

# ストーカー行為罪に関する解釈論と立法論の試み

2014年4月入学

佐野文彦

## I. 問題の所在

- 1 はじめに
- 2 ストーカー行為罪の問題
- 3 問題の明確化
  - (1) 第1の問題
  - (2) 第2の問題
  - (3) 第3の問題
- 4 本稿の目的とその考察方針

- (1) 考察の方針
- (2) 想定法益侵害の確定
- (3) 想定法益侵害の現実化の通常性

## 3 まとめ

## IV. 日本法再考2 ——立法論的課題

- 1 はじめに
- 2 IIIから導かれる立法論的課題
  - (1) 問題の所在
  - (2) 問題点及び改正すべき点
  - (3) 小括
- 3 IIIより波及する立法論的課題
  - (1) 問題の所在
  - (2) 解決の道筋
  - (3) 小括

## II. ドイツにおけるストーキング処罰の概略

- 1 はじめに
- 2 成立要件概観
- 3 ドイツ刑法238条に要求される構成要件的结果
  - (1) はじめに
  - (2) 構成要件的结果
- 4 獲得された知見と日本法への示唆
  - (1) 実質的被害論
  - (2) 総合的被害の要求

## V. おわりに

### I. 問題の所在

#### 1 はじめに

女子大学生が元交際相手から悪質なストーキング<sup>1)</sup>を受けていたにもかかわらず、警察の早期介入がなされず、同女の殺害という結末を迎えた桶川ストーカー事件から、はや16年が経つ。同事件を契機として2000年に

### III. 日本法再考1 ——解釈論的考察

- 1 検討対象1 ——ストーカー行為罪の構造
  - (1) 処罰根拠の解明
  - (2) 個別行為の危険性 —— 「不安方法」の構造上の位置づけ
  - (3) まとめ
- 2 検討対象2 —— 「不安方法」の内実

1) 以下、ストーカー規制法2条2項で定義される「ストーカー行為」と区別するために、社会現象としてのストーカー行為は全て「ストーキング」と記すこととする。

「ストーカー行為等の規制等に関する法律」(以下「ストーカー規制法」)が制定され、ストーキングに対する法的規制が大幅に拡張されることとなった。同法制定後ストーカー事案の認知も飛躍的に高まり、平成26年度のストーカー事案認知件数は22,823件と法施行後最多数を記録しており<sup>2)</sup>、同法の重要性は日を追うごとに増しているのが現状である。

もともと、同法制定までは民事不介入・刑法の謙抑性から「金銭・男女間・家庭内トラブルの3つには……、私人間の関係に介入して、結果的に国民の基本的な人権を侵害することを懸念して警察は積極的に対応がとりにくかった」とされている<sup>3)</sup>ことから分かるように、定義が難しく<sup>4)</sup>且つ「軽犯罪法以上、刑法未満」<sup>5)</sup>と解されてきたストーキングに対して国家刑罰権による規制を加えることについては、様々な解釈論上・立法論上の困難が生じているのが現状である<sup>6)</sup>。

## 2 ストーカー行為罪の問題

国家刑罰権による規制という観点からストーカー規制法を見ると、同法は、警告及びその違反による禁止命令等の発付という手続を前提とした禁止命令等違反罪(14条<sup>7)</sup>、15条)と、「ストーカー行為」に該当すれば直ちに成立するストーカー行為罪(13条)という2つの犯罪類型を設けている。

刑罰には最も峻厳な法的制裁として私人の自由を制約する側面があるところ、刑罰権の過剰な行使は避けられるべきであり、特に上述の性質を有するストーキングに対しては処罰範囲の明確且つ適切な限定が必要となる。しかしながら、ストーカー行為罪には禁止命令等違反罪と比べて法文上の限定が少ない点が注目される。例えば、禁止命令等違反罪は、上記手続に加えて、警告・禁止命令等の発付において3条違反行為、すなわち「つきまとい等」<sup>8)</sup>をして被害者に対して現実に「身

2) <https://www.npa.go.jp/safetylife/seianki/stalker/seianki26STDV.pdf> (2015年9月3日最終閲覧)。

3) 大谷實監修『有斐閣リブレNo.42 わかりやすいストーカー規制法』10頁(有斐閣、2002)、瀬川晃「ストーキングと刑事規制」産大法学34巻3号112頁、114頁(2000)。

4) 瀬川・前掲注3)114頁。

5) 大谷・前掲注3)9頁。

6) 制定直後より、立法の拙速性を指摘するもの(岡田久美子「ストーカー行為等規制法」法セミ550号61頁、63頁(2000)等)や、「議員や官僚の立法起案能力に対する深刻な疑問を感じざるを得ない」とまで批判するもの(原田保「ストーカー規制法の問題点」愛知学院大学論叢法学研究43巻1号131頁、158頁(2002)が発表されたように、その規制の在り方については厳しい批判が向けられていた。

また同法については、現在に至るまで法改正及び運用の明確化が数多く行われている。近時のものを指摘するならば、2014年8月にもその在り方に関する有識者検討会報告書が出されている。同検討会を、以下「有識者検討会」と略す(議事要旨については：<https://www.npa.go.jp/seisaku/index.htm>、報告書については：<https://www.npa.go.jp/safetylife/seianki/stalker/report/report.pdf>) (2015年9月3日最終閲覧)。

7) 以下、特に条文名の記載がない場合は、ストーカー規制法の条文を指すものとする。

8) 「つきまとい等」は以下の要件を充足した場合に成立する(2条1項)。すなわち、

①特定の人への好意感情又はその不充足への怨恨感情の充足を目的として、

②当該特定の人、又は特定の人と社会生活において密接な関係を有する者に対して、

③2条1項1号～8号所定のいずれかの行為をすること

1号行為：つきまとい、待ち伏せし、進路に立ちふさがり、住居等(住居、勤務先、学校その他その通常所在する場所)の付近で見張りをし、又は住居等に押し掛ける

2号行為：その行動を監視していると思わせる事項を告げ、又はその知りうる状態に置く

3号行為：面会・交際その他義務のないことを行うよう要求する

4号行為：著しく粗野又は乱暴な言動をする

5号行為：電話をかけても何も告げず、又は拒まれたにもかかわらず、連続して電話をかけ、ファクシミリ装置を用いて送信し、若しくは電子メールを送信する

6号行為：汚物、動物の死体その他の著しく不快又は嫌悪の情を催させるような物を送付し、又はその知りうる状態におく

7号行為：その名誉を害する事項を告げ、又はその知りうる状態におく

8号行為：その性的羞恥心を害する事項を告げ、若しくはその知りうる状態におき、又はその性的羞恥心を

体の安全、住居等の平穏若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安」を覚えさせることが必要となっている。これに対し、ストーカー行為罪は、何ら事前の行政手続等を踏まずとも、そして被害者が上記不安を現実に関えなくとも、成立しうる。2条2項によれば、「ストーカー行為」は原則として「つきまとい等」が「反復」されれば成立し、「つきまとい等」が1号～4号行為によってなされる場合に限って、それらが体の安全、住居等の平穏若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるような方法（以下「不安方法」）によらなければならないという限定が付されているだけである。

両者を比較すると、ストーカー行為罪の処罰範囲は適切に限定されているのか、そして限定されているとすればそれはいかなる判断過程を経て限定されるものであるのか、という問題が立ち現れる<sup>9)</sup>。

### 3 問題の明確化

このストーカー行為罪の処罰範囲の限定という問題意識は、以下のように3つに具体化される。

#### (1) 第1の問題

第1の問題は、5号～8号行為については、それが複数回行われれば、常に直罰規定たる13条の適用を受け、直ちに国家刑罰権の発動を受けるのかという問題である。例えば、相手方から拒絶された後にメールを連続して相手方に送り、間隔をあけて同様にメールを連続して相手方に送った場合(5号後段行為)や、名誉や性的羞恥心を害する事項を含む文

面を2度相手方に送信した場合(7号行為・8号行為)、直ちに国家刑罰権の発動を受けるのだろうか。ここで5号～8号行為が複数回行われたとしても常にストーカー行為罪が成立する訳ではないとするならば、それは一体いかなる見地から制限され、その制限が条文上いかなる文言の解釈から導かれるのかという問題が成立する。

5号～8号行為を「反復」すれば「ストーカー行為」が成立すると条文上されていることからすれば、以上の問題点への解答を与えるためには「反復」要件の意味・意義を明らかにすることが重要であり、そのためにはストーカー行為罪全体の構造を明らかにすることが有益であるように思われる。

#### (2) 第2の問題

第2の問題は、処罰範囲の数少ない限定たる「不安方法」が5号～8号行為には要求されていない点はいかなる見地から正当化されるのかという問題である。上記の例を用いて述べるならば、相手方から拒絶された後にメールを連続して相手方に送る行為や、名誉や性的羞恥心を害する事項を相手方に告げる行為は、直ちに「ストーカー行為」を構成する「つきまとい等」に該当する。これに対し、非義務行為(例えば恋愛関係の修復)を口頭で要求する行為(3号行為)や相手方を待ち伏せする行為(1号行為)が「ストーカー行為」を構成しうる「つきまとい等」と評価されるためには不安方法が要求されている。

この両者の区別は合理的であろうか、そして合理的であるのならばいかなる見地から説明され、正当化されるのだろうか。特に5号後段行為については、メール等の電子通信手段が日常生活においても頻繁に利用されるも

---

害する文書や図画その他の物を送付し、若しくはその知りうる状態におく

なお、5号行為につき、「拒まれたにもかかわらず、連続して電話をかけ、ファクシミリ装置を用いて送信し、若しくは電子メールを送信する」行為は、正確には「5号後半行為」というべきであるが、一般的な呼称に従い、「5号後段行為」と記述する。「5号前段行為」についても同様。

9) 禁止命令等違反罪も、行政処分違反に対する処罰という側面を有しており、行政法と刑事法の交錯する分野の1つとして興味深い研究対象ではある。しかしながら、上述のように成立要件には多くの限定が課されており、問題となりうるのはむしろその性質や手続であるのだから、処罰範囲の適切な限定という見地からは、直罰規定たるストーカー行為罪の成立要件を検討することの重要性の方が高いように思われる。そこで、本稿では禁止命令等違反罪の検討は割愛したい。もっとも、後述するように、警告・禁止命令が想定する不安と、不安方法の想定する不安の内実は同一であるため、不安方法の確定に関する後述の検討は、警告・禁止命令等の発行要件の検討にも有用である。

のであることから、区別の合理性が問題になりえよう。また、仮に第1の問題に対して、5号～8号行為は複数回行えば常に直罰規定の適用を受けるのだという解答を与えるのならば、この区別の合理性はより一層問題となる。

この問題に解答を与えるためには、「不安方法」が要求されている趣旨に遡ってストーカー行為罪の構造を明らかにすることが重要である。

### (3) 第3の問題

第3の問題は、処罰範囲の限定要素たる「不安方法」の内実はいかに判断されるものなのかという問題である。ストーカー行為罪の処罰範囲の限定という見地からは、同罪に課された数少ない条文上の明示的限定である「不安方法」には重要な意義が認められるはずである。

しかしながら、いかにして「不安方法」を判断すべきであるのか、という1号～4号行為がストーカー行為を構成しうるか否かを決する問題について、解釈指針を示す文献は調査した限り存在しない。この点における具体的な測定基準を明らかにせず個々の事案の解決を図れば、犯罪の成立要件並びに範囲を過度に不明確にすると共に、ひいては「不安方法」という要件が設けられた趣旨自体を没却するおそれがある。

このように、条文上課された限定である「不安方法」は、いかにして判断されるものであるのかという問題が成立する。

## 4 本稿の目的と考察方針

以上より、ストーカー行為罪の処罰範囲の適切な限定という問題意識から、ストーカー行為罪全体の構造並びにその重要部分たる

「反復」及び「不安方法」の内実を解き明かすことによって、3において指摘した諸問題に一定の解答を与えることを本稿の目的としたい。

考察の順番としては、まず、問題を検討するための知見を得るために、諸外国の法制度、中でもドイツ法を参照し(Ⅱ)、次に、そこで得られた知見も基にしながら、上記問題に対してストーカー規制法の解釈を通じて検討を深めることとする(Ⅲ)。また、解釈により明らかとなった立法論的課題や、議論の波及する立法論的課題についても付言することとしたい(Ⅳ)。

## Ⅱ. ドイツにおけるストーキング 処罰の概略

### 1 はじめに

1980年代にアメリカで社会問題として一般的に議論されるようになったストーキング<sup>10)</sup>については、現在諸外国で処罰規定が設けられている。本稿は中でも2007年と比較的近時に<sup>11)</sup>制定されたドイツ刑法238条を参照する。これは、同規定の構造が理論的に比較的明瞭であって、処罰規定の構造そのものを解き明かす必要のある日本法の問題を解決するにあたって有用であると考えられるからである。

もっとも、同条の全内容につき紹介をすることは冗長に過ぎるきらいがあるため、ここでは成立要件を概観した上で、特にⅢでの検討で必要になる部分のみ紹介したい<sup>12)</sup>。

### 2 成立要件概観

238条1項の「つきまとい」(Nachstellung)

10) Vgl. Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 60. Aufl., 2013, § 238 Rn.3.

11) アメリカでは1990年のカリフォルニア州を嚆矢として1995年までにメーン州を除く全ての州とコロンビア特別区においてストーキング対策の特別法が制定され、イギリスでは1997年にProtection from Harassment Act 1997が制定された。またベルギーでは1998年、オランダでは2000年、オーストリアでは2006年に刑法典上にストーキングに対する犯罪構成要件が定められた。参照、齋藤純子「ドイツのストーキング対策立法——『暴力保護法』と『つきまとい処罰法』」外国の立法233号98頁, 121頁(2007)。

12) なお、紹介にあたっては、基本的にFischer, a.a.O.(Anm.10)を参照し、適宜、Johannes Wessels, Strafrecht Besonderer Teil/1, 31. Aufl., 2007, 齋藤・前掲注11)や、嘉門優「ドイツにおけるストーカー行為処罰規定の新設について」國學院法學45巻4号67頁(2008)を参照した。

は、他人に対して、

①つきまとうこと

②①によってその者の生活形成を重大に侵害すること

③①が無権限に<sup>13)</sup>なされること

が充足された時に成立する。

そして、①つきまとうことは、

(i)以下に掲げるいずれかの行為をすること

1号行為：空間的近くに行くこと

2号行為：接触を試みることに

3号行為：個人情報不正使用により、注文をしたり、第三者をして接触させたりすること<sup>14)</sup>

4号行為：相手方又は近い人の、生命、身体の完全性、健康、自由の侵害を内容とする脅迫を行うこと

5号行為：以上の行為に相当するその他の行為を行うこと<sup>15)</sup>

(ii)(i)を執拗になすこと

の二つが充足された時に成立する。

なお、238条1項に定めるつきまといは(条件付)親告罪であると規定されているが、4項但書により、特別な公共の利益が認められ

る場合<sup>16)</sup>には、職権により刑事訴追がなされることもある。また、加重規定が2項及び3項に設けられている。

### 3 ドイツ刑法 238 条に要求される構成要件の結果

#### (1) はじめに

処罰範囲限定の見地からして、ドイツにおけるストーキング規制には、①行為態様が具体的に1号～4号に摘示されているにもかかわらず、受血的構成要件が5号に規定されていること、②危険犯・適性犯ではなく侵害犯として規定されていること、③目的要件ではなく無権限要件を設けることで、恋愛関係以外のストーカー事案も適用対象としていること、といった特徴が見受けられる。

全て重要な特徴ではあるが、ここではⅢでの検討で特に重要である②の特徴について見ることとする。

#### (2) 構成要件の結果

238条は構成要件の結果として「生活形成の重大な侵害」を要求しており<sup>17)</sup>、オーストリアの規定<sup>18)</sup>とは違って侵害犯として規

13) 「無権限」については、報道の自由との関係で特に議論されており、ジャーナリストの職務活動を保護するため刑法193条(侮辱罪の適用除外)の準用等を規定すべきだという批判もあったが、ジャーナリストによる執拗なつきまといが被害者の基本権を侵害し、それによって被害者の生活形成が重大に侵害されるならば、もはや保護の対象にはならない等の理由から、報道の自由だけを特別に配慮する規定は置かれなかった。Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.28.

14) 条文の和訳は基本的に、齋藤・前掲11)120頁によったが、3項の末尾(Dritte veranlasst, mit diesem Kontakt aufzunehmen)につき同論文では「第三者にその人に接触させようとする」となっていた。しかし、正確には「第三者にその人に接触させること」が正しいと思われる。Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.15cも「第三者によるただの未遂だけでは既遂にはならない;むしろ接触を「行う」こと、つまりコミュニケーション行為が(少なくとも一方に)到達することが必要である」としている。

15) 具体的に5号行為が何を把握するのかという点には議論があり、連邦参議院草案の根拠に挙げられた事例は1号～4号や他の条文によって把握されているという理由から、5号の必要性自体に疑問を呈する見解もある(Wessels, a.a.O.(Anm.12), Rn.369e)。もっともFischerは以下のような事例が5号行為では把握されているとする(Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.17): 第三者に対して被害者又はその近い者だと主張すること、名誉を毀損するような被害者に対する容疑の根拠に至るような偽造の痕跡を残すこと、無権限で或は権限をもってなされた被害者を晒し者にするような写真撮影、新聞の死亡広告欄に被害者の名前を載せること、インターネットのフォーラム等に品位を落とすような記入をすること、2号に該当しない範囲で花等を被害者の自動車等の上に置き去りにすること、可罰的又は社会的に容認できない事実の公表をもって脅迫すること、被害者と交友関係にあるグループの監視、個人情報や習慣等を探り出すこと、私立探偵に監視や模索を委託すること、自殺による脅迫、被害者について隠れて隣人や職場の同僚に探りをいれるような調査報道等。

16) 利害関係人の範囲を超えた法的平和(der Rechtsfrieden)に関する重大な行為や、被害者が恐怖や脅迫によって申立を断念したり行為者の影響によって告訴を取り下げたりする場合を想定しているとされる。Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.38.

17) この点に関連して同条の保護法益に関して様々な理解が存在している。238条が刑法典第18章に位置づけられていることから、238条の「つきまとい」は、広い意味での人の自由に対して向けられていると解することが



定されているが、これは、危険犯として規定することが明確性の原則に鑑みて妥当でない<sup>19)</sup>と判断されたからである<sup>19)</sup>。

この成立要件は「生活形成」、「侵害」、「侵害の重大性」の3つである。

「生活形成」とは生活の客観的外面的形成を意味するため、その侵害は、日常の経過・活動・計画等における個々の重要な決定に作用を及ぼすものである必要があり、被害者が主観的に有害に感じるだけでは構成要件的结果は成立しない<sup>20)</sup>。

また、生活形成の「侵害」は、被害者がその意思に反して生活形成に関する制限や変更を行った場合、又はそれらが被害者の意思無しに、若しくは意思に反して第三者によって行われた場合に、成立する<sup>21)</sup>。

そして問題になるのは、どれほどの侵害があれば「重大な」侵害であると認定できるかである。この点につき立法者は、「具体的文脈において、重要で深刻で重大だとされる侵害であり、そのような侵害は、標準的で通常甘受されうる不当な侵害を、著しく且つ客観化可能な程度に越えたもの」が「重大な侵害」であるとしたとされる<sup>22)</sup>。もっとも、合理的な第三者が重大な侵害だと自覚するか否かは重要ではなく、具体的な被害者の自由の範囲の侵害が問題になるとされる<sup>23)</sup>。

重大な侵害の例としては、別の町への転居、仕事を変えたりやめたりすること、休暇

活動の重要な部分の中止、名前や住所の変更、偽名の宛名での住所にしたり偽名で仕事を行ったりすることで通常社会的に連絡可能である状態をやめること等が挙げられる一方、重大でない侵害の例としては、留守番電話に入れた注文(3号行為)、電話番号やメールアドレスの変更、通常の一日の経過における些細な延期や変更、確定した休暇活動の一時的な断念等が挙げられている<sup>24)</sup>。もっとも、重大でない複数の侵害の累積によっても、重大な侵害が認められうる<sup>25)</sup>とされる。

#### 4 獲得された知見と日本法への示唆

以上、ドイツにおけるストーカー処罰の一端を紹介したが、日本法における問題点との関係では、ここから得られる以下の2つの知見が重要となる。

##### (1) 実質的被害論

###### a 獲得された知見

ドイツにおいてまず見受けられるのは、実行行為によって惹起される実質的被害との関係で処罰範囲を確定するというアプローチ(いわば実質的被害論)である。構成要件的结果として生活形成の重大な侵害という具体的な侵害結果を設けた上で、238条1項5号に受血的構成要件(Auffang-Tatbestand)が設けられていること<sup>26)</sup>、同項1号～4号が

---

できるが、連邦議会報告書によれば、238条は「個人の生活領域」(individueller Lebensbereich)を保護しているとされる(Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.2)。これに対して、同条は「個人的／人格的生活形成の自由」(die Freiheit der persönlichen Lebensgestaltung)を保護しているとする見解(Wessels, a.a.O.(Anm.12), Rn.369a)や、「恐れからの自由」(Freisein vor Furcht)を保護しているとする見解・「個人の法的平穩」(individueller Rechtsfrieden)を保護しているとする見解(嘉門・前掲注12)88頁、89頁)も存在する。

18) オーストリアでは刑法107a条がストーカー処罰を規定しており、同条1項で「ある者に権限なく執拗につきまとう者(2項)は、1年以下の自由刑に処する」と規定した上で、2項で「ある者に執拗につきまとう者とは、その者の生活形成を不当に侵害するのに適した形で、次の各号のいずれかに掲げる行為を長期間継続するものである」としている(四條北斗「漸次犯」という概念について——ストーキングという構成要件と実行行為——」東北学院法学73号256頁、245頁(2012)、下線は筆者による)。なお、オーストリア刑法107a条には、ドイツ刑法238条1項5号のような受血的構成要件は設けられていない。

19) Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.21.

20) Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.22.

21) Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.22.

22) 嘉門・前掲注12)84頁。

23) Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.24.

24) Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.23,24.

25) Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.24.

26) 現に同規定は、現実のストーカー行為の多様性から、全ての行為態様を具体的に規定することが困難であ

比較的抽象的な文言を用いて規定されている<sup>27)</sup>こと、また取材の自由であっても被害者の生活形成の重大な侵害をもたらす活動であれば基本的に保護に値しないとといった議論がなされていること<sup>28)</sup>等に鑑みれば、実質的被害を基本的視点として同一被害をもたらす行為態様につき網羅的に規制対象とするアプローチが採られていると解することができよう。

いかなる種類の行為態様であっても、同じ可罰的な結果ないし危険をもたらす行為であれば原則的に同等の国家刑罰権の対象となるべきである反面、実質的被害を觀念することなしに、内実の不明確な理由のみで国家刑罰権が発動することは避けるべきであることからすれば、上記アプローチは実質面として支持することができよう。

#### b 日本法への示唆

以上のように実質的被害との関係で処罰範囲を網羅的に把握していく思考枠組は、ストーカー行為罪そのものの構造を明らかにする必要がある日本法における考察において示唆的であるように思われる。

確かに日本法は、受血的構成要件を設けず且つ2条1項1号～8号で比較的具体的な文言をもって行為態様を規定してはいるものの、多種多様な行為態様を列挙していることも事実であり、現行法で把握できていない行為態様に対する関心は有識者検討会等においても高かった。また、ストーカー行為罪の成立要件には目的要件が存在しているが、立法

論上の疑義を指摘する文献も数多くあり、有識者検討会においても改正を望む声が多く存在していた<sup>29)</sup>。

以上の点に鑑みれば、実質的被害を基本的視点として網羅的に規制対象をおく姿勢を日本法に認めることも合理的であろう。その上で規制範囲に関して、行為態様の限定や目的要件等が、別個の観点からの更なる処罰範囲の限定として存在していると捉えるべきであろう。

### (2) 総合的被害の要求

#### a 獲得された知見

実質的被害論が見受けられるドイツ法において更に注目されるべき点は、同法が、全体を構成する個別行為により惹起される被害ではなく、ストーキング全体によって惹起される被害（以下「総合的被害」）に着目しているという点である。すなわちドイツ刑法238条は、無権限に執拗に1項1号～5号の行為をなすことで生活形成の重大な侵害という結果を発生させた者に対して刑罰権が発動する旨を規定しており、個々の行為の惹起する被害ではなく全体として惹起される被害に着目しているのである。この姿勢は特に、重大でない侵害の累積によってでも「生活形成の重大な侵害」が認められるとされている点に見受けられよう。

このように総合的被害に着目するという姿勢は英米においても基本的に見受けられるところであって、一層注目に値するように思われる<sup>30)</sup>。

ること、また技術的發展により生じうる新たなストーカー行為を規制する必要があること等の考慮から設けられたとされる。嘉門・前掲注12)82頁。

27) 例えば、ドイツ刑法238条1項1号は「相手方への空間的接近」、同項2号は「接触を試みること」と規定している。

28) 前掲注13)を参照。

29) 瀬川・前掲3)122頁、中川正浩「ストーカー規制法の検討」警察学論集62巻6号20頁、38頁以下(2009)、木村光江「児童買春等処罰法、ストーカー規制法、DV防止法の運用状況と課題」東京都立大学法学会雑誌117頁、142頁(2002)、園田寿「ストーカー——規制法の成立とその背景——」法教239号2頁、3頁(2000)。なお、有識者検討会については、前掲注6)参照。

30) 本稿では本格的な紹介は差し控えたが、アメリカやイギリスにおいても同様の思考枠組が取られていると思われるため、ここで紹介を行っておく。

アメリカにおけるストーカー規制は州によって異なるが、1993年に作成されたA Model Anti-Stalking Code for Statesは、“Any person who: (a) purposefully engages in a course of conduct directed at a specific person that would cause a reasonable person to fear bodily injury to himself or herself or a member of his or her immediate family or to fear the death of himself or herself or a member of his or her immediate family; (b) has knowledge or should have knowledge that the specific person will be placed in reasonable fear of bodily injury to himself or herself or a member

b 日本法への示唆

以上のように全体として惹起される被害に処罰根拠を求める姿勢は、そもそもの処罰根拠を含めストーカー行為罪の構造を明らかにすべき日本法の考察にあたっても有用であるように思われる。特に日本法が、ドイツ法のように具体的侵害結果を総合的被害として明文で要求することはせず、むしろ逆に一部の個別行為に「不安方法」という限定をかけていることからすれば、対比により得られるものも大きいと考えられる。

Ⅲ. 日本法再考 1 —— 解釈論的考察

1 検討対象 1 —— ストーカー行為罪の構造

(1) 処罰根拠の解明

a 「反復」要件の実質的解釈

(a) 実質的被害への着目

それでは、まず第 1 の問題、すなわち 5 号～ 8 号行為が複数回行われれば常に直罰規定の適用を受けるのかという問題から取り組みたい。前述のように「同一の者に対し、つきまとい等（中略）を反復してすること」が、

直罰規定の適用を受けるストーカー行為と定義されていることから、一見すると常に適用を受けるという解答になりそうである。

しかしながら、そのような解答は「反復して」という文言を、形式的に「2 回以上」と解釈することを前提としているが、そのような解釈に従うならば、「つきまとい等」を 1 回行い、その 1 年後に「つきまとい等」を 1 回行ったとしても、それが必ずストーカー行為を構成することになり、解釈として無理があるように思われる。従って、「反復して」という文言には、「複数回」以上の意味が含まれていると解するべきであろう。

実際、最高裁もこの理解に整合的な判決を出している。最判平成 15 年 12 月 11 日刑集 57 卷 11 号 1147 頁は、「ストーカー規制法 2 条 2 項では「反復して」と定められているが、何をもって「反復して」と評価するのか明らかではなく、同条項の「反復して」という文言は不明確であって、憲法 31 条に違反する」という主張に対して、「ストーカー規制法 2 条 2 項にいう「反復して」の文言は、つきまとい等を行った期間、回数等に照らし、おのずから明らかとなるものであり、不明確であるとはいえないから、所論は前提を欠くものである」と判断している。ここで注目すべき

of his or her immediate family; and (c) whose acts induce fear in the specific person of bodily injury to himself or a member of his or her immediate family or induce fear in the specific person of the death of himself or herself or a member of his or her immediate family; is guilty of stalking”としている。具体的要件については州によって異なるが、基本的に“a course of conduct”が一定の重大な恐怖 (fear) を惹起する場合に処罰されるという思考枠組については共通しているように思われる (<https://www.victimsofcrime.org/our-programs/stalking-resource-center/stalking-laws/criminal-stalking-laws-by-state> (2015 年 9 月 3 日最終閲覧))。

次にイギリスにおけるストーカー規制であるが、イギリスは 1997 年に「嫌がらせ防止法」(Protection from Harassment Act 1997) によって、ストーカーを含めた「嫌がらせ」一般について刑罰規定を設けた。そこでは 2 条で“A person who pursues a course of conduct in breach of section 1 is guilty of an offence”とした上で、1 条 1 項で“A person must not pursue a course of conduct- (a) which amounts to harassment of another, and (b) which he knows or ought to know amounts to harassment of the other”としている。ここでも“a course of conduct”が「嫌がらせ」に達する (amount to harassment) 場合に処罰するとされていることから明らかなように、総合的被害が要求されている。

なお、英米のストーカー規制を紹介する日本語の文献としては、中川正浩「いわゆる「ストーカー問題」管見——英米における「ストーキング防止法」の概要について——」警察政策研究 2 号 108 頁 (1998)、藤田尚「ストーカー犯罪の実体と将来の課題——ストーカー規制法成立後の現状と問題点について——」中央大学大学院研究年報 36 号 201 頁 (2006) 等がある。アメリカのストーカー規制を紹介する英語の文献としては、Amy C. Radosevic, *Thwarting the stalker: Are anti-stalking measures keeping pace with today's stalker?*, 2000 U.Ill L. Rev. 1371 (2000) 等。イギリスのストーカー規制に関する、バリスタによる詳細な紹介として、Paul Infield and Graham Platford, *THE LAW OF HARASSMENT AND STALKING*, (2000)。また、イギリスでは 2012 年に、一定の重大な「嫌がらせ」行為については刑を加重する規定を加える等の改正を行っており、その紹介としては Judith Gowland, *Protection from Harassment Act 1997: The 'New' Stalking Offences*, 77.5 *The Journal of Criminal Law* 387 (2013)、河島太朗「短信」月刊版外国の立法 254-1 号 29 頁 (2013)。



なのは、最高裁が期間及び回数等を判断基底としながら「反復」を解釈しているということであり、これはすなわち、一回一回の行為の間の期間が長ければ、より多くの回数の行為が、ストーカー行為の成立のために要求されることを意味していると解するのが合理的であろう。

それでは、期間や回数等を判断基底に「反復」要件を判断するとして、いかなる基準で同要件は判断されるべきであるか。「つきまとい等」を「反復」することが基本的な可罰性を基礎付けていることからすれば、この実質的観点を明らかにするためには、ストーカー行為罪の処罰根拠に遡る必要がある。そして、II 4 (1)での検討を踏まえれば、ここではストーカー行為により惹起される実質的被害に着目することが必要となろう。

#### (b) 総合的被害への着目

それでは、ストーカー行為の処罰根拠は、いかなる実質的被害に求められるのだろうか。

そもそも、なぜストーカー行為の可罰性が争われていたかと言えば、社会現象としてのストーキングは、一つ一つの行為に分断してそれらを個別に観察するといずれも可罰的でないという意味において「刑法未満」<sup>31)</sup>とされてきたからであった。しかしながら、そ

れらを合わせた行為が全体として被害者を苦しませているという現実に対する社会的認知が、「軽犯罪法以上」であるストーカー行為の処罰の要請を基礎付けているのである<sup>32)</sup>。そうであるならば、そのような要請が存在する限度において国家刑罰権の発動が必要とされ且つ許容されることになろう。すなわち、複数の行為全体によって惹起される被害としての総合的被害に着目し、一定の総合的被害に達する程度に「反復された」場合にストーカー行為が成立し、国家刑罰権が発動すると捉えるのが自然と言えよう<sup>33)</sup>。

以上の観点から上記最判を解釈するならば、ストーカー行為罪の成立のためには、一定の総合的被害が要求されているからこそ、各々の行為の間の期間の長さが回数と関連するのだと説明されることになる。すなわち、短期間に複数回「つきまとい等」が行われた場合には、2回目の行為が「1回目の行為から間髪いれずに行われた「つきまとい等」という意味を持ち、行為全体により惹起される被害が大きくなるのに対して、2回の間があまりにも時間的にかけ離れている場合には、2回目の行為の時点で1回目の行為の影響は非常に小さくなっていることから、短期間で行われた場合と同程度の被害に至るまでには、更なる回数の「つきまとい等」が必要

31) 大谷・前掲注 3)9 頁。また、ドイツでも「重大なストーカー行為の場合であれば……当然に従来の刑法典上の犯罪規定により対処しうが、いわゆる「軽いストーカー行為 (milder Stalking)」つまり電話をかけることといった、個々の行為自体は社会的に相当で、刑罰的には中立的な行為の場合には対応できない」という点が認識されていた (嘉門・前掲注 12)74 頁)。

32) 「相手方を絶望的に不安に陥れる行為は、無限にあります。しかし、個別に取りだせばその多くが犯罪ではありません。ところが、その反復継続が、被害者の平穏な生活を決定的に狂わせるのです。」(大谷・前掲注 3)9 頁)。

イギリスにも類似の議論がある。「……個々の出来事 (individual incidents) に着目することによって、『ほとんどのストーカー被害者が苦しむ苦難の全体像』 (totality of the ordeal suffered by most stalking victims) が見過ごされてしまう。これは、一つ一つの個々の出来事よりもむしろ『全体としての』振る舞い (the behaviour 'as a whole') が苦悩をもたらしているとしばしば明確に述べるストーカー被害者の個人的体験談を読むことで裏付けられる。行動の全体像という点と密接に関連するのは、行動の執拗な性質 (the persistent nature) である。執拗さはストーカーの振る舞いの顕著な特徴の一つであり、多くの被害者にとっては、分離してみた一つ一つの行動よりも、むしろ常に注目してなければならないという性質が苦悩を与えるものである。その行動が『一度きり』以上のものであると被害者に一度でも明らかになった途端、次の出来事がいつ起こるか不確かであるということが、その出来事自体と同程度に苦痛を与えるのである。」Judith Gowland, *supra* note 30, at 389, 下線は筆者による。

33) 同様の考えは、ドイツの漸次犯概念を日本のストーカー規制法にも適用しようとする考え (四條・前掲注 18) にも見受けられる。この考えは、ストーキングに対する構成要件の特殊性は「次第に既遂に接近する行為の反復」によって実現されることにあり、それ自体軽微な法益侵害性しか持たない複数の行為が一体となって当罰的な違法行為を形成していると捉えた上で、ストーカー行為の成立のためには、「反復して」とあるので最低 2 回の行為が必要になるが、常に 2 回の行為で十分という訳ではなく、用いられる行為の強度や個別の行為の時間的連関によっては、更に多くの行為がなされて初めて当罰の程度に達することもあり得るとする。

となるのであろう。

現に同判決の調査官解説も、「社会通念に照らせば、通常人であれば自分のしようとしているつきまとい等をどの程度繰り返せば、相手に恐怖、不安、苦痛等を与え、相手方の行動等を制約するなどして相手の法益を侵害することになるかについて常識的に判断することができるように思われる」としており<sup>34)</sup>、「反復」という文言に、一定の総合的被害に達する程度に反復するという意味が込められているという理解と整合的であるように思われる。

## b 総合的被害の内実

### (a) 内実を解き明かす必要性

以上のように、ストーカー行為により惹起される実質的被害としての総合的被害を基準に「反復」要件を判断すべきであるとして、ここにいう総合的被害の内実は何であろうか。上記理解からは、一定の総合的被害への到達が処罰を基礎付けていることになることから、この問題は、ストーカー行為罪の処罰根拠の内実はいかなるものかという問題や、ストーカー行為罪の保護法益の内実は何であるのかという問題に接近する。

確かにストーキング自体、必ずしも確立した定義を持たないような把握困難なものであり<sup>35)</sup>、その処罰規定の保護法益を把握するのも非常に困難である<sup>36)</sup>。総合的被害の要請を暗黙の前提としていると見られるテキストをみても、多くの場合、その内実は明らか

とされていない<sup>37)</sup>。しかしながら、この点を不明確にしたままで個別解釈を行えば、成立要件を不明確にし、総合的被害が要求される趣旨を没却するおそれがあることから、内実を明らかにする必要がある。

### (b) 「生活の安全と平穩」への着目

まず、ストーカー行為罪の保護法益が、不特定多数人の安心感のような、法益としての適格性の疑わしい社会的法益ではなく、個人的法益であると正当に解されていることからして<sup>38)</sup>、個人的法益に関する被害であるということは前提とできよう。

この点につき、ストーカー規制法の目的規定(1条)において「個人の身体、自由及び名誉に対する危害の発生を防止し、あわせて国民の生活の安全と平穩に資すること」が同法の目的とされていることから、ストーカー行為罪の保護法益を「個人の身体(生命を含む)、自由、名誉および生活の平穩」とする見解がある<sup>39)</sup>。確かに同罪は究極的にはこれらの権利利益を保護するものであるかもしれないが、その侵害ないしその危険の発生を総合的被害とすることは非常に漠然としていて、その内実を更に明らかにする必要がある。

また、「個人の身体、自由及び名誉に対する危害の発生を防止」という目的が、「ストーカー行為等が凶悪な犯罪等にエスカレートする可能性を未然に防止する」<sup>40)</sup>という目的であると解されていることからすれば、

34) 山田耕司「判解」曹時 57 巻 12 号 312 頁, 323 頁 (2005)。

35) 瀬川・前掲注 3)114 頁。

36) 嘉門・前掲注 12)88 頁。

37) 前述のように、前掲・最判平成 15 年 12 月 11 日はストーカー行為罪について「……中でも相手方に対する法益侵害が重大で、刑罰による抑制が必要な場合に限って、相手方の処罰意思に基づき刑罰を科すこととした」と述べているものの、その重大な「法益侵害」の内実は明らかとされていない。また、江見健一「ストーカー規制法 2 条 1 項 5 号の連続して電話をかける等の行為について」研修 696 号 87 頁, 93 頁 (2006) は、「つきまとい等の反復性は、当該行為が行政措置相当性を越えて当罰性を有することを根拠づける要件である」とするが、その「当罰性」の内実は明確ではない。なお四條北斗「ストーキングに対する構成要件の正当化ないし正統性について—— Kristian Kühn の見解を中心に——」東北学院法学 75 号 137 頁, 140 頁 (2014) は、社会一般の安心感のような社会的法益を保護法益と解することは法益としての適格性が疑わしいという点、実質的に被害者の個人的な「安心感」という感情を保護することになりかねないことについて注意が必要となる点を指摘している。

38) 「……「単純に個人に帰するものではない社会的法益」とは何を指すのであろうか。それが社会一般の安心感のようなものとして理解されるのであれば、それに対しては、『国民の生活の平穩』が不特定多数人の生命・身体・自由等の危険に還元されない『安心感』であるとすれば、その法益としての適格性は疑わしく、これを保護しようとする法律は象徴立法に墮するおそれがある」との指摘が妥当しよう(四條・前掲注 37)140 頁)。

39) 瀬川・前掲注 3)117 頁。

40) 檜垣重臣『ストーカー規制法解説〔改訂版〕』9 頁(立花書房, 2006)、大谷・前掲注 3)8 頁。

これらはストーカー行為それ自体により直接的にもたらされる被害を捉えていないということになる。そして、エスカレート後の行為がストーカー行為時点で予定されているとは必ずしも言えず、あくまでも別個の意思決定に基づく後続行為により生じる可能性があるにすぎない被害を総合的被害の内実として捉えることは、広範且つ漠然に過ぎるように思われる<sup>41)</sup>。

以上からすれば、実質的被害としては、「生活の安全と平穩」に対する侵害ないしその危険の発生を捉えることが明確な処罰範囲の限定という見地からは支持されよう。

### (c) 更なる具体化

もともと「生活の安全と平穩」の内実も明らかではない。これを最も緩やかに解するのであれば、主観的感情としての平穩ないし安心感といったものを意味していると捉えることになる<sup>42)</sup>。しかしながら、主観的な安心感等の保護がストーカー行為罪の処罰根拠を基礎付けていると解するのは、広範且つ不明確に過ぎるといふ実質面もさながら<sup>43)</sup>、解釈論上も難しいと思われる。

例えば6号行為について考えると、ある日突然動物の死体を住居に送りつけられた場合、それが仮にたった1回限りの行為であったとしても、被害者としては、えも言われぬ恐怖・不安・苦痛を味わうことになるであろう。しかしながら、ストーカー規制法においては、この1回の行為だけでは国家刑罰権は発動しない。このように被害者の心的平穩を

乱すような行為であったとしてもそれだけではストーカー行為罪としての処罰根拠を基礎付けられないという評価がなされているのである。

以上の理解の一端は、前掲・最判平成15年12月11日の調査官解説にも見られる。前述のように同解説は「通常人であれば自分のしよとしてしているつきまとい等をどの程度繰り返せば、相手に恐怖、不安、苦痛等を与え、相手方の行動等を制約するなどして相手の法益を侵害することになるかについて常識的に判断することができる」としている。ここでは総合的被害として、単なる主観的感情としての平穩の侵害に止まらず、それによって「相手方の行動等を制約するなどして相手の法益を侵害する」という具体的影響が発生することを要求しているのである。

それでは、この「相手の法益」の「侵害」とは何を意味するのだろうか。これは以下のように解するべきであろう。そもそも、かつてストーカー行為が可罰的と解されてこなかったのは、人間関係においてまま生じる主観的感情の変化には国家刑罰権は介入すべきではないところ、ストーカー行為による被害も、ただの「恋人間のもめごと」や「人間関係のトラブル」にすぎないと考えられてきたからであった<sup>44)</sup>。しかしながら、不安感を覚えさせる行為が、1回限りではなくまさに「反復」されることによって、単なる不安感の惹起を越えて、被害者が自らの生活を安全且つ平穩に形成していくことを困難にしてい

41) この点に関して『つきまとい等』と『個人の身体、自由及び名誉に対する危害の発生』という結果との関係が明確でない以上、処罰を必要とする程度に達しているのかの基準を見出すことができない。実際の侵害を生む行為、もしくは侵害を発生する危険ある行為のみを規制し、しかも処罰すべき実質があるかどうかを段階的に判断することを要請する刑法の理念、犯罪論の思考方法に照らして、問題があることは明らかである」という見解がある（金澤真理『刑法の基本理念から見たストーカー規制』法と民主主義483号50頁、52頁（2013））が、本稿に記したように、そのような不明確且つ関連性が十分に認められない危害の発生を実質的被害として捉えるべきではなく、他の被害を捉えるべきだという結論が望ましく思われる。

42) 現にそのように解するものとして橋本裕藏『ストーカー行為等規制法の解説』11頁（一橋出版、2001）。また嘉門・前掲注12)68頁も同旨と思われる（「人々の安全、安心感の保護が「刑法」という手段によって行われることが目指されている」）。

43) この点については以下の批判が妥当でしょう。「しかし、周囲に不安を抱かせるとしても、単に奇異であるだけで、実際には害を及ぼすことがない行為を処罰することはできない。それ故、国家が刑罰権を発動させる実質的な理由を、惹きおこされ得る害に結びつけて説明することが必要とされる」金澤・前掲注41)51頁。

44) 「……『痴情のもつれ』などとして、家庭内の問題として片づけられてきました。」「その被害の深刻さは『男女間のもめごと』などと過小評価されがちです。」長谷川京子ほか『ストーカー 被害に悩むあなたにできること—リスクと法的対処—』8頁、3頁（日本加除出版、2014）。

るという社会実態<sup>45)</sup>の認知こそが、ストーカー行為独自の当罰性・可罰性を基礎付けるようになったのである。ドイツで刑法238条が制定された背景にもストーキングが「(筆者注：被害者の)それまでの生活を破壊するものである」という認識が存在した<sup>46)</sup>。

以上の検討<sup>47)</sup>からすれば、被害者個人の日常生活を安全且つ平穩に形成していく権利ないし利益に対する被害を実質的被害と解するべきである。そのような被害をもたらす程度に「反復」することがまさにストーカー行為独自の当罰性・可罰性を基礎付けているのであって、これが「反復」要件の設けられた趣旨と解することができる。

それでは、総合的被害としてはいかなる程度の被害が観念されるか。以上を前提とすれば、日常生活を安全且つ平穩に形成する権利ないし利益という意味における「日常生活の形成」に対する侵害ないしその危険が観念されることになる。もっとも、ドイツ刑法238条等とは異なり、具体的侵害結果が明文として書かれていない以上、ドイツのような侵害犯としてではなく危険犯として構成されることになる。すなわち総合的被害としては、日常生活を安全且つ平穩に形成する利益ないし権利に対する侵害という法益侵害の危険の発生を観念するべきであるということになるのである。

## (2) 個別行為の危険性——「不安方法」の構造上の位置づけ

### a 日本法の特徴

前項で述べたように、ストーカー行為罪に相当する諸外国の処罰規定は総合的被害を要求しているが、そこでは全体を構成する個々の行為について被害惹起等は要求されていない。総合的被害の惹起が処罰根拠であるとするならば、それを構成する個別の行為について被害や行為の危険性等を認定する必要はなく、一連のストーカー行為全体としての被害発生のみを検討すれば必要十分であるはずである。

しかしながら、日本法を見ると、1号～4号行為は不安方法、すなわち「身体の安全、住居などの平穩若しくは名誉が害され、または行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるような方法」によって行われなければ、ストーカー行為を構成する行為とは評価されないと条文上明示されている。ここでは、ストーカー行為を構成する個別行為の危険性<sup>48)</sup>に着目した処罰範囲の限定がなされているのである。

### b 「不安方法」の位置づけ

#### (a) 「不安方法」を要求する必要性

それでは、なぜ日本法においては個別行為の危険性が一部に要求されるのか。実質的被害との関係では必ずしも必要でないことからすれば、これは更なる処罰範囲の限定として別個の観点から加えられた制約であると解するのが合理的である<sup>49)</sup>。

45) 「……被害者が生活する領域に向けたストーキングは私生活への侵入であり、被害者が容易に逃げ出せないだけに、脅威と不安は被害者を追い込み、耐えがたい状況をもたらします。被害者は、ひっきりなしになる自宅の電話の音に追い込まれ、ちょっとした物音におびえたり些細な変化にも不審を感じて不安になり、尾行や待ち伏せが恐くて外に出られなくなります。不安から逃れるには、自力で引越しをし、勤務先を替え、あるいは学校を休み、相手の知らない場所に身を隠すしかなくなります…私生活への不気味な接近は、安全の上に成り立っている人の生活を根底から揺さぶる脅威なのです。」長谷川ほか・前掲注44)3頁。また前掲注32)に引用したテキストも以上の理解と整合的である。

46) 「被害者側から見ると、ストーキングは、それまでの生活を破壊するものである。付き添いがなければ外出できなくなったり、住居や仕事を変えなければならなくなることもある。個々の行為だけではなく、ストーキング全体として及ぼす影響を見る必要もあるだろう。」齋藤・前掲注11)100頁。

47) 以上のような総合的被害の捉え方に関する議論は、ドイツにおける保護法益論における議論に類似している。参照、前掲注17)。

48) 規定の文言からして、これは当該行為により惹起される被害としての危険ではなく、行為それ自体の危険性を捉えているというべきであろう。同旨、高森高徳「研修の現場から」研修681号83頁、88頁(2005)。

49) 高森・前掲注48)88頁が「立法論としては、不安方法を要件とすることには疑問がある」とするのは、処罰根拠とは関係がないという意味において賛同できよう。もっとも、後述するような理解からすれば立法論として



すなわち、各々一つ一つの行為自体は可罰的でないがその反復継続によって被害者の生活形成を侵害するストーカー行為に刑罰を科すことには、立法上多くの問題が含まれていたが、その中の大きな問題の一つとして、私人の行動の自由等の基本的人権を著しく制約してしまうのではないかという点が挙げられていた<sup>50)</sup>。この点を重要視するならば、ある行為について可罰的行為と評価することだけではなく、可罰的行為を構成しうる行為と評価することも、私人の行動の自由に対する萎縮等を生じさせることからして、行動の自由等として保護すべき行為については可罰的行為を構成しうる行為からも除外する必要性があるということになる。換言すれば、刑罰の最も峻厳たる法的制裁としての側面から導かれる刑法の謙抑性の観点からして、一定以上の要保護性を持った行動等についてはストーカー行為を構成しうる行為としても評価することはできないという政策的判断に基づき、個別行為の危険性が要求されることになると説明することができる。

#### (b) 「不安方法」を要求する合理性

なお、以上のように政策的要素を持つ理由から個別行為の危険性が要求されるのであるならば、諸外国の処罰規定は個別行為に着目しないにもかかわらず、日本においてのみ要求することは妥当な政策的判断であるのかという疑問が生じうる。確かに、例えばドイツを見ると、ドイツ刑法 238 条は個別行為の性質を検討せずとも生活形成の重大な侵害を全体として惹起すれば処罰されうるとしているのであって、個別行為に着目していないということについての批判はあまり見受けられな

い。

しかしながら、総合的被害の内実として検討した通り、日本法の特徴は、ストーカー行為罪が日常生活を安全且つ平穩に形成していく利益ないし権利の侵害犯ではなく危険犯として構成されるところにある。すなわち、ドイツにおいては生活形成の重大な侵害という具体的な侵害結果の惹起が要求されていたのであり、全体として惹起の要求される被害は比較的重大で比較的明確であるのに対して、日本法では危険犯として構成されることから総合的に要求される被害内容が比較的不明瞭であるという問題がある<sup>51)</sup>。このような総合的被害の特徴に鑑みれば、日本法においては個別行為の危険性に注目するという立場も、刑法の謙抑性の観点から妥当であると評価することができよう。

#### c 1号～4号行為と5号～8号行為との 区別

##### (a) 立案担当者の説明から導かれる理解

以上により個別行為の危険性を要求することが必要且つ合理的であることは明らかとなったが、それではなぜ1号～4号行為についてのみ「不安方法」が要求されているのであろうか。

この点については、「第5号から第8号に掲げる行為については、その行為自体が、社会通念上、相手方の身体的安全、住居等の平穩若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるものと評価できるものであるが、第1号から第4号に掲げる行為については、通常人をして、相手方の身体的安全、住居等の平穩若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不

非合理的であるとまでは言えないだろう。

50) 「われわれは、だれかに手紙を書き、街中を散歩し、好きなときに立ち止まる自由があります。それをいつでも好きなときに行う自由もあります。好きな人の行きつけの店なら、だれもが知りたいと思うでしょう。片想いの相手に一方的に愛を告白するのも自由です……つきまとい等の行為を広く規制すると、本来国民に認められた様々な基本的人権までも規制してしまうおそれがあります。」(大谷・前掲注 3)9頁)。

51) 前述のように、ドイツ刑法 238 条が侵害犯として規定されたのは、危険犯として構成することが明確性の原則に鑑みて妥当でないと判断されたからである。

なお、アメリカの A Model Anti-Stalking Code for States は、傷害や死亡といった生命身体に対する侵害の不安を通常人に対して惹起する危険性を要求しているし、それに加え被害者本人がそのような不安を抱くことを要求している(前掲注 30))。また、イギリス法は確かに harassment という不明瞭な総合的被害を要求しているが、Protection from Harassment Act 1997 の 1 条 3 項において、“in the particular circumstances the pursuit of the course of conduct was reasonable” といった場合等について適用除外を設けており、実質的にはここにおいて行為者の行動の自由との調整が図られていると思われる。

安を覚えさせるとまでは評価できないことから」1号～4号行為に限って限定が付されたのだという説明がなされている<sup>52)</sup>。これは5号～8号行為は「不安方法」を充足するので敢えて「不安方法」を要求するまでもないという説明である。

しかしながら、この理解には問題があるように思われる。まず条文の解釈の問題として、明示的に条文が全ての号行為ではなく1号～4号行為に限って不安方法を課しているにもかかわらず、その点を没却するように解釈することには抵抗があり得よう。加えて5号～8号行為が常に「不安方法」を充足する訳ではない。例えば5号行為を例にとると、発信者番号を通知しない形で（非通知設定で）、いわゆるワン切りの形で電話がかけられた場合、相手方においては間違い電話を疑うことも通常であり、常に不安方法を充足する訳ではない。また、拒絶したにもかかわらずメールを二度送信されたとしても、従前の事情如何によっては常に不安方法が充足される訳ではない。

従って、上記説明では1号～4号行為との区別につき合理的説明ができていないと言えないだろう<sup>53)</sup>。

#### (b) 「不安方法」の位置づけから導かれる理解

そこで「不安方法」が要求される理由に立ち返って検討すると以下のように説明することができよう。

前項で論じたように、個々の行為についての危険性は、処罰根拠たる総合的被害との関係ではなく、あくまでも行為者の行動の自由等との調整という意味において要求されているにすぎない。そうだとするならば、萎縮等

を通じて行為者の行動の自由等を過度に制約してしまうおそれがある行為類型については、一定の重大な危険性を要求し、そうではない行為類型については、より軽微な危険性で足りるとすることも、立法政策として許容されうるように思われる。そして、比較的間々行われる行為類型については萎縮を回避する必要性が大きいと言えることから、そのような類型を1号～4号行為に割り振り、一定の重大な危険性として不安方法を要求することで、不安方法によらない1号～4号行為という萎縮を回避する必要性の大きい行為を、可罰的行為たるストーカー行為を構成しうる行為から除外しているのだと評価することができよう。

この観点から1号～4号行為と5号～8号行為を考察してみると、前者につき可罰的行為を構成しうる行為と評価するよりも後者につき可罰的行為を構成しうる行為と評価する方が、行動の自由の萎縮等の基本的人権の過度な制約は比較的生じにくいと考えられる。例えば3号行為（非義務行為の要求）について、関係終了を告げられた者が相手方にその場で関係修復を求める行為は全て可罰的行為を構成しうる行為になるという評価を与えることは、著しく行動の自由等を萎縮させるものであろう。これに対して、汚物や動物の死体を送りつける行為（6号行為）が全て可罰的行為を構成しうる行為であるという評価を与えることについては、同様の議論は妥当しないだろう<sup>54)</sup>。

以上のように、処罰根拠としてではなく、私人の行動の自由等との調整という観点から個別行為の危険性が要求されていると考えれば、1号～4号行為と5号～8号行為との「不

52) 檜垣・前掲注40)22頁, 23頁。

53) 上記批判に対しては、上記趣旨に鑑みて5号～8号行為を、「不安方法を充足する方法でなされた」5号～8号行為と解釈すればよいという再反論が想定される。例えば5号後段行為を「(不安方法を充足する程度に)連続して」架電等を行う行為と限定解釈すればよい(江見・前掲注37)93頁に同旨)という再反論である。しかしながら、それは5号後段行為の解釈について再反論になったとしても、例えば無言電話(5号前段行為)について言えば、「不安方法を充足する方法で」という限定を読み込む文言すらなく、解釈論上の限界があるように思われ、この意味において上記理解を貫徹することは難しいと思われる。

54) 5号前段行為(無言電話)についても同様のことが言えよう。また、7号行為や8号行為についても、それを公に言えば名誉毀損に該当しうる行為であって、それと同内容を相手方に告げること一般を、可罰的行為を構成しうる行為と評価したとしても、私人の自由の過度な制約となるとは思われない。もっとも、5号後段行為については疑義があり得る。IV 2参照。

均衡」も原則として正当化されるだろう（第2の問題への解答）。また、不安方法の認定にあたっては、相手方に知られることのないように行為者が「つきまとい等」を行ったとしても、相手方が当該行為を認識した場合に不安方法にいう不安を抱くか否かで判断すべきという裁判例<sup>55)</sup>がある。これも、実質的被害との関係ではなく行為者の行動の自由等との調整の観点から「つきまとい等」が要求されているという本稿の理解からすれば、問題なく説明がつくだろう。

### (3) まとめ

#### a 本稿のアプローチについて

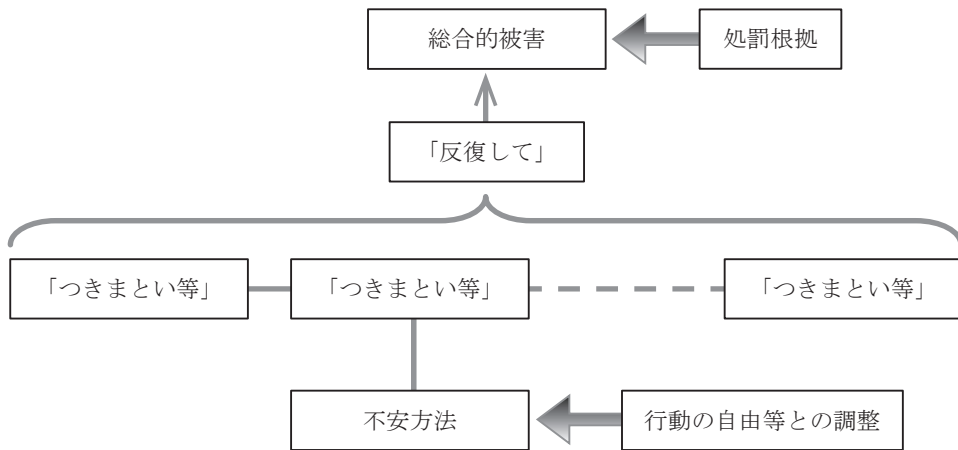
以上の検討をまとめるならば、各号行為の解釈を経て明らかとなった行為態様につき、私人の行動の自由との調整の観点から一定の

行為には不安方法の限定をかけた<sup>56)</sup>上で、それらの行為全体による総合的被害が、日常生活を安全且つ平穩に形成する利益ないし権利に対する侵害という法益侵害の危険の発生に達する程度に「反復」<sup>57)</sup>されたと評価できる場合には、国家刑罰権が発動することになる。

以上を前提とすれば、ストーカー行為罪には、①「つきまとい等」の各号行為の解釈、②各々の行為により惹起される個別行為の危険性、③行為全体により惹起される総合的被害、という3つの観点からの処罰範囲の限定が付されていると理解できる。

そして本稿のアプローチは①～③の処罰範囲限定の契機を自覚的に区分し、特に②及び③によって処罰範囲の限定をかけるアプロー

(図表1)



55) 東京高判平成24年1月18日研修791号15頁。

56) もっとも、不安方法を満たさない1号～4号行為が行われても、そのような行為が行われたという事実自体は、その後行われた「つきまとい等」により惹起される危険ないし不安の判断にあたって、従前の事情の一つとして考慮されうることになるのだから、不安方法を要求することが私人の行動の自由との調整という役割を果たしているのかという疑義は確かに存在する。しかしながら、可罰的行為を構成しうる行為として「その行為は犯罪である」と評価されることによりもたらされる萎縮を防ぐという役割は果たしていること、また、ストーカー行為が成立するためには最低でも2回の行為は必要であるのだから、不安方法を満たさない1号～4号行為がストーカー行為を構成しないとすることは処罰範囲の限定という役割も果たしていることからすれば、不安方法が要求される意義は存在すると思われる。

57) なお、「反復」について、これは①同一号に定める同一行為の繰り返しを指すのか、②同一号に定める同一類型行為の繰り返しをさすのか（以上、限定説）、③号に関係なく「つきまとい等」の繰り返しを指す（非限定説）のかという議論が存在し、最決平成17年11月25日刑集59巻9号1819頁は、特段の理由を付すことなく非限定説を採用した。本稿の理解からすれば、どの号行為によって行われようとも上記総合的被害に達する程度に「反復」されれば、それはストーカー行為としての可罰性を基礎付けることから、非限定説を採用することが合理的といえ、その意味において同決定は支持することができる。

ちだと評価することができる。①の各号行為の解釈は、ストーカー行為罪の成立要件以外にも重要性を持つ解釈であって、①の各号行為の限定的解釈は直罰規定たるストーカー行為罪の範囲の限定だけでなく、4条・5条の警告・禁止命令等の発付要件の限定としての役割も果たすことになる。上述のように両者の性質は異なること等からすれば、処罰範囲の限定の契機は自覚的に区分されるべきであろう。そして警告・禁止命令等の発付主体たる行政が、それらの発付にあたって判例を参照するにしても、判例が①～③のどの観点から処罰範囲を限定しているのかにつき留意する必要がある。

**b ストーカー行為罪の構造から導かれる処罰範囲の限定**

**(a) 総合的被害との関係での限定**

以上に加えて、ストーカー行為罪の構造からは、ストーカー行為罪の成立範囲には解釈論上限定が加えられることになる。

まず総合的被害が要求される帰結として、5号～8号行為による「つきまとい等」を2回行ったとしても、必ずしもストーカー行為罪は成立しないことになる。例えば、連絡を拒絶された者が複数回架電ないしメールする行為と、やや時間的間隔を開けた上で複数回架電ないしメールする行為とは、それぞれ常に、条文上ストーカー行為を構成しうる「つきまとい等」に該当する<sup>58)</sup>。しかしながら、その2回の行為によって必ずしも「反復」要件が満たされる訳ではないため「ストーカー行為」と認定できる訳ではない。その会話内容や文面、頻度、架電先、時間的間隔、連絡の拒絶を受けるに至った経緯等の諸事情を考察することによって、日常生活を安全且つ平穩に形成する利益ないし権利に対する危険が生じていると判断できる場合に限り、直罰

規定の適用を受けることになる(第1の問題への解答)。

また、ストーカー行為を構成しうる個々の行為の認定にあたっては、上記総合的被害との関係を意識しながら認定を行う必要がある。例えば、5号後段行為に関係して、被害者不在時の架電、着信拒否状態への架電、勤務先への架電については、これまで積極的な理由が付されることなく、「被害者が認識しうる状態においたと評価できること」で足りるとされたり、「了知し得べき場所になされれば足りる」とされたりしてきた<sup>59)</sup>。これについては、ストーカー行為を構成する個々の行為も上記総合的被害の発生に寄与する危険性を有するべきであるという判断に基づいていると評価することができよう。そのような理解からは、被害者が認識しうる状態においたとは評価できない場合<sup>60)</sup>等には、ストーカー行為を構成する5号後段行為は成立しないことになる。

**(b) 不安方法の要求される趣旨から導かれる限定**

次に不安方法が1号～4号行為に限りて要求される趣旨からも限定が導かれる。すなわち、不安方法が5号～8号行為には要求されていないのは、5号～8号行為については全て可罰的行為を構成しうる行為と評価したとしても、私人の有する行動の自由等について過度の制約を加えないという判断がなされたからであった。この点からすれば、各号行為の要件自体は、この趣旨を没却しないように厳格に解釈されるべきであることになる。例えば5号後段行為について言えば、「拒まれたにもかかわらず」という文言は「拒まれていることが通常人をして推知させる状態であるにもかかわらず」というように緩和して解釈されるべきではなく、相手方からの拒絶の

58) もっとも、IV 2で指摘するように、本稿は、そもそもこれらの行為が常にストーカー行為を構成しうる「つきまとい等」に該当するという条文自体に問題があると考え、法改正が望まれる部分であると考え。しかしながら、そのような法改正が行われなくとも、総合的被害による処罰範囲の限定が存在しているのだ、というのがここでの主張である。

59) 北島孝久「ストーカー行為等の規制等に関する法律違反の各種事例と判決、関連する法律上の問題点」研修644号3頁(2002)、東京高判平成15年3月5日法時80巻5号105頁、東京高判平成15年3月26日裁判所HP参照(平成14(う)2811号)。

60) 例えば着信履歴や受信履歴に残らないように着信/受信拒否をしていた場合等。



意思が行為者に対して明示されていることを必要とするべきである。相手方からの拒絶の意思表示の認識が、行為者の行動の自由の過度の制約を否定する根拠となるのであるから、緩和して解釈することは、少なくとも現行法上は慎まなければならない<sup>61)</sup>。

## 2 検討対象2 —— 「不安方法」の内実

### (1) 考察の指針

次に、ストーカー行為罪の構造の中でも重要な位置を占めている「不安方法」の内実についての考察に移りたい(第3の問題)。前述のように、「不安方法」とは「身体の安全、住居等の平穏若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるような方法」のことを指し、3条との文言上の比較からも明らかなように、上記不安を相手方に覚えさせるか否かは一般人・通常人を基準に判断されることになる<sup>62)</sup>。

この「不安方法」の内実については以下のような方針で考察を進めるべきである。

すなわち、不安とは、将来的に何らかの法益が侵害されることの想起に伴う感情である。そして将来的な法益侵害は、当該行為によって惹起されるのではなく<sup>63)</sup>、行為者ないし第三者<sup>64)</sup>による第二行為によって行われることになる<sup>65)</sup>。一般人・通常人の立場からして当該第二行為が通常行われると評価できる場合には、そのような法益侵害が発生

するという不安を覚えさせる方法だと一般人・通常人の立場から評価することができよう。

従って、不安方法は、①いかなる法益侵害を伴う第二行為が想定できるかという想定法益侵害の確定を行った上で、②そのような第二行為は通常行われるという意味において想定法益侵害の現実化の通常性が認められる場合に、成立することになるだろう。例えば恋愛関係の修復を求める行為(3号行為)の反復が当然にストーカー行為を成立させる訳ではないのは、それによって想定される身体の安全等に関する法益侵害が通常現実化するとまでは当然には認定できないからであろう。

もともと、①の確定と②の認定とは相関してなされることになる。いかなる行為についてもあらゆる想定法益侵害を置くことはできるのであって、②で認定される可能性のある想定法益侵害に絞る作業が①の確定に内在していることは否定できない。そこで以下の検討においては、いかなる想定法益侵害が条文上設定されるかという点を②で検討した上で、③で具体的に1号～4号行為を考察することで、いかなる場合に不安方法が充足されるかを個別的に検討することとしたい。

### (2) 想定法益侵害の確定

#### a 条文上把握される想定法益侵害

条文上、不安方法は「身体の安全、住居等の平穏若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるような方法」とされているため、条文上把握される

61) 同様のことは6号～8号行為にも妥当する。例えば6号行為の「著しく不快又は嫌悪の情を催されるような物」も、同号行為が間々行われる行為類型を含まないように解釈されるべきであろう。

62) もっとも判断基準と判断基底とは異なり、一般人・通常人といっても、それは被害者のような状況に置かれた一般人・通常人を指す。大阪高判平成16年8月5日研修677号105頁が、ストーカー行為の相手方となったものをして通常その身体の安全等にいかなる危害を加えられるかもしれないという不安を覚えさせる方法により行われたか否かで決するべきとするのは、相手方のような状況に置かれた一般人・通常人がそのような不安を覚えるかどうかで決するという意味であろう。この意味において同判決は支持できる。

63) 当該行為により法益侵害が惹起されれば、現実的な法益侵害が発生している。そして、ストーカー規制法が把握している想定法益侵害に対応する現実的な法益侵害については、多くの場合、刑法上の犯罪が成立する。例えば身体の安全に危害を加える行為は暴行罪・傷害罪等を成立させ、名誉を害する事項を公開の掲示板等に書き込む行為は名誉毀損罪を成立させる。

64) 例えば「友人グループと共に監視をしている」旨を告知する場合は、その友人グループによる第二行為も想定されることになる。

65) 確かに第一行為自体でも法益侵害をもたらす場合はある(例えば名誉を害する事項の告知を人前でされた場合など)。しかしながら、それによって「不安を覚えさせる」ということは、当該行為以降の第二行為を想定していると考えるべきであろう。この点につき後掲注70)参照。

想定法益侵害は、身体の安全の侵害、住居等の平穩の侵害、名誉の侵害、行動の自由の著しい侵害に限定されている。すなわち、その他の法益の侵害に関する不安を覚えさせる方法であれば、それはストーカー規制法の規制対象ではないことになる<sup>66)</sup>。

ここで条文上注目し値するのは、行動の自由についてのみ、「著しい侵害」という重大な侵害に限っていることである。この点に着目し、以下「行動の自由の著しい侵害」について考察を行うことで、想定法益侵害の内実を明らかにしたい。

#### b 「行動の自由の著しい侵害」への着目

##### (a) 「侵害」の意味

まず問題になるのは、行動の自由の侵害がいかなる場合に発生するかであるが、このとき、行動の自由についての直接的物理的制約のみを「侵害」と捉えることは狭きに失するように思われる。

例えば、監視していると思わせるような事項を告げる2号行為について考えると、被害者がどこの駅から通勤し、何時ごろ何線に乗り換えたか、仕事が終わった後にどのような1日を過ごしたのかといった事項につき毎日被害者に告知するような場合、身体の安全や通常所在地の平穩を害する第二行為が通常発生するとまでは言えない<sup>67)</sup>上、直接的物理的制約を伴うような第二行為<sup>68)</sup>が通常発生するとまでも言えない。しかしながら、そのような告知を今後も受け続けるならば、被害者としては、外出や日々の生活活動につき萎縮せざるを得なくなるだろう<sup>69)</sup>。

このように、行動の自由は身体の安全等と異なり、被害者自身の意思に基づく行使・不

行使を観念できるものである以上、その想定される侵害についても、直接的物理的制約だけではなく、被害者による行動の自由の萎縮まで観念するべきであろう<sup>70)</sup>。

##### (b) 「著しい」の意義

行動の自由の侵害にはその萎縮も含まれるという特色に鑑みれば、行動の自由についてのみ条文上著しい侵害が要求されている理由について以下のように説明できる。

すなわち、社会において人間関係を構築するにあたっては、他者の言動によって自らの言動を自粛したり取りやめたりするようなことは、間々発生しうることであり、そのような萎縮は、行動の自由等が行為者の側に対して保障されることの帰結として、通常は国家刑罰権による保護が与えられるものではない。つまり、受け手の行動の自由がその者の行使・不行使に係る自由である以上、その萎縮をもたらすような行動は全て刑罰の対象とするというのは広範に過ぎるため、限定を行うべきだということになろう。

これをストーカー規制法に關係する事例によって述べるならば、例えば、ある芸能人に対して恋愛感情を抱くファンが、当該芸能人が現れるという噂のある飲食店において、当該芸能人を2度見張る行為は、当該芸能人がその飲食店を使いにくくなるという意味において行動の自由の萎縮をもたらす行為かもしれないが、それによって直ちに当該行為が刑罰の対象となるというのは過大であるということになる。

##### (c) 「著しい」の判断方法

以上により行動の自由の侵害について別個の考慮が必要であることは明らかとなった

66) 例えば被害者の財産に対する侵害等に関する不安は除外されることになる。

67) もちろんその告知と共に、被害者に対して加害を加えるような内容の告知等もあれば、話は別である。また、住居や職場等に関する内容の告知があっても、話は別である。

68) 例えば逮捕・監禁の行為。

69) このとき、萎縮をもたらすような第二行為が想定されるし、上記のような告知を継続的に受けていたならば、そのような第二行為が発生することの通常性も認められるだろう。

70) 確かに、行動の自由の萎縮をもたらす行為は、実行行為時点で被害者に萎縮させるものであって、将来的に萎縮が起きるのではないかという不安とは観念しにくい。しかしながら、行為時点で行動の自由が萎縮する行為については規制対象とならず、将来的に行動の自由が侵害されるおそれを抱かせる行為については規制対象となるというのは均衡を欠くだろう。そこで、行為時点で被害者の行動が萎縮する場合を考えると、通常そのように萎縮した心理状態はその後継続し、その後行動に移そうとした時にも萎縮状態は継続しているはずである。このように、行為時点で行動を萎縮させる行為は将来的にも萎縮を継続させる行為であるという意味において、将来行動の自由が侵害されるような不安を抱かせる行為でもありと評価できよう。

が、ここで次に、いかなる観点から「著しさ」が判断されるかが問題となる。この時、身体の安全・住居等の平穩・名誉の侵害と並べて、行動の自由の著しい侵害と掲げられている以上、それは身体の安全・住居等の平穩・名誉といった法益の侵害と同等の侵害である必要があるが、いかなる見地から「同等」と判断すべきかが問題となるのである。

ここで行動の自由の侵害との比較対象として、住居等の平穩の侵害を取り上げたい。住居等とは通常所在地を指す(2条1項1号)が、注目すべきは、同号の「見張り」行為について、通常所在地付近における「見張り」のみが規制対象とされており、主として住居等の平穩を侵害する行為として規定されていると判断できることである。

しかし、通常所在地以外の場所(例えば旅行先)における「見張り」についても、当該場所に行きにくくなるという意味において行動の自由を制約しうる行為であるにもかかわらず、このような「見張り」行為は規制対象となっていない。

ここでこの規制の区別の理由を考えると、これは日常生活を安全且つ平穩に形成するに当たっての重要さが異なるからではないかと思われる。すなわち、日常生活を安全且つ平穩に形成していくにあたっては、住居や職場等を変更することは非常に困難であり、その平穩については極めて高い重要性が認められるのに対して、旅行先や飲食店を変更することは、日常生活を形成するにあたっては相対的にその重要性が低いと言える。従って、後者のような行動の自由の変更を生じさせうるような行為は、ストーカー行為罪の保護法益ないし実質的被害に鑑みて当罰性が低いと解されることから、規制対象から除外されたということができよう。

すなわち、「見張り」行為について、住居等の平穩の侵害についてのみを想定法益侵害とし、通常所在地付近での行為のみを規制範囲とした理由は、それが日常生活の形成に当

たって重要な意味を持っているからだということが出来る。そして、同様の見地からして、身体の安全や名誉といった権利利益も日常生活の形成に当たって同等の重要性を持つものと評価することができよう。

このように、ストーカー規制法は日常生活の形成にとって重要な法益に関する危険の惹起について規制しているという理解を前提にすれば、行動の自由の侵害についても、日常生活の形成にあたって重要な意味を持つものに限って、想定法益侵害において把握されていると考えるべきだろう。すなわち、日常生活の形成という規範的見地からして、身体の安全・住居等の平穩・名誉といった法益の侵害と同等の侵害だという評価を与えられるものが、行動の自由の「著しい」制約であるということになる<sup>71)</sup>。

### c 小括

以上の検討をまとめるならば、ストーカー行為罪が日常生活を安全且つ平穩に形成する利益ないし権利を保護法益とするところ、そのような日常生活の形成という規範的見地から重要性が認められる法益侵害が将来的に発生するという不安を覚えさせるような方法が、1号～4号行為がストーカー行為を構成しうる行為と認めるに足るだけの危険性たる「不安方法」として把握されていることになる。

## (3) 想定法益侵害の現実化の通常性

### a 見取り図

それでは、いかなる場合に上記想定法益侵害が通常現実化すると一般人・通常人の立場から評価されることになるのだろうか。ここでは1号～4号行為につきIIでの紹介も踏まえながら、各号行為の定義及び特徴を明らかにした上で、各号行為ごとに現実化の通常性が認められる場合につき述べたい。もっとも、全ての行為態様につき文章にして記すことは煩雑に過ぎるきらいがあるため、まとめた図表をまずは添付することとし、特段紹介の必要なものに限って、その後に説明を付し

71) 前述の通り、ドイツにおける生活形成は、「生活の客観的外面的形成を意味する」とされ、その侵害は、「日常の経過・活動・計画等における個々の重要な決定に作用を及ぼすものである必要がある」とされていた。ドイツにおける議論を直輸入することは避けなければならないが、本稿で記した議論を基にするならば、基本的にドイツにおける上記理解が日本法においても妥当すると考えることに特段の問題はないように思われる。

(図表 2)

号	行為態様	定義	特徴	不安方法の認定
1号	つきまとい	敢えて定義すれば、「一定時間、相手方のそばを離れず付き従うこと」	相手方との空間的接近の継続。	「待ち伏せ」同様の判断枠組となる。もっとも、継続性のある行為態様であるため、「待ち伏せ」よりも不安方法を認定しやすい。
	待ち伏せ	「自らの気持ちを伝える意思・目的をもって、相手が来るのを待つこと」 もっとも、隠れて待つ必要・予期せぬ状況である必要はない。	相手方との直接的接触の意思を持った行動で、直接的に接触する可能性が高い。	時間・場所・行為態様・従前の事情等を総合考慮して不安方法の存否を決する。身体の安全や行動の自由の侵害が想定法益侵害として考えられる。
	立ちふさがり	敢えて定義すれば、「行く手をさえぎること」	物理的行為・威圧的態度と共になされることが多い。	身体への危害・物理的拘束の発生という不安の惹起のおそれ→身体の安全の侵害が想定法益侵害として考えられる。
	住居等付近の見張り	「住居等付近で一定時間継続的に動静を見守ること」	直接的接触の意思がなく、接触可能性は低い。	「住居等付近」に場所を絞っているため、住居等の平穩の侵害を想定法益侵害とする不安方法が認定しやすい。
	住居等への押し掛け	「相手方が拒絶し又は拒絶することが予想されるのに住居等へ行く行為」 もっとも在宅の必要はない。	住居等の平穩を直接的に害する行為でもある。	いつ将来的に住居等へ侵入してくるのかわからないという意味において、住居等の平穩の侵害が想定法益侵害として考えられる。
2号	監視事項の告知、又はその知りうる状態に置くこと	「監視している事実又は監視していないければ知り得ない事項を、相手方へ告知したり相手方が日常生活にて了知しうる状態に置くこと」	自らの知らぬ間に監視されていたという事実に関する被害者の認識を基礎付ける。	監視内容の私的さから、住居等の平穩等に関する不安惹起のおそれがある。また、複数時点での監視内容から、いつどこで見られているかわからないという不安を惹起し、行動の自由の著しい侵害に関する不安を惹起するおそれもある。
3号	非義務行為の要求	定義不要。正当な権利であっても当該権利を濫用すれば非義務行為の要求となる。	通常、私人には要求に対して拒否する自由があるため、不安惹起のおそれがあるとは限らない。	要求に際し、要求に従わなかった場合の法益侵害に関する示唆がなされることが多く、その点を捉えて不安方法を認定することができる場合が存在する。
4号	著しく粗野／乱暴な言動	前者：「相応の礼儀を守らない不躰な言動のうち一般人から見て放置できない程度に強度なもの」 後者：「不当に荒々しい言動」 もっとも被害者に直接向けられる必要はない。	被害者との直接的接触の必要がないとすると、様々な行為態様を包含することになるため、不安方法が認定できるか慎重に判断する必要がある。	<ul style="list-style-type: none"> <li>・暴行未満型：被害者に向けた言動。身体の安全が想定法益侵害となる。</li> <li>・住居等平穩侵害型：被害者の住居等付近での言動。例。住居前でクラクションを鳴らし続ける行為。</li> <li>・社会関係侵害型：被害者の関係者付近での言動。名誉侵害や行動の自由の著しい侵害に関する不安を惹起するおそれ。</li> </ul>

たい。

b 特段検討すべき各号行為別の解釈

(a) 1号行為——「待ち伏せ」行為

1号行為は、つきまとい・待ち伏せ・進路での立ちふさがり・住居等付近の見張り・住

居等への押し掛けを把握しているが、ここでは「待ち伏せ」行為に限って説明する。

・「待ち伏せ」の定義及び特徴

東京高判平成24年5月24日高等裁判所刑事裁判速報集(平24)号126頁は「待ち伏せ」



の意義につき、①行為者が隠れて待つ場合に限定する理由はなく、②相手方が予期せぬ場所や状況の下でなされる必要はないが、③相手方に対して話しかける、或は自己の姿を見せる等して、自らの気持ちを伝える意思ないし目的があることが必要であると解されるとした。③を要件とすることについては批判的な見解もある<sup>72)</sup>が、本稿は、以下のように「待ち伏せ」と「見張り」の区別という観点から、③を要求する判例を支持したい。

ストーカー規制法において、「待ち伏せ」はどこでなされても規制対象となるのに対し、「見張り」は住居等の通常所在地においてなされなければ規制対象とならない。その区別としては、相手方に話しかけたり自己の姿を見せたりする意思・目的(③)があれば、それは相手方との直接的接触の可能性を高めると同時に、直接的接触の意思も表われることになるため、その相手方において身体の安全を想定法益侵害とする不安を惹起しうることになり、そのような不安の惹起は、どの場所で行われようが同等に生じる<sup>73)</sup>。以上のように、ストーカー規制法の構造から③の要件が必要であると言える<sup>74)</sup>。

そして「待ち伏せ」と「見張り」には、日本語の意味としての隔たりがあり、「待ち伏

せ」には、相手方との接触等に関する主観的意思が要求されている<sup>75)</sup>ため、言葉の解釈の問題としても③を要求することは正当であろう。

#### ・不安方法による「待ち伏せ」行為

以上のように特徴付けられる「待ち伏せ」行為について、いかなる場合に不安方法を認めることができるか。

まず上記特徴からすれば身体の安全に関する不安方法が認定されやすい。その認定にあたっては、周囲にどれほど人がいるかという点に関連して時間や場所<sup>76)</sup>、危険性という観点から行為態様<sup>77)</sup>、そして従前の事情<sup>78)</sup>等が考慮されることになる。

そして、行動の自由を想定法益侵害とする事例も存在しうる。確かに、例えば前述の、好意の感情の相手方たる芸能人が訪れるという噂の飲食店に待ち伏せする行為だけでは、仮にその行為により行動が萎縮することがあっても当該飲食店に行くのを止めるという結果を生じるのみであって、日常生活の形成にとって重要な自由に関する不安は認められにくい。しかし当該飲食店だけでなく通勤中の電車や道路、旅行先といった種々の場所に出現することで<sup>79)</sup>、次に外出した時にも行為者が待ち伏せをしているのではないかとい

72) 滝谷英幸「判批」法時86巻4号124頁(2014)。

73) これに対して「見張り」は、ここで記した「待ち伏せ」の特徴を欠くことから、原則的に身体の安全に関する不安の惹起ではなく、住居等の平穏や行動の自由に関する不安の惹起が認められることになるため、日常生活の形成にとって重要性が認められる場合に限り成立するのが原則となり、住居等の通常所在地についてのみ規制対象となっていると説明できるだろう。

74) この判例については、1回目は相手方の行動パターンを把握し2回目で気持ちを伝えたときにはストーカー行為が成立しないのは不合理であり、③は要件とするべきではないという批判がある(滝谷・前掲注72))が、そのような事例では第一行為は「見張り」に該当する余地があり、その場合ストーカー行為が成立することになるように思われる。確かに通常所在地以外の場所での第一行為は、規制対象となる「見張り」ではない。しかし裏を返せば、通常所在地以外での「見張り」を「待ち伏せ」と構成し規制対象とすることは、「見張り」を通常所在地に限定して規制対象とした法の趣旨を没却することになるだろう。

75) 例えば、大辞林によれば、待ち伏せは「人を襲ったりするために隠れて待つこと」とされ、見張りは「見て番をすること」とされている(松村明編『大辞林〔第3版〕』(三省堂、2006))。また、広辞苑によれば、待ち伏せは「相手の不意をつかむために隠れていてその来るのを待つこと」、見張りについては「見張る ①……②あたりを注意深く見渡して番をする」とされている(新村出編『広辞苑〔第6版〕』(岩波書店、2008))。以上のように日本語としての言葉の意味からも、直接的接触の意思ないし目的が区別のメルクマールになっている。

76) 例えば人気のない夜道に待ち伏せされた場合の方が、人が大勢いる昼間の駅にて待ち伏せされた場合よりも、身体の安全に対する侵害行為の発生可能性は高まる。

77) 例えばナイフをちらつかせながら待ち伏せするような行為は、想定される第二行為が生命身体に対する侵害を加えるものであることを容易に想起させる。

78) 以前に警察に相談し警告が出されていたにもかかわらず待ち伏せされる場合や、脅迫的な異様の文面を受け取った後に待ち伏せされる場合には、想定法益侵害の現実化の通常性が認められやすいだろう。

79) なお、職場や住所等、日常生活の形成にとって重要な場所に待ち伏せされることについても、そのような

う恐怖から、およそ外出すること自体について通常萎縮するような場合、日常生活の形成にとって重要な法益の侵害が予想されるとして、行動の自由の著しい侵害の不安を認定することもできるだろう<sup>80)</sup>。

### (b) 3号行為——非義務行為の要求

3号行為は、面会交際その他義務のないことを要求することを把握しているが、そもそも非義務行為の要求に対して私人には拒否する自由があり、何らかの重大な不安が惹起されるとは限らないところ、いかなる場合に不安方法が肯定されるのだろうか。

3号行為類似の規定として想起されるのは、「生命、身体、自由、名誉若しくは財産に対し害を加える旨を告知して脅迫し、または暴行を用いて、人に義務のないことを行わせ、または権利の行使を妨害」する罪である強要罪（刑法 223 条）である。これと比較すると 3号行為は、行為態様の限定がなく、また実際に被害者が非義務行為を行う必要もない。こういった意味で強要未満の行為類型を 3号行為は把握するものと理解できる<sup>81)</sup>。

以上のように 3号行為の性質を理解するならば、非義務行為の要求について、相手方が断る自由を有しているにもかかわらず、不安方法が成立しうる場合があることも首肯しうる。すなわち、通常は非義務行為の要求に当たっては、当該要求に従わなかった場合の法益侵害を示唆するものが多いと思われる。その示唆は、明示的に法益侵害を示唆するものに限らず、黙示的な示唆も含まれる。例えば極めて威圧的な態度をとることによって、身体の安全等への侵害を示唆する場合や、職場の上司から職業上の利益／不利益が示唆される場合のように日常生活の形成にとって重要な行動の自由の侵害を示唆する場合がこれに

該当する。そして、これに対して、何等そういった事情が認められない中でただ非義務行為を要求する場合は、それ自体が他号行為を成立させる場合は当該規定により捕捉されることは当然であるが<sup>82)</sup>、それ以外は原則として不安方法を成立させないということになるだろう。

## 3 まとめ

以上、現行法につき相当程度に具体例を交えながら考察を行うことにより、処罰根拠としての総合的被害の存在及びその内実、そして私人の行動の自由等との調整としての「不安方法」の意義及びその内実を明らかにすることで、Ⅱで摘示した諸問題に対して一定の解釈論上の解答を提示することができたように思われる。以上のような具体的事実に基づく<sup>83)</sup> 条文に即した判断をもって、当罰性の高さや悪質性を論じることができれば、処罰範囲が主観的に不明瞭に拡張していくことは防げるのではないかと思われる。

## Ⅳ. 日本法再考 2 ——立法論的課題

### 1 はじめに

Ⅲにおいては、現行法におけるストーカー行為罪の構造及びその重要部分たる「不安方法」の内実につき、解釈論上の考察を行った。もともと、こうして明らかとなった処罰範囲が、社会的事実としてのストーキングに鑑みて、妥当なものであるかについては別途の考慮を要する。

ストーカー行為罪の構造自体については、

---

重要な場所に行きにくくなるという萎縮の惹起を捉えて、行動の自由の著しい侵害の不安を認定することも可能であるが、その場合には、不安方法で行われた「通常所在地付近での見張り」も成立することになるだろう。

80) なお芸能人については、その職業の性質上、待ち伏せ行為に対する同意が認められやすい場合がある。すなわち不特定多数の第三者との接触ないし接近を目的とするイベント等において待ち伏せする者があったとしても、その待ち伏せ行為によって上記不安を覚える可能性は低く、原則としては不安方法が認められないという帰結になるだろう。

81) 安富潔「ストーカー行為等の規制に関する法律」捜査研究 607 号 17 頁, 18 頁 (2002)。

82) 例えば要求自体に性的羞恥心を害する事項の告知が含まれる場合は 8号行為で捕捉される。

83) 従って被害者や警察・検察としては、ストーカー行為罪の成立に向けた主張立証を目標とするならば、事細かに具体的事実について情報を収集・保全することが必要となる。

IIで挙げた諸外国とは異なる独自のものであることは否定できないが、それ自体に非合理性がある訳ではない。本稿のような理解からは十分に合理性をもって説明することができ、また、この構造に基づいて現行法が既に15年も運用されてきていることからすれば、当該構造それ自体について立法論上の批判を行う必要性及び合理性は低いだろう。

そこで、ストーカー行為罪の構造それ自体は前提とした上で、当該構造との関係での立法論上の問題につき付言することとしたい。

## 2 IIIから導かれる立法論的課題

### (1) 問題の所在

IIIにおける考察から明らかとなったのは、処罰根拠は総合的被害に求められ、行為者の行動の自由等との調整の観点から、一定のストーカー行為を構成しうる行為にも個別行為の危険性として不安方法が求められるという構造であった。

この構造自体に不合理な点はなく、また、総合的被害の内実としても、ドイツ刑法238条に対して、行為と結果との間の因果関係を明確に証明することが困難である点や、目的である被害者保護を有効に行う必要性の観点から結果要件は不要とすべきである点が指摘されている<sup>84)</sup>ことからして、危険犯として構成することに合理性が認められる。

もっとも問題となりうるのは、不安方法に関する問題である。本稿の理解からすれば、現行法は、行為者の行動の自由等への過度な制約を避ける必要性の高低に応じて、不安方法を要求する行為と要求しない行為とを区別している。このような区分自体の合理的説明に関してはIIIで展開したが、各々の行為の割り振り自体が適切であるかについては別途の考慮を要する。

### (2) 問題点及び改正すべき点

1号～4号行為につき不安方法が要求されるべきであることには異論がないように思われる。高校生が恋愛感情を抱く相手方に対してプレゼントを贈ろうと高校の廊下で待ち伏

せする行為(1号行為)、職場の同僚が好意の対象である相手方の服装を覚えて翌日その点につき話しかける行為(2号行為)、好意の対象である相手方を食事に誘う行為(3号行為)、職場の同僚から恋愛関係の解消を告げられた者が同じ職場の同僚である親友を相手に飲み屋で荒々しく又は粗野に愚痴を述べる行為(4号行為)といった諸行為が全て可罰的行為を構成しうる行為だと評価することは、行為者の行動の自由への過度な制約となるだろう。

5号～8号行為についてはどうか。既述のように6～8号行為については私人の自由の過度な制約とはならないが、ここで問題となるのは5号行為である。5号前段のような無言電話については過度な制約とならないが、考慮を要するのは5号後段である。確かに5号後段行為は、相手方の拒絶意思を自覚的に無視して相手方との接触を図り続けようとする行為であるが、これが一律に、可罰的行為を構成しうる行為と評価されるべきかどうかは別問題である。

例えば、恋愛関係にあった相手方から突然、交際関係の終了と共に今後の連絡を一切拒絶する旨のメールやSMSによる連絡があった場合に、それに対して、理由を問う等する旨の連絡を複数回行うことは間々ありうるものであって、それらを全て、可罰的行為を構成しうる行為と評価することは、私人の行動の自由を著しく萎縮させるものであるように思われる。ここにいう萎縮の問題は、非義務行為の要求全てを、可罰的行為を構成しうる行為と評価することによる萎縮と同様の問題であり、この点の均衡を欠くことは問題であると本稿は考える。メールやSMSといっても、必ずしも1回の送信内容に表現内容全てが込められる訳ではなく、一体となった表現内容を、近接した時間内に、複数回に分けて送信することもあるのであって、これを「相手方に拒まれたにもかかわらず連続して電子メールを送信」する行為であるとして、常に可罰的行為を構成しうる行為とは評価すべきではないだろう。

84) 嘉門・前掲注12)89頁。

特に5号後段行為は、かつては架電やファクシミリ送信行為に限定されていたが、法改正によりそれらとの事実としての類似性からメール送信行為も含むようになり、後述のように今後の法改正でSNSにおけるメッセージ送信行為も含む流れにあるのであって、電子通信手段一般を利用する行為へと拡張していく方向にあるように思われる。この方向性の中では、ますます上記の点は問題であり、電子通信手段が一般的に頻繁に使用される現代社会の実態に照らしてみれば、全て不安方法を要求しないというのは妥当ではないだろう。

### (3) 小括

以上の検討から、5号後段行為については個別行為の危険性として不安方法が要求されるべきである。従って、改正案としては、2条2項括弧書きの「前項第一号から第四号までに掲げる行為」を「前項第一号から第四号までに掲げる行為並びに第五号後半に掲げる行為」とすることが妥当であると考えられる。

## 3 IIIより波及する立法論的課題

以上、ストーカー行為罪の構造という見地から導かれる解釈論的・立法論的課題につき考察を行ったが、ストーカー行為罪の処罰範囲を限定する要素としては、他に、「つきまとい等」の行為態様の限定列举と、「つきまとい等」の目的要件とが存在している。後者については本稿の議論とは関連性を有しないため検討は省略するが、前者の合理性には本稿の議論が波及しうるため、この点に関する立法論的課題につき最後に付言しておく。

### (1) 問題の所在

ストーキングの実態は、「多種多様な行為を使って被害者に迫り、精神的に追い詰めていく」ものであり<sup>85)</sup>、ストーキングは「必

ずしも確立した定義をもたない行為である」<sup>86)</sup>とされる。日本法においては、そのようなストーキングをなるべく網羅的に把握し、刑罰ないし警告等の対象としようとして、2条1項の「つきまとい等」は8種類の行為態様を把握していることは既に述べた。

しかし、この8類型によって多種多様なストーキングを全て網羅的に把握しきれていないかどうかについては検討を要する<sup>87)</sup>。把握しきれていない行為態様が存在するのであれば、同等の法益侵害を生じさせる行為について、ストーカー規制法が把握しているか否かという事情によって規制対象となるか否かが変わるという事態が生じることになり、この点は早急の改善を要することになる。

### (2) 解決の道筋

#### a 解決のアプローチ

多様な行為態様への対応という観点から日本並びに英米独のストーカー行為処罰規定を見ると、以下の三つのアプローチがあることが分かる。

第1に、行為態様の摘示をおよそ撤廃するというアプローチである。これは英米において見られる発想である。このアプローチを採用すると、日本法では1号～8号の行為態様の摘示が不要となる。

第2に、受血的構成要件を設けるというアプローチである。これはドイツにおいて見られる発想である。このアプローチを採用すると、日本法では9号行為として「その他これらに相当する行為」という摘示がなされることになる。

第3に、上記2つのような包括的規制を置くのではなく、なるべく多種多様な行為態様を想起ないし調査し、ありうる行為態様を条文に記すというアプローチである。これは現在日本で採用されているアプローチであり、このアプローチからは、諸外国の規制等を考察して、日本法で欠如している行為態様につき摘示する作業を行うこととなる。

85) 中川・前掲注29)32頁。

86) 瀬川・前掲注3)114頁。

87) 前田雅英「判批」捜査研究761号23頁、28頁(2014)は「ストーカー規制法上の規制対象行為と同様に相手方に不安を与える行為と評価できるにもかかわらず、現在は規制対象となっていない行為類型が存在していることも事実である」とする。



## Ⅱ 第1のアプローチ

Ⅲで明らかとなった日本法のストーリー行為罪の構造からすれば、第1のアプローチは採り得ないように思われる。すなわち、日本法においては、行為態様の性質によっては行為者の行動の自由等との調整が「不安方法」においてなされていることからすれば、一つ一つの行為態様を摘示することに意味があるのだから、全て撤廃するということはできないように思われる。

## Ⅲ 第2のアプローチ

ストーリー行為罪の構造からすれば、受皿的構成要件として「その他これらに相当する行為」という9号行為を設けた上で、1～8号行為に摘示されない行為は間々ありうるとして9号行為については私人の自由との調整が高度に必要であるという前提に立ち、9号行為がストーリー行為を構成しうる行為と評価されるためには不安方法が必要とされるという立法を行うことも不可能ではない。

しかしながら、ここでは刑罰法規の明確性の原則との調整が必要となる。すなわち、ド

イツにおいてドイツ刑法238条1項5号の明確性について議論されていた<sup>88)</sup>ように、「その他これらに相当する行為」は、それ以外の号行為とは全く別の行為を指し、それは侵害内容によってでしか明らかにならない。従って、「その他これらに相当する行為」に対する規制が合憲であるか否かという問題として、「相手方に対して、不安方法によってある行為を反復してなし、それが相手方の生活形成に関する危険を惹起した場合」に処罰するという処罰規定が、刑罰法規の明確性の原則に鑑みて妥当であるかという問題と同等の問題が生じるのである。

この点については、刑罰法規の明確性には「公正な告知」(fair notice)としての役割があるところ<sup>89)</sup>、Ⅲ2で考察したように、不安方法がいかなる場合に認められるかについては、各号行為の性質に鑑みながら個別具体的に解釈していくことでようやく明らかになるものであり、公正な告知としての役割を果たさないのではないかという疑義があること、また、ドイツにおいては侵害犯構成であ

88) Fischerは同号が明確性の原則を満たさないとするが、その理由を敷衍するならば以下の通りである(Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.6-6b, 17-17c)。

まず、類推解釈が許容されるためには、それが上位概念の法定事例に結びつけられ、その範囲の内側に留まらなければならない。十分に明確な拠り所たる上位概念を見つけることなしに他の可罰的振る舞いと「評価された比較」による方法での構成要件の限界の確定を委ねる刑罰構成要件は、基本法103条2項の要請を満たさない。238条1項5号の確定のために拠り所となる上位概念は「つきまとい」である。確かに「つきまとい」という言葉は、狩猟権侵害に関する刑法292条から借用されたものであるが、これは役に立たない。例えば238条は心理的負担を被害者に与えるような「つきまとい」を想定しているが、動物を対象とする292条の「つきまとい」では役に立たない。従って「つきまとい」は、構成要件の結果である「生活形成の侵害」を考慮しなければ確定することができない。また、5号が明らかにする構成要件は、1号～4号行為とは関係しない別の行為であるため、5号行為の内容は、侵害内容たる構成要件の結果によってでしか明らかにならない。しかしながら、292条の「つきまとい」が個々の振る舞いの具体的描写なく合憲であるのは、それが他者の狩猟権侵害という明確且つ具体的な結果に向けられているからであるのに対して、238条のように、対象を殺したり捕まえたりするのではなく、その生活形成を侵害するという結果は、それ自体では明確且つ具体的ではなく、1～4号行為の振る舞いを考慮することで確定できるものである。

そうすると、1号～4号行為に「相当する振る舞い」というのは、そこに記述された振る舞いによっては明らかにならず、上位概念たる「つきまとい」の内実は、結果として記述されている侵害により明らかになるものであるが、侵害という結果は「つきまとい」の概念によって明らかになるものである。従って、類推解釈を単に組み合わせただけの、循環する定義(eine zirkelhafte Definition)として規定されているだけであり、十分な明確性は有しない。

89) 「およそ、刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反し無効であるとされるのは、その規定が通常の判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさず、また、その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる等、重大な弊害を生ずるからであると考えられる」(徳島市公安条例事件(最判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁))。なお、この「公正な告知」と「恣意的執行の防止」の2つの役割は、アメリカにおいても見られる(City of Chicago v. Morales, 527 U.S. 41, 119 S.Ct 1849, 144 L.Ed.2d 67 (1999), ヨシュア・ドレスラー『アメリカ刑法 Understanding Criminal Law』59頁(レクシスネクシス・ジャパン株式会社, 2008))。

るにもかかわらずドイツ刑法 238 条 1 項 5 号の合憲性について厳しく批判がされていたところ、日本法におけるストーカー行為罪が危険犯構成であり、処罰根拠たる法益侵害の内容がそれ自体では比較的不明瞭であること等からして、受血的構成要件を設けることは妥当でないように思われる。

もっとも、この点について結論を出すためには、刑罰法規の明確性の原則について立ち入った議論を行う必要があるため、以上のように方針のみを記すに止めたい。

#### d 第3のアプローチ

それでは、現在の日本法同様、一つ一つ行為態様を摘示し、不安方法を要求する行為類型とそうでない行為類型とに割り振るというアプローチを採るならば、いかなる行為態様を、現行法に加えて指摘する必要があるだろうか。

ここではドイツ法や有識者検討会で摘示さ

れた行為態様等と現行法との比較を行うことが有益であるが、その検討結果を記すと、有識者検討会で追加すべきとされた行為態様<sup>90)</sup>に加えて摘示が必要と思われる行為態様は、「同じ住宅の住居等へ転居することによって住居等の平穩を害する行為」<sup>91)</sup>、「被害者の生命侵害を社会通念上暗示する事柄を被害者に告知し又はその知りうる状態におくこと」<sup>92)</sup>、「個人情報不正使用により、注文をしたり、第三者をして接触させたりすること」<sup>93)</sup>、「盗撮、盗聴、GPS の設置等により、被害者の意思に反して被害者の行動を把握すること」<sup>94)</sup>であり、最初の2つについては不安方法を要求する類型として規定すべきである<sup>95)</sup>。

#### (3) 小括

以上検討したように、現行法は多様な行為態様に必ずしも対応できている訳ではなく、少なくとも前項に挙げられた行為態様につい

90) 有識者検討会では「はいかい」行為（例：被害者宅付近をはいかいし、被害者宅から見える路上に好きな花を置く行為）、SNS におけるメッセージ送信行為等が、新たな行為態様として追加されるべきであるとされた。

91) つまり「住居等への押し掛け」には該当しないが、住居等の平穩に関する不安を惹起するおそれのある行為である。ドイツでは 1 号行為で把握されるとする見解が存在した（Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.13）。

92) ドイツでの 5 号行為として、被害者の氏名を新聞の死亡広告欄に掲載する行為を含める見解も存在した（前掲注 15)）。動物の死体を送付する行為が、そのメッセージ性から、身体の安全に関する不安を惹起するおそれがあることからすれば、同様に規制対象となるべきであろう。もっとも、死体の送付とは異なり「社会通念上暗示する事柄」自体には多種多様なものがありうることから、不安方法を要求する類型として摘示されるべきであるように思われる。

93) ドイツにおける 3 号行為である。「頼んでもいない出前が毎日のように自宅にくる」行為が把握されていない点を指摘するものとして、山田秀雄編著『Q&A セクシュアル・ハラスメント ストーカー規制法解説（第2版）』161 頁（三省堂、2004）。

94) ドイツでは 5 号行為で被害者を晒し者にするような写真撮影や監視行為を把握する見解が存在した（前掲注 15)）。

95) 監視行為等については、特に立法の必要があるように思われる。現行法の立場からすれば、GPS 機能付きの携帯電話器が車両等に密かに取り付けられていたり、盗撮カメラや盗聴器が住居等に設置されていたりしても、監視していると思わせる事項の告知等が行為者の側からなされなければ、第三者や被害者自身が同機器を発見したとしても、それが住居等付近の「見張り」に該当しない限り、ストーカー規制法の規制は及ばないということになる。しかしながら、盗撮や盗聴等によって被害者の生活が監視されていること自体が、被害者の不安等を惹起するのであって、それが加害者によって告知されるから不安等が惹起されるのではないことからすれば、盗撮や盗聴自体についても規制が及んでしかるべきであろう。ドイツでは 5 号行為の中で把握されていた。

この点は、既に判例実務においても問題となっている。例えば、「待ち伏せ」の意義が問題となった前掲・東京高判平成 24 年 5 月 24 日においては、事案の本質は、行為者が被害者の父親の使用する車両の底部に GPS 機能付きの携帯電話器を密かに取り付けしていたというものであった。しかし監視行為自体が規制対象となっていないがために、被害者の行動を把握していた行為者の姿が被害者から度々目撃されていた点を捉えて「待ち伏せ」行為が成立しているとされたのであった。すなわちこの事案においては、事案の本質から外れた形でのストーカー規制法の適用を行うしか方法がなかったのである。また、有識者検討会においても、オンライン型ストーカー対策を要求する意見の中において、スマートフォンや携帯電話の GPS 情報の悪用、パソコンのウェブカメラを遠隔操作することによる部屋の様子の盗撮、尾行用の GPS 装置の設置といった行為等の行為を挙げるものも存在している。

以上からすれば、監視行為自体を規制対象にすべきであることは明らかであろう。

ては新たな規制が必要である。もっとも、その規制方法として、逐一摘示を行うか、或は受血的構成要件を設けるかについては、本稿の議論の射程を外れるため、ここでは留保しておきたい。

## V. おわりに

以上、ストーカー規制法におけるストーカー行為罪の構造並びに解釈の考察を経て、ストーカー行為罪の処罰範囲がどのようにして限定されているのかを明らかにし、今後の改正指針についても一定の提言を述べることができた。

諸外国の法制度に共通してみられた思考枠組は、複数の行為全体によって惹起される被害に処罰根拠を求める方針であり、その萌芽は日本の判例実務及び学説の理解にも徐々に表れてきているところであって、基本的に日本でも妥当する方針であろう。

そしてあくまでもこの点を前提とした上で、ストーカー処罰により制約されうる私人の行動の自由等との調整を図る必要性から、様々な観点からの処罰の限定方法が存在した。総合的被害として重大な被害を要求する方法や、合理的な行為は処罰しないという幅広い例外規定を設ける方法等、様々な観点からの限定が諸外国に存在していたが、日本法はストーカー行為罪をあくまでも危険犯と構成した上で、目的要件の存在・行為態様の摘示といった処罰限定に加えて、「不安方法」を一定の行為について要求するという処罰の限定を行っている」と解することができた。

このように当罰性を有する行為に対する刑罰権の行使と、私人の行動の自由との調整が、諸国家の法制度によって様々な構造をもって立ち現れていることが認識されなけれ

ばならない<sup>96)</sup>。ストッキングに対する社会的意識の高まりから改正の多いストーカー規制法であるが、社会的要請に場当たり的に応答したり、諸外国の法制度との表面的な比較を行うことで処罰範囲を拡大ないし縮小させたりするのではなく、構造との関係での条文の意義を理解しながら、法改正等が行われる必要があるだろう。

ストーカー規制法には解釈論上の問題も含め検討されるべき問題が様々存在している<sup>97)</sup>が、処罰の構造の一端を明らかにするという意義を本稿が果たしたところで、ひとまず筆を擱くこととしたい。

### \* 謝辞

本稿は、筆者が2014年度に提出したリサーチペーパーに加筆・修正を加えたものである。

執筆にあたっては、多くの先生・先輩・同期・後輩、そして家族の暖かいサポートを頂いた。この中から1人でも欠けていれば、本稿は今ある形で成立することはなかったように思う。特に、樋口亮介先生には、指導教員として、佐藤輝幸さん（現法政大学准教授）には、先達として、筆者の自主性を最大限に尊重しながら、外国法の指導から内容の議論にわたるまで、真摯に的確にご教示頂いた。紙幅の関係で全員のお名前を挙げるができないことが悔やまれるが、皆様一人一人に心から感謝の意を表したい。

「刑法が犯罪および刑罰（中略）を規定するのは、犯罪現象に対処するためであるから、刑法の機能をあきらかにするためには、まず、犯罪現象がどのようなものであるかを知らなければならない」<sup>98)</sup>のであるし、刑罰が「違反行為を犯罪と烙印つけて強い社会倫理的非難を加える」<sup>99)</sup>ものである以上、

96) 藤本哲也「ストーカー規制法の問題点」戸籍時報699号110頁(2013)、同「「ストーカー行為等の規制等の在り方に関する報告書」について」戸籍時報719号78頁(2014)は、ストーカー規制法の基本構造を改める必要がある旨を強調するが、そこで念頭に置かれているのは警告及び禁止命令等の手続要件に関する構造であって、ストーカー行為罪の構造については触れられていない。本稿の理解からすればストーカー行為罪の構造自体を改正する必要性まではないだろう。

97) IV 3にて指摘した問題に加えて、ストーカー行為罪を親告罪とすることは是非、同罪の実行行為の範囲、同罪と他の犯罪との罪数関係、禁止命令等違反罪の性質並びに手続等々、問題を挙げれば切りがない。

98) 団藤重光『刑法綱要総論〔改訂版〕』7頁(創文社、1990)。

「刑法解釈論が単なる言葉遊びに堕ちてはならない」<sup>100)</sup>。そのためには、処罰範囲の明確化のみならず、如何なる問題が現実社会に存在し、多様な制裁<sup>101)</sup>の中から敢えて刑罰を選択することで如何なる目的を実現することを欲し、そして実現することが可能なのかを、自覚的に主体的に常に問い続け、観察し続ける姿勢が、刑事学に求められよう。

それにもかかわらず、ストーカーという重大な社会問題の考察にあたり、筆者には勿体無い程のサポートの中で、本稿が直罰規定の適用範囲の明確化という極めて限定的な局面の検討に終わった<sup>102)</sup>のは、偏に筆者の能力不足による。しかし、それでもなお本稿に見るべきものがあるならば、望外の喜びであるし、それは偏に周りの皆様のおかげである。

(さの・ふみひこ)

---

99) 佐伯仁志『制裁論』128頁(有斐閣, 2009)。

100) 橋爪隆『正当防衛論の基礎』ii頁(有斐閣, 2007)。

101) 「社会規範の違反に対して、その行為を否認したり思いとどまらせたりする意図でもって行われる反作用であり、一定の価値・利益の剥奪ないし一定の反価値・不利益の賦課を内容とするもの」としての制裁を意図している(佐伯・前掲注99)7頁)。なお、田中成明『法的空間 強制と合意の狭間で』137頁以下(東京大学出版会, 1993)参照。

102) 例えば、日本刑法学会第93回大会(2015年5月)分科会Ⅲでは主として刑事政策の側面からストーキングが取り扱われていた。「刑法だけを孤立させて考察の対象とするのではなく、他の法律その他の社会統制の手段の一つとして刑法を考え、刑事政策や他の諸科学の成果をふまえて、刑法の果すべき任務を考えなおすことや「どこに本当の問題があるかを明かに」すること(平野龍一『刑法 総論Ⅰ』i頁(有斐閣, 1972))は特に現代において必須であるように思われる。参照、川出敏裕「刑事政策の時代」法教410号1頁(2014)。