

財産犯後の返還請求権免脱目的での 暴行・脅迫行為の罪責評価についての覚書

——ドイツ連邦裁判所2011年5月26日決定を素材として——

野 澤 充*

目 次

- 一 はじめに
- 二 ドイツ連邦裁判所2011年5月26日決定の事例と判旨
- 三 若干の検討
- 四 おわりに——「事後利益強盗罪は存在するのか？」

一 はじめに

本論文は、財産犯後の返還請求権免脱目的での暴行・脅迫行為の罪責評価に関して、ドイツの裁判例の1つ（BGH (3. Strafsenat), Beschluss vom 26. 5. 2011 - 3StR 318/10=NStZ 2012, 95=StV 2011, 677）を素材にして、その分析のための端緒となる検討を行うものである。

本論文の執筆のきっかけは、研究会（刑法読書会2020年夏期集中例会（2020年8月27日・28日開催））において、筆者（野澤）がイエーガー論文（Christian Jäger, Die Abgrenzung von Diebstahl und Betrug bei vorgetäuschter Rückgabebereitschaft - Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom bedingten Einverständnis und zum Diebstahl in mittelbarer Täterschaft im Zweipersonenverhältnis, Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag, 2018, S. 227-236¹⁾）の紹介報告をしたこと

* のざわ・みつる 九州大学大学院法学研究院教授

1) 当該論文の翻訳紹介として、クリスチャン・イエーガー（野澤充訳）「偽装された返

である。当該イエーガー論文は窃盗と詐欺の成立範囲の限界線に関するものであったが、その報告の中で、「欺罔により携帯電話の占有を奪った後に、当該携帯電話の所有者から返還を求められた際に、暴行・脅迫によって当該返還を免れた事例」について、イエーガー論文が、「携帯電話の獲得という出来事を窃盗として評価する場合には、当該行為者に対してはその後に引き続き暴行行為を理由としてさらに刑法252条〔筆者注：ドイツ刑法の「強盜的窃盗罪」、すなわち日本の事後強盜罪〕による可罰性が考慮に入れられることになる」としつつ、「それに対して詐欺でしかないとみるのであるならば、強盜的窃盗を理由とする処罰は、あるべき事前行為が欠けているために排除される」として、(日本と同様に)事後強盜罪の成立は否定されるものとしつつ、さらに「BGH(ドイツ連邦裁判所)は先行する詐欺の場合に、接続する行為としての保全のための恐喝も、あり得る侵害の深化が欠けているために否定する」ので、「事前行為が詐欺であると認める場合には、引き続いての強盜的窃盗も強盜的恐喝〔筆者注：ドイツ刑法255条、日本での利益強盜罪に相当する犯罪類型〕も存在しないことになるのである」²⁾、として、その箇所にドイツ連邦裁判所2011年5月26日決定が引用されていたのである。

しかし、日本の裁判例においては覚醒剤の売人から覚醒剤の占有を欺罔により奪った後に、当該売人を殺害しようとして拳銃を発砲したが、重傷を負わせたにとどまった事例について、「(加害者)による拳銃発射行為は、(被害者)を殺害して同人に対する本件覚せい剤の返還ないし買主が支払うべきものとされていたその代金の支払を免れるという財産上不法の利益を得るためになされたことが明らかであるから、右行為はいわゆる2項強盜による強盜殺人未遂罪に当たるといふべきであり……、先行する本件覚せい

↘ 還準備がある場合における窃盗と詐欺の区別——ならびに条件つき合意の理論、および二者関係における間接正犯での窃盗についての論考」法政研究87巻2号(2020年)F163頁以下を参照。

2) 前掲イエーガー(野澤訳)法政研究87巻2号(2020年)F166頁以下。

い剂取得行為がそれ自体としては、窃盗罪又は詐欺罪のいずれに当たるにせよ、……本件は、その罪と（2項）強盗殺人未遂罪のいわゆる包括一罪として重い后者の刑で処断すべきものと解するのが相当である」³⁾、としたものがある。

このような日本の裁判例からすれば、「欺罔により携帯電話の占有を奪った後に、当該携帯電話の所有者から返還を求められた際に、暴行・脅迫によって当該返還を免れた事例」について、（携帯電話への占有移転行為がそもそも「窃取行為」とは評価できない場合だけでなく、仮に当該行為が窃盗と評価された場合であったとしても、窃盗行為と暴行・脅迫行為との時間的・場所的間隔が「窃盗の機会の継続中」ではもはやないと判断されるなど、事後強盗罪自体の要件を充たさないことによって）事後強盗罪が成立しない場合であっても、「当該返還請求権という財産権が暴行・脅迫によって免脱された」と評価されるのであれば、日本の実務においては最高裁昭和61年決定と同様に、（ドイツ刑法における「強盜的恐喝罪」に対応する）利益強盗罪が成立する、とすることが考えられ得る⁴⁾。

3) 最決昭和61・11・18刑集40-7-523。

4) ただしこれに関して、最高裁昭和61年決定の結論に基づくならばこのことが「考えられ得る」とはいえるものの、実際の裁判例においては、「事後強盗罪が成立しない場合であっても同種事案について利益強盗罪が成立し得る」とまで明確に示した裁判例は1件もないことに注意すべきである。すなわち、日本の「利益強盗罪」の成否が問題となった裁判例において、「事後強盗罪との競合がある」ことが前提とされた裁判例は1件もないのである（野澤充「利益強盗罪（利得強盗罪）に関する序論的考察——法制史的観点および裁判例検討の観点から」法政研究87巻4号（2020年）F141頁以下に挙げた利益強盗罪に関する140件近くの裁判例の中で、併せて「事後強盗罪との競合」が問題となった（ないしは「事後強盗罪の成立がないのでその受け皿として利益強盗罪の成否を問題にした」）裁判例は1件も存在しない）。この点、最高裁昭和61年決定も、「本件覚えい剂の返還ないし買主が支払うべきものとされていたその代金の支払を免れるという財産上不法の利益を得るためになされたことが明らか」として利益強盗罪の成立だけを問題にしたのであり、「そもそも事後強盗罪の成否は問題とならない」ことが前提になっているといえる（とくにこの点は当該最高裁昭和61年決定の谷口正孝意見にも表れている）。よって日本の裁判例においても——暗黙のうちに、そしてその基準は不明確ではあるかもしれないが——「事後強盗罪」と『利益強盗罪』はすみわけがなされているのであって、両罪が競合す

しかしこの点がドイツにおいては明確に否定されている、とイェーガー論文において指摘されていたことから、上記の筆者の研究報告後の質疑応答において、本論文が献呈される松宮孝明先生が真っ先に「このような事例において、ドイツで強盜的恐喝罪が成立しないとされているのはなぜなのか」と質問したのであった。筆者も当該イェーガー論文の翻訳時に、「なぜ強盜的恐喝罪が成立しないのだ」と、全く同じ疑問を抱いていた。これに関しては、既に詳細な研究論文も見られるところではある⁵⁾が、筆者が利益強盜罪の裁判例に関する全般的な検討を行った⁶⁾ことに基づいて、さらに個別的論点、とりわけ利益強盜罪における「財産上の利益」の内容に関しての限界線⁷⁾を検討していくための研究の端緒として、とりあえずの回答として本論文を献呈する次第である⁸⁾。

ゝることはない」ことが前提にされているといえるのである。このような観点から、「2項強盜罪と事後強盜罪とは保護法益を異にする犯罪であるから、窃盜後に暴行・脅迫が行われた場合に、両罪が競合することもありうる」(大塚裕史・十河太郎・塩谷毅・豊田兼彦『基本刑法Ⅱ』(2014年)192頁〔大塚裕史執筆〕)などとするのは、日本の裁判例を前提にしても全くのデタラメな記述であると言ってよい。

- 5) 林美月子「窃盜後の二項強盜」立教法学79号(2010年)1頁以下など。
- 6) 野澤・前掲「利益強盜罪(利得強盜罪)に関する序論的考察」法政研究87巻4号F113頁以下。
- 7) 例えば、前掲最決昭和61・11・18刑集40-7-523に対して、松宮孝明先生は「財物取返し防止目的での事後強盜罪は利益強盜罪の一類型ではないのだから、被害者が騙し取られたことに気づかないうちの殺人による『財物確保』というあやふやな『利益』に『財産上不法の利益』(236条2項)を認めるのは疑問である」(松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』(2018年)242頁)、としている。また、クレジットカードを入手した上で暴行・脅迫により「銀行口座の暗証番号を聞き出す」行為が「利益強盜罪」であると事例(東京高判平成21・11・16東高刑時報60巻1~12号185頁)について、筆者は「『利益を得ることができるようになった状態』そのものを『利益取得』として、(暗証番号を聞き出した時点において)利益強盜(既遂)罪の成立を認めるべきであるかについては疑問なしとすべきではないように考えられる」(野澤前掲論文法政研究87巻4号F136頁)、とした。これらの事例などに対する検討を通じて、利益強盜罪におけるその成立範囲の限界線を明確化することが求められていると考える。
- 8) 本来であれば、筆者の指導教員の1人でもあった松宮孝明先生の退職論文集に献呈する以上、指導を受けた大学院生時代からのテーマである中止未遂(中止犯)の任意性に関する包括的な検討論考を出す予定であったが、分量の問題と筆者の能力的問題から、これ

二 ドイツ連邦裁判所2011年5月26日決定の事例と判旨

1. 事例

被告人Fは自動車ディーラーを経営しており、彼の兄弟である共同被告人Aも雇われていた。Kは自動車部品の商売をしていて、義兄弟のAtを雇っていた。被告人は、Kとの取引関係の一環として、2008年11月19日午前にKを訪問し、彼から購入した欠陥のあるエアバッグを交換したいと考えていた。それとは別に彼らはまた、以前の取引から100ユーロの払い戻しを求めている。Kは作動するエアバッグを持っていなかったため、Fは欠陥のあるエアバッグに対して250ユーロを要求した。しかしKは今は、総額350ユーロを支払う準備がなかった。それに基づいて、Fは450ユーロ相当の操縦装置を持っていくことにし、請求額を超える100ユーロをKに返済すると述べた。この点についてKは合意した。実際のところ、FはKに差額を支払いたくなかった。話し合いの最中に、Aはナイフを開いたり閉じたりしていた。その後、被告人はKの事業所を去り、そしてFは彼に、車から100ユーロを持ってくると約束した。Kは、被告人との「問題」を回避したかったため、またFの支払意思を信頼したため、2人を行かせた。しかし、Kは被告人らが戻ってこないことに気づき、走って追いかけて、彼らの車の前に立って逃走を防いだ。その結果、両被告人は、Kが道を空けて請求を断念するようにKを攻撃した。Atは義兄弟Kの助けに駆けつけると、Aは向きを変え、Fの承認を得てナイフを抜き、Atの頭の高さのあたりを突いた。Atはナイフを避けることができそこから逃げだした。AもFもAtを数メートル追跡したが、しかしその後追跡をあきらめた。

ㄨについては残念ながら別稿で検討することにした。

2. 判旨

I. BGH (ドイツ連邦裁判所) は、第1の事実において詐欺を肯定した。

「立証事実によると、被告人Fは、被害者Kに対して100ユーロに関して支払う気がないにもかかわらず支払うふりをし、Kにそれに関する錯誤を引き起こした。被害者は、操縦装置の所有権を被告人Fに譲渡することにより、錯誤に基づいて自らの資産を処分した。被害者Kが、被告人との「問題」を回避するために、被告人Fを行かせたという事実も、錯誤を排除するものではない。立証事実によると、被害者Kは、表明された支払意思が本気であるということに信頼していたのである。」

II. それに対してBGHは、第2の事実について、重大な強盜的恐喝の存在を否定した、なぜなら

「被害者Kは財産的不利益を被ったが、これは主としては被告人の身体的作用によるものではなかった。むしろ、被害者が錯誤に基づいて売買契約を結び、そして操縦装置の所有権を譲渡した瞬間に既に発生したものであった[……。]。したがって、いわゆる保全的恐喝、すなわち詐欺(刑法263条第1項)と、詐欺により得られた財産的利益を確保する目的でのその後の——発見後に実行された——強要(刑法典240条)が存在しているのである。[……。]立証事実、……詐欺行為が完了し、詐欺被害が発生した後に自然に生じた決定の結果としてだけ、強要手段が使用されたものであることを示唆している。そのような場合には、当該行為は最初から強要的な要素によって特徴づけられることもなく[……。]、また後の強要行為がすでに発生した財産的不利益の悪化につながることもない。したがって、強要結果と不利益発生との間に因果関係は存在しないのである、なぜなら財産的被害は占有移転によって既に事前に発生しており、その後の(再度の)請求主張に関しての(一時的な)権利放棄は独立した意味を持たないからである[……。]。暴行の使用は、それ自体としては被害者Kの財産状況に影響を与えなかった。Kは債務者の身元を知っていたので、法廷で請求を執行する可能性もまた当該攻撃によっては影響を受けなかったのである。」

三 若干の検討

本件で問題となった事実は2つの連続する事実で構成されている。そして第1の犯罪事実においては「窃盗と詐欺の区別がどうあるべきか」という、昔から議論されてきた論点が問題となり、第2の犯罪事実においては「強盜的恐喝が成立し得るか否か」という論点が問題となった（当然のことながら、本論文で中心的テーマとして扱いたいのはこの後者の論点である）。

第1の犯罪事実の論点は、「欺罔行為を手段とした窃盗（トリック窃盗, Trickdiebstahl）と詐欺の区別」、すなわち「欺罔によって占有移転がなされた場合に、これが『窃取』として窃盗罪の評価を受けるのか、それとも占有移転に同意しているので処分行為があると言え、詐欺罪の評価を受けるのか」というものである。これは、「被害者が占有弛緩についてのみ合意し、占有の完全な移転には合意していなかった場合に当てはまることになるであろう。……例えば、売り手が潜在的な買い手に商品を外に持ち出して自然光の下で観察することを許可するような状況がそうである」⁹⁾。しかし本事例においては、「結果として、占有侵害は否定され、占有の移転が合意に基づいて実行されたと承認しなければならないであろう、なぜなら被害者は加害者が購入客体を自らの占有領域（加害者の車のトランク）に持ち込むことを知っていたのであり、かつそれを承認していたからである。したがって、支払を準備していることに関する欺罔およびそれに対応する錯誤に基づく意識的な財産処分は存在しているのである。その際に財産的損害は、契約の締結によって既に発生していた、なぜなら被害者は支払準備の不存在に基づいて、彼によって引き受けられた義務に相当するものを何ら受け取っていないからである。所有権移転の履行により、契約による侵害が深まり、最終的な侵害が達成されたのであ

9) Christian Jäger, Gibt es einen räuberischen Betrug?, JA 2011, 950 (951).

る」¹⁰⁾。以上により、窃盗罪の成立は否定され、詐欺罪の成立のみが認められることになるのである。

そしてこれに基づいて、第2の犯罪事実の評価がなされることになる。すなわち、「Atのいる方向への打撃とナイフの突き刺し——身体および生命に対する危険を伴う暴行および脅迫という方法での——によって、刑法典253条〔筆者注：恐喝罪〕、255条、250条第2項第1号〔筆者注：重大な強盗罪〕による重大な強盗的恐喝が実現されたかどうか」という点である。

まずこの点に関して、「操縦装置の占有移転」を問題にすることはできない。確かに行為者は最後に車を運転して現場を去ってはいるものの、「そこにおいて奪取を見て取ることはできない。なぜなら車による獲得物の持ち去りによって詐欺行為は既に完成しているのであるから、恐喝という方法で再度占有移転を行う余地はもはや存在せず、そしてこの見解によっても刑法253条、255条に基づく可罰性は排除されるからである」¹¹⁾。

よってここでは、「購入価格または購入客体の返却に関する請求権の断念」のみが問題となるのである¹²⁾。そしてこの点での「最初の問題は、債権の(一時的な)断念がそもそも財産処分と見なされるべきかどうかという問題である。被害者は、vis absoluta(物理的強制)と同等の殴打および切迫した刺突のために、請求権の行使を思いとどまる以外に選択肢がないと評価したことから、これを否定することが可能である。しかし連邦裁判所にとっては、刑法第253条および第255条において『処分の自由を前提とする被害者の態度』という意味での処分を——学説の大多数とは異なり——いずれにせよ必要としない¹³⁾ため、これは何らの役割を果たさな

10) Jäger, a.a.O., JA 2011, 950 (951).

11) Jäger, a.a.O., JA 2011, 950 (952).

12) Jäger, a.a.O., JA 2011, 950 (952).

13) この点に関しては、Christian Jäger, Wechselbeziehungen zwischen Tatbestand und Strafzumessung unter besonderer Berücksichtigung der Regelbeispielmethode, – Zugleich eine Betrachtung zur Bedeutung der strafzumessungsorientierten Auslegung –, Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag, 2017, S. 285-294 の翻訳である, ク

い。したがって、連邦裁判所にとって決定的であるのは、——たとえそれが vis absoluta によってもたらされたとしても——請求権断念それ自体だけなのである」¹⁴⁾。しかし、「当該行為が最初から強制的要素によって特徴づけられていない場合（話し合いの最中にナイフを開閉するだけでは、まだこれには不十分である）、連邦裁判所は、既に行われた占有移転との関係において、この断念にも独立した意義をもちや認めない。特に債務者が判明していた場合には、裁判で請求権を行使する可能性は殴打によって影響を受けていないのである」、として、当初から当該事実が強制的要素を帯びて行われたものでないのであれば、連邦裁判所は請求権断念に意義があるものとは認めないとしつつ、イエーガーは「もちろん、この主張は説得力のあるものではない。なぜなら、まさしく訴訟のリスクを考慮すると、購入代金債権を上首尾に行使すること、または商品返却要求を上首尾に行使することについての漠然とした見込みは、十分に同等であるとはいえないがゆえに、具体的状況において請求権の断念が損害の増加につながったと主張することもできるからである」¹⁵⁾、として、これらの観点から、「当該行為が最初から強制的な要素によって特徴づけられている場合」には、財産的損害発生の可能性も考えられ得るとはする¹⁶⁾。

しかし結論としてイエーガーは、「このような考慮に関係なく、BGH は結論としては正しいものと認めなければならないであろう」とする。なぜならば「これについて決定的であるような論拠は、法律から明らかになる

▼ リスチャン・イエーガー（野澤充訳）「通常事例手法という特別な考慮の下での構成要件と量刑の間の相関関係——ならびに量刑に方向づけられた解釈の意義についての考察」法政研究84巻4号（2018年）F1頁以下の、とりわけF9頁以下を参照。

14) Jäger, a.a.O., JA 2011, 950 (952).

15) Jäger, a.a.O., JA 2011, 950 (952).

16) Jäger, a.a.O., JA 2011, 950 の判例評釈要旨において、「1. 詐欺により取得された財物が強制手段で防御された場合、これは原則として恐喝の構成要件を充足するものではない」、としつつ、「2. 当該行為が最初から強制的な要素によって特徴づけられている場合にのみ、何か別のことが当てはまる（執筆者の趣旨）」、とされているところに、このようなイエーガーに特徴的な見解の部分が現れていると言える。

ものである……。それによれば、刑法252条の規定に関して、立法者が窃盗が先行する場合においてのみ、行為者が暴行により自らの占有にある財物の所持を保持した場合に対する強盗と同等の犯罪を創出したということが決定的なのである。しかしこれに対応する処罰規範は、詐欺が先行する場合に対しては、まさに刑法典においては含まれなかったのである。今や刑法253条、255条において、強制された請求権断念に関して可罰性を肯定するのであれば、立法者が全くもって明らかに望んでいなかったであろうような回り道を通ることで強盗と同等の処罰へと到達することになるであろう。このことは、刑法252条の意味における強盗手段による占有保持が(強盜的)恐喝としても処罰され得ないことに関して意見の一致に到達することができる場合に当てはまる¹⁷⁾、とする。すなわち、刑法252条の強盜的窃盜罪は、財物を客体とする「窃盜罪」を前提にしての犯罪類型なのであり、財物だけでなく「財産上の利益」をも客体とする「詐欺罪」を前提としての、同種の犯罪類型は立法者によっては規定されなかった以上は、このようないわゆる「強盜的詐欺」の犯罪類型がない¹⁸⁾以上は、これを「強盜的恐喝罪(刑法255条)」として処罰することも許されない、としたのである。

以上により、「重大な強盜的恐喝は、第2の事実においては排除される」のであるが、「Fは(共同実行した)刑法典223条〔筆者注：身体傷害罪〕、224条第1項第4号による危険な身体傷害罪、ならびに詐欺により獲得された財産的利益の保持の目的での刑法典240条による強要罪により、可罰的であるとされたのである¹⁹⁾。すなわちイエーガーによれば、「第1の事実で窃盗を認定した場合には、第2の事実で刑法252条、250条第2項第1号により処罰されることになるであろう。刑法242条による窃盗と刑法240

17) Jäger, aa.O., JA 2011, 950 (952).

18) Jäger, aa.O., JA 2011, 950 の表題である、「Gibt es einen räuberischen Betrug? (強盜的詐欺は存在するのか?)」という表現は、まさにこのことを指し示しているといえる。

19) Jäger, aa.O., JA 2011, 950 (952).

条による強要は、その場合には刑法252条による強盜的窃盜の背後に隠れることになるであろう。しかし、第1の事実において詐欺が肯定されるべきであるので、刑法253条と255条は第2の事実において影響を及ぼすことは許されない、なぜならさもなければ刑法252条の特別規定は無意味なものとなってしまいうだろうからである²⁰⁾、と結論づけられたのである。

四 おわりに——「事後利益強盜罪は存在するのか？」

以上のような検討から、「財産犯後の返還請求権免脱目的での暴行・脅迫行為の罪責評価」に関して、日本の裁判例におけるように「利益強盜罪」を認めることがいかに問題であるかが、浮き彫りになってきたように思われる。

すなわち、領得罪である財物強盜罪にとっては「暴行・脅迫行為」によって反抗抑圧状態が作り出され、この状態において「財物奪取」が行われることが決定的なものであり、この先後関係は必然的なものと言ってよい。この点は、利得罪である利益強盜罪にとっても同様であるが、「(犯人が債務の支払を免れる目的をもつて債権者に対しその反抗を抑圧すべき暴行、脅迫を加え、)債権者をして事実上支払の請求をすることができない状態に陥らしめて支払を免れた場合²¹⁾」だけでなく、「犯人が債務の支払を免れる目的をもつて債権者に対しその反抗を抑圧すべき暴行、脅迫を加え、債権者をして支払の請求をしない旨を表示せしめて支払を免れた場合²²⁾」にも「利益強盜罪が成立すると考えられている²³⁾」ことからすれば、後者の事例型式においては「被害者は『その反抗を抑圧すべき暴行、脅迫』を加えられつ

20) Jäger, a.a.O., JA 2011, 950 (952).

21) 野澤・前掲「利益強盜罪（利得強盜罪）に関する序論的考察」法政研究87巻4号F123頁における「型式(b)」を指す。

22) 野澤・前掲「利益強盜罪（利得強盜罪）に関する序論的考察」法政研究87巻4号F123頁における「型式(a)」を指す。

23) 最判昭和32・9・13刑集11巻9号2263頁。

つも、『支払の請求をしない旨を表示〔させられている〕』ことから、処分行為はあることになる²⁴⁾ので、この後者の事例型式では実質的には「加重恐喝罪」のような類型が予定されていると解釈することができる²⁵⁾がそうだとした場合でも恐喝罪の成立のためには、脅迫が「手段として行われる」場合であったり²⁶⁾、また暴行も、相手の反抗を抑圧するにいたらない程度のものは、恐喝の「一手段である」とされている²⁷⁾ことから、恐喝罪においても「暴行・脅迫行為」が「処分行為」、およびそれに基づく「財物移転・利益獲得(喝取)」に先行していることが前提になっていると考えられる。

このような財物強盗罪・利益強盗罪に対して、「暴行・脅迫行為」と「領得行為」の先後関係が逆である事後強盗罪は、その意味で各種の強盗罪の中でもかなり異質な存在であると言わざるを得ない²⁸⁾。そしてその事後強盗罪は——ドイツ刑法252条の「強盜的窃盜罪」と同様に——「財物のみ」を客体とする「窃盜」が前提となる犯罪として法律上規定されているのであって、「財産上の利益」は客体として予定されていない。すなわち「事後強盗罪」は「事後財物強盗罪」なのであって、「事後利益強盗罪」という犯罪類型は日本の刑法典には存在しないのである²⁹⁾。よって、もし「財産犯後の返還請求権免脱目的での暴行・脅迫行為」を、「利益強盗罪」として処罰してしまうのであれば、特殊な例外的犯罪類型として規定された事後強盗罪がなくとも(成立しなかったとしても)、そのような事例を全

24) 野澤・前掲「利益強盗罪(利得強盗罪)に関する序論的考察」法政研究87巻4号F123頁。

25) 松宮・前掲『刑法各論講義〔第5版〕』230頁、野澤・前掲「利益強盗罪(利得強盗罪)に関する序論的考察」法政研究87巻4号F125頁以下。

26) 団藤重光『刑法綱要各論〔第三版〕』(1990年)622頁。

27) 団藤・前掲書624頁。

28) このような事後強盗罪の罪質の特殊性に関して、その立法時の経緯などを踏まえて検討するものとして、金澤真理「財物奪取後の暴行・脅迫」『刑事法学の現代的課題 阿部純二先生古稀祝賀論文集』(2004年)293頁以下などを参照。

29) この点については、林美月子・前掲「窃盜後の二項強盜」立教法学79号28頁以下も参照(「事後強盗罪は財物に対する犯罪であって、返還請求権に対する犯罪ではない。」。また野澤充「窃盜罪における「財産損害」? ——「相当額の対価」が存在する事例に関連して」立命館法学375・376号(2017年)284頁も参照。

般的に「利益強盗罪」として処罰することが可能になってしまう。これは「利益強盗罪」の成立範囲が無制限に拡大してしまうという問題点だけでなく、存在している「事後強盗罪」を「無くてもよかった規定」——なぜなら事後強盗罪の規定がなくても、そのような事案は利益強盗罪で全面的にカバーできてしまうことになるから——としてしまい、その存在意義を失わせてしまうという問題点をも孕む解釈と言える³⁰⁾。

なおドイツにおいては同種の事案について一般的には強盜的恐喝罪の成立は否定されており、その際の論拠としては後行行為が共罰的事後行為として評価されたり、ないしは後行行為について先行犯罪の財産損害と同じ被害が重ねて生じているだけであり、そもそも後行行為には独立した財産損害が認められないとされたりしているようである³¹⁾。

本来であれば当該ドイツ裁判例に対する他の評釈等³²⁾も踏まえつつ、当該論点に関して様々な学説を検討した上での分析を行いたかったところであるが、筆者の力量不足から、松宮孝明先生からの質問に対して、「とりあえずこういうことらしいです」という、なんとも物足りない回答にとどまる論考を出さざるを得ないことになった。内心忸怩たる想いがあるが、今後も関連テーマの研究を継続していくことで御容赦頂ければと思う。

【ドイツ刑法の参考条文（事件時である2008年11月当時のもの）】

▼223条 傷害

- (1)他人を身体的に虐待し、またはその健康を害した者は、5年以下の自由刑または罰金刑に処する。
- (2)本条の未遂は可罰的である。

30) これに関しては前掲最決昭和61・11・18刑集40-7-523の谷口正孝意見も参照。

31) この点については林美月子・前掲「窃盗後の二項強盗」立教法学79号13頁以下が既に詳しい検討を行っている。

32) 例えば、Wolfgang Mitsch, Sicherungserpressung oder räuberischer Betrug, HRRS 2012, 181ff; Stefan Grabow, Eine Kritik der Sicherungserpressung auf Grundlage der Rechtsprechung, NStZ 2014, 121ff. など。

▼224条 危険な傷害

(1)傷害を

- 1.毒物もしくはその他の健康を侵害する物質を与えることによって、
- 2.武器もしくはその他の危険な道具を手段として、
- 3.陰險な襲撃を手段として、
- 4.他の関与者と共同して、または
- 5.生命に危険をもたらす扱いを手段として、

実行した者は、6月以上10年以下の自由刑に処し、それほど重大ではない場合においては、3月以上5年以下の自由刑に処する。

(2)本条の未遂は可罰的である。

▼240条 強要

(1)ある人に、暴行により、またはひどい害悪についての脅迫により、違法にある行為、容認、もしくは不作為を強要した者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処する。

(2)努力された目的のための暴行の使用または害悪の脅迫が、非難すべきものとして評価される場合には、当該行為は違法である。

(3)本条の未遂は可罰的である。

(4)特に重大な場合においては、その刑は6月以上5年以下の自由刑とする。特に重大な場合とは、通常次のような場合である、すなわち、行為者が、

- 1.他の人間に性的な行為もしくは婚姻の締結を強要した場合、
 - 2.妊婦に妊娠中絶を強要した場合、または
 - 3.公職者としてのその者の権限もしくはその者の地位を濫用した場合
- である。

▼242条 窃盗

(1)自らまたは第三者に違法に物を領得せしめる意思で、他人の動産を他者から奪取した者は、5年以下の自由刑または罰金刑に処する。

(2)本条の未遂は可罰的である。

▼249条 強盗

(1)人に対する暴行によって、または身体もしくは生命に対する現在の危険による脅迫の使用の下で、自らまたは第三者に違法に物を領得せしめる意思で、他人の動産を他者から奪取した者は、1年以上の自由刑に処する。

(2)それほど重大ではない場合においては、その刑は6月以上5年以下の自由刑とする。

▼250条 重大な強盗

(1) 次のような場合は3年以上の自由刑が科されるものとする、すなわち、

1. 行為者、またはその他の強盗への関与者が

a) 武器もしくはその他の危険な道具を携帯している場合、

b) 暴行もしくは暴行についての脅迫によって他の者の抵抗を阻止する、もしくは克服するために、その他に道具もしくは手段を携帯している場合、

c) 行為によって他の者に重大な健康侵害の危険をもたらした場合、または

2. 行為者が強盗を、強盗または窃盗の継続的実行のために結成された集団の構成員として、他の集団構成員の協力の下に行った場合である。

(2) 行為者、またはその他の強盗への関与者が

1. 当該犯罪行為の際に武器もしくはその他の危険な道具を使用した場合、

2. 本条第1項第2号の場合において武器を携帯している場合、または

3. 他の者に対して、

a) 当該行為に際して身体的に重大に陵辱した、もしくは

b) 当該行為によって死亡の危険をもたらした場合

には、5年以上の自由刑が科されるものとする。

(3) 本条第1項および第2項のそれほど重大ではない場合においては、その刑は1年以上10年以下の自由刑とする。

▼252条 強盗的窃盗

窃盗の際に犯罪の現行を認められて、盗まれた財物の占有を保持するために、人に対して暴行を行い、または身体もしくは生命に対する現在の危険による脅迫を使用した者は、強盗犯と同じく処罰されるものとする。

▼253条 恐喝

(1) 自己または第三者に不当に取得させるために、ある者に対して違法に、暴行によって、または著しい害悪についての脅迫によって、作為行為、黙認または不作為を強要し、そしてそれにより被強要者またはその他の者の財産に不利益を与えた者は、5年以下の自由刑または罰金刑に処する。

(2) 暴行の使用または害悪についての脅迫が、得ようと努力された目的のために非難すべきものとして評価されるべき場合には、その行為は違法である。

(3) 本条の未遂は可罰的である。

(4) 特に重大な場合においては、その刑は1年以上の自由刑とする。特に重大な場合とは、通常、行為者が職業的に、または恐喝の継続的実行のために結成され

た集団の構成員として行動した場合である。

▼255条 強盜的恐喝

恐喝が、人に対する暴行によって、または身体もしくは生命に対する現在の危険による脅迫の使用の下で、行われた場合には、その行為者は強盜犯と同じく処罰されるものとする。

▼263条 詐欺

(1)自己または第三者に違法な財産上の利益を得させる目的で、虚偽の事実を仮構することにより、または真の事実を歪曲もしくは隠蔽することにより、錯誤を起こさせ、またはこれを持続させることで、他人の財産を侵害した者は、5年以下の自由刑または罰金刑に処する。

(2)本条の未遂は可罰的である。

(3)特に重大な場合においては、その刑は6月以上10年以下の自由刑とする。特に重大な場合とは、通常次のような場合である、すなわち、行為者が

1.職業的に、または文書偽造もしくは詐欺の継続的実行のために結成された集団の構成員として行動した場合、

2.大規模な財産損害を生ぜしめた、もしくは詐欺の継続的実行によって多数の人々に財産価値の損害の危険をもたらす意図で行動した場合、

3.他者を経済的困窮へと至らしめた場合、

4.その公職者としての権限もしくは地位を悪用した場合、または

5.行為者もしくは他の者が保険金目的で重要な価値をもつ物を放火した、もしくは放火によって完全にもしくは部分的に破壊した、もしくは船を沈没もしくは座礁させた後で、保険事故を装った場合

である。

(4)243条第2項ならびに247条および248a条は準用される。

(5)263条ないし264条もしくは267条ないし269条による犯罪行為の継続的実行のために結成された集団の構成員として、詐欺を職業的に実行する者は、1年以上10年以下の自由刑で、重大ではない場合には6月以上5年以下の自由刑で、処罰される。

(6)裁判所は、行状監督を命ずることができる(68条第1項)。

(7)行為者が、263条ないし264条もしくは267条ないし269条による犯罪行為の継続的実行のために結成された集団の構成員として行為した場合には、43a条および73d条は適用されるものとする。行為者が職業的に行為していた場合にもまた、73d条は適用されるものとする。