論説

ドイツ刑法各論講義ノート：国家的法益に対する罪

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
第一部　司法に対する罪
　第一章　処罰妨害罪
　第二章　資金洗浄罪
　第三章　偽証罪
　第四章　虚偽嫌疑罪・犯罪仮装罪
　第五章　犯罪計画の不通報罪
第二部　国家権力に対する罪
　第一章　執行担当官に対する抵抗罪
　第二章　被拘禁者解放罪・暴動罪
第三部　公務担当者による罪
　第一章　公務担当者の意義
　第二章　汚職の罪
おわりに
判例索引

細目次

はじめに
第一部　司法（Rechtspflege）に対する罪
第一章　処罰妨害罪（Strafvereitelung）
　第一節　総説
　　第一款　沿革・規定の位置
　　第二款　保護法益・処罰対象
　第二節　成立要件の検討
　　第一款　本犯（Vortat）
　　第一項　本犯行為
　　第二項　本犯者自身による妨害
　　第二款　妨害（Vereitelung）
　　第一項　刑事責任の追及妨害（Strafverfolgungsvereitelung）
　　１．全部妨害
　　２．一部妨害
　　３．不作為による妨害
　　⑴　一般市民の場合
　　⑵　公務担当者の場合
　　ⓐ　刑事手続・執行に関わる公務担当者
　　ⓑ　その他の公務担当者
　　第二項　執行の妨害（Vollstreckungsvereitelung）
　　第三款　主観的要件
　　第四款　一身的処罰阻却事由
　　第一項　５項
　　１．趣旨
　　２．適用要件
　　第二項　６項
　　第三項　他の条文との関係
　　第五款　処罰範囲の限界
　　第一項　自己庇護への共犯的関与
　　第二項　社会的相当性
第二章　資金洗浄罪（Geldwäsche）
　第一節　総説
　第二節　成立要件の検討
　　第一款　主体
　　第二款　客体
　　第一項　財産的価値（Vermögenswert）
　　第二項　前提犯罪（Vortat）に由来する（herrührt）客体
　　１．１項２文で列挙されている前提犯罪
　　２．前提犯罪からの由来性
　　⑴　前提犯罪から直接的に生じた客体
　　⑵　当初の客体の代わりに得られた客体
　　⑶　混和
　　第三項　前提犯罪からの由来性が不要な客体
　　第三款　実行行為
　　第一項　261 条１項
　　第二項　261 条２項
　　第三項　スイス刑法との対比
　　第四款　主観的要件
　　第五款　処罰範囲の制限
　　第一項　第三者の介在
　　１．趣旨・要件
　　２．１項による処罰排除の可否
　　第二項　社会的相当性
　　第三項　私選弁護人の報酬
第三章　偽証罪（Aussagedelikte）
　第一節　総説
　第二節　成立要件の検討
　　第一款　虚偽の非宣誓陳述罪（153 条）（falsche uneidliche Aussage）
　　第一項　主体

第二項　管轄官署
１．宣誓を行わせる管轄
２．オーストリア法との対比
第三項　実行行為
１．陳述（Aussage）
２．虚偽性（Falschheit）
⑴　判例・学説
⑵　客観説の意義
３．真実義務（Wahrheitspflicht）の対象
第四項　既遂の成立時点
第五項　罪数
第二款　虚偽宣誓罪（154 条）（Meineid）
第一項　宣誓
１．管轄（Eid）
２．宣誓に相当する確証（eidesgleiche Bekräftigung）
３．宣誓の主体
第二項　実行行為
第三項　未遂・既遂の成立時点
第三款　虚偽の宣誓代替保証の罪（156 条）（Falsche Versicherung an Eides Statt）
第一項　管轄官庁
第二項　実行行為
第四款　過失犯処罰規定（161 条）
第三節　手続法違反の影響
第四節　減免事由
第一款　陳述における緊急避難（157 条）（Aussagenotstand）
第一項　総説
第二項　成立要件の検討
１．自己又は親族
２．処罰のおそれの回避
⑴　動機
⑵　陳述に先行する犯罪
第二款　虚偽陳述の訂正（158 条）（Berichtigung einer falschen Angabe）
第一項　総説
第二項　成立要件の検討
１．訂正
２．適時性
第五節　関与形態
第一款　総則規定による教唆・幇助
第一項　作為による教唆・幇助
第二項　不作為による幇助
第二款　各則規定による処罰範囲の拡張
第一項　教唆未遂の処罰（159 条）
第二項　虚偽陳述への誘導（160 条）（Verleitung zur Falschaussage）
第四章　虚偽嫌疑罪・犯罪仮装罪
第一節　総説
第二節　虚偽嫌疑罪（Falsche Verdächtigung）
第一款　成立要件の検討
第一項　164 条 1 項
１．嫌疑の対象者
２．嫌疑をかける行為の形態
３．嫌疑の対象になる行為
４．嫌疑の虚偽性
⑴　虚偽性の判断基準
⑵　事実の誇張
第二項　164 条 2 項
第三項　主観的要件
１．故意の限定
２．主観的超過要素
第四項　自己庇護
第二款　加重構成要件
第三節　犯罪仮装罪（Vortäuschen einer Straftat）
第一款　成立要件の検討
第一項　客観的構成要件
１．犯罪の仮装（1 項）
⑴　仮装の意義
⑵　仮装の対象
⑶　仮装という評価の可否
２．犯罪主体の仮装（2 項）
⑴　現に行われた違法行為
⑵　無実の者に対する仮装
第二項　主観的構成要件
第二款　補充条項
第五章　犯罪計画の不通報罪（Nichtanzeige geplanter Straftaten）
第一節　総説
第二節　成立要件の検討
第一款　主体
第二款　適時の通報義務
第二部　国家権力に対する罪
第一章　執行担当官に対する抵抗罪（Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte）
第一節　総説
第一款　ドイツ法の基本イメージ
第一項　我が国との対比
第二項　スイス法との対比
第二款　基本構造
第二節　成立要件の検討
第一款　客体
第一項　113 条
第二項　114 条
第二款　実行行為
第一項　抵抗
１．暴行による抵抗（Widerstand mit Gewalt）
２．暴行を行う旨の脅迫による抵抗（Widerstand durch Drohung mit Gewalt）
第二項　実力による攻撃（tätlicher Angriff）
第三款　執行行為（Vollstreckungshandlung）
第一項　執行行為
１．執行行為の定義
２．包含される活動範囲
３．執行行為に該当する時間的範囲
第二項　執行行為の適法性（Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshand-

lung）
１．法的性質
２．判断基準
⑴　判例の三要件
⑵　重要な方式
⑶　事実確認義務
ⓐ　判断基準
ⓑ　上位の公務担当者による命令
ⓒ　執行担当官による法律の錯誤
⑷　議論状況
【補論】正当防衛
第三項　適法性に関する錯誤
１．適法との錯誤
２．違法との錯誤
第三節　強要罪との関係
第一款　前提－強要罪の意義
第二款　113 条と強要罪の関係
第一項　特別類型としての 113 条
第二項　113 条によって 240 条が排除される範囲
第二章　被拘禁者解放罪（Gefangenenbefreiung）・暴動罪（Gefangenenmeuterei）
第一節　総説
第二節　成立要件の検討
第一款　被拘禁者（Gefangene）
第二款　実行行為
第一項　被拘禁者解放罪
第二項　被拘禁者暴動罪
第三部　公務担当者による罪
第一章　公務担当者（Amtsträger）の意義
第一節　11 条 1 項 2 号 a
第二節　11 条 1 項 2 号 b
第三節　11 条 1 項 2 号 c
第一款　要件
第一項　公の行政の任務（Aufgabe der öffentlichen Verwaltung）
第二項　官庁（Behörde）若しくはその他の官署（sonstige Stelle）
１．公法上の団体
２．私法上の団体
⑴　1997 年改正
⑵　官庁との同視可能性
第三項　任命（Bestellung）
第二款　問題になる局面
第一項　民営化（Privatisierung）
１．空港
２．鉄道
第二項　議員
第三項　保険医
第四項　教会
第二章　汚職の罪（Bestechungsdelikte）
第一節　総説
第一款　保護法益
第二款　各罪の関係
第一項　利益収受罪（Vorteilsannahme）と収賄罪（Bestechlichkeit）
第二項　利益収受・収賄罪と利益供与・贈賄罪の関係
第三款　その他
第一項　主体
第二項　未遂
第三項　共犯関係
第四項　加重規定
第二節　成立要件の検討
第一款　利益（Vorteil）
第一項　定義と具体例
第二項　利益該当性が問題になる局面
１．非物質的利益
２．契約締結
⑴　契約締結という利益
⑵　契約締結時の割引
３．間接利益・第三者供与
４．公務担当者の行為からの直接の利益
第二款　実行行為
第三款　違法な約定（Unrechtsvereinbarung）
第一項　意義
第二項　利益収受罪
１．職務行為（Diensthandlung）と職務遂行（Dienstausübung）
⑴　1997 年改正以前－特定の職務行為
⑵　1997 年改正後
ⓐ　職務遂行
ⓑ　職務行為
２．職務性
⑴　判断基準
⑵　私的な行為の除外
ⓐ　1997 年改正前
ⓑ　1997 年改正後
３．職務遂行との対価関係（Gegenleistung）
⑴　対価関係の認定方法
⑵　要求・申込みの場合
⑶　強制された場合
第三項　収賄罪
１．義務違反の職務行為（pflichtwidrige Diensthandlung）
⑴　職務性
⑵　不作為
⑶　裁量行使における義務違反性
２．将来の義務違反行為の表示と心裡留保
３．行っていない職務行為の仮装
第三節　処罰範囲の限定
第一款　官庁による許可
第二款　社会的相当性
第三款　近時の問題
第一項　外部資金（Drittmittel）
第二項　選挙時の寄付
おわりに
判例索引

はじめに

本稿の趣旨

本稿は，ドイツの国家的法益に対する罪を講義ノート形式で概観するものである。その趣旨は，拙稿「ドイツ財産犯講義ノート」東京大学法科大学院ローレビュー 8 巻（2013）にも書いた通り，比較刑法の発展に寄与するための基礎資料の提供にある。ドイツ刑法各論を概観することで，複数の法域を対照する比較法分析の補助資料になることを期待している。また，日独の現在の議論との類似点・相違点を踏まえることで，日本法の系譜研究を行う際の手がかりにもなると考えている。

依拠した文献

教科書として，Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I (18. Aufl. 2016), Teil II (17. Aufl. 2016) を使用している。ただし，財産犯に比べて若干ながら整理に疑義を感じる章もあったため，適宜，代表的なコンメンタールである Fischer, StGB (63. Aufl. 2016)（Fischer § 条文番号で引用する），Schönke/Schröder, StGB (29. Aufl. 2014)（Sch/Sch § 条文番号 (執筆者名) で引用する）にも依拠している。

各罪の冒頭に掲載した条文の翻訳については，法務省大臣官房司法法制部編「ドイツ刑法典」法務資料第 461 号（2007）を参照したものの，各罪の理解に沿う形で適宜修正している。

第一部　司法に対する罪

ドイツで司法に対する罪に分類されているのは，処罰妨害罪，資金洗浄罪，偽証罪，虚偽嫌疑罪，犯罪仮装罪である。我が国と比べると，犯罪の仮装，不通報を独立の犯罪としている点，証拠偽造罪，証人威迫罪が規定されていない点が目を惹くところである。

また，司法に対する罪ではないと通説は理解しているものの，犯罪計画の不通報罪も合わせて解説の対象にされているため，本稿でも紹介の対象にしている。

第一章　処罰妨害罪

第一節　総説

【条文】

258 条　処罰妨害
1 項　他の者が違法な行為を理由として刑罰法規により罰せられ又は処分（11 条 1 項 8 号）に付されることの全部又は一部を，意図的に又は事情を知りつつ妨害した者は，5 年以下の自由刑又は罰金に処する。
2 項　他の者に科せられた刑罰又は処分の執行の全部又は一部を，意図的に又は事情を知りつつ妨害した者も，前項と同一の刑に処する。
3 項　刑は，本犯について規定されている刑よりも重くすることはできない。
5 項　本条の行為によって同時に，自己が罰せられ若しくは処分に付されること，又は自己に科せられた刑罰若しくは処分が執行されることの全部又は一部を妨害しようとした者は，処罰妨害罪によっては罰せられない。
6 項　親族のために本条の行為を行った者は，罰せられない。
258 条 a　公務における処罰妨害
1 項　258 条 1 項の場合に，行為者が公務担当者として刑事手続若しくは処分（11 条 1 項 8 号）命令手続に協力することを職務とするとき，又は 258 条 2 項の場合に，行為者が公務担当者として刑罰若しくは処分の執行に協力することを職務とするときは，刑は 6 月以上 5 年以下の自由刑とし，あまり重くない事案では，3 年以下の自由刑又は罰金とする。

【1 項の成立要件概観】[1)]

Ⅰ　構成要件該当性
　1．客観的構成要件
　　⑴　本犯（Vortat）
　　⒜　処罰妨害－他人の犯罪行為
　　⒝　処分妨害－他人の違法行為
　　⑵　妨害（Vereitelung）
　　⒜　全部妨害
　　⒝　一部妨害
　2．主観的構成要件
　　⑴　本犯の存在に対する故意
　　⑵　妨害に対する意図又は確定的認識
Ⅱ　違法性
Ⅲ　責任
Ⅳ　処罰阻却事由
　1．自身に対する処罰の回避（5 項）
　2．親族に対する処罰の回避（6 項）
法定刑：5 年以下の自由刑　ただし，本犯の法定刑以下（3 項）
未遂処罰あり（4 項）

第一款　沿革・規定の位置

ドイツでは，先行する犯罪について事後的に援助する行為（庇護（Begünstigung）と呼称される）について，1974 年改正において，犯罪利得の庇護（物的庇護 sachliche Begünstigung と呼ぶ）と犯人の庇護（人的庇護 personliche Begünstigung と呼ぶ）に分けて規定されることになった。そして，人的庇護については処罰妨害罪（Strafvereitelung）との名称が付された。

処罰妨害罪は司法に対する罪であるものの，物的庇護と合わせて財産犯の位置に規定されていたという沿革から，現在でも財産犯規定に挟まれた位置に規定が存在する。なお，（物的）庇護罪については，拙稿「ドイツ財産犯講義ノート」東京大学法科大学院ローレビュー 8 巻 211 頁以下（2013）で賍物罪と合わせて紹介しているので，適宜，参照願いたい。

第二款　保護法益・処罰対象

処罰妨害罪の保護法益は，ドイツの刑事司法である（BGHSt 45, 97（1999 年 5 月 19 日））。ただし，258 条は，刑事司法作用全般に対する妨害を処罰する規定ではない。258 条 1 項は，刑罰又は処分の宣告を妨害することを犯罪結果と定めており，刑事責任の追及妨害（Strafverfolgungsvereitelung）[2)]，と呼称されている。これに対して，同条 2 項は，宣告された刑罰又は処分の執行を妨害することを犯罪結果と定めており，執行妨害（Vollstreckungsvereitelung）と呼称されている。このように，現に行われた犯罪に対する刑罰，又は，現に行われた違法行為に対する処分[3)]の宣告・執行に対する妨害のみが処罰対象として規定されている。

本章に対応するのは，Rengier, Teil I, § 21 Strafvereitelung (§§ 258, 258a) である。

【先行研究】

小野寺一浩「犯人蔵匿罪について」法学 48 巻 3 号 442 頁（1984）

現行法制定までの沿革研究。

十河太朗「犯人蔵匿罪と証拠隠滅罪の限界に関する一考察」同志社法学 46 巻 5 号 72 頁（93 頁以下）（1996）

ドイツの現行法を手際よく概観。

第二節　成立要件の検討

第一款　本犯（Rn. 4, 9）

第一項　本犯行為

条文上は「違法な行為」と定められている。しかし，処分の宣告の妨害については違法行為で足りるとしても，刑罰の宣告の妨害については，単なる違法行為では足りず，本犯者が可罰的であることが必要である。

国家刑罰権ないし処分権が生じていれば足りるため，本犯者に対する捜査が開始されていることは不要である（BGHSt 45, 97（1999 年 5 月 19 日））。

1) Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I (39. Aufl. 2015) S. 233 を参考にした。
2) Strafverfolgung は刑事訴追と訳されることもあるが，捜査・起訴・審理というプロセスを通じて行われる刑罰の宣告が問題になっているため，「刑事責任の追及妨害」と訳出している。
3) 改善・保安処分の他，利益剥奪も含まれる。

第二項　本犯者自身による妨害

「他の者」に対する刑罰又は処分の妨害が必要である。したがって，本犯者による自身の処罰に対する妨害（自己庇護 Selbstbegünstigung と呼称される）について，本犯者が正犯者として処罰されることはない。

なお，本犯者が共犯者になる場合は，第四款第一項１（281 頁）。また，本犯者の正犯行為への関与については，第五款第一項（282 頁）。

第二款　妨害

第一項　刑事責任の追及妨害（Rn. 5, 9）

１．全部妨害（Rn. 5-8a）

258 条は結果犯であり，「妨害」という結果が必要と解されている。時効や無罪判決の確定のように，刑罰を終局的に免れさせた場合が「全部を妨害」に該当することに争いはない。

争いがあるのは，処罰を遅延させた場合に「全部を妨害」との評価をなしうるかである。通説は，仮に時効や無罪判決の確定した場合にのみ妨害と評価すると 258 条の成立範囲が狭くなりすぎるとして，相当の時間的遅延も全部妨害に含まれるとしている。どの程度の期間が必要かについて，OLG Stuttgart NJW 1976, 2084（1976 年 5 月 17 日）は 10 日で足りるとしているが，学説上は 2 週間必要とか 3 週間必要といった主張がなされている。

「妨害」には処罰の遅延が必要であって，捜査の遅延では足りない。殺人の捜査が 12 日間遅延したという事案において，BGH wistra 1995, 143（1994 年 12 月 21 日）は刑罰の言渡しが遅延したかが確定されていない場合には妨害結果を認定できないと判示している。

妨害をもたらす典型例は，被疑者に有利な虚偽の陳述，犯人の蔵匿，証拠の破壊・隠匿・偽造，逃走の援助である。

２．一部妨害（Rn. 13）

「一部を妨害」は，刑罰が量的に真実よりも軽くなる場合に認められる。例えば，加重構成要件ではなく基本構成要件でのみ処罰されるような場合である。

３．不作為による妨害

⑴　一般市民の場合（Rn. 14, 15）

一般市民は刑事制裁の実現に協力する義務を負わないのが原則である。犯罪計画不通報罪（138 条→ 300 頁）による通報義務が認められる場合であっても，処罰妨害罪についての保障人的地位が生じるわけではない。

手続法上，供述義務がある場合について，処罰妨害罪の保障人的地位が生じるかには争いがある。この点，強盗的恐喝罪（255 条）で有罪判決が確定した被告人が，証人尋問において共同正犯者の名前を告げることを拒絶したという事案において，LG Itzehoe NStZ-RR 2010, 10（2009 年 7 月 20 日）は，証言義務違反は刑訴法 70 条 2 項の秩序違反になるにとどまり，刑事司法に対する保障人的地位は生じないと判示している。

⑵　公務担当者の場合

⒜　刑事手続・執行に関わる公務担当者（Rn. 44-46）

258 条 a は刑事手続・執行に関わる公務担当者による処罰妨害について加重構成要件を定めている。刑事責任を追及する機関は，犯罪を解明して犯人の責任を追及することが法律で義務づけられている（刑訴法 152 条 2 項，160 条，163 条）。この法律上の義務から，刑事司法を保護する作為義務（13 条）が生じ，258 条 a が成立しうる。

ただし，この作為義務は無限定なものではない。とりわけ，勤務時間外に犯罪行為を認知した場合にまで作為義務が生じるかについて争いがある。

この点，警察官である被告人が勤務時間外に訪れたバーで管理売春の営業が行われていることに気づいたが，何もしなかったという事案において，BGHSt 38, 388（1992 年 10 月 29 日）は，刑事司法という公益と私的生活の自由の利益衡量から一定の重大犯罪には作為義務が生じるとの一般論を展開しつつ，管理売春は重大犯罪ではないとして作為義務を否定している。

また，私的生活の保護という見地から，勤務時間外に認識した事柄について犯人の責任を追及する義務が生じる重大犯罪であって

も，作為義務が生じるのは勤務時間になってからに限定すべきと論じられている。例えば，OLG Koblenz NStZ-RR 1998, 332（1998年2月5日）は，勤務時間外に勾留から逃走中の犯人と飲み屋で出会った警察官が何もしなかったという事案において，直ちに通報するなどして犯人の身柄を確保する作為義務は生じないと判示している。

⑵ その他の公務担当者（Rn. 16）

公務担当者であっても，刑事責任を追及する機関への報告義務がない限り，一般市民同様，作為義務が生じないのが原則と解されている。BGHSt 43, 82（1997年4月30日）は，刑務所内での職員の収容者に対する傷害を目撃した職員から事情を聴いた施設幹部が何もしなかったという事案において，法令上の義務づけを欠くとして，作為義務の発生を否定している。

第二項　執行の妨害（Rn. 17-20）

刑罰又は処分の執行妨害としては，有罪判決を受けた者の蔵匿や自由刑の執行を身代わりで受ける場合が挙げられる。

争いがあるのは罰金を第三者が支払う場合である。水質汚染罪（324条）で罰金を科された団体の責任者及びその代理人のため，同団体が当該罰金を支払うことを決定した団体の管理者について258条2項の成否が問題になったという事案において，BGHSt 37, 226（1990年11月7日）は，直接に罰金を支払うか，有罪判決を受けた者に後々償還するかで区別することの合理性はないこと，さらに，有罪判決を受けた者が罰金を支払った後に第三者が贈与することを禁止することは私生活への過大な介入であって許されないことを指摘して，第三者が罰金を支払っても258条2項の構成要件を充足しないとの立場を採用している。

第三款　主観的要件（Rn. 21）

妨害行為及び妨害結果については意図又は確定的認識が必要である。これに対して，本犯が存在することについては未必の故意で足りる（BGHSt 46, 53（2000年5月9日））。

第四款　一身的処罰阻却事由

第一項　5項（Rn. 23, 24）

1．趣旨

5項は，自身の処罰・処分を免れることを動機にして，258条1項，2項の構成要件を充足した者を処罰しないと定めている。その趣旨は，緊急避難に類似する状況が認められることにあるとされており，5項は免責的な一身的処罰阻却事由を定めたものと理解されている（BGHSt 43, 356（1997年12月5日））。

5項が適用されるのは，本犯の共犯者に対する処罰を妨害することで258条1項の構成要件を正犯として充足する場合や，本犯者が無関係の第三者に対して自身に対する支援を頼むことで258条1項の教唆又は幇助に該当するといった場合である。

2．適用要件

自身が処罰されることの回避を動機にしている限り，処罰妨害罪では処罰されない。したがって，自己が処罰されることへの恐れが錯誤に基づいていたとしても5項の適用は可能である。同棲相手であるPの殺人について，共犯として処罰されることを恐れていたものの，その恐怖に根拠がなかった事案について，BGH NStZ-RR 2002, 215（2002年4月3日）は5項の適用を認めている。

処罰されることを恐れている犯罪と，本犯行為が別個の犯罪であっても構わない。また，妨害を行わなければ犯罪を通報する旨の脅迫を本犯者から受けたために，行為者が妨害を行った場合でも5項は適用される（BGH NJW 1995, 3264（1995年6月29日））。

これに対して，自身に対する処罰を回避する動機がなければ5項は適用されない。例えば，BGHSt 43, 356（1997年12月5日）は，本犯者が放火を実行する前に虚偽のアリバイを証言する旨の約束をした可能性がある被告人が，放火の実行後，虚偽のアリバイを証言したという事案について，専ら本犯者の処罰を妨害するためであるとして5項の適用を否定している。ただし，学説上，こういった事案では，放火罪の共犯として処罰されるおそれがある以上，自己の処罰を回避する動機も認められるはずとの批判がなされている。

第二項　6 項（Rn. 25, 26, 33）

6 項は，親族（11 条 1 項 1 号）のために行った処罰妨害について処罰阻却を定めている。親族でない者の処罰を妨害する行為であっても，親族に対する処罰を回避するために不可欠であればやはり処罰が阻却される。

親族には該当しないが密接な関係にある者，特に内縁関係にある者に準用できるかは争いがある。また，親族でない者を親族と錯誤した場合についても，6 項の適用の可否は争いがある。

第三項　他の条文との関係（Rn. 27-30）

258 条 5 項，6 項によって処罰が阻却されるのは処罰妨害罪のみである。別個の犯罪についてまで不処罰になるわけではない。

ただし，学説上，処罰妨害行為が 257 条の庇護罪も必然的に充足する場合には，258 条 5 項，6 項を 257 条にまで及ぼして処罰を阻却すべきであるという主張がなされている。

なお，258 条の受皿的構成要件である 145 条 d の犯罪仮装罪と，258 条 5 項，6 項の関係について 299 頁。

【先行研究】

豊田兼彦「ドイツ処罰妨害罪に関する一考察（1, 2）」立命館法学 270 号 85 頁（2000），273 号 151 頁（2000）

自己庇護を不可罰とする 5 項について沿革も含めて詳細に紹介。

臼木豊「自己庇護の限界－連邦通常裁判所第一刑事部 1962 年 5 月 22 日判決」警研 58 巻 7 号 78 頁（1987）

5 項制定以前の判例・学説の紹介。

第五款　処罰範囲の限界

第一項　自己庇護への共犯的関与（Rn. 34-36）

本犯者による自身に対する処罰の妨害（自己庇護）は構成要件に該当しない。そして，この構成要件不該当の行為について，第三者が教唆・幇助により関与しても，その第三者も不可罰になる。

そこで，不可罰になる自己庇護への共犯的関与と，処罰可能な正犯としての処罰妨害の区別が問題にされている。

この点，通常の正犯・共犯の区別を処罰妨害罪に当てはめる見解も存在する。しかし，この見解によると，処罰妨害罪による処罰範囲が非常に狭いものになるとの批判がなされている。そこで通説は，偽造証明書の入手や逃走車両の準備などの処罰妨害行為を正犯的に行っていれば処罰妨害罪の正犯が成立するとしつつ，本犯者に逃走の助言をするなど純然たる心理的影響のみを不可罰とみるべきと論じている。

第二項　社会的相当性（Rn. 37-42）

医療行為や生活必需品の売却などについて社会的相当性を認めて不可罰とすべきと論じられている。

特に問題とされているのは，刑事弁護人の活動であり，正当な防御活動については処罰妨害罪の構成要件に該当しないと論じられている。

正当な防御活動として許されない典型例は，証人に虚偽の陳述を行わせる場合である。さらに，BGHSt 46, 53（2000 年 5 月 9 日）は，人身取引の罪（232 条）の未遂が問題になっている裁判の控訴審において，刑事弁護人が，被害者に対する暴行は売春を強要するためではなかった旨の証言を行うことで被告人が無罪になれば慰謝料を払うと被害者と約定し，被害者にそのような証言を行わせたが，当該証言の真偽は不明であるという事案についても，防御活動の範囲を越えていると判示している。

【先行研究】

辻本典央「弁護活動と刑事制裁」近大法学 53 巻 3・4 号 319 頁（350 頁以下）（2006）

弁護人の活動の免責範囲についてのドイツの判例・学説を詳細に紹介。

ヴェルナー・ボイルケ（加藤克佳＝辻本典央訳）「弁護人の新たな可罰性の危険」季刊刑事弁護 75 号 101 頁（2013）

弁護人の活動の可罰性研究に関する大家がドイツの現在の議論状況を紹介。概観として，ボイルケによる刑訴法の教科書の翻訳もある（加藤克佳＝辻本典央訳「ヴェルナー・ボイルケ『ドイツ刑

訴法』(3)」近代法学 62 巻 2 号 69 頁（145 頁以下）(2014))。

第二章　資金洗浄罪

第一節　総説（Rn. 1-5, 30）

【条文】

261 条　資金の洗浄；違法に得られた財産的価値の隠蔽

1 項　（訳者注－1 文）2 文に掲げる違法な行為に由来する客体を隠匿し，その由来を隠蔽し，又は，その由来の捜査，そのような客体の発見，利益剥奪，没収，保全を妨害し若しくは危殆化した者は，3 月以上 5 年以下の自由刑に処する。（訳者注－2 文）1 文の意味における違法な行為とは，

1 号　重罪

2 号 a)　108 条 e，332 条 1 項及び 3 項，334 条，並びに 335 条 a と併せて適用されるときのこれらの条項，

b)　麻薬法 29 条 1 項 1 文 1 号及び原料取締法 19 条 1 項 1 号

に定める軽罪

3 号　租税法 373 条及び 374 条 2 項，並びに共同市場機構及び直接支払の実施に関する法律 12 条 1 項と併せて適用されるこれらの条項に定める軽罪

4 号 a)　152 条 a, 181 条 a, 232 条 1 項及び 2 項, 233 条 1 項及び 2 項, 233 条 a, 242 条，246 条，253 条，259 条，263 条から 264 条，266 条，267 条，269 条，271 条，284 条，299 条，326 条 1 項，2 項及び 4 項，328 条 1 項，2 項及び 4 項，並びに 348 条に定める軽罪

b)　滞在法 96 条，難民法 84 条，租税法 370 条，有価証券取引法 38 条 1 項から 4 項，商標法 143 条，143 条 a，及び 144 条，著作権法 106 条から 108 条 b，実用新案法 25 条，意匠法 51 条及び 65 条，特許法 142 条，半導体保護法 10 条，並びに品種保護法 39 条に定める軽罪

であって，業として又はこれらの行為を継続的に行うために結成された集団の構成員により行われたもの，並びに

5 号　89 条 a 及び 89 条 c に定める軽罪，129 条並びに 129 条 a 第 3 項及び 5 項，並びに 129 条 b1 項と併せて適用されるときのこれらの条項に定める軽罪，並びに，犯罪団体又はテロ団体（129 条，129 条 a，及び 129 条 b 第 1 項と併せて適用されるときのこれらの条項）の構成員により行われた軽罪

をいう。

（訳者注－3 文）租税法 370 条に定める業としての又は集団による脱税の場合，脱税により免れた出費及び違法に得られた租税の還付及び優遇に，並びに，2 文 3 号の場合，脱税が行われた客体にも 1 文を適用する。

2 項　1 項に掲げる客体を，

1 号　自ら入手し若しくは第三者に入手させた者，又は

2 号　客体を得た時点でその由来を知っていた場合，保管し若しくは自己若しくは第三者のために使用した者

も，前項と同一の刑に処する。

5 項　1 項又は 2 項の場合に，客体が 1 項に掲げた他の者の違法な行為から生じたことを軽率により認識しなかった者は，2 年以下の自由刑又は罰金に処する。

6 項　第三者が犯罪行為を行うことなく事前にその客体を得たときは，2 項によっては罰せられない。

9 項（訳者注－1 文略）さらに，前提犯罪に関与したことを理由に可罰的な者も，1 項から 5 項によっては罰せられない。正犯者又は共犯者が，1 項 2 文に掲げた違法な行為に由来する客体を流通に置き，その際に客体の違法な由来を隠蔽した場合，2 文による不処罰は認められない。

【成立要件概観】

Ⅰ．構成要件該当性

1．客観的構成要件
⑴　主体：本犯者も含むが 9 項 2 文による前提犯罪の優先（例外に 3 文）
⑵　客体
ⓐ　前提犯罪（Vortat）に由来（herrühren）する客体
ⓑ　租税犯罪に関連する客体
⑶　行為態様
ⓐ　1 項
①客体の隠匿（verbergen），由来の隠蔽（verschleiern）
②由来の捜査，客体の発見，利益剥奪等の妨害・危殆化
ⓑ　2 項
①入手（verschaffen）
②保管（verwahren）
③使用（verwenden）
⑷　6 項の要件（犯罪に該当しない第三者の介在）の欠如
2．主観的構成要件
⑴　故意
⑵　前提犯罪については軽率さ（Leichtfertigkeit）
Ⅱ．違法性
Ⅲ．責任
法定刑：3 月以上 5 年以下の自由刑　軽率の場合には 2 年以下の自由刑又は罰金（6 項）
未遂処罰あり（3 項）

資金洗浄罪は，1988 年の麻薬新条約 3 条 1 項により，締約国に犯罪化が義務づけられた。261 条は，これを受けて 1992 年に制定された条文である。その後，改正が頻繁に行われており，複雑な条文になっている。なお，資金洗浄法（Geldwäschegesetz）によって，本人確認義務や疑わしい取引の届出義務が定められている。

1992 年の立法の際，組織犯罪から生じた財産が適法な金融・経済循環に隠蔽目的で持ち込まれることが問題にされていた。適法な金融循環に持ち込まれる瞬間に違法な資金が発見可能になるところから，組織犯罪に対する捜査を可能にすると共に，資金的な基盤を奪うことで，犯罪組織に打撃を与えることができるとされた[4]。

学説上は，261 条の保護法益について，1 項は司法であるのに対し，2 項は，司法に加えて，前提犯罪によって侵害された法益の保護をも挙げるのが通説である。また，適法な金融・経済循環も保護法益であると強調する見解もある。庇護罪・賍物罪と資金洗浄罪は保護法益が異なるため，観念的競合になると解されている（BGH St 50, 347（2006 年 1 月 24 日））。

本章に対応するのは，Rengier, Teil I, § 23 Geldwäsche, 431-443 頁である。

【先行研究】

宮澤浩一「マネーロンダリング：ドイツ語圏刑法の対応（スイス・ドイツ・オーストリアの法制と日本）」中山研一古稀『経済と刑法　第 2 巻』1 頁（成文堂，1997）

独墺スイスの 3 か国のマネーロンダリングについて充実した比較法的対比を行う。時の法令 1446 号 -1547 号（1993-1997）の連載が基礎になっている。さらに，文献の網羅的紹介として，同「ドイツ語圏諸国における組織犯罪・資金洗浄関係文献」法学研究 77 巻 4 号 154 頁（2004）。

芝原邦爾「ドイツのマネーロンダリング処罰法案」法時 63 巻 6 号 106 頁（1991）

法案時点での紹介。

岡上雅美「ドイツ組織犯罪対策改善法：資金洗浄罪対策の強化と刑事訴追のための聴覚による住居監視」捜査研究 571 号 68 頁（1999）

資金洗浄罪に対する重要な改正を含む 1998 年の組織犯罪対策改善法の概観。

第二節　成立要件の検討

第一款　主体（Rn. 26）

他の事後犯罪と異なり，前提犯罪の正犯者も資金洗浄罪の主体となりうる。立法当初は「他人の」という文言により前提犯罪の正犯者は除外されていたが，1998 年改正によって「他人の」が削除された結果である。

ただし，261 条 9 項 2 文は，前提犯罪の関

4) BT-Drs. 12/989 S. 26.

与者（正犯・共犯双方）が前提犯罪で処罰可能な場合，資金洗浄罪によっては処罰しない旨を定めている[5]。もっとも，前提犯罪への関与の有無が事実認定上，確定できない場合，資金洗浄罪による処罰が可能である（BGH NStZ 1995, 500（1995年6月21日））[6]。

第二款　客体（Rn. 6-9a）

第一項　財産的価値

「客体（Gegenstand）」には，あらゆる財産的価値が含まれる。動産，不動産，現金だけでなく，債権など権利そのものも含まれる。

第二項　前提犯罪に由来する客体

1項2文に列挙された前提犯罪に客体が「由来する（herrüht）」ことが必要である。

1．1項2文で列挙されている前提犯罪[7]

重罪（短期1年以上）は全て前提犯罪になる（1号）。また，軽罪である収賄罪（2号），薬物犯罪（2号），営業的密輸入・関税賍物罪（3号）も前提犯罪になる。

一方，4号で定められた軽罪については，「業として又は集団の構成員により」という制限要件が規定されている。「業として」については，前提犯罪の行為者が自ら業として行った場合にのみ，4号に該当する（BGH NJW 2008, 2516（2008年6月24日））。4号は多数の前提犯罪を列挙しており，4号aにおいて，支払用カード偽造（152条a），管理売春（181条a），人身取引（232-233条a），窃盗（242条），横領（246条），恐喝（253条），賍物（259条），詐欺（263条），コンピューター詐欺（263条a），補助金詐欺（264条），背任（266条），文書偽造（267条），データ偽造（269条），間接的虚偽文書作成（271条），取引における収賄（299条），賭博開帳（284条），廃棄物処理（326条），放射性物質処理（328条），虚偽公文書作成（348条）が挙げられている。また，4号bにおいて，外国人滞在関係，脱税，インサイダー・相場操縦，知的財産関係の犯罪が挙げられている。

さらに，5号においては，テロ・犯罪組織に関する軽罪，及び，テロ・犯罪組織の構成員による軽罪が挙げられている。

2．前提犯罪からの由来性

⑴　前提犯罪から直接的に生じた客体

前提犯罪から直接的に生じた客体については問題なく，前提犯罪に「由来する」客体に含まれる（当初の客体 Ursprungsgegenstand と呼称される）。典型例として，盗品，犯罪遂行に対する報酬，身代金が挙げられる。また，偽造通貨などの生成物件（producta sceleris）も含まれる。

供用物件（instrumenta sceleris）は当初の客体に含まれないと論じられているが，BGHSt 53, 205（2009年2月18日）は，外国で行われた汚職について贈賄罪が問題になった事案において，賄賂について前提犯罪からの由来性を肯定している。

【先行研究】

山本紘之「資金洗浄の前提犯罪としての外国公務員への贈賄」比較法雑誌44巻4号275頁（2011）
BGHSt 53, 205（2009年2月18日）の紹介。

⑵　当初の客体の代わりに得られた客体

当初の客体の代わりに得られた客体（代替客体 Surrogate と呼称される）については，どこまで「由来する」といえるかが問題になる。経済的にみて，前提犯罪と因果関係が認められるかが基準になる（BGHSt 53, 205（2009年2月18日））。

購入代金のうち，違法な金銭を軽微とはい

5) 2015年11月20日の汚職対策法（BGBl 2015 Teil I Nr. 46 S. 2025）により，9項3文が追加されている。この新たな規定では，前提犯罪に由来する客体を流通に置いた場合，前提犯罪とは異なる独自の違法性が認められるところから，本犯者を資金洗浄罪でも処罰可能となっている（BT-Drs. 18/6389 S. 11-14）。

6) 事実認定として，先行行為が不確定である一方，後行行為は確定できるものの，仮に先行行為が成立していれば後行行為の構成要件該当性が否定されるか，罪数上吸収される場合について，後行行為を処罰してよいという理論が採用されている。これは Postpendenz 認定と呼ばれるものであり，大澤裕「刑事訴訟における択一的認定（4・完）」法協113巻5号19頁（1996）に詳しい紹介がある。

7) Sch/Sch § 261 Rn. 5 (Stree/Hecker).

えない程度の割合で使用していれば，由来性は認められる。例えば，行為者が1万ユーロで車両を購入し，そのうち1000ユーロが前提犯罪による収益である場合，当該車両は前提犯罪に由来するとみるべきとされている[8]。汚染された金銭がどの程度の割合を占めていれば由来性を認めてよいかについては議論があり，1%では足りないが5%で十分であるといった主張がなされている。

⑶　混和

一部の汚染が全体の汚染をもたらすという考え方が，金銭の混和に妥当するかについては議論がある。例えば，1万ユーロの預金が入った銀行口座で，そのうち1000ユーロが前提犯罪に由来する場合，全体として汚染されたといえるかについては議論が分かれている。

この点，BGH NJW 2015, 3254（2015年5月20日）は，銀行口座のうち，5.9%ないし約35%が違法収益で残りは適法な収益であったという事案において，経済的にみて全く重要でないとはいえない程度の金額が前提犯罪に由来していれば，口座全体について由来性を認めて資金洗浄罪の客体としてよいと判示している。

第三項　前提犯罪からの由来性が不要な客体[9]

1項3文は税法違反に関連する客体について由来性要件を不要としている点で特別の規定である。

もっとも，脱税による支払回避分を客体にする点については憲法上問題があると学説で強く批判されている。全資産の中で脱税による支出の回避分の汚染がどこに及ぶかが確定できないし，全資産が汚染されているとみるのは不当だからである。

第三款　実行行為

第一項　261条1項（Rn. 10-12）

①「隠匿」とは，客体へのアクセスを困難にする挙動をいう。

②「由来の隠蔽」とは，汚染された客体の由来の捜査を困難にするあらゆる誤導的な行為をいう。例えば，正常取引において，由来を隠して現金ないし振込で決済する場合が該当する。

③客体の由来の捜査，客体の発見，客体に対する利得剥奪（73条），没収（74条），保全（刑訴法111条b以下）に対する妨害・危殆化も処罰対象である。妨害には妨害結果が必要である（妨害の評価については，処罰妨害罪を参照→280頁）。また，危殆化には具体的危険の惹起が必要である。BGH NJW 1999, 436（1998年10月8日）は，恐喝で得た金銭を両替のためにドイツ国外の第三者に運搬する際に手助けをした行為について，当該第三者が覆面捜査官であったことから具体的危険の惹起を否定している。

第二項　261条2項（Rn. 13-15）

2項は，入手・保管・使用を処罰している。前提犯罪の行為者を孤立させ，汚染された客体の使用を不能にするという点から，「孤立構成要件 Isolierungstatbestand」と呼称されている。

①「入手」についてBGHSt 55, 36（2010年2月4日）は，本犯者の了解の下，客体の処分力を得たことと定義する。その上で，本犯者を孤立させるという趣旨に鑑み，客体に対する窃盗・強盗については入手に該当しないとしつつも，詐欺・恐喝によって客体の処分力を得た場合については入手に該当すると判示している[10]。

②「保管」とは，自己又は第三者のための意識的な占有をいう。BGH NStZ 2012, 321（2012年1月26日）は，同棲相手が詐欺で得たパソコンが家に到着して，それを置いていたというだけでは直ちに保管に該当するわ

8) BT-Drs. 12/3533, S. 12.
9) Sch/Sch § 261 Rn. 12 (Stree/Hecker).
10) 判例上，賍物罪については資金洗浄罪とは異なり，本犯者が取得した物を恐喝によって得た場合には入手該当性が否定されている（拙稿「ドイツ財産犯講義ノート」東京大学法科大学院ローレビュー8巻218頁（2013））。

けではないと判示している。

③「使用」には，客体の用法に沿ったあらゆる使用が含まれる。BGH NJW 2015, 3254（2015 年 5 月 20 日）は，前提犯罪の犯人と銀行口座を共同で所有している者が，当該口座の預金を別の口座に振り込むこと，現金として引出すことについて使用該当性を認めている。

第三項　スイス刑法との対比

スイスにおける資金洗浄罪（305 条の 2）は妨害構成要件で一元化し，ドイツの 261 条 2 項に相応する規定を有しない。重罪に由来する財産の由来に対する捜査，当該財産の発見又は没収を妨害するのに適した行為が処罰対象になっている。

資金洗浄罪の適正な処罰に関する立法の内容が多様でありうることが看取できる。

【先行研究】

宮澤浩一「資金の洗浄（マネー・ローンダリング）と金融業者の責任―スイス刑法 305 条の 3 を中心として」法学研究 63 巻 12 号 9 頁（1990）

スイス法の詳細な紹介。

芝原邦爾「スイスのマネーロンダリング罪」法時 63 巻 5 号 82 頁（1991）

スイス法の概観的紹介。

「特集・組織犯罪対策に関するフォーラム」警察学論集 51 巻 2 号 1 頁（1998）

スイスの著名な学者・実務家が参加したスイス法紹介。

第四款　主観的要件（Rn. 28）

5 項は，客体が違法行為に由来するという構成要件要素に関して，故意を必須とせず，軽率さ（Leichtfertigkeit）で足りるとしている。軽率さは，特段の無関心又は重大な不注意によって，前提犯罪からの由来性が当然に認識できるのに無視した場合に認められる。

軽率さを処罰することが責任主義に反するということはない（BGHSt 43, 158（1997 年 7 月 17 日））。また，事後関与の処罰という点で資金洗浄罪と同様の賍物罪は故意犯に限定されているものの，軽率による資金洗浄罪を処罰することが妨げられるわけではない（BGHSt 50, 347（2006 年 1 月 24 日））。

第五款　処罰範囲の制限

第一項　第三者の介在（Rn. 16-20）

1．趣旨・要件

6 項は，一般的な法的取引に過大な負担をかけないための規定である。第三者が犯罪を行うことなく客体を得た場合，その時点以降は，悪意であったとしても，2 項（入手・保管・使用）による処罰が排除される。

第三者が犯罪で得た客体については処罰範囲から排除されない。ここでいう犯罪について，資金洗浄罪のみに限定するか，窃盗・強盗なども含めるかについては争いがある。

2．1 項による処罰排除の可否

6 項は明文において 2 項による処罰を排除することを予定しているが，1 項による処罰も 6 項で排除すべきかについて争いがある。

この点，前提犯罪の行為者が犯罪収益から支払った保釈金の返還請求権を，私選弁護人が報酬の確保のために自らに譲渡させたという行為について，BGHSt 47, 68（2001 年 7 月 4 日）は，第三者である供託所の介在によって 2 項は適用できないものの，1 項による処罰は排除されないと判示している。これに対して，いったん善意で得られた客体は汚染が除去されたとみて 1 項による処罰も排除すべきという主張もなされている。

なお，いずれの立場に立脚するにせよ，6 項が処罰を排除するのは第三者が得た客体に限られる。本犯者が第三者に交付した客体の代わりに得たもの（代替客体）については，1 項，2 項による処罰が可能である点に注意を要する。例えば，本犯者が薬物収益で得た現金を銀行口座に預金した場合，現金は銀行が得た客体であるため 6 項の適用対象になる。しかし，本犯者が預金によって得た銀行に対する払戻請求権には 6 項の適用はない[11]。

11) BGHSt 47, 68 の事案における供託所に対する保釈金返還請求権についても同様の議論が可能との指摘がな

第二項　社会的相当性（Rn. 21, 22）

汚染された金銭を社会的に相当な行為によって受領した者全てが，261 条 2 項の「入手」に該当するとして処罰されるかが問題とされている。例えば，生活必需品の販売や必須の医療行為に対する対価の受領は 261 条 2 項による処罰を否定すべきと主張する学説が存在する。

第三項　私選弁護人の報酬（Rn. 23-25）

私選弁護人が報酬を受領する行為に関して，261 条 2 項による可罰性が問題になった。この点，BGHSt 47, 68（2001 年 7 月 4 日）は，弁護人には汚れた金銭から報酬を受ける権利はないこと，被告人の権利保護は国選弁護人によって図ることができることを理由として，261 条の制限を否定して資金洗浄罪の成立を認めた。これに対し，麻薬・経済事件において私選弁護人に対して捜査が及ぶ可能性があることは自由な弁護活動を害するという批判がなされた。

その後，BVerfGE 110, 226（2004 年 3 月 30 日）は，基本法 12 条 1 項を根拠として，刑事弁護人の活動への配慮という見地から 261 条 2 項 1 号を限定解釈すべきと判示した。具体的には，刑事弁護人が報酬を受領した時点で報酬が前提犯罪に由来することにつき確定的認識を有していた場合に限って，261 条 2 項を適用すべきとの解釈を採用した。

なお，BVerfG NJW 2015, 2949（2015 年 7 月 28 日）は，261 条 1 項についても，同様の限定解釈が要請されると判示している。

【先行研究】

辻本典央「弁護活動と刑事制裁」近大法学 53 巻 3・4 号 319 頁（350 頁以下）（2006）

BVerfGE 110, 226（2004 年 3 月 30 日）を中心に弁護人の活動の免責範囲を詳細に紹介。

第三章　偽証罪

第一節　総説

【条文】

153 条　虚偽の非宣誓陳述
法廷で又は証人若しくは鑑定人の宣誓尋問を管轄するその他の官署で，虚偽の非宣誓陳述を行った者は，3 月以上 5 年以下の自由刑に処する。

154 条　虚偽宣誓
1 項　法廷で又は宣誓の採取を管轄するその他の官署で，虚偽の宣誓をした者は，1 年以上の自由刑に処する。
2 項　あまり重くない事案では，刑は 6 月以上 5 年以下の自由刑とする。

155 条　宣誓とみなされる確証
1　宣誓に代わる確証
2　以前に行った宣誓又は確証の援用は，宣誓とみなす。

156 条　虚偽の宣誓代替保証
宣誓に代替する保証を行わせることを管轄する官庁で，この保証を偽って提出し，又は，この保証を援用して虚偽の陳述を行った者は，3 年以下の自由刑又は罰金に処する。

157 条　陳述における緊急避難
1 項　証人又は鑑定人が虚偽宣誓又は虚偽の非宣誓陳述の罪を犯したとき，親族又は自己が処罰され又は自由を剥奪する改善及び保安処分を科される危険を回避するために，行為者が不実を述べた場合には，裁判所は，裁量により刑を減軽し（49 条 2 項），非宣誓陳述の場合は刑を完全に免除することもできる。
2 項　宣誓適齢になお達していない者が虚偽の非宣誓陳述を行ったときは，裁判所は，裁量により刑を減軽し（49 条 2 項），又は，刑を完全に免除することができる。

されている（K. Altenhain, Nomos Kommentar StGB Band 3, § 261 Rn. 89 (4. Aufl. 2013)）。

158 条　虚偽陳述の訂正
1 項　行為者が虚偽の陳述を適切な時期に訂正したときは，裁判所は，虚偽宣誓，虚偽の宣誓代替保証又は虚偽の非宣誓陳述を理由とする刑を裁量により減軽し（49 条 2 項），又は，刑を免除することができる。
2 項　訂正が判決時にもはや利用することができず若しくは他の者に対する不利益が行為から生じたとき，又は，行為者に対して既に通報が行われ若しくは捜査が開始されたときは，訂正は時機を逸したものである。
3 項　訂正は，虚偽の陳述が行われた機関，又は，手続上，陳述を審査すべき機関，裁判所，検察，又は警察官庁において行うことができる。
159 条　虚偽陳述に対する教唆の未遂
虚偽の非宣誓陳述（153 条）及び虚偽の宣誓代替保証（156 条）に対する教唆の未遂について，30 条 1 項及び 31 条 1 項 1 号が準用される。
160 条　虚偽陳述への誘導
1 項　虚偽の宣誓を行うように他の者を誘導した者は，2 年以下の自由刑又は罰金に処する。虚偽の宣誓代替保証又は虚偽の非宣誓陳述を行うように他の者を誘導した者は，6 月以下の自由刑又は 180 日以下の罰金に処する。
2 項 本罪の未遂は罰せられる。
161 条　過失による虚偽の宣誓，過失による虚偽の宣誓代替保証
1 項　154 条から 156 条に掲げる行為が過失により行われたときは，1 年以下の自由刑又は罰金とする。
2 項　行為者が虚偽の陳述を適切な時期に訂正したときは，罰せられない。158 条 2 項及び 3 項が準用される。

宣誓を必須とする我が国の偽証罪とは異なり，ドイツでは宣誓をしていない証人・鑑定人の虚偽陳述も処罰される（153 条）。宣誓が行われた場合の虚偽宣誓罪（154 条）は 153 条よりも主体を拡げるとともに法定刑を加重したものと位置づけられる。また，宣誓代替保証という特別の制度によって，各種の重要な公的手続において虚偽情報の提出が処罰されている。さらに，過失犯処罰（161 条），教唆未遂の処罰（159 条），故意なく偽証を行う証人を利用する間接正犯処罰（160 条）が設けられており，虚偽陳述に関わる行為が広く刑法典上の罪として規定されている。

本罪の保護法益はドイツの司法とされているが，裁判所その他の手続における正確な事実認定に対する公益と解される点で司法よりも保護対象は広い[12)]。

虚偽の非宣誓陳述罪と虚偽宣誓罪の成立要件，法定刑，未遂・過失犯・教唆未遂・間接正犯処罰規定を対比すると下記の通りであ

	虚偽の非宣誓陳述罪 153 条	虚偽宣誓罪 154 条
主体	証人（Zeuge）又は鑑定人（Sachverständige）	宣誓（Eid）を行った者－民訴の当事者・通訳含む
陳述の場	宣誓を行わせる管轄を有する官署	宣誓の一般管轄・法律上予定された手続・権限
実行行為	虚偽の陳述（falsche Aussage）	虚偽の宣誓＝虚偽の陳述＋宣誓
法定刑	3 月以上 5 年以下	1 年以上
未遂犯処罰規定	なし	あり（23 条 1 項）
過失犯処罰規定	なし	あり（161 条）
教唆の未遂	159 条で処罰	30 条で処罰
間接正犯処罰規定	160 条	160 条

12) Sch/Sch § 153 Rn. 2 (Lenckner/Bosch).

る。

本章に対応するのは，Rengier, § 49 Aussagedelikte (§§ 153-162), 461-483 頁である。

【先行研究】

武安将光「日独両国における偽証罪についての考察」ジュリ 253 号 31 頁（1962）

規定・運用状況をわかりやすく概観。

青柳文雄「偽証罪の一考察」上智法学論集 5 巻 2 号 57 頁（1961）

大陸法系である独仏法と英米法を刑事手続の相違に照らして比較法的に考察。

福山道義「危険概念と偽証罪」法学 37 巻 3・4 号 1 頁（29 頁以下）（1974）

陳述の訴訟との関連性・訴訟への影響について，英米墺も含めて比較法的に考察。

同「宣誓の機能について」神奈川法学 14 巻 2・3 号 1 頁（1978）

刑法・刑訴法両面にわたる宣誓の意義についての貴重な紹介。

第二節　成立要件の検討

第一款　虚偽の非宣誓陳述罪（153 条）

第一項　主体（Rn. 4）

手続法上，証人又は鑑定人に該当する者のみが主体になる。民事訴訟における当事者，刑事訴訟における被疑者・被告人は主体にならない。また，通訳人も主体にならないと解されている。

第二項　管轄官署

１．宣誓を行わせる管轄（Rn. 5）

153 条が適用されるのは，宣誓を行わせる管轄を有する官署における陳述のみである。検察官・警察官による事情聴取については宣誓が認められていないため（刑訴法 161 条 a 第 1 項 3 文，163 条 3 項），警察官・検察官に対する虚偽の陳述には 153 条は適用されない。

２．オーストリア法との対比

ドイツとは異なり，オーストリア刑法 288 条 4 項においては，刑訴法に基づく捜査手続における証人・鑑定人の虚偽の陳述が警察又は検察で行われた場合にも処罰が認められている。この規定は 2007 年の刑訴法改正に合わせて導入されたものである [13]。

第三項　実行行為

１．陳述（Rn. 6）

原則として，「陳述」とは口頭での陳述に限られる。ただし，聴覚障害・発話障害を持つ者については別論である（裁判所構成法 186 条）。

OLG München MDR 1968, 939（1968 年 5 月 14 日）は，鑑定書面（民訴法 411 条）に虚偽が含まれていた場合，口頭での陳述を欠くところから，153 条の罪は成立しないと判示している。

２．虚偽性（Rn. 7-9）

⑴　判例・学説

「虚偽」の意義については，実際の事象と陳述内容の相違を虚偽とする客観説（objektive Theorie），陳述者の認識と相違する陳述を虚偽とする主観説（subjektive Theorie），喚起・獲得できるはずの最良の認識を再現しないことを虚偽とする義務説（Pflichttheorie）が主張されている。

客観説が判例・通説であり，その根拠として，司法機能への危険性は客観的な虚偽性から生じること，善意者を虚偽陳述に誘導する罪（160 条）は客観説を採用しない限り意味を持ちえないことが挙げられている。

⑵　客観説の意義

客観説は陳述の対象を外界における事実に限るというものではなく，内心における事実も陳述の対象になりうることを認めている。例えば，証人の現在の記憶が尋問の対象になる場合，証人の内心通りに陳述しているか否かが虚偽性の判断基準になる。このような事案では，客観説と主観説に相違は生じないとの指摘もなされている [14]。

13) Regierungsvorlage - Erläuterungen , 231 der Beilagen XXIII. GP S. 26.
14) Sch/Sch Vorbem. §§ 153ff. Rn. 7 (Lenckner/Bosch).

客観説を採用する判例のリーディングケースであるBGHSt 7, 147（1954年12月16日）は，当時の民訴法807条において，強制執行に際して債務者が正確な財産目録を提出することが要求されているという制度的背景の中で，自らが所有する車両を財産目録に入れなかった点に虚偽性を認めることで，過失による虚偽の宣誓代替保証の罪（156条，161条1項→292，293頁）を認めたものである。この事件では正確な財産目録の作成が求められていることが前提になっており，このように，行為者の認識とは無関係に外界の事実の顕出が求められる場合には，虚偽性は外界の事実と陳述内容の齟齬によって肯定される。

【先行研究】

福山道義「偽証罪における主観説と客観説」北海学園大学法学研究10巻1号153頁（1974）

虚偽性に関するドイツの学説を紹介。

３．真実義務の対象（Rn. 10-13）

153条の罪が成立するのは，証人・鑑定人が真実義務（Wahrheitspflicht）を負う範囲に限定される。証人についていうと，人定事項（刑訴法68条1項，民訴法395条2項）の他，民事訴訟においては証明決定（Beweisbeschluß）で確定された事項（民訴法359条），刑事訴訟においては手続法上の一罪になる全範囲（刑訴法264条）が証人尋問の対象になる。ただし，尋問対象は質問によって拡張することができる（民訴法369条，397条，刑訴法69条，241条）。

この議論が意味を有するのは，証人・鑑定人が尋問対象外の事項について自発的に陳述した場合である。この場合，仮に裁判所などの判断に影響を与えるとしても，真実義務の対象外である限り，153条の罪は成立しない。例えば，BGHSt 25, 244（1973年11月16日）は，婚外子の養育費をめぐる裁判において，法律上の受胎期間に夫及び特定の男性Sと性交を行ったかについて婚外子の母親（153条の罪の被告人）が証人として尋問を受けた際に，夫と性交していない，Sとも性交していないと述べた後，さらに，「当該期間は被告としか性交していない」と陳述したという事案である。BGHは，夫及びSと性交していないという部分だけが尋問対象であって真実義務を負う陳述であるとすると，「被告としか性交していない」と述べて夫及びS以外の男性との性交も否定した点は自発的陳述に過ぎず，証明対象の事後的拡張とその確認がない限り，自発的な陳述部分に虚偽があっても153条の罪は成立しないと判示している。

さらに，事実の黙秘が虚偽性を充足するかについても，尋問対象に真実義務が存在し，証人は質問がなくても尋問対象の事実を全て陳述しなければならないので，不完全な陳述であるにもかかわらず，完全なものとして陳述すると虚偽性が認められる。一方，およそ供述しないとして明白に陳述拒絶した場合には，虚偽陳述に該当しない（OLG Zweibrücken StV 1993, 423（1993年1月13日））。

第四項　既遂の成立時点（Rn. 14-15）

153条に未遂処罰規定はない。

尋問の終結時点において既遂に至る。尋問の終結時点は，裁判官が証人からこれ以上の情報を期待できないと表明し，証人が自らも証言することがもはやなく，これまでの証言を陳述として妥当させる旨を表明した時点である。例えば，証人が虚偽供述をしたと考えた検察官が，証人が法廷にとどまることを要求した事案において，BayObLG StV 1989, 251（1988年12月16日）は，虚偽供述を認めさせるために法廷にとどめられたのであって証人尋問は終了していないと判示している。

いったん虚偽の陳述をなしても尋問の終結時点より前に訂正した場合，153条の罪はおよそ成立することはないため，158条の適用は問題になりえない（BGH NStZ 1982, 431（1982年6月18日））。

第五項　罪数（Rn. 16）

同一審級において，複数回，証人尋問が終結した場合，各証人尋問について153条は成立するが，法的に一つの行為として扱われる。

第二款　虚偽宣誓罪（154 条）

第一項　宣誓

1．管轄（Rn. 21）

宣誓（Eid）を行わせる一般的な管轄に加えて，法律が宣誓を予定している手続であること，宣誓を行わせる者に法律上その権限があることが必要である。例えば，被疑者に宣誓をさせても虚偽宣誓罪にはなりえない（BGHSt 10, 8（1956 年 10 月 18 日））。宣誓を法律が認めているかは個別の法律解釈による（離婚時の家財分配手続で宣誓を否定したものとして，BGHSt 10, 272（1957 年 5 月 8 日））。

2．宣誓に相当する確証（Rn. 18）

訴訟法上，良心又は宗教的理由から宣誓を望まない時に，宣誓に相当する確証（eidesgleiche Bekräftigung）を行うことが認められている（民訴法 484 条，刑訴法 65 条）。155 条は虚偽による宣誓に相当する確証について，154 条の虚偽宣誓と同様に処罰すると定めている。156 条が定める虚偽の宣誓代替保証とは全く異なる制度である点に注意を要する。

3．宣誓の主体（Rn. 19, 20）

153 条とは異なり証人・鑑定人だけではなく，民事訴訟の当事者も宣誓可能であるため（民訴法 452 条），154 条の主体になりうる。宣誓を行った通訳人（裁判所構成法 189 条）も 154 条の主体になる（BGHSt 4, 154（1953 年 4 月 9 日））。

刑訴法 60 条 1 号後段の精神障害を有する宣誓無能力者は，宣誓の主体になりえない。一方，18 歳未満の宣誓未成年者（刑訴法 60 条 1 号前段）が，手続法に違反して宣誓してしまった場合に，宣誓の意味を理解する程度に成熟していると（少年裁判所法 3 条），154 条の主体になりうるかには争いがある。通説は，157 条 2 項が宣誓未成年者について 153 条しか規定していないところから，およそ 154 条の主体になりえないと解している。一方，BGHSt 10, 142（1957 年 2 月 15 日）は，手続法上の瑕疵は虚偽宣誓罪の成否に影響しないとの一般論を展開した上で，その一例として宣誓未成年も挙げている。

第二項　実行行為（Rn. 22, 23）

「虚偽の宣誓」は虚偽の陳述を前提とする。宣誓したといえるには，宣誓の本質的部分，すなわち，「私は誓う」との文言を発していれば足りる。

なお，ドイツの訴訟法上，証人，及び刑事訴訟における鑑定人は事後宣誓である（民訴法 392 条，刑訴法 59 条，79 条）。事前宣誓は通訳（裁判所構成法 189 条），民事訴訟における鑑定人（民訴法 410 条）については可能である。

第三項　未遂・既遂の成立時点（Rn. 24, 25）

154 条は重罪であって未遂犯も処罰される（12 条 1 項，23 条 1 項）ため，未遂・既遂それぞれの成立時点が問題になる。

事後宣誓の場合，虚偽陳述の終了後，宣誓文言の発話時点で未遂となるため，それより前の時点では虚偽陳述罪が成立するにとどまる（BGHSt 1, 241（1951 年 4 月 24 日））。宣誓の終了時点で既遂となる。事前宣誓の場合，虚偽陳述の開始とともに未遂になり，尋問の終結時点で既遂になる。

宣誓を行わせる管轄がおよそ存在しない手続において，宣誓を行わせる管轄があると錯誤して虚偽の宣誓を行った場合，判例上，虚偽宣誓の不能未遂として処罰可能[15]とされている（BGHSt 3, 248（1952 年 10 月 28 日），BGHSt 12, 56（1958 年 9 月 16 日））。これに対して，学説上は管轄という法律評価についての錯誤であって，幻覚犯[16]として不可罰であると主張されている。

第三款　虚偽の宣誓代替保証の罪（156 条）

第一項　管轄官庁（Rn. 26-29）

判例上，156 条の管轄には，宣誓代替保証を認める一般権限に加えて，具体的な手続に

15) 我が国とは異なり，ドイツでは不能未遂は原則として処罰される（Sch/Sch § 22 Rn.1 (Eser/Bosch)）。

16) 幻覚犯とは，客観的に不可罰の行為について，処罰対象になるとの錯誤に陥った場合をいい，不可罰と解されている（Sch/Sch § 22 Rn.78 (Eser/Bosch)）。

おいて保証対象について保証を行わせる権限があること，保証が全くの無効でないことが必要とされている（BGH StV 1985, 505（1985年6月11日））。

宣誓代替保証が認められる手続の具体例としては，刑事訴訟における疎明による忌避（一般論として，BGH GA 1973, 109（1972年5月3日）），民事の強制執行手続における債務者の財産情報の提出義務（民訴法802条c），行政手続における喪失した免許証の再発行申請手続（OLG Frankfurt NStZ-RR 1998, 72（1997年10月2日））が挙げられる。

これに対して，刑事訴訟においては被疑者・被告人に防御権が認められることと宣誓義務は矛盾するとして宣誓代替保証は認められていない（刑訴法44条の原状回復申立てについて，BayObLG NStZ 1990, 340（1990年2月20日））。

第二項　実行行為（Rn. 30-33）

虚偽性の意義は153条と同様であり，真実義務の範囲は宣誓代替保証が行われる手続によって定まる。

とりわけ，強制執行手続における債務者の財産情報の提出義務（現民訴法802条c，旧民訴法807条）の範囲について，債務者の財産を債権者が把握することを可能にするという観点に基づき，多くの判例が積み重ねられている[17]。なお，財産情報開示義務が及んでいることも故意の対象であって，財産情報開示義務の範囲に関する錯誤は事実の錯誤と解する判例がある（KG JR 1985, 161（1984年11月29日））。

【先行研究】

青木哲「ドイツ法からみた金銭執行の実効性確保」三木浩一編『金銭執行の実務と課題』173頁（青林書院，2013）

強制執行手続について刑事罰の範囲も含めて詳細かつわかりやすく紹介。邦語による先行研究も注11に網羅されている。

第四款　過失犯処罰規定（161条）（Rn. 73-75, Fischer § 161 Rn. 6-10）

161条は，154条，155条，156条の過失犯処罰規定を定めている。153条には過失犯処罰規定はない。

OLG Köln, MDR 1980, 421（1979年10月9日）は，証人が記憶の正確性に疑義を呼び起こす客観的な根拠を有責に利用しなかった場合に過失が認められると判示している。この判示からは，証人に求められるのは記憶喚起に集中する義務だけであり，情報を収集して準備を行う義務はないということになる。これに対して，公務として知覚した事柄を証言する警察官などの証人や，民事訴訟における宣誓を行う当事者には準備を行う義務も生じるとの議論がなされている。

また，鑑定人及び宣誓代替保証には準備を行う義務が認められる。

第三節　手続法違反の影響（Rn. 34-39）

各罪の成立要件になる管轄・宣誓・真実義務の範囲が充足されない場合以外に，手続法上の瑕疵がいかなる影響を持つかについては争いがある。

この点, BGHSt 10, 142（1957年2月15日）は，手続法上の瑕疵が見逃されることもありうること，虚偽宣誓罪を否定すると再審事由にならなくなってしまう（刑訴法359条2号，民訴法580条3号）ことを理由として，犯罪の成立に影響しないと判示する。ただし，手続法違反は量刑上の軽減事由になると解されている（刑訴法53条の応答拒絶権告知義務違反，及び，刑訴法60条2号の宣誓禁止違反が軽減事由になる点について，BGH StV 1995, 249（1993年5月18日））。

もっとも，手続法上の瑕疵が極めて重大な場合，とりわけ，刑訴法136条a[18]に違反する不当な尋問方法について，自身の認識の

17) Fischer § 156 Rn13-13c.

18) 【参照】刑訴法136条a

1項　被疑者・被告人の意思決定及び意思活動の自由は，虐待，疲労，身体的侵害，薬物の投与，苦痛，欺罔又は催眠術によって侵害してはならない。強制は，刑事手続法が許容する限度でのみ，これを用いることができる。刑事手続法の規定により許容されていない処分をもって脅迫すること及び法律に規定されていない利益を約束

自由な告知という陳述の本質が失われるとして構成要件該当性が否定されることもある（OLG Köln NJW 1988, 2485（1987年10月9日））。

第四節　減免事由

第一款　陳述における緊急避難（157条）

第一項　総説（Rn. 40-42）

157条は，真実の陳述を行うと自ら又は親族が処罰されるが，真実に反した陳述を行うと虚偽の非宣誓陳述ないし虚偽宣誓になるという強制状況に注目して，刑の減免を認める規定である。

緊急避難状況については総則に正当化緊急避難（34条）・免責的緊急避難（35条）の定めがあるものの，証人は通常，刑訴法52条の証言拒絶権ないし刑訴法55条の応答拒絶権の行使によって虚偽の陳述は回避できるため，34条，35条が適用できるのは虚偽の陳述をしなければ殺害する旨を告知されたような場合に限られている。これに対して，157条は，証言を拒絶すると犯行に関与していると受け止められてしまうことへの配慮を認めている（BGHSt 1, 22（1951年1月9日））。

また，自ら緊急避難状況に陥った場合には35条1項2文は免責されないことを定めているのに対し，157条は自らが処罰されるような犯罪を行ったことが強制状況に陥る原因になっていても適用可能である（BGHSt 8, 301（1955年10月24日））。

第二項　成立要件の検討

1．自己又は親族（Rn. 43）

157条は「自己」又は11条1項1号が定める「親族（Angehörige）」に保護対象を限定している。親族以外の密接な関係にある者（35条）に対する157条の準用の可否について争いはあるものの，OLG Celle NJW 1997, 1084（1996年8月13日）は，内縁関係にある者は立法過程で意識的に外されたことを理由に157条の準用を否定している。

2．処罰のおそれの回避

⑴　動機（Rn. 44, 45, 47）

処罰のおそれを回避するという動機は必要ではあるものの，緩やかに認めてよいと解されている。唯一の動機である必要はないし，主たる動機である必要さえない（BGH NStZ-RR 2007, 40（2006年10月11日））。また，客観的に処罰されるおそれがあるかは問題とならず，行為者が処罰されるおそれを認識していれば足りる（BGH NStZ 2008, 91（2007年7月26日））。さらに，処罰そのものだけではなく，重い処罰を回避して軽い処罰を実現するという動機でも足りる（BGHSt 29, 298（1980年6月24日））。

ただし，真実を述べても自己又は親族が処罰されるおそれは生じないのに，無罪にさせるべく積極的に虚偽の陳述を行ったような場合には157条の適用外である（BGHSt 7, 2（1954年11月2日））。

⑵　陳述に先行する犯罪（Rn. 46）

陳述より前に処罰のおそれが生じていることが必要であって，陳述そのものによって処罰のおそれが生じた場合には157条は適用されない。例えば，虚偽の陳述をなして153条が成立した後，当該虚偽陳述を宣誓することで154条が成立し153条を吸収するという場合，宣誓の時点で虚偽陳述の発覚を恐れていても157条は適用されない（BGHSt 8, 301（1955年10月24日））。さらに，虚偽の陳述によって刑罰妨害罪（258条）など別個の罪が観念的競合で成立し，その罪の発覚を恐れていても同じく157条は適用されない（BGH NStZ-RR 2007, 40（2006年10月11日））。

第二款　虚偽陳述の訂正（158条）

第一項　総説（Rn. 48, 49）

158条は虚偽の陳述の訂正を促進するための規定である。総則の中止犯規定（24条）は，153条，156条に未遂犯処罰規定がなく，未遂処罰規定を持つ154条についても未遂の成

することは，いずれも禁止される。

2項　被疑者・被告人の記憶力又は思考力を侵害する処置は，許されない。

3項　前2項の禁止は，被疑者・被告人の同意にかかわりなく，効力を有する。禁止に違反して得られた供述は，被疑者・被告人が同意した場合であっても，これを使用してはならない。

立時期は宣誓文言の開始から終結までと限られているため，ほぼ機能しない。なお，中止犯規定と異なり，158 条は任意性を要求していない。

第二項　成立要件の検討

１．訂正（Rn. 50）

「訂正」（Berichtigung）とは，単なる撤回では足りず，過去の虚偽の陳述を取消して，正しい陳述に変更することをいう。特定の形式が予定されているわけではない。

BGHSt 18, 348（1963 年 5 月 14 日）においては，応答拒絶権（刑訴法 55 条）の行使は過去の陳述が虚偽であることを明らかにするものの，どの点が虚偽であるかわからないとして 158 条の適用を否定している。これに対して，黙秘権行使について 158 条の適用を認めてよいとの主張もなされている。

２．適時性（Rn. 51, 52）

158 条の適用には，訂正が「適時（rechtzeitig）」であることが必要である。158 条 2 項は適時性が欠ける場合を定めている。「訂正が利用不能」であるとは，陳述がなされた審級が終結した場合のことである。既に不利益が生じた場合の「不利益」とは，財産上の不利益や刑事手続の開始など具体的なものであり，虚偽の陳述による証拠状況の悪化は含まれない（BGH NJW 1962, 2164（1962 年 9 月 25 日））。

第五節　関与形態

153-156 条の構成要件は自ら陳述を行う者のみが犯しうる自手犯である。それ以外の者は，間接正犯にも共同正犯にもなりえず，教唆・幇助のみが問題になる。ただし，処罰の間隙を回避すべく，虚偽の陳述に誘導する罪が 160 条に規定されている。

第一款　総則規定による教唆・幇助

第一項　作為による教唆・幇助（Rn. 66, 67）

作為による教唆・幇助について，一般的な教唆・幇助の成立要件が妥当する。ただし，手続法上，許容されている防御権行使に関しては，教唆・幇助によって処罰されない。例えば，証人尋問を請求すること（刑訴法 219 条）は防御権行使の一環であって，虚偽の陳述の可能性を与えていても幇助にならないと解されている（OLG Hamm NStZ 1993, 82（1992 年 1 月 29 日））。

第二項　不作為による幇助（Rn. 68-72）

不作為による幇助については保障人的地位が必要である。判例上，虚偽陳述が行われる社会的に不相当で特段の危険を創出した場合には作為義務が生じると解されている。例えば，BGH NStZ 1993, 489（1993 年 5 月 18 日）においては，民事訴訟で宣誓が要求されることを知らずに虚偽の陳述を知り合いに頼んだ被告人について，虚偽の陳述の後，宣誓まで休憩時間があったのに止めなかったという不作為について，虚偽宣誓罪の幇助を認めている。

これに対して，刑事訴訟における被告人には黙秘権がある以上，共犯者の虚偽の陳述を止める作為義務は生じないと解されている（BGH StV 1994, 125（1992 年 8 月 4 日））。この点，OLG Hamm NStZ 1993, 82（1992 年 1 月 29 日）は，共同正犯者の証人尋問を申請すると虚偽の陳述が行われる特段の危険が生じるところから作為義務を認めているものの，黙秘権が認められていることに反するとして学説では強く批判されている。

第二款　各則規定による処罰範囲の拡張

第一項　教唆未遂の処罰（159 条）（Rn. 61-65）

重罪（12 条 1 項）である 154 条については総則の規定により，教唆未遂も処罰される（30 条 1 項）。一方，159 条は軽罪である 153 条，156 条についてまで教唆未遂の可罰性を認めている。

しかし，規定通りに適用すると，正犯者が未遂止まりの場合，未遂処罰規定がないため 153 条，156 条で処罰されないにもかかわらず，教唆者は 159 条によって処罰されることになる。この点，BGHSt 24, 38（1970 年 12 月 2 日）は宣誓代替保証の管轄がないにもかかわらず，錯誤により管轄があると誤信した場合には不能未遂になるという立場を前提

に，未遂処罰規定がないことから正犯者が156条で処罰されない以上，教唆者についても159条で処罰すべきでないと判示している。この限定解釈に対しては，学説では無理があるとの批判もなされている。

第二項　虚偽陳述への誘導（160条）（Rn. 54-57, 59）

虚偽陳述への誘導を処罰する160条は補充規定であり，総則の教唆犯処罰規定（26条）及び159条が適用されない場合にのみ適用される。

160条が，陳述を行う実行行為者が善意で道具として利用されるという間接正犯形態に適用されることに争いはない。

争いがあるのは，実行行為者が善意であると背後者が誤信していた場合である。この点，BGHSt 21, 116（1966年7月13日）は，虚偽の陳述を防止するという160条の処罰根拠に照らして，陳述を行う者が背後者の認識に反して虚偽陳述の故意があったとしても160条は適用できるとの判示を行っている。

なお，実行行為者が悪意であると背後者が誤信していた場合には，159条が適用可能であるため，160条は問題にならない。

第四章　虚偽嫌疑罪・犯罪仮装罪

第一節　総説

我が国では無実の者に責任を負わせる行為について虚偽告発罪が規定されている。これに対して，ドイツ刑法164条は，告発という法形式に限定することなく，特定の者に虚偽の嫌疑を負わせる行為全般を処罰している。さらに，145条dは，犯罪を仮装する場合全般にまで処罰範囲を拡げている。

164条，145条dは刑事訴追機関が不要な活動を行うことを防止するという点で，ドイツの司法を保護する規定である。これに加えて，164条は不当な訴追を受けない個人の利益も保護法益としていると解されている。

164条と145条dの趣旨・要件・相互関係を整理すると下記の通りである。

	164条	145条d
法益	①ドイツの司法 ②不当に訴追されない個人の利益	ドイツの司法
実行行為	①特定の他人 ②違法行為の嫌疑をかける ③虚偽性	①犯罪の存在の仮装 又は ②犯罪の主体の仮装
主観的要件	①確定的故意 ②官庁の手続・措置を惹起する意図	確定的故意
罪数		補充適用－164条に吸収

両者の関係上，164条が適用されずに145条dが適用される典型例としては，不詳者又は自己が犯罪の主体であるとの仮装を行う場合，官庁の手続・措置を招く意図がない場合が挙げられる。

第二節　虚偽嫌疑罪

【条文】

164条　虚偽嫌疑

1項　他の者に対し，官庁の手続又は官庁のその他の措置を開始させ又は継続させる目的で，確定的な認識にもかかわらず，官庁に対して若しくは通報の受理を管轄する公務担当者若しくは軍隊の上官に対して，又は，公然と，他の者について違法な行為又は職務義務違反の嫌疑をかけた者は，5年以下の自由刑又は罰金に処する。

2項　同じ目的で，確定的な認識にもかかわらず，第1項に掲げる機関に対して又は公然と，他の者に対し官庁の手続又は官庁のその他の措置を開始させ又は継続させうる事実的な性質をもつその他の主張を行った者も，前項と同一の刑に処する。

3項　本法典46条b又は薬物法31条に基づく刑の減免を得るために，虚偽嫌疑を行った者は，6月以上10年以下の自由刑に処する。あまり重くない事

案では，刑は3月以上5年以下の自由刑とする。

本節の解説は，Fischer § 264 に依拠して行う。

第一款　成立要件の検討

第一項　164 条 1 項

1．嫌疑の対象者（Fischer Rn. 2, 7）

嫌疑は特定の生存している他人に向けられることが必要である。特定の人物の氏名を挙げることまでは必要ではなく，特定可能であれば足りる。

したがって，不詳者又は死亡した者に対する嫌疑については，虚偽嫌疑罪は成立しない。また，自己に嫌疑を向ける場合も虚偽嫌疑罪は成立しない。こういった場合は，犯罪仮装罪（145 条 d）の成否のみが問題になる。

164 条の法益には司法も含まれるため，嫌疑の対象者が同意していても 164 条 1 項は成立する（BGHSt 5, 66（1953 年 9 月 29 日））。

2．嫌疑をかける行為の形態（Fischer Rn. 3, 4）

嫌疑をかける行為は事実の主張又は証拠の提示によって行われる。嫌疑を新たにかけるだけではなく，嫌疑を強める場合でもよい（BGHSt 14, 240（1960 年 4 月 13 日））。また，不作為形態もありうる。

3．嫌疑の対象になる行為（Fischer Rn. 5-5b）

嫌疑の対象になるのは，違法行為（11 条 1 項 5 号）又は職務義務違反行為である。

嫌疑をかけられた事実から明らかに刑事制裁の可能性がなく，官庁の活動が生じない場合には，嫌疑をかける行為に該当しない。例えば，公訴時効にかかっている場合（BGH StV 2002（2001 年 12 月 11 日））や，嫌疑対象者が 14 歳未満である場合（OLG Hamm NStZ-RR 2002 167（2002 年 2 月 8 日））が挙げられる。

4．嫌疑の虚偽性（Fischer Rn. 6）

⑴　虚偽性の判断基準

嫌疑の虚偽性は客観的に判断される。ただし，その判断方法については議論が分かれている。

BGHSt 35, 50（1987 年 9 月 1 日）は，店舗の監視役であった被告人が「F が値札を入れ替えたところを見た」と通報したが，F が窃盗を行ったことは確信していたものの，実際の行動は見ていなかったという事案において，客観的に犯罪行為を行っていなかった場合にのみ虚偽性を認めるとの立場を採用している（犯罪嫌疑説 Beschuldigungstheorie と呼称される）。この立場によると，嫌疑の対象者が無実であることが明らかにならない限り，虚偽嫌疑罪は成立しえないことになる。

これに対して，学説上は，行為者が嫌疑の根拠にした事実が客観的に真実であるかを基準とすべきとの議論がなされている（主張事実説 Unterbreitungstheorie と呼称される）。この立場によると，真犯人に対する嫌疑であっても，嫌疑の根拠が虚偽であれば虚偽嫌疑罪が成立することになる。

⑵　事実の誇張

上記の判例によると，事実関係の法的性質を変更しないような誇張は構成要件に該当しない。これに対して，誇張の結果，加重構成要件になる，罪数上一罪と評価される犯罪事実が増加する，本質的な性質変更が生じるといった場合には虚偽性が認められる（OLG München NStZ 2010, 219（2009 年 3 月 4 日））。

第二項　164 条 2 項（Fischer Rn. 11）

2 項では，1 項で捕捉される犯罪行為又は職務義務違反行為以外で官庁の手続を生じさせる虚偽の事実主張が捕捉される。例えば，秩序違反行為や自治的な懲戒裁判が包含される。

第三項　主観的要件（Fischer Rn. 12）

1．故意の限定

虚偽性に対しては確定的故意が必要である。その他の構成要件要素については未必の

故意で足りる。

２．主観的超過要素

被嫌疑者に対して官庁の手続が行われることを招く意図が必要である。ただし，この意図が，最終的な目的・動機であることは必要ではない（BGHSt 18, 204（1962 年 12 月 19 日））。

第四項　自己庇護（Fischer Rn. 3a, 3b）

被疑者が犯行を単に否認する場合，その結果として別人に嫌疑が向けられるとしても虚偽嫌疑罪の構成要件に該当しないと解されている。

この理解をさらに進めて，OLG Düsseldorf NJW 1992, 1119（1991 年 8 月 21 日）は，犯人が 2 名のいずれかしかありえない状況下で，単なる否認ではなく，もう一方の者が犯人であると名指ししても，単なる否認と異ならないとして 164 条による処罰を否定している。ただし，この議論に対しては，黙秘をする権利があるとしても，積極的に虚偽の嫌疑をかける権利はないとして異論もある。

こういった場合を越えて，積極的に第三者に嫌疑を向ける行為は，たとえ自己庇護目的であっても 164 条で処罰される。例えば，爆発物を所有する犯人が，息子の所有物であると述べた場合（BGHSt 60, 198（2015 年 2 月 10 日））や，自己に不利な証言について，虚偽の陳述であると述べた場合である（BayObLG NJW 1986, 441（1985 年 5 月 21 日））。

第二款　加重構成要件（Fischer Rn. 15）

2009 年 9 月 1 日改正による新設の 164 条 3 項は，王冠証人制度（刑法 46 条 b）を利用した虚偽嫌疑行為を加重処罰の対象にしている。ここでは，自己庇護目的であっても減軽されることはなく，むしろ加重事由になっている。

【先行研究】

野澤充「ドイツ刑法の量刑規定における新しい王冠証人規定の予備的考察」神奈川法学 43 巻 1 号 73 頁（100 頁）（2010）

王冠証人規定の導入に関する詳細な紹介において，虚偽嫌疑罪の加重構成要件が導入された経緯も合わせて紹介。

第三節　犯罪仮装罪

【条文】

> 145 条 d　犯罪の仮装
>
> 1 項　確定的な認識にもかかわらず，官庁又は通報の受理を管轄する官署に対して，
>
> 1　違法な行為が行われた，又は
>
> 2　第 126 条第 1 項に掲げる違法な行為の実現が切迫している
>
> と仮装した者は，この行為が，第 164 条，第 258 条又は第 258 条 a では処罰の対象となっていないときは，3 年以下の自由刑又は罰金に処する。
>
> 2 項　確定的な認識にもかかわらず，
>
> 1　違法な行為，又は
>
> 2　第 126 条第 1 項に掲げる切迫した違法な行為
>
> に関与した者について，第 1 項に掲げる官署の一つを欺罔しようとした者も，前項と同一の刑に処する。
>
> 3 項　本法典 46 条 b 又は薬物法 31 条に基づく刑の減免を得るため，
>
> 1　1 項 1 号又は 2 項 1 号の行為を行った
>
> 2　確定的な認識にもかかわらず，1 号に挙げられた官署に対して，本法典 46 条 b1 項 2 号若しくは薬物法 31 条 1 項 2 号に挙げられた違法行為が切迫しているかのように装った
>
> 3　確定的な認識にもかかわらず，同様の官署の一つに対して，2 号の切迫している行為に関与した者を欺罔しようとした者は，3 月以上 5 年以下の自由刑に処する。

145 条 d 第 3 項においては，164 条同様，王冠証人規定の導入に合わせた加重構成要件が定められている。

本節に対応するのは，Rengier, Teil II, § 51

Vortäuschen einer Straftat (§§145d) である。

第一款　成立要件の検討

第一項　客観的構成要件

１．犯罪の仮装（1 項）

⑴　仮装の意義（Rn. 2）

「違法な行為が行われたと仮装」とは，官庁の無益な活動を必要にするような，客観的に虚偽の嫌疑状況の創出をいう。官庁が実際に活動することは不要である。

⑵　仮装の対象（Rn. 3）

「違法な行為」とは，刑事制裁が生じうるものであることが必要である。例えば，正当防衛で他人を殺害したと仮装する場合，違法行為ではないため，犯罪仮装罪は成立しない。

⑶　仮装という評価の可否（Rn. 4-7a）

実際に違法行為が行われたものの，誇張が行われた場合，どの程度であれば違法行為の仮装という評価がなしうるかが問題となる。

この点，刑事制裁の実現を目指す国家活動が無駄遣いされることを防止するという趣旨に鑑み，仮装の結果，犯罪事実が中核的な部分において別個のものになっており，実際の犯罪の解明に必要な捜査コストを大きく増大させる場合には仮装と評価すべきとの基準が提示されている。この基準から仮装が否定される例としては，窃盗の被害品を過剰に申告した場合（OLG Hamm NJW 1982, 60（1981 年 6 月 4 日）），ラジオの器物損壊の被害者が保険金を得るために，窃盗罪の被害を申告する場合（OLG Hamm NStZ 1987, 558（1987 年 5 月 8 日）），殺人未遂の被害者が，自身の誤りで負った擦過傷も含めて被害申告をした場合（OLG Karlsruhe MDR 1992, 1166（1992 年 8 月 24 日））が挙げられる。

一方，仮装該当性を肯定する目安として，親告罪を非親告罪に偽装する場合，及び，軽罪を重罪に偽装する場合が挙げられている。仮装を肯定した例として，B 社が譲渡担保を設定した車両を被告人が横領した上で，当該車両を貸したら何者かに横領されたとして被害申告をした事案が挙げられる（BGH NStZ 2015, 514（2015 年 4 月 15 日））。

２．犯罪主体の仮装（2 項）

⑴　現に行われた違法行為（Rn. 8, 9）

BayObLG NstZ 2004, 97（2003 年 3 月 3 日）は，1 項は違法行為がなされていないのに仮装された場合に適用されるのに対し，2 項は現に違法行為が行われた場合のみを対象とすると判示している。ただし，2 項にこの限定は不要との異論もある。

⑵　無実の者に対する仮装（Rn. 10-14）

無実の者が違法行為の主体であるとの仮装が必要である。145 条 d は捜査を困難にする行為全てを処罰するものではなく，捜査が誤った方向に向くことを防止する規定だからである。

したがって，単に虚偽のアリバイを主張するだけでは，たとえ捜査を困難化するとしても 145 条 d 第 2 項の罪は成立しない（Bay ObLG NJW 1984, 2302（1984 年 6 月 12 日））。また，酩酊運転・無免許運転中に事故を起こした際に，素面で免許を持った人間が運転していたと仮装しても酩酊・無免許運転については，2 項の罪は成立しない（BGHSt 19, 305（1964 年 5 月 6 日），OLG Celle NStZ 1981, 440（1981 年 7 月 13 日））。

第二項　主観的構成要件（Rn. 18）

犯罪又は犯罪の主体を仮装していることについて確定的故意が必要である。

第二款　補充条項（Rn. 19, 20）

犯罪仮装罪は，虚偽嫌疑罪（164 条）又は処罰妨害罪（258 条）が成立しない場合にのみ適用される受皿的構成要件である。

ただし，258 条 5 項，6 項によって処罰妨害罪としては不処罰になる場合に 145 条 d による処罰が可能であるかは争いがある。この点，BayObLG NJW 1978 2563（1978 年 7 月 20 日）は，258 条と 145 条 d とでは保護の対象が異なるとして 145 条 d による処罰は排除されないと判示している。

【先行研究】

野澤充「虚偽犯罪予告行為と業務妨害罪」生田勝義古稀『自由と安全の刑事法学』335 頁（353 頁）（法律文化社，2014）

虚偽の犯罪通報に業務妨害罪を適用する我が国と対比する形でドイツ刑法 145 条 d に言及。

第五章　犯罪計画の不通報罪

第一節　総説

【条文】

138 条　計画された犯罪行為の不通報
1 項
1　侵略戦争の予備（80 条）
2　81 条から 83 条 1 項の場合における内乱
3　94 条から 96 条，97 条 a 若しくは 100 条の場合における反逆若しくは対外的安全の危殆化
4　146 条，151 条，152 条の場合における通貨偽造若しくは有価証券偽造若しくは 152 条 b 第 1 項から 3 項の保証機能付き支払用カード及びユーロチェック用紙の偽造
5　謀殺（211 条），故殺（212 条）若しくは民族謀殺（国際刑法典 6 条）若しくは人道に対する犯罪（同法典 7 条）若しくは戦争犯罪（同法典 8 条, 9 条, 10 条, 11 条若しくは 12 条）
6　232 条 3 項，4 項若しくは 5 項，233 条 3 項ーただし，以上はそれぞれ重罪が問題となる場合に限るー，234 条，234 条 a，239 条 a 若しくは 239 条 b の場合における人身の自由に対する犯罪行為
7　強盗若しくは強盗的恐喝（249 条から 251 条若しくは 255 条），又は
8　306 条から 306 条 c 若しくは 307 条 1 項から 3 項，308 条 1 項から 4 項，309 条 1 項から 5 項，310 条，313 条，314 条若しくは 315 条 3 項，315 条 b 第 3 項若しくは 316 条 a 若しくは 316 条 c の場合における公共危険罪
の計画又は遂行について，その遂行又は結果の発生をなお防止することができる時点で，信用しうる状況で知ったにもかかわらず，官庁又は被害を受けるおそれのある者に，適時に通報しなかった者は，5 年以下の自由刑又は罰金に処する。

犯罪計画の不通報罪の保護法益は，通報義務がある犯罪で侵害される法益のみと解するのが通説である。被害を受けるおそれがある者に通報すれば足りること，犯罪結果が回避可能な時点でのみ通報義務が生じることがその理由である。

本章の解説は Rengier, BT I, § 52 Nichtanzeige geplanter Straftaten (§§ 138, 139) を基礎としている。

第二節　成立要件の検討

第一款　主体

犯行の主体は計画された犯罪への関与者以外の者に限られる。ただし，BGHSt 55, 148（2010 年 5 月 19 日）によって，計画された犯罪への関与の有無が不確定の場合，択一的認定の形で，138 条による処罰が可能と解されるに至った。

なお，BGH NStZ 1982, 244（1982 年 1 月 27 日）は，重罪の約束に幇助的にしか関与していない者は 30 条 2 項で処罰されないとの立場を前提に，犯罪計画に対して全くの他人とはいえないとして 138 条の適用を否定している。この点には学説の異論もある。

第二款　適時の通報義務

通報の適時性は，計画された犯罪の実行又は結果を防止できる時点であれば足りる。BGHSt 42, 86（1996 年 3 月 19 日）は，殺人依頼の場に居合わせた被告人について，殺人の実行行為時点までに通報すれば足りると判示している。

第二部　国家権力に対する罪

国家権力に対する罪として，本稿では，執行担当官に対する抵抗罪，被拘禁者解放・暴動罪を扱う。他にも，職権簒奪罪（132 条），保管侵害罪（133 条），差押・封印破棄罪（136 条）も規定されているが，検討が及ばなかった。

第一章　執行担当官に対する抵抗罪

第一節　総説

【条文】

113 条　執行担当官に対する抵抗
1 項　法律，法規命令[19]，判決，裁判所の決定若しくは処分の執行を任務とする公務担当者又は連邦国防軍の軍人に対し，それらの職務行為が行われる際に，暴行を用い若しくは暴行を加える旨の脅迫により抵抗し，又はその際にその者に実力によって攻撃をした者は，3 年以下の自由刑又は罰金に処する。
3 項　職務行為が適法でないときは，この規定によっては罰せられない。行為者が職務行為が適法であると誤信したときも同様である。
4 項　行為者が，行為遂行の際に，職務行為が適法ではないと誤信したが，その錯誤を避けることができたときは，裁判所は，裁量により刑を減軽し（49 条 2 項），又は，責任が軽微な場合には，この規定に定める処罰を免除することができる。行為者が錯誤を避けることができず，行為者の認識した事情によれば，法的救済では，違法と考えられた職務行為から自身を守ることが行為者に期待できなかったときは，行為は，本条によっては罰せられない。行為者にこれを期待することができたときは，裁判所は，裁量により刑を減軽し（49 条 2 項），又は，本条に定める処罰を免除することができる。
114 条　みなし執行担当官に対する抵抗
1 項　公務担当者ではなくとも，警察官の権利義務を有する者又は検察官の補助官である者の執行行為は，113 条の意味における公務担当者の職務行為とみなす。
2 項　職務行為を援助するよう求められた者の保護についても，113 条が準用される。
3 項　事故又は公共の危険若しくは緊急状況に際して，消防，災害保護，又は救助機関を援助する者を暴行若しくは暴行を旨とする脅迫によって妨害する者又は，その際に実力で攻撃する者も，113 条に基づいて処罰される。

【成立要件概観】

Ⅰ　構成要件
　1．客観的構成要件
　　⑴　被害者：執行担当官
　　⑵　行為態様
　　ⓐ　抵抗：①暴行　②暴行を加える旨の脅迫
　　ⓑ　実力による攻撃
　　⑶　職務行為（Vollstreckungshandlung）
　　ⓐ　職務行為性
　　ⓑ　適法性
　2．主観的構成要件：適法性以外の故意
Ⅱ　違法性
Ⅲ　責任：違法と回避不能に誤信し，かつ法的救済の期待不能時の免責（4 項 2 文）
法定刑：3 年以下の自由刑又は罰金

第一款　ドイツ法の基本イメージ

第一項　我が国との対比

我が国の公務執行妨害罪との対比でいう

19) 法規命令（Rechtsverordnung）とは，行政官庁の命令のうち，法律を施行し，又は補充するための命令をいう（基本法 80 条 1 項）。

と，ドイツの執行担当官に対する抵抗罪は権力的公務のみを保護対象とする罪である。本罪の成立要件は，権力的公務の保護をイメージすれば理解しやすい。また，公務を業務妨害罪で保護する我が国の議論との対比でいうと，執行担当官に対する抵抗罪以外に，公務担当者に対する暴行・脅迫には強要罪（240条）による処罰の可能性が存在する。

本章に対応するのは，Rengier, Teil II, § 53 Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§§ 113, 114) である。

第二項　スイス法との対比

スイス刑法285条は暴行又は脅迫によって公務行為を妨害する行為を処罰対象としている。執行行為を保護するドイツ法との決定的相違点は，国家の強制措置だけではなく，会議の開催など公務性を帯びた行為全てを保護対象にしている点である 。

我が国の議論と大雑把に対比すると，権力的公務のみを保護対象とするドイツ刑法113条とは異なり，スイス刑法285条は権力的公務・非権力的公務の双方を保護対象とする立法例といえる。権力的公務・非権力的公務双方について公務執行妨害罪の保護を及ぼす我が国の判例は，スイス刑法と同様の立場を採用するものといえる。

第二款　基本構造（Rn. 1）

113条は，国家の執行行為を保護するとともに，執行の職にあたる機関をも保護している。非身分犯であって，執行行為の名宛人以外の者も主体たりうる。2011年改正によって，法定刑が2年から3年に引き上げられた。

執行行為の適法性の誤信について，3項，4項によって扱いが明文化されている点で，特色がある条文である。

【先行研究】

村井敏邦『公務執行妨害罪の研究』24頁以下（成文堂，1984）

113条の制定過程について詳細な検討。フランス法も合わせて紹介されている。

第二節　成立要件の検討

第一款　客体（Rn. 2, 3）

第一項　113条

保護客体は，法律などによる執行行為を担当する公務担当者又は軍人である。執行行為を担当するとは，具体的な個別事例に関連して，国家意思を実現し，必要な場合には強制的に実行する権限を有することをいう。例えば，過料の通知などの純然たる法律の適用行為は，執行行為に該当しない。執行を行う公務担当者の典型例は，警察官，裁判所の執行官であり，さらに，法廷警察権限を有する点で裁判官も含まれる。

第二項　114条

114条は，113条の保護客体を拡張するみなし規定である。114条2項によって，刑訴法105条2項，106条の捜索における立会人や，警察から委託を受けて自動車をレッカー移動する私企業も保護される。2011年改正によって追加された114条3項によって，消防の援助者なども保護されている。

第二款　実行行為

実行行為は，①暴行又は暴行を行う旨の脅迫による抵抗と，②実力による攻撃が規定されている。

第一項　抵抗（Rn. 8, 9）

1．暴行による抵抗

「抵抗」には，執行行為を阻害又は困難にさせることを目的とする積極的な振る舞いのみが該当する。したがって，「暴行による抵抗」とは，執行担当官の身体に向けられ，執行担当官によって少なくとも間接的に有形力が行使されていると身体的に感じられる積極的振る舞いであり，行為者の認識上，執行行為を阻害するという目的又は公務担当者側が軽微ではない有形力を行使しない限り執行行為を実行しえないという意味で執行行為を困難にするという目的に資するもの，と定義される（BGHSt 18, 133（1962年11月16日））。例えば，通行してくる警察車両に対して道路を封鎖する行為や，警察車両の前に飛び出す行為は暴行による抵抗に該当する（BayObLG

JR 1989, 24（1988 年 1 月 29 日））。

暴行による抵抗には，単なる消極的抵抗ないし不服従は含まれない。例えば，デモを行って座り込んでから動かない場合である。さらに，警察官に腕を緩く掴まれた際に，逃げるために払うだけの場合（OLG Dresden NStZ-RR 2015, 10（2014 年 7 月 21 日））や，警察官に囲まれた際に，警察官の車両を損壊するつもりで自身の車両を発進させて逃走する場合（BGH NStZ 2015, 388（2015 年 1 月 15 日））についても，暴行による抵抗が否定されている。

暴行による抵抗と単なる不服従の区分が問題になった例として，職務行為以前に扉をバリケード封鎖して公務員の侵入を排除した BGHSt 18, 133（1962 年 11 月 16 日）が挙げられる。BGH は，執行行為時点での有形力だけではなく，公務員による職務遂行を想定して事前に妨害準備しておくだけでも暴行による抵抗に該当することを認めているが，この点には批判もある。

２．暴行を行う旨の脅迫による抵抗

113 条の脅迫の内容は暴行に限定されている。したがって，自殺する旨の告知は，執行行為者に向けられていないため，暴行を行う旨の脅迫に該当しない（OLG Hamm NStZ 1995, 547（1995 年 4 月 24 日））。

第二項　実力による攻撃（Rn. 10）

「実力によって攻撃」とは，敵対的な意図で，執行担当官の身体を直接狙った作用である。身体を現に傷害することは不要である。

暴力又は脅迫による抵抗とは異なり，執行を阻止・困難にさせる意思は不要である。したがって，単なる憎悪に基づく行為であっても，執行行為に際して行われれば，本罪に該当する。

第三款　執行行為

第一項　執行行為（Rn. 4-6）

１．執行行為の定義

文言から明瞭というわけではないものの，113 条の成立要件として，執行行為が必要である。警察官のような執行担当官のあらゆる行為が保護されているわけではなく，具体的な執行活動のみが保護されている。構成要件要素である執行行為とは，特定の個別の事例の規制を目的とした国家意思が，その職務を担当する者によって実現されることが予定されており，必要な場合には国家強制措置をもって貫徹されるような活動のことをいう（BGHSt 25, 313（1974 年 4 月 30 日））。

２．包含される活動範囲

直接強制が可能な措置として，例えば，警察官が犯人の身柄を拘束するために建造物に侵入する場合，違法賭博の嫌疑の捜査のためにカジノに侵入する場合，刑訴法 127 条の仮拘束，刑訴法 102 条の捜索，刑訴法 81 条 a の血液採取，現に危険にさらされている特定の人物の警察による保護措置，裁判所執行官による執行活動が該当する。

なお，執行行為に該当するには，具体的な強制処分が行われている場合だけではなく，強制処分の可能性があるような活動であれば足りる（BGH NJW 1982, 2081（1982 年 5 月 6 日），BayObLG JR 1989, 24（1988 年 1 月 29 日））。

また，間接強制であっても，執行行為該当性が認められている。例えば，道路交通法 36 条 5 項に基づく一般的な交通検問における通行する者の停止について BGHSt 25, 313（1974 年 4 月 30 日）は，停止権限の行使の際に間接強制が可能であるところから執行行為該当性を認めている。

これに対して，単なる公務上の行為は執行行為ではない。例えば，一般的な監視（KG NStZ 1989, 121（1988 年 11 月 24 日）），捜査活動は含まれない。パトロール，警察官による被疑者に対する尋問，通行人への質問も含まれない（BGH GA 1983, 411（1983 年 2 月 24 日））。

３．執行行為に該当する時間的範囲

執行行為に際して，といえるには，執行行為がすでに開始されているか，その直前であること，さらに，終了していないことが必要である。

例えば，建造物に立入る際には，立入り行

為だけでなく，立ち去る途中でも保護対象になると解されている（BGH NJW 1982, 2081（1982年5月6日））。これに対し，当該住居に向かう途中は保護対象ではない。

第二項　執行行為の適法性（Rn. 12-22）

１．法的性質

113条3項は，執行行為の適法性を要求している。本規定の法的性質について，構成要件要素，正当化事由，客観的処罰条件のいずれに位置づけるかに争いがあるものの，錯誤論について明文で解決されているため，実益はない。

２．判断基準

⑴　判例の三要件

判例上，執行行為の適法性を認めるためには，①事物管轄・土地管轄，②重要な方式（wesentliche Förmlichkeit）の履践，とりわけ，執行行為によって侵害を受ける者（Betroffen）の保護のための規定の遵守，③執行行為の要件充足についての事実確認を義務に沿って行ったこと（場合によっては，義務に沿った裁量行使）が要求されている（BGHSt 21, 334（1967年11月10日））。

判例の立場は，執行行為の根拠法令で定められた要件の充足そのものは不要とする点において，刑法上の適法性概念（Strafrechtlicher Rechtsmäßigkeitsbegriff）と呼ばれている。

⑵　重要な方式

執行行為の適法性を左右する重要な方式としては，以下の例が挙げられる。

①直接強制を行うにあたり，直接強制を行う旨の告知を事前に行うことが必要と解されている。判例上，刑訴法134条，163条aの勾引命令（BGH NStZ 1981, 22（1980年7月16日）），刑訴法81条aによる血液採取（OLG Dresden NJW 2001, 3643（2001年8月1日））について，このような方式の遵守が求められている。

②軽微な秩序違反行為に対する警告の際に，拒絶権を告知し，同意を得ること（秩序違反法56条2項）は，重要な方式である（OLG Düsseldorf NJW 1984, 1571（1984年1月27日））。

③捜索や，強制執行における第三者の立会（刑訴法105条2項，民訴法759条）について，名宛人の利益保護に資するという点から，原則として重要な方式の一つと解されている（BayObLG JZ 1980, 109（1979年11月23日））。ただし，刑訴法105条2項の立会を不要とした例もある（BGH NStZ 1986, 84（1985年10月15日））。

⑶　事実確認義務

⒜　判断基準

判例によると，執行担当官が，執行行為を基礎づける要件になる事実を確認する義務を果たしていれば，執行行為は適法である。例えば，裁判所執行官が，別人の住居を債務者の住居であると落ち度なく誤信した場合，当該別人の住居での執行活動は適法である（RGSt 61, 297（1927年5月12日））。その理由としては，迅速な判断が要請されること，全事情を知って正しく評価することは不可能であること，正当防衛のリスクを受けるべきでないことが挙げられている。

なお，事実確認について単純過失でも不適法となるか，重過失の場合にのみ不適法になるかについては，判例の立場は明瞭ではない。例えば，BayObLG JR 1989, 24（1988年1月29日）は，重大な落ち度がある場合にのみ，執行行為が違法となると判示している。

⒝　上位の公務担当者による命令

上位の公務担当者による命令が違法であったとしても，下位の執行担当官が事実関係を誤信している限り，当該執行担当官による執行行為は適法と解されている（BGHSt 4, 161（1953年3月31日））。

⒞　執行担当官による法律の錯誤

執行担当官が，執行行為を基礎づける法律について錯誤があっても，執行行為の適法性判断に影響することはない。執行担当官には必要な法的知識を持っていることが期待されるからである。例えば，OLG Zweibrücken NStZ 2002, 256（2001年12月14日）は，違

法滞在している外国人の身柄拘束について，警察官が裁判官留保を知らなかったり，誤解していたりしても，警察官による執行行為の違法性は否定されないと判示している。

⑷ 議論状況

このような判例に対しては，国家の錯誤について市民に負担を求めることは妥当でなく，法律の留保を越えて侵害権限を付与することになると批判して，刑訴法，行政法，執行法の実体要件に完全に従属すべきとする学説が有力に主張されている（実体的適法性概念（materieller Rechtmäßigkeitsbegriff）と呼称されている）。ただし，この学説に拠ったとしても，刑訴法 112 条，127 条のように，一定の嫌疑や危険を理由として執行行為を認めている法規が存在する場合には，執行行為の適法性は認められるため，実際の相違が生じる場面は限られている。

こういった学説による批判にもかかわらず，BVerfG NVwZ 2007, 1180（2007 年 4 月 30 日）は，刑法上の適法性概念について合憲性を認めている。ただし，執行行為によって侵害される集会の自由（基本法 8 条）の重要性に鑑みた検討を要請し，国家機関による捜査に対する抗議としての集会中に，別の政党の集会を妨害していることを理由に警察が被告人を連行したという執行行為の適法性を認める判断について，集会の自由に配慮した検討が足りないとして破棄している。

【補論】正当防衛（Rn. 23）

違法な執行行為で侵害を受ける市民が抵抗した場合，113 条の罪については構成要件に該当しない。さらに，傷害などの罪に該当する実行行為を行っても正当防衛が認められる。

この場合，正当防衛（32 条）の要件である「違法な攻撃」の違法性について，113 条の解釈が妥当すると解されている。例えば，BGHSt 60, 253（2015 年 6 月 9 日）は，暫定的滞在許可を看過した外国人管理局から強制退去の要請を受けた警察官を被告人がナイフで刺したという故殺未遂の事案において正当防衛を否定するにあたり，113 条の刑法上の適法性概念を基礎として，警察官の執行行為を適法としている。

ただし，正当防衛の解釈として，執行担当官が適法であると誤信している場合，執行担当官の錯誤を除去することが求められるし，攻撃的防衛も認められないと解されている。例えば, OLG Hamm NStZ-RR 2009, 271（2009 年 5 月 7 日）は，執行担当官に明らかな悪意も濫用もなく，執行行為によって回復不能の損害が生じるわけではない一方，防衛行為が行われると公務担当者が相当の障害を負うか死亡するという場合，防衛行為に出ないことが要求されると判示している。その理由としては，113 条 4 項 2 文の趣旨（第三項 2）が挙げられる。

【先行研究】

執行行為の適法性については，詳細な先行研究が積み重ねられている。

武安将光「公務執行妨害罪における職務行為の適法性（2）」曹時 19 巻 3 号 1 頁（4 頁以下）（1967）

上条貞夫「非権力的公務と適法性（1），（5・完）」法学志林 77 巻 1 号 46 頁（66 頁以下）（1979），81 巻 3・4 号 145 頁（1984）

小田直樹「公務執行妨害罪における職務行為の適法性（1），（2）」論叢 120 巻 3 号 42 頁（1986），122 巻 1 号 79 頁（1987）

第三項　適法性に関する錯誤（Rn. 24, 25）

1．適法との錯誤

113 条 3 項は，違法な執行行為を適法な執行行為であると行為者が誤信して実行行為を行っても本罪は成立しないと定めている。もっとも，適法性を構成要件要素と考える立場によると，この場合は，不能未遂であり，113 条には未遂処罰規定がないため不可罰になることを確認した規定に過ぎないことになる。

2．違法との錯誤

113 条 4 項は，適法な執行行為について，違法であると行為者が誤信して実行行為を行った場合について，錯誤の回避可能性に基づいた区分を行っている。

執行行為を違法と錯誤したことが回避不能

なだけで不可罰となるわけではなく，法的救済に依拠することもできない場合にのみ，不可罰となる（113 条 4 項 2 文）。本規定は，1970 年の第 3 次刑法改正によって導入されたものである。当時の立法解説においては，市民と執行担当官の利益状況を考慮して，執行行為が違法であると行為者が誤信している場合，自力救済に出る前にまずは法的救済の可能性を尽くすことが期待できる，と説明されていた（BT-Drs. VI/502 S. 6）。

【先行研究】

現行法制定以前について

武安将光「公務執行妨害罪における職務行為の適法性（五・完）」曹時 19 巻 6 号 30 頁（1967）

村井敏邦『公務執行妨害罪の研究』274 頁以下（成文堂，1984）

第三節　強要罪との関係

第一款　前提－強要罪の意義

> 240 条　強要
> 1 項　暴行を用い，又は，重大な害悪を加える旨の脅迫により，人に行動，受忍又は不作為を違法に強要した者は，3 年以下の自由刑又は罰金に処する。

ドイツでは，日本法で業務妨害罪が担っている社会的機能，すなわち，迷惑行為を広く規制する機能を強要罪が担っている。240 条 1 項の暴行は，身体的な有形力と同等に感じられる程度の作用であれば足りると解されており，非常に広く，また，脅迫の内容にも制限はなく，行為態様による制約が弱いからである。

第二款　113 条と強要罪の関係（Rn. 27, 28）

第一項　特別類型としての 113 条

判例上，113 条は強要の特別類型であって，240 条を排除すると解されている（BGHSt 48, 233（2003 年 2 月 20 日））。2011 年改正以前は，113 条の法定刑の方が軽いことがその理由と解されていた。しかし，改正後も，113 条の行為態様の方が，240 条より狭いため，現在でも特別規定と解される。

第二項　113 条によって 240 条が排除される範囲

執行行為によって侵害を受ける者が，暴行に至らない程度の脅迫によって執行行為を妨げようとした場合について，113 条の排除効果が及んで 240 条が排除されるかは古典的問題である。

113 条による排除を認めず，強要罪の成立を認める立場は，単なる脅迫に対して執行行為を行う執行担当官を保護する必要に変わりはないとする。ただし，執行行為の適法性を要求する 113 条 3 項を，240 条にも適用すべきとされている（OLG Hamm NStZ 1995, 547（1995 年 4 月 24 日））。

第二章　被拘禁者解放罪・暴動罪

第一節　総説（Rn. 1, 2）

【条文】

> 120 条　被拘禁者の解放
> 1 項　被拘禁者を解放し，逃走を唆し又は逃走に際して援助した者は，3 年以下の自由刑又は罰金に処する。
> 4 項　その他，官庁の命令に基づいて収容されている者は，1 項及び 2 項の意味における被拘禁者とみなす。
> 121 条　被拘禁者の暴動
> 1 項　被拘禁者が，集合して一体となった力で，
> 1　施設官吏その他の公務担当者若しくは被拘禁者の監視，世話若しくは検査を委託された者を強要し（240 条）若しくは実力で攻撃したとき
> 2　暴行を用いて脱出したとき，又は
> 3　暴行を用いて，その集団内の被拘禁者若しくはその他の被拘禁者の脱出を幇助したとき
> は，3 月以上 5 年以下の自由刑に処する。
> 4 項　保安監置施設に収容されている者も，1 項から 3 項の意味における被拘

禁者である。

120 条は，被拘禁者以外の者が主体になる場合を規定する一方，121 条は被拘禁者自身が主体となって暴行を行う場合を規定している。我が国とは異なり，ドイツには単純逃走罪は存在しない。それは，自由を求める人間の精神から，自らを解放することに処罰価値はないと解されているからである。

保護法益は，司法ではなく被拘禁者に対する拘禁権限と解されている。

本章に対応するのは Rengier, BT II, § 54 Gefangenenbefreiung und -meuterei (§§ 120, 121) である。

第二節　成立要件の検討

第一款　被拘禁者（Rn. 3-6）

「被拘禁者」とは，形式的に手続に沿って拘禁され，移動の自由を奪われて拘禁執行機関の監督下に置かれた者をいう（BGH GA 1965, 205（1964 年 1 月 7 日））。例えば，受刑者，未決拘禁者，少年拘禁を受けている少年（少年裁判所法 16 条）が含まれる。警察による身柄の仮拘束（刑訴法 127 条）について，施設への拘禁に至っていない段階でも足りると KG JR 1980, 513（1979 年 11 月 29 日）は判示している。これに対して，BayObLG JZ 1984, 343（1984 年 1 月 17 日）は，刑訴法 81 条 a の血液採取のために連行された者は被拘禁者に該当しないと判示している。

開放処遇中であっても被拘禁者に該当するかが問題となる。BGHSt 37, 388（1991 年 5 月 8 日）は，強制入院の病棟のドアに鍵がかかっておらず外出も可能であるとしても所在を指定する権限がある以上，当該強制入院の対象者は被拘禁者に該当すると判示している。

120 条 4 項は改善・保安処分の執行中の者も対象とする。一方，121 条 3 項は，保安監置中の者に限って対象としている。

第二款　実行行為

第一項　被拘禁者解放罪（Rn. 7-10）

120 条 1 項は，①解放，②自己解放教唆，③自己解放幇助を処罰対象にしている。

自由を求める人間の精神を根拠に自らを解放することは不処罰とする思考から，共同で拘禁されている者同士が自己解放のためにお互いに利用しあう場合には 120 条 1 項の処罰は及ばないと解されている（BGHSt 17, 369（1962 年 7 月 20 日））。

また，被拘禁者が外部者に自らの解放援助を教唆した場合，正犯である外部者に対する教唆犯として被拘禁者を処罰できるかについては議論がある。自己解放は不可罰という思考から，この場合も不可罰にすべきとの議論がなされている。

第二項　被拘禁者暴動罪（Rn. 11-14）

121 条 1 項は，集合して（zusammenrotten）一体となった力（mit vereinten Kräften）で行為することを要求している。「集合」とは，最低 2 名以上の被拘禁者が外観上明らかな形で暴行又は脅迫目的で場所的に集合していることをいう。「一体となった力」には共同正犯的行為は必要ではなく，実行行為が集合力に基づいて行われることで十分である。例えば，1 名が積極的な実行行為を行い，他の者は監視によって支援する場合でも足りる。

2 号，3 号の「暴行」には対物暴行が含まれるが，被拘禁者の逃走を防止するための物への暴行に限定される。例えば，格子を鋸で切るような場合は該当する。一方，合鍵を使って房室の扉を開く行為は該当しない（BGHSt 16, 34（1961 年 4 月 18 日））。

また，1 号の客体に入っていない警察官や訪問者などに対する暴行について 2 号，3 号の「暴行」で処罰してよいかは争いがある。

121 条 1 項 2 号，3 号の既遂時期は，拘禁状態から脱出した時点である。刑務所の房室から脱出しても敷地から脱出していない時点では既遂にならない（BGH NStZ-RR 2000, 139（1999 年 10 月 13 日））。

第三部　公務担当者による罪

公務担当者による犯罪の主体となる公務担当者の意義は総則に定められている（11 条）。各則には，汚職の罪，法歪曲罪その他公務担

当者による違法行為が多岐にわたって定められているが，汚職の罪にしか検討を及ぼすことができなかった。

第一章　公務担当者の意義

【条文】

> 11 条 1 項
> 2　公務担当者とは，ドイツ法によると
> a)　官吏若しくは裁判官である者
> b)　その他の公法上の公務関係にある者，又は
> c)　任務遂行のために選択された組織形態にかかわりなく官庁若しくはその他の官署において若しくはその委託を受けて，公の行政の任務を行うために任命されたその他の者
> をいい

汚職の罪の主体である公務担当者は，11 条 1 項 2 号に列挙されている。

本章に対応するのは，Rengier, Teil II, § 59 Allgemeine Fragen 531-538 頁である。

第一節　11 条 1 項 2 号 a（Rn. 6）

11 条 1 項 2 号 a は国法上の官吏，すなわち，認容文書の交付によって国家によって形式的に官吏関係に任命された者をいう[20]。

第二節　11 条 1 項 2 号 b（Rn. 7）

「その他の公法上の公務関係」は，執行力の領域における公務員に類似する職務・忠誠関係を必要とする。連邦大統領，連邦政府・州政府の大臣，公証人が含まれる。しかし，議員は包含されない。

第三節　11 条 1 項 2 号 c

第一款　要件

11 条 1 項 2 号 c は，①公の行政の任務を行うため，②官庁若しくはその他の官署において，又はその委託を受けて，③任命された者について，公務担当者として 11 条 1 項 2 号 a・b と並置している[21]。

第一項　公の行政の任務（Rn. 8）

「公の行政の任務」には，国家権力に由来し，国家の関心に資するあらゆる公益事業が含まれる。侵害行政の分野における高権（hoheitliche Gewalt）の行使は当然に含まれるが，給付行政の分野について，公衆の生活を直接に保護するのに適した国家による生活配慮（Daseinsvorsorge）[22] の遂行も含まれる。

例えば，公法上の権利能力のある営造物である西ドイツ州銀行の執行会代表者を公務担当者に該当するとした BGHSt 31, 264（1983 年 3 月 10 日）は，国及び地方公共団体の公の任務を支援し，州や地方公共団体に信用を供与することは，公衆又は客観的基準によって特定された人的範囲に直接に役立つものであって，公の生活配慮であると判示している。他にも，BGHSt 43, 370（1997 年 12 月 19 日）は，ドイツ技術協力団体有限会社が行う発展途上国への技術援助は国家目的であるとして，公の行政の任務に該当すると判示している。

第二項　官庁若しくはその他の官署（Rn. 9, 9a）

1．公法上の団体

西ドイツ州銀行（BGHSt 31, 264（1983 年 3 月 10 日））以外に，判例上，「その他の官署」に該当する公法上の団体とされたものとして，社会保障である弁護士年金基金（Rechtsanwaltsversorgungswerke）（BGHSt 54, 39

20) ドイツでは公務員は伝統的には，官吏（Beamte），一般職員（Angestellte），労務者（Arbeiter）に区分されていたが，現在では，官吏と公務被用者に区分されている。官吏には政策形成を行い，実行するという積極的権限が付与される（石村修「ドイツ官吏法における政治的自由」晴山一穂ほか『欧米諸国の『公務員の政治活動の自由』――その比較的研究』106 頁（日本評論社，2011）。さらに，山口和人「ドイツ公務員制度の諸問題」レファレンス平成 26 年 9 月号 5 頁（2014）も参照。）。

21) 本文の 3 要件に沿った整理として，Sch/Sch § 11 Rn. 20-28 (Eser/Hecker) も参照。

22) 生活手段の供給と訳されることもある（塩野宏「紹介　エルンスト・フォルストホフ『給付行政の法律問題』」『公法と私法』292 頁，294 頁注 1（有斐閣，1989））。

(2009 年 7 月 9 日)), 受信料が義務的で多様な放送内容が求められる公法上の放送局(BGHSt 54, 202 (2009 年 11 月 27 日)) が挙げられる。

2. 私法上の団体

(1) 1997 年改正

1997 年改正以前, BGHSt 38, 199 (1992 年 1 月 29 日) は公共住宅を建設する会社について, 私法上の団体であるところから「その他の官署」でないと判示していた。しかし, 1997 年改正によって, 組織形態にかかわりなく「その他の官署」に該当しうる旨が明記されたため, 私法上の団体も「その他の官署」に該当しうる。

(2) 官庁との同視可能性

判例上, 私法上の団体については公法上の団体とは異なり, 官庁と同視するには, 全体としてみて国家の「延長された腕 (verlängerter Arm)」にみえることが要求されている(BGHSt 43, 370 (1997 年 12 月 19 日))。

この判断に際しては, 当該団体が国家によってコントロールされているかが重視されている。例えば, ドイツ技術協力団体有限会社について, 全持分が国にあり, 国の予算から資金を得ており, 常に連邦経済協力大臣(Bundesminister für Wirtschaftliche Zusammenarbeit) の検査を受けており, 事実上の下部組織であるところから,「その他の官署」であると認められている (BGHSt 43, 370 (1997 年 12 月 19 日))。一方, 公法上の団体であるバイエルン赤十字が設立した献血サーヴィス社について, 赤十字が国家から独立していることを理由に「その他の官署」でないとされている (BGHSt 46, 310 (2001 年 3 月 15 日))。また, ケルン市・ケルン公益事業体 (Stadtwerke) ・T 社が出資するごみ処理会社について, 私人である T 社の持分が 4 分の 1 を超えており, 特別多数決に対する拒否権があることを理由に「その他の官署」でないとされている (BGHSt 50, 299 (2005 年 12 月 2 日))。

なお, 判例上, 官庁との同視可能性を基礎づけるにあたって, 私法上の組織が①公の行政の任務を負っており, かつ②国の延長された腕にみえるという形で, 公の行政の任務を「その他の官署」該当性の判断に取込むものが見受けられる。例えば, BGH NJW 2007, 2932 (2007 年 4 月 18 日) は, ハノーヴァー市が 90% 以上の持分を有する公営住宅建設企業について, 貧困者向けの住宅供給には他の住宅所有者も参加していること, 営利性があることから公の任務性を欠くとともに, 国の延長された腕といえないとして「その他の官署」に不該当と判示している。

第三項 任命 (Rn. 10, 11, 14)

官庁又はその他の官署において, 公の行政の任務に関する業務に携わる形で勤務する者については,「任命」要件は問題なく充足される (BGHSt 43, 370 (1997 年 12 月 19 日))。

これに対して, 組織外部の人間が個別契約によって委託を受けただけでも「任命」といえるかについては争いがある。

この点, 個別契約で足りるとする立場も主張されている (機能的考察方法 funktionale Betrachtungsweise と呼称される)。しかし, 判例においては,「任命」といえるには個別案件の委託では足りず, 形式的な任命行為は不要であるとしても, 個別の委託を越えた長期の活動又は官庁への組織的編入が必要と解されている (組織的考察方法 organisatorische Betrachtungsweise と呼称される)。例えば, BGHSt 43, 96 (1997 年 5 月 15 日) は, この立場を前提に, 浄水設備建設のために委託を受けた自由業のエンジニアについて公務担当者でないと判示している。

第二款 問題になる局面

第一項 民営化 (Rn. 13)

民営化 (Privatisierung) の進行により, 民営化後の会社職員が公務担当者に該当するかが問題になっている。

1. 空港

BGHSt 45, 16 (1999 年 3 月 3 日) は, ヘッセン州・国・フランクフルト市が保有するフランクフルト空港株式会社の職員について, 会社は営利企業として収益を得ており, 株式

会社法上の監査のコントロール，航空法による安全規制を考慮しても，会社経営に公的主体は広範な影響を持っていないとして，「延長された腕」とはいえないところから公務担当者該当性を否定している。

2．鉄道[23)]

BGHSt 49, 214（2004 年 7 月 16 日）は，ドイツ鉄道株式会社の職員について，法律による国の干渉可能性は限定的であること，単独株主としての支配による影響力も限定されていることから，個別業務への具体的影響力はないとして，「延長された腕」とはいえないところから公務担当者該当性を否定している。

これに対して，BGHSt 56, 97（2010 年 12 月 9 日）は，ドイツ鉄道網株式会社の幹部について，国の「延長された腕」との評価にあたって，公的主体による所有，競争の有無，財源の所在，国家のコントロールの程度を総合考慮するとの立場を前提に，国が全株式を所有し，競争相手のない独占状態で，国家予算が基礎になっており，法律によるコントロールが及ぶところから，鉄道レールの建設及び維持について公務担当者該当性を肯定している。

第二項　議員（Rn. 15, 16）

国会議員は立法者であり公務担当者に該当しない。

地方公共団体の議員については争いがあるが，BGHSt 51, 44（2006 年 5 月 9 日）は，議員としての活動を越えた具体的な行政の任務を負っていない限り，公務担当者に該当しないと判示している。その理由として，議員は官庁に組織的編入されることはなく自由に活動すること，108 条 e による規律が専ら予定されていることが挙げられている[24)]。

第三項　保険医（Rn. 14a）

BGHSt 57, 202（2012 年 3 月 29 日）は，開業保険医が処方箋を出す度に，製薬会社がその医者に報奨金を支払っていたという事案において，開業保険医は公務担当者でないと判示している。公法上の団体である健康保険組合は「その他の官署」に該当するものの，健康保険組合の委託を受ける個々の開業保険医については，自由業であって患者と属人的信頼を結んでいるところから公の行政を任務としているとはいえず，高権的性格を欠くことをその理由としている[25)]。

第四項　教会（Rn. 17）

BGHSt 37, 191（1990 年 10 月 9 日）は，公法上の団体である教会について，教会の国家からの独立性を理由にして公務担当者該当性を否定している。

第二章　汚職の罪

第一節　総説

【条文】

331 条　利益収受

1 項　公務担当者又は公務についての特別義務者が，職務遂行について，自己又は第三者のための利益を要求し，約束させ又は収受したときは，3 年以下の自由刑又は罰金に処する。

2 項　裁判官又は仲裁人が，裁判官としての行為を既に行ったこと，又は，将来これを行うことについての対価として，自己又は第三者のための利益を要求し，約束させ又は収受したときは，5 年以下の自由刑又は罰金に処する。本罪の未遂は罰せられる。

23) 民営化の概観として，米丸恒治「連邦鉄道改革と『私人による人事管理』」同『私人による行政』239 頁（日本評論社，1999）。詳細な検討として，桜井徹『ドイツ統一と公企業の民営化に関する研究－国鉄改革の日独比較』（同文舘出版，1996）。

24) 議員の贈収賄については，108 条 e によって処罰対象になっている。1994 年改正によって投票行動について処罰対象になり，2014 年改正により議員としての行為が処罰対象に包含されるに至っている（Fischer § 108e Rn. 1）。

25) 2016 年の刑法改正により追加された 299 条 a，b により，保健機関における贈収賄罪が新たに処罰対象になっている。

3項　行為者が，自らは要求していない利益を約束させ又は収受し，管轄官庁が，その権限の枠内で収受を予め許可していたとき，又は，行為者が遅滞なく管轄官庁に申し出て，管轄官庁が収受を許可したときは，行為は第1項によっては罰せられない。

332条　収賄

1項　公務担当者又は公務についての特別義務者が，既に職務行為を行い，これにより，その職業上の義務に違反したことについての，又は，将来職務行為を行い，これにより，その職業上の義務に違反することになることについての対価として，自己又は第三者のための利益を要求し，約束させ又は収受したときは，6月以上5年以下の自由刑に処する。あまり重くない事案では，刑は3年以下の自由刑又は罰金とする。本罪の未遂は罰せられる。

2項　裁判官又は仲裁裁判官が，既に裁判官としての行為を行い，これにより，その職業上の義務に違反したことについての，又は，将来裁判官としての行為を行い，これにより，その職業上の義務に違反することになることについての反対給付として，自己又は第三者のための利益を要求し，約束させ又は収受したときは，1年以上10年以下の自由刑又は罰金に処する。あまり重くない事案では，刑は6月以上5年以下の自由刑又は罰金とする。

3項　行為者が，将来の行為についての対価として利益を要求し，約束させ，又は収受したとき，

1　行為の際に自己の義務に違反し，又は

2　行為が自己の裁量に属する限りで，裁量行使の際に，その利益により影響されるつもりがあることを，既に他の者に示していた場合は，1項及び2項が適用されるものとする。

【利益収受罪・収賄罪の成立要件概観】

Ⅰ　構成要件

1．客観的構成要件

⑴　主体：①公務担当者　②公的服務のための特別な義務者

⑵　行為態様：①要求　②約束　③収受

⑶　利益：①自己　②第三者

⑷　違法な約定

ⓐ　331条1項：職務遂行（職務行為含む）との対価性

ⓑ　332条1項：義務に反した職務行為

2．主観的構成要件：故意

Ⅱ　違法性：331条3項－事前許可

Ⅲ　責任

Ⅳ　刑罰阻却事由：331条3項－事後的許可

Ⅴ　加重事由：331条2項－裁判官・仲裁人

法定刑

331条1項－3年以下の自由刑又は罰金

332条1項－6月以上5年以下の自由刑

未遂処罰規定－裁判官による利益収受（331条2項2文）・収賄罪（332条1項3文）にあり

本章に対応するのは，Rengier, Teil II, § 60 Bestechungsdelikte (§§ 331-336) である。

第一款　保護法益（Rn. 6）

本罪の保護法益は，国家機能の担当者の純粋性と不可買収性，国家行為の客観性に対する公衆の信頼と解されている。この信頼は，職務遂行の買収性という悪しき外観だけで揺るがされるものである。

第二款　各罪の関係（Rn. 1-3）

第一項　利益収受罪と収賄罪

332条が定める収賄罪（Bestechlichkeit）は，利益と対価関係に立つ特定の職務行為（Diensthandlung）が義務に違反している場合に成立する。

一方，1997年8月13日汚職対策法以前は，331条が定める利益収受罪（Vorteilsannah-

me）は，義務に違反しないものの，特定の職務行為が利益と対価関係に立つ場合を処罰対象としていた。しかし，1997年の法改正により，現在は，利益と対価性を持つ対象として，特定性を持たない職務遂行（Dienstausübung）で足りることとされている。

第二項　利益収受・収賄罪と利益供与・贈賄罪の関係

利益収受・収賄罪と利益供与（Vorteilsgewährung）・贈賄罪（Bestechung）は表裏の関係に立っている。相違するのは，行為主体だけであって，行為態様は表裏の関係である。残りの構成要件要素である，利益，職務遂行又は義務に反した職務行為，対価関係は同じである。これをまとめると本頁下部の図の通りである。

利益を受取る側である収賄罪は消極的汚職（passive Bestechung），利益を渡す側である贈賄罪は積極的汚職（aktive Bestechung）と呼称されることもある。

日本とは異なり，収賄罪と贈賄罪の法定刑は基本的に同一である。

第三款　その他

第一項　主体（Rn. 22, 27）

ドイツでは，実行行為時点で公務担当者であることが必須である（BGH NStZ 2004, 564（2004年3月1日））。日本の事前収賄罪・事後収賄罪に相応する規定は存在しない。

また，公務担当者相互においても汚職の罪が成立しうる（OLG Hamm NStZ 2002, 38（2001年8月24日））。

第二項　未遂（Rn. 26）

裁判官による利益収受（331条2項2文），収賄罪（332条1項3文），裁判官に対する贈賄罪（334条2項2文）について未遂処罰が規定されている。ただし，利益の要求，利益の申込みが実行行為になっており既遂が早期に成立するため，その実益は少ない。

第三項　共犯関係（Rn. 42-44）

贈収賄は必要的共犯の関係に立っており，贈賄側は収賄の共犯規定の適用を受けない。第三者についてはどちらの陣営に立つかで判断し，収賄側なら28条1項を適用する。中立的な場合には両方の共犯になるが，収賄には28条1項の減軽があるので，減軽のない贈賄の共犯で処理すればよい。

第四項　加重規定（Rn. 3, 45）

331条2項は裁判官による職務行為について法定刑の長期を5年に加重している。もっとも，裁判官も公務担当者である（11条1項2号a）ため，331条1項も適用可能である。その他に量刑規定として335条が存在する。

【先行研究】

北野通世「収賄罪の一考察（2・完）」刑法雑誌28巻3号378頁（1988）

保護法益に関する学説と判例に対する論評の紹介。

斎藤信治「賄賂罪の保護法益（3）」法学新報96巻5号1頁（1990）

保護法益に関する学説の紹介。

【条文の構造】

	収賄側＝公務の担当者による身分犯	贈賄側＝非身分犯
基本構成要件	331条 行為態様：①要求②収受③約束 利益（Vorteil） 職務遂行（Dienstausübung） 対価関係（Unrechtsvereinbarung）	333条 行為態様：①申込み②供与③約束 利益 職務遂行 対価関係
加重構成要件	332条 基本構成要件要素 ＋義務違反の職務行為（Diensthandlung）	334条 基本構成要件要素 ＋義務違反の職務行為

第二節　成立要件の検討

第一款　利益（Rn. 8-11）

第一項　定義と具体例

「利益」とは，物質的又は非物質的なあらゆる供与であり，公務担当者又は第三者が請求権を持たず，経済的，法的，個人的状況を客観的に測定可能な形で有利にするものである。

例えば，金銭の他，旅行代金の支払い，レストランでの飲み代，宿泊，履行期が到来した債務の支払猶予が挙げられる。また，解雇，キャリアチャンスを壊す秘密の暴露などの損失の回避も含まれる。

判例上，第三者に渡す予定の金銭でも実際に渡すかを自由にできれば利益に該当するとされている（BGHSt 35, 128（1987 年 12 月 3 日））。

第二項　利益該当性が問題になる局面

１．非物質的利益

性交その他の性的サーヴィスの供与が挙げられる。ただし，性交の機会（BGH NJW 1989, 915（1988 年 9 月 9 日））や，路上での抱擁とキス（BGH MDR 1960, 63（1959 年 7 月 21 日））では利益に該当しないとの判断が示されている。

名誉心の満足だけでも利益に該当するかについては争いがあるが，BGHSt 47, 295（2002 年 5 月 23 日）は疑義を示している。

２．契約締結

⑴　契約締結という利益

契約上の給付に相応する報酬を受領する場合であっても，契約締結それ自体が利益に該当する（BGHSt 31, 264（1983 年 3 月 10 日））。例えば，公務員にプログラミングを副業として行わせ，その報酬を支払うという契約それ自体が利益に該当する（BGH NStZ 2008, 216（2007 年 6 月 21 日））。

⑵　契約締結時の割引

BGH NJW 2001, 2558（2001 年 4 月 11 日）は，住宅建設契約締結時に割引を得た場合，元の値段が割高で全体としてみて実際には経済的に有利ではない場合であっても，割引の約定が利益に該当すると判示している。その理由として，信頼という法益侵害は生じること，財産犯ではないので贈賄側の出損は必要ないことが挙げられている。

３．間接利益・第三者供与

利益は間接的なものでも足りるが，1997 年改正において第三者供与が明文で包含されたため，間接的な利益を拡張して解釈する必要性はなくなっている。第三者に対する利益としては，例えば，スポーツ団体や政党への寄付が挙げられる。

４．公務担当者の行為からの直接の利益

BGHSt 20, 1（1964 年 7 月 7 日）は，公務担当者が義務違反行為から直接に利益を得る場合には，収賄罪の成立は否定されると判示している。利益は他者から受領することが必要だからである。しかし，官庁に対する水増し請求でいったん企業が得た金銭を，水増し請求に加担した公務担当者に分配するような場合，収賄罪は認められる。

第二款　実行行為[26)]

利益収受罪・収賄罪における行為態様は要求・約束・収受である。

「要求」とは，職務遂行又は職務行為に対して利益を欲していることを明示又は黙示に認識させることをいう。

「約束」とは，職務遂行又は職務遂行に対する利益を将来，得させる旨の申込みを明示又は黙示に受け入れることをいう。

「収受」とは，要求した利益又は申出を受けた利益を現に自ら受領するか，第三者に供与させることをいう。

第三款　違法な約定

第一項　意義（Rn. 23）

違法な約定という構成要件要素は汚職の罪の本質をなす。すなわち，職務遂行又は職務行為の対価として（als Gegenleistung），利

26) Fischer § 331 Rn.18-20, § 332 Rn.4.

益が公務担当者又は第三者に流れ込むという対価関係が認められる必要がある。

以下では，利益収受罪（331 条）と収賄罪（332 条）に分けて検討を進める。

第二項　利益収受罪

1．職務行為と職務遂行（Rn. 15, 19, 28-31）

⑴　1997 年改正以前－特定の職務行為

1997 年改正以前，利益収受罪の成立にも特定の職務行為との対価関係が要求されていた。特定の職務行為というためには，時間・理由・実行方法などによって職務行為が個別具体的に決定されている必要はなく，公務担当者が特定の任務内又は生活関係の領域内において一定の方向へと活動することで足りる。ただし，職務行為の実質的内容が少なくとも大雑把には確定されていることは必要と解されている（332 条について，BGHSt 32, 290（1984 年 2 月 29 日））。

⑵　1997 年改正後

⒜　職務遂行

1997 年改正によって，このような特定性を欠く職務遂行も対価関係の対象に包含されたため，一般的な好意（allgemeines Wohlwollen）の形成で足りることになっている。職務遂行との対価関係は，調達を担当する公務担当者に具体的な発注とは無関係に利益供与を行って雰囲気作り（Klimapflege）を行う場合や，特定の反対給付とは無関係に利益供与を行って関係を形成することで，後々の反対給付に結び付ける餌付け（Anfüttern）を行う場合に認められる。

この法改正で差異が生じうる事案としては，1997 年以前の BGHSt 39, 45（1992 年 11 月 29 日）が挙げられる。本件においては，刑務所の責任者の親切さに対して好意を示すために，勾留されていた者がサラミと酒を送り届けたという事案において，将来及び過去の職務行為に対する対価性を認定できないと判示していた。現行法下では，職務遂行に対する違法な約定が認定されると評価する学説が存在する。

⒝　職務行為

1997 年改正後であっても特定の職務行為が対価関係の対象であってもよいことに変わりはない。また，現行法下でも 331 条 2 項の裁判官が主体になる場合の加重規定については，特定の職務行為に限定されている。

2．職務性

⑴　判断基準（Rn. 16）

職務行為・職務遂行いずれにせよ，職務性が認められることが必要である。職務性は，公務担当者の職責（dienstliche Obliegenheit）に属し，職務の性格を帯びる形（in amtlicher Eigenschaft）で執り行われる場合に認められる（BGHSt 31, 264（1983 年 3 月 10 日））。

業務分担上，他の公務担当者が担当している業務であっても職務性は否定されない。BGHSt 16, 37（1960 年 10 月 5 日）は，名字のアルファベット A から H までを担当する職員が Sch で始まる名字の税還付を処理した行為について職務性を認めている。

⑵　私的な行為の除外（Rn. 18）

⒜　1997 年改正前

職務性を帯びる場合と，そうでない私的な行為（Privathandlung）の区別が必要である。

公務担当者の職責と全く関係を持たない場合は，私的な行為である。職務の機会，勤務時間，勤務している場所で行われたり，職務で得た知識を利用していたりしても，私的な行為であることに変わりはない。

職務性が否定された具体例として，補償担当庁の職員が勤務時間中に補償法について個人的に講義をする場合（BGH GA 1966, 377（1966 年 3 月 4 日）），警察官が，職務とは無関係に目撃した事故について虚偽の供述をする場合（OLG Köln NJW 2000, 3727（2000 年 9 月 5 日）），建築局の職員が業務で得た知識に基づいて，建築局の審査を受けるために提出する建築図面を作成する場合（BGHSt 11, 125（1957 年 12 月 19 日））が挙げられる。

⒝　1997 年改正後

1997 年改正前までは対価を得て行う個人

的副業が職務行為に該当しないことを検討すれば足りた。これに対して，現行法下においては，雰囲気作りのための職務遂行に対する対価になっているかについての検討も要請される。

例えば，BGH NStZ 2008, 216（2007 年 6 月 21 日）は，橋の建設・維持に関するエンジニアとして勤務していた被告人に対して，W 社の Wo がプログラミングを副業として持ちかけて報酬を妻名義で支払っていたという事案において，違法な約定を否定した地裁判断を破棄し，被告人と Wo との業務上の関わり，副業を上司に秘匿していたことといった事情を総合考慮して職務遂行との対価関係を判断すべきと判示している。

３．職務遂行との対価関係

⑴　対価関係の認定方法（Rn. 23a）

職務遂行との対価関係は個別事件ごとに総合考慮を行うことが必要である。考慮要素になりうるのは，利益供与に納得のいく別の趣旨があるか，公務担当者の地位，当事者の業務上の関係性・接点，利益供与の方法（透明性があるか秘匿しているか），利益の種類・価値・数量である（BGHSt 53, 6（2008 年 10 月 14 日））。

例えば，ワールドカップの主要スポンサーの取締役が，州政府の複数の要人にワールドカップの無料入場券を送付したという事案において，まず，政府を代表してワールドカップを観戦するという職務遂行に対して入場券は対価ではなく手段であることを確認する。その上で，①チケットの郵送相手の確定にあたって業務上の関係性が考慮されていない，②環境大臣 G への送付分には「素晴らしい協力ありがとう」とのメッセージカードが添付されていたものの，被告人は G が郵送相手かそもそも知らなかったこと，送付先は職場で秘匿していなかった，③チケットは譲渡不可であり，しかも，政府要人は当該チケットがなくても観戦可能であったという形で，①業務上の関係性，②利益提供の方法，③利益の内容を総合考慮して，職務遂行との対価関係を否定している。

⑵　要求・申込みの場合（Rn. 24）

要求・申込みという一方的な形態による実行行為の場合，違法な約定の締結に向けられた意思表示であり，その意思表示が相手方に到達したことで足りる。

⑶　強制された場合（Rn. 27）

利益供与が強制されたものであっても，違法な約定は否定されない（恐喝罪と収賄罪の観念的競合を認めるものとして，BGHSt 9, 245（1956 年 5 月 15 日））。

第三項　収賄罪

１．義務違反の職務行為

⑴　職務性（Rn. 17）

義務違反の職務行為を 332 条・334 条が処罰しているところから，意図的な職務上の義務違反があっても職務性が失われないことは明らかである。

この点，BGH NStZ 1987, 326（1986 年 10 月 28 日）は，職務上の義務の範囲内の行為だけではなく，公務における地位を基礎づける職務規定が禁止している行為を行う際に，自らの立場を濫用した場合であっても，職務性は認められると判示している。学説上は，担当公務と問題の行為との間に，少なくとも機能的関係がなければならないと指摘されている。

義務違反行為について職務性が認められた場合として，精神病院に強制収容中の者にアルコールを渡す行為（BGH NJW 1983, 462（1981 年 3 月 4 日）），水増し請求への支払いと，そのための文書偽造が挙げられる（BGH NStZ 1987, 326（1986 年 10 月 28 日））。

⑵　不作為

義務違反の職務行為は不作為によっても行われうる。例えば，警察官による違法営業の放置（BGH NStZ 1998, 194（1997年 12月 3日））や，同僚の汚職を上司に告発しない（BGH NStZ 2004, 565（2004 年 5 月 4 日））といった場合である。

⑶　裁量行使における義務違反性（Rn. 33）

332 条 3 項 2 号で明示されているように，

公務担当者が裁量を有する場合，裁量内であったとしても利益による影響を受けた判断を行う場合，義務違反性が認められる。判断権者に対して，権限に基づいて実際上の影響を及ぼすことができる場合にも裁量を有する公務担当者とみなされる（BGHSt 47, 260（2002年3月21日））。

裁量が認められるには，複数の適法な行為が選択肢にあることが必要であって，判断基準が確定している場合には裁量は認められない（OLG Frankfurt NJW 1990, 2074（1990年3月9日））。

2．将来の義務違反行為の表示と心裡留保（Rn. 34）

将来の職務行為について，公務担当者が本心では義務に反するつもりがなかったとしても，義務違反を行うことを外部に表示していれば収賄罪の違法な約定が認められる（BGHSt 48, 44（2002年10月23日））。このような心裡留保が考慮されないのは，公務の無瑕疵性と公衆の信頼保護という見地からは，外観上，義務違反行為が買収可能であることが示されれば足りるからである（BGHSt 15, 88（1960年7月25日））。

3．行っていない職務行為の仮装（Rn. 21）

BGHSt 29, 300（1980年7月2日）は，条文の文言及び沿革に照らして，職務行為を行ったと仮装しても331条（1997年改正前），332条は成立しないと判示している。

学説上は，文言は決定的ではないこと，仮装であっても法益は害されること，将来の義務違反行為が心裡留保であった場合との均衡から判例に批判的な見解が通説である。さらに，1997年改正後の331条は仮装事例にも適用できることから，判例の説得力は失われているとの指摘もなされている。

第三節　処罰範囲の限定

第一款　官庁による許可（Rn. 39, 40）

要求することなく利益約束又は利益収受が行われた場合について，331条3項は官庁による許可によって不処罰になることを認めている。

官庁による事前の許可は違法性阻却事由として作用する。事前に許可を得ることが期待不能な場合，許可が必要との留保を示しつつ暫定的に利益を受領してもよい。また，受領時に留保を表示することができない場合，許可が客観的にありえ，かつ，公務担当者が遅滞なく報告するつもりがあれば違法性阻却が認められる。行為時点が基準になるため，事後的に実際に許可が得られたか否かによっては，正当化されるか否かは左右されない。

一方，行為時点で違法性阻却の要件が充足されなかったものの，事後的に官庁の許可が得られた場合，処罰阻却事由になる。

第二款　社会的相当性（Rn. 13-14a）

社会的に相当な利益供与は，公衆の信頼という法益を害さないため，構成要件不該当と解されている。社会通念ないし礼譲に従った低価の贈与は一般に承認されており，職務行為が買収可能との外観を作出しないからである。許容される具体例としては，新年の贈り物としてのノート，ボールペンなどが挙げられる。これに対して，たとえ友人関係があったとしても，贅沢な旅行代金を負担するような場合，社会的に相当とはみなされない（BGH NStZ 2005, 334（2005年2月2日））。

なお，理論構成として，違法な約定の欠如，利益に該当しない，客観的帰属の危険創出の欠如といった議論がなされている。

第三款　近時の問題

1997年改正により，特定性を欠く職務遂行，及び，第三者に対する利益供与が331条で処罰されることになったところから，処罰範囲を限定すべき事案が新たに問題になっている。

第一項　外部資金（Rn. 12a）

現在，問題になっているのは研究会款による外部資金（Drittmittel）の獲得である。例えば，医療器具メーカーが売り上げに応じて研究のために寄付を大学病院に行う場合，大学病院に勤務して発注を行う医師が利益収受罪に該当するかという問題である。

この点，BGHSt 47, 295（2002年5月23日）

は，意思決定の客観性と不可買収性に対する信頼という法益に照らして，大学法に従った外部資金獲得手続（報告及び許可）を遵守している場合，利益収受罪は成立しないと判示している。

第二項　選挙時の寄付

BGHSt 49, 275（2004 年 10 月 28 日 ） は，市長選挙において，現職の市長である SPD 候補者の当選が自己の営業に有利と考えて SPD 支部に寄付を行ったという事案において，再選後に政治・経済に関する一般的な方針を利益供与者の想定に沿って行うとして選挙資金の寄付を要求する行為に 331 条は適用されるべきでないと判示している。その理由は，公務担当者ではない者が当選後の職務行為を約束しても処罰する規定を欠く以上，立候補者間の平等という基本法の要請から，331 条を限定解釈すべきであるという点に求められている。

おわりに

本稿執筆に先立って，2013 年夏に深町晋也立教大学教授とドイツ判例の検討会を数日にわたって行った。その後，2015 年度冬学期に東京大学法科大学院において成瀬剛准教授と合同で演習「比較刑事法への誘い」を開催し，本講義ノートの執筆のきっかけとした。ゼミでは，三隅諒東京大学助教にはドイツの司法に対する罪の報告を行っていただき，本稿の基礎にさせていただいた。また，佐藤輝幸法政大学准教授，佐野文彦東京大学助教，伊藤佑貴元東京大学法科大学院生，池田直人東京大学法科大学院生には輪読と草稿の検討を協同していただいた。多くの方々の協力を得られたことに感謝する。

（ひぐち・りょうすけ）

【判例索引】

RGSt 61, 297（1927 年 5 月 12 日）……304 頁
BGHSt 1, 22（1951 年 1 月 9 日）……294 頁
BGHSt 1, 241（1951 年 4 月 24 日）……292 頁
BGHSt 3, 248（1952 年 10 月 28 日）……292 頁
BGHSt 4, 161（1953 年 3 月 31 日）……304 頁
BGHSt 4, 154（1953 年 4 月 9 日）……292 頁
BGHSt 5, 66（1953 年 9 月 29 日）……297 頁
BGHSt 7, 2（1954 年 11 月 2 日）……294 頁
BGHSt 7, 147（1954 年 12 月 16 日）……291 頁
BGHSt 8, 301（1955 年 10 月 24 日）……294 頁
BGHSt 9, 245（1956 年 5 月 15 日）……315 頁
BGHSt 10, 8（1956 年 10 月 18 日）……292 頁
BGHSt 10, 142（1957 年 2 月 15 日）……292, 293 頁
BGHSt 10, 272（1957 年 5 月 8 日）……292 頁
BGHSt 11, 125（1957 年 12 月 19 日）……314 頁
BGHSt 12, 56（1958 年 9 月 16 日）……292 頁
BGH MDR 1960, 63（1959 年 7 月 21 日）……313 頁
BGHSt 14, 240（1960 年 4 月 13 日）……297 頁
BGHSt 15, 88（1960 年 7 月 25 日）……316 頁
BGHSt 16, 37（1960 年 10 月 5 日）……314 頁
BGHSt 16, 34（1961 年 4 月 18 日）……307 頁
BGHSt 17, 369（1962 年 7 月 20 日）……307 頁
BGH NJW 1962, 2164（1962 年 9 月 25 日）……295 頁
BGHSt 18, 133（1962 年 11 月 16 日）……302, 303 頁
BGHSt 18, 204（1962 年 12 月 19 日）……298 頁
BGHSt 18, 348（1963 年 5 月 14 日）……295 頁
BGH GA 1965, 205（1964 年 1 月 7 日）·307 頁
BGHSt 19, 305（1964 年 5 月 6 日）……299 頁
BGHSt 20, 1（1964 年 7 月 7 日）……313 頁
BGH GA 1966, 377（1966 年 3 月 4 日）·314 頁
BGHSt 21, 116（1966 年 7 月 13 日）……296 頁
BGHSt 21, 334（1967 年 11 月 10 日）……304 頁
OLG München MDR 1968, 939（1968 年 5 月 14 日）……290 頁
BGHSt 24, 38（1970 年 12 月 2 日）……295 頁
BGH GA 1973, 109（1972 年 5 月 3 日）·293 頁
BGHSt 25, 244（1973 年 11 月 16 日）……291 頁
BGHSt 25, 313（1974 年 4 月 30 日）……303 頁
OLG Stuttgart NJW 1976, 2084（1976 年 5 月 17 日）……280 頁
BayObLG NJW 1978 2563（1978 年 7 月 20 日）……299 頁
OLG Köln, MDR 1980, 421（1979 年 10 月 9 日）……293 頁
BayObLG JZ 1980, 109（1979 年 11 月 23 日）……304 頁

KG JR 1980, 513（1979 年 11 月 29 日）‥307 頁
BGHSt 29, 298（1980 年 6 月 24 日）……294 頁
BGHSt 29, 300（1980 年 7 月 2 日）……316 頁
BGH NStZ 1981, 22（1980 年 7 月 16 日）……304 頁
BGH NJW 1983, 462（1981 年 3 月 4 日）……315 頁
OLG Hamm NJW 1982, 60（1981 年 6 月 4 日）……299 頁
OLG Celle NStZ 1981, 440（1981 年 7 月 13 日）……299 頁
BGH NStZ 1982, 244（1982 年 1 月 27 日）……300 頁
BGH NJW 1982, 2081（1982 年 5 月 6 日）……303, 304 頁
BGH NStZ 1982, 431（1982 年 6 月 18 日）……291 頁
BGH GA 1983, 411（1983 年 2 月 24 日）‥303 頁
BGHSt 31, 264（1983 年 3 月 10 日）……308, 313, 314 頁
BayObLG JZ 1984, 343（1984 年 1 月 17 日）……307 頁
OLG Düsseldorf NJW 1984, 1571（1984 年 1 月 27 日）……304 頁
BGHSt 32, 290（1984 年 2 月 29 日）……314 頁
BayObLG NJW 1984, 2302（1984 年 6 月 12 日）……299 頁
KG JR 1985, 161（1984 年 11 月 29 日）‥293 頁
BayObLG NJW 1986, 441（1985 年 5 月 21 日）……298 頁
BGH StV 1985, 505（1985 年 6 月 11 日）……293 頁
BGH NStZ 1986, 84（1985 年 10 月 15 日）……304 頁
BGH NStZ 1987, 326（1986 年 10 月 28 日）……315 頁
OLG Hamm NStZ 1987, 558（1987 年 5 月 8 日）……299 頁
BGHSt 35, 50（1987 年 9 月 1 日）……297 頁
OLG Köln NJW 1988, 2485（1987 年 10 月 9 日）……294 頁
BGHSt 35, 128（1987 年 12 月 3 日）……313 頁
BayObLG JR 1989, 24（1988 年 1 月 29 日）……302, 304 頁
BGH NJW 1989, 915（1988 年 9 月 9 日）……313 頁
KG NStZ 1989, 121（1988 年 11 月 24 日）……303 頁
BayObLG StV 1989, 251（1988 年 12 月 16 日）……291 頁
BayObLG NStZ 1990, 340（1990 年 2 月 20 日）……293 頁
OLG Frankfurt NJW 1990, 2074（1990 年 3 月 9 日）……316 頁
BGHSt 37, 191（1990 年 10 月 9 日）……310 頁
BGHSt 37, 226（1990 年 11 月 7 日）……281 頁
BGHSt 37, 388（1991 年 5 月 8 日）……307 頁
OLG Düsseldorf NJW 1992, 1119（1991 年 8 月 21 日）……298 頁
BGHSt 38, 199（1992 年 1 月 29 日）……309 頁
OLG Hamm NStZ 1993, 82（1992 年 1 月 29 日）……295 頁
BGH StV 1994, 125（1992 年 8 月 4 日）‥295 頁
OLG Karlsruhe MDR 1992, 1166（1992 年 8 月 24 日）……299 頁
BGHSt 38, 388（1992 年 10 月 29 日）‥‥280 頁
BGHSt 39, 45（1992 年 11 月 29 日）……314 頁
OLG Zweibrücken StV 1993, 423（1993 年 1 月 13 日）……291 頁
BGH NStZ 1993, 489（1993 年 5 月 18 日）……293 頁
BGH StV 1995, 249（1993 年 5 月 18 日）……295 頁
BGH wistra 1995, 143（1994 年 12 月 21 日）……280 頁
OLG Hamm NStZ 1995, 547（1995 年 4 月 24 日）……303, 306 頁
BGH NStZ 1995, 500（1995 年 6 月 21 日）……285 頁
BGH NJW 1995, 3264（1995 年 6 月 29 日）……281 頁
BGHSt 42, 86（1996 年 3 月 19 日）……300 頁
OLG Celle NJW 1997, 1084（1996 年 8 月 13 日）……294 頁
BGHSt 43, 82（1997 年 4 月 30 日）……281 頁
BGHSt 43, 96（1997 年 5 月 15 日）……309 頁
BGHSt 43, 158（1997 年 7 月 17 日）……287 頁
OLG Frankfurt NStZ-RR 1998, 72（1997 年 10 月 2 日）……293 頁
BGH NStZ 1998, 194（1997 年 12 月 3 日）

……315 頁
BGHSt 43, 356（1997 年 12 月 5 日）……281 頁
BGHSt 43, 370（1997 年 12 月 19 日）
……308, 309 頁
OLG Koblenz NStZ-RR 1998, 332（1998 年 2 月 5 日）……281 頁
BGH NJW 1999, 436（1998 年 10 月 8 日）
……286 頁
BGHSt 45, 16（1999 年 3 月 3 日）……309 頁
BGHSt 45, 97（1999 年 5 月 19 日）……279 頁
BGH NStZ-RR 2000, 139（1999 年 10 月 13 日）……307 頁
BGHSt 46, 53（2000 年 5 月 9 日）‥281, 282 頁
OLG Köln NJW 2000, 3727（2000 年 9 月 5 日）……314 頁
BGHSt 46, 310（2001 年 3 月 15 日）……309 頁
BGH NJW 2001, 2558（2001 年 4 月 11 日）
……313 頁
BGHSt 47, 68（2001 年 7 月 4 日）‥287, 288 頁
OLG Dresden NJW 2001, 3643（2001 年 8 月 1 日）……304 頁
OLG Hamm NStZ 2002, 38（2001 年 8 月 24 日）……312 頁
BGH StV 2002（2001 年 12 月 11 日）……297 頁
OLG Zweibrücken NStZ 2002, 256（2001 年 12 月 14 日）……304 頁
OLG Hamm NStZ-RR 2002, 167（2002 年 2 月 8 日）……297 頁
BGHSt 47, 260（2002 年 3 月 21 日）……315 頁
BGH NStZ-RR 2002, 215（2002 年 4 月 3 日）
……281 頁
BGHSt 47, 295（2002 年 5 月 23 日）
……313, 316 頁
BGHSt 48, 44（2002 年 10 月 23 日）……316 頁
BGHSt 48, 233（2003 年 2 月 20 日）……306 頁
BayObLG NstZ 2004, 97（2003 年 3 月 3 日）
……299 頁
BGH NStZ2004, 564（2004 年 3 月 1 日）
……312 頁
BVerfGE 110, 226（2004 年 3 月 30 日）‥288 頁
BGH NStZ 2004, 565（2004 年 5 月 4 日）
……315 頁
BGHSt 49, 214（2004 年 7 月 16 日）……310 頁
BGHSt 49, 275（2004 年 10 月 28 日）……317 頁
BGH NStZ 2005, 334（2005 年 2 月 2 日）
……316 頁
BGHSt 50, 299（2005 年 12 月 2 日）……309 頁
BGHSt 50, 347（2006 年 1 月 24 日）
……284, 287 頁
BGHSt 51, 44（2006 年 5 月 9 日）……310 頁
BGH NStZ-RR 2007, 40（2006 年 10 月 11 日）
……294 頁
BGH NJW 2007, 2932（2007 年 4 月 18 日）
……309 頁
BVerfG NVwZ 2007, 1180（2007 年 4 月 30 日）……305 頁
BGH NStZ 2008, 216（2007 年 6 月 21 日）
……313, 315 頁
BGH NStZ 2008, 91（2007 年 7 月 26 日）
……294 頁
BGH NJW 2008, 2516（2008 年 6 月 24 日）
……285 頁
BGHSt 53, 6（2008 年 10 月 14 日）……315 頁
BGHSt 53, 205（2009 年 2 月 18 日）……285 頁
OLG München NStZ 2010, 219（2009 年 3 月 4 日）……297 頁
OLG Hamm NStZ-RR 2009, 271（2009 年 5 月 7 日）……305 頁
BGHSt 54, 39（2009 年 7 月 9 日）……308 頁
LG Itzehoe NStZ-RR 2010, 10（2009 年 7 月 20 日）……280 頁
BGHSt 54, 202（2009 年 11 月 27 日）……308 頁
BGHSt 55, 36（2010 年 2 月 4 日）……286 頁
BGHSt 55, 148（2010 年 5 月 19 日）……300 頁
BGHSt 56, 97（2010 年 12 月 9 日）……310 頁
BGH NStZ 2012, 321（2012 年 1 月 26 日）
……286 頁
BGHSt 57, 202（2012 年 3 月 29 日）……310 頁
OLG Dresden NStZ-RR 2015, 10（2014 年 7 月 21 日）……303 頁
BGH NStZ 2015, 388（2015 年 1 月 15 日）
……303 頁
BGHSt 60, 198（2015 年 2 月 10 日）……298 頁
BGH NStZ 2015, 514（2015 年 4 月 15 日）
……299 頁
BGH NJW 2015, 3254（2015 年 5 月 20 日）
……286, 287 頁
BGHSt 60, 253（2015 年 6 月 9 日）……305 頁
BVerfG NJW 2015, 2949（2015 年 7 月 28 日）
……288 頁