

いわゆる「法益關係的錯誤」の意義と限界

小林 憲太郎

序章 本稿の目的

第一章 法益關係的錯誤

第一節 法益關係的錯誤の意義

第二節 法益關係的錯誤の内容

第一款 法益と法益処分の自由

第二款 法益処分の自由に關係する錯誤

第三款 法益關係的錯誤と刑法各論

第二章 緊急狀況に関する錯誤

第一節 ロクシンによる法益關係的錯誤說批判

第二節 正当化事由の誤信と補充性を充足する過剰避難の誤信

第一款 正当化事由の誤信

第二款 補充性を充足する過剰避難の誤信

終章 行為者の保護

序章 本稿の目的

法益関係の錯誤という概念を作り出したのは、アルツトであった。彼によれば「彼／彼女自身としては、すなわち一般的には理解能力のある者が法益を、具体的には放棄される利益の射程を正しく評価できずに処分した……そのような欺罔を法益関係の欺罔と呼ぶことにするが、そこでは同意が刑法上、重要でないということである」⁽¹⁾という。このような基本的発想はドイツでも、ルドルフィーの書評においていち早く賛同を得た後、幅広く支持を集めた。またわが国でも山中敬一がこれを導入し、佐伯仁志がさらに詳細に展開することで、すでに市民権を得たもの⁽²⁾ということができよう。⁽³⁾

従来の一般的な見解によれば⁽⁵⁾、錯誤に基づく同意は被害者が、錯誤がなければ同意しなかったであろうといえる限りで、刑法上意味を持たないものとされていた(重大な錯誤説)。たとえば反対給付に関する錯誤、すなわち頬を平手打ちさせてくれれば一万円払うとだまされ、これに同意したような場合には、被害者が一万円もらえないと知っていれば同意しなかったであろうから、その同意は無意味であり、行為者には暴行罪が成立すると考えられていたのである。これに対して法益関係の錯誤説によれば、そのような解釈は身体の安全を、反対給付との交換価値において保護することに帰し、交換の自由や機能だけを保護する詐欺罪という構成要件が、別途規定されていることと矛盾するという。すなわち身体の安全は、その存立において保護されるから、被害者が平手打ちされることを分かつている以上、その同意は意味を持ち、行為者に暴行罪は成立しないというのである。

このように一見すると、高度の説得力を有する法益関係の錯誤説であるが、近年になってこれに対する批判も、しばしば見受けられるようになってきた。本稿はこのような批判をさらに批判的に検討することで、法益関係の錯

誤説の市民権をいっそう強化しようと試みるものである。

- (1) Gunther Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S.19f. (公刊 Willensmängel と密記¹⁶⁸)
- (2) Hans-Joachim Rudolph, Literaturbericht, ZStW86 (1974), S.83f.
- (3) 山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺—関大法學論集三三卷三・四・五合併号（一九八三）二七一頁以下。
- (4) 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法學年報一号（一九八五）五一頁以下。
- (5) Z.B. Edmund Mezger, LB, 3.Aufl., 1949, S.211f.; Hans Welzel, LB, 11.Aufl., 1969, S.95. もともと近年でもたとえばメンツは、このような見解を採用しつつ、帰属の制限はより可罰性の限定を図つてゐる¹⁶⁹。Knut Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998, S.36ff.; ders., Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, GA 1999, S.182ff.; Amelung/Frieder Eymann, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, Jus 2001, S.943f., ferner vgl. Hans-Joachim Hirsch, in: Strafgesetzbuch-Leipziger Kommentar-Großkommentar, 11.Aufl., 1994, Vor § 32, Rn.119; Harro Otto, Einverständnis, Einwilligung und eigenverantwortliche Selbstgefährdung, in: Festschrift für Friedrich Geerds, 1995, S.615ff.; Hans-Ulrich Pfaffgen, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, BT, 2.Aufl., 2000, § 228, Rn.29f.; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, AT, 11. Aufl., 2003, § 17, Rn.109ff. (Mitsch); Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten, 2004, S.495ff. なおメンツの見解は「須田克彦『刑法における被害者の同意』（成文堂、二〇〇四）一〇六頁以下が詳しい。またわが国では現在でもコンメンタールの類においては、このような見解が論証なく採用されている。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（第二卷）（第二版）』（青林書院、一九九九）二五二頁（古田佑紀）などを参照。

第一章 法益関係的錯誤

第一節 法益関係的錯誤の意義

そもそも法益関係的錯誤がある場合には被害者が、自身もしくはその同意を得た行為者が侵すことになる利益を

認識していない。したがって同意の正当化根拠を、被害者が自己の利益を放棄することで、その要保護性が失われるところに求めるのであれば（利益放棄説）、放棄するつもりのない利益の侵害については、そもそも同意が存在しないということになる。

ところが近年になって、利益放棄説に立ちつつ「法益関係的錯誤でも、被害者の意思決定に相当程度の大きさの影響を与えるということができないため、同意を無効としないこともある」と述べるものが現れている。すなわち「例えば、医師が癌患者の余命期間をより短いものと欺罔して患者に死を決意させた場合、その欺罔がなければ死の決意はなかったであろうというときでも、真の余命期間が患者の心理に与える影響が大きく、真の余命期間と虚偽の余命期間との差は、患者の意思決定に相当程度の大きさの影響を与えるものと言えなければ、同意は無効とならないと解される」というのである。⁽⁸⁾

しかしこのような論証には一種のまやかしがある。一口に「死の決意」といっても、その内実は様々に記述することができる。この文脈でいえば、あと一ヶ月の余命を断つ決意というふうにも、あるいは二ヶ月の余命を断つ決意というふうにも記述することができるのである。そして余命があと二ヶ月あるにもかかわらず、一ヶ月しかないこととだまされて死を決意した患者には、そもそもあと二ヶ月の余命を断つ決意をするつもりがないから、それがあることを前提に受けた心理的影響の大きさを、当該決意の有効性のメルクマールにするのはナンセンスである。⁽⁹⁾ 逆にいえば先の論証が成立するのは、「死の決意」をそれ以上細密に記述できない、つまり生命にとってその長短が重要でないといえる場合に限られるが、そこでは同時に患者の陥った錯誤が、法益関係的でないことが承認されなければならぬのである。⁽¹⁰⁾

第二節 法益関係的錯誤の内容

第一款 法益と法益処分の自由

さらに近年になって、法益関係的錯誤の内容を従来よりも拡張することにより、これまで法益関係的錯誤がないと考えられてきた典型的なケースにおいて、これを認める見解が現れるに至った。すなわち論者によれば、法益を処分する自由が認められる限り、それは法益の構成要素をなすから、法益処分の自由に関係する錯誤、たとえば法益処分の理由・動機に関する錯誤も、法益関係的錯誤の一だという⁽¹¹⁾。そして「たとえば、毛髪をかつらに利用するため買い取るからと欺罔して切り取ることに同意させたが、切り取った後、報酬の支払を拒絶したというような場合を想定すると、毛髪という身体の一部を処分する自由を認めることは不可能ではないと考えることができるから、暴行罪の成立を肯定することは考えうるように思われる⁽¹²⁾」というのである。

このような見解の当否を検討するためには、まずそこにいる法益や、法益処分の自由という概念の内実を明らかにしなければならない。そもそも法益とはある社会的実体を、各則の構成要件が一定の属性に着目して記述し直したものである。たとえば毛髪という社会的実体は、容貌の構成要素というふうにも、かつらの代金との交換対象というふうにも記述することができるが、暴行罪の構成要件はそれを身体と記述しているのである。暴行罪の保護法益が身体（とか、身体の安全）といわれるのはこのような意味である。

そしてそのような属性を、通常は望ましくないと考えられる方向に変更すれば、一見すると法益が侵害されたかにもみえる。しかし個別具体的な事例において、そのような変更を望ましいものと判断する自由を持つ者がそれを行使すれば、法益が侵害されたとはいえないことになる。たとえば毛髪の切除が通常は、望ましくないと考えられ

る方向への身体の変更であるにもかかわらず、美容師のカットが暴行罪の想定する法益侵害を構成しないのは、毛髪の切除を望ましいものと判断する自由を持つ客が、それを行使しているからである。このような自由を法益処分の自由と呼ぶ。⁽¹³⁾

以上のように考えたとき、たしかに法益処分の自由は法益侵害の存否を決するという意味で、法益の構成要素をなすといってもよいかもしれない。また法益処分の自由に関する錯誤は、法益侵害の存否に関する錯誤であるから、法益関係の錯誤だといってもよいかもしれない。⁽¹⁴⁾しかしそのことから直ちに法益処分の理由・動機に関する錯誤までもが、広く法益関係の錯誤であることは導けないように思われる。

そもそも法益処分の自由とは、各構成要件の着目する一定の属性の変更が、どのような評価を受けるかに関する、その意味で個別の構成要件に固有のものであり、他の異なる属性の変更が受ける評価に關係してはならない。そうでないと各構成要件が、わざわざ一定の属性のみに着目して法益を記述し、その処分の自由だけを保護しようとした趣旨が没却されてしまうからである。しかし法益処分の理由・動機の中には、他の異なる属性の変更が受ける評価に関するものが含まれており、それに関する錯誤が直ちに法益処分の自由に関する錯誤、したがって法益関係の錯誤とはいえない。論者の挙げる例でいえば、かつらの代金をもらえると法益処分の理由・動機は、財産犯の構成要件が着目する一定の属性、すなわち毛髪の交換価値の変更が受ける評価に關係しているから、それに関する錯誤は暴行罪の法益関係の錯誤とはいえないことになる。

一万円払うとだまして指を切断する（つまり重大でない、生命に危険のない傷害を加える）同意を得た者に傷害罪が成立するにもかかわらず、同じ方法で手足を切断する（つまり重大な、生命に危険のある傷害を加える）同意を得た者は不可罰になるという論者の奇妙な結論は、この点を看過したところから生じている。つまり財産犯の法益処分の自由に関する錯誤があることから、傷害罪の法益処分の自由に関する錯誤があることを導く一方で、傷

害罪の法益処分の自由がないことから、財産犯の法益処分の自由がないことを、したがってそれに関係する錯誤が観念し得ないことから、傷害罪の法益処分の自由に関係する錯誤が観念し得ないことを導いているのである。

第二款 法益処分の自由に関係する錯誤

前款で述べたように法益処分の自由とは、各構成要件の着目する一定の属性の変更が、どのような評価を受けるかに関係する、その意味で個別の構成要件に固有のものであり、他の異なる属性の変更が受ける評価に関係してはならない。もつとも逆にいえばそのような自由の行使の仕方は、それが他の異なる属性の変更が受ける評価に関係することにならない限り、自由に定めることができる。たとえば問題となる構成要件の着目する属性が、変更される危険性が一定の程度を超えていないことを、条件として付することも排除され⁽¹⁶⁾ない。したがって被害者が、そのような条件が充足されていないにもかかわらず、充足されていると誤信した場合には、そこに法益処分の自由に関係する錯誤、したがって法益関係の錯誤を看取することができる。

以上をいくつかの事例を用いて敷衍してみよう。たとえば手術が不成功に終われば、傷口がさらに悪化することを知覚のうえ、腕の良い医師にこれを依頼したところ、実際には腕の悪い医師が執刀し、失敗したような場合には、患者に傷害罪の法益処分の自由に関係する錯誤を看取することができるから、執刀医には傷害罪が成立することになる。もつとも問題となる傷害が、腕の良い医師でも同意を得て生じさせたであろう範囲に収ま⁽¹⁷⁾っていれば、それは執刀医には帰責されず、あとはせいぜい未遂の不法が残されるにすぎないことになる（ただし傷害罪に未遂犯の構成要件は存在しない）。

これに対して医師Xに手術を依頼したところ、実際には同程度の力量を持つ医師Yが執刀したというにすぎないのであれば、患者の陥った錯誤は——彼／彼女があらかじめYによる手術をどれほど強く拒否していたとしても

——傷害罪の法益処分の自由に関係するものではない。執刀医の人格、たとえばその名前や顔それ自体は、傷害罪の構成要件が着目する属性ではないからである。⁽¹⁸⁾ 執刀医の資格についても同様のことがいえる。ドイツには有名な病院実習生事件 (BGHSt16, 309) と呼ばれるものがある。これは病院実習生 (Famulus) として病院に勤務していた医学部生である被告人が、患者により医師に留保された侵襲を単独で加えたという事案において、傷害罪および過失致傷罪につき無罪を言い渡したものである。その根拠は本件のように医学的に単純なケースにおいては、同意がその客観的な意味によれば、非医師による処置をも捕捉しているところに求められているが、それが右のような趣旨であれば賛成できる。

以上に対して財産に対する罪が問題となる場合には——前款で述べた目的物の交換価値のほかにも——⁽¹⁹⁾ 行為者の人格それ自体が当該構成要件の着目する属性となることがある。たとえば息子／娘の誕生日ケーキのローソクを第三者が吹き消し、もう使えなくなってしまう場合、ローソクの効用は誰が吹き消すかにより大きく異なるから、そこには器物損壊罪の法益処分の自由に関係する錯誤が存在するのである。⁽²⁰⁾ 時折、傷害罪と器物損壊罪のこのような帰結の違いを捉えて、「所有権 (Eigentum) は処分の自由 (Verfügungsfreiheit) で (も) ある⁽²¹⁾」といわれることがある。「処分の自由」の侵害が財産犯の法益侵害を構成するというのはその通りであるが、それは他の犯罪でも同様であるから、⁽²²⁾ ややミスリーディングであろう。両者の違いは単に、各々の構成要件が着目する属性に存在するにすぎない。

第三款 法益関係的錯誤と刑法各論

従来、いわゆる法益関係的錯誤が議論される場合には、犯罪を主として次の三つの類型、すなわちそれ自体として(その存立において)保護される法益に対する罪(殺人罪、傷害罪など)、行為者人格との関係において保護される

法益に対する罪（住居侵入罪、準強姦罪など）、交換価値において保護される法益に対する罪（財産犯）に分けるのが通例であった。

このような類型化は、法益関係の錯誤を認定してゆくにあたり、非常に有用なものではある。しかしそれがこの説の内容そのものではなくて、純粹に各論的な保護法益の検討から導かれたものであることに注意しなければならぬ。言い換えれば法益関係の錯誤を認定するのに必要なのは、問題となる犯罪が右のいずれの類型に該当するかではなくて、ひとえにその構成要件が、どのような属性に着目しているかだけである。⁽²³⁾

たとえば刑法各論において、監禁罪が可能的自由を侵しただけで成立するか、それとも現実的自由まで侵して初めて成立するかが争われている。⁽²⁴⁾しかし時折誤解されているように、この対立は重大な錯誤説、すなわち被害者が真実を知れば与えなかったであろう同意は意味を持たないとする見解と、法益関係の錯誤説の対立を反映したものであつたであらう。たとえば重大な錯誤説と現実的自由説を併用し、一万円払うとだまして現に移動意思を持つ被害者から、地下室に閉じ込めることの同意を得た行為者に監禁罪を成立させることも、あるいはまた法益関係の錯誤説と可能的自由説を併用し、一万円払うとだまして被害者から、睡眠中に部屋の外から鍵をかけることの同意を得た行為者に監禁罪を成立させないことも可能である。⁽²⁵⁾要するに法益関係の錯誤説が、監禁罪の保護法益を決めることはあり得ないのである。

このことは同じく活発な議論がなされている住居侵入罪についても同様であつて、強盗の目的を隠して立ち入りの同意を得た場合に本罪の成立を否定するためには、法益関係の錯誤説を採用するだけでは足りず、それに加えて本罪の保護法益を、住居内に存在する生命・身体・財産・プライバシーなどの実質的な諸利益ではなくて、純粹な立ち入りの許諾権に求める必要がある。問題はそこにいう許諾権の具体的な内容である。有力な学説は「デパート……等一般に立ち入り許容されている場所に違法な目的で立ち入った場合」について、「たとえ、看守者が入口に

立ってチェックしたとしても、その違法目的を知ることではできないから、当然に立入りを許可したであろうといわざるをえない」「かぎり、それは当該建物管理者の事前の包括的同意の範囲内にあり、本罪は成立しない」という⁽²⁷⁾。この結論は具体的にみても妥当なものと考えられるが、包括的同意が個別的な同意と同値だとすれば⁽²⁸⁾、許諾権の内容は「そのような外見の人を立ち入らせる」こと以上に具体的なものであつてはならないことになる⁽²⁹⁾。

唯一、詐欺罪において、財産がその交換価値や、一定の目的を達成するための手段という属性において保護されていることを前提に、それと無関係な錯誤やそれに向けられた欺罔行為が、詐欺罪の構成要件を充足しないといわれるのは、処分(交付)行為の基づく錯誤が法益関係的でない限り、法益侵害が欠けるという総論に基づいているのである⁽³⁰⁾。

(6) 上畠一高「被害者の同意(上)」法学教室二七〇号(二〇〇三)五〇頁。

(7) 上畠一高「被害者の同意(下)」法学教室二七二号(二〇〇三)八一頁。

(8) 上畠一高「被害者の同意(下)」八一頁。

(9) この点で被害者の同意の有効性の判断基準に関し、基本的に上畠一高と同様の見解を採用する林幹人「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(有斐閣、一九九八)一三九頁が、「同意とは、法益を認識しつつ放棄することを基本的な内容としている……したがって、法益について認識を欠く場合、そもそも同意の存在を認めることはできない」と述べるのは適切である。

(10) このことを承認するものとして、林美月子「錯誤に基づく同意」『刑事法学の現代的状況・内藤謙先生古稀祝賀』(有斐閣、一九九四)四五頁参照。彼女によれば「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っ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」という。たしかにナチスが価値のない生命をスローガンに、大量虐殺を犯した歴史は忘れられてはならない。しかし余命期間を重視する患者の価値観を、強制的に正すところまで、この教訓は含意しているであろうか。またかりにそうだとすれば、余命を短縮したことを理由に、生命を侵したとはいえなくなることに注意を要する。佐伯・前掲「被害者の錯誤について」六七頁参照。

(11) 山口厚「法益関係的錯誤」説の解釈論的意義」司法研修所論集一一一号(二〇〇三)一〇三頁以下。

(12) 山口・前掲「法益関係的錯誤」説の解釈論的意義」一〇四・一〇五頁。

(13) 以上につき、小林憲太郎「因果関係と客観的帰属」（弘文堂、二〇〇三）六一頁以下参照。なおこの法益処分の自由は、本文に述べたのは逆の方向に行使されることもある。すなわち通常は望ましいと考えられる方向への属性の変更が、それを望ましくないものと判断する自由を持つ者がそれを行使することにより、法益侵害を構成するのである。

もつとも構成要件の内容は、法益の侵害に尽きるものではないことに注意を要する。たとえば傷口に意反して薬を塗布することは、法益の侵害とはいえても、直ちに行為客体の侵害、すなわち「傷害」（刑法二〇四条）にあたるまではいえないのである。かつてノルは処分の権能（Vertüfungsbefugnis）と処分の対象（Vertüfungsgegenstand）を区別し、前者の侵害だけでは刑法による保護を受けられないと述べ、専断的治療行為を傷害罪から解放したが、前者の侵害が法益侵害に、後者の侵害が「傷害」に、それぞれ対応するものと考えられよう。Peter Noll, *Übersetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verletzten*, 1955, S.88ff. なおこのような彼の発想は同時に、同意の正当化根拠を処分の権能が処分の対象の侵害に優越するところに求めるという、いわゆる利益衡量説を生み出したが、これについては小林・前掲参照。

ところで読者諸氏の間には、法益侵害はあるが「傷害」がないという分裂状態を、奇妙に感じる向きがあるかもしれない。しかしこのことから法益処分の自由を、逆向きに行使する余地を否定することはできない。なぜならこのような分裂状態は、（放つておいても悪化はしない）傷口の治療を妨害するなど、法益処分の自由が逆向きに行使されていない場合にも生じるからである。

(14) この点で山口・前掲「法益関係の錯誤」説の解釈論的意義」一〇〇頁が、「法益関係の錯誤」とは、より正確にいえば、「法益侵害関係の錯誤」なのである」と述べるのは、まことに的確である。

(15) 山口・前掲「法益関係の錯誤」説の解釈論的意義」一〇五頁。

(16) 現に法益関係の錯誤説の主唱者である佐伯仁志も、「法益関係の錯誤説は、同意に条件を付けることが自由であることも、そのような条件に錯誤がある場合に自己決定権が害されていることも否定するものではない。法益関係の錯誤説は、単に、当該構成要件で保護される違法性を考える上では、すべての自己決定権の侵害が考慮されるわけではない、ということを主張しているのであり、その意味で、違法性阻却にも構成要件の縛りを認める考えなのである。」と述べている。同「違法論における自律と自己決定」刑法雑誌四一巻二号（二〇〇二）七八頁。

(17) 小林・前掲「因果関係と客観的帰属」五二頁参照。被害者の同意に基づく行為である代替原因は、結果回避可能性の判断において考慮される。

(18) いわゆる包括的同意の限界を定めるのと、パラレルな考慮がなされているともいえる。Arzt, Heilunggriffe aufgrund einer Blanko-Einwilligung bezüglich der Person des Arztes, in: *Festschrift für Jürgen Baumann*, 1992, S.209. この包括的同意という法形象は、個別的な同意から独立した意味を持たないし、逆もまた真である。なおこれと異なる、いわゆる推定的同意については別稿を予定している。

(19) たとえば無価値な壺であるとか、壊させてくれれば一万円払うとだまして、壺を壊すことの同意を得た場合には、器物損壊罪の法益処分の自由に関係する錯誤が存在する。もつとも後者については争いがある。Vgl. Maria-Katharina Meyer, *Ausschluss der Autonomie durch Irrtum, Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung*, 1984, S.174ff.

- (20) もちろん行為者の人格が、目的物の効用に影響しないこともある。たとえば家の取り壊しをXに依頼したところ、実際にはYがこれを行ったような場合には、ふつう建造物損壊罪の法益処分の自由に関係する錯誤は存在しない。Vgl. Arzt, in: Baumann-FS, S.210.
- (21) Z.B. Arzt, Willensängel, S.46; ders., in: Baumann-FS, S.211.
- (22) 前掲注 (13) 参照。
- (23) Vgl. Arzt, in: Baumann-FS, S.212.
- (24) 議論の状況については西田典之「山口厚編『刑法の争点(第三版)』(有斐閣、二〇〇〇)一四二・一四三頁(島田聡一郎)参照。
- (25) これに対して山口・前掲『法益関係の錯誤』説の解釈論的意義「一〇三・一〇四頁は異なる帰結を導くが、このような見解については第一章二節一款参照。
- (26) 議論の状況については和田俊憲「住居侵入罪」法学教室二八七号(二〇〇四)五六頁以下参照。
- (27) 西田典之『刑法各論(第二版)』(弘文堂、二〇〇二)一〇一・一〇二頁。
- (28) 前掲注 (18) 参照。
- (29) 佐伯・前掲「被害者の錯誤について」九七頁は、「比喩的に言えば、人の同一性の錯誤とは『顔』の取り違えであり、属性の錯誤とは『衣服』の取り違えである」という。たしかに既知の人物として招き入れる場合には、外見の中でも主として顔に着目するであろう。これに対して未知の人物として、あるいはデパートのように既知・未知に関わらず、単に客として招き入れる場合には、必ずしもそうではないように思われる。たとえば広い意味における外見の中でも、会員制ラウンジであれば会員証の所持が、女湯であれば女性の身体的特徴が着目されるであろう。和田・前掲「住居侵入罪」六〇頁参照(ただし外見に包摂されない客観的属性にも着目する)。
- (30) ただし法益関係の錯誤やそれに向けられた欺罔行為のすべてが詐欺罪の構成要件を充足するわけではなく、窃盗罪の存在などにより制約を受ける。

第二章 緊急状況に関する錯誤

第一節 ロクシンによる法益関係の錯誤説批判

ドイツで一世を風靡した法益関係の錯誤説の地位を、最初に危うくしたのはロクシンであった。⁽³¹⁾ 彼は次のように

述べる。「このような観点からすると、アルツトの採用する二分法は、次のような場合にのみ、なお無限定に受容可能であろう。すなわち法益に関係しない事情についての欺罔が決して被欺罔者の自己決定を害さない、つまりその同意が錯誤にもかかわらず、依然としてどんなことがあっても、自由な処分の表れとなると言い得る場合である。しかしそのような主張は行き過ぎであろう。このことをやや極端な例を用いて明らかにしたい。医師が母親に、眼球を移植の目的に提供することによってのみ、その子供を失明から救うことができると信じ込ませる。母親はこれを信じ、眼球を犠牲にする。しかし行為者は単に、母親に復讐しただけであった。彼は子供の治療にその移植体をまったく必要としておらず、眼球を投げ捨ててしまう。こうして彼は母親に、回復不能な改変を加えるという目的を達成した。ここで母親は、法益関係的錯誤に陥っていたわけではない。というのも彼女には、どの範囲で身体の完全性を放棄するかが分かっていたからである。彼女の錯誤はアルツトの主張する理論の意味における法益である、処分の対象ではなくて、彼女が放棄によって追求した目的に関係していた。しかしだからといって行為者は、不可罰にとどまるべきであろうか。客観的に明らかにしたこのような事象を、本当に母親の側の自由な処分の表れとして、被害者の自律的な決定の帰結としてみなすことが可能であろうか。やはりそうではなからう。行為者が錯誤に陥らせた女性の処分の権能を濫用した、したがって同意は無効であり、傷害罪で処罰されるべきであると考えの方が、より自然である。このように考えるならば、法益に関係する欺罔と関係しない欺罔の区別には同意の有効性にとって、少なくともアルツトが与えているような原理的な意義を認めないことも可能である。」⁽³²⁾

たしかにロクシンの挙げるような事例においては、被害者は傷害罪の構成要件が着目する属性の変更を正確に認識しつつ、それを望ましいものとする法益処分の自由を行使しているかにもみえる。しかしそこで本罪の法益侵害を、したがって行為者に本罪の成立を否定するのは、いかにも不当であるように思われる。もつともよく考えてみると、そのような帰結は法益関係的錯誤説を採用したことから、必然的に導かれるものではない。たとえば一定の

緊急状況を誤信した被害者は、法益処分の自由を行使せざるを得ないと感じるものである⁽³³⁾。しかしそのような自由はもはや自由と呼ぶに値しない。つまり右誤信は法益処分の自由を失わせるものといえるから、まさしく法益関係の錯誤の一だと考えることも可能である⁽³⁴⁾。そして右の事例で行為者の行った欺罔は、まさにこのような緊急状況に関わるものと解する余地が存在するように思われるのである。

そこで次に、それに関する錯誤が法益関係的錯誤となるような緊急状況の範囲について、検討を加えることにしたい。

第二節 正当化事由の誤信と補充性を充足する過剰避難の誤信

第一款 正当化事由の誤信

前節で述べたような緊急状況に関する錯誤の例として、ほぼ争いの余地なく承認され得るのが猛獣事例と呼ばれるものである。すなわち「自分の飼っている猛獣が逃げ出して公衆に危険を生じさせているとだまされたため、電話でその射殺を許可したが、実際にはその猛獣は、檻の中でおとなしく座っていた⁽³⁵⁾」というものである。ここでは被害者の認識した事実を標準としたとき、公衆から猛獣への危険の転嫁が正当防衛や緊急避難によって正当化され得る。つまり被害者としては、法益処分の自由を行使せざるを得ないと感じるのである。それゆえ被害者の陥った錯誤は、法益関係的だといえることができる。

もっともここで注意を要するのは、誤信という錯誤を基礎づける要素がなくても、法益処分の自由は失われ得るということである。なぜなら現実になんかのような緊急状況が存在し、被害者がそれを正しく認識していた場合でも、法益処分の自由を行使せざるを得ないと感じる点では、なんら異なるところがないからである。これは一見すると

奇妙に思われるかもしれないが、法益関係の錯誤がなくても法益処分の自由が失われ得ることは、脅迫による同意のケースを想起すれば明らかであろう。したがってこのような場合に行為者の可罰性を否定するためには、その根拠を被害者の同意、すなわち法益処分の自由の行使ではなくて、正当防衛や緊急避難という他の正当化事由に求めなければならないことになる。⁽³⁷⁾

ところで被害者の陥った錯誤が法益関係的となる理由が、一定の正当化事由の存在を認識したことにより、法益処分の自由を行使せざるを得ないと感じるところに求められるとすれば、そこにいう正当化事由を緊急状況におけるそれに限定する必然性は存在しないことになる。たとえば次のような事案がある。

被告人は飲酒のうえ、黒人兵と喧嘩をして殴られたことから、その報復として殴り返してやろうと思い、石を擲んで追いかけた。その後、黒人兵がビル内に逃げ込んだように思ったので、そのビルのKに対して「憲兵隊の佐藤だ」と詐称し、同人の同意を得て二階まで行った。

このような事案において東京高判昭和三八年二月一四日高刑集一六卷一号三六頁は、次のように述べて控訴を棄却した。「建造物侵入罪における侵入とは看守者の意に反して建造物内に立ち入ることを意味するから、その真意に出た承諾を得て入るのとはより侵入ではなく、従つて建造物侵入罪を構成しないが、その承諾が錯誤に基く場合には建造物侵入罪を構成するものと認むべきである。……Kが真実米国憲兵隊の者が犯人逮捕のためビル内に立ち入ることについて承諾を求められたものと信じたことは十分これを認められ、更に、被告人が暴行を受けた黒人兵に対する報復として暴行を加える目的であつたという真の事態を知れば、必ずや被告人の申出を拒否したであろうという事情も十分窺われるのであつて……Kは、被告人の申出に承諾を与えたものの、右承諾は被告人の言動によつて、当時の事態について錯誤に陥つたためなされたもので、真意に出でたものとなすことはできない。」

この判示は一般論としては、重大な錯誤説に非常に親和的なものである。しかし「Kが真実米国憲兵隊の者が犯

人逮捕のためビル内に立ち入ることについて承諾を求められたものと信じた」点を強調すれば、法益関係的錯誤説によっても被告人に、建造物侵入罪の成立を肯定する余地がある。つまりKは被告人の立ち入り、法令により正當化されるものと誤信していたと、解する余地が存在するように思われるのである。⁽³⁸⁾

なお法令行為という正当化事由が認識されるにとどまらず、現に存在した場合にも、行為者を不可罰とする根拠は被害者の同意以外に求められなければならないが、このことはより一般的に認められている。たとえば真正な捜索差押令状をみせられて、やむなく住居内に警察官を招き入れたとき、住居侵入罪が成立しない根拠は被害者の同意ではなくて、法令行為に求めるのが通常であろう。

第二款 補充性を充足する過剰避難の誤信

もつとも以上のようにいうだけでは、前節でみたロクシンの挙げるような事例を適切に解決することはできない。というのもそこでは母親の認識した事実を標準としたとき、子供から母親への危険の転嫁が緊急避難によって正當化されるとは、必ずしもいえないからである。⁽³⁹⁾

わが国の緊急避難の規定(刑法三七条一項本文)は、「自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危険を避けるため、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り、罰しない。」となっており、功利的正當化をその基本的な発想として⁽⁴⁰⁾いる。しかしいくらより大きな、あるいは同等の利益を保全するとはいえ、他者の人格を犠牲にすることまでは、規範的に正當化し得ないであろう。このことはその他者が、母親であってもなんら異なるところはない。もちろんこのような限定は、明文では存在しないものである。しかしそれが功利主義の内在的な限界を構成するものである以上、⁽⁴¹⁾直ちに罪刑法定主義違反とまではいえないように思われる。

問題は人格を構成する利益の範囲であるが、たとえば猛獣がそれに含まれないのに対し、眼球が含まれる点については、それほど争いが無いであろう。そしてそうだとすれば、子供から母親への危難の転嫁は緊急避難によって正当化されないから、母親は法益処分の自由を行使せざるを得ないとは感じておらず、それゆえその錯誤は法益関係的でないようにもみえる。

しかし厳密に考えてみると、この事例で問題となり得る危難の転嫁は、子供から母親へのそれに限られない。そこで母親は子供の利益状態を、自己のそのパラメータに取り込んでいる、より分かりやすくいえば母親という同一の人格の内部で、子供が失明せずすむことよって得られる自己満足の利益と、眼球を保持する利益とが衝突しており、前者から後者への危難の転嫁を問題にすることも可能である。⁽⁴²⁾そしてこのように考えれば、他者の人格への配慮を考慮に入れる必要がない。さらに被害者は原則として、自己の有する利益の価値序列を自由に形成することができるから、母親が自分の身よりも子供の方を大事に思う人間である以上、この危難の転嫁は緊急避難によつて正当化される余地がある。こうして母親の陥つた錯誤は、法益関係的だということができる。

もつともここで注意を要するのは被害者の価値観も、無限定に刑法による承認を受けるわけではないということである。たとえばロクシンの挙げる事例で、子供をその愛犬に置き換えたときにも、同様の解決をなし得るかに若干の疑問もないではない。しかしたとえそのような場合であっても、なお法益関係的錯誤を肯定する余地があるというべきである。というのも緊急状況に置かれた被害者は、往々にして冷静に害を衡量することができず、その意味で多少、害の衡量を逸脱したとしても、ついつい法益処分の自由を行使せざるを得ないと感じがちだからである。⁽⁴⁴⁾

もつともこのように考えると、被害者に錯誤がない、すなわち現実に緊急状況が存在する場合にも、被害者の同意により行為者の可罰性を規律することができなくなる。そうすると害の衡量を逸脱するため、行為者が緊急避難

によっても正当化されない場合には、可罰性が否定され得ないかにもみえる。そこで学説の中にはこのことに配慮して、緊急状況が現実に対応している場合には、同意者の行った利益衡量に、彼／彼女に残された意思決定の自由が表れているとして、同意を有効と解するものもある。⁽⁴⁵⁾

たしかにこの見解の主張するところには、傾聴すべき部分も多い。しかし緊急状況にある、その意味である種のパニック状態に陥り、冷静に害を衡量できない被害者の意思に、それほど絶対的な正当化力を与えてよいかには疑問がある。「既に長時間にわたって残酷なりんちを受けた者がさらに続くであろうりんちから逃れるため、犯人が休憩のため少し場を外している間に、『殺してくれ』と通行人に懇願したため、歩いて三分の所にある交番にいる警察に連絡せずに、射殺したという場合、ただちに承諾を援用してもよいのであろうか」といわれることがある⁽⁴⁶⁾が、このような趣旨に出たものであろう。つづけて「基本的には緊急状況が現実存在する場合とそれがあるかの如く欺罔されているに過ぎない場合とで区別し、さらに個別的な事情に応じて（現実に緊急状況が存在する場合）は、一般的に見て承諾に基づき法益を侵害しなくとも容易にその強制状況を打破できるかどうか（先の事例で言えば警察に通報するなど）……分析的に考察する必要があるかと思われる」と述べられているが、正当化の効力がこのような「個別的な事情」により影響を受けるというのは、まさしく被害者の同意が正当化しているわけではないことを示しているのである。⁽⁴⁸⁾

このようにみてくると子供の愛犬を失明から救うため、やむを得ず自分の眼球を移植することに同意したケースでは、(獣)医師はせいぜい過剰避難(刑法三七条一項但書)により、刑が免除されるにすぎないことになる。このような帰結は一見すると、奇妙に思われるかもしれない。しかしパニック状態に陥り、冷静に害を衡量できない者の自律などフィクションにすぎないと同時に、刑法が一定の価値序列を我々に押し付けているのは厳然たる事実であるから、それはある意味で不可避なものである。さらに免除はたしかに有罪判決の一種ではあるが、その実体は

犯罪成立自体の阻却に限りなく近いものといえる。つまり正当化とは、一定の刑法体系を前提としたときに、生じる法的効果を若干異にするにすぎないと解することも、十分に可能なのである。⁽⁴⁹⁾

ところでロクシンの挙げる事例は、「映画スターが『人命救助週間 (Woche der Lebensrettung)』の宣伝と称して無償の献血を依頼されるが、行為者は実際にはその血を試験管に移しかえて、そのスターのファンに『遺物 (Reliquien)』として高値で売却するという、まったく異なる目的を追求している」という献血事例とともに、欺罔が、被害者が法益放棄により追求した利他的な (altruistisch) 目的に関係する場合に分類されている。これに対して猛獸事例や毛じらみ事例は、⁽⁵⁰⁾ 欺罔が法益放棄により達成されることとなっている、損害回避の目的に関係する場合に分類されている。そして両場合ともに、同意は無効とされているのである。⁽⁵¹⁾

このような場合分けがどのような理論的根拠に基づくのかは、必ずしも明らかではないが、ロクシンの挙げる事例はこれまで述べてきたところからすれば、むしろ欺罔が法益放棄により達成されることとなっている、損害回避の目的に関係する場合に分類すべきであろう。問題は献血事例のような、損害の回避に向けられていない利他的な目的が認められるケースである。彼によればここでは、事象が同意者の行為自由ではなくて、むしろ欺罔により巧みに操作された意思を示しており、自由で無私な被害者が行為者の欺罔により、無意味な損害へと切り替えられている⁽⁵²⁾ という。

しかし事象が欺罔により巧みに操作された意思を示しているというのは、何も被害者が利他的な目的を追求している場合に限られない。⁽⁵³⁾ このことは追死を装って自殺を決意させたという、いわゆる偽装心中のケース⁽⁵⁴⁾ を想起すれば明らかであろう。そしてそこで被害者の意思が操作されているからといって、直ちに同意が意味を失わないとすれば、献血事例についても同じことがいえるはずである。もちろんこの事例で被害者の意思が、単に操作されたというにとどまらず、その結果として傷害罪の構成要件が着目する、一定の属性の変更を捕捉しきれなくなったので

あれば、そこに法益関係的錯誤を認めることも可能であろう。しかし実際にそのようなことはなく、むしろ被害者の意思を超えて変更されたのは、目的物の使用目的という詐欺罪などの、財産犯の構成要件が着目する属性である。つまりこの事例で実現されたのは、寄付金詐欺の想定する不法内容にすぎないのである。

(31) もちろんそれ以前にもたとえばキユーネは、同じく緊急状況に関する欺罔の事例、すなわち「燃え盛る車の前に立っている運転者が通行人に、自分の妻が車内に閉じ込められていると指摘して、爆発や火傷の危険にもかかわらず、ドアをこじ開けるのを手伝うよう唆したところ、内部には実際には運転者の犬しかいなかった」というものを挙げて、法益関係的錯誤説を批判していた。H. Kühne, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsungsverzichts, JZ 1979, S.246. 彼によればこれは動機の錯誤であるが、権利濫用の法理により同意は無効になるといえる。

(32) Claus Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984, S.280f.; ders., AT, Bd. I, 3. Aufl., 1997, § 13, Rn.74f. (これについては平野龍一監修・町野朔・吉田宣之監訳『ロクシン刑法総論(基礎・犯罪論の構造)』(信山社出版、二〇〇三)に翻訳がある) なおロクシンの見解については、斎藤誠二「欺罔にもとづく承諾」『刑事法学の歴史と課題・吉川経夫先生古稀祝賀論文集』(法律文化社、一九九四)一五九頁以下が詳しい。さらにロクシンの見解に基本的に従うものとして、vgl. Hans-Heinrich Jeschek/Thomas Weigend, AT, 5. Aufl., 1996, S.383. (これについてはイェシエック・ヴァイグント著／西原春夫監訳『ドイツ刑法総論』(成文堂、一九九九)に翻訳がある)

(33) 私はかねてより、このような場合には「任意性」がないと表現してきた。たとえば小林・前掲「因果関係と客観的帰属」九五頁以下、同「追いつめられた被害者」立教法学六七号(二〇〇五)八九頁以下参照。

(34) レンツナーはこれを法益関係的不自由(rechtschutzbezogene Unfreiheit)と呼んでいる。Theodor Lenckner, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch-Kommentar, 26. Aufl., 2001, Vorbem §§ 32ff., Rn.47.

(35) Roxin, in: Noll-GS, S.282.

(36) 被害者が法益処分の自由を行使せざるを得ないと感じるか否かは、内心において認識された事実だけに依存している。小林・前掲「因果関係と客観的帰属」九八頁参照。

(37) もちろん自分自身が正当化状況になくても、すでに正当化状況にある他者を促進したにすぎないときは、違法性がない。島田聡一郎「適法行為を利用する違法行為」立教法学五五号(二〇〇〇)二二頁以下は、このことを最初に示した画期的な論文である。

(38) もっとも被害者の認識した事実を標準としたとき、法令行為の要件が充足されていなくても、市民は往々にして権力的公務の担当者による

要請が、強制力の行使なのか単なる依頼なのか判断できないという理由から、同意を無意味なものとしてよいかは問題である。Vgl. Amelung, Die Einwilligung in die Beinträchtigung eines Grundrechtsgutes: Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik, 1981, S.98ff.

(39) もっともこの点につき肯定する見解も主張されている。たとえば近時、このことを説得的に論証した論稿として、深町晋也「ドイツにおける緊急避難論の問題状況」現代刑事法六九号（二〇〇五）三五頁以下がある。そしてこのような見解によればロクシンの挙げる事例は、猛獣事例と本質的に異なることになる。さらに浅田和茂「被害者の同意の体系的地位について」産大法学三四卷三号（二〇〇〇）一三・一四頁参照。

もつともこのような見解は、共同体の構成員の一人に降りかかった災難は、共同体全体で受け止めるべきであるという発想と結びついており、その結果として共同体が甘受してもよいと判断していない災難を極力避けるよう、個人の行動を規制することが正当化されかねない。これは個人は自由に行動してよい代わりに、降りかかった運命は原則として自分で甘受せよという、リベラルな社会を構成する基本原理と抵触するおそれがある。

(40) もっとも逆にいえば緊急避難の中でも、パレットが正当化する場合や、正当防衛のうち他者の人格の侵害を許容する要素以外が欠ける場合には、以下の記述は必ずしも妥当しないことになる。前者の例としては「船が難破して海に投げ出された二人が同時に一枚の板に泳ぎ着いたが、その板は一人の体重をようやく支えるに足りるだけのものであったので、そのうちの一人が他を押しつけ、結局押しつけられた者は溺死したという場合」が、後者の例としてはいわゆる正当防衛類似状況が挙げられよう。事例につき、井田良「緊急避難の理論」現代刑事法一二号（二〇〇〇）一〇四頁参照。

(41) もっともしばしば指摘されるように、一人のインテグリティを守ることで、一億人の生命が犠牲になるといふとき、それが正しいことだと言い切つてよいかにも問題はあつた。

(42) その典型例としてヤコブスは、「毛じらみがいるときまされ、毛髪の切除に同意する」という毛じらみ事例を挙げる。Günther Jakobs, AT, 2. Aufl., 1991, 7. Abschn., Rn. 121, siehe auch Alfred A. Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, S.124f. 彼によれば身体完全性（Körperintegrität）とどう法益か、「頭のつべんから足の先まで」（von Kopf bis Fuß）差引勘定されるのであれば、錯誤が法益関係的、すなわち同意が無効になる余地があるという。Jakobs, aa.O., (Anm.188).

(43) このことを指して、母親に同意があると表現する者もあるが、ややミスリーディングである。林（美）・前掲「錯誤に基づく同意」五一・五二頁などを参照。

(44) 以上につき詳しくは、小林・前掲「追いつめられた被害者」九〇頁以下参照。

(45) これに対して、欺罔は、客観的に限定されていない自由な意思決定の幅を、脅迫と同様に狭めるものであるから、同意は不自由であり、それゆえ無効になるという。Roxin, in: Noll-GS, S.287; 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』（信山社出版、二〇〇一）三二七頁以下。近時のような発想を、詳細に展開したものと、Thomas Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung im

Strafrecht, 2001 ; ders., Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht, JURA 2002, S.665ff. がまろ。

(46) 森永真綱「被害者の承諾における欺罔・錯誤(二・完)」関大法字論集五三巻一号(二〇〇三)二四〇頁(上罵一高に対する批判)。なおロクシンや山口厚は緊急状況が現実に存在しない、つまり本稿の立場によれば法益関係的錯誤がある場合でも、行為者による欺罔がない限り同意は有効だとしている。前掲注(45)参照。そしてこれに対しては(同じく上罵)に対する批判ではあるが「猛獣が逃げ出して公衆を危険にさらしている」と騙されたので、隣人の携帯電話に連絡し、事情を説明した上で射殺を依頼したという場合、この隣人は檻の中にいる猛獣を射殺してもよいであろうか」と述べられている。森永・前掲。

(47) 森永・前掲「被害者の承諾における欺罔・錯誤(二・完)二四〇頁。

(48) 実際に挙げられている「個別的な事情」が補充性のみであることに鑑みると、緊急避難による正当化を図るつもりであろうか。

(49) このような刑法解釈方法論について、詳しくは小林・前掲「因果関係と客観的帰属」一八五頁参照。

(50) 前掲注(42)。

(51) Roxin, in: Noll-GS, S.282, 285ff. ロクシンはこのほかに、欺罔が法益関係的な場合、欺罔が法益放棄の代わりに約束された、反対給付に関係する場合、欺罔が動機にとって重要な事象の付随事情、あるいはその充足が行為者に依存しないような期待に関係する場合を挙げている。そして一つ目は同意がそもそも存在せず、二つ目と三つ目は同意が有効であるという。

(52) Roxin, in: Noll-GS, S.286.

(53) 実は先にもみたように、同時に利己的な目的と捉えることのできない利他的な目的など、そもそも存在しないともいえるが、この点についてはおいてある。詳しくは小林公「合理的選択と契約」(弘文堂、一九九一)四八頁以下参照。

(54) 仙台高判昭和二七年九月一五日高刑集五巻一一号一八二〇頁、最二小判昭和三年一月二一日刑集二巻一五号三五一九頁など。これらは周知のように、殺人罪の成立を肯定しているが、学説から激しい批判を受けている。たとえば西田・前掲「刑法各論(第二版)」一七・一八頁参照。

終章 行為者の保護

本稿では錯誤に基づく被害者の同意が、どの範囲で刑法上の意味を与えられるかについて、いわゆる法益関係的錯誤説に立ちつつ詳細な検討を加えてきた。もともと学説では行為者の可罰性を論じるにあたり、錯誤という被害

者側の事情だけではなくて、一定の範囲で行為者側の事情をも考慮することで、行為者の保護を図ろうとする動きが強い⁽⁵⁵⁾。たとえば次のような問題提起がなされている。

- ① 表示の錯誤、たとえば被害者が木の張り紙に、「この木切り倒すべからず」と書くつもりが、誤って「この木自由に切り倒すべし」と書いてしまった場合に、事情を知る行為者を処罰してよいか。あるいは被害者なし第三者による、行為者に対する正当防衛ないし緊急救助を肯定してよいか。
- ② 毛じらみ事例⁽⁵⁶⁾で、だましたのは美容師ではなく父親であり、しかし美容師もその事情は知っていたという場合、美容師を暴行罪（傷害罪）で処罰したり、あるいは被害者ないし第三者による、美容師に対する正当防衛ないし緊急救助を肯定してよいか。
- ③ かりに②を肯定するとしても、かかる正当防衛や緊急救助を、美容師に故意がない場合にも肯定してよいか。
- ④ 隣人の大事にしている花を枯死させようと考え、わざと隣人のみているところで除草剤を自分の花に吹きつけたところ、これを花に良いと勘違いした隣人が真似をした結果、その花が枯死したという場合、錯誤を惹起した行為者は器物損壊罪で処罰されるか。
- ⑤ 各駅停車に乗車するつもりが、誤って急行列車に乗車してしまった場合に、事情を知る運転手を監禁罪で処罰してよいか。

たしかにこれらの問題に対し、すべて肯定的に回答していたのでは、あまりにもおかしな結論が導かれることになる。その意味で行為者の保護と表現するかどうかはともかく、法益関係的錯誤の有無だけを検討していたので

は、はなはだ不十分なのである。しかしだからといってそれ以上の考慮を、被害者の同意に意味を与えるというかたちで行うのは適切でない。

すべて犯罪論体系上の概念は、それにふさわしい役割と内容を有しており、それらが組み合わさることで有機的な統一体を形成し、個別具体的な結論を超えた一種のインテグリティを生み出すことができる。にもかかわらず個別具体的な結論を出発点として、ある概念がアッドホックにその役割や内容を逸脱することを認めたのでは、犯罪論体系などなんの意味も持たないものになってしまうであろう。そして利益放棄による法益侵害の排除という役割を与えられた、被害者の同意という概念の内容は、ただただ法益関係的錯誤がないことに尽きるのである。⁽⁵⁷⁾

このように考えると①④⑤、ひいては広く、行為者の保護が必要とされる問題は、故意・過失を否定し、正当防衛や緊急救助を制限し⁽⁵⁸⁾、正当業務行為や契約による正当化を肯定し⁽⁵⁹⁾、あるいは被害者に答責領域を認める(信頼の原則を適用する)⁽⁶⁰⁾ ことによって、解決すべきだということになる。もつともその詳細な方法は、別稿に譲らざるを得ない。

(55) ドイツでは古くからこのような動きがみられるが、わが国では——少なくとも体系的な主張を伴うものとしては——森永・前掲「被害者の承諾における欺罔・錯誤(二・完)」二〇四頁以下が最初であろう。その意味できわめて注目に値する論稿である。

(56) 前掲注(42)。

(57) Vgl. Ricarda Brandts/Horst Schlehofer, Die täuschungsbedingte Selbststützung im Lichte der Einwilligungstheorie, JZ 1987, S.447. ちろん現実的に緊急状況が存在する場合にも、同意はその意味を失うが、このことは別論である。

(58) 被害者の同意の効力と対抗行為の正当化範囲を切り離す、理論的余地を生み出したのは橋爪隆による一連の論稿の功績である。多数に上るが、一例を挙げれば同「正当防衛論の再構成——相互闘争状況における正当化の限界——」刑法雑誌三九卷三号(二〇〇〇)三六七頁以下参照。もつともたとえ正当防衛や緊急救助を制限しなくても、きわめて軽微な対抗手段を想定できる場合が多いであろうから、それほど不都合は生じないかもしれない。

(59) このような正当化事由の存在を、わが国で初めて指摘したのは佐伯仁志「被害者の同意と契約」『西原春夫先生古稀祝賀論文集(第一卷)』

（成文章、一九九八）三八五頁以下である。もっとも行為の時点で存在した同意が、後に撤回されたような場合には、契約による正当化を論じる以前に、すでに客観的構成要件が充足されないことに注意を要する。小林憲太郎「いわゆる胎児性致死傷について」立教法学六七号（二〇〇五）一一五頁以下参照。

（60）その具体的な方法については、不十分であるが小林憲太郎「信頼の原則と結果回避可能性——交差点衝突事故に関する二つの最高裁判決の検討——」立教法学六六号（二〇〇四）一頁以下参照。