

**児童福祉法 34 条 1 項 6 号にいう「淫行」、「させる行為」の意義**

【文献種別】 決定／最高裁判所第一小法廷  
【裁判年月日】 平成 28 年 6 月 21 日  
【事件番号】 平成 26 年（あ）第 1546 号  
【事件名】 児童福祉法違反被告事件  
【裁判結果】 上告棄却  
【参照法令】 児童福祉法 34 条 1 項 6 号・60 条 1 項  
【掲載誌】 刑集 70 巻 5 号 369 頁、裁時 1654 号 8 頁

LEX/DB 文献番号 25448016

**事実の概要**

児童 A（当時 16 歳）の通学する高等学校の常勤講師で A の授業の担当経験もあった被告人 X（当時 28 歳）は、2012 年 11 月初旬頃、学外でも A と会いたいとの思いから A を車でその自宅まで送ろうと考え、A と校外で待ち合わせ自己の運転車両に乗車させてその自宅近くまで送り届けた。同じ頃、X は校内で A にキスをし、その数日後には A を車で自宅まで送ろうとして A と待ち合わせ、自己車両に乗車させ A にキスをしたりその胸を揉むなどし、その数日後にも同様の行為に及んだ。X は同月 18 日にホテルにおいて A と性交し（第一犯行）、その後数回に渡りホテルにて性交した他、翌月 24 日にもホテルで性交した（第二犯行）。

他方で X は本件にて翌年 2 月に逮捕される 3 年以上前から、自己の出身大学で出会った当時 24 歳の女性 B と交際し、2010 年 7 月頃からは同居を開始して、少なくともかつては結婚を意識し互いの親戚との面識をも有していた。X は A との性交を継続する一方、B との同居や交際の解消への行動等には及んでおらず、また B や A の保護者には A との関係を一切明らかにせず、A に対しても性交等につき折に触れ他言を禁じていた。

X は A との前記 2 件の性交につき児童福祉法（以下「本法」）34 条 1 項 6 号（以下「本規定」）で禁止される「淫行をさせる行為」に当たる（罰則は 60 条 1 項。以下「本罪」又は「児童淫行罪」として起訴された。これに対し弁護人は、本規定は刑罰法規の明確性を求める憲法 31 条に違反する、本件性交は「淫行」に当たらない、淫行相手となる行為はそれを「させる行為」に当たらない等として無罪を主張した。

第一審の福岡地飯塚支判平 26・5・19（刑集 70 巻 5 号 387 頁参照）は、本法の理念や本罪の趣旨に照らせば「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解すべきで、この解釈は一般人にも理解可能であり本規定は憲法 31 条に違反しない、性道徳上非難すべきものか否は児童の心身への有害性の大きさをその動機・目的、態様・結果等に照らし全体的に観察して判断すべきであり、本件性交も「淫行」に当たる、「させる行為」には行為者を相手方として淫行させる場合を含むが、この場合には淫行行為に包摂される程度を超えて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淫行するように働きかけ、その結果児童をして淫行するに至らせることが必要であり、本件でもこれが認められる等として本罪成立を認め、懲役 1 年 6 月執行猶予 3 年とした（求刑懲役 1 年 6 月）。

第一審におけるとほぼ同様の主張による X 側からの控訴に対し、原審の福岡高判平 26・9・19（刑集 70 巻 5 号 400 頁参照）は、児童福祉の理念等を定めた本法 1 条ないし 3 条等をも考慮すると原判決の「淫行」、「させる」の解釈は正当で（「させる」の意義につき最決昭 40・4・30 集刑 155 号 595 頁、最決平 10・11・2 刑集 52 巻 8 号 505 頁参照）、この解釈は一般人に理解不能とはいえないから本規定は憲法 31 条に違反しない、「させる行為」たるに要する児童への事実上の影響力は必ずしも強度のものを要せず、その淫行を助長し促進するといえるものであれば足り（前記 40 年決定参照）等として控訴を棄却した。そこで X 側が憲法 31 条違反等を理由に上告した。

## 決定の要旨

最高裁第一小法廷は、憲法 31 条違反をいう点は本規定が不明確とはいえないから前提を欠き、その余は刑訴法 405 条の上告理由に当たらないとして上告を棄却したが、職権で次のように判断した。

本規定での『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。『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が（最高裁昭和……40 年 4 月 30 日第二小法廷決定・裁判集刑事 155 号 595 頁参照）、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。

本件各性交は A を自己の性欲を満足させる対象と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、講師たる X は校内で性的接触を開始し程なく性交に及んでいる。このような事実関係下では、X は単に A の淫行相手となったに止まらず、A に対し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をしたと認められ、よって本罪成立を認めた原判断は結論において正当である。

## 判例の解説

### 一 本規定の趣旨と他法令との関係

わが国での児童福祉に係る基本法たる児童福祉法は、児童の心身の健全育成が国民の責務たること、児童は生活保障等の権利を有すること（平 28 法 63 による改正前の同法 1 条）を基本理念に、そのための様々な施策や機関等につき規定する。このうち児童保護のため禁止される諸行為を定めるものが 34 条であり、なかでもその健全育成を

著しく阻害しうるものとして「児童に淫行をさせる行為」が 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という厳刑にて処罰されている。

他方でわが国法令上、およそ児童の性行為に関係しうる罰条としては本規定の他、刑法 176 条、177 条、178 条、182 条等、売春防止法 6 条、7 条、9 条、10 条、12 条等、いわゆる児童ポルノ法 4 条（以下「児童買春罪」）、5 条等や、各自自治体によるいわゆる青少年保護育成条例（以下「条例」）の淫行処罰規定（以下「青少年淫行罪」）等多数存在しており、各法定刑間に相当の差異もある<sup>1)</sup>。ゆえにこれら諸規定間の合理的な適用関係も明確たるべきところ、「淫行をさせる行為」との本規定の文言については従来から「淫行」、「させる行為」の具体的意義が問われてきた。この点本決定は「淫行」の意義を示すと共に「させる行為」への該当性判断の具体的方法を示したことに意義がある<sup>2)</sup>。

### 二 「淫行」の意義

本規定の立法趣旨は児童を売春に従事させることの防止とその行為者の処罰にあったようである<sup>3)</sup>。そのため従来は「淫行」概念とは性道徳上非難に値する性行為、反倫理的な性行為をいうとの理解が実務上一般的であり<sup>4)</sup>、本件第一審及び原審でも同様である。ただ従来、本概念を巡っては性交類似行為もこれに含まれるかが主たる議論となっており、その肯定の定着過程<sup>5)</sup>でも本概念自体の意義は最高裁では明示されていなかった。その一方、福岡県条例で処罰される青少年に対する「淫行」につき、最大判昭 60・10・23（刑集 39 巻 6 号 413 頁）はこれを「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をいう」とし、二つの類型からなると解しており、その理由として、性行為一般と解するのでは広すぎることに、単に反倫理的な性行為と解するのでは犯罪構成要件として不明確なこと、を挙げていた。

このようななか本決定は本法上の「淫行」につき、「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」とし、これには「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」が含まれるとしてその一例を示している。

まず、本決定が本法の「淫行」につき原審等による解釈を採っていないのは、上告趣意でも示されたように、前記60年判決が「淫行を反倫理的性行為と解するのでは不明確」としているため、それらの解釈では同様の批判を招きうること、本決定の指摘するように本法の趣旨からはその健全育成を書しうる性行為を児童にさせることが規制対象と解されるから、「淫行」も端的にこのような性行為と解されたことによる。そして本決定の挙げる「淫行」の例は、60年判決のいう第二類型と実質的に同じである。これに対し不当手段に係る第一類型が本法の「淫行」の例に示されなかった理由の一つは、罪となるのが条例では「淫行」自体であるのに対し、本法では「淫行をさせる行為」だからであろう。つまり後者では、第三者と淫行させる場合につき第一類型を前提として、児童に「不当手段での性行為をなす者を相手とする性行為」をさせると解しても、このような事態は類型的とはいいい難く不自然な解釈となりうるのに対し、児童を性欲処理の対象と扱う者はある程度想定される類型的存在であるから、前記第二類型を前提としても、児童にそのような者との性行為をさせる事案はある程度一般的に想定されるためである。

もっとも本件はこの第二類型たりうる性行為を自らなす者に係る事案である。即ち本決定では児童の淫行相手が青少年淫行罪や児童買春罪ではなく児童淫行罪の主体たりうるということが認められているが、この場合前二者に比しての後者の法定刑の大幅な峻厳性<sup>6)</sup>は淫行を「させる行為」の存在によることになるから、この意義が重要となる。

### 三 「させる行為」の意義

前述のように、児童淫行罪は元来児童売春の規制を旨とするもの（その後制定された売春防止法上の規制との関係ではその加重類型）であるから、その捕捉対象は児童に第三者を相手とする淫行をさせる者であり、自ら児童の淫行相手となった者ではないと解されていた<sup>7)</sup>。そして本決定の引用する40年決定は「淫行をさせる行為」の意義につき、

この「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」としている。このような助長性、促進性は一般に雇用等の関係によるものが典型であったようであるが<sup>8)</sup>、裁判例ではこれらの関係性を欠く事案にも本罪成立を認めるものもあり<sup>9)</sup>、相当緩やかに捉えられてきている。

ところで40年決定は自ら淫行相手となった者に係る事案ではなかったが、その後このような者にも本罪が成立するかが争われるようになり、前記10年決定において自己の面前で児童に自慰行為をさせた事案に本罪成立が認められている<sup>10)</sup>。ただ、合意による性行為の当事者間では性行為へ向けた働きかけがなされることは通例であろうから、これのみを「させる行為」とみて本罪成立が認められるのでは青少年淫行罪や児童買春罪との間での罪刑不均衡が生じうる<sup>11)</sup>。この点、10年決定も含め淫行相手に本罪成立が認められた裁判例をみると、行為者と被害児童の間にはいずれも親子ないしこれに準じる関係あるいは教師と生徒との関係があり、これを背景とした作用により児童が性行為をさせられる状況の存在が認められる<sup>12)</sup>。つまりこれら事案では、単に性行為に向けた働きかけがなされたのみならず、そもそも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がその基礎にあり、かつ性行為への働きかけはこの関係に基づく影響力を用いてなされたものであるために、児童は受忍して性行為をさせられる、という状況が認められる。

本件第一審判決が、淫行相手に「させる行為」が認められる要件に、40年決定の示すような影響力での働きかけが「淫行をする行為に包摂される程度を超え」ることを挙げるのも、前述のような関係性に基づく影響力行使をいう趣旨とも解されうる。ただこのような表現ではその要件としての限界等が不明瞭であるところ<sup>13)</sup>、本決定は40年決定の示す行為を前提とした上で、行為者が淫行相手か否かに係わらないその該当性判断方法を、その際に考慮されるべき諸要素を列挙することで明示している。これにより児童が淫行に至るに及ぼされた影響は、従来の裁判例でも前提と

されてきたと解される当事者間の継続的な支配的依存的関係性も併せ相当程度具体的に把握されよう。ただこの判断方法そのものからは、青少年淫行罪や児童買春罪に当たる程度を超えるものたるべき影響度<sup>14)</sup> 自体が担保されるものでは必ずしもないように思われる。この意味では、淫行相手が第三者の場合も併せ、前述のような継続的な支配的依存的関係性に基づく影響たる事が端的に要件と解されるべきように思われる<sup>15)</sup>。但し、いずれにせよこれら相当程度の影響度が要件とされる場合には強制に至る場合と近接することとなり、特にいわゆる心理的抗拒不能<sup>16)</sup> による準強姦罪、準強制わいせつ罪(刑法178条)との間での擬律判断に困難も生じえようから<sup>17)</sup>、これら相互の要件の一層緻密な整理も今後の課題となるう。

●—注

- 1) 更には現在、刑法改正に係る第193回国会閣法47号(2017年3月7日国会提出)にて、監護者ゆえの影響性に乘じた性行為を強制わいせつ・強姦の例によるとする規定(新179条)の新設が審議中である。
- 2) 本件評釈として、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、栗原一紘「判批」警公71巻10号(2016年)87頁以下、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。
- 3) 第1回国会衆議院厚生委員会議録20号(1947年10月6日)156頁[米澤常道政府委員]、木宮高彦『特別刑法詳解第2巻』(日本評論新社、1962年)179頁、189頁以下参照。
- 4) 小泉祐康「児童福祉法」平野龍一ほか編『注解特別刑法第7巻〔第2版〕』(青林書院、1988年)36頁、伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法第8巻』(立花書房、1990年)786頁[澤新・長島裕]、厚生省児童家庭局編『児童福祉法・母子及び寡婦福祉法・母子健康法・精神薄弱者福祉法の解説〔改訂版〕』(時事通信社、1991年)235頁、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』(青林書院、1994年)426頁。
- 5) 従来は一般に性交に限られると解されていたが(木宮・前掲注3)188頁、厚生省編・前掲注4)235頁)、最決昭47・11・28刑集26巻9号617頁(男女が全裸で打ち重なる性交を模したショー)、前記10年決定(性具を交付され面前行わされた自慰)の登場により性交類似行為も含まれることで実務上定着している。
- 6) 前二者の法定刑上限はそれぞれ2年、5年の懲役。
- 7) 札幌家判昭41・9・20家月19巻8号168頁、東京高判昭50・3・10家月27巻12号76頁、木宮・前掲注3)189頁、厚生省編・前掲注4)235頁。

- 8) 置屋経営者と芸妓(40年決定)、ショー・クラブ経営者とボーイ(前記47年決定)、劇団経営者と女優(東京高判昭51・3・17家月29巻7号81頁)等。40年決定以前の事案として、(特殊)飲食店経営者と店員(東京高判昭27・8・13高刑集5巻9号1537頁、東京高判昭28・7・6東高刑時報4巻1号8頁、最判昭30・12・26刑集9巻14号3018頁、札幌高判昭32・6・20高刑裁特4巻11-12号299頁)、置屋経営者と接客婦(大阪高判昭31・2・21高刑集9巻2号144頁)。
- 9) 女兒から依頼されその売春相手を紹介した事案に係る名古屋高判昭54・1・25家月32巻6号80頁、東京高判昭53・10・18東高刑時報29巻10号178頁等。
- 10) 10年決定(中学教諭と教え子)以前に淫行相手に本罪成立を認めていた裁判例として、その第一審、原審たる長野家判昭平8・3・18家月49巻3号101頁、東京高判平8・10・30高刑集49巻3号434頁の他、東京家判平10・4・21家月50巻10号156頁(養母の同棲相手と養女)。
- 11) 伊藤ほか編・前掲注4)790頁[澤・長島]は、「淫行させる行為」は行為者の「淫行する行為」と区別して認定することはほぼ不可能であろうとする。
- 12) 親と娘ないし養女(東京高判平17・6・16高検速報平成17年125頁、東京高判平22・8・3高刑集63巻2号1頁)、中学教諭と教え子(東京高判平21・9・14LEX/DB25463513、最決平21・10・21刑集63巻8号1070頁、東京高判平24・10・17東高刑時報63巻1-12号209頁、名古屋高判平27・7・21LEX/DB25541033)。前掲注10)も参照。
- 13) このような表現は10年決定の原審(前掲注10)参照)で用いられていたが、これにつき大山弘=松宮孝明「判批」法セ515号(1997年)75頁参照。
- 14) 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『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第3巻』(成文堂、2000年)305頁、鎮目征樹「判批」ジュリ1210号(2001年)219頁参照。
- 15) 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)74頁以下は、行為者が淫行相手の場合は性行為に係る三者関係との異常性に基づく有害影響の危険性が欠くため、なお本罪が成立するには三者関係の場合より強度の、児童の健全発展に重要な役割を果たす者によるその関係を用いた影響力行使が要件となるとする。ただ三者関係での有害影響も、この程度影響力行使がなければ本罪での処罰に値する程度には至らないように思われる。
- 16) その意義につき、拙稿「判批」新・判例解説 Watch(法セ増刊)14号(2014年)153頁以下参照。
- 17) 擬律の問題は前述のいわゆる監護者規定(前掲注1)参照)との間でも生じえよう。