

〔その他〕

児童福祉法34条1項6号にいう 児童に「淫行」を「させる行為」の 意義と判断方法

(最決平成28年6月21日刑集70巻5号369頁¹⁾)

四 條 北 斗

【事実の概要と公判の経過】

(1) 事実の概要

被告人（当時28歳）は、被害児童（当時16歳）が通う高校の常勤講師であり、被害児童が1年生時には、その授業を担当していた。被告人は、平成24年11月初旬頃、下校する被害児童を自動車で自宅まで送り届けるなどし、そのしばらく後には、校内のパソコン室で被害児童と二人きりになってキスをし、その数日後、被害児童を学校から自宅まで送るために乗せた自動車内で被害児童にキスをするなどした上、被害児童に秘密にしようともちかけた。被告人は、同年11月18日、被害児童と待ち合わせの上、海を見に行った後、ホテルに入室して本件の性交（第1性交）をし、被害児童に秘密にしようともちかけ、その後も4回にわたって被害児童とホテルで性交したほか、被害児童に被告人との連絡用の携帯電話機を交付するなどした。

被害児童は、平成24年12月21日、担任教師に対し、被告人との関係を相談し、被告人から携帯電話機を渡されて束縛されているようで嫌だと感じていることなどを告げ、被告人からクリスマスの頃に会うよう求められているがどうしたらよいかを相談した。さらに、被害児童は、同日、生徒指導担当教師に対しても「生徒と教員がメールしたりすると停学

* 本稿は、同志社大学刑事判例研究会2019年6月例会（2019年6月22日）における報告を基に、加筆・修正したものである。

1) 本決定に関する評釈として、石井徹哉「判批」高橋則夫・松原芳博編『判例特別刑法 第3集』（日本評論社・2018年）449頁以下、同・「判批」ジュリスト平成28年度重要判例解説（2017年）182頁以下、上原龍「判批」警察学論集60巻10号（2017年）、嘉門優「判批」刑事法ジャーナル51号（2017年）125頁以下、栗原一紘「判批」警察公論71巻10号（2016年）87頁以下、佐野文彦「判批」論究ジュリスト22号（2017年）229頁以下、高良幸哉「判批」法学新報124巻11・12号（2018年）179頁以下、永井善之「判批」新・判例解説 Watch vol.21（2017年）185頁以下、豊田兼彦「判批」法セミ741号（2016年）115頁、松本朗「判批」研修820号（2017年）15頁以下、馬渡香津子「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成二八年度』（法曹会・2019年）102頁以下がある。

になるんですか。」と質問し、被告人とメールのやりとりしていること、被告人から携帯電話機を渡されてちょっと困っていること、被告人と性交をしたことがあること、このことは誰にも言わないでほしいことなどを告げた。

被告人は、同月24日、被害児童とホテルに入室し、被害児童と本件の性交（第2性交）をしたほか、被害児童に対して自慰行為をする様子を見せるよう求め、被害児童にこれをさせるなどした。

被害児童は、平成25年1月11日朝、被告人に襲われた旨を母親に伝え、同日、2人で警察に行き、本件を被害申告した。

なお、被告人には、以前から交際を続けている女性がおり、平成22年7月頃から本件当時まで同女性との同居生活を続けていた。（本件当時に交際関係が継続していたかについては争いがある。）

（2）第1審判決（福岡地飯塚支判平成26年5月19日）

第1審では、①児童福祉法34条1項6号が憲法31条に違反するか否か、②児童福祉法34条1項6号所定の「淫行をさせる行為」が、淫行の直接の相手方となる行為を含むか否か、③被告人と被害児童との性行為が児童福祉法34条1項6号の「淫行」に当たるか否か、④被告人が被害児童に対し、事実上の影響力を及ぼして淫行するように働きかけたか否か、が争われた。これらに対し、福岡地裁飯塚支部は、以下のように判示し、被告人に懲役1年6月（執行猶予3年）の判決を言い渡した。

①「児童福祉法の基本理念や同法34条1項6号の趣旨に照らせば、同号の『淫行』とは、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ある。そして児童福祉法の基本理念等を踏まえれば、このような解釈は一般人においても理解可能なものといえる。」したがって、児童福祉法34条1項6号の「淫行」は憲法31条に反しない。

②「児童福祉法34条1項6号の『淫行をさせる行為』には、行為者を相手方として淫行をさせる場合をも含むものと解すべきものの、単に児童と淫行したに過ぎない者が同号に該当すると解すべきではなく、行為者を相手方として淫行をさせる場合には、淫行をする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を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。」

③「男女間の性交が性道徳上非難すべきものに当たるか否かについては、当該性交が児童の心身に与える有害性の大きさを、その動機・目的、態様及び結果等に照らし、全体的に観察して判断すべきである。……被告人と被害児童とが交際関係にあり、公訴事実記載の各性交がそうした関係の中でなされたとしても、その交際を、真摯なものであって社会的に相当なものということはできない。……公訴事実記載の各性交は、その動機・目的、態様及び結果等に照らし、性道徳上非難すべきものといえるから、これらが『淫行』に当たることは明らかである。」

④「被告人と被害児童との関係に照らすと、本件公訴事実記載の各性交は、被告人が被害児童に対して事実上の影響力を及ぼして淫行するように働きかけたことによるものとの評価を免れない」

(3) 第2審判決（福岡高判平成26年9月19日）

上記第1審判決に対して、被告人側は、理由不備、法令適用の誤り及び事実誤認を理由にして控訴した。これに対し、福岡高裁は、以下のように判示して、控訴を棄却した。

まず、理由不備の主張に対して、第1審判決の事実認定を是認した上で、「高校の講師とその生徒という関係自体から、被告人が、被害児童に対し、事実上の影響力を及ぼして淫行をするように働きかけ、その結果被害児童をして淫行をするに至らせたことが強く窺われる……原判決の『犯罪事実』の記載は、児童淫行罪の犯罪事実の記載として許容できないわけではなく、理由不備には当たらないというべきである。」として斥けた。

次に、法令適用の誤りの主張に対して、「児童福祉法34条1項6号の『児童に淫行をさせる行為』という文言自体のほか、児童福祉の理念、児童育成の責任及び児童福祉保障の原理を定めた同法1条から3条までの規定等をも考慮すると、原判決の『淫行』および『させる』の各文言の解釈は、正当であって、かかる解釈をとることが通常の判断能力を有する一般人が理解不能であるとはいえず、また、かかる解釈をとった場合に、通常の判断能力を有する一般人が、具体的場合において当該行為が同法による禁止に触れるものであるかどうかの判断をすることが取り立てて困難になるともいえない。」として斥けた。

さらに、事実誤認の主張のうち、「淫行」該当性について、「被告人と被害児童は、高校の講師と生徒という関係であり、そのような関係にある男女が行う性交ということ自体、結婚を前提とする交際をしていたのであればともかく、そうでない限り、性道徳上非難すべきものといっても過言ではない」。しかも、被告人は本件当時、別の女性と「同棲生活を続けながら、他方で、自分よりも12歳も年下で僅か16歳に過ぎない被害児童と性交を重ねた行為は、十分に性道徳上非難すべきものといえることができ、本件性交が『淫行』に当たったことはあきらかである」と判示した。

また、「させる行為」該当性について、「そもそも『児童に淫行をさせる行為』に当たるといえるために必要な児童に対する事実上の影響力は、必ずしも強度のものを要するわけではなく、児童が淫行をなすことを助長し促進するといえるものであれば足りると解される」とした上で、「高校の講師である被告人が、自ら主導する形で自校の生徒である被害児童との性的接触を被害児童の下校の機会を利用するなどして次第に深めていき、本件性交時には、被害児童から誘われたわけでもないのに、自車に被害児童を乗せてラブホテルに連れていき、同所で性交しているのであって、そのこと自体から、被告人は、単に被害児童の淫行の相手方となったということにとどまらず、事実上の影響力を及ぼして被害児童に働きかけ、その淫行を助長し促進したといえることができる」と判示した。

(4) 上告趣意

これに対し、弁護人は、福岡県青少年保護育成条例事件（最大判昭60年10月23日刑集39巻6号413頁）において、最高裁が『『淫行』を目して単に反倫理的あるいは不純な性行為と解するのでは、犯罪の構成要件として不明確のそしりを免れない』ことに言及したことを踏まえ、①「性道徳上非難すべき男女間の性交又はこれに準じる性交類似行為」と「反倫理的あるいは不純な性行為」とは、通常の判断能力を有する一般人の理解において同じ意味であると捉えざるを得ず、第1審及び原判決の「淫行」に関する解釈を前提とすると、児童福祉法34条1項6号は構成要件の明確性を欠き、憲法31条に違反する、②児童福祉法34条1項6号の「させる行為」について、「淫行に至る過程においては、行為者から何らか働きかけが皆無ということは通常考えられないところ、それがどの程度の行為に至れば、淫行をする行為に包摂される程度を超えるのかが、上記のような第一審及び原判決での解釈では全く不明確である」として、児童福祉法34条1項6号は構成要件の明確性を欠き、憲法31条に違反するなど主張したほか、③「淫行」につき「性道徳上非難すべき男女間の性交」と解釈したとしても、「現時点では、交際関係にある男女の性交は性道徳上非難すべき男女間の性交に当たるとはいえないと解するのが相当であり、本件被告人と被害児童の性交は真摯な交際関係にある中でなされたものであることなどから「淫行」には該当しないなどと主張し、上告した。

【決定要旨】

本決定は、「上告趣意のうち、憲法31条違反をいう点は、児童福祉法34条1項6号の構成要件が所論のように不明確であるということとはできないから、前提を欠き、その余は、単なる法令違反、事実誤認の主張であって、刑訴法405条の上告理由に当たらない。」とした上で、職権で、以下のとおり判示し、裁判官全員一致の意見で、本件上告を棄却した。

「児童福祉法34条1項6号にいう『淫行』とは、同法の趣旨（同法1条）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取り扱っているとした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』に当たる。」

「そして、同号にいう『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。」

「これを本件についてみると、原判決が是認する第1審判決が認定した事実によれば、同判示第1及び第2の各性交は、被害児童（当時16歳）を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として取り扱っているとしたか認められないような者を相手とする性交であり、

同児童が通う高等学校の常勤講師である被告人は、校内の場所を利用するなどして同児童との性的接触を開始し、ほどなく同児童と共にホテルに入室して性交に及んでいることが認められる。このような事実関係の下では、被告人は、単に同児童の淫行の相手方となったにとどまらず、同児童に対して事実上の影響力を及ぼして同児童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る。したがって、被告人の行為は、同号にいう『児童に淫行をさせる行為』に当たり、同号違反の罪を認めた原判決は、結論において正当である。」

【研究】

1. 本決定の争点

本決定は、児童福祉法34条1項6号違反の罪の成否に関して、「淫行」概念および「させる行為」の意義と判断方法について争われたものである。本罪の立法趣旨は、児童に対する管理売春の処罰にあったとされる。本罪の行為は、刑法182条（淫行勧誘罪）や売春防止法上の罰則と共通する性格を持つが、これらは主として性風俗の維持を目的とするのに対して、「本号は児童本人の保護を直接目的としており趣旨・目的が異なっている」²⁾と考えられてきた。また、本罪の罰則が、児童福祉法における他の違反行為と比較しても格段に重いのは、それが「児童の特性や情操を傷つけ健全な育成を阻害する程度が著しく高いと考えられるため」³⁾であるとされる。

本罪の成否については、多くの裁判例・判例の蓄積があるが⁴⁾、刑法典上の性犯罪規定やいわゆる各都道府県の淫行条例等の罰則との関係性など、なお整理・検討を要する課題が残されている。そこで、以下では、本決定の示した解釈・適用について、若干の考察を行うことにする。

2. 児童福祉法34条1項6号の「淫行」該当性について

(1) 判例・裁判例および学説の動向

児童福祉法34条1項6号違反の罪は昭和22年に制定され、昭和23年に施行された。当初の裁判例は、いずれも女兒に継続的に売春をさせたという事案に関するものであったが、昭和30年代後半になって、男児が男性客を相手に男色行為をすることが「淫行」に当たるとする裁判例が現れた⁵⁾。その後、「淫行」概念の解釈は拡張していき、性交やそれに類す

2) 佐藤文哉編〔廣瀬健二〕『刑事裁判実務大系3』（青林書院・1994年）426頁。

3) 廣瀬・前掲註2）426頁。

4) 井口修「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成一〇年度』（法曹会）161頁以下、馬渡・前掲註1）102頁以下、若尾岳志「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——」獨協法学104号（2017年）154頁以下参照。

5) 例えば、東京家判昭和39年12月7日家月17卷6号264頁は、児童福祉法36条1項6号の「淫行とは男女間の性交に限らず同性愛などの異常性欲を満足させる行為を含みひろく道徳的に非難されるような性行為を指称するものと解するのが相当である。……『淫行』なる文言を、それが言語として

る口淫や肛門性交などの性交類似行為に限定せずに適用されるようになっている。

最高裁判所は、昭和47年に、クラブの舞台上で男女が全裸となって互いに打ち重なって性交場面を模倣した行為を行う「白黒ショー」を催し、ボーイとして雇った男児（17歳）にその男役を演じさせたが、性器を没入するまでには至っていなかったという事案において、男女間の性交でも男色行為でもない行為についても、性交類似行為であって「淫行」に当たるとの判断を示した⁶⁾。この昭和47年決定によって、「児童福祉法34条1項6号にいう『淫行』には、性交そのもののほか、性交類似行為をも含む」ことが、最高裁判所によって初めて示された。

さらに、最高裁判所は、平成10年に、中学校の教師である被告人が被害児童に働きかけて面前で自慰行為をさせた事案において、「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の上の布団の中で、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。」としている⁷⁾。

学説においては⁸⁾、立法当初の解説書では、「『淫行』というのは、『わいせつ』より範囲がせまく、性的交渉だけを指すものと解されている」として、性交に限定する説（限定説）が通説であったとされる。しかし、下級審で、男色行為に関して「淫行」に当たるとする裁判例が相次ぐのに応じて、学説でも性交に限定しない見解（非限定説）が現れ、前記昭和47年決定後は、「淫行」には、「性交類似行為」が含まれるとする見解が多数説となっている。

もっとも、非限定説には、①性交類似行為の範囲が単なるわいせつ行為にまで広がることが予想され処罰範囲が無限定となる、②法定刑に大きな差がある同項9号による処罰対象との限界が流動的になり法的安定性を害する、③強制わいせつ罪の法定刑と比較して罪刑の均衡を失する、との批判が示されてきた⁹⁾。そこで、非限定説の立場からも、「淫行」概念を限定するべく、淫行とは「異性間の性交行為と実質的に異なるところのない行為」¹⁰⁾や、「性道徳上非難に値する性交又はこれに準ずべき性交類似行為」¹¹⁾を指すとの解釈が示

男女間の性交のみを意味するものであれば格別そうでない以上これを男女間の不道徳な性交渉に限る必要はない」とする。

6) 最決昭和47年11月28日刑集26巻9号617頁。

7) 最決平成10年11月2日刑集52巻8号505頁。

8) 学説の詳細は、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編集委員会『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第三巻 現代社会と刑事法』（成文堂・2000年）291頁以下、馬渡・前掲註1）110頁以下等、若尾・前掲註2）154頁以下参照。

9) 西田・前掲註8）297頁以下、参照。

10) 北島敬介『福祉犯罪——解釈と実務』（日世社・1979年）53頁。

されている¹²⁾。また、近時、「性交との見た目の類似性」に着目する見解¹³⁾も主張されている。

(2) 本件における裁判所の判断

本件では、第一審の福岡地判飯塚支部は、「同号の『淫行』とは、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ある」とした上で、「男女間の性交が性道徳上非難すべきものに当たるか否かについては、当該性交が児童の心身に与える有害性の大きさを、その動機・目的、態様及び結果等に照らし、全体的に観察して判断すべきである」としている。第二審の福岡高裁は、「被告人と被害児童は、高校の講師と生徒という関係であり、そのような関係にある男女が行う性交ということ自体、結婚を前提とする交際をしていたのであればともかく、そうでない限り、性道徳上非難すべきものといっても過言ではない。」とし、さらに、被告人が本件当時、別の女性と「同棲生活を続けながら、他方で、自分よりも12歳も年下で僅か16歳に過ぎない被害児童と性交を重ねた行為は、十分に性道徳上非難すべきものといえることができ、本件性交が『淫行』に当たることはあきらかである」としており、「性道徳上非難に値する」ものであるかを「淫行」該当性の基準にした。

これに対し、最高裁判所は、「淫行」とは「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性交類似行為」であるとし、その上で、「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取り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」は淫行に当たるとした。

最高裁判所は、本件において、従来の裁判例や本件の第一審および第二審において用いられた「性道徳上非難に値するか」という基準を採用していない。この点、本件に関する調査官解説は、「淫行」該当性の判断に関して、「『性道徳』として想起されるころには、かなりの広がりがある上、『性道徳上非難に値する』か否かの判断は、それぞれの人が抱く価値観によって差が生じかねないなど、上記解釈は、昭和60年判例が示していた問題意識に照らしてみると、適切とはいえない難いものであったと考えられる。」¹⁴⁾とした上で、「本

11) 平野龍一＝佐々木史郎＝藤永浩幸編〔小泉祐康〕『注釈特別刑法第7巻』（青林書院・1988年）36頁。

12) 裁判例においても、例えば、東京家判平成10年4月21日家月50巻10号156頁は、「児童福祉法34条1項6号にいう淫行とは、性道徳上非難に値する性交またはこれに準ずるような性交類似行為をいうものと解され、性道徳上非難に値するか否かは、結局、性交の動機目的、態様等を全体的に観察して、社会通念に照らしこれを決すべきものである。」と、このような解釈を明示している。

13) 深町晋也「児童に対する性犯罪について」山口厚・佐伯仁志・今井猛嘉・橋爪隆編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣・2017年）326頁以下。

14) 馬渡・前掲註1) 117頁。最大判昭和60年10月23日39巻6号413頁は、福岡県青少年保護育成条例の「淫行」概念について、「『淫行』を広く青少年に対する性行為一般を指すものと解するときは、『淫らな』性行為を指す『淫行』の用語自体の意義に添わないばかりでなく、例えば婚約中の青少年又はこれに準ずる真摯な交際関係にある青少年との間で行われる性行為等社会通念上およそ処罰の対象として考え難いものをも含むことになって、その解釈は広きに失することが明らかであり、また、

号の定める『淫行』に当たるかどうかは、児童福祉法の趣旨に照らし、端的に、『児童の心身の健全な育成を阻害するおそれ』があるかどうかによって、決せられるべき事柄といえ、また、児童の心身の健全な育成を阻害するおそれがあるかどうかは、誰しも共通のイメージを抱くことができ、明確な解釈基準になりうるものと思われる。』¹⁵⁾とする。そして、「本罪の法定刑の重さに照らせば、単なる抽象的な危険にとどまらず、当該被害児童の心身の健全な成長が現に阻害され、あるいはその危険にさらされたといえるような場合に本罪が成立すると解すべきと考えられる。そうであるとする、当該性交が『淫行』に該当するかどうかについては、一般・抽象的に決せられるべきではなく、性交等に至る経緯を含めた性行動全体の内容、児童と性交渉相手との関係、児童の年齢、心身の発達状況等に照らして、当該児童の心身の健全な育成を阻害する恐れがあると認められる場合に、『淫行』に該当すると解すべき」¹⁶⁾としている。

(3) 検討

上述のように、本決定は、児童福祉法34条1項6号の児童に「淫行」の意義について、従来の判例・裁判例の立場と軌を一にしつつも、より踏み込んだ解釈を展開している。第一審および第二審が用いた「性道徳上非難すべき」性交または性交類似行為という判断基準ではなく、「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性交類似行為」という基準を示し、本件事実関係においては、被告人の行為は「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取り扱っているとしか認められないような者」による行為であり、「淫行」に該当するとしている。

学説においては「淫行」概念に性交類似行為を含めることに批判的な見解もあるが、同性間における性行動を排除することに正当性は見出せないと思われる。また、「性道徳上非難すべき」という基準は漠然としたものであり、どのような性交または性交類似行為が処罰対象になるのかの限界が不明確になる。したがって、児童福祉法の理念にも鑑みて、「淫行」が性交又は性交類似行為を意味し、それが「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」強度のある性交又は性交類似行為に限定して解釈することは支持し得る。

「児童の心身の健全な育成を阻害するおそれ」は、調査官解説によれば、「単なる抽象的な危険にとどまらず」、被害児童の心身の健全な成長が現に阻害され、あるいはその危険にさらされた（具体的な危険が発生した）場合に認められるという。本件では、最高裁判所は、この基準を満たす一類型として、「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取り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」を挙げ、被告人の行為がこれに該当するとしている。一般論として、

前記『淫行』を目して単に反倫理的あるいは不純な性行為と解するのでは、犯罪の構成要件として不明確であるとの批判を免れない」と判示している。

15) 馬渡・前掲註1) 118頁。

16) 馬渡・前掲註1) 119頁。

このような態様の性行動が児童の心身の健全な成長を阻害し、あるいはその具体的な危険があることは認められよう。しかし、本件において、具体的にどのような事実に基づいて、被告人が「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取り扱っているとしか認められないような者」であると認められるのかは、最高裁の判示からは必ずしも明らかではない。

この点、本件の事実審において認定された事実に基づく、行為当時、被告人には同棲している女性がいたことが、判断要素の一つとして考えられる。実際、第二審は、同棲相手の存在を指摘して「性道徳上非難すべきもの」であるから、「淫行」であるとしている。他に交際相手がいるということは、被告人と被害児童との関係が真摯な交際ではなく、被告人が自己の性的欲望を満足させる目的で性交又は性交類似行為を行ったことを認定し得る要素といえよう。もっとも、被害児童が被告人に交際相手がいる事実を知らない場合にも、児童の心身の健全な育成に対する「具体的な危険」の発生が認められるかは、議論の余地があろう。また、本件では、被告人と同棲している女性との交際関係の継続については争いがあったことから、事実認定において交際継続について十分な証明がなされる必要があったと思われる。

その一方で、被告人と被害児童が高校の教師と生徒という関係にあったことが、上記の判断要素になるであろうか。第二審は、行為者が教師という立場にあることを「性道徳上非難すべきもの」であるから、「淫行」であるとしている。しかし、被告人がそのような立場にあること自体は、「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取り扱っているとしか認められないような者」であることを、直ちに基礎づけるわけではないと思われる¹⁷⁾。むしろ、行為者と被害者の関係性は、淫行を「させる行為」の該当性判断において意味を持つことになろう。

また、行為者が事前事後に自己保身的行動（メール履歴の削除や口止め等）をとったことは、どうだろうか¹⁸⁾。自己保身的行動をとったことは、それを基礎付ける事情ではないのではなかろうか。自らの職業柄、相手方との交際自体が否定的に捉えられることを認識しており、それゆえに社会的地位を守るために交際（および性交）の事実を隠蔽しようとしたことと、相手方を単に性的欲望のはけ口として扱っているかは次元の異なる問題である。この点を判断要素に含めることは、職業倫理上の義務を過度に刑法上の評価に取り込むことになろう。

なお、本決定は、「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取り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」を、

17) 佐野・前掲註1) 232頁は、生徒教師間という関係性は、児童の教師への信頼が裏切られたことによる「精神的打撃の大きさが健全育成の阻害のおそれを基礎付ける」という議論であり、性欲対象行為という児童の人格軽視による精神的打撃の大きさが健全育成阻害の恐れを基礎付ける行為の該当性には影響しないだろう」とする。

18) 石井・前掲註1) 453頁は、行為者が事前事後に自己保身行動をとったという「事実を前提にするのであれば、『淫行』を肯定でき、最高裁のこの点に関する判断は妥当である」とする。

「児童の心身の健全な育成を阻害するおそれのある性交又は性交類似行為」の一類型として示したのであって、その他の類型による「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性交類似行為」もありうることになる。今後の事例の集積に注目する必要がある。

3. 児童福祉法34条1項6号の淫行を「させる行為」該当性について

(1) 判例・裁判例および学説の動向

「児童に淫行をさせる行為」については、「淫行」概念のほかに、淫行を「させる行為」の解釈も問題になる。従来、淫行をさせる行為には、自己を相手とする淫行をさせる場合を含むのがひとつの争点になっていた。児童福祉法34条1項6号は、本来、売春防止法と同様の趣旨で、特に児童に売春をさせることを処罰する目的で立法され、当初の運用状況も主に売春事例に適用されていた。しかし、その後、自己を相手とする淫行をさせる場合について、教唆犯や幫助犯とする場合を含め、処罰対象にされるようになった¹⁹⁾。また、近年では、「行為者と児童の間に行行為者優位の関係性がある中において自己を相手に淫行させた行為について、児童福祉法違反とされる事例が増えている」²⁰⁾とされる。最高裁判所の判例においても、上記最高裁平成10年決定では、被告人の面前で被害児童に自慰行為(性交類似行為)をさせた事例について、本罪の成立が認められている²¹⁾。

学説では、自己を相手とする淫行をさせる場合を含むかに関して、かつては、行為者自身が性交の相手となった場合は本号に該当しないとされていた²²⁾。その理由としては、刑法182条の「姦淫せしめ」の意義に関して、姦淫の相手方は犯人となりえないと解釈されていること、売春処罰法において売春の相手方が処罰されないことと同様に、処罰価値ないし必要性が乏しいとする立法者意思の現れであること等が挙げられていた。その後、「単に児童の淫行の相手方となっただけではこれにあたらない」としつつも、「本号の文理及び趣旨からして、『淫行をさせる行為』が認められる以上、たまたまその者が当該行為の相手方となったからといって、そのことのために不処罰とされる理由はない」²³⁾として、自己を相手とする淫行をさせる場合を含むとする見解が有力化している。

また、「させる行為」に必要な働きかけの程度についても争われている。これについて

19) 判例・裁判例の動向の詳細については、井口・前掲註4)、180頁以下、参照。

20) 馬渡・前掲註1) 121頁。

21) これについて、佐々木史朗＝若尾岳士「判批」判タ No.1053 (2001年) 68頁は、最高裁が、『同じこたつの中』、『同じベッドの中』と認定していることから、本件を相手方のいる淫行であるとし、その相手方にも本号の適用があり得るとする構成(自己を相手とする淫行をさせる場合を認める)をとっていると解することもできるが、逆に、本件自慰行為を性交類似行為(相手方のいない淫行)とし、自慰行為をするに至らしめた被告人の『事実上の影響力』を認めるために、『同じこたつの中』、『同じベッドの上の布団の中』であることを認定したに過ぎないとも考えることもできる」という解釈を示している。

22) 小泉・前掲註11) 38頁以下、西田・前掲註8) 301頁以下、参照。

23) 北島・前掲註10) 68頁。

最高裁判所は、自己の住所で軽飲食店を経営する者が、満17歳の住込女中と客に数回に自宅の一室を提供し同女をしてそこで数回に数名の客に売淫をさせ、同女が売淫によって得た対価を蒲団代等の名義で折半取得した事例に関する昭和30年判決において、「たとえ右売淫が児童である同女自らの意思に基づく場合であつても児童福祉法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する。」²⁴⁾とし、昭和40年決定では、「児童福祉法34条1項6号の児童に淫行をさせる行為のうちには、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」²⁵⁾としている。

その他、強制や直接的な勧誘等のない事例で児童福祉法34条1項6号の該当を認めた裁判例に関して、「雇用関係等があり児童に対して影響力を及ぼしやすい場合には消極的な関与でも足り、特に監護する地位にあるなど支配関係が強い場合には黙認等の一定の不作為でも本号に当たる場合がある。また、特別な関係がない場合には、ある場合よりも積極的な行為が必要とされることになるが、対象が未成熟な児童であるから、その児童の淫行を容易にさせ、助長、促進する事実上の影響力のある行為があれば足りる」²⁶⁾とされている。

学説では、「させる行為」に必要な働きかけの程度である「事実上の影響力」について、管理売春形態を備える場合については、「児童の淫行につきその機会や場所を提供してこれを容易ならしめる等、いわば補助的な介入行為があれば足りるということになる」とし、また、児童を雇用し又は監護する等の関係にない者に関する場合については、「『その淫行を助成し、あるいは淫行の原因を与えたと認められる行為』があり、その結果淫行が行われるに至ったという事実上の因果関係があれば足りる」とする見解²⁷⁾がある。しかし、このような立場には、自己を相手とする淫行をさせる行為の処罰範囲が広がり、実質上、「淫行する行為」が処罰されることになってしまう可能性があるとの批判がある。そこで、例えば、①文理上「させる」という使役形が使われている以上、児童が淫行するか否かの意思決定をなすにつき何らかの影響力、心理的負担があったことが必要であるとする見解²⁸⁾、②「させる」という文言の使役的要素を重視して、雇用関係、身分関係、親子関係などに基づく優越的地位あるいは児童の困窮状態などによって、児童に対してある程度支配的・強制的な関係が成立している場合に限定すべきとする見解²⁹⁾、③性行動に関する自律的な判断を重視して、行為者が児童に働きかけて第三者と淫行に及ぶことを決意させ、淫行に及ぼせる場合（三者関係型）と、行為者を相手方として児童が性行動を行う場合（二者関係型）を区別し、後者では自由意思の侵害を基準に限定解釈を行う見解³⁰⁾などが

24) 最判昭和30年12月26日刑集9巻14号3018頁。

25) 最決昭和40年4月30日裁判集刑事155号595頁。

26) 廣瀬・前掲註2) 433頁。

27) 北島・前掲註10) 61頁。

28) 横田・「判批」家月39巻4号（1987年）108頁。

29) 西田・前掲註8) 305頁、鎮目征樹「判批」ジュリスト1210（2001年）219頁。

示されている。

(2) 本件における裁判所の判断

本件では、第一審の福岡地裁飯塚支部は、「行為者を相手方として淫行をさせる場合には、淫行をする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問わず、事実上の影響力を及ぼして淫行を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。」とした上で、「被告人と被害児童との関係に照らすと、本件公訴事実記載の各性交は、被告人が被害児童に対して事実上の影響力を及ぼして淫行するように働きかけたことによるものとの評価を免れない」とした。また、第二審の福岡高裁は、「そもそも『児童に淫行をさせる行為』に当たるといえるために必要な児童に対する事実上の影響力は、必ずしも強度のものを要するわけではなく、児童が淫行をなすことを助長し促進するといえるものであれば足りると解される」とした上で、「高校の講師である被告人が、自ら主導する形で自校の生徒である被害児童との性的接触を被害児童の下校の機会を利用するなどして次第に深めていき、本件性交時には、被害児童から誘われたわけでもないのに、自車に被害児童を乗せてラブホテルに連れていき、同所で性交しているのであって、そのこと自体から、被告人は、単に被害児童の淫行の相手方となったというにとどまらず、事実上の影響力を及ぼして被害児童に働きかけ、その淫行を助長し促進したといえることができる」とした。

そして、最高裁判所は、『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」とした上で、その影響力については、「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」としている。そして、本件では、「被害児童が通う高等学校の常勤講師である被告人は、校内の場所を利用するなどして同児童との性的接触を開始し、ほどなく同児童と共にホテルに入室して性交に及んでいることが認められる。このような事実関係の下では、被告人は、単に同児童の淫行の相手方となったにとどまらず、同児童に対して事実上の影響力を及ぼして同児童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る。」としている。

本件に関する調査官解説は、「本決定は、『淫行をさせる行為』が、立法当初の解釈に比べて相当に広範囲なものを含む解釈が定着しているなかで、児童福祉法34条1項6号による重い処罰にふさわしい行為に限定されていなければならないとの要請も満たしつつ、児童保護の観点からも適切な処罰範囲を画するため、本罪に該当するとされた裁判例の集積

30) 芥川正洋「判批」法律時報84巻4号(2012年)116頁。論者は、三者関係型の場合、「自律的な判断の機会が奪われていることが不法内容」とであるとす。また、それとの関係で、二者関係型の場合も、「淫行が児童の自立的な判断によるものではないという程度の自由意思の侵害」が要求されるとする。そして、その「決定基準は、自由意思の侵害の程度であって働き掛けの強弱ではない」とする。

を踏まえ、『させる行為』を判断する際の具体的考慮要素を明示して判断方法を明らかにすることにより、処罰範囲の明確化を図ろうとしたものである。』³¹⁾とする。また、具体的判断についても、「被告人が被害児童の通う高等学校の常勤講師として、12歳の年齢差がある生徒の被害児童に強い影響を及ぼし得る優越的立場にあった」³²⁾とした上で、「本件では、校内の場所を利用して、被害児童との性的接触を開始し、それから間もなく被害児童とともにホテルに入室するなどして本件各性交に至ったという程度の助長・促進行為であっても、被告人が上記関係性を利用して被害児童の意思決定に事実上の影響力を及ぼしていたということができ、単に被害児童の淫行の相手方となったにとどまらないものとして、『児童に淫行をさせる行為』に当たると評価できるというべきであろう。』³³⁾としている。

(3) 検討

上述のように、本決定は、児童に淫行を「させる行為」の判断方法について、具体的に考慮されるべき要素を示した。本件は「性交」そのものを行った事例であり、平成10年決定とは前提が異なるが、自己を相手とする淫行をさせる場合（二者関係型）にも、児童福祉法34条1項6号の適用があることが明示された。

本決定は、被告人が「被害児童の高等学校の常勤講師」であるという身分と「校内の場所を利用」したことを指摘しており、主に被告人と被害児童が高等学校の常勤講師と生徒であるという関係性を基礎に、「させる行為」を認めているように思われる³⁴⁾。しかし、本件において、被告人と被害児童のこのような関係性が、被害児童に対して具体的にどのような事実上の影響力を及ぼして淫行をさせることを助長・促進したのかは、十分に説明されたとはいえない³⁵⁾。被告人は、犯行時には被害児童の授業や部活動等の指導をする立場になかったのであり、優越的立場の利用のような事実上の影響力を行使して性行為に及んだとは言えないのではなからうか。被告人と被害児童の関係性が考慮要素になるとして、その関係性の考慮は、本件のような抽象的・一般的な考慮ではなく、より具体的な関係性を考慮し、それによって事実上の影響力の内容を説明することが必要であると思われる³⁶⁾。

31) 馬渡・前掲註1) 126頁。

32) 馬渡・前掲註1) 137頁。

33) 馬渡・前掲註1) 137頁。

34) 石井・前掲註1) 455頁以下は、「教師は、生徒から無条件の信頼を得ながら、学業のみならず生活全般等に関して、全人格的な教育指導を行うことがで、生徒の健全な成長を図り、相互信頼関係を維持育成することが要請され、相当な影響力を有している。このような関係を利用して児童に教師自身との性交を求めた場合、事実上の影響力を及ぼしたと認めることは、比較的容易であろう。」とし、本件も、「一定の支配的關係のなかで当時16歳である児童の精神的未成熟を利用して性交に至ったものといえ、事実上の影響力を及ぼして児童が淫行をなすことを促進し助長したものと認められ、裁判所も同様の判断にいたったものといえる。」とする。

35) 深町晋也「児童に対する性犯罪規定を巡る現状と課題」法律時報88巻11号（2016年）74頁も、「平成28年決定のように、個々の要素の意味・重要性に言及することなく様々な考慮要素を掲げ、それらの総合考慮によって児童の淫行を促進・助長するか否かを判断することには問題があろう。」とする。

また、そもそも、「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取り扱っている」としか認められないような者」に行為者自身が相手となる場合（二者間関係）を含めるべきかは、改めて問われるべき問題であるように思われる。上述のように、「淫行」概念と「させる行為」概念の双方が、立法時の解釈から拡張した結果、本罪の適用範囲は著しく拡張されている。本件発生後ではあるが、2017年に刑法典上の性犯罪規定が改正されたことにより、刑法176条以下の罪が非親告罪になり、また、男子も客体に含まれるようになったことから、行為者自身が相手となる場合は、児童福祉法34条1項6号の罪ではなく、刑法176条以下の罪または淫行条例違反の罪の適用範囲内で対処するべきではなかろうか。

4. まとめ——本判決の意義

上述のとおり、本決定は、まず、児童福祉法34条1項6号の「淫行」の意義について、従来の裁判例や学説に現れていた「性道徳上の非難に値するか」ではなく、「児童の心身の健全な育成を阻害するおそれ」があるかを基準に判断すること、また、「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取り扱っている」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」がその一類型であることを示したことに、裁判所の新たな判断枠組みが見出される。また、淫行を「させる行為」の適用について、事実上の影響力を判断する際の考慮要素を示したことに、実務上の意義が認められる。

もっとも、具体的な「淫行」や「させる行為」の該当性の判断においては、どのような具体的事実に基づいて各要素が認められるかが、さらに詳細に示されるべきであろう。また、「淫行」概念の射程について、本件で示された「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取り扱っている」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」は淫行の一類型に過ぎず、「淫行」概念の外延自体は、それによって明らかになっているわけではない。2017年改正後の刑法典の性犯罪規定や淫行条例などの関連犯罪の処罰規定を含め、各罰条の適用範囲の整理が課題である。

（＊本研究は、JSPS 科研費 15K11935 の助成を受けたものである。）

36) 本罪の主要事実の確定方法について、樋口亮介「性犯罪としての主要事実確定基準としての刑法解釈」法律時報88巻11号（2016年）92頁、参照。