

ドイツ刑法典238条（つきまとい罪）の 2017年改正について

四 條 北 斗

< 目 次 >

1. はじめに
2. 旧238条の運用状況と批判
3. 2017年改正の概要
4. 新238条をめぐる議論状況
5. おわりに

1. はじめに

ドイツにおけるストーキングに対する法制度は、2002年1月1日に施行された暴力行為及びストーカー行為防止法（GewSchG）に始まる。同法1条により、例えば被害者の住居への立入りや被害者への接触の禁止のような暴力行為やつきまといに対して、裁判所の措置命令が可能になった。この命令に対する違反は、同法4条によって1年以下の自由刑または罰金が科される。これは、私法上の命令の実効性を担保するための間接罰規定ではあるが、ストーキングの刑事規制の一環として捉えることができる。本法制定の法政策上の背景として、1999年に決定された女性に対する暴力との戦いに関する赤緑連立政府のアクションプランと、できるだけ早期の国家による犯罪予防というコンセプトがあったとされる¹⁾。もっとも、暴力行為及びストーカー行為防止法4条は、もっぱら裁判所の禁止に対する違反を処罰対象とするものであり、ストーキングの実体的不法を捉えるものではない。

ストーキングの実体的不法を処罰対象とする犯罪構成要件は、2007年3月31日に施行されたドイツ刑法典旧238条²⁾のつきまとい罪（Nachstellung）によって導入された。本条の立法過程において³⁾、実体法上の問題としては、罪名、1項を結果犯（Erfolgssdelikt）とす

1) Lothar Kuhlen, Stalking als kriminalpolitisches Problem, ZIS 3/2018, S. 89.

2) 以下、本稿で特に法律名を示さないかぎりドイツ刑法典を指し、また、特に断らないかぎり個別の法律名についてもドイツの法律を指すものとする。

3) 旧238条の立法過程については、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（2007年）98頁以下、参照。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」國學院法学第45巻第4号（2008年）67頁以下、参照。

るか適性犯 (Eignungsdelikt) とするか, 加重類型を設けるか, 受け皿構成要件を設けるか, また, 手続法上の問題としては, 旧238条1項を親告罪および私訴犯罪とするか, 同条2項および3項の加重類型に関していわゆる「エスカレート予防勾留 (Deeskalationshaft)」を認めるか, 公訴参加制度の対象とするか, などが議論された。結局, 実体法としては, 旧238条は「つきまとい」という名称で規定された。同条1項は適性犯ではなく結果犯として構成され, 同項5号に受け皿構成要件が設けられ, また同条2項および3項には加重類型が設けられた。手続法との関係でも, 同条4項でつきまとい罪は親告罪とされた他, 公訴参加制度 (刑事訴訟法 395条1項4号) の対象とされ, 同条1項の場合には私訴犯罪 (刑事訴訟法374条1項5号) とされた。また, 同条2項および3項の加重類型はエスカレート予防勾留 (刑事訴訟法112条a第1項1号) の対象となった。

しかし, 旧238条は, その導入目的とされた被害者保護という点で, 早くから改善の必要性が指摘されてきた。そして, 2017年3月10日に施行された「つきまといに対する保護の改善に関する法律」⁴⁾により, 新238条が施行された。今般の改正の主眼は被害者保護の改善にあり, 後述のように, この改正によって, ドイツにおけるストーキングに対する構成要件は, 犯罪の基本的性質が根本的に変更されることになった。そこで本稿では, まず, 旧238条の概要と運用状況とそれに向けられた主要な批判を概観する。そして, 今般の改正の内容と要点をまとめた上で, 法改正後の議論を中心に新238条をめぐる議論状況を整理することにする。また, それを通して, ドイツおよびわが国におけるストーキングの刑事規制に通底する課題を見出すことにしたい。

2. 旧238条の運用状況と批判

2.1. 旧238条の概要

2007年の旧238条の導入以前は, 行為者の個別の些細な行為の蓄積ないし相互作用によって社会的相当性の限度を超える, いわゆる「穏当なストーキング (mild Stalking)」の刑法上の評価が課題だったが, 本条の導入により, 考えられるストーキングの典型的な行為態様は同条1項1号ないし4号でカバーできているとされる⁵⁾。本条の導入により, ストーキング被害者には, 新しい刑事的保護の可能性がもたらされた⁶⁾。それまでは, ストーキングは暴力行為及びストーカー行為防止法4条1文による間接罰によって規制されていただけであったが, この現象のために創設された固有の構成要件によって捉えられ, 法定刑も暴力行為及びストーカー行為防止法4条1文を上回るものになった。また, ストーキングに対する刑法上の対応のために, 被害者自身にとって時間や手間のかかる民事手続で一時的な処分を実現した後でストーカーが当該措置に違反することや, ストーカーが他の刑罰法規に違反するのを待つ必要がなくなった。さらに, 加重類型である2項および3項が, エスカレート予防勾留の適用対象になったことにより, 重大な結果を招くようなストーキ

4) BGBl. I S. 386.

5) Viola Spohn, Zehn Jahre Anti-Stalking-Gesetz, 2017, S. 162.

6) Spohn, o. Fn. 5, S. 163.

ングに対しては、有罪判決の前に予防的にストーカーを「関係性から引き離す」ことが可能になった⁷⁾。旧238条は以下の通りである。

第1項 次の各号のいずれかに掲げる行為を執拗に行うことによって、人に権限なくつきまとい、それにより相手方の生活形成に重大な害を及ぼした者は、3年以下の自由刑または罰金に処する。

- ① 相手方に空間的に接近する
- ② 遠距離通信手段やその他の通信手段を用いて、または第三者を通じて相手方に連絡を試みる
- ③ 相手方の個人情報を利用して、その者のために商品やサービスの提供の注文をし、または第三者に相手方と接触するようしむける
- ④ 相手方を、その者自身またはその者に近い者の生命、身体の完全性、健康もしくは自由を侵害すると脅迫する
- ⑤ その他の以上の行為に相当する行為を行う

第2項 行為者が、その行為によって、被害者、被害者の親族、またはその他の被害者に近い者に対し、死の危険または重大な健康被害の危険を生じさせた場合は、3年以上5年以下の自由刑に処する。

第3項 行為者が、その行為によって、被害者、被害者の親族、またはその他の被害者に近い者を死亡させた場合は、1年以上10年以下の自由刑に処する。

第4項 第1項の場合においては、告訴がなければ公訴を提起することができない。ただし、刑事訴追機関が、刑事訴追の特別な公益があることを理由に、職務上介入を必要と判断した場合はこの限りではない。

本条（特に1項の基本的構成要件）の解釈については、すでに別稿⁸⁾で概略を紹介しているので、ここでは、2017年改正との関係で重要になる点に絞って、簡潔にその解釈適用を確認するにとどめる。

旧238条の規定によれば、可罰的とされるのは、行為者が同条1項1号ないし5号に規定された行為を執拗に行うことによって、人に権限なくつきまとい、それにより相手方の生活形成に重大な侵害を及ぼした場合である。つまり、本罪は「生活形成の重大な侵害」を結果とする結果犯であった。2007年の導入以降、判例は238条1項の解釈適用の際に、つきまといの行為と結果のどちらの要素についても制限的に認定してきた⁹⁾。

「執拗な行為」とは、連邦通常裁判所2009年決定¹⁰⁾によれば、「被害者の抵抗意思の無

7) Spohn, o. Fn. 5, S. 163.

8) 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——」東北学院法学第75号（2014年）154頁以下、同『『漸次犯』という概念について——ストーキングに対する構成要件と実行行為——』東北学院法学第73号（2012年）250頁以下、参照。

9) Kuhlenは、「判例は、238条1項の制限的な解釈によってそのさらなる具体化（Präzisierung）に寄与したいと考えていたのである。意図された被害者保護に関するこの規定の効果という点での疑念は、もちろん、2007年以降の経験によって強くなった」とする（Kuhlen, o. Fn. 1, S. 94.）。

視または被害者の願いに対する無関心から、将来繰り返し相応の振る舞いをする目的でなされた」ことを必要とする。また、連邦通常裁判所2016年決定¹¹⁾は、「行為者の個別の行為が十分な場所的連関と時間的連関を示し、行為者の持続する一体的な意思によって支えられている」ことを要求する。それゆえ、個別のつきまとい行為の間に、行為者と被害者の間で合意の上での——性的なものを含む——接触があった場合に、執拗な行為を否定している。

「生活形成の重大な侵害」という結果を、連邦通常裁判所は次のように解釈する。被害者の生活形成は、つきまといによって「行為者の関与がなければ現れなかった振る舞いが引き起こされた場合」¹²⁾にのみ、侵害されたとする。したがって、つきまといによる重大な身体的または心理的な影響も、それだけでは構成要件の充足にとって十分ではないことになる。また、生活形成の侵害について「重大なもの」とみなされるのは、「平均的で原則的に甘受されるべき要求可能な生活形成の変更を、著しくかつ客観化可能な程度に超えた、重大な真剣に扱われるべき結果」¹³⁾だけである。例えば、「第三者を伴わなければ外出しないこと、職場や住居を変更すること、住居の窓を遮光すること」¹⁴⁾が挙げられる。これに対して、「例えば、証拠保全目的での留守番電話の使用やいわゆる逆探知装置の設置のような、ほとんど手間のかからない自分自身での事前準備措置は、重大なものとはみなされない」¹⁵⁾とした。

2.2. 旧238条導入以降のストーキングに対する刑事実務の動向

2007年の旧238条導入以降のストーキングに対する刑事実務の動向に関して、近年、Spohnが、警察統計や司法統計を用いて、今般の法改正議論が始まった時期までの包括的な整理を行った¹⁶⁾。ここでは、Spohnの整理をもとに、近時の他の文献における旧238条の評価も参照しながら、ドイツにおける実務の状況を簡潔に整理する。

ドイツにおけるつきまとい罪の認知件数と検挙件数については【表1】の通りである¹⁷⁾。2008年以降、ストーキング事案の認知件数は減少を続けている。もっとも、警察統計に基づく指標の持つ意味は、あくまでも警察が認知した事案に限られるので、限定的である。

10) BGHSt 54, 189, Rn. 20.

11) BGH NStZ 2016, 724, S. 725.

12) BGHSt 54, 189, Rn. 22; BGH NStZ-RR 2013, 145, S. 146.

13) BGHSt 54, 189, Rn. 22; BGH NStZ-RR 2013, 145, S. 145.

14) BGHSt 54, 189, Rn. 22; BGH NStZ-RR 2013, 145, S. 146.

15) BGHSt 54, 189, Rn. 22.

16) Spohnの研究以前のものとしては、2012年までの資料を基にしたものとして、Tillmann Bartsch, § 238 StGB (Nachstellung) — Ein reformbedürftiger Tatbestand?, in FS-Dieter Rössner, 2015, S. 717ff. などがある。

17) なお、Spohnによれば、全体の1/3のケースが元パートナーによるものであるとされる。そのような関係性が、赤の他人に対するとは異なり、刑事訴追へ踏み切れない障壁になっている可能性があるとの指摘がなされている (vgl. Spohn, o. Fn. 5, S. 145, 246.)。

また、「ストーキング」の場合には、数10万件にのぼるとされる暗数も顧慮しなければならない¹⁸⁾。行為者と交際関係にある／あった被害者は、羞恥心、劣等感、責任、同情、悲しみ、あるいはストーカーへの配慮などから、しばしば通報をためらうことがあるとされる¹⁹⁾。また、多くの被害者は、警察はいずれにせよ自分を助けることはできない、あるいは、十分な証拠がないと考えていることが指摘されている²⁰⁾。さらに、被害者が意識的または無意識的に、つきまといに該当する事案を脅迫、器物損壊または名誉棄損などの個別の犯罪でのみ通報しており、ストーキング事案として認知されないことがあるとされる²¹⁾。

その他にも、認知件数の減少要因として、新しい構成要件に期待したがそれを放棄した被害者の通報行動、旧238条の一定の威嚇効果、メディア報道の効果、近時の警察活動の改善が挙げられる²²⁾。また、旧238条2項および3項の加重類型の認知件数については、基本的にもはや社会的相当行為ではないストーカーの行為態様の場合には、焦点が他の犯罪に移ることが指摘される²³⁾。

【表1】認知件数と検挙件数

年	238条全体の 認知件数	全犯罪に 対する割合	238条1項の 認知件数	238条2項の 認知件数	238条3項の 認知件数	238条全体の 検挙件数	検挙率
2008	29,273	0.5%	不明	不明	不明	25,804	88.1%
2009	28,536	0.5%	不明	不明	不明	25,532	89.5%
2010	26,848	0.5%	26,218	611	19	24,031	89.5%
2011	25,038	0.4%	24,657	372	19	22,331	89.2%
2012	24,592	0.4%	24,245	334	13	21,723	88.3%
2013	23,831	0.4%	23,428	333	16	21,306	89.4%
2014	21,857	0.4%	21,583	263	11	19,592	89.6%
2015	19,704	0.3%	19,484	213	7	17,712	89.9%

(出典：Viola Spohn, Zehn Jahre Anti-Stalking-Gesetz, 2017, S. 245.)

次に、ドイツにおける裁判所によるストーキング事案の処理については、【表2】および【表3】の通りである²⁴⁾。旧238条に関わる判決件数、有罪判決件数も2009年から減少を続け、有罪率は2015年には40.0%まで下がっている。この要因として、ストーカーだけ

18) vgl. Spohn, o. Fn. 5, S. 33.

19) Spohn, o. Fn. 5, S. 144.

20) Ulrike Zähringer/Anja Stiller, Strafbarkeit von Stalking in Deutschland: Empirische Befunde zum Anzeigeverhalten und der Bekanntheit § 238 StGB bei Betroffenen von Stalking, in Deborah F. Hellmann (Hrsg.), Stalking in Deutschland, 2016, S. 130f.

21) Spohn, o. Fn. 5, S. 144.

22) Spohn, o. Fn. 5, S. 145.

23) Spohn, o. Fn. 5, S. 145.

24) ここでも、統計数値は必ずしも現実をそのまま反映するわけではないことに注意が必要である。特に、複数の罰条に触れる行為をした行為者の場合には、罪数処理が統計上の処理に反映され、統計上は法定刑の最も重い犯罪で処理されることになる (vgl. Spohn, o. Fn. 5, S. 159.)。

でなく告訴権者も発想力が豊か (kreativ) であること²⁵⁾、検察と裁判所が旧238条の適用の際に非常に制限的な態度をとっていること²⁶⁾が指摘されている。また、認知件数や検挙件数に比して起訴が少ない要因として、被害者に私訴が教示されて手続きが終わってしまうことが指摘されている²⁷⁾。

無罪率は年によってばらつきはあるが、一桁台である。しかし、訴追の打切り率は、当初31.1%だったが、2015年には50.4%になった。この「驚くほど高い」²⁸⁾とされる打切り率の本質的な要因として、後述するように、旧238条の私訴犯罪としての構成および証拠の問題の他、起訴便宜的理由による手続の打切り (刑事訴訟法153条以下) が指摘されている。

措置入院命令は2015年までで28件である。責任無能力とされた14件の内13件が措置入院になっている。限定責任能力とされた事案は一定数あるが、ほとんど措置入院になっていない。措置入院はストーカーの心理的な疾患を理由とする必要はなく、アルコールや薬物の乱用によるものもあるとされる²⁹⁾。勾留命令は、年間平均15件であるが、エスカレート予防勾留の使用は、2015年までで7件である。

【表2】判決言渡、有罪判決、措置命令の件数

年	判決言渡	勾留命令		有罪判決				有罪率	措置命令	
		総数	刑法112条 a 1項1号による	全体	自由刑	罰金	少年刑		総数	入院命令
2008	778	18	0	505	100	380	3	64.9%	5	2
2009	988	22	0	561	158	383	2	56.8%	14	8
2010	748	15	0	414	123	273	3	55.3%	7	4
2011	711	15	0	378	101	256	5	53.2%	1	1
2012	590	12	3	313	115	188	1	53.1%	7	3
2013	498	11	3	236	87	143	0	47.4%	4	2
2014	432	15	0	205	77	126	1	47.5%	4	3
2015	395	8	1	158	61	93	0	40.0%	6	5

(出典：Viola Spohn, Zehn Jahre Anti-Stalking-Gesetz, 2017, S. 249.)

Spohn も指摘するように、警察統計に基づく数値 (【表1】) と司法統計に基づく数値 (【表2】、【表3】) ではその対象や罪名のカウントの仕方に違いがあること、また、特定の被疑者・被告人に着目した場合、警察に認知されてから判決が出るまでには時間的な間隔があることから、それぞれの年の数値が単純にリンクするわけでもない。しかし、2007

25) Kuhlen, o. Fn. 1, S. 94.

26) Heinz Schöch, Zielkonflikte beim Stalking-Tatbestand, NSTZ 2013, S. 222.

27) Sebastian Peters, Der Tatbestand des § 238 StGB (Nachstellung) in der staatsanwaltlichen Praxis, NSTZ 2009, S. 242; Schöch, o. Fn. 26, S. 222; Spohn, o. Fn. 5, S. 165.

28) Spohn, o. Fn. 5, S. 160.

29) Spohn, o. Fn. 5, S. 160.

【表3】無罪判決，打切り，責任無能力判決，限定責任能力判決の件数

年	無罪 または 刑の免除	無罪率	打切り または 訴追の免除	打切り率	責任無能力 判決総数	措置入院命 令付責任無 能力判決	限定責任能 力判決総数	措置入院命 令付限定責 任能力判決
2008	31	3.9%	245	31.1%	1	1	16	0
2009	53	5.3%	381	37.3%	5	5	26	2
2010	35	4.5%	303	40.0%	0	0	20	4
2011	40	5.3%	297	41.2%	0	0	17	1
2012	32	5.4%	249	41.4%	2	1	21	2
2013	36	6.8%	232	46.6%	0	0	17	2
2014	24	5.3%	210	46.5%	2	2	9	1
2015	35	8.6%	199	50.4%	4	4	10	1

（出典：Viola Spohn, Zehn Jahre Anti-Stalking-Gesetz, 2017, S. 250.）

年に旧238条が導入されて以降のストーキングに対する実務上の処理の全体的な傾向は確認できる。特徴としては、有罪判決件数および有罪率の漸減と、とりわけ打切り率の高さを指摘することができる。

2.3. 法制度に対するストーキング対策上の批判

上述のような刑事実務の動向の背景にはさまざまな要因があるが、ここでは、実体法（旧238条）および関連する手続法に内在する要因を整理する。もちろん、旧238条には、罪刑法定主義の明確性の要請の観点から1項5号の受け皿構成要件に対するものをはじめ、様々な疑念が提示されており、また、以下で言及するいくつかの制度についても個別に論争があるが、ここでは、旧238条の導入目的であるストーキング被害者の保護という観点からなされる主要な批判を論じることにする。

(1) 旧238条の結果犯構成の弊害

まず、多くの文献で批判されるのは、旧238条を侵害犯の形で結果犯として構成したことである。「生活形成の重大な侵害」という結果の要件が、ストーキングの処罰を困難にしているというのである。ドイツ刑法典では、つきまといに未遂処罰規定もないために、ストーキングの処罰のためには、被害者が生活形成を重大に侵害されなければならないことになるからである。

上述のように、連邦通常裁判所は旧238条の可罰性を、被害者が実際に経験した侵害に依拠させるのではなく、被害者がこのような侵害を免れようと試みた方法に依拠させている。それゆえ、つきまとい行為が顕著に執拗な場合にすら、被害者に重大な心理的または身体的な侵害が存在するにもかかわらず、生活形成の重大な侵害は認められないのである³⁰⁾。むしろ、本来的に回避されるべきことが生じた場合つまり被害者の生活状況の変更

30) Heinz Schöch, Nachstellung gemäß § 238 StGB als potenzielles Gefährdungsdelikt?, DRiZ 2015, S. 248.

が強制された場合にのみ、構成要件が充足されることになるので、それは納得できることではないと批判されている³¹⁾。

このような結果犯構成の帰結として、被害者が転居や職場の変更をできない場合には生活形成の重大な侵害が認められないことから、被害者は場合によっては重大な結果を招きうるような執拗なつきまといを耐え続けなければならないという、「奇妙な結論」³²⁾に陥ることになる。このことは、とりわけ経済的ないし社会的な弱者に該当することになり、現実に即していないと批判されている³³⁾。また、著しい恐怖や健康上の問題にもかかわらずつきまとい行為に屈しない、「打たれ強い」とみなされる被害者は、結局、刑法から見捨てられ、不利に扱われることになる。これは「立法者の処罰範囲を制限しようとした努力の機能不全的結果」³⁴⁾であると批判されている。

(2) 私訴犯罪としての位置づけの弊害

旧238条1項は私訴犯罪（刑事訴訟法374条1項5号）として位置付けられた。これに対しては、検察官は私訴犯罪を公的利益がある場合に限りて訴追することから（刑事訴訟法376条）、人格性の保護にとっての弱点になりかねないことが指摘されていた³⁵⁾。

また、検察官の協力なしに私訴を遂行することは、被害者を著しく消耗させるだけでなく、次のような看過できないリスクや制約があることが指摘されている³⁶⁾。すなわち、被害者自身が検察官の役割を引き受けなければならず、場合によっては被告人が反訴を起こすことがありうること（刑事訴訟法388条1項）、私訴手続においては、改善保安処分は禁じられているので（刑事訴訟法384条1項2文）、被害者はそれを期待することができないこと、さらに、私訴手続は、少年裁判所法80条1項1文および109条により、被疑者が行為時に少年でない場合にのみ許されることである。

その他にも、私訴手続では弁護人への委任は原則として不要であるが（刑事訴訟法378条）、実際には多くの事件で、被害者が私訴や刑事手続の内容を理解するために、または精神的にこれ以上煩わされないようにするために、弁護人への委任が避けられないものとなる。また、刑事手続の遂行において、たとえば、記録閲覧権の行使のように（刑事訴訟法385条3項1文）、いずれにせよ弁護人の助けがなければできないものがある³⁷⁾。さらに、その他の私訴手続上のリスクとして、私訴原告には、担保提供義務（刑事訴訟法379条）や訴訟費用予納義務（刑事訴訟法379条a）があるだけでなく、私訴の却下、無罪判決ま

31) Kuhlen, o. Fn. 1, S. 94f.

32) Andreas Mosbacher, Neuregelung der Stalking-Strafbarkeit, NJW 2017, S. 983. auch Wolfgang Mitsch, Beharrliches Nachstellen, NStZ 2010, S. 514.

33) Kuhlen, o. Fn. 1, S. 95; Schöch, o. Fn. 30, S. 249; Spohn, o. Fn. 5, S. 164.

34) Schöch, o. Fn. 30, S. 249.

35) Kristian Kühn, Einordnungs- und Anwendungsprobleme bei der Nachstellung, FS-Klaus Geppert, 2011, S. 320.

36) Spohn, o. Fn. 5, S. 165.

37) Spohn, o. Fn. 5, S. 165f.

たは打切りの場合に訴訟費用負担の問題（刑事訴訟法471条2項）があることが指摘される³⁸⁾。

そして、そもそも私訴という手続きについて、つきまといの場合には、賢明にも行為者との接触を避けた被害者に、私訴を起こすことでまさに接触をとることを指示するという過ちを犯している、との批判がなされている³⁹⁾。

(3) 証明の問題

旧238条については、その証明に関してもいくつかの問題が指摘されている。まず、ストーキングがなされた際に被害者と行為者しかいない場合、行為者が自分の行為を認めないかぎり水掛け論に陥ることになる⁴⁰⁾。被害者は価値のあるストーキングの証拠を残さなければならない。

旧238条1項各号に該当する行為に関する具体的な証明の問題としては、次のような場合に困難が生じることが指摘される⁴¹⁾。1号該当行為の場合、行為者が偶然その場にいることもありえ、また、行為者の住居や職場が近所にある場合や他の活動の場所が近所にある場合もある。このような場合、行為者は異議を唱えることになろうが、——特に私訴手続の場合には——被害者はそれを反駁しなければならない。2号該当行為や3号該当行為の場合では、例えばメールの差出人や商品の注文主が行為者であることの証明が必要になるが、行為者が匿名でそれらの行為を行う場合や、事後にそれらの行為について争う場合に、困難が生じることになる。また、同様の問題は、4号該当行為についても、例えば電話で脅迫されたときに、それを遡って証明できない場合などに生じる。

結果の要件についても、上述の結果の要件の厳格な解釈との関係で、証明についても問題が生ずることになる。たしかに、生活形成の重大な侵害として認められるような、転居や職場の変更などがあれば、証明は確かな方法で行われうる。しかし、そもそも多くの被害者は、経済的な事情により簡単には生活状況を変更できないことが指摘されている⁴²⁾。また、行為と結果の因果関係の問題も、必ずしも容易ではないとされる⁴³⁾。さらに、行為者を処罰するために、被害者がどのように対応しなければならないかという情報を集めることになることへの批判⁴⁴⁾もある。

さらに、旧238条1項の「執拗性」という主観的 - 規範的な構成要件要素の証明も、行為者の内面的な態度や心情が問題になるので、困難なものになることが指摘される⁴⁵⁾。相

38) Spohn, o. Fn. 5, S. 166.

39) Kuhlen, o. Fn. 1, S. 95.

40) Daniela Schlachter, Eine kritische Analyse des deutschen Stalking-Straftatbestandes, 2012, S. 170.

41) Spohn, o. Fn. 5, S. 166f.

42) Schöch, o. Fn. 26, S. 223.

43) Schöch, o. Fn. 30, S. 168. 検察官である Peters は、行為者の執拗な行為によって被害者の生活形成の重大な侵害という要件を、つきまといの可罰性が何度も挫折する「包摂技術上の針の穴である」と形容している (Peters, o. Fn. 27, S. 241.)。

44) Spohn, o. Fn. 5, S. 166.

手方との縊りを戻す目的の穏当なストーキングの場合、多くの行為者は自分の行為が可罰性の境界を越えることになるとは、全く認識していないからである。

(4) 「エスカレート予防勾留」の問題

刑事訴訟法112条 a 第1項1号の「エスカレート予防勾留」は、加重類型である旧238条2項および3項にのみ適用され、極端なストーキングの事案にのみ命令することができる。この措置の合憲性とは別に、被害者の利益に焦点を合わせた場合には、その効果という点でも疑念が示されている。特に批判されるのは、予防的な勾留による保護は多くの事案において被害者にとって遅きに失するという点である。少なくとも旧238条2項の意味での危険がすでに発生した場合に、ようやく勾留がなされうること、そして、同条3項の行為者が執着している被害者等が死亡した場合には、勾留に何の意味もなく、反復の危険がないために勾留命令が許されないのである⁴⁵⁾。

2.4. 小括

ドイツでは、ストーカー被害者の保護のために、まずは基本的に民事法的アプローチをとる暴力行為及びストーカー行為防止法が導入され、その後、2007年に旧238条の刑法典への導入により、ストーキングそれ自体の不法を捉える犯罪構成要件が誕生した。いわゆるハードなストーカーの場合には他の刑法典上の罪等による規制が可能であり、つきまとい罪に固有の意味は、それとは異なる（あるいはそれ以前の）穏当なストーカーに（も）対応することができることにある。

しかし、このような法益侵害性が必ずしも大きくない段階の行為に対する刑事規制には、伝統的な刑法の謙抑性の思想や罪刑法定主義の明確性の要請に鑑みると、慎重にならざるをえなかったのであろう。それゆえに、連邦通常裁判所の示した旧238条の解釈も、可罰性が過度に被害者の行為に依拠しているため、被害者保護という目的が達成されなかったこと⁴⁷⁾、また、そのような慎重な解釈・適用の結果、旧238条の場合、捜査手続に比べて有罪判決の数が少ないことが指摘され、それらが2017年改正に至る理由の一つとされているのである⁴⁸⁾。

3. 2017年改正の概要

3.1. つきまといに対する保護の改善に関する法律の概要

ストーキングの刑事規制の強化および被害者保護の改善は、旧238条導入後の早い時期から議論がなされていた。旧238条の改正への動きは、2012年にバイエルン州が、2006年に導入されたオーストリア刑法典107条 a のストーキングに対する構成要件⁴⁹⁾ のように適

45) Spohn, o. Fn. 5, S. 167.

46) Spohn, o. Fn. 5, S. 168.

47) BT-Drs. 18/9946, S. 1.

48) BT-Drs. 18/9946, S. 10.

性犯として構成する要求を、取り上げたことに始まる。その後、2015年3月にバイエルン、ヘッセン、メッケルンブルグ-フォアポンメルンおよびザクセンの連邦諸州が連邦参議院に動議を出し、2016年8月に、連邦政府の法案（つきまといに対する保護の改善に関する法律）が出された。法案は、①刑法の改正として、旧238条の結果犯から適性犯への変更および同条1項5号の受け皿構成要件の削除、②刑事訴訟法の改正として、つきまとい罪の私訴犯罪のカタログからの削除、そして③民事法上の改正として、家事手続法（FamFG）214条aによる暴力行為及びストーカー行為防止法による和解の追認の導入を主な内容としていた。2016年11月の専門家の公聴会の後、連邦議会の法務委員会は法案に概ね賛成したが、1項5号の削除には反対した。これに従って、法案は2016年12月15日に連邦議会によって採決され、2017年2月10日に連邦参議院によって承認され、2017年3月10日に施行された⁵⁰⁾。そして、これにより刑法典238条等の関連規定が改正された。

まず、つきまといに対する保護の改善に関する法律による最も重要な変更は、刑法典のつきまとい罪の結果犯から適性犯への変更である（後述3.2.）。この他に、実体法上の変更として、新238条1項4号の客体に被害者の親族も加えられた。これは、同条2項および3項の客体と平仄を合わせるものである。また、条文の建付けが修正されているが、この点は、内容に関わる変更ではない。

なお、立法過程において旧238条1項5号の受け皿構成要件は削除が提案されていたが、成就しなかった。5号の受け皿構成要件は、2007年の旧238条の導入時に、1号から4号には包摂できないが、将来の技術的な発展を考慮すると可能になるような行為態様に関して、処罰の間隙が生じるのを回避するために挿入された⁵¹⁾。その際、合憲性の問題について、立法者は憲法上許される構成要件内部の類推（innertatbestandliche Analogie）であるとしていた⁵²⁾。今般の改正にあたって、連邦政府の法案は、構成要件の適性犯への変更の際に、5号の行為の一般条項は可罰性を広くしすぎるのではないかという懸念と、基本法103条2項の明確性の要請を考慮して、一般条項の削除を予定していた⁵³⁾。それに対して、連邦議会の法務委員会の専門家公聴会では、つきまとい行為の多様性とストーカーの「発想力の豊かさ」が考慮されて、削除に対する疑念が支配的だったとされる⁵⁴⁾。結局、当該規定は維持されることになった⁵⁵⁾。

49) オーストリア刑法典107条aについては、四條・前掲註(8)「漸次犯」246頁以下、参照。

50) BGBl. I S. 386.

51) BT-Drs. 16/3641, S. 14.

52) BT-Drs. 16/3641, S. 14.

53) BT-Drs. 16/3641, S. 14.

54) Mosbacher, o. Fn. 32, S. 984.

55) Kuhlenは、法案に予定された受け皿条項の削除に対して、明確性の疑念は根拠がなく、また、238条1項1号ないし4号以外の行為態様による多くのつきまといの可能性があることは論争の余地がないから、説得的ではなかったとする。そして、立法者が学説、連邦通常裁判所そして連邦政府の疑念を問題にせず、238条1項5号を維持したことは歓迎すべきことであるとしている（Kuhlen, o. Fn. 1, S. 95.）。

新238条は以下の通りである。

第1項 次の各号のいずれかに掲げる行為を執拗に行うことによって、人に、その者の生活形成に重大な害を及ぼす方法で、権限なくつきまとった者は、3年以下の自由刑または罰金に処する。

- ① 相手方に空間的に接近する
- ② 遠距離通信手段やその他の通信手段を用いて、または第三者を通じて相手方に連絡を試みる
- ③ 相手方の個人情報を利用して、
 - a) その者のために商品やサービスの提供の注文する
 - b) 第三者に相手方と接触するようにしむける
- ④ 相手方を、その者自身、その者の親族、またはその他のその者に近い者の生命、身体の完全性、健康もしくは自由を侵害すると脅迫する
- ⑤ その他の以上の行為に相当する行為を行う

第2項 行為者が、その行為によって、被害者、被害者の親族、またはその他の被害者に近い者に対し、死の危険または重大な健康被害の危険を生じさせた場合は、3年以上5年以下の自由刑に処する。

第3項 行為者が、その行為によって、被害者、被害者の親族、またはその他の被害者に近い者を死亡させた場合は、1年以上10年以下の自由刑に処する。

第4項 第1項の場合においては、告訴がなければ公訴を提起することができない。ただし、刑事訴追機関が、刑事訴追の特別な公的利益があることを理由に、職務上介入を必要と判断した場合はこの限りではない。

つぎに、手続法との関係では、私訴犯罪のカタログ（刑事訴訟法374条1項5号）からつきまとい罪が削除されることになった。従来、旧238条1項のつきまといの事案では被害者に私訴を教示して終わらせることができた。しかし、立法者は、私訴を行うことで被害者が行為者と接触せざるをえなくなってしまうことに配慮し、つきまとい被害者の有効かつ効果的な保護のために、国家による訴追がなされるようにした⁵⁶⁾。

さらに、直接的には刑事法の改正ではないが、ストーキングの刑事規制にも重要な意味

これに対して、Fischerは、構成要件内部の類推という捉え方に疑念を示す。構成要件内部の類推とは、これが上位概念の法律上の例示に結びつき、その上位概念の枠内にとどまる場合に限られるのに対し、1項5号に規定されている「相当性」は、外部的な共通点が欠落している1号ないし4号の行為手段の行為記述に結びついているというのである（Tomas Fischer, Strafrechtsgesetzbuch 66. Aufl., 2019, § 238, Rn. 6.）。

なお、Schöchは、5号の「相当する行為」の規定は、実務ではそもそも役に立っていないとして、受け皿構成要件は、「死法」（ein totes Recht）であることが証明されたとする（Schöch, o. Fn. 26, S. 222.）。

- 56) BT-Drs. 16/3641, S. 14. この点の改正についての批判は見られない（vgl. Kuhlen, o. Fn. 1, S. 95.）。Mosbacherは、この改正は旧238条1項の事案における刑事訴追の格上げにも寄与し、また、それによって、法定刑の軽い暴力行為及びストーカー行為防止法4条による訴追と旧238条1項による訴追の間の不均衡な取り扱いが解消されたと評価する（Mosbacher, o. Fn. 32, S. 985.）。

を持つ改正が行われている。すなわち、暴力行為及びストーカー行為防止法4条と家事手続法214条aの改正である。立法者によれば、暴力保護事件では、裁判所が家事手続法36条1項2号によりその手続内で本来的に和解合意を目指すべきではない場合であろうとも、しばしば和解で終結するとされる（年間25%程度⁵⁷⁾。このような紛争処理方法による場合に、裁判所の判決の場合よりも被害者が無防備な状態に置かれることがないようにするために、和解を裁判所が追認することによって、そのような和解による暴力行為及びストーカー行為防止法の拘束力のある命令も同法4条1文の刑事的保護に寄与しうることを、家事手続法の新214条aは想定している⁵⁸⁾。

3.2. 刑法上の重要な変更点とその意味

新238条では、行為の要件に関しては、1項各号に列挙された行為を権限なくかつ執拗に行うことが必要であり、この点に変更はないが、「生活形成の重大な侵害」という結果の発生が要求されなくなった。それにより、つきまとい罪の法的性質は結果犯から適性犯（潜在的危殆化犯）に変わった⁵⁹⁾。これにより、行為が生活形成の重大な侵害を惹起するのに「適している」ことで十分であるとされる⁶⁰⁾。立法者の見解によれば、行為者の当罰的行為は、行為者の行為が被害者に大きな重圧を生じさせた結果、被害者の行動変更に関する客観化可能な接続点がある場合に認められる⁶¹⁾。つきまとい行為がこのような特別な性質を明示している否かの判断では、何よりも、行為者が行為によって生じさせた心理的な重圧の程度が重要であるとされる⁶²⁾。その際に、間接事実（Indizien）として考慮されるのは、頻度、継続性と強度、時間的な連関、さらに被害者に場合によってはすでに生じている生活状況の変更および心理的ないし身体的な結果であり、客観的な判断基準は変わらず維持されているとされる⁶³⁾。

旧規定と新規定の具体的帰結の差異を、Nowak は次の事例を用いて説明している。「A は4年前からBに惚れている。しかし、Bは彼の気持ちにこたえず、これを何度も明確に

57) BT-Drs. 18/9964, S. 15.

58) BT-Drs. 18/9964, S. 15. Mosbacher は、暴力保護事件では、裁判所の追認を通して和解に刑事的保護を備えることができるようになり、このような形での紛争処理が増加するだろうとしている（Mosbacher, o. Fn. 32, S. 986.）。なお、Kühl は、本改正以前ではあるが、命令の対象になる行為は常に特定の個別の行為態様なので、行為者はストーキング行為を別の態様に置き換えることで、この民事上の命令も刑罰も容易に避けることが可能であることを指摘している（Kühl, o. Fn. 35, S. 319.）。

59) Mitsch は、2007年の導入時に、「結果要件は不要であり、被害者保護という目的の点で非生産的である。ストーキング構成要件が危殆化犯（適性犯）として構成されたとしても、法治国家の行為刑法と矛盾することはないだろう」と指摘していた（Wolfgang Mitsch, Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch, NJW 2007, S. 1240.）。

60) BT-Drs. 18/9964, S. 13.

61) BT-Drs. 18/9964, S. 13.

62) BT-Drs. 18/9964, S. 14.

63) BT-Drs. 18/9964, S. 14.

言葉で表した。しかし、Aは諦められなかった。彼は、週に何度も住居の前で彼女を待ち伏せ、職場の彼女に電話を掛け、そして、Bの名前で衣類を注文した。このようなことが数ヶ月にわたり、強度が強まっていった。AはBがプロポーズに応じるか死ぬまでやめないといい、BにとってはそのようなAが脅威であり、彼女は安全を感じる事ができない。その結果、Bは不眠症と不安状態に苦しみ、さらに地域の体操クラブでの社会参加を諦めることになった。Bは経済的な理由から転居や職場変更ができない。]⁶⁴⁾

この事例で、Aの行為は旧238条の行為に関する要件を満たす。しかし、旧238条によれば、生活形成の重大な侵害という要素があったかが問題になる。この要件は、客観化可能な、すなわち外部的に認識可能な被害者の生活形成の変更を必要とする。単に心理的な侵害や社会参加の断念は十分でない。一方で、心理的な負荷は外部的に認識可能な侵害ではないので行為結果には含まれず、他方で、名誉職の放棄のような小さな変更にも重大な侵害は認められない⁶⁵⁾。

これに対して、新238条によれば、Aによる激しい迷惑行為がBの生活を重大に侵害するのに適していることで十分である。特にBを殺すという脅迫の後、Bが転居するかさもなければ生活が制限されたということは、第三者にとっても理解可能である。それゆえ、Aの行為はすでに必要な適性を明示している。それゆえ、Aは新238条1項1号、2号、3号a、および4号によるつきまといで可罰的になる⁶⁶⁾。

3.3. 小括

つきまといに対する保護の改善に関する法律による関連規定の改正は、被害者保護の改善を主眼とするものである。効果的な刑事規制がなされない実体法上の最大の要因とみなされた結果の要件を不要とすることにより、つきまとい罪の現実に即した適用が可能になると考えられている。また、手続法上もつきまとい罪が私訴犯罪ではなくなったことにより、被害者の負担が軽減された。さらに、暴力行為およびストーカー行為防止法による和解の追認の導入により、和解による命令を間接罰で担保でき、刑事司法の周縁における被害者保護の拡充がなされたといえよう。

新238条の結果犯から適性犯への変更が、今般の法改正の最も大きな変更であるといえ

64) Julia Nowak, *Nachstellung als konkretes Eignungsdelikt*, JuS 2018, S. 1181.

65) Nowak, o. Fn. 64, S. 1181.

66) Nowak, o. Fn. 64, S. 1181. なお、Fischerは、生活形成の重大な侵害の適性に関して、要件があまり高く設定されてはならないとする。迷惑行為が長期間にわたるときに、個別の行為やその都度の具体的な効果が「重大」と評価される必要はなく、行為者の行為が全体として、被害者がそれに鑑みて生活形成を変更するに至る場合に、重大な侵害は認められるとする (Fischer, o. Fn. 55, § 238, Rn. 23.)。したがって、それ自体は重大な侵害ではない複数の侵害の蓄積も、重大な侵害の要件を満たす。また、主観的な状況も役割があり、具体的な人間の自由領域への侵害が問題なので、客観的な行為の選択肢と主観的な行為の選択肢が重要である。生じうる結果の重さの判断の際には、被害者の視点に合わせられるべきであり、「思慮分別のある」客観的な第三者が(重大に)侵害されると思うかどうかは、問題ではないとする (o. Rn. 24.)。

る。しかし、適性犯ないし危殆化犯という古典的な論争点とも関係することから避けられないと思われるが、本条の解釈についても、立法者が示したものは異なる解釈がすでに示されている。さらに、被害者保護の改善という立法理由、適性犯としての構成、さらには保護法益の捉え方といった論点について根本的な懐疑も示されている。そこで、以下では、新238条をめぐる学説の議論を概観しながら、ストーキングに対する構成要件の問題点を整理することにする。

4. 新238条をめぐる議論状況

4.1. Andreas Mosbacher の見解

Mosbacher は、被害者にとってストーキングの特別な苦悩は個人の生活領域への執拗で権限のない干渉によって、個人の自由すなわち憲法上保障された「放っておいてもらう (ins Ruhe gelassen zu werden)」権利への執拗な侵害にあるという⁶⁷⁾。そして、つきまといの不法の増加は被害者が生活方法を変更してこのつきまといから逃れることによって生じるわけではないとして、被害者の行為に応じて可罰性評価をした旧規定の結果犯から適性犯への改正を、手放しに歓迎されるべきものであると評価する⁶⁸⁾。

Mosbacher は新規定を蓄積的適性犯 (kumulatives Eignungsdelikt) と表している。適性の判断について、立法者の見解を基に、適性にとって決定的なのは、つきまとい行為が全体として、誰もが被害者の特別な状況において自分の生活状況の重大な変化が招来されると思うに違いないという程度に重大であるか否かであるとする⁶⁹⁾。新238条1項はいわゆる抽象的適性犯という類型の危殆化犯に変わったとし、この種の抽象的危殆化の場合、具体的な行為の一般的な危険性が構成要件に属するので、具体的な行為状況を一般的に観察する場合に、行為が生活状況の重大な変化を惹起するのに適していなければならないとする⁷⁰⁾。そして、種々の行為態様の結合点としての行為結果は削除されたが、新238条1項は引き続き、漸次的、蓄積的かつ相互補完的な行為遂行という意味での種々の個別行為の結合体が、生活形成を重大に侵害する適性を明示しなければならないと理解されてよいであろうとしている⁷¹⁾。

また、Mosbacher は故意に関して、行為者は、彼が行ったつきまとい行為の適性について、少なくとも条件付き故意で行為しなければならないとする。つまり、行為者は、自分の行為が被害者に生活方法を強制的に著しく変更させる契機を与える可能性を認識し、かつそれを認容している場合だという。これに関する間接事実として、例えば被害者の激し

67) Mosbacher, o. Fn. 32, S. 983.

68) Mosbacher, o. Fn. 32, S. 983. Kuhlen も、2007年のつきまとい罪の導入および今般の改正を支持し、それは「現代の刑事立法の誤った展開の見せしめには適していない」と主張している (Kuhlen, o. Fn. 1, S. 95.)。

69) Mosbacher, o. Fn. 32, S. 984.

70) Mosbacher, o. Fn. 32, S. 984.

71) Mosbacher, o. Fn. 32, S. 984.

い拒絶、被害者の生活状況の変更、またはつきまとい行為の特別な質や量が挙げられている⁷²⁾。

蓄積的適性犯である新238条の罪数処理についても Mosbacher は言及し、行為 (Tat) の個数の評価について次のように示す。十分な場所的かつ時間的な連関を明示し行為者の持続的な一体的意思で支えられた、1項1号ないし5号に挙げられた行為の統合が適性の閾に到達するのと同時に構成要件は充足されるので、それまではつきまとい罪の一つの行為 (Tat) が問題になる⁷³⁾。そして、さらにその他のつきまとい行為が加わった場合に、つきまとい罪のもう一つの行為 (Tat) として認められるためには、これらが統合して改めてそのような適性を示さなければならない⁷⁴⁾。Mosbacher は、この行為の区分は基本的に、一体的意思によって支えられていた場所的かつ時間的な連関を打ち砕くある種の分岐点にしたがってのみ可能になるとし、そのような分岐点は、生活形成の重大な侵害という適性の結果への転換を意味するという⁷⁵⁾。それゆえ、被害者が重大なつきまとい行為を理由にまず転居し、その後、さらなる重大なつきまとい行為によって職場を変更しなければならぬ場合、相互に行為複数 (Tatmehrheit) の関係にある二つの犯罪行為が存在しうることになる。

受け皿構成要件が維持されたことについて、Mosbacher は、1項5号に対する確固たる憲法上の疑念は存在しないとして、正当であるとする。むしろ、適性犯への変更によって、行為の一般条項はさらなる具体化を受けるとする。すなわち、5号は、方法 (Art) と目的傾向 (Zielrichtung) において1号ないし4号に挙げられた行為に相当し、かつその蓄積または1号ないし4号に挙げられた行為との累積によって被害者の生活形成の重大な侵害を惹起するのに適している行為を処罰するというのである⁷⁶⁾。

4.2. Kristian Kühl の見解

旧238条の立法過程において、Kühl は法務委員会の公聴会に招聘された唯一の刑法学者だった。2017年改正についても、2016年時点ではあるが、実現された改正にも妥当する本質的な部分に対して批判的な考察をしている⁷⁷⁾。

72) Mosbacher, o. Fn. 32, S. 984.

73) Mosbacher, o. Fn. 32, S. 984.

74) Mosbacher, o. Fn. 32, S. 984.

75) Mosbacher, o. Fn. 32, S. 984.

76) Mosbacher, o. Fn. 32, S. 984f. Mosbacher は、5号に該当する行為として、例えば、誹謗中傷、器物損壊、虚偽の結婚通知や死亡通知のような私的な事柄に関する不適切な公然の通知、ソーシャルメディアにおける策動、または嫌悪感を呼び起こすような物品 (排泄物、動物の死骸、酪酸) の被害者の近くへの送付を挙げている。そして、これらすべてを個別的にカズイスティッシュに規定することは、不可欠でもなければ適当でもないように思われるとする。

77) Kühl による旧238条のつきまとい罪に関する批判的考察として、Kühl, o. Fn. 35, S. 311ff. がある (なお、本論文における Kühl の主張の要点については、四條・前掲註(8)「正当化」150頁以下、参照。)

Kühl曰く、刑罰法規の場合には常に、誰の自由を優先して保護するのが問題になる⁷⁸⁾。刑罰法規は、「何人にも不法をなすなかれ (neminem laede)」(「あなたの法的に保護された自由領域に生まれ、そして、他者を殺し、傷害またはその他の損害を加えることによって恣意的／独断的に他者の自由領域に干渉してはならない」)という規範にしたがって組み立てられており、それゆえ、ほとんどの犯罪は結果犯なのである⁷⁹⁾。適性犯が含まれる危殆化犯も、承認された法益を捉えているかぎり完全に当罰的な不法に関係しており、つきまといは、適性犯として構成される場合でも、結果犯の場合と同じ承認された生活形成という法益を保護するので当罰的でありうる⁸⁰⁾。

つきまといを結果犯から適性犯に変更する場合、可罰性の前倒しの問題が生じる。Kühlは、それは法益保護という目的が追求されるという理由によって直ちに肯定されうるわけではなく、潜在的な犯罪者の観点からも考察されなければならないという⁸¹⁾。旧238条では、つきまといが可罰的であるためには、行為が「執拗」であることに加えて、それによって被害者の生活形成の重大な侵害が惹起されなければならない。Kühlは、このような慎重な構成要件の限定は、社会的に相当な行為態様の把握にとって不可欠なバランスとして理解できるといふ。しかし、少なくとも、適性のある行為がそのようなバランスを結果要件と同じ力強さをもって作り出すことはないとする。また、Kühlは、行為の適性に着目することは、故意の認定を困難にすることを指摘する。「適性」は直接的に観察しうる行為事実ないし状況ではないからである。また、適性は裁判官によって確定されなければならないが、その際に裁判官が蓋然性を要求するか、既に可能性の場合に適性を認めるかは、開かれた問題である⁸²⁾。

Kühlは、明確性の問題についても疑義を示す。まず、旧238条の生活形成の重大な侵害という結果が構成要件要素として十分に明確といえるか疑わしいとした上で、この明確性の問題を、適性犯によって回避することはできないという。なぜならば、適性犯の場合も生活形成の侵害に至る適性つまり結果発生 of 適性が確認されなければならないからである⁸³⁾。解釈上、結果犯と同じく、そのような侵害はどのようなときに存在するのが問題になる。しかし、適性犯はさらに「適性」の要件の解釈に関して、それが具体化されていなければならないのか、それとも抽象的 - 一般的でもよいのかという、新しい問題を付け加えることになるのである⁸⁴⁾。さらに、Kühlは、適性犯では、仮定的で予測的な不確実性判断にとどまり、立法者の決定ではなく裁判官による決定になるが、人格的領域に介入する場合や当該犯罪が不可罰的な迷惑行為との限界にある場合、そうあるべきではないと

78) Kristian Kühl, Stalking als Eignungsdelikt, ZIS 7/2016, S. 450.

79) Kühl, o. Fn. 78, S. 450.

80) Kühl, o. Fn. 78, S. 450.

81) Kühl, o. Fn. 78, S. 450.

82) Kühl, o. Fn. 78, S. 451.

83) Kühl, o. Fn. 78, S. 451.

84) Kühl, o. Fn. 78, S. 451.

する⁸⁵⁾。

その他に、Kühlは、相対的に不明確な法律を裁判官の権利によって確定しようとする傾向がある連邦通常裁判所は、5号の適用の前に降伏することになると懸念を示し、少なくとも1項5号は、刑法において禁止されている類推への剥き出しの要求を含んでいるので、削除されるべきであると主張している⁸⁶⁾。

以上の問題を批判した上で、Kühlは、これらの問題に対して、実務は危殆化犯を好むであろうとか、被害者保護により寄与するであろうという合目的的な考量は、まるで太刀打ちできないとする。つまり適性犯のより良い実用可能性は、強い論拠ではないというのである⁸⁷⁾。そして、生活形成の侵害の適性の判断について、次のように主張する。すなわち、「過敏に反応する」者は誰も、被告人の有罪判決をもたらすことはない——適性のある行為がなされたにもかかわらず「行為者」によって影響を受けることがない者は、刑法の保護を放棄しているのであり、刑法による保護が彼に押し付けられるべきではない、と⁸⁸⁾。

4.3. Julia Nowak の見解

Nowak曰く、つきまとい罪は、ドイツ刑法における機能の変化を明確に示している。峻厳な制裁をもつが明確に定義された刑法を離れて、社会秩序や経済秩序を維持するための刑法に変わっているが、その際に、国家の最も鋭い剣という刑法の固有の性質すなわち国家の行為の最終手段性 (ultima ratio) には、ほとんど言及されることがないことを指摘し、その上で、被害者保護の思想は立法者の行動にとって支えになる一つの思想であるとしても、それにとって、様々な行為態様を犯罪化することでより重い犯罪や最も重い犯罪と釣り合いをとれなくしてしまう解決法は、重要ではないとする⁸⁹⁾。このように、Nowakは、被害者保護のために刑法の規定と特に具体的適性犯 (ein konkretes Eignungsdelikt) としてのつきまといのアレンジが不可欠だったのかは疑わしいと、刑法によるストーキング被害者の保護というコンセプトと適性犯への変更による可罰性の前倒しに懐疑的な立場に立つ⁹⁰⁾。さらに、後者については、執拗な行為の要件によって、社会的に相当な行為態様を構成要件から除外しようとして試みられるとしても、行為結果としての単なる適性との組み合わせによって、行為者にも被害者にも可罰性の問題に関する法的安定性は与えられていないと批判する⁹¹⁾。

Nowakによれば、最大の批判点は規範の明確性が欠けていることである。明確性につ

85) Kühl, o. Fn. 78, S. 451.

86) Kühl, o. Fn. 78, S. 451. また、Kühlは、刑法の断片性という基本的性質からは、可罰性の間隙は、それが間隙であるという理由によって直ちに塞がれる必要はないとする (Kühl, o. Fn. 35, S. 317.)。

87) Kühl, o. Fn. 78, S. 451.

88) Kühl, o. Fn. 78, S. 451.

89) Nowak, o. Fn. 64, S. 1182.

90) Nowak, o. Fn. 64, S. 1181.

91) Nowak, o. Fn. 64, S. 1181.

いて連邦憲法裁判所は少なくとも構成要件の特定可能性（Bestimmbarkeit）を要求しており、それに関して重要なことは、立法者がいかなる行為がいかなる要件のもとでどのように処罰されるべきかを決定することであるが、新238条はこの要請を満たしているか疑わしいという⁹²⁾。具体的には、次の二つの点が指摘される。

まず、生活形成の重大な侵害の適性である。すなわち、規範自体はどのようなときに行為が生活形成の重大な侵害の適性を明示するかを決めていない。立法者は、頻度、強度、そして行為の場所的連関および被害者にすでに生じた結果を可能な基準として挙げているが、明確性の原則（基本法103条2項）を厳格に適用する場合、いかなる具体的行為が可罰的であるのか明確ではない。そのかぎり、立法者の明確かつ一義的な決定が欠如しているという⁹³⁾。問題になる行為の適性は行為者の視点から認識可能でなければならないが、つきまとい罪では、すでに具体的に危殆化されているか否かが直ちには明確でない個人的な権利や利益の保護が問題になる。それゆえ、行為者にとっては結局、自分の行為が適性の閾に達したかの判断が困難であり、裁判所の評価が大きな意味を持つことになるというのである⁹⁴⁾。

次に、1項5項の「その他の相当する行為」という受け皿条項の存置である。「具体的な適性」と1項5号の「相当する行為」という二つの漠然とした要素の組み合わせにより、新238条は基本法103条2項の要求をもはや満たさないというのである。そして、Nowakは「相当する行為」かどうかの比較について、それは行為の次元ではなく、むしろ行為の作用の次元でのみ行われうるとする。これは、1号ないし4号に列挙された行為はそれらの性質にしたがって直接には互いに比較できないが、それらはすべて同じ効果つまり被害者の生活形成の潜在的な重大な侵害の可能性があるということを意味しており、そして、そのようにしか相当性はおよそ保障されえないとする⁹⁵⁾。それゆえ、Nowakは、1項5号の受け皿条項と行為結果としての具体的な適性との組み合わせによって、明確性の要請との両立可能性は非常に疑わしいとして、新238条は具体的規範統制審査（基本法100条1項）によって連邦憲法裁判所に諮られるべきであると主張する⁹⁶⁾。

明確性の問題の他に、さらに、Nowakは、行為結果がほぼ確定不可能であるという事実は故意に関しても問題を生じさせるという。すなわち、構成要件的事実の認識は故意を認定するための不可欠の前提であるが（16条1項）、もっぱらつきまとい罪の行為の範囲内で行動し他の犯罪を実現しない典型的なストーキング行為者は、自分の行為が被害者の生活に影響を与えることを認識しないだろうとする。特に、電話やソーシャルメディアによる接触を、しばしば、行為者はほとんど重大なものではないとみなしているというのである⁹⁷⁾。

92) Nowak, o. Fn. 64, S. 1182.

93) Nowak, o. Fn. 64, S. 1182.

94) Nowak, o. Fn. 64, S. 1182.

95) Nowak, o. Fn. 64, S. 1182f.

96) Nowak, o. Fn. 64, S. 1183.

このように Nowak は新238条を批判的に考察した上で、次のように主張する。すなわち、つきまとい罪では、そのような犯罪行為を始めから防ぐために、私生活に関して助言することは、明確に拒否なされなければならない。つまり、責任を被害者に押し付けることはできないし、また、押し付けられてはならないのである。しかし、同時に、新238条の保護は規範の明確性を犠牲にして貫徹されてはならない。ますます広範に及ぶ犯罪化の代わりに、相応の措置を実現するためにも十分な人的な配備が必要になるが、警察法や暴力行為及びストーカー行為防止法上の措置の拡充が支援されるべきではなかろうか。つきまとい罪の私訴犯罪からの削除によって、立法者は検察によって訴追されるべきより広範な犯罪を作り出したが、それは、結局、すでに存在する司法の過大な負担を深刻にし、ますます多くの事件を刑事手続法153条 a 以下の打切りに至らしめるであろう、と⁹⁸⁾。

4.4. Gereon Wolters の見解

Wolters は立法者や他の論者と異なり、本罪を具体的危殆化犯 (konkretes Gefährdungsdelikt) として理解する立場を主張している⁹⁹⁾。Wolters 曰く、法律の文言にしたがえば、1号ないし4号に列挙された執拗になされる行為によって、つきまといられた人の生活形成が重大に侵害されるのに適していると思われる「状況 (eine Situation)」が作り出されていなければならない。条文によれば、生活形成の侵害が適性に関する判断の接続点となるが、その際、行為時における思慮分別のある観察者の事前の予測に基づいて重大な侵害の可能性が認識可能でなければならないという抽象的危険性の意味で解釈することはできない。条文の文言は、(平均的、典型的または通常の) 人に合わせているのではなく、代名詞 (「deren」) によって、具体的な行為客体が具体的状況において観察されるべきであることを強調しているからである¹⁰⁰⁾。

したがって、Wolters によれば、合理的であるのは、本条を具体的危殆化犯として説明することである。すなわち、行為者の行為によって生活形成が阻害されない利益が実際に侵害されている場合には、本罪は実現している。この場合、侵害に関する適性は侵害より先行していなければならないので、前段階にある法益の「存在と完全性の危機」が証明されているのである¹⁰¹⁾。その点で、事後的な客観的な観察に基づいて平均的と評価されうる被害者が生活形成において毅然としていたかどうかは重要でなく、むしろ、適性はまさに被害者に関連付けられなければならないとする。したがって、被害者が全体的または一時的に心理的に特に煩わされうるが、生活形成において惑わされず、またその可能性がない場合、その行為は初めから客観的に不能な被害者 (ein untaugliches Opfer) を侵害しているのであり、その行為は本質的に適性がないと主張するのである¹⁰²⁾。

97) Nowak, o. Fn. 64, S. 1183.

98) Nowak, o. Fn. 64, S. 1184.

99) SK-StGB 9. Aufl. 2017/Gereon Wolters, § 238, Rn. 6.

100) Wolters, o. Fn. 99, § 238, Rn. 6.

101) Wolters, o. Fn. 99, § 238, Rn. 6.

このような解釈は次のことの証明を要求することになるという。すなわち、被害者自身が（したがって、被害者にとって典型的に事象が経過する場合に）生活を変えたこと、または、いずれにせよこれを真剣に検討したが、具体的事案において例外的に耐えたか、耐えざるをえなかったことである¹⁰³⁾。このような場合として、被害者は逃げたいが、例えば、家庭の事情、経済的事情または職業上の事情のような、それまでの生活に縛られている場合が挙げられる。このような調査を裁判所が要求することは、証拠調べを奇怪なものにしてしまうが、それは拒むことができないとする。そして、Wolters はそれを議会の失策に尽きると批判している¹⁰⁴⁾。

4.5. Georg Steinberg の見解

Steinberg は、新238条を適性犯へ変更したことについて、つきまといに対する刑法上の保護対象を一定の従来把握されていなかった当罰的な状況まで拡張しようとするには賛同しつつも、今般の法改正はこのような目的を達成するために必要ではなく、それに十分に適してもいないと批判的な立場に立つ¹⁰⁵⁾。旧法に欠陥があったか否かは、基本的に、旧238条の構成要件が当罰的な状況を捉えているかを判断することによってのみ決定されうるとする¹⁰⁶⁾。そして、立法者が捉えようとした状況は、従来の法律状況の場合にそのまま、「純粹に」心理的に重大な障害を生活形成の重大な侵害として承認させることで把握できたとするのである¹⁰⁷⁾。

被害者の外部的な行為に着目した「生活形成の重大な侵害」の解釈に欠陥があるという前提を、Steinberg も共有する。しかし、その上で、つきまとい罪の行為の適性の判断方法について「被害者の視点の客観化という目標設定」が存在することを、「致命的な欠陥」であるとする¹⁰⁸⁾。なぜ適性の予測は、平均的観察者が行為者の具体的な行為にどのように反応するかという、「平均的被害者」を基準になされなければならないのだろうか、と¹⁰⁹⁾。Steinberg によれば、このような解釈は、被害者の心理的な障害の周縁化¹¹⁰⁾をもたらすことになる。

Steinberg は、「平均的被害者」を基準にすることで可罰性は被害者の「過敏さ」によっては惹起されえないということが保証されたとしたバイエルン州の立法動議¹¹¹⁾を引き合

102) Wolters, o. Fn. 99, § 238, Rn. 6.

103) Wolters, o. Fn. 99, § 238, Rn. 6.

104) Wolters, o. Fn. 99, § 238, Rn. 6.

105) Georg Steinberg, Die missratene Änderung des § 238 StGB, JZ 2017, S. 676.

106) Steinberg, o. Fn. 105, S. 677.

107) Steinberg, o. Fn. 105, S. 679.

108) Fischer も、結果犯の危殆化犯への変更は、「生活形成」という概念規定に何らかの変更を加えるのに全く適していないということが看過されていたと指摘する (Fischer, o. Fn. 55, § 238, Rn. 21a.)。

109) Steinberg, o. Fn. 105, S. 677f.

110) Steinberg, o. Fn. 105, S. 679.

111) Gesetzesantrag des Freistaates Bayern vom 6. 5. 2014, BR-Drs. 193/14, S. 9.

いに出しながら、次のように批判する。このような客観化は、従来ほぼ超個人的法益の場合に導入された適性犯の内在的特徴であるが、これに対して、つきまとい罪では、被害者はそれぞれ知覚や外部的な重圧の扱い方が特徴的に異なるので、適性犯は相応しくない。「平均的被害者」が行為者の一定の行為によって苦悩するかは確かな核心に近づき難いし、また、いずれにせよ問題にならない。なぜならば、ストーカーはたいてい被害者の個人的な特性を知っていて、まさに行為者と被害者の特別な関係や被害者の特別な心理的な傷つき易さに基づいて、被害者を心理的に侵害する（しかし、虚構の「平均的被害者」は侵害されない）行為を行うことに、つきまといの不法内容があるからである¹¹²⁾。それゆえ、Steinbergは、当該被害者の人格とその特別な心理的な素質を度外視しようとすることは無意味であるとする¹¹³⁾。

そして、Steinbergは、このような心理的な重圧を及ぼすこと（行為）を、個別事案において実現された心理的障害（結果）に取り組む必要なく処罰しようとすることは、解釈の安定性を失わせるだけでなく、被害者の人格と被害者に加えられた心理的障害を看過することになると指摘する¹¹⁴⁾。これは、ストーカー被害者の現実の心理的障害が、「平均的被害者」にも生じたかを基準に判断される場合、裁判所がこの問題を個別事案において否定する危険を含意するので深刻になる。つまり、行為者の行為によって心理的に重大に侵害された被害者に対して、被害者が「平均的」である、消極的に「平均的被害者」とズレている、あるいは、行為者の行為は生活形成の重大な侵害に「客観的に」適していないので可罰的ではない、ということを実証することになるのである¹¹⁵⁾。

このようにSteinbergは新238条を批判した上で、重大な心理的な侵害は「生活形成の重大な侵害」にとって十分であるとの解釈を前提とした、つきまとい罪の対案を提示する。その際、Steinbergは、2008年のハイデルベルグ地方裁判所判決¹¹⁶⁾を引き合いに出す。この事案では、被害者はストッキングによって重大な心理的侵害を受けたが、経済的な事情などから外部的な生活状況をほとんど変更しなかった。ハイデルベルグ地方裁判所は構成要件的結果を、被害者がそれ自体客観的に十分な強度ではなかったいくつかの予防対策をとったこと他に、被害者が資金調達できる状況になかったという理由で何もしなかったこと、および、重大な健康上の障害の発生を根拠にして、認定している。Steinbergは、このような旧238条の文言に一致し、かつ現実に即した解釈によって、立法者が捉えようとした事案状況を把握できたとする。それゆえ、連邦通常裁判所の誤った解釈方針の放棄だけが必要だったのであり、立法的にはせいぜいのところ旧238条1項に、重大な心理的障害も生活形成を重大に侵害するという内容を明確化する補足がなされれば足りたであろうとする¹¹⁷⁾。

112) Steinberg, o. Fn. 105, S. 678.

113) Steinberg, o. Fn. 105, S. 678.

114) Steinberg, o. Fn. 105, S. 678.

115) Steinberg, o. Fn. 105, S. 678.

116) LG Heidelberg, Urteil vom 06. Mai 2008 - 2 KLs 22 Js 6935/07 -, juris.

Steinberg の主張は、心理的な障害を構成要件の結果として承認すること、したがって心理的な健康を刑法上の法益として承認することを含意する。このような理解に対してドイツ刑法学では伝統的に重大な疑念が存在するが¹¹⁷⁾、Steinberg は、それに対して、行為者が被害者を生命にかかわる恐怖にさらし、急性の重大なショックや激しい心理的な継続的結果（Dauerfolgen）に至らしめるような、心理的侵害の中核刑法上の重要な領域がなおざりにされていると批判する¹¹⁸⁾。そのような心理的な脅迫は、刑法上、「残忍な」（211条）、「苦痛」（225条）、「重大な健康障害」（例えば、239条3項2号）のような構成要件要素や、とりわけ性犯罪や拐取罪との関係で実務上重要な量刑要素として把握されることを指摘する¹¹⁹⁾。

このように、Steinberg は、心理的な障害を構成要件の結果として認め、生活形成の重大な侵害に関する行為者の行為の適性を個別化された被害者に関連づけて判断するという立場をとる。その際、Steinberg によれば、「敏感な性格の場合には精神的に遅しい人間の場合よりも刑法が早く介入しうる」ことは、心理的障害を構成要件の結果として確立することの正当な結果である¹²⁰⁾。また、そのような適性は侵害結果が生じない場合には確定し難いという疑念がありうるが、このような不安定性の害悪は、人間の心理的な侵害の刑法上の当罰性が、行為者の行為が「平均的被害者」の心理的な侵害に適していたかにしたがって判断されるよりも、小さいことなのであるとされる¹²¹⁾。

4.6. 小括

つきまとい罪の適性犯への改正を契機にして、上述のように、古典的な論点にも関係する見解の相違が示されている。つきまとい罪が伝統的な犯罪の前段階に位置する（重大な）迷惑行為を射程に捉えるものであることから、刑法のコンセプトについて理解の相違が先鋭化することになる。Kühl は、刑法は誰の自由を優先して保護するのかを問い、被害者の視点と潜在的犯罪者の視点を指摘する。Nowak は、被害者保護は刑法の明確性を犠牲にして貫徹されてはならないとし、被害者保護は刑法ではない次元において取り組まれるべきであるとしている。また、刑法の自由保障の理解を背景に、個別の構成要件要素や受け皿構成要件の明確性の評価も分かれている。Mosbacher は、つきまとい罪が適性犯になったことで、5号の受け皿構成要件は具体化されたとしているが、Kühl や Nowak は、そもそも生活形成の重大な侵害が不明確であるので、その適性も不可避免的に不明確であること、さらに、それが受け皿構成要件と組み合わせられることで明確性の要請は満たされないとしている。

新しいつきまとい罪の性質についても、その理解は論者により差異がみられる。Kühl

117) Steinberg, o. Fn. 105, S. 678f.

118) Steinberg, o. Fn. 105, S. 679.

119) Steinberg, o. Fn. 105, S. 679.

120) Steinberg, o. Fn. 105, S. 679.

121) Steinberg, o. Fn. 105, S. 680.

は、適性の判断について、蓋然性と可能性のどちらを要求するのか、また、抽象的適性犯か具体的適性犯かは開かれた問題であるとしていた。Mosbacherは抽象的適性犯（蓄積的適性犯）であるとし、Nowakは具体的適性犯であるとする。また、Woltersは、具体的危殆化犯が問題になっており、生活形成の重大な侵害についての適性のある行為がなされたかではなく、それに適性のある状況が作り出されたかを問題にする。適性の内容の他に、適性（危険性）の判断基準についても、平均的な被害者という客観化された基準なのか、具体的な被害者を基準にするのかは一致していない。Kühlのいうように、過敏な被害者は刑法の保護の対象ではなく、また、適性のある行為によって影響を受けない者は刑法の保護を放棄しており、刑法による保護が押し付けられるべきではないのであろうか。それとも、Steinbergのいうように、敏感な性格の場合には精神的に遅しい人間の場合よりも刑法が早く介入しうることを認めるべきであろうか。

この判断基準の設定の問題は、Steinbergの主張に明確になるように、何がストーキングによる法益侵害なのか、言い換えると、何を保護法益として捉えるべきかという問題についての態度決定に関わるものである。心理的な健康ないし完全性を刑法の保護法益として承認し、重大な心理的な障害をストーキングの結果として把握するという方途は可能だろうか（もっとも、新238条では結果発生は要件でなくなったので、その適性ということになるだろう）。ストーキングに対する構成要件が、脅迫罪や傷害罪などの伝統的な犯罪には含まれなかったものを射程に捉えるものであることを顧慮しつつ、刑法が保護すべき人格的法益に関する再検討が必要である。

5. おわりに

本稿では、ドイツ刑法典238条（つきまとい罪）の従来への運用と批判および2017年改正の内容について概観し、ストーキングに対する構成要件の実体法上の問題を中心に、現在の論争を整理した。より効果的な被害者保護を実現するためになされた新238条への改正であったが、そこでは刑法学の古典的な問題と現代的な新しい問題が重なり合い、ストーキングという現象への刑事規制の難しさが改めて認識される。具体的被害者のみならず潜在的犯罪者をも含む市民の自由・利益を保護するためには、ストーキングに対して犯罪として刑罰を賦科することだけでなく、他の法制度も視野に入れた被害者保護の仕組みが検討される必要がある。

その一方で、犯罪構成要件としてのストーキングに対する構成要件についても、刑法学上の取り組まれるべき課題がある。ドイツでもわが国でも、この構成要件と罪刑法定主義の明確性の要請との関係については、疑念が示されることがある。ドイツとわが国では具体的な構成要件が異なるので、その疑念の対象にも違いはあるが、予防的かつ効果的な刑事政策のための手段として刑罰法規による規制が拡張する現代社会において、その正統性を検証するためにも、改めて明確性の要請の意義の考察が必要である。また、解釈論としても、適性犯ないし危殆化犯としてのストーキングに対する構成要件¹²²⁾の捉え方（適性の内容、判断基準）や、保護法益の再検討がなされなければならない。本稿で見出された

これらの個別の問題については、今後の検討課題としたい。

（*本研究は JSPS 科研費 15K11935 の助成を受けた成果の一部である。）

122) わが国のストーキングに対する構成要件も適性犯ないし危殆化犯として理解しうることについては、四條・前掲註(8)「漸次犯」225頁以下，参照。

【追記】本稿脱稿後，再校段階で，守山正（編著）『ストーキングの現状と対策』（成文堂・2019年）に触れた。同書377頁以下（小名木明宏—執筆箇所）においても，ドイツにおける近時の動向が紹介されている。