

非監護者による性交と監護者性交等罪の共同正犯

【文 献 種 別】 決定／最高裁判所第一小法廷

【裁判年月日】 令和 7 年 1 月 27 日

【事 件 番 号】 令和 6 年（あ）第 753 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人事件

【裁 判 結 果】 棄却

【参 照 法 令】 刑法 179 条 2 項（令和 5 年法律第 66 号による改正前、現 179 条 2 項）・65 条 1 項

【掲 載 誌】 裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25621841

関西学院大学教授 平山幹子

事実の概要

被告人 X（男性）は、交際相手の Y（女性）が監護する Y の実娘 A が 18 歳未満の者であることを知りながら A と性交することを企て、直接 A に対して性交しようと誘い続ける一方、Y に対しても A と性交できるよう A を説得してほしいと執拗に求めたところ、Y が X との性交に応じるよう A を説得するなどして、令和 5 年 1 月 2 日から同月 4 日までの間、X は A（当時 16 歳）と性交するに至った。

検察は、X が A と性交した事実につき、令和 5 年改正前の監護者性交等罪（令和 5 年改正前の刑法 179 条 2 項）の共同正犯が成立するとして X・Y を起訴し、一審（松江地判令 5・9・27LEX/DB25596133）は、X には監護者性交等罪の共同正犯が成立するとして、（他の法律違反の点も含め）懲役 6 年を言い渡した（Y は懲役 5 年）。X から控訴がなされたが、二審（広島高松江支判令 6・5・31LEX/DB25620060）も一審判決を是認し、X の控訴を棄却した。これに対し、X が上告した。

決定の要旨

上告棄却。

「18 歳未満の者を現に監護する者（以下「監護者」という。）の身分のない者が、監護者と共謀して、監護者であることによる影響力があることに乗じて当該 18 歳未満の者に対し性交等をした場合、監護者の身分のない者には刑法 65 条 1 項

の適用により監護者性交等罪（令和 5 年法律第 66 号による改正前の刑法 179 条 2 項）の共同正犯が成立すると解するのが相当である。被告人は、当時 16 歳であった本件児童の監護者ではないが、監護者である同児童の実母と意思を通じ、被告人との性交に応じるよう同実母から説得等された同児童と性交をしたというのであるから、被告人に監護者性交等罪の共同正犯が成立することは明らかである。」

判例の解説¹⁾**一 問題の所在**

監護者性交等罪（令和 5 年法律第 66 号による改正前の刑 179 条 2 項）は、監護者が 18 歳未満の被監護者に対し、監護者であることによる影響力に乗じて性交等をした場合に成立する。基本的に、性交等の相手方が監護者であることにより同意が不任意となる状況を想定した規定であり、監護者を主体とする真正身分犯であるとされる²⁾。

本件では、監護者 Y と共謀のうえ、被監護者 A と性交等をした非監護者 X に同罪の共同正犯が成立するかが問題となっている。この点、収賄罪など真正身分犯に関する従前の判例は、身分者が実行し、これに身分のない者が共同正犯として加功した場合には、身分のない者にも、刑法（以下、略）65 条 1 項の適用によって真正身分犯の共同正犯が成立するとの理解に立つ³⁾。ゆえに、本件において、監護者 Y も被監護者 A に対し現実に性交等を行っていたのであれば、X に 65 条 1 項を適用

して監護者性交等罪の共同正犯の成立を認めることは、これまでの判例に沿った理解を示すものといえる。

しかし、本件では、XのみがAと性交を行い、YとAとの間で性交は行われていない。身分者Yによる構成要件実現に関する特段の説明もない。しかし、「非身分者には65条1項の適用により真正身分犯の共同正犯が成立する」との理解は、「身分者が構成要件該当行為を行っていない場合にも真正身分犯が成立しうる」ことを意味しない。なぜなら、当該理解は「非身分者も身分者の行為を利用するなどして真正身分犯の保護法益を侵害できる」との考えを基礎に置くからである⁴⁾。身分者による実行を抜きにして、非身分者による保護法益の侵害や共同正犯の成立を肯定するものではない⁵⁾。

ゆえに、本決定に関しては、身分者が現実に実行していないように見える場合であっても、真正身分犯の構成要件該当事実が存在したといえるのが問題となる⁶⁾。

二 身分者による現実の実行のない真正身分犯？

身分者が現実に実行していない場合であっても真正身分犯の構成要件該当事実を肯定しうるのかという問題に関し、学説では、(1) 肯定的な見解と(2) 否定的な見解とが主張されている。

(1) 肯定的見解は、例えば、公務員が私設秘書に指示して業者から供与される現金(賄賂)を受け取らせた場合、身分者である公務員は実行していないが、私設秘書を「身分なき故意ある道具」とする間接正犯、あるいは、私設秘書との共謀共同正犯として、真正身分犯である収賄罪(197条1項)が成立すると主張するものである⁷⁾。

しかし、これに対しては、私設秘書は賄賂の受取りを任されているだけのことで、賄賂を懐に入れて「收受した」のは公務員であるから、身分者自身が現実に実行したものとして真正身分犯が成立するのであって、身分者による実行のない真正身分犯が成立するわけではないとの批判が妥当する⁸⁾。また、身分者との「共謀に基づく実行」であれば身分者も「共同して実行した」ことになるから、共謀共同正犯であれば非身分者だけが行為した場合であっても真正身分犯が成立する、という理解も適切ではない。というのも、共謀共同正

犯構成は、現存した構成要件該当事実が共謀に基づく場合に、当該構成要件実現について共謀加担者にも共同責任を負わせる余地を与えるだけだからである。前述した収賄罪の事例における公務員を同罪の共謀共同正犯に問えんとすれば、それは「私設秘書による賄賂の受取り」自体が——共謀共同正犯の成否以前に——「公務員による賄賂の收受」に当たるからである⁹⁾。共謀が行為の社会的意味づけに関係しうるのは別論として、問責されるべき事実を共謀によって「私設秘書による收受」から「公務員による收受」に置換できるわけではない¹⁰⁾。

(2) 否定的見解は、現行刑法の制定過程及び従前の裁判例¹¹⁾を根拠に、身分者による実行のない真正身分犯の成立は制度上認められないとする¹²⁾。あるいは、「身分は当該犯罪の類型的な違法性・有責性を基礎づける要素の1つであり、行為、結果などの構成要件要素とを分けて論ずることは妥当ではない」¹³⁾、「共謀共同正犯において実行行為者が非身分者の場合には、身分者との間に共謀があっても、身分と実行行為との間の有意な結び付きを欠くため、当該犯罪の基本的構成要件(当該犯罪の予定する不法類型)を充足していないことがありうる」¹⁴⁾との考えを示すものである。この立場によれば、身分者による現実の実行が認められないようなケースでは、原則、真正身分犯の実現が否定されることになる。

もっとも、最高裁判例及び下級審判例の中には、非身分者だけが行為している場合であっても真正身分犯の成立を肯定したケースが全く見あたらないわけではない。ただ、それらは、前述の収賄罪のケースと同様、非身分者が直接的な構成要件該当行為を行っているように見えるものの、「非身分者の行為を介して身分者が現実に実行した」との評価が可能な事案に関するものである。以下で確認することにした。

三 2つの裁判例

非身分者だけが行為している場合に真正身分犯の成立を肯定した裁判例としては、①最決平29・6・7 (LEX/DB25546821) 及び②名古屋地判16・5・27 (LEX/DB28095556) がある。

①は、D社の破産者P及び破産者Q社から破産手続全般につき委任を受けた司法書士Rが、Q社の清算人であるPらと意思を通じて、虚偽の事実

を記載した報告書を破産管財人に提出したことが、破産法 268 条 1 項の虚偽説明罪に問われる等した事案に関するものである。虚偽説明罪は、破産者、清算人などの説明義務者（同法 40 条 1 項 1 号・3 号）を主体とする真正身分犯であるところ、原審は、身分者 P と共謀のうえ、破産に関し虚偽の説明をした R には、65 条 1 項の適用により同罪の共同正犯が成立するとし、最高裁もこれを是認する決定をした。

もっとも、本件では、弁護人も含め、身分者による現実の実行のない真正身分犯の成立自体の問題に全く言及されていない¹⁵⁾。また、もともと R は P らとともに虚偽説明罪の身分者として起訴されていたところ、一審裁判所の指摘によって R の身分が否定されたことから、65 条 1 項を介した共謀共同正犯構成に訴因変更がなされたという経緯もある。そのため、虚偽説明罪の「説明」は口頭でなされることが基本とされているが、本件では、身分者 P ら自身が、破産管財人からの説明要求に対し、R による書面の提出を通じて管財人に対する「説明を拒み」、あるいは、「虚偽の説明をした」との評価が前提にされていたと解する余地があるように思われる。

②は、D 社の内部情報を職務に関して伝達された銀行員 H（第一次情報受領者）が、知人の女性 K に利益を得させる目的で当該情報を伝達し、K（第二次情報受領者）に D 社株式 5 万株を空売りさせたというケースである。インサイダー取引罪（平成 14 年法律第 65 号による改正前の証券取引法 166 条）は、内部者（「会社関係者」及び「第一次情報受領者」）が内部情報に基づく株式の売買等を行うことを禁止する真正身分犯である。ゆえに、H は身分者、K は非身分者に当たる。本件では、外形上、株式を売買したのは非身分者 K であるが、身分者 H のみが起訴され、同罪の成立が認められた。

判決で詳細は述べられていないが、当時の報道等によると、本件で実現された空売りは専門的知識を要する取引であり、H 主導でなければ実現困難であった。また、取引のために資金を準備したのは H であり、取引によって K に利益を得させることが H 自身の目的であった。ゆえに、「K に空売りをさせる」ことによって現実には「株式の売買」を行った主体は身分者 H 自身であると評価されたものと考えられる。

このように、上記 2 つの裁判例は、非身分者

だけが行為しているように見えるものの、「非身分者の行為を介して身分者が現実に実行した」との評価が可能な事案に関するものである。もっとも、いずれの真正身分犯の規定も、他人の行為を介した場合であっても身分者自身を主体とする行為と解することを許容しうる文言である点¹⁶⁾には、注意が必要であろう。

四 監護者性交等罪における「監護者が…性交等をした」

そこで、本決定に関しては、直接的には非監護者の行為であっても、監護者自身が現実に 179 条 2 項の「性交等をした」と解する余地があるのかが問題となる。

この点、監護者性交等罪の立案担当者によれば、同罪における性交等の解釈には第三者の陰茎を被害者の膣内に入れる行為も含まれる¹⁷⁾。また、監護者と非監護者のいずれかが行為に及んだときも、同罪の共同正犯が成立しうる¹⁸⁾。ゆえに、非監護者が直接の相手方である場合も、監護者の影響力に基づく性交等であれば、本罪の「性交等」に当たりうるとの理解や、非監護者が監護者と結託してその影響力を被害者に及ぼさせて行う性交等の侵害性は、監護者性交等罪が捕捉すべき範疇にあるとの指摘も散見する¹⁹⁾。

もっとも、上記の指摘は、「非監護者による監護者の影響力に乗じた性交等」が監護者を主体とすること、つまり「監護者による監護者の影響力に乗じた性交等」に当たること（身分犯性）まで根拠づけるものではない。その一方で、「現に監護する者による影響力があることに乗じて性交等をした」という文言に「監護者が監護者であることの影響力を行使して非監護者との性交を実現させた場合」を含める解釈²⁰⁾も完全には否定できない（自手犯性の否定）。そして、後者の理解に立てば、本決定の事案において、Y が、A に対し、監護者であることを利用して X と性交するよう説得等を繰り返すことによりこれを実現させたこと²¹⁾が、Y 自身による監護者性交等罪の実行に当たりうる（身分者による実行）。ゆえに、65 条 1 項の適用により、X に監護者性交等罪の共同正犯の成立を認めた本決定の判断は、真正身分犯の共同正犯に関する判例見解によって説明可能なものとなる。ただ、その場合、「監護者か否か」よりも「監護者であることの影響力の行使」が監護

者性交等罪の決定的要素となり、同罪の性質は不同意性交等罪にかなり接近したものとなる。そうすると、同罪の立法趣旨や、同罪を真正身分犯であるとする理解と齟齬をきたすのではないか²²⁾、疑問が残される。

●——注

- 1) 本件一・二审の評釈には、菊池英理子「判批」研修907号(2024年)77頁以下、齊藤豊治「判批」新・判例解説Watch(法セ増刊)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、松宮孝明「判批」新・判例解説Watch(法セ増刊)35号(2024年)161頁がある。本決定については、橋爪隆「判批」YOLJ-L2502002(2025年)、前田雅英「判批」WLJ判例コラム339号(2025年)1頁以下。
- 2) 監護者性交等罪の立法趣旨、構造等については、松山哲也=今井将人「刑法の一部を改正する法律について」曹時69巻11号(2017年)250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、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、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)100頁以下。
- 3) 大判大3・6・24刑録20輯1329頁、大判昭7・5・11刑集11巻614頁、大判昭8・9・29刑集12巻1683頁、大判昭9・11・20刑集13巻1514頁、最判昭25・9・19刑集4巻9号1664頁、最判昭34・5・8刑集13巻5号657頁、最決昭40・3・30刑集19巻2号125頁、最決平17・10・7刑集59巻8号1108頁ほか。
- 4) 最決昭40・3・30刑集19巻2号125頁は、旧強姦罪について行為主体を男性とする真正身分犯と解したうえで、男性2名による強姦事実を前提に、その共謀に加担した女性に同罪の共同正犯の成立を認めるに当たり、「身分のない者も、身分のある者の行為を利用することによって、強姦罪の保護法益を侵害することができる」ことを理由とする。大判昭9・11・20刑集13巻1514頁は、身分者による「実行」を前提に、非身分者も真正身分犯の「共謀」は可能という理由を前面に出す。
- 5) 西田典之『新版 共犯と身分』(成文堂、2003年)263頁も、65条の適用範囲について論じる中で、法益侵害の可能性を考慮するとともに、「61条以下の共犯規定は、少なくとも構成要件に該当する他人の行為を前提とすると解すべきであろう。」と述べている。
- 6) 同様の指摘をするものとして、松宮・前掲注1)162頁、十河太郎「共犯と身分をめぐる理論と実務——総論」刑ジャ80号(2024年)57頁、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」同69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。

- 7) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社、1990年)159頁、前田雅英『刑法総論講義〔第8版〕』(東京大学出版会、2024年)102頁、357頁。
- 8) 松宮・前掲注1)162頁。なお、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣、2016年)72頁も、公務員に直接正犯が成立すると解している。
- 9) 同様の事例で収賄罪の共同正犯を認める処理につき、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論〔第4版〕』(弘文堂、2025年)359頁も、公務員自身が「収賄した」といえることを当然の前提とする。
- 10) 松原・前掲注6)9頁は、非公務員との間で共謀が存在したとしても、公務員自身が賄賂を「収受した」といえないければ、第三者供賄罪の共同正犯しか成立しないとす。
- 11) 大判明44・10・9刑録17輯1652頁は、「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実行するも犯罪の構成要件を缺如する」とする。
- 12) 松宮・前掲注1)163頁。65条1項の「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」という文言は、原案の「犯罪行為を共に犯したる」という文言を修正したものであり、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」と解されていたためであることが指摘されている。なお、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。
- 13) 十河太郎『身分犯の共犯』(成文堂、2009年)120頁以下、251頁、280頁。
- 14) 松原・前掲注6)8頁。
- 15) ゆえに、最高裁の結論に「判例性はない」と指摘するのは、松宮孝明「監護者でない者が監護者と共謀して被監護者と性交した場合の監護者性交等罪の成否」立命414号(2024年)103頁脚注25。
- 16) こうした類型について、松宮孝明『刑法総論講義〔第6版〕』(成文堂、2024年)258頁以下。
- 17) 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)77頁。
- 18) 松山=今井・前掲注2)250頁。65条1項の適用前提として、「身分者による行為がなされたもの」とみなす趣旨か否かは不明である。
- 19) 齊藤・前掲注1)187頁、小池・前掲注1)105頁。
- 20) 深町晋也「家族をめぐる刑法の役割——家族刑法学の構築に向けて」法教535号(2025年)47頁は、監護者が自己の影響力に乗じて被監護者の望まない(非監護者との)性交を実現させることも監護者性交等罪固有の不法を生じさせようとする。ただ、その場合、児童福祉法34条1項6号の「淫行をさせる行為」との境界は曖昧になる。
- 21) 事案の詳細につき、菊池・前掲注1)77頁以下。
- 22) 同様の指摘として、松原・前掲注6)14頁注33、佐川・前掲注6)67頁、松宮・前掲注1)164頁。