

論  
説

錯誤に基づく同意について

近藤和哉

目次

- はじめに
- 一 問題の所在と本稿の立場
- 二 具体例の検討(その一)
- 三 具体例の検討(その二)

## はじめに

いわゆる、「錯誤に基づく被害者の同意」の問題領域においては、従来、判例が（現在においても）採用する、いわゆる「重大な錯誤説」（錯誤と条件関係にある同意は、無効である「構成要件該当性ないし違法性を阻却する効果をもたない」とする）が学説の支持を集めていた。しかし、その後、いわゆる「法益関係の錯誤説」（法益主体が法益侵害を正しく認識していた以上、同意は有効であるとする）が有力に主張されるようになり、最近では、錯誤に基づく同意が無効とされるべきケースは、従来の「法益関係の錯誤説」が主張するところにとどまらないのではないかも、盛んに議論されている。本稿は、錯誤に基づく同意の有効性は、これら現在の有力説が主張するのは若干異なる観点から判断されるべきではないかという立場から、この問題についての考察を試みようとするものである。<sup>(1)</sup>

## 一 問題の所在と本稿の立場

## (1) 同意による犯罪阻却の根拠について

ある法益主体が錯誤に陥って法益侵害<sup>(2)</sup>に同意した場合に、その同意になお犯罪阻却効果が認められるか否か、その錯誤が同意の犯罪阻却効果を失わせるか否かは、同意に基づく犯罪阻却が、どのような根拠に基づくものであるかによって決まってくる。<sup>(3)</sup>そこで、議論の前提として、同意の犯罪阻却効果の根拠に触れておきたい。

被害者の同意に基づく犯罪阻却の根拠は、一般的には、法益主体が同意することによって当該利益の法益性が失われること、あるいは、利益侵害の法益侵害性が失われることに求められることが多い。<sup>(4)</sup>この説明に異論はないが、な

お若干踏み込んで説明するなら、法益主体の同意に基づく犯罪阻却は、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とすること）に対して、刑法が基本的に干渉すべきでないところに、その根拠があるといえるように思われる。例えば、本屋の客が、自己の千円札を本の代金として店員に交付したとき、店員がその千円札を領得したことが犯罪だということになると（つまり、客の同意があるにも拘わらず本屋に占有離脱物横領罪が成立するとすると）、客は処罰される危険を冒してくれる本屋を見つけない限り、自己の千円札を本と交換することができなくなる。同様に、盲腸炎を患った患者が手術を受けることも容易ではなくなる。刑法がこのような干渉を行うことは、自由主義憲法下では特別の事情がない限り許されないとするのが、特に規定がないにも拘わらず、「被害者の同意」に基づく犯罪阻却が認められるべき根拠であろう。<sup>(6)</sup>

## (2) 問題の所在と本稿の立場

(ア) 法益主体が錯誤に陥って同意をするケースとしては、①法益主体が、自分が処分しようとしている法益が何であるかについて錯誤に陥っている場合と、<sup>(7)</sup>②法益は正しく認識しているが、処分を決意する意思形成過程において事実誤認があり、その事実誤認がなければ、処分意思を形成していなかったであろうという場合とがある。同意は、法益主体が認識した法益についてしか問題にし得ないから、①の場合について同意が認められないことに問題はない。問題は、②の場合である。

(イ) この場合、法益侵害を認識・是認している法益主体の心理自体は、事実誤認がなかった場合と同一であるから、一つの考え方としては、同意を形成する過程における事実誤認は、同意の犯罪阻却効果に影響を及ぼさないとするものがあり得る。<sup>(8)</sup>これは、同意形成過程における事実誤認があっても、形成された心理を法益主体に帰責する(い

わば、失敗した法益主体が「悪い」とする）考え方だということができよう。これの対極に位置するのが、同意形成過程における事実誤認があ（り、これが行為者の欺罔による）場合について、同意を、法益主体に帰責しない考え方である。判例はこの立場を採り、学説にもこれを支持するものが多い。<sup>(9)</sup>近年、とりわけ法益関係的錯誤説を基本的に支持する論者によって行われている議論は、右の両極端の間のどこかに着地点を見つけようとする試みであると思われるが、上述のように、同意による犯罪阻却の根拠が、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とすること）に対して、刑法が基本的に干渉すべきでないところにあるのだとすると、この問題は、刑法の干渉が排除されたシーンにおいて、個人が、どの限度で、事実を誤認してした同意の責任を負うべきであるかという観点から解決されるべきであると思われる。そして、結論から述べるなら、本稿は、この責任の線引きを、事実を誤認したことについて、法益主体に落ち度<sup>(10)</sup>が認められるか否かという観点から行うのが妥当ではないかと考える。<sup>(11)</sup>

例えば、大学生Aが夜道を歩いていると、千鳥足の中年男性Xが近づいてきて、一万円払うから顔を一回殴らせてくれと言い、Aがこれに同意してその通り殴られ軽傷を負ったが、Xは金を払わずに逃げたとする。この場合、Aは、Xに一万円を払う気がない可能性を十分に認識できたと考えられるから、これがあると信じて殴られることに同意したのであれば、それはAの落ち度であって、結論において、Aの同意は有効であるとすべきであると考ええる。

重大な錯誤説は、このような場合について、Aの落ち度を咎めず、Xを傷害罪で処罰することによってAを「救済」しようとする見解であるが、このようにすることは、一方では、刑法上犯罪ではない欺罔行為を傷害罪での処罰によって抑圧することになり、他方で、上記のような状況下で一万円を払ってもらえたと信じたAの軽率さを放置することにつながり、<sup>(13)</sup>妥当でないと思われる。

このような考え方に對しては、落ち度のある事実誤認は、それ自体犯罪ではないのだから、これを抑止するという観点から刑法の解釈論を展開するのは妥当ではないという反論も予想される。しかし、刑法が人々の行動に規制を加えているのは、究極的には、社会をよりよいものにするためであるから（このような目的と効果をもたない刑事規制は、国民の自由の不当な侵害である）、どのようなメンバーによつて構成される社会がよりよいものであるか、望ましいものであるかという観点は、立法論においてだけでなく、<sup>(14)</sup> 解釈論においても、当然、考慮され得ると思われる。<sup>(15)</sup> そもそも、法益主体の落ち度の責任を一切問わないという重大な錯誤説の考え方は、ミスの責任はミスをした者が負わなければならないという、世間一般の常識的なルールに照らしても、少なからず異様である。<sup>(16)</sup>

もつとも、重大な錯誤説が意図しているのは、Aを「甘やかす」ことではなく、Aを騙し、ただで殴つてやろうとした怪しからんXを処罰することであり、Aの落ち度を問わずにその同意を無効とするのは、Xを処罰するために必要だからそうしているに過ぎないのかも知れない。しかし、仮にそうであるとすれば、これは、論理が逆転しているように思われる。Xが処罰されるのは、Aの同意が無効だからであつて、Xが処罰されるべきだからAの同意が無効になるのではない。Aの落ち度のある事実誤認に怪しからんXが関与している場合には、Aが負つた傷害について、<sup>(17)</sup> Xの民事上の責任を追及すれば足りると思われる。

これに對して、重大な錯誤説を支持する立場からは、余命がわずかであると偽つて自殺させる場合を（法益関係的錯誤だとして）同意は無効だとし、他方、会社社長に對し、会社が倒産したと虚偽の事実を告げて絶望させ、自殺させた場合には自殺関与罪とするのは妥当な区別ではないという批判がある。<sup>(18)</sup> 確かに、後者のケースについて、社長が倒産のニュースを事実であると信じたことがやむを得なかつたと評価し得る状況も考えられるから、常に同意を有効とするのは妥当でないと思われる。しかし、例えば、その社長が、自宅を突然訪れたどこの誰とも分からないXの嘘

を漫然と信じて自殺を決意し、Xがこれを手伝ったというのであれば、やはり、同意は有効とすべきであろう。<sup>(19)</sup> 社長は、会社で電話をして事実を確認すればよかったのである。

(ウ) 以上のような重大な錯誤説に対して、法益関係の錯誤説は、もともと法益の正しい認識がある以上、法益主体における動機の錯誤は同意を無効にしない、というものであった。しかし、これに対しては、最近、法益関係の錯誤説に立つ論者自身からの批判が加えられている。

その代表的論者である山口教授は、法益処分理由・動機は、それ自体法益の要素である法益処分の自由に関係するから、法益処分の理由・動機の錯誤がある場合、それは法益関係の錯誤であり、原則として同意は存在しないとされる。<sup>(20)</sup> 山口教授は、この観点から、処分が刑法上予定されている法益とそうでない法益とを分け、前者(代表的なものとして、財産や自由が挙げられている)については、上記の意味での法益処分の自由が法益の要素であるとして、処分の自由が失われているのにこれがあると誤認している場合(処分の動機・目的について錯誤がある場合がこれに当たる)には、同意は存在しないとされ、後者の、処分が刑法上予定されていない法益(生命や身体の重要部分が挙げられている)については、法益処分の自由は法益の要素ではないとして、処分の自由の喪失を認識せずに同意した場合にも、同意はなお存在するとされるのである。<sup>(21)</sup> これは、当該犯罪の保護法益と無関係な錯誤があっても同意の存在は否定されないという法益関係の錯誤説の基本的な枠組みを維持しつつ、法益の理解を見直す(従来、法益ではないとされていた「法益処分の自由」が、一部の例外を除いては、法益の要素であるとする)ことを通じて、法益関係の錯誤説の適用範囲の妥当性を確保しようとするものであるということができる。

確かに、同意形成過程における事実誤認について法益主体に落ち度が認められない場合にまで、いわば、「本人が『いい』と言った以上、同意はあったのだ」とするのは、重大な錯誤説とは逆方向の極端であり、妥当でないと思わ

れる。しかし、法益を処分する自由は、生命や身体の重要部分を例外として、原則として法益の要素であるとする場合には、なお疑問の余地があるように思われる。

例えば、Xが、商品の代金としてBに一万円札を交付しようとしているAの腕を捕まえて、あるいはAを脅迫して一万円札の交付を妨げれば、その一万円札を処分するAの自由は侵害される。しかし、いうまでもなく、ここで財産犯が成立する余地はない。また、Xが、Bを連れ去って物置に閉じこめても、Aは一万円札を交付できなくなり、一万円札を処分するAの自由は侵害される。しかし、この場合にも、財産犯が成立する余地はない。これは、一万円札を処分する自由が侵害されても、一万円札の占有が侵害されたり、一万円札が毀損されたりしていない以上、財産法益としての一万円札には、何らの侵害も認められない、すなわち、一万円札を処分する自由は、財産法益としての一万円札の要素ではない（占有侵害や毀棄などの法益侵害に伴って結果的に侵害される、刑法上、それ自体としては保護されていない、法益外の利益に過ぎない）、ということであろう。もちろん、法益と何らかの関係を有する利益のことを、法益の「要素」といい、これについての錯誤を、「法益関係の錯誤」ということも、言葉の上では可能である。山口教授が、法益の「要素」といわれる趣旨も、その利益自体は法益ではないということかとも思われる。しかし、法益侵害に付随して失われる利益には限りがないから、これを法益の「要素」とし、これについての錯誤をも「法益関係の錯誤」としたのは、「法益関係の錯誤」の限界がなくなり、その犯罪限定機能を損ないかねないように思われる。<sup>(22)</sup>山口教授は、法益処分の自由が法益の要素である根拠を、反対給付について錯誤に陥った場合に詐欺罪が成立することに求めておられるが、<sup>(23)</sup>これが十分な根拠となるかにも疑問がある。なぜなら、財物の占有侵害と、財物を処分する自由の侵害とがともに存在するときに詐欺罪が成立するという事態は、右に見たように、財物を処分する自由が法益でなく、財物の占有のみが法益であったとしても、起り得ることだからである。

山口教授が詐欺罪を援用される趣旨は、あるいは、法益主体が処分目的について錯誤に陥って財物等を交付すれば犯罪（詐欺罪）が成立するということは、処分目的について錯誤がある場合に同意を無効とするのが（生命等、若干の例外的法益の場合を除いて）同意の有効性に関する現行刑法の立場である、ということであるかも知れない。

しかし、処分目的を誤認してした同意が、誤認についての法益主体の落ち度の有無に拘わらず常に無効であるとするのは、すでに見たように、これ自体妥当なこととは思われない。また、詐欺罪において、錯誤に陥ったことについての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のは、<sup>(24)</sup>交換の場面における財物・財産上の利益の占有保護という任務を担わされている詐欺罪の特殊性<sup>(25)</sup>に由来する取扱いであって、傷害罪や監禁罪などの他罪に一般化はできないのではないかとこの疑問もある。

すなわち、欺罔され、処分の目的について錯誤に陥って財物等を交付した場合に、必ずしも同意が無効ではないということになると、一方で、詐欺罪を避けつつ欺罔を手段として財物等を得ようと試みる者は増え、他方で、法益主体の側に、見知らぬ他人と財物等の交換を行うことについての萎縮効果が生じかねない。しかし、財物等の占有が法益である所以は、占有があること<sup>(26)</sup>によって当該財物等を利用できるところにこそあるのだから、財物等の利用を阻害してしまふような「保護」は、占有保護のあり方として妥当ではない。そこで、詐欺罪においては、錯誤に陥ったことについての法益主体の落ち度の有無とは無関係に同意を無効とすることにより、一方で、欺罔手段を用いようとする悪質な参加者を財物等交換の「場」から排除し、他方で、法益主体に萎縮効果が生じることを避けようとしたと考えることが可能であるように思われる。これに対して、例えば、傷害罪などは、まず、詐欺罪の場合とは異なり、犯罪を犯しても財物等を得られるわけではないから、法益主体に落ち度がある場合に同意が有効であるということになっても、欺罔を手段として犯罪を犯そうとする者が急増する<sup>(27)</sup>とは思われない。<sup>(28)</sup>また、事実の誤認について落ち度がある場合に同

意が有効だということになれば、法益主体の側には、例えば、一万円払うから殴らせてくれとか、閉じこめさせてくれとか持ちかけてくる者と「取引」に入ることを回避しようとするという意味での「萎縮効果」が生じるかも知れないが、身体的法益は、財産的法益とは異なり、交換しなければ意味がないというものではないから、これが、法益保護のあり方として妥当性を欠くということもなく、むしろ、健全な方向ではないかと思われる。<sup>29)</sup>

以上のように、「法益処分自由」は法益の要素ではないとする場合には、Aが、息子Bが打ち上げることに同意した火花をXが打ち上げた場合や、Aが、息子Bが吹き消すことに同意したバースデーケーキのロウソクをXが吹き消した場合を<sup>31)</sup>どう処理するかという問題が生じる。<sup>32)</sup>法益処分自由は法益の要素であるとする見解の背後には、もともと、これらの事例について法益関係的錯誤を（ひいては器物損壊罪を）否定するのは妥当ではないという認識があるが、<sup>33)</sup>本稿の立場からは、XをBだと誤認したことについてAに落ち度が認められる場合は（例えば、たまたま同じ色の服を着ていたXを背後から見てもBだと思い、「火花を打ち上げてごらん」とか、「さあロウソクを吹き消そう」とか言ったのであれば）、同意は有効であり、Xに器物損壊罪が成立する余地はない。他方、誤認についてAに落ち度が認められない場合は（例えば、Xは、離婚した妻が引き取った、Bと一卵性双生児の子供であつて、Bを物置に閉じこめたのであれば<sup>34)</sup>、器物損壊罪が成立することになる。

以下では、右の検討をふまえて、具体的なケースについて若干の考察を行いたい。

## 二 具体例の検討(その一)

(1) まず、いわゆる緊急状況に関する錯誤として問題にされている「猛獣事例」<sup>(35)</sup>について考えてみたい。

猛獣事例においては、法益主体Aは、自己の猛獣との関係で正当防衛状況または緊急避難状況が生じていると認識している。この場合、猛獣の殺傷は、Aの同意を俟つまでもなく適法であるから、Aは、当該猛獣が、自己がその殺傷に同意し、あるいは拒否できる(自己の意思で、刑法上の保護を解除したり解除しなかったりできる)法益であることの認識を欠いていることになる。要するに、Aは、法益としての当該猛獣が、すでに自分の手を離れてしまっていると認識しているのであるから、ここでAが、「射殺して下さい」と言ったとしても、そこには、法益を手放す意思的要素が認められず<sup>(36)</sup>(すでに手を離れているものを手放そうという意思は、生じ得ない)、従って、同意は存在しないと思われ<sup>(37)</sup>る。

これに対して、猛獣事例を、法益主体の自由意思喪失という観点から解決しようとする見解も存在する。例えば、林美月子教授は、猛獣事例の状況下では、人は、猛獣の殺傷に同意せざるを得ない、従って、そこでの同意は、同意しない自由を奪われた状況でなされたものであり、自由な意思決定ではない(同意は無効である)、とされる<sup>(38)</sup>。

確かに、「あなたの猛獣が人を襲おうとしているから射殺していいですか」、ときかれれば、人は、なかなか、これを拒否できないであろう。しかし、問題は、そこでの「拒否」の意味内容である。林教授が指摘されるように、猛獣が人を襲っているのが現実だとしたら、猛獣を殺傷する行為は正当化されるのであるから、法益主体ができなかった「拒否」は、せいぜい、正当な殺傷行為に対する不満の表明に過ぎないと思われる。そして、その反面として、法益主体が与えた「同意」も、正当な殺傷行為に対する賛意の表明に過ぎないであろう。猛獣事例において猛獣殺傷の構

成要件該当性ないし違法性が阻却されない理由は、やはり、(本来の意味での) 同意の不存在に求められるべきではないかという疑問がある。<sup>(40)</sup>

(2) 次に、猛獣事例と同じく緊急状況に関する錯誤として問題にされている、「移植事例」<sup>(41)</sup>について考えてみたい。猛獣事例の場合とは異なり、移植事例においては、同意自体が存在することには問題がなく、ただ、同意の形成過程において、事実誤認があつたに過ぎない。従つて、本稿の立場からは、母親Aの事実誤認について、落ち度の有無を問題にすることになる。

まず、移植事例の典型的な設定、すなわち、医師が母親Aに虚偽の事実を告げるといふ設定の下では、母親Aがその事実を誤認するのは、一般に無理もないと考えられる。従つて、ここでは、同意を無効とすべき場合が多いであろう。これに反して、母親Aが、自宅を訪れた初対面の自称霊能力者Xにそのような虚偽を告げられ、眼球の摘出に同意した場合は、母親Aに落ち度があつたと認められる場合もあろう。子供が事故に遭つて失明しそうだと言けば、大抵の母親は動揺すると思われるが、それにしても、精神的に特に脆弱であつたなどの事情がないにも拘わらず、右のXのような者の虚言をそのまま信じてしまった母親は、軽率に過ぎると思われる。とはいへ、このような事態はほとんど起こり得ないのであり、母親Aが実際に同意を与えるに至つたほとんどのケースにおいて、母親の落ち度は否定され、同意は無効とされることになると思われる。

この移植事例に関しては、他の解決方法が有力に主張されている。そのひとつは、子供の事故という緊急状況を告げられた場合、母親は移植に同意せざるを得ないと考えて同意するだろうから、その意思決定は、脅迫を受けた場合と同様、大きく制約されており、もはや自由ではないとするものである。<sup>(42)</sup>しかし、山口教授が指摘されるように、<sup>(43)</sup>母親Aが、同意せざるを得ないと考えて同意するのは、子供Bが、実際に事故に遭つて、実際に失明の危機に直面して

いる場合でも同じだと考えられる。従って、法益主体が同意せざるを得ないと考えた場合には意思決定が自由でない、とする場合には、緊急状況が事実存在する場合の摘出手術について違法性を阻却できるかに、なお疑問が残るように思われる。<sup>(44)</sup>

移植事例について主張されている、いまひとつの有力な解決方法は、緊急状況を誤認させて同意させた者は、脅迫して同意させたのと同視できるから、同意は無効だとするものである。<sup>(45)</sup>ここでは、緊急状況が現実存在する場合に、母親Aは、自由に同意したと評価できるが、緊急状況が存在しない場合には、Xによって同意させられた（つまり、自由でなかった）のだとされる。<sup>(46)</sup>

確かに、このような理論構成によつて、欺罔行為者Xについて、犯罪の成立を肯定することは可能であろう。しかし、これは、違法性阻却事由を作出した上で法益侵害を惹起した者には、違法性阻却事由の効果による無罪放免を許さないと、原因において違法な行為の理論のヴァリエーションであつて、ここでXが処罰されるのは、同意が無効だからではない（むしろ、同意が有効だから、このような理論構成が必要・可能となる）のではないかという疑問がある。また、この見解によると、法益主体が、欺罔により緊急状況を誤認させられて同意した場合、同意は、常に無効とされることになると思われるが、本稿の立場からは、法益主体の事実誤認の落ち度を一切不問に付すことの妥当性に、なお疑問が残る。例えば、右の、自称霊能力者Xが母親Aを欺罔して同意させ、事情を知らない医師Yが執刀したという（もちろん、現実には、ほとんど起こり得ない）場合、同意を無効とする以上、たとえ医師Yがそのことを認識していなくても、業務上過失致傷罪が成立する可能性があると思われるが、これは妥当な結論であろうか。さらに、欺罔者Xが故意に母親Aに事実を誤信させた場合は脅迫と同価値である、と仮にいえたとしても、この見解からは、Xが、故意によらずAの事実誤認を惹起してしまった場合（例えば、医師が電話をかけ間違えて、子供Bの

母親ではないAに、緊急手術の必要があると伝えてしまい、Aが同意した)や、Aが勝手に事実を誤認した場合(例えば、救急車で搬送されてきた子供Bを自分の子供だと勘違いし、母親だと名乗り出て、手術に同意した)に、同意の有効性をどう判断するかが明らかでないようにも思われる。<sup>(47)</sup>

(3) 次に、法益の価値についての錯誤との関係で問題にされている「余命告知事例」について見てみたい。これは、Xが患者Aに、実際に予想されているよりも短い余命(あるいは、より過酷な闘病生活)を告げ、これを信じたAが自殺を決意したというものである。

まず、本稿の立場からは、本事例は、自己の余命を誤認したことについて、患者Aに落ち度があったか否かによって解決されることになる。典型的な設定によれば、Aに事実と反する余命を告知するのは医師であるが、この場合には、Aの落ち度が否定され、同意が無効とされる場合が多いと思われる。これに反して、Aが、医師と看護婦の、別の患者についての会話を立ち聞きして事実を誤認した場合や、到底信用できない人物の虚言を信じて事実を誤認した場合には、同意を有効とすべきであろう。

他方、多くの見解は、この問題を、法益の価値についての錯誤の問題として論じている。すなわち、法益の価値について錯誤がある同意は無効であることを前提として、余命を実際よりも短いと誤認したことを、生命の価値についての錯誤と評価すべきか(この場合には、同意が無効とされることになる)<sup>(48)</sup>、それとも、生命の価値の大小という観念を認めるべきでないか(この場合には、同意は有効とされることになる)<sup>(50)</sup>が議論されているのである。

生命の価値の大小という観念を容れることができるかという議論には、それ自体興味深いものがあるが、右の議論は、法益の価値についての錯誤は(同意を無効とする)法益関係的錯誤であるという、その前提に関して、なお検討の余地を残しているように思われる。

まず、法益の価値についての錯誤には、錯誤について法益主体の落ち度があると評価できる場合もあれば、そうでない場合もある。従って、法益主体の落ち度は法益主体に負わせるべきだとする本稿の立場からは、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、妥当でないように思われる。<sup>(51)</sup>

また、法益の価値についての錯誤を、法益自体についての錯誤（法益の不認識等）と同列に扱う右の前提に実質的な根拠があるかには、法益関係の錯誤説の立場を前提とした場合でも、なお疑問の余地があるように思われる。<sup>(52)</sup>

すなわち、法益の価値についての錯誤の典型例は、真作の絵画を贋作だと誤認した場合や、健康な臓器を病気に冒された臓器だと誤認した場合であるが、これらの場合に、「贋作だと思ったから」「自己の絵画の破壊に同意し、あるいは、「病気に冒された臓器だと思ったから」臓器の摘出に同意するというのが、法益関係の錯誤説が、法益関係の錯誤ではないとしてきた<sup>(53)</sup>、同意の形成過程における錯誤（処分の目的・動機の錯誤）の一類型であることは否定できないように思われる。従って、問題は、この中から、「法益の価値についての錯誤」を抜き出して、これがある場合の同意を無効とし、他方、これ以外の目的・動機の錯誤がある場合の同意を有効とすることに根拠があるかである。

法益関係の錯誤説は、この根拠を、ある犯罪構成要件で保護されている法益以外の利益を、その構成要件を用いて保護しようとするのは不当である、ということに求める。<sup>(54)</sup> 例えば、「結婚してくれるというから」「自己の絵画の破壊に同意したというケースについて法益関係の錯誤を否定してきたのは、この場合に同意を無効としてしまうと、器物損壊罪の法益ではない、「騙されない自由」等を、器物損壊罪によって保護することになってしまおうとするのである。しかし、法益関係の錯誤説が回避しようとしている右のような事態は、価値の錯誤のケースについて同意を無効とした場合にも生じるように見える。例えば、器物損壊罪についていえば、その法益は、財物の効用であるから、<sup>(55)</sup> 財物の効用と無関係な事柄（例えば、結婚してもらえないこと）について欺罔されない利益が器物損壊罪の法益でないことは

もちろんであるが、他方、財物の価値について欺罔されない利益も、同罪の法益ではないはずだからである。ここで同意を無効とするためには、法益と関係している利益であれば、法益外の利益であっても、当該構成要件を用いて保護して良い、という（おそらくは不当な）前提を採らざるを得ないのである。なお、確かに、詐欺罪を見ると、法益主体が自己が交付する法益を認識していない場合だけでなく、自己が交付する財物等の価値や、これと交換に得る反対給付の価値について錯誤に陥っている場合にも犯罪が成立するとされている（つまり、同意は無効とされている）から、法益の価値についての錯誤は、同意を無効とするかのように見える。しかし、本稿のように、これが、詐欺罪の特殊性に由来する例外的な取り扱いであると考えられる場合には、このことは、法益の価値に関する錯誤一般が同意を無効とすることの「証拠」ではないことになる。

### 三 具体例の検討（その二）

#### （一）偽装心中事件

（ア）以下では、判例に現れた事件について、引き続き考えていくことにしたい。まずは、自殺関与罪に関して、いわゆる「偽装心中事件」<sup>(56)</sup>を取り上げたい。この事件は、被害女性Aに別れ話を持ちかけてこれを拒否され、逆に心中を提案されたXが、Aが自己を熱愛し追死を信じているのを奇貨として、Aのみ毒殺しようとして、追死を誤信させた上で致死量の青化ソーダを与えて嘔下させ、同人を死亡させたというものである。

最高裁は、いわゆる重大な錯誤説を採ってAの同意を無効としたが、本稿の立場からは、AがXの追死意思を誤認したのは、Aの落ち度であったと考えられるので、同意は有効とすべきではないかと思われる。重大な錯誤説は、右<sup>(58)</sup>

のAについてそうであるように、法益主体の落ち度を一切問題にしない点で、やはり疑問がある。また、重大な錯誤説の背後には、偽装心中事件におけるXのような不誠実な嘘つきは、処罰されて当然であるという感覚があるのかも知れないが、すでに述べたように、この理由で同意を無効とするのは、論理が逆であるように思われる。<sup>(59)</sup>

(イ) 右の最高裁判例に対し、学説上は、早くから、Aが死ぬこと自体に錯誤なく同意している以上、その同意は有効とすべきではないかという批判がなされ<sup>(60)</sup>、また、法益関係の錯誤説の立場からも、動機の錯誤は法益関係の錯誤ではないという認識<sup>(61)</sup>から、Aの同意を無効とすることについての疑問が表明されてきた。確かに、法益主体が、自分が死ぬことを錯誤なく認識していることが、同意が有効であるための必須の条件であることは、これらの見解が主張する通りであろう。しかし、事実誤認について法益主体に落ち度がない場合に同意を有効とすることが妥当であるかには、すでに述べたように、疑問がある。

(ウ) 学説においては、比較的最近になって、右の見解とは異なる角度から、Aの同意が有効である理由を説明する見解が主張されるようになっていく。

まず、林幹人教授は、偽装心中事件の場合、被害女性Aの死の決意には、被害者自身の価値判断が大きな比重を占めているから、その決意は、殺人罪の成立を認めるほどに不自由なものとはいえないのではないかとされる。すなわち、Xと添い遂げられないことを大きな苦痛だと思ったのはAであり、生きて添い遂げられないなら心中した方がいいと思ったのもAだから、自殺の決意は、Aの価値判断に沿ったものだとされるのである。<sup>(62)</sup>

林教授が、追死を信じた心中のケースには、同意を有効とすべきものと、無効とすべきものがあるとされる点については、本稿も賛成である。しかし、林教授がされるように、法益主体の価値判断が大きな比重を占めているかどうかで、同意の有効・無効を判断することが可能であるかには、なお疑問が残る。教授の見解の趣旨が、偽装心中事

件で、仮に、被害女性Aが、当初、Xと添い遂げられないことを大きな苦痛だと思っておらず、また、生きて添い遂げられないなら心中した方がいいとも思っていなかったが、Xの話を聞いているうちにそう思うようになって自殺を決意したというのであれば、Aの自殺の決意には、A自身の価値判断が大きな比重を占めておらず、同意は無効だということの<sup>(63)</sup>だとすると、自殺を決意した時点をとつてみれば、Aの決意にAの価値判断が大きな比重を占めているのは、この場合も、実際の偽装心中事件の場合も、同じではないかと思われるからである。また、林教授は、「……生命は誰にとつてもかけがえない価値をもつものである。したがって、その処分について自由意思を喪失してなされたとするためには、被害者にとつて生命よりも、さらに大きな価値あるものが、自分の生命を放棄しなければ失われると錯誤している場合でなければならぬ。」ともされる<sup>(64)</sup>。しかし、この基準に拠りつつ、被害女性Aの同意を有効とできるのかにも疑問がある。偽装心中事件において、被害女性Aは、恋人Xと「あの世」で一緒になることは、自分の命よりも価値があると考えていたと思われるし、これは、生命を放棄しなければ失われる（得られない）と錯誤していた（実際には、Xに追死の意思はなかったため、Aは死んでもこれを得られなかった）のではないかと思われるからである<sup>(65)</sup>。

(エ) また、山口教授は、従来の法益関係的錯誤説は、法益処分の自由を法益とは別個のものとしてとらえていた点に問題があると指摘され、法益処分の自由は、法益の要素であると位置づけられる。その上で、法益処分の理由・動機は、法益処分の自由に関わるから、これについての錯誤は、原則として法益関係的錯誤であるとされ、しかし、生命は、その処分の自由が刑法上保護されていないから、生命処分（自殺）の理由・動機に錯誤があつても、同意は無効にならないとされるのである<sup>(66)</sup>。

法益処分の自由を法益の要素とすることに疑問があることは、すでに述べた通りであるが、これを措くとしても、<sup>(67)</sup>

生命処分の自由が刑法上保護されていないことを根拠として、生命処分の理由・動機に錯誤があつても同意は無効にならないとすることができるのには、なお検討の余地があるように思われる。

まず、山口教授が、生命処分の自由が刑法上保護されていない、とされることの意味は、教授が刑法二〇二条等を援用されているところから、生命の処分（自殺）に対しては、財産法益等、他の法益の処分については設けられていない障碍が設けられている（例えば、生命の処分を他人に手伝ってもらう場合、法益主体は、二〇二条で処罰されるリスクを冒してくれる者を見つけないといけない）ということであると思われる。すなわち、ここでの「自由」は、法益処分を他人に頼むという選択肢に制約が設けられていないなどという意味での「自由」である。他方、山口教授が、生命処分（自殺）の理由・動機に錯誤があつても同意は無効にならないとして保護を否定される「自由」は、意思決定において錯誤がないという意味での「自由」であろう。要するに、ここでは、根拠の部分における自由の意味と、結論の部分における自由の意味とが異なっているように見える。両者の間には論理的な関係がないと思われるから、前者の意味での自由が刑法上保護されていないことは、後者の意味での自由を刑法上保護しないことの根拠とはならないのではないかという疑問がある。

## (2) 接客婦監禁事件

(ア) 次に、監禁罪との関係でしばしば取り上げられる、最決昭三三・三・一九刑集一二巻四号六三六頁について考えてみたい。本件の事案は、次のようなものである。Xは、自己が経営する特殊飲食店から逃走した接客婦Aを連れ戻すため、Aに対して、入院中のAの母のところへ行くと虚偽の事実を告げた。これを信じたAは、①地点でXとともにタクシーに乗車し、その後、②地点で騙されていることに気付き、停車を求めた。しかし、Xは、運転手に運転継続を命じ、Aは、タクシーが③地点に至ったところで、車外に飛び出した。

この事件の争点は、②地点―③地点間だけでなく、①地点―②地点間についても監禁罪が成立するかであるが（最高裁は、監禁罪の成立を肯定した<sup>(69)</sup>）、この問題は、監禁罪の保護法益の理解と関連づけて論じられてきた。すなわち、いわゆる可能的自由説を採って、最高裁と同じように、①地点―②地点間においても法益侵害が生じているとする立場からは、監禁罪の成否は、Aの同意の存否ないしは有効・無効によって判断され、他方、いわゆる現実的自由説を採る立場からは、①地点―②地点間においては、そもそも、監禁罪の法益侵害が生じていないとして、監禁罪は不成立だとされてきたのである。<sup>(71)</sup>

(イ) 監禁罪の保護法益が何であるかについての詳細な検討は、本稿の守備範囲を越えるが、議論の前提として簡単に触れておくならば、本稿は、可能的自由説にも、現実的自由説にも、問題があると考ええる。

まず、可能的自由説には、質的に異なる利益侵害を同列に扱うという不自然さが否定できないように思われる。すなわち、可能的自由説は、現実的自由説の目から見れば、監禁未遂（不可罰である）にとどまる行為を、監禁罪として捕捉しようとするものであり、これには、確かに、相当の理由がある。<sup>(72)</sup>しかし、このようにすると、被害者が実際に移動したと思ったのに移動できなかったという事実は、情状に過ぎないことになると思われる。<sup>(74)</sup>しかし、移動したいと思ったのに移動できなかったという事実が存在する場合と、そうでない場合とは、法益主体に生じた利益侵害は、量的にはなく、質的に異なっているというべきであろう。このことを考慮するならば、質的に異なる利益侵害をともし監禁罪の保護法益とするのではなく、現実的自由説がするように、移動意思が生じたが移動できなかった場合にのみ監禁罪の法益侵害を肯定し、いわゆる可能的自由が侵害されたに過ぎない場合は、不可罰な監禁未遂とするのが妥当であるように思われる。

また、可能的自由説には、これを前提とした場合の刑法の干渉が、過剰ではないかという疑問もある。例えば、X

がAが寝ている部屋に外から鍵をかけ、そのまま家に帰ったが、明け方頃に翻意して、再び鍵を開けたとする。この場合、Aがその夜一度も起きてこなかったのであれば、これは、悪趣味ないたずらの域にとどまったと考えるべきではないかと思われる。<sup>(76)</sup>このケースで、事実を知ったAが警察に駆け込んでXの逮捕を求め、警察の方も本気で出動するという事態には、刑事処罰に対する過剰な依存と、市民生活上のトラブルへの過剰な干渉とがあるように見える。さらに、このケースにおいては、Aは、Xに対して、民法上、何らの不法行為責任も追及できないように思われるが、そうだとすると、Xの行為に犯罪の成立を認めることには、ますます疑問が残る。

他方、現実的自由説が、法益主体に移動意思が生じなかった以上、監禁罪が成立する余地はないとするのには、やはり疑問がある。山口教授が指摘されるように、<sup>(76)</sup>法益主体が監禁状態に置かれることに同意する（つまり、移動意思を生じない）過程で事実誤認があった場合には、その同意を無効とする（移動意思が生じていなくても監禁罪を肯定する）余地があると思われる。この点について、監禁罪を特別扱いする理由はないであろう。

(ウ) 以上のように考えるならば、①地点―②地点間について監禁罪が成立するかどうかは、可能的自由説を採るか、現実的自由説を採るかとは無関係に、監禁状態に置かれることについて、Aに有効な同意があったか否かによって決せられることになる。

この方向を採る見解の多くは、Aが、頼めばいつでも降ろしてもらえると誤信してタクシーに乗っていたのであれば、これは、法益関係的錯誤であるから、同意は無効であり、監禁罪が成立するとする。<sup>(78)</sup>

他方、同意の有効・無効は、同意の条件とされた事実誤認についての、Aの落ち度の有無によって決すべきだとする本稿の立場からは、仮に、Aが、頼めば降ろしてもらえると誤信していたとしても、なお、Aの同意を有効とする余地がある。本件の実事関係は、判決文からは必ずしも明らかではないが、Xが、住み込みの接客婦に売春をさせる

特殊飲食店の経営者であったこと、Aが、そこを逃走した接客婦であつて、Xは同人を連れ戻すために出向いてきていたこと、Xが、Aに、母親が入院している病院に連れて行くという話をしたのは、Aが、店に戻るよう求めるXの催促を拒否した後のことだつたこと、Aが当時一八歳であつたことなどは、事実誤認についてAに落ち度があつたことを疑わせる事情であらうか。<sup>(79)</sup>

### (3) 「おはいり」事件

(ア) 次に、住居侵入罪に関する、最判昭二四・七・二三刑集三卷八号一三六三頁について考えてみたい。この事件の事案は、Xが、A宅の入り口付近で「今晚は、今晚は」と連呼し、Aがこれに「おはいり」と応じて戸を開けるやいなや、中に入って七首を示し、強盗に及んだというものである。<sup>(80)</sup>

これについて、最高裁は、次のように述べて、住居侵入罪の成立を肯定した。「強盗の意図を隠して『今晚は』と挨拶し、家人が『おはいり』と答えたのに応じて住居にはいつた場合には、外見上家人の承諾があつたように見えても、真実においてはその承諾を缺くものであることは、言うまでもないことである。されば、原判決が挙げている証拠中に論旨に摘録するような問答があるとしても、これらの証拠によれば原判決のような住居侵入の事実を肯認することができるのである」。

(イ) 学説においては、右の最高裁の立場を支持する見解も有力に主張されている。<sup>(81)</sup> 例えば、井田教授は、「居住者は、およそ立入りを認めるかどうかの二者択一的な決定しかできず、人の属性・立入りの目的に関し条件をつけてもそれはいつさい法的に無意味であると考ええることは保護法益の内容をあまりにも空虚なものとするものであらう」とされる。<sup>(82)</sup> 確かに、教授が指摘されるように、法益主体の側に、人の属性・立入り目的に関して事実誤認がある場合に、一切、同意が無効となる余地を認めないのは、妥当でないであらう。<sup>(83)</sup> しかし、このような事実誤認があれば、同

意は無効であるとする場合には、繰り返し述べてきたように、法益主体の落ち度を問題にしない点で疑問がある。同意を無効にする目的の錯誤は犯罪目的に関する錯誤に限る、という制限を付けたとしても、<sup>(84)</sup>程度の差にとどまるであろう。

他方、法益関係の錯誤説の立場からは、最高裁が、立入り目的に関する錯誤を理由に同意を無効としたことに対して、強い批判が加えられてきた。<sup>(85)</sup>その根拠は、人の同一性についての錯誤は法益関係の錯誤であるが、立入り目的についての錯誤はそうではないから、本件のAの同意を無効とすべきではない、というものである。<sup>(86)</sup>法益関係の錯誤説は、法益関係の錯誤がない限り、同意は原則として有効であるという見解であるから、そこでは、法益関係の錯誤の範囲の画定が、処罰の限界付けの機能を担うことになる。そして、法益関係の錯誤説は、住居侵入罪について、「人の同一性」と「人の属性」に着目し、同一性についての錯誤は法益関係の錯誤であるが、属性についての錯誤は法益関係の錯誤ではないとするのである。この区別は、法益関係の錯誤説を前提とする限り、十分な合理性を具えていると思われる。<sup>(87)</sup>

しかし、本稿の立場からは、法益関係の錯誤説が、一方で、人の同一性についての錯誤がある場合には、法益主体に事実誤認についての落ち度があってもなお同意を無効とし、他方で、人の属性についての錯誤があるに過ぎない場合には、法益主体に事実誤認についての落ち度がなくても同意を有効とする点に、やはり疑問が残る。例えば、Aが、夫Bの一卵性双生児の兄弟XをBだと誤信して性交渉をもったような場合、Aが、その六時間前にニューヨークに出張中のBからの国際電話を受けていたのであれば（Aは、「どうかしていた」としかいいようがないが）、Aの同意を有効とすべき場合があると思われる。逆に、Aが、除名処分を受けて弁護士資格を失ったばかりのXの事務所に、そうとは知らずに電話をかけて、進行中の事件についての弁護士就任を依頼し、これを承諾したXが翌日自宅を訪れた

の中で招じ入れたような場合には、同意を無効とする余地があるのではないかと思われる。

このように考えるなら、「おはいり」事件のAが、Xに強盗目的がないと誤信してXを招じ入れたのであれば、これは軽率であった(同意は有効である)とせざるを得ないのではないかと思われる。すでに述べたように、人の内心を外から窺い知ることはできないから、相手の目的について何らかの信を置くことは、それ自体一定のリスクを伴うことである。<sup>(89)</sup>ましてや、犯罪目的をもつ者は、それを秘匿し、犯罪目的がないかのように装うのが当然であるから、相手の外見や振る舞いに犯罪目的を窺わせるところがないことは、犯罪目的がないことを何ら保障しないのが通常であろう。要するに、犯罪目的が事実存在する場合にこれを見抜くことはほとんど不可能であるから、未知の人物について、実際には存在する犯罪目的を、「ない」と誤信したというのであれば、それは軽率であったと評価すべき場合が多いように思われるからである。<sup>(90)</sup>

(1) この問題領域には、優れた研究が数多く存在するが、本稿では、紙幅の都合により、それらを網羅的に取り上げることができなかった。このことを、最初にお断りしておきたい。本稿で引用・参照した主な文献は、以下に挙げた通りである。井田良「被害者の同意」現刑一四号(二〇〇〇年)八六頁(後に、同「刑法総論の理論構造」(二〇〇五年)一九〇頁に収載)、同「同居侵入罪」法教二二五号(一九九八年)九頁、上高「被害者の同意(上)・(下)」法教二七〇号(二〇〇三年)五〇頁、二七二号(二〇〇三年)七八頁、小林憲太郎「いわゆる『法益関係の錯誤』の意義と限界」立教法学六八号(二〇〇五年)二八頁(後に、同「刑法的帰責」(二〇〇七年)一二七頁に収載)、佐伯仁志「被害者の同意とその周辺(一)・(二)」法教二九五号(二〇〇五年)一〇七頁、二九六号(二〇〇五年)八四頁、同「被害者の錯誤について」神戸法学年報一号(一九八五年)五一頁、林幹人「錯誤に基づく被害者の同意」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』(一九九八年)二三四頁、松宮孝明「刑事立法論における自律と自己決定」『刑事立法と犯罪体系』(二〇〇三年)三頁、林美月子「錯誤に基づく同意」松尾浩也ほか編『刑事法学の現代的状況』(一九九四年)、森永真綱「被害者の承諾における欺罔・錯誤(一)・(2・完)」関西大学法学論集五二巻三号(二〇〇二年)一九九頁、五三巻一号(二〇〇三年)二〇四頁、山口厚「被害者の行為を利用した法益侵害」『新判例から見た刑法』(二〇〇

〇六年) 一五頁以下、同「法益関係的錯誤」の解釈論的意義」司法研修所論集一一二号(二〇〇四年) 九七頁、同「欺罔に基づく「被害者」の同意」廣瀬健二ほか編「田宮裕博士追悼論集 上巻」(二〇〇一年) 三三二頁、山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関西大学法学論集三三巻三〇四二五号(一九八三年) 二七一頁。

(2) 法益主体の同意は、違法性阻却事由ではなく構成要件該当性阻却事由であると考える場合、行為者が惹起した結果は、正確には、「法益」侵害ではなく「利益」侵害であるというべきかも知れない。しかし、本稿では、煩雑さを避けるため、「法益」に統一した。

(3) 例えば、正当防衛の要件の具体的内容が、正当防衛による犯罪阻却の根拠によって決まってくるのと同じである。

(4) 山口・前掲注(1) 解釈論的意義九九頁以下参照。

(5) この特別の事情が認められるのが、違法薬物の売買の場合や、生命侵害(刑二〇二条)の場合である。身体の枢要部分についても、この「特別の事情」を認める見解が多い。

(6) 法益主体の同意に基づく犯罪阻却は、法益主体が法益侵害に関与したことにに基づく犯罪阻却とは、異なる根拠によるものである。本稿の射程を明らかにするため、このことにも若干触れておきたい。

法益主体が、法益侵害結果を正犯的に惹起した場合に犯罪の成立が認められないことは、一般に承認されている。例えば、Aが、自己が所有する自動車が入らないのでそれをバットで破壊した場合には、器物損壊罪は成立しない。この、法益主体の(正犯的)関与に基づく犯罪阻却は、被害者の同意による犯罪阻却とは異なる根拠に基づくものである。このことは、例えば、Aが、他人の自動車だと思って自己の自動車を破壊したときに器物損壊罪が成立しないことや、同じくAが、自動車の運転を誤って崖から転落し、瀕死の重傷を負っても業務上過失致傷罪が成立しないこと(これらの場合、「被害者の同意」は認められない)などから明らかであるが、その根拠は、「登場人物が一人しかいない場合には刑法の問題も起こらない」(高山佳奈子「自己決定とその限界(上)」法教二八四号(二〇〇四年) 五八頁) ことに求めることができる(もつとも、Aが自己の自動車を他人の自動車だと誤信してBとともに破壊した場合、Bについても、器物損壊罪の成立を否定すべきであるとするなら、必ずしも「一人」でなくともいいことにはなる)。

このように、法益主体の関与による犯罪阻却と、法益主体の同意による犯罪阻却とは、別個の犯罪阻却事由であるから、これらが競合する場合もある。例えば、Aが車両保険金を詐取しようとして、Xと共謀して自己の自動車を破壊したとき、Aは、この法益侵害結果の惹起に関して「正犯」であり、同時に、Aには、自己所有の自動車の破壊について、同意も認められる。また、これ

- らの犯罪阻却事由は、相互に作用することもある。例えば、同意している法益主体Aは、Xが自分を傷害しようとしても逃げないだろうし、Xが自分の財物を破壊しようとしても、これを阻止しようとはしないであろう。ここでは、Aが同意したことは、Xの傷害から逃れようとし、あるいは、Xによる自己の財物の破壊を阻止しようとしている（同意をしていない）Aを羽交い締めにするのにも似た物理的促進作用を生じている。また、行為者は、法益主体が同意していることを認識した場合、法益主体の抵抗を受けることなく結果を惹起できると考えるから、Aが同意したことは、行為者の心理を通じて、結果惹起を促進しているとも考えられる（特に、同意がなければXが行為に出ていなかったような場合、その促進作用は決定的であったともいえる）。
- しかし、以上のことにも拘わらず、被害者の同意による犯罪阻却は、法益主体の関与に基づく犯罪阻却とは、別の問題である（この問題に関連して、高田聡一郎『正犯・共犯の基礎理論』（二〇〇二年）二五四頁以下参照。例えば、Aが、自己が所有する絵画をXに譲ることに「同意」しており、そのことを知らないXが、Aが寝ている間にその絵画を奪って逃げた場合（この場合、Aの「同意」の存在は、結果発生に何らの作用も与えていない）、この行為に窃盗既遂罪が成立するかしないかは、その「同意」の有効性を判断することによって解決しなければならない。本稿は、同意が錯誤に基づいていた場合について、この問題を取り扱おうとするものである。
- (7) 例えば、Xが、一〇〇万円の小切手が入ったAの箱を示して、「この箱をもらっていいか」と尋ねたのに対して、Aが、その箱は空だと思つて、「いい」と答えたような場合である。
- (8) 従来の法益関係の錯誤説は、このように考えていたと思われる。
- (9) 例えば、井田・前掲注(1)「理論構造」一九八頁、大谷實「新版 刑法講義総論」（追補版）（二〇〇四年）二七四頁。
- (10) 本稿が念頭に置いている「落ち度」の中心的内容は、事実だと信じた事柄が事実でないことの予見・認識可能性であるが、「事実だと信じた事柄が事実でないこと」は、それ自体犯罪結果ではないから、責任論における過失と区別して、「落ち度」という言葉を用いることにしたい。なお、法益主体の落ち度を、同意の有効性判断に際して考慮すべきではないかという認識は、森永・前掲注(1)「2・完」二〇五頁以下および、そこに紹介されている見解にすでに見られる。
- (11) 山口・前掲注(1)「欺罔に基づく」三三四頁も、頭髮を丸刈りにしたら似合うと信じて丸刈りに同意した場合に暴行罪ないし傷害罪が成立しない根拠に関連して、「本人の自己責任」に言及される。
- (12) さらには、事情を知らないYが、Xから、「この人は了解済みだから殴っても大丈夫」ときかされ、「本当にいいんですか」とA

に念を押しした上でAを殴って軽傷を負わせた場合は、Yに過失傷害罪が成立することになる。  
 (13) このような不利益を与えなくても、本人は一回失敗すれば学習するという見方もできないではない。しかし、錯誤に陥った者の軽率さを徹底して宥恕することは、「一般予防」上、やはり害があると思われる。

(14) 刑事立法論において、法益主体等の「自律」をどのように考慮すべきかについて、松宮・前掲注(1)三頁以下参照。

(15) 例えば、佐伯・前掲注(1)「周辺(2)」八九頁は、推定的同意に基づく違法性阻却を、人々の利他的行動を萎縮させないという観点から基礎づけている。

(16) 刑法における同意の有効性の判断基準を民法上の意思表示のそれと一致させる必然性はないが、意思表示主体が、民法上も一定の範囲内で自己の過失の責めを負わされていることは(民九五条、九六条)、無視できないように思われる。なお、同意の有効性との関係で民法の議論を参照するものとして、山中・前掲注(1)二九四頁以下。

(17) なお、本稿の立場からは、「落ち度」の存否は、当該法益主体にどの程度の慎重さが期待されるかの判断であるから、その基準は、法益主体の年齢や精神状態等によって異なり得ることになる。また、法益主体が勝手に錯誤に陥った場合と欺罔されて錯誤に陥った場合とを区別する必要があるかも知れないが、本文の大学生Aの例でも明らかのように、欺罔されて錯誤に陥ったという事実それ自体は、落ち度を否定する要因にも肯定する要因にもならないと思われる。巧妙な欺罔であれば、法益主体の落ち度が否定される方向にシフトし、逆に、稚拙な欺罔であれば、落ち度が肯定される方向にシフトするだけであろう。山中・前掲注(1)三五頁、森永・前掲注(1)「(2・完)」二二五頁以下も、法益侵害者が欺罔行為者でもあったという事実自体に、違法性を左右する意味を与えることは、妥当でないとする。

もつとも、森永・前掲注(1)「(2・完)」二二八頁以下、二三五頁(注二四)は、法益侵害を惹起した行為者に、「錯誤を利用してはならない地位」が認められる場合にのみ、当該法益侵害に構成要件該当性が肯定されるとする。しかし、本稿の理解によれば、法益侵害を惹起したのが誰であるかは、同意の有効性とは無関係である。同意は(それが無効であるとしても)、法益侵害に論理的に先行するものであるから、その有効・無効が、法益侵害を惹起したのが誰であるかによって決まることはない。また、法益主体に明らかな落ち度(例えば、引越しの荷物に「不要品」と誤って書いた)が認められる場合でも、法益侵害者に「錯誤を利用してはならない地位」が認められる場合には、法益侵害に構成要件該当性を肯定されるようでもあるが(同・二二六頁参照)、ここには、怪しからん行為者は処罰する(これとの関係で、同意を有効とする)という、重大な錯誤説と共通の発想があるのではな

- いかという疑問がある。
- (18) 井田・前掲注(1) 同意九三頁。
- (19) もちろん、このような事態にはほとんど起こり得ないから、本稿のような考え方を採ったからといって、自殺関与罪を隠れ糞にした殺人の横行を許すことにはならない。
- (20) 山口厚『刑法総論』(第二版)(二〇〇七年)一五九頁以下。
- (21) 山口・前掲注(1)「新判例」二六頁以下、「解釈論的意義」一〇三頁以下。山中教授は、早くからアルツトのこの見解を支持しておられた(山中・前掲注(1)三三七頁)。
- (22) 小林前掲注(1)三三二頁以下参照。
- (23) 山口・前掲注(20)一五九頁以下、同・前掲注(1)「解釈論的意義」一〇四頁、同・前掲注(1)「新判例」二六頁。
- (24) 詐欺罪においても、法益主体の落ち度が問題にされていないわけではない。
- 例えば、同罪の成立要件としての「欺罔行為」は、駆け引きや誇張を越える、一般人が錯誤に陥る危険が高い行為でなければならぬとされることが多い(林幹人『刑法各論』(一九九九年)一三二頁、西田典之『刑法各論』(第二版)(二〇〇二年)一八九頁等参照)。これは、法益主体が、駆け引きや誇張を鵜呑みにして財物を交付した場合には、その事実認識がなければ同意しなかったであろうというときでも、同意は無効とされないことである。また、客Xから、代金として五千円札を受け取った店員Aが、自分は一万円札を受け取ったのだと勘違いして、Xに余分な釣り銭を交付し、XがAの勘違いに気づきつつこれを受け取ったという釣り銭詐欺の事例において、詐欺罪・窃盗罪の成立を否定する見解(例えば、山口厚『刑法各論』(補訂版)(二〇〇五年)二五一頁)が主張されている(そして、これは、妥当だと思われる)が、ここでも、店員の落ち度は店員に帰責されている。このように、同意の有効性を判断するに当たって法益主体の落ち度を問題にするというのは、新奇な発想ではない(欺罔行為の解釈の背後にある考慮が、錯誤に基づく同意の問題領域に援用可能であるという指摘は、森永・前掲注(1)「(2・完)」二二六頁にすで見られる)。
- なお、詐欺罪において、法益主体の落ち度が過度に追及されるのは、本文後述の理由から妥当ではないと思われるし、そのようにされてもいえないと思われる。例えば、いわゆる「振り込め詐欺」事件は、これが社会問題として注目を集めるようになってからすでに久しく、また、金融機関等も事ある毎に警告を発しているから、振り込みに応じた法益主体の落ち度を否定できない場合も

多いと思われるが、なお詐欺罪として立件され続けている。

(25) この「特殊性」は、法益関係の錯誤説の根拠付けの文脈で主張された詐欺罪の特殊性（反対給付の錯誤によって同意が無効になるのは詐欺罪だけであり、傷害罪など、詐欺罪以外の罪については同意は無効とならない）を指すものではない。なお、右の意味での詐欺罪の特殊性の主張に関して、森永・前掲注（1）〔1〕〔1〕二〇三頁以下参照。

(26) 山口・前掲注（1）「解釈論的意義」一〇四頁参照。

(27) この観点から法益関係の錯誤説を批判するものとして、井田・前掲注（1）「同意」九三頁。

(28) 毀棄罪が、窃盗罪よりも軽い法定刑でまかなわれていた所以でもある。

(29) このように、詐欺罪を、意思形成過程における事実誤認の責任を例外的に軽減した犯罪として位置づける場合には、法益の価値についての錯誤、あるいは、反対給付についての錯誤は、一般に理解されているところとは異なり、いわゆる動機の錯誤に過ぎないと考える余地が生じることになる。これについては、後述する（二）（3）。

(30) 山中・前掲注（1）三二七頁参照。

(31) 小林・前掲注（1）三四頁参照。

(32) ここで問題になるのは、Aが、XをBだと誤信して、Bだからいい、と考えた場合である。Xが乱入してきて、勝手に火花を打ち上げたりロウソクを吹き消したりしたのであれば、Xの行為にはおよそ同意は与えられていないのであり、器物損壊罪が成立することに問題はない。これは、店員が客に渡そうとしている商品を横から奪って逃げる行為に窃盗罪が成立するのと同じことである。

(33) 山中・前掲注（1）三二七頁以下参照。

(34) もちろん、同意が無効であることを法律家的に認識している必要はなく、無効を基礎づける事実を認識していることで足りる。

(35) Xが、外出中のAに電話して、Aが飼っている猛獣が檻から逃げ出して人々を襲っていると告げ、それを信じたAが、その猛獣を射殺することに同意したという事例である。

(36) 山口・前掲注（20）一五五頁。

(37) 山口・前掲注（1）「欺罔に基づく」三三二頁、佐伯・前掲注（1）「周辺（2）」八四頁。この場合には、そもそも同意が存在しないのであるから、本稿の立場からも、事実誤認の落ち度を問題にする余地はない。

- (38) 林(美)・前掲注(1)三三頁。小林・前掲注(1)四〇頁も同旨。
- (39) 林(美)・前掲注(1)三三頁。
- (40) 林幹人教授は、Aがその猛獣を前からもてあましており、ちやうどいい機会だと思つて同意した場合には、その法益処分を自由になされたものとする必要はないとされる(林(幹)・前掲注(1)二四六頁、同『刑法総論』(二〇〇〇年)一七八頁。これを支持する見解として、上畠・前掲注(1)八一頁。しかし、本稿の理解によれば、この場合にAが表明したのは単なる賛意であるから、同意は、やはり存在しないことになる。ここで器物損壊罪が問題にならないのは、このようなAは、告訴をしないからではないかと思われる(もちろん、猛獣を殺傷した者が、同意の無効を認識していなかったたのであれば、故意犯である器物損壊罪が成立する余地がない)。
- (41) Xが、母親Aに、Aの子供Bが事故に遭つて目に重傷を負い、失明を免れるためには角膜の移植が必要だと虚偽の事実と告げ、これを信じたAが眼球の摘出に同意したものである。
- (42) 林(幹)・前掲注(1)二四〇頁、二四六頁、同・前掲注(40)一七七頁。なお、林教授は、その母親が、同意せざるを得ないと考えなかつた場合については、自由の喪失を否定されると思われる(同・前掲注(1)二四六頁参照)。
- (43) 山口・前掲注(1)「解釈論的意義」一一〇頁以下、同・前掲注(1)「欺罔に基づく」三三八頁以下。
- (44) なお、小林・前掲注(1)四四頁以下は、緊急状況が事実存在する場合にも、法益主体がパニック状態に陥つていたならば、同意の有効性を否定すべき場合があるとされる。本稿の立場は、同意形成過程における落ち度の責任は、法益主体が負わなくてはならないとするものであるから、原理的には、事実誤認がなかつた場合でも、法益主体の落ち度が否定され、同意が無効とされる場合はあり得る。とはいえ、通常の精神能力をもち同意能力に問題がない人が、実際に存在する緊急状況を前にパニック状態に陥つたというだけで、法益主体の落ち度を否定できるかには、疑問がある。多くの場合、それは「本人の自己責任の範囲内の問題(山口・前掲注(1)「欺罔に基づく」三三四頁)であらう。なお、小林・同四四頁で紹介されている設例(長時間の残酷なリンチを受けたAが、通行人Xに、殺してくれと懇願し、Xは、歩いて三分のところにある交番に通報せず、Aを射殺した)では、同意時点におけるAの同意能力を問題にする余地もあると思われるが、仮にこれが肯定されたとしても、Aは、救助を求める有効な手段ではないという事実誤認に陥つて同意を形成しているから、この事実誤認についてAに落ち度がないならば、本稿の立場からは、同意は無効とされ、Xがこれを認識しつつAを殺害したのであれば、Xの行為に殺人罪を肯定し得ることになる。

- (45) 本稿も、脅迫されて(そして実際に畏怖して)した同意は、一律に無効とされるべきであると考え、欺罔による事実誤認の場合、すでに述べたように、そうすべきではないと考える。この根拠は、脅迫に屈したことを法益主体の落ち度と評価することができないのに対して(脅迫は、それ自体犯罪である)、事実を誤認したことは、(欺罔された場合であっても)必ずしもそうではないと考えられることである。
- (46) 山口・前掲注(1)「解釈論的意義」一一一頁、同・前掲注(1)「欺罔に基づく」三三三頁。これを支持するものとして、佐伯・前掲注(1)「周辺(2)」八四頁。
- (47) 仮に、脅迫との同価値性が唯一の基準であるならば、いずれについても、同価値性は否定され、同意は有効とされることになると思われる。
- (48) これは、法益関係の錯誤説における一般的な理解である。例えば、山口・前掲注(1)「解釈論的意義」一〇一頁、同・前掲注(1)「欺罔による」三三五頁、山中・前掲注(1)三一頁参照。森永・前掲注(1)「(2・完)」二二五頁は、法益関係の錯誤説に批判的な立場に立ちつつ、価値の錯誤は法益関係の錯誤であるとする。
- (49) この立場を採るものとして、例えば、佐伯・前掲注(1)「周辺(1)」一一七頁、山口・前掲注(1)「解釈論的意義」一〇一頁以下、同『問題探求 刑法総論』(一九九八年)八三頁以下。
- (50) この立場を採るものとして、例えば、林(美)・前掲注(1)四四頁以下。
- (51) 法益の価値の錯誤は法益関係の錯誤であるとしつつ、この錯誤があっても同意が無効にならない場合があることを認める見解も存在する(例えば、上寫・前掲注(1)八一頁)。
- (52) もちろん、法益の価値に関する錯誤は、法益に関係した錯誤であるということができるから、これを、「法益関係の錯誤」という名称で呼ぶことに不都合はない。ここで問題にしているのは、価値に関する錯誤がある場合に同意が無効とすることに、実質的な根拠があるかである。
- (53) 山口・前掲注(20)一五九頁以下、同・前掲注(1)「解釈論的意義」一〇三頁以下などは、これに再検討を加える論考である。
- (54) 例えば、佐伯・前掲注(1)「周辺(1)」一一六頁参照。
- (55) 財物の価値は、それ自体、器物損壊罪の法益ではない。例えば、同じ作家の絵画を市場に大量に放出したり、Aの絵画は贋作であると宣伝したりしてAが所有する絵画の市場価値を下げて、あるいは、その作家の悪い評判をAに吹き込んで、その絵画に対

するAの主観的な評価を低下させても、器物損壊罪が成立するわけではない。佐伯・前掲注(一)「錯誤について」七一頁が、法益としての生命は、生命それ自体であつて、法益として「意味ある生命」というものを認めるべきではないとされるのも、これと同趣旨であると思われる。もつとも、佐伯教授は、このような考慮が妥当するか否かは、法益ごとに異なり得るとされ(同論文八三頁以下)、また、財物の価値についての錯誤は、法益関係の錯誤であるとされている(同論文一〇二頁以下)。

(56) 最判昭三三・一一・二二刑集二卷一五号三五一九頁。

(57) 「同第三点は、本件被害者は自己の死そのものにつき誤認はなく、それを認識承諾していたものであるが故に刑法上有効な承諾あるものというべく、本件被告人の所為を殺人罪に間擬した原判決は法律の解釈を誤つた違法があると主張するのであるが、本件被害者は被告人の欺罔の結果被告人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が明らかである。そしてこのように被告人に追死の意思がないに拘らず被害者を欺罔し被告人の追死を誤信させて自殺させた被告人の所為は通常の殺人罪に該当するものというべく、原判示は正当であつて所論は理由がない」。これを支持する学説も有力である(例えば、井田・前掲注(一)「同意」九一頁、大谷・前掲注(9)一七四頁)。

(58) 別れ話を持ちかけてきた男が、女にこれを断られ、心中を持ちかけられたからといって、すんなりとその気になるとは限らない。さらに、Aが死亡してしまえば、Xの嘘がAに露見することはないから、Xは、嘘がばれてAに責められるという面倒な事態を気にかけることなく、嘘をつくことができる立場にある。より根本的には、人の心の中を外から直接確認する術はないのであるから、有力な間接証拠(例えば、Xが先に致死量の半分の毒薬を飲み干した)もなしにXの心中意思を信じることは、ギャンブルに近い。結局のところ、AがXの追死意思を信じたのは、やはり、軽率だったと思われる。

(59) 一(2)(イ)参照。なお、本文で取り上げた偽装心中事件と並んでしばしば取り上げられる事件に、福岡高宮崎支判平一・三・二四高刑集四二卷二号一〇三頁がある。この事件の事案は、被害女性Aから欺罔的手段(住宅建設互助会事業への投資金目)で七五〇万円を借金したXが、借金返済の目処が立たなかつたため、Aを自殺させることを計画し、AがBに金を貸したことが出資法違反であり、Aは刑務所行きを免れ得ないと信じ込ませ、一七日間に及ぶ逃避行に連れ出した挙げ句にAを突き放し、Aが、自分にはもはや逃げ場がなく、自殺する以外に道はないと誤信して農薬を飲んで死亡したというものである。本稿の立場からは、被害者が自殺の条件とした事実誤認につき、被害者に落ち度が認められないと考えられるので、同意は無効である。

(60) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(一九七二年)二五六頁。

- (61) 山口・前掲注(1)「解釈論的意義」一〇三頁参照。
- (62) 林(幹)・前掲注(1)二五三頁。
- (63) 林教授は、自殺を持ちかけたのが法益主体だったか、被告人だったかに注目される。前掲注(59)福岡高宮崎支判に関する、林・前掲注(1)二五三頁の論述参照。
- (64) 林・前掲注(1)二五三頁。
- (65) さらに、自殺を決意し、あるいは、殺害されることに同意した以上、法益主体は、自分が死ぬことで得られるものは、自分の生命よりも価値があると考えていたといわざるを得ないかという疑問もある。もちろん、法益主体が、死を喜んでいない場合はあり得るが、たとえ死を喜んでいなくても、これを選んだということは、生きていればより嫌悪すべきことが起きると考えたということではないだろうか。
- (66) 山口・前掲注(20)一五九頁以下、同・前掲注(1)「解釈論的意義」一〇四頁。
- (67) 一(2)(ウ)参照。
- (68) 山口・前掲注(20)一六〇頁、同・前掲注(1)「解釈論的意義」一〇四頁参照。
- (69) 「……刑法二〇条一項にいう『監禁』とは、人を一定の区域場所から脱出できないようにしてその自由を拘束することをいい、その方法は、必ずしも所論のように暴行又は脅迫による場合のみに限らず、偽計によつて被害者の錯誤を利用する場合をも含むものと解するを相当とする。されば、原判決が右と旨に出で、第一審判決第三摘示の被告人の所為を不法監禁罪に当たるとしたのほまことに正当である。」
- (70) 例えば、佐伯・前掲注(1)「錯誤について」七九頁、林(美)・前掲注(1)三九頁。
- (71) 例えば、西田・前掲注(24)七七頁、山口・前掲注(49)五四頁以下(ただし、山口・前掲注(24)八二頁で若干修正された)、町野朔「被害者の同意」西原春男ほか編『判例刑法研究 第二巻』(一九八一年)二〇八頁。
- (72) 可能的自由説の根拠については、佐伯・前掲注(1)「錯誤について」七九頁以下参照。また、山口・前掲注(49)五四頁も参照。
- (73) 例えば、全治一週間であるか、全治一ヶ月であるかが、傷害罪の成否とは無関係な情状であるのと同じように。
- (74) 可能的自由説においては、現実的自由の侵害がなくても監禁罪は成立するから、現実的自由の侵害は、監禁罪の成立要件として

の法益侵害結果ではないと解される。

(75) もちろん、XがAの家に忍び込んで部屋の鍵をかけたのであれば、住居侵入罪が成立し、この意味では、もはや、いたずらではすまない。

(76) 山口・前掲注(24) 八二頁以下、同・前掲注(1)「解釈論的意義」一〇六頁。もっとも、山口教授が、法益処分の自由が法益の要素であることを根拠とされることには、すでに述べたように、疑問がある。

(77) 頼めば降ろしてもらえたのであれば、そもそも事実誤認は存在しない。この点、本件の事案では、タクシ一の運転手がAの要求に応じようとした様子もあり、不明瞭なところがある。控訴審判決(札幌高函館支判昭三二・九・一七刑集二二卷四号六四一頁)は、次のように認定している。「・Aが欺罔されたことに気付き運転手に停車を求め、被告人は函館に直行することを要求し、運転手が措置に迷い自動車の速力を時速約二五キロメートルに減じて進行中、右三叉路から約一五〇メートル離れたG派出所前付近で、Aが車外に逃げ出したことを認めることができる」。この点については、林(美)・前掲注(1)四〇頁も参照。

(78) 山口・前掲注(24) 八二頁以下、同・前掲注(1)「解釈論的意義」一〇六頁、林(美)・前掲注(1)四〇頁、佐伯・前掲注(1)「錯誤について」一八六頁。

(79) もっとも、Aの母親の病状によっては、Aの判断力の減殺を考慮する必要があると思われる。

(80) 正確には、犯人は複数であり、被害に遭った家は二軒である。

(81) 例えば、井田・前掲注(1)「住居侵入罪」一〇頁、大谷・前掲注(9)二七四頁。

(82) 井田・前掲注(1)「住居侵入罪」一〇頁。

(83) 法益関係の錯誤説を支持する論者は、一般に、人の属性について錯誤があるに過ぎない場合には、同意は有効であるとする。

(84) 井田・前掲注(1)「住居侵入罪」一〇頁は、「平穩説が、右の最高裁判例を支持しつつ、殺人、強盗、強姦等の目的の場合と區別して、詐欺や借金の返還請求等の目的の場合については、平穩を害する態様による立入りといえないとの理由で本罪の成立を否定してきたことは、右のような実質的考慮により支持することが可能である」とされる。

(85) 佐伯・前掲注(1)「錯誤について」九六頁以下、林(美)・前掲注(1)四一頁以下。

(86) 佐伯・前掲注(1)「錯誤について」九六頁以下、林(美)・前掲注(1)四一頁以下。なお、山口教授も最高裁の考え方に反対されるが(山口・前掲注(1)「解釈論的意義」一〇六頁)、教授が、監禁罪の場合(同論文一〇六頁)とは異なり、住居侵入罪に

ついで、法益処分の自由を問題にされない理由は必ずしも明らかではない。教授は、秘められた犯罪目的は、それが顕在化した段階で不退去罪で対処すればよいとされるが（同論文一〇六頁）、そうであるならば、監禁罪の場合もそう考えるべきことにならないかという疑問がある。

(87) なお、同一性の錯誤と属性の錯誤の区別が可能かという問題に関して、佐伯・前掲注(1)「錯誤について」九七頁以下参照。

(88) 三(1)（偽装心中事件）参照。

(89) そして、このことは、多くの人にとつては常識であると思われるから、そもそも、他人の内心についての認識は、半信半疑、あるいは、期待ないし希望の域にとどまり、「誤信」にまで至っていないことも多いと思われる。この場合、「相手に強盗目的がないこと」等は、立入りに同意する条件とされていないことになるから、強盗目的があると分かっていたれば入れなかつたからといって、同意を無効とすることはできないであろう。なお、事実を知れば同意しなかつたであろうということ、誤信していた事実が同意の条件であつたこととは異なると思われることについて、近藤和哉「詐欺罪の法益理解についての覚え書き」神奈川法学三九巻二二三号（二〇〇七年）三四頁以下参照。

(90) なお、「おはいり」事件と並んで、しばしば取り上げられる事件として、東京高判昭三八・二・一四高刑集一六巻一号三六頁がある。これは、Xが、自分を殴つた黒人兵Aを殴り返そうとしてAを追いかけ、Aがビルに駆け込んだように見えたので、そのビルに入っている会社の従業員であるBに対して、「憲兵隊の佐藤だ」と告げ、Bが、Xは米国憲兵隊の者であり、犯人逮捕のための立入りを求めているのだと誤信して、これに同意を与えたというものである。裁判所が指摘しているように、ここでは、Bに立入りを許す権限があつたのか、それも疑わしいが、これを描くとすると、本件のBは、Xの立入りは、自分が同意するかしないかは無関係に適法であると認識していたのであるから、猛獣事例におけるのと同じ理由から、ここでは、同意は存在しないと考えられる（住居侵入罪が成立する）。また、仮に、この事件において、Bが呆気にとられていた間にXが立ち入ってしまったのだとする、と、Bは「賛意」さえ与えていないことになるから、住居侵入罪が成立するのは、ますます当然である。