

Title	インターネット上の抽象的危険犯と犯罪地： ドイツにおける近時の動向を参考に
Sub Title	Der Tatort des abstrakten Gefährdungsdelikts bei Taten im Internet : Zur heutigen Diskussionslage in Deutschland
Author	横濱, 和弥(Yokohama, Kazuya)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2016
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.111, (2016. 12) ,p.101- 134
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20161215-0101">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20161215-0101</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# インターネット上の抽象的危険犯と犯罪地

——ドイツにおける近時の動向を参考に——

横 濱 和 弥

- 一 はじめに
- 二 犯罪地決定の意義
- 三 構成要件に属する結果
  - (一) 犯罪地に關する規定の変遷
  - (二) 構成要件に属する結果の射程範囲
    - 1 行為から生じた影響
    - 2 九条の「基本思想」と客観的処罰条件
  - 3 小 括
- 四 抽象的危険犯における犯罪地をめぐる学説
  - (一) 抽象的危険犯論と結果地
  - (二) 抽象的危険犯には結果地が観念できないとする見解（否定説）
  - (三) 行為地を拡大する見解
  - (四) 抽象的危険犯において結果地を観念できるとする見解（肯定説）
- 五 ドイツにおける近時の判例の紹介
  - (一) 抽象的・具体的危険犯の事例
    - 1 二〇〇〇年一月二日BGH判決
    - 2 下級審裁判例
  - (二) 抽象的危険犯の事例
    - 1 一九九九年三月一六日ベルリン上級裁判所（KG）判決
    - 2 二〇一四年八月一九日BGH決定
    - 3 検討
- 六 むすびにかえて
  - (一) ドイツにおける今後の動向
  - (二) 日本への示唆

## 一 はじめに

我が国の刑法一条一項は「この法律は、日本国内において罪を犯したすべての者に適用する」と定め（属地主義）、学説では、どのような場合に「日本国内において罪を犯した」といえるかが争われてきた。この点、構成要件該当事実の一部でも国内で実現すれば足りるとする遍在説<sup>(1)</sup>とされる一方、近時においては、国内で法益侵害が生じた場合にのみ刑法の適用が認められるとする結果説<sup>(2)</sup>も有力に提唱されている。

また、一九九〇年代後半以降には、インターネットの普及を契機として、インターネット上で犯罪が行われた場合は遍在説を修正し、刑法の適用を限定すべきとの議論が登場した。たとえば、刑法一七五条一項にいう「わいせつ」な画像が海外からアップロードされた場合に、日本から当該画像にアクセス可能であることをもって日本刑法の適用を認めるのは不当ではないか、という懸念が示されたのである。<sup>(3)</sup>特に、性風俗の内容は各国の文化の影響を受け、わいせつの基準も各国で異なりうる。したがって、先のような場合に日本刑法の適用を認めることの不当性は、いっそう強く感じられることとなる。

以上の背景の下、我が国では、ドイツの学説等を参考としながら、インターネット犯罪に関して属地主義を制限することの可否が検討されてきた。たとえば、インターネット犯罪に関しては遍在説を排除する見解、行為者の主観面に従って刑法の適用を限定する見解、行為者または被害者の国籍に従ってこれを限定する見解等が挙げられている。<sup>(4)</sup>

これらの議論は、インターネット上の違法な情報に対して日本国内からアクセス可能であることをもって、犯罪地が基礎づけられることを前提とする。換言すれば、これらの議論は、従来の基準に従えば（過度に広範に）犯罪地が認められることを前提として、犯罪地が認められるか否か以外の外在的な制約を加えることで、刑法の適用を限定す

る試みである。

しかし、外在的な制約を検討する前提として、そもそも違法な情報に対して日本からアクセス可能となった場合に、本当に日本が犯罪地となるのかについては、議論が手薄だった感がある<sup>(5)</sup>。すなわち、従来の議論では、以上の場合に国内犯罪地が基礎づけられることが、当然の前提とされていることがあるのである<sup>(6)</sup>。しかし、日本国内からアクセス可能であることをもって日本が犯罪地となるということは、必然の帰結ではない。加えて、提案されている「外在的制約」の多くは、理論的根拠が不十分との批判を受けている<sup>(7)</sup>。以上に鑑みれば、外在的制約を通じて刑法適用の限定を試みる前に、犯罪地の有無を確定する段階で、刑法適用の限界を改めて見極めることが必要となろう。

一方で、ドイツ刑法に目を向けてみると、この点に関して二つの問題領域の区別が図られている。ドイツでは後述(第二章)の通り遍在説が明文で定められているところ、外国からインターネット上に違法な表現が公開され、これに国内からアクセス可能となった場合に、そもそも「行為地」ないし「結果地」が認められるのが、「表現犯」(Äußerungsdelikt)と犯罪地の問題として議論されている(第一の問題)。また、ドイツでは、「表現犯」の多くが抽象的危険犯であるという認識に基づいて、この議論は「抽象的危険犯における犯罪地」というテーマと連結するかたちで展開されている。典型的な表現犯としては、ポルノ文書の頒布等(ドイツ刑法一八四条)、ナチスを礼賛する行為等(八六条以下および一三〇条等)、犯罪行為への公然の煽動(二二一条)等がある<sup>(8)</sup>。そして、以上の第一の問題に関して、表現犯が国外から行われた場合であってもドイツが犯罪地になるという結論が採用されてはじめて、それでは刑法の適用が過度に広範に及んでしまうとして、インターネット犯罪に関して属地主義に限定を加えるべきとの議論が展開される、という構図になっている(第二の問題)。

第一の問題については、判例においても動きがみられる。学説上、国外から行われた抽象的危険犯であっても国内結果地を観念できるかに関しては、見解の対立がみられたが、二〇一四年にドイツ連邦通常裁判所(BGH)におい

て、抽象的危険犯に関しては結果地を觀念できないとする決定が登場し、注目を集めている。同決定は、抽象的危険犯との関係で、第二の問題に立ち入ることなく、第一の問題としてドイツ刑法の適用の限界を示したものであり、日本の議論にとっても大いに参考になるように思われる。

そこで本稿では、今般のBGH判決に至ったドイツの議論の背景と、これまでのドイツの判例の動向を紹介し、これが日本との関係でどの程度示唆的であるのかについて検討を行う。以下、まずドイツ刑法における犯罪地に関する諸制度を概観し(二)、次にドイツの遍在説において中核的な役割を果たしている「構成要件に属する結果」というメルクマールについて、従来の議論状況を確認する(三)。その後、抽象的危険犯並びに表現犯をめぐる学説(四)および近時の判例(五)の動向を確認し、最後に、この議論が日本にとってどのような意味を持ちうるのかについて、若干ながら付言する(六)。なお、以下で単に条文番号を引用する場合、原則としてドイツ刑法のそれを指す。

## 二 犯罪地決定の意義

ドイツ刑法は、ドイツの「国内で行われた犯罪〔Tatort〕」に適用される(三条、属地主義)。犯罪が「国内で」行われたといえるためには、「作為を行った地、若しくは、不作為の場合には作為をなすべきであった地、又は、構成要件に属する結果が発生した地、若しくは、行為者の表象によれば発生するはずであった地」がドイツ国内であれば足りる(九条一項)。このように、行為地か結果地のいずれかがドイツ国内にあれば国内犯と認められる点で、ドイツ刑法では遍在説が明文で定められている<sup>(10)</sup>。

国外犯に関しては刑法の適用に追加的な要件が付されるため、国内犯と国外犯を区別することは重要となる。すなわち、国外犯にドイツ刑法が適用されるためには、五条(内国の法益に対する国外犯) または六条(国際的に保護される

法益に対する国外犯) に列挙されている犯罪に該当するか、あるいは、七条所定の双罰性・国籍・引渡し不可能といった要件が充足されなければならない。逆にいえば、これらに該当する犯罪類型は、国内犯であるか否かを問わず、可罰的となる<sup>11)</sup>。したがって、児童ポルノの頒布の罪(一八四条b)はインターネットを通じて越境的に行われうる表現犯ではあるが、国外犯であつても処罰されるため(六条六号)、国内犯罪地の有無は重要ではない<sup>12)</sup>。

さらに、国境をまたぐ離隔犯に限らず、犯罪事象が国内で完結する場合であつても、刑事訴訟法に基づく裁判籍(Gerichtsstand)が、刑法九条に基づき決定されることがある。すなわち、刑事訴訟法七条一項では、管轄を有する裁判所として「犯罪〔Strafata〕が行われた地区を管轄する裁判所」が挙げられており、「犯罪行為」の場所は、刑法九条に従つて決定されるのである<sup>13)</sup>。

### 三 構成要件に属する結果

以上の通り、行為か「構成要件に属する結果」のいずれかがドイツ国内に存在すれば、国内犯として刑法の適用が認められる。この点、九条一項では行為地が犯罪地となることが明示されている以上、違法な情報のアップロード行為が国内で行われた場合に刑法の適用が認められることには争いはない。したがって、議論が集中しているのは、国外に所在する行為者が国外のサーバーに違法なデータをアップロードし、ドイツからアクセス可能となった場合に、ドイツで「構成要件に属する結果」が生じたといえるのかどうかである。本章ではまず「構成要件に属する結果」の基本的な内容を概観する。

## (一) 犯罪地に関する規定の変遷

ドイツ刑法における属地主義・犯罪地に関する規定は、その内容に変遷がみられ、以下の三つの時期に分けることができる。まず、一九四〇年以前は、ライヒ刑法典三条において、国内で行われた「全ての可罰的行為」(alle……strafbaren Handlungen)に刑法が適用されることが明示されていた一方、結果地には言及がなされていなかった。一見すると、行為地のみにしたがって犯罪地が決められるようにもみえる。しかしながら、ライヒ裁判所は「行為」概念を拡張的に解して、行為者の身体的挙動がなされた地だけでなく、実質的には結果地をも犯罪地に取り込んでいたとされている。<sup>14)</sup>

一九四〇年の刑法改正<sup>15)</sup>により、犯罪地の決定に関する規定(旧三条三項)が、現行の九条一項とほぼ同様のかたちで定められた。これにより、行為地と結果地のいずれも犯罪地となることが、条文上示された。もともと、当時は、単に「結果地」という文言が用いられ、「構成要件に属する」という限定はかけられていなかった。しかし、行為から生じたいかなる「結果」であつてもよいとされていたわけではなく、構成要件の結果でなければ結果地を基礎づけないことは、当時からすでに指摘されていた。<sup>16)</sup>

その後、一九六九年の第二次刑法改正法において、旧三条三項は現行規定である九条一項に移され、行為地と「構成要件に属する」結果発生地の双方が犯罪地となることが明示された。もともと、九条一項の文言はあくまでも「妥当している法を明らかにしたものであるにすぎない」とされ、構成要件実現にとって重要ではない所為の影響は、犯罪地を基礎づけないということを明らかにしたものとされる。<sup>18)</sup>

(二) 構成要件に属する結果の射程範囲

1 行為から生じた影響

それでは、いかなる作用であれば「構成要件に属する結果」にあたるのだろうか。以下では、論者の間ではほぼ一致があると思われる点についてみていく。

前述の通り、結果に「構成要件に属する」という限定がかかっていることにより、「構成要件上重要でない」影響は、犯罪地決定の判断にあたって重要性を持たない。

この点、「構成要件に属する結果」と「法益侵害」は別個の概念として扱われており、犯罪地を基礎づけるのはあくまでも前者であることが基本的には前提とされている。<sup>(19)</sup> たとえば、単純拳動犯においても保護法益は当然想定されるが、構成要件の結果の発生は要求されないため結果地を有さず、行為地のみが犯罪地になると説明される。<sup>(20)</sup> それゆえ、ドイツで盗まれた自動車がベルギーで転売された場合、当該転売行為は単純拳動犯とされる盗品等蔵匿罪（二五九条）の構成要件には該当しうるが、盗品の売買行為がベルギーで完結している以上は、——ドイツに所在する被害者の財産権が更に侵害されたか否かにかかわらず——国内結果地が欠け、ドイツは犯罪地とならない。<sup>(21)</sup>

また、それ自体としては侵害結果にあたらなくとも、構成要件上要求される限りで、「中間結果」(Zwischenfolge)であっても結果地を基礎づけるとされる。たとえば、詐欺罪においては、錯誤および交付行為の場所であっても犯罪地を基礎づけるとされる。<sup>(22)</sup> さらに、後述の通り、抽象的危険犯において結果地が認められるかについては争いがあるものの、抽象的危険犯の構成要件に中間結果が含まれる場合には、それが発生した地において結果地が認められるとされる。たとえば、抽象的危険犯である放火罪（三〇六条以下）では構成要件上、建造物等の全部または一部が破壊されたことという中間結果が要求されているところ、破壊対象の所在地は結果地にあたりとされる。<sup>(23)</sup>

## 2 九条の「基本思想」と客観的処罰条件

BGHの判例によれば、厳密には構成要件にはあたらない客観的処罰条件であっても、九条一項にいう「構成要件に属する結果」にあたるかとされている。

一九九六年八月二二日のBGH判決<sup>(24)</sup>では、オランダで飲酒し酩酊状態に陥った被告人が、ドイツに向けてアウトバーン上を走行中、ドイツ国内で二人をはねて死亡させた行為が、完全酩酊罪（三二三条a）にあたるかが争われた。

同条一項によれば、「故意又は過失により酩酊状態に陥った者が、この状態で違法な行為を行ったにもかかわらず、酩酊の結果、責任無能力であったために（…）その違法な行為を理由としては罰することができないとき」には、故意または過失により自らを酩酊状態に陥らせたことに基づき処罰される。同罪の可罰的行為は自ら酩酊状態に陥ることとに尽き、酩酊状態で行ったその後の行為は客観的処罰条件とされる。本件事案では、「自らを酩酊状態に陥らせる」ことはオランダ側で行われ、酩酊状態で走行し二名を死亡させるという事象はドイツ国内で生じていることから、客観的処罰条件のみが国内で実現した場合であっても「構成要件に属する結果」にあたるかが問題となった。

BGHは、九条一項にいう構成要件に属する「結果」は、一般構成要件論におけるそれではなく、同条の基本思想は、「各処罰規定が回避することを目的としている法益侵害またはその危殆化が国内で生じた場合には——たとえ行為が外国で行われた場合であっても——ドイツ刑法が適用される」点にあるとした。したがって、狭義の構成要件の結果に限らず、客観的処罰条件であっても、各処罰規定がその発生を回避することを目的としていると評価できる場合には、犯罪地を基礎づけうるとされた。<sup>(26)</sup>

## 3 小括

以上より、九条一項にいう「構成要件に属する結果」という要件は、結果地を限定する機能を有する一方で、（特

に「構成要件に属する」というメルクマールは) さほど厳格に解されているわけではないとも評することができる。

まず、単純挙動犯の例でみた通り、行為が事後的に法益に対して影響を及ぼしたとしても、当該影響は、可罰性を生じさせるために必要でない限り、犯罪地を基礎づけ<sup>(27)</sup>ない。他方、可罰性を生じさせるために必要な事情である限り、行為から生じた中間結果(詐欺における錯誤、放火における破壊)であつても犯罪地を基礎づける。したがって、中間結果が条文上または解釈上要求される犯罪類型では、「構成要件に属する結果」が観念されうる。さらには、九条の「基本思想」に合致する限りで、客観的処罰条件であつても犯罪地を基礎づける。

以上により、結果犯および具体的危険犯では、九条にいう「構成要件に属する結果」地が観念できることについては、ほぼ争いはない。というのも、これらの犯罪類型では、侵害結果ないし具体的危険結果の発生が、構成要件上要求されているからである。

一方、次章でみる通り、抽象的危険犯をめぐる<sup>(28)</sup>は、①同犯罪類型に関する理解、および、②先にみたBGH判例で述べられていた九条の「基本思想」の射程の解釈に応じて、結果地を観念できるかどうかにつき、見解が分かれている。

## 四 抽象的危険犯における犯罪地をめぐる学説

### (一) 抽象的危険犯論と結果地

抽象的危険犯に関して、伝統的通説とされる形式説によれば、危険または侵害が現に発生することは、構成要件上のメルクマールではなく、その防止が立法者の動機となったにすぎない。この見解は、抽象的危険犯には結果地が観

念できないとの立場に繋がりがやすいといえる。一方、実質説からは、抽象的危険犯においても結果発生を觀念することができ、その発生地が結果地として犯罪地を基礎づける、との帰結が導かれる。<sup>(28)</sup>

冒頭でも述べた通り、抽象的危険犯が犯罪地を有するかという議論は、インターネット上の表現犯との関係でも論じられる。すなわち、表現犯の多くが抽象的危険犯であるという認識を前提として、国外で刑法上違法な表現が公開され、ドイツ国内からアクセス可能となった場合に、ドイツで「構成要件に属する結果」が生じたといえるかが問題となっているのである。以下では、インターネット上の表現犯の事例を念頭に置きながら、抽象的危険犯が「構成要件に属する結果」を有するかをめぐる学説を概観していく。

ただし、全ての表現犯が抽象的危険犯にあたるわけではない。たとえば、表現犯の代表例として侮辱罪（二八五条）があるが、同罪では、侮辱の内容が侮辱の相手方または第三者に到達するという結果が要求されており、「構成要件に属する結果」が觀念できることには争いはない。<sup>(29)</sup> その意味で、以下の議論は、全ての表現犯ではなく、あくまでも「抽象的危険犯」に妥当するものである。

## (二) 抽象的危険犯には結果地が觀念できないとする見解（否定説）

多数説は、抽象的危険犯には（単純拳動犯と同様に）結果地が存在せず、行為地のみが犯罪地となるとする。<sup>(30)</sup> この見解は、抽象的危険犯に関するドイツの伝統的通説である形式説の反映といえる。すなわち、否定説の論者によれば、構成要件に属する結果が認められるためには、問題となる犯罪構成要件において、行為によって招来される「外界の変更」が要求されなければならない<sup>(31)</sup>ところ、形式説においては、抽象的危険犯における法益侵害の危険は立法者の動機にすぎず、犯罪成立のために危険が現に生じたことは必要ないと説明されるため、「構成要件に属する結果」が欠けるというのである。したがって、たとえ抽象的危険が現に具体的危険または侵害結果に転化した（umschlägt）

場所があったとしても、当該「結果」は構成要件上重要ではなく、結果地を基礎づけない。この点で、抽象的危険犯は単純挙動犯と同一の扱いとなる。<sup>(32)</sup>

この見解からは、外国で違法な内容のデータが公開され、ドイツからアクセス可能となったとしても、問題となる構成要件が抽象的危険犯である限り、原則として刑法の適用はない。<sup>(33)</sup>しかし、この見解は、刑法の適用範囲が狭すぎるとして批判される。<sup>(34)</sup>

### (三) 行為地を拡大する見解

抽象的危険犯が結果地を有さないとする見解の中には、行為地の概念を拡大することによって、インターネット犯罪特有の事象に対応しようとする見解がみられる。

一般に、行為者が物理的に所在している地が行為地として犯罪地を基礎づけるということについては、ドイツの説の中で争いはない。<sup>(35)</sup>したがって、たとえばドイツからアメリカのサーバーにポルノ画像をアップロードした場合、ドイツが行為地となる。

行為地を拡大する論者はこれに加えて、インターネット上の表現犯の場合には、「行為者が意図的にコントロールしてデータを保存したサーバーの所在地」もまた行為地となるとする。したがって、たとえば、デンマークからドイツ国内に設置されたサーバーにポルノ画像を蔵置した場合、デンマークのみならずドイツも行為地となる。

たとえばコーニルスは、「仮想的な所在」(virtuelle Anwesenheit)という視点を提唱する。彼によれば、離れて設置された二つのコンピュータの間では、一方を作動させることで、他方に対して直接的にアクセスがなされるという作用が存在し、操作者は手元のコンピュータと相手方のそれを同時に操作している。このことから、操作者は自身の所在地だけでなく、ネットワークの内部で行動しているということが強調される。<sup>(36)</sup>

また、エーザーは、行為者の所在地のみならず、行為が同時に「及んでいる」(entfallen)場所も行為地になるとの理解から、インターネット犯罪においてはサーバーの所在地もまた行為地となるとの帰結を導いている。加えて、彼によれば、表明行為が視覚的・聴覚的に知覚されうる場所も行為地にあたるとされる<sup>(37)</sup>。

しかし、行為地拡大説に対しては、いずれのサーバーにデータが伝達されるかは基本的にコントロール不可能であり、行為地の有無を技術的な偶然性に依存させることになるとの批判が提起されている<sup>(38)</sup>。加えて、九条の文言上、犯罪地を基礎づける要素として「行為」と「結果」が別個に定められている以上、両者は別個の概念と捉えられるべきであるところ<sup>(39)</sup>、この見解は行為概念を過度に拡張し、結果概念との境界を崩壊させる危険があるとも批判されている<sup>(40)</sup>。これらの批判により、この見解は多数の支持を集めてはおらず、通説によれば、行為地は基本的に行為者の所在地に限られる。

#### (四) 抽象的危険犯において結果地を觀念できるとする見解(肯定説)

##### 1 抽象的危険犯に結果発生を觀念する見解

学説では、抽象的危険犯に關しても「構成要件に属する結果」を觀念することができ、したがって犯罪地が基礎づけられうるとの見解が、有力に主張されている。この見解は、抽象的危険犯においても一定の危険の創出が要求されるという実質説の立場と親和的である。たとえば、論者は放火罪(三〇六条a第一項一号)において、誰も所在していないことが明らかである小屋に放火する場合のような、危険がはじめから排除される場合には構成要件該当性が否定されることに依拠して、抽象的危険犯においても危険「結果」が觀念できるとし、その発生地が結果地として犯罪地を基礎づけるとされる<sup>(41)</sup>。

また、この立場は、BGHが客観的処罰条件であっても構成要件に属する結果にあたることとした際に言及した、九条

一項の「基本思想」からも説明される。すなわち、九条一項の基本思想は「各処罰規定が回避することを目的として  
 いる法益侵害またはその危殆化が国内で生じた場合にはドイツ刑法が適用される」という点にあるとの前提に基づき、  
 「九条の意味における『構成要件に属する結果』というメルクマールを、一般的な構成要件論の意味における、行為  
 と時間的・場所的に分離された侵害・危殆化作用を要求する結果概念からは分離することが望ましい」とされる。そ  
 の上で、現に侵害結果・具体的危険結果が生じたとはいえない場合であっても、「抽象的危険が具体的危険に転化し  
 うる場所」であれば、結果地にあたるとする。<sup>(43)</sup> それゆえ、インターネット上に違法な内容が掲載され、ドイツからア  
 クセス可能となったことをもって、既に結果地が認められる可能性が生じることとなるのである。

さらに、論者は、抽象的危険犯では現実の危険発生という要件が放棄され、処罰が前倒しされることにより法益保  
 護の保障が図られているにもかかわらず、この前倒しのゆえに刑法の適用範囲が狭まるのは不当との指摘を行って  
 いる。<sup>(44)</sup>

以上の見解に対しては、抽象的危険犯に関して形式説をとる立場からの批判がある。加えて、五条一〇号では、国  
 外犯であっても処罰される犯罪類型として偽証罪（抽象的危険犯）が掲げられているところ、抽象的危険犯であつて  
 も結果地が基礎づけられるとすれば、同号で偽証罪が掲げられていることが余分になるという。なぜなら、偽証罪は、  
 たとえ国外で行われても常にドイツの司法作用に対する侵害の「危険」を及ぼすからである。<sup>(45)</sup> ただし、五条一〇号で  
 偽証罪が定められているのは、同罪にはいずれにせよ刑法が適用されることを明確化したものであるとの反論もなさ  
 れている。<sup>(46)</sup>

2 「所為行為結果」および情報伝達の態様に依拠する見解

ズイバーは、インターネット上の表現犯に関して、結果犯・具体的危険犯・抽象的危険犯という区別に従って結

果地の有無を論じるのではなく、独自の基準に依拠して結果地の確定を試みている。彼の見解は二段階に分けることができるといえ、第一段階では「所為行為結果」(Tathandlungserfolg)の有無の確定、そして第二段階では表現の発信に際して用いられた技術の種類に従った所為行為結果の限定が行われる。

第一段階についてみると、ズイーバーも、九条一項にいう「構成要件に属する結果」という文言は、一般構成要件論という結果概念よりも広く解すべきということを出発点とする。そして、所為行為(Tatandlung)および所為結果(Tatbestand)が国内に存する場合のみならず、「行為者が外国で行動していたものの、構成要件に記述される行為が国内で実現した場合には、『所為行為結果』も認められ<sup>(47)</sup>」、この所為行為結果をもって九条一項にいう「構成要件に属する結果」にあたるということができるといえる。したがって、たとえば行為者がポルノを含む文書を外国から郵便でドイツに送付した場合、ポルノ文書の頒布の罪(二八四条)の所為行為結果はドイツで生じており、「構成要件に属する結果」がドイツに存することが認められることとなるとされる<sup>(48)</sup>。

次に、インターネットを通じて行われた表現犯、とりわけポルノ等の「接近可能化」の犯罪類型に関して、ズイーバーは第二段階として更なる制約をかける。すなわち、①データが電子メール等を通じて外国からドイツのコンピュータに対して積極的に送信される場合(プッシュ・テクノロジー)と、②外国からウェブ上に掲載されたデータがドイツ国内から取り寄せられる場合(プル・テクノロジー)を区別し、後者の場合は所為行為結果が否定される<sup>(49)</sup>。②の場合に所為行為結果地が否定される根拠は、ドイツとの国境際にある外国のキオスクの店主が客に対してポルノ文書を販売し、客がこれをドイツに持ち込んだ場合に、店主がポルノ文書に「接近可能とした」と評価されることが不当であると同様に、「ドイツのユーザーが自ら独立してデータにアクセスしたことは、外国のサーバー運営者に対して帰属できるものではない<sup>(50)</sup>」からとされる。

この見解は、表現行為が「プッシュ・テクノロジー」を通じて行われている以上、インターネットを通じた抽象的

危険犯の場合であっても結果地を肯定するという点で、前項で検討した肯定説と共通する。他方、この見解は、たとえ結果犯であっても（たとえば侮辱罪）、プル・テクノロジーに該当する場合には結果地の存在を否定するという点で、独自の限定をかけるものである。しかし、以上の見解に対しては、「プッシュ」と「プル」の両テクノロジーの区別が曖昧であるといった批判がなされている。<sup>(51)</sup>

## (五) 小括

以上のように、抽象的危険犯において「構成要件に属する結果」を観念できるかをめぐっては、否定説・肯定説がそれぞれ存在する。両見解の対立は、①抽象的危険犯における「危険」の内実について形式説・実質説のいずれの理解に立つのか、および、②BGHが客観的処罰条件の文脈で述べた九条の「基本思想」を、抽象的危険犯の文脈においても援用するか否か、という二つの点から生じうる。

まず、否定説は、①抽象的危険犯においては外界の変更という意味での「結果」は構成要件上要求されず（形式説）、②BGHが述べた「基本思想」を抽象的危険犯に援用し、「現に」生じたことが要求されない効果・影響をもって「構成要件に属する結果」とみなすことをしない、という枠組で説明できる。一方、肯定説では、二つの論点の關係は必ずしも明らかではないが、以下のような説明が可能であろう。まず、仮に①抽象的危険犯に関して実質説を採用し、抽象的危険結果をもって外界の変更を観念できるとすれば<sup>(52)</sup>、そのことをもって②基本思想を援用するまでもなく結果地を肯定しうる。次に、仮に①に関して形式説を採用した場合であっても、②基本思想を援用して九条一項にいう「構成要件に属する結果」を一般構成要件論の意味において解する必要はなく、抽象的危険犯における行為の「影響」であっても構わないとして、結果地を肯定する余地があるようにも思われる。<sup>(53)</sup>

いずれにせよ、以上の検討を経て、外国から公開された情報に国内からアクセス可能となったことをもって刑法の

適用を認めるのは広範にすぎるとの認識に至ってはじめて、属地主義に外在的な制約を課すという議論が登場しうる。たとえば、主観面での限定、行為者国籍による限定、あるいは「領域的特殊化」といった議論がそれである。<sup>(54)</sup>

ただし、抽象的危険犯に関して「構成要件に属する結果」を一律に否定する論者からも、外在的な制約の必要性が説かれることがある。たとえば、前述の通り、ドイツ刑法の侮辱罪（二八五条）は、侮辱的表現が「到達」したことが要求される結果犯であるため、いずれの立場に立っても、「結果地」が国内であれば刑法の適用は可能となる。しかし、侮辱罪では、その到達先は侮辱されている本人ではなく、第三者であっても構わないとされているため、たとえばポーランド人がウェブサイトでアメリカ人を侮辱し、ドイツから当該ウェブサイトに対してアクセスがなされた（到達）場合のような、ドイツとの関連性が希薄な場合であっても、ドイツ刑法の適用が認められてしまう。以上のように、インターネットを通じて行われる侮辱罪において刑法の適用を限定するために、否定説の立場からも、刑法の適用を限定する必要性は説かれているのである。<sup>(55)</sup>

以上のような、属地主義に外在的な制約を加える見解を日本で参考とする際に留意すべきことは、抽象的危険犯に関して結果地を観念できるかという問題に対していかなる立場をとるのかによつて、外在的制約の射程範囲および必要性も変わるということである。たとえば、抽象的危険犯であっても結果地を観念できるとする場合、あらゆる表現犯において、ドイツからアクセス可能となったことをもって即座に国内結果地が肯定されることとなるため、属地主義への「外在的な制約」の対象となる犯罪類型の射程範囲は広くなるし、それゆえに外在的制約を働かせるべきとの動機が強く働くこととなる。他方で、抽象的危険犯の場合に結果地を否定するのであれば、外在的制約をめぐる議論の対象となる犯罪類型は縮小することとなり、表現犯との関係では、違法な内容が相手方に到達したことが要求される犯罪についてのみ、問題となることになる。

## 五 ドイツにおける近時の判例の紹介

本章では、これまで検討してきた、インターネット上の表現犯における結果地をめぐる学説を念頭に置きつつ、判例においてどのような事例が登場しているのかを紹介し、若干の検討を試みる。なお、本章の全ての事例がインターネット関連の犯罪というわけではないが、いずれも「表現犯」と呼ばれる犯罪類型が問題となった事案である。

### (一) 抽象的・具体的危険犯の事例

ドイツ国外から行われた抽象的危険犯が国内結果地を基礎づけるかが正面から検討された判例は、後述事例⑥が登場するまで、長らく存在しなかった。しかし、ドイツでは以下でみる事例①において、いわゆる抽象的・具体的危険犯（潜在的危険犯または適性犯とも呼ばれる）が国外で行われた場合にドイツ刑法が適用されるかにつき、BGHの判断が示されていた。また、下級審においても、この種の犯罪類型との関係で結果地の有無が問題となった事例が存在するため、本節ではそれらについてみていくこととする。

抽象的・具体的危険犯とは、具体的危険が現に発生したことは要求されないものの（この点で抽象的危険犯と共通する）、行為が構成要件上一定の「適性」(Eignung)を有していることが要求され、またそれが具体的事案において証明されなければならない犯罪類型をいう。<sup>(56)</sup> たとえば、民族煽動罪（一三〇条一項および三項）では、「公の平和を乱すことに適した態様で」、ナチス政権下で行われたジェノサイドを否定すること等の表現行為が犯罪とされている。また、中傷の罪（一八七条）においては、他の者を「侮蔑し若しくは世論において貶めること、又は、この者の信用を危険に晒すことに適した、不実の事実を主張し又は流布すること」が要求されている。<sup>(57)</sup>

1 二〇〇〇年二月二日BGH判決

事例①・二〇〇〇年二月二日BGH判決<sup>(58)</sup>の概要は以下の通りである。オーストラリア在住の同国人である被告人は、同国設置のサーバー上にウェブサイトを開設し、ナチス支配下で行われたユダヤ人虐殺が真実ではない旨等の主張を行った。以上の事実につき、原審は(生き延びたユダヤ人に対する)侮辱(二八五条)と死者の追想に対する冒瀆(二八九条)の所為単一(五二条)を認めしたが、民族煽動(一三〇条)については、「構成要件に属する結果」が存在せず、同罪に関してはドイツ刑法の適用がないとした。これに対して検察・被告人の双方が上訴し、BGHでは、民族煽動に関してもドイツ刑法の適用があるかが争われた。<sup>(60)</sup>

BGHは以下のように述べて、民族煽動に関しても、ドイツが結果地となることを認めた。九条の基本思想は、「各々の刑罰法規が回避することを目的としている法益侵害またはその危殆化が国内で生じた限りにおいて、ドイツ刑法が適用される」という点にあり、したがって、「刑法九条の意味における『構成要件に属する結果』というメルクマールは、一般構成要件論における概念構築を出発点とはせずに検討されうる」。「抽象的・具体的危険犯は、ここで問題となる結果地という法的な観点からは、具体的危険犯に比肩するものとなる。なぜなら、ここでも立法者は、回避されるべき危険―結果―を、規範の構成要件において明示的に定めているからである」。「抽象的・具体的危険犯に関しては、当該構成要件に記述される法益の観点から、具体的所為がその危険性を及ぼしうる〔entfallen kann〕場所において、刑法九条の意味における結果が発生したこととなる。刑法一三〇条一項および三項に基づく民族煽動の場合には、それは、ドイツにおける平和を乱す具体的な適性である〔…〕」。

BGHはさらに、「本件所為は、重大な国内法益と関連するものであり、客観的関連性に加えて、ドイツの領域との特別な関連性を示すため、国際法的に妥当な連結点が存在する」。「刑法一三〇条三項の否定の罪の構成要件は、ナチスによるユダヤ人支配下で行われた犯罪の無類性に基づき、ドイツとの特別な関連性を有する」ことも指摘した。

以上により、B G Hは民族煽動に関してもドイツ刑法が適用可能と認め、侮辱および死者の追想に対する冒瀆との所為単一とした。

本件においてB G Hは、純粹な抽象的危険犯に関しては「危険が実現した場合に結果地を認めるべきかどうかにつき、本裁判部は決定を下さない」とした。その意味で、本判決の射程はあくまでも抽象的・具体的危険犯に限定されている。もっとも、本件判決は、結果地肯定にあたって、九条一項の「基本思想」に依拠しており、また、公訴時刻の起算点や不作為犯の可罰性に関して、抽象的危険犯が一般に「構成要件に属する結果」を有することが認められていることにも言及している。その意味で、本判決で示された結果地肯定の論拠の多くは、純粹な抽象的危険犯にも妥当しうる。

問題は、抽象的・具体的危険犯という「適性」が要求されていることが、結果地確定のために不可欠であるかである。換言すれば、この要素が不可欠とすれば、これが欠ける抽象的危険犯においては結果地が観念できないといえる。この点、B G Hが、「立法者は、刑法一三〇条一項および三項の構成要件の中で、平和破壊のための（具体的）適性を要求することにより、結果発生が犯罪構成要件と密接な関係にあることを記述しており、これにより、構成要件に属する結果を自ら定めている」と述べていることからすれば、構成要件上「適性」が要求されていることそれ自体に「結果」要素を見出すことができるようにも思われる。もっとも、この説明が意味するところには、議論の余地がある。<sup>(61)</sup>たとえば、学説からは、「適性」はあくまで行為の属性であるにすぎず、それ自体は「結果」ではありえないとの批判もなされている。<sup>(62)</sup>

## 2 下級審裁判例

下級審でも、民族煽動（一三〇条三項）に関して国内結果地を認めた事例が存在する。事例②・二〇一三年九月二

三日レーゲンスブルク州裁判所（LG）判決<sup>(63)</sup>の事案は、英国籍を有する被告人が、ドイツ国内でスウェーデンのテレビ番組からの取材に応じ、その中でアウシュヴィッツ収容所におけるユダヤ人虐殺を否定したところ、それが衛星放送およびインターネットを通じてドイツでも放映されたというものであった。以上の事案に関して、LGは、抽象的・具体的危険犯の結果は「当該構成要件に記述される保護法益の観点から、具体的所為がその危険性を及ぼしうる場所」で生じるものであり、一三〇条三項においては、「保護法益はドイツにおける公の平和であり、危険とはその破壊に対して所為行為が具体的適性を有していること」であるとする。以上のように示した上で、LGは、「本件で認定された、インタビュ어의公開がドイツでもなされたという流布の過程の観点からは、当該表現がドイツの公の平和を破壊することに具体的に適しており、また実際に破壊されたことには疑いの余地がない」として、ドイツが結果地となることを認めた（なお、ドイツが行為地となることも併せて認められた）。

下級審裁判例の中には、抽象的・具体的危険犯である中傷の罪（一八七条）に関して、結果地を肯定したものがあ  
る。事例③・二〇〇四年五月二四日テューリンゲン州上級裁判所（OLG）決定<sup>(64)</sup>では、ドイツのO地区に所在する被  
告人が、Z地区に所在する被害者の会社および市役所等に対して、被害者が被告人の娘を性的に虐待している旨の主  
張を記したファックスを送信したとして、ズール区裁判所（AG）で中傷の罪に基づき有罪判決を受けたところ、Z  
地区を管轄するズールAGが管轄を有するかが問題となった。被告人は、刑事訴訟法七条一項によれば、犯罪行為が  
行われた地区の裁判所が裁判籍となると定められ、犯罪行為の場所は刑法九条一項に従って決定されるところ、送信  
行為はO地区でなされたため、ズールAGではなく（O地区を管轄する）マイエンAGが管轄を有するとして、事案  
をマイエンAGに差し戻すべきと主張した。これに対してOLGは、抽象的・具体的危険犯である中傷の罪では、行  
為が「その者を侮蔑すること若しくは世論において貶めること」または「その者の信用を危険にさらすこと」の適性  
を有することが要求されているところ、立法者はこの適性という要件により、「結果発生と犯罪構成要件の密接な関

係を定め、それにより構成要件に属する結果それ自体も定めている」と指摘する。その上で、本件ではフアックスにより送信された内容が名宛人に到達していることから、Z地区での結果発生およびブルーLAGの管轄が認められた。

他方、事例④・二〇一四年一月一日五日シュトゥットガルトLG決定<sup>(65)</sup>では、中傷の罪に関して結果地が否定された。テロ組織構成員の募集の罪等で有罪判決を受け拘禁された被告人は、オーストリアに所在する知人Mを通じて、自身の拘禁中の待遇が差別的である旨の不実の主張を記載したアラビア語の記事をインターネット上で公開させた。同記事中では刑執行機関の職員等の名前が具体的に挙げられ、被告人は中傷の共同正犯として起訴された。本件はシュトゥットガルトAGに係属したところ、共犯Mの行為地、被告人の行為地および居住地のいずれもシュトゥットガルトAGの管轄領域内ではなかったため、結果地が当該領域内に基礎づけられるかが問題となった。LGは、中傷の罪が成立するためには、行為が他の者を侮蔑しうることの具体的適性を有している必要があるところ、インターネットを通じて当該記事が知られる可能性があるだけでは十分に具体的であるとはいえないとして、当該記事が知覚可能である地は結果地にあたらないとした。その際、LGはBGH判決（事例①）を参照し、当該判決は「ドイツの過去と明らかに関連性があるという判決理由の要素と共に、規範との関係で特定の「normspezifisch」理解されなければならぬ」とする。その上で、事例①で問題となった民族煽動罪と、悪評の流布の罪（二八六条）および中傷の罪は対比可能なものではなく、中傷の罪においては、危険が裁判地区内ですでに具体化した場合にのみ、裁判地が認められるべきであるとされる。本件では、そのような危険の具体化が明らかではないため、結果地は基礎づけられないとされた。

以上のうち、事例②③では、抽象的・具体的危険犯においては行為が危険を生じさせる一定の「適性」を有していることが要求され、この点に結果を見出すことができるとした点で、事例①のBGH判決を踏襲していると評価することができるとは、事例②では平和が現に破壊されたことが併せて認められている点、事例③はインターネット犯罪ではない

点には注意を要する)。一方、事例④では、中傷の罪に関して、従来の裁判例とは異なり、危険が現に具体化したことが要求されているようにも思われる。ただし、事例④は民族煽動罪については結果地が肯定される余地を残している。いずれにせよ、抽象的・具体的危険犯に関して結果地を肯定する見解に対しては批判も多い。<sup>(66)</sup>

## (二) 抽象的危険犯の事例

ドイツにおいては——日本と同様に——純粋な抽象的危険犯が結果地を有するか否かについて扱った最上級審の判例が長らく存在していなかった。ただし、下級審判例においては、抽象的危険犯である憲法違反組織の象徴物の使用(八六条a)が外国から行われた場合に、国内結果地が認められうるか否かについて扱った一九九九年の判決(後述事例⑤)が存在していた。その後、二〇一四年には、BGHで、同じく憲法違反組織の象徴物の使用の罪が、外国からインターネットを通じて行われた事案において、結果地の有無を判断した決定(後述事例⑥)が登場した。両判決は、同じ犯罪について扱っていないながらも、相反する帰結に到達しており、注目に値する。

### 1 一九九九年三月一六日ベルリン上級裁判所(KG)判決

事例⑤・一九九九年三月一六日ベルリンKG判決<sup>(67)</sup>の事案は以下の通りである。ドイツ人である被告人らは、ポーランドで開催されたサッカー代表戦の試合前、ドイツ国歌斉唱に際していわゆるヒトラー式敬礼を行い、その光景が生中継およびニュース番組等を通じて、ドイツでもテレビ放映された。以上につき、被告人が憲法違反組織の象徴物の使用(刑法八六条a第一項一号)を「国内において」実現したといえるかが問題となった。まずKGは、当該構成要件では結果発生が要求されず、当該構成要件を含む抽象的危険犯において結果地を認めることができないとする。しかし、その一方で、KGは「憲法違反組織の象徴物の使用の罪の行為は、象徴物を視覚的または聴覚的に知覚可能とす

る利用という点にある(「…」。そのような行為は、行為者の所在地に限定されず、「当該行為が」知覚可能となった領域とも関連づけられ、「刑法八六条aの意味における象徴物が、外国に所在する犯人から、ラジオやテレビの放映を通じて国内で知覚可能とされた場合、国内行為地も存在する」と述べ、ドイツが行為地となることを認めた。

本判決の特徴は、抽象的危険犯に関して結果地を否定する一方で、問題となる行為が「知覚可能となった」範囲にまで拡大する見解を採用している点である。この帰結は、先に検討した、表現犯に関して行為地を拡大する見解(四章三節)と整合的といえる。

## 2 二〇一四年八月一九日BGH決定

事例⑥…二〇一四年八月一九日BGH決定<sup>(68)</sup>は、被告人がチェコにあるコンピュータから、動画サイト「YouTube」上にチャンネルを開設してハーケンクロイツの画像をアップロードし、少なくとも二名がドイツからアクセスしたことについて、憲法違反組織の象徴物の使用(刑法八六条a第一項一号)の成立が争われた事案である<sup>(69)</sup>。原審は、当該アップロード行為に関して九条一項に基づく刑法の適用を認め、被告人を有罪としたが、被告人が上訴した。

BGHは以下のように述べ、抽象的危険犯である八六条a第一項の罪は構成要件に属する結果を定めておらず、国内犯にあたらなとした。「刑法九条一項の意味における結果地をめぐる問題が、特定の規範との関係で、刑罰法規の保護目的に依じて解決されなければならない(「…」)、したがって当該規定が一般的な犯罪論の意味における結果犯のみに適合するものではないとの見解に同意するとしても、招来された抽象的危険が具体的危険に転化した場所または転化しうるに過ぎない場所においては、構成要件に属する結果が生じたとはいえない」。九条一項にいう「構成要件に属する結果」は、「構成要件該当行為から場所的かつ／または時間的に分離可能な外界の変更」という点に存するのであって、抽象的危険犯ではこれは認められなるとされた。

加えて、BGHは前述事例⑤を参照しつつ、行為地拡大説を明示的に否定した。すなわち、「作為犯の場合、行為地は行為者の所在地に従って決定され」なければならず、行為者が知覚可能な範囲や、行為者によりアクセスされたサーバーの所在地は、行為地たりえないとしたのである。その理由は、「インターネット上で純粹に技術的に発信を行う場合には、第三者（受領者）の行為およびその行為地を、刑法二五条一項二類または同条二項に従って当該行為者（発信者）に帰属する可能性が存在しないから」とされる。

本件のように、海外からインターネットを通じて行われた抽象的危険犯を不可罰とすると、違法な情報をインターネット上に公開するために、ドイツから国外に向く者が生じることになりかねないとの懸念もありうる。しかし、BGHはそのような懸念がありうることを「看過しているわけではない」とし、それでもなお、「この処罰の間隙を埋めることが必要であると考えるのであれば、それは立法者の責務である」とした。

### 3 検討

事例⑥では、インターネットを通じて行われた抽象的危険犯としての表現犯に関して、行為地拡大説と、抽象的危険犯であっても「構成要件に属する結果」を有するとする見解の双方が、明示的に否定された。したがって、事例⑥では、行為者の所在地（チェコ）のみに従って犯罪地が決定され、ドイツ刑法の適用は否定されることとなった。

同決定において、BGHは（事例①を含む）従来の判例と同様に、「構成要件に属する結果」概念が一般的な犯罪論と必ずしも同一の意味ではないとする余地を残す一方で、同決定では、結果地が基礎づけられるためには行為と区別された「外界の変更」が要求されるとして抽象的危険犯の結果地を否定している。これにより、BGHは抽象的危険犯の犯罪地に関して、形式説的な立場から否定説に立ち、かつ、九条の「基本思想」に依拠して「構成要件に属する結果」を抽象的危険にまで拡大することを拒絶した。

また、前述の通り、抽象的危険犯における結果地否定説に対しては、抽象的危険犯は具体的危険犯よりも処罰を前倒しするものであるにもかかわらず、前倒しがなされているがゆえに刑法の適用範囲が否定されることは不当であるとの批判がなされていたところ、BGHはこれに対しても、反駁を試みている。すなわち、BGHは「可罰性が前倒しされているということが既に、このような前倒しを〔…〕国際的な関連性を有する事案に例外なく及ぼすというわけではないことのきつかけとなりうる」と述べている。この判文が何を意味しているのかは必ずしも明らかではないが、抽象的危険犯では処罰が前倒しされている、ということをもって刑法の適用を含む他のあらゆる場面において処罰の拡大を認めなかったという点に関しては、肯定的に評価する見解もある。<sup>(7)</sup>

なお、同決定に賛同する評釈類もみられる一方、特に抽象的危険犯においても一定の「結果」を観念することができるとする立場からは、本件で問題となった表現がドイツ国内から公然と知覚可能となった以上、本罪の「固有かつ特定の不法が実現している」ため刑法の適用を認めるべきであったとの批判がなされている。<sup>(7)</sup>

## 六 むすびにかえて

### (一) ドイツにおける今後の動向

以上の通り、純粹な抽象的危険犯に犯罪地を基礎づける「構成要件に属する結果」が存在するか否かをめぐっては、学説上激しい対立がみられるものの、BGHは二〇一四年決定（事例⑥）において、これを明示的に否定した。同決定の射程については議論の余地がありうるものの、仮に同判決を抽象的危険犯一般に及ぼすとすれば、国外からインターネット経由で行われたポルノ画像への接近可能化（一八四条一項一号等）や、同決定で問題となった憲法違反組織

の象徴物の使用（八六条a）に関しては、刑法の適用は原則として不可能であり、学説において議論されてきた、属地主義に外在的な制約を加える試みは、出幕すらないということになる。したがって、BGHが述べているように、違法な内容をインターネット上に公開するために外国に出向き、公開後に帰国する者は原則として不可罰となるが、たとえその帰結が不当であるとしても、その間隙を塞ぐことは立法者の責務となる。もっとも、ドイツにおいては抽象的危険犯においても結果地が認められるべきとする見解も、なお有力に主張されている現状にある。

今後この決定が維持されていくとした場合、国外からインターネット等を通じて抽象的危険犯が行われた場合であっても間隙なく処罰したいのであれば、立法者の側としては、①それを国外犯処罰規定（五条以下）のカタログに入れる、②構成要件自体に手を入れて、一定の「中間結果」等を入れる（たとえば侮辱罪のように相手方への「到達」の要件を入れること）といった対応が求められることとなる。

実際に①に関しては、事例⑥の登場を受けて二〇一六年に刑法改正案が提出され、<sup>(73)</sup>その中では、同判決で問題となった八六条aおよび八六条を、国外犯処罰規定である五条（内国の法益に対する国外犯）のカタログに含めるべきとの提案がなされている。<sup>(74)</sup>

## (二) 日本への示唆

冒頭でも述べた通り、日本では、海外からアップロードされた違法な情報に日本国内からアクセス可能となったことをもって国内犯罪地を認めることができるかという問題については、議論が手薄であったように思われる。その意味で、日本においても、結果地の有無については、犯罪類型ごとに、より精密な議論が行われる必要がある。

確かに、インターネット上で行われた抽象的危険犯の場合にも、日本からアクセス可能であることをもって犯罪地を一旦肯定し、その上で、日本との関連性が薄い事案に関しては外在的制約を設けることで刑法の適用を限定する、

という議論はありうる。しかし、ドイツのように、抽象的危険犯に関してそもそも結果地を観念できないとするのであれば、少なくとも抽象的危険犯に関しては、属地主義を外在的に制約する必要はない。加えて、属地主義を外在的に制約するための試みの多くは、現行法上根拠がないと批判されていることから、そのような外在的制約の及ぶ範囲を可能な限り狭くすることが望ましく、他の限定原理があるのであれば、それに依る方が望ましいともいえる。

また、日本ではドイツと異なり、国内犯であっても起訴便宜主義が採用されているため、これを通じて事案の適切な解釈を図ることも、可能ではある。しかしながら、訴追裁量に基づく訴追の有無の判断は、問題となる所為に刑法の適用があることを前提として行われるものでなければならぬ。その意味で、犯罪地が基礎づけられるか否かという問題は、訴追の必要性の検討に先んじて検討される必要がある。

いずれにせよ、ドイツの実務のように、結果犯・具体的危険犯・抽象的危険犯に犯罪類型を区分し、それぞれにしたがって結果地の有無を考えると、日本においても参考となりうる。それでは、ドイツにおける議論を日本においても有意義に参照するためには、いかなる点に留意する必要があるであろうか。

ドイツの議論の焦点は、国内からウェブ上のデータにアクセス可能となったことをもって、九条一項にいう「構成要件に属する」結果が生じたといえるかどうかであった。この点、日本では条文中、このような構成要件の拘束は存在せず、条文中は遍在説以外の見解を採用する余地もある。ただし、判例は一貫して「構成要件該当事実の一部」が国内で生ずれば国内犯であるとしており、この点で、ドイツの議論を参考とすることもありうる。その一方で、従来の遍在説はその実務上の利便性のために、特にその理論的根拠が深く考えられることなく用いられてきたという指摘<sup>(76)</sup>も事実である。その意味で、属地主義または遍在説の理論的根拠を検討することも、改めて課題となる。

また、BGHでは、純粋な抽象的危険犯に関して結果地は観念できないという結論が採用されているところ、これは抽象的危険犯に関して形式説を採用したことの帰結であると見受けられる。我が国においても、抽象的危険犯の性

質に関しては形式説と実質説の対立がみられ、この点に関する態度決定は、犯罪地の確定をめぐる議論にも影響を与えよう。もつとも、ドイツの学説でみられた通り、仮に形式説を採用したとしても、属地主義の「基本思想」に立脚して結果地を広く措定するという議論はありえないわけではない。したがって、日本の議論においても、抽象的危険犯の性質論と、属地主義ないし遍在説の理論的根拠という二つの観点から、連動的な検討を行うことが必要となろう。本稿はドイツの議論の紹介的検討に留まった。今後は日本との関係、特に個別具体的な犯罪構成要件<sup>(7)</sup>の検討を行う必要がある、この点に関しては他日を期したい。

- (1) 日本においては小野清一郎が提唱し、以来通説としての地位を保ってきた。小野清一郎『犯罪の時及び所』有斐閣（一九二三年）参照。
- (2) たとえば、辰井聡子「犯罪地の決定について」（二・完）上智法学論集四一巻二号（一九九七年）六九頁以下および同三号（一九九八年）二四五頁以下（以下それぞれ「犯罪地（一）」、「犯罪地（二）」として引用する）、齋野彦弥「情報の高度化と犯罪の『域外適用』について」田村善之（編）『情報・秩序・ネットワーク』北海道大学出版会（一九九九年）所収二八六頁以下、渡邊卓也『電腦空間における刑事的規制』成文堂（二〇〇六年）三三頁以下等を参照。
- (3) 岩間康夫「刑法の場所的適用範囲に関する遍在主義の制限について——インターネット時代を契機に」大阪学院大学法学研究二五巻二号（一九九九年）二頁参照。なお、この問題は「遍在説」の制限といわれるが、「属地主義」の制限とする方が正確であると思われる。なぜなら、結果説を採用したとしても、海外からわいせつな画像がアップロードされた場合、日本国内で「結果」が発生したとして刑法の適用が認められようということには変わりがなく、この問題は遍在説に固有のものではないからである。
- (4) ドイツにおける属地主義限定の試みを紹介するものとして、渡邊（前掲注（2））四六頁以下、岩間（前掲注（3））三頁以下、中島一能『自国刑法の適用範囲』福岡大学大学院論集三六巻二号（二〇〇四年）八一頁以下、只木誠『刑事法学における現代的課題』中央大学出版部（二〇〇九年）一七三頁以下等を参照。
- (5) この問題に関する我が国の先駆的研究としては、渡邊（前掲注（2））五四頁以下、香川達夫『危険犯』学習院大学（二

- 〇〇七年) 八七頁以下等を参照。
- (6) わいせつ物陳列罪に関して、岩間(前掲注(3))二頁参照。また、山口厚「コンピュータ・ネットワークと犯罪」ジュリスト一七一七号(一九九七年)七六頁、同「刑法の場所的適用範囲」論再考」『経済犯罪に関する諸問題』トラスト六〇(一九九九年)所収四五頁以下参照。
- (7) 渡邊(前掲注(2))五四頁参照。
- (8) *Werte/Leibberger*, in: *Lauthner/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. (2007), § 9 Rn. 90.
- (9) ドイツ刑法の日本語訳は、法務省大臣官房司法法制部『法務資料第四六一号ドイツ刑法典』(二〇〇七年)を参考として適宜修正した。以下も同様とする。
- (10) なお、同条二項では共犯の犯罪地が定められていない。
- (11) *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 29. Aufl. (2014), § 9 Rn. 7参照。
- (12) なお、国内犯とは異なり、国外犯に関しては、刑事訴訟法一五三条の第一項一号に従って、起訴便宜主義が妥当する。*Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 7. Aufl. (2016), § 5 Rn. 67, 77, 103参照。
- (13) *Mejer-Gobner/Schnitz*, *Strafprozessordnung*, Kommentar, 59. Aufl. (2016), § 7 Rn. 2参照。ドイツ刑事訴訟法の翻訳は、法務省大臣官房司法法制部『法務資料第四六〇号ドイツ刑事訴訟法典』(二〇〇一年)による。
- (14) ライプツィヒ裁判所の判例については、*Bergmann*, *Der Begehungsort im internationalen Strafrecht Deutschlands, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika* (1966), S. 34 ff.; 辰井「犯罪地(一)」(前掲注(2))一〇六頁以下参照。
- (15) *Verordnung über den Geltungsbereich des Strafrechts vom 6. Mai 1940* (RGBl. 1940 I S. 754).
- (16) 旧三条当時の議論については、たかやま *Endemann*, *Interlokalkrechtliche Probleme im Bereich des Staatsschutzstrafrechts unter besonderer Berücksichtigung des Tatortbegriffs* (§ 3 Abs. 3 StGB), NJW 1966, S. 2382を参照。
- (17) BT-Drucks. IV/650 S. 113参照。
- (18) Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 18. Aufl. (1966) § 3 Rn. 6.
- (19) 「法益」には依拠されなごころを指摘するものについては、*Eser*, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 6b参照。日本刑法との関係で同様の指摘を行うものとして、愛知正博「国際刑事法における未遂の犯罪地」中京法学三・四号(二〇一五年)一二二頁および一三

- 六頁注二五。他方、構成要件の結果と区別された「法益侵害」の地を犯罪地と認めるものと「辰井「犯罪地(二)」(前掲注(2))二七三頁以下、齋野(前掲注(2))二九六頁を参照。
- (20) *Eser*, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 6b; *Ambos*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. (2011), § 9 Rn. 19; *Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. (2013), § 9 Rn. 11 等を参照。
- (21) このような事例は国内犯罪地を否定した事案として OLG München, StV 1991, 504.
- (22) *Ambos* a.a.O. (Fn. 21), Rn. 21; *Böse* a.a.O. (Fn. 20), Rn. 9 参照。
- (23) *Satzger*, a.a.O. (Fn. 12), § 5 Rn. 28 参照。
- (24) BGHSr 42, 235.
- (25) *Geisler*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. (2014), § 323a Rn. 3 参照。
- (26) 客観的処罰条件と結果地に関して「*詳し*」は *Hecker*, Tatorbegründung gem. §§ 3, 9 Abs. 1 Var. 3 StGB durch Eintritt einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit?, ZIS 2011, 398 ff. 参照。なお、客観的処罰条件を含むものに否定的な見解として「*Satzger*, a.a.O. (Fn. 12), § 5 Rn. 31」を参照。
- (27) 構成要件に属する結果に「*あたらなる*」事情に「*か*」*詳し*」は *Eser*, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 6 m.w.N.
- (28) ドイツにおける抽象的危険犯に関する最近の邦文献として、振津隆行『抽象的危険犯の研究』成文堂(二〇〇七年)五頁以下、謝焯偉『抽象的危険犯論の新展開』弘文堂(二〇一二年)五九頁以下参照。
- (29) *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. (2011), § 9 Rn. 7; *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl. (2015), § 9 Rn. 9; *Cornils*, Der Begehungsort von Außenungsdelikten im Internet, IZ 1999, S. 395 等を参照。
- (30) *Eser*, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 6; *Böse*, a.a.O. (Fn. 20), Rn. 12; *Valerius*, Stammgesetz und grenzüberschreitende Forschung, NSIZ 2008, S. 122; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. (2014), § 9 Rn. 2; *Kindhäuser* a.a.O. (Fn. 29), Rn. 10.
- (31) *Hilgendorf*, Die Neuen Medien und das Strafrecht, ZStW 2001, S. 668 ff.; *Satzger*, a.a.O. (Fn. 12), § 5 Rn. 28.

- (32) *Satzger*, a.a.O. (Fn. 12), § 5 Rn. 25 f. 参照。
- (33) なぎ サイトを国内に伝達したハロニアタの刑事責任に關しては *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. (2016), § 9 Rn. 7 参照。
- (34) *Ambos*, a.a.O. (Fn. 21), Rn. 28 参照。
- (35) *Fischer*, a.a.O. (Fn. 33), Rn. 3 参照。
- (36) *Cornils*, a.a.O. (Fn. 29), S. 396 ff. 参照。 ㊦㊧ *Minas*, Glücksspiele im Internet (2009), S. 178 ff. ㊦参照。
- (37) *Esor*, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 4 参照。
- (38) *Ambos*, a.a.O. (Fn. 21), Rn. 29 参照。 ㊦㊧ *Minas*, a.a.O. (Fn. 36), S. 159; *Heinrich*, Handlung und Erfolg bei Distanzdelikten, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber (2004), S. 91, 99; *Hilgendorf/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 150 ㊦参照。
- (39) *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 31), S. 668 参照。
- (40) *Werte/Leibberger*, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 81; *Böse*, a.a.O. (Fn. 20), Rn. 4; *Heinrich*, a.a.O. (Fn. 38), S. 99 f. 参照。
- (41) *Martin*, Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen (1989), S. 79 ff. 参照。 ㊦㊧ *Satzger*, a.a.O. (Fn. 12), § 5 Rn. 26 ㊦参照。
- (42) *Werte/Leibberger*, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 33.
- (43) *Werte/Leibberger*, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 32 参照。 ㊦㊧ *Hecker*, a.a.O. (Fn. 26), S. 400; *Martin*, a.a.O. (Fn. 41), S. 121; *Heinrich*, Der Erfolgsort beim abstrakten Gefährdungsdelikt, GA 1999, S. 75 f. *Safferting*, Internationales Strafrecht (2011), § 3 Rn. 23 ㊦参照。 なぎ 抽象的危険における「行為の遂行から分離可能な抽象的危険の結果」を見出すことについては見解をよび *Hecker*, a.a.O. (Fn. 26), S. 400 参照。
- (44) *Werte/Leibberger*, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 33; *Heinrich*, a.a.O. (Fn. 43), S. 81; *Hecker*, Die Strafbarkeit grenzüberschreitender Luftverunreinigungen im deutschen und europäischen Umweltstrafrecht, ZStW 2003, S. 888 参照。
- (45) *Satzger*, a.a.O. (Fn. 12), § 5 Rn. 27 参照。
- (46) *Werte/Leibberger*, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 34 参照。
- (47) *Stieber*, Internationales Strafrecht im Internet, Das Territorialitätsprinzip der §§ 3, 9 StGB im globalen Cyberspace, NJW

1999, S. 2068 ff.

- (48) Sieber, aa.O. (Fn. 47), S. 2068 ff. 参照。
- (49) Sieber, aa.O. (Fn. 47), S. 2071 参照。また, Paramonova, Internationales Strafrecht im Cyberspace (2013), S. 41 ff. ♪ 参照。
- (50) Sieber, aa.O. (Fn. 47), S. 2071 参照。
- (51) Heinrich, aa.O. (Fn. 38), S. 100 参照。
- (52) Hecker, aa.O. (Fn. 26), S. 400 参照。また, 渡邊 (前掲注 (2)) 八〇頁も参照。
- (53) ヴェルレーイエースネルガーは, 危険犯に關してどのような立場を採用するかを明示することなく, 基本思想を重視して抽象的危険犯の結果地を認める。Werte/Jelberger, aa.O. (Fn. 8), Rn. 28 ff. 参照。また, 渡邊 (前掲注 (2)) 八〇頁も参照。
- (54) 渡邊 (前掲注 (2)) 四六頁以下, 岩間 (前掲注 (6)) 三頁以下等を参照。
- (55) そのような立場として, Hilgendorf, aa.O. (Fn. 31), S. 663 参照。
- (56) 抽象的・具体的危険犯に關しては, 謝 (前掲注 (28)) 七〇頁以下を参照。
- (57) 「適性」が要求される他の表現犯には, 犯罪行為への報酬の支払い及び是認 (一四〇条)、虚偽告発 (二六四条二項)、信條・宗教団体及び世界觀を共有する団体に対する冒瀆 (二六六条一項および二項)、悪評の流布 (一八六条)、政界にいる者に対する悪評の流布および中傷 (一八八条)、言葉の信頼性に対する侵害 (二〇一条二項) 等がある。
- (58) BGHSt 46, 212. なお, 本判決に關しては, 渡邊 (前掲注 (2)) 七三頁以下も参照。
- (59) LG Mannheim, Urt. v. 10. November 1999, Az.: 5 Kls 503 Js 9551/99.
- (60) なお, これに加えて, 被告人はドイツ国内の雑誌社および裁判官等に対してアウシュヴィッツでの虐殺が虚偽である旨の書簡を (オフラインの郵便で) 送付しており, この点に關しては, 民族煽動も併せて適用されて所為單一とされた。
- (61) Claus, MMR 2001, 232 は, 純粹な抽象的危険犯と抽象的・具体的危険犯を区別し, 後者についてのみ結果地を肯定する。すなわち, 後者では危険潜在性の創出 (一三〇条でいえるは平和破壊の適性) が要求されているところ, 「潜在的に侵害される法益の担い手なくして, 危険潜在性を記述することも確定することもできない」ため, この危険潜在性は「場所特定可能性」(Lokalisierbarkeit) を前提とするものであることから, 抽象的・具体的危険犯では結果地が肯定できるとする。
- (62) Zimmermann, NS-Propaganda im Internet, § 86a StGB und deutsches Strafanwendungsrecht, HRRS 2015, 443 ff.; Esser, aa.O. (Fn. 11), Rn. 7a 参照。

- (63) LG Regensburg, NJ 2014, 305.
- (64) OLGSt, StGB § 9 Nr. 3.
- (65) LG Stuttgart, MMR 2015, 347.
- (66) 前掲注(31)から(33)に掲げた文献を参照。
- (67) KG Berlin, NJW 1999, 3500.
- (68) BGH NSZ 2015, 81. 本判決の評釈として、*Satzger, Jura* 2015, S. 111 ff.; *Albrecht/Beier, jurisPR-ITR II/2015, Anm. 2; Becker, NSZ* 2015, S. 83 ff.; *Busching, MMR* 2015, S. 295 ff.; *Hecker, Jus* 2015, S. 274; *Valerius, HRRS* 2016, S. 186 ff.; *Zimmermann, HRRS* 2015, S. 441 等も参照。
- (69) なお、本件被告人は、他の多くの罪でも訴追されているが、それらはいずれもドイツ国内から行われており、刑法の適用は問題となっていない。
- (70) *Zimmermann, a.a.O.* (Fn. 69), S. 443 参照。
- (71) *Valerius, a.a.O.* (Fn. 69), S. 186; *Zimmermann, a.a.O.* (Fn. 69), S. 441; *Safferting, a.a.O.* (Fn. 69), S. 1011 参照。
- (72) *Becker, a.a.O.* (Fn. 69), S. 84. また、*Hecker, a.a.O.* (Fn. 69), S. 275 参照。
- (73) BR-Drucks. 27/16; BT-Drucks. 18/8089.
- (74) この点については、*Valerius, a.a.O.* (Fn. 69), S. 189 参照。
- (75) 構成要件という限定を排除する見解として、辰井「犯罪地(二)」(前掲注(2))二七三頁以下、齋野(前掲注(2))二九六頁を参照。
- (76) 辰井「犯罪地(一)」(前掲注(2))七一頁以下を参照。
- (77) 近時の我が国では、アメリカから同国設置のサーバーに開設されたウェブサイトを通じて、わいせつな動画等のデータファイルが有料配信された事案で、日本からこれに関与した被告人に対して、わいせつ電磁的記録頒布罪(日本刑法一七五条一項後段)の成立を認めた最高裁決定(最決平成二六年一月二五日刑集六八卷九号一〇五三頁)が登場し、刑法適用の有無の観点からも注目を集めている。

横濱 和弥 (よこはま かずや)

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

所属学会 日本刑法学会

専攻領域 刑法、国際刑法

主要著作

「国際刑法における『上官責任』に関する一考察——日本刑法上の諸概念との対比を中心に」『法学政治学論究』第九二号(二〇一二年)

「国際刑法における『上官責任』とその国内法化の態様に関する一考察——ドイツ『国際刑法典』を素材として」『法学政治学論究』第九七号(二〇一三年)

「国際刑法における犯罪の主観的成立要件について——国際政治裁判所規程三〇条における『Intent and Knowledge』の意義」『法学政治学論究』第一〇九号(二〇一六年)