

刑事判例研究(2)

中央大学刑事判例研究会

監禁罪と強制わいせつ罪とが観念的競合の関係にあるとされた事例、強制わいせつ罪と児童買春、児童ポルノ等処罰法七条三項の児童ポルノ製造罪が併合罪とされた事例

高 良 幸 哉

東京高裁平成二四年(う)第一三四四号、監禁、強制わいせつ、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違反被告事件、東京高判平成二四年一月一日、高等裁判所刑事判例集六五卷二号一八頁、裁判所ウェブサイト掲載、判例タイムズ一三九一号三六四頁、判例時報二一九六号一三六頁

第一審…平成二四年六月八日前橋地判平成二四年(わ)第四五号、第一〇八号、第一四九号

【事案の概要】

被告人は、各被害児童に対し、いずれも、わいせつ行為をする目的で公衆トイレ内に誘い込んだ後、内鍵を施錠し、ドアの前に

立ちふさがるなどして、その下着等を下ろして陰部を手指で触などした上、自己の陰茎を握らせるなどする（以下、「直接的なわいせつ行為」）際に、性的欲求又はその関心を満足させるために、これらの姿勢をとらせてその一部又はそのほとんどを携帯電話で撮影して児童ポルノを製造した。

原審前橋地裁において、檢察官は、監禁罪と強制わいせつ罪は観念的競合の関係にあるが、強制わいせつ罪と児童ポルノ製造罪は併合罪の関係であると主張し、弁護人は、後者について、被害児童の姿態を撮影する行為自体がわいせつ行為にも当たるなどとして観念的競合の関係にある旨主張したところ、原審前橋地裁は、監禁罪と強制わいせつ罪及び強制わいせつ罪と児童ポルノ製造罪は、いずれも併合罪の関係であると判断した。

【判決要旨】

1 監禁罪と強制わいせつ罪の罪数関係について

被告人がわいせつ行為に及んでいること自体がドア前に立ちただかることとなり、監禁行為は継続しており、わいせつ行為が終了した直後にその場から逃走して被害児童を解放している。そうすると、刑法一七六条後段に触れる行為と同法二二〇条に触れる行為とはほとんど重なり合っているといえる上、社会的評価において、トイレのドアの前に立ちふさがるなどして脱出不能にする動態と、このような姿勢をとりながらわいせつな行為をする動態は、被害児童をトイレに閉じこめてわいせつな行為をするという単一の意思に基づく一体的な動態というべきであるから、原判示の各監禁罪と各強制わいせつ罪は、いずれも観念的競合の関係にあるものと解される。

2 強制わいせつ罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係について

一般に撮影行為自体も刑法一七六条後段の強制わいせつ罪を構成すると解されている上、直接的なわいせつ行為の姿態をとらせ

る行為が児童ポルノ法七条三項の構成要件的行為であることからすると、本件において、刑法一七六条後段に触れる行為と児童ポルノ法七条三項に触れる行為とは重なり合いがあるといえる。しかし、本件では、被告人は、撮影行為自体を手段としてわいせつ行為を遂げようとしたものではないから、撮影行為の重なり合いを重視するのは適当でない。

直接的なわいせつ行為と、これを撮影、記録する行為は、共に被告人の性的欲求又はその関心を満足させるという点では共通するものの、社会的評価においては、前者はわいせつ行為そのものであるのに対し、後者が本来意味するところは撮影行為により児童ポルノを製造することにあるから、各行為の意味合いは全く異なるし、それぞれ別個の意思の発現としての行為であるというべきである。そうすると、両行為が被告人によって同時に行われていても、それぞれが性質を異にする行為であつて、社会的に一体の行為とみるのは相当でない。

また、児童ポルノ製造罪は、複製行為も犯罪を構成し得る（最決平成一八年二月二〇日刑集六〇巻二号二一六頁）ため、時間的に広がりを持って行われることが想定されるのに対し、強制わいせつ罪は、通常、一時点において行われるものであるから、刑法一七六条後段に触れる行為と児童ポルノ法七条三項に触れる行為が同時性を甚だしく欠く場合が想定される。したがつて、両罪が観念的競合の關係にあるとすると、例えば、複製行為による児童ポルノ製造罪の有罪判決が確定したときに、撮影の際に犯した強制わいせつ罪に一事不再理効が及ぶ事態など、妥当性を欠く事態が十分生じ得る。一方で、こうした事態を避けるため、両罪について、複製行為がない場合は観念的競合の關係にあるが、複製行為が行われれば併合罪の關係にあることは、複製行為の性質上、必ずしもその有無が明らかになるとは限らない上、同じ撮影行為であるにもかかわらず、後日なされた複製行為の有無により撮影行為自体の評価が変わることになり、相当な解釈とは言い難い。

以上のとおり、本件において、被告人の刑法一七六条後段に触れる行為と児童ポルノ法七条三項に触れる行為は、その行為の重なり合いについて上記のような問題がある上、社会的評価において、直接的なわいせつ行為とこれを撮影する行為は、別個の意思に基づく相当性質の異なる行為であり、一罪として扱うことを妥当とするだけの社会的一体性は認められず、それぞれにおける行

為者の動態は社会的見解上別個のものといえるから、両罪は観念的競合の関係ではなく、併合罪の関係であると解するのが相当である。

〔研究〕

一 問題の所在

本件⁽¹⁾は、被告人が女兒を監禁し、強制わいせつ罪にかかるとされる行為を行い、かかる行為状況を録画し、それにより、改正前児童買春、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（以下児童ポルノ法）七条三項（現行法七条四項⁽²⁾）にいう児童ポルノの製造を行った事実であり、1本件監禁罪と強制わいせつ罪、および、2強制わいせつ罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係が問題となった事実である。本件裁判所は、前者については、観念的競合とし、後者については併合罪であるとしている。刑法五四条一項は「一個の行為が二個以上の罪名に触れ、又は犯罪の手段若しくは結果である行為が他の罪名に触れるときは、その最も重い刑により処断する」と規定し、前段の観念的競合は行為の一個性に着目し、後段の牽連犯は二個の行為の一体性に着目して科刑上の一罪性を規定するものである。本件は、1においては牽連犯の成否が問題となり、2においては観念的競合の成否が問題となっている。本件東京高裁は1について牽連関係を否定し観念手競合とし、2については併合罪としており、両者において行為の一個性が検討される。行為の一個性をめぐっては、「法的評価をなす構成要件的観点を捨象した自然観察のもとで行為者の動態が社会的に一個のものとの評価を受ける場合」にこれが認められるとされる⁽³⁾。本件もかかる見解に立つものである。以下では、本件に先行する最高裁および下級審の裁判例を概観し、上記二点について検討を加える。

二 裁判例

1 監禁罪と強制わいせつ罪

監禁罪をめぐる罪数関係について、監禁状態を利用した犯罪が存し、一見すると牽連関係が認められうるかにみえる事案も少なくない。牽連関係をめぐっては「その数罪間にその罪質上通例その一方が他方の手段又は結果となるという関係」（抽象的牽連性）と「具体的にも犯人がかかる関係においてその数罪を實行すること（具体的牽連性）を要する⁽⁴⁾」のであり、本件監禁罪と強制わいせつ罪両罪にかかる行為が、抽象的牽連性と具体的牽連性を有するかが問題となる。

強制わいせつ罪との牽連関係が認められた判例集登載事案は本件以前には存しない。そこで、監禁罪と他罪の間に牽連関係が肯定された事案についてみると、大審院時代においては、監禁を手段とした恐喝につき牽連関係を認めた、大判明治四三年一〇月一〇日刑録一六輯一六五一頁や大判大正一五年一〇月一四日刑集五卷四五頁などがあ⁽⁵⁾る。大判明治四三年は、「恐喝罪を遂行するため、官名詐称、不法制縛の行為を為した場合は、これらの行為は恐喝罪を犯すにつき普通用いられる手段で而かも恐喝罪の特別構成要素に属しないから、刑法第五四条に所謂犯罪の手段たる行為で他の罪名に触れるものに該当する」とし、大判大正一五年は、同様に恐喝罪の手段として監禁行為を行ったものであり、「一行為が一犯罪に対し、刑法第五四条第一項に所謂手段たる関係があるというには、その行為がその犯罪の性質上その手段として普通に用いられるものであれば足り、二者の間に必然又は当然の牽連関係の存在することを要しない」とする。そのほか戦後の事案としては、監禁罪と恐喝罪につき牽連関係を認める東京高判昭和三一

年六月一六日高刑判特三卷一三号六四三頁、監禁罪と強姦罪につき牽連関係を認めた福岡地小倉支昭和四五年一月一六日判タ二六三三三〇頁、京都地判昭和四五年一月二五日判タ二五九号二三九頁などがある。

戦前の判例・学説において一罪の成立を広く解する見解が中心であったのに対し、捜査権が制限された現行刑事訴訟法の下では、一事不再理効との関係から不都合があるとされるため、⁽⁶⁾実数個の行為を一罪とみることは、実務上、慎重な態度がとられている。刑法五四条一項前段の観念的競合に比べ数罪性が顕著である牽連犯の成立についても、吸収主義を採用することの実質的根拠が乏しいとの主張がなされており、⁽⁷⁾裁判所も牽連犯の成立には慎重な態度をとっている。例えば、身代金誘拐の際になされた監禁罪と、同誘拐の関係において牽連関係を否定した最決昭和五八年九月二七日刑集三七卷七号一〇七八頁をはじめ、大審院時代において牽連関係が認められていた、恐喝罪とそ
の手段として用いられた監禁罪との罪数関係についても、最判平成一七年四月一四日刑集五九卷三号二八三頁において、「恐喝の手段として監禁が行われた場合であっても、両罪は、犯罪の通常の状態として手段又は結果の関係にあるものとは認められず、牽連犯の関係にはないと解するのが相当である」として両者の牽連関係を否定し、観念的競合の関係にあるとしている。⁽⁸⁾

監禁罪と強制わいせつ罪については、本件のように監禁が強制わいせつの手段ないし結果となる事案は考慮でき、具体的牽連性の存する場合はありうる。しかしながら、強制わいせつ罪にかかる行為を行うに際し、被害者を逮捕・監禁することが一般的であるとはいえず、⁽⁹⁾両罪は「罪質上通例その一方が他方の手段又は結果となるという関係」にはなく抽象的牽連性は認められない。⁽¹⁰⁾よって両罪は牽連関係ではなく、具体的事案において観念的競合の成否を検討するべきであると思われる。

2 児童ポルノ製造罪と強制わいせつ罪の罪数関係

児童ポルノを製造する際に、刑法一七六条の強制わいせつ行為や、児童福祉法違反行為などがなされる場合が多く見られる。しかし両者の間に、牽連性が認められるかについては、児童ポルノを製造するために強制わいせつ行為が行われる必然性はなく、抽象的牽連性は認められない。よって、児童ポルノ製造罪に強制わいせつ行為が児童ポルノ製造罪と強制わいせつ罪の罪数関係については、これを観念的競合とするか、裁判例は分かれている。

両罪の関係を観念的競合とするものは、名古屋高判平成二十二年三月四日LEX/DB2563556、広島高判平成二十三年五月二六日LEX/DB25471443などが挙げられる。名古屋高判平成二十二年は、被告人が児童らに対し、手淫・口淫をさせ、これを撮影したという事実であり、ここで名古屋高裁は「被害児童らに対し手淫ないし口淫させた姿を撮影した行為は、児童ポルノ製造の実行行為となるほか、強制わいせつ罪の実行行為にも当たるから、強制わいせつの事実において上記撮影の点が起訴、認定されていないことを考慮しても観念的競合となる」とする。また、広島高判平成二十三年は、医師である被告人が児童への予防接種時の診察の際に、女子児童の着衣をずらして乳房を露出させ、これを小型カメラで撮影した事実であり、「強制わいせつ罪に該当する行為は、被告人の盗撮行為であり、この盗撮行為によって児童ポルノが製造されており、各強制わいせつ行為と各児童ポルノ製造行為は、社会的見解上一個のものとする以外にはない」とする。

これに対し、観念的競合を認めない事実としては、本件同種事実である、児童福祉法違反行為と児童ポルノ製造罪の罪数関係が問題となった最決平成二十二年一〇月二一日刑集六三卷八号一〇七〇頁がある。なお、児童福祉法三四条一項一六号は、未成年者に対する性交やそれに順ずる行為を規制するものであるが、その対象年齢が一四歳以上を含

む点、及び強制性の有無などで、刑法一七六条の強制わいせつ罪と区別できるものであるが、その行為態様は強制わいせつ罪と類似しており、本件罪数判断を検討するに際し参考となる。

最決平成二十一年は、被告人が、平成一六年一月二五日から平成一七年五月二九日までの間、前後二〇回にわたり、被害児童が満一八歳に満たないことを知りながら、同児童をして、被告人を相手に性交させ、又は性交類似行為をさせ、もって、児童に淫行をさせる行為をするとともに、上記二〇回の淫行の機会のうちの二三回において、同児童をして、性交等に係る姿態をとらせ、これをデジタルカメラで撮影して、それら姿態を視覚により認識することができ、電磁的記録媒体であるデジタルビデオカセットに描写し、もって同児童に係る児童ポルノを製造した事案である。ここで最高裁は、「本件のように被害児童に性交又は性交類似行為をさせて撮影することをもって児童ポルノを製造した場合においては、被告人の児童福祉法三四条一項六号に触れる行為と児童ポルノ法七条三項に触れる行為とは、一部重なる点はあるものの、両行為が通常伴う関係にあるとはいえないことや、両行為の性質等に鑑みると、それぞれにおける行為者の動態は社会的見解上別個のものといえるから、両罪は、刑法五四条一項前段の観念的競合の関係にはなく、同法四五条前段の併合罪の関係にあるというべきである」とした。

また、本件同種事案である広島高判平成二十二年一月二六日LEX/DB25471442は、児童に陰部を露出させる姿態をとらせるなどしてその姿態をデジタルビデオカメラで撮影しながら、当該児童の陰部を手でもてあそぶなどした後、当該画像データをハードディスクに記憶したという事案で、強制わいせつ罪と児童ポルノ製造罪の関係について、両罪は「一部重なる点はあるものの、両行為が通常伴う関係とはいえないことや、両行為の性質等に鑑みると、それぞれにおける行為者の動態は社会的見解上別個のものといえる」とする。

両罪を観念的競合とするものと併合罪とするものの差異については、その両罪にかかる行為の一行為性判断に見ることができ。観念的競合における行為の一個性については、「法的評価を離れ構成要件的観点を捨象した自然的観察の下で、行為者の動態が社会的見解上一個のものとして評価を受ける場合」に認められるべきである。そこで、上記の事案を比較し、両者の分水嶺を見出したい。

観念的競合を認めている事案に関しては、児童ポルノ製造罪における撮影行為が強制わいせつ罪におけるわいせつ行為を構成している。他方、併合罪としている事例においても、たしかに、撮影行為はわいせつ行為、あるいは児童福祉法にいう「淫行させる行為」と同時並行的に行われている。しかし、両者は分離不可能なものではない。例えば、前記最決平成二二年においては、その淫行のすべてにおいて児童ポルノ製造がなされているわけではなく、当該児童ポルノ製造が「淫行させる行為」や「淫行する行為」そのものといえる事案ではなく、広島高判においても、両者を分離することが可能な事案であったといえよう。これら併合罪事案においては、「一部重なる点はあるものの、両行為が通常伴う関係にあるとはいえないことや、両行為の性質等に鑑みると、それぞれにおける行為者の動態は社会的見解上別個のもの」との文言が用いられ、両罪が社会的見解の下では同一とみることが一般的ではないことが明示されている。

また、意思的要素において、児童ポルノ製造罪には「みずからの性欲を満たす意思」は必要なく、とりわけ三項製造罪については撮影行為に直接的わいせつ行為や淫行を用いなくてもよいことに鑑みれば、両罪の性質は区別できると思われる。加えて、本件直接的わいせつ行為が児童ポルノ製造罪にいう「姿態をとらせ」ることに当たるとしても「姿態をとらせ」ることは、製造者の言動等によって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

とを要しないのであって、本件のようなわいせつ行為が伴う必然性はない。

また、両罪の保護法益においても、児童ポルノ法の保護法益は、強制わいせつ罪にいうような被害者の性的自由のみならず、児童ポルノ製造による被害児童個人の個人的法益が中心の法益であり、社会的弱者であり未成熟である児童をとりわけ保護しようという、刑法とは異なる目的を有するものであり、その性質は区別できるものである。むしろ、観念的競合であるとした事例においては、事実上、児童ポルノ製造行為自体が強制わいせつ罪の実行行為の主要な部分を構成しており、両罪にかかる行為が区別困難な例外的状況であったものと思われる。

三 本件の検討

第一に、強制わいせつ罪と監禁罪の一行為性については、牽連関係を否定する従来の判例実務を踏襲するものである。本件の一行為性を判断するに、両者は時間的場所的には同一であり、監禁場所が公衆トイレで、個室のうち鍵を開ければ自らその場を出ることが出来る場であるにもかかわらず、被告人のわいせつ行為が継続していたことをもって、その場からの逃走を困難にしており、かつ、本件わいせつ行為が終了した直後に、監禁状態が解消されているなどの事実認定に従えば、両罪における実行行為を同一の行為であると判断しうる。本件において強制わいせつ罪と監禁罪に観念的競合を認めた本件判断は妥当である。

次に、強制わいせつ罪と児童ポルノ製造罪にかかる行為の一個性について、本件は「刑法一七六条後段に触れる行為と改正前児童ポルノ法七条三項に触れる行為とは重なり合い」があることを認めつつも、「社会的評価においては、前者はわいせつ行為そのものであるのに対し、後者が本来意味するところは撮影行為により児童ポルノを製造するこ

と」であり、わいせつ行為と児童ポルノ製造行為はその意思的要素においても区別できるとし、「複製行為も含む、児童ポルノ製造罪は時間的な広がり有し」、「一時点において行なわれる」強制わいせつ罪とは性質を異にし、「複製行為による児童ポルノ製造罪の有罪判決が確定したときに、撮影の際に犯した強制わいせつ罪に一事不再理効が及ぶ事態など、妥当性を欠く事態が十分生じ得る」として、「社会的評価において、直接的なわいせつ行為とこれを撮影する行為は、別個の意思に基づく相当性質の異なる行為であり、一罪として扱うことを妥当とするだけの社会的一体性は認められない」とする。

児童ポルノ製造罪と強制わいせつ罪においては、保護法益等、法的性質が異なることは前述のとおりである。両罪にかかる行為を同一とみるのが可能となる特別な事実が存しない限り、両罪を同一とみる事はできず、従来の判例の立場にも矛盾するものと思われる。確かに、本件わいせつ行為と撮影行為は共に、「被告人の性欲を満たすこと等」を共通の目的とするなど重なり合いは否定できない。しかしながら、本件は、撮影行為がそれ自体がわいせつ罪を構成するような場合には当たらない。その行為形態としては、先の広島高判成二二年に類似し、撮影行為そのものを強制わいせつ罪の実行行為とみる必然性がなく、分離可能なものである。よって本件の行為に一個性を認めないことは理由がある。

なお、本件においては、後の複製行為を想定し、児童ポルノ製造罪の時間的な広がり強制わいせつ罪のそれは異なる点、また、これにより一事不再理効との関係で問題が生じうることを、観念的競合を認めない理由の一つであるとする⁽¹⁴⁾。この点について、本件の評釈においては、本件において後の複製行為が起訴されおらず、これを単なる抽象論であるとする、常に両罪は併合罪になり不適切であり、本件理由付けとしては不適切であるとの指摘もな

される。⁽¹⁵⁾ たしかに本件においては後の製造行為の存在は認定されておらず、本件において一罪性を否定する直接的根拠といえるかには疑問が残る。しかし、本件の後続の事案にとって、本件が、問題となる数罪の性質を区別する一要素としてかかる観点を提示した意義は否定できないと思われる。

四 本件の意義

以上の検討により、本件裁判所の判断は概ね是認しうるものと考えられる。本件は、あくまで事例判断であり、本件射程が必ずしも他事案に影響を及ぼすものではない。ただし、本件は従来の判例の立場に依拠するものであり、本件の先行事例である最決平成二二年とも同様の見解に立つものである。本件は、監禁罪と強制わいせつ罪の罪数関係、および、強制わいせつ罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係につき、判断要素を提示するものであり、事例の蓄積として実務上重要な意義を有するものであると考え、ここに検討したものである。

- (1) 本件の評釈としては、小名木明宏「判批」ジュリスト一四六六号一六八頁、仲道祐樹「判批」判時二二三八号一六一頁がある。
- (2) 本評釈においては便宜上本件製造行為を「三項製造」と呼ぶ。なお、平成二六年児童ポルノ法改正により、「姿態をとらせ」る製造行為は七条四項に規定され、三項においては提供等目的製造罪が規定されている。
- (3) 最大判昭和四九年五月二九日刑集二八卷四号一一四頁。
- (4) 最大判昭和二四年一月二二日刑集三卷二二号二〇四八頁。
- (5) なお、これら二判決について、前者については弁護人が併合罪を主張し、かえって刑が加重されることになり、明らかに訴えの利益の無い事案であり、後者は逮捕行為が恐喝罪における暴行・脅迫の延長線上にあり、両罪を併合罪とするまでの

- 違法・責任の実体がないことから、むしろ現在では観念的競合が認められる事案であったため、牽連犯を認めた先例的価値の低いものであるとの見解もある。只木誠『罪数論の研究(補訂版)』(成文堂、二〇〇九)二八八頁参照。
- (6) 連統犯規定の削除はかかる理由によるとされる。団藤重光『刑法綱要総論』(有斐閣、一九九〇)四四頁参照。
- (7) 船田三男「判解」最高裁判所判例解説刑事編(昭和四一年度)二〇九頁、只木・前掲注(5)二八六頁など。
- (8) 第一判平成一七年をめぐっては、逮捕・監禁罪における行為が他罪の手段として用いられることはあるものの、罪質上通例監禁が恐喝の手段または結果となるような関係、すなわち抽象的牽連性まで認められるとは言えないとされる。只木・前掲注(5)二八七頁以下参照。また、前田巖「判批」ジュリスト一三〇三号一四六頁に同旨。
- (9) 例えば本件のような一三歳未満に対するわいせつ行為については、被害者の同意があっても一七六条の対象となるのであり、逮捕・監禁状況が存しない場合も容易に想起しうるものと思われる。
- (10) 前田巖「判解」最高裁判所判例解説刑事編(平成一七年度版)一二九頁は、「傷害、恐喝、強盗、強姦等を犯す際に、その手段としてまず被害者を監禁するのが一般的であるとまではいえない」とする。仲道・前掲注(1)一六三頁も同旨。
- (11) 小名木・前掲注(1)一六九頁。
- (12) 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』について警察学論集五七巻八号九七頁。
- (13) 本件は、「一般児童ないし社会風俗」を児童ポルノ製造罪の保護法益に挙げる。
- (14) 実憲法上の罪数判断と訴訟法上の判断を統一的に見ることに否定的な見解も主張される。仲道・前掲注(1)一六五頁、只木・前掲注(5)二五六頁など。
- (15) 仲道・前掲注(1)一六五頁参照。

(本学大学院法学研究科博士課程後期課程在籍)