

紹介

クラウス・ロクシン古稀 祝賀論文集の紹介（１）

Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001,
Walter Gruyer.

刑法読書会
松宮孝明編

はしがき

本資料は、ドイツ刑法学界の泰斗クラウス・ロクシン教授の古稀を祝って公刊された祝賀論文集に掲載された各論文の紹介である。教授は、2001年5月15日に70歳の古稀を迎えられた。周知のように、ミュンヘン大学教授であるロクシン教授は、ドイツの刑法、刑事訴訟法、刑事政策の分野に偉大な学問的足跡を残すとともに、世界各国からも多数の留学生を受け入れ、ドイツ以外の国々にも大きな学問的影響を与え続けている。古稀を迎えられてからも、2003年に、共犯や未遂、罪数等を扱った刑法総論教科書の第2巻を刊行されるなど、その活躍は一向に衰えを知らないようである。

本論文集に収められた数々の祝賀論文のテーマも、ロクシン教授の研究業績を反映して、刑法、刑事訴訟法、刑事政策の幅広い分野にわたるとともに、執筆陣もドイツに限らず、世界各国に広がっており、わが国からも、西原、宮澤両教授を始めとする寄稿者の名が見える。これらの力作を紹介することは、わが国の刑法学にとっても大きな意義を有するものと思われる。そのすべてを紹介することは、諸般の事情から困難かもしれないが、毎回2～3本程度をまとめて、できる限り多くの論文を紹介したいと考えている。

刑法読書会は、約半世紀前に、立命館大学名誉教授の佐伯千仞先生の下に発足し立命館大学にその事務局を置く、主として関西の刑事法研究者によって構成する研究会である。その目的のひとつには、内外における刑事法に関する文献をとともに読み、考え、これをわが刑法学の財産とすることであり、同時に、これを通じて、次代を担う若手刑法学者を育てることである。ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ教授の古稀祝賀論文集の紹介に続き、本祝賀論文集の紹介を通じて、この伝統を受け継いでいきたいと思う。

クリストス・ミロノポウロス

「横領構成要件の要素としての権利者排除の終局性 処分的な説明の試み」

Christos Mylonopoulos, Die Endgültigkeit der Enteignung als Merkmal des Unterschlagungstatbestandes, Versuch einer dispositionellen Erklärung, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, (2001), S. 917ff.

〔紹介にあたって〕

本論文は、横領罪の実行行為である領得行為を、不法領得の意思を発現するあらゆる行為とする領得意思発現説(Manifestationstheorie)を批判し、客観的な思考を試みるものである。

「領得」という概念は、窃盗罪においては「不法領得の意思」という形で主観的構成要件要素であるのに対し、横領罪においてはその実行行為であるという形で客観的構成要件要素であるとされる。しかし、ドイツの通説は、上述のような領得意思発現説を採用している。これに対して筆者は、これで十分に客観的といえるのかという疑問を呈し、所有者が物に対する支配権を終局的に失ったという客観的・社会的意味を有する行為が領得であり、客観的な終局的権利者排除に着目する。そして、その終局性の確立時期について、「処分」概念を用いて説明しようとする。すなわち、経験則上、行為者が物の返還を求められた場合に、返還を拒絶するなど否定的に対応するであろうという「予測」が可能な場合、処分を認める、つまり領得があったとするのである。

以上のような議論は、日本の刑法の横領罪に関しても、いわゆる「領得行為説」をとる場合には当てはまるものと考えられる。ただ、上述の基準がまだ不明確であり、さらなる検討を加えるべきと思われる。しかし、少なくとも領得行為に関する領得意思発現説に対する批判については、有意義なものではなからうか。

なお、筆者のミロノポウロスは、ギリシアのアテネ大法学部教授である。

以下は本論文の要約である。

1. 領得概念は、窃盗の主観的構成要件要素として、そして横領の客観的構成要件要素として、同じ意味で考えられる。しかし、横領の性質のため、領得概念の統一的な取扱い、および窃盗構成要件から横領構成要件への転用は困難である。それゆ

え、「物」の概念のような首尾一貫し、自然的・論理的な概念が新たに定義される。

2. 窃盗における領得は、少なくとも一時的な占有取得 (Aneignung) および終局的な権利者排除 (Enteignung) と定義される。行為者は、確実に終局的な権利者排除を意図しなければならない。

3. 窃盗の場合、領得の要素の客観的現実化は必要ではない。したがって、権利者排除の終局性について、特に問題とはならない。

1. しかし、上述の窃盗における領得概念は、そのまま横領へ転用されうるわけではない。例えば、横領した物を消費あるいは売却した場合、自己の占有する他人の原付自転車善意の第三者へ売却し引き渡した場合、他人の金銭を支出した場合、他人のガソリンを使用しないし自己のものと混合した場合などは、権利者排除は確かに終局的であるが、例えば、相手方に対して、自主占有をする確実な意思を示し、あるいはすでに売却の申込をしたものの、権利者に対して様々な口実を用いて返還を先延ばしにする場合、他人の物を単に転貸あるいは隠匿する場合、他人の物の不返却や返却の拒否の場合、領収書を発行しない出納係の態度などは、領得といえるのだろうか。

それゆえ、窃盗における領得概念をそのまま転用すれば、権利者排除は永遠に終局的にならない場合があるであろう。したがって、両者の場合において大きく異なる領得概念を、その同一性を保ちつつ、十分に定義するための対策が、横領について講じられる。

2. ここでの検討の出発点は、上述のように領得は横領の客観的構成要件要素であるため、所持者が単に領得を決意したような場合には、領得は認められないということである。これでは領得の客観化に不十分であり、客観的徴表に関連付けられる。今日の通説的な領得意思発現説によれば、領得とは、権利者の永続的排除の下で、物を自己の財産にするという所持者の意図を表すあらゆる行為である。さらに、行為者が不法領得の意思を有していない場合、客観的構成要件要素を排除するという意味での、「不法領得の意思への客観的構成要件の完全な従属性 (Akzessorietät)」が認められることもある。例えば、領得意思発現説を採用するギリシアのアレオパゴス (Areopag) は、この従属性を認める (1732/1990 決定)。

3. 領得意思発現説は、領得概念を行為者の意図に従属させるので、領得と内心的

態度を同一視し、外的態度を内面的態度の一種の徴表とみなす。ここから、占有取得および終局的権利者排除という社会的意味を有する行為の必要性、および意図という主観的要素のみへの着目の不十分性が、明らかになる。

4. この領得意思発現説を生産的なものにする試みもなされてきた。例えば、領得を「客観的に認識可能な方法での領得意思の表動」と定義する。しかし、この試みも、循環定義である点、および客観的構成要件要素を意図に従属させる点で、適当ではない。

5. 領得行為は、占有取得の故意の他に永続的な権利者排除の意図も必要であるとして、横領を超過的内心傾向を伴う犯罪であるとする見解も、領得の客観的性質および終局的権利者排除を顧慮しようとする。「行為者は確実な終局性の状況を作出した」のでなければならぬとするのも、同一の方向性を有する。しかし、これらの見解は、ドイツ刑法は領得を客観的構成要件要素と規定するにもかかわらず、横領を短縮された結果犯(kupiert Erfolgsdelikt)あるいは企行犯に変化させるものであり、適当ではない。

6. 不法領得の意思の明確な発現を要求する論者も、同様の問題を認識している。したがって、例えば、借りた本を期限超過後も長期間返却しない場合、領得意思の明確な表明がないとするであろう。一方、所持者が自らが所有者であると主張し返還を明示的に拒絶する場合、領得意思の明確な表明があるとしよう。

この考え方は、領得実現の基礎は、意思の発現に存在するのではなく、行為それ自体に存在するということを考慮しない。所有者が物に対する支配権(Macht)を終局的に失ったという客観的・社会的意味を有する行為が領得なのである。

1. 以上のように客観的な終局的権利者排除は必要である。しかし、このことは、所有者にとって物が終局的に喪失されることを必要とするのであろうか。それとも、より早い段階での、終局的権利者排除を認めうるのであろうか。

2. 学説・判例は、後者の立場であるが、すでに見たようにその理由付けは領得の特質に適合していない。事実、権利者排除の終局性は、取戻しの不可能性と同一ではない。ここで、我々は権利者排除の終局性の性質および概念的 content に関する問題に立ち戻るのである。

3. 客観的に終局的な権利者排除もありうる。その場合の多くは、例えば善意の第三者への売却のように、法律上の根拠による。他にも、例えば他人の食料品の消費

のように、事実上の根拠による場合がある。しかもた、所有者のあらゆる第三者との事実的な等置 (Gleichstellung) の場合もある。この場合における、行為者態度の社会的意味は、所有者が物に対する支配を事実上失い、それを取り戻すために争わなければならない点に存在する。したがって、撤回の余地のある「権利者排除」の多くの場合、所有者は取引観念 (Verkehrsauffassung) により、あらゆる第三者と事実上等置されることになる。ピンディングの基準に回帰すれば、物に対する唯一の結合が、法秩序による法的地位の単なる承認である場合が問題となる。

さらに権利者排除の終局性の社会的根拠が問題となる。物の取り戻しは、努力により一定の蓋然性をもって達成されるにすぎない。この等置が存在すれば、終局的権利者排除であり、物の取戻しの可能性の事実上終局的な喪失までは必要ない。

この場合、物の終局的な喪失は、行為者の態度に反映する。

4. 「確実な終局性」により領得意思発現説を修正する論者も、このことを考慮する。これに関して、行為者が生ぜしめた状況が「どのように終局的」でなければならないかが、問題となる。

この問題の序論として、以下のことをまず述べておく。すなわち、例えば、賃貸借関係に基づき賃貸人が物の返還を請求する場合のように、所有者と所持者を結び付ける関係に基づく物の取戻しの場合、領得は問題とならない。一方、所持者が他人の所有権を否定する場合、権利者はあらゆる第三者と等置される。権利者は物を取り戻すために、自らの所有権を立証しなければならず、物に対する唯一の関係は法的承認である。このような場合、権利者排除は終局的である。しかし、終局的になる時期はいつなのであろうか。我々は、処分概念 (Dispositionsbegriff) の理論を用いて、この問題に答えることにする。

1. 不法領得の意思の発現が、領得という客観的要素に対して有する意味、および領得の終局性の存在に関する推認の可否が、問題となる。その際、所有者が物の返還を請求するとき、所持者がどう振舞うかということが問題となり、そしてまた、その予測の有する社会的意味も問題となる。処分を帰する (zuschreiben) ことは、ある条件下での対象の一定の対応 (reagieren) の蓋然性を意味する。以下、これについて見ていきたい。

2. 処分は事象を記述するのではなく、ある条件下での対象の対応の蓋然性に関する言明である。したがって、処分は帰せられるものである。これには、現実の観察、

および対象の対応から処分の存在を推認させる経験則を用いた判断の公式化が不可欠である(いわゆる符合ルール(Korrespondenzregeln))。このルールは、理論的用語の言明と観察的用語(Beobachtungssprache)の言明との間の対応関係を表現し、理論的用語を表現する観察的用語の要素は、処分の存在を示すので、指標(Indikator)と呼ばれる。このルールを手掛かりに評価される経験上の客観的事実(指標)が観察される。処分は、知覚可能なものではなく、帰納的性質を有する予測を含みうる。処分の概念的把握に際して、蓋然性判断を含む条件文により表現されるだけの言明が問題となる。

それゆえ、処分概念の理論に内在する根本思想は、処分の帰属が予測を含む条件法の使用を前提とするところに存在する。したがって、処分の言明は統計上の予測を含むと言われる。

3. 物の返還を行為者が要求されたとき、所有者のように対応する、あるいは返還を拒絶するなど、否定的に対応するであろうという、一般的経験則を用いた予測を許容する指標を、行為者は自らの態度で生ぜしめなければならない。このことは、一定の指標が存在する場合に経験則の公式化を可能にする社会的解釈を手掛かりに判断される。

この行為者態度の予測は、行為者の側からも被害者の側からも一定の状況を生ぜしめる。行為者にとって自らの態度は、返還を要求されたときに所有者のように振舞うであろうという蓋然性判断を可能にする。所有者にとっては、物を使用するためには自らが任意の第三者のように行為せざるをえないという社会的意味を有する。それゆえ、所有権の社会的承認は消滅しており、権利者排除は終局的である。この場合に物の法的あるいは事実的喪失は不要である。所有者は自らの所有権を証明し、行為者が生ぜしめた状況を覆さなければならない。

処分の解釈には比較概念を用いるべきである。法的小よび事実的終局性の場合(善意の第三者への売却、消費など)を除き、権利者排除が終局的になる正確な時点を要求することは、現実乖離的であり学問的に誤りである。指標が多ければ多いほど、処分がより肯定しうる。

処分という「支配権」に関して、「iがj」に対する支配権を行使しようと思えばえすれば行使可能な場合、iはjに対する支配権を有する」というバルザーの分析と同じことが言える。すなわち、所持者が所有権行為(Eigentumshandlung)をしようと思えば実行可能であると評価できる徴表を、自らの態度により生ぜしめたとき、所持者は物を横領したと言える。この場合、所有者はあらゆる第三者と全く区別されず、それゆえに権利者排除は終局的である。

4. 以上のように、この見解と領得意思発現説との相違は明白である。すなわち、領得意思発現説は領得を不法領得の意思と同一視し、終局的権利者排除の確定を要求することなく、暗黙のうちにその終局的権利者排除の意図に置き換える。一方、処分の分析の場合には、領得の発現は符合ルールを用いて予測を可能にする指標の役割に限定される。しかし、この判断の公式化の可能性は、所有者にとっては、第三者のように扱われるという、重大な影響を与えるものである。

これにより、返済の意思および現実的可能性(「現存する填補資金」)を有する他人の金銭の自己目的使用が、領得であるのかという争いのある問題に答えることができる。ある説によれば、返還の意思と可能性はせいぜい所有者の推定的同意の表出にすぎず、領得の違法性は排除されない。しかし、ロクシンを含むその他の説は、行為者は物の価値を自己のものとしないので、何らの領得も存在しないとする。ここで横領を認めることは、あまりに形式主義にすぎ、あまりにも現実乖離的であろう。この見解は処分の分析からも証明できる。すなわち、金銭の返還を要求されるなどの一定の条件の下で、所持者が所有者のように対応するであろうという、経験則上の予測を可能にする十分な指標を、行為者は生ぜしめていない。したがって、この場合、権利者排除が終局的であるとはいえない。

(梶原源太)

ルドルフ・レンギア

「刑法各則における客観的帰属の問題について」

Rudolf Rengier, Gedanken zur Problematik der objektiven Zurechnung im Besonderen Teil des Strafrechts, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 811ff.

[紹介にあたって]

本稿は、客観的帰属論の各則における適用可能性を検討したものである。Konstanz 大学教授 Rengier は、客観的帰属論が(特に以下に掲げる)様々な構成要件において適用可能な理論であり、かつその適用は有意義であると主張する。以下は本論文の要約である。なお、ロクシンの客観的帰属論についての詳細は、安達光治「客観的帰属論の展開とその課題(三)」立命館法学270号396頁以下(2000年)、山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』8頁以下、339頁以下(1997年)、傷害致死罪と客観的帰属論の関係についての詳細は、佐伯和也「結果的加重犯にお

ける『基本犯』と『重い結果』との関係について「傷害致死を中心に」関西大学法学論集52巻3号80頁以下(2002年)、ドイツにおける詐欺罪全般の議論状況の詳細は、浅田和茂「詐欺罪の諸問題」『現代刑法講座第四巻 刑法各論の諸問題』311頁以下(1982年)、三角詐欺については、山中敬一「詐欺罪における他人の財産に対する処分行為について」関西大学法学論集52巻4=5合併号475頁以下(2002年)を参照されたい。

* * * *

.(客観的帰属論とは) / .(ロクシンの客観的帰属論)

客観的帰属論の普及はロクシンの功績である。これは、行為者の行為と条件関係にある結果を彼の仕業として帰責できるかどうかを問う理論である。ロクシンは、許されない危険の創出、許されない危険の実現、構成要件の射程という三つの段階を設定する。

.(各論における客観的帰属論)

ロクシンも指摘している通り、様々な結果犯において客観的帰属論は問題になる。ロクシンは器物損壊罪、詐欺罪を挙げている。これらは本稿において重点的に検討される。その他、ロクシンは侮辱罪、具体的危険犯も挙げているが本稿では触れない。

.(傷害致死罪)

結果的加重犯の客観的帰属の問題に関する論証の中で、ロクシンは、一定の犯罪についてのみ結果的加重犯を規定された理由は、当該犯罪の重い結果を惹起する一般の傾向にあるのだから、重い結果が基本犯の典型的な危険から生じた場合にのみ結果的加重犯の成立を認めることが法律の目的と一致するとし、そのような結果のみが結果的加重犯の保護目的によって把握されているのである、とする。そして、「特別の」帰属理論テーゼを否定し、基本犯と重い結果の間の保護目的連関の重要な基準は一般的な帰属論から推察されなければならないことを強調する。ロクシンが、傷害致死罪の保護目的の解釈に際し致命性説やBGH NJW 1971. 152に賛成し、(客観的帰属論に反対する論者も採用する)可罰性を限定する結論に賛成する点を

捉えて、客観的帰属論は恣意的であると批判されることもあるが、客観的帰属論は評価や保護目的に関する議論の余地を認める学説であることから、このような批判は当を得たものではない。客観的帰属論は構成要件の不法に対してよりよい説明の模範を提供し、重要な問題提起を明確にし、さらに、この定評のある理論を結果的加重犯の重要な事例群に適用することにより、新たな理論の「発明」を防ぐのである。結果的加重犯を客観的帰属論に統合することにより、評価的観点により明らかになるのである。

.(器物損壊罪)

器物損壊罪における客観的帰属論の適用の場面は容易に思いつく。しかし以下の場面では困難な帰属の問題が生ずる。例えば、行為者が除去(Reinigungshandlung)に条件付けられた何らかの損壊結果につき未必然に認識しつつ汚穢(Verunreinigung)ないし外観を損ねる行為(Verunstaltung)を行ったが(剥がすときに壁に何らかの損壊結果が生ずることを認識しつつポスターを貼り付ける等)、この損壊が結果的には被害者自身または被害者によって委託された第三者がこれを取り除くに際して回避可能な過失に基づき生じさせたという場合である。この場合、第一行為者が傷害した患者を医師が医療ミスにより死に至らしめた場合とパラレルに考えることができるだろう。この点、ロクシンは、落ち度の程度に応じて区別することなく、当該医師が、既に存在している危険を他の危険と置き換えたかどうか、そしてその危険が専ら彼の答責領域に属するものか否かを問う。しかしこのように考えれば、最終的に第三者によって結果が惹起された場合には、常に帰属が否定されることになろう(例えばポスターの除去に適していない手段を用いた場合、外観を損なった状態を惹起した危険とは全く別の危険が実現しているのである)。他方で、このような結論は、ロクシンの因果の逸脱の場面で用いる基準、つまり企行が、引き続き因果経過の危険を法的に重要な方法で高めたか、つまりその結果が企行によって創出された危険の相当な実現であるときに、結果は帰属されうるという基準から必然的に生じるわけではない。

この場合、行為者が、被害者による除去を考慮しなければならないような違法状態を惹起しているといえ、医師の治療を必要とする被害者の事例と完全に一致する。除去を、帰属中断的かつ自由答責的な自傷と捉える見解には賛成できない。むしろ、必要な除去と結合した危険も原則的に第一行為者の答責領域に帰属することが客観的帰属の基準と合致する。除去による損壊が不可避の場合に帰属されることは言う

までもない。さらに、除去者の過失による失敗も第一行為者が惹起した危険に属すると考えるのが正当である。その克服のために人の投入を前提とする危険を惹起した者は、過失によるミスを検討しなければならないのである(但し、重過失や故意は考慮すべきでない)。

なおロクシンは業務者が介入する場合に、第一行為者への帰属を切断する傾向があるが、これはさらに検討するに値する。

・(乱闘関与罪)

刑法第231条の場合、通説によると、因果的な結果惹起が客観的処罰条件として位置付けられているが、客観的帰属論が適用されるか否かはなおはっきりしない。ロクシンは、結果は構成要件の不法にも属しており、少なくとも行為者によって予見されなければならないとし、その限りで結果との関係で過失行為を要求するヒルシュの見解と一致する。過失を要求する以上、本条における客観的帰属の適用は当然の帰結なのかもしれない。

学説上、特にシュトレーは、因果性に加えて、乱闘の特別な危険性が重大な結果において実現したことを要求するが、これは客観的帰属論が問題となることを示唆したと思われる。トレンドレ/フィッシャーは基本的にシュトレーの見解を好意的に引用し、「第277条類似の」「構成要件特有の」結果という要件をもうける。これらの見解が示唆するように、客観的帰属論の中で、重大な結果が乱闘の全過程の中で設定された危険の実現といえるかどうかを検討すべきなのである。さらに、乱闘とそれに引き続く結果において、当該行為者が乱闘に関与することにより創出した危険も実現していなければならない。

以上の見地から、異常な因果経過を辿って結果が発生した場合やミスが介在した場合等をうまく解決することが出来る。そして、関与をやめた後に生じた結果について責任を負うとした BGHSt 14, 132 は賛成しうが、関与前に生じた結果について責任を負うとした BGHSt 16, 130 に賛成することはできない。もっとも、BGHSt 33, 100, 104 については議論の余地があろう。本事例では、攻撃者自身にのみ重大な傷害結果が生じたに過ぎないのに、攻撃者が処罰されたのであった。しかし、ここでは攻撃者自身に対する法的に許された危険(自己危殆化)が問題となっているに過ぎないので、客観的に帰属されないと言うべきである。シュトレーは第60条(刑の免除)の適用を主張するが、「構成要件の解決」がより説得的であろう。

〔参照条文〕 第227条

第1項 乱闘または数人で行われた攻撃に関与した者は、これにより人の死または重傷害が引き起こされたときは、3年以下の自由刑または罰金刑に処する。

.(完全酩酊罪)

本条の場合、ロクシンは責任主義の見地から、行為者は酩酊状態で行った行為を過失で行っていないからと見做し、かつこの者が行為の具体的な結果を予見し得たことを要求する。これは、客観的帰属論の適用を示唆したものと評価できよう。私見によれば、酩酊状態下の者から生じ、かつ法的に許されない危険性が、酩酊状態で行われた行為において実現していなければならない。

1. まず、異常な因果経過を辿って結果が生じた場合など、通常のしらふの行為者にあてはまることは酩酊状態下の行為者にもあてはまる。

2. 例えば酩酊状態にある者が犬に襲われた場合のように、正当化状況にある場合、法益侵害の重大な危険は、酩酊状態からではなく、当該状況から生じていると言えるため、客観的帰属は否定されることになる。

なお、危険な酩酊状態と酩酊状態下での行為の間には原因関係が存在していなければならない。例えば毎日午後五時に窃盗を行う常習窃盗犯が偶然酩酊状態でもあったという場合、客観的帰属は否定され、本条の成立は否定されうるかもしれない。もっとも、原因において自由な行為の法理を適用しうるかもしれないが、その可否については本稿では留保する。

以上のように、本条でも客観的帰属論は有用である。もっとも、必ずしも具体的危険犯と解する必要はなく、抽象的危険犯と解し、酩酊状態下での行為を客観的処罰条件とみなした上で、酩酊状態と酩酊状態下での行為の客観的帰属連関を要求すれば足りよう。

〔参照条文〕 第323条 a

第1項 故意または過失により、アルコール飲料またはその他の麻酔剤により、自己を酩酊状態に陥れた者が、当該状態で違法行為を行い、かつ酩酊状態ゆえに責任無能力であったか、またはこのことが否定され得ないため、当該犯罪によりこの者を処罰することができないときは、5年以下の自由刑、または罰金刑に処する。

・(詐欺罪)

結果犯としての詐欺罪においては、欺罔と損害の間に詐欺罪特有の帰属連関が必要である。すなわち、許されない欺罔が、他人の財産に対して許されない危険を創出し、これが、錯誤、財産処分という中間項(中間結果)を通じて、損害の発生に実現しなければならないのである。

1. 例えば、重要でない欺罔の例として、ロクシンは愛好家の趣味を挙げているが、この事例は許されない危険が創出されたとは言えない場面の一例といえよう。

2. 詐欺罪においては、(ロクシン説では「構成要件の射程」の問題として位置付けられている)自己答責性原理と被害者の共働責任(Mitverantwortung)の思想がかなり重要な役割を果たす。

a) シュモラーは、一定の欺罔が財産処分に対する被欺罔者の自己答責性に影響を与えていないか否かを、最終的には答責領域の(規範的な)限界付けという一般的な問題であることを強調する。グラウルは基本的にこのアプローチに賛成し、フリッシュの見解を引き合いに出しつつ、規範的な帰属の問題が重要であることを強調する。メルツも自己答責性基準を前面に出し、被欺罔者の自己決定の所産とはもはや言えない場合には欺罔は重要でないとする。そして詐欺罪の適用は財産にとって重要な目的に関する欺罔があった場合に制限すべきであるとし、客観的帰属論も用いつつこれを行うべきであるとする。パヴリークは詐欺罪は詐欺罪における客観的帰属論の適用は有用であると明確に述べており、「被害者管轄が優位する」場合には帰属連関が否定されるとしている。

これらの見解はニュアンスに多少の違いはあるものの、同様の結論に達する。欺罔が取引の基礎となっている給付の目的と無関係の事情に関するときに、欺罔者への帰属を否定することは賛成に値する。例えば隣人に見栄を張るために高額の寄付を行うという周知の事例では、寄付する者は彼の答責領域に帰属されるべき独自の給付の基準を設定しているのである。

b) 被害者に一定の疑念があった場合に被害者の共働責任の見地から錯誤要件の充足を否定する見解がある。周知の通り、通説は、被害者が「真実でありうる(möglich)」と置いていれば錯誤要件は充足されるとする。

被欺罔者の疑念がどのくらい強ければ、錯誤が否定されたり、答責領域が転換するのかという問題はなお解明されていない。特効薬事例(BGHSt 34, 199)では、あらゆる誇大広告にもかかわらず、被害者は薬が原料、若返り、増毛に効くと信じ

ていたのであった。通説によると、本件における被害者の軽率さは、なお答責領域の転換には至らないとされている。信頼と疑念が五分五分であっても、そして真実である可能性の方が少ないと考えている場合でも、なお錯誤は成立することになる。

客観的帰属すなわち答責領域に焦点を当てた私見からも、疑念の程度が50パーセントを超えたときに答責領域が被害者側に移るとすることは妥当でない。むしろ、評価的に全体を考察し、当該被害者が理性的に考え、もはやその取引に関わるべきではないといえるほどに、被害者の疑念が強いものなのかどうか、あるいは被害者が欺罔に条件付けられて事実上なお抱えている薬の作用に対する期待が弱いものなのかどうかを問うべきであろう。そのような場合、危険は被害者によって引き受けられなければならない、もはや行為者の答責領域には帰属され得ないのである。

3. 次に問題となるのが、(従来あまり注目されてこなかった)「補助者の(専門)知識は...本人に帰属されなければならない」というティーデマンのテーゼ(知識の帰属(Wissenszurechnung))である。例えば、代理人Rが欺罔者Tの欺罔を見抜いたが、その場にいなかった本人Gへの説明不足により、Gが錯誤に陥り損害を被った場合、一般にはRの錯誤とTの欺罔が否定され詐欺罪は成立しないとされ、知識の帰属という概念は用いない。しかし、ここでも本人は代理人の機能不全の危険を引き受けなければならないという客観的帰属論的思考が暗黙のうちに働いているのである。

上の事例を少し変えて、本人Gも一緒に現場にいたが、Rだけが欺罔を見抜いたという場合、TがGの錯誤を惹起したと考えることも出来る。しかし、知識の帰属という観点から見た場合、RとGを一体とみなしうるのではないだろうか。

さらに、被欺罔者側への帰属を認めるためには、RがGに太鼓判を押したことが必要か、それとも単に説明しないことで足りるのであるだろうか。複数の代理人がいた場合、そのうちの一人だけが欺罔を見抜いていたり、買収されていた場合はどうか。

これらの問題提起に対して、本稿では答えることはできない。ティーデマンがいう知識の帰属という見解は、基本的には答責領域の理論から導かれうる。多かれ少なかれ偶然にすぎない代理人の数は、(やはり多かれ少なかれ偶然的な)本人がその場にいたかどうかという事情と同様、ほとんど役割を果たさない。買収の場合にのみ、知識の帰属は否定されるべきである。なぜなら、この危険は行為者サイドに由来するものだからである。

さらに、夫婦が一緒に車を買うに際し、車屋の欺罔を夫婦の一方が見抜いていたが他方に伝えなかった場合はどのように判断されるべきであろうか。ここでは、実際上購入に対して最も関心のある者は誰か、付き添った者の関与の程度、あるいは

役割等に応じて、様々なバリエーションを作ることができよう。結論的には、客観的帰属論、答責領域論により解決すべきである。

4.最後に、客観的帰属論を用いることにより、三角詐欺の場面に理論的基礎を付与することができると思われる。この三角詐欺の場面で、第三者の行為が被害者に「帰属される」、つまり「帰属統一体 (Zurechnungseinheit)」ということがよく言われる。バヴリークは、三角詐欺の問題は、財産の管理を任せている本人が客観的に帰属可能な態様で自らをさらしている情報の危険の領域を限界付けることに集約されるという。そして錯誤に陥った者(財産管理者)の介入可能性が財産の所有者の規範的に重要な自己拘束行為に還元されうるときにのみ、両者の詐欺的に重要な帰属統一体の成立を認めるとしている。

客観的帰属の観点からは、三角詐欺の場合、第三者が財産を処分してはいるにもかかわらず、なお行為者が欺罔を通じて財産に対して創出した危険がどの程度自傷として実現したと言えるかという問題が提起されなければならない。第三者が他人のように「外部から」ではなく、「内部で」財産に介入した場合にのみ、自傷と評価できるのである。これは基本的には事実的な基準に照らして決定され、その評価は答責性領域の理論により補われる。「陣営説」の事実的な考察方法が正当なアプローチである。

個別的には帰属基準として考慮されるのは以下の通りである。すなわち、所有者自身が、特定の第三者が彼の財産に接近しそれを(事実上)処分する当然の(事実的な)危険を創出した。被害者は財産を意識的に、予見可能な態様で第三者が処分するか否かの決定を行う状況に陥りうる危険にさらしている。第三者を自己の財産に近接したポジションに付けたとき、具体的な事情や生活経験に照らして考慮されるべき第三者の「代理的な」処分が、所有者の答責領域に帰属されるのである。

これらの基準からは、多くの場合、「陣営説」あるいは「事実的権限説」と同様の結論に達する。限界事例は存在するが、客観的帰属論からはより説得的な解決がなされう。(周知の)偽の学友事例の場合、陣営説からも、女主人が既に物の引き渡しに頻繁に関与させられていたというオリジナルの事例では、詐欺罪が成立し、女主人が初めて又借り人の物の引き渡しをしたというバリエーションの事例では、どちらかといえば窃盗罪の間接正犯が成立するケースということになる。

さらに、第三者の主観的な表象が特に意図的に所有者との約束を破った場合、あるいは所有者の本意に沿って行動していると信じている場合どの程度限界付けに影響を与えるのかという問題に対して新たな観点をもたらさうであろう。他人を財産と一定程度近い関係に置く者は、この他人が予見可能な態様でさらされう

る錯誤の危険を引き受けなければならないが、所有者は、明確に指示を出すことなどにより、この錯誤の危険に対処する可能性をも有している。例えば、所有者が家政婦に、特別な指示しない限り、物の引き渡しをしてはならない旨を告げていたにもかかわらず、この家政婦が行為者に騙されてこの約束を破って物を引き渡した場合には、もはや所有者にこの処分は帰属されない。この家政婦の行為は本人の答責領域の外部にあると評価されるのである。

〔紹介者注〕(偽の学友事例 Roxin/Schünemann, JuS 1969, S. 372)

学生Jは所有するコンメンタールを友人に普段からよく貸していた。もっともJがいないときには、友人達は、Jに部屋を間貸ししていた家主Zに、「家主(Z)に自分の部屋に行ってコンメンタールを取ってきてもらうよう頼んでくれ」とJに言われたことを伝えた上で、実際にZに取ってきてもらっていた。これは複数回にわたって行われた。ある日、このことを聞きつけたベテン師のGが、Jの友人であると偽って、Zからコンメンタールを受け取った。

・(ロクシンへの祝辞) 省略

(森永真綱)