

判例研究

スカート着用の前かがみになった女性に後方の至近距離からカメラを構えるなどした行為が、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5条1項3号にいう「人を著しく羞恥させ、人に不安を覚えさせるような卑わいな言動」に当たるとされた事例

—最決令和4年12月5日刑集76巻7号707頁—

真 鳥 爽^{*}

- I 事案の概要
- II 決定要旨
- III 検討

I 事案の概要

本事案は、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（昭和37年東京都条例第103号。以下、本条例）5条1項3号の適用が争われ、第一審で無罪、第二審（原審）で有罪となり、上告されたものである。

本条例5条1項柱書は、「何人も、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、次に掲げるものをしてはならない」と規定し、同項2号では「次のいずれかに掲げる場所又は乗物における人の

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第24巻第2号 2025年8月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

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」「イ 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であるような場所」「ロ 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（イに該当するものを除く。）」と規定したうえで、同項3号で「前二号に掲げるもののほか、人に対し、公共の場所又は公共の乗物において、卑わいな言動をすること」を処罰している。

1 第一審（東京地立川支判令和3・1・15刑集76巻7号739頁）の判断

第一審の公訴事実は、「被告人は、正当な理由なく」開店中の店舗（以下本件店舗）において「A（中略）に対し、手に持った小型カメラを使用して、同人の左横又は後方から、同人のブラウス着用の胸部付近やスカート着用の臀部を撮影するなどし、もって公共の場所において、卑わいな言動をし、人を著しく差恥させ、かつ、人に不安を覚えさせるような行為をした」というものである。あくまで第一審段階では、「ブラウス着用の胸部付近やスカート着用の臀部を撮影するなどし」た行為の3号該当性、すなわち、2号該当性のない客体の撮影行為の3号該当性が問題となっている。

認定事実としては、被告人が小型カメラを持参して店舗を訪れたこと、小型カメラが「手のひら程度の大きさで、本体のボタンを押すと録画が開始され、もう一度そのボタンを押すと録画が停止される」もので、「白色の本体の大部分が被告人の貼った黒色ビニールテープで覆われたもの」であること、被害者Aは身長約164センチメートルで、「首回りが鎖骨に沿う程度にやや横長に開いた透けていない素材の白色ブラウスと、膝頭が見える程度の膝上丈でフレア型の」スカートを着用し、8センチヒールの靴を履いていたこと、そして以下の各行為である。

- ① Aの左横から、画面の大部分に被告人自身の身体が写り、画面の下端にAの膝辺りから靴までが写っている約1秒間の動画（動画①）を撮影した行為。

- ② Aの左横から、Aのマスクを着けた顎付近から靴までの範囲の左半身が写っている約5秒間の動画(動画②)を撮影した行為。なお撮影の際、Aは前かがみの姿勢をとっていたが、左脇に日傘を抱え、左肘を曲げて胸の位置まで上げた左手の平にスマートフォンを握っていたため、Aの胸部の体形はほとんど分からないものだった。
- ③ その後、退店してから再入店し、Aの背後付近から約23秒間の動画(動画③)を撮影した行為。そこには陳列棚に対面した状態で両足を地面に付けて立っているAの後ろ姿が約5秒間、左横からの姿が約3秒間写っていた。その際のカメラのレンズとAの臀部との距離は1mに満たなかった。
- ④ 動画③撮影行為の直後、Aが被告人に「撮ってましたよね」などと言って声をかける直前に、被告人はAの左後ろに立ち、Aのスカートの裾と同じくらいの高さの位置で左手で小型カメラを持ち、レンズをAの下半身の方に向けた状態で小型カメラを構えた。

第一審は、至近距離からの撮影および行為④について、社会通念上相当な行為と言い難いと指摘したうえで、動画①②については、性的な意味合いのある部分を狙ったものといえないとし、動画③については、Aのスカートの形からは臀部の体型はわからず、客観的に臀部や太もも等の特定部位を狙ってそれらの部位を強調して撮影された動画とは認められないとした。また、撮影の態様も執ようなものとはいえず、本条例5条1項3号にはあたらないとした。

2 原審(東京高判令和4・1・12刑集76巻7号744頁)の判断

原審は、本条例の文言及び趣旨に照らすと、「対象となる行為そのものが、社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだらな言動であって、被害者を著しく羞恥させ、又は不安を覚えさせるものといえるか否かの観点からの評価が重要」であるとして、「衣服を着用した身体を撮影し、又は衣服を着用した身体に対して写真機等を構える行為であっても、その意図、態様、被害者の服装、姿勢、行動の状況や、写真機等と被害者との位置関係等を考慮し、被害者や周囲の人から見て、衣服で隠されている下着又は身体を撮影しようとしているのではないかと

判断される」行為の本条例5条1項3号該当性を認めた。また、性的意味合いのある身体の部位が撮影されたかという観点から動画の内容を重視した第一審の判断に対しては、本条例5条1項2号口が、撮影に至らない差し向け・設置行為を禁止している点に照らし、「人の通常衣服で隠されている下着又は身体が実際に写っていたり、強調されていたりした際に、そのことが卑わいな言動の認定根拠になり得ることは当然としても、逆に、実際にそのような部位が写っていなかったからといって、そのことだけで、本件禁止行為に当たらないということはできない」とした。さらに、撮影の態様等によっては、「被害者や周囲の人から見て」人の通常衣服で隠されている下着等を撮影しようとしているのではないかと判断され、卑わいな言動に当たり得るため、執よう性がないからといって本条例5条1項3号該当性を欠くということはないとして、第一審判決を破棄した。

そのうえで、行為③及び行為④（以下、本件各行為）のほか、以下の事実を指摘した。すなわち、被告人がかねてから若い女性の胸元、スカートの中等を撮影することに興味・関心を有しており、本件カメラについてもスカートの中等の撮影という関心から、機能に着目したうえで周囲の人に推知されないような加工を施している点、本件以前にも同様の盗撮行為を繰り返していた点、本件当日も盗撮の目的の下に本件各行為に及んだ点、Aの身長や服装等から、スカートの中がある程度見やすい状況になっていた点である。

これらの点から、上記の「被告人の目的、本件カメラの形状、被告人の行為態様、Aの服装、姿勢及び行動の状況並びに本件各行為における本件カメラとAとの位置関係、そのレンズの向き等を総合すると、被告人は、スカートの中等を動画で撮影しようとして企図し、周囲からは容易に気付かれないように本件カメラを準備・所持した上、本件店舗において、直ちに録画ボタンを押す態勢を整え、撮影の機会をうかがいながら本件各行為に及んだものであり、本件各行為は、Aや周囲の人から見ても、Aのスカートの中等を撮影しようとしているのではないかと判断されるものであった」とし、本件各行為が「人を著しく羞恥させ、または人に不安を覚えさせるような行為であって、人に対し、公共の場所又は公共の乗り物において、卑わいな言動をすること」に当たるとは明らかとした。本条例5条1項3号の「卑わいな言動」とは、同項1号及び2号と同程度の卑わい

性を具備していることが必要であると解すべきとする主張に対しては、「そのような主張を踏まえても、本件各行為が本件禁止行為に当たるとの当裁判所の判断を左右するものではない」とした。

このように判断し、第一審判決を破棄し自判した原判決に対し、本条例5条1項2号にいう「差し向け」に至らない行為について同項3号に当たるとして処罰した点等において憲法31条に違反し、主観的要素を考慮して5条1項3号該当性を肯定した点等において最決平成20年11月10日刑集62巻10号2853頁¹⁾(以下、平成20年決定)に相反するなど²⁾として、上告がなされた。

II 決定要旨 (最決令和4年12月5日刑集76巻7号707頁)

最高裁は、「上告趣意のうち、判例違反をいう点は、事案を異にする判例を引用するものであって、本件に適切でなく、その余は、憲法違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認の主張であって、刑訴法405条の上告理由に当たらない」としたうえで、「原判決の認定によれば、被告人は、東京都内の開店中の店舗において、小型カメラを手に持ち、膝上丈のスカートを着用した女性客(以下「A」という。)の左後方の至近距離に近づき、前かがみになったAのスカートの裾と同程度の高さで、その下半身に向けて同カメラを構えるなどしたというのである。このような被告人の行為は、Aの立場にある人を著しく羞恥させ、かつ、その人に不安を覚えさせるような行為であって、社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだらな動作といえるから、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(昭和37年東京都条例第103号)5条1項3号にいう「人を著しく羞恥させ、人に不安を覚えさせるような卑わいな言動」に

- 1) 女性客に対し、少なくとも約5分間、40m余りにわたって付けねらい、背後の約1～3mの距離から、右手に所持したデジタルカメラ機能付きの携帯電話を自己の腰部付近まで下げて、細身のズボンを着用した同女の臀部を同カメラでねらい、約11回撮影したという事案であり、最高裁は「被告人の本件撮影行為は、被害者がこれに気付いておらず、また、被害者の着用したズボンの上からされたものであったとしても、社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだらな動作であることは明らかであり、これを知ったときに被害者を著しくしゅう恥させ、被害者に不安を覚えさせるものといえる」とした。
- 2) 内藤恵美子「判解」法曹時報75巻12号242頁(2023)。

当たるといふべきである。所論は、同項2号にいう「差し向け」に至らない行為を同項3号に当たるとして処罰することは許されない旨主張するが、そのように解すべき根拠はない。したがって、同条例8条1項2号、5条1項3号違反の罪の成立を認めた原判断は是認できる」とした（以下、本決定³⁾）。

Ⅲ 検討

1 本条例について

いわゆる東京都迷惑防止条例は、昭和37年に全国で初めて制定されたものであり、本決定で適用が争われた5条1項はもともと、「何人も、婦女に対し、公共の場所または公共の乗り物において、婦女を著しくしゅう恥させ、または婦女に不安を覚えさせるような卑わいな言動をしてはならない」とされていたが、平成30年に現在の形に改正されている⁴⁾。以下、本条例の解釈上の諸点を先に概観する。

(1) 保護法益について

本条例は、第1条に「都民生活の平穩を保持することを目的とする」ことを規定している一方で、5条に規定されているのは「人の身体に触れる」、「撮影す

3) 本決定に対する評釈として、天田悠「判批」法学セミナー819号134頁(2023)、滝谷英幸「判批」判例秘書ジャーナル(文献番号HJ200052)1頁(2023)、船橋亜希子「判批」刑事法ジャーナル76号141頁(2023)、海老澤侑「判批」法学新報130巻1=2号213頁(2023)、嘉門優「判批」ジュリスト1597号(重要判例解説令和5年度)144頁(2024)、小杉麟太郎「判批」ジュリスト1602号158頁(2024)、永井紹裕「判批」法律時報96巻11号137頁(2024)、論文として、富山侑美「盗撮行為における迷惑防止条例と性的姿態撮影等処罰法との関係について」上智法学論集67巻1=2=3号(2024)。また、原審に対する評釈として、梶原明日香「判批」警察学論集75巻7号81頁(2022)、栗木傑「判批」警察学論集75巻7号121頁(2022)、金澤真理「判批」法学セミナー813号122頁(2022)。また匿名解説・判例時報2537号60頁(2023)。

4) 改正経緯について、内藤・前掲注2)244頁。小暴力対策を理由とする制定当時の社会情勢等は、石井春水ほか「〈座談会〉ぐれん隊防止条例——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——」ジュリスト261号10頁以下(1962)、垂本正名ほか「いわゆるぐれん隊防止条例について——立法・運用の資料として(座談会)」警察学論集16巻2号40頁以下(1963)。

る」等、明確な被害客体を観念しうる行為でもある。このような迷惑防止条例上の「卑わいな言動」を処罰する規定の保護法益の理解については、見解の対立がみられる。

社会的法益とみる立場は、本条例のような迷惑防止条例の保護法益を「公衆レベルでの『県民』の生活の平穏等を保持するために、それを害する危険性のある行為を禁止しようとする」ものと理解し、「卑わいな言動」を処罰する規定について、個人的法益を保護するものとしては、公共性を要求している点が不徹底で不合理だと主張する⁵⁾。この立場からは、相手方の同意がある場合にも、平穏が保たれなくなる危険が存するために犯罪が成立することになる⁶⁾。

これに対し、個人的法益を重視すべきとする立場は、特定個人の「被害」が観念されること、卑わいな言動の処罰規定を社会的法益に対する罪とみると、文言上の不明確さと相まって処罰範囲が通常人に予測不可能なところまで拡大するおそれがあることなどの理由から、文言が許す限り、特定人の性的感情を侵害する罪としての側面を重視して解釈を進めるべきとする⁷⁾。特に本条例5条の解釈については、5条1項2号は個人の私生活の平穏と都民の平穏な生活一般の両方を保護しており、3号はこれら全体の受け皿構成要件⁸⁾であるとして、解釈上個人の私生活上の利益保護の観点への配慮が必要と主張される⁹⁾。

この保護法益の理解の違いは、被害者の承諾がある場合などの結論の違いを導きうる¹⁰⁾ものであり、本決定の検討においても一定の意義を有するが、以下では、どの法益理解においても問題になり得る点を中心にみていくこととする。

-
- 5) 合田悦三「いわゆる迷惑防止条例について」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』517-518頁(判例タイムズ社、2006)。上村禎一「公衆に著しく迷惑をかける暴力的行為等の防止に関する条例逐条解説」ジュリスト261号38頁(1962)は、本条例の規定につき、都民らの「法的安全の意識又は風俗環境を阻害する行為を規制するもの」としている。
- 6) 合田悦三「迷惑防止条例における盗撮行為の規制の改正を巡って」『日高義博先生古稀祝賀論文集 下巻』152頁(成文堂、2018)。法益理解の立場は異なるが、結論については坂田正史「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25頁(2017)も同様。

(2) 「著しく羞恥させ」「不安を覚えさせる」「卑わいな言動」について

本条例5条1項は、柱書にある「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」言動を禁止しており、3号では「前二号に掲げるもののほか、人に対し、公共の場所又は公共の乗り物において、卑わいな言動をすること」を禁止している(1、2号では卑わいな性は条文上要求されていない)。「卑わいな言動」については、前述の平成20年決定において、「社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだらな言語または動作」とされている¹¹⁾。「著しく

-
- 7) 杉本一敏「判批」高橋則夫=松原芳博編『判例特別刑法』481頁(日本評論社、2012(初出:「判批」刑事法ジャーナル15号(2009))、海老澤・前掲注3)223頁も同旨。兵庫県迷惑防止条例につき同様の理解を示すのは、田川靖紘「判批」松原芳博=杉本一敏編『判例特別刑法 第4集』501頁(日本評論社、2022(初出:「判批」法律時報91巻4号135頁(2019)))。なお、會田正和「迷惑防止条例」藤永幸治編集代表『シリーズ捜査実務全書9 風俗・性犯罪【第3版】』371頁(東京法令出版、2007)及び安富潔「迷惑防止条例」捜査研究610号56頁(2002)は、個人の意思及び行動の自由の保護と善良な風俗環境の阻害行為の防止の両方に言及する。仲道佑樹「判批」高橋=松原編・前同499頁は、卑わいな行為禁止規定の保護法益として、個人の意思及び行動の自由のみを取り上げる(ただし痴漢事案の評釈である)。坂田・前掲注6)24頁は、どちらの法益にも言及するが、社会的法益が主たる保護法益であるとしている。なお、垂本正名ほか『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解説』(第3版)5-6頁(立花書房、1962)は、本条例全体の法益概念には「従来の一般的な個人的法益または社会的法益の概念をもってしては律し切れないものがあることは否定しえない」として、東京都の急激な人口増加を背景にした「都市社会の質的变化」には「法益概念の質的变化」への要求が内在していると指摘し、「社会的場において評価された個人的法益」という特性を示したうえで、「直接都民の個々に対して」の迷惑行為が「健全な地域社会の生活環境を阻害」する場合は規制の対象にすると述べている。処罰範囲の予測不可能性については、佐伯千弴「迷惑防止条例」立命館法学53号26頁(1964)も参照。
- 8) 杉本・前同479頁は、本条例のように、禁止行為を列挙したうえで一般的な禁止規定を置く類型(例示列举型)は、規制対象行為の具体的列挙による解釈上の疑義の払拭と、規制の実効性を高めるために「受け皿構成要件」によって放任できない他の卑わいな行為類型に対応する余地を残すという相反する要請を充足しようとしているとする。なお、規定形式の分類につき、合田・前掲注5)520-521頁も参照。
- 9) 天田・前掲注3)135頁。
- 10) ただし、個人的法益を加味して理解する見解においても、対象者の同意がある場合の理解は分かれる(坂田・前掲注6)25頁、海老澤・前掲注3)223頁)。
- 11) 最決平成20・11・10刑集62巻10号2853頁。この点、垂本ほか・前掲注7)44頁は、「卑わいなとは野卑で淫らなものをいう」として、刑法上のわいせつに至らないもので、「性的道義観念に反し、婦女に性的しゅう恥心、けんおの情ないし不安を覚えさせるものをいう」とし、卑わいな言語による場合はわいせつに至らないため(当時の)5条1項違反が認められるとしている。同旨、會田・前掲注7)373頁。

羞恥させ」又は「不安を覚えさせる」¹²⁾ことは、「卑わいな言動」要件とは一応区別された付加的要件とされる¹³⁾が、上記の卑わいな言動の定義を行った平成20年決定においては、それぞれの要件に該当する事実を逐一摘示せず、「本件撮影行為は……社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだらな動作であることは明らかであり、これを知った時に被害者を著しくしゅう恥させ、被害者に不安を覚えさせるものといえる」¹⁴⁾という形で、要件該当性を一体的に判断している。

以上の点を前提に、本決定の分析を進めていく。

2 本決定の理解

本決定は、「衣服を着用した身体を撮影し、又は衣服を着用した身体に対して写真機等を構える行為」を検討した原審に対し、「カメラを構えるなどした」行為が、「Aの立場にある人を著しく羞恥させ、かつ、その人に不安を覚えさせるような行為であって、社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだらな動作といえる」から、本条例5条1項3号の「人を著しく羞恥させ、人に不安を覚えさせるような卑わいな言動」（以下、本要件）にあたると判断した。

「卑わいな言動」の定義については前述の平成20年決定を踏襲したうえで、「著しく羞恥させ」「不安を覚えさせる」という要件と、「卑わいな言動」の要件を一体的に解釈し、カメラを構えるなどした行為が両要件を共に充たすことを判断したものと思われる¹⁵⁾。

カメラを構えるなどした行為とは、具体的には、「開店中の店舗において、小型カメラを手に持ち、膝上丈のスカートを着用した女性客（以下「A」という。）の左後方の至近距離に近づき、前かがみになったAのスカートの裾と同程度の高さで、その下半身に向けて同カメラを構えるなどした」行為（以下、本件行

12) この点、上村・前掲注5) 38頁。同旨、會田・前掲注7) 373頁。

13) 三浦透「判解」最判解刑事篇平成20年度708頁。

14) 最決平成20・11・10（前掲注11)）。

15) 内藤・前掲注2) 250頁。小杉・前掲注3) 161頁は、「著しく羞恥させ、不安を覚えさせる」言動であるかという要件と、「卑わい」な言動であるかという要件は、密接に関連した要件であり、事案によっては重複する事実により判断されてよいことが示されているとする。

為)である。これは原判決における行為④の内容であり、原審が動画③撮影行為及び行為④について判断したのに対し、動画③撮影行為には明示的な言及はない。動画③撮影行為は衣服の上からの撮影行為であるところ、衣服の上からの撮影行為について判断した平成20年決定を事案が異なるとしている点からも、本決定はあくまで、衣服の上からの撮影とは異なる行為類型についての判断だといえるだろう¹⁶⁾。

以下では、原審との相違を念頭に、本件行為の本要件該当性及び本件行為と本条例5条2号口の「差し向け」行為との関係について、本決定の判断をみていく。

(1) 構える行為

本決定は、「開店中の店舗」「小型カメラ」「膝上丈のスカート（被害者の服装）」「後方（位置関係）」「距離（1m以内）」「前かがみ（被害者の態勢）」「スカートの裾と同程度の高さ」「カメラの向き」という事情のもとに「カメラを構える」行為の本要件該当性を判断した。

この点、原審においては、「その意図、態様、被害者の服装、姿勢、行動の状況や、写真機等と被害者との位置関係等を考慮し、被害者や周囲の人から見て、衣服で隠されている下着又は身体を撮影しようとしているのではないかと判断される」行為が本要件に該当するとして、被告人がかねてから若い女性の胸元、スカートの中等を撮影することに興味・関心を有していること、本件カメラについても周囲の人に推知されないような加工を施していること、本件当日も盗撮の目的の下に本件各行為に及んでいることといった事情を考慮して、「スカートの中等を動画で撮影しようと企図し」ていたことを指摘し、「Aや周囲の人から見て、Aのスカートの中等を撮影しようとしているのではないかと判断される」行為であるため本要件に該当すると判断していた。

本決定は、「スカートの中等を動画で撮影しようと企図」したかという被告人の主観的意図に言及していない。この点、本件においては、本要件該当性を、主

16) 内藤・前掲注2) 249頁、滝谷・前掲注3) 11頁、嘉門・前掲注3) 145頁、船橋・前掲注3) 144頁以下、小杉・前掲注3) 161頁。ただし、滝谷・同12頁は、構える「など」した行為という限りで判断対象は必ずしも明確でない旨を指摘する。

観的要素を独立に考慮することなく肯定できるという理解が示されている¹⁷⁾。なぜ独立に考慮する必要がないかについては、カメラを構えた行為自体が本要件に該当することを前提に、構えたことについての主観的要素をあえて摘示するまでもないという解釈と、「スカートの中等を撮影しようとしている」と判断される行為が本要件に該当性するが、本件の行為態様でカメラを「構える」行為自体から、そのような意図を有してスカートの中等を撮影しようとしていると判断されるから主観的要素をあえて摘示するまでもないという解釈がありうるように思われる。ただし、原審においては、「構える行為であっても、……衣服で隠されている下着又は身体を撮影しようとしているのではないかと判断されるものについて」本要件該当性が認められると指摘していることから、構える行為が常に衣服で隠されている下着等を撮影しようとしていると判断可能だと考えているわけではないように思われるため、本決定が、構える行為の評価において、スカートの中等を撮影しようとしていると判断されるかという観点を取り入れたとみるには、相応の根拠が必要となる。

そして本決定では、カメラを構える行為が「スカートの中等を撮影しようとしている」と判断される行為であるかについて、特に言及していない。撮影行為を除いた部分について、摘示された事実が原審よりもさらに絞り込まれ、客観的事実から判断していることから、本決定は、スカートの中等を撮影しようとする行為と判断されるかという判断を経由することなく、本件行為がそれ自体として本要件に該当すると判断したとみるようになるように思われる。

(2) 被害者の立場にある人

本要件が「人を著しく羞恥させ、又は人に不安を覚えさせるような」行為を要求しているところ、本決定は、「このような被告人の行為は、Aの立場にある人を著しく羞恥させ、かつ、その人に不安を覚えさせるような行為であって、社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだらな動作といえる」として、「被害者の立場にある人」が著しく羞恥させられ、不安を覚えさせられるか、という基準

17) 内藤・前掲注2) 250頁。

を示した。

この表現は、「被害者（A）の立場にある一般通常人」と理解されている¹⁸⁾。先述の平成20年決定の事案では「被害者を」羞恥させる行為が問題とされたことから、平成20年決定と本決定の理解には矛盾があり、あるいは個人的法益的理解と整合的な、行為客体本人の主観的な認識を決定的事情とすることを避けた¹⁹⁾などと指摘されている。

確かに、被害者の立場にある一般通常人を著しく羞恥させ、不安を覚えさせるような行為が、常に具体的な被害者にも同様の感情を抱かせることになるかは問題であり、その限りでこの基準は、具体的な被害者の感じ方を等閑視することにならないかという疑問は残る。しかし本事案では、被害者が羞恥せず、又は不安を覚えなかったというわけではない。本要件該当性を判断するに当たっては、少なくとも被害者の立場にある一般通常人を基準に、著しく羞恥させ、不安を覚えさせるような行為が要求されるということになると思われる。

(3) 「差し向け」に至らなかった行為

本決定は、「同項2号にいう「差し向け」に至らない行為を同項3号に当たるとして処罰することは許されない旨主張するが、そのように解すべき根拠はない」とした。この点は、本件行為についての本決定の理解を考えるうえで重要であるように思われる。

まず、本条例5条1項2号では、一定の場所的限定のもとで、撮影行為のみならず、「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」を禁止している。本件行為は至近距離からスカートの裾付近の高さで下半身に向けてカメラを構えたものの、スカートの内への「差し入れ」行為が現認された場合でなかったことが、2号ではなく3号の適用が争われた背景にあるようである²⁰⁾。

18) 内藤・前同、嘉門・前掲注3) 145頁、小杉・前掲注3) 160頁、富山・前掲注3) 120頁。なお、天田・前掲注3) 135頁、滝谷・前掲注3) 12頁（脚注15）。

19) 嘉門・前同、小杉・前同。ただし平成20年決定についても、三浦・前掲注13) 713-714頁。

20) 内藤・前掲注2) 241頁（脚注3）。

本件行為が、衣服内撮影目的の「差し向け」行為に至る手前の行為とみうることは、すでに指摘されている²¹⁾。そして本件行為が「差し入れ」に至っていないことは確かである。しかし、「差し向け」行為が常に「差し入れ」を必要とするかは必ずしも明らかではない。本決定があくまでカメラを構えるという本件行為を問題にしていたと考え、この2号の「差し向け」行為との関係で本件行為がどのように位置づけられるかは、判例の射程という観点からも重要であろう。

そこで「差し向け」行為をどのように理解するかが問題となる。この点、「カメラの位置等から少なくとも下着や衣類の中を撮影するためにカメラを向けている行為と客観的に判断される段階に至っている」²²⁾という理解が示されており、この理解からは差し入れ行為はそのような行為類型の一つとみることになるだろう。一方で、本件行為の「差し向け」行為該当の余地を指摘する見解もあり、その理解によれば本件行為は、「Aの下半身に向けて撮影しようとするものであり、まさにカメラを下着の見える方向に差し向けた場合に該当し得る」²³⁾という。確かに、日常用語としての「差し向け」に、被害者が気づかなければ盗撮に至っていたような本件行為を含めることも不自然とはいえない。しかし、本件行為の段階では、撮影ボタンを押したとしても衣服で隠されている下着又は身体を撮影することが不可能であり、客観的には、至近距離で衣服に覆われた身体を撮影するつもりにすぎず、下着等を撮影するつもりがなかったという可能性は排除されていない。そうだとすれば、下着等を撮影するためにカメラを向けている行為と客観的に判断される段階に至っているかという基準からは、本件行為には差し向け行為該当性が認められないことになる。

差し入れ行為によって下着等がレンズの画角（写角）に入った場合には、撮影に至る客観的危険性が飛躍的に増大しているのであり、その危険性は、差し入れに至るか否かで、ある程度明確に違いがあるといえる²⁴⁾。そして撮影に至る客

21) 内藤・前掲注2) 250-251頁、滝谷・前掲注3) 14頁。嘉門・前掲注3) 145頁。

22) 永井・前掲注3) 139頁。なお本条例8条2項1号では、5条1項2号に違反して「撮影した」場合、その他の5条1項違反の場合よりも重く処罰されている。

23) 海老澤・前掲注3) 226-227頁。

24) なおおのように解すると、差し入れ行為時点のレンズの向きからは、そのままでは撮影の可能性がないという場合をどのように解するべきかという問題が生じることになる。

観的危険性の増大という観点からは、差し入れ態様でない差し向け行為にも同様の危険性が存するといえよう。この危険性が有する法益侵害性の実体は、本条例8条2項で加重されている「撮影」行為に至る可能性が客観的に高まったこと²⁵⁾や、「撮影対象者が着衣等によって身体の性的部分を隠している（または隠そうとしている）にもかかわらず、それを乗り越えたこと」²⁶⁾に求めることができると思われる²⁷⁾。すると、本件行為が差し向けに至らない行為であるという評価を前提にするのであれば、2号に規定される下着等の客体の撮影に至る可能性という観点からは、差し向け行為よりも法益侵害性の劣後する行為として、本件行為を把握することになるだろう。

このような意味で本件行為が差し向けに至らない行為であることを前提としたとき、3号で処罰すべきでないとする根拠はないとした本決定はどのように理解されるだろうか。

解釈の手がかりの一つとして、2号（差し向け部分）と3号の法定刑が同一である点に着目すると、2号に該当する差し向け行為と3号に該当する行為の法益侵害性²⁸⁾は同程度と考える²⁹⁾。しかしこの想定と、条文上「差し向け」が要求される2号に対し、差し向けに至らなかった本件行為で法定刑が同一の3号の該当性を認めた本決定との相性は、一見して悪い。2号と3号に同程度の法益侵

25) なお撮影に関する法益侵害を映像の拡散に求める指摘として、海老澤・前掲注3) 227頁（脚注14）。

26) 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134頁（2021）。本文の指摘自体は、性的姿態等撮影罪の創設に関する指摘であるが、本条例にも妥当する指摘であるように思われる。

27) これは、個人的法益という観点からだけでなく、社会的法益の観点からも、その平穩侵害の程度の差を考慮するのであり、差し向け行為が2号にあえて規定されていること自体からも理解可能な発想に思われる。

28) 以降、「本条例5条1項2号の撮影目的の差し向け該当行為と、本条例5条1項3号に該当する卑わいな言動該当行為の法益侵害性」を比較する際、簡便のため、不正確な表現ではあるが、上記の内容を「2号と3号の法益侵害性」という表現で代替する。

29) 杉本・前掲注7) 485頁。この点、条文上、人を著しく羞恥させ、人に不安を覚えさせるという要件は、「又は」になっているが、本決定は「かつ」としており、本件行為は著しく羞恥させかつ不安にさせる点で、著しく羞恥させ又は不安にさせる2号該当差し向け行為と同程度の法益侵害性を有するという理解もないではない。しかし、著しく羞恥させる要素と不安にさせる要素が別々に摘示されているわけではない。行為の卑わい性も含めて一体的に判断する本決定から、このような読み方をすることは難しいだろう。

害性を要求すると理解するかは、本決定の理解の分岐点になるように思われる。

本決定は法益侵害性の違いについて、直接に言及しているわけではなく、単に2号の差し向けに至らない行為でも3号により処罰されうるとしただけである。そのため、本決定が、2号と3号の法益侵害性は同程度のものが要求されるが、差し向けに至ったか否かの違いには法益侵害の程度の差がないという立場³⁰⁾をとっているとみる余地はないではないが、むしろ、2号と3号の要求する法益侵害性は異なり得るという立場から、この判示を理解することになるように思われる³¹⁾。

(4) 本決定の意義

本決定は、女性の後方の至近距離から膝上丈のスカートの裾と同程度の高さで下半身に向けてカメラを構えるなどした行為について、スカートの中等を撮ろうとしていると判断されるかといった、原審で指摘された主観的意図に言及することなく、カメラを構える行為自体が、被害者の立場にある人を基準として、東京都のいわゆる迷惑防止条例5条1項3号の「著しく羞恥させ、または不安を覚えさせるような卑わいな言動」にあたるとした。

本決定は、「卑わいな言動」の定義、及び行為について「人を著しく羞恥させ、人に不安を覚えさせるような卑わいな言動」という形で一体的に判断する点で平成20年決定を踏襲しつつ、一定の状況・態様でカメラを構える行為という、衣服の上からの撮影行為とは異なる類型の行為の3号該当を、摘示すべき事情と共に示したものと見える。

また同項2号に規定される「差し向け」行為との関係で、差し向けに至らない行為を3号で処罰することは許されないという解釈をとらず、3号の処罰範囲を考えるにあたり、2号と3号の関係性を手掛かりとする解釈が必ずしも妥当しな

30) 原審についてではあるが、栗木・前掲注3) 140頁は「都民生活の平穏が害された程度としては」、本件のような行為が盗撮しようとしている行為と評価される場合には2号に違反した場合と同様であるという考え方が背景にあると解し得るとしている。

31) 調査官解説において、典型的に法益侵害の程度が高い行為を具体的に列挙したという改正経緯を考慮したと推察されると指摘しており、逆に3号には法益侵害性の低い行為態様も含まれている可能性を示唆している(内藤・前掲注2) 251頁)。

いことを示した。

(5) 本決定の射程

主観的意図に言及しなかった点については、撮影するつもりなく、カメラ機能のある機器を、客観的には衣服に覆われた下着等を撮影可能な形で保持している(かつそのことの認識はある)というだけで本要件該当性が認められることになるかが問題となり得るが、本決定がカメラを「構える」行為に対する判断であることから、このような場合はカメラを「構えた」ことにならない、と考える余地は残るように思われる。

また、被害者の立場にある人を基準に、著しく羞恥させ、不安を覚えさせる行為といえるかを判断する枠組みにおいては、被害者の感じ方が一般通常人とずれる場合には、被害者の感じ方に拘わらず、著しく羞恥させ、不安を覚えさせる行為という要件の該当性が定まることになる³²⁾。しかし、周囲の人からのみ人を著しく羞恥させ、人に不安を覚えさせる言動にみえる場合(例えば、本件行為の被害者がスカートの中にショートパンツをはいていた場合)に、被害者の立場にある人という基準が特定の結論と結びつくかは、必ずしも定かではないように思われる。「被害者の立場」にあることがどの程度の事情を取り込む判断基準であるかは、更に検討しなければならないだろう。

さらに、2号該当の差し向けに至らない行為について、3号により処罰されうるとした点は、東京都と同様に包括条項を有する例示列举型の迷惑防止条例³³⁾を解釈するうえでも重要だと思われる。3号該当性判断にあたり、法定刑が同一の1号、2号との比較が必ずしも当罰性を画する基準にならないとすれば、行為の3号該当性はそれ自体として判断されなければならない。しかし、本件で摘示されたどの事情が3号該当性において重視されるかは、必ずしも明らかでない。そのため、本件行為と同様の状況・態様であれば、実は盗撮のふりをしているだけで撮影の意図がない場合や、その位置から衣服の上からの撮影をするつもりだった場合でも、本決定を前提にすると、それ自体として本要件該当性を充たす

32) 処罰限定方向の帰結として、小杉・前掲注3) 162頁。

33) なお、この類型に当たる県について、佐藤・前掲注26) 128頁参照。

「カメラを構える」行為だと評価される余地は否定できないということになりうるだろう。

3 本決定の評価

本決定については主に、法益理解、2号該当行為との関係での法益侵害性、そして罪刑法定主義の観点から批判がなされている。以下ではそれらの批判を概観しつつ、本決定について検討を加える。

(1) 法益理解に関する批判

本決定は、被害者ではなく被害者の立場にある人の羞恥を問題としたことから、社会的法益理解に親和的と評価される余地がある³⁴⁾。それに対して、本件行為も明らかに特定の対象者への言動が問題とされており、特定の被害者が存する限りでなお個人的法益を加味して解釈すべきだとする批判がなされうる³⁵⁾。

とはいえ、本決定が社会的法益による理解をとったものであるかはなお明らかではなく、個人的法益にも配慮はなされていると見る余地もある。というのも、「周囲の人から見て」という文言を含むぶん、原審の方が、社会的法益による理解としてはより徹底したものである可能性も指摘されているところ³⁶⁾、本決定はその文言を用いてはいないからである。被害者の立場にある（一般通常）人は、卑わいな言動の対象となっていることは確かであり、あくまでその立場からの感じ方が問題にされている³⁷⁾。また先述したように、「立場にある」ということの意味の検討も必要である。社会的法益理解を推し進める立場は、対象者の同意が

34) 卑わいな性の判断基準から、本決定が社会的法益の立場に立つと理解するのは、富山・前掲注3) 120頁。原審について社会的法益と解するのは、梶原・前掲注3) 90頁。

35) なお、迷惑防止条例につき個人的法益理解を取る立場が、どの程度個人的法益を重視すべきと見ているかは必ずしも明確でない。この立場が特定の被害者が観念されることを理論根拠にする（杉本・前掲注7) 481頁）以上、少なくとも個人的法益侵害を「不可欠の要素として」要求することになると思われる。

36) 原審の理解が「らしさ」論につながるという指摘として、匿名解説・前掲注3) 60-61頁。ただし原審はあくまで被告人の意図を要求しているため、本決定以上に処罰範囲が拡張することになるとは限らないように思われる。

37) 制定当時の議論をみても、垂本ほか・前掲注7) 6頁では、「直接都民の個々に対して」の迷惑行為が問題とされている。

ある場合の卑わいな言動の3号該当性を否定しないが、このことは「被害者（対象者）の立場にある人」という基準から自明に引き出せるわけではない。同意した立場の個人への個人的法益の侵害がありえない場合にまで3号該当性が認められるかは、本決定を前提にしてもなお議論の余地が残されているように思われる。

(2) 2号と3号の法益侵害性は同程度であるべきとする批判

本条例5条1項2号差し向け行為と3号に該当する行為の法益侵害性の程度について、上記のように本決定は異なってもよいと理解しているように思われる。

この点、2号と3号に同程度の法益侵害性を要求する立場からの批判がある。この立場は差し向けに至ったか否かには無視しがたい違いがあることを前提に、差し向けに至らない行為を3号で処罰することは2号との均衡の観点から問題があるとする。この問題を解消するためには、2号該当の差し向け行為との均衡の観点から、差し向けに至らない行為以外の付加的な法益侵害性を示す事情が要求されることになろう³⁸⁾。この視点からの本決定の問題性は、付加的な法益侵害性を示す事情（差し向け行為との法益侵害性の違いのギャップを埋める事情）が特に示されていないということに求められることとなる。

(3) 3号該当性を基礎づける事情は何か

付加的な法益侵害性を示す事情が明示されていないという観点ではないにせよ、実質的に3号該当性判断を導いた事情が明らかではないという批判は、2号と3

38) 明確にこの発想を提示するのは、平成20年決定についてではあるが、杉本・前掲注7) 487頁の、法益侵害性が例示列举された行為より類型的に低い行為については、その「不足分を補う要素が、行為者のその他の行為態様や状況から補充されなければならない」という主張であろう。平成20年決定では、行為態様の執拗さなどが指摘されているところである（三浦・前掲注13) 716-717頁）。本決定につきこの立場を採るのは、天田・前掲注3) 135頁、船橋・前掲注3) 145頁、海老澤・前掲注3) 225頁、滝谷・前掲注3) 14頁。嘉門・前掲注3) 145頁も参照。なお、1号も法定刑が同じであるため、1号との均衡も要求されなければならないのは当然ではあるが、本決定は3号に該当しうる様々な行為類型の中で、いわば盗撮類似行為といえるものの法益侵害性について考えるため、比較対象として、専ら類似性の特に強い2号該当の差し向け行為との比較を考える。

号で法益侵害性が異なり得ると考えたとしてもなされうる。本決定の問題点の一つは、カメラを構えるという本件行為を判断対象とし、それ自体の本要件該当性を直截に判断したにもかかわらず、カメラを構える行為の本要件該当性がなぜ認められるのかという理由が一見して明らかではないように見える点にあるということになるだろう。

本要件該当性を判断するうえで重視された事情として、差し向けに当たらないまでも、「性的意味合いのある部位を撮影しようとしていることが明らか³⁹⁾である」といった事情や、カメラを差し向けかける行為や2号該当行為に自動的に至っていたであろうという事情⁴⁰⁾を取り上げることが指摘されている。しかしこの考え方は、「衣服に隠された下着等を撮影しようとしている行為」が本要件該当性を有するという価値判断に他ならない。そしてこれは結局、撮影未遂的な行為であることが本要件該当性を支えていたということになってしまう。

本条例は未遂処罰を定めておらず、撮影未遂的態様の行為としては、条文上は差し向け・設置のみが明確に処罰対象とされている。本件行為の本要件該当性を支える事情が実質的には原審と同様に「スカートの中等を撮影しようとしていると判断される」行為だったと考える場合、差し向けにあたらない本件行為の3号該当性を認めることは、撮影未遂的行為のうち、条文上処罰が明示されていない行為を、原則的には未遂を処罰していないはずの本条例で処罰しているのではないかという疑問が生じうる。本件行為は差し入れの直前行為という意味で差し向け行為の未遂とも評価しうるところ、撮影未遂的な差し向け行為の未遂を処罰する規定もまた存在しないため、なおさら問題だと考えることもできるだろう。

(4) あくまで未遂「的」行為の処罰である点

本決定はしかし、本件行為の3号該当性を、差し向け未遂として位置付けているわけではない。このことは、本決定が行為者の主観的意図に言及していない点からも指摘され得る。むしろ、差し向けに至っていないような盗撮類似行為の本要件該当性について、撮影（あるいは差し向け）の未遂的態様に限定してすらい

39) 永井・前掲注3) 139頁。

40) 船橋・前掲注3) 145頁。

ないとも考えうるということである。

本要件該当性を判断するにあたり重視された事情が、「スカートの中等を撮影しようとしている」と判断される行為でないとすれば、至近距離でスカートの裾と同程度の高さでカメラを構える行為それ自体に求めることになる。しかし、そこではもはや通常衣服で隠された下着等を撮影しようとしているかといった観点を考慮することはできず、先述の通り、実は盗撮のふりをしているだけで撮影の意図がない場合などは処罰範囲に含まれることになりそうである。

こうして、本決定が、法定刑を手掛かりとした当罰性の比較や主観的意図を重視していないとすれば、3号該当性判断は処罰範囲の拡張をもたらさうる形で不明確化したことになろう。そこで、2号差し向けの類似行為について3号該当性を判断するときは、少なくとも未遂的言動に限定するべきであり、主観的意図を不要としたことは不当だったという批判も考えうるだろう。ただし未遂的言動への処罰に限定したところで、その未遂的言動の処罰自体が合理的であるかについて、なお(3)で指摘した問題点が妥当することになる。

(5) 罪刑法定主義の観点からの批判

本決定に対してなされているより根本的な批判は、2号の「差し向け」に至らない行為も3号の受け皿構成要件で処罰することを許容したことが、罪刑法定主義の観点から許されることではないというものである⁴¹⁾。

これは、2号と3号の法益侵害性が異なり得ると解する立場において、法定刑の同一性をどう理解するかの問題と連動している⁴²⁾。法定刑が同一であることから同程度の法益侵害性を想定するという推論は、市民の目から見ても十分な合理性を有する推論であるはずである。同一の法定刑をもつ2号において差し向けを要求している中で、差し向けに至っていない行為に3号該当性を認めることは、処罰の予測可能性を害することになり、明確性の原則に反しているのではないかと疑われることになる。

さらにいえば、2号においては通常衣服で隠されている下着等の撮影のほか、

41) 嘉門・前掲注3) 145頁。

42) 永井・前掲注3) 140頁(脚注15)。

「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」が禁止されているが、これは「撮影する目的」と「差し向け・設置と評価される客観的行為態様」の両者が具備されて初めて処罰する趣旨だと理解しうる。そして撮影目的と差し向け行為等の両要件によって行為の卑わい性が明らかであるために2号には条文上卑わい性が要求されていないと考える場合、撮影の目的がありながら差し向けに至っていない行為を指摘するだけでは、その行為に当然に卑わい性があると評価することはできないはずである。すると、行為の卑わい性に関する付加的な事情がない限り、下着等を「撮影する目的なく差し向ける行為」や「撮影する目的はあったが差し向けに当たらない行為」は3号によっても処罰されないと理解することには合理性が認められ、その限度でやはり処罰の予測可能性が害されているとみる余地はあるように思われるのである。

もちろん、改正経緯に照らし、本件のような行為を処罰対象から外す趣旨ではなかったという事情⁴³⁾や、制定当時の卑わいな言動の処罰では「わいせつな言語」のように、法益侵害性が盗撮等と比較して軽微でありうる行為を補足することが念頭にあった⁴⁴⁾という事情に鑑みると、上記の議論は立法者意思を無視したものであるかもしれない。しかし、法定刑が同一である条文構造上、2号との比較で処罰範囲に含まれないと解することが合理的な言動を処罰することの問題性は大きいように思われる⁴⁵⁾。本決定が立法者意思に沿うとしても、それが解釈上の不都合を被告人に転嫁することになっていないのか、なお慎重な検討が求められる。

(6) まとめ

上記でみた本決定の問題点の根本には、2号該当の差し向け行為と比較して3号該当行為の法益侵害性が軽微であってもいいという理解があるように思われる。そう理解するがゆえに、法定刑との関係で解釈上の困難が生じ、また未遂を処罰

43) この改正経緯については、小杉・前掲注3) 159頁に詳しい。

44) 上村・前掲注5) 38頁。

45) 杉本・前掲注7) 143頁(2009)は既に、「一般条項に例示列举が与えられた場合、その列举事項が一般条項の解釈に影響を及ぼし、処罰範囲を制限する方向に働く可能性があるのも解釈論上当然である」と指摘している。

しない本条例で未遂的行為を処罰しているのではないかとの懸念にもつながっていく。本件行為を未遂行為として位置付けなかったことが、3号該当行為に当たる行為の範囲を明確化するようにも思われたい。本条例5条1項3号では卑わい性という規範的概念が処罰の外延を画している以上、その処罰範囲を探る手掛かりを条文に求めることは決して不当なことではないはずである。本条例のようなバスケット条項の処罰範囲を明確化していくためには、法定刑が同一である限り同程度の（個人的・社会的）法益侵害性を要求する態度が妥当であるように思われる。

もちろん、2号該当行為と差し向きの点のみしか異なる本件行為⁴⁶⁾は、社会的に不相当なものだろう。それでも上記の観点から、本件行為の当罰性の論証は、より丁寧なものが求められるはずである。少なくとも本決定が摘示した事実のみを前提にするならば、カメラを構える行為の本要件該当性を肯定することは難しかったのではないだろうか。

（本評釈は、JSPS 科研費 24KJ1134 の助成を受けたものである。）

46) なお、本件行為は「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死体の影像に係る電磁的記録の消去等に関する法律」（以下、新法）の2条2項「性的姿態等撮影罪」の未遂行為に当たり得る。本条例との関係では、新法の撮影罪の未遂に、主観的要件が立証できずあたらないとされた行為について、さらに本条例の5条1項3号に該当する余地があると考えべきかが問題になり、更なる検討が必要である。