

ドイツ刑法303条1項（器物損壊罪）の 「損壊」概念について

——我が国の効用侵害説の問題点——

大 塚 雄 祐

- 1 はじめに
 - （１）問題意識
 - （２）検討の対象
- 2 判例における303条1項の「損壊」概念
 - （１）ライヒ裁判所（ドイツ帝国大審院）時代の判例（RG）の変遷
 - （２）ドイツ連邦通常裁判所（BGH）以降の判例の変遷と特徴
- 3 学説における「損壊」概念をめぐる議論
 - （１）判例を支持する効用低下説
(Die Theorie der Brauchbarkeitsminderung)
 - （２）判例の立場よりも「損壊」概念を拡張する見解
 - （３）物質説 (Die Substanztheorie)
- 4 我が国における「損壊」概念に関する議論への示唆
 - （１）我が国の判例・学説との比較
 - （２）我が国の議論への示唆
- 5 おわりに

1 はじめに

（１）問題意識

我が国の刑法典第40章の「毀棄・隠匿の罪」（以下、「毀棄罪」とする）の各規定における「毀棄」「損壊」「傷害」の各文言（以下、まとめて「損壊」

とする)の解釈について、学界では「物の効用を害する一切の行為」であるとする効用侵害説が通説とされる。判例もこの立場に立脚しているという見方で概ね一致しており、鍋や徳利に放尿する行為や、建造物へのビラ貼り、公衆便所の外壁への落書き、物を隠匿する行為や奪う行為などにも広く毀棄罪の成立を認めてきた。⁽⁶⁾これに対しては、「損壊」等の文言との乖離ゆえに罪刑法定主義に反するという指摘や、処罰範囲が不当に拡大するといった批判がなされ、客体に対する有形力の行使によって効用を害する行為が「損壊」であるとする有形侵害説のほか、物を物質的に毀損し、よって効用(または本来の用法)を害する行為が「損壊」であるとし、効用侵害性の前提として客体における物理的(物質的)不良変更を要求する物質的毀損説が有力な反対説として主張される。⁽⁹⁾

毀棄罪の保護法益は、所有権(に基づく物の使用・処分・収益の各権能)である以上、物の効用侵害が本罪成立の前提となっていると思われる。問題は、あらゆる効用侵害行為・結果を処罰するのか、それとも何らかの形で処罰範囲に限定が付されるべきか否かである。物の効用侵害に対しては、損害賠償等の民事的な手段による回復が可能であるところ、謙抑主義や刑法の二次規範性からは、刑罰というより峻厳な制裁を科すためには、効用侵害の程度が刑法上の可罰的違法性を満たす必要があり、かつ、その効用侵害の態様・結果が「損壊」という文言からかい離していないものである場合に限って、処罰されるべきである。

我が国の効用侵害説は、「損壊」を物の効用を害する一切の行為であると定義し、所有者の占有を(領得意思なく)喪失させる隠匿などの行為も「損壊」にあたるとするが、効用侵害(利用可能性侵害)をどこまで処罰すべきかを検討しなければ、所有者の意思に反する物の利用可能性の侵害を無限定に処罰するという帰結に至りかねない。また、効用侵害結果の発生を前提にしつつ行為態様・結果態様に限定を付す物質的毀損説や有形侵害説も、物質的毀損や有形侵害さえ生じていれば、やはり所有者の意思に反する利用可能

性の侵害を広く処罰しうることになりかねず、処罰範囲の限定に成功したとはいえないだろう。しかし、従来、特に可罰的な効用侵害の範囲の限定については、十分に議論されてきたとはいいい難い。

他方で、ドイツにおいても、ビラ貼りやグラフィティ（落書き）をどこまで器物損壊罪で処罰しうるかという観点を中心に、器物損壊罪の処罰範囲をめぐる盛んに議論がされてきた。ドイツ刑法では、303条1項⁽¹⁰⁾において物を損壊する（beschädigt）行為または破壊する（zerstört）行為を処罰すると規定しており、所有者の意思に反する外観の変更が「損壊」にあたりうるか否かについて議論が繰り広げられてきた。これらの議論は、所有者の主観的価値・効用をどこまで損壊として保護するかという観点からなされており、美観・外観侵害の場合のみならず、所有者にとっての物の利用ないし利用可能性の侵害をどこまで損壊に含めるかを検討し、我が国の効用侵害説の問題点を明らかにするにあたり、大いに参考になると思われる。ドイツでは、2005年の第39次刑法改正で同条に2項の外観変更罪⁽¹¹⁾が追加され、無権限に物の外観を一時的でなく、かつ軽微でなく変更する（verändert）行為⁽¹²⁾を処罰すると規定することにより、一応は立法上の解決⁽¹³⁾をみたが、2項新設前に、所有者の意思に反する美観・外観の変更を1項の「損壊」にどこまで含めうるかをめぐって繰り広げられた議論は、美観・外観侵害を全て260条・261条の建造物ないし器物の「損壊」に該当するか否かで決する我が国の解釈論にはそのまま妥当しうるだろう。ドイツ法の判例や学説の議論を参照・紹介し、器物損壊罪の処罰範囲の限定を試みた我が国の先行研究はすでにいくつが存在する⁽¹⁴⁾が、その多くは効用侵害性に関するドイツの学説の議論を一応は参照しつつも、結論として行為態様や結果態様に着目して限定したものであり、効用侵害・利用可能性侵害をどこまで処罰すべきかという観点からドイツの判例・学説を検討したものはほとんどなかったように思われる。

本稿は、主に303条2項新設前に盛んに議論された、303条1項の「損壊」概念をめぐる判例の変遷や学説の主要な議論を概観した上で、ドイツの判

例・学説が物の効用を侵害するあらゆる行為・結果のうちどこまでを損壊に含めると解してきたかを明らかにすることで、我が国の「損壊」概念における効用侵害の可罰的限界付けを見出す上での示唆を得ることを目的としたい。

(2) 検討の対象

前述の通り、ドイツ刑法303条においては、1項の器物損壊罪に加え、2005年の第39次刑法改正により、2項の外観変更罪が新設された。どちらも所有権を保護法益としており、一般に1項と2項を合わせて「器物損壊の罪」(Sachbeschädigung)として分類されているが、2項の行為態様は外観の「変更」であり、外観侵害の場合のみ、1項を補充的に拡張して処罰する規定と解される。⁽¹⁵⁾このため、(狭義の)器物損壊罪の「損壊」概念を考察する本稿においては、2項の立法経緯や解釈・適用に関する議論は、検討対象から除外する。

なおドイツ刑法典では、303条の器物損壊罪・外観変更罪のほか、303a条にデータ変更罪(Datenveränderung)、⁽¹⁷⁾303b条にコンピュータ妨害罪(Computersabotage)、⁽¹⁸⁾304条に公共侵害的器物損壊罪(Gemeinschaftliche Sachbeschädigung)、⁽¹⁹⁾305条に建造物破壊罪(Zerstörung von Bauwerken)、⁽²⁰⁾305a条に労働手段破壊罪(Zerstörung wichtiger Arbeitsmittel)⁽²¹⁾がそれぞれ規定されている。このうち、305条は303条と同様に所有権が保護法益であるのに対し、⁽²²⁾それ以外の規定は所有者以外の者による利用権や公共の利益を保護法益としているため、所有者にとっての物の効用侵害性を考察の対象とする本稿では、検討の対象から除外する。

また、305条は建造物の破壊の場合のみを303条に対する加重処罰する規定であるとされる。⁽²³⁾「破壊(Zerstörung)」と「損壊(Beschädigung)」は結果の程度が異なるとされており、「破壊」は物の物質を全滅させるか、その有用性を完全になくならしめる場合であると解されるが、⁽²⁴⁾305条が303条の加重処罰規定である以上、「建造物」の「破壊」に当たらない場合は303条で処

断されることになる。ドイツ法における判例および学説の議論では、問題となる事例がもっぱら最小限度の行為・結果である「損壊」にあたるかどうかを問題としているため、本稿では305条も検討対象から除外する。

したがって、本稿では、ドイツ法の判例・学説における303条1項の「損壊」概念の解釈に関する議論を整理・考察し、我が国の毀棄罪で物の効用を侵害する行為をどこまで処罰すべきかを結論付けるための手掛かりを見出したい。

2 判例における303条1項の「損壊」概念

ドイツの判例は、どのように損壊概念を理解し、どのような事例に303条1項を適用してきたのであろうか。ライヒ裁判所から連邦通常裁判所になり、現在に至るまでの判例の流れを概観すると、ドイツの判例が損壊概念を拡大しつつも、いかに物の効用・価値侵害に対する処罰を限定してきたかがみてとれる。

（1）ライヒ裁判所（ドイツ帝国大審院）時代の判例（RG）の変遷

①物質的損傷を要求した RGSt 13, 27

ドイツの判例において、初めて損壊の基準についての立場を明らかにした判例として注目されるのが、1885年に決定が出された RGSt 13, 27【判例1】である。水をせき止める意図のもとで設置された板を部分的に取り外すことによって、堤防を毀した行為が器物損壊罪にあたるかが問われた。ライヒ裁判所は、損壊行為について、「法の文言に従えば、物の実質⁽²⁵⁾（die Substanz der Sache）が変更され、物の無傷性（Unversehrtheit）が破棄されるような物への作用だけが物の損壊に含まれる」とし、その作用によって、物の実質や無傷性を害することなく、物の価値や目的用途が害され、また物を所有者にとって価値がなくならしめたり、物が完全に剝奪されるとしても、そのような作用は「損壊」にはあたらないと判示し、303条1項の器物損壊罪の

成立を否定した。⁽²⁶⁾

本決定は、損壊にあたるためには、「物の実質の変更」と「物の無傷性が破棄」されることを要求している。このような定義づけについて、損壊概念を「自然に」理解し、客体において物質的損傷（Substanzverletzung）⁽²⁷⁾が発生していなければ「損壊」とはいえないことを明白に示した判例である、との評価が学説上一般的である。⁽²⁸⁾これに対し、Behmは、本決定について、占有喪失事例を「損壊」の範囲から排除するために、一般論として客体における「物質の変更」、すなわち「物自体に変更が生じさせられ」なければならないことを要求したにすぎず、「物質的損傷」は要求していないと理解し、本決定で損壊を否定したのは、物質的損傷がないからではなく、堤防の効用がほんの一時的に失われたものの、堤防を構成する1枚1枚の板の有用性が永続的に奪われなかったからであるにすぎない、と分析する。⁽²⁹⁾Behmの評価は、本決定が堤防を構成する1枚1枚の板を客体とみなしているという理解を前提としていると思われ、外された板自体には、板の無傷性を損なうような変更がなされたか否かは問題としておらず、実質的には板の目的用途が永続的に奪われたかどうかを問題とした決定にすぎない、とするのである。しかし、本決定の原審は、堤防全体を客体とみており、もともと堤防全体における板同士のつながり自体が性質上あまりに緩く、板は簡単に除去されうるし、板が外されたところでほんの一時的にそのつながりが剥奪されるにすぎないとして、損壊を否定している。⁽³⁰⁾そして、ライヒ裁判所もこの原審の判断を否定することなく、物の無傷性の侵害を伴わない変更は、たとえこれが目的用途の低下や侵害を伴っているとしても、損壊にはあたらないとしている。このように、原審とライヒ裁判所の決定を併せて理解すれば、本決定は堤防全体を客体として捉えており、個々の部品のつながりについては、まさに「堤防全体の」物質の無傷性が損なわれていない、すなわち物質的損傷を欠くからこそ損壊を否定したとみるべきである。⁽³¹⁾そもそも本決定が「物の実質の変更」が生じるとともに、「無傷性が損なわれ」なければ「損壊」

ではないと表現していることから、本決定は（厳格な意味での）物質的損傷を必要条件と解した判例とみるのが自然であろう。

したがって、ライヒ裁判所における「損壊」の解釈は、まさに「物質的損傷」を必要条件とすることから出発したとみることができる。

②ライヒ裁判所による損壊概念の拡大

ところが、それから5年後の1890年にライヒ裁判所によって決定が下されたRGSt 20, 182の示した基準は、前述のRGSt 13, 27で示された基準より「損壊」概念を拡大することになる。

【判例2】RGSt 20, 182は、工場を解雇された従業員が、その腹いせに、蒸気機関の機械装置に木の楔や鉄鑢を挟むことによって、蒸気機関が機能しない状態に至らしめた行為が「損壊」にあたるかが問われた事案であるが、ライヒ裁判所は以下のように判示した。すなわち、物自体が変更されず、物と所有者の関係が変更され、権利者から物の所在地が移されることによって剥奪されたにすぎないときには、器物損壊罪は否定されるべきであるが、器物損壊罪の構成要件で可罰的な態様は、物質的損傷が伴う場合だけでは全ては把握されず、特に集合物の場合、個々の部品が無傷なままで、損壊された部品が労力や費用が掛からずに交換されうるときにもまた、物の損壊は存在しうる。⁽³²⁾ 本件の事実関係のもとでは、所有権の機能が破棄されるので、機械を利用できなくすることは侵害として十分であり、時間をかけて機能の停止を除去しなければならなかったことによって、即時の回復に失敗しているから、物の実質の変更、すなわち、物の本質の前提となる特性の変更が認められるとして、器物損壊罪の成立を認めた。⁽³³⁾

本決定は、RGSt 13, 27同様、個々の部品ではなく蒸気機関全体を客体として捉えるが、機械の個々の部品に「物質的損傷」がなくても、「物質の変更」による機能の侵害さえあれば器物損壊罪は成立するとし、特に「物質の変更」を「物の本質の前提となる特性の変更」と換言することにより、物の特性が変更され、所有権の機能が剥奪されることで「損壊」にあたるとし

た点が、RGSt 13, 27と異なる点である。本決定では、後の判例が採用する「効用の低下」の基準は用いていないものの、物自体の性質の変更によって所有権の機能が害されることを「損壊」と解していることから、RGSt 20, 182は実質的に、有形的作用による客体の効用の低下を「損壊」とする現在の判例の立場の先駆的な判例とみることができる。

また、本決定では、「損壊」を認めた理由として、蒸気機関の機能の停止の回復に時間がかかったことを挙げており、この点も後にドイツ連邦通常裁判所(BGH)の判例が採用することになる侵害の「重大性」の基準と実質的に同趣旨の基準を、既にライヒ裁判所が示していたとみることができよう。⁽³⁵⁾

RGSt 20, 182で示された、効用の低下と機能侵害の重大性という、損壊を求めるためのメルクマールは、その後も度々ライヒ裁判所の判例で用いられることになるが、もっとも、以下の2つの点に注意する必要がある。

第一に、効用の低下という基準は、客体の物質の変更によって効用が低下したか否かという基準として用いられることが多く、物質的侵害という基準とは別個独立した要件として用いられていない点である。換言すると、効用の低下という基準が、物の物質への影響があっても効用が低下していない場合には損壊を認めないものとして用いられており、少なくとも物の物質自体に変更が生じていることは依然として損壊を認める上での必要条件になっていたのである。たとえば、RGSt 20, 182と同じ1890年に【判例3】ごく簡単に掛けられた橋から、橋の支柱部分を除去し、それによって橋を通行できなくした行為につき器物損壊罪を認めたRGSt 20, 353においても、ライヒ裁判所は、橋全体との関係における支柱部分の効用は、橋全体の「物質の一部である」とした上で、支柱部分の除去に伴う橋の機能の破棄を物質的損傷と同視した。⁽³⁶⁾ また、【判例4】元の所有者から売却された家屋にナミダタケ⁽³⁷⁾(Hausschwamm)が発生していることが発覚し、買い受けた新しい所有者から売主である元の所有者に対し売買契約解除を求めて訴訟提起したところ、新しい所有者の意思に反して勝手にナミダタケが発生した床板などが引

き抜いた行為が問題となった、1900年のRGSt 33, 177では、物に作用を及ぼし、物の物質を変化させ、無傷性を損なわせる行為が損壊であるとした上で、床板を引き抜くことで、家屋の物質に決定的な影響が及ぶことによって機能が害されているとしており、やはり客体の物質に変化が生じていることが必要条件であるとされている。⁽³⁸⁾これらの判例は、物質の変更により、機能が侵害されたことをもって損壊を認めた判例と理解すべきである。

第二に、重大性の基準はケースバイケースで判断されており、必ずしも発生した結果そのものが回復に多大な時間的・費用的消費を要しなくとも、行為態様や行為者の意図が重大な結果を生じさせる程度のものであれば、重大性を肯定している判例も存在する点である。たとえば、前述の【判例5】でも、実際に橋を再度組み立てるのに軽微な労費しかかからなかったのにもかかわらず、長時間機能が損なわれることについての故意があったという理由付けによって重大性の基準を肯定しており、必ずしも発生した結果の重大性がなくても、重大な侵害を生じさせる認識・意図のもとで行為がなされれば重大性を肯定したものとして注目される。このように、重大性という基準の内実については、重大な「結果」を要求する判例と、「（行為者の意図も含めた）行為態様」の重大性を要求する判例とが混在しているのが、ライヒ裁判所判例の特徴といえることができる。

なお、この「重大性」という基準をめぐって、ライヒ裁判所が物の外観を汚損する行為に初めて器物損壊罪の成立を認めた判例として挙げられる、1910年のRGSt 43, 204も注目に値する。⁽⁴⁰⁾【判例6】RGSt 43, 204は、白い大理石の胸像に赤い塗料を上からかけ、塗ったという事案である。この決定の中で、ライヒ裁判所は、物質的損傷が不十分であるとして被告人に無罪を認めた原審に対して、先述の【判例2】を引用し、損壊とは、完全に軽微とまではいえない有形的作用によって、物の物質的構成が変更されるか、その他物に付与された本来的な効用が損なわれるほどに物の無傷性が破棄されることであるとした上で、物質的な減少（Verringerung）や悪化（Verschle-

⁽⁴¹⁾

chterung) がなくとも、外部の外観や形態の重大な変更 (eine belangreiche Veränderung der äußeren Erscheinung und Form) も構成要件該当性を認めるのに十分であり、例えばガラスの場合のように、事実上塗料が入り込むことがあり得ず、特に費用や労力を要せずに洗浄しうる場合であってもまた、損壊に該当すべきであり、原状回復の可否は損壊にあたるか否かには関係がないとした。⁽⁴²⁾そして、大理石は、胸像の美観や威容 (Ansehnlichkeit) のために不可欠であり、そのような目的ゆえに胸像の素材として選ばれているのであるから、胸像の美しさや外観がこれを見る者に好ましく影響するという本来の効用は、汚損によって奪われていることを強調した上で、器物損壊罪の成立を肯定した。すなわち、ライヒ裁判所は、損壊といえるために「重大な」変更を加えることを要求しておきながら、原状回復の可否や、洗浄の際にかかる費用や労力の程度は問わないとしているのであり、「重大な変更」といえるためには、必ずしも生じた結果が「原状回復が不可能または困難であること」を要しないとしていると理解することができよう。もっとも、同判決は、胸像のように美観・外観が主たる目的であるといえる物については、これを汚損しさえすれば「重大な変更」があるとみるべきであることを示しているにすぎない可能性もあり、美的目的が主たる目的とはいえない日用品の場合であっても、ライヒ裁判所が原状回復の可否や難易を不要であるとしたか否かは明らかではない。

この RGSt 43, 204 は、特に美観・外観侵害に関するその後の判例において度々引用されることになる。なお、ライヒ裁判所はその後の判例において、胸像のような美術品以外の物であっても、客体の外観はその本来的に重要であり、これを変更することは器物損壊罪に当たることを認めており、外観が重視される客体か否かの区別基準は明確には示されていない。⁽⁴⁴⁾

このように、ライヒ裁判所は、RGSt 13, 27 が損壊の必要条件であるとした（厳格な意味での）物質的損傷がない場合でも器物損壊罪を肯定するようになり、さらに機能侵害や効用の低下を認める範囲も、次第に拡大していっ

たと評価されるが、他方で、いずれの事案も物自体に変化が認められる点では共通している。その意味で、少なくとも物自体に変更が加えられることは「損壊」の必要条件として捉えられていたと思われる⁽⁴⁶⁾。

ただし、その後、（一般論としては）物の無傷性の侵害や物自体の変更が必要条件であると判示しつつ、実質的には物自体における物質的な変更が認められないと思われる事案について、効用の低下や侵害を理由に損壊を認めた判例も出現する。

すなわち、【判例7】樹木を道路に横たえて置いて、それによって自動車が行き通じないようにした行為に器物損壊罪の成否が問われた、1939年のRGSt 74, 14では、ライヒ裁判所は、器物損壊は、必ずしも軽微とはいえない物への有形的作用によって、物の物質的な構成が変更されるか、物の本来的な効用が低下するほどに物の無傷性が破棄されたときに存在する⁽⁴⁷⁾とした上で、樹木を置くことで道路の効用が低下したとして、道路に対する器物損壊罪を肯定した⁽⁴⁸⁾。この決定は、「物の物質的な構成が変更される」「物の無傷性が破棄された」という基準を打ち出すことで、一般論としては物自体に変化が生じていることを要求しているにもかかわらず、実際の事例に対する判断の帰結を見る限りでは、道路の主要部分自体は何ら打撃を受けていない以上、道路自体の物質的変更が認められないにもかかわらず損壊を肯定しており、実質的には道路の効用を低下させたという事情のみをもって損壊を肯定した判例とみるべきであろう⁽⁴⁹⁾。しかし、後述するように、その後のBGHに移行して以降の判例の流れを踏まえても、例外的な判例であると思われる。

（2）ドイツ連邦通常裁判所（BGH）以降の判例の変遷と特徴

前述のように、ライヒ裁判所時代は判例の打ち出す基準が細かく変遷していったのに比べ、ドイツ連邦通常裁判所（以下、「BGH」とする）に変わって以降の判例は、BGHSt 13, 207とBGHSt 29, 129という2つの先例的な判例が打ち出した基準に依拠し、現在へと至っている。

以下、その先例的な2つの判例の打ち出した基準と、これに引き続く判例の特徴をみていく。

① BGHSt 13, 207による「重大性」の判断基準

先例的な判例のうちの1つは、【判例8】夜中に、駐車してある自動車の4つ全てのタイヤの弁を、空気を抜くために開けて、空気を抜いた行為が「損壊」にあたるかについて1959年に決定が出されたBGHSt 13, 207である。この決定において、BGHは、前述の【判例1】や【判例2】、【判例6】などを引用した上で、有形的作用によって物の実質について無傷性を破棄させるか、本来的な利用可能性を低下させること、あるいは大理石のような場合は外観の重要な変更も損壊に当たりうることを前提にしつつ、タイヤから空気を抜くことでタイヤそのものが物質的に変更されたり、タイヤの利用可能性を破棄したかどうかではなく、自動車⁽⁵⁰⁾を客体として捉え、タイヤが自動車という組成物の一部として、具体的にその利用可能性の点で低下されたかどうかを問題とすべきであるとした。⁽⁵¹⁾さらにこのような利用侵害が重大か否かという限定を付し、その重大性の有無を判断するにあたっては、どのくらいの労力や費用でタイヤが元の状態に戻されうるかによるとした。⁽⁵²⁾そして具体例として、たとえば被害者が当該自動車と共に人里離れた場所にいたり、あるいは予備タイヤを携行しておらず、それゆえ利用可能に修復するのに著しく多額の費用が掛からざるを得ないとしたら、タイヤから空気を抜くことは自動車の損壊にあたる⁽⁵³⁾とし、本件の場合もタイヤ交換に時間や費用が掛かるとして、最終的に器物損壊罪を認めた原審を肯定したのである。

本決定は、ライヒ裁判所の判例が度々問題としてきた機能侵害ないし効用の低下の重大性の基準を、原状回復の労力や費用がどのくらいかかったかという点に求めることを明確に示したものとして注目される。その後の判例においても、たびたび本決定が引用されて重大性の基準が用いられることになり、判例の立場として確立していくことになるのであるが、その適用は個々の事例においてケースバイケースである。⁽⁵⁴⁾⁽⁵⁵⁾

なお、この重大性の基準による判断は、効用の低下が損壊を基礎付ける場合のみならず、物質的損傷があることを理由に損壊を認める場合にもなされている⁽⁵⁶⁾。たとえば、政党グループの団体の所有権に属する選挙用ポスターの上にポスターを貼り付ける行為が「損壊」にあたるかが問題とされたBGH NStZ 1982, 508は、物質的損傷が軽微な場合とは、原状回復に際し、時間や労力の点で多大な労費が伴わないような場合であり、被告人による物質的損傷は軽微とはいえないと判示して、器物損壊罪の成立を認めている⁽⁵⁷⁾。よって、判例の立場としては、「重大な物質的損傷」か「重大な効用の低下（機能の侵害）」のいずれかがあれば、器物損壊罪の成立を認めるようになっていったのである⁽⁵⁸⁾。

② BGHSt 29, 129による「美的目的」と「技術的効用」の区別

もう1つが【判例9】ドイツ連邦郵便の電話用ケーブル箱に勝手にポスターを貼り付けた行為が「損壊」にあたるかが問われ、1979年にBGHによって決定が出されたBGHSt 29, 129である。当時、主たる目的が美的目的ではない、いわゆる日用品の目的について、外見上の威容（Ansehnlichkeit）もまたその物の目的用途であるとして器物損壊罪で保護しうるか否かについて、判断が不統一な上級ラント裁判所の判例が存在していた。そのような中、BGHSt 29, 129は、器物損壊罪の成立が認められるのは、客体の物質が重大に損傷されるか、客体の技術的効用が持続的に侵害されたときであり、物質が損傷されず、目的用途も破棄されないときは、外見の形態の単なる変更は損壊として十分ではないとして、損壊を否定した。具体的には以下の通りである⁽⁵⁹⁾。

まず、本決定は、前述の【判例6】を引用し、ライヒ裁判所が物質的損傷を伴わない外観の単なる変更については、芸術作品を汚した場合に器物損壊罪を認めていたことを参照した上で、器物損壊罪の規定は民法1004条の規定のように所有権を広く保護するわけではないので、損壊概念や刑法303条1項の構成要件に所有者が自由に形成した意思に対する侵害を無制限に広く含

み、所有者によって意図される物の外観が常に本来的な効用であるとみなすことは、効用の低下という見地の意味を失わせ、「損壊する」という文言から乖離してしまう⁽⁶³⁾として、これを否定し⁽⁶⁴⁾、所有者の評判も美観の保護も、303条の保護目的には含まれないとした。そして、ケーブル箱のような日用品の場合、外観上立派であるかどうかはそれを見る者の価値判断に依存しており、明白な決定可能性に欠く⁽⁶⁵⁾ので、外見が立派かどうかという基準は、彫像や絵画、文化財建造物のように、その美的な目的が重要である場合のみ、効用が侵害されているか否かの基準として適用されうるとした上で、ケーブル箱はそのような目的を欠いているため、外見上の威容は効用侵害の判断に際して問題にならないとして、器物損壊罪の成立を否定したのである。⁽⁶⁶⁾

本決定は、重要文化財や美術品のように物の主たる目的が美的目的である場合のみ、その外観の（重大な）変更が器物損壊罪に該当しうるのであり、それ以外の物については外観の美しさは器物損壊罪の保護の対象ではないことを明確に示したものとして、美観・外観侵害ケースを中心にその後の判例でも度々引用され、また、学説においても本決定の妥当性をめぐってさまざまな議論が繰り広げられていくことになる。すなわち、本来的な目的が美的目的ではない客体は、その技術的な効用が（重大に）侵害されたか否かが検討されることになり、判例における損壊の定義も「物の損壊という概念は物質的損傷を何ら必要としない。物への有形的作用によって、本来的な（技術的な）効用が持続的に低下させられることで十分である」という定義に変わっていくのである。⁽⁶⁷⁾

③物質的損傷の不要性と物質的損傷概念の拡大（間接的物質侵害）

RGSt 20, 182以降、ライヒ裁判所はRGSt 13, 27が損壊の必要条件として要求した物質的損傷の有無という基準を放棄したが、現在に至るまで、判例はこの点について一貫している。RGSt 20, 182以降の判例では、物の機能や利用可能性を侵害するような物自体の変更・作用さえあれば、「損壊」として認めている点は、BGHに移行して以降も共通していることは、既にこれ

まで述べてきた判例が示す損壊の基準をみれば明らかである。

なお前述の通り、物質的損傷があるとして損壊を認めた判例も存在するが、いずれも原状回復に際し、時間や費用、労力の点において一定以上の消費が伴うような重大な物質的損傷が認められる場合にのみ、器物損壊罪を肯定する傾向にある。もっとも、（重大な）物質的損傷があるか否かを基準に損壊の有無を判断している判例の多くは、美観・外観侵害ケースである。⁽⁶⁹⁾

また、【判例 9】は、洗浄することによって損壊に至らざるを得ないほどの損害を与えた場合も、物質的損傷ないし技術的効用の低下が認められうることを示唆している。⁽⁷⁰⁾そして、【判例 9】以降、行為段階では物質的損傷が認められなくても清掃作業を行えば必然的に物質的損傷が生じる、いわゆる「間接的物質侵害」の場合に、侵害行為の時点で物質的損傷を認めて器物損壊罪の既遂を認める判例がみられるようになった。⁽⁷¹⁾物質的損傷または効用の低下があれば損壊を認める判例の立場からすれば、物質的損傷を伴わなければ修理できない状態にしたことをもって、客体の効用を低下させたとして損壊を認めることも可能であるように思える。しかし、前述したように、【判例 9】により、日用品の美観・外観は本来的・技術的な効用とはいえないとして器物損壊罪の成立を否定するのが判例の立場として確立されたため、物質的損傷を認める範囲を間接的物質侵害の場合にまで拡げることで、美観・外観侵害ケースに器物損壊罪の成立が認められる範囲が不当に狭くなりすぎないようにしたのではなかろうか。⁽⁷²⁾

このようにして、判例は、ライヒ裁判所時代の【判例 2】以降、物質的損傷という基準を、損壊を認めるための必要条件としなくなったが、【判例 9】以降、美観・外観侵害ケースの処罰範囲が不当に狭くなりすぎないように、間接的物質侵害を認めることで物質的損傷の範囲を拡大したとみることができよう。

④物質的損傷又は効用低下の前提としての有形的作用という前提とその意義

判例は、ライヒ裁判所時代の初期の【判例1】から現在に至るまで、一貫して物への作用、有形的作用(körperliche Einwirkung)を、物質的損傷または効用低下の前提として要求している。⁽⁷³⁾それゆえ、物の剥奪は損壊に当たらないとする。⁽⁷⁴⁾

この有形的作用の意義については、判例は特に明言しておらず、統一的意义をもって用いているのかは明らかではない。しかし、判例は、原則として物の剥奪は損壊に当たらないとしつつ、剥奪の結果客体に不良な作用ないし変化が生じた場合は損壊を認めており、⁽⁷⁵⁾③で述べたように、物自体に作用ないし変化が生じていることが損壊の必要条件としていたとみるべきであろう。これを踏まえると、ライヒ裁判所時代に用いられていた「物質の変更」や「物の変更」という表現はBGH以降用いられなくなったが、現在に至るまで客体に対する有形的作用を要求しているのは、器物損壊罪は物自体に有形的な変化・影響が生じていることを前提としているからであろう。⁽⁷⁷⁾⁽⁷⁸⁾すなわち、物質的損傷は必要条件ではなくなったが、依然として物自体に変更または作用が生じることを要求しているのが、現在に至るまでの判例の立場であると理解すべきように思われる。

なお、このような理解と矛盾している判例としてしばしば挙げられるのが、自動車の運転手が自分の車のバックミラーの裏面上などに反射鏡を取り付け、車道に設置された交通監視装置のカメラのフラッシュが作動した際に反射鏡がフラッシュを反射し、よって同装置によって作られる映像の運転手部分を過度に露光させて利用できなくした行為が同装置の損壊に当たるかが問題となった、2006年のOLG München, NJW 2006, 2132である。⁽⁷⁹⁾この判決は、前提として前述の「物の損壊という概念は物質的損傷を何ら必要としない。物への有形的作用によって、本来的な(技術的な)効用が持続的に低下させられることで十分である」というBGH判例の定義を引用し、⁽⁸⁰⁾有形的作用を前提として要求した上で、⁽⁸¹⁾速度測定装置のレンズなどにマスタード等の物質を塗りつけた行為が器物損壊罪に当たるとしたOLG Stuttgart NStZ

1997, 342（1997年）と同視しうる事案であるとし、損壊を肯定した。⁽⁸²⁾しかし、客体への有形的作用を要求する以上、客体自体に何らかの変更改ないし影響が生じていることが必要なはずであり、本判決の事案では、交通監視装置の作動が一瞬妨げられたのみであり、装置そのものに何ら変化や作用は生じていないのであるから、器物損壊罪は否定されるべき事案であったとの批判⁽⁸³⁾が妥当すると解される。

⑤物の本来的用法通りの消費と効用低下

他人が所有者の物をその本来的な用法通りに消費する行為が器物損壊罪であるかが問題となった判例が注目されたので、最後に付言しておく。

所有者が要求していない広告をファックスで大量に送信し、ファックスの用紙やインクを消耗させた行為が、ファックスに対する器物損壊罪に問われた、2003年の OLG Frankfurt, NStZ 2004, 687⁽⁸⁴⁾で、裁判所は、ファックス用紙やトナーへの直接的作用と、油脂やトナーへの物質的損傷は認めうるとしても、ファックス用紙の本来的な利用可能性は侵害されていないとして、器物損壊罪の成立を否定した。⁽⁸⁵⁾すなわち、その物の目的用途については、物に対する所有者の意思が外部から認識できる限りで、物の技術的・経済的目的の範囲内で、所有者の意思によって決まるとし、送信された広告の情報が所有者にとって望ましくないことを予め伝えていた場合は格別、そうでない限りはファックスの用紙やインクの消費は、ファックス本来の目的用途に適った消費である以上、損壊にあたらないとしたのである。

本判決は、物の用法の範囲についての所有者の主観が外部に分かるように表明されていない限りは、仮にその物の消費が所有者の意思に反していたとしても、器物損壊罪による保護の対象にはならないことを示したものと理解すべきであろう。換言すれば、物の本来的用法通りに消耗しても、その物自体やその価値が器物損壊罪で可罰的な程度に減損したとは評価しえないことを示したものと思われる。しかし、器物損壊罪が物自体の損壊を行為・結果としているとはいえ、所有権が保護法益である以上、通常予定された使い方

であれば一律に所有権に対する「侵害」性を否定する必然性はなく、本判決の帰結を全面的に支持しうるかどうかは疑問が残る。⁽⁸⁶⁾

3 学説における「損壊」概念をめぐる議論

2. で述べたように、判例の立場は、BGHSt 13, 207とBGHSt 29, 129という2つの先例的な判例が通常連邦裁判所から出されて以降は、細かい変遷はあるものの、基本的に損壊概念についての定義や理解は一貫してきた。他方で、学説においては、主に所有者の意思・利益に反する効用・価値をどこまで器物損壊罪で処罰すべきかという問題意識のもと、損壊概念をめぐるいくつかの見解が主張された。

物の効用を害する行為をどこまで損壊であるとして処罰すべきか、という観点から、改めて学説の主要な見解を分類すると、(1)判例の立場を支持する通説的見解、(2)(特に美観・外観侵害ケースの)判例の処罰範囲が狭すぎるとして、被害者の主観面に着目して処罰範囲を拡大しようとする見解、(3)判例・通説の立場の示す効用の低下やその重大性という基準は明確性の原則に反するので、文言に忠実に厳格に解すべきとする見解の3つに大別することができるとされる。なお、(1)の通説的見解の中でも、特に間接的物質侵害や、物の剥奪後の不良変化といった実行行為後の後続損害が生じた場合に、どこまで器物損壊罪の損壊行為・結果として処罰すべきかをめぐり見解の対立がある。また、(2)も被害者の主観的利益・価値を保護する範囲やその判断方法をめぐって見解の対立がある。もっとも、(2)は主として美観・外観侵害ケースを念頭に置いて主張されている見解であり、器物損壊罪が問題となりうる全ての事例に汎用性のある見解か否かは明らかではない点は注意が必要である。

(1) 判例を支持する効用低下説

(Die Theorie der Brauchbarkeitsminderung)

基本的には判例の立場を支持する見解であり、通説とされる。「損壊」とは、「物に対する（直接的な）有形的作用（物への作用）によって、物の無傷性が軽微でなく変更されたり（物の物質が軽微でなく損傷されたり）、その本来的な効用が軽微でなく侵害される」場合であると定義する。⁽⁸⁷⁾⁽⁸⁸⁾

判例同様、損壊には、「物質的損傷」（Substanzverletzung）と「効用の低下」（Brauchbarkeitsminderung）の両態様があるとし、いずれも重大性の基準による限定がかかる。⁽⁸⁹⁾すなわち、たとえ物質的損傷があっても、これが軽微なものである場合は、なお器物損壊罪による可罰性を認めないことになる。⁽⁹⁰⁾重大性の判断にあたっては、機能が再び回復され得るかどうかは重要ではないが、時間や労力、費用がかからずに容易に原状回復可能である場合は、重大性を欠く（軽微である）として処罰範囲から除外する。⁽⁹¹⁾⁽⁹²⁾

効用は、本来的な効用（bestimmungsgemäße Brauchbarkeit）でなければならない、器物損壊罪で保護されるべき本来的な効用か否かは客観的に判断されるべきであるとする。⁽⁹³⁾客観的な観点から本来的な効用といえるか否かの具体的な判断基準を明示的に示している論者は少ないが、物について所有者が設定した目的が外部に認識できるようにされているときは所有者の意思に従い、そうでないときは客観的に判断すべきとする論者がいる。⁽⁹⁴⁾この基準によれば、単に所有者の意思に反する状態の変更があっただけではなお損壊は肯定されず、所有者が当該客体に見出す主観的な目的用途が一般人に向けて外形的に認識できるように表示されている限りで、その目的・意思に客観性を認め、そのような目的が著しく侵害されれば器物損壊罪であるとするのである。⁽⁹⁵⁾そして、所有者の主観的な目的・意思が外形的に明らかでない場合には、第三者（一般人）が物にどのような効用を見出すかのみを基準に、器物損壊罪での要保護性を判断することになる。

このような客観化ゆえに、通説は、判例同様、器物損壊罪で保護すべき本来的な効用は、原則として物の技術的ないし機能的効用に限られるとしつつ、物の美観・外観については、例外的に文化財や美術品のように、外形的

に見て所有者の目的が明白に固有の美的目的・用途にある物の場合には、その美観についても器物損壊罪で保護すべき効用を認めるのである。⁽⁹⁷⁾

また、所有者の意思に反する物の修理が物の効用を低下させたとして損壊にあたるか否かについては、見解が分かれる。すなわち、これを全面的に否定する見解と、⁽⁹⁸⁾原則として否定しつつ、所有者が従来の状態の維持に関する意思について「外部に認識できるようにされているとき」には損壊になりうるとする見解がある。⁽⁹⁹⁾⁽¹⁰⁰⁾後者の見解は、従来の状態を維持したいという所有者の意思が外形的に明らかである場合には、その意思に反する修理に器物損壊罪の成立を肯定するのに対し、所有者の主観的な目的・意思が外形的に明らかでない場合には、第三者（一般人）を基準にすれば、修理は物の効用・価値を高める行為であるといえるので、器物損壊罪の成立を否定する、との理解がなされているといえよう。

さらに、たとえば、食料品の消費、動力用燃料の消費、準備されていた花火に予定より早く点火したり、⁽¹⁰¹⁾所有者が求めている広告をファックスで送信した結果ファックス用紙や印刷インクを消費した場合のように、物をその本来的な用法通りに消費する行為が損壊にあたるかについて、通説はこれを否定的に解する。⁽¹⁰³⁾このような場合、一般人を基準にすれば、物自体が目的用途通りに減損することは当然に予定されていることであるから、当該減損によって客観的に物の効用が低下したとは考えられないからであろう。しかし、通説的な見解の中にも、なぜ物質的損傷が生じていても損壊を認めないのか、また、なぜ意思に反する物の本来的な用法に⁽¹⁰²⁾適わない利用からは保護されるのに本来的な用法通りの利用からは保護されないのか、理論的根拠が明らかでないとして、これに異論を唱える論者もいる。⁽¹⁰⁴⁾

なお、通説の論者の多くは、前述の間接的物質侵害も物質的損傷が生じた場合に含ませる。すなわち、実際に清掃作業によって物質的損傷が発生しなくとも、被害者が清掃をすることで物質的損傷が生じざるを得なくすれば、行為の時点で既遂を認めるだけの物質的侵害が存在すると解する。⁽¹⁰⁵⁾これに対

し、加害行為の時点では未遂しか基礎付けえないとしてこれに反対する論者⁽¹⁰⁶⁾もいる。なお、このような立場からも、2005年の改正によって2項の外観変更罪が追加された以上、1項では未遂しか基礎付けえない場合も、すでに色を塗った時点で2項の「変更する」という構成要件には該当しているので、2項の既遂犯として処罰する可能性を示唆する⁽¹⁰⁷⁾。

器物損壊罪においては、客体は何らかの方法で変更ないし作用を被っていない⁽¹⁰⁸⁾なければならないので、重大な物質的損傷と重大な効用低下のいずれの場合にも、前提として客体に対する有形的作用（körperliche Enwirkung）を要求⁽¹⁰⁹⁾し、たとえば、前述の OLG München, NJW 2006, 2132（2.（2）④を参照）に関しては、交通監視装置自体に何ら作用が起きていない以上、損壊に当たらないとしてこれを批判する。また、同様に物の剥奪も原則として損壊⁽¹¹⁰⁾にはあたらないとする。もっとも、通説の多くは、たとえば川に投棄した指輪が川の水によって錆びてしまった場合のように、剥奪の結果物に作用が生じていれば、有形的作用があるとして、器物損壊罪の成立を認める⁽¹¹²⁾。具体的には、剥奪によって物に生じた有形的作用を客観的に行為者に帰属できる限⁽¹¹³⁾りで損壊を認めるべきであるとする見解や物の剥奪から直接的に（unmittelbar）損害と評価しうる有形的作用が生じた場合には損壊を認めるべきであるとする見解⁽¹¹⁴⁾がある。これに対して、そのような剥奪によって後続的に生じた損害は器物損壊罪の射程に含まれないとする見解もある⁽¹¹⁵⁾。

（2）判例の立場よりも「損壊」概念を拡張する見解

（1）で述べた通説に対し、判例や通説よりも広く器物損壊罪の成立を認めようとする立場から主張された反対説がいくつか存在する。もっとも、これらの反対説は、2項新設前の時点において、もっぱら美観・外観侵害（ビラ貼りやグラフィティ）の場合に、判例よりも器物損壊罪の成立を広く認めるべきであるという結論を導くために主張された見解である点には、注意が必要である。

反対説は、①もっぱら物と所有者との関係、換言すれば物の背後にいる所有者の意思に着目する見解(状態変更説)と、②基本的に判例・通説の理解を前提とし、(特に美観・外観侵害の事例において)効用が低下したか否かの判断にあたり所有者の主観的意思を広く保護しようとする見解、の2つに大別される。

①状態変更説(Die Zustandsveränderungstheorie)

所有者の利益や意思に反するあらゆる状態変更を「損壊」に含めようとする見解である。⁽¹¹⁶⁾

この見解を最初に主張したのはF-C.Schroederである。なお、Schroederは、器物損壊罪の保護範囲を原則として技術的効用が害された場合に限定し、美観・外観が主たる目的とすべき美術工芸品や文化財などのみ外観侵害によって器物損壊罪としての効用低下を認めるとした1979年のBGHSt 29, 129の決定がBGHによって出される以前の時点(1976年)で、下級審裁判例⁽¹¹⁷⁾に対する評釈の中で、既に以下のように主張していた。⁽¹¹⁸⁾

すなわち、Schroederは、それまでの判例や、権利者が物に付与した機能の喪失が決定的であるとして物の機能喪失に着目する見解は、物において侵害された機能が、美的目的を意識して設定された機能かそうでないかという観点で区別しているが、このような機能の区別を明確に行うことはできないことを指摘する。そして、物に対する汚損は、所有者の利用のみならず、物の持主への社会的影響がありうることも重視すべきであり、意図的に美的目的で形成されたわけではない物への汚損もまた、その物に対する所有者の取扱いを台無しにし、あるいは所有者の充実した生活観を侵害しうるのであるから、美観外観を汚損する行為からこうした利益を保護することは正当であり、「物の機能」に着目する判例や学説は支持し得ないとする。他方でSchroederは、器物損壊罪のあらゆる状態変更への拡張は、とりわけ制限を必要とするとし、従来の状態の維持について所有者の「合理的な利益(vernünftiges Interesse)」が存在しなければならず、この利益は物の持主

の立場（主観）から判断されるべきであるが、所有者の主観は外部から知覚される必要があるとするのである。

なお Schroeder は、他人によって物の状態の変更がなされた場合、もしこれが所有者の（従来の状態を維持したいという）意思に反していなかったとしても、生じた状態の変更を除去し元の状態に戻すことが、建築法や警察法などによって所有者に法的に義務付けられる場合もまた、その変更は従来の状態の維持についての所有者の合理的な利益に反する変更であるとして、器物損壊罪にあたる⁽¹²⁰⁾とする。

Schroeder は、前述の BGHSt 29, 129の判例が出現した後もなお、この立場を崩さず、主目的が建物の美的な威容（Ansehnlichkeit）にはない建物であっても、建物の重要な機能はその視覚的印象にもありうるのであり、BGH が外観を基礎とした単純な美的目的を有する客体とそうでない客体とに区別することは時代遅れであり、損壊概念の解釈には不適格であるとして、BGHSt 29, 129を批判し、さらに BGHSt 13, 207以降 BGH が要求する⁽¹²¹⁾重大性基準を放棄すべきことも主張する。⁽¹²²⁾

Schroeder の見解は、物の状態の維持に関する所有者の「合理的な利益」⁽¹²³⁾に反するあらゆる物の状態の変更を損壊概念に含み、その「合理的な利益」には、物自体に内在する価値を享受する利益のみならず、物の所持状態によって生じる社会的評判まで含める一方で、ただ主観的な意思を持っているだけではなく、そのような利益が外部から知覚されうる必要がある、という限定を付している点に特徴がある。その上で、BGH や通説が否定する、日用品の外観を汚損する行為もまた、器物損壊罪にて広く保護しようとするのである。⁽¹²⁴⁾

このような見解に対し、Schroeder の見解を基本的には支持しつつも、物自体の価値の低下という観点から限定を加えたのが Schmid である。Schmid は、判例や通説の機能の低下という基準について、Schroeder と同じく批判し、状態の維持という所有者の「合理的な」利益に反する変更は器物損壊罪

⁽¹²⁵⁾にあたるが、他方で、あらゆる所有者の利益侵害を損害と考えることは構成要件を過度に拡大しすぎてしまうとする。そして、所有者の社会的評判を「合理的な」利益に含めないという限りにおいて、Schroederより制限的に損壊を定義し、「器物損壊罪は、物の持主の合理的な意思や立場の点で矛盾して、経済的ないし精神的な物の価値の低下を具現するあらゆる変更である」⁽¹²⁶⁾として、損失は被害を受けた物との直接的な関係においてのみ存すると理解する⁽¹²⁷⁾。つまり、所有者の意思に反する変更によって、物自体の価値が低下⁽¹²⁸⁾することを要求するのである。

なお、これら状態変更説に対しては、通説からは、「損壊」という文言から乖離し調和できておらず、基本法103条2項の類推解釈の禁止に抵触するという批判、所有権侵害に対しては民事上の請求や秩序法規をもって十分に解決されうることから、刑法の最終手段としての機能に背いているという批判⁽¹²⁹⁾がなされる。通説の論者は、たとえば所有者が開いて置いておいた本を勝手に閉じることや、所有者が敢えて乱雑に積み上げておいた木の堆積を整頓して並べることも、状態変更説からは器物損壊罪になりかねず、妥当ではないとする。また、後述する物質説を主張する Kargl も、状態変更説は「損壊」概念を曖昧にし、明確性の原則に反するとして批判する⁽¹³⁰⁾。

②（特に美観・外観侵害ケースで）所有者の主観を広く考慮する効用低下説

他方で、①の状態変更説の立場に一定の理解を示しつつ、判例や（1）の通説における効用低下の有無を判断する際に、通説よりも所有者の意思を重視して考慮する見解も存在する⁽¹³¹⁾。これらの見解は、基本的には判例の示す損壊概念の基準に賛同するため、客体への有形的作用や侵害の重大性を要求する点では判例・通説と変わらないが、美観・外観侵害ケースにおいて実用品の美観・外観は器物損壊罪で保護すべき効用ではないとした BGHSt 29, 129 に対する批判として、実用品の外観についても303条1項で保護されるべきである、との立場から主張されている。その意味で、この見解の論者が示す基準が、器物損壊罪が問題となりうる全ての領域で統一的に妥当すると理解

しているか否かは明らかではない。

Maiwald は、日用品の場合、外観の威容はそれを見る者の価値判断に依存しており、明白な決定可能性に欠く⁽¹³²⁾という点では BGHSt 29, 129の理解は正当であるとし、それゆえ、日用品における外観という効用を客観的な視点で決めることは可能ではないとしながらも、BGH の立場とは反対に、裁判官は日用品の外観侵害の可罰性判断において客観的な効用という基準を用いることができない以上、結局所有者の意思に焦点が合わせられなければならない、また、所有権の目的からも、所有者の意思は裁判官を含むあらゆる第三者から尊重されるべきであるから、BGH の立場は限定的に過ぎるとする⁽¹³⁴⁾。しかし、他方で、所有者がその物によって追求する効用を全て保護するのにもまた広すぎるとし、中間的な見解として、所有者がその物に見出す目的が社会生活上「合理的」（“vernünftig”）として追体験可能されうる限りで、そのような目的が侵害された場合に損壊を肯定すべきであるとする。そして、物の所有者によって選ばれた形や色彩は、主たる目的が美的な物であるかどうかにかかわらずその物の機能の一部であるので、これに対する侵害は全て器物損壊罪で保護すべきである、とするのである⁽¹³⁵⁾。

また、Ruthe も効用の低下という基準を確定する際に、物の客観的機能に限定することはあまりに狭すぎるとし、一般的に通常な利用目的に限らず、法的に許された範囲であらゆる利用目的を付与することは、所有者にとって可能であり、かつ許容されるべきことであるとする⁽¹³⁷⁾⁽¹³⁸⁾。

さらに Zaczyk も Maiwald の見解を妥当であるとし、物の美観・外観侵害ケースにおいて、所有者が物の形態について「客観的に追体験可能な利益（ein objektiv nachvollziehbares Interesse）」を有しているときに、外観に関する所有者の意思や利益が器物損壊罪での保護に値するとする⁽¹³⁹⁾。ただし、Zaczyk は、所有者の意思に反する修理については全面的に器物損壊罪の成立を否定しており⁽¹⁴⁰⁾、また、物の本来の用法通りの消費は仮に所有者の意思に反していても損壊ではないとしており、美観・外観侵害の場合にのみ、効用

低下の有無の判断にあたり所有者の主観面を考慮する見解を採っており、それ以外の点では通説同様、客観的に効用低下の有無を判断する、との見方もできよう。

なお、Maiwald らが前述のような見解を主張する以前（つまり、BGHSt 29, 129の決定がなされる以前）に、実質的には Maiwald らと類似した見解を既に主張していたのが Haas である。Haas は、損壊を目的侵害へと至るに違いない物の物質の変更であると定義した上で、ここでの「目的侵害」は「利益侵害」として理解するべきであり、この「利益」は、所有権について規定する民法903条が広く所有者による物の利用を幅広く保護していることから、客観的な効用の考慮によってではなく、権利者の恣意によって決められるとする。⁽¹⁴²⁾そして、たとえ行為者による侵害行為が（客観的には）物の所有者にとって有利である時でさえも、それが所有者の主観的利益・意思に反する場合には、器物損壊罪を肯定するのである。⁽¹⁴³⁾判例の用いる客体の効用の低下という基準を用いず、物の物質の変更が所有者の利益に反するか否かのみを問題としている点で、Maiwald らの見解とは異なるが、物の物質の変更を前提としつつ、その目的・機能侵害性をもっぱら所有者の利益・意思を基準に判断する点で、実質的に Maiwald らの見解と類似しているといえる。⁽¹⁴⁴⁾

（３）物質説（Die Substanztheorie）

（２）で述べた見解とは逆に、判例や通説の効用低下の基準や、状態変更説などの定義する損壊概念は広すぎるとして、ライヒ裁判所の最も初期の判例（RGSt 13, 27ff.）がそうであったように、「損壊」は物質的損傷を生じさせる作用がある場合に限定すべきであるとする見解も主張される。⁽¹⁴⁵⁾

Kargl は、基本法103条2項に規定される罪刑法定主義は、立法者に対して、明確に理解される構成要件を創設することだけを要求するのではなく、構成要件の解釈に関しても、概念を明らかにする輪郭を構成要件に付与することを要求しており、規定の文言の理解可能性や、法の命ずる射程の明確な

限界づけ、そして規定の適用の予測可能性を必要とすることを確認する。罪刑法定主義のこのような根本思想を303条の器物損壊罪の説明に応用すると、例えばケーブル箱や建物の正面の状態がその都度被害者の意思に基づいているかどうかについて、第三者にとっては見分けがつかず、構成要件の実現は偶然が決めることになるから、判例・通説の効用低下という基準や、状態変更説などが主張する「所有者の意思に反する侵害」という基準は、まさに刑法を心情刑法と同様の「偶然的刑法（Zufallsstrafrecht）」にしてしまいかねず、罪刑法定主義にそぐわないと批判する。⁽¹⁴⁶⁾その上で、Kargl は、損壊概念は「物に作用して、それによって物質が侵害される」という、ライヒ裁判所の当初の「古典的な」定義に戻るべきであり、このような定義に含まれない、たとえば、汚す、或いは持続的に剥奪するなどといったあらゆる他の「妨害」は、私法上取り扱われるべきであるとする。⁽¹⁴⁷⁾また、組成物の場合、部品を傷つけることなく剥奪することで組成物全体の機能が害されたことを、組成物全体の物質的特性が害されたと理解することは、物質性という基準を（利用）目的の設定という主観的な基準にすり替えることになりかねないので、部品の無傷性が損なわれていない以上、組成物の分解は器物損壊罪を認めるべきではないとする。さらに Kargl は、判例・通説の「重大性」の基準に関しても、客観性を欠き、法の確実性や法的安定性を殆ど果たすことができないとして、これも損壊かどうかを決する基準としてはふさわしくないとする。⁽¹⁴⁸⁾

すなわち、Kargl の物質説は、効用の低下やその重大性といった不明確さの残る基準で「損壊」にあたるかを判断することは罪刑法定主義に反するので、こうした曖昧な基準で判断するべきではなく、物質的損傷が生じたかどうかという基準のみをもって損壊にあたるかを判断する。なお、Kargl の物質説は、あくまでも物質的損傷が生じたかどうかのみをもって損壊といえるか否かを決し、効用の低下については考慮しない点で、物を物質的に毀損し、これによって効用（または本来の用法）を害する行為が「損壊」である

とする我が国の物質的毀損説(物理的損壊説)とは異なる。

このような Kargl の見解に対しては、組成物の分解に一切器物損壊罪の成立を認めないのは、処罰範囲が狭きに失するという批判⁽¹⁴⁹⁾のほか、303条1項が所有権を保護法益とする以上、利用可能性侵害なき軽微な物質侵害を器物損壊罪で保護する必要があるのか、という批判が考えられよう。

4 我が国における「損壊」概念に関する議論への示唆

(1) 我が国の判例・学説との比較

ドイツの判例において、RGSt 13, 27が「損壊」を物の無傷性を損なわせるような物質の変更＝物質的損傷であるという解釈をしたところから始まり、次第に物質的損傷の必要条件性が薄れ、次第に効用低下という基準に主たる判断基準が変わっていった判例の変遷は、我が国の判例においても類似点がある。我が国でも「徳利放尿事件」(大判明治42年4月16日刑録15輯452頁)において「所謂毀棄若クハ損壊トアルハ單ニ物質的ニ器物其物ノ形體ヲ變更又ハ滅盡セシムル場合ノミナラス事實上若クハ感情上其物ヲシテ再ヒ本来ノ目的ノ用ニ供スルコト能ハサル状態ニ至ラシメタル場合ヲモ包含セシムル」として、物質の変更や滅失がなくても本来的な用法の喪失があれば「毀棄」「損壊」であると判示する。それ以前の判例⁽¹⁵⁰⁾はいずれも物質的な損傷が生じている事案であったが、「徳利放尿事件」の判示がなされて以降、次第に判例の判断が「物質的毀損または効用侵害」の有無を基準にするようになり、さらには効用侵害性の有無のみを問題とする判例も出現した。このように、我が国の判例も当初は物質的損傷の存在を「損壊」の前提としていたのが、次第に効用侵害性に重きが置かれるようになっていったのである。⁽¹⁵¹⁾

もっとも、ドイツの判例および通説は、客体に対する「有形的作用」を明示的に要求している点が、効用侵害説に立脚するとされる我が国の判例・通説と大きく異なる点である。我が国の通説である効用侵害説は(263条の信書隠匿罪の対象となる信書以外の)隠匿や物の剥奪も損壊にあたるとしてお

り、また、債権者が債権回収の際に持参した借用証書を剥奪し返還しなかった行為に259条の私用文書毀棄罪の成立を認めた判例⁽¹⁵²⁾や、川にかばんや携帯電話を投げ捨てた行為に器物損壊罪の成立を認めた判例⁽¹⁵³⁾も存在する。前者の事案では借用証書自体に不良変更が生じておらず、また後者の事案ではかばんや携帯電話自体に不良変化が生じたかどうかは特に検討することなく、器物損壊罪の既遂を認めている⁽¹⁵⁴⁾。しかし、器物損壊罪は「物を損壊する」行為⁽¹⁵⁵⁾ないし結果がその構成要件要素であるところ、「物を損壊した」といえるためには、物自体に何らかの作用・変化が生じていなければならないと解されるべきである。物自体に生じた作用・変化が「有形的」なものに限定する必然性があるか否かは検討を要するとしても、物自体の作用・変化を要求するドイツの判例・通説の方向性は妥当と思われる。詳細は後述するが、佐伯和也教授はこのようなドイツの判例・通説の考え方を支持し、器物損壊といえるためには行為客体に有形的な作用・変化を及ぼしていなければならないとして、有形侵害説に近い立場に立つが、物自体に作用・変化が生じていることを要求する点で、妥当な方向性として賛同できる。

また、ドイツのBGHの判例において、重大な物質的損傷または本来的ないし技術的な効用の低下を要求し、特に美観・外観侵害事例においては、外観そのものがその客体の主目的である場合に限って効用の低下を肯定している点も、我が国の判例と類似している。我が国でも、最決昭和25年4月21日刑集4巻4号655頁は、損壊とは「物質的に物の全部、一部を害し又は物の本来の効用を失わしむる行為」であると定義し、侵害されたことが「本来的な」効用が侵害されることを要求している。そして、ビラ貼りや落書きが問題となった判例⁽¹⁵⁶⁾を中心に、あくまでも美的効用ではなく、建造物ないし器物の本来的な利用（またはその可能性）を侵害にした場合に損壊を肯定している。たとえば、公園内の公衆便所の外壁に落書きをした行為が260条の建造物損壊罪にあたりとされた最決平成18年1月17日刑集60巻1号29頁も、単にトイレの美観が害されたから同罪の成立を認めたのではなく、公園のトイレ

という外観のデザインが重視される性質の建物であり、かつ、通常一般人が「用を足す」という本来の目的で当該トイレを利用することが憚られる程度・内容の落書きであり、トイレとしての本来の用法が侵害されたからこそ、同罪の成立を認めたものと思われる。ドイツの判例・通説とは異なり、「本来的な効用＝技術的効用」とは明言していないものの、本来的効用を害さない範囲での美観侵害に損壊を認めていない点で、建造物・器物損壊罪として保護すべき効用の範囲について、実質的には類似した判断をしているものと思われる⁽¹⁵⁷⁾。また、我が国の判例は、原状回復にある程度の困難性や侵害の持続性が伴う場合に限って建造物・器物損壊罪の成立を認めている点⁽¹⁵⁸⁾でも、ドイツの判例に類似している。我が国の通説である効用侵害説の論者もこのような判例の結論を肯定しており、実質的にドイツの通説的見解と近い判断をしているといえるだろう。

もっとも、我が国の判例・通説は、どのような効用・用法が「本来的」といえるのかについては、特に判断基準を明示していない。この点、ドイツの判例・学説は損壊にあたる効用の低下を「技術的効用」の低下に限り、物の利用目的を技術的（実用的）な目的と美的目的とに分けて、もっぱら後者の目的を主たる目的として作られた美術工芸品や文化財のみを本来的な効用として器物損壊罪による保護対象としている点⁽¹⁶⁰⁾は興味深い。ただし、どのような物が「美的目的を有する」客体に含まれるのか、また、侵害行為によって「技術的」な効用が害されたといえるかどうかの判断基準については、結局のところ不明確さは残るといえよう。

器物損壊罪で可罰的な程度の物の効用・価値侵害に関しては、ドイツの学説における議論も、我が国の学説における議論も、特に美観・外観侵害をどこまで器物損壊罪（あるいは建造物損壊罪）で処罰するべきかという点に主たる着眼点が置かれていたところでは共通していると思われる。しかし、物の効用侵害の内実について、効用が本来的か非本来的かという点を除けばほとんど議論されてきていない我が国と比較し、ドイツの学説においては、所

有者にとっての物の価値がどの程度侵害された場合に器物損壊罪としての可罰性を肯定するべきかについて、細かく議論されてきた。判例の結論に賛同する通説は、あくまでも客体たる「物」自体に着目してその価値・効用侵害性を論じるのに対し、反対説として Schroeder などが主張する状態変更説や、状態変更説のアプローチを美観・外観侵害事例の効用低下の有無の判断に取り入れる Maiwald などの見解は、「物の背後にいる所有者と物との関係」⁽¹⁶¹⁾に着目して効用侵害性を論じているといえよう。

（２）我が国の議論への示唆

器物損壊罪が所有権（に基づく物の使用・処分・収益の各権能）を保護法益とする以上、まずは所有者が当該客体をその意思通りに利用しうかが問題になる。その意味では、効用侵害性の判断に際しては、所有者と物との関係が出发点であるといえよう。その意味では、Schroeder ら状態変更説の論者や、Maiwald らのように効用低下の判断において物の外観に関する所有者の意思を広く保護しようとする見解の論者が、所有者の主観的な利益や意思に着目した点は理解に値する。

しかし、謙抑主義の要請や刑法の二次規範性ゆえに、所有者にとっての主観的な利用侵害・価値侵害を全て刑法上の器物損壊罪の処罰範囲に含めるべきかの考慮が、次の段階でなされるべきである。すなわち、私人の財産権侵害は第一次的には民事法によって救済されるべきであり、そのような財産権侵害のうち、国民の通常一般人からみてなお刑罰というより峻厳な制裁を科す必要がある場合に限って、刑罰権の発動が許容されるのであるから、器物損壊罪において処罰が許される利用侵害・価値侵害も、ある程度客観化される必要があるだろう。そして、法益の要保護性の見地からのだけでなく、罪刑法定主義の見地からも、所有者にとっての利用侵害・価値侵害の刑法的保護は限定的に解するべきである。すなわち、器物損壊罪は「物」の「損壊」を実行行為・法益侵害結果の態様としており、「損壊」とは「損ない壊すこ

と」である以上、物自体に変化が生じていることはもちろん、その変化が通常一般人が見ても「損なわれ壊された」といえるような不良変更が、物自体に生じていなければならないのではなからうか。⁽¹⁶²⁾

器物損壊罪の処罰範囲の限定を試みる我が国の物質的毀損説や有形侵害説は、罪刑法定主義の要請から行為態様ないし結果態様に「有形的」「物質的」との限定を加える試みを展開してきた。そのような中、佐伯和也教授はこのようにドイツの判例・通説の考え方を支持し、器物損壊といえるためには行為客体に有形的な作用を及ぼしていなければならないとして、有形侵害説に近い立場に立つ⁽¹⁶³⁾。佐伯教授は、客体自体に有形的作用(変化)が生じていえばよく、有形力の行使という行為態様による限定は不要であるとし、たとえば池の水門を開いて鯉を流出させた場合や籠の中で飼育している蝶を解き放った場合も、鯉や蝶に有形力の行使が及んでいなくても、流出された鯉や解き放たれた蝶が環境の変化によって死亡した場合には、死亡結果が鯉の放流行為に帰属できる限りで、鯉や蝶に対する261条の動物傷害罪の成立を認めるべきであるとする。不作為による器物損壊罪も観念されうるのであるから、有形力の行使を要求する必然性はなく、むしろ損壊といえるためには、客体自体に作用が生じたことが重要であるとしており、妥当な方向性であると思われる。⁽¹⁶⁷⁾

しかし、佐伯教授は、「器物損壊構成要件の射程は、『行為客体の損壊』によって決定づけられており、多くの全ての考えうる法益侵害の中から、行為客体自体の有形的な被害(Betroffheit)から生じる所有権の侵害だけに及んでいる」とし、⁽¹⁶⁸⁾「効用概念は……本来的な効用に限るべきであり、それは客観的な基準にしたがって判断されなければならない」としつつも、⁽¹⁶⁹⁾「財物の使用可能性の減少という基準に器物損壊罪を根拠づける独立した役割・機能を認めることはできない」とするが、この点は賛同できない。⁽¹⁷⁰⁾ たしかに器物損壊罪が物の「損壊」を問題としている以上、行為態様・結果態様による限定も不可欠であろう。しかし、「損壊」といえるためには、被害が客体自

体に生じているのみならず、物自体に客観的な効用・価値効用の侵害が生じていることもまた必要である。法益の要保護性の観点からのみならず、文言解釈による制約からも、客観的な利用可能性侵害は、行為態様・結果態様という外在的な限定要素とは別に、器物損壊罪の処罰範囲を内在的に限定する要素として必要であると解すべきであろう。

処罰すべき効用侵害を客観的観点から限定するにあたっては、a) 侵害された「効用」に客観的に要保護性が認められるものであることに加えて、b) 「侵害」の態様が客観的に通常一般人がみて「侵害」といえる態様であることの両方が要求されると思われる。

a) の点について、ドイツの一部の下級審裁判例や、通説の一部の論者は、有用性の客観化に際し、物について所有者が設定した目的が外部に認識できるようにされているときは所有者の意思に従うとしているが、所有者の意思を一般人が認識できさえすれば、全て器物損壊罪としての要保護性が認められるのかは疑問の余地がある。所有者が物の利用に際して抱く主観的な効用・価値を、一般人がただ認識しうるだけでなく、一般人の観点からそのような主観的価値・効用に要保護性を認めうる場合に、その侵害を「物の損壊」と評価できるだけの客観性が担保されうるのではなかろうか。その点では、Maiwald が持ち出す「社会生活上合理的として追体験されうるか」という基準⁽¹⁷²⁾や、Zaczyk が持ち出す「客観的に追体験可能な利益 (ein objektiv nachvollziehbares Interesse)」という視点⁽¹⁷³⁾は興味深い。判例・通説が示す、所有者が見出す主観的な価値・利益に対する外部からの認識可能であるのみならず、その意思・利益について、一般人が所有者の立場に立ったときに承認しうる場合に、当該意思・利益は客観的な要保護性を認めうるように思われる。

もっとも、Maiwald や Zaczyk は、実用品の外観についても広く器物損壊罪で保護する方向でこのような基準を持ち出しているが、このような「客観的に追体験可能な」意思・利益に対する「侵害」が、全て「侵害」と評価

しうるか否かは、前述のb)の観点からさらに検討の必要があると思われる。保護に値する効用・価値であることを認めたととしても、その効用・価値の阻害が、通常一般人から見ても客観的に「侵害」であると評価できるものでなければ、なお刑法的要保護性を肯定しえないし、「損壊」という文言にもそぐわないからである。なお、客観的に「侵害」と評価しうるのは、所有者がマイナスと評価する結果が物自体に生じていることだけでは足りない。物の効用・価値に生じたマイナスを通常一般人が客観的に肯定しうかどうか問題になる。

このような「侵害」の客観性という点については、たとえばドイツで議論されてきた、修理が損壊にあたるか否かという問題や、物の本来の用法通りの消費が損壊にあたるか、といった問題にも影響すると思われる。この点に関して、宮川教授は、物の本来の用法通りの消費の場合について、これを本来の用法通りの消費であることのみをもって一律損壊にあたらないとするドイツの通説的見解に疑問を呈し、本来の用法通りの消費であっても損壊を認める余地を認めるドイツの反対説に賛同する⁽¹⁷⁴⁾。そして、所有者の意思に反する広告用ファックスが大量に送られたことでファックス機のトナーのインクや用紙を大量に消費した行為が問題となった前述の OLG Frankfurt, NStZ 2004, 687の事案について、ファックス用紙の消費が本来の用法による消費であるとしても、器物損壊罪にあたろうとする⁽¹⁷⁵⁾。このような宮川教授の見解は、まさに「侵害」の客観性という観点から論拠づけることができるのではなかろうか。すなわち、本来の用法通りの消費であっても、これが所有者の意思に反しており、かつ、このような消費が通常一般人から見ても「侵害」であると評価しうる消費であれば、損壊を肯定する余地もあるように思われる。また、所有者の意思に反する修理・修繕にどこまで損壊を認めるかについても、修理・修繕行為が客観的に物の価値・状態を高めたといえるかぎりには、「侵害」に客観性は肯定され得ず、損壊を認めない方向へ傾くことになるのではなかろうか。

「侵害」の客観性という点は、我が国においても、学説上ほとんど論じられてこなかったように思われるが、今後検討される必要があるだろう。

5 おわりに

前述の通り、我が国の通説である効用侵害説は、「物の効用を害する一切の行為」を損壊であるとし、物自体に変化が生じない隠匿（物の剥奪）もまた損壊に含める。しかし、たとえば所有者が開いておいた本を無断で閉じる行為や、別荘の主人を離れた場所に監禁して別荘を利用できないようにする⁽¹⁷⁶⁾行為、茶碗に実際には放尿していないが放尿したと虚偽の事実を流布する行為⁽¹⁷⁷⁾（いわゆる「嘘放尿事例」）については、我が国の判例・通説も器物損壊罪の成立は恐らく認めないであろう。これに対し、ドイツの状態変更説のうち、Schroederのように物の持主の社会的評判をも器物損壊罪の保護利益に含める立場によれば、特に「嘘放尿事例」は器物損壊罪を認めることになる。このように、我が国の効用侵害説も暗黙のうちに、その適用範囲を制限しているのであって、ドイツの状態変更説とは明らかに一線を画しているように思われる。我が国の効用侵害説は、隠匿を損壊に含め、客体への有形的作用を要求しない点を除けば、具体的事例における帰結はドイツの判例・通説に近いといえる。

もっとも、「物の効用を害する一切の行為」が損壊であるとする定義付けは、ともすれば物の価値を下げる行為の全てを器物損壊罪に含めると理解される危険をはらんでいるといえよう。仮に効用の範囲を「本来的用法」に限定したとしても、「本来的用法」にあたるか否かを決する具体的な基準が示されなければ、「本来的用法」は無限に広がりうることになり、ドイツの状態変更説に接近する。また、仮に効用を客観化したとしても、所有者が「侵害である」と感じる行為を全て器物損壊罪で処罰することになると、やはり所有者の意思に反する侵害は全て器物損壊罪で処罰するドイツの状態変更説に、結論的に近づく結果になりうるだろう。4. の（2）で述べたように、

客観的な「効用」を、客観的に「侵害」した場合に限定をしなければ、我が国の効用侵害説は、ドイツの状態変更説と同様に、所有者が物に見出す主観的価値・効用に反する変更を器物損壊罪でかなり広く処罰する結果になりかねない危険をはらんでいる。

この点で、物自体に変化が生じたことを要し、かつ侵害から保護する効用の範囲を客観的なものに限定しようとするドイツの通説の方向性は、効用侵害の範囲を限定すべきであるとする本稿の立場から賛同に値する。また、効用の客観化に際して Maiwald、Zaczyk の示す基準は、所有者の主観的価値を出発点とした上で、その保護範囲を限定する基準としては、一定の示唆を得られるものと思われる。もっとも、客観的に効用侵害性が肯定されるためには、効用が客観的に保護に値するものであるのみならず、侵害性が客観的に認められなければならないことは、前述したとおりである。この点は、我が国でもドイツでも従来指摘されていないものと思われ、今後検討を要するだろう。

法益の要保護性の観点からのみならず、罪刑法定主義の要請からも、物自体に生じた効用・価値侵害をいかにして一般人を基準にして客観化すべきであるかという点に加えて、罪刑法定主義の要請から、「損壊」という文言とかい離しないために、行為態様や結果態様にいかなる限定が必要であるかも問題となるが、これらの点については今後の研究課題としたい。

- (1) 例えば、平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、1977) 235頁、団藤重光『刑法綱要各論 [第3版]』(創文社、1990) 631頁、大塚仁『刑法概説各論 [第3版増補版]』(有斐閣、2005) 349頁、山口厚『刑法各論 [第2版]』、(有斐閣、2010) 353頁、伊東研祐『刑法講義各論』(日本評論社、2011) 245頁、西田典之『刑法各論 [第6版]』(弘文堂、2012) 280頁、高橋則夫『刑法各論 [第2版]』(成文堂、2014) 428頁、前田雅英『刑法各論講義 [第6版]』(東京大学出版会、2015) 309頁、大谷實『刑法講義各論 [新版第4版補訂版]』(成文堂、2015) 351頁以下、山中敬一『刑法各論 [第3版]』(成文堂、2015) 486頁、井田良『講義刑法学・各

論』（有斐閣、2016）346頁など。

- （2）大判明治42年4月16日刑録15輯452頁。
- （3）最決昭和39年11月24日刑集18巻9号610頁、最決昭和41年6月10日刑集20巻5号374頁、最決昭和43年1月18日刑集22巻1号32頁など。
- （4）最決平成18年1月17日刑集60巻1号29頁。
- （5）大判明治44年2月27日刑録17輯197頁、最決昭和44年5月1日刑集23巻6号907頁、大阪高判平成13年3月14日高刑集54巻1号1頁など。
- （6）もっとも、判例・通説は物の効用侵害を無限定に認めているわけではない。判例は明示的あるいは黙示的に、あくまでも客体に「本来的に」備わった効用・用法の侵害に限定し、侵害の程度についても、一時的なものにとどまらず、少なくとも原状回復に一定程度の困難性が伴うものに限定して、可罰性を認めているものと思われる。また、通説である効用侵害説の中でも、本来的用法侵害の場合に限定すべきとする論者（たとえば、小野清一郎『新訂刑法講義各論』（有斐閣、1949）287頁、香川達夫「毀棄及び隠匿の罪」団藤重光編『注釈刑法（6）』（有斐閣、1966）609頁、中山研一『刑法各論』（成文堂、1984）362頁など）があるほか、明示的に「本来的」な効用に限定しない論者の多くも、具体的事例における帰結からは本来的な用法・効用の侵害に限定して可罰性を認めるものと思われる（たとえば、山口・前掲注（1）358頁以下、西田・前掲注（1）384頁以下、高橋・前掲注（1）433頁など）。我が国の「毀棄」「損壊」概念をめぐる判例・学説の整理・考察については、大塚雄祐「我が国の判例にみる毀棄罪における『毀棄』概念の考察（1）（2・完）」早研153号（2015）73頁以下、154号（2015）55頁以下、同『『毀棄』概念をめぐる我が国の学説の整理と考察（1）（2・完）」早研155号（2015）75頁以下、156号（2015）55頁以下を参照。
- （7）なお、旧刑法の立法当初、毀棄罪はあくまでも物質的毀損を念頭に置いて立法されたものと思われる。また、現行法への改正に向けた審議において、物質的毀損なき場合にも処罰すべきとの指摘がなされたものの、その範囲は現行の判例・通説に比べれば極めて限定的であった。さらにこの改正で信書隠匿罪（263条）が追加されているが、その制定過程からは、「隠匿」は「損壊」とは別概念との前提のもと、信書の場合のみ「隠匿」を処罰するものとした規定と解すべきであると思われる。詳細は、大塚雄祐「毀棄罪における『毀棄』概念の法制史的考察」早研152号（2014）101頁以下を参照。
- （8）木村亀二『刑法各論』（法文社、1957）174頁、青柳文雄『刑法通論Ⅱ各論』（泉

文堂、1963) 565頁。なお、客体に対して直接的ないし間接的な物理的働きかけを要求する見解として、和田俊憲「財物罪における所有権保護と所有権侵害」山口厚ほか編『クローズアップ刑法各論』(成文堂、2007) 192頁。また、物に対する「有形力の行使」ではなく、物における「有形的作用」(または「有形的变化」)を要求する見解として、佐伯和也『落書き』と建造物・器物損壊罪の成否」関法59巻3・4号(2009) 661頁以下、同「器物損壊罪における『損壊』の概念について—有形侵害説に近い立場から—」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』(成文堂、2017) 307頁以下。

- (9) たとえば、田中久智「毀棄・隠匿罪」阿部純二ほか編『刑法基本講座第5巻』(法学書院、1993) 344頁以下、曾根威彦『刑法の重要問題〔第2版〕』(成文堂、2006) 266頁以下、同『刑法各論〔第5版〕』(弘文堂、2012) 199頁、城下裕二「損壊概念」西田典之ほか編『刑法の争点』(有斐閣、2007) 216頁以下、松原芳博『刑法各論』(日本評論社、2016) 372頁以下など。また、この見解と実質的に同趣旨と思われるものとして、林幹人『刑法各論〔第2版〕』(東京大学出版会、2007) 314頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第4版〕』(成文堂、2016) 319頁以下。
- (10) 303条1項は、「違法に他人の物を損壊又は破壊した者は、2年以下の自由刑又は罰金に処する。」と規定する。なお、「違法に (rechtswidrig)」は何ら構成要件要素ではなく、違法性を有する一般的な犯罪であることを単に(無意味に)示したものにすぎない、と解されている (Vgl. Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 18. Aufl., 2016, § 303, Rn. 12)。
- (11) 303条2項は、「権限なく他人の物の外観を軽微でなく、かつ一時的でなく変更した者も同様に処罰される。」と規定する。
- (12) 2005年改正前は、ドイツ刑法303条においては、1項に器物損壊罪の規定(条文は今と同じ)が、2項には1項の未遂罪が規定されていた。改正によって2項に外観変更罪が規定されて以降は、未遂罪は同条3項に規定されている。
- (13) これらの議論は、2項が新設されたことで意義を失ったとの見方もされている (Stree/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, Kommentar, 29. Aufl., 2014, § 303 Rn. 13.) が、1項と法定刑を同じくする2項においても「軽微でなく」「一時的でなく」との限定が付されており、適用領域をどこまで認めるかという点において、これらの議論はなお影響するものと思われる。もっとも、2項新設後、1項の「損壊」概念に関して、通説の解釈に異論を唱える見解はほとんど見受けられない。反対説の多くがビラ貼りやグラフィティといった外観変更の事例を契機に主張された

ため、2項により立法上一応の解決が図られたことで議論が沈静化したものと思われる。

- (14) ドイツ刑法303条1項の損壊概念に関する判例や学説の議論を整理・考察した我が国の主な先行研究として、泉二・前掲注（6）952頁以下、田中久智「ビラ貼り」と器物損壊罪—西ドイツの判例と学説に関する研究—『刑事法学の諸相（下）—井上正治先生還暦祝賀』（有斐閣、1983）335頁以下、宮川基「器物損壊罪に関する最近のドイツの判例について」東北学院69号（2010）17頁以下、佐伯（和）・前掲注（8）『『落書き』と建造物・器物損壊罪の成否』、同・前掲注（8）「器物損壊罪における『損壊』の概念について—有形侵害説に近い立場から—」など。また、ドイツ法の判例・通説の概要を客観的視点から紹介した先行研究として、樋口亮介「ドイツ財産犯講義ノート」東京大学ローレビュー 8号（2013）150頁以下。
- (15) Stree/Hecker, a. a. O. (Anm. 13), § 303 Rn. 1.
- (16) BT-Drs. 15/5313, S. 3; KG Berlin NStV 2007, 223; Stree/Hecker, a. a. O. (Anm. 13), § 303 Rn. 1; Helmut Satzger, Der Tatbestand der Sachbeschädigung (§ 303 StGB) nach der Reform durch das Graffiti-Bekämpfungsgesetz, Jura 2006, S. 429, 435; Jan. C Schuhr, Verändern des Erscheinungsbildes einer Sache als Straftat, JA 2009, 171 f. なお、2項新設に至るまでの過程において、当初は1項の器物損壊罪の行為態様に外観の変更を追加する草案が出されたが、あくまでも従来通り303条1項の「損壊」は物質的損傷ないし物の技術的効用の低下であると解し、これにあたる外観の変更は1項で処罰し、従来の1項の器物損壊罪の処罰範囲に含まれない外観の変更を2項で処罰する趣旨で、あえて1項とは別に2項を創設したようである。したがって、2項創設によっても、1項の「損壊」に関する解釈は変わらないものと解するべきであろう。Vgl. BT-Drs. 15/5317, S. 2.
- (17) 303a条1項は「データ（202条a2項）を違法に消去し、隠匿し、使用不能にし、あるいは変更した者は、2年以下の自由刑又は罰金に処する」と規定する。
- (18) 303b条1項は、「他人にとって重要な意味のあるデータ処理」を、「303a条1項に定める行為をする」（同項1号）か、「他人に損害を与える意図のもとでデータを入力するか、送る」（同項2号）、あるいは「データ処理設備又はデータ媒体を破壊し、損壊し、使用不能にし、除去し、あるいは変更する」（同項3号）ことにより、「著しく妨害した者」は、3年以下の自由刑又は罰金に処すると規定する。なお、2項により、「他人である経営体、企業、官庁にとって重要な意義のあるデータ処理が問題となっている場合」には自由刑の上限が5年まで加重され、さらに2

項の場合で「特に重大な事案」は、4項によって2項よりさらに自由刑の上限が6年まで加重される。特に重大な事案は通例、行為者が「大きな程度の財産的損害をもたらす場合」(4項1号)か「職業的に、あるいはコンピュータ破壊を度重なり犯すことを義務付けられた集団の構成員として行う場合」(4項2号)か、「その行為によって、生活にとって重要な財産やサービスの住民への供給や、ドイツ連邦共和国の治安を妨げる場合」(4項3号)であると規定される。

- (19) 304条1項は、「違法に、国にある宗教団体の崇拜の対象となる客体や、礼拝に奉献された物、墓石、公共文化財、天然記念物、公立の博物館(美術館)に保存されているか、公的に建てられた芸術上、学問上、工業上の客体、公益や公共の道路や広場、公園の美化に役立つ対象物を損壊または破壊した者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する」と規定し、さらに2項において「権限なく1項で示されている物やそこで示されている客体の外観を軽微でなく、かつ、一時的でなく変更した者も、同様に処する」と規定する。
- (20) 305条1項は、「違法に他人の所有にかかる建造物、船舶、橋、堤防、敷設された街路、鉄道又はその他の建築物を全部又は一部破壊した者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する」と規定する。
- (21) 305a条1項は、「違法に」「316条b1項1号もしくは2号の意味における施設又は企業の設立、もしくはそのような施設や企業の経営もしくは廃棄物処理に用いられる施設にとって役に立つような、大きな価値を持つ他人の技術的労働手段であって、重要な意義を有しているもの」(同項1号)、「警察、連邦国防軍、消防隊、大惨事救援隊、救助隊の出動のために不可欠な技術的労働手段であって、重要な意義を有しているもの」(同項2号)、「警察、連邦国防軍、消防隊、大惨事救援隊、救助隊の自動車」(同項3号)を「全部又は一部破壊した者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する」と規定する。
- (22) RGSt 8, 400; Wieck-Noodt, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., 2014, StGB § 305 Rn. 1; Rengier, a. a. O. (Anm. 10), § 305, Rn. 9.
- (23) Rainer Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 2013, § 305, Rn. 1.
- (24) Vgl. RGSt 8, 33; 55, 169; Wolff Hagen, in: Leipziger Kommentar, StGB, Band. 10, 12. Aufl., 2008, Rn. 21.
- (25) “Substanz”は「物質」とも和訳しうるが、ここでは「実質」と訳す方が妥当であると思われる。

- (26) RGSt 13, 28.
- (27) ドイツにおいては、一般的に「物質的損傷（Substanzverletzung）」という概念を、我が国の物質的毀損説のいう「物質的毀損」「物理的損壊」よりも厳格に解しているようである。少なくとも RGSt 13,27によれば物質的な変更（物の構成ないし状態の変更）だけでなく、「無傷性」が損なわれなければ「物質的損傷」は肯定していないのであり、その後も「物質的損傷」という表現を用いる場合はこの意味で用いているものと思われる。
- (28) Vgl. Friedrich-Christian Schroeder, JR 1976, S. 338; Manfred Maiwald, Unbefugtes Plakasieren ohne Substanzverletzung keine Sachbeschädigung, JZ 1980, S. 256; ders., Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, S. 122.
- (29) Ulrich Behm, Sachbeschädigung und Verunstaltung, 1984, S. 21 ff.
- (30) RGSt 13, 27.
- (31) Vgl. Oliver Schunurr, Graffiti und Sachbeschädigung, 2006, S. 18 f.
- (32) RGSt 20, 183.
- (33) RGSt 20, 183.
- (34) RGSt 20, 185.
- (35) Behm, a. a. O. (Anm. 29), S. 23.
- (36) RGSt 20, 353.
- (37) キノコ的一种で、木造家屋の用材を腐らせ、家の倒壊の原因となる。
- (38) なお RGSt 33, 177では、仮に行爲者の行爲が（結局修繕までは行っていないかったが）客観的には客体の価値を上げる行爲であったとしても、それによって、新しい所有者が売買契約解除を求める民事訴訟において（ナミダタケが発生しているという）家屋の瑕疵について立証するために従来の状態を維持する利益が害される以上、機能が害されていることになる、との判断がされている。
- (39) RGSt 20, 353.
- (40) 本判決と本判決に対するドイツ学説の批判的見解について検討・考察した我が国の先行研究として、田中・前掲注（14）341頁以下参照。
- (41) RGSt 43, 205.
- (42) RGSt 43, 205.
- (43) RGSt 43, 206.
- (44) たとえば、旗竿にかけられたドイツ帝国の国旗が取り外され、川に投げ入れら

れた RGSt 64, 250や、校舎の上で旗竿にかけられた国旗が破損された RGSt 65, 334、広告塔(円筒型の広告柱)に石油をかけてポスターを読めなくした RGSt 66, 203など。もっとも、前者2つの事案は国により国旗を掛けることが要請されていたという事情があり、またポスターについても当該ポスターの内容が地方公共団体による広告の機能を有していたという事情があるため、いずれも公的な役割ないし性質をもった客体であるといえる。

(45) RGSt 43, 204も、損壊にあたるには「重要な (belangreich)」変更でなければならぬとしているので、ライヒ裁判所は、外観がその物の利用にとって重要な意義を持たない物の場合にまで、その外観の侵害を器物損壊罪で保護しなかったであろう。したがって、これらの判例がゆえに、ライヒ裁判所は広く日用品について、外観侵害に器物損壊罪を認めていたという理解には至らないだろう。

(46) あるいは、物質的損傷の概念を拡大したとの見方もできるかもしれないが、判例は RGSt 13, 27は物の物質の変更と無傷性の破棄を両方要求しているのに対し、RGSt 20, 182以降は物の物質の変更または無傷性の破棄を要求するものがほとんどであり、やはり物質的損傷と物質の変更は分けて捉えていると理解するのが妥当と思われる。

(47) RGSt 74, 15.

(48) RGSt 74, 14.

(49) Vgl. Behm, a. a. O. (Anm. 29), S. 24; Schnurr, a. a. O. (Anm. 31), S. 25 f.

(50) 本決定中でも批判されている、自転車のタイヤのうちの1つから空気が抜かれた事案である OLG Düsseldorf, NJW 1957, 1246 ff. Nr. 20では、タイヤを客体とし、タイヤそのものが物質的に損傷されるかタイヤの効用が低下させられたかどうかに着目し、器物損壊罪の成立を否定した。なお、後に、自転車の両方のタイヤから空気が抜かれた事案である BayObLG, NJW 1987, 3271は、原状回復に時間的・労力的な消費を要するので軽微とはいえないとして器物損壊罪の成立と肯定した。

(51) BGHSt 13, 207 f.

(52) BGHSt 13, 208 f.

(53) BGHSt 13, 208.

(54) たとえば、BGHSt 44, 38; OLG Bremen, MDR 1976, 774; OLG Hamburg, NJW 1975, 1981; OLG Karlsruhe, JR 1976, 337; BayObLG, NJW 1987, 3271; OLG Düsseldorf, NJW 1993, 869など。

(55) Vgl. Wolff, a. a. O. (Anm. 24), Rn.17.

- (56) 物質的損傷が重大であるとして損壊を認めた判例として、OLG Oldenburg, NJW 1983, 57や LG Karlsruhe, NStZ 1993, 543など。物質的損傷が軽微であることを理由に損壊を否定した判例として OLG Düsseldorf, NJW 1993, 869. など。
- (57) BGH NStZ 1982, 508.
- (58) あるいは、判例は重大な効用の低下を伴う物質的損傷のみに器物損壊罪を認めている、という理解も可能であろう。
- (59) たとえば、OLD Bremen, MDR 1976, 773 f.; OLG Karlsruhe JR 1976, 336 ff.; OLG Oldenburg JZ 1978, 70 f.; OLG Humburg, JZ 1951, 727 f.; JR 1976, 337 ff.; OLG Frankfurt, MDR 1979, 693など。
- (60) BGHSt 29, 131.
- (61) BGHSt 29, 132.
- (62) BGHSt 29, 132 f.
- (63) BGHSt 29, 133.
- (64) BGHSt 29, 133.
- (65) BGHSt 29, 134.
- (66) BGHSt 29, 134.
- (67) BGHSt 29, 134.
- (68) BGHSt 44, 38.
- (69) BGH NStZ 1982, 508; OLG Oldenburg, NJW 1983, 57; LG Karlsruhe, NStZ 1993, 543; OLG Düsseldorf, NJW 1993, 869.
- (70) BGHSt 29, 131.
- (71) OLG Dresden, NJW 2004, 2843; OLG Humburg NStZ-RR 1999, 209; KG NJW 1999, 1200.
- (72) たとえば OLG Dresden, NJW 2004, 2843は、間接的物質侵害を認めつつ、有用性低下やその重大性についても言及し、器物損壊罪を肯定している。
- (73) RGSt 13, 28; 43, 205; 74, 14; BGHSt 13, 207; 29, 131; 44, 38など。
- (74) BGHSt 44, 38.
- (75) たとえば、台所用品を川に投げ捨て、これが川の水によって錆びたり、川の流れてでこぼこになったり割れたりした場合には損壊にあたるとした判例として、RG GA 51, 182 f.
- (76) なお、「作用」と「変化」という表現を区別せずに用いる場面が多いが、両者が同じかどうかは検討の余地がある。

- (77) 同様の理解に立ち、我が国の損壊概念につき有形侵害説に近い立場から、客体における有形的変更を要求すべきとの見解を主張するものとして、佐伯(和)・前掲注(8)「器物損壊罪における『損壊』の概念について—有形侵害説に近い立場から—」335頁以下参照。
- (78) もっとも、前述の【判例8】のように、客体自体に有形的変化・作用が生じていない判例でも「有形的作用」を要求している。全ての判例が「有形的作用」という言葉を客体自体における有形的変化・作用という意味で用いているかは明らかではなく、【判例8】では客体に向けた「有形力の行使」という意味で用いている可能性も否定はできない。
- (79) 本判決に関して詳しく検討した我が国の先行研究として、宮川・前掲注(14)17頁以下。また、佐伯(和)・前掲注(8)「器物損壊罪における『損壊』の概念について—有形侵害説に近い立場から—」315頁以下参照。
- (80) BGHSt 44, 38.
- (81) OLG München, NJW 2006, 2133.
- (82) OLG München, NJW 2006, 2133.
- (83) OLG Stuttgart NStZ 1997, S. 342との同視可能性に疑問を呈するものとして、Michael Mühlfeld, Sachbeschädigung und Zueignungsdelikte—Abgrenzung und Strafwürdigkeit, 2013, S. 77; Johannes Mann, Anmerkung zu OLG München, NJW 2006, S. 2132 f. など。また、宮川・前掲注(14)22頁、佐伯(和)・前掲注(8)「器物損壊罪における『損壊』の概念について—有形侵害説に近い立場から—」315頁以下参照。
- (84) 本判決について詳細に検討した我が国の先行研究として、宮川・前掲注(14)10頁以下参照。
- (85) OLG Frankfurt, NStZ 2004, 687. なお、本判決では、前提として、ファックス用紙やインクの占有移転がないことを根拠に窃盗罪(242条)の成立を否定している。
- (86) 同様の指摘として、宮川・前掲注(14)16頁以下。
- (87) たとえば、Rengier, a. a. O. (Anm. 10), 2016, S. 446, Rn. 8; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2—Straftaten gegen Vermögenswerte, 39. Aufl., 2016, Rn. 30; Wolff, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 9, 17; Stree/Hecker, a. a. O. (Anm. 13), § 303 Rn. 1; Wieck-Noodt, a. a. O. (Anm. 22), Rn. 17; Lackner/Kühl, in: StGB, Kommentar, 28. Aufl. 2014, StGB § 303 Rn. 3; Satzger, a. a. O.

(Anm. 16), S. 430 ff.; Frank Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, 2009, § 303, Rn. 5; Jörg Eisele, Strafrecht — Besonderer Teil 2: Eigentumdelikte, Vermögensdelikte und Urkundendelikte, 2. Aufl., 2012, Rn. 459; Behm, a. a. O. (Anm. 29), S. 169 ff. など。

(88) なお通説は、「破壊する」(zerstören)は、有形的作用により物の効用が喪失されたり、物質的に滅失する場合という、と定義する。「破壊」は「損壊」に比べてその結果の程度が大きく、すでに損壊された物を破壊することもありうるとする。

Vgl. Rengier, a. a. O. (Anm. 10), S. 446, Rn. 7; Wieck-Noodt, a. a. O. (Anm. 22), Rn. 37; Satzger, a. a. O. (Anm. 16), S. 430 f.

(89) 物質的損傷に重大性が認められる場合について、たとえば Satzger, a. a. O. (Anm. 16), S. 432は、グラフィティの場合に物質的損傷が認められるのは、塗られた素材が物の表面の物質に固くこびりついているからだけではならず、化学的な結合、土台の微細な穴への侵入などのように、表面の物質的構成が変わるほどに塗りつけられた素材と結合していなければならない、とする。また、Stree/Hecker, a. a. O. (Anm.13), § 303 Rn. 10. も、物（たとえば、建物に表面や鉄道車両）に色を塗る、（スプレーなどで噴きかける）、落書きをする、貼り付けるといった行為は、使用される方法（色、接着剤、タール、酸など）によって化学反応が生じ、それによって物の表面上の性質が変わるような場合にだけ、重大な物質的侵害を生じさせる、とする。

(90) その意味では、通説は、物質的損傷の場合も、その結果として物の有用性が低下することを暗黙のうちに要求している、との見方もできよう。

(91) Eisele, a. a. O. (Anm. 87), Rn. 462; Satzger, a. a. O. (Anm. 16), S. 431.

(92) Rengier, a. a. O. (Anm. 10), S. 446, Rn. 11; Wieck-Noodt, a. a. O. (Anm. 22), Rn. 37; Satzger, a. a. O. (Anm. 16), S. 430 f. など。

(93) Satzger, a. a. O. (Anm. 16), S. 432.

(94) たとえば、Behm, a. a. O. (Anm. 29), S. 203; Saliger, a. a. O. (Anm. 87), § 303 Rn. 9 など。なお OLG Frankfurt, NStZ 2004, 687も同趣旨の基準を打ち立てている（本論文 2.（2）⑤参照）。

(95) Stree/Hecker, a. a. O. (Anm. 13), § 303, Rn. 13.

(96) たとえば、Rengier, a. a. O. (Anm. 10), S. 446, Rn. 10; Wieck-Noodt, a. a. O. (Anm. 22), Rn. 24 など。

(97) Stree/Hecker, a. a. O. (Anm. 13), § 303 Rn. 11.

- (98) Stree/Hecker, a. a. O. (Anm. 13), § 303 Rn. 13; Wessels/Hillenkamp, a. a. O. (Anm. 87), Rn. 34. なお、現在は303条2項で外観変更罪が規定されているため、これらの立場も、所有者の意思に反する修理によって外観が変更されたときは、2項の外観変更罪の成立の余地は認める。
- (99) たとえば, Urs Kindhäuser, Strafrecht, besonderer Teil II Straftaten gegen Vermögensrechte, 9. Aufl., 2016, S. 200, Rn. 32; Saliger, a. a. O. (Anm. 87), § 303, Rn. 12; Wolff, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 18.
- (100) なお, Wieck-Noodt, a. a. O. (Anm. 22), Rn. 34. は、従来の状態の維持について「客観的に（一般人が）追体験可能な（nachvollziehbar）利益を有しているときは、損壊を認めるとする。この点に関してだけは、後述する「所有者の主観を重視する効用低下説」に近い考え方であるといえよう。
- (101) Stree/Hecker, a. a. O. (Anm. 13), § 303 Rn. 13.
- (102) OLG Frankfurt, NSTZ 2004, 687. 本論文の2.(2)⑤を参照。
- (103) たとえば Stree/Hecker, a. a. O. (Anm.13), § 303 Rn. 13; Satzger, a. a. O. (Anm. 16), S. 431; Wolff, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 20. 逆に、たとえば莫大な量の燃料が無意味な飛行機の操縦のために消失させられる場合のようにその目的用途に反して物が消費されるとしたら、損壊に当たるとする。
- (104) Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 99), Rn. 29. この点を検討し、Kindhäuserの見解に賛同する我が国の先行研究として、宮川・前掲注(14)32頁以下参照。
- (105) Rengier, a. a. O. (Anm.10), S. 449 f., Rn. 20; Stree/Hecker, a. a. O. (Anm. 13), § 303 Rn. 10; Wessels/Hillenkamp, a. a. O. (Anm. 87), Rn. 26; Schuhr, a. a. O. (Anm. 16), S. 170.
- (106) Satzger, a. a. O. (Anm. 16), S. 432; Ralph Ingelfinger, Graffiti und Sachbeschädigung, S. 21 ff.
- (107) Satzger, a. a. O. (Anm. 16), S. 435 f. なお、その場合には1項未遂犯は法条競合で排斥されるとする。
- (108) Vgl. Satzger, a. a. O. (Anm. 16), S. 431. 他人の乗り物の唯一のキーを独断で持って行った者は、確かにこれをもって所有者に乗り物の利用を不可能にしているが、行為者は乗り物自体には作用していないので、自動車は破壊されていないことになる。
- (109) たとえば, Rengier, a. a. O. (Anm. 10), S. 449 f., Rn. 20; Dominik Waszczynski, “Prüfungsrelevante Problemkreise der Sachbeschädigungsdogmatik”, JA 2015,

- S. 260; Stree/Hecker, a. a. O. (Anm. 13), § 303 Rn. 12; Wessels/Hillenkamp, a. a. O. (Anm. 87), Rn. 26; Satzger, a. a. O. (Anm. 16), S. 431など。「完全に軽微とはいえない有形的作用」や「物への直接の作用」という表現を用いる論者もいるが、同義とみていいだろう。なお、Manfred Heinrich, Die Sachbeschädigung als unmittelbare Nutzungseinträchtigung, in: FS-Otto, S. 585は、所有者による物の利用が妨げられる場合として、a) 監禁、脅迫、傷害など背後の所有者に直接作用して利用を妨げる場合、b) 所有者である人を妨げたり物の有形性を侵害しないが、その他の方法で所有者と物との自由な関係を妨げる場合、c) 物自体に直接作用する場合の**3**つの場合があり、器物損壊罪で問題とすべきであるのはc) の場合のみであるとする。有形的作用の要否に関するドイツの学説に言及している我が国の先行研究として、佐伯（和）・前掲注（**8**）「器物損壊罪における『損壊』の概念について—有形侵害説に近い立場から—」317頁以下参照。
- (110) Hans Kudlich, Anbringen von Reflektoren gegen Verkehrüberwachungskameras, JA 2007, S. 74 f.; Mann, a. a. O. (Anm. 83), S. 271など。
- (111) Rengier, a. a. O. (Anm. 10), S. 448, Rn. 15; Stree/Hecker, a. a. O. (Anm. 13), § 303 Rn. 12; Wieck-Noodt, a. a. O. (Anm. 22), Rn. 29; Saliger, a. a. O. (Anm. 87), Rn. **5** など。
- (112) この点に関するドイツの学説を整理・考察した我が国の先行研究として、佐伯（和）・前掲注（**8**）「器物損壊罪における『損壊』の概念について—有形侵害説に近い立場から—」319頁以下参照。
- (113) たとえば, Satzger, a. a. O. (Anm. 16), S. 431. など。
- (114) たとえば, Wieck-Noodt, a. a. O. (Anm. 22), Rn. 29; Saliger, a. a. O. (Anm. 87), Rn. **5** など。
- (115) Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil **2** — Strartaten gegen Vermögenswerte, 28. Aufl., 2005, Rn. 32.
- (116) この見解を支持するものとして、Schroeder, a. a. O. (Anm. 28), S. 338 ff.; ders, Zur Sachbeschädigung durch Plakatieren und Beschmieren, JR 1987, S. 359f. のほか、Harro Otto, Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl., 2005, § 47/**5**; Karl Heinz Gössel, Wildes Plakatieren und Sachbeschädigung im Sinne des § 303 StGB, JR 1980, S. 184 ff.; Michahel Schmid, Sachbeschädigung durch Ankleben von Plakaten?, NJW 1979, S. 1580 ff. など。
- (117) OLG Karlsruhe, JR 1976, S. 336 f.; OLG Humburg, JR 1976, S. 337 f.

- (118) Schroeder, a. a. O. (Anm. 28), S. 338 ff.
- (119) Vgl. Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht Besonderer Teil, 5. Aufl., 1969, § 25, II A2.
- (120) Friedrich-Christian Schroeder, Anmerkung zum Urteil des OLG Karlsruhe v. 28. 4. 1977, JZ 1978, S. 72. もっとも、このような場合、物の状態の変更自体は所有者の意思に反していないとしても、除去作業という負担を負うことは所有者の意思に反するといえる（少なくともそのように推定される）ので、器物損壊罪を認めるのであろう。
- (121) Schroeder, a. a. O. (Anm. 116), S. 359.
- (122) Schroeder, a. a. O. (Anm. 116), S. 359.
- (123) Schroeder, a. a. O. (Anm. 116), S. 360. なお、Gössel, a. a. O. (Anm.116), S. 188 f. は Schroeder の見解を支持しつつ、重大性を要求し、単に一時的で、持続しているとまではいえない侵害は、構成要件から除外する。
- (124) なお、どのような利益が「健全」であるかについては言及していない。
- (125) Schmid, a. a. O. (Anm. 116), S. 1581.
- (126) Schmid, a. a. O. (Anm. 116), S. 1581. このような定義付けゆえに、文献上は「価値低下説 (Die Theorie der Wertminderung)」や「狭義の状態変更説 (Die "enge" Zustandsveränderungstheorie)」と称されることもある。
- (127) なお Schmid, a. a. O. (Anm. 116), S. 1581は、Schroeder 同様、所有者が物の状態の維持について特段望んでいなかったとしても、建築法や警察法などによって、所有者が他人による状態の変更を除去し元の状態に戻すことが義務付けられる場合も、その変更は器物損壊罪にあたるとするが、その理由として、その除去の義務の履行にかかる費用が物の持主に打撃を与え、その費用ゆえに直接的に物の価値を低下させることを理由とする。しかし、除去義務の履行にかかる費用は、あくまでも「所有者の」負担であり、所有者に財産的損害を生じさせているが、物自体の価値がダメージを受けたとする理解は無理があるだろう。
- (128) 判例・通説を支持する Behm は、このような Schmid の理解は「初めて外観を損ねることに対する刑法上の扱いに関する議論の見地を、処罰要求の原理や明確性の原則と共に念頭に置いたことが、所有権保護のみを基準に303条の解釈を制限するこの理解の功績である」としつつも、その方向性自体は物の機能侵害を要求する判例・通説と何ら変わらないとする一方で、社会的評判を保護利益には含まないものの、広く物の状態の変更を認める点では Schroeder の見解と何ら帰結は変わ

- らず、結局 Schroeder に対する批判がそのまま妥当する、として批判する。Vgl. Behm, a. a. O. (Anm. 29), S. 161 f.
- (129) たとえば, Satzger, a. a. O. (Anm. 16), S. 432 f.; Ingelfinger, a. a. O. (Anm. 106), S. 32; Saliger, a. a. O. (Anm. 87), § 303, Rn. 11など。Saliger は、所有者の利益に反する物の状態の変更が2項において認められたとしても、1項の解釈においてはこれを認めるべきではない、とする。
- (130) Walter Kargl, Sachbeschädigung und Strafgesetzmäßigkeit, JZ 1997, S. 283.
- (131) たとえば, Maiwald, JZ 1980, a. a. O. (Anm. 28), S. 256 ff.; Peter Ruthe, Der Normbereich der Sachbeschädigung (§ 303), 1980, S. 29.; Rainer Zaczyk, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl, 2010, Rn. 6, 12 など。また、実質的に Maiwald らの見解と同視しうる見解として、Robert Haas, Sachbeschädigung durch wildes Plakatieren? — Probleme des § 303 StGB —, JuS 1978, S. 14 ff.
- (132) BGHSt 29, 134.
- (133) Maiwald, JZ 1980, a. a. O. (Anm. 28), S. 258.
- (134) Maiwald, JZ 1980, a. a. O. (Anm. 28), S. 258; ders., JR 1982, S. 299; ders., Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, a. a. O. (Anm. 28), S. 89.
- (135) Maiwald, JZ 1980, a. a. O. (Anm. 28), S. 257.
- (136) Maiwald, JR 1982, a. a. O. (Anm. 134), S. 298 f.
- (137) Ruthe, a. a. O. (Anm. 131), S. 110.
- (138) Ruthe, a. a. O. (Anm. 131), S. 104.
- (139) Zaczyk, a. a. O. (Anm. 131), § 303, Rn. 12.
- (140) Zaczyk, a. a. O. (Anm. 131), § 303, Rn. 13.
- (141) Zaczyk, a. a. O. (Anm. 131), § 303, Rn. 16.
- (142) Haas, a. a. O. (Anm. 131), S. 17.
- (143) Haas, a. a. O. (Anm. 131), S. 14.
- (144) それゆえ、このような Haas の見解を、Schroeder らの状態変更説に近い見解として分類する論者もいる。Vgl. Behm, a. a. O. (Anm. 28), S. 162 ff.; Schnurr, a. a. O. (Anm. 30), S. 43 ff.
- (145) Kargl, a. a. O. (Anm. 130), S. 283 f.
- (146) Kargl, a. a. O. (Anm. 130), S. 287 f.

- (147) Kargl, a. a. O. (Anm. 130), S. 289.
- (148) Kargl, a. a. O. (Anm. 130), S. 289 f.
- (149) Vgl. Ingelfinger, a. a. O. (Anm. 106), S. 29.
- (150) たとえば、大判明治29年2月27日刑録2輯2巻96頁、大判明治37年4月4日刑録10輯685頁など。
- (151) この点につき、大塚(雄)・前掲注(6)「我が国の判例にみる毀棄罪における『毀棄』概念の考察(1)」74頁以下参照。
- (152) 最決昭和44年5月1日刑集23巻6号907頁。
- (153) 大阪高判平成13年3月14日高刑集54巻1号1頁。
- (154) もっとも、川に投げ捨てられたかばんや携帯電話は、仮に所有者の手元に戻ったとしても、通常はそのままでは再度使用することはできないため、かばんや携帯電話自体に不良変化が生じていることを暗黙のうちに前提条件としている、との理解も可能であろう。
- (155) 佐伯(和)・前掲注(8)「『落書き』と建造物・器物損壊罪の成否」693頁以下、同・前掲注(8)「器物損壊罪における『損壊』の概念について—有形侵害説に近い立場から—」335頁以下。
- (156) たとえば、最決昭和39年11月24日刑集18巻9号610頁、最決昭和41年6月10日刑集20巻5号374頁、最決昭和43年1月18日刑集22巻1号32頁、最決平成18年1月17日刑集60巻1号29頁など。
- (157) 詳細は、大塚(雄)・前掲注(6)「我が国の判例にみる毀棄罪における『毀棄』概念の考察(2・完)」56頁以下参照。
- (158) たとえば最決昭和39年11月24日刑集18巻9号610頁、名古屋高決昭和39年12月28日刑集20巻5号420頁(最決昭和41年6月10日刑集20巻5号374頁の原審)、最決平成18年1月17日刑集60巻1号29頁、東京高判平成23年3月26日東高刑時報63巻1～12号42頁など。
- (159) たとえば、山口・前掲注(1)358頁以下、西田・前掲注(1)285頁など。
- (160) BGHSt 29, 129 ff.
- (161) Schnurr, a. a. O. (Anm. 31), S. 30 ff. は、これを「拡大された人的毀損概念(Der erweiterte personale Beschädigungsbegriff)」と表現する。
- (162) 我が国で物理的毀損説を主張する松原・前掲注(9)373頁も「法益保護の要請から物の効用を害することを要求しつつ、罪刑法定主義の要請から客体の物理的な不良変更を要求する」べきであるとしており、賛同できる。物理的な「不良

変更」か否かの判断に、すでに効用侵害性の判断が含まれるものと思われる。なお、「物理的な」変更に限定すべきか否かは検討の余地があるとの指摘もある（佐伯（和）・前掲注（8）「器物損壊罪における『損壊』の概念について—有形侵害説に近い立場から—」333頁参照）。

（163）佐伯（和）・前掲注（8）『『落書き』と建造物・器物損壊罪の成否』693頁以下、同・前掲注（8）「器物損壊罪における『損壊』の概念について—有形侵害説に近い立場から—」335頁以下。

（164）佐伯（和）・前掲注（8）「器物損壊罪における『損壊』の概念について—有形侵害説に近い立場から—」335頁。この点で、かつて我が国で主張された有形侵害説とは異なるとする。

（165）大判明治44年2月27日刑録17輯197頁。

（166）佐伯（和）・前掲注（8）「器物損壊罪における『損壊』の概念について—有形侵害説に近い立場から—」321頁以下、337頁参照。

（167）もっとも、「有形的」作用に限るべきか否かは、検討の必要があるように思われる。「有形的」の基準は明らかではないが、仮に「目で見て分かる」ことを「有形的」と表現しているのであれば、目で見ても分からないような「無形的」な作用・変更であっても、その状態が通常一般人が判断して客観的な利用可能性侵害が肯定されれば、器物損壊罪の成立を認める余地はあるだろう。有形的か、無形的かを問わず、器物損壊罪の処罰は、物自体の物質に変更ないし作用が生じていることと、客観的な利用可能性侵害が生じたことによって、根拠づけられうると解すべきである。

（168）佐伯（和）・前掲注（8）「器物損壊罪における『損壊』の概念について—有形侵害説に近い立場から—」318頁。

（169）佐伯（和）・前掲注（8）「器物損壊罪における『損壊』の概念について—有形侵害説に近い立場から—」335頁。また、同・前掲注（8）『『落書き』と建造物・器物損壊罪の成否』361頁以下参照。

（170）なお佐伯（和）教授は、物の効用・価値のうち、利用価値が本来的効用に含まれ、交換価値は物の本来的効用とはいえないので、交換価値侵害は器物損壊罪で保護されるべき効用侵害ではない、と解する（佐伯（和）・前掲注（8）「器物損壊罪における『損壊』の概念について—有形侵害説に近い立場から—」330頁、335頁）。しかし、等価交換することを主たる目的としている物（たとえば、店舗に置かれている商品）もありうる以上、交換価値が物の「本来的な」効用でないとする必然性

はなく、交換価値を一律に器物損壊罪の保護範囲から除外することは、理論的根拠を欠くものと思われる。

(171) 佐伯(和)・前掲注(8)「器物損壊罪における『損壊』の概念について—有形侵害説に近い立場から—」319頁。

(172) Maiwald, JZ 1980, a. a. O. (Anm. 28), S. 257.

(173) Zaczek, a. a. O. (Anm. 131), § 303, Rn. 12.

(174) 宮川・前掲注(14) 32頁以下。

(175) 宮川・前掲注(14) 36頁以下。なお、宮川教授は、構成要件該当性を肯定した上で、所有者の同意ないし推定的同意による違法性阻却の余地を認める。

(176) 松原・前掲注(9) 372頁参照。

(177) 和田・前掲注(8) 192頁、松原・前掲注(9) 372頁参照。