

# 公共の福祉と児童の福祉

堀 堅 士

児童福祉法違反被告事件

最高裁判所昭和二十九年(あ)第一五三九號 同三一年九月一日第三小法廷判決——乗却(最高裁判所判例集第十卷第九號一三三三頁)

## 【判示事項】

児童福祉法第六〇條第三項の合憲性

## 【判決要旨】

児童福祉法第六〇條第三項により故意犯と過失犯とに同様の法定刑を科することは憲法第一一條に違反しない。

【参照】 憲法第一一條 児童福祉法第六〇條第一項 第三項

【事實】 被告人Aは、昭和二十七年八月二十五日頃より昭和二十八年二月十五日頃までの間、十八歳未満の児童であるB子を雇入れ、不特定多数の外國人遊興客を相手に淫行させた。

この行爲に對して第一審判決(昭和二十八年十一月十九日横濱家庭裁判所)は、被告人の判示行爲は児童福祉法第三十四條第一項第六號及び第六十條第一項に該當するものとして、被告人を懲役二月に處した。被告人辯護人は、本件犯行は「過失犯」として處罰せられるべきであるにもかかわらず、判決は、この點につき、その判文上本件が故意犯なりや過失犯なりやにつき明確を缺くが概ね

故意犯として處断したものと判文記載上推測される他一點を不服として控訴した。

第二審判決（昭和二十九年三月十六日東京高等裁判所第五刑事部）は、「なるほど原判決擧示の證據によつては被告人が原告B子を同女が満十八歳未満の兒童である事を知つていたという事跡はうかがわれないかもしれないが兒童の年齢を知らないからと兒童福祉法第六十條第一項の規定による處罰を免かれることのできないことは同條第三項に明記せられてゐるところであり、ただ知らないことについて過失のない場合にのみこれが處罰を免かれるに過ぎない。然るに原審において取り調べた證據によつて明らかなく被告人と原告B子とは從來一面識もなかつたものであり同女を被告人方に世話したCも亦偶々乗車中B子と話し合つた程度の知り合關係に過ぎないのであるから、かかる婦女を雇ひ入れたにあつてはすくなくとも戸籍等についてその年齢を確める等正確な調査をしなければならぬのは當然であり、單にB子及び前記CなどからB子が満十八歳であると告げられるや輕卒にもこれを信用してBを雇ひ入れ淫行をさせるが如きはどうか考へても被告人に過失なしとはいへないから被告人が處罰を免かれることのできないことは當然である。それゆゑ論旨は理由がない。」として控訴を棄却した。被告人辯護人は「原判決には憲法違反があり破棄されるべきである。先ず憲法第三十一條には何人も法律の定める手續によらなければその生命若くは自由を奪われ又はその他の刑罰を科せられないとあり、刑罰を科せられるには手續に付き、適法に定められた法律により且つ適法に定められた處罰法規によつて始めて適法な刑罰が科せられるので國會によつて制定された法規と雖もそれが實質的に違法な内容を包含し憲法第八十一條に照し、その法令が違憲なりとされる場合は之を適用して處罰した判決は憲法違反として破棄されるべきである。そこで本件に於て被告人の所爲は兒童福祉法第三十四條第一項第六號、第六十條第一項に該當するものとして懲役貳月に處せられたが其の兒童福祉法第六十條の處罰規定は刑法の大原則に反し故意犯と過失犯とを同價値の法定刑を以て處罰するという暴擧を敢てして居り他に類を見ざるのみならず刑罰法規の大原則に違反し、憲法違反として右規定の改廢を宣言せられん事を敢て求める。即ち同條第一項は同法第三十四條第一項第六號の規定に違反した者はこれを十年以下の懲役又は二千圓以上三萬圓以下の罰金に處すると規定し、同條第三項において兒童を使用するものは兒童の年齢を知らないことを理由として、前二項の規定による處罰を免かれることができぬ、但し過失のないときは、この限りでない」と規定した。兒童の年齢不知の事實につき無過失の場合には處罰しないが然らざる限り故意と過失とを問はず等しく懲役十年以下又は罰金二千圓以上三萬圓以下に處するといふのである。兒童を保護せんとすることの急なるあまり、之を雇う者の過失も看過せず嚴罰に處すると威嚇し、其の注意を喚起し豫防的效果をあげんとする意圖は之を容れるに吝ではないが兒童を兒童と知りつつ、即ち十八歳未満の少年なりと認識しながら、之に淫行をなさしめた者と兒童を兒童と知らず、即ち十八歳未満の少年なりとの事實を知

らず否進んで十八歳以上の少年なりと認識して、之に淫行をなさしめた者とを一律に同一の法定刑をもつて臨むことは之を制定した國家の専意であり恣意であつてやがては國民の基本的人權を侵害するもので憲法第十一條にも違反する刑罰規定であり、速に憲法第八十一條に照し本判決を契機とし其の無効を宣言せられんことを希う次第であり、かかる違反の法令を適用して處斷した原判決は破棄せらるべきものと考ふる。」他三點を擧げて上告したのである。

### 【判決理由】

児童福祉法六〇條三項の規定に従えば、同法三四條一項六號違反の罪につき、児童を使用する者は児童の年齢を過失によつて知らなかつた場合でも、これを知つていた場合と同様の法定刑を科せられる。論旨はこれを以て基本的人權の侵害であり、憲法一一條に違反する規定であると主張する。しかし児童に淫行をさせる犯罪の實狀から觀れば、右のように過失犯を故意犯同様に處罰することは、児童福祉の保障を徹底させるために必要なことと認められる。このように公共の福祉のため必要な場合に、故意犯と過失犯と同様の法定刑を科することとしても、憲法違反とならないことは、當裁判所の判例（昭和二三年（れ）第七四三號同年一月二七日大法廷判決、刑集二卷一四號一七一頁）の趣旨に徴して明らかである。論旨は理由がない。

### 【研究】

判旨には賛成し難い。

#### 〔一〕 故意犯——過失犯——無過失犯。

(1) 第一審判決が、本件を「故意犯」として處罰していることは、その適用法條に、児童福祉法第六十條第一項のみが掲げられていて、同條第三項（児童を使用する者は、児童の年齢を知らないことを理由として、前二項の規定による處罰を免かれることができない。過失のないときは、この限りでない）が掲げられていないことから明らかである。

(2) そこで次に、故意犯と過失犯とに同一の法定刑を以て臨むことの可否が問題となるのである。「民法」に於いて

ては、過失責任は、故意責任と同價値に取扱われ、何れも損害賠償義務を生ずるのを原則とするが、(民法第七百九條)、「刑法」にあつては、過失責任は故意責任よりも遙かに輕微な價値のものとせられ、法律に特別の規定ある少數の例外的場合(刑法第十六條、第十七條、第二十二條、第二十九條、第二百九條、第二百十條、第二百十一條)に限り刑事責任を負うものとしている(刑法第三十八條第一項)。過失には、行爲者がそれを認識していたならば、そういう法規違反(行爲には出でなかつたであろうと判断すべき事情が存在するからである)。

い 「無過失責任」は、民法に於いてごく最近容認せられ始めた原則であるが、刑法に於いては、現在、無過失は、決して責任條件の一種ではあり得ない。責任條件は、故意と過失のみであると云うのが刑法、ひいては、刑事法一般の大原則である。従つて前掲、兒童福祉法第六十條第三項但書「但し、過失のないときは、この限りでない」と云う記述は、當然「無用」であるばかりでなくかえつて「有害」なものであると云わねばならない。何故ならば、この但書が「過失のない場合」は、免責すると規定している爲に、それよりも重い「過失のある場合」、即ち過失犯は、故意犯と同一刑を以て處罰されても仕方がないのだと、人々に思わせるからである。

(二) 「しかし兒童に淫行をさせる犯罪の實狀から觀れば右のように過失犯を故意犯同様に處罰することは、兒童福祉の保障を徹底させるために必要なことと認められる。」(判決要旨より引用)或は、「兒童を保護せんとすることの急なるあまり、之を雇う者の過失も看過せず嚴罰に處すると威嚇し、其の注意を喚起し豫防的效果をあげんとする意圖は之を容れるに吝ではないが」(辯護人上告趣意より引用)というような事狀は、故意犯の法定刑を、更に重くすることによつて對處し得る筈である。即ち現行の法定刑を過失犯のみに適用するものとし、新に、故意犯に適用すべき更に重い刑を法定すべきであると考ええる。

『児童に淫行させたと云う行爲が憎むべきことなのであつて、それが故意であろうと、過失であろうと、そんなことは問題とするに足りない。』と云う現行法の態度は、基本的人權を損傷するものであり、特に、憲法第一三條（すべて國民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に對する國民の權利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の國政の上で、最大の尊重を必要とする。）に對する違反であると考える。

〔二〕「児童の福祉」と「公共の福祉」とは同一物ではない。判決理由は、「しかし児童に淫行をさせる犯罪の實狀から觀れば、右のように過失犯を故意犯同様に處罰することは、児童福祉の保障を徹底させるために必要なことと認める。このように公共の福祉のため必要な場合に、故意犯と過失犯とに同様の法定刑を科することとしても、憲法違反とならないことは、當裁判所の判例（昭和三年（れ）第七四三號同年二月二七日大法院判決、刑集二卷一四號一七一頁）の趣旨に徴して明らかである。」と述べているが、その判例は、「有毒飲食物等取締令違反被告事件」、判決要旨は、「一、有毒飲食物等取締令第四條は、憲法第一三條に違反しない。二、有毒飲食物等取締令第四條は、過失犯に對しては罰金刑のみを科すべきであるとした趣旨ではない。」というのであり、そしてその判決理由は、わが國においては戰時中からでもあつたが終戦後特に目立つて一般にメチールアルコールその他有毒物を含む酒類を飲用する弊風が盛になつて來て、失明者や死亡者が續出するに至つた事、従つて一日も早くこのような飲食物を嚴重に取締る特別の法令を制定しなければならぬ社會狀態に置かれていた。そこへ連合國占領軍總司令部は一九四五年十二月十八日附有毒飲料の取締りに關する覺書を日本政府に交付してメチールアルコール其の他毒物を混入せる食料及び飲料の販賣、製造、所有は二千圓以上一萬圓以下の罰金又は三年以上十五年以下の徵役に科せられるべき事を規定する適切な法令の制定を指令し更にこの指令に基く法令及び酒精飲料「メチールアルコール」及び其の他の毒物の取引並びに製造販賣

の取締りに關する一切の現行日本法令を嚴格に施行すべき旨を指令したのである。そこで日本政府は昭和二十年勅令第五四二號「ポツダム宣言ノ受諾ニ伴ヒ發スル命令ニ關スル件」に基き同二十一年勅令第五二號有毒飲食物等取締令を制定公布し同年一月三〇日から施行したのである。ついで故意犯たると過失犯たるとを問わず法定刑の範圍内で處斷する規定を追加制定すべき旨昭和二十二年五月二八日總司令部から指令があつたので日本政府は同年六月一八日同令改正に當つて第四條第一項末尾に「過失ニ因リ同條ノ規定ニ違反シタル者亦同ジ」と追加したのである。されば所論の有毒飲食物等取締令に於いては昭和二十一年六月一八日改正の際過失による行爲をも處斷すると規定しながら過失犯に對する刑罰につき第四條の改正を遺脱した旨の主張は同條改正の趣旨を正解せざるにいでたものであると云わなければならぬ。しかのみならず、かような危険な飲食物を徹底的に取締るといふ事に重點を置く以上は、所論のように、過失による犯行を故意によるものから區別してこれに對しては唯罰金刑を科し得るに止まる規定を定むべきだとする主張はそれを容認する事が出来ない。辯護人は過失による犯行にも體刑を科し得るとする本令第四條の規定は憲法第一三條に違反すると云うけれども、個人の生命、自由、權利も社會生活の正しい秩序共同の幸福が保持されない限り所詮それは砂上の樓閣に終るしかないのである。されば憲法第一三條には「公共の福祉に反しない限り」との大 きな枠をつけてあり又他方に於いて第三一條は社會秩序保持のため必要とされる國家の正當な刑罰權の行使を是認しているのである。そして本件取締令第一條に違反する行爲が故意によると過失によるとによりその法定刑に區別を設けない事が有毒飲食物から公衆の健康を維持し生命を保全するといういわゆる公共の福祉のために必要である事は前段説明で明らかであるから、本件取締令第四條がこの區別を定めていないからといって、憲法第一三條に違反する無効のものだとはいえない、というものであつた。

「基本的人権」は、「公共の福祉」によつて制限せられてよい、と云うのは、日本國憲法の立場である。しかし、そのことは、如何なる方法によつて制限してもかまわない、と云うことを意味しているのではない。「故意犯」と「過失犯」を區別することなく、同一法定刑を以て、これに臨むと云うような制限の仕方は、憲法特にその第一三條に違反する。

まして本件、児童福祉法違反の場合、そこでは、公共の福祉が問題となつてゐるのではない。「公共の福祉」(Public Welfare)が問題とされてゐるのではなくして、「児童の福祉」(Juvenile Welfare)が問題となつてゐるのである。公共の福祉とは「國民一般」の福祉を意味する。なるほど児童は、國民の一部であるに違ひないが、國民のすべてが児童であるわけではない。児童もまた「有毒飲食物等取締令違反」の被害者たり得るけれども、十八歳以上の國民は決して「児童福祉法違反」の被害者たり得ない。公共福祉の概念がそのように嚴重に定義づけられていないならば、何でもかでも「公共の福祉」という概念の中に投げ込まれ、包攝せられるようになって、そこからまた基本的人権の侵害が始まる危惧が充分あるのである。國民が「基本的人権」を濫用してはならないのと同様に、國家は「公共の福祉」を濫用してはならない。

(一九五八、八、二〇)