

非身分犯としての監護者性交等罪

——身分犯の痕跡——

三代川 邦 夫

序

身分犯とは、構成要件上の主体が限定されている犯罪をいう。しかし、非身分者には正犯が成立しないだけで、共犯の成立は妨げられない（刑法65条1項）。

では、身分者は身分犯を直接には犯していない場合、非身分者に身分犯の共犯は成立するのだろうか。正犯が存在しない以上、共犯も成立しないように思えるが、実質的には身分犯の不法が実現されているのであれば、身分犯の共犯の成立を認めてもよいように思える。

この点が正面から問題となった判例⁽¹⁾が登場した。その問題状況を

(1) 最決令和7年1月27日刑集79巻1号1頁。1審の評釈として、齊藤豊治「判批」新・判例解説 Watch 34号（2024）187頁、小池信太郎「判批」法教523号（2024）105頁、佐川友佳子「監護者性交等罪をめぐる共犯と身分」刑ジャ80号（2024）64頁、橋本広大「判批」法セミ833号（2024）122頁、菊地恵理子「判批」研修907号（2025）77頁がある。2審の評釈として、松宮孝明「判批」新・判例解説 Watch 35号（2024）161頁、伊藤嘉亮「判批」刑ジャ83号（2025）109頁、松原芳博「判批」早稲田法学100巻2号（2025）237頁がある。最高裁の評釈として、橋爪隆「判批」有斐閣 Online ロージャーナル L2502002（2025）、東條明德「判批」法教536号（2025）110頁、松枝正宣「判批」警察学論集78巻4号（2025）145頁、深町晋也「判批」令和6年度重判（2025）118頁、熊澤啓介「判批」警察公論80巻5号（2025）83頁、平山幹子「判批」新・判例解説 Watch 刑法 No.217

整理すると次のようになる。

非監護者 X が監護者 A と共謀の上、監護者の影響の下、18歳未満の被監護者 V と性交した場合、X に監護者性交罪は成立するか。監護者が65条1項にいう身分であるとすれば、非監護者 X にも身分犯である監護者性交等罪の共同正犯が成立する余地がある。ここでのポイントは、身分者は構成要件的行為を行っていない、つまり身分者は身分犯を直接には実行していないという点にある。

判例は、非監護者 X に監護者性交等罪（の共同正犯）の成立を認めた。しかし、学説では、真正身分犯においては、身分者が身分犯を実行していなければそもそも身分犯は成立しないはずであり、身分犯の共犯も成立しえない、という見解がある⁽²⁾。そして、「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」⁽³⁾と指摘する。この見解を支持するか否かは措くとして、この指摘は問題の本質を的確に捉えている。なぜなら、「真正身分犯において、身分者自身が当該犯罪を実行する必要があるか」という問題は、真正身分犯は何を実現しようとしている犯罪なのか、何のために存在しているのか、という問題そのものだからである。

そこで、本稿では、この判例をきっかけとして、「真正身分犯とは何なのか」という観点から、上記の監護者性交等罪の事例について考えてみることにしたい。その上で、監護者性交等罪は身分犯として果たして合理的な規定なのか、そもそも身分犯という概念そのものに問題が含まれているのではないか、というところまで掘り下げていきたい。

(2025) 1 頁がある。

(2) 松宮孝明「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」立命館法学414号（2024）669頁参照。

(3) 同上668頁。

1. 監護者性交等罪の罪質

(1) 監護者性交等罪の立法経緯

まず、監護者性交等罪の立法経緯を確認しよう⁽⁴⁾。18歳未満の被監護者は、精神的に未熟である上に、監護者に精神的・経済的に依存している。そうすると、そのような状況下における性行為は、強制性交等罪・強制わいせつ罪⁽⁵⁾（監護者性交等罪創設当時）と同等に被害者の性的自律⁽⁶⁾を侵害するものと評価できる。このような理由から、監護者性交等罪が平成29年改正によって新設された。

立案担当者の解説によれば、同罪の主体は「その者（18歳未満の者）を現に監護する者」であり、身分犯である⁽⁷⁾。そして、非身分者が身分者と共謀し、非身分者が性交をした場合、身分者は性交をしていなくとも、両者はいずれも監護者性交等罪の共同正犯が成立しうる⁽⁸⁾。ただ、そのような結論を是とするか否かを考えるに際しては、監護者という身分の性質、ないしは監護者性交等罪における不法の内容を、もう少し厳密に分析する必要があるだろう。

(2) 監護者性交等罪の不法内容

監護者性交等罪は、監護関係の存在により、被害者が性交に応じざ

(4) この段落の記述は、松田哲也＝今井將人「刑法の一部を改正する法律について」曹時69巻11号（2017）246頁以下を参照した。

(5) 表記の便宜のため、以下では特に断らない限り性交の事例を念頭に置いて記述していく。

(6) 「性的自由」「性的自己決定権」という表現の方が、人口に膾炙していると思われる。しかし、「性的自律」と表現する方が、人格の中核を構成している点を捕捉でき、より適切だろう。したがって、本稿では「性的自律」という表現を用いる（拙著『被害者の危険の引受けと個人の自律』〔立教大学出版会・2017〕21頁・注52参照）。おそらく同様の理解に基づき、性的自律という表現を用いて記述するものとして、小林憲太郎『刑法各論』（新世社・2024）88頁以下参照。

(7) 松田＝今井・前掲注(4)「刑法の一部を改正する法律について」248頁・250頁参照。

(8) 同上250頁参照。

るをえないと思ひ性交をしてしまうという意味で、不同意性交等罪と実質的にみて同等に性的自律を害する犯罪である。言い換えれば、現実には監護関係が存在することによって、この意味での性的自律が害される危険性を有意に高めていることになる。そして、その危険の現実化として性交がなされたのであれば、同罪の捕捉する不法が実現されたものと評価でき、ひいては不同意性交等と同等の不法が実現されたものと評価されることになる。「影響力があることに乗じて」という要件に関して、具体的に影響力が行使されたことの立証は不要と解されているが、それは、上記危険が現実化されたことを要件化したものだからである⁽⁹⁾。

以上の理解とは異なり、監護者性交等罪の保護法益として、被害者の性的自律に加え、児童の性的な発達・健全育成を重視する見解⁽¹⁰⁾も主張されている。この見解は、監護者には、監護関係を性的関係に転化させてはならない責任があるという⁽¹¹⁾。このような観点を加えることにより、「現に監護する者」の解釈や適用範囲、非身分者が加功した場合の解釈に差異が生じることになる⁽¹²⁾。たとえば、「現に監護する者」というために、被害者の人格的発達に対して最終的に責任を負うような立場であることを要求する。しかし、それは過大な要求ではな

(9) この段落の記述は、小林・前掲注(6)『刑法各論』93頁以下の理解に基づく。

(10) 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)100頁参照。論者の理解の前提として、そもそもの強制的性交等罪の保護法益として、性的自律のみならず被害児童の性的発達・健全育成も含まれている、という理解がある(同「児童に対する性犯罪について」『西田典之先生献呈論文集』〔有斐閣・2017〕319頁参照)。

(11) 深町・前掲注(10)「家庭内における児童に対する性的虐待の刑法的規律」109頁参照。

(12) 同上110頁以下参照。そもそも、被害者の性的自律侵害が認められるにもかかわらず、監護者による児童の性的健全育成の阻害は認められないという事態は想定しがたい、という指摘もある(小林憲太郎『刑法総論〔第3版〕』〔新世社・2025〕350頁参照)。

いだろうか⁽¹³⁾。監護者性交等罪や監護者わいせつ罪が、176条1項や177条1項の例によると規定しているところからすると、強度の経済的・精神的依存関係さえあれば⁽¹⁴⁾、176条1項や177条1項と同等の不法が実現されていると評価できるように思える。

また、この見解に近い立場として、被害者の性的自律が中核的な保護法益であるとしつつ、児童の発達・健全育成という視点を併せ考慮する見解⁽¹⁵⁾も主張されている。問題はその考慮の仕方であるが、松原は、量刑判断において考慮するという趣旨であって、具体的な要件の解釈を左右するという趣旨ではないようである。樋口は、量刑判断において考慮する⁽¹⁶⁾だけでなく、「乗じて」要件など、具体的な要件の解釈にも影響を及ぼそうとしている⁽¹⁷⁾。そのような解釈であれば成り立ちうるように思われ、本稿としての立場は留保しておきたい。

(3) 監護者性交等罪と不同意性交等罪（強制性交等罪）との関係

本稿は、監護者性交等罪は基本的に性的自律を保護法益とする犯罪だと理解しているが、その場合、不同意性交等罪⁽¹⁸⁾とはどのような関係に立つのだろうか。立法当時、強制性交等罪には暴行・脅迫要件が課され、準強制性交等罪には抗拒不能・心神喪失要件が課されていたことから、それらの要件を充足しないものの、同等に性的自律を害するがゆえに、監護者性交等罪が立法されたのであった。したがって、

(13) 小池・前掲注(1)「判批」105頁や松枝・前掲注(1)「判批」163頁も参照。

(14) 品田智史「監護者性交等罪の検討」刑ジャ55号(2018)13頁は、個別具体的な事案における被害者の同意の有無や抗拒不能状態の有無を問うことなく、典型的に強制わいせつ罪・強制性交等罪と同等の当罰性を基礎づけるような関係性が要求されるはずであるという。具体的にどこまでが監護者に含まれるかはおくとして、一般論としてはそのとおりであろう。

(15) 樋口亮介「性犯罪規定の改正」法時89巻11号(2017)115頁、松原芳博『刑法各論〔第3版〕』(成文堂・2024)107頁参照。

(16) 樋口・前掲注(15)「性犯罪規定の改正」118頁参照。

(17) 同上115頁参照。

(18) 監護者性交等罪立法時は強制性交等罪。

罪数としては法条競合（補充関係）の関係に立つと考えるべきだろう⁽¹⁹⁾。

このような理解とは異なり、松原は、監護者性交等罪は、典型的に自由な意思決定が認められない事例を捕捉する犯罪であるものの、個別具体的な事案において自由な意思決定が欠落する不同意性交等罪と役割分担を担っている、という⁽²⁰⁾。しかし、そこまで厳格で排他的な役割分担をさせる必然性はないだろう。立証の難易等に鑑みて、立証のしやすい犯罪で公訴提起すればよく、かつ監護者性交等罪と不同意性交等罪のいずれかが成立するのであれば、残りの犯罪が重ねて成立することはない、というだけの話ではないだろうか。松原は、監護者性交等罪において、監護者による働きかけの影響について積極的な認定はなじまず、そういった個別具体的な判断は不同意性交等罪の成否においてなされるべきだという⁽²¹⁾。しかし、監護者性交等罪は、そこまでの解釈論的帰結を内包するものではなく、個別具体的な判断を排斥する必要はない—むしろ後述するように、事案によっては個別具体的な判断が求められる—と思われる。

監護者性交等罪の立法当時は、強制的性交等罪において暴行・脅迫要件が課され、準強制的性交等罪においては抗拒不能・心神喪失要件が課されていたが、令和5年改正により不同意性交等罪へと改正・統合された結果として、その関係性も微妙に変化している。不同意性交等罪と監護者性交等罪の関係についていえば、7号⁽²²⁾や8号⁽²³⁾類型と近似

(19) 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70巻8号（2017）58頁参照。訴訟法的な処理については、松田＝今井・前掲注(4)「刑法の一部を改正する法律について」266頁注16参照。

(20) 松原・前掲注(1)「判批」243頁参照。

(21) 同上243頁参照。

(22) もともと監護者性交等罪は、長期的に反復して虐待がなされ、被監護者が抵抗意欲を失っており、暴行・脅迫要件や抗拒不能要件を充足しない事例を捕捉するという含意も有していた（松田＝今井・前掲注(4)「刑法の一部を改正する法律について」256頁注2参照）。

(23) 8号の地位利用類型は、監護者性交等罪として捕捉するほどの強度の依存関係がないとされ、同罪の捕捉範囲から除外されていた事例群であっ

するが、監護者性交等罪の事例を不同意性交等罪の7号や8号で処罰しようとする、不同意困難状態を立証しなければならない。監護者性交等罪においては、不同意困難状態を立証する必要はなく、いわばそれが典型的に擬制されているものと解される⁽²⁴⁾から、不同意困難状態の立証という点で実際には重要な相違があるということになる。不同意困難状態の立証が不要になるという意味では、監護者性交等罪は、不同意性交等罪の7・8号類型に包摂されるものでもなければ、あるいは不同意性交等罪と統合して9号類型として新設されるべきものではなく、独立の条文としての存在意義があることになる。

(4) 監護者性交等罪の行為主体

立案担当者は、監護者性交等罪は身分犯であるとしつつも、「性交等」を行う行為主体について、自らが性交等をした場合だけでなく、第三者に性交等を行わせる場合も含まれる、と解しているようにみえる⁽²⁵⁾。もし立案担当者のように解すると、監護者が非監護者に性交させる場合も、監護者は同罪の構成要件を充足することとなるが、そこ

た(同上257頁注3参照)。いわば準監護者性交等罪とも呼ぶべき事例であり、監護者性交等罪ほどの強度の依存関係は要求されない代わりに、後述するような不同意困難状態の立証が要求されていると考えられる。

(24) 亀井源太郎ほか『刑法II各論〔第2版〕』(日本評論社・2024)44頁〔和田俊憲〕参照。176条3項や177条3項のような、性交同意年齢に関する規定が監護者性交等罪には存在しないことから、監護者性交等罪において被害者の同意を観念する余地が文理上排斥されているわけではない。ただ、立案担当者によれば、そもそも18歳未満の被監護者が典型的に自由な意思決定が困難であることに着目して、同罪が立法されたのであるから、被害者の同意の有無を問題とする余地はないことになる(松田=今井・前掲注(4)「刑法の一部を改正する法律について」45頁参照)。そうすると、被監護者が16歳以上18歳未満の場合には、不同意性交等罪においては同意の有無を問題とする余地があるのに対し、監護者性交等罪では同意の有無を問題とする余地がないという点でも、相違点が認められることになる。

(25) 松田=今井・前掲注(4)「刑法の一部を改正する法律について」242頁注14は、強制性交等罪の解説として、第三者に性交等をさせる場合も「性交等」に含むとした上で、監護者性交等罪の解説において「本項の『性交等』は、第177条の『性交等』と同じ意味である」としている(同254頁)。

まで意図した記述かどうかは明らかでない。

立案担当者の理解に対しては、同罪が身分犯である以上、行為者が性交等をしたと評価できることが必要であるとして、間接正犯か共同正犯の事例に限り、同罪の成立を認めるべきだという異論が主張されている⁽²⁶⁾。

たしかに、身分犯であるとしながら、第三者が性交等を行った場合にも監護者性交等罪が成立するというのは、やや奇異に映る。いずれにせよ、この議論から窺えることは、本罪は監護者自らが被監護者と性交等を行うという二者間関係を想定したものであって⁽²⁷⁾、第三者たる非監護者が性交等を行うというのは変則事例 (anomaly) だということである。そうであるがゆえに、後に論ずるように、身分犯であることの本質的問題点が露呈してくるのである。

2. 監護者性交等罪の共犯

(1) 身分犯の共犯

監護者性交等罪の共犯の成否を検討する前提として、身分犯の共犯をどう考えるかを明らかにする必要がある。身分犯の共犯の成否については、65条1項を機械的に適用するのではなく、あくまで同罪の不法内容に着目すべきである。そのことを、ここで簡単に確認しておく。

65条を機械的に適用すると、次のような問題が生じる。Xが保護責任者Aに対し、Aの子Vを遺棄することを教唆した場合、Aには保護責任者遺棄罪が成立し、同罪は加減的身分であるから、65条2項が適用される結果、Xには単純遺棄罪の教唆犯が成立する。これに対し、XがAに対し、Vの不保護を教唆した場合、Aには保護責任者不保護罪

(26) 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)6頁参照。中谷雄二郎「共犯と身分をめぐる実務」刑ジャ80号(2024)77頁も実質的に同旨であろう。

(27) 品田・前掲注(14)「監護者性交等罪の検討」15頁注34参照。

が成立し、同罪は構成的身分であるから、65条1項が適用される結果、Xには保護責任者不保護罪の教唆犯が成立する。つまり、同じ保護責任者という身分について、遺棄の場合には65条2項が適用され、不保護の場合には65条1項が適用されることになる⁽²⁸⁾。

この点を問題視し、不法は誰が行っても不法であるのに対し、責任は個別的非難であることから、65条1項は不法に関する身分であり、65条2項は責任に関する身分であるとしたのが西田典之である⁽²⁹⁾。条文の文言から乖離しているという難点は否めないものの、標準的な刑法理論と整合的に解釈するのであれば、このように解釈するほかないと思われる⁽³⁰⁾。

このような理解に基づき、違法身分に関しては、非身分者であっても、身分者を介して不法を実現できるから、非身分者にも身分犯の共犯が成立することを論証したのである。言い換えれば、共犯は自身が実現した不法と責任によって、(従属性の限度内で)その成立する罪名が定まるのであり、その意味では65条1項はあってもなくても結論は変わらず、不要な規定だということになる⁽³¹⁾。

(28) 西田典之〔著〕橋爪隆〔補訂〕『刑法総論〔第4版〕』(弘文堂・2025) 442頁のあげる例を用いた。

(29) 西田典之『新版 共犯と身分』(成文堂・2003)〔初版：1982〕参照。

(30) 山口厚『刑法総論〔第4版〕』(有斐閣・2025) 354頁、井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005) 395頁以下、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣・2013) 414頁以下、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(判例時報社・2018) 714頁以下、同・前掲注(12)『刑法総論〔第3版〕』 351頁参照。

(31) 西田・前掲注(29)『共犯と身分』 352頁以下参照。65条2項については、西田は、罪名従属性を緩和する創設規定であるから、必要な規定であるとする。尊属殺を例にとると、65条2項が、非身分者である共犯について、尊属殺の共犯構成要件の成立を積極的に排除するからこそ、非身分者である共犯は通常殺の共犯構成要件しか充足しないという帰結がもたらされるのだという(同207頁参照)。西田は、共犯の罪名が正犯の罪名に拘束されるという意味で罪名従属性を理解しているように思われるが、そもそも要素従属性を超えて罪名従属性を要求することに根本的な疑問がある(山口厚『犯罪論の基底と展開』〔成文堂・2023〕 182頁以下、小林憲太郎「西田

(2) 非監護者による性交についての監護者性交等罪の共犯の成否

このように、非身分者に身分犯の共犯が成立するか否かは、非身分者が身分犯の不法を実現したと評価できるかどうかによって、決すべきことになる。そうすると、監護者が構成要件的行為を行っていないにもかかわらず、監護者性交等罪が成立するかという問題は、非監護者による性交が、監護関係の存在による性的自律に対する危険の現実化と評価できるかという点に帰着する⁽³²⁾。その意味で、最終的には事案次第ということになるが、非監護者が被監護者と性交する事例を類型的に排除する必要はないことになる⁽³³⁾。

問題となった判例の事案では、監護者が、非監護者である被告人との性交に応じさせるために、被害者の説得を繰り返したりしていたことから⁽³⁴⁾、非監護者による性交は、監護関係の存在による性的自律に対する危険の現実化と評価することができるだろう⁽³⁵⁾。それゆえ、この事案においては、非監護者に監護者性交等罪の共犯の成立を認めることは可能だと思われる。もっとも、判例の趣旨が、同罪の共犯が成

教授の身分犯論」前掲注(10)『西田典之先生献呈論文集』60頁以下参照)。そうすると、65条2項がなくとも、身分者と非身分者の罪名が分離するという帰結を導くことができるため、65条2項も不要な規定ということになる。

(32) おそらく同旨の理解として、橋爪隆「性犯罪に対する処罰規定の改正等について(2)」警察学論集77巻10号(2024)137頁、同・前掲注(1)「判批」、小池・前掲注(1)「判批」105頁、松枝・前掲注(1)「判批」163頁参照。また、直接的には監護者性交等罪の共犯についての記述ではないものの、176条3項・177条3項の年齢差要件に関して、年齢差要件を充足する者と充足しない者との間に65条1項が適用可能かという問題が生じることとの対比で、監護者性交等罪は、監護者であることによる影響力に乗じたという実質要件が規定されていることから、非監護者が性交した事例であっても、影響力によって被監護者の未熟さに乗じて性交が行われたとの評価が可能であるという指摘がなされている(樋口亮介「いわゆる性交同意年齢の引上げ」刑ジャ78号〔2023〕39頁参照)。

(33) 齊藤・前掲注(1)「判批」189頁参照。

(34) 菊地・前掲注(1)「判批」79頁以下も参照。

(35) 松枝・前掲注(1)「判批」172頁以下参照

立するために、そういった事情が認められることを必要条件とするところまで含むか否かは、明らかでない⁽³⁶⁾。形式論理でいえば、そういった事情が認められなくとも、65条1項を機械的に適用すれば、同罪の共犯の成立が認められる。しかし、同罪の不法内容に鑑みれば、同罪の共犯を無限定に認めるべきではなく⁽³⁷⁾、監護者による被監護者への影響に、非監護者が乗じたような場合にのみ、同罪の共犯の成立を認めるべきだろう。

この帰結は、監護者性交等罪の保護法益として、被監護者の健全成長・発達も含まれるという見解に立った場合であっても、導かれるはずである。この見解に立つと、監護者は自ら性交をしていない場合には、監護関係を性的関係に転化させたわけではないため、原則として監護者性交等罪は成立せず、児童淫行罪（児童福祉法34条1項6号）が成立するにとどまるようにも思える⁽³⁸⁾。しかし、監護者が自己の影響力に乗じて、被監護者が望まない性的関係を有するように働きかける場合には、監護関係を性的関係に転化させたといえるため、監護者性交等罪が成立するという⁽³⁹⁾のであるから、本稿と同様の結論に至るだろ

(36) 東條・前掲注(1)「判批」110頁が指摘するように、最高裁は詳細な事実関係には言及していないため、射程が広い判例と読む余地はある。ただ、最高裁は、本件の事実関係を前提として原判断を是認しているのであろうし（判例秘書 L08010004に付されたコメント参照）、あくまで当該事案のような、監護者性交等罪の不法が実質的に実現された事例においてのみ同罪の共犯の成立を認めるべきであり、射程を広く認めるべきではない（高裁の評釈であるが、伊藤・前掲注(1)「判批」114頁も同旨と思われる）。

(37) 佐川が指摘するように、監護関係と性交との結びつきがない場合をも同罪で捕捉するのは、同罪の趣旨にそぐわない（佐川・前掲注(1)「判批」67頁参照）。立案担当者の解説は、無条件に同罪の共同正犯の成立を認めるように読めるが（松田＝今井・前掲注(4)「刑法の一部を改正する法律について」250頁参照）、もしそうであれば妥当ではない。

(38) 深町・前掲注(10)「家庭内における児童に対する性的虐待の刑罰的規律」110頁参照。

(39) 深町晋也「家族をめぐる刑法の役割—家族刑法学の構築に向けて」法教535号（2025）47頁、同・前掲注(1)「判批」119頁参照。

う⁽⁴⁰⁾。

(3) 自手犯的理解の問題点

以上の理解とは異なり、監護者性交等罪は、そもそも監護者しか犯しえない犯罪だ、という自手犯的な理解がある⁽⁴¹⁾。つまり、偽証罪が、宣誓した証人が偽証した場合にしか成立しえないのと同様に、監護者性交等罪も監護者自らが性交等を行った場合にしか成立しえない、という理解である。なぜそのような理解を採るのかというと、同罪は、性交等の相手が監護者であることの影響力により、同意が不任意となる状況を類型化したものだからであり⁽⁴²⁾、およそ自由な意思決定によるとは認められないのは、性交等の相手方が監護者である場合に限られるという⁽⁴³⁾。

しかし、それは論理が飛躍しているのではないだろうか。たしかに、典型例は性交等の相手方が監護者の場合であろうが、同罪が想定している不法は、相手方が監護者の場合に限られないだろう。おそらく、松原の理解としては、監護者性交等罪はいわば自手犯として形式的に解釈適用され、個別具体的な状況を踏まえて性的自律の侵害の有無を判断するのは、不同意性交等罪においてなされるべきだ、というのであろう⁽⁴⁴⁾。先述したとおりであるが、監護者性交等罪が想定する不法が実質的に実現されているのであれば、同罪の共犯の成立を認めることに理論的な支障は存在しないのだから、監護者自らが性交等を行った場合に限定する必要もないだろう。

松原が、監護者性交等罪を自手犯として位置づける趣旨なのかどう

(40) もっとも、判例のような事案について、監護者性交等罪の共犯の成立を認めるという限りでは一致するが、共犯の成立を認める範囲は本稿より広くなると思われる（深町・前掲注(1)「判批」119頁参照）。

(41) 松原・前掲注(1)「判批」241頁以下参照。

(42) 松原芳博「身分犯の共犯をめぐる諸問題」研修904号（2023）9頁参照。

(43) 松原・前掲注(1)「判批」242頁参照。

(44) 松原・前掲注(42)「身分犯の共犯をめぐる諸問題」14頁注33、同・前掲注(1)「判批」243頁参照。

かは定かではないが、そもそも自手犯的な発想そのものについて、根本的な疑問がある⁽⁴⁵⁾。自手犯の典型とされる偽証罪に関しては、手話で虚偽を述べ、情を知らない通訳に陳述させた証人にも成立しうるものであり、間接正犯が成立する余地がある⁽⁴⁶⁾。したがって、理論的に間接正犯の成立の余地が排除されているわけではない。また、継続的な生活態度を罰する浮浪罪（軽犯罪法1条4号）のように、構成要件の個別の解釈により、他者を介して正犯的に実現することを想定しがたい犯罪もあるように見える。しかし、継続的な脅迫によって浮浪を強制する余地はある⁽⁴⁷⁾。したがって、それらの犯罪は、間接正犯の事例を想定することが事実上困難だというだけであって、不可能なわけでもなければ、原理的に排除されているわけではない。

以上のように考えると、監護者性交等罪を、監護者自らが性交等を行う場合に限定する必要はないだろう⁽⁴⁸⁾。

(4) 身分なき故意ある道具と義務犯について

以上と関連して論じておくと、身分なき故意ある道具（qualifikationsloses doloses Werkzeug）という問題について、共犯の成立を否定する見解からは、非監護者が被監護者に対し性交等をした事例においても、監護者性交等罪の共犯の成立を認めるという結論は、採り難いと思われる⁽⁴⁹⁾。

身分なき故意ある道具の典型例は、公務員が、非公務員である自分の妻に、賄賂を収受させた場合である。学説の議論状況を簡潔にまとめよう。この場合、賄賂を直接収受した妻は非身分者であるから、収賄罪の直接正犯にはならず⁽⁵⁰⁾、従属性の帰結として、公務員は収賄罪の

(45) 西田＝橋爪・前掲注(28)『刑法総論〔第4版〕』80頁、小林・前掲注(12)『刑法総論〔第3版〕』40頁以下等参照。

(46) 今井猛嘉ほか『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣・2012）61頁〔小林憲太郎〕参照。

(47) 同上。

(48) 齊藤・前掲注(1)「判批」189頁参照。

(49) 松宮・前掲注(1)「判批」162頁以下など参照。

(50) 松宮・前掲注(1)「判批」162頁が指摘するように、そもそも公務員が

共犯が成立しないとされる。そこで、公務員に収賄罪の間接正犯の成立を認めるのが、かつての通説であった⁽⁵¹⁾。しかし、これに対しては、行為媒介者である妻には故意があり自律的決定をしている以上、背後者の正犯性を認めることができないという批判がある⁽⁵²⁾。そこで、背後者である身分者にも、行為媒介者である非身分者にも、共同性が認められる限りで共同正犯が成立するという考えが有力に主張される⁽⁵³⁾。

しかし、共同性が否定されるような事例では、行為媒介者に正犯が成立しない以上、共犯も成立しないという問題が生じる。この問題を解決するために主張されたのが義務犯論である⁽⁵⁴⁾。義務犯論によれば、義務違反を犯した者のみが正犯となるから、身分を有する背後者のみが正犯となり、行為媒介者は共犯という結論を導ける⁽⁵⁵⁾。そして、判例の事案においては、監護者は構成要件的行為を行っていない以上、義務違反をしたものとは評価できないから正犯が存在せず、非監護者に65条1項を適用して監護者性交等罪の共犯を認めるような解釈は到底承認しえないことになる⁽⁵⁶⁾。

賄賂を収受したといえるのだから、直接正犯が成立していると評価する余地は十分にある（小林・前掲注(12)『刑法総論〔第3版〕』295頁も同旨）。最終的には事案次第であるが、a priori に直接正犯の成立を排除するのは不適切だろう。

(51) 大場茂馬『刑法総論（下）』（中央大学・1911）1020頁以下、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社・1990）159頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣・2008）162頁等参照。

(52) 植田重正『共犯の基本問題』（三和書房・1952）16頁、中義勝『間接正犯』（有斐閣・1963）163頁等参照。

(53) 西原春夫『刑法総論』（成文堂・1977）313頁、同『犯罪実行行為論』（成文堂・1998）281頁以下、西田典之『共犯理論の展開』（成文堂・2010）87頁、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会・2002）265頁、山口・前掲注(30)『刑法総論〔第4版〕』363頁等参照。

(54) 小林・前掲注(30)『刑法総論の理論と実務』707頁参照。

(55) Vgl. *Claus Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd.2., 2003, § 25 Rn.271ff. 翻訳として、山中敬一〔監訳〕『ロクシン刑法総論 第2巻〔翻訳第1分冊〕』（信山社・2011）。

(56) 松宮孝明『刑法総論講義〔第6版〕』（成文堂・2024）309頁参照。島

本稿では、義務犯論の当否を本格的に論ずる余裕はないが、義務犯論は標準的な刑法理論からみれば異物であり、ではなぜその異物を摂り入れるかといえば、条文と整合させるためだと思われる。しかし、合理的な条文であればともかく、合理性が疑わしい条文を整合的に理解するための理論を構築して導入することに、意義はあるのだろうか⁽⁵⁷⁾。

(5) 小括

以上から、監護者性交等罪の共犯が成立するか否かは、あくまで同罪の予定している不法が実現されたかという点が、問題の本質だということになる。そして、監護者性交等罪が身分犯であるとするならば、同罪が予定する不法が実現されている限りにおいて、同罪の共犯の成立を認めるべきだという結論になる。

3. 監護者性交等罪の解釈

以上では、監護者性交等罪が身分犯であることに起因して、解釈論上の問題が生じることを論じてきた。

(1) 監護者性交等罪は本当に身分犯なのか？

ところで、松原はその論稿において、気になる論述をしている。それは、「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」という179条2項の法文を引用した上で、その

田は、65条1項は、非身分者は結果との間に他人の行為を介さない場合であるにもかかわらず、共犯の成立を拡張的に認める創設規定であると主張したことがある（島田・前掲注(53)『正犯・共犯論の基礎理論』271頁注103、同「いわゆる『故意ある道具』の理論について（3・完）」立教法学62号〔2002〕92頁参照）。身分者であるからこそ重要な役割を果たしたと評価できる限りでは、共同性を認めることは可能かもしれないが（同93頁以下参照）、常に共同性を認めうるわけではないから（同96頁参照）、処罰の間隙は避けえないだろう（小林・前掲注(30)『刑法総論の理論と実務』708頁の評価も参照）。そして、そもそも65条1項を文理上そう読めるのかという問題もある。

(57) 小林・前掲注(12)『刑法総論〔第3版〕』351頁以下参照。

文言は「現に監護する者」と「性交等をした者」が同一人であることを前提としているというのである⁽⁵⁸⁾。

本当にそうなのだろうか？

法文における主体は、「性交等をした者」であり、その修飾句として「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」たことが付加されているだけである。「監護者が」と書いていない以上、主体を監護者に限定しているという理解が一義的に導かれるわけではない。

一般に、監護者性交等罪は「現に監護する者」を身分とする身分犯だと解されている⁽⁵⁹⁾。既にみたように、立案担当者も、主体が現に監護する者であることを前提として解説し、身分犯であることも明言している。おそらく、法文の趣旨としては、行為者が「その者を現に監護する者」であることを前提として、その「ことによる影響力があることに乗じて性交等をした者」と読む趣旨なのだろう。もちろん、そのような理解は成り立つだろうし、あるいは自然な読み方なのかもしれない。ただ、異なる読み方として、行為主体は限定しておらず、性交等が「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」た場合には、同罪が成立するという文理解釈も十分に成り立

(58) 松原・前掲注(1)「判批」242頁参照。

(59) 西田典之＝橋爪隆〔補訂〕『刑法各論〔第8版〕』（弘文堂・2025）120頁、高橋則夫『刑法各論〔第4版〕』（成文堂・2022）145頁、松原・前掲注(15)『刑法各論〔第3版〕』107頁、深町晋也『家族と刑法』（有斐閣・2021）47頁参照。山口厚『刑法各論〔第3版〕』（有斐閣・2024）115頁や井田良『講義刑法学・各論〔第3版〕』（有斐閣・2023）140頁は、身分犯という単語そのものは使っていないが、犯罪の主体を監護者に限定することを前提とした記述になっており、同罪を身分犯と解する趣旨であろう。松宮孝明『刑法各論講義〔第6版〕』（成文堂・2024）131頁は、「本罪は、一般に『現に監護する者』を主体とする**構成的（＝真正）身分犯**と解されている。」としており（原文強調）、慎重な表現を採っているようにもみえる。これらに対し、本罪が身分犯ではないという含みを持たせているのか、その真意は分からないが、小林・前掲注(6)『刑法各論』93頁以下には同罪が主体を限定している旨の記述はない。

つのではないか。法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会における議論でも、非監護者が性交等を行った事例は登場していない⁽⁶⁰⁾ことから、立法者としては監護者自身が性交等を行うことを想定しているといえるだろう。しかし、立法者の意思は尊重に値するとはいえるだろうが、それに従って解釈しなければならないわけではない⁽⁶¹⁾。法解釈というのは、他の解釈と整合的で有機的な—すなわち integrity のある—意味連関を形成する意味制作作業であり⁽⁶²⁾、ただ、刑法解釈においては罪刑法定主義の観点からの外的な制約が課されているにすぎない。したがって、監護者性交等罪を身分犯と解するか否かは、「そう解する方が法文や他の事例群と整合的か」という観点から決まる。

判例のような事例について考えてみると、監護者性交等罪を身分犯と解したところで、結局のところ、65条1項を機械的に適用して解決することはできず、当該性交等が、監護関係の存在による性的自律に対する危険の現実化と評価できるか否かを判断する必要がある。ということは、解釈論上の複雑性を縮減できるわけではないのだから、身分犯と解することによる解釈論上の利点は乏しい。むしろ、身分犯と解することにより、65条1項が常に適用されて共犯が成立するという、不当に処罰範囲を拡張するような解釈もなされかねない。したがって、監護者性交等罪を非身分犯と解した上で、監護者自らが性交等を行った場合には原則として監護者性交等罪の構成要件をみたすと解しつつ、

(60) 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会議事録・第3回、第5回、第7回参照。立案担当者は、非監護者による性交に監護者が関与した場合に同罪の共同正犯の成立を認める（松田＝今井・前掲注(4)「刑法の一部を改正する法律について」250頁参照）。これについて、松原は、法制審議会の議会を反映したものではないと思われるという（松原・前掲注(1)243頁注16参照）。

(61) そもそも誰の意思をもって立法者の意思と呼ぶのかという問題があるし、立法者のいかなる意思内容をもって立法者の意思とするのか、すなわち願望なのか予期なのかという問題もある（瀧川裕英ほか『法哲学』〔有斐閣・2014〕291頁参照）。

(62) 大屋雄裕『法解釈の言語哲学』（勁草書房・2006）168頁以下参照。

非監護者が性交等を行った場合には、個別具体的事情を踏まえ、監護関係の存在による性的自律に対する危険の現実化の有無を判断すべきではないだろうか⁽⁶³⁾。

(2) 身分犯規定の合理性

以上とは異なり、監護者性交等罪の法文は非身分犯として読む余地はない、というのであれば、そもそも同罪を身分犯というかたちで規定する必要性はあったのか、という立法論上の疑問が生じる。

監護者としての影響力により、被監護者が性交せざるをえなくなつて性交されたという点が重要なのであって⁽⁶⁴⁾、そもそも正犯主体を監護者に限定する必要はなかったはずである。もちろん、こういった事象を捕捉するに際し、伝統的に身分犯という立法技術が用いられてきたため、このような立法技術を用いることも自然だったのだろう。しかし、ひとたび身分犯という法形式を採用したら⁽⁶⁵⁾、今回のように「非身分者に対する身分者の加功」といった解釈論上の問題が生じる。身分犯という形式を用いることにより問題解決が円滑になるのであればよいが、むしろ余計な議論が付け加わって問題が複雑化しているだけではないか。正犯であろうと共犯であろうと、端的に「監護者の影響によって、被監護者が性交をせざるをえなかったのか」という不法の実現の有無を問題とすればよく、後は通常の正犯性の議論によって正犯／共犯を振り分ければ足りるのではないだろうか。

(63) 前提となる理解は本稿と異なるものの、松宮・前掲注(2)「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」103頁以下も参照。また、平山・前掲注(1)「判批」3頁以下は、「監護者か否か」よりも「監護者であることの影響力の行使」が監護者性交等罪の決定的要素となるという理解について、同罪を真正身分犯であるとする理解と齟齬を来すのではないかと指摘する。本稿からすれば、まさにそのとおりであり、だからこそ身分犯という理解を否定すべきだという結論になる。

(64) 松枝・前掲注(1)「判批」166頁参照。

(65) そもそも、身分犯という概念の合理性を疑うものとして、小林憲太郎「西田教授の身分犯論」前掲注(31)『西田典之先生献呈論文集』58頁参照。

規定の置き方としては、様々なものが考えられるが、不同意性交等罪や不同意わいせつ罪の一類型として規定し、176条1項9号として追加するというかたちも考えられなくもない。ただ、同項8号の立法経緯としては、監護者性交等罪のような比較的定型的判断がなされる犯罪類型ではなく、実質的判断を要求される犯罪類型として規定されたという背景がある⁽⁶⁶⁾。そして、そのような切り分け方にも合理性がある。そうすると、不同意性交等罪の一類型として規定するのは、不当な解釈上の混乱を招く。したがって、監護者性交等罪として独立の規定を設けつつ⁽⁶⁷⁾、非身分犯の体裁をとるべきではないだろうか。

跋

本稿の結論をまとめると、以下のようになる。

監護者性交等罪が身分犯であることを前提とすると、非監護者が性交等を行い、監護者は性交等を行わなかった場合、身分者が構成要件的行為を行っていない以上、正犯が存在しない。そうすると、非監護者には、共犯を含め監護者性交等罪が成立しないことになりそうである。65条1項を機械的に適用すれば、非監護者に監護者性交等罪の共犯が成立するようにも思えるが、同罪が想定する不法を実現していない場合にも、非監護者に同罪の共犯が成立することになりかねない。そうすると、65条1項を適用するにしても、同罪が想定している不法を実現している場合、すなわち監護者が被監護者に影響を及ぼしており、それに乗じて非監護者が性交した場合に限るべきだ、ということになる。これが、監護者性交等罪が身分犯であることを前提とするな

(66) 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第6回会議議事録34頁以下、第8回会議議事録31頁以下、特にその中の佐伯委員、橋爪委員および嶋矢幹事発言参照。

(67) 立証上の問題を解決するほか、監護者性交等罪という罪名の存在により、「監護者がその影響力に乗じて性交した場合には処罰する」というメッセージを社会に発出する意義を認めることもできるだろう。

らば、採るべき解釈だと思われる。

ただ、同罪の文言を改めて読み返すと、「監護者が」とは規定していない。そうすると、そもそも同罪を身分犯だと理解する文理上の必然性はない。そして、身分犯だと理解することによって、以上のような解釈上の問題が生じることに鑑みれば、そもそも身分犯として理解することをやめるべきであろう。端的に、監護者であることによる影響力に乗じた性交等の有無を問えば足りる。監護者自らが性交等を行えば、基本的にその要件は充足するだろう。監護者以外が性交等を行った場合は、実際に影響力に乗じた性交等があるのかを、個別具体的に検討すべきことになるだろう。そのようなかたちで、同罪を非身分犯と解した上で、影響力要件を解釈していけば足りると思われる。そして、従来の可罰範囲や立証に大きな変更をもたらすものでもないだろう。

このように、身分犯と非身分犯とを差延 (différance) していくと、逆に身分犯の本質的意義が不明になる。監護者性交等罪は身分犯であるとして一般に解されてきたが、もはや身分犯の痕跡 (trace) にすぎないのではないか⁽⁶⁸⁾。

(68) 本稿については、原稿執筆段階で今井康介准教授および永井紹裕准教授からの有益な助言を得た。もちろん、その思わぬ誤解とそれに基づく記述の責任は、筆者にのみある。