

強要の限界づけと規範的自律

菊 地 一 樹

- 第1章 問題の所在
- 第2章 判例の展開
 - 第1節 過去の判例
 - 第2節 判例の転換
- 第3章 学説状況
 - 第1節 ラディカルな法義務論
 - 第2節 関係性の欠如理論
 - 第3節 区別理論
 - 第1款 修正された自律性原理
 - 第2款 「提案」と「脅迫」の区別
 - 1 Fr.-Chr. Schroeder の見解
 - 2 Kuhlen の見解
 - 第3款 支配力ないし設定力への着目
- 第4章 若干の検討
 - 第1節 比較の際の注意点
 - 第2節 「動機づけの圧力」の位置づけ
 - 第3節 強要の限界づけと規範的自律
- 第5章 結びに代えて

第1章 問題の所在

本稿が検討の対象とするのは、可罰的な強要の限界づけについてであ

る。すでに多くの論者が指摘しているように、強要は「それ自体、日常的な事柄である⁽¹⁾」。我々は私生活の中で、他人が、自身の望む行動をするように仕向けることを試みている。例えば、恋人に対して、アイドルの追っかけをやめなければ別れると「脅す」ことや、子供に対して、部屋の片づけをしなければ小遣いを渡さないと「脅す」ことなどは、日常的に起こりうる出来事である。このように、一方の意思が他方の自由を犠牲にして実現される状況において、いかなる場合に、意思を押し通すことが社会的に相当な範囲を逸脱し、可罰的な強要に到達するのかを明確に特定することは困難な課題といえる。

この点と関連して、ドイツでは「合法的な不作為を告知する脅迫 (Drohung mit einem rechtmäßigen Unterlassen)」を通じた強要罪 (ドイツ刑法240条1項⁽²⁾) の可罰性について議論の蓄積が存在する。ここでは、「合法的な不作為」、すなわち、自らに作為義務のない行為を行わないことを告知する場合に、強要罪の成立が認められるかどうか争われている。例えば、救助義務を負わない山小屋の主人が、遭難者に対して、「私の靴を舐めなければ、山小屋に泊めない」と告げたため、遭難者が仕方なくこの要求に応じたという場合 (以下、「山小屋事例」という。) が考えられる。

我が国の通説によれば、告知された加害の内容がそれ自体として適法な場合であっても、本人に対して心理的圧迫を生じさせる以上、強要の手段としての「脅迫」⁽³⁾ が認められ、強要罪の成立が肯定されるものと思われる。

(1) Elisa Hoven, Nötigung durch Bestechlichkeit? – Ein Beitrag zum Verständnis der Nötigung durch Drohung mit einem rechtmäßigen Unterlassen, ZStW 128, 2016, S. 173.

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

(3) 林幹人『刑法各論 [第2版]』(東京大学出版会、2007年) 79頁、佐久間修『刑法各論 [第2版]』(成文堂、2012年) 87頁、斎藤信治『刑法各論 [第4版]』(有斐閣、2014年) 60頁、大谷實『刑法講義各論 [新版第4補訂版]』(成文堂、2015年) 87頁以下、前田雅英『刑法各論講義 [第6版]』(東京大学出版会、2015年) 77頁注

る。また、脅迫罪の成立について、告知される害が「犯罪を構成するも⁽⁴⁾の」あるいは「違法なもの」⁽⁵⁾である必要があるとする有力説の中でも、適法な事実の告知が、それと「無関係な要求と結びつけられた」場合には、強要罪などの別罪を構成しようとするものが多数である⁽⁶⁾。したがって、この見解からも、遭難者の救助を「靴を舐めろ」という無関係な要求と結びつけた山小屋の主人には強要罪の成立が認められることになろう。しかし、それ自体適法とされる告知行為が、無関係な要求と結びつけられることにより違法とされる根拠については十分に議論がされていない。そこで、以下では、この問題に関するドイツの議論状況の紹介と分析を通じて、可罰的な強要の限界づけのための基本的な視座を獲得することを試みる。

なお、これと同様の問題は、強要罪と特別関係にある他の犯罪類型でも

2、井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣、2016年）122頁、松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）80頁、橋本正博『刑法各論』（新世社、2017年）92頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第7版〕』（弘文堂、2018年）77頁。大判大正3年12月1日刑録20輯2303頁も、傍論ながら、告訴の意思がないのに相手を恐怖させる目的で告訴すると通告した場合には脅迫罪が成立するとしており、通説と同様の立場を示したものとして理解されている（平山幹子「判批」『判例プラクティス刑法Ⅱ』（信山社、2012年）75頁）。なお、日下和人「告訴の意思表示は適法か」群馬大学社会情報学部研究論集25巻（2018年）49頁以下は、恐怖させる目的がある場合、告訴をなすこと自体が権利濫用として違法になると解する余地があるため、従来の判例理解には修正が必要であると指摘する。

(4) 平野龍一「刑法各論の諸問題」法学セミナー201号（1972年）65頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）76頁。

(5) 曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（弘文堂、2012年）54頁、高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』（成文堂、2014年）91頁、中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（有斐閣、2015年）49頁、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、2015年）137頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第4版〕』（成文堂、2016年）96頁。

(6) 山口・前掲注（4）76頁、高橋・前掲注（5）91頁、中森・前掲注（5）49頁注8。

(7) なお、松原・前掲注（3）80頁は、「同一の章に規定され、ほぼ同じ文言が用いられている脅迫罪と強要罪とで脅迫概念を別異に解することには疑問がある」とする。

生じる。例えば、上述の山小屋事例で、山小屋の主人が金銭の支払いを要求したという場合には、恐喝罪（刑法249条）の成否が問題となるし、性的な行為を要求したという場合であれば、強制性交等罪（177条）や強制わいせつ罪（176条）の成否が問題となる⁽⁸⁾。その意味で、本稿で得られる視座は広い射程を持ちうるが、当然ながら、どこまで他の場面に一般化可能であるかについては個別的な検討が必要である。そこで、本稿ではさしあたり、強要罪の成否が問題となる場面を主として念頭に置きながら議論を進める。

第 2 章 判例の展開

第 1 節 過去の判例

ドイツにおける過去の判例は、強要罪の成否を判断するにあたり、告知の内容が作為の場合と不作為の場合とを区別していた。「作為を告知する脅迫」の場合、それが名宛人の意思決定に対して効果的に影響を与える手段と評価できる限り、当該作為が適法であっても強要罪が成立しうる⁽⁹⁾。これに対して、「不作為を告知する脅迫」を通じた強要の成立が認められるのは、その行為を行うことについて行為者が法的に義務を負っている場合に限られる。したがって、行為者がそのような義務を負っておらず、告知内容である不作為が「合法的な不作為」といえる場合、強要罪が成立する余地はない。

例えば、ハンブルク上級地方裁判所は、検察側に従事していた被告人

(8) 杉本一敏『『帰属を阻害する犯罪』の体系と解釈（1）』愛知学院大学論叢法学研究48巻1号（2007年）23頁注19が指摘するように、『被害者の同意』という法制度を介すると、『個人的法益に対する罪』の殆どが『同意のない侵害を強いられた』という意味で『強要罪』と特別関係になる」といえる。

(9) 例えば、OLG Hamm NJW 1957, 1081は、真実に合致した新聞報道という適法な行為も、強要罪にいう「重大な害悪」に当たりうるとする。

が、商店で万引きをした16歳の少女に対し、少女が自分を商店側の弁護士であると誤解していることを利用して、性的な行為に応じれば窃盗の告訴を取り下げると持ちかけ、これに応じさせたという事案において、強要罪⁽¹⁰⁾の成立を否定する判断を示している⁽¹¹⁾。ここでは、（要求に応じなければ）告訴を取り下げないという「合法的な不作為」を告知する脅迫が問題となっている。ハンブルク上級地方裁判所は、本件で強要罪の成立が否定される根拠を次のように説明をしている。すなわち、「伝統的な判例によれば、ある行為（ここでは「告訴の取り下げ」による援助）を行わないことの告知が、ドイツ刑法240条、253条〔引用者注一恐喝罪〕という重大な害悪を告知する脅迫といえるのは、この行為を行う法義務（Rechtspflicht）が存在する場合だけである」。この要件が存在する場合にのみ、不作為の告知を作為の告知と同視することができる。他方で、「法的に義務付けられていない援助の申し出を通じて、他人に影響を与えようと試みる者は、すでに存在する苦境について指摘し、考えられる打開策を示している」にすぎないとされる。

第2節 判例の転換

これに対して、ドイツ連邦通常裁判所は1983年に、これと類似の事案において、過去の判例の理解を克服する判断を示した⁽¹²⁾。事案は次のようなも

(10) 性犯罪の成否が問題とされていないのは、当時のドイツの性犯罪規定が、脅迫を手段とした性的強要を「生命や身体に対する現在の危険を及ぼす旨」の告知が認められる場合に限定していた（旧177条1項2号）ためであると考えられる。これに対して、2016年性刑法改正後の現在では、「行為者が、相当の害悪を告知する脅迫によって、その者に性的行為の遂行又は甘受を強いた場合」を処罰する規定（177条2項5号）等の適用の可否が問題となりうる。本改正の概要については、深町晋也「ドイツにおける2016年性刑法改正について」法律時報89巻9号（2017年）97頁以下を参照。

(11) OLG Hamburg NJW 1980, 2592. なお、被告人には侮辱罪（ドイツ刑法185条）の限度で有罪の判断が維持されている。ドイツにおいて侮辱罪が性犯罪の受け皿構成要件として機能していた点につき、佐藤陽子「ドイツにおける性犯罪規定」刑事法ジャーナル45号（2015年）81頁以下を参照。

のである。万引き監視員 (Ladendetektiv) である P は、40 ドイツマルクの肩掛けを万引きした16歳の少女を捕らえ、窃盗の告訴の準備を進めていた。少女は、万引きの事実が発覚することで、両親が自分を「死ぬほど引く叩く」であろうことや、見習いとしての勤め口 (Lehrstelle) を失うことを恐れ、チーフとして現れた別の万引き監視員である被告人と P に対して、見逃してくれないかと懇願した。だが、被告人と P は、例外を認めると自分たちの立場も危うくなるとして、告訴を果たさなければならぬと説明した。

しかし、P がオフィスを退出した後で被告人は、少女を自宅に連れて行き、彼女に対して、被告人と性的な関係を持てば、告訴を「握りつぶして (unter den Tisch fallen)」やると告げた。少女は、被告人の言うことを信じて、後日実行することを約束した。もともと、その実行前に、少女は信頼のできる人物にこのことを相談し、その人物が警察に事態を打ち明けたため、性的な行為が行われるには至らなかった。

以上の事案で、連邦通常裁判所は、同僚による告訴を阻止しないという「合法的な不作為」を告知して性的な行為を要求した被告人の行為について、強要未遂罪 (ドイツ刑法240条3項) の可罰性を認める判断を示した。連邦通常裁判所は、合法的な不作為の告知を「重大な害悪を告知する脅迫」から一般に除外する理由は存在しないと説明する。合法的な不作為の告知をドイツ刑法240条、253条の構成要件から一般的に除外することは、この告知と得ようとされた目的との間の結合 (Koppelung) が非難に値すると思われる事例において、作為を告知する脅迫と同じくらい効果的に被害者に影響を与えることができる行為者に特権を認める帰結に至ってしまう⁽¹³⁾。「脅迫から生じる動機づけの圧力 (Motivationsdruck) にとっては、告知の内容が作為か不作為かという点や、合法的か違法法であるかという点は決定的といえない」。重要なのは、むしろ、「行為者の態度の帰結として、

(12) BGHSt 31, 195.

(13) BGHSt 31, 195 [201].

いかなる害悪が発生するか」という点である。⁽¹⁴⁾

以上のように、連邦通常裁判所は、「合法的な不作為を告知する脅迫」を通じた強要にも可罰性が認められる余地が存在することを明らかにしたうえで、強要罪の可罰性の限定は、構成要件的な前提と、「非難すべき性質（Verwerflichkeit）」⁽¹⁵⁾（ドイツ刑法240条2項）の基準により果たされることを示している。まず、a) 脅迫の内容は、「重大な害悪」、すなわち、その害悪の告知が、被脅迫者を行為者の願望へと動機づけるのに適しているといえる程に著しい不利益でなければならない。この要件は、「被脅迫者が、慎重な自己保護（besonnene Selbstbehauptung）を通じて脅迫に打ち勝つことが期待される場合に欠落する」。そして、b) 行為者は「出来事の支配者（Herr des Geschehens）」でなければならないが、告知された不利益の発生が（実際に、あるいは外観上）行為者の支配下に置かれている必要がある。さらに、c) 手段と目的を結び付けることが非難に値するものでなければならない。この具体的で規範的なテストを通じて、「ただ被脅迫者の行動の可能性が拡大され、彼の決定の自律性が当罰的な形で侵害されていない」と評価される事例は、本罪の処罰範囲から取り除かれる。もっとも、本件では、これらの制約のいずれも認めることができない。

この連邦通常裁判所の基準はその後、恐喝罪の事例でも同様に適用されている。例えば、オルデンプルク上級地方裁判所は、裁判官である被告人が、捜査手続の段階にある被疑者 A に対して、5,000ユーロを支払えば、自身の妻であり、対象事件につき管轄を有する検察官である S に手続を中止するよう働きかけると告げた（なお被告人自身は当該手続とは無関係で

(14) BGHSt 31, 195 [202].

(15) ドイツ刑法240条2項は、「目的を追求するため、暴行を用い、又は害悪を加える旨の脅迫を加えることに非難すべき性質があると認められるときは、行為は違法となる」と規定している。非難性条項については、金澤真理「ドイツ強要罪における非難性条項（Verwerflichkeitsklausel）について」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂、2016年）729頁以下を参照。

(16) BGHSt 31, 195 [201 f.].

あった) という事案で、恐喝未遂罪の成立を肯定している⁽¹⁷⁾。ここでも、手続を中止するように働きかける「法義務」の存在(無論、本件でそのような義務は認められない)が要求されるべきではなく、むしろ「事案全体を評価して、手段と目的の結合が非難に値すると判断できるか否かが決定的である」とされた。

このような立場は、ドイツの学説において広く支持を集めているが、その理由づけは多岐にわたっている。また、他方で、判例に反対する学説も少数ながら有力に主張されている。そこで、次章では、Claus Roxin による学説の分類⁽¹⁸⁾に倣い、①ラディカルな法義務論、②関係性の欠如理論、③区別理論に分けて、この問題に関するドイツの学説状況の分析を試みる。

第 3 章 学説状況

第 1 節 ラディカルな法義務論

ラディカルな法義務論は、告知内容が不作為である場合と作為である場合のいずれについても、違法な行為の告知がある場合に限り、強要の可罰性⁽¹⁹⁾を肯定する。告知内容の違法性を要求する点で新しい判例と正反対の立場であるが、告知内容が不作為の場合と作為の場合とを等しく取り扱おうとする点では、過去の判例とも異なる立場といえる。

まず、「合法的な不作為を告知する脅迫」は、ここで「被害者」とされる名宛人に対して、ただピンチから脱出するためのチャンスを与えるもの

(17) OLG Oldenburg NStZ 2008, 691.

(18) Claus Roxin, Kann die Drohung mit einem rechtmäßigen Unterlassen eine strafbare Nötigung sein?, ZStW 129, 2017, S. 279 ff.

(19) Eckhard Horn, Die Drohung mit einem erlaubten Übel: Nötigung?, NStZ 1983, 498 f.; Gerhard Timpe, Die Nötigung, 1989, S. 149 ff.; Heiko Lesch, Die Nötigung als Delikt gegen die Freiheit, 2004, S. 487 ff.; Hoven, a.a.O. (Anm. 1), S. 191 ff.

に過ぎないものとされる。Eckhard Horn によれば、「窮地にいる被害者を見殺しにする場合、その不幸な被害者は全く絶望的なままである」。しかし、誰かが「その者に近寄り、（たとえ非常に好ましくない条件付きだとしても）援助を約束する場合、被害者はチャンスを手にする⁽²⁰⁾」というのである。さらに、近時ラディカルな法義務論の支持を表明した Elisa Hoven も、「強要の禁止により保護されるのが、被害者の意思形成及び意思活動の自由であることからすれば、被害者の選択肢を拡張することが刑法240条の保護法益を侵害するとはいえない」としたうえで、「行為者が被害者を放置することが許されるのであれば、この者を条件付きで援助することも許容されなければならない⁽²¹⁾」とする。

以上の理解によれば、連邦通常裁判所の事案において、被告人は「ただ追加的な行動選択の可能性を提供したにすぎない⁽²²⁾」ため、不可罰となる。すなわち、この事例で少女は、被告人による要求を受け入れて、刑事告訴を免れることもできるし、この要求を拒絶して、刑事手続を受忍することもできるのである。また、冒頭の山小屋事例でも同様に、遭難者は、山小屋の主人の靴を舐めることでピンチから脱出するチャンスを獲得しているにすぎないため、強要の可罰性は否定されることになる。

この法義務論の発想からは、さらに、作為を告知する脅迫も、当該作為を「されないこと」について名宛人が法的な権利を有していない場合には、同様に強要の成立範囲から除かれることになる。というのも、法的に許された行為の告知を通じて、名宛人の選択の自由を拡張している点は、当該行為が作為の場合も不作為の場合も異ならないためである。このことを、Horn は、「やっっていいことは、言ってもいいはずである (Was ich dem anderen zufügen darf, muss ich ihm auch sagen dürfen.)⁽²³⁾」というテーゼ

(20) Horn, a.a.O. (Anm. 19), 499.

(21) Hoven, a.a.O. (Anm. 1), S. 192.

(22) Hoven, a.a.O. (Anm. 1), S. 182.

(23) Horn, a.a.O. (Anm. 19), 498.

を用いて表現している。

こうした主張は、強要の可罰性を偶然の事情により左右すべきではないという実践的な考慮によっても裏付けられる。すなわち、万引き監視員が、「性的な行為に応じなければ告訴状を書く」と作為を告げた場合と、すでに告訴状を書いた後に、「性的な行為に応じなければ告訴状を破棄しない」と不作為を告げた場合とで、強要の可罰性に違いを設けるべきではなく、前者の場合にも強要の可罰性を否定すべきだとい⁽²⁴⁾のである。

当然ながら、このラディカルな法義務論の立場からは、一般的に当罰的であると考⁽²⁵⁾えられている事例の多くが強要罪や恐喝罪の適用範囲から除かれることになる。その中には、特に「ゆすり (Chantage)」の事例が含まれる。上記のような、「性的な行為に応じなければ告訴を行う」と脅迫する場合のほか、不倫をした男性に対して、「金銭を支払わないと妻に不倫の事実を暴露する」と脅した場合なども、妻に不倫の事実を知らせること自体が許された行為である以上、強要罪ないし恐喝罪の成立は否定されることになる。

このラディカルな法義務論による強要の可罰性の著しい限定に対して、Roxin は、以下のような反論を提⁽²⁶⁾起している。

まず、刑事政策的な観点からは、たとえ許された行為を告知する場合においても、脅迫者は、しばしば「被害者」とされる者の生活を深刻に脅かすような圧力手段 (Druckmittel) を掌握しており、これに対して刑法は何らかの規制を設ける必要がある。例えば、刑事告訴は職場の喪失や社会的孤立⁽²⁷⁾をもたら⁽²⁷⁾しうるものであるし、不倫の暴露は平穩な夫婦生活の破壊を

(24) Hoven, a.a.O. (Anm. 1), S. 182 f.

(25) Chantage (シャントージュ) については、友田博之「恐喝被害者による『反撃』と正当防衛の成否—いわゆる“Chantage”を中心として—」大阪市立大学法学雑誌55巻1号(2008年)105頁以下参照。

(26) Roxin, a.a.O. (Anm. 18), S. 281 ff.

(27) なお、ドイツ刑事訴訟法154c条は、こうした強請りの「被害者」を保護するために、犯罪行為を暴露する旨の脅迫を手段として強要または恐喝が行われた場合、検察官はその犯罪行為を訴追しないことができると規定している。この規定の

もたらすものである。⁽²⁸⁾

また、許された行為の告知は、名宛人のチャンスを増加させるものであるにすぎないという説明も、社会的現実⁽²⁹⁾に合致したものでない。なぜなら、その者の生活を深刻に脅かすような損害の回避が問題となる場合、実際には選択の余地がないからである。

これに対して、ラディカルな法義務論の支持者は、そのような事例では行為者を暴利罪（ドイツ刑法291条1項⁽³⁰⁾）により処罰すべきことを指摘する。Hovenも、「個人の脆弱な状況を利用してなされる不均衡な要求の不法は、ドイツ刑法典において、強要の構成要件ではなく、暴利の構成要件により捕捉される⁽³¹⁾」としている。

しかし、Roxinによれば、こうした考えは説得的ではない。なぜなら、暴利罪の規定は、行為者が金銭的な要求をした場合にのみ適用ができるにすぎないからである。この点につき、Hornは、ドイツ刑法が「財産のみを保護していることは恐らく欠陥であるが、それでも強要による処罰でこれを埋め合わせることは許されない⁽³²⁾」と指摘するが、Roxinは、「不当な

存在も、ラディカルな法義務論に反対する論拠の一つとなりうるであろう（Vgl., Urs Kindhäuser, *Strafrecht* BT 1, 7. Aufl., 2015, § 13 Rn. 20; Friedrich Toepel, NK, 5. Aufl., 2017, § 240 Rn. 115）。

(28) Roxin, a.a.O. (Anm. 18), S. 281.

(29) Kristian F. Stoffers, *Drohung mit dem Unterlassen einer rechtlich nicht gebotenen Handlung*, JR 1988, 497も、「1個よりも2個の害悪から選択できることの方がより大きな自由であると評価することは、あまりにも空想的（theoretisch）である」とする。

(30) ドイツ刑法291条1項は、「居住場所の賃貸又はそれに結びつく付随給付について（1号）」、「信用貸しの供与について（2号）」、「その他の給付について（3号）」、又は「以上の給付の斡旋について（4号）」、給付又はその斡旋と著しく均衡を失する財産上の利益を、自己又は第三者に対して約束又は供与させることにより、他者の強制状態、経験の未熟さ、判断力の不足又は著しい意思の弱さにつけこんだ者は、3年以下の自由刑又は罰金に処すると規定している。ドイツの暴利罪規定については、京藤哲久「暴利罪について」吉川経夫先生古稀祝賀論文集『刑事法学の歴史と課題』（法律文化社、1994年）243頁以下参照。

(31) Hoven, a.a.O. (Anm. 1), S. 182.

干渉から財産を守ることが、性的な自己決定や個人の生活を守ることよりも大事であるなどということ認めるのは困難である⁽³³⁾」と疑問を提示している。

加えて、ラディカルな法義務論に対しては、解釈論上の疑念も向けられる。というのも、立法者は、それが容易に可能であったにもかかわらず、条文上はただ「重大な害悪」という文言だけを規定しており、告知内容の違法性を要求していないからである⁽³⁴⁾。

これに対して、Horn は、害悪の「重大性 (Empfindlichkeit)」の要件を規範的に把握し、告知内容の違法性を「重大な害悪」という概念の中に読み込むことで対処しようと試みている。これによれば、違法に加えられる害悪のみが、ドイツ刑法240条1項の意味での「重大な」害悪となる。反対に、「他人により加えられる、法的な根拠に基づき従わなければならない害悪は、刑法240条1項の意味で重大であるとはいえない⁽³⁵⁾」。こうして、「やっていいことは、言ってもいいはずである」という、同見解の中心的なテーゼに立ち戻ることになる。

しかし、このテーゼにはそもそも論理の飛躍があると Roxin は批判する。というのも、強要の可罰性にとり重要なことは、他人に何を言ってよいかではなく、その行動を条件と結びつけることが許されるかどうかからである⁽³⁶⁾。この問題設定を完全に放棄してしまう点に、ラディカルな法義務論の無視できない欠陥が存在する、とされる⁽³⁷⁾。同様に、Gunther Arzt

(32) Horn, a.a.O. (Anm. 19), 499.

(33) Roxin, a.a.O. (Anm. 18), S. 282.

(34) 現に、1851年に成立したプロイセン刑法212条や、これを承継した1871年のドイツ帝国刑法典240条は、告知内容が「重罪または軽罪にあたる行為」であることを強要罪の成立要件として規定していた。なお、ドイツにおける強要罪規定の歴史的展開については、花井哲也「西ドイツ刑法における強要罪の考察」比較法政（近畿大学）（1976年）100頁以下、友田・前掲注（25）100頁以下を参照。

(35) Horn, a.a.O. (Anm. 19), 499.

(36) 我が国においても、林・前掲注（3）79頁は、「適法なことは黙ってやるべきである」とする。

も、ある行為を行う「1階の自由 (primäre Freiheit)」と、そのような行為を一定の条件と結びつける「2階の自由 (sekundäre Freiheit)」とを区別したうえで、1階の自由から2階の自由を導くことはできないと指摘⁽³⁸⁾している。

第2節 関係性の欠如理論

他方で、ドイツの通説は、可罰的な強要の基準を、給付と反対給付との間の「関係性の欠如」に求めることで、上記の連邦通常裁判所の立場を支持⁽³⁹⁾する。これによれば、行為者が加害の告知を「無関係な要求」と結びつけたか否かが決定的であり、告知された行為が合法的であるか否かは重要でない⁽⁴⁰⁾。連邦通常裁判所の事案では、被告人が「告訴の阻止」という給付を、これと無関係な「性的な行為」という反対給付に結び付けていることが、強要の可罰性を認める根拠となる。

この見解に対しては、まず、強要罪の可罰性の過剰な拡張に至るとの批判⁽⁴¹⁾が加えられている。実際に、例えば、本説の支持者である Kristian F. Stoffers は、貸金業者が、困窮している女性に対して、性交に応じるか裸の写真を撮らせてくれば、融資を認めると知らせた場合や、上級公務員

(37) Roxin, a.a.O. (Anm. 18), S. 283.

(38) Gunther Arzt, Zwischen Nötigung und Wucher, Festschrift für Karl Lackner, 1987, S. 646.

(39) Klaus Volk, Nötigung durch Drohung mit Unterlassen, JR 1981, 274 ff.; Stoffers, a.a.O. (Anm. 29), 492 ff.; Gerhard Altvater, in: LK, 12. Aufl., 2010, § 240 Rn. 85; Albin Eser/ Jörg Eisele, in: Sch/Schröder, 29. Aufl., 2014, § 240 Rn. 20 f.; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 64. Aufl., 2017, § 240 Rn. 34 f.

(40) こうした発想は、適法な加害の告知それ自体は許容されるとしながら（脅迫罪不成立）、これを無関係な要求と結びつけた場合に強要罪や恐喝罪などの別罪を構成しようとする我が国の一部の見解（前掲注（6）参照）とも共通するものである。なお、ドイツでは、脅迫罪の成立要件として、「重罪を行う旨を告げる」ことが明文で要求されているため（ドイツ刑法241条1項）、適法な加害の告知それ自体が処罰されないことは前提とされている。

(41) Roxin, a.a.O. (Anm. 18), S. 284 f.

の候補生が、女子学生に対して、彼の性的な願望に応じれば試験の課題レポートを代わりに作成すると申し出た場合にも、強要の可罰性を肯定しようとする⁽⁴²⁾。

確かに、これらの事例においても、行為者は給付（融資、課題レポートの作成）を、これと無関係な反対給付（性的な行為）に結び付けている。しかし、これらの事例で可罰的な強要を認めることは、約束を任意の条件に結びつけるという、行為者側の行動の自由を著しく制約してしまう可能性⁽⁴³⁾がある。

これに対して、本説の論者は、連邦通常裁判所と同様に、「自己答責性の原則（Selbstverantwortungsprinzip）」を通じて可罰性の限定を行うことが可能であると主張している⁽⁴⁴⁾。Stoffers も、例えば、企業が取引関係の中断の可能性を示して、他の企業と取引を行うような場合については、「経済社会においては、そのようなプレッシャーに耐え抜くことが取引相手にも期待されうることから、すでに『重大な害悪』が欠如する⁽⁴⁵⁾」とし、強要罪の成立が否定されることを説明している⁽⁴⁶⁾。しかし、この説明に対しては、同じく「経済社会においては、最初に相談した貸金業者が過酷な条件を突き付けてきた場合に、他の貸金業者を探ることが期待される⁽⁴⁷⁾」と指摘することが可能であろう。また、受験者が課題レポートを自分自身で作成することはなお一層期待されうるはずである。「自己答責性の原則」によ

(42) Stoffers, a.a.O. (Anm. 29), 495.

(43) Roxin, a.a.O. (Anm. 18), S. 285.

(44) Volk, a.a.O. (Anm. 39), 277; Stoffers, a.a.O. (Anm. 29), 494 f. 被害者の自己答責性により強要の可罰性を制限する発想をいち早く明らかにしたものとして、Gunther Arzt, Zum Zweck und Mittel der Nötigung, Festschrift für Hans Welzel, 1974, S. 236 f.

(45) Stoffers, a.a.O. (Anm. 29), 495.

(46) 通説からは、この他にも、映画監督が女優に対して、性的な行為に応じなければ配役を与えないと告知する場合などが、強要罪の成立を否定すべき典型的な事例として説明されている (Altwater, a.a.O. (Anm. 39), Rn. 88)。

(47) Roxin, a.a.O. (Anm. 18), S. 285.

る解決は不明確であり、少なくとも、「期待」が要求される場面についての基準を明らかにしない限り、この原則を通じた可罰性の限定が十分に機能するかどうかは疑わしいと言える。また、ここでいう「期待」の基準を、当該給付を要求する法的権利の存否に求めるとすれば、後述の「自律性原理 (Autonomieprinzip)」や、さらには「ラディカルな法義務論」の基準に結局は帰一してしまうように思われる。

また、給付と反対給付との間の「関係性」を判断するための明確な基準が存在しないことも批判の対象とされる。すなわち、Horn が指摘するように、「いかなる場合に、他人の強制状況の利用が不正の限界を超え、『当罰的』となるかが、事実審の裁判官の個人的な感情により決定されてしまう⁽⁴⁹⁾」ことで、強要罪の適用が当事者にとり不明確にならないかが懸念されるのである。

第3節 区別理論

関係性の欠如理論の支持者も、「合法的な不作為を告知する脅迫」を常に強要とするわけではなく、一定の例外が存在する余地を認めている。ここで問題となるのは、強要の可罰性が肯定される場合と否定される場合との「区別 (Differenzierung)」をどのように設定するかである。以下で見るように、ドイツではその根拠と限界について様々な見解が主張されている。

第1款 修正された自律性原理

Roxin は、彼の支持する「自律性原理」の修正を通じて、例外的に合法的な不作為を告知する脅迫にも可罰性が肯定される余地を認めている。

ここでいう「自律性原理」とは、強要行為の違法性の判断基準を、それが被害者の自律性を侵害するものとして法秩序の観点から評価できるか否

(48) Vgl., Claus Roxin, Anm. zu BGH, Urteil vom 13. 1. 1983, JR 1983, 334 f.

(49) Horn, a.a.O. (Anm. 19), 498.

かという点に求める考え方を指す。この「自律性原理」によれば、他人に義務のない給付が拒絶されたとしても、「被脅迫者」の自由領域が影響を受けることはないため、その自律性が法的に重要な形で侵害されたと評価することはできない。そのような給付の（条件付きの）申し出を断ったとしても、もともと申し出を受けなかった場合より状況が悪化するということはないのである。それゆえ、「合法的な不作為を告知する脅迫」の可罰性は原則として否定される⁽⁵⁰⁾。

こうした発想は「ラディカルな法義務論」と共通するものであると評価できる。もっとも、すでに見たように、Roxin は、「ラディカルな法義務論」による可罰性の著しい限定には反対しており、彼自身は「自律性原理」の修正を通じて妥当な処罰範囲を確保することを試みている。これによれば、「基準となるのは、被害者が要求を拒絶した場合に、何か悪いことが起こると脅されているのか、何も起こらないと脅されているかである。前者の場合には強要であり、後者の場合は強要とならない⁽⁵¹⁾」。

この観点からは、積極的な作為を告知する脅迫を通じた強要は、当該作為が適法な場合でも原則として可罰的となる。というのも、ここで行為者は、彼の要求が拒絶された場合に関して、彼自身により引き起こされる「損害 (Schädigung)」を新たに設定しており、これにより、被害者の意思決定の自由を強く侵害しているからである。これに対して、「合法的な不作為」を伴う脅迫を行う者は、通常、新たに損害を設定しているのではなく、ただすでに存在する害悪を取り除かないことを告知しているにすぎない。この場合、ただ脅迫者に屈服するほかに積極的な損害の告知の場合とは異なり、援助を拒絶された者は、自分を助けてくれる他の人間を探することができる。こうして、Roxin は、告知の内容が作為の場合と不作為の場合とを区別する過去の判例が「かなり正しい核心を突いていた」との評価を下している⁽⁵²⁾。

(50) Roxin, a.a.O. (Anm. 48), 334.

(51) Roxin, a.a.O. (Anm. 48), 336.

もつとも、合法的な不作為を告知する脅迫も、積極的な作為を告知する脅迫と同価値性が認められる場合には、例外的に可罰的な強要となる。そのような場合として、Roxin は、「脅迫者が、事前の態度（Vorverhalten）⁽⁵²⁾を通じて、危険を創出ないし共同創出した場合⁽⁵³⁾」を挙げている。例えば、ある者が、自ら新聞社に暴露記事を投書しておきながら、「1万ユーロを払えば、記事を取り下げる」と告知する場合などがこれに当たる。ここでの「動機づけの圧力」は、すでに損害の発生に向けた事象経過が進行している分だけ、積極的な作為を告知する脅迫よりもむしろ強いものであるとされる。

こうして、連邦通常裁判所の事案についても、被告人は、事前に同僚である P と共同して危険を創出しており、積極的な作為を告知する脅迫に匹敵するような「動機づけの圧力」を被害者に生じさせていることから、⁽⁵⁴⁾可罰的な強要が認められることになる。

Roxin の見解は、強要の可罰性の基準を、被害者の状況を悪化させたか現状を維持するだけかという点に求めたうえで、「合法的な不作為」を伴う脅迫は、原則として被害者の現状の維持に向けられており可罰的な強要とならないが、例外的に、「事前の態度」を通じた危険の（共同）創出がある場合には、積極的な作為を告知する脅迫と同視され、可罰的な強要が認められるとするものであると整理できる。

この見解に対しては、まず、出発点である「自律性原理」とその修正との関係が明らかでない、との批判を向けることが可能である。自律性原理によれば、いかに「動機づけの圧力」が高い場合でも、被脅迫者の規範的

(52) Roxin, a.a.O. (Anm. 18), S. 298.

(53) Roxin, a.a.O. (Anm. 18), S. 299.

(54) なお、Martin Schubarth, Anm. zu BGH, Urteil vom 13. 1. 1983, NStZ 1983, 313も、本件の評釈で、「一見すると単なる不作為が問題となる事例でも、脅迫者があらかじめ積極的な作為を通じて、持続的な作用（Dauerwirkung）を伴う脅迫的状况を作出しているような場合」には、むしろ「作為を告知する脅迫」としてその可罰性が原則的に肯定されると指摘している。

な自由が侵害されない限り、強要罪の成立は否定されるはずである。しかし、Roxin は、合法的な不作為を告知する脅迫が例外的に可罰的とされる根拠を、結局のところ、積極的な作為を告知する脅迫にも匹敵する「動機づけの圧力」に求めている。このような修正が、前提である「自律性原理」を無意味なものにしてしまわないかは検討の必要があろう。

また、確かに「事前の態度」を通じた危険の(共同)創出がある場合には、積極的な作為を告知する脅迫の場合と同様に、当該危険の実現が行為者に委ねられており、彼に「屈服するほかない」と評価できるケースが多いであろう。しかし、例えば、冒頭の山小屋事例のように、「事前の態度」を通じた危険の創出ない場合でも、他の人間に助けを求めることが困難であり、脅迫者に「屈服するほかない」場面は存在しうる。このような場面について、Roxin がどのように判断するかは不明であるが、仮にこの場合に自律性原理を適用し、強要の可罰性を否定するのだとすれば、そうした結論の違いを基礎づけるような「事前の態度」の規範的な意義について、さらなる説明が求められるであろう。

第 2 款 「提案」と「脅迫」の区別

1 Fr.-Chr. Schroeder の見解

Fr.-Chr. Schroeder によれば、自身に義務のない援助を行うことについて反対給付を要求する者は、その名宛人に対して、援助を「提案 (Angebot)」しているだけであり、「脅迫 (Drohung)」をしているわけではないことから、強要の可罰性が原則として否定される。これに対して、通説は、小賢しい法律家的な「構成 (Konstruktion)」を通じて、「要求に応じれば援助をする」という「提案」を、「要求に応じなければ援助をし

(55) 例えば、Roxin は、雨の中で路頭に迷うヒッチハイカーに対して同乗を持ちかけることを、無関係な要求に結び付ける行為について、強要の可罰性を否定すべきであると結論づけているが、その根拠の核心が、他のドライバーを探すことができる (Roxin, a.a.O. (Anm. 18), S. 298) ことに求められるのか、「事前の態度」による危険創出の不存在に求められるのかについては明言されていない。

ない」という「脅迫」へと変換しているが、このような「裏返し」のテクニック（Umkehrtechnik）は、「社会生活の出来事に関する自然な観察」に反するものであり許されない。⁽⁵⁶⁾

もっとも、Schroeder も、合法的な不作為の告知をすべて「提案」として不可罰とするわけではなく、例外的に、日常生活の自然な理解によっても、これが「脅迫」となる場合がありうることを指摘している。そのような場合として、Schroeder は、予期できない「追加的な給付（Zusatzleistung）の要請」がなされる場合を挙げている。例えば、貧しい女性に、一度は働き口を与えておきながら、その後突如として、後の仕事の割当てを追加的な給付（例えば性的な行為）に係らしめたという場合には、強要の可罰性が認められるというのである。⁽⁵⁷⁾

しかし、このような場合になぜ「裏返し」が許されるのかは不明である。⁽⁵⁸⁾ 雇入れの段階で、仕事の割当てを性的な要求に係らしめる場合には、援助の「提案」として不可罰となるのに対して、この性的な願望が、雇入れ後に伝えられた場合には「脅迫」として可罰的となることの根拠は何ら

(56) Fr.-Chr. Schroeder, Nötigung und Erpressung durch Forderung von Gegenleistungen?, JZ 1983, 286. なお、性的自由に対する罪について、各人の答責領域の限界づけという観点から、状況の改善に対する「提案（Verbesserung）」と、ただ当事者の状況を悪化させる「脅迫」とを区別する必要があると説くものとして、Tatjana Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, ZStW 127, 2016, S. 883 f. [本論文の紹介として、菊地一樹「タチャーナ・ヘルンレ『性的自己決定：意義、条件、そして刑事政策的要請』早稲田法学92巻2号（2017年）197頁以下]。Hörnle によれば、BGHSt 31, 195の事案で、被告人は「提案」をしているにすぎないことから、性的強要罪の成立も否定されることになる。他方で、刑法の適用を念頭に置いたものではないが、「あまりに魅力的な〔……〕提案は、一方の選択肢を増やしているというよりは、むしろ『強制』であると見なさざるをえない」という意味での「強制的提案（coercive offer）」の概念の存在を指摘するものとして、江口聡『『ノーはノー』から『イエスがイエス』へ：なぜ性的同意の哲学的分析が必要か』京都女子大学現代社会研究19号（2016年）82頁。

(57) Schroeder, a.a.O. (Anm. 56), 287.

(58) Roxin, a.a.O. (Anm. 18), S. 287.

明らかにされていない。

また、そもそも、「日常生活の自然な理解」という基準はかなり漠然としており、この基準だけで可罰的な強要の限界を示すことは困難であろう。Arzt が指摘するように、「一世紀にわたり争われてきた問題を、自然的な観察方法を引き合いに出すことで解決しようというのは、見込みのないことである」⁽⁵⁹⁾。

2 Kuhlen の見解

他方で、Lothar Kuhlen は、「脅迫」と「約束 (Versprechung)」の区別を前提としたうえで、両者にはそれぞれ「強い」と「弱い」ものがあると分析している。すなわち、相手が協力に応じない場合に「不利益を与える」というのが「強い」脅迫であり、「利益を与えない」というのが「弱い」脅迫である。これに対して、相手が協力に応じる場合に「利益を与える」というのが「強い」約束であり、「不利益を与えない」というのが「弱い」約束である⁽⁶⁰⁾。

以上の分析を前提としたうえで、Kuhlen は、「協力に応じなければ不利益を与える」という「強い脅迫」と、「協力に応じれば不利益を与えない」という「弱い約束」とは裏返し可能な関係にあるとする。同様に、「協力に応じれば利益を与える」という「強い約束」と、「協力に応じなければ利益を与えない」という「弱い脅迫」も裏返し可能である。その意味で、「約束」と「脅迫」の裏返しを、自然な観察に反した法律家的な「テクニク」にすぎないとする Schroeder の批判は必ずしも決定的なものでない⁽⁶¹⁾。

もっとも、Kuhlen によれば、強要構成要件に該当するのは「強い脅迫」(とその裏返しである「弱い約束」)のみであり、「弱い脅迫」(とその裏

(59) Arzt, a.a.O. (Anm. 38), S. 662.

(60) Lothar Kuhlen, Drohungen und Versprechungen, Festschrift für Bernd Schünemann, 2014, S. 617 f.

(61) Kuhlen, a.a.O. (Anm. 60), S. 610.

返しである「強い約束」では足りない。その根拠は、刑法が暴利罪や賄賂罪⁽⁶²⁾を別途規定していることから生じる体系的解釈に求められている⁽⁶³⁾。すなわち、ドイツ刑法は、一方で「強い脅迫」を強要のカテゴリーに位置付けつつ、他方で「強い約束」を、例外的な要件が充足される場合に限り、暴利や賄賂のカテゴリーに位置付けているというのである。それにもかかわらず、通説のようにあらゆる「脅迫」と「約束」との間の裏返しを認めてしまうと、刑法典が前提とする両者の体系的区別が解消され、構成要件を限定するための手掛かりが失われてしまうため、憲法上の要請である法律原則（ドイツ基本法103条2項）との整合性にも疑いが生じる⁽⁶⁴⁾というのである。

Kuhlen の見解は、「約束」と「脅迫」の区別に基づく強要構成要件の限定を精緻に展開したものであり示唆的であるが、その限界づけの基準である「強い脅迫」と「弱い脅迫」の区別は明確でない。Kuhlen は、両者の区別につき、相手が協力に応じない場合に、相手を「より悪い状態に置く」と告知する („Ich werde Dich schlechter stellen”) のが「強い脅迫」であり、相手を「より良い状態に置かない」と告知する („Ich werde Dich nicht besser stellen”) のが「弱い脅迫」⁽⁶⁵⁾であると説明している。この区別は、Roxin による「状況悪化」か「現状維持」かという区別に対応するものといえよう。しかし、問題は、「状況悪化」か「現状維持」かを区別する際の「ベースライン」をどこに設定するかである。

(62) 一見すると、賄賂罪と強要罪は関係がないようにも思われる。しかし、特定の職務行為のために「賄賂」という無関係な要求をする点では状況が重なり合うため、両罪をいかに限界づけるかが問題となるのである。Vgl., Hoven, a.a.O. (Anm. 1), S. 174.

(63) Kuhlen, a.a.O. (Anm. 60), S. 622 ff. なお、「害悪 (Übel)」と「利益 (Vorteil)」というメルクマールの区別に基づき、強要構成要件を賄賂罪及び暴利罪から限界づけようとする試みとして、Bernhard Pelke, Die strafrechtliche Bedeutung der Merkmale „Übel“ und „Vorteil“, 1990.

(64) Kuhlen, a.a.O. (Anm. 60), S. 625.

(65) Kuhlen, a.a.O. (Anm. 60), S. 617.

この点について、José Milton Peralta は、2つの可能性を指摘している。第一は、事実上、「期待できること (was man erwarten kann)」を基準とする考え方であり、第二は、より規範的な観点から、「期待してよいこと (was man erwarten darf)」を基準とする考え方である⁽⁶⁶⁾。もっとも、Peralta が指摘するように、第一の考え方は、必ずしも適切な解決を導くものではないように思われる。例えば、誰かに確実に殴られることが予想されるような荒れ果てた地域では、「殴られること」がベースラインであると考えて、「金を支払えば殴らないでやる」と告知する行為を、名宛人の状況の改善に向けられた「提案」と評価することはナンセンスである⁽⁶⁷⁾。したがって、こうした恣意的な帰結を回避するためには、第二の考え方に依拠すべきであるが、その場合、結局は「ラディカルな法義務論」の基準に帰一せざるを得ない。万引き監視員事例においても、少女が窃盗を犯しており、告訴を受忍すべき地位にある限り、被告人の脅迫が彼女の「状況悪化」に向けられたものであると評価することはできないように思われる⁽⁶⁸⁾。

かくして、「提案」と「脅迫」の区別、あるいは、「強い脅迫」と「弱い脅迫」の区別は、それ自体正当な視点を含むものであるが、その区別の際の「ベースライン」を規範的な期待という観点から設定する限り、「ラディカルな法義務論」の基準に帰一するものであり、「合法的な不作為」を伴う脅迫の例外的な可罰性を理論的に根拠づけるものとはなり得ない。

(66) José Milton Peralta, Chantage als Ausbeutung - Über das Unrecht der bedingten Androhung erlaubter Taten, ZStW 2012, S. 885 f.

(67) Peralta, a.a.O. (Anm. 66), S. 885.

(68) Vgl., Hörnle, a.a.O. (Anm. 56), S. 883. これに対して、Kuhlen は、万引き監視員事例における被告人による行為を、彼女が性的行為に応じない場合に「すでに開始された告訴手続を維持することの告知、すなわち強い脅迫として」解釈できると説明している (Kuhlen, a.a.O. (Anm. 60), S. 629 Fn. 108)。しかし、こうした説明を正当化するためには、「告訴を受けない状態」を彼女の「ベースライン」とみなすことの根拠が示される必要がある。

第3款 支配力ないし設定力への着目

Jan Zopfs は、作為と不作為との違いに着目することで、例外的に可罰性を肯定するための視点を獲得することを試みている。Zopfs によれば、「作為を告知する脅迫の事例において、害悪は、行為者により告知された行為なしには生じえない」。その意味で、「行為者は、被害者を脅かす不利益を発信する創始者（Urheber）としての役割を演じている」⁽⁶⁹⁾。こうして、行為者が「出来事の支配者」として、害悪の「設定力（Setzungsmacht）」を行使する点に、強要の不法を見出すことができるのである。

これに対して、不作為を伴う事例では、通常の場合、行為者に「設定力」を認めることができない。ここで「行為者は、害悪を設定しているのではなく、すでに設定された（将来の）害悪を彼の目的のために利用しているのである」⁽⁷⁰⁾。この場合に、積極的な作為を告知する脅迫と同程度に効果的その名宛人を動機づけることが可能であるとしても、ここでは「脅迫的な性格（Drohungscharakter）」がすでに欠落している。

ただし、不作為が告知される場合でも、行為者に、①事実上の設定力（tatsächlicher Setzungsmacht）が認められる場合、及び、②規範的な設定力（normativer Setzungsmacht）が認められる場合には、例外的に強要の可罰性が認められる。

Zopfs によれば、「事実上の設定力」は、「害悪の惹起が行為者により告知された不作為なしでは実現不可能である」⁽⁷¹⁾といえる場合に認められる。例えば、連邦通常裁判所の事案では、同僚である P が、被告人の意向と無関係に告訴をできる地位にあったか否かが重要とされる。仮に、P が、チーフである被告人が反対しない場合にのみ告訴ができる地位にあったという場合には、告訴という害悪は、被告人の不作為なしには実現不可能であるため、被告人に「事実上の設定力」を認めることが可能とされる。⁽⁷²⁾

(69) Jan Zopfs, Drohen mit einem Unterlassen?, JA 1998, 817.

(70) Zopfs, a.a.O. (Anm. 69), 818.

(71) Zopfs, a.a.O. (Anm. 69), 818.

他方で、「規範的な設定力」は、行為者が害悪の回避を法的に義務づけられている場合のほか、行為者が害悪の存在を偽った場合にも認められる。後者の場合として、例えば、冒頭の山小屋事例で、実際にはすぐ近くに街があり遭難の状況が存在しないにもかかわらず、遭難していると偽った場合などが考えられる。この場合、Zopfs の見解によれば、山小屋の主人に「規範的な設定力」が認められるため、不作為を告知する脅迫を通じた強要も、例外的に可罰的とされることになる。

Zopfs の見解は、強要の不法の本質的要素を、「作為を告知する脅迫」に特徴的な「設定力」に見だしつつ、「不作為を告知する脅迫」にも、事実的ないし規範的な根拠に基づき、例外的に「設定力」を認めることで、強要の可罰性を理論的に根拠づけようとするものであると整理できる。

しかし、まず「事実上の設定力」という基準は曖昧である。Zopfs は、企業主が女性の雇用を不当な条件（性的な行為）に係らしめる場合には、仕事がなく生活が深刻化するかもしれないという事態を企業主はただ「共同惹起する (mitherbeiführen)」にすぎないとして、強要の可罰性を否定している⁽⁷³⁾。このことから、「事実上の設定力」を認めるためには、行為者の不作為と害悪との間に条件関係が存在するだけでは不十分であり、行為者の不作為が害悪の発生の条件の一部であるということを超えた、何らかの重要性を備えている必要があると考えられる。しかし、こうした重要性

(72) Zopfs, a.a.O. (Anm. 69), 819.

(73) Zopfs, a.a.O. (Anm. 69), 818. 他方で、Zopfs は、新聞社に対して「これ以上、政治的に不利な意見を表明するのであれば、今後はもう広告を委託しない」と告知する者については強要の可罰性を肯定している。しかし、この場合にも行為者は、新聞社の経済的な不利益をせいぜい「共同惹起しうる」にすぎないと評価することが可能であり (Roxin, a.a.O. (Anm. 18), S. 291)、事案の解決に一貫性があるかは疑わしい。もし違いがあるとすれば、それまで広告の委託を継続していたことにより、新聞社側にさらなる継続に対する事実上の期待が生じているという点であろう。しかし、この「事実上の期待」を、強要罪の規定を通じて刑法上保護すべきかどうかまさに問題なのである。

を認めるための理論的な根拠や基準は何ら説明されていない。⁽⁷⁴⁾ 仮に、この意味での「重要性」の内実を、「彼こそが当該害悪の発生について責任を負うべき者である」という規範的な帰属判断に求めるのであれば、結局は「規範的な設定力」の問題へと還元されるように思われる。

そこで、「規範的な設定力」がいかなる範囲で認められるかが問題となる。この点で、Zopfs が、行為者が害悪の存在を偽った場合を挙げている点は注目に値する。確かに、害悪の存在を偽ることで、相手方に余計な心理的圧迫を与え、その行動をコントロールする行為に当罰性を認めるべきであるという点については多くの支持が得られるであろう。もっとも、この場合には、まさに当該欺罔により（架空の）強制状況を作成したことを根拠として、その解消に関する「法義務」を行為者に負わせることが可能である。したがって、この事例は、行為者に害悪の解消に関する法的義務が認められるという場合の「下位事例」として捕捉しうる。

このように考えると、行為者の支配力ないし設定力に着目する見解も、結局は「法義務論」の立場に帰着せざるを得ないように思われる。

(74) 同様に、Christian Jäger, Die Grenzen strafbarer Nötigung bei Drohungen mit einem Unterlassen, Festschrift für Volker Krey, 2010, S. 203も、合法的な不作為を告知する脅迫に際しては、「被害者の害悪が行為者の支配領域に帰属されるか否かが決定的である」とするが、その限界は不明である。Jäger は、オルデンブルク上級地方裁判所の事例（第2章第2節参照）について、被告人が「妻との近い関係に基づき、害悪の回避に関する優越的な支配力を行使している」ことを理由に、恐喝罪の成立を認めた裁判所の判断を支持している（Ebenda, S. 204）。しかし、このように解すると、「優越的な支配力」が、ほぼ単なる事実上の影響力の存在だけで広く認められることにもなりかねない。Roxin, a.a.O. (Anm. 18), S. 293も、「検察官と結婚すると、彼女が担当する捜査手続に対して支配力を獲得するという考えは、支持しがたい」と批判する。

第 4 章 若干の検討

第 1 節 比較の際の注意点

以上のドイツの議論状況は、わが国における強要罪の解釈にとっても示唆的であるが、比較法的検討に際しては以下の点に注意を払う必要があると思われる。

第一に、強要罪の規定の文言の相違である。日独いずれの規定も、少なくとも文言上、害悪の内容を違法なものに限定していない点は共通しているが、他方で、わが国の規定は、脅迫の対象を限定しているものの、ドイツにおけるような、「程度の重大性 (Empfindlichkeit)」は要求していない。したがって、もしわが国で告知の内容を違法なものに限定する解釈を採用するとすれば、その根拠は、「程度の重大性」以外の要件に求める必要があるだろう。

また、わが国の規定が、脅迫の成立要件として害を「加える」旨の告知を要求している点にも注意が必要である。この「加える」という文言が、何らかの作為的な影響力の行使のみに限定する趣旨であるとすれば、そもそも「不作為を告知する脅迫」は（作為義務の有無を問わず）強要の成立範囲から除外されることになる。従来の議論では、少なくとも、害を「加える」といえるためには、「自分が直接または間接に害を加えること」が必要であると一般に解されてきたが、⁽⁷⁵⁾ 第三者の行為や自然から生じる害を単に阻止しないことが、「間接に害を加えること」に含まれるのかどうかは、

(75) 山口・前掲注(4) 75頁、高橋・前掲注(5) 89頁、大谷・前掲注(3) 87頁、松原・前掲注(3) 79頁、松宮・前掲注(5) 96頁等。広島高松江支判昭和25年7月3日高刑集3巻2号247頁も、「脅迫たるには単に害悪がその発生すべきことを通告せられるだけではならず、その発生が行為者自身において又は行為者の左右し得る他人を通じて、すなわち直接又は間接に行為者によって可能ならしめられるものと通告せられるを要する」とする。

十分に議論されていない。

第二に、わが国ではドイツと異なり、「非難性条項」（ドイツ刑法240条2項）が存在しないため、構成要件段階で処罰範囲を適切に限定する必要性がより大きいということが指摘できる⁽⁷⁶⁾。

第三に、わが国には一般的不救助罪（ドイツ刑法323c条）⁽⁷⁷⁾が存在しないため、ドイツと比較して、「合法的な不作為」とされる範囲がより広がる可能性がある。その結果、わが国で法義務論を採用する場合には、より「ラディカルな」帰結に至ることが考えられるであろう。例えば、冒頭の山小屋事例につき、ドイツでは、山小屋の主人に、ドイツ刑法323c条における救助義務を肯定することで、「違法な不作為を告知する脅迫」の事例と構成することも場合によっては可能である⁽⁷⁸⁾。これに対して、わが国では、そのような構成を採ることができないため、他人の緊急状況に乗じて不当な要求を行う行為がかなり広く不可罰となるという懸念が生じる。もちろん、法義務論の前提が正しいとすれば、それはわが国の刑法が、一般的な不救助に対して違法性を認めていないことから導かれる当然の帰結であり、仮に上述のような懸念があるとすれば、この前提自体を（立法的に）修正することにより解消すべきことになろう。

第四に、ドイツには暴利罪の規定が存在することに注意する必要がある。したがって、ラディカルな法義務論に立ち、いわば「搾取」的な要求を強要罪の成立範囲から除外したとしても、少なくとも財産的な利益が問題となる限り、暴利罪の規定を「受け皿」として対処することが可能であ

(76) もっとも、「非難性条項」が存在するドイツであっても、構成要件段階での限定を一切放棄して、限界づけが困難な「非難すべき性質」という基準に解決を委ねることは許されないであろう（Vgl., Schroeder, a.a.O. (Anm. 56), 286 f.; Johannes Wessels/ Michael Hettinger, Strafrecht BT 1, 40. Aufl., 2016, Rn. 414）。

(77) ドイツ刑法323c条 事故又は公共の危険若しくは緊急の際に、救助が必要であり、当該状況によれば行為者に救助を期待することができ、特に自身への著しい危険も他の重要な業務に違反することもなく救助が可能であったにもかかわらず、救助を行わなかった者は、1年以下の自由刑又は罰金に処する。

(78) Vgl., Eckhard Horn/ Gereon Wolters, SK, 9. Aufl., 2017, § 240 Rn. 16.

る。これに対して、わが国では、出資法⁽⁷⁹⁾5条のような特別の規定がある場合を別として、暴利行為を一般的に処罰する規定を用意していないため、このような対処が困難であることに留意しておく必要がある。

第 2 節 「動機づけの圧力」の位置づけ

ドイツの学説においては、事案の評価のための種々の観点が示されているが、それらの相互の関係は必ずしも明瞭でない。その中でも「動機づけの圧力」という観点は多くの見解において言及されているが、これが強要の不法にとりいかなる意義を有するものであるのかは予め明確にしておく必要がある。

「動機づけの圧力」の存在が、「他人を強制する」ことの必要条件であることは疑いがないところであると思われる。どの程度の大きさの圧力が必要とされるかは検討の余地があるが、およそ本人に「動機づけの圧力」を生じさせないような害悪の告知は、その意思形成に対して何ら影響を及ぼすものではないため、強制の不法を備えるものであるといえない。

この「動機づけの圧力」の認定にとり、告知の内容が作為であるか不作為であるかという点や、告知の内容が不作為である場合に、当該不作為が「合法的」⁽⁸¹⁾であるか否かという点は、決定的とはいえない。

確かに、告知内容が不作為である場合、名宛人は通常、要求を拒絶したうえで他の者に援助を求めることができる。そのため、ここでの「動機づけの圧力」は「作為を告知する脅迫」に比して小さいといえるだろう。しかし、合法的な不作為を告知する場合であっても、冒頭の山小屋事例のよ

(79) 出資法 5 条は、金銭の貸付けを行う者が、年 109.5 パーセントを超える利率で金銭を貸し付ける行為（業者については、年 20 パーセントを超える利率で金銭を貸し付ける行為）を処罰している。本規定につき多角的な分析・検討を加えたものとして、真島信英「出資法 5 条における高金利の処罰」*亜細亜法学* 51 卷 2 号（2017 年）231 頁以下。

(80) 菊地一樹「法益主体の同意と規範的自律（2・完）早稲田法学会誌 67 卷 1 号（2016 年）192 頁以下参照。

(81) Stoffers, a.a.O. (Anm. 29), S. 496.

うに、援助可能な者が行為者しかいない場合には、「作為を告知する脅迫」と同程度に、あるいは、すでに損害に向けた事象経過が進行しているため、それ以上に大きい心理的圧力が生じうるのである。

さらに、多くの論者により指摘される「状況悪化」か「現状維持」かという観点も、「動機づけの圧力」の程度の認定に直結するものではないと思われる。というのも、現状が変わらないことが、状況が悪化するのと同じくらい耐え難いと感じられるという場合もあり得るからである。⁽⁸²⁾

第3節 強要の限界づけと規範的自律

いずれにせよ、「動機づけの圧力」を強制の不法の必要条件と解する限り、いかなる見解に立つ場合でも、この点を認定することは避けられない。そこで、次の問題は、強要の可罰性を認めるために、「動機づけの圧力」の存在だけで十分であるか否かという点である。

わが国の通説は、脅迫や強要の成立を肯定する際、もっぱら被告者に対する心理的な影響力の大きさのみに着目するものが多く、その意味で「動機づけの圧力」を強要の可罰性を認めるための十分条件として位置付けてきたように思われる。しかし、こうした考え方は明らかに不当な帰結に至るであろう。例えば、深刻な病気を治すために医師の手術に応じる場合、そこには同意に対する強い「動機づけの圧力」が内心において生じているといえるが、このことを理由に、患者の同意を無効と評価し、病院に來訪させる行為を強要罪に、身体にメスを入れる行為を傷害罪に、治療費を請求する行為を恐喝罪に問うのは明らかに不当である。⁽⁸³⁾ここでは、心理

(82) Kuhlen, a.a.O. (Anm. 60), S. 629; Hoven, a.a.O. (Anm. 1), S. 184 f.

(83) もっとも、近年、連邦通常裁判所は、評判の良い上級医（Chefarzt）である被告人が、公的医療保険の患者に対して、寄付金（Spende）を支払えば、特別に「飛び入りで（außer der Reihe）」施術すると告げたため、生存の可能性が飛躍的に高まることを期待した患者がこれに応じたという事案で、強要罪の成立を肯定している（BGH MedR 2012, 187. なお、治療を受けることができた患者に経済的損害は生じていないとして、恐喝罪の成立は否定されている。）。

的圧力の下に置かれながらも、深刻な病気を治療するために、手術に応じることを決意した患者の自己決定を尊重すべきであり、刑法がこれを軽々と「無効」と評価することは許されない。

したがって、強制の不法を基礎づけるためには、「動機づけの圧力」だけでは不十分であり、規範的観点からの限定が不可欠である。そもそも、元來人の自由は常に何らかの制約に置かれているものであり、あらゆる心理的圧力からの自由を刑法により保護することはできない。刑法は「日常取引生活において無数に存在する自由制限行為の中で、特に異常な自由制限行為からのみその者の自由を保護」することが許される⁽⁸⁴⁾。その意味で、刑法の保護の対象となるのは、全知全能を前提としたような「理想的な自由」ではなく、社会生活における種々の制約の中で「残された自由」であるということが確認されなければならない。

この観点からすれば、「ラディカルな法義務論」の考え方が基本的に支持されるべきである。適法な行為は、それを単に告知する場合にも、特定の条件と結びつける場合にも、名宛人の「残された自由」を害するものとはいえないからである。これに対して、ドイツの学説では、「ラディカルな法義務論」による可罰性の著しい限定を回避するために、種々の見解が展開されているが、いずれも説得的な視点を提示できているとは言い難い。

ドイツの通説を初めとして、我が国でも一部の論者が挙げる「関係性の欠如」という視点は、それ自体、強要の可罰性を説明するものとはいえない。Peralta が正当にも指摘するように、給付と要求との間の関係性が欠如する場合に、なぜ強要の可罰性を肯定できるかがここでの「問い」であり、これに「関係性の欠如」と答えることは、まさに「問いに対して問いをもって答えている」⁽⁸⁵⁾のに等しいからである。

(84) 神山欣治「同盟罷業と強要罪又は恐喝罪」木村博士還暦祝賀『刑事法学の基本問題(上)』(有斐閣、1958年) 355頁。

(85) Peralta, a.a.O. (Anm. 66), S. 886 ff.

また、そもそも、「関係性の欠如」自体に着目して強要の可罰性を判断するとすれば、連邦通常裁判所の事案における少女も、被告人による「取引」に応じた段階で、被告人に対して「同僚による告訴を阻止してくれなければ、性的な行為に応じない」という無関係な要求をしていることになり、強要罪が成立するという奇妙な結論に至りかねないであろう。⁽⁸⁶⁾

これに対して、「関係性の欠如」という視点を、相手の弱みに付け込むことで、自身の給付と見合わないような「不当に高い利益」を獲得しようとする行為者の不正さを示すものとして再構成することは一考に値する。

ドイツ判例の転換以前に「関係性の欠如」という視点を打ち出していた Klaus Volk も、傷害の被害者が犯人に対して、受けた損害に見合う金額である500ドイツマルクを支払わなければ告訴をすると告知した場合、強要罪の成立は否定されるべきであるが、不当に高い金額である50,000ドイツマルクを支払わなければ告訴をすると告知した場合には強要罪（恐喝罪）の成立が認められるべきである、と説明していた。⁽⁸⁷⁾ここでは、「関連性の欠如の原則（Prinzip des mangelnden Zusammenhanges）」という名のもとで、実際には、相手の窮状につけこみ、不当に高額な利益を得ようとする行為者の「暴利」ないし「搾取」性こそが強要の不法内容に取り込まれていると考えることも可能であろう。

確かに、こうした暴利ないし搾取行為は道徳的に不正であるばかりでなく、場合によっては刑罰的禁止の対象となりうる。その意味で、ある行為を行う「1階の自由」から、そのような行為を一定の条件と結びつける「2階の自由」が常に導かれるわけではない、というのは理解可能な指摘である。

しかし、問題は、この不正さが「強要」の不法を示すものと評価できるかである。少なくとも現在の通説がこの点を説得的に論証できているかは疑わしい。⁽⁸⁸⁾強要の典型である、違法な加害が告知される場合には、被害者

(86) Vgl., Schroeder, a.a.O. (Anm. 56), 286; Timpe, a.a.O. (Anm. 19), S. 156.

(87) Volk, a.a.O. (Anm. 39), 276.

の自由な選択の余地が狭められるのに対して、適法な行為が告知される場合には、ラディカルな法義務論が指摘するように、被害者の選択肢はむしろ増加する。後者の場合に、行為者が要求を不当に吊り上げ、被害者から「搾取」をしたとしても、ここで侵害される利益の実体は、強要罪の保護法益と考えられてきた「意思決定（意思活動）の自由」とは異質なものであるように思われる。⁽⁸⁹⁾

また、不当に高い要求であるという意味での「関係性の欠如」という視点が、上述の「動機づけの圧力」という観点と調和しうるかも疑わしい。というのも、要求された反対給付が「不当に高い」ものであるほど、行為者により持ち掛けられた取引に被害者が応じるインセンティブは減少するはずであり、同時に「動機づけの圧力」も下がると考えられるからである。例えば、レポート課題の代行をしてもらう程度のことのためだけに、好きでもない相手の性的な願望に応じることを強く動機づけられるような学生は恐らく稀であろう。少なくとも、「動機づけ」という観点からすれば、要求する反対給付は小さいほうがより効果的なのである。

さらに、「暴利」ないし「搾取」的な行為を一般に「強要」構成要件に取り込むことは、強要罪の成立範囲の大幅な拡張をもたらし、許される取

(88) なお、Günther Jakobs, *Nötigung*, 2015, 24 ff. は、自由に対する罪としての強要罪について、ラディカルな法義務論と同一の立場を採りながら、これとは別に、社会に逆機能 (Dysfunktion) を生じさせる「暴利的 (wucherisch) 強要」のカテゴリーを承認し、万引き監視員事例における強要の可罰性を肯定している。しかし、Jakobs 自身も述べるように、「暴利的強要」では、自由に対する罪としての強要罪とは異なり、「自由な社会の存立条件 (Bestandsbedingungen einer freiheitlichen Gesellschaft) の保護」が問題となっており、個人の保護はせいぜいその反射的效果にすぎない (Ebenda, S. 30)。このように不法の性格が大きく異なる両者を、強要罪という同一の犯罪類型に包摂することの当否が問われなければならないであろう (Vgl., Lesch, a.a.O. (Anm. 19), S. 491.)。

(89) 他方で、状況「利用」型の構成要件である、準強制性交等罪・準強制わいせつ罪 (178条) では、「搾取」からの自由も保護の射程に含まれていると解することができないか、検討の余地があろう。Vgl., Thomas Rönnau, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2000, S. 450 f.

引行為と可罰的な強要との境界を不明確にしてしまうであろう。⁽⁹⁰⁾ Schroeder が正当にも指摘するように、あらゆる取引に価額の釣り合いが要求される結果、裁判所が「価額統制機構（Preisüberwachungsbehörden）」⁽⁹¹⁾ となりかねない。そもそも、行為者による給付に対して、いかなる反対給付が見合うかを決めるのは、本来、取引の当事者である本人である。それゆえ、要求の不均衡を理由に、裁判所が当該取引を「強要」とレッテル貼りして禁止することが、むしろ本人の取引の自由を制約してしまう結果にならないかは慎重に検討する必要がある。

以上のように、少なくとも現時点で、「関係性の欠如」理論が、「ラディカルな法義務論」による可罰性の限定を克服するための説得的な視点の提示に成功しているとは評価できない。また、ドイツで主張されている「関係性の欠如」以外の様々な区別理論も、その多くは「ラディカルな法義務論」に還元されるべきものであり、独自の規範的観点の提示には成功していないように思われる。

第5章 結びに代えて

本稿では、「合法的な不作為を告知する脅迫」を通じた強要の可罰性に関するドイツの議論状況を分析することで、可罰的な強要の限界づけのための基本的な視座の獲得を試みた。

強制の不法にとり「動機づけの圧力」は十分条件ではなく、規範的な観点からの限定が必要不可欠である。ドイツでは、告知内容の違法性を要求する「ラディカルな法義務論」の立場に対抗して様々な理論が展開されているが、本稿の分析によれば、いずれも説得的な観点の提示に成功してい

(90) これに対して、Arzt, a.a.O. (Anm. 38), S. 663は、人と人との接触を調整するための社会関係的な法益が問題となる場合には、接触の回避（Kontaktvermeidung）を目指す法益が問題となる場合よりも、より融通の利く柔軟な線引きが必要となることは否定できないとする。

(91) Schroeder, a.a.O. (Anm. 56), 286.

るとは言い難い。刑法の保護の対象が、社会生活における種々の制約から「残された自由」であることに鑑みれば、「ラディカルな法義務論」の前提が基本的に支持されるべきである。

ラディカルな法義務論に依拠する場合、不作為を告知する脅迫を通じた強要の可罰性は、行為者にいかなる範囲で「法義務」が認められるかどうかにより左右される。この「法義務」として従来念頭に置かれてきたのは、(不真正)不作為犯論における「作為義務」である。これに対して、「不作為を告知する脅迫を通じた強要」はそれ自体、作為犯であり、不作為犯論における議論をそのまま転用することはできない、との批判も向けられている。⁽⁹²⁾ 確かに、ここで解決の基準となる「法義務」と、不作為犯論における「作為義務」とが一致する必然性があるかどうかについてはなお検討の余地がある。

もつとも、行為者に不作為犯論における「作為義務」が認められないということは、刑法が、作為を行うかどうかを行為者の自由に委ねているということの裏返しである。このことは、同時に、当該作為を条件に結びつけることが、名宛人の「残された自由」を侵害するものではないことを示すための根拠となる。その意味で、両者が基本的に一致すると考えることには十分な理由があるといえよう。⁽⁹³⁾

ただし、行為者が害悪の存在を偽る場合、厳密には「作為義務」が(実際には害悪が存在しないために)観念できなくても、可罰的な強要を認める余地がある。というのも、欺罔により(架空の)強制状況を作出した行為者には、まさにこの先行行為を根拠として、当該欺罔の解消に関する「法義務」を負わせることが可能だからである。⁽⁹⁴⁾

(92) BGHSt 31, 195 [201]; Schroeder, a.a.O. (Anm. 56), 494.

(93) 刑法上の作為義務を超えて、契約上の債務を「法義務」に含めてよいかどうかは検討の余地がある。例えば、商品の買主が、履行期の徒過した代金債務の支払を不当な要求と結び付けた場合などが考えられる。これに否定的な見解として、Timpe, a.a.O. (Anm. 19), S. 160 ff.; Zopfs, a.a.O. (Anm. 69), 819.

(94) なお、このような欺罔を手段として財産交付が要求された場合には、詐欺罪と

さらに、害悪の存在自体を偽るのではなく、自らの救助意思の存在を偽った場合にも、同様に可罰的な強要を認める余地があろう。例えば、冒頭の山小屋事例で、実際にはその意思がないのに、「私の靴を舐めれば、山小屋に泊めてやる」などと嘘を告げた場合が考えられる。この場合、山小屋の主人に「作為義務」が認められないことには変わらないが、彼に救助の意思が存在しない以上、ここで遭難者が「ピンチから脱出するチャンスを獲得しているにすぎない」と評価することはできない。ここでは、むしろ、遭難者が本来有していたはずの「選択の自由」が欺罔を通じて不当に縮減されていると評価すべきである。「名宛人の規範的な自由が縮減したかどうか」という点こそが、強要の不法にとり決定的であると考えるのであれば、この場合に可罰的な強要を肯定することに、理論上の支障は存在しないと考えられる。なお、このように考えれば、最初から要求を繰り返すつもりであるのに、これを秘して行われるような、悪質な「ゆすり」のケースについても、可罰的な強要ないし恐喝を肯定することが可能となるであろう。⁽⁹⁵⁾

恐喝罪との競合問題が生じる。ドイツの議論状況について、渡辺靖明「ドイツ刑法における詐欺罪と恐喝罪との競合問題」横浜法学22巻2号（2013年）29頁以下を参照。

(95) Andreas Hoyer, Die Ankündigung einer erlaubten Übelzufügung: Nötigung?, GA 2014, 551 ff. も、適法な行為を告知する行為者は、被害者が要求に応じた後もなお新たな要求をなすため、被害者を心理的圧力の下に置き続けることが可能となる点（行為者の自由の拡張）に強要の可罰性の根拠を見出している。