



Title	ストーカー行為罪に関する一考察（二・完）
Author(s)	亀田, 悠斗
Citation	阪大法学. 2020, 69(6), p. 287-315
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87272
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（二・完）

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 ストーカー行為がそれ自体により侵害される利益に着目する立場

第三節 小括（以上、六九卷五号）

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

第一款 執拗性要件（ドイツ刑法二三八条一項）について

第二款 反復性要件（二条三項）について

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

第一款 短時間の観察行為

第二款 GPS機器による位置情報取得行為

第六章 おわりに（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

「日常生活を送るにあたり必要不可欠な個人の安心感」をストーカー行為罪の保護法益と解する私見によれば、すべての客観的構成要件要素および目的要件に対して、以下の限定が付されることになる。すなわち、各構成要件要素充足性を判断する際の基礎資料は、被害者にとって認識可能なものでなければならぬという限定である。例えば、行為者と被害者はかつて恋人関係にあったという事情のような、行為者と被害者の人的関係は、不安方法の考慮事情の一つであると解されている⁽⁶⁾。しかし、元恋人がストーカーであるという事実を被害者が知りえない場合には、前記限定により、行為者と被害者がかつて恋人関係にあったという事情は、不安方法の考慮事情から除外されることになる。このような限定が要求されるのは、被害者による認識の可能性を欠く事情は「日常生活を送るにあたり必要不可欠な個人の安心感」に対する危殆化の有無ないし程度に直接的な影響を及ぼさないからである。

これに対して、当該認識可能性を欠く事情も個人の安心感に対する危殆化の程度に影響を及ぼし得るのではないかとの反論が考えられる。例えば、各号行為が被害者にとって認識可能でない場合であっても、その実行により将来において行為者が同様にふるまう可能性は高まるのであり、それに応じて、個人の安心感が害される可能性も高まるのではないかという批判がありうる。しかし、各号行為の実行により同様の行為が将来なされる可能性が高まるという部分は、第四章第一節において検討した主張、すなわち、ストーカー行為の実行によりエスカレートの可能性が高まるとの主張と同様の構造を持つ。したがって、認識不可能な各号行為の実行は、将来においてさらに同様の行為を行うおそれがあるという行為者の危険な性格の発露でしかなく、それは将来の行為実行の可能性を客観

的に高めるものではない。それゆえ、個人の安心感に対する危殆化の有無ないし程度には関係しない。

この限定は、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からは導き出されない。なぜなら、行為がエスカレートする危険性と被害者による認識可能性は無関係だからである。

次節以降では、保護法益に関する私見およびそこから導出される前記認識可能性の限定を基礎として、不安方法（二条三項）、反復性（二条三項）そして恋愛感情等充足目的（二条一項柱書）の理論的基礎づけや判断方法に関する考察を行う。また、その後、二条一項各号の行為態様一般について検討を加えたうえで、これを踏まえつつ、裁判例において二条一項一号の見張り該当性が問題となった行為を取り上げる。

第二節 不安方法

二条三項の「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」（不安方法）の意義について、学説では、私人の行動の自由の保障や日常行為の処罰範囲からの除外という観点に基づく説明が見られる⁽⁶²⁾。しかし、このような観点だけからでは、市民の行動の自由を保障するための限定として、なぜ不安方法による限定が—他の限定も考えられるにもかかわらず—選択されたのが、理論的に説明されないように思われる。

前述の役割を果たすための限定として不安方法が選択された理由の理論的説明を可能にするのが、保護法益との関連性である。私見によれば、「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」によることなしには「日常生活を送るにあたり必要不可欠な個人の安心感」はおよそ危殆化されえないという意味で、不安方法は保護法益と関連する。もちろん、保護法益のみから不安方法が条文上要求されている理由を説明することはできない。というのも、問題となる行為が前記不安を覚えさせるような

方法といえるかどうかは、当該要件がなくなるとも、法益侵害を惹起させる危険性を備えているかという意味で、反復性判断において必然的に検討されることになるからである。私見によれば、不安方法の要件の必要性は、市民の行動の自由の保障と保護法益との関連性という二つの観点によつてはじめて説明されることになる。⁽⁶³⁾

不安方法の要件を「日常生活を送るにあたり必要不可欠な個人の安心感」という保護法益と関連づけることににより、前節において述べた限定が不安方法にもかかることになる。当該要件に即して具体化すれば、行為者と被害者の人的関係や行為の具体的態様、同種行為の回数や頻度等の事情は、被害者にとつて認識可能でない限り、不安方法の考慮事情に含まれない。もつとも、エスカレート後の行為による被害に着目する立場からも、当該認識可能性の限定を要求することは不可能ではない。すなわち、不安方法と保護法益を関連付けず、条文の文言のみに依拠することによってである。しかし、不安方法を、被害者が「つきまとい等」やその他の諸事情を認識した場合に不安を覚えさせる方法と解して当該認識可能性を不要とすることも文言上可能であるし、重大犯罪等の未然防止という観点の強調によって容易に当該限定は放棄されうる。

認識可能性により不安方法の考慮事情が限定される場合として、例えば、過去に、被害者の実家の住所や家族構成、タイムスケジュール等を知っている旨や性的羞恥心を害するような内容の手紙を繰り返し被害者の住居に送付したが、行為者が被害者の住所を誤認していたために全く関係ない場所に手紙が送られていたというケースにおける、繰り返された過去の手紙送付行為が考えられる。

第三節 反復性

本節では「反復して」(二条三項)の解釈論を展開するが、その前に、ドイツ刑法二三八条一項の「執拗に」という要件に関する解釈論の分析を行う。というのも、執拗性要件に関する解釈論は、反復性要件の解釈を試みるに

あたって参考となるように思われるからである。

第一款 執拗性要件（ドイツ刑法二三八条一項）について

ドイツ刑法二三八条一項にいう「執拗に」という要件のもとでは、反復された実行という客観的要素に加え、格別の執着や被害者の意思の無視、法的禁止に対する高度の無関心という主観的要素も要求される⁽⁶⁵⁾。立法者によれば、重要なのは、被害者の意思の無視ないしこれに対する無関心に基づき、将来において同様の行為を行う意思をもって各号行為が実行されることであるという⁽⁶⁶⁾。心情要素を含む当該メルクマールに対しては、不明確性や証明の困難性が指摘され⁽⁶⁷⁾、また、行為刑法に反するのではないかとの疑義も示されている⁽⁶⁸⁾。執拗性は複数の行為の全体評価から明らかになるが、そこでは特に、諸行為間の時間的間隔やそれらの主観的連関が重要であるという⁽⁶⁹⁾。個々のつきまとい行為の強度が重要な要素の一つとして挙げられることもある⁽⁷⁰⁾。立法過程において「持続的に [fortgesetzt]」という文言が用いられていた際、当該要件は通例五回の行為によつて充足されると述べられていたこともあった⁽⁷¹⁾。しかし、判例および多くの学説によれば、それは絶対的基準としては受け入れられないという。とはいえ、執拗性要件の充足には反復された実行という客観的要素が必要不可欠であることから、もし一度限りの行為に被害者の生活形成に対する重大な侵害の適性が認められたとしても、本罪による可罰性は認められない⁽⁷⁴⁾。

執拗性要件の役割の一つとして、社会的に相当な行為を規制対象行為から除外することが挙げられる。特に、一号（その者に空間的に接近すること）と二号（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⁽⁷⁵⁾こと）の場合には、社会的に相当な行為が多く含まれるがゆえに、当該役割はより重要なものとなる。加えて、立法者は、基本権上保障される一般的行為の自由の考慮の下では、例えば、自身の子供と交流する権利についての取り決めを行うためにかつてのパートナーと接触するという一方の親の書面や電話

によるアプローチや、同様の方法による期限の到来した支払いに関する債権者の催告は、執拗性の要件を満たさないと述べる。⁽⁷⁶⁾

もつとも、執拗性が必要とされる主たる理由が、当該役割の遂行にあるのかは定かでない。仮にそうのように解したとしても、なぜ執拗性要件が限定手段として選択されたのかを説明するためには、別の理由が必要となる。この点について、執拗な実行という要素が、ある事態をストーキングたらしめるために必須の要素ないしストーキングに特有の不法であると考えられているということが、ここで重要な意味を持つているように思われる。

例えば、立法者は、「持続的に」というメルクマールはストーキングの特徴を顧慮し、構成要件の継続犯としての性質を言語化したものであると述べている。⁽⁷⁷⁾ それゆえ、執拗性要件についても、ストーキングの特性が前提とされているように推測されうる。また、学説でも、『「ストーキング」という名称のもと周知のものになっている」ところの「行為類型にとって特徴的なのは、行為者が長きにわたり反復して他者への接触を試みることにによりその者に計画的につきまとうことである」、相手方の意思に反した架電行為が数週間の間に一日数回の頻度で行われるないし行為者が数週間にわたり毎日相手方の住居に向く場合のような「長きにわたつての度重なる実行は、相手方を消耗させるようにないし脅迫的に作用しうるがゆえに、行為を社会的に不相当なものにする」⁽⁷⁸⁾との所見が示されている。少なくとも、一定程度の時間的近接性が認められるような複数回の行為の実行がストーキングの特徴であるということは、広く承認されているように思われる。さらに、このような認識が広く存在するからこそ、被害者の生活形成を重大に侵害する適性を備えている一度限りの行為が不可罰とされることに對する批判がほとんど見受けられないのではないかと推測される。

第二款 反復性要件（二条三項）について

第一項 意義

ドイツ刑法二三八条一項の執拗性要件と同様に、ストーカー規制法二条三項の「反復して」の要件も、規制対象をストーキングに限定するという役割を担う。ストーカー行為罪の処罰対象はあくまでストーキングであると考えらるならば、このような役割は必要不可欠なものであるといえよう。それゆえ、一定の期間内に複数の「つきまと等」が行われることが、反復性要件充足のために必須である。後述する考慮要素が具体的事案においてどれほどの重みを有していたとしても、一定期間内の複数回に及ぶ行為の実行がなければ、反復性は認められない。

当該役割に加え、日本の反復性要件は他の役割も担うことになる。それが、保護法益との関連付けである。ドイツ刑法二三八条一項では、保護法益との関連付けは、被害者の生活形成の重大な侵害の適性という要件において行われる。それゆえ、執拗性要件は明示的には保護法益と関連付けられておらず、社会的に相当な行為を処罰範囲から除外するという程度の役割の遂行で足りると考えられているように推測されうる。しかし、日本のストーカー行為罪において、反復性要件は、構成要件該当性を決定づける最後の要件である。したがって、当該要件のもとで、保護法益に対する危殆化の有無が確認されなければならない。

ストーカー行為罪の保護法益を「日常生活を送るにあたり必要不可欠な個人の安心感」と解する私見によれば、この点は以下のように具体化される。すなわち、不安方法によって行われる二条一項一号から四号までの行為及び五号の一部の行為と五号のその他の行為及び六号から八号までの行為の実行により、自身の身体等が害されるのではないかという不安が被害者において発生しうる。しかし、それだけでは、当該不安が日常生活の遂行を困難ならしめる程度に達しているかどうかは明らかでない。それゆえ、反復性は、惹起されうる不安が日常生活の遂行を困

難ならしめうる程度に達しているといえるかどうかを判断する場として機能することになる。

前記説明から、私見における不安方法と反復性の違いも明らかになる。不安方法においては、一号から四号までおよび五号の一部の行為が被害者に自身の身体等が害されるのではないかという不安を覚えさせるかどうかが問題となる。これに対して、反復性においては、前記不安が日常生活の遂行を困難にしうる程度に達しているかどうかの問題となる。

以上より、反復性要件は、規制対象であるストーキングの特性の反映および保護法益に対する危殆化を判断する場という二つの観点から基礎づけられる。

第二項 判断基準・考慮事情

前述の通り、反復性要件充足のために必要不可欠な要件として、複数回の実行と諸行為間の一定程度の時間的近接性の存在が挙げられる。一回限りの行為や諸行為間に一年の時間的離隔がある場合には、反復性は認められない。ドイツ刑法二三八条一項の執拗性要件には、行為者の執着心や被害者の意思の無視といった心情要素も含まれている。しかし、ある事象をストーキングたらしめるために一定期間内の複数回の実行に加えこの心情要素までもが必要不可欠な性質であるといえるかどうかは定かでない。また、前款にて紹介したように、行為刑法の原則に抵触するのではないかという疑いも存する。それゆえ、当該心情要素は反復性要件充足のために必要不可欠な要件と位置づけられるべきでない。また、第一節で述べた通り、被害者にとって認識不可能な事情は構成要件要素充足性の判断において考慮されるべきでないことから、心情要素は、それが被害者にとって認識不可能な限りで、反復性の考慮事情からおよそ除外されることになる。

さらに、当該要件のもとでは、諸行為により惹起されうる不安が日常生活の遂行を困難ならしめうる程度に達し

ているかどうかが判断されなければならない。ここで、どのような事情が当該判断の基底に含まれるのかが問題となる。この点について参考となる判例として、最判平成一五年二月一日（刑集五七卷一四七頁）がある。本判決は、「反復して」の文言は不明確であり憲法一三条、二一条一項、三一条に違反するという旨を主張する上告趣意に対し、「ストーカー規制法二条二項にいう『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」と判示している。ここから、反復性はつきまとい等を行った「期間」や「回数」を基本として判断されるということが読み取られる。

また、本判例の調査官解説は、本事案では「一度目の郵便物の郵送と二度目のそれとの間には五か月余りの間隔があるし、三度目のそれと四度目のそれとの間には約一か月半ほど開いて」おり、反復性について問題となる余地もないではなかったと述べたうえで、「被告人と被害者との関係のほか、被告人は、平成一三年五月一日付けで兵庫県西宮警察署長より警告を受けているのに〔引用者補足…一度目の郵送の約半年前〕、つきまとい等をやめず、被害者に恐怖、不安等を感じさせていたこと等を総合すると、一審判決が認定した程度であっても、被害者の身体自由及び名誉に対して危害を加える、あるいは被害者の生活の安全や平穏を害するおそれのある行為であったということができ」として反復性は認められるだろうとする⁽¹⁹⁾。ここでは、被告人と被害者の関係と警告違反の存在が考慮されている。

その他に、学説では、「『つきまとい等』の行為の相互の類似性」や「つきまとい等の行為を困難とするような客観的事実の有無」、「当該『つきまとい等』の行為を繰り返すことを予定していたといった主観的事情（相手方に対する執着心など）」、例えば「月に一度のペースで面会を要求する手紙を送りつけるという『つきまとい等』の行為」が一年間続けられていたという背景のもとでさらに複数回手紙の送付行為が行われたという場合の前提事情の

ような「訴因外の同種行為」⁽⁸⁰⁾、「個別の行為の時間的連関」、「個別の行為の強度」⁽⁸¹⁾が、反復性の考慮事情として主張されている。以上をまとめれば、行為の回数、期間、被告人と被害者の関係、警告違反の存在、諸行為相互の類似性、つきまとい等の実行を困難とする客観的事実、相手方に対する執着心等の主観的事情、訴因外の同種の行為すなわち過去に行われた同種の行為、個別の行為の時間的連関、個別の行為の強度が、反復性の考慮事情に関する議論において挙げられている。

私見によれば、これらのうち、執着心等の主観的事情と諸行為相互の類似性を考慮事項とすることに対しては疑問の余地があるように思われる。当該主観的事情が原則として考慮事項に含まれるべきでないことは既に示した通りである。諸行為相互の類似性については、当該要素がストーカー行為罪の当罰性とどのように関係するのかが明らかでないということが指摘できる⁽⁸²⁾。

結論として、反復性判断においては、まず、複数回の実行と諸行為間の一定程度の時間的近接性の存在が確定されなければならない。これらが肯定された場合に、次いで、諸行為によって惹起されうる不安ないし恐怖が日常生活の遂行を困難ならしめうる程度に達しているといえるかどうかの問題となる。行為の回数、期間、時間的間隔、被告人と被害者の関係、警告違反の存在をはじめとするつきまとい等の実行を困難とする客観的事実、過去に行われた同種の行為、個別の行為の強度等の諸事情が、被害者にとって認識可能な限りにおいて、その考慮事情となる。

第四節 恋愛感情等充足目的

二条一項柱書の「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」(恋愛感情等充足目的)について、まず、保護法益と関連付けた説明がなされるべきかどうかの問題となる。保護法益に依拠しない説明として、当該目的要件の意義はマスコミによる取材活動等を処罰範

囲から除外するという役割を果たすことにあるとの説明が考えられる⁽⁸³⁾。しかし、例えば近隣トラブルや職場での揉め事に起因するストーキングのような、取材活動等には該当しない一方、恋愛感情等充足目的以外の目的に基づいて行われるストーキングも多く存在する。すなわち、当該目的要件は前述の役割のみからは十分に説明されえない。したがって、保護法益と関連付けた説明が試みられるべきである。

しかし、第四章第一節において述べた通り、恋愛感情等充足目的は単なる行為の動機に過ぎず、「かかる要素を一見目的犯の形式で規定に盛り込むことには重大な疑義がある⁽⁸⁴⁾」。したがって、当該目的要件と保護法益を関連付けるためには、何らかの要素が目的要件に付け加えられなければならない。そして、私見によれば、ここについて付け加えられなければならない要素というのが、恋愛感情等充足の意図が被害者にとって認識可能であるという要素である。というのも、行為の動機という単なる行為者の主観的事情は、それが被害者にとって認識可能である場合にはじめて、「日常生活を送るにあたり必要不可欠な個人の安心感」に直接的な影響を及ぼしうるからである。当該認識可能性の要求に加え、恋愛感情をはじめとする行為の感情やそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情がストーキングの動機となっている場合にはストーカー行為が継続され、さらにエスカレートする可能性が高いということが広く認知されている、すなわち、潜在的被害者にも知られているであろうことも考慮すれば、恋愛感情等の充足が動機となることが被害者の知りうる状態にあるという事態は、前記個人の安心感に係関係するといえる。つまり、恋愛感情等充足の意図に基づいているということが被害者にとって認識可能であるような「つきまとい等」は、前記安心感を危殆化する可能性が高い類型であると考えられる。

「日常生活を送るにあたり必要不可欠な個人の安心感」は、近隣トラブルや職場での揉め事に起因する場合のような、恋愛感情等充足目的以外の目的によるストーキングによっても危殆化されうる。しかし、規制対象行為が日

常的な行為と境を接するというストーリーカー行為罪の特質を考えれば、法益危殆化の可能性が高い類型に規制対象を限定するというアプローチが不合理であるとまでは言い難いように思われる。⁽⁸⁶⁾ もちろん、当該目的要件の撤廃や新たな目的要件の追加は、立法論として十分考慮に値する選択肢である。⁽⁸⁶⁾

なお、以上の理解により、これまでの裁判例における目的要件該当性判断が否定されるわけではない。というのも、ほとんどの裁判例において、行為以前に行為者と相手方との間に恋愛関係が存在していたことや恋愛感情等が相手方に認識されるようなメッセージが付きまとい行為に伴っていることなど、相手方にとって認識可能な事実により、当該目的要件が認定されているからである。⁽⁸⁷⁾

第五節 二条一項各号の行為態様一般

私見によれば、二条一項各号の行為態様への該当性の判断全般において、被害者による各号行為に対する認識可能性が要求される。このような理解は、二号および六号から八号において行為の認識可能性が明文上要求されていることと親和的である。反対に、二号および六号から八号においてのみ認識可能性が明文によって要求されているということは、その他の号にはそれを要求すべきでないという趣旨を表しているとの解釈もありうるかもしれない。しかし、その場合、なぜ二号および六号から八号のみに認識可能性が必要とされるのかということを理論的に説明することは難しいだろう。

構成要件要素充足性の判断における被害者による認識可能性の考慮は、不安方法や反復性、恋愛感情等充足目的においてそうであったように、基本的には処罰範囲を限定する方向に作用する。もともと、各号行為が該当性判断においては、各号行為の拡張解釈という形で処罰範囲を拡張するという役割も果たしうる。しかし、このことは特に問題ではない。というのも、当該認識可能性が担うのは、あくまでも保護法益に照らして適切な処罰範囲の確定に

寄与するという役割だからである。

以上の理解に親和的な裁判例として、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。本判決は、着信拒否設定がなされた携帯電話に対する架電行為は「電話をかけ」る行為（二条一項五号）に該当すると結論付けているが、その理由として、「法二条一項五号は『電話をかけ』と規定していて、通話可能状態となることまでを要件とはしていないこと、同項二号、六号ないし八号の『つきまとい等』については、被害者が『知り得る状態に置くこと』をもって足りると規定されていること、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こと、さらに、ストーカー行為を規制することにより、個人の身体、自由及び名誉に対する危害の発生を防止し、国民の生活の安全と平穩に資することを目的とする法の趣旨」を挙げている。すなわち、五号行為該当性判断において、問題となった行為に対する被害者の認識可能性が重視されている。

第六節 見張り該当性が問題となった諸行為

本節では、二条一項一号の見張り該当性が問題となった行為として、短時間の観察行為とGPS機器による動静把握行為を取り上げる。なぜこれらの行為を検討の対象とするかといえば、裁判例や学説において結論やその理由づけの一致が見られないところ、問題の解決にあたり保護法益が重要な貢献をなしうるからである。

第一款 短時間の観察行為

第一項 裁判例

ごく短時間の観察行為の「見張り」該当性が争点となった裁判例として、前掲東京高判平成二四年一月一八日が

ある。本判決は、「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穩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。一般に、『見張り』とは、主に視覚等の感覚器官によって対象の動静を観察する行為をいうことができるが、したがって、本法所定の『見張り』にも、その性質上ある程度の継続的性質が伴うというべきであるが、『しかしながら、この継続性は、一般的な『見張り』の概念に内在する性質であって、それに付加して必要とされる要件ではない。そして、観察にどの程度の時間を要するかは、観察する目的によって異なり、たとえば、相手方の使用する自動車の有無や被害者の居室の照明等により相手方が在宅しているかどうかを確認するような場合には、ごく短時間の観察で目的が達せられることも十分あり得るところであり、そのような行為を観察時間が短いことのみを理由に『見張り』に当たらないとして本法の規制の対象から除外すべき理由はない。また、相手方の動静を観察することは、必ずしも一回に相当程度の時間継続して観察しなくとも、ごく短時間の観察を繰り返すことによっても可能であるから、そのように繰り返して観察する場合には、たとえその一環として行われる個々の観察行為自体は短時間であっても、個々の観察行為それぞれが継続的性質を有する『見張り』に当たることができる」と述べ、「所論は、個々の観察行為それぞれが相当程度の時間継続する必要があるとする趣旨のようであるが、そうであれば、賛成できない」として被告人側の主張を否定した。

第二項 考察

学説では、主として三つの解釈が主張されている。第一に、繰り返された観察の一環としてのごく短時間の観察

行為という部分を問題視せず、ごく短時間の観察行為におよそ「見張り」該当性を認めるという解釈がある⁽⁸⁸⁾。「対象の動静を観察するという、見張り本来の意味から考えた場合、例えば、被害者の在宅状況を把握するような行動に関しては、僅かな時間でも可能であり、観察対象との関係で相対的に観察時間を考えても無理な解釈ではない」し、「また判例が採用するようにストーカー規制法の目的に沿って考えると、本件被告人のように、被害者所有の自動車の有無を確認するような行為が僅か一分程度であっても、それを知った場合の被害者は不安感を感じるものであろうから、本法の目的からは、むしろ時間的継続性は、観察対象との関係で相対的に決定されるべきものとされることになろう」という⁽⁸⁹⁾。これに対しては、「見張り」の要素としての継続性の判断と不安方法の要件の判断は、それぞれ別個の判断としてなされるべきであらう」との批判が妥当する⁽⁹⁰⁾。

第二に、「散発的な行為を包括的に評価し一個の『見張り』行為を認める解釈」が挙げられる⁽⁹¹⁾。この解釈に対して向けられた、「ストーカー規制法は、『つきまとい等』を『反復』した場合に『ストーカー行為』として処罰の対象とするものであり（第二条第一項及び第二項並びに第一三条一項）、繰り返しなされた観察行為全体を一個の『つきまとい等』と評価するのであれば、その『反復』とはいかなる行為であるのか、などの条文の文言との関係での疑問も生じるところである⁽⁹²⁾」という指摘に対しては、「本法四条の警告、六条の仮の命令または五条の禁止命令を介在させることで、それらの前後を分断したまとまりとして捉えることが可能であらう⁽⁹³⁾」との応答がなされている。しかし、何らかの理由により四条の警告等が発せられなかったないし発せられなかった場合には、依然として分断方法は不明確にとどまるように思われる。

第三に、「見張り」行為に対して一律に時間的継続性を要求することは妥当でないが、「見張り」行為と評価するためには、特定の時点における行動のみを視認するだけでなく、複数の時点の動静観察をつなげて動態的に把握

する意図が必要で」あるとする解釈が存在する⁽⁹⁴⁾。一律に時間的継続性を要求すべきでない理由として、「対象者の動静を（〇時には在宅していたというかたちで）一定の時点において静的に観察する行為」によっても、「その所在や行動（の一部）が把握されうる以上、対象者の日常生活の安全・平穏が損なわれうる」し、「また、『見張り』行為については、さらに『不安を覚えさせるような方法』による限定が付されるのであるから、『見張り』該当性それ自体を過度に限定する合理的な根拠は乏しい」ということが指摘されている⁽⁹⁵⁾。他方、前記意図は、「継続的に動静を観察し続ける意図がある場合に限って、個別の観察行為に、対象者の日常生活の安全・平穏を害する実質的な危険性が認められるといえる」という理由から要求されている⁽⁹⁶⁾。しかし、仮に当該意図を要求するとしても、なぜ不安方法ではなく「見張り」該当性の要件としなければならないのかは定かでない。一律に時間的継続性を要求すべきでないと述べる際に、不安方法による限定が付される以上「見張り」該当性それ自体を過度に限定する合理的な根拠は乏しいと述べられているだけに、なおさら疑問に思われる。

これに対して、私見によれば、ごく短時間の観察行為の「見張り」該当性は、前節での検討に基づき以下のように考えられる。まず、行為の認識可能性という観点によっても、ごく短時間の観察のすべてが直ちに「見張り」から除外されるということにはならない。というのも、ごく短時間の観察であつても認識可能性が認められる場合は十分ありうるからである。それでは、どのような場合に短時間の観察行為に「見張り」該当性が認められるのだろうか。その一つとして、ごく短時間の観察が繰り返される観察の一環として行われる場合が挙げられる。事案によっては、具体的な文脈から離れて単体としてみれば、数十秒というごく短時間の観察行為に認識可能性が認められないという場合も考えられる。しかし、それが繰り返し行われることにより、行為に対する十分な認識可能性が確保されることになる。繰り返しの観察が必要であるというのはあくまでも認識可能性を確保するためのものである

ことから、一定期間内における数回の実行によって認められるという程度の緩やかな限定で足りる。ごく短時間の観察が数回行われ認識可能性が確保されたと評価される時点以降の個々の観察行為は、それぞれ「見張り」に該当することになる。⁽⁹⁷⁾

第二款 GPS 機器による位置情報取得行為

第一項 裁判例

被害者の自動車に取り付けたGPS機器により密かに位置情報を取得する行為が、「住居、勤務先、学校その他の通常所在する場所（以下「住居等」という。）の付近において見張りを」する行為（以下、住居等の付近において行われる見張り行為を狭義の「見張り」として、住居等付近以外において行われる見張りも含む見張り行為一般と区別する。）に該当するかどうかについて、裁判例によって結論が分かれている。⁽⁹⁸⁾これを肯定する裁判例として、福岡高判平成二九年九月二二日（高等裁判所刑事裁判速報集（平二九）号二八二頁）、福岡地判平成三〇年三月一二日（LEX/DB 25561579）、そして佐賀地判平成三〇年一月二二日（LEX/DB 25561580）が挙げられる。⁽⁹⁹⁾三裁判例ともGPS機器等電子機器による位置情報探索行為は「見張り」に含まれると解する。そのうえで、「住居、勤務先、学校その他の通常所在する場所（以下「住居等」という。）の付近において」という要件（場所的要件）について、福岡地判平成三〇年三月一二日は、GPS機器取付行為と位置情報探索行為との一体性から、取付行為に場所的要件の充足が認められる以上、位置情報探索行為も場所的要件を充たすと述べる。福岡高判平成二九年九月二二日も同様の理解に立脚するものと評されている。⁽¹⁰⁰⁾他方、佐賀地判平成三〇年一月二二日は、被害者が日常的に利用する自動車自身が「その他の通常所在する場所」にあたると判断した。

これに対して、当該行為の狭義の「見張り」該当性を否定するのが、福岡地判平成三〇年三月一二日の控訴審判

決である福岡高判平成三〇年九月二〇日（LEX DB 25449751）および佐賀地判平成三〇年一月二二日の控訴審判決である福岡高判平成三〇年九月二一日（LEX DB 25449773）である。福岡高判平成三〇年九月二〇日は、当該場所における行為者の現存を意味するところの場所的要件の存在と、二号の「行動の監視」という文言との区別から、「見張り」は観察行為自体に行為者の感覚器官が用いられることを当然の前提としていると述べる。また、「見張り」を相手方の動静を把握するための情報取得行為一般と解することは、罪刑法定主義の観点から問題であると指摘する⁽¹⁰⁾。福岡高判平成三〇年九月二一日は、「見張り」とは、一般に、視覚等の感覚器官によって対象の動静を観察する行為と解される」こと、そして「法は、『見張り』について、被害者の住居等の付近において行われるものに限って、規制対象にしている」ことから、当該行為の狭義の「見張り」該当性は認められないとしている。

また、取付行為と情報取得行為の一体性に関する主張について、福岡高判平成三〇年九月二〇日は、「GPS機器取付行為と各位置情報探索取得行為はそれぞれ客観的には別個になされた行為であり、かつ、後者こそが動静情報の収集行為であり、当罰性の中心である。それにも関わらず、前者と後者とが評価として一体であるという理由で、可罰的な『見張り』を限定する場所的要件を後者につき不要とするのは、同要件を実質的に無意味化するものであり、解釈として許されない。なお、本件とは異なるが、仮に継続した見張り行為を問題とする場合であっても、その性質は状態犯ではなく継続犯であると解されるから、場所的要件を充たす範囲の行為のみが可罰的である。よって、この点においても、原判決は法令の適用を誤っている」と述べる。福岡高判平成三〇年九月二一日も、検察官による当該一体性の主張に対して、「通常所在する場所の付近で行われたのは、それ自体は『見張り』とはいえず、法二条一項一号には該当しない行為であるにもかかわらず、それと一連・一体であるという抽象的な理由により、その後本件GPS機器を利用するものの、通常所在する場所では行われていない、位置情報確認による動静観

察行為を処罰の対象とするものであって、通常所在する場所で行われた『見張り』に限って規制しようとする法二条一項一号の趣旨を逸脱するものといわざるを得ない」としている。

第二項 考察

GPS機器による密行的な情報取得行為（以下において単に「GPS機器による情報取得行為」と記述する際は密行的なものを念頭に置いている）の狭義の「見張り」該当性の肯否やその論証の仕方は、保護法益をどのように解するかによって異なりうる。「個人の身体、自由及び名誉」を保護法益の中心に据える見解からは、主として二つの解釈がなされうる。第一に、「二条一項一号前段におけるつきまとい等が被害者に直接接触を持ちうる行為態様である点に鑑みると、一号前段に規定されている行為態様は被害者への直接的危害が発生しうる危険性を持つものであると考えられる」のであり、「そうだとすれば、一号後段の見張り、つきまといの行為態様に関して『付近』という場所的限定が要件とされているのも、被害者への直接的危害が発生しうる状況を想定しているからであると解される」として、「直接的危害の発生しうる場所的限定を緩める解釈はされるべきではなく、場所的離隔をもって行う情報確認を含む行為が『付近』において『見張り』をした行為に該当しうるかについては否定的に解すべきであると」する解釈がある⁽¹⁰⁾。論者はここで保護法益に言及していないが、「被害者への直接的危害が発生しうる危険性」を二条一項一号に規定された諸行為の共通点として重視するためには、「個人の身体、自由及び名誉」が保護法益に含まれるという主張を持ち出す必要があるように思われる。というのも、一号に規定された諸行為の共通項を、行為の実行が被害者にとつて典型的に認識可能であるという点に求めることもできるからである⁽¹⁰⁾。当該第一の解釈によれば、GPS機器による情報取得行為は狭義の「見張り」に該当しない。

第二に、エスカレートの危険という観点を重視し、場所的要件を可能な限り緩やかに捉えるという解釈が考えら

れる。具体的には、例えば、GPS機器や盗聴器等が「住居等」の付近にあれば場所的要件は満たされるとする理解が想定される。これによれば、GPS機器による情報取得行為は、当該機器が「住居等」の付近に設置されている場合には、場所的要件を充たし狭義の「見張り」に該当することになる。GPS機器による情報取得行為に場所的要件の充足を認めるための方法として、他には、GPS機器の取付行為とその後の情報取得行為を一連一体のものとして捉えることにより、取付行為と別個のものとしてみれば場所的要件を充たさないGPS機器による情報取得行為にも場所的要件の充足を認めるという方法が考えられる。⁽¹⁴⁾これによれば、GPS機器が「住居等」の付近に設置されていない場合であっても、場所的要件の充足、そして狭義の「見張り」該当性が当該機器による情報取得行為に認められることになる。

これに対して、「GPS機器による情報取得行為が対象者のプライバシーを強く侵害しうるものであることを重視するのであれば、かりにストーカー行為がこの段階にとどまっているとしても、被害者の生活上の利益を損なう危険性は大きく、これ自体を規制対象に含める必要性は高いようにも思われ」という問題意識から、「当該行為が被害者の自宅や勤務先等における所在確認などの目的に基づいて行われたと評価できる場合に限り、かろうじて『見張り』該当性を認める余地がある」と主張する見解も存在する。⁽¹⁵⁾しかし、プライバシーを本罪の保護法益に含める見解は日本ではこれまで主張されてこなかったこと、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少なくとも有力には主張されていないこと、そして規制対象行為が日常的行為と境を接するというストーカー行為罪の特徴等を考慮すれば、このようなプライバシー侵害行為が本当に当罰的といえるのかという点に加え、当罰的であるとしてもストーカー行為罪によって処罰されるべきものなのかという点も慎重に検討されなければならないといえよう。

最後に、保護法益に関する私見の立場から、場所的要件の解釈を先に示したうえで、GPS機器による情報取得行為の狭義の「見張り」該当性の肯否を論じる。本款におけるこれまでの議論から明らかなように、場所的要件のように解釈するかが、GPS機器による情報取得行為の狭義の「見張り」該当性の肯否に大きな影響を与える。そして、本章第五節でも述べた通り、私見によれば各号行為該当性判断において行為に対する被害者の認識可能性が最低限要求されるべきところ、場所的要件を解釈するにあっても、当該認識可能性の観点が考慮されなければならない。当該観点によれば、行為時に行為者自身が「住居等」の付近にいないければ、場所的要件は充足されないとの解釈が導き出される。

もっとも、このような解釈に至ることが自明というわけではない。というのも、行為者が行為時に「住居等」の付近にいないとも行為に対する認識可能性が認められる場合、つまり、それゆえに場所的要件の充足が認められるべき場合がありうるようにも思われるからである。具体的には、「住居等」付近に設置されたGPS機器等の存在が被害者にとって認識可能であるというケースが考えられる。しかし、この場合は、設置されたGPS機器等により情報取得行為が行われるかもしれないと被害者が予想しうるということ（¹⁰⁶）を意味するにとどまり、「日常生活を送るにあたり必要不可欠な個人の安心感」に対する情報取得行為の因果性を基礎づけているわけではない。言い換えれば、設置されたGPS機器等の認識可能性は前述の予想を介して個人の安心感に影響を与えうるものの、それはあくまでGPS機器等の設置行為に由来するものである。よって、GPS機器等が被害者にとって認識可能な態様で「住居等」の付近に設置されている場合には、行為者自身が「住居等」付近におらずとも場所的要件の充足が認められるべきであるとの考えは採用できない。

以上から、私見によれば、場所的要件は、行為者自身が行為時に「住居等」の付近にいてはじめて充足されるも

のと解される。そして、このことから明らかなように、GPS機器による密行的な情報取得行為に狭義の「見張り」該当性は認められない。⁽¹⁹⁾

第六章 おわりに

最後に、本論文の主張を要約する。まず、第一章において、ストーカー行為罪の保護法益を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・危殆化される「生活の安全と平穩」と解する通説的見解に対して、二つの疑念を示した。すなわち、第一に、「個人の身体、自由及び名誉」について、予備罪における基本犯実行の目的のような、後続の法益侵害行為を関連付ける要件が本罪には存在しないことを考えれば、これを保護法益に含めることによって、ストーカー行為罪は実質的には行為の危険ではなく行為者の危険な性格・傾向性を処罰根拠とするもの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、「生活の安全と平穩」の具体的な内容が明らかにされておらず、当該概念が不明瞭なままにとどまっているのではないかとの疑念がある。

このような問題意識に基づき、第二章ではストーカー行為罪の保護法益に関する現在の議論状況を、第三章ではドイツ刑法二三八条一項の保護法益を巡る議論をそれぞれ概観した。これらを踏まえ、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った。まず、「個人の身体、自由及び名誉」を保護法益に含める通説的見解について、これによれば、ストーカー行為罪は実質的には行為の危険ではなく行為者の危険性・傾向性を処罰根拠とする犯罪と構成されることになってしまう。その帰結として、ストーカー行為罪の規制対象行為の追加も含む将来の刑事立法による処罰範囲の不当な拡大のおそれが生じうる。また、ストーカー行為罪の構成要件解釈においても、

処罰範囲の不明確化や不当な限定がもたらされることになる。さらに、ストーカー行為それ自体による被害は十分当罰性を基礎づけるに足ると評価されうるし、実際にドイツでもそのように広く認識されているということも併せて考慮すれば、「個人の身体、自由及び名誉」を保護法益に含める見解は支持されえない。このように結論づけたうえで、「生活の安全と平穏」の具体的内実をどのように捉えるべきかという次なる問題に取り組んだ。複数の候補が考えられるが、表現の明確性や脅迫罪・強要罪による意思活動の自由の保護のあり方等から、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ことを明らかにした。

これに基づき、第五章では、ストーカー行為罪の構成要件解釈を展開した。具体的には、保護法益に関する私見から導き出される限定である被害者による認識可能性という観点を中心として、不安方法（二条三項）、反復性（二条三項）、恋愛感情等充足目的（二条一項柱書）、二条一項各号の行為態様一般、そして、短時間の観察行為およびGPS機器による位置情報取得行為の狭義の「見張り」（二条一項一号）該当性の問題に考察を加えた。

本論文では、「日常生活を送るにあたり必要不可欠な個人の安心感」という特定の感情がストーカー行為罪の保護法益と解されるべきであると結論づけた。これに関連して、刑法的保護に値する感情とそうでない感情はどのような基準でもって区別されるべきなのかという疑問が生じてくる。感情を保護法益とする見解が主張されている犯罪として、公然わいせつ罪（刑法一七四条）、わいせつ物頒布罪（一七五条）、墳墓発掘罪（一八九条）や死体損壊等罪（一九〇条）等の礼拝所及び墳墓に関する（一八八条―一九一条（一九二条を除く）、脅迫罪（二二二条）、死者名誉毀損罪（二三〇条二項）、侮辱罪（二二二条）、愛護動物関連犯罪（動物愛護法四四条）、人クローン胚等移植罪（ヒトクローン規制法一六条、三条）等がある。他方、刑法による規制に値する程度の重大性が感情侵害に認められるのかという問題がある。すなわち、ある特定の感情に対する侵害・危殆化が、市民の自由をはじめとす

る犯罪化に対抗する諸理由を考慮してもなお、刑法という手段によって防止されるべきものといえるかどうかは、生命や身体等に対する侵害・危殆化の場合と比べて明らかでない。刑事立法の活性化およびこれに伴い立法批判基準としての法益論の機能不全が指摘されている現状も考慮すれば、刑法による感情の保護に関する検討は極めて重要な意義を持つように思われる。しかし、当該問題にはこれまでほとんど注意が払われてこなかった。⁽¹⁰⁸⁾それゆえ、刑法による保護に値する感情とそうでない感情とを区別するための判断基準や考慮要素の探求を今後の課題としたい。

(61) 後掲注(64) 参照。

(62) 佐野・前掲注(10) 一四―一五頁、四條・前掲注(8) 三〇―三〇二頁。

(63) 明文上の不安方法(二条三項)の限定は、二条一項一号から四号までおよび五号の一部の行為にのみかけられている。五号のその他の行為および六号から八号までの行為に当該限定がかけられていないのは、「その行為自体が、社会通念上、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ものと評価できるものである」からであると一般に解されている(例えば、檜垣重臣『ストーカー規制法解説「改訂版」』(立花書房、二〇〇六)二二―二三頁)。それゆえ、これらの行為に、市民の行動の自由の保障や日常行為の処罰範囲からの除外という観点に基づく明文上の不安方法の限定を要求する必要はない。

(64) 大阪高判平成一六年八月五日(高等裁判所刑事裁判速報集(平一六)号一五八頁)は、不安方法判断の資料として、「行為者と被害者との人的関係、行為の具体的態様、それにより被害者に告げられた内容、同種行為の回数や頻度、さらには、警察による警告や禁止命令との先後関係等」を挙げている。

(65) BT-Drs. 16/575 S. 7; BGHSt 54,189 Rn. 20; Schönke/Schröder-Eisele, aaO. (Anm. 38), § 238, Rn. 25; Bernd-Rüdeger Sonnen, Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 238, Rn. 42; Wolters, aaO. (Anm. 35), § 238, Rn. 19.

(66) BT-Drs. 16/575 S. 7.

(67) Arzt/Weber, aaO. (Anm. 41), § 9, Rn. 105,112; Misch, aaO. (Anm. 44), S. 1240; Schönke/Schröder-Eisele, aaO.

- (Anm. 38), § 238, Rn. 25.
- (69) Schönke/Schröder-Eisele, aa.O. (Anm. 38), § 238, Rn. 25.
- (69) BT-Drs. 16/575 S. 7; BGHSt 54, 189 Rn. 20; Schönke/Schröder-Eisele, aa.O. (Anm. 38), § 238, Rn. 25.
- (70) Schönke/Schröder-Eisele, aa.O. (Anm. 38), § 238, Rn. 25.
- (71) BT-Drs.15/5410 S. 7.
- (72) BGHSt 54, 189, Rn. 25. また LG Lübeck Beschluss vom 14.02.2008, BeckRS 2008, 05249 は、五か月もの時間的間隔のある二回の行為によって執拗性を肯定した。
- (73) Schönke/Schröder-Eisele, aa.O. (Anm. 38), § 238, Rn. 25 及び Wolters, aa.O. (Anm. 35), § 238, Rn. 19⁴⁵⁾。
- (74) Schönke/Schröder-Eisele, aa.O. (Anm. 38), § 238, Rn. 25. 複数回の実行により客観的要素が執拗性に内在する⁷⁴⁾、一般に承認されている（前掲注 (69) 参照）。
- (75) BT-Drs. 16/575 S. 7; BGHSt 54, 189, Rn. 25; Schönke/Schröder-Eisele, aa.O. (Anm. 38), § 238, Rn. 25; Sonnen, aa.O. (Anm. 65), § 238, Rn. 42.
- (76) BT-Drs. 16/575 S. 7.
- (77) BT-Drs.15/5410 S. 7. 以下に對して Gudrun Hochmayr, Das sukzessive Delikt - ein neuer Deliktstypus, ZStW 122, 2010, S. 757 ff. は「ドイツ刑法二三八条一項を『漸次犯』という新たな犯罪類型に分類する。当該論文を詳細に紹介・検討する日本語文献として、四條・前掲注 (17) 二二〇頁以下。
- (78) Hochmayr, aa.O. (Anm. 77), S. 757.
- (79) 山田・前掲注 (5) 六四二頁。
- (80) 矢野・前掲注 (8) 九一〇頁。
- (81) 四條・前掲注 (17) 二二八頁。
- (82) ストーカー行為罪の保護法益に関するどの見解によっても、なぜ類似ないし同種の「つきまとい等」の繰返しが、それぞれ別の号に該当する別種の「つきまとい等」の繰返しよりも、反復性要件充足の可能性を高めるといえるのかは説明されないように思われる。また、ストーキングの特性という観点からも、説明されえないだろう。

(83) 草案提案者は、労働運動や消費者運動、マスコミ等の報道活動、市民運動、地域活動、自治会活動等はストーカー規制法に該当しないと解してよいのかという質問に対して、「そのようなことを厳に考えまして目的を絞ったところで」であると答弁している(平成十二年五月二十六日参議院地方行政・警察委員会会議録一〇号六頁〔松村龍二議員答弁〕)。

(84) 金澤・前掲注(13) 四八頁。第四章第一節の引用箇所も参照。

(85) 草案提案者も、つきまとい等に関する実態として、「交際を求めたり、離婚後に復縁を迫るために行われている例が多く、またこれらの場合には、その相手方に対する暴行、脅迫、ひいては殺人等の犯罪に発展するおそれの強いものと聞いており」、「そこで、国民に対する規制の範囲を最小限にするためにも、規制の対象を」このような目的による場合に限定したと説明している(平成十二年五月十六日参議院地方行政・警察委員会会議録一〇号二頁〔松村龍二議員答弁〕)。すなわち、ストーカー行為罪の保護法益の理解は私見とは異なるものの、この点を除けば同様の考え方に立脚しているといえる。

(86) 目的要件の撤廃に関する議論は、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いても行われた(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・前掲注(1) 五頁)。最終的には、「恋愛感情等充足目的以外の目的で行われる行為を広く規制対象とすべきか否かという点は、ストーカー規制法の在り方そのものに関わる議論であることから、目的要件の撤廃については、その具体的な必要性、撤廃した場合の問題点等について、今後の課題として更なる研究が必要である」との結論が示されている。

(87) 福岡高判平成三〇年九月二二日(LEX/DB 25449773)、福岡高判平成三〇年九月二〇日(LEX/DB 25449751)、東京高判平成二九年一〇月二四日(DI-Law.com/28254494)、福岡高判平成二九年九月二二日(高等裁判所刑事裁判速報集(平二九)二八二頁)、東京高判平成二八年八月三日(東京高等裁判所(刑事)判決時報六七卷一〇四頁)、福岡高判平成二八年七月五日(判例タイムズ一四三二号一三八頁)、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)、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)、大阪高判平成一六年八月五日(高等裁判所刑事裁判速報集(平一六)号一五八頁)、岡山地判平成二八年二月一四日(DI-Law.com/28250194)、神戸地判平成一九年七月三日(LEX/DB 28135466)、東京地判平成一五年一月二二日(判例タイムズ一一二九号二六五頁)、青森地判平成一四年一月五日(LEX/DB 28085081)、神戸地判平成一四年八月二三日(LEX/DB 28085014)、福島地判平成一三年一〇月一一日(LEX/DB 28075468)、名古屋地判平成一三年九月六日(LEX/DB 28075255)など。

- (88) 秋山・前掲注(11) 三一九頁、平野潔「判批」刑事法ジャーナル四〇号(二〇一四) 一四三頁。
- (89) 平野・前掲注(88) 一四三頁。
- (90) 四條・前掲注(8) 三〇三頁。
- (91) 四條・前掲注(8) 三〇四―三〇五頁。
- (92) 高井良浩「判批」研修七九一号(二〇一四) 一二三頁。同旨、橋爪隆「GPS機器を利用したストーカー行為について」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、二〇一九) 一二七頁。
- (93) 四條・前掲注(8) 三〇五頁。
- (94) 橋爪・前掲注(92) 二一五頁。
- (95) 橋爪・前掲注(92) 二一五頁。
- (96) 橋爪・前掲注(92) 二一五―二一六頁。
- (97) 観察行為単体の所要時間や繰り返しされる観察行為の一環であることの他に、例えば、観察行為の具体的態様も当該文脈における認識可能性判断の考慮事情となりうる。
- (98) 以下の諸裁判例を詳しく紹介し分析する文献として、上田正基「判批」神奈川法学五一巻二号(二〇一八) 四三頁以下。
- (99) 具体的には、別居中の妻甲方の駐車場等において甲が使用する自動車にGPS機器を取り付けては回収することを繰り返し、また被告人が甲の交際相手であると疑った乙の勤務先付近にビデオカメラを設置して回収し記録された映像を確認し、その後乙方付近にビデオカメラを設置して回収し記録された映像を確認したという諸行為(福岡高判平成二九年九月二二日、別居中の妻が自身の使用する自動車を駐車するために賃借していた駐車場において当該自動車にGPS機能付き電子機器を密かに取り付けた上、多数回にわたって同車の位置情報を探索し取得した行為(福岡地判平成三〇年三月二二日)、そして元交際相手である被害者が使用する自動車にGPS機能付き電子機器を密かに取り付け、同車の位置を探索して同人の動静を把握した行為(佐賀地判平成三〇年一月二二日)が、それぞれ狭義の見張り該当性において問題となった。
- (100) 福岡高判平成二九年九月二二日は、電子機器取付け後の情報取得行為の場所的要件該当性について明示的に判断していないが、橋爪・前掲注(92) 二一九頁は、「両者(引用者補足…「電子機器の取り付け・設置」と「その後の情報取得行為」)を包括した全体としての『見張り』行為について、場所的要件の存否を一体的に判断しているようにも推測される」

と評している。

(101) 具体的には、刑法の自由保障機能確保を目的とする罪刑法定主義の観点から、「これまで述べた点を考慮すれば、『視覚等の感覚器官を用いた』動静観察行為であることは、本法二条一項一号に規定される『見張り』という文言の基本的で重要な要素というべきであり、当罰性の観点や原判決の指摘する社会生活の変化等は、立法的解決の理由とはなり得ても、これとかい離れた解釈を許容する理由とはなり得ない」し、「また、実際にも、相手方の動静を把握するための情報取得行為一般が『見張り』に該当し得ると解した場合には、例えば相手方のいわゆるSNSを継続的に観察して動静情報の収集をする行為等もその定義に包摂され得るのであって、『見張り』概念の辺縁が不明確となり、国民にとっての予測可能性が確保し難いものとなってしまふ」と述べられている。

(102) 永井紹裕「判批」法律時報九〇巻一一号(二〇一八)一三一頁。同旨、嘉門優「判批」平成三〇年度重要判例解説(二〇一九)一六五頁。

(103) 保護法益に関する私見による検討を行う際に、当該認識可能性の観点に基づく場所的要件の解釈を展開する。

(104) この方法は、佐賀地判平成三〇年一月二二日や福岡地判平成三〇年三月二二日において採用されているものである。もっとも、このような方法の採用と保護法益の理解は関連付けられていない。

(105) 橋爪・前掲注(92)二三一頁。また、「現実に行動を監視していなくても、行動を監視しているような事実を告げて被害者を困惑させる行為が処罰対象に含まれるのであれば(二条一項二号参照)、現実に住居等の付近における行動を監視する行為を処罰対象に含める可能性が検討されてしかるべきであるように思われた」との問題意識にも基づくという。その他に当該文脈においてプライバシー侵害に言及するものとして、上田・前掲注(98)五七頁。他方、嘉門・前掲注(102)一六五頁は、GPS機器による位置情報取得行為を処罰するための立法的解決の主張に対して、当該行為により侵害される利益は個人のプライバシーであると思われる点に注意が必要であり、一条の目的規定からみればプライバシー侵害は異質な利益侵害であること等を考慮すれば、慎重な検討がなされなければならないと述べる。

(106) もちろん、ここでは、それ単体で「日常生活を送るにあたり必要不可欠な個人の安心感」に対する危険を基礎づけるような強度の因果性は要求されない。

(107) なお、佐賀地判平成三〇年一月二二日や福岡地判平成三〇年三月二二日が採用していた、GPS機器の取付行為とGP

S 機器による情報取得行為を一連一体のものと捉えるという手法は、保護法益に関する私見によれば、支持できない。というのも、いくらGPS 機器の取付行為と当該機器による情報取得行為との間に密接性があるとしても、後者の行為が被害者による認識可能性を欠くことには変わりないからである。

(108) もっとも、近年において、刑法による感情の保護ないし感情法益を主題とする論文がいくつか上梓されている。例えば、高山佳奈子「『感情』法益の問題性―動物実験規制を手がかりに」高山佳奈子・島田聡一郎編『山口厚先生献呈論文集』（成文堂、二〇一四）二六頁、内海朋子「感情の刑法的保護について 序論」横浜法学二二卷三号（二〇一四）二〇五頁以下、同「感情の刑法的保護について―宗教に関する罪における保護法益―」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、二〇一六）八〇七頁以下、同「感情の刑法的保護―死者に関する罪における保護法益―」高橋則夫ほか編『刑事法学の未来―長井圓先生古稀記念』（信山社、二〇一七）三五一頁以下。