

## 主 文

本件上告を棄却する。

当審における未決勾留日数中 210 日を第 1 審判決の懲  
役刑に算入する。

## 理 由

弁護人奥村徹の上告趣意のうち、福岡高等裁判所那覇支部平成 16 年（う）第 4  
9 号同 17 年 3 月 1 日判決を引用しての判例違反及び東京高等裁判所平成 17 年  
（う）第 2131 号同年 12 月 26 日判決を引用しての判例違反をいう点は、いず  
れも原判決ないし引用の判例が所論のような趣旨を示したものではないから前提を  
欠き、東京高等裁判所平成 15 年（う）第 361 号同年 6 月 4 日判決及び大阪高等  
裁判所平成 20 年（う）第 121 号同年 4 月 17 日判決を引用しての判例違反をい  
う点は、罪数判断に関して被告人にとり不利益な主張をするもので不合法であり、  
その余は、憲法違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反の主張であって、刑訴  
法 405 条の上告理由に当たらない。

なお、所論にかんがみ、本件第 1 審判示第 3 の罪に関する第 1 審の訴因変更手続  
の当否につき職権により判断する。

1 原判決の認定によれば、上記訴因変更に関する事実経過は以下のとおりであ  
る。

(1) 本件第 1 審判示第 3 の罪に関する当初の公訴事実の概要は、「被告人は、  
前後 11 回にわたり、3 名の者に対し、児童ポルノでありわいせつ図画である DVD  
D-R 合計 11 枚及びわいせつ図画である DVD-R 合計 25 枚を不特定又は多数  
の者に販売して提供した。」というものであった。

(2) 次に、検察官は、(1)の提供行為を維持したままで、さらに5回の提供行為を追加し、「被告人は、前後16回にわたり、4名の者に対し、児童ポルノでありわいせつ図画であるDVD-R合計21枚及びわいせつ図画であるDVD-R合計67枚を不特定又は多数の者に販売して提供した。」とする訴因変更を請求し、第1審裁判所はこれを許可した。

(3) さらに、検察官は、(2)の提供行為を維持したままで、所持行為を追加し、「被告人は、(ア) 前後16回にわたり、4名の者に対し、児童ポルノでありわいせつ図画であるDVD-R合計21枚及びわいせつ図画であるDVD-R合計67枚を不特定又は多数の者に販売して提供し、(イ) 自宅において、児童ポルノでありわいせつ図画であるDVD-R合計20枚及びわいせつ図画であるDVD-R合計136枚を不特定若しくは多数の者に提供又は販売する目的で所持した。」とする訴因変更を請求し、第1審裁判所は、これを許可した上、最終的にそのとおりの事実を認定した。

2 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2条3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7条4項の児童ポルノ提供罪と同条5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175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目的で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関係に立つから，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。所論は，児童ポルノ提供罪と同提供目的所持罪とが本来併合罪の関係にある以上，そのように解するのは相当でない旨いうが，採用できない。

3 したがって，これと同旨の見解の下に第1審の訴因変更手続に違法はないとした原判断は，相当である。

よって，刑訴法414条，386条1項3号，刑法21条により，裁判官全員一致の意見で，主文のとおり決定する。

(裁判長裁判官 中川了滋 裁判官 今井 功 裁判官 古田佑紀 裁判官 竹内 行夫)