

## 主 文

本件上告を棄却する。

## 理 由

一 被告人本人の上告趣意第一部の二ないし四及び第二部の二ないし四は、福岡県青少年保護育成条例（以下、「本条例」という。）一〇条一項、一六条一項の規定は、一三歳以上、特に婚姻適齢以上の青少年とその自由意思に基づいて行う性行為についても、それが結婚を前提とする真摯な合意に基づくものであるような場合を含め、すべて一律に規制しようとするものであるから、処罰の範囲が不当に広汎に過ぎるものというべきであり、また、本条例一〇条一項にいう「淫行」の範囲が不明確であるから、広く青少年に対する性行為一般を検挙、処罰するに至らせる危険を有するものというべきであつて、憲法一一條、一三條、一九條、二一條の規定に違反すると主張し、弁護士立田廣成は、当審弁論において、被告人の右主張は憲法三一條違反をも併せ主張する趣旨である旨陳述するとともに、その上告趣意第一において、右の「淫行」の範囲に関し、青少年を相手とする結婚を前提としない性行為のすべてを包含するのでは広きに過ぎるから、「淫行」とは、青少年の精神的未成熟や情緒不安定に乗ずること、すなわち、誘惑、威迫、立場利用、欺罔、困惑、自棄につけ込む等の手段を用いたり、対価の授受を伴つたり、第三者の観覧に供することを目的としたり、あるいは不特定・多数人を相手とする乱交の一環としてなされる性行為等、反論理性の顕著なもののみを指すと解すべきであると主張する。

そこで検討するのに、本条例は、青少年の健全な育成を図るため青少年を保護することを目的として定められ（一条一項）、他の法令により成年者と同一の能力を有する者を除き、小学校就学の始期から満一八歳に達するまでの者を青少年と定義した（三条一項）上で、「何人も、青少年に対し、淫行又はわいせつの行為をしてはならない。」（一〇条一項）と規定し、その違反者に対しては二年以下の懲役又

は一〇万円以下の罰金を科し（一六条一項）、違反者が青少年であるときは、これに対して罰則を適用しない（一七条）こととしている。これらの条項の規定するところを総合すると、本条例一〇条一項、一六条一項の規定（以下、両者を併せて「本件各規定」という。）の趣旨は、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、性行為等によつ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つて、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、本条例一〇条一項の規定にいう「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、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つ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。けだし、右の「淫行」を広く青少年に対する性行為一般を指すものと解するときは、「淫らな」性行為を指す「淫行」の用語自体の意義に添わないばかりでなく、例えば婚約中の青少年又はこれに準ずる真摯な交際関係にある青少年との間で行われる性行為等、社会通念上およそ処罰の対象として考え難いものをも含むこととなつて、その解釈は広きに失することが明らかであり、また、前記「淫行」を目して単に反倫理的あるいは不純な性行為と解するのでは、犯罪の構成要件として不明確であるとの批判を免れないのであつて、前記の規定の文理から合理的に導き出され得る解釈の範囲内で、前叙のように限定して解するのを相当とする。このような解釈は通常的判断能力を有する一般人の理解にも適うものであり、「淫行」の意義を右のように解釈するときは、同規定につき処罰の範囲

が不当に広過ぎるとも不明確であるともいえないから、本件各規定が憲法三一条の規定に違反するものとはいえず、憲法一一条、一三条、一九条、二一条違反をいう所論も前提を欠くに帰し、すべて採用することができない。

なお、本件につき原判決認定の事実関係に基づいて検討するのに、被告人と少女との間には本件行為までに相当期間にわたつて一応付合いと見られるような関係があつたようであるが、当時における両者のそれぞれの年齢、性交渉に至る経緯、その他両者間の付合いの態様等の諸事情に照らすと、本件は、被告人において当該少女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つているとしか認められないような性行為をした場合に該当するものというほかないから、本件行為が本条例一〇条一項にいう「淫行」に当たるとした原判断は正当である。

二 被告人本人の上告趣意第二部の五（一）は、青少年に対する淫行につき地域により規制上差異があることを理由に本件各規定が憲法一四条の規定に違反すると主張するが、地方公共団体が青少年に対する淫行につき規制上各別に条例を制定する結果その取扱いに差異を生ずることがあつても憲法一四条の規定に違反するものでないことは、当裁判所大法廷判例（昭和二九年（あ）第二六七号同三三年一〇月一五日判決・刑集一二巻一四号三三〇五頁）の趣旨に徴し明らかであるかち、所論は理由がない

三 被告人本人の上告趣意第二部の五（二）は、本件各規定は一八歳未満の者のみに対する性行為を禁止処罰の対象とし、一八歳未満の者と一八歳以上の者との間で異なる取扱いをしているところ、右年齢による差別に合理的な理由はないから、憲法一四条の規定に違反すると主張するが、この点は、青少年の範囲をどのように定めるかという立法政策に属する問題であるにとどまり、憲法適否の問題ではないから、所論は前提を欠く。

四 被告人本人の上告趣意第二部の六は、児童福祉法三四条一項六号は「児童に

淫行をさせる行為」のみを規制し、その適用範囲を児童の自由意思に属しない淫行に限っているにもかかわらず、本件各規定は青少年に対し淫行をする行為のすべてを規制の対象としていて明らかに法律の範囲を逸脱しているから、本件各規定は憲法九四条の規定に違反すると主張するが、児童福祉法三四条一項六号の規定は、必ずしも児童の自由意思に基づかない淫行に限って適用されるものでない（最高裁昭和二九年（あ）第三九九号同三〇年一二月二六日第三小法廷判決・刑集九卷一四号三〇一八頁参照）のみならず、同規定は、一八歳未満の青少年との合意に基づく淫行をも条例で規制することを容認しない趣旨ではないと解するのが相当であるから、所論は前提を欠く。

五 被告人本人の上告趣意第二部の七は、本条例は憲法九五条にいう特別法であるところ、同条所定の制定手続を経ていないから、本件各規定は憲法九五条の規定に違反すると主張するが、本条例が憲法九五条にいう特別法に当たらないことは明らかであるから、所論は前提を欠く。

六 弁護士立田廣成及び被告人本人のその余の上告趣意は、単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張であつて、いずれも適法な上告理由に当たらない。

よつて、刑訴法四一四条、三九六条、一八一条一項但書により、主文のとおり判決する。

この判決は、裁判官牧圭次、同長島敦の各補足意見、裁判官伊藤正己、同谷口正孝、同島谷六郎の各反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見によるものである。

裁判官牧圭次の補足意見は、次のとおりである。

本条例一〇条一項の規定にいう「淫行」の意義に関する多数意見の解釈の結論に私も賛成であるが、右解釈を相当とする理由として私の考えているところを一言付け加えておきたい。

一 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こと、それ故に、各条例の青少年との淫行処罰規定の解釈及び運用においては、処罰に対し抑制的態度をとることが相当であることについては、いずれも、伊藤裁判官が反対意見の中で詳しく説かれているとおりであり、私も本条例の淫行処罰規定の構成要件の解釈にあたり、右のような観点から、当該規定における用語の意味からかけ離れない限度内で、できるだけ処罰対象をその行為の当罰性につき他の都道府県住民を含む国民多数の合意が得られるようなものに絞って厳格に解釈するのが妥当であると考えます。

二 ところで、「淫行」の意義について、従来は、「淫行とは、みだらな性行為のことであり、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、専ら情欲を満たすためにのみ行う不純とされる性交又は性交類似行為をいう。」との解釈又はこれと同趣旨に帰する解釈が、いくつかの高裁判決等で示されており、本条例の立案当局の説明（福岡県民生部発行・福岡県青少年保護育成条例の手引二七頁参照）も、同じ見解を示している。しかし、右の解釈にいう「専ら情欲を満たすためにのみ行う」との点は、性行為の範囲を限定する作用をほとんど営まず、従って、右の解釈では、結婚を前提としない性行為のうちどの範囲のものが不純とされる性行為に当たるのかは必ずしも明確でなく、もし、青少年を相手とする結婚を前提としない性行為のすべてがこれに当たるとするのでは、やはり現在の社会通念からみて、余りにも処罰の範囲が広きに過ぎるといわなければならないと思われる。

三 性に関する社会通念は、時代とともに変つていくものではあるが、現在のわが国において、国民の多数から強い社会的な非難を受け、処罰に値すると考えられている青少年に対する性行為の類型は、第一に、青少年の無知、未熟、情緒不安定等につけ込んでなされる形態の性行為であり、すなわち、誘惑し、威迫し、欺罔し

又は困惑させる等の不当な手段を用いて行う性行為がこれに当たり、第二に、（その多くは右第一の形態にも当たることになると思われるが）相手方である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たら認められない形態の性行為であるといつてよい。伊藤裁判官は、右の第一の形態のものに限って国民の多数から当罰性が肯認されるとみられるのであるが、不当な手段を用いたといえないまでも、行きずりの青少年を単に自己の性欲を満足させるための対象としてのみ考えてその場限りで行う性交にその典型例を見るように、青少年を全く自己の性欲満足のための道具として弄ぶものと目し得る性行為は、青少年の育成・保護の精神に著しく背馳し、現在における一般社会通念からして、到底許容できないものとして当罰性も肯認されるものと考えられる。そして、右第二の形態に当たる性行為であるかどうかは、青少年及び相手方の年齢、性行為に至る経緯及び行為の状況等を基にして、健全な常識を有する一般社会人の立場で判断するときは、その判定が特に困難であるともいえないものと思われるから、これを「淫行」の概念の中に含ませることが刑罰法規の中に曖昧、不明確なものを持ち込むことになるという批判も当たらないと考える。

四 青少年に対する性行為のうち、現在の一般の社会通念上特に強い非難に値することが明らかであると考えられる右の二つの形態の性行為に絞って、これが「淫行」に当たると解することは、「淫行」ないしは「みだらな性行為」の語義からもかけ離れたものではなく、また、青少年の健全育成という本条例の目的にも合致するものと考えられる。

五 以上の理由により、私は、本条例一〇条一項の「淫行」の意義についての解釈に関する多数意見の説示に同調するものである。

裁判官長島敦の補足意見は、次のとおりである。

私も、多数意見と同じく、本条例一〇条一項の規定にいう「淫行」とは、性行為一

般を指すのではなくて、青少年を相手とする性交又は性交類似行為のうち、当該青少年を誘惑し、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つて行うもの、その他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たか認められないようなものをいうと解するのを相当と考えるのであるが、その論拠について、補足的に若干の意見を述べておくこととしたい。

一 「淫行」という用語は、既に古くから、「営利ノ目的ヲ以テ淫行ノ常習ナキ婦女ヲ勧誘シテ姦淫セシメタル者」を処罰する刑法一八二条の規定に用いられているほか、児童福祉法三四条一項六号の規定は「児童に淫行をさせる行為」を禁じ、同法六〇条一項は、右規定に違反した者は一〇年以下の懲役又は五〇万円以下の罰金に処するものとしている。このように、本条例で用いる「淫行」という用語は、目新しいものとはいえず、それが広く性行為一般をいうのではなくて「淫らな」性行為を意味することはその用語自体及びそれが用いられているこれらの条項の文脈からみて明らかであるといえる（もつとも、刑法ではその性行為を性交に限っているのに対し、児童福祉法ではそこに性交及び性交類似行為を含めて理解するのが一般であるが、それは、刑法が、「姦淫セシメ」ること、つまり、「性交させること」をその犯罪の実行行為としているところから、その行為の客体である「淫行ノ常習ナキ婦女」を「淫らな性交の常習性のない婦女」と解するのであつて、児童福祉法及び本条例においては、性交そのものと同視できるような性交類似行為を除外する理由はない。）。そうとすれば、「淫行」には、正常な性行為、例えば婚姻中の夫婦（実質上の夫婦と認められる内縁関係を含む。）間の性行為が含まれないことはいうまでもない。しかし、このことから逆に、右の正常な性行為以外のそれがすべて淫行に当たるものということとはできない。例えば、刑法にいう「淫行ノ常習」は、その罪の客体たる婦女が淫行の常習者であるかどうかの問題となるのであるから、その淫行にはいわば貞操観念ないし性的倫理観に反するようなものを広く含むもの

と解することができるが、児童福祉法や本条例においては、淫行がそこに定める犯罪の実行行為の中に包含され又は実行行為そのものとされているのであるから、右にいう正常でない性行為であつても、それが行為当時の社会通念によつて許容されると認められるか、少なくとも、刑罰制裁を加えるに当たらないと評価されるものであるかぎり、犯罪の構成要件行為としての「淫行」ということはできないこととなる。つまり、この意味での「淫行」概念は、当該刑罰法規の趣旨、目的、その保護しようとする法益等を考慮に容れつつ、当該行為がなされた当時における社会通念を基準として価値的な評価・判断を加えることによつて決められるのである。もとより、社会一般の価値観は多様化し、また、社会通念は、長期的にみれば、時代とともに変遷することは否み得ないが、問題とされる当該行為がなされた当時における最大公約数としての社会通念それ自体は、通常の判断能力を有する一般社会人にとつて把握することは困難ではない。同様のことは、「猥褻」概念についても問題となるが、このような価値的評価・判断を必要とするいわゆる規範的構成要件要素を含む犯罪構成要件であつても、これによつて処罰される行為が何であるかを通常の判断能力をもつ一般人において社会通念に照らして識別し理解することが可能であるかぎり、当該構成要件は明確性に欠けるところはないというべきである。

二 そこで、刑法及び児童福祉法中の関連諸規定に論及しながら、本条例の本件各規定の趣旨、目的、保護法益について検討を進めることとする。

まず、刑法一七七条、一七八条は、一三歳以上の婦女に対し暴行又は脅迫を用い、或いはその心神を喪失させ、若しくはその抵抗を不能にさせ、又はその心神喪失若しくは抵抗不能の状態にあるのに乗じてこれを姦淫した者を二年以上の有期懲役に処することとし、他方、一三歳に満たない婦女については、右のような手段を用いず、またその同意を得ていたとしても、これを姦淫した者は、同様に処罰されることとしている。刑法のこれらの規定は、つまるところ、一三歳に満たない婦女は、

いまだ性的行為の意義を理解できず、したがって、これに対する同意能力を欠いているし、一三歳以上の婦女であつても、その自由意思を抑圧し又はそれが欠けている前記のような特殊な事態のもとでこれを姦淫することは、いずれにしても、性的な行為についての自由な自己決定権を侵害するものであつて、被害者個人の性的な自由をその保護法益とするものと解される。しかしながら、一三歳以上の女子であつても、年齢的に、心身の未成熟又は身体と心の発達の不均衡の故に、性的行為の意義について正しい十分な理解をもたず、したがって、これに対する同意ないし積極的な欲求そのものが完全な自由意思に基づく自由な自己判断によるものとは認めることのできない年齢層の女子が存在することは顕著な事実である。刑法は、このような性的な無知に乗じて前記のような手段によらないでこれらの少女を性的行為の対象とするような行為を直接処罰する規定を設けていないが、そのことによつて、刑法が、そのような行為は社会一般の倫理観に反するとはいえず、およそ刑事罰の対象とすべきではない、とする価値判断を示したものと即断することはできない。いわんや、児童の保護と健全育成という社会的見地から、このような性的被害にかかりやすい年齢層にある青少年を保護するための立法が、刑法と抵触しないことは明白である。

児童福祉法は、「すべて国民は、児童が心身ともに健やかに生まれ、且つ、育成されるよう努めなければならない。」（一条一項）、「国及び地方公共団体は、児童の保護者とともに、児童を心身ともに健やかに育成する責任を負う。」（二条）、「前二条に規定するところは、児童の福祉を保障するための原理であり、この原理は、すべて児童に関する法令の施行にあつて、常に尊重されなければならない。」（三条）と高らかに宣言している。もとより、右の第一条が定める国民の努力義務は、法の規定を待つてはじめて生ずるものではなくて、およそ国民が児童の心身ともに健やかな成長を待ち望むことは人間自然の情であつて、その健全な

育成を阻害することが社会一般の人道的な倫理・道徳観念に反することはいうまでもない。国及び地方公共団体が児童の保護者と相並んで児童を心身ともに健全に育成する責任を負うものとされているのは、このような児童の健全育成に対するすべての国民の願望からしても当然のことであり、その健全育成を阻害する行為、特に性的行為について正しい十分な理解をもたず、その故に、性的経験による衝撃が将来にわたつての心身の健全な育成に継続的かつ重大な障害となるおそれの強いと認められる一定の年齢層の少女を対象とする特定の性的な侵害行為に対し、国が児童福祉法において厳罰で臨んでいるのは、まさにその責務の一端を果しているものといえる。

ところで、児童福祉法は、児童とは一八歳に満たない者をいうとし（そのうち小学校就学の始期から満一八歳に達するまでの者を「少年」と名づけている。）（四条）、「児童に淫行をさせる行為」を一般的禁止事項の一として掲げ（三四条一項六号）、しかも、その違反に対する刑は、同法の罰則の中でずば抜けて重く定められている（六〇条一項）。そこには、その行為が児童の福祉を害すること特に著しく、児童の心身ともに健全な育成を望む社会的な公共の法益を甚だしく侵害するものであるとする立法者の評価が示されている。

本条例における本件各規定は、「何人も、青少年に対し、淫行又はわいせつの行為をしてはならない。」とし、その違反者に対し、二年以下の懲役又は一〇万円以下の罰金を科することとしている（一〇条一項、一六条一項）。それは、児童福祉法の精神、特に同法二条に定める地方公共団体の責任に照らし、前述の国家の法である児童福祉法の一般的禁止行為の中から漏れている青少年（児童福祉法上の「少年」に該当する。以下、適宜「少女」と呼ぶ。）を相手として自分自身で行う性交及び性交類似行為のうち、青少年の健全な育成を阻害するおそれがあると認められるものを対象として補充的に県条例で処罰することとしたものと認められる。この

種の行為は、もともと、青少年の性的行為についての判断・同意能力が劣っていることを知り、又はこれに乗じて行われるかぎり、それ自体として、社会一般の倫理観に反するものと認められるが、それは、児童福祉法の規定が児童に対し事実上の影響力を及ぼし、児童をして第三者と性交又は性交類似行為を行わせ又は児童が第三者とこのような性行為をするのを助長し促進する行為を対象とするのに対し、自ら青少年を相手方として行うこの種性行為を対象とする点で、犯罪の態様、したがってその社会的意義を著しく異にする。すなわち、前者にあつては、そのような性的に未熟な少女を第三者の性的行為の対象にするという行為自体は、たとえ行為者が営利の目的に出でず、また、当該少女がもともとそれに同意していたとしても、明らかに当該少女の福祉を害し、その健全な育成を著しく阻害するものであつて、社会通念上その当罰性を肯定するに十分な根拠があり、また、その少女の性行為そのものも、客観的にみて、淫らな性行為として淫行の概念に当たると評価することができる。これに反し、後者にあつては、自ら青少年を相手に性行為に出る場合であるから、その性行為に至る経緯とその背景事情、性行為に出た動機・意図、両者間の心理的精神的緊密性、将来の結婚へ向つての意図とその実現の可能性など、個々の事件ごとに異なる各般の要素が含まれており、前者のようにその典型的な事例につき犯罪社会学的な一つの犯罪定型を想定することさえ困難である。しかも、他面、性行為の相手方である少女の心身の発達状況に照らして、その性行為に関する自己の判断をどの程度まで尊重すべきかという問題も含まれている。

本条例は、「青少年の健全な育成を図るため青少年を保護することを目的とする。」（一条）と定め、本件各規定が既に述べたように児童福祉法の趣旨に則り、これを補充して青少年の健全育成を全うしようとするにあることを明らかにしている。そうすれば、本件各規定の「淫行」概念は、一方では、このような条例の趣旨、目的、被害法益という観点、すなわち、一八歳未満の青少年は性的行為についての自

己判断能力が一般的になお未熟であり、そのような状態に乗ずるような性的な侵害行為からこれを保護する必要があるとともに、その自己判断能力の未熟さとも関連して、性的行為の体験が心身両面の健全な育成に継続的かつ深刻な悪影響を及ぼすおそれが一般的に認められ、その健全な育成に対する重大な阻害要因となること、つまり、この種の性的侵害が社会的、倫理的に非難に値することを考慮しつつ、他方では、具体的場合におけるその性行為につき、その各般の事情に照らし、青少年の健全な育成という目的からみても、これを本件各規定による刑事制裁の対象とすることが相当でないか、少なくとも刑罰制裁を加えるまでもないと認められる事由があるかどうかを検討することによつて決めなければならない。

三 以上のような考慮のもとに、多数意見は、本件各規定で禁止、処罰する「淫行」の概念につき、「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」をいうとして、その解釈の一般的基準を示したものと考え、そして、淫行の概念を定める解釈・評価の基準としてこのような社会通念を用いる以上、それは既述のとおり、当該行為のなされた当時の社会における最大公約数たる共通の倫理的、道徳的、人道的価値観によるべきものと解される。多数意見が、右の一般的基準を敷衍して、「淫行」の概念を説明し、まず、「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」を掲げ、一般的にいつて性的行為に対する判断・同意能力の劣るとされる青少年に対し、このような手段を用いて性的な侵害行為に出るという点で、性的自由の侵害という観点からも、青少年の健全な育成の阻害という点からも、社会通念上非難に値することが極めて明白である性行為等を取りあげ、次いで、「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」を掲げて、前記のような手段に

よらない場合であつても、青少年を自己の性的欲望を満足させるためだけの対象物として扱うという点で、およそ青少年の心身の健全な育成への配慮の見られない、これまた社会通念上倫理的な非難に値することに異論の考えられないような性行為等を取りあげていることは、本件性行為のなされた当時の社会通念の理解の仕方として適切であり、「このような解釈は通常の判断能力を有する一般人の理解にも適うもの」ということができる。

四 なお、本条例一六条一項は、法定刑の長期として、条例で定めることが許されている最高刑の懲役二年を定めており（地方自治法一四条五項）、他の同種の大多数の県条例の法定刑に比し著しく重い刑罰制裁を科しうることとしているが、右に述べたような「淫行」概念を前提とするかぎり、児童福祉法の法定刑と対比しても、その刑が不当に重いとはいえないのみならず、本条例は選択刑として一〇万円以下の罰金を定めており、裁判官の刑の量定における適切な裁量を期待していることがうかがえるから、この点からも右規定は不当とはいえない。

また、児童福祉法は「児童」の年齢を一八歳に満たない者と定め、本条例が同じく青少年を一八歳に満たない者と定めているところ、その年齢層の中には、婚姻能力の認められている満一六歳以上の女子が含まれており（民法七三一条）、これらの一六歳以上の女子については性行為についての完全な判断・同意能力が法的に是認されているというべきであるかち、本条例の罰則で保護すべき法益が欠けている、とする考え方があるが、満二〇歳に達しない未成年の子が婚姻するには父母の同意が必要とされている（民法七三七条）ことからみても、婚姻能力の規定が性的行為についての完全な判断・同意能力を推定させるものと解することは当を得ない。青少年の年齢を何歳までとするかは、合理的立法裁量に委ねられているところであり、現在の状況において、性的行為から保護される年齢の上限を満一八歳に達しないものとするのは、明らかに不合理であるとはいえない。その反面として、これらの

年齢層の少女は、「淫行」に該当する性行為等の対象者となることを制約され、その意味でその性的行動の自由に対する事実上の制限を受けることとなるが、一八歳に満たない少女に対しては、その性的行動の自由を保障することよりも、一般的に性的な判断・同意能力の劣ると考えられるこれらの少女を性的経験から受ける悪影響から保護することを重視することも、立法政策として許容される範囲内に属するものと考えるのが相当である。

最後に、本条例は、青少年の中から、「他の法令により成年者と同一の能力を有する者」を除外し（三条一項）、また「違反者が青少年であるときは、これに対して罰則を適用しない。」（一七条）こととしている。既に婚姻している女子等を保護の対象から除外する一方、一八歳に満たない少年が同じく一八歳に達しない少女を淫行の対象としたときは、互いに性的行為についての判断・同意能力に欠陥があると法的にみなされている者同士の間における性的行為等として当罰性を欠き、また、相互に健全育成についての努力義務を負うとは考えられない者に刑罰制裁を科することは適切でない、としているものと考えられる。いずれも、本条例罰則の適用範囲を適切に限定するものとして行き届いた立法上の配慮というべきである。もつとも、本条例の右罰則にふれない性的行為等であつても、「自己又は他人の徳性を害する行為をする性癖のあること」（少年法三条一項三号）に当たる状況にあるときは、少年非行としてその健全な育成を期し、性格の矯正に関する保護処分を行うため（同法一条）に、家裁の審判に付することができることはいうまでもない。

裁判官伊藤正己の反対意見は、次のとおりである。

本条例一〇条一項の規定につき、多数意見は、処罰の範囲が不当に広がり、その適用が恣意にわたることを防ぐため、同規定にいう「淫行」の意義を明確にする限定解釈を行つているが、このような多数意見の考え方には共感するところが少なくない。しかし、そこで示された解釈が右規定から導き出されうるものとし、これに

よつて同規定による処罰の範囲が不当に広すぎるとか同規定が不明確であるとはいえないから、それが憲法三一条の規定に違反しないとする多数意見の結論には、私は左袒することができず、本条例一〇条一項の規定は、刑罰法規に対して要求される明確性を欠くものであつて、違憲といわざるをえないと考える。以下に、その理由を述べることとする。

一 本条例のように青少年の健全育成、保護を目的とする条例は、現在、長野県を除く各都道府県において制定されている（なお全国十余の市町にも同種の条例があるが、以下都道府県条例についてのみ言及する。）。しかし、右の都道府県条例における青少年との淫行及びわいせつ行為に対する規制は、余りにも区々であるといわざるをえない。まず、青少年との淫行及びわいせつ行為の禁止並びに処罰に関する規定（以下、「淫行処罰規定」という。）の有無についてみると、東京都、千葉県にはこれがなく、他の道府県はこれを設けており、淫行処罰規定をおくものについてその構成要件の定め方をみると、多くの条例は、青少年に対する淫行（みだらな性行為又は不純な性行為とするものを含む。）又はわいせつ行為を構成要件とするのに対し、京都府、大阪府、山口県では、性行為及びわいせつ行為を手段又は目的等によつて厳格に限定しているのが目立つている。また、法定刑についてみても、各道府県とも罰金刑を定めているが、その上限は一〇万円（二四例）、五万円（一四例）、三万円（六例）と分かれており、これに選択刑として懲役と科料を定めるもの二例、同じく懲役刑のみを定めるもの二五例、同じく科料のみを定めるもの二例、他の選択刑を定めないもの一五例となつており、懲役刑を定めている二七府県におけるその上限は、六月（六例）、一年（一六例）、二年（五例）と分かれていて、法定刑の差は著しく顕著である。さらに、本罪を親告罪とするもの（四例）とそうでないものがあり、また、行為者が青少年であるときには罰則を適用しないと規定するのが通常であるが、そのような例外規定をおかないもの（五例）もあり、

なお、行為の対象となつた青少年の年齢についての認識に関し、故意の推定規定をおくもの（二六例）とそうでないものがある（ちなみに、本条例一〇条一項及びその罰則を定める一六条一項は、昭和五二年の改正にかかるもので、青少年に対する淫行又はわいせつ行為に対して二年以下の懲役又は一〇万円以下の罰金という、地方自治法の許容する最高限度の刑罰を定めている。）。

以上に示したように、青少年に対する淫行の処罰に関する各部道府県の条例における規定は、処罰規定の有無、処罰規定における構成要件の精粗、法定刑の種類と軽重、告訴の要否、処罰対象者限定の有無及び故意推定規定の有無について顕著な異同がみられ、全体として、著しく不均衡かつ不統一なものとなつているのが実情である。

所論は、このような地域差のあることを理由に本条例一〇条一項の規定が憲法一四条に違反すると主張するが、憲法九四条が地方公共団体に条例制定権を賦与した以上、一定の行為について処罰するかどうかにつき、また処罰の態様につき、各地方公共団体の条例における取扱いに差異を生ずることがあつても、このような地域差のあることをもつて直ちに憲法一四条に違反するとはいえないことは、多数意見の引用する当裁判所の判例の示すところである。結論としてこの点の論旨を採用することができないことは、多数意見のいうとおりであろう。

しかし、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は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、地域によつ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つ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いわなければならない。もとより、このような地域に

よる不均衡があつても、これを正当化しうるだけの実質的な理由があれば別であるが、すでに述べたような顕著な差異にういて、国民を納得せしめるに足りる合理的理由をみいだすことはできないと思われる。例えば、日本の人口の一分を超る住民をもつ東京都において、青少年の育成保護の必要度は決して他に比して低いと考えられないにもかかわらず、淫行処罰規定が設けられていないこと、また東京都や千葉県において処罰の対象にならない青少年に対する淫行が隣接する神奈川県や埼玉県では処罰の対象になることについて、これを合理的ならしめる実質的な理由をあげることは不可能であろう。刑法の強姦罪、強制わいせつ罪などが被害者の名誉を顧慮して親告罪とされているのに対し、たとえ保護法益を異にする面があるにせよ、多くの条例が淫行罪について被害者の告訴を要件としていないことも、問題として指摘されてよいと思われる。このようにみると、青少年との淫行の処罰に関し各都道府県の条例の間に存する前述のような著しい不均衡は、きわめて不合理なものであることが明らかであるといわなければならない。

すでにみたように、このような不均衡が憲法一四条に違反するといえないとしても、かかる著しく不合理な地域差を解消する方向を考える必要がある。そうでないと、淫行処罰に関する条例の規定の文面上における著しい不均衡がそのまま右規定による検挙、公訴の提起及び処罰という実際の運用面にあらわれ、延いては国民に右規定の合理性に対する強い疑問や不公正感を抱かせるに至ることがおそれられる。したがつて、右規定の解釈及び運用において、処罰に対して抑制的な態度をとることが相当であると考えられ、とくに本条例一〇条一項にみるような、淫行処罰規定の構成要件の明確性を欠く場合には、処罰対象を国民多数の合意が得られるようなものに絞つて、厳格に解釈することが憲法の趣旨からも要請されるといつてよい。

二 次に問題となるのは国法との抵触である。いうまでもなく、条例は「法律の範囲内で」制定することが許されるのであるから（憲法九四条。地方自治法一四条

一項は、「法令に違反しない限りにおいて」制定できるとする。）、国の法令と矛盾抵触する条例は無効である、もとより、いかなる場合にこの矛盾抵触があるかすべきかは、微妙な判断となることが少なくない。ある事項について国の法令中にこれを規律する明文の規定がないからといって、当然に条例がこれについて規律することが許されることにはならないし、また特定事項について国の法令と条例が併存するときにも、矛盾抵触があると考えられない場合もある。条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の規律対象や文言を対比するのみでなく、それぞれの目的、内容及び効果を比較して決定されることになる（最高裁昭和四八年（あ）第九一〇号同五〇年九月一〇日大法廷判決・刑集二九卷八号四八九頁参照）。

ところで、淫行処罰規定に関連のある国の法令として、児童に淫行をさせる行為に重罰を科する児童福祉法の規定及び売春の相手方を不可罰としている売春防止法もあるが、ここでは刑法の強姦罪の規定を検討することとしたい（なお、条例の淫行処罰規定にいう青少年とは男女を問わないものであるが、実質上年少の婦女を主眼とするものであることは疑いをいれないところであるから、それを前提として考えてみる。）。

刑法一七七条及び一七八条の規定によれば、一三歳未満の婦女については、いかなる手段方法によるかを問わず、また完全な合意がある場合であつても、これを姦淫することを強姦罪とするとともに、一三歳以上の婦女については、暴行、脅迫をもつて又は抗拒不能や心神喪失に乗ずるなどの所定の手段方法によつてこれを姦淫した場合に限定して、強姦罪に当たるとされている。これは一三歳に満たない婦女は性行為の意義を理解することができず、その同意の能力を欠くものとされるからであるが、無限定に姦淫を処罰することを相当とする年齢の上限を何歳とすべきかは、国法のレベルにおける裁量によるもので、その変更は法律をもつてしなければならないことは明らかであろう。

本条例一〇条一項の規定は、小学校就学の始期より前にある者を除き一八歳未満の者である青少年に対して淫行をした行為を処罰するものである。かりにこの淫行の意義をゆるやかに解し、例えば「淫行」すなわち姦淫と解釈するとすれば、何らの限定なく処罰する姦淫（性交）行為の対象となる年少婦女の年齢の上限を一八歳に引きあげるに等しいこととなる。この点は、条例の淫行処罰規定と刑法一七七条及び一七八条の規定とがその保護法益を異にする面があることを考慮に入れても、なお看過し難いところであつて、右にいう「淫行」を性行為一般と解するときは、結局「法律の範囲」外に逸脱する疑いを免れず、この点においても、憲法の趣旨からいつて、そこに何らかの要件を付加することにより限定をすることが求められるのである。そして、このような限定を付するにあつては、刑法の規定との調和が当然に考慮されるべきこととならう。

三 以上に述べたところからみて、「淫行」の意義について、どのような解釈をとれば、著しい条例間の不均衡を生ずることを免れ、また、国法とくに刑法との整合性を保ち、かつ、憲法の要求する明確性を充たすことになるのであろうか。

本条例一〇条一項にいう「淫行」を広く青少年に対する性行為一般を指すと解したり、また単に反倫理的ないしは不純な性行為と解したりするのは、あるいは広きに失し、あるいは不明確となるのは多数意見の説示するとおりであるし、私のすでに述べたところからもきわめて不適當といわざるをえない。これまで高裁判決などで多く示された解釈によれば、「淫行とはみだらな性行為のことであり、健全な常識を有する社会人からみて、結婚を前提としない、専ら情欲を満たすためにのみ行う不純とされる性交又は性交類似行為をいう」とされる。この解釈は、一見して限定を付しているように見えるが、性行為そのものは、自己の性欲を満足させるために行われるのが通常であるから、それはほとんど限定の作用をいとなまず、結婚を前提としない青少年を相手方とする性行為のすべてを包含することに近いと考え

られ、適当と考えられる限定とはいえないであろう。

私の見解によれば、現在のわが国において、青少年に対する性行為であつて社会的な非難を受け、国民の多数が処罰に値するものとするのは、青少年の無知、未熟、情緒不安定などにつけ込んで不当と思われる手段を用いてする性交又は性交類似行為であるとする。すなわち、刑法のような、暴行、脅迫をもつて、あるいは心神喪失、抗拒不能に乗じて行うという程度には達しないが不当と考えられる手段を用いて行う性行為がそれに当たるとすべきであり、具体的にいえば、まさに多数意見のいう「青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等………不当な手段により行う性交又は性交類似行為」ということになる。多くの淫行処罰規定は、本条例を含めて、「淫行」とか「みだらな性行為」とか「不純な性行為」というように、むしろ安易に構成要件を定めていたといえるのに対し、近年制定された京都府の条例二一条一項、大阪府の条例一八条、山口県の条例一二条一項が、多少表現及び範囲を異にするが、ほぼ私見のような限定を置いて禁止処罰の対象を定めることが注目されよう。淫行処罰規定についてこのように処罰の範囲を限定することによつて、はじめて顕著な地域差の解消、国法との調和の保持という憲法の趣旨に沿つた運用がなされることになるのである。

なお、多数意見は、右にあげたところに付加して、「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つ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」をも「淫行」に当たるとするが、これは、後述の明確性の点で問題があるのみでなく、以上に述べた国法との関係からいつても、処罰範囲の限定として適切なものとはいえないであろう。

四 問題となるのは、前叙のように「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」という限定を加えることは、単に「淫行」とのみ規定する本条例一〇条一項の解釈として可能であるか、という

ことである。

当裁判所は、すでに、前記の大法廷判決において、ある刑罰法規があいまいで不明確である理由でもつて憲法三一条に違反すると認めるべきかどうかは、通常の判断力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによつて決定すべきであるとし、また最近では、いわゆる税関検査に関して、右の大法廷判決を参照しつつ、「表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈をすることが許されるのは、その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され、かつ、合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならず、また、一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるものでなければならない」と判示している（最高裁昭和五七年（行ツ）第一五六号同五九年一二月一二日大法廷判決・民集三八巻一二号一三〇八頁）。

以上の判例は、いずれも表現の自由にかかわるものであり、表現の自由の特質からその規制の立法はとくに明確性が憲法上要求されることはたしかであるが、刑罰という最もきびしい法的制裁を科する刑事法規については、罪刑法定主義にもとづく構成要件の明確性の要請がきよく働くのであるから、判例の説示するところは、憲法三一条のもとにあつて、刑罰法規についてもほぼ同様に考えてよいと思われる。

この判断基準にたつて本条例一〇条一項の規定が憲法三一条の要求する明確性をそなえているかどうかを考えてみるに、多数意見の示すような限定解釈は一般人の理解として「淫行」という文言から読みとれるかどうかきわめて疑問であつて、もはや解釈の限界を超えたものと思われるのであるが、私の見解では、淫行処罰規定による処罰の範囲は、憲法の趣旨をうけて更に限定されざるをえず、「誘惑し、威

迫し、欺罔し又は困惑させる等」の不当な手段により青少年との性交又は性交類似行為がなされた場合に限られると解するのである。しかし、このような解釈は、「淫行」という文言の語義からいつても無理を伴うもので、通常判断能力を有する一般人の理解の及びえないものであり、「淫行」の意義の解釈の域を逸脱したものとわざるをえない。このように考えると、「淫行」という文言は、正当に処罰の範囲とされるべきものを示すことができず、本条例一〇条一項の規定は、犯罪の構成要件の明確性の要請を充たすことができないものであつて、憲法三一条に違反し無効というほかはない。原判決及びその支持する第一審判決は破棄を免れず、被告人は無罪であると考えらる。

裁判官谷口正孝の反対意見は、次のとおりである。

一 憲法三一条の規範内容としての罪刑法定主義は、犯罪構成要件の明確性を要請する。この明確性の要請は、一方、裁判規範としての面において、刑罰権の恣意的な発動を避止することを趣旨とするとともに、他方、行為規範としての面において、可罰的行為と不可罰的行為との限界を明示することによつて国民に行動の自由を保障することを目的とするものである（最高裁昭和五〇年九月一〇日大法廷判決・刑集二九卷八号五一五頁、徳島市条例違反等事件における団藤裁判官の補足意見参照）。そして、裁判規範の面における明確性と行為規範の面におけるそれとは表裏一体の関係にあるものであつて、前者の面において犯罪構成要件の意味内容において明確性を欠くときは、公権力の恣意的発動を招来するものであつて、国民に対し扨るべき行為基準を示しえないばかりでなく、その法的地位の安定性を損なうことになる。この趣旨は、前記大法廷判決も明示するところであり、同判決は、刑罰法規が明確性を欠くか否かの判断基準として、「通常判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによつてこれを決定すべきである」と、

判示している。行為規範の面に即しての提言であるが、裁判規範の面についても同じというべきである。さて然らば、本条例一〇条一項（罰則は一六条一項。以下、罰則を含めての趣旨で単に「一〇条一項」という）は、「何人も、青少年に対し淫行又はわいせつの行為をしてはならない」と規定しているが、右規定は前記大法廷判決に示す明確性の基準を充たしているといえるであろうか。

二 ところで、刑罰法規の構成要件が、記述的要素だけではなく、規範的要素をも用いて定められている場合、その解釈について、規定の文言だけではなく、その規定と法規全体との関係、当該法規の立法目的、規定の対象の性質等を総合的に考察して当該規定の内容を明確にする作業が許されることは、解釈の方法としては当然である。右一〇条一項にいう「淫行又はわいせつの行為」が評価をともなう規範的構成要件要素であることは明らかである。

そこで、多数意見は、前記のような解釈の作業を重ねたうえ、同条項にいう「淫行」概念についていわゆる限定解釈の手法を用いることにより同意見に示すような解釈を施し、明確性の要請が充たされるものとしているのである。

そして、限定解釈を必要とする理由について説明を加えているのであるが、そこで説かれている理由は、右の「淫行」の意義を広く青少年に対する性行為一般を指すものと解するとき、「淫らな」性行為を指す「淫行」の用語自体の意義に添わないということと、これを無限定に解釈するときは社会通念上およそ処罰の対象として考え難いものを含むこととなつて広きに失するということである。

思うに、「淫行」とは、「淫らな行い」のことであつて、行為それ自体の性質を示す用語であり、行為の態様について意味づけを与えるだけの概念であるが、問題は、本条例一〇条一項が、「淫行……をしてはならない」という禁止文言を掲げ、その禁止に違反する行為それ自体を犯罪の構成要件要素としている点である。私は、「淫行」とは性行為、すなわち性交及び性交類似行為を意味する概念であると考え

る（多数意見のいうように、「淫らな性行為」を意味するものではない）が、犯罪の構成要件要素としての機能を果たすためには、右「淫行」の用語が違法行為の類型を示すについて必要にして十分なものといえるかどうかである。「淫行」概念の内包としての性交及び性交類似行為は、人間の営む行為として、もともと違法・適法の価値判断に親しまない価値中立的行為である。かかる行為をして違法行為の類型を示す犯罪構成要件要素とするためには、他に何らかの要素が加わる必要がある。さればこそ、児童福祉法三四条一項六号の規定の如きも、「児童に」という限定と「淫行をさせる」という使役形を用いることにより、「淫行」についての違法性を与えているのである。「淫行」の概念のうち「淫らな」という用語を取り出して、行為の違法性を示す要素とすることは無理である（性行為それ自体を取り出して「淫らな」とそれと、「淫らでない」とそれを類別することが果して可能であるかを考えよ）。「淫行」概念について、行為の違法性を示すためには、行為の相手方、動機、目的、行為について用いられた手段・方法、行為の行われた当時の附随事情等を示すことによりはじめて可能となるものとする。そして、私は、後記三に示すとおり、本条例にいう青少年のうち相手方の年齢のいかんによつては、「淫行をする」という用語自体により行為の違法性を示す構成要件要素として必要にして十分なものであると考える余地があると思うのであるが、その点は暫く措くとして、ここでは、右条例一〇条一項の規定文言から、多数意見の示すような規範内容を「通常の判断能力を有する一般人の理解」において読みとることができるかどうかについて検討することにする。

多数意見は、同規定にいう「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いとし、その一つの場合として、まず誘惑、威迫等の手段・方法に違法性のある場合を挙げるのであるが、一般人の理解として、行為自体の性質を示す「淫行」という概念から右のような手段の違法性までを導くことは、むしろ

そその理解を超えるものというべきである。法令、特に刑罰法規の定め方として、手段・方法の違法性を加えて行為の違法性を示すためには、特にそのことを明示するのが一般である。

次に、多数意見は“右の手段・方法の違法性のある場合のほか、ないしはこれを含めて、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場合をいうとしているのであるが、この定義も実にあいまいであり、融通無碍の概念規定である。性行為一般がもともと性的欲望の充足を目的とする人の営為であることを思えば、右のように、「単に」といい（愛情その他人格的結合の欠如を要件とする趣旨であろう）、また、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場合」といつてみても、これを緩やかに解すれば、前記のような性格をもつ性行為一般を限定するものとしての機能を果たすことを期待することはできず、また、反対に、これを厳しく解するとすれば、その点の立証は現実に著しく困難なものとなろう。（愛情その他人格的結合を欠く場合といつてみても、その運用は極めて微妙である。例えば、本条例にいう青少年を当初単に性的欲望を充たす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的交渉を重ねた後、結婚意思を生じたというような場合、多数意見によれば果して処罰の対象となるのであろうか。）

私は、そもそも右のように愛情その他人格的結合の欠如を要件とし、あるいはまた、特定の動機、目的の存在を「淫行」の違法性を示すための必要な要件とするならば、条例の規定それ自体にそのことを明示すべきであり、そのことなくしてこれらの要件を右の「淫行」概念の中に取り込んで理解するということは、やはり一般人の理解を超えるものと思う。

もつとも、多数意見が「淫行」概念について限定解釈を施し、処罰範囲が不当に拡大することを防止しようとしていることは、私としても理解するに吝かではない。

しかし、多数意見の示す誘惑、威迫等性行為にいたる手段の違法性の如きは、これを加えることにより「淫行」の違法性を限定するというのであれば、私はすでに解釈の作業を超え新たな立法作業の範ちゆうに属するものとする。そしてまた、多数意見の示す右の手段の違法性を除いた場合の概念規定も、通常人の理解をもつては、とうていその意味内容を把握するに困難なものだと思う。

以上の次第で、私は、本条例一〇条一項にいう「淫行」概念は、犯罪の構成要件、すなわち違法行為の類型を示すものとしては明確性の基準に欠けるものとの非難を免れないものとする。これまで下級審裁判例の実際において、同種の淫行処罰の規定を設けている各道県の条例の解釈につき、各裁判所の見解が必ずしも一義的でなく統一するところのない現状は、私の批判が当たっていることを裏書しているものと思うのである。

三 次に、私は、憲法三一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基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德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（刑法の脱道德化、道德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）。

ところで、私も青少年を性的に汚染された環境から保護しその健全な育成を図るという本条例制定の趣旨は十分に理解することができる。そして、本条例にいう青少年のうち年少者（例えば、一六歳未満の者。便宜これを「年少少年」という）に対する性交又は性交類似行為の如きは、そこにいたる手段・方法のいかんを問わず青少年の健全な育成を阻害する行為であつて、条例を以てかかる行為を一律に処罰することには相応の合理性があるものとする（もつとも、これら年少少年に対す

る場合、通常誘惑の手段が用いられるであろう)。刑法一七六条、一七七条各後段の規定は、性的自由に対する侵害の観点から一三歳未満の者に対するわいせつ、姦淫行為をすべて強制わいせつ罪又は強姦罪として処罰しているが、そのことと青少年の健全な育成という社会的法益の侵害とは自ら別異の規制に服するものと考えてよい。両者は保護法益を異にしているものといえるからである。

然し、本条例にいう青少年のうち年長者(例えば、一六歳以上の者。便宜これを「年長青少年」という)に対する性交又は性交類似行為については年少少年に対する場合と同一に扱うわけにはいかない。身体の発育が向上し、性的知見においてもかなりの程度に達しているこれら現代の年長青少年に対する両者の自由意思に基づく性的行為の一切を罰則を以て一律に禁止するが如きは、まさに公権力を以てこれらの者の性的自由に対し不当な干渉を加えるものであり、とうてい適正な処罰規定というわけにはいかないであろう。なお、ここで、民法が一六歳以上の女子に対する婚姻能力を認めていることも考えておいてよい。

私は、これら年長青少年に対する淫行(性交又は性交類似行為)を禁止処罰するためには、これらの行為を違法たらしめる特別の要素が備わることが必要であると考え。これら青少年の性的知識・経験の未熟なことに乗じて誘惑、威迫等の手段を用いて性交又は性交類似行為に及んだ場合の如きがそうである。多数意見も又そのような考慮を働かせたからこそ、「淫行」概念について限定解釈の道を選択したものと理解する。然し、私としては、そのような限定解釈が解釈の限界を超えると考えることは、先に述べたとおりである。そして、私の考えるところによれば、限定解釈の必要性は専ら右の年長青少年について生ずるわけであるが、限定解釈の道を認めない私の考えによれば、本条例一〇条一項の規定は右の年長青少年に対する関係において適正処罰の原則に反するものということになる。そして、年少少年に対する性交又は性交類似行為を一律に可罰相当と考える私の見解をもつてすれば、

本条例は、右年少少年と年長青少年とを区別せず（同条例三条一項）、これらをすべて青少年の概念でひつくるめ、これらの者に対する「淫行」の一切を一律に可罰行為としている点において適正処罰の要請からとうてい是認できないものと思う。（なお、本件において被告人と性的関係を持った女性は満一六歳の者であつたことを記しておこう。）

四 以上のほか、本条例一〇条一項の憲法適合性についてはなお検討を要する問題点を残すが、私は上記二及び三に述べた理由により、右規定は少なくとも年長青少年との淫行を処罰する限りにおいて、刑罰法規の明確性、適正処罰の観点から考えて憲法三一条に違反し無効と考える。従つて、この理由により原判決及び第一審判決は破棄を免れず、被告人は無罪と考える。

裁判官島谷六郎の反対意見は、次のとおりである。

一般に、刑罰法規は、その規定が明確であることを要求される。その法規により、何が犯罪として処罰され、したがつて、また何が処罰されないのか、明確でなければならない。犯罪構成要件の明確性は、近代刑法の基調をなす罪刑法定主義の要請するところである。そうでなければ、国民一般は、自己がどのように行動しなければならないのか、又はどのように行動してはならないのか、行動の基準を明確に知ることができない。罪刑法定主義の下においては、刑罰法規は国民に対する告知機能を有するのである。

ところで、福岡県青少年保護育成条例一〇条一項にいう「淫行」とは、何を意味するのか、はなはだ不明確である。もとより、「淫行」の意義について、これを広く性行為一般を指すものとする解釈の採り得ないことは、多数意見の説示するとおりである。条例制定者の意図は、おそらく、同条例の目的とする青少年の保護育成上有害と考えられる、青少年に対する性的行為を禁止し、これを処罰の対象としようとするものであろう。しかし、いかなる場合のそれを処罰の対象とするのか、具

体的明示が全くなされていない。単に「淫行」というのみである。このように、はなはだ漠然として不明確な表現をもつて犯罪を定め、処罰の対象とすることは、刑罰法規として、犯罪構成要件の明確性を欠くものであり、罪刑法定主義の要請に反するものであるといわざるを得ない（青少年に対する何らかの性的行為が青少年の保護育成上有害であるとして、これを禁止すること自体は、条例制定者の政策決定の問題であるが、刑罰をもつて臨む以上は、禁止しようとする行為、そして処罰の対象となる行為を、条例上明確に規定すべきである。）。

そして、このように犯罪構成要件が不明確であることは、取締りにあたる捜査機関にとつても、取締りの対象領域がはなはだしく曖昧となり、場合によつては、取締りの行過ぎを招来する危険性があることを指摘しておかなければならない。そうなつては、国民の人権保障の観点からも、看過し得ない事態が生ずるおそれがある。捜査機関の恣意防止のためにも、犯罪構成要件の明確性が要求されるのである。罪刑法定主義の下においては、刑罰法規が、前述のように国民に対する告知機能をもつとともに、刑罰権の恣意的発動の抑止機能をもつといわれる所以である。

多数意見は、「淫行」という概念を限定解釈することにより、右条項を合憲ならしめようとするのであるが、そこに示された解釈は、「淫行」という言葉から通常の判断能力を有する一般人が想到し得る範囲をはるかに超えているのであつて、私はこの解釈に与することができない。

よつて、福岡県青少年保護育成条例一〇条一項の規定は、犯罪構成要件の不明確性の故に、憲法三一条に違反して無効であり、同条項違反をもつて起訴された本件被告人には無罪を言い渡すべきである。

検察官鈴木義男、同亀山継夫 公判出席

昭和六〇年一〇月二三日

最高裁判所大法廷

裁判長	寺	田	治	郎
裁判官	木	下	忠	良
裁判官	伊	藤	正	己
裁判官	谷	口	正	孝
裁判官	大	橋		進
裁判官	木	戸	口	久
裁判官	牧		圭	次
裁判官	和	田	誠	一
裁判官	安	岡	滿	彦
裁判官	角	田	禮	次郎
裁判官	矢	口	洪	一
裁判官	島	谷	六	郎
裁判官	長	島		敦
裁判官	高	島	益	郎
裁判官	藤	島		昭