



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑事判例研究
Author(s)	池田, 杏奈
Citation	北大法学論集, 70(6), 219-243
Issue Date	2020-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/77202
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_70_6_07_Ikeda.pdf



刑事判例研究

池田 杏奈

被告人が強姦及び強制わいせつの犯行の様子を隠し撮りした各デジタルビデオカセットが刑法19条1項2号にいう「犯罪行為の用に供した物」に当たるとされた事例

最高裁平成30年6月26日決定（平成29年（あ）第530号、強姦未遂、強姦、強制わいせつ被告事件）

刑集72巻2号209頁、裁時1703号1頁

〔参照条文〕

刑法19条、刑法176条（平成29年法律72号改正前）、刑法177条（平成29年法律72号改正前）

【事実】

男性である被告人は、アロマサロンを開業し、自らも施術者としてアロマオイルを用いたマッサージ等のサービスを提供していた。本件は、被告人が経営するマッサージ店にアロママッサージを受けに来た女性Bに対する強姦¹1件及び同様にアロママッサージを受けに来た女性C、D、Eに対する強制わいせつ3件のほか、被告人からアロマに関する指導を受けていた女性Aに対する

¹ 平成29年7月13日に「刑法の一部を改正する法律（平成29年法律第72号）」が施行され、「強姦罪」は、「強制性交等罪」に改められた。本決定は改正前の事案であるため、本稿においては「強制性交等」ではなく改正前の「強姦」等の罪名を用いる。

強姦未遂1件の計5件の事案である。被告人は、強姦1件及び強制わいせつ3件の犯行の際、そ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4本に録画した。

本件デジタルビデオカセットは被告人の委託を受けた弁護士である弁護人らの下で保管されていたところ、被害者Bに関するものは、主任弁護人が捜査段階で警察官に任意提出し、捜査機関によって作成された複製DVDが、公判期日において検察官請求証拠として、主任弁護人の異議なしとの意見を受け、取り調べられた。また、被害者C、D、Eに関するものは、その複製DVDが、捜査報告書に添付されて証拠請求され、主任弁護人の同意の意見を受け、取り調べられた。

第一審はいずれも有罪とし、懲役11年、押収してあるデジタルビデオカセット原本4本の没収を言い渡した。そこで、弁護人は、各事実についての事実誤認、Bに対する強姦についての理由齟齬及び法令適用の誤り並びに没収についての法令適用の誤りを主張して控訴したところ、控訴審が控訴を棄却したため、被告人側が上告したのが本件である。

【決定要旨】上告棄却。

本決定は、弁護人並びに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、刑事訴訟法405条の上告理由に当たらないとして上告を棄却したが、なお書きにより、次のような職権判断を下した。

「原判決及びその是認する第1審判決の認定並びに記録によれば、被告人は、本件強姦1件及び強制わいせつ3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4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19条1項2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。

したがって、刑法19条1項2号、2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1審判決を是認した原判決は、正当である。」

【評釈】

1 はじめに

本決定は、被告人が強姦及び強制わいせつの犯行の様子を隠し撮りした各デジタルビデオカセットが、刑法19条1項2号にいう「犯罪行為の用に供した物」にあたるとして没収された事案²である。後述するように、同項2号の「犯罪行為の用に供した物」は、その解釈が分かれており、構成要件該当行為そのものに使用されたわけではない物が没収できるか否かが争われている。

本件で問題となったデジタルビデオカセットは、強姦及び強制わいせつの構成要件該当行為たる暴行・脅迫又は姦淫・わいせつな行為に使用された物ではない。また、そもそも被害者は隠し撮りされていることについて認識しておらず、告訴後又は公判段階になってから初めて知るに至ったという事情もある。

以下では、まず刑法19条の概要及び要件を確認し、刑法19条1項2号の「犯罪行為の用に供した物」に関するこれまでの裁判例の理解を考察したのち、本決定について検討したい。

2 刑法19条の概要及び効果について

(1) 概要

刑法19条（以下、「本条」という。）³は、没収の要件を定める。没収は、物の所有権を剥奪して国庫に帰属させる処分であり、財産刑（刑法9条）に属する。「付加」刑とされていることから、被告人に主刑を言い渡す際に付加して科することができる。したがって、被告人が訴追されない場合、無罪、公訴棄却など

² 第一審判決の評釈として、中村功一「判批」警論60巻2号145頁、岡田志乃布「判批」研修813号25頁。

本決定の評釈として、河原雄介「判批」研修844号27頁、本田稔「判批」法セ764号113頁、今井將人「判批」捜査研究814号2頁、安田拓人「判批」法教457号134頁、滝谷英幸「判批」刑ジャ58号137頁、矢崎正子「判批」警公74巻1号87頁、矢田悠真「判批」東北ローレビュー6号58頁、樋口亮介「判批」ジュリ1531号154頁（平成30年度重判解）、浅田和茂「判批」新・判例解説 Watch（法セ増）25号173頁、海老澤侑「判批」新報126巻5・6号187頁、桑島翠「判批」早法95巻1号341頁。

³ 以下、本文に示す本条の要件及び効果については団藤重光編『注釈刑法（1）』（有斐閣、1964年）124頁以下〔藤木英雄〕、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第1巻〔第三版〕』（青林書院、2015年）401頁以下〔出田孝一〕を参考にした。

主刑の言渡しがなされない場合には、没収を言い渡すことはできないというのが通説⁴である。

旧刑法において本条の定める没収は必要的没収とされていたが、現行法においては昭和16年の改正により任意的没収(裁量的没収)とされた⁵。没収を科すかどうかは裁判所の裁量に委ねられており⁶、本条の要件を充足する場合でも没収を科さないこともできる。

(2) 要件

本条1項は、「次に掲げる物は、没収することができる。」とし、没収できる物⁷として1号から4号を定めている。

そのうち、1号の「犯罪行為を組成した物」(以下、「組成物件」という。)とは、犯罪構成要件上不可欠な物⁸を指し、3号の「犯罪行為によって生じ…た物」(以下、「生成物件」という。)とは、犯罪行為によって存在するに至った物⁹を、「犯罪行為…によって得た物」(以下、「取得物件」という。)とは、犯罪行為により犯人が取得した物¹⁰をいう。この1号と3号の「犯罪行為」が「構成要件該当行

⁴ 団藤編・前掲註(3)153頁〔藤木〕、大塚仁『注解刑法』(青林書院、1977年)72頁、小野清一郎ほか編『刑法 ポケット注釈全書』(有斐閣、1980年)87頁、大塚ほか編・前掲註(3)403頁〔出田〕。

⁵ 改正に際しては、松尾浩也『増補 刑法沿革綜覧』(信山社、1990年)674頁において、「是マテノ実験上没収ト云フコトカ如何ニモ極言イタシマスコト兒戯ニ類スルヨウナ場合カアル、例ヘハ手拭ヲ以テ人ヲ絞殺シタト言ツテ古イ手拭ヲ没収スル、或ハ石テ人ヲ敲イタカラト言ツテ其石ヲ没収スル云フコトハ余リ没収ノ主意ニモ適當シナイ……唯今ノ例ニ取りマシタヤウナ没収シテモ効ノ無イト云フヨウナトキハ強ヒテ没収シナイ方カ宜カラウト云フ考ヘヲ持ツテ改メタ」(新字に改めた、以下同じ。)という意見が述べられている。

⁶ 大判明治42年3月8日刑録15輯195頁は「没収ハ必スシモ之ヲ科セサルヘカラサルモノニ非スシテ其之ヲ科スルト否トハ事実裁判所ノ職権ニ属スルモノトス」と判示した。

⁷ ここでいう「物」とは有体物の意味である(大塚ほか編・前掲註(3)410頁〔出田〕)。

⁸ 例えば、偽造文書行使罪における偽造文書がこれにあたる。

⁹ 例えば、通貨偽造・変造罪における偽造・変造通貨や、文書偽造罪における偽造文書がこれにあたる。

¹⁰ 例えば、賭博により得た金品、わいせつ文書の販売により得た金員、狩猟法違反により捕獲した鳥獣等がこれにあたる。なお、単に犯罪行為と因果関係があれば足りるのではなく、犯罪行為を手段として取得したという意味であると解されている。(大塚

為」を指すことにつき、争いはない。

他方で、本件で問題となった2号は、「犯罪行為の用に供し、又は供しようとした物」(以下、「(広義の) 供用物件」という。)を没収できるとする。「犯罪行為の用に供し…た物」(以下、「供用物件」という。)と「犯罪行為の用に…供しようとした物」(以下、「供用準備物件」という。)とを分けて規定しており、前者は犯罪行為の遂行に現に使用した物や犯罪の手段となった物をいい、後者は、犯罪行為の遂行に使用するために用意した又は手段として予定されていたものの、現実には使用されなかった物をいう。

上述のように、1号及び3号の「犯罪行為」は「構成要件該当行為」を意味するのだが、2号の「犯罪行為」の意義については争いがある。

(3) 本条1項2号における「犯罪行為」の意義について

本条1項2号における「供用物件」に、主刑の基礎となった犯罪の実行行為を遂行する手段として使用された物件が該当することについては、判例上も、学説上も争いはない。例えば、殺人行為に用いたピストル、毒薬その他の凶器がこれにあたる。この場合は、ある物件が「犯罪行為」即ち「構成要件該当行為」そのものに使用されているため、何らの問題もなく供用物件該当性が認められる。これに対して、「構成要件該当行為」そのものに利用されていないが、何らかの形で犯行に用いられた物件にも供用物件該当性が認められるかどうか、「犯罪行為」の意義との関係で争われている。

まず、「犯罪行為」の意義について、本条1項1号や3号と同様に、構成要件該当行為に限るべきであるとする見解¹¹(以下、「限定説」という。)がある。この見解からは、上記のような主刑の基礎たる犯罪構成要件行為それ自体に使用した物のみが供用物件にあたる。

しかし、それでは供用物件を狭く解しすぎることになり、不合理な結果が生じ得る。例えば、窃盗、放火、殺人等の目的でピッキング道具を使用して住居に侵入したケースを考えると、住居侵入罪が起訴された場合は、住居侵入行為も「犯罪行為」にあたるが、起訴されなかった場合は「犯罪行為」にあたらないことになる。そうすると、上記ピッキング道具は、住居侵入行為についての起訴がなければ、供用物件にあたらず、没収できないことになる。

ほか編・前掲註(3)428頁〔出田〕)。

¹¹ 伊達秋雄＝松本一郎『総合判例研究叢書 刑法(20)』(有斐閣、1963年)29頁。

そこで、「犯罪行為」の意義を拡げることで解決を図ろうとする見解¹²(以下、「拡張説」という。)がある。この見解は、「犯罪行為」に構成要件該当行為に加えて、それに密接に関連する行為も含まれる、具体的には実行行為の着手前又は実行行為の終了直後において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ためになされた行為も含まれるとする。この見解からは、物件を使用した行為が主刑の基礎となった犯罪の構成要件該当行為それ自体でなくとも、実行行為の遂行に実質的に寄与したと認められる限り、その物件は供用物件に含まれることになる¹³。上記の例では、ピッキングによる住居侵入行為は、窃盗、放火、殺人等の実行行為に着手するために行われていることから、構成要件該当行為と密接に関連する行為、すなわち「犯罪行為」にあたる。そして、当該ピッキング道具は、実行行為を容易にするために使用されていることから、実行行為の遂行に実質的に寄与したと評価ができ、住居侵入罪が起訴されたかどうかにかかわらず、供用物件にあたるといえる。

さらに、最近では二つの見解の中間的な見解(以下、「中間説」という。)として、「限定説は維持しつつ¹⁴、用に供し、又は供しようとした(19条1項2号)」という文言の解釈として、「犯罪行為」を促進するように利用し、あるいは利用しようとした場合までを含める¹⁵とする見解も主張されている¹⁶。限定説と同様に、「犯罪行為」は構成要件該当行為に限るが、行為そのものを物理的・心理的に促進するように利用した物件は、たとえ構成要件該当行為そのものに用いられなくとも、供用物件にあたるとするのである。上記の例では、住居侵

¹² 団藤編・前掲註(3)136頁〔藤木〕。大塚ほか編・前掲註(3)422頁〔出田〕は「実行の終了後」とする。

¹³ 団藤編・前掲註(3)137頁〔藤木〕、大塚ほか編・前掲註(3)423頁〔出田〕。

¹⁴ 「犯罪行為」の意義を拡げる拡張説は「罪刑法定主義違反との関連で疑問がある」(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』(1996年、信山社)31頁註5)と評価されることになる。

¹⁵ 鈴木左斗志「犯罪供用物件没収(刑法19条1項2号)の検討—最高裁平成15年4月11日判決(刑集57巻4号403頁)を契機として—」研修724号7頁。

¹⁶ 西田典之ほか編『注釈刑法(1)』128頁以下〔鈴木左斗志〕、安田拓人「判批」ジュリ1440号152頁(平成23年度重判解)。なお、浅田・前掲註(2)175頁は、中間説に賛成するものの「心理的促進では不十分であり物理的促進に限るべきである」とする。

入行為が起訴されなかった場合は、その侵入行為は「犯罪行為」にあたらないものの、侵入することによって窃盗、放火、殺人等の実行行為が行いやすくなるといえるため、ピッキング道具は物理的に実行行為を促進するように利用されており、供用物件にあたる。ただし、当該物件に物理的促進効果がなく、ただ心理的促進効果が問題になった場合、その心理的促進効果と使用との間に時間的な離隔が生じるときは、心理的促進効果を発揮した時点ではなく、使用したときに「供用物件」にあたることになる¹⁷。それゆえ、たとえ実行行為を心理的に促進したとしても、実際に物件が使用されなかったときは「供用準備物件」となる。

3 これまでの裁判例

本条1項2号に関して、主刑の基礎となった犯罪の実行行為を遂行する手段として使用された物件についての裁判例は多く存在するが、学説上争われているその周辺にかかわる物件についての裁判例は、それほど多くはない。しかも、これらの裁判例は必ずしも理論的に一貫しているわけではなく、また、そもそも理論的な立場が明らかにされていないものもある。

以下では、これらの裁判例を検討していくが、それにあたっては、最判平成15年4月11日刑集57巻4号403頁（以下、「平成15年判決」という。）以前と以後に区別して論じていきたい。というのは、平成15年判決を機に新たな学説上の視点が提起されたからである。

まず、平成15年判決以前の裁判例について検討する。これに関して重要な裁判例は昭和25～40年頃に集中していると思われる。この時期の裁判例を見ていくと、限定説と拡張説が混在しているように見受けられる。

はじめに、拡張説をとったと思われる裁判例について紹介する。①最判昭和25年9月14日刑集4巻9号1646頁は、住居侵入窃盗事件において窃盗のみが起訴された事案につき、窃盗犯人が住居侵入の際使用した鉄棒について、「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」として没収を認めた。また、②東京高判昭和28年6月18日高刑集6巻7号848頁は、鶏を窃取した後その現場又は現場付近において、当該鶏を運搬しやすいようにするためその首を切った切出又はナイフにつき、「犯罪行為に供した物」には、犯罪の構成要

¹⁷ 鈴木・前掲註（15）11頁。

件たる行為自体に供した物の外、犯罪完了直後その結果を確保するための用に供した物をも含むものと解するのを相当とするところ、本件切出等が、被告人において窃取した鶏を運搬しやすいように処置するために使用されたもの、即ち、窃盗の結果を確保するための用に供せられたものであることは右説示のとおりであるから、原審が右切出等を、犯罪行為に供したものとして没収したものは正当である」として没収を認めた。

この判例①及び判例②は、窃盗罪の犯罪遂行時ではなく、その前後の行為に使用された物件にも供用物件該当性を認めており、「犯罪行為」について、少なくとも、窃盗のための住居侵入、窃盗罪の客体を確保するための器物損壊といった、実行行為に密接に関連している直前直後の行為への拡張は許しているように思われる。したがって、まさに拡張説に立つ裁判例と言えよう。

これに対して、同時期においても、限定説に依拠しているとみられる裁判例も存在していた¹⁸。例えば、③仙台高秋田支判昭和25年3月29日高刑判特8号74頁は、強盗が犯行の際に覆面として用いた手拭いについて、「強盗の手段である脅迫行為に供し又は供しようとしたことを認めることができない右手拭は通例夜盗がなすように同被告人が単に渡辺方の家人に犯行者が何人であるかどんな風貌の者であるかを知らせないように顔を覆うために使用したにすぎないものというべくこれ又強盗行為の供用物件として没収し得ない」とした。また、④名古屋高判昭和38年3月11日判時335号48頁は、被告人は、金品をすり取る目的で、被害者の右後方よりズボンの右うしろポケットに左手指二本を差し入れ、その際、自身の左手を覆いかくした風呂敷につき、「犯罪行為の露頭を防止し犯行を隠蔽するための用に供した物にすぎず、窃盗行為（すり行為）に供しまたは供せんとした物にあたらぬ」として、没収できないとした。

判例③では手拭いで強盗の手段たる脅迫行為自体を行ったわけではなく、判例④では風呂敷で窃取行為自体を行ったわけではない。その意味において、「犯罪行為」そのものに使用された物ではないとして上記物件の没収を否定したことは、まさに限定説の立場であるといえる。

このように、判例①及び判例②は拡張説の立場に立っており、判例③及び判

¹⁸ 判例③と判例④に批判的なものとして原春夫ほか編『判例刑法研究第一巻 刑法の基礎・構成要件・刑罰』（1980年）280頁〔岩井宜子〕、大塚仁『注解刑法 増補第2版』（1982年）75頁、大塚ほか編・前掲註（3）416頁〔出田〕。

例④は限定説の立場に立っていると見るができる。しかし、細部に着目すれば、判例①及び判例②と判例③及び判例④では、その事実面において若干の差異が存在する。

すなわち、判例①及び判例②では、実行行為の直前直後の行為も「犯罪行為」に含まれるかという点が問題となっている。これに対して、判例③及び判例④では、まさに犯罪の実行行為の段階に使用されたが、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物も供用物件といえるかという点が問題となっている。

そして、拡張説のいう密接関連行為という言葉は、時間軸を意識した表現であり、「犯罪行為」として実行行為の着手前・終了直後の行為をも捕捉するために用いられる、前者の問題点に関わるものといえよう。そして、後者の問題点に関わるような、実行行為そのものではないが、実行行為と並行して行われた行為については、「密接関連行為」という表現は用いられていない。後者については、ただ構成要件該当行為に「供した」という別の視点で捉えられているようである¹⁹。ただし、表現上は異なっているが、いずれもその判断基準は構成要件該当行為に実質的に寄与したかどうかであり、両者の区別に実益はない。

このように解すると、拡張説の立場からは、判例①及び判例②は、「犯罪行為」との関係で、実行行為に寄与するような密接関連行為にあたるかについてが問題となり、判例の理論、結論共に、支持されることになるが、判例③及び判例④については、「供した」との関係で、犯行に実質的に寄与したといえるかという問題提起がなされ、判例③について「犯行に際し犯人が被害者に顔を隠す行為の意義を正しく評価しないものであ」²⁰とか、判例④について「すりの犯行におけるいわゆる幕の役割を見落としたものであ」²¹という批判がなされる。

他方で、限定説は、いずれも「犯罪行為」、すなわち構成要件該当行為に使用したかどうかを検討することになる。この見解によれば、判例①における主刑の基礎たる構成要件該当行為は窃取行為であり、住居侵入の際に使用した鉄

¹⁹ 団藤編・前掲註（3）137-138頁〔藤木〕、大塚ほか編・前掲註（3）423-424頁〔出田〕。

²⁰ 大塚ほか編・前掲註（3）424頁〔出田〕。

²¹ 大塚ほか編・前掲註（3）424頁〔出田〕。

棒は窃取行為に使用していないため、供用物件にあらず、判例②も同様に、切出又はナイフは鶏の窃取行為自体には使用されていないことから供用物件にあたらない。没収を認めた判例①及び判例②については「その限界が不明確にならざるを得ない」²²という批判が生じる。

さらに、限定説からは、判例③における手拭いを覆面として利用する行為や、判例④において風呂敷で犯行の様子を隠す行為については、実行行為と別個の行為であり、それ自体は「犯罪行為」ではないため、供用物件該当性が否定されることになる。

このように、この時期の裁判例には、限定説と拡張説の混在が見受けられる²³。

その後、時期を経て⑤最判平成15年4月11日刑集57巻4号403頁がこの問題を扱った。これは、香港及び台湾の犯罪組織関係者ら多数の者と共謀のうえ、営利の目的で約565キロの覚せい剤を密輸入した被告人につき、(ア)犯罪を実行した翌日、日本から出国するために所持していた復路航空券、(イ)覚せい剤の陸揚げに使用するためのゴム脚ハンマーなどの各種用具（以下、「本件用具」という。）、(ウ)薬物犯罪の犯罪行為を遂行するために費消したうえ、その残額を同行の報酬として取得することとして、共犯者から交付を受けて被告人が所有する金員（以下、「本件金員」という。）の没収が言い渡された事案である。

²² 伊達ほか・前掲註（11）29頁。

²³ 昭和40年代以降、重要な裁判例は管見の限りみあたらない。その間の裁判例としては、例えば、東京地判昭和58年9月27日LEX/DB27917079がある。当該裁判例は、「本件で手提金庫（証拠略）内にあった現金50万5,000円……はいずれも賭博後の清算に際し客にゲーム機の得点1点を100円の割合で換金する目的で準備されていたものであることが証拠上明らかである。そして、このような清算のための換金行為は賭博行為そのものではないけれども、清算資金が店内に準備されていればこそゲーム終了後直ちにその場で客の求めに応じて換金されるとの約束を客も信用し賭博行為に応じているのが実情であるから、そうしてみると清算行為は賭博行為と密接に関連した補助行為と考えられ、そのような目的で準備される現金は、刑法19条1項2号にいう「犯罪行為の用に供せんとした物」に該当すると考えるのが相当である。」として、「犯罪行為」につき、賭博行為後の清算行為を密接に関連する行為と捉えており、判例①及び判例②と同じ類型にあたり、拡張説に親和的であると思われる。

判旨は、復路航空券及び本件用具については合わせて「犯罪行為の用に供し、又は供しようとした物」にあたるとした。その理由は明示されていないものの、本件覚せい剤を陸揚げした直後に逮捕された被告人が、陸揚げに既に使用した本件用具は「供し…た物」、まだ使用していない逃走用の復路航空券は「供しようとした物」にあたると判断されたと考えられる。また、本件金員については、「刑法19条1項2号により、その全額を没収することが可能である」としており、供用物件が供用準備物件について明示していないが、その理由につき「押収時点においてもなお、犯行後の逃走のためなどに用いられることが予定されていたものである」と認められているため、供用準備物件にあたると判断されたと考えられる。

この判例⑤について、限定説からは、「犯罪行為」は覚せい剤の密輸入の実行行為のみと考えられるため、本件用具は別として、明らかに実行行為そのものに使っていない復路航空券と本件金員の没収は認められないと思われる。

他方、拡張説からは、逃走を容易にし、逮捕を免れるといった実行行為終了後の行為、即ち、実行行為に密接に関連した行為を「犯罪行為」と捉えることで、その行為に使用しようとした物件も、供用準備物件にあたるということが可能である。したがって、逃走用の復路航空券や本件金員については、「犯行後には検挙を免れるため速やかに我が国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」²⁴として、供用準備物件にあたると認められる。

ところで、この判例⑤を契機として、平成20年に鈴木左斗志教授が中間説を主張した。この説からは、「犯罪行為」は構成要件該当行為に限られるが、構成要件該当行為以外に用いた物件であっても、犯罪を促進した場合には供用物件にあたり没収することが可能になる。そうすると、あらかじめ用意されていた逃走用の復路航空券や本件金員は、逃走行為が容易になることで犯罪行為を行うことの心理的障害が軽減されて、その意味で犯罪行為そのものが促進されると理解でき、(広義の)供用物件となり没収が可能となる。鈴木教授の提案によると、心理的促進が問題となる場合には、心理的に促進したときではなく、実際に使用したときに供用物件にあたると²⁵、いまだ使用されていない復路

²⁴ 上田哲「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成15年度』225頁、239頁註40。

²⁵ 鈴木・前掲註(15)11頁。逆に、心理的促進があったことをもって「使用」したと

航空券と本件金員は、供用物件ではなく供用準備物件にあたることになる²⁶。このことは、判例⑤が供用物件と供用準備物件とを区別していることとも調和する。

この判例⑤をきっかけに明示的に提唱された中間説からそれ以前の裁判例を検討すると、判例①については、窃盗犯人が住居侵入の際に使用した鉄棒は、窃盗行為を行いやすくしているため、物理的な促進性が認められ、供用物件該当性を肯定でき、判例②については、切出又はナイフによって窃盗の結果を確保しやすいと事前に考えていることで、窃盗行為が心理的に促進されたといえる。そして、切出又はナイフは実際に使用されたため、供用物件にあたる。また、判例③については、手拭いで被害者に犯人の風貌を知らせないように顔を覆うことで、強盗行為が心理的に又は場合によっては物理的にも促進されることことから供用物件にあたる。そして、判例④では、風呂敷は、犯罪行為の発覚を防ぎ窃盗行為を行いやすくしているため、犯罪行為を物理的に促進していることから供用物件にあたる。

この立場は、「犯罪行為」を構成要件該当行為に限定し、その行為を促進したかどうかという1つの観点から、供用物件該当性を判断することになる。そのため、拡張説のように、「犯罪行為」の中に構成要件該当行為と時間的に前後の行為が含まれるか、又は、犯行に間接的に役立つ意味で用いられたが、構成要件該当行為そのものに用いられていない物件が実行行為に寄与したといえるかという2つの観点で判断するよりも簡明であることが大きな利点となる。もっとも、上述のように拡張説も構成要件該当行為への物件の寄与度が供用物件該当性判断の決定的な基準となるため、中間説と拡張説の結論はあまり差が出るものではない。

解すると、殺人行為に使ったナイフではなく、予備に用意しておいたナイフについても、予備のナイフがあることで安心して犯行に臨めたというような事情があった場合に、供用物件にあたることになる。しかし、判例は犯罪行為の遂行のために用意したが、現実に使用されないで終わった物については供用準備物件としており（無免許で医業を営む者が、無免許医業という犯罪行為のために用意しておいたが実際に使用しなかった薬品について、供用準備物件とした大判大正5年8月25日刑録22輯1322頁など）、上記の例のように現実に使用されなかった予備のナイフは供用準備物件となるだろう。過去の裁判例との整合性を考えると、鈴木教授の見解は妥当である。

²⁶ 鈴木・前掲註（15）11頁。

このように、平成15年判決を機に中間説という新たな観点が加わることに
なったのである。

さらにその後、性犯罪の状況を録画したテープ等に関して没収が問題となっ
た⑥東京高判平成22年6月3日判タ1340号212頁²⁷が出された。

この事案は、強姦や強制わいせつの実行行為中に、被害者に気が付かれない
ように当該行為を隠し撮りし、また、被害者が長らくそのデジタルビデオカセッ
トの存在を知らなかった本決定とは異なり、実行行為である強姦行為の最中に
被害者をビデオカメラで撮影し、それを被害者が認識しており、また、行為直
後に被告人が被害者に対して警察に被害申告をしないよう口止めし、うち1件
については、さらに、警察に言ったら撮影した画像をインターネットで流す旨
言うなどしていたことが認められている。

東京高裁は、被告人が、被害者を強姦した際の様子を記録したビデオテープ
2本につき²⁸、「上記各ビデオテープは、各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。したがって、犯行に供した
物として刑法19条1項2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」としたが、それ以上の説明はない。それゆえ、没収を認
めた理論的な根拠は不明である。

もしも、「犯罪遂行の手段として用いられた」という点を強調し、撮影行為
が被害者の反抗を抑圧するに足る程度の脅迫の手段になっていたといえる場
合、例えば、「動画サイトでライブ配信されたくなければ抵抗するな」などと

²⁷ 評釈として福嶋一訓「判批」研修759号23頁、只木誠「判批」新・判例解説 Watch（法
セ増）10号137頁、安田・前掲註（16）151頁がある。

²⁸ 東京高裁は、原審が本条1項3号の生成物件として没収を認めたのに対し、「同号の
「犯罪行為によって生じ」た物とは犯罪行為によって作り出された物をいうものと解さ
れるのであって、上記各ビデオテープには強盗強姦の犯行がなければ撮影されなかつ
た画像が記録されているものの、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、同号に該当する物とはいえない」とした。この理解は、姦淫の際の様子
が記録されたデータ自体は「物」ではないとし、データが記録されたビデオテープを
没収されるべき「物」と解したことに由来する。そうすると、ビデオテープ自体は犯
罪行為の前から存在していたものであって、犯罪行為によって犯人が取得した物とは
言えず、同様に、犯罪行為を手段として得た物でもないため、3号には該当しないこ
となるのである。

脅迫していたような場合には、当該ビデオテープは主刑の基礎となった犯罪の実行行為を遂行する手段として使用された物件となるため、争いなく供用物件に該当すると認められる。しかし、判例⑥では、被告人の実行行為について「各被害者に対し、暴行を加え、「騒ぐと殺すぞ」と脅迫するなどした上、強姦行為に着手したものである」と認定されており、撮影行為は強盗強姦の実行行為そのものではないことが認められる。したがって、当該ビデオテープは主刑の基礎となった犯罪の実行行為を遂行する手段として使用された物ではない。そうすると、判例⑥の判断は限定説の立場からは説明がつかないと思われる。

これに対して、拡張説の立場からは、「本件ビデオテープの撮影…行為は、被害者の心理に強く働きかけて、逃走を容易にし、かつ逮捕を免れるために用いられたものであり、強盗強姦の実行行為に密接に関連ある行為に使用されたものという意味において供用物件に当たる」²⁹と解することができる。

その際、仮に、撮影行為後の口止め行為に着目した場合、撮影行為後に行う口止め行為が「犯罪行為」に含まれるかという問題に帰結することになる。そうすると、実行行為直後に行われた口止め行為は、実行行為の終了直後において、逃走を容易にし、逮捕を免れるためになされた行為といえ、「密接関連行為」の典型例にあたり³⁰、「犯罪行為」といえる。それゆえ、口止め行為に利用した各ビデオテープには、供用物件該当性が認められる。

他方、被害者が性犯罪の様子を撮影されていることについて認識していることで、告訴を躊躇することがありうるとし、撮影行為自体が口止め行為にあたる考えると、実行行為と並行して行われた撮影行為が、実行行為に寄与したかどうかという問題に行き着く。そうすると、犯行後に刑事責任を追及されるおそれを減らすことで、犯行が行いやすくなるといえ、実行行為に寄与したといえる。そうである以上は、実行行為終了後の口止め行為がなかったとしても、本件ビデオテープは、実質的な口止め行為たる撮影行為に既に使用されている

²⁹ 只木・前掲註(27)139頁。福岡・前掲註(27)31頁も同旨。

なお、被害者の心理に働きかけるという表現は、被害者に心理的圧迫を与える(判タ1340号212頁・匿名コメント)という意味であり、その趣旨は強姦における抵抗困難な状況の作出を行うこととも読めよう。そう解したとしても、やはり撮影行為自体は実行行為ではないため、実行行為への寄与ないしは促進作用があったかが問題となる。

³⁰ 団藤編・前掲註(3)137頁〔藤木〕。

ことから、供用物件にあたることになる。

これに対して、中間説からは、本件ビデオテープは、「直接的には、逃走ないしは警察への通報阻止のために用いらただけではあるが、「このことが予定されていれば」、後に捕まるリスクを低下させ、もって犯行を心理的に容易ならしめるもの」³¹であるとして（広義の）供用物件該当性が肯定される³²。

なお、鈴木教授の主張した本来的な中間説に従えば、「心理的促進効果が問題となる場合、〈促進効果〉と〈使用〉の間に時間的な離隔が生じ得る」ところ、「条文の「供」は〈使用〉の方を指す」³³ことから、実際に使用した時点で供用物件にあたる。判例⑥の事案において、撮影行為自体を口止め行為と捉えても、撮影行為と別個に口止め行為を捉えても、本件ビデオテープは口止め行為に使用した供用物件といえ、「供した物」とした判例⑥の判旨と齟齬はない。

小括すると、近年の裁判例からは限定説はとられなくなってきているように思われる。上述のように、（広義の）供用物件該当性判断にあたっては、中間説からは端的に構成要件該当行為を促進したかどうかが問題となる。他方、拡張説からは、実行行為と並行する行為に利用された物件については、実行行為に寄与したかどうかが問題となり、実行行為の直前直後の行為に利用された物件については、「犯罪行為」との関係で、実行行為に寄与するような密接関連行為に利用したかどうかが問題となる。もっとも、表現には違いがあるもの、実行行為に寄与したか、実行行為を促進したかというどちらも同じような問題について考えるため、どちらの説に立とうとも、あまり結論は変わらないと思われる。

ところで、本決定では上述のように、被害者は撮影行為について認識していないことから、撮影行為自体が口止め行為を意味するとはいえない。また、性犯罪の様子を隠し撮りしたデジタルビデオカセットを、実行行為直後に又は全く犯行の口止めのために使用しておらず、この点で（広義の）供用物件該当性に問題が生じ得るし、たとえそれにあたるとしても、供用物件であるか供用準

³¹ 安田・前掲註（16）152頁。

³² 既に刑事責任追及免脱目的による心理的促進効果が認められる以上は、被害者を抗拒不能にする（被害者に心理的圧迫をかける）目的については考慮しなくとも良く、重ねて認定する必要のないものといえるだろう。

³³ 鈴木・前掲註（15）11頁。

備物件であるかという問題も生じ得る。そこで、以下では本決定において、これらの点に特に注視しながら検討する。

4 本決定について

(1) 第一審

第一審である宮崎地判平成27年12月1日刑集72巻2号217頁は、本件隠し撮りの目的について、「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、本件各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」と認めた³⁴。その上で、供用物件該当性については、「被告人による隠し撮りは、Bら4名に対する実行行為そのものを構成するものでなく、もとより被告人がこうした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」としながらも、「㉗隠し撮りが被告人の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、結局それらの映像が無罪の証明につながるものでなかったとはいえ、被告人としては、㉘Bら4名に対する各犯行状況を撮影して録画するに当たり、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、㉙そのような撮影行為によって客観的に記録した当該映像を確保できること自体が、被告人の上記各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。したがって、本件各デジタルビデオカセットについては、被告人のBら4名に対する㉚各犯行を促進したものといえ、刑法19条1項2号所定の「犯罪行為の用に供した物」に当たる。」(記号及び下線は筆者、以下同じ。)とした。

第一審判決に関しては、「犯罪行為との密接関連性なり、構成要件該当行為の促進作用なりがあれば、犯罪供用物件に当たると認めるのに十分であると判断した」³⁵として拡張説及び中間説のどちらからも説明ができるという見解³⁶も

³⁴ 性的満足目的については、「自己の性的興奮を高めることなど、検察官が主張するような事情も、可能性としてはあり得るけれども」としたにとどまった。仮に、この目的があれば本件各デジタルビデオカセットは全て供用物件といえると考えられる。

³⁵ 中村・前掲註(2)154頁。

³⁶ 岡田・前掲註(2)32頁、河原・前掲註(2)34頁、今井・前掲註(2)11頁、樋口・

ある。

たしかに、下線部㉗の「密接に関連している」という言葉は拡張説のキーワードであるし、下線部㉕の「心理的に容易」や下線部㉔の「犯行を促進した」という言葉は中間説のキーワードであるため、そのように捉えられそうである。しかし、第一審の判旨の全体の流れを見ると、下線部㉗と下線部㉔は下線部㉕に至るための理由にとどまる³⁷。そして、下線部㉕が供用物件該当性判断の決定的な根拠になっていると思われる。

また、本評釈の視点からすると、下線部㉗の「密接に関連している」という言葉の使われ方は、実行行為と時間的に「密接に関連している」前後の行為という拡張説が想定している文脈とは異なっていると思われる。本件隠し撮り行為は実行行為と時間的に「並行」して行われたものであるので、ここでいう「密接に関連している」とは、「犯罪行為」と事実上「密接に関連している」程度の意味ではなかろうか。拡張説のいう「密接関連行為」の視点から説明しようとすると、本件では、後に口止めに使用した行為を捉えて構成される³⁸ことになるであろう。もちろん、第一審のように、撮影行為を捉え、「映像を確保すること自体」が実行行為に寄与しているという説明ができないわけではない。しかし、その際には、実行行為と撮影行為は並行して行われているため、「供したか」という問題になり、判断基準は実行行為への寄与度を見るため、「密接関連行為」の問題とはならない。

このように、実行行為への寄与度と促進性は基準としてはあまり差がなく、どちらの説からも第一審の説明は可能である。ただし、供用物件該当性判断の決定的な根拠として、実行行為への促進性を見ているといえ、言葉上の表現としては中間説に親和性があるものと思われる。

なお、中間説からは、本件デジタルビデオカセットは「犯行を心理的に容易にするものであるため、何らかの「使用」がなされたときに供用物件にあたることになる。そうすると、本件では、「被害者らとの間で後に紛争が生じた場合に、本件各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

前掲註（2）154頁。

³⁷ 第一審の表現上も、下線部㉗「だけでなく」下線部㉔「のであり」となっており、両者は下線部㉕を導き出す理由となっている。

³⁸ なお、後述のように、控訴審がそのような解釈をしているものと思われる。

拠として利用する」という目的があることから、後に紛争が生じた場合に有利になる限度で証拠として利用したときにはじめて「使用」が認められ、これにより、供用物件にあたることも考えられそうである。上記の判例⑥は、性犯罪の様子を、被害者にわかるように撮影しており、撮影行為自体が口止め行為にあたると考えられ得るが、本決定では隠し撮りがなされていて、被害者もそれに気が付いていないことから、撮影行為とは別個に、有利な証拠として利用しようとした行為を考える必要があるように思えるからである。そうすると、本件では、少なくとも4本全てのデジタルビデオカセットについて供用物件とはいえないことになり、口止め行為に「使用」されていないデジタルビデオカセットについては供用準備物件にあたることになるだろう。

しかし、下線部⑦において「確保すること自体」が重要であることが示されており、後に実際に利用されるということは重視されていない。この理解は、本件デジタルビデオカセットの録画未了状態で撮影のため使用されるという側面³⁹、すなわち、空のテープを撮影行為に「使用」してその映像を確保したという点に着目していると思われる。このように解すると、本件デジタルビデオカセットは、録画後にそれを用いて口止め行為を行わなかったとしても、供用準備物件ではなく供用物件にあたることになる⁴⁰。

（２）控訴審

控訴審である福岡高判平成29年2月23日刑集72巻2号258頁は、本件隠し撮りの目的について、被告人のいう「利用客との間でトラブルになった場合に備えて」の意味は、「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、被害者に対して前記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」とした。

その上で、「④各犯行時に隠し撮りをして、各実行行為終了後に各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

³⁹ 滝谷・前掲註（２）141頁。

⁴⁰ 本決定も同様の判断をしていると思われる。詳細は後述する。

とする行為は、㉔各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、㉕「本件各実行行為と密接に関連する行為といえる」と結論付けた。そして、「本件各デジタルビデオカセットは、このような㉗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」としている。

このように下線部㉔において供用物件と供用準備物件とを区別しているのは、本件デジタルビデオカセットの録画完了状態で被害者に対する口止め等のため使用されるという側面⁴¹に着目しているためであろう。実際にビデオの存在を知らせて刑事訴追を免れる行為が行われたBの映っているデジタルビデオカセットについては、供用物件にあたり、その他の者の映っているデジタルビデオカセットについては、供用準備物件にあたるとしている。

そうすると、控訴審は、「隠し撮り行為」に使用した本件デジタルビデオカセットが供用物件にあたるかについて検討を行っている第一審とは異なり、「隠し撮りをして、実行行為終了後にそれを知らせて刑事訴追等を免れようとする行為」に使用した、あるいは使用しようとした本件デジタルビデオカセットについて供用物件にあたるかについて検討している。このことは、下線部㉕「隠し撮りをして、実行行為終了後にそれを知らせて刑事訴追等を免れようとする行為」は、下線部㉕「本件各実行行為と密接に関連する行為といえる」という理論構成からも認められる。かかる理解は、形式的に拡張説の理論に親和的である。

なお、下線部㉔において「犯罪の実行行為を心理的に容易にするため」と述べていることから、一見、中間説に立っているともいえそうであるが、本件各デジタルビデオカセットは、上記のように、「犯罪行為」の概念を拡張、実行行為のみに限定していないため、中間説からは説明がつかないと思われる。

下線部㉕の「心理的に容易にする」という表現は、拡張説においても要求される、実行行為に実質的に寄与したかどうかという問題に関わるものといえよう。下線部㉕より、口止め行為の犯罪行為への寄与度は非常に高いものといえ、(広義の)供用物件該当性が認められる。

以上のように、第一審と控訴審を比較すると、第一審は「空のデジタルビデオ

⁴¹ 滝谷・前掲註(2)141頁。

オカセット」を「撮影行為」に使用したことを、控訴審は「録画データ入りデジタルビデオカセット」を「口止め行為」に使用した／することを想定していると思われる。このような控訴審の判断は、実際に没収したい物は「録画データ入りデジタルビデオカセット」であることから、実体に合致していると思われる。

ただし、犯罪終了後に行われる被害者への口止め行為が密接関連行為と評価できるかという問題が残る⁴²。これについては、犯罪終了後からしばらく経って行われた口止め行為までを密接関連行為と捉えることは、罪刑法定主義違反のおそれが払拭しきれないため、それを避けるために拡張説からは「終了直後」⁴³という形式的限定が付けられている⁴⁴と考えられる。本件では、告訴がなされた後に、被告人の原審弁護人がBに対してビデオの存在を知らせているため、実行行為直後というわけではない。そうすると、本件では実行行為とビデオの存在を知らせて刑事訴追を免れる行為との間に時間的離隔を伴うため、これを密接関連行為として捉えることへの疑義が生じるのである。

(3) 本決定

最高裁は、隠し撮りの目的として、「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」と認め、本件デジタルビデオカセットは、本条1項2号にいう「犯罪行為の用に供した物」に該当すると示し、その理論的根拠については一切述べていない。

ここでは、控訴審の供用物件と供用準備物件との区別を取って変更し、本決定が「供しようとした物」ではなく、隠し撮りをした時点で「供した物」と判断している点に着目したい⁴⁵。本件各デジタルビデオカセットについて、録画完了状態で被害者に対する口止め等のため使用されるという側面⁴⁶に着目する

⁴² 滝谷・前掲註(2)141頁。

⁴³ 団藤編・前掲註(3)136頁〔藤木〕。

⁴⁴ 鈴木・前掲註(15)8頁。

⁴⁵ 河原・前掲註(2)36頁、矢田・前掲註(2)63頁、樋口・前掲註(2)155頁、海老澤・前掲註(2)198頁。

⁴⁶ 滝谷・前掲註(2)141頁。

と、控訴審と同様に、実際に告訴取り下げの交渉を行ったBの映っているデジタルビデオカセットは供用物件、他の者の映っているデジタルビデオカセットは供用準備物件にあたる⁴⁷ことになると考えられる。

しかし、本決定は、本件デジタルビデオカセット4本全てについて「犯罪行為の用に供した物」にあたるとしている。したがって、各デジタルビデオカセットについて、第一審と同様に、録画未了状態で撮影のため使用されるという側面⁴⁸に着目し、当初は空であった（性犯罪の様子の映っていなかった）デジタルビデオカセットを録画に使用したと想定していると考えられる。このことは、本決定が問題となる行為について、口止め行為ではなく、「犯行の様子を被害者に気付かれないように撮影し録画した行為」を挙げたことから看取できる。そうすると、「各犯行の様子を録画した行為」に「使用」されたものと評価できるため、本件デジタルビデオカセット全てについて供用物件にあたるといえる⁴⁹。

ただし、第一審と同様に、撮影した行為に着目し、本件デジタルビデオカセット全てについて供用物件としているからといって、中間説をとったということが必然的に導かれるわけではない。上述のように、拡張説でいわゆる「密接関連行為」を認めるためには、一定の時間的接着性が必要である。本件は、実行行為からしばらく経ってから行われた刑事責任追及を免れるような行為が問題になっており、このような犯行との密接関連性が認められるかについては疑義が向けられ得る⁵⁰。控訴審のように、本件における刑事責任追及を免れるための行為についてまで、実行行為との密接関連性を認めることは、拡張説からも難しく、かかる理論構成は避けられるべきだったといえよう⁵¹。

そうすると、刑事責任追及免脱行為を「犯罪行為」として評価しなかったこと自体は、本決定が控訴審の拡張説的判断そのものまでも否定したことを意味するものではない。

⁴⁷ 滝谷・前掲註（2）141頁。

⁴⁸ 滝谷・前掲註（2）141頁。

⁴⁹ この観点からみると判例⑥においても、口止め行為を考えるまでもなく、供用物件該当性が認められうることになる。

⁵⁰ 判例⑤との関係で、鈴木・前掲註（15）5頁、8頁を参照。

⁵¹ 樋口・前掲註（2）155頁。滝谷・前掲註（2）141頁参照。

第一審との関係で、既に述べたように、拡張説に立っても、撮影した行為を捉えて、映像を確保する行為自体の実行行為への寄与度を問題として説明することができる。その際には、「空のデジタルビデオカセット」を撮影行為に用いているため、全てのデジタルビデオカセットが供用物件となる。

少なくとも、第一審が中間説に、控訴審が拡張説に近い言い回しをしていたのに比べ、本決定においてはそのような表現はなく、どちらの立場に立っているかは不明であるといえよう。上述のように、本件はどちらの説からも説明が可能である。

(4) 本決定の意義

本決定は、控訴審のように、実行行為からしばらく経った後の口止め行為を密接関連行為と捉えることについてこれを否定をしたのは確かであろう。そして、本決定において重要なことは、どのような目的があっても、いつ使用する目的であっても、そもそも存在している物（例えば空のデジタルビデオカセット）を利用して、たとえ心理的のみにせよ、実行行為に寄与ないしは促進作用があるような撮影行為を行った場合には、その時点で当該物を撮影行為に使用した物として没収することを可能にしたことである。本件では、後の刑事責任追及免脱目的があるため、通常であれば、そういった免脱行為を行った時点で供用物件とされるように思われるが、撮影した行為があり、実行行為に何らかの寄与／促進を果たした場合には、供用物件として没収できるとした。これにより、例えば、性犯罪の様子を後で見返すためといった性的満足目的しかない場合も、その目的と撮影行為の実行への寄与／促進が認められれば、供用物件にあたり没収が可能になると思われる。

性犯罪の被害者にとっては、多大な肉体的・精神的苦痛を負うばかりか、犯人の手元に犯行状況等の画像や動画が残ることにより、それを利用した脅迫行為や画像等の流出の危険に怯えるという状況が被害後も続くことがあり得る。仮に、被害者が撮影行為に気付いていない場合にも、隠し撮りがなされているかもしれない、気が付かないうちに画像等が流出されるかもしれないという恐怖を抱かせることにもなる。

この点で、本決定は、実行行為後に何らかの目的に使うかどうかではなく、何らかの目的をもって撮影したことを認めることができるのであれば、構成要件該当行為に直接使われた物ではなくとも、供用物件にあたり没収の対象とな

る場合があることを示した点に大きな意義があると思われる。特に、性犯罪の犯行状況を隠し撮りした記録媒体を没収したという点は、性犯罪の被害者の一層手厚い保護につながるだろう。

5 おわりに—残された課題

本決定によって、今後の被害者保護に更なる期待ができると思われるが、本決定では解決しきれない残された問題がある。

第一に、日常から監視カメラが作動していて、たまたま性犯罪の様子が撮影されていたというような場合には、供用物件該当性が否定されるであろう⁵²。

第二に、本判決は原本までを射程としており、複製物についてはおよそ没収出来ないことになるであろう⁵³。

第三に、2(1)で示したように、本条が定める没収は、付加刑であることから、主刑に寄与しなかった／促進作用がなかった物件でなければ、性犯罪の様子を記録した媒体があったとしても没収を科すことができない⁵⁴。それゆえ、例えば、性犯罪の様子画像等の存在が明らかであるのに、被疑者(被告人)が所有権放棄をしないまま、何らかの理由で有罪判決に至らなかったというような場合⁵⁵に、没収を科することはできない。性犯罪の様子を記録した媒体の

⁵² なお、姦淫終了時に口止めを思い至って撮影した場合は、撮影そのものを強制わいせつ罪と見て、その供用物件として没収するといった可能性はあり(安田・前掲註(16)152頁、河原・前掲註(2)37-38頁、樋口・前掲註(2)155頁)、画像等を利用した口止め行為が後に実際に行われた場合は、その行為を脅迫罪・強要罪として評価し、その供用物件として没収することも可能である(安田・前掲註(16)152頁)。

⁵³ この点、現在は生成物件について「構成要件該当行為によって存在するに至った物」と狭く解しているが、(広義の)供用物件同様に拡げる余地もあるだろう。中村・前掲註(2)159頁註20は「限定しなければならない合理的な理由はないのではないだろうか」とする。これと関連して、記録媒体が生成物件にあたると言えないか(前掲註(28)参照。)、複製物についても生成物件として没収できないかという更なる問題が残る、これらについては今後の課題となろう。ただし、これを認めると没収の対象が広がりすぎることになる。

⁵⁴ 例えば、複数回にわたり裸体の撮影をしていたが、そのうちの1回しか起訴されなかったような場合、他の機会に撮影された画像等については、実行行為への何らかの形で使用が認められない限り、没収が科せないことになる。

⁵⁵ 後述の、民事事件である高松高判平成17年12月8日判時1939頁36頁は、原告に対す

存在が明確であるのに、それを没収しないということは、既に肉体的・精神的苦痛を受けた被害者に対して、画像等の流出に怯える状況を継続させることになりかねない。

第四に、本件とは直接かわりがないが、更衣室の盗撮行為を行った者が、軽犯罪法⁵⁶違反のみで起訴された場合には、刑法20条⁵⁷により、特別の規定がなければ刑法19条の適用が否定される。そうすると、盗撮データの入っている物件の存在が明らかでも、没収はできなくなる⁵⁸。

もちろん、上記で挙げた諸事例のような場合であっても、捜査機関は任意提出や所有権放棄を促すと思われるが、それに応じない者も少なからず存在するだろう。そのような場合には、民事事件による対応がなされることになる⁵⁹。

る強姦被疑事件につき、親告罪の告訴の取消しにより不起訴処分となった被告が、原告の裸体を撮影したフィルムの押収処分を受けた後、警察からフィルムの所有権放棄に同意するよう求められたが、これを拒否し続けたという事情がある。現在では親告罪の規定は削除されたが、被害者が事件を大きくしたくない等の理由で捜査に協力しなければ、証明が難しく、このような場合に性犯罪の様子が記録された媒体を加害者の手元にどのように残さないようにするかが問題となる。

⁵⁶ 軽犯罪法1条23号は「正当な理由がなくて人の住居、浴場、更衣場、便所その他人が通常衣服をつけないでいるような場所をひそかにのぞき見た者」を「拘留又は科料に処する」と規定する。

⁵⁷ 刑法20条によれば、拘留又は科料のみに当たる罪については、特別の規定がなければ、組成物件以外の没収を科すことができない。

⁵⁸ 名古屋高判平成25年10月3日高刑速平25号191頁参照。

⁵⁹ 例えば、東京地判平成20年12月5日訴月55巻5号2076頁は、強姦及び強制わいせつの各事実により有罪判決を受け、岐阜刑務所において服役中の原告が、検察官に対し、捜査の際に押収された物件の全部が還付されていないなどとして、国家賠償法1条1項に基づき、損害賠償請求をした事案である。還付されていない証拠品は、前記性犯罪の証拠物として押収された、被害者の裸体や陰部等あるいは口淫行為が撮影された写真のコピー、被害者らが原告から強制されて卑わいな言動を発している状況等が録音されたカセットテープ及びマイクロカセットテープ等であった。これらは法禁物に該当しないとしても、公の秩序や善良の風俗に反するものではあることは明らかであって、服役中の原告が還付を受けて原状を回復する利益は大きくないとし、写真撮影等を含む原告の犯罪行為によって、甚大な精神的苦痛を受け、治療困難な摂食障害に苦しむ被害者らが、本件処分留保証証拠品の全部を原告に還付しないことを懇願していることをも考慮し、原告が本件処分留保証証拠品について還付請求権を行使することは、

この点については高松高判平成17年12月8日判時1939号36頁が、同意を得ることなく、交際を強要するため裸体を撮影したフィルムについて、人格権に基づく妨害排除ないし妨害予防請求として、少なくとも本件フィルムの廃棄を求めることができると認めた。

このように、上記の課題は、民事裁判の活用によって解決を図ることが可能ではあるが、他方で、性犯罪の被害者に、民事訴訟を提起しなければ、加害者の元に性犯罪の様子を記録した媒体が残るかもしれないという不安を抱かせることにもつながりかねない。民事訴訟の提起には、費用も時間もかかることから、被害者に二重の負担を負わせることになるのではないかという懸念も存在し、手厚い被害者保護を実現するためには何らかの方策が求められるように思われる⁶⁰。

権利の濫用であるとした。

⁶⁰ また、クラウドに保存したようなデータも問題となる。現代において、「物」を有体物に限ることについて疑問が残る。