
論 説

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

末 道 康 之

- I はじめに
- II 強制わいせつ罪に関する改正
- III 強制性交等罪（強姦罪）に関する改正
- IV 窃視・盗撮罪の新設
- V 比較法的検討
- VI おわりに

I はじめに

ベルギーでは、強制わいせつ罪（*attentat à la pudeur*）及び「窃視・盗撮行為（*voyeurisme*）」に関する諸規定を改正する 2016 年 2 月 1 日法によって、強制わいせつ罪を中心に性犯罪に関連する刑法改正が行われた¹⁾。この改正によって成人に対する強制わいせつ罪の成立範囲が拡大されるとともに、窃視・盗撮行為に関する独立した処罰規定（窃視・盗撮罪）（371/1 条）が新設された。さらに強制性交等罪（強姦罪）の成立要件としての被害者の同意が欠如していると推定される場合を追加した。改正後、刑法典第 2 編第 7 部第 5 章は、「窃視・盗撮罪，強制わいせつ罪及び強制性交等罪（強姦罪）」となった。

今回の強制わいせつ罪を中心とする性犯罪に関する刑法改正の趣旨は、強

制わいせつ罪の成立要件として規定されていた手段としての暴行・脅迫以外の不意打ちや策略等の手段を用いた場合にも強制わいせつ罪が成立する点を明確にすることと、従来の判例・学説では可罰的か否かの評価が分かれていたいわゆる窃視・盗撮行為について、立法的な解決を図ることであった。

従来の成人に対する強制わいせつ罪（刑法 373 条 1 項）は、「男性または女性に対して、暴行または脅迫によって行われたわいせつ行為は 6 月以上 5 年以下の拘禁刑に処する。」と規定されていた。そこで、暴行・脅迫以外の不意打ちや策略等の手段を用いた場合に、文言上、暴行・脅迫に該当するのかが解釈論上の問題とされてきた。今回の改正では、わいせつ行為の手段について、暴行・脅迫以外の手段を条文に明記することで、強制わいせつ罪の成立要件を明確にした。

次に、従来から、窃視・盗撮行為について強制わいせつ罪の適用の可否が争われてきた。隠れて他人の裸等を観察し、録画し、撮影するといういわゆる窃視・盗撮行為について、これまで、判例・学説において強制わいせつ罪に該当するののかについて論争があり、強制わいせつ罪の一類型に該当すると判断した裁判例や学説がある一方、強制わいせつ罪を構成する行為には該当しないと判断した裁判例もあり、その判断が分かれていた²⁾。強制わいせつ罪の成立を否定する見解は次のように説明する。単なる窃視・盗撮行為は被害者の身体の完全性を侵害していないと判断され、被害者を覗くだけではなく一定の行為を行うことを決意すれば被害者と行為者との間の相互行為が存するので処罰が可能となる。あるいは、窃視・盗撮行為は、被害者が気づかないうちに隠れて行われるので、強制わいせつ罪には該当しない。相互行為が存在しないことをもって被害者の同意がないと結論づけることはできない³⁾。従来の強制わいせつ罪の規定を前提とすれば、窃視・盗撮行為について強制わいせつ罪を適用することには解釈論上の問題があった。そこで、今回の改正によって、窃視・盗撮罪を新たに設けることで問題の解決を図ろうとした。

ベルギーの強制わいせつ罪規定は 19 世紀当時のフランス刑法典の強制わ

いせつ罪規定をモデルにしており、わが国の強制わいせつ罪規定と構造的には類似している。本稿では、ベルギーにおける強制わいせつ罪をめぐる従来の解釈論を整理したうえで、改正後の強制わいせつ罪と新設された窃視・盗撮罪の成立要件について検討し、強制わいせつ罪等の性的侵害の罪における問題点について検討を加えたい。わが国においても、盗撮行為に関する刑事規制は議論となっているので⁴⁾、刑事規制のあり方を考えるうえで、比較法的な視点を提示できると考える。

注

- 1) 2016 年法による性犯罪規定の改正について紹介した文献として、I. Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol, *R.D.P.C.*, 2018, n° 2, pp. 119 et s. を参照。
- 2) この点については、2014 年 12 月 10 日に下院に提出された強制わいせつ罪の処罰に関する刑法改正のための法律提案理由書 (Proposition de la loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne l'incrimination d'attentat à la pudeur, 10 décembre 2014, DOC54 0699/001) 3 頁を参照。
- 3) 前掲・法律提案理由書 3 頁参照。
- 4) 間柴泰治「盗撮行為を規制する刑事法をめぐる論点」*レファレンス* 730 号 (2011) 133 頁を参照。

II 強制わいせつ罪に関する改正

1 改正前の強制わいせつ罪の概要

2016 年法による改正前の成人に対する強制わいせつ罪 (刑法 373 条 1 項) は、「男性または女性に対して、暴行または脅迫によって行われたわいせつ行為は 6 月以上 5 年以下の拘禁刑に処する。」と規定されていた。16 歳未満の者に対する強制わいせつ罪については、暴行または脅迫という手段は不要であり、法定刑は 5 年以上 10 年以下の懲役である (刑法 372 条 1 項)。また、16 歳未満の者に対する強制わいせつ罪が直系尊属や兄弟姉妹等の被害者を監護する立場の者によって行われたときには、法定刑も 10 年以上 15 年以下

の懲役に加重される（刑法 372 条 2 項）。16 歳以上の未成年者に対する強制わいせつ罪が暴行または脅迫を手段として行われたときには、法定刑は 5 年以上 10 年以下の懲役とされ（刑法 373 条 2 項）、16 歳未満の者に対する強制わいせつ罪が暴行または脅迫を手段として行われたときには、法定刑は 10 年以上 15 年以下の懲役とされる（刑法 373 条 3 項）。強制わいせつ罪の類型を整理すれば、16 歳未満の者に対する場合は、暴行・脅迫という手段は不要であり、暴行・脅迫という手段を伴った場合は加重事由とされる。16 歳未満の者に対しては監護者等による強制わいせつ行為も処罰される。成人に対する強制わいせつ罪が成立するためには、暴行または脅迫によるわいせつ行為が性別を問わず人に対して行われることが必要である。

破毀院は、「強制わいせつ罪は、風俗に反し同意を得ることなく人に対してまたは人を使って意図的に犯されたあらゆる行為から構成される。そこから性的羞恥心の侵害が生じる。ある時期のある社会の集団的意識によって理解されるような、人の性的完全性を侵害するような程度重大な行為が遂行されることが求められている。」と定義している⁵⁾。破毀院の定義からもわかるように、判例・学説は、強制わいせつ罪の保護法益は、人の性的な完全性であるにとらえている⁶⁾。社会の集団的意識によって理解される人の性的完全性とは、人の性的自由、性的に完全である権利、性的自己決定権として理解されるようになった⁷⁾。したがって、現在では、強制わいせつ罪は個人の法益に対する罪として理解される。

（1）わいせつ行為の態様

従来の強制わいせつ罪の規定では、成人に対しては暴行・脅迫という手段が必要であるが、16 歳未満の者に対しては暴行・脅迫という手段は不要であるとされていた。16 歳未満の者に対して暴行・脅迫が用いられた場合、16 歳以上 18 歳未満の者に対して暴行・脅迫が用いられた場合は、いずれも刑が加重されていた。

わいせつ行為については、性的完全性を侵害する行為と定義され、行為者

と被害者との間での身体的な接触、被害者の身体への侵害等は不要であるとされてきた⁸⁾。わいせつ行為と認められるためには、行為者と被害者との間で、身体的、器官的、触覚的な接触は不要である。換言すれば、行為者と被害者との間で手による接触等は全く要求されていないのである⁹⁾。強制わいせつ罪の成立要件として、風俗に反する物理的な行為が必要であるとしても、それが手による接触等を意味するわけではない。破毀院は、強制わいせつとは、被害者との身体的な接触を要求することなく、被害者に対してまたは被害者を利用して実現された性的完全性を侵害する行為であると定義し、自宅駐車場で被害者に裸になり性器を見せるよう強制する行為は、明確に性的な意味を包含しており、強制わいせつ行為に該当すると認定している¹⁰⁾。また、本件では、未成年者に不意打ちを食らわせ、行為者の策略の結果、被害者が侵害行為から免れることができなかったことを暴行にあたと認定している¹¹⁾。強制わいせつ罪の成立要件として、身体的な接触は不要であるとする判例の見解は学説からも支持されている¹²⁾。具体的にわいせつ行為と認定された事例として、着衣の下から、性器または性的興奮をそそる部位を触る行為、着衣をめくり上げて性的な部位をさらす行為、裸になるように強制して接触せずに観察して写真をとる行為、通行人のスカートの中を盗撮する行為、更衣室に隠しカメラを設置して盗撮したり録画したりする行為、行為者がwebカメラの前で裸になるよう強制しPC上で画像を取得する行為等が挙げられる¹³⁾。ただ、強制わいせつ罪の成立要件として身体的な接触が不要であるとしても、いかなる方法であれ被害者の身体が関係することが求められている。被害者の身体が関係することが、強制わいせつ罪と公然わいせつ罪を区別するうえで重要な要件であり、公然性の要件は相対的なものにならざる¹⁴⁾。

(2) 手段としての暴行・脅迫

成人に対する強制わいせつ罪の成立には手段としての暴行・脅迫が必要である。暴行・脅迫については、刑法 483 条に規定されるが、暴行とは、人に

対して行われた物理的な強制行為をいう。脅迫とは、差し迫った害の恐怖によって心理的に強制するすべての行為をいう¹⁵⁾。学説では、「強制 (contrainte)」を「権限を行使して、人に、その意思に反して、何かを行うまたは何かに従うように強要すること」と定義している¹⁶⁾。暴行または脅迫の評価については、具体的に行われるという点では異論はない¹⁷⁾。ただ、脅迫の前提となる「差し迫った害悪」については、客観的な基準ではなく個々の被害者に応じて評価するべきであるとする者はいないが、同様の状況に置かれた同じような人がどのように感じたかを基準に客観的に評価するべきであるとの見解が主張されている¹⁸⁾。ただ、脅迫の評価については、行為者と被害者、場合によっては、証人等の第三者の主観をもとに再現された具体的な事実に照らして行うべきであり、その場に居合わせた人物の相互関係性を考慮に入れることが必要不可欠であるとする見解も主張されている¹⁹⁾。

強制わいせつ罪については暴行または脅迫が手段として定められているが、強制性交等罪（強姦罪）については、暴行、脅迫以外の強制や策略等の手段を用いた場合も規定していた²⁰⁾。判例は、既に、1940年代から暴行・脅迫以外の手段によるわいせつ行為についても、強制わいせつ罪の成立を認めており、詐術を用いて、突然に、欺いて、策略を用いて、というような場合にも、暴行・脅迫が用いられて物理的または心理的な強制があり抵抗できない場合と同視できると解釈しうる場合には強制わいせつ罪の成立を認めていた²¹⁾。また、強制性交等罪（強姦罪）は、被害者が、酩酊、精神的な衰弱、心神喪失、昏睡等の一時的または恒常的な精神的または身体的な状況にあり抵抗できない状況を濫用して性的挿入行為を行う場合にも成立することから（刑法 375 条 2 項）²²⁾、判例では、強制わいせつ罪についても、同様な状況を濫用する場合にも成立を認めてきた²³⁾。このように、判例実務では、暴行・脅迫以外の手段を用いてわいせつ行為を行った場合にも、暴行・脅迫の概念を拡張解釈して、強制わいせつ罪の成立範囲を拡大していた。

2 改正後の強制わいせつ罪の概要

(1) 客観的要件

2016 年法による改正後の成人に対する強制わいせつ罪（刑法 373 条 1 項）は、「人に対してもしくは人を使って、暴行、脅迫、不意を突いてもしくは策略によって行われた、または、被害者の身体的もしくは精神的な障害もしくは欠陥を理由として可能となった、わいせつ行為は 6 月以上 5 年以下の拘禁刑に処する。」と規定される。

「人に対してもしくは人を使って」との文言は、判例が、わいせつ行為が第三者によって行われた場合や他者がわいせつ行為に関与する場合も強制わいせつ罪の成立を認めてきたことを追認した結果として導入された。「人を使って」の具体例としては、A が、B に対して、C と D 間の猥談に参加するよう強制した場合や、A が B に C に対して愛撫することに同意することを強制した場合等が挙げられる²⁴⁾。

強制わいせつの手段については、従来の暴行・脅迫のほか、不意打ち、策略が新たに追加された。手段として暴行・脅迫のみが定められていた旧規定では、不意打ちによってわいせつ行為が犯されたとも考えることができる場合について、判例では強制わいせつ罪の成立を消極的に解するものもあった²⁵⁾。具体的には、自分のほうに引きつけて力ずくで抱擁する行為、同僚の女性の意思に反して背中や髪をなで女性の首にキスする行為、テント内のように狭い場所で未成年者に近づき性的関係を迫る行為、性的接触を申し出ながらしかし無理強いせず単に女性の臀部に手を置く行為、行為時に行為の内容を認識していない成人女性に対して故意に愛撫をする行為、暴行も脅迫もなく女性が知らないうちに隠れて全裸の女性を録画する行為、等の事例は強制わいせつに該当すると判断されてこなかった²⁶⁾。同様に、同性愛者界で、口に接吻する行為は、その界限では挨拶として日常的に行われているので、強制わいせつには該当しないと判断されてきた²⁷⁾。

判例が、上記の行為について強制わいせつ罪には該当しないと判断してきた理由として、条文の文言上、暴行または脅迫という手段しか定められていなかったからではなく、侵害行為であるわいせつ行為について一定の重大性が求められていると解釈されてきたことがある。文言上、行為の重大性が求められているわけではないが、書かれざる構成要件要素として判例実務や学説では認められてきた²⁸⁾。

判例実務において、強制わいせつ罪の成立が認められてきた事例としては以下のものが挙げられる。上司が、職場で、不意を突いて部下の女性のブラジャーのホックを外す行為については、暴行または脅迫によるわいせつに該当すると判断している²⁹⁾。被害者の制服のブラウスを開けてブラジャーを見る行為、意に反して着衣を脱がせる行為等も強制わいせつ罪に該当すると判断されている³⁰⁾。

判例実務が、強制わいせつ罪の成立に侵害行為の重大性を求め、強制わいせつ罪の成立範囲を限定していることについては、学説では批判が加えられてきた³¹⁾。暴行・脅迫の程度よりも被害者が同意していたか否かが犯罪の成否については重要であること、被害者が抵抗した結果か否かを問わず、未遂犯も既遂犯と同様に処罰されていることを考えれば、侵害行為の重大性に着目することには問題があるとされることが明らかになってきた。そこで、わいせつ行為の手段として暴行・脅迫以外の手段による場合についても、文言の解釈によって解決するのではなく、立法的な解決が望まれてきた。

今回の改正によって、わいせつの手段として、従来の暴行、脅迫に加えて、不意打ち、策略、被害者の身体的・精神的障害の利用が追加されたことによって、強制わいせつ罪の成立には被害者が同意をしていないことが重要であり、同意がないことを証明する根拠として、暴行、脅迫、不意打ち、策略、被害者の身体的・精神的障害の利用等の手段が位置づけられることが明白になったと考えられる。改正された規定では、被害者に薬物やアルコールを飲ませて抵抗できないような状況にしてわいせつな行為をする（わが国の準強制わいせつに該当する）場合には、策略を手段とする場合に該当すると解釈

できるし、事前に同意をすることができない入院患者に対してわいせつな行為が行われた場合、被害者の身体的・精神的障害を利用してわいせつな行為が行われたと解することができるので、同意をする認識や能力が被害者にないとしても、同意がない場合と同視できることになる。

(2) 主観的要件

強制わいせつ罪の主観的要件について、破毀院は、強制わいせつ罪は故意犯であり、行為者が法律によって禁止される行為を意図的に行い、かつ、客観的にわいせつであることを認識していればよい、と判断している³²⁾。したがって、強制わいせつ罪の主観的要件としては故意すなわち犯罪事実の認識とわいせつ性についての認識があれば足りるのであり、故意のほかに、性欲を満足させる等の性的意図という主観的要素は不要である³³⁾。

注

- 5) Cass., 7 janvier 1997, *R.W.*, 1997–1998, p. 116 note A. Vamdeplas, cité par I. Wattier, *L'attentat à la pudeur et le viol, Les infractions vol. III Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs*, Larcier, 2011, p. 87.
- 6) Wattier, *L'attentat à la pudeur et le viol préc.*, p. 88.
- 7) Wattier, *L'attentat à la pudeur et le viol préc.*, p. 89.
- 8) Wattier, *L'attentat à la pudeur et le viol préc.*, p. 90.
- 9) Wattier, *L'attentat à la pudeur et le viol préc.*, pp. 90 et s.
- 10) Cass., 6 octobre 2004, *R.G.*, n° P.04.0665. F, *J.T.*, 2005, p. 100.
- 11) *ibid.*
- 12) Wattier, *L'attentat à la pudeur et le viol préc.*, p. 92.
- 13) Wattier, *L'attentat à la pudeur et le viol préc.*, pp. 92 et s.
- 14) Wattier, *L'attentat à la pudeur et le viol préc.*, p. 93.
- 15) Wattier, *L'attentat à la pudeur et le viol préc.*, p. 117; G. Vogel, *Les pandectes Droit pénal*, Larcier, 2018, pp. 382 et s.
- 16) *ibid.*
- 17) *ibid.*
- 18) Wattier, *L'attentat à la pudeur et le viol préc.*, pp. 117 et s.
- 19) Wattier, *L'attentat à la pudeur et le viol préc.*, p. 118.
- 20) この点については、末道康之「強姦罪をめぐる比較法的考察——フランス刑法及

びベルギー刑法における強姦罪の解釈をめぐって」南山法学 40 巻 2 号（2017）138 頁以下を参照。

- 21) Wattier, L'attentat à la pudeur et le viol préc., pp.118 et s.
- 22) 末道・前掲論文 139 頁以下を参照。
- 23) Wattier, L'attentat à la pudeur et le viol préc., pp. 120 et s.
- 24) Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 121.
- 25) *ibid.*
- 26) Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., pp. 121 et s.
- 27) Wattier, L'attentat à la pudeur et le viol préc., p. 98.
- 28) Wattier, L'attentat à la pudeur et le viol préc., pp. 98 et s.
- 29) Corr. Bruxelles 30 juin 1999, *J.T.*, 2000, p. 87, Wattier, L'attentat à la pudeur et le viol préc., p. 99.
- 30) Corr. Eupen, 12 octobre 2005, *R.D.P.C.*, 2006, p. 1089, Wattier, L'attentat à la pudeur et le viol préc., p. 99.
- 31) Wattier, L'attentat à la pudeur et le viol préc., pp. 99 et s.
- 32) Cass., 30 septembre 2009, *R.G.*, N° P.09.0709 F, *R.D.P.C.*, 2010, p. 581; Wattier, L'attentat à la pudeur et le viol préc., p. 103; Vogel, *op. cit.*, p. 376.
- 33) *ibid.*

III 強制性交等罪（強姦罪）に関する改正

強制わいせつ罪に関する改正と同時に、強制性交等罪（強姦罪）³⁴⁾も改正された。刑法 375 条 1 項は「いかなる性質であれ、いかなる手段であれ、同意を得ないで行われた性的挿入行為」を強制性交（強姦）として規定し、同条旧 2 項は、「性的挿入行為が、特に、暴行、強制もしくは策略によって強いられたとき、または、性的挿入行為が、被害者の身体的もしくは精神的な障害を理由として可能となったときは、被害者の同意がない」と規定していた³⁵⁾。「特に」という文言は、被害者の同意がない場合を例示的に列挙したと理解されており、制限的に列挙したものではないと理解されてきた³⁶⁾。破

毀院も、旧2項に列挙された態様のほかに、脅迫や不意打ちの場合も被害者の同意がない場合と判断していた³⁷⁾。

強制性交等罪（強姦罪）に関する今回の改正は、強制わいせつ罪の改正との整合性を図るものである。今回の改正によって、強制わいせつ罪の手段たる行為には、従来の暴行、脅迫のほかに、策略、不意打ちが追加されることになった。一方、強制性交等罪（強姦罪）については、同意がないと推定される場合として、暴行、強制、策略、障害による場合が定められていたが、脅迫、不意打ちによる場合は規定されていなかった。今回の改正によって、強制性交等罪（強姦罪）に関して同意がないと推定される場合に、脅迫による場合と不意打ちによる場合が追加されたことで、同意がないとされる場合について、強制わいせつ罪の要件との整合性が図られることになった。

新たな375条2項は、「性的挿入行為が、特に、暴行、強制、脅迫、不意を突いてもしくは策略によって強いられたとき、または、性的挿入行為が、被害者の身体的もしくは精神的な障害を理由として可能となったときは、被害者の同意がない。」と規定されることとなった。脅迫は差し迫った害悪の恐れによる心理的強制のあらゆる手段を対象としている（刑法483条）。暴行とは異なり、脅迫は、被害者と近い第三者に向けられたものであってもよいし、感情的もしくは職業的な名誉、評判、社会生活などの実質的または非実質的なものも脅迫の対象となる。雇用者が自分に身を任せなければ解雇すると被害者を脅すような場合が考えられる。不意打ちについては法律上の定義規定はないが、一般的な意味で理解される。すなわち、突然に、思いがけない、予想外の、予測不能な、等という意味で理解される。よく挙げられる例としては、会社の社長が突然女性トイレに侵入し部下の女性に強制性交を行った場合、診察のために、診察台に横たわり着衣を脱いだ女性に対して医師が突然襲い掛かった場合等である³⁸⁾。

注

- 34) フランス刑法やベルギー刑法の〈viol〉はこれまで強姦罪と訳出されてきた。フランスでもベルギーでも、処罰の対象となる行為は性的挿入行為であり、フランスで

もベルギーでも、性的挿入行為が男女を問わず人に対して行われることで足りる。

したがって、男性が女性を姦淫することを処罰してきたわが国の旧強姦罪とは成立範囲が異なっていた。フランスやベルギーの規定ぶりは、強制性交等罪との親和性が強いことは明らかであるので、本稿では強制性交等罪（強姦罪）と訳出しておく。

35) ベルギーの強制性交等罪（強姦罪）については、末道・前掲論文 135 頁以下を参照。

36) Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 123.

37) Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 121.

38) Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 125.

IV 窃視・盗撮罪の新設

改正された強制わいせつ罪の規定に従っても、処罰の対象となる行為は「わいせつ行為」であり、従来から処罰の必要性が問題となってきた窃視・盗撮行為は強制わいせつ罪の対象行為とはならない。欧州人権裁判所は、若年女性の義理の父親が、性的な目的で、浴室で女性を盗撮していたという事案において、スウェーデン法では被害者の私生活を保護するための規定が十分に整備されていないとして、欧州人権条約 8 条に違反すると判断した³⁹⁾。立法理由書においても、ベルギーにおける窃視・盗撮罪の創設には、欧州人権裁判所の判決への配慮があることが読み取れる⁴⁰⁾。

強制わいせつ罪は被害者の性的自由や性的自己決定への侵害と理解されているが、窃視・盗撮行為を規制する処罰規定は私生活の侵害、より具体的には、性的なプライバシーの侵害を処罰の対象としている⁴¹⁾。したがって、強制わいせつ罪と窃視・盗撮罪とはその罪質を異にするといえる。そこで、立法者は、窃視・盗撮行為を強制わいせつ罪とは独立した新たな性犯罪類型として位置づけた。

窃視・盗撮行為を処罰するために新設された刑法 371/1 条（窃視・盗撮罪）は以下のように規定される。

刑法 371/1 条 窃視・盗撮罪

1 項 1 号 直接的にまたは技術的な方法により、許可なくまたは知らないうちに、人が裸になるかまたは明らかな性的行動を行っているとき、かつ、人が私生活への侵害がないと合理的に考えられる状況にあるときに、人を窃視もしくは窃視させた者または録音・録画をしたもしくは録音・録画をさせた者、

2 号 裸になる人もしくは明らかな性的行動を行っている人の音声・画像記録を、対象者が音声・画像記録に同意していたとしても、対象者の同意なくまたは対象者が知らないうちに、提示する、アクセス可能にする、または配信する者、

は 6 月以上 5 年以下の拘禁刑に処する。

2 項 16 歳以上の未成年者に対してまたはその協力を得て、上記の行為が行われたときには、5 年以上 10 年以下の懲役に処する。

3 項 16 歳未満の未成年者の場合には、10 年以上 15 年以下の懲役に処する。

4 項 本条の未遂は処罰する。

窃視・盗撮行為として処罰の対象とされる行為について、第 1 類型は、技術的な方法を用いるか否かにかかわらず、他人の私生活を観察・録音・録画しまたは観察・録音・録画させる行為であり、第 2 類型は、録音・録画した記録を公衆または第三者に提供・公開する行為である。

1 第1類型——窃視・盗撮行為

(1) 人の窃視または人の音声の録音もしくは映像の録画

刑法 371/1 条 1 項 1 号は、人が裸になることや性的行動を覗き見たり、撮影したりする行為を処罰の対象としている。文言上、観察・録音・録画する行為と観察・録音・録画させる行為を規定しているので、単独犯だけではなく共犯関係の場合も想定しているものと考えられる。

1) 対象となる行為

A 人を窃視しまたは窃視させる行為

2016 年による改正以前には、例えば、プールの更衣室で 2 分にわたり裸の女性を窃視した行為は、強制わいせつ罪に該当しうると考えられてきた⁴²⁾。ただ、実務的に、裸の女性を覗き見る行為が常に強制わいせつ罪に該当するとされてきたわけではなく、プールの更衣室で着衣を脱ぐ女性を覗き見た行為者を、物理的な侵害が存在しないことを理由として、無罪とした裁判例もあった⁴³⁾。新設された規定では、当該行為は窃視・盗撮罪に該当することとなる。

本条にいう「observation (窃視)」⁴⁴⁾とは、一般的な用法に従えば、「見る」「観察する」ことを意味する。したがって、行為者が、直接的にまたは特殊な機材を使って、他人の性的関係から生じる音声を他人が知らないうちに聞いていた場合は、録音していたわけではないので、犯罪とはならない。

B 録音・録画しまたは録音・録画させる行為

下級審では、被害者の同意なく被害者の性的行為が第三者または被害者のパートナーによって撮影されていた事案で、強制わいせつ罪の成立を認めている裁判例もあるが、破毀院は下級審の判断を支持していない。ホテル経営者が、ホテルの部屋に隠しカメラを設置し、7 組の宿泊者の性的関係を被害

者が知らないうちに撮影していたという事案において、破毀院は、被告人には強制わいせつ罪の有責性を立証するだけの十分な証拠が存在していることを確認できていないとして、原判決を破棄した⁴⁵⁾。破毀院は、行為時（撮影時）に、被害者が盗撮されているということを認識していない場合には、強制わいせつ罪は成立しないと判断した⁴⁶⁾。被害者が知らないうちにシャワーを浴びているところが撮影されていた事案では、破毀院は、被害者の同意なく人の裸体を密かに撮影する行為は、被害者に物理的または心理的な強制が加えられていない以上、暴行・脅迫がなく、強制わいせつ罪には該当しないと判断した⁴⁷⁾。最近では、モンス控訴審 2016 年 1 月 6 日判決は、破毀院と同様に、浴室または寝室で、若年女性の裸体を被害者の同意なく密かに撮影した行為について、被害者に物理的または心理的な強制が加えられていない以上、強制わいせつ罪は成立しないと判断している⁴⁸⁾。

新設された規定では、これまで強制わいせつ罪に該当しないとされてきた暴行・脅迫を伴わない盗撮行為を処罰することが可能となる。当該行為は、被害者が未成年者である場合には児童ポルノ製造罪にも該当し、両罪は観念的競合の関係となる⁴⁹⁾。

2) 撮影の種類

映像の録画には、あらゆる手段で行われる写真撮影、映画撮影、ビデオ録画、その他が含まれる。

病院のトイレにいる女性を盗撮する行為は、被害者の不意を突いているのであるから、強制わいせつ罪を構成すると判断した下級審裁判例も存在するが⁵⁰⁾、破毀院はこの判断を否定していた⁵¹⁾。今後は、上記の事案を含み、私生活において裸体の状況を被害者の同意なく、物理的または心理的な強制もなく、撮影する行為は、強制わいせつ罪ではなく窃視・盗撮罪による処罰の対象となる。

人の私生活に関する音声のみを録音した事案について判断した裁判例はないが、窃視・盗撮罪の処罰の対象となる行為は、性的関係から生じる言葉、

音、叫び声等の音声を録音した場合に限定され、録音せず音声を聞いていたにすぎない場合には処罰の対象とはならない⁵²⁾。

(2) 直接的に、技術的な方法を用いてまたはその他の方法で

人の裸体や性的関係を単に観察する行為であっても、技術的な方法を用いて録音・録画・撮影する行為であってもよく、手段に限定は付されていない。

(3) 被害者の同意がないことまたは被害者が知らないうちに

同意がないという要件は、行為が被害者の知らないうちに行われたとは判断できない場合を対象としており、被害者が撮影されていることを知らなかったわけではないが、その意に反していたような場合も含まれる⁵³⁾。未成年者の同意については、条文上規定はない。ただ、性犯罪に関する年齢要件は本罪においてもその前提となっていると解することができる。強制わいせつ罪では、16歳以上18歳未満の未成年者の場合と16歳未満の未成年者の場合とを区別して規定されている。未成年者については、暴行・脅迫は手段としては不要であり、同意がないことが推定され、わいせつな行為が行われれば強制わいせつ罪は成立することになる。したがって、窃視・盗撮罪においても、未成年者の場合は同意がないと推定されることになろう。未成年者が性的虐待予防のためや医学的な記録の撮影のために裸体になった場合には、裁判所は、芸術的、教育的または科学的な免責制度を利用することになる⁵⁴⁾。

撮影されていることを被害者が知らなかった場合は、同意がない場合と同視される。したがって、被害者が知らないうちに裸を撮影されていたような場合は、窃視・盗撮罪の処罰対象となる⁵⁵⁾。

(4) 裸になる人または明らかな性的行動を行っている人

本条の客体は「人の完全な裸体」ではなく、「裸になる人」である。「裸に

なる(dénudé)」とは一般的な意味では、「着衣を脱いで裸になる」ということと理解することができる⁵⁶⁾。国会での審議資料では、現在の社会規範及び共有される良俗意識に基づき、体の一部をさらけ出す者についても、同意なく覗き見られたり撮影されたりしたことを認識していた場合には、本条の対象となることが示されている⁵⁷⁾。したがって、着衣を脱ぐ行為は本条にいう「裸になる」という概念に含まれることになる。

「明らかな性的行動」とは、完全な性的関係をもつことに限定されず、一般的な意味において性的意味を表すすべての行為をいう⁵⁸⁾。

(5) 私生活を保持しうような状況

窃視・盗撮罪では、被害者が「人が私生活への侵害がないと合理的に考えられる状況にある」ことが求められている。私生活への侵害がないと合理的に考えられる状況とは、私的な場所であっても、公共の場所であってもかまわず、他人から見られていないと信じるに足る根拠があればよい。下級審の裁判例では、被告人とホテルに同宿していた若い女性がシャワーを浴びているところを見た被告人に対して、被害者の女性は被告人が浴室に入ってくる前に意図的に着衣を脱いだとして、被告人に対する公訴を棄却したものもある⁵⁹⁾。

合理的に他人から見られることなく私生活が保護されている状況とは、被害者が自宅、同性の者に限定されている更衣室、浴室、試着室、プールの脱衣室等で着衣を脱ぐ場合である。第三者の視線から保護されているわけではない自宅やホテルのテラスで日光浴をするために裸になる場合は、私生活への侵害がないと合理的に考えられる状況には該当しないことになろう⁶⁰⁾。

国会での審議において、本罪の成否について被害者の道徳性は全く問題にならないことが指摘されている。したがって、状況によっては、娼婦・男娼、露出趣味者、ヌーディスト等も強制わいせつ罪や窃視・盗撮罪の客体となりうる⁶¹⁾。意図的に第三者に裸になることを見せる場合は、本罪の保護の対象とはならないことは明らかである。

(6) 主観的要件

法案の準備作業の過程で、当初は、窃視・盗撮罪が成立するためには、犯罪事実の認識のほかに「性的意図」で窃視・盗撮行為を行うことが必要であるとされていた。性的意図とは、ベルギー刑法において特別故意とされる主観的要素である。その後、立法者は、他人から見られていないと被害者が合理的に思うことができるときに、裸になったり性的行為を行うという状況において被害者を覗き見たり盗撮するという目的で明示的に窃視・盗撮をすることを求めており、性的意図は犯罪の成立要件としては不要であるという立場をとった⁶²⁾。

当初、犯罪の成立に性的意図という主観的要素が必要であるという立場をとっていた背景には、偶然、被害者が裸になるところを見てしまったという者について、性的意図を欠くために処罰の対象から除外するという考慮があったと考えられる⁶³⁾。裸になろうとしている人がいることを知らずに、人がいないと思って、ノックをせずに浴室のドアを開けた者が、直ぐにドアを閉めたというような場合、行為者にはそこにいる人を窃視するという認識はなく、見られた者も告訴を行うということもないので、本件の場合に、性的意図という主観的要素を故意のほかに求める必然性はないということになる。

さらに、立法者は、犯罪を目撃した証人が窃視・盗撮行為を行ったと主張する性犯罪行為者に対しても備える必要性があった。具体的な例として、自宅アパートメントのバルコニーにいた者が、偶然、自宅から見える範囲にある住居の庭で行われた強姦性交（強姦）の目撃証人となり、司法当局に提出することになる強姦性交（強姦）の証拠を収集するために性犯罪行為を録画したような場合、証人は盗撮行為に該当する行為を行っているが、緊急避難の状況にあるため、違法性が阻却されることになる。立法者は、性犯罪を実行した者は私生活への不介入の原則によって保護される状況にはないことを確認している⁶⁴⁾。

2 録音・録画記録を第三者等に提供する行為

窃視・盗撮行為だけではなく、被害者の性的行為や私生活から生じる画像や音声を配信する行為も処罰の対象としている。

対象となる行為は、提示する行為、アクセス可能にする行為、配信する行為の3種類である。配信 (diffusion) については、刑法典に定義規定は存在しないため、一般的な定義に従って理解されるので、送信、伝達、販売、促進、普及等の広範な概念を含んでいる⁶⁵⁾。条文の規定では、配信する者が自分自身で録音・録画をすることは求められていないので、配信者は窃視・盗撮行為の主体でなくともよい。

撮影された者が未成年者であった場合、配信者は、刑法 383 条の 2 に基づき、児童ポルノ配信罪で処罰されることとなる⁶⁶⁾。

撮影自体には同意していたとしても、撮影された録画を提示する・アクセス可能にする・配信する行為が、着衣を脱ぐ者や性的行為を行う者の同意なく行われれば、処罰の対象となる。立法者は、いわゆる「リベンジポルノ」を本条の対象として想定している⁶⁷⁾。

本罪の主観的要件は構成要件に該当する事実についての認識いわゆる故意であり、その他の主観的要素としての性的意図は不要である。リベンジポルノのような場合も本罪の対象となることから、復讐の目的で構成要件に該当する行為を行うこともありうるのであり、性的意図を要求すれば、リベンジポルノ行為を処罰することはできなくなることから、性的意図は不要とされたと考えられる⁶⁸⁾。

注

39) C.E.D.H., Sôdelman c. Suède arrêt du 12 novembre 2013, § 117.

40) Proposition de la loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne l'incrimination d'attentat à la pudeur, Rapport de la première lecture, 21 décembre 2015, DOC54 0699/006, p. 5.

41) La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur

et du viol préc., p. 125.

- 42) Corr. Louvain, 18 décembre 2006, Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 127.
- 43) Corr. Termonde, 18 juin 2012, Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 127.
- 44) 「observation」は一般的には「観察」「監視」という訳語が宛てられることが多いが、本稿では「盗視」という訳語を宛てる。
- 45) Cass., 23 janvier 2008, *R.A.B.G.*, 2008/13, p. 810.
- 46) Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 128.
- 47) Cass., 31 mars 2015, *M.B.*, 2016/16, pp. 746–747.
- 48) Mons, 6 janvier 2016, F-20160106-1, www.juridat.be.
- 49) Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 128.
- 50) Corr. Tongres, 24 novembre 2012, Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 129.
- 51) Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 129.
- 52) Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 130.
- 53) *ibid.*
- 54) Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 131.
- 55) *ibid.*
- 56) Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 131.
- 57) Proposition de la loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne l'incrimination d'attentat à la pudeur, *Amendements*, 27 novembre 2015, *Doc.parl.*, Ch.Repr. n° 0699/003, p. 5.
- 58) Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 132.
- 59) Anvers, 16 octobre 2003, *Nullen crimen*, 2006, p. 130, cité par Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 132.
- 60) Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 132.

- 61) Proposition de la loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne l'incrimination d'attentat à la pudeur, *Doc.parl.*, Ch.Repr. n° 0699/001, p.3.
- 62) Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 133.
- 63) Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 133.
- 64) *ibid.*
- 65) わが国の「公然陳列」「頒布」等に該当する行為をすべて含んだ概念であるといつてよいであろう。
- 66) Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 135.
- 67) Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., pp. 135 et s.
- 68) Wattier, La nouvelle incrimination de voyeurisme et l'extension de l'attentat à la pudeur et du viol préc., p. 136.

V 比較法的検討

1 強制わいせつ罪及び強制性交等罪（強姦罪）の成立要件

フランスでは、強制わいせつに該当する性的攻撃罪及び強制性交等罪（強姦罪）の成立要件として、暴行、強制、脅迫、不意打ちという手段が定められている⁶⁹⁾。これに対して、ベルギーでは、強制わいせつ罪は暴行と脅迫という手段に基づいて行われたわいせつ行為を処罰の対象としていた。強制性交等罪（強姦罪）については、暴行、強制、策略によって性的挿入行為が行われた場合を処罰していた。これまで、ベルギーでは、強制わいせつ罪と強制性交等罪（強姦罪）とで、わいせつ行為の手段たる行為と性的挿入行為の手段たる行為について、統一されていなかった。強制性交等罪（強姦罪）については、暴行・脅迫以外の手段を用いた場合や、わが国では準強制性交等罪に該当するような心神喪失や抗拒不能を利用した場合についても規定されていたが、強制わいせつ罪について文言上はその手段は限定されていた。

今回の改正によって、強制わいせつ罪や強制性交等罪（強姦罪）の成立要件としての手段に該当する行為が統一されたことで、手段の如何にかかわらず、性犯罪の成立要件として、被害者の意思に反して犯罪行為が行われたことが最も重要な要件であることが改めて確認されたのではないかと考えられる。

周知のように、わが国の強制わいせつ罪と強制性交等罪の成立要件として、13歳以上の者については、判例・通説によれば、手段として被害者の反抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫が必要である⁷⁰⁾。ただ、性犯罪の保護法益が被害者の性的自由や性的自己決定であるとすれば、被害者の同意がなくその意思に反してわいせつな行為や性交等が行われることで被害者の性的自由や性的自己決定が侵害されることになるのであるから、手段として被害者の反抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫まで必要かについては検討の余地があるように思われる。反抗が著しく困難な状態ではない場合でも、被害者の意思に反して性的行為が行われることが想定できるとすれば、同意をしていないことを立証する間接的な事実の一つとして暴行・脅迫があればよいと考えることは理由のあることであろう⁷¹⁾。フランス刑法やベルギー刑法にいう「不意打ち（不意を突いて）」を手段とする場合は、わが国の解釈論としては反抗を著しく困難にする暴行に該当すると理解されている⁷²⁾。また、「策略」に該当すると考えられる場合は、わが国では準強制わいせつ罪・準強制性交等罪の「抗拒不能」に該当すると考えてよいであろう。心理的抗拒不能に該当する場合は、被害者が心理的に追い詰められ抵抗できない状況にあることであり、被害者の自由な意思決定ができない場合であるとするれば、ここでも、被害者の意思に反しているかどうかという基準が重要であることには変わりがないと思われる。

なお、強制わいせつ罪の主観的要件として、ベルギーでは、故意としてわいせつ性の認識があればよく、性欲を満足させるという性的意図は不要であるとしている。わが国においても、最大判平成29年11月29日⁷³⁾は、最判昭和45年1月29日を変更し、強制わいせつ罪の成立要件として、性的意図

を一律に求めることは相当ではないと判断した⁷⁴⁾。性犯罪の保護法益が被害者の性的自由や性的自己決定であるとすれば、客観的にわいせつな行為によって、被害者の性的自由や性的自己決定が侵害されていれば、行為者に性欲を刺激興奮させるという性的意図があるか否かにかかわらず、犯罪の成立を認めるという方向性は正しいと思われる。

2 窃視・盗撮行為に関する規制

ベルギーでは今回の性犯罪に関する刑法改正によって、刑法典に窃視・盗撮罪が新設された。立法理由書においては、イングランド・ウェールズの2003年の性犯罪法67条やカナダ刑法162条等の規定が参考例として挙げられている⁷⁵⁾。私生活や性的プライバシーを保護するために、被害者の同意なく窃視・盗撮する行為を処罰するだけではなく、盗撮された画像記録等を同意なく公表する行為も処罰の対象として規制している。昨今問題となっているリベンジポルノといわれる行為についても、処罰の対象とされることになった。

ベルギーの隣国であるフランスでは、私生活に対する侵害を処罰する規定として、刑法226-1条、226-2条、226-2-1条に盗撮行為に関連する規定が置かれている⁷⁶⁾。刑法226-1条は、① 私的にまたは内密に話された言葉を、本人の同意を得ないで、傍受し、録音しまたは伝達する、② 私的な場所にいる人の画像を、その者の同意を得ないで、写真撮影し、録画しまたは伝達する、という何らかの手段を用いて、他人の私生活の内奥（プライバシー）を故意に侵害する行為を1年の拘禁刑及び45,000ユーロの罰金で処罰する（1項）。但し、上記の行為が、当事者が認識できる状態のもとで行われ、当事者が当該行為を防止しうる状況にあったにもかかわらず防止しなかったときには、同意があったとみなされる（2項）⁷⁷⁾。刑法226-2条は、前条所定の行為の一つを用いて得られた記録または文書を保持し、公衆もしくは第三者に

認識させもしくは認識させるがままにし、または如何なる方法であれこれを利用する行為を処罰する（1項）。法定刑は前条と同一である。前項所定の犯罪（軽罪）が、新聞またはテレビメディアによって行われたときには、責任者の確定に関して、報道を規制する特別法が適用される（2項）⁷⁸⁾。刑法 226-2-1 条は 2016 年 10 月 7 日法によって新設された性的なプライバシーを侵害する行為を処罰する規定である⁷⁹⁾。同条は、前二条に定める犯罪（軽罪）が、公共の場所または私的な場所で記録された性的な特色を表す言葉や画像にかかわるときには、2 年の拘禁刑及び 60,000 ユーロの罰金で処罰する（1項）。対象者の明示的もしくは推定的な同意を得てまたは対象者自ら、刑法 226-1 条所定の行為の一つを用いて、取得した性的な特色を表す言葉または画像にかかわる記録もしくは文書を、配信することについて対象者の同意を得ずに、公衆または第三者に認識させる行為も同じ刑で処罰する（2項）⁸⁰⁾。

これまで、刑法 226-1 条・226-2 条で処罰の対象となるのは、私的な会話や画像が、対象者の同意なく、公衆または第三者に公開された場合であって、私的な場所で私的な性的画像等が撮影されることに対象者が同意していた場合には、それが対象者の同意なく公衆等に公開されネット上で配信されても処罰の対象とはならなかった⁸¹⁾。撮影時には同意していたとしても、撮影時に後になって撮影記録を公開し配信することまでは同意していないことはありうることである。そのような場合、撮影時の同意が有効であることを理由に、公開や配信にも同意していると解釈されることもありうる。フランス破毀院は 2016 年 3 月 16 日判決で、いわゆるリベンジポルノに該当する行為について、刑法 226-1 条・226-2 条の処罰の対象とはならないと判断した⁸²⁾。そこで、撮影された性的な画像記録等を公開・配信する場合にも同意が必要であることを明確にするため、刑法 226-2-1 条 2 項が設けられることになった。

刑法 226-2-1 条 1 項は、私生活の保護、特に、性的なプライバシーの保護に焦点をあてた規定であることに特徴がある。「性的な特色を表す言葉または画像」の録音録画、録音録画された記録の公開等を処罰することからも明

らかである。性的な特色を表す画像とは、性行為や性器等の画像をいう。本条の対象となるには、画像の人物が特定できることが必要であるので、顔が撮影されていないため対象者を特定できない性器のみの画像については、本条は適用できない⁸³⁾。性器や乳房は衣服で覆われているが、性的な意味をもつ行為を行うとか、官能的な姿態を示しているような場合、性的な特色を表していると解釈できるかという問題がある。刑法 226-2-1 条の文言解釈として、このような場合にも適用は可能であると解釈することはできる⁸⁴⁾。限界事例としては、裸体になるのでもなく、官能的な姿態でもないが、性を象徴するような画像の場合が挙げられる。具体的な例として、クリストファー・マコスが撮影したアンディー・ウォーホルの「Altered Images」シリーズの写真画像等、男性が化粧をして女装をするような性差のない曖昧な性のイメージを表現した画像等について、性的な特色があるか否かの判断は極めて主観的にならざるを得ない⁸⁵⁾。また、「性的な特色を表す言葉や画像」が「公共の場所または私的な場所で記録された」ことが必要である。刑法 226-1 条は、私生活への侵害行為を処罰の対象としていたため私的な場所において記録された言葉や画像を対象としていたが、刑法 226-2-1 条では私的な空間だけでなく、公共の場所で記録された言葉や画像にまで対象を広げている点が注目される。

刑法 226-2-1 条 2 項は、前述した破毀院 2016 年 3 月 16 日判決に対する立法者の対応である。同条 2 項は、同意を得て記録された性的な特色を表す言葉や画像が、対象者の同意なく公開・配信されることを処罰しており、被害者の同意がないことが犯罪成立要件とされる。この規定は、性的なプライバシーに関する自己決定権を重視するものであり、私生活に関する刑法的な保護の範囲を拡大すると同時に、性的な私生活に他者が不法に関与することを禁止するものである。

わが国の刑法典では、窃視・盗撮罪に該当するような犯罪類型は存在していない。現行法においては、軽犯罪法 1 条 23 号は「正当な理由がなくて人

の住居、浴場、更衣室、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」は拘留または科料に処すると規定する。また、都道府県等の地方自治体の迷惑防止条例では、規定の形式は様々であるが、盗撮行為、覗き見行為等が処罰の対象とされている。例えば、2018年に改正された東京都の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（東京都迷惑防止条例）5条1項は、盗撮を「正当な理由なく、人を著しく羞恥させ、又は人に不安を覚えさせるような行為であって、人の通常衣服で隠されている下着又は身体を、写真機その他の機器を用いて撮影し、又は撮影する目的で写真機その他の機器を差し向け、若しくは設置すること」と定義し、従来の「公衆便所、公衆浴場、公衆が使用することができる更衣室その他公衆が通常衣服の全部若しくは一部を着けない状態にいる場所又は公共の場所若しくは公共の乗物において」のほかに、「住居、便所、浴場、更衣室その他人が通常衣服の全部又は一部を着けない状態にいるような場所」、「公共の場所、公共の乗物、学校、事務所、タクシーその他不特定又は多数の者が利用し、又は出入りする場所又は乗物」において盗撮することを処罰している⁸⁶⁾。改正後の規定では、スマートフォン等の小型カメラやカメラ機能を搭載した小型機器の普及に伴って、盗撮行為が増加していることに対応するため、盗撮の規制対象となる場所を公共の場所以外にも拡大している点が注目される。

なお、わが国では、リベンジポルノに該当する行為については、私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律により規制される⁸⁷⁾。個人の私生活の平穏や個人の名誉への侵害行為を処罰することとなる。私事性的画像記録に該当するものは、「性交又は性交類似行為に係る人の姿態」、「他人が人の性器等（性器、肛門又は乳首をいう。）を触る行為又は人が他人の性器等を触る行為に係る人の姿態であって性欲を興奮させ又は刺激するもの」、「衣服の全部又は一部を着けない人の姿態であって、殊更に人の性的な部位（性器等若しくはその周辺部、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」であ

る（2条）。撮影をした者、撮影対象者及び撮影対象者から提供を受けた者以外の者（第三者）が閲覧することを認識した上で、任意に撮影を承諾し又は撮影をしたものは除かれる。処罰の対象となる行為は、第三者が撮影対象者を特定することができる方法で、電気通信回線を通じて私事性的画像記録を不特定又は多数の者に提供する行為（3条1項）、前項の方法で、私事性的画像記録物を不特定若しくは多数の者に提供し、又は公然と陳列する行為（3条2項）、前二項の行為をさせる目的で、電気通信回線を通じて私事性的画像記録を提供し、又は私事性的画像記録物を提供する行為（3条3項）等である。

窃視・盗撮罪の保護法益については、ベルギーやフランスでは私生活の保護や性的なプライバシーと考えられている。性的な画像等については、私的な空間における私生活への侵害にとどまらず、性的なプライバシーが保護されると合理的に判断できれば、公的な空間における性的プライバシーの保護にまで規制の範囲を広げた。

わが国においては、窃視行為・盗撮行為を刑法上処罰する規定はないので、現状では、軽犯罪法や迷惑防止条例によって規制されることになる。盗撮のために他人の住居等に侵入した場合には住居侵入罪が成立するであろうし、盗撮画像が公開されることで対象者の社会的評価が低下するような場合には名誉毀損罪が適用される可能性もある⁸⁸⁾。ただ、いずれも窃視・盗撮行為自体を刑法上処罰するものではない。インターネット上で公開された盗撮画像自体がわいせつ電磁的記録に係る記録媒体や児童ポルノに該当すれば、わいせつ電磁的記録記録媒体公然陳列罪や児童ポルノ公然陳列罪が成立すると解することもできる。

撮影時には撮影されることに同意があったとしても、撮影された画像記録を対象者の同意なく公開する行為（いわゆるリベンジポルノといわれる行為）については、ベルギーでもフランスでも、刑法改正によって刑法上の犯罪行為として位置づけられることとなった。わが国では、特別法である私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律によって規制されているが、規

制されている内容を比較すれば、それほど大きな差はないと考えられる。

窃視・盗撮罪の罰則については、ベルギーではフランスよりも重く処罰され、強制わいせつ罪と同等の法定刑が定められている。窃視・盗撮罪は被害者の性的自由や性的自己決定を侵害する犯罪であるにとらえれば、同意がなく窃視・盗撮される行為については強制わいせつ罪と同等に重く処罰することには合理性がある。フランスでは、一般的な窃視・盗撮行為は私生活への侵害にとらえられているので、強制わいせつ罪等の性犯罪と比較すれば、軽い法定刑が定められているが、新設された刑法 226-2-1 条は性的なプライバシーや性的自己決定への侵害行為を処罰する規定であるため、刑は加重されている。わが国では、軽犯罪法や都道府県の迷惑防止条例で規制されているので、罰則については上限が定められており（窃視罪は拘留または科料、例えば、東京都の場合は、盗撮罪については 1 年以下の懲役または 100 万円以下の罰金、常習の場合は 2 年以下の懲役）、窃視・盗撮された被害者の権利侵害の程度と比較してあまりにも法定刑が軽すぎるという批判は当然のものと考えられる⁸⁹⁾。わが国においても、窃視・盗撮行為を刑法上規制する必要があるかという点については、今後検討する余地はあると思われる。

注

- 69) フランス及びベルギーの強姦罪については、末道・前掲「強姦罪をめぐる比較法的考察——フランス刑法及びベルギー刑法における強姦罪の解釈をめぐる」113 頁以下を参照。
- 70) 大塚仁他編『大コンメンタール刑法 第 9 卷（第 3 版）』（青林書院・2013）【亀山継夫＝河村博】66 頁，75 頁以下，西田典之他編『注釈刑法 第 2 卷 各論（1）』（有斐閣・2016）620 頁，626 頁，山口厚『刑法各論（第 2 版補訂）』（有斐閣・2012）107 頁，前田雅英『刑法各論講義（第 6 版）』（東京大学出版会・2015）95 頁等を参照。
- 71) この点については、井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣・2016）109 頁を参照。
- 72) 大塚他編・前掲『大コンメンタール刑法（第 3 版）第 9 卷】【亀山＝河村】66 頁，西田典之・橋爪隆補訂『刑法各論（第 7 版）』（弘文堂・2018）99 頁，高橋則夫『刑法各論（第 2 版）』（成文堂・2014）127 頁等を参照。なお、この場合に、準強制わいせつ罪の成立を認める見解として、山口・前掲書 108 頁を参照。
- 73) 刑集 71 卷 9 号 467 頁

- 74) この点については、西田・橋爪補訂・前掲書 100 頁以下を参照。本判決の評釈として、馬渡香津子「強制わいせつ罪の成立と行為者の性的意図の要否——最大判平成 29・11・29」ジュリスト No.1517 (2018) 78 頁、木村光江「行為者の性的意図と強制わいせつ罪の成立要件（最大判平成 29・11・29）」平成 29 年度重要判例解説 156 頁、塩見淳「強制わいせつ罪における『性的意図』——最高裁平成 29 年 11 月 29 日大法廷判決を契機として——」刑事法ジャーナル Vol.56 (2018) 33 頁、園田寿「強制わいせつ罪における『性的意図』の要否」新・判例解説 Watch 刑法 No.125 (2018) 等を参照。
- 75) Proposition de la loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne l'incrimination d'attentat à la pudeur, Rapport de la première lecture, 21 décembre 2015, DOC54 0699/006, pp.4 et s.

性犯罪法 67 条では、性的満足を得る目的で行われる、同意を得ないで私的行為を覗き見る行為、覗き見るための機器を操作する行為、同意を得ずに他人の私的行為を録画する行為、私的行為を覗き見るための装置の取付け、構造物の設置等を処罰する。「私的行為」とは、その状況下で、合理的にプライバシーが保護されると期待される場所において、人の性器、臀部または胸部を露出したまたは下着のみで覆っている、人がトイレを使用している、通常公然と行われえない種類の性的行為を人が行っていることをいう、と定義される（同法 68 条）。間柴・前掲論文 139 頁以下を参照。カナダ刑法 162 条は、プライバシー保護について合理的期待を生じさせる状況下にある者をひそかに観察し、ひそかに記録した者を処罰する。具体的には、対象者が裸になる行為、対象者の性器等や胸部、対象者の性的行為を覗き見る行為や記録する行為を処罰することになる。犯罪行為によって得られた記録を頒布し公開する等の行為も処罰の対象となる。間柴・前掲論文 140 頁以下を参照。
- 76) 刑法 226-1 条以下の規定の詳細については、H. Pelletier et D. Beauvais, Atteinte à la vie privée. Enregistrement de la parole ou de l'image. Fabrication, détention, location ou vente d'appareils d'enregistrement, *Juris-classeur pénal* Art. 226-1 à 226-3: fasc. 20, 2017, pp.1 を参照。
- 77) Art. 226-1, *Code pénal Dalloz* 2018, pp.842 et s.
- 78) Art. 226-2, *Code pénal Dalloz* 2018, p.854.
- 79) 刑法 226-2-1 条の解説として、A. Lepages, L'article 226-2-1 du Code pénal Une nouvelle strate dans la protection pénale de la vie privée, *Droit pénal*, 2017, N° 1, pp.8 et s.
- 80) Art. 226-2-1, *Code pénal Dalloz* 2018, p.856.
- 81) この点については、Pelletier et Beauvais, Atteinte à la vie privée. Enregistrement de la parole ou de l'image. Fabrication, détention, location ou vente d'appareils d'enregistrement, préc., p.18.

- 82) Crim. 16 mars 2016, *B.C.*, n° 86, *Revue Droit Pénal*, 2016, comm. 73 obs. P. Conte, *A.J.P.*, 2016, p. 268, note J.B. thierry.
- 83) Lepages, *op. cit.*, p. 9.
- 84) *ibid.*
- 85) *ibid.*
- 86) 東京都迷惑防止条例については、警視庁のホームページから参照可能である。
- 87) この法律については、http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=426AC1000000126&openerCode=1 を参照。
- 88) この点については、間柴・前掲論文 137 頁以下参照。名誉毀損罪の成立を認めた裁判例として、東京地判平成 14 年 3 月 14 日（裁判所ウェブサイト掲載）LEX/DB 28075486 がある。本件では、女性の裸体を盗撮した画像をビデオ店等の店頭において不特定多数人が認識できる状態に置いたことで、被害者の全裸の姿態が録画されているという事実を摘示したものである。その映像自体を見ても、実際に盗撮の方法で撮影されたものか、一見しただけでは明らかではなく、事情を知らない者が見れば、撮影されている女性が、不特定多数の者に販売されるビデオテープに録画されることを承知の上、自ら進んで裸体をさらしているのではないかという印象を与えかねないものになっているとして、名誉毀損罪の成立を肯定した。なお、名誉毀損罪の成立を否定する見解として、渡邊卓也「電腦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 Vol. 3 (2004) 157 頁以下を参照。
- 89) 間柴・前掲論文 142 頁参照。

VI おわりに

わが国では、2017 年に性犯罪について刑法が改正され、強姦罪の構成要件が見直され強制性交等罪となったこと、監護者強制わいせつ・強制性交等罪の新設、強盗強姦罪の構成要件が見直され強盗・強制性交等罪となったこと、性犯罪の非親告罪化等、大きな変更が加えられた。また、窃視・盗撮罪については、軽犯罪法、特別法、迷惑防止条例等による刑事規制が行われている。フランスでは、旧刑法典では性犯罪は風俗に対する犯罪と位置づけられていたが⁹⁰⁾、1980 年代から性犯罪に関する改正が行われ、1994 年改正刑法典では、性犯罪を個人の身体的または精神的完全性に対する罪の中の性的攻撃の罪として位置づけている⁹¹⁾。ベルギーでは、19 世紀に制定された刑法

典が、部分的な改正を繰り返しながらも、現役の刑法典として現存している。現在、刑法の全面改正に向けて作業が進められており、刑法総則については改正案が示されている⁹²⁾。性犯罪に関する規定についても、これまで幾度かの改正が加えられてきたが、今回改正された性犯罪の規定については、今後、刑法各則の改正作業においても反映されるものと考えられる。

ベルギーでは、強制わいせつ罪や強制性交等罪（強姦罪）等の性犯罪については、「家族の秩序及び公共の道徳に対する重罪または軽罪」に位置づけられているが、現在では個人の性的自由・性的自己決定を侵害する罪として個人的法益に対する罪ととらえられている。性的意図という主観的要素が強制わいせつ罪の成立要件として必要か否かという議論の変遷にも、保護法益の議論が影響を及ぼしていると考えられる。

科学技術の進歩に伴って、新たに生起する盗撮行為等の犯罪行為に対してどのような規制が必要かという点について、ベルギーやフランスでは刑法典を改正して刑法犯として位置づけるという対策がとられた。わが国において、上記行為を規制する法整備は既に行われているが、軽犯罪法や迷惑防止条例等による規制には法定刑の水準という点では規制として限界があることから、刑事規制のあり方については検討すべき課題が残されているともいえるであろう。

注

90) E. Garçon, *Code pénal annoté*, T. I^{er}, Art. 1 à 405, 1901–1906, p. 849.

91) フランスの性犯罪に関する詳細な文献として、M.-L. Rassat, *Agressions sexuelles. Viol. Autres agressions sexuelles. Exhibition sexuelle. Harcèlement sexuel*, *Juris-classeur pénal*, Art. 222-22 à 222-33-1: fasc. 20, 2015, pp. 1 et s. を参照。

92) この点については、末道康之「ベルギー刑法改正の動向——刑法改正草案第1編の検討 (1)(2・完)」南山法学 41 巻 1 号 (2017) 115 頁、同 41 巻 2 号 (2018) 213 頁を参照。

〔付 記〕 本稿は、2018 年度パツヘ研究奨励金 I-A-2 による研究成果である。