

タイトル	児童福祉法違反（児童に淫行をさせる行為）罪、強制わいせつ・強姦性交等罪、児童ポルノ製造罪の罪数関係
著者	神元，隆賢；KANMOTO, Takayoshi
引用	北海学園大学法学研究，54(4)：1-24
発行日	2019-03-30

論 説

児童福祉法違反(児童に淫行をさせる行為)罪、強制わいせつ・強制性交等罪、児童ポルノ製造罪の罪数関係

神 元 隆 賢

I はじめに

II 児童福祉法違反罪と監護者性交等罪の罪数関係

III 児童ポルノ製造罪と強制わいせつ・強制性交等罪の罪数関係

IV 児童福祉法違反罪、監護者性交等罪、児童ポルノ製造罪の罪

数関係

V おわりに

I はじめに

一三歳以上⁽¹⁾一八歳未満の「児童」(児童福祉法第四⁽²⁾条)に対し、その監護者が暴行・脅迫を用いず、監護者の立場を利用して影響力を行使し、半ば強引に同意を得て性的行為に出た場合について、かつてのわが国では、暴行・脅迫がないため強姦罪(刑法旧第一七七条)を適用できず、抗拒不能にさせたとまでは言いがたいため準強姦罪(刑法旧第

一七八条二項）も適用できないが、児童福祉法第三四条第一項六号の「児童に淫行をさせる行為」（以下「児童福祉法違反罪」）には該当するとして、児童福祉法第六〇条に規定される「十年以下の懲役若しくは三百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」との刑を科していた。しかし、これには、上記の行為が実際には準強姦に極めて近いものであるにもかかわらず、準強姦罪の「三年以上の有期徒刑」より軽く処罰せざるをえないのは妥当性を欠くとの問題があった。

その後、平成二九年に新設された監護者性交等罪（刑法第一七九条第二項）・監護者わいせつ罪（同条第一項）は、監護者が一八歳未満の者に対して監護者の地位を利用し、「影響力があることに乗じて」性交等、わいせつ行為に出た場合について、強制性交等罪（第一七七条）、強制わいせつ罪（第一七六条）の例によると規定した。本罪は、準強制性交等罪・準強制わいせつ罪に準じたもので、「準々強制性交等罪」「準々強制わいせつ罪」としての性格を持つ。⁽³⁾この法改正により、監護者性交等に関する処罰の不合理は解消されたが、児童福祉法違反罪と監護者性交等罪の罪数関係は問題として残った。

一方、平成一一年に公布・施行された児童買春、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」）は、第七条第四項において、「児童に第二条第三項各号のいずれかに掲げる姿態をとらせ、これを写真、電磁的記録に係る記録媒体その他の物に描写することにより、当該児童に係る児童ポルノを製造した者」について、「第二項と同様」すなわち「三年以下の懲役又は三百万円以下の罰金」を科すと規定している（以下「児童ポルノ製造罪」）。もともと、児童ポルノ製造は、行為者が一八歳未満の「児童」（児童ポルノ法第二条第一項）に対し強制わいせつ・強制性交等に出た際に、所持していたデジタルカメラやスマートフォン付属カメラを使用して行う態様が多く見られる。そのため、このような事案における児童ポルノ製造罪と強制わいせつ・強制性交等罪の罪

数関係について、観念的競合と併合罪のいずれが妥当するかが争点となった判例が頻発することとなった。

他方、判例上は皆無であるが、監護者性交等の際に、監護者がデジタルカメラやスマートフォン付属カメラを使用して児童ポルノを製造した場合には、児童福祉法違反罪、監護者性交等罪、児童ポルノ製造罪の三罪の罪数関係が問題となる。

本論文は、以上三点の罪数関係について、とくに判例の状況を参照して検討しようとするものである。

II 児童福祉法違反罪と監護者性交等罪の罪数関係

第一に、一三歳以上一八歳未満の「児童」(児童福祉法第四条)に対し、その監護者が暴行・脅迫を用いず、監護者の立場を利用して影響力を行使し、半ば強引に同意を得て性的行為に出た場合について、児童福祉法違反罪と監護者性交等罪の罪数関係をどのように解すべきであろうか。

この問題について争われた判例は非常に乏しいが、かろうじて以下の下級審判例を挙げることができる。

①札幌地小樽支判平成二九年一二月一三日(判例集未登載)は、被告人が、平成二一年頃から、内縁の妻A女及びA女の娘である被害者B女(当時小学二年生)らの居宅に同居し、B女らの生活費を相当程度負担し、B女の身の回りの世話をし、A女に代わって被害者の話を聞くなどしてB女を精神的に支え、時にはB女に対して生活上の指導をするなどして、事実上の養父としてB女を現に監護していたところ、平成二六年頃からB女に対し性的虐待を繰り返した末、平成二九年七月一七日、上記居宅において、監護者であることによる影響力があることに乗じてB女(当時一六歳)に性交等をし(以下「第一行為」)、同月二〇日にも同様に性交等をした(以下「第二行為」)事案につき、検

察官は、第一行為及び第二行為それぞれについて監護者性交等罪及び児童福祉法違反罪が成立し、両罪は観念的競合となるが、第一行為による罪と第二行為による罪はかすがい現象が発生せず併合罪となると主張し、これに対し弁護人は、被告人自身が淫行の相手方であること、本件各性交について被害者の暗黙の同意があり、被告人はB女との結婚を考えていたことから、第一行為及び第二行為いずれについても児童福祉法違反は成立せず、二個の監護者性交等罪は包括一罪となると主張したところ、児童福祉法違反については「児童福祉法三四条一項六号にいう『淫行をさせる行為』は、児童の心身の健全な育成をはかるという児童福祉法の趣旨に照らし、児童に対して事実上の影響力を及ぼして、児童の心身の健全な育成を阻害するおそれがあると認められる性交等をなすことを助長し促進する行為をいい、その性交等の相手方が第三者である場合のみならず行為者自身である場合も含むと解すべきである（最高裁判昭和四〇年四月三〇日第二小法廷決定裁判集刑事一五五号五九五頁、平成一〇年一月二日第三小法廷決定刑集五二卷八号五〇五頁、平成二八年六月二日第一小法廷決定刑集七〇卷五号三六九頁参照）。そうすると、前記認定の被告人の行為について児童福祉法違反が成立することは明らかである。」としたうえで、監護者性交等罪と児童福祉法違反の罪数関係について、「監護者性交等罪は、一般に一八歳未満の者は、精神的に未熟である上、生活全般にわたって監護者に精神的・経済的に依存しているところ、監護者がそのような関係による影響力に乗じて一八歳未満の者に対し性交等をした場合、暴行・脅迫が用いられず抗拒不能等に当たらないとしても強制性交等罪と同等の悪質性・当罰性が認められると考えられることから新設されたものである。以上の同罪の立法経緯、趣旨及び構成要件に照らせば、監護者性交等罪は、個別の性交等についての被害者の性的自由ないし性的自己決定権を保護法益とするものではあるが、併せて、被害者の心身の健全な育成をも保護法益とするものと解するのが相当である。また、監護者性交等罪の構成要件は、主体、客体、行為態様のいずれについても、児童福祉法違反の構成要件と重なり合っている。そうすると、

ある行為が監護者性交等罪と児童福祉法違反のそれぞれの構成要件を充足する場合には、法定刑の重い監護者性交等罪によって評価すれば足りるのであって、児童福祉法違反は監護者性交等罪に吸収され、監護者性交等罪のみが成立するというべきである(法条競合)。」とし、さらに第二行為による罪と第二行為による罪の罪数関係について、「監護者性交等罪の保護法益の一つである、個別の性交等についての性的自由ないし性的自己決定権は、その性質上、性交等の回数に応じて侵害されるものであり、また、その重要性に鑑みれば、複数回の侵害を包括評価することになじまないものである。よって、監護者性交等罪の構成要件を充足する複数回の性交等は、同一の被害者に対して、同一の監護関係の下、被告人の継続的な単一の犯意に基づき実行されたものであっても、当該性交等が時間的に近接しており、複数回との評価が形式的に過ぎるなどの事情がない限り、一体として評価されるのではなく、性交等の回数に応じた数罪の監護者性交等罪を構成するといふべきである。本件においては、第一行為終了後、被告人及びB女はそれぞれ通勤、通学をするなどし、二日半後には被告人は犯意を生じて第二行為を開始したものであるから、第一行為と第二行為との間に時間的近接性はなく、両者を一体として評価すべき事情は認められない。よって、第一行為及び第二行為それぞれについて監護者性交等罪が成立し、両者は併合罪となるといふべきである。」とした。

①判決は、「児童福祉法違反は監護者性交等罪に吸収され、監護者性交等罪のみが成立するといふべきである(法条競合)」とするから、両罪の罪数関係は、吸収関係としての法条競合となるとの趣旨かと思われる。

一方、監護者性交等罪の新設前、かつ脅迫を手段とする強姦の事案であるが、②福岡地久留米支判平成二九年一月二四日(判例集未登載)は、被告人が内縁の妻の娘(当時一六歳)を脅迫して口淫させ、さらに脅迫し反抗を抑圧して姦淫するなどした事案について、強姦罪と児童福祉法違反の成立を認め、両罪の罪数関係を観念的競合としている。強姦罪と監護者性交等罪は、後述するように保護法益について相違があると考える余地もあるが、基本的には性的自

由を侵害する犯罪として位置づけられることから、②判決の立場からは、監護者性交等罪と児童福祉法違反罪の罪数関係についても観念的競合との結論が導かれる可能性がある。

以上のように、児童福祉法違反罪と強姦・監護者性交等罪の罪数関係については、下級審判例さえも立場が固まっているとは言いがたいが、はたしてどのように解すべきであろうか。

学説上は、①判決のいう、法条競合としての吸収関係という概念自体を認めうるかを巡って議論がある。吸収関係（吸収一罪）とは、一個の行為が複数の構成要件に該当するが、軽い罪の法益侵害が軽微であるため、包括して重い罪の一罪で処断する場合であるが、これが法条競合と包括一罪のいずれに属するかを巡って争われているのである。

これにつき、法条競合説は、法条競合を「数個の構成要件を充足するような外観を呈するだけで、実はその中の一つが充足されるだけで、他の構成要件の充足はない」もの⁽⁴⁾、あるいは「一つの構成要件の適用が他の適用を排除するばあいであって、結局一つの構成要件の評価しか成立しない」もの⁽⁵⁾と定義したうえで、一方の構成要件が他方を吸収してしまう吸収関係は、法条競合の一類型であるとする⁽⁶⁾。これに従えば、法条競合に含まれる罪数の類型は、二つ以上の罰条が一般法と特別法の関係にある特別関係、二つ以上の罰条が基本法とそれを補う補充法の関係にある場合である補充関係⁽⁷⁾、二つ以上の罰条が競合し排他的関係にある場合である択一関係⁽⁸⁾、そして吸収関係の四つとなる。

これに対し、近年有力となりつつある包括一罪説は、特別関係、補充関係などは法条競合に該当することを認めつつも、他の構成要件の充足があることが否定できず、したがってもう一つの構成要件では評価できない場合に、構成要件的に吸収するというのは無理があり不都合であるとして、「吸収関係と呼ばれるもののある部分」については包括一罪に分類して法条競合と区別すべきであるとする。すなわち、包括一罪としての吸収関係は、二つの実行為が構成要件的には異なるものの、法定刑だけは重い方で「共に」「包括して」評価され、その意味では法定刑は重い方に「吸

収される」が、それは構成要件の吸収ではなく、法定刑の吸収にすぎないなどとして、従来は法条競合における吸収関係と解されてきた共罰的事前・事後行為をむしろ包括一罪に分類すべきとするのである。⁽⁹⁾ 法条競合と吸収一罪ないし包括一罪とを、構成要件の評価の回数において区別するという主張は、明快であって優れているように思われる。以上のように、吸収関係を法条競合とするか包括一罪とするかという問題はあるが、それはあくとして、そもそも監護者性交等罪が成立した場合に、児童福祉法違反の構成要件が充足されず、従って法条競合となると解すること自体は、はたして妥当であろうか。

児童福祉法は、第一条において「児童に対する性的搾取及び性的虐待が児童の権利を著しく侵害することの重大性に鑑み、あわせて児童の権利の擁護に関する国際的動向を踏まえ、児童買春、児童ポルノに係る行為等を規制し、及びこれらの行為等を処罰するとともに、これらの行為等により心身に有害な影響を受けた児童の保護のための措置等を定めることにより、児童の権利を擁護することを目的とする。」と規定する。これに照らせば、児童福祉法違反罪の保護法益は「児童が性的搾取及び性的虐待されない権利」ないし「児童の心身の健全な育成」と解されよう。そして①判決は、監護者性交等罪の保護法益に、性的自由に加えて「被害者の心身の健全な育成」を追加することで、両罪の保護法益の共通性を強調した。さらに学説上も、監護者性交等罪は被監護者の性的自己決定を保障するものであるが、被監護者の将来にわたる人格の発展も併せて保護の対象に取り込んでいるとして、監護者性交等罪と児童福祉法違反罪の保護法益は異質でないから、法定刑が重い監護者性交等罪が児童福祉法違反罪を吸収すると解すべきとするものがある。⁽¹¹⁾

監護者性交等罪の保護法益、そして児童福祉法違反罪との関係については、法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第三回において若干ながら議論が行われており、その中では、監護者性交等罪が児童福祉法違反と高い親和性を持つ

との主張もなされていた。すなわち、「このような問題は、むしろ児童福祉の問題なのではないかということでございます。被害者が一三歳未満であつたら、強姦罪や準強姦罪に問えるわけです。……懲役一〇年を超えるような類型というのは、一三歳未満の子供に対する加害の事例でございます。懲役一〇年以下の宣告刑でよいということであれば、児童福祉法違反でなぜいけないのか。刑法犯として別類型を立てる必要があるのかどうかということでございます。むしろ、子供の健全な育成のために良くない行為ということで、児童福祉の視点から処罰をするということに何の問題があるのかという根本的な疑問があり、なおかつ、児童福祉の視点で、特に親族に関して加重するという類型を置くのではなぜいけないのかということも考えるのでございます。」(宮田桂子委員発言¹²)として、児童福祉法違反の法益侵害を強調する見解がそれである。

もつとも、同部会では、「一八歳未満の者の健全な育成を保護するという観点ではなくて、飽くまでも被害者の暇疵ある意思決定によつて性的自由が侵害されているという観点から、性犯罪として刑法典に規定する必要があると考える次第です。」(橋爪隆幹事発言¹³)、「現在でも一八歳未満の者に対して支配的な関係を利用して性的行為を行えば児童福祉法で処罰されているわけで、……これまで処罰されていない行為を処罰するわけではありません。日本の法律は、刑法は性的な自由を保護し、青少年の保護は児童福祉法等の特別法で行うというような役割分担が行われているわけで、今回、……設けようとしているのは、強姦罪や準強姦罪等と同じように性的自由を侵害する行為として刑法に規定しようというもの」(佐伯仁志委員発言¹⁴)などとして、監護者性交等罪と児童福祉法が保護法益において棲み分けされている旨の見解が支配的であつた。さらに橋爪教授(幹事)は、監護者性交等罪の保護法益は性的自由であつて、少なくとも直接的には、青少年の健全育成それ自体を保護法益としてないから、本罪と児童福祉法違反罪の罪数関係は観念的競合となると解すべきであるとも明確に主張されている¹⁵。

以上から、監護者性交等罪の保護法益は性的自由、性的自己決定権に限られ、児童の健全な育成を含まず、従って児童福祉法違反罪との罪数関係も観念的競合となるとするのが、立法者の意図であつたと概ねみることができよう。

思うに、監護者性交等罪の科刑は「第百七十七条の例による」と規定されているとおり強制性交等罪と同一であるにもかかわらず、監護者性交等罪の保護法益にのみ「被害者の心身の健全な育成」が追加されたと解したならば、監護者性交等罪における性的自由の保護は強制性交等罪より軽いということになるのではないか。

さらに、監護者性交等罪は、監護者としての「影響力があることに乗じ」る行為を手段として要求しているが、これは強制性交等罪の手段である暴行・脅迫と同様に、被害者の抵抗を困難にする行為である。監護者性交等罪における手段行為が、強制性交等罪より若干緩和されているのは、性的自由への保護を割いて「被害者の心身の健全な育成」を保護しようとする趣旨ではなく、むしろ、家庭内という密室における性的虐待が、第一七七条の罪すなわち強制性交等罪に該当することを容易に認定するためではないか。

また、一三歳未満の娘に対し、監護者としての「影響力があることに乗じ」ずに、同意を得て性交した場合には、監護者性交等罪ではなく強制性交等罪(第一七七条後段)が適用される。この場合に、行為者が監護者であるからといって、「被害者の心身の健全な育成」を第一七七条後段の罪に敢えて追加するならば、行為者の性質によって同一構成要件の犯罪について保護法益さらには罪数の大幅な変化を認めることとなる。これは妥当とは思われない。

以上から、私見としては、監護者性交等罪の保護法益に「被害者の心身の健全な育成」を含めるべきではなく、児童福祉法違反との罪数関係は、①判決型の法条競合ではなく、②判決型の観念的競合とすべきと考える。

III 児童ポルノ製造罪と強制わいせつ・強制性交等罪の罪数関係

第二に、一八歳未満の「児童」（児童ポルノ法第二条第一項）に対し、行為者が強制わいせつ・強制性交等に出た際に、所持していたデジタルカメラやスマートフォン付属カメラを使用して撮影し児童ポルノを製造した場合について、児童ポルノ製造罪と強制わいせつ・強制性交等罪の罪数関係をどのように解すべきであろうか。

この問題についての重要な下級審判例として、③東京高判平成三〇年一月三〇日（判例集未登載）を挙げることができる。③判決の事案は以下の通りである。

ベビーシッター業を営む被告人は、平成二四年一月一六日頃から平成二五年一〇月二七日頃までの間、ベビーシッターという立場を悪用し、A～Iらの各男児がいずれも一八歳に満たない児童であることを知りながら、同児童らに対し、全裸の状態で陰茎を露出させるなどの姿勢をとらせ、さらにうち二名（A（当時五歳）、F（当時生後八か月））については陰茎の包皮をむくなどし、Fに亀頭包皮炎の傷害を負わせた（Aに対する強制わいせつ事件、Fに対する強制わいせつ致傷事件）。また、その姿勢をデジタルカメラあるいはスマートフォン付属カメラで撮影し、その静止画データを当該撮影機器内のマイクロSDカード内に記録して保存（以下「一次保存」、あるいは一次保存した画像をノートパソコンのハードディスク内に保存（以下「二次保存」）し、児童ポルノを製造した（児童ポルノ製造事件））。平成二六年三月一四日、被告人は、I（当時二歳）及びH（当時生後八か月）にわいせつな行為をする目的で、被告人に対してはIらの一時保育を依頼する意思がないIの母親Jらに対し、別人を装ってIらの一時保育を引き受ける旨の電子メールを送信するなどして、Jらに、Iらの一時保育をするのが被告人ではないと誤信させるとともに、情を知らないKにI及びHを預けさせ、さらにKからIらを引き取り、Iらを被告人方に連れ帰るなどして自己の支

配下に置いた(わいせつ誘拐事件)。

同日、被告人は、Hに対し栄養や水分を与えず、全裸のまま放置するなどし、よって、Hに生命に危険を及ぼすおそれのある重度の低血糖症及び脱水症、中程度の低体温症の傷害を負わせた(保護責任者遺棄致傷事件)。

同月一五日頃、被告人は、被告人方において、Iに対し、その陰茎をひもで縛り、その包皮をむく暴行を加えた。さらに殺意をもって、その鼻口部を手で塞ぐなどし、窒息により死亡させた(殺人事件)。

以上の事案につき、検察官は、保護責任者遺棄致傷、強制わいせつ、児童ポルノ製造罪、わいせつ誘拐、殺人、強制わいせつ致傷罪が成立すると主張した。

第一審、横浜地裁平成二八年七月二〇日(判例集未登載)は、検察官の主張する犯罪すべての成立を認めた。強制わいせつ罪あるいは強制わいせつ致傷罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係については、理由を明示しなかったものの、基本的には、児童ポルノ製造が一次保存であった場合は観念的競合、二次保存であった場合は併合罪とした。わいせつ誘拐事件については、I及びHに対する各わいせつ誘拐罪を観念的競合、Iに対するわいせつ誘拐罪と強制わいせつ罪を牽連犯とし、結局以上を一罪として最も重いIに対するわいせつ誘拐罪の刑で処断するとした。これに対し、被告人・弁護人は、強制わいせつ罪・強制わいせつ致傷罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係はいずれも観念的競合とすべきであったなどと主張して控訴した。

控訴審、③判決は控訴棄却とし、その際、強制わいせつ罪・強制わいせつ致傷罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係について、「わいせつな姿態をとらせて撮影することによる強制わいせつ行為と当該撮影及びその画像データの撮影機器に内蔵又は付属された記録媒体への保存行為を内容とする児童ポルノ製造行為は、ほぼ同時に行われ、行為も重なり合うから、自然的観察の下で社会的見解上一個のものと評価し得るが、撮影画像データを撮影機器とは異なる記録

媒体であるパソコンに複製して保存する二次保存が日時を異にして行われた場合には、両行為が同時に行われたとはいえず、重なり合わない部分も含まれること、そもそも強制わいせつ行為と児童ポルノ製造行為とは、前者が被害者の性的自由を害することを内容とするのに対し、後者が被害者のわいせつな姿態を記録することによりその心身の成長を害することを主たる内容とするものであって、基本的に併合罪の關係にあることに照らすと、画像の複製行為を含む児童ポルノ製造行為を強制わいせつとは別罪になるとすることは合理性を有する。原判決の罪数判断は、合理性のある基準を適用した一貫したものとみることができ、理由齟齬はなく、具体的な行為に応じて観念的競合又は併合罪とした判断自体も不合理なものとはいえない。」とした。被告人上告。

上告審、最決平成三〇年九月一〇日（判例集未登載）は、罪数關係について格別具体的な言及をすることなく上告を棄却した。

以上のようにして、③判決は、強制わいせつ罪と児童ポルノ製造罪の罪数關係について、強制わいせつ等の際にスマートフォン付属カメラを使用して児童ポルノ製造に出た場合に、当該児童ポルノの画像・動画データを当該撮影機器内のマイクロSDカード内に記録して保存した一次保存では観念的競合、一次保存した画像・動画データをパソコンのハードディスク内に保存した二次保存では併合罪となると結論づけ、最高裁決定にもその解釈が受け継がれたことになる。

それでは、以上のようにして一次保存と二次保存で罪数を区別する解釈は、はたして妥当であろうか。

観念的競合は、一個の行為で数個の結果を生じ、それが構成要件に複数回該当し、かつ社会的事象としても重なり合いが認められる場合⁽¹⁶⁾で、刑法第五十四条第一項が適用されることにより、刑を科すうえで一罪として扱われ、数罪のうち最も重い罪の刑により処断される。一個の行為による包括一罪との違いは、被害法益の主体、種類の共通性の要

否に求められ、被害法益が異なっている場合は観念的競合、共通する場合は包括一罪が選択される。そして両罪の保護法益についてみると、強制わいせつ罪のそれが個人法益としての性的自由であることに異論はないが、児童ポルノ製造罪では議論がある。

児童ポルノ法は、第一条において「この法律は、児童に対する性的搾取及び性的虐待が児童の権利を著しく侵害することの重大性にかんがみ、児童買春、児童ポルノに係る行為等を処罰するとともに、これらの行為等により心身に有害な影響を受けた児童の保護のための措置等を定めることにより、児童の権利の擁護に資することを目的とする。」と規定する。これに照らせば、児童ポルノ製造罪の保護法益は、児童福祉法違反罪と同じく、「児童が性的搾取及び性的虐待されない権利」「児童の心身の健全な育成」と解されよう。しかし、これがはたして被害児童の個人的法益であるのか、児童一般の社会的法益であるのか、あるいは両方の性質を持つのかを巡っては、学説上争いがある⁽¹⁷⁾。もっとも、三説のいずれを採ったとしても、強制わいせつ罪の保護法益である性的自由とは差異を生じるから、結局、両罪を観念的競合とする選択は可能ということになる。

しかし、③判決以前の判例のほとんどは、児童ポルノ製造罪と強制わいせつ罪等の性犯罪の罪数関係について、児童ポルノ製造が一次保存と二次保存のいずれによるかを格別区別せずに併合罪として処理していた。

最決平成二十二年一〇月二二日刑集六三巻八号一〇七〇頁は、児童福祉法上の児童に淫行をさせる罪(第三十四条一項六号)と、それを撮影し一次保存することによる児童ポルノ法上の児童ポルノ製造罪について、「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、両行為の性質等にかんがみると、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(最高裁昭和四七年(あ)第一八九六号同四年五月二九日大法院判決・刑集二八巻四号一一四頁参照)、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。

津地判平成二二年二月二七日（判例集未登載）は、青少年健全育成条例違反（いん行）と一次保存による児童ポルノ製造の事案について、「児童ポルノの製造行為は、製造の前提としての性交が『いん行』と一部重なるにすぎず、実行為である撮影行為に『いん行』と重なり合う点は認められない。……児童ポルノ製造罪と本条例二三条一項違反の罪とは保護法益も異なり、かつ、『いん行』に児童ポルノの製造が通常伴う関係にあるとはいえない。このように、両行為は、密接かつ統一的な事象であるとは認められず、保護法益の共通性も、一個の行為と評価しうるだけの一体性も認められないことから、両罪は包括一罪の関係でも観念的競合の関係でもなく、併合罪の関係に立つと解するべきである。」とした。

東京高判平成二八年二月一九日東高刑報六七卷一頁は、強要と二次保存による児童ポルノ製造の事案について、「原判決は、本件において、強要罪と三項製造罪を観念的競合であるとしたが、本件のように被害者を脅迫してその乳房、性器等を撮影させ、その画像データを送信させ、被告人使用の携帯電話機でこれを受信・記録して児童ポルノを製造した場合においては、強要罪に触れる行為と三項製造罪に触れる行為とは、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ず、両行為の性質等にも鑑みると、両行為は社会的見解上別個のものと評価すべきであるから、これらは併合罪の関係にあるというべきである。」とした。

大阪高判平成二八年一〇月二七日高刑集六九卷二号一頁は、強制わいせつと一次保存による児童ポルノ製造の事案について、「強制わいせつ罪及び……提供目的児童ポルノ製造罪をそれぞれ構成する……両行為には同時性が認められる。また、本件提供目的児童ポルノ製造罪における撮影行為は、本件強制わいせつ罪の訴因に含まれていないといえ、強制わいせつ罪のわいせつな行為と評価され得るものであるから、その意味では両行為には一部重なり合いも

みられる。しかしながら、強制わいせつ罪における行為者の動態(第三者の目に見えるような身体の動静)は、被害者に対して本件において行われたようなわいせつな行為を行うことであるのに対し、児童ポルノ製造罪における行為者の動態は、児童ポルノ法二条三項各号に該当する児童の姿態を撮影、記録して児童ポルノを製造することであるから、両行為は、その性質が相当異なっており、社会的事実として強い一体性があるとはいえない。また、児童ポルノの複製行為も児童ポルノ製造罪を構成し得ることからすると、児童ポルノ製造罪が時間的な広がりをもって行われて、強制わいせつ罪と児童ポルノ製造罪のそれぞれを構成する行為の同時性が甚だしく欠ける場合も想定される。さらに、強制わいせつ罪と児童ポルノ製造罪とは、それぞれを構成する行為が必然的あるいは通常伴う関係にあるとはいえず、それぞれ別個の意思の発現によって犯される罪であるとみることができる。以上によれば、行為の同時性や一部重なり合いの存在を考慮しても、強制わいせつ罪及び児童ポルノ製造罪における行為者の動態は社会的見解上、別個のものと評価すべきであって、これを一個のものとみることができない。」として、観念的競合ではなく併合罪とした。なお、この判決は上掲最大判平成二九年一月二九日の原判決であるが、最大判平成二九年一月二九日では罪数関係について格別の言及がない。

岡山地判平成二九年七月二五日(判例集未登載)は、強制わいせつと二次保存による児童ポルノ製造の事案について、「本件のような場合、強制わいせつ罪の行為と児童ポルノ製造の行為とは、一部重なり合う部分があり、特に、被害女兒に陰部等を自ら撮影の上送信させて児童ポルノを製造した場合には、相当部分が重なり合うともいえる。しかし、本件強制わいせつ行為の中核部分は、脅迫により反抗が著しく困難な状態となった被害女兒に、陰部等を撮影させて送信させたり、口淫させたり、陰部等を露出させて動画配信させたりしたわいせつ行為にある一方、本件児童ポルノ製造行為の中核部分は、それらをコンピュータに保存・蔵置した製造行為にあるのであって、前記の両行為が、

通常伴う関係にあるとはいえず、また、行為に同時性があるとしても、社会的事実として強い一体性・同質性までは認められない。そうすると、本件において、強制わいせつ行為と児童ポルノ製造行為とは、社会的見解上別個のものといえるから、観念的競合の関係にはなく、併合罪の関係にあるというべきである。」とした。

横浜地判平成二九年二月二六日（判例集未登載）は、強制わいせつと一次保存による児童ポルノ製造の事案について、「直接的なわいせつ行為とこれを撮影する行為とは、本質部分において共通性を欠き、社会的意味合いを異にする別個の意思の発現行為であるから、両罪は観念的競合の関係ではなく、併合罪の関係にある。」とした。

仙台高判平成三〇年二月八日（判例集未登載）は、強制わいせつと一次保存による児童ポルノ製造の事案について、「同一の被害児童に対する強制わいせつ行為と児童ポルノ製造行為とは、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、併合罪の関係に立つと解するのが相当である（最高裁平成二一年一〇月二一日決定参照）。」とした。

東京高判平成三〇年七月二五日（判例集未登載）は、強制わいせつと一次保存による児童ポルノ製造の事案について、「本件のように幼児の陰部を触るなどのわいせつな行為をするとともに、その行為等を撮影して児童ポルノを製造した場合、わいせつな行為と児童ポルノを製造した行為とは、かなりの部分で重なり合っていることもあるが、通常伴う関係にあるとはいえない上、強制わいせつ罪では幼児の陰部を触るなどのわいせつな行為を行ったという側面から犯罪とされているのに対し、児童ポルノ製造罪ではそのような幼児の姿態を撮影して記録・保存する行為を行ったという側面から犯罪とされているのであって、それぞれの行為は社会的評価としても別個のものといえる。同趣旨の判断をして、……各強制わいせつ罪とそれらの各犯行に対応する……各児童ポルノ製造罪について、いずれも併合罪

とした原判決の法令適用に誤りはない。」とした。

これに対し、さいたま地判平成三〇年七月三〇日(判例集未登載)は、強制性交等と一次保存による児童ポルノ製造の事案について、両罪の罪数関係を観念的競合としたが、なぜ併合罪ではないのかとの点について格別言及していない。

以上みたように、従来の判例の多くは、強制わいせつと児童ポルノ製造の行為の同時性は肯定しうるものの、行為の社会的一体性・同質性は肯定しえないから、併合罪となるとの立場を示してきた。これに対し、③判決は、強制わいせつ罪と児童ポルノ製造罪が「基本的に併合罪の関係にある」ものの、一次保存の場合は「ほぼ同時に行われ、行為も重なり合うから、自然的観察の下で社会的見解上一個のものと評価し得る」とした。強制わいせつと児童ポルノ製造の両行為の社会的一体性・同質性は肯定・否定の分水嶺にあるところ、一次保存の事案では同時性を肯定できるから、かろうじて観念的競合と解しようとの解釈であろうか。しかし、そうであるならば、社会的一体性・同質性をむしろ肯定し、「基本的に観念的競合の関係にある」としたうえで、二次保存では同時性が否定されるから併合罪となると解釈すべきではなかったか。あるいは、社会的一体性・同質性を必ずしも肯定しきれないが故に「基本的に併合罪の関係にある」というのであれば、同時性を肯定できたとしても、すべて併合罪とすべきであつたらうし、それが従来の判例の立場でもあった。

とはいえ、解釈としては観念的競合を選択する余地もないではない。上述したように、多くの事案において、強制わいせつ・強制性交等とデジタルカメラ・スマートフォン付属カメラを使用している児童ポルノ製造が同時に行われているから、少なくとも両罪の同時性は概ね肯定しえよう。残る問題は、社会的事象としても重なり合い、すなわち社会的一体性・同質性を認めうるかという点、そして、そもそも一次保存と二次保存の事案で罪数関係を区別すべきで

あるのかという点である。

まず、社会的な一体性・同質性については、以下の判例が参考になろう。最大判昭和四九年五月二九日刑集二八卷四号一一四頁は、道交法上の酒酔い運転罪とその運転中の業務上過失致死罪について社会的な一体性・同質性、重なり合いを否定し併合罪としたが、最大判昭和四九年五月二九日刑集二八卷四号一五一頁は道交法上の酒酔い運転罪と無免許運転罪を観念的競合とし、最大判昭和四九年五月二九日刑集二八卷四号一六八頁は道交法上の無免許運転罪と無車検車運転罪を観念的競合とした。さらに最大判昭和五一年九月二二日刑集三〇卷八号一六四〇頁は、ひき逃げにおける道交法上の救護義務違反罪と報告義務違反罪を「社会生活上、しばしばひき逃げというひとつの社会的出来事として認められている」¹⁸⁾として観念的競合とした。

これらの道交法にかかる判例は、交通行政の円滑な遂行及び交通事故の発生・拡大防止という社会法益を保護法益とする道交法上の各罪について、保護法益の細部は異なるものの社会法益としては共通するが故に社会的な一体性・同質性を肯定したのではない。一方、業務上過失致死罪（現行法であれば自動車運転死傷行為処罰法上の過失運転致死罪）の保護法益は人の生命であるから、道交法上の各罪の保護法益とは、個人法益と社会法益という点で相違がある。このようにして、罪数関係が問題となった各犯罪の保護法益につき、個人法益と社会法益の相違がある場合には、たとえ同時性があつたとしても、社会的な一体性・同質性は否定されたとの解釈を導くことができる。最判昭和五八年九月二九日刑集三六卷二二〇六頁は、営利目的での国内に覚せい剤を持ち込み通関線を突破しようとした事案について、覚せい剤取締法上の覚せい剤輸入罪と関税法上の無許可輸入罪を観念的競合としたが、¹⁹⁾両罪の保護法益は、前者が保健衛生上の危害発生防止という社会法益、²⁰⁾後者が貨物輸入についての税関手続の適正処理という社会法益と考えられるから、両罪とも社会法益という点ではやはり共通する。

他方、強制わいせつ・強制性交等罪の保護法益が性的自由という個人法益であることは言うまでもないが、児童ポルノ製造罪の保護法益はどうであろうか。児童ポルノ製造罪の保護法益は、児童福祉法違反罪と同じく、「児童が性的搾取及び性的虐待されない権利」「児童の心身の健全な育成」と解されるが、これが個人法益か社会法益か、あるいはその両方かを巡って争いがあることは前述した通りである。

思うに、児童ポルノ法上の各罪が基本的には社会法益に対する罪であることは、児童福祉法との関係から明らかである。しかし、児童ポルノ法第一条は「これらの行為等により心身に有害な影響を受けた児童の保護」についても言及し、第十五条は「児童買春の相手方となったこと、児童ポルノに描写されたこと等により心身に有害な影響を受けた児童」の保護について規定する。さらに第十六条の三は「国内外に児童ポルノが拡散した場合においてはその廃棄、削除等による児童の権利回復は著しく困難になる」とするから、児童ポルノに描写された児童個人の法益もまた、児童ポルノ法の保護法益に含まれると解してよいのではないか。とすれば、強制わいせつ・強制性交等罪と児童ポルノ製造罪は、個人法益と社会・個人双方の法益という点で、個人法益の部分において社会的同質性を認めうるものの、児童ポルノ製造罪の社会法益の部分では一体性を欠くし、そもそも児童ポルノ製造罪の保護法益の主要部分は社会法益と解すべきであるから、結論としては観念的競合とはならず、併合罪となると解すべきであろう。

なお、最決平成二十一年七月七日刑集六三卷六号五〇七頁は、「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二条三項にいう児童ポルノを、不特定又は多数の者に提供するとともに、不特定又は多数の者に提供する目的で所持した場合には、児童の権利を擁護しようとする同法の立法趣旨に照らし、同法七条四項の児童ポルノ提供罪と同条五項の同提供目的所持罪とは併合罪の関係にあると解される。しかし、児童ポルノであり、かつ、刑法一七五条のわいせつ物である物を、他のわいせつ物である物も含め、不特定又は多数の者に販売して提供すると

ともに、不特定又は多数の者に販売して提供することを所持したという本件のような場合においては、わいせつ物販売と同販売目的所持が包括して一罪を構成すると認められるところ、その一部であるわいせつ物販売と児童ポルノ提供、同じくわいせつ物販売目的所持と児童ポルノ提供目的所持は、それぞれ社会的、自然的事象としては同一の行為であって観念的競合の關係に立つから、結局以上の全体が一罪となるものと解することが相当である。」とする。これについても、わいせつ物販売罪、わいせつ物販売目的所持罪などの刑法第一七五条の罪の保護法益は社会法益である健全な性道德の維持にあるから、児童ポルノ提供罪、児童ポルノ提供目的所持罪の保護法益の主要部分を社会法益と解する私見に照らせば、観念的競合の要件である社会的・一体性・同質性を概ね認めうる。

次に、一次保存と二次保存の事案で罪数關係を区別すべきかとの問題はどうか。かつてのアナログのフィルムカメラが主流の時代であれば、たしかに一次保存によりカメラ内のネガフィルムが製造された時点において、児童ポルノ製造が完了したとは言いがたく、従って現像、プリントあるいはネガフィルムのスキャンといった二次保存に言及する意義があった。しかし、デジタルカメラやスマートフォン付属カメラによる撮影が主流となった今日においては、一次保存と二次保存を区別する意義があるとは考えられない。なぜなら、デジタルカメラやスマートフォンでは、撮影により即座に児童ポルノをデジタルカメラ付属の背面液晶モニターやスマートフォン内蔵ディスプレイにおいて視聴することが可能であるし、デジタルカメラやスマートフォンに搭載された映像外部出力端子を有線でオーディオ・ビジュアル機器に接続したり、さらにはワイヤレスディスプレイ機能を用いて無線で外部ディスプレイの画面にて視聴することも可能であることからすると、ノートパソコン等に二次保存する行為を、一次保存する行為と格別区別する意味が見いだせないからである。ノートパソコン等に二次保存する行為は、児童ポルノの静止画・動画ファイルを行為者がより視聴しやすい環境に保存する、あるいは編集しやすくするという意味があるかもしれないが、たとし

てもこれは共罰的事後行為と解するべきではなからうか。

あるいは、児童ポルノ提供罪(児童ポルノ法第七条二号)との関係から、インターネット上への児童ポルノのアップロードの危険を生じた時点で児童ポルノ製造の完成を判断するとの解釈もありうる。これについていえば、確かに、児童ポルノをノートパソコンに二次保存したほうが、インターネット上へのアップロードは容易であるかもしれない。しかし、今日では、スマートフォンはもとよりデジタルカメラであっても、機種や内蔵するSDカードによっては、無線接続によるインターネット上への静止画・動画アップロード機能を有していることがある。とすれば、一次保存と二次保存の間に、児童ポルノ提供の危険性において格別の差はないことになろう。そもそも、スマートフォンの静止画・動画ファイルが、クラウド設定によりクラウドサーバーに自動保存されるよう設定されていた場合には、一次保存後、行為者の知らない間に二次保存がなされることになるが、クラウド設定の有無等により罪数関係を区別する意義があるとも思われない。フィルムカメラによる場合は別としても、少なくともデジタルカメラ、スマートフォンの付属カメラによる児童ポルノ製造については、その中核行為は一次保存と見るべきで、二次保存の有無を検討する必要はなからう。

IV 児童福祉法違反罪、監護者性交等罪、児童ポルノ製造罪の罪数関係

第三に、監護者性交等の際に、監護者がデジタルカメラやスマートフォン付属カメラを使用して児童ポルノを製造した場合に、児童福祉法違反罪、監護者性交等罪、児童ポルノ製造罪の三罪の罪数関係をどのように解すべきであろうか。

まず、児童福祉法違反罪と監護者性交等罪の罪数関係については、すでに見たように法条競合とするか観念的競合とするかが問題となるが、私見が観念的競合を妥当とすることは前述した。

次に、監護者性交等罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係については、すでに見たように観念的競合とするか併合罪とするかが問題となるが、私見が併合罪を妥当とすることは前述した。

以上から、三罪の罪数関係は、児童福祉法違反罪と監護者性交等罪が観念的競合となり、これにさらに児童ポルノ製造罪が併合罪となる。

ところで、仮に監護者性交等罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係について、③判決のように観念的競合説を採用した場合には、三罪すべて観念的競合ということになる。しかし、児童福祉法違反罪と児童ポルノ製造罪の保護法益は、いずれも「児童の心身の健全な育成」において共通する。これは、健全な性道徳を保護法益とする刑法第一七五条の罪と児童ポルノ提供罪、児童ポルノ提供目的所持罪の関係と比べても共通部分が大である。とすれば、これら三罪を観念的競合とすると、法益の二重評価のおそれを生じることになるのではないか。これを解消するためには、重い児童福祉法違反罪に軽い児童ポルノ製造罪が吸収される、吸収関係としての包括一罪を認め、これにさらに監護者性交等罪が観念的競合となると解釈せざるをえない。もつとも、このような解釈によると、罪数関係がやや煩雑となるだけではなく、児童ポルノ製造罪の従たる保護法益である個人法益の保護が埋没するおそれを生じるようにも思われる。この点からも、やはり監護者性交等罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係は併合罪が妥当すると考える。

V おわりに

以上のように、本論文では、児童福祉法違反罪と監護者性交等罪の罪数関係、児童ポルノ製造罪と強制わいせつ・強制性交等罪の罪数関係、児童福祉法違反罪、監護者性交等罪、児童ポルノ製造罪の罪数関係について、近年の判例の状況を参照してそれぞれ検討した。③判決及び上告審の流れから、あるいは今後、児童ポルノ製造罪と強制わいせつ・強制性交等罪の罪数関係については観念的競合説が主流となるかもしれない。前述したように、私見は併合罪説を採るところではあるが、今後の判例の展開に注目したい。

(1) 一三歳未満の児童に対して同意を得て性的行為に出た場合には、単純に強姦罪(現行法では強制性交等罪)や強制わいせつ罪が成立することは言うまでもなからう。

(2) 児童福祉法第四条は本文において「児童」を「満十八歳に満たない者」と定義し、さらに「児童」のさらなる分類として、同三号において「少年 小学校就学の始期から、満十八歳に達するまでの者」とする。従って、本論文で扱う「児童」は「少年」の一部ということになる。

(3) 関哲夫『講義刑法各論』(二〇一七年) 一一三頁。

(4) 小野清一郎『刑法講義総論』(新訂増補・一九五〇年) 二六五頁。

(5) 団藤重光『刑法綱要総論』(第三版・一九九一年) 四三七頁。

(6) 団藤・前掲書四四五頁、西田典之『刑法総論』(第二版・二〇一〇年) 四一三頁(ただし四一四頁では包括一罪に分類している)。

(7) 西田・前掲書四一四頁は、補充関係を法条競合ではなく包括一罪に分類する。

(8) 西田・前掲書四一四頁、前田雅英『刑法総論講義』(第六版・二〇一五年) 三九二頁は、択一関係を包括一罪としての吸収関係に分類する。

(9) 平野龍一「包括一罪についての若干のコメント」同『刑事法研究最終巻』(二〇〇五年) 一七頁。

- (10) 平野『刑事法研究最終巻』二二頁、内田文昭『刑法I総論』（改訂補正版・一九九七年）三四六頁、大谷實『刑法講義総論』（新版第四版・二〇一二年）四七八頁、前田・前掲書三九二頁、山口厚『刑法総論』（第三版・二〇一六年）四〇〇頁、鈴木茂嗣『刑法総論』（第二版・二〇一一年）二七八頁。
- (11) 樋口亮介「性犯罪規定の改正」法律時報八九巻一号（二〇一七年）一一八頁。
- (12) 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第三回会議（平成二七年二月一六日開催）議事録七頁。
- (13) 法制審議会議事録八頁。
- (14) 法制審議会議事録一八頁。
- (15) 橋爪隆「性犯罪に対処するための刑法改正について」法律のひろば二〇一七年一月号（二〇一七年）一一頁。
- (16) 最大判昭和四九年五月二九日刑集二八巻四号一一四頁。
- (17) 議論の状況については、永井善之「児童ポルノの刑事規制根拠に関する一考察」金沢法学六〇巻一号（二〇一七年）一三〇頁参照。
- (18) これに対し、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（一九七五年）四二九頁、山口厚『刑法総論』（第三版・二〇一六年）三八一頁は併合罪とすべきとする。
- (19) これに対し、前田・前掲書四〇〇頁は「実行行為は重ならないと考えられる」とする。
- (20) 中野目義則「覚せい剤密輸罪の処罰と同罪の性質の関係」法学新報一一二巻一・二号（二〇〇五年）五二六頁は、麻薬等に関する国際条約の締結等の状況に鑑み、覚せい剤取締法上は保健衛生上の要請を「遥かに超える害悪に対処しようとする視点」に立つ法律であるとする。より巨大な国際社会にかかる社会法益を保護法益とする趣旨かと思われる。なお、松澤伸「覚せい剤輸入罪の既遂時期と実行の着手時期」早稲田大学社会安全政策研究所紀要三三号（二〇一一年）二二三頁は「判例における陸揚げ説の確立をみると、このような法益の保護は、覚せい剤取締法における輸入罪ではなく、別の規定によってなされるべきではないかと思われる」とする。

**Zusammentreffen zwischen Verletzung des
Kindeswohlgesetzes, Vergewaltigung und
Kinderpornoproduktion**

Takayoshi KANMOTO

- I Einleitung
- II Zusammentreffen zwischen Verletzung des Kindeswohlgesetzes
und Vergewaltigung
- III Zusammentreffen zwischen Kinderpornoproduktion und
Vergewaltigung
- IV Zusammentreffen zwischen Verletzung des Kindeswohlgesetzes,
Vergewaltigung und Kinderpornoproduktion
- V Schlußsatz