

「性的姿態等撮影罪」新設の意義と課題 - 不同意わいせつ罪との関係など

メタデータ	言語: ja 出版者: 公開日: 2023-10-31 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 永井 善之, NAGAI Yoshiyuki メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24517/0002000055

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License.



「性的姿態等撮影罪」新設の意義と課題

— 不同意わいせつ罪との関係など

永井善之

- 一 はじめに
- 二 性的姿態等撮影罪の新設の意義
 - 1 被害実態と既存法令による対応
 - 2 性的姿態等撮影罪の概要
- 三 性的姿態等撮影罪の新設による課題
 - 1 未遂
 - 2 不同意わいせつ罪等との関係
- 四 おわりに

一 はじめに

第211回国会会期中の令和5（2023）年3月14日に、「性的な姿態を撮影する行為等の処罰及び押収物に記録された性的な姿態の影像に係る電磁的記録の消去等に関する法律案」（第211回国会閣法59号。以下「新法（案）」ともいう。）が国会提出された。本法案は、現在の我が国において社会問題化している、人の性的な部位や姿態等を対象とするいわゆる盗撮（以下「性的盗撮（行為）」ともいう。）をはじめとする、被写体とされた者の同意していない性的姿態等の撮影行為や、それにより得られた画像の公開行為等を犯罪化するとともに（前者の罪には「性的姿態等撮影」との名称が付されている（新法2条参照）。以下、これを「撮影罪」ともいう。）、これらの画像等に係る電磁的記録の消去等について規定するものである。性的盗撮行為に対する法的対応としては従来一般に、各都道府県条例に設けられている卑わいな行為

を禁止する規定が適用されるなどしてきたが、そのような罪に係る条例ごとの構成要件や法定刑の相違の存在など、その法的規制としての不十分性が指摘されていた。このような点で、今般、新たな規制立法の策定に至ったことの意義は大きいといえよう。

新法における撮影罪の保護法益は、後述のように、(自己の性的情報に係る)性的自由ないし性的自己決定権と解されており、このことは従来、性的盗撮行為につきその成立が認められてきた条例上の罪が、本来は当該地域に所在する人々の生活の平穏等といった社会的利益を保護する罪として設けられたものであり、近時はその一部に性的盗撮事案を捕捉するべく個人的利益を保護するものと解される規定も設けられることが多いものの、なおその規制に不十分でありうることに鑑みても、妥当なものと解される。そして、撮影罪の保護法益がこのような性的自由ないし性的自己決定権であると解されることは、(自己の身体ないし行動についての)同じく性的自由ないし性的自己決定権を保護法益とすると解される、既存の強制わいせつ罪(刑法176条)、強制性交等罪(同177条)、準強制わいせつ罪・準強制性交等罪(同178条)、監護者わいせつ罪・監護者性交等罪(同179条)¹⁾とも共通であるということが出来る。つまり、撮影罪とは、性的自由ないし性的自己決定権(以下、これらを「性的自由」と総称する。)を保護法益とする、既存のいわゆる「性的自由に対する罪」を構成する諸犯罪類型に、その新たな一類型として付け加えられることとなった犯罪類型であるともいえよう。

撮影罪がこのように位置づけられると解されうるとすると、そこから解釈論上の一つの課題が生じうる。それは、性的自由を侵害するものとして撮影

1) 新法と同日に国会提出された「刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律案」(第211回国会閣法58号。以下「刑法等改正法案」という。)による刑法の改正により、これらの罪のうち、強制わいせつ罪と準強制わいせつ罪は統合等のうへ「不同意わいせつ」罪(新176条)へ、強制性交等罪と準強制性交等罪は統合等のうへ「不同意性交等」罪(新177条)へと、それぞれ修正される予定である。この刑法改正後の、前者の罪に係る規定の文言については、後述二2(2)を参照。

罪の構成要件に該当することになる、同意に基づかない性的姿態等の撮影行為は、同じく性的自由を侵害する（準）強制わいせつ罪又は監護者わいせつ罪（刑法等改正法案による改正後の不同意わいせつ罪又は監護者わいせつ罪²⁾。以下、文脈により同改正前後のいずれかのみを指す場合も含め、これらの罪を「わいせつ罪」と総称する。）の構成要件に該当することになるわいせつ行為と、どのような関係にたつのかという問いである。このような点に関連して、新法においては、撮影罪に係る規定がわいせつ罪に係る規定の適用を妨げるものではない旨の規定が設けられている³⁾。この規定により、「撮影罪規定の存在は、撮影行為についてのわいせつ罪の成立を排除するものではない」こと、つまり「撮影罪の成立が認められうる撮影行為についても、わいせつ罪の成立が認められることがある」ことは法文上明らかとされたといえようが⁴⁾、このこと以上には両罪の関係性については明らかではない。

そこで本稿は、性的盗撮行為の規制についてを中心に、撮影罪の立法に至

2) 前述注1)参照。

3) 新法2条3項。同項を含む、新法において撮影罪につき定める規定の文言については、後述二2(2)を参照。

4) 新法案策定の前提となった法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会（後述二2(1)参照）においても新法2条3項に当たる内容についての議論はなされていないようであり、加えてその国会審議中である本稿脱稿時点（令和5（2023）年5月22日）では国会会議録も立案担当者による立法解説も未公開であることから、本稿における新法に係る考察には誤解のおそれもあるが、この規定の趣旨は、同意に基づかない撮影行為そのものについての罰条関係を示すことにあると考えられる。というのは、撮影罪（法定刑は3年以下の拘禁刑又は300万円以下の罰金。新法2条1項）は、例えば被害者の意思に反する撮影行為の過程において、わいせつ罪の成立が認められうる行為（例えば、被害者の意思に反して脱衣させるなど）があった場合に（後掲注56）の諸裁判例を参照）、撮影行為に係る撮影罪の成立をもってわいせつ罪の成立を排除するというような、すなわち従来わいせつ罪として処罰されえた事案のうちの一類型（撮影行為を伴う事案）を軽く処罰する減軽類型のようなものではないことは明らかであろうから、新法2条3項はこのような当然の旨をあえて規定したものとは考え難いからである。

った背景ないし立法事実を踏まえつつ、同罪の基本的な性格及び構造とその新設の意義を確認したうえで（二）、わいせつ罪との関係性をはじめとする、撮影罪の新設に伴う解釈論上の課題について検討する（三）。これにより、撮影罪とわいせつ罪の関係に係る将来の立法論的な再構成の試みをも視野に入れた、性的自由に対する罪におけるこれらの罪の棲み分けの在り方の考察の手がかりを得ることを試みたい。

二 性的姿態等撮影罪の新設の意義

1 被害実態と既存法令による対応

(1) 被害の実態

被写体とされた者の同意に基づかないで行われる、その性的姿態等の撮影行為としては、人をその意思に反して脱衣させてその様子を撮影するなどといった態様も想定されるが⁵⁾、現在の我が国において特に深刻な問題となっているものが性的盗撮行為、すなわち、通常衣服で覆われており他人に見られることを前提としていない下着やそれにより覆われている身体の部位等を、この被写体とされた者に認識されることなく撮影する行為である。このような性的盗撮自体は相当以前よりみられる事案ではあったが⁶⁾、近年の科学技術の著しい発展により小型化かつ高性能化した撮影機器が普及したこと、とりわけ携帯電話機への撮影機能の付加などが契機となって、近時はこのような盗撮事案の増加傾向が著しくなっている⁷⁾。後述のように、これらの盗撮事案は従来から、各都道府県におけるいわゆる迷惑防止条例の違反として摘発されることが一般的であり、警察庁の資料によれば、このような条

5) 後掲注56)の諸裁判例を参照。

6) 例えば、人の用便中の姿態を撮影する目的で、便所内にビデオカメラを設置した行為につき、軽犯罪法1条23号の窃視の罪の成立を認めたものとして、気仙沼簡判平成3・11・5判タ773号271頁がある。

7) 間柴泰治「盗撮行為を規制する刑事法をめぐる論点」リファレンス（2011年）133頁参照。

例違反としての盗撮事犯の検挙件数は、平成22（2010）年度には1741件であったものが、令和元（2019）年には3953件に⁸⁾、令和3（2021）年には5019件に達したとされる⁹⁾。

このように、なお蔓延する盗撮被害への法的対処の必要性が新法による撮影規制の重要な目的となっているが、後述のように、新設された撮影罪としての行為類型は被写体とされた者による撮影に係る同意がない場合を原則とするものであり（なお、16歳未満の者が被写体とされる場合にはその者による撮影に係る同意の有無は原則として同罪の成否に関係しない。）、盗撮という態様に限定されたものではない。これは、特に撮影機能をもつ携帯電話機の普及により、既存のいわゆる性犯罪に当たる行為の際にその場が撮影されるといった事案が多数発生するようになったとされ、このような撮影行為自体の規制の必要性が認められるに至ったためである¹⁰⁾。

8) 強姦罪を強制的性交等罪に改めるなどした「刑法の一部を改正する法律」（平成29年法律72号。以下「刑法改正法」という。）の附則9条に基づいて、性犯罪に係る事案の実態に即した対処を行うための施策の在り方について検討を行うため、法務省において、令和2（2020）年6月から翌年5月にかけて16回に渡り開催された「性犯罪に関する刑事法検討会」（井田良座長）の第6回会議にて配布された資料41「盗撮事犯の検挙状況」（法務省ウェブサイト<https://www.moj.go.jp/content/001347084.pdf>（令和5（2023）年5月21日最終閲覧。以下、本稿で引用のウェブサイトにつき同じ。）参照）1頁による。

9) 共同通信社2022年4月30日付記事

（<https://nordot.app/887607587934191616?c=39546741839462401>）参照。

10) このような規制の必要性の指摘について、刑法改正法（前述注8）参照）の法案策定に至る、法務省に設置された「性犯罪の罰則に関する検討会」（山口厚座長）の第3回会議事録（2014年11月28日）24頁〔上谷さくら弁護士（ヒアリング出席者）〕、刑法等改正法案（前述注1）参照）の策定に至る、法務省に設置された、性犯罪に関する施策検討に向けた実態調査ワーキンググループによる「性犯罪に関する施策検討に向けた実態調査ワーキンググループ取りまとめ報告書」（法務省ウェブサイト<https://www.moj.go.jp/content/001318153.pdf>参照）（2020年3月31日）50頁以下のほか、「性犯罪に関する刑事法検討会」（前述注8）参照）の第1回会議事録（2020年6月4日）10頁〔上谷さくら委員〕参照。

(2) 既存の法令による対応

被写体とされた者の同意に基づかないその性的姿態等の撮影行為のうち、盗撮行為については、前述のように従来から各都道府県におけるいわゆる迷惑防止条例の違反の罪の成立が認められることが一般的であるが、本条例をはじめとして、盗撮行為に対して適用されうる既存の刑罰法令としては次のようなものがある¹¹⁾。

11) この点に関する主要な先行研究として、間柴・前掲注7)135頁以下、佐藤拓磨「不同意撮影罪と性的画像記録の没収・消去の立法について」刑事法ジャーナル69号(2021年)126頁以下等がある。なお、以下の本文に挙げるもの以外として、盗撮事案ではそのための機器設置等の行為に住居等侵入罪(刑法130条)の成立が認められることがあり(近時の例として、仙台高判令和5・1・24LEX/DB25594356(前掲姿勢をとりながら左足のみを5秒程度更衣室に踏み入れてスマートフォンを設置した事案)等)、また、盗撮画像の公開行為に名誉毀損罪の成立が認められることがあるが(東京地判平成14・3・14裁判所ウェブサイト(露天風呂に入浴中の者を盗撮した映像のビデオを全国の書店等の店頭で陳列した事案))、これらはいずれも盗撮行為そのものに関する罪責に係るものではないことから、本稿では対象としない。なお、盗撮画像の公開に係る名誉毀損罪の成否については、性的盗撮は被害者の羞恥心を害することから同罪の成立が認められるとする見解も有力ではあるが(水野正「盗撮と名誉棄損罪の成否」日本法学66巻4号(2001年)235頁以下、前田雅英「罪刑法定主義と実質的構成要件解釈」現代刑事法31号(2001年)27頁以下、木村光江「盗撮と名誉毀損罪」現代刑事法6巻7号(2004年)93頁以下)、性的姿態自体の公表はプライバシーの侵害であり、それによりその人の社会的評価が常に低下されるものではないことから、それに名誉毀損罪の一般的な成立可能性を認めることは困難であるように思われる(渡邊卓也「電脳空間における盗撮画像等の公開と名誉毀損罪」社学研論集3号(2004年)157頁以下(同『電脳空間における刑事的規制』(成文堂、2006年)161頁以下所収)、高山佳奈子「プライバシーの刑罰的保護」法学論叢160巻3=4号(2007年)209頁、島田聡一郎「盗撮画像公表行為と名誉毀損罪の保護法益」山口厚編『クローズアップ刑法各論』(成文堂、2007年)124頁以下、永井善之「インターネットと名誉・わいせつ犯罪——東京地判平成20年2月29日判決および盗撮画像公開事案を素材に——」刑事法ジャーナル15号(2009年)14頁以下参照)。

①軽犯罪法（窃視の罪）

(i) 概要

日本国憲法の施行に伴い、従来の警察犯処罰令（明治41年内務省令16号）に代わり、日常生活の卑近な道德律に違反する軽微な罪を規制する刑罰法規として昭和23（1948）年に制定された軽犯罪法（昭和23年法律39号）¹²⁾では、その1条柱書において、同条各号の一に該当する者を拘留又は科料に処する旨を規定し、その23号において「正当な理由がなくて人の住居、浴場、更衣場、便所その他人が通常衣服をつけないでいるような場所をひそかにのぞき見た者」と規定している。本号に相当する規定は警察犯処罰令には存在せず、軽犯罪法の立案担当者によれば、本号の罪は肉体を見られないという利益を保護するものとされ¹³⁾、このような利益は憲法13条に由来するプライバシーであるとも解されている¹⁴⁾。

窃視の罪とも称される本号の罪にいう「ひそかに」とは、見られないことの利益を有する者に知られることなく、という趣旨であるとされ、「のぞき見」とは、物陰や隙間などから積極的に注視することであり、遠方から望遠鏡で見る場合などのほか、カメラでひそかに撮影する場合もこれに当たる

12) 同法の立法趣旨につき、同法制定時の第2回国会衆議院司法委員会議録2号（1948年3月18日）2頁〔鈴木義男法務総裁〕参照。

13) 第2回国会参議院司法委員会議録6号（1948年3月25日）5頁〔政府委員国宗栄法務庁事務官（「二十三號であります、本號はこれは新しい規定でありまして、人の私生活の秘密、特に肉體を人に見られないという権利は、これは厚く保護されなければならないのでありますから、妄りに他人の隠すべき肉體の部分を見ることが、この権利を侵しますし、私生活の平穩を害するものである。そこでこのような規定を設けることにいたしました。この罪は性的犯罪の一種だと見ることができようかと思えます。）」〕参照。

14) 稲田輝明=木谷明「軽犯罪法」平野龍一ほか編『注解特別刑法第7巻風俗・軽犯罪編〔第2版〕』（青林書院、1988年）109頁参照。なお、大塚仁『特別刑法』（有斐閣、1959年）117頁も参照。

と解されている¹⁵⁾。また、人が通常衣服をつけないでいる「ような場所」とは、人が衣服をつけないでいることが十分予想される場所のことであって、衣服をつけていないのが通常である場所の意味ではないとされ、そのような場所であれば、人が現に衣服をつけていなかったかどうかはもとより、人が現在していたかどうかとも問わないと解されており、その意味で同罪は抽象的危険犯であるとされる¹⁶⁾。

(ii) 盗撮事案に対する実効性

以上のように、「のぞき見」概念が撮影行為をも含むと解されている窃視の罪は、このような解釈を前提とすれば一定の盗撮行為に対しても適用されるものではあるが、近時の盗撮事案は「人が通常衣服をつけないでいるような場所」での行為に限られないことが、同罪による対応の限界となるといえよう。性的なプライバシーの保護を目的とした（撮影を含む）のぞき見行為の規制は、従来は、浴場や便所等に代表される、人が一般的に脱衣状態でありうる場所に係る行為を規制することでおおむね達成されたと考えられるが、近時の盗撮事案はおそらくその技術的な容易性のゆえにこのような場所であるかにかかわらず発生しており、本罪ではこれらの事案の多くは捕捉されえないことになる。また、本罪はそもそも、のぞき見という軽微な罪として軽犯罪法に規定され、その法定刑が拘留または科料にとどまるものであることから、人の意思に反するその性的姿態等の画像の永続的な記録化という近時の盗撮事案の被害実態に即した処罰を実現しうるものではない点も、同事案に対する同罪による対応の不十分性の一つとして指摘される¹⁷⁾。

15) 稲田=木谷・前掲注14)111頁。なお、気仙沼簡判平成3・11・5・前述注6)も参照（本件はカメラを設置したが画像を閲覧する前に検挙された事案に係るものである）。

16) 稲田=木谷・前掲注14)110頁。

17) 木村・前掲注11)91頁、間柴・前掲注6)136頁、佐藤・前掲注11)127頁参照。

②児童ポルノ法（児童ポルノ製造の罪）

(i) 概要

対償を供与する等して行う児童を相手方とする性交等（児童買春）とともに、児童を描写対象とするポルノグラフィに係る行為を規制する法律が、平成11（1999）年に制定された「児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律」（平成11年法律52号。以下「児童ポルノ法」ともいう。）である。現行の本法上、児童ポルノとは、「一 児童を相手方とする又は児童による性交又は性交類似行為に係る児童の姿態」、「二 他人が児童の性器等を触る行為又は児童が他人の性器等を触る行為に係る児童の姿態であって性欲を興奮させ又は刺激するもの」、「三 衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態であって、殊更に児童の性的な部位（性器等若しくはその周辺部、^{でん}臀部又は胸部をいう。）が露出され又は強調されているものであり、かつ、性欲を興奮させ又は刺激するもの」、のいずれかを視覚により認識することができる方法により描写したものであり（同法2条3項）、規制対象行為の類型として、児童ポルノの所持、提供、製造等（同法7条各項）が規定されている。本法によるこれら児童ポルノ規制の保護法益の理解については複数の見解があるが、現在においては、被写体とされた児童に係る個人的法益性については（これが唯一の保護法益であると解するかは別として）ほぼ異論はないといつてよい¹⁸⁾。また、このような利益はそ

18) 児童ポルノ規制の保護法益の理解としては一般に、①心身の健全な成育等の被写体児童に係る個人的法益説、②児童を性欲の対象としない風潮等の社会的法益説、③①と②の混合説などがあり、学説において有力なものとして④及び③が、また、児童ポルノ法の立案担当者や従来の裁判例においては③が、それぞれ採られている。また、近時の最1決令和2・1・27刑集74巻1号119頁は同法上の「児童」の実在性を前提としていることから、判例においては少なくとも②は否定されているといえよう（児童ポルノ規制の根拠ないし保護法益については、嘉門優「児童ポルノ規制法改正と法益論」刑事法ジャーナル43号（2015年）76頁以下、永井善之「児童ポルノの刑事規制根拠に関する一考察」金沢法学60巻1号（2017年）125頁以下等を参照）。

の主体が児童であるという脆弱性のゆえに当該児童自身による放棄はなされえないと解され、それゆえに、当該児童による同意は児童ポルノに係る行為の違法性を阻却しない（その不同意性は児童ポルノに係る罪の要件ではない）ことになるといえよう。

このような児童ポルノ法において、児童の性的姿態等の撮影行為自体を捕捉するものが児童ポルノ製造の罪であるが、現行の同法はその類型として、提供目的製造（7条3項前段）、児童に所定の性的「姿態をとらせ」て行う製造（同条4項）、「ひそかに」行う製造（同条5項）、不特定又は多数の者への提供等目的製造（同条7項前段）、の4類型を規定している。これらのうち、同法の平成26（2014）年施行の改正法により新設された「ひそかに」製造罪¹⁹⁾は、その立法解説によれば、提供目的製造罪や「姿態をとらせ」製造罪に当たる行為以外であっても²⁰⁾、盗撮行為については通常の生活において誰もが被害児童になりうることや、発覚しにくい方法である点で巧妙であることなど、その行為態様の点で違法性が高いことなどが立法理由であるとされる²¹⁾。それゆえに、「ひそかに」とは「描写の対象となる児童に知られること

19) 盗撮行為の規制立法としての妥当性等の観点から同罪を考察するものとして、仲道祐樹「児童ポルノ製造罪の理論構造」刑事法ジャーナル43号（2015年）71頁以下、渡邊卓也「盗撮画像に対する刑事規制」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集下巻』（成文堂、2017年）134頁以下（同『ネットワーク犯罪と刑法理論』（成文堂、2018年）139頁以下所収）がある。

20) 「ひそかに」製造罪を定める同法7条5項では「前二項に規定するもののほか」として、同罪が提供目的製造罪及び「姿態をとらせ」製造罪の補充類型と位置づけられている（なお、「姿態をとらせ」製造罪を定める同条4項においても「前項に規定するもののほか」として、同罪が提供目的製造罪の補充類型とされている）。それゆえに、就寝中の児童の陰茎を露出させる等してその様子を自ら握持したスマートフォンで撮影した事案では、当該児童が就寝中でありその撮影に気付いていない場合にも、「ひそかに」製造罪ではなく「姿態をとらせ」製造罪が成立する（大阪高判令和5・1・24LEX/DB25594258。本判決の評釈として、永井善之「判批」速報判例解説・新・判例解説 Watch32号（2023年）203頁以下）。

21) 坪井麻友美「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

のないような態様で」という意味の、行為の客観的態様についての要件であって、児童の承諾の有無を問題とする要件ではなく、当該児童が当該描写を認識しているか否かを問うものでもないとされる²²⁾。これらの諸製造罪の法定刑は、不特定又は多数の者への提供等目的製造罪については5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金又はこの併科、それ以外については3年以下の懲役又は300万円以下の罰金となっている。

(ii) 盗撮事案に対する実効性

以上のように、児童ポルノ法における、人の性的姿態等の撮影行為を捕捉する児童ポルノ製造の罪は、撮影に係る被写体児童による不同意性を要件とせず、かつ、盗撮行為を明示的に包含する4類型にも渡って存在するものの、このような撮影行為の類型化は、各類型につきそれぞれ、(不特定又は多数の者への)提供(等)目的、「姿態をとらせ」、「ひそかに」という、製造行為自体とは別個の要素がその要件とされていることを意味し、それゆえに、これらの要件を具備しない撮影行為(単純製造等)は製造罪として捕捉されないことになる²³⁾。またそもそも、同法による児童ポルノ規制では被写体とされた者が児童、すなわち18歳に満たない者(2条1項)に限定されているほか、前述のように児童ポルノたりうる描写内容が脱衣に係る場合には殊更な性的部位の露出・強調や、性欲を興奮させ又は刺激するものといった限定が付されている点で、盗撮行為一般に対してこれを捕捉しうるものとはな

律の一部を改正する法律について」法曹時報66巻11号(2014年)55頁以下参照。

22) 坪井・前掲注21)56頁参照。それゆえに、前述のような立法理由に基づく児童ポルノ法上の「ひそかに」製造罪と、同じく「ひそかに」との文言が用いられるも、同文言は見られる者の認識(承諾)を問題とするものと解されている軽犯罪法上の窺視の罪(前述二1(2)①(i)参照)とでは、「ひそかに」との文言の意義は異なるとされる(坪井・前掲注21)58頁注19)参照)。

23) 例えば、屋外で半裸の状態で倒れている児童に偶然遭遇した者が、その姿態を、提供等の目的なくあからさまに撮影することで、児童ポルノ法2条3項3号所定の内容の画像を製造した場合などがこの例に当たろう(このような場合にも、新法上は撮影罪の成立が認められえよう。新法2条1項2号参照)。

っていない。

③都道府県条例（卑わいな行為の罪）

(i) 概要

前述のように、現在は、盗撮事案に対しては各都道府県におけるいわゆる迷惑防止条例（以下、「(本) 条例」とも総称する。）²⁴⁾上の規定が適用されることが一般的である。本条例の性格ないし保護法益については、本条例はその目的規定において当該都道府県における住民や滞在者の生活の平穩を保持することを目的とするとしており、現在はその一部に個人的利益を保護法益としていると解される規定もみられるものの、本来的には、市民生活の平穩という社会的な利益を害する迷惑行為一般を広く規制する、社会的法益に対する罪を定めるものであると解されている²⁵⁾。

本条例においては一般に、たかり行為、押売り行為、客引き行為、ダフヤ行為、ショバヤ行為、粗暴行為等が規制対象行為として定められているほか、

24) 本条例は、昭和37（1962）年の東京都における制定に始まり、その2年後の東京オリンピックの開催までに31の、平成14（2002年）年までにすべての都道府県において制定されるに至ったとされる（難波正樹「都道府県の迷惑防止条例について」警察学論集63巻2号（2010年）47頁参照）。筆者が全都道府県の本条例における関係条項をその各ウェブサイトでの公開に係る例規集等において確認した令和5（2023）年3月現在（以下、現在の本条例に言及する場合につき同じ。）では、本条例の名称は都道府県ごとに若干異なるが、おおむね、「(〇〇〇) 迷惑行為（等）防止条例」（「〇〇〇」は都道府県名。以下同じ。）のような例（34道府県）と、「(〇〇〇) 公衆に著しく迷惑をかける（暴力的不良）行為等の防止に関する条例」のような例（13道府県）に大別される。本条例又はそこにおける卑わいな行為の罪の概要については、合田悦三「いわゆる迷惑防止条例について」龍岡資晃ほか編『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』（判例タイムズ社、2006年）510頁以下、難波・前掲46頁以下、坂田正史「迷惑防止条例の罰則に関する問題について」判例タイムズ1433号（2017年）21頁以下参照。

25) 合田・前掲注24)515頁以下、同「迷惑防止条例における盗撮行為の規制の改正を巡って」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集下巻』（成文堂、2018年）149頁以下、難波・前掲注24)48頁以下参照。

すべての都道府県において、現在は盗撮事案にも適用されうる「卑わいな行為」の禁止規定が設けられている。同規定は、従来一般に、公共の場所又は公共の乗物にいる者に対する、著しく羞恥させ又は不安を覚えさせるような方法での、衣服の上から又は直接の接触行為、衣服で覆われている身体又は下着ののぞき見行為、その他の卑わいな言動等を禁止行為として規定していたが、近年の盗撮事案の増加を受けて、すべての都道府県において盗撮に関する行為を禁止行為として明示する文言が追加されている²⁶⁾。

このような現在の盗撮規制規定を、各条例は、おおむね次のような諸類型によって構成している。すなわちまず、場所的要素として、㊦道路、公園、広場、駅、興行場、飲食店等の「公共の場所」、又は汽車、電車、乗合自動車、船舶等の「公共の乗物」²⁷⁾、㊧集会所、事務所、教室、貸切バス、タクシー等の「不特定又は多数の者が利用する場所又は乗物」²⁸⁾、㊨住居、浴場、便所、

26) 例えば平成29(2017)年3月時点では、千葉、鹿児島各県条例においては撮影行為に関する明文規定は存在しなかった(「卑わいな言動」との文言による捕捉が想定されていた可能性はある。なお、最3決平成20・11・10刑集62巻10号2853頁は、開店中の店舗において約5分間にわたり、女性客の背後数メートルの距離からそのズボンを着用した臀部を撮影機能付携帯電話機で複数回撮影した行為につき、北海道条例上の「卑わいな言動」に当たるとし、また、最1決令和4・12・5裁判所ウェブサイトは、開店中の店舗において、膝上丈のスカートを着用して前かがみになった女性客の後方至近距離から、同スカートの裾と同程度の高さでその下半身に向けて小型カメラを構えるなどした行為につき、東京都条例上の「卑わいな言動」に当たるとするとともに、同条例上同じく禁止される写真機等の「差し向け」行為に至らない行為を「卑わいな言動」との文言で捕捉できないと解すべき根拠はないとする)。

27) 「公共の」とは、不特定(かつ)多数の者が自由に出入りし利用することができるという性質を示すものと解されている(最1判昭和45・7・16刑集24巻7号434頁、合田・前掲注24)520頁、同・前掲注25)148頁、佐藤・前掲注11)128頁参照)。

28) ここで列挙した場所又は乗物を「特定かつ多数」の者の利用に係る場所的要件の例示とする例もあるが(宮城、山形、新潟、高知各県条例。なお、富山県条例は「特定又は多数」とする)、それではタクシー(利用者は1名でありうる)との齟齬を生じているように思われる(タクシー利用者には特定性はないであろう。佐藤・前掲注11)129頁注15)も参照)。なお、救急車もタクシーと同様に位置づけられうるように思われる(救

更衣室等の「人が通常衣服の全部又は一部を着けない状態であるような場所」、の3類型からなる要件が付され、禁止行為としては、㊦衣服等で覆われている人の身体又は下着を撮影すること²⁹⁾、㊧㊨の目的で写真機等を（差し）向けること、㊩㊪の目的で写真機等を設置すること、の3類型が規定される³⁰⁾。

また、法定刑の程度についてはおおむね次の3例に大別される。すなわち、㊧㊨ないし㊫の全行為類型について、非常習者につき6月以下の懲役又は50万円以下の罰金、常習者につき1年以下の懲役又は100万円以下の罰金、㊬㊭㊮ないし㊯の全行為類型について、非常習者につき1年以下の懲役又は100万円以下の罰金、常習者につき2年以下の懲役又は100万円以下の罰金、㊰㊱について㊲の刑、㊳以外について㊴の刑、である。

(ii) 盗撮事案に対する実効性

おおむね以上のような内容として整備されている、盗撮事案に適用されうる現在の各条例上の規定においては、禁止行為は「撮影」自体に限定されず、その未遂的な行為に当たる写真機等の「（差し）向け」、「設置」まで対象とされることが一般的であり、また、これらの行為が「ひそかに」行われることも要件とされていない。場所的要件についても、盗撮規制の導入当初は前述のような本条例の本来の性格のゆえに㊰に限定されることが一般的であっ

急車内での盗撮行為が、その当時㊰での行為のみ規制対象としていた奈良県条例のゆえに捕捉されえなかった例がある。第281回定例奈良県議会会議録4号（2006年9月28日）254頁以下〔井岡正徳議員〕、263頁〔坪田眞明警察本部長〕参照。

29) 衣服等を透かして見ることができる機能を有する写真機等による場合を明示する例も31府県条例に及ぶ。これらの明文をもたない条例においても、そのような場合を「卑わいな言動」の規制条項により捕捉することは可能であろう。

30) ㊧を規定しないものは石川、奈良、㊨を規定しないものは岩手、石川、奈良の各県条例にとどまる（もっとも、「卑わいな言動」の禁止規定を欠く岩手県条例以外においては同規定により㊧㊨は捕捉されえよう）。また、㊩を規定せず、その未遂的な態様に当たる㊧㊨のみを規定することで、撮影に至った場合をもこれらで捕捉する趣旨と解される例もある（神奈川、岐阜、静岡、滋賀、愛媛の各県条例）。

たが、現在は一般に④⑤を含むまでに拡大されている。これらに照らすと、現在では条例による規制は相当程度実効性をもつに至っていると評価されよう。

もっとも、自己の性的情報に係るプライバシー、あるいは性的自由の十分な保護といった観点からは、現在の条例においてもなお問題はある。その一つは、本条例の本来的な性格によるものと考えられるが、前述のように本条例はその制定経緯からして本来的には社会的法益を保護法益とするものであり、近年の盗撮事案への対処としてその規制の場所的要件も段階的に公共性や公衆性等を具備しないものにまで拡大されるに至っているものの³¹⁾、なおもこれらの要件が完全には撤廃されていないがゆえに、例えば「不特定又は多数の者が利用する場所又は乗物」(④)でも「人が通常衣服の全部又は一部を着けない状態であるような場所」(⑤)でもない、つまり「特定かつ少数の者が利用する、人が通常衣服の全部又は一部を着けない状態であることがないような場所又は乗物」、すなわち社長室、個人研究室、(キャンピングカーを除く)自家用車、社用車、小型レンタカー等における事案は捕捉され難いことになろう³²⁾。このように、場所的要件が完全には撤廃されていないことは、本条例の基本的性格に基づく他の諸条項との関係性等に照らしても、同条例上盗撮の罪を個人的法益に対する罪に純化させることが困難であることを示しているように思われる。

また、これらの盗撮規制は各都道府県による条例上の罪であるがゆえに、航空機内での盗撮事案にみられるように、その行為地の把握に困難がある場合にはその適用が不可能となるという問題³³⁾は解消されないまといえよ

31) 現在においても場所的要件が⑤に限定されているのは岩手県条例のみである。

32) 佐藤・前掲注11)130頁以下参照。

33) 飛行中の高松発羽田行旅客機において客室乗務員のスカート内を盗撮したとする兵庫県条例違反の被疑事実により逮捕された者が不起訴とされた事案について、行為時の旅客機の飛行場所が特定できずいずれの条例も適用ができないと判断されたものとみられると報じられている(日本経済新聞電子版2012年11月26日付記事(<http://www.nikkei>).

う。

さらに、法定刑については、都道府県ごとの差異の存在のほか、地方自治法14条3項によって、条例の違反者に対して科されうる刑が「二年以下の懲役若しくは禁錮、百万円以下の罰金、拘留、科料若しくは没収」と定められていることによる、被害実態に即した法定刑の設定の可否が問われうるといえよう。

2 性的姿態等撮影罪の概要

(1) 立法の経緯

以上のような諸法令による規制はなされていたものの、盗撮をはじめとする被写体とされた者の同意のない性的姿態等の撮影行為に対しては新たな刑事立法³⁴⁾による対応の必要性が従来から指摘されており、例えば平成17(2005)年5月には自由民主党において性的盗撮を処罰するための議員立法の検討が行われるなどしていた³⁵⁾。また、政府により平成22(2010)年12月

com/article/DGXNASDG15045_W2A111C1CC1000/) 参照)。このような事態もあり、航空関連産業の労働組合からは盗撮事案への立法的対応が従来から要請されており、新法の立案時にはこれを評価するコメントが公表されている(航空連合「法制審議会における『撮影罪』等を新設する試案の公表に関するコメント」(2022年10月26日)(航空連合ウェブサイト <https://www.jfaiu.gr.jp/doc/danwa/20221026.pdf> 参照)参照)。

34) 盗撮行為に対する外国での刑事立法例を紹介、分析するものとして、島田・前掲注11)158頁以下(アメリカ、ドイツ)、間柴・前掲注7)139頁以下(アメリカ、イギリス、ドイツ、フランス、カナダ)、末道康之「ベルギー刑法における性犯罪規定改正の動向——強制わいせつ罪の改正及び窃視・盗撮罪の新設をめぐって」南山法学42巻1号(2018年)77頁以下、仲道祐樹「イギリス法における性犯罪規定、盗撮規制および性犯罪記録画像の取扱い」樋口亮介=深町晋也編著『性犯罪規定の比較法研究』(成文堂、2020年)63頁以下、川崎友巳「アメリカ合衆国における盗撮の刑事規制」樋口=深町・前掲173頁以下、和田俊憲「カナダ刑法における『性犯罪』への対応」樋口=深町・前掲234頁以下、張應嫻「韓国における性犯罪規定」樋口=深町・前掲854頁以下等がある。

35) 世耕弘成参議院議員ウェブサイト2005年5月17日付記事(<https://sekohiroshige.jp/single/?seq=161>)参照。

17日に決定された第3次男女共同参画基本計画において性犯罪への対策の推進が具体的施策の一つとされたことを受けて、法務省において性犯罪に関する罰則の在り方を検討するために設置され、その成果がのちに強姦罪を強制性交等罪に改めるなどした刑法改正法³⁶⁾に結実したというべき「性犯罪の罰則に関する検討会」においても、ヒアリング出席者から、性犯罪被害の様子が撮影されるという事案への厳格な規制の必要性が指摘されるなどしていたが³⁷⁾、いずれも立法には至らなかった。

その後、この刑法改正法附則9条に基づいて、性犯罪に係る事案の実態に即した対処を行うための施策の在り方について検討を行うため、法務省において設置され、その成果が今般の新法案及び刑法等改正法案³⁸⁾に結実したというべき「性犯罪に関する刑事法検討会」³⁹⁾において、検討すべき事項の一つに人の性的姿態の撮影行為も含まれるに至り、具体的には①性犯罪の場面の撮影、②アダルトビデオへの出演強要など欺罔や威迫による同意の上での撮影、③ユニフォーム姿のスポーツ選手の性的部位を殊更に強調するなどの撮影等とともに、④気付かれずに行う撮影（盗撮）についても、その処罰規定の要否、処罰規定を創設する場合の保護法益、処罰対象行為等に係る検討が行われた。そこでは、②については同意の有無に疑念がある事例が含まれるため、まずは強制性交等罪の適用の問題として議論すべき、③については周囲の者が視認できる部分の撮影につき違法行為と適法行為を切り分けることは困難であり、それを目的犯としてもその認定が困難である、との意見があり、他方で、被害の相談や届出の妨げの一因ともなる④や、都道府県ごとの条例による対応での不都合等のない全国一律の規制の必要がある④については、処罰規制を設けるべきとの意見が多かったこと、その場合の保護法益

36) 前述注8)参照。

37) 前述注10)及び関連する本文を参照。

38) 前述注1)参照。

39) 前述注8)参照。

としてはプライバシー、性的自己決定権、性的尊厳等が考えられるとの意見があったこと、などが確認された⁴⁰⁾。これらを踏まえて、令和3(2021)年9月16日には法務大臣により、性交等及びわいせつな行為に係る刑事実体法の整備等とともに、「相手方の意思に反する性的姿態の撮影行為等に対する適切な処罰を確保し、その画像等を確実に剥奪できるようにするための実体法及び手続法の整備」として「性的姿態の撮影行為及びその画像等の提供行為に係る罪を新設すること」をも内容とする諮問117号⁴¹⁾が発せられ、これを受けた法制審議会において設置された「刑事法(性犯罪関係)部会」における検討に基づいて、前述の2法案の原案ともなる要綱(骨子)⁴²⁾の答申がなされている。

(2) 罰 条

新法において、性的姿態等の撮影の罪(2条)は次のように規定されている。なお、同罪の構成要件においては、新法と同時に国会提出された刑法等改正法案による改正後の刑法の規定の内容が含まれている部分があり(新法2条1項1号ロ、同項2号)、また、新法の罪と刑法の罪との関係も規定されているため(新法2条3項)、以下では関連する刑法等改正法案による改正後の刑法の条文(176条、177条1項、179条1項)も示しておく。

性的な姿態を撮影する行為等の処罰及び押収物に記録された性的な姿態の

40) その具体的内容については、『「性犯罪に関する刑事法検討会」取りまとめ報告書』(2021年5月21日)(法務省ウェブサイト<https://www.moj.go.jp/content/001348762.pdf>参照)39頁以下参照。また、本報告書で示された性的姿態の撮影の規制に係る論点につき検討するものとして、佐藤・前掲注11)126頁以下参照。

41) 法務省ウェブサイト<https://www.moj.go.jp/content/001355920.pdf>参照。

42) 法務省ウェブサイト<https://www.moj.go.jp/content/001391604.pdf>参照(これは要綱(骨子)案ながら、法制審議会第197回会議(2023年2月17日)においてこの原案通りに議決されている)。

影像に係る電磁的記録の消去等に関する法律案

(性的姿態等撮影)

第二条 次の各号のいずれかに掲げる行為をした者は、三年以下の拘禁刑又は三百万円以下の罰金に処する。

一 正当な理由がないのに、ひそかに、次に掲げる姿態等（以下「性的姿態等」という。）のうち、人が通常衣服を着けている場所において不特定又は多数の者の目に触れることを認識しながら自ら露出し又はとっているものを除いたもの（以下「対象性的姿態等」という。）を撮影する行為

イ 人の性的な部位（性器若しくは肛門若しくはこれらの周辺部、臀部又は胸部をいう。以下このイにおいて同じ。）又は人が身に着けている下着（通常衣服で覆われており、かつ、性的な部位を覆うのに用いられるものに限る。）のうち現に性的な部位を直接若しくは間接に覆っている部分

ロ イに掲げるもののほか、わいせつな行為又は性交等（刑法（明治四十年法律第四十五号）第七十七条第一項に規定する性交等をいう。）がされている間における人の姿態

二 刑法第七十六条第一項各号に掲げる行為又は事由その他これらに類する行為又は事由により、同意しない意思を形成し、表明し若しくは全うすることが困難な状態にさせ又はその状態にあることに乗じて、人の対象性的姿態等を撮影する行為

三 行為の性質が性的なものではないとの誤信をさせ、若しくは特定の者以外の者が閲覧しないとの誤信をさせ、又はそれらの誤信をすることに乗じて、人の対象性的姿態等を撮影する行為

四 正当な理由がないのに、十三歳未満の者を対象として、その性的姿態等を撮影し、又は十三歳以上十六歳未満の者を対象として、当該者が生まれた日より五年以上前の日に生まれた者が、その性的姿態等を

撮影する行為

- 2 前項の罪の未遂は、罰する。
- 3 前二項の規定は、刑法第七十六条及び第七十九条第一項の規定の適用を妨げない。

刑 法

(不同意わいせつ)

第七十六条 次に掲げる行為又は事由その他これらに類する行為又は事由により、同意しない意思を形成し、表明し若しくは全うすることが困難な状態にさせ又はその状態にあることに乗じて、わいせつな行為をした者は、婚姻関係の有無にかかわらず、六月以上十年以下の拘禁刑に処する。

- 一 暴行若しくは脅迫を用いること又はそれらを受けたこと。
 - 二 心身の障害を生じさせること又はそれがあること。
 - 三 アルコール若しくは薬物を摂取させること又はそれらの影響があること。
 - 四 睡眠その他の意識が明瞭でない状態にさせること又はその状態にあること。
 - 五 同意しない意思を形成し、表明し又は全うするいとまがないこと。
 - 六 予想と異なる事態に直面させて恐怖させ、若しくは驚愕^{がく}させること又はその事態に直面して恐怖し、若しくは驚愕していること。
 - 七 虐待に起因する心理的反応を生じさせること又はそれがあること。
 - 八 経済的又は社会的関係上の地位に基づく影響力によって受ける不利益を憂慮させること又はそれを憂慮していること。
- 2 行為がわいせつなものではないとの誤信をさせ、若しくは行為をする者について人違いをさせ、又はそれらの誤信若しくは人違いをしていることに乗じて、わいせつな行為をした者も、前項と同様とする。

3 十六歳未満の者に対し、わいせつな行為をした者（当該十六歳未満の者が十三歳以上である場合については、その者が生まれた日より五年以上前の日に生まれた者に限る。）も、第一項と同様とする。

（不同意性交等）

第一百七十七条 前条第一項各号に掲げる行為又は事由その他これらに類する行為又は事由により、同意しない意思を形成し、表明し若しくは全うすることが困難な状態にさせ又はその状態にあることに乗じて、性交、肛門性交、口腔性交又は膣若しくは肛門に身体の一部（陰茎を除く。）若しくは物を挿入する行為であってわいせつなもの（以下この条及び第一百七十九条第二項において「性交等」という。）をした者は、婚姻関係の有無にかかわらず、五年以上の有期拘禁刑に処する。

2～（略）

（監護者わいせつ及び監護者性交等）

第一百七十九条 十八歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じてわいせつな行為をした者は、第一百七十六条第一項の例による。

2（略）

（3）保護法益

撮影罪の保護法益は、性的姿態等の撮影を意に反してなされないという性的自由、あるいは性的姿態等を撮影されるかどうかという性的自己決定権であるとされる⁴³⁾。撮影罪がこのような利益を保護法益とする罪とされたとい

43) 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第5回会議（2022年2月28日）議事録20頁以下〔佐藤拓磨幹事〕、同第7回会議（2022年4月28日）議事録50頁以下〔今井猛嘉委員〕等参照。ただし、16歳未満の者を対象とする撮影行為の規制については、後述注45)及びその関

うことは、本罪は、既存のいわゆる性的自由に対する罪と同質の法益を保護する罪として、いわばその新たな類型の罪と位置づけられるものとされたことを意味しよう。

撮影罪がこのような利益を保護するものと位置づけられることの帰結として、前述のように、従来盗撮事案にその成立が認められてきた迷惑防止条例上の罪での場所的要件が根拠のないものとされることになることから⁴⁴⁾、撮影罪は条例上の罪と比較して被害の実態や規制の必要性により即したものとなりうるといえよう。

なお、撮影罪の保護法益が前述のように既存の性的自由に対する罪のそれと同質なものとして位置づけられている点は、撮影罪とこれらの罪との関係性を考察する際に重要な意味をもとう（後述三2参照）

(4) 行 為

撮影罪に当たる行為の具体的な類型は新法2条1項各号に規定されており、そこでは「ひそかに」行う撮影（1号。以下「盗撮類型」ともいう。）、不同意意思の形成等が困難な状態にさせ又はその状態に乗じて行う撮影（2号。以下「不同意類型」ともいう。）、行為の性質等を誤信させ又はその誤信に乗じて行う撮影（3号。以下「誤信類型」ともいう。）、16歳未満の者を対象として行う撮影（4号。以下「16歳未満者類型」ともいう。）、の4類型が規定されている。また、これらの未遂も処罰される（同条2項）。

以上のような撮影罪の諸類型については、まず盗撮類型に関して、前述のような同罪の保護法益の理解に基づき、条例におけるような場所的要件が付されていないこと、また、本類型以外にも、自己の性的姿態等を撮影されることに真意に基づく同意があったとはいえない場合（不同意類型及び誤信類

連する本文を参照。

44) 法制審刑事法部会第5回会議・前掲注43)28頁〔井田良部会長〕参照。なお、合田・前掲注24)517頁以下も参照。

型)が、自己の性的姿態等が撮影されることに係る性的自由を保護するための類型として同罪を構成する行為類型に含まれていること、さらに、このような自由を有効に放棄しえないとパターンナリストティックに評価され、このような意味で原則として有効な同意をなしえないとみなされている場合(16歳未満者類型)が、その者の心身の健全な成育という利益を保護するための類型として⁴⁵⁾設けられていること、これらにつきその未遂が可罰的とされていること、などが評価されよう。

これらの行為類型を個別的にみると、まず、盗撮類型につき、そこにおける「ひそかに」の具体的な意義⁴⁶⁾については、同罪の保護法益がその主体による有効な同意に基づいて放棄される性的自由であり、この点でそのような同意の有無を問題とするものともいえよう。他方で、そもそも盗撮は、被写体とされた者は一般にそのような状況で自己の性的姿態等を撮影されることに同意していないものの、撮影がひそかに行われることでそれを認識すること自体が不可能であるため、それに同意しないという意思を具体的に形成したり、表明したり、全うしたりする余地がない場合であるとも解されえようから、盗撮行為は、刑法等改正法案による改正後の刑法176条1項5号の事由による新法2条1項2号(不同意類型)によっても捕捉される撮影行為類型⁴⁷⁾であるようにもみえるが、これとは別に盗撮類型が設けられている趣旨からして、「ひそかに」は、その客観的な態様自体が被写体となる者に気

45) 本類型の趣旨は、わいせつ罪等における13歳(刑法等改正法案による改正後は16歳)未満の者を対象とする類型についてと同様であろう(強制わいせつ罪に関して、西田典之ほか編『注釈刑法第2巻』(有斐閣、2016年)618頁[和田俊憲]参照)。

46) この点に関連して、前述注22)及びそれに関連する本文を参照。

47) この、刑法等改正法案による改正後の刑法176条1項5号の事由(同号によるわいせつ行為の典型は、被害者に突然抱き着いて性的部位に触れるなど、被害者の隙をついて突然に行われるなどのものであろう)による新法2条1項2号の撮影行為の典型は、着替え中に突然更衣室に立ち入った者によって撮影されるなど、被写体とされた者の隙をついて突然に、あからさまに撮影されるなどのものであろう。

付られないようなものである場合であることになろう。

次いで、不同意類型及び誤信類型については、前述のようにこれらはいずれも、人の性的姿態等の撮影自体はひそかになされたものではなく、その限りで撮影が現に認識され又は認識される可能性が高いものであったが、撮影に係る真意に基づく同意は存在しなかった類型であるといえよう。この限りで、誤信類型も不同意類型の一類型と位置づけられうるものではあるが、前者は真実を知っていればその同意はなされなかったであろうという場合、すなわち撮影自体については外形的に（瑕疵ある）同意がなされている場合であることから、独立の類型とされたものと思われる⁴⁸⁾。

また、16歳未満者類型は、前述のように児童ポルノ法における児童ポルノ製造の罪においてはその行為態様として、それぞれに製造行為以外の要素が要件とされた4類型が規定されているところ、これらの要素を要件としない、いわば単純製造行為を処罰するものであることになろう。

撮影罪に当たる具体的な行為は以上のように類型化されているところ、撮影の具体的な対象（対象）性的姿態等）は、性的な部位、現に性的な部位を覆っている下着、わいせつな行為又は性交等の姿態であり（新法2条1項1号イ、ロ）、これは前述の保護法益の観点からこれらに限定されたものであるとされるが⁴⁹⁾、前述の児童ポルノ法上の児童ポルノたる描写内容（二1(2)②(i)参照）と比較すると、殊更な性的部位の露出・強調や性欲を興奮させ又は刺激するものといった要件は付されておらず、性的な部位を現に覆う下着でも足りるなどの点で、より広範であると考えられる。

なお、迷惑防止条例では、性的盗撮の規制において衣服を透視する機能を

48) 法制審刑事法部会第7回会議・前掲注43)43頁〔嶋矢貴之幹事〕参照。真意に基づく同意がない場合を瑕疵ある同意の有無により類型化することは、不同意わいせつ罪に係る刑法176条（さらに、不同意性交等罪に係る同法177条）の類型と基本的に同様の建付けである。

49) 法制審刑事法部会第5回会議・前掲注43)21頁〔佐藤（拓）幹事〕参照。

有する機器を用いた撮影についても明示されていることが多いところ⁵⁰⁾、新法ではそのような文言はないが、このような機器を用いた撮影は少なくとも誤信類型により捕捉されうるように思われる⁵¹⁾。

(5) 法定刑

撮影罪の法定刑については、児童ポルノ法等の他法令が参照されたようであり⁵²⁾、同法における、不特定又は多数の者への提供等目的製造罪以外の児童ポルノ製造罪と実質的に同じである、3年以下の拘禁刑又は300万円以下の罰金とされている。これは、条例における刑罰の上限よりも重い刑となっている。

三 性的姿態等撮影罪の新設による課題

以上のような撮影罪の新設に伴い、次のような諸点についての確認や検討が必要となるように思われる。

1 未遂

すでにみたように、撮影罪についてはその未遂も処罰されることから、同罪の実行の着手時期の如何が重要となる。この点まず、盗撮類型については、前述のように現在の大半の条例において撮影の前段階ながら可罰的とされている撮影機器の（差し）向けや設置という行為との対比において考える

50) 前述注29)参照。

51) 不同意類型（刑法176条1項5号による新法2条1項2号の撮影行為）、さらには盗撮類型（「ひそかに」は行為態様のみならず性的姿態等撮影機能の認識不可能性をも含意すると解する）で捕捉することも不可能ではないと思われる（法制審刑事法部会第7回会議・前掲注43)43頁〔嶋矢幹事〕では、「ひそかに」という態様として評価できるとされている）。

52) 法制審刑事法部会第5回会議・前掲注43)21頁〔佐藤（拓）幹事〕参照。

と⁵³⁾、同機器を被写体に向ける時点では着手が認められようが、それを設置するのみでも足りるかは具体的な事案によると考えられ、予備に止まる場合もありえよう。

また、不同意類型及び誤信類型については、これらの類型では、撮影行為が、不同意意思の形成等が困難な状態又は行為の性質等に係る誤信がある状態にさせて行われる場合と、それらのような状態に乗じて行われる場合の2つの類型があるところ⁵⁴⁾、特に前者の類型についての実行の着手時期の確認を要しよう。この点については、同じく性的自由を侵害する罪としてその未遂も処罰され、性的行為が人を一定の状態させて行われる場合とそのような状態に乗じてなされる場合とを同様に処罰する、準強制わいせつ罪・準強制性交等罪（刑法等改正法案による改正前の刑法178条）と平行に解されえようところ、これらの罪において、性的行為が人を一定の状態にさせて行われる場合には当該状態にさせる行為の開始が実行の着手時期であると解されている⁵⁵⁾。撮影罪における不同意類型及び誤信類型においても、撮影が人を所定の状態にさせて行われる場合には、その行為が同意なき撮影を可能にする手段としての違法性を帯びる行為であって同類型の同罪の実行行為の一部であると解されるから、そのような状態にさせる行為を撮影の意思をもって開始した時点が実行の着手時期となると解されえよう。

53) 撮影罪（特に盗撮類型）の未遂の可罰化は、前述のように現在は大半の条例において撮影以前の段階の行為も処罰されていることに対応したものであろう（法制審刑事法部会第7回会議・前掲注43）40頁以下〔木村光江委員、佐藤（拓）幹事〕参照。

54) このような行為態様の類型化は、刑法等改正法案による改正後の不同意わいせつ罪、不同意性交等罪についても同様である。

55) 浅田和茂『刑法各論』（成文堂、2020年）128頁、井田良『講義刑法学・各論（第2版）』（有斐閣、2020年）129頁等参照。

2 不同意わいせつ罪等との関係

(1) 新法2条3項

撮影罪を規定する新法2条はその3項において、「前二項の規定は、刑法第七十六条及び第七十九条第一項の規定の適用を妨げない。」とする。これは、従来⁵⁶⁾の裁判例において、人を脱衣させてその裸体を撮影するなどの行為についてわいせつ罪の成立が認められているものも少なくないことから、撮影罪の新設はこのような罰条適用を変更するものではないということを示したものと解される。つまり、これらの裁判例ではいずれも、強いて脱衣させる、欺罔して脱衣させる、13歳未満の者を脱衣させるなど、撮影行為とは別に、それ自体がわいせつ罪の成立を根拠づけうるわいせつ行為と評価される行為が存在しており、撮影行為はこれらと一体としてわいせつ行為と評価されているようであるところ、新法2条3項によれば、撮影罪規定は、このような事案では撮影行為部分につき撮影罪の成立のみが認められることをいうものではない、ということになる⁵⁷⁾。

ところで、このような新法2条3項の趣旨、すなわち、撮影罪規定は、従

56) 東京高判昭和29・5・29東高刑時報5巻5号201頁(衣類を剥ぎ取って撮影(強制わいせつ罪))、釧路地判昭和42・7・7刑集24巻1号12頁参照(脅迫し脱衣させて撮影(強制わいせつ罪))。最1判昭和45・1・29刑集24巻1号1頁の第1審判決)、札幌高判昭和42・12・26刑集24巻1号14頁参照(同(同))。最1判昭和45・1・29・前掲の原判決)、東京高判昭和56・1・27刑月13巻1=2号50頁(モデル業には裸体での撮影が必要と誤信させ脱衣させて撮影(準強制わいせつ罪))、静岡地浜松支判平成11・12・1判タ1041号293頁(13歳未満の者を脱衣させて撮影(強制わいせつ罪))、仙台高判平成21・3・3LEX/DB25463555(同(同))、広島高判平成22・1・26LEX/DB25471442(同(同))、名古屋高判平成22・3・4LEX/DB25463556(13歳未満の者に口淫等させて撮影(同))、松山地判平成26・1・22LEX/DB25446354(13歳未満の者を脱衣させて撮影(同))、横浜地判平成28・7・20LEX/DB25543577(同(同))、千葉地判令和3・5・28LEX/DB25590059(監護者としての影響力に乗じて15歳の者に陰部を露出させて撮影(監護者わいせつ罪))等。

57) 前述注4)参照。撮影罪規定は、このような事案について、撮影部分を併せたわいせつ罪に加えて撮影罪の成立を認めうるものではあろうが、このことは、これらを併合罪と解することは困難であろうから、科刑上の実益にも乏しいと思われる。

来わいせつ罪の成立が認められてきた撮影行為につき、それを否定するものではないということは、撮影罪における撮影行為に当たる行為であってもわいせつ行為性が認められうるものがあるということを前提としているとも考えられる。従来の裁判例においても、撮影行為のみをもってわいせつ罪におけるわいせつ行為に当たるとするものも存在する⁵⁸⁾ことから、このようなわいせつ行為性をもちうる撮影行為があるか、あるとすれば具体的にいかなるものであるのかを考察しておくことは、撮影罪とわいせつ罪との関係性を確認する上で（さらには将来的な立法論的考察のためにも）意味があろう。

このような、撮影罪における撮影行為とわいせつ罪におけるわいせつ行為との関係という問題の検討にあたっては、これらの行為はそれぞれが各罪における行為に足りる性的な意味を有するものであるが⁵⁹⁾、これらが各罪の構成要件該当行為性を帯びるのはこのことのみをもってではなく、これらが相手方の真意に基づく同意なくして行われることによるのであり、かつこのような不同意性はこれらの罪に共通であるから、このような同意の不存在に係る事情ではなく、撮影罪における撮影行為自体について、それが実質的にはわいせつ罪におけるわいせつ行為性を帯びることがありうるかを検討することが有意義であるように思われる⁶⁰⁾。この検討にはその前提として、そのようなわいせつ行為性の意義ないし要件の確認が必要となろう。

58) 広島高判平23・5・26LEX/DB25471443(脱衣状態である13歳未満の者の診療時の盗撮(強制わいせつ罪))。本判決の評釈として、森永正綱「判批」法学教室389号別冊判例セレクト2012 I (2013年) 36頁。

59) 強制わいせつ罪におけるわいせつ行為性につき、最大判平成29・11・29刑集71巻9号467頁参照。本判決の評釈として、向井香津子「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇平成29年度』(法曹会、2020年) 162頁以下及び同稿に引用の諸文献等。

60) この検討は、原則として不同意性は無関係であり当該行為の性的性質自体がその構成要件該当行為性を基礎付ける16歳未満者類型についても妥当する(同類型では、それが診療のためであるなど「正当な理由がない」(新法2条1項4号)のではない場合には違法性が阻却されることが明文化されている)。

(2) わいせつ行為性

わいせつ罪に当たるわいせつ行為の意義ないしその判断に関しては、近時の最高裁平成29年11月29日大法廷判決により、いかなる行為に性的な意味があり刑法176条による処罰に値する行為とみるべきかは、規範的評価として、その時代の性的な被害に係る犯罪に対する社会の一般的な受け止め方を考慮しつつ客観的に判断される、とされている⁶¹⁾。このようなわいせつ行為と認められうる行為の態様は具体的には、他罪との関係上性交等を除いた性的行為であり⁶²⁾、従来の裁判例においてそれと認められたものとしては、陰部への接触⁶³⁾、乳房への接触⁶⁴⁾、接吻⁶⁵⁾、着衣上からの臀部への接触⁶⁶⁾、下着上からの臀部及び大腿部への接触⁶⁷⁾、被害者の面前での自慰行為⁶⁸⁾、性的部位の撮

61) 最大判平成29・11・29・前掲注59)。本判決は、強制わいせつ罪のわいせつ行為と評価されるべき行為の中には行為自体の性的性質が不明確なものもあり、また、性的な意味を帯びる行為のすべてが同条により処罰に値すると評価すべきではないとし、本文に引用の判断の在り方からすると、同罪のわいせつ行為に当たるかの判断には、行為の性的性質の有無及び程度を十分に踏まえた上で、事案によっては行為時の目的等の具体的状況等の諸事情をも総合考慮し、社会通念に照らして、行為の性的な意味の有無やその強さを具体的事実関係に基づいて判断せざるをえず、個別具体的事情の一つとして、行為者の目的等の主観的事情を考慮すべき場合もありうるとする。

62) 刑法等改正法案による強制性交等罪の不同意性交等罪への修正に伴い、「性交等」概念は「^{ちつ}膣若しくは肛門に身体の一部（陰茎を除く。）若しくは物を挿入する行為であってわいせつなもの」をも含むよう拡張されており（同法案による改正後の刑法177条1項参照）、その限りでわいせつ行為の態様は縮小されることになる（本文で以下に引用のわいせつ行為に係る裁判例からは、同改正により「性交等」に含まれうるものは除外した）。

63) 大3判大正13・10・22刑集3巻749頁（強制わいせつ罪）等。

64) 大阪地判支判昭和36・4・12下刑集3巻3=4号319頁（強制わいせつ罪）等。

65) 東京高判昭和32・1・22高刑集10巻1号10頁（強制わいせつ罪）、最1決昭和50・6・19集刑196号653頁（同）等。

66) 名古屋高判平成15・6・2判時1834号161頁（強制わいせつ罪）。

67) 東京高判平成13・9・18東高刑時報52巻1=12号54頁（強制わいせつ罪）。

68) 名古屋地判平成28・4・25LEX/DB25542949（強制わいせつ罪）等。

影⁶⁹⁾、性的部位を自撮りさせる行為⁷⁰⁾、などがある⁷¹⁾。

これら裁判例からもうかがえるように、性的自由を保護法益とする罪である以上、行為の対象が（被害者のものに限られない）性的部位⁷²⁾であることが、それがわいせつ行為たるに必要な性的な意味にとっての重要性をもつといえよう。

また、これらの具体的行為は、身体への接触によるもの（接触型）と、これによらないもの（非接触型。前記裁判例では後3者）に類型化されうるところ、前者に当たる性的部位への接触行為などはその性的な意味が明瞭であって、わいせつ行為の典型といえよう。また、このような接触がなく、その限りで被害者への性的な影響の程度は相対的に低いとも考えられる非接触型については、近時の有力な学説によれば、本類型は①被害者とその身体を性的に利用される場合（自ら脱衣することを強いられる場合など）と、㊸もっぱら心理的な負担を与えられる場合（被害者が行為者の裸体を見せられる場合など）とに区分されうるところ、①は行為させること自体が性的侵害であり、㊸も、性的な意味をもつ行為が被害者により知覚され認識されることを通じてその心理に性的な影響を与えた場合に、それぞれわいせつ行為性が認められるとされる⁷³⁾。この見解からは、㊸については、当該行為に係る知覚

69) 前述注56)参照。

70) 大阪高判令和3・7・14高刑速令和3年403頁（強制わいせつ罪）。

71) このような裁判例を踏まえ、わいせつ行為の態様を類型化して分析するものに、嘉門優「強制わいせつ罪におけるわいせつ概念について」立命館法学375=376号（2018年）116頁以下、わいせつ性の具体的な判断基準を考察するものに、佐藤陽子「強制わいせつ罪におけるわいせつ概念について」法律時報88巻11号（2016年）60頁以下がある。

72) 口ないし口唇が性的部位といえるかは議論の余地があるが（嘉門・前掲注71）125頁注27）、佐藤・前掲注71）63頁参照）、口腔性交は「性交等」に含まれ（刑法177条）、また、手指で触れる等ではなく接吻の場合にはその性的な意味は明らかといえようから、少なくとも性的部位に準じる部位とはいえよう（もとより、新法上の「性的な部位」には含まれない。新法2条1項1号イ参照）。

73) 橋爪隆「非接触型のわいせつ行為について」研修860号（2020年）6頁以下。嘉門・前

や認識を被害者が欠けばわいせつ罪は成立しないことになり⁷⁴⁾、④についても、例えば脅迫して脱衣させて撮影する場合、撮影行為は脱衣させることと併せて身体を利用した性的侵害としてのわいせつ行為といえるが、気付かれずに行う盗撮の場合については身体を現実的に利用したとはいえず準強制わいせつ罪を構成しないとされる⁷⁵⁾。

もっとも、少なくとも④での撮影行為の事例については、行為者による働きかけを認識した被害者の心理状態を通じたその身体動作の存在をその身体の性的利用というわいせつ行為性の要件とするまでの必要はないように思われる。なぜなら、被害者に気付かれない撮影（盗撮）という事業にあつては、そのような行為態様自体が（心神喪失状態の利用等と並ぶ）性的自由の侵害のための手段たる一種の欺罔又は抗拒不能状態の利用とも解されえ、このような態様による性的姿態等の撮影を被害者の身体の性的利用と解することも不可能とまではいえないと考えられるからである。そうであるとすると、盗撮を含む撮影行為にわいせつ行為性が認められる可能性は、その態様の如何によるよりもむしろ、性的姿態等の撮影という行為そのものが有する性的侵害性の程度がわいせつ罪に係る重い刑を根拠づけるほどの重大性を有するかによるといえよう。

(3) 撮影行為の性的侵害性

すでにみたように、撮影罪における撮影行為とは、(対象)性的姿態等の撮影（新法2条1項）であり、ここにいう性的姿態等とは、性的な部位、現に性的な部位を覆っている下着、わいせつな行為又は性交等の姿態（同項1

掲注71)129頁以下も参照。

74) 例えば、就寝中の被害者の面前での自慰行為にも準強制わいせつ罪の成立は否定される（橋爪・前掲注73)8頁参照。嘉門・前掲注71)132頁も参照）。この立場にあつても、その知覚や認識の可能性の程度により同罪の未遂が認められることはあろう。

75) 橋爪・前掲注73)11頁以下。

号イ、ロ)である。

このような撮影行為を、わいせつ行為との比較との観点から分析すると、まず、撮影という行為の性質上、それが身体への接触という要素を内容とするものでないことは明らかであるから、このような意味で、撮影行為は非接触型の行為であることになる。次いで、撮影行為の対象をみると、これは前述のように、性的な部位、現に性的な部位を覆っている下着、及びわいせつな行為又は性交等の姿態、であり、撮影行為とはこれらを視覚により認識できる方法で永続的に記録化することであるから、このような行為は性的な意味の強いものであるといえよう。このような行為が同意なく行われることは、自己の性的姿態等がその永続的な画像情報として記録されること、このことによりそれが他人に認識される抽象的危険性が生じることを認めるか否か、認めるとしてそれをいつ、誰に、どのような条件で認めるか、などを決する性的自由を侵害するものとなろう。そして、現代におけるこのような同意なき撮影行為の性的侵害性、すなわち、その同意に基づかない、性的姿態等の視覚的象形的情報の永続的な記録化とこれに伴うその著しい拡散の抽象的危険の創出という性質は、従来わいせつ罪に該当すると解されてきた、被害者に働きかけてその真意に基づかない脱衣をさせるような行為にも匹敵するとも解されえ⁷⁶⁾、このような意味で、現代における性的姿態等の同意なき撮影は実質的には身体の性的利用とも評価されうるように思われる。また、このような当罰性にもかかわらず、特に盗撮行為については、被害者への直接的な働きかけが必須ではないことに加え、撮影機材の小型化、高性能化等に基づく遂行の容易性ゆえに実行の障壁が低く、安易な遂行が誘発されやす

76) 少なくとも、このような脱衣をさせられる(ことで当該行為者(ら)に性的姿態等を認識されるが、それは当該状態の終了後は当該行為者(ら)の記憶に残るにとどまる)場合よりも、性的な部位等の同意なき撮影(ゆえのその画像情報の永続的な記録化とこれに伴うその拡散の抽象的危険の創出)ながら被害者への働きかけはない場合のほうが、性的侵害性の点で軽微である、とはもはやいいえないように思われる。

い行為態様ともいえることから、その要罰性も高いといえよう。

以上のように考えられるとすると、撮影行為は非接触型ではあるものの、前述のわいせつ行為性についての理解と併せ、それによる法益侵害性が特に高いと認められるなどの場合には、人の身体を性的に利用するものとして、実質的なわいせつ行為性が認められる場合もありうるように思われる。もっとも、新法にいう（対象）性的姿態等の撮影行為のすべてについてそのように解されうる訳ではない。というのは、前述のように、（対象）性的姿態等には下着も含まれており、これは、着用状態にありかつ性的な部位を覆っている部分でなければならないなど⁷⁷⁾、その同意なき撮影も被害者の性的羞恥心を相当に害しうるような性的な意味のある行為ではあるものの、これを性的な部位やわいせつな行為又は性交等の姿態の同意なき撮影と比較した場合、その性的侵害性の程度にはなお差異があるように思われる。このように解されるとすると、このような撮影行為についてまでもわいせつ行為性を帯びる余地を認めることは困難であろう。

（4）撮影罪とわいせつ罪との関係

以上のような検討からは、下着を除く（対象）性的姿態等についての撮影行為については、事案によりわいせつ性が認められる場合があることになるから、これが①行為者の被害者に対する働きかけによる不同意の脱衣とともに行われる場合⁷⁸⁾はもとより、②このような働きかけによる脱衣を伴わない場合⁷⁹⁾にも、それ自体としてわいせつ罪による捕捉の可能性があることになる。つまり、新法（案及び刑法等改正法案成立後の両法）の施行後の罰条

77) よって、着用状態にない（例えば洗濯物である）場合や、着用状態にはあるが性的な部位を覆っていない（例えばストラップの）部分については対象とならない。

78) 前述注56)の諸裁判例の事案のような場合がこれに当たろう。

79) 盗撮や、裸体である者が心神喪失状態にあることに乗じてあからさまに撮影するような場合がこれに当たろう。

適用としては、前述のようにその実質的変更はないと考えられる㉔の場合以外の、㉕の場合についても、それが下着を除く（対象）性的姿態等の撮影である場合には不同意わいせつ罪の成立が認められる可能性があることになる⁸⁰⁾。

また、撮影の対象が下着である場合には、㉔の場合は、本稿での検討によっても、被害者への働きかけ自体にわいせつ行為性が認められるのであれば、前述のようにそれと一体化してわいせつ罪により捕捉されるという従来からの裁判例による対処に実質的変更はなく、㉕の場合については撮影罪の成立が認められる。

四 おわりに

新法は、従来は実務上主に条例上の罪での対応がなされてきた性的盗撮行為をはじめとする同意なき性的撮影行為につき、新たに法律により、これらを性的自由を侵害する罪とし、条例上の罪に伴う場所的要件を付さず、それよりも重い刑を伴う犯罪として創設するものであって、これらの事案に対する従来までの法的対応をアップデートする、意義の高い立法であるといえよう。

もっとも、前述のような検討からは、現代におけるこのような撮影行為が人の性的自由に与える侵害性という実態に鑑みると、それにはわいせつ行為性を帯びるに至るものもありえ、そのような事案については従来においてもなお（準）強制わいせつ罪による対応の余地もありえたと考えられる⁸¹⁾。そして、このような撮影行為とわいせつ行為との関係性に不明瞭さがあつた

80) このように、㉕の場合であっても下着を除く（対象）性的姿態等の撮影につきわいせつ罪の成立の可能性を認めると、撮影罪の成立範囲が相当に限定される可能性が生じることとなる。

81) 高山・前掲注11)210頁は、盗撮行為による「被害の実体は、強制わいせつ罪に近い」とされる。

とすれば、その背景には、「わいせつ」という規範的構成要件要素によって規制対象行為を定めるわいせつ罪の側の問題性と、性的姿態等の撮影という行為に伴う性的侵害性の抽象的一律的把握という問題性とがあったように思われる。もとより、新法の制定はこのような撮影行為とわいせつ行為の関係の整序を図る現時点での到達点であり、前述のような高き意義をもつものではあるが、将来において、事案の実態に則した対処のための検討に際し、その性的侵害性の具体的把握を根拠に、それ自体がわいせつ性を有する性的撮影行為の態様もあるというかたちでわいせつ罪と撮影罪を再構成すること、またその際には、わいせつ罪を可能な限り具体的な諸行為類型により構成してその明確化を図ること⁸²⁾なども、検討に値するように思われる。

[追記] 脱稿後、新法案及び刑法等改正法案はともに令和5(2023)年6月16日に成立した(それぞれ、令和5年法律67号、同年法律66号)。このうち後者については、衆議院法務委員会においてその修正案が可決されたことで、その附則に、「政府は、性的な被害に係る犯罪規定が社会の受け止め方を踏まえて処罰対象を適切に決すべきものであるという特質を有し、また、その改正がそれぞれの時代の性的な被害の実態及びこれに対する社会の意識の変化に対応していること等に鑑み、この法律の施行後五年を経過した場合において、この法律による改正後のそれぞれの法律の規定及び性的な姿態を撮影する行為等の処罰及び押収物に記録された性的な姿態の影像に係る電磁的記録の消去等に関する法律(令和五年法律第六十七号)の規定(以下「新刑法等の規定」という。)の施行の状況を勘案し、新刑法等の規定の施行後の性的な被害の実態及びこれに対する社会の受け止め方や社会の意識、とりわけ性的同意についての意識も踏まえつつ、速やかに性犯罪に係る事案の実態に即した対処を行うための施策の在り方について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする。」(20条1項)等の規定が加えられている。性的盗撮行為のわいせつ行為性という本稿において考察した内容についても、本規定により要請される検討に値するように思われる。

82) なお井田・前掲注51)116頁注13)、また園田寿「強制わいせつ罪における〈わいせつ行為〉の概念——とくに被害者が低年齢の児童である場合——」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集下巻』(成文堂、2018年)100頁以下も参照。