**淫らな性行為及びわいせつな行為の禁止に係る部会長法的整理案**

資料１

【現行条例の趣旨】

性の商品化が進み、性に関する意識が大きく変化する中で、出会い系サイトなどの利用により、少女買春など性風俗に安易に関わる青少年と、その青少年の性を、欲望の対象として取り扱う大人の背徳的な行為が深刻な社会問題となっている。

　本条は、このような実態に鑑み、青少年の性を弄ぶ心ない大人から青少年を保護し、行為者の社会的責任を追及するとともに、青少年に正しい性意識を持たせる一助とするため設けられたものである。

　なお、運用に当たっては、プライバシーその他の人権を不当に侵害することのないよう、取り締まりの対象行為を、その動機や手段において社会的に非難を浴びるような四つの性的行為に限定している。

【部会長法的整理案】

・本条運用に当たっては、プライバシーその他の人権を不当に侵害することのないよう慎重な配慮が必要であることは言うまでもないが、社会環境の変化や法改正等を考慮し、現在の立法事実や運用の実情を鑑みて再考する必要がある。

・平成29年には法定刑の引き上げを含む刑法の性犯罪に係る改正が行われたが、大改正を始動した理念は、個人の性的尊厳、性的不可侵性を中心に考えて性犯罪の再構築を問うものである。

今回の検討にあたっても、青少年の性的尊厳、性的不可侵性が侵害されたかどうかという観点から、淫行規定は再構築されるべき。

参考：刑法の主たる改正内容

1. 強姦罪の構成要件及び法定刑の見直し等

‣対象となる行為を性交、肛門性交又は口腔性交（性交等）に改め、その罪名を「強制性交等罪」 とする

‣強制性交等罪の法定刑の下限の引き上げ

1. 監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪の新設

‣18歳未満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又は性交等をした場合について、

強制わいせつ罪又は強制性交等罪と同様に処罰する規定の新設

1. 強盗強姦罪の構成要件の見直し等
2. 強姦罪等の非親告罪化

なお、改正が見送られた項目もある（強制性交等罪における暴行・脅迫要件の緩和、いわゆる性交同意年齢（13歳）の

引き上げ等）

・同年には、強制わいせつ罪の成立要件を解釈するに当たっては、最高裁判所が、被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度にこそ目を向けるべきであるとして、客観的に被害者の性的自由を侵害する行為がなされ、行為者がその旨認識していれば、強制わいせつ罪が成立し、行為者の性的意図の有無は同罪の成立に影響を及ぼすものではないとして、昭和45年の判決を維持するのは相当ではないとした。

・全国の青少年条例は、青少年を保護すべきという考えから、青少年の自律、判断能力を育成するための環境を整えるという方向に変わってきている。

　 ・なお、政府においても平成29年刑法改正の附則において、施行後３年を目途として、性犯罪における被害の実情や改正後の規定の施行の状況を勘案し、性犯罪に係る事案の実態に即した対処を行うための施策のあり方について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づき、所要の措置を講ずるとして定められ、法務省において性犯罪の施策実施状況WGにおいて調査されている。今後その状況も考慮すべきと考える。

・特に90年代以降、インターネットの爆発的普及によって、社会の情報環境は劇的に変化しており、青少年健全育成においても、その大部分は地域の特殊性を前提に議論する時代ではなくなったと思われる。条例の横並びを議論するのではなく、必要な規制は中央立法で行うことが妥当である、条例での規制は、中央立法の受け皿としてその有効性が検証されるべきだと考える。

【他委員からの意見】  
  
・青少年の性的尊厳・性的不可侵性が侵害されたかどうかという観点から淫行規定は再構築されるべきという考えには同意。

・性犯罪にかかる刑法改正等の動きを鑑みる必要はあるものの、刑法とは趣旨・目的を異にするものなので、青少年の健全育成の見地から議論していくことも必要。

・青少年の自律や自己決定権をどう考えるのかは各委員から意見があった。

‣青少年の性的尊厳、自立性を中心において考えるという方向性がよい。  
‣青少年は判断能力が未熟な状態であることを前提に考えていくべき。  
‣パターナリズム（※）の観点が健全育成にはあり、本条例でどのように捉えるのか。  
  
（※）パターナリズム・・・強い立場にある者が、弱い立場にある者の利益のためだとして、  
　　　　　　　　　　　　　　　本人の意志は問わずに介入・干渉・支援することをいう。

・他府県では処罰の対象となっている事例は、確かに社会的には不適当だが、処罰の対象とすべきかについては議論の余地があるものもある。処罰すべき行為の範囲が一義的に明らかなわけではないので、他府県の処罰範囲が正当で大阪府が狭すぎるとも言えない。

【部会長法的整理案】

Ⅰ．規制の対象範囲について

　昭和60年判決の趣旨は受けつぎ、真摯な恋愛における性交等は処罰の対象とせず、刑法の準強制わいせつ、準強制性交等の要件を緩めるような形が考えられる。あわせて、青少年の健全な育成を阻害する行為とは何かという視点も必要。

参考：刑法（準強制わいせつ及び準強制性交等）

第百七十八条　人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、わいせつな行為をした者は、第百七十六条の例による。

２　人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、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、前条の例による。

抗拒不能・・・身体的または心理的に抵抗することが著しく困難な状態。例えば、手足を縛られている、

酩酊している、高度の恐怖・驚愕・錯誤に陥っているため、意思決定の自由を奪われている状態をいう。

Ⅱ．対象となる行為について

1. 最高裁判決について　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　最高裁が示した「淫行」の定義は、青少年の心身の未熟に乗じた不当な手段により行うものや、その多くは不当な手段により行われることが多いと考えられが、青少年を単に自己の性的欲望を満足させる対象として扱っているとしか認められないようものを示している。

　　 （２）明確化の必要性 最高裁判決の「単に自己の性的欲望を満足させる対象として扱っているとしか認められないような」については、この表現自体はあいまいであり非常に不明確であると言わざるを得ない。

・わいせつな行為については社会秩序の概念で規定されており、曖昧で不明確である。構成要件を明確化した別の文言にすべきではないか。

参考：東京高裁判決（昭和39年４月22日）

　「わいせつ行為」とは、いたずらに性欲を刺激興奮せしめたり、その露骨な表現によって健全な常識のある一般社会人に対し、性的に羞恥嫌悪の情をおこさせる行為をいうものと解する。

　　・16歳未満に対する性的行為は禁止し、16歳以上は、ある程度性的自己決定権を認める形といった年齢を区切る形で規定することも検討できないか。

１．他法令との関係性

（１）刑法との関係性

①強制わいせつ罪（刑法176条）における「暴行・脅迫」

　・暴行

　　強姦罪のような反抗を著しく困難にする程度に達する必要もなく、力の大小強弱は必ずしも問われない（判例）。被害者の隙を突いてのわいせつ行為を行う場合も含まれる。

・脅迫

　　程度については、暴行の場合と同様に、被害者の意思に反してわいせつ行為を行うに足りる程度であればよいものと解すべき。ただし、わいせつ行為が接触行為であればそれ自体を暴行と解しえる。

　　　強制性交等罪における暴行・脅迫要件の緩和は平成29年の刑法改正時には改正が見送られたが、今後の刑法の見直しによって不同意性交罪などが制定された場合は、本条例の規定も見直しが必要となる。

1. 児童福祉法との関係性

　　　児童に淫行させる行為（児童福祉法第34条第1項第6号）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淫行をなすことを対象としており、事実上の影響力を及ぼす関係性にない間柄で行われる行為については対象外となる。

【第２号について】

　専ら性的欲望を満足させる目的で、青少年を威迫し、欺き、又は困惑させて、当該青少年に対し性行為又はわいせつな行為を行うこと。

【他委員からの意見】

・青少年は判断能力が未熟で、性行為を行うことの重大さを認識していない場合もあるのではないか、青少年の心身の未熟さに乗じた手段を想定した構成要件ではどうか。

・刑法の準強制わいせつ罪を緩めた形で規定すると、相手方から働きかけがあり、それに対して抵抗するというニュアンスになる。明確にどちらからの働きかけかわからない場合に、対象外になってしまう懸念がある。

・利益供与もなく、ただSNSで性的な興味をひくようなやりとりをした上で青少年側から大人に性行為等を持ちかけた場合も、  
　　①性的な興味をひくように大人側が仕向けている場合がある  
　　②判断能力が備わっていない青少年は性的自立ができているというわけではない  
　以上の理由から、規制の対象とすべき。

　 ・児童買春罪は児童側から積極的に働きかけた場合でも、大人側が応じれば買春になる。淫行規定についても同様にすべき。

②強制性交等罪（刑法177条）における「暴行・脅迫」

・被害者の反抗を著しく困難にする程度の者で足り、反抗を抑圧する程度に達する必要はない（判例・通説）。

・ただし、その程度については、暴行・脅迫の態様のほか、時間的・場所的状況、被害者の年齢・精神状態等の諸般の事情を考慮して客観的に判断されることになる。

・また、軽い暴行であっても、実際には脅迫的効果が大きい場合が考えられるので、暴行それ自体を見れば「反抗を著しく困難にする程度」とはいえない場合であっても、強制性交等罪が認められるケースがある。

・強制性交等罪における暴行・脅迫要件の緩和については、平成29年の刑法改正時に改正が見送られたが、今後の刑法の見直しによっては本条例の規定も見直しが必要となる。

（２）児童買春罪（児童買春処罰法4条）との関係性

・児童買春とは、18歳未満の児童やその保護者らに対し、対償を供与し、又はその供与の約束をして、当該児童に対し、性交等を行う行為。

　　　・対償

　　　　児童が性交等をすることに対する反対給付としての経済的利益。現金のみならず、物品、債務の免除も「対償」となる。金額の多寡は問われない。

（３）児童に淫行させる罪（児童福祉法34条1項6号）

・児童に淫行させる行為は、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淫行をなすことを対象としており、事実上の影響力を及ぼす関係性にない間柄で行われる行為については対象外となる。

２．最高裁判決（福岡県青少年保護育成条例合憲判決：昭和60年10月23日）

判旨

・「淫行」とは、広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきでなく、青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、青少年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性交又は性交類似行為をいうものと解するのが相当である。

・ただし、伊藤裁判官、谷口裁判官、島谷裁判官の反対意見があり、淫行規制条項は明確性の原則に反し、違憲・無効だとしている。

・手段を無限定にしてしまうと、処罰すべきでない行為まで含めてしまう可能性がある。青少年が弄ばれ  
心身に有害性が残るような行為を処罰すべきで、何かしらの文言で行為の限定は必要ではないか。  
  
・手段を何らかの形で限定した場合、手段を立証する事実（SNSの文面等）が必要となり、場合によって は立証のために青少年の証言が必要となる。しかし、被害に遭った動揺などから青少年がうまく証言出来ない場合、証拠が十分に集められず、立件を見送ることもあり得るのではないか。  
  
・16歳という年齢で区切るのは、SNSでのやりとりが多い中で年齢の判別がしにくくなっており、困難ではないか。また、16歳以上18歳未満であっても、性的判断には未熟さがあり、健全な育成を阻害する行為から保護すべき対象だと考える。

奥村徹弁護士より実際に起きている事例等について説明要旨

１．大阪府における青少年との性行為（児童ポルノ製造事件から）

　　児童ポルノ製造罪の判決を刑事確定訴訟記録法で閲覧した結果、児童ポルノ製造罪の中で、

性交・性交類似行為、性器接触・撮影（＝わいせつ行為）が確認された事件について説明。

２．青少年健全育成条例（淫行・わいせつ）の保護法益

　　交通事故に例えると、事故が性犯罪・児童福祉法違反（淫行させる行為・児童淫行罪）であって、

青少年条例違反は交通違反のようなものか。

　【最高裁判所判例解説刑事篇　昭和６０年度２０１頁】

　　・刑法の強姦罪等は主として個人の性的自由を保護法益とし、その処罰の対象となる性行為も自由意思の制圧ないしこれに準ずる場合としているのに対し、本条例の淫行罪は青少年の特質にかんがみてその健全な育成を図る見地から、青少年の育成を阻害するおそれのある淫行を禁じ、たとえそれが青少年の同意に基づくものであったとしてもその相手方を処罰することにしたものであるから、両者は処罰の趣旨・目的、内容（対象となる性行為の態様）等を異にするというべきである。

　【亀山継夫「児童に淫行させる罪（その２）研修３４７号６０頁）」】

　　・淫行は青少年にとってはそれ自体で健全育成に対する抽象的危険を招くものであるという認識に立った上で、青少年以外の者に対して、このような危険を回避すべき義務を課し、右義務違反に違法性を認めているもの。

　　　児童虐待については、国法（監護者性交・わいせつ罪、児童福祉法違反（淫行させる行為・児童淫行罪）、児童ポルノ・児童買春罪）が充実してきているので、条例の守備範囲は狭まるのではないか。

３．国法による一律規制の検討

長野県子どもを性被害から守るための条例の制定により、青少年の淫行処罰規定については全国

対応となったことをうけ、国法で一律規制を検討すべき。

４．大阪府青少年健全育成条例の「わいせつ行為」が定義できないこと

　　同条例のわいせつというのは、強制わいせつ罪の補充的性格であって、わいせつの定義は刑法と同じであるという。しかし、最高裁大法廷（H29.11.29）の馬渡調査官の解説によれば強制わいせつ罪の関係では、「いたずらに性欲を刺激興奮せしめたり、その露骨な表現によって健全な常識のある一般社会人に対し、性的に廉恥嫌悪の情を起こさせる行為をいう。」という定義は採らない。さらに刑法176条の関係ではわいせつの定義はなく、定義する必要もないという。これでは、行為をもって行為を定義することになって、一般人の予見可能性がまったく失われる。罪刑法定主義の見地からは、条例の「わいせつ行為」を定義する必要があるのではないか。

５．条例に威迫・困惑・欺きの要件がある場合

　　・強制わいせつ罪・強制性交等罪との関係で「暴行、脅迫に至らない程度」の要件になる。

　　・相手方（青少年）が未熟なので、「暴行・脅迫」になりやすく、条例の適用範囲が狭い。

６．無罪判決

　　・名古屋簡裁　H19.5.23（愛知県条例）

　　・神戸地裁尼崎支部　H29.8.23（兵庫県条例）

いずれも「みだらな」要件を否定