

# 刑事判例研究 (1)

## 中央大学刑事判例研究会

児童福祉法三四条一項六号にいう「淫行」を「させる行為」の意義が問題となった事例

高 良 幸 哉

〔最(一) 決平成二八年六月二一日／平成二六年(あ) 第一五四六号／児童福祉法違反被告事〕  
〔件／刑集七〇巻五号三六九頁／裁判所ウェブサイト／裁時一六五四号八頁〕

### 【事案の概要】

被告人は、事件当時福岡県立高校の常勤講師であり、同校の生徒である当時一六歳の被害児童を一八歳未満であると知りながら、平成二四年一月一八日と同年二月二四日の二度にわたり同児童をして自身を相手に性交をさせ、もって児童福祉法三四条一項六号にいう児童に「淫行」を「させる行為」をしたものである。

第一審の福岡地飯塚支判平成二六年五月一九日(刑集七〇巻五号三六九頁にて掲載)は、児童福祉法三四条一項六号の「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ころ、「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」とし、男女の性交は、「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」であって、「淫行」に当たるとした。そして、被告人の高校における講師という地位、児童との関係に鑑み、本件公訴事実記載の各性交を、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」として、被告人の行為を児童福祉法三四条一項六号にいう「淫行」を「させる行為」に当たるとした。

また、原審の福岡高判平成二六年九月一九日高速平成二六年号一六八頁は、第一審の判断を是認し、本件性交が被告人とAの交際中になされたものとみる余地はあるものの、その交際が真摯かつ社会的に相当なものとは認められないので、本件性交は「淫行」に当たり、高校の講師と生徒という関係等からすると、本件性交は「被告人が事実上の影響力を及ぼして淫行を働きかけたもの」といえるとした。

以上の判決の下、被告人が上告したものである。

### 【決定要旨】

本件最高裁は原審判断を結論として是認し、「淫行」を「させる行為」について以下のように職権で判断した。

児童福祉法三四条一項六号にいう「淫行」とは、同法の趣旨（同法一条一項）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」であって、「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。また、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」うのであり、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」であるとした。そして、本件各性交は、当時一六歳の被害児童を「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」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といった事実関係の下では、「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。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。

## 【研究】

### 一 問題の所在

本件は、当時県立高校の常勤講師であった被告人が、同校に通う当時一六歳であった児童と、当該児童が一八歳未満であることを知りながら性交を行った事案であり、本件二度にわたる性交が児童に「淫行」を「させる行為」に当たるとされたものである。本件においては、本件性交が「淫行」に当たるかという児童福祉法三四条一項六号にいう「淫行」の意義が問題となる。また、児童福祉法三四条一項六号は「淫行」そのものを実行行為とするものではなく、「淫行」を「させる行為」を規定する条文であるところ、本件被害児童が性交した相手方が被告人自身であり、自身を相手方として性交させる行為が「淫行」ではなく「淫行をさせる行為」に当たるか、また、いかなる場合に「させる行為」といえるのか、その意義と判断基準が問題となる。

## 二 「淫行」の意義

児童福祉法三四条一項はいわゆる児童淫行罪について規定するが、ここにいう「淫行」の定義については従来「性道徳上非難に値する性交または性交類似行為」とされ、本条における「淫行」は、児童の特性や情操を傷つけ、その健全な育成を阻害する程度が著しく高いものである。<sup>(3)</sup> 児童福祉法一条一項における「児童が心身ともに健やかに生まれ、且つ、育成されるよう努めなければならない」との文言に鑑みて、本法の保護法益を児童の心身の「健全な育成」や「健全な成長」であるとするのであれば、本法における「淫行」は性交・性交類似行為の中でも、児童の心身の「健全な成長」を阻害する程度に、侵害性が強度なものでなくてはならない。

なお「淫行」とは、わいせつよりも狭い概念であつて、男女間の性交に限られるとする見解が見られる。<sup>(4)</sup> この点、判例は、児童に対する影響という本法の立法趣旨に鑑み、男女間の性交のみならず、性交に準ずる性交類似行為についても児童福祉法三四条一項六号の「淫行」に含まれるとする。これを初めて明らかにした最決昭和四七年一月二八日刑集二六卷九号六一七頁（以下最決昭和四七年）は、性交類似ショーを行う店舗を経営する被告人が、児童らを客に対する飲食物の提供、接待等の業務に従事させ、「強姦」を模した「強姦ショー」を全裸でなされた行為につき、性交に準ずる行為を「淫行」としたものである。その他、最決平成一〇年一月二日刑集五二卷八号五〇五頁（以下最決平成一〇年）は、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自慰行為を促るに至らせたという行為について、性交類似行為には児童自身による自慰行為等も含みうる旨判示している。最決昭和四七年以降、判例の見解は一貫しており、「淫行」に性交類似行為を含むかについて、実務上一定の解決をみている。<sup>(5)</sup>

「淫行」の定義について問題となるのは、その「淫行」の性質をめぐる問題である。「淫行」の性質については、上述のように「性道徳上非難に値する」ものであるとされてきたが、最判昭和六〇年一〇月二三日刑集三九卷六号四一三頁（以下最判昭和六〇年）の福岡県青少年保護育成条例事件において、「福岡県青少年保護育成条例一〇条一項の規定にいう「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なく、青少年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っているとし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される」との判示がなされている。ここでは、「淫行」の可罰性を基礎づける性質を「反道徳性」に求めるのではなく、「青少年の心身の未成熟に乗じた不当な手段」「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しか認められない」といった、当該性交が有する児童の心身の「健全な成長」を害する性質に求めている。<sup>(6)</sup>

本件もかかる「淫行」の定義を踏襲する。その定義について、「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」として、「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」か否かという基準を明らかにしたものである。なお、学説および下級審の裁判例においては「淫行」の定義に関し「性道徳上非難するに値する男女間の性交またはこれに準ずべき性交類似行為」とするものがあるが、本件決定理由においては「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」場合という最判昭和六〇年と同様の文言を用いている。この点、本件第一審および原審が「性道徳上非難するに値する」として、「性道徳上の非難」を基準としていたのに対し、本件最高裁

はかかる文言を決定理由に含めておらず、本件最高裁と一審およびこれを踏襲する原審とは異なる定義を採用している。「性道徳上非難するに値する」とした場合、「淫行」の犯意が不明確となる恐れがあり、そのため、本件最高裁は原審判断を結論において相当としつつも、その理由づけにおいて異なる見解をとったものと考えられる。<sup>(7)</sup>

そして、「淫行」の定義において「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」という点については、本件最高裁は特に理由を述べることなく原判決が是認する第一審判決が認定した事実に基づき、本件二度の性交を、「被害児童（当時一六歳）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」であるとす。この点、いかなる判断要素からかかる性交を「淫行」と認定したかは本件決定理由からは明らかではないが、「当時における両者のそれぞれの年齢」、「性交渉に至る経緯」、「その他両者間の付合いの態様等」<sup>(9)</sup>などの諸事情を総合的に判断したものと思われる。

### 三 「淫行」を「させる行為」の意義

「淫行」を「させる」という文言の定義について、たとえば本件最高裁が引用する最決昭和四〇年四月三〇日家月一七卷一二号一五一頁は、置屋経営者であった被告人が、児童に対し、将来芸妓として身を立てるよう勧誘助長したという事案において、「児童福祉法第三四条第一項第六号の児童に淫行をさせる行為のうちには、直接たる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解するを相当とする」として、直接間接問わず、児童の淫行を助長するものであるとする。また、東京高判平成八年一月三〇日高刑集四九卷三号四三四頁は、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」としており、「事実上の影響力」をもって、児童に対し「淫行」に及ぶよう助長する行為であるとし、その手段においても、直接・間接的を問わないとする。かかる事案の上告審である最決平成一〇年は特に理由を述べず原審判断を是認していることから、原審と同様の「事実上の影響力」の有無を判断基底におく見解に立つと思われる。

ところで「淫行」を「させる行為」については、「淫行」を行う主体は被害児童であるが、その相手方である性交・性交類似行為の客体はその児童福祉法三四条一項六号の文言からは明らかではなく、文言上は「淫行」を「させた」者である行為者本人と第三者の双方を含むのか、第三者に限定されるのが問題となる。児童福祉法三四条一項の児童淫行罪については、「淫行」を「する行為」の規定がなく、被告人の行為が「淫行」の範囲にとどまる場合、当該「淫行」は本条の構成要件に該当しないことになる<sup>(10)</sup>。

この点、下級審においては、児童に「淫行」を「させる行為」は、行為者自身が児童の淫行の相手方となった場合を含まないとするものがある。たとえば、東京高判昭和五〇年三月一〇日家月二七卷一二号七六頁は、「児童福祉法第三四条第一項第六号にいう「児童に淫行をさせる行為」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が相当」とし、「淫行」の相手方を「させる行為」を行うものと区別する。判例の中には売春行為がそれ自体ではなく、売春の斡旋行為を「させる行為」としたもの<sup>(11)</sup>がみられ、学説においても売春防止法で必要的関与者である売春の相手方が処罰されないことと同様に考え、<sup>(12)</sup>「淫行」の相手方は不処罰であるものも存する。しかし、児童福祉法は児童の直接的保護を目的としているのであり、児童を勧誘し自己を相手方として「淫行」をさせる者は児

童の法益を直接的に侵害するものであるから、そのようなものを立法者において必要的関与者として処罰の対象から除外したとは考えがたい。<sup>(14)</sup>

また、児童福祉法の文言および、法の趣旨に立ち返ると、児童福祉法三四条一項六号においては、文言上「淫行」の相手方の制限がなく、また、「淫行」の相手方が第三者であっても、行為者自身であっても、児童の心身に与える影響には変わりはない。とすれば、「淫行」に及んだのが行為者本人だからといって、これを排除するのは妥当ではないといえよう。よって、「淫行」をさせた相手方が行為者本人である場合も児童福祉法三四条一項六号という「淫行」を「させる行為」に該当しうる。ただし、前述のとおり、児童福祉法三四条一項の罪において「淫行」そのものが構成要件になる犯罪は規定されておらず、児童と淫行の相手方となった行為者との間の性交が、不可罰な「淫行」であるのか三四条一項六号にいう「淫行」を「させる行為」に当たるとの区別が問題となる。これについて判例が採用してきた基準は「事実上の影響力」の有無であって、従来の判例は「事実上の影響力」の有無をその判断規定に置きつつも、何をもって「事実上の影響力」があるとするかの基準については明示していなかった。最決平成一〇年についても、「させる行為」として要求される働きかけの程度が低い点は指摘されていた。<sup>(15)</sup>「させる行為」における児童への働きかけを軽度のものでよいとした場合、行為者自身を相手方とした「淫行」も児童福祉法一項六号に該当しうるとすれば、不可罰的な「淫行」と可罰的な「淫行」の区分が困難となりうる。そこで、行為者自身を相手方とした「淫行」を「させる行為」にいう「淫行」に含めるのであれば、一定の限定を付す必要がある<sup>(16)</sup>である。

本件第一審は、児童福祉法三四条一項六号にいう「淫行」を「させる行為」には、「行為者を相手方として淫行を



させる場合をも含むものと解すべきものの、単に児童と淫行したに過ぎない者が同号に該当するとすべきではないとし、通常の淫行に伴うような行為については「させる行為」には含まないとする。その上で、「事実上の影響力」の有無を「させる行為」の判断基準とし、「被害児童が通学する高校において、講師という立場で被害児童を含む生徒らを指導すべき立場にあったところ、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」として、「させる行為」類型を限定する。ここでは、被告人の地位、児童との関係性などを判断要素としているようにも読める。この点で、第一審は一応の判断基準を示しているといえるが、判断基準の詳細に関してはなおも明確であるとはいえない。

これについて、本件最高裁は、「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「事実上の影響力」の影響力の有無を判断するための基準として提示し、被告人と児童の関係性のみならず、上記の具体的状況における判断要素を明らかにしたものである。上述のとおり、最高裁が「させる行為」を基礎づける「事実上の影響力」の判断要素を明らかにしたのは本件が初めてである。本件の基準に従えば、被告人の地位および被害者との身分関係、実際の経緯と動機、被告人が成人女性と交際関係にあった等といった具体的な状況を考慮すれば、本件二度の性交は「淫行」であるにとどまらず、当該「淫行」を被害児童にさせた行為は、「事実上の影響力」をもって「性交をさせる行為」であるとする本件判断は妥当である。

#### 四 本件の意義

本件は、児童福祉法三四条一項六号の「淫行」をさせる行為について、第一に「淫行」の定義を明らかにし、かつ「淫行」を「させる」という文言の意味について、総合判断を行う際の要素について明確化したものとして意義がある。「淫行」の定義については、本件は、「性道徳上非難するに値する男女間の性交またはこれに準ずべき性交類似行為」との定義を採用せず、「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」という「反道徳性」を除外した定義を採用している。「性道徳」とはその内容が不明確である上、児童福祉法は「性道徳」といった社会的法益を守ることを目的とするものではなく、児童の「健全な成長」という被害児童の個人的法益を保護することを目的とするものであって、その「健全な成長」を阻害する侵害行為から児童を直接的に保護するものである。とすれば、児童への直接的侵害性に着目し「淫行」および「させる行為」は定義づけられるべきであり、「性道徳」を定義から除外し、具体的な基準を明示した本件判断は正当である。なお、「淫行させる行為」の判断は今後も具体的状況下における事例判断とならざるを得ないが、本件は、「事実上の影響力」について判断基準を明示したものであり、今後の同種事案の判断において参考となると思われる。

- (1) なお、本件評釈として、豊田兼彦「判批」法学セミナー七四一号一五頁、上原龍「判批」警察学論集六九卷一〇号一六二頁、栗原一紘「判批」警察公論七一巻一〇号八七頁、松本朗「判批」研修八二〇号一五頁、石井徹哉「判批」ジュリスト臨時増刊(平成二八年度重要判例解説)一五〇五号一八二頁、嘉門優「判批」刑事法ジャーナル五一号一二五頁、永井善之「判批」法学セミナー増刊(新判例 Watch)一一号一八五頁、佐野文彦「判批」論究ジュリスト二二二号二二九頁。
- (2) 小泉裕康「児童福祉法」平野龍一他編『注釈特別刑法(7)風俗・軽犯罪編(第二版)』(青林書院、一九八八)三六頁。

(3) 小泉・前掲注(2)三四頁。

(4) 「淫行」には性交類似行為を含まないとする見解としては、西田典之「判批」四四卷二二号二三頁。

(5) 栗原・前掲注(1)九二頁。

(6) 最判昭和六〇年は、福岡県青少年保護育成条例一〇条一項の趣旨を「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とする。

(7) 本件上告趣意は最判昭和六〇年を引用し、「淫行」の構成要件の不明確性を指摘する。この点、最判昭和六〇年は、「淫行」の定義について、「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、たと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含むこととなつて、その解釈は広きに失する」点、「淫行を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」点指摘する。

(8) この点、石井・前掲注(1)一八三頁、永井・前掲注(1)一八七頁に同旨。なお、豊田・前掲注(1)一一五頁は、第一審が「させる行為」の判断について、影響力の行使に当たる事実を記載しなかつた第一審を許容した原審判断についての理由不備を理由に、「結論において相当」との判断をしたとする。

(9) 最判昭和六〇年はこれらの諸事情を判断規定におく。なお、本件第一審においては、同様の要素を「性道徳性」の判断に用いている。

(10) 最判昭和六〇年で問題となつた福岡県青少年保護育成条例においては、「淫行」そのものが実行行為であるが、児童福祉法三四条一項六号「淫行をさせる行為」においては「淫行」は「させる行為」という実行行為の結果でしかなく、両者は「淫行」という概念において共通性があるが、処罰対象は異なる。石井・前掲注(1)一八三頁参照。

(11) なお、立法時には児童福祉法の目的として売春の防止も想定されていたとされる。第一回国会衆議院厚生委員会議事録二

○号一九四七年一〇月六日（米澤常道）など。

(12) たとえば、最判昭和三〇年一二月二六日刑集九卷一四号三〇一八頁は、自己の住所で軽飲食店を経営する者が、満一七歳の住込女中と客に数回にわたり自宅の一室を提供し同女をしてそこで数名の客に売淫をさせた事案につき、たとえ売春が児童の意思に基づくものであったとしても、買春行為をあっせんした行為につき、児童福祉法三四条一項六号の成立を認めている。

(13) 内田文昭「判批」研修三八四号三頁参照。

(14) 小泉・前掲注(2)三九頁。ただし、立法を担当していた厚生省は、かつて行為者自身を「淫行」の相手方とする類型については消極的な立場であったが（厚生省児童家庭局編『改定・児童福祉法の解説』（厚生省、一九九二）一三五頁）、現在は判例と同様の見解に立つと思われる。児童福祉法規研究会編『最新・児童福祉法の解説』（厚生省、一九九九）二六五頁参照。

(15) この点、高橋省吾「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成一〇年度）』（法曹会、二〇〇二）一八二頁。

(16) この点、鎮目征樹「判批」ジュリスト一一一〇号二一九頁は、児童の行為者との間に「雇用関係、身分関係、親子関係に基づく優越的地位あるいは児童の困窮状態などによって、児童に対してある程度支配的・強制的な関係が成立していなければならない」とする。

（日本比較法研究所嘱託研究所員）