

ドイツ刑法典238条（つきまとい罪）の 2021年改正について

四 條 北 斗

〈目 次〉

1. はじめに
2. 238条の導入から2017年改正までの概要
3. 連邦政府による2017年改正法の評価
4. 2021年改正法の立法経緯
5. 新238条の条文と2021年改正に対する学説の評価
6. おわりに

1. はじめに

2021年8月10日に成立した「刑法典の改正に関する法律——つきまといの効果的な取締り及びサイバーストーキングの適切な捕捉並びに強制売春に対する刑法上の保護の改善」（同年10月1日施行）¹⁾により、ドイツ刑法典238条の「つきまとい罪（Nachstellung）」が改正された（以下、特に法律名を付さない場合は、ドイツ刑法典の条文を意味する。）。1990年代以降、各国でストーキングの刑事規制がなされるようになり、わが国でも2000年に「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」とする。）が制定・施行されている。しかし、一方で、科学技術の進展等に伴ってより一層多様な行為態様でなされるストーキングに対して、必ずしも法規制が十分に対応できない状況が見受けられ、他方で、ストーキングの刑事規制の限界ないし正統性に関する理論刑法学からの考察も、まだ十分に展開されていないように思われる²⁾。今般のドイツにおける法改正の

1) BGBl. I 2021, S. 3513.

2) わが国におけるストーカー規制法の動向に関する近時の文献として、一原重貴子「ストーカー規制法の改正について」刑事法ジャーナル71号（2022年）10頁以下、小田部耕治「令和3年ストーカー規制法改正について」警察学論集75巻1号（2022年）1頁以下、亀田悠斗「ストーカー行為罪に関する一考察（一）（二・完）」阪大法学69巻5号・6号（2020年）231頁以下・287頁以下、佐野文彦「ストーカー規制法をめぐる裁判例——令和2年判例の意義を中心に——」刑事法ジャーナル71号（2022年）17頁以下、堂原みなみ「ストーカー行為等の規制等に関する法律の一部を改正する法律等について」捜査研究854号（2021年）2頁以下、同・「ストーカー行為等の規制等に関する法律の一部改正について——現に所在する場所の付近における見張り等の規制等——」警察学論集75巻1号（2022年）24頁以下、星周一郎「ストーカーの法規制の在り方——今後の展望を含めて——」

キーワードは「構成要件のメルクマールの客観化」, 「可罰性の閾の引き下げ」, 加重類型の拡張による「重罰化」, そして「サイバーストーキングの明文化」である。この改正過程における議論は, わが国におけるストーキングの刑事規制を考える上でも, 参考になると思われる。

2. 238条の導入から2017年改正までの概要

ドイツにおけるストーキングに対する法規制は, 2002年1月1日に施行された「暴力行為及びつきまとい行為からの民法上の保護に関する法律」³⁾ (以下, 「暴力保護法」とする。) に始まる⁴⁾。同法1条により, 一定の態様のつきまとい行為等に対して裁判所による禁止命令が可能になり, また, その違反行為に対する間接罰規定が同法4条に置かれた(1年以下の自由刑又は罰金刑)。もっとも, 同法の間接罰規定はストーキング自体の実体的な不法を捉えるものではない。ストーキング自体の犯罪化は, 2007年3月31日に施行された「執拗なつきまといの可罰性に関する法律」⁵⁾ による238条「つきまとい罪」の導入によってなされた⁶⁾。

導入時の238条1項は, 被害者の生活形成の重大な侵害の発生を要件とする結果犯として規定された⁷⁾。また, 2項には, 被害者等に死亡の危険又は重大な健康障害の危険を生じさせた場合の加重構成要件 (Qualifikation) の規定が, 3項には, 被害者等を死亡させた場合の結果的加重犯の規定が置かれ, さらに4項で, 1項の場合は相対的親告罪とされた。手続法との関係では, 本罪は私訴犯罪 (刑訴法374条) とされ, また, 2項及び3項の加重類型はエスカレート予防勾留 (刑訴法112条a) の対象犯罪とされた。

刑事法ジャーナル71号 (2022年) 1頁以下, 四條北斗「ストーカー規制法の改正動向について——第三次改正法の罰則に関する解釈論的考察を中心に——」日本政治法律研究4号 (2022年) 269頁以下, 渡邊一郎「ストーカー行為等の規制等に関する法律の一部改正について——いわゆる位置情報無承諾取得等の規制——」警察学論集75巻1号 (2022年) 7頁以下, 参照。

3) BGBl. I 2001, S. 3513.

4) ドイツにおけるストーキングに対する法規制の導入時における立法経緯については, 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頁以下が詳しい。

5) BGBl. I 2007, S. 354.

6) 238条導入当時の学説の動向についても紹介するものとして, 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45巻4号 (2008年) 67頁以下, 参照。また, 238条の基本的構成要件の解釈については, 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ビュー10号 (2015年) 6頁以下, 四條北斗「『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73号 (2012年) 250頁以下, 参照。

7) 2007年当時の238条1項柱書の文言は, 「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侵害を及ぼした者は, 3年以下の自由刑又は罰金刑に処す。」と規定されていた (条文の全文については, 本稿末尾に掲載の「[資料] ドイツ刑法典238条 (つきまとい罪) の新旧対照表」を参照されたい。なお, 条文の訳出にあたっては, 『刑事法制資料ドイツ刑法典』(法務省刑事局・2021年) を参照した。)

しかし、このような結果犯の構成要件該当性の判断は、被害者が被った侵害ではなく、被害者がそれを回避するためにとった行動に依拠することになる。それゆえ、例えば、被害者が経済的な事情で転居や職場の変更ができない場合には、生活形成の重大な侵害の発生という結果要件が充足されないことになる。それはとりわけ経済的弱者や社会的弱者にとって問題になる。そこで、このような実体法上の問題及び手続法上の問題に対応するために、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」⁸⁾により、238条の改正がなされた⁹⁾。

2017年改正によって238条1項の構成要件は結果犯から適性犯（潜在的危殆化犯）の規定になった¹⁰⁾。これにより、従来、構成要件の結果として要求された被害者の生活形成の重大な侵害が発生する必要はなくなり、行為者の行為が被害者の生活形成に重大な侵害を及ぼすのに適していることで足りることになった。改正時の立法者の見解によれば、「行為者の行為が被害者に大きな重圧をかけた結果として、被害者が行動を変更することに関する客観化可能な契機が存在する場合に、行為の当罰性が認められる」¹¹⁾。そして、「判断においては、何よりも、行為者の行為が生ぜしめた精神的な重圧の程度が重要になる。間接事実として、とりわけ、行為の頻度、継続性と強度、時間的な関連性、さらに、被害者にすでに生じた生活環境の変更及び精神的結果や身体的結果を、考慮に入れることができる。客観的な判断基準は変更されることなく、維持されている」¹²⁾とされる。

なお、「つきまといに対する保護の改善に関する法律」により、238条が私訴犯罪のカatalogから削除された。また、暴力保護法4条と家事手続法214条aも改正され、裁判所による禁止命令に加えて、裁判所が追認した和解に基づく義務に対する違反行為も、暴力保護法4条による処罰対象になった。

3. 連邦政府による2017年改正法の評価

2017年改正の際に、学術的な調査の結果が乏しいことから、施行から3年経過後の238条改正法の評価が予定されていた¹³⁾。これに従い、2020年3月10日、連邦司法・消費者保護省が各州司法省と8つの関連団体に対して、改正法の実務上の影響について文書で質問調査を行った（すべての州と5つの団体が回答）。これにより、2017年改正の被害者保護の改善という目的が達成されたか、また、立法者によるどのような対応がさらに必要かに

8) BGBl. I 2017, S. 386.

9) 2017年改正の内容およびそれまでの法律の運用状況については、守山正編著『ストーキングの現状と対策』（成文堂・2019年）377頁以下〔小名木明宏〕、四條北斗「ドイツ刑法典238条（つきまとい罪）の2017年改正について」大阪経大論集70巻1号（2019年）45頁以下、参照。

10) 2017年改正により、238条1項柱書の文言は、「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、他人にその人の生活形成に重大な侵害を及ぼすのに適した方法で、権限なくつきまとい者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処す。」となった。

11) BT-Drs. 18/9946, S. 13.

12) BT-Drs. 18/9946, S. 14.

13) BT-Drs. 18/9946, S. 12.

ついて評価が行われた。その結果を取りまとめた報告書「2017年3月1日のつきまといに対する保護の改善に関する法律による新238条に関する評価報告書」（以下、「評価報告書」とする。）¹⁴⁾が、連邦議会に提出された。本評価報告書が、2021年改正の基礎になることから、以下では、やや詳細にその内容を紹介する。

3.1 各州司法省への質問項目と回答

連邦司法・消費者保護省から各州司法省への質問は以下の3項目であり、各州司法省は、各地の裁判所と検察の回答に基づいて、回答した。

質問1：結果犯から潜在的危殆化犯（適性犯）への改正によって238条1項の適用を容易にし、つきまとい被害者の刑法上の保護の改善を図るという立法者の目的は、検察実務及び刑事裁判実務の観点から達成されたか。

この質問に対しては、消極・積極双方の回答が寄せられたが、裁判所は検察よりも法改正に対して積極的な評価をする傾向にあるとされる¹⁵⁾。

消極的な回答としては、以下のものがある。まず、刑事裁判実務に関して、形式的な観点からの回答として、つきまとい罪に関する事件数が比較的少ないことから「信頼できる回答」ではないかもしれないことや、いずれにせよつきまとい罪に関連する裁判手続は増加しておらず、有意な変化は確認できないことが挙げられる¹⁶⁾。実質的な観点からの回答として、複雑で多くの個別行為を全体的に評価して社会的相当性を超えたかを評価しなければならないことから、結果犯から適性犯への改正は実務上大きな変化を生じさせず、依然として「実務に対する挑戦」のままであることや、「執拗に (beharrlich)」, 「権限なく (unbefugt)」及び「生活形成の重大な侵害の適性」という不明確な法概念の適用や証明が困難であることが挙げられる¹⁷⁾。

また、検察実務に関しては、捜査手続の実務上の取り扱いにおける有意な変化はほとんど見られないとされる。つきまとい罪の可罰性は「今でも被害者の個人的な精神状態」に依拠することや¹⁸⁾、「生活形成の重大な侵害への適性という構成要件のメルクマールの認定も不確定性を孕んでいて」、判断の際に用いられる客観的な判断基準を考慮すると、決定的な変更とは言えないという回答が見られる¹⁹⁾。また、立証との関係でも、つきまとい罪の事案では二人の間での紛争が問題になるので、被害者以外に証人がいないという問題は変わらないことが指摘される²⁰⁾。

14) BT-Drs. 19/26515.

15) BT-Drs. 19/26515, S. 4.

16) BT-Drs. 19/26515, S. 4.

17) BT-Drs. 19/26515, S. 4.

18) BT-Drs. 19/26515, S. 5.

19) BT-Drs. 19/26515, S. 5.

20) BT-Drs. 19/26515, S. 5.

さらに、刑事裁判実務と検察実務が一致して、つきまとい罪の規定の果たしうる役割が限定的でしかないと回答した。つきまといの事案については、住居侵入（123条）、性犯罪規定（177条以下）、侮辱（185条）、強要（240条）及び器物損壊（303条）等の他の犯罪で訴追する方が効果的であるされる²¹⁾。

積極的な回答としては、以下のものがある。まず、生活形成の重大な侵害という結果の発生が不要になったので、立証が容易になったとされる²²⁾。これに関連して、経済的な事情等で生活環境を変えることができない被害者や、つきまとい行為にもかかわらず生活環境を変更しない豪胆な人柄の被害者の場合にも適用可能になり、被害者保護が改善されたことが挙げられる²³⁾。このことは、「当罰性は行為者の行為から生ずるのであって、被害者の行為から生ずるのではない」ことを明示したとして、積極的に評価されている²⁴⁾。また、つきまとい行為と被害者の生活形成の重大な侵害との因果関係ないし客観的帰属の問題がなくなったことや、これに関連して、裁判の場で被害者が自分の生活について集中的な尋問を受けなくてよくなったことも挙げられる²⁵⁾。さらに、生活形成に対する具体的な影響の証明が不要になったことで早期の刑法上の介入が可能になり、捜査活動や手続が促進されたことで、全体として被害者保護を改善しているとされる²⁶⁾。

質問2： 検察実務及び刑事裁判実務の観点から、法改正にもかかわらず、なお238条1項の適用の際につきまといの被害者の刑法上の保護を著しく困難にする問題があるか。また、それはどのような場合か。

一つの州を除いた他のすべての州の司法省が、依然として238条1項の適用の際に問題があると回答した。具体的は、以下のものが挙げられる。

まず、不明確な法概念、特に「生活形成の重大な侵害の適性」や「執拗に」という概念について、明確性の観点から問題が指摘され、これに関連して立証上の問題が生じるとされる²⁷⁾。これに関して、どのような行為が被害者の生活を変更させることに客観的に適しているのかに関する経験的な知見が不足していることが指摘されたほか²⁸⁾、「行為が生活形成の重大な侵害の適性をもつことの証明は、その結果が生じたことの証明よりも困難になりうる」との回答もある²⁹⁾。また、実務上、元交際相手による軽微な行為が告発されることが多いが、それらの行為の社会的相当性の評価が困難であるとされる。例えば、行為者が裁判所によって認められた子どもとの面会交流権との関係で接触する場合、被害者

21) BT-Drs. 19/26515, S. 6.

22) BT-Drs. 19/26515, S. 5.

23) BT-Drs. 19/26515, S. 5.

24) BT-Drs. 19/26515, S. 5.

25) BT-Drs. 19/26515, S. 5.

26) BT-Drs. 19/26515, S. 5.

27) BT-Drs. 19/26515, S. 6.

28) BT-Drs. 19/26515, S. 6.

29) BT-Drs. 19/26515, S. 6f.

(告発者)の印象によれば行為者が実際には他の動機から接触を図っているとされる場合に、そのような接触が「権限なく」なされたものなのかが問題になるとされる³⁰⁾。

また、立証に関わる実務上の個別的な問題として、以下の回答がなされた。被害者が具体的なつきまとい行為の日時や行為の態様について精確に記憶できないこと、行為者がネットカフェを利用する等してインターネット上での自分の行為を巧妙に隠蔽するので、証拠となるデータの保存可能性がないこと、二人の間の紛争が問題になるので被害者以外に証人がいない(水掛け論になる)ことから、立証が困難になるという問題である³¹⁾。また、他の犯罪構成要件を実現しない「典型的なストーカー」は、自分の行為が被害者の生活形成に影響を与えることを認識していないため、故意の立証上の問題が生じることも指摘された³²⁾。

その他の問題として、実体法上の問題としては、あるグループ(例えば、家族の複数の構成員)がつきまといの被害者になる場合、このグループの各人に対する必要な行為の総数が欠けることがあるという³³⁾。また、手続との関係では、「真正のストーカー」はしばしば責任能力の問題があり、その鑑定に関する問題があること³⁴⁾、238条2項及び3項の加重類型はほとんど適用されることがなく、これに関連してエスカレート予防勾留の命令が機能していないこと³⁵⁾、さらに、相対的親告罪としての構成について、基本的に、捜査機関は刑事訴追の特別な公的利益を認めうる状況(例えば、被害者の畏縮)に関する情報を何も得られないこと、が回答された³⁶⁾。

なお、私訴犯罪のカタログからの238条の削除については、それによって起訴率はそれほど上昇していないことや、つきまとい事案に関連する他の私訴犯罪(侮辱、脅迫、傷害)があることが指摘された他、私訴の方法を教示する方が適している特殊な事案(別れ話の連れや隣人トラブル)も一定数あることから、消極的な回答もなされた³⁷⁾。

質問3: 238条1項の犯罪行為に関する検察官の手続処理について、過去(特に2018年と2019年)の238条1項の行為に関する検察官の手続処理の方法に関する回答は可能か。可能である場合は、公訴提起、刑訴法170条2項による打切り及び同法153条又は同法153条aによる打切りの割合は、2017年3月10日に施行された法改正後、それ以前の実務と比較して著しく変わったか。

この質問に関しては、すべての州司法省が一樣に、238条1項の新規定は手続処理の方法の割合に有意な影響を及ぼしていないと回答している³⁸⁾。とはいえ、多くの州司法省が、

30) BT-Drs. 19/26515, S. 7.

31) BT-Drs. 19/26515, S. 7.

32) BT-Drs. 19/26515, S. 7.

33) BT-Drs. 19/26515, S. 7.

34) BT-Drs. 19/26515, S. 7.

35) BT-Drs. 19/26515, S. 7.

36) BT-Drs. 19/26515, S. 8.

37) BT-Drs. 19/26515, S. 8.

認識可能な変化として、刑訴法153条（絶対的な軽微性）と同法153条a（軽微な責任）の打切りの割合の増加を回答している。起訴便宜的理由による打切りの増加の理由は、私訴犯罪のカatalogからの削除にあるとされている³⁹⁾。

3.2 関連団体への質問項目と回答

連邦司法・消費者保護省から関連団体への質問は、各州司法省への質問1と質問2に相当する2項目であり、質問を受けた8団体のうち5団体⁴⁰⁾が回答した。

質問1：結果犯から潜在的危殆化犯（適性犯）への改正によって238条1項の適用を容易にし、つきまとい被害者の刑法上の保護を改善するという立法者の目的は、それぞれの観点から見て達成されたか。

この質問の回答については、総じて、多くの団体が被害者保護の（若干の）改善を認めるが、なお238条1項の適用の際に重大な問題があると認識していることが明らかである、とされる⁴¹⁾。

消極的な回答には、以下のものがある。まず、238条1項の要件が依然として客観的な基準によって判断されることについて、つきまといは二者間で生じるので、当事者の主観を基準にするべきであって、一般人を基準にするべきではないとされる⁴²⁾。また、238条による公訴提起や有罪判決は稀で、その代わりに他の犯罪（侮辱、強要等）で訴追されることになるが、その手続も刑訴法154条と同法154条a（相対的な軽微性）によって打切られるので、「ストーキングの特殊な不法が十分に考慮されない」ことへの不満が回答された⁴³⁾。さらに、つきまとい行為が、被害者が生活環境を実際に変更するほど激しくない場合、捜査機関から事件が軽視され、多くの事件が刑訴法153条又は同法153条aによる打切りになることが指摘された⁴⁴⁾。

積極的な回答には以下のものがある。まず、結果犯から適性犯に改正されたことにより、被害者は自分の生活形成がつきまといによってどのように具体的に変更されたのかを説明する必要がなくなったことが、被害者の負担の軽減になっているとして積極的に受け止め

38) BT-Drs. 19/26515, S. 10.

39) BT-Drs. 19/26515, S. 9.

40) 回答した団体は、連邦婦人相談所及び婦人緊急通話連盟－暴力に反対する女性（bff）、「女性の家」調整協会（FHK）、カトリック女性社会福祉団体 Radebeul（SkF Radebeul）、白い環、家庭内暴力及びストーキングに対する調整・仲裁機関 Leipzig（KIS）の5団体である。

41) BT-Drs. 19/26515, S. 12.

42) BT-Drs. 19/26515, S. 12.

43) BT-Drs. 19/26515, S. 12. なお、この点については、つきまとい事例が侮辱罪や性犯罪等で訴追されることについて、検察実務から、「被害者にとって、行為者がつきまとい罪で有罪判決を下されるのか、その他の犯罪で有罪判決を下されるのかは、最終的に重要ではないから」、それによって被害者保護が損われることはない、とされることがあることと対照的である（ebd. S. 6.）。

44) BT-Drs. 19/26515, S. 12.

られている⁴⁵⁾。また、私訴手続において専門家が被害者に侵害的な対応をすることがあり非生産的だったことから、私訴犯罪カタログからの削除は被害者保護に資するとされる⁴⁶⁾。

質問2：それぞれの観点から見て、法改正にもかかわらず、なお238条1項の適用の際につきまとい被害者の刑法上の保護を著しく阻害する問題はあるか。また、それはどのような場合か。

関連団体による238条1項の適用に残された問題に関する回答は一致している。個別の意見を含め、以下のような問題が回答された。

まず、238条1項の構成要件の改善の必要性が指摘された。具体的には、「執拗に」という概念の不明確性が非判された。とりわけ、例えば、被害者の信用を失墜させるような広告の掲出やソーシャル・メディアへの写真のアップロードなど、少ない回数の行為しかなくされていないが、それ自体がすでに特に重大な意味を持つような場合に問題になる⁴⁷⁾。また、行為の生活形成の重大な侵害の適性という要件を削除し、被害者に対する嫌がらせの反復のみに着目すべきという意見も出された⁴⁸⁾。さらに、238条1項の各号の行為類型との関係で、1号の「空間的に近接したところ」(die räumliche Nähe)という概念について、その基準の具体化の必要性が指摘されたほか⁴⁹⁾、3号の「商品又は役務の注文」について、「無許可のキャンセル」を追加すべきとの提案がなされた⁵⁰⁾。

次に、手続上の問題として以下のことが指摘された。まず、捜査期間が長すぎることである。これにより、「行為者が自分の行為は何の影響もないというシグナルを受け取ることになり、通常、さらなるつきまとい行為がなされることになる」とされる⁵¹⁾。また、捜査機関の専門性について、例えば、サイバーストーキングの領域において技術的な設備や十分なノウハウを持つ人員が欠けていることが指摘された。これに関連して、捜査機関の職員の研修や、つきまとい被害者への専門的な助言や支援を保障することにより、被害者が自らの経験を話し、自分の受けた行為を整理することができるようにすることの必要性が指摘された⁵²⁾。さらに、被害者が具体的に構成要件に該当する行為を挙げられない場合には、警察によるつきまとい行為の矮小化につながるという問題も指摘された⁵³⁾。その他に、手続上の課題として、被害者が公訴参加人として参加する可能性を拡大するために、刑訴法397条a第1項のカタログに238条も加えることや、費用負担の援助が求められた⁵⁴⁾。

45) BT-Drs. 19/26515, S. 11.

46) BT-Drs. 19/26515, S. 11.

47) BT-Drs. 19/26515, S. 12.

48) BT-Drs. 19/26515, S. 13.

49) BT-Drs. 19/26515, S. 12.

50) BT-Drs. 19/26515, S. 12.

51) BT-Drs. 19/26515, S. 13.

52) BT-Drs. 19/26515, S. 13.

53) BT-Drs. 19/26515, S. 13.

54) BT-Drs. 19/26515, S. 13.

さらに、量刑等の問題として、有罪判決を受けた場合も、通常、刑罰が軽いことが指摘され、これはつきまといによって被害者が経験した被害を反映していないと批判された⁵⁵⁾。これに関連して、自動車やミニバイクなどの「犯行の凶器」や「犯行の道具」の差押え（Beschlagnahme）や、治療やトレーニングの受講命令が提案された⁵⁶⁾。また、行為者が責任無能力又は限定責任能力の場合に、63条の精神科病院への入院措置が使われることが極めて稀であるため、被害者が保護を受けられない状態に置かれるという問題が指摘された⁵⁷⁾。

3.3 連邦政府による回答の評価

(1) 回答に対する全体的な評価

連邦政府は、各州司法省及び関連団体から寄せられた回答について、以下のように総括している。すなわち、各州司法省及び関連団体の回答は、2017年に行われた238条1項の構成要件の改正が、その適用における実務上の負担を一定程度軽減したことを示している。それゆえ、なお実務上の負担の軽減による被害者保護の改善はなされていないという意見もあるが、被害者保護の改善という立法者の目的は達成されているといえる⁵⁸⁾。しかし、回答は、被害者保護の改善の達成の如何とは別に、なお238条には実務上の重大な問題があるということを、明らかに裏付けている⁵⁹⁾。それは、238条に関連する手続処理において有意な変化がなかったことから、明らかである⁶⁰⁾。もっとも、実務上の適用の問題は、純粹に事実的な事情に関係しており、このような純粹に事実的な証明の問題は、（さらなる）法改正によっては解決しえない⁶¹⁾。また、関連団体によって報告された問題は、法改正ではまったく又はほとんど解決されない⁶²⁾、と。

その一方で、法適用上の問題は、各州司法省のほぼ一致した見解によれば、構成要件に用いられた不明確な法概念にも基づいており、それゆえ基本的に立法者が改めることができる⁶³⁾。とりわけ、「執拗に」という概念、被害者の「生活形成の重大な侵害の適性」という要件の適用基準、さらには、238条1項1号の「空間的に近接したところ」という概念について、問題がある⁶⁴⁾。また、基本犯の法定刑が軽すぎることで、加重構成要件の適用

55) BT-Drs. 19/26515, S. 14.

56) BT-Drs. 19/26515, S. 14.

57) BT-Drs. 19/26515, S. 14.

58) BT-Drs. 19/26515, S. 14.

59) BT-Drs. 19/26515, S. 15.

60) BT-Drs. 19/26515, S. 15.

61) BT-Drs. 19/26515, S. 15. なお、立証の困難性に関連して、報告書では、交際関係にあった当事者間における事案では、破局と復縁が繰り返されることが、被害者からの証言の獲得を困難にすることや、行為者の行為が社会的相当であるか否かを評価する際に問題を生じさせることが、度々指摘されている（ebd. S. 7, 15, 18.）。

62) BT-Drs. 19/26515, S. 15.

63) BT-Drs. 19/26515, S. 15.

やエスカレート予防勾留の命令の可能性が低すぎることを、行為者が責任無能力の場合の措置の可能性が不十分であると認識されていることについても、基本的に立法者が対応可能である⁶⁵⁾、とされた。

(2) 回答に含まれる立法提案への連邦政府による評価

次に、連邦政府は、各州司法省及び関連団体の回答に含まれていた個別の立法提案について、以下のように評価した。

① 「beharrlich」という概念の「wiederholt」又は「fortgesetzt」への変更

まず、連邦政府は、2007年の238条の導入時に、立法者が「beharrlich（執拗に）」という概念を選んだ理由と、その概念をどのように捉えていたかについて、当時の立法理由を参照する。すなわち、2007年当時、立法者は、『『執拗に』』という概念は、……反復された行為又は継続的な行為として解釈される。執拗性は、単に反復されるにすぎない場合は、まだ認められない。むしろ、その概念は、行為の実行の中に明らかになる特別な執着心（Hartnäckigkeit）とさらなる行為を示すような、法的禁止に対する行為者の強い無関心を意味する。行為の反復はつねに前提であり、それだけでは十分ではない。むしろ、被害者の意思に反して又は被害者の思いに関心を持たずに、将来も同様の行為を繰り返す意思でなされることが必要である。執拗性は様々な行為の全体的評価から認められる。個別の行為の間の時間的な間隔やそれらの主観的な連関が重要である⁶⁶⁾としていた。これによれば、「beharrlich（執拗に）」という概念が、「wiederholt（反復して）」という概念よりも制限的な選択肢として、意識的に選択されたことがわかる⁶⁷⁾。

しかし、連邦政府は、この「執拗に」という概念に含まれる、「行為の反復」という客観的な要素と「特別な執着心」という主観的な要素の組み合わせが現在の実務上の適用の問題を生じさせていることから、この概念について再検討する契機があり、とりわけ、この概念によって意図された制約は「生活形成の重大な侵害の適性」という要件に加えて必要なのかが検討されるべきであるとした⁶⁸⁾。

② 不明確な法概念の法律上の定義、特に「空間的に近接したところ」という概念

238条1項1号の「空間的に近接したところ」という概念の不明確性について、それを具体化するために暴力保護法の規定に合わせることや⁶⁹⁾、具体的に基準となる距離を示す

64) BT-Drs. 19/26515, S. 15.

65) BT-Drs. 19/26515, S. 15.

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

67) BT-Drs. 19/26515, S. 16.

68) BT-Drs. 19/26515, S. 16.

69) 暴力保護法1条1項では、禁止命令の対象となる行為の場所的要件として、「被害者の住居」（1号）、「被害者の住居から一定の範囲」（2号）及び「その他の被害者が通常所在する一定の場所」（3号）が規定されている。

ことが提案されていた。これに対して、連邦政府は以下のように評価した。すなわち、法律は多くの多様な事実関係を包摂しなければならないので、個別事例に対応できるような基準を設けることは、おのずから不可能である⁷⁰⁾。それゆえ、基準となる具体的な距離を示すことや、例えば被害者の住居や職場のような特定の場所の列挙による具体化も適切ではない⁷¹⁾。したがって、『空間的に近接したところ』という概念の合理的な代替規定はないことは明らかであり、この点については今後の判例の集積が期待される⁷²⁾、と。

③ 「生活形成の重大な侵害の適性」という不明確な法概念の原則例示による補充

特に重大な事例の原則例示に、行為単一性の関係にある他の犯罪（例えば傷害、住居侵入、侮辱）の実行を要件にすることや、権限のない接触の継続期間の下限を設けることで、「生活形成の重大な侵害」という不明確な法概念を具体化するという提案がなされていた。これに対して、連邦政府は、継続期間の下限の導入については、短期間でもかなり集中的に行われた行為も238条1項の基本的構成要件で捉えられるべきであるから合理的ではなく、行為単一性の関係にある他罪の実行についても、例えば、つきまとい罪の成否は侮辱罪の成否に依拠しないので、決定的な基準にはならないと評価した⁷³⁾。そして、『生活形成の重大な侵害の適性』という法概念は、そこにストーキングの特殊な不法内容があるということ、適切に記述している」とした⁷⁴⁾。

④ 「生活形成の重大な侵害の適性」という要件の削除

「生活形成の重大な侵害の適性」という要件を法律上削除し、つきまとい行為の反復ないし執拗性にのみ着目するという提案は、上述の提案③に対する評価と同様の理由から、反対された⁷⁵⁾。連邦政府は、行為の反復性ないし執拗性だけに着目することは、「社会的相当行為に関する限界を不明確にすることになり、刑事訴追の比例性から疑問である」とする⁷⁶⁾。

⑤ 63条による措置の命令を容易にするための法定刑の引き上げ

63条による精神科病院への収容の命令を容易にするために、法定刑を引き上げることが提案されていた。これについて、連邦政府は、法定刑の引き上げによって立証の問題は解消されないで、各州司法省及び関連団体から報告された実務上の諸問題の解決に寄与するか疑わしい、と評価した⁷⁷⁾。連邦政府は、「基本的構成要件の法定刑の一般的な引き上

70) BT-Drs. 19/26515, S. 16.

71) BT-Drs. 19/26515, S. 16.

72) BT-Drs. 19/26515, S. 16.

73) BT-Drs. 19/26515, S. 16.

74) BT-Drs. 19/26515, S. 16.

75) BT-Drs. 19/26515, S. 17.

76) BT-Drs. 19/26515, S. 17.

77) BT-Drs. 19/26515, S. 17.

げよりも、加重構成要件を基本犯の法定刑では十分でない一定の事例群に拡張することが、優先されるべきである」とする⁷⁸⁾。

⑥ さらなる加重構成要件又は原則例示の創設

例えば、少なくとも1年以上の定期的な接触による特に長期間にわたるつきまといや、暴力保護法による裁判所の禁止命令に対する違反行為を加重類型に加えることが提案された。また、これによってエスカレート予防勾留（刑訴法112条a）の適用範囲が拡張されることになることとされた。これに対して、連邦政府は、この提案によって立証の困難性は解消されないことと、暴力保護法の禁止命令と関連させた加重類型の創設はそれを獲得できるような抵抗力のある被害者しか保護されないことになることを指摘した⁷⁹⁾。しかし、その上で、63条又は刑訴法112条aによる措置の命令を可能にするために一定のケースの法定刑の引き上げが必要であるとの観点から、加重構成要件の拡張は支持しうると評価した⁸⁰⁾。連邦政府は、「基本的構成要件よりも重い法定刑を正当化できるような、238条2項及び3項以外の状況も考えられる」とした⁸¹⁾。

⑦ 裁判所による禁止命令を無視した場合の238条による処罰

裁判所による禁止命令に対する違反行為を構成要件に追加するという提案に対して、連邦政府は、それはあまり意味がないと評価した⁸²⁾。特に、暴力保護法4条との区別ができなくなることを指摘した⁸³⁾。

⑧ 商品又は役務の注文の「無許可のキャンセル」の238条1項3号への追加

関連団体から、商品又は役務の注文の無許可のキャンセルを238条1項3号に追加することが提案されていた。これに対し、連邦政府は、そのような行為は238条1項5号（受け皿構成要件）で捉えることができるとして、この改正は不要であると評価した⁸⁴⁾。

⑨ 未遂処罰の導入

被害者が特に繊細で、行為者もそのことを認識していたが、つきまとい行為による侵害が客観的に重大ではない場合について、未遂の可罰性を規定することが提案された。しかし、この提案は1つの州からだけなされたものであり、他の州司法省からはその必要性の指摘はないことから、連邦政府は、この提案を採り上げることは適当ではないと評価し

78) BT-Drs. 19/26515, S. 17.

79) BT-Drs. 19/26515, S. 17.

80) BT-Drs. 19/26515, S. 17.

81) BT-Drs. 19/26515, S. 17.

82) BT-Drs. 19/26515, S. 17.

83) BT-Drs. 19/26515, S. 17.

84) BT-Drs. 19/26515, S. 18.

た⁸⁵⁾。

⑩ 238条1項の刑訴法112条a第1項1文のカatalog（エスカレート予防勾留）への追加
現行法上、238条2項及び3項の加重類型だけがエスカレート予防勾留の対象とされているが、238条1項の基本犯もその対象に追加すべきであるという提案を、連邦政府は、とりわけ法定刑に鑑みれば、比例性の点で疑念があると評価した⁸⁶⁾。

⑪ 238条1項の刑訴法397条a第1項（公訴参加）のカatalogへの追加

関連団体からは、訴訟補佐人（Verfahrenbeistand）を選任できる刑訴法397条a第1項のカatalogに、238条1項も追加すべきであるという提案がなされていた。これに対し、連邦政府は、「公訴参加の費用リスクを国が負担する刑訴法397条aの特別な権限の承認は、一定の被害者の特別な保護の必要性によって基礎づけられる」とした上で、刑訴法397条aは238条1項よりも重大な犯罪を捉えるとした⁸⁷⁾。

3.4 小括

238条1項の2017年改正による被害者保護の改善という目的の達成及び残された課題に関する連邦政府による調査及びその評価については、以上の通りである。まとめると、2017年改正に基づく238条の適用の負担の軽減と被害者保護の一定程度の改善は認められるものの、依然としてつきまといの取締りにあたって重大な実務上の諸問題が存在するが、それらは事実的な性質のものが多く、それゆえ立法者によって解決できるものではないとされた。その一方で、立法者による対応で改善しうる問題として、238条1項の不明確な法概念と238条2項の加重類型の拡張が指摘された。

なお、関連団体からサイバーストーキングの問題性が指摘されたことは、2021年改正にとって重要な意味をもつものである。また、刑事実務からは、238条について「規定が新しいことから特に改正法について個別の要件の解釈に資するような確固たる最高裁判所の法理がない」⁸⁸⁾ことが指摘されている。このことも、238条の在り方を考える上で前提とされる事情であろう。

4. 2021年改正法の立法経緯

2021年2月16日、連邦司法・消費者保護省が「刑法典の改正に関する法案——つきまといの効果的な取締り及びサイバーストーキングの捕捉の改善」の草案を発表し、同年3月24日に内閣が連邦政府法案を決定した。連邦政府は、同年4月19日、連邦政府案を連邦議会に提出した⁸⁹⁾。その後、同年5月7日に連邦参議院による意見が出され⁹⁰⁾、同年6月22

85) BT-Drs. 19/26515, S. 18.

86) BT-Drs. 19/26515, S. 18.

87) BT-Drs. 19/26515, S. 18.

88) BT-Drs. 19/26515, S. 6.

日に司法・消費者保護委員会（第6委員会）によって、連邦政府案に修正が加えられた「刑法典の改正に関する法案——つきまといの効果的な取締り及びサイバーストーキングの適切な捕捉並びに強制売春に対する刑法上の保護の改善」の議決勧告が出された⁹¹⁾。これを受け、同年6月24日に連邦議会は同法案を可決し、その翌日、連邦参議院も可決し、同法は成立した。そして、同年8月10日、「刑法典の改正に関する法律——つきまといの効果的な取締り及びサイバーストーキングの適切な捕捉並びに強制売春に対する刑法上の保護の改善」が公布され⁹²⁾、同年10月1日に施行された。

以下では、連邦政府案、連邦参議院の意見とそれに対する連邦政府の回答、そして司法・消費者保護委員会で連邦政府案に加えられた修正について、順次紹介する。

4.1 連邦政府案

(1) 連邦政府案の概要と条文

連邦政府案による改正は、先に紹介した評価報告書で挙げられた問題の解消と、サイバーストーキングへの対応の改善を目的としている⁹³⁾。法案における改正点は以下の通りである。すなわち、238条1項に関しては、柱書に含まれる「執拗に (beharrlich)」という要件を「反復して (wiederholt)」に変更し、行為の適性の要件に関する潜在的な結果を生活形成の「重大な (schwerwiegend)」侵害から「軽微ではない (nicht unerheblich)」侵害に変更する。また、238条1項各号に列举される行為類型にサイバーストーキングに関連する行為類型（5号ないし7号）を追加する。そして、同条2項に関しては、従来の加重構成要件 (Qualifikation) を特に重大な事例の原則例示 (Regelbeispiel) に変更し、特に重大な事例の類型を従来よりも拡張する。連邦政府案は、以下の通りである（下線部が改正箇所）。

238条 つきまとい

(1) 次の各号のいずれかに掲げる行為を反復して行うことによって、他人にその人の生活形成に軽微ではない侵害を及ぼすのに適した方法で、権限なくつきまとう者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処す。

1. 相手方の空間的に近接したところに赴く
2. 遠距離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、相手方との接触を試みる
3. 相手方の個人データを濫用して、
 - a) 商品又は役務を相手方のために注文する、又は
 - b) 第三者に相手方と接触させる

89) BT-Drs. 19/28679.

90) BR-Drs. 251/21(B).

91) BT-Drs. 19/30948.

92) BGBl. I 2021, S. 3513.

93) BT-Drs. 19/28679, S. 1.

4. 相手方に本人，その親族又はその他の密接な関係にある者の生命，身体の不可侵性，健康又は自由を侵害する旨の脅迫をする
5. 相手方又はその密接な関係にある者に対して，202条aの行為を行う
6. 相手方，その親族又はその他の密接な関係にある者の図画を頒布又は公開する
7. 相手方を侮蔑し又は世評において貶めるのに適した文書（11条3項）を，相手方が作成者であると装って頒布又は公開する，又は，
8. 1号ないし7号に相当する行為を行う。
- (2) 1項1号ないし7号の特に重大な事例では，つきまといは3月以上5年以下の自由刑に処す。特に重大な事例とは，原則として，行為者が，
 1. 行為によって被害者，その親族又はその他の密接な関係にある者の健康障害を惹起する場合
 2. 行為によって被害者，その親族又はその他の密接な関係にある者に死亡又は重大な健康障害の危険をもたらした場合
 3. 毎日又はほぼ毎日なされた行為によって，被害者に少なくとも4ヶ月以上にわたり，つきまとう場合
 4. 多数の行為によって，被害者に少なくとも9ヶ月以上にわたり，つきまとう場合
 5. 1項5号の行為の場合に，相手方のデジタル監視を目的とするコンピュータ・プログラムを使用する場合
 6. 1項5号の行為によって獲得した図画を，1項6号の行為の際に使用する場合
 7. 1項5号の行為によって獲得された文書（11条3項）を，1項7号の行為の際に使用する場合，又は，
 8. 21歳以上であり，かつ被害者が16歳未満の場合である。
- (3) 行為者が，その行為によって被害者，その親族又はその他の密接な関係にある者を死亡させた場合，1年以上10年以下の自由刑に処す。
- (4) 1項の場合は，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。

(2) 改正の目的・趣旨

連邦政府案の立法理由においては，改正の目的と必要性について，以下のように説明されている。ドイツ市民のつきまといの生涯被害率は10.8%であり，つきまといの被害者は，それと無関係な人と比較して，統計上有意に精神的健康の値が低いことが指摘される⁹⁴⁾。しかし，前述の通り，2017年改正法の施行3年経過後の評価から，依然として刑事実務では238条の適用に関する問題が確認された。そこで，不明確な法概念と加重類型の適用範囲の問題の解消及びサイバーストーキングの法文上の適切な規定化を目的として，本改正が提案された⁹⁵⁾。個別の改正箇所の趣旨は以下の通りである。なお，1項8号は，同項5

94) BT-Drs. 19/28679, S. 9.

95) BT-Drs. 19/28679, S. 9.

号ないし7号の追加による号数の繰り下げであり、実質的な変更はない。

① 不明確な法概念の変更と可罰性の閾の引き下げ（238条1項柱書）

まず、つきまとい罪の基本的構成要件である238条1項柱書に含まれる、二つの不明確な法概念の変更が提案された。一つ目は、被害者の「生活形成に重大な侵害を及ぼすのに適した方法」という行為の要件に含まれる潜在的な結果である侵害の程度を、「重大な」侵害から「軽微ではない」侵害へ変更するというものである。従来の「重大な」侵害という概念は、「平均的で原則的に甘受されるべきで強いられる生活形成の侵害を超えた、重大な結果を招く、真剣に受け止められるべき侵害」⁹⁶⁾と解されてきた。しかし、この改正により、つきまといの可罰性の閾が引き下げられることになる⁹⁷⁾。例えば、行為者が長期間にわたって被害者が望まない電話を多数回かけたり、脅迫的な電話をかけることで、被害者が電話番号を変更する場合⁹⁸⁾や、クラブ活動が余暇を過ごす際の中心的な役割を占めている被害者が、クラブ活動内で行為者による侵害的な接触を避けるためにクラブを退会する場合⁹⁹⁾が、「軽微ではない」侵害として、可罰的な行為としての適性の要件を充足することになる、とされる。

二つ目は、「執拗に」という要件の「反復して」への変更である。執拗性という概念は、前述のように、反復性という客観的要素だけでは足りず、特別な執着心と法的禁止に対する行為者の強い無関心という主観的要素が含まれるものである。しかし、この改正により、『執拗に』という概念は、主観的な要素を省くことで、その中核的な要素である『反復して』に縮小される¹⁰⁰⁾ことになる。立法者によれば、「軽微ではない」という行為の質の要件があることを勘案すれば、「執拗に」という複雑な行為の質の要件を付加する必要はないからである¹⁰¹⁾。「反復して」の要件を充足する回数は個別の事例毎に判断されるものであり、個別の行為が比較的重大な場合には「数回 (eine geringe einstellige Anzahl)」の行為で足りる、とされる¹⁰²⁾。また、同一の号に規定された行為が反復される必要はなく、1項各号の複数の異なる態様の行為が行われることで足りる、とされる¹⁰³⁾。

② サイバーストーカーキングの法文上の適切な規定化（238条1項5号、6号、7号）

立法者は、サイバーストーカーキングの刑事規制の必要性について、具体的に以下のような場合を念頭に置いている。すなわち、行為者が、ストーキング・アプリ (Stalking-App) を

96) BT-Drs. 16/3641, BGHSt 54, 189. なお, BGHSt 54, 189 については, 四條・前掲註(6)243頁以下, 参照。

97) BT-Drs. 19/28679, S. 11.

98) BT-Drs. 19/28679, S. 11.

99) BT-Drs. 19/28679, S. 11.

100) BT-Drs. 19/28679, S. 12.

101) BT-Drs. 19/28679, S. 12.

102) BT-Drs. 19/28679, S. 12.

103) BT-Drs. 19/28679, S. 12.

使って、被害者のEメールやソーシャル・メディアのアカウントあるいは位置情報を探知し、被害者の社会生活を監視する場合や、行為者が被害者の人格を装ってソーシャル・メディアのアカウントを作り、インターネットを介して被害者の名前を使って不利益な意見を表明し、又は被害者の録画（Bildaufnahme）を公開する場合である¹⁰⁴⁾。これらの場合は従来の238条1項2号、3号又は5号で処罰可能であるが、「明確性と法的安定性を理由に、法律上明記する」ために、新たに238条1項に5号、6号、7号を追加することが提案された¹⁰⁵⁾。

1項5号は、行為者がパスワードの推測、ハッキング手法又はいわゆる Stalkingware（ストーキングのための機能を持つソフトウェア）を使って、権限なく被害者のデータにアクセスする場合を対象とする¹⁰⁶⁾。このような場合、通常、同時に202条a（データの探知）によっても可罰的になる。それにもかかわらず238条1項に追加する意味は、個別の事案において他の事情が付け加わった場合に、238条2項又は3項による重い処罰も可能になることにあるとされる¹⁰⁷⁾。なお、立法者によれば、「238条1項5号は202条aの特別法（lex specialis）である」¹⁰⁸⁾。

1項6号は、行為者が被害者等の図画を頒布又は公開する場合を対象とする¹⁰⁹⁾。その図画に文字情報が添えられているか否かは問われない¹¹⁰⁾。このような行為の当罰性について、立法者は、「自分の図画を制御できずに頒布又は公開されることで、意思に反して第三者の目が被害者に向けられる場合、被害者を著しく怯えさせる効果をもちうる」とする¹¹¹⁾。とりわけ、その結果は「内密の記録（intime Aufnahme）が問題になる場合には、より強烈である」と、「リベンジポルノ」が「内密領域（Intimsphäre）への破壊的な侵害である」ことが指摘される¹¹²⁾。また、「図画（Abbildung）」という概念は、録画の他にとりわけ被害者を描写したイラスト（Zeichnungen）を含むとされる¹¹³⁾。

1項7号は、11条3項の意味における文書、とりわけ被害者が作成者であると装って言葉やイラストが頒布又は公開され、これによって被害者の評判が危殆化されることが明確な場合を対象とする¹¹⁴⁾。具体的には、行為者が被害者の氏名を使ってソーシャル・メディアのアカウントを開設し、それを介して第三者と性的な言葉でコミュニケーションをとる場合や、行為者が被害者の氏名を使って、性的又は犯罪的な空想または企図を公開する場

104) BT-Drs. 19/28679, S. 1.

105) BT-Drs. 19/28679, S. 2.

106) BT-Drs. 19/28679, S. 12.

107) BT-Drs. 19/28679, S. 12.

108) BT-Drs. 19/28679, S. 12.

109) BT-Drs. 19/28679, S. 12.

110) BT-Drs. 19/28679, S. 12.

111) BT-Drs. 19/28679, S. 12.

112) BT-Drs. 19/28679, S. 12.

113) BT-Drs. 19/28679, S. 12.

114) BT-Drs. 19/28679, S. 12.

合である¹¹⁵⁾。頒布又は公開は、明示的に被害者の氏名でなされる必要はなく、匿名であっても被害者に関する手がかりがある場合は構成要件に該当しうる、とされる¹¹⁶⁾。

③ 加重構成要件から特に重大な事例の原則例示への変更と適用範囲の拡張

連邦政府案の238条2項の改正は、従来の加重構成要件から特に重大な事例の原則例示への変更とその適用範囲の拡張の提案である。これにより、238条2項は構成要件ではなく量刑規則に変わる。その意味するところは、あくまでも238条2項各号の列挙は特に重大な事例の例示であることから、加重された法定刑を法律に規定された状況に相当する他の状況にも適用しうするため、「事実審裁判所に高度の柔軟性を委ねることになる」¹¹⁷⁾ ことである。なお、立法者は、「明確性の原則に関する疑念を排除するため」に、受け皿構成要件（1項8号）に原則例示を適用しないことにした¹¹⁸⁾。各号に列挙される特に重大な事例は、以下の通りである。

1号は、被害者等の健康障害を惹起した場合である。この場合、惹起された健康障害が重大である必要はない¹¹⁹⁾。2号は、従来の238条2項の場合であり、被害者等に死亡の危険又は重大な健康障害の危険をもたらした場合である¹²⁰⁾。

3号は、毎日又はほぼ毎日つきまとい行為が行われ、つきまとい行為が特に集中的で、比較的長期間（少なくとも4ヶ月）に及ぶ場合である¹²¹⁾。立法者によれば、『『ほぼ毎日』とは、4ヶ月間の内、少なくとも75%の日数で、かつ、毎週少なくとも1回の行為がなされること』を意味する¹²²⁾。これに対し、4号は、つきまとい行為が特に長期間（少なくとも9ヶ月）継続し、その際に多数の行為が一定の強度の水準にも達している場合である¹²³⁾。立法者によれば、「多数の行為」とは、少なくとも「二桁台前半の回数（eine niedrige zweistellige Zahl）」が想定されている¹²⁴⁾。なお、行為者が長期間にわたって、例えば20回のつきまとい行為を実行したことで、「多数の行為」という概念の閾をごく僅かに踰越したにすぎない場合は、特に重大な事例という原則的な推定は覆される、とされる¹²⁵⁾。

5号は、1項5号の行為（202条aのデータの探知）をする場合に、相手方のデジタル監視（digitale Ausspähen）を目的としたコンピュータ・プログラムを使用する場合である。立法者は、「その行為が陰険（perfid）であるだけでなく原則的に特別な継続性と強

115) BT-Drs. 19/28679, S. 12.

116) BT-Drs. 19/28679, S. 12 f.

117) BT-Drs. 19/28679, S. 13.

118) BT-Drs. 19/28679, S. 13.

119) BT-Drs. 19/28679, S. 13.

120) BT-Drs. 19/28679, S. 13.

121) BT-Drs. 19/28679, S. 13.

122) BT-Drs. 19/28679, S. 13.

123) BT-Drs. 19/28679, S. 13.

124) BT-Drs. 19/28679, S. 13.

125) BT-Drs. 19/28679, S. 13.

度をもつ」場合に、この特に重大な事例が基礎づけられるとする¹²⁶⁾。また、6号と7号は、1項5号の行為（データの探知）によって獲得された図画又は文書を、1項6号の行為（図画の頒布又は公開）又は7号の行為（文書の頒布又は公開）に使用する場合である。これらは、いわゆる晒し行為（Doxing）を特に重大な事例とするものである¹²⁷⁾。

8号は、被害者が16歳未満で特に傷つきやすい場合を想定し、また、同年代の青少年の間で行われるストーキングの事例を除外するために、行為者が21歳以上であることが規定されている¹²⁸⁾。この年齢の境界は、182条3項（青少年の性的虐待）に倣うものであるとされる¹²⁹⁾。

4.2 連邦参議院案の意見と連邦政府の回答

(1) 連邦参議院による意見

連邦参議院は、上記の連邦政府案に対して、以下の四つの意見を出した。

① 連邦政府案238条1項5号について

連邦参議院は、連邦政府案の1項5号について、それは238条1項1号の空間的に近接したところに赴く行為の「デジタルな現象形態」であり、そのような事例の明示的な規定は歓迎されるべきであるとする¹³⁰⁾。しかし、連邦政府案の規定は、手段となる行為が202条a（データの探知）に限られているので、かなり限定的であり、それゆえ、行為者が被害者を盗聴器、GPS 機器又はドローンを利用して監視し、つきまとう場合を捉えていないことを指摘する¹³¹⁾。また、私的領域への侵害の程度が同程度である202条b（データの傍受）が含まれないことは、理解し難いとする¹³²⁾。そこで、連邦参議院は、以下の修正案を提示した。

「5号 技術的手段又はパスワードを用いて、相手方又はその密接な関係にある者の個人データに権限なくアクセスし、又はそのようなデータを権限なく収集する」

② 連邦政府案238条2項3号及び4号について

連邦参議院は、連邦政府案の2項3号の規定は、実務の要望を考慮していないと批判する。すなわち、連邦政府案の立法理由によれば、「4ヶ月で平均121個の行為を認定することになるが、それは実務上ほぼ不可能であるか、少なくとも訴追機関、裁判所及び被害者に過大な負担を強いることになる」とする¹³³⁾。また、連邦政府案の2項4号の規定は、そ

126) BT-Drs. 19/28679, S. 13.

127) BT-Drs. 19/28679, S. 13.

128) BT-Drs. 19/28679, S. 13.

129) BT-Drs. 19/28679, S. 13.

130) BR-Drs. 251/21(B), S. 1.

131) BR-Drs. 251/21(B), S. 2.

132) BR-Drs. 251/21(B), S. 2.

133) BR-Drs. 251/21(B), S. 3.

こに含まれる執着的な行為者の行為が1項の基本的構成要件に該当するにもかかわらず、「9ヶ月間という継続期間の要件のために、訴追機関がこの期間を経過するまで公訴提起を待たなければならないことになり、それは被害者保護の利益に反する」とする¹³⁴⁾。そこで、連邦参議院は、「時間的要素と『重大性』基準の両方を含む形で一つの原則例示にまとめるべきである」として、以下の修正案を提案した。その際、時間的要素については、「(少なくとも)4ヶ月にわたり多数のつきまとい行為がなされた場合は、特別な執着心が明らかである」とする¹³⁵⁾。

「3号 被害者に多数の行為によって少なくとも4ヶ月以上にわたってつきまとい、それによって被害者の生活形成を重大に侵害した場合」

③ 238条2項4号a(新規)について

連邦参議院は、連邦政府案とは別に、新たに特に重大な事例の原則例示として、過去につきまとい罪又は暴力保護法4条の違反行為による有罪の確定判決を受けた者によるつきまとい行為の場合を提案した。そのような行為者は、「通常、自らの行為によって、法秩序に対する強い反抗と、重い刑罰に値する被害者の利益に対する継続的な無視を表している」とする¹³⁶⁾。この5年の期間には、刑法典中の類似の規定に倣って、行為者が当局の命令に基づいて施設に拘禁されていた期間は算入しないこととされた¹³⁷⁾。条文案は以下の通りである(4号(長期間に及ぶ多数の行為)のあとに挿入)。

「4号a 過去5年以内に第1項又は暴力保護法4条の行為によって有罪の確定判決を受けた場合」

「2文4号aに規定された期間に、行為者が当局の命令に基づいて施設に拘禁されていた期間は算入しない」

④ 238条2項4号a(新規)について

連邦参議院は、連邦政府案とは別に、新たに特に重大な事例の原則例示として、行為者がつきまとい行為によって同時に暴力保護法4条による命令又は和解に基づく義務に違反する場合を提案した。被害者は、暴力保護法による保護を申立てた場合、「つきまとい行為者から身を守るための重要な一步を踏み出している」が、家庭裁判所の命令又は追認した和解に基づく義務は、「つきまとい行為者がそれによって感銘を受けない場合は、その保護効果を発揮しない」と指摘する¹³⁸⁾。これらに違反する行為者は、「法秩序の要求に対する無関心や、命令や義務付けによって緊急性が増大していることが特に明白である被害者の利益に対する特別な無関心によって特徴づけられる態度を明らかにしている」ので、

134) BR-Drs. 251/21(B), S. 3.

135) BR-Drs. 251/21(B), S. 3.

136) BR-Drs. 251/21(B), S. 4.

137) BR-Drs. 251/21(B), S. 4.

138) BR-Drs. 251/21(B), S. 5.

原則として自由刑による処罰が必要であるとする¹³⁹⁾。条文案は以下の通りである。

「4号a 第1項の行為の際に、同時に暴力保護法4条1文に規定されている命令又は和解に基づき列挙された義務に違反する場合」

(2) 連邦政府の回答

連邦政府は、上述の連邦参議院の意見に対し、以下のように回答した。まず、連邦政府案238条1項5号の拡張については、その検討の必要はないとした。その理由について、連邦政府は、連邦政府案1項2号及び5号ないし7号が規定する行為方法が、技術的手段を用いたつきまといの大部分を記述しているとする¹⁴⁰⁾。その上で、これらの規定で捉えられない「非典型的な事例」は、8号の受け皿構成要件によって処罰可能であるとする¹⁴¹⁾。

次に、連邦政府案238条2項3号及び4号を、時間的要素と「重大性」基準の両方を含む形で一つの原則例示にまとめるべきであるとする連邦参議院案について、それら二つの号はまとめない方がよいとする。また、連邦政府によれば、「生活形成の重大な侵害」の要求は実務上の大きな混乱を招くことになる¹⁴²⁾。2017年改正で結果犯から適性犯に変更し、さらに今般の改正で予定されている「重大な」侵害から「軽微ではない」侵害への変更が、再び裏返されることになるからである¹⁴³⁾。

そして、連邦政府は、連邦参議院から提案された二つの新たな特に重大な事例の原則例示については、それを検討する¹⁴⁴⁾とした。

4.3 司法・消費者保護委員会（第6委員会）における審議と修正案

司法・消費者保護委員会（第6委員会）では、2021年4月14日に第1回の審議が行われ、その後、同年5月19日に公聴会を開催し、同年6月22日に最終審議と、CDU/CSU及びSPDによって提出された修正案の採決が行われ、可決され、連邦議会に議決勧告がなされた。採決では、CDU/CSU、SPD、AfD及びBÜNDNIS 90/DIE GRÜNENが賛成し、FPDとDIE LINKEが棄権した¹⁴⁵⁾。

委員会審議を経て最終的に可決された修正内容は、以下の通りである。まず、連邦政府案1項5号が「相手方又はその密接な関係にある者に対して、202条aの行為を行う」としていたところ、委員会では、202条a（データの探知）に加え、202条b（データの傍受）及び202条c（データの探知及び傍受の準備）が追加されることになった。また、これらの行為の客体として「相手方の親族」も明記されることになった。この修正により、例え

139) BR-Drs. 251/21(B), S. 5.

140) BT-Drs. 19/29639, S. 5.

141) BT-Drs. 19/29639, S. 5.

142) BT-Drs. 19/29639, S. 5.

143) BT-Drs. 19/29639, S. 5.

144) BT-Drs. 19/29639, S. 5.

145) BT-Drs. 19/30948, S. 2.

ば、行為者が被害者のデータを無許可で自分のコンピュータに転送した場合、202条bの行為の実行と同時に、つきまとい罪を構成する行為の一部の実行が認められることになる¹⁴⁶⁾。また、集中的で長期間にわたるつきまとい行為に関する連邦政府案2項3号と4号は、一つの原則例示にまとめられることになり、つきまといの継続期間は、「少なくとも6ヶ月以上」とされることになった¹⁴⁷⁾。そして、2007年のつきまとい罪の導入以来維持されてきた、連邦政府案238条4項の相対的親告罪の規定は、削除されることになった（非親告罪化）。この点は、「つきまといという犯罪行為の重要性が増していることを考慮したもので、世間一般の認識も同様である」とされる¹⁴⁸⁾。

また、238条の改正に合わせて、暴力保護法4条の法定刑の上限が「1年」から「2年」に改正されることになった。これは、「対象となる犯罪の不法内容を、重大な事案においてより適切に考慮できるようにするために」なされたものであるとされる¹⁴⁹⁾。

なお、委員会審議における各党・会派の修正案に関する意見が出されている。採決で賛成した政党・会派の意見は、以下の通りである。CDU/CSUは、修正案はサイバーストーキングという行為態様を明確に規制することになり、また、「執拗に」と「重大に」という要件を変更することで、訴追や立証の困難が軽減されると評価する¹⁵⁰⁾。BÜNDNIS 90/DIE GRÜNENは、「エビデンスに基づく犯罪政策の一例である」として賞賛する¹⁵¹⁾。もっとも、特にサイバーストーキングについて、より予防的な対策が必要であるとする¹⁵²⁾。「サイバーストーキングは究極的には精神的な暴力」であり、しばしば身体的な暴力につながることを強調し、ストーキング・アプリの禁止又は表示義務の導入を主張した¹⁵³⁾。なお、SPDは、ストーキングによって精神的障害を負った被害者の刑事訴訟における付添人選任が規定されていないことについて、批判している¹⁵⁴⁾。

これに対し、採決を棄権した政党・会派の意見は、以下の通りである。FDPは、ITを利用したストーキングを刑法典に規定することが必要であるとした¹⁵⁵⁾。その上で、修正案は可罰性の閾が引き下げられただけで、一般的に構成要件の適用可能性が欠如しているというジレンマがどれほど変わるかは疑問であるとする¹⁵⁶⁾。「重大に」と「執拗に」という要件をそれぞれ「軽微ではない」と「反復された」という要件に変更することについても、変更後の要件も不明確な法概念であるから構成要件のメルクマールの不明確性という問題

146) BT-Drs. 19/31111, S. 6.

147) BT-Drs. 19/31111, S. 6.

148) BT-Drs. 19/31111, S. 6.

149) BT-Drs. 19/31111, S. 6.

150) BT-Drs. 19/31111, S. 3.

151) BT-Drs. 19/31111, S. 3.

152) BT-Drs. 19/31111, S. 3.

153) BT-Drs. 19/31111, S. 3.

154) BT-Drs. 19/31111, S. 4.

155) BT-Drs. 19/31111, S. 4.

156) BT-Drs. 19/31111, S. 4.

が解決するとは考え難いと批判した¹⁵⁷⁾。さらに、検察当局はつきまといの取締りを人的・物的資源の不足によって失敗したとして、法改正によって訴訟件数が増えることでこの欠点はさらに深刻になるだろうとする¹⁵⁸⁾。DIE LINKE は、つきまとい被害者の保護を改善し、ストーキングをより効果的に処罰するという目的は支持するものの、採決は棄権した。つきまとい罪については、根本的に法的基盤が欠けているのではなく、実務上、構成要件的行為の立証が困難であるために有罪判決が下せないのであって、より厳しい罰則がどの程度役立つかは疑問であるとする¹⁵⁹⁾。それゆえ、238条の改正ではなく、暴力保護法の改善と拡大が必要であるとする¹⁶⁰⁾。そして、重大な事例の法定刑の引き上げは、特別予防効果も一般予防効果も持たず、せいぜい発見されるリスクが高まれば抑止力になる程度であるとした上で、そのためには十分な人員と資材を確保しなければならないとした¹⁶¹⁾。

4.4 小括

以上の経緯を通して、今般の法改正の目的である、不明確な法概念と加重類型の適用範囲の問題の解消及びサイバーストーキングの法文上の適切な規定化が図られることになった。その要点を改めてまとめると、以下ようになる。まず、238条1項については、つきまとい行為の「執拗性」要件から主観的要素を除外することによる「構成要件のメルクマールの客観化」、潜在的な結果を「軽微ではない」侵害にすることによる「可罰性の閾の引き下げ」、そして、同項5号ないし7号による「サイバーストーキングの明文化」である。また、同条2項については、加重構成要件の特に重大な事例の原則例示への変更と加重類型の拡張による「重罰化」である。

最終的にいくつかの修正が加わったものの、基本的に、連邦政府案が受け入れられた。連邦政府案の修正に至る議論との関係で関心をひくのは、連邦政府案2項の3号と4号の単一化である。当初、連邦政府案の3号では「ほぼ毎日」という概念が用いられ、立法者はその意味を当該期間における少なくとも「75%の日数かつ毎週1回の行為」と数値化していた。このような解釈は——ここでは原則例示が問題になっているので基本犯の成立は妨げられないが——、解釈としての明確性は担保できたとしても、実務における立証を念頭におくと被害者保護を後退させることになりかねない、という視点は重要であるように思われる。ストーキングの場合、立証に係る負担は捜査・訴追機関だけが負うのではなく、多くの場合に被害者自身も実質的にその負担を負うことになるからである。

157) BT-Drs. 19/31111, S. 4.

158) BT-Drs. 19/31111, S. 4.

159) BT-Drs. 19/31111, S. 4.

160) BT-Drs. 19/31111, S. 4.

161) BT-Drs. 19/31111, S. 4.

5. 新238条の条文と2021年改正に対する学説の評価

5.1 新238条の条文

上述の経過を経て可決・成立し、2021年8月10日に公布、同年10月1日に施行された新238条は以下の通りである。

新238条 つきまとい

(1) 次の各号のいずれかに掲げる行為を反復して行うことによって、他人にその人の生活形成に軽微ではない侵害を及ぼすのに適した方法で、権限なくつきまとう者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処す。

1. 相手方の空間的に近接したところに赴く
2. 遠距離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、相手方との接触を試みる
3. 相手方の個人データを濫用して、
 - a) 商品若しくは役務を相手方のために注文する、又は
 - b) 第三者に相手方と接触させる
4. 相手方に本人、その親族又はその他の密接な関係にある者の生命、身体の不可侵性、健康又は自由を侵害する旨の脅迫をする
5. 相手方、その親族又はその他の密接な関係にある者に対して、202条a、202条b又は202条cの行為を行う
6. 相手方、その親族又はその他の密接な関係にある者の図画を頒布又は公開する
7. 相手方を侮蔑し又は世評において貶めるのに適した文書（11条3項）を、相手方が作成者であると装って頒布又は公開する、又は、
8. 1号ないし7号に相当する行為を行う。

(2) 1項1号ないし7号の特に重大な事例では、つきまといは3月以上5年以下の自由刑に処す。特に重大な事例とは、原則として、行為者が、

1. 行為によって被害者、その親族又はその他の密接な関係にある者の健康障害を惹起する場合
2. 行為によって被害者、その親族又はその他の密接な関係にある者に死亡の危険又は重大な健康障害の危険をもたらした場合
3. 多数の行為によって被害者に少なくとも6ヶ月以上にわたりつきまとう場合
4. 1項5号の行為の場合に、相手方のデジタル監視を目的とするコンピュータ・プログラムを使用する場合
5. 1項5号の行為によって獲得された図画を1項6号の行為の際に使用する場合
6. 1項5号の行為によって獲得された文書（11条3項）を1項7号の行為の際に使用する場合、又は
7. 21歳以上であり、かつ被害者が16歳未満の場合である。

(3) 行為者が、その行為によって、被害者、その親族又はその他の密接な関係にある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。

5.2 2021年改正に対する学説の評価

以下では、2021年改正ないし新238条に対する学説の評価について、現時点において確認しえた範囲で、紹介する。

(1) Jörg Eisele の見解

Eisele は、ストーキングの場合に社会的相当な行為態様との境界を画するのが困難であることは、「別の文言を用いてもほとんど解消できず、最終的には法適用者がつねに全体的評価という方法でその決定をしなければならないことに、注意が払われるべきである」とする¹⁶²⁾。その上で、個別の改正点について、以下のように述べる。

まず、基本的構成要件の生活形成の侵害の程度を「軽微ではない」侵害へ引き下げることにについて、「軽微ではない」侵害という要件にも「価値的な領域が残されるが、既存の不明確性は除去される」とする¹⁶³⁾。そして、軽微性の閾の踰越の判断に関して「決定的なのは、被害者に単純で日常的な採め事の際には行われないリアクションが問題になるかどうか」であるとする¹⁶⁴⁾。これに対し、「原則的に甘受されるべきで強いられうる生活形成の侵害は、今後も、当罰的な不法を基礎づけることはない」という¹⁶⁵⁾。また、「執拗に」という要件の「反復して」への変更については、「行為者の内面的な態度に焦点を合わせる執拗性は、証明が難しく、行為刑法に鑑みて疑わしいので、歓迎すべきである」とする¹⁶⁶⁾。その上で、執拗性に含まれる主観的要素を除外したとしても、それは、「少なくとも、反復された行為が生活形成に軽微ではない侵害を及ぼすのに適していることについて、未必の故意がなければならない」ので、構成要件が過度に広く捉えられることはないとする¹⁶⁷⁾。

次に、238条1項にサイバーストーキングに関する行為類型を追加することについては、

162) Jörg Eisele, Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur effektiven Bekämpfung von Nachstellungen und bessere Erfassung des Cyberstalkings, KriPoZ 3/2021, S. 147 ff. なお、Eisele は、2021年改正手続で司法・消費者保護委員会が開催した公聴会に招聘された唯一の刑法研究者だった。本論文は、その際の意見書を基にするものであり、ここでの評価は連邦政府案に対するものである。

163) Eisele, o. Fn. (162) S. 148. なお、Eisele は、法案審議の段階で、238条1項の「重大な (schwerwiegend)」に代わる文言は、「nicht unerheblich」ではなく「erheblich」が望ましいとしていた。それは、「nicht unerheblich」という文言を使う場合には、軽微な事例 (Bagatellfälle) だけが除外され、日常的な採め事における軽度の (leicht) 侵害が含まれることになるからであるとする (ebd. S. 147.)。

164) Eisele, o. Fn. (162) S. 148. Eisele は、従来238条1項の対象ではなかった、電話の発信者の識別装置 (Fangschaltung) の設置、電話番号の変更、警報システムの設置、休暇用の別荘での一週間の滞在、暴力保護法上の措置の申立て、クラブの退会、あるいはフィットネスタジオなどからの退会が、今後は構成要件によって捉えられることになるとする。

165) Eisele, o. Fn. (162) S. 148. Eisele は、特に交際関係の破綻の文脈における、調停や紛争の処理と関連して被害者を煩わせることは、まだ十分でないとする。また、窓や扉の閉鎖のような通常の予防対策や、個別の電話の受信拒否も、なお甘受可能であるとする。

166) Eisele, o. Fn. (162) S. 148.

167) Eisele, o. Fn. (162) S. 148.

「構成要件により明確な輪郭を与え、実務上適用し易くするために、いわゆるサイバーストーキングの重要な現象形態が詳細に規定されることは、歓迎されるべきである」とする¹⁶⁸⁾。その上で、5号ないし7号の各号について、以下のように評価する。まず、5号について、202条a(データの探知)の行為のような「電子的な不法侵入(elektronischer Hausfriedensbruch)」は、つきまとい被害者にとって大きな負担であることから、このような行為を明示的に追加することを支持する¹⁶⁹⁾。その際、「202条aの意味でのアクセス保護措置の突破は、当罰的な事例を選別するために納得できるメルクマールである」とする¹⁷⁰⁾。なお、同号に202条b(データの傍受)と202条c(データの探知及び傍受の準備)を加えることについては、「202条bは技術的な進歩を考慮するとわずかな意味しか持たず、202条cの予備の可罰性はまだ被害者の私的領域には影響を与えていない」として、消極的であった¹⁷¹⁾。6号の被害者等の図画の頒布又は公開は、「必ずしも同時に201条a(録画による高度に私的な生活領域の侵害)の可罰性を基礎づけるわけではないので納得できる」とする¹⁷²⁾。7号の処罰は、十分な理由があるとする¹⁷³⁾。

そして、238条2項の特に重大な事例の原則例示への変更については、まず、原則例示の長所と短所を指摘する。すなわち、「長所は、法律に規定されていない他の事例が特に重大な事例になりうること」であり、「短所は、立法者の列挙した加重事由が、刑を減輕する量刑事情によって覆され、その場合には基本的な法定刑が用いられることになる」ということである¹⁷⁴⁾。個別の号との関係では、4号について、「スパイウェアの使用は、1項5号の基本的構成要件を実現する可能性にすぎないのであって、不法内容を有意に高めることはない」として、この類型は不要であるとする¹⁷⁵⁾。また、5号と6号について、行為者が1項5号の行為によって獲得した図画を1項6号の行為の際に使用する場合や、行為者が1項5号の行為によって獲得した文書(11条3項)を1項7号の行為の際に使用する場合は、「どちらも基本的な法定刑の枠内で適切に判断でき、さもなくば明記されない特に重大な事例を想定することができる」とする¹⁷⁶⁾。これに対して、7号については、十分に支持することができるとする¹⁷⁷⁾。

なお、Eiseleは、連邦政府案の2項3号と4号について、両者をまとめて「6ヶ月以上にわたる多数の行為」を要件とすることを提案していたが¹⁷⁸⁾、委員会審議を経て、新238

168) Eisele, o. Fn. (162) S. 148.

169) Eisele, o. Fn. (162) S. 149.

170) Eisele, o. Fn. (162) S. 149.

171) Eisele, o. Fn. (162) S. 149.

172) Eisele, o. Fn. (162) S. 149.

173) Eisele, o. Fn. (162) S. 149.

174) Eisele, o. Fn. (162) S. 149.

175) Eisele, o. Fn. (162) S. 150.

176) Eisele, o. Fn. (162) S. 150.

177) Eisele, o. Fn. (162) S. 150.

178) Eisele, o. Fn. (162) S. 149.

条2項3項はこの提案に沿う規定になった。また、不明確なメルクマールの蓄積を避けるために、8号の受け皿構成要件は特に重大な事例から除外する方がよいとしていた¹⁷⁹⁾。

(2) Sönke Florian Gerhold の見解

Gerhold は、そもそも238条は導入当時から甚だ不明確で、構成要件上の不法自体を記述しておらず、裁判所への委任が必要であるという問題があったが、「今般の法案による改正は、この問題を大きく悪化させ、その点でもはや明確性の要請と調和しないものであり、望んだ結果は実現しないだろう」と批判する¹⁸⁰⁾。今般の改正で、「今日まで社会的相当行為を規範の適用領域から排除することを可能にしてきた238条1項の構成要件のメルクマール」¹⁸¹⁾が変更されるが、「そのようなつきまとい構成要件の拡張は、規定を違憲なものにするか、又は——それを回避するために——今日の法的状況に相応する解釈をすることになる」¹⁸²⁾とした上で、「どちらの観点からも、意図されたつきまといの『拡張』は否定されることになるだろう」¹⁸³⁾とする。

238条の基本的構成要件の改正点については、以下のように批判する。まず、「反復して」という概念は、「執拗に」という概念とは異なり、主観的要素ないし心情的要素を含まず、単に純粋な行為の回数に関係するものなので、基本的に少なくとも2回の行為が必要であるにすぎないことから、「行為の当罰性は、行為の不法ではなく、生活形成の侵害に関する行為の適性からのみ導かれることになる」とする¹⁸⁴⁾。そして、この行為の適性の要件が「重大な」侵害の適性から「軽微ではない」侵害の適性に変更されるので、「社会的相当行為の領域まで及ぶ可罰性の著しい拡張をもたらすことになる」と批判する¹⁸⁵⁾。そして、このような広すぎる処罰範囲を是正するためには、「権限なく (unbefugt)」や「つきまとう (nachstellen)」といった残された要件を制限的に解釈するしかないとする¹⁸⁶⁾。

「つきまとう」とは、立法者によれば「直接的又は間接的に被害者に接近することで被害者の生活領域に介入し、また、それによって被害者の行為の自由ないし決定の自由を侵害する」あらゆる行為の総体をいうとされるが¹⁸⁷⁾、Gerholdはこの「つきまとう」という

179) Eisele, o. Fn. (162) S. 150.

180) Sönke Florian Gerhold, Entgrenzung des Nachstellungstatbestands, ZRP 2021, S. 118 ff. Gerhold は、暴力保護法の強化が優先されるべきであるとする (ebd. S. 121.)。

181) Gerhold, o. Fn. (180) S. 119.

182) Gerhold, o. Fn. (180) S. 119.

183) Gerhold, o. Fn. (180) S. 119.

184) Gerhold, o. Fn. (180) S. 119.

185) Gerhold, o. Fn. (180) S. 119. なお、Gerhold は、これまで重大ではないとして構成要件該当性が認められなかった行為でも、今後は行為の適性が認められることになるであろうが、それらの行為は2017年改正法の場合でも、「全体として構成要件該当性の閾を超えうる」ことが強調されるべきであるとする。

186) Gerhold, o. Fn. (180) S. 120.

187) BT-Drs. 16/575, S. 7.

概念に、書かれざる要素として執拗性を読み込むことが可能であるとする。そして、そのように解釈する場合、今般の法改正によって、「つきまといの原則的な行為のイメージが構成要件においてもはや明確に認識されなくなるにすぎない」とする¹⁸⁸⁾。また、同様のことが、生活形成の侵害に関する行為の適性の要件についてもいえるとする。つまり、重大性の閾を超えていない日常的な不快な出来事を、「規範的な利益衡量」や「行為者と被害者の自由領域の評価上の区別」という枠組みにおいて、それらは社会的相当であり行為者に客観的に帰属できないとして規範の適用領域から除外することが、「生活形成の侵害」のような広い概念については、説得的に主張できるであろうとする¹⁸⁹⁾。しかし、その上で、このような解釈は、「改正前と変わらない結論が条文の文言からではなく、残されている不明確な法概念ないし一般的な法的衡量から導き出されることになるので、238条1項の明確性が二重の観点で損害を受けるだけだろう」とする¹⁹⁰⁾。

これに対して、立法者の意思に従って、反復された接触のすべてをつきまとい行為として捉えるとしても、どの時点から可罰性が存在するのかという問いに答えるために裁判所を方向付けるものが存在しないとする¹⁹¹⁾。例えば、債権者が債務者に手紙を書き、電話をかけ、さまざまな場所で待ち伏せ、そしてこれらの過程で彼の本来の役割の限界を次第に超えた場合、正当な要求を主張しようとする債権者がどの時点からつきまといを行っているか、と決定するのか、と¹⁹²⁾。従来は、裁判所は執拗性や生活形成の侵害の重大性に基づいて判断することができたが、どちらの要件も変更されるので、裁判所は、今後、『『権限なく』という要件を、従来は正当にも238条1項によって捉えられなかった領域において、可罰性を基礎づけるために考慮しなければならない』とする¹⁹³⁾。しかし、それによって、「立法権と司法権の関係が憲法上甘受しえない方法で捻じ曲げられることになる」¹⁹⁴⁾と批判する。

また、一般条項（受け皿構成要件）があるので、例えば、電話番号を変更するように脅かすのに十分な状況が、2回以上の行為によって惹起されたのであれば、3年以下の自由

188) Gerhold, o. Fn. (180) S. 120.

189) Gerhold, o. Fn. (180) S. 120.

190) Gerhold, o. Fn. (180) S. 120.

191) Gerhold, o. Fn. (180) S. 121.

192) Gerhold, o. Fn. (180) S. 121.

193) Gerhold, o. Fn. (180) S. 121. Fischer も、法改正により、つきまとい罪の「構成要件の規範的な制限」がなくなり、行為の不法がほぼ完全に「無権限性」の概念に移り、必要不可欠な規範的区別をこの要件でしなければならないので、法適用の不安定性につながる（Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch*, 69. Auflage, 2022, §238 Rn. 29.）。なお、以前から執拗性を価値中立的な概念として、主観的要素を執拗性の要件から除外するという解釈を示すものとして、Gudrun Hochmayr, *Das sukzessive Delikt – ein neuer Deliktstypus: Zugleich ein Beitrag zur Anwendung der Strafvorschriften gegen Stalking*, ZStW 122 (2010) S. 757 ff. が、また、無権限性の要件において（も）、行為者の主観的要素を読み込む解釈を示すものとして、Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch*, 29. Auflage, 2018, §238 Rn. 6 がある。

194) Gerhold, o. Fn. (180) S. 121.

刑で処罰しうることになるが、これは寛大に評価しても、「明確性の要請及び比例性の原則を充たすことができない」とする¹⁹⁵⁾。それゆえ、つきまとい行為によって脅かされる結果の重さに関する客観的な基準と、行為者の目的に関する主観的要素の修正をしなければならないとする¹⁹⁶⁾。Gerholdによれば、「脅かされる侵害の重さと行為者の目的傾向が大きな意味を持つことは、一般条項と抽象的—具体的危殆化犯ないし適性犯の組み合わせの無条件の結果」である¹⁹⁷⁾。

(3) Joachim Kretschmer の見解

Kretschmer は、238条1項の基本的構成要件の「執拗に」という要件の「反復した」という要件への変更について、これによって従来の「執拗に」という要件の解釈論上の問題が解消したわけではないとする。「反復した」とはどの程度の行為の反復を要求するのかと問い、「結局、この法改正によって、構成要件上、不明確なメルクマールが別の不明確なメルクマールに置き換えられたにすぎない」と評価する¹⁹⁸⁾。また、刑事弁護の観点からは、「主観的な要素の放棄は、不当に高められたテーマにぶつかることになる」と指摘する¹⁹⁹⁾。「重大な」侵害から「軽微ではない」侵害への変更については、「文言と立法者の意思によれば、標準的な（normal）生活形成の侵害の適性で足りる」が、それは広範な法適用に至るので、社会的相当な行動の変更が含まれることになる²⁰⁰⁾。しかし、それは「刑法の Ultima-ratio 思想と相容れない」と批判する²⁰¹⁾。

サイバーストーキングの行為類型である238条1項5号ないし7号の追加については、「刑法上の行為は、今日では『オフライン』だけでなく、バーチャル空間の『オンライン』に移行している。刑法も、このような社会的・技術的な進歩に対応しなければならない」とし、その一つの答えが、今般の法改正であるとする²⁰²⁾。特に、6号は201条aとの関係で不要とされることがあるが、201条aは高度に私的な生活領域との関係で適用範囲がより限定的であるのに対し、6号はすべての方法の録画を捉えていること、とりわけプライベートな被害者の録画をとらえることができることを指摘し、「リベンジポルノ」との関係でこの規定の意味を見出している²⁰³⁾。なお、238条1項5号ないし7号の三つの行為類

195) Gerhold, o. Fn. (180) S. 121.

196) Gerhold, o. Fn. (180) S. 121.

197) Gerhold, o. Fn. (180) S. 121.

198) Joachim Kretschmer, Der neue §238 StGB: Cyberstalking und andere Änderungen, JA 2022, S. 42 ff.
なお、Fischer も、「どちらの場合も、著しい価値評価の余地がある規範的概念が問題になるので、文言の変更は実務上の重要性というよりも象徴的な意味をもつといえよう」とする。(Fischer, o. Fn. (193) Rn. 30)

199) Kretschmer, o. Fn. (198) S. 42.

200) Kretschmer, o. Fn. (198) S. 45.

201) Kretschmer, o. Fn. (198) S. 45.

202) Kretschmer, o. Fn. (198) S. 43.

203) Kretschmer, o. Fn. (198) S. 44.

型が追加されたことによって、8号の受け皿構成要件の憲法上の疑念が高まったとする²⁰⁴⁾。

238条2項の加重構成要件から特に重大な事例の原則例示への変更については、「原則例示による刑事実務における柔軟性は、加重構成要件による法的安定性に対立する」ことを指摘する²⁰⁵⁾。その上で、個別の号の類型について、以下のように批判する。まず、3号については、「多数の行為」という要件が「かなり漠然としている」とする²⁰⁶⁾。また、4号については、「その他のコンピュータ技術上可能な行為類型が捉えられていない一方で、202条aのコンピュータ技術上可能な行為類型が加重類型として捉えられてる理由は説得的ではない」とする²⁰⁷⁾。5号と6号の原則例示は、基本的構成要件である1項5号、6号及び7号の充足を前提としている。そのことから、「これらの個別の行為は、基本的構成要件における反復されたつきまとい行為の全体的複合体の構成要素」であり、その「蓄積はすでに基本的構成要件の不法の要素」であるとした上で²⁰⁸⁾、それが5号と6号を介して特に重大な事例の原則例示になることは説得的でなく、「過剰な規制」になると批判する²⁰⁹⁾。

5.3 小括

2021年改正に対する学説からの評価は、サイバーストーキングの行為類型を明文で規定したことについては、基本的に支持されているといえる。これに対して、238条1項の柱書の「執拗性」の要件と潜在的な侵害の「重大性」の要件の改正については、批判的な見解が示されている。そこでは、「反復して」という要件も「軽微ではない」侵害という要件も価値的な評価が必要になるので、法適用上の問題は解消されないことが指摘されている。また、「執拗に」という要件を「反復して」に変更することで「構成要件のメルクマールの客観化」が図られたが、可罰性の限界を画するために、「無権限性」の要件に主観的な要素を読み込む解釈や未必の故意の要件による主観的な観点からの限定の可能性が示された。さらに、238条2項の特に重大な事例の原則例示については、5号と6号の類型について、その不法内容は基本的構成要件において適切に評価されると指摘されている。法文上の要件の客観化がどのような意味をもつのか、また、原則例示による重い法定刑の具体的な適用事例について、今後の判例及び学説の動向をみる必要があろう。

なお、つきまとい罪は「漸次的な犯行」であり、「次第に犯罪の既遂に接近する」ものであると、連邦通常裁判所の判例も学説も捉えていた²¹⁰⁾。今般の改正によっても、このような罪質の基本的な理解に変更はないように思われる。

204) Kretschmer, o. Fn. (198) S. 44.

205) Kretschmer, o. Fn. (198) S. 45.

206) Kretschmer, o. Fn. (198) S. 46.

207) Kretschmer, o. Fn. (198) S. 45.

208) Kretschmer, o. Fn. (198) S. 46.

209) Kretschmer, o. Fn. (198) S. 46.

210) BGHSt 54, 189; Hochmayr, o. Fn. (193) S. 757f. なお、この点に関する議論については、四條・前掲註(6) 243頁以下、参照。

6. おわりに

ドイツにおけるつきまとい罪（238条）の2021年改正について、その基礎となる2017年改正の評価報告書、立法過程における議論及びそれに対する学説の評価を概観し、整理した。つきまとい罪は、2007年の導入時は結果犯だったが、2017年改正によって適性犯になり、さらに2021年改正で制限的な構成要件が変更されたことにより、「可罰性の閾の引き下げ」が図られた。しかし、それによって、構成要件の明確性や処罰対象行為の法益関連性も同時に薄められてきたように思われる。

今般の改正は、わが国のストーカー行為罪の解釈や在り方について検討する際にも参考になるものが含まれている。本稿では具体的に立ち入ることはできないが、例えば以下のような点がある。解釈論上の問題としては、特に「構成要件のメルクマールの客観化」によって、立法者が意図した法適用上の問題が解消されるのか、また、社会的相当行為と可罰的行為の境界をどのように画することになるかについて、今後の動向を注視するべきであろう。それは行為者の主観的要素による処罰範囲の限定に関して、わが国では「恋愛感情等充足目的」の要件の妥当性の検証・再検討の必要性が指摘されているが²¹¹⁾、この点の検討にあたって、参考になると思われる。また、「反復して」の要件も、わが国のストーカー規制法の構成要件と共通の要件になったので、その解釈及び適用の比較検討も意味があるであろう。

各論的な問題としては、サイバーストーキングや技術的手段を用いるストーキングの規制についても、わが国における検討の参考になると思われる。この点に関連して、連邦参議院が盗聴器、GPS 機器あるいはドローンのような「技術的手段」を明示する規定を提案したが、反映されていない。しかし、それは、ドイツでは238条1項8号に受け皿構成要件があるので対応可能であることによるのであって、そのような行為に対する規制が不要であるとする理由ではなかった。わが国では、受け皿構成要件はおかれていないが、2021年にストーカー規制法の第三次改正がなされ、GPS 機器等による「位置情報無承諾取得等」が規制されることになった。しかし、その他の技術的手段の規制の可否等は、なお検討すべき課題となっている²¹²⁾。

211) 星・前掲註(2) 8頁以下、参照。この要件の解釈については、佐野・前掲註(2) 34頁以下、永井紹裕「判批」法律時報90巻11号（2018年）129頁以下、四條「判批」大阪経大論集69巻6号123頁以下、参照。

212) さらに、サイバーストーキングと類似ないし近接する問題として、オンラインハラスメントないしサイバーモッピングの問題が侮辱罪との関係で議論されている。この点に関して、嘉門優「侮辱罪の立法過程から見た罪質と役割」法学セミナー803号（2021年）6頁以下、亀井源太郎「侮辱罪の法定刑引き上げに関する覚書」法律時報94巻3号（2022年）58頁以下、西貝吉晃「サイバーいじめと侮辱罪」法律時報93巻10号（2021年）1頁以下、深町晋也「オンラインハラスメントの刑法的規律——侮辱罪の改正動向を踏まえて」法学セミナー803号（2021年）12頁以下、さらにサイバーストーキングとリベンジボルトとサイバーモッピングの負の相乗効果について、ダニエル・キーツ・シトロン（明戸隆浩ほか監訳）『サイバーハラスメント』（明石書店・2020年）50頁以下、参照。

最後に、2017改正に関する評価報告書では、刑事司法機関からの実務上の事実的問題や関連団体からの被害者保護等に関する問題が多く採り上げられていた。その中には、わが国においても共有できる問題もあり、今後のストーキング対策について参考になろう。

これらの諸問題は、それぞれ、今後の検討課題としたい。

〔資料〕ドイツ刑法典238条（つきまとい罪）の新旧対照表

2007年法	2017年改正法	2021年改正法
238条 つきまとい	238条 つきまとい	238条 つきまとい
(1) 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侵害を及ぼした者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処す。 1. 相手方の空間的に近接したところに赴く 2. 遠距離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、相手方との接触を試みる 3. 相手方の個人データを濫用して、相手方のために商品や役務を注文し、又は第三者に相手方と接触させる 4. 相手方に、本人又はその密接な関係にある者の生命、身体の不可侵性、健康又は自由を侵害する旨の脅迫をする、又は、 5. その他の相当する行為を行う。	(1) 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、他人にその人の生活形成に重大な侵害を及ぼすのに適した方法で、権限なくつきまとう者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処す。 1. 相手方の空間的に近接したところに赴く 2. 遠距離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、相手方との接触を試みる 3. 相手方の個人データを濫用して、 a) 商品若しくは役務を相手方のために注文する、又は、 b) 第三者に相手方と接触させる 4. 相手方に、本人、その親族又はその他の密接な関係にある者の生命、身体、身体、身体、健康又は自由を侵害する旨の脅迫をする、又は、 5. その他の相当する行為を行う。	(1) 次の各号のいずれかに掲げる行為を反復して行うことによって、他人にその人の生活形成に軽微ではない侵害を及ぼすのに適した方法で、権限なくつきまとう者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処す。 1. 相手方の空間的に近接したところに赴く 2. 遠距離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、相手方との接触を試みる 3. 相手方の個人データを濫用して、 c) 商品若しくは役務を相手方のために注文する、又は d) 第三者に相手方と接触させる 4. 相手方に本人、その親族又はその他の密接な関係にある者の生命、身体、身体、健康又は自由を侵害する旨の脅迫をする 5. 相手方、その親族又はその他の密接な関係にある者に対して、202条 a、202条 b 又は202条 c の行為を行う 6. 相手方、その親族又はその他の密接な関係にある者の図画を頒布又は公開する 7. 相手方を侮蔑し又は世評において貶めるのに適した文書（11条 3 項）を、相手方が作成者であると装って頒布又は公開する、又は、 8. 1 号ないし 7 号に相当する行為を行う。

(2) 行為者が、その行為によって、被害者、その親族又はその他の密接な関係にある者に対し、死亡の危険又は重大な健康障害の危険を生じさせた場合は、3月以上5年以下の自由刑に処す。	(2) 行為者が、その行為によって、被害者、その親族又はその他の密接な関係にある者に対し、死亡の危険又は重大な健康障害の危険を生じさせた場合は、3月以上5年以下の自由刑に処す。	(2) 1項1号ないし7号の特に重大な事例では、つきまといは3月以上5年以下の自由刑に処す。特に重大な事例とは、原則として、行為者が、 1. 行為によって被害者、その親族又はその他の密接な関係にある者の健康障害を惹起する場合 2. 行為によって被害者、その親族又はその他の密接な関係にある者に死亡の危険又は重大な健康障害の危険をもたらした場合 3. 多数の行為によって被害者に少なくとも6ヶ月以上にわたりつきまとう場合 4. 1項5号の行為の場合に、相手方のデジタル監視を目的とするコンピュータ・プログラムを使用する場合 5. 1項5号の行為によって獲得された図画を1項6号の行為の際に使用する場合 6. 1項5号の行為によって獲得された文書（11条3項）を1項7号の行為の際に使用する場合、又は 7. 21歳以上であり、かつ被害者が16歳未満の場合 である。
(3) 行為者が、その行為によって、被害者、その親族又はその他の密接な関係にある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。	(3) 行為者が、その行為によって、被害者、その親族又はその他の密接な関係にある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。	(3) 行為者が、その行為によって、被害者、その親族又はその他の密接な関係にある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。
(4) 1項の場合は、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。	(4) 1項の場合は、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。	削除