の関係にあることの影響力」のほか「教師という児童を保護すべき立場にあることも勘案する」と述べている。

218 名古屋高金沢支判平成 27 年 7 月 21 日 LEX/DB25541033。

219 その他、教師とその教え子という事例には、福岡高判平成 24 年 2 月 29 日 LLI/DB L06720125：高校部活顧問（教諭）（最決平成 24 年 11 月 12 日 LLI/DB L06710198）がある。

220 広島高判平成 29 年 9 月 5 日 LEX/DB25546995（高校教頭）。被告人に昼夜を問わず繰り返し、被告人への依存を強める行動を被害児童自身がとり、被告人は被害児童と外食したり、服や化粧品を買ったりといった自身に対する依存を強化した。被害児童から相談を受ける立場にあったことや被害者が精神的に不安定な状態にあった。

条例上の淫行罪による起訴がなされ、これを成立させた裁判例があり、被告人が教師という地位であるがゆえに直ちに児童淫行罪で起訴され、これを成立させているわけではない。

②元教師事例

被告人と被害児童がかつて教師とその教え子という関係にあり、被害児童が学校を卒業した後に淫行に至ったという事例（元教師事例）の場合、もはや被告人は被害児童に対し、指導者としての立場はないといえる。そのため、「全人格的な教育指導を行う立場」の理解につき指導者としての立場を強調するならば、狭義の教師事例と同様の枠組みで「させる行為」を認めることはできないように思われる。

しかし例えば、金沢地判令和元年 11 月 12 日 LLI/DB L07451372 は元教師事例であるところ、量刑の文脈ではあるが、「児童の健全な成長を図るべき立場の教師が、生徒である児童の未熟さに付け込み、その影響力を及ぼし」た事例であるとしているように、裁判実務では、元教師事例において現在は教師とその教え子という関係性にはないという事情は特に問題とはならず、狭義の教師事例に準じる事例として「させる行為」を認めていると考えられる。同裁判例は、「児童の健全な成長を図るべき立場の教師」と述べており、教師がその生徒「だった」者に対して健全育成すべき特別の義務があることを「させる行為」の根拠としている。その一方で、「被害児童の中学校在籍中から進路等の相談を受け、高等学校進学後も悩みごとの相談を受けていた…という立場を利用し」たという判示もあり、被害児童が中学校に在籍していた時点において獲得した教師としての地位に基づく信頼関係をその卒業後も維持し続けていることが、実質的には、狭義の教師事例と同様の枠組みで「させる行為」を認めた根拠の 1 つとなっているように思われる[221]。

裁判実務が教師としての地位に基づく信頼関係をその卒業後も維持し続けていることを「させる行為」の判断において重要視したと考えられる裁判例として岐阜地判大垣支令和 3 年 3 月 3 日 LLI/DB L07650317 がある。同裁判例は、被告人の元教え子である A・C、元教え子ではない B を相手としてそれぞれ淫行をなした事案であり、A・C に対する犯行は「教師としての立場を悪用したものである」としつつも、C の事例についてのみ児童淫行罪を成立させ、A・B については条例上の淫行罪（岐阜）を成立させたという事例である。やはり量刑の文脈であるが、同裁判例は C について「特に、被告人は、かつてクラス担任をしていた C…が自己に信頼や好意を寄せていることを認識しつつ、C…に対して何ら恋愛感情を有していないのに、交際関係への発展を期待させる言動をして、C に性交類似行為をさせ」たと述べる一方で、A については乳房を露出させた姿態をとらせて被告人の携帯電話機に送信させるという児童ポルノ製造罪（4 項）を犯したのち、「A の元教師であることを明

221 他に、大阪地判令和元年 6 月 25 日 LLI/DB L07451561 は、被告人と被害児童が小学校教師とその元教え子という関係にあるところ、被害児童（13 歳）が小学校を卒業後に淫行に及んだという事例であり、「中学校生活等の相談を受けていた立場を利用した」ことを「させる行為」の根拠としている。

かして安心させたのちには、言葉巧みに深夜に誘い出して」A と淫行に及んだと述べている。具体的な事実関係は不明であるが、A の事案は、元教師とその生徒という関係性は確かに存在しているが、被害児童が中学校に在籍していた時点において獲得した教師としての地位に基づく信頼関係が高校卒業によっていったん断絶した後に、交流が復活した事案と考えられる。このように、元教師とその教え子という関係性が認められる場合であっても、教師という（かつての）地位に基づく信頼関係がもはや存在しないと判断される場合には、狭義の教師事例に準じた包括的な「させる行為」の判断がなされない可能性がある。

第2節　青少年健全育成条例上の淫行罪における「淫行またはわいせつな行為」の解釈の変遷

第1項　青少年健全育成条例の概略

各都道府県には青少年の健全育成や保護を目的として制定された条例（以下、これらを「青少年健全育成条例」[1]と総称する。また個別の条例については「○○県条例」などと表記する）が存在する。同条例は、その目的を達成するために、青少年に対する有害環境を規制することで間接的に青少年の健全育成に働きかける規定と、青少年に対する有害行為を規制することで健全育成を阻害する行為から青少年を直接的に規定の 2 種類に大別されるところ、後者の規定には、例えば、「何人も、青少年に対し、淫行（淫らな性交・みだらな性行為・不純な性行為）又はわいせつな行為をしてはならない。」などとして、青少年を相手とする淫行・わいせつな行為を処罰する規定（以下、「条例上の淫行罪」とする）が存在する。

青少年健全育成条例[2]の沿革について、都道府県レベルにおいては 1950 年に岡山県において初めて制定されたのを皮切りに昭和 40 年までに過半数の地域で青少年健全育成条例が制定されたが、有害図書をはじめとする有害環境から青少年を保護する目的で制定されたものであって、条例上の淫行罪を規定しない（または罰則を伴わない規定を置く）地域も多く存在していた[3]。

その後、昭和 50 年代に有害図書の自販機販売、また女子少年による児童売春が社会的に問題視されたことにより、青少年健全育成条例が制定されていなかった地域でもこれが制定されるようになり、また、制定されている地域でも条例上の淫行罪が規定されるようになった。この動きは急速かつ同時多発的なものであって[4]、例えば、1977 年（昭和 52 年）の時点[5]では 37 の地域に青少年健全育成条例が存在し、そのうち 20 の地域に条例上の淫行罪が規定されていたところ、1985 年（昭和 60 年）では、長野県以外の 46 都道府県に青少年健全育成条例が制定されており、東京・千葉以外の 44 府県に条例上の淫行罪が規定されるという状況に至った。そして、2016 年に長野県において青少年健全育成条例を制定したことで、現在、全ての都道府県に青少年健全育成条例が制定され、条例上の淫行罪が規定され

---

1 各都道府県で青少年健全育成条例の名称は異なるが、本稿では「青少年健全育成条例」と統一的に表記する。

2 青少年健全育成条例の沿革については、安部哲夫「青少年保護育成条例による淫行規制の変遷と将来」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第三巻』（成文堂、2000 年）327 頁以下が詳細である。

3 なお、和歌山県は全国に先んじて 1951 年に青少年健全育成条例上に条例上の淫行罪を規定している。

4 この点について、高橋省吾「判解」最判解刑事昭和 60 年度 255 頁以下は、昭和 52 年から昭和 60 年の間に青少年健全育成条例を制定し、また青少年健全育成条例上に条例上の淫行罪を新たに規定した地域を示している。

5 北島敬介『福祉犯罪―解釈と実務』（日世社、1979 年）72 頁以下。

ている[6]。

条例上の淫行罪に関しては、「淫行」の意義があいまい不明確であるために、刑罰法規の明確性を定めた憲法 31 条などに違反するのではないかが問題とされていたところ、福岡県青少年保護育成条例最高裁判決[7]（以下、「昭和 60 年判決」とする）において、同青少年健全育成条例が憲法 31 条に違反するものではないことを示す過程で「淫行」の概念について解釈が示され、司法上一定の解決を見た。

すなわち、同判決は、福岡県条例および同条例の淫行罪の趣旨は、「青少年の健全な育成を図るため、青少年を対象としてなされる性行為等のうち、その育成を阻害するおそれのあるものとして社会通念上非難を受けるべき性質のものを禁止」することにあるとした上で、「淫行」とは、広く青少年に対する性行為一般をいうものではなく、「青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交または性交類似行為」（以下、「第 1 類型」とする）のほか、「青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような性交又は性交類似行為」（以下、「第 2 類型」とする）をいうものと解する、と述べたのである（なお、条例上の淫行罪は「わいせつな行為」も処罰対象としており、昭和 60 年判決は「わいせつな行為」に関して直接的な判断を行わなかったところ、「わいせつな行為」についても同様の限定解釈が及ぶと理解されている[8]）。

この最高裁判決は福岡県青少年保護育成条例に関する判示であるところ、この判断は多くの地域の青少年保護育成条例の規定にも影響を及ぼしており、また、現在の裁判実務においても影響を及ぼしている。ただし、全ての地域が同じ規定を設けているわけではなく、独自の規定を設けている地域も存在することから、まずは、各都道府県における現在の条例上の淫行罪の規定状況を確認した上で、昭和 60 年判決が示す「淫行」概念の検討および各裁判例の検討を行っていく。

第 2 項　各都道府県の条例上の淫行罪の規定[9]に関して

１．処罰対象となる行為

北海道および 38 の県における条例では、「何人も、青少年に対し、淫行（淫らな性交・み

---

6 このほか、市町村レベルで青少年健全育成条例が設けられている地域が存在する。

7 最大判昭和 60 年 10 月 23 日刑集 39 巻 6 号 413 頁（福岡）。以下、判例・裁判例の末尾に括弧書きで示される都道府県名は、どの都道府県の青少年健全育成条例が適用されたかを示している。

8 高橋・前掲注(4)251 頁。

9 本稿における各都道府県における青少年健全育成条例の規定に関する記載は、2022 年 6 月現在のものである。また、各都道府県の青少年健全育成条例は各都道府県のホームページ上で閲覧することが可能であり、子ども家庭庁内ページ「都道府県青少年条例制定状況及び青少年有害図書等指定状況調査・公表」内の「都道府県における青少年条例・規則等の制定状況」(https://skcao.go.jp/code.html 2023 年 8 月 1 日最終閲覧)には、各都道府県の青少年健全育成条例および関係法令のリンク先が示されている。

だらな性行為・不純な性行為）又はわいせつな行為をしてはならない。」という規定がなされている。

次に、千葉県・大阪府における条例では「淫行」という文言はないものの、「何人も、次に掲げる行為を行ってはならない。…青少年に対し、威迫し、欺き、若しくは困惑させることその他の当該青少年の未成熟に乗じた不当な手段を用い、又は当該青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として性行為又はわいせつな行為を行うこと。」（大阪）などとして、「淫行」に代えて昭和 60 年判決が示した「淫行」の定義とほぼ同じ定義を明文化して規定する[10]。三重県では「何人も、青少年に対し、いん行（青少年を威迫し、欺き、又は困惑させる等不当な手段を用いて行う性交又は性交類似行為及び青少年を単に自己の性欲を満足させるための対象として行う性交又は性交類似行為をいう。…）又はわいせつな行為（いたずらに性欲を興奮させ、若しくは刺激し、又は性的な言動により性的羞恥心を害し、若しくは嫌悪の情を催させる行為をいう。…）をしてはならない。」として、括弧書きの中で淫行について、昭和 60 年判決とほぼ同じ定義を示し、わいせつな行為について強制わいせつ罪（旧刑法 176 条）における「わいせつな行為」と同じ定義が示されている。この 1 府 2 県については、昭和 60 年判決における淫行の第 1 類型として列挙されている不当な手段について「誘惑し」という文言が存在しないという違いが存在するものの、ここまでの 42 の地域においては淫行およびわいせつな行為を処罰対象としており、また「淫行」についても昭和 60 年判決が示した解釈に依拠して判断することが可能であって、処罰範囲の違いも存在しないと考えられる。

しかし、残りの 5 つの地域においてはこれまでの 42 の地域と規定が異なっており、42 の地域よりも処罰範囲が狭く理解する余地が存在する。

まず、神奈川県条例は「何人も、青少年に対し、みだらな性行為又はわいせつな行為をしてはならない。」と規定した上で、「みだらな性行為」（淫行）の定義規定を置くところ、「健全な常識を有する一般社会人からみて、結婚を前提としない単に欲望を満たすためにのみ行う性交」と定義されており、同条例における「淫行」の定義の中に第 1 類型が含まれていない。

東京都条例は「何人も、青少年とみだらな性交又は性交類似行為を行つてはならない。」と規定しており、青少年に対するわいせつな行為が条例上の淫行罪の処罰対象となっていない。これに関して、この規定における性交類似行為を広く理解することでわいせつな行為を実質的な処罰対象とするという解釈も不可能ではないが、共に全裸となって被害児童の膣内に手指を挿入して動かす行為について「みだらな性交類似行為」を肯定した裁判例において、傍論であるものの「東京都青少年の健全な育成に関する条例で処罰の対象となるのは

10 なお、大阪府条例においては「青少年に金品その他の財産上の利益、役務若しくは職務を供与し、又はこれらを供与する約束で、当該青少年に対し性行為又はわいせつな行為を行うこと」、「青少年に売春若しくは刑罰法令に触れる行為を行わせる目的又は青少年にこれらの行為を行わせるおそれのある者に引き渡す目的で、当該青少年に対し性行為又はわいせつな行為を行うこと」が列挙されている。

性交又は性交類似行為に限られ、後者は性交と同視し得る態様による性的な行為をいい、単に「性器・肛門・乳首を触る行為」は該当しないと解されている」[11]という判断が示されており、東京都においては青少年に対するわいせつな行為が処罰対象から除外されていると考えられる[12]。

京都府条例は「何人も、青少年に対し、金品その他財産上の利益若しくは職務を供与し、若しくはそれらの供与を約束することにより、又は精神的、知的未熟若しくは情緒的不安定に乗じて、淫行又はわいせつ行為をしてはならない」と規定しており、「淫行」を、児童買春を含む利益供与を約束する類型と被害児童の未熟さに乗じる類型の 2 類型に分けて定義する。昭和 60 年判決は、誘惑・威迫・欺罔・困惑を例示列挙とする青少年の心身の未成熟に乗じた不当な手段を用いた類型を第 1 類型、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱う類型も第 2 類型としているところ、京都府条例が示した 2 類型を合わせても第 1 類型しか捕捉されず、第 2 類型は処罰対象とならないと理解する余地がある。京都府条例上の淫行罪で公訴提起された事例のうちアクセス可能な裁判例として、大阪地判令和 2 年 11 月 4 日 LLI/DB L07551143（京都）があり、同裁判例については後ほど検討する。

山口県条例は「何人も、青少年に対し、次に掲げる行為をしてはならない。」とした上で「金品その他の財産上の利益を供与し、若しくは役務を提供し、又はこれらの供与若しくは提供を約束して性行為又はわいせつの行為をすること（1 項）。相手方を欺き、若しくは困惑させ、又はその困惑に乗じて性行為又はわいせつの行為をすること（2 項）。あっせんを受けて性行為又はわいせつの行為をすること（3 項）。」と規定しており、「淫行」を、児童買春を含む利益供与を約束する類型と欺罔・困惑を手段とする類型とあっせんを受けた類型の 3 類型に分けて定義する。山口県条例は、不当な手段が欺罔・困惑に限定されているため、児童買春を処罰対象としていることを考慮しても、第 1 類型の一部しか捕捉されておらず、第 2 類型についてもあっせんを受けた場合に限定されていると理解する余地がある。長野県条例は「何人も、子どもに対し、威迫し、欺き若しくは困惑させ、又はその困惑に乗じて、性行為又はわいせつな行為を行ってはならない」として、第 1 類型のうち、欺罔・困惑という不当な手段を用いた場合のみを限定して捕捉している。ただし、山口県条例・長野県条例については、それぞれ条例上の淫行罪で公訴提起されたアクセス可能な裁判例が管見の限り存在しないため、実際にいかなる運用がなされているかは不明である。

２．行為の主体

各都道府県の条例上の淫行罪は、行為の主体を「何人も」と規定している。しかし、43 都道府県における条例においては罰則規定の中に「この条例の罰則は、青少年に対しては適用

---

[11] 東京高判平成 30 年 9 月 5 日高刑速(平 30)号 217 頁（東京）。

[12] 他に、広島地判平成 30 年 5 月 18 日刑集 74 巻 3 号 329 頁参照（東京）は被害児童の肛門に陰茎を挿入する行為について「みだらな性交類似行為」を肯定している。

しない」旨の規定が存在しており、これらの地域では、青少年が青少年を相手に淫行・わいせつな行為を行った場合には条例上の淫行罪が成立しないことになる。しかし、福井・静岡・岡山・広島の各県条例においてはかかる規定が存在せず、少なくとも規定上は青少年が行為の主体であっても条例上の淫行罪が成立する余地が存在する。

３．保護客体

条例上の淫行罪の保護客体については「青少年」あるいは「少年」と規定されているところ、全ての都道府県における条例においてその年齢の上限が 18 歳未満となっている。このうち 40 の地域において、婚姻した女子を保護対象から除外するただし書きが設けられているが、2022 年 4 月に施行される改正民法により、女性の婚姻年齢も男性と同じく 18 歳に統一されるため、現在においては意味を失った規定となっている[13]。また、保護客体を少年と規定する地域を含む 11 の地域においては年齢の下限を 6 歳以上と定めており、6 歳未満については保護対象から除外されている[14]。ただ[15]し、淫行の相手方が 6 歳未満であった場合には刑法上の性犯罪（2023 年刑法改正後の刑法 176 条 3 項・177 条 3 項）の処罰対象となり、通常は同罪で優先的に公訴提起されると考えられるため、この規定の違いによって地域間に処罰範囲の差異が存在することは事実上生じ得ないと考えられる。

４．罰則

条例上の淫行罪の罰則に関する 1977 年時点の資料[16]においては、条例上の淫行罪を定める 20 の地域のうち、罰則の最も軽い地域においては「3 万円以下の罰金」（8 の地域）、法定刑の最も重い新潟においては「1 万円以下の懲役又は 10 万円以下の罰金」がそれぞれ定められており、この時点では各地域によって罰則の重さに顕著な差異が存在していた[17]。

しかし、2022 年現在では、38 都道府県が、地方自治法 14 条 3 項で定められた、条例で刑罰法規を定める際の罰則の上限である「2 年以下の懲役若しくは 100 万円以下の罰金」が規定されている。他方、他の地域においては、佐賀・長崎・宮崎の各県条例においては「2 年以下の懲役または 50 万円以下の罰金」、秋田・滋賀・京都・鳥取・島根・広島の各県条例

---

13 この引き上げに伴い、各地域においてはかかるただし書きを削除する条例改正が行われている。

14 年齢の下限を「6 歳」に定める地域は保護客体を「少年」と規定している場合が多く、これらの地域は、児童福祉法 4 条 1 項 3 号において「小学校就学の始期から、満 18 歳に達するまでの者」を「少年」と定義したことと平仄を合わせたと考えられる。

15 例えば、埼玉県は平成 30 年 10 月の条例改正で「1 年以下の懲役または 50 万円以下の罰金」から「2 年以下の懲役若しくは 100 万円以下の罰金」に罰則を引き上げている。

16 北島・前掲注(5)72 頁以下。

17 また、昭和 60 年判決に付された伊藤正巳裁判官反対意見においても条例上の淫行罪を定める 44 の地域のうち、全ての地域で罰金刑が定められているものの、27 の地域で選択刑として懲役刑が定められており、罰金刑・懲役刑の上限も地域によって差異があることが指摘されている。

においては「1 年以下の懲役または 50 万円以下の罰金」が定められており、なお罰則の重さには地域差が存在しているが、全ての地域において罰金刑と懲役刑が並列的に規定されている点で、当時と比較してその差異は大きく縮小されている。近年においても、条例の改正によって罰則を引き上げる地域が存在しており、このような地域差を縮小させる傾向は今後も継続するものと考えられる。

５．小括

条例上の淫行罪が捕捉する処罰範囲について、かつては処罰範囲に大きな地域差が生じていた可能性があるが、現在においてはその地域差もかなり縮小されていると考えられる。ただし、処罰対象となる行為については、多くの地域が青少年を相手とする淫行・わいせつな行為と規定しており、淫行の具体的概念については昭和 60 年判決に委ねていると考えられるところ、一部の地域については昭和 60 年判決が示す淫行概念を限定する方向性での独自の規定が設けられており、多くの地域では処罰対象となる行為がこれらの地域では処罰対象とならない余地が高い。

もっとも、独自の規定を設ける地域においても昭和 60 年判決が淫行概念の基盤となっていることからすると、昭和 60 年判決が示す淫行概念について検討・分析しつつ、個別の規定を置く地域とどの程度処罰範囲が異なるのかを分析する必要がある。

第 3 項　昭和 60 年判決以前の裁判例

昭和 60 年判決以前から既に「淫行」が青少年を相手方とする性行為一般をさすものではないという点については各裁判例の中で指摘されており、昭和 60 年判決も「「淫行」を広く青少年に対する性行為一般を指すものと解するときは、「淫らな」性行為を指す「淫行」の用語自体の意義に添わないばかりでなく、例えば婚約中の青少年又はこれに準ずる真摯な交際関係にある青少年との間で行われる性行為等、社会通念上およそ処罰の対象として考え難いものをも含むこととなつて、その解釈は広きに失することが明らか」であるとして、青少年を相手方とするすべての性的行為が条例上の淫行罪の処罰対象となるわけではないことが指摘された。

その上で、昭和 60 年判決は「淫行」は、第 1 類型として「青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為」、第 2 類型として「青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱つているとしか認められないような性交又は性交類似行為」から構成されることを示した。

もっとも、昭和 60 年判決以前においては「淫行」に関して⑴社会通念上是認できない性行為と定義する裁判例、⑵一定の不当な手段を用いた性行為と定義する裁判例、⑶人格的交流を前提とした性行為と定義する裁判例、⑷単に性欲を満たすことのためにのみ行う性行為と定義する裁判例がそれぞれ存在しており、昭和 60 年判決の示した「淫行」の定義を理

解するために、これらの裁判例を検討する必要があると考えられる[18]。

１．社会通念上是認できない性行為と「淫行」を定義する裁判例

新潟家判昭和 40 年 1 月 12 日家月 17 巻 8 号 100 頁（新潟）は、通りすがりの被害児童（17 歳）に声をかけた上で宿泊していた旅館に誘い入れ性交したという少年事件であるところ、淫行とは「青少年を相手方とする性行為一般を指すものではないが、特定の方法態様による性交もしくは売春の相手方となることなどに限定されるものではなく、広く社会通念に照して倫理的な非難を受けるべき、性交または性交類似の行為のすべてを指称すると解するのを相当とする。従つて当然のこととして、性行為の相手方である青少年の意思の如何は本条の罪の成立に影響を及ぼさないのであつて、妾契約や不純異性交遊中のあるものは右に該当するものといわなければならない。」と述べた上で、「本件にあつては、少年は街頭で遇々出会つた一面識もない女性をその夜のうちに性交渉に誘つたのであつて、そこに互いに意思の疎通があつたわけでもなく愛情が生じたわけでもないのであるから、社会の倫理観念の現段階にあつては非難に値する行為として「みだらな性行為」にあたるといわなければならない。相手方たる女性が少年の勧誘を直ちに応諾したとしても事情に何ら異るところはないのである。」として、条例上の淫行罪の成立を肯定した。

名古屋高判昭和 53 年 10 月 25 日刑月 10 巻 9~10 号 1241 頁（岐阜）は、「青少年の売春の相手方となる行為だけでなく、青少年に対して行う、社会通念上是認されないような不倫な性行為一般を意味すると解する」とした上で、「被告人は、これまで電話で話したことがあるだけで一面識もなかつた当時 16 歳の同女を…友人の…C 方へ連行し、そのわずか数時間の後…、右 C の内妻が同じこたつを囲んで雑魚寝する狭い四畳半の間において、同女に対し、人目もはばからず…性行為に及んだものであること、被告人は、当時、自己の所属する暴力団の団員からリンチを受けて追われる身であり、もとより同女の両親との面識などは全くなく、同女と将来結婚したり、正式に婚約したりすることは、常識上容易に考えられない立場にあつた」ことを根拠に条例上の淫行罪を肯定した。

新潟地高田支判昭和 41 年 10 月 29 日判タ 207 号 193 頁（新潟）は、被告人は、A 女（16 歳）と交際関係にあったところ、被告人との約束に従って被告人方に来ていた被害児童に対し、接吻したり体をなでたりしたうえ、ともに布団の中に入り、同様の行為を続けているうち、被告人から肉体関係を求め、同女が口ではこれを断りながら抵抗もせず被告人のなすままになつていたので被告人はそのまま肉体関係を遂げたという事案であるところ、「みだらなものとしての非難は…それが現在の社会通念に照らし、男女の性関係の本来あるべき姿から著しく逸脱し、倫理的に到底容認できない不健全なものと認められる場合にはじめてされるべきものである」としつつ、「青少年が婚姻関係外において、あるいは婚姻を予定しないで性行為を経験することは、これから好ましくない影響を心身に受けるものと考えら

[18] 昭和 60 年判決以前の裁判例の検討として、若尾岳志「子どもに対する性的行為と刑事規制――青少年保護育成条例における対応――」独法 102 号（2017 年）274 頁以下。

れ、将来に控えた健全な婚姻生活のためにもこれを禁止して青少年の情操の保護を図ろうという考え方は首肯出来ないわけではないが、さりとて、この点を理由として、青少年を相手方とする性行為は（婚姻関係にもとずくか、これを予定しているような場合を除き）すべてみだらなものとすることも早計にすぎるものと解する」とした上で、問題となった事案については「被告人の右性行為は自己の止宿しているアパートの密室内において、相手方の承諾のもとに平穏裡に交された、ごくありふれた男女間の性交であると認められるので、当時、被告人に交際をはじめて間もない同女と婚姻の意思はなく、本件は、単に情慾に負けた所為であつて、動機において健全とはいえず、その所為、結果に対して無責任であるとの道義的非難をうけることはやむを得ないとしても、それ以上に、前述のような、社会に通用する性の観念と相容れない反倫理的なみだらな性行為であるとの非難をうけるのには不十分である」として、「淫行」を否定し無罪を言い渡した（ただし、後述するように控訴審において同判決が破棄され、条例上の淫行罪を成立させた）。

以上、社会通念上是認できない性行為を「淫行」と定義した3件の裁判例を挙げたところ[19]、「社会通念上是認できない性行為」か否かを判断する際の下位基準については各裁判例で理解が異なっていることが指摘される。

すなわち、前掲新潟家判昭和40年1月12日は「淫行」を肯定する上で、通りすがりの面識のない被害児童とその夜のうちに性行為に及んだことが指摘されているところ、一定の恋愛関係を経ないでなされた性行為を「社会通念上是認できない性行為」と理解したものと考えられるが、前掲名古屋高判昭和53年10月25日は「淫行」を肯定する上で、電話したことしかない被害児童とその夜のうちに第三者が雑魚寝する部屋の中で性行為に及んでおり、かつ、被害児童と将来結婚する予定もなかったことが指摘されており、「社会通念上是認できない性行為」を判断する上で結婚する予定のない性行為であること等が考慮されている点で、前掲新潟家判昭和40年1月12日よりも「社会通念上是認できない性行為」が限定的に理解されている。さらに、前掲新潟地高田支判昭和41年10月29日は被害児童と婚姻する意思はなく、単に情欲に負けて性行為に及んだことについて認めつつ、被害児童の承諾のもとに性交が行われていることを根拠に「淫行」を否定しており（ただし、被害児童が性交を断りつつも抵抗しなかったことを根拠として「承諾」と理解していることに留意する必要がある）、「社会通念上是認できない性行為」を判断する上で性行為に対する被害児童の承諾の有無が考慮されている点で、上記2件の裁判例よりもさらに「社会通念上是認できない性行為」が限定的に理解されている。

このように、社会通念上是認できない性行為を「淫行」と理解する見解に立った裁判例においては、それぞれ「社会通念上是認できない」を判断する下位基準が異なっており、それによって「淫行」の肯否の判断も異なりうるため、「淫行」の定義としては不適当であると

[19] ほかに、社会通念上是認できない性行為を「淫行」と定義する裁判例として、東京高判昭和39年4月22日刑資229号350頁（埼玉）、福岡高判昭和55年5月8日刑資229号364頁（福岡）。

いえる。これに関しては、昭和 60 年判決も「「淫行」を目して単に反倫理的あるいは不純な性行為と解するのでは、犯罪の構成要件として不明確であるとの批判を免れない」と述べており、社会通念上是認できない性行為を「淫行」と理解する見解を明確に否定している。

２．一定の不当な手段を用いた性行為を「淫行」と定義する裁判例

旭川家決昭和 41 年 7 月 28 日家月 19 巻 1 号 81 頁（北海道）は、少年（18 歳）がほとんど初対面に近い青少年（17 歳）と肉体関係を結んだという少年事件であるところ、条例上の淫行罪は「心身の未熟な青少年の性的保護という同条の法意、他の類似罰則との権衡（児童福祉法第 34 条 1 項 6 号は児童に淫行をさせるという支配的行為のみを禁止し、刑法第 176 条、同法第 177 条は 13 歳未満の者を相手とする場合のみ合意にもとづく姦淫を処罰し、また同法第 182 条は「淫行の常習なき婦女を勧誘して姦淫せしめ」として勧誘行為をその構成要件の一部とする。）、あるいは青少年自身の性的自由の問題（青少年のその場限りの情事あるいは性的遊戯ということは決して好ましいことではないが、これを罰則をもつて禁止するということはやはり問題である。）等の点からみて、青少年を相手とする淫行、わいせつ行為のすべてを包含する趣旨と解すべきではなく、もつと狭く、青少年の精神的、知的な未熟さや情緒的な不安定に乗じたような形態における、つまり誘惑、威迫、立場利用、欺罔、あるいは困惑、自棄につけこむ等の手段を講じて青少年を自己の性的行為の相手方とせしめたような場合のみを指すものと解すべきである」と述べた上で、「（筆者補注：本件事案には性交の経験のある被害児童が少年と関係する意図で深夜少年の寝室を訪れ、自ら衣服を脱いで少年の布団にもぐりこむという積極的な態度に出たという事情があるところ）青少年自身が自己の性的欲求から自発的に積極的な態度に出て、相手方と対等あるいはそれ以上の関係において性行為を行なつた」ことを根拠に、条例上の淫行罪を成立させなかった。

また、神戸家姫路支決昭和 47 年 1 月 29 日家月 24 巻 8 号 101 頁（兵庫）は、少年は約 3 か月前から交際していた女子高校生（16 歳）の上半身を裸にしたうえその乳房をもてあそび、その腹の上に乗りかかり抱きつくなどしたという少年事件であるところ、条例上の淫行罪は「その規定の体裁にかんがみると、性的行為の相手方となるについての青少年の自主的判断力を補充する効果を期待したものと解せられるけれども、…年齢的にみて、性的行為あるいはその結果についてすでに十分なる判断能力を具備していると解され得べき者をも包含するものであるところ、かかる判断能力を具備している者が自己の性的自由を任意に処分することは、たとえば、対価を受け、または受ける約束で、不特定の相手方と性交するごとき、自己の尊厳を害し、性道徳に反し、社会の善良の風俗をみだすものでない限り、一般的に、是認されないものとは解せられない。（筆者補注：ゆえに、条例上の淫行罪に該当する行為は）青少年に対する性的行為であつて、一般的に、青少年がかかる行為の相手方となることがその青少年の情操・徳性に及ぼす影響について合理的な理解を有しないことが、相手方である青少年の年齢、境遇、自己の用いた暴行・脅迫・偽計等の手段、相手方の同意・

承諾の有無その他諸般の状況からして、客観的に明白であるのに、これに乗じてなされたものであることを要する」と述べた上で、「(筆者補注：少年と同女がボーリング遊技中、少年が「わし童貞や、あの味知らんのや」と申し向けたのに対して、同女が「童貞か、うちが教えてやろうか」旨答え、同日夜に同女が少年の自宅に尋ねる旨の約束をなし、少年と性交することもあるべしとの予期のうえ訪れた同女と「子供はどないしたらできるんやろうか」などと雑談した後、同女が「眠むたいので先にねるわ」といって少年の部屋のベッドに寝たのに続いて少年も同ベッドに寝た上で性行為に及んだという）少年の本件所為はなんら暴行・脅迫・偽計その他相手方の理解、状況の認識を妨げるべき手段を用いたものではなく、同女との間の完全な合意に基づき、かつたがいに挑発しあつて行われたものであつて、同女の年齢、学業その他右認定のごとき事情を総合すると、少年においてなんら同女の理解・認識の欠落に乗じたものではな」いとして、条例上の淫行罪を成立させなかった。

以上の裁判例は、一定の不当な手段を用いた性行為を「淫行」と定義しており、これを基準（以下、「不当手段基準」とする）に「淫行」を判断する裁判例であると把握することが可能である。以上の裁判例がこのような基準を設けた背景には以下のような思考プロセスが存在したものと考えられる。

①旧刑法 176 条後段・177 条後段は、絶対的保護年齢である 13 歳未満の者を相手方とするあらゆる性交・わいせつな行為を処罰対象としていることからすると、13 歳未満の者については「誰と性的行為を行うかを自由に決定する権利」は一切認められていない。②その反対解釈として、13 歳以上の者については「誰と性的行為を行うかを自由に決定する権利」は原則として認められている。③「誰と性的行為を行うかを自由に決定する権利」が侵害されているか否かを決するメルクマールは、「意思に反して（他者の性的行為の相手方となること）」であって、そのメルクマールが充足された場合には旧刑法 176 条前段・177 条前段、178 条による保護がなされる。④「誰と性的行為を行うかを自由に決定する権利」を行使する前提として、十分な判断能力を具備していることが必要であるところ、青少年（特に 13 歳以上 18 歳未満の者）については、低年齢であるがゆえに十分な判断能力を具備しておらず、性的行為を行うという決定を形成する過程で類型的に瑕疵を生じやすい。ゆえに、青少年については「意思に反して」メルクマールを充足しない場合であっても、青少年の健全育成保護の観点から、行為者との性的行為に至るまでの過程で被害者の意思形成に瑕疵が存在する場合には、これを規制する必要性がある[20]。⑤したがって、青少年を相手方として性交（性交類似行為）・わいせつな行為を行うことは原則として処罰対象とならないが、青少年の意思決定に瑕疵を生じさせるような不当な手段（誘惑・威迫・欺罔・困惑）を用いて、性的行為を行ってはならない。

不当手段基準を用いた場合、誘惑・威迫・欺罔・困惑などの不当な手段があれば、「淫行」が肯定されることになると考えられるが、同基準で「淫行」を判断したアクセス可能な裁判

[20] 若尾・前掲注(18)362 頁。

例の多くが、問題となった事案について「淫行」を否定していることが注目される[21]。これには複数の要因があると考えられる。まず、前掲旭川家決昭和 41 年 7 月 28 日、前掲神戸家姫路支決昭和 47 年 1 月 29 日においては、「淫行」を否定するにあたって被害児童側が自発的に積極的な態度に出ている事情や被害児童が性行為について同意している事情が挙げられていることからすると、不当手段基準を用いた裁判例においては、問題となった事案について不当な手段が存在したか否かに関してはあまり厳密に検討されておらず、実質的には被害児童が性行為について同意していたか、あるいは積極的な態度を示していたことを根拠として不当手段なしとしていた可能性がある。

他方で、これらの裁判例は全て少年事件であることも注目される。すなわち、審判の対象となる少年は過去に触法行為を行ったり[22]、非行グループに入ったりするようないわゆる非行少年であったと考えられ、そのような少年が青少年に街で声をかけたこと（いわゆるナンパ）を発端にして青少年間で性交がなされたことを問題視して少年審判に付されたものの、裁判所においては、行為者が保護対象となる青少年である場合には、例え非行少年であっても、条例上の淫行罪を成立させるべきではないという価値判断がなされた可能性が存在する[23]（すでに述べたように、現在ほとんどの地域においては、青少年は条例上の淫行罪の主体とならない規定が置かれている）。また、不当手段基準を用いた裁判例の中には、後述するより厳格な基準で判断したとしても「淫行」が否定されるような事案が含まれていることを留意する必要がある[24]。

３．人格的交流を前提とした性行為と「淫行」を定義する裁判例

新潟家長岡支決昭和 40 年 7 月 13 日家月 18 巻 5 号 101 頁（新潟）は、昭和 40 年 6 月に少年が神社境内で被害児童（16 歳）と性交したという少年事件であるところ、「青少年は心

---

[21] 不当な手段を用いて性行為をなした場合に「淫行」を肯定した裁判例として、本文で挙げた裁判例以外に、釧路家帯広支決昭和 48 年 2 月 9 日家月 25 巻 9 号 149 頁（北海道）、釧路家決昭和 49 年 11 月 20 日家月 27 巻 6 号 103 頁（北海道）、広島家呉支決昭和 56 年 12 月 7 日家月 34 巻 6 号 69 頁（広島）があるが、全て具体的事案においては「淫行」に該当しないとして条例上の淫行罪を否定している。また、被害者が承諾しているという事情を挙げて「淫行」を否定した前掲新潟地高田支判昭和 41 年 10 月 29 日も性的自己決定侵害の有無で条例上の淫行罪を判断しているという観点から見ると、不当手段基準と同様の理解を示した裁判例であると理解することが可能である。

[22] 例えば、前掲神戸家姫路支決昭和 47 年 1 月 29 日で審判対象となった少年は過去に窃盗や道路交通法違反による保護歴が存在する。

[23] ただし、新潟家判昭和 40 年 1 月 12 日（新潟）は少年事件であるが、条例上の淫行罪を成立させている。

[24] また、不当手段基準で「淫行」を判断した裁判例の中には、（後述する）より厳格な基準で判断したとしても「淫行」が否定されるような事案が含まれていることを留意する必要がある。例えば、前掲釧路家帯広支決昭和 48 年 2 月 9 日は、2 人の間に結婚の約束があったという事情が挙げられており、また、前掲釧路家決昭和 49 年 11 月 20 日は、性交後 2 人は同棲しておりそれを双方の両親も認めていたという事情が挙げられている。

身が未成熟であつて殊に精神的に未だ十分な安定を得ていないこと、従つて反倫理的な行動経験による衝撃や影響を受けることが多く、またこれらからたやすく回復し得ないこと、などの点で成人に比してきわめて特徴的であるので、そのような青少年の情操を害するおそれのある行為から青少年を保護するのが、本条例の立法の目的とするところであると解せられる。してみると、反倫理的な行為の影響力から青少年の心身を防衛することに問題の重点があるのであるから「みだらな」性行為であるか否かも、行為の反倫理性もしくは反道徳性によつて定めなければならないと考えられるのである。それではどのような行為を反倫理的、従つて「みだらな」ものと評価するかというのに、たとえば売春、対償を得ることがなくとも全く行きずりの者を相手方とする性交渉、あるいは多数人を相手方としまたはこれらを互いに相手方とする乱交、のような人格の結びつきを媒介としない性交渉をこれにあたるものと解するを相当とすべく、またそれで十分なのであつて、徒らに人格的な交流を前提とする性交渉にまで反倫理性および「みだらな」性行為の概念を拡張することは妥当でない。そこで本件について考えてみるのに、…少年と被害児童とは昭和 40 年 1 月頃に知合い、以後継続して交友をつづけ、互いに好意をもつているか少くとも仲の良い友人として互いに意思の疎通があつたものである。そうであれば、その程度の人格的な結びつきが存在している以上、その間に生じた性交渉は社会通念上反倫理的なものとして非難に価するとはいうことができず、…「みだらな性行為」にはあたらない」として条例上の淫行罪の成立を否定した。

新潟家決昭和 54 年 10 月 1 日家月 32 巻 10 号 104 頁（新潟）は、駐車中の車内において、被害児童（16 歳）に対して接吻をし、その乳房をもてあそぶなどのわいせつな行為をしたという少年事件（2 件）であるところ、「公衆の面前において青少年に対し、公然と性的な行為に及ぶこと、見ず知らずの者同志あるいは不特定の者の間における性的遊戯、青少年の無思慮、無分別に乗じた性的行為など、相互に愛情もなく、人格的結びつきを前提としない行為が本項（筆者補注：条例上の淫行罪）に該当するものと解することは相当であるが、結婚の意思を前提にしなくとも、相互に愛情を持ち、人格的交流を前提とし、かつその愛情表現として相当程度の範囲における行為についてまで本条例によつて禁ぜられていると解することは相当でない。そこで、本件について検討するに、…少年は当時 18 歳、上記被害児童は当時 16 歳で、いずれも新潟市内の定時制高校に通学していたものであり、同人らは昭和 54 年 1 月初めころ知り合い、お互いに異性として意識し、好意を抱き、日曜日あるいは下校後、デートを重ね、その際には接吻を交す関係にあつたことは、その後、同年 3 月下旬ころから、デートもまれとなり、同年 6 月には同女から少年に交際を辞退する旨申入れたことが認められる。少年及び同女とも、捜査官に対し、愛情が湧かなかつた、愛情がなかつた旨供述しているが、上記の交際の経過に照らしてみれば、愛情と呼ぶかどうかはともかく、お互いに好意を抱いていたことは明らかであり、そのような人格的交流を前提として行われた接吻、乳房の愛撫の程度の行為が、本条例にいう「わいせつな行為」に該当すると解することは相当でない。」

以上の 2 件の裁判例[25]は、人格的交流を前提とした性行為と「淫行」を定義しているところ、両者が一定期間恋愛関係を経ており、両者が好意を抱いている中でなされた性行為であることを考慮して「淫行」を否定していることからすると、実質的には一定程度継続した恋愛関係を経た上でなされた性行為であるか否か（以下、「継続的恋愛関係基準」とする）で「淫行」を判断していると把握することが可能である。

継続的恋愛関係基準を用いて「淫行」を判断する場合、ナンパ目的等で通りすがりの被害児童に声をかけた上で、その日のうちに性行為に及ぶような事案や売買春の事案については原則として「淫行」が肯定されると考えられる。他方、不当手段基準を用いて「淫行」を判断する場合には、売買春の事案については不当な利益供与を約束した上で性行為に及ぶことを不当手段と理解することが可能であるため、やはり「淫行」が肯定されると考えられるが、前者の事案については、性的行為に至るまでの過程で被害児童の意思形成に瑕疵が認められない場合には原則として「淫行」が否定されると考えられる。ゆえに、継続的恋愛関係基準の方が「淫行」の判断基準として緩やかであり、より広く処罰範囲を捕捉することになると考えられる。

これらの裁判例は条例上の淫行罪の保護法益を青少年の健全育成と理解した上で、継続的な恋愛関係の下で人格的交流、言い換えると互いのパーソナルな部分（性格・特質）をある程度相互理解した上でなされる性行為は健全な性行為であるという価値判断から継続的恋愛関係基準を用いて「淫行」を判断したものであると考えられる。もっとも、この 2 件の裁判例はどちらも少年事件であって、先述したように青少年の健全育成を保護するという観点からは、保護対象である少年に条例上の淫行罪を成立させる必要性は低いという価値判断から、条例上の淫行罪を成立させなかった可能性もあることに留意する必要がある。

４．単に性欲を満たすことのためにのみ行う性行為と「淫行」を定義する裁判例

前掲新潟地高田支判昭和 41 年 10 月 29 日は、被害児童と婚姻する意思はなく、単に情欲に負けて性行為に及んだことについて認めつつ、被害児童の承諾のもとに性交が行われていることを根拠に「淫行」を否定したところ、その控訴審である東京高判昭和 42 年 2 月 28 日高刑集 20 巻 1 号 69 頁は、「前記 A 女と情交をした以前においても B 女（16 才）という女性と結婚を前提としない情交関係をもち、A 女と情交をした当時においてもそれを継続しており、年令が 16 才の右 A 女に対する本件情交の如きも結婚を前提としない専ら情慾を満足させることを目的とする所為であると認めるに充分である」とした上で、新潟県条例の条例上の淫行罪の趣旨は「青少年（18 才未満）は心身両面において性的生活に未熟であり、これを健全に育成しなければならないから、正当な事由によらなければ性行為の対象とし

[25] さらに前掲新潟家判昭和 40 年 1 月 12 日も一定の恋愛関係を経ないでなされた性行為であるという事情を挙げて、社会通念上是認できない性行為であるとして「淫行」を肯定したという観点から見ると、継続的恋愛関係基準で「淫行」を判断した裁判例であると把握することが可能である。

てはならないとするに在ることは容易に理解し得べきところであり、前段説明の被告人とA女との情交の如きは、被告人を単に道徳上非難し得るというに止まらず、右条例の禁遏する所為で可罰的であると非難し得べき場合であると認めて差支ない」として原判決を破棄し、条例上の淫行罪の成立を肯定した。

大阪高判昭和48年12月20日高刑集26巻5号619頁（和歌山）は、被害児童（16歳）に対し、無理に[26]接吻をしたり乳に触ったりするなどしたというわいせつな行為をしたという事実について条例上の淫行を成立させた原審（和歌山簡判昭和48年7月26日高刑集 26巻5号 626頁）に対して、被告人側が、本和歌山県条例上の淫行罪は、刑法が規制している事項について、これと同一の目的でその範囲を越えた規制を定めたものであり、憲法・地方自治法に違反して無効な規定であると主張してこれを争ったところ、条例上の淫行罪における「「いん行」又は「わいせつ行為」は刑法176条前段及び178条に規定する暴行、脅迫、心神喪失または抗拒不能等を伴わないものであつて、健全な常識を有する一般社会人からみて結婚を前提としない単に欲望を満たすことのためにのみ行なう性行為（いん行）、または、いたずらに性欲を刺激興奮せしめたり、その露骨な表現によつて健全な常識を有する一般社会人に対し性的な羞恥嫌悪の情を起こさせる行為（わいせつ行為）をいうものと解せられるところ、右条例の規定は、13歳以上の少年に関する限り、刑法176条前段、177条前段、178条の規定が対象とする暴行、脅迫、心神喪失、抗拒不能等を伴う強制わいせつ行為または強姦行為と類似する行為を対象とするが、暴行、脅迫等を伴わないため刑法上犯罪とされない行為を禁止し、その違反者に刑罰を科するものであり、また、小学校就学の始期以上13歳未満の少年に関する限り、刑法176条後段、177条後段の規定が対象とするわいせつ行為または姦淫行為と同一の行為を対象と…するものであることは明らかである。しかし、刑法176条ないし178条の強姦罪または強制わいせつ罪の規定は、風俗犯としての面をもつとともに18歳未満の少年に対するこれら行為を処罰することによつて間接的には右少年の保護が計られることも否定しがたいところであるけれども、むしろ、直接的には主として個人の一種の人格的自由としての性的自由を保護法益とするのに対し、本条例が少年に対するいん行またはわいせつ行為を禁止するのは、その一条の規定からも明らかな如く、少年は心身が未成熟であるため反倫理的な行動経験による衝撃や影響を受けることが多く、またこれらからたやすく回復しがたいなどの点で成人に比してきわめて特徴的であるので、そのような少年の情操を害するおそれのある行為から少年を保護し、少年の健全な保護育成を図ることを目的とするものであるから、両者はその趣旨ないし目的を異にする」と述べて、本和歌山県条例上の淫行罪が刑法に反するといえないのはもとより、地方自治法・憲法に違反しないと結論づけた。

福井地判昭和48年11月20日家月28巻8号95頁（福井）は、被告人が病院に入院中に知り合つた看護婦見習いの被害児童（16歳）をホテルへ連れ込み、姦淫したという事案

[26] 控訴審において、傍論であるが、当該わいせつ行為は「刑法にいう暴行、脅迫または相手方の心神喪失ないし抗拒不能を伴なう趣旨のものではない」ことが指摘されている。

につき福井県条例上の淫行罪で公訴提起されたところ、「刑法 176 条、177 条および 178 条は、13 歳以上の婦女に対する姦淫ないしわいせつ行為は、暴行、脅迫または婦女子の心神喪失ないし抗拒不能に乗ずる等してした場合のみを処罰の対象としているが、これは、一定限度以上精神的・肉体的に発達した者の間の性行為は人間本来の自然の情愛に基づくものとして当事者間の自由な意思に任せられるべきものであつて、明らかに合理的な必要性のある場合に限り、またその範囲を明確にして刑法が禁止し、処罰することを定めている場合以外の性行為は教育、道徳等により規制することは別として、刑法上は処罰の対象外としていることを意味するものと解するのが相当である。ところで、本件条例がいう「みだらな性行為」とは結婚を前提としない単なる欲望を満すためにのみ行う性行為がこれに当ると解されるから、13 歳以上の青少年に対するものに限り、本件条例の前記規定は、刑法上犯罪とされない行為を禁止し、その違反に対し刑罰を科するものであることは明白である。たしかに、刑法の強姦罪または強制わいせつ罪は、主として個人の性的自由ないし貞操を保護法益とするのに対し、本件条例は、「青少年の健全な育成および保護」を目的とするがゆえに、その趣旨目的を異にするところがあるといえるが、その反面右本件条例は、右刑法と同じく親告罪とされているところからもわかるように、やはり、個人の性的自由ないし貞操をもその保護の対象としていることは否定しえないのであつて、このように個人の性的自由ないし貞操のごとき個人的法益をも保護法益とする規定は、広く国民個人個人に等しく直接に関係のある事項であるといえるから、地方公共団体が各個別に規制すべき性質のものではなく、専ら国法により規制すべき領域であると解するのが相当である。以上のように解するならば、条例上の淫行罪のうち 13 歳以上 18 歳未満の者との性行為自体を禁止する部分は刑法の規定の趣旨に反し、地方自治法 14 条 1 項に違反し無効」であるとして条例上の淫行罪の成立を否定した。

これに対して、控訴審（名古屋高金沢支判昭和 49 年 5 月 30 日刑月 6 巻 5 号 576 頁）は、条例上の淫行罪の立法趣旨は、「一般に青少年はその心身の未成熟或いは精神と肉体の発達段階の不均衡から、成人に比し精神的に未だ十分に安定しておらず、反倫理的、反道徳的な行為や体験による衝撃ないしは被影響性が大きく、かつ容易にこれらから回復し難いものであることを考慮し、かかる青少年の特質に鑑みその健全な育成を図るとともにこれを阻害するおそれのある行為を禁じ、もってその福祉の向上を図らんがため、青少年を対象としてなされるもののうち、とくに社会通念に照らして、倫理的な非難をうけるべき性行為等を、青少年に対してなすことを禁ずることとしたものであることは、極めて明白であると認められるのであって、原判決説示にかかる刑法の諸規定とはその趣旨目的を異にするものであり（勿論これにより結果的にみて個人の性的自由ないし貞操を保護することとなる場合のあることは事柄の性質上予想しうることであるがこれは右条例の規制による反射的効果の一つであるとみるべきである）。従って右条例の規定が刑法の法意に反するものであるとは、到底、認め難く、もとより法令に特別の定めがある場合に該らないので、地方公共団体のいわゆる行政事務に属する事項として、条例によりかかる規制をなしうるものであるこ

とは多言を要しないところであると考えられる。」と述べ、13 歳以上 18 歳未満の者との性行為自体を禁止する部分は無効であるとした原判決を破棄し、条例上の淫行罪を成立させた。

以上の 3 件の裁判例[27]は、結婚を前提としない単に性欲を満たすことのためにのみ行う性行為と「淫行」を定義しており、これを基準（以下、「専ら性欲充足目的基準」とする）に「淫行」を判断する裁判例であると把握することが可能である。以上の裁判例がこのような基準を設けた背景には以下のような思考プロセスが存在したものと考えられる。

①旧（準）強姦・わいせつ罪（旧刑法 176 条前段、177 条前段、178 条）は性的自由を保護法益とし、暴行・脅迫を伴う性交・わいせつな行為を処罰対象とする。②他方、条例上の淫行罪は、青少年が、心身が未成熟であるため反倫理的な行動経験による衝撃や悪影響を受けることが多く（未熟性）、また悪影響を受けた体験からたやすく回復しがたいこと（脆弱性）に着目して規定されたという背景があることからすると、青少年の健全な保護育成を保護法益とすべきである。③確かに旧（準）強姦・強制わいせつ罪については青少年の性的自由を保護することで間接的には青少年の健全育成の保護が計られるという側面、条例上の淫行罪についても青少年の健全育成を保護することで間接的に青少年の性的自由の保護が図られるという側面がそれぞれ存在する。しかし、それぞれ反射的効果の 1 つであって旧（準）強姦・わいせつ罪は条例上の淫行罪とは保護法益を異にする。仮に条例上の淫行罪の保護法益に青少年の性的自由を含めると、刑法上の性犯罪において 13 歳以上 18 歳未満の青少年を相手方とする性的行為については手段要件を必要としているにもかかわらず、同じ性的自由保護の名の下に手段要件のない性的行為を処罰することになってしまうが、刑法が規制している事項について、これと同一の目的でその範囲を越えた規制を条例が定めたことになるため、地方自治法上許されない。④ ①～③を考慮すると、条例上の淫行罪は、暴行、脅迫等を伴わないため旧（準）強姦・わいせつ罪に該当せずとも、被害者が 13 歳以上の青少年である場合には、青少年の健全育成保護の観点から暴行、脅迫等を伴わない性交・わいせつな行為であってもこれを補充的に処罰する規定である、と理解すべきである。

このように、不当手段基準を示した裁判例においては、性的行為に至るまでの過程で被害児童の意思形成に瑕疵がある場合に限定して青少年の健全育成を保護するべきであるという理解が存在しており、処罰範囲を限定する上で性的自己決定権の侵害の有無が考慮されていたのに対して、専ら性欲充足目的基準を示した裁判例においては、性的自己決定権とは独立した法益として青少年の健全育成が把握されており、性的行為に至るまでの過程で被害児童の意思形成に瑕疵があるか否かに関わらず、条例上の淫行罪が成立しうるとした点

---

27 さらに「淫行」について同様の定義を示した裁判例として、東京高判昭和 39 年 4 月 22 日刑資 229 号 350 頁（埼玉）、福岡高判昭和 55 年 10 月 30 日刑資 229 号 366 頁（熊本）。さらに前掲名古屋高判昭和 53 年 10 月 25 日も被害児童と結婚する予定のない性行為であるという事情を挙げて、社会通念上是認できない性行為であるとして「淫行」を肯定したという観点から見ると、専ら性欲充足目的基準で「淫行」を判断した裁判例であると把握することが可能である。

に意義が存在する。

次に、専ら性欲充足目的基準は形式的には行為者の主観的目的をメルクマールとする基準であるものの、裁判例においては、具体的に問題となった事案が「淫行」に該当するか否かを判断するにあたり、行為者がいかなる意思を持っていたかが考慮事情となっているわけではないことが注目される。

例えば、前掲東京高判昭和 42 年 2 月 28 日は、別の女性と情交関係にあるにもかかわらず、被害児童と性交に至ったという事情を挙げた上で「淫行」を肯定している。また、高松地判昭和 43 年 5 月 6 日下刑集 10 巻 5 号 567 頁（香川）は 2 名の被害児童（それぞれ 17 歳）に対してそれぞれ性交を行ったという事案であるところ、「淫行」を「健全な常識を有する一般社会人からみて結婚を前提としない、専ら情欲を満たすためにのみ行なう不純とされる性行為」と定義するところ、「被告人は、結婚の意思もないのに情欲のおもむくまま、被害児童らと肉体関係を結んで同女らに妊娠させて中絶あるいは出産のやむなきに至らしめ、さらに家出までさせた」ことを根拠に条例上の淫行罪を成立させている。

以上の裁判例では「淫行」を肯定する上で、他の女性と交際中にもかかわらず被害児童と性交した事情、避妊せず性交した事情、妊娠したにもかかわらず中絶させた事情、また結婚の意思もないのに出産させた事情が考慮されているところ、このような事情は被害児童を単に性行為の相手方としか扱っていないようなふるまいが性行為の前後に存在しているかという客観的事情であることが注目される。

このように、専ら性欲充足目的基準を用いて「淫行」を判断した場合には、性的行為に至るまでの過程で被害者の意思形成に瑕疵がなかったとしても、また被害児童とに継続的な恋愛関係が存在していたとしても、被害児童を性行為の相手方としか扱っていないようなふるまいが認められる場合には「淫行」が肯定されることになるという点で、不当手段基準や継続的恋愛関係基準よりも広く処罰範囲を捕捉することになると考えられる。

判断基準	保護法益	処罰対象となる具体的事例
⑴社会通念上是認できない性行為を行った場合に「淫行」を肯定 →「社会通念上是認できない」の理解が明確ではなく、さらに⑵⑶⑷の判断基準が存在しうる	―	―
⑵不当手段基準 「青少年の精神的、知的な未熟さや情緒的な不安定に乗じたような形態における、つまり誘惑、威迫、立場利用、欺罔、あるいは困惑、自棄につけこむ等の手段を講じ」て性行為を行った場合に「淫行」を肯定	青少年の健全育成 ただし、構成要件を解釈する上で青少年の性的自由も配慮。	被害児童が性行為について同意していない事案（被害児童が性行為について積極的な態度を示している事案は処罰対象外）。
⑶継続的恋愛関係基準 「人格の結びつきを媒介としない」性行為を行った場合に「淫行」を肯定	青少年の健全育成	さらに、ナンパ目的等で通りすがりの被害児童に声をかけた上で、その日のうちに性行為に及ぶような事案も含まれる （一定程度継続した恋愛関係を経た上で性行為がなされた事案は処罰対象外）
⑷専ら性欲充足目的基準 「結婚を前提としない単に欲望を満たすことのためにのみ行う」性行為を行った場合に「淫行」を肯定	青少年の健全育成	さらに、二重交際の上で性行為を行った事案、避妊せず性交した事案や妊娠したにもかかわらず中絶させた事案も含まれる （結婚を前提とした性行為がなされた場合は処罰対象外）

第 4 項　昭和 60 年判決

昭和 60 年判決は、条例上の淫行罪の趣旨は、「一般に青少年が、その心身の未成熟や発育程度の不均衡から、精神的に未だ十分に安定していないため、性行為等によつて精神的な痛手を受け易く、また、その痛手からの回復が困難となりがちである等の事情にかんがみ、青少年の健全な育成を図るため、青少年を対象としてなされる性行為等のうち、その育成を阻害するおそれのあるものとして社会通念上非難を受けるべき性質のものを禁止することとしたものであることが明らかであつて、右のような本件各規定の趣旨及びその文理等に徴すると、…「淫行」とは、広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきではなく、青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱つているとしか認められないような性交又は性交類似行為をいうものと解するのが相当である。」とした上で、具体例として「婚約中の青少年又はこれに準ずる真摯な交際関係にある青少年との間で行われる性行為」については処罰対象外になることを示している。

昭和 60 年判決以前の裁判例で示された「淫行」の定義と昭和 60 年判決で示された「淫行」の定義を比較すると、第 1 類型は不当手段基準を用いた裁判例とほぼ同様であると考えられる。また、第 2 類型については、専ら性欲充足目的基準を用いた裁判例においては「単に性欲を満たすことのためにのみ行う性行為」と定義されていたのに対して、「…ための対象として扱っているとしか認められないような性行為」と定義されており、メルクマールが主観的目的から客観的な行為態様へと変化している[28]。この変化によって、行為者の内心の事情だけではなく行為者・被害児童の年齢、性行為に至る経緯、行為の状況等客観的事情も考慮事情に含まれることが指摘されている[29]が、既に述べたように、専ら性欲充足目的基準を用いた裁判例においても、既に二重交際の上で性行為を行っていたことや避妊せず性交した等の客観的事情を考慮事情として「淫行」を判断していたことからすると、この変化は具体的事案について「淫行」を判断する上での実態に合わせた変化であって、この変化による実質的な処罰範囲の変化はほとんど存在しなかったのではないかと考えられる。

より問題なのは、第 1 類型と第 2 類型の関係性である。これに関して、調査官解説[30]は第 1 類型の事案は第 2 類型にも該当する場合がほとんどであって、第 2 類型の事案も第 1 類型にも該当する場合がほとんどであるとした上で、不当な手段を用いて性行為が行われたが、被害児童との間に愛情等の人間的な交流が失われていないような場合については第 1 類型に該当するが、第 2 類型には該当しない事案であって、出会ったばかりの被害児童に対

---

[28] 若尾・前掲注(18)287 頁は、このような観点から専ら性欲充足目的基準と第 2 類型は異なることを指摘する。

[29] 高橋・前掲注(4)223 頁以下。同見解も「専ら性欲を満たすためにのみ行う性行為」という定義では他の動機、目的を伴った場合における「淫行」該当性の不明確さを批判する。

[30] 高橋・前掲注(4)222 頁。

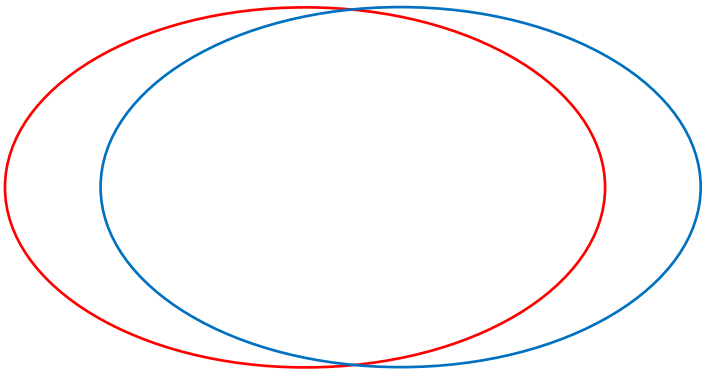
し自己の性的欲望を満足させるためその場限りで行う性行為については少なくとも第 2 類型に該当すると指摘する。

しかし、第 2 類型についてはその原型となった専ら性欲充足目的基準と同様に将来的に青少年の心身に対して悪影響を及ぼすおそれがある場合についても青少年の健全育成の観点から保護するべきであるという背景が存在することを考慮すると、不当な手段を用いて性行為が行われていれば、性行為時点で被害児童との間の人間的な交流があったとしても、不当な手段を用いた上で性行為に至ったこと自体に将来的な青少年の心身に対する悪影響が認められるため、第 1 類型に該当するが第 2 類型に該当しない場合を想定することは不可能であると考えられる。

したがって、昭和 60 年判決は第 1 類型と第 2 類型を「ほか」という文言で接続させており、第 1 類型と第 2 類型を独立した類型として並列的に列挙したと考えられるが、第 2 類型は第 1 類型よりも処罰範囲が広く、第 1 類型に該当する事案は第 2 類型にも含まれることを考慮すると、実質的には、第 1 類型は第 2 類型のうち性的行為に至るまでの過程で青少年の意思形成に瑕疵が生じているような程度の重い類型を例示したと理解するべきであると考えられる。

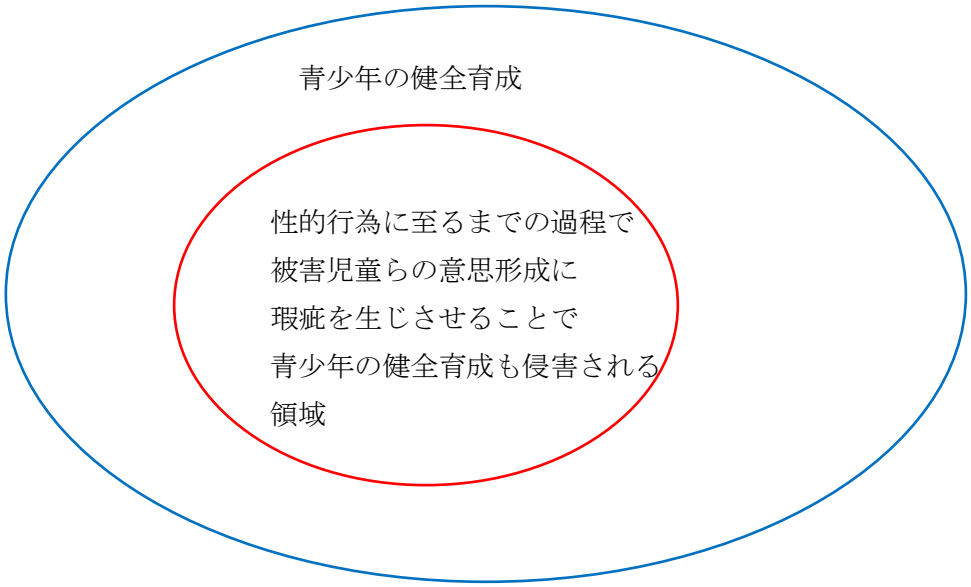
＜調査官解説の理解＞

赤枠で囲われた部分は第 1 類型、青枠で囲われる部分は第 2 類型である。



＜本稿の理解＞

同上。



第 5 項　昭和 60 年判決以降の裁判例

昭和 60 年判決では「淫行」を第 1 類型と第 2 類型に分けて定義したことからすると、実際の裁判例については、問題となった事案についてどちらかに該当することを根拠に「淫行」を肯定することになると考えられる。この点について、条例上の淫行罪で公訴提起された昭和 60 年判決から令和 3 年までの裁判例のうち、アクセス可能な裁判例は約 60 件存在する[31]ところ、そのほとんどは少なくとも判決文上で条例上の淫行罪の成否が争われることなく、その成立を認めており、実際にどちらの類型に該当することを根拠に「淫行」を肯定したのかは不明である。

これに関して「罪となるべき事実」として、「不当な手段を用いて性行為に及んだ」等と記載されていれば、その文言が第 1 類型の定義に含まれている以上、問題となった事案について第 1 類型に該当するという前提の下で条例上の淫行罪を成立させてものであって、他方で「単に自己の性的欲望を満たすために性行為に及んだ」等と記載されていれば「単に自己の性的欲望を満たすため」という文言が第 2 類型における定義に含まれている以上、問題となった事案について第 2 類型に該当するという前提の下で条例上の淫行罪を成立させたものであるという理解を前提として、アクセス可能な裁判例を分析する見解がある[32]。

その見解によれば、アクセス可能な裁判例のほとんどが「罪となるべき事実」として、「単に自己の性的欲望を満たすために性行為に及んだ」等と記載されている一方で、「不当な手段を用いて性行為に及んだ」等と記載されている裁判例は 1 件のみ（大阪地判令和 3 年 2 月 16 日 LLI/DB L07650308（旧大阪[33]））であり、かつ、それは（当時）第 1 類型のみを条例上の淫行罪の処罰対象として規定しており、明確に第 2 類型が条例上の淫行罪から除外されていた地域で性行為がなされた事案に関する裁判例であったことからすると、現状、条例上の淫行罪として取り締まり対象となっているほとんどの事例は第 2 類型であると指摘されている。

しかし、問題となった事案について条例上の淫行罪の成否が争われた裁判例を見ると、そのような理解には疑問がある。例えば、神戸地判平成 30 年 5 月 11 日 LLI/DB L07350469（兵庫）は、兵庫県条例が「相手の意思に反するか否かを問わず「みだらな性行為又はわいせつな行為」を禁止している趣旨は、「青少年は、性的行為に強い興味を抱く傾向にあるが、未成熟で判断能力が劣り、性的行為が自己に及ぼす影響を適切に判断できないことから、青少年を保護するため、青少年の健全な育成を阻害するおそれのある性的行為を禁止するこ

---

[31] D1-Law.com 第一法規法情報総合データベース・LEX/DB インターネット・LLI 判例秘書アカデミック版のそれぞれのデータベースで、47 都道府県の青少年健全育成条例の名称をキーワードに入力して検索した。また、控訴審・上告審が存在する場合は、これを件数に含まず、第 1 審判決と合わせて 1 件とした。

[32] 鎮目征樹「児童に対する性犯罪処罰規定の現状と課題について」刑ジャ 69 号（2021 年）43 頁以下。

[33] 令和 2 年 6 月改正前大阪府条例上の淫行罪は「専ら性的欲望を満足させる目的で、青少年を威迫し、欺き、または困惑させて、当該青少年に対し性行為又はわいせつな行為を行うこと」と規定されていた。

ととしたものと解される。したがって「みだらな性行為又はわいせつな行為」に該当するか否かについては、被害者や行為者の年齢、性的行為が行われた経緯、性的行為の態様等に鑑みて青少年の健全な育成を阻害するおそれがあるかという観点から、青少年との交際が真摯なものとはいえず、性的行為が社会的に相当とは認められないか否かを判断するのが相当である。」とした上で、「これを本件についてみると、被害児童らが心身ともに未成熟であることに乗じた不当な手段により、被害児童らと男女の交際を開始して性的行為に及んだと認められる。…さらに、被告人のこれらの行動状況からすると、被告人は、自己の性的な趣向を満たすための対象として被害児童らに接近して性的行為に及んだと認められる。」と判示した上で条例上の淫行罪を成立させた。

同裁判例においては、第1類型・第2類型に分けて「淫行」を定義した上で、問題となった事案についてどちらの類型に該当するかを厳密に判断して「淫行」を肯定しているわけではなく、昭和60年判決においても既に示されていた「行為当時の両者の年齢、性交渉に至る経緯、その他両者間の付合いの態様等」といった事情を総合考慮した上で、第1類型ないし第2類型の「淫行」の定義を充足しているか否かが検討されていることが注目される。

条例上の淫行罪で公訴提起された裁判例のうち、アクセス可能な裁判例は限定的であり、「淫行」該当性が明示的に争われた裁判例もごくわずかであることから、裁判実務の実態を正確に把握することは非常に困難である。しかし、同裁判例の判断方法を分析すると、裁判実務においては、第1類型と第2類型が厳密に区別され、専ら第2類型に該当するか否かで「淫行」が判断されているというよりも、むしろ、具体的な事案が「淫行」に該当する否かを判断する上での根拠とした上で、不当な手段が存在すれば第1類型を根拠として「淫行」を肯定し、それ以外の、将来的に青少年の心身に対して悪影響を及ぼすおそれがある事情が認められる場合には第2類型を根拠として「淫行」を肯定している、という理解も可能であるように思われる。

１.「淫行」が正面から問題となった裁判例

前掲神戸地判平成30年5月11日（兵庫）は、A（14歳）を被害者とする2件の事件およびD（16歳）を被害者とする2件の事件について、それぞれ条例上の淫行罪が正面から問題となり、いずれの事件についても条例上の淫行罪の成立が肯定されたところ、被害児童らが心身ともに未成熟であることに乗じた不当な手段により性的行為を行った点については、「被告人とA及びDとはネットを通じて知り合って一般に見られるような男女の交際を続けていたとみられる面もあるが、被告人は、当時14歳で中学2年生のA及び当時16歳で高校1年生のDに対して、真実の年齢や職業等を隠して、Aに対しては「19歳、H大学医学部生、元ジャニーズジュニア」（筆者補注：被告人は当時32歳で職業はアルバイトだった）、Dに対しては「19歳、S高校3年生、父親は病院のお偉いさん」（筆者補注：被告人は当時33歳で無職だった）などと、十代半ばの被害者らにとって誘惑的な嘘をつき、知り合ってから交際中まで始終年齢や身上を詐称し続けていた」ことが根拠として示されて

おり、また、自己の性的な趣向を満たすための対象として被害児童らと性的行為に及んだ点については、「被告人は、A らとの性的行為において、A らの手を拘束し、ボールを口にくわえさせる、尿を飲むように要求するなどし、A らのその姿態を撮影するなどしているところ、このような被告人の性的行為は通常青少年が受ける性教育とかけ離れており、青少年の健全な育成に著しい悪影響を与える行為にほかならず、本件の各性的行為は、その一環としてなされたものと認められる。そして、被告人は、当時 14 歳ないし 16 歳の A 及び D に対して、同様の手段を用いて交際を開始して同様の性的行為に及んでいるのみならず、後記のとおり、当時 15 歳の C に対しても、ほぼ同様の手段で交際を開始し、C にわいせつな姿態をさせてその動画を撮影するなど」したことが根拠として示されている。

同裁判例は、「淫行」に該当するか否かを判断する際の考慮事情を挙げた上で、本件性的行為が第 1 類型に該当し、さらに第 2 類型にも該当することを示している。

第 1 類型に関しては、インターネット上でやりとりを開始してから性的行為を行うまでの間、身分・身上を偽り続けていたことを根拠として不当な手段を肯定していることが注目される。

一般に相手の身分・身上（名前、年齢、職業、経歴）などは交際や性的関係を持つにあたって考慮される重要な事情であるのに、本事案では、真実の身分・身上を隠し、十代が惹きつけられるような嘘の身分・身上を述べた上で、被害児童とインターネット上でコンタクトを取り、直接会って交際を開始し、頻繁に性的行為をする関係になってもこれを継続させている。同裁判例はこの事情を捉えて、性的行為に至るまでの過程で被害児童らの意思形成に瑕疵が生じていることを根拠に第 1 類型を肯定したものと考えられる。

第 2 類型に関しては、被害児童らの手を拘束し、ボールを口にくわえさせる、尿を飲むように要求するなどした上で、被害児童等の姿態を撮影したことを根拠として、被害児童を自己の性的な趣向を満たすための対象としたことを肯定していることが注目される。

ここでは、性的行為は両者の対等な関係性の中でなされるべきであるにもかかわらず、手を拘束する/される、ボールを口にくわえさせる/くわえる、尿を飲ませる/飲む、姿態を撮影する/されるといった性的行為それ自体に上下関係が存在することを捉えて、将来的に青少年の心身に対して悪影響を及ぼすおそれがあることを肯定したものと考えられる。

また仙台地判平成 30 年 2 月 8 日 LLI/DB L07350177（宮城）は、被告人が駐車場に駐車中の車両内において、被害児童（17 歳）の両乳房をもみ、乳首をなめ、更に下着の中に手を差し入れて陰部に指を挿入して弄ぶなどしたわいせつな行為について条例上の淫行罪の成否が争われた。

これに対して裁判所は、昭和 60 年判決を引用した上で、本件性的行為が第 1 類型に該当するか否かに関しては「被告人が嫌がる被害者の手や足を押さえ付けるなどしたり、お金をあげるからと言った上で性的な行為に及んだりしたと認定することには合理的な疑いが残る」などと述べた上で、「被告人と被害者の年齢差、本件に至るまでのやり取りや関係性に照らして、その心身の未成熟に乗じた不正な手段…により性的な行為に及んだと認めるこ

とは困難である」として、第1類型に該当しないと判断した。

また、本件性的行為が第2類型に該当するか否かに関しては「被告人は4月に大学を卒業したばかりの23歳、被害者…17歳…であり、交遊関係等が発展して交際することになっても不自然ではない年齢差である。被告人は、友人の交際相手を探す過程で被害者とSNSを通じて会うこととなったが、出会い系サイトなどを通じて交際を始めたわけではなく、知り合った際には、既に被害者には性行為の経験があったと解される。また、性交に至る経緯や付合いの状況についてみると、…二人は（筆者補注：1回目にあった際は、車に乗せて世間話をした程度であるところ、）2回目（補：5月頃）に会った際に自動車内で性交に及び、かつ、3回目（補：夏頃）に会った際にも性的な行為に及んでおり、これらに照らすと、被告人が性交渉を目的として被害者と会っていた疑いは否定できない。しかしながら、二人は、5月頃や夏頃以降もLINEで日常的なやり取りを行っており、その後本件（補：11月）に至るまでの間に被告人が積極的に性的な行為を求めたようなところもなく、会った際には性的な行為以外のやり取りもしている。その上、被害者に対し本件当時に好意を抱いていたという被告人の供述を排斥することはできない。被告人や被害者のような年齢層の若者が交際する中で、性的な行為に至ることを期待したり、自然に性衝動などが生じることは通常のことであるし、被告人は、「彼氏がいい。」との被害者の言葉（筆者補注：被害者には本件性的行為時には好意を寄せていた者がおり、この発言はその者と性的行為をしたい旨の発言であると考えられる）で性的な行為を止めていて、被害者の意向にも配慮している。このような事情にも照らすと、被告人は、専ら自己の性欲を優先したとまではいい難い。…そうすると、本件の性的な行為について、被告人が被害者を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような行為をしたと認めるには、合理的な疑いが残るといわざるを得ない。」として、第2類型にも該当しないと判断し、条例上の淫行罪は成立しないと結論づけた。

同裁判例においては、「淫行」を判断する上で、被告人と被害者の年齢とその年齢差、両者が知り合うきっかけ、関係性が性的関係へと発展していくまでの交際状況、本件性的行為後の被告人のふるまいといった要素が考慮された上で、第1類型にも第2類型にも該当しないことが示されている点が特徴的である。

本事案では、被害者が17歳と比較的年齢が高く、その年齢差も6歳であって年齢差が大きいといはいえない事情、SNSを介して知り合っているものの、出会い系サイトなどを通じて知り合ったわけではない事情、出会って2回目で性交を行っているが、本件性的行為に至るまでLINEで日常的なやり取りを行っており、被告人が積極的に性的な行為を求めたようなところもなく、会った際には性的な行為以外のやり取りもしている事情、本件性的行為時も性的行為をやめてほしい旨の発言がなされた際に、すぐに性的行為をやめているといった事情が挙げられており、これらの事情が「淫行」を判断する上で消極的に作用したと考えられる。

このように実際に「淫行」か否かを判断する際には、「淫行」を判断する際にいかなる判

断要素が挙げられており、いかなる具体的事情が認められた場合にその判断要素が「淫行」を積極的に理解する判断要素となりうるのかをリスト化する必要があると考えられる。

２.「淫行」の判断要素と具体的事情

まず、第 1 類型は第 2 類型の例示列挙であるという本稿の理解からすると、①青少年の心身の未成熟に乗じた不当な手段（誘惑・威迫・欺罔・困惑）が認められる場合には、「淫行」が肯定されることになる。また、第 2 類型については「単に自己の性欲を満足させるための対象として扱っているとしか認められない」性的行為であるか否かが判断要素に照らして総合考慮されることになる。その判断要素について、昭和 60 年判決は、「行為当時の両者の年齢、性交渉に至る経緯、その他両者間の付合いの態様等」を「淫行」を判断する上での判断要素として挙げているところ、これらは①被告人と被害者の年齢と年齢差、②両者が知り合うきっかけ、③関係性が性的関係へと発展していくまでの交際状況、④本件性的行為に至るまでの経緯に整理することができる。さらに、昭和 60 年判決では例示されていない判断要素として、前掲神戸地判平成 30 年 5 月 11 日（兵庫）においては⑤性的行為の対等性、前掲仙台地判平成 30 年 2 月 8 日（仙台）では⑥被告人の性的行為後のふるまいが挙げられており、これらの判断要素に照らして「淫行」が判断されると考えられる。

第 3 節　カナダにおける若年者保護規定の状況

第 1 項　概略

カナダにおける、日本の刑法 176 条・177 条に該当する犯罪は性的暴行罪（271 条）と呼ばれている。性的暴行罪は「暴行」の章で規定されており、性的であることを加重要素とする暴行罪の加重類型として理解されている。性的暴行罪を構成する「暴行」については、基本類型である暴行罪（265 条）が参照されるところ、「暴行」それ自体が被害者の同意(consent)[1]のない接触等[2]と条文で規定されているため、性的暴行罪は、被害者の同意の得られていない性的接触等をなしたことで成立すると理解されている。また、問題となっている性的接触等に従事することについて被害者が任意に承諾(agreement)していた場合に「同意」が得られたことになるという原則がある（273.1 条 1 項）が、なお刑法が掲げる一定の要件を満たした場合には「不同意」とみなされる（265 条 3 項、273.1 条 2 項および 3 項）ことになる。

これに対して、未成年者を特別に保護する性犯罪（以下、「未成年者保護規定」とする）が、性的暴行罪とは別に「性犯罪」の章で規定されている。

なお、これらの犯罪の法定刑については、性的暴行罪が制定された 1985 年刑法改正当時においては、正式起訴犯罪の場合には、未成年者保護規定は全て 5 年以下の拘禁刑、性的暴行罪は一律に 10 年以下の拘禁刑とされており、法定刑に大きな差が生じていたが、未成年者保護規定について 45 日以上 10 年以下（2005 年刑法改正）と厳罰化された後に、2012 年刑法改正で性的暴行罪において被害者が 16 歳未満の場合には法定刑の下限が新設され、さらに未成年者保護規定の法定刑について平仄を合わせた改正（全て 1 年以上 10 年以下）がなされた。そして、2015 年刑法改正では平仄を合わせたまま法定刑の上限を引き上げる改正がなされ、現在は 151 条～153 条までの未成年者性犯罪および 16 歳未満を被害者とする性的暴行罪（271 条）の法定刑は全て 1 年以上 14 年以下の拘禁刑となっている[3]。

---

[1] カナダ刑法の和訳については、基本的に、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第 1 回会議配布資料 6『諸外国の性犯罪関連規定（仮訳）』におけるカナダ性犯罪関連条文和訳（仮訳）を参照している。

[2] 暴行罪について規定する 265 条は以下の通りである。「次のとき、人は暴行に及んだものとする。(a)他人の同意なく、その他人に対し、直接又は間接に、故意に実力を行使したとき(b)目的達成能力を現に有して、又はそれを現に有すると合理的根拠をもって他人を信じさせて、行動又は挙動によって、その者に対して実力の行使を試み又は実力を行使すると脅迫したとき、又は(c)凶器又はその模造品を公然と装着又は携帯して、他人に話しかけ若しくは立ちはだかり、又は物乞いしたとき」

[3] なお、特に罰則が設けられていない正式起訴犯罪について有罪判決を受けた場合、5 年以下の拘禁刑に処せられる（743 条）ことを考慮するとこれは相当程度に法定刑の重い犯罪であると考えられる。なお、暴行罪（266 条）は 5 年以下の拘禁刑、被害者が 16 歳以上の場合の性的暴行罪は 10 年以下の拘禁刑、加重暴行罪（日本における傷害罪に相当）は 14 年以下の拘禁刑、第 1 級殺人罪（謀殺）は、25 年間にわたって仮釈放の資格を持たない終身刑、第 2 級殺人罪（故殺）は 10 年以上 25 年以下にわたって仮釈放の資格を持たない終身刑（745 条・235 条）、強盗罪（344 条）は一番軽い類型でも下限が 5 年、

未成年者保護規定は、16 歳未満の者を被害者とする性的干渉(Sexual interference)罪（151 条）・性的接触勧誘(Invitation to sexual touching)罪（152 条）、若年者（16 歳以上 18 歳未満の者）を被害者とする性的搾取(Sexual exploitation)罪（153 条 1 項）の 3 つの罪から構成される。性的干渉罪は、性的目的でそのいかなる部分であれ、被害者の身体に対して、身体の一部または物を用いて、直接的または間接的に接触する行為（以下、「性的接触行為」）を処罰する犯罪であり、性的接触勧誘罪は被害者に対して、行為者自身の身体および当該被害者の身体を含む全ての者の身体を、身体の一部または物を用いて直接的にまたは間接的に接触するように、性的目的で勧誘し、助言し(counsel)、唆す(incite)行為（以下、「性的接触勧誘行為」）を処罰する犯罪である。これに対して、性的搾取罪は、若年者に対して、信頼的立場または権威的立場(position of trust or authority)にある者、若年者が依存(dependency)関係にある者、若年者を搾取する(exploitative)関係にある者[4]（以下、この 4 種類の関係性のタイプをまとめた概念を本稿では「優越的立場」とする）が(a)性的接触行為、または(b)性的接触勧誘行為（以下、(a)(b)をまとめて「性的活動」とする）を行うことで成立する。

これらの未成年者保護規定で起訴された場合、原則として[5]、被害者が当該性的活動について同意したこと（150.1 条 1 項）は抗弁とならない[6]という規定があり、被害者の同意が原則として抗弁となる性的暴行罪とは大きく異なる。

性的干渉罪・性的接触勧誘罪においては、16 歳未満の者に対して性的活動を行うことで直ちに犯罪が成立することから、直截に性的活動の有無のみが問題となる。他方、性的搾取罪は、性的活動の有無に加えて、被告人が被害者に対して優越的立場にあるか否かが問題となる。ただし、性的干渉罪・性的接触勧誘罪においても、行為者が被害者に対する信頼的立場または権威的立場を濫用したことが刑の加重事由となる（718.2 条(a)(iii)）という、全ての犯罪に共通する量刑上の規定が参照されるため、かかる犯罪の事案においても量刑を決定する段階で信頼的立場・権威的立場の有無が問題となることがある。

カナダにおける性的搾取罪は現在日本における監護者性交等罪・わいせつ罪および児童

上限が終身刑である。

[4] 優越的立場の 4 番目の要素については、後述するように 2005 年改正で追加された。

[5] 性的干渉罪および性的接触勧誘罪については、行為者と被害者の年齢差が一定程度近接している場合に限り、例外的に同意の抗弁が認められる。すなわち、被害者が 12 歳以上 14 歳未満のとき、行為者が被害者よりも 2 歳以上年上ではなく（つまり二者間の年齢差が 2 歳未満）、被害者に対して優位的立場にない場合（同条 2.1 項）、また、被害者が 14 歳以上 16 歳未満のとき、行為者が被害者よりも 5 歳以上年上ではなく（つまり二者間の年齢差が 5 歳未満）、被害者に対して優位的立場にない場合（同条 2.2 項）、それぞれ、例外的に同意の抗弁が認められる。なお、行為者が 14 歳未満の場合、被害者に対して優位的立場にないならば、性的干渉罪および性的接触勧誘罪では、もとより訴追されない（同条 3 項）。

[6] このほか、被害者の年齢を誤認したことを抗弁とすることはできない（150.1 条 4 項・5 項・6 項）。

淫行罪と類似していることが注目される。

日本は、13 歳未満の者を相手方にして「暴行・脅迫」がない性的行為をすることは刑法 176 条後段や刑法 177 条後段で包括的に禁止されている一方で、13 歳以上の未成年者に対してはそのような規定が存在しないため、「暴行・脅迫」を必要とし、13 歳以上の未成年者を相手方として性的行為をしても直ちに犯罪は成立しないというのが原則である。しかし、そのような原則がありつつ、日本は「その者が現に監護する者であることによる影響力に乗じて」18 歳未満の者と性的行為を行った場合には監護者性交等罪・わいせつ罪（179 条）が成立し、また、18 歳未満の児童に対して「(淫行）させる行為」をなした場合には児童淫行罪が成立するとしており、かなり広い例外規定を設けている。監護者性交等罪・わいせつ罪は被告人が監護者という立場にある場合に限定する規定であって、児童淫行罪についても「させる行為」を解釈するにあたっては、被告人が児童に対して「保護責任者的立場」などの一定の立場にあることに着目して判断されており、被告人との性的行為について同意したことが犯罪の成否の基準になっていない。

カナダは、16 歳未満の者を相手方にして性的活動をすることは性的干渉罪・性的接触勧誘罪で包括的に禁止されている一方で、16 歳以上の未成年者に対してはそのような規定が存在しないため、16 歳以上の未成年者を相手方として性的行為をしても犯罪にはならないというのが原則である。しかし、そのような原則がありつつ、カナダは優越的立場にある場合には性的搾取罪が成立する。そして、その中では、日本と同様に一定の立場にあることに着目して犯罪の成否が判断されており、被告人との性的行為について同意したことが犯罪の成否の基準になっていないことが注目される。

したがって、カナダの性的搾取罪の成否を大きく左右する優越的立場の解釈を検討・分析することで、日本の監護者性交等罪・わいせつ罪における「監護者」および児童淫行罪における「させる行為」の検討・分析の示唆を得ることができるように思われる。

以下では、カナダにおける性的搾取罪の優越的立場の解釈を中心に検討・分析を行う。

第 2 項　性的活動

１．性的干渉罪と性的接触勧誘罪の違いについて

性的干渉罪は、被告人が被害者に接触した場合に成立するが、これに限られず、被害者が被告人に接触した場合であっても、その接触が被告人の要求・勧誘の下、行われた場合には、成立しうる。一方、性的接触勧誘罪は、被告人が被害者に対して自身に接触するように勧誘し、それを受けて被害者が被告人に接触した場合に成立することから、性的干渉罪と同様に被告人の要求・勧誘がある場合にも成立する。さらに、接触についての要求・勧誘がなく、接触が被害者のイニシアチブによって行われた場合であっても、被害者による接触を促す状況を設定する行為を被告人が行っていれば、性的接触勧誘罪が成立する余地があり、この点が性的干渉罪と異なっている[7]。したがって性的干渉罪は、被告人と被害者との接触につ

[7] *R. v. Peterson*, 2015 ABPC 241 (CanLII)は、被告人による要求・勧誘・同意なしに被害

き被告人のイニシアチブがある場合に成立し、性的接触勧誘罪は、被害者が被告人に接触した行為を導く原因行為を被告人が行っていた場合に成立すると考えられる。

２．性的目的[8]

性的活動を基礎づける行為は、被害者の身体の一部を被告人の身体の一部または物で直接的または間接的に接触する行為にまで及び、その範囲が非常に広いため、実質的には性的目的(sexual purpose)の有無によって性的活動の有無が判断されている。特に、性的干渉罪・性的接触勧誘罪においては、性的目的の有無によって犯罪の成否が決せられることになる。「性的目的」の判断方法については争いがあり、下級審裁判例の中で見解が分かれている。1つは、性的目的を自己の性的欲求を満たす目的と理解する見解である。この見解によれば、しつけ目的であることが認められる場合には、性的目的が否定されることになる。例えば、被告人が姪に対して、コンドームやバイブレーターを寝室から盗んだことを認めさせるために、バイブレーターで自慰することを助言する旨のメールを送った事例について性的接触勧誘罪の成立が否定された裁判例がある[9]。これに対して、性的搾取罪は児童の性的完全性(sexual integrity)を保護することを目的とした犯罪であると *Audet* 判決が明示したことを考慮すると、自己の性的欲求を満たす目的の有無で決せられるのではなく、当該行為の性質・状況・前後関係(context)から客観的に児童の性的完全性を侵害する接触が認められるか否かで決せられるべきであるとする見解がある。かかる判示を行った *G.B.*判決は、被告人は若年者の求めに応じて手淫したものであって自身の性的欲求を満たす目的はないため、性的目的は否定されるという被告人側の主張に沿って性的目的を否定した事実審には誤りがあるとして、自己の性的欲求を満たすことを検察側が証明せずとも、客観的に児童の性的完全性を侵害する接触があったことを根拠に性的目的を肯定して性的搾取罪の成立を認めた[10]。なお、性的暴行罪における「性的」については、行為者の主観によって決せられるものではなく、「すべての状況に照らして、合理的な観察者に対して当該暴行の性的または性欲的な(carnal)背景が明らかか否か」で決せられるとする最高裁判決[11]が存在しており、*G.B.* 判決は性的暴行罪における「性的」と未成年者保護規定における「性的目的」をほとんど同

者が被告人の陰茎を触った事案につき、性的干渉罪で起訴され、無罪が言い渡された裁判例であるが、傍論において、被告人は被害者と一緒にホテルに宿泊することで性的な雰囲気を作り出し、被害者に性具を提供した後に、被害者による性的接触が行われたことを指摘し、性的接触勧誘罪で起訴されていれば、有罪判決の可能性があったことを指摘した。

[8] *See* Hamish C. Stewart, Sexual Offences in Canadian Law, Rel. 3 (Tronto: Thomson Reuters, 2021) at 4-11~4-14.

[9] *R. v. A.G.*, 2007 CanLII 21975 (ON SC). 他に、被害者の性的興味にまかせて被害者の陰茎に触れただけであるとして、性的目的が否定されることを根拠に性的干渉罪が成立しないとした事例として、*R. v. R.E.E.*, 2007 CanLII 5145 (ON SC).

[10] *R. v. G.B.* (2009), 244 CCC (3d) 185 (BC CA).

[11] *R. v. Chase* (1987), 37 C.C.C. (3d) 97 (S.C.C.).

一視させる見解であると考えられる。

この争いについては、*G.B.*判決を引用した上で、自己の性的欲求を満たす目的がない事案についても「性的目的」を肯定する裁判例が散見される[12]。しかし、同一の行為について未成年者保護規定と性的暴行罪の両方の訴因で起訴された事案について、自己の性的欲求を満たす目的がないとして未成年者保護規定については不成立とするが、なお「性的」であることを肯定して性的暴行罪の成立を認める裁判例が散見され、これらの裁判例は性的暴行罪における「性的」と未成年者保護規定における「性的目的」を明確に区別していることから、*G.B.*判決とは相反する判断をなしているといえる。以上より、「性的目的」の判断方法についてはなお統一的な見解が存在しないように思われる。

第 3 項　優越的立場

性的搾取罪の成否においては、性的活動の有無のほか、優越的立場にあるか否かが大きな問題となる。性的搾取罪における優越的立場の有無およびその判断方法が問題となったカナダ連邦最高裁判所における判決に、*Audet* 判決がある。

１．*Audet* 判決[13]

Audet 判決は次のような事案である。

22 歳の男性教師である被告人は、夏季休暇が始まって数週間後、友人とナイトクラブに行ったところ、偶然、前年度に被告人が体育を教えていた当時 14 歳[14]の被害女性が 20 代女性のいとこ 2 人といるのに出くわした。午前 2 時頃、被告人の友人の提案で、一行はあるコテージに行った。そこで被告人は頭痛を訴え、2 つのベッドがある部屋に横になりに行った。その後、被害者は被告人と同じベッドに横になり、そこで共に眠った。夜中、被告人と被害者は目を覚まし、被告人は被害者に対してオーラルセックスを開始した。なお、事件の前に、被告人は再び被害者の学校で被害者が所属する 9 年生の生徒を教える旨の雇用契約を結んでいた。

被告人は、被害者に対して信頼的立場または権威的立場にありながら、性的目的をもって性的活動を行ったとして、刑法 153 条 1 項(a)で起訴された。裁判においては、一貫して被告人が被害者に対して信頼的立場または権威的立場にあったか否かが問題となった。州上級裁判所（第 1 審）においては、確かに性的活動を開始したのは被告人であったが、性的活動に至るまでの過程で被告人は被害者を勧誘したり働きかけたりしていないこと、両者に

---

[12] *R. v. James*, 2010 BCSC 1529 (CanLII). マッサージと称してブラジャーを外し、背中・首・肩を触った事案について性的目的を肯定して性的干渉罪の成立を認めた事例（略式判決）；*R. v. G.D.G.* (2013), 298 Man R (2d) 119, (MB QB).ゲームにまけた罰ゲームとして自分のズボンに電気バイブレーターを入れるよう勧誘した事案について性的目的を肯定して、性的接触勧誘罪の成立を認めた事例。

[13] *R. v. Audet*, [1996] 2 SCR 171 (SCC).

[14] 2008 年改正以前において「若年者」とは 14 歳以上から 18 歳未満の者を指していた。

あまり年齢差がないこと、被害者が公判証言中、被告人について言及する際に生徒と元教師の間としては異常な親密さが認められることといった事情を考慮し、被告人は被害者に対して信頼的立場または権威的立場にはなかったとして無罪を言い渡した。検察側の上訴に対して、州控訴裁判所は多数意見(2:1)で無罪判決を支持した。検察側の上訴に対して、カナダ最高裁判決の多数意見(5:2)は①性的搾取罪の立法目的、②性的搾取罪の成立要件、③信頼的立場および権威的立場の意義および判断方法、④教師という被告人の地位と優越的立場の関係性に触れた上で、⑤本事案において被告人は信頼的立場にあると述べ、検察側の上訴を認めて事実審裁判所に差し戻した。なお、後述するように④・⑤に関してはこれに反対する少数意見が付された。

⑴性的搾取罪の立法目的

性的搾取罪の立法目的について、両者の関係の性質に内在する不均衡によって特定の者に対して脆弱な立場にある若年者を保護するために 153 条は制定された[15]ということが確認された。

⑵性的搾取罪の成立要件について

性的搾取罪の成立にあたっては、被害者が 153 条 2 項の意味における若年者であること、被告人が 153 条 1 項(a)または(b)に規定された性的活動に携わっていること、当該行為が行われた時点で被告人が若年者に対して優越的立場にあること、およびそれぞれに必要とされるメンズレアを検察は証明しなければならない、と述べた[16]。

これに付随して、被告人が性的活動に携わるにあたって優越的立場を濫用したことを検察が立証する必要があるか否かが問題となった。*Audet* 判決は、優越的立場の濫用は被害者の同意と密接に関連しているところ、被害者が性的活動に同意したことは抗弁とならないという規定がある（150.1 条 1 項）以上、被告人が性的活動について若年者の同意を得るために、優越的立場を濫用したということを検察が証明する必要がない[17]と論じた。これは、仮に被害者が性的活動について見かけ上(apparent)同意をなしたとしても、それは類型的には自由で自発的な性的自律権(autonomy)の行使ではなく、その同意は被害と被告人の間に存在する権力関係(power dynamic)に影響された産物である[18]ため、優越的立場にある者は、若年者の同意の有無にかかわらず、その若年者との性的活動を拒否する責任を負わなければならない[19]という姿勢を示したものであると理解される。

このような理解はカナダ性犯罪法の基本方針に適合するものであるが、一方で、学説には、

---

15 *Audet*, *supra* note (13) at para.14.
16 *Ibid.*, at para. 16.
17 *Ibid.*, at para. 23.
18 *R. v R.T.*, [2017] O.J. No. 2206 (QL) at para. 42.
19 *R. v. Hann* (1990), 268 APR 33 (NL SC) at page. 37.

若年者についてはあらゆる者との性的活動に同意することができるという原則がある[20]にもかかわらず、その相手方が優越的立場にある者である場合には、事実関係上同意があったとしても、被告人と若年者との関係に「内在的な権力上の非対等(inherent power imbalance)」があることを根拠に、画一的に不同意とみなされるのは妥当ではないという批判がある[21]。

⑶信頼的立場および権威的立場の意義および判断方法[22]

性的搾取罪における「権威(authority)」および「信頼(trust)」という用語は、特定の関係性に限定されるものではなく、脆弱な立場にある若年者を保護するという性的搾取罪の立法目的に照らして通常の意味が与えられるべきであると判断した。その中で、「権威」は、被告人が服従を強制する、または何らかの方法で被害者の行為に影響を与える力(power)から生じるとされ、「信頼」は「ある者またはある物の性質または属性、あるいは発言(statement)の真実に対する信用(confidence)または期待(rely)」に応じて解釈されなければならないと判示されたものの、信頼的立場と権威的立場には、具体的にどのような差異があるかについては判断されなかった。

そして、個々の事案を解決するにあたっては、具体的な事実関係に基づいて信頼的立場または権威的立場の有無が判断されなければならないとした上で、これを判断する際に考慮すべき要素を網羅的に示すのは不適切であるとしつつも、被告人と若年者の年齢差、2 人の関係性の進展(evolution)、若年者との関係における被告人の地位は、多くの場合において関連性を持つとした。

かかる判示（③）には、優越的立場の有無を判断する際の出発点としての意義が認められており、その後の下級審裁判例の判断にも大きな影響を及ぼしているが、*Audet* 判決においては④が主要な争点となったため、項を分けて議論する。

⑷教師という被告人の地位[23]と優越的立場との関連性

この判断は、⑤本事案の結論と最も密接に関連する判断であって、多数意見と少数意見の

---

[20] 150.1 条 1 項で被告人側の同意の抗弁が封じられるのはあくまでも 153 条で起訴された場合であり、同規定は被告人が優越的立場にあることが前提となっている。

[21] Alan D. Gold, "Case Comment on *R. v. Audet*" (1996) 39 Crim. L.Q. 145 at 149-50. 同文献は、*Audet* 判決を批判する文脈で、事実関係上同意があるにもかかわらず、規範的には同意はないとみなす理解は「even yes means no」であると述べている。

[22] *Audet*, *supra* note (13) at para. 34-38.

[23] なお、日本においては「地位」と「立場」は明確に分けられているわけではないが、カナダ刑法においては、被告人の身分や職業を示すもの（例：親・教師・経営者）については「地位(status)」という用語を用い、特定の被告人と特定の被害者の関係性の中で生じる被告人の相対的な立ち位置については「立場(position)」という用語を用いており、両者を明確に使い分けていることから、本報告においてもそのような用語法に従っている。

論争の対象となった。

Audet 判決の多数意見は、性的搾取罪が被告人の地位に着目して若年者との性的コンタクトを禁止する規定となっていないことを根拠に、被告人の地位のみで優越的立場の有無を判断することはできないとした上で、教師はその生徒(his or her students)に対して法律上(de jure)、信頼的立場および権威的立場を構成すると理解するべきではない、と述べた。しかし、そのように述べつつも、教師の役割が親に次いで重要な役割を担っている点や教師の社会的地位を考慮すると、教師はその生徒に対して、事実上(in fact)、信頼的および権威的立場を構成するため、他に合理的な疑いを生じさせる証拠がない場合には、被告人が被害者の教師であるという事実から被告人が被害者に対して信頼的立場および権威的立場にあることが推定される、と述べた（以下、この解釈を「推定理論」とする）。この推定理論は、被告人が教師などの特定の地位にある場合に、「他に合理的な疑いを生じさせる証拠がない」という例外を設けつつも、基本的には、被告人が被害者に対して優越的立場にあることを肯定する見解であると考えられる。

多数意見が示した推定理論に対して、少数意見はこれを真っ向から批判した。すなわち、少数意見は、性的搾取罪が制定されるに先立ち、若年者に対して性的活動をすることが許されない具体的な地位を列挙し[24]、そのような地位にある者は信頼的立場または権威的立場にあるとみなす(conclusively presumed)べきであるとする委員会の勧告[25]（Badgley 勧告）があったにもかかわらず、議会がその勧告を受け入れなかったことを考慮すると[26]、優越的立場の判断は、あくまでも特定の教師と特定の生徒との関係の性質に基づくべきであり、単にその者の職業が教師であるという事実に基づくべきではないと述べた。その上で、多数意見の推定理論は、被告人が信頼的立場または権威的立場にあったことを証明する検察の義務を取り除き、そのような立場が存在することについて反証する義務を被告人に負わせるものであって、推定無罪の原則（カナダ憲章 11 条(d)[27]）に反すると述べた[28]。

---

[24] 「両親、継父母、養父母、里親、法定後見人、これらの者の内縁のパートナー、祖父母、叔父・叔母、若年者の家の下宿人、教師、ベビーシッター、グループホームや青少年の労働者や雇用主」が列挙されていた。

[25] *Sexual Offences Against Children* (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984).

[26] なお、この点について、多数意見(*Audet*, *supra* note (13) at para.14.)は、本件においては Badgley 勧告を参照する必要がないと述べている。

[27]カナダ憲章 11 条(d)は以下のように規定されている。

（刑事及び刑罰事件における手続）

犯罪の嫌疑で告発された者は、次の各号に掲げる権利を有する。

…

(d) 独立かつ公平な裁判所による公正かつ公開の審理において、法に従い有罪の認定が下されるまでは、無罪の推定を受ける権利

[28] *Audet*, *supra* note (13) at para. 60.これに対して多数意見(*Audet*, supra note (13) at para.44.)は、被告人が被害者の教師であるという事実から被告人が信頼的立場および権威的立場にあることが事実上、不可避的に導かれるのであるから、合理的な疑いが存在しないにもかかわらず、信頼的立場または権威的立場にあることを認定しないとするべ

⑸本事件の結論

多数意見は 22 歳と 14 歳という両当事者の年齢、事件の数日前に終了した学年度の間、被告人が被害者の体育教師であった点、被告人は次の学年でも再び彼女の担当教員になることを認識していた点を指摘した上で、「事件が夏季休暇中に発生したため、権威の要素について事実審裁判官の心証に合理的な疑いが生じたとしても、休暇が始まったばかりであり、いずれにせよその状況から被告人が再び被害者の教師になることが予想されたことから、彼が少なくとも彼女に対する信頼のある立場にあったことは間違いない。」と述べて、被告人は被害者に対して信頼的立場にあったと結論づけた。一方、少数意見は、無罪判決を言い渡した第 1 審およびそれを支持した控訴審の判断は適切であると述べ、多数意見を批判した。

多数意見は、「被告人が被害者の教師という地位にあるという事実から被告人が被害者に対して信頼的立場および権威的立場にあることが推定される」という④で示された推定理論を用いた上で、本事案においては、権威的立場については推定を破るような合理的な疑いを生じさせる証拠が存在しうる。少なくとも信頼的立場については、他に推定を破るような合理的な疑いを生じさせる証拠がないということを根拠に、被告人が被害者に対して信頼的立場にあることを肯定したと考えられる。

Audet 判決においては、本事件の事案について推定理論を用いて優越的立場の有無を判断することが当然の前提となっているが、仮に多数意見が示した推定理論が妥当であるとしても、本事件の事案について推定理論を用いることについて問題がないわけではないように思われる。例えば、被告人が現に教師として被害者を指導している学期中に性的活動が行われた場合、性的活動が行われた時点において被告人が被害者の教師という地位にあることは明白であるため、推定理論を用いることに問題はないように思われる。しかし、本事案は、被告人は前学年度に被害者の体育教師であったところ、前学年度の教員としての契約は終了しており、また、次学年度の教員としての契約は締結されているが、次学年度の学期がいまだ開始されていない前学年度終了後の夏季休業中（日本でいうところの春休み期間）にたまたまバーで被害者と出くわしたことをきっかけに性的活動が行われたという事案であって、性的活動が行われた時点において、被告人が被害者の教師という地位にあることは明白であるとはいえないため、このような場合にも推定理論を用いることが可能かということが問題となるように思われる。

推定理論は、被告人の被害者に対する具体的な働きかけの有無に関係なく、被告人の地位を根拠に被告人が被害者に対して優越的立場にあることが判断されるため、推定理論が用いられる射程については慎重に検討する必要があるように思われる。それにもかかわらず、*Audet* 判決は、推定理論がある程度フレキシブルに用いられることを前提とした判断を行っているため、いかなる場合に推定理論を用いることが可能か、その射程が問題となるよう

きではないとして、少数意見に反論している。

に思われる。実際に、*Audet* 判決直後の学説においては、教師以外の他の地位についても推定理論が用いられる可能性が指摘されていた[29]。

Audet 判決は、優越的立場の解釈について示した連邦最高裁判所判決ではあるものの、❶優越的立場の意義および差異、❷*Audet* 判決が示した推定理論がその後どのように運用されているか、❸優越的立場の判断方法、に関する問題が残された。次項以降では、これらの問題に関して下級審裁判例・学説がどのように判断したのかについて検討する。

２．❶優越的立場の意義および差異について

現行法では、優越的立場の 4 つの類型の意義について、その後の学説も交えながら、それぞれ検討する。

⑴権威的立場

先に述べたように、*Audet* 判決では「権威」は被告人が服従を強制する、または何らかの方法で被害者の行為に影響を与える力(power)から生じることが示されたところ[30]、これを受けて学説では、若年者が被告人の言うことを拒んだり、性的活動を拒んだりした場合に、何らかの有形的結果が生じえたかという基準で判断されると理解されている[31]。権威的立場に関する *Audet* 判決以降の下級審裁判例の判断として、学校の教師はその生徒に対して信頼的立場および権威的立場にあることがほとんどであるところ、教師が生徒に対して学校成績に対する権限や懲罰を与える権能(ability)があるという特性は、教師が生徒に対して権威的立場にあることのみを反映すると述べた裁判例[32]や、被告人が被害者の叔父であるという事案について、被告人は被害者にとって父親のような存在ではなく、被害者をしつけることがなく、被害者の生活について決定することもなかったという事情が認められることを根拠に、少なくとも権威的立場にあることは否定されると判断した裁判例がある[33]。

以上を考慮すると、性的搾取罪における権威的立場とは、被害者の学業における成績やその後の進路を左右する影響力を持つ立場または被害者の成績・進路・日常生活について指導する立場を指すと考えられ、その具体例としては、被告人が被害者の教師・親・保護者であ

---

[29] Maurice A. Green, “Once a Teacher, Always a Teacher—Sexual Exploitation Charges Made Easier for Crowns” (1996) Toronto, 7 Education & Law Journal 301 at. 304.

[30] *Audet*, *supra* note (13) at para. 33-34.

[31] Jeremy Patrick, “Sexual Exploitation and the Criminal Code”, (2006) Vol. 43-4 Alberta Law Review 1057 at 1062.

[32] *Aird*, *supra* note (55) at para. 33.この判示は、被告人が被害者の家庭教師であるという事案について、被告人が被害者の教師であるという場合と被害者の家庭教師であるという場合を同視すべきではないとして事実審を批判した被告人側の主張に対して、権威的立場に関してはともかく、信頼的立場に関してはその批判は当てはまらないという文脈の中でなされた。

[33] *R. v. R.T., supra* note (18) at para. 24.ただし、後述するように信頼的立場の存在を認めた。

るという場合が想定されていると考えられる。

⑵依存関係

Audet 判決では依存関係の存否が問題とならなかったため、その意義について直接的な判断がなされなかった。依存関係については、衣食住の提供を受けるなどして被告人に対する経済的依存が認められれば足りるとする学説上の見解[34]がある。他方、*Galbraith* 判決(1994) [35]は、被告人（27 歳）が家出女性（14 歳）と同居中に性的活動に及んだ事例について被告人と被害者に依存関係が認められるかが問題となった事案であるところ、被告人は被害者に宿泊場所と食事を提供したり、生活費を与えたりしていることから、被害者が被告人から経済的支援を受けたことは認められるものの、経済的支援を受けることの見返り(*quid pro quo*)に性的活動が行われたわけではないこと、また、被告人は被害者を連れ去ったわけでもなく、両親や学校などから被害者を遠ざけたりしておらず（証拠上、どのような経緯で被告人と被害者が同居に至ったのかは不明）、被害者は単に家族と暮らすよりも被告人と暮らすことを好んだために被告人と同居しているのであって、被告人と同居することや性的活動について被告人が暴力をふるったり無理強い(coercion)したりすることを示唆し、または、被害者を支配・統制した事実はないことを根拠に依存関係を否定して（逆転）無罪を言い渡しており、依存関係の存否に関するリーディングケースとしての位置づけがなされている。

したがって、依存関係は、被告人に対して経済的に依存しているだけでは足りず、経済的支援を受けることの見返りに性的活動が行われるという関係が認められるか、または、性的活動に至る過程で何らかの強制的要素が認められる場合に肯定されることになる。

⑶信頼的立場

信頼的立場は *Audet* 判決において正面からその有無が問題となったところ、先に述べたように、*Audet* 判決では「信頼」とは、「ある者またはある物の性質または属性、あるいは発言(statement)の真実に対する信用(confidence)または期待(rely)」であることが示されたが、基準として曖昧であるとその後の下級審裁判所[36]や学説[37]から批判されている。このような批判があるにもかかわらず、*Audet* 判決以降の事案においては信頼的立場の類型を含めて起訴されることが多く、性的搾取罪の成否の中で信頼的立場の有無が争点となるケースが多く散見される。

⑷搾取的関係

---

[34] Patrick, *supra* note (31) at 1062.
[35] *R. v. Galbraith* (1994), 18 OR (3d) 247 (ON CA). なお、上訴は棄却されている。
[36] *R. v. Weston*, [1997] AJ. No.263 at para. 25; *R. v. G.J.G.* (2002), 254 N.S.R (2d) 131 (NB CA) at para. 21.
[37] Gold, *supra* note (21) at 148; Patrick, *supra* note (31) at 1062.

Audet 判決の時点では搾取的関係というタイプが条文に盛り込まれておらず、後に 2005 年刑法改正でこのタイプが追加された。*Anderson* 判決において、搾取的関係とは、信頼的立場・権威的立場・依存関係以外の状況において、被告人と若年者との間に権力の不均衡(power imbalance)がある場合であると述べたものがあり[38]、既に存在していた 3 つのタイプの受け皿的な機能を認めている。しかし、先に述べたように信頼的立場という類型が非常に広範に運用されていることを考慮すると、搾取的関係という類型が実際にどの程度運用されているかは不明であり、実際に学説からもその存在意義については疑問が呈されている[39-40]。

３．❷Audet 判決が示した推定理論がその後どのように運用されているか

Audet 判決は、信頼的立場の意義について具体的な判示を行わなかったが、被告人が特定の地位、特に教師という地位にある場合には権威的立場および信頼的立場が推定されるという推定理論を示した。これは、優越的立場の有無を判断する際に、被告人が特定の地位にある場合には、その特定の地位にあることが他の具体的事情よりも優先的に重要視されるという点で、優越的立場の判断方法を部分的に示したものであると理解するべきである。

しかし、*Audet* 判決は被告人が具体的にどのような地位にある場合に、推定理論を用いることが可能かという射程の問題を必ずしも明らかにしていない。また、あくまでも「推定」である以上、他の具体的事情によってその推定が破られる可能性が存在し、*Audet* 判決も「他に合理的な疑いを生じさせる証拠がある」場合には推定が破られることを指摘しているが、どのような場合にその推定が破られるかについては明らかではない。

そこで、この項では、推定理論がその後の下級審裁判例の中でどのように運用されているかを検討する。

まず、推定理論が用いられたが結果的に信頼的立場を否定した裁判例として *Osmond* 判決(2015)[41]がある。その事案は、本来の教師が妊娠・出産を理由に休職したため、その代理として 2012 年 2 月に雇われた女性教師（27 歳）が学期途中の 2013 年 2 月に教師を辞職した後、2012 年 8 月から 2013 年 2 月まで自身のクラスに在籍していた男子生徒（16 歳）と性交を含む性的活動に及んだというものであった[42]。

---

[38] *R. v. Anderson*, [2009] PEIJ No 7 (QL), at para. 74

[39] Patrick, *supra* note (31) at 1065.

[40] ただし、性的グルーミングした上で金銭と見返りに性的活動を要求したという事例（*Murphy v. R.* (2015), 318 CCC (3d) 520 (NB CA).)は、搾取的関係が選択されて起訴された。

[41] *R. v. Osmond* (2015), SKQB 148 (Can LII) at para. 30-34,50-53.

[42] 本事案では性的搾取罪で起訴された期間が、被告人が教師として勤務していた期間と教師を辞職した以降の期間にまたがっていたところ、判決においてはこれらが切り離された上でそれぞれについて判断されたという経緯があり、後者の期間で優越的立場の有無が問題となった。なお、前者の期間については、被告人が被害者に対して信頼的立場および権威的立場にあることが争点とならない形で認められたが、被告人の性的活動（キ

Osmond 判決は、他に合理的な疑いを生じさせる証拠がない場合には、教師は生徒に対して信頼的および権威的立場を有すると理解すべきである、として *Audet* 判決の示した推定原則を引用しつつも、すぐ次のパラグラフで、検察が犯罪の各要素を合理的な疑いを超えて証明しなければならず、犯罪を行っていないことを被告人が証明するのではないとして、推定無罪の原則が働くことを確認している[43]。この判示は *Audet* 判決少数意見が、推定理論は推定無罪の原則に反すると主張したことを意識したものであると考えられる。

その上で、被告人が被害者に対して持っていた権威は、被害者の学校の教師であることに直接由来しているため、教師を辞職した以降については、被告人が被害者に対して権威的立場にあったことについて合理的な疑いが残されているとして、*Audet* 判決と同様に権威的立場についてはこれを否定した。他方、被告人が被害者の教師を辞職してから 1 か月後に性的活動に及んだところ、その性的活動は被告人が被害者の教師であることから生じた関係から発展したものであって、かつ、性的活動が行われた時点においては教師―生徒の関係で培われた信頼関係や影響力が失われるのに十分な時間が経過していないとして、被告人が教師であった期間に存在した被告人と被害者の信頼関係は、その後数日から数週間にかけて存在し続けたと容易に推論しうる(readily can reason)とした。これは、被告人が 1 か月前まで被害者の教師という地位にあったという事実から、性的活動が行われた時点で被告人が被害者に対して信頼的立場にあることが推定されるという形で、推定理論が用いられたものと理解される。

しかし、本事案における被告人と被害者の教師―生徒の関係は、被告人が教師を辞職した以降については、スイッチが切り替わるように被害者が被告人をコントロールし、被告人は被害者の説得や影響にただただ応じるという関係に変化したなどとして、被害者に対して信頼的立場にあることについて合理的な疑いを生じさせる余地があると述べて、最終的に被告人が被害者に対して信頼的立場にあることを否定した。

このように、*Osmond* 判決は、推定理論を用いて被告人が被害者に対して信頼的立場にあることを推定しつつも、その推定を破るような合理的な疑いが存在していることを根拠に、結果として信頼的立場を否定した判決であるとまとめることができる。

これを *Audet* 判決と比較すると、*Osmond* 判決には 2 点の意義が認められる。*Osmond* 判決は、被告人が被害者の元教師であるという事実からでも推定理論を用いることが可能であることを示した判決であって、被告人が少なくともその契約上は被害者が通う学校の教師であるという事実が存在した *Audet* 判決よりも、被害者に対する被告人の地位のレベルが低く、その点で、推定理論の射程が拡大されている。

しかしその一方で、推定理論の推定力、言い換えると優越的立場の判断における被告人の地位という要素の重要性は *Audet* 判決よりも小さくなっている。*Osmond* 判決は被告人が

ス）は単なる別れのあいさつに過ぎないとして、性的目的が否定された。後者についても優越的立場が否定されたことから、全体として無罪が言い渡されている。

[43] *Osmond*, *supra* note (41) at para. 30-34.

教師を辞職してから性的活動に至るまでの経緯を考慮した上で、性的活動に至ったことに対する被害者の寄与度が大きく、被告人の寄与度が小さいという事実関係を信頼的立場が存在するという推定が破られることの根拠としている。このように、同判決では、信頼的立場の有無を判断する上で、性的活動に至ったことに対して、被告人・被害者の寄与度がそれぞれどの程度だったかという要素が重要視されており、反面、相対的に被告人の地位という要素の重要度は減殺されている。

他方、*Audet* 判決における被告人と被害者がバーで出くわしてから性的活動に至るまでの経緯について見ていくと、被告人は被害者に飲酒を勧めたわけでもなく、性的活動が行われたコテージに行くことを提案したわけでもないなど、性的活動に至るまでの過程においては周囲の人物が決定したことについて迎合的にふるまっている事実が多く指摘されており、性的活動に至ったことに対する寄与度は決して大きいとはいえないように思われる。一方、被害者は空いているベッドがあったにもかかわらず、あえて被告人が寝ているベッドに入るような行動をしており、性的活動に至ったことに対する寄与度は決して小さいとはいえないように思われる。そのような事情があるにもかかわらず、*Audet* 判決においては特にそのような事情を検討することなく、信頼的立場が存在するという推定を破るような合理的疑いはないとして信頼的立場を認めていることから、信頼的立場を判断する上で性的活動に至る上での被告人・被害者の寄与度についてはほとんど考慮されておらず、被告人の地位という要素が非常に重要視されていることが分かる。

したがって、*Osmond* 判決は *Audet* 判決と比較して、推定理論が適用される被告人の地位を拡大させつつも、推定理論の推定力の程度、すなわち優越的立場を判断する際の被告人の地位という要素の重要度についてはある程度限定的に理解した判決であると理解される。

次に *EJB* 判決(2017)は、被害者が両親との不和のため祖父母の家で生活していたところ、祖父母が休暇で家を不在にしている間、被害者と姻戚関係にある叔父である被告人が両親・祖父母の了解を得て自宅に被害者を迎え入れ、家族で被害者の面倒をみていた期間に被害者と性的活動に至ったという事案であった。

事実審は、祖父母が休暇から戻った後、被害者は祖父母と一緒に同居することも、家族と同居することも拒否して、そのまま被告人宅に住み続けることを選択したものであって、被告人の妻が不在時、2 人きりになると、被害者は、被告人に性的な関心を持ってもらおうと非常に積極的に被告人とコンタクトをとったという事実を指摘した上で、信頼的立場・権威的立場・依存関係の全てを否定して無罪を言い渡した。これに対して、控訴審は *Audet* 判決の推定理論を引用した上で、「子の親または保護者、および/またはその子から、その子に対して正しいことをすると信頼される(rely on)、責任感のある者(responsible person)とみなされる者は、一般的に信頼的立場にある」と判示した[44]。そして、被告人は、被害者と姻戚関係にある叔父という関係であり、被害者の両親は、そのような関係性にある被告人に対して信頼(trust)を置いていたからこそ、祖父母の留守中に被害者の世話をするよう被告人

[44] *R. v. EJB* (2017), 352 CCC (3d) 59 (AB CA) at para. 13.

らに依頼したのであって、それは、被害者の両親は、実質的に被害者に対する親としての責任を被告人とその妻に明け渡し、被告人はそれを理解し受け入れたということであって、その信頼と信用(confidence)がなければ、被害者を被告人宅に預けなかったと指摘して、信頼的立場にあることを肯定し[45]、事実審に差し戻す判決を下した。

EJB 判決は、被害者の親族に限定したものではなく、被害者または被害者の保護者が被告人と 2 人きりにさせても性的活動に及ばないと信頼する者であれば、推定理論が用いられる余地を残した点で、推定理論が用いられる範囲が非常に拡大されている点で注目される。*EJB*判決は 2017 年のアルバータ州控訴裁判所判決であるため、その先例性がどの程度かについては、なお疑問であるが、同じ州の裁判例に、被告人が被害者の父親の同僚であるという事案について、事実審は被告人が被害者に対して信頼的立場にあることを否定したが、*EJB* 判決を引用して「父親が被告人を信頼し、被害者が子どものころは子守を任せたこともあり、被害者は父親が信頼しているという文脈で、被害者のことを生まれてから知っており、被害者は被告人を「おじさん(uncle)」と呼んでいた」ことを挙げて、信頼的立場を肯定した裁判例[46]が存在している。

推定理論を用いることが否定された裁判例として、*J.S.S.*判決(2010)がある[47]。同判決は、被告人と被害者が高校教員助手（33 歳）とその高校に所属する生徒（年齢不明）という関係にあったが、被告人が被害者の学業成績などに影響を及ぼすことはなく、また被害者は遠隔教育プログラムで授業に出席していたため、高校の中での直接的なコンタクトはほとんどなかったという事案であった。事実審は *Audet* 判決の示した推定理論を用いた上で被告人が被害者に対して信頼的立場および権威的立場にあることを肯定したが、控訴審は、*Audet*判決の事案と本事案を比較する中で、被告人の立場が教員助手と教師とで異なる点、被告人の職業上の地位および学校環境における被告人と生徒の交流の機会が本事案では非常に限定的である点、学校における生徒の学業成績や課外活動に影響を与える機会や命令を出し懲罰を執行する権能について本事案では明確ではない点を根拠に、*Audet* 判決の示した推定原則を本事案では用いるべきではない[48]などと述べ、事実審に差し戻した。*J.S.S.* 判決は、被告人が被害者の教師という地位にあれば直ちに推定理論が用いられると判断す

---

[45] さらに、被害者が被告人宅ではない場所に住むことができたかもしれないことは、被害者が依存関係にあったことについて消極的な事情として理解するべきではなく、被告人宅にいる間、被害者は文字通り食事と住居を被告人らに依存していたのであるから、被害者が依存関係になかったとした事実審は誤りであると判断しており、先述した *Galbraith* 判決とは異なる判断を下している。

[46] R v Lemay, [2020] CarswellAlta 1908 (AB CA).他に、性的干渉罪の量刑という文脈につき、*EJB*判決を引用した上で、被告人と被害者が同じイヌイットの地域コミュニティに所属していたことを根拠に信頼的立場を肯定した裁判例(R. v. GH, 2020 478 CRR (2d) 47 (NU CJ).)他 1 件を発見した。

[47] そのほか、被告人（30 代後半）と被告人宅で被告人の子どもを世話する若年者のベビーシッター（17 歳）の関係性について *Audet* 判決のような推定を働かせることはできないと述べた裁判例がある*(R. v. Daniel Bovay*, 2021 ONSC 3092 (CanLII) para. 72.)。

[48] *J.S.S. v. R.* (2010), 257 CCC (3d) 403 (NB CA) at para.10.

るのではなく、そのような地位にあった場合でも優越的立場が推定されない余地があることを示した点で意義が認められる。

このように、推定理論の運用状況について *Audet* 判決以降の下級審裁判例を分析した結果、被告人と被害者が家族ぐるみの付き合いをしている場合や、被告人がその地位上、性的関係に及ばないだろうと被害者およびその家族から信頼されている場合には、推定理論が用いられる、すなわち優越的立場を判断する上で被告人の地位の重要度が高くなる傾向があること、一方で、性的活動に至るまでの過程について被害者が主導権を握っている場合には、推定理論が破られやすくなるということが分かった。

４．❸優越的立場の判断要素の変遷について

Audet 判決は、信頼的立場・権威的立場の意義を述べた後、さらに優越的立場の判断要素を示しているところ、優越的立場を判断する上で何が考慮されるべきかという点については、具体的な事案について優越的立場の有無を判断する上で重要である。

優越的立場の判断要素は年を経るにしたがって増えていることが注目される。まず、*Audet* 判決(1996)においては「被告人と若年者の年齢差、2 人の関係性の進展(evolution)の仕方、若年者との関係における被告人の地位が優越的立場と関連性を持つ」[49]と判示された。これを批判する学説[50]もあったものの、*Audet* 判決の示した判断要素については、多くの下級審裁判例がこれを引用した上で、これらの判断要素に基づいて優越的立場の有無を判断しており、2005 年刑法改正[51]においてそれらが刑法 153 条 1.2 項として、条文の中に盛り込まれた。同条は「裁判官は、行為者が若年者との間で若年者を搾取する関係にあることについて、以下を含めた関係の性質および状況に基づいて推論することができる。(a) 若年者の年齢 (b) その人と若年者の年齢差 (c) 関係の進展の仕方 (d) 行為者の若年者に対する支配力及び影響力の程度」と規定している。

しかし、これ以降の下級審裁判例の中には刑法 153 条 1.2 項に新たな判断要素を追加した上で、信頼的立場の判断を行った裁判例が存在する。

---

[49] *Audet*, *supra* note (13) at para. 38.

[50] Patrick, *supra* note (31) at 1063. 同文献は、1 つ目の要素である年齢差について、年齢差が離れていれば離れているほど信頼的立場が認められやすいという理解は、年齢差が離れている者の間での性的関係は不自然な関係性であるという道徳的な嫌悪感から生じるものではないかと批判されている(*See* e.g. *R. v. Galbraith* (1994), 18 OR (3d) 247 at 254-255.)。2 つ目の要素である関係性の進展については、被告人が被害者との長い友人関係や恋愛関係を経て性的活動に及んだ場合と、出会ってすぐに性的活動に及んだ場合とを比較した際にどちらがより搾取的なのかについては明らかではないと批判されている。3 つ目の要素である若年者との関係における被告人の地位については、優越的立場の有無を判断する際に被告人の地位を判断するというのは、優越的立場を単に「要素」の問題ととして言い直しただけのトートロジーにすぎず、妥当ではないと批判されている。

[51] An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act (S.C. 2005, c. 32, s. 4).

まず、*Aird* 判決(2013)[52]は、*Audet* 判決を引用しつつ、信頼的立場を判断する際の要素として、「被告人と若年者の年齢差、両者の関係の進展、若年者との関係における被告人の地位、被告人が若年者に対して行使した支配力・影響力・説得力の程度、被告人・若年者・若年者の両親を含む、影響を受けた当事者の期待」を挙げた。ここでは、被告人・若年者・若年者の両親を含む、影響を受けた当事者の期待という判断要素が追加されたことが注目される。さらに、*R.T.*判決(2017)[53]は *Aird* 判決を引用しつつ、信頼的立場を判断する際の要素として、「被告人と若年者との年齢差、被告人の地位、被告人が若年者に対して行使した支配力・影響力・説得力の程度、被告人・若年者・若年者の両親を含む、影響を受けた当事者の期待のほか、当該若年者の脆弱性、被告人の側でのグルーミング(grooming)、圧力、インセンティブとなるふるまい」を挙げた。ここでは、当該若年者の脆弱性、および、被告人の側での、グルーミング、圧力、インセンティブとなるふるまいという判断要素が追加されたことが注目される。

５．優越的立場の判断要素の検討

以上のように、優越的立場の判断要素については様々な要素が挙げられているが、本稿では *Audet* 判決および刑法 153 条 1.2 項で示された判断要素をグループ A、*Aird* 判決で新たに示された判断要素をグループ B、R.T 判決で新たに示された要素をグループ C に分け、それぞれの判断要素について分析する。

まず、グループ A には①被告人と被害者の年齢およびその年齢差、②被告人の地位、③関係の進展の仕方、④被害者に対する支配力・影響力が挙げられる。

①被告人と被害者の年齢および年齢差について、*R.T.*判決(2017)では、年齢差が大きければ大きいほど、当該関係が信頼関係である可能性が高くなると指摘されている[54]。しかし、具体的事案の解決においては、他の要素が認められない場合には、優越的立場が認められないと結論づけたり[55]、この要素だけでは直ちに判断できないとして、別の判断要素の検討に移ったりする[56]ことが多いため、この要素の重要度はそれほど高くないと考えられる。

②被告人の地位について、*R.T.*判決(2017)では、教師、父親代わり、兄、指導者等であれば、信頼的立場が認められる可能性が高くなると指摘されており[57]、例えば、被害者と被告人が親族関係にある場合の多くは、②被告人の地位および①年齢差に照らして端的に優越的立場を認めている[58]。また、*Audet* 判決で示された推定理論を考慮すると、被告人が被害

---

[52] *R. v. Aird* (2013), 307 OAC 183 (ON CA) para. 28-29.
[53] *R. v. R.T., supra* note (18) at para. 36.
[54] *Ibid.*
[55] *e.g. R. v. Daniel Bovay* (2021), ONSC 3092 (CanLII) at para. 73.
[56] *e.g. R. v. Poncelet* (2008), 77 WCB (2d) 400 (BC SC) at para. 60.
[57] *R.T., supra* note (53) at para. 36.
[58] 叔父―姪の関係をもって信頼的立場を認めた裁判例として、*EJB, supra* note 44 (逆転有罪); *R. v. C.B.L.*, 2022 SKKB 225 (CanLII). 教師とその生徒という関係をもって信頼的立場を認めた裁判例として、*Audet* 判決のほか、*R. v. Hann* (1990), 268 APR 33 (NL

者のクラス担任のような場合には、その事実があるだけで優越的立場が積極に解されると考えられる[59]。ただし、*Audet* の推定理論の射程は無限定というわけではなく、例えば、被害者がアルバイトとして働く店の店主という地位という場合には、被告人の地位がとりわけ優越的立場が積極に解される事情とならないと考えられる。実際の事例として、やや古い裁判例であるが、*Caskenette* 判決(1993)は、ゲームセンターの店主とそのアルバイトという関係があり、かつ被害者の方が小柄である（男性間の事例）という事実をもって優越的立場を認めた事実審裁判所の判断を否定して無罪を言い渡した[60]。

③関係の進展の仕方・④被害者に対する支配力・影響力について、*Aird* 判決以前においては、②被告人の地位がとりわけ積極に解される事情でなければ、③要素および④要素に照らして優越的立場が判断されていたと考えられる。

③関係の進展の仕方という要素においては当初の関係→親密な関係→性的関係へと関係性が進展していく上で、被告人がイニシアチブをとっていた場合には優越的立場が積極に解される。一方、両者にイニシアチブが認められず、関係が相互的に進展していた場合または被害者側にイニシアチブがあった場合には、消極に解される。例えば、*Poncelet* (2008) [61] 判決は、被告人と被害者が牧場の同僚という関係であり、先輩として被害者に牧場の業務などを教えていたことはあったという事案であったが、一般的な指導者―生徒のような関係ではないとして、②要素に照らして消極に解した上で、被告人が性的な提案をするようになってからも被害者は被告人の側にいたという事情を挙げ、両者には相互的な関係の進展が認められるとして③要素についても消極に解して、結果として信頼的立場を否定し、無罪を言い渡している。

また、③要素が消極に解された場合、④要素も消極に解されることが多く、③要素と④要素には一定の連動が認められる。例えば、先述した *Osmond* 判決(2015)は女性高校代理教師（27 歳）が学期途中に教師を辞職した後、教師だった時にクラスに在籍していた男子生徒（16 歳）と性的活動に及んだ事例につき信頼的立場の有無が問題となったところ、退職後は被告人と被害者の関係はまるでスイッチが切り替わったかのように、被害者によって主導されコントロールされる関係となった[62]などと述べて、信頼的立場を否定して無罪を言い渡している。

例えば、*Anderson* 判決(2009)は、サッカーチームの女性アシスタントコーチ（23 歳）と

SC)がある。

[59] *Audet* 判決以降については被告人が被害者の教師である場合、優越的立場の有無が争われず、量刑で争われることも多い(e.g. *R. v. Careen*, 2013 BCCA 535 (CanLII).)。

[60] *R. v. Caskenette* (1993), 80 CCC (3d) 439 (BC CA) at para. 22-30.

[61] *R. v. Poncelet* (2008), 77 WCB (2d) 400 (BC SC) para. 60-61 (無罪・信頼的立場)は、牧場の同僚という関係であり、先輩として被害者に牧場の業務などを教えていたことはあったが、一般的な指導者―生徒のような関係ではないとして、被告人の地位について消極に解した上で、被告人が性的な提案をするようになってからも被告人の側にいたという事情を挙げて相互的な関係の進展が認められるとして③要素を否定した。

[62] *Osmond*, *supra* note (41) at para. 57-61.

そのチームにかつて所属していた女子サッカー選手（15 歳）という関係性が認められる事例につき搾取的関係の有無が問題となったところ、コーチとその選手という関係性から関係をスタートさせたとしたが、当初から特段の上下関係は認められず、また、被告人は被害者と連絡を絶ったにもかかわらず、被害者が連絡先を入手し、家庭や自身の性自認について相談したいという被害者側の強い要望でその関係が復活したという事情などを挙げて、③要素、④要素を消極に解し、搾取的関係を否定して無罪を言い渡した[63]。

次に、グループ B としては⑤被害者・被害者家族の被告人に対する期待がある。*Aird* 判決(2013)は、被告人は被害者（16 歳）の妹の学校に教育実習生として赴任してきた大学生（28 歳）であり、母親が個人的に被告人に被害者の家庭教師をするように頼んだというところから被害者との関係をスタートさせたという事例につき信頼的立場の有無が問題となったところ、被害者の家族が被告人と被害者が 2 人きりで会うことを許したこと、本来であれば、被害者は被告人から学校における教師と同等の監督・保護・懲罰を受けないにもかかわらず、被害者の家族がこれを認めたこと、被告人が独自のルールを定め、かつ、いつどこで家庭教師の授業を行うか決めることを許したこと、という 3 つの事情を考慮すると、被害者と被害者の家族は、仮に被告人が学校の教師であった場合よりも、被告人を信頼していた、と述べ、⑤要素を重要視して信頼的立場を認めた[64]。⑤要素は、先に *Audet* 判決の推定理論で言及した「子の親または保護者、および/またはその子から、その子に対して正しいことをすると信頼される(rely on)、責任感のある者(responsible person)とみなされる者は、一般的に信頼的立場にある」という *EJB* 判決(2017)の判断と接合するものであって、被告人と被害者が家族ぐるみの付き合いをしている場合には、⑤要素が積極に解されることで信頼的立場が肯定されることになると考えられる。ただし、*Daniel Bovay*(2021)判決は、*Aird* 判決を引用しつつ、「被害者家族の期待」とは被告人が被害者に危害を加えないという期待では足りず、被害者を保護、指導、扶養するという期待まで必要であると述べており[65]、⑤要素が信頼的立場を判断する上でどの程度重要視されるかについてはなお慎重に取り扱う必要があると考えられる。

最後にグループ C としては、⑥当該被害者の脆弱性、⑦被告人の性的グルーミングがある。*R.T.*判決(2017)は、被告人（54 歳）が被害者（16 歳）の母親の交際相手として 4 年間同居していたが、性的活動が行われた時点においては既に同居していなかったという事案につき、信頼的立場の有無が問題となったところ、事案の解決にあたっては、⑥要素・⑦要素を中心とした判断がなされた。すなわち、⑥要素については、被害者の理解力、教養、独立性の程度、成熟度、両親との関係から被害者の脆弱性の程度が分析されるとした上で、本件被害者は家庭に問題を抱えていて脆弱であり、被告人はその脆弱性を自らの性的満足のために利用したことを指摘して⑥要素を積極に解した。また、⑦性的グルーミングについて

---

63 *R.v. Anderson* (2009) 243 CCC (3d) 134 (PE CA) at para. 75-95.
64 *Aird*, *supra* note (55) at para. 35.
65 *Daniel Bovay*, *supra* note (55).

は、若年者の両親を誹謗中傷すること、性的な議論に関与し、若年者を性の対象とすること、利益、特に若年者が自宅で入手したり行ったりすることができないもの（麻薬、アルコールなど）を提供することといった事情が認められる場合には、⑦要素が積極に解されると述べた上で、本件被告人から被害者に対して性的な議論をし始めたこと、被告人が被害者に対して自宅では手に入らないタバコやマリファナを提供したことを指摘して、⑦要素を積極に解し、信頼的立場を肯定した。

⑥要素や⑦要素についても、一部の裁判例で判断要素として挙げられた要素であるため、その先例性については、なお慎重に理解すべきであるように思われるところ、⑥要素や⑦要素が積極であることを根拠に優越的立場を肯定した裁判例として、*Murphy* 判決(2015)[66]がある。同判決は、薬物依存を患っている被害者にバスの中で話しかけた被告人が金銭と引き換えに電話番号を入手し、被害者に電話をかけた上で、最初はオーラルセックスをしたいと伝えつつも金銭を渡すだけにとどめ、次にオーラルセックスをしなければ金銭や薬物を渡さないと言って、金銭や薬物の見返りにオーラルセックスを行い、最終的には家出した被害者と性交するに至ったという事例（ただし、どの性的活動について起訴されたのかは明らかではない）について、当該関係が搾取的関係に当たるか否かが問題となった。

被告人が関係性や性的活動を強要したわけではなく、被害者が性的活動に積極的に参加したものであるという被告人側の主張に対して、事実審裁判所は 153 条 1.2 項(c)(d)―すなわち本稿における③の考慮要素を考慮することで搾取的関係が認められると述べたが、控訴審においては「被告人は、被害者の脆弱な点を特定し、その弱点を深め、自らの利益のために被害者を搾取することができる関係を組織的に構築したことは明らかである」としつつ、事実審裁判所のように 153 条 1.2 項の考慮要素を列挙せず、3 つの根拠を挙げた。

1 つ目は、被害者が性的活動に積極的に参加し、被害者側から性的交際の多くを開始したことが被告人の立場を支えたのであるという被告人の主張は、150.1 条 1 項によって封じられることを指摘した。これは、被害者が積極的に性的活動に携わっている場合には、③要素を消極に解した従来の裁判例と一線を画していると考えられる。

2 つ目に、被告人はかなりの人生経験を持ち、お金と薬物に手に入れることができる 50 代の男性であって、自分のアパートに住んでいるが、一方で被害者は、16 歳の無職の高校生であり、…薬物に依存しており、薬物依存回復プログラムを受けたが失敗し、お金を手に入れる手段がなく、したがって薬物を手に入れることもできず、自尊心と精神衛生に問題がある、という要素(parameter)を考慮すると、当該関係には被告人に有利な権力の不均衡が存在していたと述べた。この部分については、⑥要素を積極に解したものと考えられる。

最後に、被告人は最初から性的活動を行うという目的をもって被害者との関係を開始された上で、その当初は性的活動がない状態で始め、徐々に被害者が薬物依存状態にあることを特定しそれを搾取することで、自分の性的目的のために被害者の脆弱性を積極的かつ繰り返し利用したという全体の概要(scenario)は、搾取的関係を構成すると述べた。この部分

[66] *Murphy v. R.* (2015), 318 CCC (3d) 520 (NB CA). at paras. 40-50.

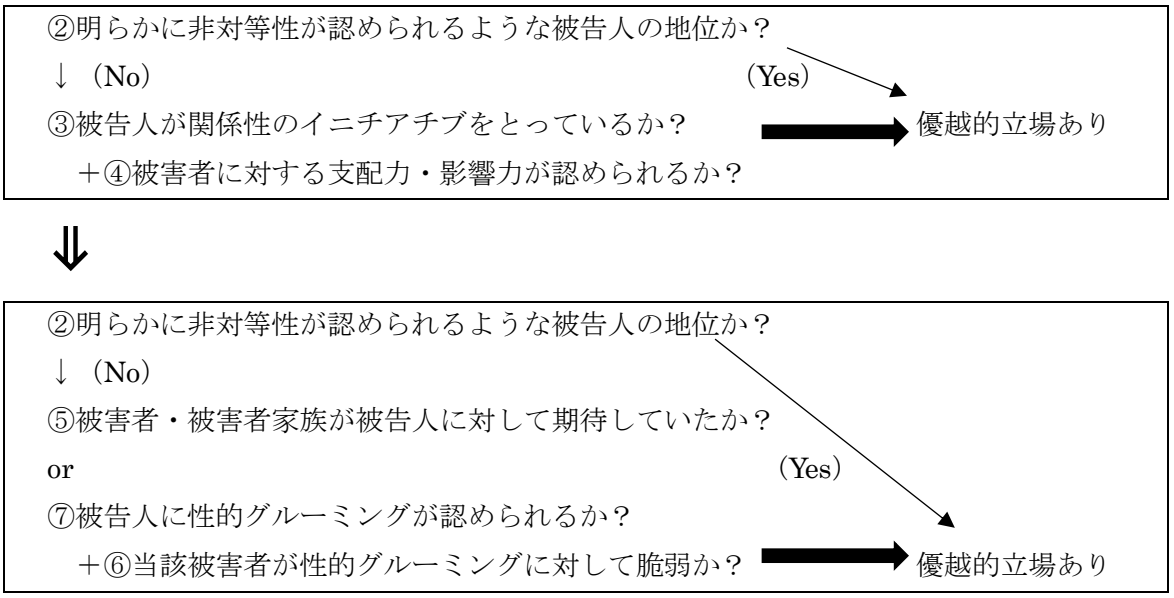
については、⑦の要素を積極に解したものと考えられる。

同裁判例は、153 条 1.2 項の考慮要素を挙げて優越的立場の成否を判断してきた従来の裁判例とは異なり、⑥要素と⑦要素を挙げて優越的立場を肯定したという点で、新傾向の裁判例であると考えられる。

６．性的搾取罪における優越的立場の判断方法のまとめ

優越的立場の判断方法について、伝統的には②被告人の地位が被害者の保護者や教師である場合には、Audet 判決が示した推定理論により、この事情が優先的に重要視され、②要素が積極に解されることで優越的立場が肯定されることになる。②被告人の地位がそのような地位ではない場合であっても、被告人が関係性のイニシアチブを主導している場合には③関係の進展の仕方という要素が積極に解されることになり、被告人に被害者に対する支配力・影響力が認められる場合には、④要素が積極に解されることで優越的立場が肯定されるが、③要素、④要素も消極に解される場合には、優越的立場が否定されるという判断方法で優越的立場が判断されていたものと考えられる。

しかし、近時は②被告人の地位がそのような地位ではない場合について、⑤被害者・被害者の家族が被告人を信頼していた否かという基準で優越的立場の有無を判断する裁判例や⑦被告人に性的グルーミングが認められ、⑥当該被害者がその性的グルーミングに対して脆弱か否かで優越的立場の有無を判断する裁判例が散見されるようになっており、判断方法が変質しつつある可能性がある。



第 4 節　監護者性交等・わいせつ罪における「その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じて」の解釈

第 1 項　監護者性交等・わいせつ罪が新設された経緯[1]

平成 26 年に設置された「性犯罪の罰則に関する検討会」（以下、「検討会」とする）において、行為者と被害者との間の一定の地位・関係性を利用して性的行為が行われる場合について、その処罰範囲については様々な見解が主張されたものの、少なくとも新たな犯罪類型を設けるべきであるという点については多数意見を占めた[2]。この検討結果を受けて、平成 27 年に法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会（以下、「法制審議会」とする）が設置され、この点について検討がなされた後、平成 29 年に新 179 条として監護者性交等・わいせつ罪（以下、この節では「本罪」とする）が新設された。

それまでは「暴行・脅迫」または「心神喪失・抗拒不能」に該当する場合に旧（準）強制性交等・わいせつ罪として処罰されていたところ、これらの要件を判断する際には被害者の意思に反しているか否かが重要な要素となっていた。しかし、実親・養親など、18 歳未満の者（被害者）の生活全般の世話をする者（行為者）によって性交等・わいせつな行為がなされたケースにおいては、被害者が行為者からの要求を断り難いというプレッシャーを感じたことにより、または、身体的虐待・性的虐待を幼少期から日常的に受けてきたことによって、被害者の感情、感覚が麻痺したことにより、検察官が日時・場所を特定しえた性交等・わいせつな行為の時点において、被害者が性交等・わいせつな行為を受け入れるような態度をとることが考えられ、「暴行・脅迫」、「抗拒不能」に該当するような行為者の具体的行為を認定し、旧（準）強姦罪・強制わいせつ罪で訴追・立証することが困難となることが指摘された[3]。そして、裁判実務において、そのように立証が困難なケースについては、旧（準）強制性交等・わいせつ罪ではなく、より法定刑の軽い児童淫行罪として処罰する例が多く存在することが指摘された[4]。

---

1 この節に関しては、松田哲也＝今井將人「刑法の一部を改正する法律について」曹時 69 巻 11 号（2017 年）211 頁以下、今井將人「「刑法の一部を改正する法律」の概要」研修 830 号（2017 年）39 頁以下、加藤俊治「性犯罪に対処するための「刑法の一部を改正する法律」の概要」刑ジャ 53 号（2017 年）73 頁以下（以下、「加藤（刑ジャ）」とする）、同「性犯罪に対処するための刑法改正の概要」法律のひろば 70 巻 8 号（2017 年）52 頁以下（以下、「加藤（ひろば）」とする）、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 23 号（2017 年）112 頁以下、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第 3 回会議議事録（以下、「刑事法部会第〇回」とする）1 頁以下（中村幹事意見）も参照した。

2 性犯罪の罰則に関する検討会「『性犯罪の罰則に関する検討会』取りまとめ報告書」（平成 27 年 8 月 6 日）21 頁。

3 刑事法部会第 3 回 8 頁（橋爪幹事意見）、同 8 頁以下（小西委員意見）。さらに、家庭内で行われる性的虐待は身体的な虐待とは異なり、被害の痕跡が可視化されにくい点、また、家庭内の第三者によって被害が隠蔽される可能性がある点も、訴追・立証の困難さの一因となっていることが指摘されている。

4 刑事法部会第 3 回 9 頁（森委員意見）。法制審議会において、被害者の意思に反して親子

法制審議会においては現状通りこのようなケースについては児童淫行罪として処罰すればよく、あえて本罪として新設することの必要性に関する疑問も提示された[5]が、児童淫行罪は被害者の意思にかかわらず、青少年の健全な育成を保護するという観点から行為者を処罰する犯罪であるところ、このようなケースについては、18 歳未満の被害者が瑕疵ある意思によって性交に応じざるを得なくなる、という点において、まさに刑法上の性犯罪としての被害の実質があるとして、事案の実態に即した対処をする必要があることが指摘された[6]。

以上の指摘を受けて、18 歳未満の者は一般的に精神的に未熟である上、生活全般にわたって自己を監督し保護している監護者に経済的・精神的に依存しているところ、監護者がそのような依存・被依存ないし保護・被保護の関係（以下、「依存保護関係」とする）により生ずる監護者であることによる影響力に乗じて 18 歳未満の者と性交等・わいせつな行為をした場合には、たとえ被害者がそれに抵抗することなく応じたとしても、自由な意思決定に基づくものではなく、旧（準）強制性交等・わいせつ罪と同程度に性的自由ないし性的自己決定権（以下、「性的自己決定権」に統一する）を侵害しているという観点から、本罪を刑法上に新設し、その法定刑を旧（準）強制性交等・わいせつ罪と同一にすることが定められた[7]。

なお、本罪が新設されて以降、本罪に関するアクセス可能な裁判例は約 60 件[8]存在し、そ

間で性交等・わいせつな行為が行われたにもかかわらず、旧（準）強制性交等・わいせつ罪ではなく、児童淫行罪として解決が図られている裁判例が複数件指摘されているが、その具体的事案については明らかにされていない。なお、親子間で性交等・わいせつな行為が行われた事例の中で、旧（準）強制性交等・わいせつ罪と同様に性的自己決定権を侵害し、これと同等の悪質性、当罰性を備えていると判決文中から推測されるにもかかわらず、児童淫行罪として起訴されその成立が認められている裁判例として、例えば、東京高判平成 17 年 6 月 16 日高刑速（平 17）号 125 頁がある。同裁判例は控訴審であるところ、被告人が実の娘（13 歳）をして自己を相手に性交せしめたという児童淫行罪の事案について原判決が被告人を懲役 6 年に処した点について、その量刑が争点となった。これに関して同裁判例は、被害者が小学校 5 年生であったころから 2 年間多数回にわたって被告人がわいせつな行為・性交を繰り返し、被害者が妊娠・出産後 1 か月後になされた性交が本件行為である点、「被告人から頭部や臀部を殴打され口止めされて性的被害を受け続けながら、被告人が父親であるが故に逃げることもままならず、母親等にも言えずに嫌悪、孤独、罪悪感等にさいなまれてきた次女の人格形成に多大な悪影響を与えた」点を述べて本事案は厳しい非難に値する悪質な事案であることを指摘し、原判決の判断は妥当であるとした。同裁判例においては、被害者の性的自己決定権侵害を肯定するような事実が指摘されており、また、悪質性も認められていることからすると、児童淫行罪として解決を図ったことが妥当かという点については疑問が残る。

[5] 刑事法部会第 3 回 7 頁（宮田委員意見）。

[6] 刑事法部会第 3 回 8 頁、23 頁（橋爪幹事意見）。これに関連して、刑事法部会第 3 回 18 頁（佐伯委員意見）は、今まで処罰されていない行為を新たに処罰しようとする趣旨で本罪が創設されたものではないと指摘する。

[7] 加藤（ひろば）・前掲注(1)57 頁、加藤（刑ジャ）・前掲注(1)78 頁。

[8] これは、D1-Law.com、LLI/DB、LEX/DB による調査によって得られた。なお、控訴

のうち数件においては本罪の成否が争われていることが判決文中で確認できるが、性交の事実に関する証明が欠けるとして無罪を言い渡した判決[9]を除き、全ての判決で本罪の成立が肯定されている。

第 2 項　保護法益・他罪との関係性

１．立案担当者の見解

⑴保護法益

立案担当者は、依存保護関係とするにある監護者の影響力がある状況下で性交等・わいせつな行為が行われた場合、18 歳未満の者がそれに抵抗することなく応じたとしても、その意思決定は、そもそも精神的に未熟で判断能力の乏しい 18 歳未満の者に対して作用してなされたものであり、自由な意思決定ということはできないことからすると、性交等・わいせつな行為に対する被害者の同意の有無に関係なく、旧（準）強制性交等・わいせつ罪と同様に性的自己決定権は侵害されると述べる[10]。

法制審議会においても、本罪は、18 歳未満の者の健全な育成を保護するという観点からではなく、あくまでも被害者の瑕疵ある意思決定によって性的自己決定権が侵害されているという観点から、旧（準）強制性交等・わいせつ罪と同様に刑法典に規定する必要があるという指摘[11]や、刑法上の性犯罪においては性的自己決定権の保護がなされ、児童・青少年を性被害から保護する特別法上の罪（児童福祉法・健全育成条例・児童買春・ポルノ禁止法上の罪など）においては 18 歳未満の者の健全成長・発達の保護がなされる、という役割分担がなされていることを鑑みると、刑法典に規定される本罪は、旧（準）強制性交等・わいせつ罪と同様に性的自己決定権を侵害する行為と理解するべきである、という指摘[12]がなされている。

以上のように、立案担当者は本罪の保護法益を旧（準）強制性交等・わいせつ罪と同様に性的自己決定権であると理解している（以下、「立案担当者の見解」とする）。

⑵他罪との関係性

本罪の保護法益に関連して本罪と旧（準）強制性交等・わいせつ罪との関係性、および本罪と児童淫行罪の関係性が問題となる。

審・上訴審が存在する場合は、合わせて 1 件としている。

9 福島地郡山支判平成 30 年 9 月 20 日 LEX/DB25561591。また福岡地判令和 1 年 7 月 18 日 LEX/DB25565178 も性交の事実に関する証明が欠けるとして無罪を言い渡したが、控訴審で差し戻し判決が言い渡され、差し戻し審において有罪が言い渡されている。

10 松田＝今井・前掲注⑴247 頁、253 頁。加藤（ひろば）・前掲注⑴57 頁。また、松田＝今井・前掲注⑴265 頁は、同意の有無に関係なく同罪が成立することにより、性交等・わいせつな行為に対して被害者の同意があったと行為者が誤信していたとしても、本罪の故意は否定されないことを指摘する。

11 刑事法部会第 3 回 8 頁（橋爪幹事意見）。

12 刑事法部会第 3 回 18 頁、22 頁（佐伯委員意見）。

前者について、本罪は、旧（準）強制性交等・わいせつ罪では処罰することが困難であるものの、それらの罪と同等の悪質性・当罰性が認められる事案に対応するため、補充的に新設されたことを考慮すると、旧（準）強制性交等・わいせつ罪の成立が認められた場合には、同罪と本罪は法条競合の関係に立ち、重ねて本罪は成立しないと理解されている[13]。法制審議会においては、ある行為が旧（準）強制性交等・わいせつ罪の構成要件に該当するが、同時に、本罪の構成要件にも該当する場合には、本罪が補充規定として設けられた趣旨を考慮して旧（準）強制性交等・わいせつ罪のみが成立すると指摘されたことがあった[14]。しかし、これに対しては、その場合であっても本罪で処罰することは可能であるという指摘[15]がなされ、現在では、その場合には検察官が立証の難易度などの事情を考慮して本罪で公訴を提起することは可能であり、裁判所は本罪の成否に限って審判の対象とすれば足りると理解されている[16]。他方、13 歳未満の者に対する性交等・わいせつな行為が本罪の構成要件に該当しうる場合については、13 歳未満の者に対する性交等・わいせつな行為のみを要件として成立する旧強制性交等・わいせつ罪（旧 177 条後段・176 条後段）のみが成立し、別に本罪は成立しないと理解されている[17]。

後者について、旧（準）強制性交等・わいせつ罪との関係と同様に[18]、両罪が成立する場合がありえるとした上で、同一の行為で別個の保護法益が侵害されていることを根拠に、両罪は観念的競合として一罪となると理解されている[19]。そして、両罪がともに成立する場面であっても、どちらか一方の罪のみで公訴を提起してもよいと指摘されている[20]。

２．有力説の見解

⑴保護法益

学説には、刑法上の罪と特別法上の罪とで役割分担がなされているという前提自体に疑問の余地があり、本罪を旧（準）強制性交等・わいせつ罪と同様に解するべきであるからといって、直ちに本罪についても性的自己決定権のみを保護法益とするべきではないとして

---

13 松田＝今井・前掲注(1)255 頁、加藤（ひろば）・前掲注(1)58 頁。
14 刑事法部会第 5 回 13 頁（中村幹事意見）。
15 刑事法部会第 5 回 18 頁（佐伯委員意見）。
16 松田＝今井・前掲注(1)266 頁、さらに、橋爪（ひろば）・後掲注(45)10 頁以下、橋爪（警論）・後掲注(45)156 頁以下。
17 松田＝今井・前掲注(1)266 頁。
18 既に大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第 12 巻〔第 3 版〕』（青林書院、2013 年）71 頁〔亀山継夫＝河村博〕は、旧（準）強制性交等・わいせつ罪と児童淫行罪の双方が成立する場合があり、両罪は観念的競合として一罪となると示している。実際にそのような判断を下した裁判例として、福岡地久留米支判平成 29 年 1 月 24 日 LLI/DB L07250050（同居の交際相手の実子（16 歳））、水戸地判平成 29 年 8 月 21 日 LEX/DB25547040（学童保育所の指導員として指導した児童ら（13 歳未満））がある。
19 松田＝今井・前掲注(1)255 頁、加藤（ひろば）・前掲注(1)58 頁。また、刑事法部会第 5 回 10 頁（中村幹事意見）。
20 橋爪（ひろば）・後掲注(45)11 頁以下。

批判する見解が存在する。この見解は、本罪を旧（準）強制性交等・わいせつ罪の補充類型として理解するのではなく、一般にその心身が未成熟な 18 歳未満の者の健全成長・発達を見守るべき保護責任者的地位にある者が、その地位に伴う信頼を裏切ることにより、被害者の性的自己決定権のみならず、被害者の健全成長・発達についても侵害・危殆化させる罪であると理解した上で、本罪の保護法益を、性的自己決定権を含む成長途上にある 18 歳未満の者の健全育成・発達と理解する（以下、「有力説」とする）[21]ことに特徴がある。

立案担当者の見解には、本罪と旧（準）強制性交等・わいせつ罪は同じ刑法に規定された性犯罪であることからすれば、保護法益についても平仄を合わせるべきであるという理解が根底に存在していたものと考えられ、有力説が、本罪の保護法益のみを旧（準）強制性交等・わいせつ罪の保護法益と異なって理解したことに対しては、保護法益について平仄があっておらずアンバランスであるという批判がなされるものと考えられる。しかし、有力説は従来の刑法上の性犯罪の保護法益についても異なって理解するべきであると主張することで、そのアンバランスさを克服しようとする。

これに対して有力説は、刑法上の性犯罪には単なる性的自由・性的自己決定権に対する侵害だけではなく、被害者の存立基盤に対する重大な悪影響を及ぼすという意味での不法も存在するという発想[22]を前提に、児童を被害者とする刑法上の性犯罪については被害者の存立基盤に対する重大な悪影響だけではなく、さらに未成熟である存立基盤が将来に向けて健全に成長・発達する可能性についても阻害される点に重大な不法が存在すると指摘する。そして、その不法に着目するべき犯罪が 13 歳未満の者を特別に保護する旧刑法 176 条後段・177 条後段の罪であり、これらの犯罪についても被害者の性的自由・性的自己決定権のみならず、被害者の健全成長・発達をも保護法益とする犯罪であると指摘する[23]。その上で、本罪固有の不法は、被害者の健全成長・発達を見守るべき保護責任者的地位にある者がその地位に伴う信頼を裏切ることにあると理解した上で、本罪を性的自己決定権のみならず、被害者の健全成長・発達をも侵害・危殆化するような「家庭内での児童に対する性犯罪」であ

---

21 深町晋也「家庭内における児童に対する性的虐待の刑法的規律」立教 97 号（2018 年）86 頁以下（以下、深町（立教）とする）、同『家族と刑法』（有斐閣、2021 年）32 頁以下（以下、深町（家族）とする）、同「児童に対する性暴力――監護者性交等・わいせつ罪を中心に――」刑ジャ 74 号（2022 年）81 頁以下（以下、深町（刑ジャ）とする）、同「児童虐待の刑法的規律――児童の健全成長・発達との関係を中心に」法時 94 巻 11 号（2022 年）9 頁以下（以下、深町（法時）とする）。

22 深町（法時）・前掲注(21)11 頁は、性犯罪に関する刑事法検討会「『性犯罪の罰則に関する検討会』取りまとめ報告書」（2021 年 5 月）3 頁以下における「性犯罪の保護法益に関する議論」において、「保護法益をどのような言葉で表現するとしても…長期にわたって社会生活・対人関係に深刻な影響を及ぼし得る重大な被害」が生じる点が性犯罪において特に重要な点であるとの見解が示された点は、かかる発想が背景にあることを指摘する。

23 既に、このような理解は西田典之ほか編『注釈刑法 第 2 巻』（有斐閣、2016 年）618 頁〔和田俊憲〕において主張されていた。

ると理解する[24-25]。

⑵他罪との関係性

本罪と旧（準）強制性交等・わいせつ罪との関係性に関して、本罪には被害者の健全成長・発達への悪影響という旧（準）強制性交等・わいせつ罪とは異なる固有の不法性が存在するため、旧（準）強制性交等・わいせつ罪が成立するように見えても、本罪が成立する場合には（そのいずれで訴追するかは立証上の観点から裁量的に判断されるにしても）原則として本罪による公訴提起を優先すべきであるとする[26]。

本罪と児童淫行罪との関係性に関しては、本罪は児童の健全な成長・発達を保護するという点で児童淫行罪の保護法益と共通することになることを根拠に、児童淫行罪は法定刑の重い本罪に吸収され、本罪のみを成立させるべきであるとしており[27]、本罪が成立する場合には原則として本罪による公訴提起を優先するべきであるという理解が取られているものと考えられる。

３．保護法益・他罪との関係性が問題となった裁判例について

⑴本罪の保護法益が直接的・間接的に問題となった裁判例

千葉地判令和３年 ５月 28 日 LLI/DB L07650663 は「乗じて」が争点となったところ、その中で「刑法 179 条が定める監護者性交等罪及び監護者わいせつ罪は、18 歳未満の者は、精神的に未熟である上、生活全般にわたって自己を監督し保護している監護者に精神的・経済的に依存しているところ、監護者が、そのような依存・被依存ないし保護・被保護の関係により生ずる監護者であることによる影響力があることに乗じて、18 歳未満の者に対し、わいせつな行為や性交等をすることは、強制性交等罪等と同じく、これらの者の性的自由ないし性的自己決定権を侵害するものであることから、このような行為類型については、暴行・脅迫が用いられず、また、抗拒不能等に当たらないとしても、強制わいせつ罪、強制性交等罪等と同等の悪質性・当罰性が認められるとして設けられた犯罪類型である。」として、

---

[24] 深町（刑ジャ）・前掲注(21)81 頁、深町（法時）・前掲注(21)11 頁、深町（家族）・前掲注(21)49 頁以下。

[25] なお、斎藤豊治「性刑法改正における年少者の保護」法セミ 812 号（2022 年）56 頁以下は、性が心と体の統一体であり、それが人格によって統合されることを考慮すると、性犯罪の保護法益については性的人格権と理解するべきであると主張する。この見解は、性的人格権には様々な側面が認められるところ、被害者が 18 歳未満の者である場合には、性の健全育成が含まれることになるため、18 歳未満の者を被害者とする本罪については性の健全育成が保護法益となるという根拠から有力説を支持する。

[26] 深町（刑ジャ）・前掲注(21)82 頁、深町（法時）・前掲注(21)11 頁。

[27] 深町（刑ジャ）・前掲注(21)83 頁、深町（法時）・前掲注(21)11 頁、深町（家族）・前掲注(21)52 頁。また、樋口・後掲注(44)115 頁、118 頁は、本罪は自由な性的自己決定の枠内で被監護者の将来にわたる人格の発展という児童淫行罪で問題となる視点も保護の対象に取り込んでいるという観点から、有力説と同様に本罪のみを成立させるべきであると理解する。

性的自己決定権が保護法益であることを明示している。

また、長野地飯田支判令和 3 年 11 月 16 日 LEX/DB25591371 は、小規模住居型児童養育事業（ファミリーホーム）の養育者たる被告人が養育する委託児童（年齢不明）である被害者と性交を行った事件について、監護者性交等罪および児童淫行罪の両罪で公訴を提起されたところ、裁判所が両罪の成立を認めた上でこれらが観念的競合に立つことを認めている[28]。同裁判例では、本罪の保護法益について直接言及がなされているわけではないが、両罪が観念的競合として一罪になる判断は、立案担当者の理解と同一であるため、本罪の保護法益を性的自己決定権とする理解を前提としたものであると推測される。

他方、札幌地小樽支判平成 29 年 12 月 13 日公刊物未登載[29]は、被告人が内妻とその娘（当時 16 歳）である被害者と継続的に同居していたところ、被害者に対する性的虐待を繰り返した末に、別の機会に被害者と 2 回性交を行った事件に関して、検察官がそれぞれの行為について監護者性交等罪および児童淫行罪で起訴したところ、裁判所は「監護者性交等罪は、一般に 18 歳未満の者は、精神的に未熟である上、生活全般にわたって監護者に精神的・経済的に依存しているところ、監護者がそのような関係による影響力に乗じて 18 歳未満の者に対し性交等をした場合、暴行・脅迫が用いられず抗拒不能等に当たらないとしても強制性交等罪と同等の悪質性・当罰性が認められると考えられることから新設されたものである。以上の同罪の立法経緯、趣旨及び構成要件に照らせば、監護者性交等罪は、個別の性交等についての被害者の性的自由ないし性的自己決定権を保護法益とするものではあるが、併せて、被害者の心身の健全な育成をも保護法益とするものと解するのが相当である。」とした上で「監護者性交等罪の構成要件は、主体、客体、行為態様のいずれについても、児童福祉法違反の構成要件と重なり合っている。そうすると、ある行為が監護者性交等罪と児童福祉法違反のそれぞれの構成要件を充足する場合には、法定刑の重い監護者性交等罪によって評価すれば足りるのであって、児童福祉法違反は監護者性交等罪に吸収され、監護者性交等罪のみが成立するというべきである（法条競合）。」と述べて、2 回の行為の「それぞれについて監護者性交等罪が成立し、両罪は併合罪となるべきである」と判示した。同裁判例は、本罪の保護法益には性的自己決定権だけではなく、被害者の健全育成も含まれると理解した上で、法定刑の重い本罪のみを成立させており、有力説に親和的な理解を示している。

また、⑴で監護者性交等罪および児童淫行罪の両罪で公訴を提起された裁判例を指摘したが、本罪に関するアクセス可能な裁判例のほとんどは本罪のみで公訴が提起されていることを考慮すると、裁判実務においては、本罪とは別に児童淫行罪で起訴する意味に乏しいものと理解されている可能性がある。仮に裁判実務でこのような理解の下本罪が運用されているならば、この理解は児童淫行罪よりも本罪の成立を優先させるべきとする有力説に

---

[28] なお、検察官が監護者性交等罪および児童淫行罪で起訴したところ、裁判所は性交の事実がないことを根拠に両罪について無罪とした裁判例として、福島地郡山支判平成 30 年 9 月 20 日 LEX/DB25561591。

[29] 判決文は、堀田さつき「判批」研修 843 号（2018 年）19 頁以下、神本隆賢「判批」北海 53 巻 4 号（2018 年）107 頁以下を参照した。

親和的であるといえる[30]。

以上のように、立案担当者の見解に親和的な裁判例と有力説の見解に親和的な裁判例・裁判実務の運用状況の双方が存在しており、現在の裁判実務がどちらに親和的かを断言することは困難である。

⑵本罪の量刑に関する裁判例の判断

性犯罪の量刑に関しては小池信太郎の詳細な検討・分析がある[31]ところ、同見解によれば平成 28 年から令和 2 年までにおける 13 歳以上の被害者 1 名に対する強制性交等罪の事案の量刑は懲役 4 年ないし 5 年が中心となっており、成人に対する場合と量刑分布を比較しても、未成年者に対する強制性交等は、類型的に重く評価されているわけではないということを前提とした上で、同時期における被害者 1 名に対する監護者性交等罪の事案の量刑は軽くて懲役 5 年、標準的には 6 年であって旧（準）強制性交等罪よりも「類型的に重い」と評価されている[32]。仮にそうであるならば、本罪においては性的自己決定権に解消できない法益侵害として被害者の健全育成・成長に対する類型的な侵害が存在していることを裁判実務が表明しているということになり、有力説の見解に親和的である[33]。

ただし、監護者性交等罪で公訴提起される事案は継続的・日常的に被害者に対して虐待がなされているところ、本罪が新設される以前においても旧（準）強制性交等罪として公訴提起されたならば、そのことを不利な情状として、量刑を類型的に重くしていた可能性――言い換えると、従来においても旧（準）強制性交等罪においては懲役 6 年相当とされてきた親子関係における性的虐待事案について、監護者性交等罪が新設されたことに伴い、同罪を成立させている可能性があり、「類型的に重い」という評価についてはなお慎重に検討する必要がある[34]。

---

30 深町（刑ジャ）・前掲注(21)86 頁、深町（法時）・前掲注(21)13 頁。

31 2021 年に法セ 799 号～802 号にて連載された小池信太郎「性犯罪の量刑（その１）～（その４）」（以下、小池（その○）とする）および web 日本評論内にてアクセス可能な付属資料「性犯罪の量刑」(https://www.web-nippyo.jp/25629/)、同「年少者に対する性犯罪の量刑について」研修 882 号（2021 年）3 頁以下（以下、小池（研修））、同「監護者性交等罪の量刑」刑政 132 巻 12 号（2021 年）62 頁以下がある。

32 小池（その１）・前掲注(31)118 頁以下。

33 深町（刑ジャ）・前掲注(21)87 頁、深町（法時）・前掲注(21)13 頁以下。

34 他の犯罪も併合審理されているため、単純に比較することはできないが、青森地八戸支判令和元年 5 月 15 日 LLI/DB L07450510 は、実子（13 歳）に対する暴行、脅迫及び性的虐待を繰り返した末に性交を行った事案について旧準強姦罪で公訴提起されたところ、懲役 6 年が言い渡されている（同一被害者（21 歳時点）における傷害事件が併合審理されている）。また、福岡地久留米支判平成 29 年 1 月 24 日 LLI/DB L07250050（16 歳）は同居の交際相手の実子（16 歳）に対する虐待の末に性交を行ったという事案について旧強姦罪および児童淫行罪で公訴提起されているところ、懲役 10 年が言い渡されている（ただし、同一被害者に対する 2 件の強要事件、逮捕監禁致傷事件、4 件の暴行事件が併合審理されている）。本罪が新設されたことにより、これらと同様の事案がより重く処罰されるかは疑問である。

また、各裁判例における量刑の局面においては「被害者は、本件各犯行により性的自由を侵害されただけにとどまらず、今後の心身の健全な育成にも大きな悪影響を被っており…」[35]などとして、被害者の性的自己決定権に対する侵害のみならず、被害者の重大な精神的・肉体的苦痛や将来的な被害者の健全成長への悪影響にも言及する裁判例が存在しており、裁判例においても付加的な保護法益として、量刑の中で精神的苦痛や健全成長への悪影響が考慮されていると指摘する[36]。

これに対して小池信太郎は、量刑理論一般の問題として、量刑を判断する際には保護法益に対する侵害のみならず、それと関連し、当該犯罪規定の保護範囲内にあると解される利益に対する侵害や危険も犯情評価の対象事実を構成し、あるいは保護法益の重大性の評価に織り込まれることからすると、本罪の保護法益を性的自己決定権に限定しつつ、犯情評価において児童の健全育成への危険という観点を考慮することは可能であって、量刑において被害者の健全成長への悪影響が指摘されていることをもって、被害者の健全育成を本罪の保護法益に取り込む必然性はないという指摘と指摘している[37]。

以上のように、本罪の量刑に関する裁判例の判断を検討しても、裁判例が立案担当者の見解と有力説のどちらに親和的かを断言することは困難である。

⑶旧（準）強制性交等・わいせつ罪との関係性

被告人の行為が旧（準）強制性交等・わいせつ罪の構成要件に該当しうるが、同時に、被告人と被害者に親子関係が存在するため、本罪の構成要件にも該当しうる事案について、旧（準）強制性交等・わいせつ罪で公訴を提起され、これを成立させた裁判例、本罪で公訴を提起され、これを成立させた裁判例の双方が存在する。

①本罪を成立させた裁判例

高松地判令和 2 年 10 月 2 日 LLI/DB L07550814 は、養父として被害者と 5 年以上にわたって同居した被告人が被害者（13 歳）に対して性交をしたという事案であるところ、被害者が養父たる被告人の腕を押さえるなどの抵抗を示したという事情が量刑判断の中で指摘されており、この事情を「暴行・脅迫」の中で考慮することで旧強制性交等罪を成立させることも可能であるようにも思われるが、同裁判例においては監護者性交等罪の成立が認められた[38]。

---

35 例えば、千葉地判平成 30 年 10 月 18 日 LLI/DB L07351140。

36 深町（刑ジャ）・前掲注(21)85 頁以下、深町（法時）・前掲注(21)12 頁以下。

37 小池（研修）・前掲注(31)4 頁以下

38 同様の事例として、「性交等の要求に応じなければスマートフォンの使用や被害者が楽しみにしていた祖父宅への訪問を禁止する旨告げるなどして被害者を心理的に支配して、嫌がって涙ぐんでいる被害者に口腔性交をさせ」たなどの事情が量刑判断の中で指摘されている津地判令和 4 年 1 月 28 日 LEX/DB25591880（控訴審：名古屋高判令和 4 年 5 月 12 日 LEX/DB25592768）がある。

また、岐阜地判令和2年6月23日LEX/DB25566507は、被告人が実子（14歳）に対して性交をしたという事案であるところ、被害者が知的障害を有していたという事情が量刑判断の中で指摘されており、この事情を「抗拒不能」の中で考慮して旧準強制性交等罪を成立させることも可能であるようにも思われるが、同裁判例においては監護者性交等罪の成立が認められた[39-40]。

さらに、第6項4で後述するように、被告人が就寝中の実子・養子に対して性交等・わいせつな行為を行った事案について、被害者が就寝中であったという事情を「抗拒不能」の中で考慮して旧準強制性交等罪を成立させることも可能であったにもかかわらず、本罪の成立が肯定された裁判例や、②にて後掲するように被告人の養子たる被害者の17歳時点における性交について監護者性交等罪の成立を認め、19歳時点における性交については準強制性交等罪の成立を認めた裁判例が存在する。

②旧（準）強制性交等・わいせつ罪を成立させた裁判例

まず、被害者が13歳未満の者である場合には、被告人と被害者に親子関係があっても、本罪ではなく旧強制性交等・わいせつ罪による成立が認められている。神戸地判令和3年6月30日LLI/DB L07650799は内縁の妻の娘（9歳）に対する性交等であり、また、岐阜地判令和4年2月24日LLI/DB L07750188は実子（10歳）に対するわいせつな行為であるところ、前者については旧強制性交等罪（旧177条後段）の成立が認められ、後者については旧強制わいせつ罪（旧176条後段）の成立が認められている。

次に、被害者が13歳以上の者であり、被告人と被害者に親子関係があっても、本罪ではなく旧（準）強制性交等・わいせつ罪による成立が認められている事案が存在する。

徳島地判令和3年3月5日LLI/DB L07650273は11歳の実子Aに対するわいせつな行為、13歳の実子Bに対するわいせつな行為2件について併合審理されたところ、実子Aに対するわいせつな行為については旧強制わいせつ罪（旧176条後段）、実子Bに対する1件目のわいせつな行為については旧強制わいせつ罪（旧176条前段）、2件目のわいせつな行為については監護者わいせつ罪を成立させた。ここでは、被告人と実子Bに親子関係があり、また、2件目については監護者わいせつ罪を成立させたにもかかわらず、1件目のわいせつな行為については本罪ではなく旧強制わいせつ罪を成立させたのかが問題となる。

その根拠は不明であるものの、量刑判断の中でBを裸にした上、後ろ手に手錠をするなどの暴行を加えたことが指摘されており、これを考慮すると、被害者に対して強度の暴行に及んだことが旧強制わいせつ罪を成立させる根拠となった可能性が存在する。

また、津地判令和3年11月24日LEX/DB25591423は、被告人と同居する養子たる被害者の16歳時点における性交1件（第1事件）と、同じく18歳時点における性交2件（第

[39] 同様の事例として、津地判令和元年12月17日LEX/DB25564905。

[40] 本文で挙げた事例のほか、後述するように被害者が就寝中に性交等・わいせつな行為を行った事例について本罪の成立が肯定された裁判例が存在する。

2 事件・第 3 事件）が併合審理された。同事件では、被告人と被害者に養親子関係があるにもかかわらず、16 歳時点における性交を含めた 3 件全てについて、旧準強制性交等罪の成立が認められた。本事案においては、「被害者は、〔1〕被告人の養育なくしては生活自体ができない状況下にあったこと、〔2〕幼少期に被告人から長時間にわたって叱られたり、中学 2 年時までは顔を叩かれ、腹や足を蹴られるなどの体罰を受けた経験から、被告人に対して恐怖心を抱いていたこと、〔3〕幼少期から継続的に被告人から性交を繰り返されており、被告人に対して拒否したり抵抗することがあっても性交を止めてもらえなかったことから、抵抗しても仕方がないといった諦めの気持ちになっていたこと、〔4〕こうしたことが積み重なった結果、第 1 事件から第 3 事件の当時、ほとんど抵抗することなく被告人からの性交を受け入れるようになっていたことが認められ、第 1 事件から第 3 事件の当時、被告人による性交の要求に対して「抵抗することが著しく困難な心理状態」、すなわち「抗拒不能」の状態にあったということができる。」と述べた上で、本罪の成立が肯定されている。「抗拒不能」を肯定するにあたって考慮された〔1〕～〔3〕の事情は、被告人が被害者の養父として幼少期から被害者を養育していたという事情と密接に関連しているため、これらを根拠として第 1 事件について本罪を成立させることも可能であったと考えられるが、第 2 事件・第 3 事件について旧準強制性交等罪を成立させる過程で、第 1 事件についてもこれらと同一の状況下で性交がなされたことを根拠に旧準強制性交等罪を成立させることが可能であったため、訴訟の便宜上、第 2 事件・第 3 事件と平仄を合わせる形で、第 1 事件についても旧準強制性交等罪を成立させたものと考えられる。

ただし、その一方で、松山地判令和 3 年 9 月 21 日 LLI/DB L07651082 は、被告人の養子たる被害者の 17 歳時点における性交と、同じく 19 歳時点における性交が併合審理されたところ、17 歳時点における性交について準強制性交等罪ではなく、監護者性交等罪の成立を認め、19 歳時点における性交については準強制性交等罪の成立を認めることで、平仄を合わせることなく両者を区別した裁判例も存在する。

また、神戸地判令和 5 年 4 月 19 日 LLI/DB L07850480 は、被告人が自身と同居する養子である被害者 D（16 歳ないし 17 歳）と 3 回性交したという事案であるところ、被告人と被害者に養親子関係があるにもかかわらず、旧（準）強制性交等罪の成立が認められた。D と性交に至った経緯に関して、被告人は D が小学生の時から、D が子宮の病気に罹患しており、これを治療するためには薬を飲んでいる自身と性交をして、精液から薬の成分を子宮に入れる必要があるなどと申し向け、また、D の年齢が上がってからは、D は被告人の説明がおかしいのではないかと思うようになり、被告人に対して性交を拒否した際には、「病気が悪化して大量に出血する」などと申し向けて、それを信じた D を相手方に性交等を継続的に行っていたことが認められており、本事案ではこれを根拠として「抗拒不能」が肯定されたものと考えられる。

被害者が性交の求めに応じたくないと思っていたにもかかわらず、抵抗することなくこれを受け入れてしまった直接的要因は、D が被告人と性交等を行うことが自身の子宮の病

気の治療につながると誤信していたことにあるため、この事情を「抗拒不能」の中で考慮することで旧準強制性交等罪を成立させた可能性がある。他方、D が性的知識を得た後も、子宮の病気やその治療について産婦人科医や友人等に相談したりスマートフォン等で調べたりしなかったのは不自然であって D はそのような誤信に陥っていないという被告人側の主張に対して、裁判所は、D が幼少期からの養父として被告人に信頼を寄せていたという被告人と被害者の関係等を踏まえると、被告人の言葉巧みな説明を信じ込まされ、家族崩壊をおそれ、他人には言うなという指示に従っていたというのも不自然ではない、としてこれを排斥していることを考慮すると、被害者にとって被告人が養父という非常に密接な関係にあって精神面・経済面における依存先であったからこそ、D は被告人の言葉を信用してしまったことを根拠に、本罪を成立させることも可能であったと考えられる。

もっとも、この事件については、養子 D とは異なる知人 B（17 歳）を被害者とする 2 件の旧準強制性交等罪の事案が併合訴追されている。この B を被害者とする事案は、B の交際相手 A との性交によって B が妊娠したという虚偽の事実を B に信じ込ませた上で、このままだと死の危険があり、これを免れるためには、妊娠中絶薬を飲んだ自身と性交する必要がある等と嘘を言って B にその旨誤信させた上で、性交等を行ったという事案であって、実子 D の事案と同様の犯行手口であった。訴訟の便宜上、B の事案と平仄を合わせる形で、実子 D の事案についても旧準強性交等罪を成立させたものと考えられる。

③小括

被告人の行為が旧（準）強制性交等・わいせつ罪の構成要件に該当しうるが、同時に、被告人と被害者に親子関係が存在するため、本罪の構成要件にも該当しうる事案に関して、本罪の成立を認めた①の裁判例は被害者の保護責任者的地位にある者については優先的に本罪を成立させるべきとする有力説の見解に親和的である。一方で、かかる事案に関して旧準強制性交等・わいせつ罪を成立させた裁判例は、被害者が 13 歳未満である事案に関しては有力説からも積極的に支持できるが、被害者が 13 歳以上である事案については有力説からは積極的に支持することはできず、比較的立案担当者の見解に親和的であるといえる。

かかる事案について①で指摘したように本罪の成立を認めた裁判例も存在することからすると、本罪が旧（準）強制性交等・わいせつ罪の補充規定であることを根拠に、優先的に旧（準）強制性交等・わいせつ罪を成立させているという運用がなされているとは考えられない。他方で、②で指摘したように被告人が保護責任者的地位にある者であっても、併合審理されている別の事件が旧（準）強制性交等・わいせつ罪の事件である場合や「暴行・脅迫」「抗拒不能」を肯定しやすい事情が認められる場合には、同罪の成立を認めていることからすると、他罪との関係性からは裁判実務がどちらに親和的といえるかは判断できない。

第 3 項　本罪に関する立案担当者の見解[41]

[41] 立案担当者の見解については、松田＝今井・前掲注(1)246 頁以下を参照しつつ、さら

本罪のそれぞれの要件について立案担当者が説明し、学説においても特段争いとなっていない点をそれぞれ先に確認する。

１．本罪の主体：「監護者」

立案担当者は、本罪の主体は「18 歳未満の者を現に監護する者」（以下、「監護者」とする）であるとした上で、以下のように述べる。

本罪における「監護する」とは、親権（民法 820 条）の行使と同意義であって、対象者を監督し、保護することをいう。もっとも、本罪が依存・保護関係にある者の影響力がある状況下で性交等・わいせつな行為が行われた場合、18 歳未満の者の意思決定は自由な意思決定ということはできないと考えられることに着目して新設されたものであることを考慮すると、「監護者」は、民法上の親権者（818 条）など、法律上の監護権に基づきこれを行う者に限定されるわけではなく、行為者と 18 歳未満の者との間に、事実上、一定期間継続して、依存・保護関係が認められれば足りる。

「監護者」は、衣食住などの経済的な観点や生活上の指導・監督などの精神的な観点から、現にその者の生活全般にわたって、18 歳未満の者と行為者に依存・保護関係があり、その関係に継続性が認められることが必要である。具体的には、①同居の有無・居住場所に関する指定等の状況、②指導状況・身の回りの世話等の生活状況、③生活費の支出などの経済的状況、④未成年者に関する諸手続等を行う状況などを考慮して「現に監護する」と言えるかどうかという観点から判断される。また、依存・保護関係の継続性が認められるかどうかについては、行為者と 18 歳未満の者とが生活を共にしている期間の長さやそのような生活を継続する可能性や意思を考慮要素になる。

依存・保護関係を認める際の考慮事情を、いかなる場合に依存・保護関係が積極的に理解されるのかという観点から整理すると、①'行為者が被害者と日常的に同居しており、行為者が被害者の生活の身近にいる場合、②'行為者が被害者の身の回りの世話や学習・生活の指導を行っており、日々の生活を送る上で被害者が行為者に依存している場合、③'行為者が被害者の生活費を支出するなどして、被害者が行為者に経済的に依存している場合、④'未成年者が社会生活を送る上で独力では困難な手続を被害者の代わりに行っている場合、となると考えられる。

学説は、立案担当者の理解を前提としつつ、具体的にいかなる場合に「監護者」が肯定されるかを検討・分析しており、これについては後述する。

２．行為：「監護者であることによる影響力」に「乗じて」

監護者が 18 歳未満の者に性交等・わいせつな行為を行った場合であっても、当該行為時

に、今井 39 頁以下、加藤（ひろば）・前掲注(1)57 頁以下、加藤（刑ジャ）・前掲注(1)78 頁以下、田野尻・前掲注(1)116 頁以下、刑事法部会第 3 回 1 頁以下（中村幹事意見）、刑事法部会第 5 回 6 頁以下（中村幹事意見）についても参照している。

において監護者がその影響力を及ぼしている状態であると認められない場合には、性的自己決定権の侵害は認められない。そのため、本罪の成立要件として、監護者が 18 歳未満の被監護者に性交等・わいせつな行為を行っただけではなく、18 歳未満の者に対する「監護者であることによる影響力」に「乗じて」いることが肯定される必要がある。

「監護者であることによる影響力」とは、監護者が、被監護者の生活全般にわたって、衣食住などの経済的な観点や生活上の指導・監督などの精神的な観点から、現に被監護者を監督し、保護することにより生じる影響力であり、性交等・わいせつ行為を行おうとする時点における意思決定に直接影響を与えるものに限られず、被監護者が性交等・わいせつな行為に関する意思決定を行う前提となる人格、倫理観、価値観等の形成過程を含め、一般的かつ継続的に被監護者の意思決定に作用を及ぼしうる力が含まれる。

監護者は被監護者に対し、日頃から「監護者であることによる影響力」を及ぼしているために、性交等・わいせつな行為を行う特定の場面において、監護者がかかる影響力を利用する具体的な行為を行っていない場合であっても、かかる影響力が一般的・継続的に被監護者に及んでいることが通常であって、その場合には、被監護者は監護者の影響力を離れた自由な意思決定ができない。それゆえ、「乗じて」については、性交等・わいせつな行為に及ぶ特定の場面において、影響力を利用するための具体的な行為を行う必要はなく[42]、影響力を及ぼしている状態で性交等・わいせつな行為を行ったことが認められれば足りるとされており、「乗じて」要件が肯定されるハードルが極めて低く設定されている。

したがって「監護者」であることが立証されれば、「監護者であることによる影響力」が日常的に存在している状況が存在しており、かつ、当該行為時においても「監護者であることによる影響力」が被監護者に及んでいることが通常であることから、「乗じて」も原則として認定できることになる[43]。しかし、例外的に監護者の影響力が遮断されて性交等・わいせつな行為が行われた場合もありうることから、性交等・わいせつな行為が監護者の影響力と無関係に行われた場合には、例外的に「乗じて」が否定されることになる。

具体的にいかなる場合に「乗じて」が否定されるかについては議論があり、これについては後述する。

第 4 項　本罪の成立範囲に関する理解の相違

本罪の解釈に当たっては、本罪の保護法益を性的自己決定権と理解した上で、性的自己決

---

[42] 法制審議会では当初、立案担当者から「監護者であることによる影響力」を「利用して」という文言が示されていた（法制審議会諮問第 101 号別紙、要綱（骨子）第三）ところ、刑事法部会第 5 回 15 頁（今井委員意見）、17 頁（佐伯委員意見）等において、このような文言だと行為時に被害者に向けられた特定の行為の立証を必要とするかのようにも解釈する余地があり、不適切であるという指摘がなされていた。

[43] さらに、松田＝今井・前掲注(1)253 頁以下は、故意に関しても同様に自身が「監護者」であることの認識があれば、通常、「影響力」および「乗じて」の認識が肯定されることを指摘する。

定権の侵害を実質的・柔軟的に理解する見解（実質説）[44]と、形式的・限定的に理解する見解（形式説）[45]がある。また、本罪の保護法益を被害者の健全育成と理解した上で、そこから演繹的にそれぞれの成立要件を解釈する見解（有力説）[46]が存在する。

１．実質説

実質説（今井）[47]は、行為者と被害者との間に一定期間にわたる継続した依存・保護関係が存在する場合には、監護者―被監護者の関係性にあることが肯定されることを前提に、当該行為時において被監護者が性交等・わいせつな行為に同意しているように見えても、監護者との性交等・わいせつな行為に関する意思決定を行う前提となる被監護者の性的価値観が歪められているために、監護者との性交等・わいせつな行為の意味を自律的に理解した上で、これに応ずるか否かを判断する余地が被監護者に無い場合には、「監護者であることによる影響力」が肯定される[48]、と述べる。実質説は、本罪と旧（準）強制性交等・わいせつ罪をパラレルに理解した上で、性交等・わいせつな行為に同意しているように見えても、そもそもこれに応ずるか否かを判断する余地が被監護者に無い場合には、被監護者に自由な意思決定が存在せず、性的自己決定侵害が認められると理解することに特徴があり、被監護者に性交等・わいせつな行為に応ずるか否かを判断する余地があるか否かが犯罪成否の主軸になる。これをさらに精緻化した見解として実質説（樋口）[49]がある。

実質説（樋口）は、裁判実務は、旧（準）強制性交等・わいせつ罪における「暴行・脅迫」「抗拒不能」を、性交等・わいせつな行為に応じないことについて被害者に不利益がある場合、性交等・わいせつな行為に応じるか否かに関して被害者が判断停止状態・判断欠如状態にある場合に肯定すると理解する。

その上で、そのような見地から監護関係下における性交等・わいせつな行為について分析すると、被監護者は性交等・わいせつな行為に応じないと人間として成長していくために必要な衣食住や愛情を監護者から受けられないという不利益を被るかもしれないという不安感を類型的に生じやすく、また、性交等・わいせつな行為に応じたくないと思っていてもこれに応じる以外の選択肢が無くなりやすいため、判断停止状態にあることが類型的に認め

---

44 実質説に立つ見解として、樋口亮介「性犯罪規定の改正」法時 89 巻 11 号（2017 年）114 頁以下、今井猛嘉「監護者わいせつ罪及び監護者性交等の罪」法時 90 巻 4 号（2018 年）63 頁以下。

45 形式説に立つ見解として、橋爪隆「性犯罪に対処するための刑法改正について」法律のひろば 70 巻 11 号（2017 年）7 頁以下（以下、橋爪（ひろば）とする）、同「性犯罪について(2)」警論 73 巻 4 号（2020 年）147 頁以下（以下、橋爪（警論）とする）、品田智史「監護者性交等罪の検討」刑ジャ 55 号（2018 年）10 頁以下。

46 前掲注(21)で掲げた論文。

47 今井・前掲注(44)64 頁。

48 実質説は行為者が「監護者」という特定の地位にあることを重要視するのではなく、監護関係や「監護者であることによる影響力」を重要視する傾向にある。

49 樋口・前掲注(44)114 頁以下。

られやすく、さらに、監護者が睡眠などの理由で判断を欠く状態の被監護者に対して性交等・わいせつな行為に及びやすい、と指摘する。

そして、このように監護関係下における性交等・わいせつな行為については不利益・判断停止・判断欠如の類型的危険性がある場合を捕捉してこれを処罰対象とする趣旨で本罪が新たに規定されたことを考慮すると、本罪の成立要件である「現に監護する」や「影響力に乗じて」を判断するにあたっては、不利益・判断停止・判断欠如の類型的危険性があるか否かという見地から判断する必要がある、と理解する。そして、そのような見地から見ると「現に監護する」の具体的な判断基準については、18 歳未満の者が衣食住と学費の提供という生活基盤を与えられていると感じており、かつ愛情を欲しているとの心理状態の両方が備わっているかが重要になる。同様に、「乗じて」については、不利益・判断停止・判断欠如の類型的危険性のうち 1 つでも存在する可能性のある状況下での性交等・わいせつな行為について「乗じて」が肯定されることになる。

２．形式説

形式説は、旧（準）強制性交等・わいせつ罪は「暴行・脅迫」「抗拒不能」の要件の中で被害者の同意が重要な役割を果たしていたが、本罪では被害者の同意の有無にかかわらず本罪が成立することが示されていることからすると、本罪は類型的・一般的に被害者の同意が考えられないような状況であることに着目した性犯罪の類型であると理解[50]した上で、その処罰範囲を切り出す「現に監護する（者）」とは、個別具体的な被害者の意思決定を考慮しなくとも旧（準）強制性交等・わいせつ罪と同じ当罰性を基礎づけるような極めて限定的な場合に限られると理解する。

まず、本罪の主体である「監護者」については、18 歳未満の者に対して法的な監護権を持つような者に限定されないことが示されているとしても、法制審議会において「民法上の監護が、そもそも親子関係を基本とする概念でありますことから、…監護する者と言えるためには、親子関係と同視し得る程度に居住場所、生活費用、人格形成等の生活全般にわたって依存・被依存の関係ないし保護・被保護の関係が認められ、かつ、その関係に継続性が認められるということが必要」[51]と説明されていること、自立していない 18 歳未満の者は、当初からかつ最終的にその生活を親に依存しており、親子関係には家族制度に基づき社会通念上形成された尊属卑属間の上下関係が存在していることからすると、行為者が法的な監護権を持っている実親・養親である場合を本罪の成立範囲の核に据えるべきであり、法的

---

[50] 刑事法部会第 3 回 2 頁（中村幹事意見）は、検討会における「地位又は関係性を利用した性的行為を処罰する規定を設ける場合には、その地位又は関係性が存するのであれば被害者に有効な同意がないと実質的にみなせるような非常に強い支配関係が要件として規定される必要があ」るという意見や、「被害者が加害者に扶養されているとか、生存がかかっているような強い支配関係という意味で、同居をメルクマールとすることが考えられる」という意見を踏まえて本罪を立案したと説明している。

[51] 刑事法部会第 3 回 3 頁（中村幹事意見）、刑事法部会第 5 回 12 頁（中村幹事意見）。

な監護権を有していないとしても、家庭の中で親と同視しうるような地位にある者（以下、「保護者的地位にある者」とする）に限定されることになる[52]。

また、なぜ被害者の同意があったとしても本罪の成立が認められるのかという点について、実質説は、当該被害者に自由な意思決定が存在しないことを根拠として示したが、形式説は、当該被害者の意思決定について考慮せず、類型的・一般的に被害者の同意が認められない状況下における性交等・わいせつな行為であることを根拠として示していることに特徴がある。そのため形式説は、「監護者」について、その者が被害者と性交等・わいせつな行為に至った場合、当該被害者の同意の有無にかかわらず、類型的・一般的に被害者の同意が認められないと画一的に理解される主体である場合に限定される必要がある。

３．有力説

本罪の保護法益を被害者の健全育成と理解する有力説は、単に被害者の性的自己決定権を保護すべきであるのみならず、被害者の人格・倫理観・価値観等の健全な発達が阻害されないよう一般的・継続的に保護すべき立場にある者（以下、「保護責任者的地位にある者」とする）が、自己の影響力に乗じて被害者と性交等・わいせつな行為をした場合、自己の有する高い保護責任に反して被害者の健全な性的発達を阻害した点に、本罪が重く処罰される根拠が認められることを前提に、保護責任者的地位にある者が性交等・わいせつな行為を行った場合は、当該被害者の意思決定を考慮せずとも、本罪の成立が原則として肯定される、と理解する[53]。

有力説においては、行為者が被害者に一定の生活基盤を提供し、経済的・精神的保護関係を構築するのみならず、被害者の人格的発達に対して包括的・継続的・最終的に責任を負う立場にあるか否かという視点が「監護者」要件を判断する上で重要になるため、被害者の将来にわたる人格的発達を支えるに当たって必要な諸手続（例えば、学校に通わせるために必要な手続）を行う立場にあるか否かという考慮事情④の視点も重要であるとする[54]。

第５項　いかなる場合に「監護者」が肯定されるか

１．立案担当者の見解[55]

立案担当者は、「監護者」に該当する者として、同居して子の寝食の世話をし、指導・監督している親（以下、「実親」とする）を典型例として挙げた上で、実親でなくとも指導・監督している親の再婚相手であるが子とは養子縁組をしていない者、親の内縁の配偶者、親代わりとして養育する親族（以下、「養親」とする）も「監護者」に該当すると述べる。児

---

[52] 品田・前掲注(45)14 頁以下。また、刑事法部会第５回 18 頁（佐伯委員意見）は、「監護者」には、法的な監護権を有していない者も含まれるとしつつも、法的な監護権に基づいた影響力を持つ者であるか否かという視点は重要であると指摘する。

[53] 深町（立教）・前掲注(21)105 頁。

[54] 深町（立教）・前掲注(21)111 頁。

[55] 松田＝今井・前掲注(1)259 頁。

童養護施設の職員等については、生活全般にわたって依存・保護関係が認められ、かつその関係に継続性が認められる場合には「監護者」に該当する場合がある、と述べる[56]。

法制審議会においては、例えば母親の彼氏がたまに家に帰ってくるということがあっても、同居しているとも言えず、生計も別であり、18 歳未満の者との意思疎通がほとんどない場合には通常は「監護者」に該当しないが、被害者が内縁の母親の連れ子であり、その関係性も実の親子と変わらないというような関係にあれば、「監護者」に該当する場合もありうること、また、実親が養育にはほとんど関わっておらず、実際に子育てをしているのは祖父母あるいはおじ・おばであるという場合に、その祖父母やおじ・おばが「監護者」に該当する場合もありうることが指摘された[57]。

被害者の雇用主・教師・部活動等の指導者が行為者である場合、被雇用者が解雇や仕事上の不当な扱いを受けるのではないかと危惧して、雇用者からの性交等・わいせつな行為の求めに応じざるを得ない心情に陥る事案や、生徒が学校の教師に日頃指導を受けているために、教師からの性交等・わいせつな行為の求めに拒否できないという事案が比較的容易に想定される[58]。また、雇用主・教師・指導者は仕事・学校・指導の中で未成年者と 1 日のうち長時間、また長期間にわたってやり取りをする機会があり、未成年者に対してそのような立場にあることに基づく類型的な上下関係も認められる。しかし、立案担当者は、雇用主・教師・スポーツのコーチ等の指導者などについては、一般的・類型的にその者の生活全般にわたって依存・保護関係が認められず、その関係性を利用した性交等が類型的に自由な意思決定に基づくものでないと断定することまではできないとして、通常は「監護者」には該当しない[59]と述べる。

学説においては、行為者が被害者の実親・養親である場合に原則として「監護者」が肯定される点、行為者が被害者の雇用主・教師・指導者である場合には原則として「監護者」が否定される点については争いがない。しかし、行為者が被害者の実親・養親であってもなお例外的に「監護者」が否定される場合とはいかなる場合か、また、行為者が被害者の実親・養親ではない場合についても「監護者」が肯定される余地があるかが争われている。

２．実質説

実質説は「現に監護する」者に関して、被監護者が監護者への性交等・わいせつな行為への要求を拒絶できない程度の強固な保護依存関係を必要とするところ、考慮事情①～④は被監護者が監護者への性交等・わいせつな行為への要求を拒絶できない状況にあると客観

---

56 刑事法部会第 5 回 9 頁以下（中村幹事意見）も参照。

57 刑事法部会第 5 回 13 頁以下（加藤幹事意見）。

58 現に法制審議会においては、実際の被害に着目すると「監護者」という文言ではなく、教師・スポーツ指導者を含めるような文言とするべきであるという意見（刑事法部会第 3 回 12 頁以下（角田委員・木村委員・小西委員各意見））が出されていた。

59 刑事法部会第 3 回 2 頁（中村幹事意見）、13 頁以下（今井委員・北川委員各意見）も参照。

的に判断するための要素であると理解する。そのため、仮に行為者が実親・養親であっても、考慮事情①～④を総合考慮した結果、被監護者が監護者への性交等・わいせつな行為への要求を拒絶できない程度の強固な保護依存関係が認められない場合には、「現に監護する」が消極的に理解される余地があり、他方で、仮に行為者が実親・養親ではなかったとしても、考慮事情①～④を総合考慮した結果、強固な保護依存関係が認められる場合には監護関係が積極的に理解される余地がある。

実質説（今井）[60]は、監護者と被監護者とが別居している場合は、監護者としての影響力が被監護者に及んでいるといえるか、慎重に確認されるべきであるとして、実親・養親等が、子が幼少の時から海外に赴任しており、両者が共同生活した期間が極めて短く、被害者の身の回りの世話や学習・生活の指導を行っていなかった場合には、メール等での連絡を欠かさなかったとしても一定期間にわたる継続した保護依存関係に起因する「影響力」が否定される余地があるとする。また、行為者が被害者の実親の交際相手である場合、行為者が被害者に一定期間、被害者の生活水準を維持する上で重要な経済的援助をするまでは、「影響力」が否定される余地があるとする。また、教師・スポーツのコーチ等の指導者については親子関係に相当するような強固な保護依存関係は存在しないため、通常は監護関係が否定されるとしつつも、長期間、指導者と被指導者とが合宿所で寝食を共にし、生活の本拠がその場所になっている場合には監護関係が肯定される余地があると主張する[61]。

また、実質説（樋口）[62]は、監護関係を肯定するにあたっては、被害者の実親・養親であっても、生活基盤を与えられていると感じており、かつ愛情を欲しているとの心理状態の双方が備わっている必要があるとして、母親の恋人として同居しているが無収入の若年男性が行為者の場合や、シングルマザーの生活費を出している愛人について子どもが愛人の愛情に依存しているという事情がない場合について監護関係を否定する。また、同居する祖父と孫については、生活基盤又は愛情の依存先が両親である場合には、監護関係を否定する。

３．形式説

形式説は行為者が保護者的地位にあるか否かで「監護者」を形式的に切り分けるため、保護者的地位にある場合には原則として「監護者」は肯定されることになる。

形式説（橋爪）[63]は、監護者の地位が被監護者に対する強い心理的な負担・影響を基礎づけるものである点に鑑みれば、進路や生活状況について被害者に指導・助言・注意等をするという精神的な保護関係が重要であるとした上で、例えば失業しており、生活費を支出していない親であっても、精神的な保護関係が十分に認められる関係があれば「監護者」に該当すると述べる。また、経済的な保護関係は「この人に逆らったら、生活費も学費も出しても

60 今井・前掲注(44)65 頁
61 今井・前掲注(44)66 頁。
62 樋口・前掲注(44)116 頁。
63 橋爪（ひろば）・前掲注(45)9 頁以下、橋爪（警論）・前掲注(45)150 頁以下。

らえないかもしれない」という心理的負担を媒介として、被害者の意思決定に影響力を及ぼすものといえるから、現実に費用を支出しているか否かではなく、他に経済的に依存できる者がいるか、という事情が重要であるとした上で、単身赴任中の親であっても、生活費などを負担しており、進学や生活状況などについて判断を仰ぐような関係性があれば、「監護者」に該当すると述べる。他方、精神的な保護関係も経済的な保護関係も存在しない場合、例えば、18 歳未満の者が就職するなどして経済的に自立し、親と別居して自らの判断で生活上の判断・決定を行っている場合には、実親・養親であっても「監護者」が否定されると述べる。

次に、実親・養親が保護者的地位にあることについては認められるとしても、被害者の親族や、被害者と生活を共にしている実親・養親以外の者については保護者的地位にあるか否かが問題となりうる。この問題について、形式説は、行為者が被害者の生活費などを負担しているかまたは生活面の指導・監督などをすることで、被害者にとって行為者が最終的な依存先か否かで判断する[64]。

形式説（橋爪）[65]は、高校進学などの必要性から、子が実親と別居し、祖父母と同居して生活上の指導や援助を受けている場合であっても、いざとなれば、子は親元に戻り、その保護を受けることができる状況が継続しているのであれば、別居中の親が「監護者」であり、祖父母は「監護者」に該当しないと解すべきであるとする[66]。また、スポーツ活動などで指導者・教師と継続的に寮生活を送っている場合[67]についても、子は最終的には親の庇護を求めることができることを根拠に「監護者」に該当しないと解すべきであるとする。

また、SNS 等のインターネットを介して知り合った 18 歳未満の被害者が家出願望を有していることを知り、家出を積極的に勧め、これを決意した被害者を遠く離れた自宅まで連れ去り、一時的に保護した後、その者数か月間生活を共にする中で性交等・わいせつな行為をした者（以下、この行為者を「一時的保護者」とし、この事例を「家出事例」とする）について、法制審議会においては「監護者」に該当するか否かについては考慮事情を総合考慮

64 橋爪（ひろば）・前掲注(45)10 頁、品田・前掲注(45)14 頁以下。
65 橋爪（ひろば）・前掲注(45)9 頁以下、橋爪（警論）・前掲注(45)151 頁以下。
66 さらに、祖父母が親と同居していた場合について、品田・前掲注(45)14 頁以下は、家庭内における児童の監護については、複数の成年者が考慮事情①～④を分担し合って行うのが通常である以上、衣食住等の経済的な観点・生活上の指導・監督等の精神的な観点から児童を監督、保護していると評価できれば「監護者」に該当しうると述べる。
67 行為者と被害者に雇用関係があり、被害者が職場の寮で寝泊まりしている場合なども含まれると考えられる。

して判断するという意見が出されていたところ[68-69]、形式説（品田）[70]は、被害者の最終的な依存先は一時的保護者ではなく家庭であり、かつ、児童と一時的保護者との間に家族制度に基づく上下関係が存在しないことを根拠に、一時的保護者は「監護者」から除外されるとした。

４．有力説

有力説は、行為者が被害者の人格的発達に対して包括的・継続的・最終的に責任を負うような保護責任者的地位にあるか否かという基準で「監護者」要件を判断するため、そのような保護責任者的地位にある実親・養親については精神的・経済的な保護関係も存在しない場合であっても「監護者」を肯定し、それ以外の者については精神的・経済的な保護関係が存在する場合であっても「監護者」を否定するものと考えられる。また、家出事例における一時的保護者については、確かに一時的保護者は被害者に対して一定の生活基盤を提供していることが認められるとしつつも、一時的保護者は実親・養親のように被害者の人格的発達に対して最終的に責任を負うような立場にあるとはいえないことから、「監護者」が否定されると述べる[71]。

５．裁判例

アクセス可能な裁判例のほとんどは、被害者が被告人の実子[72]という事例、被害者が被告人の妻の連れ子または被告人の内妻の連れ子[73]という事例であることからすると、裁判実務

---

[68] 刑事法部会第 5 回 12 頁（中村幹事意見）。

[69] 実質説は家出事例に関して立場を明確にしていないが、深町（立教）・前掲注(21)110 頁は、実質説（樋口）に従った場合、同居して被害者の寝食の世話をしている点で、経済的な依存関係が肯定され、また、独力で戻ることも困難であって、一時的保護者の保護下で暮らさざるを得ない状況にある点で、生活全般にわたる依存・保護関係も肯定されることから、監護関係を認めるのではないかと指摘する。

[70] 品田・前掲注(45)14 頁。

[71] 深町（立教）・前掲注(21)111 頁、深町（家族）・前掲注(21)56 頁。

[72] 被害者が被告人の実子であるという事例について、松山地判平成 30 年 7 月 24 日 D1-Law.com28263579、大津地判平成 30 年 7 月 31 日 LLI/DB L07350886、徳島地判平成 30 年 12 月 13 日 LLI/DB L07351292、岐阜地判令和元年 10 月 1 日 LLI/DB L07451202、津地判令和元年 12 月 24 日 LEX/DB25564906、宇都宮地判令和 2 年 5 月 26 日 LEX/DB25566263、岐阜地判令和 2 年 6 月 23 日 LEX/DB25566507、前橋地判令和 2 年 12 月 18 日 LEX/DB25568627、津地判令和 3 年 1 月 13 日 LEX/DB25568896、福島地判令和 3 年 1 月 15 日 LLI/DB L07650088（仙台高判令和元年 12 月 17 日 LLI/DB L07420794・福島地郡山支判平成 31 年 3 月 28 日 LLI/DB L07451752）、徳島地判令和 3 年 3 月 5 日 LLI/DB L07650273、長崎地判令和 4 年 8 月 24 日 LEX/DB25593468、高松地判令和 4 年 9 月 9 日 LEX/DB25593544、大津地判令和 4 年 11 月 9 日 LLI/DB L07751274 がある。

[73] 被害者が（事件当時の）妻の子であると示されている事例について、仙台地判令和元年 10 月 3 日 LEX/DB25564489、津地判令和元年 12 月 17 日 LEX/DB25564905、金沢地判令和 3 年 1 月 27 日 LEX/DB25568944、大阪地判令和 3 年 2 月 3 日 LLI/DB

は、被告人が被害者の実親・養親である場合には、まずは監護者性交等・わいせつ罪による解決を図ろうとしていると考えられる。そのうち数件について、「監護者」が争点となっている裁判例が存在するが、いずれも裁判所は「監護者」を肯定している。

まず、福井地判令和 4 年 11 月 14 日 LLI/DB L07751270 は、被告人は平成 30 年 8 月から自身と婚姻関係にある B の連れ子 A（中学 3 年生）を相手に令和 3 年 4 月から 7 月までの間に性交したという事案であるところ、被告人側は A と 1 か月に 1 回、1 回につき 1 週間程度しか同居していない点、B が A に対する生活指導や学校との連絡を担っている点、B が被害者の生活費の大部分を負担している点を指摘し、「監護者」に該当しないと主張した。これに対して、裁判所は「被告人は、A に生活拠点である住まいを提供し、その生活費の一部を負担して A を経済的に支え、A に対して日常生活上必要な援助を与えていた。他方で、家の使用に関する制限等の状況や、進学時の事情（筆者注：被害者の高校進学に被告人が関与したことで結局、被害者の希望がかなわないことがあった）は、被告人と A との間に上下関係があったことを明らかにしているといえる。被告人と A とは、生活全般にわたって継続的に保護し、保護される関係にあり、被告人はAの監護者であると認められる。」と述べて、「監護者」に該当するとした。

この事例では、行為者と被害者が日常的に同居しているとはいえないため、考慮事情①が

L07650422、那覇地判令和 3 年 10 月 21 日 D1-Law.com28293520、津地判令和 4 年 4 月 22 日 LLI/DB L07750462、福井地判令和 4 年 11 月 14 日 LLI/DB L07751270 がある。

被害者が婚姻した母親の子であり、被告人は被害者と養子縁組をしていると示されている事例について、佐賀地判令和 2 年 6 月 11 日 LLI/DB L07550453、千葉地判令和 3 年 5 月 28 日 LEX/DB25590059 がある。

被害者が被告人の養女・養子であると示されている事例について、千葉地判平成 30 年 10 月 18 日 LLI/DB L07351140、徳島地判平成 30 年 11 月 9 日 LLI/DB L07351147、山口地判令和元年 6 月 19 日 D1-Law.com28272786、大分地判令和元年 8 月 5 日 LLI/DB L07450942、岐阜地判令和元年 9 月 24 日 LEX/DB25564289、佐賀地判令和元年 11 月 14 日 LLI/DB L07451319、高松地判令和 2 年 10 月 2 日 LLI/DB L07550814、徳島地判令和 2 年 12 月 24 日 LEX/DB25568673、鹿児島地判令和 3 年 3 月 29 日 LLI/DB L07650382、鹿児島地判令和 3 年 3 月 29 日 LLI/DB L07650383、大津地判令和 3 年 6 月 8 日 LEX/DB25590678、甲府地判令和 3 年 7 月 14 日 LLI/DB L07650986、千葉地松戸支判令和 3 年 8 月 30 日 LEX/DB25590777、静岡地判令和 3 年 9 月 10 日 LLI/DB L07650984、松山地判令和 3 年 9 月 21 日 LLI/DB L07651082、最判令和 4 年 1 月 27 日 LEX/DB25592360（福岡地判令和 1 年 7 月 18 日 LEX/DB25565178・福岡高判令和 2 年 3 月 11 日 LEX/DB25565259・最判令和 2 年 9 月 11 日 LEX/DB25567185・最判令和 2 年 9 月 25 日 LEX/DB25567186・福岡地判令和 3 年 6 月 9 日 LEX/DB25590603・福岡高判令和 3 年 10 月 29 日 LEX/DB25591204）、鹿児島地判令和 4 年 2 月 10 日 LLI/DB L07750176、名古屋高判令和 4 年 5 月 12 日 LEX/DB25592768（津地判令和 4 年 1 月 28 日 LEX/DB25591880）、高松地判令和 4 年 10 月 17 日 LEX/DB25594131、鹿児島地判令和 4 年 10 月 17 日 LLI/DB L07751057 がある。

被害者が被告人の内妻の妻の娘であると記載されている事例について、長崎地判平成 30 年 5 月 16 日 LLI/DB L07350443、鹿児島地判平成 30 年 8 月 7 日 D1-Law.com28263953、長崎地判令和 2 年 3 月 24 日 LEX/DB25565413 がある。

消極的に理解されるが、行為者が被害者の養親として被害者の進路に関して関与しており、経済面で被害者を養っていることを根拠に「監護者」を肯定しており、考慮事情②・③が積極的に理解されることを根拠として「監護者」を肯定したものと考えられる。

また、大阪地判令和3年2月3日 LLI/DB L07650422 は、被告人が元妻の連れ子A[74]を相手に令和元年から令和2年3月までの期間、3回にわたって性交したという事案について、被告人側は、被告人が平成29年2月以降から無職であり、経済的にAの生活を支えておらず、Aを支配・管理していないとして「監護者」には該当しないと主張したが、裁判所は「監護者性交等罪は、依存・被依存ないし保護・被保護の関係にある監護者の影響力がある状況下で性交が行われた場合、強制性交等罪と同等の悪質性、当罰性が認められるため、強制性交等罪と同様の処罰がされていることからすれば、監護者性を認めるに当たって、弁護人が指摘するほど強度に被害者を支配、管理していることまで必要不可欠」とはいえないとした上で、被告人は8年余りにわたってAと同居し、そのうちの相当期間はAに生活上の指導や学習指導を行っていたこと、無職になって以降は食事や掃除等のAの身の回りの世話をしていたことを根拠に「継続的に生活全般にわたってAを保護し、Aが保護される関係にあった」と述べて、「監護者」に該当すると判断した。

同裁判例は、被告人が経済的に被害者の生活を支えておらず、考慮事情③が欠けているが、被告人が被害者に対して生活上の指導監督や学習上の指導監督をしていたという考慮事情②を根拠に「監護者」を肯定したと考えられる。

そのほか、被害者の母親と婚姻または事実上の婚姻状態に至ったことで被告人が被害者の養親となったケースではないケースとして、被害者の里親が里子を相手にわいせつな行為を行ったケース[75]、小規模住居型児童養育事業（ファミリーホーム）の養育者が養育する委託児童を相手に性交等を行ったケース[76]があるところ、いずれも本罪の成立が肯定されている。他方、それ以外の者、例えば、被害者の教師・指導者・一時的保護者が被告人となったケースについては、アクセスすることができなかった。

第6項　「（影響力があることに）乗じて」

１．立案担当者の見解[77]

立案担当者は、性交等・わいせつな行為が監護者の影響力と無関係に行われた場合には、例外的に「乗じて」が否定されると指摘するところ、被監護者が積極的に性交等・わいせつな行為に応じたとしても、その背景には、継続的に監護者による性交等・わいせつな行為がなされ、そのような行為が当然のことであると被監護者が思い込んでいる場合や、監護者を

---

74 平成28年9月に被告人は被害者の母親とは離婚したが、その後も被告人は被害者および被害者の母親らと同居し続けた。

75 高知地判令和3年2月17日 LLI/DB L07650178。

76 なお、後述するように同裁判例においては、同一事案について児童淫行罪による起訴がなされたところ、これも成立させたうえで観念的競合とした。

77 松田＝今井・前掲注(1)262頁以下、加藤（ひろば）・前掲注(1)58頁。

喜ばせ、あるいは監護者の機嫌を損なわないようにするために被監護者が積極的に応じるような場合が考えられるため、「乗じて」が否定されるわけではないとする。

他方、「乗じて」が否定される具体例としては、暗闇の中、相手方を判別できない状態で性交等・わいせつな行為が行われたときなど、被監護者が性交等・わいせつな行為の相手方を監護者であると認識できていない場合[78]や、被監護者が暴行・脅迫を用いて監護者に迫った結果として性交等・わいせつな行為が行われたときなど、その性交等・わいせつな行為が監護者の意思に反する場合が挙げられている[79]。

学説においては、監護者に逆らい難いという精神的負担・不安から被監護者が性交等・わいせつな行為に応じた場合であっても「乗じて」が肯定される点、被監護者の側から積極的に性交等・わいせつな行為が行われた場合であっても「乗じて」が否定されるわけではない点、被監護者が暴行・脅迫を用いて監護者に迫った結果として性交等・わいせつな行為が行われた場合に「乗じて」が否定される点については争いがないと考えられる。他方、被監護者に監護者に対する恋愛感情が存在しており、被監護者が積極的に性交等・わいせつな行為を行った場合（以下、「恋愛事例」とする）にも「乗じて」が肯定されるか、被監護者が睡眠中の場合（以下、「睡眠事例」とする）に「乗じて」が否定されるかについては争いがある。

２．恋愛事例に関する各学説の見解

実質説（樋口）[80]は、被監護者側に性的好奇心や監護者に対する恋愛感情が存在しており被監護者側から積極的に勧誘した事情が認められる場合、何らかの不安感からそのような行為に出た可能性があるため、直ちに「乗じて」が否定されるわけではないとしつつ、例えば、母親と内縁関係にある若年男性に性的魅力があり、年齢の近い被監護者が恋愛感情をあらわにして性交等・わいせつな行為に至ったという事案のように、被監護者の不安感が否定される場合には「乗じて」が否定されると主張する。また、実質説（今井）も、被監護者自身の判断で性交等・わいせつな行為が選択されたならば「乗じて」が否定されると述べる[81]。このように、実質説は、被監護者の意思決定に着目し、自由な意思決定が存在する場合に「乗じて」を否定する見解であると考えられる[82]。

---

78 もっとも、この場合には、被害者は意識喪失の状態にあり、行為者はこの状況を利用して性交等・わいせつな行為に及んでいる以上、旧準強制性交等・わいせつ罪が成立すると理解されている。

79 刑事法部会第 3 回 20 頁以下、第 5 回 8 頁以下・14 頁以下（いずれも中村幹事意見）も参照。

80 樋口・前掲注(44)117 頁。

81 今井・前掲注(44)66 頁

82 法制審議会（刑事法部会第 3 回 20 頁以下（中村幹事意見））においては、「特段の事情があって、自由な意思決定だと言えるような場合」に「乗じて」が否定されると説明されたことがあったが、この説明は実質説に親和的であると考えられる。ただし、刑事法部会第 5 回 8 頁以下（中村幹事意見）においては、「（本罪）の成否を論ずるに当たり、

これに対して、形式説（品田）[83]は、監護者が被監護者と性交等・わいせつな行為を行った際、保護者的地位を濫用して、本来ならば保護すべき者の性的自己決定権を侵害した点に、高い悪質性が認められることからすると、被監護者側の意思決定過程に着目するのではなく、あくまでも監護者が性交等・わいせつな行為にあたって自身の持つ影響力を遮断したことに着目して「乗じて」要件が否定すべきとする。また、形式説（橋爪）[84]は、被監護者の監護者に対する恋愛感情が「監護者であることによる影響力」と無関係に生じたものである場合に「乗じて」が否定されるとした上で、18 歳未満の者と交際していた者が、その親との再婚などによって「監護者」の地位を取得するに至ったが、それ以降も 18 歳未満の者と性的関係を継続した場合には、「監護者であることによる影響力」と無関係に性交等・わいせつな行為が行われているとして、「乗じて」を否定するが、他方、被害者が親の再婚相手である行為者と同居している間に互いに恋愛感情を持ち、性的関係に及んだ場合は、監護関係に基づいて恋愛感情が醸成されている以上、「乗じて」を肯定する。

有力説（深町）[85]は、保護責任者的地位にある監護者は、被監護者との継続的・包括的な人格的交流が不可避であるため、被監護者が自身に対して有する愛情を性的関係に転化し、自身を性的パートナーに選択しないように保護・配慮する義務・責任があるとする。そして、恋愛事例においては、仮に監護者と被監護者に真摯な恋愛関係があったとしても、かかる保護責任に反して性交等・わいせつな行為が行われた場合には被害者の性的発達・健全育成が著しく危殆化されるため「乗じて」が肯定されると主張する。他方、行為者が監護者となる以前から、既に被害者が行為者に対して確固たる恋愛感情・性的感情を有しており、その後、行為者が「監護者」の立場を取得するに至った以降も被害者の恋愛感情・性的感情は一貫して存在していたという場合には、監護者のかかる保護責任違反は存在しないため、例外的に「乗じて」を否定すべきであるとする。

３．睡眠事例に関する各学説の理解

実質説（今井）[86]は、被監護者が睡眠している場所が監護者の管理権限が及んでいる領域であれば、当該領域内では、監護者によって被監護者に対する性交等・わいせつな行為がなされる危険が認められるため、監護者であることによる影響力が遮断されておらず、睡眠事例においては「乗じて」が肯定されると主張する。同様に実質説（樋口）[87]も、本罪が監護関係下における判断欠如の類型的危険状況を捕捉していることを考慮すると、「影響力」には被監護者の生活状況や行動に作用する力も含まれるため、睡眠事例におい

被害者の自由な意思決定による同意の有無は直接問題とはならない」と説明されていることに留意する必要がある。

83 品田・前掲注(45)16 頁。

84 橋爪（警論）・前掲注(45)154 頁、橋爪（ひろば）・前掲注(45)10 頁。

85 深町（家族）・前掲注(21)53 頁以下、深町（立教）・前掲注(21)193 頁以下。

86 今井・前掲注(44)67 頁。

87 樋口・前掲注(44)117 頁。

ては「乗じて」が肯定されると主張する。このように、実質説は、監護者による保護の影響下で性交等・わいせつな行為がなされていれば「乗じて」を肯定するため、自宅や旅行先で被監護者が睡眠中に性交等・わいせつな行為を行った場合であっても「乗じて」が肯定されることになる。

形式説（橋爪）[88]は、監護者は被監護者の睡眠中に性交等・わいせつな行為に及ぶ危険性があることは認めつつも、「監護者」ではない同居人も同様の行為に及ぶことが可能であることからすると、その危険性は被害者と生活を共にしていることから事実上生じうる可能性に過ぎず、「監護者」固有の影響力ではないとして批判する。

有力説（深町）[89]は、睡眠事例を旧準強制性交等・わいせつ罪として処罰することは、「家庭内の性犯罪」という外部から非常に可視化されにくい犯罪について処罰するために本罪を新設した趣旨にそぐわないとした上で、監護者による保護の影響下で被監護者が睡眠している場合には「乗じて」が肯定されると述べている[90]。そのため、実質説と同様に、自宅や旅行先で被監護者が睡眠中に性交等・わいせつな行為を行った場合には「乗じて」が肯定されることになる。

４．裁判例

睡眠事例に関して「乗じて」が争点となった裁判例として、福岡地判平成 30 年 1 月 24 日公刊物未登載[91]は、被害者の養父である被告人が、同居している被害者（16 歳）に対し、その就寝中に乳房を手でもみ、さらに、その陰部を触るなどのわいせつ行為をしたが、弁護人が「被告人は、被害者が眠っていると考えて行為に及んでおり、監護者としての影響力が遮断された状態にあったといえるし、そう誤信していたものである」などと主張して本罪の成立を争った。

裁判所は、被告人の主張に関して、被告人の「その執拗な態様からも、被害者が起きる可能性も十分に考えられるのであるから、被害者が眠っており抗拒不能であったと信じていたとは容易に考え難い」と述べた。その上で、「具体的なわいせつ行為が、監護者であることによる影響力と無関係に行われた場合など監護者の一時的かつ継続的に被監護者の意思決定に作用し得る力が遮断されていると言える場合には、監護者がその影響力を及ぼしている状態でわいせつ行為を行ったとはいえない」と述べた上で、本件については、「被告人は、約 9 年にわたり被害者と同居して養父として被害者の日常生活の指導監督を行うなどして養育しており、被害者に対して一般的かつ継続的に被害者の意思決定に作用し得る力を有していたことは明らかである。そして、本件犯行当日は、被害者は、日ごろと同じよう

88 橋爪（警論）・前掲注(45)154 頁以下。
89 深町（家族）・前掲注(21)52 頁以下、
90 例えば、家出をして一人暮らしをしている被監護者が夜間睡眠中に監護者が室内に忍び込んで性交等・わいせつな行為を行うような非常に例外的な場合には、「乗じて」が否定されることになる。
91 判決文については堀田さつき「判批」研修 855 号（2019 年）21 頁以下を参照した。

に被告人方の寝室において就寝していたところ、被告人は、被害者の就寝している姿を発見し、被害者の布団に入り込み、わいせつ行為を行っているのであるから、仮に、被害者が一時的に眠った状態であるとしても…監護者として有していた一般的かつ継続的な意味での影響力と無関係に行われたものとはいえない。そして、被告人も、被害者が眠っていると信じていたとしても、上述のような被告人と被害者の関係から、被害者に対する一般的かつ継続的な意味での影響力の存在を十分認識していたものであり、監護者わいせつ罪の故意として欠けるところはないというべきである。」と判示した。

同判決は、被告人が被害者に対して、一般的・継続的に「監護者であることによる影響力」を有しており、被害者が眠った状態であったとしても、被害者に対するわいせつな行為は、当該影響力と無関係に行われたものとはいえないとして、「乗じて」を肯定した上で、被監護者が眠っていると監護者が認識していたか否かにかかわらず、監護者は「監護者であることによる影響力」の存在を認識していることを根拠に、本罪の故意を認めたものであると整理できる。この帰結に対して、形式説（橋爪）[92]からは被害者が就寝中であるために相手方を監護者であると認識できない場合には、その影響力が遮断されているために、「乗じて」を否定するべきであるという批判がなされた。

しかしその後、那覇地判令和 3 年 10 月 21 日 D1-Law.com28293520 は、被告人が妻の娘たる被害者（14 歳）の着衣の上から胸を触ったという事案であり、被害者が就寝中であったという事情が量刑判断の中で指摘されているものの、監護者わいせつ罪の成立が認められており、裁判実務においては睡眠事例であっても本罪の成立が認められているものと考えられる[93]。

---

[92] 橋爪（警論）・前掲注(45)156 頁、また堀田・前掲注(91)27 頁。そのような理解からは、被害者が覚醒していたため性交等・わいせつな行為の時点で相手方が行為者であることを認識していたが、行為者は被害者が熟睡しており、意識がないと誤信していたという事案では、客観的には「乗じて」が肯定されるために、監護者わいせつ罪の構成要件に該当する行為が行われているが、行為者の主観面では旧準強制わいせつ罪に該当する行為が行われているため、抽象的事実の錯誤の問題が生じると主張する。しかし、佐賀地判令和 2 年 6 月 11 日 LLI/DB L07550453 は、行為者は被害者が就寝していると誤信していたという事案（被害者が本件被害を受けた際、被告人に怒られることを恐れて寝たふりをしており覚醒していた）につき、被告人側は監護者としての影響力を利用しようとの積極的な意図を有していないことを根拠に、有利な情状として考慮するべきであると主張したが、監護者として有する一般的かつ継続的な影響力を基礎づける事情を認識していれば、刑を軽くすべき事情として考慮できないとした上で、被告人側の主張を排斥した。また、被告人から被害を受けた際に被害者が寝たふりをしていたことを量刑判断の中で指摘しつつも、本罪の成立を認めた裁判例として、前橋地判令和 2 年 12 月 18 日 LEX/DB25568627。

[93] 同種の事例として、鹿児島地判令和 4 年 2 月 10 日 LLI/DB L07750176。また、就寝中に被害を受けていたところ、途中で覚醒したことが量刑判断の中で指摘されている裁判例として、津地判令和元年 12 月 24 日 LEX/DB25564906。また、長崎地判令和 2 年 3 月 24 日 LEX/DB25565413 は「目が覚めると被告人が私の陰部に自己の陰部を入れていた」旨の被害者供述の信用性が争われた。

恋愛事例について、千葉地判平成 30 年 10 月 18 日 LLI/DB L07351140 は、被告人が養子たる被害者（16 歳）に対して性交したという事案であるところ、量刑判断の中で「本件の少し前頃までは、被害者に被告人に対する恋愛感情的な思いがあり、長くお互いの自由な意思に基づいて性行為を行っており、本件各犯行時においても、被害者は完全とはいえないまでも相当程度自由な意思決定に基づいて性交をしていた」などという被告人側の主張に対して、「そもそも性的知識も判断能力も乏しい児童であった被害者が、養父である被告人の影響力を受けて、幼い頃から継続的に性交に同意をしてきたにすぎず、本件各犯行時においても、弁護人が主張するほどの自由な意思決定があったとは認められないから、過去に被害者が上記感情を持っていたとしても、特に被告人の責任非難を低下させる事情とはならない」と述べて、これを排斥している。

	実質説 樋口・今井	形式説 品田・橋爪	有力説 深町
保護法益	性的自己決定権	性的自己決定権	健全育成を含む
「現に監護」	監護関係を実質的に判断	保護者的地位にある者に限定	保護責任者的地位にある者に限定
「乗じて」が否定される場合	被監護者に自由な意思決定が存在する場合	監護者の影響力と無関係に性交等・わいせつな行為が行われた場合	監護者が有する保護責任に反して性交等・わいせつな行為が行われた場合

第 7 項　監護者が被監護者を相手とする第三者の性交等・わいせつな行為に関与した場合

監護者が監護者ではない者（以下、「第三者」とする）からの求めに応じて被監護者に対して第三者と性交等・わいせつな行為をするよう説得したことによって、および、被監護者との性交・わいせつな行為を第三者にあっせんしたことによって、第三者が被監護者の性交等・わいせつな行為の相手方となった場合に、監護者および第三者に本罪（の共同正犯）が成立するかが問題となる。

１．本罪以外の犯罪による解決方法

子と第三者間でなされる売買春を親があっせんした場合には、売春周旋等罪（売春防止法 6 条）、児童買春周旋罪（児童買春処罰法 5 条）が成立しうる。また裁判例には、親またはそれに準じる者が、その子をして第三者を相手方として淫行せしめたという三者関係型の児童淫行罪の事案が存在しており[94]、児童淫行罪について分析した第 1 節において、

[94] 広島家呉支判昭和 42 年 12 月 2 日家月 20 巻 8 号 131 頁は、被告人が自身の交際相手の連れ子であって事実上の養女となっていた被害児童に対して第三者を相手に売春するよ

これらは被告人が「現に児童を教育監護する」立場にある第1グループに属する犯罪であることは指摘した。

２．本罪による解決方法

立案担当者は、本罪は「監護者」を身分とする身分犯であると理解しており、身分のない共犯者が身分のある者に加功した場合、両者がそれぞれ実行行為に及んだ場合はもとより、いずれかが被害者に対して性交等・わいせつな行為を行った場合であっても刑法65条1項が適用され、本罪の共同正犯が成立しうると述べる[95]。また本罪の保護法益を性的自己決定権とする観点から検討しても、監護者であることによる影響力があることに乗じて被監護者と性交等・わいせつな行為に及んだならば、たとえ性交等・わいせつな行為の相手方が第三者であっても、被監護者の自由な意思決定の存在しないまま性交等・わいせつな行為に及んでいることからすると、被監護者の性的自己決定権が侵害されたことに関して性交等・わいせつな行為の相手方が監護者である場合と差異がないことから、監護者は第三者と共に本罪の共同正犯が成立することになると考えられる。

本罪の保護法益に被害者の性的発達・健全育成を含める立場は、児童淫行罪の保護法益も児童の性的発達・健全育成であって、児童淫行罪の主体にも児童の性的発達・健全育成を保護する責任が存在するところ、児童淫行罪よりも法定刑の重い監護者性交等・わいせつ罪における保護責任は児童淫行罪よりも加重されていると指摘する。そして、保護責任が加重されたことと引き換えに同罪の主体が親や親に準じる監護者の立場に限定されていることからすると、同罪において監護者に課せられている保護責任についても児童淫行罪と同等の保護責任ではなく、重罰化に値するさらに高度な保護責任に限定するべきであるとする。その上で、本罪の主体である監護者に対して課せられている高度な保護責任とは、親子関係を性的関係に転化させ、被監護者が監護者自身を性交等・わいせつな行為の相手方に選択しないように保護する責任であるとする。このような理解からは、監護者が児童と第三者で行われる性交等・わいせつな行為のあっせんをした場合には、監護者が自ら被害者と性交等・わいせつな行為をしていないことから、本罪ではなく児童淫行罪が成立するにとどまることになる[96]。

う説得したという事案について児童淫行罪を成立させた。また、宇都宮家判昭和48年9月22日家月26巻4号113頁は妻が街娼として生計を立てていたところ、夫婦が妻の連れ子をも街娼として稼働させたという事案につき、児童淫行罪の共同正犯を成立させた。さらに、福岡家小倉支判昭和35年3月18日家月12巻7号147頁は、被害児童の淫行の相手方を被告人とする事件であるところ、被告人が借金の返済を代償として被害児童の父親に娘を相手に売春をさせるよう申し向け、それを決意した父親が被害児童をして被告人を相手に淫行せしめたという事案であるところ、被告人について被害児童の父親を本犯とする児童淫行罪の教唆犯を認めている。

[95] 松田＝今井・前掲注(1)250頁。

[96] 深町（立教）・前掲注(21)108頁以下

他方、本罪の保護法益に被害者の性的発達・健全育成を含める立場を貫徹するならば、本罪の主体たる監護者が保護責任者的地位にある以上、性的発達・健全育成を阻害する性交等・わいせつな行為から被監護者を保護する包括的な責任が存在すると理解するべきであるようにも思われる。このような理解からは、児童淫行罪における第1グループの事例とパラレルに理解し、被監護者に第三者との性交等・わいせつな行為を説得し、または被監護者との性交を第三者にあっせんするなどして性交に積極的に関与する事例だけではなく、第三者との性交等・わいせつな行為を阻止せずに黙認する事例についても本罪の成立を肯定する余地が存在する。

３．裁判例

第三者が被監護者に対して性交を行ったことに監護者が関与したケースについて、監護者および第三者に本罪の共同正犯を認めた2件の裁判例がある。

大津地判令和5年3月20日D1-Law.com28311398（Xを被告人とする事件）・大津地判令和4年11月22日D1-Law.com28310713（Yを被告人とする事件）は、被告人Xが被告人Yの知人であって、Yは実子B（13歳）の母親であるところ、XがBに自身の陰茎を触らせたり、Bの胸や陰部をなめたり、指で弄んだりするなどのわいせつな行為をしたという事案につき、監護者わいせつ罪の共同正犯の成立を肯定した。同事件は、YがXと知り合って半年後にBを含む自分の子らを紹介したところ、XからX・Y・Bの3人で性交をしようと持ち掛けられ、Yは当初は断っていたが、Xから別れる旨申し向けられたため、Xと別れたくないと考えたYが当時11歳のBをY方に連れて行き、YはBを相手にわいせつな行為に及び、Xは撮影係としてその様子を撮影し[97]、Bが13歳時点になった際にも同様の犯行に及んだという事件であった。また、量刑判断においては、わいせつな行為に及ぶ前にYがBに対して覚せい剤入りの飲み物を飲ませるなどしており、「被告人Yは、母親としての影響力を利用して、被害者が嫌がる様子を示しても、わいせつ行為をやめることなく、むしろ被害者の腕を掴んで共犯者の陰茎を触らせたり、被害者をなだめたりするなどして犯行に積極的に関与しており、被告人が重要な役割を果たしたことは明らかである」と述べられている。

また、松江地判令和5年9月27日LEX/DB25596133は、被告人Xが被告人Yの交際相手であって、Yは実子B（16歳）の母親であったところ、XがBと性交をしたという事案につき、「被告人Xは、Bの監護者ではないものの、監護者（実母）である被告人Yに対し、被告人Xとの性交に応じさせるためのBの説得等を要求するなどし、（筆者補注：好意を寄せる被告人Xとの交際関係の継続を優先させるために）それに応じた被告人YがBの説得等を行うなどしたことにより、被告人Yと共謀の上でBとの性交を実現した事実経過が認められる。このように、本件事案は、被告人Xが、客観的に、被告人YがBを

[97] 以上の行為については旧強制わいせつ罪（旧176条後段）の共同正犯、および児童ポルノ製造罪の共同正犯（児ポ法7条4項）の共同正犯の成立が肯定されている。

現に監護する者であることによる影響力があることに乗じてBと性交をしたもので、前記働きかけに当たって監護者の影響力を認識してこれを利用する意思であったことも明らかであるとして、被告人Xについて、…刑法65条1項を適用した」と述べて、X・Yに監護者性交等罪の共同正犯を成立させた。

以上2件の裁判例は、監護者ではなく第三者が被監護者の性交・わいせつな行為の直接的な相手方であるところ、監護者が「現に監護するものであることによる影響力」を被監護者に及ぼし、第三者がその「影響力に乗じて」被監護者との性交・わいせつな行為に至ったことを根拠に、監護者と第三者に本罪の共同正犯を成立させている。ただし、1件目は監護者が撮影者としてわいせつな行為の現場におり、2件目は第三者と性交するよう被監護者に説得したことが認められているところ、さらに働きかけが弱い場合、例えば、被監護者との性交を第三者にあっせんした場合や監護者宅で被監護者と第三者との性交が行われているにもかかわらず、監護者がこれを阻止せず黙認した場合についても、裁判実務が以上の裁判例と同様に監護者性交等・わいせつ罪を成立させるかは明らかではない。

第8項　実質説・形式説・有力説の検討

1．実質説

実質説は、18歳未満の被害者と性交等・わいせつな行為を行ったとき、当該被害者が仮に同意していたとしても、当該被害者に自由な意思決定が存在しないならば、それは自由な意思決定によって得られた同意ではないとして性的自己決定権侵害を認めるため、本罪の成立を肯定するという前提に立ったうえで、当該被害者の自由な意思決定が存在しないことのメルクマールを当該被害者と当該行為者に監護関係という強固な保護依存関係にある点に求める見解である。

まず、監護関係に関しては、行為者が実親・養親であってもそのような強固な保護依存関係が認められない場合には監護関係が否定される余地があり、他方、行為者が被害者からみてそのような立場にはない場合であっても強固な保護依存関係が認められる場合には監護関係が肯定される余地があって、監護関係の有無が柔軟に判断されることに特徴がある[98]。また、「乗じて」に関しては、「乗じて」を被監護者の性的自己決定権の危殆化のメルクマールとして理解した上で、被監護者に自由な意思決定が存在する場合に「乗じて」を否定することに特徴がある[99]。

---

98 このようなことから、実質説の論者は、その者が「監護者」という立場にあるか否かを重要視するのではなく、それを監護関係の有無や「監護者であることによる影響力」の有無として理解する傾向にある。

99 法制審議会（刑事法部会第3回20頁以下（中村幹事意見））においては、「特段の事情があって、自由な意思決定だと言えるような場合」に「乗じて」が否定されると説明されたことがあったが、この説明は実質説に親和的であると考えられる。ただし、刑事法部会第5回8頁以下（中村幹事意見）においては、「（本罪）の成否を論ずるに当たり、被害者の自由な意思決定による同意の有無は直接問題とはならない」と説明されていることに留意する必要がある。

本罪の保護法益が性的自己決定権であることを前提としつつも、被害者の同意の有無にかかわらず本罪の成立が肯定される点については、強固な保護依存関係があれば当該被害者の自由な意思決定が存在しないことが根拠となるため、旧準強制性交等・わいせつ罪に関する従来までの理解が敷衍されているという点で、整合的に説明しているといえる。

しかしその反面、実質説から本罪を見ると、本罪はあたかも本罪が旧準強制性交等・わいせつ罪から行為者と被害者に監護関係が認められる場合を抜き出しただけの犯罪となっており、本罪が新設された意義がほとんど認められないように思われる。

２．形式説

形式説は、被害者に対して保護者的地位にある「監護者」がその「影響力に乗じて」行った性交等・わいせつな行為については、類型的・一般的に被害者の同意が考えられないような状況であるため、当該被害者の同意の有無にかかわらず、被害者の意思に反する性交等・わいせつな行為と同等の可罰性を有すると判断することに特徴があり、当該被害者の意思決定を考慮せずとも、本罪の成立が肯定される[100]点で、実質説とは異なり、形式説には本罪が新設された意義を認めることができる。この見解は、被害者が性交等・わいせつな行為の相手方が監護者であることを認識していなければ、「類型的・一般的に被害者の同意が考えられないような状況」を欠くことになるため、睡眠事例については「乗じて」が否定されることになる。

本罪の保護法益を性的自己決定権と理解しつつ、その処罰範囲を親子関係に限定しようとする形式説の理解は、立案担当者の理解に最も親和的であると考えられる。

ただし、類型的に被害者の同意が考えられないような状況であれば、被害者の同意の有無にかかわらず本罪の成立を肯定するという構造は、事実上、同意不存在の擬制ないし推定を認めることになる[101]ため、その根拠については慎重に考える必要がある。例えば、保護者が日常的に被監護者を虐待している場合については、行為時点で仮に被監護者の同意があったとしても、被監護者の自由な意思決定が認められないことを根拠に本罪の成立を肯定することは可能であると考えられるが、保護者的地位にある者が 18 歳未満の者に対して、その影響力に乗じて行った性交等・わいせつな行為については、類型的・一般的に被害者の同意が考えられないような状況であるとして、割り切って理解することができるかについてはなお疑問の余地が残る[102]。

---

100 例外的に「乗じて」が否定されれば本罪の成立が否定されるが、それは被害者の意思決定に左右されるものではなく、監護者の影響力が遮断されているか否かという被害者の意思決定とは別の要素である。

101 これを批判的に指摘する見解として、三島聡「性犯罪に関する 2017 年刑法改正 強制性交等罪と監護者わいせつ・性交等罪をめぐって」刑弁 94 号（2018 年）67 頁。

102 例えば、嘉門優「法益論から見た強姦罪等の改正案」犯罪と刑罰 26 号（2017 年）30 頁以下は、18 歳未満の者には自律的な判断が可能な者とそうでない者がいることを考慮すると、18 歳未満の者としてまとめて 1 つの条文で規定するべきではないと指摘する。

これに関連して、形式説は被害者が睡眠中であれば「乗じて」を否定するところ、睡眠中の被害者に対して性交等・わいせつな行為を行うというのはまさに類型的・一般的に被害者の同意が考えられないような状況であって、それ以前においても旧準強制性交等・わいせつ罪として処罰されていたことに着目する必要がある。したがって、例えば、監護者が日常的に被監護者を虐待していた場合に、被害者が睡眠中であるかどうかで本罪の成否が分けられることなるが、いずれにせよ類型的・一般的に被害者の同意が考えられないような状況であるにもかかわらず、なぜ睡眠中でなければ本罪が成立し、睡眠中であれば旧準強制性交等・わいせつ罪が成立するとして区別されるのかについては疑問の余地が残る。

３．有力説

有力説は、本罪の保護法益に 18 歳未満の者の健全育成・成長を含めることを根拠に、本罪の主体である「監護者」を 18 歳未満の者の健全育成について保護責任の存在する親や親に準じる者に限定しており、「監護者」が親や親に準じる者に限定される根拠を整合的に説明している。また、被害者の同意に関係なく、本罪の成立が肯定される点に関しては、監護者の有する保護責任に反して、被害者の健全育成が阻害されていれば被害児童の同意の有無に関係なく同罪が成立するとして、同じく被害者の同意の有無にかかわらず犯罪が成立する児童淫行罪とパラレルに理解しており、この点についても整合的な説明がなされているといえる。

しかし、有力説においては、監護者が第三者に対して非監護者との性交等・わいせつな行為をあっせんし、第三者が被監護者を相手に性交を行った場合には、監護者が自ら被監護者と性交等・わいせつな行為をしていないことを根拠に、児童淫行罪が成立すると理解するが、監護者が被監護者の保護責任者的地位にある者として被監護者の心身の健全育成を保護する地位にあることからすれば、監護者が被監護者の心身の健全育成を阻害する行為に正犯的な関与をしているのならばむしろ本罪を成立させるべきであるように思われ、この点の整合性には疑問がある。他方、三者関係型における児童淫行罪においては、行為者が「現に児童を教育監護する立場」にある場合には、被害児童の淫行を阻止せず黙認するような場合についても児童淫行罪を成立させていることを考慮すると、本罪の主体を保護責任者的地位にある者と理解すると、第三者が被害者を相手に性交等・わいせつな行為を行うことを阻止せず黙認するような不作為犯的な犯行についても、監護者の有する保護責任に反していることを根拠に本罪の成立が肯定される余地がある。このように、本罪の主体を保護責任者的地位にある者と理解するとかかる不作為犯的な形態まで処罰する余地が生じる点に有力説の問題がある。

４．私見

行為者と児童（以下、18 歳未満の者・未成年者については「児童」に統一して表記する）が監護・被監護関係にある場合には類型的・一般的に被害者の自由な意思決定が存在しない

ことに着目して、本罪の主体を「監護者」に限定したという経緯が存在する以上、本罪の保護法益については性的自己決定権とするべきである。

ここで、児童の性的自己決定権と児童の健全育成の関係性について、性的自己決定権の侵害の有無は被害者の意思に反しているか否かによって左右される一方で、児童の健全育成に対する阻害の有無は被害者の意思に反するか否かに左右されないため、児童の性的自己決定権侵害と児童の健全育成阻害は全く無関係に存在するという理解もありうる。

しかし、児童が、性的自己決定権が侵害された状態で性交等・わいせつな行為の相手方となったという体験を経たことによって、心身ともに未熟な児童の健全育成に関して将来にわたって継続的に重大な悪影響を及ぼすことが確定的であることからすると、児童の性的自己決定権が侵害された場合には、事実的・間接的に児童の健全育成も同時に阻害されると理解するべきである。したがって、児童の性的自己決定権侵害と児童の健全育成阻害は全く無関係に存在するのではなく、本罪は児童の性的自己決定権を保護法益とすることで、事実上児童の健全育成も間接的に保護していると理解するべきである。

本罪においては事実上児童の健全育成が間接的に保護されるにすぎないため、児童の健全育成の阻害を根拠として本罪が成立するのではなく、性的自己決定権の侵害を根拠として本罪が成立する。

旧（準）強制性交等・わいせつ罪は児童を含む全ての者を被害者として捕捉するため、被害者を児童とする個別具体的な事案においては量刑判断において被害児童の健全育成を阻害したことを被告人に不利な情状として評価することで、事実上、児童の健全育成を間接的に保護することが可能であるが、同罪は類型的・一般的に健全育成を間接的に保護しているわけではない。したがって、ある行為が旧（準）強制性交等・わいせつ罪にも監護者性交等・わいせつ罪にも該当する場合は、事案の実態に即した解決方法という観点からは、類型的・一般的に児童の健全育成を間接的に保護する本罪を優先的に成立させるべきである。

本罪と児童淫行罪は保護法益が異なるため、両罪が成立する余地があり、その場合には両罪は観念的競合として一罪となる。ただし、本罪は性的自己決定権を保護するのみならず、事実上児童の健全育成も間接的に保護していることからすると、本罪で公訴を提起した上で、あえて重ねて児童淫行罪で公訴を提起する必要性は乏しいといえる。

第４章　若年者保護規定内の成立範囲の重なり合いに関する私見

第１節　はじめに

１．児童の性的自由保護と児童の健全育成保護の関係性について

刑法上の性犯罪の保護法益は性的自己決定権であり、児童淫行罪・条例上の淫行罪の保護法益は児童（青少年）の健全育成であって保護法益が異なる。性的自己決定権は、性的行為時点の意思侵害に着目する法益であって、被害者の意思に反する性的行為か否かが重要な役割を果たす一方で、児童の健全育成は、被害児童が不健全な性的行為を体験したことで、将来にわたって継続的に心身への悪影響を被る危険性が存在することに着目する法益であり、被害者の意思に反する性的行為か否かは問題とならず、両者には差異が存在する。もっとも、児童が、性的自己決定権が侵害された状態で性交等・わいせつな行為の相手方となったという体験を経ると、その児童には将来にわたって継続的に心身への悪影響を被る危険性が確定的に存在する。ゆえに、児童の性的自己決定権侵害と児童の健全育成阻害は全く無関係ではなく、児童の性的自己決定権が侵害されると、事実的・間接的に児童の健全育成も同時に阻害されるという関係性にある。

したがって、刑法上の性犯罪の保護法益は性的自己決定権であるが、被害者が児童である場合には、児童の性的自己決定権を保護することで間接的、事実的に児童の健全育成を保護していると理解するべきである。

２．児童淫行罪・条例上の淫行罪の裁判実務における運用の変遷

児童淫行罪は児童売春を処罰する趣旨で規定されたものであって、裁判実務においても、かつては専ら児童売春のあっせん者を被告人とする事件について児童淫行罪が適用されており、他方、条例上の淫行罪は非行少年・若者が青少年と性行為を行うことの重大性を認識しないまま、流されるまま無軌道に青少年と性行為を行うことを抑制し、非行少年・若者を保護・更生させる趣旨で規定されたものであって、裁判実務においても、かつては専ら非行少年・若者を被告人・行為者とする事件について条例上の淫行罪が適用されており、それぞれ裁判実務においては限定された事案に限って運用されていた。これらの事情を考慮すると、児童淫行罪・条例上の淫行罪は成人と比較して青少年の性的自由の保護を手厚くする、言い換えると、児童について「意思に反して」メルクマールを特別に緩やかに理解する趣旨で規定されたわけではない。また、「意思に反して」メルクマールの解釈にブレが存在していることによって生じる、犯罪の成否のブレという問題についてその間隙を埋める趣旨で規定されたわけでもないと理解される。

しかし、近時の裁判実務においては、専ら教師・スポーツ等の指導者がその生徒と性行為に至ったという事件について児童淫行罪が適用されており、条例上の淫行罪においては様々なシチュエーションにおける青少年を相手方とする性行為について幅広く適用されている。そのため、近時の裁判実務は、刑法上の性犯罪として公訴提起した場合に「暴行・脅迫」「心神喪失・抗拒不能」を立証することが困難であり、また、「意思に反して」メルクマ

ールにもブレが存在しているために、犯罪不成立となる可能性のある事案について、刑法上の性犯罪よりも法定刑の軽い児童淫行罪・条例上の淫行罪を適用するという運用（いわゆる「受け皿構成要件」的な運用）がなされているものと考えられる。さらに、児童淫行罪と条例上の淫行罪の関係性についても、前者が「淫行させる」と規定し、「淫行する」と規定する後者よりも淫行に対する働きかけの強い類型を捕捉していることからすると、条例上の淫行罪には児童淫行罪の「受け皿構成要件」的な側面存在している。

３．刑法上の性犯罪と児童淫行罪・条例上の淫行罪の優劣関係

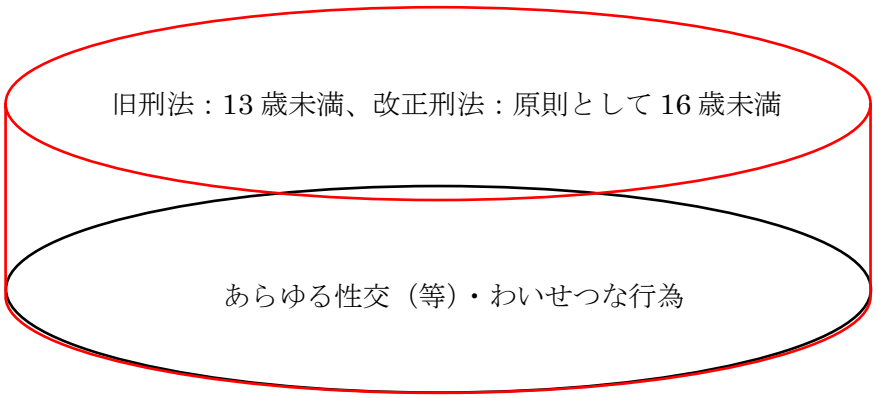
刑法上の性犯罪と児童淫行罪・条例上の淫行罪はそれぞれ保護法益が異なっているため、犯罪の適用に優劣関係が存在しないように思われるが、⑴被害者が児童である場合、刑法上の性犯罪は性的自由を保護するのみならず、間接的に児童の健全育成を保護している点、⑵現在、児童淫行罪については刑法上の性犯罪の「受け皿構成要件」的な運用、条例上の淫行罪については刑法上の性犯罪・条例上の淫行罪の「受け皿構成要件」的な運用願されている点を考慮すると、まずは刑法上の性犯罪の成否を検討した上で、「意思に反して」メルクマールを充足する場合には、優先的に刑法上の性犯罪が成立し、「意思に反して」メルクマールを充足しない場合には、劣後的関係にある児童淫行罪・条例上の淫行罪の成否が検討されるという関係性にあると理解するべきであり、実際に、裁判実務においてもそのような運用がなされていると考えられる。

ただし、刑法上の性犯罪と児童淫行罪・条例上の淫行罪は保護法益が異なるため、刑法上の性犯罪と、「受け皿構成要件」である児童淫行罪・条例上の淫行罪は同時に成立する余地があり、両罪は観念的競合として一罪となる。

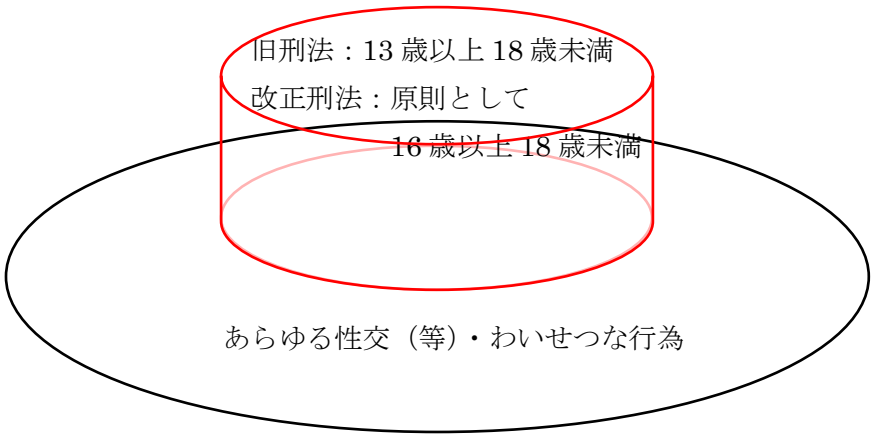
第 2 節　絶対的保護年齢に該当する者の保護

絶対的保護年齢に該当する者（2023 年改正前刑法（以下、「旧刑法」とする）下では 13 歳未満の者、2023 年改正刑法（以下、「改正刑法」とする）下では原則として 16 歳未満の者）が被害者である場合について、旧刑法 176 条後段・177 条後段（新刑法 176 条 3 項・177 条 3 項）があらゆる性交（等）・わいせつな行為を処罰対象としていることからすると、絶対的保護年齢に達しない者を被害者とするあらゆる性交（等）・わいせつな行為がなされた場合には、同条が優先的に適用される（ただし、保護法益の異なる児童淫行罪・条例上の淫行罪が同時に成立する可能性は存在する）ため、ある事案についてどの犯罪が適用されうるかという問題は生じづらいといえる＜図 1 も参照のこと＞。そのため、以下では若年者（＝相対的保護年齢に該当する者、すなわち旧刑法下では 13 歳以上の者、新刑法下では 16 歳以上の者ならびに行為者との年齢差が 5 歳未満の 13 歳以上 16 歳未満の者）に該当する者を被害者とする性犯罪が行われた場合を念頭に、どの犯罪が適用されうるかという問題について検討・分析する＜図 2 も参照のこと＞。

＜図 1＞絶対的保護年齢に該当する者を被害者とする性犯罪と刑法の適用状況



＜図 2＞若年者を被害者とする性犯罪と刑法の適用状況



第 3 節　かつての刑法上の性犯罪の理解

若年者を保護する性犯罪の重なり合いを検討するにあたって、まずはほとんどの地域で条例上の淫行罪が規定される昭和 50 年代以前を念頭に置いた刑法上の性犯罪の理解について概観する。

刑法上の性犯罪はわいせつ物頒布等罪（175 条）のような風俗犯と同じ章の中で規定されており、立法当初は、その条文の位置から社会的法益に対する罪と解したものと考えられるが、既に現行刑法制定直後の学説において、例えば大場茂馬は「元来人は自己の意思によって活動する自由を有しており、男女の交際すなわち性交に関しても同様であるところ、この自由が侵害される場合に性交の自由を侵害する犯罪が成立することになる。」[1]として、個人の性的自由ないし性的自己決定権に対する罪であることについては指摘されていた。しかし、保護法益が性的自由であることが確立された後も、それが具体的にいかなる自由であるかについては具体的に議論されるようになる以前[2]については、大場茂馬が示した「自己の意思によって性的活動を行う自由」を敷衍するような意義、例えば「誰と、いつ、どこで、いかなる性的行為をするかをみずから決定する自由」（以下、「性的行為を自ら自由に決定する権利」とする）[3]と理解する見解が一般的であったように思われる。

刑法上の性犯罪の保護法益は「性的行為を自ら自由に決定する権利」であるという理解が確立すると「意思に反して」性的行為が行われていれば保護法益の侵害が認められるため、刑法上の性犯罪の成否を決するメルクマールは「意思に反して」であると理解されることになる。行為者の性的意図は強制わいせつ罪における成立要件として必要であるとする最高裁判決[4]に対しては、「強制わいせつ罪の保護法益が個人の性的自由であることを前提に、客観的に性的自由が侵害されれば性的意図の有無にかかわらず保護法益の侵害が認められる」ことを根拠に多くの学説がこれを批判したが、この学説の批判はまさに、行為者の性的意図の有無にかかわらず「被害者の意思に反して」メルクマールは充足され、保護法益である「性的行為を自ら自由に決定する権利」への侵害も認められるという理解から生まれた帰結であると考えられる。

刑法上の性犯罪の保護法益を「性的行為を自ら自由に決定する権利」と理解した上で、「意思に反して」メルクマールでその成否を判断することは基本的に妥当な帰結を生じさせるものであるが、そのように理解することによる弊害や問題点も存在したと考えられる。

それは、刑法上の性犯罪のメルクマールが「意思に反して」であるという前提に立ったと

---

1 大場茂馬『刑法各論 上巻』（巌松堂、1911 年）341 頁以下。ただし、その罪質として社会の風俗に対する罪であることを排斥してはおらず、その保護法益として社会的法益も認められることも首肯している。

2 刑法上の性犯罪を単に性的自由であると理解するのでは足りず、それがいかなる自由であるかを具体的に議論すべきであることを指摘した嚆矢となる論文として、辰井聡子「『自由に対する罪』の保護法益」岩瀬徹＝中森喜彦＝西田典之編『刑事法・医事法の新たな展開上巻 町野朔先生古稀記念』（信山社、2014 年）411 頁以下がある。

3 平川宗信『刑法各論』（有斐閣、1995 年）192 頁以下。

4 最一小判昭和 45 年 1 月 29 日刑集 24 巻 1 号 1 頁

しても、いかなる場合に「意思に反して」が肯定されるかについては解釈によって差異が生じうるという問題点（以下、(「意思に反して」メルクマールの)「解釈のブレの問題）とする）である。例えば、外見上（あるいは行為者に対して）意思に反していることが明らかでなければ「意思に反して」メルクマールを充足しないと解釈する余地があり、その場合には性的行為に対する被害者の抵抗があって初めて「意思に反して」が肯定されるとして非常に限定的に「意思に反して」メルクマールを理解することになる。他方、外見上被害者の意思に反していることが明らかではないが、内心では性的行為を拒否していたという事案について「意思に反して」メルクマールが充足されると解釈する余地があり、その場合には非常に緩やかに「意思に反して」メルクマールが理解されることになる。このように「意思に反して」メルクマールは解釈にブレのある基準であるため、被害者が性的行為を行うことについて内心嫌だと思っていることで「意思に反して」メルクマールが充足されるという解釈もあれば、被害者が性的行為について抵抗していることが認められて初めて「意思に反して」メルクマールが充足されるという解釈もありうることに留意する必要がある。

もっとも、実際に具体的事案について、刑法上の性犯罪の成否を決する「意思に反して」メルクマールを充足するか否かを判断する際には、旧刑法 176 条前段・177 条前段については「暴行・脅迫」、旧刑法 178 条については「心神喪失・抗拒不能」の文言の中でそれぞれ判断されることになるところ、特に「暴行・脅迫」は行為者側の行為に関する成立要件であるため、「意思に反して」メルクマールを行為の視点で把握し直す必要がある。すなわち、旧 176 条前段・177 条前段は「暴行・脅迫」を成立要件とするところ、刑法上の性犯罪の保護法益は「性的行為を自ら自由に決定する権利」であって、そのメルクマールは「意思に反して」であるという理解と結びつくと、「暴行・脅迫」は「『(被害者の) 意思に反する』程度の暴行・脅迫」の要件として把握し直されることになる。

このように「意思に反する」性交・わいせつな行為と「暴行・脅迫」を用いて行われた性交・わいせつな行為はコインの裏表の関係にあるため、仮に被害者の抵抗を抑圧する程度の暴行・脅迫が『(被害者の) 意思に反する』程度の暴行・脅迫」であると理解した場合、被害者が内心では嫌だと思いつつ性交・わいせつな行為がなされた事案については「意思に反して」メルクマールが充足されないので、旧強姦・強制わいせつ罪が成立しないことになる[5]。

---

[5] したがって、仮にこの事案について旧強姦・強制わいせつ罪が成立しないという結論の非妥当性を問題とするならば、その非妥当性の要因は、「暴行・脅迫」要件ではなく、内心では嫌だと思っていたにもかかわらず「意思に反して」メルクマールが充足されないことにあるといえよう。これに関連して、井田良「性犯罪規定の改正についての覚書」慶應法学 31 号（2015 年）52 頁は、(当時) 強姦・強制わいせつ罪から暴行・脅迫要件を削除することについては慎重に検討するべきであるという立場から、「判例実務の感覚では、意思に反すること（性交に関する合意が否定されること）と最狭義の暴行・脅迫の存在はイコール」であって、判例実務においては「「性交の合意はないが、強姦のそれより軽度の暴行・脅迫は存在する」という事例が想定されてこなかった」と指摘する。

『意思に反する』程度の暴行・脅迫とはいかなる程度かという問題について、最高裁は「相手方の抗拒を著しく困難にならしめる程度のものであることを以て足りる」[6]ことを示した。最高裁は、「暴行・脅迫」は被害者が抗拒不能に陥る程度のものであるという被告人側主張を排斥した上で、かかる判断を下していることからすると、「暴行・脅迫」について強度の暴行・脅迫を要求していないようにも思われる。他方で、被害者が著しく抗拒困難であることが外見上明らかである程度に強度の暴行・脅迫を必要とするという判断を下したと理解することも不可能ではなく、その場合には結局、被害者の抵抗を排除するに足る程度の強度の暴行・脅迫が必要であるとの理解に帰することになる[7]。

その後、最高裁は「その暴行または脅迫の行為は、単にそれのみを取り上げて観察すれば右の程度（筆者補注：相手方の抗拒を著しく困難にならしめる程度）には達しないと認められるようなものであつても、その相手方の年令、性別、素行、経歴等やそれがなされた時間、場所の四囲の環境その他具体的事情の如何と相伴つて、相手方の抗拒を不能にし又はこれを著しく困難ならしめるものであれば足りると解すべき」[8]と判示した上で「そして原判決の判示するところも、被告人等 3 名が原判決が判示するような善良純真な少女である本件被害者に対し、深夜他に人気のない判示校庭、附近の公園等の環境を背景にして、同女の身辺につきまとつてその帰宅を妨げるため逮捕監禁の手段にも等しい判示暴行行為をなしていると同時に、被告人等 3 名の集団的な威力により場合によつては相手方の生命身体等に危害を加えるかも知れないという脅迫的態度を暗示して脅迫した事実を認めることができ、本件被害者はこの暴行脅迫によつて恐怖のあまり抗拒不能に陥りついに…姦淫の被害を受けるに至つたものと認められるとした趣旨である。されば、原判決の判示には、所論のように、強姦罪における暴行脅迫が相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度のものでなくともよいとの挙示の判例に相反する判断は少しも示されていないのである。」と述べて、被告人側主張を排斥し、旧強姦（致傷）罪の成立を肯定した。

同判決は、被害者に向けられた暴行・脅迫それ自体が一般的に著しく抗拒困難であることが認められる程度の暴行・脅迫である場合に限定して「暴行・脅迫」を肯定するのではなく、当該被害者にとって著しく抗拒困難であることが認められる程度の暴行・脅迫であれば「暴行・脅迫」を肯定するべきであるとした点に意義が存在する。また、「暴行・脅迫」を判断

---

[6] 最判昭和 24 年 5 月 10 日刑集 3 巻 6 号 711 頁。第 1 審判決ならびに原判決については公刊物未登載であり、アクセス不可能である。問題となった事案がいかなる事案であったかについても明らかではない。

[7] 旧強姦罪の保護法益として「性的自由ないし貞操」を挙げる学説・裁判例（例えば、盛岡地判昭和 32 年 6 月 6 日高刑集 11 巻 4 号 149 頁）も存在していたところ、保護法益に「貞操」を含めると、「女性には意思に反した性的行為について抵抗するという貞操観念が存在する」という前提の上で「暴行・脅迫」を判断することになるため、被害者の抵抗を排除する程度の「暴行・脅迫」を必要とするという理解とより結びつきやすくなると考えられる。

[8] 最判昭和 33 年 6 月 6 日集刑 126 号 171 頁。第 1 審判決ならびに原判決については公刊物未登載であり、アクセス不可能である。

する上では相手方の事情や性交が行われた状況を含めた具体的事情を考慮するべきであるとした点や、問題となった事案について被害者が恐怖に陥ったという被害者の心理状態が考慮されていることからすると、当該被害者にとって著しく抗拒困難な心理状態に陥った程度の暴行・脅迫があれば「暴行・脅迫」として足りるという判断を下したと理解することも不可能ではない。もっとも、問題となった事案について「本件被害者が善良純真な少女である」ことが考慮されていることからすると、当該被害者に性交の経験があるという事情や性風俗業に従事していたという事情が存在する場合には、その被害者が著しく抗拒困難であるといえる程度に強度の暴行・脅迫を必要であるなどとして、被害者の素行や経歴を「暴行・脅迫」のハードルを高める事情として理解することも不可能ではない。

このように、最高裁は『意思に反する』程度の暴行・脅迫とはいかなる程度かという問題について、当該被害者の抗拒を著しく困難にならしめる程度であれば足りるとしていることからすると「意思に反して」メルクマールについてある程度緩やかに理解する趣旨であったと推測されるが、他方、同じ判示を根拠として「意思に反して」メルクマールを厳格に理解することも不可能ではなく、各裁判体の解釈によって処罰範囲が変化しうる危険性を有していたと考えられる。

「意思に反して」メルクマールは、刑法上の性犯罪の保護法益を「性的行為を自ら自由に決定する権利」とする理解から導かれているため、被害者側が性的行為をするかしないかに関する決定を下していないにもかかわらず行為者側から一方的に性的行為がなされた場合（以下、「意思決定不存在事案」とする）については、「意思に反して」メルクマールが充足されやすい傾向がある。

意思決定不存在事案は主として旧準強姦・強制わいせつ罪において捕捉される。意思決定不存在事案の典型例としては、被害者が精神の障害により正常な判断能力・自己決定能力を欠く場合[9]や被害者が睡眠中に性的行為が行われた場合[10]が挙げられるところ、「心神喪失・抗拒不能」に該当することは明らかであるため、裁判実務においても旧準強姦・強制わいせつ罪を成立させることについては、争いはなかったと考えられる。

また、意思決定不存在事案には、被害者の不意を突いていきなりわいせつな行為を行う、いわゆる唐突型事案が挙げられるところ、裁判実務においては早くから唐突型事案について旧強姦・強制わいせつ罪を成立させており、例えば、大判大正 14 年 12 月 1 日刑集 4 巻 743 頁は、歯の治療中、安静に横臥していた被害者の陰部膣内に指を挿入した事案について「暴行行為自体がわいせつ行為と認められる」ことを根拠に、当該行為は「同女の意思に反しその陰部膣内に指を挿入する」ものであるとして、強制わいせつ罪の成立を認めている。

---

9 例えば、福岡高判昭和 41 年 8 月 31 日高刑集 19 巻 5 号 575 頁は被害者（14 歳）を相手に性交したという事案であるところ、「被害者は当時正常な判断力を有せず、特に外部からの影響を蒙り易い強度の精神薄弱（痴愚）の状態にあつたものというべきであり、同女が本件姦淫について通常の社会生活上信頼され得る同意を与えたとは到底認められない」ことを根拠に準強姦罪を成立させている。

10 例えば、大判大正 13 年 11 月 7 日刑集 3 巻 783 頁。

他方、一応被害者が性的行為をするという決定を下しているものの、被害者の意思決定の過程に瑕疵が生じており、行為者がその瑕疵を生じさせるような言動を行っている場合（以下、「瑕疵ある意思決定事案」とする）について、いかなる場合に「意思に反して」メルクマールが充足されるかが問題となる。

このような瑕疵ある意思決定事案については主として準強姦・強制わいせつ罪で捕捉されることになる。このとき、「抗拒不能」に関しては、畏怖・困惑・欺罔などにより被害者が性的行為に応じた場合も含まれるという理解がなされていたが、相手方の抗拒を著しく困難にならしめる程度でなければ、「意思に反する」メルクマールを充足させる程度の暴行・脅迫とはいえないという理解が旧強姦・強制わいせつ罪における「暴行・脅迫」に存在する以上、畏怖・困惑・欺罔によって、「暴行・脅迫」と同様に相手方の抗拒を著しく困難にならしめる程度に被害者が抗拒困難な状態に陥ったことが必要であるとされた[11]。

このように「暴行・脅迫」と「抗拒不能」は、どちらも相手方の抗拒を著しく困難にならしめる程度を要求するという理解に立つと、「抗拒不能」の理解についても「暴行・脅迫」と同様に「意思に反して」メルクマールの解釈のブレの問題が生じうる。例えば、岡山地判昭和 43 年 5 月 6 日下刑集 10 巻 5 号 561 頁は、被告人がその家族も同居する被害者宅に宿泊した際に、就寝中の被害者（15 歳）に抱き付き「これであんたは妊娠した。」「処女膜を破って痛くなくなったら子供ができないことになるから僕が処女膜を破ってやる」などと虚偽の事実を申し向け、性関係に全く無知である被害者を誤信させた上で姦淫したという事案であったところ、「同人の欺罔により同女が強く意思決定に制約を受けたとも認められず、…拒否することが「不能」もしくは著しく困難であつたと認めるにはあまりにも外形的な情況が欠けており、とうてい「抗拒不能」の状態にあつたということはできない」と判示し、旧準強姦罪の成立を否定した。

同裁判例においては、被害者の意思決定を強く制約する程度の欺罔が肯定される場合に限って「抗拒不能」が肯定されるという理解を示した上で、問題となった事案について「抗拒不能」を否定するところ、その背景には、大きな不利益を被るリスクが存在し、そのリスクを避けるためには行為者の性的行為を受け入れるしか選択肢がないという程度の誤信がなければ、被害者が著しく抗拒困難な状態、すなわち「抗拒不能」が肯定されないという理解が存在していると考えられ[12]、「意思に反して」メルクマールがかなり限定的に理解されている[13]。

---

11 例えば、平川・前掲注(3)202 頁。

12 同裁判例においては、「この年令になれば一応女性の本能として意思に反した姦淫あるいはそれに近接する行為を拒絶するという貞操観念を有するものと認められること」や、被告人から虚偽の事実を申し向けられた際に「他の行動を考える精神的余裕を喪失するほどひどく同女が驚愕狼狽したという事実も認められない」ことを根拠に「抗拒不能」が否定されていることを考慮すると、「行為者の性的行為を受け入れるしか選択肢がないという程度の誤信」が存在しないことを根拠に「抗拒不能」を否定したと考えられる。

13 比較的古い裁判例においても既に、（偽）医者が被害者に対して病気やその危険性があ

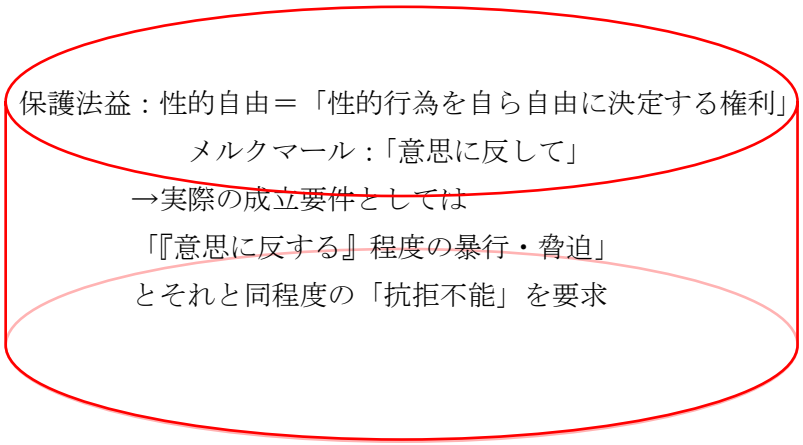
他方、東京高判昭和 56 年 1 月 27 日刑月 13 巻 1・2 号 50 頁は芸能プロダクションの実質的経営者が、モデル志望の被害者ら 3 名（16 歳を含む）に対し、「写真を撮るから裸になれ。…度胸がないと一流のモデルにはなれない。…」などと申し向けて全裸になることを要求し、同女を全裸にさせたうえ、写真撮影をし、さらに、被害者らが全裸で被告人と 2 人きりの密室内にいることに乗じて、陰部を撫でまわすなどのわいせつな行為をしたという事案であるところ、「被告人は相当額の入会金を支払つて所属契約を結びモデルとして売り出してもらうことを志望していた被害者らについて、その希望を実現させることのできる当該プロダクションの実質的経営者の地位にあつたという被告人と被害者らとの地位関係、被害者らの若い年齢や社会経験の程度、被告人の言うことを信じそれに応じなければモデルとして売り出してもらえないと考えた被害者らの誤信状況などを総合すれば、社会一般の常識に照らし、被告人の全裸になつて写真撮影されることもモデルになるため必要である旨の発言等は被害者らをそのように誤信させ、少くとも心理的に反抗を著しく困難な状態、換言すれば前示抗拒不能に陥らせるに十分であり、その結果被害者らはその状態に陥つて全裸になつたものであり、また被害者らが全裸になつて被告人と二人きりで密室内にいる状態が抗拒不能の状態と解すべきことも重ねていうまでもない」と判示して、旧準強制わいせつ罪の成立を肯定した。

この事案においては、モデルになるという利益を獲得するチャンスが存在し、そのチャンスを得るためには全裸での写真撮影に応じる必要があるという誤信が被害者に存在しているところ、同裁判例はその程度の誤信であっても被害者が著しく抗拒困難な状態、すなわち「抗拒不能」を肯定するに足るという判断を示しており、「意思に反して」メルクマールが比較的緩やかに理解されている。

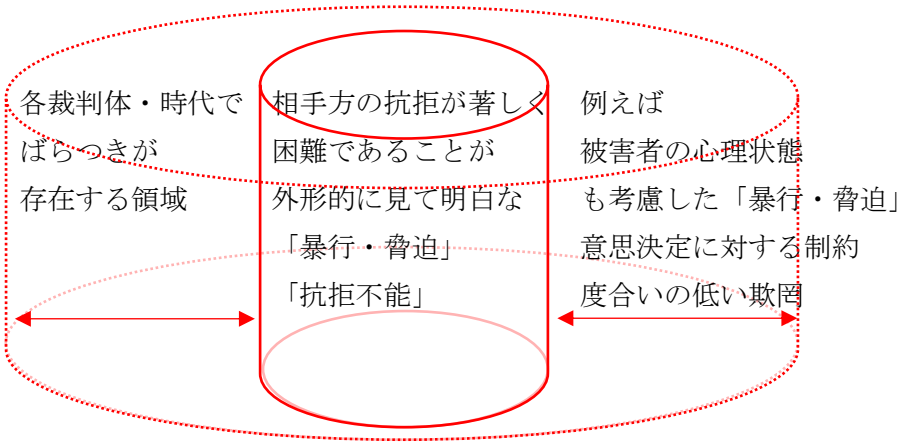
以上のように、刑法上の性犯罪の保護法益は性的自由であって、「意思に反して」いる場合には刑法上の性犯罪が成立するという理解は比較的古くから存在していたところ、「意思に反して」メルクマールは柔軟性の問題があり、保護範囲を広げることも可能であるが、他方で「意思に反して」メルクマールを「意思に反して」いることが外形的に明白である場合（例えば、被害者の抵抗がある場合）に限定することも可能であり、「意思に反して」メルクマールは時代や裁判体によってばらつきが存在するメルクマールであった＜以下、図 3～図 5 も参照のこと＞。

ると虚偽の事実を申し向けた上で、治療のために必要であると欺罔して性交・わいせつな行為を行った事案について旧準強姦・強制わいせつ罪を成立させているケースが複数存在する（例えば、大判大正 15 年 6 月 25 日刑集 5 巻 285 頁、名古屋地判昭和 55 年 7 月 28 日刑月 12 巻 7 号 709 頁）ことからすると、被害者の意思決定を強く制約する程度の欺罔である場合に限って「抗拒不能」が肯定されるという理解に立ったとしても、治療を受けなければ病気になるかもしれないという不安を作出させるような欺罔について「抗拒不能」を肯定することは可能であると考えられる。

＜図 3＞昭和 50 年代以前を念頭に置いた刑法上の性犯罪の理解



＜図 4＞「意思に反する」メルクマールの解釈のブレの問題



第 4 節　若年者保護規定における処罰範囲の重なり合いの変遷

第 1 項　昭和 60 年判決時点の状況

1951 年に和歌山県で初めて青少年健全育成条例上に条例上の淫行罪が規定されたのを皮切りに、他の地域においても、青少年健全育成条例が制定され、同様の規定が設けられることになった。その動きは昭和 50 年代に全国的となり、昭和 52 年の時点では 20 の地域において条例上の淫行罪が規定されていたところ、昭和 60 年の時点では長野・東京・千葉以外の 44 の地域で規定されるに至った。

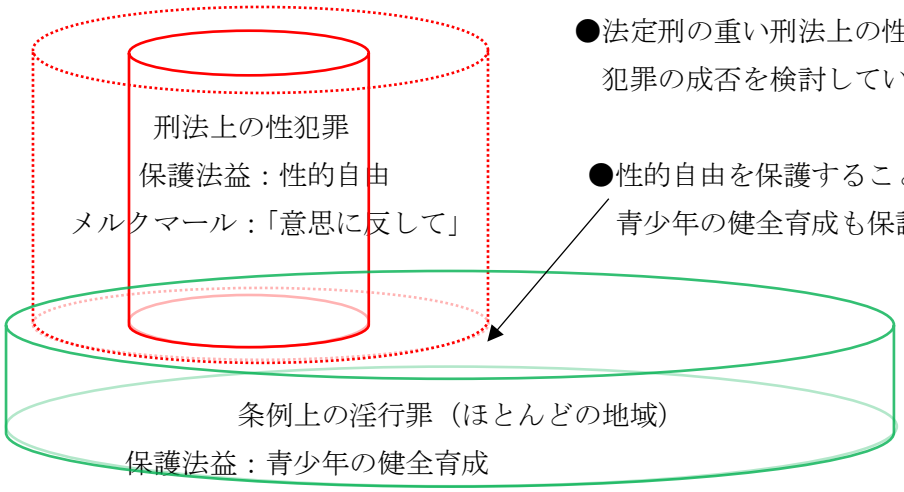
条例上の淫行罪の保護法益は青少年の健全育成であって、それは青少年健全育成条例の趣旨・目的規定においても明示されているところ、刑法上の性犯罪の保護法益である性的自由とは全く違う保護法益として理解されている。また、各地域で条例上の淫行罪が規定された背景には、非行少年および淫行の相手方となった青少年の補導・保護、また、青少年の売春の相手方となる行為（買春）を規制する目的が主たるものであったと考えられる。また、条例上の淫行罪に関して初めて最高裁による判断が下された昭和 60 年判決以前のアクセス可能な裁判例の多くは、現在ほとんどの地域で適用対象外となっている 18 歳未満の者を行為の主体とする少年事件であることが特徴的である。

このように条例上の淫行罪は、成人と比較して青少年の性的自由の保護を手厚くする、言い換えると、青少年については「意思に反して」メルクマールを特別に緩やかに理解する趣旨で規定されたわけではなく、また、「意思に反して」メルクマールの解釈のブレの問題を解消し、犯罪の成否にばらつきが生じうるような事案についてその間隙を埋める趣旨で規定されたわけでもない。しかし、条例上の淫行罪にその間隙を埋める役割を担わせる余地は存在し、実際にも結果として間隙を埋める役割を果たしていた可能性がある。

例えば、被害者に虚偽の事実を申し向けたことで、被害者がそれを真実だと誤信した状態にあることに乗じて性的行為を行う欺罔類型のうち、利益を獲得するチャンスが存在し、そのチャンスを得るためには性的行為に応じる必要があるという程度の誤信が被害者に存在する事案については、「意思に反して」メルクマールを充足するか否かの判断には各裁判体でばらつきが存在しえ、処罰の間隙が生じうるところ、条例上の淫行罪は欺罔を含む、青少年が心身ともに未成熟であることに乗じた不当な手段により行われた性交・わいせつな行為を処罰対象とするため、その間隙を埋める役割を果たす余地が存在する。

ただし、条例上の淫行罪は「意思に反して」いるか否かに関わらず、単に不当な手段を用いることで成立する犯罪であり、例えば自らの職業や年齢といった身上に関して被害者を惹きつけるような虚偽の事実を申し向ける場合（例えば、実際は無職であるにもかかわらず青年実業家であると欺罔する場合が考えられる）も不当な手段に該当する。条例上の淫行罪は、このように性的行為を行うことを決定する際の動機に影響を及ぼすような欺罔についても犯罪を成立させるものであり、その法定刑も軽いところ、欺罔と性的行為を行うか否かの決定に直結する欺罔をこの欺罔事案と同視して条例上の淫行罪を成立させることには被害の実体から見て問題を有していたと考えられる。

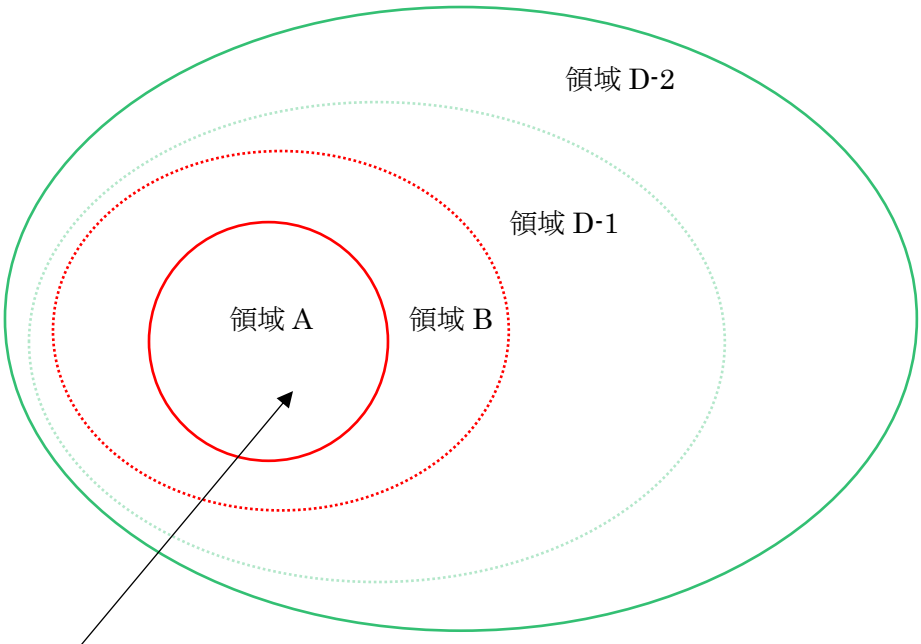
＜図 5＞昭和 60 年判決時点の状況を示したモデル図



●法定刑の重い刑法上の性犯罪から
犯罪の成否を検討していく

●性的自由を保護することで結果として
青少年の健全育成も保護される

＜図 5-1＞図 5 を上から見た図



●複数罪の成立範囲が重なる部分についてはいずれの犯罪も適用される余地があって、
また、保護法益が異なる限りにおいて複数罪成立する余地があるが、
成立範囲が狭い犯罪から優先的に成立させるべきである。

ある法益侵害行為について犯罪の成否を検討するにあたっては、まずは、法定刑が一番重い犯罪の成否から検討する必要があるところ、刑法上の性犯罪と条例上の淫行罪の関係性については、まずは刑法上の性犯罪の成否を検討した上で条例上の淫行罪の成否を検討する必要がある。次に、刑法上の性犯罪は性的自由を保護法益としつつ、結果として間接的に青少年の健全育成を保護することになるため、両罪は全く無関係に存在するわけではなく重なり合いが存在する。この関係性について、それぞれの犯罪を円柱で表現することにより図示したものが図 5 であり、各犯罪の成立範囲がいかなる関係性となっているかを視認しやすくするために図 5 を俯瞰して二次元的に示したのが図 5-1 である。

「意思に反して」メルクマールを充足する場合（領域 A・領域 B）には刑法上の性犯罪が成立する。このとき、刑法上の性犯罪が性的自由を保護することで、結果として間接的に児童の健全育成も保護する関係にあるため、刑法上の性犯罪を適用するのではなく、条例上の淫行罪を適用する余地があり、また、両罪を成立させたうえで観念的競合として一罪とする余地もあるが、成立範囲を限定的に定めている刑法上の性犯罪を優先的に成立させるべきである。

領域 A（実線赤円の内側の領域）は、「意思に反して」メルクマールを厳格に理解したとしても、なお刑法上の性犯罪として捕捉される領域である。領域 A には、被害者の外形的な抵抗を排除する程度の強度な暴行・脅迫がなされた事案、意思決定不存在事案（唐突型事案・睡眠事案・睡眠事案）、性的行為に応じることが不利益を回避するための唯一の選択肢だと誤信する程度の強度な欺罔がなされた事案が含まれる。

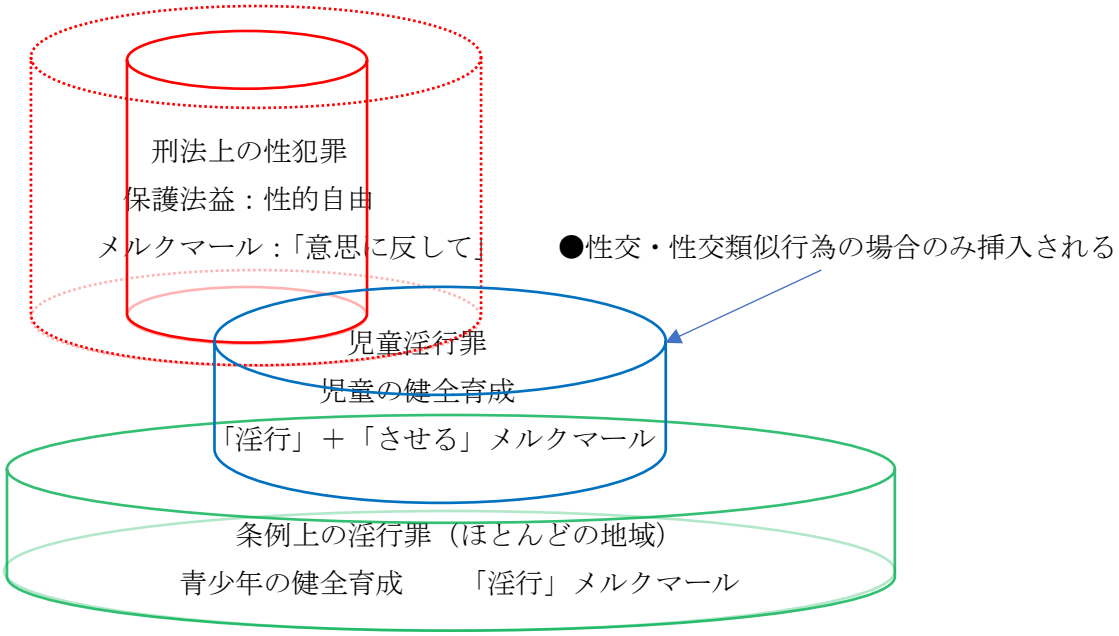
領域 B（実線赤円の外側かつ点線赤円の内側の領域）は、裁判体や時代によって「意思に反して」メルクマールの解釈にブレが存在しうる領域であって、「意思に反して」メルクマールを緩やかに理解した場合に刑法上の性犯罪として捕捉される領域である。領域 B には、当該被害者にとって著しく抗拒困難な心理状態に陥らせる程度の暴行・脅迫がなされた事案、性的行為に応じることが利益を獲得するためのチャンスを得るために必要だと誤信する程度の欺罔がなされた事案が含まれる。なお、刑法上の性犯罪が成立しないと理解したとしても、条例上の淫行罪における第 1 類型の「威迫・困惑・欺罔」に該当するとして、条例上の淫行罪を補充的に成立させる余地が存在する。

領域 D は「淫行」のメルクマールを充足させる領域であって、この領域に含まれる場合に条例上の淫行罪が成立する。「淫行」メルクマールは、青少年の心身の未成熟であることに乗じた不当な手段を用いた性的行為をした場合（第 1 類型）、青少年を専ら性欲充足目的の対象として扱う性的行為をした場合（第 2 類型）に充足されるところ、青少年が心身ともに未成熟であることに乗じた不当な手段を用いて青少年を相手方とした性的行為は、青少年を専ら性欲充足目的の対象として扱う性的行為でもあるため、第 2 類型は第 1 類型を包含することになる。領域 D-1（点線赤円の外側かつ点線緑円の内側の領域）は、条例上の淫行罪（第 1 類型）が成立する固有の領域であり、「意思に反して」いるか否かに関わらず、青少年が心身ともに未成熟であることに乗じた不当な手段を用いて青少年を相手方とした

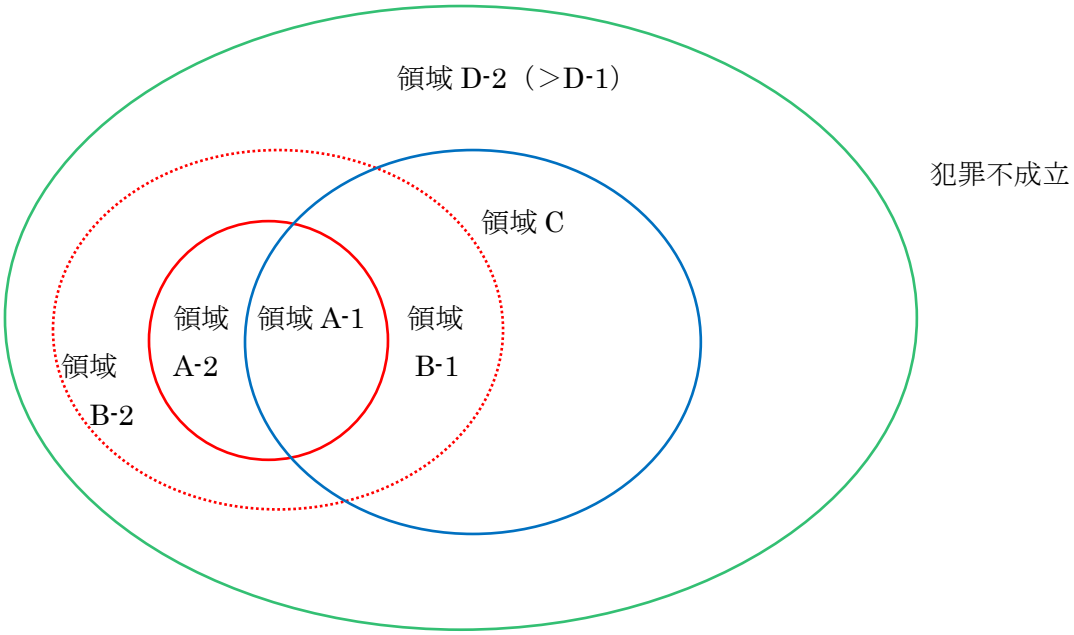
性的行為をした場合を広範に捕捉する。その具体的事案として例えば、年齢・職業などの身上を被害児童にとって魅力的なものに偽った上で性的行為に至った事案が考えられる。領域 D-2（点線緑円の外側かつ実線緑円の内側の領域）は、条例上の淫行罪（第 2 類型）が成立する固有の領域であり、「意思に反して」いるか否かに関わらず、青少年を専ら性欲充足目的の対象として扱う性的行為をした場合を広範に捕捉する。領域 D-2 に含まれる具体的事案としては、例えば、二重交際であることを青少年に隠した上で性的行為に至った事案や、相手方が妊娠した場合にはその相手方の生活を補助し、また生まれてくる子を養育する意思がないにもかかわらず避妊の措置をとらずに性交する事案が挙げられる。

第 2 項　平成 10 年決定以降の状況

＜図 6＞平成 10 年決定以降の状況を示したモデル図



＜図 6-1＞図 6 を上から見た図



平成 10 年決定において二者関係型にも児童淫行罪が適用される余地が認められたところ、青少年を相手方に淫行を行った場合を捕捉する条例上の淫行罪との差異が問題となった。このとき、児童淫行罪は児童の健全育成を保護法益とする点、および児童との「淫行」を処罰対象とする点では条例上の淫行罪と共通点が存在するところ、「させる行為」という文言が用いられている点で相違点が存在する。そのため、児童淫行罪においては条例上の淫行罪における「淫行」メルクマールが充足されることを前提として、さらに「させる」メルクマールが充足される必要がある。

「させる行為」に関しては平成 28 年決定において昭和 40 年決定において既に示された定義と同様の定義が改めて示され、「させる行為」を肯定するにあたっては、様々な事情を総合考慮して判断すべきであることが示されたところ、いかなる場合に「させる」メルクマールが充足されるのかという点については明らかにはされなかった。もっとも、裁判実務において、親・教師・スポーツ等の指導者が 18 歳未満の子・生徒・教え子を相手と淫行に至った事案に児童淫行罪を成立させるような運用がなされていることからすると、被告人と被害児童に一定の地位・関係性が存在し、それに基づく影響力の下で「淫行」に至った場合に条例上の淫行罪との差異を生み出す「させる」メルクマールが充足され、児童淫行罪が成立することになる。

以上を踏まえて、平成 10 年決定以降における刑法上の性犯罪・児童淫行罪・条例上の淫行罪の重なり合いについて見ていくと（図 5 および図 5-1 も参照のこと）、「意思に反して」メルクマールを充足する場合（領域 A・領域 B）には刑法上の性犯罪が成立する。このとき、間接的・事実的に児童の健全育成も侵害することになるため、被告人と被害児童に一定の地位・関係性が存在する場合には児童淫行罪（領域 A-1・領域 B-1）、そうでない場合でも条例上の淫行罪（領域 A-2・領域 B-2）が成立する余地があるが、どちらについても優先的に刑法上の性犯罪が適用される。なお、どちらについても両罪を成立させることが可能であり、その場合は両罪の保護法益が異なるため、観念的競合として一罪となる。また、「淫行」メルクマールを充足する場合（領域 D）についてはそれ以前と同様に条例上の淫行罪が成立するところ、さらに「させる」メルクマールを充足させるような一定の地位・関係性が存在する場合には、児童淫行罪が成立し（領域 C）、これが優先的に適用される（なお、児童淫行罪と条例上の淫行罪は保護法益が同一であるため、後者は法定刑の重い前者に吸収される）。

領域 A（領域 A-1＋A-2＝実線赤円の内側の領域）は、＜図の 5 の 1＞における領域 A と同様である。

また、児童淫行罪が二者関係型にも適用可能になったことで、領域 B は児童淫行罪が補充的に成立する余地が存在する領域 B-1（実線赤円の外側かつ点線赤円の内側かつ実線青円の内側の領域）と条例上の淫行罪が補充的に成立する余地が存在する領域 B-2（実線赤円の外側かつ実線赤円の内側かつ実線青円の外側の領域）に分かれることになった。

領域 B-1 には、行為者と被害者に一定の地位・関係性に基づく継続的な支配関係が存在しており、不利益を被るリスクを回避するためには行為者の意向に従わなければならない

という認識が被害者に生じている事案が該当する。領域 B-1 に該当する具体的事案として、例えば、親が子に対して日常的に虐待をしており、子が親からの虐待を回避するために親の意向に従って性交に応じた事案、生徒が高校に進学する際の内申書を作成する立場にある中学校教師が生徒に対して「自身との性的行為に応じなければ、素行が悪いという内容の（嘘の）内申書を作成する」と申し向けたため、生徒が教師の意向に従って性交に応じた事案、スポーツの指導者が教え子に対して「自身との性的行為に応じなければ、次の試合でレギュラーから外す」と申し向けたため、教え子が指導者の意向に従って性交に応じた事案が考えられる。

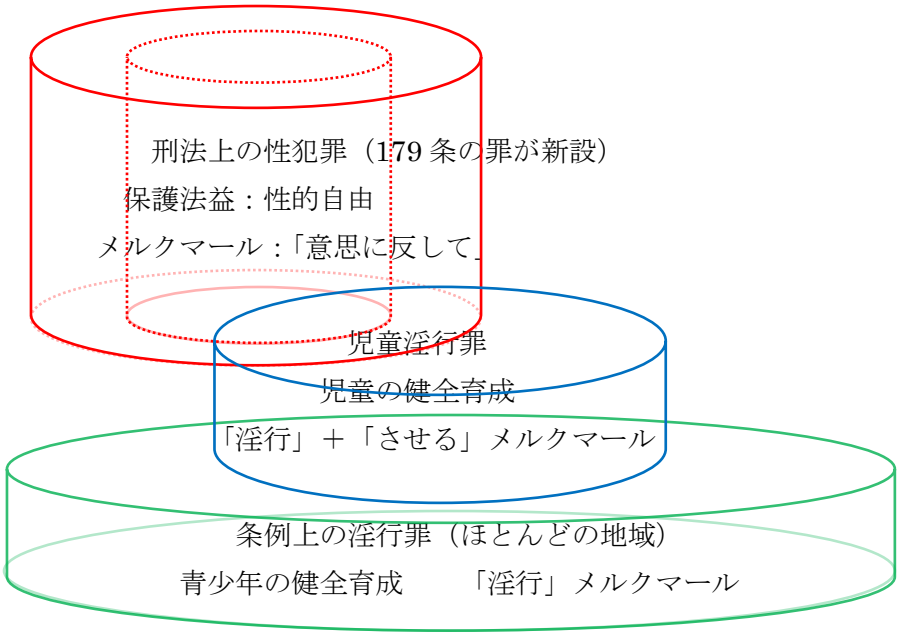
領域 B-2 は＜図の 5 の 1＞における領域 B と同様である。

領域 C（点線赤円の外側かつ点線青円の内側の領域）は、刑法上の性犯罪では捕捉されえないが、なお児童淫行罪で捕捉される児童淫行罪固有の領域である。領域 C は、「意思に反して」メルクマールが充足される領域の外にあるところ、条例上の淫行罪の第 2 類型に該当することを前提とした上で、行為者と被害者に一定の地位・関係性に基づく継続的な信頼関係が存在しており、その信頼関係を恋愛関係に転化させた場合に該当する。ここで「意思に反して」メルクマールを充足しないにもかかわらず、なぜ、条例上の淫行罪よりも法定刑の重い児童淫行罪で処罰する必要があるのかという点が問題となるが、心身が未成熟な児童は一定の立場があることによって構成された信頼関係を将来のことを深く考えず、軽率に恋愛関係へと転化しやすく、児童からの信頼を受ける上位者は児童が自身のことが好きであるという気持ちに乗じて性的行為に至りやすいため、青少年の健全育成の観点からより強く保護する必要性が存在するためである。具体的には、中学生が自身の高校進学を手助けしてくれた中学校教師を信頼するようになったところ、それが恋愛関係へと転化させた後、性的行為を行うか否かを決定する段階において、教師からの信頼や愛情を失いたくないという気持ちから性的行為に至った場合に児童淫行罪が成立する。

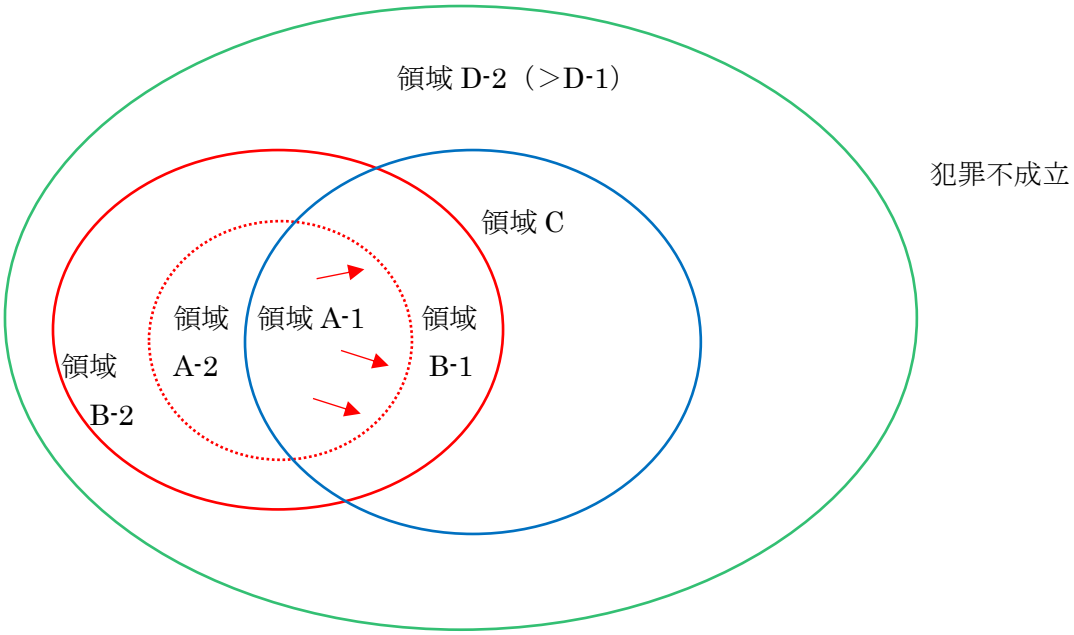
領域 D-1・D-2（実線緑円の内側かつ点線赤円の外側かつ実線青円の外側の領域）は＜図の 5 の 1＞における領域 D-1・D-2 と同様である。

第 3 項　2017 年刑法改正以降の状況

＜図 7＞2017 年刑法改正以降の状況を示したモデル図



＜図 7-1＞図 7 を上から見た図

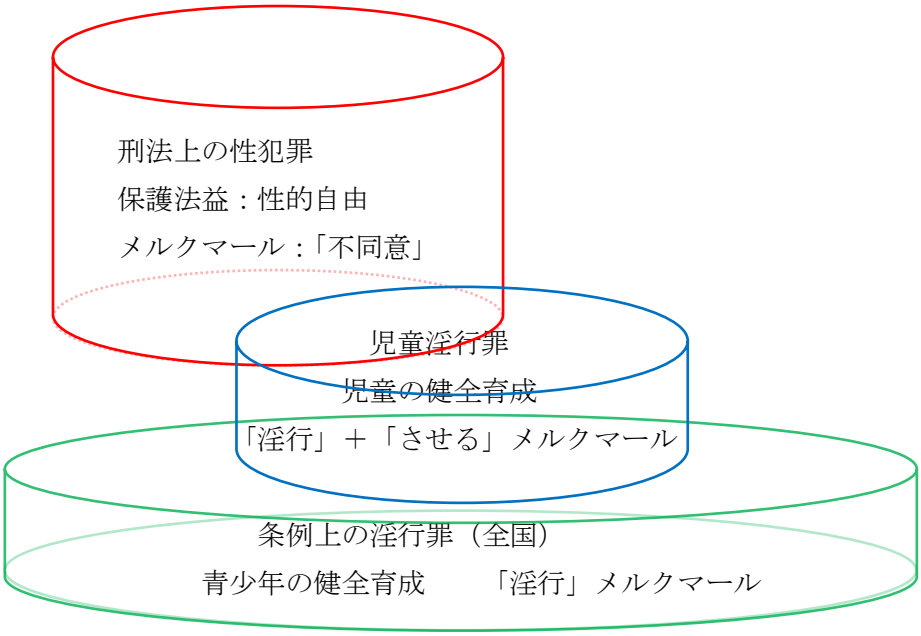


2017 年改正後の刑法上の性犯罪と条例上の淫行罪の重なり合いについてみていくと、刑法上の性犯罪と児童淫行罪・条例上の淫行罪の関係性について変化はない。しかし、監護・被監護関係に基づく影響力に乗じて児童を相手に性交等・わいせつな行為を行った事案について、「意思に反して」メルクマールの解釈にブレが生じていることに起因する刑法上の性犯罪の成否のばらつきが存在するために、刑法上の性犯罪に代えて補充的に児童淫行罪を適用した事例も存在していたところ、刑法上に新たに監護者性交等・わいせつ罪が規定されたことで、そのようなばらつきが消滅し、確実に刑法上の性犯罪として処罰されるようになった。このように、監護者性交等・わいせつ罪が規定されたことにより、被告人と被害児童に一定の地位・関係性が存在する場合のうち、確実に刑法上の性犯罪が成立する領域（領域 A-1）が拡大されることになったといえる。

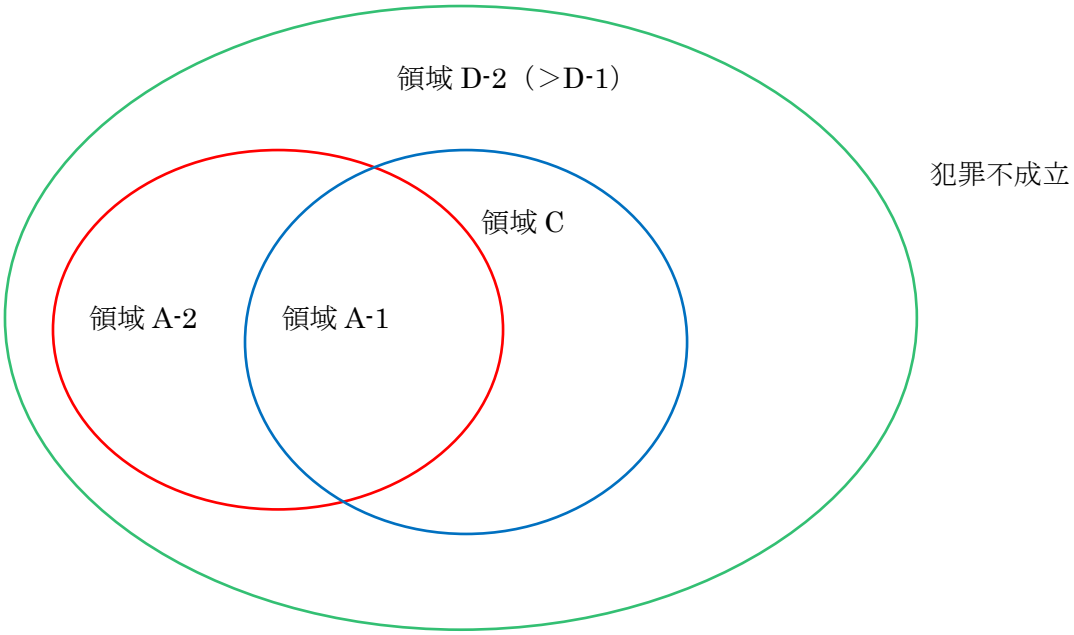
また、はっきりとしたタイミングは不明であるが、時代が下るにつれて「意思に反して」メルクマールを緩やかに理解するという見解が裁判実務の中で浸透していき、少なくとも 2017 年改正前後においては「意思に反して」メルクマールを緩やかに理解するのが裁判実務の中でスタンダードとなっていたと考えられる。確かに、条文上はっきりとした基準は存在していないため、「意思に反して」メルクマールの解釈のブレは残存していたが、刑法上の性犯罪の成否のばらつきは従来に比べて縮小していたと考えられる（図 7・7-1 においては、領域 A を囲む外円を点線円とし、領域 B を囲む外円を実線円とすることでこれを表現した）。

第 5 節　現在における若年者保護規定における処罰範囲の重なり合い

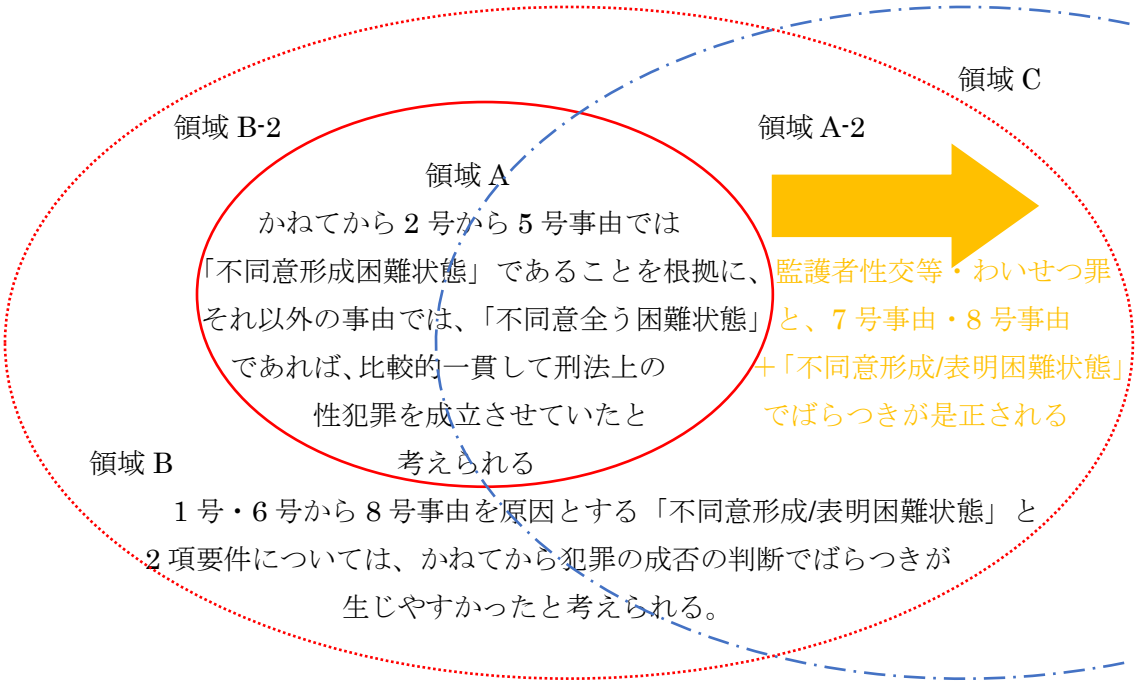
＜図 8＞2023 年刑法改正後の状況を示したモデル図



＜図 8-1＞図 8 を上から見た図



＜再掲図 6-1＞平成 10 年決定以降の状況を示したモデル図を上から見た図を拡大したもの



従来、刑法上の性犯罪は被害者の意思に反しているか否かで決せられていたところ、実際に「意思に反して」メルクマールを充足するか否かを検討する際には、旧刑法 176 条前段・177 条前段については「暴行・脅迫」、旧刑法 178 条については「心神喪失・抗拒不能」の文言の中でそれぞれ判断されていた。しかし、このような判断方法に対しては、各要件の解釈により犯罪の成否の判断にばらつきが生じ、事案によっては、その成立範囲が限定的に解されてしまう余地があるのではないかといった指摘が為されていたことを受け、2023 年刑法改正においてそのばらつきを是正するような改正がなされた[14]。

2023 年刑法改正では、旧（準）強制わいせつ罪（旧 176 条前段・178 条 1 項）は不同意わいせつ罪（新 176 条）、旧（準）強制性交等罪（旧 177 条前段・178 条 2 項）は不同意性交等罪（新 177 条）として新たに規定し直された上で、「不同意」をメルクマールとした改正がなされた。絶対的保護年齢（16 歳未満）に該当する者を被害者とする性犯罪については各条 3 項で捕捉されることになる一方で、相対的保護年齢（16 歳以上 18 歳未満）に該当する者を被害者とする性犯罪については各条 1 項・2 項で捕捉されることになる。

14 改正刑法に関する法務省の解説として、法務省ホームページ「性犯罪関係の法改正等 Q&A」（https://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00200.html 最終閲覧日 2023 年 12 月 1 日）。また、不同意性交等・わいせつ罪の成立要件に関する論考として、例えば、佐藤陽子「2023 年改正の概要とその意義について」法時 95 巻 11 号（2023 年）64 頁以下、樋口亮介「不同意性交等・わいせつ罪――新 176 条・177 条 1 項の解釈・運用」法時 95 巻 11 号（2023 年）70 頁以下。

まず、各条の 1 項では「同意しない意思を形成し、表明し若しくは全うすることが困難な状態に乗じ」て（以下、「困難性要件」とする）性的行為を行うことを禁止している。「同意しない意思を形成することが困難な状態」（以下、「不同意形成困難状態」とする）とは、性的行為をするかどうかを考えたり、決めたりするきっかけや能力が不足していて、性的行為に対する不同意の意思を持つこと自体が難しい状態、「同意しない意思を表明することが困難な状態」（以下、「不同意表明困難状態」とする）とは、性的行為に対する不同意の意思を持つことはできたものの、それを外部に表すことが難しい状態、「同意しない意思を全うすることが困難な状態」（以下、「不同意全う困難状態」とする）とは、性的行為に対する不同意の意思を外部に表すことはできたものの、その意思のとおりになることが難しい状態をそれぞれ示している。そして困難性要件の原因を構成する事由については、暴行・脅迫（1 号事由）、心身の障害（2 号事由）、アルコール・薬物の影響（3 号事由）、睡眠その他の意識不明瞭（4 号事由）、不同意形成・表明・全うするいとまの不存在（5 号事由）、予想と異なる事態に直面したことによる恐怖・驚愕（6 号事由）、虐待に起因する心理的反応（7 号事由）、地位に基づく影響力による不利益憂慮（8 号事由）の 8 つの事由が例示列挙された。

また、各条の 2 項では、行為がわいせつではないという誤信、または行為の相手方について人違いをしている被害者に対する性的行為を禁止している。

立案担当者・立法者は、2023 年刑法改正は、旧（準）強制性交等罪・わいせつ罪における要件の解釈にブレが生じていたために犯罪の成否の判断にばらつきが生じていたのを是正するための改正であって、旧（準）強制性交等罪・わいせつ罪では処罰できなかった行為を新たに処罰対象に含めるものではないと理解している[15]。

これをモデル図の中で示すと、刑法上の性犯罪の成否にばらつきが生じていた領域 B が消滅し、確実に刑法上の性犯罪で捕捉される領域 A のみが「不同意」メルクマールの領域の中で存在することになる（図 8 および図 8-1 を参照のこと）。

ここで、犯罪の成否の判断のばらつきが是正された部分について検討すると（再掲図 6-1 を参照のこと）、従来においても、2 号事由から 5 号事由が存在する場合には被害者が「不同意形成困難状態」にあることを根拠として刑法上の性犯罪を成立させており、犯罪の成否の判断でそれほどばらつきは生じていなかったと考えられる。また、それ以外の事案であっても、少なくとも被害者が「不同意全う困難状態」であることが認められれば、刑法上の性犯罪を成立させていたと考えられる（かつての領域 A）。他方、1 号・6 号～8 号事由を原因とする「不同意形成/表明困難状態」と 2 項要件については、かねてから犯罪の成否の判断でばらつきが生じやすかったと考えられる（かつての領域 B）。

特に児童淫行罪との関係性については、2017 年刑法改正による監護者性交等・わいせつ罪と 7 号・8 号事由を原因とする「不同意形成/表明困難状態」に該当しうる事案については、かつては裁判実務の中で犯罪の成否の判断でばらつきが生じており、成立しないと判

[15] 例えば、法務省ホームページにおける Answer 4 で明示されている。

断された場合には補充的に児童淫行罪が適用されていたところ、2 回の改正によって一貫して、優先的に刑法上の性犯罪が成立することになると考えられる。

このように、2023 年刑法改正前については児童淫行罪・条例上の淫行罪は刑法上の性犯罪が立証困難な事案について補充的に適用される「受け皿構成要件」の役割を果たしていたが、2023 年刑法改正によって刑法上の性犯罪の処罰範囲が比較的に明確化されたため、そのような役割を果たす局面は非常に少なくなり、性犯罪全体に占める役割も従来よりも小さくなることが考えられる。

もっとも、児童淫行罪に固有の処罰領域（領域 C）、条例上の淫行罪に固有の処罰領域（領域 D）はなお残存していており、今後、裁判実務においては両罪について 18 歳未満の者に健全育成保護に特化した運用がなされるものと考えられる。

第 5 章　おわりに

本稿の結論をまとめると以下の通りになる。

第 1 章では、被害者が若年者である場合には、被害者が 18 歳以上の者である場合よりも処罰範囲が拡大しており、かつ各性犯罪処罰規定の法定刑がそれぞれ異なるため、事案の悪質性に応じてきめ細かく保護されているが、その反面、それぞれの処罰規定の関係性について十分な議論がなされないまま、それぞれが構成要件の解釈について独自の深化・発展を遂げてきたことにより、各犯罪の成立範囲がどのような関係性にあるのが不明瞭であるという弊害を招いていることを指摘した。その上で、カナダ法の研究を取り入れつつ、各若年者保護規定について、いかなる場合に犯罪が成立するかについて検討した後、それぞれの犯罪がどのように重なり合うかについて分析するという方針を示した。

第 2 章では、被害者の年齢にかかわらず問題となる刑法上の「わいせつな行為」について論じた。

平成 29 年判決では強制わいせつ罪の成立要件として性的意図が不要であることが示されたが、他方で、「わいせつな行為」を判断する要素には性的意図が含まれると判断した。本稿は、「わいせつな行為」の判断枠組みに関して、当該行為に性的な意味が認められるか否かというテストをクリアして、性的な意味が認められると判断された場合には、さらに刑法 176 条による処罰に値すると評価できるか否かというテストがあり、これについてもクリアした場合に「わいせつな行為」であることが肯定されるという 2 段階のテストで「わいせつな行為」を判断すべきである。また、本稿は、「わいせつな行為」を判断する要素として性的意図を含めると、性的性質が不明確であればあるほど、被告人が性的意図を有していることが重視される可能性があり、性的意図に基づく「裏口認定」を許容することになり、成立要件として性的意図を不要とした判断が没却されるおそれがあるという観点から、「わいせつな行為」か否かを判断するにあたっても、性的意図を考慮するべきではない。

第 3 章では、被害者が 18 歳未満の場合に問題となる若年者保護規定の解釈について論じた。

刑法上の性犯罪は性的自己決定権を保護法益とし、児童淫行罪・条例上の淫行罪は児童（青少年）の健全育成を保護法益とする。性的自己決定権に対する侵害は、あくまでも当該性的行為の自由な決定が害されたという 1 回的な侵害である一方で、児童の健全育成に対する阻害は、性的行為後も含めた長期にわたる心身への悪影響である。例えば、性交に至る過程で手を拘束されたまま行為者の尿を飲むという性的体験を被害児童が経験したいう事案で、仮にその時点において被害児童に性的自己決定権の侵害が認められないとしても、そのような性的体験を経験したことで、性的行為後に心身の悪影響を及ぼすおそれが存在するという観点から、なお、児童淫行罪・条例上の淫行罪が成立する余地があるといえる。

一方で、性的自己決定権が侵害された状態で性交等・わいせつな行為の相手方となったという性的体験は、将来にわたって心身への悪影響を及ぼす性的体験でもあることからすると、児童の性的自己決定権が侵害された場合には、事実的・間接的に児童の健全育成も同時に阻害されると理解するべきである。したがって、18 歳未満を被害者とする監護者性交等罪が成立する場合には、事実的・間接的に児童の健全育成も同時に阻害されるため、児童淫行罪も成立しうることになるが、原則として法定刑の重い監護者性交等罪を優先的に適用すべきである。（第 4 節）

心身ともに成熟した成人が心身ともに未成熟な児童を相手に性的行為を行う場合には、二者間で成熟度合いに差が生じているため、非対等な性的行為がなされやすいと考えられ、それが「児童の健全育成に対する阻害」という結果を生じさせると考えられる。このような観点からすると、児童が未成熟であることに配慮せず行われた非対等な性的行為が「淫行」の実態であるというべきである。このとき、児童に対して一定の地位にあることによる影響力を及ぼして淫行に至った場合には、非対等性の度合いが大きいことから、より重い法定刑を定める児童淫行罪が成立し、そうではない場合については条例上の淫行罪が成立することになる。

児童淫行罪は、児童福祉法制定直後から裁判実務において、被害児童に対する行為者の立場に注目して「させる行為」を認めていたことを考慮すると、被害児童に対して地位・関係性に基づく非対等が存在する場合に限定すべきである。カナダ法上には、16 歳以上 18 歳未満の若年者に対して優越的立場にある者が性的活動を行った場合、若年者の同意の有無にかかわらず、これを処罰する性的搾取罪が規定されており、児童淫行罪の成否を決する上で行為者が一定の地位にあることに着目する児童淫行罪の解釈において参考となりうる規定である。（第 3 節）

児童淫行罪を解釈する上で、そのようなカナダ法の知見を取り入れると、児童の人生を左右する立場（権威的立場）、児童が衣食住を依存する立場（衣食住被依存的立場）、児童が信用するに足る立場（信用的立場）にある者が、その特定の非対等な立場（優越的立場）にあることによる事実上の影響力が存在し、その影響力を及ぼして児童に対して淫行を働きかけた場合に「させる行為」が肯定され、児童淫行罪が成立すると理解するべきである。

被害児童の親・養親といった保護者や、被害児童の通う学校の教師といった指導者は保護

責任者的立場にある者として理解されるところ、保護責任者的立場は複数の優越的立場を包含する概念であることから、保護責任者的立場にある者がその立場にあることによる事実上の影響力を及ぼして淫行に至った場合には「させる行為」が肯定されることになる。

他方で、単一の優越的立場しか認められない場合であっても、なお「させる行為」は肯定されうる。例えば、家出事例において被害児童を一時的に自己の支配下に置く者は「保護責任者的立場」に該当しない場合があるものの、被害児童が淫行時点で被告人に衣食住を依存する状況にある場合には、そのような依存状況にあることを根拠として「させる行為」が肯定されると理解するべきである。また、被害児童が被告人の勤務する学校を卒業しており、淫行時点においては被害児童の元教師という関係性にある者には「保護責任者的立場」は認められないものの、被害児童の教師であることによって被害児童から獲得した信用が、教師という地位を離れた時点においてもなお継続している場合には、信用的立場にあることを根拠として「させる行為」が肯定されると理解するべきである。（ここまで第 1 節）

条例上の淫行罪は、非対等な性的行為のうち児童淫行罪で処罰されない残りの領域が処罰対象となる。条例上の淫行罪は当該行為が「淫行」、すなわち淫らな性的行為か否かで判断される。具体的には、単に自己の性欲を満足させるための対象として扱っているとしか認められない性的行為であるか否かが、被告人と被害者の年齢と年齢差、両者が知り合うきっかけ、関係性が性的関係へと発展していくまでの交際状況、本件性的行為に至るまでの経緯、性的行為そのもの対等性、被告人の性的行為後のふるまいといった判断要素に照らして総合的に考慮されることになる。（第 2 節）

第 4 章では、刑法上の性犯罪・児童淫行罪・条例上の淫行罪の処罰範囲の重なり合いを視覚化するべく、モデル図として提示した。

児童の性的自己決定権が侵害された場合には、事実的・間接的に児童の健全育成も同時に阻害されるという関係性があるため、刑法上の性犯罪が成立する場合には、児童淫行罪および/または条例上の淫行罪も成立しうることになる。また、児童淫行罪と条例上の淫行罪はどちらも非対等な性的行為を行うことで成立するため、同時に成立しうることになる。

もっとも、刑法上の性犯罪と児童淫行罪または条例上の淫行罪は保護法益が異なるため、仮に同時に成立させる場合には観念的競合として一罪となる。他方、児童淫行罪と条例上の淫行罪は保護法益が同一であるため、後者は法定刑の重い前者に吸収されることになる。また、いずれか一罪のみを成立させることも可能であるが、その場合には刑法上の性犯罪、児童淫行罪、条例上の淫行罪の順で犯罪の成否を検討し、最も重い犯罪を優先的に成立させるべきである。

以上が本稿の要約である。

2023 年刑法改正は、従来の規定では犯罪の成否の判断にばらつきが生じているという指摘を受け、それを是正する趣旨で改正が進められたが、刑法上の性犯罪の受け皿的な役割も果たす児童淫行罪・条例上の淫行罪については、今般の刑法改正では改正の対象外となり、犯罪の成否にばらつきが生じているという状況に対する是正がなされなかった。

そのような状況の中、本稿は、刑法上絶対的には保護されない若年者が被害者となった場合に、刑法上の性犯罪（特に監護者性交等・わいせつ罪）・児童淫行罪・条例上の淫行罪がそれぞれいかなる事案について保護対象となるのか、その役割分担をばらつきのないよう示すことを試みたものであり、本稿によってその試みが少しでも達成されていれば幸いである。

最後に今後の課題であるが、本稿では、未成年者保護規定の重なり合いという観点から、重なり合いの範囲が大きいと考えられる刑法上の性犯罪（特に監護者性交等・わいせつ罪）、児童淫行罪、条例上の淫行罪を取り上げたが、児童買春・児童ポルノ処罰法における児童買春の罪や児童ポルノの罪については取り上げることができなかった。しかし、児童買春の罪や児童ポルノの罪も未成年者保護規定の一角を形成しており、現在非常に問題となっている領域であって、本稿が掲げた目標を真の意味で達成するために必要な研究である。また、本稿執筆中に 2023 年刑法改正が重なったこともあり、不同意性交等・わいせつ罪の処罰範囲については非常に簡潔な考察にとどまってしまった。以上から、児童買春の罪、児童ポルノの罪、不同意性交等・わいせつ罪の研究が今後の課題である。