

ドイツ刑事判例研究 (87)

ドイツ刑法研究会
(代表 曲田 統)*

インターネットを介した性的虐待
StGB § 176 IV Nr. 1

高 良 幸 哉**

StGB176条4項1号の構成要件は、被害者がインターネットを介した行為者の性的行為によって、リアルタイムにディスプレイ上で侵害されているような場合であっても、充足される。

BGH, Beschluss vom 21. 4. 2009 – 1 StR 105/09 (LG München I)
NStZ 2009, 500

《事実の概要》

数回にわたり性犯罪で処罰されていた被告人は、インターネット上で、児童 R, M, S, C, X に接触した。児童らは、行為当時、5歳から13歳であっ

* 所員・中央大学法学部教授

** 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

て、オイペンのDの家族宅にあるコンピューター上でネットサーフィンをしていた。インターネット接続中、被告人と児童らのライブ映像はウェブカメラを通じて中継されていた。すでに以前に有罪へと至った、診断された重度の人格障害および彼の露出症傾向を理由として、被告人においてはStGB21条の意味で相当に制御能力が減じられていたのであるが、まず、被告人はSに対し「Sと性行為をしたい」と言った。加えて、被告人はSに、彼女が服を脱ぎたいかどうか尋ねた。それを受けて、Sはウェブカメラのアングルを外し、そして被告人に自身がまだ12歳であるということをつづけた。それに対し、被告人は児童らに返事として「君たちが何歳か気になるのか。君は服を脱ぐ気があるのか。僕は君と性行為がしたい。」と送信した。最終的に、被告人はむき出しの男性器にウェブカメラを向けて、性的興奮を得るために、自慰行為を実行した。その際に、被告人にとっては、児童らがディスプレイ上で被告人の行為を知覚することが重要であった。

LGは、被告人に5つの所為単一の事案のうち、とりわけ児童への性的虐待を理由に判示し、精神科病院への収容を命じた。被告人の上告は棄却された。

《理由》

2. 上告が適法になされ、被告人の不利益となる法的瑕疵はないことが明らかとなった。

a) とりわけLGは本件所為をStGB176条4項1号（「児童の前で性的行為を行う」）に基づき、正当に児童への性的虐待と評価した。法的に瑕疵のない、本件LGの判断によれば、被告人の性的行為は、児童の目の前で、男性器をむき出しにして自慰行為をしたことによって、184f条1号（現行法184g条1号）の意味で一定の重大性を有したのである。加えて、被告人の行為においては、まさに、児童と共に性的な事象の中に巻き込むことが問題となったのである。児童は、被告人の性的行為を知覚させられたのである（NJW 2005,1133,1135参照）。このことは第一に、被告人が児

童らとインターネット上で——性的関係で——意思疎通していることから明らかとなる。ここで、被告人は2度Sに、Sが服を脱ぎたいかどうか尋ねており、そして、被告人はSに対し、繰り返し、被告人がSと性行為をしたいと述べたのである。第二に、被告人が自慰行為を行う前に、彼がウェブカメラの位置を変えたことで、ウェブカメラは直接に被告人のむき出しの男性器に向けられていたのである。

b) 被告人と5人の児童が、所為の実行に際し、空間上直接的に接近して対面していたのではなく、ライブ中継によって、インターネット上で通信していたということは、本件においてStGB176条4項1号の構成要件実現の妨げとはならない。すなわち、行為者とその具体的な被害者の空間的な距離が、リアルタイムの映像配信という方法で克服されるために、配信された行為者の性的行為を、被害者が、リアルタイムにディスプレイ上で視認できる場合にも、当該構成要件は充足されるのである (Münch Komm-StGB, Hörnle, § 184f, Rn. 16)。

aa) StGB176条4項1号によれば、児童の前でなされる露出行為を体験したことにより、当該児童の総合的な成長が害されることから、14歳未満の児童は保護されるべきである。児童への性的虐待の著しい責任と不法の量を、正当に評価するために、立法者は年々継続的に刑罰威嚇を引き上げたのである。児童の前での露出行為は、1998年3月31日まで有効であった条文では、未だ3年以下の自由刑または罰金刑で威嚇されていたが、かかる刑の上限は、1998年1月26日の第6次刑法改正によって、5年以下の自由刑あるいは罰金刑へと引き上げられたのである。そして現行の条文では、2003年12月27日の「性的自己決定に対する犯罪行為に関する規則の変更及びその他の規則変更についての法律」に基づいて、刑罰の下限が3カ月の自由刑に引き上げられたのである。したがって、立法者によってなされてきた改正は刑罰の水準を明確に引き上げるものであったが、これは、児童の健全な成長を保護するための、効果的かつ網羅的な規制がなされるべきだということを担保するのである。

bb) この点で表明された立法者の意図は、StGB176条4項1号の保護目

的に従えば行為者と被害者の直接的接近は重要ではないことを明らかにしている。確かに改正前 StGB184f 条 2 号（現行184g 条 2 号）に基づく、他人の「前でなされた」性的行為は、事象を知覚した他人の目の前でなされたかかかる行為に限定される。しかし、このことは、行為者と被害者が所為の実行の際に、必然的に直接空間的に接近して、対面していなければならないということの意味するのではないのであって、通常は行為者と当事者の一定の距離を特徴とする典型的な露出行為においても同様に直接的な空間的に接近し対面することは要しないのである。改正前 StGB184f 条 2 号で用いられる公式により、むしろ、犯罪構成要件の実現にとって、性的行為の実行の際に被害者の空間的現前性は重要ではなく、性的行為の外観的事象を被害者が直接に知覚することが重要なのだ、ということが明らかにされるべきである。必ずしも視覚に限定する必要のない知覚である、かかる知覚がなければ、児童を知的に性的行為に巻き込むことが欠け、それゆえ、児童への包括的な影響という刑罰の保護目的が欠けるのである。

StGB176 条 4 項 1 号の構成要件の実現に際しては、決定的に児童の知覚が重要であって、行為者と被害者の直近の空間的接近が重要なのではないのだ、ということは、その他の StGB176 条 4 項に含まれる構成要件のバリエーションと比較しても明らかである。StGB176 条 4 項 2 号から 4 号までに記述される性に関する児童への影響の中で、行為者と被害者の直接的な空間的接近を要求するものは一つもない。例えば176 条 4 項 3 号及び 4 号におけるように、StGB176 条 4 項 1 号に含まれるそれに比べ強度が低く、にもかかわらず同一の刑罰威嚇を示すような犯罪行為でさえも、特別の空間的接近を前提としていないのである。むしろ、単なる観念の表明によって、これは例えば StGB11 条 3 項（176 条 4 項 3 号）の意味における文書、ポルノ画像の提示、ポルノ的内容の記憶媒体の再生、あるいはそれに該当する内容をもつ言葉によってであるが、これらを用いて、児童への影響を構成要件実現に服せしめるようなバリエーションも、本質的に児童がかかる観念の表明を知覚することを考慮しているのである。それゆえ、StGB176 条 4 項 1 号に含まれる性的行為にも同様のことがいえるのであ

る。とりわけそれは、1973年11月23日の第4次刑法改正による構成要件の設置に際して、その段階では、まだ立法がウェブカメラとインターネットによる性的行為のライブ配信の可能性を予期していなかったためである。

また、1995年10月31日のBGHの決定もこのこととは矛盾しない。ここでBGHは、StGB176条5項2号（「児童に、自己または第三者の前で性的行為をさせた」）による可罰性を、被告人が電話回線だけで、児童を「被告人の前で」性的行為を自らなさしめた事案において、1998年3月31日まで有効であった条文に基づき、行為者と被害者の空間的な接近が欠けていることを理由に、否定している。その後——明白にかかる決定も考慮して——、立法者は、児童が性的行為を「自ら」というように、規定の形式を変更したのである（1998年4月1日以降効力を有する176条3項2号）。これによって拡大した条文によって、立法者はまさに、いわゆる「猥談者（Verbalerotiker）が電話をかけることによって児童を」性的な計画に誘引する、といった事例を捕捉しようとしたのである。それにより、行為者が児童との空間的に接近していない性的行為に際して、行為者によって誘因された視覚的・聴覚的な、被害者による性的行為の記録も捕捉されたのである（S/S-Lenckner 27. Aufl., § 176 Rn. 13）。

cc) 本件訴訟手続きにとって、このことは、LGが正当にも176条4項1号による被告人の可罰性を根拠とした、ということの意味している。被告人と5人の児童らが、直接に空間的に接近して対面していなかったような場合であっても、被害者らは、被告人のむき出しの男性器と自慰行為を、ウェブカメラとインターネットを用いたリアルタイムの映像の配信によって、被害者らのコンピューターのディスプレイ上で、直接的に知覚し、見ることができたのである。かかる事例形態においては、行為者がその被害者と共に同一の空間にいて、露出するのか、あるいは、自身の性的衝動を満足させるために、その際に存在する技術的な可能性を、空間的な距離を克服するために用いたのかということは、差異がなくなるのである。まさに、インターネットやウェブカメラの利用が行為者に与える可能性、つまりは、本件におけるのと同様に、行為者がその被害者とともに通信を開始

し、あるいは、自身の男性器を接写するためにウェブカメラを用いるといった可能性は、通常の場合、被害者から離れて露出する露出症者の場合に比べて、被害者のより深刻な経験へと至るのである。立法者の意思を顧慮すれば、児童の健全な総合的成長が阻害されないよう保護するために、このような知覚から児童は保護されるべきであるとするには、疑いはないのである……

《研究》

1. 本件は、児童と直接に対面せず、インターネットを介して、自身の行った性的行為を児童に認識できる状態を作出した被告人が、StGB176条4項1号にいう、「児童の前で性的行為をおこなった者」となると判示したものである¹⁾。条文上、児童の「前で (vor)」184f条1項の意味で重大性を有するような性的行為を行うことが、本罪の構成要件に該当することになる。本件被告人と被害児童らは、本件被告人がドイツ国内からインターネットにアクセスしているのに対し、児童らはベルギーのオイペンからインターネットにアクセスしている。両者はインターネット上で、リアルタイムで映像を送信する、いわゆるライブチャットシステムを介して中継されていたのであって、空間的、距離的な概念としては、両者は互いに対面した“vor”と呼べる距離関係にはないものであった。そのため、StGB176条4項1号及び、性的行為に関する概念規定である184g条2項（当時の184f条2項）にいう「前で」という要件が、距離的な接近性を要求するものであるか、それとも、児童らがパソコンの画面上表示された映像を認識できるということだけで足りるのが問題となったのである。

2. 本件にかかる先例としては、まずもってBGH1995年10月31日決定²⁾が挙げられる。これは、電話回線を通じた会話によって、空間的距離としては接近していなかった児童に対して、性的な行為をさせたという事

1) なお、本件の評釈としては、Walter Winkler, jurisPR-StrafR 14/2009 Anm. 2を参照した。

2) BGHSt 41, 285.

案である。当該事案においては、「被告人の前で」児童に性的行為をさせたとはいえないために、被告人の行為は当時の StGB176条 5項 2号に当らないとされたものである。当時の条文では、「児童に、自己または第三者の前で性的行為をさせた」とすることが本罪の対象となるとされており、児童が「自ら」性的行為するようにさせることが規定されておらず、空間的接近性がなければ、処罰の対象とはならなかったのである³⁾。かかる条文については、1988年の刑法改正によって、“vor”の文言が削除され、児童が「自ら (an sich)」性的行為を行うようにさせることが処罰の対象となったことで、条文上の解決をみたのである。

上記1995年の事例のような行為が処罰の対象とされたことの要因としては、児童を対象とした性的虐待に関する罪の保護法益の問題がある。StGB176条の保護法益は、児童の総合的な成長 (Gesamtentwicklung) が性的な行為によって害されることから、児童を保護することにある⁴⁾のであって、その総合的成長の中には、児童が性的自己決定のための能力を獲得できるようになることが含まれる⁵⁾のである。そのため、その行為が実際に児童の成長を害したかどうかの本罪の可罰性の根拠となるわけではなく⁶⁾、本罪は抽象的危険犯である⁷⁾と解するのが妥当である。そのため、児童の総合的成長に対して害を与える危険性のある行為であれば、それが実際に被告人と対面して行われたものではなかったとしても、本罪の保護

3) StGB176条 5項については、削除され、1998年改正条文において、StGB176条 3項 2号において“ein Kind dazu bestimmt, daß es sexuelle Handlungen an sich vornimmt”と規定された。これは現行の条文においては、StGB176条 1項において、“Wer sexuelle Handlungen an einer Person unter vierzehn Jahren (Kind) vornimmt oder an sich von dem Kind vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft”として規定されている。

4) BGHSt 29, 336.

5) BGHSt 45, 131.

6) Ziegler, BeckOK StGB § 176, Rn.6.

7) BGHSt 36, 68.

目的からすれば、十分に危険なものとみなすことができるのである。

とはいえ、被告人の行為が抽象的な危険を有するものであっても、児童にとって認識可能ですらなければ、刑法上処罰されうるだけの危険性を有するとはいえないであろう。BGHは、2004年12月14日の判決⁸⁾においてこの点を明らかにしている。当該事案は、被告人とその妻が、児童から1メートルほどの距離しか離れていない場所で性的行為に及んだものの、児童が当該性的行為を認識していなかったという事案である。ここでは、空間的には接近しているため、当該行為がStGB176条3項1号（現行StGB176条4項1号）にいう「児童の前で性的行為をした」ことに当るかが争われたものである。ここでは、狭い居住状況等も考慮して、児童の「前で」性的行為を行うということは、単に距離的な概念ではなく、児童の知覚を要することを明らかにしたのである。児童の「前で」ということが、児童による知覚を要するということが、学説上も認められるものである⁹⁾。

3. 確かに、距離的接近性が存するということが、従来の典型的な露出行為である、現に他者の目の前で性的行為を行う類型においては重要である。他者の目の前で行われる露出行為においては、まさに、距離的な接近性があることが、性的行為を他者が知覚することにおいて不可欠なものであるからである。本件BGHも指摘する所であるが、本件のような他者の「前で」性的行為を行うという行為類型が刑法典上規定された時点においては、当然に現在のような通信技術の進化は予定されていなかったのであり、立法に際しての保護目的を達成するためには、その行為概念を現代的意味において理解することを要するのである。本件のように、確かに空間的な距離的接近はないものの、ディスプレイ上に性的行為を実行している映像を表示させることによって、かかる行為を児童に知覚させる行為にお

8) BGHSt 49, 376. 本件の評釈として Schroeder, JR 2005, 256を参照。

9) 同様の趣旨として Hörnle, Münch Komm-StGB, § 184f, Rn. 9ff. ただし、176条1項のように、児童に性的行為をさせる類型の場合には、行為者がこれを知覚する必要はない。Hörnle, a.a.O., Rn.16. Fischer, Komm-StGB § 186g, Rn.3. usw.

いては、現象面においても、児童に対しかかる性的な事象を知覚させるという行為者の認識面においても、典型的な露出行為の類型と同視できないものではなく、実際に、児童の総合的成長を害する危険性を有する行為であるという点でも共通しているのである。本件判断は、StGB176条の保護法益に着目し、インターネット上において行われる露出行為において、“vor”という空間的観念を伴う語の適用範囲を拡大することで、従来の判例枠組みの範囲内で、かかる事例の解決を試みたものとして評価できる。とすれば、直接空間的に行為者と被害者が接近していない本件において、本件被告人の性的行為を、児童の「前で」性的行為を行ったものと判示した、本件BGHの判断は、これまでの判例の流れに沿ったものであり、妥当であると考えられる。

4. 本件は、StGB176条4項1号の児童に対する性的虐待について、インターネットを介した露出行為を当該構成要件に該当するものと判断した初めての事案として重要な意義をもつが、本件は我が国の法理論上もいくつかの重要な示唆を与えるものである。まず、第一には本件同様の行為が、我が国においても児童虐待としてみなされるのかという点であり、第二には、本件では言及されていない点であるが、刑法174条の公然わいせつ罪類型に当る行為をインターネットのライブ映像配信システムを用いて実現した場合の処理についてである。

まず、第一に、児童に対する性的虐待については、我が国においては児童虐待の防止等に関する法律（以下児童虐待防止法）2条2項において「児童にわいせつな行為をすること又は児童をしてわいせつな行為をさせること」と定義されている。そこには、StGB176条4項1号規定のように、児童の「前で」性的な行為をすることが規定されておらず、第1条に掲げられた「児童虐待が児童の人権を著しく侵害し、その心身の成長及び人格の形成に重大な影響を与えるとともに、我が国における将来の世代の育成にも懸念を及ぼす」点から、児童虐待を防止するという趣旨を考慮すれば、インターネットを介して児童に対しわいせつな行為をする場合であっても、法適用は可能である。ただし、我が国における児童虐待防止法に抵

触する行為は、「保護者（親権を行う者、未成年後見人その他の者で、児童を現に監護するものをいう。以下同じ。）がその監護する児童（十八歳に満たない者をいう。以下同じ。）について行う」場合でなければ、本法律の対象とはならず、保護者が行為者である場合においてのみ、本件BGH判決のような事案においては、児童に対する性的虐待の事案となりうるであろう。

5. 保護者以外のものが、児童に対して露出行為を行う場合は、刑法174条の公然わいせつ罪の射程に入る¹⁰⁾。すなわち、このような露出行為を、児童の総合的成長に対する侵害、ないしそこに含まれる性的自己決定権に関する成長の阻害といった、児童に対する侵害行為であると位置づけるドイツの刑法とは異なる状況にある。インターネットを介してわいせつ犯罪を行った例として、検挙される例はいくつかあるが、なおも公刊物登載の裁判例は見受けられない。とはいえ、このようなインターネットを通じて、公然とわいせつな行為を行い、これを他人に見せる行為は、インターネットを介しない露出行為と同様に、公然わいせつ罪の射程に入るとするのが一般的である。

だがこの点については、インターネットを用いて電磁的記録を送信する行為がわいせつ物の頒布行為（児童ポルノが客体となる場合であれば交付行為）として、刑法175条の構成要件に該当することが、刑法改正により条文上も明示されたところ、本件のようなインターネットを介した露出行為が電磁的記録の頒布行為を構成するののかという理論的問題は残る。というのも、わいせつな電磁的記録を送信する行為においては、それ自体は有体物性をもたない電磁的記録というデータをインターネット回線を通じて

10) たとえば、わいせつ番組をインターネットで配信した事例（『読売新聞』西部朝刊1999年10月19日27頁）、ライブチャットシステムを使ってわいせつな映像を放映した事例（『読売新聞』東京朝刊2001年1月19日38頁）、わいせつ映像をチャットシステムを用いて配信していたものをインターネットサービスプロバイダが刑事告発したもの（『読売新聞』東京夕刊2004年5月13日18頁）等がある。

送信するものであるところ、映像データをライブチャット形式で配信する公然わいせつ型の事案との区別が問題となるからである。

ドイツにおいては、本判例のような行為態様においては、児童に対して性的行為を行うという、通常の露出行為同様の構成をとることが示されたのである。一方で、わいせつな電磁記録の頒布行為としては、単なるわいせつな情報を送信するにとどまらず、当該情報がわいせつな文書となる場合に頒布の客体となる。そして、当該情報が可視的なアクセスのためにインターネット上にアップロードされ、利用者がアクセス可能な状態となることが、インターネットにおいて見聞に供した¹¹⁾とされるところとしており、放送、メディア遠隔サービスによるポルノ表現の頒布に当たるとされるのである¹²⁾。

情報の文書性において、インターネット上における頒布を区別するこのような考え方は、判例上はなおも、インターネット上における公然わいせつ罪の行為態様を明確にしない我が国の現状に、一定の示唆を与えるものである。本件のように性的行為を児童に対して行うような公然わいせつ型の行為態様においてみると、これは空間的近接性をもって視覚情報を知覚させる行為態様と類似するものであり、文書とはみなされていない。我が国においても、視覚情報のような単なる情報はわいせつ電磁的記録頒布罪の客体となる電磁的記録には含まれていない。ライブチャットシステムにおいては、情報は確かに移転しているが、当該システムにおいては、当該情報は可視的な情報として容易に記録可能なものではなく、一定の保存性を有するわいせつな電磁的記録とはその質を異にしているのである。とすれば、現在我が国における実務上の諸事例にみられるように、インターネットを介して公然とわいせつな行為を行うような、露出行為事案においては、やはり公然わいせつ罪の射程でとらえることが妥当であると思われる。

11) 2004年改正前184条3項2号。現行法184a条2号。

12) BGH NStZ 2001,596. 2001年判決の評釈としては、大杉一之「判批」比較法雑誌第36巻第4号107頁がある。

6. 以上、インターネットを介して、性的行為である露出行為を行ったことが、児童に対する性的虐待に当たるとされた事案と、それと関連し、我が国における公然わいせつ型の事案について考察した。本件は、インターネットを介して性的行為を実行する際、空間的距離的接近を要せず、児童による当該行為の知覚をもって、条文上の“vor”の要件が充足されることを明らかにしたものである。このことは、1995年事案において、性的行為を児童にさせる行為に“vor”の要件を要求していた1998年刑法改正以前の条文を理由として、被告人の行為を否定した判例とも矛盾せず、また、2004年決定において示された「知覚」が、本罪の成立の要件なのであって、“vor”空間的な距離的接近を要求する要件ではないことが明らかとされたのである。解釈をもって、インターネットという新たなメディアを利用した行為に対する処罰範囲を妥当に拡大した点、本件の意義があると思われる。また、本件は“vor”の概念のみならず、本件のようなインターネット上の情報の伝達を伴う行為態様を、露出行為という、我が国でいうところの公然陳列型の事案として処理した点についても、我が国の児童虐待関連犯罪事案およびわいせつ関連犯罪事案に、解決のための示唆を供するものであると考え、ここに紹介した次第である。