

論説

ドイツ財産犯講義ノート

東京大学大学院法学政治学研究科准教授

樋口亮介

目次

はじめに

序 ドイツ財産犯の特徴

第一部 所有権に対する罪

第一章 器物損壊罪

第二章 窃盗罪

第三章 強盗に関する罪

第一節 強盗罪

第二節 強盗的窃盗罪

第四章 横領に関する罪

第一節 横領罪

第二節 委託財横領罪

第二部 全体財産に対する罪

第一章 詐欺罪

第一節 総説

第二節 成立要件の検討

第三節 コンピュータ詐欺罪

第二章 恐喝に関する罪

第三章 背任罪

第三部 事後関与の罪

第一章 総説

第二章 庇護罪

第三章 赃物罪

おわりに

判例索引

細目次

はじめに

序 ドイツ財産犯の特徴

1. 所有権に対する罪

2. 全体財産に対する罪

3. 事後関与の罪

4. その他の罪

第一部 所有権に対する罪

第一章 器物損壊罪

第一節 総説

第二節 成立要件の検討

第一款 客体：他人の物

第一項 物

1. 有体物性

2. 不動産

3. 経済的価値の不要性

4. 動物

第二項 他人性

1. 民法への従属性

2. 人間

第二款 行為態様

第一項 損壊

1. 定義

2. 損壊の該当性が問題となる例

(1) 修理

(2) 用法通りの消費

(3) 単なる物・利用の剥奪

(4) 落書き・汚損・張り紙

第二項 外観の変更

1. 外観の変更の処罰

2. 処罰範囲の制限

第二章 窃盗罪

第一節 総説

第二節 成立要件の検討

第一款 客体：他人の動産

第二款 行為態様：奪取

第一項 他人の占有

1. 一般論

2. 個別的検討

(1) 空間的支配による占有の成

立

(2) 占有の継続・喪失

(3) 複数名が関わる場合

3. アメリカ法との比較

第二項 新たな占有の設定

1. 一般論

2. 問題となる事例群

(1) 店舗内での窃盗

(a) タブーとされる場所への

移転：飛び地占有

(b) 他の場合

(2) 店舗以外の場面

(3) 隠匿

(4) 占有の弛緩

3. 窃盗の終了時点

第三項 占有者の合意の不存在

1. 一般論

2. 条件付き合意

(1) 条件の付けられる範囲

(2) 外観という判断基準の適用

例

(3) オーストリア判例との比較

第三款 主観的超過要素：領得意思

第一項 総説

第二項 所有権の承認

第三項 排除意思

1. 総説：単純使用との区別
 2. 物の価値の剥奪
 - (1) 領得の対象
 - (2) 物の価値の範囲
 - (a) 物に内在する価値
 - (b) 内在する価値の限界
 - (3) 価値の減少
 3. 排除意思が問題になる諸事例
 - (1) 自動車の乗捨て
 - (2) 新本の借用
 - (3) 再売却
- 第四項 自己又は第三者のものにする意思
1. 自己のものにする意思
 - (1) 被害物を財産に組み込む意思
 - (2) 物の価値を自己のものにする意思
 2. 第三者のものにする意思
 3. 意図の必要性
 - (1) 意図が否定される事例
 - (2) 条件を付けている場合
- 第五項 領得の違法性・故意
1. 総説
 2. 特定物債務の場合
 3. 種類債務の場合
- 第六項 オーストリア法・スイス法との比較
- 第三章 強盗に関する罪
- 第一節 強盗罪
- 第一款 総説
- 第一項 ドイツの強盗罪の構造
- 第二項 2項犯罪の系譜
1. フランス刑法の影響という推測
 2. 法案の変遷
 - (1) 不正の利益という用語の登場
 - (2) 不正の利益という包括的な規定形式の導入
 - (3) 動産・財物と財産上の利益の並置
 - (4) 証書騙取罪・証書強請罪の延長としての2項犯罪
- 第二款 成立要件の検討
- 第一項 行為態様
1. 対人暴行
 - (1) 暴行概念
 - (2) 具体例
 - (3) 第三者に対する暴行
 - (4) 被害者の殺害
 2. 脅迫
 - (1) 脅迫概念
 - (2) 加害対象が第三者の場合
 - (3) 脅迫の告知相手が第三者の場合
- 第二項 奪取の手段としての暴行・脅迫
1. 目的関係の主観性
 2. 時間的場所的密接性：奪取の着手の必要性
 3. 暴行・脅迫後の奪取意思
 - (1) 奪取意思のない暴行・脅迫
- の作用の利用
- (2) 奪取対象の変更
 - (3) 不作為による暴行
- 第三項 故意
- 第二節 強盜的窃盜罪
- 第一款 総説
- 第一項 ドイツ法の特徴
- 第二項 アメリカ模範刑法典との比較
- 第二款 成立要件の検討
- 第一項 主体
- 第二項 行為状況
1. 現場性
 2. 他人に発見されることの要否
- 第三項 行為態様
- 第四項 占有維持意図
- 第四章 横領に関する罪
- 第一節 横領罪
- 第一款 総説
- 第二款 成立要件の検討
- 第一項 客体
- 第二項 行為態様
1. 領得行為
 - (1) 領得意思
 - (2) 領得意思の発現
 2. 物の支配
 3. 第三者領得
 4. 領得の繰返し
- 第三項 委託関係
- 第四項 補充条項
- 第二節 委託財横領罪
- 第一款 総説
- 第二款 成立要件の検討
- 第一項 主体
- 第二項 客体
1. 財
 - (1) 交換価値を伴う動産
 - (a) 動産
 - (b) 交換価値
 - (c) 他人性
 - (2) 財産上の利益
 - (a) 預金
 - (b) その他の債権
 2. 委託関係
 - (1) 単独占有・単独の処分権
 - (a) 有体物
 - ①委託者の排除
 - ②占有の継続による単独占有
 - (b) 第三者からの受領
 - (c) 領得時点での単独占有の不要性
 - (2) 財に対する特定の義務負担
 - (a) 特定の義務
 - (b) 義務の負担根拠
 - (c) 単なる債務不履行との区別
 - (d) スイス判例との対比
- 第三項 行為態様
1. 領得の定義
 2. 領得行為の類型

- 3. 領得に該当しない場合
 - (1) 使用
 - (2) 損壊
 - (3) 留置
 - (4) 所有権者のための行為
 - 第三項 主観的超過要素
 - 1. 利得性
 - 2. 利得の違法性
 - 3. 填補能力・填補意思
 - 第四項 他罪との関係
 - 1. 詐欺罪
 - 2. 背任罪
 - (1) 事実行為
 - (2) 法律行為における区別基準
- 第二部 全体財産に対する罪
- 第一章 詐欺罪
- 第一節 総説
- 第二節 成立要件の検討
- 第一款 欺罔
- 第一項 事実に関する欺罔
- 1. 事実の意義
 - 2. 事実に関する主張の範囲
 - 3. アメリカ法との比較
- 第二項 欺罔行為
- 1. 欺罔行為の意義
 - 2. 推断的欺罔
 - (1) 推断的欺罔が認められる場合
 - (2) 推断的欺罔が否定される場合
 - (a) 売買契約における価額
 - (b) 単なる錯誤の利用
 - (c) 誤振込み・誤記帳
 - 3. 不作為による欺罔行為
 - (1) 告知義務
 - (2) 作為義務が生じる場合
 - (a) 法令に基づく作為義務
 - (b) 特別の信頼関係
- 第二款 錯誤
- 第一項 錯誤の意義
- 第二項 被欺罔者が疑いを抱いている場合
- 第三項 法人内における錯誤
- 第三款 財産的処分行為
- 第一項 総説
- 1. 定義
 - 2. 処分意思
 - 3. 直接性
- 第二項 物の占有移転と処分意思
- 1. 窃盗罪との区別
 - 2. 処分意思の存否が問題になる場合
 - (1) トリック窃盗
 - (2) 処分意思の及ぶ範囲
 - 3. 強制と処分意思
- 第三項 三角詐欺
- 1. 物の占有移転
 - (1) 窃盗との区別
 - (2) 特別の関係が認められる場合
 - (a) 法的権限説と陣営説
 - (b) 陣営説による帰属範囲
 - 2. その他の場合

- 第四款 財産上の損害
- 第一項 総説
- 第二項 保護される財産
- 1. 経済的に価値のあるもの
 - (1) 経済的財産概念
 - (2) 経済的価値が認められる範囲
 - 2. 法的保護に値しない財産
 - (1) 違法な労務
 - (2) 無効の請求権
 - (3) 違法に開始された占有
 - (4) 違法目的の前払い金
- 第三項 損害の存否
- 1. 財産の減少の存否
 - (1) 財産に対する具体的な危険
 - (2) 現在の損害という評価の必要性
 - (3) 従前の規律との関係
 - 2. 財産の填補の存否
 - (1) 反対給付による填補
 - (2) 反対給付への個人的関心の考慮
- 第四項 無意識的自己加害の理論
- 1. 議論状況
 - 2. 具体的事例
 - (1) 詐欺罪が認められる場合
 - (2) 詐欺罪の成立する限界
 - 3. アメリカ法との比較
- 第五項 問題となる諸事例
- 1. 財産増加の見込み
 - (1) 保護される場合
 - (2) 保護されない場合
 - 2. 締結詐欺・履行詐欺
 - (1) 締結詐欺
 - (a) 財産上の損害の存否
 - (b) 履行との関係
 - (2) 履行詐欺
 - (a) 真正履行詐欺
 - (b) 不真正履行詐欺
 - 3. 刑事制裁から生じる請求権
 - 4. 善意取得
 - 5. 信用供与と担保
 - 6. 労働力・サービス・被用者としての地位の詐取
 - (1) 労働力の詐取
 - (2) サービスの詐取
 - (3) 被用者としての地位の詐取
 - (a) 専門能力の欠如
 - (b) 公務員
 - (c) 公務員以外の労働契約
 - 7. 補助金
 - 8. 賭博
- 第五款 主観的超過要素
- 第一項 利得目的
- 1. 自己又は第三者への財産的利益の移転
 - 2. 意図の必要性
 - 3. 素材同一性
- 第二項 利得の違法性とその故意
- 1. 利得の違法性
 - 2. 利得の違法性に対する故意
- 第六款 他罪との関係
- 第三節 コンピュータ詐欺罪

- 第一款 総説
 - 第二款 共通要件：データ処理結果への影響
 - 第三款 行為態様要件の検討
 - 第一項 プログラムの不正形成
 - 第二項 不正又は不完全なデータの使用
 - 第三項 データの無権限使用
 - 1. 意義
 - (1) データの使用
 - (2) 無権限
 - 2. ATMにおけるカードの不正使用
 - (1) 窃盗・偽造などによって得たカードの使用
 - (2) カード所有者からの委託に反した金銭の引出し
 - (3) カード所有者による不正使用
 - 第四項 その他のデータ処理過程への無権限干渉
- 第二章 恐喝に関する罪
 - 第一節 総説
 - 第一款 恐喝罪の基本的性格
 - 第二款 窃盗・強盗と恐喝・強盜的恐喝の関係
 - 第二節 成立要件の検討
 - 第一款 行為態様
 - 第一項 暴行
 - 第二項 脅迫
 - 1. 脅迫の意義
 - 2. 加害対象が第三者の場合
 - 3. 不作為を内容とする脅迫
 - 4. 現在性
 - 第二款 処分行為の要否
 - 第一項 処分行為の要否から生じる相違点
 - 第二項 処分行為不要説
 - 1. 一般構成要件としての恐喝罪
 - 2. 強盗との区別基準
 - 3. 三角恐喝
 - 第三項 処分行為必要説
 - 1. 強盗との区別基準
 - 2. 三角恐喝
 - 第三款 因果性
 - 第四款 財産上の損害
 - 第五款 主観的超過要素
 - 第一項 利得目的
 - 第二項 利得の違法性
 - 第六款 非難条項
 - 第七款 他罪との関係
 - 第一項 内容が虚偽の脅迫
 - 第二項 先行犯罪で取得した物・財産の返還妨害
 - 1. 財産犯の後の暴行・脅迫
 - 2. 窃盗後の暴行・脅迫
- 第三章 背任罪
 - 第一節 総説
 - 第二節 濫用構成要件の成立要件の検討
 - 第一款 処分権の濫用
 - 第一項 財産の処分権限
 - 第二項 権限濫用
 - 第二款 財産保護義務
 - 第一項 財産保護義務の必要性
 - 第二項 オーストリア刑法との比較
 - 第三節 背信構成要件の成立要件の検討
 - 第一款 主体：財産保護義務を負う者
 - 第一項 財産保護義務の成立範囲
 - 1. 基本的視点
 - 2. 具体例
 - (1) 独立性のある業務
 - (2) 公務員
 - (3) 経理関係者
 - (4) 担保契約
 - (a) 所有権留保・譲渡担保
 - (b) 敷金
 - 3. オーストリア・スイス刑法との比較
 - 第二項 信任関係による財産保護義務
 - 1. 信任関係に基づく場合
 - 2. ならず者背任
 - 第二款 行為態様
 - 第一項 財産保護義務の違反
 - 第二項 合意による構成要件阻却
 - 第三項 会社を被害者とする背任
 - 1. 主体
 - 2. 合意
 - (1) 合意の成立要件
 - (2) 社員による合意の限界
- 第三部 事後関与の罪
 - 第一章 総説
 - 1. 庇護罪と贓物罪
 - 2. 処罰範囲の対比
 - 3. オーストリア刑法との比較
 - 第二章 庇護罪
 - 第一節 総説
 - 第二節 成立要件の検討
 - 第一款 主体
 - 第一項 本犯の正犯者の除外
 - 第二項 本犯の共犯者
 - 1. 本犯の共犯者の庇護罪による可罰範囲
 - 2. 本犯の幫助と庇護罪の区別
 - 第二款 客体
 - 第一項 先行する違法行為（本犯）
 - 第二項 本犯によって取得された利益
 - 1. 本犯者の元での利益の残存
 - 2. 代替利益
 - (1) 直接性
 - (2) 直接性の例外
 - 第三款 行為態様
 - 第一項 定義
 - 第二項 問題となる行為類型
 - 1. 盗品の売却援助
 - 2. 物の保護

- 3. 不作為
- 第四款 主観的要件
 - 第一項 故意
 - 第二項 主観的超過要素
 - 1. 意図の必要性
 - 2. 被害者への盗品売却援助事例
- 第三章 赃物罪
 - 第一節 総説
 - 第二節 成立要件の検討
 - 第一款 主体
 - 第一項 本犯の正犯者
 - 1. 本犯の正犯者の除外
 - 2. 赃物の再取得
 - 第二項 本犯の教唆・幫助者
 - 第二款 客体
 - 第一項 財産に向けられた違法行為(本犯)
 - 1. 本犯に含まれる範囲
 - 2. 物の所有権者の承諾
 - 第二項 本犯が取得した物
 - 1. 取得
 - (1) 定義
 - (2) 本犯と赃物罪の時間的關係
 - 2. 物
 - (1) 有体物
 - (2) 代替物
 - 第三款 行為態様
 - 第一項 入手行為
 - 1. 本犯者の了解
 - (1) 本犯者の了解の必要性
 - (2) 善意者の介在
 - 2. 入手
 - (1) 入手の意義
 - (a) 定義
 - (b) 入手の該当性が否定される場合
 - ①損壊意図
 - ②保管・一時使用
 - ③処分の媒介者
 - ④共同消費
 - (c) 間接占有による入手
 - (2) 第三者のための入手
 - (3) 既遂時期
 - 第二項 有償処分への関与
 - 1. 関与形態
 - (1) 独立性・従属性
 - (2) 従属的関与の成立範囲
 - 2. 共通する問題
 - (1) 本犯者に経済的利益をもたらす換価
 - (2) 被害者への売却援助事例
 - (3) 処分結果
 - (a) 処分結果の要否
 - (b) 不要説における既遂・未遂時期
 - ①有償処分
 - ②有償処分の援助
 - 第四款 主観的超過要素
 - 1. 利得目的
 - 2. 本犯者に利益を得させる場合

おわりに
判例索引

はじめに

本稿の目的

本稿は講義ノートとして、ドイツの財産犯の概観を行うものである。外国法を分野別に概観するものとしては、例えば、『アメリカ法ベーシックス』（弘文堂）が存在する。しかし、ドイツ刑法各論については同様の試みは見当たらない。そこで、まずは講義ノートが完成した財産犯から発表する次第である。

この講義ノートの目標は比較刑法の発展に寄与するための基礎資料を提供することである。ドイツの財産犯の全体像を簡易に把握できる資料があれば、簡易な日独対比を行うことが可能になる。また、特定のテーマについて深い比較法研究を行う際であっても関連する議論の全体像を予備知識にすることが望ましく、その予備知識を容易に得るための道具にもなる。

叙述形式

ドイツ刑法を理解するためには、著名な教科書を翻訳することも優れた作業である。しかし、ドイツ人が書いた教科書の翻訳に比べると、日本人の目線で講義ノートを作成したほうが、日本人読者にとっては容易に理解が進むであろうと考えた。このような考えから、日独の相違がわかりにくいと思われる点については立ち入った解説を行っている。また、ドイツ法の特徴を示すのに適切と思われる範囲では、ドイツ以外の国の議論との対比も行っている。そうはいつても、可能な限り、ドイツの議論を客観的に把握することを心がけ、筆者の個人的意見が入らないよう努めた。いうまでもなくドイツの議論は多彩であるが、講義ノートでは判例を最も重視し、学説についても通説に依拠して詳細な学説の対立には立ち入っていない。

財産犯の概観を可能にし、また、必要な箇所だけを読むこともできるように、講義ノートの冒頭で、目次の次に細目次を設けた。また、各犯罪の解説の冒頭に成立要件概観

(Aufbaumodell) をまとめている。成立要件概観には、条文を基礎にしつつ、条文上は明らかでなくとも標準的な解釈で要求されている要件も補充したので、犯罪ごとの全体像の見通しが視覚的に得られると思う。さらに、相互参照しやすいように参照すべき頁数を具体的に指示している。また、引用した判例については末尾に索引を設けた。

先行研究との関係

講義ノート内では、日本語による先行研究をできるだけ位置づけを明らかにして紹介している。ドイツ刑法については、個別のテーマについて緻密な先行研究が積み重ねられている。しかし、こういった先行研究が、全体の中でいかなる位置にあるかは示されてこなかったように思われる。全体を概観した講義ノートの中で個別研究の位置づけを示せば、先行研究の価値がより共有されると期待している。ただし、重要な業績を見落としたことを恐れており、この点については、読者の叱責を待ちたい。なお、ドイツ法の客観的把握という本稿の趣旨から、ドイツの議論を紹介するタイプの研究に絞り、日独の議論を区別せずに理論的検討を行うものは紹介対象に入らなかった。

依拠した文献

教科書として、Rudolf Rengier の *Strafrecht Besonderer Teil I Vermögensdelikte* (刑法各論 I 財産犯) の 14 版 (2012 年) を使用している。Rengier の財産犯の教科書は、通説への目配りがなされている上、判例を基礎にした具体的な設例を多数扱っており、財産犯の判例・通説を概観するのに適した好文献である。講義ノート内では、Rengier の教科書を各章内に付された段落番号 (Rn. ○ と表記する) で逐一引用する。

条文については、各犯罪の冒頭に翻訳を記載している。基本的には、法務省大臣官房司法法制部編「ドイツ刑法典」法務資料 461 号 (2007 年) に依拠しているが、必要な範囲では修正も行った。

序 ドイツ財産犯の特徴

ドイツ財産犯の最大の特徴は、所有権に対する罪と全体財産に対する罪に大きく分かれる点である。

1. 所有権に対する罪

所有権に対する罪は、所有権を侵害する罪と所有権を移転させる罪に分けられる。器物損壊罪は所有権を侵害する罪であり、日本人にとっても理解しやすい。一方、所有権を移転させる罪という枠組みは、少しわかりにくいかもしれない。

所有権を移転させる罪とは、所有権が事実上、移転したかのように振舞うことを処罰するものである。単なる所有権侵害ではなく、所有権を移転させたかのごとき振舞いに注目するものであり、この振舞いが、「領得 (Zueignung)」と呼ばれる。

ドイツ法における領得は、所有権移転を意味することに気を付けてほしい。領得犯に該当するのは、所有権を保護する犯罪である窃盗罪・強盗罪・横領罪のみである。詐欺罪・恐喝罪は全体財産に対する罪であり、したがって、ドイツにおいて、詐欺罪・恐喝罪について不法領得の意思が観念されることは、概念上、ありえない。

2. 全体財産に対する罪

全体財産に対する罪は、被害者の個別の財産ではなく、資産状態を全体としてみたときに悪化させることを処罰するものである。全体財産は、ドイツ語では *Vermögen als Ganzes* あるいは単に *Vermögen* と言われるところ、本来は、「財産」ではなく「資産」と訳す方がよかったように思う。しかし、訳語として定着しているため、この講義ノートも全体財産という訳語に従うことにする。

全体財産に対する罪は、全体財産を侵害する罪と、他人の全体財産を減少させて自己又は第三者の財産を増加させる罪 (財産移転の罪) に分けられる。全体財産を侵害する罪は

背任罪であり、これは日本法と同じ理解が妥当する。これに対して、財産移転の罪として詐欺罪・恐喝罪が挙げられる。

財産移転の罪である詐欺罪・恐喝罪においては、利得目的（Bereicherungsabsicht）が要求されている。これは、所有権移転を意味する不法領得の意思とはおよそ無関係の概念であり、利益を移転させる意図のことである。日本法と異なり、ドイツの詐欺・恐喝罪の客観的構成要件は全体財産の減少だけあって財産の移転は要求されていない。しかし、詐欺・恐喝罪は財産を移転させる振舞いを処罰対象にするものであって、主観面において利益を移転させる意図が要求されているのである。

3. 事後関与の罪

ドイツには、事後関与の罪として、贓物罪だけでなく、庇護罪という罪が存在する。贓物罪しかない日本法からすると理解しにくい規定ぶりである。

庇護罪の罪質は財産犯ではなく、司法妨害罪である。図式的にいうと、犯人隠避罪は、犯人に対する処罰を妨害するという点で人的に司法妨害を行うものであるのに対し、庇護罪は、犯罪によって得られた利益を確保するという点で物的に司法妨害を行うものである。

したがって、庇護罪の適用範囲は必ずしも財産犯に後続する場合に限らず、例えば、賄賂の隠匿への協力も庇護罪に該当する。しかし、財産犯に後続する行為が問題になりやすいので、本稿では、贓物罪と合わせて検討対象に含めることにしたい。

4. その他の罪

所有権、全体財産以外の財産は、個別に規定が存在する限度で保護される。処罰対象になる例として、用益権・担保権・使用权・留置権が設定された動産の奪取（289条）、乗り物の無権限での使用（248条b）が挙げられる。

【先行研究】

財産犯に関する重厚な研究書として、以下の2冊がある。

林幹人『財産犯の保護法益』17-22頁（東京大学出版会、1984年）

ドイツ財産犯の系譜を概観している。

木村光江『財産犯論の研究』292-319頁（日本評論社、1988年）

財産犯の統計が掲載され、財産犯の全体像と系譜の概観がなされており価値が高い。

第一部 所有権に対する罪

第一章 器物損壊罪

第一節 総説

【条文】

303条1項 他人の物を違法に損壊し又は破壊した者は、2年以下の自由刑又は罰金に処する。

2項 権限なく、他人の物の外観を軽微ではなく、かつ、一時的でもなく変更した者も、前項と同一の刑に処する。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

(1) 客体：他人の物

(2) 行為態様

(a) 破壊（Zerstören）

①物質的滅失

②使用価値の消滅

(b) 損壊（Beschädigen）

①物質的侵害（Substanzverletzung）

②使用価値の減少（Brauchbarkeitsminderung）

(c) 外観の変更（Verändern des Erscheinungsbildes）

—破壊・損壊が否定された場合に補充的に検討

2. 主観的構成要件：故意

II 違法性

III 責任

法定刑—2年以下の自由刑又は罰金
未遂処罰あり (303条3項)

所有権に対する罪を理解するため、まず、器物損壊罪から紹介する。

所有権に対する罪の被害客体に関する解釈は、器物損壊罪だけでなく、同じ所有権に対する罪である窃盗・強盗・横領罪にも全く同様に妥当する。その特徴は、被害客体が他人の所有物であることを厳格に民法に従って判断する点にある。

また、器物損壊罪の特徴は、所有権を保護するといっても、所有権者のあらゆる関心を保護するものではなく、①物質としての完全性、②用法通りの使用価値、③外観に制限して保護を行う点である。

本章に対応するのは、Rengier, §24, Sachbeschädigung, 416-426頁である。なお、他人の物、という構成要件要素は、所有権に対する罪である器物損壊・窃盗・強盗・横領全てに共通する。そこで、わかりやすく説明するのに必要な範囲で、Rengierの教科書の窃盗の章 (§2)にも依拠する。

第二節 成立要件の検討

第一款 客体：他人の物

第一項 物

1. 有体物性 (Rn. 5, §2 Rn. 4)

「物」とは、有体物に限られる(民法90条)。

液体・気体でも「物」に含まれるが、エネルギー・データ・電気は「物」に含まれない(電気について、RGSt 32, 165 (1899年5月1日))。なお、電気窃盗を処罰する条文は248条cで独立に定めがある。また、データ保護についても、202条a, 303条aで別個に条文が定められている。債権も「物」に含まれないが、権利が文書に化体されていれば文書が「物」として客体に含まれる(RGSt 3, 344 (1881年2月11日))。

さらに、有体物といえるには、分離・特定していることが必要である。流水、空気、自然の雪は「物」に含まれない。

2. 不動産 (Rn. 6)

窃盗・強盗・横領と異なり、器物損壊罪の客体には不動産も含まれる。例えば、土地を羊が荒らすような場合である。

3. 経済的価値の不要性 (Rn. 1, §1 Rn. 2)

有体物であって所有権の対象になりさえすれば、物の経済的価値の有無は問題にならない。全体財産に対する罪と異なり、所有権という形式的な法的地位が保護されるから、と説明されている。

ただし、狂犬病に患した犬を殺害する場合のように、保護に値する価値がない場合には構成要件に該当しない。この議論に対しては、違法性レベルで処理すべきという指摘もある。

4. 動物 (§2 Rn. 4)

動物について、民法90条a1文は「物」ではないと定めている。しかし、刑法上は「物」に含めることができる。

第二項 他人性

1. 民法への従属性 (§2 Rn. 6, 8)

「他人」の解釈については、民法に従って他人の所有物であるかという判断が行われる。共有でも足りるし、所有権留保や譲渡担保権でも十分である。ただし、民法上の遡及効は刑法には及ばず、行為時に可罰性の判断は行われるとの原則が妥当する。

民法の解釈に依拠するため、他人性が争われる場合には、刑事事件でも民法に立ち入った検討が不可欠となる。具体例については、窃盗罪と横領罪で紹介する(154, 170頁)。

2. 人間 (§2 Rn. 9, 9a)

人間の尊厳から、生きている人間は「物」になりえない。一方、死体については「物」に該当する。もっとも、原則としては無主物になり、168条(死者の平穏を侵害する罪)でのみ処罰される。

歯・髪・血液・精液などの身体の一部は、分離すれば元々の人物の所有物になる(民法953条類推)。

第二款 行為態様 (Rn. 7)

行為態様は、損壊・破壊と外観の変更という3つの態様が定められている。

このうち、破壊とは、損壊の程度が特段に著しいものを意味する。具体例としては、焼失や動物の殺害が挙げられる。損壊概念を理解すれば、破壊も理解できるのでこれ以上の説明はしない。

これに対して、外観の変更は、2005年に立法的に追加された行為態様である(303条2項)。この追加は損壊概念に包摂できない範囲を処罰対象にしたものであるため、立法理由を理解するには損壊概念を理解する必要がある。

【先行研究】

泉二新熊「損壊の観念に関する学説」『日本刑法論 各論(第43版)』952-969頁(有斐閣,1936年)
[初出・日本法政新誌1巻5号11-26頁(1917年)]

当時のドイツ・オーストリアの議論を紹介し、日本の判例・学説は独逸の少数説を採用するものとの分析を示す。

佐伯和也「『落書き』と建造物・器物損壊罪の成否」関西大学法学論集59巻3・4号661-695頁(2009年)

ドイツにおける「損壊」概念(ただし、佐伯論文では「毀損」という訳語が当てられている)について、近時の一般的な学説及び落書きに関する議論を詳しく紹介。

宮川基「器物損壊罪に関する最近のドイツの判例について」東北学院法学69号17-44頁(2010年)

物に対する有形的な作用の必要性と、物の用法通りの使用は損壊に該当しないとする近時の判例をわかりやすく紹介。

第一項 損壊

1. 定義 (Rn. 8-12)

判例・通説によると、損壊には二つの場合が含まれる。物への有形的な作用によって①物質的な完全性が相当程度侵害される場合と、②用法通りの使用価値が相当程度減少する場合である。物自体への有形的作用、という制限は、①物質的な完全性・②使用価値の侵害双方にかかる点に注意が必要である(外観の変更についても、153頁)。

①物質的な侵害は、例えば、ひっかき傷をつけたり、本の頁を破いたりする場合である。

②用法通りの使用価値の減少は、例えば、時計や機械の解体や、レールの上に障害物を固定する場合(BGHSt 44, 34(1998年2月12日))に認められる。

修理できるかどうかは無関係であるが、軽微なものは損壊に該当しない。したがって、大した労力・時間・費用をかけることなく除去可能な作用については、器物損壊にならない。例えば、BGHSt 13, 207(1959年7月14日)は、車の4つのタイヤ全てから空気を抜く行為が、車の使用価値を侵害しているとして損壊に該当しうることを前提に、軽微性の判断は事実関係次第であって、例えば、ガソリンスタンドのすぐそばで労力も費用もかけずにタイヤに空気を入れ直せる場合には、軽微な侵害に過ぎないとしている。

2. 損壊の該当性が問題となる例

(1) 修理 (Rn. 14)

修理が損壊に該当するかは争いがある。例えば、証拠隠滅目的での無断での修理について、所有権は物への作用を決定する権能も含むとして「損壊」に該当するという議論がなされている。もっとも、2005年に外観変更が含まれたため、議論の実益は失われている。

(2) 用法通りの消費 (Rn. 18, 19)

他人の食品を食べる、花火を燃やすなど、物を用法通りに消費する場合、「損壊」に該当しない。裁判例では、意図に反するファックス送信によってファックス用紙に印字させても用紙の「損壊」に該当しないとされている(GenStA Frankfurt NSTZ 2002, 546(2001年12月7日))。

(3) 単なる物・利用の剥奪 (Rn. 15-17)

物自体への有形力の行使を伴わずに、単に使用可能性を減少させるだけでは損壊に該当しない。これには、物を奪う場合と、利用できなくする場合がある。

単に物を奪う例としては、金の指輪を海に

投げ込んだり、動物を逃がしたりする場合は挙げられる。こういった場合でも、海で指輪が錆びたり、動物が死亡したりするのであれば損壊に該当する。

単に利用できなくする場合とは、例えば、自動車の鍵を奪取して自動車を使えなくする場合である。

なお、オーストリア刑法 135 条、スイス刑法 141 条においては、物の剥奪が独立に処罰対象になっている。

(4) 落書き・汚損・張り紙 (Rn. 20-24)

落書きなどについても、①物質的な侵害と、②用法通りの使用価値の減少の検討が要請される。

①落書きによって物質の表面が傷つくように、物質的侵害があれば損壊に該当する。また、落書きを除去する際にやむを得ず物質的侵害を伴う場合にも損壊に該当する。

しかし、いかに費用がかかっても物質的損害を伴わずに原状回復できるのであれば、物質的損害の見地からは「損壊」に該当しない。

②物自体への有形的作用によって、物の使用価値が侵害されている限り、用法通りの使用価値の減少は認められる。使用価値の侵害が認められるかは社会通念によって定められる。

使用価値の侵害が認められる例として、交通標識に落書きして表示の意味を変更する場合、透明な板を汚して透明性を失わせる場合、広告の表面を汚す場合も同様である。また、芸術品のような特別な美的目的があれば、外観変更自体が「損壊」に該当する。

物の機能又は特別な美的目的と関係なく外観を変更する行為は、単に物の所有者の形状を自由にする権利を侵害するだけであって、使用価値の侵害はないため、損壊に該当しない (BGHSt 29, 129 (1979 年 11 月 13 日))。

第二項 外観の変更

1. 外観の変更の処罰 (Rn. 25, 26)

単なる外観変更は「損壊」には包含されないという判例に対して、2005 年に追加された 303 条 2 項によって新たに外観の変更が処罰対象に含まれることになった。303 条 2 項

は、1 項に対して補充的な構成要件であって、外観の変更が損壊に該当する限り、1 項が優先して成立する。

立法理由書によると、303 条 2 項は、物の所有者が物の外観を自由に決定する権能を保護するものである (BT-Drs. 15/5313, S.3)。所有者の権能が保護されるため、外観の不良変更は必要なく、外観を良くする場合でも処罰対象になる。

2. 処罰範囲の制限 (Rn. 27-31)

条文の文言上、外観の変更は、軽微でなく一時的でもない場合にのみ処罰されるという制限がなされている。

軽微なものとして処罰から排除されるのは、大きな壁やすでに汚れた壁に全く目立たない印をつけるような場合である。また、わずかな時間・労力・費用で簡単に除去できるものも軽微と評価される。さらに、雨で消えるようなものは一時的である。ただし、被害者が直ちに消したことで一時的と評価されるわけではない。

さらに、軽微でなく一時的でもないという要件が充足されるのは、物自体への直接の作用によって外観が変更された場合のみである。例えば、バルコニーに洗濯物を置いたり、建物の前面に横断幕を掲げたりするような場合は、物自体への直接の作用を欠く。

第二章 窃盗罪

第一節 総説

【条文】

242 条 1 項 違法に自ら領得し又は第三者に領得させる目的で、他人の動産を他の者から奪取した者は、5 年以下の自由刑又は罰金に処する。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

(1) 行為客体：他人の動産 (fremde

bewegliche Sache)

- (2) 行為態様：奪取 (Wegnahme)
 - (a) 他人の占有 (Gewahrsam)
 - (b) 占有の侵害と取得
 - (c) 占有者の合意の不存在

2. 主観的構成要件

- (1) 故意
- (2) 主観的超過要素：領得意思 (Zueignungsabsicht)
 - (a) 恒久的に所有権者を排除する故意 (enteignen)
 - (b) 少なくとも一時的に自己の物にする意図 (aneignen)

3. 領得の客観的違法性・違法性に対する故意

II 違法性

III 責任

法定刑：5年以下の自由刑又は罰金
未遂処罰あり (2項)

窃盗罪は、所有権の移転と占有の移転という二つのモメントによって形成されている。このうち、占有移転は奪取という行為態様のことなのでわかりやすい。理解しにくいのが所有権移転というモメントを窃盗罪が含んでいる点である。

冒頭に説明したとおり (149頁)、窃盗罪は所有権を移転させる罪 (領得犯) である。窃盗罪の客観的構成要件は占有の移転に限定されており、所有権の移転を含んでいない。しかし、主観的要件である領得意思 (Zueignungsabsicht) は、①他者の所有権を排除し (enteignen)、②自己又は第三者の物にする (aneignen) と定義されており、これは、所有権移転を主観面に移したものである。領得意思は、利欲性を意味するものではないことに注意が必要である。

なお、所有権を保護する窃盗罪において、我が国のような本権説と占有説の争いは存在しない。ドイツにおいては、明文上、窃盗の客体は他人の所有物に制限され、しかも、民事法にしたがって所有権の所在は判断される。

本章に対応するのは、Rengier, §2 Diebstahl, 5-54 頁である。なお、ドイツ刑法には、

窃盗罪の加重形態として、243条・244条が存在する。Rengierの教科書でもかなりのページ数が割かれており (54-107頁) 重要であるが、筆者の力が及ばず対象に入れることができなかった。

【先行研究】

長井圓＝藤井学「ドイツ刑法における徒党犯罪の加重処罰根拠」神奈川法学 34 卷 1号 118-140 頁 (2000年)

244条が定める団体ないし徒党 (Bande の訳語) による窃盗についての貴重な紹介。

第二節 成立要件の検討

第一款 客体：他人の動産 (Rn. 5-7)

窃盗罪の客体は、他人の動産である。「他人性」と「物」という要件の解釈は、器物損壊罪と同様である (151頁)。器物損壊罪と異なり、動産に制限されているのは、客体を移動させることができるかという観点に基づくものであり、民法上の動産・不動産の区別と一致するものではない。

ここでは、民事法の解釈が問題となる他人性要件について、具体例を紹介しておく。

例1：Mの一人娘であるTはMの旅行中に留守番をしていた。Mは旅行中に死亡した。Mの死亡後、その死亡通知を受け取る前に、TはMの宝石を盗んだ。

民法1922条1項によって相続人に所有権は移転する。したがって、TはMの死亡時に宝石の単独所有者になっており、(不能の)窃盗未遂のみが成立する。

例2 (BGH NSTZ-RR 2000, 234 (2000年2月29日))：被告人らは麻薬取引の際に売人に現金を支払って麻薬を受け取った後、払った現金を無理やり奪った。

民法134条・138条に違反する法律行為によって譲渡した金銭であっても、金銭自体は有効に譲渡される (物権法の無因性)。したがって、通常は、当該金銭を譲渡した者が、再び当該金銭を奪った場合、窃盗・強盗が成立する (BGHSt 6, 377 (1953年5月7日))。

しかし、例外的に、物権法上の譲渡まで無効になる場合もある。麻薬取引においては、代金の譲渡にまで刑法上の禁止が及ぶため、

金銭所有権は民法 929 条 1 項によって移転しない。したがって、例 2 においては、強要罪が成立するととどまる。

ただし、麻薬自体は所有権の対象であって、窃盗罪の対象たりうる (BGH NJW 2006, 72 (2005 年 9 月 20 日))。

【先行研究】

清水一成「続・ドイツ刑法判例研究 (10)」警研 59 卷 2 号 66-76 頁 (1988 年)

他人性要件の判断方法を示した BGHSt 6, 377 (1953 年 5 月 7 日) の翻訳。

第二款 行為態様：奪取 (Rn. 10)

奪取とは、他人の占有 (Gewahrsam)¹⁾ を侵害し、新たな占有を設定する行為であると定義されており、必ずしも自己の占有を設定する必要はないと解される。

奪取の該当性にあたって検討が要請されるのは、①他人の占有が存在するか、②新たな占有を設定したといえるか、③占有移転に対する合意の不存在である。

第一項 他人の占有

1. 一般論 (Rn. 11-13)

窃盗が保護する占有は、自然の支配意思 (Herrschaftswille) に担われた物に対する人間による現実の支配 (tatsächliche Sachherrschaft) と定義される。現実の支配といっても、物理的なものではなく社会通念 (Verkehrsauffassung) に基づいて判断される。所有権と異なり、民法上の占有 (Besitz) と一致するものではなく、間接占有 (民法 868 条) は直ちに刑法上の占有を基礎づけるわけではない。他にも、占有の相続を認める民法 857 条は刑法上の占有を基礎づけない。

物への現実の支配が認められるのは、通常の場合において物を左右できて、その支配に障害がない場合である。ここでは、評価的な視点が重要であって、かつ、個々の事情が決定的な役割を果たす。

2. 個別的検討

(1) 空間的支配による占有の成立 (Rn. 14)

例えば、郵便箱のように、空間を支配している場合、一般的な支配意思によって占有が得られる。ただし、土地に物が投げ入れられた場合にまで占有が成立するわけではない。

誰かが他人の空間内で失った物について、占有は空間の支配者に移転する (電車内の忘れ物について、RMG 13, 236 (1907 年 5 月 1 日))。さらには、単なる忘れ物についても空間の支配者の占有が成立するが、この場合、忘れ物をした者の占有も継続する (155 頁) ので共同占有になる。

(2) 占有の継続・喪失 (Rn. 20, 21)

いったん成立した占有が失われるのは、物の支配が消滅して、支配意思が放棄された場合である。

自己の支配する空間の外で物を失った場合には占有は喪失する。しかし、単に忘れてだけでは、忘れた物の所在をわかっていて、かつ、障害なく取り戻せる限り、占有は継続する (RMG 2, 278 (1902 年 4 月 14 日))。

支配意思が消滅するのは、死亡時か、支配意思を確定的に放棄する場合である。睡眠中でも物に対する占有は失われない。判例は、完全酩酊者 (BGHSt 4, 210 (1953 年 5 月 21 日))、さらには、瀕死の重傷人 (BGH NJW 1985, 1911 (1985 年 3 月 20 日)) にも占有の継続を認めている。

(3) 複数名が関わる場合 (Rn. 15-19)

現実の処分力は複数の人間が持ちうる。この場合、上下関係がある場合と同等の場合を区別する必要がある。奪取が認められるのは、優越する占有と同等の共同占有に対してだけであって、下位者の占有を侵害しても奪取ではない。この点については、下位者はそもそも占有を有していないとの説明も可能である。

同等の共同占有の典型例は夫婦である。上下関係のある占有は、労働関係で認められる。例えば、従業員が勝手に商品を棚から持

1) 民法の占有とは異なるため、「所持」という訳語が当てられることもある。

ち出せば、通常、店主又は店長の占有を侵害したとして窃盗になる。これに対して、金銭の出納係については、決算がなされる前に出納係の意思に反して金銭を動かすことが許されていない場合、出納係が単独占有を有する(BGH NStZ-RR 2001, 268 (2001年4月3日))。

運送中の商品については、雇用主が運転ルートを把握しているかによって、雇用主の占有が継続するかが判断される。例えば、長距離ドライバーについて、BGH GA 1979, 390 (1979年1月23日)は走行中の運転手に対する継続的監督まで要求しており、走行記録が存在するだけでは管理者の占有を認めない。

また、封緘物については、自動販売機のように固定された入れ物については、その内容物に対する占有は鍵の所持者が有すると解されている。これに対して、入れ物が固定されていない場合、内容と一緒に入れ物を動かせるため、入れ物の管理者が内容にも単独占有を有する。例えば、BGHSt 22, 180 (1968年6月12日)は、コイン式望遠スタンドの中のコインについて、スタンドが動かせる上、コインをいつでも取り出せるわけではないことから、コイン入れの鍵を有する業者の占有を否定している。

3. アメリカ法との比較

ドイツの占有の一般的な定義は、我が国と同一である。しかし、実際の当てはめにおいては必ずしも一致せず、忘れ物については広く占有の継続を認める一方、他人に委託した場合には所在を常に把握していない限り占有の継続は否定されている。これは、いったん物を占有した者による占有の継続については、物の所在を把握して実際にアクセスできることを重視するものであろう。

この点については、アメリカ法と対比すると相違は明瞭である。アメリカ法では、雇用者(employer)による従業員に対する監督、又は、コンテナ運搬物に対する封緘がなされている場合には寄託者(bailor)に占有(possession)が残ると理解されている(United States v. Mafnas 701 F.2d 83 (9th Cir. 1983))。つまり、対人的な指示・監督権、又は、対物

的な管理措置によって、物に近接する者による自由な処分が制約されている限り、雇用者・寄託者に占有は残ると理解されている。

第二項 新たな占有の設定

1. 一般論 (Rn. 23)

新たな占有が設定されたかという問題も、個別の事情と社会通念によって判断される。重要なのは、行為者が従前の占有保持者による妨害なく物を支配できているか、従前の占有保持者は行為者の支配を排除することなくしてはもはや物を自由に扱えないかである。

【先行研究】

白木豊「続・ドイツ刑法判例研究(11)」警研59巻3号60-69頁(1988年)

奪取の基本判例であるBGHSt 16, 271(1961年10月6日)の全訳に優れた解説が付されている。土井和重「窃盗罪の既遂時期」法学研究論集(明治大学)30巻97-118頁(2009年)

奪取についてドイツの判例・学説を紹介している。

2. 問題となる事例群

(1) 店舗内での窃盗

(a) タブーとされる場所への移転：飛び地占有(Gewahrsamsenklaue) (Rn. 24, 25)

小さくて運びやすい物を衣服に隠したり、カバンに入れたり、場合によっては握りこんだだけでも、「一身専属領域」に移転させており、社会通念上、他人の支配する空間内であってさえ、従前の占有は排除される。これは、身体はタブーとされる場所であって(人格権)、物を取戻すにはタブーへの侵入が必要であって、経験則上、重大な抵抗が予想される、という点から基礎づけられる。

物にアラームが設置されていてもそれは重要ではない。また、実際に監視されていることも無関係である。窃盗は秘密裏に行われる必要はない(見張られている状態でタバコをポケットに入れた事案で窃盗既遂を認めるものとして、BGHSt 16, 271(1961年10月6日))。

(b) 他の場合 (Rn. 26)

買い物籠に入れるなど、タブーとされる場所への移転がない場合、直ちに占有移転は生じない。占有が失われるのは、他人の支配する空間から出た場合である。例えば、BGH NStZ 2008, 624 (2008年6月26日)は店のノートパソコンを掴んで店から出てから店主がパソコンを奪い返した事案において、店から出た時点で窃盗既遂になることを認めている。

社会通念上、レジを通り過ぎただけでも占有喪失は認められうる。この場合、レジを通り過ぎる場面において、詐欺罪との区別も問題になる(185頁)。

(2) 店舗以外の場面 (Rn. 28)

店舗内での窃盗における分析は、住居での窃盗のような場面にも妥当する。タブーとされる場所への移転があれば窃盗は既遂になる。それ以外の場合、他人の住居や土地から出ていくなど、他人の支配領域から物を持って出れば、通常、既遂になる。ただし、BGH NStZ 1981, 435 (1981年6月24日)は、建物から5メートル外に出て300キロの金庫を車に乗せようとしていた事案を未遂にとどめている。

(3) 隠匿 (Rn. 29)

他人の支配する空間内で物を隠した場合、それだけでは従前の占有は侵害されない。しかし、行為者が物を隠した場所に自由に障害なくアクセスできる場合は、従前の占有保持者を排除して物を自由に扱えるといえるため、新たな占有の設定が認められる。

(4) 占有の弛緩 (Rn. 30, 30a)

占有の移転が生じない限り、せいぜい占有は弛緩するだけであり、これは窃盗罪の構成要件上、無意味な事態である。

占有の弛緩といわれるのは、店主が客に試着させるような場合である。試着した商品とともに逃亡した場合、窃盗が成立する(指輪を試着した事案について、BGH GA 1966,

244 (1965年6月11日))。なお、試着段階から物を奪う意思がある場合には詐欺罪との関係が問題になるが、窃盗罪のみが成立する(トリック窃盗と呼ばれる。詐欺罪が成立しない理由については、184頁)。

3. 窃盗の終了時点 (Rn. 92-94)

新たな占有の設定は、物への支配が確立していなくても認められて既遂になる。これに対して、行為者が物の占有を確実なものにした場合に始めて、窃盗は終了する。他人の支配する空間内にいたり、窃盗をした場所のすぐ傍にいたり、窃盗後に追いかけていたりするような場合、窃盗は終了していない。

窃盗の既遂後、終了前まで、加重構成要件が適用可能である。また、共同正犯・幫助も成立する。さらに、252条(強盜的窃盗罪)の成立範囲が画される(168頁)。

第三項 占有者の合意の不存在**1. 一般論 (Rn. 31-33a)**

占有保持者の意思に基づかず、又は、その意思に反して他人の占有が排除された場合、他人の占有は侵害されたといえる。被害者の承諾は、構成要件を阻却する合意である²⁾。

店主が見張っているというだけでは合意ではない。しかし、窃盗をさせるための畏として置いた物については占有移転への合意がある。この場合、窃盗は未遂にとどまる(BayObLG JR 1979, 296 (1978年10月3日))。なお、被害者の承諾が所有権移転にまで及ぶかどうかには争いがあり、窃盗未遂に加えて横領の既遂を認めるかについては議論が分かれる。

2. 条件付き合意 (Rn. 34, 35)

合意の成立範囲については、詐欺罪との関係も問題になるので、後で改めて検討する(184頁)。ここでは、欺罔の相手方がいないため263条が成立しえないことから生じる処罰の間隙を埋める重要な議論として、合意の条件という問題を扱う。この議論の主たる対象は自動販売機とATMである。

2) ドイツでは、被害者の承諾は、構成要件を阻却する合意と違法性を阻却する同意に分けられている。

(1) 条件の付けられる範囲

自動販売機・ATMの設置者は、外観からみて機械が通常通り機能する場合にのみ占有移転に合意するという条件をつけることができる。したがって、偽造したコインを使用したり、針金を使ったりして出てきた物を取得すると窃盗に該当する。

しかし、支払い意思やアクセス権限といった事情については、機械と無関係であるし263条との線引きができなくなるので、考慮されない³⁾。

(2) 外観という判断基準の適用例

外観の異常性が認められる場合、窃盗の成立が認められるため問題は少ない。例えば、OLG Koblenz NJW 1984, 2424 (1982年6月24日)においては、スロットマシンの故障を利用した現金の奪取について合意はないとしている。

問題が生じるのは、外観の通常性が争われる場合である。例えば、BGHSt 35, 152 (1987年12月16日)においては、他人のユーロチェックカードを使用してATMで現金を引出す行為について、ATMをプログラム通りに利用していることを理由に、現金の占有移転の外観は銀行による引渡しであって奪取ではないとして窃盗を否定している。

このように、外観基準を厳格に適用する場合、大きな処罰の間隙が生じるところ、1986年に導入されたコンピュータ詐欺罪(263条a)によって処罰の間隙は埋められている(197頁)。

263条aの施行後、ATM設置者の意思及び外観基準に加えて、263条aで処理するという立法者意思をも理由にして、偽造カードを利用した場合について窃盗を否定する判例が現れている(BGHSt 38, 120 (1991年11月22日))。この判例に対しては、偽造コイン

を使って自動販売機から物を取り出す行為を窃盗とすることと平仄が合わないとの批判がなされている。

(3) オーストリア判例との比較

オーストリアの判例においては、カードの無権限使用は窃盗罪を構成すると判断されている(OGH JBl 1986, 261 (1985年10月29日), OGH JBl 1992, 605 (1989年10月24日))。この点、代表的な教科書においては、支払い意思のような単なる主観的事情とは異なり、カードの利用権限は外部から認識可能な客観的事情といえるとの指摘がなされている⁴⁾。

この議論と比較すると、合意に条件をつけることが許される範囲を外観で制限するという議論を前提にしても、その範囲は一義的に定まるものではなく、ドイツの基準は厳格なものであることが理解できる。

【先行研究】

長井圓『カード犯罪対策法の最先端』109-142頁, 188-198頁(日本クレジット産業協会クレジット研究所, 2000年)〔一部初出・「クレジットカードの濫用に関するドイツ刑法の犯罪規定と裁判例(2)」クレジット研究21号(1999年)〕

ATMからの不正引出しについて窃盗罪・横領罪の成否を検討する裁判例を詳細に紹介した上で、分析を加えている。

第三款 主観的超過要素：領得意思

第一項 総説(Rn. 38-43)

冒頭において(154頁)、窃盗罪の基本構造において領得意思は、所有権の移転という視点を基礎に置くことを説明した。ここでは、さらに詳しく説明を行う。

ドイツにおいては、領得意思は、①所有権者を排除する意思(Enteignung)と、②自

3) Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 242, Rn. 36a (Eser/Bosch) (28. Aufl. 2010) は、条件を遵守しないことによる奪取と263条の欺罔を区別すべく、奪取に対する合意の条件を純然たる内心に及ぼすことはできないと説明している。

裁判例においては、自動販売機やATMに関わる場合以外でも、外観を基準にして窃盗と詐欺の区別が行われている(セルフサービスのガソリンスタンドで代金を支払わずに逃走した事案で、外観基準に基づいて詐欺罪を認めたものとして、BGH NJW 1983, 2827 (1983年5月5日))。

4) Kienapfel-Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil 2, §127, Rn. 103 (2003)。

己又は第三者のものにする意思 (Aneignung) に区別されている。所有権者の排除については未必の故意で足りるのに対し、自己又は第三者の物にする意思については意図が要求されている。窃盗犯人は通常、奪った物について所有権者が排除されることは甘受している (in Kauf nehmen) だけであって目的にしているわけではなく、排除意思については未必の故意で足りるとしなければ処罰の間隙が生じるからである。

ここでは、この二つの区分に加えて、所有権の承認という項目も設定して議論を整理する。所有権者の所有物であることを承認した振舞いが不可罰であることについて、①所有権の排除と②自己又は第三者のものにする意思という二つの区分に振り分けて説明するのはわかりにくいからである⁵⁾。

【先行研究】

領得意思については3つの基本文献が存在する。

斎藤信治「不法領得の意思 (1) ~ (3)」法学新報 (中央大学) 79 巻 8 号 35-101 頁, 同 11 号 37-124 頁 (1972 年), 86 巻 4・5・6 号 303-334 頁 (1979 年)

歴史的比較法として、ドイツ法だけでなく英米法・フランス法まで調査した包括的な研究。ただし、現在の議論の紹介は途中で終了している。

林美月子「窃盗罪における不法領得の意思についての一考察 (2) ~ (4・完)」警研 53 巻 4 号 69-78 頁, 6 号 47-56 頁, 7 号 25-29 頁 (1982 年)

ドイツ刑法成立後の基本的な判例・学説を広く紹介している。近時の新たなまとめとして、同「不法領得の意思と毀棄・隠匿の意思」立教法学 75 号 3-10 頁, 16 頁 (2008 年)。

穴沢大輔「不法領得の意思における利用処分意思についての一考察 (1, 2)」明治学院大学法学研

究 93 号 121-129 頁 (2012 年), 94 号 46-56 頁 (2013 年)

斎藤・林による先行研究を十分に踏まえて、ドイツの議論をわかりやすく紹介する今後の基本文献。

他に、斎藤豊治「Eberhard Schmidhäuser “Über die Zueignungsabsicht als Merkmal der Eigentumsdelikte”, Festschrift f. Hans-Jürgen Bruns (1978), S. 345ff.」甲南法学 21 巻 1・2 号 71-87 頁 (1980 年), 香川達夫「不法領得の意思」同『刑法解釈学の基本問題』303-320 頁 (立花書房, 1982 年)。

第二項 所有権の承認

領得意思は所有権を移転させる意思であるという基本的理解から、他人の所有権を承認している限り、窃盗罪は成立しえないという限定が導かれる。この限定から窃盗罪が否定される例を挙げる⁶⁾。

例 1 (RGSt 55, 59 (1920 年 6 月 29 日)) : 失踪した犬を見つけた人への謝礼金を得るため、犬を奪取した。

ここでは、本来、謝礼金をもらえるはずの犬を見つけた者の正当な占有は侵害されている。しかし、謝礼金を得るという利得目的が存在しても、犬に対する所有権を承認している限り、窃盗罪は否定される。

例 2 (BGHSt 19, 387 (1964 年 1 月 21 日)) : 兵士 S は、兵役終了時に帽子をなくしていることに気がついた。弁償するのが嫌なので、同僚の帽子を盗って、自分の物として衣装部に返却した。

この事案においても、兵士 S は帽子の所有者への返却意思しか有していない。賠償を避けるために帽子の同一性を欺罔した点については、詐欺罪の成否だけが問題となる。

他にも、所有権者に返却するためにいったん売却した盗品を取り戻した場合 (BGH

5) ①排除意思と、②自己又は第三者のものにする意思を実質的観点とした上で、所有権者の地位に基づいて物を自由に扱う意思を形式的要素として必要とする整理として、Schönke-Schröder, Strafrechtsgesetzbuch, § 242, Rn. 47 (Eser/Bosch) (28. Aufl. 2010)。

オーストリアにおいては、領得意思という要件によって、①一時使用、②損壊・剥奪目的の奪取、③所有権者のためにする行為について窃盗罪が否定されるとして、三つに区別した整理がなされている (Kienapfel-Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil 2, §127, Rn. 146-151 (2003))。委託財横領罪における領得の整理について、177-178 頁。

ただし、Rengier, Rn. 39 は、所有権者のように振る舞う意思という言い回しは誤解を生じさせやすく、排除意思・自己又は第三者のものにする意思を検討すべきと指摘している。

6) Rengier, Rn. 56, 57 では、排除意思が否定される例として挙げられている。

NJW 1985, 1564 (1984年11月28日)や、身代金を条件に返却する意思で絵画を奪取する場合も、窃盗罪は否定される。奪取時に所有権を移転させる意思がなく、本来の所有権を承認していることを根拠に領得意思を欠くとして窃盗罪の成立が否定される。

第三項 排除意思

1. 総説：単純使用との区別 (Rn. 44-46)

排除意思は、物を支配できる地位から、事実上、永続的に (dauerhaft) 所有権者を排除する意思がある場合に認められる。所有権者に財産上の損害が生じることは必要でなく、例えば、より高価な物と交換する場合でさえ窃盗は成立する。代替物の無断交換については、推定的承諾による違法性阻却によって、適切な結論が確保される。

排除意思が重要になるのは、行為者が奪取時に物を返却する意思がある場合である。物の価値を奪う場合は別として、単なる嫌がらせの意図があるだけでは、返却意思があれば排除意思は否定される。例えば、ライバルのバイオリンを音楽コンクールの間だけ隠匿する場合には排除意思は認められない。

さらに、排除意思は、領得と単純使用 (Gebrauchsanmaßung) を区別するという機能を果たす。単なる使用の意図でも自己の物にする意図は認められるが、排除意思は否定される。

2. 物の価値の剥奪

(1) 領得の対象 (Rn. 39, 41)

ドイツにおいては、領得の対象 (Gegenstand der Zueignung) という表題で、物自体だけが領得の対象とする物質説 (Substanztheorie)、物の価値を領得の対象と考える価値説 (Sachwerttheorie) が存在し、判例は、両方の立場を併用する立場 (Vereinigungstheorie) を採用している。

抽象的でわかりにくいのが、返却意思のある単純使用の場合について考えるとわかりやすい。判例の立場によると、物自体は返却されているものの、物の価値の剥奪を根拠に排除意思が肯定するという点である。

(2) 物の価値の範囲

(a) 物に内在する価値 (Rn. 47-49)

物の価値の剥奪といってもあらゆる場合が含まれるわけではない。物に内在する固有の価値、物自体に化体された (経済的) 価値が奪われることで、奪われた範囲で物を無価値にしようとする意思がある場合に排除意思が認められる。物に内在する価値のことを、ラテン語で, *lucrum ex re* (物自体からの利得・価値) と呼称されている。例えば、使用後に返却する意思でテレホンカードを奪取した場合、排除意思が認められて窃盗罪が成立する。

この問題に関する古典的な事例が RGSt 22, 2 (1891年3月7日) の預金通帳事件である。預金通帳を使用して貯金を下ろした後に通帳を返却する意思がある場合、通帳という物自体は返却する意思がある。しかし、通帳は免責証券 (民法 808 条 1 項) であり、銀行に対する預金債権を化体しているため、通帳の価値の剥奪を理由に排除意思が認められる。入場券のような免責証券全般について同様の議論は妥当する。

(b) 内在する価値の限界 (Rn. 51-54)

領得犯罪が保護するのは、所有権から生じる物を永続的に支配する地位である。したがって、物に内在する価値の侵害は所有権侵害といえるのに対して、その限界を超えることは許されない。この限界を超えると窃盗罪が、所有権を保護する罪でなくなり、経済的に利得することを処罰する罪になってしまうからである。この点については、ラテン語で *lucrum ex negotio cum re* (物の単なる使用による利得) と呼称されている。

例えば、預金通帳を奪取する際、身分証明のためにパスポートも奪取した場合、パスポートを返却する意思があればパスポートに対する排除意思は認められない。パスポートの同一性証明機能は全く侵害されていないからである。

フロッピーディスクのデータをコピーして使用するだけで、物の価値に変更がない限り、行為者に経済的利益を得る意思があっても、排除意思は否定される (BayObLG NJW

1992, 1777 (1991年12月12日))。

さらに、通帳と異なり、暗証カードを無断使用するために一時的に奪取する場合にも、物の価値の剥奪を理由として排除意思を認めることはできない (BGHSt 35, 152 (1987年12月16日))。暗証カードは金庫の鍵と同様、ATMに保管された金銭にアクセスすることを可能にする機能しかないからである。

(3) 価値の減少 (Rn. 50)

物の価値の剥奪を根拠にして排除意思を認めることは、価値を相当程度減少させる場合にも許される (2年間機械を無権限で使用した事例について横領罪を認めたものとして、BGHSt 34, 309 (1987年3月17日) → 171頁)。ただし、どの程度の価値の減少があれば、248条bの無断使用を超えて、窃盗罪が適用されるに至るかは価値判断の問題である。

3. 排除意思が問題になる諸事例

(1) 自動車の乗捨て (Rn. 60)

奪取した自動車の乗捨てについては、場所の遠近などの具体的事情を考慮して、特段の負担なく従前の占有が回復できる場合、返却意思が認められて排除意思が否定される。これに対して、第三者が簡単に手を出せる場所に放置するつもりであって、返却されるかを偶然に委ねるような場合には排除意思が認められる (BGHSt 22, 45 (1968年1月26日))。

(2) 新本の借用 (Rn. 61, 61a)

OLG Celle NJW 1967, 1921 (1967年3月16日)は、新品の本を読んでから返すつもりであったという事案において、読んでしまうと新本の価値が失われて、中古品になることを理由に窃盗の成立を認めている。

しかし、本屋で読む場所があることに鑑みると、直ちに価値の減少を認めるのは妥当ではない。自動車のように、乗車されると新車の価値が損なわれるような場合であれば、排除意思を認めてよい。

(3) 再売却 (Rn. 62)

所有者から奪取した者を、別物として所有者に売却する場合には排除意思が認められ

る。この場合、所有権者の所有権を否定しているからである。

第四項 自己又は第三者のものにする意思

1. 自己のものにする意思

(1) 被害物を財産に組み込む意思 (Rn. 64-66)

行為者が奪取した物自体を少なくとも一時的にでも自身の手元に置か、利用する意思がある場合、すなわち、自己の財産に組み入れる (*in sein Vermögen einverleiben*) 意思がある場合には自己のものにする意思が認められる。窃盗罪は所有権犯罪であって利得犯ではないため、経済的利益を得る意図は不要である。

しかし、単なる占有の開始自体は所有者のように振る舞う意思があるとはいえない。占有の開始だけで自己のものにする意思を認めると、物を剥奪するあらゆる行為が窃盗になってしまうからである。損壊の意図に基づく奪取については自己のものにする意思を欠く。損壊行為についても所有権者の権能を無断行使しているといえるものの、行為者の財産状態の変更は認められない。例えば、略式命令文書を毀棄するだけのために奪う場合 (BGH NJW 1977, 1460 (1977年5月10日)) には、当該文書を自己のものにする意図を欠く。

これに対して、下着に対するフェティシズムから女性下着を盗んだ場合でも、自己のものにする意思は認められる (OLG Hamburg MDR 1954, 697 (1954年2月24日))。また、刑務所の扉を開くために鍵を使ったら捨てるつもりでも、鍵を自己のものにする意思は認められる。

(2) 物の価値を自己のものにする意思 (Rn. 67)

領得の対象が物自体又は物の価値であることから、物の価値を自己のものにする意思があれば領得意思は認められる。

しかし、排除意思と異なり、物の価値を自己のものにする意思がある場合には、そもそも物自体を自己のものにする意思が認められる。したがって、独立して物の価値を論じる

必要性はない。

【先行研究】

山本輝之「続・ドイツ刑法判例研究(12)」警研59巻4号68-76頁(1988年)

毀棄目的について領得意思を否定したBGH NJW 1977, 1460(1977年5月10日)の翻訳に解説が付されている。

2. 第三者のものにする意思(Rn. 68-79)

1998年の第6次刑法改正により、窃盗罪に第三者領得も追加された。この改正により、行為者が自身のものにする意思を有する場合だけでなく、第三者のものにする意思を有する場合も包含されることが明確にされた。自己のものにする意思に関する議論は、そのまま第三者のものにする意思に妥当する。

第三者のものにする意思を認めるには、第三者の財産に組み入れるのに必要な状況を作成する意思が必要である。例えば、自転車を誰かが使うであろうと考えて放置するだけでは足りず、第三者の家の扉の前に置くことがまで要求される。

なお、1998年改正以前、自己のものにする意思しか規定がなかったため、物の価値を自己のものにする意思を非常に広範に認めることで処罰の間隙が回避されていた。例えば、窃盗に協力したことに対する報酬を得る目的にさえ、物の価値を自己のものにする意思があるという解釈がなされていた(BGH NJW 1985, 812(1984年9月26日))。現在では、このような解釈は不要となっている。

【先行研究】

上嶋一高「ドイツの第六次刑法改正法」刑法雑誌38巻2号249-251頁(1999年)

1998年改正による第三者領得の包含について簡易に紹介。

穴沢大輔「いわゆる第三者領得について」上智法学論集50巻2号103-129頁(2006年)

1998年改正以前の判例の状況を含めた詳細な紹介。

3. 意図の必要性

自己又は第三者のものにする意思は、確定的認識を超えて意図であることが必要である。

(1) 意図が否定される事例(Rn. 80, 81)

意図の必要性から、入れ物と中身を区別して考える必要が生じる。窃盗犯人が入れ物を運搬手段として利用せず、すぐに捨てるつもりの場合、入れ物に対しては自己のものにする意思は否定される。さらに、行為者が現金を狙ったものの、中身が無価値なものであった場合、窃盗未遂が成立するととどまる(BGH NJW 1990, 2569(1990年3月8日))。

刑務所から逃走する際に着用している衣服についても、着用して逃走することはやむを得ないことであって意図されたものでない場合、自己のものにする意図が否定される。

(2) 条件を付けている場合(Rn. 84, 85)

自己又は第三者のものにするかどうかについて条件を付けている場合であっても、自己又は第三者のものにする意思は否定されない。問題となるのは、最終的な意思決定が行われていたかどうかである。

例えば、他人の物を「担保にとる場合(Inpfandnahme)」、債務者の態度次第であっても売却する意図がある限り、最終的な意思決定はあるので自己のものにする意思は認められる。

第五項 領得の違法性・故意

1. 総説(Rn. 86)

領得意思には、領得の違法性という限定が付されている。この要件は、刑法総論という違法性と違い、客観的構成要件要素であり、この要件に対応した故意も必要である。

領得の違法性を欠くのは、行為者が奪取した物に対して、期限がきており、かつ、抗弁もない請求権を有する場合である。

2. 特定物債務(Stückschulden)の場合(Rn. 87)

特定物に対する債権を有する行為者が、引渡しを拒む債務者から当該特定物を無断で持

ち去っても領得の違法性は否定される。そのような債権を有すると誤信している場合には、故意が阻却される。

3. 種類債務 (Gattungsschulden) の場合 (Rn. 88-91)

種類債務の場合、特に金銭債権を有する行為者による無断での現金奪取の場合には議論がある。

判例においては、客観的違法性は否定されないとされている (BGHSt 17, 87 (1962年1月12日))。種類債務の場合は、債務者にはどの物を引き渡すかの選択権があるからである (民法 243 条)。

しかし、学説においては、金銭については品質の区別はありえず選択権は無意味である以上、行為者が奪取した現金に相応する期限の来た金銭債権を有している場合には違法性を否定すべきとされている。ただし、この議論は、金銭以外には妥当しない。

判例においては、客観的違法性が認められるとしても、当該現金を奪取する権利があると錯誤しているのが通常であって故意が阻却されると解されている。しかし、これに対しては、違法性の錯誤にすぎないとの批判もなされている。

【先行研究】

林幹人『財産犯の保護法益』193-212 頁 (東京大学出版会, 1984 年)

領得の違法性をめぐる判例・学説をわかりやすく紹介・検討している。

木村光江『財産犯論の研究』358-382 頁 (日本評論社, 1988 年)

林と同様、領得の違法性をめぐる判例・学説を紹介。

第六項 オーストリア法・スイス法との比較

ドイツ法同様、オーストリア刑法 127 条、スイス刑法 139 条においても、所有権に対する罪である窃盗罪において、所有権を移転さ

せる意思である領得意思が要求されている。

しかし、領得意思に加えて、両国では、明文上、被害者の財産を減少させて自ら又は第三者の財産を増加させる利得目的も要求されている。この利得目的はドイツでは詐欺罪・恐喝罪において要求されているものである (195 頁)⁷⁾。

オーストリア・スイス刑法の規定からは、所有権を移転させる領得意思と、経済的利益を移転させる利得目的が別種のものであり、しかも、両方を重疊的に要求する立法も可能であることが理解できる。

第三章 強盗に関する罪

本章では、強盗罪、強盗致死罪、事後強盗に類する強盗的窃盗罪を扱う。本章の第一節で扱う強盗罪に対応するのは、Rengier, §7, Raub, 128-143 頁、第二節で扱う強盗的窃盗罪に対応するのは、§10, Räuberischer Diebstahl, 165-175 頁である。

強盗の加重類型 (250 条, 251 条) は、筆者の力が及ばず対象に入れることができなかった。

【先行研究】

神元隆賢「強盗関連罪の身分犯的構成 (1)」成城法学 75 号 252-191 頁 (2007 年)

ドイツの強盗に関連する各種構成要件を紹介。

第一節 強盗罪

第一款 総説

【条文】

249 条 1 項 人に対する暴行を用い、又は、身体若しくは生命に対し現在の危険を及ぼす旨の脅迫を用いて、違法に自ら領得し又は第三者に領得させる目的で、他人の動産を他の者から奪取した者は、1 年以上の自由刑に処する。

7) なお、被害者の財産の減少と、自己又は第三者の財産の増加に直接的な関係 (素材同一性) がドイツ (195, 203 頁)・オーストリア (Kienapfel-Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil 2, §127, Rn. 167, 168 (2003)) では要求されているが、スイスでは要求されていない (A. Donatsch, Strafrecht III, 86 頁 (9. Aufl. 2008))。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

- (1) 窃盗に関わる要件：他人の動産の奪取
- (2) 強要に関わる要件
 - (a) 対人暴行 (Gewalt gegen eine Person) 又は
 - (b) 生命・身体に対する現在の危険を及ぼす旨の脅迫 (Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben)
- (3) 目的関係 (Finale Verknüpfung)：奪取の手段としての暴行・脅迫の使用

2. 主観的構成要件

- (1) 故意
 - (2) 主観的超過要素：領得意思
3. 領得の客観的違法性・違法性に対する故意

II 違法性

III 責任

法定刑：1年以上の自由刑

未遂処罰あり：23条1項・12条1項

第一項 ドイツの強盗罪の構造 (Rn. 1)

強盗罪は、強要罪 (240条) と窃盗罪を結合した独自の犯罪である。したがって、保護法益は、意思活動の自由と所有権である。

強要の部分については、240条と比べて249条は、暴行を対人暴行に限定し、脅迫の内容を生命身体に対する現在の危険に制限している。また、強要の手段である暴行・脅迫が奪取を可能にするために使用されるという関係が必要である。

窃盗の部分については、窃盗罪と完全に同一の要件が定められている。不動産に対する強盗は存在しないし、日本法における2項強盗も存在しない。日本法で2項強盗罪が成立する部分については、機能的には、強盜的恐喝罪によって恐喝罪の加重類型として処罰さ

れる (200頁)。

第二項 2項犯罪の系譜

ドイツ財産犯の概論から離れるものの、日独で規定形式が大きく異なるため、ここで2項犯罪の系譜について説明する。

1. フランス刑法の影響という推測

日本法においては、強盗罪・詐欺罪・恐喝罪において、1項・2項で財物と財産上の利益を並置している。この規定ぶりはドイツ刑法の規定と大きく異なり、フランス刑法の影響を受けた旧刑法下の証書騙取の罪 (390条)、及び、旧刑法には取り入れられなかったもののボワソナードが関与した日本刑法草案427条の証書強請の罪に由来するものと推察されている⁸⁾。

2. 法案の変遷

現行刑法の制定過程においては繰り返し法案が作成されている。この法案の変遷過程をみると、フランス刑法の影響という推察をさらに強化することができる。

(1) 不正の利益という用語の登場

まず、ボワソナードの刑法改正案に対する司法省及び法律取調委員会が修正を加えた明治22年の仏文の刑法草案 (Projet révisé de code pénal) の詐欺罪 (493条) をみると、客体が①金銭、②有価証券、③動産、④不動産、⑤各種の証書、⑥各種の有利な訴訟結果が羅列されている。一方、494条の準詐欺罪においては「l'un des avantages illicites prévus à l'article précédent」と規定されている。この仏文草案を元に法律取調委員会で確定した草案を反訳した日本語案では「前条に規定したる不正の利益の一」という文言が採用されている⁹⁾。

調査した限りでは、この明治22年案で始めて、現行法の「不法の利益」に類似する文言が出現している。ここでは、詐欺罪の多様

8) 中森喜彦「二項犯罪小論」論叢94巻5・6号215-227頁 (1974年)。

9) 条文は内田文昭ほか編著『日本立法資料全集20-2 刑法〔明治40年〕(1) - II』349, 416頁 (信山社, 2009年) による。

な客体の規定の繰返しを回避するため、「不正の利益」という文言が使用されたといっておくであろう。

(2) 不正の利益という包括的な規定形式の導入

その後、明治23年草案372条において詐欺罪の客体は「不正の利益」に統一されるに至り、物と利益を区別しない規定になっている¹⁰⁾。これは、明治22年案を前提に、客体の規定の煩雑さを避けるため、準詐欺罪の規定形式を詐欺罪に及ぼしたものと推測することも許されるであろう。

一方、強盗罪についてみると、明治23年草案361条においては暴行・脅迫による窃盗が強盗であるとして窃盗と強盗を同質のものと定める規定ぶりはなお維持されている。しかし、361条から少し離れた365条においては、証書強請・滅尽の罪が取り入れられている。

(3) 動産・財物と財産上の利益の並置

明治28年草案に至り、動産と財産上の利益が強盗罪(295・296条)、恐喝罪(302・303条)、詐欺罪(304・305条)で並列されるに至り、現行法の構造が成立している¹¹⁾。

その後、明治35年草案で動産が財物に文言が変更され、財物と利益の並置という現行法の規定ぶりが完成している¹²⁾。

(4) 証書騙取罪・証書強請罪の延長としての2項犯罪

法案の変遷をみる限り、①詐欺罪において、旧刑法下においては財物と証書の騙取が並置されており、その後、金銭・有価証券・

動産・不動産・各種の証書・有利な裁判という客体が「利益」と包括的に表現されたこと、②強盗罪において、窃盗罪の延長にある強盗罪に暴行・脅迫によって証書を作成させる罪が付加されたことが判明する。

資料的に確定できないとしても、証書騙取罪・証書強請罪の延長として、明治28年に動産に対して財産上の利益が並置されたことで、2項犯罪という規定形式が誕生したと推測することは自然なものと思われる。

そうすると、沿革的には、権利の取得・義務の免脱による利益の移転が処罰対象として予定されていたが、文言上、利益の種類の制限がなくなったといえる。

第二款 成立要件の検討

第一項 行為態様

1. 対人暴行

(1) 暴行概念 (Rn. 8)

暴行の伝統的定義は、①現実の又は予期される抵抗を排除するため、②物理的な有形力を、③他人の身体に作用させて強制力を行使すること、である¹³⁾。

このうち、②物理的な有形力は単なる身体の挙動で足りると解されている。何故なら、爆薬のスイッチを押すように指を動かすだけの場合も、抵抗を排除する物理作用として暴行に包含すべきだからである。

これに対して、③他人の身体への作用も緩和して、心理的作用でも足りるとするかについても、強要罪において大きな展開が存在する¹⁴⁾。しかし、強盗罪においては、対人暴行に限定されており、被害者の身体への直接又は間接の作用が必要である。対人性という限定により、心理的作用と単純な対物暴行は

10) 条文は、内田文昭ほか編著『日本立法資料全集 20-3 刑法〔明治40年〕(1) - III』194頁(信山社, 2009年)による。

372条 自己又は他人を利するの意を以て虚偽の事を構造し又は眞實の事を變更、隠蔽し其他詐欺の方略を用ひて人を錯誤に陥れ以て不正の利益を得たる者は詐欺取財の罪と爲し二月以上四年以下の有役禁錮及び十圓以上百圓以下の罰金に處す

11) 条文については、中島晋治『改正刑法草案理由(罪名編)』255-261頁(法政学会, 1899年)に解説付きで掲載されている。

12) 条文については、内田文昭ほか編著『日本立法資料全集 25 刑法〔明治40年〕(5)』49頁(信山社, 1995年)。なお、明治39年に「不法に財産上の利益を得」という文言が「財産上不法の利益を得」に変更されている。

13) ドイツにおいては、暴行の意義については強要罪の解釈をめぐって盛んに議論が行われている。詳細については、Rengier, Strafrecht BT II, §23, Rn. 2-32 (11. Aufl. 2010)。

強盗罪の手段になりえない。

(2) 具体例 (Rn. 9-15)

所有権者の帰宅を妨害するため、車のタイヤを裂いたり、入口を塞いだりするような場合、対人暴行は否定される。これに対して、部屋に監禁する場合は、間接的な対人暴行が認められる (BGHSt 20, 194 (1965年4月6日))。家に入れないようにする場合には、移動の自由自体は侵害されておらず、監禁とは性質が異なるからである。

睡眠中や酩酊者に対しても暴行は行われうる。例えば、被害者が万が一助けを呼ぶこともできないように、脇道に引きずっていくような場合である (BGHSt 4, 210 (1953年5月21日))。しかし、ほとんど抵抗できない状態の被害者が尻ポケットに置いた手をどけるだけで暴行を認める BGHSt 16, 341 (1961年12月5日) は暴行を広く認め過ぎとの批判もなされている。

窃盗と強盗の限界事例として問題になるのはひたたくりである。暴行に該当するのは、抵抗を排除する意思がある場合だけであり、抵抗を回避するために被害者の驚愕を利用するだけでは、暴行に該当しない。しかし、カバンをしっかりと被害者が持っていて力を込めて奪取するような場合には強盗罪が成立する (BGH NJW 1955, 1404 (1955年6月10日))。

具体例をみれば明らかのように、強盗罪の暴行該当性はかなり広く肯定されている。日本法と異なり、強盗罪と恐喝罪を暴行が反抗を抑圧するに足りる程度か否かで区別するという問題意識は見受けられない (200頁)。

(3) 第三者に対する暴行 (Rn. 17)

暴行の相手は、少なくとも行為者の認識上、占有を保護する意思がある者であれば占有者以外の第三者でも足りる。しかし、占有

を保護する意思がない者に暴行を加えても強盗罪は成立しない。例えば、幼児を暴行してその父親に奪取を甘受させる場合、心理的作用しか存在せず、脅迫の該当性を検討すべきである。

(4) 被害者の殺害 (Rn. 34)

スムーズに財物を奪取するために、占有保持者を殺害する場合も暴行に該当する。占有の取得が殺害後であっても問題ない (BGH NStZ-RR 2003, 44 (2002年10月17日))。この場合、死亡結果を伴う強盗罪が成立し、謀殺罪 (211条) と観念的競合の関係に立つ (BGHSt 39, 100 (1992年10月20日))。

2. 脅迫

(1) 脅迫概念 (Rn. 18, 19)

脅迫の一般的な定義は、①脅迫者が左右できるか、左右できると仮装した②害悪が迫っている状態の告知で、③被害者からみて真実味を帯びたもの、である。被害者が脅迫に全く気付かなかった場合には未遂にとどまる。

強盗罪における脅迫の内容は、生命・身体に対する現在の危険を及ぼす旨の告知に限定されている。身体への加害は重大なものに限るべきであり、ピンタをする、と脅迫しても強盗にはならない。現在の危険の解釈は、34条の正当化緊急避難と同一内容と理解されている。

(2) 加害対象が第三者の場合 (Rn. 20)

生命・身体に対する危険が及ぼされる相手は、脅迫を受ける者に限られず、身近な者であれば足りる。基準となるのは、自分自身への加害と同じぐらいの害悪と感じられ、それゆえ、強制を受けるかである。

14) デモにおける路面電車のレール上への座り込みに関して、BGHSt 23, 46 (1969年8月8日) は、暴行は身体的強制と感じられるほどの心理的な強制でも足りるとの立場を採用して、レール内に立入ることで運転手に電車を停止させることは暴行に該当すると判示した。しかし、憲法裁判所が、BGH判例による暴行の解釈は基本法103条2項に違反すると判示した (BVerfGE 92, 1 (1995年1月10日))。その後、BGHSt 41, 182 (1995年7月20日) は、従前よりは身体的な強制作用を要求し、現に排除しがたい障害によって移動を妨害する場合には暴行に該当すると判示している。

(3) 脅迫の告知相手が第三者の場合 (Rn. 21)

暴行と同様、占有者でなくても、少なくとも行為者の認識上、占有を保護する意思がある者に対して脅迫を行えば、強盗に該当する。例えば、職場の従業員を脅迫する場合である。

第二項 奪取の手段としての暴行・脅迫

1. 目的関係の主観性 (Rn. 22, 23)

行為者が、奪取を目的として暴行・脅迫を使用したことが必要である。この点、判例・通説は、暴行・脅迫と奪取に客観的な因果関係は必要ないと解している (BGHSt 4, 210 (1953年5月21日))。文言上の支障はないし、暴行・脅迫を行う行為者の特段の危険性に鑑みて支持できる。

例えば、睡眠している被害者に奪取を邪魔されないように監禁したものの、被害者は熟睡していて全く気が付かなかったような場合でも強盗既遂が成立する。

2. 時間的場所的密接性：奪取の着手の必要性 (Rn. 24, 25)

目的関係の必要性から、さらに、暴行・脅迫と奪取の間には時間的場所的な密接性が要求される。その基準は未遂 (22条) によって定まる。窃盗の予備段階での暴行・脅迫は強盗を認めるには不十分である。

例えば、暴行・脅迫によって物の場所を吐かせた後、物を奪取するために移動が必要な場合、強要罪と窃盗罪が成立するにとどまる。こういった場合に強盗を認めるには、身体拘束などによって暴行・脅迫の作用が窃盗の着手時点まで継続していることが必要である。

3. 暴行・脅迫後の奪取意思

(1) 奪取意思のない暴行・脅迫の作用の利用 (Rn. 26, 27)

奪取の意思なく暴行脅迫を行った後に、その状態を利用して奪取しても目的関係を欠くため強盗にならない。ただし、奪取の意思が生じた後に黙示の脅迫が継続している場合は別である。例えば、傷害や強姦の後、完全に

抵抗不能な被害者の現金を奪う場合は強盗にならないが、強姦の後に被害者を組み伏せた状態で現金を奪えば、暴行が継続しているので強盗になる。BGHSt 20, 32 (1964年9月15日)は、キスするために抱き付こうとして、左腕を掴んでから、被害者が腕時計をしていることに気が付いて奪取した事案において、暴行の継続による強盗を認めている。

(2) 奪取対象の変更 (Rn. 28-30)

奪取するつもりであった物と全く別の物を奪取した場合にも目的関係を欠く (BGH NSStZ-RR 2002, 304 (2002年7月17日))。例えば、銃を奪おうとして暴行した後、銃を探している間に現金を見つけて奪った場合、現金に対しては窃盗が成立する。

(3) 不作為による暴行

他の目的で被害者を拘束又は監禁した後、抵抗できない状態を利用した物を奪取した場合に、奪取のために、不作為による暴行がなされたといえるかが議論されている。

BGHSt 48, 365 (2003年10月15日)は、拘束・監禁からの解放がなされるまでは不作為によって暴行が継続しているとして強盗の成立を認めている。しかし、積極的な暴行を行った行為者と、強制状況を除去していないとの認識で奪取する行為者を同列にすべきではないとの批判がなされている。また、被害者が意識を失った場合には不作為構成が妥当しないことは不均衡であるとの指摘もなされている。

【先行研究】

不作為による強盗については、詳細な判例と学説の紹介がなされている。

富高彩「強盗罪における不作為構成 (2・完)」上智法学論集 54 巻 3・4 号 57-76 頁 (2011年)

芥川正洋「不作為の暴行による強盗罪の成否」早稲田法学 87 巻 1号 175-184 頁 (2011年)

第三項 故意 (Rn. 35-37)

強盗における故意の存否が問題になるのは、元々の奪取意思の範囲内といえる物を奪取したか、奪取の目的物を変更しているかで

ある。

例えば、5ユーロの現金を財布から奪おうとして被害者を殴った後、財布に700ユーロの現金を見つけて奪取した場合、当初の奪取意思から重大な変更はないので全額に対する強盗が成立する（BGHSt 22, 350（1969年3月14日））。

これに対して、行為者の当初の予定の範囲にないといえるような事態の展開があった場合には、当初の目的物に対する強盗は未遂にとどまり、別途、現に奪取した物に対しては窃盗が成立する（奪取対象の変更は目的関係も欠くことについて、167頁）。

第二節 強盜的窃盜罪

第一款 総説

【条文】

252 条 窃盜の際に現場で遭遇し、盜品の占有を維持するために、人に対して暴行を加え、又は、身体若しくは生命に対し現在の危険を及ぼす旨の脅迫を用いた者は、強盜犯人と同一の刑に処する。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客觀的構成要件

- (1) 主体：窃盜既遂の犯人（Vollender Diebstahl）
- (2) 行為状況：現場での遭遇（auf frischer Tat betroffen）
- (3) 行為態様：①人に対する暴行 又は ②生命身体に対する危険による脅迫

2. 主觀的構成要件

- (1) 故意
- (2) 占有を維持する意図（Besitzerhaltungsabsicht）

II 違法性

III 責任

法定刑：強盜と同一

第一項 ドイツ法の特徴

強盜的窃盜罪は、所有権と意思活動の自由を保護する犯罪であって、占有の確保が終了していない段階で占有を確実なものにするために暴行・脅迫を行うという点で、占有を取得するために暴行・脅迫が使用される強盜罪と同質の可罰性を備える。主觀的要件として、物の占有を維持する意図がある場合だけを規定しているのも、強盜的窃盜罪が占有を確保する際に暴行・脅迫を行うことを処罰することの現れである。

窃盜の終了は占有の完全な確保段階で認められる（157頁）ところ、物を奪取しても窃盜が終了するまではなお占有は不安定であり、窃盜の既遂後から終了までという限られた範囲でのみ強盜的窃盜罪は成立するのである。

【先行研究】

金澤真理「財物奪取後の暴行・脅迫」阿部純二古稀『刑事法学の現代的課題』297-306頁（第一法規、2004年）

強盜的窃盜罪の性質に関する議論を紹介。

第二項 アメリカ模範刑法典との比較

アメリカの模範刑法典 222.1 条においては、窃盜に際して、重傷害を負わせるか、その旨を脅迫するか、第一級・第二級重罪を行うか、その旨を脅迫する場合に強盜が認められる。「窃盜に際して」という要件は、窃盜の未遂以降の段階又は窃盜未遂・既遂後の逃走中であると規定されている。

占有の移転・確保に注目して窃盜・強盜の同質性を維持するドイツ法と比べると、模範刑法典の規定は窃盜の際に行われる暴力行為に注目した規律といえる¹⁵⁾。日本法の後強盜罪は、ドイツ法とは異質であって、アメ

15) American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries Part2, §§220.1 to 230.5, p.104(1980) では、逃走中に自分を捕まえようとする人間に暴力をふるう人間は、必要があれば窃盜のためにも暴力をふるう人間であって、強盜罪が処罰対象とすべき人間であると解説されている。

リカ模範刑法典の規定に類するタイプの罪であろう。

【参照】

アメリカ模範刑法典 222.1 条 強盗 Robbery 1 項後段 An act shall be deemed “in the course of committing a theft” if it occurs in an attempt to commit theft or in flight after the attempt or commission.

第二款 成立要件の検討

第一項 主体 (Rn. 4-6, 27)

強盜的窃盜罪の主体は窃盜の既遂犯人である。窃盜が未遂段階で暴行・脅迫を使用した場合には強盜罪が成立する。また、窃盜の終了後も、もはや強盜的窃盜罪の主体たりえない。

なお、強盜既遂の犯人も強盜的窃盜の主体たりうる (BGHSt 21, 377 (1967 年 11 月 21 日))。強盜既遂 (249 条) の後、強盜的窃盜 (252 条) も成立する場合、強盜致死 (251 条) のような加重事由があれば、252 条・251 条が適用される¹⁶⁾。強盜既遂と強盜的窃盜が同じ重さであれば、249 条のみが適用されて強盜的窃盜は共罰的事後行為になる。

第二項 行為状況

1. 現場性 (Rn. 7)

窃盜の終了以降は、窃盜の現場性は否定される。判例・通説は、窃盜の終了という基準に加えて、窃盜との時間的場所的近接性を要求している。この制限によって、強盜と強盜的窃盜の同質性が保障されるからである。例えば、BGHSt 28, 224 (1978 年 12 月 13 日) は、車に同乗中、被害者に気づかれないうちに財布を盗んで 50 キロメートル過ぎてから暴行を加えた事案において時間的場所的近接性を否定している。ただし、この事案で現場性を否定することには疑義も示されている。

2. 他人に発見されることの要否 (Rn. 8-10)

窃盜犯人が他人に発見されたことが要求さ

れるか、発見される前に機先を制して暴行を加えた場合でも強盜的窃盜が成立するかは争いがある。

ドイツ語の *betroffen* の語感としては、発見されることを要求するのが自然である。しかし、判例・通説は、不安定な占有を確保するために暴行・脅迫を用いることを処罰するという強盜的窃盜罪の趣旨に鑑みて、他人に発見されたことを要求すべきでないとしている (BGHSt 26, 95 (1975 年 2 月 27 日))。

第三項 行為態様 (Rn. 12)

暴行・脅迫の意義は強盜罪と同様である (165 頁)。暴行・脅迫の対象者は、少なくとも行為者の認識上、盗品の占有を回復する意思がある者であれば足りる。

第四項 占有維持意図 (Rn. 13-18)

盗品の占有を維持する意図は意図であることが必要である。ただし、唯一の動機である必要はなく、盗品を取戻されることを防ぐことを目指していれば足りる。

占有維持意図の前提として、行為者が現に盗品を占有していることが必要である。例えば、盗品の占有を放棄した後は、占有を維持する意図はありえない。

強盜と強盜的窃盜の同質性を確保するという見地からは、占有維持意図は、領得意図と同質のものとして解される。したがって、計画していた領得の手段として暴行・脅迫を行う場合に占有維持意図は認められる。例えば、逃走中に盗品を捨てるつもりであるような場合、占有維持意図は否定される。さらに、占有の取戻しが現に迫っている場合にのみ占有維持意図は認められる。身元を知られることで、その場ではなく後で盗品が取戻される恐れが生じることを防ぐ意図があるだけでは、占有維持意図は認められない (BGHSt 9, 162 (1956 年 5 月 4 日))。

¹⁶⁾ ただし、判例は強盜既遂後にも強盜致死罪が適用可能という立場である (BGHSt 38, 295 (1992 年 5 月 15 日))。この立場によると、249 条・251 条を適用すれば足りる。

第四章 横領に関する罪

第一節 横領罪

第一款 総説 (Rn. 1-3)

【条文】

246 条 1 項 他人の動産を違法に自ら領得し又は第三者に領得させた者は、行為が他の規定において本条よりも重い刑で処罰されないときは、3年以下の自由刑又は罰金に処する。

2 項 第 1 項の場合に、動産が行爲者に委託されているときは、刑は5年以下の自由刑又は罰金とする。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件：他人の動産
2. 領得行為
 - (1) 主観的要素：領得意思
 - (2) 客観的要素：領得意思の実現 (Manifestation des Zueignungswillens)
3. 領得の客観的違法性
4. 主観的構成要件：故意

II 違法性

III 責任

IV 加重事由：委託関係

法定刑—一般：3年以下の自由刑又は罰金

委託関係：5年以下の自由刑又は罰金

未遂処罰あり (3 項)

1998 年改正によって、ドイツの横領罪は、他人の動産に対する領得行為全般を処罰する極めて簡素な構成要件とされた。処罰範囲は、領得の存否、すなわち、他人の所有物を自己又は第三者の物であるかのような振舞いによってのみ画されるため、窃盗罪に対して理論的に独自の議論はほとんど存在しない。窃盗罪との相違は、領得が主観的超過要素ではなく、客観的な行為として外部に発現することが要求されている点にとどまる。領得行

為については、現に他人の所有権を排除して自己又は第三者のものにすることまで要求されるわけではなく、領得意思が発現された行為であれば足りる。したがって、客観面の後に主観面を検討することはできず、主観的な領得意思を検討してから、領得意思が客観的に発現しているかを検討することになる。

明文によって、他罪が成立する場合には他罪が優先するとされており、横領罪は受血的構成要件 (Auffangtatbestand) とされている。

占有離脱物横領と委託物横領は、条文上区別されておらず、委託関係は単なる加重事由として規定されている。

本節に対応するのは、Rengier, §5, Unterschlagung, 107-123 頁である。

【先行研究】

伊藤司「ドイツ刑法典の『横領罪』に関する予備的一考察」法政研究 (九州大学) 66 巻 2 号 595-607 頁 (1999 年)

1998 年改正以前の状況を簡潔に紹介。判例の資料集として、法政研究 (九州大学) 66 巻 3 号 1219-1257 頁 (2000 年)。

内田幸隆「背任罪と横領罪との関係」早稲田法学会誌 52 巻 49-65 頁 (2002 年)

横領と背任の区別について、1998 年改正以前の状況を詳細に紹介。

内田幸隆「ウルス・キントホイザー『横領罪の構成要件について』」早稲田法学 79 巻 1 号 261-270 頁 (2003 年)

論文紹介。

第二款 成立要件の検討

第一項 客体 (Rn. 5, 6)

横領の客体は窃盗と全く同一である (154 頁)。日本法と異なり、不動産は明文で排除されている。

注意を要するのは、客体が特定していることを要する点である。例えば、会社の代表取締役が自己のために会社の製品の売却を約定しても、特定がなされていない限り横領既遂は成立しないし、未遂が成立するのも分離への着手時である。

他人性についても窃盗同様、民法に従って物の所有権が行爲者以外に帰属していたこと

を要する。問題になりやすいのは、占有移転時に行為者に所有権移転している場合であり、この場合は他人性を欠く。

例えば、セルフサービスのガソリンスタンドでガソリンを入れた後、支払う気を失って支払いをせずに去る場合、ガソリンの所有権の所在が問題になる。

ガソリンは混和しても従来の所有権者は共同所有権を有する(民法948・947条)。そして、所有権留保(民法449条)がなされていれば他人性が認められる(BGHSt 1, 262 (1951年6月19日))ことを前提に、ガソリンスタンド側が所有権留保しているとみれば他人性は認められる(OLG Hamm NSTZ 1983, 266 (1982年11月29日))。また、所有権留保を認めなくても、所有権の移転は支払い時に生じると考えれば、やはり他人性を認めることができる。

金銭についても、現金に対する所有権の所在を検討することが必要である。例えば、ホテルで働く給仕が、自分が担当する客から現金を受け取り、ホテル側に渡さずに着服したという事案においても、当該現金の所有権がホテルに帰属していることを認定する必要がある(OLG Düsseldorf NJW 1992, 60 (1991年4月15日))。

【先行研究】

林幹人『財産犯の保護法益』84-99頁(東京大学出版会, 1984年)

所有権犯罪に対して、所有権という形式的地位の保護ではなく、実質的な経済的観点の導入を図る一部の学説を紹介。

阿部純二「割賦売買と横領罪」法学52巻3号390-393頁(1988年)

譲渡担保権・所有権留保と横領についての判例・学説を簡潔に紹介。

第二項 行為態様

1. 領得行為

(1) 領得意思 (Rn. 7-9)

領得意思は、窃盗と同一であり、行為者自身又は第三者が所有権者であるかのごとく振舞う意思の存否が問題になる。ただし、窃盗罪においては自己のものにする意図が必要

であるのに対し、横領罪においては領得行為の客観的な発現が必要であるため、自己のものにする認識で足りる。

横領において領得意思の存否が問題とされている以下の例である。

例：Kは、会計上の欠損に気がついて、職務上の責任を問われることを恐れて自腹で少しづつ埋め合わせるつもりであったが、発覚を避けるために、顧客が支払った金銭を入金しつつも記帳しなかった。

BGHSt 24, 115 (1971年3月5日)は、受領した金銭を自己の金銭であるかのように振舞っていることを理由に横領を肯定している。学説においては、兵士が同僚から奪取した帽子を返却した事案で窃盗罪が否定される(159頁)のと同様、金銭は入金されているのであるから排除意思が認められないとの指摘もみられる。しかし、帽子の返却に際しては所有権を否認する意思が認められないのに対し、記帳しない場合には、所有権者に別物として再売却する場合(160頁)と同様、所有権者の所有権を否認しているのであって領得意思は認められると反論されている。

(2) 領得意思の発現 (Rn. 10-12)

領得意思は客観的な発現が必要である。領得意思の発現の存否について、通説は、外部的に認識できる態度が領得意思を表現しているかを基準とする。領得意思の発現が認められる典型例は、食べてしまう、使いきってしまう、売却、担保に入れる、占有していることを否定するなどである。

これに対して、領得意思がなくても行われることがある中立的な行為については、領得意思の発現は認められない。例えば、落し物を拾うだけでは、届けるつもりがあるかかわからないので領得意思の発現は認められない。

返還債務を負う物を返還しないだけでは、単に無頓着であったり、義務履行を忘れていたりしていることもありうるので領得意思の発現とはいえない。しかし、長期間使用しているような場合は別論であって領得意思の発現を認めることができる(BGHSt 34, 309 (1987年3月17日))。

2. 物の支配 (Rn. 17-18a, 15)

領得意思の発現には、物自体又はその価値が行為者又は第三者の財産に組み入れられていることが必要である。したがって、行為者又は第三者が他人の物に何らかの物権に類似する支配を及ぼしたことが必要である。

例えば、全く支配していない他人の物の売却を約定しても、領得行為に該当しない。ただし、物への支配は間接占有でも足りる。例えば、Vの本を借りているLがXに又貸ししている際に、XはLが所有者であると考えて本を買いたいと申し出てきたのでLが売却に応じた場合、Lには本の支配が認められるため、自己領得が認められる。

3. 第三者領得 (Rn. 19, 19a)

第三者領得を認めるためには、第三者の関与が必要であるかは不明瞭である。

例えば、不動産への附合 (民法 946 条) のように、法律上の所有権移転事由があれば第三者の関与も認識も必要ないことは明らかである。

これ以外の場合には、第三者が物権法類似の支配を得たことが外部的に明らかであれば足りるとの議論がなされている。例えば、第三者のポストに被害品を入れるだけで第三者領得は認められるのであり、第三者の関与も認識も必要ないと解されるが、異なる立場もある。

4. 領得の繰返し (Rn. 22-23a)

いったん領得行為が行われた場合、その後、もう一度、同じ被害物に対して領得行為をなすのかについては議論がある。

BGHSt 14, 38 (1959年12月7日)は、構成要件上、領得を繰返すことはできないとしている (構成要件的解決)。これに対して、学説では、領得の繰返しは可能であって、罪数上、共罰的事後行為とすれば足りると主張するものもある (罪数的解決)。

罪数的解決によると、後行する領得行為は共罰的事後行為であるため、事後的関与者を横領の共犯として処罰することができる。しかし、財産犯への事後的関与には庇護罪 (257 条)、盗品関与罪 (259 条) という独立の条

文がある (211 頁) ので、その範囲で処罰すれば足りると反論されている。

構成要件的解決は、いったん、自己の財産に客体を組み込んだ以上、改めて領得することは困難であるという理論的な議論に根拠を置く。これに加えて、罪数的解決によると、時効のルールが事実上失われてしまうことも根拠にしている。

なお、自己領得の後、第三者領得を行うことが認められるかは更に問題となりうる。自己のものにした後でも、改めて第三者のものにすることはできる点に鑑みれば、自己領得物に対する第三者領得は認められる。これに対して、所有権者の排除意思は一度しか認められないとして、自己領得物に対する第三者領得を否定する議論もある。

【先行研究】

富高彩「不可罰的・共罰的事後行為論と財産罪の成否(1)」上智法学論集 52 巻 4 号 217-252 頁 (2009 年)

領得の繰返しについてのドイツの判例・学説を丁寧にわかりやすく紹介している。

第三項 委託関係

委託関係が認められるのは、行為者が物を返却するか、委託者の定めた特定の目的に使用することを義務づけられている場合である。貸借した物、保管中の物、所有権留保付きで購入した物について委託関係が認められる。

判例・通説は、違法目的で物を委託した場合でも委託関係を認めている。例えば、盗品を買付ける資金を預けた場合である。しかし、委託者が所有権者の利益に反する振舞いを行っている場合には、委託関係は認められない。例えば、窃盗犯人が盗品の保管を頼んだ場合に、保管者が領得した場合である (RGSt 40, 222 (1907年6月18日))。

【先行研究】

林幹人『財産犯の保護法益』157-160 頁 (東京大学出版会, 1984 年)

委託関係が違法目的である場合の議論の紹介。なお、ドイツ民法における不法原因給付の解釈に

については、林幹人「不法原因給付における『給付』の意義」上智法学論集45巻2号45-55頁(2001年)で紹介がなされている。

第四項 補充条項 (Rn. 24, 28, 29)

246条の明文上、横領罪は補充的に適用される。したがって、罪数上、単一の犯罪と評価される範囲では、横領罪は別罪に吸収される。なお、領得の繰返し(172頁)については単一の犯罪ではないため、補充条項の対象にならない。

補充条項があらゆる犯罪に及ぶかには争いがある。判例は、あらゆる犯罪に横領は吸収されると解しており、例えば、BGHSt 47, 243(2002年2月6日)は、殺人罪についても補充条項の適用を認めている。しかし、財産犯以外の罪にさえ横領が吸収されるのは、観念的競合による不法の明示機能からみて不当であるとの批判がなされている。

第二節 委託財横領罪

第一款 総説

【条文】

オーストリア刑法133条1項 違法に自ら利得し又は第三者に利得させることを認識しながら、自己が委託を受けた財を自ら領得し又は第三者に領得させた者は、6月以下の自由刑又は360日以下の罰金に処する。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

- (1) 主体：委託を受けた者
- (2) 行為客体：委託を受けた財

- (a) 財 (Gut)
- (b) 委託関係
- (3) 行為態様：領得

2. 主観的構成要件

- (1) 故意
- (2) 領得による利得故意

II 違法性

III 責任

法定刑：6月以下の自由刑又は360日以下の罰金¹⁷⁾

未遂処罰あり(15条1項)

本節では、ドイツ財産犯概論からは離れるものの、オーストリア刑法133条が定める委託財横領罪を概観する。

日本はフランスの委託財産の横領・侵害罪(abus de confiance)を元に旧刑法395条の受寄物費消罪を継受した。その後、現行刑法下で委託物横領罪に作り替えたが、その解釈はドイツ法と多くの点で異なっている。

これに対して、オーストリア法・スイス法では、横領罪と委託財産の横領罪(Veruntreuung = abus de confiance)が条文上、書き分けられている。そして、委託財産の横領罪の解釈はドイツ法より遥かに我が国に類似する議論がなされている。特に、オーストリア・スイス刑法はともに、経済的にみて他人に帰属する財産を保護対象としており、受託金銭に対する横領が幅広く成立する点で我が国と同様である。

そこで、ドイツ刑法からは離れるが、経済的に他人に帰属する財産を保護しつつも、領得という行為態様を維持する点で、日本法と同一の構造を有するオーストリア刑法133条の委託財横領罪を概観する¹⁸⁾。

本節では、要件に分けた検討のわかりやすさと、叙述のバランスの良さに鑑みて、Triffterer, et al (Hrsg.), Salzburger Kommen-

17) オーストリア刑法は財産犯の被害額に合わせて法定刑を順次加重している。133条2項においては、3千ユーロを超える場合には3年以下の自由刑、5万ユーロを超える場合には10年以下の自由刑と定めている。

18) スイス刑法138条は、他人の動産に対する横領と委託された財の不正利用を並列して処罰対象にしている。本人の所有する有体物以外に対する横領を認めることが明文化されている点で非常に参考になる規定である。

ただ、委託された財についての行為態様は領得ではなく、財産上の利益に対する領得を認めるオーストリア法のほうが全体として参考になるので、本稿ではオーストリア法を紹介対象にする。スイス法については、適宜、対比する形で紹介する。

tar §133 (Wach) (23. Lfg., 2010) に依拠し、補充が必要な範囲で別の教科書・注釈書を引用する。

第二款 成立要件の検討

第一項 主体

133 条は身分犯である。主体は財の委託を受けた者に限られる。

第二項 客体

133 条の客体は委託を受けた財である。

1. 財¹⁹⁾ (Rn. 10, 11)

「財」には窃盗罪と同様、交換価値を伴う動産が含まれる。しかし、窃盗罪と異なり、他人の物であることは必要ない。委託によって受託者の所有に帰した物に対しても、133 条は成立しうる。さらに、争いがあるものの、判例上、財産上の利益も「財」に該当すると解されている。

(1) 交換価値を伴う動産

(a) 動産 (Rn. 12)

ドイツ法と異なり明文にないものの、133 条の客体は動産に限られる。不動産も含むという議論は現在では主張されていない。

(b) 交換価値 (Rn. 13)

ドイツ法と異なり、全体財産に対する罪だけでなく、所有権に対する罪においても、客体に経済的な交換価値 (Tauschwert) が要求されている。これは、窃盗罪・強盗罪でも同様である。

この制限は、所有権に対する罪にも領得行為・領得意図に加えて利得目的が要件とされており、財産上の利益の移転が要求されることから導かれる。つまり、客体を領得することから、被害者の財産を減少させて自己又は第三者の財産を増加させるためには、そもそも客体が交換価値を帯びていなければならない、ということである。

したがって、文書が客体になりうるのは有価証券に限られる。例えば、運転免許証やパスポートは、133 条の客体に含まれない²⁰⁾。

このような客体の制限は、ドイツ法では、利益移転が要求される詐欺・恐喝罪では認められている (160, 202 頁)。

(c) 他人性 (Rn. 14)

133 条においては、他人性は要求されていない。ただし、委託物が「経済的にみて他人のもの」であることは必要である。もっとも、経済的他人性は「委託」要件によって判断できるので、「財」の解釈に読み込む必要はないと指摘されている。

例えば、譲渡担保権を設定した場合、債権者は物の所有権を取得するが、自由な処分は禁止されているため、「委託を受けた財」に該当する。この場合、独立して経済的他人性を論じる必要はない。

(2) 財産上の利益 (Unkörperliche Vermögenswerte)

判例・多数説は、財産上の利益、とりわけ債権についても 133 条の「財」に含まれると解している。特に、銀行口座内の帳簿貨幣 (Giralgeld) について 133 条の適用が認められている。

(a) 預金 (Rn. 16-18)

通帳は有価証券ではないため、パスポート同様、通帳自体は「財」に該当しない (ドイツ法については、187 頁)。しかし、通帳を預けて口座の管理を委託した場合、預金自体が「財」として保護される。したがって、約定に反して自己のために金を引出したり、振込んだりすれば、預金に対する領得が成立する (OGH JBl 1991, 808 (1990 年 10 月 30 日))。

このような場合には、預金自体を「財」に含めなくても、詐欺罪・背任罪・現金に対する委託財横領罪でほとんどは対処できる。しかし、行為者の口座に金銭が払い込まれた場

19) 133 条の保護客体である Gut という単語には、本来、「財産」という訳語が自然である。しかし、ドイツ・オーストリア・スイス法では全体財産を意味する Vermögen という単語に「財産」という訳語が当てられている。そこで、不自然ではあるが、混同を避けるために、「財」という訳語を当てることにした。

20) Kienapfel-Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil 2, §133, Rn. 19 (2003).

合には、その分の口座額を「財」に含める必要性が生じる（口座の預金を「財」に含むものとして、OGH SSt 56/17（1985年3月5日））。

例えば、債権の譲受人に交付する義務を前提に、債務者が債権の譲渡人に振り込んだ金額分や、建築主から施工主に建築費用のために振り込まれた金額が挙げられる。引出した現金には委託関係は認められない点で、現金に対する委託財横領罪を認めることはできないし、行為者自身の名義による場合にはオーストリアの背任罪（153条）は適用できない。したがって、預金を「財」に含めない限り、処罰の間隙が生じるのである。預金を財に含めれば、現金を下す行為や別口座に振込む行為について委託財横領罪が成立する。

(b) その他の債権 (Rn. 20)

学説上、預金以外の債権も「財」に該当するとの主張がなされている。例えば、担保のために譲渡された債権について、債務者が弁済した場合には譲渡した債権を再譲渡する約定が存在するにもかかわらず、債権を取立てて自己の満足に当てる場合、当該債権は委託された財に該当する、というのである。

2. 委託関係 (Rn. 22)

委託関係は領得行為より前に存在することが必要である。有体物の場合、事前に行為者が単独占有を有しており、しかも、当該物に対する特定の義務を負担していることが必要である。財産上の利益の場合、行為者に単独の法的処分権が与えられており、しかも、当該利益に対する特定の義務を負担していることが必要である。

(1) 単独占有・単独の処分権

(a) 有体物

①委託者の排除 (Rn. 23, 24)

行為者に単独占有が認められるには、委託者が占有から排除されていることが必要である。例えば、会計の責任者には受領した現金について単独占有が認められる。これに対して、住居の鍵を渡しただけでは住宅の中の物についての委託者を排除した占有は認められ

ない。

共同で委託を受けた場合、共同して領得すれば委託財横領罪が成立するが、単独で領得すれば他の受託者の占有を侵害しているため窃盗が成立する。

②占有の継続による単独占有 (Rn. 25)

なお、通常、占有の移転によって単独占有は生じるが、従来の占有を維持するだけでも単独占有が認められる場合もありうる。例えば、売却後、売主が物の保管を継続する場合である。民法上、標識によって譲渡担保権が設定できるような場合（民法427、452条）にも委託関係は認められる。しかし、民法上無効な場合には、従前の占有を維持しているだけでは委託関係は認められない（OGH EvBl 1967/357（1967年1月27日））。

③第三者からの受領 (Rn. 26)

有体物の占有を移譲するのは委託者に限らず、第三者からでもよい。例えば、自転車の購入代金を渡した場合、委託者が現金の占有を移譲したことで現金に委託関係が成立することに加えて、自転車を販売する者が自転車の占有を移譲したことで自転車についても委託関係が成立する（OGH SSt 20/114（1949年9月13日））。

④領得時点での単独占有の不要性 (Rn. 27)

文言上、領得行為の時点まで行為者が単独占有していることは要求されていない。例えば、所有権留保のついた物を第三者に貸している間に、さらに別の第三者に売却する場合にも委託財横領は成立する。

(b) 財産上の利益 (Rn. 28)

預金や債券については、単独の法的処分権が行為者に付与された場合に委託関係が認められる。貯金については通帳の交付があればよい。行為者のみが権限を有する口座への現金の払込又は振込がなされた場合にも委託関係が成立する。その他の債権については、例えば、債権譲渡のように、民法上の様式に従った公示がなされていなければならない。

(c) スイス判例との対比

スイスの判例上、行為者に単独占有・単独の処分権が必要であるという制限はなされていない。共同占有している物に対しても委託物横領は成立するし (BGE 101 IV 33 (1975年2月3日)), 財産上の利益については行為者に処分権があれば足り、委託者本人も処分可能であっても委託関係は否定されない。

BGE 109 IV 27 (1983年4月8日) においては、仮に、有体物に対する共同占有では委託関係は成立しないとして窃盗のみを認めるという立場を前提にしても、財産上の利益についてまでパラレルに考えて委託者に処分権が残っていない場合に限る理由はないと判示されている (同 32 頁)。

単独占有・単独の処分権という制限を行うオーストリア法の議論に比べると、スイスの判例は、委託された物・財産上の利益に対する行為者の処分力に端的に注目するものである。

(2) 財に対する特定の義務負担

(a) 特定の義務 (Rn. 29)

委託関係を認めるには、物又は財産上の利益を特定の方法で扱う義務が必要である。この義務は、物又は利益に関係する配慮義務 (Fürsorgepflicht) と呼称される。配慮義務によって、行為者は財を委託者のために使用するか、保管するか、第三者に交付するか、委託者に返却することが義務づけられている。

(b) 義務の負担根拠 (Rn. 30-37)

財に対する特定の義務負担は、私法・公法から生じる。

私法上の義務として、例えば、保管契約、賃貸契約、担保の設定から生じる。法律行為が民法上有効であることは必要ない (占有を維持する場合の例外について、175 頁)。

金銭については、交付相手が定められていたり、物品を購入したりする義務があれば委託関係が成立する。所有権留保がなされている場合、支払いが終了するまでは委託関係が認められる。したがって、支払い終了前に担

保に入れたり再売却したりすれば 133 条に該当する。預金についても、例えば、支払いのための信託口座から振込むといった約定があれば委託関係が認められる。

公法上の義務として、公務員がその職務中に単独占有を取得した物について委託関係が成立する。

(c) 単なる債務不履行との区別 (Rn. 38, 39)

特定の物や金銭に関して債務を負担しているだけで直ちに、財に対する特定の義務負担が生じて委託関係が認められるわけではない。

借入金については、同量の金額を一定期間後に返却することが義務づけられているだけであって、受領した財に対する義務は認められない。これは、借入金の使用目的が定められている場合であっても同様である。

助成金についても委託関係は成立せず、助成金の目的外使用は 153 条 b による助成金濫用の罪によって処罰される。

前払い金や敷金については約定の内容による。建築費用の前払い金が材料の調達のために支払われる場合や、物品の購入代金によって物品の調達が行われる場合、問屋と類似する関係が認められて当該金銭について委託関係が成立する。敷金についても、保管方法又は投資方法が約定されていれば、委託関係が認められる。しかし、こういった事情がなければ委託関係は認められない。

代表的な教科書においては、契約関係上、金銭の受領者の自由財産に帰属している場合には、財に対する特定の義務づけは生じないと指摘されている²¹⁾。

(d) スイス判例との対比

スイスの判例においては、交付された金銭について委託関係を認める基準として、本人に対して行為者が受領した金銭の価値を常時維持する義務を負う場合であると解されている。BGE 120 IV 117 (1994年5月6日) においては、本人が所有する動産の委託を受けた行為者は所有権を維持する義務を負うことと

21) Kienapfel-Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil 2, §133, Rn. 39 (2003).

パラレルに考えて価値維持義務を要求すると判示されている（同 121 頁）。

オーストリアの注釈書においても同様の基準に言及するものがある²²⁾。行為者の自由財産に帰属しているかという視点に比べると、金銭の交付時や債権の移転など、民法上の所有権が基準にならない場面で、委託財横領罪で保護される客体を定める基準としてより明確なものといえる。

第三項 行為態様

1. 領得の定義 (Rn. 43)

領得とは本来、自ら又は第三者が所有権者のごとく振舞うことを意味する（149 頁）。しかし、オーストリアの委託財横領罪は行為者が所有者であっても成立するため、領得の定義を修正することが必要である。

そこで、133 条における領得は、財を自己又は第三者の自由財産に帰属させること、とか、物又は財産上の利益を従来の財産とは異なる財産に組入れることなどと定義されている。

オーストリアの委託財横領罪における領得の定義は、保護客体が経済的にみて他人のものであれば足りることに鑑みて、領得概念も経済的にみて他人の財を自己の財のごとく振舞うことに修正するという見地から、よく理解できる。

2. 領得行為の類型 (Rn. 44, 45, 47)

領得行為は、法律行為による場合と、事実行為による場合がある。

法律行為による典型的な領得行為は、売却、贈与である。さらに、担保に入れる行為も領得である。

売却についての既遂時点には争いがあり、売却の申込みだけで既遂になるという議論と未遂にとどまる議論がある。担保に入れる行為は原則して領得に該当するが、適時に受け戻すことができるのであれば領得ではない。

一方、貸与は、財の帰属関係を変更しないため、単なる契約違反にとどまり領得行為に該当しない。また、所有権留保された物を同

居人に渡すだけでは領得行為に至らない（OGH SSSt 26/66（1955 年 9 月 27 日））。

預金については、私用目的で現金で引出す行為や自己の口座に振込む行為が領得行為に該当する。債権については、取立ての要件が充足されていないのに取立てると領得行為に該当する。

事実行為による領得行為としては、物の消費や金銭の混和が挙げられる。他にも、物の隠匿も領得行為に該当する。例えば、レンタカーを塗装し直す場合である。

3. 領得に該当しない場合

(1) 使用 (Rn. 46)

委託された財を使用するだけでは領得に該当しない。乗り物の一時使用は 136 条で処罰されるにとどまる。ただし、使用によって物の価値を失わせるに至ると領得に該当する。

(2) 損壊 (Rn. 50)

損壊は、委託された財を自己又は第三者の自由財産に組み込んだとはいえないため、領得に該当しない。投棄も同様である。

(3) 留置 (Vorenthalten) (Rn. 51)

旧法においては、領得に並んで留置も行為態様として規定されていた。しかし、1974 年改正によって、留置は削除されており、現在では、単なる留置は領得ではないと解されている。例えば、返還請求に対して単に返さないだけの場合である。約定に反して返還期限を遵守しないだけでは領得に該当しない。

(4) 所有権者のための行為 (Rn. 52)

受託している財を、所有権者のために使用した場合には領得に該当しない（OGH SSSt 58/78（1987 年 10 月 22 日））。ただし、領得に該当しないという説明以外に、主観的超過要素である利得故意を欠くという説明もある（OGH EvBl 2001/144（2001 年 3 月 21 日））。

第三項 主観的超過要素

133 条においては、故意に加えて、利得故

22) F. Höpfel et al (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, §133, Rn. 11 (C. Bertel) (2. Aufl. 2005).

意が要求されている。領得行為を通じて自己又は第三者の財産を増加させることが必要である。この要求から、客体に交換価値が必要とされる点については、174頁。

1. 利得性 (Rn. 55, 56)

委託された財又はその経済的価値を通じて、自己又は第三者の全体財産を増加させる認識が必要である。財産の増加は一時的なものでもよい。例えば、無断での交換については利得性が欠ける。

利得は経済的なものであることが必要であって、行為者が客体に非経済的な価値を認めているだけでは利得には該当しない。

2. 利得の違法性 (Rn. 57, 58)

利得の違法性が認められるのは、財産の増加が財産秩序に違反している場合である。

行為者が財産を増加させる請求権を有している場合には利得の違法性が否定される。例えば、委託された金銭から手数料分を相殺するような場合が挙げられる。

3. 填補能力・填補意思 (Rn. 59)

領得時点で、填補の能力と意思があれば、利得自体又は利得の違法性が否定されると解されている (OGH SSt 43/10 (1972年3月9日))。ただし、この議論が妥当するのは、金銭のような代替物のみである。

第四項 他罪との関係

1. 詐欺罪 (Rn. 81)

領得の意思で欺罔によって単独占有又は単独の処分権を得た場合、詐欺罪に該当する。これに対して、単独占有又は単独の処分権を得てから領得を決意すれば委託財横領罪に該当する。

欺罔によって受領した財に対する領得行為について、委託財横領罪は詐欺罪の不可罰的事後行為であるという立場と、委託財横領罪

は成立しないという立場がある。委託財横領が成立しないという立場は、領得の繰返しを認めないことと、詐欺で得た財についてはもはや利得故意が認められないことを理由として挙げている²³⁾。ただし、当初の故意が立証できない場合には、当初か後かいずれかに領得故意が認められることから133条が適用可能と主張されている。

2. 背任罪 (Rn. 83-85)

(1) 事実行為

オーストリアの背任罪 (153条) は、他人の財産の処分権限を濫用する場合のみを規定している。そのため、事実行為においては常に委託財横領罪のみが成立し、背任罪が成立することはありえない。

【参照】

オーストリア刑法 153 条 1 項

法規、官庁の委任又は法律行為により認許された、他人の財産を処分する権限、又は他人に義務を負わせる権限を、意図的に濫用し、その結果、他人に財産上の損害を加えた者は、6月以下の自由刑又は360日以下の罰金に処する。

(2) 法律行為における区別基準

他人の財産に処分権を有する行為者が法律行為を行った場合、委託財横領罪と背任罪の区別が問題となる。

区別の基準は、委託財横領罪においては領得行為が必要であるのに対し、背任罪においては処分権の濫用が必要であるというところから導かれる。

処分権を有する者が自らが所有権者のごとく振る舞った場合、すなわち、代理人としてではなく、自己の名義で売却や贈与をした場合には領得行為に該当する。これに対して、本人の名義によって法律行為が行われた場合、背任罪の成否が問題になる²⁴⁾。

23) Kienapfel-Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil 2, §133, Rn. 120 (2003).

24) Kienapfelが単独で執筆していた版においては、行為者が自己名義及び自己の計算で振る舞えば委託財横領罪が問題になり、本人名義及び本人の計算であれば背任罪が問題になるとして、「計算 (Rechnung)」という基準にも言及がなされていた (Kienapfel, Grundriß des österreichischen Strafrecht Besonderer Teil 2, Rn. 113, 115 (2. Aufl. 1988))。

預金についても、本人名義で処分している場合には153条の成否が問題になる。これに対して、自己口座内の預金の処分については、自己名義で行われるため、133条の成否が問題になる。

委託財横領罪と背任罪は排他的な関係に立ち、双方が同時に成立することはない。例えば、委託された金銭を投機取引に使用した場合、委託財横領罪又は背任罪の成否を検討するには、本人のために代理権を行使していたかの確定が必要になる(OGH SSt 62/53 (1995年6月20日))。

第二部 全体財産に対する罪

ドイツでは、詐欺罪・恐喝罪が全体財産に対する罪として規定されている点で我が国と著しく条文の規定ぶりが相違する。

我が国では、246条・249条の1項・2項において財物の移転と利益の移転を並置しているのに対し、ドイツでは財産上の損害のみが定められている。ここでは、物・利益の区別はなされていない上、物・利益の移転性も客観面では要求されておらず、主観面で利得目的を要求することで財産の移転罪という性質が確保されている。

財物と利益を並置し、かつ、移転性も要求するの我が国の規定は、フランス刑法の影響で規定された証書騙取・証書強請の罪の延長によって生成したものとみられる点については、164頁。

第一章 詐欺罪

第一節 総説

【条文】

263条1項 違法な財産上の利益を自ら得又は第三者に得させる目的で、虚偽の事実を真実に見せかけることにより又は真実の事実を歪曲若しくは隠蔽することにより、錯誤を生じさせ又は維持させることにより、他人の財産に損害を加えた者は、5年以下の自由刑又

は罰金に処する。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

- (1) 欺罔 (Täuschung)
- (2) 錯誤 (Irrtum)
- (3) 財産的処分行為 (Vermögensverfügung)
- (4) 財産上の損害 (Vermögensschaden)

2. 主観的構成要件

- (1) 故意
- (2) 主観的超過要素：利得目的 (Bereicherungsabsicht)

3. 利得の違法性・利得の違法性に対する故意

II 違法性

III 責任

法定刑：5年以下の自由刑又は罰金

未遂処罰あり (2項)

詐欺罪は、欺罔→錯誤→処分行為→財産上の損害という因果経過を通して成立する。その特徴としては、所有権に対する罪ではなく全体財産に対する罪として規定されている点、及び、被欺罔者自身に加害行為を行わせる点が挙げられる。

客観的構成要件としては、財産上の損害のみが定められており、行為者が財産上の利益を取得することまでは要求されていない。しかし、主観的構成要件の利得目的は行為者又は第三者の財産上の利益の取得を要求するものであり、財産上の利益を被害者から行為者又は第三者に移転させることが処罰対象になっている。

本章第一節・第二節に対応するのは、Rengier, §13, Betrug, 216-294頁である。

【先行研究】

照沼亮介「ドイツにおける詐欺罪の現況」刑事法ジャーナル31号29-36頁(2012年)

詐欺罪の議論を手際よくまとめており、しかも、多数存在する日本語の先行研究も適切に位置

づけられており、ドイツの詐欺罪を概観するのに非常に便利。

クラウス・ゲッペルト（杉山和之訳）「詐欺罪について」永田誠＝フィーリプ・クーニヒ編集代表『法律学的対話におけるドイツと日本』313-343頁（信山社、2006年）

詐欺罪の構成要件が全体的に把握されていて便利。

中村勉「十九世紀におけるドイツ刑法の『詐欺概念』の史的変遷（1）～（3）」帝京法学 17巻2号 91-141頁（1990年）、18巻1号 137-179頁（1991年）、18巻2号 153-194頁（1992年）

詐欺罪の系譜に関する重厚な研究。

足立友子「詐欺罪における欺罔行為について（1）、（3）」名古屋大学法政論集 208号 114-127頁（2005年）、212号 359-373頁（2006年）

詐欺罪の系譜と法益に関する学説が紹介されている。

第二節 成立要件の検討

第一款 欺罔

条文上は行為態様が詳しく定められているものの、欺罔（Täuschung）という用語に省略されている。

欺罔行為に該当するのは事実に関する欺罔のみである。また、欺罔行為は明示のものに限られず、黙示の欺罔もありえるし、不作為による場合もありうる。

第一項 事実に関する欺罔

1. 事実の意義（Rn. 4）

事実とは、証明可能な現在又は過去の出来事又は事象と定義されている。外界に生じる事象以外に、人間の内心も事実に含まれる。したがって、支払い意思がないのにあると欺罔すれば事実に関する欺罔に該当する。

単なる価値判断、意見、法的見解、将来の出来事は事実の主張に該当しない。この区別は、名誉毀損罪における区別と同様である。例えば、OLG Frankfurt NJW 1996, 2172（1996年3月19日）は、一定の事実関係を前提に支払い請求権が生じると主張するだけでは法律関係の欺罔であって詐欺罪に該当しないと

判示している。

2. 事実に関する主張の範囲（Rn. 5）

一見、事実でないように見えても事実に関する欺罔に含まれる場合はある。

例えば、日食のように、将来の事実であっても現在の天体の配置が前提になっている場合、日食が来ると述べて観察用メガネを販売すれば事実に関する欺罔に該当する。また、法的見解についても、鑑定のように平等な立場からなされている場合、法的見解が客観的で良心に沿うものという事実に関する主張が含まれているといえる。

3. アメリカ法との比較

コモンローでも伝統的に、虚偽の事実の告知のみが欺罔行為であって、それは過去又は現在の事実であると理解されていた。

しかし、模範刑法典 223.3 条は、誇大広告を欺罔から外しさえすればよいとして、根拠のない意見であっても誤った印象を与えるものであれば詐欺の手段になるとしている。そして、誤った法律の解釈も欺罔行為に含むことが明文化されている。解説においては、「法の不知は免責せず」というフィクションから詐欺罪の被害者を保護しないという結論を導くのは不当と指摘されている²⁵⁾。

事実に関する欺罔という枠組みの中で欺罔に該当する範囲を広げるというアプローチとは、対照的な規定形式である。

【参照】

アメリカ模範刑法典

223.3 Theft by Deception

A person is guilty of theft if he purposely obtains property of another by deception. A person deceives if he purposely:

(1) creates or reinforces a false impression, including false impressions as to law, value, intention or other state of mind;

25) American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries Part2 §§220.1 to 230.5, p.193 (1980).

第二項 欺罔行為

1. 欺罔行為の意義 (Rn. 9, 10)

欺罔行為とは、意識的に他人の認識に錯誤を惹起する行為である。欺罔の認識は客観的な欺罔行為の一内容である。ただし、学説では純客観的に理解すべきという立場もある。

欺罔行為は人間に対するコミュニケーション作用である。人のいる改札を通らない無賃乗車のように、他人の認識に誤りがあってもコミュニケーションがなければ欺罔は存在しない。

欺罔行為は作為による場合と不作為による場合がある。作為による欺罔行為については、明示の場合と黙示の場合があるが、限界は曖昧であって厳格に区別する実益もない。黙示の欺罔行為は、ドイツでは推断的欺罔(Konkludente Täuschung)と呼称される。これは、日本法における挙動による欺罔と類似した議論である。

2. 推断的欺罔

行為者の振舞いが欺罔行為に該当するかは、一般的な社会通念に照らして、具体的状況下においてその振舞いが客観的にどのように理解されるかによって判断される。

(1) 推断的欺罔が認められる場合 (Rn. 13, 14)

契約を締結するという振舞いには、履行の意思及び履行能力を有すると黙示に表示している。また、契約の申込み時には、契約対象について不正の操作がなされていないと黙示に表示されている。例えば、賭け事を行う際には八百長が行われていないという表示が含まれており、八百長を行っていれば欺罔行為に該当する (BGHSt 29, 165 (1979年12月19日), BGHSt 51, 165 (2006年12月15日))。

真実を述べていても推断的欺罔が認められる場合もある。BGHSt 47, 1 (2001年4月26日)は、新聞に掲載された死亡告知をインターネットにも記載するという契約申込書が文章自体は正確ではあるものの、外観が新聞への掲載の支払い請求書に類似するものであったという事案において、支払い義務に関する欺罔行為に該当するとしている。このよ

うな議論は、申込書の受領者が素人の場合だけでなく、取引活動を行っている場合でも同様である (BGH NStZ-RR 2004, 110 (2003年12月4日))。

(2) 推断的欺罔が否定される場合

(a) 売買契約における価額 (Rn. 15-18)

売買契約において価額の提示がなされた際、当該価額が適切であるとの表示は含まれない。市場参加者は自らの情報と知識を利用すべきだからである。過大な売却価額や過小な購入価額の提示だけでは欺罔行為に該当しない。

例えば、BGH NJW 1990, 2005 (1989年6月16日)においては、薬草の図解書のオリジナル版が68ユーロ、廉価版が29.8ユーロするところ、68ユーロで廉価版の図解書の販売を行ったという事案において欺罔行為に該当しないと判示されている。

ただし、電車賃やタクシー代のように固定価額がある場合は別である。

(b) 単なる錯誤の利用 (Rn. 19, 20, 26)

欺罔行為によって錯誤が惹起されておらず、維持・強化もされていない場合、錯誤を利用しても推断的欺罔行為に該当しない。典型例が、釣り銭を多く支払われたので受領した場合である。この場合、受領行為には、債権が存在するという黙示の表示は含まれておらず、推断的欺罔行為に該当しない。

また、正常な宿泊契約の締結後、支払い意思・能力を失いつつ当初の約定分を受領するだけで追加の飲食物を頼んでいない場合にも、推断的欺罔行為に該当しない。

(c) 誤振込み・誤記帳 (Rn. 21-24)

ドイツの判例においては、誤振込み・誤記帳について推断的欺罔が否定されている (不作為の欺罔も否定されていることについては、182頁)。

誤振込みについては、そもそも振込まれた者は口座を有する銀行に対して有効な債権を取得するため、支払い請求をしても虚偽の表示をなしているわけではない (BGHSt 39, 392 (1993年11月16日))。

誤記帳（銀行内での口座への誤った記入）については、従来は、誤記帳に気付いて支払い請求をした場合に詐欺を認めていた。これに対して、BGHSt 46, 196 (2000年11月8日)は、誤記帳と誤振込みを同様に扱う立場を採用した。民法780条による債務約束によって口座所有者は請求権を取得し、銀行は取消権を有するとどまるのがその理由である。したがって、口座所有者が誤記帳された金額を引出す・振込むという振舞いには、十分な口座残額が残っているという表示は含まれていない。

【先行研究】

富川雅満「詐欺罪における推断的欺罔の概念」大学院研究年報(中央大学)41号193-216頁(2011年)

推断的欺罔について、八百長に関するドイツの判例を紹介し、学説を検討している。

3. 不作為による欺罔行為

(1) 告知義務 (Rn. 27, 38)

欺罔行為は不作為によっても可能である。そのためには、保障人的地位が必要である。

作為義務が認められる場合、行為者には錯誤に陥っている者に積極的に告知する義務が課される。例えば、保険をかけた財産を失ったとして保険金の給付を受けた後に、当該財産を発見した場合、発見したことを告知する義務が生じる (RGSt 70, 225 (1936年5月14日))。この告知義務を履行しないことによって、保険会社に被保険者に対する請求権がないという錯誤を維持させて、当該債権を行使させず (処分行為)、その結果、請求権を実現させない (財産上の損害) ことから詐欺罪が成立する。

告知義務の内容として、契約締結段階で情報を提供するだけでなく、錯誤に陥っている者との現実の交渉がない段階でも積極的に情報を伝達する義務まで想定されうる点に注意が必要である。

(2) 作為義務が生じる場合

(a) 法令に基づく作為義務 (Rn. 28)

詐欺罪における作為義務は法令に基づく場合がある。例えば、社会的給付の受領者は、

事情変更を告知する義務を負う (社会法典 I 60条1項2号)。また、保険契約の締結後に、リスクを高める事情が発覚した場合には被保険者は保険会社に通知する義務を負う (保険契約法 23条2項, 3項)。

(b) 特別の信頼関係 (Rn. 29-32)

特別の信頼関係が認められる場合にも作為義務が生じる。契約又は信義則から導かれるものの、単なる契約関係だけでは直ちに作為義務は生じない。例えば、誤振込みについて、振り込まれた口座の所有者は仕向銀行に対して作為義務を負わない (BGHSt 39, 392 (1993年11月16日))。誤記帳の場合にも、口座所有者は銀行に対する作為義務を負わない (BGHSt 46, 196 (2000年11月8日))。

特段の信頼関係とは、相手の財産を保護する義務であって、取引慣行上、不知のリスクを相手方に負わせることが許されないような関係であることが必要である。例えば、投資や税務のコンサルタント、弁護士についてはアドバイスをするという契約の性質上、契約相手の財産を保護する義務が生じる。

BayObLG NJW 1987, 1654 (1987年2月5日)は、賃貸人が住居を自己使用する必要性があることを理由に賃貸借契約の解除の合意を行った後、自己使用の必要性がなくなった場合には、賃借人のためにその旨を告知する義務を認めている。

【先行研究】

誤振込みに関わる問題については包括的な紹介がなされている。

松宮孝明「誤振込と財産犯の解釈および立法」立命館法学 278号1003-1009頁(2001年)

BGHSt 46, 196 (2000年11月8日)を紹介。さらに、誤振込みを処罰可能にするスイスの新条文についても紹介がなされている。

川口浩一「誤振込と詐欺罪」奈良法学会雑誌 13巻2号13-20頁(2001年)

BGHSt 39, 392 (1993年11月16日)を詳細に紹介。

川口浩一「詐欺罪における不作為の欺罔について (1)～(3・完)」姫路法学 33号1-14頁(2001年)、34・35号157-168頁(2002年)、41・42号7-28頁

(2004年)

BGHSt 46, 196 (2000年11月8日)を詳細に紹介。

他に、山本紘之「ドイツ刑事判例研究(62) 振替用紙の提出による詐欺」比較法雑誌(中央大学)38巻3号275-287頁(2004年)、穴沢大輔「いわゆる『誤振込・誤記帳』事案における財産犯の成否(1)」上智法学論集48巻2号314-295頁(2005年)。

さらに、不作為による詐欺一般について学説紹介を行うものとして、岩間康夫「不作為による詐欺罪について」愛媛法学会雑誌22巻3・4号127-160頁(1996年)。

第二款 錯誤

第一項 錯誤の意義 (Rn. 39-49)

欺罔行為の結果として、誤った認識が惹起されるか、誤った認識が維持されることが必要である。錯誤に陥るのは人間のみである。処罰の間隙はコンピュータ詐欺罪(263条a)によって埋められている(196頁)。

錯誤は、被欺罔者の認識と現実が相違する場合に認められる。ただし、一定の事情を当然のこととしているため十分には認識されないような場合(unreflektiertes Mitbewusstsein)であっても錯誤に該当する。例えば、支払うつもりなくウェイターに注文が行われた場合、支払うであろうとウェイターが積極的に認識する必要はない。

貯金通帳の所持者が実際の正当な権限者であるかについて、銀行職員が錯誤に陥っているかについては争いがある。民法808条の免責作用は故意・重過失があると適用されないというリスクが存在することから、職員が正当な権限を認識するのが実際であるとの議論がなされている。

一方、支払い保証がなされている場合、支払能力・意思に関する錯誤は生じない。典型はクレジットカードを濫用する場合(206頁)である。

また、銀行職員は、顧客の同一性と口座残高のみチェックして、正当な原因関係の存否については関心を持たない以上、錯誤は生じない(BGH NStZ 2000, 375 (2000年3月23日))。

第二項 被欺罔者が疑いを抱いている場合 (Rn. 50)

通説は、被欺罔者が欺罔に対して疑いを抱いているだけでは錯誤は否定されないとしている。被欺罔者が、欺罔が真実でありうると考えて、それを理由に処分行為をしていれば足りる。BGH NStZ 2003, 313 (2002年12月5日)は、医療保険から治療費を不正受給している疑いが存在するものの保険団体が支払いを行った場合にも錯誤を認めている。

第三項 法人内における錯誤 (Rn. 55, 56)

法人内で下位従業員が錯誤に陥っているものの、上位の管理者が欺罔に気が付いている場合、管理者が錯誤に陥っていないことを理由に詐欺罪を否定すべきかには議論がある。

BGH NStZ 2006, 623 (2005年12月15日)は、M市のゴミ処理の委託を受けた会社の経営者が予定以上のコストが生じたので、責任者であるM市の助役に相談したところ、水増請求を提案されたのでそのとおりに請求したという事案において、権限者である助役の認識を基準とすべきであって、不正請求を知らない部下の認識は基準にならないとして詐欺罪を否定している。

しかし、市の不利益に行われた助役の行為は市に帰属できないとして詐欺を肯定すべきであったとの批判がなされている。

第三款 財産的処分行為

第一項 総説

1. 定義 (Rn. 61-63, 72, 73)

財産的処分行為は、経済的意味における財産の減少を直接にもたらす、あらゆる法律上又は事実上の作為、受忍、不作為、と定義される。この財産的処分行為は書かれざる客観的構成要件要素であり、その必要性に争いはない(恐喝罪についての争いは201頁)。財産的処分行為は、錯誤と財産上の損害を繋ぐ要件であり、詐欺罪が被害者による自己加害型の犯罪であることを特徴づける。

財産上の損害要件においては全体としての資産の状態が減少したかが判断されるのに対し、財産的処分行為要件において考慮されるのは何らかの財産が流出したかという判断だ

けが行われるという相違に注意が必要である。なお、何が「財産」に該当するかは、本来、財産的処分行為の段階で問題になるものの、財産上の損害要件で説明する（187頁）。

2. 処分意思 (Verfügungsbewusstsein) (Rn. 64-66)

財産を処分しているという認識が不要というのが一般的な理解である。処分意思を要求すると、債権の詐取及び債務の免脱において耐え難い処罰の間隙が生じるからである。例えば、保険会社が保険者に保険金の返還請求をしない（182頁）という処分行為について保険会社側の人間に認識は認められない。また、債務を負担させる契約書であることを隠蔽してサインさせるような場合（BGHSt 22, 88 (1968年2月20日)）も同じく、処分意思はないが処分行為は認められる。

しかし、物の詐取については処分意思が必要である。なぜなら、物の詐取については窃盗罪との区別という観点から、占有を移転するという認識が要求されるからである（184頁）。

3. 直接性 (Rn. 67-71)

直接性が満たされるのは、被欺罔者の行為によって、欺罔行為者による更なる犯罪行為を介することなく財産減少が生じることである。直接性が欠けるのは、欺罔によって更なる犯罪行為を行うチャンスを作ったにとどまる場合である。例えば、被欺罔者に白地サインさせた後に、被欺罔者が損害を被るような文書に仕立て上げた場合、文書偽造罪（267条1項）が成立するとどまり、詐欺罪には該当しない。物の詐取については、185頁。

これに対して、被害者側で複数の行為が行われて、錯誤に基づく処分が繰り返されて財産上の損害が生じる場合であっても、処分行為の直接性は認められる。例えば、従業員が欺罔されて貸金契約を締結する際に上司が許可を与えて、その後、貸金を担当従業員が交付する場合でも処分行為は否定されない。

第二項 物の占有移転と処分意思

1. 窃盗罪との区別 (Rn. 75, 83)

日本と異なり、ドイツの詐欺罪は全体財産を保護する規定であって、物と財産上の利益の区別はなされていない。しかし、窃盗罪との区別という観点から、処分行為要件においては、物の占有を移転させる場合を特に取上げて、それ以外の場合と区別して議論がなされている。

通説は、窃盗罪と物の占有を移転させる詐欺罪は排他的な関係に立つと理解している。

そして、窃盗罪と詐欺罪は、被害者の認識を基準として区別すると解されている。

占有移転を認識している場合に財産的処分行為が認められて詐欺罪が成立するとともに、占有移転に対する合意が認められて窃盗罪は否定される。逆に、占有移転が被害者の意思に反している場合、奪取に該当して窃盗罪が成立し、財産的処分行為は認められないため詐欺罪は否定される。ここでは、窃盗罪における合意要件と、詐欺罪における財産的処分行為要件が同一に解されることで、窃盗罪と詐欺罪の排他性が確保されている（ただし、合意の条件について外観が基準とされる点については、158頁）。

窃盗罪と詐欺罪のいずれが問題にされるかによって生じる相違は二点ある。①返却意思がある場合、領得意図は否定されるため窃盗罪は否定されるのに対し、一時の占有でも利得目的は認められるため詐欺罪は肯定される。②物を取得した後に強盜的窃盗罪の成否がありうるのは窃盗罪が認められた場合のみである。

2. 処分意思の存否が問題になる場合

(1) トリック窃盗 (Trickdiebstahl) (Rn. 84, 85, 69)

物の占有移転について処分意思を欠くとされるのがトリック窃盗である。例えば、試着を申し出て受領した商品を持ち去るような場合、試着は占有移転ではないため占有移転の認識を欠く。

BGH VRS 48, 175 (1974年11月27日) は、被告人Fが①洗車のために一時的に車を駐車場からガソリンスタンドに移すと欺罔する

ことで車の鍵を預かり、②その鍵を使って車を乗り去ったという事案において、②の乗り去った行為について窃盗を認めている。

①一時的に車を移すだけであるという欺罔行為によって、被害者はFに鍵を渡してはいるものの、一時的なものであると認識しているため、占有を移転するという処分意思を欠く。

②被害者が元々占有する自動車を買い物の間デパートに駐車しても占有は失われず継続する。そして、Fに鍵を渡しただけでは、占有は喪失にまでは至らず継続するため、被害者の占有を侵害して移転させたことになるため奪取に該当する（占有の継続については、155頁）。

ただし、トリック窃盗は、①の被害者の行為の後に②行為者の奪取行為が介在するので直接性を欠くとの説明もなされている。処分意思の必要性と直接性要件は、相互排他的なものではないので、いずれからでも説明できると思われる。

(2) 処分意思の及ぶ範囲 (Rn. 86-92)

商店でレジを通り過ぎる際に、レジ係による認識がどの範囲に及ぶかという議論がなされている。

BGHSt 41, 198 (1995年7月26日)は、レジを通過する際に、買い物ワゴンから一部の商品だけをレジに出して、一部の商品を隠していたという事案において、レジ係の処分行為はレジに出された商品にしか及ばないとし、詐欺罪を否定し、窃盗罪を認めている。

これに対して、OLG Düsseldorf NJW 1988, 922 (1987年6月19日)は、商品のパックの中に別の商品を詰めたとある事案において、レジ係の処分意思はパック全体に及ぶとして詐欺罪を認めている。

【先行研究】

山口厚「詐欺罪における処分行為」平野龍一古稀『平野龍一先生古稀祝賀論文集 上巻』446-464頁（有斐閣、1990年）

処分意思と三角詐欺についての学説を中心に紹介。

山中敬一「詐欺罪における『処分行為』に関する

一考察」阿部純二古稀『刑事法学の現代的課題』319-327頁（第一法規、2004年）

処分意思に関する判例が詳しく紹介され、学説も検討されている。

大山徹「無意識の処分行為が問題となったドイツの判例」杏林社会科学研究20巻3号46-56頁（2004年）

BGHSt 41, 198 (1995年7月26日)の紹介。

3. 強制と処分意思 (Rn. 76-82)

処分意思が自由なものであることが必要であるかについては議論がある。具体的に論じられる事例は、行為者が差押えを仮装して物の占有を取得する場合である。

このような事例において、BGH NJW 1952, 796 (1952年5月2日)は、処分行為は自由な意思決定に基づく必要があって、被害者に他の選択肢がなければ処分行為は否定されるとして窃盗罪を認めている。

しかし、処分意思が自由な意思決定を要求するという説明を一般化すると、詐欺罪の成立範囲が狭くなりすぎると批判されている。例えば、BGHSt 7, 197 (1955年1月18日)は、被告人である女性がFとの不倫によって産んだ子供について、父親は戦死者Ueであるということにしていたが、Fに対して「Ueが実は生きていて事情を知って口止め料を要求している」との虚偽を告知してFから金銭を受領したという事案において、自らが左右できない害悪を告知しても脅迫に該当しないため恐喝罪は成立しない(166, 200頁)として、詐欺罪の成立を認めている。しかし、この場合、処分行為を認めるのであれば、処分が自由であることは詐欺罪の成立要件にできないはずであるとの批判がなされているのである。

そこで、国家権力に基づく命令に対しては意思決定の余地がなく処分意思が認められないという理由で窃盗罪を認めるべきという説明もなされている。また、詐欺罪を認めてもよいという学説も存在する。

第三項 三角詐欺 (Dreiecksbetrug)

1. 物の占有移転

(1) 窃盗との区別 (Rn. 93-96)

被欺罔者と処分行為者は同一でなければならないが、処分行為者と財産上の損害を受ける者は同一である必要はない。ここから、三角詐欺という構成が考えられることになる。

しかし、第三者が物の占有を移転させる場合、窃盗罪の間接正犯にも該当しうる。窃盗罪と詐欺罪は排他的関係に立ち、ここでも区別基準が必要になる。

処分行為者と財産上の損害を受ける被害者との間に特別の関係が認められる場合のみ、詐欺罪の成立が認められて窃盗罪が否定される。例えば、レジ係が欺罔されて物の占有を移転させる場合、店主は詐欺罪の被害者であり、レジ係の占有侵害に対する合意によって窃盗罪は否定される。

なお、少数説として、詐欺罪と窃盗罪の観念的競合を認める議論もある。

(2) 特別の関係が認められる場合

(a) 法的権限説と陣営説 (Rn. 98-103)

いかなる場合に、詐欺罪を肯定する特別の関係が認められるかについては争いがある。大別すると、①法的権限説 (Theorie von der rechtlichen Befugnis) と②陣営説 (Lagertheorie) が主張されている。

法的権限説は、私法上の占有移転権限が現に存在するか、少なくともその外観は必要と解する。

通説である陣営説は、処分行為者が、財産上の損害を受ける被害者の側に立って事実上財産を処分できる位置にいれば足りると解する。法的権能、占有を有する場合だけでなく、単なる占有補助者であっても足りるとされる。BGHSt 18, 221 (1963年1月16日)は、陣営説を採用し、ガレージの守衛を欺罔してガレージ内の車を乗り去った事案において詐欺罪が成立しうると判示している。

(b) 陣営説による帰属範囲 (Rn. 104-107)

陣営説を前提として、処分行為者が自身の職分を超えていないと主観的に認識していることが必要であるかがさらに問題とされてい

る。

この点、被害者が自己の財産に近い立場に第三者を置いた際に、生活経験上、当該第三者が行う処分として想定すべき範囲において帰属を認めるべきという議論がなされている。

例えば、高価なテレビの修理のためにX会社の職員がテレビを取りに来ると主人から聞いていた家政婦が、Xの職員を装う行為者にテレビを渡せば三角詐欺が成立する。しかし、そのような話を主人がしていないのに家政婦がテレビを渡した場合には、窃盗罪の間接正犯になるという議論がなされている。

2. その他の場合 (Rn. 112-116)

物の占有移転以外の財産の処分行為についても三角詐欺は成立しうる。この場合にも、被害者と処分行為者の間には特別の関係が必要である。

債権取得について三角詐欺が認められるのが、訴訟詐欺である。裁判官を欺罔して判決という処分行為を行わせることによって、訴訟相手方の財産に損害を与える点で三角詐欺になる。また、債権の取立て委任を受けた弁護士が欺罔されて債権を時効にかけてしまった場合も、弁護士を被欺罔者・委任者を被害者にした三角詐欺が成立する。

議論があるのは、外観法理によって法律効果が帰属するだけでも三角詐欺が認められるかである。

BGH wistra 1992, 299 (1992年6月23日)は、家具会社のキッチン部門の従業員が会計権限を装って販売代金を受領したという事案において、商法56条の外観法理によって会社は弁済を争えないことから、顧客を被欺罔者・処分行為者として会社を被害者とする三角詐欺を認めている。

他にも、Vが、Kに対して有する債権をGに譲渡した後、債権譲渡を知らないKから債権の取立てを行った場合、民法407条によってGは弁済を争えないため、Kによる支払いという処分行為によってGに債権消滅という損害を与えているとして三角詐欺が認められる。

【先行研究】

山中敬一「詐欺罪における他人の財産に対する処分行為について」関西大学法学論集 52 巻 4・5 号 1492-1498 頁, 1503-1516 頁 (2003 年)

三角詐欺に関するドイツの判例・学説を包括的に紹介して詳細な検討を行っている。

福田平「詐欺罪における財産的処分行為についての覚書」『刑法解釈学の基本問題』209-212 頁 (有斐閣, 1975 年)

三角詐欺の判例を紹介。

丸山雅夫「続・ドイツ刑法判例研究 (15)」警研 59 巻 7 号 59-70 頁 (1988 年)

BGHSt 14, 170 (1960 年 3 月 11 日) の翻訳を基礎にして, 詐欺罪の諸要件を検討している。

真島信英「『三角詐欺』についての一考察」法学研究論集 (亜細亜大学) 25 号 31-57 頁 (2001 年)

判例の事例をベースに諸説を紹介。

第四款 財産上の損害**第一項 総説**

財産上の損害は, 詐欺罪・恐喝罪・背任罪全てに共通する概念である。各犯罪ごとに問題となる事案は異なるものの, 理論枠組みは同一である (202, 210 頁)。

財産上の損害は, 処分行為以前の全体としての資産状態と, 処分行為後の全体としての資産状態を比較して, 資産状態が悪化している場合に認められる。

この判断に際しては, まず, 何が「財産」として保護されるかが問題となる (187 頁)。そして, 保護される財産が減少しているかという問題 (189 頁) と, 減少した財産に相応するだけの填補が行われているかという問題 (189 頁) が生じる。

【先行研究】

林幹人『財産犯の保護法益』23-83 頁, 117-156 頁 (東京大学出版会, 1984 年)

財産上の損害要件についての基本文献。保護される財産と損害の存否に関する判例・学説が包括的に紹介されている。

第二項 保護される財産**1. 経済的に価値のあるもの****(1) 経済的財産概念 (Rn. 117-120)**

判例が採用しているのは, 経済的に見て金銭的価値のあるあらゆるものが「財産」に含まれるという立場である。経済的価値に注目する点で, 経済的財産概念 (Wirtschaftlicher Vermögensbegriff) と呼称されている。保護対象を法的に承認された財産に制限する法律的経済的財産概念 (Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff) (188 頁) も, 経済的にみて金銭的価値のあるものを保護対象にする点では共通の出発点に立っている。

かつては法律的財産概念も主張されたがもはや主張されていない。また, 個人の主観的関心を保護する人的財産概念説も主張されているが少数である。

(2) 経済的価値が認められる範囲 (Rn. 121, 122, 127, 216, 217)

経済的にみて価値があるものとして保護されるのは, ①所有権, 担保権, 債権といった民法上の権利の他, ②占有, ③財産増加の具体的な見込み (191 頁), ④労働力 (193 頁) などが挙げられる。例えば, 占有については, 完全に占有を失うことは当然に財産上の損害に該当する。また, 一時的な占有喪失については, その分には代価が支払われるべき場合には経済的価値が認められる。

これに対して, 経済的に価値が認められない例としては, 金銭価値を持たない文書が挙げられる。例えば, 他人のパスポートを保有することが行為者の全体財産の増加につながらない以上, 詐欺罪による処罰対象にならない (BGH MDR/D 1972, 17 (1971 年 10 月 14 日), BGH NStZ 2009, 694 (2009 年 7 月 28 日))。

この点, 経済的価値を問題とせず犯罪を認める所有権に対する罪 (151 頁) と対照的である。もっとも, オーストリア刑法においては, 窃盗罪・委託財横領罪でも経済的価値が要求されている (174 頁)。

2. 法的保護に値しない財産 (Rn. 128, 129)

経済的価値を有するあらゆるものを保護す

ると考える経済的財産概念と、法的に承認されていないものについては刑法上の保護にも値しないと考える法律的経済的財産概念が対立している。

この対立の下で議論されているのは、①違法な労務、②違法行為に基づくため無効な請求権、③違法に開始された占有、④違法目的のための前払い金である。

(1) 違法な労務 (Rn. 130-133)

他人の家を壊したり、他人を殺害したりすることに報酬を払うという行為者の欺罔によって、被欺罔者が現に犯罪を実行した場合、報酬を約束された労務として保護されるかが問題になる。

法律的経済的財産概念によれば、犯罪を実行するという労務提供は保護されない。経済的財産概念によれば、当該労務が適法になしえないことが経済的価値に影響を及ぼすと考えるかによって保護されるかは異なってくる。判例上、脱税品の保管・運搬行為について算定可能な経済的価値がないとしたものがある（強盜的恐喝罪について、BGH NStZ 2001, 534 (2001年5月2日)）。

なお、この問題について、代金を支払うつもりなく売春させる場合が典型例とされていたものの、2001年の法改正で売春が合法化されたので、現在では詐欺罪が肯定されている。

(2) 無効の請求権 (Rn. 134-137)

盗品の売却代金について少なく見せかける欺罔によって、分け前を少なめに渡すような場合、本来の分け前が保護されるかが問題となる。

法律的経済的財産概念によれば、法秩序によって否認される無効の請求権は保護されない。経済的財産概念によれば、請求権に経済的価値が認められるか次第となる BGHSt 2, 364 (1951年11月25日)。近時の判例においては、無効の請求権に経済的価値が認められないとするものが存在する（強盜的恐喝罪について、BGH NStZ 2001, 534 (2001年5月2日)、BGH NStZ 2008, 627 (2008年5月27日)）。

(3) 違法に開始された占有 (Rn. 138-141)

窃盗犯人などに対して欺罔することで占有を得る場合、窃盗罪などの犯罪によって取得された占有が財産として保護されるかが問題となる。

経済的財産概念によると、違法に開始された占有も保護される。窃盗犯人から奪取する場合に窃盗罪が成立することのバランスからも妥当と主張されている。BGH NStZ 2008, 627 (2008年5月27日)は、窃盗の被害品である車に500ユーロ支払うと欺罔して車の占有を取得した事案において詐欺罪を認めている。

法律的経済的概念による場合には争いがある。民法858条以下の占有保護規定が及ぶと考えると違法に開始された占有も保護すべきという議論と、犯罪原因の占有は保護すべきでないという議論に分かれている。

(4) 違法目的の前払い金 (Rn. 142-145)

殺人を請け負うふりをして前払い金を受領する場合、当該前払い金が保護されるかが問題となる。

経済的財産概念によると、違法目的に支払われているとしても、金銭が保護されることに問題はない。BGH NStZ 2002, 33 (2001年9月4日)は、麻薬取引を仮装して金銭を受領すれば詐欺罪が成立すると判示している。

法律的経済的概念による場合は争いがある。違法目的に対する否定的評価によって刑法上の保護を否定すべきという議論と、金銭の所有・占有自体は適法であるから保護に値するという議論に分かれている。

【先行研究】

中村勉「ドイツ判例における不法な法律行為と財産犯の関係について(1)～(3・完)」上智法学論集16巻3号91-117頁,17巻1号123-148頁(1973年),17巻2号71-104頁(1974年)

法秩序の承認を受けない経済的価値を保護するドイツの判例の系譜を詳細に紹介している。

内田文昭「不法な取引をめぐる詐欺罪の成否」神奈川法学35巻3号641-701頁(2002年)

判例・学説を紹介。

第三項 損害の存否

財産上の損害は、①財産が減少しており、かつ、②減少した財産に相応するだけの填補が存在しない場合に認められる。

1. 財産の減少の存否

(1) 財産に対する具体的な危険 (Vermögensgefährdung) (Rn. 184)

財産の減少が生じているかも経済的に判断される。したがって、財産喪失の危険が大きい場合には、既に財産的損害が生じていると評価しうる。

しかし、このような評価が許されるのは、財産喪失の危険が大きく、現在の資産状態が悪化したといえる場合のみである。

(2) 現在の損害という評価の必要性 (Rn. 185-185d)

従来は、損害と同視できる危険 (schadensgleichen) という言い回しがなされていたものの、表見的には問題がある。近時の判例においては、経済的にみると財産に対する危険によって、現在の資産状態が悪化しているとの表現が採用されており、財産に対する具体的な危険という概念は不十分で不要と判示されている (BGHSt 53, 199 (2009年2月18日))。

さらに、憲法裁判所は、近時、財産に対する具体的な危険を現在の損害と評価することには憲法上の疑義はないとしつつも、経済的に了解可能な形で損害の算定を行うことを要すると背任罪で判示し (210頁)、その後、詐欺罪についても同一の判示がなされた (BVerfGE 130, 1 (2011年12月7日))。詐欺罪・恐喝罪・背任罪における財産上の損害要件を同一に理解するドイツ法の構造の現れであろう。

BGHは憲法裁判所の立場に従い、レンタカーを欺罔によって購入した者について、訴訟リスクはあるものの善意取得の可能性がある場合について、損害の算定が必要であると判示している (BGH wistra 2011, 387 (2011年6月8日))。

(3) 従前の規律との関係 (Rn. 196-199)

従前、支払能力のない者がクレジットカードを欺罔によって取得する場合、財産に対する危険によって損害が認められていた (BGHSt 33, 244 (1985年6月13日))。クレジットカードの使用については、206頁)。損害の算定を行うことが要求されることになったので、今後は支払能力の欠如していることに対する引当額を示すことになる。

また、口座を開設して銀行のカードを欺罔によって取得する場合、銀行が信用枠を供与している場合には財産上の損害が認められる。

さらに、偽証によって仮執行が可能な判決を得た場合、その時点で財産上の損害が認められる (BGH NSZ 1992, 233 (1992年1月16日))。この点については、損害の算定が要求されるとしても従前と変わりはない。

【先行研究】

富川雅満「ドイツ刑事判例研究 (83) 冒険的取引における詐欺損害」比較法雑誌 (中央大学) 46巻2号 331-347頁 (2012年)

BGHSt 53, 199 (2009年2月18日) の翻訳に加えて学説の議論が紹介されている。

2. 財産の填補の存否

(1) 反対給付による填補 (Rn. 155, 156, 161, 162, 166)

財産上の損害は金銭的価値の総体としての減少を意味するため、処分行為によって流出した財産を填補するだけの反対給付を受領していれば、損害は否定される。

ただし、填補として考慮されるのは、欺罔行為から直接生じる反対給付のみである。損害賠償請求のように事後的に独立の行為が必要な給付は考慮されない。

特別の割引であるとの欺罔によって通常価格で商品を購入した場合、商品による填補が認められるので損害は否定される。さらに、販売員が洗濯機の売買契約書にサインしていることに気づかせないような場合でさえ、洗濯機が適正価格であれば填補が認められる (BGHSt 22, 88 (1968年2月20日))。

(2) 反対給付への個人的関心の考慮 (Rn. 163, 164, 176-181)

処分行為によって流出する財産と反対給付の比較は金銭的価値に基づいて行われる。金銭的価値において釣り合っていれば、損害が否定されるのが原則である。例えば、収益の一部は環境保護に使用するという欺罔によって、釣り合いの取れた価額で商品を購入しても詐欺罪に該当しないと考えるのが通説である。詐欺罪は、真実違背の罪ではなく、単なる処分の自由を保護するものではないと説明されている。

しかし、個人の必要性・目的がおおよそ考慮されないわけではない。リーディングケースである BGHSt 16, 321 (1961年8月16日) では、①受領した商品が契約で前提とされた目的にも他の期待可能な方法でも使い道がない場合、②契約上の債務によって財産上の損害が生じる行動をとらざるを得なくなった場合 (具体例としては、支払いのために高利で借金をする場合)、③支払い義務によって債務を通常通り支払うため、又は通常的生活のために必要な財産を失った場合という3類型が挙げられている。

このうち、實際上、重要な類型は①である。受領した商品が使用可能かは、個人的な評価ではなく客観的に判断される。例えば、普通の主婦に、おおよそ転用しえない専門家向けの科学雑誌を購入させるような場合には、通常の間で雑誌を販売していても財産上の損害が認められる (BGHSt 23, 300 (1970年7月16日))。

第四項 無意識的自己加害の理論

1. 議論状況 (Rn. 146-148)

学説の一部においては、詐欺罪の成立は自己加害の認識がない場合に限られると主張されている。すなわち、財産上の損害が生じることを被欺罔者が認識していないことが自己加害という性質を基礎づけるというのである。自己加害の認識がない場合のみ詐欺罪が成立するという主張から、無意識的自己加害の理論 (Lehre von der unbewussten Selbstschädigung) と呼称されている。

例えば、差押えられた免許証が返還される

はずのところ、検察官が300ユーロ払えば警察官に働きかけて返還させることができると仮装したので、被欺罔者が300ユーロを支払ったという場合、無意識的自己加害を必要とすると詐欺罪は否定される。また、違法目的の前払い金 (188頁) についても、処分行為者は出捐に対する認識があることから詐欺罪を否定すべきと主張されている。しかし、判例においてはそのような議論は拒否されている。

この議論が特に問題となるのは、寄付金・物乞い詐欺である。

2. 具体的事例

(1) 詐欺罪が認められる場合 (Rn. 149-151)

例1: 1万5千ユーロの過料を支払わなければならないとの欺罔に対して、訴追されることを避けるために当該金額を支払った (BGH NJW 1992, 2167 (1992年5月12日))。

例2: 物乞いであると偽装して寄付をもらった。

この場合、資産状態の悪化は明らかであって財産上の損害が生じている。自己加害の認識があっても詐欺罪を認める判例によれば、問題なく詐欺罪が認められる。

これに対して、無意識的自己加害の場合に詐欺罪を制限する学説は、出損によって目指していた目的が失敗していることを理由にして自己加害の認識がないとして詐欺罪を認めている。

(2) 詐欺罪の成立する限界 (Rn. 152-154)

例3: 隣人が高額な寄付をしているとの欺罔によって、高額な寄付金を受領したが、実際に予定通りに福祉活動のために使用した。

この事案において、BayObLG NJW 1952, 798 (1952年2月13日) は詐欺罪を認めた。しかし、この場合の錯誤は福祉目的と無関係であって単なる動機の錯誤に過ぎないとして批判されている。

BGH NJW 1995, 539 (1994年11月10日) は、慈善団体が寄付を募る際に寄付の勧誘員は手数料を受け取っていたものの、寄付する側はボランティアであるとの錯誤に陥っていたという事案において、非経済的な目的の達

成により出損分が填補されるという判断枠組みによって、寄付による支援という目的が達成されている限り詐欺罪に該当しないと判示している。

双務契約においては経済的に填補の存否が判断されるのに対し、無償で財産を交付する場合は非経済的な社会的目的によって填補が認められる。したがって、達成されるべき目的に関わらない錯誤は単なる動機の錯誤であって詐欺罪は認められない。

3. アメリカ法との比較

ドイツにおいては財産上の損害という要件の中で、判例と無意識的自己加害の理論が対立している。もっとも、実際には、判例上、非経済的な社会的目的が達成されていれば詐欺罪が否定され、それ以外の錯誤は単なる動機の錯誤に過ぎないとされている。

この点、アメリカ法をみると、欺罔が金銭的な意義を有するものである場合に限る州と、そのような制限を行わない州に分かれている。財産上の損害という枠組みの中で議論するドイツの判例と異なり、欺罔の性質を問題にするアプローチが採用されており、しかも、立法的に欺罔の性質を制限する・しないことが選択肢としていずれもありえることが自覚されている。

【参照】

Maine 州刑法典——錯誤の性質を制限しない州

354 条 Theft by deception

3. It is not a defense to a prosecution under this section that the deception related to a matter that was of no pecuniary significance or that the person deceived acted unreasonably in relying on the deception.

New Jersey 州刑法典——錯誤の性質を制限する州

2C:20-4. Theft by deception

The term „deceive“ does not, however, include falsity as to matters having no pecuniary significance, or puffing or exaggeration by statements unlikely to deceive ordinary persons in the group addressed.

【先行研究】

この問題については先行研究によって紹介し尽くされている。

菊池京子「いわゆる乞食詐欺と寄附詐欺における『無意識の自己加害』について」一橋論叢 98 巻 5 号, 779-795 頁 (1987 年), 同「詐欺罪における相当対価が提供された場合の財産上の損害の有無について(中, 下)」東海法学 7 号 51-70 頁 (1991 年), 18 号 53-71 頁 (1997 年), 同「詐欺罪における財産上の損害についての一考察 (完)」東海法学 23 号 91-104 頁 (2000 年)

財産概念・損害の填補・無意識的自己加害について紹介。

相内信「続・ドイツ刑法判例研究 (13)」警研 59 巻 5 号 60-75 頁 (1988 年)

基本判例である BGHSt 16, 220 (1961 年 7 月 18 日) 及び BGHSt 16, 321 (1961 年 8 月 16 日) が翻訳されていて便利である。

伊藤渉「詐欺罪における財産的損害 (1), (3)」警研 63 巻 4 号 27-42 頁, 6 号 39-51 頁 (1992 年)

財産上の損害の填補と無意識的自己加害について包括的な紹介がなされている。

足立友子「詐欺罪における欺罔行為について (4)」名古屋大学法政論集 214 号 336-350 頁 (2006 年)

他の先行研究同様、財産概念・財産上の損害を紹介している。

第五項 問題となる諸事例

ここまでの枠組みを前提に、財産上の損害が認められるかが問題となる類型を紹介する。

1. 財産増加の見込み

(1) 保護される場合 (Rn. 122-124)

財産を得る見込みが十分に具体化されている場合、財産増加の見込みには経済的な価値があるといえるので、財産として保護される。

例えば、BGHSt 17, 147 (1962 年 2 月 20 日) は、建設入札を欺罔によって被告人が落札したという事案において、本来の最低価格入札者に落札させないことで財産的損害を与えたとして詐欺罪を認めている。

(2) 保護されない場合 (Rn. 125, 158)

具体的な収入の見込みではない財産増加への単なる期待は財産として保護されない。例えば、購入者の欺罔によって販売側が割引をした場合、販売側が有していた割引以前の販売収益への期待は保護対象にならないため、収益が減少しても詐欺罪にならない（契約に取り込まれた有利な地位は保護される点については、192頁）。

また、被相続人の生存中は、死亡時点で不当に相続するための契約を締結しても財産上の損害は認められない（OLG Stuttgart NJW 1999, 1564（1998年9月18日））。

2. 締結詐欺・履行詐欺

契約については、契約締結段階と履行段階の双方で詐欺罪の成否が問題になる。

(1) 締結詐欺 (Eingeheungsbetrug)**(a) 財産上の損害の存否 (Rn. 183, 186-195)**

契約締結段階においては、双務的に発生する債権の価値を比較して、被欺罔者に経済的損失が生じている場合のみ財産上の損害が認められる。

契約締結段階においては、財産に対する具体的危険によって財産の減少が認められるかという問題（189頁）も生じる。したがって、憲法裁判所に従い、損害の算定を行う必要がある。

さらに、債権債務関係を解消できる場合には財産上の損害が否定されるかも問題となる。被欺罔者が契約を解消できるかにはリスクを伴う以上、財産上の損害を否定すべきでないといふ解される。そもそも欺罔に気がつかない場合があるし、気づいても証明困難によって契約を解消できない場合も考えられるからである。

ただし、契約上、履行前に解除できるような場合には、財産に対する具体的危険が認められず、解除期間の経過までは財産上の損害は認められない。

(b) 履行との関係 (Rn. 201)

締結詐欺によって契約締結時点で詐欺罪が成立する場合に、契約が予定通りに履行され

ると、欺罔は履行段階まで継続しているだけである。したがって、契約締結で既遂に達した詐欺は履行によって終了し、全体として詐欺一罪が成立する。

(2) 履行詐欺 (Erfüllungsbetrug)**(a) 真正履行詐欺 (Rn. 173-175)**

契約締結時点で有利な条件を契約内容にしたにもかかわらず、履行段階で欺罔によって当該条件を遵守していない履行を行う場合、財産上の損害が認められる。なお、この場合、(b)で紹介する不真正履行詐欺との対比で真正履行詐欺と呼称されている。

例えば、特別割引の契約を有効に締結しておきながら、履行段階で水増し請求によって割引のない通常価格を支払わせるような場合が挙げられる。この場合、特別割引の履行を受けられるという地位は契約に取り込まれており、被欺罔者の「財産」として刑法上の保護の対象になる。したがって、欺罔によって有利な地位を喪失させた点で、詐欺罪が成立する。

BGHSt 32, 211（1983年12月21日）は、特別割引の建築契約を締結したものの、必要のない分量の金属を使用して追加料金を請求することを当初から意図しており、意図通りに追加料金を受領したという事案において、全体としての建築費用が通常の会社と同等の料金であるとしても、不要な料金を支払った点に財産上の損害を認めている。

(b) 不真正履行詐欺 (Rn. 167-172)

契約履行段階で初めて欺罔が行われる場合に対して、契約締結段階で既に欺罔が行われている場合については詐欺罪の成否について議論が分かれている。この場合は、不真正履行詐欺と呼称されている。

例えば、中古自動車について5万キロしか走っていないと欺罔して実際には10万キロ走行している自動車を売却したものの、適正価格であったという場合である。

この場合、約定の内容と現実の履行が相違していることから経済上の損害が認められるとの学説も主張されている。

これに対して、契約から生じた請求権はま

だ「財産」として保護されるに至っておらず、経済的にみると単なる財産増加への期待に過ぎない(192頁)として、財産上の損害を否定するのが判例(BGHSt 16, 220(1961年7月18日))・多数説である。

【先行研究】

渡辺靖明「ドイツ刑法における『締結詐欺』をめぐる裁判例」クレジット研究40号211-246頁(2008年)

締結詐欺・履行詐欺の概念を紹介した上で、締結詐欺に関する裁判例を多数、丁寧に紹介している。

3. 刑事制裁から生じる請求権 (Rn. 126)

BGHSt 38, 345(1992年9月1日)は、財産刑(罰金・過料・没収)は263条(詐欺罪)で保護すべきでないと判示している。刑事制裁には経済的取引は考えられないことがその理由として挙げられている。

また、刑罰執行の妨害は258条(処罰妨害罪)の規律で対処すべきとの指摘もなされている。

4. 善意取得 (Rn. 203-208)

善意取得が成立しない場合(民法935条1項)、購入価格が物の価値を下回っているとしても購入者には財産上の損害が生じる。

これに対して、善意取得が成立する場合(民法932条)については議論がある。

出損に対する填補が認められることからすれば、財産上の損害が否定されるはずである。かつては、「傷物(Makel)」であることから財産上の損害が認められるとの議論もあったものの、もはや廃れている。

現在、訴訟リスクが存在することに注目して、財産に対する具体的危険を根拠にして財産上の損害が認められるとの議論がなされている。BGH wistra 2003, 230(2003年1月15日)は、中古自動車の購入者が軽微とはいえ訴訟リスクにさらされていれば財産上の損害が認められると判示していた。しかし、損害の算定を要求する憲法裁判所の判例に従うと(189頁)、単なる訴訟リスクでは不十分であって、所有関係に争いがあることで商

業的に価値が減少するという点に、経済的に算定可能な損害を求める必要がある。

5. 信用供与と担保 (Rn. 209, 210)

返済能力・返済意思に問題がある者が返済できると仮装して借金をする場合、債権者の返還請求権の価値は減少している。この場合であっても、十分な担保が設定されており、かつ、弁済期に担保実行に困難がない場合には、填補によって財産上の損害が否定される。

BGHSt 15, 24(1960年6月3日)は、行為者が返済意思なく車を譲渡担保にして銀行から借金したものの、車は行為者が利用し続けるために行為者の手元にあったという事案において、担保物の金銭価値が借金額を満足させるものであっても、債務者の協力なく担保実行できないので損害の填補に十分でなく、財産上の損害が認められると判示している。

所有権留保の場合も同様に、購入者が欺罔によって商品を得た場合、所有権留保によっては十分に填補が認められず、財産上の損害が認められる。

6. 労働力・サービス・被用者としての地位の詐取

(1) 労働力の詐取 (Rn. 122)

BGH NJW 2001, 981(2001年1月18日)は、対価性を帯びる場合に限定して労働力も「財産」に含まれるとして、賃金の支払いの見込みもなく従業員として雇い入れる行為について詐欺罪を認めている。

(2) サービスの詐取 (Rn. 211)

対価を払わずに有償サービスを受ける場合にも財産上の損害が認められている。典型例は、入場口が有人である場合に限られるが、キセル乗車であり、その他、スポーツやコンサートの無銭入場が挙げられる。

ただし、この場合、個々の代金と無関係にサービスは提供されるため、財産の減少が認められるかに問題がないわけではないと指摘されている。サービス提供ではなく、サービスの代金請求権を欺罔で行使させなかった点

を捉えればよいという議論も存在する。

(3) 被用者としての地位の詐取

(a) 専門能力の欠如 (Rn. 224)

被用者が期待された専門能力を持たない場合、雇用から生じる財政的負担によって財産上の損害が認められる。この場合は締結詐欺であり、契約締結の段階で損害が認められる。

(b) 公務員 (Rn. 225)

公務員の場合、任命要件が定まっており、違反があれば任命が取り消される。そうすると、給与の支払いは許されず、財産上の損害が認められると考えられる。

この点、BGHSt 5, 358 (1954年3月16日)は、勤務に対する対価は算定困難であり、給与は年齢・家族状況・資格に合わせて支払われる以上、資格について欺罔すれば本来受領できない給与を受領しているのであり、仕事をこなしているかは無関係であると判示している。

(c) 公務員以外の労働契約 (Rn. 226-229)

専門能力を備えて労務を提供しているにもかかわらず財産上の損害が認められるのは例外である。年齢や特別の資格のように、実際の労務と無関係の支払いについて、欺罔していれば財産上の損害が認められる。

議論の対象になっているのは前科である。前科者の雇用それ自体や評判の低下は財産上の損害と評価されない。しかし、BGHSt 17, 254 (1962年5月4日)は、財産犯の前科者が雇用主の財産を自由にできる地位につくことには財産に対する具体的危険が認められると判示している。

このような議論に対しては、財産犯の機会を得るだけでは直接性を欠くし、憲法裁判所に従うと損害の算定が不可能な場合であると批判がなされている。

7. 補助金 (Rn. 213)

使用目的が制限された公的資金について、法定条件を満たしていない者が欺罔によって受領する場合、国家給付に対する請求権がな

く、補助金交付の目的が失敗しているため、財産上の損害が認められる。

BGHSt 31, 93 (1982年6月30日)は、一定の期日以前に投資財を購入した者に補助金を与えるという法律を悪用して、当該期日以降の購入日付を操作して購入者に補助金を得させたという事案について、財産上の損害を認めている。その際、公的資金は法律によって厳格な拘束を受けており、期間制限に違反していれば請求権がない以上、給付によって財産上の損害が生じるとして、給付によって財産上の投資財の購入促進という目的が実現されているという理由で財産上の損害を否定することはできないと判示されている。

なお、企業が補助金を詐取・不正使用する場合については、264条という独立の条文による処罰が可能になっている。

8. 賭博 (Rn. 218-222)

競馬・サッカーで賭ける側が八百長を働きかけていた場合(欺罔について181頁)、賭博の開催者が賭け金全体に対する返還率を定めていけば、開催者に財産上の損害は生じない。しかし、他の賭けた者が利得のチャンスを失うという損害を受けるため、開催者の従業員を処分行為者として三角詐欺が成立する(BGHSt 29, 165 (1979年12月19日))。

これに対して、賭博の開催者がオッズを定めていた場合、八百長によって賭博のリスクが賭ける行為者に有利になるため、欺罔による勝利率と開催者が定めたオッズの差異分について開催者に財産上の損害が生じる(BGHSt 51, 165 (2006年12月15日))。ただし、憲法裁判所の判例に従うと、この分の算定が必要になる。

【先行研究】

本稿で取上げた問題以外の具体的問題について神山敏雄「西独における商品先物オプション取引をめぐる犯罪」『経済犯罪の研究 第一巻』123-175頁(成文堂, 1991年)

オプション取引に関する欺罔行為性と損害の存否に関する判例・学説を紹介。

神山敏雄「ドイツにおける入札談合に対する詐欺罪適用の新しい動き(上, 下)」判時1547号9-18

頁, 1548号9-17頁 (1996年)

入札談合に詐欺罪を適用する判例と学説の詳細な紹介。

第五款 主観的超過要素

オーストリアの窃盗・委託財横領罪では領得意図に加えて要求されている利得目的(163, 177頁)は、ドイツ刑法では詐欺・恐喝罪のみで要求されている。

詐欺罪の客観的要件は財産上の損害であって、被害者から行為者又は第三者への財産的利益の移転は要求されていない。しかし、利益移転が利得目的という主観的要件として要求されている。

第一項 利得目的

1. 自己又は第三者への財産的利益の移転 (Rn. 237)

利得目的が認められるのは、財産的利益を増加させようとする場合、すなわち、経済的意味における財産状況を増加させようとする場合である。損害賠償請求を回避する場合も含まれる。

利得目的は自己のためだけでなく、第三者のためでもよい。

2. 意図の必要性 (Rn. 238-244)

利得の意図が要求されるため、他の目的があるにせよ、少なくとも、利得が目的とされていることが必要である。ただし、最終目的ではなく、別の目的のための不可欠な中間的目的でも足りる。例えば、子供の治療費のために親が他人から金銭を詐取する場合である。これに対して、必然的な帰結として確定的に認識しているだけでは利得目的に該当しない。

BGHSt 16, 1 (1961年2月23日)は、別の目的があるとしても、利得が確実であって、かつ、それを望んでいれば利得目的が認められる一方、望んでいなければ利得目的は否定されると判示している。望んでいるか望んでいないかという区別基準に対しては批判がなされているものの、利得を目的としていたかの判断の資料になるのは確かである。

3. 素材同一性 (Stoffgleichheit) (Rn. 246, 249, 254)

あらゆる利得が利得目的に該当するわけではない。被害者から行為者又は第三者に利益を移転させるという詐欺罪の構造上、「素材同一性」という制限が行われる。

素材同一性とは、被害者に生じる財産上の損害の裏返しとして、行為者又は第三者が利得するという関係を必要とするものである。ただし、損害と利得が全く同一であることまでは必要ない。

素材同一性要件によって、第三者から報酬を受けるように外部から利益を得る場合には詐欺罪が否定される。

具体例として、歩合制の販売員が欺罔行為によって会社の商品の販売契約を締結して手数料を受け取る場合を考える。

この場合、購入者の損害と行為者の受領する手数料に素材同一性が認められないため、購入者を被害者として自ら利得する意図は否定される。

しかし、会社は商品の販売契約という利益を得ており、販売員は会社に当該利益を得させる意図を有しているため、購入者を被害者として第三者を利得させる意図が認められて詐欺罪が成立する (BGHSt 21, 384 (1967年11月28日))。

さらに、会社の得た契約は取消可能なものであるため、行為者が手数料を受領することは、会社を被害者として自ら利得する意図が認められて詐欺罪が成立する。

【先行研究】

伊藤亮吉「目的犯の新たな潮流 (1)」名城法学 61巻3号19-49頁 (2012年)

利得目的に関する判例・学説を詳細かつ丁寧に紹介する。

林美月子「クレジットカードの不正使用と詐欺罪」平野龍一古稀『平野龍一先生古稀祝賀論集 上巻』476-486頁 (有斐閣, 1990年)

素材同一性要件についての紹介。

第二項 利得の違法性とその故意

領得意図と同様 (162頁)、利得目的においても、客観的な違法性と違法性に対する故

意が要求される。

1. 利得の違法性 (Rn. 265-267)

期限がきており抗弁がない私法上の請求権の実現のためであれば利得の違法性が否定される。窃盗罪の場合 (163 頁) と異なり、詐欺罪の場合、欺罔に基づいて債務を履行する際、履行の対象を特定するため、特定物債務・種類債務の区別に意義はない。

自己の債権を実現するため、相殺できる状況を作り出す場合にも違法性は否定される。

相手方の根拠のない請求に対して、証明困難であることから欺罔手段によって請求を免れるような場合にも、違法性は否定される (BGHSt 42, 268 (1996 年 10 月 17 日))。ただし、この場合、法律的経済的財産概念によると、そもそも財産上の損害が否定される。

2. 利得の違法性に対する故意 (Rn. 268, 269)

期限がきており抗弁がない私法上の請求権があるという錯誤に陥っている場合、構成要件の故意が阻却される (BGHSt 42, 268 (1996 年 10 月 17 日))。

なお、BGHSt 42, 268 (1996 年 10 月 17 日) においては、客観的には損害賠償義務が存在しないのに、主観的に損害賠償義務がありうると考えて、欺罔行為によって義務を免れようとした事案において、賠償義務の錯誤は事実に関わるものであるため故意が認められ、不能未遂が成立する²⁶⁾と判示されている。

【先行研究】

林幹人『財産犯の保護法益』177-192 頁 (東京大学出版会, 1984 年)

権利行使時における詐欺罪・恐喝罪の成否についてわかりやすい紹介がなされている。

木村光江『財産犯論の研究』320-357 頁 (日本評論社, 1988 年)

林同様、権利行使時における詐欺罪・恐喝罪の成否についてわかりやすく丁寧な紹介がなされている。

第六款 他罪との関係 (Rn. 270, 271)

先行する財産犯の後、欺罔行為によって財産上の損害を拡大することなく、単に利得を確保するだけの場合、先行する財産犯に対して共罰的事後行為になる。例えば、BGH NStZ 2008, 396 (2007 年 7 月 18 日) は、通帳の窃取の後、その通帳を使用して預金を引出そうとする行為について、独立の違法性を持たないとして窃盗罪と独立して詐欺罪を認める必要はないと判示している。

学説においては、財産上の損害の拡大がない場合には構成要件該当性を否定すべきという立場もある。

第三節 コンピュータ詐欺罪

第一款 総説

【条文】

263 条 a 1 項 違法な財産上の利益を自ら得又は第三者に得させる目的で、不正にプログラムを形成し、不正若しくは不完全なデータを使用し、権限なくデータを使用し、又はその他の方法で権限なくデータ処理の過程に干渉することにより、データ処理の結果に影響を与え、これにより他人の財産に損害を加えた者は、5 年以下の自由刑又は罰金に処する。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

(1) 行為態様

(a) プログラムの不正形成 (unrichtige Gestaltung des Programms)

(b) 不正又は不完全なデータの使用 (Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten)

(c) データの無権限使用 (unbefugte Verwendung von Daten)

(d) その他のデータ処理過程への無

26) ドイツでは不能未遂も処罰されている。

権限干渉 (sonst durch unbefugte
Einwirkung auf den Ablauf)

(2) データ処理結果への影響

(3) 財産上の損害

2. 主観的構成要件

(1) 故意

(2) 利得目的

II 違法性

III 責任

法定刑－5年以下の自由刑又は罰金

未遂処罰あり (2項・263条2項)

263条aはコンピュータ操作によって生じる財産上の損害に対応すべく、1986年の法改正によって新たに導入された。

詐欺罪のうち、①欺罔・②錯誤・③財産的処分行為という人間に関わる要件が存在せず、そのパラレルな要件として、④4つの行為態様が定められるとともに、②錯誤・財産的処分行為に代わるものとしてデータ処理結果への影響という要件が定められている。

これに対して、財産上の損害・故意・利得目的という要件については263条と同様の解釈が妥当する。

本節に対応するのは、Rengier, §14, Computerbetrug, 294-309頁である。

【先行研究】

井田良「西ドイツにおけるコンピュータ犯罪への対応」ジュリ 846号 42-46頁 (1985年)

1986年刑法改正以前の状況を概観。

井田良「西ドイツにおけるコンピュータ犯罪処罰規定とデータの保護」刑法雑誌 28巻4号 591-626頁 (1988年)

1986年改正で成立した各条文を解説。

神山敏雄「西独における第二次経済犯罪対策法の制定」法時 58巻11号 53-59頁 (1986年)

1986年改正を概観。

神山敏雄「コンピュータ濫用の刑事法上の一考察」法時 59巻3号 71, 72頁 (1987年)

263条aの立法過程を概観。

クラウス・ティーデマン(丹羽正夫=城下裕二訳)「コンピューター犯罪と1986年の西ドイツ刑法改正」北大法学論集 39巻1号 134-136頁 (1988年)

経済犯罪の大家による1986年改正に関する講

演の翻訳。同内容のものとして、クラウス・ティーデマン(神山敏雄訳)「コンピュータ刑法」西原春夫=宮澤浩一監訳『ドイツおよびECにおける経済犯罪と経済刑法』177-179頁(成文堂, 1990年)。

第二款 共通要件：データ処理結果への影響
(Rn. 3-5)

行為態様以外の要件のうち、詐欺罪に存在しないデータ処理結果への影響という要件について先に説明する。

データとは、暗号化された情報全般を意味する。データ処理とは、データとプログラムによる電子技術的処理である。

データ処理結果に影響を与えたという要件を充足するのに、データ処理が開始されていることは必要ではない(BGHSt 38, 120 (1991年11月22日)。具体例について198頁)。

データ処理結果に影響を与えたという要件は、錯誤に基づく処分行為に代わる要件である。したがって、データ処理結果への影響によってコンピュータによる財産の処分、すなわち、財産の直接の減少(184頁)が生じる必要がある。データ処理結果に影響を与えた後、行為者の更なる行為が介在してから財産が減少する場合には、263条aは成立しない。

第三款 行為態様要件の検討

行為態様は①プログラムの不正形成、②不正又は不完全なデータの使用、③データの無権限使用、④その他のデータ処理過程への無権限干渉の四種類が定められている。④は、①-③で捕捉できない態様を捕捉する受血的構成要件要素である。

第一項 プログラムの不正形成 (Rn. 7)

プログラムを操作する場合は該当する。プログラムもデータから形成されているため、第2態様の特別類型である。

不正の意義には争いがあり、処分権者の意思に反するという主観説と、関係者が要求する役割をプログラムが果たすかという客観説が主張されている。

第二項 不正又は不完全なデータの使用 (Rn. 8)

入力データを操作する場合が該当する。例えば、虚偽の年齢を入力して不正の振込を行うような場合が該当する。

第三項 データの無権限使用

1. 意義

(1) データの使用 (Rn. 10)

データの使用の意義には争いがある。あらゆるデータの使用で足りるという立場と、データ処理のためにデータを入力することが必要という立場がある。ただし、データの無権限使用という第三の態様に該当するか、受皿である第四の態様に該当するかという議論がなされているにとどまる。

(2) 無権限 (unbefugt)

無権限の意義は重要な争点であり、しかも、受皿である第四の態様にも同様の議論が妥当する。

①主観説は、データの処分権者の意思に反することを無権限と定義する (BayObLG JR 1994, 289 (1994年2月10日))。これに対しては、電子機器を使用したあらゆる契約違反が該当することになってしまい、他人の洗濯機の不正使用さえ処罰されるとの批判がなされている。

②コンピュータ固有の解釈を行う立場は、データ処理への不正作用を要求し、機器の動作に問題がなければ構成要件に該当しないと主張する。これに対しては、263条aによる処罰範囲が狭すぎるとの批判がなされている。

③詐欺罪との類比に基づいて解釈するのが判例・通説である。仮に人間に対してデータを使用していれば、少なくとも推断的欺罔に該当するか (181頁) という判断が行われる (BGHSt 47, 160 (2001年11月16日))。

2. ATMにおけるカードの不正使用 (Rn. 15, 16)

データの無権限使用という行為態様が重要な役割を果たすのは、ATMでカードを使用する場合である (窃盗罪の成否について 157,

158頁)。

行為者がカードを使用して正しい暗証番号を入力している場合、データ処理へのデータの inputs は問題なく認められる。なお、少数説は、データ処理結果への影響要件においてデータ処理が既に開始されているという制限を行うことで、この場合を不可罰とするものの、そのような制限を行う理由はない (197頁)。

「無権限」に該当するかについては場合分けをして、判例・通説の立場を説明する。

(1) 窃盗・偽造などによって得たカードの使用 (Rn. 17, 17a)

窃盗や偽造などで取得したカードと暗証番号を使用する場合、仮に銀行の従業員に対してであれば、代理権を有すると欺罔を行わなければならないはずであるため、無権限使用に該当する (OLG Köln NJW 1992, 125 (1991年7月9日))。

この場合、銀行は口座所有者に賠償請求できないため (民法 675条 u)、銀行に財産上の損害が生じる。また、いったん不利益な記帳を受けて記帳を戻す請求をしなければならぬ点から、口座所持者にも財産に対する危険による損害が生じるとして三角詐欺も成立しうる。

(2) カード所有者からの委託に反した金銭の引出し (Rn. 18-20)

銀行約款に反しているとしても、カード所有者からの委託の範囲内で引出す限り、263条aは成立しない。

議論があるのは、委託に反した引出しについて詐欺との類比が可能であるかである。

OLG Köln NJW 1992, 125 (1991年7月9日) は、適法にカードの占有を取得してれば、銀行に対する推断的欺罔は認められないとして、委託に反した引出しでもデータの無権限使用に該当しないと判示している。これに対して、委託は外部関係に対しても限界を画するとして、委託に反した引出しについてデータの無権限使用に該当すると学説も主張されている。

(3) カード所有者による不正使用 (Rn. 21-23)

カードの所有者が自己のカードを不正に使用する場合、データの無権限使用に該当するかは議論がある。

返済能力・返済意思のない引出しについては、仮に人がいれば欺罔に該当するため、無権限使用に該当するとの議論もありうる。しかし、BGHSt 47, 160 (2001年11月16日)は、人を措定して欺罔されているかを考えるのは、コンピュータがチェックする事項に限定されるとして、無権限使用の該当性を否定している。

もっとも、このような理由づけについては、窃取したカードの使用についてさえ無権限使用に該当しないことになるとの批判がなされている。そこで、自己のカードの不正使用について無権限使用の該当性を否定する学説は、仮に窓口に従業員がいても、自動的に処理するのであって返済能力・意思について錯誤に陥っていないこと (183頁) を理由として挙げている。

第四項 その他のデータ処理過程への無権限干渉 (Rn. 31-33)

その他のデータ処理仮定への無権限干渉という行為態様は受皿であるため、他の行為態様に該当しない限度で検討が必要になる (197頁)。

この行為態様に該当するかについて議論があるのは、カジノ機のプログラムを不正入手して、いつボタンを押せばよいかを知った上でプレーして儲けを得るという事案であり、空プレー (Leerspielen) と呼称されている。

BGHSt 40, 331 (1994年11月10日)は、カジノ機設置者の意思に反するとして無権限に該当すると判示している。この判示のみでは詐欺罪との類比がなされていないものの、学説では、仮に人がいればカジノ機の動きを知らないという推断的欺罔が認められるとして、「無権限」に該当すると議論されている (賭博における欺罔については181頁)。

【先行研究】

長井圓「第5章 カード濫用罪とコンピュータ詐

欺罪」同『カード犯罪対策法の最先端』178-188頁、198-222頁 (日本クレジット産業協会クレジット研究所, 2000年)

コンピュータ詐欺罪の成否が争われた判例を詳細に紹介している。

内田幸隆「背任罪と詐欺罪との関係」早稲田法学会誌 53巻 122-129頁 (2003年)

行為態様要件に関する学説が紹介されている。

第二章 恐喝に関する罪

第一節 総説

【条文】

253条1項 違法に自ら利得し又は第三者に利得させるために、暴行を用い又は耐え難い害悪を及ぼす旨の脅迫により、人に対して作為、受忍又は不作為を違法に強要し、これにより、被強要者又は他の者の財産に損害を加えた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。

2項 追及する目的のために暴行を用い又は害悪を加える旨の脅迫をしたことが、非難すべきものと認められるときは、行為は違法である。

255条 恐喝が、人に対する暴行を用い又は身体若しくは生命に対する現在の危険を及ぼす旨の脅迫を用いて行われたときは、行為者は強盗犯人と同一の刑に処する。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

(1) 行為態様

(a) 恐喝罪

①暴行 (Gewalt) 又は

②耐え難い害悪による脅迫 (Drohung mit einem empfindlichen Übel)

(b) 強盜的恐喝罪

①人に対する暴行 又は ②生命
身体に対する現在の危険による
脅迫

(2) 強要結果—被強要者の作為・受忍
(Duldung) ・不作為

(3) 財産的処分行為 (Vermögensverfü-
gung) (争いあり)

(4) 財産上の損害 (Vermögensscha-
den)

2. 主観的構成要件

(1) 故意

(2) 利得目的 (Bereicherungsabsicht)

3. 利得の客観的違法性とその故意

II 違法性—非難条項

III 責任

法定刑—恐喝：5年以下の自由刑又は罰金
強盜的恐喝—強盜と同一
未遂処罰あり (3項)

本章に対応するのは, Rengier, §11, Erpressung, 175-202 頁である。

第一款 恐喝罪の基本的性格 (Rn. 1-4)

恐喝罪の保護法益は, 個人の自由と全体財産である。強要罪を基礎にして全体財産に損害を加えた場合に成立する。強盜的恐喝罪は, 恐喝罪の加重類型であり, 強盜と同様の行為態様によって成立する。日本の2項強盜に対応する規定を有しないドイツにおいては, 強盜的恐喝罪が2項強盜に相応する部分が処罰されることになる (164 頁)。ただし, 強盜的恐喝罪は利益だけでなく, 有体物に対しても成立しうる点に注意が必要である。

恐喝罪は, その基本的性質に争いがある。学説においては, 詐欺罪とパラレルに考えて処分行為を要求する議論がなされている。しかし, 判例においては, 処分行為は要求されていない。

第二款 窃盜・強盜と恐喝・強盜的恐喝の関係

恐喝罪を詐欺罪とパラレルに考える学説によると, 恐喝・強盜的恐喝罪は処分行為の存否によって, 奪取罪である窃盜・強盜と画さ

れることになり, 相互排他的な関係に立つ。

これに対して, 処分行為を要求しない判例においては, 対人暴行・生命身体への現在の危険による脅迫によって有体物を移転させた場合, 強盜と強盜的恐喝の両方が成立しうることになり, より軽微な暴行・脅迫によれば窃盜と恐喝の両方が成立しうることになる。ここから, 窃盜・強盜と恐喝・強盜的恐喝の関係・区別方法を論じる必要が生じるが, 201, 202 頁で論じる。

第二節 成立要件の検討

第一款 行為態様

第一項 暴行 (Rn. 8)

恐喝罪における暴行の意義については, 一般的な暴行と同様の議論が妥当する。255 条による加重対象になるのは対人暴行である。これは, 強盜罪と同一の内容である (165 頁)。

対人暴行は, 人に対する直接又は間接的作用を有する有形力であれば足りるため, 暴行による恐喝は, 通常, 強盜的恐喝罪に該当し, 単なる恐喝罪にとどまる範囲は狭い。

我が国と異なり, 強盜罪と恐喝罪の暴行概念について, 反抗を抑圧するに足りる程度か否かで区分するという議論はなされていない点に注意を要する (166 頁)。

第二項 脅迫

1. 脅迫の意義 (Rn. 8)

恐喝罪における脅迫の意義については, 一般的な脅迫と同様の議論が妥当する。255 条による加重対象になるのは, 生命・身体に対して現在の危険を及ぼす旨の告知である。これは, 強盜罪と同一の内容である (166 頁)。

2. 加害対象が第三者の場合

第三者に加害する旨の告知を行う場合でも, 自分自身への加害と同じぐらいの害悪と感じられ, それゆえ, 強制を受けるのであれば, 脅迫に該当する (166 頁)。

BGH NStZ 1987, 222 (1987 年 1 月 8 日) においては, 行為者が銀行の客に銃を向けた事案において, 客への加害の告知は銀行員に対する脅迫に該当するとして, 近親者に制限した地裁判決を破棄して 255 条が適用可能と判

示している。

3. 不作為を内容とする脅迫 (Rn. 9, 10)

何らかの行動をしない旨を告知する場合であっても、脅迫に該当しうる（不作為を内容とする脅迫）。例えば、万引きを通報しない代わりに千ユーロ払えと要求する場合、万引きを通報しないこと自体は適法であるものの、脅迫に該当する。

4. 現在性 (Rn. 11, 12)

現在の危険は、正当化緊急避難の成立要件と同一に解されている。現在性が認められるのは、自然の成り行きに任せると、直ちに防御措置を採らない限り、損害の発生が確実であるか高度に蓋然的である場合である。いつ損害に転化するかわからない状態であれば足りるため、長期間に及ぶ継続的な危険でも現在性を充足する。例えば、襲撃する旨の脅迫について、いつ襲撃するかわからない場合には現在性が認められる (BGH NJW 1997, 265 (1996年8月28日))。

第二款 処分行為の要否

第一項 処分行為の要否から生じる相違点 (Rn. 13-20)

処分行為を要求する学説によると、意思活動の余地がない暴行（絶対的暴力 *vis absoluta*）については、恐喝罪は成立せず、255条の適用対象にならない。これに対して、処分行為を要求しない判例によると、そのような暴行についても、恐喝は成立し、255条の適用が可能である。

この議論から相違点が生じるのは、①領得意図を欠くなどの理由で窃盗・強盗の成立が認められないものの、処分行為も存在しないという事案である。一時使用のために、暴行・脅迫を用いて処分行為を介さずに他人の動産を奪取した場合、判例の立場によると253条・255条の適用が可能である。例えば、BGHSt 14, 386 (1960年7月5日)においては、タクシーの占有侵害を理由に255条が適用可能と判示されている。これに対して、253条・255条の適用を否定する学説によると、強要罪が成立するととどまる。

また、②暴行によって債務を支払わずに逃走する場合、処分行為を要求すれば253条・255条の適用が否定される。判例によると、253条・255条の適用が可能である。例えば、BGHSt 25, 224 (1973年8月30日)は、揉み合いの末、タクシー代金を支払わずに逃走した事案において強盜的恐喝を認めている。なお、物については処分行為を要求しつつ、それ以外には処分行為を要求しないという中間説も主張されている。

以下では、処分行為不要説と処分行為必要説に分けて紹介する。

【先行研究】

清水一成「続・ドイツ刑法判例研究(16)」警研59巻8号62-77頁(1988年)

BGHSt 14, 386 (1960年7月5日)の翻訳に加えて、処分行為の要否を中心に恐喝罪について解説がなされている。

第二項 処分行為不要説

1. 一般構成要件としての恐喝罪 (Rn. 21-24, 26-28)

判例によると、強盜的恐喝罪は、対人暴行又は生命身体に対する現在の危険による脅迫で財産を移転させようとする場合一般に妥当する構成要件である。強盜罪は、物の奪取時に適用される特別の構成要件に過ぎない。したがって、強盜罪の成否を予め検討して、強盜罪が不成立の場合に強盜的恐喝の成否を検討すれば足りる。

この考えによると、脅迫によって物を奪取する場合、窃盗罪と同時に恐喝罪も成立していることになる。脅迫による物の奪取については、強盜は重大な脅迫に制限して処罰対象にしているにもかかわらず、253条がミニ強盜 (*kleiner Raub*) を処罰することになってしまうとの批判がなされている。

また、暴行・脅迫によって乗用車を一時使用する場合にも255条の適用を認める判例の立場によると、249条の適用を否定する意義が失われてしまうとの批判もなされている。

2. 強盜との区別基準 (Rn. 39)

物の移転について強盜と強盜的恐喝が同時

に成立しており、強盗を先に検討するとの立場からは、更に、どのような場合に強盗が成立するかが問題となる。

この点、判例は、被害者の内心に注目せず、専ら外観からみて、奪っている (Nehmen) といえれば強盗に該当し、被害者が交付しているといえれば強盗的恐喝に該当するという立場を採用している。例えば、BGHSt 7, 252 (1955年3月17日) は、殴ると脅迫して被害者自身に財布を渡させた事案において、強盗的恐喝を認めている。

3. 三角恐喝 (Rn. 32)

判例は、財産を保護する意思と能力がある第三者に交付させた場合、当該第三者は財産の保持者の側に立つとして三角恐喝の成立を認めている。例えば、BGHSt 41, 123 (1995年4月20日) においては、行為者がナイフで刺された被害者の時計について、時計を渡すように恋人に要求した事案において三角恐喝を認めている。

これに対して、無関係の第三者に暴行・脅迫を行って交付させた場合には、強要罪と窃盗の間接正犯が成立し、恐喝罪にはならない。

第三項 処分行為必要説

1. 強盗との区別基準 (Rn. 34-38)

学説においては、詐欺罪と同様、恐喝罪にも処分行為を要求する立場が有力である。

ただ、詐欺罪と異なり、暴行・脅迫を被害者が受ける恐喝罪においては、物に対する処分行為の内容をいかに定めるかが議論されている。

処分行為を認めるには、財産を減少させる行為が意思に担われていることは最低限必要であると解されている。それに加えて、被害者の関与が財産移転に必要と考えられる場合に処分行為を認める議論や、被害者が現実を選択する可能性を有している場合に処分行為を認める議論が主張されている。しかし、そういった付加要件は必要ないとの指摘もある。

2. 三角恐喝 (Rn. 30, 31)

処分行為必要説からは、詐欺罪とパラレルに考えて、三角詐欺における法的権限説と陣営説の議論 (186頁) が恐喝にも妥当すると考えられる。

【先行研究】

中村邦義「ドイツ刑事判例研究 (54) 強盗と恐喝の区別」比較法雑誌 (中央大学) 36巻3号 134-148頁 (2002年)

強盗と恐喝の区別と三角恐喝について判例・学説を紹介。

第三款 因果性 (Rn. 5)

強盗罪において、暴行・脅迫と奪取については主観的な目的関係で足りた (167頁) のとは異なり、恐喝罪・強盗的恐喝罪においては、暴行・脅迫と処分行為・財産上の損害には客観的な因果関係が要求されている。例えば、脅迫されたものの、脅迫による圧力とは無関係に、警察の助言に基づいて金銭を支払うような場合、因果性を欠くので恐喝既遂は成立しない。

第四款 財産上の損害

財産上の損害要件の判断方法は、詐欺罪と全く同一である (187頁)。そこで、ここでは、恐喝で問題になる事案類型を紹介するとどめる。

例1：タクシーを一時的に使用する意図で暴行を加えた。(Rn. 43, 18)

占有の喪失は財産上の損害に該当する (BGHSt 14, 386 (1960年7月5日))。

例2：債務者が債権者から免れるために暴行を加えた。(Rn. 43, 19, 57, 58)

債務者の身元がわからない場合には財産上の損害が認められる (BGHSt 25, 224 (1973年8月30日))。これに対して、債務者の身元がわかっている場合、暴行によって債権行使が困難になるわけではないため、財産上の損害は発生しない。

ただし、ホテルは利用者の荷物に対して担保権を有する (民法 704条) ので、利用者が自分の荷物を持ち去った場合、利用者の身元が判明しているとしても、担保権侵害により

財産上の損害が認められる (BGHSt 32, 88 (1983年9月22日))。

例3: 美術品を奪取し、返還の条件として身代金を支払わせた。(Rn. 45)

美術品の奪取は返還意図がある限り、領得意図が認められない (159頁)。美術品の返却は民法 861・985 条によって無償で行わなければならない。したがって、美術品を返したことで支払わせた身代金の損害が補われることはなく、身代金分の財産上の損害が認められる (BGHSt 26, 346 (1976年6月18日))。

例4: 債務が存在しないにもかかわらず、債務証券へのサインを強制した。(Rn. 46)

財産に対する具体的な危険も財産上の損害を構成しうる (189頁)。債権請求の見込みがあり、かつ、サインさせられた証明文書に反証する確実な証明手段がなければ、財産上の損害が認められる (BGHSt 34, 394 (1987年7月9日))。

例5: 暴行・脅迫によって、金の隠し場所を聞出した。(Rn. 47, 48)

BGH NStZ 2006, 38 (2005年10月13日) は、金の隠し場所を言わせるだけでは財産上の損害に該当しないと判示している。

例6: 銀行カードを奪った後、暴行・脅迫によって、暗証番号を聞出した。(Rn. 49-51)

BGH NStZ-RR 2004, 333 (2004年8月17日) は、暗証番号を聞出した時点で財産上の損害を肯定している。しかし、金の隠し場所を聞く場合と整合しているかには疑義も示されている。

例7: 警察が見張っているため、現金を恐喝しようとする行為者には逃走のチャンスがなかった。(Rn. 52)

BGH StV 1998, 80 (1997年10月22日) は、財産上の損害がないとして、恐喝未遂にとどまると判示している。

第五款 主観的超過要素

第一項 利得目的 (Rn. 59, 60)

利得目的要件についても、詐欺罪と同内容である (195頁)。そこで、財産的損害と同様、具体例を挙げるにとどめる。

例1: 入れ物を交付させたが期待する中身がなかった (窃盗罪について、162頁)。

利得目的が否定される。BGH GA 1983, 411 (1983年3月9日) は、中身を狙ってかばんを被害者に渡させたものの、実際の中身は鍵と買い物袋であったため捨ててしまったという事案において、かばんと実際の中身を自己の財産に組入れる意図がないとして、恐喝的強盗は未遂にとどまると判示している。例2: 恐喝した物から経済的利得を得る意図がなかった。

BGH NStZ 1988, 216 (1987年12月17日) は、被告人が4万マルクの債権回収の圧力をかけるために暴行を加えて車を交付させたという事案において、車の経済的価値を利用する意図はなかったとして利得目的を否定している。この場合、強要罪が成立するとどまる。

【先行研究】

伊藤亮吉「目的犯の新たな潮流 (2)」名城法学 62巻1号1-5頁 (2012年)

恐喝罪における利得目的に関して判例・学説を紹介する。

第二項 利得の違法性 (Rn. 61-64)

詐欺罪同様、弁済期が到来していて抗弁のない請求権を実現する場合、利得の違法性が否定される (196頁)。また、請求権を有するという錯誤に陥っている場合、利得の違法性の故意を欠く。

例1: 窃盗犯人から窃盗した者に対して、窃盗犯人が暴行によって返還させた。

BGH NStZ-RR 2008, 76 (2007年10月18日) においては、窃盗犯人にも民法 861 条に基づく占有の返還請求権が認められることを根拠に、盗品を盗んだ第三者への暴行による返還請求について恐喝的強盗罪の成立を否定して強要罪のみを認めている。

例2: 麻薬の売人が麻薬と偽ってチョコを渡して代金を受領した。騙された購入者は脅迫によって代金を返還させた。

麻薬を購入できると欺罔されて代金を支払った者は、詐欺罪の被害者であることから民法上の賠償請求権を有する (民法 823 条 2 項)。したがって、脅迫によって代金を返還させても強盗的恐喝は否定される (BGH

NJW 2002, 2117 (2002年3月12日))。

例3：麻薬の売人が、代金を支払わない購入者に暴行・脅迫を加えて代金を支払わせようとした。

この事案において、BGHSt 48, 322 (2003年8月7日)は、麻薬の売人は契約上の代金請求権を有さず、損害賠償請求権も発生しないと、強盜的恐喝罪を認めている。

第六款 非難条項 (Rn. 66, 67)

強要罪の240条2項と同様、253条2項においては、目的に照らして暴行・脅迫の使用が非難される場合に違法性を制限する条項が定められている。

強要罪と異なり、この規定が適用される例はあまりないが、違法でない害悪を及ぼす旨の脅迫を行った場合、利得目的と告知した害悪に内在的な関係性が認められる場合には253条2項が適用される。例えば、犯罪被害者が告訴する又は告訴を取り下げないと脅迫して福祉施設に寄付させるような場合や、取引関係を終了させると脅迫して値引きを得るような場合、目的と手段の関係に鑑みて253条2項が適用される。

第七款 他罪との関係

第一項 内容が虚偽の脅迫 (Rn. 74-76)

害悪を左右できると仮装する場合も脅迫に該当する(166頁)。この場合、脅迫に欺罔が含まれるため、恐喝罪と詐欺罪の関係が問題になる。

虚偽が脅迫に役立つだけの場合、欺罔に独自の違法性はなく、恐喝のみで評価すれば足りる。したがって、263条の構成要件は充足されているものの、法条競合によって恐喝罪に詐欺罪は吸収される。例えば、撮影していないのに裸の写真を撮影したと偽り、その写真を公表すると脅迫して金銭を得る場合や、子供が誘拐されたと知って誘拐犯人でない者が両親に対して誘拐犯人であると装って身代金を得る場合である(BGHSt 23, 294 (1970年6月30日))。

一方、欺罔に脅迫とは独立した違法性が認められる場合、恐喝罪と詐欺罪は観念的競合になる。例えば、実際に撮影した裸の写真を

公表する意図があるにもかかわらず、公表されたくなければ口止め料を払えと迫る場合や、誘拐犯人が誘拐した子供を解放するつもりはないにもかかわらず、両親に対して解放すると約束して身代金を得る場合である。

第二項 先行犯罪で取得した物・財産の返還妨害 (Sicherungserpressung) (Rn. 53-56a)

1. 財産犯の後の暴行・脅迫

詐欺などの財産犯によって財産を取得した後、返還請求を暴行・脅迫で免れた場合、先行する財産犯に加えて、後行行為について恐喝罪が成立するかが問題となる。

BGH NJW 1984, 501 (1983年10月10日)は、先行する財産犯によって財産上の損害が生じていれば、後行行為によっては財産上の損害は新たには生じないとして強要罪のみを認めている。ただし、欺罔の後に直ちに暴行を行った場合には強盜的恐喝が成立するという判例もあり(BGH NSTZ 2002, 33 (2001年9月4日))、一貫していないと指摘されている。

2. 窃盗後の暴行・脅迫

窃盗の後に返還を妨げるために暴行・脅迫を行う場合、財産上の損害だけでなく、強盜的窃盗罪との関係が問題になる。252条は、現場で遭遇した場合にのみ強盜と同一の刑に処すると定めており、それ以降の時点で255条を適用すると252条を定めた意義が失われるからである。BGH StV 1986, 530 (1986年9月5日)は、このような考慮から、ビールの窃盗が終了した後に被害者に見つかった被告人が脅迫して返還を妨げた事案を強要罪にとどめている。

第三章 背任罪

第一節 総説

【条文】

266条1項 法規、官庁の委任若しくは法律行為により与えられた、他人の財産を処分し若しくは他人に義務を負わ

せる権限を濫用し、又は、法規、官庁の委任、法律行為若しくは信任関係に基づいて負担する、他人の財産上の利益を守る義務に違反し、これにより、その財産上の利益を保護すべき者に損害を加えた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。

【成立要件概観】

① 濫用構成要件

I 構成要件

1. 客観的構成要件

(1) 主体

(a) 財産処分権能

①法令 ②官庁の委託 ③法律行為

(b) 財産保護義務 (Vermögensbetreuungspflicht)

(2) 行為態様：権限濫用 (Missbrauch der Befugnis)

(3) 財産上の損害 (Vermögensnachteil)

2. 主観的構成要件：故意

II 違法性

III 責任

法定刑—5年以下の自由刑又は罰金

② 背信構成要件

I 構成要件

1. 客観的構成要件

(1) 主体：財産保護義務の負担者

(a) 発生根拠

①法令 ②官庁の委託 ③法律行為 ④信任関係

(b) 配慮義務が認められるファクター (?)

①主要な義務 ②独立性

(2) 行為態様：義務違反

(3) 財産上の損害

2. 主観的構成要件：故意

II 違法性

III 責任

法定刑—5年以下の自由刑又は罰金

利益移転を要求する詐欺・恐喝罪とは異なる

り、背任罪は全体財産に損害を与えるだけで成立する罪である。

ドイツでは1871年制定時の刑法においては、背任罪は3種類の構成要件が定められていた。1933年改正によって、①濫用構成要件と②背信構成要件という2種類の構成要件に改められた。

しかし、濫用構成要件は背信構成要件の特別類型に過ぎず、背任罪の処罰範囲について独自の適用領域を有しないと判例・通説では理解されている。というのは、背信構成要件の成立要件である他人の財産に対する保護義務 (Vermögensbetreuungspflicht) は、権限濫用構成要件にも必要であると解釈されており、濫用構成要件は背信構成要件に完全に包摂されているからである。

本章に対応するのは、Rengier, §13, Untreue, 325-347頁である。

【先行研究】

背任罪については、優れた3つの先行研究によって包括的な紹介が行われている。

江家義男「背任罪の研究(1)」早稲田法学21巻1-79頁(1943年)

背任罪の系譜について紹介した上で、権限濫用説と背信説を検討している。なお、同著者による簡潔なまとめとして、「背任罪の基本理論」曹時5巻5号216-245頁(1953年)。

上寫一高『背任罪理解の再構成』11-74頁(成文堂, 1997年)

ドイツの1871年刑法における構成要件の成立過程とその解釈を詳細に紹介した上で、1933年の改正過程を紹介している。

品田智史「背任罪における任務違背(背任行為)に関する一考察(1)」阪大法学59巻1号130-152頁(2009年)

現行法下における背任罪の成立要件が非常にわかりやすく概観されている。

他に、井上正治「権限濫用説 (Missbrauchstheorie) と背信説 (Treubruchstheorie) の由来」法政研究(九州大学)28巻3号195-217頁(1962年)、ヘルムート・マイヤー(中義勝訳)「背任罪」法務資料373号261-300頁(1964年)でもドイツの議論の系譜・概観を知ることができる。

第二節 濫用構成要件の成立要件の検討

第一款 処分権の濫用

第一項 財産の処分権限 (Rn. 6, 7)

行為者が、外部に対して有効に他人の財産を処分する法的権限、又は、他人に債務を負担させる法的権限を有している場合、背任を基礎づける権限が認められる。

明文により、権限の発生根拠は、①法規、②官庁の委任、③法律行為が定められている。①の例としては、両親（民法 1626 条以下）や遺言執行人（民法 2205 条以下）、②の例としては、公務員、③の例としては代理権が与えられた場合（民法 164 条以下）が挙げられる。

第二項 権限濫用 (Rn. 8-11)

権限の濫用とは、内部関係における制限を超越しているものの、外部関係に対しては本人を有効に法的に拘束している場合をいう。したがって、権限の濫用といえるには法律行為が必要であって、事実行為は背信構成要件でしか捕捉しえない。さらに、外観法理によって本人を拘束するだけでも権限濫用とは評価されない。第三者と権限の保有者が共謀を行っているような場合にも法律行為は無効であるため、権限濫用に含まれない。

したがって、本人名義での金銭の貸与によって損害を与えれば権限濫用に該当するが、本人の金銭を無断で持ち出すだけでは権限濫用に該当しえない。

【先行研究】

上馬一高『背任罪理解の再構成』75-79 頁（成文堂、1997 年）

濫用構成要件を簡潔に紹介している。

第二款 財産保護義務

第一項 財産保護義務の必要性 (Rn. 14)

判例・通説は、権限濫用に加えて、財産保護義務が必要であると解している。しかも、その内容は、背信構成要件で要求される義務と同内容と解されている。

この議論が実益を有したのは、1986 年の

第二次経済犯罪対策法以前のクレジットカードの濫用である。クレジットカードの所持者は、カード会社に債務負担させる権限を有しており、その権限濫用を背任罪で処罰できるかが争われた。

BGHSt 33, 244 (1985 年 6 月 13 日) は、財産保護義務が濫用構成要件にも必要であることを前提に、カードの所持者はカード会社に対して財産保護義務を負わないとして背任罪の適用を否定した。

現在では、クレジットカードの濫用は、1986 年の法改正により新規に導入された 266 条 b によって処罰される。

第二項 オーストリア刑法との比較

ドイツと異なり、オーストリア刑法 153 条においては濫用構成要件しか定められていない (178 頁)。そして、その解釈として、財産保護義務は要求されていない。そのため、クレジットカードの濫用も背任罪で処罰可能と解されており、新規立法は行われていない²⁷⁾。

本人に法律行為を帰属させる権限の濫用に注目して刑事罰を科す権限濫用説が、実定法の条文・解釈に実現したものといえる。権限濫用構成要件の独自の適用領域を失わせたドイツ刑法と対照的である。

【先行研究】

カードの不正使用については、優れた先行研究による包括的な紹介が存在する。

神山敏雄「クレジット・カード濫用の刑事法上の考察」『経済犯罪の研究 第一巻』312-314 頁（成文堂、1991 年）〔初出・法学会雑誌（岡山大学）36 巻 3・4 号（1987 年）〕

クレジットカード濫用を背任罪で処罰できないとした判例・学説を紹介。なお、新規定の立法に至る状況については、同「西独におけるクレジット・カード濫用罪の新立法」同書 275-290 頁〔初出・ジュリ 870 号（1986 年）〕。

山中敬一「自己名義のクレジット・カードの不正使用に関する一考察 (1, 2)」関西大学法学論集 36 巻 6 号 1071-1130 頁, 37 巻 1 号 33-86 頁 (1987 年)

27) Kienapfel-Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil 2, §153, Rn. 24 (2003).

カードの不正使用について、ドイツの詐欺罪・背任罪の成否をめぐる判例・学説を網羅的に紹介した上で、新規定も紹介している。

長井圓「第4章 カード濫用による財産領得と背任」『カード犯罪対策法の最先端』91-109頁（日本クレジット産業協会クレジット研究所，2000年）〔初出・「クレジットカードの濫用に関するドイツ刑法の犯罪規定と裁判例（2）」クレジット研究21号（1999年）〕

山中論文が紹介する判例を再検討する他、関連規定の概観も行われている。

長井圓「第5章 カード濫用罪とコンピュータ詐欺罪」『カード犯罪対策法の最先端』153-177頁（日本クレジット産業協会クレジット研究所，2000年）

新設された266条bに関わる問題について、詳細に判例を紹介する。

他に、BGHSt 33, 244（1985年6月13日）の翻訳として篠塚一彦「続・ドイツ刑法判例研究（19）」警研60巻2号65-75頁（1989年）、判例・学説の紹介として、大山徹「自己名義の有効なクレジットカードの不正使用に関する考察」法学政治学論究（慶應義塾大学）42号277-319頁（1999年）。

第三節 背信構成要件の成立要件の検討

第一款 主体：財産保護義務を負う者

第一項 財産保護義務の成立範囲

1. 基本的視点（Rn. 15-20）

背信構成要件に要求される財産保護義務については、背任罪の過大な成立を回避し、背任罪特殊の違法性を明らかにすべく、その内容を制限する解釈論的努力がなされている。

財産保護義務を制限するための判断要素としては、①主要な義務（Hauptpflicht）であることと、②裁量を伴う独立性が挙げられている。

①財産保護義務は単なる付随的な義務であっては足りず、信認関係の本質的な内容をなす必要がある。この主要な義務という制限は、単なる契約違反を背任罪で処罰しない機能を果たす。というのは、契約を履行するという一般的な義務に対する違反では足りず、通常の売買契約、賃貸借契約、労働契約が背任罪による捕捉範囲から外される。

②裁量を伴う独立性は、自ら判断を行う余

地がない場合には認められない。この制限により、機械的作業を行うだけの者が処罰対象から除外されることになる。

2. 具体例

実際の判例においては、必ずしも、①主要な義務・②裁量を伴う独立性という二つの要素の充足は求められていない。以下では、具体例を類型化する。

(1) 独立性のある業務（Rn. 22, 23）

独立性のある業務活動を行う者は財産保護義務を負担する典型例である。例えば、弁護士、公証人、問屋（商法383条）や、取締役、支配人、支店長、市長は財産保護義務を負う。

問題になりやすい事例は、弁護士などの行為者が、受領した金銭を本来は本人に渡すか別口座で管理すべきにもかかわらず、自己の為に使用する場合である。例えば、旅行代理店が顧客から代金を預かった場合には財産保護義務が生じ、当該金銭を消費すると義務違反に該当する（BGHSt 12, 207（1958年12月12日））。

しかし、金銭の交付が定められている場合には裁量がなく、背任罪を認めることができる理由が問題となる。BGH wistra 2008, 427（2008年4月1日）においては、銀行・企業のために金銭を運搬する会社の取締役が金銭を流用した事案において、金銭管理について本人が監督ができないという事情に注目する判示がなされている。この点、本人による監督の欠如が裁量の余地が僅かであることを埋め合わせるとの説明もなされている。

もっとも、単なる売却委託では財産保護義務を認めない判例もある。例えば、BGH wistra 1987, 136（1986年12月23日）は、じゅうたんの販売委託を受けた行為者がじゅうたんを着服した事案について、問屋契約の不成立を理由として財産保護義務を否定している。また、OLG Düsseldorf NJW 2000, 529（1999年7月19日）においても、同様の理由で、絵画の売却委託を受けたギャラリーが売却代金を委託者に渡さず消費した事案において財産保護義務を否定している。

(2) 公務員 (Rn. 24)

公務員法上の一般的な忠実義務だけでは不十分である。具体的な担当業務との関係でのみ財産保護義務は生じる (BGH StV 1995, 73 (1994年7月12日))。

(3) 経理関係者 (Rn. 28, 29)

金銭を管理する職務について, BGH NStZ 1983, 455 (1983年5月26日) は, 紙幣の整理という機械的な作業だけでは財産保護義務が生じないとしている。

一方, BGH wistra 1989, 60 (1988年9月21日) は, 記帳や領収書の発行といった業務に従事している場合には独立性があるとして財産保護義務が生じるとしている。しかし, 独立性が認められるかについては疑義も示されている。

(4) 担保契約

(a) 所有権留保・譲渡担保 (Rn. 25)

担保契約を締結しただけでは通常の契約上の義務を超える特別な保護義務は生じないのが原則である。例えば, BGHSt 22, 190 (1968年7月5日) は, 商品の所有権留保を行い, 商品の売却収益を引渡す約定を遵守しなかった事案について背任罪を否定している。ただし, 被担保債権に比して抵当物件が極度に高額であるといった特段の事情があれば別論である (BGH MDR/H 1978, 625 (1978年2月28日))。

(b) 敷金 (Rn. 26, 27)

敷金の消費について, BGHSt 41, 224 (1995年8月23日) は信託関係が存在しているとみて, 住居の賃貸人は賃借人に対して財産保護義務を負うと判示している。

ただし, この判示は, 敷金を分離して投資する義務を規定する民法 511 条 3 項が適用される場合に限られる。民法 511 条 3 項の適用外である業務用の賃貸借契約の場合, 敷金の投資形態について特段の約定がない限り, 財産保護義務は否定される (BGHSt 52, 182

(2008年4月2日))。

3. オーストリア・スイス刑法との比較

敷金に背任を認める判例で明らかのように, ドイツにおける背任の主体をめぐる議論においては, オーストリア・スイス刑法では委託財横領罪で処罰されている類型 (174-175頁) が含まれている²⁸⁾。

ドイツの横領罪の他人性要件は民法の所有権に従った判断がなされる (170頁) ため, オーストリア・スイス刑法のような所有権の所在を問わない委託財横領罪の規定を欠くドイツでは大きな処罰の間隙が生じる。そこで, 経済的に他人に帰属する物・財産上の利益を保護するという要請を背任罪で実現しているようである。

立法形式としては, 処罰の実態を率直に捉えるオーストリア・スイス刑法の規定形式のほうが遥かに優れているように思われる。

【先行研究】

林幹人「続・ドイツ刑法判例研究 (17)」警研 59 卷 9 号 58-70 頁 (1988年)

譲渡担保の設定者に背任を認めた BGHSt 5, 61 (1953年6月16日) の翻訳に加えて, 背任罪の構成要件の概観と背信構成要件の主体に関する判例・学説が紹介されている。

上寫一高『背任罪理解の再構成』80-115 頁 (成文堂, 1997年)

背信構成要件の主体に含まれる範囲について, 判例を詳細に紹介した上で, 実際の処罰範囲の類型化を行う (特に, 105 頁以下)。

第二項 信任関係による財産保護義務

1. 信任関係に基づく場合 (Rn. 31)

財産保護義務の発生根拠は, ①法規, ②官庁の委託, ③法律行為に加えて, ④信任関係でも足りると定められている。法律関係が最初から無効であったり, 法律関係の終了後であったりしても, なお信任関係を認めて財産保護義務が認められうる。例えば, 解雇された支配人が金庫の鍵を有している場合が挙げ

28) 上寫一高『背任罪理解の再構成』108 頁 (成文堂, 1997年) は, 行為者が他人の利益のために用途の定められた金銭を委ねられた場合に背任罪が認められていると整理する。

られる。

2. ならず者背任 (Ganovenuntreue) (Rn. 32-34)

争いがあるのは、法律・公序良俗違反によって法律行為が無効になる場合（民法134・138条）であっても、事実上の信任関係が認められるかであり、ならず者背任と呼称されている。

違法に取得された占有も、違法目的に使用される財産も保護されることとパラレルに、財産保護義務を認めるのが通説的見解である。例えば、BGHSt 8, 254（1955年11月17日）においては、西ドイツに敵対する東ドイツの団体の責任者が、西ドイツをかく乱するための金銭を着服した事案において財産保護義務が認められている。

ただし、違法な約定を実行しないという振舞いについては義務違反がないと評価することで背任の成立範囲は制限される。

第二款 行為態様

第一項 財産保護義務の違反 (Rn. 35-38)

権限濫用と異なり、法律行為だけでなく事実行為も義務違反を構成しうる。また、作為だけでなく、不作為によることもありうる。例えば、損害賠償請求権の行使を依頼された弁護士が適切な措置をとらず時効にかけてしまったような場合である（BGH NJW 1983, 461（1982年11月11日））。

背任罪は不作為形態の場合には真正不作為犯である。なお、不作為犯について任意的減輕を認める13条2項が適用されるかには争いがあり、BGHSt 36, 227（1989年7月21日）は適用を認めている。

第二項 合意による構成要件阻却 (Rn. 39)

財産の保持者が行為者の行為に合意している場合、義務違反性が認められないため、背任罪の構成要件該当性が否定される。法人の場合、財産保持主体に代わる意思決定機関による合意が問題となる。

合意の有効性の判断は、違法性を阻却する

同意に関する基準に類似しており、処分権がなかったり、意思欠缺があったり、違法目的であったりする場合には合意の有効性は否定される。

第三項 会社を被害者とする背任

1. 主体 (Rn. 40, 41, 44-48)

有限会社の取締役は、濫用構成要件、背信構成要件双方の主体に該当する。事実上の取締役も同様に主体になるが、背信構成要件しか適用されない。

経済的な所有者である社員（出資者）については、従前は他人のための財産保護義務を負わないと解されていた。しかし、BGHSt 49, 147（2004年5月13日）、BGHSt 54, 52（2009年7月31日）においては、親会社が子会社の資本金を侵害したり、子会社の存立を危機にさらしたりする場合について、子会社の社員である親会社は背信構成要件の主体になり、親会社の代表者も刑法14条1項1号²⁹⁾によって子会社に対する背任の主体になると判示されている。

2. 合意

(1) 合意の成立要件 (Rn. 42)

合意についてみると、社員が総意によって義務違反に合意しているかが基準になる（株式会社について、BGHSt 50, 331（2005年12月21日）。有限会社について、BGHSt 55, 266（2010年8月27日））。1人会社の場合、取締役を兼ねていても単独社員による合意で足りる。社員全員が承諾していれば、その形式は問われない。これに対して、多数決の場合は、手続きに沿った社員総会が必要であるかについては、BGHSt 55, 266（2010年8月27日）は棚上げしている。

(2) 社員による合意の限界 (Rn. 43)

有限会社には法人格が認められており、出資者である社員とは独立の存在である。そこで、通説は、会社の資本金を侵害したり、会社の経済的存立を危機にさらしたりするような場合には、社員による合意は認められない

29) 法人が身分犯の主体に該当する場合、法人の代表者等にまで主体の該当性を拡張する規定。

と解している (BGHSt 49, 147 (2004年5月13日), BGHSt 54, 52 (2009年7月31日))。

反対説は、社員は経済的な所有者である以上、債権者保護は266条ではなく、283条(破産犯罪)の問題であると指摘している。

【先行研究】

正井章彦「企業買収における経営者への功労金の支払い」早稲田法学 82 卷 3 号 59-129 頁 (2007年)

ドイツ社会で大きな話題になったマンネスマン事件 (BGHSt 50, 331 (2005年12月21日)) を詳細かつ緻密に紹介している。

品田智史「背任罪における任務違背(背任行為)に関する一考察(2・完)」阪大法学 59 卷 2 号 265-302 頁 (2009年)

背任行為について、近時の判例・学説を大変わかりやすく紹介している。

山本雅昭「企業経営と背任罪の成否」法学 75 卷 6 号 931-938 頁 (2012年)

品田論文による紹介と同様に近時の判例を概観。

第三款 財産上の損害

第一項 損害の存否の判断基準

1. 財産保護義務による制限 (Rn. 49-52)

理論構造は、詐欺罪・恐喝罪における判断と同一である。ただし、財産保護義務違反という行為態様が定められているため、財産保護義務が保護する財産のみに保護の範囲は制限される。

例えば、取締役が賄賂を受領して、支払い代金を水増しして事業主に損害を加えた場合、水増し分について背任は成立する。しかし、賄賂分については、業務主に引渡す義務を負うものの、財産保護義務の範囲に入らないため、損害額には含まれない(大学病院の部門長が個人的に受領した寄付について、財産保護義務が及ばないとするものとして、BGHSt 47, 295 (2002年5月23日))。

2. 財産に対する具体的な危険 (Rn. 55-58)

詐欺罪と異なり、利得目的という要件がなく、しかも未遂処罰規定をもたない背任罪においては、財産に対する危険のみで財産上の損害を認めることについて、より慎重である

べきと指摘されていた。このような指摘を背景として、BGHSt 51, 100 (2006年10月18日)は、財産に対する具体的危険の認識・認容だけでなく、危険の現実化に対する認容を要求することで、背任の過剰な拡張を回避した。しかし、学説では、客観面を限定すべきと批判されていた。

近年、憲法裁判所は、財産に対する具体的危険を現在の損害と評価することには憲法上の疑義はないとしつつも、経済的に了解可能な形で損害の算定を行うことを要すると判示した (BVerfGE 126, 170 (2010年6月23日))。BGH は憲法裁判所の立場に従い、弁済期の到来していない債務の弁済が財産上の損害に該当するかについて、概括的な判断では足りず、個別の事情に鑑みて確定すべきと判示している (BGH StV 2011, 733 (2011年7月5日))。

【先行研究】

菅沼真也子「ドイツ判例に見る背任罪の故意」比較法雑誌(中央大学) 46 卷 4 号 289-309 頁 (2013年)

背任罪の損害に関する故意を限定する BGHSt 51, 100 (2006年10月18日)を含んで、背任罪の故意に関する判例・学説を紹介。

第二項 問題になる諸事例

1. 公的資金と背任 (Rn. 52)

公的資金については、詐欺罪における目的の失敗の議論が重要な役割を果たす(194頁)。

公的資金の目的外使用については、目的が達成されていないのに資金が使用された点を捉えて、国家が財産上の損害を受けたと評価できるのが原則である。

ただし、州予算の範囲を超えて劇場で催し物が開催されたため、予定以上の支出が必要とされた事案において、BGHSt 43, 293 (1997年11月4日)は、単なる予算の使用方法違反だけでは財産上の損害は認められないと判示している。財産処分の自由自体は保護されず、公的資金の使用分と反対履行が等価的であるかという判断枠組みが必要であるとす。ただし、たとえ、等価的な反対履行が

あったとしても、予算の制約を超えることで、経済的に重大な借金が必要となり、予算編成の自由を失い、特に政策形成の自由が侵害される場合には、財産上の損害が認められるとしている。

2. 財産を増加させない場合 (Rn. 54)

義務違反によって、確実に生じたはずの財産の増加を逃した場合についても、財産上の損害と評価できる。通説は、この理由づけとして、財産増加の見込み自体が財産と評価できることを挙げている（詐欺罪について、191頁）。これに対して、財産保護義務は全体財産の増加も含むことに理由を求める議論もある。

3. 填補能力と填補意思 (Rn. 59)

一時流用が行われていても、填補能力と填補意思がある限り、財産上の損害は否定される (BGHSt 15, 342 (1960年12月16日))。ただし、現実の填補可能性が必要であって、填補の単なる見込み・期待では足りない。

オーストリアの委託財横領罪においては利得目的を否定する場合とされている点については、178頁。

4. 裏金の作成 (Rn. 60-65)

贈賄用の資金を準備するために、会社の金銭から会社とは異なる名義の口座に裏金を作成した場合について、背任罪が認められている。

BGHSt 52, 323 (2008年8月29日) 及び BGHSt 55, 266 (2010年8月27日) においては、たとえ本人のために使用する意図であったとしても、裏金の作成によって本人から当該財産が確定的に奪われたとして、財産に対する具体的危険ではなく、確定した損害が認められると判示している。そして、裏金の使用による会社の利得は曖昧なものであり、財産上の損害の填補も認められないとしている。

第三部 事後関与の罪

第一章 総説

1. 庇護罪と赃物罪

日本と異なり、ドイツには、財産犯への事後的関与について、259条の赃物罪以外に257条の庇護罪という犯罪類型が存在する。

赃物罪は、本犯者が創出した物の違法な占有状況の維持を処罰するものであって、物の更なる移転又はその恐れを処罰するものである。

これに対して、庇護罪は、先行する違法行為から生じた利得を本犯者に確保させる行為を処罰するものであるといわれるが、日本人には理解しにくいと思われる。

ドイツでは庇護罪に隣接して258条に処罰妨害罪が定められており、対人的な庇護罪と呼ばれている。つまり、違法行為が行われた後、本犯者自身に援助を与えるのが対人的な庇護罪である一方、違法行為から生じた利得の確保を援助するのが対物的な庇護罪なのである。

2. 処罰範囲の対比

庇護罪と赃物罪の基本理念を対置するだけでは、実際の処罰範囲は理解できない。そこで、両罪の保護法益と成立要件を表にして並べてみる。

	庇護罪	赃物罪
法益	①司法作用 ②本犯の被害者	①違法な占有状況が維持されないこと ②一般的な治安
主体	①本犯の正犯者除外 ②本犯の共犯者は原則除外	①本犯の正犯者除外 ②本犯の共犯者は主体に入る
客体	本犯によって直接に得られた利益 例外：金銭	本犯によって得られた物それ自体 例外：なし
行為態様	利益の確保に適したあらゆる行為	①自己又は第三者が入手+本犯者の了解 ②有償処分への関与+本犯者の利益
主観的要件	本犯者に利益を確保させる意図	自己利得又は第三者に利得させる意図

特徴的な相違としては、客体について赃物

罪が有体物に制限されているのに対し、庇護罪は利益まで包含されている点が挙げられる。また、行為態様をみると、庇護罪は広く援助行為が処罰されているのに対し、赃物罪では入手か有償処分への関与だけが処罰対象になっている。さらに、主観的超過要素について、庇護罪は本犯者のためであるのに対し、赃物罪は自己又は第三者のためである。

このように、本犯者のために行われる庇護罪と、自己又は第三者のために行われる赃物罪を別の条文で規定し、客体・行為態様も異ならせるのがドイツ刑法の特徴である。

3. オーストリア刑法との比較

オーストリア刑法 164 条 1 項においては、財産に対する罪によって得られた物の隠匿・換価の援助行為を処罰し、2 項においては購入その他の入手行為を処罰している。そして、庇護罪は刑事訴追・執行を免れさせる罪 (299 条) であって、对人的な庇護罪のみを処罰対象にしている。

オーストリアでは、対物的な庇護罪と赃物罪を条文上区別して規定するという立法形式が採用されておらず、ドイツ刑法の規定形式が一つの選択肢に過ぎないことが了解できる。

【先行研究】

豊田兼彦「盗品等に関する罪について (1, 2)」愛知大学法学部法経論集 159 号 843 頁, 160 号 83-96 頁 (2002 年)

1974 年に改正された現行法の庇護罪・赃物罪の概観と法益論のわかりやすい紹介を踏まえて、OLG Düsseldorf NJW 1979, 2320 (1979 年 3 月 22 日) を素材に被害者への盗品売却援助事例を検討している。

第二章 庇護罪

第一節 総説 (Rn. 1-3)

【条文】

257 条 1 項 違法な行為を行った他の者に犯行の利益を確保させる目的で、そ

の者を援助した者は、5 年以下の自由刑又は罰金に処する。

3 項 本犯への関与を理由として可罰的である者は、庇護を理由としては罰せられない。ただし、本犯に関与していない者に対して庇護を教唆した者については、この限りではない。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

- (1) 主体：本犯者以外の者
- (2) 客体
 - (a) 他人の違法行為 (本犯)
 - (b) 本犯によって取得された利益 (ein durch die Vortat erlangter Vorteil)
- (3) 行為態様：利益を確保する際の援助行為 (Hilfeleistung bei der Vorteilssicherung)

2. 主観的構成要件

- (1) 故意
- (2) 本犯者に利益を確保させる目的 (Absicht der Vorteilssicherung)

II 違法性

III 責任

法定刑—5 年以下の自由刑又は罰金 ただし、先行犯罪の法定刑を超えない範囲 未遂処罰なし

まずは、ドイツの連邦通常最高裁の判示を通じて、庇護罪がいかなる犯罪かを確認する。

「庇護罪の本質は、司法妨害である。つまり、妨害行為がなければ被害者又は国家機関が本犯者の責任を追及することで実現されるはずの適法状態の回復を妨害するということである。本犯者に対する責任追及によって行われる被害者に加えられた損害を回復し、本犯によって得られた利益を本犯者から再び剥奪する可能性を、庇護罪の行為者は失わせるか、減少させる。」(BGH NSTz 1994, 187 (1993 年 11 月 16 日))

違法行為から得られた利益については、国

家機関又は被害者によって原状回復がなされるのが本来であり、原状回復の見込みを侵害するのが庇護罪である。したがって、庇護罪は、犯行の影響を除去するという司法作用を保護するものであるが、それと同時に、原状回復請求権をもつ被害者の保護にも資する点で個人的法益に対する罪という側面も持つ。公共の利益も同時に保護される限り、庇護罪に同意することは認められない。

司法作用に対する罪である点では財産犯に分類することは必ずしも適当ではないものの、実際には本犯が財産犯であるのが典型的である。したがって、財産犯概論の対象としてここで紹介する。

典型例としては、犯罪によって本犯者が取得した被害品を隠匿したり保管したりする行為である。

本章に対応するのは、Rengier, §20, Begünstigung, 361-369 頁である。

第二節 成立要件の検討

第一款 主体

第一項 本犯の正犯者の除外 (Rn. 19)

明文上、「他の者」と定められているため、本犯者は庇護罪の主体になりえず、自己庇護は不可罰である。

第二項 本犯の共犯者

1. 本犯の共犯者の庇護罪による可罰範囲 (Rn. 19)

257 条 3 項 1 文によって、本犯の共犯者についても庇護罪で処罰されないと定められている。これは、共罰的事後行為と理解されている。ただし、257 条 3 項 2 文は、本犯に関与していない者に庇護を教唆した場合には庇護罪の教唆が成立すると定めている。学説では、この定めについては疑義が示されている。

2. 本犯の幫助と庇護罪の区別 (Rn. 18)

本犯の既遂以前の関与者は専ら本犯の幫助として処罰される。また、本犯の終了後の関与者については専ら庇護罪として処罰される。問題となるのは、本犯の既遂後、終了前の関与者である。この段階での幫助がありう

ると考える場合、本犯の幫助と庇護罪の関係が問題となる。

この点、BGHSt 4, 132 (1953 年 4 月 23 日) は、幫助と庇護罪は排他的関係に立つとして、行為者の意図が本犯行為を成功させることに向けられているか、本犯が得た利益の確保に向けられているかによって区別している。これに対して、257 条 3 項 1 文により幫助を優先すべきという議論もなされている。

第二款 客体

第一項 先行する違法行為 (本犯) (Rn. 5)

本犯には構成要件該当性・違法性は必要であるが、責任は不要である。贓物罪と異なり、財産に対する違法行為には限られていない。未遂も含めていかなる犯罪であれ、剥奪可能な利益を得た限りは、あらゆる犯罪が本犯たりうる。本犯は財産犯が典型ではあるが、例えば、収賄罪も本犯たりうる。

第二項 本犯によって取得された利益

1. 本犯者の元での利益の残存 (Rn. 6)

本犯者に対する責任追及による利益の剥奪を妨害するという庇護罪の性質上、庇護行為の時点で、本犯者の元に利益が残存していることが必要になる。

2. 代替利益 (Ersatzvorteile)

(1) 直接性 (Rn. 7, 8)

問題は、いかなる範囲で利益が残存していると評価されるかである。違法行為に由来する当初の利益が別個の利益に転換した場合(代替利益、と呼称される)でも、なお庇護罪が成立しうるかが問題になる。

257 条の文面上、代替利益を含むことも可能である。しかし、257 条の処罰範囲を過剰に拡張することを回避すべく、違法行為から「直接」取得した利益に限定すべきと考えるのが判例・通説である。例えば、BGH NStZ 2008, 516 (2008 年 4 月 29 日) は、窃盗犯人が盗品を売却した代金を振り込んだ口座から現金を引出して本犯者に渡す行為について、庇護罪の成立を否定している。直接の利益は盗品であって、その売却代金は直接性を欠くため庇護罪の客体にならないからであ

る。

(2) 直接性の例外 (Rn. 9)

金銭については直接性の例外とされている。両替・口座移動・投資がなされても、物の同一性は問題にならず、現金と同等の処分可能性だけが問題だからである。

例えば、詐欺によって得た小切手をフランクフルトの口座に入金した後、ルクセンブルクの銀行に振込んで株と外国国債に投資し、さらに売却した金銭について、現金化して本犯者に渡した行為について、BGHSt 36, 277 (1989年10月24日)は庇護罪を認めている。その際、BGHは、経済的考察方法によると、金銭的価値を有する利益がいかなる形態で残存しているかは重要ではないと判示している。

第三款 行為態様

第一項 定義

利益の確保を援助する行為をいかに定義するかについては争いがある。少数説は、行為者の認識上、利益確保に適したあらゆる行為を含むと解している。しかし、通説は、利益の確保に客観的に適しているとともに、主観的にも利益を確保するつもりとの行為と理解している。つまり、援助行為とは、利益剥奪から本犯者を守り、原状回復の見込みを悪化させるのに客観的に適した行為でなければならない。

第二項 問題となる行為類型

1. 盗品の売却援助 (Rn. 11)

盗品の売却を援助する場合、直接に得られた利益である盗品は本犯者から失われる。それにもかかわらず、経済的な換価によって本犯者が利益を剥奪されることから保護されていれば、援助行為に該当すると理解されている。ただし、単なる換価の援助では足りず、利益の剥奪からの保護という要素が必要であることに注意が必要である。

例えば、BGHSt 2, 362 (1952年5月15日)は、盗品である自転車の売却先を探すことに関与する行為について、盗品の経済的価値を本犯者に確保するとともに、所有権者のため

に盗品が剥奪されることを妨害しているとして庇護行為に該当すると判示している。

なお、盗品の売却援助は赃物罪にも該当しうる (219頁)。庇護罪と赃物罪の双方の成立要件が充足されていれば観念的競合になる。

2. 物の保護 (Rn. 12)

盗品を修理したり壊れないように保護したりする場合については、主観的に利益の確保に向けられたものとはいえないとして援助行為に該当しないと解されている。

3. 不作為 (Rn. 13)

保障人的地位が認められる限り、不作為による援助もありうる。例えば、盗品を発見した警官が何もしない場合である。

第四款 主観的要件

第一項 故意 (Rn. 14)

故意の対象に本犯者の存在も含まれる。しかし、いかなる種類の犯罪であったかにまで故意は及ぶ必要はない。本犯者が違法行為によって利益を得たことに対する故意で足りる。

第二項 主観的超過要素

1. 意図の必要性 (Rn. 15)

通説は、本犯者に利益を確保させることについて意図が必要と解している。そのような解釈によって、庇護罪の客観的な構成要件の広範さを制限できるからである。単に、本犯者の利益確保が必然的な帰結であるという認識では足りない。行為者が、原状回復の見込みを悪化させ、本犯者を剥奪から保護することを意図していることが要求される。

2. 被害者への盗品売却援助事例 (Rn. 16, 17)

本犯者に利益を確保させる目的という要件によって処罰範囲が制限される具体例として議論されているのは、本犯者から被害者に盗品を売却することに関与する場合である。

この場合、第三者への売却の援助と同様、本犯者に経済的価値が確保されていることに注目すると客観的構成要件の充足は認められ

る。その上で、主観面について、被害者のために盗品を取戻すためであって、本犯者の利益確保がやむを得ないことと考えているだけでは、本犯者に利益を確保させる目的を欠くとか、被害者の利益に反することの意図が必要であるとかいった議論がなされている(OLG Düsseldorf NJW 1979, 2320 (1979年3月22日))。

【先行研究】

伊藤亮吉「目的犯の新たな潮流(2)」名城法学62巻1号25-30頁(2012年)

本犯者に利益を確保させる目的に関する判例・学説が丁寧に紹介されている。

第三章 贓物罪

第一節 総説(Rn. 1, 2)

【条文】

259条1項 自ら利得し又は第三者に利得させるために、他の者が盗んだ物又はその他他人の財産に対する違法な行為により他の者が得た物を、買い取り、自己若しくは第三者のために入手し、又は、これらの物を有償処分し若しくは有償処分を助けた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

- (1) 主体：本犯の正犯者の除外
- (2) 客体
 - (a) 他人の財産に向けられた違法行為(本犯)
 - (b) 本犯が取得した物(eine durch die Vortat erlangte Sache)
- (3) 行為態様：本犯者の了解に基づく(im einvernehmlichen Zusammenwirken mit dem Vortäter)
 - (a) 購入その他の入手行為(Verschaffen)又は

(b) 有償処分への関与

- ①独立した立場での関与(Absetzen)又は
- ②従属した立場での関与(Absetzhelfen)

2. 主観的構成要件

- (1) 故意
- (2) 利得目的

II 違法性

III 責任

法定刑—5年以下の自由刑又は罰金
未遂処罰あり(3項)

贓物罪は財産犯である。贓物罪の違法性は、本犯者の了解の下、本犯者が創出した違法な占有状況を維持する点にある。この考えは、維持説(Perpetuierungstheorie)と呼称されている。典型的な違法行為は、盗品を他の者が処分できるように移転させる行為である。

さらに、議論はあるものの、贓物罪は一般的な治安も保護すると解するのが通説である。贓物犯人の特別な危険性は、贓物の購入への期待によって窃盗等の財産犯への動機を与える点にある。そこで、贓物罪によってブラックマーケットの防止が行われるべきとの理解がなされている。

本章に対応するのは、Rengier, §22, Hehler, 384-403頁である。

【先行研究】

中谷瑾子「贓物罪の本質」綜合法学44号61-63頁(1962年)

贓物罪の条文が1974年に改正される以前の法益論を簡潔に紹介。その後の議論の簡潔な紹介として、同「贓物罪の本質と贓物の意義」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第5巻財産犯論』301頁、302頁(法学書院、1993年)。

第二節 成立要件の検討

第一款 主体

第一項 本犯の正犯者

1. 本犯の正犯者の除外(Rn. 42)

明文によって、贓物罪の主体から本犯者は除外されている。本犯が共同正犯の場合でも

同様である (BGHSt 33, 50 (1984 年 10 月 10 日))。

本犯者が贓物罪を教唆・幫助した場合にも、通説によると、少なくとも不可罰の事後行為になる。しかし、そもそも構成要件該当性が否定されるとの学説もある。

2. 贓物の再取得 (Rn. 43)

贓物罪が成立した後、贓物犯人から元の本犯者が贓物を再び取得する場合には争いがある。

この場合、贓物が本犯に該当する以上、元の本犯者による再取得に 259 条を適用することは可能である。しかし、元の占有が回復されただけであって新たな法益侵害性を欠くとか、本犯の共罰の事後行為になるといった指摘もなされている。

第二項 本犯の教唆・幫助者 (Rn. 42)

本犯の正犯者とは異なり、本犯の教唆者・幫助者については、贓物罪の主体たりうると解されている。本犯の教唆・幫助と贓物罪は、罪数上、併合罪 (実在的競合 *Realkonkurrenz*) になる。

その理由としては、本犯者の領得意思は本犯によって評価されており、事後処分を独立に評価する必要はないのに対して、本犯の教唆・幫助行為は本犯の共犯として評価されるにとどまるため、事後処分への関与は贓物罪として独立に評価する必要があることが挙げられている (BGHSt 7, 134 (1954 年 12 月 20 日))。

【先行研究】

齋野彦弥「続・ドイツ刑法判例研究 (18)」警研 59 卷 11 号 59-69 頁 (1988 年)

BGHSt 13, 403 (1959 年 11 月 20 日) の翻訳に加えて、本犯者の共犯者が贓物罪の主体たりうるかについての議論が紹介されている。

第二款 客体

第一項 財産に向けられた違法行為 (本犯)

1. 本犯に含まれる範囲 (Rn. 3, 4)

財産犯が贓物罪の本犯になることに争いはない。贓物罪も贓物罪の本犯たりうる。

通説によると、財産犯に加えて、他人の財産を侵害して違法な占有状況を創出する場合も含まれると理解されている。例えば、適法な請求権があると誤信して詐取・喝取を行った場合、強要罪のみ成立するものの、それでも本犯に該当する。

2. 物の所有権者の承諾 (Rn. 4a)

所有権者が占有状況を承諾している場合、例え、犯罪行為に基づいた占有であっても贓物罪は成立しない。

例えば、所有権者と他の者が共謀して、他の者に自分の車を窃取されたかのように装って保険詐欺 (265 条) を行った場合、当該車は犯罪によって得られた物ではあるものの、贓物罪の客体たりえない。所有権者が承諾している以上、当該占有状況は違法とはいえないからである。したがって、当該車を第三者が情を知って購入しても贓物罪は成立しない。

第二項 本犯が取得した物

1. 取得

(1) 定義 (Rn. 5)

取得とは、現実の (共同) 処分力を得ることと定義されており、間接占有も含まれる、と解されている。本犯が既遂であるのが通常であるものの、未遂段階でも本犯者が物を取得するに至ることはありえる。

(2) 本犯と贓物罪の時間的關係 (Rn. 6-9)

判例・通説は、贓物罪に該当する行為が行われるより前の時点で本犯行為が行われていなければならないと理解している。これに対して、少数説は、本犯と贓物罪に時間的切れ目 (*zeitliche Zäsur*) は必要ないと主張している。

通説は、文言に加えて、違法な占有状況の維持という贓物罪の処罰対象からすると、違法な占有状況が予め生じていることが必要であること、本犯と事後行為の混同を避けることを論拠にしている。これに対して、少数説は、時間的切れ目は偶然的なものであることを指摘している。

例えば、プティックの責任者 G がブラウ

スを手に取って、恋人Fに「プレゼントするよ」と言ったので、Fがそのブラウスを持ち去った場合を考える。

背任罪については背信構成要件が充足されるのは、Fがブラウスを持ち去って占有が失われた時点であり、F自身が処分力を取得する行為と全く同一であるため、Fに赃物罪は成立しない。

これに対して、横領罪については、プレゼントすると述べた時点で既遂になり、その時点で違法な占有状況が創出される。したがって、Fの持ち去り行為は赃物罪に該当する。

仮に、Gがブティックの中の「好きなブラウスを持って行っていいよ」と述べてFがそうした場合、Fが持ち去った段階で客体が特定されて横領が成立するため、Fに赃物罪は成立しない。

BGH NJW 1959, 1377 (1959年5月8日)は、ガソリントankの管理者Mが、ガソリン使用を水増しして、差分を着服した後、そのガソリンを被告人に売却した事案において、ガソリンの容器から取り出したときにガソリンを領得しており、その後に被告人に移転しているので、赃物罪が成立すると判示している。これに対して、BGH StV 2002, 542 (2001年11月28日)は、譲渡担保に入れた乗用車をBが被告人に渡し、被告人はそれを売却した事案において、被告人は横領への関与を行っており、赃物罪は成立しないと判示している。

2. 物

(1) 有体物 (Rn. 10)

赃物罪の客体は有体物のみであって、債権は含まない。ただし、権利を化体した証書については赃物罪の客体たりうる。動産でなくてもよいし他人性も不要である。無主物や自己物であっても、財産に対する罪によって取得された場合には赃物罪の客体たりうる。

(2) 代替物 (Rn. 11-14)

当初の取得物それ自体にしか赃物罪は成立しない。すなわち、物質的な同一性が必要である。したがって、本犯が取得した物が換価や両替等によってその同一性を失った場合、

赃物罪は成立しない。ただし、代替物の取得が新たな犯罪に該当するのであれば、その新たな犯罪を本犯として赃物罪が成立するのは勿論である。

例えば、現金を窃取した本犯者が、情を知らない店でネックレスを購入して情を知る恋人にプレゼントしても恋人に赃物罪は成立しない。①現金の窃取行為からするとネックレスは代替物であって赃物罪は成立しない。②ネックレスの購入行為に際して、販売相手は民法929条・932条の善意取得によって現金を得るため詐欺罪は成立しない。したがって、ネックレスは詐欺によって取得した物ともいえないからである。

なお、現金については、両替で赃物罪が成立しなくなるのは妥当でないとして、価値総額が維持されている限り赃物罪を認める見解もあるが少数にとどまっている。

【先行研究】

中谷瑾子「いわゆる“Ersatzhehlerei”と赃物罪立法について」法学研究（慶應義塾大学）35巻7号716-722頁、731-739頁（1962年）

代替物に対して赃物罪を認める議論と立法案を検討する。英米法、仏伊法、オーストリア・スイス法まで概観して比較されていて資料的価値が高い。

第三款 行為態様

赃物罪の行為態様は二種類である。一つは、現実の処分力を入手する行為であって、所有権犯罪における領得概念と同一に解されている。もう一つは、本犯者による有償処分への関与である。

さらに、明文にはないものの、入手行為・有償処分への関与いずれについても、本犯者の了解が必要と解されている。

第一項 入手行為

1. 本犯者の了解 (Einvernehmliches Zusammenwirken)

(1) 本犯者の了解の必要性 (Rn. 18-21a)

本犯者の了解の必要性は、特に、領得行為において顕在化しやすい。本犯者から窃盗・強盗によって本犯者が取得した物を領得した

場合、本犯者の了解を欠くため赃物罪は否定される。

本犯者からの詐欺・恐喝については赃物罪が成立するかは議論がある。かつての通説は、欺罔・強要によるとしても事実上の協力関係は認められるとして赃物罪を肯定していた。

しかし、現在の通説はこのような場合に赃物罪を否定している。一般的な治安の維持という赃物罪の副次的保護法益からすると、詐欺・恐喝がなされることで財産犯への動機が与えられることは考えられないため、赃物罪を否定すべきと考えられる。

BGHSt 42, 196 (1996年7月27日)は、詐欺による収益を恐喝した事案において赃物罪を否定している。

(2) 善意者の介在 (Rn. 22)

本犯者と悪意の入手者の間に直接の関係がなく、善意の第三者が介在している場合に、赃物罪を認めてよいかには争いがある。

OLG Düsseldorf JR 1978, 465 (1977年4月5日)は、盗品である指輪をプレゼントされた善意の娘から更にプレゼントされた母親について、善意の前占有者が占有移転を了解していれば足りるとして赃物罪を認めている。しかし、本犯者との関係が認められない場合には、赃物罪の適用は否定すべきとの批判もなされている。

2. 入手

(1) 入手の意義

(a) 定義 (Rn. 23)

入手とは、独立した現実の処分力の取得をいう。本犯者と無関係に、自らの為に物を処分できる状態を意味する。ただし、複数名での取得も可能であって、共同の処分力でも足りる。現実の処分力を得たと評価されるのは、領得意図が認められる場合である。

(b) 入手の該当性が否定される場合 (Rn. 24)

① 損壊意図

損壊の意図で盗品を受領した場合には、領得性を欠くため、自己のために入手したという評価が否定される。BGH NStZ 1995, 544

(1995年7月5日)は、盗品である乗用車を200マルクで処理することを窃盗犯又は赃物犯であるZに対して引き受けた被告人について赃物罪を否定している。

② 保管・一時使用

入手という評価を受けるのは、本犯者からの影響を受けることなく自由に物を処分できる場合だけである。したがって、単に物を保管したり、一時的な使用を許されたりするだけでは入手に該当しない。BGH wistra 1993, 146 (1992年11月13日)は、窃盗犯又は赃物犯である兄弟から車を無償利用させてもらっていた被告人について赃物罪を否定している。

③ 処分の媒介者

盗品の処分を引受ける媒介者も本犯者からの影響を受ける立場にあるため、自己の物にしたという評価を受けず、有償処分への関与という第二の行為態様の該当性を検討する必要がある。

④ 共同消費

本犯者と共同で消費する場合にも処分力を現に得たとはいえないため、入手に該当しない。BGH NStZ 1992, 36 (1991年9月11日)は、精神安定剤を強盗した本犯者と一緒に使用した者について、赃物罪の成立を否定している。

(c) 間接占有による入手 (Rn. 25)

入手に該当するには、本犯者から独立した現実の処分力を取得していれば足りる。したがって、直接占有を取得することは不可欠ではなく、間接占有の取得でも足りる。BGHSt 27, 160 (1977年3月29日)は、詐取した家電製品が担保に入れている場合に、本犯者から担保証書を受領した事案において、間接占有でも入手に該当するとして、詐取された物自体の入手を認めている。

(2) 第三者のための入手 (Rn. 26)

入手は第三者のためでもよい。この場合の第三者は、善意・悪意を問わない。例えば、

雇用主のための従業員の領得行為や、妻のための夫の領得行為が考えられる。

(3) 既遂時期 (Rn. 27)

現実の処分力を得た段階で既遂になる。購入の場合についても、購入契約の締結では足りない。

第二項 有償処分への関与

1. 関与形態

(1) 独立性・従属性 (Rn. 31)

有償処分への関与については、本犯者による有償処分を独立した立場で援助する場合 (Absetzen) と、本犯者に従属した立場で援助する場合 (Absatzhilfe) が構成要件上、書き分けられている。

(2) 従属的関与の成立範囲 (Rn. 32)

本犯者による有償処分に従属的に援助する行為は、本犯者による有償処分の幫助に相應するものである。幫助という性格から、従属的な援助者は本犯者の陣営に属することが必要である (BGH NStZ 2008, 215 (2007年12月4日))。

したがって、本犯者以外の有償処分行為者や購入者を援助する行為は、有償処分への援助に該当しない。ただし、有償処分行為者や購入者に成立する赃物罪に対する幫助犯が成立する (BGH NStZ-RR 2005, 373 (2005年9月6日))。

2. 共通する問題

(1) 本犯者に経済的利益をもたらす換価 (Rn. 28, 29)

独立・従属を問わず、有償処分への関与については、本犯者の了解に加えて、本犯者に経済的利益をもたらすような換価であることが必要と理解されている。換価には、売却の他、交換や担保化も含まれるが、贈与は含まれない。したがって、贈与の場合は、入手に該当する場合のみ赃物罪が成立する。

(2) 被害者への売却援助事例 (Rn. 30, 30a)

物を被害者自身に売却する場合、有償処分への関与に該当するかが問題となる。この場

合、違法な占有状態の継続はなく、適法な占有状態が回復されていることに鑑みて、被害者が自己の物であることを知っているか否かにかかわらず、有償処分への関与に該当しないと解されている。

さらに、BGHSt 43, 110 (1997年6月17日) においては、適法な占有状態の回復という見地から、被害者自身ではなく、覆面捜査官に売却するような場合にも有償処分への関与による赃物既遂は成立せず、不能未遂にとどまると判示されている。

(3) 処分結果 (Absatzerfolg)

(a) 処分結果の要否 (Rn. 33-36)

有償処分が現に行われたことが必要かどうかについては、判例と通説が対立している。

判例においては、旧法下からの沿革と刑事政策的見地に鑑みて、有償処分に向けられた行為があれば既遂に至ると解されている (BGHSt 27, 45 (1976年11月4日))。

しかし、通説は、文言上、有償処分とは他人に物が現に移転した場合を意味すると批判している。また、有償処分の援助については、文言の制約はないものの、独立関与と従属関与の処罰範囲の平仄を合わせるという見地から、現に物の移転がなされたことを要求すべきと指摘している。さらに、赃物罪の違法性は違法な占有状況の維持であることから、独立の処分力が新たに得られることを要求すべきとの理由が挙げられている。

(b) 不要説における既遂・未遂時期 (Rn. 40)

有償処分が現に行われることを不要とする場合、いかなる行為が有償処分又は有償処分の援助に該当して既遂に至るか、さらにはどの範囲で未遂が成立するかが問題となる。

①有償処分

有償処分に独立に関与する場合については、有償処分のための何らかの行動を行えば既遂になる。したがって、未遂の成立範囲は狭い。

②有償処分の援助

有償処分に従属的に関与する場合、本犯者

の処分行為に対する幫助的性格に鑑みて制限がなされている。有償処分の援助が既遂に至るのは、本犯者が有償処分のための何らかの行動を行い、援助行為が有償処分の計画を促進するものであり、かつ、本犯者から見て有償処分が開始されたといえる場合である。

これに対して、客観的に有償処分のための何らの行為も行われていないものの、本犯者が有償処分を開始していると援助行為者が考えていれば未遂が成立する。

こういった事情がない場合、援助行為が行われていても不可罰の予備にしかならない。例えば、本犯者に対する従属的な援助行為として、将来の売却のために盗品を保管したり運搬したりするような場合は不可罰の予備である (BGH NJW 1989, 1490 (1988年12月16日))。他にも、BGH NSTz 2008, 152 (2007年8月30日)においては、窃取した債務証券の換金を手伝うために、換金できるかを調べるために銀行に問合せを行っただけでは、有償処分が開始されていないとして予備にとどまると判示されている。

第四款 主観的超過要素

1. 利得目的 (Rn. 37)

行為者又は第三者を利得させる意図が要求されている。何らかの追加的な金銭的利益であることが必要であるものの、詐欺・恐喝罪の利得目的と異なり、素材同一性は不要と解されている。例えば、赃物を通常の市場価格で購入しても利得目的は認められない (OLG Hamm NSTz-RR 2003, 237 (2003年3月27日))。

2. 本犯者に利益を得させる場合 (Rn. 38)

本犯者に利得させる場合であっても、第三者利得に含まれるかには争いがある。

BGH NSTz 1995, 595 (1995年5月18日)は本犯者への利得目的は第三者に利得させる意図に該当しないと判示する。その論拠は、本犯者は「他の者 (ein anderer)」という文言であるのに対して、「第三者 (einen Dritten)」という文言であって両者は区別すべきであること、また、本犯者に利益を得させる場合を処罰するのは、庇護罪の役割であるこ

とに求められている。

おわりに

本稿においては、過去に積み重ねられた知識と未来に向かって積み重ねられていくべき思考を繋ぐ橋を作ることを目指した。ドイツ法の知識のどの部分をどのように日本法に生かすのか、ないし、どの部分は反面教師として拒否すべきかという比較法的提言は未来に向かうものとして今後の課題としたい。

本稿のきっかけは、小池信太郎さんと深町晋也さんとドイツでの留学時期が偶然重なった縁で2010年から開始した勉強会に遡る。その際、ドイツで受講している講義の内容を日本語で再現できないか、との発案がなされた。そこで、勉強会において講義と教科書の内容をまとめるとともに、判例の判旨を把握する作業を何度も繰り返した。帰国後、2011年・2012年秋学期に慶應義塾大学において「ドイツ法Ⅱ」を小池さんと共同担当して講義ノートを作成した。

深町さんと小池さんには、毎回の勉強会や講義後、ドイツの財産犯の理解についての正確性やわかりやすい紹介方法について長時間議論していただいた。御両名の協力なくしては、本稿の執筆はおよそありえないものであり、共同著作とさえ呼ぶべきものである。また、慶應義塾大学大学院生の藪中悠、東京大学法科大学院修士の武田夕子、山名淳一、神谷竜光、大須賀謙一、津久井康太郎、東京大学助教の大谷祐毅にも講義ノートの作成に協力していただいた。多くの人の協力を仰げたことに深く感謝する。

(ひぐち・りょうすけ)

【判例索引】

RGSt 3, 344 (1881年2月11日).....	151頁
RGSt 22, 2 (1891年3月7日).....	160頁
RGSt 32, 165 (1899年5月1日).....	151頁
RMG 2, 278 (1902年4月14日).....	155頁
RMG 13, 236 (1907年5月1日).....	155頁
RGSt 40, 222 (1907年6月18日).....	172頁
RGSt 55, 59 (1920年6月29日).....	159頁
RGSt 70, 225 (1936年5月14日).....	182頁

OGH SSt 20/114 (1949年9月13日)...	175 頁
BGHSt 1, 262 (1951年6月19日).....	171 頁
BGHSt 2, 364 (1951年11月25日).....	188 頁
BayObLG NJW 1952, 798 (1952年2月13日).....	190 頁
BGH NJW 1952, 796 (1952年5月2日).....	185 頁
BGHSt 2, 362 (1952年5月15日).....	214 頁
BGHSt 4, 132 (1953年4月23日).....	213 頁
BGHSt 6, 377 (1953年5月7日)...	154, 155 頁
BGHSt 4, 210 (1953年5月21日).....	155, 166, 167 頁
BGHSt 5, 61 (1953年6月16日).....	208 頁
OLG Hamburg MDR 1954, 697 (1954年2月24日).....	161 頁
BGHSt 5, 358 (1954年3月16日).....	194 頁
BGHSt 7, 134 (1954年12月20日).....	216 頁
BGHSt 7, 197 (1955年1月18日).....	185 頁
BGHSt 7, 252 (1955年3月17日).....	202 頁
BGH NJW 1955, 1404 (1955年6月10日).....	166 頁
OGH SSt 26/66 (1955年9月27日).....	177 頁
BGHSt 8, 254 (1955年11月17日).....	209 頁
BGHSt 9, 162 (1956年5月4日).....	169 頁
BGHSt 12, 207 (1958年12月12日)...	207 頁
BGH NJW 1959, 1377 (1959年5月8日).....	217 頁
BGHSt 13, 207 (1959年7月14日).....	152 頁
BGHSt 13, 403 (1959年11月20日)...	216 頁
BGHSt 14, 38 (1959年12月7日).....	172 頁
BGHSt 14, 170 (1960年3月11日).....	187 頁
BGHSt 15, 24 (1960年6月3日).....	193 頁
BGHSt 14, 386 (1960年7月5日).....	201, 201, 202 頁
BGHSt 15, 342 (1960年12月16日)...	211 頁
BGHSt 16, 1 (1961年2月23日).....	195 頁
BGHSt 16, 220 (1961年7月18日).....	191, 193 頁
BGHSt 16, 321 (1961年8月16日).....	190, 191 頁
BGHSt 16, 271 (1961年10月6日).....	156, 156 頁
BGHSt 16, 341 (1961年12月5日).....	166 頁
BGHSt 17, 87 (1962年1月12日).....	163 頁
BGHSt 17, 147 (1962年2月20日).....	191 頁

BGHSt 17, 254 (1962年5月4日).....	194 頁
BGHSt 18, 221 (1963年1月16日).....	186 頁
BGHSt 19, 387 (1964年1月21日).....	159 頁
BGHSt 20, 32 (1964年9月15日).....	167 頁
BGHSt 20, 194 (1965年4月6日).....	166 頁
BGH GA 1966, 244 (1965年6月11日).....	157 頁
OGH EvBl 1967/357 (1967年1月27日).....	175 頁
OLG Celle NJW 1967, 1921 (1967年3月16日).....	161 頁
BGHSt 21, 377 (1967年11月21日)....	169 頁
BGHSt 21, 384 (1967年11月28日)....	195 頁
BGHSt 22, 45 (1968年1月26日).....	161 頁
BGHSt 22, 88 (1968年2月20日).....	184, 189 頁
BGHSt 22, 180 (1968年6月12日).....	156 頁
BGHSt 22, 190 (1968年7月5日).....	208 頁
BGHSt 22, 350 (1969年3月14日).....	168 頁
BGHSt 23, 46 (1969年8月8日).....	166 頁
BGHSt 23, 294 (1970年6月30日).....	204 頁
BGHSt 23, 300 (1970年7月16日).....	190 頁
BGHSt 24, 115 (1971年3月5日).....	171 頁
BGH MDR/D 1972, 17 (1971年10月14日).....	187 頁
OGH SSt 43/10 (1972年3月9日).....	178 頁
BGHSt 25, 224 (1973年8月30日).....	201, 202 頁
BGH VRS 48, 175 (1974年11月27日).....	184 頁
BGE 101 IV 33 (1975年2月3日).....	176 頁
BGHSt 26, 95 (1975年2月27日).....	169 頁
BGHSt 26, 346 (1976年6月18日).....	203 頁
BGHSt 27, 45 (1976年11月4日).....	219 頁
BGHSt 27, 160 (1977年3月29日).....	218 頁
OLG Düsseldorf JR 1978, 465 (1977年4月5日).....	218 頁
BGH NJW 1977, 1460 (1977年5月10日).....	161, 162 頁
BGH MDR/H 1978, 625 (1978年2月28日).....	208 頁
BayObLG JR 1979, 296 (1978年10月3日).....	157 頁
BGHSt 28, 224 (1978年12月13日)....	169 頁

BGH GA 1979, 390 (1979年1月23日)	BayObLG NJW 1987, 1654 (1987年2月5日)
.....156頁182頁
OLG Düsseldorf NJW 1979, 2320 (1979年3月22日)	BGHSt 34, 309 (1987年3月17日)
.....212, 215頁161, 171頁
BGHSt 29, 129 (1979年11月13日)	OLG Düsseldorf NJW 1988, 922 (1987年6月19日)
.....153頁185頁
BGHSt 29, 165 (1979年12月19日)	BGHSt 34, 394 (1987年7月9日)
.....181, 194頁203頁
BGH NStZ 1981, 435 (1981年6月24日)	OGH SSt 58/78 (1987年10月22日)
.....157頁177頁
OLG Koblenz NJW 1984, 2424 (1982年6月24日)	BGHSt 35, 152 (1987年12月16日)
.....158頁158, 161頁
BGHSt 31, 93 (1982年6月30日)	BGH NStZ 1988, 216 (1987年12月17日)
.....194頁203頁
BGH NJW 1983, 461 (1982年11月11日)	BGH wistra 1989, 60 (1988年9月21日)
.....209頁208頁
OLG Hamm NStZ 1983, 266 (1982年11月29日)	BGH NJW 1989, 1490 (1988年12月16日)
.....171頁220頁
BGH GA 1983, 411 (1983年3月9日)	BGH NJW 1990, 2005 (1989年6月16日)
.....203頁181頁
BGE 109 IV 27 (1983年4月8日)	BGHSt 36, 227 (1989年7月21日)
.....176頁209頁
BGH NJW 1983, 2827 (1983年5月5日)	OGH JBl 1992, 605 (1989年10月24日)
.....158頁158頁
BGH NStZ 1983, 455 (1983年5月26日)	BGHSt 36, 277 (1989年10月24日)
.....208頁214頁
BGHSt 32, 88 (1983年9月22日)	BGH NJW 1990, 2569 (1990年3月8日)
.....203頁162頁
BGH NJW 1984, 501 (1983年10月10日)	OGH JBl 1991, 808 (1990年10月30日)
.....204頁174頁
BGHSt 32, 211 (1983年12月21日)	OLG Düsseldorf NJW 1992, 60 (1991年4月15日)
.....192頁171頁
BGH NJW 1985, 812 (1984年9月26日)	OLG Köln NJW 1992, 125 (1991年7月9日)
.....162頁198, 198頁
BGHSt 33, 50 (1984年10月10日)	BGH NStZ 1992, 36 (1991年9月11日)
.....216頁218頁
BGH NJW 1985, 1564 (1984年11月28日)	BGHSt 38, 120 (1991年11月22日)
.....159頁158, 197頁
OGH SSt 56/17 (1985年3月5日)	BayObLG NJW 1992, 1777 (1991年12月12日)
.....175頁160頁
BGH NJW 1985, 1911 (1985年3月20日)	BGH NStZ 1992, 233 (1992年1月16日)
.....155頁189頁
BGHSt 33, 244 (1985年6月13日)	BGH NJW 1992, 2167 (1992年5月12日)
.....189, 206, 207頁190頁
OGH JBl 1986, 261 (1985年10月29日)	BGHSt 38, 295 (1992年5月15日)
.....158頁169頁
BGH StV 1986, 530 (1986年9月5日)	BGH wistra 1992, 299 (1992年6月23日)
.....204頁186頁
BGH wistra 1987, 136 (1986年12月23日)	BGHSt 38, 345 (1992年9月1日)
.....207頁193頁
BGH NStZ 1987, 222 (1987年1月8日)	BGHSt 39, 100 (1992年10月20日)
.....200頁166頁

BGH wistra 1993, 146 (1992年11月13日)	218頁
BGHSt 39, 392 (1993年11月16日)	181, 182, 182頁
BGH NStZ 1994, 187 (1993年11月16日)	212頁
BayObLG JR 1994, 289 (1994年2月10日)	198頁
BGE 120 IV 117 (1994年5月6日)	176頁
BGH StV 1995, 73 (1994年7月12日)	208頁
BGHSt 40, 331 (1994年11月10日)	199頁
BGH NJW 1995, 539 (1994年11月10日)	190頁
BVerfGE 92, 1 (1995年1月10日)	166頁
BGHSt 41, 123 (1995年4月20日)	202頁
BGH NStZ 1995, 595 (1995年5月18日)	220頁
OGH SSt 62/53 (1995年6月20日)	179頁
BGH NStZ 1995, 544 (1995年7月5日)	218頁
BGHSt 41, 182 (1995年7月20日)	166頁
BGHSt 41, 198 (1995年7月26日)	185, 185頁
BGHSt 41, 224 (1995年8月23日)	208頁
OLG Frankfurt NJW 1996, 2172 (1996年3月19日)	180頁
BGHSt 42, 196 (1996年7月27日)	218頁
BGH NJW 1997, 265 (1996年8月28日)	201頁
BGHSt 42, 268 (1996年10月17日)	196, 196, 196頁
BGHSt 43, 110 (1997年6月17日)	219頁
BGH StV 1998, 80 (1997年10月22日)	203頁
BGHSt 43, 293 (1997年11月4日)	210頁
BGHSt 44, 34 (1998年2月12日)	152頁
OLG Stuttgart NJW 1999, 1564 (1998年9月18日)	192頁
OLG Düsseldorf NJW 2000, 529 (1999年7月19日)	207頁
BGH NStZ-RR 2000, 234 (2000年2月29日)	154頁
BGH NStZ 2000, 375 (2000年3月23日)	183頁

BGHSt 46, 196 (2000年11月8日)	182, 182, 182, 183頁
BGH NJW 2001, 981 (2001年1月18日)	193頁
OGH EvBl 2001/144 (2001年3月21日)	177頁
BGH NStZ-RR 2001, 268 (2001年4月3日)	156頁
BGHSt 47, 1 (2001年4月26日)	181頁
BGH NStZ 2001, 534 (2001年5月2日)	188, 188頁
BGH NStZ 2002, 33 (2001年9月4日)	188, 204頁
BGHSt 47, 160 (2001年11月16日)	198, 199頁
BGH StV 2002, 542 (2001年11月28日)	217頁
GenStA Frankfurt NStZ 2002, 546 (2001年12月7日)	152頁
BGHSt 47, 243 (2002年2月6日)	173頁
BGH NJW 2002, 2117 (2002年3月12日)	203頁
BGHSt 47, 295 (2002年5月23日)	210頁
BGH NStZ-RR 2002, 304 (2002年7月17日)	167頁
BGH NStZ-RR 2003, 44 (2002年10月17日)	166頁
BGH NStZ 2003, 313 (2002年12月5日)	183頁
BGH wistra 2003, 230 (2003年1月15日)	193頁
OLG Hamm NStZ-RR 2003, 237 (2003年3月27日)	220頁
BGHSt 48, 322 (2003年8月7日)	204頁
BGHSt 48, 365 (2003年10月15日)	167頁
BGH NStZ-RR 2004, 110 (2003年12月4日)	181頁
BGHSt 49, 147 (2004年5月13日)	209, 210頁
BGH NStZ-RR 2004, 333 (2004年8月17日)	203頁
BGH NStZ-RR 2005, 373 (2005年9月6日)	219頁
BGH NJW 2006, 72 (2005年9月20日)	155頁

BGH NStZ 2006, 38 (2005年10月13日)	203 頁
BGH NStZ 2006, 623 (2005年12月15日)	183 頁
BGHSt 50, 331 (2005年12月21日)	209, 210 頁
BGHSt 51, 100 (2006年10月18日)	210, 210 頁
BGHSt 51, 165 (2006年12月15日)	181, 194 頁
BGH NStZ 2008, 396 (2007年7月18日)	196 頁
BGH NStZ 2008, 152 (2007年8月30日)	220 頁
BGH NStZ-RR 2008, 76 (2007年10月18日)	203 頁
BGH NStZ 2008, 215 (2007年12月4日)	219 頁
BGH wistra 2008, 427 (2008年4月1日)	207 頁
BGHSt 52, 182 (2008年4月2日)	208 頁
BGH NStZ 2008, 516 (2008年4月29日)	213 頁
BGH NStZ 2008, 627 (2008年5月27日)	188, 188 頁
BGH NStZ 2008, 624 (2008年6月26日)	157 頁
BGHSt 52, 323 (2008年8月29日)	211 頁
BGHSt 53, 199 (2009年2月18日)	189, 189 頁
BGH NStZ 2009, 694 (2009年7月28日)	187 頁
BGHSt 54, 52 (2009年7月31日)	209, 210 頁
BVerfGE 126, 170 (2010年6月23日)	210 頁
BGHSt 55, 266 (2010年8月27日)	209, 209, 211 頁
BGH wistra 2011, 387 (2011年6月8日)	189 頁
BGH StV 2011, 733 (2011年7月5日)	210 頁
BVerfGE 130, 1 (2011年12月7日)	189 頁