

就寝中の児童の陰茎を露出させ手指で触る等した者がその様子を撮影した行為について、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 7 条 5 項にいう児童ポルノの「ひそかに」製造罪の成立を認めた原判決を破棄して、同条 4 項にいう児童ポルノの「姿態をとらせ」製造罪の成立を認めた事例

【文 献 種 別】 判決／大阪高等裁判所

【裁判年月日】 令和 5 年 1 月 24 日

【事 件 番 号】 令和 4 年（う）第 758 号

【事 件 名】 強制性交等、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違反、強制わいせつ、準強制わいせつ被告事件

【裁 判 結 果】 破棄自判

【参 照 法 令】 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 7 条 4 項・5 項

【掲 載 誌】 公刊物未登載

◆ LEX/DB 文献番号 25594258

金沢大学教授 永井善之

事実の概要

かつて発達障害児を対象とする施設の児童指導員であった被告人は、令和 3 年 3 月から同年 11 月にかけて、同施設で知り合った発達障害のある男子児童 5 名（当時 9 歳ないし 13 歳）をそれぞれ自宅で寝泊まりさせた際、①口陰性交をし（3 回）、②その就寝中に陰茎を露出させ手指で触るというわいせつ行為をし（6 回）、③これらの機会にその様子をスマートフォンで動画撮影して児童ポルノを製造し（9 回）、④その動画データの一部を他人に提供し（2 回）、⑤それ以外の児童ポルノである動画データを SNS に投稿して公然陳列した（4 回）。

検察官は、①につき強制性交等（刑法 177 条後段）、②につき①強制わいせつ（同法 176 条後段）、及び⑥準強制わいせつ（同法 178 条 1 項）、③につき①覚醒中の児童に係る児童ポルノの「姿態をとらせ」製造（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（以下「児童ポルノ法」又は「法」とも）7 条 4 項。以下、本罪を「4 項製造罪」とも）、及び⑥就寝中の児童に係る児童ポルノの「ひそかに」製造（同条 5 項。以下、本罪を「5 項製造罪」とも）、④につき児童ポルノの提供（同条 2 項後段）、⑤につき児童ポルノの公然陳列（同条 6 項前段）、という 24 の罪として起訴した。

原審においては事実関係に争いはなく、原判決

である奈良地判令 4・7・14（公刊物未登載）は、いずれも公訴事実どおりの事実を認定し、起訴状記載の罰条を適用した（懲役 15 年。求刑懲役 19 年）。

これに対し、控訴審から受任した弁護人は、③⑥について、「前 2 項に規定するもののほか」と規定された児童ポルノ法 7 条 5 項における児童ポルノの「ひそかに」製造罪は、児童ポルノの提供目的での製造（同条 3 項前段）の場合、及び、「姿態をとらせ」製造（同条 4 項）の場合以外の、描写対象児童に知られることのないような態様での描写による製造罪であって、検察官による、描写対象児童が就寝中であり描写されていることを認識していないために「ひそかに」製造罪に当たるという解釈は誤りであり、これを前提とした原判決には法令適用の誤り、4 項製造罪の事実を認定して同条 5 項を適用した理由齟齬があること、さらに量刑不当などを主張して控訴した。

判決の要旨

大阪高裁は、以下のように法令適用の誤りを認めて原判決を破棄し自判して、控訴審において追加された予備的訴因により、③⑥について「姿態をとらせ」製造罪の成立を認めた（懲役 13 年）。

「原審記録によれば……ひそかに製造罪として起訴された各公訴事実……は、同一機会に行われた各罪と合わせ考慮すると、就寝中の〔児童〕の

陰茎を露出させる姿態等……を、それぞれひそかに撮影して保存し児童ポルノを製造したとして公訴提起され、いずれも罰条として……法7条5項、2項が摘示されていること……、原審裁判所は、検察官に対しこの点について釈明を求めるなどはしなかったこと、原判決は、これらの事実について公訴事実どおりに認定し、起訴状の罰条と同じ法令を適用したことが認められる」(〔 〕内は引用者)。

「しかし、同法7条5項の規定する児童ポルノのひそかに製造行為とは、隠しカメラの設置など描写の対象となる児童に知られることがないような態様による盗撮の手段で児童ポルノを製造する行為を指すと解されるが、同項が『前2項に規定するもののほか』と規定していることや同条項の改正経緯に照らせば、児童が就寝中等の事情により撮影の事実を認識していなくても、行為者が姿態をとらせた場合には、姿態をとらせ製造罪(同条4項)が成立し、ひそかに製造罪(同条5項)は適用されないと解される」。「したがって、検察官は、本来、上記各事実をいずれも姿態をとらせ製造罪として起訴すべきところを、誤ってひそかに製造罪が成立すると解し、同一機会の各事実と合わせると姿態をとらせたこととなる事実を記載しながら、『ひそかに』との文言を付して公訴事実を構成し、罰条には……法7条5項を上げた起訴状を提出し、原判決もその誤りを看過して、同様の事実認定をした上で、上記のとおり適条をしたことが明らかである。このような原判決の判断は、判文自体から明らかな理由齟齬とまではいえないにせよ、法令の適用に誤りがある旨の所論の指摘は正しい」。

「さらに、検察官のみならず、被告人や原審弁護人も、上記各事実に関してひそかに製造罪としての責任を問われているとの誤信の下で原審公判に臨んでいたものとうかがえるから、第1審裁判所としては、関係証拠に照らして認定できる事実正しい適条をするだけでなく、検察官に釈明を求め、その回答如何によっては訴因変更請求を促すなどして、被告人及び原審弁護人の防御に遺漏がないよう手続を尽くすべきであったのに、原審はこうした手続を何ら行っていない。姿態をとらせ製造罪とひそかに製造罪とでは、法定刑は同じとはいえ、児童ポルノ製造罪における『姿態をとらせ』あるいは『ひそかに』という要件は、処

罰根拠をなす重要部分に当たるから、この点について被告人や原審弁護人が誤解をしたままでは十分な防御の機会が与えられたと評価できず、原審の釈明義務違反は、判決に影響を及ぼすとみるべきである」。

判例の解説

一 はじめに

性的な搾取・虐待からの児童の保護に係る法的措置の不備につき国際的な批判を受け、平成11年に議員立法として制定された児童ポルノ法¹⁾では、その制定時の児童ポルノに係る規制対象行為として、その頒布や公然陳列等(現7条6項)及びこれらを目的とする製造、所持、輸出入等(現同条7項、8項)が規定されていたが、同法の平成16年の改正に際して、特定少数者への提供等(現同条2項)及びこれを目的とする製造、所持、輸出入等(現同条3項)と共に、児童に所定の性的「姿態をとらせ」(現同条4項)で行う製造が新設された。さらに、現行法に至る同法の平成26年改正では、単純所持の禁止(3条の2)及び性的好奇心充足目的所持(7条1項)と共に、「ひそかに」(同条5項)行う製造が新設されている。

このうち、「ひそかに」製造罪は、後述のように(四参照)、写真等に描写する行為が対象児童に知られることのないような態様によることを要件とするものと解されており、同罪成立を認めた裁判例も、多くはトイレや浴室等の、通常脱衣の上で利用される場所に隠しカメラを設置してその利用児童の姿態を撮影するような事案に係るものであるが²⁾、他方で、児童を相手方とする性行為の際にこれを盗撮するような事案についても同罪の成立を認めるものもあった³⁾。そのようななか標題判決(以下「本判決」)は、スマートフォンを握持し描写対象児童に向けて自らがなした性的行為の姿態を撮影するという児童ポルノの製造行為の際に、同児童が就寝中であって自己の姿態や撮影されていることの認識を欠いていたという事案につき、原判決が「ひそかに」製造罪に当たるといふ公訴事実どおりの認定をしたことに対して、このような場合には「姿態をとらせ」製造罪が成立すること、両罪には法定刑の差異はないが各要件は処罰根拠をなす重要部分であること、などを明示した点に意義がある。

二 法7条4項と同条5項の関係

以上のように、本件控訴審での主たる争点は、性的行為をされその様子を撮影された児童がその際の就寝によりその認識を欠いていた場合の児童ポルノ製造罪の擬律、即ち法7条4項と5項のいずれの製造罪の成立が認められるかである。

これら両罪の関係につき、後者では「前2項に規定するもののほか」と規定されている。これは「前2項」、即ち児童ポルノの提供目的がある場合の3項製造罪、同目的がなく描写対象児童に所定の姿態をとらせての場合の4項製造罪のいずれも成立しない場合のみ5項製造罪が成立しうることである⁴⁾。そうすると、本件との関係では4項製造罪の成立要件、特に「姿態をとらせ」等の意義を確定することがまず重要となる。

三 4項製造罪

1 「姿態をとらせ」と「描写する」の関係

児童ポルノの製造につき、法7条3項前段、4項、5項、7項前段の各要件を欠くいわゆる単純製造は、性的姿態の視覚的情報の固定化（製造）に伴うその利用可能性創出により描写対象児童の心身の健全な成育の侵害の抽象的危険を創出するものといえるが、これ自体は不可罰であるから、4項製造罪の可罰性は、描写対象児童が性的「姿態をとらせ」られることで性的に搾取されることによるその心身の健全な成育の侵害の危険性が、前述の単純製造による危険性に付加されることに求められよう⁵⁾。そうすると、同罪の構成要件該当行為には、写真等に「描写すること」（以下「描写行為」）のみならず、「姿態をとらせ」る行為も含まれると解されるべきことになろう⁶⁾。

2 「姿態をとらせ」る行為の意義

「姿態をとらせ」る行為に係る法文は、このように使役の文言となっている。この意義は、立法解説によれば、行為者の言動等により当該児童が当該姿態をとるに至ったことをいい、強制によることは要しないとされる⁷⁾。さらに、前述のように4項製造罪の本質は性的姿態をとられるという性的搾取による当該児童への害悪（の危険）であるといえるから、性的姿態をとられている状態自体あるいは当該姿態が性的意味をもつことを当該児童が認識していることは同罪の成立要件とはならないであろう。この点、そもそも児童には

意思能力を欠く嬰兒も含まれるほか、後述のように（四参照）、被害者の行為を利用して間接正犯的に「姿態をとらせ」る場合もありえようからである。そうすると、本件③⑥に係る事案のように、就寝によりその認識を欠いている描写対象児童に係る場合についても「姿態をとらせ」たと認められうることになろう。

3 描写行為の意義

4項製造罪における描写行為については、性的姿態をとられた児童を「写真……その他の物に描写すること」以外の要件はない。よって例えば、当該児童が描写行為を認識していることが要件とならないことは法文上明らかであるし、このことは、前述のような同罪の本質にも調和するものである。そうすると、本件③⑥に係る事案のように、握持したスマートフォンを描写対象児童に向けて撮影することで、描写行為自体はあからさまに行われたものの、当該児童が就寝中であってその認識を欠いていた場合であっても、同罪の描写行為に当たりうることになろう。

なお、このように、4項製造罪では描写対象児童が描写行為を認識していることは要件とならないと解されることから、本件事案とは異なり、描写行為自体が「ひそかに」、即ち描写対象児童に気付かれないような態様でなされる場合、例えば隠しカメラを用いるなどの盗撮行為による場合であっても同罪の描写行為たりうることになる⁸⁾。そうすると、このような盗撮行為によるものであっても、描写対象児童に「姿態をとらせ」た上でのものである場合には、5項製造罪ではなく4項製造罪が成立しうることになろう（四参照）。

4 本件事案へのあてはめ

以上のように解されるとすると、本件では③⑥に係る事案についても4項製造罪が成立しうると考えられ、この場合には5項製造罪の成立は排除されるから、この点に係る本判決の判断は支持されよう。

四 5項製造罪——「ひそかに」の意義

なお、5項製造罪における「ひそかに」の意義については、立法解説によれば、隠しカメラによる盗撮のような場合を典型例とする、「描写対象児童に知られることのないような態様で」という意味であり、これは描写を行う客観的態様に係る要件であって、描写されることについての児童に

よる承諾や認識の有無を問うものではないとされる⁹⁾。前述の③⑥に係る事案につき5項製造罪の不成立をいう本件の控訴趣意書では、同罪成立が認められた従来の裁判例の事案の分析として、場所がトイレ、浴場、更衣室であり児童と行為者との間に一定の距離がある(児童への直接の働きかけがない)こと、同一機会の性犯罪、福祉犯を伴わないこと、製造されるのはいわゆる3号ポルノ(法2条3項3号参照)であること、といった共通点があると指摘されている。

なお、前述のように5項製造罪は法7条3項前段及び4項の各製造罪の補充類型であるため、例えば、隠しカメラが設置されたトイレ等のある場に招いた児童に対し、飲食を勧めてトイレ使用を促したり、洋服をプレゼントして別室での着替えを促す¹⁰⁾などしてその様子を盗撮するといった場合は、描写する行為自体は「描写対象児童に知られることのないような態様」ながらも、児童に働きかけることで当該児童自身の行為を利用した、間接正犯的な「姿態をとらせ」製造罪に当たると評価されうるように思われる¹¹⁾。この場合、描写対象児童は働きかけの意味をも認識していないが、前述のように、それは同罪の要件ではないであろう。

●—注

- 1) 同法制定の背景・経緯については、園田寿『解説児童買春・児童ポルノ処罰法』(日本評論社、1999年)4頁以下、森山真弓＝野田聖子編著『よくわかる改正児童買春・児童ポルノ禁止法』(ぎょうせい、2005年)4頁以下等を参照。
- 2) 近時の例として、東京地判令3・9・8LLI/DBL07631164(トイレでの盗撮)、徳島地判令4・3・15LLI/DBL07750241(更衣室等での盗撮)等。なお最一小決令1・11・12刑集73巻5号125頁(浴場の遠方からの盗撮)。
- 3) 近時の例として、東京地判令2・3・2D1-Law28281043(性交中等の盗撮)、東京地判令4・8・30LEX/DB25593703(就寝中の姿態の盗撮)等。
- 4) 坪井麻友美「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の一部を改正する法律について」曹時66巻11号(2014年)57頁以下参照。
- 5) 仲道祐樹「児童ポルノ製造罪の理論構造」刑ジャ43号(2015年)69頁、永井善之「児童ポルノの刑事規制根拠に関する一考察」金沢60巻1号(2017年)144頁参照。
- 6) 東京高判平17・12・26判時1918号122頁、園田寿『情報社会と刑法』(成文堂、2011年)159頁以下、仲道・前掲注5)68頁以下、渡邊卓也『ネットワーク犯罪と

刑法理論』(成文堂、2018年)84頁、永井善之「判批」判評744号(2021年)16頁注15参照。これに対して大阪高判平23・12・21LEX/DB25481163は、4項製造罪における「姿態をとらせ」の実行行為性を否定して、同罪は姿態をとらせた者による児童ポルノ製造を処罰する身分犯的な犯罪であるとする(上田哲「判批」最判解刑事篇平成18年度(2009年)116頁も同旨)。

- 7) 島戸純「『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の一部を改正する法律』について」警論57巻8号(2004年)97頁。
- 8) 島戸・前掲注7)97頁は、いわゆる盗撮は4項製造罪に当たらないとするが、そこでは「姿態をとらせ」られたのではない児童を対象とする盗撮の場合が前提とされていると解される(島戸・前掲注7)110頁注22参照)。
- 9) 坪井・前掲注4)56頁、58頁注18参照。この「ひそかに」要件は、被害者のプライバシー権を法益とする軽犯罪法1条23号の罪におけるそれとは意味が異なるとされる(坪井・前掲注4)58頁注19)。なお、性犯罪への対処のための法整備に係る法務大臣諮問117号を受けた法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会において令和5年2月3日に取り纏められた要綱(骨子)案では、人の性的な姿態等を「ひそかに」撮影する等する「撮影罪」が含まれているが、同罪の法益は自己の性的姿態が人に見られることに係る性的自由・性的自己決定権と解されているから(同部会第11回会議事録参照)、そこで「ひそかに」要件は軽犯罪法上の罪のそれと共通であろう。
- 10) 前掲注3)東京地判令2・3・2では、スポーツクラブのコーチが同クラブ事務所において部員児童にスポーツブラの試着を促し盗撮した行為についても5項製造罪の成立が認められているが、本文で後述のように疑問がある。
- 11) これらの例の場合にも、いわゆる被利用者基準的な思考によるなら、4項製造罪の未遂(不可罰)の成立は児童による脱衣の開始時となろう。もっとも、前述のように、同罪では「姿態をとらせ」る行為も実行行為の一部と解されうから、これらの例では飲食物や洋服の提供はもとより、このような場に招くこと自体が「姿態をとらせ」要件を充足する「働きかけ」に当たり、よってその開始が(未遂との評価は根拠づけえない)実行の着手であるとも解されう。このような問題は同罪一般に妥当するところ、その未遂は不可罰である同罪に関しての議論の実益には乏しい。なお、不同意意思の形成等を困難にさせたり、行為の非わいせつ性を誤信させたりしての撮影をも含む前述の「撮影罪」(注9)参照)では、その未遂罪も予定されていることが注目される。

* 標題判決について、本件控訴審から弁護人を受任された大阪弁護士会所属の奥村徹弁護士より、貴重な資料、情報を多数ご提供頂いた。記して厚く御礼を申し上げる。