The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ストーカー行為罪に関する一考察（一）
Author(s)	亀田, 悠斗
Citation	阪大法学. 2020, 69(5), p. 231-259
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87253
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

ストーカー行為罪に関する一考察（一）

亀田悠斗

第一章　はじめに
第二章　ストーカー行為罪の保護法益に関する諸見解
第一節　ストーカー行為罪の構造
第二節　保護法益
第一款　裁判例
第二款　学説
第三款　小括
第三章　ドイツ刑法二三八条一項の保護法益に関する諸見解
第一節　ドイツ刑法二三八条一項の構造
第二節　立法・改正経緯
第三節　保護法益
第一款　立法者の見解・判例
第二款　学説
第三款　日本法への示唆
第四章　ストーカー行為罪の保護法益に関する考察
第一節　エスカレート後の行為により侵害される利益に着目する立場
第二節　ストーカー行為それ自体により侵害される利益に着目する立場
第一款　個人の法的平穏
第二款　精神（の健康）
第三款　個人の生活領域、意思活動の自由、日常生活を安全且つ平穏に形成していく権利ないし利益
第四款　個人の安心感
第三節　小括（以上、本号）
第五章　ストーカー行為罪の構成要件解釈
第一節　総論
第二節　不安方法
第三節　反復性
第四節　恋愛感情等充足目的
第五節　二条一項各号の行為態様一般
第六節　見張り該当性が問題となった諸行為
第六章　おわりに

第一章　はじめに

ストーカー行為等の規制等に関する法律（ストーカー規制法）は、二〇〇〇年五月二四日に公布され同年一一月二四日に施行された議員立法である。[1] 本法の立法目的について、草案提案者は以下のように述べる。すなわち、「最近、我が国において、悪質なつきまとい行為や無言電話等の嫌がらせ行為を執拗に繰り返す、いわゆるストーカー行為が社会問題化しており、ストーカー行為がエスカレートし、殺人などの凶悪事件に発展する事案が全国的に見受けられるところであ」る。「これらの行為については、国民からも特にストーカー行為を規制してほしいとの要望が多く寄せられているところであり、また、その初期段階において法令を適用し、防犯上適切な措置を講ずることが、重大犯罪発生の未然防止に極めて有効であると考えられて」いるが、しかし「現実には既存法令の適用が困難な場合が大部分であり、これまで有効な対策をとりがたいものであ」った。「そこで、この法律案は、このような現状を踏まえ、ストーカー行為を処罰する等ストーカー行為等について必要な規制を行うとともに、その相手方に対する援助の措置等を定めることにより、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穏に資することを目的として立案したものであ」る、と。[2]

当該立法理由や法一条の目的規定に基づき、通説的見解は、ストーカー規制法に規定されている犯罪の一つであるストーカー行為罪（一八条、二条）の保護法益を、「個人の身体、自由及び名誉」と「生活の安全と平穏」の両者と解している。[3] また、ここにいう「個人の身体、自由及び名誉」は、ストーカー行為それ自体ではなくエスカレートした後の行為によって侵害されるものと捉えられている。[4] しかし、このような保護法益の理解は、直ちに二つの疑問を生じさせる。

第一に、新たな意思決定を要する将来の行為により生じる危害をストーカー行為の処罰根拠と捉えてよいのだろうか。後続行為が惹起する侵害を処罰根拠とする犯罪類型として、例えば、予備罪が挙げられる。各種予備罪では基本犯を実行する目的が要件とされており、それによって、極めて抽象的ではあるが基本犯による侵害の危険性が予備行為にも認められることになる。他方、ストーカー行為罪においては、そのような後続行為を実行する目的すら犯罪成立要件とされてない。それゆえ、通説的見解によれば、ストーカー行為罪は行為の客観的危険ではなく行為者の危険な性格ないし傾向性を処罰根拠とする犯罪と解されることになってしまうのではないかとの疑いが生じる。

第二に、もう一つの保護法益である「生活の安全と平穏」の具体的内実は必ずしも明らかでない。これはどのような行為によって害されうるものなのであろうか。例えば、漠然とした不安感の発生やプライバシーの侵害は当該利益の侵害と評価されうるのか。これに対する答えを当該表現から読み取ることはできない。

通説的見解は、これらの疑問に対してほとんど応答していない。日常行為と境を接し、また、テクノロジーの発展等に伴い新たな行為類型が立法によって追加される可能性が決して低くないというストーカー行為罪の特質上、このことは特に問題であるように思われる。

そこで、本論文はストーカー行為罪の保護法益の検討を主題とする。まず、本罪の保護法益に関する諸見解を概観する。次に、同様にストーキングを処罰対象とするドイツ刑法二三八条、特に基本犯である一項の保護法益を巡る議論を参照する。続いて、ドイツの議論も踏まえたうえで、如何なる利益がストーカー行為罪の保護法益に据えられるべきかという問題に取り組む。最後に、そこで導き出された私見に基づき、本罪の構成要件に関する解釈論を展開する。

第二章　ストーカー行為罪の保護法益に関する諸見解

第一節　ストーカー行為罪の構造

ストーカー規制法一八条は、「ストーカー行為をした者は、一年以下の懲役又は百万円以下の罰金に処する」と規定する。ここにいう「ストーカー行為」を定義するのが、二条三項である。すなわち、「この法律において『ストーカー行為』とは、同一の者に対し、つきまとい等（第一項第一号から第四号まで及び第五号（電子メールの送信等に係る部分に限る。）に掲げる行為については、身体の安全、住居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により行われる場合に限る。）を反復してすることをいう」。そして、ここにいう「つきまとい等」を定義するのが、二条一項である。二条一項柱書によれば、「この法律において『つきまとい等』とは、特定の者に対する恋愛感情その他の好意の感情又はそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情を充足する目的で、当該特定の者又はその配偶者、直系若しくは同居の親族その他当該特定の者と社会生活において密接な関係を有する者に対し、次の各号のいずれかに掲げる行為をすることをいう」。

すなわち、二条一項各号にあたる行為が、恋愛感情等充足目的で（二条一項柱書）、特定の者等に対して（二条一項柱書）、反復して（二条三項）行われた場合に、ストーカー行為罪（一八条）は成立する。ただし、その行為が二条一項一号から四号までおよび五号の一部（電子メールの送信等に係る部分）の行為態様に該当する場合には、二条三項に基づき、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（不安方法）によって行われなければならない。

第二節　保護法益

第一款　裁判例

ストーカー行為罪の保護法益に関する裁判所の理解が比較的明瞭に表れている裁判例として、東京高判平成一五年三月五日（高等裁判所刑事裁判速報集（平一五）号四八頁）がある。本事案では、着信拒否設定がなされていた被害者の携帯電話に電話をかけようとする行為が、二条一項五号の「電話をかけ」る行為にあたるかどうかが問題となった。裁判所は、「被告人が電話をしても、被害者は着信音もバイブレーターによる振動も感じたことはなく、被害者の平穏な生活は一切侵害されておらず、法益の侵害がない」という被告人側の主張を退けたが、その理由の一つとして、「前記のとおり〔引用者補足：「着信拒否をしているにもかかわらず、被害者は着信履歴を見て、犯人が執拗に電話をかけてくることを知り得るのであって、そのことにより被害者が不安感を抱くおそれは十分保護に値すると思われる」」、被害者が不安感を抱くおそれは十分保護に値するものであって、法益侵害が認められる」と述べている。ここから、本判決は、個人の安心感ないしこれを包含するものを保護法益に含めていると考えることができる。

前記裁判例ほど明確ではないが手がかりとなりうる裁判例として、東京高判平成二四年五月二四日（高等裁判所刑事裁判速報集（平二四）号一二六頁）と東京高判平成二四年一月一八日（高等裁判所刑事裁判速報集（平二四）号四五頁）がある。前者は、「個人の身体、自由及び名誉に対する危害を防止し、あわせて国民の生活の安全と平穏に資するという法の目的（ストーカー規制法一条）及び保護法益からすると」という表現を、後者は、「本法は、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穏に資することを目的とするものであり（一条）、そのために、本法所定のつきまとい等をして、その相手方に身体の安全、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ことを禁止していること（三条）に照らすと、本法所定の『見張り』の意義についても、このような本法の目的や規制の趣旨に即して解釈されるべきである」という表現を用いている。これらの表現から、本罪の保護法益が本法の立法目的・趣旨と同視されているということが読み取られうる。

さらに、ストーカー行為罪の性質について、最判平成一五年一二月一一日（刑集五七巻一一号一一四七頁）は、「ストーカー規制法は、上記目的〔引用者補足：「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穏に資すること」〕を達成するため、恋愛感情その他好意の感情等を表明するなどの行為のうち、相手方の身体の安全、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により行われる社会的に逸脱したつきまとい等の行為を規制の対象とした上で、その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ものであ」ると述べている。前述の諸裁判例の表現ほど明確ではないものの、もし最高裁が本罪の保護法益を本法の目的と同視していないのであれば、判決において、単に「相手方に対する法益侵害が重大で」というだけでなく、保護法益の内容を具体的に明示していたであろうと考えられる。しかし、実際にはそのような明示はなされていない。それゆえ、最高裁も、本罪の保護法益と本法の目的・趣旨を同様のものと捉えているように思われる。

そうだとすれば、次に、本法の目的・趣旨に関する裁判所の具体的な理解が問題となる。この点について参考となるのが、前掲最判平成一五年一二月一一日の調査官解説である。これによれば、ストーカー規制法は、「個人の身体、自由及び名誉に係る犯罪（傷害、暴行、脅迫、強要、強制わいせつ、強姦、名誉毀損等）による被害及びこ

れらの犯罪には至らない程度の不正行為等による被害並びにこれらの被害が発生する危険性を未然に防止すること、ストーカー行為等は、それ自体、相手方に不安を覚えさせて生活の安全と平穏を害する行為であることから、国民が安全で平穏に暮らしていける状態を確保することを規制目的としている」という。[5] すなわち、ストーカー行為それ自体ではなくエスカレートした後の行為により侵害される「個人の身体、自由及び名誉」と、ストーカー行為により侵害されうる個人的法益としての「生活の安全と平穏」の保護が本法の目的であると理解されている。

以上を総合すれば、裁判所は、上述の意味での「個人の身体、自由及び名誉」と個人の安心感ないしこれを包含するものである「生活の安全と平穏」を、本罪の保護法益として想定していると解されよう。保護法益がこのように理解されているとすれば、裁判所の理解は通説的見解と同義であるといえる。もっとも、後者の法益は前掲東京高判平成一五年三月五日において構成要件解釈を基礎づけているのに対して、前者の法益からしか説明されえないような構成要件解釈が行われたケースは見受けられないということには注意する必要がある。

第二款　学説

第一項　「個人の身体、自由及び名誉」と「生活の安全と平穏」

通説的見解は、ストーカー行為罪の保護法益を「個人の身体、自由及び名誉」と「生活の安全と平穏」と捉える。[6] 冒頭でも述べた通り、ここにいう「個人の身体、自由及び名誉」は、ストーカー行為それ自体ではなくエスカレート後の行為によって侵害されるものと解されている（以下において単に「個人の身体、自由及び名誉」ないし「個人の身体等」と記述する際も、基本的にはストーカー行為それ自体ではなくエスカレートした後の行為により侵害されるところのそれを念頭に置いている）。[7] また、「個人の身体等」のみを保護法益とする見解もある。[8] 他方、「生活の安全と平穏」は基本的には個人的法益と解されているものの、[9] その具体的内実に関する詳しい言及はない。

当該見解に対しては、エスカレート後の行為はストーカー行為それ自体とは別個の意思決定に基づくものであり、またストーカー行為時点において必ずしも予定されているわけではないことからすれば、エスカレート後の行為による侵害の危険は、ストーカー行為それ自体の処罰根拠とするには抽象的に過ぎるとの批判がなされている。[10]

第二項　個人の安心感

次に、個人の安心感を保護法益と解する見解がある。[11]論者は、ストーカー規制法は「一条において『国民の生活の安全と平穏に資すること』を目的として定め、二条二項〔引用者補足：現在の二条三項〕では同条一項一号乃至四号に定められた行為については『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』という限定がなされていることから、被害者の不安感が保護の対象とされているとみるべきである」と述べる。[12]

これに対して、まず、「ストーキング被害者の恐怖は想像して余りあるが、それにも拘らず、心の安寧を包括的に刑事罰によって保護することを正当化する立法は、不当なものと言わざるを得ない」との批判がある。[13]また、「例えば六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、それが仮にたった一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」が、「ストーカー規制法においては、この一回の行為だけでは国家刑罰権は発動しない」、つまり「このように被害者の心的平穏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ないという評価がなされているのである」との指摘もなされている。[14]

第三項　日常生活を安全且つ平穏に形成していく権利ないし利益

最後に、本罪の保護法益を「日常生活を安全且つ平穏に形成する権利ないし利益」とする見解が挙げられる。[15]論者によれば、「不安感を覚えさせる行為が、一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穏に形成していくことを困難にしているという社会実態の認知こそが、ストーカー行為独自の当罰性・可罰性を基礎づけるようになった」のであり、それゆえ、「日常生活を安全且つ平穏に形成する権利ないし利益」が保護法益に据えられるべきであるという。(16)

第三款　小括

本章では、ストーカー行為罪の保護法益に関する裁判所の理解および学説における議論状況を概観した。まず、裁判所は、エスカレート後の行為により侵害される「個人の身体、自由及び名誉」と、ストーカー行為それ自体によって侵害されるところの、また個人の安心感ないしこれを包含するものである「生活の安全と平穏」を保護法益として想定していると推測される。このように理解されるとすれば、裁判所の理解は通説的見解と同義であるといえる。

次に、学説について、通説的見解は、本罪の保護法益を、エスカレート後の行為により侵害される「個人の身体、自由及び名誉」およびストーカー行為それ自体により侵害される個人的法益としての「生活の安全と平穏」と解している。また、前者のみを保護法益とする見解も主張されている。これに対しては、エスカレート後の行為により生じる被害を処罰根拠とする点に疑問が投げかけられている。その他の見解として、個人の安心感と解する見解、日常生活を安全且つ平穏に形成する権利ないし利益とする見解がある。両者は一条の目的規定にいう「生活の安全と平穏」を具体化したものであり、ストーカー行為それ自体による被害を主たる処罰根拠に据えている。

予備罪における基本犯実行の目的のような要件なしに将来の後続行為による侵害を主たる処罰根拠とする通説的見解は、保護法益・処罰根拠に関して従来見られない異質な理解を採用している。それゆえ、このような理解に正当性ないし妥当性は認められるのか、そして同時にこれに代わる保護法益としてどのようなものが考えられるのか

ということが検討されるべきである。しかし、これらの点について日本において十分な議論がなされているとは言い難い。そこで、次章では、同様にストーキングを処罰対象とするドイツ刑法二三八条、特にその基本犯である一項の保護法益を巡る議論を参照する。[17]

第三章　ドイツ刑法二三八条一項の保護法益に関する諸見解

第一節　ドイツ刑法二三八条一項の構造

ドイツ刑法二三八条一項（つきまとい罪）は、「各号に掲げる行為を執拗に行うことによって、他人に、その者の生活形成を重大に侵害するのに適した方法で、権限なくつきまとう者は」、「三年以下の自由刑または罰金刑に処せられる」と規定している。ここにいう「各号に掲げる行為」とは、「その者に空間的に接近すること」（一号）、「電気通信手段若しくはその他の通信手段を用いて、又は第三者を介してその者に接触しようとすること」（二号）、「その者の個人情報を不正に用いて、a)その者に成りかわり商品若しくはサービスの注文を行い、b)又は第三者をしてその者に接触させようとすること」（三号）、「その者自身、その者の家族、又はその者に近しい者の生命、身体の完全性、健康又は自由を侵害するとしてその者を脅迫すること」（四号）、「以上に相当するその他の行為を行うこと」（五号）をいう。

第二節　立法・改正経緯

ドイツ刑法二三八条は、二〇〇七年三月二二日の「執拗なつきまといの処罰に関する法律（第四〇次刑法改正案）」[18]によって新設された処罰規定である。連邦議会報告書によれば、[19]ストーキングは、第一に、被害者に対してしばしば不安状態や睡眠障害、神経衰弱、抑うつなどの精神的影響をもたらす。第二に、多くの場合において、被

害者は、自身の社会的接触を制限し、特定の場所を避け、自身や近しい者の安全のために予防措置を行い、そして極端な場合にはつきまといから逃れるために住居や職場を変更するなどの深刻な態度変更を強いられる。ストーキングの一部は、住居侵入罪（ドイツ刑法一二三条）や侮辱罪（一八五条）、誹謗罪（一八七条）、傷害罪（二二三、二二九条）、強要罪（二四〇条）、脅迫罪（二四一条）、暴力保護法四条[20]などによって処罰されうる。しかし、行動や意思決定の自由の侵害に至るという執拗なつきまといに特有の不法の本質はこれらによって十分には捕捉されていないという。それゆえ、これらの侵害から被害者を保護するために、ドイツ刑法二三八条が新設されることとなった[21]。

その後、二〇一七年三月一日の「つきまといに対する保護の改正に関する法律[22]」により本罪は改正された[23]。二〇一五年三月二七日の連邦参議院議会報告書によれば、バイエルン州やヘッセン州の代表者は、二三八条一項を結果犯から適性犯へと変更すること、そして二三八条一項五号を削除することを提案した[24]。前者の提案は、二三八条一項が「生活形成の重大な侵害」という結果を要求する結果犯として構成されているために、その可罰性は侵害を免れるために被害者が試みる行動によって左右されてしまい、したがって、被害者の保護という二三八条の立法上の目標に限定的にしか対応していないという理由による[25]。すなわち、被害者が何らかの事情により住居の変更等の対抗措置をとることができない場合には、結果不発生により本罪の成立は否定されることになるが、それは被害者保護の観点からは妥当でないということである。後者の提案は、二三八条一項五号の行為態様は不明確に過ぎるという理由による[26]。これらは、連邦政府による法案にも引き継がれた[27]。しかし、その後、二三八条一項五号の削除という後者の提案は却下された[28]。これは、五号の受け皿構成要件がなければ保護の間隙が生じることになってしまうという理由による。最終的に、二三八条一項の構成要件に関する主要な改正として、結果犯から適性犯への変更のみ

が行われた。[29]

第三節　保護法益

第一款　立法者の見解・判例

前節において紹介した通り、立法者はストーキングによる被害として、被害者に対する精神的影響と被害者の重大な生活変更を挙げていた。[30] ドイツ刑法二三八条一項に関しては、特に後者が重視されている。[31] 立法者は本罪の保護法益を「個人の生活領域」と解していると一般的には考えられている。[32] もっとも、個人の生活領域という概念の具体的内実について、立法者は詳しく言及していない。

連邦通常裁判所は、ドイツ刑法二三八条を「生活形成に対する集中的で著しいそして重大な妨害からの個人の生活遂行の保護に資する」ものと捉えている。[33] これは、「自身の生活を第三者の介入に左右されず自身の望むように形成する自由」[34]と同義である。

第二款　学説

第一項　個人の生活領域

通説は、ドイツ刑法二三八条一項の保護法益を個人の生活領域と解している。[35] また、通説を支持する論者の一人は、「この規定〔引用者補足：ドイツ刑法二三八条〕の保護法益は個人の生活領域である」と述べた直後に、「この規定は被害者の行動・意思決定の自由、ならびに被害者の個人的な生活形成を保護しようとしている」と記述していることから、[36]「各人の生活遂行」[37]や「個人の生活形成に関する被害者の意思決定及び行為の自由」[38]、「一般的人格権の一部としての『自己決定の尊重を求める権利』」[39]を保護法益と解する諸見解も同様の主張として理解されうる。

当該見解に対しては、まず、キンツィヒによって以下の三点が指摘されている。[40] すなわち、第一に、個人の生活

領域ないし一般的人格権の包括的な保護の導入は、これまでドイツにおいて行われてきた人格の断片的保護という試みに反する。第二に、人格ならびに行為・意思決定の自由という法益は少なくともストーキングによって第一次的に侵害されるものではない。第三に、二三八条一項四号において脅迫という行為態様が規定されている以上、体系的一貫性を維持するためには、つきまとい罪の保護法益も脅迫罪（ドイツ刑法二四一条）の保護法益と同様に恐怖からの自由と解されるべきである[41]、と。その他に、個人の生活領域や意思決定・行為の自由という概念は本規定の解釈にとって何ら有用でないとする批判[42]や、個人の生活領域という表現に関して、ストーキングの本質は他者に対する執着に存するのであり、場所との結びつき、すなわち、行為がどこで行われるかという点は重要でないという一般的な認識に基づくならば、個人の生活領域という概念は非常に包括的で輪郭の曖昧なものとなってしまうという批判[43]がなされている。

第二項　個人の法的平穏

次に、個人の法的平穏を保護法益とする見解が挙げられる[44]。当該概念の具体的内実について、例えば、マイヤーによれば、個人の法的平穏は、恐怖からの自由や意思活動の自由、重大な侵害からの個人の生活領域の保障を含むという[45]。また、ミッシュによれば、ストーキングによって侵害される中核的な利益は、感情、精神の健康、恐怖からの自由であり、これらを総称するものとして個人の法的平穏という概念が用いられている[46]。

当該見解は通説に対する批判として主張されているわけではないが、ストーキングにより侵害されるのは被害者の生活領域や意思活動の自由のみに限られるわけではないということを示そうとしたものであるとも解されうる。

この見解に対しては、「生活形成の重大な侵害に適した方法で」という文言と整合的でないという指摘[47]や、個人の法的平穏という概念は曖昧にすぎるとの批判[48]がなされている。

第三項　個人の安心感

続いて、本罪の保護法益を個人の安心感（恐怖からの自由）と解する見解が挙げられる。[49] この見解は、本款第一項において参照したキンツィヒによる三つの通説批判を基礎に主張されている。

この見解に対しては、具体性を欠くないし曖昧に過ぎるとの批判[50]や、二三八条をそのような主観的な利益を保護するものと把握することは、侵害を客観化可能な形で構成しようとした立法者の意思に背くという批判[51]がなされている。

第四項　精神（の健康）

立法論ではあるが、本罪の保護法益を精神（の健康）と解すべきであるとする見解もある。[52] 論者は、さらに、本罪の条文を「各号に該当する行為を執拗に行うことによって、権限なく人につきまとい、そしてそれによってその者の精神の健康を侵害した者は、三年以下の自由刑または罰金によって処罰される」というように改正すべきであると提案する。[53] これは、個人の生活領域という法益は構成要件解釈にとって有用でなくまた当該概念の内実も明らかでないという前述の通説批判を基礎とするものであり、この修正により当該処罰規定の適用範囲の限定および明確化が可能になるという。[54]

第三款　日本法への示唆

本節では、ドイツ刑法二三八条一項の保護法益に関する立法者・判例の理解および学説における議論状況を概観した。ここから、ストーカー行為罪の保護法益に関する検討への二つの重要な示唆が得られる。

第一に、ドイツの立法者は、エスカレート後の行為による被害をストーキングによる被害として考慮しておらず、また、学説もこの点について特に言及していない。これは、ストーカー行為それ自体による被害のみで十分にス

トーキングの当罰性は基礎づけられるのであり、エスカレート後の行為による被害を考慮する必要性はないと考えられているからであると推測される。この点は、日本の通説的見解を検討するにあたり有益なものといえる。

第二に、日本では、ストーカー行為それ自体による被害に着目する立場から、保護法益を個人の安心感と解する見解と日常生活を安全且つ平穏に形成していく権利ないし利益とする見解の二つが主張されていた。前者はドイツ刑法二三八条一項の保護法益を巡る議論においても主張されており、また、後者はドイツの通説を基礎とする見解である。(55) 前者については、ドイツ刑法学における伝統的な考え方やストーキングという現象により生じる被害の内容といった、条文の文言以外による論拠も主張されていた。また、後者に対しては、複数の重要な批判が向けられていた。しかし、これらは日本において考察の対象となっていない。それゆえ、これらは、日本のストーカー行為罪の文脈における両見解に対するより深い考察を可能にするように思われる。

ドイツにおける議論から、以上のような示唆を得ることができた。これらの点も踏まえながら、第四章において、ストーカー行為罪の保護法益に関する考察を行う。

第四章　ストーカー行為罪の保護法益に関する考察

第一節　エスカレート後の行為により侵害される利益に着目する立場

まず、「個人の身体、自由及び名誉」と「生活の安全と平穏」を保護法益とする通説的見解および前者のみを保護法益とする見解について、考察を加える。第二章第二節第二款第一項において紹介した通り、この見解に対しては、ストーカー行為とは別個の意思決定に基づく後続行為による侵害の危険は、ストーカー行為時点では抽象的に過ぎるものであり、処罰根拠として適切でないとの批判がなされていた。

さらに、ストーカー行為にはそのような後続行為による侵害の客観的危険がおよそ認められないのではないかとの批判も可能である。というのも、エスカレート後の行為がストーカー行為とは別個の意思決定に基づくものであることに加え、予備罪のような後続の法益侵害行為を実行する目的さえも構成要件において要求されていないからである。したがって、犯罪計画の進展という意味での抽象的な危険さえも、ストーカー行為には認められないように思われる。もっとも、ストーカー行為罪にも目的要件は存在する。すなわち、「特定の者に対する恋愛感情その他の好意の感情又はそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情を充足する目的」（二条一項柱書）である。しかし、「ストーカー規制法上の所定の感情を充足する目的は、行為者の意思形成過程に則して行為を生み出す原動力と言えるかもしれないが、それは、……行為の動機に過ぎず、つきまとい等の行為と後に生じうる結果とを連結する機能を果たさず、それ故、犯罪の成否や刑罰の加減に関係がな」いと評されている通り[56]、当該目的要件を、予備罪における基本犯実行の目的のように後続行為による法益侵害を関連付ける機能を果たすものとみることはできない。そうだとすれば、エスカレート後の行為による被害との関係では、ストーカー行為は、実質的には将来殺人等の重大犯罪を犯すかもしれないという行為者の危険な性格・傾向性の発露であるに過ぎないといえよう。

これを正当な処罰根拠として認めることは、将来の刑事立法による処罰範囲の不当な拡大のおそれを生じさせる。例えば、人への加害の可能性を感じさせるような残忍な性格が表れているとの理由による動物虐待の処罰や、実在する児童の性的自由を侵害するかもしれないと懸念されるような傾向性の発露を理由とする実在する者とは無関係の児童（二次元のキャラクター）との性的行為を描写した漫画等の創作物の所持に対する処罰も、理論的には承認されうる。

また、ストーカー行為罪の規制対象を大幅に拡大させるような立法も、理論上肯定されうることになる。例えば、

相手方に対する異常な執着が表れているという理由から、相手方の写真を大量に収集するという行為をストーカー行為罪の行為類型に追加することも、正当と評価されうる。さらに、ストーカー規制法二条一項二号の行為態様は「その行動を監視していると思わせるような事項を告げ、又はその知り得る状態に置くこと」であり、「監視」それ自体は禁止されていないが、「個人の身体等」という保護法益から「監視」それ自体を処罰範囲から除外する理由は説明されえない。それゆえ、「監視」それ自体をストーカー行為罪の行為類型に加えることも問題ではなくなる。少なくとも、「個人の身体等」を保護法益に据えるためには、このような帰結に理論上至るわけではないということ、または当該帰結に至るとしても特に問題はないということが論証されなければならないだろう。

ここまで将来の刑事立法により生じうる問題について述べてきたが、ストーカー行為罪の構成要件解釈にも影響が及ぶ。まず、反復性解釈にとっての非有用性が挙げられる。例えば、他者に身体の安全等が害されるのではないかという不安を覚えさせるような各号行為が実行されている時点で、行為者が将来相手方の身体等を侵害する可能性は、一般人のそれよりも高いと評価されうる。そして、このような認識によれば、反復性要件は、当該不安を覚えさせるような各号行為が二回行われれば常に充足されると解することも可能となる。もっとも、通説的見解の支持者もこのような解釈ないし帰結を承認しないだろう。そうだとすれば、次いで、行為がエスカレートする可能性がどの程度高まれば反復性を肯定してよいのかが問題となる。しかし、「個人の身体、自由及び名誉」という保護法益は、前記可能性の有意な高さの確定に対して全く貢献しえない。結果として、反復性の有無は、社会通念に照らしてエスカレートの可能性が有意に高まったといえるかどうかによって判断されることになる。そもそもエスカレートの可能性を把握すること自体が非常に困難であるということも併せて考えれば、反復性判断は極めて不明瞭なものになってしまう。規制対象行為が当罰的でない日常的な行為と境を接するというストーカー行為罪の性質を

考慮すれば、これは看過できない問題であるように思われる。

次に、処罰範囲の不当な限定のおそれが挙げられる。例えば、交際の申し出を断られたことに対する腹いせとして名誉を害するような内容の手紙を十数回送付したが、行為者は相手方が恐怖している様を見ることができればそれで満足であると考えていた場合、エスカレートのおそれは存在しないように思われる。そうだとすれば、エスカレート後の行為による被害を重視する立場によれば、当該行為は不可罰になりかねない。しかし、たとえ行為者が相手方の身体等を害するようなエスカレート行為を行う意図を全く有していなかったとしても、当該行為は処罰に値するように思われる。

以上に対して、「個人の身体等」とともに保護法益と考えられているところの「生活の安全と平穏」により、明確かつ適切な処罰範囲の確定が可能であるとの反論が考えられる。しかし、通説的見解は、「生活の安全と平穏」の具体的内実を明らかにしていない。もちろん、これは「生活の安全と平穏」の具体化が不可能であるということを意味しているわけではない。むしろ、次節および次章にて論じるように、ストーカー行為罪の処罰規定としての正当性を基礎づけ、さらに解釈を指導し十分に処罰範囲を限定づけるものとして具体化されうる。しかし、その場合、上述のような諸問題が存在するにもかかわらず、なぜ「生活の安全と平穏」に加えて「個人の身体等」をも保護法益に含める必要があるのかという疑問が新たに生じることになる。

以上より、エスカレート後の行為ではなくストーカー行為それ自体による被害やこれにより侵害されうる利益を重視するアプローチの方が適切であるということが帰結される。このようなアプローチは決して奇異なものではない。例えば、前章の小括でも示した通り、ドイツの立法者も学説も、エスカレート後の行為による被害を特に重視せず、ストーカー行為それ自体による被害のみからドイツ刑法二三八条一項の当罰性を説明している。また、当該

アプローチは、日本の諸裁判例の判断に反するものではない。第二章第二節第一款で述べたように、確かに、裁判所は「個人の身体、自由及び名誉」と「生活の安全と平穏」の両者を保護法益として想定していると推測される。しかし、前者の法益からしか説明されえないような構成要件解釈が行われたというケースは見受けられない。それゆえ、当該アプローチにより諸裁判例と相違する結論が導き出されるという事態は、ほとんど考えられない。

第二節　ストーカー行為それ自体により侵害されうる利益に着目する立場

第一款　個人の法的平穏

個人の法的平穏という概念は、意思活動の自由や恐怖からの自由、精神の健康等を総称するものとして用いられていた。ストーカー行為それ自体によって侵害・危殆化される利益としてこのような複数のものが考えられるということが示されている点では、当該見解は示唆に富む。しかし、この見解に対しては、当該概念は曖昧に過ぎるという、第三章第三節第二款第二項において紹介した第二の批判が妥当するように思われる。例えば、個人の法的平穏という概念は、「法益ではなく、あらゆる犯罪行為によって疑わしいものとされる規範的な構成要件の信頼、すなわち、法秩序の妥当に関する普遍性の信頼を意味する」ものとしても、さらに、個人の安心感を意味するものとしても用いられることがある。[57] したがって、その多義性ゆえに、当該概念は少なくとも適切な表現であるとは言い難い。

第二款　精神（の健康）

ドイツ刑法二三八条一項には被害者の生活形成に対する重大な侵害への適性という要件が存在するため、保護法益を精神のみと解することは困難である。これに対して、ストーカー行為罪にこのような要件は存在しない。もっとも、「精神（の健康）の侵害」という要件も存在しない。それゆえ、精神をストーカー行為罪の保護法益に据え

た場合、本罪は精神の健康に対する危険犯と解されることになる。しかし、これでは、精神を保護法益と解することによる処罰範囲の明確化および限定というメリットが失われてしまう。また、保護法益を精神と解することによって処罰範囲の明確化・限定が可能になると述べられていることから、ここにいう「精神」は不安状態や睡眠障害、神経衰弱、抑うつ等といった比較的強度の精神的障害の発生によってはじめて害されるようなものをいうと考えられているようである。しかし、後述する通り、上述のような強度の精神的障害に至らないような精神に対する作用であっても正当な処罰根拠と認められうる。少なくとも現行法においてはそのように考えられている。

第三款　個人の生活領域、意思活動の自由、日常生活を安全且つ平穏に形成していく権利ないし利益

ドイツの立法者及び通説は、ドイツ刑法二三八条一項の保護法益を個人の生活領域と捉えていた。日常生活を安全且つ平穏に形成していく権利ないし利益という表現のもとで実質的に同義の見解が日本のストーカー行為罪の保護法益に関して主張されていたことからも分かる通り、個人の生活領域はストーカー行為罪の保護法益の候補となり得る。

個人の生活領域という概念に対しては、構成要件解釈への寄与をほとんどなしえないとの批判が可能である。個人の生活領域に対する侵害とは具体的にどのような事態を意味しているのかということを考えた場合、まず思い至るのが、被害者の生活空間への被害者の意思に反した他者の侵入という事態である。しかし、諸個人の生活空間は不可避的に重なり合うものであり、自身の生活空間一般に対する排他的支配は保護に値しない。それゆえ、刑法による保護の対象とするためには、何らかの形で限定を加える必要がある。具体的な限定の方法として、第一に、個人の生活領域概念に空間的な限定をかけることが考えられる。これによれば、例えば、被害者の住居や職場等、被害者の生活の中心となっている場所において行われるストーキングのみが当罰的であるということになる。しかし、

第三章第三節第二款第一項において紹介したクレンツによる批判の前提となっていた、ストーキングの本質は他者に対する執着に存するのであり行為が行われる場所は重要でないという一般的認識に基づけば、このような限定は採用されえない。第二に、個人の生活領域に対する重大な侵害のみが当罰的であると構成することが考えられる。しかし、当該構成を採用する場合、個人の生活領域という保護法益は構成要件解釈にとって何ら有用でないものとなってしまう。というのも、このような構成によれば、構成要件解釈の限定は主として侵害の程度によって行われ、保護法益それ自体は解釈を指導・限定する機能を果たし得ないこととなるからである。さらに、これと関連して、どのようにして侵害の当罰的な程度を把握するのかも不明確なままにとどまる。したがって、個人の生活領域をストーカー行為罪の保護法益に据えるのは妥当でないように思われる。

当該見解に類似するものとして、「個人の生活形成に関する被害者の意思決定及び行動の自由」や「一般的人格権の一部としての『自己決定の尊重を求める権利』」のように、意思活動の自由を保護法益の中心に据える見解がドイツにおいて主張されていた。しかし、この見解はストーキングによる被害として重要な要素の一つを捉えそこなっているように思われる。ここにいう重要な要素の一つとは、恐怖心の惹起ないし個人の安心感の侵害である。これは、第三章第三節第二款第一項において紹介したキンツィヒによる第二の通説批判にいう、ストーキングによる第一次的な被害である。そして、当該第一次的な被害への着目は、以下で示す通り、意思活動の自由の断片的保護という日本刑法の従来の方針にストーカー行為罪を合致させるという意味で、重要な意義を有する。これは、個人の生活領域ないし一般的人格権の包括的な保護の導入は、これまでドイツにおいて行われてきた人格の断片的保護という試みに反するという、キンツィヒによる通説に対する第一の指摘と同趣旨である。

通説によって意思決定・意思活動の自由を保護するものと解されている犯罪として、脅迫罪[58]と強要罪[59]がある。し

かし、これらは、「生命、身体、自由、名誉又は財産に対し害を加える旨の」脅迫ないし暴行からのみ意思活動の自由を保護している。すなわち、現行刑法において意思活動の自由は包括的に保護されているわけではない。例えば、欺罔による意思活動の自由の侵害・危殆化は処罰されていないし、それは結論的にも妥当であるように思われる。そうだとすれば、暴行・脅迫という行為態様が、さらに言えば、身体の安全・個人の安心感が、ここでは重要な役割を果たしているといえる。

これに対しては、意思活動の自由のみを保護法益としても全く問題ないとする立場から、以下のような再反論が考えられる。すなわち、暴行・脅迫という行為態様は社会通念上許容されないのに対して、欺罔という行為態様はそうではないという再反論、すなわち、意思活動の自由のみを保護法益とする場合であっても社会通念によって行為態様の限定が可能であるという主張である。しかし、そもそもなぜ両者の間で社会通念上の許容の程度が異なるのであろうか。それは、暴行・脅迫には身体または精神の健康を害するという特有の性質が認められるためであると考えられる。そうだとすれば、ただ単に社会通念上違いがあると述べるだけでなく、この違いが何によるのかということを明らかにした上で、それを保護法益に明示的に反映させる方が望ましいように思われる。また、欺罔による場合と暴行・脅迫による場合とでは、意思活動の自由という法益に対する侵害・危殆化の程度において差があるとの再反論も考えられるかもしれない。しかし、被害者の真意に基づく意思決定が行われていないという点において、両者は同様である。両者には、自身の意思活動の自由に対する侵害ないし危殆化、すなわち、真意に沿わない意思決定の強制ないしその危険の発生を被害者が自覚・認識しているか否かという差が見られる。しかし、そのような認識と意思活動の自由に対する侵害の程度は無関係であるように思われる。

したがって、意思活動の自由を保護法益とする見解は、個人の安心感の侵害という、ストーキングによる第一次

的な被害であり、また脅迫罪・強要罪において重要な役割を果たしている要素を捉えそこなっているといえる。日常生活を安全且つ平穏に形成していく権利ないし利益を保護法益と解する見解に対しても、同様の批判が向けられる。

第四款　個人の安心感

本罪の保護法益を個人の安心感と解する見解について、その主張者は、個人の安心感の程度、すなわち、漠然とした不安感の惹起によっても侵害されうるものなのかどうかという点に言及していなかった。これが明らかでない場合、第二章第二節第二款第二項において紹介した二つの批判、つまり、心の安寧を刑法により包括的に保護することの不当性および反復性要件の理論的基礎づけの不可能性の指摘が妥当しうることになる。

この点について、これら二つの批判および意思活動の自由と個人の身体・安心感の危殆化・侵害という二つの要素によってはじめて脅迫罪・強要罪の独自の当罰性が基礎づけられるという前述の理解に基づくならば、ストーカー行為罪における「個人の安心感」は、日常生活の遂行を困難ならしめる程度の恐怖の惹起によってはじめて侵害されたと評価されるような安心感、すなわち、「日常生活を送るにあたり必要不可欠な個人の安心感」と限定されるべきである。個人の安心感と意思活動の自由の両者を保護法益に据えることも考えられるが、漠然とした不安感の発生という日常的な現象を刑法上重要な被害の一つと捉えているような印象を与えるため、適切でない。

このように解することにより、前述の二つの批判に応答することが可能となる。第一の批判について、このように限定された個人の安心感に対する刑法的保護の承認は、刑法による心の安寧の包括的保護にはあたらない。第二の批判は、保護法益を単なる個人の安心感と解する見解だけでなく、私見に対しても向けられうる。というのも、一回限りの行為により「日常生活を送るにあたり必要不可欠な個人の安心感」が危殆化されるという事態も想定可

能だからである。例えば、大量の動物の死体と「あなたのことを諦められません。また、プレゼントを送ります。」という内容の手紙が元交際相手により被害者の住居の前に置かれていたという場合が考えられる。しかし、当該行為が一度限りのものであり、それ以降「つきまとい等」に該当するような行為が全くなされないというケースは、極めて稀であると考えられることに加え、第五章第二節第二款において詳述するように、ストーカー行為罪の規制対象であるストーキングという現象の特性という観点から、保護法益とは無関係に、一度限りの行為の不可罰性は理論的に説明されうる。(60)

また、安心感の対象、すなわち、何に対するないし何に関する安心感をいうのかということも問題となる。この点については、二条三項の不安方法の内容から、身体の安全、住居等の平穏若しくは名誉が害されないこと、そして行動の自由が著しく害されないことに対する安心感をいうと解される。以上より、本罪は「日常生活を送るにあたり必要不可欠な個人の安心感」に対する危険犯と考えられるべきである。

第三節　小括

本章では、これまでの議論を踏まえ、如何なる利益がストーカー行為罪の保護法益に据えられるべきかという問題に取り組んだ。まず、エスカレート後の行為による被害に着目する日本の通説的見解に考察を加えた。すなわち、ストーカー行為には、「個人の身体、自由及び名誉」に対する客観的危険は存在せず、当該利益との関係では行為者の危険な性格・傾向性の発露しか認められない。これを正当な処罰根拠として承認することは、刑事立法による処罰範囲の著しい拡大のおそれを生じさせ、ストーカー行為罪の構成要件解釈を不安定にし、さらに、望ましくない解釈論上の帰結を招きうる。それゆえ、通説的見解は支持され難い。

次に、ストーカー行為それ自体によって侵害されうる諸利益のうち、どれが最も本罪の保護法益として適切か、

一条の目的規定に即して換言すれば、「生活の安全と平穏」はどのようなものとして具体化されるべきかという問題に考察を加えた。諸見解の検討の後、最終的に、「日常生活を送るにあたり必要不可欠な個人の安心感」が本罪の保護法益と解されるべきであると結論づけた。

（1）現在に至るまでに二度の改正が行われた。本論文の考察対象であるストーカー行為罪に関していえば、二〇一三年の第一回改正により、電子メールの連続送信が新たな行為類型として二条一項五号に追加された。二〇一六年の第二回改正では、平成二五年改正法附則第五条の検討条項に基づいて警察庁が設置・開催した「ストーカー行為等の規制等の在り方に関する有識者検討会」における議論（同検討会の報告書として、ストーカー行為等の規制等の在り方に関する有識者検討会『ストーカー行為等の規制等の在り方に関する報告書』（二〇一四））もふまえ、二条一項一号への住居等の付近をみだりにうろつく行為の追加、二条一項五号へのSNSによるメッセージの連続送信等の追加、重罰化が行われた。

（2）平成一二年五月一六日参議院地方行政・警察委員会会議録一〇号一―二頁〔松村龍二議員答弁〕。

（3）瀬川晃「ストーキングと刑事規制」産大法学三四巻三号（二〇〇〇）一一七頁、滝谷英幸「判批」法律時報八六巻四号（二〇一四）一二五頁、小坂亮「判批」法律時報八〇巻五号（二〇〇八）一〇七―一〇九頁、長岡範泰「ストーカー規制法について」法学ジャーナル（関西大学大学院）七四号（二〇〇三）四一三―四一五、四六二―四六三頁。

（4）瀬川・前掲注（3）一一七頁、滝谷・前掲注（3）一二五頁、小坂・前掲注（3）一〇七―一〇九頁。また、瀬川・一一七頁と滝谷・一二五頁は、個人の生命も保護法益に含まれると明言している。

（5）山田耕司・最判解刑事篇平成一五年度六二九頁。

（6）前掲注（3）参照。

（7）前掲注（4）参照。

（8）四條北斗「判批」大阪経大論集六六巻一号（二〇一五）三〇二頁。また、このように解する裁判官による論考として、矢野直邦「特別法を巡る諸問題　大阪刑事実務研究会『ストーカー規制法』が規制するストーカー行為について」判例タイムズ一四二六号（二〇一六）五頁。なお、「身体の安全、住居等の平穏、自由及び名誉」（四條）や「身体の安全、住居等の

平穏、名誉、行動の自由」（矢野）のように、一条にいう「個人の身体、自由及び名誉」とは厳密には異なる表現が用いられているが、いずれも実質的には同義のものと解されている。

（9）滝谷・前掲注（3）一二五頁、長岡・前掲注（3）四六一―四六三頁。当該利益を社会的法益と解することに対する批判として、例えば、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 Kühl の見解を中心に―」東北学院法学七五号（二〇一四）一三九頁。

（10）佐野文彦「ストーカー行為罪に関する解釈論と立法論の試み」東京大学法科大学院ローレヴュー一〇号（二〇一五）一三頁。同旨、金澤真理「刑法の基本理念から見たストーカー規制法」法と民主主義四八三号（二〇一三）五二頁。

（11）秋山紘範「判批」法学新報一二一巻三・四号（二〇一四）三一八頁。

（12）秋山・前掲注（11）三一八頁。

（13）金澤真理「行為の動機と犯罪の目的」山形大学法政論叢四一・四二号（二〇〇八）四九頁。また、このような理解についてより一層の議論が必要となると述べるものとして、曽根威彦「現代刑法と法益論の変容」岡本勝ほか編『刑事法学の現代的課題：阿部純二先生古稀祝賀論文集』（第一法規、二〇〇四）五五頁、四條・前掲注（8）三〇一頁。

（14）佐野・前掲注（10）一三頁。

（15）佐野・前掲注（10）一三―一四頁。

（16）佐野・前掲注（10）一三―一四頁。

（17）ドイツ刑法二三八条について紹介する日本語文献として、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」國學院法学四五巻四号（二〇〇八）六七頁以下、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』」外国の立法二三三号（二〇〇七）九八頁以下、四條北斗「『漸次犯』という概念について」東北学院法学七三号（二〇一二）二二〇頁以下、同・前掲注（9）一三七頁以下、佐野・前掲注（10）三頁以下、守山正編『ストーキングの現状と対策』（成文堂、二〇一九）三七七―三九八頁〔小名木明宏〕などが挙げられる。二〇一七年の改正を紹介する文献については、後掲注（23）参照。

（18）BGBl.I, S.354.

（19）BT-Drs. 16/575 S. 6 f.

(20) 暴力行為及びつきまといからの民事法的保護に関する法律（暴力保護法）の概要及びストーキング対策としての同法の不十分性について、斎藤・前掲注（17）一〇三頁以下など。
(21) 立法過程の詳細について、嘉門・前掲注（17）、斎藤・前掲注（17）など。
(22) BGBl.I, S. 386.
(23) 改正経緯の詳細について、守山・前掲注（17）三九一―三九五頁〔小名木〕、四條北斗「ドイツ刑法二三八条（つきまとい罪）の二〇一七年改正について」大阪経大論集七〇巻一号（二〇一九）四五頁以下。
(24) BR-Drs. 193/1/14, S. 4.
(25) BR-Drs. 193/1/14, S. 2.
(26) BR-Drs. 193/1/14, S. 2.
(27) BT-Drs. 18/9946, S. 7.
(28) BT-Drs. 18/10654, S. 2.
(29) BGBl.I, S. 386.
(30) BT-Drs. 16/575 S. 6.
(31) BT-Drs. 16/575 S. 6 f.
(32) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 60. Aufl. 2013, §238, Rn. 2 ; Florian Knauer, Der Schutz der Psyche im Strafrecht, 2013, S. 211 ; Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl. 2011, §238, Rn. 1.
(33) BGHSt 54, 189-202 Rn. 14.
(34) Andreas Mosbacher, Nachstellung - §238 StGB, NStZ 2007, S. 665. 当該判示箇所において、この文献が挙げられている。
(35) 例えば、Fischer, a. a. O. (Anm. 32), §238, Rn. 2 ; Kristian Kühl, Einordnungs- und Anwendungsprobleme bei der Nachstellung, Festschrift für Klaus Geppert, 2011, S. 314 ; Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 32), §238, Rn. 1 ; Gereon Wolters, in : Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. Band. 4, 2017, §238, Rn. 5.
(36) Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 32), §238, Rn. 1.
(37) Mosbacher, a. a. O. (Anm. 34), S. 665.

(38) Adolf Schönke/Horst Schröder-Jörg Eisele, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl, 2014, §238, Rn. 4.

(39) Nadja Kraenz, Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts, 2008, S. 318.

(40) Jörg Kinzig, Stalking - ein Fall für das Strafrecht?, ZRP 2006, S. 257.

(41) ドイツの通説は、脅迫罪の保護法益を「個人の法的平穏」と捉えている。例えば、Gunther Arzt/Ulrich Weber, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Auflge. 2015, §9, Rn. 96 ; Schönke/Schröder-Eisele, a. a. O. (Anm. 38), §241, Rn. 2 ; Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 32), §241, Rn. 1 ; Friedrich Toepel, Nomos Kommmentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, §241, Rn. 5 ; Wolters, a. a. O. (Anm. 35), §241, Rn. 2 など。個人の法的平穏と恐怖からの自由の異同について、Kinzig, a. a. O. (Anm. 40), S. 255 ff. は特に言及していない。

(42) Knauer.a. a. O. (Anm. 32), S. 155.

(43) Kraenz, a. a. O. (Anm. 39), S. 315 ff.

(44) Wolfgang Mitsch, Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch, NJW 2007, S. 1237; Frank Meyer, Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von „Stalking" im deutschen Recht, ZStW 115 (2003), S. 284. なお、Meyer, a. a. O. は、その公刊時期を見れば明らかなように、ストーキングに対する処罰規定の立法提案であり、マイヤーのいう「個人の法的平穏」という利益はドイツ刑法二三八条一項の保護法益として主張されたものではない。もっとも、当該利益は二三八条一項の保護法益として十分主張されうるものであると考えられること、また日本のストーカー行為罪の保護法益の候補ともなりうることから、本論文において取り上げることとした。

(45) Meyer, a. a. O. (Anm. 44), S. 284.

(46) Mitsch, a. a. O. (Anm. 44), S. 1237.

(47) Wolters, a. a. O. (Anm. 35), §238, Rn. 5.

(48) Schönke/Schröder-Eisele, a. a. O. (Anm. 38), §238, Rn. 4.

(49) Kinzig, a. a. O. (Anm. 40), S. 257. もっとも、キンツィヒは、立法論としては当該処罰規定に対して懐疑的である（Kinzig, a. a. O., S. 258）。

(50) Schönke/Schröder-Eisele, a. a. O. (Anm. 41), §238, Rn. 4 ; Viola Spohn, Zehn Jahre Anti-Stalking-Gesetz, 2017, S. 74.

(51) Spohn, a. a. O. (Anm. 50), S. 74.
(52) Knauer, a. a. O. (Anm. 32), S. 211.
(53) Knauer, a. a. O. (Anm. 32), S. 239. 改正以前の規定に対する立法提案であるが、改正後の規定に対しても妥当すると思われる。
(54) Knauer, a. a. O. (Anm. 32), S. 239. 当該立法論について、精神の健康に対する侵害はドイツ刑法二二三条一項の傷害罪に包摂されうるのではないかという疑問が生じうるだろう。この点については、Knauer, a. a. O., S. 199 ff 参照。
(55) 例えば、佐野・前掲注（10）一四頁。
(56) 金澤・前掲注（13）四八頁。
(57) René Bloy, Der strafrechtliche Schutz der psychischen Integrität, Festschrift für Albin Eser, 2005, S. 244.
(58) 井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣、二〇一六）一二三頁、佐久間修『刑法各論〔第二版〕』（成文堂、二〇一二）八五頁、西田典之『刑法各論〔第七版〕』（弘文堂、二〇一八）七五頁、林幹人『刑法各論〔第二版〕』（東京大学出版会、二〇〇七）七六頁。これに対して、脅迫罪の保護法益を「個人の安心感」と解するのが、大谷實『刑法講義各論〔新版第四版補訂版〕』（成文堂、二〇一五）八三―八四頁、小野清一郎『新訂刑法講義各論』（有斐閣、一九五四）一九九頁、斎藤信治『刑法各論〔第四版〕』（有斐閣、二〇一四）六〇頁、高橋則夫『刑法各論〔第二版〕』（成文堂、二〇一四）八六頁、中森喜彦『刑法各論〔第四版〕』（有斐閣、二〇一五）四八頁、前田雅英『刑法各論講義〔第六版〕』（東京大学出版会、二〇一五）七六頁。また、意思決定の自由と個人の安心感の両者を保護法益とする見解が、曽根威彦『刑法各論〔第五版〕』（弘文堂、二〇一二）五二頁、山口厚『刑法各論〔第二版〕』（有斐閣、二〇一二）七三頁によって主張されている。
(59) 井田・前掲書一二〇頁、佐久間・前掲書八五頁、曽根・前掲書五二頁、山口・前掲書七七頁など。
(60) この問題は、私見においてだけでなく、他の諸見解においても同様に生じる。例えば、このケースにおいて、日常生活を安全且つ平穏に形成していく権利ないし利益が危殆化されていないとはいえないだろう。また、「個人の身体、自由及び名誉」を保護法益とする通説的見解の立場からも、重大犯罪等にエスカレートする可能性が十分に現れていると評価されざるを得ない。