

性刑法に関する一考察 —改正「要綱（骨子）第三の罪」を中心に—

小西 吉呂*・外間 淳也**

A Study of Sexual Criminal Law on Sex Crimes —Focusing on the Outline No.3 of Criminal Law Reform on Sex Crimes—

YOSHIRO Konishi, JUNYA Hokama

要 旨

本稿は、沖縄県において深刻な状況にある性犯罪について、改正が予定されている性刑法の第三の罪（第179条：監護者による性犯罪）を中心に検討を加えたものである。

要 約

100年以上の長きに渡って存続してきた性刑法の抜本的改正が目の前に近づいている。沖縄県は性暴力被害において悲惨な現状にあり、この刑法改正の行方を注視する必要がある。本稿は、この問題意識に立って、とりわけ目新しい内容を有する新設規定（第179条）について、児童福祉法等の周辺領域や判例等の実務分野に目を配りつつ掘り下げて考察したものである。

キーワード：刑法 刑事政策 性犯罪 監護者

一、はじめに

筆者らは2015年、本誌上で沖縄県における性暴力被害の実情について報告させていただく機会を得た¹。その後の今日に至る1年余りの間にも「米兵準強姦事件」²「米軍属強姦致死事件」³等の重大事件が相次いで発生し、また、犯罪被害の相談件数において性被害の相談件数が最多であるとの報告⁴もなされている。さらに、DVの相談も後を絶たず、沖縄県民が悲惨な性暴力と向き合わざるを得ない状況が続いている。

* 沖縄大学法経学部教授

** 沖縄大学地域研究所研究員



沖縄タイムス2016年3月15日 1面



琉球新報2016年5月22日 1面

こうした中で、2017（平成29）年3月7日、国会に提出された性刑法の改正が現実的問題となりつつある。

1907（明治40）年に成立したわが国の刑法典はこれまでも改正は幾度となく繰り返されてきたが、条文を現代用語化した1995（平成7）年の改正はやや例外に属するものの、そのいづれもが若干の規定の実質的な改正という部分的なものにとどまっており、諸外国に見られるような刑法の大幅な改正にまでは至ってこなかった。とはいえ、その時代の要請に即した刑法の在り方を常に追求してきたことは否定できない。とりわけ、危険運転致死傷罪に関する規定（2001年）や消極的属人主義の規定（2003年）の新設、逮捕監禁罪等の法定刑の引上げ（2005年）、「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律」の公布（2011年）等、2000年以降の刑事法改正と新立法の活発な動きには、注目すべきものが多い⁵。その中でも2013年に成立し翌年施行された「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」（自動車運転死傷行為処罰法）は、従来刑法典に規定されていた罪が削除され特別法として結実した点は、この種の犯罪に対する国民の激しい処罰を象徴しているという意味においても注目に値する。その近年の刑事立法における急激な変化を引き継ぎ、また象徴するものとして、性犯罪規定（176～181条）の改正を挙げることができる。

本稿は、現在改正の手續きが着々と進められつつあるこの性犯罪規定の改正について、これまでの議論を整理することを目的とするものである。

二、改正の概要

性犯罪規定に関して言及しようとするれば、「2004年の刑法等の一部を改正する法律」によ

る法定刑の引上げや集団強姦罪の新設等を看過してはならないが、ここ数年に限定してその動向を顧みれば、今回の性犯罪規定改正に関する直接的な着手は、2014（平成26）年10月31日に松島みどり法務大臣（当時）の指示を受け開かれた「性犯罪の罰則に関する検討会」がその端緒と捉えることが可能であろう。以降、同検討会は2015（平成27）年8月6日までに全12回の議論を重ね、『性犯罪の罰則に関する検討会』取りまとめ報告書⁶として公表されている。上記検討会の論点は、以下の通りである（※報告書より抜粋）。

- 性犯罪を非親告罪とすることについて
- 性犯罪に関する公訴時効の撤廃又は停止について
- 配偶者間における強姦罪の成立について
- 強姦罪の主体等の拡大
- 性交類似行為に関する構成要件の創設
- 強姦罪等における暴行・脅迫要件の緩和
- 地位・関係性を利用した性的行為に関する規定の創設
- いわゆる性交同意年齢の引上げ
- 性犯罪の法定刑の見直し
- 刑法における性犯罪に関する条文の位置について

上記検討会での意見を踏まえつつ、法務省内で規定のさらなる検討が行われた結果、2015（平成27）年10月9日には岩城光英法務大臣（当時）が改正要綱（骨子）を法制審議会（刑事法部会）に対して諮問（諮問第101号）され、議論の末、内容にはいくつかの修正を加えつつ、総会において取りまとめられた後、金田勝利法務大臣（現職）へ答申されたのであった⁷。なお、法務省作成の要綱（骨子）に関する議論は、法制審議会刑事法部会において計7回行われ、2016（平成28）年6月16日には、委員15人中14人の賛成多数をもって採決されており、2017（平成29）年3月7日、通常国会に刑法改正案が提出された⁸。

○第一強姦の罪（刑法第百七十七条）の改正

十三歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いて性交、肛門性交又は口腔性交（以下「性交等」という。）をした者は、五年以上の有期懲役に処するものとする。十三歳未満の者に対し、性交等をした者も、同様とすること。

○第二準強姦の罪（刑法第百七十八条第二項）の改正

人の心神喪失若しくは抗拒不能に乘じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、性交等をした者は、第一の例によるものとする。

○第三監護者であることによる影響力があることに乗じたわいせつな行為又は性交等に係る罪の新設

- 一 十八歳未満の者に対し、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、刑法第百七十六条の例によるものとする。
- 二 十八歳未満の者に対し、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、第一の例によるものとする。

三 一及び二の未遂は、罰するものとする。

○第四強姦の罪等の非親告罪化

一 刑法第八十条を削除するものとする。

二 刑法第二百二十九条を次のように改めるものとする。

第二百二十四条の罪及びこの罪を幫助する目的で犯した第二百二十七条第一項の罪並びにこれらの罪の未遂罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

三 一及び二の適用範囲

一及び二に係る規定（以下「改正規定」という。）により非親告罪化がされる罪であつて、改正規定の施行前に犯したものについては、改正規定の施行の際既に法律上告訴がされることがなくなっているものを除き、改正規定の施行後は、告訴がなくても公訴を提起することができるものとする。

○第五集団強姦等の罪及び同罪に係る強姦等致死傷の罪（刑法第七十八条の二及び第八十一条第三項）の廃止。刑法第七十八の二及び第八十一条第三項を削るものとする。

○第六強制わいせつ等致死傷及び強姦等致死傷の各罪（刑法第八十一条第一項及び第二項）の改正

一 刑法第七十六条若しくは第七十八条第一項若しくは第三の一の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯し、よつて人を死傷させた者は、無期又は三年以上の懲役に処するものとする。

二 第一、第二若しくは第三の二の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯し、よつて人を死傷させた者は、無期又は六年以上の懲役に処するものとする。

○第七強盗強姦及び同致死の罪（刑法第二百四十一条）並びに強盗強姦未遂罪（刑法第二百四十三条）の改正

一 次の1に掲げる罪又は次の2に掲げる罪の一方を犯した際に他の一方をも犯した者は、無期又は七年以上の懲役に処するものとする。ただし、いずれの罪も未遂罪であるときは、その刑を減輕することができるものとする。

1 第一若しくは第二の罪若しくはこれらの罪の未遂罪又は第六の二の罪（第三の二の罪に係るものを除き、人を負傷させた場合に限る。）。

2 刑法第二百三十六條、第二百三十八條若しくは第二百三十九條の罪若しくはこれらの罪の未遂罪又は同法第二百四十條の罪（人を負傷させた場合に限る。）。

二 一ただし書の場合において、自己の意思によりいずれかの犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除するものとする。

三 一の1に掲げる罪又は一の2に掲げる罪の一方を犯した際に他の一方をも犯し、いずれかの罪に当たる行為により人を死亡させた者は、死刑又は無期懲役に処するものとする。

さて、このように「現在進行形」にある性犯罪既定の抜本的な改正作業であるが、本稿では、実現すれば新設となる要綱（骨子）第三の規定に関する議論を整理することを目的としている。その理由は、強姦罪及び準強姦罪等における主体及び客体の性差解消や法定刑の引上げ、強姦罪等の非親告罪化、強制わいせつ等致死傷罪の法定刑の引上げ、強盗強姦及び同致死傷並びにその未遂罪との法定刑の統一といった改正は、検討会での議論、あるいはそれ以前の時期から想定されていたものであるのに対して、この新たな規定の意義に関しては、やや唐突であるとの印象を拭うことができず、その意味において詳細な検討に値すると考えるからである。

とはいえ、これまでこの種の改正が主張されてこなかったわけではない。国連の各種委員会からは、次のような勧告がわが国においてはたびたびなされている。まず、女子差別撤廃委員会からは、わが国の刑法に近親姦を個別に処罰する規定がないことに懸念を示し、「刑法の改正に当たっては、配偶者等からの暴力や個別の犯罪としての近親姦を含む女性に対する暴力に包括的に対処することを確保する」⁹ことが求められている。また、児童の権利委員会からは、「低い性交同意最低年齢、それが『援助交際』の実践に寄与し、児童の性的虐待の訴追を妨げうる」¹⁰ことに対する懸念が示されている。このように、わが国の性犯罪規定が諸外国と比較した際に「時代遅れ」と揶揄されることにも理由があるのであった。

また、筆者らが在住する沖縄県においては「はじめに」でも触れたように、DVが大きな問題として横たわっており、このDVの中に性暴力（近親姦等を含む）が多数潜在しているのは周知の事実と見做さなければならない。従って、沖縄県における性犯罪の現状を鑑みれば、この第三の罪を巡る議論は無視することのできない重要な規定であると強調できるものである。「はじめに」でも触れたように、筆者らは、前述の「性犯罪の罰則に関する検討会」を素材に沖縄県における性暴力の現状に関する論考を発表した¹¹。その論考の中で、在沖米軍人及び軍属の性犯罪が折に触れてクローズアップされているが、県内では家庭内暴力（DV）の発生件数が全国平均を上回り、家庭内の性暴力に関しても看過できない現状があることを指摘している。加害者と被害者とが互いに密接な関係性を構築しているような場合、被害者から捜査機関まで通報するまでに至らないことがこの種の犯罪の特徴であり、家庭内ではとりわけこの特徴が甚だしいため、この第三の規定の意義は検討に値すると思われる。さらには、性犯罪規定の核心であるところの「暴行脅迫」がその関係性ゆえに必ずしも手段として取られていないこともこの第三の罪の意義を考える上で重要であろう¹²。

従って、この新たな規定に対しては、まず、法制審議会における議論を概観し、同規定の成立が主張されるに至る背景や期待される効果を明らかにする必要があると考える。次に、同じ趣旨から、この規定が成立した場合にその適用が検討され得る具体例を概観し、可能な限り様々な観点から規定の意義を検証する必要があると考えるのである。

しかし、実際に運用されるまでは同規定の意義に不透明な部分が多いことや改正が実現しない可能性等を考慮して、価値判断をなるべく避けつつ、本稿ではこれまでの議論の整理を

中心に論述をすすめることを予めお断りしておきたい。

三、性犯罪の罰則に関する検討会及び法制審議会における議論

上述の通り、性犯罪規定改正の要綱（骨子）は、法制審議会において計7回の議論を重ねた後、法務大臣に答申されている。この法制審議会に先立って開催された「性犯罪の罰則に関する検討会」における議論を踏襲しつつ、法制審議会では被害の実態に即した性犯罪規定の在り方を巡り、激しい議論が交わされたのであった。

今回の性犯罪規定の改正については、法定刑の引上げや強姦罪における主体客体の固定化を避けるための文言の変更、それに伴う他の規定の文言の変更あるいは規定の削除といったように、現行の規定の延長線上での改正が中心であると言えるが、その中で、要綱（骨子）第三の罪である「監護者であることによる影響力を利用したわいせつな行為又は性交等に係る罪」（以下、単に「第三の罪」とする）に関しては、少々「毛色」が異なっていると思われることから、この第三の罪が主に扱われた審議会（第3・5・7回）の議事録における各委員の発言から、(1)行為の主体、(2)行為の客体、(3)行為態様に関して議論を整理し、この規定の意義を抽出することが先決であると考えている。なお、この第三の罪の法定刑は、強制わいせつ罪及び強姦罪と同等である。

(1) 主体について

第三の罪を改めて確認すると、次の点をこの規定の特徴として指摘することができる。まず、第三の罪の主体、すなわち行為者が「監護者」であり、客体は18歳未満の未成年者であることが重要である。また、規定の構成上、監護者たる主体と18歳未満の未成年者である客体の関係が認められれば、強制わいせつ罪あるいは強姦罪が成立する。

それでは、「監護者」とはいかなる身分であり、18歳未満の未成年者とどのような関係にある者を指すのであろうか。法制審議会刑事法部会において、法務省はこの点を「民法に親権の効力として定められているところと同様に、『監督し保護すること』を意味しますが、法律上の監護権に基づくものでなくても、事実上、現に18歳未満の者を監督し保護する関係」¹³にあれば、「現に監護する者」であると説明している。この説明から、筆者らは「監護者」に該当する者として、18歳未満の未成年者の「親権者」をすぐさま連想することであろう。そもそも、この規定の新設が主張された背景には、「被害者の意思に反して行われる親子間の性交が、強姦罪ではなく、より軽い児童福祉法違反等で処分されている現状等」¹⁴が指摘されている。

たとえ親子間の性交であったとしても、通り魔的な者の性犯罪行為に比してその当罰性が低いとは言えず、見方によってはより峻厳な非難が向けられることは想像に難くない。それにもかかわらず親子間というある種閉鎖的とも言える関係性が外部の目を遮断し、また典型的に暴行脅迫を伴わない事案が多く見られること等の要因から立証に困難を伴い、現行刑法の規定では対応が困難であるという指摘が、第三の罪の新設を主張する論者における核心を成していると思われる¹⁵。

ただし、本罪が成立するためには、「現に18歳未満の者を監督し保護する関係」という文言からも分かるように、必ずしも親子関係に限定されるものではないことに留意が必要である。このことは、「民法上の『監護』が、そもそも親子関係を基本とする概念でありますことから…親子関係と同視し得る程度に、居住場所、生活費用、人格形成などの生活全般にわたって、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」¹⁶という説明が審議会においてなされていることから分かるように、より具体的には「同居の有無、居住場所の関係、未成年者に対する指導状況、身の回りの世話等の生活状況、生活費の支出などの経済的状況、未成年者に関する諸手続等を行う状況など」¹⁷を考慮して判断されることになるという説明がなされている。

第三の罪の主体を構成する要素の重要性もさることながら、法制審議会においては、監護者の範囲について次の重要な問題が提起されている。というのは、「同居の有無や居住場所に関する指定などの状況、指導状況、身の回りの世話などの生活状況、生活費の支出などの経済的な状況、未成年者に関する諸手続などを行う状況などの要素を考慮して、個別に判断されるもの」¹⁸であることから、例えば養護施設の職員のように通常我々が親権者として想定していないような立場の人物が本罪の対象となり得るか否か、また、未成年者の親権を争っているような場合の本罪適用の有無が議論の中心となっている。この疑問に対して法務省が用意していた回答は、上記の判断要素を総合的に検討した上で、『『現に監護する者』に該当することはあり得る』¹⁹というものであった。

しかし、主軸となるのは親子関係やその周辺に位置するような関係（養父母や父母の愛人等との関係）であることに疑いはなく、従ってそこから処罰の対象となる関係性の外延を個別具体的に判断することになる。そのため、この点に関しては、判例の蓄積を待つほかはないと思われる。

第三の罪の対象を上記のように「監護者」と定めることに関しては、次のような意見が見られた。すなわち、「実際の被害に着目すると、もう少し教育関係等に広げるべきではないか」²⁰といったものや「特に教師とかスポーツ指導者、それをなぜ外してしまっているのかという議論が必要」²¹といったものである。このような主体の拡大を求める主張に対しては、次のような慎重論が主張されている。すなわち、性交に関する客体の同意を問題とせずに処罰するという規定の構造上、その対象となる関係性については限定的でなければならず、かつその方が被害者保護の目的に資するという立場から、「監護者以外にも適用範囲を広げていくとなると、また具体的な事情を考慮しなければならないという話になってきますので、規定が曖昧化し、また、それによっていわば『抜け道』ができてしまうということにもなりかねない」²²といったものや「義務教育というのは、確かにある意味支配関係が強いという点で、監護関係がある場合と、それから、普通の教師の場合、あるいはスポーツのコーチ等の場合との中間にある…やはり生活の基盤が全面的に依存している監護関係にある者と比べれば、依存関係が弱いということで、監護関係がある場合に限って今回立法することは適当ではな

いか」²³というものである。

この規定の主体の範囲を巡る主張の対立は、刑法の保護法益である性的自由の保護に可能な限り忠実であろうとする立場と実際の観点から未成年者の保護を優先しようとする立場との衝突ではないかと見ることができよう。無論、両者はまったく独立して成り立つものではなく、あくまでどちらに比重を置くのかといった段階的なものであると筆者らは推察する。とはいえ、性的自由を性犯罪規定の保護法益とする枠組みにおいては、監護者と見なされる者の中に教師やスポーツの指導者等を含めるには少々無理があるのではないかというのが筆者らの率直な印象である。そのため、主体を監護者という未成年者にあらゆる角度から多大な影響を行使しうる主体や未成年者が容易には抜け出すことができないような関係性に限定することが無難であろうが、教育における教育者と被教育者、スポーツにおける指導者と被指導者、職場における雇用者と被雇用者等といった様々な場面での関係性における性的暴力が考えられ、現実にはそれらは行われている。その意味では、この規定の射程範囲が狭いのではないかという疑問がないわけではない。

いずれにせよ、第三の罪の新設が実現し、実際の裁判でその適用が争点となった場合、裁判官が示す判断に関しては、上記の点に着目した分析を行う必要が生じてくるであろう。

(2) 客体について

この第三の罪における主体については、法制審議会の議論からその輪郭をある程度明らかにすることができたのではないだろうか。ここからは、本規定が処罰する行為の客体に関する審議会の議論を概観する。最初に疑問点を挙げるとすれば、やはり何故客体を18歳未満に限定したのであるかということである。

この点に関する法務省の説明は、次の通り18歳未満の未成年者の意思決定能力の本来の瑕疵である。すなわち、「18歳未満の者が精神的に未熟である上、生活全般にわたって自己を監督し保護している監護者に精神的にも経済的にも依存している関係にあることから、監護者がそのような関係性を利用して18歳未満の者と性交等を行った場合には、類型的に18歳未満の者の自由な意思決定に基づくものとはいえない」²⁴といったものである。

顧みれば、法制審議会に先立つ「性犯罪の罰則に関する検討会」においても「いわゆる性交同意年齢の引上げ」に関する議論が行われている。結局、性交同意年齢の引上げは見送られることとなったものの、「性交同意年齢の引上げにより処罰する必要があるとされている事例は、有効な同意がない事例であると考えられ、地位又は関係性の利用などの新しい類型を設けることで対処すべきではないか」²⁵とする指摘が見られる。そこで、「地位・関係性を利用した性的行為に関する規定の創設」に関する検討会における議論を概観すると、「加害者が親などの近親者であって被害者を扶養しているという関係のほか、教師と生徒の関係や雇用関係、障害者施設の職員と入所者、医師と患者、スポーツのコーチや協会役員等と選手といった関係が考えられる」²⁶と指摘されている。今回の第三の罪の新設に関しては、性交同意年齢の引上と地位関係性を利用した性的行為に関する規定の創設に関する議論を部分的

に採用し、両者を混合した罪であると見る事が可能であろう。

しかし、この説明に対しては、「子供の健全な育成のために良くない行為ということで、児童福祉の視点から処罰をするということに何の問題があるのか」という根本的な疑問があり、なおかつ、児童福祉の視点で、特に親族に関して加重するという類型を置くのではなぜいけないのか²⁷といった疑問が提起されている。周知のとおり、児童福祉法第34条第1項第6号は、「児童を淫行させる行為」を禁止し、その60条では「第34条第1項第6号の規定に違反した者は、10年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」と規定されている。

「児童を淫行させる行為」の解釈に関する判例の立場は²⁸、「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」や「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「淫行」であり、また、これを「させる行為」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」すべきとするものである。

このような判例の立場からもわかるように、監護者の規定が想定している行為は、児童福祉法でも対応可能なものもある。従って、何故新たな類型を刑法に設ける必要があるのかに関する説明がなくてはならない。

これに対しては、第三の罪が「18歳未満の被害者が瑕疵ある意思によって性交に応じざるを得なくなる、という点において、將に性犯罪としての被害の実質」²⁹があり、児童福祉法で対応することは不適切である旨の説明がなされ、これに賛同する意見が多数を占めた。すなわち、18歳未満の者の意思決定能力の未熟につけ込んだ悪質な性犯罪をより重い刑罰で処するためという理解が賛同者の概ね共通するところであった。

従って、18歳未満の者が監護者と合意の上で性行為に及んだ場合を想定することに意味はないと理解を押し進めていくことも可能である。また、一概に18歳未満の未成年者の意思決定能力を否定しているというのではなく、監護者という被害者にとって強力な影響力を行使し得る主体に限定して、その意思決定能力の瑕疵を擬制しているのである。さらに、監護者が主体である以上、被害者を18歳未満であると認識していなかったという錯誤も通常考えられないと思われるため、この第三の罪は、いわば13歳未満の強制わいせつ罪や強姦罪等を補完する規定であり、さらには児童福祉法第34条第1項第6号を実質的に強化する規定であると解することも可能である。この点については、やはり法務省側からもその旨の説明がなされているのであった³⁰。

ただし、刑罰という行為に対する効果の点では共通していたとしても、性犯罪既定の保護法益はあくまで性的自由であり、児童福祉法及び青少年健全育成条例とは目的において異なる。要するに、18歳未満の未成年者に保護対象を限定した第三の罪は、性的自由の保護を目

的としているにもかかわらず、そこには児童福祉的な価値を保護しようとする意思を窺うことができ、従来の「性的自由」に関する理解の範疇からは説明が難しいという印象を抱かざるをえないのである。そこで筆者らは、改めて性犯罪既定の保護法益論を見直す時期に直面しつつあるのではないかと考えるに至っており、やはり今後の動向から目を離すことはできないであろう。

(3) 行為態様について

第三の罪における主体及び客体がある程度明らかとなったところで、次は、本罪が処罰するわいせつあるいは性交の態様について見ていく。この点に関して、要綱(骨子)においては、「当該十八歳未満の者を現に監護する者であることによる影響力を利用した」わいせつあるいは性交と示されている。すなわち、ここからは「影響力を利用した」という構成要件の解釈が問題とされなければならない。

この点に関する法務省の説明は、「必ずしも積極的・明示的な作為であることを要するものではなく、黙示や挙動による利用ということもあり得るもの」³¹とされており、ここから、通常監護被監護の関係肯定することができれば、「影響力を利用した」と判断されるものと言えるようである。当然、この説明に関する監護者の影響力が否定され得るケースとはどのようなものなのかといった疑問が提起されているが³²、これに対しては、「監護者であるということを相手に認識させなかった場合などが考えられる」³³といった答弁がなされている。

以上の議論から、監護者の被監護者に対する影響力が「継続的」なものであり、例外的にこれが遮断される場合に限り、構成要件該当性が阻却されると解することができる。この点は、これまで同種の事案を処理してきた準強制わいせつ罪や強姦罪とは一線を画するものと考えられる。現行法が原則として一個の行為に着目して「心神喪失」や「抗拒不能」であったか否かを判断していたことを想起すれば、その違いは瞭然であろう。

しかし、構成要件該当性が無条件に認められるということではない。本罪が故意犯である以上、故意における認識内容や錯誤の点が問題視されなければならない³⁴。これに関しては、「故意があると言えるためには行為者におきましてその18歳未満の者に対する監護者の影響力が一般的に存在することを基礎付ける事実の認識、また、その影響力が遮断されていない状況で性交等を行った事実の認識というところが必要である」³⁵とされ、通常なかなか起こり得ないこととはいえ、この認識の欠如や錯誤があった場合には故意が阻却される。

しかしながら、前述した通り、監護者に該当するか否かについては複数の要素を事案に応じて個別具体的にかつ複合的に判断する必要があること等から、故意が成立するか否かについても判断が複雑になることは避けられないのではないかと懸念が生じる。

ちなみに、この「影響力を利用して」という文言に対しては、あたかも行為者の積極的な意思が求められているように読み取ることができるという理由から、「影響力に乗じて」が適切ではないかとの指摘がなされた。これに関しては、「要綱(骨子)第三の罪というのは監護権の影響力がある状況下でなされた18歳未満の者の意思決定は、外見上、自由なものの

ように見えても自由な意思決定ということとはできないと法的に判断するということだろうと理解しております。そうすると、先ほど来、御意見がありましたように、影響力を利用したという文言はちょっと強すぎる³⁷といった文言の変更に肯定的な主張も見られた。その結果、監護者処罰規定については、最終的に、次の通りに修正が加えられたのである³⁸。

一 十八歳未満の者に対し、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、刑法第七十六条の例によるものとする。

二 十八歳未満の者に対し、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、第一の例によるものとする。

文言の修正が行われたものの、基本的には監護者であると判断されれば18歳未満の者に対する影響力を行使することが可能であると判断されるため、ことさらに「乗じて」の解釈が問題になることはないと思われる。問題は、例外的に監護者の影響力が遮断される場合とはどのような場合なのかということであろうが、紙幅の関係から、本稿でこれを論じることは差し控えておく。しかし、ひとつ付言するとすれば、現行の強制わいせつ及び強姦罪が依然として暴行脅迫要件を存続させ、判例・学説においても一定の理解を得ている以上、この第三の罪における「影響力に乗じて」の解釈は、暴行脅迫要件のそれにある程度拘束されることであろうということである。筆者らは、「監護者」による18歳未満の者との性交が杓子定規的に不同意であると判断されることの危険性の有無に関して、常に注意していなければならないと思われる。18歳未満であることが必然的に意思能力の瑕疵に結びつくという論理が、児童の主体性を顧慮しないものとなるのかどうかという点に留意する必要はあろう。

四、判例

ここまでは、第三の罪に関する法制審議会の議論を概観してきた。ここからは、この第三の罪が新設された場合にその適用が検討されるであろう判例を確認しておきたい。この際、筆者らが意図しているのは、法制審議会においてもっとも対立が激しく、疑問点も多く見られた「監護者」の外延をいかに判断するのか、という問題点をより明確に抽出することである。すなわち、法制審議会で述べられた「同居の有無、居住場所の関係、未成年者に対する指導状況、身の回りの世話等の生活状況、生活費の支出などの経済的状況、未成年者に関する諸手続等を行う状況など」³⁹とされる監護者であるか否かの判断要素を基礎に、第三の罪がいかなる事案に対応することできるのかを確認するのである。

(1) 東京家庭裁判所判決平成10年4月21日児童福祉法違反被告事件（有罪：上訴等不明）⁴⁰

事案の概略は、以下の通りである。

被告人は、同棲するA子の愛人として養女B子（被害者）の勉強をみたり戯たりして同児

童を養育してきたものであり、かねて同児童に対して性的欲望を抱き、同児童が18歳に満たないものであることを知りながら、性交を迫って拒否されるなどしていたところ、平成9年1月16日ころ、風邪ぎみでパジャマ姿で横臥していたB子の布団にもぐり込み、同児童の身体に触るなどしていたが、同児童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同児童が「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、同児童に自己との性交に応じることを承諾させ、よって、同児童をして養母の同棲中の愛人である被告人を相手に性交させ、もって、児童に淫行をさせた。

これに対し家庭裁判所は、「被告人はアルバイトでの収入、両親からの仕送りなどの中からA子に毎月支払っており、これが家計の支えになっていたこと、炊事、洗濯、買物等の家事をしたりB子の勉強を見たり、またB子の実質上の義父として、様々な影響力もっていたことは明らかであるところ、本件では、被告人は、B子に被告人との性交を容易ならしめこれを保進助長するべく、B子が1回被告人との性交に応じれば被告人は家を出て行くなどと偽りの約束を与えるようなこともしているのであって、被告人がB子に事実上の影響力を及ぼして被告人を相手に性交させたことが明らかである」と判示し、懲役1年を言い渡している。

さて、本判例の被告人が要綱(骨子)第三の罪における「監護者」に該当するか否かについて、「同居の有無、居住場所の関係、未成年者に対する指導状況、身の回りの世話等の生活状況、生活費の支出などの経済的状況、未成年者に関する諸手続等を行う状況など」の要素を具備していたのかを具体的に検討する。

まず、被害者であるB子とその養母A子は、複雑な家庭環境から、B子を一時期A子の両親宅に預けて生活していたことが認められるが、B子が高校1年生の頃になるとA子及び被告人の同居するアパートで共に生活を送っていたことから、同居していたことに疑問を挟む余地はない。また、居住場所についても被告人とB子はアパートの同室内で共に生活していたことも認められている。

次に、被告人はB子に対して、「B子の勉強をみてやったり、B子に躑をしたり、A子に対し暴力を振るったりして、養母の愛人として、またB子の実質上の義父として、様々な影響力をB子に対してもっていたことは、明らかである」ことが認められている。そのため、本事案においては、未成年者に対する指導状況や身の回りの世話等の生活状況に関しても、被告人が被害者に対して強い影響力を有していたことが推察できる。

加えて、被害者は、自身が被告人を拒絶した場合に養母であるA子が被告人から暴力を受けること等を危惧し、家出を断念していることも指摘されている。

以上の事実から、本事案における被告人と被害者の関係は、被告人が被害者に対して強制的わいせつ罪等の成立に求められる程度の暴行・脅迫を用いてはいないこと、また、一個の行為として本件を見た場合には必ずしも被害者の不同意が認定できないこと等の事情がこの種

の犯罪に類型的に認められるものであり、第三の罪の新設を検討する上で特筆すべき点であると思われる。また、被告人が養母の愛人関係というやや特殊な事情を帯びたものではあったが、家庭裁判所が認定した事実から、被告人が第三の罪でいうところの「監護者」に該当することに関してほとんど異論は出ないものと思われ、まさに第三の罪の新設が主張される典型的な事案であると指摘することができる。

もっとも、被告人の弁護人からは、「被告人がB子を一人の女性として愛するようになり、B子が高校3年生になるころには、養母のA子から結婚について承諾を得てB子と真剣に交際を始め、仙台の両親にも紹介して性交を行ったもの」であって、淫行をさせたものではないという主張がなされている。たしかに、被告人と被害者B子は、もとは赤の他人であることから、被告人に被害者に対する好意が芽生えることも完全には否定しがたい。しかし、問題は、被害者にとって被告人がどのような存在であり、またどのような影響力を持ちそれを行っていたのかが重要なのである。家庭裁判所が「証拠上B子が被告人との性交を嫌っていたものであること、それ故、被告人がその事実上の影響力を及ぼして、自己を相手に淫行させたものであることは明らか」と個別に判断したのは、そのためでもあろう。

上記判例の概観から、例え母親の愛人関係にある行為者についても「監護者」に該当する可能性が完全には否定されないことがある程度明らかになったと思われる。

(2) 東京高等裁判所判決平成22年8月3日児童福祉法違反被告事件（有罪確定）⁴¹

次の事案も児童福祉法違反に関するものであり、事案の概略は次の通りである。被告人は、被害者Bの養父であり、そのような自己の立場を利用し、被害者B（当時15歳）をして被告人を相手に性交させ、児童に淫行をさせる行為を行った。

被告人と被害者Bとの関係に着目すると、次の事実が示されている。被告人とBの実母との再婚であり、B以外にも2人の子どもがおり、5人で構成される家族であった。被告人は、上記犯行に至るまでに何度もBと性交していることを裁判所は指摘している。

また、検察官調書に基づき、概ね次の事実が認定されている。すなわち、Bは小学2年生のときに被告人と暮らすようになったこと、小学4年生のころから被告人から陰茎を見せられたり、胸、尻、陰部等を触られるようになり、嫌だったが、抵抗して被告人を怒らせると暴力を振るわれるかもしれないと思い抵抗できなかったこと、小学5年生のころから被告人から何度も性交させられ、足をバタバタさせて嫌だと言って顔を殴られたことがあり、中学生になったころからは殴られるのが嫌で抵抗しなかったこと、被告人からは性交したことをDにいうと被告人とDが離婚することになって家族がバラバラになり、生きていくことができない旨の脅迫があり誰にも打ち明けられないでいたこと、平成20年5月中旬ころの午後2時ころ、リビングで音楽を聴いていると、被告人が帰宅して作業着を脱ぎ、パンツ1枚になったため、2階の自分の部屋に行こうとしたところ、腕をつかまれてトイレの前の廊下に押し倒され、馬乗りになられて性交されたが、殴られると思って抵抗はしなかったこと、被告人のことは殺したいくらい嫌いであること等を被害者は検察官に供述しているのであった。

以上の事実をもって裁判所は、本件性交の際、被害児童は、養父である被告人から性交されることに対して抵抗する等できない心理状態にあったものであり、被告人もこのような事情を認識していたものといえるから、被告人は、養父である立場を積極的に利用して被害児童と性交したものであり、本件性交は児童福祉法34条1項6号にいう「淫行をさせる行為」に該当するというべきである旨判示し、懲役3年の判決を下したのであった。

本事案においても「同居の有無、居住場所の関係、未成年者に対する指導状況、身の回りの世話等の生活状況、生活費の支出などの経済的状況、未成年者に関する諸手続等を行う状況など」といった監護者の諸要素を被告人は具備しており、第三の罪が適用されることにおそらくは疑いの余地はないものと思われる。裁判所が量刑の理由の中で「被害児童は、当時15歳の高校1年生で、アルバイトをしていたものの生活のほとんどを被告人と実母に頼っていた上、被告人の暴力を恐れて抵抗することすらできない状況に置かれていたのであるが、被告人は、そのような被害児童の養父であるという立場を利用して、被害児童と性交したものである」述べていることや本事案において被害者の明示の抵抗等が確認できないこと等から強姦罪または準強姦罪を適用することは困難であることが推察でき、18歳未満の未成年者の意思決定の瑕疵をとりわけ強調していた法制審議会での議論が想起される⁴²。

(3) 京都地方裁判所判決平成18年2月21日強姦、強姦未遂、準強姦被告事件〔聖神中央教会 主管牧師による強姦・準強姦等被告事件〕(有罪確定)⁴³

本事案の被告人は教会の牧師であり、被害児童は教会の信者であることから、直ちに監護被監護の関係性が両者の間から導き出されるものではない。しかし、判例を通読すれば、そこには要綱(骨子)第三の罪が処罰を目的とする主体と客体との関係や行為態様が確認できるのである。

また、本事案は、宗教法人聖神中央教会の主管牧師が7人もの未成年者(12~16歳)を数年にわたり姦淫し続けた強姦・準強姦等被告事件であり、当時の最高刑である懲役20年が言い渡された事件である⁴⁴。

被告人は、「被告人の指示に従わなければ地獄に堕ちて永遠に苦しみ続ける」旨の説教を行い、信仰を媒介に被害児童に対して強力な影響力を行使していたことが事実として認められている。この点について裁判所は、「神に最も近い存在である被告人から要求され行動されれば、被告人に抵抗し、姦淫を拒絶することはおよそ不可能なことであったと認められ、被告人の要求どおり従順に行動せざるを得なかった、すなわち、牧師である被告人には抗拒できない状況で姦淫されたと認められる」と判示されており、被害児童たちは被告人や教会関係者に洗脳されていたと言っても過言ではない。

また、本件少女らは、いずれも幼いころから母親とともに教会に通い、被告人の説教等を聞き、家庭でも食事の前に神への祈り、感謝の言葉を唱えてから食事をするように教えられ、教会に泊まるようになり、中には学業が疎かになり出席日数が足りないと言われる者もいる等、家族ぐるみで教会での信仰中心の生活を送っていたことが明らかにされている。

さて、本事案において裁判所が認定した事実を「同居の有無、居住場所の関係、未成年者に対する指導状況、身の回りの世話等の生活状況、生活費の支出などの経済的状况、未成年者に関する諸手続等を行う状況など」の監護者を構成する要素に照らした場合、被告人を「監護者」と判断できるか否かについては消極的にならざるを得ない。しかしながら、次のことを指摘することが可能である。

すなわち、上述の公判で明らかにされた事実を総合すれば、被告人の被害者に対する影響力の程度は信仰を媒介にして、ある意味においては家庭内における親権者以上であったと指摘することができるのではないであろうか。本事案では同居の保護者と未成年者との間に見られる要綱（骨子）第三の罪が想定している類型的な関係性が存在するとは言い難いものの、それと同一視あるいは部分的にはそれ以上に密接な関係性を本事案の被告人と被害児童たちの間に看取することができるということである。また、「監護者」の外延は事案に則して個別具体的に判断するとして法制審議会の議論の場でも明確に定まるとはなかったこと等から、今後、同種の事案が発生し、かつ第三の罪の新設が実現した場合にはどのような処理がなされるのか（監護者規定ではなく、従来の強姦罪や準強姦罪での処理も可能であると思われる）、注目に値すると思われる。

五、おわりに

ここまで、「監護者であることによる影響力を利用したわいせつな行為又は性交等に係る罪」の規定に関する法制審議会における議論や新設が実現した場合に関連する判例をおおまかに整理した。これにより、本規定が抱える課題を考察するための基礎的資料の提供という本稿の目的は、ある程度達成されたと思われる。

改めて要綱（骨子）第三の罪が抱える課題を提示するとすれば、次のようになるであろう。まず、「監護者」の範囲が十分に明確ではない点である。18歳未満の未成年者に多大な影響力を行使することのできる「監護者」を同意の有無や暴行脅迫の有無などを問うことなく処罰することのできる規定の構造から、この主体の範囲を明確にする必要性はとりわけ大きいと言える。しかし、未成年者の保護という観点からは「監護者」に行為主体を限定する必要はなく、現にその趣旨の主張もなされており、この対立が今後どのような展開を見せるのかについてはその動向に注視する必要があると言える。

また、上述の主体の範囲の明確化という論点以外にも、どのような場合に監護者の影響力が「遮断」されるのかという論点が法制審議会において議論されていたことを想起せざるを得ない。この点は、故意や構成要件的事実の錯誤に関する議論が密接に関連してくると推測される。

さらに、性犯罪規定の保護法益論に関連して、18歳未満の未成年者が真に望んで「監護者」と性交に及んだ場合（そのような例は稀であると考えるが）、「性的自由」の保護という観点からどのように処罰を正当化するのであろうか。この第三の罪に関しては、主体と客体を限

定して行為に対する客体の「不同意」だったことを擬制しているわけであるが、はたして性的自由という保護法益の範疇で議論できるのか、さらに検討が必要であると思われる。すなわち、この種の犯罪の深刻度や適切な処罰の必要性に関して異論を挟む余地がないとはいえ、従来の保護法益に関する理解で十分に説明できるのかについて、これを肯定的な形で改めて保護法益論を展開していく必要があると考えるのである。

注

- 1 小西吉呂・外間淳也「沖縄県における性暴力の現状と課題—刑法的視点を中心に—」沖縄大学地域研究所紀要地域研究第16号（2015）23—46。
- 2 沖縄タイムス2016年3月15日1面参照。
- 3 琉球新報2016年5月22日1面参照。
- 4 2015年度の560件のうち159件と最多であった沖縄被害者支援ゆいセンター調べ。（URL<http://www.mco.ne.jp/~yui/02katsudou.html>）最終確認2016年11月29日。
- 5 山中敬一『刑法総論第3版』成文堂（2015）4頁以下参照。
- 6 法務省「性犯罪の罰則に関する検討会」法務省HP（URLhttp://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00090.html）最終確認2016年9月28日。
- 7 法務省「要綱（骨子）修正案」法務省HP（URL http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_122.html）最終確認2016年9月28日。
- 8 法務省HP（URL http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00140.html）最終確認2017年3月15日。なお、以下も参照。
「性犯罪厳罰化、刑法改正へ＝男性被害、親子間も対象-法制審」時事通信（2016年6月16日11時34分）、
「性犯罪厳罰化へ答申＝強姦罪、告訴不要に-法制審」時事通信（2016年9月12日）。
- 9 女子差別撤廃委員会「日本の第7回及び第8回合同定期報告に関する最終見解」内閣府男女共同参画局（2016）7頁（URL http://www.gender.go.jp/international/int_kaigi/int_teppai/iinkai.html）最終確認2016年10月12日。
- 10 児童の権利委員会「児童の権利委員会の最終見解：日本」外務省（2004）11頁（URL <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jido/>）最終確認2016年10月12日。
- 11 小西・外間、前掲（注1）23—46。
- 12 同上29頁。
- 13 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第1回会議議事録7—8頁（加藤幹事発言）。
- 14 前掲注（12）7頁（加藤幹事発言）。
- 15 前掲注（12）16頁。例えば、法制審議会における小西委員の次の指摘が、このことをよく表していると思われる。「親から繰り返し被害を受けている子のほとんどはというか、全員はと言っていていくらいですけども、抵抗なんか全く考えもしません。父親とそうやって接触することだけが虐待を防ぐ方法であったり、あるいはそうしないと非常にひどい行為をされたりすると

ということがあるので、被害の最初はどうだったか分かりませんが、最後の頃になってくると当然、抵抗なんかしないわけです」。

- 16 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第3回会議議事録3頁（中村幹事発言）。
- 17 同上。
- 18 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第5回会議議事録9頁（中村幹事発言）。さらに例として、前掲注（12）13頁（加藤幹事発言）では、「例えばお母さんの彼氏と言われているような方がたまに家に帰ってくるということがあっても、同居しているとも言えず、生計も別であり、意思疎通も18歳未満の者とはほとんどないということになれば、通常は監護しているとは言えないだろうと考えられますし、一方、法律上の監護権者でなくても、実親との関係、お母さんとの関係がいわゆる内縁といわれるような実態的な夫婦関係にあって、またその18歳未満の者との関係も実の父子と変わらないというような関係にあれば、監護している者と言える場合もある」と説明がなされている。その他様々な関係性が挙げられていたが、基本的には民法上の監護者を基礎として、それと同一視できる程度に18歳の未成年者に対する影響力を有することが判断基準であるとされている。
- 19 前掲注（18）10頁（中村幹事発言）。
- 20 前掲注（18）12頁（角田委員発言）。
- 21 前掲注（18）12頁（木村委員発言）。
- 22 前掲注（18）18頁（井田委員発言）。
- 23 前掲注（18）18頁（佐伯委員発言）。
- 24 前掲注（18）2頁（中村幹事発言）。同様に、前掲注（12）5頁（橋爪幹事発言）は、「意思決定に瑕疵が生じやすいという観点から処罰範囲を拡大し、その性的保護を強化することには十分な理由がある」と主張している。
- 25 前掲注（6）27頁。
- 26 前掲注（6）23頁。
- 27 前掲注（16）7頁（宮田委員発言）。
- 28 最高裁判所第一小法廷決定平成28年6月21日裁時1654号8頁。
- 29 前掲注（16）8頁（橋爪幹事発言）または前掲注（17）8頁（中村幹事発言）。
- 30 前掲注（18）13頁（中村幹事発言）において、「強制わいせつ罪を補充する趣旨で設けようとするものでございます。したがって、仮にある行為が外形的には強制わいせつ罪ないし要綱（骨子）第一の罪と要綱（骨子）第三の罪との双方に該当するようには見られる場合には、強制わいせつ罪又は要綱（骨子）第一の罪のみが成立するものと考えております」と説明がなされている。
- 31 前掲注（16）3頁（中村幹事発言）。
- 32 前掲注（16）20頁（橋爪幹事発言）からは、「監護者との性交等であっても、その影響力を利用したとは言えない場合があるということが前提になっているように思われますが、具体的に

どのような事例について、影響力の利用に該当しないと考えておられるか」と疑問を提起されている。

- 33 前掲注 (16) 20頁 (中村幹事発言)。
- 34 前掲注 (18) 14頁 (塩見委員発言)。
- 35 前掲注 (18) 15頁 (中村委員発言)。
- 36 前掲注 (18) 15頁 (今井委員発言) によれば、「直近の被害者に向けられた特定の行為の立証が必要になるようにも読めるわけでありますけれども、その影響力が遮断されているか否かということがこの犯罪を否定する大きな要素であるという御説明があり、私もそれに賛成するものであります。そして、そのことをもう少し的確に表現するならば、『影響力があることに乗じて』というふうな、他の表現ぶりの方が適切ではないか」ということのようなのである。
- 37 前掲注 (18) 17頁 (佐伯委員発言)。
- 38 法務省「要綱(骨子)修正案」法務省HP
(URL http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_122.html) 最終確認2016年9月28日。なお、2017年3月7日、国会に提出された条文も、次のように同様である。
(第百七十九条) 十八歳未満の者に対し、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、第百七十六条の例による。
2 十八歳未満の者に対し、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、第百七十七条の例による。
法務省HP (URL <http://www.moj.go.jp/content/001220246.pdf>) 最終確認2017年3月15日。
- 39 同上。
- 40 東京家庭裁判所裁判平成10年4月21日家庭裁判所月報50巻10号156頁。
- 41 東京高等裁判所判決平成22年8月3日高刑63巻2号1頁、東高刑時報61巻183頁、判タ1342号249頁。
- 42 同種の事案で特に刑が重かったものとして、東京高等裁判所判決平成17年6月16日高刑速平成17年125頁(3242号)を挙げることができる。本事案においては、被害児童が被告人との性交が原因で妊娠出産したという事情が刑を重くする理由として考慮されている。
- 43 京都地方裁判所判決平成18年2月21日判タ1229号344頁。
- 44 「婦女暴行で牧師を追送検=信者少女5人計11件—京都府警」時事通信社(2005年6月20日)、「相次ぐ宗教団体トラブル=独自の教義、表面化しにくく—暴行、殺人、強引勧誘」時事通信社(2007年10月15日)。