

《論 説》

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 —

若 尾 岳 志

一 はじめに

2017年6月23日、性犯罪に関する刑法改正（平成29年法律第72号）が公布され、7月13日より施行された。この改正には、監護者性交等罪及び監護者わいせつ罪の新設が含まれている。両罪は、18歳未満の子ども¹⁾を客体とし、子どもに対する性的行為から、子どもの性的保護を図るものである。子どもの性的保護のためには、すでに児童福祉法や児童買春・ポルノ処罰法、さらには青少年保護育成条例など様々な刑事規制が存在している。青少年保護育成条例については別稿で確認した²⁾。条例は都道府県ごとに異なるものであるが、多くの条例において、子どもに対して「みだらな行為」や「淫行」といった性的行為をすることが規制されていた。また、児童福祉法という法律のレベルでも、その34条1項6号において「児童に淫行をさせる行為」を禁止し、その違反に対して罰則を設けている（以下、単に「淫行罪」という）。前者（の多く）が、子どもに対して「淫行してはならない」とされており、後者が、子どもに対して「淫行をさせる行為」をしてはならないとされている。本稿の検討対象とする子どもに対する性的行為は、身体的接触を伴う性的行為であるが、最決平成

- 1) 本稿では、「子ども」は18歳未満の者を指して使う。児童福祉法上では18歳未満の者は「児童」とされ、青少年保護育成条例では「青少年」や「少年」などともされる。「子ども」も「児童」も同趣旨である。
- 2) 拙著「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—」獨協法学102号269～320頁。

10年11月2日を一つの象徴的転換として、裁判実務においては、子どもに対する身体的接触を伴う性的行為の一定部分が淫行罪中に含まれるようになったといえる。そこで、本稿では、淫行罪における子どもに対する性的行為の刑事規制を検討する。この点、すでにすぐれた先行研究がある³⁾が、監護者性交等罪や監護者わいせつ罪が新設されたこともあり、淫行罪の意義の変遷を確認する意義があると思われる。

淫行罪の規定自体は短く、問題となりうるのは、「淫行」と「させる」という文言である。しかし、どちらの文言も日常用語上は広い概念であり、いかなる行為が規制されているのか、解釈の余地が大きい。そして、淫行罪は、法案立案者（厚生労働省児童局等）の想定した犯罪類型の枠組みと、その後裁判所が実際に解釈をした犯罪類型の枠組みとが乖離したものとなっているように思われる。まずは、立法時の立案者の淫行罪の理解を確認し、その後裁判例における淫行罪の理解の変遷をみていくことにする。

二 児童福祉法の立案者における理解

淫行罪そのものは、児童福祉法の制定にともない新設されたものといえる。児童福祉法は、戦前の児童虐待防止法（昭和8年法律第40号。以下、単に旧児童虐待防止法）と少年教護法（昭和8年法律第55号）を引き継ぎつつも発展させた法律であるが、淫行罪を含む児童福祉法34条1項は、基本的には旧児童虐待防止法7条（その罰則は10条である。以下参照）を引き継いでいる⁴⁾。

児童虐待防止法（昭和8年3月31日）

第7条 地方長官ハ軽業、曲馬又ハ戸戸ニ就キ若ハ道路ニ於テ行フ諸芸ノ演出若ハ物品ノ販売其ノ他ノ業務及行為ニシテ児童ノ虐待ニ涉リ又ハ之ヲ誘発スル

3) 特に西田典之「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第三巻』（成文堂、2000年）291頁以下。

4) ただし、旧児童虐待防止法における「児童」は14歳未満の者とされている（旧児童虐待防止法1条）。

虞アルモノニ付必要アリト認ムルトキハ児童ヲ用フルコトヲ禁止シ又ハ制限スルコトヲ得

前項ノ業務及行為ノ種類ハ主務大臣之ヲ定ム

第10条 第七条第一項ノ規定ニ依ル禁止若ハ制限ニ違反シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ千円以下ノ罰金ニ処ス

児童ヲ使用スル者ハ児童ノ年齢ヲ知ラザルノ故ヲ以テ前項ノ処罰ヲ免ルルコトヲ得ズ但シ過失ナカリシ場合ハ此ノ限ニ在ラズ

旧児童虐待防止法7条における、禁止・制限可能な業務や行為は、昭和8年8月2日に出された「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)」に具体例が示されている(以下参照⁵⁾)。

児童虐待防止法第七条第二項ノ規定ニ依リ児童ヲ用フルコトヲ禁止シ又ハ制限シ得ル業務及行為ノ種類ヲ定ムルコト左ノ如シ

- 一 不具畸形ヲ観覽ニ供スル行為
- 二 乞食
- 三 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
- 四 戸戸ニ就キ又ハ道路ニ於テ物品ヲ販売スル業務
- 五 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
- 六 芸妓、酌婦、女給其ノ他酒間ノ斡旋ヲ為ス業務

同省令にはいまだ子どもに「淫行をさせる行為」は示されていない。ただし、同省令の6号の芸妓は、娼妓⁶⁾とは区別される存在ではあるが、売春の温床ともなっていた⁷⁾ことを考えると、子どもの売淫への対策にもなり得たと考えられる。

この旧児童虐待防止法や少年教護法を含む、戦前の児童保護関連諸法令は基本的に、孤児、貧児、浮浪児、不良少年等の特殊に問題を抱える要保護児童の

5) 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)214頁。

6) 売春婦である娼妓については、娼妓取締規則(明治33年内務省令第44号)1条において、18歳未満の者はそもそも娼妓になることはできないとされていた。

7) 藤目ゆき『性の歴史学 公娼制度・墮胎罪体制から売春防止法・優生保護法体制へ』(不二出版、2011年)295頁などを参照。

保護を目的とするものであった。敗戦直後の日本では、社会の混乱と窮乏から児童を保護する対策の強化が急務であったため、厚生労働大臣は「児童保護法」案を中央社会事業委員会に諮問した。しかし、中央社会事業委員会は、対象を特殊な要保護児童に限定することを批判し、全児童を対象として、一般的保護を図ることを中心とすべく、名称も「児童福祉法」として、昭和22年1月25日に答申し、児童福祉法要綱案を添付した（同要綱案中の関連規定は以下参照⁸⁾）。

児童福祉法要綱案（昭和22年1月25日）

第2章 健康及び文化

第3節 児童

第33 何人も、児童の虐待にわたり、又はこれを誘発するおそれのある業務又は行為に児童を用いてはならないこと。

2 前項の業務及び行為は、次の各号の一に該当するものとする。

一、中央児童福祉委員会の意見を聞き、厚生大臣の定める業務又は行為。

二、地方児童福祉委員会の意見を聞き、地方長官の定める業務又は行為。

第57 第33第1項に違反する者は、これを1年以下の懲役又は1万円以下の罰金に処すること。

この段階では、旧児童虐待防止法7条と基本的に同様な規定といえ、「児童に淫行をさせる行為」に関する規定も設けられていない。その後、この要綱案をベースに厚生省が法案化した昭和22年2月3日の児童福祉法案には、虐待禁止業務・行為の内容が法定化されている（以下参照⁹⁾）。

児童福祉法案（昭和22年2月3日）

第2章 健康及び文化

第3節 児童

第31条 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。

一 心身の正常でない児童を観覧に供する行為

二 児童にこじき又は淫行をさせる行為

8) 児童福祉法研究会編・前掲注5)548頁、552頁

9) 児童福祉法研究会編・前掲注5)556頁、560頁

- 三 児童を用いてこじきをする業務
- 四 公衆の娯楽を目的として、14歳に満たない児童にかかるわざ又は曲馬をさせる業務
- 五 戸戸について又は道路で、14歳に満たない児童に歌謡、遊芸その他の演技をさせる業務
- 六 14歳に満たない児童に、芸者、女給その他酒間の世話をさせる業務
- 七 児童に、各号の規定による業務又は行為をさせるために、児童を他の監護に移す行為
- 八 児童の福祉を目的とせず、その他の目的のみのために、児童をあずかり又は養う行為
- 九 その他児童の福祉を阻害し又は阻害するおそれがある業務又は行為であつて、中央児童福祉委員会の意見を聞き、厚生大臣が定めるもの

…

第5章 雑則

- 第57条 第31条第1項又は第2項の規定に違反する者は、これを1年以下の懲役又は1万円以下の罰金に処する。

基本的には、昭和8年内務省令第21号の内容を法定化したものであるが、この法案には、子どもに「淫行をさせる行為」が、子どもに「こじきをさせる行為」と並列して規定されている。こじきをさせる行為は、子どもであれば同情を引きやすく、子どもから経済的搾取をすることが考えられることから同省令の禁止規定があった。また、「淫行をさせる行為」に関する罰則は、1年以下の懲役又は1万円以下の罰金と、他の各号と同程度である。

その後、児童福祉法案はGHQの承認を受け¹⁰⁾、昭和22年8月11日に第1回国会に政府案として提出された(以下参照¹¹⁾)。

児童福祉法案(昭和22年8月11日)…国会への政府提出案

第2章 福祉の措置及び保障

- 第33条 何人も、左の各号に掲げる行為をしてはならない。

10) 英訳した文がある。「児童に淫行をさせる行為」は、“To let the children practice the obscene act”である。(児童福祉法研究会編・前掲注5)581頁)

11) 児童福祉法研究会編・前掲注5)592頁、595頁

- 一 不具奇形の児童を公衆の観覧に供する行為
- 二 児童にこじきをさせ、又は児童を利用してこじきをする行為
- 三 公衆の娯楽を目的として、満15歳に満たない児童にかかるわざ又は曲馬をさせる行為
- 四 満15歳に満たない児童に戸戸について、又は道路その他これに準ずる場所で歌謡、遊芸、その他の演技を業務としてさせる行為
- 五 満15歳に満たない児童に酒席に侍する行為を業務としてさせる行為
- 六 児童に淫行をさせる行為
- 七 前号に掲げる行為をする虞のある者その他児童に対し、刑罰法令に触れる行為をなす虞のある者に、情を知って、児童を引き渡す行為及び当該引渡し行為のなされる虞があるのを情を知って、他人に児童を引き渡す行為

…

第5章 雑則

第58条 第33条第6号の規定に違反した者は、これを10年以下の懲役又は2千円以上3万円以下の罰金に処する。

- 2 第33条第1号から第5号まで又は第7号の規定に違反した者は、これを1年以下の懲役又は1万円以下の罰金に処する。

この政府案では、「児童に淫行をさせる行為」が「こじきをさせる行為」から独立して、6号に規定されている。また、この6号違反のみ、罰則が10年以下の懲役又は2千円以上3万円以下の罰金と厳罰化され、他の各号はそれまでの法案と同様である。その後、条文が33条から34条になって（罰則規定は58条から60条になって）児童福祉法が成立し、淫行罪が設けられて以降、この6号の位置は現在まで変わっていない。

さて、この第1回国会における厚生労働省児童局の児童福祉法案逐条説明（答弁資料）によると、成立した同法34条は、児童を虐待する行為をすることを禁止し、児童の福祉を保障する規定である¹²⁾。さらに、淫行罪における淫行は、ワイセツより範囲が狭く、セクシュアル・インターコースだけを含んでおり¹³⁾、

12) 児童福祉法研究会編・前掲注5)803頁

13) これを受けて、高田浩運（元厚生省児童局長）『児童福祉法の解説』（時事通信社、1957年）232頁でも、「『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。」と同様の説明がなされ

淫行をさせるためにポン引きにだす行為や男と一緒に部屋に入れる行為は、淫行罪に当たらないとされる¹⁴⁾。そして、刑法182条の淫行勧誘罪や、昭和22年勅令第9号¹⁵⁾の1条にある「暴行又は脅迫によらないで婦女を困惑させて売淫をさせた者」と合致する部分が多いとしている。また、他の各号違反に比し、淫行罪が重く処罰されたのは、労働基準法の強制労働に対する処罰と同等とした¹⁶⁾と説明されている。なお、この第1回国会の衆議院厚生委員会における質疑応答で、山崎道子厚生委員会理事が、「12歳くらいのパンパン・ガールは養父によって犯され、養父に使喚されて、こういう道へ落ちているような実例」をあげて、質問したところ、米澤常道（厚生事務次官）政府委員は、「33条の第6号『児童に淫行をさせる行為』、この規定を相当働かせることができる」と答弁している¹⁷⁾。

児童福祉法自体は、単なる要保護児童・特殊児童の保護という趣旨を超え、次代の社会の担い手たる児童一般の健全な育成、全児童の福祉の積極的増進を基本精神とする法律として制定された¹⁸⁾ものである。しかし、児童福祉法34条1項は、旧児童虐待防止法7条を引き継ぐものであり、旧児童虐待防止法7条は本来、見世物、かるわざ、こじき、物品販売、歌謡、酌婦といった、児童を使った一種の営利活動により児童から搾取することを虐待として規制していた。淫行罪も当初は「こじきをさせる行為」と並列されたことから、同様のもの

ている。

14) 児童福祉法研究会編・前掲注5)804頁

15) 昭和22年1月15日に公布・施行された、いわゆるポツダム勅令の一つで「婦女に売淫させた者などの処罰に関する勅令」である。全3条からなり、1条に上記構成要件が設けられ、3年以下の懲役または1万円以下の罰金とする。2条は、婦女に売淫させることを内容とする契約をした者は、これを1年以下の懲役または5千円以下の罰金に処する、とするもので、3条は、1条と2条の未遂処罰規定である。売春防止法の制定により廃止された。

16) 児童福祉法研究会編・前掲注5)821頁

17) 第一回国会衆議院厚生委員会議録第20（昭和22年10月6日（月））より。

18) 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）10頁。

のと理解されていたとみるべきであろう¹⁹⁾。国会審議に用意された答弁資料や実際の答弁からも淫行罪は、売春をさせることで子どもから性的搾取を行うような、児童売春の管理売春を処罰する犯罪類型を中心とするものと、立案者は考えていたことがうかがわれる。

現在までに、淫行罪において争点となった解釈論上の主な論点は、①「淫行」の意義、②「させる行為」の意義、③行為者自身が淫行の相手方となり得るか(又はその可罰性)の三つに大別できよう。立案者としては、①淫行は「性交」に限定され、②「させる行為」は、暴行や脅迫によらない、勧誘や困惑等によるものでも足り、③「児童に淫行をさせる」という場合、子どもをして、行為者以外の第三者を相手方とする性交(淫行)をさせることであり、子どもの性交(淫行)の相手方は、淫行罪の行為主体に含まれていないと解していたといえる²⁰⁾。

このような立法時の淫行罪の解釈の背景には、当時の「売春」に対する意識があるものと思われる。売買春、すなわち性売買は、人身取引と密接に関連するものであり、人身取引は許されるものではない。これは戦前の公娼制度においても同様であった。他方で、公娼制度のもとで、成人の自由意思に基づく売春は、醜業、賤業とされつつも許容されていた。さらに売春の相手方となること、いわゆる買春行為については問題になるものではなかった。このような売買春の構造についての考え方が、淫行罪の理解にも表れていたと考えられる。

19) 澤新・長島裕「第11章児童福祉法」伊藤榮樹他編『注釈特別刑法第八巻医事薬事法風俗関係法編』(立花書房、1990年)770頁は、児童福祉法34条1項各号の行為を三つの類型に分類している。その第一の類型として、本条1項1号から6号までに規定されている行為のように、当該行為が直接児童の心身の発達に有害な影響を及ぼす行為としている。

20) 立案者は、厚生省児童家庭局編・前掲注18)235頁においても、「『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。本号は第三者が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した場合は本号に該当しないと解される。」としていた。

三 裁判例にみる変遷

裁判例においては、立案者の想定していた淫行罪の構成要件は拡大していくことになる。上記①～③の論点に分けて裁判例をみながらも、おおよその時系列に沿う形で裁判例を見ていくことで、解釈論上の争点の変遷を把握したい。

1. 児童福祉法成立直後から売春防止法制定の頃にかけて

児童福祉法成立直後の裁判例では、②「させる行為」の意義に関して、子ども自身が任意に（自発的に）売春を行い、行為者の側で直接かつ積極的に勧誘も強制もしていないような場合について争われたものが多くみられる。東京高判昭和27年8月13日²¹⁾や東京高判昭和28年7月6日²²⁾など²³⁾、いずれも、売春（売淫）行為を行ったことが子ども自身の任意・自由意思に出たものであって、

21) 高刑5巻9号1537頁、判タ24号62頁。おおよその事案は以下の通りである。被告人の経営する店は、いわゆる花街の一角にあり、同種の店が連なっており、その店の屋内の設備、調度等はすべて売淫行為を目的として設営されていた。被告人は、被害者である子どもらが18歳未満であることを知りながら、それぞれ売淫のために使用させる目的で、いわゆる自分の部屋を与えかつその子どもらから売淫の都度その収益を受け取り、その中から一定率の金銭を徴していたというものである。

22) 東高刑時報4巻1号8頁。被告人の経営する飲食店は、売淫のための構造、設備等を具有するものであり、同店女子従業員の売淫による収益からの所得を主たる目的とするものであったところ、A子とB子の両女は、被告人に雇われて同店に住み込んでいた子どもであった。被告人は、他の従業員と同様にその子どもらにも売淫のための場屋、設備等を支給使用させ、同女等の行っ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。

23) 東京高判昭和27年6月27日（家月8巻2号86頁、高判特報34号88頁）は、子どもの雇い主である被告人が、当該子どもと淫行を求める客の要求に応じ、当該子どもを勧誘して売淫行為をさせたという事案において、すでに「児童に淫行をさせる行為とは、売淫に限らないのは勿論、その手段として特に児童の自由意思を束縛する如き所為を必要としない」と判示している。

行為者が強制や勧誘をしていない場合でも「児童に淫行をさせる」に該当するとした。特に後者は、子どもを雇い入れ、住み込ませていた経営者について、「その監護者として当然に心身共に未成熟な…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った」ことを指摘している²⁴⁾。そして、最判昭和30年12月26日²⁵⁾は、たとえ「売淫が児童である同女自らの意思に基く場合であっても児童福祉法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」とした。立案者の答弁資料においては、淫行罪は、売春を勧誘したり（淫行勧誘罪）、困惑させて（昭和22年勅令第9号）売春をさせる場合などと合致する部分が多いという説明が示されていた²⁶⁾が、そのような場合に限定されるものではないことが示される。場所などの提供を受けて子どもが売春（売淫）する事案において、行為者がその売春（売淫）を強制したり勧誘したり等、積極的に関わることなく、その売春行為が児童の任意・自発的意思によるものであっても、「児童に淫行をさせる」といえることは、売春防止法制定以前にすでに確立していた²⁷⁾。

24) 東京家判昭和29年1月25日（家月6巻1月25日）も、「保護者を始め雇い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」としている。この事案も売淫行為の事案であり、旅館に女中として雇い入れた子どもに、その旅館客室において不特定の客に売淫させ、その報酬中約六分相当額取得していたというものであった。

25) 刑集9巻14号3018頁、判例タイムズ57号41頁など。事案は、軽飲食店を経営する被告人が、住み込み女中としてA女（当時満17歳）を雇い入れ、同女をして自宅2階6畳間で、年齢25、6歳の商人風の客に売淫せしめるなどし、同女が売淫によって得た対価を布団代等の名義で折半したというものである。判例評釈に吉村弘・研修413号105頁以下や特別法犯判例研究会・捜査研究35巻3号69頁以下。

26) さらに、厚生省児童家庭局編・前掲注18)235頁においては、「児童がみずからの意思に基づいて淫行した場合も本号に該当しない」と説明されている。

27) その後も、大阪高判昭和31年2月21日（高刑9巻2号144頁）は、淫行の意思ある子どもを自宅に住み込ませ、かねてから交渉打ち合わせのあるカフェ・キャバレー等の飲食業者を通じ席貸業者と連絡して売淫行為を斡旋する方法で子どもの淫行を容易ならしめるという事案で、「強制又は勧誘したものではなくても、児童を自己の

2. 売春防止法成立以後から昭和50年代後半まで

昭和31年、売春防止法が成立し、昭和32年4月から施行されることとなったが、刑事処分に関する規定は昭和33年4月から施行された。売春防止法は、売春をさせる業(同法12条)を最も重い罪として、場所の提供(同法11条)、売春の周旋等(同法6条)などの売春を助長する行為を処罰することに主眼がある。売春の相手方となる行為(買春行為)は、違法とされた(同法3条)が、処罰の対象ではない。同法の売春助長行為類型は、淫行罪の行為類型と共通する点があるが、同法の目的は、一般には、性道德の維持、性風俗の維持にあると理解され、児童福祉法の目的である子どもの心身の健全な育成保護とは異なる²⁸⁾。

売春防止法成立後の名古屋高判昭和33年9月8日²⁹⁾は、②「させる行為」に関し、「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、いわゆる作爲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、利得の意図をもって、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ず暗黙のうちに許容する態度のような、いわゆる不作爲的行為をも指称するものと解すべき」と述べ、場所・設備等の提供がなくても「淫行をさせる行為」たり得るとした。これらを踏まえ、最終昭和40年4月30日³⁰⁾は、児童に淫行をさせる行為には、「直接たると間接たる

支配下に置いて児童に淫行の便益を与え、その結果淫行をなすに至らしめたものであるから、児童に淫行をさせる行為をしたものと認めるべき」とした。

28) 亀山継夫「児童に淫行をさせる罪(その一)」研修346号44頁、小泉祐康「児童福祉法」平野龍一他編『注解特別刑法7風俗・軽犯罪編[第2版]』(青林書院、1988年)34頁など。

29) 高刑特5号9号392頁。本裁判例は、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子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ずに黙認する不作爲的態度をとった事案である。

30) 裁判集刑事155号595頁。

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」ことを、原審の判断を支持する形で示した。売春防止法で規制されている場所の提供や周旋等の行為に止まらず、子どもの心身の健全な育成保護を阻害するような行為を、より広く捕捉することで、児童福祉法の目的に沿おうとする判断といえる³¹⁾。

そもそも、「させる」という日本語は使役動詞である。一般に、使役動詞が使われる際、主語である使役主が当該事象に意図的に関わっている場合と非意図的に関わっている場合があるが、淫行罪では、当然、使役主たる行為者は当該事象に意図的に関わっていることを前提として使役動詞が使われている。このような意図的な場合における使役主の当該事象への関与は、強制、説得、指示、許容・放任がある³²⁾。なお、英語の迂言的使役文には、make使役文、have使役文、get使役文、let使役文があり、それぞれmake使役文は強制、have使役文は説得、get使役文は指示、let使役文は許容・放任で表される³³⁾。「児童に淫行をさせる行為」の英訳文はlet使役文であった³⁴⁾ことから、被使役主(「児童」)が望んだり、意図したりしている事象(淫行)を使役主(行為者)が許容・許可したり、禁止せずにその事象が生じる場合も「させる」という文言には含まれ得る³⁵⁾。

さて、売春防止法上の売春は性交に限定されているが、淫行罪の①「淫行」の意義については、児童の心身の健全な育成保護に重大な影響を及ぼすものであるか、有害であるか、という観点からすると、「淫行」を売春や性交に限定

31) このような「させる行為」に関する裁判所の態度は、その後も東京高判昭和51年3月17日(家月29巻7号81頁)、東京高判昭和53年10月18日(東高刑時報29巻10号178頁)、名古屋高判昭和54年1月25日(家月32巻6号80頁)、仙台高判昭和56年11月24日(家月34巻4号108頁)などで繰り返し示され、定着している。

32) 高見健一『受身と使役 その意味規則を探る』(開拓社、2011年)136頁。

33) 高見健一・前掲注182頁。

34) 前掲注10)を参照。

35) 澤・長島前掲注19)787頁は、「他人に働きかけて何かを『させる』という使役の意味で使われているので、当該他人の自発的行為である場合には、本来『させる』には該当しない」とするが、文言上は、そこまでの限定はない。

する実質的な意義はあまりない。売春防止法制定後の、東京家判昭和37年10月5日³⁶⁾は、淫行の意義に関して、「異性間の性行為に限定すべきものでなく、これに類似した不自然なる性行為も、それが刑法第176条等所定のわいせつ行為の範囲を逸脱したものと認められるべきものであれば、これをも含む」とした。その後、東京家判昭和39年12月7日³⁷⁾や札幌家判昭和39年12月23日³⁸⁾、大阪家判昭和40年11月30日³⁹⁾など、男色行為という形での売春(性売買)をさせる行為が問題となった裁判例は、いずれも淫行は異性間の性交に限定されず、性交類似行為までも含むとの判断を示した。そして、最決昭和47年11月28日⁴⁰⁾において、「『淫行』には性交そのもののほか性交類似行為をも含む」こと

-
- 36) 家月14巻12号189頁。事案としては、被告人が経営する飲食店の18歳未満の従業員に、飲食客ら多数人を相手に多数回にわたり、ホテルにおいて、男女性交の姿態を摸して手淫行為その他の性交類似の行為をなさしめたというものであり、男色行為が問題となった。
- 37) 家月17巻6号264頁、判タ189号211頁。事案としては、被告人は同性愛クラブを主催しており、同性愛の男子を募り、その相手となるべき少年を集めてこれに引き合わせることによって、同性愛者の性欲の満足を得る機会を与えていたところ、18歳未満の少年を数回にわたって同性愛者にひきあわせ、同性愛的性欲の性欲満足の対象として手淫その他の異常性欲行為をさせることを何度もしたというものである。
- 38) 家月17巻8号106頁。事案としては、同性愛の性癖を有する被告人が、同性愛者の組織を結成し、同性愛者の交友斡旋等に当たっていたところ、18歳に満たない少年らをアルバイトと称して、たくみに使喚して、不特定の客を相手方として、いわゆる男色行為をさせたというものである。
- 39) 家月18巻9号132頁。事案としては、被告人はバーを経営していたところ、ボーイとして雇い入れた18歳未満の子どもを、多数の男客を相手に男女性交を模した手淫、素股その他性交類似の行為をなさしめた、というものであった。
- 40) 刑集26巻9号616頁、判タ286号307頁など。評釈に加藤敏員・研修589号71頁、西田典之・警察研究44巻12号125頁。事案は、被告人が経営するクラブでヌードショーなどのショーをしていたが、子どもの男女に、「白黒」と称する男女の性交類似の行為の一種で、いわゆる「強姦」を模した「強姦ショー」を全裸でなさしめた、というものである。一審の大阪家判昭和46年8月2日(刑集26巻9号622頁、家月25巻5号85頁)では、「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

が示された。

もっとも、淫行を性交に限定するべきだとの見解もある⁴¹⁾。確かに、淫行を性交類似行為まで広げた場合、わいせつな行為との限界を画することが困難になり、また、淫行罪と児童福祉法34条1項9号との処罰の対象の区別も困難になることが考えられる。しかし、「性交」類似という以上、異性間の性交行為と実質的に異なるところのない行為⁴²⁾と捉えることはできよう。また、売春防止法における売春の性的行為は「性交」に限定されており、旧強姦罪の「姦淫」も「性交」に限定されていたが、このように規制対象となる性的行為を性交に限定することは、性的侵害の重大さという観点からは合理性に欠けるものといえよう。現在、子どもに対する性的搾取及び性的虐待を防ぐことを目的とした児童買春・ポルノ処罰法においても、児童買春は、性交に限定されず性交類似行為などの行為を含んでいる。さらに、強制性交等罪の新設において、単なるわいせつな行為よりも重大な性的侵害として、性交だけではなく、肛門性交、口腔性交が認められたことからすれば、児童の健全な育成保護を阻害する行為としての「淫行」も性交に限定されるべきではない。児童福祉法の立案者においては「淫行」はワイセツの範囲よりも狭いとされていた点は残しつつ、立案者と異なり、「淫行」を「性交」に限定せず、児童の性的自由ないし性的自己決定の保護という観点から重大な性的侵害となり得る手淫・口淫・肛淫・素股などの性交類似行為を「淫行」に含めて理解することは妥当だといえる⁴³⁾。

類似行為、手淫、口淫（被告人が尺八と称するもの）、肛淫（被告人がバックと称する者）、触淫（被告人が素股と称するもの）、さらには、いわゆる猥姦、鶏姦等の各行為をもふくむものと解するのが相当である。」として、性交類似行為の具体例をあげている。

- 41) 西田典之・前掲注40)123頁や加藤久雄・平成10年度重判解164頁以下。
 42) 亀山継夫「児童に淫行をさせる罪（その二）」研修347号59頁、北島敬介「福祉犯罪一解釈と実務」53頁。小泉祐康・前掲注28)37頁。宮澤浩一=安部哲夫『判例刑法研究8』（1981年）388頁も。
 43) もっとも、当時の裁判所は、同性愛を、「不自然な性行為」（前記、東京家判昭和37年10月5日判決文中）、「異常性欲」・「性倒錯とも考えられる異常性行為」（前記、東京家判昭和39年12月7日判決文中）、「同性愛の性癖」（前記、札幌家判昭和39年12

このように、②「させる行為」の理解についても、①「淫行」の理解についても、立案者の想定していた犯罪類型から乖離する形で、「児童に淫行をさせる行為」の枠組みは、裁判実務において拡大していった。これに対して、立案者において、③子どもを直接相手として淫行した場合は「児童に淫行をさせる行為」に該当しないとされた理解（以下、③の否定説とする⁴⁴⁾）自体は、比較的長く維持されていく。例えば、福岡家裁小倉支判昭和35年3月18日⁴⁵⁾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のは勿論である」とした。③の否定説自体は、札幌家裁昭和41年9月20日⁴⁶⁾や東京高判昭和50年3月10日⁴⁷⁾などでも繰り返し示される。

月23日判決文中)などとし、同性愛そのものを「児童が正しい健全な性知識を身につけ身心ともに健やかに育成されることを妨げるものである」(前記、東京家判昭和39年12月7日判決文中)としていた。これは、子どもの性的自由ないし性的自己決定という観点よりも、異性愛という、いわば正常な性的秩序を維持することを目的としているようにも思われる。

- 44) 学説中に、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9頁など。
- 45) 家月12巻7号147頁。事案としては、被告人が、被告人の妻がお金を貸し付けているA女と知り合い、Aが生活費に窮して被告人に対して「金の返済ができないときは娘B子を犠牲にしてもよいから奥さんに内緒の金を貸してくれ」と申し出てお金を借りようとしたので、Aに対してお金を貸し、Aが支払いに窮するとAの夫であるC方に向向いて、Cに対して「家がきつい時は娘一人くらい犠牲にしていではないか」と被告人を相手方として家計の援助を代償としてB子に淫行させるよう申し出て、Cは、娘B子に被告人と淫行をさせることを決意し、娘B子をして被告人を相手方として淫行させたというものである。
- 46) 家月19巻8号168頁、判タ219号206頁。事案としては、被告人が数日の間、旅館などにおいて18歳未満のA子を、10名程度の男を相手方として淫行させたというものである。被告人自身もA子と淫行しており、その事実について北海道青少年保護育成条例違反(淫行する行為)で略式命令の裁判を受けすでに確定していたことから、弁護人は、自分以外の他の者を相手方として淫行させた事実は、自己を相手方として淫行させた事実と一罪の関係にあり、控訴棄却決定がなされるべきと主張していた。そのため、『児童に淫行させる行為』とは、児童をして他人を相手方として不正な

しかし、子どもを直接相手方として淫行した者が、淫行罪の教唆犯等の狭義の共犯としても不処罰とされるかについては可罰性が肯定される。前記福岡家裁小倉支判は、子どもを相手方として淫行する者が、子どもの父親に自分を相手方として娘に淫行させるよう教唆した場合の刑責は免れないとした。このように、淫行の直接の相手方といえども、淫行罪の狭義の共犯としての罪責は免れないとすることは他の裁判例でも示される。前記東京高判昭和50年3月10日は、『『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ものと解すべきである』と判示した。また、高知家判昭和50年8月13日⁴⁸⁾では、淫行の直接の相手方が、淫行罪の幫助犯とされた。名古屋高判昭和54年6月4日⁴⁹⁾でも淫行罪の教唆犯の成立が肯定され

性交をさせることであり、自らその相手方となつて児童と性交した場合を含まないものと解するのが相当』であるとの判断だけが示された。

- 47) 家月27巻12号76頁。事案としては、被告人はAに対し、自己の性交の相手方として児童であるB(当時14歳)等を誘い連れてくるよう申し向け、Aが被告人の意向を知りながら、B等に被告人と性交するよう勧誘し、被告人に紹介した結果、被告人がB等と性交するに至ったというものである。
- 48) 家月28巻3号111頁。事案としては、被告人のかねてからのいわゆるホモ仲間であるAが、中学生、高校生などの男児を、被告人の性交類似行為の相手方として紹介する旨の意思があることを被告人に告げたところ、被告人はこれを容れて、紹介料の金員をAに支払うことを確約し、それによってAの意思を確実強固ならしめ、Aは18歳に満たない子ども5名を言葉巧みに使喚懲通して、被告人の性交類似行為の相手方となることを承諾させ、被告人は子どもらと素股、口淫等の性交類似行為をした、という事案である。
- 49) 家月32巻9号76頁、判時955号136頁。判例評釈として内田文・前掲注44)3頁、中森喜彦・同志社法学33巻4号96頁以下。事案は、被告人がAらに対して自己を相手方として性交する女子中学生を誘い出してくるよう申し向け、女子中学生B子ほか3名

た。

3. 昭和50年代後半から最決平成10年11月2日へ

ところが、東京高判昭和58年9月22日⁵⁰⁾は、結論的には淫行罪の教唆犯を認めた事案において、淫行罪は「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った場合には、これを処罰しないと合理的理由は全く存在」せず、淫行罪規定の「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」ことから、「自ら淫行の相手方となる者であっても、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」と述べた⁵¹⁾(以下、このような考えを③の肯定説とする)。

昭和26年には和歌山県で青少年保護育成条例が成立するが、早くも同条例に

を勧誘させて、B子らを被告人に紹介させたうえ、B子らと覚せい剤を使用のうえ性交した、というものであった。名古屋高裁は、前期東京高判昭和50年3月10日を引用しつつ、「被告人が他人を教唆し、同人をして児童に淫行をさせる行為を実行させた場合には、右淫行の相手方が被告人自身であつたとしても、これにより被告人の前記児童福祉法違反教唆罪の成立は妨げられないものと解するのが相当である」とした。このほか、札幌家判昭和56年10月15日(家月34巻3号87頁)も子どもを直接の相手方として淫行した者は淫行罪の行為主体に含まれないことを明示する。仙台高判昭和56年11月24日(家月34巻4号108頁)は、子どもを直接の相手方として淫行した者の教唆犯を肯定した。

50) 高刑36巻9号104頁、家月36巻9号104頁、判時1101号123頁。事案としては、被告人は、Aに対し、自己を相手に性交する女子中学生を紹介してくれるよう依頼し、それによってAをして中学3年生のB子に勧誘させて自己に紹介せしめ、自己がB子と性交したというものである。

51) 当該事案については、自ら児童の淫行の相手方となった者であっても、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」をした場合は、正犯資格を有する者であるから、教唆犯の成立することは当然のことであると見た。

はいわゆる淫行処罰規定があった。青少年保護育成条例自体は昭和30年代に多くの自治体で制定されていくが、淫行処罰規定自体の広がりはやや遅れる。しかし、昭和50年代後半ころまでに淫行処罰規定をもたないのは、東京、千葉、大阪、島根、山口や青少年保護育成条例のない長野であった⁵²⁾。売春防止法においては、売春の相手方(買春者)への処罰はなく、買春に対する刑事規制は行われていなかったが、青少年保護育成条例という条例のレベルにおいては子どもに対して淫行する行為(特にその中心にあった買春行為)は、子どもの心身の健全な育成保護を阻害するものとして刑事規制の対象となることが、全国に広がっていた。そのため、子どもの淫行の直接の相手方が、子どもの心身の健全な育成保護を直接大きく阻害するものであるとの理解が進んでいたものと考えられる。そのことから、淫行の直接の相手方の実質的な当罰性は肯定できるものであり⁵³⁾、条例上は可罰性もあった。しかし、淫行の直接の相手方が淫行罪の正犯資格を有する、とすることはそれまでの淫行罪の理解と大きく異なるものである。

実際、東京高判昭和58年9月22日の後に出された神戸家判昭和60年5月9日⁵⁴⁾は、この問題につき、従来通り③の否定説に立ち、淫行罪において「自己

52) 青少年保護育成条例の変遷については、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)333頁。

53) ところで、昭和49年5月29日の法制審議会決定における改正刑法草案には、次のような子どもに対する姦淫についての規定が存在していた。

(被保護者の姦淫)

第301条 身分、雇用、業務その他の関係に基づき自己が保護し又は監督する18歳未満の女子に対し、偽計又は威力を用いて、これを姦淫した者は、5年以下の懲役に処する。

2 精神障害の状態にある女子を保護し又は監督する者が、その地位を利用して、その女子を姦淫したときも、前項と同じである。

このように、性交(姦淫)の相手方となる行為のうち、旧強姦罪や旧準強姦罪には含まれず、買春にも該当しないような行為でも、一定の支配—被支配の関係に基づいて行われる性交の当罰性は認識されていた。

54) 家月37巻12号77頁。事案は、第一の事実として、被告人は、A子と共謀のうえ、A

が児童の淫行の相手方となった場合を含まないと解すべきことは弁護人主張の通り」とした⁵⁵⁾。もっとも、同判決は、児童の淫行の相手方となった者が処罰されない理由として、「児童の淫行の相手方となることや児童が淫行をするについては、このような個人の性の問題である私的生活に対しこれを犯罪や非行として法律が刑罰や保護処分をもって関与することを立法政策上控えた」ものだと示したが、このような理由には疑問が残る。行為者の側の個人の性の問題であっても、子どもの心身の健全な育成保護を阻害するのであれば、もはや私的生活の領域の外にある⁵⁶⁾。

その後、子どもと淫行の直接の相手方である行為者しかいない事案において、東京家判平成10年4月21日⁵⁷⁾は③の肯定説に立ち、子どもの淫行の相手方と

子の友人B子（当時17歳）が18歳に満たないものであることを知りながら、Yを淫行の相手方として引き合わせて紹介し、もってB子をしてYを相手方として性交させ、さらに第二の事実として、被告人はB子に対し「わしの女がおらへん。わしにも女を紹介してくれ。同級生の女の子を紹介せい。」などと申し向けてそそのかし、B子をしてC子（当時17歳）を自己に紹介することを決意させ、よってB子をして、C子を自己の性交の相手方として紹介せしめ、ホテルの客室においてC子と性交したというものである。なお、B子はYを紹介された際、Yから初めて覚せい剤を注射してもらい、以来覚せい剤に溺れるようになっていた。

- 55) 同判決は、淫行罪の狭義の共犯については、「他人を教唆し同人をして児童に自己を相手方として淫行をさせた場合には、単に児童の淫行の相手方となったに過ぎないから犯罪は成立しないとすべきではな」として淫行罪の教唆犯が成立するとした。
- 56) 「私生活」領域に法、特に刑法が立ち入らないということが、一面において、家庭内における配偶者間暴力や恋人間の（性）暴力、さらに児童虐待の問題を見えにくくさせてしまうことがある。児童買春・ポルノ処罰法（平成11年5月26日法律第52号）、ストーカー規制法（平成12年5月24日法律第81号）、児童虐待防止法（平成12年5月24日法律第82号）、DV防止法（平成13年4月13日法律第31号）などの成立を考えると、「私生活領域」であることによる政策的配慮が、（刑）法の不介入の根拠となり得ないといえる。
- 57) 家月50巻10号156頁。事案としては、被告人は、同棲するA子の愛人であり、A子の養女B子の勉強をみてやったり寝けたりしてB子を養育してきたものであり、かねてからB子に性的要望を抱き、B子が18歳に満たないことを知りながら、性交を迫っ

なった行為者自身を淫行罪の正犯とした。東京家裁は、淫行罪は「児童の福祉保護を直接の目的とするもので、児童に対して事実上の影響力を行使してみずから淫行の相手方として淫行をさせた者は、直接児童の福祉を阻害する者であり、規定の文言上も、淫行の相手方が除かれると考える根拠は見当たらない、といわなければならない」と判示した。

こうして、③淫行罪において行為者自身が淫行の相手方となり得るかという問題については、東京高裁昭和58年9月22日以降、下級審の見解が肯定説と否定説に分かれることとなった⁵⁸⁾。

4. 最決平成10年11月2日

このような状況において最決平成10年11月2日⁵⁹⁾が出された。事案そのものは、以下の通りである。

中学校の英語教諭であった被告人は、自身の立場を利用して、

- ・同中学校の女子生徒A子に対して、被告人の自宅において、A子に対し、ポルノショップで購入したバイブレーターを示し、スイッチを操作するな

て拒否されるなどしていたところ、風邪気味でパジャマ姿で横臥していたB子の布団にもぐり込み、B子の身体に触るなどしていたが、B子が被告人の行為を拒めば養母のA子が被告人から暴力を振るわれることなどを危惧して被告人にされるままになった末、真実被告人に家を出て行ってもらいたいと願っていたB子が「1回やらせたら、この家から出て行ってくれる。」と被告人に確認を求めたのをいいことに、被告人は「出て行く。」旨約束して、B子に自己との性交に応じることを承諾させ、被告人を相手に性交させた、というものである。

58) なお、東京家判平成9年7月11日(公刊物未登載)も淫行の直接の相手であっても淫行罪の正犯資格を有するとしたとして、井口修・最判解刑事篇平成10年度175頁、176頁に紹介されている。

59) 刑集52巻8号505頁、家月51巻4号104頁、判時1663号149頁。判例評釈に、松本裕・警察公論54巻2号128頁以下、黒川弘務・研修609号9頁以下、加藤久雄・前掲注164頁、安部哲夫・北陸法学7巻2号71頁以下、佐々木史朗・若尾岳志・判タ1053号65頁以下、鎮目政樹・ジュリスト1210号215頁以下、井口修・前掲注58)161頁以下など多数。

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たところ、A子は、飲酒の上アダルトビデオを見せられていたことに加え、被告人がいつもより怖くて逆らい難いと感じたことから、被告人の言に従い、被告人の面前において、こたつの中に下半身を入れた状態でバイブレーターによる自慰行為をし、もってA子に淫行をさせ、

- ・同中学校の女子生徒B子に対して、ラブホテルの一室において、客室備え付けのアダルトビデオを見せ、さらにセックスの話をするなどして、その性的好奇心をあおり、B子がベッドで手指を用いて自慰行為を始めると、さらに被告人は、ホテルのフロントにバイブレーターを注文して入手し、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、B子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ながら、これをB子に手渡し、B子は、このバイブレーターを使わざるを得ない状況にあると感じたことから、被告人の面前に於いて、ベッド上の布団の中で、バイブレーターによる自慰行為をし、もってB子に淫行をさせた⁶⁰⁾。

一審の長野家裁飯田支判平成8年3月18日⁶¹⁾は、①「淫行」の意義について、一般論としては、従来通り、性交に限らず性交類似行為を含むとしつつも、性交類似行為について、さらに詳述する。いわく「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えることができると解すべきである」

60) 二審の東京高判平成8年10月30日(高刑49巻3号434頁)より。なお、二審の判例評釈として、山口幹生・警察公論52巻2号112頁以下、鈴木彰雄・判評474号(判時1640号)239頁、大山弘=松宮孝明・法学セミナー515号74頁。

61) 家月49巻3号101頁。

とした。性交類似行為に関して、相手方のいない自慰行為をも含むうとの判断は、それまでの裁判例に見当たらないが、このような性交類似行為の理解⁶²⁾からは、本事案の各子どもの淫行において、行為者は淫行の直接の相手方ではないことから、③淫行罪の行為主体に、淫行の相手方が含まれるか、という議論は回避されている。残る論点である②「させる行為」の意義について、従来通り「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」として、本事案において「児童が淫行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」とした。

このような一審の理論構成に対して、二審は異なる理論構成を示した。①「淫行」の意義については、一般論として性交のほか性交類似行為を含むとしつつ、本事案を一審のように相手方のいない性交類似行為として捉えるのではなく、淫行の相手方のいる性交類似行為として捉えた。すなわち、「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挿入

62) 性交類似行為に、相手方のいない自慰行為を含めることができるかは一つの問題である。本一審判決は、これを肯定した。このように解した場合、③の否定説を支える根拠の一つである必要的共犯の理論は前提たり得なくなる(西田典之・前掲注3)302頁)。もっとも、そもそも淫行罪が対向犯的な行為であると解するとしても、その場合に必要的共犯の不可罰な必要的関与者とされるのは淫行をさせられている子ども自身であり、淫行の相手方まで不可罰な必要的関与者とする必然性はないと解することができる(井口修・前掲注58)179頁)とも指摘される。自慰行為が性交類似行為といえるかについては、淫行罪の淫行が性交に限定されず、性交類似行為を含むにしても、その性交類似行為といえるためには、性交を模した行為の相手方と評価できる者の存在が必要であるとすべきであろう(鎮目征樹・前掲注58)217頁)。それゆえ、単なる自慰行為は性交類似行為に含まれないとすべきであろう。ただし、このことから直ちに淫行罪が必要的共犯であるとの結論が導かれるものではない。

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、性交類似行為に当るものと解することができる」とする。本事案をこのように、行為者が子どもの淫行の直接の相手方となっていると捉える⁶³⁾と、③淫行罪の行為主体に、淫行の相手方が含まれるのかという問題が生じる。そこでこの点について二審は、まず文言・文理に関して、「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』という。）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」として、形式面を確認した。そして、児童福祉法の基本理念や34条1項6号の趣旨目的に照らすと「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」と実質面を述べ、淫行罪においては「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」とした。③の肯定説に立つものである。なお、②「させる行為」の意義であるが、「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」と述べている。

弁護人は、憲法違反や判例違反、法令違反、事実誤認、量刑不当の主張をして上告し、最高裁はこれらの上告趣意をいずれも当たらないとして上告を棄却したが、職権で次のような判断を示した。「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、その使用方法を示した上、自慰行為をするよう勧め、あるいは、これに使

63) 本事案は、器具を用いた場合であり、確かに直接の身体的接触はないが、器具の調達・交付が行われていること、両者の時間的・場所的密着性などから、淫行の直接の相手方となっているという評価は可能であろう。

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号に言う『児童に淫行をさせる行為』に当るとした原判断は正当である」。これは、二審を支持することで、最高裁も本事案を、行為者と被害者の間における性交類似行為であり、相手方のいる淫行として捉えているといえる。同時に、最高裁は③淫行罪の行為主体に、淫行の相手方を含むとする二審の判断をも支持し、③の肯定説に立つことが示された。

このように、淫行罪の行為主体に淫行の相手方を含むと解することで、裁判実務上、子どもに対する身体的接触を伴う性的行為の一部が、淫行罪によっても捕捉され得ることとなった。最判平成10年11月2日(の二審)にみられるように、③の肯定説を支える根拠は二つの点にある。一つは、形式面において、「淫行をさせる」という文言の文理上は、行為者自身が、子どもの淫行の相手方となる場合を排除していないということである。もう一つは、実質面において、子どもの淫行の相手方も、児童福祉法の目的であるところの子どもの心身の健全な育成保護を阻害するということには変わりがないということである。これらの点は否定しがたいもののように思われる。しかし、淫行罪の規定は、「淫行をする」ではなく、「淫行をさせる」として規定されている。この両者の区別基準が、立案者から連綿と続く③の否定説と、最決平成10年11月2日(とその二審)のような肯定説とは大きく異なっている。

否定説においては、「淫行をする」と「淫行をさせる」の区別基準を、形式的に判断することが可能である。否定説によれば、「淫行をする」のは、子どもの淫行の相手方となっているということであり、「淫行をさせる」のは、行為者以外の第三者を相手に、子どもをして淫行をさせているということである。両行為の区別をこのような形式的画一的な基準に依拠していたからこそ、①「淫行」の意義や②「させる行為」の意義について、子どもの心身の健全な育成保護を阻害するかどうかという観点のみから犯罪類型を拡大していったとしても、両行為の区別は明確になされる。

これに対して、肯定説はこのような形式的画一的な区別基準を放棄する。肯定説は両行為の区別を、行為者が子どもに対していかに「淫行を働きかけた」とかという点に求める。単に淫行したにすぎない「淫行をする」行為と、「淫行をする」に包摂されないような、「事実上の影響力を及ぼして淫行をするように働きかけ」といえる、「淫行をさせる」行為とを区別する。その結果、否定説においては、犯罪類型を拡大する解釈がなされてきた「させる行為」の意義⁶⁴⁾が、肯定説においては「淫行をする」と区別するために犯罪類型を限定する役割を担うことになる。行為者が淫行の相手方となった場合でも、行為者が行為者以外の第三者を淫行の相手方として子どもに淫行させた場合でも、子どもの心身の健全な育成保護を阻害すること自体には変わりがない。「淫行をする」と「淫行をさせる」の区別は、観念上は明確になされ得るが、「淫行をする」際にも、通常は行為者による働きかけが存在しており、「淫行をする」に包摂されないような働きかけを明確にしなければならない⁶⁵⁾。そのため、あらためて②「させる行為」の意義が問題となる。むしろ、肯定説においても、行為者が淫行の相手方となっておらず、行為者以外の第三者が淫行の相手方となった場合も「淫行をさせる」となる。この本来の「淫行をさせる」に関して、従来の裁判例の理解を踏襲するなら、②「させる行為」の意義を、行為者と子どもとの二者間の淫行の場合と、行為者と子どもと子どもの淫行の相手の三者間の淫行の場合において、合致させることは難しいと考えられる⁶⁶⁾。

64) 澤・長島前掲注19)788頁は、「多数の裁判例をみると、児童福祉の基本原則を基礎におく、かなり緩やかな説示が目立っている」ことを指摘する。

65) いわゆる福岡県青少年保護育成条例違反事件(最判昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁、詳細は拙著・前掲注1)などを参照)において、「淫行」とは、①青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し、または困惑させる等心身の未成熟に乗じた不当な手段による場合と、②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場合をいうとした。とりわけ、①の誘惑・威迫・欺罔・困惑は、子どもに対して「淫行をする」ためになされた働きかけであることは明らかであろう。このような理解を前提とした「淫行をする」に包摂されないような「淫行をさせる」行為は、かなり限定した解釈をせざるを得ないであろう。

66) 学説においては、単純に淫行の相手方となる行為が淫行罪における「させる行為」

5. 最決平成10年11月2日以降

平成11年に児童買春・ポルノ処罰法が成立し、児童買春に対する処罰（同法4条）、児童買春の周旋に対する処罰（同法5条）、児童買春勧誘に対する処罰（同法6条）が明記された。これにより従来の淫行罪に含まれていた行為類型が児童買春・ポルノ処罰法においても刑事規制がなされるようになるが、淫行罪の役割がなくなったわけではない⁶⁷⁾。ただ、児童買春・ポルノ処罰法と淫行罪の関係の検討については別稿を期したい。むしろ、最決平成10年11月2日以後、子どもの淫行の相手方となった者について淫行罪の成否が問題となった事案が多く見られ、それを見ていくことにしたい。

子どもの淫行の相手方として淫行罪に問われた事案は、いくつかの類型に分けることは出来るが⁶⁸⁾、行為者と被害者である子どもとの関係でいえば、
・実の親子の関係として 東京高判平成17年6月16日⁶⁹⁾

となるのは、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、なんらかの支配関係が成立している場合に限定するのが妥当だと指摘される（西田典之・前掲注3）305頁など）。

67) 例えば、横浜家裁川崎支判平成13年8月8日（家月55巻3号100頁）は、淫行罪と児童買春周旋罪とは法条競合ではなく、観念的競合にあるとするなど、淫行罪と児童買春・ポルノ処罰法との関係が問題となったものは多い。

68) すでに、東京高判平成11年12月24日（高刑速平成11号114頁以下）は、かねてから子どもAに現金を与えるなどしてAの乳房や陰部に触れるなどの行為を繰り返し、この行為をビデオカメラ等で撮影し、被告人とのこの行為の露見を恐れて困惑しているAに現金6万円を供与する約束をして、自己を相手に性交させた、という事案に関して淫行罪を認めているなどしているが、確認できたものを示す。

69) 高刑速平成17年125頁。事案としては、被告人が、次女A子がまだ小学5年生であったころからA子を相手にわいせつ行為を開始し、間もなく性交するようになり、以来本件により逮捕されるまでの約2年間多数回にのぼりこれを繰り返し、そのためA子が妊娠して出産したが、それでもA子との性交を止めようとせず、A子の出産後わずか1ヶ月あまり後に本件性交がなされたというものであった。A子は、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ゆえに逃

- ・ 養父と養子という関係として 東京高判平成22年8月3日⁷⁰⁾
東京地裁立川支判平成25年5月29日⁷¹⁾
- ・ 教師と生徒等の関係として 広島地判平成21年9月14日⁷²⁾
最決平成21年10月21日⁷³⁾

げることままたならず、母親等に言えず嫌悪、孤独、罪悪感等にさいなまれてきたという。

- 70) 高刑63巻2号1頁。判例評釈として芥川正洋・法律時報84巻4号114頁以下。事案としては、被告人は幼女であるA子(当時15歳)に対して、養父の立場を利用して被告人居宅内において、A子をして被告人を相手に性交させたものである。
- 71) D1-Law.com判例体系28213779より。事案としては、被告人は、A子の母親と婚姻する際、A子を養子縁組し、A子らと同居して、養父としてA子らの養育、監護等を行っていたが、養父の立場を利用してA子(当時12歳)を被告人と性交させたというものである。強姦罪とともに淫行罪にも問われた。
- 72) D1-Law.com判例体系28166806より。事案としては、被告人は小学校の教諭であったものであるが、同校の女子児童(13歳未満)計10名に対し、多数回にわたりわいせつ行為等を行ったという、強姦46件、強姦未遂11件、強制わいせつ25件、淫行罪13件からなる事案であった。被害児童はいずれも13歳未満であることから、姦淫に至っているケースについては強姦罪、着衣を脱がせて乳房をなめる、陰部をなめるなどしたわいせつ行為については強制わいせつ罪、自己の陰茎を手淫または口淫させるなどの性交類似行為をさせる行為については淫行罪としている。被告人は勤務先の小学校で目に留まった女子児童に声をかけ、初めは指導上の必要などといった虚言を弄して女子児童の身体に障るようになり、その反応を確かめながら徐々にわいせつ行為の度合いを高めていき、自らが教師という被害児童に対して絶対的に優位な立場にあることを利用し、意のままに被害児童の身体をもてあそび続けるためにあらゆる手段を用いて、わいせつ行為等を繰り返していた。
- 73) 刑集63巻8号1070頁、判タ1326号134頁。判例評釈もあるが、本判決の争点は、淫行罪と児童ポルノ製造罪との罪数関係であることから省く。事案としては、中学校の教員として勤務していた被告人が、20回にわたり、犯行開始ときに被告人が勤務する中学校に生徒として在籍していた被害児童A子をして、被告人を相手に性交させ、又は性交類似行為をさせたというものである。なお、20回の淫行の機会のうち13回において、A子をして、性交等に係る姿勢をとらせ、これをデジタルビデオカメラで撮影するなどし、児童ポルノ製造罪にも問われた。

東京高判平成24年10月17日⁷⁴⁾

最決平成28年6月21日⁷⁵⁾

・警察官と補導児童という関係として 水戸地判平成28年7月26日⁷⁶⁾

・雇用主と従業員の関係として 大阪家判平成17年1月11日⁷⁷⁾

これらは、継続的な人間関係において、行為者は、被害者たる子どもとの間に比較的強い支配—被支配関係を構築するものと思われる。とりわけ実父や養父との関係においては、子どもはその生活を全面的に行為者に依存している。

その他にも、

・ポルノ撮影に雇われた者として 東京高判平成21年7月6日⁷⁸⁾

・元妻の姪という関係 名古屋高判平成26年10月22日⁷⁹⁾

74) 東高判時報63巻209頁。事案としては、中学校の教諭として勤務し、同校の剣道部顧問を兼ねていたが、同校の元生徒で剣道部の部員であったA子とB子をして、被告人を相手として性交類似行為又は性交をさせたというものである。

75) 刑集70巻5号369頁。判例評釈としては、石井徹哉・平成28年度重判解182頁、豊田兼彦・法学セミナー741号115頁。事案としては、県立高校の常勤講師であった被告人は、同校の生徒であるA子(当時16歳)をして、ホテルの一室内において自己を相手に性交をさせたというものである。

76) D1-Law.com判例体系28243031より。事案としては、被告人は、生活安全課少年係長として勤務し、訓令に基づき継続補導対象者に指定されたA子(当時15歳)の立ち直り支援活動を担当していたが、A子の立ち直り支援担当者として、A子を保護育成すべき立場にあるのに反し、また事実上A子の処遇方法等の決定に影響力を有する立場にあることを利用して、A子をホテルに連れ込むなどして、被告人を相手に性交するように働きかけ、被告人を相手に性交させたというものである。

77) 家月59巻6号61頁。事案は、被告人が店長をし、被告人がその雇用及び勤務条件を決定した上、部下として使用していた従業員A子(当時16歳)の関係において、店内において自己を相手に性交させる等したものであった。

78) 東高判時報60巻105頁。事案としては、被告人が被害者A子の年齢確認を怠って、A子をアダルト雑誌に掲載する性交写真のモデルとして雇い入れ、ホテル客室内においてA子(当時16歳)に被告人を相手に性交等をさせたというものである。なお、被告人と性交するなどしているA子の姿態等をスチールカメラやデジタルビデオカメラで撮影するなどの行為は児童ポルノ製造罪に問われている。

79) 高刑速平成26年149頁。事案としては、被告人の離婚したかつての妻の姪であり、

といったものがある。これらの裁判例中、大阪家判平成17年1月11日は、淫行罪は「児童に対し、その立場を利用するなど事実上の影響力を行使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行為をいうものと解すべき」ことから、当該事案においては、被害者の子どもに対する「雇用関係上の立場を利用し、その事実上の影響力の下に同女に働きかけた結果なされたものと認めるにはなお疑問が払拭できない」ことから無罪としている。また、東京高判平成22年8月3日は、原判決が「児童に対し事実上の影響力を及ぼして淫行をするよう働き掛け、その結果児童をして淫行をするに至らせたことを判示していない」として原判決を破棄しているものである。東京高判平成24年10月17日も「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」とし、原判決が「『実際に事実上の影響力を与えた事実』を全く記載しておらず、児童淫行罪の構成要件に該当すべき具体的事実を適示しているとはいえない」として原判決を破棄している。このように、行為者自身が淫行の相手方である場合における淫行罪の成立には、単に「淫行をする」行為に包摂される行為を超え、淫行を②「させる行為」の意義が改めて問い直されることになった。

そして、これらの裁判例をみると、行為者と被害者である子どもとの間に一定の支配—被支配の関係があり、その関係性の中で子ども自身が心身ともに未成熟であることを利用して性交等に至ることをもって、淫行を「させる行為」としているように思われる。行為者と被害者である子どもとの二者関係において淫行罪を適用するのであれば、「させる行為」はこのように限定的に解されるべきであろう。最決平成28年6月21日では、『『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、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

離婚後もその祖母、実母らを含め事実上の親戚付き合いをしていたA子（本件当時13歳）に対して、様々な内容を記載した電子メールを送信して脅迫し、このような脅迫により被告人の要求を拒むことが困難な状態であるのに乗じ、その立場を利用して、被害者に自己を相手に性交させたというものである。

程度、淫行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」とされた。これにより、「させる行為」の具体的な判断方法が初めて明示された。

四 2017年の刑法改正

2017年の刑法改正により新設された監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪の条文は以下の通りである。

(監護者わいせつ及び監護者性交等)

第179条 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わいせつな行為をした者は、第176条の例による。

2 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、第177条の例による。

同条は、旧強姦罪（現強制性交等罪）や強制わいせつ罪と同様、あくまで被害者の瑕疵ある意思決定によって性的自由が侵害されているという犯罪類型であり、児童福祉法における子どもの健全な育成を保護するという観点とは異なる⁸⁰⁾とされる。

従来、実父や養父によってなされる性暴力において、強制性交等罪（旧強姦罪）や強制わいせつ罪の成立は困難であった。なぜなら、実父や養父にその生活全般を依存している子どもの側からは抵抗が非常に困難であり、通常の強制性交等罪（旧強姦罪）や強制わいせつ罪において要求される暴行・脅迫がなくとも、実父や養父の要求に従って性交を受け入れてしまうからである。しかし、これは重大な子どもへの性的侵害であり、この刑法改正前までは、前述のように淫行罪において捕捉することとなっていた。改正により、今後は監護者わいせつ罪や監護者強制性交等罪の問題となっていくものと思われる。

80) 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第3回会議議事録（<http://www.moj.go.jp/content/001173701.pdf>）における橋爪幹事の発言より。

しかし、この改正においては、行為主体との関係は「現に監護する者」とされ、教師と生徒の関係、雇用関係、医師と患者の関係、スポーツのコーチ等と選手の関係などについては、それらの関係性による影響力を利用した場合は含まれない⁸¹⁾。これらの関係性がある場合に、影響力を利用した場合は、今後も淫行罪の問題になるものと考えられる。

五 おわりに

立法時における立案者の淫行罪の理解は、子どもを使って、自身以外の第三者と売春させ、利益を得る行為を可罰的なものとするものであった。子どもを使った売買春は、娼妓取締規則においても認められておらず、現在の児童買春・児童ポルノ処罰法においても否定される。子どもの売春は、性道徳に反するのみならず、子どもの健全な育成保護を阻害し、性的虐待・性的搾取にあたるからである。それゆえ、子どもを使った売買春自体が禁止されることになる。ただし、公娼制度の意識が残っているころには、まだ買春行為自体を問題視する意識は低い。問題とされるべきは子どもの身体を、第三者に性的に利用させて利益を得る行為であった。子どもの身体の使い方（すなわち性的利用の方法）は多様であり、利益も多様である。そのため、①淫行の意義について、性交に限定せずに性交類似行為を含め、②「させる行為」に、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させても、子どもの身体を第三者に性的に利用させた売買春として、当初の淫行罪の理解の延長として捉えることができる。

ただ、二つの点で社会の意識の変動があったように思われる。その変動は立法にも表れているように思う。一つは、買春に関する考え方である。売春防止法の制定が制定され、「ざる法」と言われつつも売春も買春も違法とされた。さらに青少年保護育成条例の淫行処罰規定が広がり、多くの地域で子どもの買

81) 法制審会議録・前掲注71)における中村幹事の発言より。

春は処罰対象であるとされ、そして、児童買春・児童ポルノ処罰法へと至る。このような子どもに対する買春者への直接的な刑事規制によって、児童買春の助長行為ともいえるような、子どもをして行為者以外の第三者に淫行をさせる行為を規制することの意義が相対的に低くなる。

もう一つは、部分社会と個人、特に「家」ないし「家族」に関する意識である。明確な立法として現れたのは、2000年頃である。児童虐待防止法が制定され、子どもへの虐待が社会の問題であることが明確に意識された。また、DV防止法は、夫婦間の暴力の問題は社会の問題であることが示された。それまでは「家」ないし「家族」という部分社会における問題は、その内部で解決する問題という意識が強くあった⁸²⁾。しかし、その内部で行われる「暴力」という問題は、内部だけでは解決し得ないことが露呈する。それ以前にも、尊属殺加重規定違憲判決として有名な最判昭和48年4月4日では、憲法上の問題以上に、父親や養父による性暴力への対応の困難さが示されたといえる。そしてこの問題は、2017年の刑法改正により監護者わいせつ罪や監護者性交等罪により、一定程度の刑法的な対応が実現したといえる。もちろん、他の部分社会、たとえば学校や会社といった社会において、より弱い立場の者（児童・生徒や従業員・被雇用者）へ向けられた暴力やハラスメントに対する問題も基本的には同一の問題であり、実際にセクシャルハラスメントに関する意識はだいぶ高まっているが、なお問題として残されているように思われる。

淫行罪は、当初の立案者の想定したものを越えた拡大を見せた。それは、そもそもの文言が「淫行」と「させる」という組み合わせからなり、広範な意味を包含し得るものであったことが、大きな要因であろう。しかし、社会状況や社会の意識の変動が大きい中、立法、特に刑事立法が十分に間に合わない中で、子どもに対する重大な性的侵害・性的虐待・性的搾取に対応する受け皿規定としての役割を果たしてきたように思われる。しかし、これでは淫行罪規定の明確性が確保されているとは言い難い。性売買領域においては

82) 「法は家庭に入らず」という法諺にも表れている。

児童買春・ポルノ処罰法が立法され、性的自由ないし性的自己決定侵害の領域においては監護者性交等罪、監護者わいせつ罪が新設されている。同時に、条文上も淫行罪を行為類型として明確化していくことが求められているように思われる。