

## 口腔内への放尿行為による性的虐待の加重類型

StGB §§ 176 Abs. 1, 176a Abs. 1 Nr. 2

海老澤 侑\*

1. 児童の口腔内への放尿行為も、児童が行為者の口腔内へ放尿する行為も、身体への挿入と関連しており、同時に性交に類似する性的行為である。
2. 口腔内への相互の放尿行為は、行為者の児童「に対する」性的行為又は児童の行為者「に対する」性的行為である。
3. 実行行為は、その行為の外観によれば、性関係的な行為である。実行行為は、本件の具体的事例においては、性的な動機をも有しており、刑法184条gの意味する重大性を有している。
4. 行為者の口腔内への放尿行為も、そして被害者の口腔内への放尿行為も、刑法176条a第2項1号の意味する身体への挿入と関連している。
5. 加重構成要件の法文とその成立過程によれば、身体の分泌物、あるいは排泄物が他者の身体の開口部に到達すれば、「身体への挿入」という要件は満たされる。
6. 行為者の口腔内への放尿行為が行われた場合にも、身体への挿入が認められる。
7. 本事案の行為は、性交に類似するものでもある。何故ならば、それらの行為は、主要な性器を使って行われており、保護法益を顧慮

\* 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

すると、とりわけ重大なことだからである。

BGH, Urt. v. 9. 7. 2014 – 2 StR 13/14 (LG Aachen)

BGHSt 59, 263, NStZ 2015, 335

### 《事実の概要》

被告人は、12歳の女児の口腔内に放尿し、彼女に被告人の口腔内に放尿行為を行わせたことで起訴された。LGは、被告人に刑法176条a第2項1号による児童に対する性的虐待の加重類型等を理由に、有罪の判決を下した。被告人の上告は、認められなかった。

### 《理由》

[16] 刑法176条a第2項1号によれば、刑法176条1項及び2項の諸事例における児童に対する性的虐待は、次の場合には、性的虐待の加重類型として2年以上の自由刑をもって処罰される。つまり、18歳以上の者が児童に対して性交している場合(第1類型)、または身体への挿入と結び付けられた性交類似行為を児童に対して行い、もしくは被告人自身に行わせた場合である(第2類型)。本件は、後段の要件を充足している。被告人による被害者の口腔内への放尿行為(事実5, 7ないし12)も、被害者による被告人の口腔内への放尿行為(事実6)も、共にそれぞれが口腔内に放尿されたことから、刑法176条1項による性的行為にあたり(a)、それは身体への挿入と関連しており(b)、そして「性交に類似するもの」(c)と評価され得る。

[17] a) 刑法176条1項の実行行為は、行為者が児童に対して性的行為を行うこと、または行為者に対して児童に性的行為を行わせることである。

[18] aa) [被告人による被害者の口腔内への放尿行為と、被害者による被告人の口腔内への放尿行為といった] 相互の口腔内への放尿行為は、この規定の意味する行為者による児童「に対する」行為または行為者「に対す

る」児童による行為を表している。刑法176条1項は、確かに——2項とは対照的に——行為者と児童との身体接触に至る〔性的〕行為のみと解釈されている（*BGH* Urt. v. 24. 9. 1991 – 5 StR 364/91, *BGHSt* 38, 68, 70; Urt. v. 7. 9. 1995 – 1 StR 236/95, 41, 242, 243; Urt. v. 31. 10. 1995 – 1 StR 527/95, 285, 287; *Senat* Urt. v. 20. 5. 1992 – 2 StR 73/92, *NStZ* 1992, 433; *Beschl.* v. 26. 8. 1998 – 2 StR 357/98）。これは、身体接触を前提としている、すなわち行為者は、自己の性的行為によって、被害者の身体に影響を与えなければならず、被害者に損害を与えなければならない。もっとも、「身体的接触（körperliche Berührung）」あるいは「身体接触（Körperkontakt）」というのは、直接的な皮膚接触、すなわち裸の状態にある者に触れることのみを意味しているわけではない（*Senat* Urt. v. 20. 5. 1992 – 2 StR 73/92, *NStZ* 1992, 433 mwN）。むしろ、他者の身体それ自体が——更に他者の衣服だけでなく、場合によってはその者の精神的な状態もが——被害を被っている場合には、いずれにせよ衣服を掴むこと、または道具を用いた身体的接触も、他者「に対する」性的行為であり得る（*BGH* Urt. v. 10. 5. 1995 – 3 StR 150/95, *BGHR* StGB § 178 Abs. 1 sexuelle Handlung 8 mwN を参照; *Senat* Urt. v. 6. 5. 1992 – 2 StR 490/91, *NStZ* 1992, 432; *SK/StPO-Wolters* Oktober 2012, § 184 g Rn 6を参照; それに対して *Wolters* は——aaO, *August* 2012 § 176 a Rn 16——他者の地位に直接的相互的身体接触を要求している）。他者との身体接触だけでなく、同様に被害者の（裸の）身体に射精することで十分であると考えられている（*Senat* *Beschl.* v. 19. 12. 2008 – 2 StR 383/08, *BGHSt* 53, 118, 121; *zu* § 178 Abs. 1 StGB a. F. *BGH* Urt. v. 20. 5. 1992 – 2 StR 73/92, *NStZ* 1992, 433 mwN を参照）。

[19] bb) 尿の口腔摂取と関連した口腔内への相互の放尿行為は、既にその外観上、刑法176条1項の意味する性関係の行為にもあたる（要件に関する全体的内容は、*BGH* Urt. v. 24. 9. 1980 – 3 StR 255/80, *BGHSt* 29, 336; Urt. v. 20. 12. 2007 – 4 StR 459/07, *NStZ-RR* 2008, 339を参照）。何故ならば、当該放尿行為は、その都度性器を用いて行われており（その限りでは *BGH* Urt. v. 18. 11. 1999 – 4 StR 389/99, *NJW* 2000, 672; *Beschl.* v. 19. 12.

2008-2 StR 383/08, *BGHSt* 53, 118, 120 f. を参照), その際に少なくとも被害者は、常に全裸の状態にあったからである。更に着目しなければならないのは、他者の身体または口腔内に放尿した際に、それがよくある性的な行為なのか、ということである。

[20] 被告人の行為は、結局の所——認定された通り——全ての事例において性的な動機に基づいていた。

[21] cc) 被告人が行った種々の行為は、刑法184条 g 第1号の意味における、重大性を有するものでもあった。何故ならば、それらの行為は、その意味を参照しても、その程度と時間を参照しても、刑法174条以下によって保護される法益に対する、社会的にもはや甘受できないほどの侵害となり得るからである(全体的な要件に関して *Senat Beschl. v. 12. 9. 2012-2 StR 219/12*, *NStZ* 2013, 280; *BGH Urt. v. 1. 12. 2011-5 StR 417/11*, *NStZ* 2012, 269, 270; *Urt. v. 24. 9. 1980-3 StR 255/80*, *BGHSt* 29, 336 を参照)。それが既に認められ得るのは、被害者が行為時に毎回衣服を全て脱がされ、その被害者とのやり取りが、一般人の感覚によれば、単なる非常識な行い、または軽微な侵害とはおよそいえないものだからである。

[22] b) 被害者の口腔内への放尿行為は、被害者による行為者の口腔内への放尿行為と同様に、刑法176条 a 第2項1号の意味する「身体への挿入」に該当する。

[23] aa) この規定は、他の児童が自らの肢体でもって他者の身体に挿入したことを要件としているのではなく、「何らかの物」が他者の体内に到達することのみを要件としているのである(MK/StGB-*Renzikowski* in 2. Aufl., § 176 a Rn 22; LK/StGB-*Hörnle* 12. Aufl., § 176 a Rn 28 を参照)。性的行為は、身体領域への接触に達していれば十分である(*Frommel* in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB, 4. Aufl., § 176 a Rn 4 を参照)。それ故、陰茎、他の肢体そして硬度のある物と同様に、精液または尿のような柔らかい物や液体も、文言上これに含まれている(*Senat Beschl. v. 19. 12. 2008-2 StR 383/08*, *BGHSt* 53, 118, 120 f. も参照; *Sch/Sch/StGB-Eisele* 29. Aufl., § 176 a Rn 8 a; *BeckOK/StGB-Ziegler* Stand 22. 7. 2013, § 176 a Rn 11;

MK/StGB-Renzikowski 2. Aufl. § 176 a Rn 22も参照)。

[24] bb) 刑法176条 a 第2項1号は、条文の成立過程を考慮に入れても、そしてその文言の意味と目的からも、口腔内への放尿行為を「身体への挿入」と解している。

[25] 刑法176条 a 第2項1号における「身体への挿入」という概念は、特に持続的な行為態様を言い表したものであり、その行為に対する重い刑罰を肯定している (*Senat* Urt. v. 16. 6. 1999 – 2 StR 28/99, *BGHSt* 45, 131, 132)。「挿入」とは、確かに身体の挿入を、つまり単なる接触到留まらないものを要求するものである (*BGH* Beschl. v. 14. 9. 1999 – 4 StR 381/99, *NStZ* 2000, 27, 28)。しかし、条文は、そのような概念を性交、肛門性交そして口腔性交に限定していない (*BGH* Urt. v. 18. 11. 1999 – 4 StR 389/99, *NJW* 2000, 672)。

[26] このことは、既に立法過程から理解することができる。刑法176条 a 第2項1号の加重構成要件は、刑法176条 a 第1項1号として1998年1月26日の第6次刑法改正 (BGBl. I S. 164) によって刑法典に規定された。法案理由によると、この加重メルクマールは、主として、1997年7月1日の第33次刑法改正法 (BGBl. I S. 1607) によって刑法177条3項2文1号 (現在の刑法177条2項2文1号) に組み込まれた、強姦といったとりわけ重い事例という原則例をモデルにしているとされていた (BT-Dr 13/8587, S. 31 f.)。これによれば、「とりわけ身体への生殖器の挿入は、口腔への挿入または肛門への挿入として理解」されるという (BT-Dr 13/2463, S. 7 und BT-Dr 13/7324, S. 6; *BGH* Beschl. v. 14. 9. 1999 – 4 StR 381/99, *NStZ* 2000, 27)。立法者は、先ず肛門性交そして口腔性交を意図していたとしても、構成要件の適用を、性交と並びこの種の性的活動に限定していたわけではなかった。このことは、既に明文上「[性器の挿入と] 同様の態様での、重い負担をかけ、屈辱的な行為態様となり (得) る器具を用いた挿入」も把握されるべきであった点から導き出される (BT-Dr 13/2463, S. 7, BT-Dr 13/7324, S. 6, jew. zu § 177 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB idF des 33. StrRG; *BGH* Urt. v. 18. 11. 1999 – 4 StR 389/99, *NJW* 2000, 672を参照)。その結果、*BGH*

の判例によれば、陰茎による挿入だけでなく、他のあらゆる肢体または事物による挿入も含まれるのである(st. Rspr.; *BGH* Urt. v. 18. 11. 1999 – 4 StR 389/99, *NJW* 2000, 672; Urt. v. 30. 9. 2004 – 4 StR 134/04, *NStZ* 2005, 152, 153——指; Urt. v. 15. 6. 2005 – 1 StR 499/04, *NStZ-RR* 2007, 195, 196; *Beschl.* v. 14. 4. 2011 – 2 StR 65/11, *NJW* 2011, 3111 ——舌; *Beschl.* v. 12. 3. 2014 – 4 StR 562/13——バイブレーター, を参照)。

[27] それ故、身体への挿入は、本規定の意味と目的によれば、体液または排泄物が身体の開口部に到達し、まさにその点において(も)、少なくとも行為者から見て事象の性的関連性が存在する場合に認められるのである。刑法177条2項2文1号の法定下限事由とは異なり、刑法176条a第2項1号が対象としているのは、被害者を特に貶めることではなく、専ら——性交に類似するものである限り——身体の不可侵性を大きく侵害するものと見なされ得る、身体への挿入のみを狙いとしているのである(*Senat* *Beschl.* v. 19. 12. 2008 – 2 StR 282/08, *BGHSt* 53, 118, 120)。

[28] cc) このことは、行為者の口腔内への放尿行為が行われる事例群でも妥当する。何故ならば、被害者の身体内への挿入と同様に、行為者の身体内への挿入も構成要件にあたと理解されるからである(*Senat* Urt. v. 16. 6. 1999 – 2 StR 28/99, *BGHSt* 45, 131, 133 ff. m. Anm. *Hörnle* *NStZ* 2000, 310; *Beschl.* v. 19. 12. 2008 – 2 StR 282/08, *BGHSt* 53, 118, 119を参照; *Sch/Sch/StGB-Eisele* 27. Aufl., § 176 a Rn 8 a; *MK/StGB-Renzikowski* 2. Aufl., § 176 a Rn 22を参照)。

[29] c) 事例5ないし12において認定された性的行為においては、性交に類似した行為も問題となっている。

[30] 刑法176条a第2項1号に必須の、身体への挿入を伴う性的行為の性交類似性は、性交の遂行における動作経過と外見的に類似していることを必ずしも要件とはしていない(*LK/StGB-Hörnle* 12. Aufl., § 176 a Rn 26, 28; *Fischer* aaO Rn 8; a. A. *SK/StGB-Wolters* August 2012, § 176 a Rn 16を参照)。むしろ通例、性交との類似性は、性的行為が、その外観によれば被害者側または行為者側のいずれかで(主要な)性器を用いて行われている場合に

は、既に存在している (BGH Urt. v. 18. 11. 1999 – 4 StR 389/99, NJW 2000, 672; Beschl. v. 19. 12. 2008 – 2 StR 383/08, BGHSt 53, 118, 121; Beschl. v. 14. 4. 2011 – 2 StR 65/11, BGHSt 56, 223, 225; Fischer aaO Rn 8 a; Sch/Sch/StGB-Eisele 27. Aufl., § 176 a Rn 8 a を参照)。だが、そのような行為はとりわけ、法益侵害の重さ (Senat Beschl. v. 14. 4. 2011 – 2 StR 65/11, BGHSt 56, 223, 225; a. A. SK/StGB-Wolters August 2012, § 176 a Rn 16), つまり刑法176条 a において保護された、児童の性的自己決定と児童の健全な性的発育という法益を考慮に入れた重大性に照らして判断されなければならない。それ故、この点から導かれる法益侵害の程度が性交に匹敵しており、この法益侵害が同様に身体への挿入に起因していることが重要である。正当にも、以上のことを (その他の) 重大性要件は考えており、それによって、176条 a の第2類型が、挿入という概念が広いことに鑑みて、必要な制限を受けることになる (BeckOK/StGB-Ziegler § 176 a Rn 12; Fischer aaO Rn 8; Sch/Sch/StGB-Eisele 27. Aufl., § 176 a Rn 8 a を参照)。

[31] これに即して判断すると、性器を口に近づけ、開いた口の中に放尿する行為が、尿を口腔内に取り込むことを伴う場合には、その外観上のみならず、性的自己決定と、とりわけ犯行時12, 13歳の児童の健全な性的発育の侵害の強さから見ても、直ちに性交に類似した性的行為が認められる。

## 《研究》

### I. 問題の所在

#### 1. 事案の確認

本事案は、行為者が性的興奮を得るために、被害女児の口腔内に放尿する行為と、被害女児に対して被告人の口腔内に放尿させるよう要求する行為が、刑法176条、176条 a における性的行為に該当するのかが問題とされた。本事案を検討するにあたり、先ずはドイツにおける性犯罪関連の改正状況の概略を紹介していく<sup>1)</sup>。

1) 近年のドイツにおける性刑法の沿革、議論状況については、高山佳奈子「ドイツにおける性刑法の改革」大阪弁護士会人権擁護委員会性暴力被害検討プロ

## 2. 性刑法の沿革

ドイツの性犯罪規定は、第二次大戦後いくつかの改正を経ているが、本決定が下されるまでの特に大きな改正として、第4次刑法改正(1973年11月23日)、第33次刑法改正法(1997年7月1日)、そして第6次刑法改正(1998年1月26日)を挙げることができる。

第4次刑法改正は、性的なものに関する犯罪を、それまで道徳、良俗に反することを理由に処罰していたことから、性的自己決定権侵害を理由にして処罰することに変更した点が大きく挙げられる。そして、この改正以降、児童保護を目的とした規定が種々登場し始めることになる。

次に、第33次刑法改正法である。この改正法は、1996年バイエルン州において、当時6歳の少女が誘拐された後に性的虐待を受け、殺害された事件が一つのきっかけになったとされている。逮捕された被疑者には性的虐待の前科があり当時仮釈放中であつたことから、社会に大きな衝撃を与え、この改正法においても性犯罪の厳罰化が大きな指針となっている。本事案に特に関わるものとしては、①それまで強姦と性的強要とが区別されていたのを一つにまとめたことにより、性犯罪における男女間の性差別が撤廃された点、②上述の通り年少者に対する凶悪な性犯罪が発生したことを契機に、児童保護を特に重視した点が挙げられる。

翌年に出された第6次刑法改正では、処罰範囲の拡大と、法定刑の引き上げが中心に行われる。本改正前は、児童に対する性的虐待は全て旧176条にて対応していたところ、一つの条文に重罪と軽罪を置くことは、違法性および責任に照らして相当ではないという判断がなされ、重罪にあたる部分を176条aとして独立させる形での改正を行った。その後の法改正においては、法定刑の下限が1年以上10年以下の自由刑であつたものが、現在の2年以上15年以下の自由刑に変更されている。そして、本事案ではまさに、この176条a第2項の適用が問題となったわけである。

---

プロジェクトチーム編『性暴力と刑事司法』(2014年、信山社)196頁以下、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(2015年)70頁以下が参考になる。



## II. 条文構造

本事案では、相互の放尿行為が重度の性的虐待に該当するのか、つまり176条 a における要件は直接的な身体接触を要するのか、とりわけ「身体への挿入」に該当するのかが問われている。仮に176条 a に該当しないと判断されると、基本構成要件である176条が適用されると考えられる。しかし、両条文は、量刑上大きな差異があることから、実務上もどちらに該当するのか問題となる。そこで、身体接触の意味内容を確認することも含めつつ、先ずは、基本類型としての176条1項の検討から始め、その後で、本事案で問題となる176条 a 第2項の検討に移りたい。

### 1. 176条1項

176条は、14歳未満の児童に対する性的虐待の罪について規定されたものである。1項の構成要件は、行為者が性的行為を児童に行うこと、または児童に、行為者に対して性的行為を行わせることであり、いずれの場合も「身体接触」を要求している。しかし、ここでいう「身体接触」とは、裸の状態にある者に対して触れることのみが意味されているのではなく、被害者の衣服の状態や、その精神状態をも考慮した上での身体への接触も他者に対する性的行為であると評価されていることから、行為者自身が直接被害者の身体に触れるといった行為に留まることなく、広く解釈されている<sup>2)</sup>。この考えに基づくと、例えば、裸の状態にある被害者の身体に向けて男性行為者が射精をすることも、ここで述べた「身体接触」に該当することになる<sup>3)</sup>。

### 2. 176条 a 第2項1号

次に176条 a 第2項1号の検討に移る。本規定は、性刑法の沿革の箇所でも述べた、第6次刑法改正によって設けられた条文であり、176条1項が成立する場合の加重構成要件を表したものである。

本規定においては、性交類似行為について、被害者を特に貶めることや

2) Vgl. Eisele, in: Schönke/ Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, 2019, §176, Rn. 3.

3) BGH NStZ-RR 2009, 262.

被害者の意思といったものは考慮されていない。つまり、外見から「身体への挿入」が認められれば、被害者に対する侵害にあたり、犯罪が成立するとされている。それは他方で、「身体への挿入」が認められなければ、176条a第2項ではなく、176条1項で処理されることを意味する。ここでいう「身体への挿入」の例としては、主に陰部や肛門への指、舌、手、物の挿入が挙げられているが<sup>4)</sup>、その他にも被害者の口腔内に精液を取り込ませることもこれに含まれることから<sup>5)</sup>、「体液」を体内に含ませた場合にも「身体への挿入」に含まれると解されることになる。つまり、今回の事案においても述べられていたように、条文上は、他者の身体内に何らかの物が到達したことをもって、「身体への挿入」に該当することになるのである。

また、それらの行為が行われることをもって、性交類似行為にあたりとも解釈されている。特に本事案では、行為者と被害女児は、①毎回性器を用いて放尿行為を行っており、②被害女児は常に全裸の状態にあり、そして、③口腔内への放尿行為自体が一般に性的な行為だと考えられていることから、性交類似性が認められる要因となる。

### Ⅲ. 参考判例

176条a第2項の「身体への挿入」という概念は、裁判上どのように扱われてきたのか。そして、性交類似行為に該当するためには、どのような状況が必要となるのか。それぞれの点について争われた判例を通して、確認していきたい。

#### 1. BGH, 16. 6. 1999 – 2 StR 28/99

これは、性的虐待が行われた際の「挿入」概念について判断した事案である。被告人は、当時14歳未満であった男児の性器を口に含める形で、口

---

4) Vgl. Eisele, §176a, Rn. 8a; Vgl. Ziegler, Beck Online Kommentar StGB, 35. Auflage, 2017 §176a, Rn. 12.

5) BGHSt 53, 118; NJW 2009, 1893; NStZ 2009, 262.

腔性交を行った。

被告人は、性的行為を行ったことについては争わないものの、本件行為が「性的虐待の加重類型」にはあたらないとして上告したが、BGHは、上告棄却の判断を下している。

BGHは、理由の中で、身体への挿入概念が持続性のある犯罪態様を表したものであるとした上で、176条a第2項1号における口腔性交の概念について、次のように判示した。「[176条a第1項] 1号の構成要件は、行為者が児童に対する口腔性交を行った場合にも実現される。本事例においては、少年が自らのペニスを行為者の口腔内に挿入した、つまり行為者の身体へと挿入したのである。1号は、被害者の口腔内へ挿入したことに限定されていない。文言上は、被害者の身体への挿入と同様に、行為者の身体への挿入も対象とされているのである。その他の性犯罪においても同様に、被害者の身体は顧慮されていない。改正刑法177条によれば、男性が被害者となる強姦も可罰的である<sup>6)</sup>。規定の成立過程を参照しても、規定の意味と目的を参照しても、1号の文言を一義的に（解釈すべきと）するような制限は、要求されていない」のである。

他の箇所では、第6次刑法改正の解説を行っている。BGHは、本規定が立法者により性別や行為態様による規定の区別が撤廃されたことにより、後の条文解釈にも当然に影響を与えるものだと判断したと考えられる。

## 2. BGH, 14, 4, 2011 – 2 StR 65/11

これは、被告人が当時7歳から9歳の被害女兒に対して、①ディープキスを行い、②被告人の指を被害女兒の性器や肛門に挿入したものである。

BGHは、後者の性器、肛門に指を挿入した件については、176条a第2[旧1]項を成立させたが、前者のディープキスについては、確かに性的行為ではあるものの、性交類似性が無いことから、基本構成要件である

6) 故に、強姦はまさに、性器が被害者の身体へ侵入されたことを要件としていない。

176条1項で解決されると判断した。BGHは、その理由を次のように説明する。

被告人の行った行為の外観が主要な性器と関連している限りでは、性交類似行為が肯定され得る。性的行為と性交とが類似しているかの判断は、法益侵害の重さで比較ができる。176条の保護法益は、児童の健全な性的発育である。これに対して、ディープキスというのは、通例、性器を交えた性交、口腔性交、肛門性交と同様の強度を持つような印象は与えない。それ故、当法廷は、これまでに出された文献などにある支配的見解を参照することにより、ディープキスは、176条a第2項1号にいう性交に類似した行為ではないということを承認する。

そして、BGHのこれまでの判例においても、ディープキスを性交類似行為に含めないとした上で、本件のディープキスについては、基本構成要件である176条1項が成立するに留まるとの判断を下したのである。

この判決で注目すべき点は、①性交類似行為を判断するにあたっては、「主要な性器」が関係している必要があるとした点、そして、②性交類似行為か否かの判断は、規範的なものであるとした上で、その判断をこれまで出された判決や学説なども参考にして導き出している点にあると思われる。

#### Ⅳ. 意 義

本事案においてBGHは、重度の性的虐待について判断を下した。そこでは、性的興奮を得る目的で行われた、被告人による被害女兒の口腔内へ放尿させる行為だけでなく、被害女兒をして被告人の口腔内へ放尿させる行為をも、176条a第2項1号にいう性的行為にあたと評価している。LGも、被告人を176条a第2項1号にいう児童に対する性的虐待の加重類型を理由に、有罪の判断を下している。その判決で立証されたものによると、被告人が、12歳の被害女兒に対し、女兒の口腔内へと放尿すること、または女兒自らが被告人の口腔内へ放尿することのきっかけを作った点を認定している。BGHは、LGの見解にいう、身体への挿入と関連する

性的行為が問題になった、という点に同調している。被告人と被害女兒相互の放尿行為は、少なくとも176条1項の基本構成要件の意味する、児童に対する行為、または行為者に対する児童の行為を表しているのである。

今回、本構成要件が成立するためには、通常は身体接触が要求されるとしているが、「接触」という要件は、必ずしも直接的な皮膚同士の接触を要求しているわけではなく、場合によっては体液の伴った接触があった時点で既に十分に認められるわけである。

相互の放尿行為は、外見から判断して、176条1項の意味する性に関連した行為として評価される。何故ならば、放尿行為というのは、外性器を用いることで生じるからである。

また、BGHの見解によれば、被告人は、176条a第2項1号による児童に対する性的虐待の加重構成要件も実現したとされている。この条文は、「身体への挿入」というものを要求しているが、これは性交、肛門性交、口腔性交に限定されているわけではないことが本事例からも明らかになる。物の挿入と同様に、今回の事例のように排泄物を他者の身体内に向けて放出することも、それが性に関連するものであり、身体の不可侵性を害するものである限り、構成要件を充足し得るのである。

そして、行為者が主要な性器を用いて行為していれば、性行為の判断をなすにあたって十分であると判断した点は、注目に値する。ただし、BGH, 14. 4. 2011の事例で、ディーブキス行為が「性交類似性」までは認められなかった点は、日本でも同様に考えることができるのか、例えば児童福祉法における「性交類似行為」の解釈と同列に見ることができるのか。

本決定は、性的なものを評価する際には、それが規範的な判断であることから、裁判所だけではなく、種々の研究、これまでの判例を下にして判断を下す点は、注視すべきである<sup>7)</sup>。そしてその上で、本決定は、行為者

7) 本決定でも、種々の学説、判例を引用している点が確認できる。Vgl. auch Fischer in: Strafgesetzbuch Kommentar mit Nebengesetzen, 65. Auflage, 2018, § 176a Rn. 8a.

が性的興奮を得る目的で、両者が口腔内へ放尿する場合にも性的な関連性があると評価したと考えられる<sup>8)</sup>。第6次刑法改正により性中立的になった、すなわち男性、女性の区別を可能な限り撤廃し、性暴力被害についての理解を広く捉えるようになったことにより、特に本事案では、身体への挿入要件が広く捉えられることになったわけであろう。BGH, 16, 6, 1999においても、性刑法の構成要件を解釈する際には、規定の文言の厳格さを考えるよりも、むしろ行為者の態度が被害児童の保護法益をどのように侵害したのかを考える視点に立っていると見られる<sup>9)</sup>。しかし、被害の実態を把握した上で条文を解釈する姿勢は、一方では被害者側の要求する処罰を認めることになる反面、過度な拡張解釈を認める可能性も生じる。

条文体系自体は日本との比較が難しいものの、事案それ自体は、日本でも起こり得るものである。身体の不可侵性を侵害する点に目を向ける考えは、性暴力被害者の状況を考慮したものであり、2017年に法改正がなされた、我が国の性暴力関係の犯罪対策においても見られる考えだと思われる<sup>10)</sup>。

本決定は日本における性暴力犯罪の法解釈を行うにあたって有益と思われることから、今回紹介した次第である。

---

8) BGH, 16, 6, 1999と同様の解決と考えられる。

9) BGH, 14, 4, 2011と同様の解決と考えられる。

10) なお、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会「第2回会議」8頁において、井田良委員は、「性犯罪とは、濃厚な性的な接触を強制する」点に処罰の本質があると述べている。