

家庭内における児童に対する性的虐待の刑法的規律

——監護者性交等・わいせつ罪（刑法 179 条）を中心に——

深 町 晋 也

- I はじめに
- II 児童に対する性的虐待の実状
- III 性的虐待はどのように処罰されていたのか
- IV 従来の立法提案及びドイツ語圏の立法例との比較
- V 監護者性交等・わいせつ罪の基本構造
- VI 監護者性交等・わいせつ罪の諸問題
- VII 終わりに

I はじめに

児童に対する性犯罪は極めて重要な問題である¹⁾。その中でも、特に深刻な問題であるにも拘らず、事件として顕在化しにくい事例類型として、家庭内での児童に対する性的虐待が挙げられる。家庭は一方では「外の世界」に存在する危険から家族構成員、特に児童を守るための場として機能するが、他方では、家族構成員の中の弱者、特に児童に対する虐待の危険を生じさせ、また虐待の被害を隠蔽するものとして機能することもある。このような家庭の持つ負の性質、すなわち家庭の「犯罪の温床」としての性質が特に明確になるのが、家庭内での児童に対する性的虐待である。というのは、児童虐待の中でも性的

1) ドイツ語圏における議論を参照しつつ、我が国の児童に対する性犯罪を論じたものとして、深町晋也「児童に対する性犯罪について」『西田典之先生献呈論文集』（2017年）305頁以下があり、監護者性交等・わいせつ罪（刑法 179 条）についても検討を行っている。本稿は、平成 29 年の刑法改正が成立したことを受けて、その後の議論状況も踏まえた上で、本罪についてより具体的に検討を加えるものである。

虐待は身体的な虐待などとは異なり、被害の痕跡が可視化されにくく、また、加害者以外の家族構成員（例えば、父親が加害者である場合には母親）によって隠蔽される傾向にあるからである。

こうした家庭内における性的虐待の問題性に対応するための犯罪類型が、今般の刑法改正²⁾（以下、「平成29年改正」）によって新設された監護者性交等・わいせつ罪（刑法179条）である³⁾。本罪は、18歳未満の児童を現に監護する者がその影響力に乗じて行う性交等・わいせつ行為を強制性交等罪（旧強姦罪。刑法177条）・強制わいせつ罪（刑法176条）と同様に処罰する規定である。条文は以下の通りである。

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。

2) 2017年3月7日に「刑法の一部を改正する法律案（閣法第四七号）」として内閣によって提出された性犯罪改正に関する法案が、衆議院及び参議院のいずれにおいても全会一致で可決され、同年6月16日に改正刑法が成立し、同年7月13日に施行された。

3) 法務省関係者による解説として、加藤俊治「性犯罪に対処するための刑法改正の概要」法律のひろば2017年8月号52頁以下、今井将人「『刑法の一部を改正する法律』の概要」研修830号（2017年）39頁以下、田野尻猛「性犯罪の罰則整備に関する刑法改正の概要」論究ジュリスト23号（2017年）112頁以下、堀田さつき「『刑法の一部を改正する法律』の概要について」捜査研究802号（2017年）2頁以下、岡田志乃布「刑法の一部を改正する法律について」警察学論集70巻10号（2017年）67頁以下及び松田哲也＝今井将人「刑法の一部を改正する法律について」法曹時報69巻11号（2017年）211頁以下。法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会委員・幹事によるものとして、北川佳世子「性犯罪の罰則に関する刑法改正」法教445号（2017年）62頁以下、角田由紀子「性犯罪法の改正—改正の意義と課題」論究ジュリスト23号（2017年）120頁以下及び橋爪隆「性犯罪に対処するための刑法改正について」法律のひろば70巻11号（2017年）4頁以下。その他の論稿として、樋口亮介「性犯罪規定の改正」法律時報89巻11号（2017年）112頁以下。

なお、今般の改正法に対しては、改正前から既に、様々な分析・批判が加えられている。「『性犯罪に対処するための刑法の一部改正に関する諮問』に対する刑事法研究者の意見」季刊刑事弁護86号（2016年）114頁以下、本庄武「性犯罪規定の見直し」法時88巻5号（2016年）98頁以下、浅田和茂「性犯罪規定改正案に至る経緯と当面の私見」犯罪と刑罰26号（2017年）1頁以下、嘉門優「法益論から見た強姦罪等の改正案」犯罪と刑罰26号（2017年）11頁以下及び島岡まな「性犯罪の保護法益及び刑法改正骨子への批判的考察」慶應法学37号（2017年）19頁以下参照。

これに対して、既に、児童に対する性犯罪を処罰する規定としては、刑法典における（旧）強姦罪・強制わいせつ罪や児童福祉法 34 条 1 項 6 号における児童淫行罪、更には各都道府県のいわゆる青少年保護育成条例における「淫行処罰規定」など、多岐に渉る規定が存在するところである。しかし、家庭内における児童に対する性犯罪を処罰するものとしても大きな意義を有するこれらの規定と、平成 29 年改正で新設された監護者性交等・わいせつ罪とがいかなる関係に立つのかについては、必ずしも明らかとは言えない。また、そもそも監護者性交等・わいせつ罪がなぜ強制性交等・わいせつ罪と同様に処罰されるべきなのかという本罪の罪質や、本罪の具体的な成立範囲をどのように考えるべきなのかといった点についても、依然として不明確な点がある。

こうした問題を検討するためには、監護者性交等・わいせつ罪それ自体を検討するのみではなお不十分である。むしろ、家庭内における児童に対する性的虐待を巡って従来から問題とされているその他の処罰規定についての分析を行った上で、家庭内における児童に対する性犯罪を処罰する規定である本罪を論じる必要がある。

そこで、本稿では、監護者性交等・わいせつ罪が、家庭内における児童に対する性犯罪を処罰する諸規定の中でどのように位置づけられるべきかという観点から、以下の順序で議論を展開することにする。まず、監護者性交等・わいせつ罪がどのような文脈において新設されたのかを確認するために、家庭内における児童に対する性的虐待の現状を簡単に概観した上で（Ⅱ）、これまでこうした児童に対する性的虐待がどのように処罰されてきたかについて検討を加える（Ⅲ）。その後、監護者性交等・わいせつ罪につき、従来の立法提案やドイツ語圏での類似の立法例などとの異同を分析した上で（Ⅳ）、その基本構造や罪質を明らかにする（Ⅴ）。最後に、こうした分析によって得られた理解を元にして、監護者性交等・わいせつ罪を巡って生じ得る各論的な問題について検討を行う（Ⅵ）。

Ⅱ 児童に対する性的虐待の実状

1 児童虐待防止法における性的虐待

児童虐待防止法は、2 条で「児童虐待」について定義規定を設けているが、そのうちの 2 号、すなわち、保護者がその監護する 18 歳未満の「児童にわい

せつな行為をすること又は児童をしてわいせつな行為をさせること」が性的虐待を規定するものである。平成28年度における児童相談所での児童虐待相談件数(12万2578件〔速報値。以下同じ〕)のうち、性的虐待の件数は1622件と全体の約1.3%に留まっている⁴⁾。

しかし、身体的虐待などとは異なり、必ずしも外部に見えやすい形での虐待の痕跡が残らず、警察や近隣知人、学校などによる通告⁵⁾というルートに乗りにくいために、その実態が必ずしも正確に把握されていない可能性もある。児童虐待はそれ自体として「外から見えにくい」事象であるが、その中でもとりわけ性的虐待は、被害児童本人による申告がない限りは可視化されにくい事象である⁶⁾。

2 (旧) 強姦罪・強制わいせつ罪

また、(旧)強姦罪(今般の刑法改正により強制性交等罪)・強制わいせつ罪といった性犯罪に関して言えば、そもそも児童が被害者となりやすい犯罪類型と言える。平成27年度犯罪白書によれば、ここ20年間のデータを見る限り、(旧)強姦罪の被害者のうち20歳未満の者は一貫して4割程度を占めている。また、強制わいせつ罪の女子の被害者のうち、20歳未満の者は時期によって増減はあるが5割から6割程度であり、男子の被害者のうち、20歳未満の者は8割以上となっている⁷⁾。

その中で、親族が被害者となる事例も年々増加している⁸⁾。とりわけ、子

4) 厚生労働省「平成29年度全国児童福祉主管課長・児童相談所長会議資料」(2017年)7頁の表を参照。但し、平成18年度の相談件数は1180件であり、性的虐待の件数自体は、基本的には年々増加している。

5) 平成28年度における全相談件数のうち、警察による通告が54813件、近隣知人による通報が17428件、学校等による通告が8851件であり、合計で約66%を占めている(厚生労働省・前掲注4)8頁)。

6) この点を指摘するものとして、林弘正『児童虐待 その現況と刑事法的介入 [改訂版]』(2006年)44頁以下参照。

7) 平成27年度犯罪白書6-2-1-13図参照。

8) 平成27年度犯罪白書6-2-1-12図参照。例えば、(旧)強姦罪の検挙件数のうち、被害者が親族であったものは、平成7年には(全1402件中)7件であったのに対して、平成26年には(全1029件中)60件となっている。また、強制わいせつ罪の検挙件数のうち、被害者が親族であったものは、平成7年には(全3186件中)6件であったのに対して、平成26年には(全4149件中)81件となっている。

（実子及び養子）が被害者になる事例については、平成26年の検挙件数として、（旧）強姦罪が（全1029件中）39件、強制わいせつ罪が（全4149件中）50件となっている。但し、平成29年改正前の（旧）強姦罪や強制わいせつ罪は親告罪であり、被害児童本人からの告訴はもとより、加害者以外の親権者による告訴もなされなかった事案は決して少なくないものと想定される。（旧）強姦罪や強制わいせつ罪といった性犯罪は、それ自体としても可視化されにくい犯罪であるが、その中でも特に、家庭内の児童に対する性犯罪は隠蔽されやすい構造を有している⁹⁾。

3 小 括

以上の検討からは、児童虐待全体における性的虐待や、性犯罪全体における親などによる性犯罪については、割合として見る限りではそこまで大きいとは言えないものの、決して無視・軽視することができない実態がある。こうした性的虐待の増加傾向に鑑みれば、一定の法的規制が必要であるとの声が高まってくることも理解できよう¹⁰⁾。そこで次に、今般の刑法改正以前には、性的虐待がどのような規定によって処罰されていたのかについて、検討を加えることにする¹¹⁾。

Ⅲ 性的虐待はどのように処罰されていたのか

1 （旧）強姦罪・強制わいせつ罪による処罰

（1）13歳未満の児童に対する（旧）強姦罪・強制わいせつ罪

13歳未満の児童に対して性交等やわいせつな行為を行った場合には、その同意の有無を問わず、また、暴行・脅迫の有無を問わず、行為者に（旧）強姦

9) 一方の親からなされる子どもへの性的虐待につき、他方の親が見て見ぬふりをする、あるいは阻止できずにいる間に長期間が経過することも珍しくない（林・前掲注6）62頁以下の諸事例を参照）。なお、実の親がわが子に対して性的虐待をするという事実を社会の側が適切に受け止められず、そうした事実を「否認」する構造を指摘するものとして、榎原富士子・池田清貴『親権と子ども』（2017年）181頁参照。

10) 早くからこうした点を指摘するものとして、林・前掲注6）72頁以下参照。

11) なお、児童虐待防止法には、例えばドイツ刑法171条や225条のような、児童虐待それ自体を処罰する規定は存在しない。この点につき、深町晋也「家族と刑法—家庭は犯罪の温床か？第6回 児童が家庭でタバコの煙に苛まれるとき」書齋の窓656号（2018年）22頁以下参照。

罪（刑法 177 条後段）・強制わいせつ罪（刑法 176 条後段）が成立する。したがって、家庭内において 13 歳未満の児童に性交等・わいせつ行為を行った場合には、本罪によって捕捉されることになる。

従来、本罪の趣旨としては専ら、① 13 歳未満の児童には性的自己決定の自由を処分する能力が典型的に否定されている点に言及されていた¹²⁾。しかし、近時はこの点に加えて、② 13 歳未満の児童に対して性交等・わいせつな行為をすることは、（たとえ被害児童の同意があったとしても、）なおその健全育成を妨げる危険性が典型的に高いことにも言及がなされている¹³⁾。このように、本罪は、13 歳未満の児童の有する性的自己決定の自由のみならず、かかる児童の性的な健全な成長をも併せて保護する規定と解するべきであろう¹⁴⁾。

(2) 13 歳以上の児童に対する（旧）強姦罪・強制わいせつ罪

平成 27 年度犯罪白書によれば、平成 26 年の（旧）強姦罪全体に占める 13 歳未満の被害者の割合は 6.2%、強制わいせつ罪では（女子については¹⁵⁾）13.5%となっており、児童の性犯罪において 13 歳未満の被害者が大きな割合を占めているというわけではない¹⁶⁾。統計上は、むしろ 13 歳以上の児童が性犯罪の被害者となる場合の方が多いのであり、当該年齢層について成立する性犯罪についての検討が必要となる。

こうした観点からまず問題となるのが、刑法 177 条前段・176 条前段が規定する（旧）強姦罪・強制わいせつ罪である。本罪は必ずしも児童に対する性犯罪に限られた規定ではないが、児童に対する性犯罪を処罰する規定としての意義は大きい¹⁷⁾。本罪は、暴行・脅迫を用いて性交等・わいせつな行為をした

12) 西田典之『刑法各論 [第 6 版]』(2012 年) 88 頁。

13) 例えば、西田典之ほか編『注釈刑法第 2 卷』(2016 年) 618 頁 (和田俊憲)。

14) 深町・前掲注 1) 319 頁。

15) これに対して、男子については、平成 26 年の被害者総数 214 名のうち、13 歳未満の被害者が 127 名となっており、極めて高い割合を占めている（平成 27 年度犯罪白書 6-2-1-13 図エクセルデータ参照）。

16) 平成 27 年度犯罪白書 6-2-1-13 図参照。

17) 平成 26 年の（旧）強姦罪全体に占める 13 歳以上 20 歳未満の被害者の割合は 34.3%、強制わいせつ罪では（女子については）35.7%となっている（平成 27 年度犯罪白書 6-2-1-13 図参照）。但し、このデータには 18 歳以上の者も含まれており、厳密に言えば、18 歳未満の児童に対する性犯罪に限定されていない。また、（旧）強姦罪・強制わいせつ罪と、（旧）準強姦罪（刑法 178 条 2 項）・準強制わいせつ罪（刑法 178 条 1 項）とは統計においては区別されずに示されている。

場合に成立するため、被害者に対する暴行・脅迫が存在しない場合には、本罪による処罰はできないことになる。

そこで、本罪における暴行・脅迫として、どのようなものが要求されているかが問題となる。本罪の暴行・脅迫は、強盗罪（刑法 236 条）における暴行・脅迫と同じく「最狭義の暴行」としてカテゴライズされることがあるが¹⁸⁾、実体としては、両者は全く異なる。判例においては、強盗罪における暴行・脅迫は、「社会通念上一般に被害者の反抗を抑圧するに足る程度のものであるかどうかと云う客観的基準によって決せられる」¹⁹⁾とされ、強度の暴行・脅迫が必要とされている。これに対して、(旧)強姦罪における暴行・脅迫は、「相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度」²⁰⁾とされ、その具体的な判断方法については、「その暴行または脅迫の行為は、単にそれのみを取上げて観察すれば右の程度には達しないと認められるようなものであっても、その相手方の年齢、性別、素行、経歴等やそれがなされた時間、場所の四囲の環境その他具体的事情の如何と相伴って、相手方の抗拒を不能にし又はこれを著しく困難ならしめるものであれば足りる」²¹⁾との基準が示されている。要するに、(旧)強姦罪の暴行・脅迫は、それ自体として見ればさほどの強度を有さなくとも、他の具体的事情と相俟って、被害者の抗拒を著しく困難にしたと評価されれば足りる。例えば、13 歳の被害者が問題となった事案で、手をつなぐ行為や被害者の足を開いた行為について、(旧)強姦罪における暴行の存在を肯定した裁判例²²⁾は、こうした判断方法を如実に反映したのと言えよう。

以上のような観点から見ると、家庭内という他に逃げる場所のない密室的環境で、児童という脆弱な存在に対して行われる暴行・脅迫は、それ自体としてはさしたる強度を有しない場合でも、なお本罪の暴行・脅迫として認められることになろう。また、仮にこうした暴行・脅迫が存在しない場合であっても、被害児童の驚愕・恐怖など、その抵抗できない状況（抗拒不能）に乗じた場合

18) 西田・前掲注 12) 39 頁参照。暴行概念についてこうした類型化を行ったのは牧野英一であるが（牧野英一『改正刑法通義 全』[1907 年] 242 頁以下）、牧野は、（その後の判例・学説とは異なり）強姦罪の暴行と強盗罪の暴行とを同義に解していたことに注意が必要である。

19) 最判昭和 24・2・8 刑集 3 卷 2 号 75 頁。

20) 最判昭和 24・5・10 刑集 3 卷 6 号 711 頁。

21) 最判昭和 33・6・6 集刑 126 号 171 頁。この事案では被害者が少女であった旨認定されている。

22) 仙台高決平成 16・10・29 家月 57 卷 6 号 174 頁。

には、準強制わいせつ罪・(旧)準強姦罪(刑法178条1項・2項)が成立し得る²³⁾。但し、長年の虐待などにより、被害児童が極度に畏怖している場合には、「服を脱げ」と申し向けるといった言動であっても、それを拒む場合の不利益が黙示的に示されているとして、なお本罪の脅迫として捉えることが可能であろう²⁴⁾。その意味では、特に家庭内の長年に渉る性的虐待の事案では、(旧)強姦罪・強制わいせつ罪と(旧)準強姦罪・準強制わいせつ罪との差異は限りなく小さくなる。

しかし、児童に対する性的虐待が家庭内で行われるとき、既に論じたように、「犯罪の温床」としての家庭の性質が極めて強く現れることになる。まず、①家庭内における親子の情愛関係や支配関係は、具体的な暴行・脅迫を伴わなくとも、あるいは具体的な抗拒不能状況に乘じなくとも、時として容易に性的な虐待関係に転化しうる。また、②一旦性的な虐待関係に転化したとしても、かかる関係は外部からは極めて可視化されにくく、性的虐待の実態は隠蔽されやすい。こうした実状に鑑みれば、暴行・脅迫要件、あるいは抗拒不能要件の立証が困難であることは想像に難くない²⁵⁾。

(3) 小 括

以上の検討からは、特に13歳以上の児童に対する性的虐待については、暴行・脅迫要件(刑法176条前段・177条前段)や、抗拒不能要件(刑法178条1項・2項)によらない処罰規定の必要性が明らかとなってくる。そこで次に、こうした処罰規定につき、刑法典以外に目を転じて検討することにする。

2 条例の淫行罪と児童福祉法の児童淫行罪

(1) 条例の淫行罪について

現在、青少年の健全育成や保護を謳う青少年保護育成条例においては、一部の例外²⁶⁾を除き、18歳未満の児童との淫行を禁じる、いわゆる「淫行処罰規定」が設けられている。こうした淫行処罰規定によって、親の子どもに対する

23) 嶋矢貴之「性犯罪における『暴行脅迫』について」法律時報88巻11号(2016年)71頁。

24) 神戸地判平成21・12・10公刊物未登載(LEX/DB:25442060)参照。

25) 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第3回議事録9頁における、検察官である森悦子委員の発言は、こうした困難さを明確に指摘している。

26) 大阪府、山口県、長野県などは、「淫行」を処罰する規定ではなく、威迫、欺罔、困惑などを利用した性交等を処罰する規定を設けている。

性的虐待が処罰されることもある。

例えば、妻の連れ子であるA女に対して長期間に渉って性的虐待を行っていた被告人が、妻に気兼ねすることなくA女と性的関係をもつために、妻に内緒でアパートの1室を借り受けた上で、当時15歳であったA女と性交を行った事案で、条例の淫行罪が肯定された裁判例が存在する²⁷⁾。

しかし、加害者と被害児童とが親子関係にある場合には、通常は、こうした条例の淫行罪ではなく、むしろ、児童福祉法34条1項6号の「児童に淫行をさせる罪」（児童淫行罪²⁸⁾）によって処罰されることが多い。しかし、判例においてこうした扱いがされるようになったのは、むしろ近年になってからのことである。そこで、以下では、児福祉上の児童淫行罪について検討を加える。

（2）児童福祉法の児童淫行罪について

元々、児童淫行罪は、児童の虐待を防止するために児童を一定の業務に就かせる行為を禁じた児童虐待防止法（昭和8年制定）の趣旨を受け継ぎつつ、児童の健全育成を図るために児童福祉法に設けられた規定である。このような経緯から、本罪は、行為者が第三者を相手方として児童に売春をさせるような類型（三者関係型）のみを処罰するものと解されてきた²⁹⁾。しかし、こうした限定的な解釈に対しては、かねてより特に実務家から激しい批判が向けられていた³⁰⁾。

こうした状況の下、最高裁は、中学校の教師が教え子である女子生徒に対して、いわゆる電動バイブレーターの使用を勧め、自己の面前で自慰行為をさせたという事案において本罪の成立を肯定するに至り³¹⁾、また、近時、高校の常勤講師である被告人が教え子とホテルで性交したという事案において本罪の成立を肯定している³²⁾。すなわち、判例においては、行為者が被害児童に

27) 埼玉県青少年健全育成条例19条1項の成立を認めたものである。さいたま地判平成14・1・15 公刊物未登載（LEX/DB：28075626）。

28) 本罪の法定刑は10年以下の懲役若しくは30万円以下の罰金又はその併科という、児童福祉法上の犯罪の中でも特に重いものとなっている。

29) 東京高判昭和50・3・10家月27巻12号76頁。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3巻』（2000年）296頁。

30) 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 風俗・軽犯罪編 [第2版]』（1988年）38頁以下。

31) 最決平成10・11・2刑集52巻8号505頁。

32) 最決平成28・6・21刑集70巻5号369頁。

対して自己と性交等をさせるという、二者間での性交等についても本罪の成立が認められている。

しかし、どのような二者間においても、本罪の成立が直ちに肯定されるわけではない。というのは、そのような帰結を認めると、条例の淫行罪よりもはるかに重い法定刑を規定する本罪が有する不法性に鑑みて、処罰範囲が過度に広汎となるからである。従来判例・裁判例は基本的に、行為者が親、学校の教師など、被害児童の心身の健全な発展に重要な役割を果たす地位（いわば、「当該被害児童の健全な成長を見守る保護責任的な立場」）にある場合に本罪の成立を認めているものと言える³³⁾。

(3) 平成28年決定以降の状況

以上に対して、最決平成28年6月21日刑集70巻5号369頁（以下、「平成28年決定」）は、親、教師といった行為者と被害児童との関係以外にも、「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」として、様々な要素を総合考慮して「淫行をさせた」か否かを判断するという立場を採用している³⁴⁾。平成28年決定の立場からすると、行為者と被害児童との関係は様々な考慮要素の一部に過ぎず、こうした関係が希薄又は存在しない場合であっても、他の要素の総合考慮によって本罪の成立が肯定される可能性がある。

とはいえ、平成28年決定以降の裁判例も、基本的には親・教師などの地位利用型を処罰するものと評価できる。例えば、高校の教頭である被告人が、自ら指導に当たっていた教え子と性交した事案³⁵⁾、学童保育所の指導員である被告人が通所している児童と性交類似行為を行った事案³⁶⁾、被告人が内縁の妻の実子と性交した事案³⁷⁾で、いずれも被告人と被害児童との関係性に言及

33) こうした分析につき、深町・前掲注1) 328頁及び佐野文彦「判批」論究ジュリスト22号(2017年)233頁以下を参照。

34) 本件の評釈として、豊田兼彦・法セ741号(2016年)115頁、上原龍・警察学論集69巻10号(2016年)162頁、松本朗・研修820号(2016年)15頁、栗原一紘・警察公論71巻10号(2016年)87頁、嘉門優・刑事法ジャーナル51号(2017年)125頁、石井徹哉・平成28年度重判解(ジュリスト1505号)(2017年)182頁、永井善之・新・判例解説 Watch 刑法No.115(2017年)1頁及び佐野・前掲注33) 229頁参照

35) 広島高判平成29・9・5公刊物未登載(LEX/DB:25546995)。

36) 水戸地判平成29・8・21公刊物未登載(LEX/DB:25547040)。

しつつ本罪の成立が肯定されている。

そうした中で注目されるのが、以下の裁判例である。家出をした被害児童が、自分の家がある三重から遠く離れた高知にある被告人の家で被告人と性交をした事案で、被害児童は「当時 14 歳で未熟で社会経験に乏しく、性的自由に関して自己決定をなし得る十分な判断能力があったとはいえない上、自宅のある三重県内から相当遠く離れた高知県内に連れて来られ、所持金はほとんどなく、被告人方で専ら被告人に頼って生活していたこと」や「被告人方で生活を継続したいと望んでおり、他の居住場所に移ることや自宅に帰ることは考えておらず、独力でそれをするには現実的にも困難であったこと」から、被害児童が「被告人の要求を断りにくく、その要求に応じて性交せざるを得ない状況にあった」として、本罪の成立を肯定したものがある³⁷⁾。

この事案では、被告人と被害児童との間に親や教師といった関係がなくとも本罪の成立が肯定されている点で、平成 28 年決定の総合考慮的立場に忠実であるが、原審の認定を見ると、平成 27 年 11 月 18 日に被告人が被害児童と生活を始めた後、およそ 10 回の性交をしている中で、同年 12 月 22 日の性交についてのみ、「支配関係の利用」を理由に児童淫行罪の成立が肯定されている³⁹⁾。すなわち、一定の生活関係を継続し、被害児童が被告人に経済的・精神的に依存する関係が成立したからこそ、被告人に本罪の成立が肯定されているものと見ることも可能であろう。さらに言えば、本件が平成 29 年改正以降の事案であったとすれば、被告人に監護者性交等罪が成立するかも問題となりうるところ、この点は後に検討を加えることとしたい。

(4) 小 括

以上の検討から、家庭内の児童に対する性的虐待については、条例上の淫行罪もさることながら、児童福祉法上の児童淫行罪が重要であると言える。既に論じたように、児童淫行罪の成立にとっては、行為者と被害児童との関係性が決定的に重要であるとの立場からは、本罪は、(二者関係型に関しては)被害児童に対する一定の保護的立場を有する者のみを処罰する規定であると解すべきことになる。このような理解に基づくと、実親・養親が実子・養子に対して

37) 福岡地久留米支判平成 29・1・24 公刊物未登載 (LEX/DB: 25545065)。

38) 名古屋高判平成 29・8・9 公刊物未登載 (LEX/DB: 25547869)。

39) 津地判平成 29・3・22 公刊物未登載 (LEX/DB: 25545575)。

淫行（性交又は性交類似行為⁴⁰⁾）をさせるような場合には、基本的に児童淫行罪の成立を肯定することができる⁴¹⁾。

3 児童福祉法上の児童淫行罪の限界？

既に検討したように、親がその子どもに対して淫行（性交及び性交類似行為）をさせる場合には、基本的に児童福祉法上の児童淫行罪の成立を肯定することができる。それにも拘らず、平成29年改正においては、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する場合又は性交等をする場合を、それぞれ強制わいせつ罪又は強制性交等罪と同様に扱う規定が新設された（刑法179条1項・2項）。一体なぜ、このような規定が設けられたのであろうか。

本罪の導入に関する法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会の議論⁴²⁾を見る限りでは、児福法上の児童淫行罪が、「淫行」すなわち性交又は性交類似行為についてしか成立しないとされた処罰範囲の狭さについて問題とされたわけではない。すなわち、「わいせつな行為」一般につき、親子間で行われる性的虐待を処罰すべきといった、性的虐待罪としての当罰性が問題とされたわけではない。むしろ、被害児童の意思に反してなされる性交につき、児福法上の児童淫行罪による処罰（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）に留まるのでは軽すぎるとの問題意識が前面に押し出されており、強制性交等罪・準強制性交等罪と同等の当罰性を認めるべきという観点から本罪の導入が論じられたのである。しかし、なぜ本罪はかかる当罰性を有するのであろうか。その点を理解するには、本罪の基本構造を明確化する必要があるため、以下では、従来の立法提案やドイツ語圏における立法例とも比較しつつ、本罪の罪質について検討を加える。

40) 性交類似行為の範囲については、深町・前掲注1) 325頁以下参照。

41) 東京高判平成17・6・16高刑速平17号125頁（父親と実の娘〔13歳〕）、東京高判平成22・8・3高刑集63巻2号1頁（養父と義理の娘〔15歳〕）など。

42) 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第3回議事録6頁以下の議論を参照。

Ⅳ 従来の立法提案及びドイツ語圏の立法例との比較

1 我が国における従来の立法提案との比較

既に紹介したように、平成 29 年改正で新設された監護者性交等・わいせつ罪（刑法 179 条）とは、18 歳未満の児童を現に監護する者がその影響力に乗じて行う性交等・わいせつ行為を強制的性交等罪（刑法 177 条）・強制わいせつ罪（刑法 176 条）と同様に処罰する規定である。このように、一定の地位、例えば親などの身分や雇用関係などに基づいて保護・監督する児童に対する性犯罪を、（旧）強姦罪・（旧）準強姦罪とは別個に規定しようとする立法動向は、従来から存在したところである。例えば、1940 年の刑法改正仮案 394 条は、以下のような条文を規定していた。

改正刑法仮案 394 条

業務、雇傭其ノ他ノ關係ニ因リ自己ノ保護又ハ監督スル婦女ニ對シ偽計又ハ威力ヲ用ヒテ之ヲ姦淫シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

但し、この条文を読めば分かるように、本条は必ずしも児童に対する性犯罪に限定された規定とは言えない。これに対して、1974 年の刑法改正草案 301 条は、以下のように、明示的に 18 歳未満の女子について、地位利用型の性犯罪を規定していた。

改正刑法草案 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。

このように、従来の地位利用型の性犯罪は、雇用関係や業務関係など、家庭外の支配—被支配関係をも取り込んだ規定となっており、後に検討するように、ドイツ語圏など⁴³⁾でも広く採用されている規定形式である。他方、監護者性交等・わいせつ罪は、被害者と一定の関係を持つ者のみが主体となる性犯罪という点で、従来の地位利用型の性犯罪と共通するが、監護者性交等・わいせつ罪の立法段階で特に想定されていた事案を分析する限り、必ずしも従来の

地位利用型の性犯罪とは軌を一にしない。というのは、本罪の適用対象として想定されているのは、親子間の長年の継続的な虐待などで、当該児童が親に対して抵抗する意欲をおよそ喪失している（あるいは、親に迎合している）状況下で、その状況に乗じて、親が当該児童に対して性交等・わいせつ行為をする事例であり⁴⁴⁾、いわば「家庭内での児童に対する性犯罪」に特化した規定と言えるからである。

2 ドイツ語圏における立法例との比較

ドイツ語圏における児童に対する性犯罪規定においては、絶対的保護年齢と相対的保護年齢とが区別され、絶対的保護年齢に属する児童に対する性犯罪については、暴行・脅迫といった行為手段の有無や同意の有無、地位利用の有無を問わずに一律に処罰される。これに対して、相対的保護年齢に属する児童に対する性犯罪については、親子関係や教育上の関係といった地位利用型の性犯罪の他、児童の困窮状況を利用してなされる性犯罪などが処罰されるが、その法定刑は、絶対的保護年齢に属する児童になされる性犯罪や、暴行・脅迫を用いてなされる性犯罪などと比べて明らかに低く設定されている⁴⁵⁾。

一例を挙げると、ドイツにおいては、絶対的保護年齢に属する（すなわち14歳未満の）児童との性的行為については6月以上10年以下の自由刑（ドイツ刑法176条1項）が、性的行為のうち性交又は性交類似行為については2年以上（15年以下）の自由刑（同176条a2項1号）がそれぞれ規定されている。これに対して、相対的保護年齢に属する（すなわち18歳未満の）児童に対して、親子関係や教育的関係にある者が行う性的行為については3月以上5年以下の自由刑（ドイツ刑法174条1項）が規定されるに留まる。

43) ドイツ、オーストリア、スイスといったドイツ語圏諸国の他、台湾（中華民国）刑法228条も同様の規定を有している（陳子平『刑法各論（上）2015年9月増修版』（2015年）285頁以下参照）。

44) 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第3回議事録9頁（森委員）。

45) なお、ドイツ刑法2016年改正により、被害者の明示又は黙示の拒絶意思に反して性的行為を行った場合には、6月以上5年以下の自由刑が科されることになったが（ドイツ刑法177条1項）、暴行・脅迫といった行為手段を伴わない場合には、なお法定刑を低く設定するという態度が貫徹されていると見ることができる（深町晋也「ドイツにおける2016年性刑法改正について」法律時報89巻9号（2017年）97頁以下参照）。

3 小 括

以上のように、我が国の立法提案やドイツ語圏の立法例における従来の地位利用型の性犯罪と比較して浮かび上がる監護者性交等・わいせつ罪の特徴は、①本罪の行為主体が「現に監護する者」に限定されていること、②偽計・威力といった行為手段に代わり、「影響力があることに乗じて」という手段が要求されるに留まること、及び③法定刑が強制性交等罪（5年以上の懲役）又は強制わいせつ罪（6月以上10年以下の懲役）と同じものとして、極めて重く設定されていること、である。すなわち、本罪は行為主体を限定することによって、行為手段の限定性を緩め、かつ法定刑を極めて重く規定しているものと理解することができる⁴⁶⁾。

それでは、なぜ行為主体を限定することで本罪の行為手段を緩和し、かつ極めて重い法定刑を規定することができるのであろうか。この点を考察するためには、本罪の罪質、すなわち本罪の保護法益を検討した上で、「現に監護する者」という要件を分析することが不可欠であるため、以下で検討を行う。

V 監護者性交等・わいせつ罪の基本構造

1 保護法益

監護者性交等・わいせつ罪の保護法益を巡って主張されている見解は、3つに大別することが出来よう。第1の見解は、強制性交等・わいせつ罪と同様、本罪の保護法益は専ら児童の性的自己決定であるとする理解である⁴⁷⁾。これに対して、第2の見解と第3の見解は、いずれも児童の性的自己決定のみならず児童の性的な発達・健全育成をも考慮するが、その考慮の仕方に違いが見られる。すなわち、第2の見解は、本罪の保護法益は主として児童の性的自己決定であるが、付随的に児童の性的な発達・健全育成も考慮する見解である⁴⁸⁾。これに対して、第3の見解は、本罪の保護法益は主として児童の性的な発達・健全育成であるが、付随的に児童の性的自己決定も考慮するという本稿の見解である。

46) 深町・前掲注1) 339頁。

47) 松田=今井・前掲注3) 247頁。

48) 樋口・前掲注3) 115頁。

第1の見解は、立法担当者や法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会の委員・幹事を中心に主張されているものであり、刑法と児童福祉法との役割分担を根拠とするものと言える。すなわち、刑法は性的自由を保護し、青少年の保護は児童福祉法などの特別法で行うといった役割分担がなされており、監護者性交等・わいせつ罪は、強制的性交等・わいせつ罪と同様に、専ら性的自由・性的自己決定を保護するとの理解である⁴⁹⁾。監護者性交等・わいせつ罪が、それぞれ「第177条の例による」「第176条の例による」としていることも、保護法益において強制的性交等罪・強制わいせつ罪と同様に解すべき条文上の根拠を提示しているとも言えるであろう。

しかし、既に論じたように、少なくとも13歳未満の児童に対する強制的性交等・わいせつ罪（刑法177条後段・176条後段）については、性的自己決定のみならず、その性的な健全育成をも併せて保護したものと解すべきである⁵⁰⁾。このような理解からは、そもそも刑法と児童福祉法などの特別法とで役割分担がなされているとの前提自体に疑問の余地があるし、強制的性交等・わいせつ罪と同様に解するべきであるからといって、直ちに児童の性的自己決定のみが保護法益とされることにもならない。

また、監護者性交等・わいせつ罪が、18歳未満の児童に対する性犯罪として規定されたのは、18歳未満の児童については一般にその心身が未成熟であることを考慮したものであり⁵¹⁾、かつ、18歳未満の児童を保護する特別法の規定、例えば児童福祉法上の児童淫行罪、条例の淫行罪、及び児童買春・児童ポルノ禁止法の児童買春罪（同法4条、2条1項）と平仄を合わせるためである⁵²⁾。

このように、本罪は、18歳未満の児童の性的発達・健全育成を保護法益とする特別法上の諸規定と連動する形で、18歳未満の児童を特に保護する規定として新設されたものと解される以上、本罪の保護法益として、18歳未満の

49) 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第3回議事録18頁（佐伯委員）。

50) Ⅲ1(1)参照。なお、13歳未満の者に対して、その意思に反する性交を強要することが、「被害者の健全な成長に多大な影響を及ぼす」点においても被告人に不利な情状として考慮しうる点につき、渡辺裕也「新判例解説（平成28年5月26日福岡高裁判決）」研修829号（2017年）27頁参照。

51) 松田=今井・前掲注3）247頁。

52) 松田=今井・前掲注3）248頁。

児童の心身の健全な性的成熟・成長といった利益もまた考慮されるべきであろう。刑法と児童福祉法等の特別法との役割分担論といった形式論は、18歳未満の児童に対する性犯罪としての監護者性交等・わいせつ罪の本質を理解する上では、むしろ妨げになるものと言わざるを得ない。こうした見地からは、第2の見解や第3の見解のように、本罪の保護法益として、児童の性的自己決定のみならず、児童の性的な発達・健全育成も直接的に考慮すべきである⁵³⁾。

2 「現に監護する者」の意義と監護者性交等・わいせつ罪の構造

(1) 「現に監護する者」の意義

監護者性交等・わいせつ罪は、「現に監護する者」によってなされる身分犯である⁵⁴⁾。「現に監護する者」とは、立法担当者の解説によれば、「法律上の監護権の有無を問わないが、現にその者の生活全般にわたって、衣食住などの経済的な観点のほか、生活上の指導監督などの精神的な観点も含めて、依存・被依存ないし保護・被保護の関係が認められ、かつ、その関係に継続性が認められることが必要」であるとされる⁵⁵⁾。より具体的には、①同居の有無、居住場所に関する指定等の状況、②指導状況、身の回りの世話などの生活状況、③生活費の支出等の経済的状況、④未成年者に関する諸手続きなどを行う状況などの諸事情を考慮して、「現に監護する」と言えるか否かを判断するとされている⁵⁶⁾。既に検討したように、従来の地位利用型の性犯罪と比べると、雇用・業務関係を除外し⁵⁷⁾、親子関係と同視し得る程度⁵⁸⁾の保護・被保護関係を要求している点が特徴的である。

しかし、監護者性交等・わいせつ罪の行為主体が親子関係又はそれと同視し

53) 松田=今井・前掲注3) 268頁は、本罪の性質を巡る法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会の議論においては、「少なくとも、直接には、児童の健全な育成等を保護するものであるとの前提とはされていなかった」と述べ、間接的にこのような考慮を行うことまでを否定しているわけではないようにも見える。しかし、児童の性的な発達・健全育成といった利益を考慮すべき実体がある以上は、それを直接的に保護することを否定すべき解釈論的な理由は存在しないように思われる。

54) 松田=今井・前掲注3) 250頁。

55) 加藤・前掲注1) 57頁以下。

56) 松田=今井・前掲注1) 249頁。

57) 但し、立法過程においては、「雇用関係にある場合であっても、親がおらず住み込みで働いている18歳未満の従業員」のような場合には、なお本条に該当し得るとする井出俊郎大臣政務官の答弁がなされている（松田=今井・前掲注3) 260頁参照）。

得る関係を有する者に限定されたとして、なぜ強制性交等・わいせつ罪と同等の不法性あるいは悪質性が肯定されるのであろうか。我が国の立法提案やドイツ語圏の立法例における地位利用型の性犯罪においても、親子関係又はそれと同視し得る関係に基づく性的行為という、最も悪質性の高い事例について想定をした上でその法定刑（特にその上限）が設定されていることからすれば、この点が正面から問題となる。

親子関係又はそれと同視し得る関係に限定したというだけで、強制性交等・わいせつ罪と同等の不法性を有する性犯罪としての類型化が十分になされると言えるのであろうか⁵⁹⁾。この点を明らかにするためには、親子関係又はそれと同視し得る関係としての「現に監護する者」が被害児童に与える影響力の実質、すなわち、「現に監護する者であることによる影響力」という要件が、いかなる意味で本罪の重罰化根拠となるのかを更に検討する必要がある。

(2) 本罪の重罰化根拠としての「現に監護する者であることによる影響力」

本罪の重罰化根拠を巡っては、大きく分けて2つのアプローチが主張されている。第1のアプローチは、本罪の保護法益を専ら被害児童の性的自己決定であるとする立場から、現に監護する者であることによる影響力が、被害児童の意思自由又は性的自由（性的自己決定）を典型的に害することを理由とするものである。これに対して、第2のアプローチは、本罪の保護法益を被害児童の性的な発達・健全育成にも求める立場から、現に監護する者が自己に課せられた特別な保護責任に反して、自己の影響力によって被害児童の性的な発達・健全育成を危殆化することを理由とするものである⁶⁰⁾。

第1のアプローチは、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会において、法務省の担当者によって言及されていた⁶¹⁾ものであり、その後の立法解説でより

58) 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第3回議事録3頁（中村幹事）。但し、加藤・前掲注3）57頁や今井・前掲注3）43頁などではこの点には言及されていない。こうした表現を回避することで、「現に監護する者」の成立範囲に柔軟さを残しておきたいという意図があるようにも受け取れるが、そのことによって本罪の成立範囲が（更に）不明確になる可能性もまた否定できないところである。VI 1(3)も参照。

59) こうした観点から、深町・前掲注1）341頁では、「本罪はむしろ近親相姦罪に接近しているとすら言える」と評している。本罪が近親相姦罪とは別の意味で「家庭内の性犯罪」を規律するものである以上、それにふさわしい実質を明確化すべきというのがその批判の趣旨である。

60) 但し、両者のアプローチは必ずしも相互排他的なものではない。両者を一定程度併用するという見解も十分にありうる（樋口・前掲注3）115頁も参照）。

61) 例えば、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第3回議事録2頁（中村幹事）。

明示的に述べられている⁶²⁾。すなわち、「現に監護する者であることによる影響力」とは、「被監護者が性的行為などに関する意思決定を行う前提となる人格、倫理観、価値観等の形成過程を含め、一般的かつ継続的に被監護者の意思決定に作用を及ぼし得る力」が含まれるとして、被害児童の意思決定に対する作用（の可能性）が問題とされている。

しかし、こうしたアプローチが、本罪の保護法益を強制性交等・わいせつ罪と同様に解することを前提とした上で、あくまでも被害児童の個々の性的自己決定（個々の性的行為に関する意思決定）に対する影響・作用を問題とする以上、こうした影響・作用につき、「一般的・継続的」な力が必要とされる理由は存在しないように思われる。強制性交等・わいせつ罪が正に、暴行・脅迫という「当該」性的自己決定を歪める力を問題にしていることとパラレルに考えれば、雇用関係や教育関係においても、ある一定の局面においては、被害児童の「当該」性的自己決定に対する影響が極めて強い場合は容易に想定し得る。したがって、このような個々の性的自己決定に焦点を合わせるだけでは、本罪の主体を親子関係又はそれと同視し得る関係を有する者に限定する理由は必ずしも存在しない⁶³⁾。それにもかかわらず、第1のアプローチが敢えて「一般的・継続的」な力を問題とし、被害児童の「人格、倫理観、価値観等の形成過程」までも視野に入れて、その影響力を論じるのは、被害児童の個々の性的自己決定を超えた観点をも考慮しているからに他ならないように思われる。

このような、被害児童の個々の性的自己決定を超えた、より長期的な被害児童の人格的発達を考慮するのが第2のアプローチである。そもそも、第2のアプローチの萌芽は既に、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会においても示されていた⁶⁴⁾ところであるが、本罪の保護法益として児童の性的自己決定のみならず、児童の性的発達・健全育成についても考慮するとの本稿の立場から

62) 加藤・前掲注3) 57頁以下、松田=今井・前掲注3) 251頁。

63) だからこそ、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会においても複数の委員から、本罪の行為主体について、親子関係に限定する合理的理由はなく、教育関係にも広げるべきであるとの指摘がなされていたのである（法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第3回議事録12頁以下の角田、木村、小西各委員の発言を参照）。なお、角田・前掲注3) 126頁も参照。

64) 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第3回議事録23頁（橋爪幹事）。監護者を「本来は被害者を保護すべき者」とした上で、こうした保護責任を有する者が「その地位、権限を濫用して被害者の意思決定に介入し、性交等を行わせる点に強い不法性を認める」と述べており、第1のアプローチと第2のアプローチを併用するものと言える。

は、第2のアプローチは以下のように構成できる。すなわち、「現に監護する者」とは、被害児童の個々の性的自己決定が自由になされるように保護すべき立場にあるのみならず、むしろ、被害児童の健全な性的発達が阻害されないように一般的・継続的に保護すべき立場にある者であり、それゆえ、被害児童の「人格、倫理観、価値観等の形成過程」までも視野に入れてその健全な発達を保護すべきなのである。それにも拘らず、自己の影響力に乗じて、被害児童と性交・わいせつな行為をすることは、自己の有する特に高い保護責任に反して被害児童の健全な性的発達を阻害したものであり、本罪の重い処罰に値すると言える。

こうした見解からは、監護者性交等・わいせつ罪が、長年の継続的虐待によって児童が親に対して抵抗する意欲をおよそ喪失している（あるいは、親に迎合している）状況下で、その状況に乗じて、親が当該児童に対して性交等・わいせつ行為をする事例を特に念頭において⁶⁵⁾新設されたこともよく理解できる。こうした事例においては、正に親は、自己の有する高い保護責任に反して被害児童の健全な発達を阻害していると言えるからである。

(3) 児童福祉法の児童淫行罪との関係

これまでの検討からは、児童福祉法上の児童淫行罪と本罪とは、実は連続的な関係にあると言える。既に、児童福祉法上の児童淫行罪の主体⁶⁶⁾は、親や学校の教師など、被害児童の心身の健全な発展に重要な役割を果たす地位を有する者である旨を示したが、学校の教師のように、児童の心身の健全な成長に対して全面的・継続的に保護を委ねられていない者であってもなお、その役割の重要性に鑑みれば、一定の保護的な立場にあると解することができ、したがって、児童淫行罪の行為主体たりうる。

そうした重要な役割を果たす者の中でも、特に被害児童の健全な性的発達に対して包括的かつ継続的に保護を行うべき地位を有する者こそが、本罪における監護者である。したがって、本罪は、児童淫行罪と比べて更に加重された保護責任を有する者としての監護者のみを行為主体とする身分犯と考えることができる。

以上の本稿の理解からは、監護者性交等罪は、児童淫行罪よりも更に保護責

65) 注44) 参照。

66) 但し、ここでの主体はあくまでも二者関係型における主体である。

任が加重されているからこそ、児童淫行罪よりも法定刑が重く規定されていることになる。また、監護者わいせつ罪は、児童淫行罪における「淫行」⁶⁷⁾に包摂されないわいせつ行為についても、監護者という重大な保護責任が課される者によるものとして、強制わいせつ罪と同様に処罰するものとした規定と言える。

VI 監護者性交等・わいせつ罪の諸問題

監護者性交等・わいせつ罪に関する以上の基本的な理解を元に、以下では、本罪の成立を巡って問題となる点につき、それぞれ検討を加えることにする。

1 監護者性交等・わいせつ罪の成立範囲

(1) 児童に恋愛感情・継続的虐待に基づく価値観変容がある場合

本罪の基本構造との関係で、特に問題となるのは、児童が監護者に対して恋愛感情を有し、又は継続的虐待の結果としてその価値観に変容が生じ、積極的に性交等・わいせつな行為を行う場合である。児童の側が暴行・脅迫によって監護者に性交等・わいせつな行為を強いる場合には、もはや監護者は「乗じて」要件を充足しないとして本罪は成立しない⁶⁸⁾と言えるとしても、それ以外の場合には、果たして「乗じて」要件が否定されるのであろうか。

本罪の保護法益を専ら児童の性的自己決定と解する立場からは、「現に監護する者であることによる影響力」がある限り、このような事案であってもなお「乗じて」要件の充足を肯定する見解が多い⁶⁹⁾。しかし、なぜ「監護関係に基づいて恋愛関係が醸成されている」場合⁷⁰⁾には児童の性的自己決定が危殆化されると言えるのかは、なお不明確である。

これに対して、主として児童の性的自己決定を保護法益と解しつつ、付随的に児童の健全な性的発達を考慮する見解からは、むしろ処罰を否定する方向の議論が展開されている。すなわち、この見解は、児童の性的自己決定が危殆化

67) 児童淫行罪における「淫行」は、性交又は性交類似行為に限定される点につき、深町・前掲注1) 325頁以下。

68) 加藤・前掲注3) 58頁。

69) 橋爪・前掲注3) 10頁、松田=今井・前掲注3) 263頁。

70) 橋爪・前掲注3) 10頁。

されるのは、性行為に応じない場合の不利益・判断停止・判断欠如の類型的危険性がある場合であるとの前提から、児童の側から積極的に恋愛感情を有して性交等・わいせつな行為を行う場合には、もはや「乗じて」要件を充たさないとするのである⁷¹⁾。児童の性的自己決定に着目するのであれば、むしろこうした理解の方が自然であるように思われる。

本稿が依拠する、児童の性的発達・健全育成を主たる保護法益としつつ、付随的に児童の性的自己決定をも保護法益とする立場からは、以下のように解することになる。すなわち、監護者には、児童が監護者に対して有する愛情を性的な感情・性的関係に転化させないように保護・配慮する義務があり、かかる義務に反した場合には、当該児童の性的な発達・健全育成は著しく危殆化する。したがって、行為者が監護者となる以前から、既に当該児童が行為者に対して確固たる恋愛感情・性的感情を有しており、その後に行為者が「現に監護する者」となるに至ったが、当該児童の恋愛感情・性的感情は一貫して存在したというような例外的事案⁷²⁾を除けば、基本的に「乗じて」要件は否定されない。

本稿の結論は、児童が「現に監護する者」に対して恋愛感情を有するに至ったことにより、あるいは価値観変容により、積極的に性交等・わいせつな行為を行う場合であってもなお、本罪の成立は否定されないとするものであり、むしろ立法担当者が支持する帰結と一致する。しかし、こうした帰結は、本罪の保護法益を主として児童の性的な発達・健全育成に求めることによってこそ、より説得的に基礎づけることができる。

なお、本稿のような見解においては、条例の淫行罪や児童福祉法上の児童淫行罪においては、真摯な恋愛関係による不可罰が主張される⁷³⁾こととの関係

71) 樋口・前掲注3) 117頁。

72) 橋爪・前掲注3) 10頁も参照。但し、以前から恋愛感情を有していたという事例は、ドイツ語圏においては、地位の「利用」要件で処罰対象から除外されており、監護者性交等・わいせつ罪が意図的に「利用」要件ではなく「乗じて」要件を規定した趣旨(深町・前掲注1) 340頁)からすると、こうした事案が常に「乗じて」要件によって排除されるかは疑問である。本文で述べたように、児童が当初から有する確固たる恋愛感情が、行為者が「現に監護する者」となった後も一貫して存在するような例外的事案に限って、「乗じて」要件が否定されると解するべきである。

73) こうした議論につき、樋口亮介「性犯罪の主要事実確定基準としての刑法定罪」法律時報 88巻11号(2016年)91頁以下。深町・前掲注1) 329頁及び334頁も参照。

が問題となる。しかし、これらの犯罪においても、真摯な恋愛関係が問題となるのは、親以外の教師などといった第三者についてである。これに対して、監護者性交等・わいせつ罪で問題となる監護者については、児童とのより継続的・包括的な人格的交流が不可避な関係に立つため、そうした関係性を恋愛関係に転化させてはならないという義務を負う。したがって、真摯な恋愛関係が存在することは、本罪を否定する理由とはならないのである。

(2) 監護者が児童に自己以外の第三者と性交等・わいせつな行為をさせた場合

従来、親などの監護者が被監護者たる児童に対して、第三者と性交などをさせる事例は、児童福祉法 34 条 1 項 6 号の児童淫行罪によって処罰されてきたところである⁷⁴⁾。これに対して、新たに監護者性交等・わいせつ罪が規定されたことに伴い、こうした事例についても監護者性交等・わいせつ罪が成立するかが問題となる。

まず、刑法 179 条の文言は、強制性交等・わいせつ罪（刑法 177 条・176 条）と同様に「性交等をした者」「わいせつな行為をした者」となっているため、監護者が性交等・わいせつ行為の直接の相手方とはならなくとも、少なくとも正犯的な関与（間接正犯・共同正犯）をしている場合⁷⁵⁾には、条文上、なお捕捉されるようにも思われる⁷⁶⁾。しかし、このように解する場合には、監護者が第三者に対して自己の子との性交等・わいせつ行為を斡旋し、対価を受け取るといった典型的な周旋事例は共同正犯の類型に該当するため、監護者は自己が直接の性交等・わいせつな行為の相手方とはならなくとも、原則として常に監護者性交等・わいせつ罪として処罰されることになる。このような帰結は、家庭外の第三者による性交等・わいせつな行為を理由として本罪の成立を肯定するものであって、家庭内の性的虐待を強く禁圧しようとして制定された刑法 179 条の立法趣旨と合致するのが問題となる。

まず、監護者という立場が被害児童の意思自由又は性的自由（性的自己決定）

74) 東京高判昭和 28・7・6 高裁判事判特 39 号 3 頁、福岡家小倉支判昭和 35・3・18 家月 12 巻 7 号 147 頁（但し、被告人は被害児童の父親ではなく、性交の相手方たる第三者である）など参照。また、児童買春・児童ポルノ禁止法の制定・施行後は、併せて児童買春周旋罪（同法 5 条）の成立も問題となる（神戸地判平成 26・7・30 公刊物未登載 LEX/DB：25504574）。

75) 強制性交等・わいせつ罪につき、橋爪・前掲注 3）6 頁参照。

76) 松田＝今井・前掲注 3）250 頁。

を典型的に害することを理由とする見解（上述の第1のアプローチ）からは、被害者の性的自己決定を保護する強制性交等・わいせつ罪（刑法177・176条）において、行為者が直接の性交等・わいせつ行為の相手方とならなくとも、正犯的に関与すればなお可罰的であることと同様の理解に至ることになる。すなわち、監護者であることによって典型的に被害児童の性的自己決定が歪められている、または逆らえない状況が作り出されているのであって、監護者によって被害児童が性的事象に巻き込まれた以上、性交等・わいせつ行為の相手方が監護者自身であろうが第三者であろうが、被害児童の性的自己決定という観点からは差異がない。したがって、前述のような典型的な周旋事例についても、共同正犯として構成できる限り、監護者には監護者性交等・わいせつ罪が成立し、かつ、性交等・わいせつ行為の相手方たる第三者についても刑法65条1項により、同罪の共同正犯が成立することになる⁷⁷⁾。

これに対して、児童の性的発達・健全育成を保護する責任に重点を置く本稿の立場（上述の第2のアプローチ）による場合には、なお慎重な検討が必要となる。児童の性的な健全育成を保護する児童福祉法における児童淫行罪に関しては、監護者が被害児童に売春を行わせた事例において、「その監護者として当然に心身ともに未成熟なかかる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」ことを強調して同罪の成立を認めた裁判例⁷⁸⁾があり、監護者性交等・わいせつ罪においても同様に解する立場も十分に考えられる。このような立場からは、第1のアプローチと同様の帰結に至ることになる。

これに対して、児童淫行罪とは異なり、監護者性交等・わいせつ罪においては、児童との関係を性的関係に転化させてはならない責任、すなわち、児童が監護者自身を性的行為の相手方に選択しないように保護する責任が監護者には課せられており、かかる責任に反して監護者が当該児童に性交等・わいせつな行為をしたからこそ、監護者性交等・わいせつ罪という重い犯罪が成立するのだと考えることもまた、十分に可能であろう。すなわち、児童淫行罪に比して、監護者性交等・わいせつ罪における保護責任は加重されたものと解するべきであるが、それは親などの立場にあるという点で主体が限定されているのみならず、保護責任の内容もまた限定されているとする立場である。親子関係や

77) 松田=今井・前掲注3) 250頁参照。

78) 前掲注74)・東京高判昭和28・7・6。

それに準じる関係が性的な関係に転化することこそが、子の性的な発達・健全育成に対して最も重大な影響を与えるものとして重罰化の対象とするに値することに鑑みれば、こうした解釈にも十分に理由があると思われる。このような解釈を採る場合には、監護者が自ら児童と性交等・わいせつな行為をしない場合には、監護者性交等・わいせつ罪ではなく児童淫行罪が成立するに留まり、性交等・わいせつな行為の相手方たる第三者にも児童淫行罪が成立することになる。

(3) 「現に監護する者」の範囲

本稿のように、監護者性交等・わいせつ罪と児童淫行罪とを連続的なものと捉える見解から特に重要となるのが、「現に監護する者」の範囲である。この点を検討するに当たって示唆的であるのが、前述した名古屋高判平成 29・8・9 である⁷⁹⁾。本件では、三重にある実家から家出をした被害児童 A（14 歳）を平成 27 年 11 月 18 日に自動車連れ去った被告人 X が、高知にある自宅に A を 1 か月に涉って住ませたが、少なくとも 10 回に渉る性交のうち、12 月 22 日に行った最後の性交についてのみ、児童淫行罪の成立が肯定された。ここで問題となるのは、本件のように、X と A との 1 か月に渉る同居により、A は専ら X に依存して生活するようになった場合に、X が監護者性交等罪における「現に監護する者」に当たると言えないのか、という点である。少なくとも、児童淫行罪の成立が肯定される程度の依存関係が存在する本件において、X は監護者とはならないのであろうか。

本件では、A は既に 1 か月に渉って X 方で生活しているのみならず、将来的にも X 方で生活の継続を望んでおり、X 方を出たり、自宅に戻ったりすることは考えておらず、かつ、独力でそのようなことをすることも困難であった旨認定されており、A の生活は X に強く依存していたものと言わざるを得ない。したがって、「現に監護する者」に当たるか否かを考慮するための要素⁸⁰⁾のうち、①の同居の有無、②の身の回りの世話などの生活状況、③の生活費の支出等の経済的状況は、いずれも継続的に充足すると判断される可能性が高い。本件の名古屋高判が、被害児童は「被告人の要求を断りにくく、その要求に応じて性交せざるを得ない状況にあったといえる」と論じていることからしても、

79) 事案については、津地判平成 29・3・22（前掲注 39）を参照。

80) V 2 (1) 参照。

被害児童の性的自己決定の類型的な危険性を判断基準とする限り（上述の第1のアプローチ）、「嫌でも逃げるができない」状況であったと言えるし⁸¹⁾、また、生活基盤の提供に基づく、性交に応じない場合の不利益という類型的危険も存在すると言える⁸²⁾。こうした理解からは、本件が平成29年改正後に生じた事件であったとすれば、むしろ監護者性交等罪が成立すると判断されることになる。

しかし、果たして本件で、Xが監護者であるとするのが本当に本罪の趣旨に合致するのであろうか。むしろ本件は、典型的な家出児童の事案であって、監護者性交等罪の成立が否定されるべき事案であるように思われる。本稿の立場からすると、本件でXが監護者ではないとされる上で最も重要な点は、XがAの両親などからその保護を委ねられておらず、監護者か否かを考慮するための要素のうち、④の未成年者に対する諸手続きなどを行う状況にはなかった点にある。すなわち、単に一定の生活基盤を提供するだけでは足りず、Aの将来に渉る人格的発達を支えるに当たって必要な諸手続き、例えば学校に行かせるために必要な手続きを行う立場にない場合⁸³⁾には、XがAの人格的発達に対して最終的に責任を負うような立場にあるとまでは言えないために、Xはなお監護者ではないと考えるべきである⁸⁴⁾。

以上のように、「現に監護する者」の成立範囲を考察するに当たっては、経済的依存・精神的依存といった単なる依存関係をを超えて、児童に対する包括的・継続的な人格的発達に対する責任といった観点が不可避である。

2 罪数及び量刑について

(1) 監護者性交等・わいせつ罪と他罪との関係

監護者性交等・わいせつ罪と児童福祉法上の児童淫行罪との罪数関係はどのように解するべきであろうか。強制性交等・わいせつ罪と児童淫行罪について

81) 橋爪・前掲注3) 8頁参照。

82) 樋口・前掲注3) 116頁参照。

83) いわば、XはAに雨宿りのための「軒下」を提供したに過ぎず、Aの人格的発達に関する情緒的な交流は存在しなかったと理解すべきであろう。

84) これに対して、児童養護施設の職員と児童との関係においては、④の要素についても肯定される可能性はあり、したがって、当該職員には、単なる依存関係を越えた、児童に対する包括的・継続的な人格的発達に対する責任を肯定することが可能である。

は、前者の保護法益は児童の性的自己決定であるが、後者の保護法益は児童の健全育成であり、両者の保護法益が異なることを前提に観念的競合（刑法54条1項前段）となるとする見解が有力であり⁸⁵⁾、かつ、そのような判断を示す裁判例も散見される⁸⁶⁾。このような見解からは、監護者性交等・わいせつ罪の保護法益も専ら児童の性的自己決定であるとする限り、同様に観念的競合と解されることになる。

これに対して、本稿の立場からは、少なくとも、13歳未満の児童に口淫をさせた被告人につき、強制わいせつ罪と児童淫行罪の観念的競合を認めた前出・水戸地判平成29・8・21には賛同しがたい。既に論じたように、13歳未満の児童に対する強制性交等・わいせつ罪においては、児童の性的自己決定のみならず、児童の性的な発達・健全育成についても併せて保護されているとの理解からすれば、本件では端的に強制わいせつ罪のみ⁸⁷⁾が成立すると解するべきだからである。これと同様に、監護者性交等・わいせつ罪についても、同時に児童淫行罪に当たる行為がなされた場合には、前者の罪のみが成立すると解するべきである⁸⁸⁾。

(2) 量刑について

13歳未満の児童に対する性犯罪を巡っては、従来、被害児童の将来の健全な成長に対する悪影響についても、被告人に不利な情状として考慮されることが肯定されてきた⁸⁹⁾。こうした理解は、児童に対する性犯罪の保護法益とどのような関係を有するのであろうか。

13歳未満の児童に対する性犯罪につき、児童の性的自己決定と並んで児童の性的発達・健全育成を保護するものと解する本稿の立場からは、こうした情状については、正に保護法益に関係するものとして位置づけることが可能であ

85) 加藤・前掲注3) 58頁、松田=今井・前掲注3) 255頁。

86) 13歳未満の被害児童に口淫させるなどした被告人につき、強制わいせつ罪（刑法176条後段）及び児童淫行罪の観念的競合を認めた水戸地判平成29・8・21公刊物未登載（LEX/DB：25547040）及び18歳未満の被害児童を脅迫して口淫させた後に姦淫した被告人につき、強姦罪（刑法177条前段）及び児童淫行罪の観念的競合を認めた福岡地久留米支判平成29・1・24公刊物未登載（LEX/DB：25545065）を参照。

87) 平成29年改正後は、かかる行為は口腔性交として強制性交等罪に該当することになる。

88) 樋口・前掲注3) 118頁は吸収関係に立つ旨明示する。

89) 仙台地判平成26・8・15公刊物未登載（LEX/DB：25506190）、那覇地平良支判平成23・3・14公刊物未登載（LEX/DB：25480451）。また、渡辺・前掲注50) 27頁も参照。

る。これと同様に、監護者性交等・わいせつ罪についても、「被害者の健全な成長に多大な影響を及ぼす」という点は、被告人に不利な情状として直截に考慮することが可能である。

これに対して、監護者性交等・わいせつ罪が成立する場合には原則として児童淫行罪も成立し、両者の観念的競合となるとする立法担当者の見解からしても、児童淫行罪の保護法益である児童の健全育成について、量刑において被告人に不利な情状として考慮することは問題なく認められるとも言えよう。

しかし、例えば監護者わいせつ罪が成立する場合に、当該わいせつ行為が性交類似行為とは評価されないために児童淫行罪は成立しないとしても、なお児童の性的発達・健全育成に対する悪影響を量刑上考慮することが妨げられることはないと考えべきであり、本稿の理解は、こうした帰結を直截に導けるものと言える。

Ⅶ 終わりに

本稿は、平成29年改正によって新設された監護者性交等・わいせつ罪を、単に刑法典における新たな性犯罪として位置づけるのではなく、家庭内における児童に対する性犯罪として、従来の様々な児童に対する性犯罪に関する諸規定との関連の中で、その独自の意義について検討したものである。本罪は、従来、家庭内において隠蔽される傾向にあった児童に対する性的虐待につき、監護者による性交等・わいせつ行為を包括に処罰対象とするものであり、刑法典のその他の規定、すなわち13歳未満の特に脆弱な客体を保護する刑法176条後段・177条後段、暴行脅迫要件を規定する刑法176条前段・177条前段及び抗拒不能状態にある特に脆弱な客体を保護する刑法178条に比べてもその保護が拡張されている。

また、児童に対する性犯罪としては、条例の淫行罪や児童福祉法上の児童淫行罪（同法34条1項6号）も重要であるが、監護者性交等・わいせつ罪は、特に児童淫行罪との比較で言えば、その処罰範囲をわいせつ行為一般にまで拡張すると共に、一定の重大な保護責任を有する主体について、法定刑を加重した規定と言える。

監護者性交等・わいせつ罪は、家庭が児童に対する性的虐待の温床となり得ることを正面から認めた上で、監護者という主体に特に重大な保護責任を課し

家庭内における児童に対する性的虐待の刑法的規律（深町晋也）

たものとして、極めて重要な意義を有する規定である。今後、児童に対する虐待それ自体の刑法的規律を考える上でも、本罪に対する正確な理解は欠かせないと思われる。

本稿は、2018年3月に本学を退職される林美月子先生に献呈されるものである。林先生は、長年に渉り本学のために尽力されたことはもちろんであるが、広汎な比較法的視座に基づく分析による重要な研究成果をこれまで幾度となく世に送り出された。こうした林先生のご功績に僅かながらでも本稿が報いるものとなっていれば、望外の喜びである。なお不十分なものであると自覚しつつ、ここで筆を擱くことにする。

【附記】

本稿は、日本学術振興会科学研究費補助金・基盤研究（C）「比較法的分析に基づく日常的迷惑行為の刑事法的規制」（課題番号：16K03375、2016年度～2019年度）による研究成果の一部である。