

ドイツにおける184条kの創設について

——性的姿態等撮影罪の検討の一助として

嘉 門 優

目次

- 一 はじめに
- 二 ドイツ刑法184条kの立法理由
- 三 184条kの構成要件
- 四 論点
- 五 日本法との比較

一 はじめに

撮影機器の高性能化や小型化にともなって、いわゆる盗撮が社会問題化してきたことを踏まえ、2023年7月13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」（令和5年法律第67号。以下「性的姿態撮影等処罰法」と称する）が施行された。これまで盗撮については、都道府県の迷惑防止条例や、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により処罰対象とされてきたが、処罰対象は一部に限られていた。今次成立した性的姿態撮影等処罰法では、「意思に反して自分の性的な姿を他の機会に他人に見られないという権利利益を守るため、意思に反して性的な姿を撮影したり、これにより生まれた記録を提供する行為などを処罰する¹⁾」ものとされた。

1) 法務省 HP 「性犯罪関係の法改正等 Q&A」

https://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00200.html#Q2-2（最終閲覧日2023/08/27）。

一方、ドイツでは、いわゆる Upskirting (スカート内の盗撮) や、Downblousing (胸の谷間をのぞき見すること) が社会問題化していたが、公共の場所での盗撮行為を直接的に処罰する規定がなかった²⁾。そこで、2021年に新たに刑法184条 k (録画による秘部の侵害) が創設された。立法者は、新設理由として、録画可能なカメラ機器の発達により、既存の規定では十分な保護ができないことを挙げた³⁾。しかし、以下で述べるように、ドイツでは本罪の創設に対して、学説上さまざまな批判がなされてきた。また、実務上、2021年の本条成立以降、行為者によって製造された録画からは被害者の特定が困難であることから、録画による親密領域の侵害はあまり重視されていないとの指摘もある⁴⁾。

本稿は、ドイツにおける184条 k をめぐる議論状況を紹介し、日本の性的姿態等撮影罪の検討の一助とすることを目的とする。

二 ドイツ刑法184条 k の立法理由

(1) 条文

新設されたドイツ刑法184条 k は以下のとおりである。

184条 k 録画による秘部の侵害⁵⁾

① 次に掲げる者は、2年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

2) ニューズウィーク日本版「スカート内盗撮おとがめ無しのドイツ やっと違法化の動き」
https://www.newsweekjapan.jp/stories/woman/2019/09/post-246_1.php (最終閲覧日2023/08/27)。ただし、スカート内の盗撮は、秩序違反法118条には公衆に対する迷惑行為に該当しうとの判例もあった(佐藤拓磨「ドイツにおける性的画像記録に係る記録媒体の没収とデータ消去命令」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)405頁参照)。

3) BT-Drs. 19/15825, 1.

4) 2021年の警察統計によれば、ドイツ連邦全体でもたった543件の事案しか把握されておらず、同時に、論文公刊時点では、184条 k についての判例は見当たらないとの指摘がある。Seidi/Wittschurky, Die Belästigung nach §184i StGB und die Verletzung des Intimbereichs durch Bildaufnahmen nach §184k StGB, NSTZ 7/2023, S. 392.

- 1 意図的に、又は、確定的認識をもって、他の者の性器、臀部、女性の胸、若しくは、これらの身体の部位を覆う下着の録画を権限なく製造し、若しくは、中継した者、ただし、これらの領域が視線から保護されている場合に限る。
 - 2 第1号に定める犯罪により製造された録画を使用し、若しくは、第三者が認識しうる状態に置いた者、又は、
 - 3 権限に基づいて製造された第1号に掲げる種類の録画を、権限がないことを確定的に認識しながら、第三者が認識しうる状態に置いた者
- ② 刑事訴追機関が刑事訴追について特別な公の利益があるために職権による介入が必要と考えるときを除き、告訴に基づいてのみ訴追される。
- ③ 第1項は、優越する正当な利益を守るために行われた行為、特に、芸術若しくは学問、研究若しくは教育、現下の事象若しくは歴史的事象の報道又は類似の目的に資する行為には適用しない。
- ④ 正犯者又は共犯者の使用した録画媒体及び録画機材又はその他の技術的手段は没収することができる。第74条aを適用する。

§184k Verletzung des Intimbereichs durch Bildaufnahmen

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. absichtlich oder wissentlich von den Genitalien, dem Gesäß, der weiblichen Brust oder der diese Körperteile bedeckenden Unterwäsche einer anderen Person unbefugt eine Bildaufnahme herstellt oder überträgt, soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind,
 2. eine durch eine Tat nach Nummer 1 hergestellte Bildaufnahme gebraucht oder einer dritten Person zugänglich macht oder
 3. eine befugt hergestellte Bildaufnahme der in der Nummer 1 bezeichneten Art wissentlich unbefugt einer dritten Person zugänglich macht.
- (2) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.
- (3) Absatz 1 gilt nicht für Handlungen, die in Wahrnehmung überwiegender berechtigter Interessen erfolgen, namentlich der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken dienen.

5) 条文の訳は、佐藤・前掲注2) 408頁以下、同「ドイツにおける盗撮立法について」刑ジャ70号79頁以下を参照した。

(4) Die Bildträger sowie Bildaufnahmegeräte oder andere technische Mittel, die der Täter oder Teilnehmer verwendet hat, können eingezogen werden. §74a ist anzuwenden.

(2) 処罰の欠缺

前述のように、立法者は、184条 k の新設理由として、録画可能なカメラ機器の発達により、既存の規定では十分な保護ができないことを挙げた。さらに、当時のドイツの現行法上、公共の場所での盗撮行為を直接的に処罰する規定がなかったことが挙げられている⁶⁾。以下では、184条 k の周辺規定の全体像を把握することを目的として、当時のドイツの現行法上、盗撮行為が当てはまりうる可能性があった規定を、ドイツの立法者の説明に沿って順に紹介する。

1) 侮辱罪 (刑法185条)

185条 侮辱罪

侮辱は、1年以下の自由刑又は罰金に処し、侮辱が公然と、集会で又は文書（11条3項）の頒布、暴力行為を手段として行われたときは、2年以下の自由刑又は罰金に処する。

§185 Beleidigung

Die Beleidigung wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und, wenn die Beleidigung öffentlich, in einer Versammlung, durch Verbreiten eines Inhalts (§11 Absatz 3) oder mittels einer Tätlichkeit begangen wird, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

第一に、盗撮を処罰しうる可能性のあった当時の規定として、まずは侮辱罪（185条）があったが、侮辱罪における侮辱は、軽蔑あるいは侮蔑（Missachtung oder Nichtachtung）の表明（Kundgabe）である⁷⁾。たしかに、第三者の立場か

6) BT-Drs. 19/15825, 10. 佐藤・前掲注5) 刑ジャ70号84頁参照。

7) BT-Drs. 19/15825, 11.

ら見ると、行為者は自身の行為によって被害者をのぞき見的な欲求の客体に貶めており、それによって法的な人格の中で軽蔑される。しかし、性的あるいは性的関連性のある行為や嫌がらせは、特別な事情によって独自の侮辱的な性格が認められる場合のみ、侮辱罪として処罰される。望まれない性的関連性を有する行為を他者が単に実行したからといって、それ自体は侮辱ではなく、その行為と被害者を軽蔑する評価が結び付いた場合のみ、侮辱の構成要件に該当する行為となる。他者の内密領域のひそかな録画が、侮辱としての表明の価値を有するかどうかはかなり疑わしい。原則的には、185条に不可欠の表明の意思を欠いており、録画の作成は行為者の観点からは、被害者にとっても第三者にとっても気づかれずに実行される⁸⁾。

2) 性的嫌がらせ (刑法184条i)

184条i 性的嫌がらせ⁹⁾

- (1) 性的特徴を有する態様で人の身体に接触し、これにより嫌がらせをした者は、その犯行に本章の他の規定においてより重い刑が定められていないときは、2年以下の自由刑又は罰金刑に処する。
- (2) 特に重い事案では、3月以上5年以下の自由刑に処する。特に重い事案は、原則として、犯行が数人により共同して遂行されたときに認められる。
- (3) 犯行は、刑事訴追機関が刑事訴追について特別な公の利益があるために職権による介入が必要と考えるときを除き、告訴に基づいてのみ訴追される。

§184i Sexuelle Belästigung

- (1) Wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn nicht die Tat in anderen Vorschriften dieses Abschnitts mit schwererer Strafe bedroht ist.
- (2) In besonders schweren Fällen ist die Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf

8) BT-Drs. 19/15825, 11.

9) 条文の訳は、深町晋也「2016年改正以降のドイツ性犯罪規定について」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）355頁を参照した。

Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird.

- (3) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

2016年10月に施行された性的嫌がらせ（刑法184条 i）の構成要件は、性的に動機づけられた身体的な接触と、それによって惹起される被害者に対する嫌がらせを条件とする。たしかに、接触は「身体から身体に」という接触が必要なわけではなく、物を手段としてもなしうる。しかし、Upskirting の場合、行為者は被害者に触れることはない。なぜなら、行為者は、「スカートの下」の写真かビデオの作成という自身の目的を果たすことができなくなるからである¹⁰⁾。

3) 録画による高度に私的な生活領域と人格権の侵害（201条 a）

201条 a 録画による高度に私的な生活領域と人格権の侵害¹¹⁾

- (1) 次に掲げる者は、2年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

- 1 権限なく、住居若しくは中が見られないように特に保護された空間にいる人の録画を製造し、または中継することにより、被撮影者の高度に私的な生活領域を侵害すること
- 2 権限なく、人が無力な状態にあることを見せる録画を製造し、又は中継することにより、被撮影者の高度に私的な生活領域を侵害すること
- 3 著しく不快な方法で、死亡した者を見せる録画を製造し、若しくは中継すること
- 4 1から3号の行為によって製造された録画を使用し、又は第三者が認識しうる状態に置くこと
- 5 権限に基づいて製造された1から3号に掲げる種類の録画を、権限がないことを確定的に認識しながら、第三者が認識しうる状態に置くことにより、被撮影者の高度に私的な生活領域を侵害すること

- (2) 権限なく、被撮影者の評価を著しく害するのに適した録画を第三者が認識しうる状

10) BT-Drs. 19/15825, 11.

11) 条文の訳は、佐藤・前掲注5) 刑ジャ70号を参照した。

態に置いた者も1項と同様である。このことは、死者の録画についても同様の条件の下で妥当する。

- (3) 次に掲げる者は、2年以下の自由刑又は罰金刑に処する。第三者に有償で取得させる目的で、18歳未満の他の者の裸を客体とする
 - 1 録画を製造し、若しくは提供し、又は、
 - 2 有償で取得し若しくは第三者に取得させること
- (4) 1項4号又は5号、2項、3項が合わせて適用される場合も含めた1項の2号、3号は、著しく優越する正当な利益を守るために行われた行為、特に、芸術若しくは学問、研究若しくは教育、現下の事象若しくは歴史的事象の報道又は類似の目的に資する行為には適用しない。
- (5) 正犯者あるいは共犯者が使用した録画媒体、録画機材又はその他の技術的な手段は没収することができる。74条aが適用されるものとする。

§201a Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs und von Persönlichkeitsrechten durch Bildaufnahmen

- (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer
 1. von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, unbefugt eine Bildaufnahme herstellt oder überträgt und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt,
 2. eine Bildaufnahme, die die Hilfslosigkeit einer anderen Person zur Schau stellt, unbefugt herstellt oder überträgt und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt,
 3. eine Bildaufnahme, die in grob anstößiger Weise eine verstorbene Person zur Schau stellt, unbefugt herstellt oder überträgt,
 4. eine durch eine Tat nach den Nummern 1 bis 3 hergestellte Bildaufnahme gebraucht oder einer dritten Person zugänglich macht oder
 5. eine befugt hergestellte Bildaufnahme der in den Nummern 1 bis 3 bezeichneten Art wissentlich unbefugt einer dritten Person zugänglich macht und in den Fällen der Nummern 1 und 2 dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt.
- (2) Ebenso wird bestraft, wer unbefugt von einer anderen Person eine Bildaufnahme, die geeignet ist, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden, einer dritten Person zugänglich macht. Dies gilt unter den gleichen Voraussetzungen auch für eine Bildaufnahme von einer verstorbenen Person.

- (3) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine Bildaufnahme, die die Nacktheit einer anderen Person unter achtzehn Jahren zum Gegenstand hat,
1. herstellt oder anbietet, um sie einer dritten Person gegen Entgelt zu verschaffen, oder
 2. sich oder einer dritten Person gegen Entgelt verschafft.
- (4) Absatz 1 Nummer 2 und 3, auch in Verbindung mit Absatz 1 Nummer 4 oder 5, Absatz 2 und 3 gelten nicht für Handlungen, die in Wahrnehmung überwiegender berechtigter Interessen erfolgen, namentlich der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken dienen.
- (5) Die Bildträger sowie Bildaufnahmegeräte oder andere technische Mittel, die der Täter oder Teilnehmer verwendet hat, können eingezogen werden. §74a ist anzuwenden.

201条 a の 1 項 1 号によると、住居若しくは中が見られないように特に保護された空間にいる他人の録画を、権限なく、製造したり、中継した者や、それによって録画された人の高度に私的な生活領域を侵害した者が処罰される。その際、有力説によると、原則的に、被害者の特定が前提とされる。この見解によると、Upskirting の事案のように内密領域の詳細の録画のみが存在するという状況では争いの余地があり、最終的には不明である。この観点からは可罰性はほぼ排除されうる¹²⁾。

さらに、録画された人は、住居若しくは中が見られないように特に保護された空間にとどまっている必要がある。そうすると、原則的に、公的な場所において行われる Upskirting の事案は当てはまらないということになる。ただし、部屋の内部やほかの特に保護された空間で Upskirting の行為が行われる特殊な事例は、それに応じた可罰性が考慮される¹³⁾。

12) BT-Drs. 19/15825, 11.

13) BT-Drs. 19/15825, 11.

4) 造形美術の著作物及び写真の著作物の著作権に関する法律 (KUG) 22、33条

造形美術の著作物及び写真の著作物の著作権に関する法律¹⁴⁾

22条 肖像は、肖像本人の同意がある場合に限り、頒布し、又は公衆に展示することができる。肖像本人が、自らを描写させることにつき報酬を受けている場合において、疑いがあるときは、この同意は与えられたものとみなす。肖像本人の死後は、10年の期間が終了するまでの間、肖像本人の近親者の同意を要する。この法律の意味における近親者とは、肖像本人の生存配偶者又はパートナー及び子をいうものとし、配偶者、パートナー又は子のいずれも存しない場合には、肖像本人の父母をいうものとする。

33条(1) 第22条及び第23条の規定に違反して肖像を頒布し又は公衆に展示する者は、1年以下の自由刑又は罰金に処する。

(2) その行為は、告訴があるときのみ訴追される。

Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie

§22 Bildnisse dürfen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Die Einwilligung gilt im Zweifel als erteilt, wenn der Abgebildete dafür, daß er sich abbilden ließ, eine Entlohnung erhielt. Nach dem Tode des Abgebildeten bedarf es bis zum Ablaufe von 10 Jahren der Einwilligung der Angehörigen des Abgebildeten. Angehörige im Sinne dieses Gesetzes sind der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner und die Kinder des Abgebildeten und, wenn weder ein Ehegatte oder Lebenspartner noch Kinder vorhanden sind, die Eltern des Abgebildeten.

§33 (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen den § 22, 23 ein Bildnis verbreitet oder öffentlich zur Schau stellt.

(2) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.

造形美術の著作物及び写真の著作物の著作権に対する侵害がKUGにおいて処罰対象となっている。ただし、録画の製造ではなく、頒布や公的な展示のみが規定されている。この法律では、被害者の特定可能性の要請は、ここで問題となっている盗撮行為に対する刑法的な保護とたびたび対立すると言われてきた。具体

14) 条文の訳は、公益社団法人著作権情報センターの訳を参照した。

https://www.cric.or.jp/db/world/germany/germany_c2.html (最終閲覧日2023/09/02)

的には以下のとおりである¹⁵⁾。

KUG33条1項によると、KUG22、23条の規定に違反して、自身の肖像に対する権利を侵害して、肖像を頒布し又は公衆に展示した者は処罰される。しかし、KUG22条の意味での肖像に対する権利は、肖像上の人が認識可能な場合にのみ存在する。つまり、被害者が、Upskirtingによって作成された写真やビデオの頒布との関係で被害者が特定されることや、少なくとも特定可能であることが常に必要となる。連邦裁判所の民事判例によると、撮影された人が、自分が撮影された人だと特定されうるといふ推論に根拠ある理由を有していれば十分である。その際の客観的な基準は、撮影された人の交際範囲の中での、その人の認識可能性である。ただし、身体の一部だけの撮影でもよいかどうかは争われている¹⁶⁾。

いわゆる Upskirting の場合、内密領域に属する、個々の身体の一部のみが撮影されるため、交際範囲内での人の特定は許されないだろう。そのため、特定可能性は、描写それ自体から判断されることになる。撮影された人の名前が名目上肖像につけられているということでは不十分である。Upskirting は、KUG22条の肖像権の例外事案ということにならざるをえない。また、KUG33条は、刑法的に重要な行為態様である、録画の製造を規定していないという点で、被害者の保護という観点からは遅すぎる¹⁷⁾。

5) 公衆に対する迷惑行為 (秩序違反法118条)

118条 公衆に対する迷惑行為¹⁸⁾

- (1) 公衆に対して迷惑をかけ、又はこれを危殆化し、かつ公共の秩序を侵害するのに適した著しく不相当な行為を行った者は、秩序に違反して行為したものである。
- (2) 秩序違反は、その行為を他の規定により罰することができないときは、過料に処する。

15) BT-Drs. 19/15825, 11.

16) BT-Drs. 19/15825, 12.

17) BT-Drs. 19/15825, 12.

18) 条文の訳は、佐藤・前掲注5) 405頁を参照した。

Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG)

§118 Belästigung der Allgemeinheit

- (1) Ordnungswidrig handelt, wer eine grob ungehörige Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen.
- (2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße geahndet werden, wenn die Handlung nicht nach anderen Vorschriften geahndet werden kann.

立法者の説明によると、女性のスカートの下の撮影は、秩序違反法118条1項の公衆に対する迷惑行為に該当するよう見えるが、詳細に考察すると、この規定は、当該行為の不法を適切に把握するには十分にふさわしいとは言えないとされる¹⁹⁾。秩序違反法118条1項によると、公衆に対して迷惑をかけたり、危険を発生させたり、公的秩序を害するような、著しく不相当な行為をした者が秩序違反として扱われる。この規範における著しく不相当とみなされる行為とは、公衆に対する、直接的な、精神的あるいは身体的な迷惑行為や危殆化行為であると同時に、公的秩序の侵害が生じたり、少なくともその可能性があるような方法で、道徳、礼儀、秩序といった世間で認められたルールに違反した場合である。公衆に対する迷惑行為の性質は、お互いに人的な関係性のない不特定多数の人々によって理解されるもので十分である。著しく不相当な行為は、他者によってわずかというにとどまらない身体的あるいは精神的な不快を惹起する場合に、迷惑をかけたと認められる。女性のスカートの下の撮影は、社会全体で認められた社会的な行為規範である公共に関わるものである。この規範は、女性のスカートの下の撮影行為を、社会的に耐えがたく、それ自体わずかとはいえない精神的な不快を呼び起こすのに適しているとみなすという強い方法で、秩序ある人間の共同生活にとって必須の条件として配慮されなければならない。これによって、不快を呼び起こす潜在的可能性を有する著しく不相当な行為だといえる²⁰⁾。

19) BT-Drs. 19/15825, 12.

20) BT-Drs. 19/15825, 13.

Upskirting の行為が特定の個人に向けられているからといって、その行為が同時に公衆に迷惑をかけうるということには変わりはない。その行為は公衆にとって「のみ」認識可能で、認識の効果として公衆の直接的な迷惑や危殆化も考慮に入れるような性質を有していなければならない。ただし、実際上の認識は重要ではない²¹⁾。

しかし、その反対解釈として、118条1項は、具体的な事案で、場所的かつ／あるいは時間的な制約によって、その出来事を他者が直接的に知ることができない場合には、適用できない。118条1項に基づく行為の処罰の可能性は、最終的には、個々の事案の事情、特に公衆の認識可能性によることになる。写真や動画の撮影は、靴に隠した小型のカメラのように、ひそかに行われるため、この規定の適用可能性はたいてい疑わしいものとなってしまう²²⁾。

最終的に、118条1項も、盗撮で問題となっている保護利益にはふさわしい規範ではないことが明らかとなる。118条1項とは異なり、いわゆる Upskirting という行為態様は、公的な秩序の外的な存立の保護が中心にあるわけではなく、一般的な人格権への深刻な侵害である録画からの保護である。さらに、118条1項の規定は、不可欠の没収規定がない点が問題となる²³⁾。

(3) 保護法益：性犯罪としての位置づけ

以上のように、現行法上の処罰の欠缺を埋めるために創設する184条kを、ドイツ立法者は、ドイツ刑法典1章「性的自己決定に対する犯罪」に位置づけた。その理由として、本条の保護法益は、被害者の肖像権ではあるとしつつ、より重要なのは、被害者の性的自己決定権であるからだとする。つまり、行為者は、性的な領域として通常は理解されるべき身体的な内密領域への視覚的な介入を、録画を通じて行うのである。性的自己決定権には、自身の内密領域の録画によっ

21) BT-Drs. 19/15825, 13.

22) BT-Drs. 19/15825, 13.

23) BT-Drs. 19/15825, 13.

て、他者による性的な意味を持つ観察の対象となるのか、なるとすればどのような方法でなるのかということ自身で決定する権利も含まれる。行為者の録画行為には、録画することによって自身が性的な快感を得るか、あるいは、録画を見ることを通じて第三者が性的な快感を得るという性的な動機を伴うのが通例である。いわゆる Upskirting の性犯罪としての位置づけは被害者の利益にも合致している²⁴⁾。

ただし、構成要件自体には行為者の性的動機は要求されていない。刑法典において性的自己決定権に対する罪に位置づけたからといっても、具体的な個別事例において性的な動機が行為者に認められなければならないというわけではない。たとえば、度胸試しや純粋に商業的な関心から転売目的での録画の作成の場合のように、行為者に性的動機がない場合もある²⁵⁾。

三 184条kの構成要件

(1) 保護される身体領域

184条kの保護対象となる身体領域は、2段階のテストを受けることになる。第一は、保護領域とされる身体領域、すなわち、性器、臀部、女性の胸、さらに、これらの身体の部位を覆う下着である。第二に、以上の身体領域は「視線から保護されている」、つまり、被害者が着用している衣服によって保護されていることを意味する。

1項1号は、内密領域(Intimbereich)と称される特定の身体領域、性器、臀部、女性の胸という部分だけを保護している。ただし、立法者によると、「女性の」という形容詞は、被害者の性に関係するのではなく、単に胸の形を記述したものである。したがって、以前は男性の性に属していたが、現在はそのように感じて

24) BT-Drs. 19/20668, 15.

25) BT-Drs. 19/20668, 15.

いない被害者（例えば、トランスジェンダー）も含まれる²⁶⁾。身体の部分の全体の録画は必要ないとされ、一部が見えていれば十分であり、当該の身体領域がそれ自体だと認識できればよい²⁷⁾。また、録画された身体領域は裸でも下着に覆われていてもよい。ただし、下着は、ブラウスの下のTシャツでもよいが、スカートの下のレギンスは当たらない²⁸⁾。

第二の要件として、以上の内密領域である身体領域は、「視線から保護」されている必要がある。これは、行為者の行為不法の条件として、録画を目的として、服によってカバーされた、「視線からの保護」を超えて録画を作成したことが必要となることを意味する。この背後には、被害者解釈学的な視点、すなわち、被害者は適切な服を着用することによって、「視線からの保護」に注意を向けることができ、他者に対し、内密領域を他者の視線から守っているということを明示することができる。この保護は、原則的に衣服によってなされるが、他の方法、たとえば、浴場のタオルであっても可能である²⁹⁾。

一方、保護対象とならないものとして、サウナや浴場における裸の録画や、浴場のガウンや下着姿の写真があり、または、スポーツ活動の録画も、通常の活動の際に下着が見える場合（たとえば、フィギュアスケートやテニス）には保護されない³⁰⁾。なぜなら、このような場合は、被害者は、当該の身体部分を他者の視線から隠すことを特にはしていないからである³¹⁾。ただし、「下着」にも多様なものがあり、限界づけは難しいとの批判もある³²⁾。

さらに、当てはまらない例として、トイレの個室や更衣室にいる人をのぞき見する場合が挙げられ、その理由は、この場合は衣服によって「視線からの保護」

26) Ziegler, BeckOK StGB, §184k, Rn. 3.1.

27) Renzikowski, MüKoStGB, 4. Aufl. 2021, §184k, Rn. 14.

28) Renzikowski · 前掲注27) §184k, Rn. 14.

29) Renzikowski · 前掲注27) §184k, Rn. 15.

30) Renzikowski · 前掲注27) §184k, Rn. 15.

31) Renzikowski · 前掲注27) §184k, Rn. 15.

32) Fischer, StGB. 70. Auf. 2023, §184k, Rn. 5.

がなされていないからである³³⁾。しかし、視線からの保護は完璧である必要はなく、スカートがたまたまめくれるような場合でもよい。それに対し、ブラウスの胸元が大きく空いている場合には、デコルテの「視線からの保護」としては不十分とみなされる。したがって、Downblousing の実際の適用例は存在しないと言われている³⁴⁾。一方、臀部が完全には隠れず、スリップが見えている超ミニスカートの判断は開かれているとされる³⁵⁾。このような場合、「視線からの保護」というメルクマールは、被害者がふさわしくない衣服を身につけていたからだという被害者答責的な弁護方針の機会を与えることになる³⁶⁾。

(2) 行為態様

184条kの1項は、保護される身体領域の録画の権限なき「製造と中継」である。録画 (Bildaufnahmen) は、すべての画像 (Abbildung) であり、連続した画像でもある。完全にぶれていたり、ぼやけた録画は構成要件には該当しない³⁷⁾。その録画の「製造」は、反復した視覚的な再生産と知覚を可能にするために、伝統的な映像素材への記録や、時代に合った他の録画媒体への記録によって、録画が技術的に記録されることを指す³⁸⁾。「中継」は、いわゆるウェブカメラや小型カメラで録画情報をリアルタイムで送信することを指す³⁹⁾。

録画の「使用」とは、見られるようにすることや見ることによって処罰可能となる。行為者は、録画の作成者である必要はない。録画の作成者は後に自ら見る場合、共罰的事後行為とも考えられる。録画は、画像編集、複製、保存、アーカイブといったあらゆる形式で使用される。他者に録画の存在を知らせることは該

33) Renzikowski・前掲注27) §184k, Rn. 15.

34) Walter ZRP2020, 16.; Renzikowski・前掲注27) §184k, Rn. 15.

35) Renzikowski・前掲注27) §184k, Rn. 15.

36) Berghäuser ZIS2019, 472.; Renzikowski・前掲注27) §184k, Rn. 15.

37) Renzikowski・前掲注27) §184k, Rn. 16.

38) Renzikowski・前掲注27) §184k, Rn. 16.

39) Ziegler・前掲注26) §184k, Rn. 6.

当しない。「第三者が認識しうる状態に置く」とは、他人が分かるように、すなわち、見ることができるようにすることであり、単なる可能性で十分である。そのような録画があると知らせることでは十分ではない⁴⁰⁾。

(3) 主観的要素

184条kの1号の主観的構成要件は「意図的に、又は、確定的認識をもって」と規定されており、立法者によると、特に当罰的な行為態様に適用領域を制約するためだとされる⁴¹⁾。例えば、画像の背景にいる人やグループを撮影した際や、人の不適切な動作の際に、1項1号の意味での録画が作成された場合、未必的な故意行為は問題なく阻却される⁴²⁾。意図的にとは、その人にとって構成要件実現が重要であることを指す。それを超えた動機、例えば、自身を興奮させたり、被害者を貶めるといった動機は不要である⁴³⁾。確定的認識は、行為者が、結果の発生を「確実といってよいほどの蓋然性にもとづいて」予測する場合に存在する。したがって、可罰的なのは、被害者によって意識的に選択された「視線からの保護」を意図的に超えた場合のみである。さらに、被害者の同意なく行為しているということが行為者にとって明らかでなければならない⁴⁴⁾。

また、行為者の性的動機は、他の性犯罪と同様に必要とされない。特に、たとえば、度胸試しや純粋に商業的な関心から転売目的や、被害者を脅迫するために行われる録画の場合も処罰される⁴⁵⁾。

他方、1項2号と3号の事案では未必の故意でよい。ただし、行為者の故意は、「1号の行為」と関係していなければならない。内密領域の録画が意図的に、又は確定的認識をもって権限なく作成されたという可能性を認識し、認容しなけれ

40) Renzikowski・前掲注27) §184k, Rn. 19.

41) BT-Drs. 19/20668, 16.

42) Ziegler・前掲注26) §184k, Rn. 15.

43) Renzikowski・前掲注27) §184k, Rn. 23.

44) Renzikowski・前掲注27) §184k, Rn. 23.

45) BT-Drs. 19/20668, 15.; Ziegler・前掲注26) §184k, Rn. 15.

ばならない⁴⁶⁾。

(4) 3項の適用除外事由

3項は、優越する正当な利益を有する行為は、構成要件には該当しない。この点は201条aの4項と同じであるとされる⁴⁷⁾。

四 論点

(1) 性的自己決定に対する罪としての位置づけ

184条kの立法に対して学説上様々な批判が向けられた。第一に、立法の根拠に対する疑問である。前述のように、立法者は、184条kは性的自己決定権を保護するものとして刑法典の13章に位置づけている。この位置づけに対して、この理解の背後には、性的自己決定の基盤となる再定義が隠れているとの批判がある⁴⁸⁾。これまでは、性的自己決定は性的行為によってのみ影響を受けるので、なんらかの「身体性 (Körperlichkeit)」から出発していた。しかし、今次の立法理由によると、性的自己決定権は、「内的領域の録画によって、他者によって性的な意味を持つ観察の対象となりたいか、なるとすればどの程度かを決定する権利」をも含むことになる。立法者はこのような意味づけは、被害者の利益にのみ合致するというが⁴⁹⁾、Renzikowskiによると、このような説明は不十分で、一部では明らかに矛盾しているとする。つまり、立法理由とされる「他者による性的な意味を持つ観察の対象とならない権利」からは、行為者の性的動機を要求することになるはずだが、条文上は要求されていないのである⁵⁰⁾。

46) Renzikowski・前掲注27) §184k, Rn. 24.

47) Renzikowski・前掲注27) §184k, Rn. 25.

48) Renzikowski・前掲注27) §184k, Rn. 1.

49) BT-Drs. 19/20668, 15.

50) Renzikowski・前掲注27) §184k, Rn. 2.

Renzikowskiによれば、性的自己決定は、「自己の意思に反して他者の性的な欲望（Begehren）の対象にさせられない権利」ではなく、「自身のセクシュアリティ（Sexualität）が他者によって単なる対象にされない権利」であり、これには本質的な違いがある。性犯罪は、典型的には、誤った方向に導かれた、過剰なセクシュアリティではなく、優越や征服に基づくものである。このような理由から、184条 i の性的迷惑行為は行為者の動機とは関係がない。同様に、行為者の目的設定は、Upskirting の録画の可罰性にとって重要ではないことが明らかであり、立法理由はこのことと矛盾すると批判する⁵¹⁾。

他方、性的自己決定権に対する罪と位置づけることが「被害者の利益にかなう」という理由づけにも疑問があるとする。このような「感情保護」は、自由主義的法治国家における犯罪構成要件の正統化にとって、かなり疑わしい理由だと批判する⁵²⁾。

（2）201条 a との区別

Renzikowski は、201条 a との区別の困難性を指摘する。184条 b や184条 c は、児童ポルノを規定し、裸の性器や臀部に限定しているのに対し、184条 k は内密領域のあらゆる録画が性的自己決定権を侵害するという理由から、「ポルノ的」な録画という制約がなされなかった。この背後には、一方では、性的自己決定とポルノグラフィ、他方では、人の生活領域と秘密領域の権限なき録画からの保護との関係の不明確性が存在すると指摘する⁵³⁾。Renzikowski は、「内密領域へのあらゆる侵入が、性的自己決定の侵害になるわけではない」のであって、あらゆる権限なき裸の録画（201条 a 3項参照）が性犯罪というわけではないとする。201条 a の3項の創設と児童ポルノの概念の拡張の議論の際に、肖像（Bild）の取扱い（Umgang）と、人との付き合い（Umgang）との区別がないことが争点

51) Renzikowski・前掲注27) §184k, Rn. 2.

52) Renzikowski・前掲注27) §184k, Rn. 2.

53) Renzikowski・前掲注27) §184k, Rn. 3.

となったが、性的な刺激のための肖像の利用は、録画された人との性的行為の実行とは異なるはずだと指摘する⁵⁴⁾。

201条aにおける権限なき録画に対する人の生活領域と秘密領域の刑法上の保護は、とりわけ、特に、病気、死、セクシュアリティの領域に属する内密領域で脅かされるものであるが、これはまさしく184条kによって保護される領域でもあるという点で問題となるとする⁵⁵⁾。

Seidi/Wittschurky も、ほかの性的自己決定に対する罪との整合性が問題となると批判する。立法者は、視線からの保護を超えた内密領域のあらゆる録画が、性的自己決定を害すると考えているが、このように性的自己決定権を拡張することによって、人の生活領域や秘密保持領域の刑法上の保護と競合すると批判する⁵⁶⁾。

(3) Downblousing の当罰性に対する疑問

Sachen は、いわゆる Upskirting や Downblousing の当罰性について検討したうえで、Downblousing の当罰性が認められないと指摘する。いわゆる Upskirting の行為不法は、録画の作成や中継を通じて、常に使用可能な録画機器を有し、視線を妨げるための衣服をひそかに超えて、のぞき見趣味的な刺激を満足することによって認められるとする⁵⁷⁾。それに対して、Downblousing の場合、性器や臀部は服に完全に覆われているが、胸の場合はそうではない。一部が覆われているだけで、視線から保護されていない。したがって、視線からの保護を超えることがないという点で、Upskirting の当罰性と等置しえないというのである⁵⁸⁾。

54) Renzikowski · 前掲注27) §184k, Rn. 3.

55) Renzikowski · 前掲注27) §184k, Rn. 3.

56) Seidi/Wittschurky · 前掲注4) S. 394.

57) Sachen, Die Strafbarkeit des Upskirting und des Downblousing–der neue §184i StGB: Gelungene Reform oder politischer Aktivismus?, KriPoZ 4, 2022, S. 249.

58) Sachen · 前掲注57) S. 250.

さらに、Downblousing で問題となる「胸」という概念が、性的な内密領域に属するかには争いがあるとする。現在、性的対象化 (Sexualisierung) とそれに伴う女性の胸のタブー化に反対する運動が行われており、「すべての人にとって胸は同じ (Gleiche Brust für Alle)」、「すべての乳首が自由になるまでは乳首は自由ではない (No Nipple is free until all nipples are free)」といったスローガンのもと活動されている。この背景には「男性は自身の乳首を見せてもかまわないが、女性が見せてはならない」という現状に対する問題意識が存在しており、このことは、「女性の胸」について社会的な合意形成がなされていないことを示しているとする。したがって、女性の胸は、184条kの1項1号の構成要件に含まれるべきではないとする⁵⁹⁾。

また、Sachen は「女性の胸」という概念における「女性の」という概念は明確性違反の疑いがあると批判する。胸の女性性を判断するにあたって、人が自らを女性の性に属していると思われたいかがが基準となることは明らかだとする。しかし、疑問なのは、人は、自分の方法や見た目によって、典型的な女性だと示さなければならないのかどうかという点だとする。さらに、行為者が相手が女性だとは思っていない場合に、その胸を撮影すれば可罰的なのかどうかという問題が発生するという。ドイツでは、判例上、基本法3条2項にもとづいて、女性でも男性とも確認できない人の国家の保護義務が存在する。性は、判例上認められていない区別基準であることから、立法者が「女性の胸」に被害者保護を制約していることは、時代錯誤であると批判する⁶⁰⁾。

(4) 「視線から保護されている限り」

Sachen は、「視線から保護されている限り」という文言は限界づけが難しいと批判する。たとえば、スカートが捲れたり、スカートを着用している人が不適切

59) Sachen・前掲注57) S. 250.

60) Sachen・前掲注57) S. 252.

な方法で座ったりした際に下着が見えた場合の判断が困難であることを問題視する⁶¹⁾。また、「視線から保護された」という概念に基づけば、女性の胸の場合に本条の適用例を想定できないという。たとえば、シャツやブラウスが広く開いたり、誤ってボタンが外れたりしたために、女性の胸の一部が見えている状態を撮影する場合のように、あまり考えにくい場合しか想定できないとする⁶²⁾。

それに対し、トイレの個室や更衣室の人をのぞき見的に撮影した場合、この「視線からの保護」は構造物によるものであって、被害者の衣服によるものではない。この場合は原則的には、201条a1項1号の適用領域となる。さらに、サウナや浴場では、人は意識的に他人の視線にさらされることから、184条kの保護領域からは除かれるため、処罰の欠缺が問題となるとの批判がある⁶³⁾。

また、「視線から保護されている限り」という文言について、被害者に対する二次被害の懸念についても指摘されている。つまり、被害者の聴取に際して、被害者の衣服が社会的に相当であったのか、他者からの視線の保護が十分だったのかという質問にさらされることになる⁶⁴⁾とされる⁶⁴⁾。

(5) 3項の適用除外事由

184条kの3項には、適用除外事由が規定されている。しかし、録画の製造、中継、第三者が認識しうる状態に置くことについての被害者の同意は、184条kの1項1号、3号の意味での行為の構成要件該当性を阻却する。この場合の録画は、もはや「権限なく」とは言えないからである。そのため、3項の実際上の適用領域は限定されることになり、ほぼ規定された意味はないとの指摘がある⁶⁵⁾。

61) Sachen・前掲注57) S. 252.

62) Sachen・前掲注57) S. 253.

63) Sachen・前掲注57) S. 255.; Seidi/Wittschurky・前掲注4) S. 395.

64) Sachen・前掲注57) S. 255.

65) Sachen・前掲注57) S. 254.; Seidi/Wittschurky・前掲注4) S. 395.

五 日本法との比較

以下では、日独の差異のうち、今後、日本で論点となりうると思われる主な点について言及する。

(1) 保護法益

ドイツでは、201条 a によって、高度に私的な生活領域に関する情報についての個人の決定権が保護されており⁶⁶⁾、私的な空間における盗撮行為は処罰対象となっていた。それに対し、公共の場所での盗撮行為を直接的に処罰する規定がなかったことから、184条 k の創設に至っている。一方、日本では、盗撮を直接的に処罰する規定がなく、軽犯罪法や条例での対応に限定されていた。特に迷惑防止条例は、公的な場所における盗撮の処罰が中心であって、私的な場所における盗撮を処罰する規定がなかったという点で、ドイツとは真逆の状況にあったのが特徴的である。この点から、日本において、個人の人格権ないしは情報自己決定権の保護という観点から、ドイツに比べて弱かったと評価しうるように思われる。

日本において成立した「性的姿態撮影等処罰法」は、第一条において、「性的な姿態を撮影する行為等による被害の発生及び拡大を防止することを目的とする」とあり、保護法益に関しては規定されていない。ただし、法制審議会（性犯罪関係）部会（以下、部会と称する）における議論を見ると、「自己の性的な姿態を他の機会に他人に見られるかどうかという意味での撮影対象者の性的自由・性的自己決定権⁶⁷⁾」との説明があり、議論では一貫して「性犯罪」としての理解が示されている。

ドイツでも、同様に、立法者は性的自己決定権に対する罪の章に規定し、性犯

66) Fischer・前掲注32) §201a, Rn. 3.

67) 浅沼幹事・部会第11回議事録31頁。

罪として位置づけた。しかし、前述のように、ドイツの学説上、性犯罪としての位置づけに疑問が示されている。その理由の一つは、立法理由の矛盾であり、「他者による性的な意味を持つ観察の対象とならない権利」からは、行為者の性的動機を要求することになるはずだが、条文上は要求されていない点が批判されている。

さらなる批判として、201条aとの区別の困難性が挙げられている。201条aの保護法益は、高度に私的な生活領域に関する情報についての個人の決定権であり、これは一般的人格権および情報自己決定権の一部であり、高度に私的な生活領域は、私的な生活領域やプライバシー（Privatsphäre）よりも狭い概念だとされる⁶⁸⁾。高度に私的な生活領域の侵害は、行為者が、構成要件に規定された行為態様によって他者の親密領域に侵入した場合に生じ、私的な領域や単に私的な生活領域の侵害では不十分であるとされる。特に問題となるのが、健康状態、性生活についての詳細、裸の画像が挙げられる⁶⁹⁾。具体例として、裸の撮影、トイレや更衣室、サウナやサンルームの使用中の撮影、さらに、医師による検査や手術中、特に、婦人科医による女性の検診、半裸の状態下でのマッサージや体操のトレーニングの録画が挙げられる⁷⁰⁾。これらはまさしく184条kによって保護される領域と重なる場合もあるという点で問題となるとされる⁷¹⁾。

一方、日本では、201条aに当たるような個人の人格権や情報自己決定権を広く保護する処罰規定が存在せず、性的姿態等撮影罪を性犯罪と位置づけても同様の問題は生じない。ただし、「高度に私的な生活領域」の保護という観点から、自己の「性的姿態」以外にも、他人に見られるかどうかの自己決定権が存在するとすれば、その保護のあり方についてより深い検討が将来的に必要とされているように思われる。

68) Fischer・前掲注32) §201a, Rn. 3.

69) Heuchemer, BeckOK StGB, §201a, Rn. 14.

70) Graf, MüKoStGB, §201a, Rn. 46.

71) Renzikowski・前掲注27) §184k, Rn. 3.

(2) 性的姿態等

日本では、「性的姿態等」として、①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）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、②わいせつな行為又は性交等がされている間における人の姿態が挙げられている。①について、ドイツでは、前述のように、特に「胸」について、「女性の胸」に限定した点が論点となっていた。それに対し、日本では、「胸部」に限定は条文上付されておらず、男性の胸であっても性的姿態に含まれるとの意見が述べられていた⁷²⁾。たしかにドイツの議論を踏まえれば、性による差別が生じない点でメリットはあるが、他方で、男性の胸まで「性的姿態」に含めるのは処罰範囲が広いのではないかという疑問は生じる。

また、「下着」について、ドイツでは、「下着」にも多様なものがあり、限界づけは難しいとの批判もある⁷³⁾。日本でも「下着」の限定の必要性は指摘されており⁷⁴⁾、条文上、「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。」との限定が付されたが、運用に当たって解釈に争いが生じうる可能性がある。

ドイツでは、保護領域とされる身体領域は、性器、臀部、女性の胸、さらに、これらの身体の部位を覆う下着と規定されているのに対し、日本法ではそれらの性的部位と下着に加えて、②わいせつな行為又は性交等がされている間における人の姿態が加えられている点が特徴的である。②は、性犯罪に関する刑事法検討会の段階から、性的姿態として含めるべきとの意見が述べられていた⁷⁵⁾。同意のない性的行為の状況を知らない間に撮影され、その画像を用いて脅迫されて更な

72) 橋爪委員・部会第11回議事録37頁。

73) Fischer・前掲注32) §184k, Rn. 5.

74) 橋爪委員・部会第7回議事録42頁。

75) 「性犯罪に関する刑事法検討会」取りまとめ報告書39頁。

る性的行為を強要される被害や、複数の同級生に囲まれて撮影されながらレイプされる被害があるなど、多くの性被害が撮影とセットになっているとの指摘を踏まえたものである⁷⁶⁾。②の場合、性犯罪の機会に自らを撮影されたということが重要であって、身体の中の部位を撮影されたかは重要でないとされたため⁷⁷⁾、①が条文上、性的部位に限定されているのとは異なり、②は被害者の姿態全般の撮影行為を処罰対象に含めるとされた。

部会における議論の前提となっているのは、「レイプ」という文言から見て「性交等」とであると想定されるが、条文の文言は「わいせつな行為又は性交等」とあり、「わいせつな行為」も含まれている。ただし、「わいせつな行為」にはかなり多様なものが含まれる点が問題となりうる。裁判例において、「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反すること（名古屋高裁金沢支判昭和36年5月2日刑集3巻5＝6号399頁）」という定義があるが、被撮影者の性的自己決定権の保護という観点から、いかなる行為が撮影されれば本罪に該当しうるのかの判断には困難が生じる場面もあるように思われる。

また、部会の議論では、撮影された画像から撮影対象者が特定される必要性は不要であるとの意見が述べられた。行為者以外の者の性的姿態等が撮影されたことを認定すれば十分、顔など被害者が特定できる部位や情報が写り込んでいる必然性はないとされる⁷⁸⁾。ドイツでも、録画は「他の者の」内的領域の録画であり、その人は認識可能でも、確認可能である必要もないとされる⁷⁹⁾。個人の性的自己決定権を保護するという観点からは、その可罰性にとって、肖像が具体的な人に帰属できるかどうかは重要ではないというのである。

76) 「性犯罪に関する刑事法検討会」取りまとめ報告書39頁。

77) 橋爪委員・部会第7回議事録41頁。

78) 橋爪委員・部会第7回議事録41頁。

79) BT-Drs. 19/15825, 16.

(3) 対象性的姿態等

日本では、「性的姿態等」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」を「対象性的姿態等」と称し、一定の限定を設けている。これは、たとえば、不特定多数の人が通る道であることを知りながら、わざと裸で寝ている人を撮影した場合を除外する意図だとされる⁸⁰⁾。これに対し、ドイツでは同様の趣旨で、身体領域は「視線から保護されている限り」、つまり、被害者が着用している衣服によって保護されていることを意味する文言を規定した。ドイツの議論では、超ミニスカートの場合が問題となるとされていたが⁸¹⁾、日本でも同様の問題は生じると思われる。このような場合、被害者はふさわしい衣服を身につけるべきという主張が認められるのかが問題となりうる。

また、ドイツでは、サウナや浴場では、人は意識的に他人の視線にさらされることから、184条kの保護領域からは除かれることになるため、処罰の欠缺が問題となるとの批判がある⁸²⁾。この点、日本では、サウナや浴場は「通常人が衣服を着けていない場所」であるため、対象性的姿態等からは除かれず問題は生じない。

ユニフォーム姿のスポーツ選手の胸部や臀部を殊更にアップにして撮影したり、脚を開くなどの特定の姿勢を撮影したりする行為については、本法の対象外とされた。その理由として、撮影罪の処罰根拠は、性的姿態等、すなわち一般に外部からは見られないもの、つまり、下着姿や性的部位のように、一般には外部からは見られないように衣服でおおわれているものが撮影されることに伴う法益侵害であるとの説明がなされた⁸³⁾。また、普通に撮影しても性的部位だけを拡大するといった加工が後から可能であり、性的に強調した撮影行為というものを、

80) 佐藤（陽）幹事・部会第7回議事録44頁。

81) Renzikowski・前掲注27) §184k, Rn. 15.

82) Sachen・前掲注57) S. 255.; Seidi/Wittschurky・前掲注4) S. 395.

83) 橋爪委員・部会第7回議事録45頁。

構成要件上処罰対象を明確に規定するのが困難であるとの指摘もなされた⁸⁴⁾。

ドイツでも同じく、条文上「視線からの保護」を要件としており、スポーツ活動の録画も、通常の活動の際に下着が見える場合（たとえば、フィギュアスケートやテニス）には保護されないと理解されている⁸⁵⁾。

（４）被害者の同意

日本では、前述の「対象性的姿態等」を、第一に「正当な理由がないのに、ひそかに撮影する行為（2条1項1号）」、第二に「同意しない意思の形成・表明・全うが困難な状態にさせ、又はその状態にあることを利用して撮影する行為（同2号）」、第三に「誤信をさせ、又は誤信をしていることを利用して撮影する行為（同3号）」、第四に、「正当な理由がないのに、16歳未満の者を撮影する行為（13歳以上16歳未満の場合、行為者が5歳以上年長の者であるとき。）（同4号）」の4類型が規定されている。日本では、被害者の同意が存在しない、ないしは、有効ではない場面をこのように分けて規定されたのに対し、ドイツでは、「権限なく」とだけシンプルに規定されている。ただし、未成年者保護という観点から、児童ポルノの処罰規定（184条b、184条c）が別に規定されている。

日本の撮影罪において問題となりうるのが3号であり、不同意性交等罪（177条）における議論と同様に、「撮影について誤信がある場合のすべてが当罰性があるとは言い難い」という指摘があり、どの範囲を処罰範囲とするかは慎重な検討が必要とされた⁸⁶⁾。

（５）主観的要素

日本の撮影罪には、主観的な要素は記述されていない。それに対し、ドイツでは184条kの1号の主観的構成要件は「意図的に、又は、確定的認識をもって」

84) 橋爪委員・部会第7回議事録46頁。

85) Renzikowski・前掲注27) §184k, Rn. 15.

86) 嶋矢幹事・部会第7回議事録43頁。

と規定されており、立法者によると、特に当罰的な行為態様に適用領域を制約するためだとされる⁸⁷⁾。例えば、画像の背景にいる人やグループを撮影した際や、人の不適切な動作の際に、1項1号の意味での録画が作成された場合、未必的な故意行為は問題なく阻却される⁸⁸⁾。日本の撮影罪では、このような撮影であっても処罰対象となりうるのかどうかは問題となる。

(6) 撮影以外の行為態様

日本の改正法において、「撮影せずに目視だけする行為」は処罰対象とはされなかった。その理由について、撮影行為によって視覚的情報が固定化され、データが拡散する危険性が生じ、見る行為とは次元の異なる法益侵害性が認められるとされた⁸⁹⁾。処罰対象とされた撮影以外の行為としては、提供したり、公然と陳列したりする行為（3条）、提供・公然陳列の目的で保管する行為（4条）、他人の性的な姿を一定の態様・方法でライブストリーミングにより不特定・多数の者に配信する行為（5条）、配信行為により送信された影像を記録する行為（6条）がある。

日本の改正法が細かく行為態様を分けて規定したのに対し、ドイツは、製造若しくは中継、使用若しくは第三者が認識しうる状態に置く行為を規定している。

(7) 今後の検討課題

ドイツの184条kの創設に対して学説からの問題提起は、日本の撮影罪に対しても一定程度共有できるものがある。改正法の各成立要件についてはより詳細な検討が必要となる。

また、日本では、人格権や情報自己決定権を保護する規定としてドイツ刑法201条aのような規定が存在しないという点についても、今後検討する必要がある。

87) BT-Drs. 19/20668, 16.

88) Ziegler・前掲注26) §184k, Rn. 15.

89) 「性犯罪に関する刑事法検討会」取りまとめ報告書40頁。

る。前述のように、日本において、個人の人格権ないしは情報自己決定権の保護という観点が、ドイツに比べて弱かったと評価しうるように思われる。本法の運用状況を分析した上で、さらなる刑法的保護が必要な分野が存在するかどうかについて慎重な検討がなされるべきである⁹⁰⁾。

[2023年9月22日脱稿]

90) 性的姿態等撮影罪の検討は、嘉門優「性的姿態の撮影等罪の新設」刑ジャ78号（2023年）参照。