

法益主体の同意と規範的自律（1）

菊 地 一 樹

第1章 はじめに

第2章 検討の契機——「錯誤に基づく同意」の問題——

第1節 条件関係的錯誤説

第2節 法益関係的錯誤説

第3節 「法益関係」性の拡張

第4節 小 括

第3章 同意の「存在」とは何か

第1節 同意という「心理状態」

第2節 同意の対象としての「法益侵害結果」

第1款 「法益侵害結果」の具体的内容

第2款 同意の直接的な対象に含まれないもの

第3款 「法益関係的錯誤」は有用な基準となりうるか

第4款 小 括

第4章 同意の「有効性」評価における基本的視座

第1節 同意の不処罰根拠

第2節 刑法上の自己決定権概念

第3節 自己決定過程の尊重と規範的自律性

第4節 整理——同意の存在と有効性——

第5章 有効性評価の具体的内容

第1節 判断能力

第1款 自然的思维能力との区別

第2款 具体的内容

第3款 判断能力の相対性

第4款 小 括

第2節 重要な情報への到達可能性

第1款 学説の検討

1 アメルンクの見解

2 レンナウの見解

(以上、66巻2号)

3 ロクシンの見解

4 小 括

第2款 「重要な情報」の範囲

第3款 到達可能性の保障

第4款 小 括

第3節 心理的強制(脅迫)の不存在

第1款 心理的強制と自律性

第2款 自律性を阻害する強制の程度

第3款 自然的強制との区別

第4節 整理——自律的決定の条件——

第6章 本構想の具体的適用

第1節 生命・身体に対する罪

第1款 処分の自由は保護対象か

第2款 具体的事例の解決

1 偽装心中事例

2 角膜事例

第2節 財産に対する罪

第1款 財産に関する自律性保障の体系

第2款 交付客体に関する価値の錯誤

第3款 具体的事例の解決

第7章 おわりに

(以上、67巻1号)

第1章 はじめに

(1)
法益主体による有効な同意の存在に、犯罪の成立を阻却する効果を認める

という前提に立つ場合、同意は、国家の刑罰による介入の限界を画するという意義を有することになる。すなわち、法益主体の同意をめぐる議論には、国家の干渉を排除し、市民の自律的な活動領域を確保するという積極的意義があると考えられるのである。同意が、そのような意義を有するものだとすれば、同意概念の内容や標準も、それに相応しいものとして設定されなければならない。

以上の主たる問題関心に立脚したうえで、本稿はまず、同意の存在と有効性の問題を明確に区別すべきであることを強調する。前者の問題としては、法益主体に「具体的な法益侵害結果の発生を認容する心理状態」があったか否かが決定的とされるべきである。しかし、このような心理状態（同意）の存在のみで犯罪阻却効を根拠づけることはできないのであり、さらに有効性の評価が要請されることになる。その有効性が、「客観的・規範的にみて自律的といえるだけの意思形成がなされた」かどうかによって評価されるべきであるというのが、本稿の中心的な主張内容である。同意の存在を根拠づける主観的な心理状態のみで刑罰の介入領域を画定することはできず、むしろ、そのような心理状態を形成するに至ったプロセスにも着目し、その過程で、法益主体の「自律性」を損なう不当な干渉があったか否かを客観的・規範的観点から判定しなければならない。その評価基準も、最終的には個別の場面類型や問題となる保護法益の種類ごとに具体的に導出されなければならないのであるが、それらを統一的に把握するための理論的視座を提示することが本稿の試みである。

以下では、まず検討のための契機として、学説上、もっとも頻繁に議論される「錯誤に基づく同意」の問題を取り上げ、この問題をめぐる学説の対立状況を概観したい（第2章）。そのうえで、法益関係の錯誤説の主張を手がかりに、同意の「有効性」を問う以前の問題として、そもそも同意の「存在」が問われるべきであるということを主張し、その存否判断の具体的なあり方と本質的な問題の所在を明らかにする（第3章）。次に、「存在」が認め

られた同意の、「有効性」がいかにかに評価されるべきかが問題となるが、まずは、その基本的視座を自律性との関係に遡って検討し(第4章)、そこで得られた知見を前提に、同意を有効=自律的と評価するための規範的諸条件の具体的内容を、ドイツにおける代表的な学説等も参照しつつ分析する(第5章)。最後に、本稿の同意論構想が、生命・身体に対する罪、及び、財産に対する罪において、どのように具体化されるのかを、いくつかの典型的な事例をもとにして提示する(第6章)。

第2章 検討の契機——「錯誤に基づく同意」の問題——

法益主体の同意が錯誤に基づいてなされた場合に、同意の有効性をいかにかに判断すべきかという問題が従来から議論されている。例えば、Xが心中を申し出てきた恋人である女性Aに対して、その意思がないのに追死するように装い青酸ソーダを飲ませて死亡させたという場合(事例1—偽装心中事例)において、Aが、Xに追死の意思がないことについて錯誤に陥っており、そのような錯誤に基づいて死の同意がなされたとすれば、そのような同意は無効となるのであろうか。

第1節 条件関係的錯誤説

錯誤に基づく同意の問題につき、「もし錯誤がなければ同意しなかったであろう」といえる場合に、同意の有効性を否定するのが条件関係的錯誤説である。この見解によれば、動機の錯誤も含めて、錯誤に基づく同意は常に無効とされることになる。判例も、事例1と同様の事案において、「AはXの欺罔の結果Xの追死を予期して死を決意したものであり、その決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思であることは明らかである」として同意を無効とし、殺人罪の成立を認めており、判例の立場は条件関係的錯誤説であると説明されることが多い。⁽³⁾

しかし、このような見解に対しては、同意を無効とする範囲が広く、不当

に処罰範囲を拡大してしまうとの批判がなされてきた。例えば、自身の職業や収入を偽って、女性と交際し、その女性の家で性交渉をもつに至った男性について、条件関係の錯誤説によれば、女性が男性の本当の職業や収入を知っていれば家に入れることも性交渉をもつこともなかったといえる限り、同意が無効であるとして、住居侵入罪や準強姦罪の成立を認めるといった、抵抗のある結論に至りうる⁽⁴⁾ことが指摘されている。同意との間に条件関係さえあれば、いかなる錯誤も同意の無効を帰結することになるため、恣意的なものも含め、法益主体の主観的な意思が全面的に刑法の介入領域を左右することになる点が、ここで問題視されているのである。

第2節 法益関係的錯誤説

これに対して、法益関係的錯誤説は、各構成要件の保護する法益に関する錯誤が存在する場合にのみ同意が無効になるとして、同意が無効となる範囲を限定的に捉えている⁽⁵⁾。この見解によれば、法益と関係しない、単なる反対給付や付随事情等に関する事実の錯誤は同意の有効性に影響を与えないことになる。その根拠としては、刑法が各構成要件の中でそれぞれの保護法益を相互に区別して規定していることが挙げられている⁽⁶⁾。すなわち、ある構成要件で保護される法益と無関係な利益についての欺罔行為を、同意を無効とすることを通じて当該構成要件によって処罰するならば、欺罔からの自由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い、妥当ではないとされるのである。法益関係的錯誤説によれば、事例1では、Aが、法益である生命の放棄自体について正しく認識している以上、有効な同意が認められるため、自殺関与罪が成立するにとどまることになる。

しかし、法益関係的錯誤説に対しては批判も加えられている⁽⁷⁾。条件関係的錯誤説が、処罰範囲が広すぎるとして批判されたのと対照的に、法益関係的錯誤説は、その処罰範囲の「狭さ」が批判の対象とされているのである⁽⁸⁾。例えば、飼っている猛獣が檻から逃げて人を襲おうとしているという虚偽の電

話を飼主にかけて、その同意を得て猛獣を射殺した場合(事例2—猛獣事例)や、母親に、息子を失明から救うためには角膜が必要であると偽って角膜を提供させたうえで、移植することなく廃棄した場合(事例3—角膜事例)にも、法益主体である飼主や母親が、飼っている猛獣の射殺や、自身の角膜が取り去られることを正確に認識したうえで同意をしている以上、法益関係的錯誤はなく、同意が有効となりそうである。しかし、このような場合まで犯罪不成立とするのは不当ではないかという疑いが生じるであろう。

また、法益関係的錯誤の有無が、同意の有効性を判定するための唯一の基準であり、法益処分を正しく認識していれば、同意は常に有効であるとするならば、明らかに不当な帰結に至ることになる。例えば、Xが、Aに対して、「金をよこすか、殴られるか、どちらが良いか」と脅迫したところ、Aは仕方なく金銭を差し出したという場合(事例4—典型的な恐喝事例)においても、Aは少なくとも金銭の処分を正確に認識しているのであるから、同意は有効と解さなければならないことになってしまう⁽⁹⁾。たしかに、法益関係的錯誤説の論者の中にも、法益関係的錯誤説は、「同意の有効性に関する統一理論ではな」く、「被害者の自由な意思決定があったかどうかは、法益関係的錯誤かどうかと別個に検討しなければならない」として、事例4のように脅迫による心理的強制が問題となる(あるいは、少なくともそれと同視できる)場合については、「自由な意思決定」の有無という観点から、同意の有効性を評価すべきだとするものがあり⁽¹⁰⁾、必ずしも上記のような不当な帰結を承認しようとするものではないと考えられる。しかし、同意の有効性と法益関係的錯誤、さらに、これらと「自由な意思決定」との関係は十分に明らかであるとはいえない⁽¹¹⁾。

第3節 「法益関係」性の拡張

猛獣事例(事例2)や角膜事例(事例3)の解決をめぐるなされる批判に対して、法益関係的錯誤説の内部からは、①法益の「相対的価値」に関す

る錯誤を法的関係の錯誤と捉えることで、あるいは、②法益処分自由を法益の構成要素に取り込むことで、「法益関係」性の概念を拡張し、法益関係の錯誤説を維持しつつ妥当な結論を得ようと試みる見解が、わが国の学説において示されている。

前者の説明（①）は次のようなものである。例えば、猛獣事例では、飼主の認識した状況が現実存在していたとすれば、猛獣の殺害が対物防衛または緊急避難として正当化され、猛獣の所有権の要保護性は、防衛や避難に必要な限度で減少すると考えられる。したがって、飼主は、猛獣の所有権の客観的要保護性、換言すれば、保全法益（周辺住民の生命、身体、財産等）との関係における「相対的価値」について錯誤に陥っているのであり、このような法的価値に関する錯誤も法益関係の錯誤であるとされるのである。⁽¹²⁾

しかし、論者自身が認めているように、法益の相対的価値の錯誤を強調すると、他の目的実現のために法益を処分する状況において、条件関係的錯誤説と同一の帰結に至りうる。⁽¹³⁾このような状況下では、法益主体は、自身にとって相対的により重要な目的のために、自己の法益を犠牲に供するのであり、その目的に関する事項について偽られた場合には、常に、主観的な意味における法益の「相対的価値」について錯誤に陥っているのである。したがって、条件関係的錯誤説と同一の帰結に至ることを回避するためには、法益の「相対的価値」をあくまでも客観的に把握する必要がある。⁽¹⁴⁾

そこで、多くの論者は、法益の「相対的価値」の錯誤が認められるケースを、誤信された状況が現実存在していたとすれば、正当防衛や緊急避難等が成立し、客観的な正当化が可能な場合に限定している。もっとも、その結果として、角膜事例のように、法益主体の誤信した事実が正当化事由を構成しない場合には、法益関係の錯誤を認めることができず、可罰性を肯定するためには結局別個の論理を持ち出さざるを得なくなってしまうという問題を抱えている。⁽¹⁵⁾

後者の説明（②）、すなわち、法益処分自由を法益の構成要素に取り込

むという説明を採用するものとしては、山口厚の見解が挙げられる。山口は、法益処分の自由を法益の構成要素に取り込むことで、法益処分の理由・動機に関する錯誤を広く法益関係のと捉えるべきであるとの主張を展開している⁽¹⁷⁾。この見解によれば、角膜事例においても、処分の目的が欺罔されていることから、法益関係の錯誤が肯定され、法益処分が無効とされることになる⁽¹⁸⁾。

この見解に対しては、あらゆる動機の錯誤が法益関係のとされてしまい、「法益関係的錯誤説の自殺行為」になるとの批判が加えられている⁽¹⁹⁾。山口の見解は、処分の自由の要保護性が刑法的に認められる場合に限り、これを法益の構成要素に取り込むため⁽²⁰⁾、あらゆる主観的な動機を法益関係とするものではないものと思われるが、「法益処分の自由」や、その「保護適格・要保護性」といった新たな視点を、「法益関係」性の概念に混入させたことにより、「法益関係的錯誤」という概念が本来有していたはずの、基準としての明確性が損なわれると評価することができる。

第4節 小括

「錯誤に基づく同意」の問題においては、動機の錯誤を含めたあらゆる錯誤を原因とする同意を無効とする条件関係的錯誤説に対して、法益関係的な錯誤の有無を基準として処罰範囲を狭めようとする法益関係的錯誤説が対立するという基本図式が描かれてきた。しかし、すでに見てきたように、前者では処罰範囲が広すぎ、後者では逆に狭くなりすぎるという問題がある。法益関係的錯誤説の内部からは、「法益関係」性の概念を拡張することによって、適切な処罰範囲を確保しようという試みがなされているが、それによって「法益関係的錯誤」の内容が曖昧化するならば、まさしく「法益関係的錯誤説の自殺行為」となるであろう。

そもそも「法益関係的錯誤」とは、同意論全体においていかなる役割を有する概念なのであろうか。この点について、学説上、次のような指摘がなされていることは重要であると思われる。すなわち、「法益関係的錯誤」が認

められる場合には、法益主体に法益を放棄する心理状態が認められないため、同意の有効性を論ずる以前に、そもそも同意が存在しない、という指摘⁽²¹⁾である。「法益関係的錯誤」概念が、同意の存否に関係する概念にすぎず、有効性の問題をさしあたりペンディングするものであるとすれば、「法益関係的錯誤」の有無と「自由な意思決定」の有無を別個に検討する前述の学説のような姿勢も理解可能なものとなる。他方で、「法益関係」性の概念を拡張することで妥当な解決を得ようとする上記学説の傾向は、「法益関係的錯誤」の概念に、同意の存否を規定するという役割を超えて、有効性を決定するという役割をも部分的に（あるいは全面的に）担わせようとするものであるという疑いが生じるであろう。このような「越権」が、「法益関係的錯誤」の本質的役割を曖昧化させ、基準としての役割を損なわせるものであるということは、すでに批判したとおりである。

ところで、「同意が存在する」とは具体的にどのような事象を指すのであろうか。「法益関係的錯誤」という概念は、同意の存否を規定するに当たって、どこまで有用な概念なのであろうか。有効性評価の議論の前提として解決すべきこれらの問題を、以下で検討する。

第3章 同意の「存在」とは何か

同意に犯罪阻却効を認めるだけの有効性が備わっていると評価する以前の問題として、そのような評価の対象となる実体を、存在論的基礎として確定する必要がある。本稿が、「有効性」の問題と切り離して、同意の「存在」を先行的に問う意義はその点に存するのである。

もっとも、同意の「存在」と「有効性」をそれぞれ別個に検討するという、このような「二段階判断」が、従来あまり明確に意識されてこなかった結果、一段階目で確定すべき「同意が存在する」という事象自体の具体的な意味内容が、有効性評価の問題と独立に考察の対象とされることは少なかったように思われる。本章では、「法益関係的錯誤」概念に手がかりを得なが

ら、同意論全体にとっての「入り口」の段階に属するこの問題の考察を試みる。

第1節 同意という「心理状態」

法益関係の錯誤説の中には、「法益関係の錯誤」が認められる場合、そもそも法益主体に「法益を放棄する心理状態」が認められないため、同意が存在であると説明するものがある⁽²²⁾。この説明を前提とするならば、「同意が存在する」とは、法益主体に「法益を放棄する心理状態」が認められる、ということに他ならないであろう。問題は、①ここでいう「心理状態」がいかなる内容を具体的に意味するのかという点と、②そのような心理状態が向けられる「対象」が何であるか(同意の対象は何か)という点に存する。②の問題に関する詳細な分析は次節以降で扱うこととし、本節では①の問題について考察を加える。

この問題は、同意があるといえるために、法益侵害が生じることの認識・予見があれば足りるか、それとも消極的認容や、さらに進んで積極的意欲まで必要かという形で議論されるものである。もっとも、仮に、法益侵害結果の単なる認識・予見という知的要素のみで足りるとすれば、敵対者に確実に暗殺されることを知っている者に、生命侵害への「同意」が認められるという、明らかに不当な帰結に至ることになってしまう。したがって、同意という心理状態を肯定するためには、何らかの意思的要素を必要とすべきであろう。問題となるのは、必要とされる意思的要素の程度であるが、同意の存在を認めるために、常に積極的意欲まで要求するのは、同意による犯罪阻却を認める範囲が狭くなりすぎるものと思われる。後述するように、法益主体の同意に基づく犯罪阻却の根拠が自己決定権に求められるとすれば、当該法益処分の決定が、法益主体による自律的な選択意思として最終的に評価できるかどうか⁽²³⁾が重要である。そのような評価は、必ず積極的意欲が伴っていなければなし得ないものではない。例えば、角膜事例(事例3)を修正して、実

際に息子を失明から救うためには角膜が必要であったという場合に、苦渋の選択として、やむなく自己の角膜の摘出を決意したという場合には、積極的意欲こそ伴っていないものの、母親による自己決定として評価することが十分可能であるし、同意に基づく正当化を排除する理由もないと思われる。⁽²⁴⁾

以上のことから、心理的態度の具体的内容としては、法益侵害が生じることの単なる認識や予見では足りず、何らかの意思的要素が必要であるものの、積極的意欲や願望のレベルまで要求するのは過剰であり、「消極的認容」⁽²⁵⁾（認容的な甘受）があれば十分というべきである。なお、このように考えれば、事例4のような典型的な恐喝事例についても、被害者は、恐喝者によって告知された害悪を回避するために「やむを得ず」財産の放棄を「（消極的に）認容」しているのであり、同意の「存在」自体は肯定されることになる。しかし、恐喝事例では、そのような意思を形成する過程に法的な瑕疵が認められるために、同意の「有効性」が否定される、と考えられるのである。⁽²⁶⁾

すでに述べたように、「法益を放棄する心理状態」が認められるかどうかは、同意の「存在」に関係するものであり、本稿が提示しようとする同意論の全体像から見れば、「入り口」段階の問題であるにすぎない。最終的な有効性判断は、後に詳しく検討する規範的観点から行われることになるのであり、そこに至る以前の「入り口」を狭めてしまうのは妥当でないのである。

第2節 同意の対象としての「法益侵害結果」

第1款 「法益侵害結果」の具体的内容

さらに、上記の心理状態（最低限の内容として、消極的認容）が向けられる対象が何であるかが問題となる。同意による正当化の対象が「法益侵害結果」である以上は、同意の対象も基本的には「法益侵害結果」であるということになる。もっとも、ここでの「法益侵害結果」という概念の捉え方（単なる「死」「傷害」結果という抽象的な結果と捉えるか、「誰による」「い

つ」「どこで」「いかなる方法で」等を含めた具体的な結果と捉えるか)は注意深く検討する必要がある問題である。ここでは、法益主体が抱いた誤った表象の中で、同意の「存在」を打ち消すのはどのようなものが問題となる。

この問題を解決するに当たって、「法益を放棄する」心理状態という一般的なフレーズはほとんど役に立たない。以下では、法益関係の錯誤説の従来の主張内容を手がかりにしつつも、同意の対象としての「法益侵害結果」の適切な捉え方について再検討を試みる。

法益関係の錯誤は、一般に「承諾者が問題となっている法益侵害の種類、程度、範囲について誤解している場合⁽²⁷⁾」として定義される。この定義を裏返せば、同意の対象となるのは、発生する「法益侵害の種類、程度、範囲」であるということになろう。しかし、このような一般的な定義が、同意の対象の具体的な内容を記述するものとして十分であるかは疑わしいように思われる。例えば、同意者が親族に対して特別に殺害を依頼していたところ、それを近くで見ていた無関係の第三者によって殺害されたという場合(事例5⁽²⁸⁾)、同意者は生命喪失という「法益侵害の種類、程度、範囲」において当該結果の発生を正確に認識し、認容しているようにも思われるが、見知らぬ第三者との関係でも果たして同意の「存在」を認めることができるかについては議論の余地があろう。

この点につき、確かに、法益関係的錯誤説の出発点である「静的な法益観」を徹底すれば、この場合も同意の存在は肯定されなければならないものと思われる。法益関係的錯誤説の提唱者であるアルツトは、少なくとも生命や身体という法益について、刑法はそれらを静的な客体として、その存立価値のみを保護している、という理解を前提にし、その存立に関する錯誤のみが同意を無効とするものとして刑法上の重要性を有するものと考えた⁽²⁹⁾。この「静的な法益観」からすれば、事例7においては、少なくとも「生命の喪失」という「存立に関する事項」について同意者に正確な認識があることから、同意の存在が認められ、同意殺人罪の限度で犯罪の成立が認められな

ればならない。

しかし、一度死の決意さえすれば、⁽³⁰⁾それを撤回しない限り、誰との関係でも生命が放棄されたことになり、常に同意殺人罪しか成立しなくなるという帰結に対しては、次のような異論を提起し得るだろう。すなわち、自己決定の保障という見地からは、同意も「法益を放棄するか否か」の二択ではなく、「どのように放棄するか」を含めたより豊かな形で保障されるべきであるという異論である⁽³¹⁾。また、同意に人的な条件を付すことを認める見解も共通の発想を有するものと考えられる。ただし、このような発想は、法益をどのように処分するかに関する自由も、刑法による保護の対象に含めようとするもの（動的な法益観）であるから、法益の存立のみの保護を問題とする「静的な法益観」とは相容れない。この「静的な法益観」を前提とする法益関係的錯誤説を採用しつつ、同意者が同意に「条件」を付すことを認めようとする見解は、まさに玄関で追い払った「動的な法益観」を裏口から忍び込ませている疑いがあるものと思われる⁽³³⁾。

ところで、法益関係的錯誤説の論者においても、財産法益については、静的価値のみならず交換や処分の自由といった動的価値の保護を正面から認める場合が多い。提唱者であるアルツトも、父親が、息子に対して、花火を打ち上げることに同意したところ、他人がその花火を打ち上げたという、器物損壊罪の成否が問題となる事例について、「財産保護の客体は、対象それ自体のみではなく、処分権をも含む⁽³⁴⁾」ことを理由に、結果無価値が否定されることはないと説明している。しかし、財産については、「誰に損壊されるか」に関する自由も保障されるとしながら、生命や身体について、そのような自由がおおよそ刑法の保障範囲から除外されると解する必然性があるかは疑わしいように思われる⁽³⁵⁾。生命・身体の侵害に対する同意も、法益主体の自己決定を基盤とする点では、財産の侵害に対する同意の場合と異なるところはなく、その法益観に原理的な差異を設ける根拠は乏しいのではないだろうか。

以上のように考えれば、「生命・身体」であるか「財産」であるかを問わ

ず、刑法は一定の範囲でそれらに関する法益処分の自由を保障しており、法益主体が、同意に際して人的な条件を付すことも可能と解するのが妥当であるように思われる。⁽³⁶⁾ このことを「同意の対象」という問題に即して表現するならば、同意者は「特定の主体との関係に限定された」法益侵害結果のみを対象として同意をすることが可能であるということになる。事例7であれば、同意者は「親族による殺害」という法益侵害結果に同意をしたのであり、「見知らぬ第三者による殺害」という別個の法益侵害結果にはそもそも同意をしていないことから、当該第三者には同意殺人罪ではなく殺人罪が成立することになる。

ただし、「行為主体の齟齬」がいかなる場合においても同意の存在を打ち消すかどうかという点については、さらなる考察を要する。例えば、医師による手術に同意をしたところ、医学実習生が手術を行ったが、医学実習生の技量でも適切な手術を行うことができたという場合(事例6)について、行為主体の齟齬を理由として、治療侵襲に対する同意の存在を否定することは妥当だろうか。この事例に関しては、施術の技量に問題がない限りで、施術主体が誰であるかは、身体状態の維持や改善と無関係であるため、これに関する錯誤は「法益関係的錯誤」に当たらず、患者の有効な同意の存在が認められるとする理解が、法益関係的錯誤説の論者によって示されている。⁽³⁷⁾ また、ドイツ連邦裁判所は、同様の問題が争われた医学実習生事件において、「治療に同意することが、客観的な意味にしたがって、非医師による治療をも包括する場合がある」として、医学的に軽微な事例については、医師への同意が非医師による施術に及ぶ余地を認めている。⁽³⁸⁾ 確かに、事例5の場合と異なり、この場合には、別の主体に同意の射程が及ぶことを認める結論も、十分受け入れることができるように思われる。

問題は、事例5も事例6も、行為者の同一性に関する錯誤という点では共通するのにもかかわらず、上記のような違いが生じうることを理論的にどう説明するかである。ここで決定的となるのは、行為主体が誰であるかという

コンテキストが、同意の対象となる「結果」の概念に含まれるかどうかであろう。⁽³⁹⁾そして、「結果」の概念が、そのようなコンテキストを含めて具体的に決定されるか否かを考える際には、当該コンテキストが有する法的・社会的意味を考慮せざるを得ないように思われる。事例5のように「親しい人物に自身の最期を委ねる」という場面と、事例6のように治療行為が問題となる場面では、行為主体が誰であるかというコンテキストが持つ社会的意味も当然に異なってくる。事例5の場合において、「特別な親族による殺害」と「見知らぬ第三者による殺害」とでは、もはや社会的にも別個の「結果」と評価することが可能であり、ここでの「行為主体の齟齬」は同意の対象を特定する上でも重要な意味を持つと考えることが可能である。これに対して、事例6では、治療行為という類型が問題となっており、通常は、手術による侵襲の程度、手術自体の成否の確率が重視されるために、⁽⁴⁰⁾手術のための適切な資格と技量を有する者の範囲内であれば、行為主体が誰であるかは重視されず、「結果」概念の中でも抽象化される余地が認められるのである。医学実習生事件において、ドイツ連邦裁判所が、同意の「客観的な意味」を問題にしたことは、この観点から支持できるように思われる。

以上のように、「同意」の射程を客観的に把握し、たとえ本人が重視した事項であっても、いわば「社会の目」から見て、取るに足らない齟齬を無視することに対しては、同意概念の矛盾した捉え方であるとの批判が提起される。例えば、ロクシンが、医学実習生事件における患者の自由な法益放棄にとって、「合理的な（vernünftiger）患者の判断にとり無意味な錯誤は重要でない」⁽⁴¹⁾と主張するのに対して、アメルンクは、このような主張によれば、第三者の側から提示された理性の要請に従う者のみが「自由」に基づきうることになってしまうが、これは「自由」という概念の新しい解釈であると批判している。⁽⁴²⁾

確かに、同意による正当化が、法益主体の自由な自己決定に由来する制度であると理解する以上は、他ならぬ法益主体の意思内容という主観的モメン

トが第一次的な重要性を有することは否定できない。しかし、冒頭で述べたように、同意論は、その犯罪阻却効に基づいて、国家の刑罰的介入の限界を画するという意義を有しており、刑法における同意概念には、法的な視点からの評価という要請が必然的に伴う。したがって、これを法益主体の主観的な選好のみを基準に記述し尽くすことは不可能であろう。同意の対象としての「結果」概念に、どこまでのコンテキストを包摂させ、これを具体的に把握するかは、客観的・法的な評価に依存する。その評価は、法益主体である本人が、同意に付した諸条件のうち、どこまでが自己決定として刑法上重視されるべきかという観点から行われるのである。ロクシンが提示する「合理的な患者」にとっての重要性という基準も、そのような観点を具体化したものと捉えることができるだろう。アメルンクによる批判においては、この「刑法的な要保護性」の視点が欠落しているように思われる。

以上のことを整理すると次のようになる。同意に際して法益主体が付した「行為主体の限定」は、問題となる場面類型において、それが一般人にとっても重要なものとして了解可能であり、豊富な自己決定の1つとして刑法上保障すべきと評価される場合に初めて意義を有する。このように評価される場合、法益主体が特定した行為主体以外の者によって生じさせられた法益侵害結果は、もはや法益主体が認容したのとは別個の法益侵害結果であると評価され、当初の同意によってカバーされることはない(事例5)。反対に、法益主体による「行為主体の限定」が刑法上の重要性を有しない場合には、そのような「行為主体の齟齬」が法益侵害結果の同一性を害することはなく、当初の同意による包括的なカバーが肯定されるのである(事例6)。

同意の対象となる「法益侵害結果」を具体的に構成しうる要素としては、以上で検討を加えた①行為主体に加え、さらに、②日時、③場所、④客体、⑤方法、⑥犯罪の結果を挙げることができるだろう。これらのいずれの要素についても、行為主体について以上で述べてきたことと同様のことが当てはまるものと思われる。②日時や③場所については、例えば、演劇の本番で殴

られることに対してした同意の射程が、出番前の楽屋で殴られることに及ぶと考えることはできないが、他方で、些細な時間的・場所的な齟齬は必ずしも同意の存在を打ち消すことにならないであろう。⁽⁴⁴⁾④客体については、例えば、同じ本を2冊所有しているXが、Aに対して、余った片方の持ち去りや毀棄に同意した場合に、仮に、片方が汚れた中古本であり、その持ち去りにだけ同意したのであれば、その同意は、もう片方の新しく綺麗な一冊には当然及ばないと考えられる。これに対して、どちらも購入したばかりであり、客観的には違いが認められないという場合には、「(どちらか)一冊の本」という形で、同意の対象としての客体が抽象化するのである。⁽⁴⁵⁾したがって、Aが、Xの指定した方と異なる一冊を持ち去ったとしても、Xの（抽象化された）同意の存在を認めることが可能である。⑤方法についても、客観的な視点からすれば「取るに足りない」と思われるような齟齬については、同意の存否判断に影響を与えないと考えられる。例えば、AがXに対して、橋から突き落とされ溺死することに同意をしたところ、予想外にも橋げたに激突して死亡したという場合のように、因果経過が被害者の想定していたものと異なる場合が挙げられよう。ここでの「死に方」の違いは、自己決定の保障という観点からも重要ではなく、その齟齬は同意の存在を否定する理由にならない。したがって、この場合には、「Aに橋から突き落とされて殺されること」に対する同意の存在を認め、Xには同意殺人罪の限度で犯罪の成立を認めることができるように思われる。⁽⁴⁶⁾

⑥犯罪の結果という点については、侵害される法益の内容と直接関係するために、基本的にはその齟齬が同意の存在を否定することになる。例えば、「傷害」結果の発生に対して同意をしたところ、「殺害」をされてしまったという場合に、被害者の同意の射程が殺害にまで及んでいないことは当然である。⁽⁴⁷⁾また、指を1本切断されることに同意したところ、2本の指を切断されたという場合のように、結果の範囲や程度について齟齬がある場合についても、それが客観的に重要であると評価できる場合には、結果に重大な齟齬が

あるものとして、同意の射程が及んでいないと判断されることになる。

第2款 同意の直接的な対象に含まれないもの

以上のように、法的・社会的重要性という観点も導入しつつ、場合によっては特定の行為主体や時間・場所等を含めた形で、同意の対象となる具体的な「法益侵害結果」の内容を決定するのが本稿の基本的立場である（具体的な結果観）。しかし、同意の対象に含まれる事実は、あくまでも「法益侵害結果」の内容を直接に構成する事実のみであることに注意が必要である。

確かに、構成要件が着目する「法益侵害結果」を直接に構成しない「周辺事情」に関する錯誤も、同意者の意思決定過程に影響を与えることで、重要な意味を持つことが十分に考えられる。しかし、法益主体が同意をするのは、あくまでも当該「法益侵害結果」の発生に対してであり、「周辺事情」の存否に対してではない。周辺事情に関する錯誤が意思決定に対して与える影響については、後述する「同意の有効性」の問題として正面から取り扱われるべきであり、「同意の存在」を問う次元においては基本的に無関係とみるべきである。

例えば、事例1（偽装心中事例）について、確かに「心中自殺」と「単なる自殺」では社会的意味が異なるであろうが、具体的に特定される「法益侵害結果」の内容は、いずれも「Aが青酸ソーダを飲むことにより自殺をすること」であり、Xに追死の意思があるかどうかという「周辺事情」は、（Aの意思決定過程に影響を与えはするが）その構成要素に含まれないものと解される。事例2（猛獣事例）や事例3（角膜事例）においても、①行為主体、②日時、③場所、④客体、⑤方法、⑥犯罪の結果のいずれについても錯誤は認められない。この場合に錯誤があるのは、「周辺住民に危険がある」とか、「息子が移植を必要としている」といった、同意の動機となる「周辺事情」についてなのである。したがって、これらいずれの事例についても、同意の「存在」は肯定されたうえで、それらの「周辺事情」に関する錯誤が意思決定に対して与えた影響が、後述する「有効性」の観点から問題とされ

ることになる。

第3款 「法益関係の錯誤」は有用な基準となりえるか

以上の検討の中で、「法益関係の錯誤」の概念は、同意の「存在」が何を指すかについて検討するための重要な手がかりを与えてくれるものであったが、その判断基準としての有用性は限定的なものであるように思われる。

法益関係の錯誤の概念の役割を、同意の存否を規定するツールとしての役割に純化させるとしても、上述してきた本質的な検討課題に対して、「法益関係の錯誤」という概念はほとんど何ら具体的な手がかりを提示するものではなかった。⁽⁴⁸⁾むしろ、「法益」・「関係的」という曖昧かつ多義的な語の掛け合わせにより、その意味内容は自在に伸縮可能なものとなり、かえって本質的な問題の認識を困難にするおそれさえあるように思われる。

このように考えれば、「法益関係の錯誤」という概念に拘泥するよりも、むしろ、同意の対象論や、条件論（法益主体の付した条件のうち、どこまでが同意の対象としての「結果」概念に取り込まれるか）という形式で、同意の存否に関連する問題を整理・分析する方が有益であるように思われる。本稿の分析によれば、問題解決の鍵は、法益観（動的な法益観を採るか静的な法益観を採るか）と結果観（抽象的な結果観を採るか具体的な結果観を採るか）に存在しており、いずれもどこまで自己決定を保障するかという客観的・規範的な問題と密接な関係性を有する論点であるということになる。

「動的な法益観」を採用し、同意の対象として「具体的な結果」を想定する本稿の立場によれば、（狭義の）法益関係の錯誤、すなわち「法益（客体）を喪失すること」に関係する錯誤が存在しない場合であっても、「具体的な結果」を構成する人的・時間的・場所的な諸要素について錯誤が認められる場合には、同意が存在しないとなる。したがって、法益関係の錯誤が存在しないことは、同意が存在するといえるための必要条件ではある（法益を失う認識がなければ、およそ同意はなし得ない）が、十分条件であるとまではいえないのである。

第4款 小 括

本章では、同意の有効性評価の前提として、そもそも同意が「存在」することを確定する必要があるという発想を出発点とし、同意の存否判断の在り方について考察を加えた。具体的な検討課題は、①同意という「心理状態」の具体的な内容と、②当該心理状態が向けられる対象が何であるかを明らかにすることである。本稿は結論として、①につき、最低限の内容として「消極的認容」あるいは「認容的な甘受」と呼べる心理的態度が必要であることを、②については、客観的・社会的視点を考慮しつつ、(一定の範囲で)具体的なコンテクストを含めて特定された「法益侵害結果」が同意の対象となるが、これを直接に構成しない「周辺事情」は同意の対象に含まれず、両者は区別されるべきであることを主張した。

このような理解を前提とする場合、前章で掲げた事例1ないし4のいずれについても、同意の「存在」は肯定されることになろう。すなわち、いずれの場合にも、法益主体に、「具体的な法益侵害結果の発生を認容する心理状態」が認められるべきである。なぜならば、事例1については、「青酸ソーダを飲むことによる自殺」という結果が、事例2については、「飼っている猛獣が射殺される」という結果が、事例3については、「自身の角膜が取り去られる」という結果が、さらに事例4についても、「自己の所持する金銭がXに奪取される」という結果が、法益処分時において正確に認識されており、いずれの事例についても、そのような結果の発生を(少なくとも消極的に)認容するという心理状態が法益主体に形成されているためである。ここで確認されたような心理状態の存在が、犯罪阻却効を有するだけの実質を備えたものと評価できるかどうかは、同意の「有効性」の問題として、次章以下でさらに検討を加えるべき別の問題となる。

第4章 同意の有効性評価における基本的視座

すでに述べたとおり、法益主体に「具体的な法益侵害結果の発生を認容す

る心理状態」が認められれば、少なくとも同意の存在を肯定することができた。しかし、この時点では未だ、同意の有効性という評価について完全に白紙のままである。本章では、有効性を評価する際に重要となる基本的視座を提示したい。そのための前提として、まず同意の不処罰根拠につき若干の検討を行ったうえで、同意論を支える根本思想としての「自己決定の自由」に焦点を当てる。

第1節 同意の不処罰根拠

法益主体の同意は、法諺「volenti non fit injuria（同意者には不法はなされない）」に表されるように、古くから犯罪の成立を妨げる方向に影響を与えるものとして考えられてきた。その可罰性を阻却する根拠をめぐっては、違法の実質の捉え方とも関連して、学説上の争いがある。

違法評価の基準を行為規範違反の有無に求める「規範違反説」によれば、法益主体の同意が可罰性を阻却する根拠は、その社会的相当性に求められることが多い。⁽⁵⁰⁾この見解によれば、同意があったとしても、社会的相当性の範囲を逸脱する場合には、犯罪の成立が肯定されることになる。しかし、こうした見解は、基準とされるべき規範の実質が明確にされない限り、同意による適法化の根拠も要件も不明のままにとどまることが、規範違反説の内部からも批判されている。⁽⁵¹⁾井田良は、違法性の判断枠組みとして行為無価値論を採用しつつも、「そのことと、個人の自己決定権ないし法益主体による法益保持責任の分担の思想とが矛盾することはあり得ない」として、同意による適法化の根拠を個人の自己決定権の思想に求めるべきであるとしている。⁽⁵²⁾

他方で、違法評価の基準を法益侵害性に求める「法益侵害説」によれば、法益主体の「自由な自己決定」による利益放棄の結果として、法益が存在しなくなる（法益の不存在）、⁽⁵³⁾あるいは、法益を刑法によって保護する必要性がなくなる（要保護性の不存在）⁽⁵⁴⁾といった説明がなされている。また、「法益侵害説」に立脚しながらも、法益性やその要保護性を不存在とするのでは

なく、利益衡量の観点に基づき、同意によって実現された「自己決定の自由」という利益が侵害された法益を上回ることを不処罰根拠とする見解も存在する⁽⁵⁵⁾。

重要なのは、これら多くの見解の中で、同意による適法化の実質的根拠として、「自己決定の自由」が言及されている点である。このことは、「自己決定の自由」が、普遍的な価値を有しており、同意論を支える根本思想であるという認識が、広く共有されていることを示すものであろう。自己決定の尊重は、結果無価値論・行為無価値論の対立を超えた普遍的価値であり、憲法上の要請でもある。その意味では、「行為無価値論」と「結果無価値論」という図式的な対立軸よりも、「自己決定の自由」の内容や価値をどのように理解するかということが、同意論における具体的な問題を解決するためには⁽⁵⁶⁾決定的に重要であると思われる。

第2節 刑法上の自己決定権概念

「自己決定の自由」の内容や価値を理解するためには、まず「自己決定(権)」概念の発生経過に目を向けることが有用であろう。この概念は、戦後のアメリカ社会において、多様な「個人の価値観」の尊重を志向したリベラリズムの下で形成されたものであった⁽⁵⁷⁾。その後、「自己決定(権)」概念は、リベラリズムと共に世界的な普及を見ることになる。わが国の法学においても、憲法学を初めとして、この概念をめぐる議論が華々しく展開されてきた。

近年では、刑法学の領域においても、犯罪論において「自己決定の自由」あるいは「自己決定(権)」という概念が多く用いられるに至っているが、中でも、曾根威彦は、刑法解釈論上の諸問題を考える前提として、憲法学上の論争を手がかりに自己決定権の概念内容を検討している⁽⁵⁸⁾。わが国の憲法学において、学説の多数は憲法13条の幸福追求権条項に権利性を認め、自己決定権をその中に含めて理解するが、自己決定権の意義・内容をめぐっては、「人格的利益説」と「一般的自由説」が対立している。前者が、自己決定権

の保障範囲を「人格的生存に不可欠な利益」に限定するのに対して、後者は、自己決定権を、あらゆる行為の自由を保障するものと解している。この対立について、曾根は、自己決定権に「人格的生存に必要不可欠」という条件を付すべきではないとして、人格的利益説を批判している。⁽⁵⁹⁾ 曾根によれば、人格的利益説は、人格という道徳的実体的価値にとって必要な人間の利益だけを保護するものであり、モラリズムに定礎されたものである。⁽⁶⁰⁾ しかし、自己決定権は、各人の多様な個性への配慮を内容とする「個人の尊重」原理と結びついて理解されなければならないのであり、時に「恣意性（Willkürlichkeit）の権利」としてまでも保障されなければならない。⁽⁶¹⁾ さらに曾根は、この憲法理論上の議論が刑法上どのような意味を持つかという点について次のように指摘する。すなわち、刑法が刑罰という峻厳な法効果を予定していることから、人格的利益説がいうような「人格的道徳的な存在としての人間ではなく、不道徳ではあっても最低限度他人に危害を加えることなく生活している市井の人を前提として自己決定権の思想を構築すべき」⁽⁶²⁾である。また、国家刑罰権介入の正当化根拠との関係で考えても、「侵害原理を立論の基礎に置く一般的自由説の方が、法益保護説に立脚する刑法観と適合する」⁽⁶³⁾とされている。

曾根の主張は、少なくともリベリズムに由来する個人主義的色彩の強い現代的自己決定権の理解としては正当なものと思われる。しかし、このような現代的自己決定権概念については問題も指摘されている。例えば、梅崎進哉は、この二十世紀的「自己決定権」概念の特徴について、現象的な「自己愛性」と「多様性」だけを前提に「自己決定」を語るものであり、社会的関連性を切り取られた自己の主観的欲求に基づく意思決定だけを意味するものとなっていると批判する。⁽⁶⁴⁾ そして、この「自己決定」概念が、現代において、社会的議論を拒絶させる方向に向かわせており、社会関係の完全喪失への不安を現代人に呼び起こしているというのである。⁽⁶⁵⁾ そのうえで、梅崎は、「法と国家の存在理由が個人の豊かな自己実現を保証するべくその共生

を確保することにある以上、法律学における『自己決定』の問題」は、「問題に直面した個人を周辺社会がどのように支えるべきなのかという問題として扱わなければならない」として、「共生」の視点を強調している⁽⁶⁶⁾。

梅崎の主張には、刑法における自己決定権概念を再検討するための重要な契機が含まれていると思われるが、自己決定の自己愛的側面もまた完全に捨象されてはならないであろう。社会的側面を過度に強調することでこの点を見過ごしてしまうことがあれば、曾根が危惧するように、モラリズムによる個人の束縛が強化され、個人の権利・自由を最大限に保障しようとする現行の憲法思想・秩序と矛盾する事態が生じかねない⁽⁶⁷⁾。しかし他方で、自己愛的側面だけを強調し、個人の全く恣意的な選好についてまでも刑法的な保護を強化しようとするれば、やはり処罰範囲を歯止めなく拡張することが可能となる。あらゆる個人の選好が、個人の自己決定であることを理由として、刑法上等しく取り扱われるべきであるとまではいえないはずである。刑法上の「自己決定」の問題に際しても、その社会的側面を完全に捨象してしまうことは、適切な処罰範囲を画するための——刑法学がまさに取り組まなければならない——議論を拒絶する方向に働いてしまうように思われる。自己決定権概念の社会的側面の適切な考慮（自律性の補完）は、決して個人の尊重と対立するものではなく、むしろ個々人を尊重するからこそ必要となるものであるともいえる⁽⁶⁸⁾。危惧されなければならないのは、社会的側面の誤った考慮や過度の強調により、単なる多数者の利益が「価値」を僭称してしまうこと（自律性の否定）⁽⁶⁹⁾であろう。

以上のことから、刑法上の「自己決定」概念について、自己愛的側面だけを過度に強調すること、あるいは、社会的側面を誤った形で考慮してしまうことのいずれも問題があるといえる。梅崎が提示する「共生」の視点、とりわけ「個人を周辺社会がどのように支えるべきなのかという問題」は刑法学上の議論においても、具体的に考察されるべき課題である。

第3節 自己決定過程の尊重と規範的自律性

それでは、刑法における同意論の構築において、以上のような「共生」の視点がいかに取り入れられるべきであろうか。同じく「共生」の視点から刑法における自己決定の意義と射程を明らかにしようとする加藤摩耶は、ときに他者に依存せざるをえない、「弱き人間像」をベースとした「自己決定」の再構築が要請されるとしている。⁽⁷⁰⁾このような要請は、現実社会において、自己決定過程や社会のあり方を考慮することなく、自己責任の名のもとに決定の帰結を本人に帰してしまうことが、ただ当事者を葛藤状況に放置しているにすぎないのではないか、⁽⁷¹⁾という加藤の問題意識から導かれたものである。加藤によれば、自己決定過程は、「共生」を本質とする弱き人間の現実に根ざすものとして刑法上も考慮されるべきであり、そのために自己決定の「場」を考慮に取り込み、それに応じた保障のあり方が追求されるべきである、⁽⁷²⁾とされている。

加藤が指摘する「自己決定過程」の尊重や、「場」の保障という観点は、同意の有効性評価における基本的視座の設定に当たっても重視されるべきであると思われる。ただし、このような観点が過度に強調されることで、処罰範囲が不当に拡大するおそれがある点には留意が必要である。特に、本人保護の観点は、パターンリズムの広範な正当化とも結びつきうるものであるが、その当否は慎重に検討される必要がある⁽⁷³⁾。また、「自己決定過程」の過剰な保護は、刑法の謙抑性と矛盾するだけでなく、市民のいわば「自己防衛能力」が減退し、かえってその自律性が阻害されることにもなりかねない⁽⁷⁴⁾のである。

以上のことを前提としたうえで、「刑罰を通じて確保すべき自己決定過程」の適切な内容と水準がここで問われなければならない。それは、市民の自律性という観点から、規範的に決定されるべき評価的な問題である。この意味での自律性を、本稿では「規範的自律性」と呼び、それが備わっていることを、同意が有効として評価されるための要件として設定する。つまり、

同意が有効と評価されるためには、単に法益主体が「法益を放棄する心理状態」を形成したというだけでは足りず、その形成過程のあり方と水準が、意思決定の内容や放棄された法益の種類に応じて、規範的観点からみて十分であったと客観的に評価されなければならないのである。

ところで、錯誤に基づく同意の問題における学説としても、すでにロクシンが提唱した「規範的自律性説」⁽⁷⁵⁾はすでに多くの支持者を集めており、わが国においても齊藤誠二により詳しい紹介がなされている。⁽⁷⁶⁾ロクシンは、法益関係的錯誤がなくとも、同意を無効とすべき場合があるとして、法益関係的か否かという基準に絶対的な意義を認めない。⁽⁷⁷⁾その代わり、同意が承諾者の自律的な処分の所産といえるかどうかを基準とすべきであるとし、ここでは単に承諾者の主観的な任意性 (subjektive Beliebigkeit) が問われているのではなく、客観的で法的な評価が問題であるとした。⁽⁷⁸⁾そのうえで、問題となる事例を欺罔・錯誤の内容に応じて類型化をし、類型ごとに同意の有効性の限界を検討している。

本稿の立場も、同意が有効か否かの基準を承諾者の自律的な処分の実現の有無に求める点、及び、そこでの「自律性」を客観的かつ規範的に構築しようとする点で、この規範的自律性説と軌を一にするものである。⁽⁷⁹⁾ただし、ロクシンの見解においては、「規範的自律性」概念の理論的意義について十分な検討がなされているわけではない。そのため、後に詳しく検討を加えるが、ロクシンの提示した類型化についても、そのような分類をする根拠がそもそも明らかではないという批判が提起されている。⁽⁸⁰⁾これに対して、本稿は、現実の「弱き人間像」をベースとしながら、「自己決定過程」に焦点を当てて「規範的自律性」概念の具体的な意味内容を明らかにすることで、事例ごとの同意の有効性を判断する際における理論的な視点を提示しようと試みるものである。

また、ロクシンの規範的自律性説は、錯誤に基づく同意の問題において提唱されたものであるが、筆者の構想によれば、規範的自律の視点は、同意の

有効性判断における統一原理として幅広く適用されうる。つまり、錯誤に基づく同意の問題に限らず、同意能力や強制に基づく同意の問題においても、「自己決定過程」の尊重要請に基づく規範的自律性が同様に問われていると理解すべきなのである。したがって、「規範的自律」の概念は、これらの問題領域における同意の有効性の判断がそれぞれ整合性を有するように構築されなければならない。

第4節 整理——同意の存在と有効性——

以上で述べてきたように、同意による犯罪阻却の要件を考察するに際しては、同意の存在と、その有効性に関する法的評価の次元を明確に区別することがまず重要である。前者については、第3章で結論づけたように、社会的視点も踏まえて特定された、「具体的な法益侵害結果」の発生を（消極的）認容する心理状態の存否のみによって判定されるべきである。これに対して、後者の法的評価の次元においては、当該心理状態の形成が、法益主体による「自由な自己決定」の結果として評価できるかどうかが重要となる。その判定に際しては、単に事実の問題として、本人が認容したかどうかを基準とするのではなく、現実の「弱き人間像」をベースとして、彼が当該意思決定をするために十分な自己決定過程が保障されていたかどうか、という客観的・規範的基準が投入されなければならない。その具体的内容や水準は、第5章以下で検討を加えるように、放棄の対象となる法益の種類や意思決定の状況によって様々でありうるが、それらに対しては統一的な理論的根拠が与えられる必要がある。

本章までの検討を踏まえ、犯罪阻却効を有する同意が認められるための要件を簡潔に明示するならば、以下のようなものになる。すなわち、①法益主体に「具体的な法益侵害結果を認容する心理状態」が存在すること（同意の存在）、かつ、②当該心理状態を形成する自己決定過程の内容・水準が十分であると客観的・規範的に評価できること（同意の有効性）である。

これらの要件の充足が認められる場合には、法益主体が認容した「具体的な結果」が現実が発生したとしても、それを「不法な結果(事態)」として評価することができず、帰属の対象となる不法結果が欠落するために、犯罪の成立する余地がおよそ存在しなくなるのである。法益概念との関係では、有効な同意が認められることで、法益そのものが存在しなくなる、あるいは、法益保護の必要性が失われる(場合によっては減少する)と説明することができる⁽⁸¹⁾。

いずれにせよ重要なことは、法益主体の有効な同意が、法益性や法益の要保護性を失わせることの実質的な根拠(自己決定の自由の尊重)から、有効な同意の具体的な要件を適切に導出することである。次章以下では、「規範的自律性」という基準のもとで、同意の有効性評価の具体的内容がどのように形成・把握されるかを、「意思決定過程の刑法的保護」という基本的視座から明らかにすることを試みる。

第5章 有効性評価の具体的内容

第1節 判断能力

第1款 自然的意思能力との区別

同意が自律的に形成された有効なものであると評価されるためには、同意者に合理的な判断能力が備わっている必要がある。本稿の分析との関係で注意が必要なのは、ここでいう判断能力が認められない者であっても、事実上同意を行うこと自体は可能であり、判断能力はあくまでも当該同意が有効と評価されるための条件であるということである。

すなわち、同意の「存在」のレベルにおいては、法益侵害結果の発生という事実を法益主体が認容したかどうかだけが重要であるため、合理的な判断能力は前提とされない。そこで要求されるのは、法益侵害結果を事実に認識・認容する能力である。この能力さえも欠く場合(例えば、赤ん坊)には、有効性評価以前に、そもそも事実に同意をすることができず、同意は

常に「不存在」とされることになる。

この、「合理的な判断能力」と「法益侵害結果を事実上認識・認容する能力」は、両者とも「同意能力」という一つの概念に含められるのが一般的であるが、同意の「存在」と「有効性」を峻別する本稿の分析視角からは、両者を区別しておくことが有益である。本稿では、有効性評価の一条件である「合理的な判断能力」の方を特に「判断能力」と呼び、同意存在のための前提である「法益侵害結果を事実上認識・認容する能力」の方は、「自然的意思能力」と呼んで区別する。犯罪論において、事実的認識（故意）を持ちうる者であっても責任能力が欠ける場合があるように、同意論においても、「自然的意思能力」はあるが、「判断能力」が欠けるという場合が十分に想定できるのである。

第2款 具体的内容

自然的意思能力が、比較的明瞭な内容であるのに対して、判断能力の具体的な内容やその存否に関する認定方法についてはより慎重な検討を要する。まず、判断能力の具体的な内容を明らかにするためには、およそ同意を通じた財の投下が「ただ (kostenlos) ではなされ⁽⁸³⁾ない」という認識を出発点とする必要がある。自己実現の手段としての同意は、法益の全部または一部を犠牲にすることを通じて、そこから利益の獲得や損害の回避を目的とするのが通常である。同意能力 (Einwilligungsfähigkeit) につき詳細な検討を行ったアメルンクは、同意能力の必要とされる理性が功利的な性質 (utilitaristische Natur) を持つものであるとし、同意能力の概念を具体化するための助けとなるものは、「経済的」考察方法の便益計算 (Nutzenkalkülen einer „ökonomischen“ Betrachtungsweise)⁽⁸⁴⁾ であるとするが、この意味で正当であると思われる。

このような出発点に立つアメルンクの見解を参考に、判断能力の具体的な内容を整理すれば、次のようになる。まず、同意の基本的性格が価値決定であることからすれば、同意者には合理的に価値を評価したうえで価値衡量を

行う能力が必要(価値評価能力)となる。これには、放棄の対象となる法益自体の価値や、法益放棄の結果得られる利益(損失)などの価値を合理的に評価する能力が含まれる。注意が必要なのは、ここでいう「合理的な」価値評価能力というのが、同意者自身によって形成された主観的な評価システムにおいて合理的に価値を評価する能力を意味するものであり、客観的な価値基準との一致を要求するものではないということである。⁽⁸⁵⁾「自己決定の自由」という観点からは、同意者が自身の価値観に基づいてなした決定が尊重されなければならないのであり、客観的に不合理な決定がなされたこと自体を理由に同意の有効性を否定することが許されないことは当然であろう。⁽⁸⁶⁾

さらに、上記の価値評価を行うための前提として、法益を犠牲にすることにより、事態がその後どのように展開するか(最終的に何が得られ、何を失うのかという事実)が予測できなければならない(予測能力)。これを因果経過の認識の能力と呼ぶこともできよう。この領域において同意者に要求されるのは知的な理解力(intellektuelle Kapazitäten)である。すなわち、同意者は、一定の知識を有し、その知識を論理的に結合する能力が必要なのである。⁽⁸⁸⁾

以上のことから、同意者は、法益侵害結果(直接的結果)の発生に同意するかどうかを判断するために、①当該の法益侵害結果が生じた場合に、将来事態がどのように展開するか(間接的結果)を予測し(予測能力)、②法益を犠牲にする場合とそうでない場合とで、どちらが自己の主観的な評価システムにおいて価値的に優位かを決定するための能力(価値評価能力)を必要とするものといえる。

判断能力の具体的内容については上記のとおりであるが、その基準設定に際してパターンリズム的考慮が混入することは避けがたく、それが法益主体の自律性の補完を超えて、自律性の否定につながる危険は常に存在する。⁽⁸⁹⁾すでに第4章で述べたように、「自己決定過程」の保護を基本的視座とする有効性評価の基準設定においては、それが過剰にも過少にもならないように、

適切な保護の水準を見極めなければならない。⁽⁹⁰⁾

この観点から問題視されなければならないのが、ドイツの抜歯事件である。⁽⁹¹⁾この事件は、数年来、激しい頭痛に悩まされた成人の女性患者が、その頭痛の原因を自分の差し歯であると思い込み、歯科医に抜歯を要求したという事件である。歯科医は、歯の具合はなんら頭痛の原因になり得ないことを確信し、彼女にその所見を伝えたが、それでも、彼女はそれが唯一の残された治療であると考え、差し歯を抜くことを求めた。問題の歯科医は、歯を抜くかどうかはあなたが決断しなければならないことであると申し述べた後、彼女の要求に応じて抜歯を行ったが、一向に頭痛が改善されることはなかった。この事案においてドイツ連邦裁判所は、彼女の同意を無効であるとみなし、歯科医に傷害罪の成立を認めている。患者の「素人的無分別」に対して、歯科医師は、「実際の医学的判断を受け入れさせることができなかった」というのが、その理由であった。

この裁判所の判断に対して、ドイツの学説の多くは批判的である。⁽⁹²⁾例えば、ロクシンは「同意が拠り所とする一般的な行動の自由は、基本法2条1項の限界のなかで、理性的な行為の自由と非理性的な行為の自由を等しく保障するものである」と説明し、「医的侵襲が客観的にみて非理性的な決定に基づいている場合であっても、その侵襲は許されなければならない」として、連邦裁判所の判断を批判している。⁽⁹³⁾確かに、客観的合理的な基準から逸脱した決定が行われれば、そのことが判断能力の審査を促すための契機になることはあるだろうが、先に述べたように、客観的に不合理な決定がなされたこと自体を理由に同意の有効性を否定することは許されないであろう。それは、まさしく自律性の補完を超えた、自律性の否定に行き着いてしまうのである。

このことを踏まえれば、判断能力の具体的な判断手法として、「生物学的」確認 („biologische“ Feststellungen) が必要であるという態度を採ることにも十分な理由があるように思われる。⁽⁹⁴⁾アメルンクは、同意能力の定義

の出発点において、「未成年や精神障害または精神的疾病のために (wegen Minderjährigkeit, geistiger Behinderung oder geistiger Erkrankung)」という限定を付しているが、⁽⁹⁵⁾このような限定を付すことで、成人の判断能力が、その「偏った嗜好」を理由として、安易に否定されることは回避できる⁽⁹⁶⁾であろう。

第3款 判断能力の相対性

最後に、判断能力の相対性について若干の検討を加える。判断能力の有無については、問題となる法益ごとに差異があることが一般に承認されている。例えば、生命など重大な法益に関してはより高度の判断能力が必要とされ、軽微な財産などの法益に関してはより低い判断能力で足りると考えられるのである。⁽⁹⁷⁾放棄される法益の価値に応じて、自己決定過程を保護する必要性の度合いも変動するであろうから、必要とされる判断能力のハードルにも高低差が生じるという理解は自然である。もっとも、上述した判断能力の具体的内容に照らせば、判断能力の相対性を法益の価値に応じた単なるハードルの高低という差異としてのみ捉えることは妥当でない。

判断能力の内容としては、法益放棄の結果として将来、事態がどのように展開するかを予測する能力が必要であると述べたが、どれ程高度な能力が要求されるかは、計画された侵襲がどれほど複雑かに依存している。⁽⁹⁸⁾したがって、同一の法益の放棄が問題となる場合でも、個々の事例の複雑さによって、必要な予測能力の判断は異なる。また、価値評価能力という観点からは、まさに問題となっている法益の価値を評価する能力が法益主体に備わっているかどうかの問題となるため、放棄される法益の種類や性質ごとに判断能力の認定が相対化する⁽⁹⁹⁾という点も看過すべきでない。

このように、判断能力の相対性について言及しようとする場合には、判断能力の意義・内容に照らして、いかなる理由で(また、どの範囲で)相対化するのかを的確に見極める必要がある。

第4款 小括

本節では、判断能力に関する若干の分析を行った。本稿の主張との関係で重要なのは、まず、「自然的意思能力」と「合理的な判断能力」の峻別である。前者は、事実上同意を行うために前提となる能力であり、同意の「存在」レベルに位置づけられるのに対して、後者こそが、「存在」が確認された法益主体の同意を有効と評価するために必要となる能力であり、同意の「有効性」レベルに位置づけられる。その内容は、「刑罰を通じて確保すべき自己決定過程」の適切な内容と水準の確保という、「有効性」評価の基本的視座から、それが過剰にも過少にもならないように特定されなければならない。そのためには、判断能力の実体的内容を、同意の構造から具体的に明らかにするとともに、合理的な認定手法を検討する必要がある。その際に、必要とされる判断能力が、放棄の対象となる法益や個々の事例ごとに相対化することに注意しなければならない。この、法益関係的・事例関係的な思考方法は、同意の「存在」段階のみではなく、同意の「有効性」評価段階においても重要となることを確認する必要がある。

第2節 重要な情報への到達可能性

自己実現の手段としての同意概念という出発点からは、さらに、同意者の有する知識や情報にもまた適切な位置づけが与えられなければならない。同意者が、彼の目的と目的のために投下されるべき手段を最適に決定することにとって、情報はその基礎となる。したがって、自律的な同意かどうかは、その人の情報の基盤にまず依存している⁽¹⁰⁰⁾のである。もっとも、刑法における自律性の概念において、どのような情報が自己決定の基礎として重要視されるのかという問題は、このような一般論とは別に、刑法上の問題として特に検討する必要がある（「重要な情報」の範囲）。また、そのような情報の到達が同意者に確実に保障される必要があるのか、あるいは情報への到達の可能性の客観的保障だけが刑法的には重要であり、到達自体が常に要求されるわけではないのか、という点も検討すべき課題である（「到達」か「到達可能

性」か)。

以下では、本稿が関心を寄せる、同意者の知識・情報状態の刑法的保障という視角から、主としてドイツにおける代表的な同意論の学説を中心に分析したうえで、刑法において重要な「自律的決定」の内実を理論的に見定める。そのうえで、上記の具体的な課題、すなわち、刑法において保障されるべき①「重要な情報」の範囲と②情報状態(「到達」か「到達可能性」か)についてそれぞれ検討を加える。

第1款 学説の検討

1 アメルンクの見解⁽¹⁰¹⁾

同意能力との関係でも紹介したように、アメルンクの同意論における基本的視座は同意概念の功利的な性質に見出される。アメルンクによれば、同意者の観点からは、同意は具体的な目的の追及のために役立つものであり、彼が財を犠牲にする場合、これは通常、他の財を維持し、新しい財を獲得し、あるいは厄介なことから解放されるために生ずる。⁽¹⁰²⁾この前提から、アメルンクは同意の有効性について以下のような抽象的な定式を提示する。すなわち、「同意者が彼の価値体系との一致において決定した同意こそが自律的に与えられたものとして妥当しなければならない」。⁽¹⁰³⁾したがって、同意者が彼の価値体系との一致において交付した同意が有効であって、それと矛盾対立する同意は無効である。

以上の視座から、アメルンクは法益関係的でない錯誤も含めて、⁽¹⁰⁴⁾錯誤に基づく同意を広く無効としている。アメルンクは、決定の誤り(Entscheidungsfehler)を、①価値決定における誤り、②予測の誤り、③葛藤決定(Konfliktentscheidungen)の誤りに分類して考察を進めているが、いずれの誤りの場合においても広範に同意は無効とされる。

まず、①価値決定における誤りとして問題となるのが動機の錯誤であるが、この場合において同意は無効である。なぜなら、コスト—利益の分析に際して、誤った事実的前提から出発した者は必然的に、その帰結が彼の価値

システムに反する決定をしているためである。例えば、治癒不可能な病気に患ってしまったと誤解し、臓器の摘出に同意した場合、これは動機の錯誤であるが、同意は無効であるとする⁽¹⁰⁵⁾。

②予測の誤りに際しても、同意の有効性を、期待された出来事の発生にのみ依存させることは困難であるとしつつ、予測を立てる者は通常、現在与えられている状況 (gegenwärtige Gegebenheiten) を拠り所としているため、この場合にも、ある種の動機の錯誤が問題になるとして、評価のための重要な事実に関する錯誤と同じ原則により取り扱われるべきであるとする⁽¹⁰⁶⁾。予測の誤りの具体的な事例としては、異性との間で成果を得るために美容手術に同意をしたが、効果が生じなかった場合が挙げられている。アメルンク自身はこの事例の実際的な処理に言及していないが、成果が得られないという将来の事情も、当該手術が同意者を異性にとって魅力的な外見に仕上げるものであるかという、評価の事実的前提に還元される以上、その錯誤は常に同意を無効とすると解するのが、アメルンクの考え方からは一貫した帰結であると思われる。

③葛藤決定とは、同意者が、ある財をより価値のある財を救うために、やむを得ず放棄する場合の決定である。葛藤決定の事例としては、例えば、外科的な侵襲によって生命を救うために身体の不可侵性を犠牲にする場合が挙げられる。アメルンクによれば、葛藤決定はそれが必要 (erforderlich) であるときのみ、同意者の価値システムに適合している。なぜなら、最善なのは2つの財を共に無傷のままにすることであるからである。より価値の低い財の放棄は、それが価値のある財の喪失を妨げるのに適しており、かつ、より害の少ない救助手段が存在しないときに必要とされる⁽¹⁰⁷⁾。アメルンクによれば、葛藤決定の必要性の正確な認識こそが、同意者の価値システムとの一致を示すため、その必要性に関する錯誤は、同意を無効とすることになる⁽¹⁰⁸⁾。

以上のことから明らかなように、アメルンクは、ほとんどの錯誤に基づく同意を、同意者との価値体系との不一致を理由に無効としている。もっと

も、アメルンクは同意の無効性から直ちに行為者の処罰を帰結するのではなく、次の段階として、行為者がその法益侵害について答責であるとされるかどうかが改めて問題とされなければならないとする⁽¹⁰⁹⁾。この行為者帰責の段階では、単純な(自ら陥った)錯誤に基づく同意の場合と、欺罔により騙取された同意の場合とで、その処理方法が明確に区別されることになる。まず、単純な錯誤の場合には、受け手の保護という観点から、同意の受け手は基本的に、同意者が価値評価において重要な事実を正しく把握したかどうかに注意を払う必要はないとしたうえで、しかし、評価が瑕疵ある事実把握に基づいていることを認識している場合や、特別な関係において正しい事実把握をしたか否かを精査する義務があるのにそれを怠った場合は、故意または過失責任を負うものとされている⁽¹¹⁰⁾。これに対して、欺罔により騙取された同意の場合には、法益侵害が欺罔に基づくものであることから、欺罔者に対する帰責が基本的に肯定されている⁽¹¹¹⁾。

以上がアメルンクの見解の概要であるが、その特徴は、出発点となる自律概念から演繹される広範な同意の無効評価と、同意の有効性と行為者帰責の問題を分離する考察方法に認めることができるだろう。

本稿における分析との関係で重要なのは、アメルンクによる自律概念の捉え方である。「同意者が彼の価値体系との一致において決定した同意こそが自律的に与えられたものとして妥当しなければならない」というアメルンクの定式には、彼による、「自律の理想的な理解 (ideales Verständnis von Autonomie)」が表現されている⁽¹¹²⁾。そこで捉えられる自律性とは、決定に際する主観的評価にとって必要なあらゆる情報と知識を前提として初めて実現されるものであり、それらの欠如は直ちに決定者の自律性を否定することになるのである。

このような発想は、「もし錯誤がなければ同意しなかったであろう」といえる場合に、同意の有効性を広く否定する条件関係の錯誤説を理論的に根拠づけるものであるが、その前提とされる自律概念が、刑法において現実的に

保障されるべき同意者の自律性の内容として適切なものであるかは疑わしいように思われる。レンナウが正当に指摘しているように、全知でない人間の決定は、常に不十分であったり、不正確な根拠の下で行われている⁽¹¹³⁾。上記の意味での理想的な自己決定は、刑法によって現実的に保障することは不可能なのである。すでに述べたように、本稿が前提とする自律概念は、このような「理想的な自律概念」を拠り所とするのではなく、刑罰を背景として現実的な保護が要請されるものとして構築されるべきものであり、その水準を適切に見定めることが極めて重要な課題として位置づけられる。したがって、その保護水準が不当に低く設定されるのはもちろん問題であるが、それと同様に、不当に高く設定されることも問題を孕んでいる。そこでは、国家による過剰保護の問題が生じ、自律性の補完を超えた自律性の否定に行き着くことになる。

なお、同意の有効性と行為者帰責の問題の明確な分離という思考法自体は、基本的に賛成することができる。しかし、両者の守備範囲は、犯罪論上の意義との関係でそれぞれ合理的に画定される必要がある。同意の有効性評価は、法益侵害結果が違法の評価を受けるか否か、ひいては国家による刑罰的介入の契機が認められるか否かという問題と接続されているのであり、その裏面として、市民の自律的活動領域の限界を画するという意義を有している。このような同意の積極的意義に鑑みれば、たとえ理想的な意味での法益主体の自己決定が実現されなかった場合であっても、行為者帰責の段階での処罰範囲の調整を待たず、同意の有効性を認め、そもそも結果に対する違法評価を禁ずるべき場合が少なくないものと思われる。

確かに、アメルンクの見解は、同意の功利的な性質を正当な出发点として、その概念の構造を丁寧に分析するものであり、同意論の議論に対して多くの示唆を与えている。しかし、そこで示された自律概念の内容は、「理想的な自律概念」としてであればともかく、刑法において重要性をもつ「現実的な自律概念」としては適切でない。法によって実現可能であり、かつ実現

すべき保護の水準を見定めるのに適した自律概念を、思考の基礎に据えることが必要である。

2 レンナウの見解

すでにアメルンクの見解に対する批判の中で見たように、レンナウの同意論は、人間の決定が、全知との比較において、常に不十分、あるいは不正確な根拠に基づいてなされることを出発点としている。したがって、レンナウによれば、「刑法は、宿命的に制限された知識の基礎に基づいて実践される自己決定において、縮小された『(残された)自由』のみが常に問題となっており、それは全知の理想的な自由との関係では相対的な自由として現れる」⁽¹¹⁴⁾のである。以上の前提から、同意の有効性にとって重要な、自律性の欠陥は、それが人間の不正な行為から (aus unlauterem menschlichen Verhalten)⁽¹¹⁵⁾ 生じた場合にのみ存在することになるとされている。

レンナウの見解においては、以上の基本的視座から、次のような帰結が導かれている。まず、自ら陥った錯誤の場合、同意は基本的に有効と評価されることになる。同意者と侵害者との適切なリスク分配の観点からは、この場合に侵害者を財侵害について答責的とすることができないためである。⁽¹¹⁶⁾ただし、侵害者が同意者の法益との関係で特別の関係に立つ場合には、この限りではない。例えば、医的侵襲に際しての医師のような、保証人に当たる者が、彼の説明義務に違反する場合には、同意者が自ら陥った錯誤により同意が無効となる。⁽¹¹⁷⁾また、問題となる錯誤が、法益関係的錯誤である場合には、同意の有効性評価を行う以前に、同意は存在しない。この場合の行為者の処罰は、行為者に同意が存在しないことについての故意または過失が認められるかどうかにかんして依存する。⁽¹¹⁸⁾

この、自ら陥った錯誤の場合について、アメルンクの見解と比較すると、まず、アメルンクが同意者の価値体系に反する同意を全て無効にし、リスク分配の観点を行為者帰責の段階で初めて取り入れるのに対して、レンナウが、同意の有効性評価の段階ですでにこれを取り入れている点が目につく。

この違いには、自律概念に関する両者の見解の相違が象徴的に示されている。もっとも、最終的に処罰が肯定される範囲については両者にそれほど大きな相違は認められない。アメルンクは、自ら陥った錯誤の場合について、受け手の保護の観点から原則的に行為者帰責を否定しつつ、例外的に行為者が、同意者の錯誤を認識している場合や、同意者との間で特別な関係に立つ場合に帰責を肯定することで、処罰を基礎づけたのであるが、レンナウの見解においても、後者の、特別な関係に立つ場合については、例外的に同意を無効とすることで、処罰の可能性を認めている。理論構成に相違はあるが、リスク分配の観点から原則的に処罰を否定し、例外的な場合にこれを肯定するという発想を採用する限りで、両者の見解は共通している。なお、ここで結論的な違いが認められるのは、行為者が、同意者の錯誤を認識している場合の取扱いである。この場合に、レンナウは、このような行為者の特別知識が、同意の欠陥に対する管轄を構成するものではないことを理由に、同意の有効性が維持されるものとして⁽¹¹⁹⁾いる。結局、レンナウによれば、同意者が自ら錯誤に陥った場合に際して、（有効性を問う以前に、すでに同意が存在である法益関係的錯誤の場合を除くと）同意は基本的に有効であり、侵害者が医師のような特別関係に立つ場合にのみ、例外的に無効と評価されることになる。

次いで、欺罔により騙取された同意の場合については、法益関係的錯誤の場合も、法益関係的でない錯誤の場合も、常に欺罔は同意を欠如させ、あるいは無効にするものであるとされている。同意決定の前提となる事実についての欺罔に基づいて、財の所有者は同意に際して重要な利益を誤って評価し、不正な影響がなければならなかったであろう利益衡量結果に到達してしまう。この場合、財の放棄は「誤った投資（Fehlinvestment）」として現れるのである。以上のような理論展開により、レンナウは、アメルンクと同様に、「欺罔により騙取された同意は常に無効である」という結論を導き、従来の⁽¹²¹⁾通説や⁽¹²²⁾判例に対して、根拠を与えている。

なお、錯誤が第三者の欺罔に基づく場合に、レンナウは、第三者との関係で同意は無効になることは認めつつも、これと無関係な行為者との間では、同意は有効になるとして、同意の有効性の人的相対化を認めている。その根拠として挙げられているのは、やはり、財の所有者が同意に際して、常に自然的社会的環境に制約されているという前提である。レンナウによれば、欺罔した第三者と無関係の行為者との関係では、欺罔者の存在さえも、自然的社会的環境の一部を構成するものであり、同意者は、まさしく「残された自由」⁽¹²³⁾を行使しているというのである。

以上がレンナウの見解の概要である。正當にも、レンナウは、同意者の有する知識や情報が自律的な自己決定の基盤となることを出発点として、刑法における現実的な保障という視点から、刑法における自律性の内容として全知で理想的な自己決定を保障することを拒絶している。さらに、本稿の分析との関係で、特に注目すべきなのは、レンナウが、同意を無効とするような知識・情報の欠如の内容を、問題となる知識・情報の内容ではなく、そのような欠如が生じた原因によって区別している点である。すなわち、錯誤の原因が、行為者にあると考えられる場合（行為者が説明義務を負う「保証人」である場合も含む）には同意が常に無効となるのに対して、その原因が、同意者自身や自然環境、さらには行為者とは別の第三者にある場合には、常に同意が有効とされる。

確かに、情報状態の欠如（錯誤）が生じた「原因の所在」が、同意の有効性判断に大きな影響を与えることは、規範的自律性に照準を合わせる本稿の立場からも、基本的には理解できる。しかし、それが行為者による欺罔を原因とする場合であれば、欺罔の内容を問うことなく常に同意を無効に導くことが正當であるかは検討の余地があろう。欺罔行為の中には、その対象となる情報の重要性に応じて、些細な欺罔から重大な欺罔が存在するのであるし、その巧拙に応じて、拙い欺罔から巧妙な欺罔まで様々なものが存在している。理想的な自己決定にとっては、それら全ての欺罔が排除されているこ

とが望ましいであろうが、現実には、少なくとも「些細で拙い欺罔」に満ちており、それら全てを刑罰による威嚇で排除することは過剰である。レンナウを含めた多くの論者が、強制に基づく同意の有効性に際しては、「強制がなければ同意しなかったであろう」というだけでは同意を無効とせず、強制の程度を問題とするのに⁽¹²⁴⁾、欺罔の場合には、その内容や巧拙が全く問題とされないのは一貫しない態度である⁽¹²⁵⁾。その限界を見極めることが困難な作業であることは間違いないが、その困難性を口実に、限界づけの作業を放棄することは、「刑法による自律性の現実的な保護」の水準を探究するという出発点を放棄することと同じであろう。

以上のように問題もあるが、レンナウが基礎に置いた刑法における自律観には基本的に賛成することができる。さらに、錯誤を法益関係的錯誤と法益関係的でない錯誤に区別をし、前者は同意の不存在を示すものとしたうえで、同意の「存在」と「有効性」を区別する点でも、本稿の思考方法との共通性を見出すことができる。

- (1) 構成要件該当性阻却事由としての「合意」(Einverständnis) と、違法性阻却事由としての「同意」(Einwilligung) を区別する用語法が存在するが、本稿はさしあたり両者を同じ問題と捉え、一律に「同意」の語を用いる。

なお、このような用語法上の区別は、元々、ゲールズにより提唱された二元説に由来するものであった。ゲールズの見解において、両者は、承諾能力、承諾行為の方式、欺罔・強制に基づく承諾の取扱い、行為者が承諾を認識していなかった場合における可罰的未遂の存否、行為者が承諾の存在を誤信した場合の取扱いなどにつき、異なる適用を受けるものとされており、その要件・効果に差異があることが主張されていた (Friedrich Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA, 1954, S. 262ff.)。しかし、法益主体の自己決定という同一の原理に基づく犯罪成立阻却事由について、その体系的位置づけ・要件・効果を完全に分離してしまうことの妥当性は、そもそも疑わしいように思われる (西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』(2010年、有斐閣) 348頁〔深町晋也〕)。また、それらの一律的な要件・効果的差異を正当化するような原理が体系的地位のものに内在して

いるわけではないだろう。

日本の議論においても、「合意」と「同意」が区別されることがあるが、ドイツの場合と異なり、多くの論者は要件・効果に違いを設けておらず、両者の区別には体系的な位置づけの違い以上の意義は見出されておらず、実質的に無意味なものとなっている。

以上のことから、本稿は両者を特に区別することなく、同じく「同意」の問題として考察を進める。ただし、「同意」の総論的考察が、個別の構成要件メルクマールの解釈に基づく各論的な修正を受けることを否定するものではない。本稿は、同意論における総論的考察と各論的考察を、法益主体の自己決定の保障という観点から統合的に把握することも目指している。

- (2) 大塚仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』(有斐閣、2008年)420頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』(成文堂、2012年)255頁、井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣、2008年)324頁。
- (3) 西田典之『刑法総論〔第2版〕』(弘文堂、2010年)192頁、高橋則夫『刑法総論〔第2版〕』(成文堂、2013年)319頁等。さらに、佐伯仁志「判批」『刑法判例百選II〔第7版〕』(2014年)4頁参照。
- (4) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013年)217頁以下、松原芳博『刑法総論』(日本評論社、2013年)132頁。
- (5) 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号(1985年)59頁。わが国で、法益関係の錯誤説を基本的に支持するものとして、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33巻3=4=5号(1983年)271頁以下、松原・前掲注(4)133頁以下(同意の認識対象に関する理論として法益関係の錯誤説を採用する)、西田・前掲注(3)192頁、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』(成文堂、2007年)207頁、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』(法律文化社、2004年)21頁など。
- (6) 佐伯・前掲注(5)59頁。
- (7) 例えば、井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、2005年)199頁以下。
- (8) 井田・前掲注(7)202頁は、法益関係の錯誤説に対して、もし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取り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、との批判を加えている。
- (9) アルツトは、同意が脅迫による場合について、脅された者の現実の意思が侵

害に対立するため、常に法益関係のであるとして、同意の無効を説明している（Gunther Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 32）。これに対して、アメルンクは、「法益関係性」の概念に新しい内容を付与することで、適切な結論に達しているにすぎない、との批判を加えている（Knut Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998, S. 63.）。

- (10) 佐伯・前掲注（4）214頁、220頁以下。
- (11) 野村和彦「わが国における法益関係の錯誤説に対する疑問」日本法学80巻4号（2015年）55頁以下参照。野村は、「被害者の法益処分に対する認識」は、欺罔行為による場合よりも脅迫の方がより明確であるとし、「法益関係の錯誤が無ければ原則として同意は自己決定によって」という命題の妥当性に疑問を提起する。
- (12) 松原・前掲注（4）137頁。なお、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2015年）220頁以下は、緊急状態に関する錯誤について、「法益の相対的価値の錯誤」が認められると表現しつつも、これを「法益関係の錯誤」の概念には含めず、そのような錯誤がある場合には、法益関係の錯誤の例外として、同意が無効になるものと説明している。
- (13) 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、2001年）335頁は、「法益の相対的価値の錯誤を強調すると、他の目的実現のために法益を処分する状況において、『重大な錯誤』説に至りうる」と指摘している。
- (14) これに対して、西田・前掲注（3）194頁は、角膜事例について、「母親は、子供の目の完全性の方が優越し自分の角膜の価値が低いものであると考えた」ことを理由に、法益の価値についての錯誤＝法益関係の錯誤を肯定する結論を導いており、相対的価値の錯誤が主観的な意味で把握されているように思われる。
- (15) 松原・前掲注（4）137頁、山口・前掲注（13）331頁。
- (16) 角膜事例について、佐伯・前掲注（4）219頁以下、山口・前掲注（13）331頁以下は、同意を得た過程の客観的評価により、脅迫によって得られた同意と同程度に「自由でない」ことを理由として、松原・前掲注（4）137頁も、母親の同意の「相対的不任意」を理由として、同意を無効とする論理を提示している。
- (17) 山口厚「法益侵害と法益主体の意思」同編著『クローズアップ刑法各論』（成文堂、2007年）16頁以下。
- (18) 山口・前掲注（17）18頁以下。角膜事例について、山口の従前の論稿では、同意が「自由でない」ことが無効の理由とされており、法益関係の錯誤の例外である

ような説明されていたのに対して(前掲注(16)参照)、本論文では、「法益処分の自由」を害するような錯誤も、「法益関係的錯誤」の内容として広く取り込まれたために、まさしく法益関係的錯誤があることを理由として、同意が無効とされるに至っている。なお、猛獣事例については、本論文でも依然として、法益の「相対的価値」の錯誤という論理から、法益関係的錯誤が認められている(同15頁)。同一名で呼称される「法益関係的錯誤」であるが、角膜事例と猛獣事例における場合とで、もはやそこに付与される意味合いは異なっている。

- (19) 佐伯・前掲注(4) 222頁。山口説のより詳細な検討は、菊地一樹「法益関係的錯誤概念の拡張に対する批判的検討」早稲田大学大学院法研論集156号(2015年) 117頁以下。
- (20) 山口・前掲注(17) 16頁は「法益処分の自由の保護適格・要保護性という観点を見無視することはできない」として、重大な錯誤説との間で距離を取ろうとする。
- (21) 松原・前掲注(4) 132頁、Claus Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, in : Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984, S. 283.
- (22) 例えば、松原・前掲注(4) 132頁は、「法益に関して錯誤があるときは、そもそも法益の享受者に法益を放棄する意思が認められないため、同意そのものが存在しない」と指摘する。
- (23) 松原・前掲注(4) 129頁参照。
- (24) ただし、このような場合には、緊急状況に直面した法益主体に、冷静な利益衡量が期待できないという理由から、同意による正当化を認めるべきでないとする見解が唱えられている(小林憲太郎『刑法的帰責』(弘文堂、2007年) 243頁以下)。この見解の当否については、後に本文で詳しく検討する。
- (25) 佐伯仁志「違法論における自律と自己決定」刑法雑誌41巻2号(2002年) 192頁、同・前掲注(4) 214頁、島田聡一郎「被害者による危険の引受」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(成文堂、2003年) 137頁以下、深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要9号(2001年) 129頁、山中敬一「過失犯における被害者の同意」『平場安治博士還暦祝賀(上)』(1976年) 344頁など。
- (26) 詳しくは、本稿第6章第2節第1款を参照。
- (27) Theodor Lenckner/Detlev Sternberg-Lieben, in : Sch/Schröder, 29. Aufl., 2014, Vorbem § 32ff. Rn. 46.
- (28) なお、同意者が無関係の第三者に殺害されそうであることを察知し、これを拒んだという場合には、「同意の撤回」を理由として、いずれにせよ同意の存在が否

定されてしまう。したがって、ここでは、例えば、同意者が察知する間もなく、第三者によって背後から射殺され、即死した（あるいは、眠っている間に殺害された）というような場合を前提として考察を進める必要がある。

(29) Arzt, a. a. O. (Anm. 9), S. 17ff.

(30) ここでの「死の決意」には、殺害されることの決意の他に、自殺することの決意も含まれる。これに対して、山中・前掲注（5）296頁は、「自殺の意図をもってしている者は、他人によって殺されることに対しても同意しているとは一般的には言えない」とし、「自殺をしようとしている者を射ち殺したとき、必ずしも『同意』があったとはいえない」とされる。正当な指摘であるが、問題なのは、法益（生命）の喪失に関する認識の有無だけを問題とする法益関係的錯誤説に立つ場合、このような（常識的な）結論を導くことも困難であるということである。

(31) 佐藤陽子『被害者の承諾—各論的考察による再構成—』（成文堂、2011年）255頁。

(32) 例えば、Urs Kindhäuser, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2013, S. 111. は、同意の効力を、特定の条件 (bestimmte Bedingungen) に依存させることが可能であるとし、その条件の内容として、行為と特定の間人との結びつきを挙げている。塩見淳『刑法の道しるべ』（有斐閣、2015年）69頁も参照。

(33) 塩谷・前掲注（5）40頁以下は、法益関係の錯誤説の立場から、「身体という高度に人格的な一身専属的法益の保護は〔中略〕自己目的としてそのもの自体を保護するということではなければならない」として（同43頁）、静的な法益観を明言する一方で、「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うべき」としているが、これらの説明の間に矛盾が生じていないかは疑問が残る。

(34) Arzt, a.a.O. (Anm. 9), S. 46.

(35) 小林・前掲注（24）234頁は、この点に関するアルツトの主張に対して、『『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とおりであるが、それは他の犯罪でも同様である」と正当にも指摘する。それでも、小林は、「各々の構成要件が着目する属性」の違いを理由として、財産犯においては「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を認めつつ、傷害罪についてはこれを否定している（同233頁）。しかし、「誰に傷害されるか」に関する自由が、傷害罪の保護範囲からおよそ常に除外されることの説得的な論拠は提示されていないように思われる。

- (36) さらなる詳細な理由づけは、同意の有効性に関する分析・検討を終えた後に改めて、本稿第6章第1節第1款で行う。
- (37) 佐伯・前掲注(5)73頁は、「両者の執刀に手術の効果・安全性にとって実質的差異がないならば、法益関係の錯誤とは言えない」としている。
- (38) BGHSt 16, 309 [312].
- (39) Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, S. 247.
- (40) もっとも、治療行為における同意について、「傷害行為の危険性」に還元できるこれらの事情しか問題とならないのか、一定の範囲でこれに還元できない事情が意味を持ちうるのかについては議論の余地があろう。社会的意味を重視する本稿の立場からすれば、純粋な傷害の危険の違いのみを問題視する必然性はないと思われる。なお、森永貞綱「被害者の承諾における欺罔・錯誤(一)」関西大学法学論集52巻3号220頁以下参照。
- (41) Roxin, a.a.O. (Anm. 21), S. 289.
- (42) Amelung, a.a.O. (Anm. 9), S. 63.
- (43) これらの6項目は、罪となるべき事実の特定(刑罰256条3項)に際して、一般に起訴状への記載が必要とされている事項である(六何の原則、⑥は一般に「犯罪の行為と結果」とされる)。司法研修所監修『刑事第一審公判手続の概要—参考記録に基づいて—平成21年版』(法曹会、2009年)5頁以下。
- (44) 森永・前掲注(40)220頁参照。森永は、このような時・場所に関する錯誤も、法益の種類、法益処分の目的に照らして重要と評価できる場合には「法益関係的錯誤」であると説明する。これは、森永が「法益関係的錯誤」を「法益侵害結果を法的に重要な意味で変更する事柄の誤認」と定義することに由来している。法益関係的錯誤概念の拡張を拒み、これを「法益客体を喪失するか否かに関する誤認」という本来の意味でのみ用いるべきと考える本稿の立場からすれば、時・場所に関する(重要な)錯誤をも「法益関係的錯誤」に含めて説明することには賛同できないが、森永が、法益の種類、法益処分の目的に照らして、法的な意味で重要な齟齬があるか否かを決定的な基準にする点は、極めて正当であると思われる。
- (45) 山中・前掲注(5)324頁も、客体物を取り違えて、毀棄に同意した場合につき、「客体が大量生産で作られた全く同一の物であれば、錯誤は重要でないと考えうる」とする。
- (46) 無論、この場合に、行為者側(X)も錯誤に陥っていたとすれば、「因果関係の錯誤」により、故意既遂犯の成立が否定されないかという点は別の問題として残さ

れる。

(47) これとは反対に、例えば、Aは、生きるのが苦痛となったため、Xによって殺害されることに同意をしたが、XはAを傷害したにとどまったという場合については、さらなる考察が必要である。この事例の場合には、Aは、殺害されなければ同意の目的（生きる苦痛からの解放）を達成することができず、傷害にとどまるのであれば、（苦痛が増えるだけであるから）同意をしなかった、ということが十分考えられるが、このような場合に、発生した傷害結果を同意により正当化することは可能なのだろうか。

殺人への同意に、その過程として不可避免的に生じる「傷害結果」への同意が含まれていると解される以上、少なくとも当該（侵害部位や程度が一致する）「傷害結果」の発生については、同意の存在を否定することができないように思われる。「傷害にとどまるのであれば、同意をしなかった」という点は、動機の錯誤として、後述する「規範的自律性」の観点から、同意の「有効性」への影響が検討されるべきであろう。もっとも、生命に危険のある傷害について、同意に完全な犯罪阻却効を認めない見解（平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年、有斐閣）254頁など）に立てば、仮に完全な同意が認められるとしても、傷害罪の成立は否定されないであろう。

(48) また、法益関係の錯誤を「法益客体の喪失に関係する錯誤」という狭い意味で用いる限り、法益客体の存在を予定していない「自由に対する罪」の説明において、同概念を用いることはできない。

(49) 同意の対象については、「結果のみならず、行為の種類、態様も含む」とされることもある（例えば、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（第2巻）〔第2版〕』（青林書院、1999年）253頁〔古田佑紀〕）。行為の種類、態様を一定の範囲に限りて同意した場合には、その範囲でしか同意の効力が認められない場合があることを示す点では正当であるが、やはり正確には、同意の対象は「結果」であって、ただそれが抽象的な法益侵害の結果ではなく、一定の行為の種類、態様から生ずるものとして限定された具体的な結果であるというにすぎないものと思われる。山中・前掲注（5）295頁参照。

(50) 大塚仁・前掲注（2）419頁注3、福田平『全訂刑法総論〔第4版〕』（有斐閣、2004年）178頁以下など。

(51) 井田・前掲注（7）190頁。

(52) 井田・前掲注（7）191頁。

(53) 松原・前掲注（4）117頁は、法益を法益主体と法益客体との関係と捉え、法益

主体が処分に同意している場合には、その関係性＝効用の享受が放棄されていることから、もはや「法益」が存在しないとする。

(54) 西田・前掲注(3) 187頁。

(55) 曾根威彦『刑法の重要問題 総論〔第2版〕』(成文堂、2005年) 139頁。

(56) 曾根威彦＝松原芳博編『重点課題 刑法総論』(成文堂、2008年) 66頁〔若尾岳志〕参照。

(57) 自己決定権概念がアメリカ法において公認される第一歩となったのが、ロー対ウェイド事件判決(Roe v. Wade, 410 U. S. 113)である。そこでは、女性に妊娠中絶を行う自由があり、かつその自由は合衆国憲法修正14条が保障する基本的権利であるから、妊娠中絶を制限するためにはやむにやまれぬ強度の政府利益が認められなければならない、とされた。

(58) 曾根威彦「自己決定の自由——憲法と刑法の交錯——」同『刑事違法論の展開』(成文堂、2013年) 71頁以下。

(59) 曾根・前掲注(58) 75頁。

(60) 曾根・前掲注(58) 84頁。

(61) 曾根・前掲注(58) 75頁。

(62) 曾根・前掲注(58) 97頁以下。

(63) 曾根・前掲注(58) 98頁。

(64) 梅崎進哉「自律・自己決定の現代的意義と刑法」刑法雑誌41巻2号(2002年) 164頁。

(65) 梅崎・前掲注(64) 165頁以下。

(66) 梅崎・前掲注(64) 168頁以下。甲斐克則「被害者の承諾」椎橋隆幸＝西田典之編『変動する21世紀において共有される刑事法の課題—日中刑事法シンポジウム報告書—』(成文堂、2011年) 97頁も、「自己愛的自己決定権」は、本来の自由を見失う懸念があるとし、むしろ、いかなる社会的基盤の下で自己決定(権)が主張されているのか、という点を重視すべきであるとする。

(67) 曾根・前掲注(58) 87頁。

(68) 梅崎進哉＝宗岡嗣郎『刑法学原論』(1998年、成文堂) 5頁も、個々人を尊重するからこそ、社会的存在としての人間の共生を確保する必要あるとしており、決して両者を対立的に捉えているわけではない。また、曾根自身も、①判断能力が十分である人間について、被介入者の完全に任意な選択・行動にも介入することを認める「ハード・パターンリズム」と、②判断能力が十分でない人間について、被介入

- 者の不任意な選択・行動にのみ介入を認める「ソフト・パターンリズム」を区別し、後者の介入は、侵害原理を補完する機能をもつもの、あるいは広い意味の侵害原理の一部と捉えることが可能であるとしている（曾根・前掲注（58）88頁以下）。
- (69) 梅崎＝宗岡・前掲注（68）22頁以下参照。
- (70) 加藤摩耶「刑法における自己決定の意義と射程」広島法学26巻3号（2003年）257頁。
- (71) 加藤・前掲注（70）252頁。
- (72) 加藤・前掲注（70）268頁。
- (73) 只木誠「被害者の承諾と保護義務論」同『刑法学における現代的課題』（中央大学出版会、2009年）9頁以下も、自己決定権が十分に行使されるだけの「場」の不存在は、法秩序がパターンリスティックに介入し、法益保護を図るべきことを根拠づけるとし、これを国家の保護義務の観点から導いている。そして、「社会的相当性」の概念も、国家が保護義務に基づいて、承諾に一定の制限を付することができるような諸事情を包括する総称であるとされる（同19頁）。そのような諸事情には、「短慮からの保護」も含まれており、指つめ事例などで、かりに自由意思に基づくといえるときでも、「社会的相当性」がないことを理由に犯罪の成立が認められる余地があるとされている（同20頁）。「場」の保障や、国家の保護義務という視点を設定することは重要であると思われるが、それらのキーワードが独り歩きして、過剰な国家的介入を許すことにならないかは慎重に見極める必要がある。
- (74) 松宮孝明「刑事立法論における自律と自己決定」同『刑事立法と犯罪体系』（成文堂、2003年）8頁以下は、刑事立法において、被害者や社会の側の自己防衛能力と、その促進を考慮しなければならないとし、「過保護刑法」（Ammenstrafrecht）はかえって「自律」を阻害してしまう恐れがあるとしている。このことは、刑事立法の場面に限らず、具体的な解釈論においても同様に妥当するであろう。
- (75) Roxin, a.a.O. (Anm. 21), S. 281ff.
- (76) 齊藤誠二「欺罔に基づく承諾」吉川経夫先生古稀祝賀『刑事法学の歴史と課題』（法律文化社、1994年）175頁以下。
- (77) Roxin, a.a.O. (Anm. 21), S. 283.
- (78) Roxin, a.a.O. (Anm. 21), S. 281.
- (79) 北川敦子「錯誤に基く被害者の承諾」早稲田大学大学院法研論集125号（2008年）124頁以下も、ロクシンの規範的自律説を基本的に支持したうえで、自由の基準を「他行為可能性」の存否に求める見解を提示している。もっとも、「他行為可

能性」の具体的な判断方法は明らかにされていない。

- (80) Hans Joachim Hirsch, in : LK, 11. Aufl., Vor § 32 Rn. 119.; Thomas Rönnau, in : LK, 12. Aufl., 2006, Vor § 32 Rn. 199.
- (81) いずれの説明方法を採用かは、法益概念の捉え方に由来するだろう。なお、松原・前掲注(4)120頁は、「法益とその要保護性を截然と区別しうるのはか」疑問であるとする。
- (82) 例えば、山中・前掲注(12)216頁は、「同意能力」の内容として、被害者の事実上の、ないし自然的な「意思」と併せて、侵害の意義や射程に関する十分な理解に基づく「意思」の能力を含ませている。
- (83) Rönnau, a.a.O. (Anm. 80), Vor § 32 Rn. 192. さらに Knut Amelung, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I), ZStW 104 (1992), S. 545.
- (84) Amelung, a.a.O. (Anm. 83), S. 544f.
- (85) Amelung, a.a.O. (Anm. 83), S. 546.
- (86) これに対して、小野寺一浩「欺罔行為と自殺関与罪」福岡大学法学論叢51巻3号(2007年)107頁は、「社会における一般人から見て、その価値観が全く理解できないものであるような場合にまで、それに依拠した価値決定を『理性的』な意思形成であるとし、真意性を認めることには疑問がある」としている。
- (87) Amelung, a.a.O. (Anm. 83), S. 553.
- (88) Amelung, a.a.O. (Anm. 83), S. 553f.
- (89) 松原・前掲注(4)130頁。
- (90) Rönnau, a.a.O. (Anm. 80), Vor § 32 Rn. 192. は、この問題に関して、同意者を彼自身から保護することが、福祉国家原理と基本法の保護義務の顧慮のもとで正当化されるとしつつ、拙速な刑法的保護が、個人から人格的な発展可能性を取り去ってしまうとして、両者の間の緊張関係(Spannungsfeld)を指摘している。
- (91) BGH NJW 1978, 1206.
- (92) Vgl. Amelung, a.a.O. (Anm. 83), S. 553.; Claus Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 13 Rn. 87.; Gaby Meyer, Die Unfähigkeit des erwachsenen Patienten zur Einwilligung in den ärztlichen Eingriff, 1994, S. 232f.; Lenckner/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. 27), Vorbem § § 32ff. Rn. 40.
- (93) Roxin, a.a.O. (Anm. 92), § 13 Rn. 87.
- (94) Amelung, a.a.O. (Anm. 83), S. 553.; Roxin, a.a.O. (Anm. 92), § 13 Rn. 88.
- (95) Amelung, a.a.O. (Anm. 83), S. 558.

- (96) これに対して、佐藤・前掲注（31）132頁以下は、これらの者に認識能力・判断能力が欠如している可能性は典型的に高いかもしれないとしつつ、「一度このような絞りをかけてから、さらに実質的に能力がない者を選んでいく」のは二度手間であるとして、アメルンクの見解に疑問を提起している。確かに、同意能力を実体的概念として純粹に定義する場合、これらの絞りが必要不可欠とはいえないが、同意能力の現実的な認定までを見据えた定義であると考えすることは可能であろう。
- (97) 深町・前掲注（1）350頁。
- (98) Amelung, a.a.O. (Anm. 83), S. 557.
- (99) 松原・前掲注（4）130頁は、有効な同意の要件として「法益性の根拠となった効用ないし属性を正しく認識」することが必要であるとする立場から、同意能力が法益の性質に応じて相対化するという帰結を導いている。
- (100) Thomas Rönau, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 211.
- (101) 錯誤に基づく同意の問題に関する、アメルンクの学説については、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」同『刑法における被害者の同意』（成文堂、2004年）106頁以下が詳細に紹介している。
- (102) Amelung, a.a.O. (Anm. 9), S. 41.
- (103) Amelung, a.a.O. (Anm. 9), S. 41.
- (104) Amelung, a.a.O. (Anm. 9), S. 56ff.
- (105) Amelung, a.a.O. (Anm. 9), S. 52.
- (106) Amelung, a.a.O. (Anm. 9), S. 53f.
- (107) Amelung, a.a.O. (Anm. 9), S. 54.
- (108) Amelung, a.a.O. (Anm. 9), S. 55. したがって、例えば、薬剤の服用で十分治る病気であるにもかかわらず、腹腔の切開によってのみ治癒されると信じているような場合についても、同意は無効となる、とされる。
- (109) Amelung, a.a.O. (Anm. 9), S. 36ff.
- (110) Amelung, a.a.O. (Anm. 9), S. 52f.
- (111) Amelung, a.a.O. (Anm. 9), S. 72ff. ただし、アメルンクは、同意の騙取のために、常に答責のとされるかのような印象を与える公式化には異議を唱えなければならないとして、客観的帰属のレベルでの責任の限定を主張する（Ebenda, S. 75.）。特に注目すべきなのは、医師免許を有することを装う医学実習生について、免許を有しない者でも医師と同様に統御できる干渉のみを行う限りは、「彼が、同

意者が意識的に受け入れたのを超える身体侵害のリスクを創出していない」ことを理由に、傷害の可罰性が否定される、としている点である (Ebenda, S. 76f.)。

(112) Rönnau, a.a.O. (Anm. 100), S. 354f.

(113) Rönnau, a.a.O. (Anm. 100), S. 220.

(114) Rönnau, a.a.O. (Anm. 100), S. 220.

(115) Rönnau, a.a.O. (Anm. 100), S. 263.

(116) Rönnau, a.a.O. (Anm. 80), Vor § 32 Rn. 204.

(117) Rönnau, a.a.O. (Anm. 80), Vor § 32 Rn. 203.

(118) Rönnau, a.a.O. (Anm. 80), Vor § 32 Rn. 204.

(119) Rönnau, a.a.O. (Anm. 80), Vor § 32 Rn. 202.

(120) Rönnau, a.a.O. (Anm. 80), Vor § 32 Rn. 206.

(121) Hirsch, a.a.O. (Anm. 80), Vor § 32 Rn. 119.; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 17 Rn.109.; Wolfgang Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten, 2004, S. 533ff.

(122) BGHSt 32, 267 [269f.]; OLG Stuttgart NJW 1982, 2266 [2267].

(123) Rönnau, a.a.O. (Anm. 80), Vor § 32 Rn. 209. これに対して、第三者の欺罔・強制に基づく同意も無効とすべきであるとするのは、Amelung, a.a.O. (Anm. 9), S. 87.; Roxin, a.a.O. (Anm. 92), § 13 Rn. 116.

(124) ドイツの通説は、同意を無効とするのに必要な強制の程度を、強要罪の要件に合わせている。Rönnau, a.a.O. (Anm. 80), Vor § 32 Rn. 207.; Lenckner/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. 27), Vorbem § § 32ff. Rn. 48.; Roxin, a.a.O. (Anm. 92), § 13 Rn. 113.

(125) 山口・前掲注(17)12頁以下。判例の中にも、「犯人が威迫によって他人を自殺するに至らせた場合、自殺の決意が自殺者の自殺意思によるときは自殺教唆罪を構成し進んで自殺者の意思決定の自由を阻却する程度の威迫を加えて自殺せしめたときは、もはや自殺関与罪ではなく殺人罪をもって論ずべきである」としなから、妻の不倫を邪推した夫が常軌を逸した虐待を加え、自殺する旨を記載した書面まで書かせ、妻がこれ以上の圧迫を受けるよりは死んだほうがよいと決意し自殺した事案について、自殺教唆罪の成立のみを認めるものがある(広島高判昭和29年6月30日高刑集7巻6号944頁)。ここでは意思決定の自由が失われる場合が相当厳格に捉えられているものといえよう。