

瑕疵ある承諾の有効性

塩谷毅

- 一 はじめに
- 二 主観説と客観説
- 三 生命・身体に対する罪の重要事例
- 四 自由に対する罪の重要事例
- 五 刑法における被害者の承諾と民法における意思表示
- 六 承諾論と帰属論及び間接正犯論との関係

一 はじめに

被害者が自己の法益侵害について承諾を与えた場合、行為者行為の構成要件該当性もしくは違法性が阻却されて、犯罪成立が妨げられる。しかし、被害者の承諾が行為者の欺罔によって得られた錯誤に基づくものである場合や脅迫によって得られたものであった場合には、承諾の有効性が否定されることがある。では、いかなる場合に瑕疵のある承諾は無効とされ、あるいは瑕疵があってもなお有効とされるのであろうか。

この問題は、近年特に学説において活発に議論されるようになってきているが、古くから、偽装心中や監禁罪、

住居侵入罪などの各論的な問題として、実際の判例においてもしばしば問題になってきたものである。判例は、一般的に、「被害者自身が承諾するにあたって重視した事柄について」の欺罔・錯誤と承諾の因果関係を問題にし、「そのように欺かれ、錯誤に陥っていたのでなければ、決して承諾しなかったであろう」とさえいえれば承諾は無効であるとしているようである。後述する主観的真意説（あるいは重大な錯誤説）の立場である。これに対して、学説は、そのような判例の立場を擁護する見解がある一方で、一定の場合に承諾の有効性を確保することによって行為者の可罰性を制限しようとする意図から、欺罔・錯誤が関係した事柄について客観的に重要性を判断し、意味・内容に関する欺罔・錯誤と動機に関する欺罔・錯誤に分けたうえで、後者にすぎないならば瑕疵のある承諾もなお有効であるとする見解が有力に主張された（動機の錯誤説）。また、ドイツのアルツトの提唱にかかるいわゆる法益関係の錯誤説が、我が国でも一九八〇年代に山中教授や佐伯教授によって主張され、近年多くの支持者を見いだすようになってきている。さらに、一九九〇年代以降の論文では、いわゆる緊急状態の錯誤に対する取扱いをめぐって議論が活発化してきているが、これには、ロクシンの規範的自律性説が与えた主観的真意説および法益関係の錯誤説双方への問題提起が大きく影響しているように思われる。

また、瑕疵ある承諾の有効性の問題は、我が国では暗黙のうちには、行為者の欺罔によって錯誤が惹起された場合を念頭において議論が展開されてきたが、欺罔が行為者以外の第三者によって行われた場合や誰の欺罔によらずに被害者が自ら錯誤に陥る場合もある。それらにおける承諾の有効性は、行為者が被害者の錯誤に気づいていた場合、気づいていなかったがそれに気づく義務のある場合、気づいていなかったし気づくことも要求されない場合に分けて判断されうる。

さらに、行為者の「欺罔」や、単純な錯誤の場合の被害者の「落ち度」などを、「承諾論」の枠内で承諾の有効性判断において資料とする考え方のほかに、別の次元の問題、すなわち「帰属論」の観点で扱うという可能性もある。

さらには、「間接正犯論」との関係においても、被害者利用の間接正犯の成立可能性とその成立範囲、被害者の承諾の有効性との関係も検討する必要がある。近年、我が国でも、「欺罔に基づく錯誤」と「欺罔に基づかない単純な錯誤」の場合を区別し、承諾論にとどまらず帰属論も視野に入れて瑕疵ある承諾の問題を検討する研究や適法行為利用の間接正犯における被害者利用の場合を詳細に検討する研究⁹⁾が現れてきている。

このように、瑕疵ある承諾の有効性をめぐる議論は、現在非常に錯綜した状況にある。そこで、本稿では、この問題についての今までの議論をもう一度整理し、具体的な重要事例の望ましい解決を探ることにする。その際、まず、瑕疵ある承諾の有効性の議論に関してのドイツおよび我が国の代表的な学説の主張を概観し、それをふまえて、生命・身体に対する罪が問題になる場合と自由に対する罪が問題になる場合に大別して具体的事例を検討する。そのうち、この議論に民法の意思表示論が与える示唆を検討し、それをふまえて、行為者による欺罔の有無等に注目しながら、刑法における承諾論と帰属論あるいは間接正犯論との関係を検討する。

二 主観説と客観説

(1) 瑕疵ある承諾の有効性判断における主観説と客観説

刑法における瑕疵ある承諾の有効性に関する考え方には、大きく分けて二つの方向性がある。

一つは、主観説（主観的考察方法）と呼ばれるもので、何についての錯誤が被害者の承諾を無効とするかという問題について、「専ら被害者本人が法益を処分するにあたって重視した事柄か否か」を判断基準とし、錯誤が関係する事柄の客観的な重要性判断を行わない考え方である。この考え方は、①主観的真意説、または本質的錯誤説や重要な錯誤説とよばれるものである。その出発点は、欺罔と承諾の間に因果関係があれば、すなわち「欺罔による錯

誤がなければ承諾がなされなかったであろう場合には承諾を無効」とすることである。偽装心中などの判例で使われる「被害者の決意は真意に沿わない重大な瑕疵ある意思であるから承諾は無効」という判断基準も、実質的に同じ考え方であると思われる。

もう一つは、客観説(客観的考察方法)と呼ばれるもので、錯誤が関係した事柄を被害者本人が主観的に与えていた価値付けとは離れて何らかの基準で客観的に重要性を判断し、承諾を無効と見なすべきほど重要な事柄についての錯誤なのか、それとも錯誤が関係した事柄は些細なことであってそのような錯誤のある承諾でもなお有効なものかを見なすべきなのかを判断するのである。客観説の中で、まず②動機の錯誤説は、被害者の錯誤を動機の錯誤と意味内容の錯誤に区別し、被害者が法益処分の内容と意味について理解していれば、単に承諾の動機に錯誤があっても被害者の承諾はなお有効であるとする。また、③法益関係の錯誤説は、法益関係の錯誤、すなわち被害者が自分が何を放棄しているのか分かっていない場合、いいかえれば、被害者が放棄する法益の種類や程度などについて錯誤している場合にだけ承諾が無効となるという考え方である。その実質的な根拠は、もしある構成要件の法益と無関係な利益についての欺罔による錯誤のある承諾に基づく法益侵害を、承諾を無効にすることによってその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うという点にある¹²。さらに、④規範的自律性説は、欺罔に基づいてなされた承諾は、規範的な基準に基づいて判断すれば欺罔されたために被害者がその自律的な自己決定に基づいて法益を処分したとはいえない場合には無効であるが、欺罔されても法益主体の自律性が害されたとはいえない場合には有効であるとする。この説によれば、欺罔に基づく承諾の有効性にとっては法的・規範的に見て被害者の自律性が認められるかどうかが重要なのであるが、そのような自律的な法益処分は、一方で、被害者が欺罔されて法益処分を決定したからといって直ちに無くなってしまいうわけではなく、他方で、法益関係の

欺罔・錯誤でなかったからといって直ちに保障されるといってもないとし、「自律性」の有無の判断は被害者本人が与えていた価値付けから離れて客観的に判断されるべきことを主張する。では、それぞれの説は具体的事例をどのように解決しようとしているのか、また、どこに問題点があるのかを順に検討する。

(2) 主観的真意説について

主観的真意説の判断公式は、まず欺罔及び錯誤と承諾との条件関係・因果関係を問題にする。たとえば、大塚博士は、錯誤がなかったならば同意しなかったであろう場合には同意は無効であるとしている¹³。このような条件関係による承諾の有効性判断は、民法における「要素の錯誤の判断基準」と関連性がありそうである。周知のように、要素の錯誤は、民法の伝統的な考え方によれば、「その錯誤がなかったならば本人はその意思表示をしなかったであろう(条件関係)と考えられるだけでなく、普通、一般人もそのような意思表示はしなかったであろうと考えられる(重要なもの(重要性)といえるか)という判断基準により確認されるといわれている¹⁴。もっとも、すでに述べたように、主観的真意説は、「本人」はその錯誤がなければ承諾しなかったのかだけを問題にし、本人を「一般人」に置きかえてその場合でも同じようにいえるかという錯誤内容の客観的な重要性判断は行わない。その意味でこの説は、錯誤した事柄について被害者本人が与えた主観的重要性をもっぱら重視し、被害者本人の主観と離れた客観的な重要性判断をしないということが特徴なのである。

林幹人教授は、錯誤と同意の間に条件関係がある場合であっても錯誤が被害者の意思決定に大きな比重を占めていないということはありうるのであり、そのようなときには同意はなお有効とすべきであるとする。単純に欺罔・錯誤と同意の条件関係のみが有効性の判断基準であるわけではないことを認められるのである¹⁵。そして、錯誤に基づいて同意を与えた場合でそれが自由な意思決定に基づくものでないときには、法益処分について認識があっても

同意は無効とすべきとしている。林教授によれば、瑕疵ある被害者の承諾の有効性は「自由意思の喪失の有無」によって判断されるが、林説の特徴は、このような自由意思の喪失の有無をあくまで「被害者本人の価値観」に基づいて決めるべきであるとするところにある(主観的自由意思喪失的錯誤説)⁽¹⁶⁾。なぜなら、同意が構成要件該当性を阻却するのは被害者個人の意思を尊重しようという思想に基づくものなのであるから、同意における被害者の自由意思の有無は、被害者本人が主観的に法益処分ないし錯誤に陥っている事情・利益についてどのような価値観をもっていたかが基準とされるべきだからであるとしている⁽¹⁷⁾。

また、井田教授も、被害者の承諾の正当化根拠を、法益維持のために法益主体も相応の責任を分担すべきであるのに、法益主体自らが法益を放棄したのならば法はその者のために法益を保護してやる必要はないという点に求められ、瑕疵ある承諾の有効性について法益関係的錯誤説を批判し、以下のように述べている。被害者本人にとって動機付けに重大な影響を持つ欺罔行為により真意に沿わない法益放棄の意思決定が行われたときは、たとえそれが単なる動機の錯誤に基づくものであっても、加害者との関係で被害者の法益の要保護性が失われるとはいえない。法益関係的錯誤説が、動機の錯誤を生じさせて同意を得ようとする行為については有利に扱うというのであれば、そのような方法による法益侵害をより推奨する結果にもなりかねない⁽¹⁸⁾。

さらに、アメルンクは「被害者の価値体系に合致した承諾のみが有効である」として、以下のように述べている。ドイツにおいては、伝統的に自由と自律は目的のない自己価値と思われていたが、被害者の側から見れば、同意の自由というのは全くこのような性質をもっていない。むしろ、通常、同意は明白な目的追求のために役立てられるものである。被害者が自己のある法益を犠牲にするとき、他の法益を維持するためか、新しい法益を獲得するためか、若しくはやっかいな面倒から解放されるためにそうするのであって、同意は被害者の法益放棄による利益主張の道具である。被害者の同意のこのような功利主義的な機能からすれば、被害者が法益処分によって自己の設定し

た目的に到達することが保障されるべきである。したがって、被害者の価値体系と一致する同意のみが被害者の自律として重要であり有効である。それに反して、被害者の価値体系と矛盾する同意は無効である。被害者の価値体系との矛盾は、錯誤や脅迫などの意思の瑕疵によって生じる。¹⁹⁾

このように、アメルンクは被害者の価値体系に合致した承諾のみが有効であるという基準によって、瑕疵のある承諾を以下のようにほとんどすべて無効としてしまう。まず、行為者の欺罔に基づく錯誤の場合に以下のように述べる。行為者の欺罔によって得られた承諾は、欺罔者が承諾についての支配者となることを意味しており、被害者が意思決定をするにあたって正確に知っていなければならなかった情報を行為者が改ざんすることによって彼は被害者を巧みに操っていたことになる。したがって、被害者の価値決定の際の重要な誤りに基づく承諾は無効である。ドイツの判例において偽装心中は刑法二二六条要求による殺人としてではなく通常の殺人として処罰されているがそれは妥当であり、また、金銭的な反対給付を与えるとき欺いて承諾を得て殴った者は傷害罪で処罰されるべきである。さらに、実際には採取した血液でエイズを検査する目的であるにもかかわらず肝機能の数値をはかる診療目的で血液検査が必要であると欺いて採血した場合、法益関係の錯誤説からは同意が有効とされてしまうはずであるがそれは不当で同意は無効とすべきである。²⁰⁾

また、欺罔に基づかない単純な錯誤の場合についても、これには積極的な誤解のみならず決意のための重要な事実の不認識の場合も含まれるとしながら、同様に「被害者の価値体系に合致した承諾のみが有効である」とする。表示の錯誤や内容の錯誤の場合、民法においては一旦有効とされ取消しうるものとされるが、刑法においては被害者の価値決定を表現しない承諾として無効とされるべきである。なお、この場合の相手方の保護の必要性は、承諾を有効とすることによってではなく、相手方（行為者）に法益侵害を帰属させられないということによって達成すべきである。すなわち、原則として、行為者は被害者の承諾がひょっとして錯誤に基づいていないかと探

究することを義務づけられないし、また、ほとんど見抜くこともできないので、法益侵害は行為者に帰属し得ないのである。もつとも、行為者が被害者の錯誤を認識している場合や、被害者の表示を単純に信頼しないように義務づけられている場合には、例外的に行為者に法益侵害が帰属され故意または過失責任が肯定される⁽²¹⁾。

しかし、これらの見解のように、被害者自身の主観のみを基準にして欺罔や錯誤の重要性判断を行い、承諾の有効性をそれにかからしめるのは妥当でないと思われる。被害者の主観のみを基準にするならば、論理的には法益放棄の見返りに被害者が期待した過大な要求の不達成や、法益放棄における些細な条件（たとえば設定された手術の日を大安であると誤解して承諾したが実は仏滅であった場合、患者が手術の条件として非常に縁起を担ぐ人であった場合、被害者自身が重視した事柄に錯誤のある承諾として無効になりかねないがそれは不当であろう。）の不満足も承諾を無効にしてしまいかねず、行為者にとつてあまりに過酷な結論をもたらすことがありうるであろう。瑕疵のある承諾を有効なものとなし、被害者の主観的な恣意に委ねられるべき問題ではなく、小林助教教授も指摘されているように、「任意性」も法的概念である以上、法的な評価を通して、客観的基準に従って判断されるべきであると思われる。

さて、主観説と客観説の結論が異なる場合としてよく挙げられるのは、「動機や目的に関する錯誤」の問題で、その代表的なもの一つに偽装心中の問題がある。偽装心中の場合、主観的真意説は、「行為者が追死してくれるかどうかは被害者が自殺を決意するにあたっての本質的な事情であり、被害者が錯誤に陥っていなければ決して生命処分は納得しなかったであろう」といえるので、承諾は無効であるとする。これに対して、客観説は、動機の錯誤説ならば、パートナー（被告人）が追死してくれるという事情は承諾の動機であつて法益処分の内容ではないとして承諾は有効であるとし、法益関係の錯誤説も、パートナーが追死してくれるかどうかは被害者が処分する「生命という法益」には関係がないので承諾は有効であるとする。殺人罪は被殺者の生命を保護法益とする犯罪であり、生

命放棄の動機や意思決定の自由一般を保護する犯罪ではない。偽装心中の場合、自己の生命の放棄について錯誤がない以上承諾は有効とすべきであつて、刑法一九九条ではなく二〇二条で処罰すべきであると思われる。

(3) 動機の錯誤説について

つぎに、客観説を検討するが、その中でもまず動機の錯誤説を検討する。この説は、前述したように、動機の錯誤と意味内容の錯誤を区別し、前者ならば承諾はなお有効であるとする。たとえば、平野博士は、確かに同意は任意のものでなければならず、強制による場合や同意事項の内容に錯誤があつたりそれを理解していなかった場合は同意があつたといふことはできないが、判例はさらにすすんで偽装心中や住居侵入罪、監禁罪において動機に錯誤があつた場合も同意を否定しており、これは疑問であるとする。また、内藤博士も、同意事項の内容と意味について被害者に錯誤があるときは、自分が何を放棄するのかを理解していないのであるから同意は無効であるが、錯誤が単に同意の動機に関するものであれば同意は有効と解すべきであるとする。そして、行為の法益侵害の危険性と無関係な行為者の目的という心理状態までも同意の（有効性判断の——筆者注）対象とすべきではないとする。²⁴

では「性質の錯誤」、つまり目的物が本物が偽物か、どれだけ価値があるものなのかという点の錯誤は動機の錯誤なのかそれとも内容の錯誤なのであろうか。民法では、通常、性質の錯誤は動機の錯誤に位置づけられているが、これは「特定物のドグマ」という考え方を前提にすればそうなるのである。特定物のドグマというのは以下のような考え方である。内心の効果意思は、権利義務の変動を意欲する意思であり、その意思の中には対象となる目的物がどれかということも含まれていなければならない。この目的物の特定は、世の中のどの物かということが分かればよいので、「この物」と名指しできれば足りる。性質は、そのように特定された「この物」がもっている属性であ

るが、性質は意思の内容ではあり得ない。性質は「この物」について既に事実として定まっており、「この物」がこれこれの性質を持つと考えたところでその事実が動かないからである。したがって、性質の錯誤は内容の錯誤ではなく動機の錯誤にすぎないことになる。しかしながら、特定物のドグマを自明の前提とはせずに、目的物の性質も意思の内容になりうる²⁵と考えることは決して不可能ではない。実際にも、特定物のドグマは、民法学において今後共通の約束事としての地位を失っていくであろうともいわれているのである。また、民法学において、動機の錯誤と内容の錯誤が明確に区別できるのか、そもそもそれを区別して別扱いすることにどれだけの意味があるのかが議論され、今日では動機の錯誤とそれ以外の錯誤とで扱いを区別しない「一元論的な錯誤論」が有力になっていることにも注意が必要である。このように、「動機の錯誤か内容の錯誤か」を錯誤に基づく承諾の有効性の判断基準にすれば、基準の明確性という意味で批判を免れないという問題がある。

以下のような事例でこのことを考えてみたい。「行為者が被害者を欺いて、被害者がもっている高価な壺が偽物で何の価値もないと誤信させ、行為者が破壊するのを承諾させた場合」、被害者の承諾はなお有効とされるか。ここで、問題は二つある。第一に、民法でいう「動機表示構成（動機が表示されれば意思表示の内容になる）」を採用するかということ、第二に、特に「性質の錯誤」の場合に「特定物ドグマ」を採用するかということである。この点、動機表示構成をとらずにかつ特定物のドグマを採用し性質の錯誤は動機の錯誤にすぎないと考えるならば、被害者は「この壺」を破壊すること自体には錯誤なく同意しており、その壺が高価な物か否かは壺の破壊を許容することの動機にすぎないということになって承諾はなお有効とされ、行為者は不可罰になる²⁶。しかし、動機表示構成を採用するか、もしくはそれを採用しなくても特定物ドグマを採用せずに性質を動機ではなく内容に含めるとすれば、被害者は「偽物で何の価値もない壺」の破壊に同意しただけで「実際には」本物で高価な壺」の破壊には同意していなかったということになり、承諾は無効で器物損壊罪が成立することになってしまう。このように、動機の

錯誤説からの解決は、動機表示構成を採用するかと特定物ドグマを前提にするかをあらかじめ決めておかなければ、承諾が有効か否かを決定できないのである。動機の錯誤と内容の錯誤の区別は「民法のルールに従う」とだけ決めておいても、民法においてまさにこの点が争われているので、なお不明確なままといえる。ちなみに、この問題は主観的真意説や法益関係の錯誤説からは承諾は無効とされる。したがって、動機表示構成をとらずに特定物ドグマを採用すれば、動機の錯誤説は他の二説と異なる独自の学説ということになる。そうでなければ、動機の錯誤説は、法益関係の錯誤説とほぼ同じ学説ということになるであろう。また、いずれにせよ動機の錯誤は、心理過程のどこで思い違いをしたのかということによって、内容の錯誤や表示の錯誤と区別され、それらと対になる概念であり、民法でいう要素の錯誤や刑法でいう法益関係の錯誤と対になる概念ではない。民法において、「要素の錯誤か、それとも動機の錯誤か」という二者択一が不正確であるのと同様に、刑法においても、動機表示構成をとらずに特定物ドグマを採用すれば器物損壊事例のように「法益関係の錯誤であるが動機の錯誤でもある」ということがありうるのだから、普段我々が何気なく使っている「法益関係の錯誤か、それとも動機の錯誤か」という二者択一は不正確であることに注意しなければならないであろう。

(4) 法益関係の錯誤説について

法益関係の錯誤説は、被害者が何を自分が放棄しているのか分かっていない場合、つまり被害者が問題となっている法益侵害の種類、範囲、結果について誤解し、承諾の意味と射程について明確に認識していない場合に被害者の承諾は無効になるとする。そして、この説からは、通常、以下のような場合に法益関係の錯誤があるといわれる²⁷⁾。

①構成要件の評価が異なる法益間の錯誤(例として、平手打ちで殴られること(暴行)に同意したが、闘争用指輪をはめて殴られた(傷害)場合など)、②法益意義・価値の錯誤(例として、騙されて高価な壺を偽物で安物と勘

違いして毀棄に同意した場合など)、③質的範囲の錯誤(例として、子宮筋腫のある患者が腫瘍のみ手術で取り除くつもりであったが、子宮全体が取り除かれた場合など)、④量的範囲の錯誤(例として、腫瘍のできた胃を切除することになったが、胃を半分ほどとると思っていたのに、三分の二ほどとられた場合など)、⑤態様の錯誤(例として、美容整形手術で鼻を高くしようとしたが、思っていたようにしてもらえなかった場合など)。他方、以下のものは法益関係の錯誤にならないとされる。⑥目的・動機・縁由の錯誤(例として、偽装心中や強盗目的の住居侵入、強姦目的の監禁など)、⑦反対給付の錯誤(正確には、傷害罪における金銭的反対給付の錯誤で、対価を支払うと欺いて傷害に同意させ、殴ってお金を支払わない場合など)。

では、法益関係の錯誤の場合に、被害者の承諾を無効とし、それ以外の場合には承諾はなお有効であるとするこの根拠はどのようなものであろうか。この点について、佐伯教授は以下のように説明する。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区別して規定している趣旨は、法益侵害に対する承諾を考へる上でも尊重されるべきである。人を欺いた者は、「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」が問題とされるべきである。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、承諾を無効と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う。⁽²⁸⁾

さて、この説の提唱者であるアルツトは、法益関係的な意思の瑕疵に基づく場合にのみその承諾は無効であるとした。彼は、まず欺罔に基づく承諾の有効性について以下のように論じる。欺罔が放棄された法益に係る場合にのみ同意は無効であり、それに反して、被害者が法益放棄の見返りに与える約束をされた反対給付についてのみ欺罔された場合には同意はなお有効である。たとえば、被害者が自分の腎臓が癌が癌に冒されていると事実を反して思いこまされていた場合には腎臓摘出への同意は無効であるが、腎臓提供に対する報酬を与えるという点だけが欺か

れていたのであればその同意はなお有効である。アルツトは、特に傷害罪を念頭において、「状態(存在)保護」と「交換の自由」の対立ということを考えた。彼によれば、刑罰規定は一般的に法益の状態保護にのみ役立つものであり、それに反して、交換価値は単に詐欺罪や強要罪などのある一定の刑罰構成要件においてのみ保護されているにすぎないとされている。もし、反対給付についての欺罔の場合も同意は無効であるとするならば、傷害罪の構成要件は身体の完全性の交換価値をも保護する規定であることになってしまう。すなわち、被害者が自分の意図する反対給付を自由に法益処分と結びつけることができるとして目的(反対給付)不達成の場合に承諾を無効とすることを通じて行為者を処罰し、それによってその交換の自由をも刑罰的に保護することにすれば、各則上、個々の構成要件において法益の区別を行っていることの意味がなくなってしまうのである。刑法は、その構成要件で規定している法益とは別の利益をその構成要件によって保護することについて謙抑的でなければならぬ。

また、交換の自由の保護に基づいて傷害罪を適用することは、詐欺罪の構成要件の評価と衝突する。たとえば、行為者は殴らせてくれれば千ドイツマルクを提供すると被害者に約束したが実際にはお金を払うつもりはなかったという例で、被害者の同意が無効であるとして行為者を傷害罪で処罰するならばそれは詐欺罪が拒絶していた保護を被害者に作り出すことになってしまう。すなわち、詐欺罪ですら処罰できない行為者を傷害罪で処罰することになってしまう。刑法は、高度に人格的な法益が交換対象となることに寄与すべきではない。なぜならば、良俗違反であるとして民法上保護されないような高度に人格的な法益の売買から発生する請求権が、刑法を通じて保護されることになってしまうからである。²⁹⁾

アルツトは、このように欺罔に基づく錯誤において展開した考え方を、行為者の欺罔に基づかない単純な錯誤の場合にも転用した。すなわち、その錯誤が法益関係の場合には単純な錯誤の場合であっても承諾を無効として扱うべきであるとしたのである。ただし、アルツトは表示の錯誤の場合に例外を留保していた。彼によれば、表

示の錯誤の場合には錯誤による不利益は常に同意者の負担であつて承諾は有効とされる。なぜなら、被害者による法益侵害を許容する旨の表示は、行為者が信頼できなければならぬからである。³⁰⁾

最後に、アルツトは、脅迫によつて得られた同意についても法益関係的な脅迫の場合のみ承諾は無効としている。彼によれば脅迫は常に法益関係的である。なぜなら、被害者の現実の意思は法益侵害に反対しているからである。それ故、脅迫によつて得られた同意は原則的に無効である。もつとも、同意を無効にする法益関係的な脅迫は、強要罪の意味における強要の強さで為されなければならない。なぜなら、この強さ以下の強要ならば、被害者の自由は留保されているからである。³¹⁾

このようなアルツト説に対して、アメルンクは以下のような批判を加えている。アルツトは、同意者が自己の法益(処分)に対して設定した目的は同意の有効性には影響を与えないとしている。そうだとすると、目的が達成されなかった場合、そのような同意はもはや被害者には明白に意味がないものであるにもかかわらず、同意が有効であることになってしまう。このように、アルツトは、同意者が自己の法益をそのために犠牲にした目標を重要ではないとすることによつて、同意がそこから意味を獲得する価値連関を考慮することなく、同意の有効性を判断したのである。このようなアルツトの「同意者の価値体系からの同意決意の孤立化」は、被害者にとって利益違反的なものであり、妥当ではない。傷害に対する反対給付について欺罔し同意を得て傷害した者を、傷害罪で(も)処罰することは可能であるし、またそれは詐欺罪の評価とも矛盾しない。明らかに、欺罔者は、単に被害者の経済的な期待のみを侵害したのではなく、傷害もまた引き起こしたのである。また、アルツト説からは、反対給付の錯誤の事例において、行為者が「私腹を肥やす意図(図利目的)」を持っていなかったならば、彼を詐欺罪で処罰することができず、また傷害罪でも処罰できないので、結局不可罰ということになってしまう。これは、容認できない「処罰の間隙」である。もし、このような処罰の間隙を認めるならば、「犠牲にした法益は自分にとっては相対的な価値

しか持っていない」と考えて法益を処分した被害者は、「その法益にはそもそも価値はなかった」としていたとして扱われていることになってしま³²う。

しかし、傷害における金銭的反対給付事例のように、良俗違反であるとして民法上被害者にその請求権すら否定される事例において、行為者が詐欺罪でも傷害罪でも処罰されないという事態が生じても、それは決して容認できない処罰の間隙であるとはいえないと思われる。また、アメルンクのような論理でいうならば、承諾を有効として扱うこと以外の理由で最終的に行為者が処罰されない場合でもその法益にはそもそも価値はなかったとして被害者が扱われているともいえるので、決定的な批判であるとは思われない。アメルンクや森永氏のように帰属論などの次元で行為者の処罰の調整を行うとしない限り、承諾の有効性の判断はそのまま行為者の可罰性の判断に直結するのであるから、個々の構成要件で保護しようとされている法益の内容を基準として承諾の有効性判断を行う法益関係の錯誤説の思考は支持できるものであると思われる。なお、状態保護と交換の自由という対立図式による説明に問題があるのではないかと³³いう指摘については、個々の法益の性質に応じて説明が可能であろう。佐伯教授も詳細に類型化して論じられたように³⁴、詐欺罪など財産犯の領域では財産という法益が利用価値及び交換価値において保護されるものである³⁵のでこの対立図式は無意味であるが、傷害罪で保護しようとしている身体利益については、その高度に人格的な法益の「一身専属性」という観点から、金銭的な交換価値において身体利益を考³⁶えることの不当性という説明はなお説得力を有する。手術など治療効果の錯誤事例において身体利益も生命やより重大な身体利益のために交換価値とされうるとい³⁷う点については、身体利益は他人との金銭的な交換価値として扱われてはならないが、被害者自身の中での生命や身体との交換価値として扱われることは高度に人格的な一身専属性の法益という観点からも妨げられないといえるであろうから、結局その法益の性質の問題なのである。

(5) 規範的自律性説について

さて、我が国では、いわゆる客観説の中で、動機の錯誤説を理論的に精緻化したものはすべて「法益関係の錯誤説」と呼ばれるが、我が国の法益関係の錯誤説の論者はアルツトとは異なって「緊急状態の錯誤」の場合に承諾を無効とし、反対に「行為者の同一性の錯誤」の場合に承諾を有効とすることが多い。⁽³⁵⁾これには、以下のロクシンの規範的自律性説の影響が大きいように思われる。⁽³⁶⁾ロクシンは、まず、欺罔に基づく錯誤の場合の承諾の有効性について、以下のように論じる。たしかに法益関係の錯誤の場合には承諾の効力は否定されるが、そうかといって法益関係の錯誤でなければ常に承諾は有効であるというわけではない。法益関係の錯誤でなくても承諾は無効とされるが、それは決してあらゆる欺罔は承諾を無効とするというのではない。承諾の有効性の判断は「被害者の自律的な決意といえるか」に照準を合わせるべきである。「被害者の自律的な決意か否か」は、決して被害者の「主観的な任意性の問題」ではなく、被害者の瑕疵のある承諾がなお彼の自由な処分の現れであると判断されるかという、「客観的な法的評価の問題」である。このようにして、様々な事例をその特徴に従って以下のように類型化し、自律性の思考によって方向付けられた規範的な有効性判断を行うべきであるとした。⁽³⁷⁾

まず、①処分された法益の程度や種類についての錯誤（法益関係の錯誤）について、「法益関係の欺罔・錯誤の場合には被害者の承諾は無効である」とよく言われるが、より正確にいうと、この場合には承諾が無効になるのではなく、存在しているように見える承諾はそういう種類の法益侵害についてそもそも存在しないのである。この類型においては、問題は「同意の無効性」ではなく「同意の欠如」である。⁽³⁸⁾次に、②反対給付に関する錯誤について、この場合にはアルツト同様結論としては承諾を有効とするが、その理由は異なっており、法益の状態保護と交換の自由との対立ではなく、もっぱら民法上の取扱いととの関連を強調する。騙されて反対給付を得られると思って傷害に承諾した場合（で民法上良俗違反とされない採血事例のような場合——筆者注）、被害者は、民法上は追認して

なおも反対給付の実現を要求するか、もしくははその意思表示を取消することができることになっている。しかし、刑法で問題になるのは、通常、たとえば対価をもらえると欺かれて採血に同意した場合のように欺罔された被害者は既に自分の方の給付はすませてしまっており相手方からその給付したものを元に戻させるということはできず、相手方にはただ反対給付を要求するだけしかできない場合である。もし、この場合に承諾は無効であり傷害罪が成立するとしたら、行為者にとっては、民法上はせいぜい反対給付の履行をしなければならぬというだけのことだが、刑法では傷害罪が成立し処罰されるということになってしまう。したがって、この場合は承諾は有効とすべきである。なお、被欺罔者が自分の方の給付をする前に欺罔されたことに気がつくということもある。しかし、こういう場合でも承諾が無効としなければならない理由はない。この場合には、承諾を撤回するか、それとも民事訴訟を起こしてでも反対給付の実現を求めるかは、被害者の意思に任せればよいことだからである。³⁹⁾

しかし、アルツトとは異なり、動機・目的の錯誤の場合に承諾はすべて有効となるわけではないとして、以下の例外を指摘している。まず、③利他的（博愛的）目的の錯誤は、たとえば、熱狂的なファンに高く売るつもりで献血週間だと騙して承諾を得てテレビタレントから採血したとか、医学の進歩に役立つ重要な実験だと騙して承諾を得て傷害を負わせたといったような場合である。この場合には、採血や人体実験そのものには錯誤はなく、傷害の法益関係的欺罔はないが、承諾を有効とし行為者を処罰しないというのは妥当ではない。なぜなら、全体のプロセスは被害者の行動の自由の現れとはいえず、むしろその意思に反しているといえるからである。そのような承諾は、被害者の自律の現れではなく、他人に決定されたものなのであり、事象は被害者にはなく行為者に彼の不法な仕事として帰属されるべきである。⁴⁰⁾ また、④危害回避目的（緊急状態）の錯誤は、たとえば、自分の飼っている猛獣が逃げ出して公衆に危害を加えていると電話で騙されてそれを殺すことに承諾した場合（猛獣射殺事例）や、毛ジラミがいると騙されて髪の毛を切ることに承諾した場合（準緊急状態の錯誤事例）である。危害を避けようとする

目的に欺罔がある場合には、被害者は、この状態からは自分の利益を犠牲にするという緊急避難に似た行為によって抜け出すことができる⁽⁴¹⁾と騙されている。そこで、この場合の被害者は心理的に追いつめられた状態におかれており、ちよ⁽⁴¹⁾うど脅迫され心理的に追いつめられた状態にある者と同じような心理にある。それゆえ、この場合の承諾も無効である。さらに、アルツトとは反対に、以下のような場合には承諾は有効であるとする。⑤動機に係る付随的な事情(特に行為者の同一性)の錯誤は、たとえば、医師Aが手術をしてくれることを望んでいる患者PからAにさせると騙して承諾を得て技量の同じ程度の別の医師Bに手術させたとか、牛の持ち主はXが屠殺すると欺かれて牛の屠殺を承諾したが実際にはYが屠殺したというような場合である。この場合には承諾は有効である。特に、前者のような事例においては、医師の技量は同じ程度である⁽⁴²⁾というのであるから医師が誰かということは理性的な患者の意思決定にとっては重要なものではないからである。

ロクシンは、以上のように欺罔に基づく承諾の有効性を論じたが、欺罔に基づかない単純な錯誤の場合には承諾は(たとえ法益関係の錯誤であっても)原則として有効であるとした。彼はその理由を以下のように説明する。承諾はすべて告知を必要とするものであり、客観的な解釈で明らかにできるものだけが告知されたものである。法益侵害に同意しないつもりで「(同意)しない(nicht)」という言葉を書き忘れたような表示の錯誤の場合には、有効な表示があったということから出発しなければならぬ。なぜなら、法は、法益主体が客観的に表示したものをその者の意思と考え、内心に留保されている思いはその者の意思とは考えないからである。こう考えても、被害者はいつでも同意を自由に撤回できるので十分保護される。もつとも、これには例外があり、表示の受け手である行為者が錯誤を察知し、ことさらそれを自分のために意識的に利用した場合には、行為者が被害者の承諾による犯罪不成立を主張するのは権利濫用であるので承諾は無効とされる。また、行為者が錯誤を察知していなくても、専門的知識を持っていて被害者の錯誤を取り除く法的義務を負っていた場合にも、承諾は無効とされる。これは、

とりわけ医師の説明義務の場合にそういえる。⁽⁴³⁾

さらに、脅迫による承諾についても、すべての脅迫が承諾を無効とするのではなく、被害者の自由な決定を著しく阻害するような強力な脅迫の場合のみ承諾が無効とされるとし、強要罪の程度の脅迫が加えられたか否かが限界基準になるとしている。アルツトとの違いは、アルツトは同意が第三者の脅迫によって得られた場合で行為者が第三者の脅迫を知らなかった場合には同意を有効とするの⁽⁴⁴⁾に對して、ロクシンはそのような場合、承諾は被害者の自由の表現と見ることはできないので無効であるとしている点⁽⁴⁵⁾である。

各事例群の詳細な検討は後述するが、まず緊急状態の錯誤の場合に脅迫の場合との類似性を指摘し無効となるとしたことは賛成できる。しかし、利他的目的の錯誤の場合に承諾を無効とし、反対に行為者の同一性の錯誤の場合に承諾を有効としたことには賛成できない。さらに、「規範的自律性」の有無という概念が、欺罔・錯誤が関係した事柄を、被害者自身の主観から離れて、事例を類型化して客観的に重要性判断を行うことを現わすものとして適切な概念なのかには疑問が残る。

三 生命・身体に対する罪の重要事例

ここまでの検討によって、被害者の承諾の有効性判断に関しては、被害者自身の重視した事柄についての意思の瑕疵かどうかで判断するのではなく、瑕疵が関係する事柄を類型化して客観的に重要性判断を行うこと⁽⁴⁶⁾によって有効性を判断すべきであることが明らかになった。すなわち、基本的に個々の構成要件で保護しようとしている法益の性質を基準として、法益を処分する意思があったといえるかどうかを問題にすべきである（法益関係の錯誤説）。そこで、以下では、具体的事例に則して有効性問題を考えることにする。まず、生命・身体に対する罪において、

従来から結論が争われてきた事例について検討する。

(1) 生命に関する錯誤

まず、「生命に関する錯誤」をどのように考えるべきであろうか。たとえば、実際にはそうではないのに、被害者を瘡であると三カ月の生命であると誤信させ、絶望した被害者の囑託を受けて殺害した場合、承諾は有効なのであるか。佐伯教授は、この場合、あと三カ月だから死ぬというのはあくまで動機の錯誤にすぎないが、生命とは抽象的に有か無かのものではなく、具体的な量的広がりをもったものであるので、このような錯誤も法益関係的であつて無効であるとしている⁽⁴⁶⁾。

しかし、このように考えることは、高価な壺を偽物と偽つて器物損壊に同意させた場合に「財産の価値」を問題にしたように、あとどれくらい生きられるのかに応じて「生命という法益」に価値の差を認めるといふ考え方にすぎないかという問題がある。この点につき、林美月子教授は「残りの生命についての欺罔・錯誤を法益関係的欺罔・錯誤とすることは、同一人物の中ではあつても生命の間に差を認めることであり、さらに第三者の生命についても同様の差を認めることにながりがかねないように思われる。やはり生命はどのようなものでも同じ価値であると考えべきであろう」としている⁽⁴⁷⁾。

生命法益は、余命があとどれくらいであるかとか、誰の生命であるかなどの量的なあるいは質的な価値の相対化を認めるべきではないので、「生命を処分すること」を認識している以上は生命法益の放棄について法益関係的錯誤はないとすべきである。

ただし、佐伯教授の主張が「法益の存続可能性（時間的長さ）の錯誤」は法益関係的錯誤であり、それは必ずしも「法益の価値の差」ということにはならないということだったのであるとすれば、両者の主張はすれ違っている

ということになる。そうすると、ここでの問題は「法益意義・法益価値の差」と完全に切り離された「法益の存続可能性の錯誤」というものを想定できるかということになるが、それは想定しにくいように思われる。

(2) 傷害罪における金銭的反対給付の錯誤

つぎに、動機・目的に関する錯誤に関連して、傷害罪における「(金銭的) 反対給付の錯誤」の事例を検討する。行為者が、最初からその気がないのに、殴らせてくれればお金を払うと欺いて、被害者に傷害を承諾させて殴ったが、お金を支払わなかったという場合に、行為者に①詐欺罪及び②傷害罪は成立するのであろうか。

まず、このような事例における詐欺罪の成否について検討する。この場合に対価を得るために殴らせるといって「労務(サービス)の提供」を財産上の利益と見ることがあるいは可能かもしれないが、通常は、「傷害に対する対価の支払いを欺罔によって免れたという債務免脱」が財産上の利益だとして二項詐欺罪の成否を問題にすることになるであろう。そうであれば、売春の対価の支払いを欺罔によって免脱する場合と同様に、詐欺罪の成立を肯定してしまつと「民法九〇条の公序良俗に反する反対給付請求権」を財産犯として処罰することを通じて保護することになってしまつので、この場合も詐欺罪の成立は否定されるべきであろう。

では、傷害に対する承諾を錯誤によって無効であるとし、行為者を傷害罪で処罰すべきであろうか。アルツトは、この問題に対して、「詐欺罪ですら処罰できないものを傷害罪で処罰するのは不当である」としていたが、⁴⁸⁾ 反対に、アメルンクは、「詐欺罪で処罰できないので、当罰性の高い行為について処罰の間隙を作らないためにも、傷害罪で処罰すべきである」としていた。⁴⁹⁾ では、どのように考えるべきであろうか。この点、主観的真意説によれば「反対給付を受けることができなことを被害者が分かっていたのであれば被害者は決して承諾しなかつたであろう」といえるので、承諾を無効として傷害罪が成立することになる。しかし、この場合に傷害罪の成立を認めることは問

題があるように思われる。このような事例においては、被害者にとっては身体法益の保護が問題ではなく、反対給付請求権が満足させられるかということのみが問題なのである。そうであるのに、この場合に傷害罪を成立させるということは、身体利益をその存在においてではなくその交換価値において傷害罪で保護することであることを認めることになってしまう⁵⁰⁾。たしかに、財産のような法益は、その交換価値も含めて法による保護の対象となっており、その限りでは「金銭的反対給付の錯誤」でも法益関係の錯誤といえるであろうが、傷害罪で問題となる身体という高度に人格的な一身専属的法益の保護は、金銭との交換価値として保護されるのではなく、自己目的としてそのものを自体を保護することとなければならないと思われる⁵¹⁾。

(3) 治療効果の錯誤（傷害罪における生命・身体的反対給付の錯誤）

さらに、傷害罪の成否に関して、個々の治療侵襲、たとえば注射をされることや手術の際に体をメスで切られること、あるいは抜歯自体には錯誤無く同意していたが、そのような注射や手術などによる治療効果について錯誤に陥っていた場合には傷害に対する承諾は有効であろうか。

ドイツで、このような治療効果の錯誤が問題となったケースとして「抜歯事件」がある。事案は、以下のようなものである。患者（被害者）は長年原因不明の頭痛に悩まされてきたが、その頭痛の原因を歯があると勝手に思いこんで、歯を抜けば頭痛が治ると信じこんでいた。ある時、歯医者（被告人）のもとを訪れて、抜歯を要求したが、被告人は頭痛の原因が歯からきているのではないと説明した。それにもかかわらず、被害者は被告人に執拗に抜歯を要求し、被告人はその懇請を入れて、医学的には何ら必要性がないにもかかわらず、抜歯した。裁判所は、傷害に対する被害者の承諾は、被害者の同意能力の欠如や医師の説明義務の不足などから有効でないと判断した⁵²⁾。

治療効果の錯誤の問題に関して、山口教授が基本的に法益関係の錯誤説を支持する見地から、身体法益について

以下のように述べていることが注目に値する。「人の身体は、個別の部分がばらばらに意味があり、ばらばらに保護されるのではなく、あくまでも全体として意味があり、全体として保護の対象になる。したがって、身体のある部分を保護するため、あるいは身体的利益の究極形態である生命を維持するために、身体のある部分に侵害を加える場合には、全体としての身体的利益（いわば、その個々の利害得失の総計）について、その侵害性を考える必要があることになるのである。それゆえ、健全な臓器を、病変に冒されており摘出した方がよいと欺罔して、同意を得て摘出した場合には、同意者は臓器の摘出自体には錯誤がないが、臓器の摘出による身体全体に対する効果について（改悪であるのに、改善であるとの）錯誤に陥っており、『法益関係的錯誤』が存在する⁸³。従って、抜歯や臓器摘出という「その個別の身体利益」の放棄自体には錯誤がなくとも、法益関係的錯誤になるといえる。

このような治療効果の錯誤は、先ほどの「金銭的反対給付」の錯誤と区別して、「生命・身体的反対給付」の錯誤とでも一応呼ぶことができるものである。個別の身体利益の放棄自体には錯誤がない以上、傷害罪で問題になる侵害されるその身体法益について法益関係的錯誤はなく、ただその個別の身体利益の放棄に伴ってもたらされる全体としての身体利益は改善するという法益放棄の見返りにについてだけ錯誤があったとも表現できるからである。

これは、手術などの治療侵襲は傷害罪の構成要件に該当し、被害者（患者）の承諾によって違法性が阻却される（いわゆる治療行為傷害説）のか、それとも、治療侵襲は（特に治療効果が上がった場合には）そもそも傷害罪の構成要件に該当しない（いわゆる治療行為非傷害説）のかについての理解にも関係するよう思われる。後者のような理解を前提とすれば、差し引きして健康利益の増進があった成功した治療侵襲の場合にはもはや傷害罪の保護法益である人の生理的機能の侵害がなかったわけであり、まさに全体としての身体利益が問題であるので治療効果の錯誤は傷害罪の法益関係的錯誤である。しかし、我が国で有力な治療行為傷害説からすれば、個別の身体利益の侵害については錯誤がない以上傷害罪の法益関係的錯誤はなく、それでもなおそのような場合の承諾を無効である

というならば、アルツトのように他の状況での傷害とは異なる「治療行為の特殊性」に鑑みて「例外として」治療効果の錯誤も無効となると表現すべきように思われる。⁵⁴⁾

(4) 傷害罪における行為者の同一性(侵害の相手方)についての錯誤

「行為者の同一性(侵害の相手方)についての錯誤」を法益関係の錯誤と見るかどうかについて法益関係の錯誤説を採用する論者のなかで争いがある。

ちなみに、民法において、人違いが要素の錯誤になるかという問題は、契約の性質や債権者債務者のどちらであるかによって判断が異なる。たとえば、贈与や消費貸借、賃貸借など個人に重きをおく契約で「誰に贈与するか」「借り主は誰であるのか」は決定的に重要な事項であり要素の錯誤になるが、(信用売買など継続的な関係を残さない)一回きりの現実売買であれば「相手方が誰であるか」の錯誤は要素の錯誤にあたらないといわれている。⁵⁵⁾

刑法でも、まず性的自由に対する罪においては「誰と性的行為を行うかについての自由」が法益であるので、赤の他人である行為者を夫と錯誤している場合が法益関係の錯誤にあたることについては異論はないであろう。これは、器物損壊罪のように財産法益に関しても、同じようにいわれている。問題は、「傷害罪」において、行為者の同一性の錯誤が法益関係の錯誤にあたるかである。

この点、佐伯教授は「教授が執刀すると思つて手術に同意したが医学実習生が執刀した(但し、両者の執刀に手術の効果や安全性にとって差異がなかった)」という場合には、行為者の人違いは傷害罪との関連では法益関係の錯誤ではなく承諾はなお有効であるとしている。その理由は、傷害罪は患者の身体を保護するものであつて患者の単なる好みを保護するものではないという点に求められている。⁵⁶⁾

しかしながら、身体傷害の場合であっても性的自由や財産の場合と同じように、同意の相手方に関する錯誤は、

法益の処分権（誰の侵害を許すかについての自由）をも法益の中に含めて考えるならばやはり法益関係の錯誤ということになる。被害者の意思が「甲になら殴られてもよい」というものであった場合、甲以外の乙が被害者を殴ることは、やはりその傷害は被害者の承諾によってはカバーされていないといふべきではないであろうか。もちろん、被害者が法益を放棄する際に、行為者を特定せずに「誰でもかまわない」という包括的な同意を与えることはありうるが、それは別問題なのである。

(5) 利他的目的の錯誤

つぎに、利他的（博愛的）目的の錯誤の有効性についてどう考えるべきであろうか。具体的には、たとえば、熱狂的なファンに高く売るつもりで献血週間だと騙して承諾を得てテレビタレントから採血したとか、医学の進歩に役立つ重要な実験だと騙して承諾を得て傷害を負わせたといったような場合である。

前述したように、ロクシンは、この場合には採血や人体実験そのものには錯誤はなく、傷害の法益関係の欺罔はないが承諾を無効とすべきであるとし、その理由を、全体のプロセスは被害者の行動の自由の現れとはいえず、むしろその意思に反しており、そのような承諾は被害者の自律の現れではなく、他人に決定されたものだからであるといふことに求めている。⁽⁵⁷⁾

また、我が国でも、森永氏は、確かにこの類型では直接的に法益侵害の甘受が義務づけられているわけではないが、献血や医学実験は国民あるいは人類の人間らしい生活にとって不可欠であることは社会的にも法的にも承認されており、このような献血や医学実験に伴う法益侵害は国民の誰かが甘受しなければならない不利益なのであり不可欠の連帯なのであるとして、社会的連帯感の不当な利用は重大であり承諾を無効とするとしている。⁽⁵⁸⁾

金銭的反対給付に典型的なように、通常、被害者は自分にとっての何かの利益を追求するために法益放棄に賛同

する。これに対して、利他的目的の錯誤とは、被害者が自分には何らの利益も生じないことを認識して、社会連帯の観点から、利己的な動機ではないという意味で社会から高く評価されるであろう博愛的精神のもとで法益放棄を決定した場合である。これを一般的な動機・目的の錯誤の中でも特別な類型と見ようというのは、すなわち、利他的・博愛的目的が利己的な目的に比べて大切なものであるのでその不達成には特別な意味を持たせたいということであろう。しかし、林美月子教授も指摘しているように、そもそもなぜこのような目的を達成すべきなのか、なぜ特別視すべきなのかの根拠が明らかではない⁵⁹、また、この類型の承諾の無効を認めることは、結局のところ傷害罪の保護法益として、身体利益以外に、それと引き替えに目指されるところの崇高な博愛の精神も含まれるとしていることに他ならず、不当である。

(6) 緊急状態の錯誤

最後に、緊急状態の錯誤を検討する。ここでいう緊急状態とは、刑法三七条の緊急避難に準ずる状況のことであり、この場合の承諾の無効は脅迫によって得られた承諾の場合とのアナロジーで説明される。たとえば、山口教授は以下のようにいわれる。同意が脅迫によって与えられた場合には、その同意は存在するとしても明らかに無効である。それは、法益主体の意思が抑圧されており、その同意は自律的な意思決定によるものではないからである。脅迫による同意の獲得は、法益主体又はその近親者等による加害の告知により、法益主体の意思を抑圧し、加害を避けるために自己の法益に対する侵害を受忍させることである。だとしたら、緊急状態の錯誤もそれと同じようなものといえるのではないか。なぜならば、法益主体自身の他の法益への害もしくは他者の法益への害をさけるため、法益主体に問題となつている法益を処分するしかないと錯誤させ承諾を得た場合には、法益主体は承諾するにあつて意思を抑圧されており、自由で自律的な意思決定をすることができない状態で承諾したといわざるをえないか

らである。⁽⁶⁰⁾ また、齊藤教授も、規範的自律性説の立場から、以下のようにならわっている。緊急状態の錯誤は、自身又は他人が今緊急な状態におかれており、この状態からは自分の利益を犠牲にするという緊急避難に似た行為によって抜け出すことができる、と騙されている。そこで、この場合に承諾した者は心理的に追いつめられた状態におかれており、ちょうど脅迫され心理的に追いつめられた状態にある者と同じような心理にあるといえる。そこで、この場合の承諾は無効と解されるのである。⁽⁶¹⁾

さて、このような緊急状態の錯誤は、以下の三つの類型に整理することができる。すなわち、そのような状況が現実であれば、他人の利益と自分の利益が現在二律背反の関係に立っておりどちらかを犠牲にしないともう一方が救えないのであるが、(a) 真実ならば、被害者の承諾がなくても、正当防衛あるいは緊急避難として違法阻却が可能な場合、(b) 他人の法益が現在危険にさらされていることが仮に真実だとしても、被害者の承諾なく緊急避難として正当化することができない場合、(c) 被害者自身の法益と別の法益が二律背反の関係に立つ場合（準緊急状態の錯誤）である。まず、(a) 真実なら承諾がなくても違法阻却が可能な場合は、たとえば、猛獣を自宅の檻で飼育している飼い主（被害者）が外出中に、行為者は電話で猛獣が檻から逃げて人を襲っていると述べて飼い主を欺罔し、飼い主の同意（器物損壊への同意）を得て猛獣を射殺した（猛獣射殺事例）などである。つぎに、(b) 真実としても同意がなければ違法阻却できない場合は、たとえば、母親（被害者）に彼女の子供が事故にあつて目に傷害を受け視力維持のためには角膜移植が必要であると行為者は欺罔し、一方の眼球の角膜を子供のために提供することに同意させて（傷害への同意）、それを摘出したが実際には角膜移植は全く不要でありその角膜は廃棄された（角膜移植事例）などである。さらに、(c) 同一人の法益における緊急避難の錯誤は、たとえば、医師が手術をしなければ生命・身体に重大な危険が及ぶと、実際には手術の必要性がないのにあるかのように欺いて患者の承諾を得た場合（緊急手術事例）などである。⁽⁶²⁾

この問題について、特に(a)の場合の説明をめぐって対立がある。まず、山口教授は、このような場合は法益関係の錯誤に他ならないとする。山口教授の議論の出発点は、欺罔された緊急状態が本当に存在した場合、たとえ意思が抑圧されて同意するしかない状況で行った同意であっても同意は有効と解さなければならぬはずであり、緊急状態の欺罔の場合において承諾が無効とされることを意思が抑圧された状態での同意だったからと説明することはできないということである。そして、無効とされる脅迫による同意の場合と有効とすべき現実に存在する緊急状態における同意の相違を、前者においては行為者自身がその支配下において回避可能な緊急状態を生じさせているのに対し、後者においては行為者以外の事情(人・自然状況等)により緊急状態が生じていることに求められ、結論として、前者においては、本来制約されていない(制約されるべきではない)自由を人為的に制約しているから同意は自由になされたのではなく承諾は無効となるのに対し、後者においては緊急状態において制約された法益主体の自由がまさに行使されたと見ることができるので承諾は有効となりうるのであるとされている。それ故、猛獣射殺事例の場合、現実にそのような状況が存在したなら緊急避難や正当防衛ができるのであればそのような状況下では法益の価値は客観的に制約され低く(なく)なっていると、猛獣の法的価値が実際にはある(高い)の低い(低い)と錯誤した法的価値についての錯誤(正確にはその価値を基礎づけている事情についての錯誤)なので法益関係の錯誤であり、実際には価値が制約されていない猛獣射殺への同意は存在しないとされる。⁽⁶³⁾

これに対して、山中教授はこの場合でも法益の絶対的価値について錯誤はなく、価値的に拘束された動機の錯誤によりその相対的価値について錯誤しただけであって、この場合の承諾者は法益が保護を要しないものとは思ってはならず、要保護性があるのにないと思つたときに初めて法益関係の錯誤があるといえらるるとし、この場合に承諾は無効とできるがそれは被害者の価値的に自由な判断によるものではないからであって、あくまで法益関係の錯誤説の例外として承諾を無効とできるだけであると説明する。⁽⁶⁴⁾

思うに、両者の対立点は、緊急状態下における法益を「すでに価値がなく（あるいは低く）なっている」と表現するか、それとも「（絶対的な）価値は変わらない」と表現するかによる。これが法益関係の錯誤そのものと位置づけるか、その例外として無効となる場合と位置づけるかに影響するのである。前者のような考え方は、表現の仕方は正当防衛の場合の正当化を「法益欠缺」的に説明することの延長線上にあるのであろう⁶⁶。しかし、正当防衛として反撃されうる状況におかれているからといって、法益の（絶対的）価値そのものが低く（なく）なっていると表現することには疑問がある。

ただし、山口教授が正当にも指摘されるように、緊急状況が仮に現実であったとしたら選択の自由が狭められた状況での被害者の決断であったとしても承諾は有効となりうるであろうから、緊急状態の欺罔の場合に承諾が無効となることの理由を単に「被害者の意思の抑圧」だけに求めることはできない。現実に緊急状態が生じていた場合と緊急状態の欺罔の場合の相違は、被害者の決断の基礎となった緊急状態が行為者以外の人や自然状況から生じていたのか、それとも（現実には存在しないが、被害者が決断するにあたって前提とした緊急状態が）行為者から生じていたのかということである。その意味で、脅迫の場合と同一である。また、通常の目的の欺罔と緊急状態の欺罔との相違は、前者がたとえば金銭的反対給付など利己的な動機を欺罔者が設定し、法益を（放棄せざるをえないというわけではないが）放棄してもよい、放棄してでもそのような目的を追求したいという気持ちにさせるだけなのに対し、後者は法益を放棄せざるをえない、選択の余地はないというところまで被害者の意思（選択の自由）を抑圧するのである。したがって、「選択の自由の抑圧の程度」と「その抑圧の原因性（設因性）」の両面について、緊急状態の欺罔と脅迫の場合はパラレルにあり、緊急状態の欺罔の場合は無効とされうることになるのである。したがって、この場合に承諾が無効とされることの説明として、「抑圧の原因性」の観点を明示しない山中教授の見解にも疑問が残る。

脅迫の場合には、「死にたくなければお金を出せ」と脅すように、ある法益(たとえば財産)を放棄させるために別の法益(たとえば生命)に向けて脅迫を加える、つまり脅迫が向けられる方向は放棄させる法益とは別の法益に向いているのと同様に、緊急状態の欺罔の場合も欺罔が向けられた法益(猛獣射殺事例でいえば、公衆の安全)は放棄させようという法益(猛獣という財産)とは別のものに向いているのであり、欺罔が直接問題となる法益そのものに向いている場合とはいえないのだから、やはり法益関係的錯誤ではなく、法益放棄の動機・目的に関する錯誤が脅迫との類似性により承諾を無効とする例外の場合と表現すべきように思われる。⁽⁶⁶⁾

四 自由に対する罪の重要事例

つぎに、自由に対する罪、具体的には、監禁罪、住居侵入罪、準強姦・強制わいせつ罪において、被害者の承諾の有効性が問題となる重要事例について検討する。

(1) 監禁罪

(a) 監禁罪の保護法益

監禁罪の法益は、「人の身体活動(場所的移動)の自由」である。⁽⁶⁷⁾これについて、我が国では可能的自由説と現実的自由説の対立がある。一般に、前者は、もし移動しようと思えば移動しうる自由を法益と考え、後者は現実に移動しようと思ったときに移動しうる自由を法益と考えるといわれている。⁽⁶⁸⁾

この点、佐伯教授は可能的自由説を支持される。仕事をしていて知らない間に部屋に閉じこめられた者が、途中で閉じこめられたことに気がついたけれども仕事を済ませてから逃げ道を探そうと思った場合、実際に逃げ道を探

し始めるまで監禁罪が成立しないというのは奇妙であり、現実的自由説がそこまではいわないのだとすればその限りでこの説も可能的自由も法益と考えていることになる。また、XがAを部屋に閉じこめようとして逃げようとするAを逃がすまいと殴って気絶させた場合、Aが目を覚まして逃げられなかったことに気づくまで監禁罪は成立しないというのも奇妙である。さらに、XがAを部屋に監禁した場合、夜になってAが眠ってしまったらその間監禁罪が中断してしまうというのも妥当でない。本罪の法益は、可能的自由で十分であり、被害者が自由拘束を認識している必要もなく、泥酔者や熟睡者に対する監禁も成立しうる⁶⁶⁾。

これに対して、山口教授は現実的自由説を支持される。移動の意思が生じないことが移動の不可能性の認識に基づくのではなく、その他の任意な意思決定に基づく場合、被害者に移動する意思が生じないならばあえて処罰範囲に取り込むまでもなく現実に移動の意思が生じた場合にはじめて可罰性を肯定すれば足りる。監禁された部屋の中でかねてより観たいと思っていたテレビ番組が始まったためにもかくテレビを観ようと考えた場合のように、その場にとどまることが被害者の現実の意思にかなう場合にまで被害者の（潜在的な）他の行為の選択肢が制約されていたとして逮捕監禁罪を成立させる必要はない。被害者が寝てしまうと監禁罪が中断するののかという問題については、家から出たいが出ることができないからしようがなく寝るといふ場合には移動しない意思が移動の不可能性の認識に由来するので本説からも監禁罪は成立するのである⁶⁷⁾。

両説の対立は、被害者に①そもそも移動の自由が制約されていることの意識がない場合と、②移動の自由の制約についての意識があっても任意な意思で移動しようと思わない場合にまで監禁罪の成立を認めるべきかどうかである。③移動の自由の制約についての意識があるが、移動できない状況におかれているのだからと考えて移動しようと思わない場合には、両説のいずれからも監禁罪が成立するとされている。たとえば、「エレベーターのスイッチを切って停電中であると欺いて閉じこめた場合」であれば、可能的自由説からはもちろん現実的自由説からも監禁罪

が成立する。なぜなら、閉じこめられた被害者は移動の自由が奪われていることを現実に認識しており、移動が不可能だからあきらめて移動しようと思わない場合はその場にとどまることを自由な意思により承認しているのではなくやむをえずに甘受せざるをえないと思っただけなので、移動の意思を現実に起こさないことが被害者の自由な意思に基づくものとはいえず、結局被害者の移動の自由が現実には侵害されているといえるからである。そこで、

①部屋の中で仕事に熱中している人を監禁するために閉じこめたが被害者がそれに全く気づかなかつた場合や、②被害者がそれに気づいたがともかく仕事を済ませようと考えすぐに脱出の意思を起こさなかつた場合に、監禁に気づいて、あるいは仕事を済ませて、現実に移動の意思を生じてからはじめて監禁罪が成立するのか、それとも客観的に被害者が移動できない状況を行為者が設定し、被害者の潜在的な移動の自由が損なわれたときからすでに同罪が成立していると考えべきかが問題になるのである。潜在的な他行為の選択可能性までを広く監禁罪の法益と考えるのは妥当でなく、逮捕監禁罪は移動の自由の侵害を本質とする侵害犯であるが、被害者が自由剝奪の意識がなかつた場合やそれを認識していても任意に自由な意思で移動の意思を起こさなかつた場合には、可罰的なまでに被害者の移動の自由は侵害されなかつたと考えるべきである。確かに監禁罪は継続犯であり、身体活動の自由が拘束されている限り犯罪は継続するが、現実の自由剝奪の意識を要件とすれば、眠っている間は監禁罪は中断するのではない。現実の自由剝奪の意識は監禁罪継続中常に必要なのではなく、一旦自由が剝奪されているという意識が成立した以上、自由が回復されたという意識を持たない限りは自由剝奪の意識は継続しているといえるべきだからである。

(b) 偽計による監禁

偽計による監禁について、以下の判例への評価に争いがある。被告人は自己の経営する飲食店の接客婦(被害者)

が逃げたので連れ戻そうとし、入院中の被害者の母親のもとに行くことと誤信させて、あらかじめ被告人宅へ行くように指示してあったタクシーに乗り込ませ、被害者がだまされたのに気づいて車外に逃げ出すまで走行させた。被害者が、騙されたのに気づかずに乗乗していた間も監禁罪が成立しているかが問題になったが、最高裁は車に乗車させた時点からの監禁罪成立を肯定した。⁽⁷²⁾

佐伯教授は、この事例に関して、まず、監禁は高速で走行し脱出が困難な車内に被害者をおくことで成立するのであり、偽計はこのようにして監禁状態に陥れるための手段であって監禁それ自体の手段ではないことを指摘し、以下のように述べている。監禁罪の法益は可能的自由であり被害者は監禁の事実を認識している必要はない。もし降りたくなれば停車して降ろしてくれると思つて車に乗ったが運転手には降ろすつもりがなかったならば監禁への承諾は法益関係的錯誤として無効であり、被害者の認識とは無関係に車が走り始めたときから監禁罪が成立する。⁽⁷³⁾

これに対して、山口教授は、被害者の現実の意思ないし抑圧された意思に反して移動の可能性が侵害されたときに監禁罪の成立を認めるべきなので、移動不可能性の認識によつて滞留する意思が生じた場合のみ監禁罪が成立しうるとして、この事案では、停車を求めた以前は降車できないという認識によらずに乗車している意思がある以上監禁罪は成立しえないので、停車を求めた時点以降についてのみ監禁罪が成立するとしている。⁽⁷⁴⁾

現実的自由説にたち、監禁成立のためには被害者に自由剝奪の意識が必要であるとするならば、乗車してからだまされているのに気づいて被害者が停車を求めたまでの間の自由の制約は、そもそも監禁罪でいうところの監禁に当たらないのであるから「被害者の承諾の有効性」の問題は厳密には生じない。走行中の車からは降りられないと思つているだけでは自由剝奪の意識が生じているとはいえず、タクシーなのでいつでも降ろして下さいといえば車を止めてそこから出ることができると意識している以上、自由剝奪の意識は生じていなかったといえよう。⁽⁷⁵⁾

(c) 社会的意味の錯誤——洞窟事例

佐伯教授は、以下の四つの事例で、監禁罪が成立するかという問題を設定した。XはAに心理実験のため地下洞窟に一人で一週間暮らしてくれと依頼し、Aはこれを承諾して暮らし始めた。①法益侵害の有無の錯誤…望めばすぐに出してもらえらると思っていたが、梯子が取り外されて一週間出られない状況にあった。②量的程度の錯誤…出してくれと頼めば半日ぐらいで出られるといわれていたが、Xは一週間出す気はなかった。③金銭的反対給付の錯誤…報酬がもらえらるといわれていたが、Xは払う気がなかった。④社会的意味の錯誤…心理実験といわれていたが、Aを裁判で証言させないためのXの策略だった。⁷⁶⁾

この事例について、佐伯教授は、以下のように述べている。⁷⁷⁾ ①では、被害者は出たくなれば出られるという可能的自由を留保して承諾しており、自分の可能的自由が制約されていることの認識がなく承諾は無効である。②では、自由の制約の程度について被害者に錯誤があり、これは法益関係の錯誤であって承諾は無効である。これに対して、③は監禁罪の法益関係の錯誤ではなく承諾は有効である(ただし、二項詐欺が問題になる)。問題は、④についてであり、ブロイは、被害者は監禁の社会的意味を錯誤しており、このような行為の社会的文脈は法益についての処分の自由と分かちがたいものであるので、社会的意味についての錯誤があれば自然的意味について錯誤がなくても被害者の自律性 (Autonomie) が侵害され、承諾は無効であるとしている。⁷⁸⁾ しかし、立ち去ることができさえすればどのような目的で立ち去るかには監禁罪の関知するところではないのと同様に、立ち去らないことに承諾すればその目的や社会的意味は監禁罪の成立と無関係と考えるべきであって、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つながってしまうので、この場合も法益関係の錯誤ではなく承諾は有効である。結局、佐伯教授は、①②は法益関係的③④はそうではないとしていたのである。自由剝奪の社会的意味(それが心理実験なのかどうか)は、監禁罪の保護法益の中身であると考えべきではないの

で、佐伯教授の見解が妥当であると思われる。

(2) 住居侵入罪

(a) 住居侵入罪の保護法益 住居の平穩説と(新)住居権説

住居侵入罪における保護法益については、今日では、住居の平穩説と(新)住居権説の争いがある。まず、住居の平穩説によれば、事実上の住居の平穩に関する錯誤が法益関係の錯誤である。しかし、そもそもこの説からすれば被害者(居住者)の承諾はそれ自体で意味のあるものではなく、行為者の立ち入り行為の目的や態様が住居の平穩を害するものかどうかが決定的であり、居住権者の意思はせいぜい平穩侵害を判定する際の資料にすぎないことになる。⁷⁹⁾これに対して、(新)住居権説は「誰を住居に入れ誰を入れないかの決定の自由」を法益と見る。佐伯教授によれば、誰というのはどういう人物かということであり、その場合「顔」は重要であるが、「属性(セールスマンか強盗か)」は重要でない。友人が来たので、遊びに来たのだと思って家に入れたら、その日は借金返還の催促に来たという場合も住居権説からは法益関係の錯誤でない。⁸⁰⁾

以上を、①セールスマン甲を夫乙と誤信して立ち入りを許可した(二人の顔・人格の混同)場合と②甲をセールスマンだと思って立ち入りを許可したら強盗だった(一人の人格のなかでの属性、目的、中に入ってから何をするかかの錯誤)という二つの典型的な事例で整理すると、住居の平穩説は、法益を住居の平穩と解するので強盗目的か否かあるいは凶器をもっているか否かという点が決定的であり、①は法益関係の錯誤でないので有効であるが②は法益関係の錯誤で承諾は無効となろう。他方、(新)住居権説は、誰を住居内へ入れ誰を入れないかについて決定する自由を法益と解するので、①は法益関係の錯誤で無効であり②はそうでないのでなお有効ということになる。

しかし、住居の平穩説は、前述したように平穩を害する態様の侵入かどうかを問題にするので、厳密には承諾の

有効性の次元で問題を解決しようとはしないであろう。真に承諾の有効性が問題なのは住居権説にたった場合で、しかもそれと主観的真意説の基準が併用された場合にこの罪の適用領域が非常に広汎になるということなのである。

(b) 住居の秘密領域の錯誤

ドイツでは、麻薬を買いたいと欺いて秘密捜査官が住居の立ち入りの承諾を得て住居に立ち入った場合に住居侵入罪を認めた事案がある。これについて、個人の住居においては住居権は一定の空間に対する支配権だけでなく秘密領域に対する支配権が問題であり、立ち入り許可が住居の秘密に対して持つ効果が明確に認識されている場合のみ任意の法益処分があるといえるので秘密領域の侵害についての錯誤は法益関係の錯誤であるという説がある。⁽⁸¹⁾これに対し、我が国の法益関係の錯誤説の論者は秘密領域の侵害への錯誤がある承諾をなお有効としている。まず、佐伯教授は、住居侵入罪は入り口での出入りのコントロールを通じてのみ秘密領域を保護しているだけであって、法益とその社会的機能は一応別であると⁽⁸²⁾する。また、山中教授は、住居の秘密が法益であつても、立ち入りに同意した時点でその顧客に対しては秘密という法益の放棄があると⁽⁸³⁾する。さらに、林美月子教授も、住居侵入罪が私的領域を保護しているとしても、それは誰を入れるか入れないかのチェックを通じてであり、このチェックをパスした者は一定の私的領域に入ることを許可されているのであつて、捜査官や強盗は秘密を侵害しやすいかもしいれないがチェックをパスした者は秘密領域に入ることは許可されている⁽⁸⁴⁾としている。住居侵入罪は住居への立ち入り行為時のその立ち入り行為だけを問題にするものであるし、侵入後の住居内で侵害されるおそれのある秘密のような実質的利益が住居侵入罪で保護されるべき法益の中に含まれるといえるかには疑問があるので、後者の考え方が妥当であろう。

(c) 緊急避難類似状況の錯誤

これは以下のような場合に問題になる。司法作用を守るため住居権を犠牲にするよう欺いた場合で、実際にあった事例として、被告人が喧嘩した米兵を追いかけられるため、ビル内の会社の従業員に対し自分は憲兵隊の者で捜査のために立ち入りを求めていると信じさせて建造物に侵入したというものがある。裁判所は、暴行目的であることについての錯誤であるとして従業員の建造物への立ち入りに対する承諾を無効としたが、従業員からすれば、犯人逮捕という緊急状態で逮捕利益と建造物の平穩の利益を比較衡量して同意せざるをえないと判断した点で緊急状態の錯誤といえよう。⁽⁸⁵⁾

(3) 準強制わいせつ・準強姦罪（性的自由に対する罪）

(a) 法益関係の錯誤（行為者の同一性の錯誤と性交であることの錯誤）と目的の錯誤

暴行や脅迫を被害者の反抗抑圧の手段として利用しなければ強姦罪や強制わいせつ罪は成立しないので、欺罔による場合は「抗拒不能状態」での性交として準強制わいせつ・準強姦罪（刑法一七八条）の成否が問題になる。ここで、強姦罪や強制わいせつ罪の法益は「誰と性交をするかの自由」であると解されるので、①行為者の同一性の錯誤と②性交自体（行為の意味）の錯誤が法益関係の錯誤ということになる。①の例としては、行為者（他人）を夫と勘違いしたので性交を許したという場合が考えられるし、②の例としては、医師が治療を装って性交したという場合が考えられる。⁽⁸⁶⁾ 単純な性交なのか、それともこれは治療行為なのかということの錯誤は、この罪における法益関係の錯誤なのである。これに対して、目的についての錯誤はこの罪における法益関係の錯誤ではない。以下のような判例がある。プロダクション取締役が、モデルになるためには全裸になつて写真撮影されることも必要であると誤信させ、被害者を全裸にして体に触つたという事案である。⁽⁸⁷⁾ モデルになるために必要なことであるか否か

という被害者が追求した目的は、本罪の法益の中身として考えられないので、承諾は有効であると考えべきであろう。

(b) 緊急状態の錯誤

さらに、性的自由に対する罪においても緊急状態の錯誤が問題になる。この場合には、被害者が行為者と行おうとしている行為が性交であるということは認識している。しかし、林美月子教授によれば、凶器を突きつけて性交を承諾させても強姦罪であるように、性交しなければ生命に危険のある手術をしなければならなくなると欺罔して性交した場合は準強姦罪になるという⁽⁸⁸⁾。判例では、梅毒の治療行為と偽って性交した場合に準強姦を肯定し、子宮が曲がっていて将来流産しやすくなるので霊感療法で治療すると欺いて性交した場合に準強姦を否定した⁽⁸⁹⁾。林美月子教授によると、前者は既に病気に罹患していると欺いたので、性的自由を放棄してでも身体を守ろうという緊急避難類似状況（緊急状態）の錯誤であるが、他方、後者は将来の危険にすぎず現在すでに緊急状態にあるとの欺罔でないので緊急状態の錯誤とはいえず、したがって自由な意思決定と認定したのであって判例の結論は是認できるとされている⁽⁹¹⁾。

五 刑法における被害者の承諾と民法における意思表示

(1) 法律行為説とそれからの脱皮

さて、刑法における被害者の承諾と民法における意思表示は、どのような関係に立つのであろうか。仮に、刑法における被害者の承諾を民法における法律行為（意思表示）と考えるならば、以下のような性質を持つものとされ

るであろう。被害者の承諾とは、行為者に法益侵害の権利を与える法律行為であり、それは私法上の制度であるので、その有効要件も「民法のルール」に従って判断されることになる。すなわち、被害者の承諾が有効とされるために必要な被害者の「同意能力」は法律行為における「行為能力」によって規定されるし、被害者の錯誤や行為者による欺罔・脅迫に基づく瑕疵ある承諾の有効性も民法の意思表示における「錯誤・詐欺・強迫のルール」に従う。被害者の承諾が有効とされるためには外部的に表示されることが必要かという問題は、被害者の囑託や承諾が、申込みと承諾の合致という契約の一方の側の意思表示ととらえるにせよ、仮に単独行為ととらえるにせよ、単なる内心の意思というだけでは不十分であり、(たとえ黙示的なものにせよ) 外部的な表示は必要不可欠である。

しかしながら、民法における意思表示ならば、いったん意思を表明した以上それを取り消したり解除するためにはある一定の要件を満たさなければならないが、刑法における被害者の承諾は被害者がいつでも自由に(特別な理由なく) 承諾を撤回することが可能ならずである。実際にも、二〇世紀ドイツ刑法学における被害者の承諾の有効性に関する議論の展開は、「刑法における被害者の承諾は被害者の主観的な法益の放棄であり、それは刑法独自の制度であって私法上の法律行為ではない」という理解が有力になるにつれて、同意能力や瑕疵ある承諾の有効性の基準も民法における意思表示論には拘束されずに独自の議論がされるようになっていったのである。

この点につき、アメルンクは、刑法における承諾と民法の意思表示は、以下のような性質の相違から別の次元のものと思なされなければならないとしている。民法における意思表示は、当事者の将来の期待が結びついたものであり、意思表示者は過去自分が行った意思表示に拘束される。相手方の将来の計画への配慮から、意思の瑕疵による取消はできるだけ制限されることが望ましい。それに対して、刑法における承諾は、当事者の将来の期待を保証するものではなく、同意者は承諾したまさにそのときには法益維持に価値を置いていなかったという情報を相手方に伝えるだけのものではない。同意者は過去自分が行った承諾に拘束されず、いつでも自由に承諾を撤回できる。

アメルンクはこのように述べて、もし刑法における承諾が民法における意思表示の系列事例であるならば、承諾の有効性に関しては民法の錯誤に関するルールに従えばよいだけであるが、決してそうはいえないので刑法独自の基準が必要となるとしていたのである。⁽⁹²⁾

(2) 欺罔の有無別説と民法の錯誤・詐欺規定

このように、少なくとも表面上は「刑法の承諾の有効性」の議論は「民法の錯誤論」とはその目的と機能の違いから相互に独立したものであるとされ、現実にも、刑法においては、承諾の有効性に関する議論は民法の錯誤論との関連性をあまり重視することなく今日まで議論が展開されてきたといつてよい。

しかしながら、承諾の有効性に関する刑法の議論が民法の詐欺や錯誤の理論と全く無関係であるとは必ずしもいえない。たとえば、ドイツの通説といわれる「欺罔の有無別説」⁽⁹³⁾は、「一方で、行為者の欺罔に基づかない単純な錯誤の場合には動機の錯誤ならば承諾はなお有効であるとしながらも、他方で、行為者が欺罔を行った場合にはたとえ動機の錯誤でも承諾は無効になってしまう」とするのであるが、この見解は、山中教授によれば、ドイツ民法一二三条（詐欺）と一一九条（錯誤）の規定が以下のように読まれていることに起因しているとされる。⁽⁹⁴⁾ドイツ民法一二三条の第一項は、悪意の欺罔と不法な脅迫によって決意させられた者は表示を取り消しうるとし、ここでは錯誤に関するドイツ民法一一九条第二項のように「取引において本質的であると見なされるような性状、人、または物に関する錯誤」のみを内容の錯誤であると見なして、純然たる動機の錯誤の場合は取消しの対象にならないという趣旨は書かれていないから、民法においては欺罔の場合の取消しは動機の錯誤にも及ぶのである。このことは、我が国の民法の議論に引き寄せて言い換えるならば、「（動機表示構成によれば動機が表示されて意思表示の内容になつていない限り）単純な錯誤の場合には動機の錯誤は取消しの対象にならないが、詐欺の場合には、錯誤は相手

方が作りだしたものであるから動機の表示を要求すべき理由がないので結果として動機の錯誤でも取消しできる」というように民法の錯誤と詐欺の規定が読まれていることが実質的な根拠になっているのであろうと思われる。さらに、もう一つ加えるならば、単純な錯誤の場合と異なり特に詐欺の場合には、「欺罔という行為の悪性に鑑みて詐欺者にサンクションを加えるという意味もあるが故にたとえ要素の錯誤がなくても取消することができる⁽⁹⁵⁾」というように民法上いわれていることが刑法における承諾の有効性判断での欺罔の有無による区別に影響しているようにも思われる。

六 承諾論と帰属論及び間接正犯論との関係

(1) 承諾論と帰属論における「被害者の瑕疵ある意思」

さて、我が国では、承諾の有効性判断は、行為者による欺罔のある場合を暗黙の前提として議論が組み立てられており、被害者の単純な錯誤の場合でも同じなのかについては十分に議論がなされてこなかった。しかし、考えてみると、行為者による欺罔の有無や単純な錯誤の場合の被害者の落ち度といった事情は、承諾の有効性という承諾論の次元だけでなく、帰属論の次元でも問題にされる。これらの事情をどの次元で取扱うかは、特に「行為者の欺罔に基づかない被害者の単純な表示の錯誤」の場合をめぐって、行為者の不可罰をどこから導くかという問題を主たる関心事として議論がなされてきたのである。

この点、アメルンクは、承諾論と帰属論との関連について以下のように述べている。「欲する者に対しては侵害はない (volenti non fit iniuria)」という原則は、まず、正当化(違法阻却)の効果が与えられる「被害者の承諾論」に関係している。しかし、同時にこの原則は、被害者は承諾することによって法益侵害を自分自身に帰属させるの

で、侵害者は答責的ではありえないという意味で「帰属論」にも関係する。意思の瑕疵は、この両方に影響する。まず、意思の瑕疵によって被害者の承諾が無効になるならば行為者の法益侵害は違法になる。同様に、被害者の賛同意思が欠如しているならば、同意によって法益侵害は被害者自身に帰属されるとはいえなくなる。では、行為者に帰属されるのかといえればこれは直ちにそうであるとはいえない。たとえば「錯誤に陥ったことについての被害者の落ち度」のような被害者自身に法益侵害を帰属させる他の根拠がありうるかもしれないし、反対に、たとえば「行為者が欺罔した」などの行為者に法益侵害を帰属させる他の根拠もありうる。したがって、法益侵害が瑕疵ある承諾に基づいてなされたならば結果が行為者と被害者のどちらに帰属するかという問題は未解決なままである。同意に基づく法益侵害には、行為者と被害者という二人の人が関与している。このことは同意に瑕疵があった場合にも妥当する。それ故、意思の瑕疵の場合に誰に法益侵害を帰属させるべきかという問題は、以下の点を考慮して解決されるべきである。被害者が過ち（不注意）を犯していないとしても、なお法益侵害がそれによって自動的に行為者に帰属されるべきであるということにはならない。むしろ、行為者への帰属を根拠づける状況がまず確定されなければならぬ。これができないならば行為者に刑法上の答責性を負わせることができず、結局、被害者は負担を負わされ続けるのである。それ故、被害者が過ち（不注意）を犯したのか否かという問題はもはや度外視される。「行為者に法益侵害を帰属させることができるか否か」ということだけに専心すれば十分なのである。行為者に法益侵害が帰属されるかという問題にとつては、「（瑕疵があるにせよ）被害者の賛同意思が法益侵害を支えているという特別な状況」が受け入れられなければならない。たしかに、被害者の価値体系に合致しないような瑕疵ある承諾は承諾の有効性については無効であるということが直ちにいえる。しかし、行為者への帰属においては、「行為者は、通常、被害者の表示（同意）に瑕疵がないことを信頼してよい」という事情が考慮されるのである。⁹⁶

アメルンクはこのように述べているが、彼のように同意の有効性を広く否定した上で行為者の可罰性は帰属論の

次元で調整すればよいといえるかは慎重に検討しなければならない。帰属論の次元においても、被害者の自己答責性の議論にあるように、積極的に被害者に結果が帰属されるので行為者の可罰性が制限されるといえる場合は、被害者が中心的な役割を果たしたといえるだけの積極性など被害者の自己答責性の要件を厳格にとれば必ずしもそれほど多くはない。単純に表示にあたっての被害者の落ち度だけでは積極的に被害者に結果が帰属されるとはいえない。そこで、被害者への帰属ということがいえなくても、行為者には帰属できないということだけがいえればよいとするのであるが、そこで理由として挙げられている「行為者は、通常、被害者の表示に瑕疵がないことを信頼してよい」という信頼の原則は、帰属の問題として位置づけるべきなのであろうか。我が国でも、森永氏は、行為無価値論型の新過失論の立場から、信頼の原則は客観的帰属を否定する原理と捉えるべきであり、表示の錯誤の場合の承諾の有効性という問題は客観的帰属の問題とすべきことを主張される⁹⁷。しかし、信頼の原則は、行為者の予見可能性に関わる問題として、責任段階での問題として位置づけておくべきように思われる。

(2) 被害者の承諾と間接正犯論

つぎに、被害者の承諾の有効性と正犯性、特に間接正犯の成立可能性とはどのような関係にたつかが問題になる。これについて、興味深い主張を行っているのはヤコブスである。ヤコブスは、まず、承諾の有効性の問題については、法益関係的欺罔・錯誤がない限り承諾は有効であるとする。被害者が法益関係的錯誤に陥っている場合は、彼には処分の意識がないのであり、彼は自己を侵害する道具であるといえる。もっとも、被害者の錯誤が行為者の欺罔によって惹起されたならば、承諾の瑕疵について「管轄」のある行為者が間接正犯として可罰的であり、この場合の被害者は道具である。法益放棄が「合理的」と思われるような状況を有責的に惹起した者は正犯として処罰される。合理的とは、緊急避難や間接正犯における価値基準によって、差し引きの結果少なくとも損がないという

ことである。特に、行為者が緊急状態のように欺罔するなら、被害者はこの状態から抜け出すために法益放棄を判断する。たとえば、(これはドイツでは傷害罪の法益を身体の完全性とするので頭髮を刈る行為は傷害罪の構成要件に該当することを前提とした議論であるが)毛ジラミなので髪の毛を全部切らなければいけないと偽って髪を切る場合、毛ジラミから免れるために髪を処分するという法益衡量は合理的なのでそのように欺罔した者が正犯である。また、医師があなたの夫のために利用するからと偽って妻の承諾を得て腎臓を摘出したがその腎臓を別の患者に移植した場合も、家族(夫婦)の連帯感是一般の連帯感より高度な結びつきを持ち、家族のために利用するという状況でのみ妻の腎臓摘出が促されていたので、欺罔した医師は傷害罪の正犯である。さらに、傷害罪における金銭的反対給付の欺罔の場合、すなわち、お金を払う気がないので少量の輸血に應じれば多額の報酬を与えると学生を欺罔して採血に同意させた場合も、そのように欺罔した行為者が傷害罪の正犯になる。法益関係的錯誤・欺罔がなければ承諾は有効であるが、それでもなお行為者は間接正犯になる。この場合に「同意は有効である」とすることは、第一に、欺罔によって被害者に自傷行為をさせる場合の取り扱いと一致させうるし、第二に、欺罔の程度の基準として強制状況類似の場合のみが正犯になるという基準をもたらしうるし、第三に、行為者が被害者の瑕疵ある承諾について支配しておらず管轄をもっていない場合に適切な解決を導くのである⁽⁸⁸⁾。

このように、ヤコブスのような構成によると、承諾の瑕疵が法益関係的なものでないなら承諾としては有効であつて行為者の行為は違法ではなく「直接正犯としては」構成要件該格的でもないが、法益放棄が合理的であるかのように欺罔したならば欺罔者に管轄があり、瑕疵の支配を根拠として、結局欺罔者は「間接正犯として」処罰されることになる。このような構成は、まず、欺罔者と実際に法益侵害を行う行為者が別人であった場合にある帰結をもたらずであろう。特に、「お金をもらえるから輸血したら」と第三者に欺かれて輸血に応じたが、被害者がそのように欺かれていることを知らずに行為者が採血したという場合、行為者(直接正犯者)を被害者の承諾が有効(な

せなら金銭的反対給付の錯誤は傷害罪の法益関係の錯誤でない)であるとして不可罰としても、なお欺罔した第三者をいわば「適法行為を利用する間接正犯」として傷害の間接正犯で可罰的であると結論づけうるわけである。しかし、ヤコブスは、欺罔者と行為者が同一人物であってもこの論理構成は成り立ちうるとしている。そうすると、対価を与えると欺いて採血した者は、「直接正犯者としては」有効な承諾によって違法性が阻却され不可罰であるが、欺罔を行ったことによる意思の瑕疵の支配、すなわち管轄を持つことを理由にして「間接正犯者としては」傷害罪で可罰的であることになろう。物理的には、被害者の自傷行為の場合ではなく他害行為への承諾の類型であるが、なおいわば「被害者利用の間接正犯」とすることになる。結局、(間接)正犯性にとって決定的なのは、被害者の承諾の有効性問題とは切り離された「瑕疵についての支配(管轄)」なのである。

このようなヤコブス説に対して、林幹人教授は以下のような批判を加えられる。錯誤に基づく承諾の有効性は刑法上保護すべき利益がそもそもあったかという問題であるのに対し、間接正犯は行為者が行為に法益侵害性が肯定されることを前提にして、行為者と結果発生との間に第三者や被害者などの別人格の行為が介在しているので、それにもかかわらず正犯となしうるかという問題である。したがって、同意が有効であるとすれば行為者行為には法益侵害性が認められないので、間接正犯を認めることはおよそできない。また、同意が無効であったとしても、被害者の自傷行為への関与の場合に犯罪成立を認めるためには、行為者に間接正犯性が認められなければならない。しかし、同意の有効性と間接正犯性とは別の問題なので、たとえ同意が無効とされても間接正犯性が否定されることはありうる。同意の有効性は法益処分の自由の有無、つまり被害者の法益に対する意思関係の問題であるのに対し、間接正犯性は被害者の行為者からの自由の有無の問題なのである。結局は、間接正犯を認めるための行為支配性としてどのような内容程度を要求するかにかかっている⁹⁹。

また、島田助教授は、ヤコブスのように被害者の承諾が有効な場合に間接正犯を認めたりはしないが、林教授と

は異なって承諾が無効な場合に間接正犯が否定される余地は認めない。被害者利用の間接正犯論と同意論の關係について、以下のように述べている。我が国の有力説は、背後者が他害行為を行った場合には正犯性は当然それによって基礎づけられるので同意の有効性のみが問題であるのに対し、被害者が自損行為を行った場合には、同意が無効であることに加えて背後者に間接正犯の要件が満たされた場合のみ背後者は可罰的になるとする。しかし、他手に対する同意と自手の場合とで要件を区別する必要はない。ドイツでは囑託殺や同意傷害が処罰され自殺関与や自傷関与は不可罰であることがこの区別の基礎になっているが、我が国は法状態が異なりこれは根拠とならないし、また他手の場合でも被害者に同意の撤回可能性が留保されている以上は最終的な結果についての支配は自手の場合と同様に被害者にあつたといえるからである。したがって、同意が無効となる場合には背後者の間接正犯性が認められ、有効な場合には背後者の間接正犯性が否定されるという關係にたつとすべきである。同意の有効性の問題と間接正犯の成立の問題は完全に一致するのであり、自手と他手の区別もない。なぜなら、有効な同意がある場合、個人の自律的な決定を重視する法秩序のもとでは被害者のそのような決定が尊重されるべきなので、結果は被害者の領域において生じたといえ、その結果、背後者を事象についての主体と見ることは否定されるからである¹⁰⁰。

このように、①承諾が有効な場合に欺罔者（第三者もしくは行為者自身）の間接正犯性を認めうるかと、②承諾が無効な場合に欺罔者の間接正犯性が否定されることがありうるかという二つの次元で、承諾論と間接正犯論の關係が問題になる。まず①の問題について、論理的な可能性としては、ヤコブスのような全面肯定説と林教授のような全面否定説のほかに、欺罔者が行為者自身であるならば承諾を有効として一旦法益侵害の違法性を否定した以上有効な承諾が向けられた者自身には間接正犯的な別の違法性を想定することはできないが（同一人物について、直接正犯的な違法性を否定し間接正犯的な違法性を肯定するのは、いかに違法性の相対性ということも不自然にすぎることである）、欺罔者が直接侵害者と別人であるならば、有効な承諾が向けられた相手方のみの違法性が否

定されるのであり、欺罔による瑕疵について管轄を持つ者の間接正犯的な違法性は肯定されうる（別人格であれば違法の相対性を認める）という折衷説も成り立ちうるであろう。しかし、およそ法益が有効に処分された以上は法益がそもそもなくなってしまうと考えるなら全面否定説以外ありえないであろう。さらに、誰かに与えた承諾が有効であれば、別の関与者にも「違法阻却の連帯」が働くはずであると考えるなら、やはり同じく全面肯定説はもちろん折衷説も成り立ちえないことになろう。

つぎに、②の問題については、自損行為への関与の形態において承諾自体は無効であるが関与者に間接正犯を認めるだけの行為支配が認められないときに関与者を不可罰としてよいかということが問題になる。島田助教授はこれを認めてしまうと自殺関与が問題になった場合に不都合が生じるとする。すなわち、背後者に殺人の間接正犯性が満たされない以上殺人罪にはならず、また有効な自殺意思もないので自殺関与罪にもならないならば、結局不可罰となるはずであるが、同意が有効で自殺関与として処罰される場合に比べて、被害者の意思に反している分、当罰性が高い点に鑑みると不可罰とするのは不均衡であるとする⁽¹⁰⁾。さて、自傷行為など一般的な自損行為への関与の場合ならば、刑法二〇二条に相当する処罰規定がないし、前述したようにヤコブスのような構成を取らない限りは承諾が有効であってもなお間接正犯性が認められるという事態は生じないので、少なくとも被害者の承諾が有効であれば関与者は不可罰であり、承諾が無効でかつ間接正犯性も否定されて不可罰となる場合との均衡の問題は起こらない。つまり、自損行為への関与で、承諾（法益処分意思）が無効で間接正犯性が認められて処罰される場合と、承諾は無効だが間接正犯性は否定され不可罰となる場合と、承諾が有効で不可罰となる場合の三通りが生じても何ら問題はない。ところが、自殺への関与は、被害者の承諾（生命処分意思）が有効であった場合でさえ関与者が刑法二〇二条によって処罰されるので、この不均衡の問題が生じうるわけである。しかし、島田助教授が挙げるような事態は具体的にどれほどありうるのであろうか。自殺者に判断能力が欠ける場合（幼児や高度の精神障害者など）

ならば、たしかに承諾は無効だが関与者に間接正犯性が肯定されるであろうし、脅迫の場合も承諾が無効でもはや刑法二〇二条で処罰するのが不適当なほどの強度の脅迫が加えられたのであれば間接正犯性が肯定されるであろう。問題は欺罔・錯誤の場合であるが、偽装心中やあと数カ月の命だからと欺罔して世をはかなんで自殺させた場合には欺罔者に間接正犯性（行為支配性）を認めたい場合もあるのではないかとこのことかもしれないが、前述したように、私見によれば、そもそも偽装心中もあと数カ月の命と欺いた場合も生命に対する法益関係の錯誤はなく承諾は有効で刑法二〇二条が成立する場合である。承諾の有効性について主観的真意説にたつか、法益関係の錯誤説にたつたとしても余命の長さの錯誤は法益関係的であるなどと解し、承諾を広く無効と考えるのであれば、これはあまり問題にならないことのようにも思われる。^(四) すなわち、一般的な自損行為への関与の場合には、承諾の有効性と間接正犯性はずれてもかまわないし、自殺関与の場合には、両者の問題に事実上ずれば生じないのではないだろうか。

(3) 表示の錯誤と信頼利益に基づく損害賠償

以上のように、承諾論と帰属論あるいは間接正犯論という複合的な観点からの検討がなされなければならない代表的なケースが、単純な（行為者の欺罔がない）表示の錯誤の場合である。それは、特に、行為者は被害者の錯誤に気がついておらずそのことについて過失もない、行為者が善意無過失の場合における表示の錯誤の場合であり、これは刑法における承諾の有効性と民法の錯誤論との関連でも問題になりうるのである。たとえば、牛飼いが屠殺業者に自分の甲という牛の屠殺を許すという表示をしたが、牛飼いは言い間違えたのであって、本当は乙という牛の屠殺を許すつもりだった場合で、屠殺業者は牛飼いの錯誤に気づかず言われたとおりに甲という牛を屠殺した場合、牛飼いの承諾は有効なのであろうか。

ちなみに、民法では、要素の錯誤によって意思表示が無効とされ、表意者に（軽）過失があった場合には、契約締結上の過失責任ないし不法行為責任により表意者は錯誤がないものと信頼して不測の損害を被った相手方に、契約の有効な成立を信頼したことによる無駄な出費などの損害を賠償しなければならぬといわれている（信頼利益の損害賠償）。我が国の民法にはその旨の明文規定はないが、一般的にこのことは学説・判例において認められている。なお、ドイツではドイツ民法一二二条にこの旨の明文規定があり、我が国と異なり無過失責任とされている。

信頼利益の損害賠償を認めるためには、我が国では通常相手方に善意無過失を要求するので、相手方が悪意の場合、たとえば上述の牛飼事例で屠殺業者が牛飼いの錯誤に気づいていた場合や、有過失の場合、たとえば、「患者が歯医者について抜歯を頼んだのだが言い間違えて虫歯でない健康な歯を指し示したところ、歯医者は被害者の言い違えには気づかず検査義務を怠りいわれたとおり健康な歯を抜いてしまった場合」などは信頼利益を主張できないことになる。

この問題について、特にアルツトは、表示の錯誤の場合にはそれは法益関係の錯誤には違いないが、そのリスクは常に同意者の負担であり常に承諾は有効とされるとしていた。なぜなら、表示に対する相手方の信頼はそれが損なわれた場合には表意者が損害賠償しなければならないが、このような民法上認められている相手方の信頼利益は刑法においても同様に保護に値するものであり、答責性原則は被害者が表示の錯誤について行為者に負担を転嫁することを禁じているからであるとしていたのである。^⑩

民法上は、たとえ要素の錯誤であっても、表意者に重過失がある場合には表意者は錯誤による無効（ドイツなら取消）の主張をすることはできない（民法九五条）。また、要素の錯誤であって表意者に（軽）過失がある場合には、表意者は錯誤の主張によって意思表示を無効にはできないが、それは錯誤がないものと信頼した相手方に損害賠償しなければならぬという「負担つき」のものである。特に後者の場合、錯誤による無効のリスクを表意者が負担す

るのか相手方が負担するのかは、民法においては「無効にされてしまふ」という意味で一部は相手方が負担し、「損害賠償しなければならぬ」という意味で一部は表意者が負担し、そのリスクを分け合っているともいえる。しかし、刑法においては、そのリスクは被害者の負担（承諾は有効とされ行為者は不可罰）とするか、それとも行為者の負担（承諾は無効とされ行為者は処罰される）とするかいずれかしかない。そこで、アルツトは、このような場合において、民法における信頼利益の損害賠償というリスクを表意者が負担するという趣旨の方を重く見て、法益関係の錯誤ではあるが例外的に承諾はなお有効であるとしていたのであった。このような特別な考慮をしなければ、承諾は無効とされることになる。

もし、承諾が無効であるとすると、次には「客観的帰属論」の次元で「錯誤のリスクをどちらが負担すべきか」が問題にされる可能性がある。さらに、錯誤論において行為者が「有効な承諾がないのにあると思つた」ことを考慮することになる。この問題をどう処理すべきかについては、まず承諾論の次元で、「信頼利益の損害賠償」の趣旨から被害者に無条件に負担をおわせ承諾を有効とすることは疑問がある。つぎに、帰属論の次元でも、このような事例において、単純な被害者の言い間違えという落ち度から直ちに被害者への結果帰属、あるいは「被害者の自己答責性」による行為者の正犯性制限を認めることはできないであろう。したがって、有効な承諾があると信じていた行為者の信頼を、責任段階で、まず錯誤論の次元で処理して故意責任を否定した上で、「歯医者事例」においては検査義務の懈怠によって過失傷害罪の成立は認め、「牛飼事例」においては屠殺業者に牛飼いの錯誤の有無を確認する義務を想定できない以上は、過失責任も否定されるということになるであろう。もつとも、過失器物損壊罪が存在しない以上は、後者の事例において不可罰を導くためには故意責任の否定のみで十分である。

(1) 偽装心中に関する判例として、最判昭和三十三年一月二日刑集二二卷一五号三五一九頁。監禁罪に関する判例として、最

- 決昭和三三年三月一九日刑集一二卷四号六三六頁。住居侵入罪に関する判例として、最判昭和三三年五月二〇日刑集二卷五号四八九頁など。
- (2) 大塚仁『刑法概説(総論)(第三版)』(一九九七年)四〇一頁以下、大谷實『新版刑法講義総論』(二〇〇〇年)二七四頁など。
- (3) 内藤謙『刑法講義総論(中)』(一九八六年)五九一頁以下、平野龍一『刑法総論II』(一九七五年)一五六頁以下など。
- (4) Gunther Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970.
- (5) 山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関西大学法学論集第三三卷三・四・五合併号(一九八三年)二七一頁以下。
- (6) 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報第一号(一九八五年)五一頁以下。
- (7) 林美月子「錯誤に基づく同意」『内藤謙先生古稀祝賀論文集・刑事法学の現代的状況』(一九九四年)四五頁以下、山口厚「欺罔に基づく『被害者』の同意」『田宮裕博士追悼論集・上巻』(二〇〇一年)三三二頁以下など。ただし、林美月子教授自身は自説を法益関係的錯誤説と呼んでいるが、説明の仕方を見る限り、整理の仕方によってはむしろロクシン流の規範的自律性説の中に位置づける方が適切であろう。これは、近年の山中教授の教科書における説明においてもいえることである。山中敬一『刑法総論I』(一九九九年)二〇五頁以下。アルツト流の純粹な法益関係的錯誤説に相当するのは、我が国では佐伯教授の見解であろう。
- (8) Claus Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984, S. 275 ff.
- (9) 森永真綱「被害者の承諾における欺罔・錯誤」(一)関西大学法学論集第五二卷三号(二〇〇二年)一九九頁以下、(二)完同第五三卷一号(二〇〇三年)二〇四頁以下。
- (10) 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(二〇〇二年)二〇三、二五四頁以下。
- (11) 最判昭和三三年一月二日刑集二卷一五号三五一九頁。
- (12) 佐伯仁志・前掲論文(6)五九頁。
- (13) 団藤重光編『注釈刑法(五)』(一九六六年)六四頁(大塚仁)。
- (14) 内田貴『民法I(第二版補訂版)』(二〇〇〇年)六七頁など。
- (15) 林幹人『刑法総論』(二〇〇二年)一七七頁。
- (16) 林幹人「錯誤に基づく被害者の同意」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集・上巻』(一九九八年)二四九頁以下。したがって、林説によれば、被害者が法益処分を判断するにあたって、彼の価値基準にもとづいて、どの程度意思が抑圧されていたかが決定

的に重要なものとなる。

- (17) 林幹人・前掲書(15)一七八頁以下。
- (18) 井田良「被害者の同意」現代刑事法一四号(二〇〇〇年)九二頁以下。
- (19) Knut Amelung, Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem, ZStW 109, 1997, S. 493 ff. 本論文に對する翻訳・紹介として、須之内克彦「アメルンク、K.: 行爲帰責問題としての同意の際の意思の欠缺」愛媛大学法文学部論集・総合政策学科編第六号(一九九九年)一一五頁以下。
- (20) Knut Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängel bei der Einwilligung des Verletzten, 1998, S. 73 ff.
- (21) Knut Amelung, a. a. O. (20), S. 43 ff.
- (22) 小林憲太郎「いわゆる『救助・追跡事故』について」千葉大学法学論集第一五卷三号(二〇〇一年)一五八頁以下。
- (23) 平野龍一・前掲書(3)二五六頁以下。
- (24) 内藤謙・前掲書(3)五九一頁以下。
- (25) 山本敬三『民法講義 I 総則』(二〇〇一年)一五五頁以下を参照。
- (26) 佐伯教授は、この事例の場合、「動機の錯誤説」からは性状錯誤は動機の錯誤であるという前提から承諾は有効になつてしまふとし、動機の錯誤説と教授の採用する法益関係的錯誤説との結論の異なる事例として説明されていた。(佐伯仁志・前掲論文(6)五四頁。)教授は、六〇頁の注三二で、蔽密に心理学的にいえば、表示の錯誤以外は「意思欠缺」でなく、「動機錯誤」であり、少なくとも性状錯誤が動機の錯誤であることは疑いないとされていたのである。
- (27) 山中敬一・前掲論文(5)三〇二頁以下。なお、同・前掲書(7)二〇五頁以下もあわせて参照。
- (28) 佐伯仁志・前掲論文(6)五九頁。
- (29) Arzt, a. a. O. (4), S. 15 ff. なお、その際、アルツトは、詐欺罪は「財産」のみを保護しているのであり、反対給付に對する欺罔による侵害に對して「身体」を保護しているのではないと考えていたのである。
- (30) Arzt, a. a. O. (4), S. 29 f.
- (31) Arzt, a. a. O. (4), S. 31 ff.
- (32) Amelung, a. a. O. (19), S. 499 ff. さらに、脅迫の場合について、以下の点を批判している。同意の強要は、通常「殺されたのか」と脅すような形態で行われる。つまり、強要者が被害者にとってより価値が低いと思われる他の法益を放棄させるために、被害者にとってより価値の高い法益を威嚇するのである。このとき、強要者が口にした脅迫は、被害者が犠牲にしない

ければならない法益とは別の法益に向けられているので、厳密には法益関係的ではない。それにもかかわらず、アルツトは脅迫による同意は常に法益関係的であり、原則的に無効であるとした。このように、アルツトは、「法益関係的」という概念に脅迫の場合には欺罔の場合とは異なった意味を与えている。反対給付に關係する欺罔は、放棄された法益とは直接には關係しないので法益関係的であるとされたいない。それならば、なぜ脅迫の場合にはそれと異なったことが妥当するかが問われなければならないであろう。

(33) 森永真綱・前掲論文(9)一一一頁など。

(34) 佐伯仁志・前掲論文(6)一一二頁参照。

(35) 前者の例として、山口厚・前掲論文(7)、後者の例として佐伯仁志・前掲論文(6)など。

(36) なお、我が国でロクシンとはほぼ同様の理由付けと結論を採用する論者として、齊藤誠二「欺罔に基づく承諾」『刑事法学の歴史と課題・吉川経夫先生古稀祝賀論文集』(一九九四年)一五九頁以下。

(37) Roxin, a. a. O. (8), S. 276 ff. なお、ロクシンは、議論の前提として、以下のことを指摘していた。個人的法益に対する被害者の承諾の刑罰阻却効果は、憲法において規定されている一般的な行動の自由から生じるものであり、自己の法益の侵害に同意できるということは、人格の自由な展開に役立つものである。そして、行為が被害者の同意に基づく場合には、被害者の自由な展開が侵害されるのではなく、反対にそれが表現されるのだということを考えるならば、この場合にはおよそ法益侵害は存在しないとして、被害者の承諾を正当化根拠としてではなく、超法規的な「構成要件阻却事由」とであると位置づけるべきである(S. 275)。また、ロクシンは、シュトラーターテンヴェルトなどに代表される「欺罔の有無別説」とアルツトに代表される「法益関係的錯誤説」のそれぞれを以下のように批判した。まず、欺罔の有無別説については、この説は、被害者が決意するにあたっての決定的な状況が欺かれて同意したならば、被害者は行動の自由を表明したのではないとするが、結局この説の正当性は、同意を動機づけたあらゆる欺罔が被害者の自己決定を現実にも解消してしまうということに依存している。しかし、この説によるならば、たとえば彫物師Xは、入れ墨を入れれば女性にとっても好かれるようになると被害者Yを欺いて入れ墨に承諾させ入れ墨をした場合には傷害罪になつてしまふが、この結論は疑問である。つぎに、法益関係的錯誤説は、法益関係的錯誤の場合には承諾を無効とし、それ以外の錯誤の場合には承諾をなお有効であるとす。しかし、法益関係的錯誤でないからといって直ちに承諾が有効であるとはいえない。たとえば、眼科医師Aは、患者Cの母親Bに復讐しようと思つて、その必要がないのに「Cは眼病のために角膜移植を受ける必要があるが、Bの角膜を移植するのが最適である」と欺いてBの承諾を得て角膜を摘出しそのまま廃棄してしまつた場合に、法益関係的錯誤とはいえないが、この場合には承諾を有効とすべきではない。結局のところ、法益関係的錯誤が否かは、承諾の有効性の問題にとつては、原則的な出発点としての意義しか持たない

- (S. 276 ff.).
- (38) Roxin, a. a. O. (8), S. 283. それゆえ、この場合に行爲者に犯罪が成立するのは、この場合の結果の実現は被害者によって認められているわけではなく、被害者の自発的な意思の表れとはいえないからであるとしている。
- (39) Roxin, a. a. O. (8), S. 283 ff. また、ロクシンは以下のことも指摘している。反対給付の欺罔の場合には、もちろん民事でその反対給付の実現が認められないということもある。(前述したように、反対給付に関する錯誤においても、アルツトは採血の場合には公序良俗違反とまではいえないが、殴らせる場合には公序良俗違反なので反対給付請求権は否定されるとして、前者には詐欺罪は成立しうるが後者にはそれすらも成立しえないとしていたのである。)しかし、この場合にも、刑法では承諾を無効にする必要はない。もしこの場合に承諾を無効とすると、民法で反対給付請求権すら認められない者を、しかも刑法でも詐欺罪ですら保護されていない者を、傷害罪で間接的に保護することになってしまうからである (S. 285f.).
- (40) Roxin, a. a. O. (8), S. 285 ff. なお、ロクシンは、前述した反対給付の錯誤の場合とこの利他的動機の場合とは以下の点で異なるとする。売血(採血)事例などならば、被害者は、反対給付をなお実現してもらおうと望めば出来る状況にあり、民法の規定や刑法の詐欺罪の規定はふつうその実現に役に立つものであるが、利他的動機の場合には、被害者にとって最終的に望んだ状態が実現されないことがはつきりしてしまっているからである。これは、たとえば、人体実験事例の場合、その傷害が医学の進歩に役立つものでありやうがないことははじめから確定しているという意味であろう。
- (41) Roxin, a. a. O. (8), S. 286 ff. なお、ロクシンは以下のことを指摘する。他人に対する危害を避けることは、普通、その他人の利益になることである。そこで、この危害回避目的に関する錯誤と、利他的目的の錯誤とはしばしば重なる。しかし、この二つは必ずしも完全に重なるものではない。それは、他人のために承諾することは必ずしもその人に対する危害を避けるためなこととは限られないし、また自分に対する危害を避けることももちろん危害を避けるためなことであるからである。
- (42) Roxin, a. a. O. (8), S. 288 ff. なお、動機に関係する付随的事情の錯誤には、「欺罔者(行為者)によって実現されるのではない期待の錯誤」という類型もあることが指摘されている。それは、たとえば、医師が収入が上がるのを望んで、あなたの恋人が結婚を申し込むだろうと女性を騙して美容整形の手術を受けるのに同意させたとか、彫物師が入れ墨を入れれば女性に非常に好意を寄せられるようになるかと騙して入れ墨することに承諾させたといったような場合であるという。ロクシンによれば、この場合にも承諾はなお有効である。なぜなら、この場合に許された傷害の「客観的な意味」は、美容整形手術や入れ墨を入れることに対してなされた承諾を超えるものではないからである (S. 291f.).
- (43) Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 1. 3. Aufl. 1997, § 13, Rn. 79 f.
- (44) Arzt, a. a. O. (4), S. 32.

- (45) Claus Roxin, a. a. O. (43), Rn. 81 ff., 84.
- (46) 佐伯仁志・前掲論文(6)六七頁。
- (47) 林美月子・前掲論文(7)四五頁。
- (48) Arzt, a. a. O. (4), S. 18 f.
- (49) Amelung, a. a. O. (19), S. 501.
- (50) Arzt, a. a. O. (4), S. 18.
- (51) なお、「高額な報酬を支えたと欺いて採血したが、報酬を支払わなかったという売血事例」において、アルツトは、売血契約が民法で公序良俗に反するとまでは見なされていないということ为前提として、詐欺罪で処罰することはできるが、その場合でも傷害罪で処罰することはできないとしていた。その理由は、「刑法は、民法において認められる限りで、詐欺構成要件の枠内において人格価値の商品化の傾向に従うことができるが、その場合でも傷害罪など人格的財を保護する構成要件による処罰は認められない」からであるということであった。Arzt, a. a. O. (4), S. 21.
- (52) BGH Urteil vom 22.2.1978, NJW 1978, 1206.
- (53) 山口厚・前掲論文(7)三二五頁以下。
- (54) Gunther, Arzt, a. a. O. (4), S. 22.
- (55) 山本敬三・前掲書(25)一八〇頁以下を参照。
- (56) 佐伯仁志・前掲論文(6)七三頁。
- (57) Roxin, a. a. O. (8), S. 285 f.
- (58) 森永真綱・前掲論文(9)(一)二三〇頁。
- (59) 林美月子・前掲論文(7)三一頁。
- (60) 山口厚・前掲論文(7)三二六頁以下。
- (61) 齊藤誠二・前掲論文(36)二七九頁。
- (62) なお、キューネが挙げた炎上車事例は、炎上する車の前にたっていた運転手(行為者)が、通行人(被害者)に爆発と火傷の危険があったにもかかわらず、妻が車の中に閉じこめられているのでドアを開けるのを手伝ってほしいと頼み、通行人は同意(傷害への同意)して手伝った結果火傷を負ったが、実際には車の中には犬がいたというだけであったという事例であるが、他者侵害への承諾の有効性ではなく、自傷行為への関与の可罰性という形態で問題にされている。この問題につき、山中教授はかつて以下のように述べていた。通行人は運転手の妻が車に閉じこめられていてその生命に危険が及ぶと錯誤したことによ

って、彼女を救出しようとして自らの危険(火傷)に同意せざるをえなかった。法益関係の錯誤の基準によれば、同意者は放棄する法益については全く錯誤がないからその同意は有効である。しかし、同意者は眼前に危難に陥っている人を見てその法益(生命身体)を救助するために自らの法益を犠牲にしたのであって、同意者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えなかったという事情があるから、自由な決意といえるかにつき疑問を禁じえない。このような状況は誤想危難にパラレルな場合である。もちろん誤想危難は他人の法益を犠牲にして自己の法益が救われるが、本事例では逆である。しかし、同意者に不利益を科すことができないう事情は共通する。このように、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意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えないのであり、同意は無効とすべきである。山中敬一・前掲論文(5)三四四頁以下。

(63) 山口厚・前掲論文(7)三二七頁以下。

(64) 山中敬一・前掲書(7)二〇九頁以下の注一四を参照。

(65) 山口厚『刑法総論』(二〇〇一年)一〇五頁注六を参照。

(66) なお、この問題について詳細に論じた近年の文献として、上高「被害者の同意」(上)法学教室二七〇号(二〇〇三年)五〇頁以下、(下)二七二号(二〇〇三年)七六頁以下もあわせて参照。

(67) 佐伯教授は、以下のように述べている。我が国では「可能的自由説」と「現実的自由説」の対立がある。前者は、監禁罪の法益は可能的自由も含み、被害者が自由を拘束されていることを認識する必要はなく、また、意識がない泥酔者や熟睡中の者も本罪の客体になりうる。他方、後者は法益を現実的自由であるとし、被害者が監禁状態を認識して現実の外に出たいと思つたが、出ることができなかった場合だけ監禁罪が成立する。したがって、泥酔者や熟睡者は酔いからさめ、目が覚めて外に出たいと現実思ったときから本罪が成立するし、意識がある者も自由拘束を現実認識したときから監禁が成立することになる。ちなみに、ドイツでは、潜在的な移動の自由を法益と考える「潜在的自由説」が有力であり、監禁罪成立のためには被害者の現実の意思が侵害される必要はないので、自由拘束を認識していない者や認識していても病気や疲労で現実移動を望まない者も客体たりうるが、泥酔者や熟睡者は意識を失っている間は自由に行動する意思を持ちえないので潜在的自由すらなく客体たりえないとされるところが我が国の可能的自由説と異なるところである(佐伯仁志・前掲論文(6)七四頁以下)。

(68) 西田典之『刑法各論(第二版)』(二〇〇二年)七六頁など。

(69) 佐伯仁志・前掲論文(6)七九頁以下。また、林美月子教授も、熟睡中の者が夜中に目を覚ましてトイレに行きたくなつたときに、いつでも行ける状態ならば彼は移動の自由が確保されているのであり、現実にはその夜は一度もトイレに行かなかつたとしても自由であるが、部屋に鍵がかけられておりトイレに行きたくなつても行けない状態にあつたならば移動の自由はな

かったのであり、その夜はたまたま一度もトイレに行きたくなかったとしても移動の自由はなかったのである。被害者が移動の自由の侵害を認識している必要はなく、寝ている間に鍵をかけられてしまった場合もトイレに行けない可能性があったならば監禁罪は成立するとしている（林美月子・前掲論文（7）四〇頁）。

(70) 山口厚『問題探究刑法各論』（一九九九年）五四頁以下。

(71) もちろん、監禁罪の継続は客観的な自由剥夺状態が続いていることが前提であるから、客観的に自由剥夺が解除されてしまえば被害者が自由の回復に気づくまで監禁罪が継続しているのではないのは当然である。なお、山中敬一「逮捕監禁の罪・略取誘拐の罪」浅田他『刑法各論』（一九九五年）（山中執筆部分）一〇〇頁参照。さらに、平野博士は、現実的自由説から出発して、行為者の行為がなかったら移動する意思を持ったであろうという「仮定的意思」に反する場合も監禁罪が成立するとし、睡眠中は監禁罪が中断するのだからという問題に対しては、眠らなければ脱出の意思を持ち続けていたであろうから監禁罪は成立するとしている。平野龍一「潜在的な意思と仮定的意思」判例時報一五六九合三頁以下。確かに、寝ている以上、その間は一旦成立した「現実の意思」が継続していると表現するよりも「仮定的意思」と表現する方が適切かもしれない。重要なことは、可能的自由説のように一旦被害者に自由剥夺の意識が生じたか否かを全く問題にせずに、行動の潜在的な選択肢の制約に焦点を当てているのとは異なるということである。したがって、被害者が眠っている部屋に閉じこめられて施錠したが目を覚ます前にそれを解いたのであれば、監禁罪は成立しないというべきである。

(72) 最決昭和三十三年三月一九日刑集一二卷四号三六頁。

(73) 佐伯仁志・前掲論文（6）七五頁以下。佐伯教授は以下のように移動の自由の制約を整理される。高速度で走行している車に乗る者が被る行動の自由の制約は、①走行中に降りられない②任意の時点で停車して降ろしてもらえない③乗車中は目的地を任意に変更できないという三つのものが考えられ、バスならば三つとも制約を被るのに対し、タクシーならば①の制約だけを被る。しかし、監禁罪は現存する場所から立ち去る自由だけを保護している③の制約は問題にならない（途中で目的地を変更したいと言ったところ拒否されて降ろされたとしても、乗っていた間監禁罪が成立するわけではない）。タクシーに乗る者は①には錯誤なく承諾しているであろうから、結局②について錯誤があれば法益関係の錯誤である。なお、林美月子教授も、被害者はいつでも頼めば降ろしてもらえらると思っていて運転手に降ろすつもりがなかった場合は法益関係の錯誤であるが、運転手が降ろすつもりがあった場合や母親の病院に着くまで降ろしてもらえないと被害者が思っていた場合は法益関係の錯誤がなく、乗車の目的自体（強姦目的かどうか）の錯誤は法益関係的でなく重要でないが、ただし、この判例では運転手自体は降ろすつもりがあったようであるとしている（林美月子・前掲論文（7）四〇頁）。

(74) 山口厚・前掲書（70）五六頁以下。

- (75) 山中敬一・前掲書(71)一一二頁以下。これに対して、可能的自由説にたち、自由制約の意識不要説にたつことよって、この間も客観的には監禁は成立しているもので、それに対する被害者の承諾は有効なのかという問題がはじめて生じるのである。
- (76) 佐伯仁志・前掲論文(6)八二頁以下。なお、事例④については、以下の文献も参照。René Bloy, *Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie?*, ZStW 96, 1984, S. 703 ff.
- (77) 佐伯仁志・前掲論文(6)八二頁以下。
- (78) Bloy, a. a. O. (76), S. 718.
- (79) 前田雅英『刑法各論講義(第三版)』(一九九九年)一一六頁、福田平『全訂刑法各論(第三版)』(一九九六年)二〇一頁以下。もっとも、住居の平穩説の立場から、侵入概念を「平穩を害する態様の立ち入り(平穩侵害)」ではなく、居住者の「意思に反する立ち入り(意思侵害)」とする説もある。大塚仁『刑法概説各論』(一九九六年)一一六頁。純然たる社会的法益に対する罪ではなく、個人的法益に対する罪と位置づける以上は「居住者の意思」も考慮しなければならないということかもしれないが、平穩侵害説である以上、居住者(被害者)より行為者にウエイトがかかっているのは否めないであろう。
- (80) 佐伯仁志・前掲論文(6)九九頁。
- (81) Amelung/Schall, *Zum Einsatz vor Polizeispitzen*, Jus 1975, S. 565 ff.
- (82) 佐伯仁志・前掲論文(6)一〇一頁以下。
- (83) 山中敬一・前掲論文(5)三四一頁。
- (84) 林美月子・前掲論文(7)四三頁。
- (85) 山中敬一・前掲論文(5)三四六頁。
- (86) 林美月子・前掲論文(7)三八頁、佐伯仁志・前掲論文(6)九〇頁以下を参照。
- (87) 東京高判昭和五六年一月二七日刑月一三卷一・二号五〇頁。
- (88) 林美月子・前掲論文(7)三九頁。林美月子教授は、性交が治療行為であることは考えにくいとしても、性教育が十分でない現状ではこの場合の錯誤について被害者を基準としてよく、被害者が錯誤に陥り性交についての自由を放棄しても優越する利益を守らざるをえないと考えたのであれば、自由な意思決定とはいえないとされている(三九頁)。
- (89) 名古屋地判昭和五五年七月二八日判時一〇〇七号一四〇頁。
- (90) 東京地判昭和五八年三月一日判時一〇九六号一四五頁。この判例では、「盡感療法にはある種のリスクが伴うことを承知しながら、なお、被告人に短時間同行し、ただ一度被告人のいうような治療を受けることにより、他人に大げらに知られることなく治り、将来に不安を感じないですむというのであれば、試しにそのような治療を受けてみてよいと自らの意思で決め、こ

- れに応じる選択をした」と判示されている。
- (91) 林美月子・前掲論文(7)三九頁。つづけて、林美月子教授は、報酬を支払うからと欺罔して性交させる場合も、原則として性的自由は財産に優越する法益と考えられているので、被害者が今日の食料もないほどに困窮していたような場合を除いて同意は有効であり、準強姦罪は成立しないと、さらに、性交しなければ結婚しないと脅して性交するのは強姦罪ではないように、結婚するからと欺いて性交するのは準強姦罪ではないとされている(林美月子・前掲論文(7)三九頁)。
- (92) Arnelung, a. a. O. (19), S. 493 ff.
- (93) Vgl. Jurgen Baumann, Strafrecht AT, 8. Aufl. S. 335.
- (94) 山中敬一・前掲論文(5)三四七頁以下。
- (95) 松尾弘『叢書民法総合判例研究 詐欺・脅迫』(二〇〇〇年)二頁。松尾助教授は、星野英一『民法概論I』(一九八一年)二〇一頁以下が詐欺のこのような性質を明確に指摘しているとする。
- (96) Arnelung, a. a. O. (19), S. 511 ff.
- (97) 森永真綱・前掲論文(9) (一・完) 二二六頁。
- (98) Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, § 7, Rn. 121 ff.
- (99) 林幹人・前掲論文(16)二四〇頁以下。
- (100) 島田聡一郎・前掲書(10)二五四頁以下。
- (101) 島田聡一郎・前掲書(10)二五六頁。なお、この場合に不可罰であることを認めるのは、前田雅英・前掲書(79)二三頁。
- (102) 島田助教授は、別の箇所でも林幹人教授の主観的自由意思喪失説を引用し、承諾の有効性判断は被害者の主観を基準として行うという考え方に自説も近いとされており、そうであるならば承諾が無効とされる範囲もかなり広いと思われるので、この問題を重視されるのかもしれない。島田聡一郎・前掲書(10)三一五頁注二〇三参照。さらに、同意の撤回可能性の留保を理由にして、自手と他手という行為構造の差異を平準化されているが、この点も賛成しがたい。
- (103) Günther Arzt, a. a. O. (4), S. 48 ff.