

【資料】

ドイツ刑法各則の改正

—対照表と新条文の試訳（2）

川 口 浩 一

目次

- 1 まえがき
- 2 生命に対する罪
- 3 身体に対する罪
- 4 自由に対する罪（以上11巻1号）

5 窃盗罪

旧条文 (a. F.)	新条文 (n. F.)
<p>§ 242 Diebstahl (1) Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, <i>dieselbe</i> sich rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar.</p>	<p>§ 242 Diebstahl (1) Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar.</p>
<p>§ 243 Besonders schwerer Fall des Diebstahls (1) In besonders schweren Fällen wird der Diebstahl mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu zehn Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter. 1. zur Ausführung der Tat in ein Gebäude, <i>eine Wohnung</i>, einen Dienst- oder Geschäftsraum oder in einen anderen umschlossenen Raum einbricht, einsteigt, mit einem falschen Schlüssel oder einem anderen nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug eindringt oder sich in dem Raum verborgen hält, 2. eine Sache stiehlt, die durch ein verschlossenes Behältnis oder eine andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert ist,</p>	<p>§ 243 Besonders schwere Fall des Diebstahls (1) In besonders schweren Fällen wird der Diebstahl mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu zehn Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter 1. zur Ausführung der Tat in ein Gebäude, einen Dienst- oder Geschäftsraum oder in einen anderen umschlossenen Raum einbricht, einsteigt, mit einem falschen Schlüssel oder einem anderen nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug eindringt oder sich in dem Raum verborgen hält, 2. eine Sache stiehlt, die durch ein verschlossenes Behältnis oder eine andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert ist,</p>

<p>3. gewerbsmäßig stiehlt, 4. aus einer Kirche oder einem anderen der Religionsausübung dienenden Gebäude oder Raum eine Sache stiehlt, die dem Gottesdienst gewidmet ist oder der religiösen Verehrung dient, 5. eine Sache von Bedeutung für Wissenschaft, Kunst oder Geschichte oder für die technische Entwicklung stiehlt, die sich in einer allgemein zugänglichen Sammlung befindet oder Öffentlich ausgestellt ist, 6. stiehlt, indem er die Hilflosigkeit <i>eines anderen</i>, einen Unglücksfall oder eine gemeine Gefahr ausnutzt oder 7. eine Handfeuerwaffe, zu deren Erwerb es nach dem Waffengesetz der Erlaubnis bedarf, ein Maschinengewehr, eine Maschinenpistole, ein voll- oder halbautomatisches Gewehr oder eine Sprengstoff enthaltende Kriegswaffe im Sinne des Kriegswaffenkontrollgesetzes oder Sprengstoff stiehlt. (2) In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 bis 6 ist ein besonders schwerer Fall ausgeschlossen, wenn sich die Tat auf eine geringwertige Sache bezieht.</p>	<p>3. gewerbsmäßig stiehlt, 4. aus einer Kirche oder einem anderen der Religionsausübung dienenden Gebäude oder Raum eine Sache stiehlt, die dem Gottesdienst gewidmet ist oder der religiösen Verehrung dient, 5. eine Sache von Bedeutung für Wissenschaft, Kunst oder Geschichte oder für die technische Entwicklung stiehlt, die sich in einer allgemein zugänglichen Sammlung befindet oder öffentlich ausgestellt ist, 6. stiehlt, indem er die Hilflosigkeit einer anderen Person, einen Unglücksfall oder eine gemeinen Gefahr ausnutzt oder 7. eine Handfeuerwaffe, zu deren Erwerb es nach dem Waffengesetz der Erlaubnis bedarf, ein Maschinengewehr, eine Maschinenpistole, ein voll- oder halbautomatisches Gewehr oder eine Sprengstoff enthaltende Kriegswaffe im Sinne des Kriegswaffenkontrollgesetzes oder Sprengstoff stiehlt. (2) In den Fällen des Absatzes 1 Satz 2 Nr. 1 bis 6 ist ein besonders schwerer Fall ausgeschlossen, wenn sich die Tat auf eine geringwertige Sache bezieht.</p>
<p>§ 244 Diebstahl mit Waffen; Bandendiebstahl (1) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer 1. einen Diebstahl begeht, bei dem er oder ein anderer Beteiligter <i>eine Schußwaffe</i> bei sich führt, 2. einen Diebstahl begeht, bei dem er oder ein anderer Beteiligter eine Waffe oder sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand <i>eines anderen</i> durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, oder 3. als Mitglied einer Bande, die sich zur vorgesezten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat, unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds stiehlt. (2) Der Versuch ist strafbar. (3) In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 3 sind die §§ 43a, 73d anzuwenden.</p>	<p>§ 244 Diebstahl mit Waffen; Bandendiebstahl; Wohnungseinbruchdiebstahl (1) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer 1. einen Diebstahl begeht, bei dem er oder ein anderer Beteiligter a) eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt, b) sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, 2. als Mitglied einer Bande, die sich zur vorgesezten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat, unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds stiehlt oder 3. einen Diebstahl begeht, bei dem er zur Ausführung der Tat in eine Wohnung einbricht, einsteigt, mit einem falschen Schlüssel oder einem anderen nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug eindringt oder sich in der Wohnung verborgen hält. (2) Der Versuch ist strafbar. (3) In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 2 sind die §§ 43a und 73d anzuwenden.</p>
<p>§ 244a Schwerer Bandendiebstahl (1) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis</p>	<p>§ 244a Schwerer Bandendiebstahl (1) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis</p>

<p>zu zehn Jahren wird bestraft, wer den Diebstahl unter den in §243 Abs. 1 Satz 2 genannten Voraussetzungen oder in den Fällen des §244 Abs. 1 Nr.1 oder 2 als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat, unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds begeht.</p> <p>(2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.</p> <p>(3) Die §§ 43a, 73d sind anzuwenden.</p> <p>(4) <i>Absatz 1 gilt nicht, wenn sich die Tat auf eine geringwertige Sache bezieht.</i></p>	<p>zu zehn Jahren wird bestraft, wer den Diebstahl unter den in §243 Abs.1 Satz 2 genannten Voraussetzungen oder in den Fällen des §244 Abs.1 Nr.1 oder 2 als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat, unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds begeht.</p> <p>(2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.</p> <p>(3) Die §§43a, 73d sind anzuwenden.</p> <p>(4) (aufgehoben)</p>
--	---

(1) 窃盗罪 (242条)

本条における最大の改正点は、従来争いのあった「第三者領得 (Drittzueignung)」の可罰性が、明文化されたことである。まず新条文を試訳する。

「242条 窃盗罪

(1)

(1) 他人の可動物を不法に自ら領得する目的又は第三者に領得させる目的で、その物を他人から奪取した者は、五年以下の自由刑又は罰金に処する。

(2) この罪の未遂犯は、これを罰する。」

次にこの「第三者領得」がなぜ明文化されたのかをその背景を含めて解説する。この刑法旧242条の規定は、1851年のプロイセン刑法典に由来するものであるが、実はその以前のプロイセン刑法典1833年、1836年、1843年および1847年草案においては、新条文と同様に不法に自ら領得する目的以外に「第三者に領得させる目的」も明文で規定されていた。しかしその部分は、1851年法が制定される際に、「何人も事前に自ら領得することなしに他人に領得させることはできないから、そのような規定は過剰である」ということを理由として、削除されたのである。そこでは第三者領得も当然窃盗

(1) この bewegliche Sache は通常「動産」と訳されているが、民法上の動産概念(ドイツ民法94,95条参照)とは異なり、事実的な「移動可能性 (Transportfähigkeit)」があればそれに含まれると通常解釈されている (Vgl. Rengier, Strafrecht BT I, 2. Aufl., 1998, Rn. 5; Kindhäuser, Strafrecht BT II, Teilband 1, 1997, Rn. 13) ことからあえて「可動物」と訳した。

(2) 1851年のプロイセンの215条は「他人の動産を他人から、自ら不法に領得する目的で不法に領得した者は、窃盗罪を犯したる者である (Einen Diebstahl begeht, wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen)」と規定していた。

(3) *Goldammer*, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für Preußischen Staaten, Teil II, 1852, S. 467.

罪規定に含まれることが前提とされていたといえよう。しかし、その後、この規定の解釈をめぐる⁽⁴⁾、立法者意思に従い第三者領得が可罰的であるとする少数説と、それに反対する多数説の間に争いが生じた。多数説によれば、刑法典の253条(恐喝)や263条(詐欺)には明文で第三者のためにする場合が規定されていること等から、常に第三者領得を可罰的とすることはできず、せいぜい行為者が他人に売ったり、贈与したり、寄付する目的で窃取した場合にはいわゆる「物体説」⁽⁶⁾の立場からもその物自体の用法に合った処分であることから、「学生Sが前科のあるガールフレンドFに本屋から高価なコンメンタールを『ただで』取ってこいと言われた」ので「Fがそうすれば夕食に招待してもらえんと思ってそれを行った」場合などについては、「価値説」⁽⁸⁾的に自己領得概念を若干拡張した立場から、自己領得に含まれ、旧条文においても可罰的であると解釈されてきたのである。しかしながら特に後者の設例におけるような解釈については、①通説は、権利者を所有から排除すること(Enteignung)⁽¹⁰⁾については物の価値を限定的に会するの⁽⁹⁾に、行為者による所有の取得(Aneignung)⁽¹¹⁾についてそれを拡張するのは一貫していない、②限界付けが不明確であるなどの批判が存在していた。またコンメンタールの万引きの教唆の設例において特に見返りを考えずに、あるいは二人の関係を良好に保つためにFがその行為を行った場合や、自分に噛み付いてきたことのある他人のシェパード犬を、動物収容所送りにするために捕まえた場合等は通説によれば凡そ処罰されなかった。新条文ではそれらの場合も広く242条でカバーされるようになったのである。

(4) *Roxin*, in: LK, 11. Aufl., 1993, § 25 Rn.141; *Wolflast*, NStZ 1994, 544 等。

(5) *Ruß*, in: LK, 11. Aufl., 1994, § 242 Rn.64ff.; *Kindhäuser*, (前掲書注(1)) Rn.106 ff.

(6) 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(2)」警察研究53巻4号70頁以下を参照。

(7) *Rengier*, 前掲書注(1), Rn.49 の設例。

(8) 林・前掲注(6), 71頁以下を参照。

(9) *Rengier*, 前掲書注(1), Rn.51f.

(10) これらの概念については林「窃盗罪における不法領得の意思についての一考察(3)」警察研究53巻6号47頁以下を参照。

(11) この点で特に問題となったのが BGHSt41,187 (関連判例として BGH NStZ 1994, 542 mit Anm. *Wolflast*, NStZ 1994, 542, 論文として, *Renger/Volze*, Der Postraub der Stasi, NJ 1995, 467 等がある)である。この事件は横領罪に関する事例なので、次号の横領罪のところの後述する。

(12) このような事例はいわゆる「目的なき故意ある道具」として間接正犯の文脈で議論されていた。

(13) 共に *Rengier*, 前掲書注(1), Rn.49 の設例。

（2） 窃盗の特に重い場合（243条）

一項一号から住居侵入事例が除かれた他は、若干の文言と参照条文の変更のみで、内容の実質的変更はない。

（3） 凶器を備えての窃盗・集団窃盗・住居侵入窃盗（244条）

旧1項と2項が新1項のa)及びb)となり、「銃器」が「武器又はその他の危険な道具」になり、243条1項1号に規定されていた住居侵入事例が加重されて本条1項3号に移され「住居に侵入し、忍び込み、合鍵若しくはその他の正規に鍵を開くのに予定されていない器具を使用して押し入り、その住居にひそみ隠れて窃盗を犯した者は」と規定された。

（4） より重い集団窃盗（244条a）

参照条文が変更された他、第4項が削除された。