

監護者でない者が監護者と共謀して 被監護者と性交した場合の 監護者性交等罪の成否

松 宮 孝 明*

目 次

- 1 問題の所在
- 2 身分のない故意ある道具？
- 3 共謀共同正犯は理由にならない
- 4 監護者性交等罪の場合
- 5 結 論

1 問題の所在

(1) 監護者でない者（以下、「非監護者」と記す。）が監護者と共謀して、非監護者のみが18歳未満の被監護者にわいせつ行為をしたり被監護者と性交したりした場合に、刑法179条1項および2項の監護者わいせつ罪ないし監護者性交等罪は成立し得るであろうか。この問題に対し、大津地判令和5・3・20（令和4年（わ）第240号、同第284号、同第307号、同第348号、同第367号）公刊物未登載は、監護者と共謀して監護者の影響力の下で被監護者（当時13歳）にわいせつな行為をした被告人に刑法65条1項、同60条を適用して監護者わいせつ罪の共同正犯を認め、松江地判令和5・9・27 LEX/DB25596133（以下、「原判決」と記す。）およびその控訴審判決である広島高松江支判令和6・5・31 LEX/DB25620060（以下、「本判決」と記す。）は、

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科特任教授 立命館大学名誉教授

監護者でない者が監護者と共謀して被監護者と性交した場合の監護者性交等罪の成否（松宮）

監護者と共謀して監護者の影響力の下で被監護者（当時16歳）と性交した被告人に、同じく刑法65条1項、同60条を適用して監護者性交等罪の共同正犯を認めた¹⁾。

2023（令和5）年6月改正前の刑法179条1項は、「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した者は、176条の例による。」と定め、刑法179条2項は、「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性交等をした者は、177条の例による。」と定めていた。そして、その法定刑は、現在と同じく、5年以上の有期徒刑である。本罪は、当時から、「その者を現に監護する者」（以下、「監護者」と記す。）を主体とする真正身分犯と解されている²⁾。

上記いずれの裁判例においても、身分者である監護者はわいせつな行為や性交等を直接に行ったとは認定されていない。もっとも、前掲大津地判令和5・3・20は、被告人である監護者に関する大津地判令和4・11・22（2022WLJPCA226004）によると、監護者も動画撮影をするなど、わいせつ行為を分担したと解する余地のあるものであった。これに対し、監護者性交罪を認めた本判決およびその原判決は、監護者自身が被監護者と性交していなくても本罪の成立を認めたことは明らかである³⁾。したがって、こ

1) 原判決に対する評釈として筆者が知り得たものに、齊藤豊治「判批」新・判例解説 Watch34号（2024年）187頁、小池信太郎「判批」法学教室（2024年）105頁、橋本広大「判批」法学セミナー833号（2024年）122頁がある。しかし、そのいずれも、身分者が実行していなくても真正身分犯が成立し得るかという問題に正面から答えていない。そのほか、判例紹介として、菊地英理子・研修907号（2024年）77頁。

2) 代表して、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）250頁、前田雅英編集代表『条解刑法〔第4版補訂版〕』（弘文堂、2023年）539頁。これらには、「本罪の主体は、18歳未満の者を監護する者という一定の身分を有する者に限られており、本罪は身分犯である。」と記されている。非監護者が加担した場合には65条1項が適用されると記されていることから、ここにいう「身分犯」は「真正身分犯」の意味であると解される。

3) 「性交等」とは、本件行為当時の刑法177条にいう「性交、肛門性交又は口腔性交」を意味する（その後、2023年の改正で、「膣若しくは肛門に身体の一部（陰茎を除く。）若し

の2つの裁判例は、真正身分犯において、身分者が「性交等」を実行していなくても、実行した非身分者が身分者と共謀していれば、真正身分犯が成立すると解したものと考えてよい。

(2) 他方、児童福祉法34条1項6号は「児童に淫行^{いん}をさせる行為」を禁止し、同法60条1項はその違反を10年以下の懲役もしくは30万円以下の罰金に処し、またはこれを併科している。そして、最決昭和40・4・30集刑155号595頁は、カッコ書きで「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」とした原審の判断は相当である」と述べ、また最決平成28・6・21刑集70巻5号369頁は、「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」と述べて、「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」事案について、同号の適用を認めている。

つまり、何人も、18歳未満である「児童に対して事実上の影響力を及ぼして」児童を相手方とする性行為をした者は、児童福祉法34条1項6号にいう淫行を「させる行為」に該当するとされてきたのである⁴⁾。

これに対し、立法当時から現在まで、刑法179条2項は、18歳未満の者

くは物を挿入する行為であってわいせつなもの」が加えられた)。本件では、「肛門性交又は口陰性交」の認定はなく、「性交」をしたのは非監護者であることに争いはない。

4) ただ、上記最決平成28・6・21のいうように、自己が児童の淫行の相手方となる行為をも児童福祉法34条1項6号に該当すると解する場合には、「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」という、児童福祉法34条1項6号の明文にない要件を付け加えなければならない。そうでないと、本法は、単に18歳未満の者と性交等の「淫行」をする者をすべて犯罪者とするようになってしまからである。

監護者でない者が監護者と共謀して被監護者と性交した場合の監護者性交等罪の成否（松宮）

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」を罰する規定である。

(3) そこで、第一に、児童福祉法34条1項6号の解釈問題とは反対に、「監護者」自らが相手方と性交をしたのではなく、監護者が被監護者に影響力を行使しつつ共謀相手の非監護者に性交をさせた場合でも、「監護者が」刑法179条2項にいう「性交等をした」に当たるのかが問題となる。

第二に、この問いが否定され、「性交等をした」のは現に性交等をした者であると解するなら、非監護者のみが相手方と性交をしたのであれば監護者性交等罪は成立せず、さらに、それが行為当時の強制性交等の罪（刑法177条）や児童福祉法34条1項6号、各都道府県の青少年条例等に当たらない限り犯罪とならないはずである。それにもかかわらず、その性交等が監護者の「影響力があることに乗じて」のものであれば、実行犯が身分者である監護者でなくても、刑法65条1項を介して共謀による共同正犯（刑法60条）が成立し得るかが問題となる。

本件の原判決およびこれを是認した本判決は、非監護者である被告人が「性交をした」と認定している。そこでは、監護者である共謀者は、あくまで、「性交に応じさせるため」に被害者への「説得等を行うなどした」としか認定されていない。ゆえに、本判決および原判決は、監護者が共謀相手の非監護者に「性交をさせた」場合でも、「監護者が」刑法179条2項にいう「性交等をした」に当たるのかという上記の第一の問いには、否定的に答えたものと解される。これは、原判決および本判決が「性交した」という要件を、現に自己の性器を相手方の性器に挿入したという意味に解したことを意味する⁵⁾。

5) 齊藤・前掲注1) 189頁は本罪を「自手犯」でないと解するが、以上のように原判決は、実行者は非監護者であると解した上で、65条1項を適用して監護者との共謀共同正犯を認めている。

(4) したがって、問題の所在は、監護者が性交をしていない場合でも、非監護者が共謀のうえ監護者の「影響力があることに乗じて」相手方(被監護者)と性交すれば、監護者性交等罪が成立し得るのか、にある。これをさらに一般化すれば、真正身分犯において身分者が当該犯罪を執行していても、当該犯罪(真正身分犯)が成立するののかという問題になる。これは、真正身分犯という制度の根幹に関わる大問題である⁶⁾。

2 身分のない故意ある道具?

(1) この問題は、伝統的には、真正身分犯における「身分のない故意ある道具」を利用した間接正犯の成否として論じられてきた。たとえば、賄賂收受罪(刑法197条1項)において、公務員が私設秘書に指示して業者から供与される賄賂たる現金を受け取らせた場合に、賄賂を「收受した」者には公務員としての身分がないためそのままでは本罪は成立しないが、背後の公務員が身分のない私設秘書を自己の犯罪を実現する「道具」として利用したから、本罪の間接正犯が成立するというのである⁷⁾。その前提には、賄賂收受罪の「実行」行為である賄賂の「收受」は私設秘書が行っているという直感がある。

(2) しかし、よく考えてほしい。同じ図式で、しかし業者は、公務員にではなく私設秘書に、日ごろの仲介の御礼として現金を供与する意図であり、かつ、私設秘書もその意図を理解した上で、雇主である公務員にその收受の許可を得て、これを受け取ったとしよう。この場合も、「收受」の実行は私設秘書、受取の指示をしたのは背後の公務員という図式は同じで

6) たとえば、中義勝『刑法総論』(有斐閣、1971年)252頁は、「構成的身分犯にあっては、このような身分をそなえる者の実行のみを犯罪の内容とする」と述べている。同旨、中『講述犯罪総論』(有斐閣、1980年)261頁。身分者の実行がなければ真正身分犯は成立しないという趣旨である。

7) 代表して、団藤重光『刑法綱要総論[第3版]』(創文社、1990年)159頁。

監護者でない者が監護者と共謀して被監護者と性交した場合の監護者性交等罪の成否（松宮）

ある。しかし、この場合には賄賂收受罪は成立しない。なぜなら、供与された現金は、公務員の懐にではなく、私設秘書の懐に入るからである。

ここで気づいてほしいことは、講壇事例で挙げられる「公務員が私設秘書をして業者から供与される賄賂たる現金を受け取らせた」という事例では、供与された現金は当該公務員の懐に入るのであり、したがって「供与」されたのは当該公務員であるということである。これを裏返せば、賄賂を「收受」したのも当該公務員だということである。

これは当たり前のことであって、公務員が「收受」しなければ刑法197条1項の賄賂收受罪は成立するはずがない。ただ、事実行為としての「受取」は私設秘書に任されているだけのことで、規範的概念としての「收受」——法律行為としての民法594条以下の贈与の收受と同じ——は、事実行為としての「受取」とは異なるということ、従来議論は理解していなかっただけのことである。つまり、「收受」したのは公務員であって、これは「間接正犯」ではなく「直接正犯」なのである⁸⁾。

その証拠に、現に、「ロッキード事件」では、私設秘書が賄賂たる5億円を受け取ったにも関わらず、その判決には、「間接正犯」の「か」の字も出てこない⁹⁾。

(3) つまり、真正身分犯では、身分者自身が当該犯罪を実行したときでなければ、そもそも当該犯罪は成立しないのである。これは、身分者と非身分者に意思の連絡があり、事実としての実行を非身分者が行った場合でも

8) 松宮孝明『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』（成文堂、2018年）258頁以下。山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）72頁も、背後の公務員に直接正犯が成立すると解している。「賄賂を收受しない」という公務員の特別義務の違反が正犯性を根拠づけると解して直接正犯構成を採るものとして、市川啓『間接正犯と謀議』（成文堂、2021年）92頁以下。もっとも、よく「故意ある道具」の例とされる禁制品の輸入罪などにおける「輸入」がそうであるように、この問題は「行為」の文言の解釈の問題であって、必ずしも「特別義務の違反」を要件とする身分犯に限った話ではない。

9) 東京地判昭和58・10・12判時1103号3頁参照。

同じなのである。もしもそうでなければ、現金の「受取」を「収受」と考えてきたこれまでの俗説によるなら、業者は、公務員ではなく私設秘書に、日ごろの仲介の御礼として現金を供与する意図であり、かつ、私設秘書もその意図を理解した上で、雇主である公務員にその収受の許可を得てこれを受け取った場合でも、賄賂収受罪が成立してしまうであろう。

3 共謀共同正犯は理由にならない

(1) この非公務員を介した賄賂収受罪の例をして、非身分者でも真正身分犯の「共謀」は可能だから、共謀共同正犯を介せば、身分者である公務員が共謀、非身分者である私設秘書が実行という分担で真正身分犯が成立し得るのではないかという見解がある¹⁰⁾。そこで、この見解にもコメントを加えておこう。

まず、現行刑法制定時には、真正身分犯について、非身分者が共同正犯になり得ることは否定されていた。なぜなら、現在の65条1項が「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加功したとき」という文言になっているのは、帝国議会貴族院の特別委員会で、政府原案の「犯罪行為を共に犯したる」という文言を「犯罪行為に加功したる」に修正したからである。そして、その理由は「身分のある者に依って構成する罪であるから、身分の無い者が共に犯すと云う筈はない¹¹⁾」というものであった。つまり、真

10) 直接行為者である非身分者は、責任能力や故意がないわけではなく、また強制されているわけでもないで「道具」ではないから間接正犯は成立しない、という理由から短絡的にこの見解に至るものとして、西原春夫『刑法総論 改訂準備版〔下巻〕』（成文堂、1993年）363頁および409頁、同『刑法総論』（成文堂、1977年）312頁、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法総論〔第3版〕』（弘文堂、2019年）354頁、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002年）265頁以下、前田雅英『刑法総論講義〔第8版〕』（東京大学出版会、2024年）102頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第5版〕』（成文堂、2019年）145頁、松原芳博『刑法総論〔第3版〕』（日本評論社、2022年）406頁等。

11) 倉富勇三郎ほか監修、松尾浩也増補解題『増補刑法沿革総覧』（信山社、1990年）944頁以下。

監護者でない者が監護者と共謀して被監護者と性交した場合の監護者性交等罪の成否（松宮）

正身分犯では、非身分者に実行共同正犯はあり得ないという理由だったのである。

しかも、現行法の立案段階では、共謀のみの者の共同正犯は認めない趣旨であった。なぜなら、明治40年刑法60条と同じ文言の刑法明治35年草案の共同正犯の規定に関して「共謀共同正犯」を含む趣旨かという質問に対する政府委員石渡敏一の答弁は、「数人集まって犯罪を行わんと相談をして其の中の一人だけが犯罪を実行した、残りの者の処分の御質問と察しますが、其の残りの者が教唆になる若しくは幫助に当たると云うならば43条（教唆）、44条（幫助）で罰します。之にも当たってぬとなるならば罰しない積もりであります。¹²⁾」というものだったからである。これに対して「共謀共同正犯」を含む文言にせよという三好退蔵の修正案はまったく賛成を得られず、委員会では政府原案が圧倒的多数で可決された¹³⁾。これらを総合すれば、結局、「犯罪行為に加功したとき」という文言は共同正犯を含まないという趣旨に解するべきことになる。

(2) それにもかかわらず、大審院の判例は、65条1項を介して、非身分者も真正身分犯の共同正犯になり得ると解してきた。非身分者でも真正身分犯の「共謀」は可能だというのが、その理由である。以下の収賄罪の裁判例が、そのリーディングケースである。

まず、大判大正3・6・24刑録20輯1329頁は、「被告甲は公務員たる身分ある者にあらずと雖も、公務員たる乙と共謀して其公務員の職務に関し賄賂を收受するに於ては、刑法第197条の正犯として処罰を免かる可からざるものなること同第65条1項の適用上、論を俟たざる所」と述べている。続いて、大判昭和7・5・11刑集11巻614頁は、「公務員たる身分なき者と雖、公務員と共謀して後者の職務に関し賄賂を收受するに於ては、刑法第

12) 倉富ほか監修・前掲注11) 925頁。

13) 倉富ほか監修・前掲注11) 925頁以下参照。「加功したる」への修正動議をこの後に出したのも、三好退蔵である。

65條第1項に依り收賄罪の共同正犯として處罰せらるるものとす」と述べている。

(3) しかし、注意すべきは、いずれの裁判例でも、共犯とされた公務員も賄賂を収受していたことである。つまり、たとえ非身分者も共謀共同正犯には成り得るのだと述べても、身分者が実行していなければ、そもそも犯罪自体が成り立たないのである。

さらに、この点については、大判明治44・10・9刑録17輯1652頁が、「犯人の身分に依り構成すべき犯罪は、其身分を有せざる者に於て之を實行するも犯罪の構成要件を缺如する」と述べていることも、付け加えておこう¹⁴⁾。まさに、「共謀」に基づき身分者が実行したことが必要なのであって、非身分者が「実行」しても、真正身分犯は成立しないのである¹⁵⁾。

この点については、佐川友佳子も、「ある犯罪が身分犯に該当するか否かという問題と、刑法65条の適用の可否とは別個の問題である。」とし、「ある犯罪を身分犯と解し、非身分者が関与した場合であっても、身分者による構成要件該当性が否定されれば、当然に共犯の成立も否定される。」と述べている¹⁶⁾。

したがって、——立法過程から見て、いずれも極めて怪しいのであるが

14) 非身分者でも真正身分犯の「共謀」は可能という理由を前面に出した大判昭和9・11・20刑集13巻1514頁も、「數人相諮りて偽証を成さんことを企図し及其の擔當者を定むる等の協議を遂げたる末右擔當者に於て訴訟事件に付證人として裁判所に出頭し宣誓の上虚偽の陳述を爲したるときは偽證實行の衝に當らざる他の共謀者も亦刑法第65條第1項の規定と相俟て偽證罪の共同正犯なりと謂わざるべからず」と述べて、宣誓した証人が偽証したことを前提として、非身分者に偽證罪の共謀共同正犯を認めている。

15) ちなみに、泉二新熊『日本刑法論 上巻【第40版】』（有斐閣、1927年）646頁は、「身分ある者が身分なき者を教唆又は幫助する場合に付ては、本条（65条のこと——筆者注）を適用することを得ず。」と述べている。身分者が「実行」しない共謀の場合も、この理屈は当てはまるであろう。

16) 佐川友佳子「監護者性交等罪をめぐる共犯と身分——松江地裁令和5年9月27日判決LEX/DB25596133を契機として——」刑事法ジャーナル80号（2024年）69頁。同旨、十河太郎『身分犯の共犯』（成文堂、2009年）120頁以下。

監護者でない者が監護者と共謀して被監護者と性交した場合の監護者性交等罪の成否（松宮）

——刑法60条において「共謀」のみの共同正犯があり得るのか、65条1項が非身分者による共同正犯も含む趣旨なのかという問いを肯定しても、身分者の実行しない真正身分犯はあり得ないのである。

(4) 付言すれば、問題のある「身分のない故意ある道具を利用する間接正犯」構成を批判して出てきた「共謀共同正犯」構成は、結局のところ、身分者が身分犯を実現しなければ犯罪自体があり得ないという当たり前の理屈を曖昧にする危険を持つものである¹⁷⁾。

4 監護者性交等罪の場合

(1) 監護者性交等罪の場合でも、事情は同じである。この規定の新設を審議した法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会の第7回会議事録では、法務省刑事局刑事法制管理官の加藤俊治幹事から、「18歳未満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」とは、「18歳未満の者に対する監護者の影響力が一般的に存在し、かつ、その影響力が遮断されていない状況で、性交等を行った」ことをいうと説明している。これを受けて、今井猛嘉委員は、「つまり、監護者が18歳未満の者に対しまして、従前からその被害者等に対して成育過程から様々な不正な影響力を行使しており、具体的な行為を行った際には、その対象者の自由な性的自己決定ができないというような状況が、この改正において視野に入れられている事例群だったと思います。」と受け止めている（下線筆者）。つまり、一般的な影響力を有する監護者が性交等を行ったことを、この規定は狙いとしているのである。

17) 松宮孝明『先端刑法総論』（日本評論社、2019年）15頁。市川・前掲注8）91頁も、「非身分者でも身分犯の（共同）正犯になることを安易に認めれば、身分者が身分犯の規範に違反したという、65条1項の適用の前提となるべき事実（例えば、誰が職務に関して賄賂を収受したのか、誰が説明義務を果たさなかったのかという事実）をはっきりと認定できなくなってしまう」と述べる。

これを受けて、この規定の解説書でも、本条の趣旨は以下のように解されている。すなわち、「一般に、18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自己を監督し保護している監護者に精神的・経済的に依存しているところ、監護者が、そのような依存・被依存ないし保護・被保護の関係により生ずる監護者であることによる影響力があることに乗じて、18歳未満の者に対し、わいせつな行為や性交等をすることは、強制性交等罪等と同じく、これらの者の性的自由ないし性的自己決定権を侵害するものであるといえる。¹⁸⁾」と(下線筆者)。

要するに、同罪は、監護者自身が、その影響力があることに乗じて被監護者とわいせつ行為ないし性交等をした行為を罰するものなのである。その法定刑が児童福祉法34条1項6号の違反よりもはるかに重い5年以上の有期懲役であるのは、まさに監護者自身がその影響力に乗じて被監護者を性欲の対象として扱う行為を重大な犯罪と考えたためである。

そこで、これを受けて、深町晋也は、本罪の保護法益も、単に監護者の影響力に乗じて何者かが18歳未満の者にわいせつな行為や性交等をする¹⁹⁾ことで侵害されるその性的自由ないし性的自己決定権や、児童福祉法が保護する児童の性的発達・健全育成というのではなくて、「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を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¹⁹⁾」と述べている。

18) 松田=今井・前掲注 2) 250頁、前田編集代表・前掲注 2) 537頁。そのように書いておきながら、同書は非監護者のみが実行に及んだ場合であっても「65条1項が適用され、本罪の共同正犯が成立し得る。」(前田編集代表・前掲注 2) 539頁と述べている。これは、明らかな矛盾である。しかも、松田=今井・前掲注 2) 250頁は、その解釈の根拠となる法制審議会刑事法特別部会での議論を、ここではまったく引用していない。

19) 深町晋也「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——」立教法学97号(2018年)109頁。深町は、そう考え

監護者でない者が監護者と共謀して被監護者と性交した場合の監護者性交等罪の成否（松宮）

(2) この点については、本判決も、監護者性交等罪の立法趣旨を「監護者が、そのような依存・被依存ないし保護・被保護の関係により生ずる監護者であることによる影響力があることに乗じて、18歳未満の者に対し、わいせつな行為や性交等をすることは、強制性交等罪等と同じく、これらの者の性的自由ないし性的自己決定権を侵害するものである」と述べている。つまり、本罪は「監護者自身が被監護者に対しわいせつな行為や性交等をすること」であることを認めているのである。

それにもかかわらず、本判決は、突然、「本罪は身分犯であるが、身分のない者であっても、身分のある者と共謀し、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、自ら18歳未満の者と性交等をした場合には、その性交等は、18歳未満の者の自由な意思決定に基づくものとはいえず、その性的自由ないし性的自己決定権を侵害するといえるから、65条1項により、監護者性交等罪の共同正犯が成立すると解すべきである。」と結論づける。一体、「監護者が、……性交等をすること」という話はどこに行ったのであろうか。

(3) 付言すれば、統一的正犯体系に基づき、身分犯では「身分」（「一身的な資格または関係」）が犯罪関与者の誰か一人にあれば非身分者が「実行」しても関与者全員を身分犯で処罰できるとする、先の共謀共同正犯適用論に似た規定を持つオーストリア刑法²⁰⁾にも、その最高裁判所に以下のよう

↘ ないと「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的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。」（前掲108頁）と述べている。松原芳博「身分犯の共犯をめぐる諸問題」研修904号（2023年）9頁も、本罪を監護者自身が性交等を行うことを予定した犯罪類型であると解すべきだとしている。

20) オーストリア刑法14条には、以下のような規定がある。 ↗

な興味深い裁判例がある。1991年2月19日の裁判例である。

すなわち、当時のオーストリア刑法212条に定められていた監護者による被監護者への姦淫のための権力関係の濫用の罪に関し、オーストリア最高裁は、被告人が未成年の息子に、暴力を用いて、共同被告人と性交するよう強制した事案について、212条の「姦淫のための権力関係の濫用は、自らの手で犯した犯罪であり、犯罪者自身が被害者と性的接触に及んだ場合にのみ成立する」と述べたのである²¹⁾。ここで決定的だったのは、「性行為をした」という当時のオーストリア刑法212条の文言であった²²⁾。

オーストリア刑法の身分犯の共犯に関する規定は、ドイツでは時代遅れのものとなっている「違法身分は原則的に連帯し、責任身分は個別化する」というテーゼに基づいて作られている。その14条1項が違法身分に関する規定であり、同条2項が責任身分に関する規定である。しかし、この裁判例が示すように、違法身分であっても身分者が実行しなければ真正身分犯は成立しないのである²³⁾。

▼ 1項「法規が、可罰性または刑の量を所為の不法に関係する行為者の一身的な資格または関係に依存させているとき、この資格または関係が関与者のうちの一人に存在する場合には、この法規を全関与者に適用する。但し、所為の不法が特別の一身的な資格または関係を有する者の直接的実行またはその他一定の態様における加功に依存するときは、この条件が満たされることを要する。」

2項「これに反して、特別の一身的な資格または関係が、もっぱら責任にのみ関係する場合には、この法規は、この資格または関係を有する関与者にのみ適用される。」

21) OGH, 11 Os 5/91.

22) 以上につき、佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯(3)」立命館法学319号(2008年)66頁以下参照。なお、現在のオーストリア刑法211条には、第三者と性行為をさせた場合も含まれているが、その刑の上限は3年の自由刑にすぎない。<https://www.jusline.at/gesetz/stgb/paragraf/212> 2024年2月7日参照。

23) オーストリア刑法がこのような規定になってしまった一因は、先に述べた賄賂の「收受」問題にある。実質的に利益を手に入れる公務員ではなく、その指示に従って受けとった非公務員が「收受した」と考えてしまったために、間接正犯の「道具」ではない非公務員を介した間接正犯を認めるという矛盾に直面し、実行者ではなく背後者に身分があってもよいのではないかとする考えが生まれたのである。そのあたりの事情については、佐川・前掲注22)22頁以下を参照されたい。

5 結 論

(1) 本件では、性交をしたのは非監護者である。たしかに、非監護者もまた、事実として、監護者に頼み込んでその影響力を利用し、被監護者と性交等をする事は可能であるし、これは卑劣な行為である。しかしながら、その卑劣さは、監護者自身がその影響力が一般的にあることに乗じて被監護者と性交等をした場合と同じとは到底言えない。したがって、実質論としても、監護者性交等罪の成立を認めた本判決は不当である。このような解釈がまかり通れば、児童福祉法34条1項6号の罪は実質的に刑法179条の罪に吸収されてしまう。現に本件では、児童福祉法34条1項6号の罪は問題とされていない²⁴⁾。

しかし、それを超えて、身分者自身が犯罪を実行していない事案に真正身分犯の成立を認めることは、身分犯についての無理解をさらけ出すものである。また、この解釈の誤謬は、刑法179条の罪を超えて、真正身分犯一般についてその成立範囲を不当に拡大し、たとえば公務員の了解を得てその私設秘書が業者から謝礼を受け取った場合でも、刑法197条以下の賄賂收受罪を認めることになってしまうことから明らかである²⁵⁾。その結論を避けなければ、監護者性交等罪は——本判決の前提に反して——非身

24) 松田＝今井・前掲注 2) 255頁は、児童福祉法34条1項6号の罪は「18歳未満の者の健全な育成」という法益を有するので、本罪とは包括一罪ではなく観念的競合になると解しているにもかかわらず、である。

25) これは杞憂ではない。特別法の領域では、身分者が実行していないにもかかわらず、誰も気づかないまま、65条1項と60条および共謀共同正犯構成を介して、真正身分犯の成立を認めてしまったものがある。破産法268条1項および40条1項の「虚偽説明罪」を、説明をした非身分者が身分者と共謀したという理由で認めてしまった最決平成29・6・7 LEX/DB25546821が、それである。もっとも、この事件は、弁護人も含めて、誰もこの問題に気づいていないまま確定したのであるから、この結論の「判例」性はないと考えてよいであろう。なお、本決定につき、平山幹子「判批」新・判例解説 Watch 22号（2018年）193頁、松宮・前掲注 17) 15頁、226頁も参照されたい。

分犯と解するしかない。したがって、いずれにしても、原判決およびこれを是認した本判決は速やかに破棄されるべきである。

(2) なお、身分者が実行しない限り真正身分犯は成立しないという理は、監護者性交等罪を「自手犯」とみるかどうかという問題とは関係がない。たしかに、本判決も認めるように本罪は「自手犯」である。しかし、「自手犯」というのは身体的挙動をした者のみが正犯となり得る犯罪という意味である。したがって、無免許運転罪のように、身分犯でなくても、「自手犯」はあり得る²⁶⁾。本件に現れた非身分者のみが実行した場合の真正身分犯の成否という問題は、そうではなくて、身分者が真正身分犯を実現しなくても真正身分犯の構成要件が充たされるのかという問題である。

26) 岡山簡判昭和44・3・25刑月1巻3号310頁は、無免許運転罪につき、運転していない背後者による間接正犯を否定している。齊藤・前掲注1)189頁は、このように本件で監護者性交等罪の成立を認めることが、真正身分犯の成否一般に広がるものであることを看過している。