

**睡眠中の児童の陰部を露出させる等した被告人がその児童の姿態を撮影したという事実について、当該行為が児童買春、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項にいう児童ポルノの「姿態をとらせ」製造罪に該当するとき、児童ポルノの「ひそかに」製造罪を定める同条5項を適用することの可否**

【文献種別】 判決／最高裁判所第三小法廷

【裁判年月日】 令和6年5月21日

【事件番号】 令和5年（あ）第1032号

【事件名】 強制わいせつ、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、強制性交等未遂、強制性交等被告人事件

【裁判結果】 上告棄却

【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】 裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25573543

金沢大学教授 永井善之

## 事実の概要

被告人Xは女兒Y（当時10歳）の睡眠中に、Yの陰部等を露出させ手指で触る等のわいせつ行為等を行い、その際にYの姿態をXが使用するスマートフォンで動画撮影した。検察官は撮影行為につき、児童ポルノの「ひそかに」製造罪（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」）7条5項。以下「5項製造罪」）として起訴し、第一審たる神戸地姫路支判令5・3・23（公刊物未登載）は公訴事実どおりの事実を認定して起訴状記載の罰条を適用した。

これに対して弁護人は、本件児童ポルノ製造はYに所定の姿態をとらせてなしたものであり「姿態をとらせ」製造罪（法7条4項。以下「4項製造罪」）に該当すること、「前二項に規定するもののほか」と規定される5項製造罪は、提供目的での製造罪（同条3項前段）及び4項製造罪の補充類型であり、これらに該当する場合には5項製造罪は成立しないこと、現に大阪高判令5・1・24（判タ1512号136頁）は本件と同様の事案につき4項製造罪が成立し、法7条5項は適用されない旨判示していること等を主張して控訴した。

原審たる大阪高判令5・7・27（判タ1519号208頁）は次のように判示して控訴を棄却した。

立法経過からは、5項製造罪は、「ひそかに」行う児童ポルノの製造が行為態様として悪質で当該児童の尊厳を害すること等に鑑み、そのような態様での製造にも処罰範囲を拡大する趣旨と解されるが、このような行為態様の悪質性や児童の尊厳の侵害性等は意識のない児童の姿態をそのまま撮影した場合と、撮影時に一定の姿態をとらせることを伴う場合とで異なるから、立法趣旨との関係では後者の場合を除外すべき理由はない。「また、所論のように解すると、検察官は、3項製造罪又は4項製造罪に当たる事案では、それがひそかに製造されたものであっても、3項製造罪又は4項製造罪として起訴するほかに、そのため、5項製造罪での起訴を検討するに際しては、3項製造罪又は4項製造罪に当たらないかについて厳密な証拠判断を要することになるが、当該事案の証拠関係によっては、提供目的の有無や姿態をとらせたことに当たるかなどが微妙で、判断に窮する事態も生じ得る。また、裁判所も、5項製造罪に当たるものとして起訴された事案では、常に、実体的に3項製造罪又は4項製造罪に当たるものではないかについて、判断を要することになる。しかし、前段落でみたところからすると、そのような判断を検察官や裁判所に求めることに意味はない。「加えて、3項製造罪、4項製造罪及び5項製造罪の法定刑は同じである

から、前2者に当たる児童ポルノを製造した者が、それがひそかに描写して製造したものであるときに5項製造罪で処罰されても、不利益はない。以上より、「法7条5項において『前二項に規定するもののほか』と規定されているのは、実体的に3項製造罪又は4項製造罪に当たるものを除くという趣旨ではなく、3項製造罪又は4項製造罪として処罰されるものを除くという趣旨と解される」。「そうすると、児童に……所定の姿態をとらせた上で、ひそかにその姿態を撮影するなどして児童ポルノを製造した行為について、4項製造罪として公訴提起するか5項製造罪として公訴提起するかは、検察官の裁量に属する」。

これに対して弁護人は、大阪高判令5・1・24を引用した判例違反等を主張して上告した。

## 判決の要旨

最高裁第三小法廷は、判例違反の主張については次のように判示して、上告を棄却した。

原判決は、「所論引用の判例と相反する判断をしたものというべきである」。「しかしながら、児童ポルノ法7条5項が、ひそかに児童の姿態を撮影するなどして児童ポルノを製造するという行為態様の違法性の高さに鑑み、同条3項及び4項の各児童ポルノ製造に加えて、処罰対象となる児童ポルノ製造の範囲を拡大するために制定されたという立法の趣旨及び経緯、並びに、同条4項、5項の各児童ポルノ製造罪の保護法益及び法定刑に照らせば、児童に姿態をとらせ、これをひそかに撮影するなどして児童ポルノを製造したという事実について、当該行為が同条4項の児童ポルノ製造罪にも該当するとしても、なお同条5項の児童ポルノ製造罪が成立し、同罪で公訴が提起された場合、裁判所は、同項を適用することができるかと解するのが相当である。そのように解さなければ、事案によっては、同罪で公訴を提起した検察官が同条4項の児童ポルノ製造罪の不成立の証明を、被告人がその成立の反証を志向するなど、当事者双方に不自然な訴訟活動を行わせることになりかねず、さらには、ひそかに児童の姿態を撮影するなどして児童ポルノを製造したことは証拠上明らかであるのに、裁判所が同条5項を適用することができないといった不合理な事態になりかねない。同項にいう『前2項に規定するもののほか』

との文言は、以上の解釈を妨げるものではない」。よって、本件児童ポルノ製造につき法7条5項を適用した第一審判決を是認した原判決は正当であり、「刑訴法410条2項により所論引用の判例を変更し、原判決を維持するのを相当と認める」。

## 判例の解説

### 一 はじめに

児童ポルノ法ではその1999年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2004年の改正に際して、特定少数者への提供（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、提供目的なく児童に所定の性的「姿態をとらせ」て行う製造（現同条4項）が新設された。さらに、現行法に至る同法の2014年の改正では、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、同法7条3項及び4項「に規定するもののほか、ひそかに」行う製造（同条5項）が新設されている。このうち5項製造罪は、写真等への描写行為が対象児童に知られることのないような、即ちいわゆる盗撮の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<sup>1)</sup>、同罪の成立が認められた裁判例も、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といった事案に係るものである<sup>2)</sup>。

ところで、児童ポルノ製造事案では標題判決（以下「本判決」）の事案のような行為態様、即ち、睡眠等により意識を欠いている児童を脱衣させる等して性的姿態をとらせた者が、それを自ら握持した撮影機器で撮影するという態様が典型的にみられるところ、このような場合（以下「本事例類型」）の児童ポルノ製造の擬律について、従来の裁判例においては、児童は撮影されていることを認識していないが行為者が「姿態をとらせ」ていることから5項製造罪ではなく4項製造罪が成立するとするもの（以下「4項製造罪説」）<sup>3)</sup>と、4項製造罪及び5項製造罪のいずれにも当たりうるこのような場合の適条は検察官の訴追裁量によるから5項製造罪での訴追が選択されればその成立が認められるとするもの（以下「訴追裁量説」）<sup>4)</sup>とに

分かれていた<sup>5)</sup>。そのようななか、本判決は、前者の立場をとった高裁判例を変更して後者の立場をとることを示した点に意義がある。

## 二 各説の分析

### 1 4項製造罪説

4項製造罪説をとる前述の大阪高判令5・1・24では、その根拠に関して、同判決の立場が、5項製造罪を定める条「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したものであるとされている。ここで改正経緯が挙げられているのは、立法解説によれば5項製造罪の新設理由はその捕捉対象とする盗撮という態様が通常生活のなかで誰しも被害児童になりうることや発覚しにくい方法である点で巧妙である等違法性が高いこと<sup>6)</sup>、つまり、保護法益<sup>7)</sup>の侵害(の危険)性が典型的に高い行為態様であることに求められているが、同罪の法定刑は既存の提供目的製造罪(法7条3項前段)や4項製造罪のそれと同一であるため、5項製造罪は提供目的や「姿態をとらせ」要件を欠くためにこれら既存の製造罪では対処されえなかった製造行為を捕捉するためのものであろうから、既存の製造罪に該当するのであればそれで対処されるべきことになる、という趣旨と考えられる。そして、このような趣旨を裏付けるとも解されうるのが、同判決の挙げるもう一つの根拠たる、5項製造罪に係る「前2項に規定するもののほか」との文言(以下「本件文言」)である。このような文言は、法条競合の(明示的)補充関係を示すものと解されることが一般的であり<sup>8)</sup>、5項製造罪の立法解説においてもこのような捉え方と整合的な理解が示されている<sup>9)</sup>。こうして、5項製造罪が4項製造罪の補充類型であり、かつ本事例類型がこれら両製造罪のいずれにも該当しうると解されるならば、4項製造罪説のような見解は自然なものともいえよう。

### 2 訴追裁量説

他方、訴追裁量説をとる本件原判決は、その実体的根拠として、5項製造罪の立法趣旨、及び同罪の成立に4項製造罪の不成立が要件となると解することの問題性を挙げている。このうち前者としては、5項製造罪の新設根拠たる同罪の行為態様の違法性はそれが4項製造罪の行為態様を伴う場合にも異ならないからであるとする。この点、

確かにこのように解せなくはないものの、立法趣旨としては(本件文言の存在も併せ考えると)前述の4項製造罪説によるような理解が素直なようにみえる。もっとも、訴追裁量説としてより重要と考えられるのがその挙げるもう一つの根拠である。即ち、もしも5項製造罪の成立には4項製造罪の不成立が要件となると解する場合には、4項製造罪に当たる事実につきその不存在又は存在のいずれについても合理的疑いを超えた立証ができない場合、4項製造罪及び5項製造罪のいずれの成立も認められないことになるという問題性であり<sup>10)</sup>、この点は理論的にはその通りであろう。

## 三 本判決の検討

### 1 訴追裁量について

以上のような見解の分類を前提とすれば、本判決の立場は訴追裁量説に当たるといえよう。その理論的根拠には5項製造罪の立法趣旨・経緯、4項製造罪及び5項製造罪の保護法益・法定刑、及び原判決による指摘と同一と考えられる問題性を挙げている。このうち両製造罪の保護法益・法定刑の共通性をいう点はいずれの罰条での訴追によっても被告人に不利益はないという趣旨と思われるが、これらの共通性は本判決も挙げる、行為態様の違法性の高さゆえの処罰範囲の拡大といった5項製造罪の立法趣旨等(及び本件文言)とも併せ考えると、4項製造罪説につき前述したように、既存の製造罪に(も)該当するならそれで対処されるべきという理解に至るほうが自然とも考えられ、少なくとも訴追裁量説を決定的に根拠づけうる事情とまではいえないように思われる。

これに対してより重要と考えられるのが、本判決の挙げるもう一つの根拠、即ち不自然な訴訟活動の可能性等であり、これは、5項製造罪の成立に4項製造罪の不成立が要件となると解する場合、4項製造罪の事実とは5項製造罪の構成要件該当性阻却事由となるから、この不存在の立証が5項製造罪の成立の立証に必要となると同時にその存在可能性が被告人側の反証となりうること、のみならず逆に、この存在につき合理的疑いを超えた証明まではなされえない場合は、「ひそかに」製造の事実の存在に疑いはなくとも、4項製造罪及び5項製造罪のいずれの成立も認められなくなるという(原判決の挙げると同一の)問題性であると解され<sup>11)</sup>、本判決はこれを回避するその解

積を本件文言は妨げないとする。

本件文言に関しては、前述のようにこれを法条競合の(明示的)補充関係を表すものと解することが一般的であるが、そもそも補充関係とは、一方の罰条が定める構成要件(補充類型)が他方の罰条が定める構成要件(基本類型)を包摂するという関係であって、前者は後者で処罰されない事実を処罰するためのものであるがゆえに「基本法は補充法に優先する」という罰条の優先関係が導かれるというものであるところ、製造行為につき「姿態をとらせ」あるいは「ひそかに」との各要件が付されている4項製造罪及び5項製造罪は、一方が他方を包摂する関係にはなく、両方の構成要件が部分的に重複し、この領域において双方の罰条が競合するという関係(いわゆる交差関係<sup>12)</sup>)であろうことから、少なくとも本件文言が、4項製造罪の不成立が5項製造罪の成立要件たることを示すものとまでは解されえないであろう。

## 2 5項製造罪の成否

もっとも、本事例類型については5項製造罪の構成要件該当性自体に疑義がある。前述のように、同罪の行為態様に係る「ひそかに」とは、盗撮のように描写対象児童に知られることのないような、という描写行為の客観的態様に係る要件であるとされており<sup>13)</sup>、まさにこの点が誰も被害児童になりえ、発覚もし難いというその違法性の高さを根拠づけていることから、単に対象児童が睡眠等のゆえに描写されていることを認識していないというだけではその充足は認められないと解されるべきであろう。もしもこのような認識の有無により同要件の充足の有無が判断されると解する場合には、描写対象児童が偶然にも隠しカメラに気付いていた場合には5項製造罪は成立しないということにもなりかねず<sup>14)</sup>、また、そのように解さなければ、事故等で意識を失い倒れた半裸の児童を画像提供の目的なくあからさまに撮影したような場合を捕捉しえないという事態を生じるとしても<sup>15)</sup>、それは児童ポルノのいわゆる単純製造を処罰しない現行法上やむをえない事態であり、対処を要するならば立法によるべきであろう。

### ●—注

- 1) 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)55頁以下参照。  
 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) 本件の上告趣意にも引用された前述の大阪高判令5・1・24(評釈として、永井善之「判批」新・判例解説 Watch(法七増刊)32号(2023年)203頁以下)。なお、結論として4項製造罪の成立を認めるものに、横浜地判令30・5・22LLI/DBL07350645、静岡地沼津支判令3・6・14LLI/DBL07650774、さいたま地川越支判令5・3・20公刊物未登載、仙台地判令5・7・2023WLJPCA07206003。  
 4) 本件の原審たる前述の大阪高判令5・7・27の他、東京高判令5・6・16高刑集75巻1号1頁。なお、結論として5項製造罪の成立を認めるものに、広島地判令29・4・132017WLJPCA04136002、東京地判令4・8・30LEX/DB25593703、神戸地姫路支判令5・3・23公刊物未登載、東京高判令5・3・302023WLJPCA03306005(前掲東京地判令4・8・30の控訴審(棄却))。  
 5) 本判決の登場までの理論状況の分析として、永井善之「児童ポルノ製造の擬律—『姿態をとらせ』製造罪と『ひそかに』製造罪の関係を中心に—」金沢67巻1号(2024年)掲載予定参照。  
 6) 坪井・前掲注1)55頁以下。  
 7) 児童ポルノ規制の保護法益についてはさしあたり、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)125頁以下参照。  
 8) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1975年)410頁、川端博『刑法総論講義〔第3版〕』(成文堂、2015年)640頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣、2016年)395頁等。このような規定ぶりの文言は、刑法典上の実体的規定に限定しても、電子計算機使用詐欺罪(246条の2)をはじめ9箇所も存在する。  
 9) 坪井・前掲注1)57頁以下。  
 10) このような問題性を指摘するものに、前掲注4)東京高判令5・6・16に係る匿名解説・判タ1514号109頁。  
 11) 匿名解説・前掲注10)109頁も参照。  
 12) 山口・前掲注8)394頁以下参照。この点で、永井・前掲注3)205頁、206頁における見解を改める。  
 13) 坪井・前掲注1)56頁。  
 14) このような帰結は立法解説にも反する(坪井・前掲注1)58頁注18参照)。  
 15) 所定の目的があれば法7条1項の所持罪は成立しうる。

\* 本稿執筆に際し大阪弁護士会ご所属の奥村徹弁護士より貴重な資料、情報をご提供頂いた。記して謝意を表す。  
 \* 本稿は、JSPS 科研費(課題番号24K04588)の助成を受けた研究成果の一部である。