

## ドイツ刑事判例研究 (97)

ドイツ刑法研究会  
(代表 曲 田 統)\*

青少年ポルノ描写の頒布と当該描写による影響  
StGB §§176 IV Nr. 3, 4, 184 c I Nr. 1, 11 III, 52, 53

高 良 幸 哉\*\*

1. 青少年ポルノの内容を伴う描写を個人に向けて発送することは、StGB184c条にいう頒布の構成要件メルクマールを充足しない。そのためには行為者は当該文書を、もはや特定できないほど多数の個人に送付しなければならないのである。
2. 176条4項4号の意味において、ポルノグラフィの描写によって児童に対し「影響を与える」とは、精神的な影響力の行使へと至る態様を要する。
3. 単にポルノグラフィ記録を提示するだけでは、いまだかかる影響は立証されない。しかし、かかる描写が、直接に後続する、同様に性関係的なテキストメッセージと共に送信される場合は別である。

\* 所員・中央大学法学部教授

\*\* 嘱託研究所員・中央大学研究開発機構専任研究員

4. スマートフォンのハードディスクに保存された、かかる機材によって知覚可能にされうるような、ポルノグラフィ描写やテキストメッセージは、観念的内容を具体化し、それゆえ、StGB11条3項にいう文書と同等である記憶媒体概念に至るのである。
5. 176条4項3号および4号双方にかかる同時になされた侵害は、同一の所為単一の認定に至る。

BGH, Beschl. v. 22. 1. 2015 – 3 StR 490/14 (LG Koblenz)

《事実の概要》

本件LGは、被告人に、7事案における児童に対する性的虐待、児童ポルノ文書の頒布と所為単一である児童に対する性的虐待、未成年者の性的行為の促進と所為単一である児童に関する性的虐待の教唆、2事案における未成年者の性的行為の促進、3事案における青少年ポルノ文書の頒布および強要を理由として、3年の統合自由刑を言い渡し、被告人の精神科病院への収容を指示した。

被告人の上告は一部認められた。

《理由》

当刑事部は、訴訟経済上の理由によるStPO154条1項1号、2項に基づき、判決理由の事案Ⅲの4, 8, 10-11および14における連邦検事総長の決議に従い訴訟手続きを停止する。判決理由の事案Ⅲの4, 10および11において、青少年ポルノ文書の頒布を理由とした判断は疑念が生ずる。それは、原審刑事部の証拠から、被告人は青少年ポルノ文書的内容を有する描写を個人々人に向けて発送したものであることが判明しているのみであるためである。だが、このことはStGB184c条にいう頒布の構成要件メルクマールを充足するものではなく、そのために行為者はある文書を、もはや特定できないほど多数の個人に送付しなければならないのである（Fischer,

StGB, 62. Aufl., §184 c Rn 6, §184 b Rn 8参照)。判決理由の事案Ⅲの8および14において、被告人がポルノグラフィ的内容の描写の単なる送信を越えて、チャットメッセージの受信者であった児童に、精神的な影響力の行使にいたる態様を要する (BGH, Beschl. v. 22. 6. 2010 – 3 StR 177/10 = NStZ 2011, 455), 176条4項4号の意味において影響を与えたということは、証拠から明らかにはなっていない。

2. 有責宣告はこれを超えて、以下の事例において維持できるものではない。

a) 判決理由の事案Ⅲの2, 3において、併合罪としてなされた StGB176条4項4号および3項という児童に対する性的虐待の2事案が原審刑事部の基礎とされた限りにおいて、有罪判断は疑念が生じる。証拠によれば、被告人はワッツアップメッセンジャー (WhatsApp) を使用したチャットの中で、11歳の女兒にまずポルノグラフィ描写を送信し、次いで数回にわたり、被告人が当該女兒をオーガズムに至らしめたい旨述べた。

被告人は、同日の同様のチャットにおいて、描写とテキストメッセージを送信したものであることから、かかる行為は自然的観察のもとでは単一のものとなるため、LGの認定に反して、描写の送付とテキストメッセージの送付の間には StGB52条1項という所為単一性が認められる (自然的所為単一、これについては Fischer, vor § 52 Rn 3 mwN を参照)。

加えて、単に描写の送信だけで176条4項4号という児童に対する性的虐待と評価したことは、法的考慮を免れない。というのも、かかる条文における「影響」にとって、——すでに述べた通り——精神的な影響力の行使に至るような態様が必要なのであり、例えばそれは、通常、ポルノグラフィ描写を単に提示しただけの場合には存しないのである (BGH, NStZ 2011, 455)。描写の送信がかかる影響力の行使に至るかどうか、そして、その場合には何をもってそこに至るのかは、本件証拠からは明らかとはされないままである。もっとも、被告人はテキストメッセージの引き続きの送信によって、児童に対し、さらなる影響を与えたのである。いずれにせよ、かかる性関係的なメッセージと関連することで、描写の送信は、送信

の被害者に対する被告人の176条4項4号の構成要件に該当する影響力を意味するのである（vgl. BGH, Urt. v. 15.6.1976 – 4 StR 174/76 = NJW 1976, 1984）。

さらに被告人は、電子的描写の送信によっても、続くテキストメッセージによっても、176条4項3号の条件を充足している。それは、被告人が、被害女兒にしようとした性的行為へと本件女兒を至らしめるために、上述のように11条3項の意味における文書によって本件女兒に対して影響を与えたためである。女兒のスマートフォンのハードディスクに記憶されたデータは、かかる機材によって知覚可能されうるようなものであり、かかるデータは、観念的内容を具体化し、それゆえ、StGB11条3項によって文書と同等であるとされる記憶媒体概念に至るのである（BT-Dr. 13/7385, S. 36; s. zum Ganzen auch Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 11 Rn 74 mwN を参照）。176条4項3号および4号双方にかかる同時になされた侵害は、同様の所為単一との認定に至るのである（Hörnle, in: LK-StGB, 12. Aufl., § 176 Rn 120 mwN; a. A. Renzikowski, in: MüKo-StGB, 2. Aufl., § 176 Rn 63）。

b) 判決理由の事案Ⅲの9において、176条4項4号にいう当該証拠に基づき、異議は生じえない。もっとも、184b条1項1号にいう児童ポルノ文書の頒布を理由とした有責は、本件証拠によれば維持されえず、かかる有責は認められない。

判決理由の事案Ⅲの10においても被告人は同様の文書を送付していたが、その点で原審裁判所は青少年ポルノ的内容を基礎としていたため、法的判断が矛盾しているように思われるという点に鑑みれば、かかる事案においても、一個人へと向けられた描写の送信が前提とされる。そして、このことは——前述の通り——文書の頒布の構成要件を充足しないのである。

3. 一部の訴訟手続きの停止と判決理由の事案Ⅲの2および3における有責宣告の変更により、1件の2月の個別自由刑および5件の各4月の個別自由刑が否定されるに至る。判決理由の事案Ⅲの9においては、児童ポ

ルノ文書の頒布を理由とした所為単一の有罪の消滅により、個別自由刑の破棄が生じる。しかし、その限りにおいて、当刑事部は、かかる事案に該当する StPO354条 1 項を適用し、4月の個別自由刑を決定する。本件 LG が被告人の同様の所為に下した刑罰から明らかであるように、——本件 LG に法的に誤りがなかったとしても——場合によっては、この高さの刑を下していたであろう (BGH, Beschl. v. 4. 7. 2007 – 1 StR 267/07 – juris を参照)。

複数の個別刑の否定と1つの個別自由刑の減輕にもかかわらず、3年の統合自由刑は維持しうる。下された個別自由刑は2つの1年9月の自由刑、1年6月の自由刑、3つの6月の自由刑、3つの4月の自由刑に及ぶ。維持された責任の量が大きいことと LG が個別自由刑を合算して処罰することに鑑み、当刑事部は、LG が1年9月の基準刑を基礎としてより低い統合自由刑を下したであろうということは否定しうる。

4. 精神科病院への入院処分命令もまた維持される。とりわけ StGB176条 1 項にいう児童に対する性的虐待および、被告人がかかる処分なしに将来再び重大な所為をするという危険の予測に鑑み、当該命令は StGB62条の意味における「過度である」とは証明されていないのである……

## 《研究》

### 1. 問題の所在

本件は、LG Koblenz において、被告人に、7事案における児童に対する性的虐待、児童ポルノ文書の頒布と所為単一である児童に対する性的虐待、未成年者の性的行為の促進と所為単一である児童に関する性的虐待の教唆、2事案における未成年者の性的行為の促進、3事案<sup>1)</sup>における青少年ポルノ文書の頒布および強要の有罪判決が下され、それに対し、上告がなされた事案である。本件、BGH において問題となったのは、とりわけ、そのうち、青少年ポルノを複数回にわたり送付した行為、および、児童に

1) LG が判断した個々の事案の詳細については出典からは明らかではない。

対して、児童ポルノ的描写を送付するとともに、性的な行為への誘因を内容としたテキストメッセージを送信した点であり、前者については StGB184c 条1項のポルノグラフィの「頒布 (Verbreiten)」概念、後者については StGB176条4項3号および、4号にいう児童に対する性的虐待が問題となったものであり、後者に関しては、いかなる場合に、児童に対する「影響 (Einwirken)」があったといえるのかが問題となる。

## 2. 頒布概念

第一に「頒布」の概念について、BGHにおいてポルノグラフィの頒布が問題となった事案としては、BGH1959年10月6日判決<sup>2)</sup>がある。これは、当時の刑法上規制されていた「わいせつ」文書の送付が問題となった事案であり、ここで、「頒布」とは、多数である「受領者をもはや制御できない」ような場合を指すとされ、以降の実務もかかる見解にたつ。

青少年ポルノと児童ポルノ規制は、両者ともに、未成年者の保護を保護法益とするが<sup>3)</sup>、むしろ、青少年ポルノに関しては、「児童の性的搾取及び児童ポルノ対策に関する2003年12月22日理事会枠組決定(2004/68/JHA)」を考慮して制定された部分が大きく、その保護法益に関する方向性は若干の差異があるが<sup>4)</sup>、その行為態様は共通しており、「頒布」概念についても共通している。

本件 BGH は、頒布概念を「特定できないほどの多数」への送付とし、従来の判例の立場である、「受領者をもはや制御できない」という「頒布」の定義を明確化し、「不特定多数性」を「頒布」行為の判断の基礎に置いている。本件は、「頒布」概念について「不特定多数性」を明言したもの

- 
- 2) BGHSt 13, 257. その後同様の見解に立つものとして、BGH NJW 1999, 1979.
  - 3) StGB184b 条の保護法益は児童ポルノのモデルである児童であり、その児童ポルノにおける性的虐待から保護することであって (BT-Drs. 12/3001 S. 4)、StGB184c 条の保護法益は、青少年保護及びポルノのモデルとなった青少年である (BT-Drs. 16/9646 S. 38)。
  - 4) 青少年ポルノのモデルの保護については、当該モデルの性的自己決定侵害よりもむしろ、青少年ポルノビジネスへの商業的な関与に重点が置かれる。Vgl. Tatjana Hörnle, NJW 08, 3523.

である<sup>5)</sup>。本件において、送付の行為態様が、WhatsApp<sup>6)</sup>というスマートフォンのメッセージアプリを用いたものであり、個々の送付の際には相手方が特定されている。そのため、「頒布」概念において必須である「不特定性」を満たさないものであり、それぞれの送付行為は特定の相手方に対しての送付が複数回なされたものにすぎず、StGB184c 条 1 項 1 号にいう青少年ポルノの頒布罪は成立していない。

### 3. 性的虐待

次に、児童に対する性的虐待について、StGB176条の各児童虐待防止の規定は、ともに、その保護法益を児童の保護とする。これらは、児童を早期の性的な体験から保護し、それにより児童が性的な成長を阻害されることを防ぐことを目的とし、児童の性的自己決定権の保護、及びその総合的な成長を保護することを保護法益としている<sup>7)</sup>。すなわち、児童を性的行為に巻き込むことを防ぎ、児童の心身における健全な性的成長を保護するということに主眼がおかれているのである。

StGB176条 1 項と 2 項は児童に対しての接触性をもった性的虐待を想定するもの<sup>8)</sup>であり、本件で問題となる 4 項は主として、非接触型の事案で

5) BGHSt 13, 257についても、多数の特定できないものへの発送であると理解されているが (Ziegler, BeckOK-StGB, 38. Edition, §184b, Rn. 9), 本件以前に、ポルノグラフィの頒布事案において、「特定できないほどの多数 (不特定多数)」との文言を用いた BGH の事案は見受けられない。2015年性刑法改正後のコンメンタールにおいては、頒布概念について、BGHSt 13, 257にいう「受領者の制御不可能性」とともに、「不特定多数性」について本件が参照されている。Vgl. Hörnle, Münchener Kommentar - StGB, 3. Aufl., §184b, Rn. 23.

6) WhatsApp はスマートフォン向けのインスタントメッセージングアプリケーションであり、メッセージ・画像・動画等のリアルタイムの送受信が可能となる。これらのメッセージ等の複数人間の共有は可能であるが、原則として送信の相手方は特定されている (アプリケーションの概要については、WhatsApp 公式ウェブサイト: <https://www.whatsapp.com/features/> (2018年7月30日現在) を参照)。

7) Renzikowski, Münchener Kommentar - StGB, 3. Aufl., §176, Rn. 1.

8) StGB176条 1 項は、児童に対し性的行為を行うことまたは自らに対し児童に

問題となる。その中で、4項3号は、児童に対して、文書を用いて児童の性的行為を促進するような事案で問題となるものであり、いわゆるグルーミングを問題とするものである。同4号は、児童の性的行為を促進する必要のあるものではなく、ポルノグラフィ文書等を見せる行為そのものが問題となる。3号と4号はともに、児童に対する性的「影響」が生じることが必要であり<sup>9)</sup>、本件でも、かかる「影響」の有無が問題となっている。

本件以前に、刑法176条にいう「影響」が問題となった事案としては、BGH2010年6月22日決定がある<sup>10)</sup>。これは、児童に対して、コンピュータ上の画面上にポルノ描写を表示させて見せた事案であり、ここでBGHは、単に、コンピュータ上にポルノ描写を表示させ児童に提示しただけでは、児童に対して「影響を与えた」とはいえず、「重大な程度で精神的な影響を与える」ほどのものでなければならないことを明らかにしている。本件BGHもこれを引用し、同様の見解に立つものであるが、いかなる場合に「重大な程度で精神的な影響を与える」かについて、本件は、ポルノ描写を児童に対して提示し、加えて、テキストメッセージを送信した行為について、描写の提示とテキストメッセージを合わせて、児童に対して「影響」与えたものというとしている。

StGB176条は全体として、児童を性的行為へ巻き込むことを防止することを目的とするものであり、今回のテキストのように、「児童をオーガズムに至らしめたい」旨の文言はまさに、児童を性的行為に巻き込む内容であって、先の描写とテキストは時間的にもほぼ同時に送信したものであるところ両者を自然的観察の下単一の行為であるというのであれば、両者を合わせれば、児童を性的行為に巻き込むような「影響」を生ぜしめるともいうる。よって、本件被告人の行為が176条4項4号に該当すると

---

これを行わせる行為、同2項は児童に第三者への性的行為を行うよう唆すこと又は、自らに対し第三者に性的行為をさせるよう児童を唆す行為であって、ともに身体的接触を前提としている。

9) Renzikowski, a. a. O (Anm. 7), §176, Rn. 41f, 45.

10) BGH NSTZ 2011, 455.



した、本件 BGH の認定は、176条の保護法益が児童の心身の健全な成長の保護であることに鑑みれば、説得的なものである。

さらに、本件においては、かかるテキストの内容が、当該児童を「オーガズムに至らしめたい」ということを内容とする、まさに、児童を自身との性的行為へと誘因するような内容をもつものであるところ、同時に、描写を送付し児童の性的行為を促進するというグルーミング規制の第3号の構成要件にも抵触する。なお、両行為は所為単一の下になされたものである。

176条4項3号と同4号は構成要件として、その指向する方向性は異なり、3号においては性に関係するような内容を含まなくても、児童を欺いで性的行為に導くものであればよいとされる<sup>11)</sup>。ただし、とりわけ、4号にいう、文書による「影響」を基礎づけるものとして、文書の提示と付加的に用いられる内容の如何によっては、本件と同様に、両者の構成要件に該当するような場合というものは十分ありうる。

なお、本件 BGH は言及するものではないが、2015年の刑法改正<sup>12)</sup>以降、StGB176条により、児童の保護について構成要件を厳格化するほか、3号・4号については11条3項の文書よる場合だけではなく、情報通信技術によって (mittels Informations- oder Kommunikationstechnologie) 児童に影響を与える場合が追加されるなど、情報通信技術との関係をより意識した内容になっている。

176条4項において、性的内容を提示する類型は、3号、4号のほかに1号の規定がある。これは、児童の前で性的行為を行う類型であり、BGH2009年4月21日決定<sup>13)</sup>のような、ウェブチャットを通じて、遠方に

11) Fischer, StGB, 66. Aufl. §176, Rn. 14; Renzikowski, a. a. O (Anm. 7), §176, Rn. 42; Eisele, Schönke/Schröder-StGB, 14. Aufl., §176, Rn. 14a.

12) なお、2015年ドイツの性刑法規定の改正については、佐藤陽子「ドイツにおける性犯罪規定」刑事法ジャーナル45号70頁に詳しい。なお、176条については87頁以下を参照。

13) BGHSt 53, 283. これについては、拙稿「インターネットを介した性的虐待

いる児童らに対して自身の性的行為を提示するような類型がある。1号の行為は、その構成要件の無限定な拡大を防ぐために、3号、4号の行為と明確に区別され、保存された過去の描写を提示するような類型は除外され、自身が児童の前で性的行為を行うということが、リアルタイムでなされることが必要な類型である。ただし、2015年の刑法改正により、3号との関係においては、今後1号および3号の所為単一事案が生じることも考えられる。

176条4項1号は、リアルタイムの性的行為を知覚させるという、性的行為に児童を巻き込む類型である<sup>14)</sup>。2015年の改正以前においては、3号においてはリアルタイムのチャットが構成要件に含まれないものと解されていた。改正以前の3号規定において問題となっていたのは、11条3項という文書による場合であり、これに含まれなければ、そもそも3号の構成要件を満たさない。本件においても、スマートフォンを記憶媒体に含め、かかる記憶媒体に保存され当該機器で再生可能なデータを文書に含める判断がなされており、本決定時においては、3号の成否においては文書性が必須のものであった。しかし、現行法の3号規定においては、児童の性的行為を促進する手段は、「情報技術、コミュニケーション技術」による場合を広く含む類型となっており<sup>15)</sup>、リアルタイムのストーリーミングチャット

---

StGB§176 IV Nr. 1」比較法雑誌48巻1号119頁参照のこと。

14) 184d条の改正によって、2項において児童ポルノコンテンツへのアクセスを企行する行為についても規制対象となっている。ドイツでは従来より、児童ポルノの閲覧行為についても調達行為に当たると考えられていた(BGH NStZ 2007, 95)。これについては、自動で消去されるようなキャッシュデータにデータの保存性を認めることに批判があった(Tatjana Hörnle, NStZ 2010, 704)。本改正により、自主的に児童ポルノや青少年ポルノのコンテンツにアクセスし、知覚可能な状況を作成した以上は、所持調達と同様に扱われることになった。また、2015年性刑法改正において、児童や青少年を描写したポルノグラフィ的な動画中継の主催の禁止、および当該中継の視聴の禁止についてもドイツ刑法184e条において規定されている。

15) BT-Drks. 15/350 S. 18.

トの場合のような、保存性のない電子情報の送信事案においても、情報それ自体の文書性を問題とすることなく、構成要件に該当しうる。そのことにより、1号類型における行為者の性的行為に際し、児童の性的行為を促進するような言動を行った場合においては、今後、1号の類型にも当たりうる。

先に述べた1号事案であるBGH2009年4月21日決定においても、行為者は自身の性的行為に際して、「児童とともに性的行為をしたい」旨児童に述べており、児童の性的行為を促進するような言動を行っており、今後は1号と3号の所為単一事案も生じる可能性は低くないと思われる。

なお、本件はスマートフォンについても11条3項の文書概念における「記憶媒体」に含まれるとする。「記憶媒体」は、データが保存され、何らかの機器を用いて当該データが再生可能となるような媒体を意味し、主にPCなどに外付けないし内蔵され、当該PC等を用いて再生可能となるハードディスクがその代表的なものであり、ドイツにおいても、児童ポルノの客体性においては、ハードディスク等への保存性を要求するいわゆるハードディスク説をとっており、データが保存されスマートフォン自体を用いてデータの再生も可能であるところ、記憶媒体概念に含めることは可能なものである。この点、本決定はおそらくBGHにおいては初めて明言したものである<sup>16)</sup>。

#### 4. 本決定の意義

本決定は、従来のBGHの見解に立脚し、「頒布」概念、および児童虐待における児童への「影響」概念について判断を行ったものである。「頒布」概念においては、従来より解釈上理解されていた「不特定多数性」を意味する文言を明示したものであり、今後の実務にも影響を与えるものと

16) なお、本件の解説においては、本件は、主要な点で、従来の最高裁判例を確認したものであるが、11条3項の「文書」概念についての態度決定として、スマートフォンを「文書」に含めることを明言したものであり、11条3項の概念をその構成要件に含める他の条文への影響がある旨指摘している。Vgl. Andreas Popp, jurisPR-ITR 19/2015 Anm. 4.

思われる。また、児童への「影響」概念については、描写について送信した性的内容の文書を当該描写と単一の行為とすることで、単独では「重大な程度の児童への精神的影響」に至らない描写の送信による児童への「影響」を基礎づける点について、明らかにしたものであり意義がある。また、3号4号を所為単一としうるのであれば、2015年以降の現行刑法上は、1号と3号においても所為単一となる事案が生じうる。

なお、本件評釈においては、176条3号・4号において、11条3項の記憶媒体にスマートフォンが含まれた点について、今後の実務への影響が示唆されている。11条3項については、184c条と同じくポルノグラフィ規定である、184条以下の罪のほか、185条以下の名誉に関する罪などがあり、これらの構成要件についても、少なからず影響があるものと思われる。この点、我が国においてはポルノグラフィ犯罪や、児童買春、セクスティングや自撮り行為などにおいてスマートフォンが情報の授受の媒体となっており、近時のドイツにおける性刑法改正において情報通信技術の発展が考慮されている点を含め、我が国においても参照する意義があるものである。