

|      |                                                 |
|------|-------------------------------------------------|
| タイトル | 刑事判例研究 札幌地小樽支判平成29年12月13日（監護者性交等罪と児童福祉法違反の罪数関係） |
| 著者   | 神元，隆賢；KANMOTO, Takayoshi                        |
| 引用   | 北海学園大学法学研究，53(4)：107-116                        |
| 発行日  | 2018-03-30                                      |

一六歳の被害者に対し、事実上の養父が自己の立場を利用して性交した事案について、監護者性交等罪に児童福祉法違反が吸収され法条競合となった事例

札幌地裁小樽支部平成二九年二月一三日判決

(事件番号不明・監護者性交等、児童福祉法違反被告事件)  
(判例集未登載)

## 神 元 隆 賢

### 【事実の概要】

被告人は、平成二二年頃から、内縁の妻（以下「被害者の母親」）及びその娘（当時小学二年生、以下「被害者」）らの居宅に同居し、被害者らの生活費を相当程度負担し、被害者の身の回りの世話をし、被害者の母親に代わって被害者の話を聞くなどして被害者を精神的に支え、時には被害者に対し

て生活上の指導をするなどして、事実上の養父として被害者を現に監護していたところ、平成二六年頃から被害者に対し性的虐待を繰り返した末、平成二九年七月一七日午後九時頃、上記居宅において、被害者（当時一六歳）を現に看護する者であることによる影響力があることに乗じて被害者と性交等をし（以下「第一行為」、同月二〇日午前五時頃にも同様に性交等をした（以下「第二行為」）。

以上の事案につき、検察官は、第一行為及び第二行為それぞれについて監護者性交等罪及び児童福祉法第三四条第一項六号違反（以下「児童福祉法違反」）が成立し、両罪は観念的競合となるが、第一行為による罪と第二行為による罪はかすがい現象が発生せず併合罪となると主張し、懲役一〇年を求刑した。これに対し、弁護人は、被告人自身が淫行の相手方であること、本件各性交について被害者の暗黙の同意があり、被告人は被害者との結婚を考えていたことから、第一行為及び第二行為いずれについても児童福祉法違反は成立せず、二個の監護者性交等罪は包括一罪となると主張した。

### 【判旨】

有罪（懲役七年）。

児童福祉法違反の成否については、「児童福祉法三四条一項六号にいう『淫行をさせる行為』は、児童の心身の健全な育成をはかるという児童福祉法の趣旨に照らし、児童に対して事実上の影響力を及ぼして、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等をなすことを助長し促進する行為をいい、その性交等の相手方が第三者である場合のみならず行為者自身である場合も含むと解すべきである

（最高裁昭和四〇年四月三〇日第二小法廷決定裁判集刑事一五五号五九五頁、平成一〇年一月二日第三小法廷決定刑集五二巻八号五〇五頁、平成二八年六月二一日第一小法廷決定刑集七〇巻五号三六九頁参照）。そうすると、前期認定の被告人の行為について児童福祉法違反が成立することは明らかである。」とした。

監護者性交等罪と児童福祉法違反の罪数関係については、「監護者性交等罪は、一般に一八歳未満の者は、精神的に未熟である上、生活全般にわたって監護者に精神的・経済的に依存しているところ、監護者がそのような関係による影響力に乗じて一八歳未満の者に対し性交等をした場合、暴行・脅迫が用いられず抗拒不能等に当たらないとしても強制性交等罪と同等の悪質性・当罰性が認められると考えられることから新設されたものである。以上の同罪の立法経緯、趣旨及び構成要件に照らせば、監護者性交等罪は、個別の性交等についての被害者の性的自由ないし性的自己決定権を保護法益とするものではあるが、併せて、被害者の心身の健全な育成をも保護法益とするものと解するのが相当である。また、監護者性交等罪の構成要件は、主体、客体、行為態様のいずれについても、児童福祉法違反の構成要件と重なり合っている。そ

うすると、ある行為が監護者性交等罪と児童福祉法違反のそれぞれの構成要件を充足する場合には、法定刑の思い監護者性交等罪によって評価すれば足りるのであって、児童福祉法違反は監護者性交等罪に吸収され、監護者性交等罪のみが成立するといふべきである（法条競合）」とした。

第一行為による罪と第二行為による罪の罪数関係については、「監護者性交等罪の保護法益の一つである、個別の性交等についての性的自由ないし性的自己決定権は、その性質上、性交等の回数に応じて侵害されるものであり、また、その重要性に鑑みれば、複数回の侵害を包括評価することになじまないものである。よって、監護者性交等罪の構成要件を充足する複数回の性交等は、同一の被害者に対して、同一の監護関係の下、被告人の継続的な単一の犯意に基づき実行されたものであっても、当該性交等が時間的に近接しており、複数回との評価が形式的に過ぎるなどの事情がない限り、一体として評価されるものではなく、性交等の回数に応じた数罪の監護者性交等罪を構成するといふべきである。本件においては、第一行為終了後、被告人及び被害者はそれぞれ通勤、通学をするなどし、二日半後には被告人は犯意を生じて第二行為を開始したものであるから、第一行為と第二行為との間に

時間的近接性はなく、両者を一体として評価すべき事情は認められない。よって、第一行為及び第二行為それぞれについて監護者性交等罪が成立し、両者は併合罪となるといふべきである。」とした。

量刑については、「監護者性交等罪のうち性交に至った事案については、強制性交等罪及び準強制性交等罪のうち性交に至った事案（法改正前であれば強姦罪及び準強姦罪の事案）と同等の当罰性が認められる。そこで、保護関係ないし依存関係を利用した児童一名に対する強姦ないし準強姦事案（以下「同種事案」という。ただし、考慮すべき前科がない事案に限る。）と比較すると、本件各犯行は事実上の養父による犯行であり、家族以外の例えば学校の教員やスポーツの指導者などによる犯行と比べて、密接で強力な保護関係ないし依存関係が利用されていること、及び、……本件各犯行は家庭内で生じた性的虐待事案の中でも悪質であることからすれば、同種事案の中でも重い部類に位置づけられる。よって、被告人を相当長期の懲役刑に処するのが相当である。しかし、同種事案の中には、身体的虐待を伴う事案や複数の児童に対する性的虐待の事案などもある。また、同種事案を離れて、広く性犯罪事案（法改正前であれば強姦罪、準強姦罪、集団強

姦罪、強姦致傷罪、強盗強姦罪等）と比較した場合、本件は、考慮すべき前科のない被告人が、被害者一名を暴行によらずして姦淫し、傷害結果が発生していない事案であるから、少なくとも、被害者が複数の事案、生命侵害ないし重大な傷害結果を生じさせかねない暴行が加えられた事案、軽微とはいえない傷害結果が発生している事案及び被告人に考慮すべき前科のある事案よりも軽く処罰されなければ、公平の理念に反する。以下のような比較によると、検察官の求刑（懲役一〇年）は、刑法一七九条の新設及び刑法一七七条の法定刑の下限の引き上げの趣旨、児童に対する性的虐待の結果の重大性や将来への影響等は現時点での傷害結果の有無では測り切れないことなどを考慮しても、重きに過ぎると言わざるを得ない。」とした。

### 【評釈】

一 本件で問題となるのは、以下の点である。

第一は、監護者性交等罪ないし強制性交等罪と、児童福祉法違反の罪数関係を、観念的競合、法条競合あるいは包括一罪のいずれと解するかという点である。

この点が争われた判例は乏しいが、福岡地久留米支判平成

二九年一月二四日（判例集未登載）は、被告人が内縁の妻の娘（当時一六歳）を脅迫して口淫させ、さらに脅迫し反抗を抑圧して姦淫するなどした事案について、強姦罪と児童福祉法違反の成立を認め、両罪の罪数関係を観念的競合とした。

観念的競合は、一個の行為で数個の結果を生じ、それが構成要件に複数回該当し、かつ社会的事象としても重なり合いが認められる場合<sup>〔1〕</sup>で、刑法第五十四条第一項が適用されることにより、刑を科すうえで一罪として扱われ、数罪のうち最も重い罪の刑により処断される。一個の行為による包括一罪との違いは、被害法益の主体、種類の共通性の要否に求められ、被害法益が異なっている場合は観念的競合、共通する場合は包括一罪が選択される。そして強制性交等罪（強姦罪）と児童福祉法違反の保護法益は、前者は性的自由、後者は児童の健全な育成と明らかに異なるうえ、強制性交等罪と児童福祉法違反を同時に実行することは社会的事象としても重なり合うといえるから、両罪の罪数関係を観念的競合と解する余地は十分にある。

これに対し、本判決は「児童福祉法違反は監護者性交等罪に吸収され、監護者性交等罪のみが成立するというべきである（法条競合）」とした。両罪の罪数関係が、吸収関係として

の法条競合となるとの趣旨であろうか。

吸収関係（吸収一罪）とは、一個の行為が複数の構成要件に該当するが、軽い罪の法益侵害が軽微であるため、包括して重い罪の一罪で処断する場合であるが、これが法条競合と包括一罪のいずれに属するかは学説上の争いがある。

法条競合説は、法条競合を「数個の構成要件を充足するような外観を呈するだけで、実はその中の一つが充足されるだけで、他の構成要件の充足はない」もの<sup>(2)</sup>、あるいは「一つの構成要件の適用が他の適用を排除するばあいであって、結局一つの構成要件の評価しか成立しない」ものと定義したうえで、一方の構成要件が他方を吸収してしまう吸収関係は、法条競合の一類型であるとする<sup>(4)</sup>。そして本判決もまた、吸収関係を「法条競合」と明言している。

これに対し、近年有力となりつつある包括一罪説は、一般法と特別法（特別関係）、基本法と補充法（補充関係）は法条競合に該当することを認めつつも、他の構成要件の充足があることが否定できず、したがってもう一つの構成要件では評価できない場合に、構成要件的に吸収するというのは無理があり不都合であるとして、「吸収関係と呼ばれるもののある部分」については包括一罪に分類して法条競合と区別すべき

であるとする。すなわち、包括一罪としての吸収関係は、二つの実行行為が構成要件的には異なるものの、法定刑だけは重い方で「共に」「包括して」評価され、その意味では法定刑は重い方に「吸収される」が、それは構成要件の吸収ではなく、法定刑の吸収にすぎないなどとして、従来は法条競合における吸収関係と解されてきた共罰的事前・事後行為をむしろ包括一罪に分類すべきとするのである<sup>(6)</sup>。法条競合と吸収一罪ないし包括一罪とを、構成要件の評価の回数において区別するという主張は、明快であって優れているように思われる。

以上のように、吸収関係を法条競合とするか包括一罪とするかという問題はあるが、それはあくとして、そもそも監護者性交等罪が成立した場合に、児童福祉法違反の構成要件が法条競合として充足されないと解して良いのであろうか。

本判決は、監護者性交等罪の保護法益に、性的自由に加えて「被害者の心身の健全な育成」を追加することで、両罪の保護法益の共通性を強調した。そして学説上も、監護者性交等罪は被監護者の性的自己決定を保障するものであるが、被監護者の将来にわたる人格の発展も併せて保護の対象に取り込んでいるとして、監護者性交等罪と児童福祉法違反の保護法益は異質でないから、法定刑が重い監護者性交等罪が児童

福祉法違反を吸収すると解すべきとするものがある。<sup>(7)</sup>

監護者性交等罪の保護法益、そして児童福祉法違反との関係については、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第三回において若干ながら議論が行われており、その中では、監護者性交等罪が児童福祉法違反と高い親和性を持つとの主張もなされていた。すなわち、「このような問題は、むしろ児童福祉の問題なのではないかということでございます。被害者が一三歳未満であつたら、強姦罪や準強姦罪に問えるわけです。……懲役一〇年を超えるような類型というのは、一三歳未満の子供に対する加害の事例でございます。懲役一〇年以下の宣告刑でよいということであれば、児童福祉法違反でなぜいけないのか。刑法犯として別類型を立てる必要があるのかどうかということでございます。むしろ、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ということも考えるのでございます。」（宮田桂子委員発言<sup>(8)</sup>）として、児童福祉法違反の法益侵害を強調する見解がそれである。

もつとも、同部会では、「一八歳未満の者の健全な育成を保

護するという観点ではなくて、飽くまでも被害者の暇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観点から、性犯罪として刑法典に規定する必要があると考える次第です。」（橋爪隆幹事発言<sup>(9)</sup>）、「現在でも一八歳未満の者に対して支配的な関係を利用して性的行為を行えば児童福祉法で処罰されているわけで、……これまで処罰されていない行為を処罰するわけではありません。日本の法律は、刑法は性的な自由を保護し、青少年の保護は児童福祉法等の特別法で行うというような役割分担が行われているわけで、今回、……設けようとしているのは、強姦罪や準強姦罪等と同じように性的自由を侵害する行為として刑法に規定しようというもの」（佐伯仁志委員発言<sup>(10)</sup>）などとして、監護者性交等罪と児童福祉法が保護法益において棲み分けされている旨の見解が支配的であった。さらに橋爪教授（幹事）は、監護者性交等罪の保護法益は性的自由であつて、少なくとも直接的には、青少年の健全育成それ自体を保護法益としてないから、本罪と児童福祉法違反の罪数関係は観念的競合となると解すべきであるとも明確に主張されている。<sup>(11)</sup>

以上から、監護者性交等罪の保護法益は性的自由、性的自己決定権に限られ、児童の健全な育成を含まず、従つて児童

福祉法違反との罪数関係も観念的競合となるとするのが、立法者の意図であったと概ねみることができるとする。立法者の意図が必ずしも法解釈を絶対的、永続的に拘束するわけではないといえ、本判決が法改正からわずか五か月で立法者の意図と明らかに乖離した解釈を採用し、しかも下級審判例とはいえ前例に当たる福岡地久留米支判平成二九年一月二四日と全く異なる結論に至った点については、より慎重な検討をすべきでなかったかとの疑問も残る。監護者性交罪の科刑は懲役五～二〇年、児童福祉法違反（第三四条第一項六号、第六〇条第一項）の科刑は十年以下の懲役若しくは三百万円以下の罰金であるから、両罪の罪数を観念的競合と法条競合のいずれと解したとしても、上限が懲役二〇年であることには変わりなく、観念的競合を選択したうえで量刑を懲役七年としたとしても、格別の不合理はなかった。

思うに、監護者性交等罪の科刑は「第百七十七条の例による」と規定されているとおり強制性交等罪と同一であるにもかかわらず、監護者性交等罪の保護法益にのみ「被害者の心身の健全な育成」が追加されたと解したならば、監護者性交等罪における性的自由の保護は強制性交等罪より軽いということになるのではないか。

さらに、監護者性交等罪は、監護者としての「影響力があることに乗じ」る行為を手段として要求しているが、これは強制性交等罪の手段である暴行・脅迫と同様に、被害者の抵抗を困難にする行為である。監護者性交等罪における手段行為が、強制性交等罪より若干緩和されているのは、性的自由への保護を割いて「被害者の心身の健全な育成」を保護しようとする趣旨ではなく、むしろ、家庭内という密室における性的虐待が、第一七七条の罪すなわち強制性交等罪に該当することを容易に認定するためではないか。

また、一三歳未満の娘に対し、監護者としての「影響力があることに乗じ」ずに、同意を得て性交した場合には、監護者性交等罪ではなく強制性交等罪（第一七七条後段）が適用される。この場合に、行為者が監護者であるからといって、「被害者の心身の健全な育成」を第一七七条後段の罪に敢えて追加することは、行為者の性質によって同一構成要件について保護法益さらには罪数の大幅な変化を認めることとなり妥当とは思われない。

以上から、私見としては、監護者性交等罪の保護法益に「被害者の心身の健全な育成」を含めるべきではなく、児童福祉法違反との罪数関係は法条競合ではなく観念的競合とすべき

であつたと考える。

二 第二は、第一行為による罪と第二行為による罪の罪数關係を併合罪とするか包括一罪とするかという点である。

同じ構成要件に該当する数個の行為を、繰り返して同一の客体に対して実行し同じ法益を侵害した場合に、数個の犯罪の罪数關係が包括一罪と併合罪のいずれに該当するかは、数個の行為相互の密着性によって判断される。

数個の行為を時間的・場所的に密着して行つた場合は、包括一罪のひとつである連続犯に分類される。例えば、最判昭和二十四年七月二三日刑集三卷八号一三七三頁は、同じ倉庫から二時間に三回、米俵三俵ずつ計九俵を窃取した場合には一個の窃盜罪が成立し、数回にわたり業務上保管中の金銭を横領した場合には一個の業務上横領罪が成立するとする。

一方、数個の行為を、時間的・場所的に密着していないものの一定の範囲で連続して行つた場合は、包括一罪のひとつである連続犯（連続一罪）に分類される。昭和二年の刑法改正以前には、連続犯は第五五条において科刑上一罪として規定されていたが、刑事訴訟法の改正により警察官等の捜査権が制限され、連続犯の全部を発見して起訴し科刑上一罪と

して処断することが困難となつたため、第五五条は削除された。もつとも、その後の判例は、連続犯の概念を包括一罪の一類型として再構築して現在に至っている。例えば、麻薬施用者としての免許を受けている医師が、複数回、麻薬中毒患者にモルヒネを注射ないし交付して麻薬取締法に違反した事案について、最判昭和三十一年八月三日刑集一〇卷八号一二〇二頁、最判昭和三十三年七月二三日刑集一一卷七号二〇一八頁はいずれも、複数の麻薬取締法違反が併合罪ではなく包括一罪となるとする。児童福祉法違反事件について見ると、名古屋高判平成二六年一〇月二二日高刑速平成二六年一四九頁は、被告人が事実上の親戚付き合いをしていた元妻の姪に対し、被告人の要求を断ることが困難な状態にあるのに乗じて、約三か月間に三回にわたり性交した事案について、「まさに被害者に対し、一定の支配關係を形成してこれを継続的に利用した状態で、同一意思の下に行つたものと見ることを妨げない」として、三個の児童福祉法違反が包括一罪となるとする。これは、包括一罪のひとつ、連続犯に該当すると解したものである。

他方、本判決は、七月一七日の第一行為、同月二〇日の第二行為と、二個の行為の間の時間的・場所的密着（近接）性

ないし連続性は一見維持されているように見える。しかし、第一行為と第二行為の間に被告人及び被害者がそれぞれ通勤、通学をするなどしており、これが密着性を否定する事実の介在と認定され、何よりも「二日半後には被告人は犯意を生じて第二行為を開始した」と認定されたように、第二行為が第一行為と異なる新たな犯意により実行されたことで、継続犯とするための密着性、継続犯とするための連続犯が否定されたものと思われる。とくに新たな犯意に基づく点は決定的で、併合罪とした本判決の判断は支持してよいように思われる。

三 第三は量刑である。本判決は、平成二九年七月に新設・施行された監護者性交等罪のはば初の下級審判決であって、以後の量刑に関するリーディングケースとなりうるものである。

比較すべき事案として、上掲福岡地久留米支判平成二九年一月二四日は、被害者に対する日常的な虐待を伴い、強姦罪、児童福祉法違反に加えて金魚の死骸を食べさせるなどの強要罪二個、暴行罪四個、逮捕監禁致傷罪一個が成立するとされた事案について、求刑懲役一四年に対し懲役一〇年とした。

これと比べれば、本件事案は公平の観点からより軽く処罰すべきで、七年の量刑も妥当ではないかとも思われる。しかし、性犯罪の重罰化が叫ばれてそれに沿った法改正も成った今日では、法改正以前と比べてより重い量刑が選択されて当然であるから、一〇年とは言わずとももう少し重い量刑を選択する余地もあったのではないかとも思われる。監護者性交等罪の量刑の検討は、今後の判例の蓄積による量刑相場の形成を待ちたい。

(1) 最大判昭和四九年五月二九日刑集二八卷四号一一四頁。

(2) 小野清一郎『刑法講義総論』（新訂増補・一九五〇年）二六五頁。

(3) 団藤重光『刑法綱要総論』（第三版・一九九一年）四三七頁。

(4) 団藤四四五頁、西田典之『刑法総論』（第二版・二〇一〇年）四一三頁（ただし四一四頁では包括一罪に分類している）。

(5) 平野龍一「包括一罪についての若干のコメント」同『刑事法研究最終巻』（二〇〇五年）一七頁。

(6) 平野『刑事法研究最終巻』二二頁、内田文昭『刑法Ⅰ総論』（改訂補正版・一九九七年）三四六頁、大谷實『刑法講義総論』（新版第四版・二〇一二年）四七八頁、前田雅英『刑法総論講義』（第六版・二〇一五年）三九二頁、山口厚『刑法総論』（第三版・二〇一六年）四〇〇頁、鈴木茂嗣『刑法総論』（第二版・

二〇一一年)二七八頁。

(7) 樋口亮介「性犯罪規定の改正」法律時報八九卷一一号(二〇一七年)一一八頁。

(8) 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第三回会議(平成二七年一月一六日開催)議事録七頁。

(9) 法制審議会議事録一八頁。

(10) 法制審議会議事録一八頁。

(11) 橋爪隆「性犯罪に対処するための刑法改正について」法律のひろば二〇一七年一月号(二〇一七年)一一頁。