

ドイツ刑法典の「横領罪」に関する予備的一考察： 「判例」の具体的内容と評価

伊藤, 司
九州大学大学院法学研究科助教授

<https://doi.org/10.15017/2172>

出版情報：法政研究. 66 (3), pp.375-413, 1999-12-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

ドイツ刑法典の「横領罪」に関する

予備的一考察

—「判例」の具体的内容と評価

伊藤 司

- 一 はじめに
- 二 「判例」の具体的内容と評価
- 三 おわりに

一 はじめに

本稿は、前六六卷二号に掲載した拙稿「ドイツ刑法典の「横領罪」に関する予備的一考察」(以下、「拙稿」と略称する)の「判例」部分(二二②)について、その具体的内容を紹介し、若干の評価を加えることにより、「拙稿」検討の便宜に供しようとするものである。

二 「判例」の具体的内容と評価

① わたくしの取り上げた判例は以下のものであった。

- a III. Strafsenat. Urt.v. 17. März 1884, RGSt. 10. Bd. (1884) S. 257f.
- b III. Strafsenat. Urt.v. 29. November/3. Dezember 1888, RGSt. 19. Bd. (1889) S. 38f.
- c I. Strafsenat. Urt.v. 6. Juni 1904, RGSt. 37. Bd. (1905) S. 198f.
- d I. Strafsenat. Urt.v. 3. Mai 1915, RGSt. 49. Bd. (1916) S. 194f.
- e II. Strafsenat. Urt.v. 16. September, RGSt. 53. Bd. (1920) S. 302f.
- f I. Strafsenat. Urt.v. 2. Juni 1921, RGSt. 56. Bd. (1922) S. 115f.
- g II. Strafsenat. Urt.v. 23. Juni 1924, RGSt. 58. Bd. (1925) S. 228f.
- h I. Strafsenat. Urt.v. 10. Januar 1933, RGSt. 67. Bd. (1934) S. 70f.
- i 2. Sen.v. 8. Jan. 1934, Juristische Wochenschrift 63.

株 齊
Jahrg. 1934 Heft 8, S. 486f.

・ II. Strafsenat. Urt.v. 22. September 1938, RGSt. 72. Bd. (1939) S. 326f.

・ Urteil des OLG Hamm v. 25.10.51, Juristische Rundschau, Jahrg. 1952, S. 204.

1 2. Strafsenat. Urt.v. 22. April 1952, BGHSt. 2. Bd. (1952) S. 317f.

II 5. Strafsenat. Urt.v. 26. Februar 1953, BGHSt. 4. Bd. (1954) S. 76f.

II 2. Strafsenat. Urt.v. 28. Oktober 1955, BGHSt. 8. Bd. (1956) S. 273f.

o 2. Strafsenat. Urt.v. 13. März 1956, BGHSt. 9. Bd. (1957) S. 90f.

d 2. Strafsenat. Urt.v. 11. März 1959, BGHSt. 13. Bd. (1960) S. 43f.

o 1. Strafsenat. Urt.v. 17. Oktober 1961, BGHSt. 16. Bd. (1962) S. 280f.

1 OLG Schleswig, Urt.v. 13.22.1978, NJW 1979, Heft 17, S. 882f.

s 4. Strafsenat. Urt.v. 9. Dezember 1993, BGHSt. 40.

Bd. (1995) S. 8f.

† BGH, Beschl. v. 27. 9. 1994 - 1 StR 526/94, Strafver-
teidiger 2/95, S. 84.

② これらの判例につき、〈事実関係〉〈理由〉〈評価〉
という順序で掲載することにした。「」内は特に重要
だと思われる直訳部分であり、「」内は原文に「」の
あるものである。

a 〈事実関係〉

刑法典二四二条（窃盗罪）によるB夫人の有罪判決は、
一八八三年六月、Cにおいて、未亡人Bから又はその遺
産相続人たるCの毛皮加工職人Schから、社債を不法領
得の意図で奪い取った、という確認に基づいている（S.
257）。すなわち、被告人Bは未亡人Bの看護人であった
が、死につつあった若しくはすでに死んでいた未亡人と一
緒に居たとき、机の秘密の引き出しから社債を奪取しかつ
自己領得した（weg = und an sich genommen hat）という
ものである。前審は、「秘密の引き出しに隠され第三者の
手から守られていた——権利の荷い手たる被相続人の人格が
跡切れることなく相続人の一身に受け継がれたというフィ
クションによって、未亡人の死とともにSchが即座に社

債の所有者となった、という前提に基づき、二四二条の成立を認めた (S. 258)。

〈理由〉

前審で確認された第二の理由づけ (フィクション) は、普通法上存在しない。普通法に基づき、法律家は、遺品の占有が遺産相続とともに決して遺族に移らないという点で、殆ど一致している (S. 259)。さらに、全問題が、遺品の法的占有 (juristischen Besitzes) の遺族への移行にかからしめられうる訳でもない。「というのは、刑法典二四二条の適用のためには、他人の物が行為の時点において他人の保管 (Gewahrsam) にあるか否か、のみが重要であるが、保管は法的占有と一致せず、物に関する事実上の処分権 (die tatsächliche Verfügungsgewalt) を意味するからである。」。未亡人が行為の時点においてすでに死んでいたらとすれば、彼女はもはや遺品に関する処分権を有していなかった (S. 260)。前審の第二の判決理由が法解釈の誤りに基づいており、かつ判決は、被告人が社債をいかなる他の人から奪取したのかを看取させないとすれば、刑法典二四二条の適用は誤っている (S. 261)。

資料

他方、前審で確認された第一の理由づけについては、被

告人が未亡人の看護人として彼女の存命中彼女の物について保管していなかったという想定は、異論の余地がない。

問題は、未亡人の死後遠い親戚若しくは相続人又は裁判所が保管するに至るまで、被告人が保管していたかがあるが、「被告人がその時まで自己の占有にはなかった社債の自己取得 (Ansichnahme) に際しすでに、その領得 (Zueignung) を意図していたとしても、横領が存在するという想定に対し、本事例においても障害はないであろう。というのは、刑法典は横領の構成要素として、行為者が物を占有若しくは保管していることを提示しているが、その行為者が占有若しくは保管を適法な仕方でも獲得したのでなければならぬということ、そこには含まれていないからである。横領の構成要件は、取得 (Besitzergreifung) が無権限のものであったということによって、排除されない。ただ、取得は他の可罰的な行為の構成要件を根拠づけてはいけず、とりわけ、他の人の保管からの物の奪取 (Entziehung) と結びつけられるものであってはならず、窃盗取得であってはならない。そのような場合ではない場合、—物は何人の占有にもないので—刑法上の評価にとっても、その取得がはじめから物の不法領得に向け

られた意図でなされたか否か、は無関係である (S. 261)。本事例においても、取得はそれ自体としては処罰しえないように思われ、横領が物の売却によってはじめて既遂となったか、又は取得後のその他の行為(物の隠匿、占有の否定等)の形で領得意思が表明されたか否か、は本事例の諸事情から答えられるべき問題にすぎない。従って、窃盗を理由とする有罪判決は法的に誤っているように思われる (S. 262)。

〈評価〉

本件は、社債の所有者を看護人として世話をしておりかつその所有者の死後直ちにその社債がその看護人の占有に移ったとみうる場合に対し、横領罪を適用しようる一事例を示している。所有者から相続人への時間的空白を、法的によるよりも事実に捉えて看護人の占有を認められた点に特徴がある。所有者の死後その占有は認め難くかつ相続人その他の人の占有も否定されると、結局、ごく短時間であったにせよ、占有離脱物となったものに対する横領罪適用の一事例ということになる。条文としては、ドイツ刑法典旧二四六条一項一文(拙稿「一②」)の適用ということになろう(もつとも、判決文は、二四六条「及び二四二

条」を端的に掲げるのみであるが)。本件においては、現実に「領得行為」に出る前に「領得意思」を有していてもかまわないことの理由づけとして、横領罪の「構成要件要素」との関連で理論展開しているのも特徴的である。そして、物の「取得」||占有・保管後、「領得」を示すさらなる「行為」が必要であるという訳である。

b 事実関係

一審認定によれば、被告人がまず第一に乗客から乗車料金を支払い得て、つぎにはじめて乗客に対しすでに使用済みとなっていた乗車券を交付したのか、又は被告人はまず乗車券を交付し、それに応じて乗車料金を支払われて保持したのか否か、確定できなかった (S. 40)。一審は被告人に対し横領有罪を言い渡したが、つぎのような想定に基づくものであった。すなわち、「横領罪は概念上、行為者が違法に自己領得した (sich angeeignet) 他人の物を、この領得前にすでに自己の占有若しくは保管に置いていたということと必要とせず、むしろ、違法な領得が他人の占有若しくは保管からの物の奪取によってではなく行われるということと十分であり、刑法典の二四六条が横領の構成要件要素の確定に際し、『他人の動産』というその客体の表

示に対し『占有若しくは保管に置いている』という補足を付け加えた場合、裁判官は目的要素のような体系的要素を斟酌して、法律の規定をその厳格な法文通りに理解するのではなく、しかるべく解釈しなければならない。しかも、かの文言によつて、領得が他人の占有若しくは保管からの奪取によつてではなく行われる、という消極的な要素だけが表示されるべきであつたという趣旨において。」(S. 38)。

〈理由〉

大審院は、つぎのような理由も一審に付け加えうるであらうと判示した。すなわち、「他人の動産の違法な領得を——この際、被告人の行為が窃盗及び横領に対し、本質的に異なつた刑法上の観点に属するような諸事例は全く別として——無制限に処罰すること、そしてそれゆゑに窃盗及び横領に関する刑法典の諸規定全体が、他人の動産の違法な領得と称される領域を汲み尽くすことになるであろうという形式で表現することが立法上正当化されたであろう」と、さらに、刑法典は二四二条の窃盗概念を、他人の動産を違法に領得する意図で他人から奪取する者がこの犯行の責任を負うという趣旨で規定したものであるからには、他人の動産の他人の占有若しくは保管からの奪取によつてで

はなく行われる違法な領得が横領とみなされるという趣旨で、横領の概念を確立することは、この目的に相応したにすぎないであろうこと。』又、「立法者は『占有若しくは保管に置いている』という文言の受け入れによつて、上述の消極的な要素より以上のものを表現しようとはしなかつたということにつき、現在の二四六条についての法律理由書が多数の箇所において有利な証言をしているように思われること」も、付け加えられる (S. 39)。

「しかし、同じ理由書が他の例えば拾得物横領を論じている箇所においては、反対の見解から出発している。それゆゑに、前審の裁判官も認めているように、本件で問題となつている関係において、理由書からははつきりしたことは得られない。ここから一層、刑法典の二四六条のそれ自体全く明快・明確な文言を顧慮し、並びに、——前提とされなければならぬように——立法者は二四六条で提案された構成要件要素の規範化に際し、その立法者意思に精確に相応する表現を選んだのである、従つて使用された文言が述べていることを制定しようとしたのであるという考慮において、立法者は横領概念の法律上の規定に際し、立法者として恐らく弁明したであろう程遠くまで行こうとはしな

かったのであり、従って、行為者 (Thater) が違法に自己領得した他人の動産を、すでに前もって占有若しくは保管に置いていたのでなければならぬということを、立法者は全き意図をもって横領の積極的な構成要件要素として提案しようとしたのである、ということから出発しなければならぬ。この明快・明確な立法者意思を、裁判官は、—例え理由があつて法律が真の要求に相応していないと称してよいとしても—拘束力ある規範として認めなければならぬし、立法者によって積極的な構成要件要素の提案によって表明された・問題となつてゐる刑法規定の適用のための当該領域の制限を、もつぱら現在のものと遠くまで及んでゐる立法要求から引き出された解釈に基づき踏み越えること、又は当該法律にふさわしくない意味をその法律中に持ち込むことを、裁判官は正当とみなされることはできない。」(SS. 39-40)。

「従つて、大審院は、判断するに至つた多数の比較的初期の法的事例においてすでに、横領の概念のために刑法典二四六条によれば、行為者が違法に領得する他人の動産をすでにその占有若しくは保管に置いていたのでなければならぬということが必要である、ということから出発して

いる」(S. 40)。

上述の一審認定の事実関係によれば、先に乗車料金を得ていた場合、金銭の保管の獲得に続く被告人の領得行為が存在するのに対し、先に乗車券を交付した場合、そのような事後的な領得行為は確認できないので、横領を理由とする被告人の有罪判決は正当とはみなされず、判決は破棄されなければならぬ (S. 40)。しかし、直ちに無罪とはならない。というのは、新たな審理によつて、しかも特に第二の事例につき、乗車料金の受領後、それを違法に自己領得する意思の十分に明快な活動と解されるであろうような被告人の行為が確認される可能性が排除できないように思われるからであり、そして特に、例えば、被告人がここで問題となつてゐる乗客それ自身に交付されなければならぬかつた正しい乗車券を乗車券帳から切り取らなかつた、ないしその乗車券さえもあとの乗客によつて支払われた乗車料金に関する領収書として交付したという事実になる重みが付与されなければならないか、が考量されなければならないであろうし、そして正しい乗車券を乗車券帳からそのように切り取らなかつたことに対し、すでに使用済みとなつてゐた乗車券の交付がどの程度それ自体として

ひとり横領意思の十分な活動とみなされるであろうか、についてと同様であるからである (SS. 40-1)。

〈評価〉

事実関係が必ずしも詳細ではないため、適切な事例提供と言えるか疑問があるが、一審の採用した「大きな修正解釈」(「拙稿」二(1)②・(2)②、三②)の論拠とそれに対する大審院の反論が比較的詳細である。もつとも、正しい乗車券と使用済み乗車券そして料金支払いの前後関係といった事実認定及び微妙な時間関係によって、直ちに無罪となるというのは形式論理にすぎることにもなる。大審院として、「厳格解釈」(「拙稿」二(1)③・(2)②、三②)を前面に掲げながらも、必ずしも常に形式論理として貫徹しないのではないか、という実質的配慮がうかがえるのではないかとあるまいか。

いずれにせよ、「大きな修正解釈」は、刑法のいわゆる断片性の原則(内藤謙『刑法講義総論(上)』(一九六三)五五―六頁参照)を軽視した考え方であるから、その考え方を立法化したと言える改正された二四六条の特に一項は、ドイツ基本法一〇三条二項の特にいわゆる刑罰法規明確性の原則ないし漠然性禁止の原則に反しているのではないかと

とする批判にも連なっているものと言えよう (vgl. Dutte = Fahenschmidt, ZStW 110 (後掲) S. 910f.)。

c 〈事実関係〉

D銀行のZ支店における被告人に対する貸付金の担保目的のために、被告人の依頼により、牧師Bから一〇二〇〇マルクの有価証券を貸与された。Bの有価証券の一部を、被告人は一時上述の銀行に上述の目的のために担保に供したが、のちに取り戻し、その後第三者に売却した(S. 198)。Bの有価証券も同様に銀行に担保に供されていたが、被告人の委託を受けて、銀行によって売却された(SS. 198-9)。

〈理由〉

Bの有価証券の横領を認めたことは法的に疑いはなく、その限り上告は理由がない。上述のように、被告人が有価証券を売却によって自己領得したとき、それは被告人の占有下にあった。

しかし、銀行にまだ担保として保管されているBの有価証券の売却の事例においては、事情を異にする。これら有価証券は、売却の時点において被告人の占有にはなく、

「銀行の占有下にあった。売却は被告人の都合によりなされたものであり、又、被告人には担保に供することしか許されていなかった。その処分は違法であった。しかし、その領得によっては、横領は成立しなかった。」というのは、被告人が有価証券を上述のように処分したとき、それは被告人の占有下にはなかったからである。」(S. 199)。

もともと、民法(民法典八六八条)は、担保者(Verpfänder)をも占有者とみなし、間接占有と称しているが、「この間接占有者は担保に供された物と、横領の犯行に際し行為者の側に置かれていたというような・事実関係(tatsächlichen Beziehung)にはない。」(S. 199)。すなわち、刑罰法規が占有という言葉を使っている場合、それはもっぱら私法上の制度ではなく、さしあたり純粹に事実上の性質のもの(rein tatsächlichen Natur)である。民法上の占有概念の無条件の借用は、立法者の意思に相応しない。物の『所持(Inhaben)』という言葉は、物に関する事実上の支配実行の物理力(das physische Vermögen)・事実上の処分力(Verfügungsgewalt)が存在する場合にのみ、使われる(S. 200)。

〈評価〉

本件は、民法上のいわゆる間接占有の刑法への借用を明確に否定した。その理由付けが比較的詳細である。本件有価証券は被告人に貸与されていた訳であり、それが「委託」とみうるとすると、ドイツ刑法典旧二四六条一項二文(「拙稿」一②)の適用ということになるであろう。もともと、日本刑法では、間接占有でも「占有」を認める傾向にある(内田文昭『刑法各論(第三版)』(一九九六)三六二頁参照)ので、いずれも横領たりうることになろう。

d 〈事実関係〉

被告人Sは、靴とYシャツを着用中逮捕された。靴はフランス兵のものであったがその国庫に属し、Yシャツはバイエルン軍国庫の所有物であった。Sは横領を理由として有罪判決を受け、その上告は棄却された。被告人の妻の兄弟たる共同被告人「は、バイエルン軍とフランス軍の交戦後、多数の衣類及び装備部分を交戦場で拾い、被告人Sの家に仕舞い込み、そこに隠した。」も横領を理由に有罪判決を受けた(S. 195)。

〈理由〉

本件事例の被告人は戦争に参加していなかった民間人で

あるので、普通刑法が適用されるべきものとされた(S. 196)。領得した(sich zueignete)とき、被告人は、当該物が他人の所有物でありかつ無主物ではなかったということを知っていたので、横領を理由とする有罪判決は正当化される。もっとも、被告人が自分で戦場において又は自分の庭において(被告人の主張によれば、靴はフランス軍の撤退に際し、自分の庭に投げ込まれ、彼が拾ったものであるのだが—S. 195)、上述の物品その他を手元に置いておく意図で、自己領得した(an sich genommen hat)ということも、共同被告人L.がこれらの物品を持って来て、S.の家に隠しかつS.にその保管を得させたのちにはじめて、S.が自己領得したということも、いずれも領得行為(Zueignungshandlung)として問題とするところ、第一

資 料

の事例においては、S.はすでに領得の意図で占有を得ており、他方第二の事例においては、物品の使用という手段で領得を決意しかつ実行に移す前にすでに、S.は保管を行っていた、という点で違いがある(SS. 197-8)。法律の文言上は、保管獲得と領得が一致する第一の事例においては、第二の事例においてのみ、横領の構成要件が備わることになるであろう、という上告趣意書中で主張された立

場が、正当化される。「しかしながら、裁判所は、いつ行為者が占有を獲得したかそして保管を適法に獲得したか否か、は重要ではなく、占有獲得が他人の保管からの物品の奪取(Entziehung)によってではなく行われた、ということのみが決定的である、ということを確認している」。従って、いずれにせよ、本件S.の領得は横領として取り扱われる(S. 198)。

〈評価〉

本件大審院判決は、占有離脱物横領罪成立の一事例を示すものである。しかも本判決は、「保管獲得と領得が一致する」ような場合、従って、「小さな修正解釈」(「拙稿」二(1)①・(2)②)によって「占有離脱物横領罪」を成立させることを認めていた訳である。そして、その理由付けとして、窃盗罪との対比で二者択一的に捉えている点に、留意する必要がある。もっとも、ここでも、条文については、旧二四六条(と二四七条)を端的に掲げるのみである。

e 〈事実関係〉

被告人は、薬筒の入った二つの袋を領得したことを理由に、横領有罪の判決を受けた。その袋は、ある乗客が再び拾い上げるつもりで、路面電車から投下したものであった。

被告人は、可能ならばのちに保持しておく意図で、その袋を近くの飲食店の入口に置いた。被告人は一人では自分の住居へ選ぶことができなかったため、通りすがりの労働青年Aに助けを請うた。Aは途中で、一人の若者によって盗品であるその袋を降ろすよう要求されたが、被告人は袋は自分に属する旨を主張した。紛失者と警官がやって来てようやく事実を認めたものの、拾得物保管所へ袋を持っていくようとしていたのだと被告人は偽りを告げた(S. 302, 303)。

〈理由〉

上告理由として、本件は横領ではなく、せいぜい窃盗が成立する事案である旨が主張されたが、棄却された(S. 302)。

というのも、地方裁判所は、被告人がその袋を遺失物であると考えたという申し立てを反論しえないものとして受け入れていたからである。「もともと、横領の領得については、行為者(Täter)が物の占有若しくは保管をすでに得ていたのちにはじめて、行われうる(RGSt.Bd. 19 S. 38 ①b)」。そのことはしかしながら、行為者が「本件被告人がそうであるように——取得に際しすでに不正直な意図を

有していたということを、排除しない。行為者がそのような意図を、同時にせよということではなく——のちにはじめて、行為者がその物をすでに手中にした時点で——領得行為によって表明したということのみが、本質的である。」。すなわち、被告人が一人では運び去ることができなかった袋を、証人Aと一緒に被告人の住居へ運び始めたときにはじめて、領得を実行したのである。そして、やって来た若い男がAに対し袋を降ろすよう要求し、かつ被告人が袋は自己の所有物である旨を断言したとき、被告人はそのように「実行された領得(vollzogene Aneignung)」を『明示的に表明(ausdrücklich bekundet)』したのである。本件の場合、取得と領得(Besitzergreifung und Aneignung)が時間的にズレており、横領の構成要件が存在したことになる(S. 303)。

〈評価〉

本件は、日本刑法の場合、何罪が成立する事例であろうか。路面電車の乗客があとで直ちに回収するつもりであったということであれば、いまだその占有を離脱してはいなかったという評価も可能であろう。しかし、本件被告人は「遺失物」であると考えたというのであるから、「窃盗罪」

では処罰しえないのは明らかであろう（日本刑法典二八条二項参照）。いずれにせよ、本件は、ドイツ刑法典旧二四六条一項一文が適用されるべき事例ということになるであろう（判決文は、例によって二四六条（と二四七条）しか掲げていないが）。

本件は、「取得行為」の時点ですでに「領得意思」を有していたとしても、一旦占有・保管を開始したのち、改めて「領得」とみうる「行為」があれば、「占有離脱物横領罪」が成立する旨判示したもので、現実の事案が理論的整合性をもって説明するのに好都合であったということになるだろう。

f 〈事実関係〉

証人Ka.は、被告人Sch.に対し、荷車一台分のタバコ・チヨコレート及びカカオを、Z.からP.へ運ぶことを委託した。Ka.は鉄道でもって先に行き、P.の橋のところまで、そこで物を再び受け取りかつ占められていない領域へ闇売りするために、約束通りSch.を待ち受けていた。被告人K.と逃亡した共同被告人Ka.は、Sch.がG.を伴って物をP.へ輸送中であるということを知った。彼らは物を着服しかつ自分達のために使う決心をし、車を出

迎いかつG.とSch.に彼らの計画を打ち明けた。彼らは共謀を遂げ、G.はKa.のところに馬で赴き、物が途中で押収されたと欺いた。物はSch.によってK.の操縦で山中でA.へ進められ、そこで売却された。

地方裁判所刑事部は、確立された事実から、Ka.がKu.、Z.及びG.の介入に至るまで、物の占有も保管も放棄しておらず、輸送中も—あらゆる時点において少なくとも大体どこに車が目下いるかを計算しえたので—物を処分する可能性を有した、と結論づけた。従って、窃盗を理由とする被告人K.とG.の有罪判決を、物が車の針路変更の時点でまだKa.の保管下にあった、という点にかからしめた。というのは、その場合のみ、彼に対し保管侵害、従って刑法典二四二条の意味における奪取が可能であったからである（S. 116）。

〈理由〉

破棄差し戻し（S. 115）。

しかし、物がまだKa.の保管下にあったという想定は、事実確認中になんら十分な根拠を見い出さない。Sch.は独立した運送業者であり、物はZ.において、彼所有の荷車を使つての他の場所への運送のために、彼に委ねられた。

従つて、彼はKaと、民法典八五五条が前提としているような種類の依存関係にはなく、発送人と運送人の関係にあり、疑問はあるが物の直接占有を得た。他方、Kaについては、民法典八六八条の意味における間接占有だけが残された。「この間接占有はしかし、刑法上の意味における保管の承認のために十分ではない (RGSt. Bd. 37 S. 198 = ① c; auch Bd. 53 S. 336 [340])」(S. 116)。さらに、占有補助者関係 (Besitzdienerverhältnisses) の存在からも、ただ必ずしもKaの保管の継続が結論づけられうる訳ではないであろう (SS. 116-7)。「刑法上の意味における保管は、特に、物に関する事実関係、事実上の支配関係 (ein tatsächliches Verhältnis, das der tatsächlichen Herrschaft) である。」(S. 117)。

本件事例においては、保管の継続の想定に対し、運送人としてのSch.の上述の地位以外に、さらに、その物がKaの支配力領域内の村落ではなく、遠くの村落へ持ち込まれたという事情が、不利な材料となっている。二つの関係で、本件事例は、大審院の他の事例 (特に、RGSt. Bd. 52 S. 143; Bd. 53 S. 162 fig.; Bd. 54 S. 32) と事案を異にする。

従つて、窃盗を理由とするK.の有罪判決は維持できない。被告人Gについても同様である (S. 117)。

〈評価〉

本件では、運送人の独立性等を理由に、発送人の直接占有が否定された。窃盗罪が成立しない以上、破棄差し戻し後の原審においては、横領罪かあるいは詐欺罪の成立いかんが問われることになるのである。後述のように、hにおいては、詐欺罪と横領罪の両者が成立しうる場合、詐欺罪の成立が認められると判示されている (SS. 77-8)。もつとも、当該事例は理論的には横領罪の成立も認めているから、本件でも横領罪を観念しうるであろう。その場合、旧二四六条一項二文の「委託」——しかも業務上の——があつたものとみうるであろう。

g 〈事実関係〉

Sch.とSt.は、甥であるそのSch.を家に泊めていた主婦の共同殺害を理由に陪審裁判所によって死刑の宣告を受け、かつ婦人の存命中並びにその死後も彼女の物を自己領得した (sich .. angeeignet hatten) ことを理由に、共同窃盗として自由刑に処せられた。窃盗を理由としてSch.を一年の軽懲役に処した際、陪審裁判所は明らかに、婦人

殺害の前に存在した二つの領得行為 (Zueignungshandlungen) は相互にそして殺害後の被殺者の遺品の領得とも連続した関係にあり、全体として刑法典二四二条・四七条により窃盗一罪とみなされなければならない、ということから出発した (S. 228)。

〈理由〉

殺害前の窃盗については問題はない。しかし、遺品の領得については、同様に窃盗が問題となる場合、従って遺品が他人、とりわけ遺族の保管から奪取されたであろう場合にのみ、陪審裁判所の認定は正当といえよう (SS. 228-9)。もっとも、民法によれば、遺品の占有はW.婦人の死とともに問題なく遺族に移った (民法典八五七条)。「これに対し、刑罰法規、とりわけ刑法典二四二条・二四六条の適用に際し、遺品の保管 (Gewahrsam) が問題となる限り、事情を異にする。それゆえに、物の保管保持者の死後、何人かが保管を得たのでない限り、刑法上一般に認められているように、物の保管は存在しない (RGSt. Bd. 10 S. 257 = I v. Bd. 34 S. 252; Bd. 56 S. 23 [24])。従って Sch. と St. が W. 婦人の殺害後、彼女の物を『相続人の保管から』手に入れたということから出発した陪審裁判所は、法

的に誤っている。というのは、婦人はその住居を Sch. とともにのみ共同で使用していたのであり、押し込みに対する恐れから殺害される前の晩に St. にも、自己の保護のために家に泊まるよう誘った、という事実関係が明らかであるからである。まさしく被告人等の計画と、婦人の殺害後彼女の物を『妨害されることなく』自己領得しようという彼等の期待は、この事情に基づいていた。実際、相続人の一人又はその他何人かがやって来て、婦人の所有物に関する彼等の事実支配の獲得を争おうとすることさえなしに、彼等の企ては成功したのであった。「彼等が『妨害されることなく』彼女の住居を『片づける (auszuräumen)』ことに着手し、かつ彼等が携帯するに値すると思われるものすべてを捜し出し持ち去ったことにより、ほかならぬ彼等自身が保管していた物を自己領得したのである。従って、その限り、窃盗ではなく、横領が存在する。」(S. 229)。

〈評価〉

ここでは、前述の a における遺品の民法解釈と見解を異にしているように思われ、従って、刑法解釈の独自性が前面に出されるに至っている。いずれにせよ、ここでも、被

殺者はすでに保管はしておらず、又何人の保管状態にもなかつたとすれば、当該遺品は「占有離脱物」であつたことになり、それを事実上保管していた被告人等が横領したと
いうことになるであろう。従つて、本件も、旧二四六条一項一文が適用される一例ということにならう（判決文中では、前述のように、端的に二四六条を掲げるのみであるが）。

h 〈事実関係〉

被告人W.は、商社B及びCから私人への販売のために装飾品を受け取っていたが、全く少量しか販売できなかった。被告人が商社と貸借関係の清算をすべきとき、完全な金額をそろえることができず、今や何カ月か経過するうち次第に、商社から販売のために受け取ったほとんどあらゆる装飾品を、商人Dの仲介によつて金に替えるに至つた。Lは連続した盗品譲受け等 (fortgesetzter Heherei; 法務大臣官房司法法制調査部編〔宮澤浩一訳〕『ドイツ刑法典』（一九八二）一七二頁以下においては、「犯罪隠匿」と訳されている。）を理由に有罪判決を受け、その上告は棄却された。すなわち、地方裁判所は、一九三二年一月から四月までの期間中W.がLに持ち込んだあらゆる装

飾品に関し、Dの盗品譲受け等罪を認めた。Lは一部は自ら購入し、一部は転売のために保持した。その際、当該判決は、Dの盗品譲受け等に対するW.の先行行為として、横領（及び背任）を認定したが、装飾品の一部たる最も価値の高いものは、主に始めから投げ売りするつもりで、W.が商社から詐取したものと認めた（SS. 71, 72, 75）。

〈理由〉

装飾品の販売へと向けられたLとW.の関係は、一度その販売が開始されかつ最初の部分が売却されたのち、今後も常に要求と機会に応じて装飾品の違法な販売を継続することに關し、少なくとも黙示的に一致していたという態様で、比較的長期間に渡つていた、ということが認められる。確定された事情に基づき、Lに対してはさしあたり、W.によつてなされた横領及び背任の幫助が認められなければならなかつたであろう（W.が詐欺によつて得た部分も含めて）（S. 76）。W.に詐欺が成立する場合、その後の販売行為は『不可罰的事後行為』として横領では処罰されないが、その後の行為も、「商社Bの財産への侵害を前進させかつ強化しそして可罰的な全体行為の一構成要素を形成したので、刑法上の意義を免れなかつたであろう。」（SS. 76

「7」)。しかし本件の場合、W.とL.の間に前述のような同意があったという特殊事情が認められるので、W.が商社より装飾品を受け取った時点で直接の領得 (unmittelbar... zugeignet) と認められ、横領の構成要件を根拠付けうるが、その獲得の性質上詐欺が成立するので、横領として処罰されることはないのである。W.のこの違法な獲得に対し、従って物の領得に対し、「L.は直接にかの同意に基づき共働した (mitgewirkt) ことになるのである。というのも、この同意がW.をして商社に対する不誠実な行為を可能にし又は少なくとも容易にしたからである (SS. 77-8)。従って、ごく一部を除き、L.の全行為がW.の横領及び背任行為への連続した幫助として評価されなければならない (S. 78)。

〈評価〉

事案はいささか複雑であるが、W.について理論上にもせよ「委託物横領」(旧二四六条一項二文) — しかも業務上の — が觀念されうることに疑いはないであろう。又、W.が装飾品を受け取る行為が直ちに「領得」となりうるというのであるから、「小さな修正解釈」が前提となっているものと考えざるをえない(後掲一三二〇頁参照)。

もつとも、本件では、前掲d一九八頁のような理由は付されていない。さらに、詐欺罪と横領罪の両者が成立しうる場合でも、詐欺罪の成立のみを認めると判示している訳である。これに対し、背任罪の成立も併せて認められている点が特徴的である。

i 事実関係

被告人は、その雇主から『粉飾決算』を持ち出され、納品がこの決算に相応して行われたように見せかけ、それで『会社』を錯誤に陥れ、かつなんら請求権をもたなかった額を被告人に対し支払わせるきっかけを作った (SS. 486-7)。

〈理由〉

W.が騙されず、又は騙されたとしても会社の支払いとしてそれによる財産損害の原因とはならなかった場合、被告人は彼に属さない額の金銭を詐欺によってではなく、横領によって得たことになるであろう。「なるほど被告人は、違法な領得の意図を、金をまだ占有若しくは保管に置いていなかった時点ですでに有していた。大審院の初期の判決は、そのような事例において、取得 (Besitzergreifung) 後、行為者の行為が領得の意思 (Aneignungswillen) を

表明しかつそれによりはじめて横領を完全なものとしたか否か、に決定的な重みを置いた (RGSt. 10, 257 = ① a; 22, 306; 53, 302 = ① e)。しかしながら、第一刑事部は RGSt. 49, 194 (= ① d) 中ですでに、いつ行為者が占有を得たかそして彼がそれを適法に得たか否か、は重要ではなく、むしろ、その取得が他人の保管からの対象の奪取 (Entziehung) によつてではなくなされたということのみが決定的である、ということを表明した。この法的見解に、当法廷は Entsch. II 75/27 及び II 749/31 中で賛意を表明した。RGSt. 58, 228 (= ① g) もそのような見解を前提としている。その線から離脱するなんらのきつかけもない。(S. 487 [recht])。

〈評価〉

本誌に掲載された事実関係はごく簡単なため、なぜ詐欺が成立せず横領が成立しうるのか、必ずしも明らかではないが、本誌に付されたヘルムート・マイヤー (Helmut Mayer) 教授・博士(当時)の評釈によると、W. というのは女性の会計係であるらしいこと、被告人は会社内で大きな役割を演じていたこと、従つて W. をして仮想の購入に對し支払いを行わせることができたであろうこと、が指摘

されているとともに、W. がそもそも被告人に對して査定義務を有していたか否か、W. が偽の請求書によつて騙されたのか否か、W. は畏縮して査定義務を怠つたのか否か、又は、W. は被告人の真意を見抜いたが恐れから支払つたのか、若しくはいかなる理由から支払つたのか、といった諸点を、地裁刑事部が確定するのを怠つたため、大審院は二六三条(詐欺罪)による有罪判決を破棄したのであろう、他方、地裁は必要な場合の補助手段として二四六条(横領罪)をも指示していた、旨も指摘されている (S. 486 [links])。又、被告人は将来の購入のため、金を自由裁量的に引き出せたのかもしれない (S. 486 [links-rechts]) と。

いずれにせよ、本件大審院は、事実関係をこれ以上明らかにしなくても、少なくとも横領罪では捕捉しうると考えたことにならう。本罪を補足的・落ち穂拾ひ的犯罪と捉えようとする傾向が顕著である。そして、そのために、「小さな修正解釈」とそれを裏付ける理由付けが確認されている訳である。被告人は大きな力を有していたらしいが、直接金を保管しかつ提供するのを「委託」されていたのは W. であったとすると、被告人自身に對して金が委託され

ていたとまではいえない可能性もあろう。そうだとすると、旧二四六条一項一文の適用にとどまることになる。しかし、業者に手渡すまでの一時的な期間であれ、「委託」されていたと捉える方が妥当だとすると、旧二四六条一項一文の適用で問題はないことになる。日本刑法典の「単純横領罪」(二五二条一項)の場合、この程度の「委託」で十分と解されているのではあるまいか(内田・前掲三六三頁参照)。

j 〈事実関係〉

被告人は共同被害人Nに対し、強盗に襲われたことを装って金を奪取することを提案した。その金は、Nがオートバイを使って金曜日ごとに彼の会社の賃金支払いのために、Aにある銀行の委託でPへ取りに行くことになっていたものである。

両者は次のような方法で計画を実行した。すなわち、被告人は、金を銀行から取って来てまだ渋っているNと、Aの飲食店で落ち合った。そこで被告人はNの飲物に睡眠薬を入れ、Nはそれと知りつつグラスを飲み干し意識を失った。被告人はその後、書類カバンとともに足早に飲食店を去った(S. 327)。

資料

〈理由〉

正当にも、地方裁判所刑事部は、金がNの保管にのみあったということ認めたと。同刑事部はまた、行為者の保管(Gewahrsam des Täters)が刑法典二四六条の構成要件に属するということも、見誤っていない。それにもかかわらず、被告人をもこの規定によって行為者として処罰しようと考えている。「というのは、被告人は、他人の保管の破壊なしに領得(Zueignung)を行ったからであり、刑法典二四六条の目的は、—刑法典二四二条に対し—他人の保管の破壊なしに行われる領得を、刑の下に置く趣旨であるからである。」(S. 327)。

この見解は法的に誤っている。被告人は自分では金の保管を有していなかったもので、行為者にも共同正犯者(Mittäter)にもなりえなかった(RGSt. Bd. 68 S. 90)。刑事部はしかし、被告人が—単なる幫助(Hilfleistung)を越えて—Nによって行われた犯行(Strafat)の教唆(Ausführung)の責任を負うことはないか否か、を検討しなかった(SS. 327-8)。加えて、被告人が刑法典二五九条の盗品譲受け等罪を実現したということがありうるであろう。Nによって直接前もって横領された金を(RGSt. Bd.

67 S. 70, 76 (①h)、明らかに被告人によって認識されたNの同意をもって着服したことにより、この犯行は、横領教唆と併合罪の関係にあるであろう。横領が盗品譲受け等の構成要件中に埋没してしまう特別な諸前提は、本件の横領教唆との関係で存在しないので、この点でも、刑事部は被告人の行為の評価を怠った(SS. 327-8)。

「被告人がNの教唆の責任を負うものと判断される場合、着服(Veruntreuung)を理由とする刑法典二四六条の拡大された量刑範囲(五年以下の軽懲役刑)は、被告人に対し適用できない。というのは、地方裁判所が適切にも認めたとように、金はNにのみ委託されたのであって、被告人にも委託されたのではないからである。」。本法廷は、争われた判決の法の見解を是認する。その見解によれば、金がNに委託されていたという事実は、Nにとって刑法典五〇条の意味における特別な行為事情を意味したのであり、従って、そのような事情が存在しなかった共犯者としての被告人に対し、負責されえない。地裁のこの見解に対し、刑法典五〇条から必然的に生じるこの法律上の結果を、刑法典二条を適用して再び排除し、かつもつと重い量刑範囲によって被告人を処罰することは、許されない。事実確認

は、横領物が委託されていた人のように、ほんの少しでも被告人が金とその所有者の關係に類似した状態にあったということを、明らかにしていない(S. 328)。この事情の下では、着服というもつと重い量刑範囲による処罰が法律—その直接適用は異なった結果となる—の基本思想に相応するということに対し、何の裏付けもない。それゆえに、刑法典二条適用の諸前提は存在しない(SS. 328-9)。

〈評価〉

本件地方裁判所は、他人の占有・保管を侵害したか否かという標識をもって、窃盗罪と横領罪を截然と区別して理解する見解に立脚していたが、この見解は、本件大審院によって否定された。又、「保管」の有無をめぐっての・正犯ないし共同正犯に関する厳格な理解により、せいぜい横領教唆にしかなりえない旨、判示するとともに、刑法典五〇条二項(現行法二八条二項参照)を前提とする「委託」の一身的意思の強調により、「委託物横領罪」の適用も否定した訳である。

日本刑法典の場合、業務上横領罪(二五三条)を教唆した非占有者は、六五条一項・二項の適用により、少なくとも単純横領罪(二五二条一項)の教唆になると解するのが、

通説・判例といえよう。この限り、ドイツ刑法典五〇条二項は、日本刑法典六五条二項と同様な機能を果たしていたと言える訳であるが、条文の構造上、日本刑法典では「通常の刑」たる単純横領罪の刑が問題となるのに対し、ドイツ刑法典では二四六条一項一文の刑の適用が問題とされることになる。

この際、判旨の流れからすると、被告人は横領という犯行の教唆にあたるが二四六条一項二文の刑は適用できない、という趣旨に読める。被告人に対し結論的に一文の刑を適用するのだとしても、Nについては保管者でありかつ受託者でもあったことに変わりはないのである。従って、事例としては、本犯は保管者・受託者であるが、教唆者（ないし共同正犯者）も保管を有しており、後者に対し一文が直接適用される場合も存在したことになる。本件被告人との関係では、Nは保管と委託といういわば二重の身分的關係にあったことから、ドイツ刑法典でも特殊な適用の仕方をせざるをえなかったものといえようか。もともと、「占有・保管」「委託」のそれぞれを概念として比較的厳密に捉えているドイツ刑法典と、「占有」概念を「委託」とほぼ同旨と捉え、さらに「業務」概念を問題としなければなら

ない日本刑法典とでは、概念の形式的な対応関係においてズレがあったことは念頭に置いておかねばなるまい。

k 〈事実関係〉

警察の捜索により、被告人宅からまだ値札の付いた新品の時計が発見された。参審裁判所は窃盗を認め、地方裁判所刑事部は横領を認めた。その際、地裁は、被告人は時計を拾得していたが、その時計はその後三日ですでに被告人宅から発見されたと認定した(S. 204 [links])。

〈理由〉

地裁の確定は横領を正当化しないので、被告人の上告は理由がある(S. 204 [links])。

「今や、横領(拾得物横領 Fundunterschlagung)については、領得意図の活動(Betätigung der Zueignungssabsicht)が外部的に認識しうる形で出現したのでなければならぬ。すなわち、さらに領得行為(Aneignungsakt)が付加わらなければならない(RGSt. 4, 405; v. Liszt-Schmidt S. 639; Schönke iv 3 zu § 246)。単なる不届出(民法典九六五条二項)、従って純粋な不作為においては、そのような領得行為(Aneignungshandlung)は通常見い出されえない。拾得者が物を使用し、隠匿し、変化させ、

意のままにする場合、又は権利者に対しその所有を否定し若しくは権利者に対し自らを所有者であると称した場合は、異なる。」(S.204 [links-rechts])。

時計は買ったのだという警察に対する被告人の自己弁護の主張は、領得 (Aneignung) とはみなされえなかった (OLG Frankfurt SJZ 47, 676)。被告人が時計を三日前から手元に置いており (bei sich trug) かつ彼の妻に対し「拾得」について何も言っていなかったという単なる事実には、認識しうる領得活動 (Zueignungsbetätigung) として十分ではない。破棄差し戻し (S. 204 [rechts])。

〈評価〉

本件は、いかなる行為があれば横領罪の「領得」とみなされるか、という困難かつ微妙な論点を提示してくれている。いずれにせよ、本件も、拾得物横領の一事例と言っさしつかえないであろうが、破棄差し戻し後の事実認定いかによっては、窃盗罪又は盗品譲受け等罪の成立の可能性も否定されていない (S. 204 [rechts])。

1 〈事実関係〉

共同被告人Aは、運送及び倉庫会社の労働者として、新聞の発行所への新聞巻紙の運送に際し、幾度かあらゆる

巻紙を引き渡さず、一個若しくはそれ以上車中に取り残して置き、全部で一〇ないし一五個を商人に売却した。被告人M.とB.は、引き渡されるべき巻紙の完全な受領を確認することにより、Aの行動を可能にしかつAから分け前を得た (S. 317)。

〈理由〉

地方裁判所刑事部は、M.とB.が意識的かつ意欲的な共働 (Zusammenwirken) において、他人の所有物でありかつE.の保管にあった巻紙を売却することにより違法に領得したことを理由に、E.ともに行われた共同の横領の成立を認めた。この点、E.に対し巻紙の単独保管 (Allein-gewahrsam) と、所有者のように物を意のままにする (über die Sachen zu verfügen) 意思を表明し実行に移したということ (RGSt 67, 70 = ①h) を認めたことに法的誤りはないが、M.又はB.に対し運送中の巻紙の占有若しくは保管を認めた事実関係が説明されていない。「奪った物 (weggenommenen Sache) について固有の (eigenen) 占有若しくは保管を有している者だけが、横領の共同正犯者 (Mittäter) たりうる」。大審院は一貫して、刑法典二四六条の構成要件要素としてこの「人的関係 (persönlichen

Beziehung)」に固執してきた (RGSt 19, 38 =①a; 53, 302 =①e; 68, 90; 72, 326 =①f; OGH1, 253, 256)。

この法の見解に対し、学説や一部判決においても異議が唱えられている。立法者は、『占有若しくは保管に置いている』という文言によって、行為者がその物を他人の保管からの奪取 (Entziehung) によってではなく、従って窃盗の手段をもってではなく領得したということだけを、表現しようとしたのである。すなわち、窃盗以外のあらゆる違法な領得を把握しようとしたのであるが、不正確にも否定形の代わりに肯定形でその意図を表現してしまったのである。従って、刑典二四六条は、『他人が占有若しくは保管に置いていない』他人の物の奪取 (Wegnahme) をすることを意欲するという趣旨に、『修正的に』解釈されなければならないと (Binding, Lehrbuch 2. Aufl. bes. Teil I S. 275; Mezger, Deutsches Strafrecht 2. Teil zu § 246 und Grundriß 2. Aufl S 250; LK 7. Aufl § 246 II 2, VI mit Nachweis; Busch SJZ 1950 S 359) (SS.318-9)。

しかし、この異議には与しえない。そのような条文の方が他人の動産の違法な領得の論じ尽くされた規律と言えるかもしれないし、窃盗と横領の概念をもっと良く画するこ

とになったかもしれない。しかしながら、法文上、このような主張が表現された訳ではないし、「法文は、横領の構成要件が不可欠の要素として行為者の占有若しくは保管を必要とすることを、明白かつ明確に表現しているのである」。法律の理由付け (Verh. des Reichstags zum Nord-deutschen Bund 1870 zu § 241) によっても、横領は窃盗構成要件によって把握されない他人の物のあらゆる領得を捕捉すべきものである、旨を立法者が表現しようとしたということとは、認識できず (RGSt 19, 38 =①b)、むしろ保管の獲得後、領得の意図 (Absicht der Aneignung) が現われた場合にはじめて、拾得物横領を認めようとしたということが、推察できる。裁判官は、明白かつ明確な・少なくとも立法者の意思に矛盾してはいない法文に反し、法律上の構成要件を『修正する』権限はもたない。まして被告人に不利益な場合においてをや (Olshausen 12. Aufl § 246 Anm 6a; Frank 18. Aufl II 3; Mühlmann-Bommel Anm 4; Meyer JW 34 S. 486)。¹²³⁹ 新刑法典草案のための公式刑法委員会報告書 (一九三六) も、現在の法文が行為者の保管を要件としており、欠缺補充のために修正されなければならない、ということから出発している (Gürtner, Das

kommende deutsche Strafrecht bes. Teil 2. Aufl 1936 S. 489; Entwurf zum neuen Strafgesetzbuch nach dem Stand vom 1. Juli 1936, § 467) (S. 319)。

判決はなるほど二・三の事例において、保管の獲得と領得 (die Erlangung des Gewahrsams und die Zueignung) が一致することと十分とみなした (RGSt 49, 194 = ①P; 67, 70 = ①d; JW 34, 486 = ①一)。学説は一部この見解に与して (Binding aO; LK Anm II und VI mit Nachweis) が、いずれにせよ、本件事例においては、被告人 M. 又は B. は決して保管を獲得したことはないので、この法の見解は未決定でよい (SS. 319-20)。

「保管の欠如は、多数の関与者が彼等の活動を彼等によって共に意欲されかつ追求された目標へと一にしたということによって、補えない。関与者の一人のみが占有若しくは保管を持ち、かつあらゆる共同正犯者が共同の領得のために共働した (mitwirken) 場合にも、共同正犯性 (Mittäterschaft) のために十分とは言えない (RG Recht 1929 Nr 1126 における共同正犯性概念との関連で、Bay ObLG GoldArch 74, 312; OLG Bremen SJZ 50, 357)。この (共同正犯性を容認する—伊藤注) 見解は、所為の実行

(Ausführung der Tat) が問題になる限りでのみ、共同正犯者の所為への関与 (Tatbeteiligungen der Mittäter) が補われうるというところを、看過している。各人が御自ら (in eigener Person) 犯行の構成要件を実現しうる、というところが不可欠である。行為者と行為の客体のある特定の関係が構成要件要素である場合は、御自ら実現しえない。構成要件を一人でも実現しうる者、従って共同占有若しくは共同保管を有する者だけが、横領について共同正犯者たりうる (Busch SJZ 1950 S 360; RGSt 72, 326 及び BayObLG の決定を拒絶して ID1441/32 一九三三年一月二七日判決; OGH 1, 253, 259)。」

従って、共同正犯を理由とする被害者 M. 又は B. の有罪判決は問題にならず、教唆又は幫助のみが成立しうる (S. 320)。

〈評価〉

本判決は、被告人 M. 又は B. が保管を有していなかったことを理由に、「小さな修正解釈」の解釈問題を回避しているが、横領罪の「占有・保管」という構成要件要素を無視しうるとした場合、例え「共同正犯」が成立しないとしても、いわゆる同時犯の成立が考えられる訳であるから、

論理的には横領罪の「正犯」成立の解釈上の前提問題とみなしうるのである。従って、本判決においては、加えて「共同正犯」についての独自の論理が前提となつていることは明らかである (auch vgl. RGSt. 68 Bd. [1934] S. 90)。このように、必ずしも横領の構成要件要素の解釈問題だけにとどまらず、共同正犯の捉え方が相俟て、横領罪の共同正犯の成立を不当に狭めているという批判が成り立っていると思われるが、互いに助け合い補い合つて犯罪を共働実行した場合「共同正犯」を認めようという・「一部実行全体責任」の観点(日本刑法典六〇条。内田文昭『改訂刑法 I (総論) [補正版]』(一九九七)二五九頁参照)からすると、日本刑法では、六五条一項が存在する点からも、「共同正犯」の成立を認めることは可能であるように思われる(この点、拙稿「身分犯の意義と根拠」阿部純二ほか編著『刑法基本講座第2巻』(一九九四)三四頁参照。これに対し、共同正犯と狭義の共犯の違いを強調することによって「共同正犯」の成立を否定し、あるいは、特別義務違反の観点から身分犯の共犯の原則を六五条二項であるとし、一項はその例外にすぎないとして、「共同正犯」の成立を否定する見解も、近時有力に唱えられている。刑法雑

誌三八卷一号(一九九八)五八頁以下掲記の諸論稿、特に神山敏雄・松生光正・松宮孝明論文参照)。

いずれにせよ、本判決も「二四六条」について論じているので、本件事例が旧二四六条一項の一文と二文のいずれにあたりと捉えているか判文上からは明らかではないが、^四に巻紙が「委託」されていたとすると二文に当たり、しかも「業務上」の委託であったということにもなる。m 〈事実関係〉

戦争の終了に際し、帝国銀行の振替有価証券寄託所(Girosammeldepot)に、大量の有価証券、特に株券が貯蔵されていた。ロシアの占領軍当局(Besatzungsmacht)は、銀行金庫室を押えさせた。その際、多数の帝国銀行官吏及び職員そして帝国銀行評議員(Reichsbankrat) R.と職員 O.も、そのような有価証券を手に入れたが、ロシア将校首脳部はそれに同意した(S. 76)。R.とO.は被告人に対し、額面総額一〇〇万円以上の帝国マルクの有価証券を譲渡し(SS. 76-7)、被告人はその大部分を売却した。地方裁判所刑事部は営業的な盗品譲受け等罪(gewerbsmäßige Hehlerei)を認めた(S. 77)。

〈理由〉

被告人の上告は理由がある。

地方裁判所が被告人の盗品譲受け等に対する先行行為として、RとOによって行われた窃盗をあげているのは、不当である。ロシア兵及びその将校首脳部が単独保管保持者 (alleinige Inhaber des Gewahrsams) として、奪取に同意したからである。

盗品譲受け等の先行行為として、従ってここでは、横領のみが考慮に値することになろう。「RとOがさしあたりまだなんら有価証券の保管を有しておらず、有価証券を自己領得する (sich...zuzueignen) 意図においてはじめて保管を持ったということは、横領を認めることと対立しないであろう。」(S.77)。

しかしながら、RとOの故意が、有価証券が彼等にとって他人の物であるという点に及んでいたか否か、が問題である。地裁はその点を明示的に確定しておらず、判決理由の脈絡からもそのような確定は引き出せない (S.77f.)。又、被告人自身もRとOの故意に関しいかなる観念を有していたか、が確定されなければならないであろう (S.79)。

〈評価〉

本件RとOが「領得」前に有価証券を「保管」していなかったか、疑問の余地なしとしないであろうが、たとえ保管していなかったとしても、「小さな修正解釈」に立脚しうる旨を判示したものである。しかし、他の理由から上告理由ありとされたのであるから、この部分は厳密には傍論にとどまろう。

本件では、一旦ロシア軍の手に渡った有価証券が問題となっており、当時の状況として、「占領軍当局の領得権 (Aneignungsrecht)」という観念が通用していたことが指摘され、従って、RとOが、ロシア兵から所有権を委ねられ又はロシア兵が領得後有価証券を放棄した、と信じたことも考えられる旨判示されており、又現実にもベルリンにおいては当局がそのような法適用を行っていたことが指摘されており (S.77)、そうなると当時の状況としては、せいぜい「占有離脱物」として取り扱われる程度のものであったということになりそうである。そうだとすると、旧二四六条一項一文の適用問題ということになろう。

n 〈事実関係〉

被告人は三つのカトリック教会の教会経理者 (Ren-

dant)であった。共同被告人は一九四八年以降、教会内で官吏として働き、帳簿を付けかつ金を保管していた。一九五〇年始め以降、共同被告人一人が金庫の鍵を持っていた。

一九四八年四月一七日、被告人は、教区の通帳から二二三三・九五ドイツ・マルクを下ろし、自分のためにその金を使った。その引き出したことを被告人は、翌月及び翌年の決算において、偽造記帳によって隠蔽した。一九四九年春以降、被告人はさらに、共同被告人をして断続的に金庫内の教会金から現金を自己使用目的で引き出させたが、その金は結局月々五〇から二〇〇マルクに上った。一九五〇年九月以降、被告人はこの金が管理していた教区の資産から来ていたということを知った。それにもかかわらず、被告人はその後も、さらに約三―四〇〇〇マルクを借り出した。共同被告人も、一九四九年秋以降、教会金を自己領得し始め、全部で一八―二〇〇〇〇マルクに上った。

地方裁判所は、被告人が着服された金銭の単独保管保持者であったということ認め、連続した重大な官物横領 (schwerer Amtsunterschlagung) と背任の観念的競合を理由に、有罪判決を言い渡し、共同被告人に対しても、被

告人の横領幫助・窃盗及び文書偽造を理由に、有罪判決を言い渡した (S. 274)。

〈理由〉

被告人が横領金銭の単独保管を有していたという認定は正しくないが、重大な官物横領と背任を認めた判断に誤りはなく (SS. 274, 276)。すなわち、経営者又は上司 (Geschäftsinhaber oder Vorgesetzte) は指令権 (Weisungsrecht) は持つが、出納係だけが金庫の鍵を持つ場合、直ちに共同保管しているとは言えない (RG HRR 1929, Nr. 2149; RG HRR 1935, Nr. 765) (S.275)。しかし本件の場合、事務所には被告人・共同被告人の両名しかおらず、被告人の影響可能性は日中においては非常に強かったため、金庫についての両被告人の共同保管を認めるのが正当である (SS. 275-6)。

もっとも、一九四八年八月一七日の横領については、被告人一人によってかつ共同被告人が金庫の鍵を持っていなかった時点で行われたものであるため、他人の保管侵害なしの貯金通帳の自己領得と言える。一九五〇年秋以降、被告人は金の意義を知りつつ故意に行動し始め、かつ共同保管保持者両名は領得に際し協力した。「なるほど判決によ

れば、行為者の保管、しかも単独保管が横領の構成要件に属する。というのは、共同保管の侵害はすでに窃盗であるからである (RGSt 68, 90; 72, 326 = ①.; BGHSt 2, 317 = ①)。しかし、共同保管において、領得があらゆる保管保持者の協力下で行われる場合、共同保管の侵害は存在しない。そのような事例においては、共同保管保持者も横領となりうる。その際、第二の共同保管保持者がその共同保管を指令に基づき自由意思で放棄したか又は可罰的な仕方領得に関与したか否か、は無関係である (RG Gold Arch 45, 431; OGHSt 1, 253/258)。一方の共同保管保持者が正犯の故意を以て行為し、他方 (本件での共同被告人のように) が幫助の故意を以て行為をしたか否か、も重要ではない。いずれにせよ、両共同保管保持者がともに他人の共同保管の侵害なしに、物の領得を一人の共同保管保持者を通じて惹き起こしたからである。連邦通常裁判所もこのような事例において横領を認めた (ISHR 312/53 vom 12. März 1954)。(S. 276)。

法的に適切にも地裁は、被告人を刑法上の意味における官吏としても取り扱った (S. 276)。被告人は国家の監視下で教会財産を管理していたのであり、それにより刑法典

三五九条の官吏 (Beamter) であった (S. 279)。従って、刑法典三五一条の加重要素は誤りなく確認された (S. 278)。

〈評価〉

本件では、被告人・共同被告人が教会の財産を共同保管していたというのであり、かつ「委託」もあつたとすると、旧二四六条一項二文の適用ということになりそうであるが、その後削除された三五〇・三五一条が、「官吏」が「職務上 (in amtlicher Eigenschaft) 受領し若しくは保管している金銭若しくはその他の物を横領し」た場合 (三五〇条)、あるいは「官吏が横領に関し、収入若しくは支出の記帳のための若しくは管理のための計算書・記録簿若しくは帳簿を不正に付け・偽造し若しくは隠蔽し、又はこれら計算書・記録簿若しくは帳簿から不正な決算若しくは計算書を又はそれらについての不正な証明資料を提出す」といった手段を用い、又は「容器・袋若しくは小包に対し金銭内容が虚偽に表示された」場合 (以上、三五一条) について、「単純官物横領」「重大な官物横領」という名称で、いずれも「横領罪」(二四六条) より重刑を定めており、本件被告人については「偽造記帳」といった行為がみられたこと

から、「重大な官物横領」の適用が認められた訳である。すなわち、削除前の法ピラミッドとしては、単純（占有離脱物）横領・委託物横領・業務上横領の特殊類型としての単純官物横領・さらにその加重類型たる重大な官物横領といった形になっていたことになる。そして本件はさらに、共同保管者と横領罪・窃盗罪の関係についても明らかにしてくれている訳である。

○ 〈事実関係〉

被告人はギャンブルの金を得るために貸付金を詐取した。被告人は事実上反し、有望な仕事の締結のために金を使うが、時間が遅いため金を銀行から下ろせないのだ、と申し立てた（S. 90）。翌日と約束された返却に至るまで、被告人は、自称自己所有であるが、実際は貸借していた乗用自動車を手当に供した。被告人は、累犯詐欺と自動車の加重横領（erschwerter Unterschlagung）の観念的競合を理由に、有罪判決を言い渡された（SS. 90-1）。

〈理由〉

正当にも地方裁判所は、貸主が、善意によって得られた担保権の行使に際し、取得の際の重過失という当然の異議にさらされたことを、特に指摘している。しかし例え担保

権の法的有効性がのちに判明したとしても、その担保権は財産処分時点での、貸主が得たいと思った経済的価値を有していなかった（vgl. BGHSt 3, 370）。

加重横領を理由とする有罪判決も、法的に疑いはない。地裁刑事部の見解は大審院の一貫した判決に相応している。「それによれば、刑法典二四六条の意味における『委託（Anvertrautsein）』とは、物に関する支配力が認容者の意向においてのみ（nur im Sinne des Einräumenden）行使されるであろうと信頼して、占有若しくは保管が容認されるということに他ならない。このためには、占有若しくは保管が、物を返却し若しくは一定の目的のために使用する義務を伴う法律行為により（kraft eines Rechtsgeschäfts）得られた、ということも十分である（vgl. RGSt 4, 386; 6, 117; 29, 239; 40, 223）」（S. 91）。本法廷は、この判決から離れ、加重横領の構成要件を、特に契約関係（die vertraglichen Beziehungen）を越えた信頼関係（Treueverhältnis）が前提とされる背任のそれに合わせるきっかけをみない。従って、例えば貸借された物も、その契約関係がさらに付加的な要素を示さなければならぬということなしに、刑法典二四六条の意味において委託され

資料
ていることになる (SS. 91-2)。

〈評価〉

本件では、貸付金自体に対する詐欺罪と担保に供された自動車の加重横領罪が認められている訳であるが、前者は貸主に対するものであり、後者は自動車の所有者に対するものという違いがあるから、理論上別個の犯罪の成立を前提とすることに異論は少ないであろう。又、「委託」についての定義が確認されるとともに、背任との違いが明らかにされている点が、注目に値する。

P 〈事実関係〉

被告人は、通りに置いてありかつこじ開けられていた乗用自動車を見つけ、すでに所有者から盗まれていたこの車でドライブをし、その後適当な場所に放置することに決めた。ドライブの帰り、警察パトロールの追跡により裏通りへ逃走しそこに車を放置したところで、逮捕された (S. 43)。

〈理由〉

本件事例は、当該車が窃盗によってすでに所有者の保管から奪い取られていたということによって、通常の自動車盗取 (Autoentwendungen) から区別される、ということ

が上告趣意に対し付け加えられなければならない (S. 43)。しかしながら、「一貫した判決によれば、自動車があつた場所から奪い去り、ドライブのために使用し、故意に他の場所に放置しかつ適法な占有者が取り戻すか否か、いつ取り戻すかを偶然に委ねる者は、当該車を領得したことになる (vgl. BGH NJW 1953, 1880)」。そのような行動をする者は、単なる使用を越えており、支配権を行使したからであり、行為者がその物を永続的に手元に置いておこうとすることは、領得の概念に属さない。「先行する違法な侵害によってすでに、保管が所有者から奪い去られていたという事実は、そのことを何も変化させはしない」。この事情は、本件のように何人も自動車の保管を有していなかった場合、当該盗取を窃盗ではなく横領にするにとどまり、行為者の領得意図を通常の事例におけるとは異なつた観点に従つて評価するきっかけを与えるものではない。本件事例は、窃盗犯人が保管を再び失い若しくは放棄した物についてもなされうる拾得物横領と全く同様である。横領を理由とする被告人の有罪判決は、法的根拠から異議を唱えられない (S. 44)。

〈評価〉

本件は占有離脱物横領罪成立の一事例を示すものである。所有者の保管から直接離脱した場合であれ、一旦窃盗の対象となりその後占有を離脱した場合であれ、行為の時点において占有を離脱していた物は窃盗罪ではなく、占有離脱物横領罪が成立する旨を示したものと言えよう。又、本件においても、行為の時点では行為者はまだ占有・保管を有していなかった訳であるから、「小さな修正解釈」が前提となつているものと言わざるをえまい。

q 〈事実関係及び理由〉

加重横領を理由とする有罪判決は維持される。

被告人がSch.商会をして自己の経済的信用性に関し欺き、それによって所有権留保の下での分割払いでの家具売却を行う気にさせたとき、被告人は確定された事実によれば、家具を購入契約の諸条件に相応して使用する意図を有しており、かつそれを契約違反で使用するつもりはなかった。売主の所有権を尊重する意思を有していた限り、被告人は家具を他主占有者 (Fremdbesitzer) として保持しており (RG JW 1906, 760 Nr. 32; RGZ 95, 105, 107) 自分を自己領得してはいなかった (eignete sie sich nicht zu.)。

資料

被告人のこの詐害行為によって惹起された売主の損害は、

占有の引き渡し及び家具の使用によつてもたらされた価値減少のために、その売主の予想に反し経済的信用力のない債務者に対する債権しか得られなかった、という点にあった。被告人が家具の売却を決心したとき、もはや売主の所有権を認めず、他人の物に関する単純かつ無制限支配の新たな進んだ意思を表明した。所有者を排除して、被告人は家具についての自主占有 (Eigenbesitz) を創設し、そのような形で家具をはじめて自己領得した (S. 281)。この領得 (Zueignung) によつて被告人は、詐欺によつて惹起された売主の損害に、従来侵害されていなかった所有権の侵害を通じたさらなる損害を加えた。それゆえに、地方裁判所刑事部は、家具の売却に対し法的誤りなしに、先行する詐欺に後行する独立した横領をみたのである (SS. 281-2)。

「委託されている物とは、認容者の意向においてのみ物に関する支配権を行為者が行使するであろうと信頼して、その行為者に対し占有若しくは保管が容認された物である。このためには、物を返却し若しくは一定の目的のために使用するという義務を伴う法律行為により、占有若しくは保

管を得た、ということと十分である (RGSt 4, 386; 6, 117; 29, 238, 239; 40, 222, 223; BGHSt 9, 90 = (10)」。これらの諸前提が本件では存在している。所有権留保の下での売却に際し行われた当事者の取り決めによれば、売主は被告人に対し即座の利用のために家具を委ねたが、購入価格に関する売主の債権が完全に履行されるまでその債権を確保するため、被告人がその支払い義務を履行しなかった場合いつでも物を取り戻すことができるように、物の所有権が留保された。この取り決められた契約目的を被告人は、購入価格支払い前に某人にその家具を売却したことにより、無に帰せしめた (S. 282)。

〈評価〉

本件では、先行する詐欺罪に吸収しきれない横領行為があった場合、別個独立に横領罪が成立しうる一例を示している。

もつとも、同一の家具に関する事件であるから、明確に犯意が実現されかつ所有権侵害たる後行する横領一罪を認めておけば十分ということも考えられるが、また他方債権侵害とはいえ詐欺罪が先にすでに成立しており、横領行為は詐欺を最終的に完成させるに至った行為であり、詐欺の

一部として評価・包含しうる不可罰的事後行為であるという構成も考えられ (本件では「加重横領」の成立が認められているため同じ刑になるが、「単純横領」だと詐欺罪の方が重くなる)、従って、債権と所有権の違い、そして新たな犯意・行為によってさらなる損害を与えている点に着目すると、理論的には本件判決の判示の通りにもなりうるであろう。

さらに本件でも、「委託(物)」の定義が確認され、かつ具体的適用がなされている訳である。

r 〈事実関係〉

宝石商たる被告人は、四つのダイヤモンドの販売を引き受けた。宝石は一九七六年八月始め、被告人によって第三者にさらに委託された。二つのダイヤモンドを被告人は『のちに (später)』、委託から取り戻したが、ある貸付金に対する保証のために (zur Sicherheit für ein Darlehen) これを再委託した。

地方裁判所刑事部は、『まだ占有中であった又は以前占有していた』た („noch oder früher in seinem Besitz“ hatte) 四つのダイヤモンドを自己領得したことを理由に、被告人を刑法典二四六条の着服横領に当たるとして、有罪

判決を言い渡した (S. 882 [rechts])。

〈理由〉

破棄差戻 (SS. 882 [rechts], 883 [rechts])。

刑法典二四六条の構成要件要素たる「占有」「保管」概念の意義については、物に関する事実支配に他ならないが、他の領得犯罪に対するその限界付け機能については、争いがある (SS. 882 [rechts]-883 [links])。いわゆる厳格解釈は、行為者が他人の物を領得行為の前にすでに保管していた、と認らることを要求する (vgl. z.B. Samson, in: SK-StGB II, § 246 Rdnrn. 7 und 23; BGHSt, 2, 317 [319] = NJW 1952 796 = ①)。いわゆる小さな修正解釈は、行為者が領得と同時に保管を得る場合で十分とする (vgl. z. B. Dreher-Tröndle, § 246 Rdnr. 10; Lackner, § 246 Anm. 3; BGHSt 4, 76 [77] = NJW 1953, 794 = ②E; BGH, LM § 246 StGB Nrn. 2 und 3; RGSt 49, 194 [197] = ②F)。いわゆる大きな修正解釈によれば、結局行為者の保管は決してもはや重要ではない。というのは、横領は領得の基本構成要件 (Grundtatbestand) であり、領得が奪取によつてではなく、従つて窃盜の形態においてではなくなされる場合にす

資 料
でに、常に存在するからである (vgl. z. B. Eser, in:

Schönke-Schröder, § 246 Rdnr. 1; L. Heimann = Trosien, in: LK, § 246 StGB Rdnr. 15; Maurach-Schroeder, Strafr BT, 6. Aufl., § 351A 1, S. 313, 314)。

従つて、行為者の単なる間接占有 (Bloßen mittelbaren Besitz des Täters) で十分とするのは、大きな修正解釈だけである。「しかしながら、この解釈は、刑法典二四六条の現在の条文と一致しない」。一九六二年の理由付き刑法典政府草案 (E 1962-BT-Dr 4/650, S. 408, 409) は、大刑法委員会の決定 (vgl. 60. Sitzung am 8. 1. 1958 VI, S. 52ff.) に従ひ、行為者が物を占有若しくは保管に置いてゐる、という要素を完全に放棄しようとした。しかしこれにより、「あらゆる領得犯行の包括的な基本構成要件が作り出されるといふのではなく、例えば窃盜・強盜等々の構成要件のような他の独自の構成要件にならない場合に介入する・一補充的な一受け皿構成要件 (Auffangtatbestand) が作り出されるべきものとされている」。しかし、その後の一九七三年五月一〇日刑法典施行法政府草案 (BT-Dr 7/550)、一九七三年一月二六日刑法改正特別委員会提案 (BT-Dr 7/1232)、一九七三年一月二七日刑法改正特別委員会第一報告 (BT-Dr 7/1261) においては、

一九六二年草案の提案はもはや取り上げられていない。

以上の経緯から、立法者は、行為者が民法上の意味における間接占有者にすぎない事例において、可罰性の欠如がありうることを認識しながら、その欠缺を補充しようとしなかった、ということになろう (S. 883 [links])。横領を理由とする処罰は、行為者が領得行為の時点において民法の意味における単なる間接占有を越えて、同時に一般的な保管標識の意味における保管 (Gewahrsam im Sinne der allgemeinen Gewahrsamskriterien) をも有している場合に、可能ということになる (vgl. Eser, in: Schönke-Schöder, § 246 Rdnr. 8; Dreher-Tröndle, § 246 Rdnr. 9; Samson, in: SKStGB II § 246 Rdnr. 5; Lackner, § 246 Anm. 3; RG, JW 1937, 1334; RG, JR 1926, Nr. 527 Sp. 433)。争いとなった判決は、これについての明示的な確定を含んでいない。従来の確定に基づき、(着服)横領を理由とする有罪判決は維持できない。詐欺(未遂)を理由とする有罪判決への修正も可能ではない (S. 883 [rechts])。

〈評価〉

本件上級地方裁判所はいわゆる厳格解釈の立場から、二者択一的な認定で横領罪の成立を認めた地方裁判所の判断

を破棄・差し戻した訳である。事例自体としては、販売「委託」ということであろうから、旧二四六条一項二文の適用ということになるであろう。

宝石商が行為の時点で宝石を占有・保管していたか否かという比較的偶然的な事情に基づき、本罪の成否が決せられることに対する不均衡感が存することは否めないが、罪刑法定主義及び「疑わしきは被告人の利益に」の原則を前提とする限り、本上級地裁の判断の方が妥当であったということになるであろう。本事例の詳細は不明であるが、被告人は支払いのために少なくとも二通の小切手を委託者に与えるとともに、一九七六年九月一六日(この日に被告人は四つのダイヤを自己領得した、と地裁によって認定されている)のちの民事訴訟においてよりよい立証地位を得るために、委託者に対し空の価格表記小型小包 (Wertpackchen) を送ったとも地裁によって認定されており (S. 882 [rechts])、被告人本人としてはすでに支払いが済んだと考えたのかもしれない。いずれにせよ、もう少し詳細な事実認定が必要であったということであろう。

しかしながら、前述のような不均衡感を前提にすると、「占有・保管」概念を厳密に捉えるドイツ刑法においては、

いわゆる間接占有の場合も処罰できるように改正すべしという立法動機となったことは、想像に難くあるまい。

s 〈事実関係〉

被告人等は、かつてのDDRの国家公安省の幹部職員 (Offiziere des Ministeriums für Staatssicherheit (Mfs)) として、マグデブルク管区行政の指導的立場にあった。地方裁判所は、被告人Rを国家権限濫用 (Anmaßung staatlicher Befugnisse) 幫助を理由に、八月以下の自由刑に処し、被告人H及びTに対しては、保管侵害 (Verwahrungsbruchs) と横領幫助の観念的競合を理由に、それぞれ一年五月及び一年七月の自由刑を科した (いずれも執行猶予付き)。共同被告人Mは死亡のため判断されなかった (S. 8)。

Mは、Mfsのマグデブルク管区行政の指導者として、一九八七年七月一日より一九八九年一月三〇日までの間、少なくとも一一一〇八事例にわたり、Mfsの実施単位 (operativen Einheiten) によって与えられた・電話接続盗聴の任務 (Aufträge) をこなした。被告人Rは、その任務の管轄部局二六の指導者として、Mによって確認された任務の実施にあたった。地裁は、共謀的電話監視の任務

のMによる確証に対し、DDR刑法典二二四条一項及びBRD刑法典一三二二条の意味において構成要件該当行為を行い、職権濫用罪に当たるとし、被告人Rによる電話監視の実施はその行為の幫助に当たるという見解である (S. 9)。又、被告人MとTは、郵送された手紙からドイツ・マルクを抜き取りかつその後手紙を廃棄することに関与したというものである (S. 16f)。すなわち、被告人Tは、Mfsのマグデブルク管区行政のM部局の指導者として、一九八五年一月一日より一九八九年一月一八日までの間、合計三四七九八九・七〇ドイツ・マルクを抜き取りかつ少なくとも三五一〇通の手紙を廃棄したとされ、被告人Hは、マグデブルク管区行政の指導者たるMの代理人として、M部局を管轄下に置いていたが、一九八五年一月一日より一九八九年八月三一日までの間、合計三二二六九〇・二〇ドイツ・マルクを抜き取り、少なくとも三三六〇通の手紙を廃棄したと認定されている (S. 17)。

〈理由〉

被告人等は無罪 (S. 9)。

まず、BRD刑法典一三二二条の諸前提は満たされておらず、DDR刑法典二二四条の可罰性も統一条約の発効と

もに脱落したので、M.の構成要件該当行為が欠如し、従って、被告人R.の幫助の可罰性も考慮に値しない(S. 115)。

つぎに、被告人E.とF.は横領の(共同)正犯とは言えないという点で、(地裁)刑事部の判断は正当である。すなわち、「刑法典二四六条によれば、被告人等は、抜き取った金を自己領得し(sich zugeignet)た場合にのみ、横領の(共同)正犯者として処罰されえたであろう。刑事部によって確定された事情によれば、本件は明らかにそのような場合ではない。確定された事情によれば、被告人等は、彼らに負責された行為によって、当該命令及び服務指令に相應して、MFSの財政部局の資金がDDRの国家予算へと供給されるために寄与した。なるほど『自己領得(Sich-Zueignen)』と言えるためには、物の処分が第三者のためになされるということでも、十分でありうる。その場合しかし、行為者が第三者へと振り向けたこと(Zuwendung)によって、最広義において、経済的効用若しくは利益(Nutzen oder Vorteil)を得るということが、前提である。その際、なるほど間接的にすぎない経済的利益も十分である(確立した判決: BGHSt 4, 236, 238; 17, 87,

92; BGH NJW 1987, 77; BGHR StGB § 242 Abs. 1 Zueignungsabsicht 2, 4, 8)」。しかし、通貨の抜き取りからの被告人等のそのような間接的経済的利益を、刑事部は確定していない。いずれにせよ指令と命令に責任を負う指導者の下に安住していた・MFS組織内での被告人等の地位に鑑み、被告人等が、指令に基づき惹き起こされた通貨の抜き取りとMFSの財政部局へのその引き渡しを以て、そのような経済的利益を得若しくは得ようと努力したことがありえようという想定も、的はずれである。(S. 18)。

しかし、刑事部の見解に対し、被告人両名は横領の幫助とも言えない。このためには、可罰的な幫助という想定にとって必要な他人の(eines anderen)構成要件に該当しかつ違法な主たる行為(Haupttat)が欠けている(BRD刑法典二七条一項・一一条一項五号)(S. 18-9)。「自然人のみが、刑法典二七条の意味における『他人(Anderer)』たりうる」。それに応じて、留保された通貨をその機関を通じて結果的に自己領得したDDRは、主犯(Haupttäter)として問題にならない。「刑法典一四条一項一号の意味においてDDRの代表権ある機関の構成員として金銭抜き取り実務に責任を持った自然人も、留保され

た通貨を自己領得した場合にのみ、横領の行為者とみなされうる。」もつとも、この規定によれば、特別な人的要素が可罰性を根拠づけるある法律は、これら要素がなるほど代表者にはなく、被代表者に存在する場合も、その代表者に対し適用しうる。しかし、「刑法典二四六条によって前提とされている物を自己領得する意思は、刑法典一四条の意味におけるなんら特別な人的要素ではない。」。それゆえに、本規定は、刑法典二四二・二四六条のような『利己的に制限された内面傾向 (egoistisch beschränkter Intendenz)』を持つ犯罪に対しては、適用しえない (Schünemann in LK 11. Aufl. § 14 Rdn. 38; Lenckner in Schönke/Schröder aO § 14 Rdn. 8; Blauth, »Handeln für einer anderen« nach geltendem und kommendem Strafrecht S. 21ff.; OLG Karlsruhe Justiz 1975, 314, 315)。抜き取られた通貨を刑法典二四六条の意味において自己領得する意思を以て行為する行為者として、—刑事部によって確認された命令・規則及び通達を通じて—通貨留保のための作業根拠を作り出し又は指揮活動によってこの実務の継続を保障した・DDRの政治指導部若しくはMfsの指導層の構成員のみが、考慮に値する。この『任務 (Auf-

gabe)』に従事したMfsのその他の構成員については、被告人等と同様な理由から、領得意図の想定は問題にならない (S. 19)。政治的指導層若しくはMfs本部の指導層の責任者の一人が、必要な領得意思を以て行動したということは、確定事実から導き出されずかつその他の点でも的はずれである (SS. 19-20)。もつとも、国家機関及び公職にある人によるある国のための他人の物の領得の事例において、そのつどの行為者固有の (eigene) 利益が、その地位が国家機関内で高ければ高い程容易に、便宜を図られた国の利益と一致するかもしれない。それが刑事部の評価の納得のゆく出発点でもある。その評価によれば、なるほど被告人等はなんら領得意思を有していなかったが、これに対し恐らく—それ程詳しく表示されていない—国家指導層若しくはMfs指導層の人々は、そのような意思を有していたであろう。「しかし、他者領得 (Fremdzeignung) の利益の一層の高まりの想定は、自己領得 (Selbstzeignung) の根拠付けのために十分ではない。むしろ—既述のように—自己の (eigenen) ・例え間接的にすぎないとしても経済的効用若しくは利益の追求が必要である。」。行為者がその志向 (Zuwendung) によって『最広義における』効用若

しくは利益 (BGHSt 4, 236, 238; BGH wistra 1987, 253) 又は『何かある利益若しくは効用』(BGH NJW 1970, 1753) を得若しくは得ようと努力した場合で十分、と判決が表明した限りにおいて、自己の経済的効用若しくは利益の要件の放棄は考えられない。「それに相応して、手紙から抜き出されたドイツ・マルク外国為替の国家予算への供給によって、DDRの国と社会を強化し、それにより政治システムの争いにおける『社会主義の理念』に奉仕することが、彼等自身の (eigenes) 関心事であったとすれば、DDRの政治指導層若しくはMfSの指導層における責任者によってなされた横領の想定のために、十分ではない。」この利益の促進は、最広義の理解においても、自己の経済利益の追求とは解されない (S. 20)。「もつとも、領得意思の想定のためには、行為者が、第三者領得によって何かある『将来のための』経済的利益を確保するという観念を持つ場合でも、十分とされる (BGHSt 17, 87, 83)」。しかし、本件の場合、主犯が抜き取り実務への行為寄与に際し、本質的に又は付随的にもせよ、その行為によってDDRの存立を確保しかつこの方法により将来のための彼ら自身の経済的収入をも確保しようという観念によって支

配されていたということについて、何も明らかとなっていない。そのような想定もまた、なるほど絶対的に見れば高いが、国家予算の大きさに比べればささいな留保通貨の総計額に鑑みて、的はずれである (S. 21)。小包からの物の抜き取り、とりわけ、DDRにおける窮屈な供給状況によりさもなければ入手可能ではなかったか若しくは入手困難であったが、MfSの高級幹部職員によっては一定の対価で購入された高価な消費財の抜き取りが問題となつている限り、異なつた評価が必要かもしれない (vgl. BGH R StGB § 242 Abs. 1 Zueignungsabsicht 8) (SS. 21-2)。従来、法人若しくは団体の機関若しくは代表者に対し横領罪の成立を認めた事例があつたが、本件とは事案を異にする。従つて、留保された通貨を刑法典二四六条によって前提とされた仕方で自己領得した主犯が、本件では欠けている (S. 22)。又、例えば、国家公安大臣、MfS本部のM部局に責任を負うその代理人及びこの部局の指導者、といった人々について、彼等が留保されかつ国家予算へと供給された通貨を『手続』の何かある段階で占有若しくは保管していたとか、又はこの占有若しくは保管をいずれにせよ—想定された—領得をもつて獲得したであろうということは、

想定されえない。そのことは、刑法典二四六条にとって十分かつ必要でもあるところであるが (BGHSt 2, 317, 319f. =①-1; 4, 76, 77 =①E; 13, 43, 44 =①d.; BGH LM § 246 StGB Nr. 3; RuB in LK 10. Aufl. § 246 Rdn. 10 m.w.N.) (SS. 22-23)。 (MfS の) 本部における M 部局の指導者及びその代表者に関し、通貨はこの部局の領域へそしてその直接の影響領域へと到達してはいない (S. 23)。又、通貨の留保が DDR における政治指導層若しくは MfS 本部の指導層の構成員の表象上、彼等の私的な経済的目的に (も) 役立つということを、被告人等が知りえたであろうという想定も、排除されるように思われる (S. 24)。

資料

さらに、保管侵害についても、すでにドイツ郵便の職務上の保管から離れていたこと、手紙の廃棄は職務上の保管の継続に関する決定に権限を持つ省若しくはその管区行政の官署の意思でなされていることから、少なくとも違法と言えなく (S. 25)。

〈評価〉

本件では、① l・m・p の当該箇所を参照しているところから、理論的には、「小さな修正解釈」を容認する姿勢が示されているものと言えよう。しかし他方、「自口領得」

の意義が比較的厳密に捉えられている訳である。この点、新二四六条におけるように、「第三者領得」をも法文上明記した場合、第三者のためだけに領得する行為も端的に捕捉しうることになるであろう。DDR といった国家ないし国家機関も「第三者」たりうるとすれば (幫助の「他人」については「自然人」に限るとされていた訳であるが)、「横領罪」の成立も肯定されることになるであろう。

t 〈事実関係〉

地方裁判所は、二つの事例における横領幫助を理由に、被告人に有罪を言い渡した。その際、刑法典二七条二項・四九条一項二号による刑の減輕のために、刑法典二四六条一項の着服横領の加重刑 (五年以下の自由刑) を基礎に置き、具体的な量刑に際し三年九月以下の自由刑の処断刑の範囲内から出発した (S. 84 [links-rechts])。

〈理由〉

「しかしながら、物の委託 (刑法典二四六条一項二文) は、刑法典二八条二項の意味における刑罰加重的要素であり、それが存在する行為者又は共犯者についてのみ刑罰加重につながるものである (vgl. Lackner, StGB, 20. A., § 28 Rdnr. 9, § 246 Rdnr. 13; Dreher/Tröndle, StGB, 46. A.,

資料 § 28 Rdnr. 5, § 246 Rdnr. 20)。判決の確定事実によれば、当該客体は被告人に「委託されてい (anvertraut)」

なかった。刑法典二八条二項によれば、刑法典二七条二項・四九条一項二号により減刑された刑法典二四六条一項の通常の刑の範囲、従って、二年三月以下の自由刑にすぎない—刑の範囲が基礎とされなければならなかったであろう。二つの事例において、自由刑の高さが被告人に不利益に算定された疑いがあるので、破棄されなければならぬ (S. 84 [rechts])。

〈評価〉

判決jにおいてすでに判示されていたところであるが、そのドイツ刑法典旧五〇条二項は新二八条二項となったので、趣旨としては同様と断言してさしつかえないであろう。本件被告人の「占有・保管」の有無については判決文からは明らかではないが、いずれにせよ結論的に、旧二四六条一項一文の刑が基準とされるべき旨が、再論されている訳である。

三 おわりに

以上のように、「拙稿」に関する「判例」部分の具体的内容を紹介し、若干の評価を加えた訳であるが、もとより「横領罪」に関する判例すべてを網羅的に取り上げたものではないので、必要に応じて「判例」の原文及び参考判例・文献に当たりたい。

なお、一九九八年第六次刑法改正法律についてはすでに多くの論稿が公にされている (例えば、「拙稿」一八五—一六頁注(2)(3)掲記文献中に掲載された諸論稿参照) が、「拙稿」印刷後、以下の文献に接した。併せて、適宜参照されたい。

Gunnar Dutge, Willi Fahnschmidt, § 246 StGB nach der Reform des Strafrechts: Unterschlagungstatbestand oder unterschlagener Tatbestand?, ZStW 110 (1998) Heft 4, S. 884f.

Wolfgang Mitsch, Die Vermögensdelikte im Strafgesetzbuch nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz, ZStW 111 (1999) Heft 1, S. 65f.

Uwe Murmann, Ungelöste Probleme des § 246 StGB

nach dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG), NSStZ 1999, Heft 1, S. 14f.

上 薦一高「ドイツの第六次刑法改正法」刑法雑誌三八卷
二号（一九九九）一三三頁以下。

川口浩一「ドイツ刑法各則の改正―対照表と新条文の試
訳(1)(2)(3)(4)未完」奈良法学会雑誌一一卷一号（一九九八）
一頁以下、一一卷二号（同）七頁以下、一一卷三号（同）
一頁以下、一一卷四号（一九九九）四七頁以下。