

# わが国における法益關係的錯誤説に対する疑問

野村和彦

## 目次

- 第一章 はじめに
- 第二章 わが国における法益關係的錯誤説の展開
  - 第一節 学説における展開
  - 第二節 法益關係的錯誤説が批判する裁判例について
- 第三章 法益關係的錯誤説に対する批判的検討
  - 第一節 罪刑法定主義との関係
  - 第二節 何が法益關係的か
    - 第一款 概観
    - 第二款 検討

わが国における法益關係的錯誤説に対する疑問（野村）

三五（二四九一）

第三款 結果無価値論の限界の一場面

第三節 被害者の意思決定過程の評価における法益論および法益衡量論の限界

第四章 まとめ

第一章 はじめに

(1)被害者の同意<sup>①</sup>とは、法益を享受している主体が自己の意思決定に基づいて刑法による法益の保護を放棄し、他者による自身への法益侵害行為を許容すること、である。被害者の同意は、犯罪論における位置づけに関して相違こそあれ、犯罪の成否に関わる事由であり、あるいは、同意の有効性が犯罪の成否の場面では否定されたとしても、刑を減輕する事情として量刑上考慮されうることには、異論がないと思われる。

わが国における被害者の同意をめぐる議論は、ドイツ刑法学における議論に触発されながら、着実にその射程範囲を広げ、個々の点において深化している<sup>②</sup>。とくに一九八〇年代以降は、法益関係的錯誤説<sup>③</sup>や被害者の自己答責性を重視した解釈論<sup>④</sup>が展開され、因果関係論や正犯および共犯論など他の領域にも影響を及ぼし<sup>⑤</sup>、自己決定権との関係についても考察が加えられ<sup>⑥</sup>、さらには被害者の同意の要件<sup>⑦</sup>についての検討も進み、最近では三分説という新しい視点から被害者の同意を捉える試み<sup>⑧</sup>も提案されている。

(2)被害者の同意をめぐるかような議論状況の中で、拙稿においては、法益関係的錯誤 (Rechtsgutsbezogener Irrtum) 説に関する検討を行う。同説を最初に提唱したのはアルツトである<sup>⑨</sup>。八〇年代以降、同説は、山中敬一や佐伯仁志、

山口厚らにより、わが国の学説において有力に展開されている。被害者の同意の錯誤を考える上で、被害者の意思決定過程ではなく、法益処分に対する被害者の認識に目を向けさせたのが同説である。同説は、従来から主張され、対立してきた、重大な錯誤説や動機の錯誤説に再考を迫った。結果無価値論の台頭とも相まって、同説は、支持者を増やしただけでなく、詐欺罪の構造をどう捉えるかなど、被害者の同意が問題となる各論の解釈論にも大きな影響を与えている。たしかに、一方で、法益関係の錯誤説に対する批判も強まり、同説を貫くことによる矛盾が指摘されているものの、わが国においては法益関係の錯誤説は未だ有力に展開されているといえよう。<sup>10)</sup>

(3)ところが、ドイツの議論状況を鳥瞰すると、わが国のそれとは異なることに気づく。たしかに、欺罔によって動機の錯誤に陥った被害者の同意は無効とする通説的見解を批判する根拠として同説がしばらくの間は援用されていた。<sup>11)</sup>しかしながら、九〇年代以降、同説はわが国ほどには有力に展開されていない印象を受ける。<sup>12)</sup>

輸血には同意したが報酬額について欺罔されていた場合や、隣人も輸血を申し出ていると欺罔され、隣人にひけは取りたくないと考え輸血に同意した場合、手術に対する医師への報酬の額などの付随事情の錯誤の場合、法益関係の錯誤説はこれらの錯誤は法益に関係しないとして有効とされる。しかしながら、かりに法益関係の錯誤がないとしても、被害者の自己決定が自律的であったか他律的であったかが問われるべきことが指摘されている。そして、この観点から、被害者の同意が否定される場面として、法益関係の錯誤が存在する場合だけでなく、法益関係の錯誤がなかったとしても、あたかも脅迫によって同意を得るような状況がある場合も加えるべきとされている。

法益関係の錯誤説が以前と比べ勢いを失っている要因として、被害者の意思決定過程を重視する見解や、客観的帰属論など、法益関係の錯誤説とは異なるアプローチを提唱する見解が有力に展開されていることが指摘されている。<sup>13)</sup>

(4)同説をめぐる日独の議論状況を比較すると、このように温度差があるように思われる。そこで、拙稿においては、いまいちど法益関係的錯誤説の妥当性について再検討を試みたいと思う。法益関係的錯誤説がわが国において展開されてから約三〇年が経ち、議論も深化してきた。彼国においては勢いを失いつつある法益関係的錯誤説がわが国において有力に主張されている背景には、わが国特有の議論状況があると推察される。かような問題意識に立ち、以下、分析を加えたい。

## 第二章 わが国における法益関係的錯誤説の展開

### 第一節 学説における展開

(1)行為者の欺罔行為によって得られた被害者の同意の効力を刑法上どう取り扱うべきかについて、学説においては、法益関係的錯誤説が登場する以前においては、重大な錯誤説と動機の錯誤説が対立していた。重大な錯誤説とは、欺罔行為がなければ被害者の同意は存在しなかったであろう関係が存在するときに被害者の同意の効力は失われる、とされる。これに対して、動機の錯誤説は、単なる動機の錯誤にすぎない場合は、同意は有効であるとする。

二つの見解が鮮やかに割れたのが、最判昭和三三年一月二一日の事案であった。心中を申し出た被害者に対して、追死の意思なく青化ソーダを与え死亡させた事案について、同判決は、大判昭和八年四月一九日<sup>14</sup>および大判昭和九年八月二七日<sup>15</sup>を引用および参照し、次のように判示した。「被害者の意思に重大な瑕疵がある場合においては、それが被害者の能力に関するものであると、はたまた犯人の欺罔に基づくものであるとを問わず、要するに被害者の自由な

真意に基づかない場合」においては、被害者の同意の効力は否定されるとし、本件については、「本件被害者は被告人の欺罔の結果被告人の追死を予期して死を決意したものであり、その決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思である」として、囑託承諾殺人罪ではなく通常の殺人罪の成立を認めた。

重大な錯誤説は右判旨を支持した。これに対し、動機の錯誤説は、被告人が追死するとの欺罔は動機の錯誤にすぎず、被害者は自死に対しては適切に認識していたとして刑法二〇二条が成立すると反論していた。

(2)そして八〇年代に至り、両説に疑問を呈し、とりわけ重大な錯誤説を鋭く批判する学説が登場した。これが法益関係の錯誤説である。同説の提唱者である山中敬一と佐伯仁志の問題意識を探ってみよう。

山中は、八〇年代初頭における被害者の同意をめぐる議論状況について次のように指摘する。同意本質論および犯罪論上の位置づけに関する議論はなされてきたものの、同意の対象の問題や同意の範囲、同意の有効要件については、包括的に論じられたことなかった<sup>16</sup>、とされる。そして、被害者に錯誤があつた場合や同意の相手方によって欺罔や脅迫が加えられた場合の問題は、総論的角度から議論がなされるというよりは、むしろ各論における実際の処理が先行していたとする<sup>17</sup>。そこで、独自の視点も交え<sup>18</sup>、被害者の同意を、拙稿第三章第二節において触れるように、体系的に考察しよう<sup>19</sup>と試みた。

(3)佐伯は、文化祭において最初から金を払う気がないのに客を装ってビニール製のハンマーでモグラ学生の頭を叩き、そのまま金を払わない、モグラ叩き事例<sup>19</sup>について、重大な錯誤説は暴行罪の成立を肯定するのであるが、それは次の理由により妥当でないとする。すなわち、モグラ学生が陥った錯誤は暴行罪の保護法益である身体の安全に關してあるのではなく、詐欺罪の保護法益である財産的利益に關して存するにすぎない。このような場合に暴行罪を適

用するのは疑問である、とする。<sup>(20)</sup>

もつとも佐伯は動機の錯誤説に対しても問題を提起する。高価な壺なのに偽物で価値は何らないと誤信させ壺の破壊を被害者に同意させた事例について、壺の持ち主にとってその財産的価値が重要なのであって、この点について錯誤がある場合はその有効性を否定した方がよい、とされる。つまり、法益の内容に関する錯誤があれば、被害者の同意は無効とするべきではないか、とされる。<sup>(21)</sup>

佐伯は、法益関係的錯誤論を支える理論的支柱として、罪刑法定主義と刑法による法益保護の在り方を指摘する。佐伯は次のようにいう。すなわち、「刑法が罪刑法定主義に基づいて各構成要件にそれぞれの保護法益を相互に區別して規定している趣旨は、法益侵害に対する被害者の承諾を考えるうえでも（それが構成要件レベルであれ違法性レベルであれ）尊重されるべきである。人を欺した者は、「悪いこと」をしているとしても、刑法では何罪との関係での「悪さ」かが問題とされるべきである」<sup>(22)</sup>とされる。

そしてこれとの関係で、法益保護の在り方にも言及する。すなわち、もし、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ならば、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ってしまふ、とされる。<sup>(23)</sup><sup>(24)</sup>

もつとも、同説の課題は何が法益関係的錯誤なのかである<sup>(25)</sup>とした上で、これを一義的に答えることはできないとして、個々の構成要件が保護する解釈を通じて、法益関係的錯誤の範囲を明らかにすることを試みる。<sup>(27)</sup>とりわけ、詐欺罪の解釈論に一石を投じようとした。<sup>(28)</sup>すなわち、詐欺罪は法益関係的錯誤が被害者にある場合を規定しているとす

る。加えて、動機の錯誤説が、偽装心中では動機の錯誤は考慮しないとしながら、詐欺罪においては動機の錯誤も処罰しうる、と論拠を異にしていることを批判する。

(4)法益関係の錯誤説は、被害者の同意をめぐる従来の議論に再考を迫るだけでなく、刑法一九九条と二〇二条の區別、同意傷害、逮捕監禁、性犯罪、住居侵入などの領域において、その捉え直しを促し、近年においては、詐欺罪の基本的性格を再検討する契機となっている。

しかしながら、同説に対しては、拠って立つ違法論に関わらず、厳しい批判がなされている。それは重大な錯誤説を支持する立場から<sup>29</sup>だけではない。法益関係の錯誤説がある程度肯定しつつ法益関係の錯誤がない場合でも、なお、被害者の同意を否定すべき場面があることを指摘する見解が<sup>30</sup>現れ始めている。

## 第二節 法益関係の錯誤説が批判する裁判例について

(1)法益関係の錯誤説に対して裁判例はどう対応しているのだろうか。総じていうならば、裁判例は学説と比べると、同説を積極的に受け入れている印象をもたない。特に、法益関係の錯誤説によって論難されている裁判例、特に殺傷罪に関する裁判例を採りあげて、裁判例の姿勢をみることにしたい。

(2)さきにも触れた、刑法一九九条か二〇二条かの擬律が争われた最判昭和三十三年一月二二日について、法益関係の錯誤説は、欺罔がなければその同意はなかったとの因果関係の観点から判示している（これを重大な錯誤説だとして）と指摘して批判を加える。管見によれば、かような捉え方は若干違和感を覚える。

たしかに本事案においては被害者を欺罔することによって得た同意の効力が問題にはなっていた。しかし、「犯人

の欺罔による錯誤に基づくものとを問わず」と「被害者の自由な真意に基づかない場合」という表現から垣間見えるとおり、欺罔による錯誤の問題は一例にすぎないとの捉え方も可能であると思われる。つまり、同判決は、被害者の同意が被害者の自由な意思決定によるものかを核に据えている、と解した方がよりよいのではないかと思われる。右に触れたように、同判決が引用している大審院の二判例は、被害者の同意能力が問題となった事案と被害者が行為者に対し全幅の信頼を寄せていた事案であった。昭和三三年最高裁判決を引用する大阪地判昭和五六年三月一日の事案は、「もうあかんわ。一緒に死んでくれるか。」との言葉に被害者が頭を縦に振ってうなずいたものであるが、被害者の首筋に被告人が包丁を当てた上でのものであった。この被害者の同意は、暴行または脅迫によるものであった。すなわち、暴行または脅迫、欺罔であることに関わらず、被害者の自由な意思決定を最重要視するのが裁判例の一つの動向であると思われるのである。<sup>(31)</sup> しかも、殺人に関するその後の裁判例をみると、行為時および行為前後の事情をふまえ、被害者の意思決定過程をかなり丁寧に分析するものが登場している。<sup>(32)</sup>

### 第三章 法益関係的錯誤説に対する批判的検討

#### 第一節 罪刑法定主義との関係

(1)法益関係的錯誤論の理論的根拠づけとして罪刑法定主義が挙げられている。<sup>(33)</sup> そもそも罪刑法定主義とひとことにいっても、そこには様々な意味合いが込められている。論者のいう罪刑法定主義や構成要件の捉え方を敷衍すると次のようになろう。違法性の本質は法益侵害(結果無価値)であり、この観点から犯罪を類型化、すなわち保護法益ご

とに類型化するべきである。その構成要件は故意の認識対象である。この図式を、被害者の法益処分に関する認識に持ち込むのが論者の狙いである。いわば、被害者の『故意』を問題にしようとしているのである。論者は欺した者の罪責を明確にするとはしているが、その内実はかようなものである。

かりに右の推測が正しいとするならば、それには賛同できない。論者のいう罪刑法定主義はその一側面を誇張しているにすぎない。構成要件と法定刑を成文化化することの核心は、国民に対して法益侵害行為の禁止を訴えかけるところにある。これは国民に道徳を教えるためではなく、まさしく法益を保護するためである。したがって刑法の規範性は行為規範性が中心に据えられなければならない。裁判規範性はこの行為規範性をふまえたものでなければならぬ。

罪刑法定主義をかように捉えるとき、被害者の同意論の構図は変わる。被害者の同意を論ずる際、処分法益に対する被害者の認識だけでは足りないのである。それに先だって禁止が要求される、被害者の同意を導いた行為者側の行為も問題とされなければならない。行為者の行為が被害者の法益処分決定にどのような影響を及ぼしたのが考慮に入れなければならない。

(2)法益関係の錯誤説は処分した法益に対する被害者の認識を基礎に据える。たしかに、各人には自己決定権があり、刑法によって保護されている法益の処分についても、最終的決定権は個々人に委ねられている。

しかしながら、保護法益とその内容について刑法が法益を放棄しようとする者に教えることは乏しいといわなければならない。被害者がわが国の刑法典をながめるとき、生命は他の法益よりも重く保護されていることは法定刑をみればある程度わかる。財産保護についていえば、財物と財産上の利益が保護の対象になっていることもわかる。しか

し、被害者が刑法典からわかる法益に関する内容はその程度のレベルにとどまる。もちろん、法益処分に関する被害者の認識は同意の有効性を論ずる際には無視しえない。しかしながら、刑法が法益の内容について被害者側に教える内容は極めて乏しい以上、法益関係的錯誤説が法益処分に対する被害者の認識を最重要視することは妥当でないように思われる。むしろ、規範遵守による一般予防を通じて法益を保護することに刑法の役割があるならば、被害者の同意は行為者の規範違反行為との関係の中で論じられるべきであると思われる。

(3) 被害者の同意の有効性を判断する枠組みに行為も採り入れることにより、さしあたり次の二点が帰結される。

第一に、たとえ被害者の同意が適切に存在していたとしても、当該実行行為自体に重大な法益侵害を惹起する危険性が典型的に備わっているならば、行為の一般予防を優先させるべき場面が存在することを認める。下級審裁判例は同意傷害について、当該実行行為の法益侵害の危険性に着目して、これに対する違法判断を被害者の同意よりも優先させる傾向にあるが、それは適切といえる<sup>(34)</sup>。同意がありさえすれば被害者に重傷害を負わせてもよいことを一般的に認めると、身体法益だけでなく生命法益を軽視する風潮を招くおそれがある。

行為の一般予防をも考慮して被害者の同意の有効性を判断する視座からは、拙稿の論題との関係では、第二に、行為者の欺罔行為に基づく被害者の錯誤も、被害者の法益処分に対する認識よりも、刑法による禁止が要求されうる、欺く行為の内容が問われなければならないこととなる。この点、詐欺罪についてはあるが、近時、最高裁判例に注目すべき動きがあることが指摘されている。すなわち、欺く行為の要件の中で、何が取引上重要な事項だったのかを明確にしようとする動き<sup>(36)</sup>である。それはまさしく、被害者が財産処分をする際に決定的だった動機を明らかにすることといえる。被害者にとって決定的だった動機に働きかける欺罔行為は法益保護のために禁止する必要があるとい

うことでもある。もとより、詐欺罪に関していえば、取引上重要な事項でなければ、欺罔行為とはいえないとする大審院判例が存在していた。<sup>37)</sup>

被害者の同意について統一的な視座を求めようとするとき、この詐欺罪の欺く行為をめぐる動きは無視し得ない。なぜなら、欺く行為のこうした理解の仕方が、他の犯罪の解釈においても参考にされるべきであるとの主張が十分に可能だからである。

## 第二節 何が法益関係的か

### 第一款 概観

(1) 法益関係的錯誤説によれば、被害者が自らの法益処分についてどのように認識していたかが重要である。しかしながら、どこまでが「法益関係的」錯誤といえるかについては、同説支持者からも「最も焦眉の課題であり、現実的なものであり、かつ、困難なものである」<sup>38)</sup>、「法益関係的錯誤とは何かという問題が残されている」<sup>39)</sup>とされている。

(2) 山中は、ドイツにおける当時の議論において示されていた多様な事例をふまえ、自ら体系的に整理して、次のように分類する。すなわち、①反対給付に関する錯誤<sup>41)</sup>、②法益の意義・範囲に関する錯誤<sup>42)</sup>、③具体的客体に関する錯誤<sup>43)</sup>、④行為者の同一性に関する錯誤<sup>44)</sup>、⑤目的・縁由に関する錯誤<sup>45)</sup>、⑥緊急状態に関する錯誤<sup>46)</sup>である。この中で明らかに法益関係的錯誤といえないものとして、①⑤を挙げる。①の錯誤も無効であるとしたならば、およそ、意思活動の自由、法益処分の自由を保護することにつながることを指摘する。⑤についても①と同様に、「法益の担い手による法益の放棄によって追求される法益と無関係な目的に関する法益に関する欺罔は、法益関係的ではない」<sup>48)</sup>ことを挙げ

る。なお、⑥は、むしろ被害者の同意の自由に関わるとされる。

このような、山中による分類は、被害者の同意が各論レベルの問題とされがちだったことを意識し、この問題を総論の問題として捉える意図から出たものと考えられ、正当と思われる。また、かような方法を採用したからこそ、法益関係の錯誤説の限界も露呈されている。

(3) 佐伯は「法益関係の錯誤説を採用するならば、個々の構成要件が保護する法益の解釈を通じて、法益関係の錯誤の範囲を明らかにしていくことが必要である」として、<sup>49</sup> 錯誤の要件とその範囲を各論解釈に委ねた。法益侵害の結果や承諾の意味の範囲を一義的に画することは難しいとするのがその理由である。<sup>50</sup>

そこで佐伯が指摘する法益関係のとされる範囲をみると、ある概念をどう取り扱うかが一つの課題となっていることに気づく。それは、法益処分の社会的意味の問題である。心中の社会的意味<sup>51</sup>、監禁行為の社会的意味<sup>52</sup>、性的行為の社会的意味<sup>53</sup>、財産処分行為の社会的意味<sup>54</sup>、被害者が適切に認識していることを要するかを問う。そして財産処分行為の社会的意味については法益関係的とし、性的行為の社会的意味については客観的に性的行為といえるかを判断する場合においてのみ考慮し、それ以外の場合については法益関係的ではないとされる。

法益関係性を否定する論拠は次の通りである。殺人罪に関しては、刑法は生命それ自体を保護しており、「生命を「他との連関において持つ価値、重要性」において保護しているわけではない」<sup>55</sup>ことを挙げる。監禁罪については、行動の自由は何らかの目的と関係しており、「自由の処分について社会的意味を問うことは、結局すべての目的についての錯誤を法益関係の錯誤とすることに繋る」<sup>56</sup>とされる。性的行為の社会的意味についても、その客観的意味以上に考慮することは性的自由の保護とは無関係の目的をも考慮しかねないとする。<sup>57</sup>これに対して、財産的処分行為につ

いて社会的意味を問う理由として、次のようにいう。すなわち、「その理由は、財産（特に金銭）という保護法益の性質にある。∴財産という法益は、交換経済の下において、経済的利用・収益・交換の手段として保護に値する。特に金銭は、それ自体の価値においてではなく、交換手段、目的達成手段としてのみ保護に値する。そして、人間が財産的給付によつて得ようとするのは経済的利益だけでなく社会的目的の達成も含まれる」<sup>(58)</sup>からとする。

(4)法益関係の錯誤説が提唱されてからの議論状況を詳細に追跡した森永は、緊急避難類似状況や博愛的な目的に関する欺罔・錯誤の場合において、承諾が無効となる場面は想定しうることを念頭におき、社会的連帯感を利用した錯誤を主張する<sup>(60)</sup>。森永によると、被害者の承諾を有効とするためには、法益関係の錯誤が存在しないことを確認することに加え、法益処分の意味に関する錯誤の存否も問われなければならないとする。社会的連帯感を利用した錯誤は後者の錯誤と関連する。とりわけ、「正当化状況類似状況」<sup>(61)</sup>、「予防目的」<sup>(62)</sup>、「法益主体自身の利益保護」<sup>(63)</sup>、「使用先に関する錯誤」<sup>(64)</sup>において社会的連帯感を利用した錯誤が存在した場合は、被害者の同意の有効性を否定する。かような社会的連帯感を利用した欺罔および錯誤は法的に重要であるとされる。

(5)法益関係の錯誤説を詐欺罪において一段と展開させることを試みる橋爪<sup>(65)</sup>は財産という法益を次のように捉えている。財産は保持するだけではなく、それと交換することによつて反対給付を得、あるいは、何らかの社会的・経済的目的を実現することにも重要な価値を見いださるとされ、交付した財産それ自体の内容や価値に関する錯誤だけでなく、反対給付の価値や内容、さらに財産交付によつて実現しようとした社会的・経済的に重要な目的の成否に関する錯誤も、詐欺罪における法益関係の錯誤に含まれるとされる<sup>(66)</sup>。たとえば、誘拐された子どもが殺されないようにするために財産を交付する行為も、社会的目的の範囲内に含まれるとされ、被害者の自由意思を失わせる錯誤のほとん

どは法益關係的錯誤に解消されるとする。<sup>(67)</sup> それでも強度に被害者の自由意思が失われる場合は脅迫の問題として恐喝罪の成立を認めればよいとする。<sup>(68)</sup> そして社会的・経済的な目的の達成については、「付随的事情」が常に法益關係的でないわけではないとされ、<sup>(69)</sup> 詐欺罪の法益關係とされる範囲をさらに拡張することを容認する。

(6) 小林は、法益処分の自由も法益關係的とされる場合があることを指摘する。<sup>(70)</sup> それによると、法益処分の自由とは、構成要件ごとに想定されており、一定の属性の変更がどのような評価を受けるかに關係するとされる。その評価は構成要件が保護しようとしている法益と關係する。そして、法益処分の自由が保護法益の範囲内に収まる限りにおいて、法益關係的錯誤とされる場合があることを認める。

(7) ちなみに、右のように法益概念を拡張する傾向は、被害者の同意論における他の領域においてもみられる。刑法二〇二条の保護法益に関する議論をみてみよう。

まず、その保護法益を、将来における自己の被覆決定の自由とする見解<sup>(71)</sup>がある。法益侵害結果を「各構成要件の着目する属性の有意的な不良変更」<sup>(72)</sup>と捉え、その変更を被害者が甘受したならば結果は欠き、<sup>(73)</sup> その被害の惹起が被害者の自手によるうが行為者の他手によるうが關係ないとする。<sup>(74)</sup> ただし、生命保護については自殺関与罪と同意殺人罪が存在しているため、自説との整合を図らなければならない。そこで、刑法二〇二条の保護法益の転換をかように提案するのである。

また、刑法二〇二条の法益について、個人が社会共同体のメンバーであることについての社会共同体の期待とする見解<sup>(75)</sup>が出されている。すなわち、刑法一九九条で「個人の生物学的基盤としての生命(個人的法益としての「人」)」を保護する一方、刑法二〇二条では「個人が社会共同体のメンバーであることについての期待(社会的法益としての

「人」を保護しているとする。

いずれの見解も、被害者が任意に法益処分したならば、その意思を最大限に尊重するところから発する。法益処分をもたらしたのが自手なのか他手なのかは関係がない。人の生命についても、自説を貫徹させるならば、財産法益などと同様に処分が可能であるというのが根底にあると思われる。したがって、刑法二〇二条の存在自体を疑うとするのが最もわかりやすい。しかし、刑法二〇二条が存在する以上、自説と矛盾することなく説明する必要に迫られた結果、両説ともに保護法益を転換するに至ったのだと推測される。

## 第二款 検討

(1)被害者の錯誤が法益関係的である場合に限り被害者の同意の有効性を否定する法益関係的錯誤説が、どこまでが法益関係的かが最も悩ましい課題であるとしている点は興味深い。おそらく、保護法益の内実の解明につながるからこそ、難しい課題と捉えられているものと思われる。何が法益関係的に迫ることにより、錯誤を検討する前提となる保護法益を具体的に把握しようとする動きは同説から看取される。山中が指摘した緊急状態の錯誤も、かような把握があつたからこそ、その問題性が明らかになつたといえよう。

しかしながら、個々に主張されている内容を全体として捉えたときに、いくつかの問題点が浮上する。これを左にみていくことにする。

(2)第一に、法益の内容を拡張させることにより、法益関係の範囲を広げようとしている点である。佐伯のいう「社会的意味」、橋爪のいう「社会的・経済的目的の不達成」はその例である。

まず、法益処分行為の「社会的意味」について、佐伯は保護法益ごとに考慮に入れたり除外したりしようとしている。しかしながら、法益放棄の判断を行う被害者の立場からすれば、法益処分の社会的意味はすべての法益において関係すると思われる。もしかような理解が正しいとするならば、そのような方向で法益概念を拡張することが妥当か、が問われなければならない。管見によれば、法益処分行為の社会的意味は、保護法益の内容に関わる事情というよりは、むしろ、被害者の意思決定に影響を与える事情とみたほうが腑に落ちるよう思われる。

詐欺罪で保護されるべき「社会的・経済的目的」を考慮する見解も一考を要する。橋爪は、佐伯の発言を引用しつつ、その目的を限定しようとはしている<sup>77</sup>。しかしながら、そのように試みても、なお、管見によれば、財産犯としての詐欺罪の保護範囲を著しく拡張しているように思われる。一般に、法益が現実に侵害される場合、第一次的に保護しようとしている法益だけでなく、それに付随する副次的利益も侵害される<sup>78</sup>。そこで立法者は、第一次的に重要な法益を構成要件として示し、副次的法益の侵害は量刑事情とし、この評価を裁判官に委ねる。そして当該法益侵害の違法性の程度を裁判官は判断していく。かような構図に従えば、社会的・経済的目的の不達成は財産法益の侵害にともなう副次的法益侵害にとどまる。社会的・経済的目的の不達成は財産法益の侵害と同質とは全く言い得ないと思われる。前者を後者に含めるならば、詐欺罪の解釈論にとどまらず、他の財産犯の解釈論に波及し、その結果、あらゆるかたちで処罰範囲が制約されている財産犯<sup>79</sup>それ自体を弛緩化させるおそれがある。さらに、社会的・経済的目的の達成は他の法益においても問題となるから、他の犯罪においても処罰範囲を拡張させる方向にはたらく可能性がある。それだけでなく、先に述べたように、社会的・経済的目的の不達成が問題となる場面は、法益論に属するというよりは、やはり行為者の法益侵害行為とそれに対する被害者の自己決定の問題に本来は属すると思われる。

法益処分の自由を法益関係とする見解にも疑問が生じる。たしかに、小林は、法益処分の自由が包括的かつ独立した法益とされることを回避するために、各構成要件における保護法益を基準に、法益処分の自由の存否を決めようとしている。<sup>(80)</sup> いわば、法益処分の自由は、各構成要件の観点から制限をかけ、保護法益の範囲内において法益処分の自由を認めようとしている。しかしながら、法益の構成要素として法益処分の自由を含める論法の中に、すでに法益概念を拡張しようとする姿勢を看取しうる。

思うに、法益処分の自由は法益というよりはむしろ被害者の法益処分行為に関わる。被害者による法益処分が自由であったか否かは、行為者側の行為との関係で決せられるべき事柄のように思われる。

(3) 第二に、法益内容の希薄化である。森永のいう「社会的連帯感」はおそらく法益と解されていると思われる。なぜなら、法益処分の意味に関する錯誤の判断に際し緊急避難の構図を仮定的に用いると<sup>(81)</sup>とされており、緊急避難において法益間の衡量をその基準としているからである。さて、この「社会的連帯感」とは何なのであるか。国民の誰かが甘受しなければならぬ不利益とか家族のような密接な関係<sup>(82)</sup>などとされている。もしこの社会的連帯感がひとつの「法益」とされているならば、その根拠はどこから来るのだろうか。この場合、むしろ、法益概念の中身を稀薄にし、著しく抽象化している印象を受ける。

管見によれば、社会的連帯感とは法益ではなく、法益侵害行為の質に関わり、それは被害者の意思決定に重大な影響を与える事情であると思われる。

(4) 第三に、個人法益を脱個人法益へと転換する動きである。その動きは端的に刑法二〇二条の保護法益をめぐる議論にみられる。その背景には、先に指摘したように、被害者の自律、ここでは被害者の法益処分の自由を最優先に据

えようとすると同時に、現行法との矛盾ない説明を試みようとする狙いがある。

しかしながら、被害者の自律を貫徹するために法益を変更するという議論の仕方は、はたして妥当なのだろうか。そもそも、被害者の法益処分を問うためには、その前提となる法益侵害が確定的に存在しなければならぬはずである。しかし、ここで提唱されている非個人法益は、実態が把握しづらいものである。さらに、人の生命への侵害を社会法益化するということは、同意論を受け入れる余地を限りなく狭めることにもつながる。

(5) 第四に、法益内容を捉える視座が一貫していないことである。たしかに個々の刑罰法規において主として保護されている法益はそれぞれ個性をもっている。そのことを無視することは不当であろう。しかしながら、それが法益関係の錯誤説と絡められる場合に、いくつかの疑問が生じる。

第一に、法益の基本的性格をどう理解するかの問題である。たとえば、佐伯は、生命法益や身体法益はそれ自体を保護しており、その理由として、生命は他との連関において持つ価値や重要さを保護しているわけではない<sup>(83)</sup>、とされる。たしかに、それらの法益の相対化は許されない。しかしながら、そうだとすると、法益関係の錯誤が認められる範囲は、財産よりも狭められてしまう。かような理解の仕方は、実は、法益関係の錯誤説を論ずる以前に、すでに一定の法益保護の在り方を前提にしていると思われる。

第二に、行為者の欺罔行為と被害者の法益処分に対する認識および処分の意思決定の関係は、いかなる事案においても共通して問題となるはずなのに、その効果が保護法益の内容に左右されるのはなぜなのか。たしかに法益関係の錯誤説のいうとおり、被害者の同意を無効とする処罰が、当該刑罰法規が保護しようとする法益とは異なる法益の保護につながるおそれがあることはたしかである。しかしながら、法益保護とは無関係な処罰を回避する任務を法益に

だけ担わせるのは無理があるように思われる。

### 第三款 結果無価値論の限界の一場面

(1) 右にみたように、何が法益関係的なのかを法益関係的錯誤説が問題としたことにより、法益内容は具体的に把握されるようになった。反面、法益内容を拡張し希薄化し脱個人法益化する傾向をもっていることも明らかになった。

右のような傾向を法益関係的錯誤説が示すのはなぜなのだろうか。この点の検討は、同説に痛烈な疑問を感じる筆者に課された問題であるが、目下のところ、論者が扱って立つ結果無価値論とその法益保護の在り方に起因しているように思われる。

(2) 結果無価値論は犯罪の成否を決める場面において、行為の問題を捨象し、最終的には行為者の意思に関わらしめる。<sup>85</sup>これを被害者の同意論にもちこみ、法益に対する被害者の認識を問い、被害者の法益処分の有効性、逆からいえば、行為者の可罰性を判断しようとする。ところが、たしかに法益処分に対する被害者の認識および決定は存在するものの、後に触れる緊急状態の錯誤のように、その決定過程において被害者の自由が行為者の欺罔行為により制約されている事案の説明に窮した。つまり、被害者の錯誤は法益関係だけでは決められないことが明らかになったのである。

法益関係的錯誤説を維持しつつ、これを迎え撃つ方法は、二つあると思われる。ひとつは行為者の行為が被害者の自己決定にどのような影響を及ぼしたのかを捉える道である。しかし、行為無価値をも考慮することにつながるこの道は、おそらく自己の採る違法論とは相容れないことになろう。そこでもう一つの行き方として、被害者の認識が問

われる法益についてその概念を拡張および希薄化する道である。このような理解が正しいとすると、はたして後者のような議論の方向性は妥当なのだろうか。

おそらく不当と思われる。第一に、法益概念を拡張および希薄化することにより、法益関係性を拡張し、被害者の同意の効力を容易に否定できるようにしているとするならば、それは自説の欠陥の弥縫策にとどまらず、法益の役割を無に帰するおそれがある。第二に、法益侵害行為と法益侵害結果との区別が明確になっていない。被害者の自由な意思決定に影響を及ぼしその自由を制約する事情は、本来的には法益侵害行為の問題に属するはずである。にもかかわらず、かような事情を法益侵害結果の問題とするならば、法益の中身を過剰に膨張させ、その結果、それこそ、犯罪を類型化するという意味における罪刑法定主義に逆行すると思われる。第三に、法益概念を拡張および抽象化することは、侵害犯の脱侵害犯化および非個人法益化を促し、その結果、法益侵害の実体自体が把握しづらくなる可能性がある。被害者の同意の問題を考える際には、客観的な法益侵害の存在を前提とした上でなければならぬと思われる。<sup>86</sup> 第四に、かように拡張化・抽象化された法益に対する被害者の認識を問うということは、まさに、被害者の同意の問題を、過度に被害者の認識の問題として取り扱うことになる。それは、法益侵害の存否を被害者の意思に依存させることを意味する。<sup>87</sup>

(3) 何が法益関係的かは、まさしく法益の役割をどう捉えるかに帰着する。その解明に取り組んだ伊東は、法益とは「国家として憲法に従って構成される(べき) 社会内における当該社会構成員の共同生活の存立のために必要不可欠な条件であって、且つ、純粹規範によって保護されている(べき) 因果的に変更可能な対象である」としている。<sup>88</sup> 結果無価値論は行為規範による法益保護を取り除く見解であるが、その代償が現れているひとつが、被害者の同意論を

めぐむる問題なのではなからうか。<sup>(89)</sup> すなわち、法益侵害結果とそれに対する被害者の認識だけでは、被害者の同意の問題は捉えきれないのである。

### 第三節 被害者の意思決定過程の評価における法益論および法益衡量論の限界

(1)法益関係的錯誤説によると、「法益関係的錯誤がなければ原則として同意は自己決定によっており、任意に法益が放棄されたと考えられる<sup>(90)</sup>」とされている。しかしながら、なぜそういいうるのかがむしろ問われなければならないであろう。処分する法益と被害者の意思決定との関係を同説がどのように捉えているのか。これを考察する適例として、緊急状態の錯誤がある。法益関係的錯誤説を支持する論者からも、当初からその位置づけについて課題として提出されていたのが、緊急状態の錯誤の事例である。この点は、山中がすでに指摘していたところであり、佐伯も自説に対する最も重要な批判として緊急状況に関する錯誤を挙げていた。<sup>(92)</sup>

なぜ、法益関係的錯誤なければ被害者の意思決定は原則として自由とされるのか。これを法益関係的錯誤説はどう捉えてきたのか。行為者側の行為と法益の性質、被害者の意思決定の三つの関係が絡んでいる。以下、分析したい。

(2)まず、行為者の行為と被害者の意思決定についてである。法益関係的錯誤説は、脅迫行為や強制行為の場合、被害者は法益処分について正しく認識している、すなわち法益関係的錯誤はないと捉える。しかも、欺罔行為による場合と比較して、被害者の法益処分に対する認識は脅迫の方がより明確としている節がある。

山中は、「同意者によって表示された意思は「真意」に合致しないが、同意者自身そのことを知っており、法益放棄に関する効果意思自体は存在するのであって、その意思形成過程に瑕疵があるにすぎない。したがって、脅迫は法

益関係的である。」<sup>93</sup>とされる。また、被害者を利用した殺人の擬律に關し、佐伯は「脅迫と欺罔を單純に比較する場合には疑問がある。脅迫による殺人は、害悪を告知して被害者に死を選択させるわけであるが、刑法が生命を最も重要な法益としている以上、生命の喪失よりも重大な害悪を認めることは困難である。従つて、脅迫・威迫を用いて死ぬことの認識のある被害者を利用した殺人罪を認めるのは、欺罔を用いる場合に比べて著しく困難であると思われる」とされる。佐伯の見解によれば、処分法益をはつきりと認識しているのは、欺罔された被害者ではなく、脅迫された被害者としている。それゆえ、脅迫された被害者は処分法益の内容を明確に認識しているため、背後者が被害者を意のままに統制することはできない、としている。

(3) 法益処分の内容と被害者の認識との關係についても考察を加える必要がある。生命侵害や生命への危険性の高い重傷害をめぐつて、法益關係的錯誤説は、それらの法益は、何かの動機に基づいて、あるいは何かの目的のために処分されてはならず、それ自体が保護されるべきであるから、そこには法益処分の自由は認められない、とする。

しかしながら、素朴に矛盾を感じる。第一に、財産法益と比べて、保護の必要性が高いはずの生命および身体法益について、法益關係的錯誤を認める余地がなぜ狭まるのか。そこで、最近、生命と生命侵害の危険の高い傷害との間に、保護の相対化を認める見解も法益關係的錯誤説の陣営から出されている。<sup>95</sup>それによると、生命侵害の危険性の高い傷害の場合は、被害者の同意の存在は認めうる、つまり本来的には不可罰であるが、まさしく生命保護の観点から同意の有効性を否定することができるとする。しかしながら、この図式を生命に当てはめると、重大な傷害の場合と比べて、保護が手薄になることに気づく。これが第二の疑問である。すなわち、自死に關する被害者の同意について法益關係的錯誤がなく有効の場合は刑法二〇二条が成立するが、それを上回る生命保護の必要性の余地は認めないの

である。

なぜ右のようなスタンスを法益関係的錯誤説は採るのか。私見によれば、法益の価値の内容と被害者の意思決定の問題が実は連動していると思われる。おそらく次のように捉えているものと推測される。

自己が享受している法益を放棄することは、他者による自己に対する適法な侵害行為を許容するものであり、本来、被害者はそのような事態は受け入れられない。とりわけ、生命や身体のように自己の重大な法益を処分することは、自己の存在自体を否定することにつながりかねず、一般的にはありえない。いいかえれば、その重大な法益を被害者が処分するということは、決意するまでの間にさまざまな規範的障害が通常あつたはずである。特に、生命および身体の重要部分を処分する決定を被害者が下すことは、通常は考えられないため、その決定は、相当な規範的障害を乗り越えたはずであり、そこには被害者の自由がはたらいっている<sup>96</sup>。したがって、被害者は処分すべき法益を適切に認識しており、ことに重大な法益の場合はなおさらのように評しうる、と。

(4) 行為者側の行為と被害者の意思決定、および、法益の内容と被害者の意思決定、の分析が私見のようなものであるとするならば、緊急状態の錯誤は、法益関係的錯誤説の趣旨に従えば、法益関係的錯誤はない、とするのが筋であろう。

緊急状態の欺罔は、被害者側からみれば脅迫に近いかたちで心理面が圧迫される。処分が迫られる法益の内容を被害者側は適切に認識している。法益を処分するに際しては規範的障害があるのが通例であり、その法益の価値が高ければ高いほど、相当な規範的障害が通常存在しうるから、そこでの法益処分の決断は自由の所産であると見るべきである。しかも、自己の法益を処分する決断をしなければ、他の重要な法益が侵害されるかもしれない。このように、

緊急状態の錯誤においても規範的障害が存在する。それを乗り越えるのだから、被害者の意思決定は自由であった。法益関係的錯誤説の本旨に従えば、やはり法益関係的錯誤はないとしなければならぬはずである。

(5) しかしながら、同説支持者から、緊急状態の欺罔による錯誤については自説を貫徹できない旨の主張がなされている。

山中は「同意者が、優越する法益に迫る侵害の急迫する危険があると錯誤して自らの法益の放棄を決議したような場合には、その決意は価値的に自由になされたとは言い得ない」とされる<sup>97</sup>。他人を救助するために自分の法益を犠牲にすることは「いわば人間の価値観・倫理観に拘束されて自らの法益を放棄するよう決意せざるを得なかった事情」があり、<sup>98</sup>「刑法は、人間の本能に根差す、自由を奪われた状況における行為を非難し処罰することはできない」からである<sup>99</sup>。その後、右見解を敷衍して次のようにいう。「緊急状態下にあるより大きいと思われる法益を救うために、それとの相関関係（傍点、管見）において、自らの犠牲にする法益の相対的価値について錯誤したがゆえに、法益の相対的価値の錯誤がある<sup>100</sup>」として、法益関係的錯誤が存在する場合に準じて取り扱い、その有効性を否定する。

山口は、山中が緊急状態の錯誤を法益関係的錯誤と関連づけて説明することに警戒を示し、<sup>101</sup>「緊急状態の錯誤独自の問題」として把握し、猛獣射殺事例と角膜移植事例を念頭におき、次のように説明する。

第一に、緊急状態が現実存在した場合もそれが欺罔された場合も、被害者の意思が抑圧された程度に差はないとして、林（幹）の主観的自由意思喪失的錯誤説を批判する<sup>102</sup>。

その上で、第二に、緊急状態の錯誤が現実存在した場合をまず検討する。ここでは脅迫的強要事例（行為者が事実を支配）と緊急状態事例（行為者以外の事情に起因）とを比較する<sup>103</sup>。前者については、行為者が現に存在する緊急状態

を利用することにより被害者の自由意思を制約し強制しているとして、被害者の同意を無効とする。これに対し、緊急状態事例は、行為者によって脅迫されているのではないから法益主体が意思決定を行う自由がなお存在する。

第三に、緊急状態が欺罔された場合、まずそれが真実であったと仮定したときに法益関係の錯誤があるかを問う。<sup>(104)</sup> 猛獣射殺事例については、真実ならば緊急避難が可能であるから、猛獣の法益価値に関する錯誤があるとし、法益関係の錯誤があるとすると、これに対し、角膜移植事例については、それが真実だとしても緊急避難にはあたらないから法益の価値が客観的に制約されているわけではなく、加えて、身体法益は何かの目的のために使用してはならないから、法益関係の錯誤はない。

しかし、第四に、角膜移植事例においては被害者の意思が強く抑圧されていることは否めず、被害者の自由意思が制約されている点では、脅迫的強要事例と同じである、として、同意の有効性を否定する。

(6) 右の諸見解は、「法益関係の錯誤がなければ被害者の意思決定は自由である」という法益関係の錯誤説の前提は修正しなければならないことを認めている。被害者における、法益放棄の認識とその意思決定過程とを区分けせずに、また両者の関係を考慮することなしに、意思決定は自由であると断定してしまうところに同説の欠陥があるといえよう。この点、山中の見解は理解できる。緊急状態の錯誤を脅迫的強要事例とパラレルに扱い被害者の意思決定過程を重視した山口の見解も首肯しうる。

しかし、山口説に対してはいくつか疑問がある。第一に、脅迫と欺罔とを比較したときに、法益関係の錯誤説は従来から前者の方が処分法益を適切に認識していると捉えてきたように思われるが、これとの矛盾に対してどう考えているのかは不明である。第二に、法益関係の錯誤の有無を検討し、それが無い場合に、さらに被害者の意思決定過程

を検討するが、なぜそのような二段構えを採らなければいけないのか、である。第三に、身体法益の保護の在り方である。人の身体はあくまでも全体として保護対象になるとされる<sup>105</sup>。移植術は、ある程度重要な部分を他者に提供する術である。ここでは他者の健康状態をよりよくする目的のために、自己の身体部分を提供する。しかしながら、移植術をめぐる錯誤は法益關係的錯誤はないとすると、身体の保護にやはり欠けるように思われる。

(7)被害者の同意の有効性を判断する上で重要なのは、法益關係的錯誤よりもむしろ被害者の意思決定過程であることが明らかになった。しかし、そこからさらに問題となるのは、被害者の意思決定が自由になされたのか否かを定める基準である。管見によれば、行為者側の行為との關係で捉えなければならぬと考えているが、拙稿においては今後の課題とせざるをえない。ただし、緊急避難の法益衡量が被害者の意思決定の自由を判断するに役立つとの指摘がなされているので、このことに異を唱えたい。

緊急避難の法益衡量的枠組みが被害者の意思決定の自由を判断する際にどう役立つかは、いくつかなお検討を要すると思われる。緊急避難はその性質上、被侵害法益と保全法益との均衡が厳しく求められる。

この図式を、被害者の法益処分、裏面からいえば、そのような被害者に対する法益侵害行為を正当化できるかが問われている場合に当てはめると、いくつかの疑問が出てくる。第一に、被害者の生命、すなわち被害者の自死が問題となる事例に当てはめると、被害者の同意が無効となる余地は極めて狭まると予想される。生命を犠牲にしてまでも保全すべき法益は考えられないとされるからである<sup>107</sup>。現に、福岡高宮崎支判平成元年三月二十四日について、三、四ヶ月刑務所に入るだけであったことを理由に、殺人罪とした判決に疑問を呈する見解がある<sup>108</sup>。また、自殺の意味に対する判断能力が鈍っているとは生命という法益の性質上考えづらいとされる<sup>109</sup>。第二に、逆に、保全法益の方が被侵

害法益よりも価値が高い場合、被害者の同意は自由になされたという方向に傾きやすいが、はたしてそう言えるのかは、なお一層の検討を要する問題である。

法益関係的錯誤説が緊急状態の錯誤において自説を貫徹することをやめるのは、法益に対する認識だけで意思決定の自由を判断しようという前提自体に誤りがあるからである。

#### 第四章 まとめ

以上、わが国における法益関係的錯誤説に対する疑問を析出してきた。

第一に、刑法の行為規範性を重視する観点から眺めるとき、たとえ被害者が放棄すべき法益を正確に認識していたとしても、欺く行為を禁止しなければならない場面は十分にありうる。第二に、「法益関係的」とされる範囲が著しく拡張された結果、法益の内実が希薄化され、脱個人法益化がなされているが、それは法益論的観点から許容されるのだろうか。第三に、処分法益に対する行為者の認識を同説は重視し、法益の価値と被害者による意思決定の自由を連動させようとするが、そもそも、その手法自体に誤りがあるのではないか。

右の論点を析出したところで拙稿の作業は小休止せざるをえない。右の更なる解明は自己の責務である。ただし、おそらく、法益関係的錯誤説を貫くことは、管見によれば、難しいと思われる。行為規範性に依拠する法益保護を目指す刑法の観点から、被害者の同意論は再構築されなければならず、欺罔によって得られた被害者の同意については、重大な錯誤説に正しさがあると考ええる。しかしながら、序論的考察に終わってしまった。必ず他日に対案を示してい

きたい。

- (1) 拙稿では、さしあたり、構成要件該当性阻却事由としての合意と違法性阻却事由としての同意とを同じ問題と捉え、被害者の同意の語を用いる。
- (2) 一九八〇年ごろまでのわが国における議論動向については、川原広美「刑法における被害者の同意(1)」北法三二巻一號(一九八〇年)二一〇頁を参照。川原によると、三つの段階があつたと指摘している。第一に、公的利益を侵害しない限りで正当化事由としての同意を承認すること、第二に、同意の具体的要件の設定、同意効力の限界を画す基準の提示といった個別的問題に関心が向けられていること、第三に、より一般的な理論分析に加えて、もう一度その先の前提を洗い直そうとすること、である。法益関係的錯誤説は第二、第三の段階に関わるといえよう。
- (3) 山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関法三三巻三・四・五合併号(一九八三年)二七一頁以下、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報一號(一九八五年)五一頁以下。
- (4) 主な研究書として、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』(法律文化社、二〇〇四年)、須之内克彦『刑法における被害者の同意』(成文堂、二〇〇四年)。
- (5) 被害者にも焦点を当てた代表的著作として、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(東京大学出版会、二〇〇二年)などがある。
- (6) 加藤摩耶「刑法における自己決定の意義と射程」『共生』を視点に入れた序論的考察」『広法二六巻三号二五一頁以下。
- (7) 深町晋也「危険引き受け論について」本郷法政紀要九号(二〇〇〇年)一二二頁以下、同「主観的正当化要素としての同意の認識の要否」同意の処罰阻却効果の「絶対性」との関係について」『岡法五一巻四号七六一頁以下。
- (8) 佐藤陽子『被害者の承諾——各論的考察による再構成——』(成文堂、二〇一二年)。
- (9) Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung (1970).

- (10) 小林憲太郎「いわゆる「法益関係的錯誤」の意義と限界」同『刑法的帰責』（弘文堂、二〇〇七年）所収二二七頁以下は、「法益関係的錯誤説の市民権をいっそう強化」（二二八頁）することを狙う。
- (11) Vgl., z.B., Lenkner, in: Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 18. Aufl. (1978), S.403, Rn. 50.
- (12) Lenkner, Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 29. Aufl. (2014), S.588ff, Rn. 29-31, 32f, 46-48.
- (13) ドイツにおける議論を捉えたものとして、森永真綱・後掲論文（注59）二四四頁注一八、同「欺罔により得られた法益主体の同意」川端・浅田・山口・井田編『理論刑法学の探究4』（成文堂、二〇一二年）所収一三五頁以下を参照。
- なお、ドイツにおいて、欺罔および強制によって得られた被害者の同意の有効性をどのように捉えるべきかをめぐり、次のような見解が提唱されている（Vgl., Thomas Rönau, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl. (2006), Zweiter Band, Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff, S.191ff.）。すなわち、一律無効説（Amelung など）。近年有力になりつつあるとされる。なお、Amelung 説については、須之内・前掲注（4）一〇六頁以下を参照。）、個別判断説（ライヒ裁判所や連邦通常裁判所の立場）、法益関係的錯誤説（Arzt, Rudolphi, Schmidhäuser 5）、客観的帰属説（Hirsch, Roxin 5）が存在する（Rn. 198）。
- このうち、欺罔に基づく同意を有効とする法益関係的錯誤説に対しては、法益関係的錯誤がなかったとしても被害者の意思決定は自由といえない場面があり得るという指摘（Rn. 198）や、被害者が法益を犠牲にした目的を同説が度外視し、被害者にとって完全に意味のない意思決定の責任を被害者に負わせているとの批判、さらに、法益の交換それ自体も刑法による保護の範囲に含めなければ刑事政策的に耐えがたいとの指摘がある（Rn. 199）。そして、もはや法益関係的錯誤説以外の解決を模索する動きが有力化しつつある（Rn. 200, 201）。
- なお、ドイツにおける法益関係的錯誤説をめぐる議論状況に関する分析は、本稿では立ち入らず、別稿に譲ることにしたい。
- (14) 保険金を詐取するため、愚鈍にして被告人を厚く信頼していた被害者を欺き、被害者に自殺させた事案。弁護人は、被告人がけしかけた行為が荒唐無稽であり実現不可能であることを被害者が認識していたこと、生活困窮のためすでに自殺意思を被害者が固めていたこと、被害者は知能の面にも問題がなかったこと、をあげて、一九九条には該当しない、と主張していた。
- (15) 被告人は、自己の犯した不倫を清算するため、子四名と無理心中を図り、本人はそれを遂げることができなかった事案。

弁護人は、子のうち、五歳一か月の長男は被告人に対し「早く死すべき」旨を催促したのだから、刑法二〇二条が成立すると主張していた。

- (16) 山中・前掲論文(注3) 二七三頁。
- (17) 山中・前掲論文(注3) 二七三―二七四頁。
- (18) 緊急状態の錯誤の問題を指摘した。
- (19) 佐伯・前掲論文(注3) 五一頁。
- (20) 佐伯・前掲論文(注3) 五四頁。
- (21) 佐伯・前掲論文(注3) 五四頁。
- (22) 佐伯・前掲論文(注3) 五九頁。
- (23) 佐伯・前掲論文(注3) 五九頁。Vgl. Arzt, a.a.O. (前掲注6), S.17f, 20f. アルツトは、刑法は保護法益を個別に設定しており、法益を超えた被害者の利益を保護することを刑法は断念するべきである、とする。
- (24) 山口厚は佐伯のこの見解(前掲注23)をより一般化し、法益関係的錯誤説の決定的論拠は保護法益の内実を客観的に限定的に理解することであり、処罰規定の保護目的を逸脱する処罰を防ぐ役割を同説は担うとする。山口「欺罔に基づく」被害者」の同意」廣瀬・多田編『田宮裕博士追悼論集上巻』(信山社出版、二〇〇一年)所収三二一―三三三頁。
- (25) 佐伯・前掲論文(注3) 六一頁。
- (26) 佐伯・前掲論文(注3) 六一頁。
- (27) 佐伯・前掲論文(注3) 六二頁。
- (28) 佐伯・前掲論文(注3) 六三―六五頁。
- (29) 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、二〇〇五年)一九九頁以下。
- (30) 結果無価値論陣営からも批判的見解が出されている。林美月子「錯誤に基づく同意」松尾・芝原編『刑事法学の現代的状況』内藤謙先生古稀祝賀論文集(有斐閣、一九九四年)所収二二頁以下。林幹人「錯誤に基づく被害者の同意」芝原・西田・

井上編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻』（有斐閣、一九九八年）所収二三四頁以下、同『刑法総論〔第二版〕』（東京大学出版会、二〇〇八年）一六九頁以下。

林（幹）の説く主観的自由意思喪失的錯誤説は次のようなものである。「被害者が自由意思を喪失したかどうかを問題とするにあたっては、彼がその処分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思われ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ぬ。被害者自身の価値観にとつて、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、もはや衡量の余地なく問題の法益を処分せざるをえ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。」（林（幹）・「錯誤に基づく被害者の同意」二五〇頁）とされる。

(31) 最判昭和三十三年のあとに次のような判決が出されている。仙台高判昭和三六年一〇月二四日（高刑一四卷七号五〇六頁、判タ一二七号五九頁）は、出産されては離別できなくなると悩んだ被告人が内縁の妻に対して、墮胎をしなければ離別するが墮胎をすれば籍を入れる、と心にもないことを申し向け、その結果、妻が墮胎を承諾した事案について、墮胎させて身軽にした上で離別しようという被告人の悪意を事前に知っていたならば被害者は墮胎に同意しなかったであろうし、入籍して法律上の夫婦になることは内縁関係にある妻が等しく願うことであろう、として、墮胎の同意を否定した。

(32) 新潟地判昭和四六年一月一二日（刑月三卷一一号一四七五頁、判タ二七四号三五三頁。暗黙の承諾を認定）、横浜地判昭和五九年一月二六日（判時一一〇号一二三五頁。嘱託殺人未遂。訴因は普通殺人未遂）、浦和地判平成四年一月二五日（判時一五〇五号一五九頁）、横浜地判平成一七年四月七日（判タ一一九二号二九九頁。予備的訴因の承諾殺人罪を認める）など。

(33) 前掲注22、注23。

(34) 例えば、大阪高判昭和四〇年六月七日（下刑七卷六号一一六六頁）、東京地判昭和五二年六月八日（判時八七四号一〇三頁）、東京高判昭和五二年二月一九日（東高刑時報二八卷一一号一四三頁）、大阪地判昭和五二年二月二六日（判時八九三号一〇四頁、判タ三五九号三〇九頁）など。なお、最高裁も局部の切断について被害者の同意があったとしてもその違法性は

阻却されないとしている（最決昭和二五年一月一六日、裁判集刑三六号四五頁）。なお、中山研一「被害者の同意と暴行・傷害の故意（1）―「同意傷害」に関する判例の分析―」北陸七巻四号（二〇〇〇年）一頁以下、同「被害者の同意と暴行・傷害の故意（2・完）―「同意傷害」に関する判例の分析―」北陸八巻一号（二〇〇〇年）一頁以下もあわせて参照。

ただし、性交の手段たる暴行は被害者の同意によって違法性が阻却され、それにより死亡した場合は過失致死罪にすぎないとする大阪高判昭和二九年七月一四日（高刑特一卷四号一三三頁）がある。

(35) これに対し、最決昭和五五年一月一三日（刑集三四巻六号三九六頁）の論理および結論には問題がある。同決定によれば、被害者の承諾が存在する事情だけでなく、①承諾を得た動機、目的、②身体傷害の手段、方法、③損傷の部位、程度、を考慮する必要があるとしたうえで、本件は保険金騙取という違法な目的のためになされたものであるから、承諾は違法であるとした。しかし、問題となった傷害は暴行罪とも傷害罪とも評価しうるほど軽微なものであった。したがって、この場合は被害者の同意を有効とするべきであった。

なお、最高裁昭和五五年決定を受けた東京高判平成九年八月四日（高刑五〇巻二号一三〇頁）は、非医師による豊胸手術により被害者が死亡した、傷害致死罪が争われた事案に対して、①豊胸手術において一般に要求される術前・術中・術後の管理がなされていないこと、②鼻部や乳房に麻酔をかけて皮切した点、を重要視し、同手術は、身体に対する重大な損傷を与え、生命に対する危険を招来しかねない極めて無謀かつ危険な行為であるとして、被害者の承諾は無効であるとした。

(36) 最決平成一九年七月一七日（刑集六一巻五号五二二頁）、最決平成二二年七月二九日（刑集六四巻五号八一九頁）、最決平成二六年三月二八日出された三判例（事件番号はそれぞれ、平成二五年（あ）三号〔刑集六八巻三号五八二頁。無罪〕、平成二五年（あ）七二五号〔刑集六八巻三号六四六頁。有罪〕、平成二五年（あ）九一一号〔裁判所ウェブサイト掲載判例。D1-Law判例ID28221971。無罪〕）、最決平成二六年四月七日（裁時一六〇一号六頁、判時二二二八号二一九頁、判タ一四〇三号八八頁）。

(37) 大決昭和三年一二月二二日（大審院刑集七巻七七二頁）。ここでは、因果関係を超えた限定を加えて、詐欺罪の成立を否定している。偽医師が相当対価の薬品を被害者に販売した事案について、弁護側の上告趣意を容れ、詐欺罪の成立を次のよう

な理由により否定した。すなわち、かりに医師であることを詐称して被害者を誤信させ、被害者が薬品を購入した事実があったとしても、詐欺罪を構成しない。なぜなら、被害者は毫も財産上不正の損害を被った事実はなく、被告人においてもこれにより不法の利益を享受したものとはいえないからである、と。

(38) 山中・前掲論文(注3) 三一〇頁。なお、アルツトによると、まず、行為者による反対給付が例外的に法益関係的となりうることを認める(例えば治療行為)。そして、動機の錯誤については、同意者が放棄した法益を明確に認識していないときに限り法益関係の錯誤を認める。同意者が放棄する法益をはつきりと認識していた場合、その者が追求した目的の錯誤は、放棄した法益とは無関係である以上、法益関係の錯誤はないとする。目的の錯誤については、刑法は強要罪の範囲においてのみ、保護しようとする。Vgl. Arzt, a.a.O. (前掲注6), S.22f.

(39) 佐伯・前掲論文(注3) 六一頁。

(40) もつとも、さまざまな事例は挙げられていたが、山中のように、体系的に整理するところまでの状況にはなかった印象を受ける。

(41) 山中・前掲論文(注3) 三〇三頁以下。アルツトは、被害者の同意を根拠に反対給付や交換の自由一般の保護を刑法的に及ぼすことの不当性を論証するために、平手打ち事例や輸血事例を挙げる。Vgl. Arzt, a.a.O. (前掲注6), S.18, 21.

(42) 山中・前掲論文(注3) 三〇九頁以下。

(43) 山中・前掲論文(注3) 三二四頁以下。

(44) 山中・前掲論文(注3) 三二五頁以下。

(45) 山中・前掲論文(注3) 三三二頁以下。また、前掲注(38)も参照。

(46) 山中・前掲論文(注3) 三四四頁以下。

(47) 山中・前掲論文(注3) 三〇三頁以下。また、前掲注(41)も参照。

(48) 山中・前掲論文(注3) 三三二頁。

(49) 佐伯・前掲論文(注3) 六二頁。

- (50) 佐伯・前掲論文(注3) 六一頁。
- (51) 佐伯・前掲論文(注3) 七一頁。
- (52) 佐伯・前掲論文(注3) 八三頁。
- (53) 佐伯・前掲論文(注3) 九四―九五頁。
- (54) 佐伯・前掲論文(注3) 一一六―一一七頁。
- (55) 佐伯・前掲論文(注3) 七一頁。
- (56) 佐伯・前掲論文(注3) 八四頁。
- (57) 佐伯・前掲論文(注3) 九四―九五頁。
- (58) 佐伯・前掲論文(注3) 一一六―一一七頁。
- (59) 森永真綱「被害者の承諾における欺罔・錯誤(二)」関法五二卷三号(二〇〇二年) 二二四―二二五頁。
- (60) 森永・前掲論文(注59) 二二八―二二九頁、二二八頁以下。
- (61) 森永・前掲論文(注59) 二二八―二二九頁。
- (62) 森永・前掲論文(注59) 二二九―二三九頁。
- (63) 森永・前掲論文(注59) 二三〇―二三一頁。
- (64) 森永・前掲論文(注59) 二三一―二三二頁。
- (65) 橋爪隆「詐欺罪の成立の限界について」植村立郎判事退官記念論文集『現代刑事法の諸問題第一卷』(立花書房、二〇一一年) 所収一七五頁以下。
- (66) 橋爪・前掲論文(注65) 一七七頁。
- (67) 橋爪・前掲論文(注65) 一七九頁。
- (68) 橋爪・前掲論文(注65) 一七九頁。
- (69) 橋爪・前掲論文(注65) 一八四頁。

- (70) 小林・前掲注(10) 二二三頁以下。
- (71) 小林憲太郎「被害者の関与と結果の帰責」千葉一五卷一号(二〇〇〇年) 一六二—一六九頁。
- (72) 小林・前掲論文(注71) 一四二頁。
- (73) 小林・前掲論文(注71) 一四四頁、一五四—一五五頁。
- (74) 小林・前掲論文(注71) 一四七—一四八頁。
- (75) 深町・前掲論文(注7) 一二六頁。
- (76) 佐伯・前掲論文(注3) 一一七頁の「客観化可能で具体的給付に内在し、かつ経済的に重要な目的」を達成するための処分かどうか錯誤がある場合に、法益関係的錯誤、したがって詐欺罪の成立を限定してよいと考える。」との発言。
- (77) 橋爪は「個人の主観的な関心の域にとどまらず、当該取引の性質にかんがみて、財物交付によって達成されるべき目的として一般的に了解されており、財物その自体の効用と評価できるような目的達成」との絞りをかける(橋爪・前掲論文(注65) 一八六頁)。
- (78) このあたりの問題状況を明確化したのは、量刑論の展開に拠るところが大きい。
- (79) 過失財産犯は処罰されず、客体は財物と財産上の利益に限定し、財産犯の各罪は行為態様によってさらに限定されている。
- (80) 小林・前掲注(10) 二三一—二三二頁。
- (81) 森永・前掲論文(注59) 二二五頁以下。
- (82) 森永・前掲論文(注59) 二二八頁以下、二二九頁。
- (83) 佐伯・前掲論文(注3) 七一頁。山口も「人の生命・身体については、処分価値・交換価値もが保護の対象とされている財産とは異なり、その存在価値のみが(殺人罪、傷害罪、暴行罪などの規定による)保護の対象となる」とし、「人の生命・身体は、他の獲得手段と事実上なりうる場合があるとしても、あくまでも自己目的として、それ自体の価値において保護されるべきだと」とする。山口・前掲論文(注24) 三三三頁。
- (84) その他、林美月子「生命は最も重要な法益であるので、生命を放棄してでも守るべき法益(暴行を避けることによる身体

の安全性、脅迫を避けることによる意思決定の自由ないし意思決定の平穩)があるとは考えられない」と解する(林(美)・前掲論文(注30)四五―四六頁)。

(85) 板倉宏「結果無価値論と犯罪論の主観化」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第一卷』(成文堂、一九九八年)所収二〇一頁以下。

(86) 林幹人「2項犯罪の現状―東京高裁平成21年11月16日判決を契機として―」高橋他編『曾根威彦先生 祝賀論文集下巻』(成文堂、二〇一四年)所収一四七頁。

(87) 林・前掲論文(注86)一四六頁。法益関係的錯誤説を支持する佐伯はすでに詐欺罪の保護法益について「財産的意思決定の自由である」と述べていた。佐伯・前掲論文(注3)一〇四頁注一三三を参照。

(88) 伊東研祐『法益概念史研究』(成文堂、一九八四年)四一四頁。

(89) 山中は、欺罔による同意に関して、構成要件該当性の存否は被害者の同意にかかっているのであって、欺罔行為にあるのではない、とする(山中・前掲論文(注3)三五―一頁)。しかしながら、被害者が法益処分を行うに際し、欺罔行為をもとに判断することは否めず、かようにドライに割り切ることは妥当でないとと思われる。

(90) 林(美)・前掲論文(注30)一八頁。

(91) 山中・前掲論文(注3)三四四頁。

(92) 佐伯仁志「被害者の同意とその周辺(1)」法教二九五号(二〇〇五年)一一七頁。

(93) 山中・前掲論文(注3)三五二―三五三頁。なお、アルツトも山中と同様に、脅迫は常に法益関係的とされるが、それは、被害者の現実の意思とその法益侵害とが矛盾するゆえ、と説明する。ちなみに、この点につき、両者の説明は異なるようにみえる。アルツトは、被害者に法益放棄に対する効果意思はある、とは解していないように思われる。

加えて、アルツトは、脅迫による同意を一律に無効とすることには批判的である。法益主体は法益処分権に関し法益に対して責任を負っていること、そのことが、意思活動の自由を保護し、そのために格別に強度な脅迫を必要とする強要罪とも整合的であることを理由に、「被害者」による自己答責的法益放棄という考えを導く。たとえば、被害者の同意が完全に自由になさ

れたものではなく、むしろ脅迫の影響下でなされ、しかしながらその脅迫が強要罪における強さに達していないならば、法益主体は自己答責的に法益を放棄した（その限りにおいて脅迫に基づく同意は有効）というのである。Vgl. Arzt, a.a.O. (前掲注6), S.31ff.

- (94) 佐伯・前掲論文(注3) 六八頁注五一。
- (95) 山口厚「法益関係的錯誤」説の解釈論的意義」司研二二一号(二〇〇四年)一〇四—一〇五頁。
- (96) 主観的自由意思喪失的錯誤説を説く林(幹)も、処分法益の価値が小さければ意思決定は自由である反面、それが大きければ不自由であるとされる(同・前掲論文(注30)二五—二六頁)。しかし、かような捉え方に管見は疑問をもつ。
- (97) 山中・前掲論文(注3) 三四五頁。
- (98) 山中・前掲論文(注3) 三四五頁。
- (99) 山中・前掲論文(注3) 三四五頁。
- (100) 山中敬一『刑法総論(第2版)』(成文堂、二〇〇八年)二一五頁。
- (101) 山口・前掲論文(注24) 三三五頁注二三。法益の相対的価値の錯誤を強調すると、他の目的実現のために法益を処分する状況において、「重大な錯誤」説に至りうる、と警戒する。
- (102) 山口・前掲論文(注24) 三三八頁。
- (103) 山口・前掲論文(注24) 三三九頁以下。
- (104) 山口・前掲論文(注24) 三三九頁以下。
- (105) 山口・前掲論文(注24) 三三五—三三六頁。
- (106) 林(美)・前掲論文(注30) 三四—三五頁、山中・前掲論文(注3) 三四四頁。
- (107) 林(美)・前掲論文(注30) 四五—四六頁。
- (108) 林(美)・前掲論文(注30) 四七頁。
- (109) 林(美)・前掲論文(注30) 四七頁。ここでは、精神的に被害者が追い詰められている過程が、生命という法益を理由に、

日本法学 第八十卷第四号（二〇一五年二月）

考慮から外されているように見受けられる。

七二（一五二八）