

行為の動機と犯罪の目的―嫌がらせの刑法的規制とその限界―

金澤 真理

目次

- 一 はじめに
- 二 結果を志向する意図、目的概念
- 三 目的と行為の動機
- 四 ドイツのストーキング対策立法
- 五 嫌がらせの刑法的規制とその限界
- 六 結びにかえて

## 一 要旨

近隣トラブルから職場におけるハラスメントまで、いわゆる嫌がらせとその法的規制が近年問題となっている。従来、人の身体に対する有形力の行使たる暴行、若しくは対象に対して明確に告知される脅迫は、刑法上の犯罪とされてきたが、そこまでに至らない行為は、単独で刑法の処罰範囲に含まれてこなかった。<sup>①</sup>尤も、暴行・脅迫の程度に至らなくとも、人に困惑や混乱を生じさせる等、意思の自由を制圧し、業務を妨害した場合には、威力業務妨害罪の成立が、判例において認められてきた。

業務を妨害するに至らない嫌がらせ行為自体の可罰性を論じる前提として、威力業務妨害罪が侵害犯であるのか、それとも危険犯にとどまるのかは、それ自体検討を要する一個の論点ではあるが、行為があくまでも他人の私生活に干渉するにとどまり、業務とは無関係であるならば、そもそも本罪は成立しない。しかし、私生活に対する干渉と言えども、重大な法益侵害を惹起し得る行為ならば、その当罰性・要罰性を吟味する意義がある。現に、嫌がらせ行為により、重大な精神的障害や心理的ストレスが発生した場合には、判例は傷害罪の成立を認めてきたのである。下級審においては、約七ヶ月間にわたり、ほぼ連日にわたって無言電話をかける等の嫌がらせにより、被害者に精神的不安を与え、かつ不眠状態に陥れる等して心身に極度の疲労を与えた結果、加療約三週間を要する神経衰弱症を負わせた事案につき、傷害罪の成立を認め、脅迫罪も含めて被告人に懲役一年(執行猶予四年)の刑を言い渡した東京地裁昭和五四年判決<sup>②</sup>、七ヶ月間にわたって、ほぼ連日、声その他の音を発するなどの威嚇的動作を繰り返す嫌がらせ行為により、被害者に入院加療約三ヶ月を要する不安抑うつ状態に陥れた事案につき、傷害罪の成

立を認め、器物損壊罪も含めて被告人を懲役二年六月の有罪に処した名古屋地裁平成六年判決<sup>③</sup>、数年にわたり、自宅や勤務先に繰り返し嫌がらせ電話をかける等して被害者に外傷後ストレス障害を与えた事案につき、業務妨害、器物損壊も含めて被告人を懲役二年（執行猶予四年）に処した富山地裁平成一三年判決等<sup>④</sup>が出されている。さらに、最高裁は、約一年半にわたり、被害者の住む隣家に最も近い自宅窓の一部を開け、隣家に向けてラジオの音声及び複数の目覚まし時計のアラーム音を大音声で鳴らし続ける等して、被害者に慢性頭痛症、睡眠障害、耳鳴りの傷害を負わせた事案につき、傷害罪の成立を認め、被告人を懲役一年の実刑に処した原原判断が確定した<sup>⑤</sup>。

嫌がらせ行為による傷害罪の成否をめぐることは、因果関係の存否を含む傷害の実行行為の有無及び傷害の故意の存否が中心論点となっているが、より一般的に、他人に混乱・困惑等の不快の念を生じさせるような嫌がらせが、如何なる構造を具えるとき、可罰性が認められるのか、またその限界は如何に設定されるべきか、が本稿の出発点の問いである。なお、以下において本稿でとり扱う嫌がらせとは、それ自体で刑法上の各則構成要件に該当せず、また、傷害や業務妨害の結果を伴わないものに限定する。

ところで、一般的な用語法に照らして、嫌がらせとは、相手の嫌がることを、それと知りつつ行うことであるから、行為類型に基づく一般的な定式化が困難である。嫌がらせをする者にとって、重要であるのは、手段ではなく、相手に不快の念を抱かせたという結果にある。このように、嫌がらせをその構造に即して見ると、対象との関係で、相手の心理に左右されてその存否が決定される側面、及び、相手にあえて不快の念を生じさせようとする行為者の意図が重視される側面があると判明する。

近時の刑事立法においては、ストーカー行為等の規制に関する法律（以下、「ストーカー規制法」と言う）が、かかる嫌がらせの法的規制を行うものとして注目される。「最近、わが国において、悪質なつきまとい行為や無言

電話等の嫌がらせ行為を執拗に繰り返す、いわゆるストーカー行為が社会問題化しており、ストーカー行為がエスカレートし、殺人などの凶悪事件に発展する事案が全国的に見受けられ、「これらの行為については、国民からも特にストーカー行為を規制してほしいとの要望が多く寄せられているところであり、また、その初期段階において法令を適用し、防犯上適切な措置を講ずることが、重大犯罪発生 of 未然防止に極めて有効であると考えられ」として提案され、二〇〇〇年、議員立法により成立、施行され、その後、二〇〇六年に改正を経たストーカー規制法は、行為者が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よる怨恨の感情を充足する目的で、当該特定の者又はその配偶者、直系若しくは同居の親族その他当該特定の者と社会生活において密接な関係を有する者に対し、つきまとい等を行った場合、公安委員会がこれに対する禁止命令等を発することを規定し、この禁止命令違反に対して刑事罰を定めるほか、つきまとい等が繰り返し行われた場合、これをストーカー行為として、直接刑事罰を科す対象としている。

規制対象となる行為は、①つきまとい、待ち伏せ等、②監視行為の告知等、③面会、交際の要求、④粗野又は乱暴な言動、⑤無言電話等、⑥汚物等の送付等、⑦名誉を害する事項の告知等、⑧性的羞恥心を害する事項の告知等と八つに区分され、かかる行為が繰り返して行われる場合が(①ないし④については、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ような方法により行われる場合に限って)、ストーカー行為と定義される。

つきまとい等については、公安委員会の禁止命令が出され、反復された場合には、刑事罰を科すという規制方法にも特色があるが、ストーカー規制法の規定が、就中、目的犯としての体裁をとりつつ、行為態様を類型化して列挙していること、その一部は刑法上の犯罪と重複し、他方で、不可罰の日常的な行為との明確な区分が困難なもの

が含まれている点に注目すべきであろう。

通常、目的犯は、行為が単に故意に基づいて行われるのみならず、特定の目的で行われることを犯罪成立の要件とする。例えば、目的犯の一種と解されている事後強盗罪における財物取還の防止、逮捕の免脱、罪跡隠滅の各目的は、窃盗後の暴行、脅迫のすべてを本罪の行為として処罰するのではなく、右の目的の行為に限定する機能を有する。ペンディングの定式によれば、目的犯は、「切断された結果犯」(後の結果を目的とする犯罪)と「短縮された二行為犯」(後の行為を目的とする犯罪)とに区分されるが、ここでは、目的は、特定の結果若しくは、法益侵害を惹起し得る行為を指している。ところが、ストーリー規制法は、これとは明らかに異なり、目的として、特定の犯罪、或いは行為ですらない恋愛感情その他の好意又はそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情の充足を掲げており、伝統的な刑法解釈論の観点から見て、異質なものと言わざるを得ない。<sup>⑧</sup> ストーリー規制法上の行為が目的犯として規定されていることの意義について、従来の目的犯をめぐる議論に則して明らかにする必要がある。そこで、以下では、目的犯における目的の犯罪論上の機能を手がかりに、行為者の目的を犯罪成立要件として設定するとき、かかる心情的要素が行為の客観的側面を如何に規制するかにつき、少しく検討を加えよう。

## 二 結果を志向する意図、目的概念

目的犯とは、特定の「目的」が犯罪成立のために要求される犯罪類型である。日本の刑法典においては、その規定の文言から個別の犯罪が目的犯であるか否かは形式的に明らかになり得るが、「目的」それ自体は包括的な概念であり、その意味するところは、必ずしも明確ではない。目的は、多くの場合、特定の結果に向けられている。判

例において、しばしば、「その目的を遂げなかった」との表現が用いられる未遂犯は、目的犯との構造的類似性が指摘されるが、ここでいう目的が、目的犯における目的のように未遂犯の成立に必須の主観的要件であるか否かについては、明らかにされてはいない。むしろ、未遂犯の文脈では、目的とは、行為者が得ようとした(が最終的には得ることのなかった)客観的な結果、即ち構成要件の実現そのものを指しているようにも読める。犯罪の構造に照らして、この目的の意味を明らかにする必要がある。そこで、以下では、日本刑法の母法たるドイツ刑法上、この概念が如何に解されてきたかを概観しよう。

ドイツ刑法上の概念、Absichtsdelikteは、目的犯と訳出されるが、Absichtは、より広範な内容を含み、故意とは別の特殊な主観的要素即ち目的犯における目的を示すものでありながら、故意の一つの現象形態たる意図をも指す概念である。ドイツ刑法典は、特に定義、分類することなく、Absicht(或はabsichtlich、場合によってはum zu)という文言を様々な文脈で用いている。Absicht概念のかかる多義性に鑑みて、以下の叙述では、前者のAbsichtを「目的」、後者のAbsichtを「意図」と言いつ。

意図は、故意の一つの現象形態を示すと解される。ドイツの通説的見解は、故意を意図(第一段階の直接的故意)、知情(第二段階の直接的故意)及び未必の故意に区分する。犯罪の成立に条文上直接的故意が必要とされる場合には、未必の故意だけでは故意犯に問われない<sup>10)</sup>。故意の一つの現象形態たる意図は、行為者が構成要件要素の存在を認識し、又は構成要件の充足を確実に予見しているにとどまらず、それを追求する場合、即ち、行為者の行為意思が法律によって規定された結果へと向けられた場合に認められる。このとき、故意と同様に意図も構成要件の結果と関連するのである。

意図は、このように、しばしば結果へと向けられた行為の意思と表示される<sup>11)</sup>。尤も、意図が向けられている結果

は、行為者自身の最終的な目的と完全に合致している必要はなく、構成要件に該当する結果が、行為者の中間目標として生じ得るものであっても意図は認められる。その場合でも、意図は、構成要件の結果に向けられている限りで故意と同義で用いられる。<sup>(12)</sup>

立法においても、意図と故意とのかかる近似性は維持されている。同時に、意図はその強度を問題とされる。一九〇九年予備草案は、「故意の行為は、行為者が特定の結果を惹起するために行為を行うとき、意図的な行為である」(第五九条第三項)と規定した。故意は、意図という形態において、最も強く表現される、と草案理由書は言う。<sup>(13)</sup>一九六二年草案は、「意図的に行為しているとは、法律が意図的な行為を前提としている状況を実現することが行為者にとって重要である場合を言う」として、第一六条に規定された故意の定義とは別に、第一七条に意図に関する定義規定を置いた。<sup>(14)</sup>この規定は、意図的な行為とそうでない行為とが区別して規定されていることを含意している。また、行為者にとって、かかる状況の実現が第一義的であることも示しており、意図の意的側面が強調される。他方、一九六六年対案は、個々の刑罰法規において意図を規定する理由が多様であることから、統一的な規制は不可能であるとして、故意と独立の、意図に関する規定を置かなかつた。<sup>(15)</sup>

これに対して、目的は、一般的に客観的な構成要件を超越した超過的内心傾向と位置づけられ、日本法上の目的犯における目的と相応する。ビンディングの定式による短縮された二行為犯(後の行為を目的とする犯罪)は、行為者が、客観的な構成要件を実現する行為を行うだけでは足りず、所定の目的をもって行うことを必要とする類型である。ビンディングによると、この目的は、構成要件該当結果に向けられたものではなく、例えば、通貨偽造罪<sup>(17)</sup>における、「真正なものとして流通に置く目的」のように、構成要件外の特定の行為へと向けられている。他方、切断された結果犯(後の結果を目的とする犯罪)とは、客観的な構成要件を超過した結果そのものに目的が向けら

れている類型を言う。例えば、詐欺罪<sup>(18)</sup>におけるように、行為者の目的は財産上の損害を発生させることではなく、違法な財産上の利益を自ら得又は第三者に得させることに向けられている。この類型においては、構成要件に該当する行為が、既に規定された目的をもって行われたと認められれば、客観的な構成要件該当行為以外の行為は必要ではない。また、実際に目的を達成することが既遂の要件ではなく、かかる目的をもって行為が行われること<sup>(19)</sup>で分である。

ビンディングは、切断された結果犯について、違法な結果が惹起される行為を前提としながら、結果が発生したか否かが問われない類型と位置づけ、これに属する例として、反逆、外患の通牒(ライヒ刑法典第八七条)、国家機構等を侮辱する目的での虚偽の事実の流布(同第一三二条)、犯人庇護(同第二五七条)、詐欺(同第二六三条)等を挙げる。目的犯の以上の二類型に未遂犯を加えて、ビンディングは、犯罪の既遂時期が、より早期の段階に前倒しされた場合と分類している。<sup>(19)</sup>

目的犯を主観的構成要件要素の下位類型として考察したメツガーも、目的犯に関するこの区分を維持し、短縮された二行為犯においては、行為が後の行為の主観的な手段とされる場合、切断された結果犯は、行為が後に生じる結果の客観的な基盤となる場合であると説明した。<sup>(20)</sup>メツガーは、両者の相違を、切断された結果犯においては、行為者の追求する目的の達成は、自然な因果経過若しくは他人の介入に委ねられるのに対し、短縮された二行為犯においては、行為者自身が、行為の得られた結果に基づいて、得ようとする目的をその活動によって実現しようとするものであると対比させた。<sup>(21)</sup>

エム・エ・マイヤーも、結合犯の構造の項目の中で、短縮された二行為犯について、第二行為が実際に行われることを要しないものの、第一行為が第二行為を行う目的により支配されていることを前提とする犯罪と説明する。



マイヤーは、この類型を、その実現のために別異に行為を行う必要のない、一個の目的を前提とし、一個の行為によりなる、切断された結果犯と混同されてはならないと分類した<sup>(23)</sup>。

時代を下って、各則上の目的概念を類型ごとに分析、分類したゲリーヒは、個別の犯罪成立に必要な行為者の主観を検討し、短縮された二行為犯においては、基本的な構成要件に該当する行為を行う時点で、後の行為に関する行為意思が必要であると主張する<sup>(24)</sup>。次に、ゲリーヒは、切断された結果犯における目的を、保護法益の外部に存する状況に係る目的概念と保護法益に係るメルクマールとしての目的概念とに区分し、前者に属するものとして、詐欺(第二六三条)、保険の濫用(第二六五条)、給付の不正入手(第二六五条a)、恐喝(第二五三条)、盗品等蔵匿(第二五九条)、保護を委ねられている者に対する性的虐待(第一七四条第二項)、子どもに対する性的虐待(第一七六条第五項)を挙げる。この類型においては、目的概念は、保護法益の侵害にとって意味のない状況に向けられている<sup>(24)</sup>。客観的構成要件外の、保護法益とは無関係な状況に向けられたかかる目的は、可罰性を限定する機能を有するとゲリーヒは説く<sup>(25)</sup>。尤も、保護法益とは言えども、これらの目的は、如上の犯罪が行われる文脈を経験的に把握し、記述するものであり、当該犯罪を特徴づけるものと言える。

これに対して、文書偽造(第二六七条)、虚偽告発(第一六四条)、文書隠匿、境界表示の変更(第二七四条)、強制執行の免脱(第二八八条)、質物の取戻し(第二八九条)等は、後者の類型に属する。目的が保護法益の侵害そのものに向けられているこの類型においては、目的が認められれば、相応する侵害結果が生じなくとも可罰性が肯定されることから、処罰の早期化がはかれることとなる。しかし、直接的故意の中での段階区分、即ち、意図と知情との間で不法内容、責任内容を区別することが通常はできないことから、目的を認めるためには、行為に伴う重要な付随結果を認識していることで足りることとなる<sup>(26)</sup>。

以上のように、目的犯における目的の意味での Absicht に関する従来の学説は、目的が特定の結果に向けられた行為者の主観であること、この点においては、意図と共通することを明らかにする。しかしながら、故意の一つの現象形態として位置づけられる意図とは異なり、目的は、それに対応する客観的構成要件要素をもたないことも同時に強調される。ザムゾン<sup>26</sup>は、Absicht を目的の意味にのみ用いて、第一段階の直接的故意とは区別し、超過的内心傾向たる目的が客観的な構成要件要素を超過していることを明確に説いた。<sup>27</sup>

客観的な構成要件要素を超過していると言えども、目的は構成要件の予定する客観的な行為とまったく無関係に定められることはあり得ない。むしろ、事後強盜罪における窃盜後の暴行が、財物取還を防いだり、逮捕を免れたいりするためであることが、まったく合理的なことであると一般的に受け入れられるように、ある一連の動作が社会的に意味をもち、その行為が、まさにかかる社会的意味ゆえになされることが一般的に認められる例は、枚挙にいとまがない。この場合、ある行為が単になされるだけではなく、特定の目的のためになされていることがその犯罪の基本的性質を基礎づけていると言える。目的は、ここでは、構成要件に規定された結果の認識とは別の角度からその行為を特徴づけている。目的は、故意の構成要件実現に対して「意味を付与する (sinnesbedeutend)」要素であるという説明も、この意味で理解すべきであろう。目的犯においては、構成要件に規定された行為が行われた時点で、後に生じるべき結果、若しくは次に行われるべき行為への着実な布石と言い得る状況が作り上げられる。それ故、かかる結果若しくは行為を指す目的が存在すれば、その犯罪の基本的な構造を認めることができる。このように、目的は、単なる心情的要素であるにとどまらず、構成要件該当行為と後の結果、若しくは行為とを連結する機能を果たす。切斷された結果犯においては、構成要件の予定する行為自体が既に目的達成の手段であることが含意されている。それ故、この類型においては、犯罪の結果実現の認識とは別であるものの、一個の目的に導かれた

行為が予定されている。それに対して、短縮された二行為犯においては、行為者が二個（以上）の段階を経て目的を達成しようとする類型と言え、構成要件実現のための第一行為と、本来の目的を達するための第二行為とは区分されている。いずれにせよ、目的犯として規定される犯罪は、特定の目的を達成するべく、その内部に手段たる行為と結果との関係を内包していたり、或いは、そもそも二個（以上）の行為を予定していたりする、複合的な構造を有している。このうち、切断された結果犯については、超過的な目的の達成が不要であり、また短縮された二行為犯においては、第二の行為の侵害結果は必要とされていない。

以上のように、客観的な構成要件要素と実際には対応しなくとも、目的が存在すれば犯罪が成立するのであるから、ペンディングやゲリーヒが指摘するように、目的犯の規定形式においては、行為者の目的達成を既遂の基準とするのに比して処罰が早期化する。とりわけ、ゲリーヒの分類によると、目的が保護法益の侵害そのものに向けられている、切断された結果犯においては、短縮された二行為犯の場合のように、特定の目的を旨指す行為者自身の行為が前提とされるわけでもなければ、目的が保護法益とは無関係の状況に向けられている場合のように、行為状況による処罰範囲の限定がはかられることなく、さらにまた、実際には付随的な結果の認識をもって目的が認められ、故意の既遂犯に比して理論的には相当早期に犯罪が成立することとなる<sup>29)</sup>。

処罰の早期化は、目的犯の論理構造に内在している。切断された結果犯において顕著であるように、目的犯の規定形式は、行為Tにより、その結果Eが生じれば既遂となる犯罪類型の順序を逆転させて、Eを目的とする行為Tの時点で既遂とするからである。例えば、財物奪取とその手段としての暴行、脅迫が時間的に逆転する強盗罪と事後強盗罪との関係においては、最終的に財物奪取が成功裡に終わらなくとも、所定の目的で暴行、脅迫が行われた時点で事後強盗罪が既遂に達すると解されるのもそのためである<sup>30)</sup>。同様のことは、短縮された二行為犯においても

あてはまる。実際に偽造通貨が行使されなくとも、行使の目的でなされた通貨偽造が行われれば、通貨偽造罪は既遂に達する。注意すべきであるのは、結果Eの法益侵害性を前提として、早期に生じる可罰性を正当化する行為Tと結果Eとの構造的連関であり、結果Eを惹起するための典型的行為として、行為Tが想定されるような論理的連関が必要であると言えよう。

以上の考察は、目的犯における目的の犯罪の論理構造上の機能を再認識させる。では、行為者の心情そのものは、如何に評価されるか。行為の動機を検討素材にすることで、それを見てみよう。

### 三 目的と行為の動機

目的と意図との関係が必ずしも明確でないのと同様に、意図・目的と動機との関係も十分明らかとは言い難い。動機と意図・目的とを同一視するシュミットホイザーをはじめとして、特定の結果を得ようとする心情である点に両者の共通性を見出す見解は少なくない。また、特定の目標の達成が行為者の行為の主たる動機であるときに意図・目的を認める見解もある<sup>(32)</sup>。かかる理解に立てば、動機は、構成要件の結果へと向けられた意図・目的を認定するための基準となる。意図された結果と、その結果獲得を目的とする手段としての行為との関係に着目したエンギッシュは、意図・目的の特徴を、「一方で結果の表象への情緒的關係、即ち表象において予見された結果の追求、他方で、感情の強調されたこの結果の表象が行為に対して持つ、動機の原因としての意味」の二つの側面で捉え、フランクの表現を引用しつつ、意図・目的は「動機づけをする結果の表象」であり、結果の表象は行為の動因であるとして、目標とされる結果と動機との関係を強調した<sup>(33)</sup>。しかし、すべての動機が意図・目的とされるのではない。結果を表

象する動機は、意図・目的にとって必要条件であるが十分条件ではない。<sup>36)</sup>

意図・目的と動機とは、向けられた結果を同じくする場合には重なり合うが、必ずしもそうとは限らない。例えば、行為者が、強制執行の免脱に重きを置いているのではなく、実は心の中で執行官に対する単なる嫌がらせを念頭に置いている場合、或いは、財物の取還を免れることよりも、実はひたすら空腹のために奪った食物を食べたくて相手に暴行を加える場合、真の動機は、必ずしも各犯罪の構成要件が指定している意図・目的と同一ではないからである。それにも拘らず、右の諸事例においては、犯罪の成立が肯定されよう。このとき、隠された動機は、目的の存否判断において考慮されない。このように、行為者の動機の内容そのものを問うことは、犯罪の成否にとって意味がない。むしろ、犯罪論上、動機は、行為者の主観的心情の行為に対する原動力の有無や強度をはかる材料とされていることに注意すべきである。

莊子教授は、かつて、故意は、罪となるべき事実の認識により成立するとしつつ、目的犯における目的を、行為の動機とすることが必要であるとしたうえで、かかる「行為の動機となった目的は、故意の特別な要素というよりも、故意における意思支配の強度を示すものとして考えるべきである」と主張された。<sup>36)</sup>その後、見解に若干修正が施され、最近では、「故意の存否を明らかにするためには、行為者が認識予見した幅の広さと構成要件実現に向けられた意思の強度とを相関させながら考察しなければならない」としたうえで、「意図を以て行為する場合には、動機が反対動機を圧伏し、行為は構成要件実現を目的とする。この場合には、構成要件の実現に対して強度に無頓着な主観的態度が認められるために、構成要件実現を確実なものとして認識予見したか、単に可能なものとして認識したかといったことは、直接にかかわりがない」と、いわゆる動機説を展開されるに至った。<sup>37)</sup>

莊子教授の見解の推移を分析し、検討を加えた内田教授は、莊子教授同様、行為者の主観的、内心的なものは、

それが外部的な行為のなかに現れでて、客観的な姿をとるに至ってはじめて刑法上の評価に値するとの出発点に立ち、動機を目的と同列に位置づけつつ、目的犯の規定の解釈においては、「所定の『目的』をもった故意行為だけが処罰の対象となり、他の目的・動機をもった行為は刑法の枠外におかれたものと考え態度を堅持しながら、所定の『目的』が外部的に客観化されることを目的犯成立の要件としてゆく必要があるということになる。所定の『目的』が外部的に確認できたときに、はじめて構成要件該当性の『輪郭』が形成され、法益侵害性に『影響』が生じたものとして違法性が認定されるべきであろう」とする。<sup>(38)</sup>

莊子教授の見解に見られるように、動機は、行為の強い原動力と説明される。また、動機は、しばしば行為者の最終目的と同視されるが、<sup>(39)</sup>構成要件該当結果の実現は行為者にとって最終目的ではなく、ただか中間目標や付随の結果でもあり得る。この場合、動機は、法定の構成要件と直接の関わりをもたない。それ故、内田教授の指摘するように、処罰の対象となるのは、所定の目的をもった故意行為であり、かかる目的を必ずしも志向しない動機は、刑法の枠外に置かれてしかるべきものである。動機は、むしろ行為者自身の関心より発する個別の行為に係るものだからである。

他行為犯の構成要件的構造を考察したルントは、意図に基づく行為を以下のような経緯をたどるものと描写する。まず、事象に影響を与えようとする意思が存在する。人は、将来に向けて実現を願望する表象と、それを行為によって実現する可能性とを結びつける。この願望の表象即ち動機は、行為決意内の可能性の観察と領域設定でもって頂点に達する。行為の実行によって行為決意は、次なる段階に至る。行為者の視点からの行為の事後的考察は、事前の表象が実際に生じた状況と一致しているかどうかに向けられる。意図の実現は、かくして決意された動機の実現となるのだ、と。<sup>(40)</sup>ルントが明らかにするように、動機は出発点において願望の表象である。結果を志向するもので

あると言えども、動機は、事後的な考察により、現実を生じた事象との合致が確認されない限り、現実の認識とは独立に存在する。

行為の動機そのものは、犯罪の成否に影響を及ぼし得ないが、構成要件に關係づけられた意図・目的と結びつけられてはじめて犯罪論上考慮され得る。意図は、構成要件該当結果に向けられた行為の意思であり、目的犯における目的は、特定の結果に向けられた行為者の心情であると共に、かかる犯罪が行われる社会的文脈を踏まえ、その犯罪の構造を特徴づける特殊な要素である。即ち、犯罪論の文脈では、法益侵害性への志向を示すものである。目的犯の規定形式が、目的達成を既遂の基準とする場合に比して処罰を早期化させることに鑑みれば、目的は、当該犯罪の予定する法益侵害若しくは当該犯罪の構造を特徴づける状況に向けられる必要がある。かかる状況の下に客観化されてはじめて、目的犯の目的は当該犯罪構成要件において、意味あるものと捉えられる。行為の動機自体には、かかる限定が予定されていないばかりか、場合によっては事象の認識とも独立して存在する。それ故にこそ、行為の動機を犯罪の成否や刑罰の軽重に關係づけてはならないのである。

#### 四 ドイツのストーキング対策立法

日本と同様にストーキング処罰を立法しながら、ドイツ刑法上の「つきまとい」を処罰する規定は、目的犯の体裁をとらなかつた。ドイツのストーキング対策は、当初、民事裁判上の保護を念頭に進められてきた。二〇〇一年一二月に制定され、翌年施行された暴力保護法が、最初のストーキング対策法である。<sup>14)</sup>二〇〇〇年に起草された最初の連邦法務省担当官案は、主にドメスティック・バイオレンスからの保護を目的としており、ストーキングに関

する規定を含まなかったが、第二次連邦法務省担当官案では、ストーキングに関する規定が加えられた。

ストーキングに対する刑事的規制の提案は、各方面からなされたが、特に諸州からの立法動議を承けて、二〇〇四年、連邦参議院会議において、法務委員会を主査とした三委員会に付託することが決定された。<sup>42)</sup> 諸法案は、ストーキングという文言を使わず、また、連邦法務省担当官案は、「嫌がらせ」(Belästigung) という文言も使用しなかった。ストーキング行為を他の犯罪との関係で如何に位置づけるかについては、若干の変遷があり、人身の自由に対する犯罪と捉えたうえで、脅迫に類するとするのか、自由の剥奪に類するものとするのか、をめぐっても議論があったが、二〇〇七年三月三〇日、「つきまとい」を処罰する規定が、ドイツ刑法第一八章第二三八条、自由の剥奪の規定の直前に追加された。

第二三八条によると、

以下の行為によって権限なく相手に執拗につきまとい、それによって相手の生活形成を著しく侵害する者は、三年以下の自由刑又は罰金刑に処せられる。

- 1 空間的接近を試みること、
  - 2 電話その他の通信手段を用いて、又は第三者を介して接触しようとする事、
  - 3 相手の個人情報をも不正に利用して相手になりすまし、商品若しくはサービスの注文を行い、又は第三者に相手に接触させようとする事、
  - 4 相手自身又は相手に近い者の生命、身体の不可侵性、健康又は自由を侵害する旨の脅迫を行うこと、
  - 5 これに類するその他の行為を行うこと、
- である。



ドイツ刑法第二三八条は、行為類型を限定列举し、相手の生活形成の著しい侵害という結果を要求した。<sup>43</sup> 限定列举とは言えども、第五項に類似行為を包括する規定が入れられたこともあり、立法への批判は、少なからず対象行為の不明確性に向けられた。中でもキンツイヒは、伝統的な刑法が、恐怖からの自由という包括的な法益を想定してこなかったことを挙げて、新立法が新たな法益を設定することで、傷害や脅迫等の既存の犯罪との関係で軋轢が生じ、反復性を行為の特性とすることが、かえって不明確性を助長すると批判した。<sup>44</sup> 反復は被害者の恐怖や不快感を募らせることは明らかであるが、法益の侵害性と如何なる関係があるかについて、なお検討の余地があるからである。<sup>45</sup> 他方で、ドイツのストーキング規定が、所定の行為により相手に執拗につきまとい、相手の生活形成を著しく侵害するという結果を要する侵害犯の体裁をとったのは、法益の要保護性、行為と法益侵害との関係の不明確性を補おうとしたものとも評価できよう。

## 五 嫌がらせの刑法的規制とその限界

以上で検討したように、目的犯の規定形式は、犯罪の結果を目的として行われる手段たる行為の時点で既遂犯の成立を認めるような場合、目的達成を既遂の基準とした場合に比して、処罰の早期化につながる。それ故、目的犯として規定する場合には、目的と構成要件該当行為との関係を吟味しなければならない。「目的」という文言を用いていることが目的犯の性質を表したことにはならない。目的犯には当該犯罪が想定する法益侵害と目的との固有の関連がある。ドイツ法におけるAbsichtとは異なり、意図を含まない日本法上の目的犯の目的は、端的に、客観的構成要件とは対応しない超過的心情を示す。かかる超過的心情は、それ自体が違法性を基礎づけるといふ性質を

もつのではなく、むしろ特定の行為の類型がもつ法益侵害性への潜在的志向を窺わせる。このように解するとき、構成要件該当性の「輪郭」を表し、当該犯罪を特徴づける目的が外部に現れて初めて違法評価の対象となると考えることができる。<sup>(47)</sup>

ところで、日本のストーカー規制法上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つたことによる怨恨の感情を充足する目的は、これまで検討してきた目的犯の目的とは、明らかに異なる。かかる感情の充足は、構成要件該当結果に向けられたものでもなければ、当該犯罪の予定するつきまとい等の法益侵害構造若しくは当該犯罪を特徴づける状況とも無関係である。固より、ストーカー規制法上の所定の感情を充足する目的は、行為者の意思形成過程に則して行為を生み出す原動力と言えるかもしれないが、それは、右の検討が示すように、行為の動機に過ぎず、つきまとい等の行為と後に生じ得る結果とを連結する機能を果たさず、それ故、犯罪の成否や刑罰の加減に関係がない。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。

つきまとい、待ち伏せ等の限定列举された八類型の行為の禁止によって保護される法益は、心の安寧である。<sup>(48)</sup>これらの行為は、繰り返し行われた場合に直接の刑罰の対象とされる。しかし、かかる行為の反復が如何なる結果を招いたかは規定上要求されていない。かかる規定を文言どおり適用すると、いたずらに処罰範囲を拡大させることとなるばかりか、目的とされている所定の感情の充足は、専ら行為者の満足度にかからしめられ、実際には犯罪行為を何も限定しない。それでは、相手に生じた被害を基準とすべきであろうか。

嫌がらせとは、究極的には相手の嫌がることをそれと知りつつ行うことであるが、如何なる行為が嫌がらせになるか、またどの程度の行為でそうと認められるかが相手の受け取り方によって変わることを意味する。従って、相手に不快の念を抱かせるといふ最終目標を設定して処罰規定を編むことは、明確性の原則や処罰の公平の観点から

疑問がある<sup>(48)(50)</sup>。キンツィヒがドイツの立法に対して正当にも加えた批判は、日本のストーカー規制法にも当然当て嵌まる。ストーキングの被害者の恐怖は想像して余りあるが、それにも拘らず、心の安寧を包括的に刑事罰によって保護することを正当化する立法は、不当なものと言わざるを得ない。

## 六 結びにかえて

ドイツ刑法上の *Absicht* 概念を手がかりに、目的犯の目的について考察を加えると、目的犯は、その規定形式から処罰を早期化させる構造を有していることが判明する。切断された結果犯においては、類型的に特定の結果を生させ得る、当該結果を目指した行為の実行により、既遂が認められ、短縮された二行為犯においては、第二行為を目指した第一行為の実行により、既遂が認められる。それ故、処罰範囲を適正なものにとどめるために、目的犯においては、基本的な行為と目的達成との間に論理的関係があるか否かがまず問われなければならない。また、目的の内容自体も、かかる犯罪が保護しようとする法益、処罰しようとする行為の構造に鑑みて、吟味されなければならない。かかる観点からは、日本のストーカー規制法上の所定の感情の充足の目的は、従来の目的概念ともかけ離れた異質のものであるうえ、およそ処罰範囲を境界つける機能をもたないと言わねばならない。

小稿を、赴任以来、温かいお人柄で接して下さった高木絃一先生に捧げる。三九年の長きにわたって山形大学人文学部のために尽くされた先生より、御教導頂いた御恩にわずかでも報いることができれば、幸いである。

(1) ただし、軽犯罪法上も、後に検討する嫌がらせやストーキングに類する、「公務員の制止をきかずに、人声、楽器、ラジオなどの音を異常に大きく出して静穏を害し近隣に迷惑をかけた者」(第一条第一四号)、「他人の進路に立ちふさがつて、若しくはその身辺に群がつて立ち退こうとせず、又は不安若しくは迷惑を覚えさせるような仕方で他人につきまとつた者」(第一条第二八号)が拘留又は科料に処されるほか、各自治体の迷惑防止条例が同様の行為を規制対象としている。

(2) 東京地判昭和五四・八・一〇判時九四三号一二二頁。

(3) 名古屋地判平成六・一・一八判タ八五八号二七二頁。

(4) 富山地判平成一三・四・一九判タ一〇八一号二九一頁。

(5) 最決平成一七・三・二九刑集五九卷二号五四頁。

(6) 二〇〇〇年五月一六日、参議院地方行政委員会審議録における和田洋子委員長の提案理由。二〇〇〇年五月一八日衆議院地方行政委員会審議録参照。

(7) ビンディングは、「三行為犯の後半を実現する目的」と『いわゆる実質的既遂』を惹起する目的」という対概念も用いて目的犯を区分す。(Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 2 Hälfte 2, 1916, S. 1166)° Vgl. Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil Bd. 1, 2. Aufl., 1969, S. 12.

(8) 橋本裕蔵・ストーカー行為等規制法の解説(四訂版)(二〇〇七年)九頁以下も、この法律が対象としている行為は、そもそも刑事罰をもって対処すべき行為ではないと、その特殊性を指摘している。他方、提案説明では、国民に対する規制の対象を最小限にするためと説明されている(前掲参議院地方行政委員会審議録)。

(9) ビンディングの定式に則り、日本刑法典において、「目的」という文言を用いる犯罪は、一応以下のように分類することができる。

- ① 後の結果を目的として、その目的の存在が犯罪成立要件となる場合(第七七条、第九二条、第九六条の二、第九六条の三、第一〇〇条、第一八二条、第二四七条等)
- ② 後の行為を目的として、その目的の存在が犯罪成立要件となる場合(第一三六条、第一三七条、第一四八条、第一四九条、第一五〇条、第一五二条、第一五三条、第一五四条、第一五五条、第一五六条、第一五九条、第一六一一条の二、第一六二条、第一六三条、第一六三条の二、第一六三条の三、第一六四条、第一六五条、第一六六条、第一六七条、第一七五条、第二〇八の二、第二〇八条の三等)
- ③ 予備罪(第九三条、第一一三条、第二〇一条、第二二八条の三、第二三七条)

④ 目的の存在が刑罰を免除、加重又は減輕する場合(第三〇条の二、第二二五条、第二二五条の二、第二二六条、第二二六条の二、第二二七条等)

なお、「目的」という文言を用いないものの、一般的に目的犯の一種と解されている第二三八条の事後強盜罪においては、文言の上では目的が向けられているのは後の行為と解される。他方、これと類似の構造をもつドイツ刑法上の強盜的窃盜罪は、切断された結果犯即ち後の結果を目的とする犯罪に分類されている。後に検討するように、事後強盜の行為は、實質的には、財物確保という結果をねらいとしており、暴行、脅迫により既にその目的が達せられることから、むしろ切断された結果犯と分類すべきであろう。また、「目的」という文言は用いないが、学説、判例上窃盜罪等の成立に必要と解されている不法領得の意思も、書かざる目的と解することができる(内田文昭「不法領得意思をめぐる最近の議論について」法曹時報三五卷九号一頁以下参照)。

(10) ドイツ刑法典第一四五条の緊急通報の濫用、事故防止手段及び緊急救助手段の侵害や第一八三条aに規定されるように、「或いは事情を知りながら」という文言が付されている場合を指す。ただし、かかる文言が使われている場合でも、必ずしも直接的故意は必要となく、第一六四条の虚偽告発や第二七四条の文書隠匿、境界表示の変更等におけるように、未必の故意で足りる場合もある(BGHSt 4, 107; 9, 142 usw.)。

(11) Statt aller Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar 27. Aufl., 2006, 15/66.

(12) Robert v. Hippel, VDA III S. 534. なお、意図が中間的目的にすら向けられておらず、付随的事情に関する認識がある場合に過半数の場合に「ごまかす意図が認められるか」という点、Friedrich Christian Schroeder, Zwischen Absicht und dolus eventualis, Festschrift für Hans Joachim Rudolph, 2004, S. 285 ff.

(13) Begründung zum Vorentwurf 1909 AT, S. 204.

(14) Entwurf eines Strafgesetzbuches (E) 1962. 意図は「目標の表象」であり、動機ではないとされる。

(15) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil (AE) 1966.

(16) Binding, Lehrbuch, S. 12.

(17) ライヒ刑法典第一四六条。

(18) ライヒ刑法典第二六二条。

(19) Binding, a. a. O., S. 11 f.

(20) Edmund Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, 1926, S. 21.

- (21) Mezger, a. a. O., S. 21.
- (22) Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915, S. 123.
- (23) Klaus Gehrig, Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB, 1986, S. 33 ff. 切断された結果犯は、しばしば未遂犯との構造的類似性が指摘されてきたが、ゲリーヒは、未遂における実行の着手と切断された結果犯における構成要件該当行為が必ずしも同視され得ないこと、目的は、未遂における故意のように、必ずしも保護法益に向けられてゐるとは限らなうこと等を挙げて、この類型の目的犯を未遂犯と同様に解すること疑念を早する(Gehrig, a. a. O., S. 41 f.)。
- (24) Gehrig, a. a. O., S. 45 ff.
- (25) Gehrig, a. a. O., S. 60 f. 目的の可罰性の限定機能については、主観的違法要素を肯定する文脈において、しばしば言及される。メッガーは、行為の不法は、「完全に疑いなく行為の外形にのみならず、行為者の内心的態度、即ち行為者の現実の確信、殺人の企図があることの認識、性的傾向、通貨を流通に置く目的等にもかかっている」として、客観的に捉えられる不法に代替不可能な主観的不法(構成要件要素)があることを主張した(Mezger, a. a. O., S. 22; ders., Die subjektiven Unrechtselemente, ZStW 89, 207 ff.)。
- (26) Gehrig, a. a. O., S. 85.
- (27) Erich Samson, Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht, JA 1989, 452.
- (28) Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht 11. Aufl., 1969, S. 79.
- (29) しかし、このこと故に目的があるから違法性が加重されることにはならない。伊藤亮吉「目的犯における目的の違法性加重機能(一)〜(四・完)」早稲田大学大学院法研論集八五号(一九九八年)一頁以下、八六号(一九九八年)一頁以下、八九号(一九九九年)五三頁以下、九〇号(一九九九年)七九頁以下参照。
- (30) もとより、財物取還目的の場合と逮捕免脱、罪責隠滅目的の場合とを区分して考える余地はある。拙稿「財物奪取後の暴行、脅迫」『阿部純二先生古稀祝賀論文集(二〇〇四年)』二九三頁以下参照。
- (31) Eberhard Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958, S. 227 ff. Siehe auch Franz von Liszt, Das deutsche Reichsstrafrecht, 1881, S. 111.
- (32) Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl., 20/44.
- (33) Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 8. Aufl., 1931, S. 192.

(35) Karl Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 142 ff. Vgl. V. Litsz/Eberhard Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927, S. 245.

(35) 何をしているかという問いに対する答えが多岐にわたるように、意図・目的・動機は、文脈に応じて使い分けられる。図式的に説明すれば、何故その行為をするのかの答えとして呈示される、「それは〇〇のためである」が動機であり、何をしようとしているのかの答えとして呈示される、「△△をしちうとしている」のが意図である。さらに、「△△をすることで□□をする」或いは、「□□をするために△△をする」というとき、目的犯に言う目的が問題となる。G.E.M.アンヌコム(菅豊彦訳)「インテンション」参照。

(36) 莊子邦雄・刑法総論(初版)(一九六九年)五一頁以下。

(37) 莊子・刑法総論(第三版)(一九九六年)三四八頁以下。

(38) 内田文昭「故意と『Absicht(アプズィヒト)』」莊子邦雄先生古稀祝賀論文集(一九八九年)同・犯罪構成要件該当性の理論(一九九二年)所収、二四〇頁。内田教授は、故意と意図との不明確な関係につき解釈学史を繙き、故意が構成要件実現の認識及び意欲と捉えられるのに対して、意図は、これを特に強く、かつ直接的に当該結果を求める故意にあたるとして、最終的に、強い欲求によって動機づけられた故意が「意図」にはかならないと、三者の関係を描写する(同・二三六頁)。

(39) Claus Roxin, Strafrecht AT Bd. 1, 4. Aufl., 12/11, u. a.

(40) Torsten Lundt, Mehraktige Delikte, 1993, S. 127.

(41) 一章からなる「暴力行為及びつきまとい」の際の民事裁判上の保護を改善し、並びに別居の際の婚姻生活の住居の明け渡しを容易にするための法律」の第一章が、「暴力保護法」であり、ドメスティック・バイオレンス等の暴力やストーカー行為に関して、裁判所が侵害の除去・予防に必要な命令(以下、「保護命令」と言う)を行うほか、加害者と被害者が住居を共同で使用している場合、被害者が加害者に対して行う住居引渡し請求について規定する。暴力保護法上の規制行為は、他人の身体、健康又は自由に対する故意の不法侵害(暴力保護法第一条第一項)、生命、身体、健康又は自由を侵害する旨を告知して行う脅迫(同第二項第一号)のほか、不法かつ故意に、他人の住居又は囲われた占有不動産に侵入すること(同第二項第二号a)、若しくは、明確に表示された意思に反して他人に繰り返しつきまとい、又は遠隔通信手段を用いて他人を追いかけることによつて、その者に対して不当な嫌がらせをすること(同第二項第二号b)を規定する。ストーキング行為は、さらなる侵害防止のための保護命令の対象ではあるが、住居引渡し請求の対象ではない。保護命令違反に対しては、一年以下の自由刑又は罰金刑が科せられる。ドイツの暴力保護法に関しては、合田篤子「ドイツの民事暴力保護法制」民商法雑誌二一九卷四・五号(二〇〇四年)

五六〇頁以下参照。また、暴力保護法と二〇〇七年三月二日に成立した執拗なつきまといを処罰するための法律(BGBI. I 534)の立法経緯及び概要については、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(三三三号(二〇〇七年)九八頁参照。

(42) Bundesrat, Stenografischer Bericht, 802. Sitzung (Planarprotokoll 802), 9. Juli 2004, S. 370.

(43) ヘッセン州政府の法案は、第八章 人身の自由に対する犯罪 第二四一条の脅迫の次に規定を置いていた。

(44) 第二三八条を結果犯として規定するか否かも争点となった。結果を必要とせず、「生活形成を相当に侵害するのに適した方法で」行為することで足りるとした連邦参議院案と「生活形成を重大かつ不当に侵害」することを要すると規定する連邦政府案との間に対立があったが、最終的に、「著しく侵害」するという妥協案に落ち着いた。

(45) Jörg Kinzig, Stalking, ZRP 8/2006, S. 255 ff.

(46) なぞ、近時、ストーキングの被害に「ごっつ」の研究 (Referat Öffentlichkeitsarbeit, „Ergebnisse der ersten epidemiologischen Studie zu Stalking in Deutschland: Stalking stellt ein häufiges und ernstzunehmendes Problem dar“, Zentralinstitut für Seelische Gesundheit, 12. Juli 2004) 及び行為に対する心理学的な研究が相次いで出されてくる (Stattdr. Jens Hoffmann/ Hans-Georg W. Voss (Hrsg.) Psychologie des Stalking, 2006)。

(47) 内田・前掲二四〇頁参照。

(48) 橋本・前掲一一頁。

(49) 既に二〇〇三年、ストーカー規制法の合憲性をめぐる最初の最高裁判断が下されている(最判平成一五・二一・一一刑集五七卷一一号一一四七頁)。最高裁は、ストーカー行為を処罰する等ストーカー行為についての必要な規制等による、個人の身体、自由及び名誉に対する危害の発生の防止、国民の生活の安全と平穩に視するという目的は、もとより正当であるとしたうえで、その目的を達成するため、「恋愛感情その他好意の感情等を表明するなどの行為のうち、相手方の身体、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ような方法により行われる社会的に逸脱したつきまとい等の行為を規制の対象とした上で、その中でも相手方に対する法益侵害が重大で、刑罰による抑制が必要である場合に限って、相手方の処罰意思に基づき刑罰を科すこととしたものであり、しかも、これに違反した者に対する法定刑は、刑法、軽犯罪法等の関係法令と比較しても特に過酷ではない」として、規制の内容は合理的で相当なものと認められると判示した。

(50) 近年、職場におけるハラスメントの規制が進められてきたが、二〇〇七年に改正された雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律が、職場における性的な言動に起因する問題に関する事業主の義務を強化し、事業主が性



的な言動に起因する問題につき適切に対応すべき雇用管理上の措置をとらなければならないとしつつ、従来、「労働者の意に反する」「就業環境を害される」ような被害者の主観に重きを置いていた性的な言動の判断規準を客観化し、行為態様、状況、回数等事業主が管理すべき行為についての指針を定めたことにも思いを致すべきである（雇用機会均等法上の性的な言動に関する指針参照）。