

淫行条例の刑事法的検討

三 枝 有

1. はじめに

性犯罪に対する社会意識の高まり（第3次男女共同参画基本計画での強姦罪規定見直し等）、国連女子差別撤廃委員会等の国際機関による性犯罪処罰規定の改正勧告は、平成29年の「刑法の一部を改正する法律」による強姦罪の構成要件の拡張ならびに法定刑の引上げ等¹に繋がった。刑法の性的犯罪に関する規定における拡張化は、性的犯罪そのものをどこまで処罰対象としていくかという問題のみならず、刑法以外の法規による処罰の在り方にも大きく影響するものと考えられる。特に、未成年者との性的行為を処罰する規定については、今日では、刑法における強制性交等罪（刑法177条）および強制わいせつ罪（刑法176条）、児童福祉法34条1項6号の児童淫行罪ならびに全国の都道府県における青少年保護育成条例（特に、青少年との淫行に関する部分）の淫行罪が、いわば三重的に存在し適用されている状況である。本稿では、このように性的犯罪に関する処罰規定が大きく変容する中で、特に、青少年保護育成条例における淫行罪の規定自体の存在意義を検討することで、今後の淫行処罰の方向性を模索して、あるべき姿を考えるものである。

2. 淫行条例規定の多様性

平成28年7月1日に、全国47都道府県において、淫行に関する青少年保護

¹ 平成29年の刑法改正では、従来の強姦罪から強制性交罪へと構成要件が拡張されたのみならず、監護者を主体とする性犯罪の特別類型の創設、性犯罪の非親告罪化がおこなわれ、これに合わせて集団強姦罪を廃止し、強姦後に強盗を行った場合を強盗強姦罪に含めるなどの性犯罪に関する大幅な改正が行われた。

育成条例（淫行を規制する部分を取り上げ「淫行条例」という）が、唯一なかった長野県で²、青少年との性行為を処罰する「子どもを性被害から守るための条例」が、県議会で賛成多数で可決し成立した³。淫行条例は、昭和25年の岡山県を最初に、昭和50年代までに47都道府県中46が条例を制定するに至っている。長野県での制定により、47都道府県すべての自治体に「淫行条例」が存在することになった。

淫行条例の規定は、行為者への刑罰による直罰的規制を原則としてきたが、平成以降は、社会状況の変化に対応して、出会い系サイトなどへの行政的規制を中心とする規定の方式へと変化してきている。もっとも、最新の長野県条例では、従来の直罰形式の規定を採用し、抑止力を狙った感が強いが、現実には功を奏するものでないことは、すでに制定当時でも明白であったといえる⁴。

そもそも、長野県が条例を制定する際の全国で、青少年保護育成条例による淫行処罰規定違反による検挙人数は、平成25年1,067人、平成26年1,045人であり、1県当たり年間で22件から23件という少ない数字である。それゆえ

² 長野県では、平成28年まで淫行条例がなかったことから、市のレベルで自主立法して対応している自治体もあった（長野市、佐久市、東御市、塩尻市などが淫行条例を制定していた）。しかし、実際の適用例は、極めて少なく、刑罰規定を置いてまで対応する必要性があったのか疑問である。

³ 長野県では、50年余に渡って淫行条例を設けず「県民運動」で青少年対策に取り組んできた。長野県では、戦後、西沢権一郎知事が、昭和45年に青少年健全育成は、県民運動で対応し条例は作らないと明言し、処罰規定にもとづく青少年の健全育成を排除したことに始まる。以後、吉村知事、田中知事、村井知事と歴代知事は教育での対応を堅持してきた。しかし、阿部守一知事（平成22年9月より）になってからは、方針転換が行われ、淫行条例の制定に至っている。参照、三枝有「淫行条例と特別刑法－長野県淫行条例を契機として」法政論叢53巻2号33頁以下。

⁴ 長野県が淫行条例制定に先立ち実施した県民アンケート調査結果でも、子どもの性被害悪化の原因は、「インターネット、スマートフォン等の発展・普及」が82.6%と1位である（長野県県政モニターアンケート調査は、平成25年6月に長野県全域を調査地域とし、県政モニターは1,219人、回収数（率）は822人（67.4%）、調査方法は郵送又はインターネットによるものであった）。しかし、この点については、刑罰ならびに行政上も規制対象外となっている。

に、直罰規定が子どもを保護するのに適した規定であるとは考えにくい⁵。その意味でも、長野県の規制の仕方は、時代錯誤的な規制であると同時に、謙抑主義の観点から妥当性を欠くものといえよう。

そもそも「淫行条例」といっても、その規定の仕方は自治体間で異なるものになっており、多くの自治体（40都道府県）では、北海道青少年健全育成条例第38条1項のような「何人も、青少年に対し、淫行又わいせつな行為をしてはならない。」ないしは宮城県青少年健全育成条例第31条1項「何人も、青少年に対し、みだらな行為又わいせつな行為をしてはならない。」のように抽象的規定となっている。同様に、東京都青少年の健全な育成に関する条例では、平成17年に追加されたにもかかわらず第18条の6で「何人も、青少年とみだらな性交又は性交類似行為を行つてはならない。」と行為限定はほとんどなく語句こそ幾分異なっても対象となる行為はかなり広範囲におよぶ抽象的で単純な規定となっている。

このような、いわば古典的な規定を持った多くの自治体の淫行条例は、本来、刑法や児童福祉法で対応できないような淫行行為について、社会の要請を受けて対応すべく制定されてきたはずである。昭和50年代からすでに40年近く経った今日、社会状況の変化に応じて、その対応の在り方についても、単なる方法論でなく本質論を再検討すべきではないだろうか。単純な刑罰規定を盛り込むことを中心とする規制方式で、果たして刑法や児童福祉法との間隙を埋めることはできるのであろうか。否そもそも間隙を埋めるべきなのだろうか。昭和60年の最高裁判決が出てからでもすでに30年経った平成28年の長野県条例の規定の形式が30年前の判決とほとんど変わらないこと自体、時代錯誤であり、社会環境の変化への対応の必要性を掲げた県の主張は、ま

⁵ この時期の刑法上の強姦罪の検挙件数も1,163件程度であり、児童福祉法の淫行検挙件数も1,344件と近似した数値になっており、同様な行為についての若干の程度差ないしは挙証上の問題を補正している程度に見え、この上同様な規定形式の淫行条例を制定することで抜本的解決策となるか大いに疑問である。そもそも、当時の淫行条例での送致件数は、平成7年の2,034人から1,035人と半減している。このような状況で、敢えて青少年保護育成条例で対応することが果たして有効な対応策といえるであろうか。

るで「淫らな行いは、すべて悪い。」の陳腐なお題目のようにさえ感じられる。

前述の最高裁判決昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁では、淫行条例における「淫行」とは、①「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」、②「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」と限定的に解釈することで淫行条例を合憲としている。このことを受けて長野県のように淫行行為を限定的に規定する自治体が複数存在している。

これに対して、大阪府青少年健全育成条例では、第39条「何人も、次に掲げる行為を行ってはならない。」として、1号「青少年に金品その他の財産上の利益、役務若しくは職務を供与し、又はこれらを供与する約束で、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（児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律（平成11年法律第52号）第2条第2項に該当するものを除く。）」、2号「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。」、3号「性行為又はわいせつな行為を行うことの周旋を受け、青少年に対し当該周旋に係る性行為又はわいせつな行為を行うこと。」、4号「青少年に売春若しくは刑罰法令に触れる行為を行わせる目的又は青少年にこれらの行為を行わせるおそれのある者に引き渡す目的で、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。」とかなり限定的に規定している⁶。大阪府の条例と同様に、昭和60年の最高

⁶ 大阪府以外にも、千葉県、三重県、京都府、山口県の規定は、多くの自治体とは異なる規制をしている。特に、大阪府、京都府、山口県の条例は、単なる淫行行為を処罰対象とするのではなく、淫行行為に金銭的關係を付加しており、児童買春処罰法とは、重複的な規定（大阪府条例はこの点を意識して住み分け規定をしている）となっている。千葉県、三重県は、長野県条例と類似した行為類型（最高裁大法廷判決昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁における「淫行」を行為により限定化した第1定義の形式）を規制の対象としている。

裁判決（上述の最判昭和60年10月23日）を反映させて制定された長野県子どもを性被害から守るための条例も、第17条で「何人も、子どもに対し、威迫し、欺き若しくは困惑させ、又はその困惑に乗じて、性行為又はわいせつな行為を行ってはならない。」と規定している。

このように淫行条例は、全国の自治体に存在し、客体である18歳未満の男女の未成年者に対する性的行為を処罰する点では統一的であるにもにかかわらず、行為の中心となる性的行為については、行為の限定化の範囲にかなりのばらつきがあるといえる。同時に、各自治体が規定する淫行条例の刑罰についても、すべての自治体が淫行については懲役刑を科すことでは統一的であるが、規定された行為態様が様々であることから刑の幅が6か月以上2年以下⁷、罰金は50万円以上100万円以下と幅がある規定になっている。

しかし、そもそも直罰規定として制定された淫行条例の処罰対象行為は、性的行為であることを考えると、各地方で行為態様としての淫行自体は異なる性質のものではなく、この点で各自治体の地方的特色を反映させることは困難であり、また反映すべきようなものではないといえる。長野県が旧来採っていた教育重視の方針のように、淫行に対して刑罰を用いず県独自の教育で対応するという全く独自の姿勢であれば、それこそまさに地方の独自性といえようが、処罰すること自体に関してはすでに全国すべての自治体が認めるところであるならば、むしろ同一行為態様について地域により処罰対応が統一性を欠くこと自体⁸が、罪刑法定主義上極めて問題であるといえることから、国法レベルでの統一化された構成要件を規定化することが、憲法31条ならびに憲法14条の趣旨に合致し条例についての憲法94条の趣旨からも最も妥当なものといえよう⁹。

このような考え方を前提として、以下では、淫行条例の具体的規定の在り

⁷ 地方自治法14条3項は、「普通地方公共団体は、法令に特別の定めがあるものを除くほか、その条例中に、条例に違反した者に対し、二年以下の懲役若しくは禁錮、百万円以下の罰金、拘留、科料若しくは没収の刑又は五万円以下の過料を科する旨の規定を設けることができる。」と規定している。

方を分析し、より妥当かつ有効な規定の在り方を検討していくものである。

3. 淫行行為の犯罪構成要件

まず淫行条例の犯罪構成要件を検討する必要がある。大半の条例の淫行に関する規定形式は、シンプルなものである。すでに述べたように都道府県の大半を占める40の自治体に共通する淫行の構成要件は、「何人も、青少年に対し、淫行又わいせつな行為をしてはならない。」であり、これをベースにして、長野県条例のような「何人も、子どもに対し、威迫し、欺き若しくは困惑させ、又はその困惑に乗じて、性行為又はわいせつな行為を行ってはならない。」という淫行を限定化する行為態様を入れる規定の仕方を採用している。このような制限規定をもつ自治体は、長野県以外に5自治体（千葉県、三重県、京都府、大阪府、山口県）が存在する。

そして、47都道府県全体として、淫行処罰の条例の構成要件の規定形式は、大きく4つの構成要素（①から④）に分けられる。すなわち、①主体規定：「何人も」、②客体規定：「青少年」ないし「子ども」、③限定化事由：

⁸ 同様の主張として、最高裁大法廷判決昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁における牧圭次裁判官の補足意見がある。そこでは「青少年との淫行の禁止及び処罰に関して、各都道府県条例が現状においては全体として著しく不均衡、不統一であり、これが憲法一四条に違反するといえないまでも、合理的な実質的理由に乏しく、一国の法制度として甚だ望ましくないものといわざるを得ない」と主張されている。また、伊藤正己裁判官の反対意見でも「わが国のように、性及び青少年の育成保護に関する社会通念についてほとんど地域差の認められない社会において、青少年に対する性行為という、それ自体地域的特色を有しない、いわば国全体に共通する事項に関して、地域によってそれが処罰されたりされなかつたりし、また処罰される場合でも地域によって科せられる刑罰が著しく異なるなどということは、きわめて奇異な事態であり、地方公共団体の自主立法権が尊重されるべきものであるにせよ、一国の法制度としてはなほだ望ましくないことである」と主張されている。

⁹ すでに、平成10年5月の時点で、日本弁護士連合会は「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律案」及び「刑法の一部を改定する法律案に対する意見書」において、「親・教師などによる対償を伴わない性的虐待」を処罰するための国法レベルでの法整備を速やかに行い、淫行処罰規定は全面的に廃止する必要があるとしている。

「威迫」、「欺き」・「欺罔」、「困惑」・「困惑に乗じて」、「心身の未成熟に乗じた不当な手段により」、「精神的・知的未熟又は情緒的不安定に乗じて」、「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」、④「性行為またはわいせつな行為」、である。これらの構成要件自体が、淫行行為を刑法や児童福祉法に規定する淫行行為と区別できるものでなくてはならないことは、罪刑法定主義の明白性の原則を持ち出すまでもなく明確なことであろう。このような観点から、次に4つの構成要件について検討するものである。

(1) 主体規定について

淫行条例における最も多い犯罪構成要件の一般的な規定としては、「何人も、青少年に対し、淫行又わいせつな行為をしてはならない。」とするものである。

この規定では、犯罪主体を「何人も」として、犯罪者の男女や年齢について問題視していないようにも見える。しかし、東京都青少年健全育成条例や大阪府青少年健全育成条例など¹⁰の規定に見られるように、青少年が淫行行為の主体である場合については、犯罪主体には入れていない（「処罰しない」ではなく「適用しない」としている¹¹）。それどころか、長野県は平成28年まで、東京都も平成17年まで淫行行為についての処罰規定さえ全く存在しなかったのである¹²。そして、このような規定は、禁止される淫行行為自体に

¹⁰ 東京都青少年健全育成条例第31条「この条例に違反した者が青少年であるときは、この条例の罰則は、当該青少年の違反行為については、これを適用しない。」また、成立要件をかなり限定化している大阪府青少年健全育成条例でも第61条で「この条例の罰則は、青少年に対しては、適用しない。」と明確に規定している。同様な規定は、他の自治体の青少年保護育成条例にも多く見られる。

¹¹ 「適用しない」とは、犯罪構成要件該当性を欠くものと考えべきで、構成要件該当性はあるが、「処罰しない」というような処罰阻却事由としての規定形式ではなく、本来、総則的規定の箇所か淫行の定義に関わる箇所において規定されるべきであるところ、罰則規定の箇所において規定されている自治体ばかりであることは、淫行行為での未成年の不処罰を原則的とは考えなかったものといえよう。長野県のワーキンググループの検討結果にもその旨が記されている。

関する規定あるいは淫行条例の総則的規定において定めているのではなく、罰則規定において追加的に未成年者を排除するという規定の形式を採用している。このような規定の形式で、多くの自治体の淫行条例（４県を除く）では、未成年者による淫行行為を不可罰としている。この規定は、子どもである青少年は、保護育成の対象であり、青少年の健全育成の責任は大人にあることを理由として「適用しない」と規定されたものである¹³。淫行処罰規定をもつ青少年保護育成条例では、「青少年の健全な育成」を目的ないし基本理念としており、児童福祉法と同じ理念にもとづいているといえる¹⁴。保護育成の対象であるとは、子どもとして是非善悪の判断能力が不十分であることを前提としているものと思われる。しかし、18歳、19歳の若者が淫行行為者の場合について、一律に「大人」として18歳未満の青少年の健全育成を害したとして刑事責任を負うに値する存在であるといえるのかは大いに問題であろう。しかも、この規定の趣旨を青少年の健全育成の責任が大人にあるとして、それゆえに大人に淫行行為の責任を負わせるとしたら、健全育成という極めて社会倫理的な義務を法的義務として刑罰により強制するに等しいものとなり、その不当性は明白である。さらに、個々の親の責任としての健全育成ではなく、抽象的な概念としての社会による健全育成とする場合、強姦罪の保護法益に「貞操」概念を入れる考え方のように社会的法益として形成

¹² 東京都は、石原都知事のもと初めて平成17年に東京都青少年の健全な育成に関する条例に、第16条の6「何人も、青少年とみだらな性交又は性交類似行為を行つてはならない。」を新設し、懲役2年以下罰金100万円以下の処罰対象とした。

¹³ 子どもに係る免責規定については、長野県条例でも、安倍哲夫座長整理案の考え方として、「子どもを見守り、支えるべき大人の子どもの成長発達を阻害する行為を規制することにより、子どもの性被害防止を図るものであり、子どもの免責規定を置くことが適切である。」とし、さらに「行為者が子どもである場合は、教育やカウンセリング等で対応する。」としている。このことは、行為者に加害行為についての判断能力が欠如ないし不足していることを前提としての対応であろう。

¹⁴ 児童福祉法第2条「全て国民は、児童が良好な環境において生まれ、かつ、社会のあらゆる分野において、児童の年齢及び発達の程度に応じて、その意見が尊重され、その最善の利益が優先して考慮され、心身ともに健やかに育成されるよう努めなければならない。」として、パターンナリストティックな立場を鮮明にしている。

されることになり、場合によっては、社会的価値観により、個人的な性的自己決定と対立する概念を保護法益として導入することになる。そのことは、他人の性的干渉を受けない権利としての「人の性的尊厳」を棄損するものでしかない。このことは、まさしく、長野県の条例の刑罰規定における保護法益が、第1次的には個人的保護法益（性的自己決定）であるが、第2次的には、社会的法益（子どもの成長発達権を害する行為規制，大人の責務があるという社会秩序の維持）も保護法益であるとする事とは符合しなくなる。そこでは、第1次的か第2次的かは、単なる言葉の綾にすぎず、必ずしも優先順を明確にしたものでなくなる危険性が存在する。それこそがリーガルモラリズムにもとづくパターンリズム（国親思想）であろう。

以上のように、子どもである青少年を加害行為者から外す場合、淫行行為者について、その個人的判断能力の状況を問題視しての対応と理解すれば、その対向的存在である未成年者である被害者の判断能力も検討されるべきことは当然であろう。むしろ判断能力の無い未成年者への性的行為が処罰される理由は、まさしく十分な性的自己決定ができないような状況に陥りやすい精神状態であることが、当然に必要とされなければならないはずである。そして、この大前提があるからこそ、長野県の淫行条例のように「威迫し、欺き若しくは困惑させ、又はその困惑に乗じて」（第17条）という文言を淫行行為に挿入し、判断力を欠くような状況を作り出したことを問題視しているはずである。しかし、規定を見る限り、行為主体については、18歳未満の者は、その精神的・肉体的未熟さの上で一律に処罰対象から外すのみであり、行為者の精神的未熟さを問題視するならば、少なくとも再犯防止に向けた福祉行政行為の対象にすることで教育指導する必要性があるのではなかろうか。単純に許されるという感覚は、再犯の可能性を高めるのみである。少年法的な思考を十分に取り入れての教育指導は極めて重要なものであるといえよう。このような行為者への個別具体的配慮を前提とした規定の在り方こそが、青少年の健全育成を育むという立法趣旨に合致した対応といえる。大半の自治体の規定では、いわゆる「地域力」なるものへの依存のみで、行政機

関による福祉的教育的な対応が不十分であるといえる。

(2) 客体規定について

(i) 保護年齢

多くの青少年保護育成条例においては、青少年とは、18歳未満の者（婚姻により成年に達したものとみなされる者を除く）をいう。同様の福祉的立場から規定されている児童福祉法では、第4条で「この法律で、児童とは、満18歳に満たない者をいい、児童を左のように分ける。」として、満1歳に満たない者を「乳児」、満1歳から小学校就学の始期に達するまでの者を「幼児」、小学校就学の始期から満18歳に達するまでの者を「少年」と区分し、未成年者の発達状況に応じた法的取り扱いを行っている¹⁵。また、同じ自治体条例レベルでも、大阪府、宮城県、栃木県、奈良県に見られる「子どもを性犯罪から守る条例」については、多くの自治体とは異なり、保護客体を13歳未満としている。このことは、18歳未満であっても特に13歳未満については、特別の保護が必要とされるだけの精神的、肉体的状況であるとの考え方を前提として規定されているからである。

このような規定の仕方は、青少年といえども一律に扱うべきではなく、その発達状況に応じた幅のある対応が必要であるとの理解にもとづいている。すなわち、児童福祉法は、児童が精神的にも肉体的および性的にも未熟であるため、そのような児童に淫行をさせる行為は、児童の心身に与える有害性が極めて大きいと考えて「淫行」を規制している。このことは、性的判断能力の欠如や未熟さに子どもが付け込まれることがないように保護すべきと考える条例の考え方と一致するものである。性的判断能力の未熟さは、個々の子ども成長状況に応じて解消されていくのが一般的であり、満18歳になると忽然と判断能力が生じるものでもなければ、すべての子どもが同時進行的に備わるものでもない。個体差こそあれ、一般的にある程度の年齢的幅で区切ることができると思うことができよう。前述の昭和60年最高裁判決での谷

¹⁵ さらに、処罰行為規定（児童福祉法第34条1項4号、4号の3）などでは、満15歳未満の少年を対象とすると規定し児童の発達に応じた細分化を図っている。

口判事の反対意見にあったように、年齢は子どもの精神的発展段階と整合的に見るべきである。しかも、伊藤判事の意見にもあるように、刑法上の強姦罪（刑177条）、強制わいせつ罪（刑176条）が「13歳未満」と性的行為同意年齢の下限を規定していることからすれば、下限を18歳未満と条例で法律を超えて処罰範囲を拡大するには、明確な合理性がなければ憲法94条違反の可能性さえあるといえる。そうであれば、条例の規定の在り方については、満18歳未満で一律的に対処することは妥当とは言い難い。この点を無視しての淫行構成要件の拡大的適用は、未成年者の性的自己決定権を大幅に委縮させ、結果として、大人の価値観を子どもに押しつけ子どもの人としての性的尊厳を害する危険性さえ存在する。のみならず、罪刑法定主義ならびに謙抑主義に反した不必要な処罰をもたらす危険性が存在するのである。

そもそも、各自治体の淫行条例における犯罪客体である「青少年」の定義自体、その下限年齢において自治体間で格差がある¹⁶。青少年を単に広く「18歳未満の男女」と一律的に定義することは、心身の未熟さを伴う子どもを悪の手から救うという趣旨と必ずしも一致しない。本来、子どもの判断能力が未熟であることを理由としての未成年者保護のための条例である¹⁷とすれば、子どもの精神的発達の度合いは十分に勘案すべき問題であり、28もの自治体において18歳未満の男女を一律に保護するための処罰規定を置いていることは、かえって13歳未満の年少者への刑法規定による保護を排除し18歳前後の者と同様な法的扱いをするような意味合いを持ちかねず、年少者への保護を不十分なものにする危険性が十分にある。同時に、立法理由である年少者の判断能力の未熟さへの保護という言葉自体が、空虚で意味をもたず、

¹⁶ 保護客体である青少年については、上限の「18歳未満」については、すべての自治体において共通するが、下限については、なんらの制限を設けない自治体が28県ある一方で、6歳以上（15県）ないし小学校就学の始期から（4県）とする自治体もある。

¹⁷ 長野県条例の制定にあたって、安倍座長見解として【基本的考え方】「大人が、真摯な恋愛を除き、判断能力が未熟な子どもと性行為に及ぶことなどは、子どもの成長発達を見守り、支える大人の責任として許されないものであること。」という言葉が繰り返し出てくるように、多くの自治体でも同様な見解に立っている。

単に大人の倫理観を押しつけたようなイメージさえ受けかねない。このことは、パターンリズムにおけるリーガルモラリズムの危険性¹⁸さえ彷彿とさせるものである。

そして、子どもの精神的・肉体的発達状況を重要視すれば、たとえ年齢に幅を持たせて対応したとしても、単に年齢自体を重視するわけではないことから、個々の子どもの発達状況に適した、より個人的で具体的な対応を要求されることは自明の理である。すなわち、成人年齢は2022年4月1日から、現行の20歳から18歳に引き下げる民法改正案が可決され、成立しているが、法改正により18、19歳の青少年の精神的ならびに肉体的発達自体が一転して大人並みになるわけではないことから、児童虐待などの福祉的行政を主体とする法現場では、「児童相談所において、18歳又は19歳の子どもに関する相談があった場合には、これまで相談できずに悩んでいた結果、どうすることもできずに相談に来たなど深刻な状態になっていることも考えられるため、年齢要件を満たさないことを理由に直ちにこれを拒否するのではなく、配慮ある対応をとることが必要である。」¹⁹という対応を採っていることは当然である。このような年齢による発達状況への対応という考え方は、日本以外

¹⁸ 最高裁昭和60年の谷口正孝裁判官の反対意見「私は、憲法31条はその規範内容として実体的適正処罰の原則をも含んでいるものと考えている。刑罰法規が人の行為を犯罪として処罰するためには、その行為は法益侵害を伴うものであつて、まさに一般人の見解を規準にして可罰相当性の評価を受けるものでなければならない。社会倫理上もしくは道徳上の価値規準からみて好ましくない行為であるというだけの理由で法律（ここでは条例）を構えて人を処罰するが如きことは許されるはずがない（刑法の脱道徳化、道徳に対する罪の非犯罪化という最近の刑事法の動向を考えよ。）」（最大判昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁）が大いに参考となろう。

¹⁹ 厚生労働省「子ども虐待対応の手引き」の「第13章特別な視点が必要な事例への対応」より。児童福祉法は、「児童」（満18歳に満たない者）のほかに「児童以外の満20歳に満たない者」も保護の対象としているが、今回の成人年齢引き下げにより後者は自動的に成人となる。改正法は、保護対象に成人を含む形に条文を修正すると同時に、18歳以上20歳未満の者を保護する制度（指定小児慢性特定疾病に関する医療費助成、各種児童福祉施設の利用）を維持している。その一方で同法は、18歳以上20歳未満の「成年患者」の場合、医療費の受給に関する権利義務を（保護者でなく）本人が直接担うことを規定している。

の国々でも一般的であるといえる²⁰。現行の淫行条例は、青少年の健全育成を目的とするものであれば、子どもの発達状況に合わせた（少なくとも年齢段階別に）教育的対応が必要とされることは自明の理ともいえよう。

(ii) 保護法益

長野県における淫行条例の刑罰規定における保護法益は、長野県見解では、他県と異なり第1次的には個人的保護法益（性的自己決定）であるが、第2次的には、社会的法益（子どもの成長発達権を害する行為規制，大人の責務があるという社会秩序の維持）も保護法益であるとする²¹。

第1次的には、個人的保護法益すなわち性的自己決定であるとするれば、自己決定が本来できるはずの者につき、自己決定をさせなかったないしは自己決定権を害したという事由が必要となる。たしかに、刑法177条の強制性交等罪は、暴行・脅迫という強度な行為による影響で性的自己決定権が害され、性的行為をさせられたと考えるわけであるが、長野県条例では、暴行・脅迫のような積極的な加害行為は不要で、「威迫」、「欺き」若しくは「困惑」程度のもが存在すれば、性的自己決定ができなくなると考える。すなわち、18歳未満の自己決定力が乏しい者を一律に保護対象としているわけである。しかし、すでに保護年齢で検討したように、そもそも自己決定権行使に関わる判断力は、18歳未満は一律であるはずはない。刑法177条でも13未満の者とそれ以上で構成要件自体を分けて規定している。13歳未満の者に対しては、暴行・脅迫は不要とし、単に性的行為に及んだだけで強姦罪としていることは、13歳未満であるか13歳以上であるかは性的な自己決定能力について決定的な差異を及ぼすと考えている²²。すなわち、人間の精神ならびに肉

²⁰ フランスでは、15歳未満（加害者は成人18歳以上）を保護年齢とし、15から18歳未満については一応の同意能力があるとしている。ドイツ刑法では、わいせつ犯罪における絶対的保護年齢を14歳未満とし、14から16歳までを限定的保護年齢（発達に応じた同意が可能）としている。そして16から18歳の子どもは保護不要としている。

²¹ 長野県子どもを性被害から守るための条例の「子どもを性被害等から守る専門委員会報告書提言庁内検討チーム」の委員会報告書にも見られる。多くの自治体の条例における目的でも明確である。

体的発達状況は年齢でかなり異なると考えているわけである。

性的自己決定を第一次の保護法益として重視する場合、自己決定が可能かどうかは重要な問題であり、本来個人により微妙に異なるといえるが、法的判断としてある程度の年齢幅を持たすことも可能であろう。しかし、刑法が区別している年齢幅を無視して一律的に保護を与えるという考え方は、性的自己決定よりむしろ社会倫理、大人の責務があるという社会秩序である社会的法益に重きを置いた規定であると考えているといえよう。

このように、社会的法益を重視して淫行に対応する場合、淫行行為の存在そのものが社会的に見て処罰すべきものとして把握されることになり、わざわざ「威迫」、「欺き」若しくは「困惑」などの限定化事由を入れることは矛盾ともいえる。この点で、18歳未満の青少年について、一律的な取り扱いではなく、自己決定の問題ではなく社会の倫理観による要請と言われれば納得できるものがある。性的な自己決定ができるのなら、まさしく本人が同意している性的行為を問題視する必要はないといえよう。性的自己決定を保護法益として重視した場合、自己決定ができないという状況に置かれたために、本来なら同意しない性的行為について不本意にも同意してしまったという状況を問題視する。とすれば、性的行為に至る以前の段階での加害者による積極的な欺罔や脅迫などの作為にもとづき子どもが自己決定できない状況に追い込まれたということが必要なはずである。しかし、18歳未満の者については、このような積極的な行為が不要で、「威迫」、「欺き」若しくは「困惑」程度

²² 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会の「性犯罪の罰則に関する検討会」取りまとめ報告書における平成27年8月6日の性犯罪の罰則に関する検討会における「7 いわゆる性交同意年齢の引上げ」において、委員の意見として、「14歳は、最も判断がぐらつきやすい年齢である一方、15歳になるとある程度大人と同様の判断ができるという感覚があるので、中学校を卒業した年齢までは含めないという意味で、15歳未満とするのが相当と考えている」。あるいは「義務教育が終わる15歳までで線を引き、16歳未満とすべきである。強姦罪等で無罪となった事案を見ても、14歳、15歳という年齢の被害者は自分の意思を明確に言える力は育っていないと考えられる。」という議論がなされており、性的行為への同意についての年齢の問題が活発に議論されており、年齢の持つ重要性が伺われる。

のものが存在すれば、完全に自己決定ができないと考える場合、未成年者はすべて精神的発達状況が不完全であるという前提に立つことになる。そうであれば、少なくとも刑法177条の解釈から、13歳未満の者については、性的行為についての自己決定権（判断能力）自体を全く備えていないのに対して、13歳以上18歳までは、ある程度までの自己決定権を行使できるような判断能力を備えていると考える以上、福祉的な立場で健全育成を考えれば、年齢や様々な状況を総合的に検討して「威迫」等への該当性を検討せざるを得ない。もっとも、条例の規定を素直に読めば、13歳未満の者についても「威迫」等の行為がなければ淫行行為は処罰できないと読める。そうであれば、逆に刑法の13歳未満者についての取り扱いと大きく異なることになるし、強制性交罪に該当しないような13歳未満の者への淫行行為の処罰が難しくなり、子どもを性被害から守る趣旨に反することとなろう。また「威迫」等の立証は、ネット等で簡単に知り合った者たち同士の間ではかなり困難な判断になると同時に、安易に威迫等への該当性を認める場合には、自己決定という言葉は単なる飾りにしかすぎなくなり、社会意識（社会倫理）そのものによる判断となる。このような弊害を回避する方策の1つとして、淫行行為として犯罪視する理由は、青少年の「性的尊厳への侵害」²³として個人的法益ではあるが客観的に把握し、性的尊厳を害するような行為形態を明確化して犯罪視すべきという考えもありうる。

しかし、現状の多くの淫行条例では、「青少年が健全に育成される社会の実現」を目指すことから、社会的法益しかも福祉的な法益を保護法益の中心に据え構成している。社会的法益を中心とする刑罰適用は、子どもの性的自己決定への過度な干渉になる危険性を有しており、パターンリズムによる公権力の私人行為への介入として相当性を欠くものとなりかねない。子どもの性的自己決定権への過干渉の危険性を有する規制である以上、その保護法益は子どもの性的自由（個人的法益）と位置付けてこそ過度な干渉を排除し

²³ 山中敬一「強制わいせつの罪の保護法益について」研修817号10頁参照。

リーガルモラリズムへの危険性を回避できる。

さらに、1994年にわが国が批准した「児童の権利に関する条約」では、その理念として「子どもの自律と自由」を前提としている。そこでは、子どもを「保護の客体」ではなく「権利の主体」として位置づけており、子どもを取り巻く環境を「児童の最善の利益」（同条約3条）を中心に考え、12条の意見表明権を重視する。その結果、子どもの性的自由については、自己決定権を中心に個人的法益として考えるべきであり、社会的法益としての位置付けは妥当でないことになる。

(3) 淫行（性行為等）、限定化事由について

(i) 淫行の定義

児童福祉法の解釈において、「淫行」とは、一般的には、広くみだらな行為や性的に不道徳な行為をいい、「性道徳上非難に値する性交またはこれに準ずべき性交類似行為を指す」²⁴とされる。「淫行」を広く青少年に対する性行為すべてを指すものとするときには、「淫らな」性行為を意味する「淫行」の用語自体の意義と合致しないものになる。児童福祉法においては、児童が精神的にも肉体的にも性的に未熟であるため、そのような児童に淫行をさせる行為は、児童の心身に与える有害性が極めて大きいと考えて「淫行」を規制する趣旨である。しかし、肉体的・精神的に未成熟な者の保護とはいえ、過剰な保護は児童自身にとっても単なる過保護にすぎず、むしろ児童の性的自由やプライバシーへの侵害行為に繋がりがかねない。さらに、刑罰によつての保護の実現は、幅広く抑止効果を狙う結果として、構成要件の明確性に欠け、罪刑法定主義のみならず刑罰に関する謙抑主義の考え方に反する危険性が生じる。それゆえに「淫行」解釈には慎重かつ限定的でなくてはならないと同時に、刑法、児童福祉法そして青少年保護育成条例の三者間での適用の違いに合理的差異が存在する必要がある。

児童福祉法第34条第1項第6号の「児童に淫行をさせる行為」の意義につ

²⁴ 小泉祐康「児童福祉法」平野竜一他『注釈特別刑法7（第2版）』36頁。

いて、最高裁は、「児童福祉法第34条第1項第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解するを相当とする。」（最決昭和40年4月30日裁判集刑事155号595頁）²⁵として、「淫行」そのものの定義ではなく、「させる行為」について直接・間接を問わない事実上の影響力（その程度は、助長・促進の程度でよい）を及ぼせばよいとの見解を採っている。そして、「淫行」自体についても、昭和47年の最高裁決定で、性交類似ショーを行なうクラブを経営する被告人が、所謂「強姦」を模した「強姦ショー」を全裸でなさしめ、児童らに淫行をさせたとする児童福祉法違反事件において、児童福祉法34条1項6号にいう「淫行」には、性交そのもののほか性交類似行為をも含むとした原判断は正当であるとしている（最決昭和47年11月28日刑集26巻9号617頁）。

このように拡大化した淫行行為について、児童福祉法上の「淫行」概念ではなく、所謂淫行条例上の「淫行」の解釈として、最高裁は、昭和60年の福岡県青少年保護育成条例違反被告事件判決で、「一般に青少年が、その心身の未成熟や発育程度の不均衡から、精神的に未だ十分に安定していないため、性行為等によって精神的な痛みを受け易く、また、その痛みからの回復が困難となりがちである等の事情にかんがみ、青少年の健全な育成を図るため、青少年を対象としてなされる性行為等のうち、その育成を阻害するおそれのあるものとして社会通念上非難を受けるべき性質のものを禁止することとしたものであることが明らかであって、右のような本件各規定の趣旨及びその文理等に徴すると、本条例10条1項の規定にいう「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はなく、青少年を誘惑し、

²⁵ 本件判例における弁護士による上告趣旨の中に、「淫行」とは、「一般用語例としても姦淫行為を意味し、仮りにこれを拡張して解釈し得るとしても、手淫・口淫等、第一審判決が摘示する、性器を直接の手段として性欲の満足・性感情の興奮を目的とする行為に限定されるべきであって、第一審判決の謂う性交類似行為もこの範囲の行為に限定されるべきである。」との主張が存在する。判例以上に限定的であり傾聴に値する見解である。

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。」²⁶として限定的解釈を採用している。

そして、児童福祉法における「児童に淫行をさせる」行為とは、平成10年の最高裁決定によれば、中学校の教師が、その立場を利用し、女子生徒に対し、性具の電動バイブレーターを示して自慰行為をするよう勧め、あるいは、これを手渡し、一緒に入っているこたつ又は布団の中でこれを使用して自慰行為をするに至らせた行為は、いずれも児童福祉法34条1項6号にいう「児童に淫行をさせる行為」に当たる（最決平成10年1月2日刑集52巻8号505頁）としている。この判決では、児童にとっては、淫行の相手が第三者であるか行為者自身であるかは、児童自身への有害性に変わりがないことから、淫行の相手を第三者に限定せず行為者自身が相手となることを「淫行をさせる行為」に含ませたものであるが、少なくとも「させる行為」を行うことが必要であり、単に児童と淫行しただけであるなら（児童自ら淫行したといえる態様）、構成要件該当性がないといえる²⁷。

このように児童福祉法上の「淫行」概念には、事実上の影響力を及ぼしての淫行であることが不可欠である。この点、明確な暴行または脅迫を性交等の付加的要件とする強制性交等罪（刑法177条）とは、影響力の強度による差異で区別が可能である。しかし、青少年保護育成条例上の淫行行為と児童福祉法上の淫行概念については、相互間の区別は必ずしも容易ではないといえよう。特に、平成28年の最高裁決定で、「児童福祉法34条1項6号にいう「淫行」とは、同法の趣旨（同法1条1項）に照らし、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

²⁶ 最大判昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁。

²⁷ この点については、平成28年の最高裁決定の中で弁護人の上告趣意書に応じて「単に児童と淫行したに過ぎない者が同号に該当するとすべきではないこと」としている。

為をいうと解するのが相当であり、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は、同号にいう「淫行」に含まれる。そして、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が、そのような行為に当たるか否かは、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るのが相当である。」²⁸としている。このような「淫行」についての定義で、果たして淫行条例と児童福祉法における淫行概念を区別できるであろうか。以下では、多様化している淫行条例の淫行の限定的構成要件を検討することで考察を深めてみたい。

(ii) 淫行条例上の淫行行為の犯罪構成要件

まず全自治体の淫行条例の特徴的犯罪構成要件を検討する場合、大半の条例の規定形式は、すでに述べたように40の自治体に共通する最もシンプルな淫行の構成要件で、「何人も、青少年に対し、淫行又わいせつな行為をしてはならない。」をベースにしている。さらに、長野県条例に見られるような「何人も、子どもに対し、威迫し、欺き若しくは困惑させ、又はその困惑に乗じて、性行為又はわいせつな行為を行ってはならない。」という淫行を限定化する行為を入れる規定の仕方を採用している自治体（大阪府、山口県、三重県）がある。

47都道府県全体的に見る場合、淫行処罰の条例の構成要件の規定形式で、すでに検討した4つの構成要素（①から④）のうちの①主体規定、②客体規定を除くと、③限定化事由：威迫し、欺き・欺罔、困惑させ・困惑に乗じて、心身の未成熟に乗じた不当な手段により、精神的・知的未熟又は情緒的不安定に乗じて、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

²⁸ 最決平成28年6月21日刑集70巻5号369頁。

いるとしか認められないような、④性行為またはわいせつな行為、が淫行行為認定の中心の問題となる。

そして、昭和30年に成立した神奈川県青少年保護育成条例では、40の自治体に共通する昭和期の基本的な淫行の定義自体を規定している。すなわち、第31条1項では、「何人も、青少年に対し、みだらな性行為又はわいせつな行為をしてはならない。」と禁止規定を設け、これを説明する形式で、3項は、「第1項に規定する『みだらな性行為』とは、健全な常識を有する一般社会人からみて、結婚を前提としない単に欲望を満たすためにのみ行う性交をいい、同項に規定する『わいせつな行為』とは、いたずらに性欲を刺激し、又は興奮させ、かつ、健全な常識を有する一般社会人に対し、性的しゅう恥けん悪の情をおこさせる行為をいう。」としている。

この定義から明白なことは、昭和における淫行条例の保護法益の中心は、子どもの性的自由ではなく、社会的倫理観を重視した抽象的概念規定であり、それゆえに子どもの性的行為に関する自己決定権は、全く排除された規定形式となっている。

これに対して、最新の淫行条例である長野県条例については、昭和60年の最高裁判例を受けて、犯罪構成要件を限定的に標記した。結果として、「淫行」の用語を使用せず、子どもに対し「威迫し、欺き若しくは困惑させ、又はその困惑に乗じて」（第17条）の「性行為又はわいせつな行為」を処罰対象行為としている。それにより、「威迫」、「欺き」または「困惑」の3つの行為態様にもとづく性行為やわいせつな行為が、刑罰の対象となり、単なる性行為やわいせつ行為自体を処罰するわけではなくなる。形式的に見れば行為の限定化が図られているといえる。しかし、問題は、限定化が実質的に機能して従来の単純な淫行概念とは異なり、行為の限定化が図られているかにある。すなわち、構成要件自体が明確になり、「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」いわゆる淫らな行為（淫行）の定義とどれだけ差別化ができていくかが重要な点であるといえる。

この点を検討する場合、まず、3つの限定化事由である行為態様の内の1つである「威迫」について検討すると、長野県が参考としている刑法上の証人等威迫罪（刑法105条の2）における「威迫」については、判例（最決昭和42年2月4日刑集21巻1号9頁）は、「人に不安の念を抱かせるに足りる行為」であれば「威力」のように人の意思を制圧するに足りる程度の行為である必要はなく、しかも行為の方法は直接的である必要さえない（参考、最決平成19年11月13日刑集61巻8号743頁）として、かなり緩やかに認定しているようにも思われる。しかし、本罪は、歴史的に見て、暴力団構成員による「お礼参り」を抑止し証人の保護を目的として制定された犯罪であり²⁹、面会する正当な理由がないにもかかわらず面会を強要するなどの行為を問題視する証人威迫罪の場合と男女間でのある程度の間関係性が前提として存在する場合とは、同一的には考えにくい。長野県警が問題視している「平成25年・26年中における17の事例」において、行為者が被害者の裸の写真を持っていることや「性交しなければ自殺する。」と述べたことで「威迫」と認定できるとしているのは、かなり軽度な行為についても「威迫」を認定できるものと考えているように思われる。

次に、「欺き」については、もし刑法上の詐欺罪（刑法246条）の「欺いて」と同一に考えたとすれば（長野県議事録での指摘）、人を錯誤に陥らせる行為の判例解釈³⁰と同じように、錯誤により財産的処分をなさしめる現実的危険性ある行為と理解されることから、淫行の場合については、全く性交等の意識がない者を錯誤させて性交させる現実的危険性ある行為と考える。しかし、実際問題となる事案は、出会い系やナンパなどで知り合って、一夜限りの性的関係をもつという場合が多く、このような場合に、「欺罔」行為を確定することは、男女間における個人の意識の微妙な心理状態の把握

²⁹ 西田典之『刑法各論（第4版）』429頁以下参照。「お礼参り」としての「威迫」は、報復的な威圧的行動や嫌がらせをすることを前提としているものと思われる。

³⁰ 大審院大正6年12月24日刑録23号1621頁。最高裁決定平成4年2月18日刑集46巻2号1頁参照。

が必要となり、「欺罔」の確定が困難であるだけでなく、積極的に認定すれば、処罰の広汎化は免れない。それだけに、構成要件として不明確だけでなく、警察現場としても適用を危ぶむ概念といえる。この点を意識すれば、ドイツ刑法のように詐欺行為をすべて犯罪対象外として徹底すべきであろう³¹。

最後の構成要件である「困惑」については、長野県は委員会会議での「困惑」の説明において、同じ用語を使用する売春防止法第7条の「困惑」を参考としている。売春防止法第7条については、わが国での売春は、欧米諸国と異なり、売春婦自身の自発的意思によるものが少なく、多くが他からの支配的圧力によるものであることから、支配的状況下における不法な圧力により売春させる行為自体を直接強要するものとして把握・問題視³²している。すなわち、売春を強要する手段（助長でなく）として「困惑」を把握している。そして「困惑」とは、「暴行に至らない程度の心理的威圧を加えまたは自由意思を拘束することによって精神的に自由な判断ができないようにする」³³として、債権債務関係などによる経済的な支配関係を重視して総合的な判断をしている。それゆえに、売春防止法上の「困惑」の特定化・限定化はかなりの程度まで可能であるが、長野県その他の県条例の「困惑」の解釈・適用の可能性は極めて広く、長野県が問題視する「平成25・26年の17事例」でも、その大半である15事例まで「困惑」に該当すると結論している³⁴。このことは適用の容易性、ある意味で濫用の危険性を孕んだ概念といえよう。

³¹ 参照、佐藤陽子「ドイツにおける性犯罪規定」刑事法ジャーナル45巻71頁。

³² すでに、平成4年の佐藤文哉『売春防止法』『注解特別刑法7風俗・軽犯罪編（第2版）』青林書院45～46頁で明白である。

³³ 木宮高彦『特別刑法詳解第二巻売春・人身売買』1962年日本評論社43頁。

³⁴ 長野県が問題視する「平成25・26年の17事例」につき座長整理案では淫行条例への該当可能性が高いとしている。しかも、残りの「困惑」への該当可能性がない2事例については、1件が児童ポルノ禁止法ですでに検挙済であり、他の1件は事実関係が曖昧な事案でそもそも判断不能ある。

そもそも、精神的に未成熟な子どもの感情面たる主観を中心とする「困惑」概念は、広汎である以上に、その証明の困難性・曖昧性から警察・検察が起訴事由とすることを躊躇せざるをえない概念である。長野県が問題視する15事例の中には、「メールのやり取りをする中で、実際に会ったら性交してもいい旨の返信を受けたため、性行為目的で児童（15歳、高1女子）の居住するA市内に来ていることを連絡し、午後3時頃待ち合わせ、その後ホテルで性交した。」という事実関係が摘示され、このような事実関係のみで「困惑」に当たる可能性が高いとしている。しかし、本来、「困惑」は被害者たる未成年者の心理状況であり、主観的問題である³⁵。これを客観化する場合には、少なくとも困惑させる客観的状況（事実上の支配関係に近い関係ないし強要的要素）の存在が不可欠と思われる。また、「困惑」が主観的であり、特に、未成熟な子どもの証言にもとづく場合には、起訴担当検事に少なからず不安が生じるであろう。実際に、長野県で子どもを性被害から守るための条例が成立して以来2年間を過ぎるのに、この間、淫行行為として処罰された事案は存在せず³⁶、深夜外出禁止違反として処罰されたものが4件（2017年に2人、2018年8月と10月に各1人で全員が略式起訴による罰金刑）存在するだけである。しかも、平成30年5月に、長野県警は、県警松本署の巡查部長が、業務を通じて知り合っていた18歳未満の少女にみだらな行為をさせたとして、淫行条例ではなく児童福祉法違反容疑で逮捕し起訴した（平成31年1月30日に長野地裁で懲役3年6月の判決）。県警は警察官の立場を利用してたとみて児童福祉法違反に問えるとしているが、従前の指導

³⁵ さらに、「困惑」のような被害者の感情を重視するなら、幼児期から継続性がある子どもへの性的虐待について、「困惑」概念では全く認定できない。参照、深町晋也「児童に対する性犯罪を巡る現状と課題」法律時報88巻11号77～78頁。

³⁶ 他方で、長野県警は、「困惑」などの限定的構成要件を持たない自治体の淫行条例の適用については積極的である。具体的には、平成29年12月には、インターネットのコミュニティーサイトで知り合った長野県に住む18歳未満の女性に群馬県内の宿泊施設でみだらな行為をしたとして、群馬県青少年健全育成条例違反の疑いで、愛知県犬山市の会社役員（41歳）を逮捕している。

担当者と性的関係を持ったなら十分条例上の「困惑」に当たりうるし、場合によっては「威嚇」も考えうるであろう。であれば、淫行条例違反と児童福祉法違反の両罪での起訴も可能（罪数上、観念的競合とすれば）であろう。しかるに、すでに指導担当でない者につき事実上の支配関係を証明する方を採用したとすれば、淫行条例での証明が必ずしも容易ではないことを示しているといえるだろう。この視点については、条例制定当時の条例検討会座長のコメントでも裏付けられる³⁷。しかし、これでは県警の処罰要請に十分応えた条例とはとてもいえないであろう。逆に、「困惑」を客観的に認定するのであれば、それはパターンリスティックな立場から、社会倫理性を強く押し出した解釈を施すことになり、社会の価値観を個人的な性生活関係に強要する危険性を持ち、子どもの自主性を害し、社会的価値観を個人に押し付けるものとなり、謙抑主義に反することになる。

(iii) 犯罪構成要件の在り方

しかし、そもそも「威迫」「欺き」については、大阪府の子どもを性犯罪から守る条例では、「不安を与える行為」として第8条で13歳未満の者に対して「常習」として「甘言又は虚言を用いて惑わし、又は欺くような言動をすること。」や「義務のない行為を行うことを要求すること。」を禁止行為と規定し、さらに、「威迫する行為」等として第9条で「いいがかりをつけ、又はすぐむこと。」や「身体、衣服等を捕らえ、又はつきまとうこと。」を禁止行為とし30万円以下の罰金刑（第17条）としている。そして、同時に、大阪府青少年健全育成条例は、18歳未満の子どもに対して、第39条2号で「専

³⁷ 平成29年7月2日の信濃毎日新聞「検証・県『子ども性被害防止』条例1年(1)」において、条例モデル検討会座長であった安倍哲夫教授は、「17条で、『威迫』『欺き』『困惑』させて行為に及ぶなど、大人がしてはいけないことを具体的に例示して規範を示したことには意味があった。実際に適用されなくても、県民がこのような手段を用いてはならないとの問題意識を強く持ち、関心が高まることは望ましいことだ。犯罪としての構成要件を絞り込むほど警察にとって使いにくくなるのは当然で、これがぎりぎりのラインだろうというところで結論を示した」としている。にもかかわらず、県警が示した「平成25・26年の17事例」の大半が処罰可能という結論は、どういうことであろうか。また、条例制定時の県民の意向に応えたとの言葉は何を意味したのだろうか。

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。」を禁止行為とし、第52条で「二年以下の懲役又は百万円以下の罰金に処する。」としている。これらの構成要件は、どうみても重複的な規定となっており、2つの条例を合わせ見れば、13歳未満の子どもへの行為については、原則的に、子どもを性犯罪から守る条例が適用され、その分は、青少年健全育成条例から排除されるという特別法と一般法的適用になっていると見る（前者）か、規定上の行為自体からは差異は不明確であるが、刑罰について見ると、子どもを性犯罪から守る条例では、30万円以下の罰金刑のみであることから、行為態様そのものが悪質性を欠くようなものについても予防的に禁止行為として対処しているのであり、逆をいえば、青少年健全育成条例については、行為態様が重いものに限定して対象としていると解釈する（後者）ことができるであろう。

しかし、後者の解釈では、13歳未満については、精神的・肉体的発達が未成熟である程度が、13歳から18歳未満よりは著しいと考えるのが一般的であるといえることからすれば、18歳未満を一律に対象とする青少年健全育成条例の構成要件で要求される行為は、ある程度強度な「不安を与える」ないし「威迫する行為」でないと双方の条例の区別がつかないのみならず、下限が際限なく広がり、一般的な行為との客観的な区別基準を失い、結局は主観的な判断として「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」（上述の最決昭和47年11月28日）と変わらないことになる。そうであれば、むしろ京都府青少年の健全な育成に関する条例第21条「何人も、青少年に対し、金品その他財産上の利益若しくは職務を供与し、若しくはそれらの供与を約束することにより、又は精神的、知的未熟若しくは情緒的不安定に乗じて、淫いん行又はわいせつ行為をしてはならない。」のような規定の方が限定的で明確であろう。

また、これらの条例を見る限り、18歳未満と13歳未満という年齢差を設け

ていること（しかも他の3県でも同じ）は、精神的判断能力や肉体的差異などについて年齢差が大きな意味をもつことを意識していることは明らかである。この点で、長野県条例の審議過程での子どもの成熟度について年齢を問題視することは意味がないとの議論は妥当性を欠くものと言えよう。

このように、淫行行為の犯罪構成要件については、被害者の精神的・肉体的発達状況を反映した、ある程度多様化した保護態様を採ることが必要であるといえよう。

4. 新たなる法政策（特別刑法または新たなる条例）を求めて

今まで検討してきたように、特に昭和40年から50年代に制定された古い形式の淫行条例では、様々な問題を抱え、変化する社会情勢に対応できておらず、単に社会倫理的に悪しき淫行は滅ぶべしという「錦の御旗」を掲げて、淫行を刑罰によって予防・鎮圧しようという処罰中心型の直罰条例であるが、今日でも多くの自治体では、このような規定の仕方が中心となっている。

淫行条例の規定の仕方には、抑止効果も不十分で予防効果にも欠けるなど様々な弊害があり青少年の健全育成という目的を十分果たしているとはいえない。それゆえに、新たな法政策が必要とされる。新たな法政策として考え得るものとしては、具体的に次の2つの方策が考えうる。すなわち、①条例自体は全面的に廃止にし、全国を統一的に法律（特別法）によって規制していく方策、②条例自体による規制はおこなうが、その規制内容については、青少年の健全育成という福祉行政的側面を強く反映し、予防面を重視した教育的機能を取り込み、刑罰を中心とした抑止策を排除する内容に変更する、という2つの法政策である。

第1に、①の淫行条例の全面的廃止策を考える。前提として、すでに検討した如く、性犯罪全体については、刑法における性犯罪規定が、刑法改正にも表れているように適用範囲を拡大化してきており、さらに児童福祉法の児童淫行罪の解釈・適用についても拡張的になってきている。そして、児童福

祉法の淫行罪と淫行条例の淫行行為との適用範囲は、広範囲に重なりあっているといっても過言ではない。それゆえに、淫行行為について刑事罰を持ち出すのは、児童福祉法までとし、今まで条例の直罰的刑罰の対象としてきた行為については、予防面を考慮した福祉的行政行為を先行させる形態を採用すべきである。そして、刑罰の対象とするためには行政行為を先行させ、それに従わなかった場合に刑罰を科すという間接罰の方式を採用すべきである。このことにより、福祉的行政行為による早期介入を可能とし、予防的側面としての教育・指導を前面に打ち出すことが可能になる。

このような福祉的行政行為に重点を置いた対応策を採用する場合、都道府県ごとに対応が異なった処遇をすること自体意味をもたないことになる。そこで、統一的に対応を可能にするために特別法を制定し、これによる法規制を大前提とすることになる。特に、福祉的面に重点を置いた特別法を考える場合には、児童への虐待行為を人権侵害と把握しながらも直接処罰する規定をもたない児童虐待防止法のような法規として考えるべきである。児童虐待防止法が、児童福祉法における児童虐待についての特別法的存在であるのと同様に、児童への淫行に関しては、新たな立法（特別法）による規制は、児童福祉法の淫行罪の特別法としての存在となり、何らの違和感もないものといえよう³⁸。しかし、児童虐待防止法が成立して以来、児童虐待の対応件数が減少した年が1度もないという現実³⁹を考えると、その実効性については十分な検討がなされない限り妥当性に疑問符が残るといえよう。少なくとも、特定機関のみに淫行の予防的対応を任せきったまま、多方面からの総合的な対応を怠るのであれば、十分な予防・鎮圧効果は発揮できないものと思われる⁴⁰。それゆえに、総合的で福祉行政的な観点を取り入れた特別法を制

³⁸ もっとも、児童虐待防止法上の性的虐待行為については、それが保護者による場合、同じ福祉的観点からの立法であるだけに、淫行行為を規制する特別法と重複する可能性が出てくる。この点は意識的に回避する規定方式を採用すれば問題ないといえよう。

³⁹ 全国の児童相談所での児童虐待相談対応件数は、平成2年の1,101件から平成29年の133,778件（速報値）までの間に一度も減少したことはなく、実に121倍の数値にまでなっている。

定する方策が必要となる。

次に、②の条例の福祉行政的側面を重視した淫行条例自体の改正策を考える。この考え方では、淫行条例を本来の青少年育成条例の名にふさわしい条例に戻すこと、すなわち青少年の健全育成という福祉的観点を強く打ち出した条例に内容を改正して淫行に対応するという考え方である。このような観点を反映した条例として、すでに子どもに対する性犯罪を未然に防止するために、平成24年10月1日に施行された「大阪府子どもを性犯罪から守る条例」がある⁴¹。

大阪府子どもを性犯罪から守る条例は、18歳未満の子どもに対し、強制わいせつ等の性的犯罪を犯して刑期満了の日から5年を経過しない者が、大阪府に住所を定めた場合、14日以内に住所等の届出義務を課すもので、その届出⁴²について内容の確認が得られた者に対して、社会復帰に関する相談その他必要な支援を行っている。性犯罪者の所在地を把握し行政機関が情報共有する点で、ある程度の管理下に置くシステムであり、性犯罪者の特性からくる再犯の可能性を排除するためにおこなう教育的保安処分⁴³といえる制度である。

この制度については、単に犯罪者情報を管理し行政機関で共有する犯罪者情報管理システムとは異なり、性犯罪者の再犯の危険性を重視した制度⁴⁴であり、再犯防止のために特別予防を施すために、性犯罪者の身柄の対して一

⁴⁰ 参照、三枝有「児童虐待と刑事サンクション」法政論叢42巻2号265頁以下。

⁴¹ この条例の制定趣旨は、「子どもの人権、尊厳を踏みにじり、身体的及び心理的に深刻な影響を与え、子どもの健全な成長を著しく阻害する性犯罪は、被害回復が困難なばかりか、本人、その家族はもとより地域社会に重大な影響を及ぼすものである。このような性犯罪の被害を未然に防止するため、子供に不安を与える行為や子どもを威迫する行為の禁止、性犯罪の刑期満了者に対する対応策等について定めた」としている。そして、平成29年7月13日には、刑法の一部を改正する法律（平成29年法律第72号）が施行され、監護者わいせつ及び監護者性交等罪が新設されたこと等に伴い、条例の一部を改正している。

⁴² 大阪府子どもを性犯罪から守る条例の規定する届出事項としては、氏名、住所、性別、生年月日、連絡先、届出に係る罪名、刑期の満了した日が指定されている。

定程度の拘束性をもたすために個人情報登録することを義務付け⁴⁵しており、アメリカで発達したミーガン法⁴⁶に近似した制度となっている。

もっとも、このような性犯罪者の情報管理システム化は、大阪府警が初めてというわけではなく、すでに、平成16年に発生した奈良小1 女児殺害事件⁴⁷を切っ掛けにして、平成17年6月から、警察庁は、特に子ども（13歳未満）を対象とする暴力的性犯罪者の出所者につき、再犯防止の措置として所在確認を行うなどの情報管理措置を行ってきている⁴⁸。そして、このような国家的システム⁴⁹がありながら、なお大阪府が、子どもを性犯罪から守る条

⁴³ 保安処分については、応報刑を前提とする刑法では、理論上の対立があり導入には至っていない（参照、西原春夫「第16章保安処分」平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究1 概論・総論』342頁以下）。大阪府の条例は、性犯罪を犯した特定の者を対象として再犯防止のための特別予防を施すものであり、応報刑論的な従来の淫行条例と全く異なり、再犯防止を目的として治療・改善を施すことを内容としている。この条例では、管理・監視的な面を弱め、福祉的な内容として教育的面を重視する形での保安処分の導入をしており、興味深いものである。なお、大阪府は、平成24年に条例を施行する以前より、保安処分的な対応を試行錯誤している。すなわち、大阪府警によれば、平成23年4月から出所後の所在確認を行なう際に、必要に応じて対象者の同意を得たうえで面接・面談を行い、助言・指導などを合わせて行っている。この面接・面談を実施した約85%が社会復帰に役立つなどの理由で、この制度に肯定的なようであるとの見解を示している。

⁴⁴ 条例制定に関する第3回大阪府青少年健全育成審議会の議事概要（平成23年12月13日）では、一番根幹となる重要な部分として、「性犯罪の被害に遭わないようにする」、「性犯罪者を作らない社会を実現していく」というのが大きな柱という考え方としており、あくまでも再犯防止が主眼であることが分かる。

⁴⁵ この届出義務を規定した第12条に反した場合には、第18条で「届出をせず、又は虚偽の届出をした者は、五万円以下の過料に処する。」と間接罰として秩序罰が課されている。

⁴⁶ ミーガン法については、三枝有「刑事情報公開の在り方—ミーガン法の状況」中京大学社会科学研究所19巻1号101頁以下ならびに中山誠「わが国の犯罪情勢とミーガン法の導入可能性について」関西国際大学研究紀要13号91頁以下を参照。

⁴⁷ 平成16年11月17日に奈良市で帰宅途中の小学校1年生の女子児童が誘拐され、その後に殺害・遺棄された誘拐殺人事件で、加害者には小児性愛傾向があり、過去に幼児への強制わいせつ罪の前科があった。このため、このような犯罪歴のある者についての情報を収集管理する必要性が議論され、ミーガン法のような性犯罪者登録制度の検討がなされていた。

例を制定する背景には、性的犯罪再検挙者（105人）のうち、子ども対象・暴力的性犯を犯した者（49人）が46.7%にも上る。しかも、性的犯罪者で所在確認に至っていない者が200人（所在不明者55人、所在確認中145人）も存在し、性的犯罪再検挙者が出所してから再検挙されるまでの日数は、出所後1年未満で再検挙された者が過半数（55%）を占めるという事実である⁵⁰。

大阪府のシステムでは、単に性的行為をおこなった者を管理・監視するという形での予防措置の採用から一步進んだ形での教育的要素を取り入れた福祉型の保安処分を採用することで、警察庁が従前行った行為者を監視する機能⁵¹のみならず、行為者を改善する機能を盛り込んだことで、従前の淫行条例に見られるように、過去の性的行為への制裁のみで予防ならびに抑止効果も不十分な内容の条例の在り方とは、全く異なった教育保安処分型の規制内容を採用しているのである。そして、このような福祉的観点からの予防効果

⁴⁸ 具体的には、法務省から警察庁に13歳未満の子どもを対象とした暴力的性犯罪者の出所情報として氏名、仮釈放日、帰住予定地等が提供される制度が実施されている。この制度により、警察庁は、出所後の原則として5年以上の期間について、加害者を再犯防止措置対象者として登録をおこない、転居後も所在確認を行ってきた。その後、登録に関して、対象犯罪を拡大して、殺人、強盗、強姦等の凶悪犯罪のほか、再犯のおそれのある窃盗、薬物犯罪等20数種の犯罪について受刑者の出所情報の提供が行われている。

⁴⁹ システム化当時の平成23年版警察白書80頁以下によれば、警察は、子ども対象・暴力的性犯罪の出所者について、平成17年6月の運用開始から平成22年末までに839人分の出所情報の提供を、さらに凶悪重大犯罪等の出所者については、同期間内に約14万7千人分の出所情報の提供を法務省から受けている。

⁵⁰ 平成22年11月警察庁生活安全局科学警察研究所犯罪行動科学部の報告による。

⁵¹ 警察庁が、平成23年2月17日に出した「子ども対象・暴力的性犯罪の出所者による再犯防止に向けた措置について」の通達を見ると、「1 趣旨 この通達は、子ども対象・暴力的性犯罪が、子どもの心身に深刻な影響を与え、保護者や地域住民に大きな不安感を与えるものであるとともに、子ども対象・暴力的性犯罪の前歴を有する者は再び子ども対象・暴力的性犯罪を引き起こす危険性が高いことに鑑み、法務省から子ども対象・暴力的性犯罪を犯して刑務所に収容されている者について出所情報の提供を受け、これらの者が、出所後に再び子ども対象・暴力的性犯罪を犯すことを防止し、又は子ども対象・暴力的性犯罪その他性的犯罪が発生した場合における迅速な対応を図るために必要な措置について定めるものである。」としており、福祉行政的側面はないことが分かる。

を狙うことは、海外での効果などを見ても高く評価できるものである。特に、性的犯罪者に登録を義務付ける場合、登録が単なる監視機能しか持たない場合には、ミーガン法でも問題視されたように、登録を行わない者が多く出てくることになり制度そのものが機能しなくなる。この点、大阪府の条例に先行して大阪府警が相談などカウンセリングの活動を試験導入していることは（注43参照）、制度の現実化にとって大いに評価できよう。

なお、大阪府の子どもを性犯罪から守る条例と同様な名称をもつ条例は、奈良県、栃木県、宮城県でも見られる⁵²が、これらの条例では、甘言を用いて惑わす言動や虚言を用いて欺く言動などの所謂声掛け行為ならびに義務のない行為をすることを要求することや子どもを威迫する行為（言い掛かり、進路妨害）などの禁止行為を処罰する点では内容的に一致するが、上記のような犯罪者の登録・監視システムについては、大阪府以外全く存在しない。

これら4自治体の条例に共通する禁止行為については、大阪府は、第3回大阪府青少年健全育成審議会の議事概要でも語られているように、「平成23年12月13日大阪府での平成22年中の強姦認知件数が119件、強制わいせつが1,078件という状況。18歳未満に対するものが強姦34件約30%、強制わいせつが440件の約40%というのが、18歳未満の方が被害に遭っているという現状。また16歳未満への声かけ等は、これまで性犯罪を行った人達に対する聞き取り調査からも明らかなように、性犯罪に結びつくきっかけもしくは、とっかかり、そういった兆候として声かけ事案というものがあるということが、これまでの審議の中で明らかになってきた。」ことから、性犯罪への切っ掛けとなるような予備的行為として「不安を与える行為」や「威迫する行為」を禁止行為として30万円以下の罰金刑の対象としている⁵³。

このような禁止行為への罰金刑を科すことは、教育的行政指導と並行させ

⁵² 奈良県子どもを犯罪の被害から守る条例（平成17年）、栃木県子どもを犯罪の被害から守る条例（平成25年）、宮城県子どもを犯罪の被害から守る条例（平成27年）。宮城県条例については、成瀬幸典「犯罪被害からの子供の刑事法的保護に関する考察的序論」立教法務研究9巻173頁以下参照。

ない限り、それ自体予防的効果はあまりなく、単なる制裁としてのみ機能するだけである。しかも、大阪府の条例は他の3つの自治体に比較するとかなり限定化を図った構成要件になっているが、「甘言又は虚言を用いて惑わし、又は欺くような言動をすること。」や「義務のない行為を行うことを要求すること。」と広汎な規定形式になっており、相手が13歳未満の子どもであるだけに現場レベルでの運用はかなり厄介である。さらに、「いいがかりをつけ、又はすごむこと。」や「身体、衣服等を捕らえ、又はつきまとうこと。」は、地域社会の大人が子どもを教育指導する際には一場面的に見たのでは極めて判然としない概念である。やはり、行政指導的面を前面に出す規定を置かないと現場での警官の対応が困難になる（現実には警職法上の対応で対処しているようである）のみならず教育効果が乏しくなる。

さらに、条例により登録された性犯罪者の個人情報についても、単に警察レベルでの把握のみにとどまらず、地域社会の力を利用する形（学校や児童相談所など）で情報共有を行うことが福祉的観点からも必要不可欠である。このような制度には、社会監視の面もあるといえようが、それ以上に地域社会による教育的配慮の観点を重視しての情報共有を考えるべきである。

以上のように、①、②（26頁既述）の2つの方策を簡単に外貌してきた

⁵³ 大阪府の子どもを性犯罪から守る条例では、「不安を与える行為」として第8条「何人も、親権者、未成年後見人、学校等の職員その他の者で現にその監督保護をするもの（以下「監督保護者」という。）が直ちに危害の発生を防止することができない状態にある十三歳未満の者に対し、挨拶、防犯に関する活動等の社会通念上正当な理由があると認められる場合を除き、次に掲げる行為をしてはならない。

一 甘言又は虚言を用いて惑わし、又は欺くような言動をすること。二 義務のない行為を行うことを要求すること。」を禁止行為と規定し、さらに、「威迫する行為」等として第9条で「何人も、その監督保護者が直ちに危害の発生を防止することができない状態にある十三歳未満の者に対し、社会通念上正当な理由があると認められる場合を除き、次に掲げる行為をしてはならない。一 いいがかりをつけ、又はすごむこと。二 身体、衣服等を捕らえ、又はつきまとうこと。」を禁止行為としている。そして、第17条で「次の各号のいずれかに該当する者は、三十万円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処する。一 常習として第八条の規定に違反した者 二 第九条の規定に違反した者」としている。

が、地域社会で福祉的な観点で性犯罪者への対応を考える場合には、当然のこととして地域の特性を反映した条例によって行われるべきであるが、同時に、性犯罪者が1自治体でのみ性的犯罪を行うとは限らないことから、性犯罪者の個人情報在全国的管理と犯罪者個人への統一的対応が必要とされる。それゆえに、包括的特別法の制定の必要性は、極めて高いと考えられる⁵⁴。しかしながら、あくまでも基本ベースは、犯罪行為者に直接対応する地方自治体に置くべきであるという意味では、②の方策が基本となろう。

5. おわりに

淫行条例は、昭和の時代にその大半が制定され、平成元年以降は、社会状況の変化に対応して出会い系サイトなどへの行政的規制⁵⁵を中心に改正され、行為者への直罰的規制を中心とする規制方式から予防的観点重視へと大きく視点を変化させてきた。その背後には、淫行行為への社会意識の変化、社会倫理観の保護から子どもの性的自己決定権への配慮へと条例の保護法益の変化ならびに犯罪予防意識の高まりがあるといえよう。

⁵⁴ 特別法の観点について参考となるものとして、強姦罪についての議論ではあるが、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第1回会議配布資料「性犯罪の罰則に関する検討会」取りまとめ報告書における平成27年8月6日の性犯罪の罰則に関する検討会で、「基本的には、強姦罪における暴行・脅迫要件を撤廃することが望ましい。もっとも、撤廃までは難しいということであれば、強姦罪の本質は不同意性交の罪であることを前提に、現行法で強姦罪及び準強姦罪の要件とされている暴行、脅迫、心神喪失、抗拒不能に加え、不同意の性交を類型化する要件として、例えば、不意打ち、偽計、威力、薬物の使用、被害者の知的障害などを要件化することを検討するべきである。その場合、今の刑法に置くことが難しくければ、例えば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のような特別法を制定して、詳細な定義を置く方法があり得るのではないか。」との発言があり、興味深いものである。

⁵⁵ 長野県警によれば、近年の福祉犯罪増加（平成11年の検挙人員30人が平成25年で94人に増加）の原因は、インターネット、スマートフォン等の発展・普及によるものと分析している。長野県における出会い系サイト及びコミュニティーサイトに起因する事犯の被害児童数は増加傾向にあり、長野県警のデータでも平成26年で1,421人となっている。しかし、インターネット、スマートフォン等規制については、他府県と異なり、長野県の淫行条例には罰則規定は存在しない。

本来、未成年者への性的行為が問題視されるのは、判断能力の未熟さに付け込んだ社会的悪質性のみならず子どもの人権ならびにその尊厳を踏みにじり、身体的および心理的に回復困難な深刻な影響を与え、子どもの健やかな成長を著しく阻害することにある。このような社会意識の高まりに応じて、淫行条例は、淫行行為を処罰することに重点を置くのではなく、淫行が行われないように予防することに重点を移してきたといえる。そのような時代の中で、全国で唯一、一貫して淫行条例を持たなかった長野県が、近年に至り、淫行への直罰規定を中心とする条例を制定したこと⁵⁶は、たとえその規定の仕方が制限的であっても、制裁に傾斜した時代錯誤の条例を制定したといわざるを得ない。戦後、長野県では、西沢権一郎知事が、昭和45年に「青少年健全育成は、県民運動で対応し条例は作らない。」と明言して以来、吉村知事、田中知事、村井知事と歴代知事が、予防・抑止の観点から刑罰ではなく「教育」での対応を伝統として引継ぎ堅持してきた。しかし、条例の必要性を主たる理由として、予防効果や子どもの自己決定権の重要性を十分考慮することなく、多くの自治体で淫行条例が存在することを挙げて、長野県も他府県にあるような淫行条例をもつのが常識という考え方⁵⁷から淫行条例制定に至っていることは否めない事実といえよう。

本来、条例は、各地方自治体の自主的法規であり、憲法の考える地方分権の在り方からすれば、各自治体の特色を反映した法規としての内容を持つべきことは自明の理と考えるべきであり、その意味では、むしろ戦後一貫した淫行行為への教育的対応は、青少年の健全育成の根本は社会自体への教育に

⁵⁶ 長野県の伝統的教育重視の観点を刑罰による規制重視に阿部守一知事が、踏み切った背景として、長野県の「子どもを性被害等から守る専門委員会」報告書（平成26年3月）によれば、長野県警が淫行条例があれば処罰できると考えた「平成25・26年の17事例」の存在を重視していることが分かる。作業部会議事録を見ても、最終的に、17事例が処罰できることの検討が重要なポイントになっている。また、作業部会の設置は淫行条例規制分野のみであった。そこでは刑罰規制が最重要点であったと考える。参考、信濃毎日新聞2014年8月30日朝刊1頁。

⁵⁷ 子どもを性被害等から守る専門委員会の最終報告書でも、十分な検証が行われているとは思われない。

あるという先進的姿勢であり、「教育県」を名乗るに十分値する敬服すべき対応であったといえよう。

もっとも、現状が社会教育とは単なる理想にすぎず、県民の支持を得ない現実（淫行処罰による制裁の必要性の存在）となっているなら、刑罰による規制もやむを得ないものといえよう。その点で、条例制定の必要性⁵⁸の存在は、淫行条例制定の重要な要件といえる。

この条例の必要性については、まず全国的な状況として、刑法犯の認知件数は、平成8年から毎年戦後最多を記録していたが、平成14年の285万4,061件を最高に、平成15年に減少に転じて以降は、14年間連続で減少し続け、平成28年には99万6,120件（前年比10万2,849件（9.4%）減）となり、戦後初の100万件を切る状況になった。このような減少傾向は、性犯罪についてもほぼ同様で、強姦罪ならびに強制わいせつ罪⁵⁹についても平成15年以降は全体として減少傾向にある。そして、犯罪の減少傾向については、長野県においても同様で、長野県だけが例外的に上昇しているという事実は存在しない。それでは何故犯罪減少の状況にあるにもかかわらず、現時点で、西沢知事の時代から継続されてきた教育による淫行抑止政策を取りやめ、刑罰による淫行行為の禁止へと向かうのか、そこには十分な合理的説明が要求されるのは当然であろう。そして、長野県での議論では、刑罰規定を置く理由説明としては不十分といわざるを得ない。敢えていえば、県警が提示した「平成25・26年の17事例」⁶⁰を処罰するためには淫行条例が不可欠と考えたという

⁵⁸ 必要性については、平成26年3月の長野県「子どもを性被害等から守る専門委員会」報告書で、長野県は、50年以上も住民運動、事業者の自主規制、行政の啓発により、県民運動として地域ぐるみで青少年の健全育成に取り組んできたが、インターネットや携帯電話等の発展・普及などの社会環境の大きな変化の中で、ネット社会の進展や大人のモラル低下などの社会環境の変化による①子どもの性被害の急増する現状。さらに、②従来の県民運動だけでは子どもを性被害から守ることは困難であることの2点から、看過できない状況になったことを理由としている。

⁵⁹ 平成28年の犯罪白書では、強姦罪の認知件数989千件、検挙件数970千件（検挙率98.1%）、強制わいせつ罪の認知件数6188千件、検挙件数4207千件（検挙率68.0%）であった。

必罰主義的な制裁思想が背景にあったように思える。

しかし、たとえ17事例を処罰したいためであったとしても、それが県民全体の要望であれば、それなりの必要性があるといえよう。この点について、長野県民の体感治安は、淫行条例制定の必要性について重要な要素となりうる。長野県は、平成25年6月に「長野県県政モニターアンケート調査」を実施してデータを収集し、県民の犯罪不安の実感は、悪化（47.6%）であると結論した。しかし、このデータからは逆の数字、少なくとも51.5%は悪化の実感がないというデータも読み取ることができる⁶¹。このようなデータで戦後の長野県政の在り方を大きく変更して刑罰規定を置くだけの必要性が証明されているとするのは、あまりに早急との誹りを受けかねない。専門委員会議事録には、他府県との比較から、罰則規定があるのは当然との発言が存在するが、もし「空気を読む。」流の観点から必要性が検討されているとしたら、刑罰の謙抑主義の観点からも問題である。

さらに、淫行条例制定に当たり主張されたように、県民の意向に応え、子どもを性被害から守ることを誇示するなら、県民アンケートで「インターネット、スマートフォン等の発展・普及」が、子どもの性被害悪化の原因とする人たちが82.6%を占めて第1位となっていることは、当然に重視し条例に反映すべきである。

そして、こうした通信コミュニケーション手段について、ある程度の規制を行い、その規制を犯した場合については、刑罰も辞さないとの姿勢を採るのが、民意を反映した政策として妥当と思われるが、この点については、全

⁶⁰ この17の事例については、長野県の「子どもを性被害等から守る専門員会」報告書ならびに条例制定に関する議事録の中でも頻繁に出てくる。

⁶¹ 長野県が、平成25年に実施した「長野県県政モニターアンケート調査」（1,219人のモニター数に対して回収数・率は、822人・67.4%）では、子どもの性被害の状況は、「以前より悪化している」（37.7%）と「深刻な状況」（9.9%）とで47.6%となっているように見える。県の分析では、県民の実感は、悪化と感じており、状況悪化と県は結論を下した。しかし、データ上、「以前と変わらない」（20.7%）、「以前より改善」（5.0%）、「分からない」（25.8%）という数値が、合計で51.5%となり、半数の県民が悪化の実感がないといえる。このようにデータの評価の仕方には問題があるといえよう。

くの規制対象外となっていることは極めて不可解である⁶²。少なくともアンケートでの県民の意見を見る限り、刑罰での「県による新たな条例による規制」を支持するのは僅か26.8%にすぎないのである。それゆえに、刑罰による性被害の阻止は、決して県民自らが強く要望するものではないことは明白である。すなわち、県民のアンケートデータを見る限りでは、刑罰規定を新たに設置することで子どもを性被害から守るという必要性は、決して大きくないというべきである。

最後に、実効性という観点では、長野県内で初めて平成19年に淫行条例を制定した東御市で、平成26年に2件（2件とも被害者の16歳女性は同一人物）の淫行事件があったのみであり、さらに、平成28年に制定された長野県の淫行条例については、制定後2年になるのに、淫行行為についての適用は0件であり、深夜外出禁止規定違反（30万円以下の罰金）が4件あるにすぎない⁶³。このような少ない件数は、条例ができたことによる抑止効果であろうか。すでに検討したように淫行に限定事由を付けた長野県の条例は、制定

⁶² また、当該アンケートでの県民の意向は、今後の性被害の防止策について、強化すべき防止策としては「インターネット、スマートフォン等の適切な使用方法の子どもへの教育」が60.8%で1位、「教育現場での性に関する指導（性教育）の充実」が52.8%で2位という順番であり、刑罰を規定した新たな規制を積極的に求めているとはいえない。

⁶³ 平成29年7月2日の信濃毎日新聞社説「性被害条例 県民に検証報告を示せ」では、「1人の男性の自殺が波紋を広げている。条例に規定された深夜外出制限の違反容疑で書類送検されていた」自殺した「茨城県の地方公務員男性（当時23歳）は、1月下旬の深夜、南信地方の10代後半の少女を誘い出し、公園に駐車した自身の車と一緒に乗った疑いで摘発された。端緒は職務質問。県警が公表しているのはここまで。」「遺族への本紙の取材によると、スマートフォンの出会い系アプリで少女と知り合い、2回会った。深夜になったのは、親が仕事で家にいない時間を少女が指定したためという。男性は『相手の嫌がることは一切してない』と話していた。だが、『仕事を失い、悔やみながら人生を送るのがつらい』という内容の言葉をパソコンに残し、自室で首をつった。少女の母親は、自殺を知った娘が2時間以上泣き続けたことや、父親を早くに亡くし、寂しさがあったことを証言している。」とし、「浮かび上がるのは、性被害が起きていなくても、深夜に親の許可なく一緒にいたというだけで処罰される現実だ。改めて処罰規定の妥当性が問われる。」と指摘している。単純な形式犯としての規定だけに、恋愛関係が絡みうる性被害問題への条例規定の単純な適用は極めて問題といえる例であろう。

に関わった議長自身が、淫行条例自体の適用の困難性を認めるような規定内容となっている⁶⁴。そうであれば、それはむしろ住民の処罰意向を反映していない規定となっている可能性があり、条例を新たに設けての対応価値があったのか疑問である。処罰の要求に応えない以上は、他の方策を採るべきであり、むしろ福祉的ならびに教育的施策の優先的導入による方が、効果が生じるのではないであろうか。また、他府県での淫行条例の条例適用件数を見る限り⁶⁵、そもそも直罰規定を置いてまで処罰しようとしたこと自体の意義が問われるのである。

このように検討してきた結果として、淫行条例の今後の在り方は、「4. 新たな法政策（特別刑法または新たな条例）を求めて」で検討してきたように、まさしく、特別法を制定して47都道府県を統一的に規制するという一元的規定化の方向に向けるか、あるいは従前の淫行条例を子どもの健全育成を中心とした福祉的行政法規へと転換することで、各自治体の特色を反映した予防効果策（参考、大阪府の子どもを性犯罪から守る条例）を検討していくべきである。大人の視点からの不道徳で処罰したいという気持ちを先行させることは、単なるパターンリズムではなくリーガルモラリズム化した現象として直罰規定化され、刑罰により大人（社会）の価値観を押し付けだけでなく、子どもの性的自己決定権を害する危険性を持つことにもなる。のみならず、淫行行為自体への予防的視点にも欠け、結果として抑止力を発揮できないことになる。

⁶⁴ 条例モデル検討会座長であった安部氏によれば、「17条で、『威迫』『欺き』『困惑』させて行為に及ぶなど、大人がしてはいけないことを具体的に例示して規範を示したことに意味があった。実際に適用されなくても、県民がこのような手段を用いてはならないとの問題意識を強く持ち、関心が高まることは望ましいことだ。犯罪としての構成要件を絞り込むほど警察にとって使いにくくなるのは当然で、これがぎりぎりのラインだろうというところで結論を示した」と述べている（検証・県「子ども性被害防止」条例1年(1)安部哲夫氏「深夜外出制限」適用に課題 平成29年7月2日信濃毎日新聞）。

⁶⁵ 淫行条例を持つ東御市で2件（前出）発生し問題視された平成24年の段階で、山梨県で淫行3件、深夜外出0件、富山県で淫行6件、深夜外出33件、岐阜県で淫行24件、深夜外出5件という数字である。

いずれにせよ、淫行条例については、国家レベルでは勿論、地域社会においても、いまだ十分な社会的議論が尽くされておらず、今後より多くの議論が必要とされる。本論文が、その端緒となれば幸いである。