

生命・身体に対する罪における「被侵害者の錯誤と同意」

曲田 統

- 一 はじめに
- 二 生命に対する罪における欺罔・同意
- 三 身体に対する罪における欺罔・同意
- 四 おわりに

一 はじめに

「法益関係的錯誤」の概念はすっかり定着した。

法益処分の意思を抱くにいたった被侵害者が陥っていた錯誤を、法益に關係する錯誤と關係しない錯誤に分け、前者のばあいにはのみ、法益処分にかんする被侵害者の同意を無効とする考え方（法益関係的錯誤説・法益関係的錯誤の

理論^①は、わが国に導入されて以降、多くの論者による分析の対象となってきた。それにより内容の充実がはかられ、支持者を集めるとともに、理論面における精緻化も果たされ、今日においてかなり強い支持を受けるにいたつているといつてよいであろう。

しかし他方で、法益関係の錯誤の理論に対しては批判もまた根強く、法益関係の錯誤の理論の限界が指摘されることも少なくない^②。法益関係の錯誤の理論の発祥地ドイツにおいても、有力な反対説が展開されてきている^③。

法益関係の錯誤の理論に対する疑念の筆頭は、被侵害者が騙され錯誤に陥って自己の法益の処分について同意したものの、その錯誤が法益関係的でない場合には、その同意は有効とみなされなければならない(はずである)が、具体的妥当性の観点からして、本当にそれでよいのか、との内容のものであるといえよう。そして、そもそも法益に「関係する・しない」というのは、いかなる基準で決められるのか、という点にも重大な関心が寄せられることになる。こういった点をめぐって広く議論されてきた具体的問題の代表として、偽装心中の事例や角膜移植の事例などがある。これらは長きにわたつて考察対象とされてきているが、上述のような疑念を抱える法益関係の錯誤の理論から当然に解決されるのかという点については、今もなお決着を見ていないといえる。そこで、本稿は、偽装心中・角膜移植事例、さらに相手を騙して暴行を加えるという欺罔暴行ともいふべき事例等、生命・身体に対する侵害の同意が被侵害者からなされたケースを念頭に、法益関係の錯誤の理論の意義とその妥当性いかにについて、若干の検討を試みようとするものである^④。

ところで、被侵害者の同意の存否・有効性をめぐって、法益関係の錯誤の理論が導入されて以来、同理論の支持者も、同理論を援用するさいの課題を(重ねて)述べてきている。「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となる^⑤。」とか「法益関係

的錯誤とは何かということは、それぞれの構成要件の保護する法益によって異なりうるもので、この点は被害者の同意が問題となる各構成要件毎に検討を加え、その類型化を図らなければならない。⁷⁾などはいわれてきているのである。

要は、法益関係的錯誤の理論の的確な援用のためには、各構成要件の法益内容・範囲を画定する作業が必須になると考えられているわけである。なるほど、錯誤の関連先が当該法益であるかどうかは、法益をいかに解するかによって決まるから、この問題意識は的を射ており、かつ必要不可欠なものといえよう。しかし、「法益関係的欺罔・錯誤の有無だけで同意の有効・無効を直ちに判断することはできない。」⁸⁾、とも指摘されているように、たとえ法益内容・範囲が画定されても、錯誤が法益に関係するばあいの同意を無効、関係しないばあいの同意を有効と整理して本当にいいのか、という問題は残されたままであるといえる。

また、先に述べたように、この問題は、法益関係的錯誤の理論のいう「法益との『関係』」とは何を意味するのかという疑問にもつながっている。

さらに、法益関係的錯誤の理論のそもそものねらいは、「処罰の不当な拡張の回避」⁹⁾、そして究極的には「罪刑法定主義の尊重」¹⁰⁾にあるようである。すなわち、当該構成要件が保護する法益とは別の利益にかんする錯誤を被侵害者に引きおこさせた欺罔行為者を、被侵害者のその同意を無効と解することをとおしてその構成要件で処罰することは、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を意味することになるため（換言すれば、実質的にはその構成要件の射程外での処罰を意味することになるため）許されないと説かれるわけである。¹¹⁾しかし、右のような処罰が本当に常に「処罰の不当な拡大」や「罪刑法定主義の不尊重」を意味することになるのかについても、いまいちど考えなおしてみなければならぬと思われる。この点、すでに、（角膜移植事例にかんする文脈においても）右のような処罰を許すことが、当該法益と異なる法益の保護や、意思活動の自由一般の保護を意味することになるわ

けではかならずしもない、とする指摘があるが、¹²⁾ 耳を傾けなければなるまい。

本稿は、生命・身体に対する罪における法益関係の錯誤の理論の意味について検討することを主目的とすることから、殺人罪・同意殺人罪・自殺関与罪・傷害罪・暴行罪等の成否の問題が中心となる。既述諸点の問題に触れつつ、以下、若干の検討を試みてみたいと思う。

二 生命に対する罪における欺罔・同意

1. 法益関係の錯誤の理論と「法益関係性」

法益の内容は、純粹に各則の解釈自体から明らかになると指摘される¹³⁾。また、殺人罪・傷害罪の保護法益については、処分価値・交換価値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保護対象となる、といわれる。人の生命・身体は、他の価値獲得手段として事実上なりうるばあいがあるとしても、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である、というのである¹⁴⁾。なるほど、利用・交換といった経済的価値の意味で保護に値する利益として、金銭をはじめとするの財産的利益のみを挙げるといった整理の仕方は、¹⁵⁾ 法益の客観的理
解からすれば十分にうなずける面がある。しかし、このような純粹に客観的な各論的法益分析が、被侵害者の同意の問題解決にとつても十分有効であるのかについては、疑問なしとしない。懸案となつている被侵害者(被欺罔者)の同意の問題は、その意思決定の問題と不可分の関係にある。この点からすれば、いったんは、もっぱら被侵害者側(被欺罔者側)の視点から同意の有効性についての議論を編み直してみることに意義があらうかと思われるのである。行為者側から光を当てて画定される法益概念、そしてその関係性のみから被侵害者(被欺罔者)の同意の有効性を決

していこうというスタンスは、一面的にすぎバランスを欠いているのではないかと思われるのである。法益処分に同意する過程で被侵害者（被欺罔者）の主観において何がひきおこされたのかをよりの確に汲み取る必要があるのではなからうか。

さてそこで、法益関係の錯誤の理論が実際にどのようなかたちで展開されているのかを見ていくこととしよう。

人の生命そのものが殺人罪の保護法益であるという前提のもと、もつとも厳格に法益関係の錯誤の理論を展開するならば、生命を処分することについて理解がおよんでいたばあいには法益関係の錯誤はないことになり、同意は有効という結論になる。生命処分を文字どおり「死ぬこと」と解すれば、自分が死ぬことについて分かっていた以上、法益関係の錯誤はないということになるからである。しかし、実際にはそのような厳格な解釈は支持されていない。むしろ、「何を失うか」ということについて誤解があつた以上、法益関係の錯誤があるとの解釈が支持されている。この緩やかな解釈によれば、余命の長短について錯誤が生じていたばあいにも、法益関係の錯誤の存在が認められることになる。たとえば、あと三ヶ月の命であると誤信させ、絶望した相手方から同意を得て殺害したようなばあいについても、被侵害者の同意は法益関係の錯誤であるとされ、欺罔者は殺人罪に問われるというのである¹⁶。

このような考え方は、結論の妥当性をにらみつつ、法益概念に手を入れることによって導かれたものといえる。しかし、法益関係の錯誤の理論が前提としている、前記の法益概念にかんする理解の仕方と明らかに矛盾する考えであることを指摘せざるを得ない。生命はそれ自体、差違なく同じ価値をもち、同様に保護されるべきという前提に立つのならば、命の長短は、生命という法益とは関係しない要素ということになるはずである。にもかかわらず、命の長短についての誤解を法益関係の錯誤と解するのは筋がとおっていない見方ではなからうか。

この点、論者は、「あと三ヶ月の生命だから死ぬというのは、あくまで動機の錯誤にすぎない。しかし、動機の錯誤

であつても、被害者自身の生命について死ぬ意思を決定した錯誤があれば、法益関係の錯誤として錯誤に基づく承諾は無効とすべきであろう。」と述べられ、⁽¹⁷⁾ 動機の錯誤でありながら法益関係の錯誤と判断してよいケースであるとされている。しかし、これでは、法益関係の錯誤の理論における中核的な判断メルクマールであるはずの「法益(関係性)」の意味は大幅に希釈されてしまうことになり、判断基準として十分に機能しないことになりかねない。

このような批判を回避するには、生命に備わっている意味・性質をも、殺人の罪の「法益」概念を構成する要素として認めてしまふほかない。こうすれば、被害者の錯誤が生命処分そのものについては関係していないケースであっても、生命の「内容」にかかわるものであつたばあいには、法益関係の錯誤であることができることになるからである。実際に論者も、生命を「具体的な量的な広がりをもつたもの」とし、そこから、余命期間に関する錯誤を法益関係の錯誤とする見方を展開する。⁽¹⁸⁾

ただ、そうすると、生命という法益についての理解にかんして、そのような変更を許してよいのかという難しい問題が残されることになる。

2. 同意の有効性を否定する原理としての「自由意思の喪失」

(1) 客観的理解

そこで、もつともシンプルに、法益の理解にかんしては変更せず、余命期間についての錯誤を法益関係の錯誤でないと正面から認め、殺人罪の成立を否定するという考え方が出てくることになる。林美月子教授の見解である。⁽¹⁹⁾

もつとも、殺人罪の否定というこの結論は、次のような事例においては維持されないという。すなわち、「癌で不治であり残りの生命についてもすぐに激痛に苦しめられるであろうと欺罔するばあい」がそれである。このようなケー

スにおける被欺罔者は、「切迫した非常な苦痛を伴う死を避けるために」生命放棄意思を形成したのであり、その意味で、「生命を犠牲にするのがやむを得ない状況」におかれているというべきであり、よって、生命放棄の意思表示については「自由な意思によるものとはいえない」とすべきだといふのである（ただ、実際に殺人罪に問うには行為者に正犯性が認められなければならないとされているが²⁰）。ここでは、生命を犠牲にするのがやむを得ない状況の存在が決定的とされているが、この状況が肯定されるのは、緊急避難類似状況が肯定されるケースであるとされ、客観的法益衡量を重要視されている。²¹ たとえば、三、四ヶ月刑務所に入ることになるのが耐えられないから自殺するといったばあいについては、生命を犠牲にするのがやむを得ない状況は認められず、対して、切迫した激痛を避けるために自殺するといったばあいについては、これを認めるとされるのである（そして生命処分についての自由意思を肯定されるのである²²）。このような論理より、三ヶ月の命と欺罔されたケースについては、被侵害者の自由意思を肯定されるのである。

この林（美）教授の見解は、法益についての理解と法益関係性についての理解との間に無理をかけないという点で優れているといえる。しかし、形式、実質それぞれの点において、次のような疑問が呈されよう。

まず、この見解は、自由意思喪失の基準に重きを置くことになっている点で、もはや法益関係の錯誤の理論に依拠した立場であるとはいえないかとの疑問である。実際、林（美）教授は、「法益関係の欺罔・錯誤説は基本的には妥当であるように思われる。しかし、これは法益関係の欺罔・錯誤がなければ原則として同意は自由な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からである。法益関係の欺罔・錯誤の有無だけで同意の有効・無効を直ちに判断することはできない。」と述べられている²³。決定的なのは「自由な自己決定の存否」であるという趣旨であろう。「自由な自己決定の存否」を判断する下位基準として、法益関係の錯誤の有無の視点があるということになる以上、むしろ直截に、自由意思喪失の観点を主たる（第一の）判断基準として位置づけるべきではないか

と思われるのである。²⁴⁾

次の疑問は、このような法益放棄の合理性を客観的に判断する手法で、諸事例を正しく解決しきれるかどうかという点である。

たとえば、この判断手法によれば、残りわずかの命であると騙された事例については、たとえその欺罔のために被欺罔者が完全に希望を失い、死を選択したというケースであったとしても、やはり生命を犠牲にしてもたらされる重大な(優越的)利益が客観的に存在していないため、生命を犠牲にするのがやむを得ない状況を肯定することはできず、同意を無効と解する余地は生じないことになる。しかし、自らの余命に決定的な価値を見出していた被侵害者であったがために、余命わずかとの欺罔が決定的となり、同者において死の選択肢しなくなってしまったといったようなばあいについて、客観的に重大な保全利益がないとの一事をもって、自由意思に対して影響をおよぼさないものと位置づけてしまうのは、妥当でないように思われるのである。

客観的な利益衡量に比重を置きすぎると、被欺罔者側の個別的事情が軽視されることになり、ひいては、意思決定の自由が害されていたかどうかという被欺罔者側の事情に対して十分な分析を施せないことにもつながる。欺罔にもとづく承諾の有無・効果が問題となるケースにおいては、被欺罔者の保護に欠損が生じないように、騙された側の事情について汲み残しが生じないような工夫が求められるといえよう。

(2) 主観的理解

その意味で、被侵害者個人がどのような価値判断をおこなったかを重視する見解²⁵⁾、すなわち、その被侵害者個人が、錯誤に陥っている事情・法益と、放棄に同意している法益について、どのような意味づけ・価値観をもち、彼自身が

どのような比較衡量をおこなったかを問題として、自由意思を喪失したかどうかを判断すべきとする考え方は傾聴に値する。²⁶⁾

そもそも、刑法は法益侵害そのものに着目するのではなく、被侵害者の意思に反する法益侵害に着目するのだといえる。法益は静的なものではなく、法益主体の意思との関係の上に成り立っている価値であるといえるのである。²⁷⁾ 法益主体の内心における利益衡量は、常に考察対象に入れられなければならないであろう。²⁸⁾ 自己の生命を放棄する意思を形成したばあいについても、その者の主観面において何が起きたのかに目を向けることが必要である。被侵害者が、騙されたがゆえに享受したいと欲することとなった利益のために、生命をなげうつしかなないと捉えることになったようならばあいには、たとえ獲得対象のその利益が客観的には生命に勝る（あるいは匹敵する）利益ではなかったとしても、その主観的な利益衡量を重く見なければなるまい。なぜなら、（客観的にはどうであろうとも、）被侵害者自身がそのような利益衡量をした基礎には、主観面において他の選択（生きることの選択）の余地がなかったという事情がひきおこされたというべきであり、その点で、自由な意思決定のできない状況におかれていたといえる可能性があるからである。

3. 自由な意思決定のできない状況

(1) 被侵害者の主観面における「生きる選択肢の有無」

このように、自由な意思決定の存否についての判断にあたっては、被侵害者において生きるという選択肢が残されていたか否かを問うことから出発すべきであろう。²⁹⁾ そして、生きるという選択肢の有無についての判断に際しては、被侵害者が他の利益に対していかなる心的態度で臨んでいたかが重要な基準となろうと思われる。欺罔によってある

利益・不利益を示されたものの、それを得ようとする意思・避けようとする意思を強く抱かなかつたばあいには、生きるという選択肢は被侵害者において残されていたものと捉えることができる。

たとえば、余命わずかで激痛にも襲われると騙されて誤信するにいたつたものの、その点については大したこと捉えず、むしろ身寄りもなく生きる楽しみもないと思ひ込むにいたつた結果、生命放棄意思を抱いた、といったケースがこれに当たる。このようなケースにおける被侵害者の死の選択は、生きる選択肢のない状況下でなされたものとはいえず、被侵害者の自由意思に依然もとづくものということになる。

これに対して、激痛に苦しめられるのは嫌だと考えたために死の決意をしたようなばあいには、生命放棄によつてもたらされる利益(激痛からの解放という利益)を得ようとする強い意思が認められ、生きるという選択肢は被侵害者において消失していたとすることができる。そして、これを進めれば、余命期間についてのみ欺罔された被侵害者が、それにより絶望し死の決意をしたようなケースについても、生きるという選択肢の消失を肯定しうることになる。このような被侵害者もまた、余命期間のみ生きるということについて耐えられないと捉えたからこそ、あえて死の選択をするのであり、その意味で、生命放棄は被侵害者にとつてやはり重大な利益であり、しかも、その利益を得ようとする強い意思を抱いていたものと理解されるからである。

(2) 行為者側の支配性

ただ、被侵害者の主観において生きるという選択肢が消失していたという事情だけから、自由な意思決定の否定という結論を引き出すのは妥当でない。というのも、もともと自発的に生きるという選択肢を放棄していた面があつたばあい(たとえば、被害者が心中の話をもちかけていたようなばあい)などが考えられ、このようなばあいについて

は、被侵害者は多分に自分の意思で選択肢を絞り込んだものと捉えることができ、よって、全体として見れば「他の選択の余地があった」ケースと見るべきだからである。たとえ最終的な意思決定の段階で、他の要因と相まって生きる選択の余地が失われたとしても、もっぱら自らの意思でその状況を生んだという側面がある以上、規範的・総合的見地より、「他の選択の余地がない状況下での意思決定」とすることはできない。³⁰⁾

また、緊急状況に直面した者の主観面との関係からも、選択肢の消失という観点からのみ意思決定の自由を否定するのは相当でないといえる。法益として特に身体が問題となるケースにかかわるが、現に緊急状況に直面したため、その緊急状況を回避するために自らの身体を犠牲にせざるを得なかったという者については、その主観面において、他の選択の余地がなかったということ自体は認められることになるであろう。しかし、そういう局面でその者がとつた態度について、自由意思によらないと考えるのは適切でない。³¹⁾ このケースで自由意思を否定するのが適切でないのは、客観的事実の影響によって法益保持者においてある意思が強く形成されたといえるからであろう。このような場合に自由性はなお否定されないとするのが、規範的理解に合致していると考えられるのである。そこで、有用になるのは「他者の影響」という視点であろうと思われる。すなわち、もっぱら他者の意思・行為によって法益保持者の意思が意図的に操作され、それにより選択肢が奪い去られたようなばあいについて、自由意思の否定が許されることになるのではないかと思われるのである。考慮しなければならぬのは、その心的状況が、客観的事情によつてではなく、他の者の意図的操作によつて作り出されたかどうか、なのである（ここにいう意思決定の自由の有無というのは、人・人との関係において問題となる概念と考えられるのである）。³²⁾

これは、被侵害者（被欺罔者）の主観における「行為者の欺罔の影響度合い」を問うことを意味する。すなわち、——話を生命関係にもどすと——生命という法益に対する被侵害者の価値観が変容する過程（本来放棄するはずのな

い生命という法益を、他の利益のために犠牲にしてよいと捉えることになる過程)において、行為者の欺罔がどの程度の作用をおよぼしたのか、換言すれば、被侵害者の価値観変容のプロセスにおいて、行為者の欺罔がどの程度の比重を有していたのか、を問題とするのである。行為者の欺罔がそのプロセスを支配していたといえれば、逆に被侵害者の意思決定について、それは自由でなかったと見ることができるのである。

なお、以上の考え方は、「錯誤のかかわり先」の問題よりも、「意思決定の自由いかん」の問題に焦点を当てるべきと説くものであるから、保護法益と異なる利益を保護することになってしまえば妥当でない、とか、意思活動の自由一般を保護することになってしまふ、など批判される可能性もある³³⁾。

しかし、法益保護の観点からすれば、動機から意思決定までの主観的意思形成過程を欺罔という手段をもちいて巧みに操作することによって、相手方に法益を処分する決意を抱かせ、そうして当該法益処分の同意を得て法益侵害にいたる、という狡猾な行為の構造にむしろ十分な関心を寄せなければならぬであろう。このような行為を禁止することによって法益を十全に保護しようというねらいは、決して不当ではないはずである。このような禁止規範の存在を前提に、これに反する行為をした者に対して、責任の全面的な帰属を肯定したとしても、保護法益と異なる利益を保護することにはならないし、いわんや、自由意思一般を保護することにもならないと考える³⁴⁾。

4・殺人罪説の問題点

ところで、法益関係の錯誤の理論とは対局に位置する立場として、条件関係の錯誤説ともいうべき立場がある。被侵害者の錯誤が動機の錯誤であっても、その錯誤がなければその同意はなかったであろうといえる以上、その同意を無効とする考え方である³⁵⁾。同説の基礎にあるのは、問題となる錯誤が「法益に関係しない錯誤」であるからといって、

生命処分意思を有効と断じるのは相当でないという思想であるといえよう。論理過程においては、「自殺の決意に対する被害者の自由が奪われていた」とか、「自殺の決意が被害者の意思に合致したものであったとはいえない」といった視点が示されている。³⁶⁾

なるほど、同説も、被侵害者の死の決定が「自由意思」にもとづいていたかどうかを重視するかのようであるが、しかし、自由意思の存否をいかに判断するかについての掘り下げを欠いている点に弱点がある。同説はこれまで、「その錯誤がなければそのような意思決定はしなかったであろう」といえるばあいには、自殺の決意を真意に沿わないものであるとしたり、その被侵害者の錯誤を生命処分の意思決定にとって重大なもの（本質的なもの）と位置づけたりして、自由意思にもとづく意思決定の存在を否定してきている。しかし、生命処分の意思決定と条件関係に立つ錯誤があったということと、その意思決定が真意に違うものであったことは、かならずしも直接関係にあるとはいえない。にもかかわらず、重大な錯誤にもとづく錯誤であったことを認め、結局、意思決定の有効性をそのまま否定する論理を展開するならば、殺人罪の成立が比較的ルーズに認められることになりかねないし、³⁷⁾何より、そもそも被侵害者の自由意思の存否について判断したことは実質的にはならないといえる。上述のごとく、自由な意思決定の存否について実質的に判断する論理枠組みが不可欠である。

5・事例処理

以上の考察を前提に、まず偽装心中の事例を考えてみると、次のようになると思われる。

(1) Aは、自己を熱愛するが故に心中を申し出てきたBの熱意におされ、いったんは心中の話を受け入れたものの、その後になって気が変わり、Bに死んでもらい自分だけ生き残ろうと思うにいたり、その気がないのに追死する気が

あるかのように装いBを誤信させ、青酸ソーダを致死量渡してそれを嚙下させ、死亡させた、というケースについて³⁸は、行為者に殺人罪は肯定しがたいと思われる。³⁹ 心中の話がBから持ち出されていたことからすれば、もともとBにおいて生きるという選択肢が放棄されていた面が認められるからである。

(2) Aは、Bが過去におこなった行為について、出資法違反の罪に当たるためこのままでは警察につかまり刑務所に入ることになり、身内にも迷惑がかかることになるなどと欺罔し、Bを誤信させ、不安と恐怖におののくBを警察の追及を免れるという名目で連れ出し、あちこち逃避行をさせ、もはや逃げ場がないという気持ちにさせ、自殺する以外に途はないと思い込ませ、自殺させた、というケース⁴⁰については、殺人罪の成立が認められるべきである。欺罔されたことによつて、Bにおいては、逮捕されるという事態からどうしても解放されたいという意思がきわめて強くなつていたといえる上、生命という法益に対するBの価値観変容プロセス(本来放棄するはずのない生命という法益を、他の利益のために犠牲にしてよいと捉えることになる過程)において、Aの欺罔・種々の画策が終始きわめて大きい役割を演じていたことから、そのプロセスを支配していたということができ、Bの意思決定は自由な意思決定ではなかったというべきであるからである。すでに述べたように、逮捕されないという利益と、生きるという利益との客観的な比較衡量は問題とすべきではない。

三 身体に対する罪における欺罔・同意

1. 生命に対する罪の場合との相違

身体に対する罪における欺罔・同意にかんしても、基本的には同様に解してよいものと思われるが、生命に対する

罪の中には、被侵害者の同意があつたばあいを補足する二〇二条がある点で特徴的であるということについては留意しなければならない。

被侵害者の真摯な同意があつても二〇二条が成立するという条文構成にかんがみると、被侵害者から同意が引きだされたにもかかわらず一九九条が成立するとされる事例を絞ることも、比較的大きな問題は生じないといえる。被侵害者の同意が存在するケースを取りこむ規定である二〇二条がひかえているからである。この点から、一九九条の成立範囲は、二〇二条の射程範囲との兼ね合いからして厳格に画さなければならぬという要請が働くことになりうる(生命に対する罪のばあいは、いわば、被侵害者の同意があつたものの行為者に刑事責任を認めるべきとされるケースを、二〇二条と一九九条のいずれに振り分けるかが問題となり、「よほどのばあい」を一九九条に取りこむという処理が合理的といえることになるのである)。

他方、身体に対する罪においては、被侵害者の同意があつたばあいを補足する条規がないため、被侵害者から同意を引きだした行為者に刑事責任を認めるべきとされるケースは、もっぱら二〇四条や二〇八条そのもので補足せざるをえない。そのため、同各条規の射程範囲は、そのようなケースを取りこぼさないように画されなければならないのである。特に留意すべきであるのが、欺罔行為によつて示された利益を得たいという被侵害者(被欺罔者)の意思が、きわめて強くなつてきたとまではいえないものの、ある程度強くなつてきたといえるようなケースであるが、このようなケースについては、自由な意思決定が阻まれていたことを認めてよいものと思われる。ある程度強くなつてきたといえるのならば、法益放棄という意思決定についての責任負担は、むしろ欺罔行為によつてそのような状態を被侵害者に生じさせた行為者の方に負わせるのが、責任の公平負担の観点からも、十全な法益保護の観点からも相当といえるからである(このようなケースの欺罔者を不問にするというのが刑法の意思であるとは思われない)。そ

ここで、同意を無効とする範囲を厳格に絞りこむことになるような基準ではなく、欺罔行為者の免責範囲が不当に広がることを防ぐための理論的手法が必要となるが、これについては、傷害罪・暴行罪の成否が問題となるばあいには比較的ゆるやかに(ただ、二〇二条に比べて格段に軽い刑での処断を想定すべきであろう)、殺人罪の成否が問題となるばあいには比較的厳格に、自由な意思決定がなかったことを認めていくという判断手法が採用されるべきものと思われる。このようにして欺罔行為者側の負担の範囲を適切に確保することこそ、身体(の安全)という法益を放棄する意思を誤って抱いてしまうという事態から、人々を十分に守ることを可能とし、欺罔行為から法益を十全に保護することを可能にすることになると思われる。

ただ、欺罔行為者に責任を負担させる以上、被侵害者における価値観の変容における欺罔行為の比重性の基準は、ゆるめられるべきではない。

2. 事例処理

(1) 一万円を払うからと偽って被侵害者から同意を得て、同者を殴ったという事例については、被侵害者にとって一万円という利益がどの程度の意味をもっていたかが問題となる。被侵害者においては、この利益を得たいという意思がある程度強くなっており、それゆえに殴られることに同意したということが認められ、かつ、そのような価値判断をするにいたった原因がもっぱら行為者の欺罔にあるといえるばあいには、暴行罪の成立が認められてよい。同罪の成立を、被侵害者が今日の食料もないほど貧しいといった(緊急避難類似の状況が認められる)ばあいに限定する必要はない。緊急避難類似の状況でなければ意思決定の自由の阻害を肯定できないというわけではないからである。⁴¹⁾

対して、一万円には魅力を感じなかったものの、友人関係を保持したいと考えて同意したようなばあいや、一万円

を得たいとは思ったものの、もっぱら親友からの話ということを重ねて同意したというような場合には、暴行罪の成立は否定されるべきである。

(2) 母親に対して、子供が目に傷害を負ったためその視力の維持のために角膜を移植することが必要だと偽り誤信させ、同意を得たうえで角膜を摘出した（実際には角膜は移植に使用されなかった）という、いわゆる角膜移植事例については、傷害罪の成立を認めるべきである。子供の視力の維持という利益を求める強い意思が生じており、その利益のために自らの角膜を提供すると考えるにいたった過程における行為者の欺罔の比重もきわめて大きいからである。⁴³

もし、その母親が子供のことを意に介さない者で、子供の視力低下にも関心をあまり持たなかったが、もっぱら自分の評判や世間体を気にして角膜摘出に同意したというケースであれば、同意は自由意思にもとづくものであり有効ということになる。

ところで、この角膜移植事例をめぐることは、次のような重要な指摘がある。すなわち、「子供に角膜移植が本当に必要であり、そのために母親は進んで摘出手術に同意して、角膜が摘出された場合に、母親の同意は無効であり、医師は傷害罪で処罰されなければならないなどという結論が承認しがたいものであることは明らかであろう。」という指摘である。⁴⁴これは、角膜移植事例を緊急状況の偽られた事例と位置づけて被侵害者の同意を無効と結論づける見解に対する批判として示されているものである。私見によっても、右記のように、角膜移植事例における被侵害者の同意は無効との結論が導かれるが、しかし、行為者が真実を語っているばあいには、被侵害者において他の選択の余地がなくなっていたことは認められるとしても、同者の価値観の変容をもっぱら行為者が作り出したということではできないことから、被侵害者の自由な意思決定を否定することにはならない。⁴⁵

四 おわりに

法益関係の錯誤の理論は、保護法益と被侵害者の同意との関係について分析的な思考方法を提供し、かなり広く支持されるにいたっている。ただ、分析的な思考が事象の実体を見誤らせるということもあり得る。法益関係の錯誤の理論の支持者側から、動機の錯誤でありながら同意が無効とされるケースの存在が認められているのは、そのことの一証左であるといえよう。また、法益保護という観点からは、法益侵害にいたる行為者の行為を、どこまで、どのように規制すれば、効果的に法益を保護できるのかということも考えなければならぬし、欺罔された被侵害者側に不利益が生じないような解釈が求められるのである。被侵害者の主観的な価値観の変容に着目することは、そのような点からも不合理ではないはずである。

本稿では、生命に対する罪および身体に対する罪を対象に、被侵害者の同意の法的位置づけ(効果・有無)について若干の考察をした。そして、他の利益に対していかなる心的態度で臨んでいたかという点、および法益に対する被侵害者の価値観が変容する過程において行為者の欺罔の影響がどの程度の度合いであったかという点が、重要な観点になることを示した。今回対象にできなかった諸ケース(自由に対する罪や財産に対する罪が問題となるケース等)も含め、今後さらに検討・言及できる機会を得られたと思う。

- (1) 創始者はドイツのアルトゥであるといわれる。法益関係性については、Arzt, Willensmängel bei Einwilligung, 1970, S. 19 ff.
- (2) 法益関係的錯誤 ein rechtsunsbezogener Irrtum の概念とその取り扱い方についての考え方をわが国に導入されたのは山中教授であり(山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺 関西大学法学論集三三卷三—四—五号二七一頁)、その後、佐伯仁志教授(「被害者の錯誤について」神戸法学年報一号五一頁)、山口厚教授(「法益関係的錯誤」説の解釈論的意義 司法研修所論集一一二号九七頁)、林美月子教授(「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)』(一九九四、有斐閣)二二頁)、小林憲太郎准教授(「いわゆる『法益関係的錯誤』の意義と限界」立教法学六八号二七頁)……、多くの論者によって検討・支持されてきている。
- (3) 松尾浩也「偽装心中と殺人罪」刑法判例百選II各論(第四版)四頁、林幹人「錯誤に基づく被害者の同意」芝原他編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集(上)』(一九九八、有斐閣)二二三頁など。
- (4) その代表としてRoxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, Gedächtnisschrift für Noll, 1984, S. 280; ders, Strafrecht AT I, 4. Aufl., § 13 Rdn.99 ff.
- (5) 偽装心中と法益関係的錯誤の理論との関係については、すでに他稿(「偽装心中と法益関係的錯誤の理論」白門五九卷九号四五頁)において若干述べたが、本稿では、ここでは十分に論じられなかった点も含め、あらためて法益関係的錯誤の理論に対する検討をおこなうことで、私見をもう少し詳しく述べておこうというものである。
- (6) 佐伯・前掲注(2)六十二頁以下。
- (7) 須之内克彦「被害者の瑕疵ある意思に基づく行為の取扱いについて——アメルンク説の検討を中心に——」森本他編『刑事法学の潮流と展望(大野真義先生古稀祝賀)』(二〇〇〇、世界思想社)一五七頁。
- (8) 林(美)・前掲注(2)二八頁。
- (9) 山口厚「欺罔に基づく『被害者』の同意」広瀬・多田編『田宮裕博士追悼論集』(二〇〇一、信山社)三三四頁参照。
- (10) 佐伯・前掲注(2)五九頁。
- (11) 佐伯・前掲注(2)五九頁、山口厚「問題探究刑法総論」(一九九八、有斐閣)八一頁。
- (12) 林(幹)・前掲注(3)二四〇頁。

- (13) 小林・前掲注(2)三五頁。
- (14) 山口・前掲注(9)三二二頁以下。
- (15) 佐伯・前掲注(2)一一六、山口・前掲注(9)三二二頁以下。
- (16) 佐伯・前掲注(2)六七頁。
- (17) 佐伯・前掲注(2)六七頁。
- (18) 佐伯・前掲注(2)六七頁。ただ、生命についての事実的理解のレベルではなく、「法益」として理解するレベルにおいては、論者によれば、まさしく「生命」でしかないというわけであるから、やはり理論上かなり苦しいであろう。生命それ自体を法益と解し、その前提において法益関係の錯誤の理論を展開するなら、余命の長短についての錯誤は、生命についての錯誤ではない以上、同意は有効と理解されなければならないはずである。
- なお、法益関係の錯誤の理論の立場に立たれない林幹人教授も、「あと三ヶ月の生命だから死ぬというのは、理由・動機の錯誤にすぎないともいえる。しかしそうだとすると、この場合、被害者は生命の長さについて錯誤に陥っているのであるから、法益関係の錯誤があるとしてもよいであろう。」と述べられ、同様の理解をされている。林(幹・前掲注3)二二九頁。
- (19) 林(美)・前掲注(2)四四頁以下。林美月子教授は、余命の長短についての錯誤を法益関係の錯誤とすることは、「同一人物の中ではあつても生命のあいだに差を認めることであり、さらに第三者(他人)の生命についても同様の差を認めることに繋がりに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るべきであろう。」とされ、余命の長短についての錯誤は法益関係の錯誤ではなく、殺人罪の成立を認めるのは妥当でないといわれる。林(美)・前掲注(2)五四頁。
- (20) 林(美)・前掲注(2)三四頁以下、四六頁以下。
- (21) 林(美)・前掲注(2)三四頁参照。なお、緊急避難類似状況にかんしては、Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 7. Abschn. 121 ff.; Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl., § 13, Rdn. 105 も参照。
- (22) 林(美)・前掲注(2)四六頁以下。
- (23) 林(美)・前掲注(2)二八頁。
- (24) 「意思形成・意思決定の自由」が認められるかどうかを判断するための一つの(下位)基準として、法益関係の錯誤の有無の観点を挙げているものとして、たとえば Gropp, Strafrecht AT, 3. Aufl., § 6, Rdn. 43. もちろん、法益関係の錯誤の理論は、

法益についての認識が欠けるばあいについて同意の存在を否定するという重要な機能を有しており、その点で有意義な理論であることは否定され得ないと思われる。

- (25) 林(幹)・前掲注(3)二五一頁、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(二〇〇二、東京大学出版会)二九五頁、三一五頁注(二〇三)、上嶋一高「被害者の同意(下)」法学教室二七二号八一頁以下。
- (26) 林(幹)・前掲注(3)二四五頁。
- (27) Roxin, aO (4): Noll-GS, S. 279 f.
- (28) 「法益はそれ自体として価値があるのではなく、その価値は基本的に法益主体の意思に關係づけられたものである」との指摘は的を射ている(林(幹)「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)』(一九九八)二四〇頁)。
- (29) 阿部純二・川端博編『基本セミナー 刑法2各論』(一九九二、一粒社)九頁(山火)参照。
- (30) 齊藤誠二『医事刑法の基礎理論』七五頁(一九九七、多賀出版)参照。
- (31) 山口・前掲注(9)三二八頁。
- (32) なお、この視点からすると、——身体の侵害についての同意にかかわることであるが、——たとえば、相手方に対して、同者自身が自己の身体を犠牲にすべきこととなるような緊急状況が存在することを伝達した結果、同者が身体に対する侵害に同意したといったケース、すなわち、行為者はいわば単なる情報橋渡しの役割を果たしたに過ぎなかったといったようなケースにかんしては、被害者の意思決定の自由は肯定される。
- (33) 佐伯・前掲注(2)七〇頁参照。
- (34) 林(幹)・前掲注(3)二四〇頁参照。
- (35) 団藤重光『刑法綱要各論』(第三版、一九九〇、創文社)四〇〇頁、藤木英雄『刑法講義各論』(一九七六、弘文堂)一九三頁、大塚仁『注釈刑法』(増補第二版、一九七七、青林書院新社)八九七頁、谷口正孝「殺人罪の限界——刑法二〇二条の解釈問題として——」(ジュリスト一七一号二二頁)等。
- (36) 大塚・前掲書八九七頁においては、次のように説かれている。「欺罔による場合にも、その程度がいちじるしいときには、本罪(自殺教唆罪)ではなく、殺人罪の間接正犯となりうる。たとえば、行為者が追死の意思を有しないのに、被害者を欺き行為者も追死するもの誤信させて自殺するにいたらせるような場合である。∴行為者の追死してくれることが、被害者の自殺の

決意を固めるについてもつとも本質的な問題であり、それが欠けた場合には自殺することは考えられぬというような事態において、その本質的事項について被害者を欺罔するときは、実質上、その自殺の決意に対する自由を奪うものにほかならないから、自殺教唆の範疇を逸脱する行為であって、殺人罪を認めるべきである。」と。また、谷口・前掲二八頁においては、次のように説かれている。「真実を告知したならば、自殺しなかったであろうという事実関係が認められるならば、すなわち、錯誤が自殺を決意せしめた要素となつているときは、その自殺は、被害者の意思に合致したものであるといふことはできない。他人の錯誤を利用して、その真意に基づかない死の原因を与え、または死の結果を惹起したという関係において、普通殺人罪を以て問うべきではなからうか。」と。

- (37) 山口厚『刑法各論』(補訂版、二〇〇五、有斐閣)一五頁参照。
- (38) 最判昭和三三年十一月二日刑集一二巻一五号三五一九頁参照。
- (39) 周知のとおり、最高裁はこの種の事案について殺人罪の成立を認め、条件関係的錯誤説からもこの結論は支持されるが、事案の内容に照らし疑問がある。
- (40) 福岡高宮崎支判平成元年三月二四日高刑集四二巻二号一〇三頁。
- (41) 林(美)・前掲注(2)三四頁。
- (42) 上嶋・前掲注(25)八一頁。
- (43) Vgl. Roxin, aaO(4): NoIi-GS, S. 280 f. なお、法益関係的錯誤の理論を純粹に展開すると、角膜摘出自体について同意している以上、法益関係的錯誤はなく、同意は有効とならざるをえない。そこで、同理論の支持者側からは、これを緊急避難状況を誤信したケースとして位置づけることによつて、自由な意思にもとづかない同意であるとし、同意を無効にするという理論的工夫が示されているのである(たとえば、小林・前掲注(2)三九頁以下)。結論に異論はないが、私見によれば、そのような複雑な論理をたどらずとも、同意を無効と解しうる。
- (44) 山口・前掲注(9)三三八頁。
- (45) 前述二・三(2)参照。

〔付記〕鈴木敬夫先生は、二〇〇七年三月をもつて札幌学院大学をご退職なされたが、目下、中国の汕頭大学にてな

お教鞭を執られており、精力的な研究・教育活動を続けられている。私は、札幌学院大学に在職中、そしてその後も今日にいたるまで、幸運にも、鈴木先生から熱意あふれるお教えをたくさんたまわりつづけることができているが、これからも、世界を視野に入れた深い鈴木先生の洞察に触れることができるかと思うと、心が躍る。先生の今後のご健勝、そしてますますのご活躍を、心より祈念しつつ、本小稿を捧げたいと思う。