

法益主体の同意と規範的自律（2・完）

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 自然的思考能力との区別

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)

3 ロクシンの見解

「規範的自律性説」と呼ばれるロクシンの見解もまた、法益関係の錯誤の有無ではなく、同意者の自律性によって同意の有効性を判断しようとする。

重要なのは、その判断、つまり、誤った表象を伴う同意が、その者の自由な処分の表現として認められるかどうかの判断を、同意者の主観的な任意性（subjektive Beliebigkeit）ではなく、客観的で法的な評価を基準とするものであるとしている点である。⁽¹²⁶⁾これによって、アメルンクの見解のように、同意者の主観的評価にとって重要な錯誤が全て同意を無効とするといった帰結は退けられることになる。このような出発点に立った上で、ロクシンは、欺罔により動機づけられた同意が問題となる事例を5つの類型に分類して、同意者の自律性を排除する欺罔とそうでない欺罔を区別しようとした。⁽¹²⁷⁾その、5つの類型とは、①法益放棄の種類、範囲に関する欺罔（同意は「不存在」）、②反対給付に関する欺罔（同意は有効）、③利他的目的に関する欺罔（同意は無効）、④損害回避に関する欺罔（同意は無効）、⑤付随的事情又は行為者に実現が左右できない事情に関する欺罔（同意は有効）である。

①法益放棄の種類、範囲に関する欺罔は、法益関係の錯誤を引き起こすものであり、この場合、常に同意は「不存在」となる。⁽¹²⁸⁾この点は、レンナウの見解と共通する。

次いで、②反対給付に関する欺罔に基づく同意は、有効とされる。⁽¹²⁹⁾なぜなら、双務契約を締結する者は、常に反対給付が得られないというリスクを引き受けていること、さらに、反対給付の実現は、民法上の履行請求権（場合によっては詐欺罪）により保護されるべきものであることから、同意者による双務契約の締結と、自身の債務の履行は、彼の行動の自由（Handlungsfreiheit）として評価できるためである。また、例えば高額報酬を約束されたために、殴られることに同意をしたという場合のように、訴訟による履行請求権の実現可能性が、契約の公序良俗の違反を理由に認められない場合であっても、殴られることに対する同意の有効性には影響しない。この場合に同意を無効として、行為者を傷害罪で処罰することは、民法が適切な理由で提訴可能性を（あるいは、刑法が詐欺罪による保護を）拒否していることと矛盾するからである。

これに対して、③利他的目的に関する欺罔によって引き起こされた同意は無効となる。⁽¹³⁰⁾ここで問題となるのは、例えば、医学的な発展にとって非常に重要な実験であると偽られて、傷害に対する同意がなされたような場合である。この場合には、出来事が、承諾者の行動の自由を表現しておらず、むしろ欺罔者によって操作された意思を示していることから、行為者を、法益関係的錯誤がないことを理由に処罰しないことは不適切であるとされる。ロクシンによれば、②の場合との違いは、同意者が追求した目的の達成が最終的に閉ざされているかどうかに求められる。すなわち、②「反対給付に関する欺罔」に際しては、望まれた状況はなお実現可能であり、民法と刑法における詐欺罪の規定は、その役に立つのに対して、③の場合にはこのように考えることができない。この場合に、同意は他者によって決定づけられており、法益主体の自律性を表現するものではない＝同意は無効であると捉えられているのである。

④損害回避に関する欺罔の場合においても同意は無効である。⁽¹³¹⁾まず、他人の損害を回避する目的で侵害に同意する場合には、同意者は利他的に行動しており、同意の無効性は事例グループ③における場合と同様に根拠づけることができる。しかし、同意者が、自己自身の損害の回避を目的とする場合であっても、結論は同じである。ロクシンは、ヤコブスの設例であるケジラミ事例（ケジラミがいると騙され髪の毛を切ることに同意した場合）⁽¹³²⁾や、すでに本稿でも取り上げた猛獣事例（事例3）を例に挙げて、これらの事例では、災いのでっち上げ（Vortäuschung）が、被欺罔者を精神的なジレンマに陥らせるために用いられており、この精神的なジレンマは、脅迫による強要に際しての状況に合致するものであるとしている。それゆえに、脅迫を通じて獲得された同意が無効であるとするならば、ここでの同意も同じように取り扱われなければならない、④における同意も無効とされるのである。ただし、ロクシンは、そのような緊急状況が現実合致したものである場合については、同意は当然に有効であるとしている点に注意を要する。この場合に

は、彼に残された決定の自由が、同意者によって行われた財の衡量の中に現れているためである。すなわち、同意の有効性の判断においては、「客観的に制限されていない自由な決定の余地（objektiv unbegrenzter Spielraum freier Entscheidung）」が狭められたかどうかが重要であり、緊急状況が偽装された場合と、現実存在する場合とでは、この点に関する評価が異なるため、結論が分かれることになるのである。

最後に、⑤付随的事情又は行為者に実現が左右できない事情に関する欺罔に際しては、同意は有効と評価される。⁽¹³³⁾ 付随的事情に関する錯誤が問題となる例としてロクシンが挙げているのは、実習生事件である。前述したように、この事件においてBGHは、単なる医学実習生を、免許を有した医師だと勘違いしてした侵襲への同意につき、「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」と判示したのであるが、ロクシンはこれに賛成する。患者の身体の統合性と健康にとって、侵襲が医師によって実施されるか、実習生によって実施されるかが違いをもたらさない場合には、この点に関する欺罔に法益関連性を認めることはできず、ただ付随的な事情が偽られているだけである。そして、同意者の誤った表象が、法益放棄の自律性に与える影響について、同意者の主観的な選好ではなく、規範的な評価に委ねるとするロクシンの出発点からは、たとえ患者本人が重視した事情であったとしても、理性的な患者にとって重要でない付随事情に関する欺罔は、同意の自律性を排除せず、それゆえ同意は有効とされるのである。⁽¹³⁴⁾ 行為者に実現が左右できない事情に関する欺罔の事例としては、美容整形外科医が、整形手術をすることで、女優として成功すると偽って、女性に整形手術を受けることを説得した場合が挙げられている。この場合、女性の期待が失敗に終わることは、整形手術に関する契約が履行されたことを何ら変えるものではない。自由な意思決定の帰結は常に不確実であり、後に後悔したからといって、その自律性が否定されることにはならないのである。⁽¹³⁵⁾

以上で見たように、ロクシンの見解は、同意の有効性を、同意に基づいてなされる法益侵害が同意者の行動の自由を表現しており、それゆえに自律的であると客観的・規範的に評価できるかどうかを基準として判断するものであり、(同意がそもそも不存在である事例グループ①を度外視すると)③利他的目的に関する欺罔と④損害回避に関する欺罔によって同意が操作された場合にのみ、自律性が排除され、同意が無効になるとされている。

なお、同意者の誤ったイメージが、他者による欺罔ではなく、自ら陥った錯誤に基づく場合については、客観的な表示を重視する立場から、たとえ法益関係の錯誤が認められる場合であっても、同意は有効であると解されている⁽¹³⁶⁾。ただし、表示の受け手が、錯誤による同意であることを察知し、そして、それを自分のために意識的に利用した場合には、権利濫用であることを理由に、同意の援用が許されないものとされている。また、表示の受け手が専門知識によって説明を行い、問題の法益主体の勘違いを払拭すべき法的義務を負っている場合(例えば医師の患者に対する説明義務)にも、その錯誤に対する責任は受け手側が負うべきものであるため、例外的に同意は無効になるものとされている⁽¹³⁷⁾。

ロクシンの見解の概要は以上のとおりである。ロクシンが、自律の概念を、全面的に同意者の主観的評価に依存させるのではなく、客観的で法的な視点からこれを捉えようとする点には、レンナウと共通する発想があるように思われる。しかし、レンナウが欺罔に基づく同意を常に無効と考えたのに対して、ロクシンは、同意が無効になる場合とそうでない場合とを、問題となる錯誤の内容に応じた事例グループの類型化により切り分けているのであり、この点に両者の見解の相違を見出すことができるだろう。

欺罔の内容にまで立ち入った検討を加えようとするロクシンの見解は魅力的なものである。もっとも、ロクシンの見解においては問題の「規範的自律性」の具体的意義についてほとんど言及がされておらず、それゆえに、統一⁽¹³⁸⁾的な根拠が欠けているとの批判がなされている。また、それに伴って、分類

の仕方に関する理論的根拠も曖昧なものであり、各類型が包摂する事例の射程も明確なものとはなっていないように思われる。

例えば、同意が有効とされる②「反対給付に関する欺罔」と、同意が無効とされる③「利他的目的に関する欺罔」及び④「損害回避に関する欺罔」の区別や境界は相対的である。具体的には、高額の「見返り」を約束されて、自己の物の損壊に同意をしたが、行為者は無一文であり、「見返り」を支払うことができなかったという場合、②「反対給付に関する欺罔」が問題となるようにも思えるが、仮に同意者が、その「見返り」の金銭で、難民支援のための寄付をしようと考えていた場合には、③「利他的目的に関する欺罔」が問題となるのであろうか。また、空腹の同意者が、「見返り」の金銭で、空腹を満たし飢え死ぬことを回避しようと考えたい場合には、④「損害回避に関する欺罔」が問題となるのであろうか。⁽¹³⁹⁾確かに、ロクシンは、事例グループ②の特徴として、同意者が追求した目的の達成が（提訴可能性が保障されているため）最終的に閉ざされていないことを挙げているため、この事例でも「見返り」の給付に関する提訴の可能性を根拠に、事例グループ②に分類するかもしれない。しかし、この事例のように、行為者が無一文である場合には、提訴をしたところで現実に反対給付を手にする可能性は無に等しい。仮にロクシンが、このような具体的で現実的な可能性ではなく、いわば制度的に擬制された可能性を問題とするのであれば、なおそのような分類は可能であるが、そのような擬制された可能性が、一律に同意者の自律性を基礎づけ、有効な同意の根拠になる実質的な理由を見出すことはもはやできないように思われる。また、ロクシンは事例グループ②との関係で、同意者による、目的不達成のリスクの引受けにも言及しているが、目的が達成されないリスクは、利他的目的や損害回避の目的の場合にも存在するのであって、同意者が覚悟しているリスクの程度も、事案ごとに様々である。②「反対給付に関する欺罔」の場面でのみ、同意者によるリスクの引受けを（自律性を基礎づける方向で）全面的に強調してよい理由は明らかでない。これらの疑

問に対する論理的な解答の可能性は、ロクシンが提示する「(規範的)自律性」の内実と、同意者の情報・知識状態との関係が具体的に明らかにされない限り、閉ざされてしまっている。

このように、ロクシンの見解は、明確かつ統一的な理論的根拠を欠いた状態で、カズイスティックな方法論に基づき事例の類型化を行ったために、多くの問題を含むものとなっている。しかし、ロクシンが、同意が欺罔に基づく場合であっても、客観的で規範的な基準に従えば、なお同意を有効とみなすべき場面が存在することを提示しようとする点で、その基本的な方向性には賛同することができる。本稿は、まさしくこの基本的な方向性において示された「規範的自律」(normative Autonomie)の概念を、同意の有効性評価のための指導的原理として位置づけ、これを具体化することを目指すものである。

4 小 括

ここまで、自律的で有効な同意のために要求される知識・情報状態という観点から、ドイツの同意論における代表的な学説を概観してきた。アメルンクが前提としたような、「理想的な自律」概念は、刑法において現実に保障されるべき自己決定の内容を指導する概念としては、不適切なものである。そこで、全知をベースとした完全な自由との比較において「相対的な自由」、つまり、宿命的に制限された知識に基づく「残された自由」による決定を、自律的と評価するレンナウの見解や、自律性の評価を、同意者の恣意的な選択に委ねるのではなく、客観的で法的な基準に依拠して行うべきとするロクシンの見解が注目されることになる。しかし、レンナウの見解は、情報状態の欠陥が、行為者の欺罔によって引き起こされた場合、欺罔の内容を問題とすることなく、およそ無効とするものであり、その基本的視座との整合性には疑いがもたれる。これに対して、ロクシンの見解は、欺罔された事項の具体的な内容に応じて、同意の有効性を検討しようとするものではあるが、そのカズイスティックな方法論に由来して、統一的な根拠を欠いていることが

難点として指摘されることとなった。

これまでの検討を踏まえ、以下では、同意決定における同意者の知識・情報状態と自律性の関係につき、①刑法的評価において重要とされる情報の範囲の問題と、②保障が要求される情報状態の意義という分析軸を区別して設けたうえで、それぞれ「刑法における自己決定過程の現実的保障」という本稿の基本的視座から、解決の方向性を模索することを試みる。

第2款 「重要な情報」の範囲

同意の功利的性質を前提とすれば、同意者は、法益侵害結果の発生に同意するかどうかを判断する際、その帰結を予測し、同意することが自身の価値観にとってより望ましい結果を導くものであるかを評価していることになる。そこでは、当然その個別の状況に関連する情報や知識が基礎とされるのであるが、それに際して、いかなる情報が重要視されるかは、人によって様々である。そこで問題となるのは、その欠如が自律的な自己決定過程にとって重大な影響をもたらすと評価されるような情報の範囲を、どのようにして定めるべきかである。

その範囲の決定に際しては、大きく分けて、①主観的評価アプローチと②客観的評価アプローチの2通りが考えられるであろう。前者の、①主観的評価アプローチは、同意があくまでも同意者の価値観に基づいて行われるものであることから、「重要な情報」の範囲の確定に際しても、本人の主観的な価値観を基準とすべきとするアプローチである⁽¹⁴⁰⁾。この、①主観的評価アプローチは、さらに「本人が同意において重視した」、それゆえ「同意決定との間に条件関係を有する」全ての情報を「重要な情報」とする考え方（①—ア）と、それより限定的に、本人が同意において「とりわけ重視した」情報こそが、刑法上の自己決定において「重要な情報」であるとする考え方（①—イ）に分けることができる。

このうち①—アの考え方は、条件関係の錯誤説や、アメルンクの基本的な発想に合致するものと評価できるだろう。しかし、これらの見解が前提とす

る「理想的な自律概念」が妥当でないことはすでに述べたとおりである。したがって、この考え方を採用することはできない。

これに対して、①—イの考え方は、例えば、林幹人によって主張されている。林(幹)は、錯誤に基づく被害者の同意の有効性に関する検討において、法益関係的錯誤がなくとも、同意が不自由になされた場合には、その同意は無効であるという前提から、どのような場合に「不自由」が認められるかという観点から問題を解決しようとする。そして、「被害者の同意がある場合犯罪の成立が否定されるのは、被害者が、自分の自由な意思で法益を処分する決定をしたからである」とし、「ここでいう自由意思の有無は、あくまで被害者本人の意思に即して判断されなければならない」とされる⁽¹⁴¹⁾。そのうえで、錯誤が生じた場合には、被害者がもたらされると考えた大きな利益が、実はもたらされないのであり、「それを誤ってもたらされると信じたところに、彼の不自由がある」としている⁽¹⁴²⁾。注目すべきなのは、林(幹)がその直後で、「被害者自身の価値観にとって、もたらされると信じた利益の価値が処分される法益の価値をはるかに凌駕〔圏点引用者〕するために、もはや衡量の余地なく問題の法益を処分せざるをえないと考えたのであれば、彼はその法益処分の意思決定について、不自由である」と述べている点である⁽¹⁴³⁾。仮に、①—アの考え方のように、同意に条件を与える(誤った)情報のみを「重要な情報」と捉えるのであれば、もたらされると信じた利益の価値が処分される法益の価値を僅かにでも上回ればそれで十分なはずである。ここで林(幹)が「はるかに凌駕する」という限定を加えているのは、①—アの考え方に対して明らかな独自性を示すものであり、①—イの考え方に分類することができる。

②客観的評価アプローチは、上述したロクシンの見解のように、自律性を客観的な基準で評価するという出発点に立つことで、その欠如が同意の有効性を左右する「重要な情報」の範囲も、客観的評価に基づいて確定しようとするアプローチであると定義できる。わが国においては、例えば、森永真綱

が、同意論における客観的考察方法の優位性を明示的に説いていることが注目される。森永は、主観的考察方法について、「この見解が何ら客観的・規範的な限定を加える必要はないという趣旨で唱えられているのであれば〔中略〕妥当でない⁽¹⁴⁴⁾」とし、その理由を以下のように説明している。まず、刑法各則において列挙された保護法益は既に規範の担い手の純粹な主観的な利益を反映したのではなく、刑法の二次性、補充性、断片性、最終手段性といった基本的な諸原理による限定に服している。そして、このことは、侵害の客体に限ったことではなく、侵害の仕方についても同じように考えることができる。すなわち、「詐言や真実を告知しないことで法益主体の意に反した法益侵害結果を引き起こすという法益侵害方法も、自ずと上記のような基本的諸原理による限定を受けざるをえない」のである。以上のことから、「ある法益主体の信頼が刑法において保護されるべき場合とは、それが少なくとも日本の刑法規範が向けられる者の間において、重要なものとして一般化可能性を有し、法のレベルに高められたもので、しかも刑罰によるリアクションにふさわしいものでなければならない」という帰結が導かれ、客観的考察方法の優位性が論証されている⁽¹⁴⁵⁾。

本稿も、刑法により保護されるべき自己決定過程の探究という基本的視座から、ロクシンや森永の見解と同様に、②客観的評価アプローチを支持するものである。確かに、同意が結果の不法を排除するのは、法益主体自身の自己決定を尊重しようという思想に基づくものであり、出発点は、法益主体が主観的評価に基づいて行った決定に認められなければならない。法益主体の主観的な価値決定が一切無視され、法によって客観的評価が一方的に押し付けられるのだとすれば、それは法益主体の自律性の否定であると同時に、同意という制度そのものの否定である。しかし、法益主体の自己決定の尊重というスタート地点から出発しつつ、その完全性をどこまで刑罰を用いて保護すべきか、という規範的な問いかけに対しては、もはや法益主体の主観的な選好判断のみによって解答することができないのである。たとえ、ここで個

人的法益の侵害が問題となっているとしても、それが同時に犯罪の成否という公共的な問題を含んでいる以上は、「社会侵害性」の観点も含めた、客観的な考察に基づいて、同意の有効性が判断されなければならない。

以上のように考えれば、「重要な情報」の範囲も、刑法規範が向けられる者の間において一般化可能性を有するものとして、客観的に定められる必要がある。仮に法益主体が強く望んだ事柄であるとしても、それが一般化可能性を有しない限りは、当該法益主体が個人的に形成した主観的な価値基準に、刑法上の特権的地位を与えるわけにはいかないのである。また、逆に言えば、刑法において一般的に重要性が認められる情報に関して欺罔が認められる場合には、意思決定者の自律性は否定されるのであって、①—イの考え方のように、主観的な価値基準における凌駕的な重要性を要求するのは、無用な限定であるように思われる。例えば、被害者が、Xに対価を約束されて財物を交付したが、実はXには対価を払うつもりはなかったという場合、当然に詐欺罪の成立が認められるであろうが、それは「対価の支払可能性」という情報が、取引社会において一般的に重要と考えられており、そのような情報が欺罔により欠如した状態でなされた被害者の財物交付決定が、自律的でない（それゆえに財物の移動は瑕疵ある意思に基づくものとして、不法な結果を構成する）と評価されることに由来すると思われる。ここで、対価を得ることが、被害者にとって、とりわけ（交付した財物の価値をはるかに凌駕するほど）重要な価値を示すものであったかどうかは、財物交付の規範的自律性の評価に影響しないのである。

もちろん、被害者自身が主観的にも全く関心を有していなかった情報は、刑法的保障を要する「重要な情報」の範囲から取り除かれる。なぜなら、そのような情報が同意者に欠如していたとしても、同意者の意思決定過程にはいかなる影響を及ぼすこともないからである。以上のことを簡潔に示すと、「法益主体が同意決定に際して、入手を望まない情報は保障する必要がないが、入手を望んだからといって常にそれが保障されるわけではなく、客観的

に重要性が認められる情報に限りその保障がなされる」ということになる。

それでは、客観的評価アプローチに基づき、「重要な情報」か否かを決定するための具体的な視点として、どのようなものが考えられるだろうか。ここで、同じく客観的基準を採る林美月子が、「緊急避難における法益衡量は意思決定が自由になされたか否かを判断する基準を提供するように思われる」としていることが注目される⁽¹⁴⁸⁾。緊急避難における法益衡量とは、要するに、客観的な価値衡量のことであるが、「重要な情報」か否かも、それが、法益主体が放棄しようとする価値との対比において、客観的に価値が上回る対立利益に関する情報か否かによって判断するということが考えられよう。そのような対立利益の存在の誤信（その原因となる誤った情報）は、客観的にも、財の「誤った投資」を法益主体に動機づけてしまうものと評価され、自律的な決定にとっての障害として一般的にみなすことが可能である。したがって、客観的な価値衡量において、利益の対立状態を基礎づける情報、及び、より重要な対立利益の存否に関する情報は、ここでいう「重要な情報」に当たると考えることができるだろう。なお、緊急避難のその他の成立要件は、ここでは重要ではない。例えば、同意者の誤信した事実が、緊急性を含むものでなくても、その（架空の）対立利益の大きさに目が眩み、財の放棄が動機づけられてしまうことは十分に考えられる。したがって、「緊急避難における法益衡量」というよりも、端的に「客観的な法益衡量」とした方が、ここでは誤解が少ないであろう（なお、緊急性の誤信がもつ独自の意義については後述する。）。

さらなる具体的な視点としては、社会システムの維持との関連性を指摘することができる。例えば、森永は、ロクシンが提示した利他的目的に関する欺罔の事例群について、「献血や医学実験の目的に関する欺罔・錯誤のように、法益保全のために確立されたシステムに資する目的を害する場合も、いわば社会連帯の動機は保護されるべきであるので、刑法的重要性を否定する理由はない」として、同意が無効となる余地を認めている⁽¹⁴⁹⁾。その限界は慎重

に見定める必要があるが、前提とする客観的考察方法からすれば、「重要な情報」の範囲を社会的関心との関係で見極めるという方向性も考えられると思われる。

これに対して、「違法な目的」に関連する情報については、そのアクセスの刑法的な保障も基本的には否定されるであろう。⁽¹⁵⁰⁾ 後述するように、偽装心中事例において、「相手が追死してくれるかどうか」という情報も、恋人の追死を期待すること自体が、法的保護に値しないことからすれば、自己決定過程において到達(可能性)が保障されるべき「重要な情報」と考えることはできないように思われる。

以上のような具体的視点も、個別の事案における結論を直ちに導くことを可能にするものではなく、結局はそれぞれの事案や法益の性質に即した検討が必要である。その意味で、ここでいう「重要な情報」の範囲を、あらゆる事例に適用可能な形であらかじめ明確に公式化することは断念しなければならない。ここで示された諸々の視点は、あくまでも具体的な犯罪類型や問題状況における規範的自律性の判断の羅針盤として機能するものであって、さらなる明確化は、各論的議論を通じて行われる。それでも、議論の基本的な方向性を、刑法における自律性に関する統一的な視点から裏付けておくことの意義は否定され得ないように思われる。

第3款 到達可能性の保障

以上のような客観的な基準によって特定された「重要な情報」について、同意者にはその到達自体が刑法上保障されるのか、それとも到達可能性が保障されるにすぎないのか、というのが次の問題である。結論から言えば、刑法における自己決定過程の保障として重要なのは、同意者に情報への到達可能性が客観的に担保されていることであって、到達可能性が保障されているにもかかわらず、同意者が自ら情報収集を怠り、あるいは、不注意で気付かなかつたという場合には、自己責任の観点から、同意者の自律性を肯定し、同意を有効と考えることが許されるものと思われる。

この区別が重要な違いを生むのが、同意者が自ら「重要な情報」について錯誤に陥った場合である。ドイツにおける代表的な学説を概観したところからも明らかだったように、理論構成に相違はあるものの、原則的に行為者の処罰を否定し、例外的な場合に処罰の余地を認めるのが一般的な考え方である。ここで、仮に刑法が「重要な情報」について、同意者にその到達自体を保障していると理解すれば、同意者が自ら錯誤に陥った場合においても、その保護水準は満たされていないことになり、そのような状態でなされた同意は無効とされることになる。しかし、アメルンクのような「理想的な自律」概念を前提とするならともかく、刑法が現実には保障すべき自律概念に照準を合わせるのであれば、このような理解は適切でないだろう。刑法が保障するのは、自律的決定のための基本的な条件であり、その決定それ自体ではない。すなわち、自律性の評価にとって重要なのは、同意者が「重要な情報」に到達するための条件が、他者の影響によって不当に妨げられていないかどうかであって、同意者が実際に、判断のための「重要な情報」に到達していたかどうかではないのである。

もちろん、同意者が自ら陥った錯誤の場合にも、同意が例外的に無効となる場合は考えられる。例えば、手術に際して、医師による十分な説明がなかったために、手術の副作用という同意判断に当たっての「重要な情報」について錯誤に陥り、侵襲に同意をしたという場合には、自律性が否定され同意が無効となる余地が認められる。治療行為に際しては、医師の説明義務の履行による「重要な情報」への到達可能性が客観的・法的に保障されなければならない。この義務の不履行は、到達可能性が十分に保障されていなかったとの評価と結びつくためである。

以上のような、説明（情報提供）義務が認められる場合を除けば、たとえ、行為者が、同意者による「重要な情報」についての錯誤を察知しながら、その同意に基づき法益侵害を行った場合であっても、同意の有効性を認めるべきであるように思われる。なぜなら、この場合には依然として、同意

者には、情報への客観的な到達可能性が残されており、行為者が、その錯誤の存在について特別な知識を有したとしても、そのことは同意者の自己決定過程の法的保障に対して何ら影響を有するものではないからである。

これに対して、「重要な情報」について欺罔がなされた結果、同意者が錯誤に陥った場合には、到達可能性が法的な水準から不当に減少させられたことを理由に、自律性を否定的に評価しうる。ただし、どの程度の妨害が、情報への到達可能性を有意に減少させたかと評価されるのかは、放棄の対象となる法益の内容や、個別具体的な場面類型といったコンテキストに依存した規範的な判断に委ねられる。また、到達の対象となる情報の「重要性」が高ければ高いほど、程度の低い妨害（例えば、簡単に見抜けるような欺罔）であっても、有意に到達可能性を減少させ、同意の自律性を排除するという「相関関係」を見出す余地もあると思われる。いずれにせよ、「強制に基づく同意」と同じように、ここでも欺罔行為の「強度」を問題とすることが可能であり、どの程度の欺罔が同意を無効に導くかは、具体的な事案との関係で明らかにされる必要がある。

なお、欺罔によって作出された「緊急状況の錯誤」は、この情報への到達可能性を大幅に妨げる要素として把握することが可能であると思われる。すなわち、直ちに法益を放棄しなければ、重大な他の利益が失われると誤信しているような場合において、同意者には、その真偽を確かめるための時間的な余裕が与えられておらず、単なる欺罔と比べて、より情報への到達可能性が減らされていると評価することが可能なのである。多くの論者が、「緊急状況の錯誤」の事例において、同意の有効性を否定しようとするのは、このような情報アクセスの困難性も暗黙の裡に評価していた可能性がある。また、林（美）が、「緊急状態で法益衡量によって優越的利益のために当該法益を放棄する場合には必ずしもその意思決定は自由であるとはいえない」として、⁽¹⁵¹⁾ いかなる内容の欺罔が同意を無効とするかに関する基準を「緊急避難」の要件の中に求めたのも、このように考えれば十分理解することができ

るだろう。しかし、「緊急避難」の要件のうち、①法益均衡性は、「重要な情報」の範囲を示すものであり、②緊急性が、「到達可能性」への妨害の程度を強めるものであることから⁽¹⁵²⁾、これらのモメントは区別したうえで、理論的に適切な位置づけを与える方が望ましいものと思われる。⁽¹⁵³⁾

さらに、法益主体の、情報に対する「到達可能性」の保障に照準を合わせる本稿の立場は、同意の有効性を「法益主体の落ち度」によって決しようとする近藤和哉の見解とも一定の親近性を有するものである⁽¹⁵⁴⁾。近藤は、同意による犯罪阻却の根拠を、「法益主体が、自己に属する利益を介して、社会の他の構成員と交渉をもとうとすること（逆からいえば、社会の他の構成員が、法益主体に属する利益を介して法益主体と交渉をもとうとすること）に対して、刑法が基本的に干渉すべきでない」ことに求めたうえで、錯誤に基づく同意の問題も、同意を形成する過程における事実誤認の責任を、個人がどの限度で負うべきであるかという観点から解決すべきであるとする。そして、この責任の線引きは、「事実を誤認したことについて、法益主体に落ち度が認められるか否かという観点から行うのが妥当」であるとされるのである⁽¹⁵⁵⁾。このような発想は、本稿がいう「到達可能性」の保障を裏面から表現したものと捉えることができる場合が多いだろう。すなわち、情報への到達可能性が保障されていたにもかかわらず、法益主体がそのアクセスを怠り、錯誤に陥った状態で同意をした場合というのは、確かに「法益主体の落ち度」とも表現することができる。そして、このような場合に同意を有効とみなすべきであるとする点で、本稿の立場と結論が一致するのである。もっとも、「法益主体の落ち度」さえ認められれば、必ず同意が有効であり、犯罪成立の可能性が否定されると考えることには疑問が残る。法益主体に欺罔を見抜くことができる場合であったとしても、当該欺罔が法益主体の情報への到達可能性を有意に減少させたものと法的に評価できるのであれば、意思決定の自律性が阻害されていると考えるべきである⁽¹⁵⁷⁾。その意味では、やはり情報への「到達可能性」の方に照準を合わせるべきであって、「法益主体の

落ち度」は、それが十分に保障されていたことを裏から示す間接事実として位置づけるべきであろう。

以上のように、合理的な判断のための「重要な情報」については、その到達可能性が法的に十分な程度で保障されていれば足りるのに対して、同意の対象となる事実としての「法益侵害結果」の発生（本稿第3章第2節第1款参照）については、その認識・予見が必要であることには注意を要する。なぜなら、認識・予見をしていない「法益侵害結果」の発生に対して、法益主体が同意することは不可能だからである。ここに、同意の「存在」レベルにおける知的条件と、「有効性」レベルにおける知的条件の間の相違を認めることができる。したがって、自ら陥った錯誤に基づき同意がされた事例であっても、法益主体が、具体的な「法益侵害結果」の発生自体に関して錯誤に陥っていた場合には、同意の「存在」を肯定することはできない。もちろん、この場合には同意の受け手の、表示に対する信頼を保護する必要から、その処罰を否定すべき場合が少なくないであろうが、それは、法益放棄の自己決定を根拠とする同意論によっては、もはやカバーされ得ない問題領域であり、故意・過失の否定など、別個の法理による解決が目指される⁽¹⁵⁸⁾。

第4款 小 括

以上のことを整理すると次のようになる。まず、錯誤に基づく同意の問題は、①法益主体が、具体的な「法益侵害結果」の発生について錯誤に陥っている場合と、②具体的な「法益侵害結果」の発生への同意はなされたが、その判断に必要な情報について錯誤に陥っている場合に区別することができる。①の錯誤が同意の「存在」レベルで問題となるのに対して、②の錯誤は同意の「有効性」レベルで問題とされることになる。

具体的な「法益侵害結果」の発生についての認識・予見が欠ける場合（錯誤①）には、そもそも、それに対する「同意」が不可能であることから、常に同意は「不存在」なものとして取り扱われることになる。この場合に、行為者を処罰すべきかどうかという問題は、同意の受け手の信頼という観点か

ら、別個の法理による解決が指されることになる。

一方で、具体的な「法益侵害結果」の発生への同意がなされた以上は、同意の「存在」は認められるが、さらにその決定過程に法的瑕疵がないかという観点から、同意の「有効性」が問題とされることになる。合理的な判断に必要な情報に錯誤（錯誤②）が認められる場合には、一定の範囲で自己決定過程の瑕疵が認められ、同意の「有効性」が否定されうる。

もっとも、刑法による自己決定過程の現実的保障という見地からは、本人が判断に必要とみなす情報の全てを完全に保障することは不可能である。規範的自律性の保障を志向する本稿の立場からは、刑法が判断者に保障する情報の範囲を、客観的にも「重要な情報」に限るべきであるという結論が導かれる。また、刑法による自律性の保障は、法益主体に、合理的な判断のための「条件」のみを提供するものであり、合理的な判断そのものを約束するものではない。このことから、「重要な情報」についても、法益主体に「到達（確知）」が保障されるわけではなく、客観的・法的な意味における「到達可能性」のみが保障される点が重要である。具体的には、欺罔による情報到達への妨害や、保証人による説明・情報提供義務の不履行が、この到達可能性を有意に減少させる事情となりうることから、法益放棄の自律性を排除する原因とみなされ、刑罰権発動の条件（不法な結果）を基礎づけることになる。反対に、これらの要因が認められない場合には、少なくとも法的な意味での情報「到達可能性」は保障されていたものとみなされることから、自律性（同意の有効性）が肯定され、刑罰的介入の余地が否定されなければならない。

本稿の冒頭で、検討の契機として「錯誤に基づく同意」の問題に関する学説を紹介したが、以上で展開された本稿の立場を前提とすれば、各説の不当性も自ずと明らかになる。アルツトにより提唱された、本来の意味での（狭義の）法益関係的錯誤説は、その前提とされた「静的な法益観」に起因して、法益放棄の認識、すなわち、本稿でいう同意の「存在」のみが重視され

ており、同意の「有効性」の問題が適切に評価されていない点が問題である。その結果、法益関係の錯誤説は、処罰範囲が狭すぎるという問題に逢着することになったのであった。

この問題意識から、わが国では「法益関係」性の概念を拡張し、妥当な処罰範囲を確保しようとする見解が登場しているが、賛同できない。これらの見解は、「法益関係の錯誤」の概念を、「相対的価値の錯誤」というレトリックを用いたり、「法益処分の自由」も法益の構成要素であるという（それ自体は正当な）前提に依拠することで拡張することを目指すものであるが、本来の意味での「法益関係の錯誤」概念とはもはや決別しており、その拡張の限界は不明確なものとなっている。ここでは、同意の「存在」に関する概念である「法益関係の錯誤」概念に、同意の「有効性」⁽¹⁵⁹⁾（＝処分の自由、自己決定過程の保護）の問題が、部分的あるいは全面的に混入されているのである。しかし、正しい議論の方向としては、同意の「存在」とは切り離された、「有効性」の問題を正面から問う必要があるだろう。そのようにして初めて、刑法で保障すべき情報の範囲や、その保障のあり方という真の論争点が認識されるのである。

この点で、条件関係的錯誤説は、同意の「有効性」の問題における知識・情報の保障に関する学説として、本人が重視する全ての情報の保障を目指す見解として再構成することが確かに可能であろう。しかし、このような見解の前提となる「理想的な」自律観の問題性から、条件関係的錯誤説もまた斥けられなければならないのである。

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

心理的強制（kompulsiver Zwang）が存在しないことも、自律的決定のために必要な条件である。ここでいう心理的強制とは、他人による脅迫を通じて行われた、法益主体が同意せざるを得ないと感じるような状況の作出を

指し示している。前節では、情報の不足や誤った認識に基づく「架空のイメージ」により法益放棄が動機づけられてしまう点が問題とされたのに対して、ここでは、脅迫者によって、法益放棄を動機づける「現実の脅威」が設定される点に特徴を見出すことができる。なお、この心理的強制の手段として、「暴行」がこれに当たる場合も考えられるが、その場合というのは、「暴行」の使用により、法益主体に（さらなる追加の暴行等に対する）恐怖感を与えるなどして、心理的に抵抗を断念させるような場合であり、その実質は結局のところ「脅迫」に他ならない。したがって、本稿では、そのような「暴行」も含めて「脅迫」＝心理的強制と記述する。

なお、このこととも関連することであるが、ここでいう「心理的強制」が、同意の「存在」を前提とした、「有効性」の段階で問題とされるものであることに注意を要する。すなわち、法益主体の意思活動を絶対的に排除し、同意が与えられる余地をおよそ排斥するような「絶対的強制（absoluter Zwang）」は、ここでの問題領域から外される。本稿の分析によれば、「心理的強制」が問題となる場面というのは、同意の「存在」、すなわち、法益主体が具体的な法益侵害結果の発生を認容していることが前提なのである。したがって、同じく暴行を手段とする場合であっても、絶対的暴力を用いて財物を強引に奪取する場合と、暴行の使用（実質は脅迫）により恐怖感を与えて、（瑕疵ある意思に基づくものの）任意に財物を交付させる場合とは、全く状況は異なる。通常、強盗罪の成立が問題とされる前者では、法益主体の意思活動の自由は排除されており、法益主体がその占有移転を「認容」したという事実＝同意の「存在」も認められない。これに対して、後者のような、恐喝罪の成否が問題となる場面では、例えば恐喝者によるさらなる暴行等を回避するために、財物の占有移転がやむを得ないものとして「認容」されているものの、その認容が恐喝者による「心理的強制」を原因としてなされていることから、結局は同意の「有効性」が否定されるのである。このように、本節で問題となる心理的強制が、すでに同意の「存在」を前提

とするものであって、「絶対的強制」の状況とは区別されたものであることを確認しておく必要がある。

第2款 自律性を阻害する強制の程度

心理的強制において、しばしば問題とされるのが、どの程度の強制によって同意者の自律的決定が排除されるかという点である。そこで重要となるのは、「法益主体の錯誤」の取扱いの場合と同様に、やはり「刑法による自己決定過程の現実的保障」という基本的視点であろう。この基本的視点を維持するならば、社会生活において受忍すべきとみなされる程度の心理的強制は、同意者の自律性を排除せず、同意を無効としないものと考えなければならぬ⁽¹⁶⁰⁾。理想的な自己決定に照準を合わせれば、その程度の強制であっても、排除されることが望ましいであろうが、ここでもレンナウが強調するように、刑法の保障する自由が、全能(Allmächtige)との比較において常に制限された相対的な自由であることが想起されるべきである。強制は、不知と同様に、人間の生活に普遍的に存在するのであって、その完全な除去は刑法によって実現不可能なのである。最終的には、個別の事案状況との関連において判断せざるを得ないが、刑法における自律性の概念はここでも解釈実践上の指導原理としての機能が担わされることになる。

自律性を排除する強制の程度については、さらに法益主体側の性格や属性がどのような意義を持ちうるのかについても問題となる。例えば、一般人相手であれば畏怖心を抱かせるに足りない脅迫行為であったが、法益主体が臆病な性格であったために畏怖して財物を交付することに同意したという場合に、その決定の自律性はいかに評価されるべきであろうか。この点につき、暴行・脅迫の実行行為性を客観的に判断すべきとする立場からは、被害者の主観的な事情を考慮から除外すべきと主張されることがある⁽¹⁶³⁾。しかし、問題なのはむしろ、法益主体が「臆病である」という主観的な事情を、「客観的判断」においても重視すべきかどうかという点である⁽¹⁶⁴⁾。「被害者の臆病さを考慮しない見解は、その限りで当該の被害者に対する保護の切下げを認める

ものであ⁽¹⁶⁵⁾って、その妥当性は慎重に吟味されなければならない。

本稿は、自己決定過程の情報面における保障という文脈の中で、客観的評価アプローチを前提に、そのアクセス可能性が保障されるべき「重要な情報」の範囲を、客観的な価値基準によって決定すべきであることを主張した。そこでは確かに、法益主体の個人的な価値観（これも、ある意味では法益主体の属性の一つといえる）を、「特権的に保護すること」が拒否されていることになる。しかし、それは刑法的保護の適格性の付与につき、当該社会において一般化可能な程度に重視される利益や信頼に限定されることが、刑法の基本的な諸原理から要請されるからである。したがって、社会において一般化可能な法益主体の属性については、これを類型化し、特別に保護水準を切り上げることが可能であるし、むしろそうすべきであろう。臆病な性格が、社会一般に想定可能なものであることからすれば、臆病な性格の法益主体に対しては、心理的強制との関係で、その自己決定過程がより「手厚く」保護されることになるから、一般人相手であれば畏怖心を抱かせるに足りない脅迫行為であっても、法益主体の自律性を阻害し、ひいては瑕疵ある意思に基づき財物を交付させる危険のある行為として、恐喝罪の実行行為性が肯定されることになる。また、このような基本的発想は、財産以外の法益が問題となる場合においても同様に妥当すると考えてよいだろう⁽¹⁶⁶⁾。

第3款 自然的強制との区別

以上で問題にした心理的強制が、人為的な脅威の作出を本質とし、法益主体の決定の自律性を排除するものであったのに対して、自然的な強制状況は原則として決定の自律性を阻害しない⁽¹⁶⁷⁾。そのような強制状況は、法益主体にもともと運命づけられており、同意を与えることが、その打開策となるからである。この場合の同意は、人為的に作出された心理的強制の場合と異なり、むしろ法益主体の自己実現の一部と捉えることができよう。

これに対して、小林憲太郎は、法益の放棄に同意せざるを得ないという緊急状況が現実存在する場合について、「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」に正当化効力を与えるのは疑問であるとし、自律性を否定すべきとの主張を展開している。⁽¹⁷⁰⁾例えば、角膜事例(事例3)を修正して、緊急に角膜を移植しなければ実際に子供が失明してしまうという状況が問題となる場合、母親が子供のためを思い自己の角膜の移植に応じたとしても、母親の同意は自律性が欠けるものとして、無効とされることになる。⁽¹⁷¹⁾しかし、そのようなパニック状態が原因で、合理的な判断能力を喪失している場合には、まさしく判断能力の欠如を理由として自律性を否定すれば足りる。⁽¹⁷²⁾これに対して、必要とされる判断能力が残されているのであれば、法益主体(母親)が緊急状況を打開するために行った決定(角膜移植手術への同意)の自律性を否定する根拠は存在しないのではないだろうか。⁽¹⁷³⁾この見解が、緊急状況における法益主体の同意を常に無効とするものだとすれば、それは本来必要である判断能力の検討を不当に省略するものであり、支持できないように思われる。

第4節 整理——自律的決定の条件——

本章までの議論を整理すると次のようになる。法益主体の同意は、国家の刑罰介入領域(裏返しとして、市民の自律的な活動領域)を限界づけるものであり、その有効性の基準は意思決定の自律性に求められなければならない。自律的決定を行うためには、規範的に正常な決定過程が法益主体に保障されている必要があるが、その条件とは、①判断能力の存在、②重要な情報への到達可能性、③心理的強制(脅迫)の不存在の3つである。⁽¹⁷⁴⁾

これらの条件は、その一部だけが問題となることもあれば、複数が同時に問題となることもあり、最終的には総合評価に基づいて自律性の有無が判断されるべきものである。例えば、福岡高裁宮崎支判平成元年3月24日(高刑集42巻2号103頁)は、独り暮らしの被害者の女性(当時66歳)から欺罔的手段で多額の借金をした被告人が、その発覚を免れるため、同女の貸付けは出資法に違反しており、警察が取調べに来て刑務所に入ることになる、などと虚偽の事実を述べることで、不安と恐怖におののく同女を、警察の追及か

ら逃すためという口実で連れ出して、17日間にわたり、諸所を連れ回り、体力も気力も弱った同女に、もはやどこにも逃げ隠れる場所がないという状況にあるとの錯誤に陥らせたうえ、自殺する以外に取るべき道はないという旨執拗に慫慂して同女を心理的に追いつめ、自ら農薬を嚙下させて死亡させたという事案で、「同女が自己の客観的状況について正しい認識を持つことができたならば、およそ自殺する事情にあったものとは認められないのであるから、その自殺は真意に添わない重大な瑕疵のある意思であるというべきであって、それが同女の自由な意思に基づくものとはいえない」として、被告人に自殺教唆罪ではなく殺人罪が成立するものと結論づけている。

この事案においては、まず被害者の自己決定過程における「情報の欠如」が問題となる。本判決においても、自由な意思に基づくかどうかの判断において、被害者が自己の客観的状況を正確に認識していなかったことが重視されている。もっとも、本稿が採用する客観的評価アプローチに基づけば、「刑務所に入ることになるか否か」という情報が、生命法益の放棄との関係で「重要な情報」と位置づけられるかは疑わしい。刑務所に入ることになる、という誤った情報を前提としても、生命を犠牲にするのがやむを得ない状況に陥ったとは評価できない。⁽¹⁷⁵⁾それでも、本件において被害者の決定の自律性を否定されるとすれば、被害者の判断能力の減弱に着目するほかないと思われる。すなわち、被害者は、被告人によって、17日間にわたり、諸所を連れ回され、体力も気力も弱った状態に置かれていたのであって、判断能力が欠けていたとまでは言えないとしても、その能力が相当程度減弱していたことは認めうるであろう。⁽¹⁷⁶⁾このような合理的判断能力の減弱と、情報面の不十分さが相俟って、被害者の意思決定の自律性を阻害する程度に至っていると評価する余地は残されているものと思われる。⁽¹⁷⁷⁾

以上のように、最終的には総合評価によって「自律性の有意かつ可罰的な程度の減少」の有無が判断されるべきであるが、そうした評価が完全な恣意に委ねられないためにも、自律的決定のための条件を明確に整理しておくこ

との意義は大きい。実際の判断においても、被害者の「自由な意思」という(それ自体多様な内容を含みうる)概念を独り歩きさせるのではなく、当該事案との関係において、自律的決定のための条件の中のどれが、いかなる事実によって影響を受けているのかを認定することが望ましいであろう。

それでも、同意の有効性＝自律性の認定は、自律的判断のために必要な「重要な情報」の範囲や、自律性を阻害する強制の程度といった、明確な線引きが難しい問題が常につきまとう。一義的に明確な判断公式を定立することが不可能である以上は、司法における実践的な判断を踏まえながら、⁽¹⁷⁸⁾具体的な事案類型や問題となる法益の性質や種類ごとに、その境界を見定め、検証・批判・修正をし続けていくことが必要である。

また、このような判断の不明確性を払拭するために、法益主体の決定の自律性を阻害する条件を構成要件内に明示するという立法的な解決策も考えられる。例えば、性的自己決定に対する罪に際して、同意能力が認められる年齢(13歳)は、すでに刑法176条や177条において明示的に特定されている。同意能力に限らず、例えば、情報の欠如や心理的強制についても、いかなる場合に自律性が阻害されたと評価されるかを立法で具体化することが考えられるし、自律性を阻害する程度に応じて、法定刑に差異を設けることも考えられる⁽¹⁷⁹⁾だろう。

第6章 本構想の具体的適用

前章までは、同意の「存在」と「有効性」を峻別したうえで、「有効性」の評価を規範的自律性の有無に求めるという私見の基本的な骨子を示してきた。本章では、本稿の提示する同意論の構想が、個別の犯罪類型や事案においてどのように具体化されるのかを、若干でも明らかにしたい。紙幅の制約があるため、すでに本稿で取り上げた事例の具体的な解決の提示を中心とする。

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

本稿の同意論構想は、法益主体に「法益処分の自由」が認められることを前提として、処分の決定が自由になされたと評価できる条件を探究するものであった。ところが、生命・身体という法益については、そもそも「法益処分の自由」が刑法上保護されるのかどうかをめぐって見解の対立が存在する。

法益関係の錯誤説を提唱したアルツトは、特に生命・身体という法益を念頭に置きつつ、刑法は原則として、特定の静的に捉えられた法益 (bestimmte, als statisch gedachte Rechtsgüter) を保護しており、刑法が関心を寄せるのは存立の保護 (Bestandsschutz) のみであるとした。⁽¹⁸⁰⁾ ことから、少なくとも生命や身体という法益には、交換価値や処分の自由が含まれておらず、同意が錯誤に基づく場合であっても、財の存立（財を喪失するかどうか）に関係する錯誤がない限り、同意を有効とする法益関係の錯誤説が導き出されたのである。法益関係の錯誤説をわが国に紹介した佐伯も、刑法は「人間の生命の価値それ自体を保護しており、生命を『他との連関において持つ価値、重要性』において保護しているわけではない」として、「殺人罪にとっては人の生死とその認識だけが重要」であるという結論を導いて⁽¹⁸¹⁾いる。

これに対して、山口は、法益処分の自由を保護の対象とすることを否定する以上のような限定的理解に説得力がないとし、「処分の自由」も法益の構成要素に含めることで、法益関係の錯誤の概念を拡張した。⁽¹⁸²⁾ 例えば、身体について、「(再度生えてくる) 毛髪などについては処分の自由を肯定することができると思われ、報酬を払うからと欺罔されて、長い髪の毛をかつらに使用するために切断することに同意する場合においては、暴行罪の成立を肯定する」ことも可能であるとしている。⁽¹⁸³⁾ ところが、山口も、生命法益については、それ自体が自己目的であるという特殊性を根拠に、「一定の目的のために生命を処分することが事実上あったとしても、そうした処分の自由は刑

法上保護の対象とされるべきではない」として、「法益処分の自由」の保護が問題にならないものとしている。⁽¹⁸⁴⁾

まず、「法益処分の自由」も刑法的保護の対象となりうるかという点については、山口の見解のように、これを肯定すべきであると思われる。法益(客体)は、ただ存立していることのみ価値が認められるのではなく、法益主体との「関係」において、その効用を発揮する点に価値が見出されなければならない。刑法では、法益主体の「客体に関係する自律性 (objektsbezogenen Autonomie)」が保護されており、それゆえにこそ、自律的になされた法益主体の同意が、犯罪阻却の根拠になると考えられる。そして、このことは、財産法益のみならず、生命・身体法益についても基本的に妥当するものと思われる。⁽¹⁸⁶⁾ 確かに、生命法益については、法益主体の同意に完全な犯罪阻却効が認められておらず、刑法202条の成立が問題となるし、同意傷害についても、一定の場合には、傷害罪で処罰する余地を認めるのが判例・多数説である。⁽¹⁸⁸⁾ しかし、これらの場合であっても、法益主体の有効な同意があることを理由として、法益侵害の違法性が減少することは認められるのであり、⁽¹⁸⁹⁾ その根拠は自己決定の思想に求めるほかないであろう。少なくとも、その限りでは、生命・身体法益にも「処分の自由」が認められるのであり、その実現こそが違法減少の根拠なのである。

もちろん、法益の内容によって、「法益処分の自由」がどの範囲まで刑法的に保護されるかは異なる。客観的評価アプローチに基づく本稿の分析よれば、処分の自由が実現されたと評価するために、法益主体に保障されるべき情報の範囲も、一般人を基準に決定される。そのため、生命法益が問題となる場合には、「一般人にとって、生命処分を動機づける重要な情報」に関する錯誤が、同意決定の自律性を阻害しうることになる。しかし、生命に至高の価値を認める現行法秩序において、そのような情報の範囲は非常に限られたものとなろう。その意味では、山口が、生命処分の動機において欺罔された場合を、「要保護性のある処分の自由」の侵害がないことを理由に、同

意の有効性を肯定的に捉えようとすることも理解できる。もっとも、森永が指摘しているように、例えば、地震で壊れた建物の瓦礫の下に母親とその息子が閉じ込められている状況で、本当は2人とも助けられるのに、息子を助けるためには、母親を犠牲にするしかないと欺いて、母親に瓦礫の下敷きになることを同意させた場合については、「息子の生命を救うために自己の生命を処分する自由」の要保護性を認め、同意を無効とする余地があろう⁽¹⁹⁰⁾。また、「情報面」ではこのように限られた範囲での保護にとどまるが、その至高の価値に照らして、「判断能力」との関係では、他の法益と比較して、「自由な処分」と評価されるための条件が厳しく要求されるものと考えられる⁽¹⁹¹⁾。

以上、生命・身体法益についても「処分の自由」の刑法的保護が問題となるというのが本稿の結論である。確かに、動機の錯誤との関係で、同意の自律性が阻害されていると評価できるケースは、（特に生命法益の場合に）限定的となるであろうが、それは自律的判断に必要な情報の欠如があったか否かの判定に際して、客観的評価アプローチを採用することの帰結にすぎない。このことを説明するために、刑法における生命・身体法益の「処分の自由」の保護や、その要保護性を原則的に否定するべきではない。

第2款 具体的事例の解決

1 偽装心中事例

偽装心中事例（事例1）においては、被害者が生命を喪失することを正確に認識しており、自殺することに対する同意の「存在」は明らかに認められる。法益関係的錯誤説は、このことを理由として、直ちに同意の「有効性」までも肯定してしまう見解であったが、本稿の立場からは、「有効性」の問題を、同意の存否とは別個に検討する必要がある。

被害者の判断能力が肯定できるとすれば、本事例で問題となるのは、「重要な情報への到達可能性」が保障されていたと認められるか否かである。具体的には、①そもそもXが追死するという情報が「重要な情報」に該当するか、②（該当するとして）その到達可能性が有意に減少していたと評価でき

るかが問われなければならない。

本稿が支持する、客観的評価アプローチを前提とするならば、まず、①の点を肯定することは困難であると思われる。なぜならば、客観的な衡量判断において、生命利益は、「恋人の追死によって得られる精神的利益」を遥かに上回る価値を有しているため、恋人が追死するかどうかを、「生命処分を動機づける重要な情報」と評価することは到底できないからである。また、恋人の追死を期待すること自体、法的保護に値しないために、そのような情報の保障がそもそも拒否されるべきである、という視点を持ち出すことも可能であろう⁽¹⁹²⁾。以上のように考えれば、②を検討するまでもなく、本事例における欺罔は、意思決定の自律性に影響を与えない事情とされ、同意の有効性が肯定されるため、殺人罪の成立を認めた判例の結論は不当とされることになる。

これに対して、判例の結論を正当化するための、ありうる説明として、被害者の精神状態に着目する方向性が考えられる。すなわち、判断能力の否定にまでは至らないものの、法益主体が精神的に追い詰められていたために、生命処分の動機づけが容易に行われてしまう状態にあったとすれば、「そのような状況にある法益主体」にとっては、恋人が追死するかどうか、「生命処分を動機づける重要な情報」と客観的に評価する余地が認められるのである。ただし、このような評価を認めるためには、「そのような状況にある（恋人との心中へと精神的に追い詰められた）法益主体」という属性が、類型的に一般化可能であり、意思決定における情報保障との関係で、いわば「特権的な保護」を認めるべきか、といった点を検討する必要がある⁽¹⁹³⁾。仮に、この点が肯定されるとすれば、そのような類型に該当する法益主体との関係では、①恋人が追死するかどうか「重要な情報」と客観的に評価され、②当該情報について欺罔された結果、その到達可能性が有意に減少したとして、同意が無効となると考える余地が認められるものと思われる。もっとも、問題となっている最高裁の事案では、そもそも心中を持ちかけた

のが被害者側であって、以上のような「特権的な保護」を認めるべき事情を見出すことも困難であろう。

結局、偽装心中事件における最高裁の結論を正当化することは難しいと思われるが、いずれにせよ重要なことは、自律的な意思決定のために必要な条件を、理論的な根拠を前提として導き出したうえで、具体的な事案にあてはめることである。

2 角膜事例

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とうえで、移植することなく廃棄したという角膜事例（事例3）においても、母親に、自己の角膜を摘出されるという具体的な法益侵害結果の発生について正しい認識が存在し、これを認容する心理状態が認められる以上は、同意の「存在」が肯定される。したがって、やはりここでも同意の「有効性」に対する評価が決定的となる。

母親の判断能力が肯定できるとすれば、本事例でも、問題となるのは、「重要な情報への到達可能性」が保障されていたと認められるか否かである。結論からいえば、偽装心中事例と異なり、角膜事例では、「重要な情報への到達可能性」が有意に減少しており、同意の自律性が排除されていると評価できるように思われる。

まず、本事例で母親が錯誤に陥った事項、すなわち、「息子を失明から救うためには角膜が必要であるか否か」という情報が、①「重要な情報」に該当するかであるが、少なくとも、密接な親族関係にある法益主体にとって、⁽¹⁹⁴⁾親族の視力を維持することは重要な利益であって、その救出のために自己の角膜の移植が動機づけられることは客観的にも了解可能である。したがって、当該情報は、母親が角膜の摘出に同意するかどうかを合理的に判断するために必要となる「重要な情報」であることが、客観的評価アプローチからも肯定される。そして、角膜事例では、そのような「重要な情報」への到達可能性が、②欺罔によって有意に減少させられていると評価することが可能

であろう。この場合、角膜摘出の同意は無効となるため、本事例においては傷害罪の成立が認められることになる。

これに対して、基本的に法益関係の錯誤説を支持する論者は、角膜事例について、法益関係の錯誤を否定しながら、「脅迫状況との価値的同一性」を根拠に、同意が無効となることを説明することが多い。⁽¹⁹⁵⁾確かに、「重要な情報への到達可能性」が十分に保障されなかった場合も、脅迫による心理的強制が生じている場合も、自律的な意思決定過程が損なわれた状況下で、法益放棄に対する動機づけが行われている点を捉えれば、両者は価値的に同一であり⁽¹⁹⁶⁾、そのような着眼点自体は正当であると思われる。しかし、「脅迫との同視」というフレーズ自体は、意思決定のための「情報の欠如」が本質的な問題となっている事例を解決するための、直接的な基準としての有用性をもたず、感覚的な判断へと誘う危険性さえも存在する。このような説明が持ち出される背景には、法益関係の錯誤説を支持する以上、法益関係のとはいえない「錯誤（情報欠如）」自体を直接の根拠として、同意の有効性を否定することに抵抗があることが推測できる。しかし、すでに強調してきたように、法益関係の錯誤という基準は、せいぜい同意の「存在」レベルに位置づけられるものであり、同意の「有効性」に影響を与える錯誤の範囲は、これと別個に考えることが可能である。角膜事例においても、その到達可能性の欠如が同意の有効性を阻害するような、「重要な情報」の範囲がまさに正面から問われなければならないのである。

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

財産に対する罪として、刑法典は複数の犯罪類型を用意しているが、そのような財産犯の体系も、刑法における自律性の保障との間で密接な関連性を有している。

本稿のこれまでの分析によれば、法益主体の財に対する自律性が阻害され

たと評価される場合というのは、法益放棄に対する、同意が不存在の場合（①）と、同意が無効な場合（②）に峻別される。さらに、②は、判断能力が認められない場合（②—ア）、重要な情報への到達可能性が損なわれている場合（②—イ）、心理的強制が存する場合（②—ウ）に区別することができた。財物奪取罪の体系においては丁度、①の場合を捕捉するのが窃盗罪や強盗罪であり、②—アの場合を捕捉するのが準詐欺罪、②—イの場合を捕捉するのが詐欺罪、②—ウの場合を捕捉するのが恐喝罪であると理念的に整理することができる。⁽¹⁹⁷⁾このような、自律性保障との関係での体系的区別は、各領得罪の構成要件メルクマールを具体的に解釈する際にも指導的な役割を果たすことになる。

例えば、窃盗罪においては「窃取」が成立要件とされているが、この構成要件メルクマールが充足されるのは、法益主体（占有者）が、財産の占有移転に対してそもそも同意していない場合であり、逆に、ともかく事実上の同意がなされた以上は、「窃取」の要件が常に充足されないという解釈論上の帰結が演繹される。例えば、判断能力の未熟な子供が、物の占有移転に同意したような場合であっても、彼が「自然的意思能力」を有しており、事実的に物の占有が移転することを認識・認容することができる限り、同意の「存在」は肯定され、「窃取」の要件は充足されないことになる。⁽¹⁹⁸⁾

これに対して、同意の「存在」自体は肯定されるものの、それが「無効」である場合を規律しているのが、準詐欺罪・詐欺罪・恐喝罪の規定である。まさに、上述した「判断能力の未熟な子供」の事例については、自律的決定のために必要な「判断能力」が認められないことから（②—ア）、準詐欺罪の成立可能性が認められることになる。

なお、「幼者または心神喪失者」から、その状態を利用して財物または財産上の利益を取得する場合に、準詐欺罪と窃盗罪のいずれが成立するかという問題が争われているが、この問題も、同意の「存在」に必要な「自然的意思能力」と、「有効性」に必要な「判断能力」を正しく区別すれば、自ずと

答えが明らかになるように思われる。すなわち、ここで問題となる「幼者または心神喪失者」として、「自然的意思能力」さえも欠いており、物の支配の移転について、およそ理解できない状態の者を想定するのだとすれば、同意の存在を観念する余地はなく、窃盗罪が成立するものと解さなければなら⁽¹⁹⁹⁾ない。これに対して、占有移転を理解する事実上の能力は有しており、同意の存在自体は観念できるとすれば、窃盗罪の成立は問題とならず、むしろ準詐欺罪の成否が問題とされるべきである⁽²⁰⁰⁾。このように考えれば、「窃盗罪説」と「準詐欺罪説」の対立は仮象であり、「幼者または心神喪失者」として、いかなる者を想定するかの違いにすぎないことになろう⁽²⁰¹⁾。両罪を区別する決定的な基準は、「自然的意思能力」の有無に求められなければならない。精神障害等により合理的な判断能力が認められないものの、自然的意思能力は有しているという者を騙して財物を交付させたという場合には、準詐欺罪の成立を認めるべきである⁽²⁰²⁾。

さらに、本稿の整理によれば、詐欺罪は、財物の占有移転に対する同意が、「重要な情報への到達可能性」の障害を理由に無効とされる場合をカバーする犯罪類型として、その性格が規定されることになる(②—イ)。重要なのは、同意論との関係でなされるこのような性格規定が、詐欺罪の成立において問題となる「欺罔」要件の解釈にダイレクトに反映するということである。すなわち、「欺罔」要件の解釈に際しては、本稿で詳細に言及した自己決定過程の刑法的保障に関する基本的視座から、法益主体の自律性を阻害する「欺罔」行為の内容が探究されなければならない。近時、財産的損害との関係で、詐欺罪を基礎づける錯誤の内容がさかんに議論されているが、このような議論も、まさに同意の自律性評価が問題となる具体的な一場面であり、刑法的保障を要する自律性に関する理論的検討を抜きにして語ることができないものと思われる。

心理的強制が存することを理由に、占有移転に対する同意の自律性が否定される場合を捕捉すると考えられるのは、恐喝罪の規定である(②—ウ)。

恐喝罪の成立要件である「恐喝」の意義は、一般に「暴行又は脅迫により被害者を畏怖させること」であると考えられているが、この内の「暴行」については、一旦暴行を加えることで、さらに暴行が加えられるかもしれないとの脅迫的要素が被害者を畏怖させる実質をなすものと考えられる⁽²⁰³⁾。「恐喝」要件に関するこのような解釈も、本稿が提示してきた、同意の有効性に関する議論と密接に関係するのである。

なお、ここで問題とされた、いずれの犯罪類型（窃盗罪・準詐欺罪・詐欺罪・恐喝罪）においても、直接的な領得・移転行為によって、財産の自律的処分が阻害されたという結果に異なるところがないため、法定刑の上限が均一（懲役10年）となっていることは注目に値する。すなわち、自律性の阻害という点では、同意不存在型も、同意無効型も価値的に異なるところがなく、同一の当罰的価値が認められているのである。

以上のように、法益主体（占有者）が財産との関係で有している自律性は、複数の犯罪類型を通じて体系的に保護されている。それらの犯罪類型で用いられる構成要件メルクマールの解釈は、こうした体系性を念頭に置きながら、刑法における自律性保障という指導原理のもとで行われるべきである⁽²⁰⁴⁾。

第2款 交付客体に関する価値の錯誤

上述してきたことの趣旨をより明瞭にするため、「交付客体に関する価値の錯誤」が問題となる事例を題材に、私見の適用例を提示する。

例えば、高価な壺を安価な壺であると偽って、所有者から買い取った場合、結論として詐欺罪が成立することに異論はないであろうが、このことは財産処分の自律性保障との関係でいかに説明されるべきであろうか。

私見によれば、本事例において、所有者には壺の占有移転に対する事実上の同意は「存在」していることが認められる。したがって、問題となるのは同意の「有効性」である。財産の取引において、取引対象である物にどれ程の市場価値が認められるのかは、一般的にも「重要な情報」であるといえる

だろう。したがって、行為者の欺罔行為により、その情報への「到達可能性」が有意に減少したと評価される限り、壺所有者の財産処分の自律性は阻害されていると認められ(②—イ)、詐欺罪の成立が認められることになるのである。

これに対して、法益関係の錯誤説の論者の多くは、「交付客体に関する価値の錯誤」も、法益関係の錯誤に含めて理解する⁽²⁰⁵⁾。財産法益を根拠づける使用価値や交換価値も、各構成要件が保護価値を認めており、その錯誤は法益関係の錯誤として捉えられるべきである、というのがその理由である⁽²⁰⁶⁾。このような説明によれば、本事例においても、所有者には法益関係の錯誤が認められることから、同意が無効(不存在)となり、さらに欺罔行為も認められることから、詐欺罪の成立が認められることになる。

一見すると大きな違いがないようにも見える(少なくとも、結論に違いはない)が、次のような事例を想定したとき、両者の発想上の相違点は明確となる。例えば、行為者は、プロの壺売りである所有者がこれを安物と勘違いして安価で販売していたため、壺が高価であることを知っていたが、これを購入したという場合、法益関係の錯誤説の多くの見解によれば、所有者に価値の錯誤が認められる以上、やはり同意は無効(不存在)とされることになる。もちろん、それによって直ちに行為者の処罰を肯定するわけではなく、同意論とは別問題として、「欺罔」要件を充足するかを検討し、これが充足されない以上は、詐欺罪の成立は認められない。

しかし、同意論の積極的意義、すなわち、市民の自律的活動領域を確保するという意義を考慮するならば、以上のように同意論の意義をいわば相対化し、処罰の可否をこれと完全に切り離された別個の要件(「欺罔」や「社会的相当性」)によって調整するという方向性が正しいかどうか疑いを差し挟む余地がある。プロの壺売りの事例では、所有者に、自ら情報を収集し(=「重要な情報への到達可能性」)、販売価格を設定する機会が十分に与えられていたと評価できるのであり、その十全な意思形成プロセスを踏まえて

行われた販売の意思決定（占有移転への同意）には、何らの法的瑕疵を見出すこともできない。したがって、この事例の場合には、そもそも同意は有効であり、いかなる「不法な結果」も認められないことから、刑罰権介入の余地はおよそ排除されているものと考えなければならないように思われる。また、「欺罔」の要件も、すでに分析したように、財産処分の自律性阻害との関連において理解されなければならない。自律性の原理と切り離されれば、「欺罔」要件を解釈するための指導原理も失われるのである。より端的に言えば、「自律性を阻害するような、法益主体の情報状態への（積極的・消極的）干渉」こそが、欺罔行為の内実として解釈されなければならない。

なお、以上のように考えれば、「価値の錯誤」を法益関係的錯誤に含めるという理解に、そもそも問題があるように思われる。法益関係的錯誤が認められる場合には、有効性を論ずる以前に、同意の「存在」が認められないという前提に立つならば、法益関係的錯誤とは、法益主体による意思決定の自律性が問題となる余地を最初から、絶対的に失わせるような錯誤であるということになる。しかし、財産処分における現実の意思決定において、「価値の錯誤」は往々にして生じる。「価値の錯誤」があることで、直ちに財産処分の同意を観念する余地がなくなるというのは、同意が成立する余地をあまりにも狭めてしまうだろう。⁽²⁰⁸⁾「価値の錯誤」は、同意の「存在」段階ではなく、「有効性」段階で、十全な意思形成プロセスが担保されていたかどうかという見地から初めて問題とされるべきものなのである。「価値の錯誤」を法益関係的錯誤に含めようとする多くの見解は、ここでも、「有効性」段階で論ずべき問題を、本来は同意の「存否」と関連付けられるべき、法益関係的錯誤という概念の中に持ち込み、その拡張を図るものであると評価することができる。

さらに、以上の分析によれば、詐欺罪において（狭義の）法益関係的錯誤が問題となることは考えられないことになる。すなわち、法益関係的錯誤が同意の「存在」のみを打ち消すものであり、その「有効性」とは無関係な概

念であるとすれば、詐欺罪という、同意の「存在」を前提とし、「有効性」のみが問題となる財産犯の類型においては、法益関係の錯誤が認められる余地はおよそ存在しないことになるのである⁽²⁰⁹⁾。我が国では、佐伯が同概念を詐欺罪に関する問題に⁽²¹⁰⁾応用したこともあり、現在でも、詐欺罪における財産的損害の問題を、法益関係の錯誤説の適用によって解決しようとする見解が少なくない⁽²¹¹⁾。しかし、これらの見解はすでに、「その物を喪失するかどうか」に関する錯誤という、アルツトが提示した本来の意味での法益関係の錯誤を問題としているのではなく、より拡張された意味でこの概念を用いていることに注意が必要である。そのような拡張傾向は、その限界も不明確であり、また、概念の本来の意義を曖昧化させるものであると考える本稿の立場からすれば、詐欺罪による処罰の限界を説明するために法益関係的錯誤の概念を持ち出すのは不当であり、むしろ、同概念とは切り離された、自律的意思形成過程における法益主体の情報状態の保障という問題を正面から論ずべきことになる。

第3款 具体的事例の解決

最後に、残された、猛獣事例(事例3)の解決を提示する。

猛獣事例とは、すでに述べたように、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という事例である。法益関係的錯誤説を採用する場合には、猛獣の射殺自体に同意がなされている以上、同意を有効と考えざるを得ず、器物損壊罪での処罰が否定されるのではないか、というのが問題の出発点である。これに対して、法益関係的錯誤説の論者は、「相対的価値の錯誤」も法益関係的錯誤概念に含めるなど、同概念の射程を拡張させることで、本事例における同意の無効を説明しようと試みてきたことは、すでに見たとおりである。

しかし、このような説明は、同意の「有効性」の問題として正面から論ずべき事柄を、法益関係的錯誤という単一の概念に押し込めてしまうものであり、支持できるものではなかった。狭義の法益関係的錯誤概念からすれば、

やはり猛獣の射殺自体が正しく認識されている以上は、法益関係の錯誤の存在が否定されなければならないであろう。

本稿の提示する同意論の構想によれば、猛獣事例は以下のように説明される。まず、飼主が、自己の所有する猛獣の殺害について正確に認識し、それをやむを得ない事態として甘受している以上、具体的な構成要件の結果発生への認容は認められ、同意の「存在」自体は肯定される。しかし、周囲の人間に危険が及んでいるかどうかという情報は、猛獣殺害の甘受という意味決定を動機づける「重要な情報」であることが、客観的な衡量基準によっても肯定できるであろう。そのような「重要な情報」について、飼主は欺罔により真実への到達可能性が奪われているのであるから、当該状況下でなされた意思決定は、規範的自律性を備えたものと評価することができない。したがって、同意の「有効性」が否定され、行為者には器物損壊罪が成立するという結論が導かれる。

第7章 おわりに

犯罪論上の概念は、それにふさわしい役割と内容を与えられることで、問題を分析して適切な解決を導くための有用なツールとして機能するものである。しかし、「法益関係の錯誤」という概念は、それが本来担わされていた役割を超え、不用意に拡張されたことで、かえって同意論に混乱を招く結果となったように思われる。

そこで、本稿は、同意の「存在」と「有効性」の問題を峻別するという前提に立ち、法益関係の錯誤という概念を、同意の「存在」レベルに位置づけた。すなわち、(本来の意味での)法益関係の錯誤とは、「法益(客体)を喪失するかどうか」に関係する錯誤であり、そのような錯誤がある場合には、そもそも法益放棄の意思が認められないことから、有効性を問題とするまでもなく、同意は不存在とされるのである。

以上のことから、法益関係の錯誤概念の、同意論における役割は限定され

たものとなり、さらに同意の「有効性」を評価するための基準を模索することが要請される。そこで、本稿は、同意が犯罪阻却効をもつ根拠と考えられる自己決定思想に遡って検討を加えた。その結果、自律的な意思形成プロセスの保護という視点と共に、その過剰な保護は自律性の補完を超え、自律性の否定に至るという認識が得られた。意思形成プロセスの過剰な保護は、同意を広く無効とすることを通じて、その領域を不当に浸食することに繋がりがかねない。同意概念の、「市民の自律的活動領域の確保」(その裏返しとして、国家の刑罰的介入の限界づけ)という積極的な意義に鑑みれば、このような事態は拒絶されなければならない。ここから、「刑法によって現実に保障すべき意思形成プロセス」の保護こそが、有効性評価の基本的視座として設定されることになる。

以上の基本的視座から導かれる「規範的自律性」の概念は、全知全能の理想的な自律性概念とも異なり、また、法益主体の主観的な価値基準によって全面的に支配されることもない、現実的で客観的な性格を有している。そこで、同意論の課題は、この現実的で客観的な「自律性」の具体的な条件や水準を明らかにすることに求められるのである。

自律的な意思形成のための条件として、本稿が提示し分析を加えたのは次の3つである。すなわち、①法益主体に判断能力が認められること、②重要な情報への到達可能性が認められること、③心理的強制(脅迫)が存しないことである。これらのいずれの条件についても、上述した基本的視座との関係が意識されなければならない。理想的な条件の設定(=法益主体の過剰な保護)はここでも拒否され、あくまでも刑法が現実に保障すべき水準が客観的に見定められなければならないのである。

上記の原理的考察により導かれた同意論の構想は、全ての個人的法益に関する同意について基本的に妥当するものであるが、当然法益の性格や種類に応じて、修正を必要とするものである。その意味で、「法益関係的」な思考は、同意の「有効性」評価の段階においても問題としなければならないだろ

う。

本稿は、生命・身体に対する罪と財産に対する罪について、本稿の同意論構想がどのように具体化されるのかを若干の事例を挙げて提示したが、未だ不十分なものである。さらに、自由に対する罪も含め、詳細な検討は他日を期することにしたい。

(126) Roxin, a. a. O. (Anm. 21), S. 281.

(127) Roxin, a. a. O. (Anm. 21), S. 281ff.

(128) Roxin, a. a. O. (Anm. 21), S. 283.

(129) Roxin, a. a. O. (Anm. 21), S. 284f.

(130) Roxin, a. a. O. (Anm. 21), S. 286.

(131) Roxin, a. a. O. (Anm. 21), S. 286ff.

(132) Jakobs, a. a. O. (Anm. 39), S. 249. ヤコブスは、ケジラミ事例について、法益関係的な欺罔がないことから、同意を有効であるとしつつ、行為の動機となるような状況が演出され、法益処分を合理的と思い誤るような状況が作出した者には「管轄 (Zuständigkeit)」が認められることを理由に、間接正犯としての処罰を認めるべきであるとする。

しかし、有効な同意が認められれば、不法な結果、あるいは、要保護性のある法益の存在が否定される。したがって、帰属の前提を欠くことになるから、間接正犯が認められる余地もないはずである。Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 21), S. 292.

(133) Roxin, a. a. O. (Anm. 21), S. 288ff.

(134) Roxin, a. a. O. (Anm. 21), S. 289.

(135) Roxin, a. a. O. (Anm. 21), S. 291.

(136) Roxin, a. a. O. (Anm. 92), § 13 Rn. 111. ロクシンは事例として、ある者が自分の隣人に「木を切り倒されることに同意しない」との手紙を送ったが、その際に「nicht=しない」との言葉を書き忘れたという場合を挙げ、このような場合にも同意の存在を出発点としなければならない、としている。

(137) Roxin, a. a. O. (Anm. 92), § 13 Rn. 112.

(138) 前掲注 (80) 参照。

(139) Hirsch, a. a. O. (Anm. 80), Vor § 32 Rn. 119. も、経済的な窮地の場合における、臓器移植の報酬について騙された場合を挙げて、同様の批判を加えている。

(140) 井田・前掲注(7) 198頁以下、上嶋一高「被害者の同意(下)」法学教室272号(2003年) 78頁以下、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、1998年) 249頁以下、曲田統「生命・身体に対する罪における『被侵害者の錯誤と同意』」札幌学院法学24巻1号(2014年) 34頁以下、杉本一敏「『真意説』の真意を問う——『被害者の同意』のオセロ的理解から帰属的理解へ」高橋則夫=杉本一敏=仲道祐樹『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』(日本評論社、2014年) 135頁以下など。なお、塩見・前掲注(32) 67頁以下は、「被害者の同意に違法性を否定する効果を認める実質的根拠が法益主体の処分意思(自己決定)の尊重にあるとすれば、錯誤の重要性は客観的・合理的ではなく、被害者自身の意思に基づいて判断することが出発点になる」とし、「主観的評価アプローチ」を基本的に採用するが、「被害者が抱いた目的が著しく違法であるか、とるにたらない些末なものである場合、その錯誤を考慮する必要はな」ともしていることから(同73頁)、その実質は本稿がいう「客観的評価アプローチ」そのものである(「客観的評価アプローチ」も、出発点はあくまでも法益主体の意思であり、ただその要保護性の限界づけにおいて客観的な評価基準を導入するにすぎない。)

(141) 林(幹)・前掲注(140) 249頁。

(142) 林(幹)・前掲注(140) 249頁以下。

(143) 林(幹)・前掲注(140) 250頁。

(144) 森永真綱「欺罔により得られた法益主体の同意」川端博=浅田和茂=山口厚=井田良編『理論刑法学の探究④』(成文堂、2011年) 137頁。

(145) 森永・前掲注(144) 138頁。

(146) 林(幹)・前掲注(140) 246頁。

(147) 生田勝義「『被害者の承諾』についての一考察」立命館法学228号(1993年) 184頁は、可罰的違法論の観点から、「個人的法益の侵害が可罰的違法性をもつのは、それが同時に人々の法益つまり社会をも侵害するからである」とし、一定の法益侵害が社会侵害性を持つかどうかは、「当該侵害法益の質・量における社会性と当該行為を軸にして存在する諸権利・諸利益の社会性との具体的衡量によって」確定できるとしている。そのうえで、被害者の法益処分権も、個々人の私的自治や自由を保障することが社会的関心事であることから、社会的なものであると位置づけることが可能であり、「被害者の承諾」によって社会侵害性が失われるという説明がなされている。

- (148) 林美月子「錯誤に基づく同意」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』（有斐閣、1994年）34頁。
- (149) 森永・前掲注（144）144頁。このような考え方に対して、上嶋・前掲注（140）79頁は、倫理的な価値の高低によって同意の有効性を判断することは、自己決定権の思想に矛盾するとして、批判的な態度を示している。
- (150) この観点からは、違法な取引に付随した欺罔によって財物を交付させた事例についても、詐欺罪の成立を否定する方向に働くものと思われる。例えば、最判昭和25年12月5日刑集4巻12号2475頁（闇米を買ってやると偽って代金を騙し取った事案、判例は財物詐欺罪の成立を肯定）についても、「闇米を購入するかどうか」という情報は、違法な目的に関連するものであり、その情報へのアクセスが、自律的な財産処分条件とはみなされない結果、代金の交付に自律性が認められ、不法な結果（法益侵害）が認められないと評価する余地があるのである。これに対して、塩見・前掲注（32）68頁は、このような場合に詐欺罪の成立を認める判例・通説の立場を考えれば、「著しく違法な」法益処分の目的に限って、尊重を要しないと考えればよいとする。しかし、「著しく違法な」目的に限定する理由は明らかでない。
- (151) 林（美）・前掲注（148）51頁。
- (152) 緊急性の要素はさらに、法益主体を一種のパニック状態に陥れ、判断能力を減弱させるという影響を持つことも考えられるだろう。島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002年）295頁は、「緊急状況に置かれた場合、人は必ずしも合理的な選択ができず、あとから考えれば到底法益の均衡を満たさないような行為を行いがち」であるとする。
- (153) 最終的に、「重要な情報への到達可能性」の有意な減少が認定できれば十分であり、緊急避難の要件に厳密にこだわる必要もない。その意味で、法益主体が「緊急避難類似状態」を誤信している場合にも、同意が不自由であるとする説明（林（美）・前掲注（148）35頁）も一応理解は可能である。しかし、何故に「類似状態」まで緩和できるのかという根拠が不明確であるため、緩和の限界も曖昧なものになっている点が批判されている（林（幹）・前掲注（140）245頁）。これに対して、「法益均衡性」や「緊急性」（の誤信）を、厳密な要件としてではなく、「重要な情報への到達可能性」の減少（ひいては決定の自律性の欠如）を評価するための考慮要素として、理論的に位置づける本稿の立場によれば、このような批判も回避することができるだろう。
- (154) 近藤和哉「錯誤に基づく同意について」神奈川法学40巻1号（2007年）259頁

以下参照。

(155) 近藤・前掲注(154)262頁。

(156) 近藤・前掲注(154)262頁。ここでの「落ち度」の中心的な内容としては、「事実だと信じた事柄が事実でないことの予見・認識可能性」が念頭に置かれている(同283頁注10)。

(157) 例えば、「振り込め詐欺」は、すでに社会問題として一般に認知されており、金融機関等による警告も度々なされていることから、被害者が欺罔を見抜き可能性は十分肯定できる(ある意味では「落ち度」がある)が、そのことを理由として、直ちに詐欺罪の成立を否定すべきと考えることはできないだろう。この点につき、近藤は、「詐欺罪の特殊性に由来する取扱い」を理由に、詐欺罪の場合には法益主体の落ち度の有無が犯罪の成否を基本的に左右しないとしているが(近藤・前掲注(154)266頁)、なぜ詐欺罪だけが特殊扱いされるのかは不明であり、一貫性を欠く主張であるように思われる。

(158) 故意・過失の否定以外には、例えば、契約による正当化(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1巻』(成文堂、1998年)385頁以下)や正当防衛権の制限などが考えられるであろう。

(159) 「法益処分」の自由も法益の構成要素に含めることで、法益処分の自由を害する一切の錯誤を「法益関係の錯誤」に含める山口は、正当にも「『法益関係の錯誤』とは、より正確に言えば、『法益侵害関係の錯誤』なのである」と述べている。山口厚『『法益関係の錯誤』説の解釈論的意義』司法研修所論集111号(2003年)100頁。

(160) Rönnau, a. a. O. (Anm. 80), Vor § 32 Rn. 207.

(161) Rönnau, a. a. O. (Anm. 100), S. 229.

(162) Rönnau, a. a. O. (Anm. 100), S. 228.

(163) 強盗罪の実行行為性についてであるが、西田典之『刑法各論〔第6版〕』(弘文堂、2012年)169頁、曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』(弘文堂、2012年)129頁など。

(164) 山口厚『問題探究 刑法各論』(有斐閣、1999年)128頁。

(165) 山口・前掲注(164)129頁。

(166) 内山良雄「法益主体(行為客体)側の事情による実行行為の相対化——手段としての暴行・脅迫行為を中心に——」『川端博先生古稀記念論文集 下巻』(成文堂、2014年)179頁も、社会一般に想定可能な「相手が臆病な人であるかもしれない」というリスクが現実のものとなった場合においては、行為客体(法益主体)の性格

を法益主体の属性として、「法益主体（行為客体）類型を基礎づける要素」に組み入れて考慮することも、排除されるべきではないとする。

(167) ただし、強盗罪については、本罪の人身犯的性格を考慮に入れれば、死傷に至る危険性が認められない限り、実行行為性が認められないのではないか、という別の問題が残る。なお、近時、人身保護の要請という視点から強盗罪の基本構造を分析した研究として、嶋谷貴之「強盗罪と恐喝罪の区別—恐喝罪の研究による強盗罪要件の再構成」高山佳奈子＝島田聡一郎編『山口厚先生献呈論文集』（成文堂、2014年）265頁以下。

(168) 例えば、準強姦罪の成立が問題となった事案で、東京地判昭和62年4月15日判時1304号147頁は、「わいせつ、姦淫行為を抗拒することにより被り又は続くと思われざる危険を避けるため、その行為を受け容れるほかはないとの心理的、精神的状態に被害者を追い込んだときには、心理的、精神的な抗拒不能に陥った場合にあたるといえることができる。そして、そのような心理的、精神的状態に追い込んだか否かは、危険の内容、行為者及び被害者の特徴、行為の状況などの具体的事情を資料とし、当該被害者に即し、その際の心理や精神状態を基準として判断すべき〔圏点引用者〕であり、一般平均人を想定し、その通常の心理や精神状態を基準として判断すべきものではない」としているが、このような判示が、より手厚い保護をすべきものとして、社会一般に想定可能な法益主体の属性や状態を考慮すべきとする趣旨であるとすれば妥当である。学説の中には、このような裁判例が、自由意思の喪失を主観的な基準によって判断するものと位置づけるものがあるが（林（幹）・前掲注（140）250頁、上嵐・前掲注（140）78頁）、客観的評価アプローチに立つ場合であっても、（社会一般に想定可能という客観的制約はあるものの）被害者個人の状態や属性を一定の範囲で考慮することは否定されない点に注意が必要である。

さらに、裁判例の中には、「欺罔による姦淫が抗拒不能に乗じての姦淫として準強姦罪が成立するのは欺罔の内容、手段、方法が行為者被害者の年令、身分、行為の日時場所との関係において婦女をして高度に困惑、驚愕、狼狽の念を起させ、自由なる意思のもとに行動する精神的余裕を喪失させ、行為者の姦淫行為を拒否することが不能又は著しく困難であると客観的に認められる〔圏点引用者〕場合である」として、客観的評価アプローチを採用しながら、具体的な被害者の属性や状態を考慮することを明言するものがあるが（岡山地判昭和43年5月6日下刑集10巻5号561頁）、妥当な判示である。

(169) Rönnaу, a. a. O. (Anm. 80), Vor § 32 Rn. 208.

(170) 小林・前掲注(24) 243頁。

(171) 小林によれば、角膜事例では、母親という同一人格の内部で、子供が失明せず
にすむことに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が可能であるため(小林・前
掲注(24) 242頁)、この修正事例では、同意による正当化が否定されるとしても、
緊急避難による正当化が認められることになる。もっとも、「愛犬を失明から救う
ため、やむをえず自分の眼球を移植することに同意した」というケースでは、その
ような被害者の価値観を無限定に刑法により承認することに疑問が残り、害の衡量
の逸脱が生じるため、緊急避難による正当化も認められず、(獣)医師はせいぜい
過剰避難により刑の免除がされるにすぎないことになる(同243頁以下)。しかし、
正常な判断能力を有する飼主が、自己決定の結果として、愛犬を失明から救うこと
を決意した場合にまで、飼主の同意を無効とし、(獣)医師に犯罪の成立を認める
という結論を導くことには、やはり疑問が残る。

(172) 小林・前掲注(24) 243頁は、長時間にわたり残酷なリンチを受けた者が、さ
らに続くであろうリンチから逃れるため、犯人が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3分の所にある交番にいる警察に連絡せず
に、射殺したという事例を挙げているが、このような場合には、まさに判断能力の
欠如を理由として、同意を無効とすることができるように思われる。

(173) 緊急状況が現実に対応している場合には、客観的に存在する回避不能な緊急状
態下で与えられた同意において、緊急状態により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とし、同意の有効性を認めるものとして、山口・
前掲注(13) 329頁以下。さらに、曲田・前掲注(140) 37頁も参照。

(174) これらの条件は、法益侵害結果の発生に対する同意を、自由な意思決定の所産
として法益主体に帰属するために必要なものである。ちょうど犯罪論においては、
違法な行為を責任帰属するための条件として、①責任能力、②違法性の意識(可能
性)＝行為の違法性に関する情報への到達(可能性)、③期待可能性が論じられて
いるが、有効な同意の条件との間でそれぞれ対応関係が認められることは決して偶
然ではない。

杉本・前掲注(140) 129頁以下は、犯罪成立の裏返しの局面である「被害者の
同意」の場面においても、「被害者の同意(行為)」の被害者への「行為帰属」か
つ「責任帰属」が要求されるとする。そして、「行為帰属」の要件としては、被害
者の、①同意時の行為能力、②同意の認識(自分が放棄している対象法益の認識)

が、「責任帰属」の要件としては、③同意時の意思決定の自由、④同意の動機形成に影響しうる重要事実についての認識、⑤同意能力が要求されることになるという。

本稿との関係では、同意の「存在」レベルが、「行為帰属」に対応し、同意の「有効性」レベルが、「責任帰属」に対応するものと考えられる。いずれにせよ、同意の犯罪阻却効を検討するに際して、二段階の評価階層を設定し、帰属＝自由の観点から同意の要件論を構築しようとする点で、その基本的な方向性は支持することができる。

ただし、杉本は、帰属の観点を持ち出すに際して、被害者の同意を、単なる心理状態としてではなく、被害者の遂行する「行為」と把握するため、その解釈論的帰結として意思表示必要説（同意が外部に表示されることを必要とする見解）に至るものと思われるが、本稿のように、同意を、あくまでも法益主体の意思面に着目した正当化制度と捉える限りは、そのように解する必要性はなく、同意は法益主体の内心の意思として存在すれば足りる（意思表示不要説＝意思方向説）。したがって、私見によれば、同意の「行為帰属」の観点は不要であり、同意という心理状態の「存在」が、法益主体の自由な意思決定の所産とみなせれば、それで必要十分である。もちろん、同意の「行為」（表示）としての側面に対しては、特に「受け手の信頼」保護との関係において、別個の規範的考慮を必要とすることは否定できないが、これは「法益主体の意思に基づく正当化」制度としての同意とは独立に検討すべき問題であると思われる（前掲注（158）参照）。

さらに、杉本は、同意の「責任帰属」の要件として、④同意の動機形成に影響しうる重要事実についての認識を掲げ、「重要事実」の範囲については、「人にとって心理的強制の効果を持つのは、本人の主観的な選好基準に照らして『合理的』と感じられた事柄だけ」であるという理由から、林（幹）と同様の主観的評価アプローチ（限定要素として、得られると誤信した利益が犠牲にする法益を「はるかに凌駕する」ことを要求）を採用する（同135頁以下）。しかし、本文で批判したように、このようなアプローチは適切ではなく、また、重要事実の認識まで要求するのは過剰である（客観的な認識可能性で足りる）と思われる。

(175) 林（美）・前掲注（148）47頁。

(176) このような事情は、法益主体の情報収集能力の減弱を示すものとして、正しい情報への客観的な「到達可能性」の減少とも結びつくように思われる。

(177) なお、佐伯・前掲注（4）221頁は、本件が「被告人の言ったことは本当だっ

た、すなわち、被害者の行為は犯罪で、実際に警察に追及されており、逮捕されて有罪になれば刑務所に入る可能性もあった」という事例だったとしても、被害者を、自由な意思決定ができない状態にして自殺させたことを理由に、殺人罪が成立すると考えられることからすれば、本件で問題になっているのは、錯誤の性質ではなく、被告人による被害者の意思の抑圧の程度であるとしている。しかし、本文で述べたように、このような現実の強制状況は、法益主体の自律性を阻害する要因とならない。この場合に、「情報の欠如」が問題とならないことからすれば、後は「判断能力」の欠如が認定できない限り、同意の有効性を認め、自殺関与罪を成立させるにとどめるべきであろう。

(178) 同意殺人に関する裁判例においても、法益主体の意思決定過程を丁寧に分析するものが登場していることは注目に値する。例えば、横浜地判平成17年4月7日(判タ1192号299頁)は、被告人が、飲酒に耽って自堕落な生活を送っている39歳の息子を、公園の中の木に首を吊らせたうえ、同人から差し出された包丁で胸部を突き刺し殺害した事案で、殺人罪の起訴がされたのに対して、事件に至るまでの経緯、被告人と被害者との関係や被害者の判断能力を詳細に検討し、被害者の真意に基づく有効な承諾があったとして、予備的訴因である同意殺人罪の成立を認めている。

(179) 例えば、ドイツ刑法では、強姦罪及び性的強要罪の手段である脅迫は身体又は生命に対する現在の危険を及ぼす旨のものでなければならず(177条2項)、抵抗不能者に対する性的虐待罪も、被害者が精神障害等を有する場合に限られる(179条1項)など、性的自己決定の自律性を阻害する要因が類型ごとに限定・具体化され、それぞれの法定刑に差異が設けられている。これに対して、わが国では、性犯罪における脅迫の内容は限定されておらず、準強姦罪の対象も、特に限定はされていない(法定刑も均等である)。

もっとも、わが国でも、改正刑法仮案(1940年)において、「婚姻を為すべきことを以て婦女を欺罔し之を姦淫したる者は、三年以下の懲役に処す」(395条)といった規定が設けられていた点は興味深い。このような規定は、「(重要な)情報の欠如」という観点から、自律性が否定される場合の一類型を、自律性が阻害される程度に対する評価(法定刑)と結び付けて、明示しようとするものであったと解することができる。

(180) 前掲注(29) 参照。

(181) 佐伯・前掲注(5) 71頁。

- (182) 前掲注（17）参照。
- (183) 山口・前掲注（17）18頁。
- (184) 山口・前掲注（17）17頁。
- (185) Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1984, 5/107.
- (186) Roxin, a. a. O. (Anm. 92), § 13 Rn. 14. は、「身体は、骨と肉のかたまりとしてそれ自体が保護客体となるのではなく、その中に存在し、それを支配している精神との結びつきにおいてのみ保護客体となる」とする。
- (187) 最決昭和55年11月13日刑集34巻6号396頁は、「被害者が身体傷害を承諾したばあいに傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合わせて決すべきものである」とする。
- (188) 同意傷害の可罰性を肯定する学説は、①社会的相当性が欠ける場合には違法性が阻却されないとする見解（大塚・前掲注（2）421頁など）、②生命に危険のある傷害の場合には違法性が阻却されないとする見解（平野・前掲注（47）254頁など）、③重大な傷害については違法性が阻却されないとする見解（内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣、1986年）588頁、山中・前掲注（12）211頁など）に分かれる。これに対して、④常に違法性が阻却されるとする見解（浅田・前掲注（5）206頁、深町・前掲注（1）364頁など）は少数説にとどまっている。
- (189) 例えば、佐伯・前掲注（4）224頁は、重大な傷害について、同意による違法性阻却が認められないとしつつ、その場合にも、有効な同意による違法減少が認められることから、同意殺人罪との均衡上、同意傷害を同意殺人罪の法定刑である7年を超えて処罰することはできないとしている。
- (190) 森永・前掲注（144）147頁。
- (191) 本稿第5章第1節第3款参照。
- (192) 森永・前掲注（144）148頁参照。
- (193) ここでの問題構造は、「臆病な性格」の法益主体との関係で、強盗罪や恐喝罪において必要な「暴行・脅迫」の程度が緩和されるか、という問題と共通のものである。
- (194) あくまでも親族関係にある場合に限るかどうかは一つの問題である。例えば、息子の視力ではなく、赤の他人の視力を救うために、角膜移植が必要であると誤信し、自身の角膜の摘出に同意したという場合にも、「重要な情報」に関する錯誤を理由に、同意は無効となるのだろうか。

一般人にとっての動機づけ可能性を問題とする限りは、全くの赤の他人の視力が、自身の角膜保持の利益よりも優越するとは考えられない以上、この点について否定的に解さざるを得ないだろう。これに対して、いわば社会連帯の見地から、人の生命・身体を救うための目的に刑法的な必要保護性を認められると解すれば、赤の他人が角膜の移植を必要としているかどうかという情報も、「重要な情報」に含まれると考えることができるように思われる。森永・前掲注(144)144頁参照。

(195) 佐伯・前掲注(4)220頁。レンクナー＝シュテルンベルクリーベンも、母親が、病気の子供のために差し迫って必要であると偽られて献血に同意した事例を挙げ、ここでの欺罔は、「さもなければ子供を殺す」という脅迫と同様に、母親の法益に対する自律的な処分を損なわせる、としている。Lenckner/ Sternberg-Lieben, a. a. O. (Anm. 27), Vorbem § 32ff. Rn. 47.

(196) 杉本・前掲注(140)137頁も、同意行為につき被害者自身への責任帰属が否定される「脅迫」の類型と、「動機づけ事実に関する欺罔」の類型は、『二者択一の場面において心理的強制が働く場合』という性格づけの下に一本化されるとし、その際に行為者が用いる手段が「脅迫」か「欺罔」かは重要でないとする。

(197) なお、被害者への行為帰属・責任帰属という視点から、財物奪取罪について類似の構造分析を行うものとして、Joachim Hruschka, Das Opferverhalten als Schlüssel zum System der Sachentziehungsdelikte, Jahrbuch für Recht und Ethik Bd. 2, 1994, S. 177ff. がある。わが国における紹介として、杉本一敏『三角詐欺』は存在しない——被害者の同意論・被害者への帰属論に基づく『三角関係』の検討——川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探究④』(成文堂、2011年)175頁以下を参照。

(198) ドイツの学説においても、窃盗罪のメルクマールである「Wegnahme(窃取)」は、自然的な意思に基づく「合意(Einverständnis)」によって排除されること、及び、そのような自然的な意思は、(物の支配が奪われることを理解する能力がある限り)子供・精神病患者・酩酊者でも有しうることが認められている。Wolfgang Mitsch, Strafrecht BT Teil 2 (Vermögensdelikte), 2. Aufl., 2003, § 1 Rn. 73; Hoyer, in : SK, 8. Aufl., 2001, § 242 Rn. 46f.

このような説明は、ゲールズが提唱した二元説と親和性を持つ。すなわち、被害者の承諾は、犯罪の構成要件該当性を排除する「合意(Einverständnis)」と、違法性を阻却する「同意(Einwilligung)」に区別され、前者では事実的性質が、後者ではその法的性質が強調される。このような性格的相違から、両者には要件

面・効果面で多くの差異が認められる。特に承諾能力に関しては、「合意」においては、自然的な意思に基づく承諾がなされていれば十分であるのに対し、「同意」に際しては、成熟した判断能力が要求されることになる（Geerds, a. a. O. (Anm. 1), S. 263ff.）。そして、「Wegnahme（窃取）」への承諾については、「合意」が問題となることから、子供・精神病患者・酩酊者による承諾でも十分であるという、上記の帰結が導かれるのである。

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・効果を完全に分離させる二元説の前提はそもそも受け入れがたい（前掲注（1）参照）。むしろ、一元的に把握される同意概念の内部に「存在」と「有効性」という異なる評価階層を想定したうえで、窃盗罪に関しては、他の財物奪取罪との守備範囲の兼ね合いから、同意「不存在」型のみを念頭に置いているために、上記の帰結が正当化されるものと考えるべきである。

(199) 窃盗罪の成立を認める見解は、「まったく意思能力を欠く〔圈点引用者〕幼者・精神障害者については意思にもとづく交付ということが考えられない」ことを根拠として挙げている。団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（創文社、2009年）622頁。

(200) 植松正『刑法概論Ⅱ各論〔再訂版〕』（勁草書房、1975年）430頁は、この場合に準詐欺罪を成立させる根拠として、「財物交付または利益供与については、心神喪失者にも事実上の能力のあることは否定しえない」ことを挙げている。

(201) 宮本英脩『刑法大綱』（弘文堂、1935年）373頁は、幼者や心神喪失者についても準詐欺罪が成立することを認めながら、「被害者の能力缺陷が極限に達して、事実上の處分行為の意義をも全然理解し得ないやうな場合には盗取罪となる」として折衷的な態度を採るが、本文のような見地からは、理解可能なものである。

(202) その意味では、現行法が「心神耗弱に乗じ」と規定しているのは立法上の欠点であり（植松・前掲注（200）431頁）、端的に「精神に障害がある」等の文言に変更することが望ましいように思われる（改正刑法草案337条参照）。

(203) 最決昭和33年3月6日刑集12巻3号452頁。

(204) これに対して、佐藤陽子は、①行為態様が意思侵害を要求している犯罪で、構成要件該当性を阻却する「行為態様に係る合意」、②処分権を保護法益とする犯罪で、被害者の自律的な処分ゆえに、当該財の侵害が法益侵害とみなされなくなる「法益侵害性に係る合意」、③保護法益が処分権とは別に存在する犯罪で、構成要件を充足した行為の違法性を被害者の自己決定の助力でもって減少（阻却）させる

「同意」を区別する「三元説」を前提に、「領得罪における承諾は占有侵害の方法に着目した行為態様を排除するものであることから、かかる承諾は保護法益の放棄とは別の『行為態様に係る合意』であるということが出来る」と分類する(佐藤・前掲注(31)33頁)。そして、この場合には、「窃取」や「喝取」といった行為態様が排除されるかどうかだけが重要であるため、自律的な決定か否かを基準とする総論的な承諾に関する議論が妥当しないものとしている。

しかし、佐藤がいう「行為態様に係る合意」の問題を、自律性に関する総論的な議論と切り離してしまえば、これらの構成要件メルクマールを具体的に解釈するための指針を喪失してしまうように思われる。総論的に語られる「自律性の保護」が、各論において体系的に割り当てられていると考える本稿の立場からは、各則で規定される行為態様も、総論的な同意に関する議論との関係の中で位置づけられなければならない。すなわち、各則で規定される行為態様とは、法益処分の自律性を阻害する一条件を、立法者が、構成要件メルクマールとして具体化したものに他ならないと考えるべきである。

(205) 松原・前掲注(4)133頁以下、山中・前掲注(5)311頁、Lenckner/Sternberg-Lieben, a. a. O. (Anm. 27), Vorbem § § 32ff. Rn. 46.

これに対し、法益の価値に関する錯誤を、法益関係の錯誤に含めることに對して否定的な態度を採るものとして、近藤・前掲注(154)271頁以下、Maria-Katharina Meyer, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984, S. 172ff.

(206) 松原・前掲注(4)134頁。

(207) これに対して、森永・前掲注(144)156頁は、刑法上重要な錯誤があることを根拠に、法益侵害結果が発生していること自体は肯定したうえで、行為者が「錯誤を利用してはならない地位」にない場合には、その規範的な帰属が否定されるとする。

(208) 近藤・前掲注(154)272頁が、法益主体の落ち度を法益主体に負わせるべきだとする立場から、「法益の価値についての錯誤を一律に扱い、常に同意を無効とすることは、妥当でない」としているのも、同様の問題意識によるものと思われる。

(209) 井田良「コメント②」山口厚=井田良=佐伯仁志『理論刑法学の最前線Ⅱ』(岩波書店、2006年)143頁も、法益関係の錯誤があり、同意を全く欠くような場合には、現行法の解釈論としても、詐欺罪ではなく窃盗罪が成立するはずである、と正当に指摘する。

(210) 佐伯・前掲注(5)102頁以下。

- (211) 山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）267頁以下、橋爪隆「詐欺罪成立の限界について」植村立郎判事退官記念論文集『現代刑事法の諸問題 第1巻』（立花書房、2011年）175頁以下など。

