

監護者でない者が被監護者と性交した行為に監護者性交等罪を認めた原判決を是認した事例

【文献種別】 判決／広島高等裁判所松江支部

【裁判年月日】 令和6年5月31日

【事件番号】 令和5年（う）第38号

【事件名】 監護者性交等、児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律違反被告事件

【裁判結果】 控訴棄却（上告）

【参照法令】 刑法179条2項

【掲載誌】 判例集未掲載

◆ LEX/DB 文献番号 25620060

立命館大学特任教授 松宮孝明

事実の概要

1 被告人（男性）は、その交際相手であるA（女性）と共謀の上、Aが監護していたその長女B（当時16歳）が18歳未満であることを知りながら、自分がBと性交することを企て、Aを通じてBを説得するなどして、2023（令和5）年1月2日から同月4日までの間、AがB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Bと性交した。

2 この行為につき、被告人は、第一審（松江地判令5・9・27LEX/DB25596133。以下、「原判決」と記す。）において監護者性交等罪（2023年改正前の刑法179条2項）の共同正犯として、他の児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律違反とともに、懲役6年を言い渡された（共同正犯とされたAは懲役5年）。

3 これに対して被告人から、量刑不当などのほか、とくに監護者性交等罪に関しては、非身分者が性交しても本罪は成立しないと控訴がなされた。

判決の要旨

本判決は、監護者でない者（以下、「非監護者」と記す。）が監護者と共謀して、非監護者のみが18歳未満の被監護者と性交した本件につき、監護者が被監護者に影響力を行使しつつ共謀相手の非監護者に性交をさせた点を強調して監護者性交

等罪の成立を認めた原判決を是認し、本件控訴を棄却した。

「監護者性交等罪が設けられた趣旨は、一般的に、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自己を監護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、性交等をする¹ことは、18歳未満の者がそれに応じたとしても、自由な意思決定に基づくものとはいえず、改正前の強制性交等罪と同じく、その者の性的自由ないし性的自己決定権を侵害するといえるからである。そして、監護者性交等罪の主体は、18歳未満の者を現に監護する者という一定の身分を有する者に限られているから、本罪は身分犯であるが、身分のない者であっても、身分のある者と共謀し、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、自ら18歳未満の者と性交等をした場合には、その性交等は、18歳未満の者の自由な意思決定に基づくものとはいえず、その性的自由ないし性的自己決定権を侵害するといえるから、刑法65条1項により、監護者性交等罪の共同正犯が成立すると解すべきである。」（下線筆者）

判例の解説**一 本判決の意味**

1 刑法179条2項は、監護者性交等罪（以下、

「本罪」と記す。)として、「18歳未満の者に対し、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性交等をした者は、177条の例による。」と定めている。本罪は、2023(令和5)年6月改正の前後を通じて、「その者を現に監護する者」(以下、「監護者」と記す。)を主体とする真正身分犯と解されている¹⁾。

2 本判決は、本件につき、原判決と同じく、真正身分犯である本罪について、被監護者と性交した場合に同罪の成立を認めた——言い換えれば身分者が真正身分犯を実行していない場合にも真正身分犯の成立を認めたものである。

なぜなら、原判決および本判決は、非監護者である被告人が「性交をした」と認定しており、監護者である共謀者Aは、あくまで、「性交に応じさせるため」にBへの「説得等を行うなどした」としか認定していないからである。ゆえに、本判決および原判決は、監護者が共謀相手の非監護者に「性交をさせた」場合に、「監護者が」刑法179条2項にいう「性交等をした」には当たらないとしつつ、犯罪主体が限定されているはずの本罪につき、非身分者の実行にその成立を認めたことになる²⁾。それは、「身分犯の共犯」として、犯罪の主体を特別な身分のある者に限定する真正身分犯という制度を破壊しかねないという、刑法総論上の深刻な問題を浮上させる³⁾。つまり、中心問題は総論なのである。

二 身分のない故意ある道具？

1 この問題は、伝統的には、「身分のない故意ある道具」を利用した間接正犯の成否として論じられてきた。たとえば、賄賂收受罪(刑法197条1項)において、公務員が私設秘書に指示して業者から供与される賄賂たる現金を受け取らせた場合に、賄賂を「收受した」者には公務員としての身分がないためそのままでは本罪は成立しないが、背後の公務員が身分のない私設秘書を自己の犯罪を実現する「道具」として利用したから、本罪の間接正犯が成立するというのである⁴⁾。その前提には、賄賂收受罪の構成要件要素である賄賂の「收受」は私設秘書が行っているという直感がある。

2 そこで、業者は、公務員にではなく私設秘

書に、日ごろの仲介の御礼として現金を供与する意図であり、かつ、私設秘書もその意図を理解した上で、雇主である公務員にその收受の許可を得て、これを受け取った場合を考えてみよう。この場合も、現金の受取は私設秘書、受取の指示をしたのは背後の公務員という上記の図式は同じである。しかし、この場合には賄賂收受罪は成立しない。なぜなら、供与された現金は、公務員の懐にではなく、私設秘書の懐に入るからである。

ここで気づかれることは、「公務員が私設秘書をして業者から供与される賄賂たる現金を受け取らせた」という講壇事例では、供与された現金は当該公務員の懐に入るのであり、したがって「供与」されたのは当該公務員であるということである。これを裏返せば、賄賂を「收受」したのも当該公務員だということになる。

これは当たり前のことであって、公務員が「收受」しなければ刑法197条1項の賄賂收受罪は成立するはずがない。ただ、事実行為としての「受取」は私設秘書に任されているだけのことで、規範的概念としての「收受」は、事実行為としての「受取」とは異なるということ、従来議論は理解していなかっただけのことである。つまり、これは私設秘書に「收受」させた「間接正犯」ではなく、公務員が「收受」した「直接正犯」なのである⁵⁾。

3 つまり、真正身分犯では、身分者自身が当該犯罪を実行したときでなければ、そもそも当該犯罪は成立しないのである。これは、身分者と非身分者の意思の連絡があり、事実としての実行を非身分者が行った場合でも同じである。もしもそうでなければ、現金の「受取」を「收受」と考えてきたこれまでの俗説によるなら、業者が公務員にではなく私設秘書に現金を供与する上記の事例でも、賄賂收受罪が成立してしまうであろう。

三 共謀共同正犯は理由にならない

1 この非公務員を介した賄賂收受罪の例をして、非身分者でも真正身分犯の「共謀」は可能だから、共謀共同正犯を介せば、身分者である公務員が共謀、非身分者である私設秘書が実行という分担で真正身分犯が成立し得るのではないかという見解がある⁶⁾。

しかし、まず、現行刑法制定時には、真正身分犯について、非身分者が共同正犯になり得ること

は否定されていた。なぜなら、現在の65条1項が「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加功したとき」という文言になっているのは、帝国議会貴族院の特別委員会で、政府原案の「犯罪行為を共に犯したる」という文言を「犯罪行為に加功したる」に修正したからである。そして、その理由は「身分のある者に依って構成する罪であるから、身分の無い者が共に犯すと云う筈はない⁷⁾」というものであった。つまり、真正身分犯では、非身分者に実行共同正犯はあり得ないという理由だったのである。しかも、現行法の立案段階では、共謀のみの者の共同正犯は認めない趣旨であった⁸⁾。

2 それにもかかわらず、大審院の判例は、65条1項を介して、非身分者も真正身分犯の共同正犯になり得ると解してきた。非身分者でも真正身分犯の「共謀」は可能だというのが、その理由である。

まず、大判大3・6・24(刑録20輯1329頁)は、「被告甲は公務員たる身分ある者にあらずと雖も、公務員たる乙と共謀して其公務員の職務に関し賄賂を收受するに於ては、刑法第197条の正犯として処罰を免かる可からざるものなること同第65条1項の適用上、論を俟たざる所」と述べている。続いて、大判昭7・5・11(刑集11巻614頁)は、「公務員たる身分なき者と雖、公務員と共謀して後者の職務に関し賄賂を收受するに於ては、刑法第65条第1項に依り収賄罪の共同正犯として處罰せらるるものとす」と述べている。

3 しかし、注意すべきは、いずれの裁判例でも、共犯とされた公務員も賄賂を收受していたことである。つまり、「判例」では、身分者が実行している事案に限って、真正身分犯の成立が認められてきたのである。

さらに、この点については、大判明44・10・9(刑録17輯1652頁)が、「犯人の身分に依り構成すべき犯罪は、其身分を有せざる者に於て之を實行するも犯罪の構成要件を缺如する」と述べていることも、付け加えておこう⁹⁾。

この点については、佐川友佳子も、「ある犯罪を身分犯と解し、非身分者が関与した場合であっても、身分者による構成要件該当性が否定されれば、当然に共犯の成立も否定される。」と述べて

いる¹⁰⁾。したがって、刑法60条において「共謀のみの共同正犯が可能であり、かつ、65条1項が非身分者による共同正犯も含むと解しても、身分者の実行しない真正身分犯はあり得ないのである。

4 付言すれば、「身分のない故意ある道具を利用する間接正犯」構成を批判して出てきた「共謀共同正犯」構成は、結局のところ、身分者が身分犯を実現しなければ犯罪自体があり得ないという当たり前の理屈を曖昧にする危険を持つものである¹¹⁾。

四 監護者性交等罪の趣旨

1 監護者性交等罪の場合でも、事情は同じである。加えて、この規定の新設を審議した法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会の第7回会議議事録では、法務省刑事局刑事法制管理官の加藤俊治幹事の説明を受けて、今井猛嘉は、「つまり、監護者が18歳未満の者に対しまして、従前からその被害者等に対して成育過程から様々な不正な影響力を行使しており、具体的な行為を行った際には、その対象者の自由な性的自己決定ができないというような状況が、この改正において視野に入られている事例群だったと思います。」と受け止めている(下線筆者)¹²⁾。つまり、この規定は、一般的な影響力を有する監護者が性交等を行ったことを狙いとしているのであり、それゆえに本罪は真正身分犯とされたのである。

これを受けて、この規定の解説書でも、本条の趣旨は「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といえる¹³⁾。」と説明されている(下線筆者)。

2 この点については、本判決も、監護者性交等罪の立法趣旨を「監護者が、……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」と述べている。それにもかかわらず、本判決は、突然、非監護者のみによる実行に「監護者性交等罪の共同正犯が成立する」と結

論づける。しかし、これでは、本罪は監護者と共謀しその影響力に乗じる万人の性交等を処罰する非身分犯になってしまう。

3 付言すれば、統一的正犯体系に基づき、身分犯では「身分」が犯罪関与者の誰か一人にあれば非身分者が「実行」しても関与者全員を身分犯で処罰できるとするオーストリアでも、当時のオーストリア刑法 212 条に定められていた監護者による被監護者への姦淫のための権力関係の濫用の罪に関し、被告人が未成年の息子に、暴力を用いて、共同被告人と性交するよう強制した事案について、「姦淫のための権力関係の濫用は、自らの手で犯した犯罪であり、犯罪者自身と被害者と性的接触に及んだ場合にのみ成立する」とした最高裁判例がある¹⁴⁾。この裁判例が示すように、身分者が実行しなければ真正身分犯は成立しないのである。

●—注

- 1) 代表して、松田哲也=今井将人「刑法の一部を改正する法律について」曹時 69 卷 11 号 (2017 年) 250 頁、前田雅英編集代表『条解刑法 [第 4 版補訂版]』(弘文堂、2023 年) 539 頁。非監護者が加担した場合には 65 条 1 項が適用されると記されていることから、ここにいう「身分犯」は「真正身分犯」の意味であると解される。
- 2) これは、原判決および本判決が「性交した」という要件を、現に自己の性器を相手方の性器に挿入したという意味に解したことを意味する。これは、本罪が「自手犯」でもあることを認めたものである。
- 3) 原判決に対する評釈として筆者が知り得たものに、斉藤豊治「判批」新・判例解説 Watch (法七増刊) 34 号 (2024 年) 187 頁、小池信太郎「判批」法教 (2024 年) 105 頁、橋本広大「判批」法セ 833 号 (2024 年) 122 頁がある。そのいずれも、身分者が実行していなくても真正身分犯が成立し得るかという問題に正面から答えていない。そのほか、判例紹介として、菊地英理子・研修 907 号 (2024 年) 77 頁。
- 4) 代表して、団藤重光『刑法綱要総論 [第 3 版]』(創文社、1990 年) 159 頁。
- 5) 松宮孝明『刑法総論講義 [第 5 版補訂版]』(成文堂、2018 年) 258 頁以下。山口厚『刑法総論 [第 3 版]』(有斐閣、2016 年) 72 頁も、背後の公務員に直接正犯が成立すると解している。「賄賂を收受しない」という公務員の特別義務の違反が正犯性を根拠づけると解して直接正犯構成を採るものとして、市川啓『間接正犯と謀議』(成文堂、2021 年) 92 頁以下。現に、「ロッキード事件」では、私設秘書が賄賂たる 5 億円を受け取ったにもかかわらず、

その判決 (東京地判昭 58・10・12 判時 1103 号 3 頁) には、「間接正犯」の「か」の字も出てこない。もっとも、禁制品の輸入罪などにおける「輸入」がそうであるように、この問題は「行為」の文言の解釈の問題であって、必ずしも「特別義務の違反」を要件とする身分犯に限った話ではない。

- 6) 直接行為者である非身分者は、責任能力や故意がないわけではなく、また強制されているわけでもないで「道具」ではないから間接正犯は成立しない、という理由からこの見解に至るものとして、西原春夫『刑法総論 [改訂準備版] 下巻』(成文堂、1993 年) 363 頁および 409 頁、同『刑法総論』(成文堂、1977 年) 312 頁、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論 [第 3 版]』(弘文堂、2019 年) 354 頁、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(東京大学出版会、2002 年) 265 頁以下、前田雅英『刑法総論講義 [第 7 版]』(東京大学出版会、2019 年) 94 頁および 336 頁、大谷實『刑法講義総論 [新版第 5 版]』(成文堂、2019 年) 145 頁、松原芳博『刑法総論 [第 3 版]』(日本評論社、2022 年) 406 頁等。
- 7) 倉富勇三郎ほか監修/松尾浩也増補解説『増補刑法沿革総覧』(信山社、1990 年) 944 頁以下。
- 8) 倉富ほか監修・前掲注 7) 925 頁以下参照。
- 9) 非身分者でも真正身分犯の「共謀」は可能という理由を前面に出した大判昭 9・11・20 刑集 13 卷 1514 頁も、宣誓した証人が偽証したことを前提として、非身分者に偽証罪の共謀共同正犯を認めている。ちなみに、泉二新熊『日本刑法論 上巻 [第 40 版]』(有斐閣、1927 年) 646 頁は、「身分ある者が身分なき者を教唆又は幫助する場合に付ては、本条 (65 条のここと一筆者注) を適用することを得ず。」と述べている。身分者が「実行」しない共謀の場合も、この理屈は当てはまるであろう。
- 10) 佐川友佳子「監護者性交等罪をめぐる共犯と身分——松江地裁令和 5 年 9 月 27 日判決 LEX/DB25596133 を契機として」刑ジャ 80 号 (2024 年) 69 頁。
- 11) 松宮孝明『先端刑法総論』(日本評論社、2019 年) 15 頁。同旨、市川・前掲注 5) 91 頁。
- 12) 同旨、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——監護者性交等・わいせつ罪 (刑法 179 条) を中心に」立教 97 号 (2018 年) 109 頁、松原芳博「身分犯の共犯をめぐる諸問題」研修 904 号 (2023 年) 9 頁。
- 13) 松田=今井・前掲注 1) 250 頁、前田編集代表・前掲注 1) 537 頁。そのように書いておきながら、同書は非監護者が実行に及んだ場合であっても「65 条 1 項が適用され、本罪の共同正犯が成立し得る。」(前掲注 1) 539 頁) と述べている。しかし、松田=今井・前掲注 1) 250 頁は、その解釈の根拠となる法制審議会刑事法特別部会での議論を、ここではまったく引用していない。
- 14) OGH, 11 Os 5/91. 1991 年 2 月 19 日の裁判例である。これにつき、佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯 (3)」立命 319 号 (2008 年) 66 頁以下参照。