

児童福祉法三四条一項六号の「淫行をさせる」行為の意義

最高裁平成一〇年一月二日第三小法廷決定（刑集五二卷八号五〇五頁）

安部 哲夫

《事実の概要》

平成七年三月、長野県内の中学英語教師であつた被告人は、自宅を訪れた教え子の中学一年の女子A子および同級生C子とともに飲酒し、アダルトビデオを見せたうえ、A子に対し、あらかじめ購入しておいた卵型バイブレーターを示してその操作法を説明し、これを自己の性器に挿入して自慰行為をするように勧め、よつてA子をしてコタツの中で性具を用いた自慰行為を行わせた。また同年四月、中学三年の女子B子および同級生D子らと飲酒のうえラブホテルに入り、アダルトビデオを見せた後、ホテルで注文したバイブレーターを渡して、B子にベッドの中で自慰行為を行わせたものである。

被告人は、教え子A子およびB子に対して、一八才未満であることを知りながら「淫行をさせる行為」を行つたものであり、児童福祉法三四条一項六号に違反するものとして起訴された。

第一審の長野家庭裁判所飯田支部は、平成八年三月一八日、被告人の行為は「淫行をさせる行為」に該当するものと認め、被告人を懲役二年、執行猶予三年に処した。第二審の東京高裁も、平成八年一〇月三〇日、これを支持して

控訴棄却としたが(判例時報一五九六号一二〇頁)、被告人は上告した。

《決定要旨》

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、その使用方法を説明した上、自慰行為をするよう勧め、あるいは、これに使用するのである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ベットの布団の中で、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いは、被告人も入っている同じベットの布団の中で、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三四条一項六号にいう「児童に淫行をさせる行為」に当たるとした原判断は正当である。

《研究》

本決定要旨に反対。

一 本決定は、淫行概念に性交類似行為が包含されることを前提に、バイブレーターの使用を性交類似行為とし、さらに教師が女子生徒にこれを手渡しして使用させ、自慰行為をなさしめた行為をもって、児童福祉法三四条一項六号の「淫行をさせる行為」にあたると判断したものである。また、淫行の相手方と淫行をさせる行為を行った者との同一性について、これを是認した原審の判断を支持している。以上の論点について、私は消極的判断をするものであるが、以下それらの点につき考察を加えたい。

二 まず、自慰行為をさせることが、「淫行をさせる行為」であるとする判断には、自慰行為は性交類似行為であり、したがって淫行であるとの認識があるが、果たして自慰行為が性交類似行為であるのかどうか疑問がある。たしかに、淫行は、児童の福祉を保護しようとする法の趣旨からして、またとくに児童の心身に与えるであろう有害性を考慮すると、男女の性交に限定する必要はなく、性交に類する行為も含むと考えるのは、妥当である。これまでの裁判例が、たとえば、男子児童に男女性交を模したいわゆる素股、バック、手淫、尺八などの行為（大阪高判昭和四一年四月二六日刑裁資料二二九号二五四頁）や、クラブでの強姦を模して行う白黒ショーで全裸の男女が舞台で重なり合いながら両性器の接触を含む行為の男役をさせる行為（最決昭和四七年一月二八日刑集二六卷九号六一七頁）などにつき、それらを性交類似行為として、淫行概念に包含した解釈を行ってきたのは妥当である。⁽¹⁾ 淫行勧誘罪の淫行概念との関係から、淫行を男女の性交に限定する説（西田）⁽²⁾ は、限界づけを明確にする点で魅力があるが、概念としては狭すぎる嫌いがある。西田説の論拠は、①性交類似行為は、いわゆるわいせつ行為との区別が困難であることから、処罰範囲を拡大するおそれがあること、②そうであれば、六号による処罰と九号による処罰との限界が流動的となつて、法定刑の違いを念頭におけば著しく法的安定性を欠くことになること、③さらに、より直接的に児童の性的自由を侵害する刑法一七六条（強制わいせつ罪）の法定刑（六月以上七年以下の懲役）と比べても罪刑の均衡を失するものであるというものであった。しかし、性交類似行為は、わいせつ行為よりも狭い概念であり、「異性間の性交とその態様を同じくする状況下」（東京家判昭和三七年一〇月五日）において行われるものであり、また「男女の性交を模した」（前掲大阪高判昭和四一年四月二六日）性交類似行為をいうのであって、単に乳房をもてあそぶ行為や陰部を露出させたりする行為までも含むものではない。淫行概念に性交類似行為を含ませると、その限界を画することがたしかに難しいが、まさに右裁判例のケースのような性交と同様な形で性器への接触がある場合には、児童の福祉を阻害する性交行為として評価される度合いは、不道徳な性交と何ら変わりはないであろう（広瀬）⁽³⁾。実質的にみて「性交と同

視し得る程度の性行為」が、性交類似行為なのであるから、その点では処罰範囲の拡大ないしは処罰の限界の流動性という批判はかわし得るものと解する。

問題は、本件のように性具を用いて自慰行為を行わせた場合をも性交類似行為といえるかどうかである。自慰行為それ自体は、それが第三者の快楽のために観覧されたりすることで、あるいは淫靡な状況下に児童が置かれることで児童の心身に有害な影響を及ぼすことはいうまでもない。しかし、それは性交と同視しうる程度の性行為とまではいえず、性交類似行為ではない。その点は、本決定に賛同する黒川参事官も認めている。⁽⁴⁾ 本決定が容認した原審は、「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児童の性器に挿入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、性交類似行為に当たるものと解することができる」とした。その判断の拠り所は、「児童に与える有害性」である。

なるほど、性具を渡して児童に自慰行為を行わせる行為は、相手方自らが性具を用いる場合と「児童に与える有害性」という点において違いはないかもしれない。しかし、それは実質的にみて「性交と同視し得る程度の性行為」であるのかどうかは、疑問である。「性交と同視し得る程度の性行為」とは、「性交」からの観念的距離が近接したものであり、「性交」の時間的幅の下で把握される行為でなければならないであろう。「性交」の前段階(前戯)として行われた自慰行為への関与は、その意味で「性交と同視し得る程度の性行為」といえるものと考えるが、その判断は微妙である。したがって、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も、そのことだけでもって「性交類似行為」に当たるとは一概にいえないだろう。⁽⁵⁾ 原審は、「児童に与える有害性」に重きにおいて「性交類似行為」の判断を行ったが、それでは、これを限定づける基準として機能しないのではないだろうか。本件のケ

ースが、「性交」の前段階として行われたのかどうか定かではないが、他の生徒も一緒にいたこと、本件では、性交そのものが立件されてきたものではないことから察するに、「性交」の前段階と認めにくく、被告人の行為が「性交類似行為」であるものとは解し得ない。もちろんその場合でも、九号にいう「児童に有害行為をさせる目的で自己の支配下におく行為」の成立する余地は存するものと思われる。

三 本件におけるもうひとつの論点は、「淫行」の相手方は、児童福祉法三四条一項六号の主体から除外されるのかどうかである。これまで多数の裁判例がこの問題につき消極に解してきた（東京高判昭和五〇年三月一〇日、家裁月報二七卷一二号七六頁）^⑥。しかし、近時は、積極説に立つ裁判例が多く見られるようになり（東京高判昭和五八年九月二二日、家裁月報三六卷九号一〇四頁）、裁判実務においても最高裁の判断が仰がれていたところである。^⑦本決定は、その論争にひとつの決着をつけたと見ることもできるが、本件は、性交の相手方となった者ではなく、性具を用いて自慰行為を行わせた者であるから、「淫行の相手方」といえるものであるのかどうか、疑問が残る。むしろ本決定は、ひろくある種の自慰行為をさせることも、端的に「淫行をさせる行為」であるとしたのであって、三四条一項六号の主体に、いわゆる性交の相手方が含まれるかどうかについて言明するところではない。それでも、近時の傾向として積極説が有力になりつつあるかと思われるので、また本件原審においても、その点がひとつの重要な論点であり得たので、淫行の相手方と淫行をさせる行為をした者との同一性について論じておこう。

積極説は、淫行および性交類似行為の概念を幅広く捉え、淫行の相手方を必ずしも要しないと考えるに立ち、児童に「淫行をさせる行為」の当罰性を、児童の健全な成長を害した点に関連づけて説くものであり、事実上の影響力を及ぼして児童の淫行を助長し促進する行為を行ったものは、自らその相手方になった場合であってもこれを除外する理由がないというものである。これに対して、消極説は、^⑧①「淫行をさせる」という文言が、使役表現からの文理

解釈的帰結であること、②青少年保護育成条例が「淫行をする」ことを規制して、「淫行をさせる行為」との住み分けができていること、③刑法一八二条（淫行勧誘罪）の「勧誘して姦淫させた者」には、相手方が除外されるのが通例であること、④売春防止法上も、相手方は処罰の対象になっていないことなどがあげられる。③および④についてはそれぞれの法令に固有の立法理由があり、これを論拠にすることには慎重でありたいが、①および②の論拠は明確である。

思うに、「淫行をさせる行為」の解釈は、三四条一項の各号に定められた児童福祉阻害犯罪との関係からその性格を見極めねばならない。児童福祉法は、児童をして第三者に淫行させることの非人間性や、性の商品化を防止して児童保護の理念を実現しようとしたものであり、あくまでも性的搾取のごとき形態を前提に置いたものと考えられる。それゆえにこそ、売春防止法第二条（管理売春）の法定刑と同様の懲役一〇年以下をもって対応されているのではないだろうか。本条について、加藤久雄教授は、「暴力団などの悪質な大人による児童ストリップ、児童ポルノモデル、児童売春などによって児童の性的濫用・侵害を厳しく取り締まることが目的であると理解すべき」であるとされるが、⁽¹⁰⁾常習的または営業的性格の強いもの、さらには親権など事実上の支配権を及ぼして性の売買が進められるケースに限定して考えようとする趣旨には賛成である。福岡県青少年保護育成条例に関する最高裁判例（昭和六〇年一〇月二三日、刑集三九巻六号四一三頁）の長島敦裁判官の補足意見において、「児童福祉法の規定が、児童に対し事実上の影響力を及ぼし、児童をして第三者と性交又は性交類似行為を行わせ、又は児童が第三者とこのような性行為をするのを助長し、促進する行為を対象とするのに対し、（条例が）自ら青少年を相手方として行うこの種の性行為を対象とする点で、犯罪の態様、したがってその社会的意義を著しく異にする」（前出四二五頁）と説かれるのは大いに参考となる。「淫行をさせる行為」とは、したがって、性的搾取行為の一形態であり、淫行の助長犯罪との位置付けをなすべきものであり、淫行の相手方は、そのことだけでは本条項の罪に問われるものではないものと解する。もちろん、淫行

の相手方であっても、事実上の影響力を及ぼして第三者に斡旋し、性の商品化を促進させる場合などには、「淫行をさせる行為」に該当することはいうまでもない。

四 以上により、本決定およびその原審の判決に反対するものである。なお、児童福祉法三四条一項六号と都道府県の青少年保護育成条例および平成十一年五月に成立した児童買春・児童ポルノ処罰法四条（児童買春罪）との関係はどう捉えるのかについて言及しておこう。青少年保護育成条例では、一般に、青少年の性的未熟さに乗じて、対価を与えたり約束したりして行われる「みだらな性行為」を禁じている。東京都条例のように買春行為に限定したり、あるいは比較的細かい定義規定を置く京都府や大阪府、千葉県、山口県などの条例があるものの、一般的には「みだらな性行為」、「不純な性行為」または「淫行」という規定での統制がなされている。

しかし、唯一長野県には、この種の条項をもつ条例は整備されていない。もし、本件が他県で起きたとしたら児童福祉法ではなく、条例を適用したのではないかと推察される。とくに、「なんびとも青少年に対し、みだらな性行為もしくはわいせつな行為を教え、または見せてはならない」とする規範の適用は容易に可能である。実際、愛知県で最近報道された「女性音楽教師による男子中学生の誘惑事件」⁽¹⁾は、本件と類似したケースと思われるが、愛知県条例の淫行条項違反で書類送検されている。長野県における本件の児童福祉法による処理は、条例で対応できないことからくる適用であつたとすれば、憲法一四条にも抵触する重要な問題であろう。もちろん児童福祉法と条例では、その規制される対象は異なっているのであり、とくに、本決定における原審が明示しているように、「児童を保護育成すべき地位にある者が」、「児童に対して事実上の影響力を及ぼして」児童に淫行させる行為は、児童福祉法三四条一項六号の対象とされるのであるが、そうした地位に立たない者が、自らの性欲のままに行った児童との性行為は、条例の淫行規制の対象となる。私見では、児童福祉法三四条一項六号においては、事実上の影響力を及ぼし得る立場に立つ者が、

継続的に児童をして淫行させることであり、いわば営業的に淫行を助長する行為を規制の対象とするという、もうひとつのフィルターが必要であるものと考ええる。三四条一項六号の適用を「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、何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」(西田¹²鎮目)との考えも可能であろう。

児童買春・児童ポルノ処罰法と児童福祉法との関係についても問題がある。児童買春・児童ポルノ処罰法二条二項は、児童買春を、児童や児童に対する性交等の周旋をした者、児童の保護者または児童をその支配下においている者に対して「対償を供与し、又はその供与の約束をして、当該児童に対し、性交等を行うこと」と定義するが、ここでいう「性交等」とは、性交もしくは性交類似行為を指し、又は自己の性的好奇心を満たす目的で、児童の性器等を触り、もしくは児童に自己の性器等を触らせることをいうもので、児童福祉法三四条一項六号の淫行概念と微妙なズレがあるものの、「淫行」と「性交等」とはほぼ共通した概念であるものと思われる。したがって、本決定のケースの場合において、本決定の立場からは、対償の供与または約束があれば、処罰法の適用も可能となるものである。その場合、両者の関係は観念的競合ということになるであろうが、なお検討を要する。私見では、両者の性交類似行為は、同一に解されるので、「性交等」の概念の方がより広くなる。それぞれの規制の対象は異なるものの、競合する場合もあり得るであろう。その場合には、法定刑からいって、児童福祉法の適用を優先させることになるものと思われる。

児童買春・児童ポルノ処罰法と青少年保護育成条例との関係については、これも、前者は買春行為、後者は一般に買春を含む淫行ということで、それぞれ規制領域が異なっている。処罰法の施行に伴い、条例の重複する内容の条項については、その効力を失うものとされているので、少なくとも東京都条例の買春禁止条項は失効するし、大阪府条例などの「金品その他の財産上の利益を供与して行う性行為」の禁止条項も意味を失う。

最後に、裁判管轄の件について言及しておきたい。児童福祉法の管轄は家庭裁判所であるのに対し(少年法三七

条）、条例違反と処罰法違反の管轄は地方裁判所となるものである。それぞれの犯罪は、ほとんど類似の行為内容を審理するという点、またそれらの犯罪が児童の健全な成長を阻害した犯罪であり、児童の最善の利益と福祉を抜きにしては審理を進められないという点で共通している。これらは、本来すべて家庭裁判所で管轄することが望ましいものと思われる。立法論としての検討課題であらう。

(1) 他の裁判例として、たとえば不特定の客を相手とした男色行為（札幌家判昭和三十九年二月三日、家裁月報一七巻六号二六四頁）や、男子児童に男客との男女性交を模した素股、手淫をさせる行為（大阪高判昭和四〇年一月三日、家裁月報一八巻九号一三二頁）や、男子児童の股間に男性器を挿入し、児童の男性器を被告人の口腔内に挿入させる行為（高知家判昭和五〇年八月一日、家裁月報二八巻三号一二二頁）などについて、「性交類似行為」としているものがある。詳しくは、宮澤浩一・安部哲夫・判例刑法研究第八巻三八六頁以下参照のこと。

(2) 西田典之、警察研究四四巻一二号一二三頁以下。

(3) 廣瀬健二・刑事裁判実務大系三巻四二八頁参照。

(4) 黒川弘務・研修六〇九号一四頁参照。

(5) 黒川参事官は、パイプレーターが男性器の代用品であるものとして、これを性器に挿入させて自慰行為を行わせたことをもって、男女性交を模した行為であるものと論じているが、果たしてどうだろうか。

(6) 裁判例として福岡家小倉支判昭和三五年三月一八日（家裁月報一二巻七号一四七頁）や札幌家判昭和四一年九月二〇日（家裁月報一九巻八号一六八頁）、および宮澤一安部・前掲書三九四頁以下参照。

(7) 東京高判平成一〇年四月二日（家裁月報五〇巻一〇号一五六頁）。

(8) 積極説は、主に檢察の領域で多く見受けられる。亀山継夫・研修三四六号六一頁、北島敬介・福祉犯罪——解釈と実務、六八頁、横田信之・家裁月報三九巻四号一一五頁、廣瀬・前掲書四三一頁、本田守弘・研修五七九号一三頁などがあげられよう。

(9) 消極説として、内田文昭・研修三八四号一〇頁、宮澤一安部・前掲書三九四頁、中谷瑾子・ジュリスト総合特集四三三三頁、大山弘一・松宮孝明・法学セミナー五一五号七五頁などがある。

- (10) 加藤久雄・平成一〇年度重要判例解説一六五頁。
- (11) 東京新聞平成一一年六月六日付記事。
- (12) 西田典之『鎮目征樹・法学教室二二八号三七頁。