

## 領得の対象に関する錯誤：客体の具体化の程度

著者名(日)	樋笠 堯士
雑誌名	嘉悦大学研究論集
巻	59
号	2
ページ	39-53
発行年	2017-03-15
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1269/00000899/">http://id.nii.ac.jp/1269/00000899/</a>

# 研究論文

## 領得の対象に関する錯誤

### ～ 客体の具体化の程度 ～

Der Irrtum über den Gegenstand von Zueignung  
der Grad der Konkretisierung des Objekts

樋 笠 堯 士  
Takashi HIKASA

#### <要約>

窃盗や強盗において行為者によって追求された財物が、実際に奪取した容器の中に存在しなかった場合、ドイツの通説によれば、強盗罪あるいは窃盗罪の未遂が認定される。つまり、奪取あるいは領得の対象に関する錯誤は、強盗罪あるいは窃盗罪の主観的構成要件を阻却するとされているのである。しかしながら、近年、容器の中身に関する錯誤は重要でないと判断され、既遂所為による処罰が認められるとした、LG Düsseldorf の判決が登場した。同裁判所は BGH 及び支配的見解に対して「後まで残る疑念がある」と批判し、容器の中身に関する錯誤は故意を阻却しないと判示したのである。

このような、容器の中身に関する錯誤の問題について、本稿は、従来の BGH 及び学説を検討し、LG Düsseldorf の判決に考察を加えた。その上で、かかる判決の根拠づけを試みる Böse の見解を概観し、検討した。Böse は「容器」を自動車爆殺事例のような古典的な離隔犯事例と平行に考えて、容器の中身に関する錯誤を客体の錯誤の事案と見なす解決策を呈示した。本稿は、ドイツの通説である具体化説の例外である離隔犯と見なすのではなく、具体化説そのものの意義から考察を始め、容器の中身を盗む場合には、実際の実行行為、すなわち「奪取」の客体たり得るものを最低限度具体化すればよいのであると結論づけた。したがって、奪取行為が向けられるのは「容器」であるから、そもそも行為者は「容器」のみを最低限度具体化すればよいと解し、また、財産罪の特性に着目した Hillenkamp の見解も検討し、そこから日本への示唆を得た。そして、本稿は、本件で問題となる客体の具体化を、窃盗罪・強盗罪の構成要件に規定される奪取行為の客体となり得る最低限度のもので足りると結論づけている。

#### <キーワード>

故意、錯誤、領得の対象、窃盗罪、強盗罪、客体、具体化、刑法

## 1 はじめに

窃盗や強盗において行為者によって追求された財物が、実際に奪取した容器（例えば、箱）の中に存在しなかった場合、ドイツの通説によれば、強盗罪あるいは窃盗罪の未遂が認定されている。なぜなら、行為者の表象における所為客体（Tatobjekt）は、具体化（例えば、「現金」）されており、所為客体は「箱の中に存在する他人の物」とはおおよそ描写されないからである。したがって、奪取あるいは領得の対象に関する錯誤は、強盗罪あるいは窃盗罪の主観的構成要件を阻却するのである<sup>1)</sup>。つまり、ドイツにおいては、具体化説（Konkretisierungstheorie）が通説となっていることから<sup>2)</sup>、行為者が客体の認識を欠く以上、既遂の奪取の故意が認められないことになるのである。

もっとも、行為者が奪取しようとした金額と実際に領得した金額に差異があったとしても、強盗罪の成立は妨げられないとされている<sup>3)</sup>。例えば、Aが5ドイツマルクを奪おうとしてBを殴打し、Bが所持していた財布を開けて中を見たところ、5ドイツマルクを超える多額の金員が入っていたので、その金員をすべて領得したという事案についてBGHは、全体について単一の強盗既遂罪が成立するとしている<sup>4)</sup>。その一方で、BGHは、被告人が、被害者の所持するハンドバッグの中にあると思われる現金を奪おうとして、暴行を用いてハンドバッグを奪い取ったものの、中身を確認したところハンドバッグの中には現金が入っておらず、ハンドバッグを放り投げたという事案につき、強盗罪の未遂を認定している<sup>5)</sup>。また、被告人が被害者の財布を、暴行を用いて奪ったが、後に財布の中身を確認したところ硬貨しか入っていなかったため財布を投げ捨てたという事案について、強盗罪の既遂が成立するとした判例もある<sup>6)</sup>。この事案については、被告人はいくらかの金銭を強取し、ある程度はその目的が達成されていたことから、BGHは、客体の価値に関する錯誤が強盗既遂の成立を妨げないと判断したのだと解されている<sup>7)</sup>。

このように、ドイツにおいては、未遂・既遂の成立時期に関する判断に際し、行為の客体に対する客観的な危険性よりも、行為者の有する主観的な危険性が重視されているように思われる<sup>8)</sup>。

さらに、BGHにおいて定着した判例によれば、容器の奪取における領得の意図は、容器の中に想定された価値対象だけに及び、これとは逆に、他の、あるいは実際にその中に入っていた物は及ばないとされている<sup>9)</sup>。ここで容器（Behältnis）として挙げられるのは、例えば、ハンドバッグ<sup>10)</sup>、札入れ<sup>11)</sup>、金庫<sup>12)</sup>、書類用トランク<sup>13)</sup>、ビニール袋<sup>14)</sup>、あるいは、ジャケット<sup>15)</sup>、などである。行為者によって追求された価値対象が奪取された容器の中に存在しない場合は、領得客体についての既遂の奪取が欠けるので、未遂が存するにすぎないとされている。このような理解については、学説において概ね一致が見られていた<sup>16)</sup>。

しかしながら、今日、場合によっては、容器の中身に関する錯誤は重要でないと判断され、既遂所為による処罰が認められることがある<sup>17)</sup>。例えば、裁判例において、LG Düsseldorfは近年、上述した今日までの支配的見解に対して「後まで残る疑念がある」と批判したのであ

る<sup>18)</sup>。

本稿は、ドイツにおける領得の対象に関する錯誤の問題について、判例、条文の理解等を概観しつつ、近時の裁判例が説示したように、従来の判例実務は批判されるべきなのか、という点を考察し、妥当な解釈及び結論を試論するものである。

## 2 ドイツにおける窃盗罪・強盗罪

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

奪取とは、他人の占有を侵害し、新たな占有を設定することを意味する<sup>19)</sup>。ドイツにおいて、領得意思 (Zueignung) は、①所有権者を排除する意思 (Enteignung) と、②自己又は第三者のものにする意思 (Aneignung) に区別されている。「所有権者を排除する意思」については未必の故意で足りるのに対し、「自己又は第三者のものにする意思」については意図 (Absicht) が要求されている。したがって、客体に対する結果発生認識・意欲において未必の故意よりも高度な具体性を必要とする意図が行為者の主観的要素として要求されていることから、容器と中身を区別して考える必要が生じるのである<sup>20)</sup>。窃盗犯人が容器を運搬手段として利用せず、すぐに捨てるつもりであった場合、容器に対する「自己のものにする意思」は否定される。また、行為者が現金を狙ったものの、実際には容器の中身が行為者にとって無価値なものであった場合、窃盗未遂罪が成立するにとどまる<sup>21)</sup>。

そもそも、窃盗犯人は通常、奪った物について所有権者が排除されることを甘受している (in Kauf nehmen) のみであり、専ら所有権者の排除を追求しているわけではない。それゆえ、「所有権者を排除する意思」については未必の故意で足りるとしなければ、処罰の間隙が生じてしまうのである<sup>22)</sup>。したがって、上述のように、領得意思の内部において、「所有権者を排除する意思」と「自己又は第三者のものにする意思」とでは、行為者に要求される意欲 (意思) の程度が異なってくるのである。

ここにいう所有者の排除とは、物の継続的 (dauernd) な剥奪である<sup>23)</sup>。これに加えて、「自己又は第三者のものにする意思」については、物体を自分勝手に処分することを重視すべきとする見解もある<sup>24)</sup>。

その上で、ドイツでは、領得の対象 (Gegenstand der Zueignung) というテーマで、財物自体だけが領得の対象とする物質説 (Substanztheorie) と<sup>25)</sup>、物の価値を領得の対象と考える価値説 (Sachwerttheorie) が存在し<sup>26)</sup>、判例は、両方の立場を併用する立場 (Vereinigungstheorie) を採用している<sup>27)</sup>。判例の立場によれば、物自体は返却されている場合であっても、物の価値の剥奪を根拠に排除意思を肯定するということになる。

RG (BGH の前身、ライヒ裁判所) は、領得を「物それ自体またはそれに体现される物の価値が行為者によって、その者の財産に組み込まれる (in sein Vermögen einverleiben)」ことだと定義していた<sup>28)</sup>。

これに対し、BGHは、領得意思を「所有者をその物の支配から排除し、自己固有の財産に物を同化させるという行為者の意思」と説示する<sup>29)</sup>。また、「物またはそこに体现された物の価値を権限者の財産から継続的に剥奪し、物（またはその物の価値）を自己の財産にもたらず意思、換言すれば、その経済的価値を何らかの方法で自己のために利用する意思」であると述べている<sup>30)</sup>。かかる文言に鑑みると、BGHは、領得意思に関する上述のRGの立場を踏襲したと考えられる。さらにBGHは、「領得とは、物についての支配の確立または物についての第一の処分であり、単にこうした支配的地位を利用することではない。換言すれば、領得とは、権限者を排除することによって自己の占有を（可罰的違法性が存し、かつ有責に）基礎づけることである。」と説示した<sup>31)</sup>。

このような判例実務を前提とし、領得の意思に関する判例について具体的に概観することとする。例えば、行為者が5ユーロの現金を財布から奪おうとして被害者を殴った後、財布に700ユーロの現金を見つけて奪取した場合、当初の奪取意思から重大な変更はないので全額に対する強盗が成立するとされたものがある<sup>32)</sup>。これに対して、行為者の当初の計画の範囲にないといえるような事態の展開があった場合には、当初の目的物に対する強盗は未遂にとどまり、これとは別に、現に奪取した物に対しては窃盗が成立するとしたものもある<sup>33)</sup>。例えば、銃を奪おうとして被害者に対し暴行した後、銃を探す途中で現金を見つけて奪った場合、その現金に対しては窃盗罪が成立する。つまり、奪取するつもりであった対象物と全く別の物を奪取した場合には、暴行と財物奪取との間の目的関係を欠くとされたのである<sup>34)</sup>。前者の事案においては、財物の性質の同一性（＝「現金」）が存するために奪取の意思が肯定され、後者の事案においては、「銃」と「現金」という財物の性質上の差異が存するがゆえに、奪取の意思が否定されたのだと考えられる。

これらの事案に加えて、近年、領得の対象に関する錯誤が問題になった判例として挙げられるのは、被告人やその仲間の予想に反して、盗んできた金庫の中には金員はなく、単に行為者にとって価値のない、病院の文書やデータ媒体があるだけであったという事案である。同事案については、窃盗未遂の所為があると判示されている<sup>35)</sup>。また、被告人AとBは、被害者Cを殴り倒し、Cの車のトランクから、彼らが16万ユーロ相当だと推定した現金が入った箱を運び出した。次いで、彼らはその箱を持って逃げようとしたものの、彼らはこの箱には現金ではなくいくつかのワイン瓶が入っていることに気づいて、失望し、その箱を投げ捨てたという事案について、BGHは「この事例において、強盗罪の未遂のみが認められる。というのも、その箱は、期待された中身（現金）を彼らの故意に関連づけていなかった上に、行為者らは実際の中身（ワイン瓶）に何の関心も有していなかったのであるからである。そして、その限りにおいて、奪取された物を違法に領得するという意図が欠けるからである。」と判示している<sup>36)</sup>。

以上、概観した通り、判例実務において、行為者によって追求された領得の対象が奪取された容器の中に存在しない場合、領得客体に対する未遂のみが認定されていることが看取さ

れる。奪取した容器の中身が、行為者が当初意図していた物と異なる場合に、奪取された物を違法に領得するという意図が欠けるとされているのである。また、奪取罪に必要とされる主観的要件である領得の意図において、「所有権者を排除する意思」については未必の故意で足りるのに対し、「自己又は第三者のものにする意思」については意図が要求されている点特徴的であろう。未必の故意よりも高度な主観的意欲とされる意図が要求されていることから、容器との中身が区別されて論じられることとなっているのである。

これらの考察を踏まえ、次項では、領得の対象に関する錯誤の問題について、BGHの実務を批判し、支配的見解とは異なる立場を採ったLG Düsseldorfが下した判断を詳細に検討する。

### 3 LG Düsseldorf の判断

LG Düsseldorf, Urteil vom 2. Februar 2007 – 1 KLs 23/06 の事実の概要は以下の通りである。被告人らは、馬券売り場の警備を担当していた。彼らは、ある者 (P) が、事務所からボール箱 (Kartons) を運び出し、自動車のトランクに積むのを見た。その時彼らは、ボール箱の中には現金があり、その額は一日の売り上げあるいはその他の貴重品だろうと予想した。しかし、彼らはボール箱の中身について確信を持ってはいなかった。彼らは、P の顔面に刺激性のガスを吹きつけて、その間にボール箱を運び出そうと決心した。そして、彼らは、約 150m 離れた地点にある車両にその箱を運び、積み込み、中身を確かめられる安全な場所まで移動するつもりであった。彼らは、共同で準備したこの行為計画を実行に移した。しかし、彼らが車両に箱を運び入れて出発した際に、他の車両が彼らの進路を妨害した。結果として、被告人兩名は、ボール箱の中身を確かめることなく、その箱を車両に残して逃走した。被告人兩名によって盗られた箱の中身は、単なるコピー用紙にすぎなかった。刑事部は被告人らに対し、249 条、250 条 2 項 2 号の、共同の、特に重い強盗罪を認定し、それぞれ数年の拘留を言い渡した<sup>37)</sup>。

LG は判決理由において、「被告人らは、それぞれ既遂所為を行ったものとして処罰される。このことと、彼らが、箱の中に現金あるいは馬券売り場にあるそれ以外の貴重品が入っていることを前提にしていた事実は反するものではない。というのも、彼らは、どのような場合でも、中身の他に箱をも自己又は第三者のものに (aneignen) しようとしていたからである。それは、彼らが、中に保管された対象物にとって必要不可欠な輸送手段としてその箱を必要としており、その箱の中の対象物を安全な場所へと運ぼうとしていたことを理由とする。このことは、被告人らが箱に対しそのような価値さえも認めずに専ら所為を開始したことを考慮せずとも、箱についての領得意図を認定するのに十分である。むしろ、重要なのは、彼らが箱に関しても、少なくとも逃走後に安全だと推測した時点までは、両人はそれぞれ、所有者のように振る舞い、この対象物を自身の財産に組み入れようとしていたことである。

しかし、所為既遂という問題に関して、中身にとって必要不可欠な輸送手段である箱について、たとえ少なくとも一時的に自己又は第三者のものにする意図を認めない場合であって

も、被告人らに未遂所為のみの処罰が下されることはないだろう。というのも、被告人らの領得意図の有無は、箱の実際の中身をも考慮して判断されるからである。奪取すべき容器に関して、行為計画に従っていることについておおまかな表象しか有していない行為者が、自身の表象と実際の事実とが食い違っている場合にも、奪取する際に領得意図を持って行っているか否かは、事実認定の領域に存する問題である。これについては、奪取行為に先行し、付随し、引き続く、あらゆる事情を考慮に入れて回答しなければならない。行為者が、その財物が本来の自身の表象に合致しないと気づいて、容器の中にある財物を奪取行為後に廃棄する場合、BGHの判例は、このことを規則的に、行為者が奪取行為の時点において実際に盗った財物に関する領得意図を有していなかったことの証拠徴表と認定してきた。その結果、行為者は未遂の財産犯として処罰され得るのである。

当刑事部は、奪取行為の後に表された態度から奪取行為時の所為に関する主観面を推認するというBGHによって付け足されたこの推論が、実際に維持できるか否かについて判断しないままとする。いずれにせよ、かかる考慮からは、後まで残る疑念が生じうる。まさに、奪取行為と領得意図の結合によって、窃盗や強盗が処罰に値するのである。その際には、行為者の表象に合致する結果として奪取のみが実際に存在すればよく、目論まれた領得は起こらなくてもよいのである。

これに関して、当刑事部の見方によれば、次の事が容易に想定されよう。すなわち、領得を目論んで奪取した客体に関する行為者の誤った表象は、原則的に、重要でないものと評価すべきである。このことは、行為者が奪取しようとする財物について具体的な表象を抱いていないものの、行為者の考慮によれば、少なくとも『何らかの価値あるもの(etwas Wertvolles)』であることが問題となる場合に、なおのこと妥当するのである。

このような事例において、当刑事部の見方によれば、基準となる奪取時点について領得意図が存在することには何の疑念も存し得ない。かかる意図が、後に、期待を裏切られたことにより放棄され、あるいは、最初から全く変化しなかったということは、主観的構成要件の存在に何ら影響を与えないのである。

容器の奪取の際に、容器が開けられ、中身を認識した場合に初めて一定の客体を具体化したとされる、判例においてときおり言及されてきた『漠然とした、自己又は第三者のものにする意思(unbestimmten Aneignungswillens)』の形象は、法律に何の根拠も持っておらず、むしろ、かかる形象は、法律の文言から読み取れるところの、奪取時に領得意図が存在しなければならないという明白な帰結に反するものである。

BGHの従来判例が、体系的に不十分な結論に至るものであったということは、以下の論拠で裏付けられよう。被告人らは、刺激性ガスの噴射後に箱を奪取しなかったのではなく、目撃者Bによる物理的な影響下で、箱をそのままにしたであろうことは、彼らが期待した物が厳密に箱の中に存在したか否かという問題となり得よう。しかし、このことは、特に重い強盗恐喝の構成要件の適用について重要ではない。というのも、このような事例においては、

同様に、利得意図のみが考慮されるべきであり、追求された利得結果が実際に発生した結果と合致するか否かは考慮されるべきでないからである。そして、このことは、領得意図の存在に関して容器の中身に関する錯誤の重要性を認めることとなり、財産犯の適用の際の不均衡に至ってしまう。というのも、窃盗と強盗恐喝について法律上指示されている所為不法の等価値性に反することになるからである。」と説示した。

このLGの判決に対する評価は分かれている<sup>38)</sup>。同判決に対し、Sinnは、「奪取された容器の事案において、領得意図が認定されるか否かという問題に関して、行為計画が考慮されるべきである。行為者が、自身の所為目標達成のために容器を輸送手段として利用することが必要かつ不可避であると考えていたならば、彼らは、『自己又は第三者のものにする意図』を持って行為しており、それゆえ、故意既遂犯により処罰されるべきである。いつか、『雨垂れ石を穿つ』ように、上級の判例が変更されることを願って、事実審裁判官は忍耐力を持ち続けて欲しい。しかしながら、これに対して、LGが用いた、容器の中身に関する行為者の誤った表象が重要ではないとの論拠には説得力がない。たしかに、自己又は第三者のものにすること(Aneignung)については、意図まで要求されるのではなく、条件付きでもよいとされている。しかし、自己又は第三者のものにすることが重要ではないとされることから、奪取時の自己又は第三者のものにする意図を推論することは不可能である。自己又は第三者のものにする意図を認定するためには、むしろ、行為計画が考慮されなければならない。行為計画が『何らかの価値のあるもの』という具体化をしていた場合、たしかに、裁判官は、具体的な所為状況において『価値あるもの』とは何を意味するのかについて確定する義務を負うことになる。いずれにせよ、『価値ある』という文言と『利用できる』という文言は等値されるべきではないのである。」と述べる<sup>39)</sup>。

LGの判決文及びSinnの指摘に鑑みれば、被告人らがその中に保管された対象物にとって「必要不可欠な輸送手段」として箱を必要としていたことから、箱に対する領得意図が認定されていることが看取される。つまり、LGが用いたのは、箱が必要不可欠な輸送手段であること(=輸送手段の論拠)である。その上で、輸送手段の論拠が否定されたとしても、領得を目論んで奪取した客体に関する行為者の誤った表象は、原則的に、重要でないものと評価すべき(=奪取客体に関する錯誤は重要ではないという論拠)であるとされ、畢竟、既遂罪に至るのである。Sinnは、LGの結論には賛同しつつも、輸送手段の論拠に対しては、行為計画に鑑みて、「容器を輸送手段として利用することが必要かつ不可避である」と行為者が考えていたことを要求する。そして、奪取客体に関する錯誤は重要ではないという論拠に対しては、これを否定する。LGのいう「何らかの価値あるもの」を行為者が具体化することが必要であり、かつ、それが裁判において立証され、また、容器を「利用できる」ということと「価値がある」ということは別であるとするのである。

確かに、Sinnの指摘の通り、「必要不可欠な輸送手段」として容器に対する領得意図を認定するならば、その際には、行為者の行為計画を考慮する必要があると思われる。というの



も、実行行為の客体がどのように・どの程度具体化されるかは、行為計画によって左右されるからである<sup>40)</sup>。また、行為計画を考慮せずに、「必要不可欠な」ものと認定することには困難が伴うことにもなる。そして、Sinn も否定する通り、奪取客体に関する錯誤は重要ではないという論拠については、かかる錯誤が「重要ではない」ことの理由が不十分であると思われる。この点、奪取客体に関する錯誤は重要ではないという論拠を錯誤論でもって根拠づけようと試論するのが Böse である。次項では、Böse による根拠づけと、彼が用いる設例を検討することとしたい。

#### 4 Böse の問題提起と設例

上述の通り、LG がもたらした結論を正当だとした場合に、いかにしてそれを根拠づけるかについて、Böse は錯誤論一般からのアプローチを試みる。窃盗・強盗罪に特有の問題とはみなさずに、事実の錯誤論において用いられる分類・論拠でもって、LG の結論を基礎づけようとする手法は、原理原則に立ち戻る解釈学の在るべき姿であると思われる。以下、Böse の見解を概観し、Böse が BGH を批判するために挙げた設例を紹介する。

Böse はいう。「まず、一般的な原則に従えば、容器の中身に関する錯誤の事例において、故意による奪取は存在する。容器（「箱」）に関して、このことは問題とならない。なぜなら、行為者は箱を奪おうとして箱を盗った限りでは何の錯誤にも陥っていないからである。そして、一般的な原則に従えば、表象された中身（「現金」）と実際の中身（ワイン瓶）との間の齟齬も、故意を阻却しない。なぜなら、両方とも他人の動産が問題となり、それとともに、強盗罪の構成要件にとって有効な所為客体が問題となるからである。<sup>41)</sup>。したがって、行為者の錯誤において、表象された客体と実際の客体が構成要件的に等価値である場合の、故意をそのままにする「客体の錯誤」が問題となることになる<sup>42)</sup>。Schmitz も、この原則は、窃盗罪の構成要件にも妥当し、行為者の（誤った）表象に基づいても、他人の動産が問題となる場合に限り、所為客体に関する錯誤は重要ではなくなるという<sup>43)</sup>。

行為者の錯誤が「客体の錯誤」ではなく、「方法の錯誤」と格付けられる場合、支配的な見解によれば、故意は阻却される<sup>44)</sup>。そのような分類は、次の事を要件とする。すなわち、「古典的な」事例のように、（狙われた）被害者についての感覚的知覚（*sinnliche Wahrnehmung*）によらず、被害者あるいは所為客体の同一性に関する行為者の精神的表象（*geistige Vorstellung*）によって、所為実行の客体を直接的には知覚していない限りで、被害者あるいは所為客体の個別化が達成されていること<sup>45)</sup>、である。

Böse は「しかしながら、個別化のためのかかる基準の交換は、恣意的であると思われ、とりわけ、被害者の同一性に関する単なる錯誤が客体の錯誤の事例において故意をそのままにしつつも、方法の錯誤の事例においては突然変わって行為者の故意を阻却することについて何の根拠も有さないのである。このような状況において投げかけられている限界づけの問題を、方法の錯誤の理論を追いやる契機として利用したいとは思わない。少なくとも、直接的

知覚が欠如している場合に、個別化のための他の基準を持ち出すことを避けようとはしない。被害者あるいは所為客体がこのような事例においては、計画された因果経過あるいは所為の『プログラム化』によって具体化される（例えば、毒酒事例）<sup>46)</sup>。これに応じて、BGH は、自動車爆殺事例において客体の錯誤を認めている。」という<sup>47)</sup>。この基準を上述の事例に適用してみれば、同様に客体の錯誤が存在する。というも、所為客体は、行為者によって得られた箱の中に存在するものとして、行為者によって具体化されているからである<sup>48)</sup>。

したがって、結論として、箱の中身に関する錯誤は「客体の錯誤」として窃盗の客観的構成要件との関連で、故意を阻却しないということが確認されよう<sup>49)</sup>。

奪取の故意と領得の意図は、行為者が構成要件的行為を実行する際に有していた表象に従って判断される<sup>50)</sup>。所為実行の過程で、所為客体あるいは行為者の表象に変更が生じた場合、客観的構成要件と主観的構成要件が一致するかどうかを判断するためには、実行行為の最後の時点を見ることによって決せられるのである<sup>51)</sup>。ここでいう実行行為の最後の時点とは、中身を確認する前の、奪取の時点である。このように Böse は、LG の見解を錯誤論から根拠づけるとともに、従来の BGH の見解に対して、以下の設例を挙げることによって、疑問を投げかけたのである。

【Böse のタバコ事例】A は B を夕食に招待し自宅に呼んだ。A に対して B は、自分が愛煙家であることを告白した際、A は、B にタバコをあげるため、休暇であった隣人 N の居室から特産タバコの箱を持ち出した。B がその箱からタバコ 1 本を選び出したあと、当初からの計画通り、A はその箱を元の場所に戻した<sup>52)</sup>。

## 5 検討

まず、Böse の設例を考察する。支配的見解によれば、B によって取り出されたタバコに関する領得の意図はおそらく否定されるだろう。というも、奪取の時点では、かかる意図はまだ十分に具体化されていなかったからである<sup>53)</sup>。

しかしながら、これに対しては、A は、B に所有権者（隣人 N）のように自由に選択できる可能性を与えるため、タバコ全てを一時的に自分の財産としたのであるから、A は、箱の中にあったタバコ全てに関して一時的な使用意図をもって行為していたのであると反論できる<sup>54)</sup>。

また、LG の輸送手段の論拠によれば、B が選んだタバコが入っていた箱は、「必要不可欠の輸送手段」といえる。なぜなら、A は B にタバコを選んでもらうために、その箱に入っている全てのタバコを A の元へ運ばねばならず、代替となる容器を用意していなかったからである。たとえ、他の容器に当該タバコを移し替えて A の元へ運ぶことが可能であったとしても、その際は、奪取客体に関する錯誤は重要ではないという LG の第二の論拠によって、当該奪取行為時に A が中身を具体化していなくとも、既遂になることになる。

これらの反論は、従来の BGH への批判となり得る。しかしながら、容器の中にある物に

対して一時的に自分の財産としたことが重要視されるならば、あるいは、奪取客体に関する錯誤は重要ではないとされるならば、そもそも具体化説のいう、「実行行為の客体の具体化とは何なのか」という疑問が生じ得る。

ドイツでは具体化説が通説であることは先述した。同説は、実行行為の客体について行為者に具体的な表象が存することを必要とする見解である。ここで問題となるような、「容器」を奪取する事案について、果たしてその「中身」までの具体化が必要なのだろうか。

この点、Böseが「容器」を自動車爆殺事例のような離隔犯とパラレルに考えて<sup>55)</sup>、客体の錯誤の事案と見なす解決策には説得力がある。客体の錯誤については具体化説も故意を認めるからである。人違いという問題は、重要でない動機の錯誤 (unbeachtlicher Motivirrtum) としてまさに法的評価にとって「重要なものではなくなる」からである<sup>56)</sup>。同様に、「容器」の中身が行為者によって追求された対象物と異なった物であることも、重要でない動機の錯誤と言い得るだろう。しかしながら、典型的な客体の錯誤の場合、行為者は実行行為を向ける客体の具体化に成功しており、人物の個別性に関する具体化が重要なものではなくなったわけではないことに留意すべきである。すなわち、例えば、殺人罪の実行行為には、銃を向ける先を決めるための「その人」を具体化する必要がある、そもそもそれが「誰であるか」は客体の具体化とは関係のないことである。「誰であるか」は、殺人罪の実行行為を向けるにあたり必要な客体の具体化ではないのである。このように解するならば、容器の中身を盗む場合には、実際の実行行為、すなわち「奪取」の客体たり得るものを最低限度具体化すればよいのである。LGのいう「奪取行為と領得意図の結合によって、窃盗や強盗が処罰に値する」また「基準となる奪取時点」は、まさにこのことを示していると思われる。したがって、窃盗罪・強盗罪等の奪取罪の構成要件の実行行為である奪取行為が向けられるのは「容器」であるから、そもそも「容器」のみを最低限度具体化していればよいと思われる。

ただし、これは、行為者の実行行為 (=奪取) が、直接「容器」に触れる (=知覚すること) を前提とする<sup>57)</sup>。したがって、「容器」を更なる「容器」に入れてある場合、例えば、マトリョーシカのような物の一番内側に現金が入っている場合も、同様である。奪取行為の客体たり得るものとしては、大きい外側のマトリョーシカで十分である。さらに、このマトリョーシカが金庫に入っている場合も、行為者が金庫を運び出せるならば、その金庫は奪取行為の客体たり得るものである。したがって、かかる金庫を奪取し、実際に金庫の中のマトリョーシカの中身が紙切れ1枚だったとしても、そもそも、行為者による奪取行為の客体たり得る最低限度の具体化は成功していることから、奪取罪の既遂となろう。

かかる理解は、もたらず結論においては同一であるものの、上述のBöseの主張とは立場を異にする。Böseは、容器の中身に関する錯誤の事案を「離隔犯」と捉え、その定義を「感覚的知覚によらず客体を個別化するもの」としているからである<sup>58)</sup>。離隔犯の定義自体については、異論はないものの、容器の中身に関する錯誤の事案を「離隔犯」といえるかは甚だ疑問である。というのも、上述の通り、窃盗罪・強盗罪の構成要件に規定される奪取行為の客

体となり得るのは、「容器」であり、この容器自体を行為者は直接に感覚的知覚によって個別化することができるからである。したがって、このような事案は、離隔犯という例外として位置づけて論じるのではなく、通常故意犯において用いられる具体化説をもって解決され得るものと解すべきである。つまり、離隔犯の議論を持ち出すまでもなく、本稿が問題とする事案は、感覚的知覚によって特定された客体に結果が生じたものの、その客体が精神的表象において意図していた客体ではなかったという、単なる客体の錯誤であると解されるべきである。

他方で、そもそも、この事案は錯誤の事案ではないとする解釈も考えられ得る。例えば、ひったくりの犯人がバッグを奪取する際に、彼はバッグの中身全てを具体化しているわけではない。そして、実際に裁判になれば、バッグの中身全てについて窃盗罪が成立することになる。このことは、米俵を盗む者が米粒一つ一つを具体化しないのと同様である。したがって、構成要件に規定された実行行為の客体たり得る最低限度の具体化がなされることによって、故意は充足されると考えられる。このように解すれば、奪取罪において、「容器」は、実行行為の客体たり得る最低限度の具体化であるから、これを具体化すれば、故意は充足される。

したがって、中身が何であるかということは故意の有無とは関係ないものとなり、この限りでは、行為者に錯誤が生じていないとも言い得る。ただし、ここで留意すべきは前述した Sinn の指摘である。たとえば、容器の中身を確認してから奪取するかを判断するという条件付きの意図を持っている場合や、行為者にとって容器は全く重要ではなく、中身を行為者が持参した別の容器に移し替えるような場合など、行為計画の如何によっては、容器を具体化することが、実行行為の客体たり得る最低限度の具体化と見なされない場合があるからである。

以上、LG の見解、Böse による LG の根拠づけ、Böse の設例に関して検討を加えてきたが、次項では、ここで得た考察が、日本にいかなる影響を与え得るのかを検討する。

## 6 日本における議論

我が国において、不法領得の意思は明文で規定されておらず、その内実に関して学説の対立がある<sup>59)</sup>。かかる意思を要求しない第三の見解も見受けられる<sup>60)</sup>。判例は、大判大正4年5月21日(刑録21輯663頁)において、不法領得の意思を肯定している。この事案は、尋常高等小学校の教員たる被告人が、その校長の過失責任を装うため、教育勅語謄本等を自己の受け持ち教室の天井裏に隠匿したというものである。ここで大審院は、不法領得の意思が窃盗罪に要求されることを明示したうえで、これを「権利者を排除して他人の物を自己の所有物として其経済的用法に従い之を利用若くは処分する意思」と定義し<sup>61)</sup>、「毀棄又は隠匿する意思」による奪取は窃盗罪を構成しないとして、被告人に窃盗罪は成立しないとした。

このように、「権利者を排除して」の部分がドイツの「権利者を排除する意思」と、「他人

の物を自己の所有物として其経済的用途に従い之を利用若くは処分する意思」という部分は「自己又は第三者のものにする意思」と対応しているように考えられ、領得の意思の内容は両国でおおむね一致していると思われる。これを前提に、我が国で、領得の対象物に関する錯誤の事案として、大阪高判昭和28年11月18日（高刑6巻11号1603頁、判時25号25頁）が挙げられる。これは、行為者が別居の親族の所有物であると誤信して実際には親族でない者の所有物を窃取した事案である。裁判所は、「罪となるべき事実に関する具体的の錯誤が存するけれども、他人の物を他人の物と信じたことは相違がなく、その認識とその発生せしめた事実との間には法定的事実の範囲内において符合が存するから、右の錯誤を以て窃盗の故意を阻却するものということができず」と判示している。同裁判例においては、法定的符合説が用いられていると思われるが<sup>62)</sup>、その認識を基礎づけている「他人の物を他人の物と信じた」という文言は、前述(4)のSchmitzの理解と一致している。ここでも、領得対象に関する認識の理解について、ドイツと類似するものが存するといえよう。

このように我が国では、法定的符合説が通説・判例とされており<sup>63)</sup>、「財物」という構成要件に規定された要素内における行為者の認識と事実の不一致は、重要とはされない。この限りでは、確かに窃盗罪の対象に関する錯誤は、日本では問題とはならないと思われる。

しかしながら、たとえば、大阪高判平成14・9・14においては、傍論ながら人に対する故意の具体化が必要だとされ、東京高判平成14・12・25では、法定的符合説に依拠しつつも、意図していなかった客体について故意を認めるならば、量刑上、刑を重くする方向でその故意を考慮してはならないとされており、近年の裁判実務において、少なくとも下級審では結論（量刑）として具体的符合説に立ったとも評価し得るものが見受けられるのである<sup>64)</sup>。したがって、具体的符合説が通説であるドイツの議論を予め検討しておくことは、我が国の実務・解釈学に資すると考えられる。

また、たとえ具体的符合説を採ったとしても、窃盗罪の対象に関する錯誤についての結論は変わらない可能性もある。それは、前述の通り、奪取行為の客体たり得る具体化には、知覚できる最低限度の「物」の認識で十分だからである。

このように解すれば、法定的符合説も、本稿の理解の下での具体的符合説も、結局のところ、当該構成要件に規定されている客体に関する文言（例えば、「他人の物」）を基礎に、客体をどの程度具体化する必要があるか、という問題に帰着することになる。本稿の検討対象とする窃盗罪・強盗罪の客体は「他人の物（動産）」であるので、法定的符合説・（本稿の理解の下での）具体的符合説による結論は同一のものになり得る。したがって、財産罪という構成要件の特殊性あるいはその文言の特徴が、錯誤の解決にとって重要な要素となっていると考えることも可能だろう。次項では、構成要件・保護法益ごとに行為者に要求される客体の具体化の程度が変わるべきであるとするHillenkampの見解を検討する。

## 7 実質的等価値説との関連性

Hillenkamp は「実質的等価値説 (materielle Gleichwertigkeitstheorie)」を主張する。同説によれば、侵害客体の個別性が構成要件実現と行為不法にとって無意味である場合には、方法の錯誤は故意の帰属にとって無意味となる。このような無意味性は、完全にあるいは主として財産法上の法益を保護するすべての構成要件について生ずるが、これに対して、構成要件が完全にあるいは主として高度に一身的な法益の保護に奉仕する場合には、方法の錯誤は等価値性を排除し、それゆえ、故意の帰属も排除される<sup>65)</sup>。同説は、客体の個別性が構成要件的・行為不法的に「無意味」かどうかという判断によって、具体化説と等価値説(=法定的符合説)を使い分ける解決を提示した。すなわち、方法の錯誤は、高度に一身専属的な法益の場合でのみ重要であって、所有物や財産のように譲渡できるようなものの場合には重要ではない。高度に一身専属的な法益の場合でのみ、不法の実現が、侵害されたものの個別性に左右されるのであるとするのである<sup>66)</sup>。同説によれば、容器の中身に関する錯誤は、そもそも財産罪における「財物」が問題となるので、仮に方法の錯誤の事案であったとしても、客体の個別性は重要ではなくなる。したがって、実際に発生した結果が「他人の動産」という財産罪の法定構成要件の範囲内に収まる以上、行為者には故意が認められ、既遂犯となる。このように、実質的等価値説は、中身に関する錯誤の問題に対しては、LG や Böse と同様の結論をもたらすことができ、また、財産罪という構成要件の特殊性あるいはその文言の特徴が、錯誤の解決にとって重要な要素となっているという前述の一試論にも合致し得る。

ただし、なぜ、不法の実現が法益の専属性に左右されるのか、また、そもそも同説は他の事案について、妥当な結論を与えるものなのか等、解明すべき点は山積している。それゆえ、本稿では同説の正当性については深く立ち入らず、容器の中身に関する錯誤の問題に関して、LG や Böse と同様の結論をもたらすことができるという点のみを指摘するに留めたい。

## 8 おわりに

窃盗や強盗において行為者によって追求された財物が、実際に奪取した容器の中に存在しなかった場合、ドイツの通説によれば、強盗罪あるいは窃盗罪の未遂が認定される。つまり、奪取あるいは領得の対象に関する錯誤は、強盗罪あるいは窃盗罪の主観的構成要件を阻却するとされているのである。しかしながら、容器の中身に関する錯誤は重要でないと判断され、既遂所為による処罰が認められるとした、LG Düsseldorf の判決が登場した。同裁判所は BGH 及び支配的見解に対して「後まで残る疑念がある」と批判し、容器の中身に関する錯誤は故意を阻却しないと判断したのである。

このような、容器の中身に関する錯誤の問題について、本稿は、従来の BGH 及び学説を検討し、LG Düsseldorf の判決に考察を加えた。その上で、かかる判決の基礎付けを試みる Böse の見解を概観し、検討した。Böse は「容器」を自動車爆殺事例のような古典的な離隔犯事例と平行に考えて、容器の中身に関する錯誤を客体の錯誤の事案と同視する解決策を

呈示した。本稿は、ドイツの通説である具体化説の例外である離隔犯と捉えるのではなく、具体化説そのものの意義から考察を始め、容器の中身を盗む場合には、実際の実行行為、すなわち「奪取」の客体たり得るものを最低限度具体化すればよいのであると結論づけた。したがって、奪取行為が向けられるのは「容器」であるから、そもそも行為者は「容器」のみを最低限度具体化すればよいと解し、また、財産罪の特性に着目した Hillenkamp の見解も検討し、そこから日本への示唆を得た。そして、本稿は、本件で問題となる客体の具体化を、窃盗罪・強盗罪の構成要件に規定される奪取行為の客体となり得る最低限度のもので足りると結論づけたのである。強盗罪・窃盗罪以外の財産罪の客体、及びその他の法益に関する客体の具体化の程度に関しては、別稿に期したいと思う。

## 注

- 1) Böse, Der Irrtum über den Gegenstand von Wegnahme und Zueignung beim Diebstahl (§242StGB), S.1031.
- 2) Kindhäuser, NK-StGB<sup>5</sup>, 2013, §16 Rn. 33.
- 3) Eser in Schönke/Schröder, StGB Kommentar 27. Aufl., 2006, §249 Rn. 9.
- 4) BGHSt 22, 350.
- 5) BGH StV 1983, 460.
- 6) BGH NSTZ 1996, 599.
- 7) Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 6. Aufl., 2002, §46 Rn. 29.
- 8) ドイツにおける強盗罪についての詳細な先行研究として、神元隆賢「強盗関連罪の身分犯的構成 (1)」成城法学 75 巻 (2007 年) 191 頁以下。
- 9) NSTZ 2004, 333; NSTZ-RR2000, 343.
- 10) BGH, (o.Fn.5.), 460.
- 11) BGH MDR/Dallinger 1968, 372.
- 12) NSTZ 2000, 531.
- 13) BGH GA1989, 171.
- 14) StV 1990, 408.
- 15) BGH StV 1987, 245.
- 16) Fischer, StGB, 56. Aufl., 2009, §242 Rn. 41.
- 17) Graul, JR 1999, 338.
- 18) LG Düsseldorf NSTZ 2008, 155.
- 19) Rengier, Strafrecht BT<sup>16</sup> I, 2014, S.12.
- 20) Rengier, Strafrecht BT<sup>14</sup> I Vermögensdelikte, 2012, Rn. 80.
- 21) BGH NJW 1990, 2569.
- 22) Eser/Bosch in Schönke-Schröder, StGB<sup>28</sup>, 2010, § 242 Rn. 47.
- 23) Meurer, JR 1992, 347.
- 24) Bloy, Der Diebstahl als Aneignungsdelikt, JA, 1987, S.187, 190.
- 25) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11 Aufl., 1969, S.341.
- 26) Frank, Rechtsprechung der Reichsgerichts, ZStW Bd. 14, 1984, S.388.
- 27) Rengier, (o.Fn.20.), Rn. 39.
- 28) RG 61, 228.
- 29) BGHSt. 1, 262, 264.
- 30) BGHSt. 4, 237, 238; BGHSt. 24, 115, 119; BGH, wistra, 1988, 186.
- 31) BGH14, 38; BGHSt. 5, 205.
- 32) BGHSt, (o.Fn.4.).
- 33) 奪取の対象を変更する場合には目的関係を欠くことも有り得る。Rengier, (o.Fn.20.), §7, Raub, 167.
- 34) BGH NSTZ-RR 2002, 304.
- 35) HRRS 2012 Nr. 450.
- 36) BGH NSTZ 2006, 686, 687.

- 37) LG Düsseldorf, (o.Fn.18.), 156.
- 38) Arndt Sinn, ZJS 2/2010, S.274.
- 39) Arndt Sinn, (o.Fn.38.), S.275.
- 40) 拙稿「因果関係の錯誤について—行為計画に鑑みた規範直面時期の検討—」嘉悦大学研究論集第58巻2号(2016年)30頁。
- 41) Böse, (o.Fn.1.), S.1030.
- 42) Streng, Jus 2007, 422.
- 43) Schmitz, in:Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 2003, §242 Rn. 105.
- 44) NStZ 1998, 294, 295;Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT<sup>11</sup>, 2003, §21 Rn.13.
- 45) Herzberg, JA 1981, 470.
- 46) 毒酒事例については、拙稿「離隔犯における客体の錯誤と方法の錯誤の区別—最後に特定された客体との齟齬—」比較法雑誌第50巻1号(2016年)247頁。  
プログラム化については、Freund, Das Spezifikum der vollendeten Vorsatztat, 2010, S.229.
- 47) Böse, (o.Fn.1.), S.1029.
- 48) Streng, (o.Fn.42.), S.423.
- 49) Böse, (o.Fn.1.), S.1029.
- 50) Cramer/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl., §15 Rdn. 48.
- 51) NStZ 1996, 38.
- 52) Böse, (o.Fn.1.), S.1025.
- 53) LG Düsseldorf NStZ 2008, 156.
- 54) RGS73, 253. ただし、これは、財物全体のうち選ばれなかった部分についての横領が問題となった事案である。
- 55) 自動車爆殺事例については、拙稿・前掲注(46)・244頁。
- 56) Erb, Zur Unterscheidung der aberratio ictus vom error in persona, 2013, Frisch-FS, S.396.
- 57) Böseは、これを間接的な知覚と考えている。というのも、Böseは実行行為の客体として中身を想定しているので、外側の容器を知覚しただけでは直接的知覚にはならないからである。
- 58) 実行行為時に感覚的知覚による客体の特定が存せず、実行行為時よりも前に客体の特定をなすような場合が、離隔犯である。詳しくは、拙稿・前掲注(46)・239頁。
- 59) 斎藤信治「不法領得の意思(一)～(三)」法学新報79巻8号(1972年)35頁、79巻11号(1972年)37頁、86巻4・5・6号(1979年)303頁、林美月子「窃盗罪における不法領得の意思についての一考察(一)～(四・完)」警察研究53巻2号(1982年)43頁、53巻4号(1982年)67頁、53巻6号(1982年)43頁、53巻7号(1983年)24頁。
- 60) 曾根威彦『刑法の重要問題〔各論〕〔第2版〕』(成文堂、2006年)135頁以下は、「所有権侵害・危険の側面が窃盗の客観面に影響をもち得ないとするのは不可解である」こと、占有取得とは異なった「客体の利用可能性、利益移転の事実」を考慮すべきであることを挙げて、このような客観面に対する認識(故意)を要求すれば、あえて不法領得の意思を要求する必要はないという。
- 61) 最判昭和26年7月13日(刑集5巻8号1437頁)も同様。
- 62) 詳しい検討は、拙稿「各構成要件における行為事情の錯誤—特別法およびドイツにおける租税違脱罪の判例を手がかりに—」嘉悦大学研究論集第58巻1号(2015年)73頁以下。
- 63) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社、1990年)298頁以下。
- 64) 拙稿「同一構成要件間における方法の錯誤の取り扱い—修正された行為計画説の立場から—」中央大学大学院研究年報法学研究科篇第43号(2014年)229頁以下。
- 65) Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichenden Tatverlauf, 1971, S.108, 116ff.
- 66) Kindhäuser, (o.Fn.2.), §16 Rn. 35.

(平成28年10月11日受付、平成28年12月12日再受付)