

## 論 説

合法的な不作為の告知による強要をめぐる  
近時のドイツ判例の動向

菊 地 一 樹

- 第1章 はじめに
- 第2章 判例の展開
  - 第1節 可罰性の肯定
  - 第2節 限定解釈の示唆
  - 第3節 小 括
- 第3章 上級医事件 (Chefarztfall)
  - 第1節 事案の概要
  - 第2節 裁判所の判断
- 第4章 検 討
  - 第1節 限定解釈の可能性
  - 第2節 非難性条項の適用
  - 第3節 恐喝罪における財産的損害
- 第5章 おわりに

## 第1章 はじめに

本稿では、強要の限界づけ、とりわけ「合法的な不作為の告知 (Ankündigung eines rechtmäßigen Unterlassens)」による強要罪の成否をめぐる、近時のドイツ判例の動向について紹介を加える。ここでは、「合法的な不作為」、すなわち、行為者が「自らに作為義務のない行為を行わないこと」を相手に告知する場合に、強要罪の成立が認められるかどうかが問題とな

(1)  
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」が認められ、<sup>(2)</sup>強要罪の成立が肯定されると考えられる。しかし、この事例で遭難者は、山小屋の主人の靴を舐めることで遭難の危機から脱出するという「新しいチャンス」を獲得しているにすぎないと評価する余地がある。というのも、山小屋の主人は、遭難者を放置することも許されていたのに、<sup>(3)</sup>(好ましくない条件付きといえども)遭難者に救助を申し出ているからである。このような観点からすれば、遭難者の選択肢を拡張している山小屋の主人に、「意思形成及び意思活動の自由」の侵害を認めることは困難であり、<sup>(4)</sup>強要の可罰性を否定すべきということになる。

このテーマに関して、近年、ドイツで興味深い判例が出された。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、

(1) この問題に関するドイツの学説状況の分析として、拙稿「強要の限界づけと規範的自律」早稲田法学94巻1号(2018年)32頁以下を参照。

(2) 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、井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣、2016年)122頁、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論〔第7版〕』(弘文堂、2018年)77頁等。

(3) ただし、ドイツではこうした場合に一般的不救助罪(ドイツ刑法323c条)における救助義務が認められることで、「違法な不作為を告知する脅迫」の事例と構成される可能性がある点に注意を要する(Vgl., Eckhard Horn/ Gereon Wolters, SK, 9. Aufl., 2017, § 240 Rn. 16)。

(4) このような見解を主張するものとして、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.; Elisa Hoven, Nötigung durch Bestechlichkeit? — Ein Beitrag zum Verständnis der Nötigung durch Drohung mit einem rechtmäßigen Unterlassen, ZStW 128, 2016, S. 191 ff.

寄付金を支払えば、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、連邦通常裁判所が強要罪（ドイツ刑法240条1項）<sup>(5)</sup>の成立を肯定したのである（上級医事件）<sup>(6)</sup>。しかし、本件でも患者は、寄付金を支払うことで被告人による迅速な手術を受けることができるという「新しいチャンス」を獲得しているにすぎず、被告人の提案により彼の「自由」はむしろ増大しているのではないかと考える余地がある。そこで、以下ではまず、近時に至るまでの判例の展開について概観する。そのうえで、この新しい判例について紹介を加え、最後に若干の検討を試みたい。

## 第2章 判例の展開

### 第1節 可罰性の肯定

過去の判例は、「合法的な不作為」の告知による強要の可罰性を否定していた<sup>(7)</sup>。法的に義務づけられていない援助の申し出を通じて、何らかの要求をする行為は、その名宛人に窮地を脱するための「ありうる打開策 (möglicher Ausweg)」<sup>(8)</sup>を提示しているにすぎないと考えられていたのである。それゆえ、不作為の告知による強要に可罰性が認められるのは、行為者がその作為を行う「法義務 (Rechtspflicht)」を負っている場合のみであるとされた（いわゆる「法義務論」）。

---

(5) 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。

(6) BGH MedR 2012, 187.

(7) BGH NStZ 1982, 287; OLG Hamburg NJW 1980, 2592. 恐喝罪についても、BGH GA 1960 277は、「援助の不作為がドイツ刑法253条〔恐喝罪〕の意味における害悪といえるのは、行為を行う義務が存在する場合に限られる」と明言していた。ドイツの過去の判例については、拙稿・前掲注(1) 28頁以下も参照。

(8) OLG Hamburg NJW 1980, 2592 [2592].

これに対して、ドイツ連邦通常裁判所は1983年に、「万引き監視員事件」<sup>(9)</sup>で過去の判例の理解を克服する判断を示した。事案は次のようなものである。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「死ぬほど引叩く」であろうことや、見習いとして勤め口(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、見逃してくれるかと懇願した。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ないと説明した。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P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)<sup>(10)</sup>の成立を認めた。連邦通常裁判所は、合法的な不作為の告知を強要罪や恐喝罪(ドイツ刑法253条)<sup>(11)</sup>にいう「重大な害悪を加える旨の脅迫(Drohung mit einem empfindlichen Übel)」から一般に除外する理由は乏しいとする。というのも、「脅迫から生じる動機付けの圧力(Motivationsdruck)にとっては、告知の内容が作

(9) BGHSt 31, 195.

(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(旧177条1項2号)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ためであると推測される。

(11) ドイツ刑法253条1項 違法に自ら利得し又は第三者に利得を得させるために、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、これにより、被強要者又は他の者の財産に損害を与えた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。

為か不作為かという点や、合法的か違法であるかという点は決定的とはいえない<sup>(12)</sup>からである。

そのうえで、連邦通常裁判所は、強要罪の可罰性の限定は「非難すべき性質（Verwerflichkeit）」（ドイツ刑法240条2項<sup>(13)</sup>）の基準により果たされるべきであるとする。すなわち、強要の違法性を認めるためには、「手段と目的を結び付けることが非難に値する」か否かが具体的にテストされなければならない。このテストを通じて、「ただ被脅迫者の行動の可能性が拡大されており、彼の決定の自律性が当罰的な方法で侵害されているわけではない<sup>(14)</sup>」と評価される事例は、本罪の処罰範囲から除外される<sup>(15)</sup>。もっとも、本件ではこの「非難すべき性質」に欠けるところはないとされた。

この連邦通常裁判所の立場は、通説により支持されているが<sup>(16)</sup>、他方で、強要罪の可罰性の過剰な拡張に至るとの批判も加えられている。「合法的な不作為」を告知して、他人の行動に影響を与えることは、我々の私生活の中で一般的に行われている。例えば、営業で成績を収めなければ昇格を<sup>(17)</sup>

(12) BGHSt 31, 195 [202].

(13) 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。

(14) 判例は、非難性条項を強要罪独自の違法性を積極的な形式で定めたものと位置づけている（BGHSt 2, 194 [195 f.] ; BGHSt 5, 245 [246].）。これに対して学説では、補充的な構成要件と位置づける見解（Albin Eser/Jörg Eisele, in: Sch/Schröder, 29. Aufl., 2014, § 240 Rn. 16）の他に、同条項を「全行為的評価要素（ein gesamtatbewertendes Merkmal）」と位置づける見解（Arndt Sinn, in: Mükö, 2017, 3. Aufl., § 240, Rn. 118 ff.）も有力に主張されている。非難性条項の体系的な位置づけをめぐる議論について、金澤・前掲注（13）733頁以下参照。

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

(16) Eser/Eisele, a.a.O. (Anm. 14), Rn. 20 f.; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 64. Aufl., 2017, § 240 Rn. 34 f.

(17) Claus Roxin, Kann die Drohung mit einem rechtmäßigen Unterlassen eine strafbare Nötigung sein?, ZStW 129, 2017, S. 284 f.

認めないと「脅す」ことや、勉強をしなければ単位を認定しないと「脅す」ことは、日常的に起こり得る出来事である。こうした日常的な営みに広く強要の構成要件該当性を認めることが妥当であるかは、疑問の余地があろう。

また、この立場によれば、強要罪の可罰性の限定は「非難性条項」の適用により図られることになるが、その具体的な基準は必ずしも明らかではない。それゆえ、「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<sup>(18)</sup>」ことで、強要罪の適用が当事者にとり不明確になることが懸念されている。

## 第2節 限定解釈の示唆

もともと、連邦通常裁判所は、その後、東西ドイツ時代の特殊なケースにおいてであるが、このような判例の立場に修正が必要なことを示唆<sup>(19)</sup>した。事案は次のようなものである。

当時の東ドイツ(DDR)では、市民に出国の権利が認められておらず、出国許可を得るためには、その所有する土地を、東ドイツ国家保安省(MfS)が優遇する人物や機関に対して、廉価で売却する必要があった。弁護士である被告人は、東ドイツ国家保安省が優遇する人物の一員であった。被告人は、出国を希望する夫婦から、出国許可申請の仲介の依頼を受けたため、彼らに対して、その所有する土地を、被告人やそのフィアンセに廉価で売却するよう要求した。これに応じて、夫婦は、土地の一部を被告人に廉価で売却し、他の部分を被告人のフィアンセに贈与した。その結果、約1年後に、夫婦は東ドイツから出国することができた。<sup>(20)</sup>

(18) Horn, a.a.O. (Anm. 4), 498.

(19) BGHSt 44, 68.

(20) なお、本件は、ホーネッカー体制の下で東ドイツ政府の全権特使を務めた弁護士であるフォーゲル(Wolfgang Vogel)が共犯者として起訴されていたことから、

本件につき、ベルリン地方裁判所（LG Berlin）は被告人に恐喝罪の成立を認め<sup>(21)</sup>た。これに対して、連邦通常裁判所は、被告人に強要罪や恐喝罪の成立を認めることはできないとして、無罪を言い渡すべきであると結論付<sup>(22)</sup>けた。

まず、連邦通常裁判所は、依頼者に出国の権利が認められていなかったことを前提に、本件の告知内容が、出国許可を獲得するための援助を行わないという「合法的な不作為」であることを確認している。そのうえで、「合法的な不作為」の告知にも一般に強要罪や恐喝罪の構成要件該当性を認める判例の立場には、その適用範囲を過剰に拡張してしまうという問題があることを指摘し、連邦通常裁判所は、当時の学説において示されていた限定解釈に言及する。<sup>(23)</sup>

これによると、法的に要求されない行為を行わないことの告知が、本罪にいう「重大な害悪を加える旨の脅迫」に当たるのは、「その行為が実行されることで、名宛人の目前に迫っている害悪（bevorstehendes Übel）が回避されるであろう」という場合だけである。反対に、（まさに本件がそうであるように）名宛人が単に「状況や生活の望ましい変更を手に入れるか、現状のままであるか」の選択に立たされるにすぎない場合には、本罪の成立が否定される。この場合には、「ただ被脅迫者の行動の可能性が拡大されており、彼の決定の自律性が当罰的な方法で侵害されているわけではな

---

「フォーゲル事件（Fall Vogel）」と名付けられている。後述するように、連邦通常裁判所が被告人に無罪判決を下したことで、フォーゲルも後に無罪判決を言い渡されている（BGH, Beschl. v. 05. 08. 1998, 5 StR 503/96）。

(21) LG Berlin, Urt. v. 14. 04. 1997, (511) 21 Js 12194 KLs (5/96)。

(22) なお、連邦通常裁判所は、本件では東ドイツ刑法（StGB-DDR）における強要罪（127条）や恐喝罪（129条）の規定の適用が問題になるとしつつ、これらの規定における「重大な不利益を告知する旨の脅し（Drohens mit einem schweren Nachteil）」の解釈に際して、これに対応する構成要件メルクマールである「重大な害悪を加える旨の脅迫」（ドイツ刑法240条、253条）の解釈を参照することが可能であるとする（BGHSt 44, 68 [74]）。

(23) Gerhard Herdegen, in: LK, 11. Aufl., 1994, § 253 Rn. 4.

い」からである。

連邦通常裁判所は、この限定解釈につき「いい線をいっている (liegen nicht ganz fern)<sup>(24)</sup>」と好意的に評価しつつも、本件でこの解釈論に決着をつける必要はないとした。なぜなら、被告人の行為はいずれにせよ「非難に値する」ものではなく、その違法性が否定されるからである。

本件で非難性が欠けると評価された決定的な根拠は、被告人が単なる「仲介」的な役割を果たしていたにすぎない点に求められている。すなわち、被告人自身は、出国を許可するかどうかを決定する能力を有していたわけではなく、ただ東ドイツ政府が要求する出国のための条件（土地の売却）<sup>(26)</sup>を、依頼者に伝えていただけだというのである。

さらに、この評価は、仲介者である被告人自身が、土地の買い手となり利益を得ていたという事実によっても妨げられないとされる。というのも、強要や恐喝の違法性の判断にとり重要なのは被害者の視点であり、この視点からすれば、誰が利益を得るかは無関係だからである。確かに、被告人が私腹を肥やそうとしていたという事実は、彼の行為の道徳的評価には影響を与えるが、このような道徳的評価によって、非難性の判断が左右されてはならない。それゆえ、「私服を肥やす事例 (Selbstbereicherungsfälle)<sup>(27)</sup>」は、通常の事例と同様に評価されなければならない」とされた。

### 第3節 小 括

以上のように、東ドイツ出国事件でも、最終的には非難性条項の適用により事案の解決が図られたものの、「合法的な不作為」の告知に広く構成

(24) BGHSt 44, 68 [75].

(25) こうした関与の間接性を根拠に、被告人の正犯性を否定することも考えられるが (Vgl. Otto Lagodny/ Dörthe Hesse, Anm. zu BGH, Beschl. v. 13. 07. 2011, JZ 1999, 315.)、連邦通常裁判所は、非難性条項を通じた解決を図ることで、正犯者としての可罰性だけでなく、(東ドイツ政府執行部を正犯とする) 強要の幫助犯の成立も否定 (BGHSt 44, 68 [79]) しようとしたものと解される。

(26) BGHSt 44, 68 [76 ff.].

(27) BGHSt 44, 68 [81].



要件該当性を認める従来の判例の立場には修正の可能性があることが示唆されたといえる。<sup>(28)</sup>

もっとも、ここで示された限定解釈と、万引き監視員事件において示された連邦通常裁判所の基本的決定との間に齟齬がないかは検討を要する。<sup>(29)</sup> というのも、「合法的な不作為」の告知の事例では、常に「状況や生活の望ましい変更を手に入れるか、現状のままであるか」の選択が問題となっているにすぎないと解する余地があるためである。この点については、後に改めて検討を加える。

### 第3章 上級医事件（Chefarztfall）

#### 第1節 事案の概要

このような状況の中で、「合法的な不作為」の告知による強要の可罰性の限界が再び連邦通常裁判所まで争われたのが、冒頭で紹介した「上級医事件（Chefarztfall）」<sup>(30)</sup>である。事案は次のようなものである。<sup>(31)</sup>

被告人は、エッセン大学病院（Essen Universitätsklinik）で総合医療・移植医療を専門とする上級医であり、また、ノルトライン＝ヴェストファーレン州（Nordrhein-Westfalen）の公務員であった。被告人は、その専門分野の中で高い評判を得ており、彼の医術は世界中の患者や若手の医師の注目を集めていた。

---

(28) Christian Jäger, Die Grenzen strafbarer Nötigung bei Drohungen mit einem Unterlassen, Festschrift für Volker Krey, 2010, S. 196によれば、連邦通常裁判所は従来の判例の立場から距離を置く方向性を示したとされる。

(29) Fischer, a.a.O. (Anm. 16), § 253 Rn. 8 bは、両者を「容易には両立が困難である（nicht ohne weiteres vereinbar）」と指摘する。

(30) BGH MedR 2012, 187.

(31) なお、本件で被告人は、30件の収賄罪（内3件が強要罪との所為単一、内1件が詐欺罪との所為単一）、8件の詐欺罪に加えて、2件の脱税（Steuerhinterziehung）でも起訴されている。

患者Vは、がんの肝転移（Lebermetastasen）に苦しめられていた。被告人の評判を聞いたVが、被告人に相談をしたところ、被告人はVに対して、緊急に手術を行わなければ生存の可能性が著しく減少すると説明した。しかし、Vは公的医療保険の患者（Kassenpatient）であったため、医師を選択して治療を受ける権利を有しておらず、また、手術を受けるためには、4週間から6週間もの間、順番を待たなければならなかった。<sup>(32)</sup>そこで、被告人はVに対して、研究等のための「寄付金（Spende）」を支払えば、被告人が個人的に「飛び入りで（außer der Reihe）」手術を引き受けると告げた。生存の可能性が飛躍的に高まることを期待したVは、要求された金額である3,500ユーロを支払うことを約束した。その後、被告人による手術が無事に行われ、上記の金額が大学病院の口座宛てに送金された。

## 第2節 裁判所の判断

以上の事案で、エッセン地方裁判所（LG Essen）は、次のように判示し、被告人に強要罪の成立を認めた。<sup>(33)</sup>

「患者Vは、被告人やエッセン大学病院に対して、すぐに病床に収容してもらい被告人による手術を受けるという直接の権利を有していなかった」。「それゆえ、被告人は、法的に義務のない行為を行わないことを告知して脅迫をしている」。

本罪にいう「脅迫が、法的に要求されない行為の不作为の告知の場合にも認められうることは、判例において原則的に承認されている（BGHSt 31, 195 [=万引き監視員事件] 参照）。他方で、これに対しては、「次のよ

(32) ドイツの医療保険制度は、公的医療保険（gesetzliche Krankenversicherung）と、個人が収入に応じて加入する民間医療保険の二階建てとなっており、治療してもらう医師を選択することができるのは、民間医療保険の加入者だけである。ドイツの医療保険制度については、松本勝明「医療保険の公私関係」フィナンシャル・レビュー111号（2012年）90頁以下、藤本健太郎「ドイツの医療保険者機能について」JRI レビュー4巻55号（2018年）19頁以下を参照。

(33) LG Essen 21. Große Strafkammer, Urt. v. 12. 03. 2010, 56 KLR 20-08 (MedR 2012, 188に抜粋が掲載されている)。

うな制限が設けられている。すなわち、法的に要求されない行為を行わないことの告知が、重大な害悪を加える旨の脅迫に当たるのは、その行為が実行されることで、名宛人の目前に迫っている害悪が回避されるであろうという場合だけである（BGHSt 44, 68 [=東ドイツ出国事件] 参照）。「それ以外の場合には、自律性原理（Autonomieprinzip）と矛盾対立するような脅迫」の存在を認めることができない。この場合には、むしろ、「行為者は当罰的でない方法により、被脅迫者に対して、新たな行動の展望（neue Handlungsperspektive）を開いている」だけである。

もっとも、本件では「この限定的な要件も充たされている。というのも、すぐに手術をすることで、患者Vの目前に迫っている害悪、すなわち、病気による死が回避されるであろうといえるからである」。この点で、東ドイツ出国事件とは状況を異にしている。すなわち、東ドイツ出国事件では、被告人である弁護士が「出国希望者に現状の不変更（今後も東ドイツで生活を続けること）を告知しているのに対して、本件の被告人は、『寄付金』を支払わない場合に、患者の状況が著しく悪化することを告知している」のである。

さらに、被告人による強要の手段は「非難に値する」ものである。問題は「被告人が、強要の手段として時間的要素（Zeitmoment）を持ち込んだ」点にある。「被告人は、延命可能性が迅速な手術の実施に懸かっている重篤な患者に対して、病床と余っている手術のキャパシティ（freie Operationskapazität）を売りつけた」。これは、「絶対に看過できず、高度に反社会的（absolut unerträglich und gesteigert sozialwidrig）」な行為と評価されなければならない。

以上のように判示して、エッセン地方裁判所は、被告人に強要罪の成立を認めた。

なお、本件は、金銭の支払を約束させた事案であったにもかかわらず、被告人には（強盜的）恐喝罪ではなく強要罪の成立が認められている。その根拠について、エッセン地方裁判所は、以下のように説明している。

被告人の行為は、「ドイツ刑法253条1項、同255条<sup>(34)</sup>という強盜的恐喝罪(räuberische Erpressung)の構成要件を充足しない」。「確かに、『寄付金』の支払の約束は、支払に向けた被告人の経済的な権利を生じさせる」。しかし、これにより患者に生じる「財産の減少と、患者の財産の増加、すなわち、上級医であり、かつ、その専門分野において国際的に知られた専門家である被告人から、すぐさま手術を受けることができるという経済的な権利〔の獲得〕とは矛盾しない。そのため、経済的な観察の下では、患者に損害(Schaden)は生じていない」。

以上が、エッセン地方裁判所の判決の要旨である。エッセン地方裁判所は、「合法的な不作為」の告知による強要の可罰性について、連邦通常裁判所が示唆した限定解釈を採用しながらも、本件ではなお「重大な害悪を加える旨の脅迫」が認められるとして、最終的には非難性条項の適用により事案の解決を図り、強要罪の成立を肯定した。(強盜的)恐喝罪については、患者に財産的損害が生じていないことから、その成立が否定されている。

これに対して、被告人側が上告をしたが、連邦通常裁判所は、これを「明らかに理由がない(offensichtlich unbegründet)」(ドイツ刑事訴訟法349条2項<sup>(35)</sup>)として退けたため、被告人の有罪が確定した。

## 第4章 検 討

### 第1節 限定解釈の可能性

連邦通常裁判所は、「合法的な不作為」の告知による強要罪の成立の可

---

(34) ドイツ刑法255条は、「恐喝が、人に対する暴行を用い又は身体若しくは生命に対する現在の危険を及ぼす旨の脅迫を用いて行われたときは、行為者は強盜犯人と同一の刑に処する」と規定する。

(35) ドイツ刑事訴訟法349条2項によれば、上告裁判所は、上告に明らかに理由がないと認められるときは、これを直ちに決定で却下できる。

能性を認めつつ、その成立範囲を限定する解釈を示唆している。これによれば、行為者が「状況悪化」を告知しているか、「現状不変更」を告知しているかが基準となる。前者の場合は強要の構成要件該当性が肯定されるのに対して、後者の場合、行為者は単に状況の改善に向けた「新しいチャンス」を提示しているにすぎず、名宛人の自律性が侵害されているとは評価できないとされる。

このような限定解釈は、多くの学説により支持されている。<sup>(36)</sup> 例えば、Claus Roxin は、原則として、他人に義務のない給付が拒絶されたとしても、「被脅迫者」の自律性が法的に侵害されたと評価できないとしつつも、「合法的な不作為」の告知による強要の可罰性をおよそ否定することは処罰範囲の過度な限定に至るとしたうえで、「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<sup>(37)</sup>」と説明している。

しかし、この基準の理論的な根拠は十分明らかではない。まず、「現状不変更」にとどまるかどうかという観点から、連邦通常裁判所が「合法的な不作為」の告知に構成要件該当性を認めるための根拠として持ち出している<sup>(38)</sup>、名宛人に対する「動機づけの圧力」の大きさと直接の関係を有しない。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うるからである。<sup>(39)</sup>

(36) Claus Roxin, Anm. zu BGH, Beschl v. 13. 01. 1983, JR 1983, 336; Eser/Eisele, a.a.O. (Anm. 14), Rn. 20a; Rudolf Rengier, Strafrecht BT II, 18. Aufl., 2017, § 23 Rn. 51 f. さらに、Jäger, a.a.O. (Anm. 28), S. 198は、「状況悪化」を、合法的な不作為の告知の場合に限られない「あらゆる脅迫に必要な基本的要件」として説明している。

(37) Roxin, a.a.O. (Anm. 36), 336.

(38) BGHSt 31, 195 [202].

(39) Lothar Kuhlen, Drohung und Versprechungen, Festschrift für Bernd Schünemann, 2014, S. 628は、その例として、病状が固定化した対麻痺（Querschnittsgelähmten）の患者に対して、治療を行わないことを告知する事例を挙げ

また、この基準が、名宛人の「行動の自由」が拡張しているか否かの評価とどう結びつくのかも不明である。なぜなら、「状況悪化」が告知されている場合であっても、行為者が法的に義務を負わない援助を申し出ている以上、名宛人の「行動の自由」が拡張していると評価することが可能だからである。<sup>(40)</sup>

そもそも、告知内容が「状況悪化」に当たるか「現状不変更」に当たるかを判別するためには、「ベースライン」の設定が不可欠である。この「ベースライン」を、名宛人にとって法的に「期待してよいこと」が何であるか、という規範的な観点から設定する限り、法的に義務のない行為の不作為の告知は、常に「現状不変更」に向けたものであると評価される。例えば、冒頭の山小屋事例では、山小屋の主人が救助義務を負わない以上、「救助を得られない」ことが遭難者の「ベースライン」となり、それゆえ、彼による不作為の告知は、「現状不変更」に向けられたものと評価されることになろう。

上級医事件においても、患者に被告人による迅速な手術を受ける権利が存在しない以上、「手術を受けられない」ことが患者の「ベースライン」であり、被告人による不作為の告知は、せいぜい「現状不変更」に向けたものであると見ることができる。

これに対して、エッセン地方裁判所は、病気による死が目前に迫っているという事実を重視して、被告人の告知を「状況悪化」に向けたものであ

る。連邦通常裁判所自身も、限定解釈を採用することで、こうした場合に本罪の構成要件該当性がおよそ否定されてしまうことへの懸念を表明している (BGHSt 44, 68 [75].)。

(40) Kuhlen, a.a.O. (Anm. 39), S. 628 f.

(41) José Milton Peralta, Chantage als Ausbeutung — Über das Unrecht der bedingten Androhung erlaubter Taten, ZStW 2012, S. 885 f. も、「ベースライン」の設定の仕方について、事実上「期待できること (was man erwarten kann)」を基準とする考え方と、規範的に「期待してよいこと (was man erwarten darf)」を基準とする考え方の2つの可能性を指摘しつつ、前者の考え方は不当な帰結に至るとして、後者の考え方に依拠すべきであると説いている。

るとした。このような態度が、患者に生じた心理的圧迫の大きさに目を奪われるあまり、<sup>(42)</sup> 規範的な観点からの「ベースライン」の設定を疎かにするものとなっていないかは、なお検討を要するところである。

もちろん、このように規範的な観点から「ベースライン」を設定する場合、上記の限定解釈は、法的に義務のない行為の不作為の告知について常に強要の可罰性を否定する立場に帰一してしまうため、万引き監視員事件における連邦通常裁判所の基本的決定には反することになる。その意味で、連邦通常裁判所は本件で、「BGHSt 31, 195 [=万引き員監視員事件] と BGHSt 44, 68 [=東ドイツ出国事件] との間に存在する明らかな緊張<sup>(43)</sup> (offensichtliche Spannung)」を解消する必要があったように思われる。

## 第2節 非難性条項の適用

ドイツの判例の中で、実際のところ、「合法的な不作為」の告知による強要罪の成否の判断において決定的な役割を果たしているのは、「非難性条項」によるテストである。非難性条項をいわば「調整弁 (Regulative)」<sup>(44)</sup> として用いることには学説上批判も存在するが<sup>(45)</sup>、構成要件段階での限定解釈が十分に機能していない以上、非難性条項を通じた処罰の限定は不可欠であろう<sup>(45)</sup>。

この非難性条項の適用に際しては、「目的・手段関係 (Zweck-Mittel-

---

(42) Thomas Grosse-Wilde, Anm. zu BGH, Beschl. v. 13. 07. 2011, MedR 2012, 190 は、本判例の評釈において、「心理学に純化した (rein psychologisierend) 強要理論」の行き詰まりが示されていると評価している。

(43) Grosse-Wilde, a.a.O. (Anm. 42), 190.

(44) Johannes Wessels/ Michael Hettinger, Strafrecht BT 1, 40. Aufl., 2016, Rn 414 は、被害者の行動の自由を単に拡張するだけで、彼の意思決定の自律性を侵害しないような告知行為は、最初から強要罪の不法構成要件から除外されており、非難性条項による調整は不要であると指摘する。

(45) なお、東ドイツ出国事件では、非難性条項による解決が、同時に (東ドイツ政府執行部を正犯とする) 強要の幫助犯の成立を否定する (BGHSt 44, 68 [79]) 機能も果たしている点に注意する必要がある。

Relation)」と称される、目的と手段の相互の関係が考慮の対象とされている<sup>(46)</sup>。すなわち、目的や手段がそれ自体適法なものであっても、両者の間に「関連性の欠如 (Inkonnexität)」が認められ、「手段と目的を結び付けることが非難に値する」といえる場合には、行為が違法と評価されるのである。例えば、刑事告発という手段はそれ自体適法なものであるが、これを「性的な行為」という無関係な目的を実現するために持ち出すことは、「非難に値する」強要として評価されることになる。

もっとも、「関連性の欠如」がいかなる場合に認められるかについて、明確な基準が存在するわけではない。そのため、強要の可罰性の判断が、裁判官の個人的な道徳感情に左右されてしまうのではないか、という懸念は残される。そこで、このような懸念をいかに回避するかが、重要な課題<sup>(47)</sup>となる。

この点で、東ドイツ出国事件において、連邦通常裁判所が道徳的評価を除外すべきことを説き、非難性を否定する結論を導いている点は注目に値する。連邦通常裁判所は、強要の不法にとり重要な「被害者の視点」を強調することで、行為者自身が「私腹を肥やしている」という事実を度外視した。このような理解が、上述した「関連性の欠如」の基準と整合するの<sup>(47)</sup>はなお検討を要するが、非難性の判断があくまでも強要の違法性に関わるものである以上、単に行為の道徳的評価にのみ関わる事情を判断の対象から除くべきであるとした点は、正当である。

しかし、このような立場が上級医事件において徹底されているかは疑わしい。エッセン地方裁判所は、被告人の行為を「絶対に看過できず、高度に反社会的」とまで評価しているが、このような評価が、強要の不法との

(46) Eser/Eisele, a.a.O. (Anm. 14), Rn. 23; Sinn, a.a.O. (Anm. 14), Rn. 123 ff.

(47) こうした問題意識に基づき、学説では、事案の類型化や判断基準の明確化が試みられてきた（その先駆的な業績として、Claus Roxin, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, 373 ff.）。この問題に関するドイツの議論の紹介として、金澤・前掲注(13) 737頁以下。



関係でいかに導かれるのかは明らかにされていない。

エッセン地方裁判所は、被告人が「時間的要素」を持ち込んだ点を指摘しているが、緊急の意思決定を迫ることそれ自体が強要の不法を根拠づけるとはいえないであろう。我々は日常生活において、常に時間に追われながら意思決定を繰り返しているが、それらの意思決定も法的に尊重されるべき有効な意思決定である。無論、行為者が、意思決定のために必要な時間を不当に奪ったという事情があれば別であるが、<sup>(48)</sup>本件においてそのような事情は見受けられない。意思決定のための「タイムリミット」は、患者が背負わざるを得ない宿命である。

また、確かに、公務員である被告人が、優先的に治療を行う見返りに「寄付金」を要求したことは、公務に対する公衆の信頼を害する点で不正と評価する余地がある。しかし、この不正さの評価は、汚職の罪の中で行われるべきであるし、現に、本件で被告人には、収賄罪（ドイツ刑法332条1項）の成立が認められているのである。仮に、この点の評価が非難性の判断に影響を及ぼしているとすれば、それは強要と汚職の不法を混同するものであり、<sup>(49)</sup>批判されるべきであろう。

### 第3節 恐喝罪における財産的損害

さらに、上級医事件では、恐喝罪における財産的損害という興味深い問

(48) 例えば、意思決定の時間が迫っていると虚偽の事実を述べたり、悪質な訪問販売員のように、判断のための時間を与えずに不意打ち的に意思決定を迫ったりするような場合には、獲得された意思決定の法的効力に疑義が生じる場合もあろう。まさに、特定商取引法における訪問販売や電話勧誘販売の規制は、こうした即決性や不意打ち性に着目したものである（上柳敏郎＝島藺佐紀『実務解説 特定商取引法〔第2版〕』（商事法務、2018年）36頁、210頁）。

(49) 我が国ではあまり意識されていないが、ドイツの学説では、賄賂罪と強要罪をいかに限界づけるかが重要な問題として議論の対象とされている。例えば、Bernhard Pelke, Die strafrechtliche Bedeutung der Merkmale „Übel“ und „Vorteil“. Zur Abgrenzung der Nötigungsdelikte von Begehungsdelikten und dem Wucher, 1990; Hoven, a.a.O. (Anm. 4), S. 173 ff. 等を参照。

題も提起されている。エッセン地方裁判所は、患者による「寄付金」の支払の約束を通じた金銭的な債務の負担により、その財産が減少しているものの、「世界が認める専門医」である被告人から、すぐさま手術を受けられる権利という「相当対価の提供」を受けることで、減少した財産に相応するだけの填補が行われていることを根拠に、財産的損害の発生を否定し、本件で恐喝罪が成立しないことを明らかにしている。このことは、ドイツの支配的見解において、財産的損害の発生を認めるために「全体財産の減少」が必要とされていることから説明が可能である。ここでは、財産的損害の判定が、処分行為の前後で全体としての資産状態が悪化しているか否かという観点から包括的に行われるために、個々の財物または利益に対する所有者の意思の関わり方がいわば「埋没」することになるのである。

これに対して、我が国でこの問題を検討する際には、ドイツとの間で財産犯の本質の捉え方が異なる点に注意を要する。すなわち、我が国の通説のように、恐喝罪を「個別財産に対する罪」として理解する場合、個々の財物または利益に対する所有者の意思が直接に損害の有無を規定しうるため、別途検討が必要となるのである。

この点、個別の財物・財産上の利益の占有・支配の喪失自体を財産的損害と捉える「形式的個別財産説」からは、もし脅迫がなければ財物・利益を交付しなかったであろうといえる限り、財産的損害が肯定されることになろう。<sup>(50)</sup>

他方で、より実質的な損害を要求する「実質的個別財産説」から、本件のような場合がいかに評価されるかは明らかでない。詐欺罪の議論とパラレルに考えれば、相当対価の提供により、財産の交換手段・目的達成手段としての機能が実現したといえる限り、財産的損害が否定されることにな

---

(50) 大判昭和14年10月27日刑集18巻503頁は、畏怖がなければ交付しなかったであろうときには、たとえ相当な対価が支払われた場合であっても、交付された物・財産上の利益の全部について恐喝罪が成立するとしている。

りそうである<sup>(51)</sup>。もっとも、恐喝罪の成否が問題となる場面では、取引関係に入ること自体が強制されているため、実質的な財産損害が生じていると見る余地があろう。

現に、学説でも、詐欺罪の場合とは異なり、恐喝罪については、相当対価の提供がある場合にもその可罰性を肯定すべきとの主張がなされている。橋爪隆は、未成年者が本屋に暴行・脅迫を加えて成人向けの雑誌を売らせた事例を挙げ、この事例で、恐喝罪が成立することを以下のように説明している。「詐欺罪が問題となる場面において被害者は何らかの取引目的を達成しようとして、自ら取引関係に入っている。したがって、その目的が達成されていれば、それ以外の点で本意なことがあるとしても、被害者自身がそのリスクを引き受けていると解しうること、また、被害者にとって重要な目的は達成されていることを理由として、詐欺罪の成立が否定されるのである。それに対して、恐喝罪が問題となる場合、被害者はそもそも取引関係を望んでいないのであり、恐喝行為によって畏怖し、いやいやながら取引を強制されているのである。このような相違に鑑みれば、一見おなじような事案についても、詐欺罪と恐喝罪とで結論を異にすることも正当化できる<sup>(52)</sup>」。

以上の説明は魅力的であるが、詐欺罪と恐喝罪の異質性を強調することがどこまで正当であるかは検討を要すると思われる。というのも、詐欺罪が問題となる場面でも、被害者は全事情について真実を知っていれば、当該取引関係を望まなかったといえるといえるし、他方で、恐喝罪が問題となる場面でも、恐喝行為による畏怖の結果であるとはいえ、最終的には、(害悪を回避するために)自ら取引に応じているからである。ここで、いず

---

(51) 田山聡美「詐欺罪における財産的損害」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 [下巻]』(成文堂、2014年) 163頁参照。

(52) 橋爪隆「詐欺罪(下)」法学教室294号(2005年) 94頁。それゆえ、実質的損害の考慮は、詐欺罪固有の要件である「錯誤」の中で行うべきであると主張される(同93頁以下、佐伯仁志「詐欺罪の理論構造」山口厚=井田良=佐伯仁志『理論刑法学の最前線Ⅱ』(岩波書店、2006年) 106頁参照)。

れにせよ決定的となるのは、被害者が取引意思を形成する過程で、その財産処分の自由を法的に重要なかたちで侵害するような「不当な干渉」が存在したか否かという観点である。その具体的な条件が、欺罔と恐喝の場合とで異なるのは当然であるが、こうした観点からの処罰範囲の実質的限定が、詐欺罪の場合には必要であり、恐喝罪の場合にはおよそ不要であると考えるのは誤りであろう。

もっとも、本件のような場合、こうした観点からの実質的限定の大部分は、強要罪の成否の判断に織り込まれていると考えられる。なぜなら、強要罪の成立が認められるのも、被害者の自律的な意思形成が不当に制限されたと評価される場合に限定されるべきだからである。したがって、強要罪の成立が認められるケースで、同時に財産の処分が行われた場合には、基本的に恐喝罪が成立することになる。「相当対価の提供」の存在は、自律的な意思形成の有無の判断の際の重要な考慮事情にはなりうるが、その存在から直ちに恐喝罪の成立を否定することはできない。

本件でも、強要の可罰性を認めるだけの自律性の侵害があると評価できるのであれば、その結果なされた財産の処分を実質的な財産損害と捉えて、恐喝罪の成立を肯定することが可能である。この結論に違和感があるとするれば、それは、被告人による迅速な手術という「相当対価」を得るために、財産を処分することを決断した患者を、「強要の被害者」とであると評価した前提の誤りに起因するように思われる。

## 第5章 おわりに

冒頭で述べたように、我が国の通説は「心理的圧迫」を根拠に強要の可罰性を肯定する傾向にあるが、こうした考え方には限界がある。そもそも、我々の意思決定の多くは、他者からの圧力によりなされているのであり、あらゆる心理的圧迫からの自由を刑法により保護することはできない。強要の不法を限界づけるためには、被害者の心理的事実だけに着目す

るだけでは不十分であり、規範的観点からの考察が不可欠である。<sup>(53)</sup>

その際には、強要罪の保護法益との関係が意識されなければならない。強要罪の保護法益を「意思決定及び意思活動の自由」に求めるのであれば、この自由が行為者により狭められたと評価できるかどうかが重要である。この評価と、行為者が暴利を得たかどうかという事実や、職務の公正を害したかどうかという事実は基本的に無関係であり、これらの不正さにより強要の不法を根拠づけることは許されない。本稿で紹介した「上級医事件」は、強要の限界づけを考察するための素材として、示唆に富むものといえる。

---

(53) 詳しくは、拙稿・前掲注（1）53頁以下を参照。