



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	被害者の承諾（3）：各論的考察による再構成
Author(s)	佐藤，陽子
Description	論説
Citation	北大法学論集，58(5)，1-64
Issue Date	2008-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/32303
Type	departmental bulletin paper
File Information	58(5)_1-64.pdf



被害者の承諾（三）

——各論的考察による再構成——

佐藤陽子

目次

序論	
第一章	国家・公共の法益に対する罪と被害者の承諾
第二章	財産に対する罪と被害者の承諾

（以上五八卷三号）
（以上五八卷四号）

第一節 はじめに

第二節 領得罪（窃盗罪・強盗罪・詐欺罪・恐喝罪）

一 はじめに

二 領得罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について

三 合意（権）者について

四 表明の必要性（合意の方式）について

五 合意能力について

六 錯誤・強制に基づく合意について

七 条件付の合意について

八 合意の時期・撤回可能性・撤回能力について

九 まとめ

第三節 毀棄罪（器物損壊罪）

第四節 盗品等関与罪

第五節 小括

第三章 自由に対する罪と被害者の承諾

第四章 生命・身体に対する罪と被害者の承諾

結語 ー総論的考察への示唆ー

第二章 財産に対する罪と被害者の承諾

第一節 はじめに

（以上、本号）

財産に対する罪は、その名の通り、個人の生存および社会活動の基礎となる財産を他人の不正な侵害から保護するための規定である。⁽¹⁾ 財産犯として、刑法典上分類されているのは、第三十六章「窃盗及び強盗の罪」、第三十七章「詐欺及び恐喝の罪」、第三十八章「横領の罪」、第三十九章「盗品等に関する罪」、第四〇章「毀棄及び隠匿の罪」の下におかれる諸犯罪構成要件である。具体的には窃盗罪、強盗罪、詐欺罪、恐喝罪、横領罪、器物損壊罪、盗品譲り受け等の罪（以下、盗品等関与罪とよぶ）などがこれにあたる。

財産に対する罪と被害者の承諾を論じるに当たって重要なことは、財産犯では同じ財産権を保護する規定であっても、構成要件ごとに様々な行為態様が規定されているということである。これは、財産権がそれだけ重要であるというより、財産権侵害すべてを刑法上処罰する必要があることから、経済社会を破壊しかねないほどの重要性をもった財産権の侵害にのみその処罰の対象を絞るためのものであるといえよう。⁽²⁾ つまり、刑法の構成要件に規定されている以外にも様々な形の財産権侵害は存在するのだが、その中でとりわけ重大なもののみを処罰の対象とするために行為態様によって絞りをかけているのである。どのような財産に対するどのような侵害を刑事罰の対象とすべきかは、被害を受ける財産の経済的重要性、刑罰による保護の必要性（他の手段による侵害の防止、被害の回復の可能性）、⁽³⁾ 刑罰による保護の実効性の三つの観点から定められることになる。

財産に対する罪にむけてなされた被害者の承諾がその犯罪の成立を妨げることは、おそらく判例・学説問わず、一般的に認められていることであろう。しかし、それがどのような形で犯罪の成立を妨げるかは、十分に議論する余地があるように思われる。

たとえば、序論で述べたように、窃盗罪は被害者の承諾論の総論的な記述において、違法性阻却の効果を持つ被害者の承諾の例外として、「被害者の承諾があると、構成要件該当性を欠くばあい」の代表例とされるものである。⁽⁴⁾ また、

器物損壊罪は、それに関する被害者の承諾が、構成要件該当性を排除するの⁽⁵⁾か、違法性を阻却するの⁽⁶⁾かが争われている。果たして、財産に対する罪における被害者の承諾は、犯罪論体系上どこに位置するもののだろうか。そしてそのような区別に果たして重要性はあるのだろうか。

これらの問いを明らかにするためには、各論的な検討が有用であろう。そしてまたこのような検討から、これらの罪において被害者の承諾が有効に成立する要件を導き出すことができるように思われるのである。

つまり本稿の課題は、財産に対する罪に分類されるいくつかの犯罪構成要件において被害者の承諾の役割と要件を明らかにすることである。具体的には、まず財産犯の中心である領得罪を例にして、領得罪における被害者の承諾の犯罪論体系上の地位、そして有効な承諾のために必要な要件を検討する（第二節）。続いて、器物損壊罪を例にして、同様の検討をおこなっていく（第三節）。これらの検討から、あらゆる財産に対する罪にあてはまるような一般的な承諾論のテーゼを導くことが本稿の目的である。

また総論的視点からではなく各論的視点から、近年被害者の承諾との関係が論じられている犯罪類型がある。それは盗品等関与罪である。詳細は後述するが、中でも盗品等あつせん罪において被害者に贓物を買戻させる行為がその罪の成立を肯定するかが問題となっており、ここでは「被害者が有償の取戻しを了承した」という意味での被害者の承諾が問題になっているともいわれている。本稿の目的は各論的な検討によつて、これまで総論的におこなわれてきた議論を再構成することにあるが、逆にこれまで各論的におこなわれてきた議論を、総論的なテーゼを前提にして他の構成要件と統一性のあるものとして再構成することをも目的としている。それゆえ被害者への贓物返還事例を中心に、総論的な視点をまじえて、盗品等関与罪に被害者の承諾を適用する余地があるのか、あるとすればどのような場合に、どのような要件で適用できるのかを検討したい（第四節）。

第二節 領得罪(窃盗罪・強盗罪・詐欺罪・恐喝罪)

一 はじめに

領得罪とは、他人の財産権侵害に加えて自己あるいは第三者に物を不法に取得させる犯罪であり、実務における刑法犯で中心を占める犯罪類型である。⁽⁷⁾

刑法三三五条(窃盗罪)は「他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、十年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。」と規定し、また刑法三三六条一項(強盗罪)は「暴行又は脅迫を用いて他人の財物を強取した者は、強盗の罪とし、五年以上の有期懲役に処する。」と規定している。両者は盗取罪と呼ばれ、行為者が専断的に占有者の占有を破棄し、その物を不法に領得する点に特徴のある犯罪類型である。

他方、刑法二四六条一項(詐欺罪)は「人を欺いて財物を交付させた者は、十年以下の懲役に処する。」と規定し、また刑法二四九条一項(恐喝罪)は「人を恐喝して財物を交付させた者は、十年以下の懲役に処する。」と規定している。両者は、占有者の瑕疵ある意思に基づいて、財物または財産上の利益を取得する点に特徴のある犯罪類型である。⁽⁸⁾

窃盗罪、強盗罪、詐欺罪、恐喝罪は、いずれも他人の占有下にある物を占有者の真の意思に反して、自己あるいは第三者の占有に移す点では共通しているが、占有移転のきっかけとなる行為はそれぞれ異なっている。

本稿の目的は、これまでおこなわれてきた総論的検討による被害者の承諾論のテーゼを、各論的考察によって再検討することにある。そのためここではまず、領得罪における被害者の承諾の犯罪論体系上の地位について被害者の承諾の犯罪阻却根拠に着目しながら検討していきたい⁽²⁾。そしてこのような検討によって導かれた承諾の性質に基づいて、

領得罪において有効な承諾が成立する要件について検討する。具体的には、承諾（権）者は誰であるのか（3）、表明の必要性の有無（4）、承諾能力の内容（5）、錯誤・強制に基づく承諾の取り扱いについて（6）、条件付の承諾について（7）、さらに承諾の時期と撤回可能性、加えて撤回能力について（8）検討する。

なお日本では合意と同意の区別がそれほど根付いていないため、これまで合意の要件の検討は、錯誤・強制に基づく承諾の有効性は別として、あまり熱心に論じられてこなかったように思われる。その一方で詐欺罪や恐喝罪に若干の条文の違いはあるが、ドイツの学説は構成要件ごとに被害者の承諾の要件を検討することに熱心である。それゆえ本章の検討のために、ドイツの学説をたびたび参照することを付言しておきたい。

二 領得罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について

これまで何度か言及してきたように、被害者の承諾とは、当該法益の所有者が自律的な決定によってその法益を放棄（あるいは法的保護を放棄）することである。それゆえ、被害者の承諾について検討する際に重要となるのは、まずその法益論であるといえるだろう。しかし、領得罪においては必ずしもこのような基準が当てはまらない可能性がある。なぜならば、領得罪では立法者によって選択された特別な行為態様による法益侵害が問題となっており、単なる被害者の意思に反した法益侵害に加え、犯罪成立のためにさらなる（被害者の意思に関係した）要素が要求されているからである。

このことは、ドイツの窃盗罪の議論を概観したときに明らかにになる。

ドイツの学説においては、窃盗罪の保護法益⁽¹⁰⁾についての議論は二つの見解が対立している。通説によればそれは所

有権とそれに加えて占有であり、有力反対説によれば所有権のみである。⁽¹²⁾しかし、このような対立は大きな結論の相違を招くものではない。なぜならばドイツでは自己物を他人の物とみなす日本刑法二四二条のような規定が存在しないため、日本の学説において本権説と所持説の対立がおこる場面、つまり所有権者による占有者の意思に反した財物取り戻し事例では、窃盗罪の他人性のメルクマールが欠け、窃盗罪は成立しないという帰結が当然のように導かれるからである。⁽¹³⁾

しかしドイツではこのような法益論は被害者の承諾を論じるに当たってほとんど顧慮されていない。なぜならば本罪の承諾にとつて重要なのは法益の処分ではなく、窃盗を特徴付ける構成要件メルクマールだとされているからである。

ドイツの窃盗罪は「wegnimmt (Wegnahme)」という単語でその行為が特徴付けられており、⁽¹⁴⁾「Wegnahme」とは、他人の占有を破棄して、新たな占有を基礎付けることとされている。⁽¹⁵⁾そして、占有の破棄とは、占有者の意思に反して物の占有を奪うことなので、占有者の合意 (Einverständnis) があれば、Wegnahmeは排除されることになる。⁽¹⁶⁾

これは法益侵害の存否ではなく「Wegnahme」という行為態様の問題であつて、主に正当化の段階で論じられる被害者の承諾とは異なる性質を有している。つまりここでは被害者の自律的決定 (自己決定) といったものはそれほど重視されず、事実に処分行為があつたか否かが重要となる。それゆえ、たとえば保護されるべき法益所有者が他に存在していたとしても占有者一人の承諾だけで当該犯罪行為の構成要件は充分に排除されることになるのである。⁽¹⁷⁾

このような種類の承諾は、財産権 (所有権あるいはそれに加えて占有) という一つの法益を、いくつかの特別な行為態様に区別・限定して保護する財産に対する罪の特徴を顕著に表しているといえよう。社会に存在するあらゆる財産権侵害のうち、経済社会を破壊しかねないほど重大な態様のものだけをいくつか選択し、それを可罰的なものとして規定するスタイルが、通常総論で議論されるような法益放棄 (法的保護の放棄) として不十分な承諾でも、当該特別な行為

態様との関係では有効なものとしてしまうのである。ここでは被害者の承諾によって、法益放棄あるいは法的保護の放棄ではなく、特別な行為態様が否定されているのである。

このことは、日本の窃盗罪においても同様にあてはまっているだろう。

日本ではドイツと同じように財産犯の保護法益について二つの説が対立している。ひとつは本権説であり、いくつかのバリエーションはあるが、いずれにせよ何らかの権原ある占有のみを保護しようとするものであり、もうひとつは所持説であり、同じくバリエーションはあるが、占有そのものを保護しようとする見解である。⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾

しかしこのような保護法益の議論とは関係なく、日本においても窃盗罪の用いる「窃取」という文言ゆえに占有者の事実的な占有破棄への承諾のみで窃盗罪の成立を妨げることができる。窃取とは、占有者の意思に反してその物の占有を侵害し、その物を自己または第三者の占有に移すこととされており、⁽²⁰⁾もしも占有者が物の占有移転に承諾していれば、そこには窃取（占有者の意思のないあるいは意思に反した占有破棄）⁽²¹⁾がないといえるからである。つまり、教科書で「被害者の承諾があると、構成要件該当性を欠くばあい」として分類される窃盗罪は、被害者の承諾ゆえに窃盗罪の法益が侵害されなくなるのではなく、窃取の構成要件メルクメールが否定される場合なのである。⁽²²⁾このような事情は、占有者と財産権者を常に一致させる純粋な所持説にたつた場合は別として、財産犯の保護法益を平穏な占有や権原ある占有、所有権等の権利と解するすべての説にあてはまっている。

強盗罪、詐欺罪、恐喝罪も同様であり、たとえば強盗罪はその行為態様を「強取」という用語で表現しており、強取とは窃取と同じく占有者の意思に反してその占有を侵害し、その物を自己または第三者に移すこと、そしてそのような占有侵害が相手方の反抗を抑圧させるに足りる暴行または脅迫によつてなされることとされている。⁽²³⁾詐欺罪の行為態様は、「人を欺いて財物を交付させる」（詐欺）こと、つまり欺罔↓錯誤↓処分行為↓財物・利益の移転という繋がりを

作ることであり、また恐喝罪の行為態様「人を恐喝して財物を交付させること」(喝取)⁽²⁴⁾は、反抗の意思を抑圧しない

程度の暴行・脅迫によって財産処分をなさしむことである。⁽²⁵⁾強取は事実的な占有破棄が占有者の意思に反していることを要求する点で、犯罪の成立に財産権侵害以上のものを要求しているし、詐取は事実的な占有の破棄は占有者の意思に合致しているが、そのような意思が欺罔、錯誤によって形成されていなければならないという点、また喝取は事実的な占有の破棄は占有者の意思に合致しているが、そのような意思が反抗の意思を抑圧しない程度の暴行・脅迫に由来していなければならないという点で、単なる財産権侵害よりも加重された要件を必要としている。つまりこれらの罪の場合においては、法益放棄(法的保護の放棄)に関係した被害者の承諾の総論テーゼは、(被害者の承諾とは異なる)被害者の意思の有りに様に関係する特別な文言によって上書きされているのである。

以上のことを要するに、領得罪における承諾は占有侵害の方法に着目した行為態様を排除するものであり、このような承諾は保護法益の放棄とは別の特別な行為態様に係る承諾であるといえる。それゆえ、本稿ではこのような承諾を「行為態様に係る合意」と呼びたい。

しかし、領得罪に係る承諾は、果たしてこれまで論じてきた「行為態様に係る合意」だけなのだろうか。結論から言え、そうではない。

ここでは、場合によっては占有者とは別に存在する財産権者の承諾も問題となりうるからである。物を占有していない財産権者の法益侵害に対する承諾はこれまで議論された中では検討されてこなかったものであろう。

それでは財産権者と占有者が異なっていて、かつ財産権者のみが行為に承諾した場合はどうになるのか。ここでもドイツの窃盗罪における議論が参考となろう。

ドイツにおいては、所有権者の承諾が Wegnahme の文言とかかわりがないことは後者が「占有」を基準とする表現

であることから明らかとされており、所有権者の承諾は Wegnahme を排除しないものとされている。⁽²⁶⁾そして窃盗罪の保護法益を所有権のみと解する見解も、所有権とともに占有も保護すると解する見解も、所有権者の承諾は領得の違法性を排除するものであると主張する。⁽²⁷⁾ドイツでは、窃盗罪における違法な領得は、実質的な所有権秩序に反している場合にのみ認められることになるので、たとえば満期で抗弁のない債権の専断的な実現など、民法上要求されている状態が当該行為によって実現された場合には、たとえ占有者の意思に反していても窃盗罪が成立することはない。⁽²⁸⁾それと同じように、所有権者の承諾に基づく Wegnahme は所有権秩序に反しないということになるのである。前述した占有者の承諾が「Einverständnis (合意)」という用語で表現されているのに対して、所有権者の承諾は「Einwilligung (同意)」という用語で表され、それが前者とは異なる性質のものであること、具体的に言えば構成要件ではなく違法性に関係する承諾であることが明らかにされている。⁽²⁹⁾ただし、正確に言えば、それは単なる違法性ではなく、違法性に関する主観的構成要件要素（不法領得の意思）に関係したものである。⁽³⁰⁾

そして類似のことが、日本の議論においてもいえるように思われる。

占有者の意思に反して財産権者が物の窃取に承諾した場合、確かに行為者は占有者の意思に反する物の領得、つまり窃取をおこなっているといえるだろう。この点で、財産権者の承諾はこれまで説明してきた領得罪の承諾とは明らかに異なった性質を有している。財産権者の物の領得に関する承諾はいわば彼の財産権の放棄（法的保護の放棄）の現れであり、まさに総論的な被害者の承諾論で念頭に置かれている承諾そのものである。

それでは、財産権者の承諾はドイツの通説がいうように違法性を阻却するあるいは不法領得の意思を排除するものなのだろうか。

ここで注意すべきは、財産権者の承諾がある限り、窃取・詐取等の行為をおこなった者はその保護法益である財産権

を侵害していないことである。これは器物損壊罪におけるそれとリンクした問題であり、詳細は次節で述べたいが、ここでの承諾に違法性阻却の効果を与えるためには、「刑法の構成要件は具体的な物（ここでは財産権）のこれま³¹⁾でどおりの存在を、そのような権限の必然的な前提として保護するものである」と解さなければならなくなる。しかし、そもそも財産権の存否は財産権者の意思に即して判断されるものであり、財産権者の意思とは別個の静的存在としての財産権というものの存在を考えることはできないように思われる。つまり、財産権者の意思に反しない窃取・強取・詐欺・喝取行為は、法益侵害の欠如ゆえに領得罪の実質的な構成要件を充足しないというべきである。

以上のことから、財産権者の承諾は構成要件該当性を排除するものであるといえる。しかしそれは本稿で行為態様に係る合意と名づけたそれとは異なる性質のものであり、法益所有者が彼の法益を放棄する自己決定の現れであって、本稿ではこれを「法益侵害性に係る合意」と呼びたい。

この承諾は確かに構成要件段階の問題ではあるが、犯罪成立のために要求される行為態様の問題ではなく、被害者の自律的決定が法益の放棄を選択したという意味で法益侵害の存否の問題であり、一般的に総論的議論の対象となっている違法性を阻却する「同意」と類似の性質を有するものである。しかしこの承諾を「同意」と呼ばないのは、本稿では法益を放棄する承諾とは別に、さらなる類型として法的保護を放棄する、つまり違法性を阻却するにすぎない承諾の存在を意識しているからである。

このような理解は、序論で略述したヤコブスのそれと類似のものである。ヤコブスは、自らの教科書で被害者の承諾をその性質に応じて三つに分類した。構成要件のメルクマールの充足を妨げる働きをし、被害者の承諾の一般的な規則が個々の犯罪の叙述によつて修正される「合意」と、合意の範囲外で法益所有者が法益処分権をもつ構成要件に関係した「構成要件該当性を排除する同意」、当該財が代替機能をもたない、従つて発展的手段でないような財への侵害の際

に問題となる「正当化の同意」の三つである。ヤコブスの議論に基づけば占有者の承諾は「合意」、財産権者の承諾は「構成要件該当性を排除する同意」ということになるだろう。⁽³³⁾しかし本稿で、ヤコブスが用いた名称をもって説明をおこなわないのは、法益侵害性に係る合意と同意の区別をヤコブスのそれと異なった基準でおこなうことになるからである。ゆえに、ヤコブスの用いた名称を本稿でそのまま用いることは適切ではないだろう。法益侵害性に係る合意と同意の区別、また同意の存在そのものについては第四章で詳述する。

これまで領得罪における承諾の犯罪論体系上の地位についてみてきたのだが、このことから被害者の承諾について一つの事実が判明したように思われる。すなわち構成要件を排除する合意と一概にいつても、実は二つの種類があるということである。つまり、法益侵害に加えて要求されるさらなる（いわゆる総論的な意味での被害者の承諾とは異なるが、被害者の意思に関係した）構成要件メルクマールを排除する合意（行為態様に係る合意）と、法益侵害の存否を決する、自律的な財産権の処分としての合意（法益侵害性に係る合意）である。

このことを前提に、以下では二つの合意が有効に成立する要件について検討していきたい。

三 合意（権）者について

二の検討から明らかになったように、領得罪における承諾には異なった性質の二つのものが存在する。第一に、承諾があることで、財産権侵害に加えて要求された特別な行為態様の充足が妨げられる場合（行為態様に係る合意）であり、第二に被害者の自律的な決定に基づき財産権侵害が排除される場合（法益侵害性に係る合意）である。

後者の合意に関しては、承諾権者は明らかに財産権者のみである。なぜならば、法益所有者の自律的な法益処分を犯

罪阻却の根拠とするこの類型の合意にとつては、法益所有者（処分権者）である財産権者の意思のみが重要となるからである。³⁴ それに対して、前者の承諾は事情がことなる。なぜならば、ここで重要なのは財産権侵害に加えて要求された行為態様を排除する承諾であつて、それは必ずしも法益の所有者でなくてもおこなうことができるからである。

たとえば窃盗罪において行為態様に係る合意をおこなうことができるのは、財産権者ではなく、占有者である。多くの場合、両者は同一であるが、場合によっては異なっている。窃盗犯から財物を譲り受けたものは、それが財産権者の意思に反していても窃盗罪ではないといえる。そして同じことが、強盗罪・詐欺罪・恐喝罪にもあてはまっているといえよう。

また、強盗罪（強取）では暴行・脅迫によつて被害者の意思が抑圧されていなければならない（あるいはその程度の暴行・脅迫が加えられていなければならない）とされている。そのような暴行・脅迫は財産上の被害者に直接加えられる必要はないから、たとえばデート中のカップルの男性の方に暴行を加え、それを見て抵抗の意思を抑圧された女性から財物を強取するといった場合もありうるだろう。³⁵ この場合、犯罪被害に係った人物は二人いることになるが、その場合でも財産の任意の処分に承諾することができるのは暴行・脅迫を加えられた者ではなく、やはりその財物の占有者であるといえる。なぜならば、強取の本質はあくまでも占有者の意思に反した占有破棄であり、財物の占有破棄に承諾することができるのは占有者のみだからである。このことは人を恐喝して財物の交付をなさしめる恐喝罪にもあてはまるだろう。財物の交付とは被害者の処分行為によつて占有が移転することであるから、それに有効に承諾できるのは占有破棄に関する権限をもった財物の占有者だけということになる。ゆえに、前記の例で暴行を加えられた男性が実は行為者と結託していて、女性から財物を奪うために暴行を加えられることに承諾していたとしても、男性には女性の財物の処分に有効に承諾する権限はないから、そして男性の承諾は行為者が暴行を用いて女性の意思を抑圧したことに

つては何も変えないから、行為者の強取という性格（あるいは喝取という性格）は残ったままになるのである。⁽³⁷⁾ ゆえに行為者には強盜罪あるいは恐喝罪の成立が認められる。逆に暴行・脅迫をうけた者ではなく、財物の占有者のみが外見上の強取・喝取に承諾していた場合には、そこには財産権侵害がないので強盜罪・恐喝罪は成立せず、財物の占有者が有効に処分できなかった暴行・脅迫罪のみが成立することになる。前記の例で、行為者と結託しているのが実は女性側であり、ただ男性と別れる口実作りのために強盜に襲われたように見せかけたのであれば、女性の財産処分は真意のものであり、ひいては行為者による占有破棄は暴行・脅迫とは因果関係がなく、行為者の行為から強取・喝取という性質は失われることになる。

さらに恐喝罪・詐欺罪においては、財物を交付することが構成要件のメルクマールとして要求されており、この交付行為は財産権者・占有者でなくてもできるものとされている。たとえば、恐喝罪では被恐喝者と財産上の被害者は同一である必要がなく、財産処分の権限を与えられているものに対して行われた恐喝でも恐喝罪に当たるとされている⁽³⁸⁾、詐欺罪においては、財物の交付者はその財物について財産的処分行為をおこなう権限ないしは地位を有している⁽³⁹⁾なければならないが、財物の所有者・占有者である必要はないとされている。そのことは逆に、財産的処分行為をおこなう権限ないしは地位を有している者の錯誤・強制に基づかない承諾は、たとえ欺罔行為・恐喝行為がおこなわれていたとしても、詐欺罪・恐喝罪の成立を排除できることを意味しているだろう。たとえば行為者がつり銭を獲得する目的で偽造通貨を提示したとしても、レジ係がそれに気づき、しかしそれにもかかわらずつり銭を渡したのであれば、それは詐取ではないといえる。これは欺罔行為と処分行為に因果関係がないということもできるが、処分行為権者の有効な承諾があったともいえる事案である。また、恐喝罪においても同様のことがあてはまる。たとえば、コンビニのレジ係が彼には所有権もなく占有もしていないデパートの商品を譲渡するよう恐喝されたとする。ここでレジ係が畏怖し行

為者に商品を譲渡すれば、恐喝罪は当然成立するが、彼が恐喝とは無関係に行爲者に財物を渡そうと思ったのであれば、外形的には確かに恐喝行爲と交付行爲は行われているが恐喝と占有移転の因果関係はなく、また彼の処分行爲は瑕疵のないものであつて、処分行爲に有効に合意しているともいえるので、恐喝罪は不成立ということになるのである。処分行爲は、詐欺罪・恐喝罪を充足する交付行爲をおこなうことができ、その意味で犯罪行爲の対象となりうる一方で、処分行爲が権者が物の交付に真意で承諾すれば詐欺・喝取といったメルクマールは排除されることになるのである。とはいえ、彼らは処分行爲をする権限はあるが自ら任意の処分をする権限は有していないので、場合によっては窃盗罪の成立は妨げられないことになるだろう。

なお強取・喝取において、財産権者の承諾（法益侵害性に係る合意）がある場合には、当然のことながらそこには財産権侵害は存在しないので、残されるのは行爲の違法性のみである。ゆえに当該財産権者の承諾をもつて行われたそれらの行爲は、暴行罪や強要罪の可能性しか残らないことになる。

以上のことから窃盗罪・強盗罪において、行爲態様に係る合意を有効におこなうことができるのは権限の有無に係らず財物を占有している者であり、詐欺罪・恐喝罪においてはそれに加えて処分行爲権限を有している者であることが明らかになった。前者は意思に反する占有の破棄を重視するメルクマールが用いられているゆえに、占有者の意思に焦点があてられ、後者は瑕疵ある意思に基づく処分行爲がメルクマールとして要求されているので、処分行爲が権者の意思に焦点があてられることになる。

その一方で、財産権を放棄するという意味での法益侵害性に係る合意をおこなうことができるのは、財産権の所有者だけである。

四 表明の必要性（合意の方式）について

被害者の承諾が構成要件阻却の効果を發揮するに当たって、それが外部に表明されている必要があるかという問題は、被害者の承諾の総論的検討でしばしば議論されているところである。

ゲールズによれば、被害者の合意に係る承諾の方式は外部への表明を必要としない意思方向説がふさわしいという。⁽⁴⁰⁾なぜならば、構成要件のメルクマールの有無を純粹に事実に判断する合意にとつて、そのメルクマールの存在あるいは欠如が行為者に認識されているかどうかは決定的な問題ではないからである。

序章で述べたようにゲールズのこのような見解は、構成要件ごとの検討にゆだねられるべきであるとして多くの論者に批判されているが、領得罪（とりわけ窃盗罪）⁽⁴¹⁾の合意の方式に関しては、ゲールズの分類どおり、合意の表明は不要である、つまり意思方向説に依拠すべきとするのが通説的見解であるといえよう。⁽⁴²⁾

しかし、上述のように、領得罪の合意には二つの種類がある。一つは行為態様に係る合意であり、一つは法益侵害性に係る合意である。果たしてこのような議論はどちらの合意にもあてはまるものなのだろうか。

以下ではまず行為態様に係る合意について、続いて法益侵害性に係る合意について検討したい。

ドイツにおいておこなわれる各論的分析の中では、窃盗罪の合意（*Wegnahme* への合意）⁽⁴³⁾は一般的に意思方向説がふさわしいとされている。⁽⁴⁴⁾ここでは特にとおり捜査の例が挙げられる。すりを逮捕するために、私服捜査官が大金の入った財布をポケットに入れたまま、がら空きの電車で寝入った酔っ払いのふりをしている場合において、あるいは社内発生している窃盗犯を捕まえるために机の上にあらかじめ細工した紙幣を並べておいた場合において、その罠にかかり窃取行為を行った者は意思に反した占有侵害をしておらず、窃盗の既遂ではなく窃盗の未遂⁽⁴⁵⁾として扱われることにな

るといのである。

その一方で、このような通説に対して、窃盗罪のいわゆる合意にも表明が必要であるとする見解もある(意思表明説)⁽⁴⁶⁾。

この説は、窃盗罪だけではなく、被害者の承諾に係るすべての構成要件の一般的な問題として、あらゆる有効な被害者の承諾のためには意思の表明が必要であると解する見解である。なぜならば、意思方向説のように外部に現れていない思考は確定することが可能ではないので、法的結果のために引き合いに出すには不適切だからである。⁽⁴⁷⁾ここでの表明は行為者に対してなされる必要はなく、あるいは行為者に認識可能である必要はないが、全体的な状況に基づいて同意が表明されたと判断できることが必要となる。⁽⁴⁸⁾

またこの説によれば、意思方向説が自説を根拠付けるために再三引用する窃盗の事例(おとり捜査事例)⁽⁴⁹⁾は、決して所有者の思考だけが窃盗罪の構成要件の充足性を排除することができないことを示していないという。前記の例に基づけば、捜査官があらかじめ細工した紙幣を並べるといふ、その準備工作と陳列は、窃盗犯に紙幣を占有して欲しいという警察官の意思を外部に認識可能にしているといふのである。そしてもしも純粹に内心的な承諾しか存在していない場合には、たとえば所有者が「もしも私の古い自動車がガレージから盗まれ、それゆえ保険で新しい車に出資できたら、私にとって好都合である」と考えていた場合には、専断的に車を持ち去った行為者は窃盗罪の既遂で処罰されることになる⁽⁵⁰⁾という。さもなければあらゆる法的安定性はなくなり、構成要件の錯誤として扱われる領域が広がりすぎる、つまり行為者の「いいと思っていた」という抗弁を広く認めてしまうことになるからである。⁽⁵¹⁾

しかしこのような見解に対しては、証明の問題と法律の問題を混同すべきではないとの批判がなされている。⁽⁵²⁾

意思表明説が述べるように、内心という要素に刑法的な価値を認めることは法的安定性に欠けるように思われるが、その一方で意思方向説が言うように、法律の問題と証明の問題は別物であるようにも思われる。果たして領得罪におけ

る行為態様に係る合意はどちらの説に依拠するべきなのだろうか。

行為態様に係る合意の方式に関しては、詐欺罪、恐喝罪の解決は容易である。なぜならば、これらの罪においては、占有破棄・領得と並んで、犯罪成立のために処分行為者の主観的な状況（瑕疵ある意思に基づく処分）を前提にしているからである。つまり、詐欺においては、被害者は欺罔行為によって錯誤していなければならぬし、恐喝罪においては、被害者は畏怖ゆえに財産処分を強いられなければならない。このような要素がなければ当該構成要件は充足されないことになる。つまり、詐欺罪、恐喝罪においては当該罪を構成する行為態様との関係で処分行為者の事実的な心理状態（錯誤・畏怖）が重視されるため、それがない場合には犯罪は不成立となり、詐欺・喝取に関する合意の表明は不要であるということになるのである。

その一方で窃取において重要なのは、被害者の意思のないあるいは意思に反した占有の破棄である。これは、客観的な状況はもちろんのこと、占有者の主観にもスポットをあてた要素であるといえるだろう。なぜならここでいう占有は、支配意思の有無にも依拠して計られることになるからである。⁽⁵³⁾ 窃盗罪における占有は、客観的に他人がその財物を事実上支配している状態または支配を推認せしめる客観的状況があつて、かつ、主観的な占有の意思がある場合に認められるので、占有の意思がなければ窃盗罪の保護の対象となる占有は存在していないことになるであろう。このことに鑑みると窃盗罪の行為態様に係る合意は意思方向説が適切であるように思われるのである。⁽⁵⁵⁾

たしかに法的な効果を發揮させる法的な行為としての承諾は、内心だけではなく外部に表明されていなければならないとする見解は傾聴に値するが、ここでは純粹な占有状態の有無を問題としていたのであり、また他の領得罪とのバランスを顧慮すれば、窃盗罪にのみ意思の表明を要求する根拠をもた欠いているように思われるのである。

このことは同じく意思に反する占有の破棄をメルクマールとする強盗罪を検討した際にも明らかになるだろう。強盗

罪においては、暴行・脅迫によって実際に意思が抑圧されることを要求する見解⁽⁵⁶⁾と、意思が抑圧されるような客観的な暴行・脅迫の存在を要求するにとどまる見解⁽⁵⁷⁾がある。前者の見解に立てば、実際に抵抗する意思が抑圧されたことが重要であるので、詐欺罪・恐喝罪のように被害者は内心の合意を表明する必要はない。他方後者の見解にたてば、ここで重要なのは客観的に条件を満たした暴行行為による占有の侵害であるので、強取を決定付けるメルクマールの本質は意思に反した占有の破棄であり、窃取のそれと同じ基準があてはまることになる。それゆえ後者は、占有状態の有無を図るに当たっては被害者の内心的な意思で十分であるとすれば意思方向説に依拠することになるし、表明が必要であると解するのであれば意思表明説がふさわしいということになるだろう。しかし後者の説も、憐憫の情ゆえに被害者が占有を行為者に移した場合、暴行・脅迫と占有移転の因果関係がなく強盜罪は成立しない（これは占有移転に合意しているともいえる）と解しているのであって、またその際に憐憫の情ゆえに相手に財物を渡すことの表明を要求しているとは思われないので、それらのことに鑑みれば、結果として後者の見解にたつても強取という構成要件メルクマールを排除するためには合意の表明が必要ないとみなされているように思われる。そして後者の説でも「強取」を決定付ける占有の破棄は内心の意思で十分なのだから、上述のように、同じ基準の当てはまる窃取というメルクマールにおいても合意の表明は不要とみるべきであろう。

以上のことに鑑みると、領得罪の行為態様に係る合意は、意思方向説が適切である。

それでは法益侵害性に係る合意はどうであろうか。

法益侵害性に係る合意は、行為態様に係る合意とは異なって、外見上の構成要件要素はすべて満たされた上での実質的な法益侵害が問題となっている。

このような性質の承諾において、意思方向説と意思表明説の対立が実務的に意味をもつのは、明示的にも默示的にも

表明されていない承諾が被害者の内心だけに存在していた場合の取り扱いであろう。意思方向説によれば、そこには法益侵害がないから行為の不法（あるいは未遂レベルの法益侵害の危険）だけが残り、当該構成要件の未遂が成立するにとどまることになるし、他方で意思表示説によれば、そこには承諾など存在していないことになるので既遂罪が成立することになる。

この両説の対立において、まず注目すべきは、意思方向説の立場では窃盗犯からの窃取（ただし、取り戻し事例をのぞく）を論じるにあたって困難な事態が生じるということであるように思われる。なぜなら、純粹な所持説にたない限り、窃盗犯からの窃盗は背後の財産権者の財産権侵害ゆえに可罰的⁽⁵⁸⁾ということになるが、意思方向説にたてば、その背後者の内心にその物を放棄する意思があれば、窃盗犯からの窃取はもはや窃盗罪としては扱われなくなってしまうだろう。つまり窃盗犯からの窃盗の可罰性を確定するために、背後の財産権者の内心的な意思の確認が必要不可欠となるのである。そして多くの場合、それは困難であろう。確かに、特別な表明がなされていない限り、法益所有者の意思はそれを維持する方向に働いていると解することもできるが（そして通常はそう解するのだろうが）、このことは、むしろ法益放棄の承諾は表明しなければならないとすることと調和する前提であるように思われるのである。

また処分行為権者からの喝取の事例において、財産権者の合意の表明を要求しないことは処分行為権者の生命・身体に対する保護を不当に減少させてしまうように思われる。財物の所有者がその物をいらないと内心で思っている場合であっても、それをおよそ認識する可能性のなかった行為者は本来ならば財物を手にいれるために必要がなかった暴行・脅迫（恐喝）を財物奪取のために処分行為権者に向けるのであり、それをおよそ認識する可能性のなかった処分行為権者は守る必要のない物のために生命・身体を危険にさらしてしまうからである。窃盗罪（事後強盗罪）・強盗罪の場合においても、財産権者に財物放棄の意思の表明を要求していれば、当該行為に巻き込まれた人の生命・身体への危険は

減少するだろうし、逆に表明を要求しなければ、生命・身体に危険を及ぼす行為をおこなった行為者に偶然の幸運という形で強盗罪の成立の場合によっては否定してしまうことになる。外見的には完全な強取、喝取行為が、偶然にも財産権者が当該財物をいらな思っていたという事実だけで、暴行・脅迫罪としてしか評価されないとするのは不当ではないだろうか。行為者の行為の中に、窃取、強取、詐取、喝取の客観的メルクマールが存在する場合には、行為者と法益所有者以外にも財産侵害を目的とした暴行・脅迫に身をさらされる第三者が存在しうるゆえに、実際に法益侵害がおこなわれたかどうかを離れた場所にいる法益所有者の内心にゆだねることは不適切であり、それゆえにまた法的安定性を欠くというべきである。

これらのことから、法益侵害を確定するために（事後的にでも）財産権者の意思を確認しなければならないとするのは適切ではないように思われるのである。この点、意思表示説に依拠した場合、表明されない意思是承諾の効果を有しないので、たとえ財産権者がその財物を放棄する意思を内心で有していても権限のない占有者あるいは処分行為権者からの窃取等は可罰的なままということになる。当該行為の構成要件該当性の判断は、行為時に客観的に存在していた事情のみで行うことが可能となるのである。

確かに同じ構成要件の内部であるというのに行為態様に係る合意の際には意思方向説を採り、法益侵害性に係る合意の際には意思表示説を採ることは矛盾しているように思われる。しかし、ドイツの学説が所有権者の承諾を同意に分類していることに鑑みると、⁽⁵⁹⁾同じ構成要件内部の合意であつてもその性質によって異なった説に依拠することは決して奇妙なことではないように思われる。また、両者は確かにいずれも領得罪に係る承諾の一種であるが、被害者の意思内容に関係した特別な行為態様のメルクマールの存否を判断するための行為態様に係る合意と、被害者の自律的な法益放棄に基づく実質的な法益侵害の有無を判断するための法益侵害性に係る合意は性質的に異なるものであり、このような

区別的な取り扱いには十分可能であると思われるのである。

五 合意能力について

本稿の立場によれば、領得罪における被害者の承諾は行為態様に係る合意と法益侵害性に係る合意の二つに区別される。それでは、これらの承諾を有効に表明するためには、被害者にはなにかしらの能力が要求されているのだろうか。

まず、行為態様に係る合意から検討していきたい。

ゲールズによれば、合意はその構成要件機能に鑑みて、自然的な意思で承諾がなされていれば充分であるという。⁽⁶⁰⁾

しかし、上述のようにゲールズのこのようなテーゼは、総論的な検討において承諾の方式の場合と同様に批判される傾向にある。⁽⁶¹⁾ 有効な合意の要件は各構成要件の機能と文言に左右されるべきだからである。⁽⁶²⁾

とはいえドイツにおける各論的検討の中でも、Wegnahmeへの承諾に関しては、合意能力は自然的な意思で充分とされている。⁽⁶³⁾ Wegnahmeのメルクマールに重要な「占有」を判断するにあたっては、⁽⁶⁴⁾ 事実的な物の支配が重要だからである。⁽⁶⁵⁾ このような自然的な意思能力は、子供・精神病患者・酩酊者でも有している。その一方で、自然的な意思能力⁽⁶⁶⁾ といっても、少なくとも「Wegnahme」の意味、つまりは物の支配を奪われることを理解する能力は必要であるので、実際にその子供や精神病患者に合意能力があるか否かは事例ごとにそれを見ていかなければならないことになる。

日本においてもこのような事情は同様であり、窃取を排除する承諾のためには物が自らの支配下からなくなることと認識する能力が必要であり、またそれで充分といえる。なぜなら、ここで重要なのは「占有」という語で表現された事実的な物の支配だからであり、それ以上の要素、たとえば法益（法的保護）の放棄は問題となっていないからである。

物の支配を失うことを事実的に認識する能力は、子供でももちうるし、これは財物の価値をその子供が知っているか否かを問わない。⁽⁶⁷⁾

また、強盗罪（強取）の場合においても、暴行・脅迫による占有の破棄が重要であるので、占有喪失に有効に承諾するためには窃盗罪と同様に占有が失われることを理解する能力が必要である。

その一方で詐欺罪においてはそもそも本罪成立のために、相手方に財物を交付することで自らの支配から物が失われることを認識できる能力が必要とされている。⁽⁶⁸⁾ さもなければそれは処分行為ではないのであって、そのような場合には窃盗罪が成立することになる。恐喝罪においても、詐欺罪と同様に犯罪の成立の前提条件として処分行為を理解する能力がなければならない。このような能力がなければ被害者の外見上の処分行為は恐喝罪ではなく、窃盗罪を成立させることになる。つまりこれらの罪の場合、処分行為の内容である占有の喪失を理解する能力は、まず犯罪成立のために必要とされているのである。そして両罪では、処分行為（占有の移転）は錯誤・畏怖ゆえになされなければならないが、このことは被害者に有効な合意のためのさらなる能力（たとえば容易に騙されない能力・合理的な処分行為ができる能力）を求める要素ではないであろう。これは全くの事実の問題であり、自らの占有が失われることを認識・判断できる能力さえ有していれば、詐取・喝取に合意する能力も有しているというべきである。それゆえ詐欺罪・恐喝罪の対象には未成年者や心神耗弱者も含まれるし、⁽⁶⁹⁾ 彼らが錯誤・強制に基づく任意に占有移転に合意したときは、詐取・喝取を排除するに十分な承諾があったといえる（ただし、錯誤・強制による処分行為がなかったと説明するほうがより適切ではある）。そしてたとえばこのような者が、錯誤に基づかず、しかし未熟な判断に基づいて処分行為を行った場合は準詐欺罪の成立のみが疑われるのである。

以上のことから、窃盗罪・強盗罪の行為態様に係る合意においては、合意者は行為者の行為によってあるいは自らの

行為によって自己の占有が失われるということを理解するための自然的な能力が必要であり、他方、詐欺罪・恐喝罪におけるそのような能力は合意のためではなく、犯罪成立のために、つまり処分行為をおこなうためにそもそも必要な能力であるといえる。そして詐欺罪・恐喝罪における行為態様に係る合意のためには、交付行為の自然的な意味、つまり自らの行為によって占有が破棄されることを認識する能力で十分であり、犯罪成立のために必要な能力が、同時に合意能力となるのである。

それでは、法益侵害性に係る合意の場合はどうであろうか。

ドイツにおいては、財産権者の承諾は、「同意」と解するのが通説であるから、行為態様に係る合意とは異なる取り扱いがなされている。ここでは事実的な要素としての承諾ではなく、法的な要素（法益放棄）としての承諾が重要であり、承諾者は自己の放棄する法益の価値や、その承諾の意義について十分に認識する能力を持たなくてはならないとされている。⁽⁷⁰⁾ もしもこのような能力なくして承諾がおこなわれた場合には、承諾は無効となる。

しかしその一方で、さらにそれに加えて、財産犯（領得罪や毀棄罪）における同意においては民法上の行為能力をも必要とするという見解がある。⁽⁷¹⁾ なぜならば、仮にここで民法上のそれと異なる能力的な基準を定めてしまうと、民法上は違法な行為が刑法上は正当化されるという形で、同じ正当化事由内部での矛盾が生じてしまうからである。法秩序の一致の要請としてあらゆる法領域における正当化事由の拘束力の要請が、統一的な決定を強制するのである。また、刑法上の同意は確かに民法上の法律行為（Rechtsgeschäft）ではないが、法秩序が一定の法的効果、すなわち保護規範の後退という効果に結び付ける法的行為（Rechtshandlung）としての質をもっているのであって、この種の行為は、民法上の意思表示との類似性ゆえに、個々の事例で類推適用にならない限りで、法律行為についての規定に基づいて論じられうるというのである。⁽⁷²⁾ そのため未成年や制限行為能力者が有効に同意するためには、法的代理人の同意など、彼

の能力を補う民法上の制度が行為時に充足されていることが必要となる。⁽⁷³⁾

この見解は、法秩序の統一を図る点では優れているが、しかしこのような統一の必要性はそもそも疑問視されている。⁽⁷⁴⁾ たとえば自力救済はドイツ民法八五八条に基づけば違法であるが、刑法上の自力救済は領得の違法性を排除するために処罰の対象ではない。この点で両者はすでに区別的な取り扱いをうけている。また、十分な認識能力を有する未成年者の承諾に基づいて彼の所有物を破壊した行為者が、民法上の賠償責任を負わされる以上に器物損壊罪として処罰される必要があるのかも疑問であるとされている。⁽⁷⁶⁾ 民法と刑法は、異なった目的設定をすることができるのであり、それゆえ刑法上の承諾はただそれが個人の決定の自由の表明であるか否かによって左右されるべきであろう。⁽⁷⁷⁾

また財産犯への同意に民法と同じ同意能力を要求する見解に対しては、被害者の同意と意思表示は、異なった規範類型に関係しているという批判もある。民法上のそれは、構成的な規範 (konstitutive Normen) であり、契約の成立やその解除のような特別な法的帰結に達するために守らなければならないルール (Spielregeln) であり、このような帰結に達しないということがそのような規範が守られなかった場合の制裁であるのに対して、被害者の同意は規制的な規範 (regulative Normen) を、すなわち利益を限定しそれを侵害から守る規範を破棄するものであり、そのような破棄の前提が欠けている場合には、損害賠償や刑罰で威嚇されることになる。両者のそのような違いはそれらを有効にする承諾の前提にも反映されることになり、それゆえ両者の有効性の前提は異なりうるのである。そして民法上では、未熟な意思表示をしてしまう未成年を自らの安易な決定から保護するために制限能力者として扱うのだが、刑法では未成年の同意はいつでも取り消せるという形でその保護を行うことができるし、未成年者の同意を信じた相手方・第三者の保護は錯誤による同意の受け入れの解決の中で十分に行うことができるので、両者の統一性を図る必要性は存在しないことになる。⁽⁷⁹⁾

刑法と民法の目的の差異は、その要件の差異を十分に根拠付けることができるし、民法上の帰結と刑法上の帰結の不

一致とはいっても、ここではなんらかの権利を得ることができないことと、犯罪者として処罰されることという効果の著しい違いがあるのだから、民法上無効な意思表示を刑法においても無効であるとする必要性は乏しいだろう。また財産よりも重要な法益である生命・身体に対する罪に關して有効に承諾できる者が、財産に關してはできないという刑法内部における矛盾の方がむしろ重要であるように思われる。⁽⁸⁰⁾ それらに鑑みれば、民法上の行為能力を有していない者であっても、財産犯において刑法上有効な同意をおこなう能力を備えていることがありうると解するのが相当である。⁽⁸¹⁾

そして、このような議論は日本でも同様に当てはまるであろう。

法益侵害性に係る合意において、財産権者の合意は構成要件メルクマールの排除ではなく、法益の自律的な処分であるので、合意者は自由な意思に基づいて法益を処分するために当該法益の価値や承諾の効果について十分に理解している必要がある。そのためには法益放棄に關する認識能力・判断能力いずれも必要であつて、しかし民法上の行為能力が必要とされていないだろう。ここでは被害者の自律的な意思決定というその犯罪阻却根拠を満たさなければならぬし、またそれで十分である。それゆえ財産権者である幼児が処分行為権者からの物の詐取に承諾した場合は法益侵害性に係る合意は無効であり、また詐取という行為態様が処分行為権者によつて排除されていないのであれば、行為者には詐欺罪が成立することになるし、逆に未成年だが物の価値・それを放棄する意味を十分に認識できる学生がそれをおこなった場合には合意は有効ということになり、たとえ詐取という行為態様によつて占有の破棄・移転がおこなわれたとしても、詐欺罪の成立は妨げられることになる。

なお法益侵害性に係る合意能力のより詳細な内容は次節で検討する。

六 錯誤・強制に基づく合意について

被害者の承諾の総論的な検討において、錯誤・強制に基づく承諾の取り扱いをもっとも熱心に論じられているテーマの一つである。それでは領得罪における承諾では、錯誤・強制によって得られた承諾はどのように扱うべきだろうか。本稿では、領得罪の承諾には二つの種類があることを主張している。しかし混乱を避けるため、また誌面の関係もあり、本節ではそのうちの一つである行為態様に係る合意について論じ法益侵害性に係る合意は次節で検討したい。次節で明らかにするように、領得罪と毀棄罪の法益侵害性に係る合意はほとんど同じ性質のものであるといえるので、両者を共に検討することは十分可能であると思われるのである。

ゲルズによれば、純粹に事実的な問題である構成要件メルクマールの充足性とはかわりがないために、欺罔によって得られた合意は有効である⁽⁸²⁾。他方、強制もそれに類似しているが、構成要件の性質上異なった取り扱いがなされることもあるという⁽⁸³⁾。すなわち構成要件が「強い（Gewaltanwendung）」という文言を用いているときは、しばしば強制は構成要件のメルクマールとして犯罪類型に内在し、そのような強制こそが構成要件該当性を基礎付けることになるという。

他の要件と同じようにゲルズが合意という分類によって特徴付けたこのような取り扱いは、構成要件的な検討こそがふさわしいとして総論的検討において批判される傾向にあるのだが、その一方で、これまで日本の文献もドイツの文献も、被害者の承諾の分野では領得罪と錯誤・強制に基づく合意との関係はあまり論じてこなかった⁽⁸⁴⁾。なぜならば、占有移転への承諾が欺罔によって得られた場合には詐欺罪が、⁽⁸⁵⁾強制によって得られた場合には恐喝罪が適用されることが明らかだからであり、欺罔の内容・程度、恐喝の内容・程度については、それぞれの構成要件が個別にそれを検討しているからである⁽⁸⁶⁾。領得罪の欺罔・強制によって得られた合意に関しては総論的な承諾論の果たす役割はささいであつたといえるであろう。

しかし、近年日本ではこのような傾向に対して、詐欺罪における瑕疵ある承諾に関しても、被害者の承諾（総論的な検討）から導かれた一般的な規則を用いて解決しようとする見解が有力に主張されるようになった。

この見解は、アルツトが提唱した「法益関係の錯誤説」に依拠する日本の論者によって支持されている。⁽⁸⁷⁾ 法益関係の錯誤説はドイツでは通説とはいえないまでも有力に展開されており、この説によれば、被害者の同意が錯誤ゆえに無効となるのは、同意者が同意によって何をどの程度放棄することになるのかをわかっていないときだけである。⁽⁸⁸⁾ なぜならば、刑法は民法とは異なって、欺罔から解放された私法上の社会生活（Privatrechtsverkehr）を強いるべきものではないからである。このような見解に対する批判や、錯誤によって生じた合意あるいは同意を論じるに当たって、果たして法益関係の錯誤説がふさわしいか否かは、次節で検討することにする。本稿では、詐欺罪の構成要件メルクマールである詐欺を解するに当たって法益関係の錯誤説を適用することの可否について論じたい。

法益関係の錯誤説を詐欺罪にまで適用しようとする日本の学説は、「詐欺罪において欺罔によって錯誤に陥った被害者が自己の財物を処分するのは、被害者が欺罔による錯誤に基づいて自己の法益の侵害に承諾するのと、その構造を同じくしている」と解することからスタートする。⁽⁸⁹⁾ 従って、被害者の承諾に適用される規則は、詐欺罪を解するに当たっても適用されることになり、欺罔によって引き起こされたのが法益と関係のない錯誤、たとえば単なる動機の錯誤にすぎない場合には、詐欺罪の成立はありえないことになる。⁽⁹⁰⁾ それゆえ次に問題となるのは、ここでいう詐欺罪の「法益関係の錯誤」とは何かということであるが、この点については法益関係の錯誤説の間で一致しているといっている。しかしそれを導きだすための過程は同じ法益関係の錯誤説の中でも異なっているので、以下ではアプローチの仕方に顧慮しながら、これらの見解が何を法益関係の錯誤であると解しているかについて略述していきたい。

第一に、詐欺罪の法益を個別財産に対する罪とした上で、有力説のように詐欺罪成立のためには経済的損害（実質的

な財産侵害)が必要だとし、そのような前提に基づいて法益を導き出す見解がある(以下、便宜的にこの見解を第一説と呼ぶ)。⁽⁹¹⁾

それによれば、①一万円札を五枚渡すつもりで六枚渡してしまったような(財物の占有移転を認識していない)場合、②短時間貸すつもりで渡したが、借りる側には返すつもりがないような(財物の占有移転自体は認識しているが、財物を喪失する認識がない)場合には、財物の喪失を認識していないので、当然法益関係の錯誤となる。また③名馬を駄馬だと誤信して売ってしまった(財物の性状に錯誤がある)場合も、法益の価値についての錯誤であるから法益関係の錯誤といえる。さらに④金を払う気のない客に商品を売ったような(双務契約において自分の財物移転自体には何の錯誤もないが、相手の反対給付に錯誤がある)場合においては、詐欺罪成立のために単なる(個別的)財物の喪失のみならず経済的損害の発生が必要とされていることに鑑みて、法益関係の錯誤が成立することになる。なぜならば、双務契約においては、反対給付をうけることによって全体として経済的利益を得るのであり、反対給付に関する錯誤は経済的損害についての錯誤として法益関係のだからである。⁽⁹²⁾

その上で、問題となるのが⑤アフリカ難民の為に欺罔して寄付をさせ、欺罔者が金を自分のものにしてしまう寄付金詐欺のような(片務契約において財物移転の経済的・社会的目的に錯誤がある)場合である。ここでは、被害者は自らに経済的損害が発生することを理解していて、また実際に認識したのと同額の損害しか発生していない。これに鑑みると保護法益である経済的損害について被害者は錯誤していないといえるように思われる。しかし、ここで詐欺罪の成立を否定することは一般的に受け入れられないことであるだろう。それゆえ第一説の側からは、このような事例を可罰的なものとするためにさらなる理論が必要となる。

そして論者は、⑤のような事例の可罰性を基礎付ける理論として、ドイツの詐欺罪の解釈に目をむけた。ドイツでは、

財物の処分者が自己の財産に損害が発生することを認識していた場合の詐欺罪の成立について、機能的連関説という学説が有力に主張されている。機能的連関説とは、そもそも欺罔・錯誤が被害者に損害を与える処分行為を惹起したというだけでは詐欺罪の成立を肯定するのに十分ではないとし、もしこのように解すれば本来処分の効果（経済的損害）ゆえに処罰されるべき詐欺罪が、処分の自由に対する犯罪とみなされてしまうからであると主張する見解である。⁽⁹³⁾このような主張は、上記の法益関係的錯誤説と共通するところがあるだろう。そして機能的連関説によれば、財産処分行為は欺罔によって無意識的な自己侵害を動機付けられていなければならず、当該行為によって自己に財産的な損害が発生することを認識して処分行為をおこなった場合には詐欺罪の成立が否定されることになる。従って詐欺罪を成立させるためには、原則的に被欺罔者に彼の処分が彼にとつて経済的な不利益を意味することを意識させないような錯誤だけが十分であることになるのである。⁽⁹⁴⁾

この機能的連関説を純粋に適用すると、⑤の事例において、被害者は自己の財産が自分の認識と同額減少することを知っているから詐欺罪の成立は阻まれることになり、この点でこの説では前述第一説と同様の問題が生じることとなるだろう。そのためこのような問題に対して機能的連関説は、経済的損害を広く解して、全体財産の減少以外に給付目的が達成しなかったことに経済的損害を求めることでこの欠点を克服しようとする。それによれば経済的・社会的な給付目的の不達成は経済的損害であり、それを認識していなかった被害者の処分行為と欺罔・錯誤との間には機能的連関が存在するというのである。⁽⁹⁵⁾つまり、⑤の事例では寄付の目的が達成されていないので、欺罔と錯誤、それに基づく財産的損害の機能的連関が認められ詐欺罪が成立することになるし、その一方で⑥寄付金集めの際に、なるべく多くの寄付を集める目的で、お隣では一万円寄付してくれましたと嘘をつかれたために、見栄をはって自らも一万円寄付した場合には、財産処分の経済的・社会的目的（寄付）は達成されているので欺罔・錯誤と機能的連関のある財産的損害は存

在せず、詐欺罪は成立しないことになる。

このように詐欺罪の保護法益が単なる法益処分の自由ではないことを根拠に、処分行為者が財産上の損害を受けることを理解して処分行為をした場合には詐欺罪の成立を否定するという原則に立ち、その上で財産的損害を広く解し給付の目的をもそれに含める機能的連関説の理論は、詐欺罪にも法益関係の錯誤説を適用しようとする見解が⑤の事例を適切に解決するに当たって、非常に有用な示唆を含んでいるだろう。つまり、法益関係の錯誤説からも、給付の目的を保護法益に含めることで⑤の事例で詐欺罪の成立を認めることができるようになるのである。

とはいえ、機能的連関説は結果として批判されるべき目的不達成の理論に依拠しており、また機能的連関は書かれざる構成要件メルクマールであるから、このような要素を詐欺罪に新たに付け加えるよりは端的に詐欺罪における被害者の錯誤を法益関係の錯誤に限定する方がふさわしい、と第一説は主張する。⁹⁶⁾

しかし機能的連関説に依拠しないことで、新たに二つの疑問が生じることになる。第一に、なぜ詐欺罪においてのみ法益処分行為の社会的意味の錯誤が重要となるのかであり、第二に、行為の社会的目的が重要だというのなら見栄を張るといった⑥のような場合の目的も重要ではないのかという疑問である。これに対して論者は、第一の批判に対しては、「財産という法益は、交換経済の下において、経済の利用・収益・交換の手段として保護に値する。特に金銭は、それ自体の価値においてではなく、交換手段、目的達成の手段としてのみ保護に値する。そして、人間が財産的給付によって得ようとするのは経済的利益だけでなく社会的目的の達成も含まれる以上、法益処分の社会的意味を問題にしてよいように思われる」と答える。⁹⁷⁾そして第二の疑問に対しては、見栄を張るためだけにお金を使うことはあるとしてその疑問の正当性を認めながらも、結局のところどこまで財産の利用価値を詐欺罪で保護すべきかという価値判断の問題であるとして、「客観化可能で具体的給付に内在し、かつ経済的に重要な目的」を達成するための処分かどおかに錯誤が

あるときのみ、法益関係の錯誤があるといえると答えている。⁽⁹⁸⁾

以上のことから、詐欺罪が成立するために必要な法益関係の錯誤は、財産を処分すること・処分する財産の性質・対給付の存在や性質・社会的意味の達成に関する錯誤ということになるのである。

それに対して、第二の見解は詐欺罪の成立に経済的損害の発生を要求しないまま端的に財産権の性質から第一説と同様の法益を導きだす見解である⁽⁹⁹⁾（以下、便宜的にこの見解を第二説と呼ぶ）。それどころか、詐欺罪成立のために経済的損害の発生を求めなくとも、この見解に基づけば経済的損害必要説にたつた時と同じように適切な事例の解決が可能になるというのである。⁽¹⁰⁰⁾

第二説によれば、詐欺罪の法益はあくまでも交付した物・財産上の利益の喪失であり、それ以上のものではないので、「法益とは何か」を導くために直接的に財産権の性質からスタートすることになる。それによれば、詐欺罪の法益侵害は財物・財産上の利益の占有の移転、すなわち財産の利用可能性の喪失を中心として考えるべきであるから、交付した財産の内容や価値に錯誤がある場合（前記の例③）、利用可能性の侵害の程度に関する錯誤がある場合（前記の例②）には法益関係の錯誤ということになる。また、「財産」という法益は、交換経済の下において、経済的利用・収益・交換の手段として保護に値する⁽¹⁰¹⁾ゆえに、その交換内容に関する錯誤がある場合（前記の例④）も、財物交付の経済的意味を理解していない以上、法益関係の錯誤と解しうることになる。また社会的目的の錯誤（前記の例⑤）も、広い意味では反対給付内容の錯誤であるとして、あるいは財産は何らかの目的達成のための手段として重要な意義があるとして、法益関係の錯誤であると解する。しかし、何らかの目的について錯誤があれば常に詐欺罪が成立するというのでは、およそ詐欺罪の成立範囲が無制限になり妥当ではないので、この説においても、保護に値する社会的・経済的目的の限定が必要となる。それによれば「特定の目的が達成できなければ財物を交付しない」という意思決定は、それが①財産の利用

によって直接獲得されうる重要な目的であり、しかも②同じような立場におかれた一般人にとっても了解可能な目的である限り、原則として保護の対象となるという。⁽¹⁰⁵⁾

具体的には、ドル・バイブレーター事件⁽¹⁰⁶⁾のように相当な値段で交付された物の属性に錯誤があった場合には、属性の錯誤が給付物の同一性を異にしない程度のものであれば、交換による重要な目的達成を左右する事実ではないとして詐欺罪を否定しうるが、当該事例のようにそうでない（交換の目的である治療目的が達成できない）場合には詐欺罪を成立させることが可能となる。一方で上記の例⑥のような（見栄を張る目的の）場合には、見栄を張ることは取引の経済的な目的（寄付）達成を左右する事実とはいえないために、詐欺罪は成立しないことになる。また、反対給付をする者の属性に関する錯誤があった場合には、「誰から買ったか」という事実が（たとえば商品の信頼性やアフターサービス等も含め）給付物の属性それ自体と密接に関連していると考えられる場合には、詐欺罪の成立を認めることになる。購入者の目的が物の入手に尽きるのか、あるいはそれ以上の要素を求めているのかで結論が異なってくるのである。さらに、財物を交付する相手方の同一性や資格・地位に関する錯誤があった場合には、たとえば医師の処方箋を偽造して薬局から医薬品を購入した場合⁽¹⁰⁷⁾には、医薬品販売の重要な経済的・社会的目的は代金を支払ってくれる人に販売し、対価を得ることであり、薬事法上の秩序維持は付随的な目的にすぎないので、詐欺罪の成立は否定されることになる。しかし、一定の社会的・経済的目的を達成するために、特定の相手に限って商品を廉価で提供しているような場合には、たとえば震災の被災者に限定して、特定の商品を廉価で販売するような場合には、交付行為者は対価獲得目的のみならず、被災者支援目的を同時に追求しており、その行為の社会的・経済的意味によれば、むしろ後者が重要な目的とさえ解しうるので、被災者を装って廉価で物を購入した者には、詐欺罪が成立することになる。

法益関係の錯誤説からスタートするこの二つの見解は、結論は同じであるということができよう。しかし、第

一説は日本の有力説がそう考えるように詐欺罪成立のためには経済的損害が必要であると解し、それを根拠に財物の交換価値を法益内部に取りこみ、また経済的に重要な目的についても機能的連関説をヒントに法益に取り込んでいくのに対して、後者の見解は直接的に財産という法益の利用可能性を重視し、さらにその内部に財産の社会的目的達成機能をも取り入れるという点で異なっている。

しかしこれらの見解に対しては、「被害者の錯誤ゆえに同意の有効性がおよそ否定されるのであれば、現行法の解釈としても、詐欺罪ではなく窃盗罪が成立するはずである」として、「窃盗罪と区別するためには、詐欺罪は『有効な法益処分』を前提とする動機づけ犯罪と考えなければならない。いいかえれば、詐欺罪においては、殺傷罪や住居侵入罪の場合のように、同意の効力が否定され同意そのものが不存在となる場面かどうかが法益関係の錯誤として問題とされるのではなく（たしかに、処分意思の要件が緩和された結果、そのようなケースも詐欺罪の適用範囲に入ってくる可能性はあるが）、『同意がおよそ不存在とならない程度の錯誤による同意』という意味では『有効』な同意（それが詐欺の要件となる）がどのような場合に存在するかが問題とされているのである」、そして「実質的個別財産説を採る限りは、そのような損害を発生させる処分行為を意思決定させる錯誤のみが『法的に重要』ということになるのである」との批判がなされている。

本稿の立場によれば、詐欺罪の構成要件メルクマールとなる錯誤に基づく処分行為は、いわゆる総論的な被害者の承諾論の錯誤に基づく承諾とは異なっている。なぜならば、ここでは必ずしも法益所有者の自律的な決定が問題となっていないからである。たとえば上述のように詐欺罪の処分行為は、財産権者ではない者（たとえば処分行為権者）でもおこなうことができるという点でも異なっているし、またいわゆる被害者の承諾という承諾は（錯誤に基づく承諾を論じるにおいても）財産権の処分に係っているものであるのに対して、詐欺罪における任意の処分行為は、場合によっては

単なる占有の移転にしか係っていない（前述の例②）。財産権の処分に関係していない承諾は、前者の類型においてはそもそも存在すらしていないものとされるのに対して、後者においては錯誤に基づく処分行為（瑕疵はあるが承諾自体は存在する）がなされたと評価されうるだろう。⁽⁹⁹⁾構成要件メルクマールにおける欺罔・錯誤はすべての財産権侵害を可罰的としてしまわないために、立法者が特別に財産犯を成立させる形態として選び出した非難に値する財産権侵害の行為態様の一つであり、それゆえ行為態様に係る合意があればたとえ財産権侵害があつたとしても当該罪との関係においては非難に値しない行為となるのである。その一方で法益侵害性に係る合意は、立法者の選択にかかわりなく財産権の所有者がその財産権自体を放棄する場合であつて、行為態様のいかに係らず財産犯として非難の対象となる法益侵害がなくなることになる。

被害者の自律的な決定に瑕疵があるために有効性が否定される（それゆえ犯罪が成立する）錯誤に基づく被害者の承諾と、詐欺罪の成立を決定付ける瑕疵ある意思に基づく任意処分という意味での瑕疵ある承諾は、確かに多くの場合に重なることになるが、必ずしもイコールである必要はないといえよう。

それゆえ総論的な被害者の承諾（法益侵害性に係る合意）と、各論の行為態様に係る合意を同じように扱う法益関係の錯誤説の議論は、スタート地点から誤っているということができそうである。しかし結論から言えば、法益関係の錯誤説に依拠した場合には、その限りではない。つまり、両者に同じ要件を導き出せる可能性が残っているのである。

その可能性を検討するに当たって、第一段階として、法益を処分した者と法益所有者が同一人物である場合には行為態様に係る合意は法益侵害性に係る合意に包括されていることをまず確認したい。法益放棄に有効に承諾したということは、当然それに付随する交付行為にも有効に承諾したといえるだろう。それゆえ、法益侵害性に係る合意で有効ならば行為態様に係るそれでも有効だと理解することができる。その一方で、理論的には十分起こりうる、行為態様に係る

合意は有効だが法益侵害性に係る合意は無効である場合も、法益関係の錯誤説によればほとんど考えられない。なぜなら、この説は被害者の承諾を錯誤無効とする領域を非常に狭く解しているからである。そのことは法益関係の錯誤説が、詐欺罪にそれを適用するに当たって、被害者の承諾を本来の法益関係の錯誤説よりも広く無効にできるように尽力していることから明らかであろう。行為態様に係る合意は法益侵害性に係る合意に含まれ、また法益関係の錯誤説によれば、法益侵害性に係る合意は非常に狭い範囲でしか認められず、それが行為態様に係る合意よりも広がることは考えにくい。それゆえに両者の要件は重なり、法益解釈から詐欺罪のメルクマールを導きだすことができるのである。⁽¹⁰⁾

そして第二段階として、処分者と法益の所有者が同一人物である場合に導き出された詐欺罪のメルクマールは、当然欺罔される人の性質によつて変化すべきものではないので、両者が別人である場合にも適用されることになる。そうすると、結局法益関係の錯誤説を構成要件のメルクマール説明のために用いるという手段の正当性は認められるように思われるのである。

それでは行為態様に係る合意に法益侵害性に係る合意の要件に関する議論が方法論的に適用されうるとして、実際にそれを適用することは妥当であろうか。そしてそのような必要性はあるのだろうか。

まず財産的損害の必要性を認めずに、端的に法益から法益関係の錯誤の内容を導きだす第二説については、このような理論に基づけば、法益関係の錯誤説の最大のメリットが失われてしまうという点で批判されるように思われる。なぜならこの説では詐欺罪を個別財産に対する罪として、その保護法益は交付された物（とそれにのみ係る処分権）そのもののだとしつつも、そのような物には交換価値があるから反対給付や目的に対する錯誤も法益関係の錯誤であるというのだが、そのような理論は他罪においても社会的経済的に交換価値のあるすべての物にあてはまるからである。少なくとも同じ財産犯として器物損壊罪には詐欺罪と同じ法益の基準があてはまるだろう。「そのつばを壊させてくれれば一

〇〇万円を支払う」といったときに、器物損壊罪として処罰するという首尾一貫した帰結が法益関係の錯誤説から受け入れられるかは疑問である。⁽¹¹⁾これまでの法益関係の錯誤説によれば、「殴らせてくれたら一〇〇万円を支払う」と欺罔した場合と同じく、これは詐欺罪でカバーしたい態様ではないだろうか。また実際に法益関係の錯誤説の一部は、ここで主張された財産の本来の活用価値という視点から、「財物や自由といった、一定の目的を実現するために、それを処分することが予定されている法益については、処分の対象・目的実現手段として意義を有する法益として、法益処分の自由は当然保護の対象となる⁽¹²⁾」として、あるいは「身体についても、処分の自由を肯定する余地がないわけではない⁽¹³⁾」として、処分の自由の保護を刑法上広く認めている。このことは法益関係の錯誤説が本来予定していた承諾の錯誤無効の領域を、大きく広げてしまうことになり、その結果、法益関係の錯誤説を採ることの事実上の意義が失われてしまうように思われる。⁽¹⁴⁾詳細は次節で述べるが、法益関係の錯誤説の最大のメリットであり出発点は、対価の欺罔に基づく承諾の有効性を肯定することにあるのである。

それに対して、詐欺罪の成立に経済的損害を含ませ、それに基づいて詐欺罪の法益関係の錯誤を財産的損害にまで及ばせる第一説は、法益関係の錯誤説本来の立場を貫くことができる点で優れている。ここで反対給付にまで及ぼされる保護は、経済的損害を要件としていない器物損壊罪にはあてはまらないし、自由・身体に対する罪についても同じである。しかしその一方で、結果的には機能的連関説に依拠せずに（機能的連関説に限らなくとも、社会的経済的目的を損害に計上するという論理を用いずに）、端的に財産という法益にはそれを利用することに関する重要な目的も含まれるとして、重要な目的に錯誤があった場合には法益関係の錯誤があるとするとそれ以降の（⑤⑥に関する）理論は、詐欺罪の法益論からあるいは詐欺罪独自の性質から導き出されたものではない。このような詐欺罪独自の議論を基礎におかず端的に財産という法益から目的達成の有無を法益関係の錯誤に取り入れる方法は、第二説と同様に法益関係の錯誤説の

基盤を取り除くものであるように思われる。もしも、財産のようなものは経済利益・収益・交換の手段として保護に値するという一般論を出してくるのであれば、それは器物損壊罪にもあてはまるし、また場合によっては自由や身体にもあてはまることになるであろう。純粹に差引残高という意味での経済的損害について錯誤がない場合にも、詐欺罪に限って法益関係の錯誤の成立を認めるというのであれば、詐欺罪独自の法益として評価される経済的損害の内部に処分行為者が処分行為によって追及しようとした経済的・社会的な目的の不達成を取り込むことが必要であるように思われるのである。

とはいえ、経済的損害の内部に重要な目的の達成を含めれば第一説に正当性が与えられるのかといえ、そうではない。なぜなら、そのように解した時点で法益関係の錯誤説の出る幕はなくなるからである。詐欺罪における法益侵害に経済的な損害を要求し、その損害の中に社会的に重要な目的といったものを含ませるのであれば、わざわざ錯誤の段階で法益関係の錯誤説を持ち出さなくても、同じ理論で同じ帰結が導かれることになる。⁽¹⁵⁾

つまり詐欺罪の「財産権」という法益から詐欺罪にのみ適用可能な固有の法益を導くことは困難であり、また様々なメルクマールでもって詐欺罪独自の法益を導き出した場合には、同時にそれを錯誤の段階でおこなう必要がなくなるのである。これらのことに鑑みれば、結局、欺罔・錯誤の内容は、総論的な承諾論で導き出された要件にあわせるのではなく、立法者が定め学説が発展させた各論的な要件によって導くことが適切であるといえよう。

ただし、上記の法益関係の錯誤説の理論はむしろ法益侵害性に係る合意の場面において重要となるように思われる。つまり、構成要件メルクマールから法益として個別財産以上のものが導き出されたことは、法益関係の錯誤説にとって法益侵害性に係る合意の錯誤無効の範囲を広げる効果を持つ。そうすることで、処分行為者と法益の所有者が同一である場合、構成要件メルクマールは満たされるが、法益関係の錯誤説に基づき法益侵害性に係る合意が有効となってしまう

うという事態を防げることができるのである。

また、恐喝罪における強制においても同じことがいえるだろう。行為態様に係る合意と法益侵害性に係る合意は、必ずしも同じものである必要はない。行為態様に係る合意の強制の程度は各罪の性質によって異なるものであり、立法政策的に選択された犯罪を基礎付ける強制であるのに対し、法益侵害性に係る合意の強制のそれは立法者の選択にかかわらず、被害者の自律的決定を失わせる強制である。恐喝罪における強制の程度は、恐喝罪の文言とその解釈によって発展したテーゼに従うべきなのである。

七 条件付の合意について

行為態様に係る合意も法益侵害性に係る合意も、ときおり一般的包括的に与えられることがある。たとえば自動販売機の中の商品は、一般的包括的に、その占有移転と財産権移譲の合意がなされている。しかし、それは道行くあらゆる人になされた合意ではない。自動販売機を破壊して中の商品を入手した者にまで、財産権者の一般的な承諾が及ぶとは誰も考えないだろう。ここでの承諾は、承諾者が付与した条件を満たした者に対してのみ与えられるものである。

Wegnahme に関する合意が条件と結びつきうることは、ドイツにおいても通説的に主張されている。⁽¹⁷⁾ 制限的あるいは条件付の合意の場合には、行為者がこのような条件を満たしたときのみ、Wegnahme が排除される。自動販売機の商品を所有する者は、決まった操作に基づいて商品を手に入れた者に対して、自らの占有を（同時に所有権も）失うことに合意しているのであって、たとえば自動販売機を壊すこと⁽¹⁸⁾によって中の商品を得たり、偽造通貨によって商品を手にいれたりした場合には、窃盗罪が成立することになる。

その一方で、条件付の Wegnahme への合意を否定する見解もある⁽¹⁸⁾。なぜなら、通説のように解してしまうと窃盗罪の成立範囲が、詐欺罪との関係で本来予定された以上に広がってしまうからである。つまり、偽造通貨によって自動販売機から商品を受け取った場合は、レジ係に偽造通貨を提示した場合と同じように、詐欺的ではあるが通常の操作によっておこなわれた財物の移転であって、Wegnahme は排除され、結果として詐欺罪（ドイツ刑法二六三条a）⁽¹⁹⁾で処罰されるべきだというのである。

しかし条件付の承諾を一切認めないというのであれば、自動販売機を壊して、つまりはおよそ予定されていない操作によって商品を手に入した場合にも任意の処分があるため窃盗罪が成立しないという結果になりうるだろう。このような帰結は不当であるから、やはり一定程度の条件付承諾は認めざるを得ないように思われる。そうすると重要なのは、そのような一般的で包括的な承諾の中にどのような要件が含まれているのかということであろう。

この点について本稿では、クレジットカードの不正使用の例をあげて検討してみたい。クレジットカードの不正使用には大きく分けて三つの類型が考えられるだろう。①カード発行者から権限を与えられているクレジットカードの所有者が、彼に与えられた権限を越えてATMから金銭を引き下ろす場合、②なんらかの理由でクレジットカードと暗証番号を手に入れた非権限者がそれを用いてATMから金銭を引き下ろす場合、③偽造のクレジットカードを用いてATMから金銭を引き下ろす場合である。

カード発行者が、真正のカードを用い、普通の操作方法で、そして権限の範囲内で金銭を引き下ろすことに承諾している⁽²⁰⁾と解するのであれば、①②③のいずれにおいても占有移転の承諾は存在せず、窃盗罪が成立することになる。他方、真正のカードを用い、普通の操作方法で現金を引き下ろすことに承諾していると解するのであれば、①②においては占有移転の承諾が認められ、③に限って窃盗罪が成立することになる。さらに、カードの真正不真正に係りなく、純粹

に見た感じ普通の操作で金銭を引き下ろすことに承諾しているのであれば、①②③どの事例においても占有移転への承諾は認められることになる。⁽¹²³⁾

果たしてここではどのように解するべきであろうか。

たとえば高松高裁昭和六〇年五月三〇日判決高検速報四二六号は、「適正にカードの交付を受けた多数の会員の中には、その後現金自動貸出機にカードを挿入操作する際には、既に返済の意思能力を失っている者がいるであろうことは当然予期せねばならぬところである。それにもかかわらず、自らの財産は先ず自ら守るべき私有財産権者である右会社が、このような機構制度をとり、全く会員の操作だけに委ねこれを放任しているということは、一旦適法にカードを交付してしまえば会員の現金自動貸出機でのカード操作の際にはもはや進んで会員の返済の意思の有無等内心の意思動機目的等を問うことなくたとえ多数の会員の中に前記のような者がおろうとも、会社としてもとより望むところではあるまいが、それもやむを得ないものとしたうえで、なお、会員に現金自動貸出機でのカード操作を許容してしまっているものといわざるを得ない」として、少なくとも①では、占有移転への承諾を認めている。⁽¹²⁴⁾

しかしこれに対して、「たとえ適法にカードを所持している者であっても、返済の意思・能力がない者についてまでも、カード発行会社が自動支払機内の現金を自由に引き出す権限を与える意思はあるはずがないと考えるのが社会通念に合致するし、また会員の側でもそれは当然に承知していることではあるまいか。もし借入金返済の意思・能力がなくなれば、その時点で当然にカード所持者はカード利用の権限を喪失すると考えるのが自然であろう」として、①の事例においても窃盗罪の成立を肯定する見解がある。⁽¹²⁵⁾

確かに基礎にある契約条件や利益状況に基づけば、カード発行者の承諾はただその権限のあるカード利用者が操作したATMの利用経過だけをカバーしていることが明らかであるから、⁽¹²⁶⁾ ①②③のいずれにおいても占有移転への承諾は

否定されるべきであるように思われる。しかし、占有移転への承諾に重要なのは、カード発行会社の（占有移転に関する）自律的な決定のみならず、窃取という行為態様である。なぜならば、占有移転への承諾は、窃盗罪の特別な行為態様に係っているからである。そしてその行為に注目すれば、①②の事例はカード会社が発行したカードを入れて操作しているという点で、通常のATM利用者と同じであるように思われる。確かに彼らにカードを用いる権限はないが、それは客観的な事象としての「行為」とは直接かわりのない事情であろう。その一方で③は確かにカードを入れてATMを操作しているが、そのカードは偽造であるという点で、行為時だけをみても通常の利用者とは異なっている。カード発行会社はこのような通常の利用者とは異なる利用の態様にまで合意しているとは言えないだろう。それらに鑑みれば、カード会社の（窃取を排除する）行為態様への合意は、彼が発行したカードを用いてATMを操作する者にのみ与えられているとみるべきである。つまり、①②の事例は包括的承諾の範囲内となり、窃盗罪の成立が阻まれることになる。⁽¹⁰⁷⁾

また以上の検討から、一般的・包括的におこなわれた法益侵害性に係る合意も条件と結びつきうることが明らかにあっただろう。さもないければ、これらの事案においてはそもそも財産犯の成立は考えられず、上記の議論はなりたないからである。法益侵害性に係る合意に付与された条件がおよそ無効であるというのであれば、上記の例で、窃盗罪も詐欺罪も問題とならない。しかし、そのような帰結は妥当ではないだろう。そして法益侵害性に係る合意は、その犯罪阻却効果の基礎に行為態様に係る合意よりも恣意的なものとなりうる自己決定をおいているのだから、この類型の合意に付された条件はさらに重要性を持つてくるように思われる。このような合意と条件の関係については、次節（五）錯誤・強制に基づく合意について）で詳細に検討したい。

八 合意の時期・撤回可能性・撤回能力について

総論的検討によれば、被害者の承諾は、少なくとも行為時に存在していなければならないとするのが通説である。⁽¹²⁸⁾ 一方で、結果発生時に与えられていればよいとする見解もある。後者は結果無価値を重視する見解であつて、もしも結果発生前に被害者の真意の承諾が発生していたのであれば、そこには法益侵害が存在しないと考えるのである。

このような対立は領得罪においては法益侵害性に係る合意の場合にのみ問題となるだろう。なぜならば、行為態様に係る合意の場合には当該行為が構成要件の文言に当てはまるか否かが重要なのであつて、この類型の承諾は結果の不法性（法益侵害の存否）とは別問題だからである。占有者の意思に反する占有破棄が、後に表明された承諾によつて遡つて意思に合致する占有破棄になるわけではない。それは強盗罪等においても同じである。その意味で、領得罪における行為態様に係る合意は、撤回も含めて、常に行為時が基準となるといえよう。

それでは、法益侵害性に係る合意の場合には、どのように考えるべきであろうか。

両者の説が理論的に対立するのは、行為終了後、行為者の手を離れた経過が結果を発生させる間に合意がおこなわれた場合であろう。結論からいえば、このような場合には既遂の成立を認めるべきであるように思われる。つまり、通説に依拠すべきである。なぜならば、以下で見えるように、取り返しをつかないところまで経過が進んだ後の承諾の撤回は撤回として顧慮されないものとされているからである。同じ状況下にもかかわらず、なぜ表明だけが顧慮され、撤回が顧慮されないのかを十分に説明することはできないだろう。両者は平仄をあわせた判断がおこなわれるべきである。

なお、どの基準に基づくにせよ、事後になつてからの追認に犯罪の成立を阻却する効果がないことについては争いがない。⁽¹²⁹⁾

結果の発生が確定する（経過が取り返しをつかないところまで進む）までは、承諾は常時撤回可能である。これは合意・同意に限らずあらゆる構成要件にあてはまるとされている。⁽¹³⁰⁾

確かに法益侵害性に係る合意については法益侵害に関する自己決定が問題となっているのだから、物理的に可能な限り、財はなお彼の自由な処分に服するものといえるであろう。そして経過が取り返しのないところまで進んだときには、行為者には作為にせよ不作為にせよ、もはや何もおこなうことはできないのであって、それ以降の撤回に法的重要性をもたせることは適切ではないだろう。法益侵害性に係る合意においては、法益を自律的に支配することが可能な限りで、合意の表明・撤回は可能となるというべきである。

しかし領得罪における行為態様に係る合意に関しては、結果の発生（財産権の侵害）が確定するまで撤回可能とはいえないように思われる。なぜならばここで重要なのは行為時点における行為の評価だからである。領得罪の行為態様に係る合意においては、純粹に行為時に合意があるかないかが決定的な要素となるといえるよう。

なお承諾が契約という形式でなされた場合には、さらに若干の検討が必要であろう。なぜなら、契約により拘束力が生じた場合には承諾の撤回は可能でないとする見解があるからである。⁽¹³²⁾ またこのような見解に対して、契約に独自の正当化効力を認め、それゆえ承諾は常時撤回可能であるというテーゼを貫こうとする見解も有力に主張されている。⁽¹³³⁾

それでは、合意が契約という形でもって表明された場合はどのように解すべきだろうか。

まず領得罪における契約は、行為者に行為の権限を与えることではなく、行為者に所有権や占有権など民法上の権利を与えることを目的としているため、契約は行為態様にかかる合意とはかわりがないといえるだろう。

それゆえ合意と契約の関係は法益侵害性に係る合意においてのみ問題となりうる。

そしてドイツ刑法においては、行為者に満期で抗弁のない権限があれば領得罪の違法性が排除されるので、契約や合意を問題とするまでもなく契約に基づく行為には違法性が排除されることになるだろう。⁽¹³⁴⁾ その一方で日本では、このような問題は財産犯の保護法益の問題としてあるいは権利行使の問題として議論されている。⁽¹³⁵⁾ ここでは、被害者側の意

思の問題ではなくて、行為者側の権利によって相対化された被害者の保護が問題となっているので、合意が関わって余地はないであろう。またその意味で、契約による正当化という解決も特別な価値を有していないように思われるのである。

以上のことを要するに、法益侵害性にかかる合意の常時撤回可能性のテーゼは修正される必要はないといえよう。

次に、ドイツの学説の中には法的安定性のためにあらゆる承諾には表明が必要であるとする一方で、同じように撤回にも表明が必要であるとする見解がある。⁽¹³⁶⁾

確かに表明された承諾が、表明なくして取り消された場合、行為者はそれが許されていないとも知らず構成要件該当行為をおこなってしまうことになり、それに基づいて処罰することは不当であるといえる。このことは、表明された承諾を重視し、表明の錯誤やたわむれに基づいて表明された承諾は、明示的に撤回されるまで有効であると解する多数の学説⁽¹³⁷⁾とその基礎を同じくしているといえる。

とはいえ表明を要求しない見解も撤回を知らなかった行為者や表明された承諾を信じた行為者については、故意の問題として解決する道を残しているので、いずれにせよここでは撤回を知らなかった行為者にとってとりわけ不利益な事態をもたらすわけではない。

それでは逆に、内心の撤回を知っていたが、その撤回はまだ表明されていなかった場合におこなわれた行為はどのように評価されるべきであろうか。

ここでは表明必要説にたっても、表明者の内心を知っていた場合あるいはそれを知るべき義務があったときには被害者の内心にある撤回の意思は有効と解されることになるように思われる。なぜなら、上記撤回の表明の必要性を主張した論者自身が承諾の表明の錯誤の場合、たとえば「それを譲渡するつもりはありません」と言ったつもりが「譲渡する

つもりです」と言っていた場合、表明の錯誤をしている承諾者の真意を知っている行為者は、その表明された承諾に基づいて行為できないと解しているからである。⁽¹³⁸⁾ここでは内心の拒絶を知っている行為者が承諾を利用した場合は、権利の濫用として同意は無効になるという。被害者の真の意思を知っている者は、外見上の承諾を利用することはできないのである。つまり、表明不要説に立つても撤回がないと思っていた行為者の行為は故意が阻却され、表明必要説に立つても内心的な撤回を知っていた場合には合意は無効となる。撤回の表明を要求する見解と要求しない見解の結論的差異はささいなのである。⁽¹³⁹⁾

なお、本稿の立場によれば、行為態様に係る合意の形式は意思方向説に立つので、撤回も同様に表明する必要があると解することができる。他方、法益侵害性に係る合意の形式は意思表示説に立つが、ここでの構成要件排除の根拠が自己決定であることから、そのような基礎のない外見上の承諾だけに、犯罪阻却の効果を認めることはできないように思われる。つまり、撤回は不要であると解する。

さらに承諾を撤回するためには、撤回能力が必要であるとする見解もある。⁽¹⁴⁰⁾これは同意の問題として論じられているが、合意にも共通した議論であろう。論者によれば、撤回能力と同意能力は同じものが要求されているのだが、ただ、同意者が同意を表明した後にその能力を失った場合に撤回能力が単独で問題となる。撤回能力の有無にとって重要なのは、表明者が合理的に財を扱いされるか否かであり、合意や同意で自己決定の自律性の保障がなされるように、撤回においても撤回の自律性の保障がなされるべきというのである。

しかし、この見解には疑問がある。なぜならば、そもそも承諾は結果的に刑法上の保護を受けられなくなることに関する自己決定であるが、撤回は本来ある保護を回復させるための自己決定だからである。事前に承諾能力のある段階で安易に（客観的には不合理な形で）なされた承諾が、後に撤回能力のない状態で撤回されたとき、刑法上の保護を回復

させないままにしておくのは疑問であるように思われる。撤回は刑法の保護規範を本来あるべき姿に戻す行為であって、そのために特別な能力を要求するのは不適切であろう。これに鑑みると、撤回のためには特別な能力は必要がないと解するべきである。

九 まとめ

窃盗罪・強盗罪・詐欺罪・恐喝罪における承諾には、二つの種類がある。一つは行為態様に係る合意、そしてもうひとつは法益侵害性に係る合意である。前者は法益侵害に加えて構成要件の要求する特別な行為態様が被害者の意思状況に左右される場合のその意思状況に係る合意であり、純粹に構成要件の解釈が問題となっている。後者の合意は自律的な決定により、構成要件で保護された法益が被害者によって放棄される場合であり、自己決定による法益放棄という意味で法的な判断がなされるものである。両者はいずれも構成要件該当性の排除に導くが、その性質は異なっている。行為態様に係る合意の要件は、構成要件の文言から導かなければならず、その一方で法益侵害性に係る合意の要件は、そのような承諾が被害者の自律的な決定の表明といえるのが重要となってくる。

具体的には、領得罪における行為態様に係る合意は表明される必要はないが、法益侵害性に係る合意は表明される必要がある。また合意能力として、前者は事実的な要素（占有の破棄等）を認識するための自然的な能力を、後者は、事実的な要素のみならず発生する法益侵害の意味について認識するだけの認識能力と判断能力を必要としている。錯誤・強制によって得られた承諾は、前者は構成要件のメルクマールに従い、後者の合意は自律的な決定の有無に左右される。なお錯誤・強制に基づく後者の合意の詳細は、次節で検討する。また、前者の合意は、表明・撤回ともに行為時が基準

となり、後者の合意は表明・撤回ともに結果の発生が確定する（財を自律的に扱える時点）までの間になされる必要がある。

- (1) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一二巻』（第二版、二〇〇三、青林書院）一六〇頁〔佐藤道夫ほか〕参照。
- (2) 川端博『刑法各論概要』（第三版、二〇〇三、成文堂）一一七頁（以下、川端・『各論』と略す）、平川宗信『刑法各論』（一九九五、有斐閣）三二〇頁、佐藤ほか・前掲書（注（1））一六〇頁以下参照。
- (3) 佐藤ほか・前掲書（注（1））一六一頁。
- (4) 大谷實『刑法講義総論』（新版第二版、二〇〇七、成文堂）二五八頁（以下、大谷・『総論』と略す）、伊東研祐「違法性阻却の原理と事由―その2・被害者の同意」法学セミナー一六一五号（二〇〇六）一〇五頁、大塚仁『刑法概説（総論）』（第三版増補版、二〇〇六、有斐閣）三九九頁（以下、大塚・『総論』と略す）、川端博『刑法総論講義』（第二版、二〇〇六、成文堂）三〇九頁、佐伯仁志「被害者の同意とその周辺（1）」法学教室二九五号（二〇〇五）一〇八頁（以下、佐伯・『同意』と略す）、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第二巻』（第二版、二〇〇四、青林書院）二四八頁〔古田佑紀〕、福田平『刑法総論』（全訂第四版、二〇〇四、有斐閣）一七八頁以下、松宮孝明『刑法総論講義』（第三版、二〇〇四、成文堂）一一五頁以下、山中敬一『刑法総論1』（二〇〇〇、成文堂）一九四頁以下、佐久間修『刑法講義（総論）』（一九九八、成文堂）一八四頁以下、内藤謙『刑法講義総論（中）』（一九八六、有斐閣）五七九頁以下、木村静子「被害者の承諾について」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集第二巻』（一九八四、有斐閣）三三四頁以下参照。
- (5) 井田良「被害者の同意」現代刑事法一四号（二〇〇〇）八七頁、山中・前掲書（脚注（4））一九八頁（但し、一元説）、内藤・前掲書（脚注（4））五八〇頁。

Wessels/Benk, Strafrecht Allgemeiner Teil, 36. Auflage, 2006, Rdn. 366a; *Gropengießer*, Die Rechtswidrigkeit bei der Sachbeschädigung (§303StGB), JR 1998, 91f.; *Heinz Tzif*, Einwilligung und Risikobernahme im Strafrecht, 1970, S. 29f.; *Maiwald*, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, S. 102ff.

またヤコブスは「構成要件該当性を排除する同意」に分類する(Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1991, 7. Abschn, Rdn. 111.)°

- (6) Lenckner, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, 2006, Vorbem §§32ff., Rdn. 33a (以下、Lenckner, in: Schönke/Schröder と略す); Hirsch, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1994, Vor§32, Rdn. 115. (以下、Hirsch, in: LK と略す)

各論的検討は、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第二三巻』(第二版、二〇〇〇、青林書院)五八六頁〔瀧賢一郎ほか〕°

Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, 2007, §303, Rdn. 9; Stree, in: Schönke/Schröder, 2006, §303, Rdn. 12; Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 2005, §303, Rdn. 18; Mitsch, Strafrecht Besonderer Teil 2 (Vermögensdelikte/Teilband 1), 1998, §5, Rdn. 28; Wolff, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1992, §303, Rdn. 20.

- (7) 平成一七年の犯罪認知件数の中で窃盗罪が占める割合は全体の約五五・二％に及ぶ。また、交通関係業過の二七・四％に続き、器物損壊罪が六・六％、横領罪三・一％、詐欺罪二・七％と、領得罪が上位五項目のうち三つを占めている(法務総合研究所編『平成一八年版犯罪白書』六頁参照)。

- (8) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第二三巻』(第二版、二〇〇〇、青林書院)三頁〔高橋省吾〕、団藤重光編『注釈刑法(6)』(一九六六、有斐閣)一五五頁〔福田平〕°

- (9) 日本では詐欺罪・恐喝罪は、個別財産に対する罪と解されるのが通説だが、ドイツでは条文上、それが全体財産に対する罪であることが明らかになっている°

- (10) ドイツ刑法二四二条(窃盗罪)「その物を自己又は第三者に不法に領得する意思で、他人の動産を他人から窃取(wegnimmt)した者は、五年以下の自由刑又は罰金に処する。」

- (11) Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil 1, 9. Auflage, 2003, §33, Rdn. 1; Hoyer, in: Systematischer Kommentar, 1999, §242, Rdn. 1; Ruß, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1994, Vor§242, Rdn. 3; Lackner/Kühl, a.a.O. (Anm. (6)), §242, Rdn. 1.

- (12) Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Auflage, 2007, §242, Rdn. 2; Eser, in: Schönke/Schröder, 2006,

§242, Rdn. 1; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht Besonderer Teil/2, 29. Auflage, 2006, §2, Rdn. 57a; *Arzt/Weber*, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, 2000, §13, Rdn. 1; *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 5.

- (13) 占有者の保護は「二四二条ではなく二八九条によって図られることになる。刑法二八九条(質物奪還罪(Pfandkehr))「自己の動産又は他人の動産を所有者に有利なように用益権者、質権者若しくは物についての利用する権限又は留置する権限を有している者から、不法な意思で盗取(wegnimmt)した者は三年以下の自由刑又は罰金に処する。」

ただし通説でいう占有の保護は二四六条(横領罪)との法定刑の違いを根拠付けるのに貢献することになる(Vgl. *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 1.)°

- (14) 「wegnimmt」という用語は強盗罪においても同じく用いられている。

刑法二四九条(強盗罪)「その物を自己若しくは第三者に不法に領得する意思で、人に向けた暴行又は生命身体に対する急迫した危険についての脅迫を用いて他人の動産を他人から強取(wegnimmt)した者は、一年以上の自由刑に処する。」

- (15) *Horst Heubel*, Grundprobleme des Diebstahlstatbestandes, JuS 1984, 446; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (6)), §242, Rdn. 8; *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 37; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (11)), §33, Rdn. 25; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 20; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 33; *Tröndle/Fischer*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 10; *Eser*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 35f.; *Wessels/Hillenkamp*, a.a.O. (Anm. (12)), §2, Rdn. 71; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), §13, Rdn. 35.

- (16) *Erich Samson*, Grundprobleme des Diebstahls, JA 1980, 288; *Zipf*, a.a.O. (Anm. (5)), S. 16; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (6)), §242, Rdn. 14; *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 69; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (11)), §33, Rdn. 28; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 46; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 35; *Tröndle/Fischer*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 22; *Eser*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 35; *Wessels/Hillenkamp*, a.a.O. (Anm. (12)), §2, Rdn. 104; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), Rdn. 53; *Heubel*, a.a.O. (Anm. (15)), 447.

- (17) 逆に占有者が複数いる場合には、特別な処分権がそのうちの一人に与えられていない限り、占有者全員の承諾があると解するところができる(*Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 70; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 35; *Eser*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 36; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), Rdn. 63; *Heubel*, a.a.O. (Anm. (15)), 448; Vgl. auch BGHSt 8, 273)°

なおドイツにおいては、駐車場の管理人を欺罔して車の引渡しを受けた行為者に窃盗罪ではなく詐欺罪を成立させた判

例があり(BGHSt. 18, 221)「占有者でなくとも、Wegnahmeに承諾し、窃盗罪の成立を排除できることが認められている。また学説においても、占有を守るために投入された者(Gewahrsamsinhaber)の承諾はWegnahmeを排除するとの見解がある(Rud. a.a.O. (Anm. 11), §242, Rdn. 38; Sanson, a.a.O. (Anm. 16), 289.)」。

- (18) 西田典之『刑法各論』(第四版、二〇〇七、弘文堂)一四五頁、松宮孝明『刑法各論講義』(二〇〇六、成文堂)一八二頁(以下、松宮・『各論』と略す)、山口厚『刑法各論』(補訂版、二〇〇五、有斐閣)一八八頁以下(以下、山口・『各論』と略す)、島田聡一郎『財産犯の保護法益』法学教室二八九号(二〇〇四)一〇二頁以下、深町晋也『窃盗罪』法学教室二九〇号(二〇〇四)七〇頁、斎藤信治『刑法各論』(第二版、二〇〇三、有斐閣)九九頁(以下、斎藤・『各論』と略す)、曾根威彦『刑法各論』(第三版補正版、二〇〇三、弘文堂)一一四頁以下、林幹人『刑法各論』(一九九九、東京大学出版会)一六九頁以下、芝原邦爾『財産犯の保護法益』芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開各論』(一九九六、日本評論社)一七四頁、平川・前掲書(注(2))三三六頁。

- (19) 大谷實『刑法講義各論』(新版第二版、二〇〇七、成文堂)一八四頁以下(以下、大谷・『各論』と略す)、前田雅英『刑法各論講義』(第四版、二〇〇七、東京大学出版会)一八四頁以下、大塚仁『刑法概説(各論)』(第三版増補版、二〇〇五、有斐閣)一八一頁以下(以下、大塚・『各論』と略す)、木村光江『刑法』(第二版、二〇〇四、東京大学出版会)二八四頁、伊東研祐『現代社会と刑法各論』(第二版、二〇〇二、成文堂)一九四頁以下、日高義博『財産罪の保護法益』法学教室二二五号(一九九八)一八頁、川端・『各論』(注(2))一四五頁。

- (20) 大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法第一二巻』(第二版、二〇〇三、青林書院)二六二頁(川合昌幸)、中森喜彦『刑法各論』(第二版、一九九六、有斐閣)一一三頁、団藤重光編『注釈刑法(6)』(一九六六、有斐閣)四六頁(団藤重光)、川端・『各論』(注(2))一五四頁、平川・前掲書(注(2))三四九頁、西田・前掲書(注(18))一三七頁、松宮・『各論』(注(18))一九五頁、山口・『各論』(注(18))一九二頁、斎藤・『各論』(注(18))一〇七頁、曾根・前掲書(注(18))一二二頁、大谷・『各論』(注(19))二〇三頁、前田・前掲書(注(19))二二四頁、大塚・『各論』(注(19))一九一頁。また大判大四年三月一八日刑録二・三〇九。

- (21) 斎藤信治『刑法総論』(第五版、二〇〇三、有斐閣)一六八頁、中野次雄『被害者の承諾』佐伯千仞ほか編『総合判例研究叢書刑法(1)』(一九五六、有斐閣)九三頁、川合・前掲書(注(20))二二五頁参照。

(22) たとえば平穩に占有していない占有者の承諾を得て物を譲り受けた者は、盗品等関与罪として処罰されうるとしても、窃盗罪には問われない。事実的な占有を破棄することへの承諾と、財産犯の保護法益を侵害することへの承諾は異なるものなのである。

(23) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第二卷』(第二版、二〇〇三、青林書院) 三三七頁(河上和雄ほか)、団藤重光編『注釈刑法(6)』(一九六六、有斐閣) 八五頁(藤木英雄)、川端・『各論』(注(2)) 一六二頁、平川・前掲書(注(2)) 三五五頁、西田・前掲書(注(18)) 一五九頁、松宮・『各論』(注(18)) 二〇九頁以下、山口・『各論』(注(18)) 一六頁、斎藤・『各論』(注(18)) 一二〇頁、曾根・前掲書(注(18)) 一三二頁、大谷・『各論』(注(19)) 二二〇頁、前田・前掲書(注(19)) 二二八頁、大塚・『各論』(注(19)) 二二五頁、中森・前掲書(注(20)) 一二八頁。

(24) 川端・『各論』(注(2)) 一七七頁、平川・前掲書(注(2)) 三六六頁、高橋・前掲書(注(8)) 二七頁、西田・前掲書(注(18)) 一七八頁、松宮・『各論』(注(18)) 二三四頁、山口・『各論』(注(18)) 二四六頁以下、斎藤・『各論』(注(18)) 一三五頁、曾根・前掲書(注(18)) 一四四頁以下、大谷・『各論』(注(19)) 二四七頁以下、前田・前掲書(注(19)) 二六四頁、中森・前掲書(注(20)) 一四四頁。

(25) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一三卷』(第二版、二〇〇〇、青林書院) 二五八頁(小倉正三)、平川・前掲書(注(2)) 三三六頁、西田・前掲書(注(18)) 二〇四頁、松宮・『各論』(注(18)) 二四九頁以下、山口・『各論』(注(18)) 二七四頁、斎藤・『各論』(注(18)) 一六七頁、曾根・前掲書(注(18)) 一六〇頁、大谷・『各論』(注(19)) 二七五頁、前田・前掲書(注(19)) 二九七頁、大塚・『各論』(注(19)) 二七三頁、中森・前掲書(注(20)) 一五三頁。また、最判昭二四年二月八日刑集三・二・七五参照。

(26) *Misch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 148; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 96; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 70.

(27) *Lachner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (6)), §242, Rdn. 27; *Misch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 148; *Maurach/Schneider/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (11)), §33, Rdn. 53; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 98; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 70; *Tröndle/Fischer*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 5; *Eser*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 59; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), Rdn. 123; *Heubel*, a.a.O. (Anm. (15)), 450.

(28) ただし、反対説もある (Vgl. *H.D. Weber*, Die zivilrechtliche Vertrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht, 1986, S.

34. *Hirsch*, *Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen, Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungsstratbestimmungen*, JZ 1963, 150ff.)。

なお、ドイツでは日本と異なり物の売買契約の締結によって所有権が移行しないので、満期で抗弁のない債権の対象である物についても、「物の他人性」が否定されることはない。

(29) Vgl. *Hirsch*, in: LK (Anm. (6)), Vor §32, Rdn. 115.

(30) ただし構成要件該当性排除事由だと解する説もある (*Mainwald*, a.a.O. (Anm. (5)), S. 89ff.; *Hirsch*, JZ 1963 (Anm. (28)), 154ff.)

なおヒルシユは領得罪における「rechtswidrig」の文言は、様々な領得行為のうち、可罰的なものを選び出すための要素であって、つまり構成要件の正確な範囲を決めるために民法が持ち出される必要があるのだから、それは構成要件要素であると解するが、このことは財産権者の承諾が「rechtswidrig」に関するものであることを変えるものではないことに注意すべきである。マイバルトの詳細は次節を参照。

(31) Vgl. *Leuchner*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. (6)), Vorbem §332ff., Rdn. 33.

(32) ただし、構成要件の段階では形式的な判断のみがなされ、法益侵害の有無は違法性の段階で検討されるという説に立てば、話は別である (Vgl. *Stratenwerth*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, 2000, §9, Rdn. 9)。

(33) *Jakobs*, a.a.O. (Anm. (5)), 7. Abschn, Rdn. 104/ Rdn. 111.

ヤコブスの三元説については、拙稿「被害者の承諾 (一) — 各論的考察による再構成 —」北大法学論集五八巻三号 (二〇〇七) 一〇頁参照。

(34) 山口厚『刑法総論』(第二版、二〇〇七、有斐閣) 一五四頁 (以下、山口・『総論』と略す)、山中・前掲書 (注 (4)) 一九三頁、内藤・前掲書 (注 (4)) 五八九頁、中野・前掲書 (注 (21)) 九〇頁参照。

(35) 平川・前掲書 (注 (2)) 三五五頁、山口・『各論』(注 (18)) 二一六頁、大谷・『各論』(注 (19)) 二一九頁以下、大塚・『各論』(注 (19)) 二二四頁、中森・前掲書 (注 (20)) 二二八頁、河上・前掲書 (注 (23)) 三三一頁。

この点は恐喝罪も同様である (小倉・前掲書 (注 (25)) 二七三頁参照)。

(36) Vgl. *Zipf*, a.a.O. (Anm. (5)), S. 25; *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §6, Rdn. 29.

- なお、両者はこの例を恐喝罪との関係で挙げている。
- (37) *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §6, Rdn. 29.
 - (38) 小倉・前掲書(注(25)) 一七四頁以下。
 - (39) 高橋・前掲書(注(8)) 六五頁以下。
 - (40) *Geerds*, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, 266.
 - (41) 合意の方式に関しては *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996, S. 374; *Wessels/Beulke*, a.a.O. (Anm. (5)), Rdn. 368; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 32; *Hirsch*, in: LK (Anm. (6)), Vor§32, Rdn. 102.
 - (42) *Wessels/Beulke*, a.a.O. (Anm. (5)), Rdn. 368; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 32; *Hirsch*, in: LK (Anm. (6)), Vor§32, Rdn. 102; *Jescheck/Weigend*, a.a.O. (Anm. (41)), S. 374f.
 - Abw. *Jakobs*, a.a.O. (Anm. (5)), 7. Abschn, Rdn. 110.
 - (43) *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 71; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 52; *Samson*, a.a.O. (Anm. (16)), 288.
 - (44) *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 71; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), §13, Rdn. 59; *Jescheck/Weigend*, a.a.O. (Anm. (41)), S. 374f.
 - (45) ドイツにおいても窃盗の未遂は可罰的である(ドイツ刑法「四二条」一項)。
 - (46) *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Auflage, 2006, §13, Rdn. 73ff.
 - (47) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 73.
 - (48) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 74ff.
 - ロクヘンホルツの見解は黙示的な表明でも許される点で中間説あるいは制限的意思表明説と呼ばれている。
 - (49) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 76.
 - (50) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 77.
 - (51) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 77.
 - (52) *Thomas Rönnau*, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht, Jura 2002, 666.

また振津隆行「被害者の承諾(下)」法学セミナー三九〇号(一九八七)六〇頁、佐伯・「同意」(注(4))一二二頁参照。

- (53) 佐藤・前掲書(注(1))一九〇頁、川端・『各論』(注(2))一四九頁、平川・前掲書(注(2))三四一頁、西田・前掲書(注(18))一三六頁以下、山口・『各論』(注(18))一七五頁以下、大谷・『各論』(注(19))一九八頁以下、前田・前掲書(注(19))二〇五頁、大塚・『各論』(注(19))一八五頁。

Lachner/Kuhl, a.a.O. (Anm. (6)), §242, Rdn. 8f.; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 21; *Tröndle/Fischer*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 13; *Eser*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 29; *Wessels/Hiltenkamp*, a.a.O. (Anm. (12)), §2, Rdn. 75; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), Rdn. 49.

- (54) 西田・前掲書(注(18))一三四頁。

(55) 傍論ではあるが、窃盗罪の合意の方式について、意思方向説に立つことを認めたと解される判例がある(町野朔「被害者の承諾」西原春夫ほか編『判例刑法研究2』(一九八一、有斐閣)一二七頁以下参照)。郵政監察官が郵便局員による窃盗被疑事件の捜査のために現金を封入して出した「テスト郵便」を被告人が窃取した事案において、静岡地裁は「郵便物の差出人たる郵政監察官は、犯人検挙のために右郵便物を取り扱う速達係局員がこれを開披し在中金を抜き盗り所持品等にアントラセン粉末を付着させることを希望し、少なくとも肯定ないし容認していたものと一応認められるので、いわゆる被害者の承諾の問題が生じる」とした(静岡地判昭四〇年四月一九日下刑集八・四・六五三)。ただし、封筒の中の金銭の窃取には承諾しているが、封筒全体の窃取には承諾していないとして、静岡地裁は封筒そのものを窃取した被告人に窃盗罪の既遂の成立を認めた点、また本件が占有者ではなく財産権者の承諾の事例である点、そして郵政監察官がテスト郵便を出す前に封筒の受取人、差出人にその名義を使うことに了解を得ていた(制限的意思表明説に基づけば意思表示がある)一点に注意すべきである。

- (56) 伊藤渉「強盗罪」法学教室二九二号(二〇〇五)八三頁、平川・前掲書(注(2))三五五頁、山口・『各論』(注(18))二一四頁、斎藤・『各論』(注(18))一二二頁、林・前掲書(注(18))二二二頁、中森(注(20))一二八頁。

- (57) 曾根・前掲書(注(18))一三二頁、大谷・『各論』(注(19))二二八頁、前田・前掲書(注(19))二二三頁以下、大塚・『各論』(注(19))二二三頁、木村・前掲書(注(19))三〇三頁以下。

- (58) ただし、相対的な財産権をみとめる場合は別である（島田・前掲論文（注（18））九九頁参照）。
- (59) トイソンの多数説は同意の方式を（制限的）意思表示明説で説明している（Vgl. *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 43; *Hirsch*, in: LK (Anm. (6)), Vor§32, Rdn. 109）。
- (60) *Geerds*, a.a.O. (Anm. (40)), 265.
- (61) *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 32; *Hirsch*, in: LK (Anm. (6)), Vor§32, Rdn. 101; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 80; *Rönnau*, a.a.O. (Anm. (52)), 669.
- (62) *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 32; *Hirsch*, in: LK (Anm. (6)), Vor§32, Rdn. 101.
- (63) *Lenckner*, Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW 72, 449; *Zipf*, a.a.O. (Anm. (5)), S. 16; *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 73; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 47; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 35; *Eser*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 36; *Wessels/Hillenkamp*, a.a.O. (Anm. (12)), §2, Rdn. 107; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), Rdn. 53; *Heubel*, a.a.O. (Anm. (15)), 447.
- (64) *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 32; *ders.*, ZStW 72 (Anm. (63)), 449; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 24; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), Rdn. 53; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 81.
- (65) *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 73; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 47; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 35; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), Rdn. 53; *Heubel*, a.a.O. (Anm. (15)), 447; *Samson*, a.a.O. (Anm. (16)), 288; *Lenckner*, ZStW 72 (Anm. (63)), 449.
- (66) *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 73.
 Abw. *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten, 1955, S. 111. （「ルは、合意の有効性以上に外見上の行為を重視しているので、合意した者に合意能力がなかった時、行為者が占有者の承諾を得て財物を自分とった場合には Wegnahme は存在するが、客観的に与えられた物を受け取った場合には Wegnahme はないと解する。」）
- (67) 家の中にある預金通帳を一二歳児に持たせて、一二歳児がその物の支配が失われることを認識していた場合には、その合意は有効といえる。ただし、その児童の親が共同占有者であった場合は別である（Vgl. *Lenckner*, ZStW

- 72(Anm.(63)), 453.)^o
- (68) 川端・『名論』(注(2)) 一八一頁以下、高橋・前掲書(注(8)) 七三頁、中森・前掲書(注(20)) 一四六頁。
- (69) 曾根・前掲書(注(18)) 一五九頁、中森・前掲書(注(20)) 一五〇頁。
恐喝罪については *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 81.
- (70) *Amelung/Eymann*, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, JuS 2001, 941; *Zipf*, a.a.O. (Anm. (5)), S. 38ff; *Hirsch*, in: LK (Anm. (6)), Vor§32, Rdn. 115; *Jescheck/Weigend*, a.a.O. (Anm. (41)), S. 382; *Rönnau*, a.a.O. (Anm. (52)), 668f.
Vgl. *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 84. (ただし、下記説^o)
- (71) *Jakobs*, a.a.O. (Anm. (5)), 7. Abschn, Rdn. 114; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm.(6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 39ff.; *ders.*, ZStW 72 (Anm. (63)), 454ff.; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 70.
- (72) *Lenckner*, ZStW 72 (Anm. (63)), 455ff.
またヤコブスによれば、民法上の能力制限の規定は、刑法上の同意能力についての特別規定であるという (*Jakobs*, a.a.O. (Anm. (5)), 7. Abschn, Rdn. 114)^o
- (73) *Jakobs*, a.a.O. (Anm. (5)), 7. Abschn, Rdn. 114; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 40; *ders.*, ZStW 72 (Anm. (63)), 456.
- (74) *Wessels/Beulke*, a.a.O. (Anm. (5)), Rdn. 375; *Zipf*, a.a.O. (Anm. (5)), S. 42; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 90.
Vgl. *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 171ff.
なお、財産権侵害に関しては、民法である不法行為法も一〇四条以下の規則を厳格に適用するのではなく、自然的な認識能力と判断能力で十分であるとしているので、ここでは刑法と民法の齟齬はおきていないことを指摘する見解もある (*Alfred A. Göbel*, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, S. 81.)
- (75) ドイツ民法八五八条 (Verbotene Eigenmacht) 「占有者からその意に反して占有物を奪った又は彼の占有の邪魔をした者は、その奪取や妨害について法が許容していない限りで違法である。(私力の禁止)」
- (76) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 90.
- (77) *Wessels/Beulke*, a.a.O. (Anm. (5)), Rdn. 375; *Hirsch*, in: LK (Anm. (6)), Vor§32, Rdn. 118; *Jescheck/Weigend*, a.a.O. (Anm.

(41)), S. 381; *Romau*, a.a.O. (Anm. (52)), 669.

刑法は特別に社会的害悪のある行為方法を克服するものであり、民法は利益の調整をおこなうものである (*Romau*, a.a.O. (Anm. (52)), 669)°。

(78) *Anelung*, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I), ZStW 104, 527ff.

(79) *Anelung*, a.a.O. (Anm. (78)), 527ff.

(80) Vgl. *Zipf*, a.a.O. (Anm. (5)), S. 41; *Hirsch*, in: LK(Anm. (6)), Vor§32, Rdn. 118.

(81) ただし、民法上有効な意思表示がなされる者は、刑法上も有効な同意がなされると考えるべきである (Vgl. *Hirsch*, in: LK(Anm. (6)), Vor§32, Rdn. 118; *Anelung*, a.a.O. (Anm. (78)), 529.)°。

(82) *Geerds*, a.a.O. (Anm. (40)), 268ff.

(83) *Geerds*, a.a.O. (Anm. (40)), 269.

(84) *Hirsch*, in: LK(Anm. (6)), Vor§32, Rdn. 102; *Jescheck/Weigend*, a.a.O. (Anm. (41)), S. 374.

(85) ただし、欺罔によって得られたあらゆる合意が窃盗罪の構成要件を排除しうるわけではない。合意者が占有移転について認識をしていなかった場合には、合意の無効性は窃盗罪の成立へと導く可能性がある (Vgl. *Maunach/Schroeder/Matwald*, a.a.O. (Anm. (11)), §33, Rdn. 31; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 48ff.)°。

(86) Vgl. *Anelung/Eymann*, a.a.O. (Anm. (70)), 944.

とはいえ脚注(85)で述べたように、必ずしも錯誤に基づく占有移転への合意が窃盗罪の成立を否定するわけではなく、ここでは詐欺罪と窃盗罪の境界の問題も重要となる (Vgl. *Sonson*, a.a.O. (Anm. (16)), 288)°。

(87) 小林憲太郎「いわゆる『法益関係的錯誤』の意義と限界」立教法学六八号(二〇〇五)三六頁、橋爪隆「詐欺罪(下)」法学教室二九四号(二〇〇五)九四頁、山口厚「法益関係的錯誤」説の解釈論的意義」司法研修所論集一一一号(二〇〇三)一〇七頁、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報第一号(一九八五)六五頁(以下、佐伯・「錯誤」と略す)。

反対は、林幹人「詐欺罪における財産上の損害―最高裁判成一三年七月一九日判決を契機として―」現代刑事法四四号(二〇〇二)五三頁以下、佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」山口厚ほか著『理論刑法学の最前線Ⅱ』(二〇〇六、岩波書店)

一四二頁以下〔井田良コメント②〕（以下、井田・『コメント』と略す）を参照。

- (88) *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 22.
- (89) 佐伯・「錯誤」(注(87)) 一〇二頁。
- (90) 橋爪・前掲論文(注(87)) 九四頁、佐伯・「錯誤」(注(87)) 六五頁。
- (91) 佐伯・「錯誤」(注(87)) 一〇四頁以下。
- (92) 佐伯・「錯誤」(注(87)) 一〇七頁。
- (93) *Horst Schröder*, Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug, NJW 1962, 722; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (6)), §263, Rdn. 55.
 Abw. *Eric Hilgendorf*, Zweckverfehlung und Vermögensschaden beim Betrug -BayObLG, NJW 1994, 208, JuS 1994, 468.
- (94) *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (6)), §263, Rdn. 55; *Schröder*, a.a.O. (Anm. (93)), 722.
 なお同様の議論は機能的連関説に依拠した見解によっても、欺罔・錯誤の要件のトも (Vgl. *Cramer/Perron*, in: *Schönke/Schröder*, 2006, §263, Rdn. 41; *Hoyer*, in: *Systematischer Kommentar*, 2004, §263, Rdn. 66; *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §7, Rdn. 34ff.)、あるいは財産的損害の要件のト（目的不達成の理論）も (Vgl. *Klaus Tiedemann*, in: *LK*, 1999, §263, Rdn. 182; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (11)), §41, Rdn. 118ff.; *Tröndle/Fischer*, a.a.O. (Anm. (12)), §263, Rdn. 79; *Wessels/Hillenkamp*, a.a.O. (Anm. (12)), §13, Rdn. 550.)、ありなわれしる。
- Vgl. auch *Hans-Joachim Rudolphi*, Das Problem der sozialen Zweckverfehlung beim Spendenbetrug, in: *Festschrift für Ulrich Klug*, 1983, S. 315ff.
- (95) *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (6)), §263, Rdn. 55; *Schröder*, a.a.O. (Anm. (93)), 722.
 Vgl. auch *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §7, Rdn. 34f.; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (11)), §41, Rdn. 121f.; *Tröndle/Fischer*, a.a.O. (Anm. (12)), §263, Rdn. 79; *Wessels/Hillenkamp*, a.a.O. (Anm. (12)), §13, Rdn. 550; *Cramer/Perron*, a.a.O. (Anm. (94)), §263, Rdn. 41; *Tiedemann*, a.a.O. (Anm. (94)), §263, Rdn. 182f.
- (96) 佐伯・「錯誤」(注(87)) 一一五頁。
- (97) 佐伯・「錯誤」(注(87)) 一一六頁。

(98) 佐伯・「錯誤」(注(87)) 一一七頁。

(99) 橋爪・前掲論文(注(87)) 九四頁以下、山口・前掲論文(注(87)) 一〇七頁以下。

(100) 橋爪・前掲論文(注(87)) 九三頁、山口・前掲論文(注(87)) 一〇八頁参照。

(101) 橋爪・前掲論文(注(87)) 九五頁では、ここで佐伯・「錯誤」(注(87)) 一一六頁の引用がなされている。経済的損害必要説の前提からみちびかれた法益解釈が、その前提を排除して引用されているといえよう。

(102) 橋爪・前掲論文(注(87)) 九五頁。

(103) 山口・前掲論文(注(87)) 一〇九頁。

(104) 橋爪・前掲論文(注(87)) 九六頁。

(105) 最決昭三四年九月二八日刑集一三・一一・二九九三。普通の電気按摩器である「ドル・バイブレーター」を入手困難で中風や小児麻痺に特効のある特殊治療器であると偽って相当な価格で売却した事例。最高裁判所は「たとえ価格相当の商品を提供したとしても、事実を告知するときは相手方が金員を交付しないような場合において、ことさら商品の効能などにつき真実に反する誇大な事実を告知して相手方を誤信させ、金員の交付を受けた場合は、詐欺罪が成立する」と判示した。

(106) 大決昭和三年二月二日刑集七・七七二参照。医師でない者が医師と偽って適正な価格で薬を売却したという事例である。大審院は「相手方ハ毫毛財産上不正ノ損害ヲ被リタル事実ナク又被告人ニ於テ之ニ因リ特ニ不法ノ利益ヲ享受シタルモノト謂フヲ得サレハナリ」として詐欺罪の成立を否定した。

(107) 東京地判昭和三七年一月二九日判例タイムズ一四〇号一一七頁。東京地裁は、被告人の行為は「何ら個人的財産上の法益を害するものではない」として詐欺罪を否定している。

(108) 井田・『コメント』(注(87)) 一四三頁。

(109) この意味で、詐欺罪の行為態様に係る合意に法益関係的錯誤説を適用すればそもそも承諾など存在しないため、窃盗罪の成立がむしろ問題となる、という前述の批判が重要となってくるのである。

なお、最近では法益関係的錯誤説に基づいても上記批判のような事態がおきないよう、詐欺罪では窃盗罪にはない独自の法益である「財産的処分の自由」が「財産」として共に保護されているとの見解も現れている(足立友子「詐欺罪にお

- ける欺罔行為について(三)——詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成」名古屋大学法政論集二二二号(二〇〇六)三七二頁以下参照)。しかし、このような見解に与するには、なお検討の余地が必要であろう。なぜならば、窃盗罪においても、そのような処分の自由は保護されているように思われるからである。「権利」とはそれを行使する自由を含めてはじめて意味をもつものであり、財産権を保護する財産犯とは、現在そこに存在している民法的な権利を静的に保護するものではなく、民法的な権利の行使の自由を保護する、いわば財産的自由に対する罪であるように思われるのである。
- (110) ただし、窃盗罪との限界問題は、なお十分に解決されないまま残ってしまうことにはなる。
- (111) ただし、アルツトは彼の法益関係的錯誤に関する先駆的な研究の中で、器物損壊罪の法益に処分の自由をも加えている(Arzt, a.a.O. (Anm. (88)), S. 46; *ders.*, *Heileingriffe aufgrund einer Blanko-Einwilligung bezüglich der Person der Arztes*, in: *Festschrift für Jürgen Baumann*, 1992, S. 211)。なぜなら、所有権は伝統的に静的には定義されないからである。それゆえ、器物損壊罪においても対価の支払いへの錯誤が法益関係的であると評価されることになる。
- (112) 山口・前掲論文(注(87))一〇三頁以下。
- (113) 山口・前掲論文(注(87))一〇四頁。
- (114) なおアルツトのように、所有権という法益には処分の自由も含まれている(つまり法益関係的錯誤説の例外である)と解すれば、この批判は決定的ではないことになる。
- (115) 実際に日本でも、寄付金詐欺のような事例は財産上の損害の問題として取り扱われている。菊池京子「詐欺罪における財産上の損害についての一考察(完)——処分行為の自由」をめぐると問題(3)——東海法学二二三号(二〇〇〇)一〇一頁以下、伊藤渉「詐欺罪における財産的損害(五・完)——その要否と限界」警察研究六三巻八号(一九九二)三〇頁以下参照。
- (116) *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 77; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 54; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 36; *Eser*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 36; *Wessels/Hiltenkamp*, a.a.O. (Anm. (12)), §2, Rdn. 107f.; *Heubel*, a.a.O. (Anm. (15)), 447; *Samson*, a.a.O. (Anm. (16)), 288.
- (117) なお偽造通貨を用いた場合には、操作自体は真正の通貨の場合と同様であるので、合意の条件を満たすと解する見解もある(*Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 55)。

- (118) *Arzt/Weber, a.a.O. (Anm. (12)), §13, Rdn. 55.*
 (119) 二六三条 a (コンピュータ詐欺罪「自己又は第三者に不法に財産的利益を得させる意思で、プログラムを不正確に形成し、不正確な又は不完全なデータを利用し、データを権限なく利用し、若しくはその経過へ権限なく働きかけることによってデータ処理の事象の結果に影響を与えることによって他人の財産を侵害した者は、五年以下の自由刑又は罰金に処する。」)

- (120) *Arzt/Weber, a.a.O. (Anm. (12)), §21, Rdn. 14.*
 (121) *Misch, a.a.O. (Anm. (6)), §13, Rdn. 77.*
 (122) *Vgl. Eser, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 36*
 エーザーはこの点について直接言及してはいないが、偽造通貨による自動販売機による不正操作に窃盗罪の成立を認めながら、本人によるカードの不正使用に窃盗罪の成立を否定している。

- (123) *Hoyer a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 58; Rüd, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 36.*

- (124) ただし、本件では、カードの交付時にはすでにカード操作によって入手した現金を返済しない意思を被告人が有していたことから、「もし被告人に右のとりの不正の目的があつて、もともと貸付金を支払う意思のないことがわかっておれば、本件カードを発行したりはしなかったことが認められる。その意味でカードを交付しこれによる現金自動貸出機の手操作を許可しているといっても、自由な意思に基づくものではなく、その許可には重大な瑕疵がある」とし、「被告人が右のような不正に入手したカードを使用し貸出機の中の現金を引き出し、自己の占有に移しても、被告人は単に被害会社に許可されたところを行ったものに過ぎないとしてこれを不問に付することはできないのであつて、ここに窃盗罪が成立するとみるべきである」と結論付けた。ここでは不正に入手したカードでは、ATMからの現金引き下ろしへの有効な承諾は認められないと解しているようである。このように解すると、②非権限者による引き下ろしのような場合にも、窃取が認められる可能性が高いだろう。また、当然③も窃取として評価されることになる。

- (125) 川合・前掲書(注(20))二六六頁。

- (126) *Misch, a.a.O. (Anm. (6)), §13, Rdn. 77.*

- (127) なお、最決平成一九年四月一三日刑集六一・三・三四〇は、体感器と称する電子機器を身体に装着してパチスロ機のメ

ダルを不正に取得した事例において、「通常の遊戯方法を逸脱するもので」あること、「パチスロ機を設置している店舗がおよそそのような態様による遊戯を許容していないことは明らかである」ことをあげて、窃盗罪の成立を認めた。ここでも窃取のために重要なのは「行為態様」であることが意識されているように思われる。

- (128) 大谷・『総論』(注(4))二六二頁、大塚・『総論』(注(4))四〇二頁、古田・前掲書(注(4))二五三頁、山中・前掲書(注(4))二〇四頁、内藤・前掲書(注(4))五九一頁、中野・前掲書(注(21))一〇一頁、振津・前掲論文(注(52))六〇頁。また、大判大八年一月五日刑録二五・一〇六四参照。

Wessels/Beulke, a.a.O. (Anm. (5)), Rdn. 378; Lenckner, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 44; Roxin, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 79; Rönnau, a.a.O. (Anm.(52)), 666.

窃盗罪に関しては、Hoyer, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 46; Eser, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 36.

- (129) 佐伯・「同意」(注(4))一一一頁、山口・『総論』(注(34))一五六頁。
(130) 山中・前掲書(注(4))二〇四頁、内藤・前掲書(注(4))五九一頁、中野・前掲書(注(21))一〇一頁、振津・前掲論文(注(52))六〇頁。また、大判大十二年三月二三日刑集二・一八八。

Wessels/Beulke, a.a.O. (Anm. (5)), Rdn. 378; Jakobs, a.a.O. (Anm. (5)), 7. Abschn, Rdn. 131; Lenckner, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 44; Jescheck/Weigend, a.a.O. (Anm. (41)), S. 381; Roxin, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 79.

窃盗罪に関しては、Eser, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 36.

- (131) 佐伯・「同意」(注(4))一一一頁、中野・前掲書(注(21))一一三頁、町野・前掲書(注(55))一七六頁。

Wessels/Beulke, a.a.O. (Anm. (5)), Rdn. 378; Jakobs, a.a.O. (Anm. (5)), 7. Abschn, Rdn. 110; Lenckner, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 44; Roxin, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 79; Rönnau, a.a.O. (Anm. (52)), 666.

- (132) Jakobs, a.a.O. (Anm. (5)), 7. Abschn, Rdn. 110.

- (133) 佐伯仁志「被害者の同意と契約」西原古稀『西原泰夫先生古稀祝賀論文集一巻』(一九九八、成文堂)二八五頁以下。

Lenckner, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 53; Weber, a.a.O. (Anm. (28)), S. 69ff.; Roxin, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 72; Rönnau, a.a.O. (Anm.(52)), 666; Göbel, a.a.O. (Anm. (74)), S. 142ff.

- (134) Abw. Weber, a.a.O. (Anm. (28)), S. 34; Hirsch, JZ 1963 (Anm. (28)), 150ff.

ヒルシユは権利行使は自救行為によるものしか許されないとし、ウェーバーは契約による正当化を主張する。なお、通説によっても種類債権には種類物を選択する自由が債務者に残されているために可罰的である。

(135) たとえば京藤哲久「権利行使と恐喝」西田典之ほか編『刑法の争点』(二〇〇七、有斐閣)一九六頁以下、曾根威彦『刑法の重要問題(各論)』(二〇〇六、成文堂)二〇五頁以下、中森喜彦「権利行使と詐欺・恐喝罪」西田春夫ほか編『判例刑法研究6』(一九八三、有斐閣)二四九頁以下を参照。

(136) Roxin, aa.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 79.

Vgl. auch Amelung/Eymann, aa.O. (Anm. (70)), 944.

(137) Jakobs, aa.O. (Anm. (5)), 7. Abschn, Rdn. 110; Roxin, aa.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 111f.; Amelung/Eymann, aa.O. (Anm. (70)), 944.

Abw. Jeschek/Weigend, aa.O. (Anm. (41)), S. 383. (表明の錯誤による承諾は無効と解する。)

(138) Roxin, aa.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 111f.; Amelung/Eymann, aa.O. (Anm. (70)), 944.

なお行為者に承諾の欠陥を見抜く義務があるときにも、表明は無効となる。

(139) なお、中野・前掲書(注(21))一二三頁は、撤回の表明は不要であると解している。

(140) Amelung/Eymann, aa.O. (Anm. (70)), 945.

〔付記〕

本稿は北海道大学審査博士(法学)学位論文(二〇〇七年三月二三日授与)「被害者の承諾―各論的考察」に補筆したものである。