HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	被害者の承諾（4）：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, 59(2), 215-292
Issue Date	2008-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/34625
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-2_p215-292.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

被害者の承諾（四）

――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

（以上五八巻三号）
（以上五八巻四号）

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）
第三節　毀棄罪（器物損壊罪）
一　はじめに
二　器物損壊罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について
三　表明の必要性（合意の方式）について
四　合意能力について
五　錯誤・強制に基づく合意について
（一）錯誤に基づく承諾―ドイツ―
（二）錯誤に基づく承諾―日本―
（三）強制に基づく承諾
（四）器物損壊罪における錯誤・強制に基づく合意―私見―
六　まとめ
第四節　盗品等関与罪
一　はじめに
二　盗品等関与罪の法益と本質―被害者への贓物返還事例を手がかりに―
三　被害者への贓物返還事例と被害者の承諾
四　「正常な回復」を放棄するために必要な承諾の真意性
五　まとめ
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　～総論的考察への示唆～

（以上五八巻五号）

（以上本号）

第三節　毀棄罪（器物損壊罪）

一　はじめに

これまで財産犯と被害者の承諾の関係について、領得罪を例に検討してきたのだが、このような検討から領得罪における承諾には二種類あるということが明らかになったように思われる。具体的にいうと、ひとつは構成要件の特別な行為態様に関係した承諾（行為態様に係る合意）であり、ひとつは構成要件メルクマールにはかかわりないが、法益侵害に関係した承諾（法益侵害性に係る合意）である。前者の要件は構成要件のメルクマールが定め、後者の要件は、自律的な法益放棄の本質がそれを定める。

このような区別は、領得罪に限らず、おそらく多くの構成要件において被害者の承諾を類型化するひとつの基準となるものであろう。

以下では、他の財産犯の例として器物損壊罪をとりあげ、財産犯と被害者の承諾の関係について再度検討してみたい（本節二）。そしてまた本稿では、前節で論じられなかった法益侵害性に係る合意の詳細について、検討してみたい。とりわけ三では表明の必要性について、四では承諾能力について、五では錯誤・強制に基づく承諾について検討する。

二　器物損壊罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について

これまで被害者の承諾の総論的検討において、器物損壊罪における承諾は、通説的に違法性を阻却する同意に分類さ

れてきたようである。[1] しかし、構成要件該当性を排除する合意に分類する見解も有力である。[2] 果たして器物損壊罪における被害者の承諾は、犯罪論体系上どの位置に分類されるべきであるのか、そしてその性質はどのようなものであるのだろうか。

本稿では前節でおこなった方法論に従って、まず器物損壊罪の構成要件メルクマールの特殊性について、次に器物損壊罪の法益について検討する。

刑法二六一条（器物損壊罪）は、「他人の物を損壊し、又は傷害した者は、三年以下の懲役又は三十万円以下の罰金若しくは科料に処する。」と規定している。器物損壊罪の構成要件メルクマールである「損壊」とは、物の物理的な損壊に限らず、物の効用を害する一切の行為であり、「傷害」とは、損壊と同義であるが、客体が動物であるときに用いる用語であるとされている（効用喪失説・通説）。[3] 結論からいえば、「損壊」、「傷害」という用語からは、窃盗罪の「窃取」や詐欺罪の「詐取」のように、構成要件メルクマールの充足のために被害者の意思状態に関係した特別な（法益放棄とは異なった）行為態様が要求される事実をよみとることができないであろう。

確かに、損壊概念（以下、傷害概念も含む）における効用の喪失を検討するにあたっては、食器への放尿のように、感情的・精神的効用まで考慮に入れられている。これを逆に解すると、客観的に物の喪失があっても、被害者の承諾が存在しているのであれば、彼の感情・精神的効用に従って、「損壊」ではないといえるかもしれない。[4] しかし、これまで感情的・精神的効用の議論はあくまでも損壊・傷害概念を広げる方向でのみ議論されてきた。そして、それはおそらく正しいことなのであろう。というのも、あくまで判断されるべきは感情的・精神的「効用」であって、感情や精神そのものではない。客観的に効用を喪失した物は、やはり損壊されたというべきである。[5] 被害者の承諾を得て、皿を割った又は飼い猫を殺害した者は、損壊（傷害）をおこなってはいないと表現することは客観的事実に反しているように思

われるのである。損壊は、被害者の意思に左右されず、客観的に判断されるものであろう。

実際、ドイツの学説が器物損壊罪における承諾を違法性阻却の同意に分類する根拠として、器物損壊罪の構成要件メルクマールが、被害者の意思に反する損壊を明確に規定していない点があげられている。(6) 窓ガラスに石を投げることを許容した被害者の承諾によって、いったいどの構成要件が排除されるのだろうか。(7) たとえ所有権者自身が石を投げ込んだ場合であっても、「Beschädigung」や「Zerstörung」は存在するのである。(8)

その一方で、合意に基づく行為はもはや「Beschädigung」や「Zerstörung」がないと解する見解も存在する。(9) この見解によれば、構成要件の文言は多かれ少なかれ偶然によるものであるから、どの段階で承諾が効力を有するのかについてはそれに左右されえないという。その上で、個々の事例に応じて、「Beschädigung」や「Zerstörung」がない場合もあるとして、たとえば、ある人が薪にするために古くて価値のない箪笥を所有権者の委託を受けてのこぎりでひいた場合、あるいは庭師が柵を刈り込んだ場合、あるいは父親が買ってきた花火を子供が打ち上げた場合を例にあげる。

確かに庭師の例や花火の例は、損壊という用語を用いるのに若干の抵抗を覚える事例ではある。庭師は柵を「刈っている」し、子供は花火を「上げている」。これらの行為にはすでに損壊とは別の意味が与えられているのである。しかし、それらの行為の中にはやはりなお損壊要素が残っているように思われる。たとえば時計の修理のように、時計が直るまでの間は時計の解体は修理であり、損壊でもある。同じように、美しく柵が刈り込まれるまでの間は、柵の刈り込みは損壊でもある。花火の場合も同様に、そこでは当該物の効用を達成するために手段としての損壊が用いられているといえるだろう。

以上のことから、「損壊」は客観的な基準に基づく用語であって、特別な被害者の意思態様を要求した文言ではない、ということができる。つまり、器物損壊罪における被害者の承諾は、行為態様に係る合意ではないのである。

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、その承諾によって構成要件で保護された法益の侵害性が否定されるタイプの承諾であるから、ここでは器物損壊罪の法益が重要となる。つまり器物損壊罪で保護された法益（財産権）の存在が、被害者の自律的な決定によって左右できるのであれば、ここでの承諾は法益侵害性に係る合意である。

器物損壊罪における承諾を違法性阻却の効果しか有さない同意に分類するドイツの通説は、この問いを否定する。刑法は身体の完全性、名誉、所有権を民法九〇三条（所有権）に基づく権限の行使において保護するのではなく、具体的な物のこれまでどおりの存在を、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考えるからである。[10] そして、所有権者の委託に基づいて他人の木をきることは、はじめから結果無価値を欠いているという批判に対しては、このような批判は構成要件が単に不法を類型化する機能しかもたないという点を見誤っていると排斥する。また、この見解によれば、前述のように器物損壊罪における構成要件メルクマールに被害者の承諾に関する事項がよみとれないということさえも偶然ではないという。[11] 財物の存在そのものが、保護法益である所有権を保護する前提として構成要件によって保護されていて、それゆえに構成要件メルクマールは被害者の意思に関する要素を含んでおらず、以上のことから器物損壊罪における被害者の承諾は、正当化事由としての性質を有することになるのである。[12]

これに対して、器物損壊罪を合意に分類する見解によれば、価値的な観点の下では、行為客体の侵害から、必ずしも当該構成要件を充足しなければいけないという帰結は決して導かれないという。[13] 刑法の課題が法益の保護にあるとすれば、法益は構成要件該当行為を定めるにおいて決定的な影響をもつようになる。法益が侵害されたときのみに類型的な不法が存在し、その時のみ、構成要件が充足されるというのである。[14]

それでは、この見解が考える器物損壊罪の法益（所有権）はどのような性質を有しているのだろうか。

この点についてはマイバルトが、「Eigentumsverletzung ist Willenswidrigkeit（所有権侵害は意思に反することである）」という命題を打ち立てている。[15] 所有権者に自己実現を可能にすることが所有権保護規範の意味だからであり、所有権者の意思に基づく行為は所有権者側からしてみれば、まさに自己実現行為だからである。このような理論に基づけば、器物損壊罪においては、あるいはそれに限らず所有権を保護するあらゆる規定（たとえば窃盗罪）において、所有権者の承諾は構成要件を排除する効力をもつことになる。[16]

また、器物損壊への承諾を合意に分類する説は、他人性のメルクマールと承諾の関係についても若干の検討を加える。つまり、被害者の承諾が形式的に民法でカバーされる時には他人性が排除され構成要件がなくなるのに対して、それが民法でカバーされないときには違法性が排除されるにとどまるという点に疑問を投げかけるのである。[17] それによれば物を他人による損壊について放棄した所有権者の意思は、三〇三条の目的に基づいて考えると、物をこれまでの所有権者とは別人のものにした意思と同価値である。[18] これらはいずれも所有権者の自己実現であり、それゆえ所有権の行使そのものであり、いずれも構成要件該当性の排除という性質をもつべきだというのである。

このようなドイツの議論は、日本の議論においても十分考慮に値するだろう。日本においては器物損壊罪の保護法益は所有権等の財産権とされている。[19] そして、器物損壊罪における（法益侵害性に係る）合意と同意[20]の分岐点は、器物損壊罪の構成要件が所有権を保証する基礎として物の無償性を保護していると考えるか、あくまで保護されるべきは所有権であり、かつ所有権を行使可能なより実質的な権利（いわば財産的自由に対する権利）と捉えて、被害者の意思に反した侵害がなければ構成要件に該当するような不法の徴憑さえも存在しないと考えるかである。

結論からいえば、本稿の立場は後者である。なぜならば、客観的に物が存在していること、そしてまた行使の側面が顧慮されていない静的な権利としての財産権には刑法的に何の重要性もないと思われるからである。他の財産犯、窃盗

罪や詐欺罪等と比較しても分かるように、ここでいう財産権の侵害は物そのものの侵害ではなくて、物と人との関係（財産権）の侵害なのであり、この関係は実質的にはそれを所有する人間によってのみ定められるものであって、所有権者が自己と破壊された物という関係を望んだのであれば、そのような関係を作出した行為者は何ら構成要件に該当するような法益侵害をしておらず、むしろ法益（権利）を促進（実現）しているといえるであろう。ゆえに、器物損壊罪で保護される法益は、被害者の自律的な決定によってその侵害性の有無が左右されるべきである。

なお注意しておかなければならないのは、あくまで物の他人性は民法に基づいて定められるものであるということである。民法の要件に基づかなければ、構成要件の他人性メルクマールは欠けることはない。この点で両者を混同させる見解には賛同できないだろう。しかし、民法に基づいても基づかなくても、器物損壊罪に関する承諾は所有権者の権利行使といえるはずである。このような権利の行使が、他人の手を介しておこなわれた場合に常に構成要件を充足するという解釈は、過度の所有権の保護でありまた制限であるということができる。刑法は物の保護には興味がなく、財産権者の保護に興味を持っているのである。財産権の対象物の無傷性は、それが実際に誰かの権利を侵害するから重要なのであり、また行使の側面を含まない静的な存在としての財産権の保護も、刑法の課題ではない。両者は無主物と同じように刑法にとっては一瞥する価値もない存在なのである。

以上のことから、器物損壊罪における承諾は、構成要件該当性を排除する性質を有した、法益侵害性に係る合意であるといえるだろう。そして、このような承諾は被害者の自律的な意思に基づく法益の放棄という特徴を有している。つまり犯罪阻却の根拠は、当該罪の法益が被害者の権利（自由）に関係した性質をもつゆえに、たとえ外見的に法益が侵害されているようにみえても実際には侵害されていない、ということにあるのである。またこのことは前述のように、同じく財産権を保護する領得罪における承諾のうち、財産権者の承諾にもあてはまりうることである。

三　表明の必要性（合意の方式）について

それでは、器物損壊罪における合意が有効であるというためには、どのような要件が必要であろうか。ここでは行為態様に係る合意ではないので、構成要件からそれを導き出すことはできない。器物損壊罪の承諾は法益侵害性を排除するための承諾であるのだから、ここで重要なのは被害者の自律的な決定、そしてそれに対する刑法の評価と言えるだろう。このような性質は同意にも共通するものである。

また器物損壊罪の法益が財産権（財産と人との関係）であることに鑑みれば、このような承諾は、同種の法益を保護する領得罪における法益侵害性に係る合意（占有者とは別に存在する所有権者の承諾）と同様の性質を有すると解するのが適切である。しかし、前節では構成要件の性質上、法益所有者とは別の第三者が巻き込まれることが前提となっていたため、そのことを顧慮した議論を展開した。ゆえにそのような事情のない本節では、法益侵害性に係る合意の固有の意味から生じた表明の必要性について改めて検討したい。

上述のように、ドイツ・日本の通説（総論的考察）によれば器物損壊罪における承諾は違法性を阻却する同意に分類されている。ゆえに、通常当該罪における承諾の要件は、同意の要件の中で検討されることになる。

なお、同意の領域でなされる総論の議論を本稿でいう法益侵害性に係る合意の議論において参考とする正当性は十分にあるであろう。なぜなら両者は法的性質を有しており、その犯罪阻却根拠の基礎に自己決定があることにおいて同じだからである。両者の差異は、このような承諾が刑法との関係でどのように扱われるかにある。

これまで発展してきた総論テーゼに従うと、被害者の同意は外部に表明されていなければならないとするのが通説的な見解である[21]。そして、そのような表明は明示的なものに限らず、黙示的なものでも構わないとされている。前節に

おいて略述したように、合意・同意に限らずあらゆる承諾の場合において意思の表明を要求する見解も存在しているから、同意における（制限的）意思表明説はかなりのコンセンサスを得ているといえるだろう。しかし同意の場合にのみ意思の表明を要求する見解が内心傾向の実務的な不確実性を根拠とするのであれば、それは矛盾である。[22] なぜなら法的安定性がないことを持ち出すのであれば、あらゆる承諾に同じことがあてはまるからである。

それではなぜ、同意においてのみ意思表明が必要であると解されているのだろうか。この点について積極的に論じたものは見つからないが、それには二つの理由があるように思われる。一つは、総論テーゼに基づく同意は、傷害罪や殺人罪など重要な犯罪における承諾でも用いられる類型であって、刑法的にそれを受け入れるには十分な配慮が必要だということである。しかしこのような根拠は、傷害罪や殺人罪における同意に意思表明を要求する根拠とはなりえても、器物損壊罪のそれに意思表明を要求する根拠とはなりえない。たしかに領得罪とは異なり、器物損壊罪の場合には物は滅失し、もはや取り返しがつかないという事態は容易に起こりうるが、それは生命や身体と比べてささいな滅失であることは疑いがない。[23] それゆえむしろ重要であるのは、もう一つの理由であるように思われる。つまり、ゲールズも指摘していたように、同意は法的性質を有しているということである。同意は、事実的な検討によって構成要件メルクマールが確定した後に問題となる、法的性質をもった犯罪阻却事由である。それゆえ、このような性質の承諾は内心にはとどまらず、外部に現れていなければならないというのである。社会現象として現れた犯罪を否定する同意は社会現象として外部に表明されていなければならない、という理論は、十分に納得のいくものであるように思われる。

他方、同意においても意思方向説は主張されている。[24] とりわけ、自己決定権を強調する立場から、この帰結は導かれやすい。つまり、刑法は法益所有者の自己実現の可能性として個人の法益を保護しているのだから、たとえそれが表明されていなくとも、被害者が法益侵害に承諾しているのであれば、そこには自律性の侵害はないというのである。[25]

とりわけ日本において、意思方向説は非常に有力に主張されている。[26] 被害者の承諾に基づく行為は、被害者が法益を放棄することによって違法性がなくなるのであるから、被害者が承諾したという状況があれば、そこには違法性を阻却する根拠があると解するのである。同意における意思方向説が有力である点も、同意と合意の区別を重要視しない日本の学説の特色であるといえるだろう。

以上のことを要するに、意思表明説と意思方向説は結局、被害者の承諾が「法的性質」を有することを重視するのか、その根拠の「自己決定」を重視するのかの違いであるといえよう。それでは、器物損壊罪における表明の方式はどのようにあるべきか。

結論から言えば、「法制度」としての承諾を、「自己決定」自体よりも重視すべきであるように思われる。なぜならば、ここでの評価の対象は、最終的には、社会現象としての行為（犯罪）だからである。社会現象としてのマイナスの評価を受ける客観的要件を満たした行為を許容するために、社会現象としての承諾を要求すべきではないだろうか。さもなければ、なぜ被害者の承諾は少なくとも行為時に存在しなければならないのかを説明することができないように思われる。被害者にとって、その物への関心をいつ失ったかは重要ではなく、それが重要なのは、刑法が犯罪成立いかんを把握したいからである。この点で、単なる自己決定ではなく、社会に認識される自己決定を要求することは、十分意味のあることのように思われる。

また植物状態にある者が被害者となった場合など、被害者の物に関する態度が明らかではない（確認ができない）とき、通常刑法はその物は放棄されていないという前提からスタートする。表明がないときには、被害者の意思は財物の維持を望んでいるという前提は、意思方向説よりも意思表明説と整合性があるように思われるのである。

以上のことから、器物損壊罪における承諾（法益侵害性に係る合意）は、表明が必要であると解することが適切であ

ろう。なお、このことは、器物損壊罪の特質というよりも、法的性質を有する承諾の特質として導かれたことにも注意すべきである。

このような表明は社会的に確認できれば良いので、行為者に表明される必要もなければ明示的に表明される必要もない。承諾は、明示的・黙示的に、外部に表明されればそれで十分であろう。たとえば看板がよく壊されるコンビニで、オーナーがその破壊を容認することを店員たちに報告したのであれば、[27] その看板の破壊はすでに器物損壊罪に関係した所有権者の処分権侵害ではないということになるのである。

ただし、このことからは、表明の錯誤や単なる錯誤、あざむれの承諾の場合においては「表明された承諾に拘束される」[28]という逆の帰結は導かれえない。社会的な制度として表明を要求することと、その認識された同意が「自己決定」という犯罪阻却根拠を備えているかは別問題である。もしも、表明された承諾が、本人の自己決定の表明として評価できない場合には、それは、有効な承諾ではないといえよう。

四　合意能力について

これまで検討してきたように、器物損壊罪における承諾は、法益侵害性に係る合意である。そして、器物損壊罪における法益とは、財産権であり、多くの点で領得罪における法益侵害性に係る合意の議論と同じものがあてはまるだろう。[29] 承諾能力についても、同様である。

確かに器物損壊罪においては、領得罪とは異なって、後になってそれを取り消したとしても実際問題として物を取り返せない、つまりは物が完全に消失してしまっている場合がある。このような性質ゆえに、比較的判断能力の未熟な未

成年等を自らの安易な決定から保護するため、その承諾能力をより制限する必要があるだろう。たとえば物の著しい損失を招くような物の損壊においては、領得罪よりも高い認識能力と判断能力を必要とすべきである。しかしこれは、窃盗罪においても安価なおもちゃを譲渡する場合より、貯金通帳を譲渡する場合の方が、より高い承諾能力が必要であると考えることと同様である。承諾の効果と意義が大きければ大きいほど、それに見合った認識能力と判断の成熟性が要求されるのであり、承諾能力は構成要件ごと確一に定められるものではない[30]。未成年の承諾能力は一定の年齢制限に左右されず、個々の事例に基づいて判断されるべきである。

それでは合意能力が最終的に当該財の重要性や侵害の程度に左右されるとして、より一般的に合意能力にはどのようなものが要求されているのだろうか。そしてなぜそのような能力が必要であるのだろうか。これについては、アーメルングが詳細な検討をおこなっている。

アーメルングはまず一般的抽象的に「合理的に同意を決定する能力がない者は、同意無能力者とみなされる」というテーゼを打ち立てた[31]。なぜならば、同意者がここで保障されている自由は、彼の「幸福追求（pursuit of happiness）」に貢献するものであり、そして彼が法的に保護された利益を放棄したとき、彼はそれを普通、他のことを満たすために用いるからである。それゆえに、議論の開始点は、同意者には彼の利益を合理的に守る能力がなければならない、ということにある。同意能力者は、彼にとって何が有益かを認識しなければならないのである。そして、ここで重要なのは、（責任能力の場合のように）刑法理論の規範的な考察ではなく、経済的な考察方法における利益計算である。

それでは、より具体的に、「合理的（vernünftig）な同意の決定」とはどのようなものをいうのか。

アーメルングはまず、同意の価値決定的側面に注目する[32]。法益侵害に同意した者は、法益の一部または全部を犠牲にさらす。それは、分別のある者ならばいたずらにおこなわず、普通はそのことから生じる何らかの利益を期待してい

るがゆえにおこなうものである。たとえば反対給付がそうである。また、単に不利益を避けるために財を犠牲にすることもありうるし、所有者にとってささいな物を放棄することが合理的でないということもできない。ゆえに、利益を得るため、不利益を避けるため、あるいはその所有者にとってその法益がささいな価値しか有していないときには、その放棄の決定は不合理であると言うことはできない。そしてまた、ここで用いられた利益・不利益の判断は、同意者自身によっておこなわれることになる[34]。なぜなら、被害者の承諾は自己決定に基づく行為であって、何が彼にとってよいことなのかを独自の価値システムに基づいて判断する権限は同意者にあり、さもなければそれは他者決定（Fremd-Bestimmung）となってしまうからである。それらのことから、被害者の承諾を有効におこなうためには、合理的な判断をする能力が必要であるが、その合理性は客観的に決めるものではなく、つまり偏向者がその偏向ゆえに下した客観的に不合理な決定は合理的な決定ということができ、他方客観的に合理的なものからの逸脱が、彼の嗜好ではなく、本人すら支配することのできない彼の価値システムをゆがめる障害（Defekt）[35]ゆえに、発生した場合には、彼には同意能力がないということになる[36]。結局、ここでは、合理的な決定を下すための、生物学的な（biologisch）確定が問題となってくる。

また、それと並んで、同意者が合理的な決定をするためには事実を知っていなければならない。財の評価を裏付ける事実（たとえば箪笥のアンティーク的価値）、適切な予測をするのに重要な事実（臓器摘出の前提としての癌の存在）[37]が重要である。また、不利益を避けるための承諾の場合には、事実的には他の選択肢の存在が重要となる。十分な選択肢がある場合には、どの選択肢がより財を損なわないかという判断が必要であり、この判断は事前に予想できる択一的に存在する措置の結果という事実に左右される[38]。これらは上述の価値判断とは異なって、客観的に認識ができるものである[39]。このことから、決定者は合理的な同意に重要な事実と因果経過を判断する能力を有していなくてはならな

いことが導かれる。[40] 同意者は、当該財の価値を裏づけ、侵害の作為あるいは不作為の結果についての予測がそれに基づくような事実を認識できなければならないのである。そしてこの予測的な熟考の際には、将来的な展開を適切に判断する能力も必要としている。ここからさしあたって要求されるものは、知的な理解力である。同意者は一定の知識を有し、その手持ちの知識を論理的に結びつける能力が必要なのである。

その一方で、将来的な予測を正確に行うことは、専門家にも難しいために、この能力の存否を判断することは困難だが、いずれにせよ幽霊の影響など、錯覚的なつながり（wahnhafte Zusammenhänge）を信じている者には欠けていることになる。[41] また、特別な知識を必要とするような（たとえば医的侵襲の）場面では、専門家の説明を理解する能力が必要である。

そして正しく認識し、障害なく評価をすることのできる者は、最後に、それに基づいて行動する能力を有していなければならない。[42] 認識に基づいて自らを律する能力を有していなければ、自己決定の能力は制限されている。これは、たとえば精神障害者や未成年者が、正しい認識に反して誘惑に負ける場合や、麻薬中毒者が、それが自分に害を与えることだと分かっていながらも、麻薬の注射を依頼する場合などにあてはまる。[43] そして以上のような合理的な決定のために必要な知的能力は、企画された侵害の複雑性に左右されることになるのである。

結果として、幸福追求権の一部としての（合理的な）自己決定のために必要な能力を有さない者は、未成年又は精神障害若しくは精神疾患のために、財の価値・その等級を理解し、将来的な結果やリスクを理解し、また目的を達成するためにどの手段がもっとも負担が少ないかを理解する能力がなく、またはそのような理解に基づいて行動する能力がない者である。[44] 以上のようなアーメリングの帰結に基づけば、結局彼の初めのテーゼ「合理的に同意を決定する能力」のうち「合理的」という用語の本来的な意味は失われている。生物学上の障害がないこと、その上で合理的な結論を下

すもとになる事実を認識・判断する能力、その認識に基づいて自らを制御する能力が決定的なのである。(45)

このようなアーメルングの主張は、多くの点で納得することができる。(46)同意のために犠牲にさらす財の価値、侵害の結果等を認識する能力、利益を衡量する能力は、自律的な自己決定のために必要不可欠である。たとえば、一〇歳の少年がおもちゃと交換に、彼の所有する五百万円の壺の破壊に承諾したとする。ここで被害者がおよそ、五百万円という価値の意味を理解する能力を欠いている場合には彼は承諾能力を有していないことになる。また、破壊した壺が二度とその価値を取り戻せないことを理解せず、あるいは破壊の代償としてもらったおもちゃが、その壺を売れば容易に購入できることを理解する能力がない場合も同様である。自らの認識・評価に基づいて行動する能力も、自己決定に基づく行為と言うためには必要不可欠であろう。

ただ、アーメルングのテーゼには、二点問題があるように思われる。

第一に、「未成年又は精神障害若しくは精神疾患のために」という限定を、同意能力テーゼの開始点でおこなったことである。なぜならば、確かにこのような人たちには認識能力・判断能力が欠如している可能性が類型的に高いかもしれないが、一度このような絞りをかけてから、さらに実質的に能力がない者を選んでいく彼のテーゼは二度手間であるように思われるのである。アーメリングはこの絞りを「嗜好」によって不合理な決定をした（成人の）被害者に同意無能力という烙印を押さないために用いたのであろうが、彼のテーゼでは結局、決定の「合理性」は実質的な重要性を失っているのであり、その次に続く能力、つまり財の価値・その等級を理解し、将来的な結果やリスクを理解し、また目的を達成するためにどの手段がもっとも負担が少ないかを理解する能力、またそのような理解に基づいて行動する能力が決定的となっている。そうだとすればそのような絞りをかけずとも同意能力は十分に決定することができると思われるのである。承諾無能力は結果的にそのような者に限られるとしても、それを検討する場合にはそういった既成概念から

解放されているべきであろう。生物学的な確定は、その者に認識能力・判断能力が欠如していたことを証明する有効な手段ではあるが、同意能力テーゼを構成する必要不可欠な前提ではない。

第二に、アーメルングが幽霊の影響といった幻覚的なつながりを信じている場合に同意能力を否定したことである。なぜならば、幻覚的なつながりを信じるか否かは、その者の能力ではなく信条にかかわりうるからである。たしかに同意能力のない幼児は、幽霊や神といった迷信じみたものを信じる傾向にある。そして分別ある大人は、このようなものを信じる傾向にあまりない。しかし、分別ある大人の中にも、幽霊や神の存在を妄信している人もいるだろう。たとえば精神的に疾患のない成人が神の奇跡が起こると信じていたゆえに、彼の大切にしているイエスの像を破壊することに承諾したとしても、普通は彼には十分な判断能力があるというのではないだろうか。もしも、子供が幽霊を信じることと、大人がそれを信じることに差異があるとすれば、それは子供の決定が十分な事実の認識に基づいておこなわれていないという点、つまり事実の認識能力が著しく欠けているという点であろう。客観的に生じた事実を認識・分析する能力を持っている成人が（あるいは未成年でも）、幽霊や神の存在を信じているのであれば、それは本人の信条の自由であって、それゆえに承諾能力が否定される必要はない。アーメルングは、この点をテーゼの開始点に「未成年あるいは精神障害あるいは精神疾患のために」という絞りをかけることによって克服しようとするが、このような絞りは不要である。ここでは妄信が問題なのではなく、妄信へと至らしめるような認識能力の低さが問題なのであり、通常の認識能力・判断能力を有しているものが特別に何かを妄信していても、それは彼の価値判断に基づく信条である。

以上のことから、自律的な自己決定であるというためには、犠牲にさらす財の価値、侵害の結果等を認識する能力、利益を衡量する能力が必要であり、それゆえこのような能力が、自律的な自己決定を根拠とする犯罪阻却事由、法益侵害性に係る合意に要求されることになる。具体的に器物損壊罪においては、破壊される物の価値、物が破壊されること、

損壊の程度、破壊されたことで導かれる帰結（利益得失）を認識し、そのような認識に基づいて何を優先すべきかという評価を行い、それに基づいて行動する能力が必要である。このような能力があれば、たとえ客観的に安易で不合理な決定を未成年者が下したとしても、それは彼の自己決定に基づく行為であるといえるだろう。

五　錯誤・強制に基づく合意について

被害者の承諾が錯誤・強制に基づいてなされた場合、その承諾は有効か無効かという議論は、被害者の承諾の要件においてもっとも頻繁に議論されるテーマの一つである。このテーマは主に違法性を阻却する同意との関係で論じられることになるが、合意においても同様の問題が生じる。とりわけ本稿における法益侵害性に係る合意は、効果的には合意だが、被害者による自由な法益の処分が問題となっている点で性質上は同意に類似しているといっていい。また、多くの文献は、上述のように器物損壊罪を同意に分類する。それゆえ、本節では、器物損壊罪における錯誤・強制に基づく承諾の有効性について、同意に関する総論的な議論を参考にしつつ検討していきたい。

（一）錯誤に基づく承諾―ドイツ―

ドイツにおける通説・判例は、かつて決定に重大な影響をもたらした欺罔に基づく承諾は原則的に無効であるという立場に立っていた(47)。しかし、なぜこのような錯誤のテーゼが用いられるかについて、学説も判例も解釈論的に納得のいく根拠で基礎付けることはなかった。ここでは事例ごとの解決が重要視されるだけで、そのために注目に値する錯誤とそうでない錯誤の区別も常にあいまいのままとなっていたのである(48)。しかしこのような議論状況は、一九七〇年に

アルツトがこのテーゼに批判的な、そして現在非常に有力となった法益関係的錯誤の理論を展開することで大きく変化することになった。錯誤に基づく承諾の議論はここから急速に発展しはじめたといっても過言ではないだろう。

それゆえ以下ではまずアルツトの議論から紹介していく。また、錯誤に基づく承諾の議論は論者ごとに様々であって、いまだに統一的な解決をみない領域である。それゆえ、本稿では論者ごとに、その理論の特徴を紹介していきたい。

アルツトによれば、民法においては、被害者が欺罔から自由であることについて保護されるべきであるが、刑法は、原則的に定まった、つまり静的なものとして想定された法益を保護するだけのもの（Bestandschutz）であるという。[49] アルツトは、この静的なものに関する錯誤だけを重要とみなし、これを法益関係的錯誤と名づけた。[50] そして、それ以外に関する錯誤は、同意を無効なものへと導かないとしている。アルツトが後者の例としてあげたのは、その支払能力を欺罔されていたにもかかわらず、一〇〇〇ＤＭを与えることを約されて平手打ちに同意した者の事例、そして虚偽の謝礼の約束をうけて、他人の代わりに懲役刑を受けた者の事例である。これらの事例において承諾を無効にして傷害罪・監禁罪の成立を認めるというのであれば、二四〇条（強要罪）も二六三条（詐欺罪）もその保護を拒絶したような交換の自由を刑法的に保護することになってしまうからである。[51] また刑法が、ここで傷害罪や監禁罪を適用してしまえば、事情によっては民法的に強制できない一身専属的な財の売却についての請求権すら刑法の助力でもって達成されてしまうとアルツトは懸念する。刑法は、すべての法益、またいわゆる「一身専属的な」法益が交換客体となることに貢献すべきではない。ゆえに、承諾を無効にする欺罔は、被害者を法益関係的な錯誤に導くものでなければならないと彼は主張した。アルツトの分類によれば、法益関係的錯誤といえるのは、同意者が、彼が何を放棄するのか分かっていない時だけである。[52] 法益の放棄でもって法益の所有者が追い求めようとした目的に関係した欺罔は、法益関係的ではない。[53] またこの基準は欺罔に基づかない単なる錯誤においてもあてはまり、法益関係的錯誤は常に同意の有効性に影響を与え

ることになる。[54]

なお、アルツトは、脅迫（Drohung）によって得られた承諾に関しても同じ理論を用いて解決しようと試みた。それによれば脅迫によって得られた承諾は無効である。[55]脅迫によって得られた法益所有者の承諾は、その実際の意思が法益保護に向かったままであるということを何ら変えていないからである。ここでの法益所有者は、自己答責的・任意に法益を放棄したということはできない。被脅迫者の意思は侵害と対立しているので、脅迫は常に法益関係的なのである。[56]

このようなアルツトの見解は、学説の一部で支持を受けることとなった。[57]しかし、これらの学説でも、アルツトの基本テーゼや帰結をすべて可としたわけではなく、たとえばシュテルンベルク・リーベンは、静的な物体は自由な処分を念頭においた人間の発展の基礎としてのみ保護されるとしてアルツトの基本テーゼを否定した。[58]またヤコブスは、法益関係的錯誤説に依拠しつつ、法益関係的錯誤にあてはまらない場合も間接正犯の理論に基づいて処罰範囲を拡大できるとした点で、アルツトの結論とは異なっている。[59]とりわけ前者の主張に関係して、アルツトが出発点としたテーゼ、つまり刑法は静的な客体を保護しているというテーゼには、学者の批判が集中した。[60]シュテルンベルク・リーベンやロクシンのように、他人の物の所有権や他人の身体の完全性への侵害はすでにそれ自体で刑法に反しているのではなく、同時に法益所有者の意思に反した時にはじめて刑法に反することになるという主観的な法益論を主張する論者は、一層これに反対することになるだろう。[61]この点についてアルツトは後の研究で、法益関係的錯誤は法益と処分の自由の分裂した定義ではなく、静的に考えられる財と財に潜む処分の自由の一致した定義であるとして、若干の訂正を加えている。[62]

しかし、アルツトの法益関係的錯誤が、そのような修正を加える以前から有力で、複数の学者の支持を得るにいたったのは、反対給付についての欺罔で彼の展開した理論があまりに魅力的だったからであろう。対価についての欺罔ゆえ

に法益侵害に承諾をした場合、傷害罪や監禁罪を認めてしまえば、反対給付に関する信頼（期待）を詐欺罪においてひかれている限界をさらに超えて間接的に保護することになり、それでもって立法者が望まない、[63]そしてまた刑事政策的にも好ましくない一身専属的な法益の商業化に刑法が手を貸してしまうことになるという考えが、かつての通説への批判として多くの学者に認識、共有されることになったのである。しかしそれにもかかわらず、アルツトの見解に完全に与する事は困難であり、なぜなら、そのテーゼに基づく解決は処罰範囲をあまりに狭めてしまうからである。

そのため、ドイツではかつての通説と法益関係的錯誤説の間で解決を模索する中間説が有力となった。中間説の論者としては、ロクシン、レンクナー、キューネ等が上げられる。

ロクシンによれば、被害者の承諾は、それが法益所有者の自律性の表現として、つまり行動の自由の表現として表れている範囲でのみ有効でありうる。[64]法益関係的な錯誤の場合には、それが欠けていて、なぜなら同意者は彼がどの程度行為客体を事実上放棄するのかを知らないからである。その一方で反対給付についてのみ錯誤しているのであれば、同意者は彼の法益を自由に放棄しているといえる。

ロクシンのこの議論は法益関係的錯誤説が基礎となっている。しかしロクシンはさらに、法益関係的錯誤説は、法益関係的でない事情についての欺罔は決して被欺罔者の自己決定権に抵触しない、つまりその同意は錯誤にもかかわらず彼の自由の表現として現れると言うことができるときのみに、無制限に受け入れることができるとして、たとえば子供が盲目になると騙されて自らの目を移植目的で放棄した母親の例をあげて、法益関係的な錯誤がない場合であっても、被害者の同意が被害者の自律的な決定の帰結ということができない場合があるゆえに、法益関係的錯誤説は無制限には受け入れられないと主張した。つまり、法益関係的錯誤であるかそうでないかは、同意の有効性について根本的な重要性をもたらさないと解したのである。[65]

また同意者の自律的な決定を顧慮しようとすれば、あらゆる動機が考慮される（あらゆる処分の自由が保護される）ことになるとのアルツトの考えを、ロクシンは否定した。なぜなら、誤ったイメージを伴う承諾が、なお同意者の自由な処分の表現として判断されるかどうか、つまり承諾が有効か否かは、同意者の主観的な恣意性の問題ではなくて、客観的な評価の問題だと考えたからである。[66] このような出発点からロクシンは、法益所有者の自己決定権を排除する欺罔とそうでない欺罔を客観的に区別するために、事例グループごとの検討を試みた。

まず、①「法益関係的な錯誤」においては、あらゆる同意は無効である。[67] 正確に言うと、欺罔がもともと与えられている同意を無効にするのではなくて、そもそも同意は法益侵害のそのような種類に関係していない。同意は無効ではなくて、存在していないのである。

なお、ここでいう法益関係的錯誤はアルツトの想定するそれよりはわずかに広いようである。というのも、血を抜いた後で、それを何に使うのかということ（侵害の種類）についての錯誤も法益関係的であると解されているからである。[68]

続いて②「反対給付についての錯誤」においては、双務契約を結んだ場合、人は常に反対給付が得られないリスクを引き受けているということから議論をスタートする。[69] 民法的には、欺罔に基づく契約の場合、契約を取り消して遡及的に無効とする可能性があるが、そのような可能性を刑法に移して、原則的に同意を無効とすることは目的論的に間違っていると彼はいう。なぜなら、刑法的に重要な場面においては、被欺罔者は通常自らの義務を履行しているので、被欺罔者は契約に固執することになるからである。つまり、ここで重要なのは同意を無効にすることではなく、反対給付を得ることである。そして反対給付の保護は、詐欺罪あるいは民法上の履行請求権の範疇であって、当該構成要件の問題ではない。また、適切な理由で民法が提訴可能性を、刑法が詐欺罪による保護を拒絶した場合に、回り道をしてそれを保護することは、つまり欺罔を根拠として傷害罪等で処罰することは矛盾である。それゆえ②における承諾は有効のま

までである。

その一方で③「利他的目的についての錯誤」の場合には欺罔に基づく同意は無効である。[70] たとえば医学の発展のために必要だといわれて同意した傷害が、実は傷をつけることだけが目的だった場合、承諾者は事実を知っていたら同意をしなかっただろう。ここでの同意は承諾者の行動の自由の表明ではなく、むしろそれは欺罔によって作られ、操作された意思である。②「反対給付についての錯誤」との違いは、②における取り決めは、客観的な基準に基づいて重要なまま残っているということである。承諾者が望んだ状況はなお確定可能であり、民法と刑法の詐欺規定はその際被欺罔者に手を貸す。それに対して③においては、最終的に被欺罔者の目的は達成することができない。以上のことから③における承諾は、法益所有者が自律的に決定したものではなくて、他者が決定したものであるゆえに、無効となる。

さらに④「損害を避ける目的についての錯誤」も、事情は同じである。[71] ある人が、彼の法益領域についての侵害を許容したとき、他の損害を回避しようとした限りで、彼は利他的に振舞っており、同意の無効性については③と同じことが適用されることになる。同意者が自分の利益を追い求めた場合でも結果は同じである。④の例としてロクシンは緊急状態の欺罔をあげる。たとえば、前記の母親の角膜移植の事例や、いわゆる猛獣事例（檻の中で飼っていた肉食獣が脱走し、公衆を危険にさらしていると欺罔された被害者が、実は檻で大人しくしていた猛獣の射殺に承諾したような場合）がこれにあたる。被欺罔者はこのような欺罔を、脅迫でおこなわれた強要の場合に存在するのと同じ精神状態に被欺罔者を陥らせるのに用いるのであるから、脅迫によって強いられた同意が無効であるのならばここでもそうでなければならないという。もちろん、緊急状態が実際のものであれば同意は有効であり、なぜなら被害者がおこなった財の衡量の中には彼に残された自己決定の自由が現れているからである。④に関する欺罔は、客観的に制限されていない自由な決定の余地を、脅迫をおこなうのと同様に狭めるから、それが同意を不自由に、それゆえ無効とするのである。

最後に⑤「動機に重要な付随的事情についての錯誤あるいは行為者にその充足が左右されない期待への錯誤」は、同意を無効にしない[72]。たとえば、単なる研修医を免許を有した医師だと錯誤して侵襲に承諾した場合には、研修医のそれが免許ある医師のそれよりも身体的危険に関するリスクを高めない場合には、その承諾は患者の自由な意思の表明でないとはいえない[73]。美容手術や庭にある古い小屋を取り壊させるためにかかる費用（報酬）についての錯誤も付随的錯誤であり、それは②の錯誤とパラレルである。また、整形手術によって異性に対する魅力が増すという、整形手術に付随した更なる期待の欺罔は、整形手術に関する契約が履行されたということを変えるものではない。自由な意思決定の帰結は常に不確実であって、その自律性（決定）が、言葉巧みに信じさせられた期待に由来するとか、後で後悔させられたとかは重要ではないのである。

以上のことから、ロクシンは①「法益関係的錯誤」③「利他的目的についての錯誤」④「損害を避ける目的についての錯誤」が、欺罔によってもたらされた場合には、それに基づく承諾は法益所有者の自律的な決定ではなく、無効であると解した。

なお、ロクシンは客観的に存在する同意を重視する立場にあるので、同意が単なる錯誤に基づいて表明された場合には、それがたとえ法益関係的な錯誤であったとしても有効であるとしている[74]。この点でも、ロクシンは法益関係的錯誤説と一線を画しているといえる。

他方このようなロクシンの中間説と同様にレンクナーは被害者の承諾がいつ自己決定ではなく、他者決定となるのかという視点から検討を加えた[75]。そして、他律的な決定がどのような場合に現れるかという点についてレンクナーは二つの例をあげた。

一つは欺罔によって法益関係的な錯誤が惹起された場合である。ただしここで注意すべきは、レンクナーはアルツト

やロクシンよりも「法益関係的な錯誤」を広く解しているということである。彼は、同意者が侵害された法益への、その行為の結果・意義・効果についてはっきり認識していない場合には（欺罔に基づかない場合であっても）錯誤に基づく承諾は無効だとした上で、その中に放棄した財についての誤ったイメージ、価値を形作っている性質、そして物の市場価格についての誤ったイメージ、さらに財が侵害された際の利益得失に関する誤ったイメージをも含ませている。[76] 確かにレンクナーは「法益関係的」という用語を使ってはいるが、それはアルツトの想定したような制限されたものではなくて、保護法益に関する限りでのあらゆるイメージという意味に用いられているといえよう。

さらに、レンクナーは自己決定が他者決定になる場合の第二の例として、錯誤自体は法益と関係していないが、それが同様の脅迫によって惹起されたのであれば有効な同意が阻却されるような法益に関係した不自由な状況が、それによって同意者にもたらされた場合を挙げる。[77] それはたとえば、子供が病気だと偽られて表面上は差し迫って必要な献血に承諾した母親の場合である。ここでの欺罔は「さもなければ子供を殺す」という脅迫と同じように、母親の自律的な処分を排除する。

このような二つの状況が承諾を無効とし、また反対にそれだけが承諾を無効にすることができる。[78] それゆえレンクナーによれば、ロクシンが肯定した利他的な目的のための承諾は無効ではない。

ロクシンやレンクナーを代表とする中間説は、法益関係的錯誤説に加えて、いつ自己決定は他者決定になるのかをカズイスティックに検討する点に特徴がある。[79] しかしこのような中間説はそのカズイスティックな方法論ゆえに、全体的な根拠が欠けているとの批判がなされることになる。また、もとのアルツトの議論から次第に法益関係的錯誤自体の内容が広がっていくのも特徴的であろう。

続いて法益関係的錯誤説のテーゼを用いながらもその他の理論を補完的に用いてアルツトとは全く異なる帰結に達し

たキューネの見解について紹介したい。後述のことから判明するように、彼も中間説に分類することができる。

キューネによれば、錯誤は、鉄のボールを木のボールだと錯誤して足に落とすことに承諾した、あるいはメリケンサックをはめていることを知らずに、殴られることに同意をしたような内容の錯誤と、言い間違いあるいは書き間違って思っていることとは別のことを表明してしまった表明の錯誤、そして動機の錯誤に区別される。そしてキューネは、内容の錯誤と表明の錯誤を検討するに当たって、アルツトと同じように、刑法は単に構成要件的にカバーされた法益の存立（Bestand）を保護していて、それについての処分の自由の完全性は保護していないということから議論をスタートした。[80] ここでは処分の自由は、（それが侵害されていないときには構成要件が阻却されないという意味で）[81] その消極的な形態（Ausprägung）においてのみ法益の一部であるという。そして、キューネはアルツトと異なって、他方ロクシンと同様に、内容の錯誤や表明の錯誤においては、法益関係的錯誤であっても、同意者自身が同意を正しく、完全に表現することを怠ったことを無視してはならないと主張する。[82] ここでは民法と同じように、放棄をした者に起こった過ちは、原則的に彼のリスクの範囲に分配されることになる。つまり、同意はたとえ法益関係的な錯誤があっても有効のままである。[83] これは受け取り手がそれを知っていた場合も同じである。このような状況においても、表明者が衝突状況のきっかけとなっているからである。しかし、キューネはこの時、権利濫用の原則の適用可能性を指摘する。受け取り手が、真の意思と表明された意思との違いを知っているにもかかわらずに、法益を侵害した場合には、彼の行為は原則的に、被害者が侵害を許容しないだろうことを知っている普通の行為者と同じである。それゆえに、同意は彼に対して（相対的に）無効ということになる。[84] これは、受け取り手が欺罔によって、不完全な表明を惹起した場合にはなおさら当てはまるし、また脅迫や暴行によって強要された承諾の場合、放棄の表明の相対的無効性は明らかであろう。

他方動機の錯誤について、キューネは、動機が現在の事情に向けられている時と、将来的な事情に向けられている時

に区別する。そして彼は後者の場合、同意は有効のままだと解する[85]。なぜなら、刑法は行為時に同意の有効性を定めなければならないので[86]、将来的な事情に関係した仮定的な（事実を知っていた場合の）意思と実際の意思の相違は、既存の法益放棄の無効性へとは導かないのである。それに対して前者の場合は、さらに対価的なもの（entgeltlich）と、対価的でないもの（unentgeltlich）に区別される。ここでキューネは法益関係的錯誤説的な彼の基本概念から、対価的なものについての錯誤は刑法にとって重要ではなく、承諾は有効のままであるとする[87]。そして、このような錯誤が欺罔で引き起こされた場合、詐欺罪が排他的にカバーすることになるので、権利濫用の原則はここにはあてはまらないと考える。つまり、錯誤が欺罔によって引き起こされた場合でも、欺罔者は同意を自らのために用いることができるのである。その一方で対価的でないものについての錯誤は、法益処分の付随事情であるので対価的な錯誤と同様に同意を無効にはしないが、権利濫用の原則は詐欺罪によって排除されず、錯誤を知ってそれを利用した者には、同意は無効ということになる。

結局、キューネは基本的に法益関係的錯誤説に立ちながらも、具体的に多くの場面ではそれとは異なる基準（権利濫用の原則など）によって承諾の有効性を判断している。

このようにアルツトのテーゼは多くの学者に影響を与え、同意と錯誤の問題を、かつての議論よりもより理論的・一般的に発展させるきっかけとなった。しかしこのきっかけは、確かに法益関係的錯誤説に好意を示す学者に影響を与えたが、それに反対する立場にも、同様の効果をもたらした。

たとえばアーメルングがそうである。アーメルングはまず、法益関係的錯誤説や中間説を徹底的に批判することから始めた。アーメルングによれば、アルツトのテーゼは、同意者の法益利用の目的が、同意の有効性にまったく影響を与えない点に問題があるという。同意者の相手方がそれを知っていた、あるいはまったく計画的に惹起していたかどうか

は関係なく、同意者は錯誤ゆえの損害結果を負わなければならないことになってしまう。このように同意者の価値システムから同意決定を独立させることは、不自然であるというのである[88]。また、アルツトは脅迫に基づく承諾について、法益放棄を実際には望んでいないから常に法益関係的であると主張したが、それによって「法益関係」の概念に他の意味が与えられているし[89]、対価について欺罔された同意に基づく法益侵害は詐欺罪で対処できるという主張も、詐欺罪成立のためには領得の意思が必要であるから、ただ相手に傷をつけることを目的で行った侵害（たとえば献血）の場合には対応できないと彼は批判した[90]。対価に関する欺罔がなされた場合でも、欺罔者は経済的な期待を侵害したのみならず、一般的な基準に従えば被害者ではなくて彼に帰責されうるような身体の損害も惹起しているのだから[91]、せいぜい詐欺罪の不法しか認めないアルツトの見解は否定されるべきだというのである。

さらにロクシンに対しても、あらゆる構成要件に法益所有者の処分の自由を含ませる彼の法益論（一元説）に対する批判[92]、カズイスティックな決定に対する批判をむけているし、キューネに対しても、キューネの行う二重の考察は必要がないと主張した[93]。なぜなら欠陥のある同意を無効としたとき、そこからただちに表明の受け取り手に決定的な不利益は生じないからである。個人的な帰責可能性の検討の際に、同意の受領者の利益を考慮する余地があるのである。

そのうえで、アーメルングは自説を展開した。アーメルングによれば、同意の有効性と法益侵害が誰に帰責されるかは別問題である[94]。そして、アーメルングはここでまず、意思の欠缺が同意者の過ちに基づくときは同意者に、侵害者のそれに基づく場合には侵害者に帰責されるという帰結の前提を提示したうえで、いつ同意が有効とみなされるかについての検討をおこなった[95]。

ここでは本節四同意能力で紹介した議論と同様に、有効な同意のためには同意者は彼の価値システムと一致して決定しなければならないとアーメルングは考えた。つまり、彼の価値システムと反するものはすべて無効であり、錯誤・脅

迫によって承諾が与えられた場合はそれにあたる。そして順序的には同意の有効・無効が導かれた後に、帰責の問題が生じることになるのである。[96]

では、具体的にどのような場合にどのような帰結が導かれることになるのか。

上記の基礎に基づいてアーメルングはまず、単なる錯誤の場合を検討した。それによれば表明の錯誤であっても、内容の錯誤であっても、それは同意者の価値決定を表現していないので無効であり、そこから帰責の問題が生じることになる。[97]それは、行為者に錯誤の責任があるかに左右されるのだが、さらに例外的に言い間違いを知っていたのならば、行為者は故意責任を免れることはできない。[98]また、義務に反してそれを怠った者は、過失犯となる。

そして次に、アーメルングは決定の過ち（Entscheidungsfehler）について論じるのだが、ここでは本節四で論じた基準と同じように、それを価値決定、予測の決定、葛藤の決定の三つにわけることになる。[99]価値決定の際の欠陥で問題となるのが動機の錯誤であるが、この場合においても、承諾は無効である。コストと利益を分析する際に、誤った事実的前提からスタートした者は、必然的に彼の価値システムにその結果が反するような決定をするからである。ここでの行為者への帰責は、錯誤の責任が行為者側にある場合のほかに、行為者が、放棄された法益評価が間違いに基づいた事実理解に由来していると知っている場合（故意犯）、義務に反してそれを見破ることを怠った場合（過失犯）におこなわれる。次に予測の過ちについては、将来が期待したものと違う風に形成される不確実性は、将来の出来事を顧慮して決定するすべての人が受け入れる危険であることを出発点とする。[100]同意の有効性をただ期待した出来事の発生にだけ左右させるのは困難であり、有効性の判断は侵害者がそれをおこなった瞬間に、当事者の意思に反しているか否かについて答えを出さなければならない。ゆえに、ここでの錯誤は承諾を無効にしない。しかし、予測を立てた者は普通、現在の所与のものに依拠しておこなっているので、動機の錯誤として取り扱われる場合もある。最後に、葛藤の錯誤は、

それが必要であるときにのみ被害者の価値システムに適している。[101] なぜなら、彼にとってベストなのは、二つの財とも無傷のままであることだからである。より価値の低い財の放棄は、それが価値のある財の喪失を妨げるのに十分な時に必要となり、そして法益の喪失に脅かされた人がより侵害されないような救助手段が他にない場合に必要となる。それゆえ同意者が価値ある財を救出するのにより緩やかな選択肢があることを知らなかった場合には、同意は無効となる。そしてここでの行為者への帰責は他の領域と同じことが当てはまることになるが、結果の帰責は、法に見合った別の行為が同じ損害をもたらすに過ぎないときには欠けることになる。[102]

このような記述は、法益関係的でない錯誤にもあてはまる。[103] ただし、上述のことは①ある財の犠牲と、他の財の維持が実際に条件関係（Bedingungszusammenhang）にあるときにのみ適用されるので、たとえば同意者が彼の法益利用のリスクを引き受けていたときにはそれは欠けることになる。この時、同意者は錯誤していない。また②法益関係的でない錯誤は、しばしば予測が重要であるが、その場合、予測の現在の基礎に欠陥が関係している時に無効となる。[104]

また、自分の財を他の財と交換することに内在するロジックは、自分の領域の他財を維持するために自分のある財を利用する（たとえば緊急状態時）ことと同じであるとアーメルングは考える。ゆえに反対給付について錯誤した時にはその犠牲は無意味であり、同意は無効であるという帰結が導かれることになる。アルツトやロクシンは、人の価値が商業化されると批判するが、しかしそれは対価に関係した被害者の錯誤を意識的に利用し、それでもって法倫理的な最低限の命令、つまりは誰もそれについて補償することなしに法益を損害してはならないという命令に反した行為者を保護していることになる。[105] また、法益関係的錯誤説がもつような、ある法益を他の財の獲得のために交換した者は、単に彼の法益の維持に価値を置いていないというイメージは間違っているという。[106] 所有者にとって法益は、相対的な価値を持つに過ぎないからである。付随事情についての錯誤も同様であり、同意者が任意に誰がその法益を侵害できるかに

ついて定める自由を持っていることは争われるべきではないのである。[107] ただしそのような決定を無視した者が、同意者が彼とは異なる者に許容した財の侵害の責を負うべきかという問題は別である。同意者がその財の放棄を決定した時、侵害の権限のない者の侵害には結果無価値がかけており、[108] また権限を与えられていない者が、権限を与えられている者と同じ資格を有しているときには、侵害者は「許された危険」の範囲で振舞っているので、行為無価値もかけている。[109] しかし、無権限の侵害者が、同意者が権限を与えた者の前提となっているリスクを限定する評価を欠いているときにはそうではない。

このようにアーメルングは、あらゆる錯誤に基づく同意を無効だと解し、アルツトや彼に賛同する多くの学者が否定した、対価に関係した錯誤にも重要性を与えた。アーメルングは自己決定という視点から、かつての通説に根拠を与えたのである。

さらに、レンナウも、アーメルングと同様に法益関係的錯誤説を否定し、かつての通説に根拠を与えることに貢献した。

レンナウは、その理論の出発点で完全に法益関係的錯誤説を否定する。法益関係的錯誤は、実際には同意はすでに存在していないからである。[110] そもそも同意した意識がないときには、それは同意ではない。そして、レンナウは、同意の違法性阻却根拠となる自律的な決定とはいかなるものかについて検討した。

レンナウによれば、同意は財の所有権者がその財を放棄する目的を自ら決定した時、つまり自分の価値基準にもとづいて定めた時に、自律的であるとして評価されることになる。[111] 錯誤と強制は、このような内部での利益衡量を妨げる。しかし、ここから、あらゆる錯誤・強制に基づく同意は無効であるという帰結にレンナウはたどりつかない。[112] なぜならここで重要なのは「(Rest) - Freiheit （残余の自由）」だからである。

レンナウによれば自律的な同意は、処分者が、利用した財について彼の決定の直接的な結果について知っているときにのみ存在する。また、財喪失の間接的な結果も、最善の利益衡量をするためには必要である。合理的な決定のためには、財の所有者が同意に重要な事実を知っていることが前提なのである。しかし、そのような理想的な自己決定・自由はアーメルングがおこなう様には、刑法によって現実に保障することは出来ない。全知でない人間の決定は、常に不十分だったり、不正確な決定根拠の下でおこなわれているからである。人はただ、制限された、たとえば研究によっても途切れることなく拡大可能な知識しか持っていないので、刑法で重要な自由とは、全知の者の理想的な自由と比較するとやむを得ず相対的な自由、つまり「残余の自由」となる。そして同じことが人や自然によって作られ、決定者に影響を与えるようないつでもどこにでもあるような強制について考える場合にもあてはまる。[113] 強制にさらされず、彼の目的を最善に定め、そして実現することのできる全能な人は、全知の人と同じように、法によって実現可能なものとして保護することが出来ない。自由は人間には常に相対的な、つまり制限された自由として存在するのである。

それでは刑法が保護すべき自由とは何であるのか。レンナウによれば、刑法は法益を禁止と命令によって社会的に害のある人の行為からのみ保護することができるので、原則的には、他人によって惹起されたあるいは法的な委託にもかかわらずに取り除かれなかった錯誤・強制のみ重要となる。[114]「残余の自由」が他人の行為によってさらに制限されたあるいは義務に反して拡大されなかった場合に、同意は自律的な決定ではない、つまりは無効であると判断されることになるのである。[115] そして、この無効性は侵害した人にとって、相対的に決まるものでもある。たとえ第三者の欺罔や強制によって、同意者の自律的な意思決定に影響が与えられていたとしても、それはその第三者との関係でのみ無効であって、実際に侵害をしたのがそれとは別の人であるときには、それは「残余の自由」の一部として、つまりは自然的社会的な環境で常に負荷を与えられている全知全能でない人間の自律的な決定として評価されることになる。それゆえに、

たとえ欺罔や強制の存在を知っていたとしても、その同意は当該侵害者に対しては有効である。[116] 処分した財の所有者の保護は、事情によっては欺罔者に間接正犯として財の侵害を帰責することによって顧慮されることになるのである。[117]

以上が、現在ドイツで展開されている錯誤・欺罔に基づく承諾議論の大まかな概要である。アルツトの法益関係的錯誤説とアーメルングの錯誤理論を両極に、様々な議論を紹介したが、略述すれば以下の通りである。①アルツトをはじめ、法益関係的錯誤説に共感を示す論者は、被害者の承諾において、あるいは法益論そのものとして保障されている自律性を保護客体に関係するものに限定している。つまりは、刑法において処分の自由は、一定の客体を処分するか否か、どの程度処分するかの範囲でのみ保護されると考える。②しかし、①の理論では、社会一般的に受け入れがたい帰結が生じてしまうために、中間説はカズイスティックに、それ以外でいつ同意が自律的でなくなるのかを基礎に重要な錯誤・欺罔を導き出したり、[118] 他の理論を用いてその帰結に修正を加える。中間説の利点は、対価的あるいはささいな付随的な事情の錯誤を錯誤無効の範囲から排除することで処罰の不当な拡大を阻み、逆にカズイスティックな検討や他の理論による修正で法益関係的錯誤説の処罰範囲の不当な縮小を修正できることにあるが、その弱点として、一般的な根拠が薄弱であることが挙げられる。

それに対して③アーメルングのように、被害者の承諾にとっては、自己決定が重要であり、真の意思（価値システム）に反する決定はすべて犯罪阻却の根拠が欠けていると解するのであれば、[119] 反対給付に関する錯誤（欺罔）も含め、あらゆる錯誤（欺罔）に基づく承諾が無効となる。処罰範囲の異常な広がりは帰責の問題で解決される。ここでは、対価的な錯誤（欺罔）に基づく処罰は、むしろ適切なものとして受け入れられることになる。この見解の利点は、個人の自己決定権と法益を広く保護できる点にあるが、それは錯誤無効の範囲を結局は制限しないことに繋がりかねず逆に弱点となる。[120]

以上が、錯誤に基づく承諾の総論的な議論である。それではこれらの見解の対立は、器物損壊罪にどのような影響を与えるのだろうか。

注目すべきは、アルツトの法益関係的錯誤説の範囲では、器物損壊罪は扱われていないという点である。器物損壊罪の法益は、物ではなく、所有権という処分の自由であると考えているからである。[121] それゆえ反対給付に関する錯誤も、器物損壊罪における承諾を無効にし得る。それに対して中間説では、そうは解していないようである。法益関係的錯誤[122]の領域を広げるためのカズイスティックな検討の中に、器物損壊罪の例が用いられていることからそれは明らかとなる。もしも、器物損壊罪は一般的な処分の自由を保護していると解するのであれば、ここで器物損壊罪を例に出す理由がない。そのため、両極端に位置したアルツトとアーメルングの帰結がほぼ一致し、[123] 中間説の帰結よりも錯誤無効の範囲が広がることになる。

中間説は、対価に関する錯誤や付随事情に関する錯誤に基づく承諾は有効であるという点で共通しているが、それ以外のどのような場合に承諾が無効となるかは論者ごとのカズイスティックな検討にかかっているので一概に答えることはできない。他方、アルツトの法益関係的錯誤説やアーメルング等のかつての通説を擁護する立場に基づけば、被害者の決定に重要な影響を与えた錯誤（欺罔）は承諾を無効とすることになる。

（二）錯誤に基づく承諾―日本―

かつては日本においても、同意の決定に重要な影響を与えたあらゆる欺罔は、同意を無効にすると解されていた。しかし、近年では非常に有力に法益関係的錯誤説が主張されるようになっている。それはドイツ以上に好意的な態度だと言ってかまわないであろう。

日本で法益関係的錯誤説が受け入れられた背景は、ドイツのそれと同じように、「ある構成要件の保護法益と無関係な利益についての欺罔行為を、被害者の承諾を無効にすることを通じて当該構成要件で処罰するのならば、アルツトの言うように、実質的には当該法益を錯誤が関係する別の法益に変換することになるか、あるいは欺罔から自由であるという意思活動の自由一般を保護することになる」点が憂慮されたことにある。[124] 対価に関する錯誤、ささいな付随事情の錯誤に基づく承諾を有効にできるアルツトのテーゼは、それほど魅力的だったのである。しかし、アルツトの法益関係的錯誤説では帰責範囲があまりに狭くなりすぎるという問題意識はここでも現れる。それゆえに、ドイツの中間説と同様に、法益関係的錯誤説の考察方法を受け入れながらも、さらに自律的な決定とは何かについて、付加的に検討する見解が有力に主張されているのである。[125] しかし、日本独自の議論として注目すべきは、中間説のおこなうカズイスティックな法益関係的錯誤説の修正を、法益関係的錯誤説の中に取り込もうとする試みであろう。以下ではそのような学説についてまず紹介していきたい。

たとえば山口厚は、「法益関係的錯誤」が認められる場合には、惹起された法益侵害について同意・承諾が存在しないのであり、同意・承諾は存在するが、それが自由に与えられたといえないために無効となるのではないということを議論の開始点でまず確認した。[126] そこから、いつ法益関係的錯誤が存在するのかという問題について、第一に、侵害の対象となる法益の価値、当該法益に対する侵害の程度について正確な認識がない場合にそれが認められるという法益関係的錯誤説の一般的なテーゼを用いた。[127] 基本的な例としては、損害の対象となった物品の価値について錯誤がある場合（贋作だと騙されて絵画の損壊に同意したが、それが真作であった場合等）、侵害の対象となる法益の価値に錯誤はないが侵害の程度について錯誤がある場合（木製の球を足の上に落とすことに同意したが、落とされたのは鉄製の球で、重大な傷害を負った場合等）が挙げられている。さらに、①余命の長さについて欺罔して、殺害についての同意を得た

場合、②緊急性を欠く手術について欺罔して、手術に同意させた場合が、特別な例として挙げられている。①では「余命の長さ」に「法益関係性」があり、②では人の身体は全体としても保護の対象となっているために、身体の全体的な健康との関係で有する身体に対する個別の侵襲の意義は異なるから、これも「法益関係性」があるとしている。ここでいう法益関係的錯誤は、アルツトのいうそれよりははるかに広く、侵害の対象となった物の価値についての錯誤をも含めていることから、むしろレンクナーのそれに近いものである。

続いて、第二に、法益の保護価値が法的な評価によって変化する場合、そうした評価を基礎付ける事実について欺罔されたときには、ひいては法益侵害の侵害性について錯誤が認められることになり、「法益関係的」であると主張した[128]。注目すべきは、このテーゼであって、これこそがロクシンを代表とする中間説によるカズイスティックな修正を法益関係的錯誤説の内部で解決しようとする試みである。これによれば①法令行為を装っていたがゆえに、拒絶ができないと錯誤して住居への立入りに同意をした場合には、立入りの許諾権の法的評価について錯誤に陥っているから「法益関係的」であるという。また②緊急避難・正当防衛を装って、たとえば自分の飼っている猛獣が逃げ出し、人に危害を加えそうだと欺罔されたゆえに、それを殺すことに同意を与えた場合には、本当にそうした状況が存在すれば、猛獣の殺害は緊急避難によって同意の有無にかかわらず正当化されるから、猛獣の法的価値はその限りで否認されることになり、そうした状況について錯誤に陥って同意した場合には、猛獣の法的評価について錯誤している、「法益関係的な錯誤」ということになる。

さらに（ここからは法益関係的錯誤説としては広がりすぎのようにも思われるが）、山口説は第三に法益処分の理由・動機についても場合によっては法益関係性を認めた[129]。財産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の場合がそうである。さらに、それ自体が自己目的である生命は別として、ささいな傷

害については処分の自由を肯定する余地がある、と彼は考えた。ただし、重大な傷害・生命に危険のある傷害については、処分の目的等について錯誤が存在していても、それは「法益関係的」ではない[130]。

最後に、このような同意の存在を否定する法益関係的錯誤の枠組みを超えて、存在する同意が自由になされたとはいえない場合にはさらに同意・承諾は無効となる[131]。この部分は、中間説を法益関係的錯誤説に取り入れる過程で、カバーしきれなかった部分であり、その意味で法益関係的錯誤説の修正である。自由でない同意の例は、強制されてなされた同意であり、また緊急状態が欺罔されている場合である（たとえば子が失明すると欺罔されて、母親が自身の角膜を移植することに同意した場合）。実際の緊急状態において、被欺罔者の心理状態は一面において抑圧されているが[132]、なお完全には抑圧されていない、つまりなお自由の余地が残っているゆえに、そこでの承諾は有効だが、現実には存在しない緊急状態を欺罔することにより法益主体の意思を抑圧した上、抑圧された部分を利用して同意を得、法益侵害を惹起した場合には、被欺罔者を利用して法益侵害を惹起したという評価が強要の場合と同様に可能となるのである。

第三番目、つまり法益処分の理由・動機についての錯誤を法益関係的錯誤とみなす部分に残る問題を別として、このような説は、中間説の議論の弱点を克服しているように思われる。なぜなら中間説は、「自律的な決定」の有無をカズイスティックに検討しているがゆえに、なぜ対価的な欺罔の場合にはそれが否定され、あるいは利他的な目的の時はそれが肯定されるのかといった基準を理論的には一切導き出せていないからである。そこでは「客観的な基準」というよりは論者の主観的な基準が持ち出されていた。その一方で、山口説は、それを客体の法的価値に結びつけたまま[133]、そしてそれが不可能だった部分は、むしろ強制状況の問題として一線を画した議論を行ったのである。

その一方でさらに、西田典之は山口説が強制状況の問題として一線を画した錯誤の部分をも法益関係的錯誤にとりいれようと尽力する[134]。西田説によれば、山口説の第二番目の法益関係的錯誤状況においては、「甲の心理においては自分

のライオンの価値とライオンが食べるかもしれない人間の生命の価値が比較され、その比較においてライオンの価値は実際よりも低く評価され、それゆえに射殺に同意している」のであり、それと同様に山口説が強制状況の欺罔として一線を画した状況においては「母親は、子供の目の完全性の方が優越し自分の角膜の価値が低いものであると考えたのである」から、そこには明らかに「法益関係的錯誤」があると考えた。ここでは山口説の第二の理論と強制状況欺罔の理論が、緊急状態の仮装による同意としてパラレルに扱われている。(135)

また小林憲太郎も、山口説の第三番目の議論を批判したうえで、上述の角膜移植の（緊急状況の錯誤）事例を「補充性を充足する過剰避難の誤信」として、法益関係的錯誤に組み込もうとした。(136) 小林説は議論の開始点において、わが国の緊急避難の規定は功利的正当化をその基本的な発想としているのであるが、しかしいくらより大きな、あるいは同等の利益を保全するためとはいえ、他者の人格を犠牲にすることまでは、規範的に正当化し得ないであろう、と言及して、まず角膜移植の事例では緊急避難によって正当化されないことを確認する。そのうえで、「しかし、厳密に考えてみると、この事例で問題となり得る危難の転嫁は、子供から母親へのそれに限らない。そこで母親は子供の利益状態を、自己のそれのパラメーターに取り込んでいる、より分かりやすくいえば母親という同一人格の内部で、子供が失明せずにすむことによって得られる自己満足の利益と、眼球を保持する利益とが衝突しており、前者から後者への危難の転嫁を問題とすることも可能である。そしてこのように考えれば、他者の人格への配慮を考慮に入れる必要がない。さらに被害者は原則として、自己の有する利益の価値序列を自由に形成することができるから、母親が自分の身よりも子供の方を大事に思う人間である以上、この危難の転嫁は緊急避難によって正当化される余地がある」というのである。(137)

これらの見解では緊急避難類似状況と緊急状態の欺罔が、被害者側の内心的な事情を顧慮するという方法によってパラレルに扱われているようである。しかしこのような方法は、客観的な物の法的評価ではなくて、被害者の心理的な物

の評価を重要視する点で法益関係的錯誤説からは逸脱しているようにみえる。「法益関係的錯誤」は、その名のとおり、刑法上の（客観的な）「法益」の問題であるのだから、被害者の主観的価値基準を考慮にいれた理論は、法益関係的錯誤説のテーゼとしては、若干奇異の印象を与えるだろう。これはむしろ、ロクシンの中間説のような法益関係的錯誤説から離れた修正といえる。

山口説等、日本の法益関係的錯誤説の論者が展開した正当化事由の錯誤事例は、構成要件で保護された法益を当該構成要件との関係でしか捉えていなかったドイツの学説に対して、刑法上のあらゆる法的評価を加えた法益として捉えなおしたところに価値がある。しかし、角膜移植の事例においては、このような法的評価の変化は、刑法上は起こらない。子供の目に完全な保護が与えられているのと同じように、母親の目にも、刑法上、完全な保護が与えられているのである。さもなければ、子供の目を治療するために、その母親の角膜をその承諾なく取り出す場合も、緊急避難、あるいは過剰避難として評価されることになってしまう。結局何らかの形で法益関係的錯誤説とは異なった視点から修正しなければ、適切な処罰範囲は導かれえないのである。

なお日本における法益関係的錯誤説も、アルツトのそれと同様に、財産犯の法益の中に、生命・身体・自由とは異なった（処分の自由も保護されているという意味で）法益の特別性を認識している[138]。しかし、これは主に詐欺罪との関係で意識されているのであって、器物損壊罪は議論の対象ではない。だからこそ、緊急状況下における承諾の議論において器物損壊罪の例が用いられているのである。財産に対する罪が処分の自由をも保護しているというのであれば、緊急状態における猛獣射殺の事例などは当該錯誤が法益関係的か否かを検討する前に、何の問題もなく器物損壊罪の成立が認められることになるだろう。しかしそうしてはいないことから、器物損壊罪では、傷害罪等と同様に、基本的には保護された物そのものに関する事情だけが法益関係的であると見られているようである[139]。

器物損壊罪においては、錯誤（欺罔）によって生ぜしめられた承諾は、日本の法益関係的錯誤説、中間説ともに、物の価値、物の喪失の有無、程度、範囲、緊急避難（類似）状況について錯誤しているときにのみ、同意は無効であると解する傾向にある。このような議論と帰結はロクシンやレンクナーのそれに類似しているが、ロクシンが同意を無効に導くとした利他的目的の錯誤については、同意の有効性は肯定されている点にも注意が必要である。(140)

以上のように日本でも欺罔・錯誤に基づく承諾の無効性を制限しようとする見解が有力となっているが、その一方で、法益関係的錯誤あるいはカズイスティックな基準による客観的な有効性判断ではなく、アーメルングやレンナウのように、被害者の主観に着目したそれを広く認めようとする見解も主張されている。

たとえば林幹人は、被害者の同意がある場合に犯罪の成立が否定されるのは、被害者が、自分の自由な意思で法益を処分する決定をしたからであるという基礎理論を出発点に、ここでいう自由意思の有無は、あくまで被害者本人の意思に即して判断されなければならないと考えた。(141)そして被害者が喪失した法益にどれほどの価値を認めていたかを問題とし、他方、処分することによってもたらされると信じた利益にどれほどの価値を認めていたかを問題としなければならないと解した。そのため、被害者自身の価値観にとって、もたらされると信じた利益の価値が処分される法益の価値をはるかに凌駕するために、もはや衡量の余地なく問題の法益を処分せざるを得ないと考えたのであれば、彼はその法益処分の意思決定について、不自由であるとする。

上嶌一高も同様に、被害者本人を基準とした意思の抑圧の有無を決定的な要素と解した。(142)上嶌説は上述した山口説が、錯誤の場合と強制（類似）の場合とを区別するのに対して、「脅迫や緊急状況の欺罔の場合、被害者が告知され、認識している対象が、法益侵害の危険であり、特に危険が切迫しているときには、被害者に精神的動揺を与え、その合理的判断能力を減退させることもあり得、被害者の意思決定に与える影響が大きく、同意を無効とすべき程度に行為者から

心理的強制をうけたと言える場合が事実上多いであろうが、利益の実現可能性についての欺罔の場合でも、被害者の意思決定に与える影響が大きいときには、同意を無効とすることを否定する理由はない」とし、錯誤も重要であると解した。その上で「人間は自己の認識するいろいろな条件の制約の下で意思決定することを迫られる。それらすべてが被害者に心理的な強制を与えていると捉えると、同意をした被害者がどの程度心理的強制を受けていたかを問題とすることは意味がないともいえよう。問題は、心理的強制が行為者の欺罔ないし脅迫等によってどの程度惹起されるかということである」として、ここで問題なのは行為者による意思の抑圧なのだと主張した。これによれば、被害者の同意の無効性に決定的な役割を果たすのは、行為者によって惹起された意思の抑圧の程度であって、法益関係的錯誤や脅迫に限らないことになるのである。

これらの説の利点は、被害者の自律的決定という被害者の承諾の基盤に依拠しながらも、ささいな欺罔に基づく承諾の有効性を否定しなくてすむ点にある。そのため、逆に、自律的意思の有無の検討は事例ごとに行われることになるので、決定的な基準を打ち出せないことが弱点となる。

他方、井田良は、被害者の同意が行為を適法にする理由は、法益の維持のためには法益主体もまた相応の責任を分担すべきであるのに、法益主体みずからが法益を放棄したというのであれば、法はその者のために法益を保護してやる必要はない、ということから議論を開始させる(143)。それゆえに、被害者本人にとり動機づけに重大な影響をもつ欺罔行為により真意に沿わない法益放棄の意思決定がおこなわれたという時には、加害者との関係で被害者の法益の要保護性は失われるとはいえない、とする。

井田説のこのような理論においては、「本質的なことは、加害者との関係で被害者の法益の要保護性が失われるどうか」であるから、この見解は、アーメルングのあらゆる錯誤に基づく承諾を無効へと導く理論とその後の帰責による調整を、

同意の有効性の判断の中で一まとめにした見解であるといえよう。しかし、この見解は、アーメルングの議論の欠点を補っている。つまり、アーメルングの議論では、同意が違法性阻却事由に分類されているゆえに、構成要件の段階で行ったはずの帰責問題が、違法性の段階でもう一度むしかえされることになるが、同意の有効性判断の段階で、危険の分配と言う形でそれを行えば、このような体系的な疑問は生じなくなるのである。

なお上述した三説は、対価に関する欺罔が錯誤無効を導くことになるが、それは問題視されていない。これらの説はいずれも、被害者が自らの価値観に基づいて同意を決定していない点、そしてその裏返しとして自らの思い通りに被害者に決定を行わせた第三者が存在している点（つまり自己決定ではなく他者決定）を、錯誤無効の根拠としている。

（三）強制に基づく承諾

これまで錯誤にもとづく承諾の取り扱いについて検討してきたのだが、それでは、強制にもとづく承諾はどのように取り扱われるのだろうか。

自然的な（人によって作られていない）強制に基づく承諾は、同意の有効性とは関係がないとするのが通説的な見解である[144]。なぜならば、このような場合、同意こそが運命的な強制状況からの打開策となるからである。ここで刑法が同意の成立を認めなければ、同意者に唯一残された強制状況からの逃げ道がふさがれてしまうことになる。

他方で人為的に作られた（たとえば脅迫）強制状況における承諾は、法益所有者の自由な意思の表れではなく、強制状況作出者＝侵害行為者であるときには、そのような承諾は無効である[145]。これはすべての論者が同意を示すテーゼであり、なぜならばここでなされた被害者の承諾は被害者の任意のものではなく、他律的な（行為者による）決定だからである。

それでは、ここでいう強制とはどの程度のものを意味するか。

ドイツでは、強制に基づく承諾は、二四〇条[146]の要件が必要であるとするのが通説である。[147]ここで大切なのは、社会的な生活の中で、甘受すべき強制は顧慮されないということである。それゆえ、もしある女性が、その物を壊さなければ結婚しないといって、器物損壊の承諾を得たとしても、その同意は無効ではない。なぜならば、彼女は法的に義務のないことをしない、と脅迫しているので、法的に重要な方法で、被脅迫者の自由の領域を侵害していないからである。

ここで緊急避難の意味での強度に強制が達している必要がないのは、緊急避難の場合には、罪のない第三者が巻き込まれることから、被脅迫者は強要に対して一定程度抵抗することが要求されているのに対して、自らの法益を放棄する承諾の場合には、そのような第三者はいないので、やむを得ず放棄された法益に脅迫者からの保護を与えない理由がなくなるからである。[148]

それでは、強制状況作出者＝侵害行為者でないときは、どのように扱うべきか。

侵害を行った脅迫者ではない第三者の可罰性は、①同意を有効とし、帰責の範囲でそれを行う方法と、[149]②同意を無効とし、同じく帰責の範囲でそれを行う方法がある。[150]両者は、同意者に正当防衛を認めるか否かで異なってくるが、いずれにせよ、同意者の正当防衛は、相当性の問題として、同意の撤回程度に抑えられることになる点に注意すべきである。

なお、上述のようにアルツトは、強制に基づく承諾はすべて法益関係的なもの（つまり常に無効）であると解するがこのような理論は不当である。[151]なぜなら、ここでは錯誤の場合と異なった定義が「法益関係的」という言葉に与えられているからである。

（四）器物損壊罪における錯誤・強制に基づく合意―私見―

これまで錯誤・強制に基づく承諾の総論的研究についてみてきたのだが、それでは、錯誤・強制に基づく承諾はどのように扱われるべきだろうか。そしてより具体的に、器物損壊罪にそれをどう当てはめるべきか。ここでは、まず総論的な検討をおこなう。このような検討が許されるのは、器物損壊罪における承諾が、構成要件のメルクマールに左右される行為態様に係る合意ではなく、被害者の自律的な自己決定を問題とする法益侵害性に係る合意に関係しているからである。

まず注意しなければならないことは、法益関係的錯誤の場合には錯誤以前にそもそも承諾は存在していないということである。ただし、このようなテーゼは、アルットのいう（最狭義の）法益関係的錯誤に限られる。なぜなら、（程度問題も含めて）法益を放棄した意識がないのであれば、そこには法益の放棄に関する自律的な決定はないからである。そうでないところで初めて、法益放棄の決定は存在するが瑕疵がある、という錯誤に基づく承諾の議論の余地が生じるのである[152]。法益の所有者がその物を喪失することを知っているか否かは、そもそも検討の対象となる承諾の存否を決定する重要な前提である。

次に（広義も含めて）純粋に法益関係的錯誤でなければ、常に承諾は有効であると考えることは困難であると思われる。被害者の承諾の犯罪阻却根拠が自己決定であるというのであれば、そのような要件を満たさない承諾は無効とすべきである。確かに、刑法はあらゆる自由を保護しない。その点で、法益関係的錯誤説のテーゼには納得がいく。しかし、これは一部で誤解を生ぜしめるテーゼでもあるだろう。つまり、仮にあらゆる欺罔に基づく承諾を無効だと解しても、このテーゼに反することにはならないと思うからである[153]。その承諾に基づいて物が損壊された時点で、すでに承諾が法益に関係しているといえるのではないだろうか。刑法は、それを用いて利益を得たいだとか、そういった意味での自

由を保障するものではなく、物を維持するあるいは維持しないという自由を保護するものであるが、その放棄が自律的でなく決定されたというのであれば、それが反対給付に関する欺罔に基づいていたとしても、やはり法益の維持に関係した錯誤であるように思われるのである。つまり、法益関係的錯誤説のテーゼに縛られる必要はないのである。

さもなければ、同意に付けられたあらゆる条件が無効となるだろう。[154] 器物損壊罪を例にとれば、花火を子供に打ち上げさせる（花火の維持は本人にとって重要ではない）という承諾の「子供」の部分は、（法益関係的錯誤説のいう意味で）法益関係的でないので、横から通行人がそれに火をつけたとしても、彼の承諾は有効ということになってしまう。[155] 法益所有者は、刑法的に（程度問題も含めて）物を放棄するか否かの二者択一の権利しか有さないことになる。しかし、そのような解釈は適切ではないだろう。法益所有者は、物の放棄をする場合に、なんらかの条件をつけることができるのであり、物の維持か放棄、二つのどちらかしか選べないと考えるのは、あまりに形式的すぎるように思われる。法益所有者の法益を放棄する自由はそれを放棄するにあたり追い求められた目的との関係をも顧慮してようやく満たされるのであり、このことを度外視することはできない。[156]

またさもなければ、同意能力のテーゼにも疑問が生じることになる。なぜ同意能力者には物の価値等を認識し、利益得失を判断する能力が必要とされるのか。仮に刑法的に保護された被害者の権利は、維持か放棄の二つしかないのだとすれば、有効な承諾のために必要な能力は、維持と放棄、二つの意味を理解する能力で十分ではないだろうか。物の価値や利益得失を理解し、判断する能力は、どこからも導かれえない。

さらにドイツの中間説や日本の法益関係的錯誤説のいう法益関係的錯誤は、アルツトのそれよりもずいぶん広いものではあるが、それは財産犯に限っての話であり、生命や身体の保護が財産よりも実質的に薄くなる点で疑問である。生命や身体は金銭に換えられないとすることで、逆に生命・身体の保護が薄くなるというのであれば、それは本末転倒で

あるように思われる。

以上のことに鑑みれば、被害者の承諾の根拠、つまり自己決定の有無を基準とし、それが自律的な決定として評価できなければ、いわゆる法益関係的錯誤でなくとも錯誤無効を導くべきである。

それでは、具体的に自律的決定とはどのようなものをいうのだろうか。

レンナウのいうように、人は常に制限された条件で自己決定を行う。自然的な意味でも、社会的な意味でも、人は一〇〇％自由ではない。だから、自然的な強制状況下での同意は彼に残された強制状況回避のための唯一の選択肢を、彼が選んだという意味で自律的であるし、錯誤にもとづいた決定だとしても、彼が想定した選択肢の一つを、彼が選んだという意味で自律的である。しかし、仮に、誰かによって意図的に財の利用に関係して、ある一つの選択肢を選ばせるために、二つある選択肢が一つしかないように見せかけられた時には、また実際には存在しない選択肢をあるように見せかけられたり、あるいは実際に存在している選択肢であっても、それほど魅力的ではない選択肢を、それを選んでしまうほど魅力的に見せかけられたのであれば、そこには自律的な決定はなく、操作された決定があるといえるだろう。行為者によって巧みに奪われた承諾に基づく侵害は、行為者によって突然おこなわれた侵害と類似のものであり、承諾は無効となるべきである。

他方でまた、ここで重要なのは「侵害を目的とした」欺罔・強制（状況の作出）だけであろう（欺罔・強制の時点ですでに当該財の侵害の故意を要する）。なぜならそうでない欺罔・強制は自然的な錯誤・強制と変わらないと考えるからである。人は社会の中で生活しているのであり、それゆえ錯誤・強制状況の多くは、人為的なものが絡んでいる。

しかし、このような理論でもっても容易に解決できないのは、強制状況作出者又は欺罔行為者と、侵害行為者が異なる人格であった場合である。つまり、前述の理論にもとづけば、当該承諾は他者決定であるので無効であるというべき

なのだが、しかし、侵害をおこなった第三者から見てみれば、自然的な原因であろうと人為的な原因であろうと、被害者の承諾に基づいて行為をおこなったことになんら変わりがない。ここでは相対的な承諾の有効性を認めるか否かが問題となっている。

思うに、承諾に基づく侵害を意図しておこなわれた欺罔・強制状況下において生じた被害者の承諾意思は確かに完全な意味での自律的な決定ではない。しかし、刑法は行為者の行為の可罰性を問題とする法律であるのだから、行為者側の事情も度外視することはできないだろう。また強制（脅迫）状況下において（情を知った）第三者の侵害を禁止することは、被害者に唯一残された打開策をなくしてしまいかねない。ゆえにここでの同意は（行為者との関係では）被害者に残された自由の表明であるとみなし第三者との関係では、有効とされるべきである。この意味で、承諾の相対的な効力は認められる。ただし、法益侵害の目的で欺罔・脅迫をした者と協力関係にある者が侵害をおこなった場合は、その承諾は無効である。侵害者が欺罔者に協力して、あるいは欺罔者と共謀して欺罔に基づく承諾を利用したのであれば、たとえその錯誤の発生に責任がなく、また侵害者には錯誤を排除する義務がなかったとしても、欺罔者との特別な関係（共同正犯類似の状況）ゆえに、彼はそれを利用することが許されないというべきである。これに対して欺罔・強制の存在を知っているだけでは、（欺罔者ではない）行為者は承諾を得ずに唐突に侵害行為をなした者と同列に扱うことはできない。確かに、不必要な侵害を行ったという点で侵害者には道義的な非難が向けられうるが、刑法的には、彼に錯誤を、結果的にはそれに基づく承諾を排除する義務がない以上、不可罰である。

その一方で、たとえ錯誤・強制が侵害を目的とした欺罔・強制に基づかない場合であっても、既存の錯誤・強制状況を排除する義務のある者（当該法益侵害の意図なく欺罔・強制をおこなった者もこれにあたる）が後に生じた法益侵害（の危険）を認識しつつそれを意図的に排除しなかったときも、同意は無効となるというべきである。また義務に反し

て錯誤・強制状況を排除しなかった者に対しては、承諾は（当該構成要件との関係では）なお有効であるが、承諾入手時の義務違反ゆえに、彼には過失犯が成立することになる。

ただし、これらすべての当然の前提として、欺罔、強制、義務の不履行と承諾との間に因果関係がなければならない。[157]

以上のことを整理すると以下の通りである。

有効な承諾があるというためには、承諾が被害者の自律的な決定に基づいていることが重要である。それゆえ当該構成要件で保護された法益に関する事情（法益関係的な事情）のみが重要なのではなく、被害者が財の放棄によって追求しようとした目的も重要となりうる。

但しここでいう被害者の自律的な決定とは、あらゆる錯誤・強制から解放された決定のことではなく、法益侵害を目指して人為的・意図的にゆがめられていない決定のことしか意味しない。なぜならば、それこそが社会という領域に生活する人間に（当該構成要件との関係で）最低限保障されるべき自由だからである。それゆえ、自らに起因する錯誤や自然的な強制状態、また法益侵害を目的とせずになされた欺罔・強制に基づく承諾は、なお（当該構成要件との関係においては）被害者の自律的な決定のままである。

以上のことから、法益侵害を意図してなされた欺罔・強制に基づく承諾は無効である。しかし、法益侵害者が欺罔・強制をおこなった者と別の第三者であった場合、その者にとってはそのような承諾は自然的に存在する錯誤・強制状況下でなされた承諾と同じものであり、この承諾は一〇〇％の自由を有さない被害者の自由の表明、自律的な決定である。ゆえに第三者が法益を侵害した場合には、その承諾は彼に対しては有効であり、欺罔・強制をおこなった者が間接正犯として処罰されることになる。

その一方で、侵害を意図せずなされた欺罔・強制に基づく承諾、単なる錯誤・自然的な強制状況に基づく承諾はなお

被害者の自律的な決定であり、有効である。しかし、法益侵害者に錯誤・強制状況を排除する義務があり、かつ意図的に錯誤・強制を排除しなかったときには、承諾はその者に対して相対的に無効となり故意犯が成立する。義務に反してそれを怠った場合には、（当該構成要件に関係する限りで）承諾は有効であるが、彼には過失犯が成立しうる。なお法益侵害者に錯誤・強制を排除する義務がない場合には、承諾はその者に対しては有効であり、意図的に錯誤・強制状況を排除しなかった者がいる場合にはその者に間接正犯が、義務を怠り錯誤・強制を排除しなかった者がいる場合にはその者に過失犯が成立しうる。

以上のことは、器物損壊罪においてもあてはまる。とりわけ器物損壊罪においては、ドイツの中間説あるいは日本の法益関係的錯誤説が行うような法益関係的錯誤のテーゼは疑わしい。それは、法益関係的錯誤の中に物の評価を入れているからである。生命や身体のように法益の「Sein」だけを問題とするのではなくて、法益の経済的価値を考慮にいれるのは、それが財産だからであり、つまりはその交換価値が重要だからであろう。しかし交換価値の侵害が保護されているのであれば、実際に交換したものがそれと見合わない価値しかなかった場合にも同様のことが言えるべきである。私見では法益関係的錯誤説には依拠しないが、仮に法益関係的錯誤説をとるのであれば、アルツトのように、財産犯をこの領域からはずすのが適切であろう。

私見に基づけば、対価に関する欺罔についても、同意は無効と評価されることになるが、この点はそれほど重要ではないように思われる。確かに、ここでは詐欺罪による対処で十分なように思われるが、しかし行為者に領得の意思がない場合がほとんどであることも見落とされるべきではない。物を破壊しようとする者が、それを欲している場合は少ないであろう。そしてここでは、実際に自律的でない決定に基づいて、つまり意思に反して物が破壊されているのである。

また、本稿のように、自ら作った錯誤は承諾を無効とせず、それが無効となるのは行為者が義務に反してそれを取り

除かなかった時だけであると解すると、飼い犬がぬいぐるみとじゃれあっているのを、他人の犬を襲っているのだと錯誤したAが、Bに犬の射殺を依頼した場合に、たとえBがその事実を知っていてうさばらしに犬を殺した場合でも、Bには器物損壊罪が成立しないという結果になってしまうとの批判がなされるだろう。[158] 確かにここではAは、実際には飼い犬の殺害を望んでいないし、Bはそれを利用して彼の法益を侵害しているといえる。Bは行為を控えるべきであろう。しかしAの自己決定を正しい方向に導く義務がない限り、やはりAの指示に従ったBの行為への非難は倫理的なものにとどまると解するべきである。Aの決定を正しい方向に導く刑法上の義務は、ただ事情を知っていただけのBには存在しない。

六　まとめ

器物損壊罪における承諾は、法益侵害性に係る合意である。器物損壊に被害者が承諾した場合には、法益侵害性が欠けるために、器物損壊罪の実質的な構成要件該当性が排除される。法益侵害性に係る合意は、構成要件メルクマールから導かれるものではなく、むしろ犯罪論体系的には異なるが被害者自身が自律的な決定に基づき刑法で保護されている法益を放棄するものであり、一般的に「同意」に分類される承諾と類似の性質を有している。

つまり、法益侵害性に係る合意で重要なのは自己決定であり、その有効性は、自律的な決定の有無で判断されることになる。ゆえに、あざむれによる承諾や、他者によって自律性を奪われた承諾（侵害を目的とした欺罔や強制状況の作出、義務に反して錯誤が取り除かれなかった承諾）は無効である。また、構成要件で保護された財は、刑法的に維持と放棄の二つの形でしか意味を有していないわけではないので、承諾につけられた条件も有効である、つまり、条件に反

しておこなわれた侵害は承諾の範囲外にあるし、承諾能力として要求されるのは、破壊される物の価値、物が破壊されること、損壊の程度、破壊されたことで導かれる帰結（利益得失）を認識し、このような認識に基づいて、自己の価値観に従って何を優先するかの価値判断を行い、それに従って行動する能力である。

その一方で、社会的制度である刑法で外形的に犯罪と捉えられた行為の評価を覆すのは、社会的な制度としての承諾でもある。ゆえに被害者の自己決定は内心にとどまっているだけでは十分ではなく、社会的な現象として認識されなければならない。つまり、合意は表明されなければならない。

第四節　盗品等関与罪

一　はじめに

これまで被害者の承諾と財産犯について検討してきたのだが、財産犯と被害者の承諾に関係して、もう一つ重大な問題を生ぜしめるのは、盗品等関与罪である。[159] というのも、盗品等関与罪、とりわけ盗品あっせん罪において、被害者の承諾が有効か否かが各論的に議論されているからである。具体的には被害者が有償での盗品取り戻しに承諾した場合に、盗品あっせん罪が成立するかが議論されているのだが、判例・通説はそれを肯定する傾向にある。しかし、ここで仮に有償で盗品を買い戻すことへの承諾が本稿が検討の課題としている「被害者の承諾」であるとするのであれば、このような問いへの答えは、これまで学説が発展させてきた総論的な理論も考慮に入れた上でなされなければならないだろう。このような考察は、これまでおこなわれてきた盗品等関与罪の検討では欠けているように思われる。果たして被

害者への贓物返還事例では、盗品等関与罪の成立は認められるべきであろうか。

二　盗品等関与罪の法益と本質―被害者への贓物返還事例を手がかりに―

刑法二五六条の盗品等関与罪は「①盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物を無償で譲り受けた者は、三年以下の懲役に処する。②前項に規定する物を運搬し、保管し、又は有償で譲り受け、若しくはその有償の処分のあっせんをした者は、十年以下の懲役及び五十万円以下の罰金に処する」と規定していて、盗品の無償譲り受け、運搬、保管、有償譲り受け、有償処分のあっせんを刑罰でもって威嚇している。刑法二五六条と被害者の承諾の関係を論じるにあたって、まずは法律の文言を検討しなければならないが、このような文言からは、当該罪の構成要件が犯罪成立のために特別な被害者の意思状況を要求していることを読み取れないと思われる。それゆえ被害者の承諾の議論は、法益論に移すことができるであろう。

盗品等関与罪の法益に関しては、通説的に追求権であると解されている（追求権説）。この説によれば、盗品等関与罪の保護法益は、窃盗罪・詐欺罪等の財産犯によって領得された財物に対する被害者の追求権である[160]。ここにいう追求権とは、民事的には、所有権や、占有権等の物権に基づく当該財物の返還請求権のことを意味するが、必ずしもそれに限られるものではなく、法律上返還請求ができるもので足りるとされている[161]。とはいえ、盗品等関与罪の本質に関していえば、法益である財産権侵害のみで図ることはできない。なぜならば、盗品等関与罪（とりわけ二項）の法定刑が、背任罪・委託物横領罪・遺失物等横領罪より、また罰金の併科という意味で、財産権を直接に侵害する窃盗罪等よりも実質的又は形式的に重いものとして規定されているからであり[162]、また被害者の追求をもっとも困難にする盗品の

毀棄行為は盗品等関与罪を構成しないからである。[163] ゆえに追求権説は盗品等関与罪の本質として、財産罪を一般的・類型的に促進する性格（本犯助長的な性質）も認めている。[164] ただし、あくまでも本犯助長的性質は被害者の財産権と別個に犯罪を構成する要素ではない、つまり、所有者の財産権（法益）侵害という基礎がなければ、たとえ本犯を助長するような行為がおこなわれたとしても盗品等関与罪の成立はないのである。

以上のような追求権説に基づくと、盗品等関与罪の成立のためには被害者の追求権侵害が最低条件であるので、贓物が被害者の下へ返ってきた被害者への贓物返還事例では、（物が戻ってきたという意味で）追求権は侵害されておらず、盗品等関与罪の成立は認められないように思われる。[165] しかし、学説の中には追求権侵害を肯定する見解もある。なぜなら、ここでいう追求権とは単にその物を追求できる可能性だけではなく、特段の理由のない負担をすることなく追求できる可能性、つまり財産権の正常な回復を意味していると解しているからである。[166] それゆえ被害者への贓物返還事例であっても、被害者が対価を支払って贓物の返還に応じた場合には、行為者に弱みを握られ対価の支払いを余儀なくされたことをもって贓物の正常な回復が妨げられたと評価し、盗品等関与罪が成立する可能性がでてくるのである。[167]

その一方で通説とは異なり、違法状態維持説は事後行為が本犯の作出した違法状態を維持することに盗品等関与罪の本質を見出す。[168] この見解は、盗品等関与罪の本犯助長的性質を重視し、追求権説に依拠した場合よりも広く盗品等関与罪の成立を認めようとするものである。この説は、贓物罪[169]の本質を先行行為者が作り出した違法状態の維持に見出すドイツの通説（維持説）[170]を基礎にしているといわれている。[171] しかしドイツの通説はむしろ日本の追求権説と類似の性質を持っているといえるだろう。[172] なぜならばドイツの維持説は盗品の本犯助長的性質を重視したものでないからである。ドイツの通説によれば、贓物罪の法益は被害者の財産であり、ここでいう違法状態とは、占有と占有権（とりわけ所有権）が先行行為によって引き離されている状況、つまり占有権者が占有を有しておらず、占有者が新たな占有権を有し

ていない状況のことをいうのである。[173] またドイツの維持説は、被害者への贓物返還事例において贓物罪の成立を認めていない。[174] 物が所有者ないしは権利者に戻ったときはそのような違法な状況は続いておらず、被害者への贓物返還事例に贓物罪が成立することはないと考えられているからである。[175] ただし、ごく少数ではあるが維持説の中でも被害者への贓物返還事例で贓物罪の成立を肯定する見解があり、この見解は代価の支払いを前提とした被害者への贓物返還事例に関しては、無条件で権利者の所有権を認めていないという点で先行行為者の（違法な）処分権を不当に行使しており、違法な財産状態は維持されていると解するのである。[176] 無条件で返還されなければ違法状態が回復したとはいえないとするこの考察方法も、日本の追求権説と類似している。財産的な侵害よりも本犯助長的性質をその不法の中心にすえる日本の違法状態維持説は、贓物罪と並んで犯人庇護罪がない日本のニーズに応じて、日本で独自の発展を遂げたドイツのそれとは一線を画する説といえるであろう。

違法状態維持説に基づけば、被害者への贓物返還事例においては、当然盗品等関与罪の成立が認められることになるとされている。[177] 被害者に贓物を有償で返還する行為は、被害者以外の者に買取りをあっせんする場合と実質的には同じことに近いからであり、また法的に正常な盗品等の回復とはいえない被害者への返還は、「盗品に関し不法の利益を得、財産犯を助長する」からである。[178]

しかし、違法状態維持説は盗品等関与罪の法益を何と解しているのかが明らかではない点に問題がある。当該罪の法益を財産ではないと解する立場とも異なっているようであり、[179] これは、違法状態維持説は盗品等関与罪の本質を解明するものとしてはあまりに内容が空虚であるといわれるゆえんである。[180]

このように盗品等関与罪の本質論は二つの説が対立しているのだが、追求権説にたっても違法状態維持説にたっても、被害者への贓物返還事例には盗品等関与罪の成立が認められうることが明らかになったように思われる。日本にはドイ

ツの犯人庇護罪のような規定がないので、さもなければ被害者の弱みに付け込み代価を得て被害者に贓物を戻した者が恐喝罪や詐欺罪にあたらない限りは処罰されないという処罰の間隙ができてしまうからである。[181]

判例も同様の傾向を示しており、最近では最決平成一四年七月一日刑集五六巻六号二六五頁をあげることができる。この判決の中で最高裁は追求権説に依拠した上で「追求権侵害」の内容に、単に被害者が当該財物を取り返すということのみならず、特別な負担をすることなくそれをとりもどすことのできる権利の侵害を含ませたといわれている。[182]

またこのような平成一四年決定の態度はこれまでの判例のそれを受け継いだものであり、他にも被害者の依頼に基づき盗品のあっせんをした被告人に盗品等関与罪の成立を認めた事例（最決昭和二七年七月一〇日刑集六巻七号八七六頁）がある。他方、被害者への贓物返還事例で盗品等関与罪の成立を否定した例として、東京高判昭和二八年一月三一日東高刑時報三巻二五号五七頁があげられる。後者の事例は、被告人が専ら被害者のために行為したことが、高く評価されたようである。

しかしなぜ、財産犯であるはずの盗品等関与罪において、どの（本質論の）見解に基づいても被害者の承諾は有効とみなされないことがあるのだろうか。財産は個人の自由に処分できるものであり、被害者の承諾は常に有効とみなされるべきではないのか。

この疑問に答えるためには、ここでの承諾がこれまで議論してきた承諾とは異なる性質を有していることに注意しなければならない。というのも、ここでは被害者は領得罪や毀棄罪で保護されている財産権（所有権や占有）を放棄しているわけではないのである。彼は自律的な決定によって、物に関する自律的支配を放棄していない。むしろ、それを実質的に取り戻そうとしているのである。

仮に、盗品等関与罪において、「その物はもういらない」という形でもって、被害者が物に関するなんらかの権利を

放棄したのであれば、そのような承諾は当該罪が財産犯である以上、常に有効なものとみなされるべきであろう。ここでの承諾は、そういった財産権を放棄するものではなく、特別な性質のものである。被害者は物の支配権を放棄したのではない。ただし、違法状態維持説が択一的にせよ単独にせよ、たとえば本犯を助長することに関する公共の法益を保護するというのであれば、その法益を一個人は放棄できないから被害者の承諾は無効ということになろう[183]。被害者が承諾していたか否かは、本犯助長的性質を判断する一要素にすぎなくなる。とりわけ本罪では構成要件に物の他人性は明記されていないのであって、被害者にも盗品等関与罪の成立が（文言上にすぎないが）ありうることに鑑みると[184]、被害者がたとえその物の追求権（所有権・占有権）を放棄したとしても、盗品等関与罪の成立は本犯助長的性質の有無によって左右されることになるのである。

三　被害者への贓物返還事例と被害者の承諾

被害者への贓物返還事例を解決するに当たって追求権説に依拠し、さらに本罪の法益が単なる「追求権」ではなく「正常な回復」をも意味するというのであれば（私見では、実際にそのように解すべきだと考えるのだが）、そこには被害者の承諾の余地がある。なぜなら被害者は「正常性」を放棄すること、つまり代価の支払い等、異常な回復に承諾することが可能だからである。その一方で、追求権に「正常な回復」を含ませない、いわば純粋な追求権説に依拠するのであれば、被害者の承諾について論じてもあまり意味がないことになる。なぜなら、ここでは被害者が物をとりもどせないという意味での「追求権」だけが問題であるので、被害者への贓物返還事例においては、被害者がそれに承諾したことは無関係に、被害者の手元に物が返ってきたという事実のみで被害者の追求権侵害は存在しないことになるからで

ある。

他方、違法状態維持説の文献では被害者への贓物返還事例に関して被害者の承諾で解決を試みたものはない。なぜならこの説によれば、重要なのは被害者が承諾したか否かではなく、被害者への贓物返還行為がどの程度本犯を助長する性質のものであったか否かだからである。[185]

以上のことから追求権説に立てば被害者の承諾の余地があること、違法状態維持説に立てばその可能性が失われることが明らかになったように思われる。

それでは、追求権説のうち、「正常な回復」までもその権利に含ませる見解に基づいた場合には、どのような条件下で被害者の承諾の成立が認められるのだろうか。この点について、さらに検討を進めることにする。

四　「正常な回復」を放棄するために必要な承諾の真意性

「正常な回復」を含む追求権説にたつと、盗品等関与罪の保護法益である「正常な回復を受ける権利」は放棄可能な個人の権利であり、常に被害者の承諾に基づいて犯罪の成立を妨げる可能性を有している。[186]なぜならこのように解さなければ、被害者が贓物をとりもどすために誰の協力も受けられず、自らの手で直接とりもどすしかなくなるといった帰結を導きかねない、つまり被害者の純粋な取り戻しの権利を侵害しかねないからである。

そして、いつ被害者の承諾が有効となるかについてはいくつかの見解が存在している。

たとえば無償で返還される場合に準ずるような①経済的意義を無視しうるような交換条件が要求される場合（捜査機関への不通報）、あるいは②関与者が被害者の代理人として専らその指揮・命令の下に従属的立場で行動する場合に承

諾の有効性を認める見解がある。[187] ①の要件は、本罪が財産犯であることから導き出されたものである。被害者の下に贓物が返還され、純粋な意味での追求権が侵害されていない被害者への贓物返還事例においては、それが財産犯として評価されるほど正常な回復ではなかったというために、いわれのない金銭的負担をしたことが重要となるのである。[188] 他方で、②の要件は、行為者が被害者と同一視できるかということに関係しているように思われる。②の要件が満たされる場合には、被害者は自らの手として行為者を利用しているのである。通常被害者の承諾では自傷行為と被害者の承諾に基づく他害行為は厳密に区別して論じられる傾向にあるが、ここではそのような区別は薄くなっている点に特徴があるといえよう。特に会社や団体がらみの事件の場合には、個人の行為が会社の行為であること、子会社の行為が親会社のそれと評価できることが多く、その点が考慮されていると思われる。

その一方で、平成一四年決定の評釈の中には、判例の傾向として、付された条件が被害者の容易に受け入れうるものであったか否かで、被害者の同意が瑕疵である危険性が一定程度に達しないような場合には、本罪の成立が否定されると説明する見解もある。[189] この要件は文脈のとおり、承諾の真意性の問題を取り扱った要件である。被害者が容易に受け入れられる条件であった場合には、当然そこには意思の抑圧はなく、他方容易に受け入れられないような条件に承諾した場合には、そこには充分に意思の抑圧を認めることができるだろう。しかしこの要件では、被害者のために間に入った行為者をも処罰する恐れが出てくる。本犯者がどんな理不尽な要求を突きつけてくるか分からないからである。

それに対して、行為者が被害者のためというよりも、窃盗犯人のためあるいは自己のために行為した場合には、追求権の放棄と評価できないとする見解がある。[190] この見解は、真意性とはかかわりがなく、行為者側の意識にスポットをあてた見解である。しかし、追求権の放棄とはあくまでも被害者側の問題であるので、それが有効か否かを行為者の意思に委ねるのは適切ではないだろう。これは帰責の問題、あるいは不法領得の意思の問題であり、[191] ここでは放棄の有

効性自体の判断については留保されたままなのである。

それでは、本稿はこのような問題をどう取り扱うのか。私見によれば、被害者への贓物返還事例において被害者の承諾が無効であるというためには二つの要件が適切であるように思われる。一つは、贓物の取り返しのために出された条件が経済的なものであることである。これは、総論的な被害者の承諾論とはかかわりなく、本罪が先行の財産犯に端を発した、被害者の財産に対する罪であることから導き出される帰結である。ゆえに、警察に通報しないことを強要されて贓物の返還を受けたとしても、そこには財産的な侵害はなく、盗品等関与罪は成立しない。

そして二つ目は、被害者の承諾が真意でないことである。これは、総論的な被害者の承諾論から導かれた要件であるといえるであろう。しかし、ここでいう真意性に関しては、当該罪の特殊性に鑑みて、特別な配慮が必要である。なぜならば、被害者はすでに強制状況下にあるからである。

被害者はすでに大切な財を質に取られた状況にあり、被害者が物に執着していればいるほど代価を支払ってでも取り返したいと思うのであって、ここでは被害者は被害者の意思に反して行為者に思い通りの承諾をさせられてしまう危険がある[192]。たとえば平成一四年最高裁決定では、被害者は七億円超分の小切手を窃取されており、それが誰かの手に渡ったときのことを考えれば、八千万円程度の代価で取り戻すこともやむを得ないと考えている。申し出をうけるか、あるいは拒絶して小切手が流出する危険を引き受けるかという、理不尽な二択はすでに被害者の自由を制限している。しかし、ここで注目すべきはこのような強制状況は、被害者に盗品等関与罪の承諾をさせるために、作り出されたものではないということである。これは社会的自然的に存在する、承諾に影響を与えない強制状況である。それゆえ、このような承諾に基づいて行為してはならないのは、このような強制状況を排除しなければならない義務の持ち者だけである。具体的にいえば、財の返還請求を受ける者（つまり現在、違法に財物を所有している者）であり、またそのような義

務の持ち主である者の手足となった者であろう。強制状況を作出した者に協力し、その強制に由来する承諾に基づいて法益侵害（正常な回復の侵害）に加担した者は、「被害者の承諾を得るために自らが作り出した強制状況を利用してはならない」というその者の地位を受け継ぐことになる。

その一方で、行為者が強制状況作出者と協力関係にない場合であっても、既存の強制状況ゆえに些細な脅迫が被害者の自由を制限する脅迫として評価されることもある。たとえばあっせん人が、「盗難手形が出回れば会社は莫大な損害を受けるとか、取引先にも多大な迷惑がかかるなどと告げて、資金繰りや会社の信用を慮るA社の困惑した状況に付け込み、被告人らに依頼すれば安価に回収できると言葉巧みにつげて」[193]いる場合には、被告人の意思はさらに抑圧されたものとなる。このような言及は、確かに通常ならば脅迫にあたるほどの強度のものでなかったと思われるが、被告人は、取引に入る前からすでに生じていた被害者側の意思の抑圧状況を利用して更なる意思の抑圧をおこない承諾を得ているのであって、そこでは被害者の意思の不自由性を度外視できないほどの不法があるといえるだろう。回復の「正常性」を放棄する被害者の承諾は、財物が（意思に反して）すでに手元になく、それが流出するおそれが常に存在しているゆえに、類型的に他の財産犯よりも意思の自由を欠いているのである。これに鑑みれば、このような場合においては、被害者の承諾の無効性が認められるべきである。

五　まとめ

盗品等あっせん罪における被害者の承諾は、「正常な回復」を顧慮する追求権説に依拠した場合に、犯罪の成立を妨げる余地がある。つまり、「正常な回復」のうち「正常」部分の放棄である。ただし「正常性」を放棄する被害者はす

でに強制状況にあり、この状況下で与えられた第三者への承諾は有効とみなされるが、強制状況を排除する義務のある者、その協力者に対しては無効である。また、ささやかな脅迫だとしても被害者の強制状況をさらに悪化させるような行為がおこなわれた場合には、それは被害者を強制的に法益放棄へと導いたことになり、承諾は無効、本罪が成立することになる。

第五節　小括

財産犯における承諾を検討する中で、合意には二種類あることが明らかになった。一つは構成要件によってなんらかの被害者の意思状態が要求されている場合の合意であり、本稿では行為態様に係る合意と呼んだ。もう一つは構成要件メルクマールではなく、被害者の処分権に完全に服する法益の特質から導き出された法益侵害性を（結果として構成要件該当性を）排除する合意であり、本稿では法益侵害性に係る合意と呼んだ。

前者は構成要件メルクマールが被害者の意思状態に関係した特別な行為態様を要求している場合であるので、このような承諾に必要な要件は一般的に導き出すことができず、文言とその解釈から導かれるものである。後者は、被害者の自由な法益の放棄が問題となっているので、その要件は自律的な決定の有無に左右されることになる。具体的には、合意者には当該財の価値と、放棄の効果について十分に認識する能力があり、それに基づいて自己の価値観に従って判断し、またそのような判断に基づいて自らを律する能力が必要である。また、あざむれでなされた承諾や、欺罔などによって被害者の自由意思ではないと評価された合意は無効である。被害者が承諾をするに際して特別な事情がある場合には、このような事情を加味して真意性（自律性）の判断を行わなければならない。

その一方で法益侵害性に係る合意は、事実の問題ではなく、社会的（刑法的）に認識された構成要件該当行為を排除するための刑法上の制度であるので、合意の存在が社会現象として外部に認識されなければならない。具体的には、法益侵害性に係る合意は、少なくとも行為時までに表明されなければならない。なお撤回は常に可能であるが、表明は必要ではない。撤回は、合意が刑法上の法制度であることに鑑みて、（一度表明された合意を優先するという意味で）常に社会に認識される（表明される）必要があると解することもできるが、法益侵害性に係る合意の犯罪阻却根拠は自己決定であり、単なる存在するだけの合意には、もはやそのような排除根拠がないと考えられるから、表明がなくとも合意は撤回される（犯罪阻却の根拠を失う）とみなすべきであろう。

（1）*Lenckner*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, 2006, Vorbem §§32ff., Rdn. 33a; *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1994, Vor§32, Rdn. 115. Vgl auch *Rönnau*, in: Leipziger Kommentar, 12. Auflage, 2007, Vor§32, Rdn. 177（以下、*Rönnau*, 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一三巻』（第二版、二〇〇〇、青林書院）五八六頁〔瀧賢太郎ほか〕。

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.

（2）山中敬一『刑法総論』（二〇〇八、成文堂）二〇三頁（但し、一元説）、井田良「被害者の同意」現代刑事法一四号（二〇〇〇）八七頁、内藤謙『刑法講義総論（中）』（一九八六、有斐閣）五八〇頁。

Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 36. Auflage, 2006, Rdn. 366a; *Großengießer*, Die Rechtswidrigkeit bei der Sachbeschädigung (§303 StGB), JR 1998, 91ff.; *Heinz Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970, S. 29ff.;

Maiwald, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, S. 102ff. Vgl. auch *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht Besonderer Teil/2, 29. Auflage, 2006, Rdn. 136.

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.）。

（3）大谷實『刑法講義各論』（新版第二版、二〇〇七、成文堂）三四三頁、西田典之『刑法各論』（第四版、二〇〇七、弘文堂）二六一頁、前田雅英『刑法各論講義』（第四版、二〇〇七、東京大学出版会）三五七頁、大塚仁『刑法概説（各論）』（第三版増補版、二〇〇五、有斐閣）三五一頁以下、山口厚『刑法各論』（補訂版、二〇〇五、有斐閣）三五三頁、団藤重光『刑法綱要各論』（第三版、二〇〇三、創文社）六七六頁。

ただし、松宮孝明『刑法各論講義』（第二版、二〇〇八、成文堂）三〇三頁、城下裕二「損壊概念」西田典之ほか編『刑法の争点』（二〇〇七、有斐閣）二一六頁以下参照。

（4）それゆえ、通説である効用喪失説に対しては、損壊概念を「損壊」という用語以上に広げすぎているという批判がなされるのである。

（5）また、感情的・精神的効用も、決して被害者の主観に基づく要件であるとはいえないだろう。たとえ本人が二度とそれを使うことができなくなったとしても、生理的に受け付けない者が食事で使ったという理由で、箸が箸としての効用を喪失するわけではない。ここでは、一定程度の客観的な基準が必要なのである。

（6）*Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, 1995, §17, Rdn. 9; *Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 33.

（7）*Baumann/Weber/Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §17, Rdn. 9.

（8）ドイツ刑法三〇三条（器物損壊罪）一項「違法に他人の物を損壊（beschädigt）又は破壊（zerstört）した者は、二年以下の自由刑又は罰金に処する。」

（9）*Gropengießer*, a.a.O. (Anm. (2)), 91; *Maiwald*, a.a.O. (Anm. (2)), S. 105.

（10）*Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 33.

（11）*Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 33.

（12）*Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (1)), §303, Rdn. 1; *Stree*, a.a.O. (Anm. (1)), §303, Rdn. 1; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (1)), §303, Rdn. 1;

Mitsch, a.a.O. (Anm. (1)), §303, Rdn. 1; *Wolff*, a.a.O. (Anm. (1)). §303, Rdn. 1.

(13) なおイェシェック／ヴァイゲントは、器物損壊罪の承諾は同意であり、また同意の際には刑法的保護の対象は構成要件的行為によって侵害される侵害対象物の無傷性であり、単なる処分の自由ではないと主張しながらも、薪にするために古いたんすをのこぎりでひかせた者は、その目的決定（Zweckbestimmung）を変えたのだから、はじめから器物損壊罪は問題とならない（構成要件阻却）とも解している *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996, S. 375f.）。

(14) *Gropengießer*, a.a.O. (Anm. (2)). 91.

(15) *Maiwald*, a.a.O. (Anm. (2)). S. 89ff.

(16) *Maiwald*, a.a.O. (Anm. (2)). S. 103.

(17) *Gropengießer*, a.a.O. (Anm. (2)). 92; *Maiwald*, a.a.O. (Anm. (2)). S. 103.
Vgl. *Hirsch*, Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen, Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungstrafbestimmungen, JZ 1963, 155f.

(18) *Maiwald*, a.a.O. (Anm. (2)). S.104.

(19) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一三巻』（第二版、二〇〇四、青林書院）五三三頁〔石川弘〕。

(20) 本稿でいう同意は、被害者が法益侵害性を放棄した場合ではなく、法的保護の放棄（刑法規範の後退）を要求しているに過ぎない場合である。詳細は後述（第四章）する。

(21) *Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 43; *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 111; *Zipf*, a.a.O. (Anm. (2)), S. 48; *Baumann/Weber/Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)). 817, Rdn. 104; *Jescheck/Weigehd*, a.a.O. (Anm. (13)). S. 381f.（ただし、バウマン／ウェーバー／ミッチェは、さらに行為者への表明をも要求とする。なぜならば、同意の表明は行為者に行為の客体と実行モデルを決定する手段であり、このような前提の下でのみ、同意者は行為者によって惹起された出来事をコントロールすることが可能となるからである。）

(22) *Alfred A. Göbel*, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, S. 136.

(23) *Geerds*, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, 264.

(24) ただし自己決定を尊重する説が必ずしも意思方向説と結びつくわけではない（Vgl. *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Auflage, 2006, §13, S. 71ff.; Rönnau, in: LK (Anm. (1)), Rdn. 161.）。

(25) *Schmidhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1984, Rdn. 125; *Jakobs*, a.a.O. (Anm. (2)), 7. Abschn, Rdn. 115, 14. Abschn, Rdn. 8; *Göbel*, a.a.O. (Anm. (22)), S. 135.

(26) 佐伯仁志「被害者の同意とその周辺（一）」法学教室二九五号（二〇〇五）一一二頁（以下、佐伯・「同意」と略す）、振津隆行「被害者の承諾（下）」法学セミナー三九〇（一九八七）六〇頁、町野朔「被害者の承諾」西原春夫ほか編『判例刑法研究第二巻』（一九八一、有斐閣）一七九頁、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）一〇四頁、内藤・前掲書（脚注（2））五九四頁。

(27) ただし、破壊を止めに入る店員たちの危険に鑑みて、破壊を甘受する決定をしたのであれば、それは承諾というに不十分である。オーナーは、物の破壊を真意に承諾しているとはいえないからである。

(28) 表明の錯誤と単なる錯誤に関しては、*Kühne*, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts, JZ1979, 243ff.; *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 122; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 111f.

Abw. *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 323ff（以下、*Rönnau*, Einwilligung と略す）; *ders*, in: LK (Anm. (1)), Rdn. 196; *Amelung*, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998, S. 48; *Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 46.

あざむれの承諾に関しては、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）二五二頁〔古田佑紀〕、森永真綱「被害者の承諾における欺罔・錯誤（二・完）」関西大学法学論集五三巻一号（二〇〇三）二一二頁。反対は内藤・前掲書（注（2））五九一頁、中野・前掲書（注（26））一〇八頁。*Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 49（同意は無効）も参照。また、大判明四三・四・二八刑録一六・七六〇参照。ただし、表明に拘束されるという見解の中でも、行為者が錯誤やあざむれであることを知っていた場合あるいはそれを見破るべき義務があった場合には、権利の濫用として同意を援用することが許されず、表明に拘束されなくなるとする見解は、いずれにせよ結論において反対説と同じになる。

(29) 詳細は、拙稿「被害者の承諾（三）―各論的考察による再構成―」北大法学論集五八巻五号（二〇〇八）二二頁参照。

(30) *Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 39; *Rönnau*, in: LK (Anm. (1)), Rdn. 194; *Wessels/Beulke*, a.a.O. (Anm. (2)), Rdn. 374; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 84; *Schmidhäuser*, a.a.O. (Anm. (25)), Rdn. 127.

(31) ここではEinwilligung（同意）という用語が使われているが、論文上であげられた例の中には強姦罪等のEinverständnis（合意）の例も含まれているため、承諾全般に妥当する問題として議論が行われているといえるだろう。

(32) *Amelung*, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I), ZStW 104, 544.

(33) *Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 545.

(34) *Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 546.

(35) アーメルングは障害の中に、年齢的な未熟さ（Minderjährigkeit）をも含める（*Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 552.）。

(36) *Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 553.

(37) ここでアーメルングは葛藤的同意（Konfliktseinwilligung）という言葉を用いている。このような同意は、もしもそれが差し迫った損害を克服するために、少なくとも十分な手段を意味するときに必要となる（*Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 549ff.）。

(38) ただし、事実的にどれがどのような損失をもたらすのかということを認識した後に、客観的にもっとも有害な行為を選んだとしても、それは同意者の価値判断であり、合理的な判断ではないということはできない。たとえば、バイオリンの名手が、病ゆえに両腕の切断か死かという選択を迫られたときに、後者を選択することは合理的である。

(39) *Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 549.

(40) *Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 553.

(41) *Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 554.

(42) *Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 555.

(43) *Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 556.

(44) *Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 558.

(45) Vgl. *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 88.

(46) また*Amelung/Eymann*, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, JuS 2001, 942も同様の定義をしており、未成年、

精神的な障害又は精神的な病気ゆえに、（a）同意に関係する財や利益が彼にとってどのような価値や重要性をもつのか、（b）どのような事実が重要であるのか、（c）同意決定から生じる結果やリスクがどのようなものであるのか、（d）同意で追求する目的を達成するために場合によってはより彼にとって負担の少ないどのような手段が他に存在するのか、を理解できない時には、その者は同意無能力者となる。*Rönnau*, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht, Jura 2002, 668 も同旨である。

(47) Vgl. *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 277.

(48) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), Rdn. 97; *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 277.

(49) *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 16ff.

(50) *Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 20.

(51) このような帰結を許容するかつての通説・判例への批判が、アルツトの法益関係的錯誤説の基盤となっている。

(52) *Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 22ff.

(53) ただし、医的侵襲の際の「健康になる」という目的についての錯誤は、反対給付に関する錯誤ではあるが法益関係的である。（*Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 22.）

(54) *Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 29.

(55) *Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 31ff.

(56) *Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 32.

(57) *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 533ff.; *Jakobs*, a.a.O. (Anm. (2)), 7. Abschn, Rdn. 117ff.

(58) *Sternberg-Lieben*, a.a.O. (Anm. (57)), S. 368ff. シュテルンベルク・リーベンが、その自由主義的な法益論にもかかわらず法益関係的錯誤説に賛同するのは、ここで保護されている法益は単なる自己決定権ではなく、保護客体に関係している自己決定権だけであると解するからである。

(59) *Jakobs*, a.a.O. (Anm. (2)), 7. Abschn, Rdn. 117ff. ヤコブスの見解の利点は、結論的にアルツトのそれよりも、より広く、適切に行為者への帰責を認めることが出来る点、そして法益関係的錯誤に依拠せず、同意を有効とした場合とは異なって、

同意が無効である事を知らずに行為をした第三者の行為を、構成要件の段階で不問にできる点にある。
ヤコブスクの批判は、Vgl. *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 410ff.

(60) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 99; *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 282ff.; *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 21ff.

(61) Vgl. *Roxin*, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984, S. 279.（以下、*Roxin*, in: Noll-GS と略す）

(62) *Arzt*, Heileingriffe aufgrund einer Blanko-Einwilligung bezüglich der Person der Arztes, in: Festschrift für Jürgen Baumann, 1992, S. 209.（以下、Arzt, in: Baumann-FS と略す）

(63) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 99; *Kühne*, a.a.O. (Anm. (28)), 244ff.

(64) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 99.

(65) *Roxin*, in: Noll-GS (Anm. (61)), S. 280f.

(66) *Roxin*, in: Noll-GS (Anm. (61)), S. 281.

(67) *Roxin*, in: Noll-GS (Anm. (61)), S. 283.

(68) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 103.

(69) *Roxin*, in: Noll-GS (Anm. (61)), S. 284.

(70) *Roxin*, in: Noll-GS (Anm. (61)), S. 285f.

(71) *Roxin*, in: Noll-GS (Anm. (61)), S. 286ff. Vgl. *Roxin,* a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 104f.

(72) *Roxin*, in: Noll-GS (Anm. (61)), S. 288ff.

(73) 研修医が行うことでリスクが増す侵襲であるのならば、それは法益関係的錯誤である。

(74) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 111. ただし、同意者の錯誤を見抜いていて、意識的にそれを利用した時には権利の濫用ゆえに、同意を援用することができない。

(75) *Leckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 47.

(76) *Leckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 46.

(77) *Leckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 47.

(78) *Leckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 47.
(79) *Rönnau*, in: LK (Anm. (1)), Rdn. 199; *ders*, Jura2002 (Anm. (46)), 671; *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 30.
(80) *Kühne*, a.a.O. (Anm. (28)), 244.
(81) キューネは一元説を採る(Vgl. *Kühne*, a.a.O. (Anm. (28)), 244.)
(82) *Kühne*, a.a.O. (Anm. (28)), 244.
(83) *Kühne*, a.a.O. (Anm. (28)), 244.
(84) *Kühne*, a.a.O. (Anm. (28)), 245.
(85) *Kühne*, a.a.O. (Anm. (28)), 245.
(86) Vgl. *Kühne*, a.a.O. (Anm. (28)), 243.
(87) *Kühne*, a.a.O. (Anm. (28)), 246.
(88) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 21. Vgl. auch Rönnau, in: LK (Anm. (1)), Rdn. 199.
(89) この点はアルツトの理論でもっとも批判される部分である。Vgl. *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 284; *Roxin*, in: Noll-GS (Anm. (61)), S. 287.
(90) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 23.
(91) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 24.
(92) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 28ff. アーメルングによれば、器物損壊罪の構成要件は、その物について自由に処分する所有権者の権限ではなく、物の所有権を保護しているのであり、自己決定権自体は構成要件で保護されていない。
(93) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 31f.
(94) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 37. 同意は正当化事由であり、またそれによって同意者は財の侵害を自らの責任に負わせる。しかし同意的意思がない時には、正当化の基礎はなくなる。また同意者への帰責の判断も基礎付けられなくなる。なぜなら、その欠缺は同意者の不注意が原因かもしれないし、同様に同意者が欺罔されている場合のように法益侵害者に法益侵害を帰責させる根拠があるかもしれないからである。
(95) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 40ff.

(96) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 42f.
(97) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 46f.
(98) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 48f.
(99) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 52.
(100) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 53.
(101) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 54.
(102) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 56.
(103) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 58.
(104) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 58.
(105) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 60.
(106) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 61.
(107) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 61ff.
(108) Dr. A に手術を依頼したのに Dr. B が手術をし，Dr. A が施術した場合と同じ結果にいたったとき。
(109) Dr. A と Dr. B の技量の差が，当該手術の結果に対してリスクの差を生み出さないとき。
(110) *Rönnau,* in: LK (Anm. (1)), Rdn. 199; *ders,* Einwilligung (Anm. (28)), S. 195f.
(111) *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 205ff.
(112) *Rönnau,* in: LK (Anm. (1)), Rdn. 201ff.; *ders,* Einwilligung (Anm. (28)), S. 220f.
(113) *Rönnau,* in: LK (Anm. (1)), Rdn. 201ff.; *ders,* Einwilligung (Anm. (28)), S. 228ff.
(114) *Rönnau,* in: LK (Anm. (1)), Rdn. 201ff.; *ders,* Einwilligung (Anm. (28)), S. 230.
(115) *Rönnau,* in: LK (Anm. (1)), Rdn. 201ff.; *ders,* Einwilligung (Anm. (28)), S. 258.
(116) *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 259ff. なお第三者による欺罔・強制と行為者の可罰性の関係については，*Rönnau,* in: LK (Anm. (1)), Rdn. 209. を参照。
(117) ただし，錯誤がアルツトのいう法益関係的錯誤であるときには，それは錯誤ではなく，そもそも承諾がないので，同意

はもとから存在せず、主観的な帰責（故意）の問題として解決されることになる（*Rönnau*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 261.）。

(118) Vgl. auch *Jescheck/Weigend*, a.aO. (Anm. (13)), S. 383.

(119) Vgl. auch *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 119. 第三者によって引き起こされた錯誤に基づく承諾は侵害者が、それを知らなかった場合に相対的に無効となる。

(120) Vgl. *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 346ff. また、アーメルングのように同意は違法性阻却事由であると解すれば、構成要件の段階で終わっているはずの帰責の問題が、違法性の段階で再び表れるという体系矛盾がおきることになる（Vgl. auch *Rönnau*, in: LK (Anm. (1)), Rdn. 195）。

(121) *Arzt*, in: Baumann-FS (Anm. (62)), S. 211.

(122) Vgl. *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 105.

(123) 確かに、アルツトがここでいう処分の自由には一定の制限がかかっている。つまり、一般の人がその状況を重要とみるかどうかである（たとえば、家の取り壊し工事をするのがドイツの労働者か外国の労働者かは重要な事実ではない。Vgl. *Arzt*, in: Baumann-FS (Anm. (62)), S. 208）。しかし、このような状況は、客観的帰責の問題でも重要視されることになるから、帰結はほぼ一致すると言って構わないだろう。

(124) 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）九八頁以下、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報一号（一九八五）五九頁（以下・佐伯「錯誤」と略す）。（また、日本に法益関係的錯誤説を紹介した先駆的研究としては、山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関西大学法学論集三三巻三・四・五合併号（一九八三）二七三頁以下。）

(125) 森永真綱「被害者の承諾における欺罔・錯誤（一）」関西大学法学論集五二巻三号（二〇〇二）一九九頁以下、斉藤誠二「欺罔にもとづく承諾」『吉川経夫先生古稀祝賀論文集　刑事法学の歴史と課題』（一九九四、法律文化社）一五九頁。

(126) 山口・前掲論文（注（124））一〇一頁。その他にも、山口厚「欺罔に基づく被害者の同意」廣瀬健二ほか編『田宮裕博士追悼論集上巻』（二〇〇一、信山社出版株式会社）三二一頁以下参照。

(127) 山口・前掲論文（注（124））一〇一頁以下。

(128) 山口・前掲論文（注（124））一〇二頁以下。

(129) 山口・前掲論文（注（124））一〇三頁以下。

第三番目の類型は、後の研究で、このような類型における錯誤の重要性を認めない他の法益関係的錯誤説への批判として展開されることになる（山口厚『刑法総論』（第二版、二〇〇七、有斐閣）一五九頁以下）。

(130) 多くの説でこのような法益は処分の自由が制限されるから、結局は同意の有効性は制限されることになる点に注意すべきである。

(131) 山口・前掲論文（注（124））一一〇頁以下。

(132) これは中間説に依拠する林美月子（林美月子「錯誤に基づく同意」松尾浩也ほか編『内藤謙先生古稀祝賀・刑事法学の現代的状況』（一九九四、有斐閣）二八頁）が、緊急避難（類似）状況に関連して、「もし欺罔の内容が真実であり緊急避難状態にあるのならば、行為者の行為は正当化されるのであり、反対に同意する者の法益は犠牲にせざるを得ない状況にある」から、このような欺罔に基づく承諾は無効であると主張したことに向けられた批判でもある。確かに、通常の強制状況の場合には強制下の同意は無効とされないのであるから、そのような状況が欺罔で作られた場合にのみ、被欺罔者の自由は制限されていると解するのは疑問であろう。

(133) 佐伯仁志「被害者の同意とその周辺（2）」法学教室二九六号（二〇〇五）八四頁以下も同旨である。また、山中・前掲書（注（2））二一二頁以下参照。ただし、両説とも第三番目の目的・動機の部分までは認めていない。

(134) 西田典之『刑法総論』（二〇〇六、弘文堂）一七九頁。また、通常法益関係的錯誤説の論者がそう考えるように、山口説の第三番目の法益関係的錯誤は、西田説には含まれない。

(135) 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）三三頁。なぜなら、「そもそも法益処分の自由とは、各構成要件の着目する一定の属性の変更が、どのような評価を受けるかに関係する、その意味で個別の構成要件に固有のものであり、他の異なる属性の変更が受ける評価に関係していてはならない。そうでないと各構成要件が、わざわざ一定の属性のみに着目して法益を記述し、その処分の自由だけを保護しようとした趣旨が没却されてしまうからである」。

(136) 小林・前掲論文（注（135））四二頁以下。

(137) また、小林・前掲論文（注（135））四三頁以下によれば、被害者の価値観も、無限定に刑法による承認をうけるわけで

はないが、角膜移植の事例で子供を愛犬に置き換えた場合であっても、法益関係的錯誤を肯定する余地があるという。なぜなら、緊急状況にある、その意味である種のパニック状態に陥り、冷静に害を衡量できない被害者の意思にそれほど絶対的な正当化力を与えてよいかには疑問があるからである。

しかし、冷静な害の衡量は、錯誤の性質の問題ではなく、同意能力の問題であることに鑑みれば、このような議論に法益関係的錯誤説を基礎付けるための説得力があるかは疑問であろう。

(138) 山中・前掲書（注（2））二一三頁、山口・前掲論文（注（124））一〇三頁以下、佐伯・前掲論文（注（124））六一頁。

(139) ただし、山口説に関しては、山口・前掲論文（注（124））一〇三頁以下参照。また、小林・前掲論文（注（135））三四頁は、財産に対する罪の特殊性を顧慮して、たとえばローソクの効用は誰が吹き消すかにより異なるから、このようなものに関する錯誤（効用を変化させるような錯誤）は、法益関係的錯誤だと解する。しかし、客観的なローソクの効用（火を灯す）は、誰がそれを吹き消したかによって変わるものではなく、ここでは特定人に吹き消させたいというローソクの所有者の主観が評価の対象となっているといえるだろう。ここでいう効用は、客観的なそれではなく、主観的なそれであって、これを法益関係的錯誤というのであれば、アルツトのように、財産犯をその他の罪と同様に扱わない方が適切であるように思われるのである。

(140) 林（美）・前掲論文（注（132））三一頁以下。

(141) 林幹人「錯誤に基づく被害者の同意」芝原邦爾ほか編「松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻」（一九九八、有斐閣）二四九頁以下。

(142) 上嶌一高「被害者の同意（下）」法学教室二七二号（二〇〇三）八一頁以下。また、曲田統「生命・身体に対する罪における『被侵害者の錯誤と同意』」札幌学院法学二四巻一号（二〇〇七）二七頁以下参照。

(143) 井田・前掲論文（注（2））九一頁以下。なお井田良『刑法総論の理論構造』（二〇〇六、有斐閣）一九一、一九八頁以下も参照。

(144) *Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 48; *Roxin*, in: LK (Anm. (1)), Rdn. 208; *ders.* Einwilligung (Anm. (28)), S. 436ff.; *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 121.

(145) *Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 48; *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 120; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 113f.;

Amelung/Eymann, a.a.O. (Anm. (46)), 944; *Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 31.

(146) ドイツ刑法二四〇条（強要罪）「違法に、暴力又は著しい害悪の脅迫でもって人に行為、許容、若しくは不作為を強要した者は、三年以下の自由刑又は罰金に処する。」

(147) *Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 48; *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 120; *Rönnau*, in: LK (Anm. (1)), Rdn. 207; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 113f.; *Amelung/Eymann*, a.a.O. (Anm. (46)), 944; *Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 31.

(148) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 115.

(149) *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 255; *Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 32. レンナウによれば、ここでは同意者は、行為者の介入に財をさらすことをより利益があると考えたのであるから、それを妨げることはこのような同意者にとっての最善の道を妨げることになるゆえに、脅迫に基づく同意は第三者に対しては有効である。

(150) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 116.

(151) 注（89）を参照。

(152) Vgl. *Rönnau*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 222ff.

(153) *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 119; *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 292ff.; *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 24.

(154) *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 419ff.

(155) Abw. *Sternberg-Lieben*, a.a.O. (Anm. (57)), S. 531ff. シュテルンベルク・リーベンによれば、ここでは対価に関する条件も許されうる。なぜならば、条件付きの承諾の場合には、異なる条件下での侵害には承諾していない（承諾の不存在）のに対して、対価についての錯誤の場合には承諾が存在するという点で異なっているからである。

しかし、後者の場合にも、対価を受け取ることは、黙示的に定められた同意の条件と解するべきであろう（*Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 422ff.）。

(156) なお *Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 46. によれば、器物損壊罪の場合には、保護されているのは処分権そのものなので、同意に付与された条件は有効である。

(157) 林（幹）・前掲論文（注（141））二五一頁参照。

(158) 森永・前掲論文（注（28））二二二頁以下。

(159) 町野・前掲書（注（26））二二八頁以下、中野・前掲書（注（26））八四頁参照。

(160) 深町晋也「判批」ジュリスト一三一四号（二〇〇六）一五七頁、山口厚『新判例から見た刑法』（二〇〇六、有斐閣）二三一頁以下、林幹人「判批」判例タイムズ一一八一号（二〇〇五）一一〇頁以下、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一三巻』（第二版、二〇〇四、青林書院）四七四頁〔河上和雄ほか〕、曽根威彦『刑法各論概説』（第三版、二〇〇三、成文堂）一九二頁、岡野光雄『刑法要説各論』（第四版、二〇〇三、成文堂）一九六頁、中森喜彦『刑法各論』（第二版、一九九六、有斐閣）一七八頁、団藤・前掲書（注（3））六六〇頁。

(161) 河上ほか・前掲書（注（160））四八一頁。

(162) 山口・前掲書（注（160））二三二頁以下。

(163) 前田雅英「盗品等に関する罪」研修六六三号（二〇〇三）六頁。また、前田・前掲書（注（3））三四三頁も参照。

(164) 団藤重光編『注釈刑法』（一九七六、有斐閣）五六四頁〔内藤謙〕、団藤・前掲書（注（3））六六〇頁以下、深町・前掲論文（注（160））一五七頁、山口・前掲書（注（160））二三二頁、林・前掲論文（注（160））一一一頁、河上ほか・前掲書（注（160））四八一頁、曽根・前掲書（注（160））一九四頁以下、岡野・前掲書（注（160））一九九頁。

(165) 高山佳奈子「判批」現代刑事法五四号（二〇〇三）六二頁、豊田兼彦「盗品等に関する罪について（三・完）」愛知大学法学部法経論集一五九号（二〇〇三）一九頁以下、西田・前掲書（注（3））二四四頁、曽根・前掲書（注（160））一七六頁、林・前掲論文（注（160））一一五頁。

(166) 今井猛嘉「盗品等関与罪の成否」現代刑事法五七号（二〇〇四）一〇〇頁、松尾誠紀「判批」北大法学論集五四巻五号（二〇〇三）一八七頁以下、山口・前掲書（注（160））二三八頁以下、河上ほか・前掲書（注（160））四八一頁。

(167) 朝山芳史「判解」法曹時報五六巻二号（二〇〇四）三〇四頁。

(168) 木村光江『刑法』（第二版、二〇〇四、東京大学出版会）三四七頁、大谷・前掲書（注（3））三三九頁、前田・前掲書（脚注（3））三四二頁以下。

(169) ドイツ刑法二五九条（Hehlerei）「他人が盗んだ物又は他人の財物に向けられた違法な行為によって獲得された物を買った者又は自身か第三者に手にいれさせた者、若しくは自身か第三者が利益を得るためにそれを売却した又はその幇助をした者は、五年以下の自由刑又は罰金に処する。」

(170) *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Auflage, 2008, §259, Rdn. 1;*Stree*, in: Schönke/Schröder, 2006, §259, Rdn. 1; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 9. Auflage, 2003, §39, Rdn. 1; *Hoyer*, in: SK, 6. Auflage, 2001, §259, Rdn. 1; *Ruß*, in: LK, 11. Auflage, 1994, §259, Rdn. 1; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (1)), §259, Rdn. 1; *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (1)), §10, Rdn. 1; *Wessels/Hillenkamp,* a.a.O. (Anm. (2)), Rdn. 824.

(171) ドイツの贓物罪の詳細は豊田兼彦「盗品等に関する罪について（一）（二）」愛知大学法学部法経論集一五九号（二〇〇二）一頁以下、一六〇号（二〇〇二）八三頁以下を参照。

(172) 本犯助長的性質はドイツ刑法二五七条の犯人庇護罪（Begünstigung）でカバーされることになる。（二五七条一項「違法な行為を犯した他人を、彼に行為の利益を確保させる意図で助力をした者は五年以下の自由刑又は罰金に処する。」）

(173) *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (1)), §10, Rdn. 32.

(174) *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (1)), §259, Rdn. 7; *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (1)), §10, Rdn. 48; *Fischer*, a.a.O. (Anm. (170)), §259, Rdn. 18a; *Stree*, a.a.O. (Anm. (170)), §259, Rdn. 33; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (170)), §39, Rdn. 32; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (170)), §259, Rdn. 29; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (170)), §259, Rdn. 27.

(175) ただし犯人庇護罪や場合によっては恐喝罪、詐欺罪の成立はある。 Vgl. *Kristian F. Stoffers*, Die entgeltliche Rückveräußerung einer gestohlenen Sache an deren Eigentümer durch einen Dritten, Jura1995, 113ff.

(176) *Mark A. Zöller/Karl-Heinz Frohn*, Zehn Grundprobleme des Hehlereitatbestandes (§259 StGB), Jura1999, 384.

(177) 前田・前掲論文（注（163））一〇頁。

(178) 前田・前掲論文（注（163））一〇頁。

(179) なお井田良「盗品等に関する罪」芝原邦爾『刑法理論の現代的展開・各論』（日本評論社、一九九六）二五七頁以下は、盗品等関与罪の処罰規定は「本犯者への犯行後の協力・援助行為を禁止して本犯者を『孤立』させることにより、財産犯への誘因をのぞき、ひいては盗品処理ないし売却等のための非合法的な仕組み（たとえば、ブラックマーケット）の形成を阻止するためのもの（本犯の被害者の保護は規制の反射的効果にすぎない）」とし、本罪の犯人庇護罪的性質を強調しており、本罪の財産犯的解釈に疑問を呈しているようである。また伊東研祐『現代社会と刑法各論』（第二版、二〇〇二、成文堂）二八九頁以下参照。

(180) 平野龍一『刑法の基礎』（一九六九、東京大学出版会）一九八頁参照。

(181) この判例の評釈は、設楽裕文「判批」日本法学七〇巻二号（二〇〇四）号一八七頁以下、東雪見「判批」上智法学論集四七巻二号（二〇〇三）一四九頁以下、上嶌一高「判批」法学教室二七六号（二〇〇三）九二頁、大場亮太郎「判批」警察学論集五六巻六号（二〇〇三）二〇〇頁以下、豊田兼彦「判批」愛知大学法学部法経論集一六一号（二〇〇三）一頁以下、松宮孝明「判批」法学セミナー五七五号（二〇〇二）一一九頁、深町・前掲論文（注(160)）一五六頁以下、林・前掲論文（注(160)）一一〇頁以下、高山・前掲論文（注(165)）五八頁以下、松尾・前掲論文（注(166)）一八六頁以下、朝山・前掲論文（注(167)）二九五頁以下がある。

(182) 平成一四年決定のいう正常な回復が、金銭的な負担の有無のみを基準としているかには争いがあるが、ここではそれに限られるべきではないように思われる。なぜならば、原審で用いられた「無償での返還」という用語が平成一四年決定では用いられていないからである。それゆえ、警察に通報しないことを条件に財物の返還をうけたとしても盗品等関与罪は成立することになる。今井・前掲論文（脚注(166)）九九頁、上嶌・前掲論文（注(181)）九三頁参照。しかし、盗品等関与罪は財産犯であり、判例が財産とは関係ない基準をもちいることを批判する学説も多い。深町晋也「判批」西田ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論』（第六版、二〇〇八）一五一頁、山口・前掲書（注(160)）二三九頁、今井・前掲論文（注(166)）九九頁、東・前掲論文（注(181)）一五六頁参照。

(183) 東・前掲論文（注(181)）一五四頁参照。

(184) 大場・前掲論文（注(181)）二〇七頁参照。

(185) 前田・前掲論文（注(163)）一〇頁参照。

(186) 山口・前掲書（注(160)）二三九頁、朝山・前掲論文（注(167)）三〇五頁。なお被害者自身による取り戻しはいわば自傷行為であるから、構成要件には該当しないことになる。被害者への贓物返還事例に被害者の承諾を当てはめることへの反対は、豊田・前掲論文（注(181)）一五頁参照。

なお、朝山・前掲論文（注(167)）三〇五頁は、違法性の段階で被害者の承諾を考慮するとしているが、本罪が財産犯であることに鑑みると、被害者の承諾は保護法益の存在と表裏一体であって、それゆえ構成要件該当性（法益侵害性）を阻却すると解するべきであろう。

(187) 山口・前掲書（注(160)）二四〇頁。
(188) 深町・前掲論文（注(160)）一五八頁、山口・前掲書（注(160)）二四〇頁参照。
(189) 上嶌・前掲論文（注(181)）九二頁。
(190) 大場・前掲論文（注(181)）二〇六頁。
(191) 深町・前掲論文（注(160)）一五九頁以下。
(192) 今井・前掲論文（注(166)）九七頁。また、深町・前掲論文（注(182)）一五一頁を参照。
(193) 名古屋高判平成一三年一〇月四日刑集五六・六・二七五。

〔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。