The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	強姦及び強制わいせつの犯行の様子を隠し撮りしたデジタルビデオカセットが供用物件に当たるとされた事例 : 最一小決平成三〇年六月二六日刑集七二巻二号二〇九頁
Author(s)	久保, 英二郎
Citation	阪大法学. 2020, 69(6), p. 317-336
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87273
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

判例研究

強姦及び強制わいせつの犯行の様子を隠し撮りしたデジタルビデオカセットが供用物件に当たるとされた事例

――最一小決平成三〇年六月二六日刑集七二巻二号二〇九頁――

久保　英二郎

第一　事案の概要

本件は、被告人が、同人からアロマに関する指導を受けていた女性一名に対する強姦未遂[1]一件並びにアロママッサージを受けに来た女性四名に対する強制わいせつ三件及び強姦一件の合計五件（いずれも被告人が経営するアロマサロンで行われたものである。）で起訴された事案である。[2] 五件のうち、強制わいせつ三件及び強姦一件の四件において、被告人は、被害者らにアイマスクを着用させた上、同人らに無断で自らビデオカメラを設置、操作し、犯行状況等を隠し撮りしてデジタルビデオカセット四本（以下「本件デジタルビデオカセット」という。）に録画していた。その際、被告人は、ビデオカメラの位置や向きを動かすなどして、被害者らの胸部等を大きく映し出すようにしていた。

なお、本件は、弁護人が強姦事件の被害者に対し、示談金なしでの告訴取下げを条件として、本件デジタルビデオカセットのうち同事件に係るものを処分する旨持ちかけたと報道されたことでも知られている事件である。[3]

第二　審理経過

本件では、全事件につき犯罪の成否が争点となっていたほか、強制わいせつ三件及び強姦一件につき本件デジタルビデオカセットの没収の可否が争点となっていた。以下では、主に没収の可否を取り扱い、犯罪の成否については、必要な限度で言及するにとどめる。

一　第一審判決（宮崎地判平成二七年一二月一日刑集七二巻二号二一七頁）

第一審判決は、各事件につきいずれも犯罪の成立を認め、被告人を懲役一一年に処した上、没収の可否については、隠し撮りを行った被告人の意図が、自己の性的興奮を高めることなどにあったということも可能性としてはあり得るが、少なくとも、被告人としては、本件各犯行に及ぶとともに、その撮影に及んだ当初から、被害者らとの間で後に紛争が生じた場合に、本件デジタルビデオカセットをその内容が自らにとって有利になる限度で証拠として利用することを想定していたとの事実を認定した上で、隠し撮りは、強制わいせつや強姦の実行行為そのものを構成するものでなく、被告人が隠し撮りを行ったことをもって訴追されたわけでもないが、これらの隠し撮りが当該性犯罪と並行して行われ、その意味で密接に関連しているといえるだけでなく、被告人としては、自らに有利な証拠を作出し得るという認識を持ち、そのような利用価値を見出していたといえるのであり、そのような撮影行為によって客観的に記録した映像を確保できること自体が、被告人の犯行を心理的に容易にし、その実行に積極的に作用するものであったと評価できるから、本件デジタルビデオカセットについては、被告人の犯行を促進したものといえ、刑法一九条一項二号所定の「犯罪行為の用に供した物」に当たるとして、本件デジタルビデオカセットを没収するのが相当であると判断した。被告人控訴。

二　原判決（福岡高宮崎支判平成二九年二月二三日刑集七二巻二号二五八頁）

原判決は、控訴を棄却したが、そのうち、没収の可否については、被告人がビデオ撮影の目的として説明している「利用客と

の間でトラブルになった場合に備えての防御」とは、単に自己に有利な証拠として援用するために手元に置いておくことにとどまらず、被害者が被害を訴えた場合には、被害者に対して映像を所持していることを告げることにより、被害者の名誉やプライバシーが侵害される可能性があることを知らしめて、捜査機関への被害申告や告訴を断念させ、あるいは告訴を取り下げさせるための交渉材料として用いることも含む趣旨であるとの事実を認定した上で、犯行時に隠し撮りをして、実行行為終了後に被害者にそのことを知らせて捜査機関による身柄拘束を含む捜査や刑事訴追を免れようとする行為は、犯行による性的満足という犯罪の成果を確保し享受するためになされた行為であるとともに、捜査や刑事訴追を免れる手段を確保することによって犯罪の実行行為を心理的に容易にするためのものといえるから、実行行為と密接に関連する行為といえ、本件デジタルビデオカセットは、このような実行行為と密接に関連する行為の用に供し、あるいは供しようとした物と認められるから、刑法一九条一項二号所定の犯行供用物件に該当するとして、第一審判決の法令の適用に誤りはないと判断した。被告人上告。

三　上告趣意

上告趣意は、多岐にわたるが、没収の可否については、弁護人は、「原判決が各ビデオを犯罪供用物件として没収を命じたのは刑法一九条一項二号の解釈・適用を誤るもので、違法というほかない」と主張していた。もっとも、同主張は、法令違反のみを内容とするものではなく、被告人の録画目的に関する事実誤認を前提とするものであった。

第三　本決定

本決定は、弁護人ら及び被告人本人の各上告趣意は、いずれも事実誤認、単なる法令違反の主張であって、刑訴法四〇五条の上告理由に当たらないとした上、職権で没収の可否につき次のとおり判示し、刑法一九条一項二号、二項本文により本件デジタルビデオカセットを没収する旨の言渡しをした第一審判決を是認した原判断は正当であるとして、上告を棄却した。

「被告人は、本件強姦一件及び強制わいせつ三件の犯行の様子を被害者に気付かれないように撮影しデジタルビデオカセット

四本（以下『本件デジタルビデオカセット』という。）に録画したところ、被告人がこのような隠し撮りをしたのは、被害者にそれぞれその犯行の様子を撮影録画したことを知らせて、捜査機関に被告人の処罰を求めることを断念させ、刑事責任の追及を免れようとしたためであると認められる。以上の事実関係によれば、本件デジタルビデオカセットは、刑法一九条一項二号にいう『犯罪行為の用に供した物』に該当し、これを没収することができると解するのが相当である。」

第四　研究

一　問題の所在

「犯罪行為の用に供し、又は供しようとした物」は、没収することができる（刑法一九条一項二号）。「犯罪行為の用に供した物」（供用物件）は、犯罪行為の遂行に現に使用した物をいい、「犯罪行為の用に供しようとした物」（供用準備物件）は、犯罪行為の遂行に使用するために用意したが、現実には使用されなかった物をいう、などと定義されている。[4] 主刑の基礎となった犯罪の実行行為自体を遂行する手段として使用した物（例えば、殺人行為の凶器として用いた刃物、放火の点火行為に用いたライター、賭博の道具として用いたルーレット等）は、当然に供用物件に当たると解されている。

しかし、本件では、本件デジタルビデオカセットが、起訴された犯罪行為自体ではなく、これに付随して行われた隠し撮りに使用された物であったことから、本件デジタルビデオカセットを供用物件（あるいは供用準備物件）として没収し得るかどうかが問題となった。

二　裁判例の状況

（一）最一小判昭和二五年九月一四日刑集四巻九号一六四六頁

まず、主刑の基礎となった犯罪の実行の着手前に使用した物の供用物件該当性につき判断したものとして、最高裁昭和二五年判決がある。本判決は、住居侵入、窃盗を犯した被告人が窃盗のみで起訴された事案において、住居侵入に当たって使用した平

角鉄棒につき、「本件窃盗の手段としてその用に供した物と解することができ」ると判示し、物が起訴された窃盗自体ではなく、その手段である住居侵入に使用されたものであったとしても、供用物件として没収し得ることを示した。

（二）最二小判平成一五年四月一一日刑集五七巻四号四〇三頁

他方、実行行為の終了後に使用することが予定されていた物の供用物件あるいは供用準備物件該当性につき判断したものとして、最高裁平成一五年判決がある。事案は、台湾に居住する被告人が、現地の犯罪組織に属する共犯者と共謀の上、日本で覚せい剤の陸揚げを実行するため、共犯者から、台湾において、日本に渡航する往復航空券及び金員を受け取った後、往路航空券を使用して日本に入国し、同金員の中から、陸揚げの際に使用する目的で各種用具を購入し、覚せい剤を陸揚げしたが、その直後に逮捕されたため、犯行翌日に日本を出国して台湾に戻るための復路航空券を使用するに至らなかったというものである。本判決は、同復路航空券及び各種用具は、いずれも改正前の麻薬特例法二条三項にいう「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」には当たらないものの、刑法一九条一項二号の「犯罪行為の用に供し、又は供しようとした物」に当たると判示し、犯行後に使用することが予定されていた物であっても、供用物件あるいは供用準備物件に当たり得ることを示した。

（三）東京高判平成二二年六月三日判タ一三四〇号二八二頁

以上の最高裁判例のほか、下級審レベルにおいては、本件と同様に、被告人が、強盗強姦に際し、持参したビデオカメラで姦淫の様子を撮影したという事案において、姦淫の様子が録画されたビデオテープが供用物件に当たると判断したものとして、東京高裁平成二二年判決がある（もっとも、本件とは異なり、撮影行為が被害者に認識される形で行われたようである。）。原判決は、姦淫の様子を撮影したビデオテープ二本について、強盗強姦の犯行によって生じた物であるとして、刑法一九条一項三号を適用して没収していたが、本判決は、同ビデオテープ自体は強盗強姦の犯行によって生じた物ではなく、生成物件とはいえないから、原判決には法令適用の誤りがあるとした上で、同ビデオテープは、強盗強姦の犯行を撮影したもので、犯罪遂行の手段と

して用いられたものといい得るので、犯行に供した物として刑法一九条一項二号を適用して没収することが可能であり、かつ、没収するのが相当であるから、前記法令適用の誤りが判決に影響を及ぼすものではないとして、控訴を棄却した。

三　学説の状況

（一）概観

どのような物が供用物件に当たるかについては、大別して、以下の三つの見解がある。[5]

ア　限定説

まず、供用物件を、犯罪構成要件たる行為自体に使用した物に限定する見解がある。[6]本説の論者は、実行行為直後、その成果を確保するために使用した物の供用物件該当性を肯定した裁判例[7]を、供用物件を犯罪構成要件たる行為自体に供した物に限定して解釈しなければ、その限界が不明確にならざるを得ない、[8]罪刑法定主義との関連で疑問があるとして[9]批判している。

イ　拡張説

これに対し、実行の着手前、あるいは実行の終了後に使用された物や、実行段階で使用されたが、実行行為そのものに使用されたわけではない物も、供用物件に当たるとするものがある。[10]

本説の先駆的な論者である藤木英雄は、まず、限定説につき、そのように厳格に解すべき理由に乏しいとする。そして、犯罪構成要件に該当する行為の遂行に実質的に寄与した物はこれを没収することができるものと解すべきであるとした上で、[11]その理論構成として、実行の着手前、あるいは実行の終了直後に、実行行為を容易にし、あるいは逃走を容易にし、逮捕を免れ、その他犯罪の成果を確保する目的でなされた行為も、実行行為と密接な関連性を有するものである限り、「犯罪行為」に属するというように、「犯罪行為」を実行行為と密接な関連性を有する行為に拡張するという構成を採用する。[12]本説によれば、犯行の予備

段階で実質的に犯罪の遂行に寄与すべく使用された物（窃盗、放火、殺人等の目的で住居侵入に使用した道具及びこれらを運搬した鞄類や犯行現場に出向く際に使用した自動車等）や犯行直後犯行の目的達成のために使用された物（犯行現場から逃走し、あるいは盗品等を運搬するために使用した自動車等）、犯罪の実行行為の段階において犯人によって使用されたが、実行行為そのものに使用されたわけではなく、犯行に間接的に役立つ意味で用いられたにすぎない物も、すべて供用物件に含まれる。

ウ　促進説

限定説と拡張説は、「用に供した」が「（厳密な意味での）使用した」の意であることを前提として、「犯罪行為」を実行行為に限定するか、それともそれと密接な関連性を有する行為まで拡張するかで対立していた。これとは異なり、近年では、構成要件該当行為の促進に着目する見解が現れている。[13]

本説の先駆的な論者である鈴木左斗志は、前掲最高裁平成一五年判決を契機として、「犯罪行為」を拡張するのではなく、「用に供し、又は供しようとした」の解釈として、「犯罪行為」を促進するように使用し、あるいは使用しようとした場合までを含めるべきであると主張し、その理由を次のように述べる。例えば、犯罪行為後に犯罪行為の目的達成のために物が使用された場合、当該物によって直接的に促進されるのは、犯罪行為後の行為である。しかし、拡張説のように、犯罪行為後の行為の促進を根拠として供用物件に当たるとすれば、[14]その限界が不明確にならざるを得ず、罪刑法定主義との関連で疑問があるという限定説の批判がそのまま当てはまってしまいそうである。そこで、「犯罪行為」を拡張するのではなく、犯罪行為そのものの促進に着目することにより、没収裁量に対して理論的な限界を設定すべきである、という理由である。[15]

本説によれば、供用物件とは、構成要件該当行為を促進する形で現に使用した物のことをいい、構成要件該当行為自体に使用した物のみならず、構成要件該当行為を物理的に促進した物や、構成要件該当行為を行うことの心理的障害を軽減し、その意味で構成要件該当行為を心理的に促進した物も、現に使用された限りでこれに含まれることになる。[16]他方、現に使用されなかった物については、構成要件該当行為を物理的に促進することはないが、心理的な促進が認められれば、供用準備物件に当たること

になり、この議論を定義に反映すると、供用準備物件とは、用意することで構成要件該当行為の遂行を心理的に促進したものの、現実には使用されなかった物をいう、と定義されることになる。[17]

（二）裁判例との関係

前掲最高裁平成一五年判決では、復路航空券が供用物件あるいは供用準備物件に当たることにつき、特に理由が述べられていないものの、同判決の調査官解説は、拡張説に立つ注釈書を参照した上で、被告人の日本への出入国自体が、覚せい剤輸入の実行行為（陸揚げ）を行うために外国から入国し、犯行後には検挙を免れるため速やかに日本から出国しようとするというものであるから、実行行為と密接な関連性を有するものといえ、復路航空券は、「犯行後犯行の目的を達成するために使用される物件」として、供用準備物件に当たる旨説明しており、[18]同説に依拠したものといえる。[19]

もっとも、前掲最高裁平成一五年判決を契機として、促進説が主張され、実行行為自体には使用されていない物の供用物件該当性を認める理論構成を巡り、学説が並立するに至った。促進説が現れた後に供用物件該当性が問題となった裁判例としては、前掲東京高裁平成二二年判決があるが、同判決では、姦淫の様子を撮影したビデオテープが供用物件に当たる理由が特に述べられておらず、同判決の判タ匿名解説においても、姦淫の際にその様子をビデオカメラで撮影することは被害者に対し心理的圧力を加えるものであるから、同ビデオテープは、犯罪行為の用に供した物に当たると解説されているのみで、その理論構成までは論じられていない。それゆえ、同判決がどのような理論構成を採ったものかは明らかでなく、[20]本件第一審判決に至るまで、実行行為自体には使用されていない物の供用物件該当性につき、学説の並立状況の下で理論構成を示したものは見当たらない。

四　本決定の分析

（一）第一審判決

以上の裁判例及び学説の状況の下、第一審判決は、本件デジタルビデオカセットが自らに有利な証拠となる犯行状況の映像を

確保し得るという意味で犯行を心理的に促進したものといえることを直接的な理由として、これらが供用物件に当たると判断しており、基本的には促進説に依拠したものといえる。もっとも、第一審判決は、隠し撮りが強制わいせつや強姦と並行して行われ、その意味で密接に関連しているといえる、とも判示している。これは、拡張説から要求される「密接な関連性」が満たされることを示したものと思われ、第一審判決は、拡張説をも踏まえたものであるということができよう。

なお、前掲東京高裁平成二二年判決の判タ匿名解説では、姦淫する際の様子が撮影録画されていたビデオテープが犯罪遂行の手段として用いられたものといい得る理由として、姦淫の際にその様子をビデオカメラで撮影することが被害者に対し心理的圧力を加えるものであることが挙げられていたが、本件では、撮影行為が被害者に気付かれないように行われたため、同判決に係る事案とは異なり、被害者に対する心理的圧力を供用物件該当性の根拠とすることはできない。

（二）原判決

原判決は、犯行時に隠し撮りをして、実行行為終了後に被害者にそのことを知らせて捜査機関による身柄拘束を含む捜査や刑事訴追を免れようとする行為が実行行為と密接に関連する行為といえるとした上で、本件デジタルビデオカセットがこのような実行行為と密接に関連する行為の用に供し、あるいは供しようとした物と認められることを直接的な理由として、これらが「刑法一九条一項二号所定の犯行供用物件」[21]に当たると判断しており、基本的には拡張説に依拠したものといえる。もっとも、原判決は、同行為が実行行為と密接に関連する行為といえる理由として、犯行による性的満足という犯罪の成果を確保し享受するためになされた行為であることのみならず、捜査や刑事訴追を免れる手段を確保することによって犯罪の実行行為を心理的に容易にするためのものといえることも挙げている。このことからすれば、原判決は、犯行の心理的な促進を実行行為との「密接な関連性」を基礎付ける要素の一つと解しているものと思われる。

（三）本決定

本決定は、被告人が隠し撮りをしたのは、被害者にそれぞれその犯行の様子を撮影録画したことを知らせて、捜査機関に被告人の処罰を求めることを断念させ、刑事責任の追及を免れようとしたためであるとの事実を摘示した上で、以上の事実関係によれば、本件デジタルビデオカセットは供用物件に当たると判示した。もっとも、本決定は、本件デジタルビデオカセットが供用物件に当たることにつき、以上の事実関係を摘示したのみで、その理由を特に述べていない上、第一審判決とは本件デジタルビデオカセットの用途に関して前提となる事実が、原判決とは後記のとおり法的評価が異なる。そこで、本決定が拡張説及び促進説からどのように説明され得るかを検討する。

拡張説からは、本件デジタルビデオカセットが実行行為と密接な関連性を有する行為に使用されたことが必要となる。従前の見解では、どのような行為が実行行為と密接な関連性を有するかは特に論じられていないが、本決定の判示を踏まえれば、隠し撮りは、被害者に強姦や強制わいせつの犯行の様子を撮影録画したことを知らせて、捜査機関に被告人の処罰を求めることを断念させ、刑事責任の追及を免れようとするための映像を確保する目的でなされた行為であるから、実行行為と密接な関連性を有する行為といえ、そのような隠し撮りに使用された本件デジタルビデオカセットは、供用物件に当たると説明されることになろう。前記のとおり、原判決は、基本的には拡張説に依拠したものといえるが、本決定では、本件デジタルビデオカセットが供用物件に当たると明示されており、原判決とは異なり、供用準備物件に当たるとはされていない。[22] このことを考慮すれば、本決定は、拡張説からは、犯行と時間的な隔たりがある行為を密接関連行為といえるかが疑問視されていたことを踏まえて、[23] 犯行からかなりの時間が経過した後にも行われ得る「被害者に犯行の様子を撮影録画したことを知らせる行為」を密接関連行為とすることを避けたものであると評価されることになる。[24]

他方、促進説からは、本件デジタルビデオカセットが実行行為を促進する形で使用されたことが必要となる。本件では、被害者らに強姦及び強制わいせつの犯行の様子を撮影録画したことを知らせる（捜査機関に被告人の処罰を求めることを断念させ、刑事責任の追及を免れようとするという目的がある。）のに使用する映像を確保するために犯行の様子を隠し撮りすることによ

り、被告人の犯行が心理的に容易になるから、本件デジタルビデオカセットは、その隠し撮りに使用されることにより、被告人の犯行を心理的に促進したといえ、供用物件に当たると説明されることになる。

以上のとおり、本決定は、拡張説と促進説のいずれの見解からも説明し得るものである。本決定が理由を特に述べなかったのは、学説の並立状況を踏まえて、特定の立場を示唆するのを避け、没収の理論構成を学説にゆだねたものということになろう。[25] もっとも、①拡張説や促進説を供用物件没収の目的等に照らして理論的に正当化し得るかについては、なお検討を要するように思われ、他方、②本件のような事案では、そもそも本件デジタルビデオカセットを供用物件としてではなく、生成物件として没収するほうがより実態に即しているといえるので、次に以上の諸点を検討する。

五　検討

（一）①（供用物件としての没収）について

ア　拡張説

藤木は、実行行為自体には使用されていない物の供用物件該当性を肯定する理由については、前記のとおり、犯罪構成要件に該当する行為の遂行に実質的に寄与した物はこれを没収することができるものと解すべきであるとしか述べていない。しかし、これでは、論点先取に陥っているといわざるを得ず、実行行為自体には使用されていない物の没収の正当化に成功しているとはいえない。[26]

イ　促進説

鈴木は、前記のとおり、没収裁量に対して理論的な限界を設定すべきであるとの理由から、「犯罪行為」を拡張するのではなく、構成要件該当行為の促進に着目すべきであると主張していたが、併せて供用物件没収の目的との関係についても言及していた。すなわち、鈴木は、物が犯罪促進的に使用されるのを抑止すること（消極的一般予防）を供用物件没収の目的と位置付け、

その手段として犯罪促進的に機能させられた物を剝奪すべきであると主張していた。[27] しかし、供用物件の没収は、このような意味での予防効果を本当に有するのだろうか。取得物件の没収であれば、通常、犯罪行為は利得目的で行われるため、犯罪行為後も利得を保持し続けることができなければ、犯罪遂行の目的が達成されることにならず、それゆえに取得物件の没収は、利得剝奪の威嚇により、消極的一般予防効果を発揮するといえる。しかし、供用物件の没収では、没収対象は犯罪の手段として用いられたものにすぎず、供用物件が没収される時点では、既に犯罪が実現されているため、当該物を犯罪に投入した成果は得られている。それゆえ、供用物件の没収は、個別の事案で消極的な予防効果を有することがあり得るとしても（例えば、高価な物を犯罪に使用しようとする場合を想定すれば、供用物件の没収が消極的な予防効果を発揮することはあり得る。しかし、「物の経済的価値」は、「犯罪に使用された」という供用物件の特性とは何ら関係のないものであるから、これを「類型的な」消極的一般予防効果の根拠とすべきではないだろう。）、これが類型的に消極的一般予防効果を有するといえるかについては疑問が残り、供用物件没収の目的は別の点に求められる必要があろう。

その目的となり得るのが、「犯罪によりけがされた物件を除去する」（汚れの除去）という点である。すなわち、供用物件は、犯罪行為の用に供されたことによって犯罪関連性を帯び、汚れた存在と化したものであるため、これを犯人の手元に保持させるのは不適切であり、あるいは社会内に放置しておくことは妥当でないから、犯人の手元や社会から除去するという目的である。[28] そして、一部の論者は、このような目的を前提として、幇助行為に関する議論を参照し、物が犯罪行為を促進したのであれば、当該物の犯罪関連性が基礎付けられ、その没収が正当化されると論じている。[29] 確かに、従来、将来の犯罪に用いられる危険が認められない物も、当然のごとく没収されてきたこと[30]からすれば、汚れの除去を供用物件没収の目的と位置付けることには、一定の合理性がある。しかし、このような目的を承認するとしても、幇助行為とは問題が異なる以上、犯罪行為の促進によって汚れが生じるといってよいかについては、更なる検討が必要であるし（犯罪行為を促進すらしていない場合には、当然に汚れが生じないという意味で、必要条件にはなり得る。）、そもそも、前記のとおり、類型的に消極的一般予防効果を有するといえるかにつき疑問が残る供用物件の没収を、汚れの除去のみから正当化し得るかどうかについても、根本的な検討が必要だろう（仮に汚れ

の除去を目的として承認しないとしても、例えば、供用物件の没収を保安処分と法性決定し、将来の犯罪に物が用いられる現実的な危険が認められる場合にのみ当該物を没収し得ると解することは不可能ではないから、刑法一九条一項二号の規定を正当化し得ないわけではない。)。

それゆえ、本件でも、本件デジタルビデオカセットを供用物件として没収し得るかどうかについては、制度の目的等に遡った根本的な検討が必要となろうが、本稿では、紙幅の関係上、これを詳細に検討することはできない。もっとも、次に検討するとおり、少なくとも本件の事案では、本件デジタルビデオカセットを生成物件として没収することができ、かつ、そのほうがより実態に即しているため、本件デジタルビデオカセットを没収した本決定の判断自体は妥当である。

(二)②(生成物件としての没収)について

「犯罪行為によって生じた物」(生成物件)は、没収することができる(刑法一九条一項三号)。生成物件の没収は、犯罪行為による不当の利得(成果)を保持させないようにすることを目的とするものである[31](もっとも、供用物件の没収との関係で汚れの除去を目的として承認するのであれば、生成物件の没収との関係でも、汚れの除去が少なくとも目的の一つとして位置付けられることになろう)。

生成物件は、従来、犯罪行為によって存在するに至った物をいう、と定義されてきた[32]。しかし、犯罪行為により、物の存在自体を作出した場合のみならず、既存の物に新たな特性を付与した場合にも、犯人が犯罪行為によって成果を得たといえるから、前記の生成物件没収の目的に照らせば、後者の場合にも、当該物が生成物件に当たると解すべきである[33]。それゆえ、本件でも、本件デジタルビデオカセット自体が犯行以前から存在していたことは、本件デジタルビデオカセットの没収を妨げる理由にはならない。

しかし、生成物件に当たるためには、物が犯罪行為に「よって」生じる必要がある。ここでの「よって」を直接性と解するにせよ、因果関係と解するにせよ[34]、起訴された姦淫行為やわいせつ行為自体は、そもそもその犯行の様子を撮影録画する性質の行

為ではないから、本件デジタルビデオカセットは、当該犯罪行為との関係では、生成物件に当たるとはいえない。[35] もっとも、このことは、本件デジタルビデオカセットを生成物件として没収し得ないことを意味するわけではない。本件では、被告人は、被害者らにアイマスクを着用させた上、同人らに無断で自らビデオカメラを設置、操作し、強制わいせつや強姦の犯行の様子等を隠し撮りしていたところ、隠し撮りは、強制わいせつや強姦の犯行の様子等を撮影対象とするものであるから、性的な意味の強い行為としてわいせつな行為に当たる。そして、被告人の暴行は、被害者らの反抗を著しく困難にする程度に達していたのであるから、被害者らは、被告人の指示で着用していたアイマスクを外すことも著しく困難な状態に陥っており、そのために隠し撮りを認識し得ず、これに抵抗し得なかったといえる。それゆえ、本件では、被告人が被害者らに暴行を用いてわいせつな行為をしたとして、隠し撮りに基づく強制わいせつ罪が別途成立し、[36] 当該犯罪行為によって本件デジタルビデオカセットに新たな特性が付与されたといえるから、その生成物件として、本件デジタルビデオカセットを没収することができると解すべきである。[37] 隠し撮りが性犯罪の被害を継続させるものであり、本件デジタルビデオカセットの没収の実質的な意義が犯人からの映像の剥奪による被害者保護にあることからすれば、映像の作出に着目した生成物件としての没収は、事柄の性質に適したものであるともいえよう（このような特徴は、後記のとおり、更なる問題にも影響を及ぼす。）。

起訴された姦淫行為やわいせつ行為に基づく強姦罪及び強制わいせつ罪と隠し撮りに基づく強制わいせつ罪は、同一機会に同一被害者の性的な法益を侵害するものであるから、包括して一罪となるが、だからといって、隠し撮りに基づく強制わいせつ罪がなかったことになるわけではないから、同罪を根拠として没収を言い渡すことができると解すべきである。[38] もっとも、隠し撮りに基づく強制わいせつ罪を根拠として没収を言い渡す以上、両者がいかなる罪数関係に立つにせよ、隠し撮り自体が起訴され、有罪認定されるべきだろう（このような取扱いは、隠し撮り自体に対する否定的評価を明示することにもつながる。）。

（三）更なる問題（複製物の没収）

特性をも取り込む生成物件の解釈は、犯人が性犯罪の映像等を他の記録媒体に複製した場合に当該複製物を没収し得るかどう

かという問題にも示唆を与える。[39] 複製物であっても、性犯罪の映像等が記録されている以上、犯罪行為による成果物にほかならず、前記の生成物件没収の目的に照らせば、これを没収すべきであると考えられるからである。

もっとも、前記のとおり、生成物件は、犯罪行為に「よって」生じる必要がある。取得物件については、対価物件の没収が別途規定されていることから、犯罪行為との因果関係では足りず、犯罪行為から直接取得された物に限られるとの見解があり、[40] 同様に考えれば、生成物件についても、直接性が要求されることになりそうである。しかし、新たな特性の付与が問題となる場面では、その特性自体が犯罪行為によって作出されたことが重要であり、複製物には、そのような犯罪行為によって直接作出された特性が付与されるに至っている。それゆえ、少なくともここでの複製物と犯罪行為の関係は、単なる因果関係にとどまらず、没収を基礎付け得るものといってよいのではないだろうか。このように解すれば、複製物も生成物件に当たり、これを没収することができることになる。[41]

第五　おわりに

本決定は、強姦及び強制わいせつの犯行の様子を隠し撮りしたデジタルビデオカセットが供用物件に当たり、これを没収することができると判断したものである。以上の判断を理論的に正当化し得るかどうかについては、本稿で結論を出すことはできなかったが、このようなデジタルビデオカセットは、少なくとも生成物件として没収することができ、かつ、没収の必要性が極めて高いから、本件デジタルビデオカセットを没収したこと自体は、妥当なものといえよう。

もっとも、本件では、第一審判決によれば、隠し撮り自体が起訴されていたわけではない。これは、本件デジタルビデオカセットが起訴された強姦や強制わいせつとの関係で供用物件に当たるとの理解によるものだろうが、前記のとおり、本件のような事案では、記録媒体等を生成物件として没収するほうが実態に即しているといえるから、今後は、生成物件としての没収を視野に入れ、撮影行為自体も併せて起訴し、有罪認定を行うことが検討されるべきだろう。

（1）本件は、平成二九年刑法改正前の事案である。本稿では、本件を含め、改正前の事案については、「強姦」と表記している。

（2）本件には、弁護人に、本件デジタルビデオカセットにつき押収拒絶権があるかどうかが争われた関連事件がある（最三小決平成二七年一一月一九日刑集六九巻七号七九七頁）。

（3）平成二七年一月一七日付毎日新聞西部朝刊二六頁、同東京朝刊二九頁等。

（4）大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（第三版）第一巻』四二二頁〔出田孝一〕（青林書院、二〇一五）。

（5）各見解の呼称は、鈴木左斗志「犯罪供用物件没収（刑法一九条一項二号）の検討―最高裁平成一五年四月一一日判決（刑集五七巻四号四〇三頁）を契機として―」研修七二四号三頁以下（二〇〇八）に倣う。

（6）勝本勘三郎『刑法要論　上巻（総則）』五五一頁（明治大学＝有斐閣書房、一九一三）、伊達秋雄＝松本一郎『総合判例研究叢書　刑法（二〇）』二九頁（有斐閣、一九六三）、山口厚「わが国における没収・追徴制度の現状」町野朔＝林幹人編『現代社会における没収・追徴』二三頁（信山社、一九九六）等。

（7）東京高判昭和二八年六月一八日高刑集六巻七号八四八頁。

（8）伊達＝松本・前掲注（6）二九頁。

（9）山口・前掲注（6）三一頁注五。

（10）団藤重光編『注釈刑法（一）総則（一）』一三六頁以下〔藤木英雄〕（有斐閣、一九七五）、大塚ほか編・前掲注（4）四二二頁〔出田〕、石井徹哉「判批（東京高判平成一四年一二月一七日判時一八三一号一五五頁）」判評五五二号四七頁（判時一八七六号二〇九頁）（二〇〇五）等。永田憲史「判批（福岡地判平成一三年三月一日判時一七四二号一五七頁）」甲法四三巻一＝二号八九頁（二〇〇二）も、理論構成を明示してはいないものの、積極的に本説を参照している。

（11）団藤編・前掲注（10）一三七頁〔藤木〕。

（12）藤木は、実行段階で使用されたが、実行行為そのものに使用されたわけではない物については、これを「供用物件に含めて差支えない」とする理由を特に述べていないが（団藤編・前掲注（10）一三七頁以下〔藤木〕）、実行行為と密接な関連性を有する行為に使用された物と同様、「犯罪構成要件に該当する行為の遂行に実質的に寄与した」ことを根拠とするものと思われる。

(13) 鈴木・前掲注（5）七頁以下、西田典之ほか編『注釈刑法　第一巻』一二六頁以下〔鈴木左斗志〕（有斐閣、二〇一〇）、安田拓人「判批（前掲東京高裁平成二二年判決）」平成二三年度重判解一五一頁以下（二〇一二）、樋口亮介「没収・追徴（論点講座　経済事件で学ぶ刑法　第一二回〔最終回〕）」法教四〇二号一二五頁以下（二〇一四）。

(14) 前記のとおり、拡張説は、物が犯罪構成要件に該当する行為の遂行に実質的に寄与したことを没収の根拠としており、「犯罪行為後の行為の促進」を根拠としているわけではない。もっとも、同説からは、犯罪行為後に犯罪行為の目的達成のために物が使用された場合に、どのような意味で当該物が犯罪構成要件に該当する行為の遂行に実質的に寄与したのかが明らかでなく、問題があることは異ならない。

(15) 西田ほか編・前掲注（13）一二八頁〔鈴木〕。このほか、「犯罪行為」を拡張する解釈は、生成物件や取得物件における「犯罪行為」の解釈と整合性を欠くということも指摘されている（安田・前掲注（13）一五二頁）。

(16) 樋口・前掲注（13）一二六頁。促進説によれば、物を実際に使用する時点は問題にならず、実行の着手前あるいは犯罪終了後に使用した物でも供用物件に含み得る（同頁注一一）。犯罪終了後に使用した物については、犯罪遂行を物理的に促進することはなく、物の使用予定による犯罪遂行の心理的な促進のみが認められ得る。

(17) 樋口・前掲注（13）一二六頁。

(18) 上田哲「判解（前掲最高裁平成一五年判決）」『最高裁判所判例解説刑事篇平成一五年度』二二五頁（法曹会、二〇〇六）。

(19) もっとも、当初の拡張説によれば、実行の終了直後になされた行為も「犯罪行為」に属するというように、終了「直後」という限定が付されており（団藤編・前掲注（10）一三六頁〔藤木〕）、同見解が犯行翌日に日本を出国する行為までを「犯罪行為」に含める趣旨であったかどうかは明らかでない（その後の見解では、終了「直後」という限定が取り除かれており（大塚ほか編・前掲注（4）四二二頁〔出田〕等）、当初の見解から密接関連行為をさらに拡張しようとする意図があるのではないかと推察される。）。

(20) 前掲東京高裁平成二二年判決が拡張説に近い立場をとっていると評価するものとして、福島一訓「判批（同判決）」研修七五九号三一頁（二〇一一）がある。

(21) 直前の判示を踏まえれば、原判決は、供用物件と供用準備物件を併せて「犯行供用物件」と表現しているものと思われ

る。

(22) 河原雄介「判批（本決定）」研修八四四号三六頁（二〇一八）も参照。

(23) 鈴木・前掲注（5）五頁以下。

(24) 樋口亮介「判批（本決定）」平成三〇年度重判解一五五頁（二〇一九）参照。もっとも、前記のとおり、樋口自身は促進説に立つ。

(25) 滝谷英幸「判批（本決定）」刑ジャ五八号一四一頁（二〇一八）、樋口・前掲注（24）一五五頁参照。

(26) もっとも、拡張説については、近時、「実際には促進説に帰着するであろう」との評価がなされている（安田・前掲注（13）一五二頁。樋口・前掲注（24）一五五頁も参照）。拡張説は、前記のとおり、物が犯罪構成要件に該当する行為の遂行に実質的に寄与したことを没収の根拠としており、その根底にある考え方を精緻化して理論構成し直したのが促進説であると位置付けるべきであろう。

(27) 鈴木・前掲注（5）一四頁。

(28) 安田・前掲注（13）一五二頁、永田憲史『財産的刑事制裁の研究―主に罰金刑と被害弁償命令に焦点を当てて―』一四六頁（関西大学出版部、二〇一三）（団藤編・前掲注（9）一一七頁〔藤木〕も参照）。犯人の行為に対する否定的評価を示す点に着目する樋口・前掲注（13）一二七頁も同旨であろうか（大塚ほか編・前掲注（4）四一一頁〔出田〕、山口・前掲注（6）二四頁も参照）。

(29) 安田・前掲注（13）一五二頁、樋口・前掲注（13）一二六頁（ただし、樋口は、供用物件没収の目的ではなく、「特定の客体の所有権を国庫に移転する」という没収の効果から、物と犯罪との関連性が要求されるとする）。

(30) 例えば、前掲最高裁平成一五年判決で没収された未使用の復路航空券に、将来の犯罪に用いられる危険があるとはいえない。典型的な供用物件である殺人行為の凶器として用いた包丁についても、特別な事情が認められない限り、これが将来の犯罪に用いられる危険があるとはいえないだろう。

(31) 団藤編・前掲注（10）一二七頁〔藤木〕、山口・前掲注（6）二四頁、西田ほか編・前掲注（13）一三三頁〔鈴木〕。なお、古くは、このような目的が「保安的・予防的意義」と位置付けられていたが（団藤編・前掲注（10）一二七頁〔藤木〕等）、利得剝奪自体は、当該利得が将来の犯罪に用いられる危険を除去する目的とは別個に承認されるべきものであるから、

このような目的を「保安的・予防的意義」と位置付けるべきではない（永田・前掲注（28）一四七頁も参照）。

（32）大場茂馬『刑法総論　下巻』一一九四頁（中央大学、一九一八）、団藤編・前掲注（10）一四一頁〔藤木〕、大塚ほか編・前掲注（4）四二七頁以下〔出田〕、山口・前掲注（6）二四頁等。

（33）近時、従来の定義では、偽造文書ですら、生成物件に当たらないことになってしまうとの問題意識から、生成物件を「当該物の存在ないしその現在の特性が、その作出を目的とした実行行為によって直接的に生じさせられたもの」と定義する見解が現れており（安田・前掲注（13）一五一頁、樋口・前掲注（13）一二九頁）、妥当である。

（34）詳細は、（三）参照。

（35）前掲東京高裁平成二二年判決がビデオテープの生成物件該当性を否定したのは、このような理由によるものと思われる（安田・前掲注（13）一五一頁参照）。

（36）岡田志乃布「判批（本件第一審判決）」研修八一三号三三頁（二〇一六）、河原・前掲注（22）四一頁注一四等も参照。強制わいせつ罪の成立と行為者の性的意図の要否に関する最大判平成二九年一一月二九日刑集七一巻九号四六七頁を引用し、被害児童に対するわいせつ行為やその裸体を撮影した行為に強制わいせつ罪の成立を認めた裁判例として、東京高判平成三〇年一月三〇日LEX/DB25549825がある。

（37）樋口・前掲注（13）一二九頁参照。姦淫終了後に思いついて撮影を行った場合を念頭に置き、かつ、供用物件に関して検討したものではあるが、安田・前掲注（13）一五二頁も参照。

（38）安田・前掲注（13）一五二頁、樋口・前掲注（13）一二九頁以下参照。樋口は、更に、「強姦行為を記録するという強制わいせつ罪の違法性が強姦罪の違法性とは別個のものであることを強調すれば観念的競合を認めることにな」るとする（同一二九頁）。

（39）樋口・前掲注（24）一五五頁も参照。

（40）山口・前掲注（6）三二頁注九。なお、取得物件における「よって」については、犯罪行為の着手前に物を取得した場合にも当該物が犯罪行為に「よって」得た物といえるかという異なる観点での議論もある（詳細は、樋口・前掲注（13）一三一頁以下参照）。

（41）もっとも、疑義を生じさせないために立法をすることは、否定されるべきでないだろう。

（後注）本決定の評釈として知り得たものに前田雅英「判批」WLJ判例コラム一四一号（二〇一八）、本田稔「判批」法セ七六四号一一三頁（二〇一八）、安田拓人「判批」法教四五七号一三四頁（二〇一八）、今井將人「判批」捜研六七巻九号二頁（二〇一八）、河原・前掲注（22）二七頁、滝谷・前掲注（25）一三七頁、矢崎正子「判批」警公七四巻一号八七頁（二〇一九）、樋口・前掲注（24）一五四頁、浅田和茂「判批」新・判例解説Watch Web版（二〇一九）、矢田悠真「判批」東北ローレビュー六巻五八頁（二〇一九）、桑島翠「判批」早法九五巻一号三四一頁（二〇一九）があるほか、本件第一審判決の評釈として知り得たものに中村功一「判批」警論六九巻二号一四五頁（二〇一六）、岡田・前掲注（36）二五頁（二〇一六）がある。

＊本研究は、阪大刑事法研究会での報告を基にしたものである。