

クリスチャン・イエーガー「偽装された返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」

野澤 充 (訳)

〔翻訳者はしがき〕

以下に紹介するのは、ルドルフ・レンギール70歳祝賀論文集に掲載された、クリスチャン・イエーガー教授による論文「偽装された返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」(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.227-236)の翻訳である。イエーガー教授は現在、エアランゲン・ニュルンベルク大学教授であるが、その経歴については法政研究81巻1・2合併号(2014年)F47頁以下を参照して頂きたい。

本論文の内容は端的には、窃盗と詐欺の成立範囲の限界線に関するものである。すなわち、窃盗の手段として欺罔行為が用いられるようなことは考えられるのであるが、このような欺罔行為を手段とした窃盗(トリック窃盗、Trickdiebstahl)と、詐欺との区別は、両罪の罪質の違いという観点からも重要なものである。

イエーガー教授は本論文において、とりわけ「返却の意思がないにもかかわらず、後に返却すると欺罔して被害者から財物を受け取った事例」を素材にして、従来、ドイツにおいて自動販売機などからの金銭や商品の取得について窃盗罪を認めるための理論構成として限定的に用いられている「条件つき合意(bedingtes

Einverständnis)」論を、自動販売機などの自動装置からの取得の場合に限定することなく、窃盗罪を認める際の1つの基準としてより一般化することを提唱している（ドイツでの窃盗罪に関するこのような「条件つき合意論」について詳しくは、橋爪隆「窃盗罪における『窃取』の意義について」刑法雑誌54巻2号（2014年）299頁以下、深町晋也「刑事判例研究」論究ジュリスト13号（2015年）188頁以下、森永真綱「法益関係的錯誤説の再検討」刑法雑誌54巻3号（2015年）127頁以下（とくに「窃盗罪における占有者の意思と条件設定論（深町晋也）」同128頁の項目を参照）、菊地一樹「占有者の意思と窃盗罪の成否——条件つき合意論を手がかりに」早稲田法学92巻2号（2017年）81頁以下、などを参照）。

日本の一部の学説においては、窃盗罪も詐欺罪も同じく財産犯であることに変わりがないとしてその保護法益を同一視するような主張も見られるものの、しかしやはり窃盗罪は「財物に対する所有権その他の本権」を害する罪、すなわち「所有権に対する罪（Eigentumsdelikte）」であるのに対し、詐欺罪は「有効に譲渡される財物の所有権を攻撃する罪ではなく、詐欺……による不法な圧力によって所有権を含む財産上の利益の処分を動機づけられない権利を害する」（松宮孝明『刑法各論講義 [第5版]』（2018年）202頁）犯罪なのであって、すなわちその意味で「財産に対する罪（Vermögensdelikte）」として、罪質の違いが対比されるべきものとされている。そしてこのような差異は「錯誤に陥った被害者を利用した窃盗罪の間接正犯における『法益関係的錯誤』と、詐欺罪における被害者に必要な『法益関係的錯誤』との相違として現れる」（松宮・前掲書202頁）とされているのである。

日本の近年の裁判例でも、詐欺罪と窃盗罪の区別が問題となった裁判例があり（京都地判令和1・5・7LEX/DB25563868など）、本論文に関して検討すべき点および参考とすべき考え方が見られるものと考え、よってここで紹介する次第である。

なお、本文はほぼ原文どおりであるが、日本語としてわかりにくい表現の箇所に関して、意識した部分があることを御承知頂きたい（言葉を訳者が完全に補うなどした場合には、〔〕括弧内に示した）。また、末尾に参考となるであろうドイツ法の条文の日本語訳を挙げた。

* * *

条件つき合意の理論について、被祝贺者〔Rudolf Rengier〕はその教科書において具体的に以下のように指摘した。すなわちこの理論は「欺罔の相手方が欠けていた場合に263条が残していった」「隙間を」つくものであり、「そこから当該理論の適用領域は主として自動化された商品交付および現金交付の場合に限定されるのである⁽¹⁾」。それによりRengierは、通説が構成要件阻却する合意について認めている「条件づけとの不適合性」を刑法242条において明確に強調し、そしてそれは原則的に自動装置の濫用の場合にのみ打ち破られるものとしている⁽²⁾。したがってそこでは、権限者が占有移転についての合意を外見上正しい使用の条件の下で与えることができ、その結果このような要件の欠落の場合には窃盗の余地が残ったままとするのである⁽³⁾。

もちろん今日まで、条件つきの合意のそのような限定が実際上有意義であるかどうかという問題は十分には議論されてこなかった。おそらくこのことは、これまで詐欺の適用要求が条件つき合意という法形式の拡張を結局としては許容しなかったということが出発点となっていることによるものであり、その背後には、刑法263条の適用領域が干上ることが避けられなければならないという考え方がまたもや存在しているのである。しかしながら2つの新しい連邦裁判所判決は、条件つき合意の適用領域を限定することの正当性に関する疑いを生じさせるものである⁽⁴⁾。

I. 偽装された返還準備の場合における占有損害の問題

いま上述したBGH判決の問題性が互いに区別されるのであれば、ここで第一の判決の事実のみが詳細に記述されるべきである。2016年のこの決定において、BGHは以下のような事例に取り組んだ。すなわちその事例において、正犯者女性（A）は、その友人（F）を同伴していたが、彼女が携帯電話での短い会話をしたいとい

(1) Rudolf Rengier, Strafrecht BT I, 20.Aufl. 2018, § 2 Rn.70.

(2) それについてはThomas Rönnau, Zur Lehre vom bedingten Einverständnis, FS Roxin II, 2011, Bd. 1, 487ff.

(3) OLG Köln NJW 1986, 392; OLG Hamm NSTZ 2014, 275; Adolf Schöneke/ Horst Schröder/ Albin Eser/ Nikolaus Bosch, StGB, 29.Aufl. 2014, § 242 Rn.36a; LK-StGB/ Joachim Vogel, 12.Aufl. 2010, § 242 Rn.282; SK-StGB/ Andreas Hoyer, 7.Aufl. 2009, § 242 Rn.54ff参照。

(4) BGH NSTZ 2016, 727およびBGH BeckRS 2017, 115037.

う虚偽の説明によって、被害者（B）に携帯電話を交付する気にさせた。実際にはAとFは後に売却するために、はじめから携帯電話を占有することが重要であった。携帯電話での会話の後に、Aはその携帯電話をポケットに入れて、そしてFとともに立ち去った。自らにその携帯電話を返却してくれというBの頼みに対して、身体的に勝っていたFはBに、彼が「いい気分」（jetzt besser）」させてやることになることを理解させた。それゆえにBは自らの返却要求を断念した。⁽⁵⁾

被祝賀者は同様の事例を既にずっと以前からその教科書において挙げていた。Rengierは2008年のTiergarten区裁判所〔AG Tiergarten〕の判決に立ち返っている。⁽⁶⁾そこでは正犯者は、彼が携帯電話の懐中電灯の機能によって、なくした目的物を短時間で探そうとしているかのように被害者に見せかけた。この主張を信用した被害者は、はじめから領得の意思で行動していた正犯者に携帯電話を付与した。行為者はその携帯電話をポケットに入れて、そして権限者の返却要求に対して、さらなる要求を妨害するために顔面にパンチを食らわせることで応じた。

まさに後者の事例は、何が本来的に重要なかを明確にしている。すなわち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条による可罰性が考慮に入れられることになる。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。BGHは詐欺が先行する場合に、〔その直後に〕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⁽⁷⁾ので、事前行為の評価が、さらに引き続き犯罪実行の問題に関して決定することになるのである。さらに結局としてこれは記述したBGHの事例においても問題となる。すなわちFが「いい気分」にさせてやる」かもしれないというFのBに対する要求を、自己の身体に対する危

(5) BGH NStZ 2016, 727, その論評としてTobias Kulhanck, およびHans Kudlich, Dieb oder Betrüger, das ist hier die Frage, JA 2016, 953; それに比肩するものとしてBGH BeckRS 2017, 115037.

(6) AG Tiergarten NStZ 2009, 270f.

(7) BGH StV 2011, 677, その論評としてChristian Jäger, Gibt es einen räuberischen Betrug?, JA 2011, 950; Wolfgang Mitsch, Sicherungserpressung oder räuberischer Betrug, HRRS 2012, 181ff.; 批判的なのはStefan Grabow, Eine Kritik der Sicherungserpressung auf Grundlage der Rechtsprechung, NStZ 2014, 121ff.

険による脅迫として解釈する限りにおいて、窃盗という事前行為の場合にはその上刑法252条が肯定され得るだろう⁽⁸⁾。それに対して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も存在しないことになるのである。

II. 裁判例の解決

興味深いのは、2016年のBGH決定と2008年のAG Tiergarten判決とが、正反対の帰結に到達したことである。

すなわち2016年のBGH決定の重要な記述箇所以下のようにある。「行為者が……財物を欺罔によって入手した場合には、奪取（刑法242条）と財産処分（刑法263条）との区別のために、被欺罔者の意思傾向も基準となるのであって、事実経過の外部的な外観のみが基準となるわけではない。被欺罔者が、自由な、錯誤によってのみ影響された決意に基づいて占有を移転しようとし、そして移転した場合には、詐欺が存在する。このような場合には占有移転は直接に財産を減少させるような効果を生じるのである。欺罔が単に、権限者の意思に反して向けられた、行為者の専斷的な占有侵害を可能にし、もしくは少なくともそれを容易にすることに役立つべきものである場合には、窃盗が存在するのである。刑法242条の規定によって、とりわけ以下のような事例の具体化もまた把握される、すなわち——本事例と同様に——占有者が錯誤に条件づけられた財物交付によって奪取からの防備を放棄したが、しかしそれにもかかわらずまだ少なくとも共同占有を保持しているときに、行為者によってその共同占有が侵害された事例である。占有移転が複数段階の事実経過において行われた場合には、被欺罔者の意思傾向は、被欺罔者が財物に対する事実上の支配を完全に失った時点において決定的なものとなる。欺罔者の真の目的を認識していなかった占有者が、その占有を完全に放棄することなしに客体を交付し、なおかつ行為者が当該財物を今やその単独占有にした場合には、事実上の財物支配からの権限者の排除がその者の意思無しに、もしくはその者の意思に反して行われたときには、奪取が存在しているのである。……」

(8) Kudlich JA 2016, 953 (954) を参照。もっとも、BGHはこの問題について具体的な裁判において立場を明らかにしなかった。なぜなら事実審裁判所は見たところ、これについての立証に携わらなかったからである。

それに対して2008年のAG Tiergarten判決は、全く異なるように読める。そこでは以下のようにある。「当該行為に関して……刑法242条第1項による（刑法252条の強盜的）窃盜罪の承認は排除される、なぜなら被告人は証人〔被害者〕の携帯電話を奪取したわけではなかったからである。当該認定事実によれば、証人は自らの携帯電話を、むしろ任意に、錯誤に条件づけられたとはいえ、交付したのである。証人の占有は当該携帯電話の交付が行われたことで単に弛緩させられ、そして既に完全に放棄されたわけではなかったものであり、その結果被告人がさらなる行為によってようやく携帯電話の単独占有を獲得できたであろう場合には、いわゆるトリック窃盜の承認のみがここであり得るものだったであろう。しかしながら本事例はそのような場合ではない。小さい客体——ここでは最新の携帯電話——の場合に、完全な占有変動は、つまりは原則的に既に客体の把握によって生じるのである（BGH Urt. v. 26. 6. 2008 - 3StR182/08, juris参照）。確かに、例外的にここから逸脱するような評価づけは、行為者が——すなわち例えば万引きにおけるように——客体の把握後にまだ以前の占有者の占有領域にいる場合には考慮に入れられる（BGH aaO）。しかしながら今回の事例では携帯電話の交付は公共道路上で行われたものであった。」

Ⅲ. 窃盜と詐欺の区別の基礎としての占有概念

AG Tiergartenの説明が納得のいくものではない印象を与える、とは主張され得ない。逆に当該区裁判所は、携帯電話がそうであるように、ハンディサイズの客体場合には、交付の時点以降は占有変動は既に完了しているがゆえに、最終的な占有移転は既に交付によってやり遂げられてしまうことを明確にした。もっとも、そのために区裁判所は2008年のBGH判決を引き合いに出し、そしてそこからここでは詐欺のみが存在し得るものであることを導き出した。その際に、2008年のBGH判決をこのように参照することは、実際のところ疑わしいものである。なぜならその2008年判決ではラップトップ型パソコンの窃盜が問題となったのであり、BGHはこれに対して以下のように説明した、すなわち「裁判例はハンディサイズでかつ軽量の動産においては、通常は既に、客体の把握および保持、ないしは客体の公然での持ち去りを奪取行為として十分なものと」しており、そしていずれにせよ「〔そ

のような行為をした] 人物が占有者の包括的な支配領域を離れた場合には、⁽⁹⁾「独占的な財物支配をその者に割り振っているのである、と。したがってこの判決を援用することは、当該事例においては——出発点となった上述事例におけるのとは異なって——他者の支配領域からの立ち去りもまた問題となっていたのであるがゆえに、すでに適切ではないのである。

しかしそれにもかかわらず再び、両方の対照的な判断によってはっきりと明確にされた問題は、昔から困難であったトリック窃盗と財物詐欺の区別に存在するのであり、すなわちそれは一方では占有侵害という窃盗を特徴づける概念により、他方では処分行為という詐欺を支配する要件により、方向づけられるものなのである。その区別がさらに困難となるのは、占有の概念、およびそれとともに占有移転の概念もまた、⁽¹⁰⁾2つの異なった見解によって支配されていることによるものである。

1. 事実的占有概念

一方では、いわゆる事実的考察方法が主張されている。それらは事実的な財物支配の可能性のみを考慮に入れるか、⁽¹¹⁾もしくはそれに対応した支配意思という追加的要素に関する、支配力という観点の拡大を要求する。⁽¹²⁾それによれば占有は、いずれにせよ、財物に対する事実上の支配が他の者へと移転した場合には侵害される。この見解を基礎に置く場合には、出発点となった事例において、いずれにせよ純粋に事実的な考察において客体の交付によって終局的な占有移転があったことを前提とし、そしてこれに関する被害者の処分意思を是認することについて、多くの点が有利な材料を提供するであろう、なぜなら財物への事実的な把握は、いずれにせよ返還の拒絶の際にはもはや身体的暴力の使用なしには可能ではなかったからである。しかし支配意思を考慮に入れる場合においてさえも、その判断は簡単ではない。なぜなら被害者が返却について信用した場合には、確かに被害者は占有支配について

(9) BGH NStZ 2008, 624.

(10) 特別な状況についてはAlexander Jüchser, *Gewahrsam – ein Begriff, der es nicht leicht macht*, ZJS 2012, 195も参照。

(11) すなわち少なくともその傾向にあるものとしてSchönke/ Schröder/ Eser/ Bosch, StGB, 29. Aufl. 2014, § 242 Rn.24; Kurt Seelmann, *Grundfälle zn den Eigentumsdelikten*, JuS 1985, 201f.

(12) LK-StGB/ Vogel, 12.Auf. 2010, § 242 Rn.54ff.

の持続的意思をもっていたかもしれないからである。しかしながら被害者が客体に対する処分⁽¹³⁾の支配力を他者への交付によってさしあたり一度失ったことは、被害者にも認識されているに違いないのである。それにもかかわらずBGHは出発点となった上述の事例において、「奪取（刑法242条）と財産処分（刑法263条）との区別のために、被欺罔者の意思傾向も基準となるのであって、事実経過の外部的な外観のみが基準となるわけではない」と当該決定の中で述べているのであるならば、まさに再入手の意思から持続的共同占有があるものと擬制したのである。

2. 社会的占有概念

それに対して社会的占有概念の理論は、純粋に事実的な考慮は、占有および占有移転の決定のためにはいずれにせよ十分なものではないことを出発点とする。むしろ必要なのは、社会的観察を手がかりにした考察なのであり、その結果占有移転の問題にとってはそのつどの個別の事例が決定的なものとなる、とするのである。それによれば、占有関係は社会的・規範的観点の下で一般的な商取引の捉え方によって決定づけられるのである。⁽¹⁴⁾「したがって占有関係の判断は、財物との身体的な近さ、支配意思の強度、および当該財物との関係が貫徹されもしくは保持され得るような身体的な力によって決定的に左右されるわけではない。……このような観点において基準となるのはむしろ、誰に割り当てられていることに関するかに⁽¹⁵⁾関して意見の一致が存在するような、日々の生活の観察なのである。」それによっても、偽装された返還予定の場合は簡単には決定され得ない。確かに、被害者が再入手を前提としている限りにおいて、そのつどの客体とのつながりはまだ切れていないと主張され得る。⁽¹⁶⁾しかしながらこのような評価は、社会的観察に、行為者が返還するつもりがないという情報が追加される場合には、変更されることになる。なぜならそ

(13) BGH NStZ 2016, 727.

(14) SK-StGB/ Hoyer, 8.Aufl. 2015, § 242 Rn.20ff.

(15) もっとも、事実的見解の主張者もまた、結局は社会的帰属の観点に関して回避しないのであり、それがゆえにNikolaus Bosch, Gewahrsamsbestimmung nach > natürlicher Auffassung des täglichen Lebens<, Jura 2014, 1237 (1238) は当然にも、異なった見解がさまざまに異なる別々の結論へと至り得るものではないことを指摘する。Jörg Kinzig/ Benjamin Linke, Raubdelikte – Schlafende Hunde weckt man nicht, JuS 2012, 230fも参照。

(16) Johannes Wessels/ Thomas Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 40.Aufl. 2017, Rn.90.

(17) このようなイメージについてKulhanek NStZ 2016, 727f参照。

の場合にはまさに、出発点となる事例の被害者は暴力の使用を越えて、実際上もはや再び自らの携帯電話を獲得する可能性をもたないがゆえに、持続的な占有の結びつきが欠けているからである。

3. 規範的・事実的占有概念

今日支配的な見解は、自然的な支配意思によって担われた、財物に対する支配を、占有要件としての社会的配属の顧慮の下で要求することにより、事実的観点と社会的観点とを、いわゆる規範的・事実的占有概念において結び付けている。その際に、このような社会的・規範的概念は、とりわけ行為者による新しい占有の創出にも及ぶものである。それによれば決定的なのは、行為者の財物支配の状況が「従前の占有者にとって財物の自由な処分を商取引の捉え方によれば排除し、そしてその再獲得を社会的に目立つ行動へと強制するものである」⁽¹⁸⁾かどうかである。もっとも、ここでもまたもや一般的な商取引の捉え方によって方向づけられた社会的配属が決定づけるのである。それによれば、客体の把握は、新しい占有を根拠づけるには既に十分なものであり得る、しかしながらこのことは、行為者がまだ他者の占有領域にいる限りにおいて、そうであるべきではない。したがって例えばBifiのサラミソーセージをスーパーマーケットにおいて手元に置くことは、まだ占有侵害としては理解されるべきではないだろう、なぜなら商取引の解釈は、そのような状況を単独の占有の明確な配属とは何ら結び付けないであろうからである。實際上、そのような見解は、まさしく世事に疎いものであろう。なぜならスーパーマーケットにおける商品の把握は、この商品代金をレジで支払うものであるがゆえに、考える必要のあるものだからである。それに対して、他者の占有領域の外においては、〔占有の〕把握は既に十分なものであり得る。したがって、行為者が被害者に不法領得の意思

(18) その見解はHans Welzel, Der Gewahrsamsbegriff und die Diebstähle in Selbstbedienungsläden, GA 1960, 257に由来するものであり、そして判例においても主張されている。すなわちBGHSt 16, 273; BGHSt 23, 255; BGH wistra 1994, 99f; BayObLG NJW 1997, 3326; Thomas Fischer, StGB, 65.Aufl. 2018, § 242 Rn.11. Helmut Satzger/ Wilhelm Schluckebier/ Gunter Widmaier/ Hans Kudlich, StGB, 3.Aufl. 2017, § 242 Rn.18; Jan Zopfs, Der Tatbestand des Diebstahls – Teil 1, ZJS 2009, 506 (508) も参照。

(19) Wessels/ Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 40.Aufl. 2017, Rn.121.

(20) Rengier, Strafrecht BT I, 20.Aufl. 2018, § 2 Rn.41.

で——最初の事例を引き合いに出して——手のひらにつかんでいる携帯電話をすばやくその手から奪い取り、そして被害者に対してこれを返還することを拒絶した場合には、窃盗既遂はほとんど否定され得ないであろう。そのような場合において、行為者が携帯電話をその上着ポケットに差し込んだかどうかで既遂の時点を中心とする左右させることは、間違いなく誰もしないであろう。なぜならそうであるならば既遂の時点は、行為者が携帯電話を実際にその上着ポケットに差し込んだかどうかによって左右されるだろうからであり、そのようなことは事実上必要なことではないに違いないからである。むしろ当該事情は、行為者が返却要求に対して、この携帯電話が今や行為者「のものである」ことを行為者が指摘し、そして行為者はこれについての証として、この被害者がもはや当該携帯電話を手にする可能性がないことを被害者に示すために、携帯電話でネットサーフィンをし、拡張された通話を行い、もしくは単純にこれ見よがしに携帯電話が手中にあるままにするということに対応する場合にも、存在し得る。ここで窃盗が既に掌握により既遂となったことについて、誰も疑いを持たないであろう。

すなわち、電話を与えさせた者が、なお何ら占有を制圧しておらず、占有を弛緩させ、ないしはその上被害者との共同占有にとどめておいたものでしかない一方で、当該電話を自分のものとした者が占有を制圧したことになるのはどうしてなのであろうか？ BGHはその決定的な違いを、ハンディサイズの客体の把握はすでに占有移転に至ったものであるという通常の一般的な商取引慣習が、短時間の引き渡しのみの取り決めによって、およびそれと結び付けられた、物の返還保持についての被害者の意思によって、撤廃される、ということに明らかに全体として見てるように思われる。このことは驚くべきものである、なぜなら行為者への社会的帰属は、真剣には異なって取り扱われ得るものではなく、行為者が当該財物を自分のものとしておらず、与えさせたものでしかないからである。しかしBGHはこれを、全く同様に評価しているように見え、そしてその後には「権利者の同意によって、単なる占有の弛緩を描き出すことは、それに対応する意思無しに既に占有制圧であり得る⁽²¹⁾」という命題が存在している。

(21) LK-StGB/ Vogel, 12.Auff. 2010, § 242 Rn.88; これと関連して、Kulhanek NSz 2016, 727 (728) も〔参照〕。

IV. 同意された占有喪失による区別の帰結

もっとも、物事のそのような視野が至ることになる帰結は自覚されなければならない。すなわちその身体的に勝っていた行為者が被害者の意思に反して行動した場合には、当該行為者は既に窃盗の客体を預かることによって、被害者の占有を侵害しているのであるが、その一方で返還を信頼して生じた権限者による交付の場合においては、占有侵害は預かりによってはまだ生じず、さらなる行動によって、例えば〔上着ポケットへの〕差し込みまたは立ち去りによってようやく生じるのである。このような場合においては、被害者がここでもまた暴行によってのみ再び客体を獲得することができるにもかかわらず、預かりそれ自体は未遂しか根拠づけることができないのである。このことが、返還準備が偽装されている場合においてBGHが、占有移転がそこで複数段階の事象で完成したこと、および被欺罔者の意思傾向は被欺罔者が財物に対する事実上の支配を完全に喪失した時点において決定的であるということ⁽²²⁾を述べている理由でもある。したがってBGHは、受領の最初の行動によってはまだ占有は侵害されておらず、そのような侵害はさらなる行動によっては生じ得るものであることを出発点としているのである。

KulhanekはBGHのこのような見解を、彼が賛同して述べる場合に、区分している。すなわち、「従来の占有保持者の意思を検討する場合に、次のような細分化が行われている、すなわちそれは占有喪失の同意なのか、占有弛緩なのか、である。前者つまり占有喪失の同意は、行為者の一般的な支配領域への客体の持ち去りならびに行為者の占有圍繞領域（Gewahrsamsenklave）への持ち去りについての合意に際しては、肯定され得る。この場合において権限者の把握可能性は、その（場合によっては欺罔に基づいた）意思で完全に喪失するのである。それに対して、行為者の一般的な支配領域または占有圍繞領域への持ち去りが同時にまさにこのような把握可能性を排除することなしに、当該客体が自己の一般的な支配領域にとどまっている場合、または把握可能性（例えば視界の中にあるということの結果として、所在に関する認識の結果として）が持続している場合には、単に容認された占有弛緩

(22) BGH NStZ 2016, 727およびBGH BeckRS 2017, 115037.

(23) Kulhanek NStZ 2016, 727; Hans Kudlich, „Vor der Vorwäsche ist noch Alles Vorbereitungshandlung ...“, JA 2013, 553f.参照。

にとどまるのである⁽²³⁾」、と。

このようなKulhanekの見解に従うのであれば、望まれた占有移転との対比での占有弛緩の限界は、いずれにせよ行為者が当該客体を権限者の意思によりその占有圍繞領域へと持っていった場合には、越えられるに違いないであろう。その際に占有圍繞領域としては、例えばジャケットのポケットがそのように理解される、なぜならそのような禁忌領域（身体的隠し場所）への小さな客体の持ち去りは、権限者の排除へと至るべきものだからである。

このような理由から、ここでは出発点となる事例は容易に変化されるべきものとなる。すなわち行為者は被害者に、自らに携帯電話を渡すよう頼んだ、なぜなら行為者はバイブレーションアラームが行為者の目的のために十分なほどに強いものであるかどうかを試すことができるように、携帯電話を一度ちょっとの間、その上着のポケットにおいて携行しなかったからである。実際十分に強いものであったならば、行為者は同じ携帯電話を入手しようとするつもりだ、と行為者は述べたのである。被害者はこの発言を信用し、そして行為者に当該携帯電話を交付して、そして行為者はそれに基づいてバイブレーションアラームのスイッチを入れ、そして携帯電話を申し合わせていたとおりにそのポケットに差し込んだのである。携帯電話を今や再び返還するという権限者の依頼に対して、行為者は以下のように述べるだけであった。いくら待たたって無駄だぞ。俺ははじめからその携帯電話を持ちたかったのだし、そして失せるんだったらお前にとって今やその方がいい、さもなきゃ痛い目にあうことうけあいだ！身体的に劣る被害者Oは、傷害を回避するために立ち去った。

Kulhanekの説明を真面目に受け取る場合には、ここでは占有圍繞領域への持ち去りに関する合意さえもが存在したことになるであろう。このような場合において、行為者が当該携帯電話をその占有圍繞領域へ持ち去ることについて当該被害者が合意していたがゆえに、実際に窃盗が除外され、そして詐欺を承認することになるべきなのであろうか？このことが実際に承認される場合には、窃盗と詐欺の区別は結論において、被害者が行為者に、バイブレーションアラームを行為者の手の中でのみ試すことを許容したか、もしくは行為者の上着ポケットにおいても試すことを許容したかという、この上なく疑わしく、そしてほとんど意味を持たない細分化

によって左右されることになるであろう。

V. 合意が条件づけとの不適合性をもつことの不都合さ

問題性をなおさらに深めるために、出発点となる事例を再び変化させてみる。すなわち、AがBに、目覚まし機能を試すことができるように、携帯電話を一晩家に持ち帰ることを許してくれるよう頼んだ。BはAとの友人関係を得たかったので、Aが当該電話を——取り決められたように——次の日に再び持ってきてくれて返してくれることを信用して、Aに当該電話を渡した。Aは電話を受け取り、そしてその代わりに以下のように述べた、「なんて君は馬鹿なんだ。こんなに簡単に君の携帯を手に入れることができるとは思ってなかったよ。今やどのみち君はもう失ったんだよ」と。BはAに騙されたことを確認するに違いなく、それに基づいて、Aが依然として手にしている自己の携帯電話を再び獲得しようと試みた。しかしながらAはBのこのような試みをパンチを食らわせることでのみ答えた。

BGHおよび通説はこのような事例に対してどのような解決を提供する必要があるのだろうか？ Bがここでは占有弛緩についての意思のみを持っていたという主張は、まさしく間違ったものであろう、なぜならBは交付の時点においてきっと単なる占有弛緩についての意思のみで行動したわけではなく、Aの最も自身固有の占有領域（Aの自宅）への携帯電話の持ち去りについて合意していたからである。したがって通説はここでは詐欺を承認するに違いないであろう、なぜなら単なる占有弛緩についての意思を確かに欠いていたからである。すなわち当該行為は通説によれば、被害者が両方の事例において直接的に時間的・空間的関連において被害者が行為者の返還準備があることに関して欺罔されていたことを確認したにもかかわらず、出発点となる事例との関係で全く異なって評価されることになるのである。

1. 占有移転についての合意についての錯誤の無意味さ

より詳細な考察に際して、窃盗と詐欺の区別は、偽装された返還準備の事例においても、常に構成要件を阻却するような合意の要素ないしは処分の認識の要素のように決定的なものでなければならぬ⁽²⁴⁾。その際に問題となるのは、合意が条件づけとの不適合性をもつことについての伝統的な定説である。まさに窃盗の構成要件に

においては、行為者による客体を預かることについての欺罔により獲得された合意が、原則的に有効なものであると説明されているのである。したがって、Roxinもまた以下のように述べているのである。「242条において、当然に持ち去りについての同意は、それが不正に得られた場合にもまた『奪取』⁽²⁵⁾ではない、なぜならこのような事例は263条において規定されているからである」、と。その背後には、立法者は欺罔によって達成された客体の引き渡しという状況を、特別に刑法263条において規定したのであり、それゆえにこの263条は、すでに上述した詐欺構成要件が干上ることを避けるために、刑法242条の下に置かれ得るものではない、という認識が存在する。

2. 細分化するような考察の必要性

しかし、欺罔によって達成された財物の引き渡しの根底にはそれにもかかわらず占有移転に関する有効な合意が存在している、というこのような昔ながらの定説は、實際上完全に広範囲に納得のいくものなのであろうか？これに対する回答は細分化される帰結にならねばならない。

a) 被害者が欺罔によってそのつどの客体を完全かつ終局的に行為者の占有領域に移す気にさせられた限りにおいて、事実上占有移転についての合意は存在しているのであり、すなわちその合意により窃盗についてはもはや何らの余地も残されていないのである。このような場合においては、むしろ詐欺が認められることになる。例えば、後の支払い準備があることを欺罔することによって行為者が被害者にある客体を家まで、もしくは車の中に持ってこさせた場合⁽²⁶⁾には、実際そうであることになる。

b) それに対して、行為者が被害者に返還の準備があることを欺罔した場合には異なることになる。ここでは被害者は、行為者への譲渡によって終局的に（永続的

(24) 窃盗と財物詐欺の間の区別について、ならびに「スーパーマーケット犯罪」のさらなる事例状況について、詳しくはMustafa Temmuz Oglakcioglu, Ein Tag im Supermarkt, JA 2012, 902ff.およびJA 2013, 107ff.; 奪取の概念について詳しくは Hans Kudlich, Wegnahme in der Fallbearbeitung, JA 2017, 428も〔参照〕。

(25) Claus Roxin, Strafrecht AT I, 4.Aufl. 2006, § 13 Rn.106.

(26) すなわち例えばハンドル装置事例 (Lenkgetriebe-Fall) において、すなわちBGH StV 2011, 677.

に) 自らの占有をあきらめることになるとは知らないのである。したがってまさに偽装された返還準備のある事例においては、条件付きの合意の承認によってはこれまでそうであったよりもより有意義な帰結が達成され得るものではないのかどうか熟慮されることになる。なぜなら詳細な考察に際しては、被害者は偽装された返還準備のある事例においては、確かに占有を移してはいるが、しかしこのことは行為者によるこの占有の返却という条件の下で生じたものだからである。このような返還について行為者に準備があることがはじめから存在しない限りにおいて、引き渡しによって確かに事実上新しい占有が根拠づけられることになる。なぜなら被害者は実際に提供され続けている客体を獲得することが、これが奪取の場合においてそうであり得ると同様にほとんどわずかにしかあり得ないからである。しかしながらこのような欺罔による占有移転についての合意は不正に獲得されたものであり、したがってそれゆえ有効なものではないのである、なぜならまさに被害者は占有変動の終局性を出発点としてはいなかったからである。終局的に実施される占有移転についての有効な合意が欠けているので、それにより窃盗についての余地は残されたままなのである。

今や確かに、例えば上述の、間もなく支払をすると欺罔して客体を行為者が被害者に家までもしくは車の中に持ってこさせたという事例においてこれが当てはまったように、どうしてこのような欺罔が同様に詐欺の構成要件の下に置かれる必要がないのか、という問題が設定され得るであろう。これに対する回答は、両方の事例の間に重大な違いが現れていることにある。すなわち後者の事例においては、反対給付にのみ関連づけられた錯誤が問題となっているのである。このような事例は、財物の占有移転に関する合意の有効性に関しては、原則的に何も変更し得るものではない。それに対して偽装された返還準備のある事例においては事情は異なっているのである、なぜならここでは処分領域に目を向けて、客体に関連づけられた、ないしは給付に関連づけられた錯誤が問題となっているからである。被害者はここではすなわち、占有の終局的な所在が行為者にあることになるという問題に関して錯誤したのである。まさに完全かつ終局的な占有の譲渡についての合意が具体的な客体に関連づけられなければならないという事実を考慮して、そのような客体に関連づけられた錯誤は、処分の認識の範囲に対するその影響を理由として合意の無効性

へと至るに違いないことが自動的に明らかになるのである。それにより窃盗が承認される余地が残されたままなのである。

c) それに対して、これまで占有移転に関する条件つき合意は、原則的に自動装置の利用に際してのみあり得るものと評価されている。ここでは、「自動装置の設置者が占有変動によって、自動装置のメカニズムが外見上規則どおりに作動する事例に対してのみ合意することを表明したこと」が考えられ得る⁽²⁷⁾。しかし条件つき合意のこのような限定は賛成され得ない。なぜならまさに被害者が具体的な客体に対する占有を返してもらおうであろうことから出発する場合には、有効な合意のための前提条件となるであろうような、終局的な占有移行に関して必要不可欠な処分の認識が欠けているからである。したがってまさに、このような客体に関連づけられた欺罔の特徴は、譲渡が合意に基づくものであることを排除するのにふさわしいものであることになろう。

このような観点は、被害者が行為者に客体を手渡そうとのみしたのか、もしくはさらに（例えばバイブレーションアラームを試すために携帯電話を〔上着ポケットに〕差し込むことについての合意に際して、もしくは目覚まし機能を試すことができるように家に持ち帰ることについての合意に際して）行為者が当該財物を一時的にその占有圍繞領域へと移すことを許容しようとしていたのかは、もはや区別される必要がないであろうという長所を持つ。決定的なのは、被害者が手放した時点において、当該客体に対する占有を再び獲得するであろうことを出発点としたことのみであろう。行為者によって偽装されたこのような返還についての意思がこの時点において存在しなかった場合には、窃盗は既に受け取りによって完全に既遂となっているのであり、その結果当該事実は、行為者が被害者から客体を光の速さで奪い取ったのと何ら異なることなく評価されることになる。それにより、このような受

(27) それについてはRengier, *Strafrecht BT I*, 20.Aufl. 2018, § 2 Rn.70; Schönke/ Schröder/ Eser/ Bosch, *StGB*, 29.Aufl. 2014, § 242 Rn.36f.; Otfried Ranft, *Grundfälle aus dem Bereich der Vermögensdelikte*, JA 1984, 1 (6); Ulfrid Neumann, *Unfaïres Spielen an Geldspielautomaten – OLG Celle, NStZ 1989, 367, JuS 1990, 538*. 結論において当然にも、OLG Hamm NStZ 2014, 275 (セルフサービス店レジ事例 (Selbstbedienungskassen-Fall)), その論評としてChristian Fahl, "Kassenschmuggel" an Selbstbedienungskassen, NStZ 2014, 244ff.; Christian Jäger, *Unehrlliche Kassenbedienung des Täters ist Fremd- und nicht Selbstschädigung des Opfers*, JA 2014, 155ff.; Matthias Jahn, *Computerbetrug und Diebstahl*, JuS 2014, 179ff.も〔参照〕。

け取りの時点以降は、被害者が犯行現場において欺罔に気づいた限りにおいて、今記述したすべての事例において刑法252条の実現もまた考慮に入れられることになるのである。

VI. 二者関係における間接正犯での窃盗という新しい法形式

ここで述べられた見解によれば、返還準備を偽装された事例において、構造上、さらにこれまでまだ議論されなかった、二者関係における間接正犯での窃盗の事例が問題となっていることになる。⁽²⁸⁾なぜならその錯誤によって、被害者が当該財物の交付により終局的に行為者に占有を移してしまうことになることが、実際には被害者には隠されたままだからである。それにより、行為者が自らによる預かりを可能にするように被害者を動かすことによって、行為者は財物の受け取りに際して被害者を自分自身に対する道具として利用したのである。まさに窃盗の事実は、他者の占有の侵害から、および新しい占有の基礎づけから構成されるがゆえに、被害者が当該客体の交付によって当該侵害を自分自身で行い、なおかつこれによって行為者に具体的財物の手渡しによる新しい占有の基礎づけを可能にすることは、被害者には隠されたままなのである。このように見ると、返還準備を偽装されたことによって引き起こされた錯誤が、被害者に処分の終局性が隠されたままであるという意味において、そのようなものとしての客体に関連づけられている限りにおいて、事実上、構造的に二者関係において間接正犯での窃盗へと至るような欺罔が存在するのである。それに対して詐欺の領域は、欺罔が客体に関連づけられていない事情に、とりわけ反対給付に関連づけられた基準に関連づけられており、なおかつ被害者にいずれにせよ占有譲渡の最終的な効果が認識されていた場合に、ようやく開始されるのである。

(28) これまで間接正犯での窃盗は、実際上は三角詐欺との区別においてのみ議論されてきた。それについては判例および学説からのさらなる指摘とともに、Rengier, *Strafrecht* BT I, 20. Aufl. 2018, § 13 Rn.93ff.

Ⅶ. 結論

本稿は、それに関する議論が数十年にわたり行われてきたにもかかわらず、またはまさにそうであったがゆえに、トリック窃盗と財物詐欺の限界線が依然として暗闇の中にあることを示した。その際に、返還準備を偽装された事例は、被害者に自己の占有に関する処分の終局性に関する認識が隠されたままであることにより際立つような、特別な事例を形作るのである。

それにより、私は出発点に立ち戻ることになる。そこでは、被祝賀者とその教科書において彼に特有のわかりやすさによって、条件つき合意の理論が「欺罔の相手方が欠けていた場合に263条が残っていた」「隙間を」つくものであることを指摘したことがすでに言及されていた。⁽²⁹⁾しかしここで主張された見解によれば、条件つき合意の理論はさらに、欺罔により被害者に占有の終局的な移転の認識が欠けていた場合という、刑法263条が残っていた隙間を埋めることができるものであろう。なぜなら返還について信頼して客体を引き渡した被害者は、事実上そのような終局的な占有変更をまさに望んでおらず、その結果被害者が具体的な財物についての何らの処分の認識をも持っていなかったからである。むしろ被害者はそのような場合においては行為者によって自分自身に対する道具とされていたのであり、それゆえに構造上、少なくとも欺罔者によって意図された占有侵害に関して間接正犯での窃盗が承認され得るものなのである。その際にこのような窃盗は、既に行行為者による客体の受け取りによって既遂へと至っており、その場合には当該行為者が見せかけだけで即座の返還を約束していたのか、将来的な返還を約束していたのかはどのようにもよいことになる。むしろ決定的なのは、実際には望まれなかった返還に際して、(間接正犯での)窃盗が既に行行為者の受け取りの時点において既遂となることである。したがって、BGHによって支持された、複数段階という意味での考察によれば、窃盗既遂は当該客体の交付後によりやく、行為者のさらなる顕現行為によって実現されなければならないのだが、ここで述べられた見解によればそれは必要ないことになる。もっとも、このために必要な要件は、条件つき合意という法形式の拡大の承認であろう。その意義はまだかなりわずかにしか研究されていないものである。

(29) もう一度Rengier, Strafrecht BT I, 20.Aufl. 2018, § 2 Rn.70を参照。

紙面の都合上、私はこのような考察で満足せねばならない。ここで述べられた観点は様々な効果を持ち得るものであろうことがもはや言及されるにすぎない。それによって例えば、いわゆるコインロッカー事例⁽³⁰⁾もまた解決可能なものであろう。すなわち行為者が被害者にコインロッカーの中へとトランクを持ち上げるように見せかけたが、その一方で行為者は実際には鍵の交換によって手荷物を獲得することのみを狙っていたという事例である。その場合にもすなわち、返還準備に関する欺罔によって合意の無効性を出発点とすることができるであろうし、そしてそれ故に（間接正犯での）窃盗を肯定することができ、ここでは行為者がコインロッカーの鍵をかけて閉めた時点において既遂となるであろう。なぜなら被害者はここでもまた、ロッカーの鍵掛の許可によって實際上終局的に占有が行為者に移ったことを知らなかったからである。もちろん、トランクのように、扱いにくい客体に際しては問題は何ら決定的な役割を果たさない、なぜならそのような客体に際しては、通説によれば實際上、完全な占有が手荷物の単なる交付によっていずれにせよ移転されるわけではなく⁽³¹⁾、そしてそれ故にすでにこのような理由からその後に引き続いての窃盗の余地がまだ残されていることを出発点とし得るからである。しかし小さく、かつハンディサイズの客体の場合においては、前述の説明内容が解説しているように、そのような観点はまさに問題点のあるものである。ここで条件つき合意という法形式の拡大は、できる限り、それがこれまでこの領域において達成したよりもより一貫した解決へと至り得るであろう。それにより私はこの論考を終え、そして本稿を被祝賀者に、その70歳の誕生日についての心からのお祝いの言葉とともに献呈し、ここで述べられた窃盗と詐欺の区別についての省察が彼の興味を引くものであることを望むものである。

【参考条文】

[刑法]

▼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。

(30) それについてはChristian Jäger, Examens-Repetitorium Strafrecht BT, 7.Aufl. 2017, Rn.336f.

(31) Rengier, Strafrecht BT I, 20.Aufl. 2018, § 2 Rn.44を参照。

▼252条 強盜的窃盜

窃盜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、強盜犯と同じく処罰されるものとする。

▼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。

▼265a条 給付の詐取

(1) 対価を支払わない意図で、自動販売機もしくは公的な目的に資する遠距離通信網の給付、手段による運送、または催事もしくは行事への入場を達成した者は、当該行為が他の規定においてより重い刑罰の対象とされていない場合には、1年以下の自由刑または罰金刑により処罰される。

(2) 本条の未遂は可罰的である。

(3) 247条および248a条は準用される。