慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	法益関係的錯誤説に対する批判
Sub Title	Zur Kritik über den rechtsgutsbezogenen Irrtum
Author	野村, 和彦(Nomura, Kazuhiko)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2017
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.37 (2017. 2) ,p.187- 204
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	井田良教授退職記念号#論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20170224-0187

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

法益関係的錯誤説に対する批判

野　村　和　彦

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　アルツトによる当初の法益関係的錯誤説
Ⅲ　同説に対する反応
（Ⅰ）　賛成説
（Ⅱ）　修正説
（Ⅲ）　反対説
（Ⅳ）　アルツトによる見解の修正
Ⅳ　考察

Ⅰ　はじめに

法益関係的錯誤説とは、行為者の欺く行為によって、法益を享受している主体（以下、法益主体とする）が放棄するべき法益を錯誤により正しく認識していなかった場合、その同意は無効とする見解である。裏面からいえば、法益主体が手放す法益を明確に認識していたならば、たとえ欺罔行為によって錯誤に陥ったとしても、法益に関する錯誤は被害者にはないため、その同意は有効とされる。

同説はわが国の学説においては依然として有力である。ところが、アルツト（Arzt）によって同説が提唱されたドイツの学説の状況をみると、その様相はわが国とは異なる。たしかに、同説は、登場後しばらくは支持を得ていた。しかし、その後、議論が深まるにつれ、批判が強まった結果、同説への純粋な支

持はほとんど見受けられなくなった。むしろ、同説をふまえつつこれを修正する説や同説を根本的に批判する見解が有力になってきている。法益関係的錯誤説をめぐる日独の議論状況は極めて対照的である[1)]。

本稿では、ドイツにおいて、修正説や反対説が法益関係的錯誤説に対してどのような批判を展開してきたのかを探り、法益関係的錯誤説の問題点を明確にしたい。なお、本稿は法益関係的錯誤説への批判に対象を限定している。修正説や反対説が示した対案の検討も要するところではあるが、これは今後の研究課題としたい。

Ⅱ　アルツトによる当初の法益関係的錯誤説

（1）　同説が登場する前夜における、被害者の意思の欠如（Willensmängel）をめぐる議論状況について、アルツトは大きく二つのほころびがあるとみていた。

第一に、欺罔や脅迫によって得られた同意（Einwilligung）をめぐる対立である[2)]。一般的見解によれば、その同意は一律に無効であり、行為者は可罰的であるとする。これに対し、学説の有力説によれば、動機の錯誤の場合、同意は有効としていた。

第二に、被害者の同意を、構成要件を阻却する合意（Einverständnis）と違法性を阻却する同意（Einwilligung）とに分けるアプローチについてである[3)]。この説によれば、欺罔によって得られた同意について、前者の場合は「自然的意思（natürlicher Wille）」があれば十分として、同意を有効とするのに対し、後者の場合は同意の有効性を否定する。アルツトはこの区別の仕方について強い疑問を抱いていた。まず、こうした区別それ自体に理由を見いだせない。「自然

1）Vgl. Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 18.Aufl.（1978）, S.403, Rn.50, und Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder StGB Kommentar, 29.Aufl.（2014）, S.588 ff, Rn.29-31, 32f, 44-48.

2）Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung（1970）, S.8-9.

3）Arzt, aaO, S.9-12.

的意思」を理由に挙げるのは説得力に欠ける。次に、被害者の同意の問題がいずれに振り分けられるのかが恣意的に決まってしまう、と。

第三に、被害者の同意の処理をめぐり、合意と同意を区別するだけでなく、社会的相当性を理由とする構成要件該当性阻却も行われていた点である[4)]。

(2) 以上のような錯綜した議論状況の原因は、「同意は被害者の意思の欠如から自由でなければならない」との見解に対する疑問から生じているとアルツトはみた。そこで、合意と同意の区別を解消しつつもその法的効果は生かすべく、同意の問題を各論的視点から解決しようとした[5)]。

法益関係的錯誤説とは、法益主体が放棄するべき法益の射程を正しく理解していない場合、その同意を無効とする説である[6)]。行為者の側からいうならば、法益関係的欺罔説（rechtsgutsbezogene Täuschung）である。この観点からすると、合意と同意を区別する手法は解消され、すべて法益の観点から処理されることになる[7)]。

さて、この説を支えるのは次の二つの考えである。

第一に、法益主体が、相手方の反対給付や内的態度に関係する義務や条件、期待を、双務契約的に法益放棄の際に恣意的に結びつけ、この交換の利益が刑法によって保護されるならば、各則において法益を個々に区別し書き分けた努力が無駄になる、という考えである[8)]。

具体的にいうと三つある。一つ目は、法益交換の自由は民法が保護するのに対し、刑法の役割は、交換の自由を保護する役割を担う性犯罪や詐欺罪、意思活動の自由を保護する強要罪を除き、法益の状態の保護（静的保護）にある[9)]。

4）Arzt, aaO, S.12-13.

5）Arzt, aaO, S.15.

6）Arzt, aaO, S.19-20.

7）Arzt, aaO, S.24 ff.　アルツトによれば、暴行について、暴行の程度を欺罔し錯誤に陥った場合はその同意は無効とする。これに対して、暴行を用いて何かを目指す行為に被害者が同意した場合に、それが自由な意思によるのであれば、同意は有効とされる。なお、自由意思の程度は構成要件の保護法益によって決まる。

8）Arzt, aaO, S.20.

したがって、反対給付の錯誤の場合は、処分するべき法益に対する被害者の認識に錯誤はないため、処分した法益への同意は有効であるとする。給付の不履行については詐欺罪などで対処するべきであるとする。なぜならば、処分法益につきそれを無効とすると、法益の交換の利益が刑法によって一般的に保護されてしまうからである[10]。これが二つ目の理由である。そして三つ目に、そもそも法益の交換に対し否定的である。特に一身専属的法益が交換の客体となることに対し警戒している[11]。

第二に、法益処分につき、被害者に対し、処分の自由を保障することよりも、むしろ自己答責性を求める点である[12]。脅迫行為による場合、それが強要罪の程度に達しない限り、その同意は有効であるとする。その理由として、それが被害者による自己答責的な法益放棄といえるか、を挙げている。その際、欺罔行為による場合にもあてはまるとされる。

(3) アルツトの見解によれば、法益を処分する側も一定の自己責任を負うことになるが、それでは法益処分それ自体はどう捉えていたのか。

アルツトは、法益の価値と法益処分の自由における行為者の価値とをすべての事案において比較衡量しようとしたノル（Noll）の見解[13]に反対していた。アルツトが最も懸念したのは、法益処分者の価値観によって同意の有効性が決められる可能性がある点である[14]。

その上で、第一に、法益処分に際しては、自己答責性による制限がかかる。すなわち、法益関係的欺罔により被害者が錯誤に陥ったとき、及び、強要罪に

9）Arzt, aaO, S.17.

10）Arzt, aaO, S.22.

11）Arzt, aaO, S.20.

12）Arzt, aaO, S.31, 33-34.

13）Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten（1955）, S.74-76. たしかに、ノルは法益処分の自由を重視してはいるが、その自由よりも重要な価値が失われる場合は、同意を無効とする。処分権の自由のみで同意の有効性は決まるきらいがあるとのアルツトの批判は少し行き過ぎている。

14）Arzt, aaO, S.43-44.

おける脅迫の程度を超える脅迫による同意の場合を除き、いかなる事情があるにせよ、被害者の同意は有効とされる。

第二に、法益処分の自由は、構成要件によって保護されている各法益の性質との関係で捉える。例として、所有権が挙げられている。所有権は処分の自由に価値があるとしている[15)]。

Ⅲ　同説に対する反応

⑴　賛成説

（1）　キューパー（Küper）は、法益関係的錯誤説だけでなく法益処分の自由も考慮に入れようとする見解に対し反対する[16)]。すなわち、自律性の欠如によって同意が無効とされるのは、個々の構成要件による法益保護の特別な意図が害されない範囲においてである。そうでないと、限定された規範目的が、被害者の錯誤を無効とすることにより、自律性への侵害という一般化された犯罪へと変質してしまうことを挙げる。

シュレホーファー（Schlehofer）は法益関係的錯誤説を純粋に支持している[17)]。それに留まらず、同説を優越的利益保護説の観点から積極的に裏付けようとしている。すなわち、法益の処分を内心的に決意することにより、その者からは法益の無傷性（Unversehrtheit des Rechtsgutes）の利益が失われる[18)]。しかも、この判断は仮定的に行ってはならないとする。

（2）　興味深いのは、法益関係的錯誤説を支持する側からも、法益処分を等閑視してよいのかという疑問が、かなり早い時点から指摘されてきたことである。

ルドルフィ（Rudolphi）は、処分の客体と処分の自由は互いに関係しており、

15）Arzt, aaO, S.46-47.

16）Küper, „Autonomie", Irrtum und Zwang bei mittelbarer Täterschaft und Einwilligung, JZ 41, 5（1986）, S.226.

17）Schlehofer, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.1, 2.Aufl.（2011）, Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff, Rn.148, 153.

18）Schlehofer, aaO, Rn.120, 125, 129.

これらは構成要件において保護されている法益であるとしている[19]。

ビヒルマイヤー（Bichlmeier）は、同意者の自己決定と自己責任とを表裏一体のものとして捉え、行為者と同意者との間の信頼を保護するために正当なことをなした行為者に、同意者の誤った認識のすべての責任を負わせてはならないとして、行為者が責任を負うべきは同意者が法益関係的錯誤に陥った場合に限るとした。ただし、法益概念を形式的に解すると、法益関係的錯誤となる場面がほとんどなくなることから、法益概念を相対的に捉えようとする[20]。法益の相対化とは行為者が認識する法益の状況であり、そうすることにより被害者が法益を放棄する際の認識がより具体化され、同意を無効とする余地を認めようとしたと解される[21]。

法益関係的錯誤説を間接正犯論へ応用することを試みたM・Kマイヤー（M.-K. Meyer）は、法益関係的錯誤の範囲を限定するために構成要件によって保護されている法益との関係を重視する一方で[22]、同説を自律性（Autonomie）と関連付けた[23]。

シュテルンベルク・リーベン（Sternberg-Lieben）も法益関係的錯誤説に立ちつつ[24]、同説が同意の有効性を肯定してきた反対給付の錯誤について、アルツトと異なる見解を示した。すなわち、行為時において、法益処分の条件を行為者が約束し、あるいは、被害者が提示したにもかかわらず、行為者がその条件を履行しなかった場合については、行為者が巧みに被害者を欺いており、被害者の意思決定はまさに行為者による意思決定と同視しうるとして、同意の有効性を否定している[25]。

19）Rudolphi, Literaturbericht, ZStW 86, 1（1974）, S.87.

20）Bichlmeier, Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff, JZ 36,2（1980）, S.54-55.

21）Bichlmeier, aaO, S.55.

22）M.-K. Meyer, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum（1984）, S.167.

23）M.-K. Meyer, aaO, S.182.

24）Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht（1997）, S.532-534.

25）Sternberg-Lieben, aaO, S.535-539.

⑵ 修正説

ここでは、法益関係的錯誤説の趣旨には賛同あるいは理解を示しつつも、別の構成を試みる見解について触れる。

（1） キューネ（Kühne）[26] は被害者の同意を論ずる出発点を次のように明確にした。刑法は民法と異なり、同意の有効性を行為時に立って判断しなければならない。それは行為主義、責任主義から導かれ、その源は罪刑法定主義にある[27]。

その上で、以下の錯誤について次のように捉える。第一に、内容の錯誤及び表示の錯誤に関して、法益を放棄する意思を明確にしなかった場合、その負担は意思表示者が負うべきであるとする。ただし、意思表示に誤りがあることを行為者が認識していたときは、権利濫用として同意を無効にし、その負担は行為者が負う[28]。第二に、動機の錯誤に関して、二つに場合を分ける。将来の事柄が関係する動機の錯誤について、将来の意思と現在の意思に齟齬が生じたときは、たとえそれが欺罔による場合であっても、同意は有効とする。現在の事柄が関係する動機の錯誤について、有償の場合と無償の場合とに区分けする。前者については詐欺罪によってのみ対処する。後者については第一の解決方法に従う[29]。

（2） ヤコブス（Jakobs）は被害者の承諾を次のように捉える。まず、法益を、人生発展の手段（Entfaltungsmittel）たる法益と、人生を発展させる基盤（Basis von Entfaltung）となる法益とに分けて[30]、被害者の承諾の意義をそれぞれについて構想する。そして、法益関係的錯誤説[31]を採り入れてはいる。特に後者の法益処分について、欺罔行為により法益処分権者が法益関係的錯誤に陥って

26）Kühne, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgusverzichts, JZ 34,8（1979）, S.241 ff.

27）Kühne, aaO, S.243.

28）Kühne, aaO, S.244-245.

29）Kühne, aaO, S.245-246.

30）Jakobs, AT（1983）, S.201.

31）Jakobs, aaO, S.204.

いる場合にはその同意は無効であり、行為者には間接正犯が成立するとしている[32]。しかし、法益関係的錯誤でない錯誤の場合（緊急状態の錯誤を挙げる）でも、被害者の同意は有効とした上で、行為者が被害者の意思の欠如を支配し、その処分が合理的といえるならば、行為者には間接正犯が成立するとしている[33]。

なお、反対給付の錯誤に関して、ヤコブスは否定的に解している[34]が、その説明の中で、法益関係的錯誤説によってのみ問題を解決することへの疑問を次のように示している[35]。すなわち、法益関係的錯誤説は錯誤を認める範囲を広げると個人の好みの保護につながるとしているが、この考えを法益関係的脅迫に当てはめることはできない。被害者は、たしかに危険の迫った法益を守るために、強要された法益を行為者に与えている。しかしながら、これらの法益の交換は観念的に関係するのではなく、むしろ自由の利益を取り戻すためである。したがって、脅迫の場合は、その法益の交換を迫り、あるいは、その交換をあたかも本当であるかのように見せかける状況を作るところに、処罰理由がある。欺罔の場合も、処罰理由は、目的に錯誤を生じさせたことではなく、騙された中で人が法益を処分する状況を創出したところにある、と[36][37]。

（3） ロクシン（Roxin）[38]は法益関係的錯誤説を支持しつつも、被害者が放棄するべき法益を適切に認識していた場合、これを行為者の側からみるならば、

32）Jakobs, aaO.

33）Jakobs, aaO, S.204-205.

34）おそらくそのような状況の中で法益処分に同意することは一般的に合理的でないと捉えているものと思われる。

35）Jakobs, aaO, S.206, Fn.189.

36）法益の価値は互いに交換し合うところにあるとするヴェルツェルの法益論に依拠している。

37）なお、人格発展の手段たる法益の同意（構成要件該当性を阻却する同意〔Einverständnis〕）について、法益関係的錯誤説をとると不都合な例として、喪失の期間に関する錯誤が挙げられている。構成要件の大半は、長きにわたる喪失期間の起点しか定めていないからである。Jakobs, aaO, S.199.

38）Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, Noll-GedS（1984）, S.275 ff.

欺く行為が法益関係的ではない場合に、一律に被害者の同意は有効とするアルツトの見解に疑問を呈した。むしろ、錯誤によって導かれた同意が本人の自由な処分といいうるかを客観的に評価するべきであるとした[39)]。

これを検討するために、五つの例を挙げ、それぞれ私見を提示する。第一に、欺く行為が法益放棄の種類と量に関係する場合である。その種の法益侵害は同意とは無関係であり、被害者の自己決定の表現ということもできないとして、同意を無効とする[40)]。第二に、欺く行為が法益放棄の際に行為者が給付を約束した相当対価に関係する場合である。ここで重要なのは、この相当対価が給付されるかは未確定である点である。そうしたリスクを引き受けたところに被害者の自由な意思決定が現れているとして同意は有効とする。反対給付がなされなかった部分は可能であれば詐欺罪により対処し、そのような両者の約束が公序良俗違反の場合は、被害者は法が助力しないリスクを承知の上で同意したといいうる[41)]。第三に、欺く行為が、被害者が追求した利他的目的に関係する場合である。法益関係的錯誤はたしかにないが、同意は欺く行為によって巧みに操られたものであり、被害者の自由な意思表明とはいえない[42)]。ただし、親族へ臓器を移植すると騙し、同意を得て被害者の身体を傷害した場合、客観的にみてそのような意思は被害者の自由意思が現れたとみる[43)]。第四に、欺く行為が侵害の回避に向けられている場合である。ここでは、侵害回避が自己の利益に関係する場合が問題となる。まさに緊急避難の状況を欺かれており、被害者を心理的に強制された状況に陥らせている点は脅迫と変わらないため、同意は無効とする。ただし、欺罔内容が仮に真実だとしたならば、その同意は自由になされたものであるとみる[44)]。第五に、動機に関係する錯誤及び行為

39）Roxin, aaO, S.281.

40）Roxin, aaO, S.283.

41）Roxin, aaO, S.283-285.

42）Roxin, aaO, S.286.

43）Roxin, aaO.　ただし、その注 30 において、ヤコブスの結論と一致するとしていることから、行為者には間接正犯が成立するものと思われる。

44）Roxin, aaO, S.287-288.

者の行為の範囲外にある期待の錯誤である。種々挙げられているが、ここではBGHSt 16, 309 の事案、すなわち、患者が負った軽微な傷害を治療したのが、患者が望んでいなかった研修医であった場合、その治療行為を有効とした事案に触れる。ロクシンは当該患者の同意を合理的患者像の観点から規範的に判断する。その上で、研修医と開業医とで治療の技術に大差がない場合は、そこに錯誤が生じていたとしても、患者の同意は有効であるとする[45]。

㈢ 反対説

法益関係的錯誤説を根幹から批判する見解について触れる。

（1） アメルンク（Amelung）[46] は、ヴェルツェル（Welzel）らの法益論、すなわち、法益は、その状態が維持されていることではなく、むしろ交換機能を認めるところに価値があるとする見解[47] に立ち、法益主体の同意決定に着目する。人は行為の目的を追求するために法益を用いるが、その法益は行為者にとって重要な他の価値と関連付けている、と捉える。その上で、反対給付の錯誤はその同意を否定して行為者の行為を可罰的とするべきことを念頭に置き、以下のようにアルツトの法益関係的錯誤説を強く批判する。

第一に、同説は法益関係錯誤だけで同意の違法性を決しようとしているが、法益を行使した目的との関係を一切衡量しないのは不当である[48]。第二に、法益主体がなぜ法益を行使する決断をしたのかを無視している[49]。第三に、脅迫をめぐる同説の取り扱い方である[50]。アルツトは脅迫による法益処分を

45）Roxin, aaO, S.289-299.

46）Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten（1998）, S.20 ff.

47）ちなみに、アメルンクは自ら著した法益論において、被害者の同意を次のように捉えていた。すなわち、その同意が、被害者が共同生活（Zusammenleben）に参加する可能性にどのような影響を与えるかが重要であり、この観点から同意の有効性は判断されるべきである、と。Vgl, Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft（1972）, S.389, Fn.167.

48）Amelung, aaO, S.21.

49）Amelung, aaO, S.21-22.

50）Amelung, aaO, S.22.

法益関係的である[51]とする。しかし、行為者が要求する法益は被害者にとっては処分したくない法益であるから、反対給付の錯誤と同じように法益関係的ではないはずである。第四に、同説が反対給付の錯誤を保護することに反対している点である[52]。たとえば、反対給付を得るために献血に応じるとき、被害者は反対給付を得るために自己の身体法益を相対化しているが、その場合でも身体法益は保護するべきであるとする[53]。反対給付の錯誤から被害者を保護しないということは、相対化された法益の保護を否定することになり極めて不当であるとする。

(2) レナウ（Rönnau）は法益関係的錯誤説を次のように批判している[54]。

第一に、刑法は交換の自由も保護するべきであり、個人的法益は交換においてこそ意味を持つ。そうすることにより、法益主体は自己の人格的発展を遂げうる。その際に、なぜ法益を処分したのかは、権利を有意義かつ自由に行使することにとって決定的に重要であるのに、そうした問いは看過され、刑法によって保護される自律性の範囲は根拠なく著しく制限されている[55]。

第二に、法益関係的錯誤の場合にのみ同意は無効とすることは問題であるとして、反対給付の錯誤と法益関係的とされる範囲について、次のようにいう。まず、反対給付の錯誤について、同説は、被害者の利益保護は詐欺罪という財産犯の範囲でのみ保護され、詐欺罪で捕捉できない場合は、被害者の錯誤を惹起させるために欺く行為をしているにもかかわらず、行為者の行為は放任するが、まさに不当である。刑法は法益保護を通じて、個人が自由に自身の客体を処分することができるよう、特に保障するべきである[56]。

51）Arzt, aaO, S.32.

52）Amelung, aaO, S.23-24.

53）ヒルシュも、欺罔によって身体の完全性を侵害することが可能になっているとしている。Hirsch, LK, 11. Aufl., Vorbem. § 32, Rn.119.

54）Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht（2001）.

55）Rönnau, aaO, S.282-287. なお、ここでヴェルツェルらの法益論を援用している。Vgl. Rönnau, aaO, S.286, Fn.105.

56）Rönnau, aaO, S.287-288.

次に、法益関係的とされる範囲は拡張が必要である。被害者の同意を得て素人が盲腸手術を行う場合、法益関係的とされる範囲は、法益を侵害する危険性のある行為よりも広げるべきである。足指に細菌による病を負っている患者に対し医者が足指を切断しないと足全体に感染しそれを切断しなければならないと騙した場合においても、身体の完全性まで法益関係的の枠を広げるべきである。さらに、この事例を変え、足指を切断しないと細菌が体内へ広がり心筋にまで感染し死のおそれもあると医師が騙した場合、被害者は生命を保護するために身体を犠牲にしているが、これを、法益関係的錯誤はなく単に動機の錯誤が問題となるにすぎないと評価するのは、不当である[57]。

第三に、同説が、反対給付の錯誤において被害者の同意を有効とする理由として、一身専属的法益の交換が商業化することへの懸念を挙げる点についてである。第一に、同説は、息子に角膜を移植すると母親を騙して医師が母親の角膜を摘出した事例や被害者が望んでいない医師による手術に関して、被害者の同意を有効とする。しかし、個人的法益には行為の機会が内在しており、これを何よりも優先して保障するべきであって、自身の人格に従って処分することを被害者に認めるべきである[58]。第二に、一身専属的法益を交換しても現在においてはただちに公序良俗違反とはされない。一身専属的法益の交換は血液や精液などでは行われており、臓器の提供も、被害者が強制されない限り、認められている[59]。第三に、社会的損害が生じない限り、法益主体には法益を展開する自由を認めるべきである[60]。

（3） ハインリッヒ（Heinrich）[61] も法益関係的錯誤説の根幹そのものに対して疑問を投げかける。

まず、利他的動機に働きかける欺罔によって同意を得た事案について、ロク

57）Rönnau, aaO, S.288-290.

58）Rönnau, aaO, S.296-297.

59）Rönnau, aaO, S.299-300.

60）Rönnau, aaO, S.304-305.

61）Heinrich, Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft（2002）.

シンの見解に従い、たしかに法益関係的錯誤はないが、その同意は無効にするべきであるとして、次のようにいう[62]。第一に、そのような同意は基本法2条1項に規定する行為者の自由が現れたものとはいえない。第二に、利他的同意は本人にとって決定的な動機であるし、緊急避難類似の状況と誤信した被害者にとっては侵害を回避するために必要な行為であると評価しなければならない。

次に反対給付の錯誤についてである。反対給付の錯誤に関しては、アルツトだけでなくロクシンも、一身専属的法益の交換が商業化することや交換の自由を一般的に保護することへの懸念から、法益関係的錯誤はなく同意は有効とし、詐欺罪をもって対処するので十分としている。このことを念頭に、両者の意見を次のように批判する。

第一に、欺罔内容が、緊急避難に類似するとまではいかなくとも、緊急状況（Notlage）でありさえすればよいとする。被害者は反対給付を得るために迫られて自己の法益を処分しているからである[63]。第二に、反対給付が得られなかった場合に詐欺罪による処罰が可能であったとしても、欺罔によって得られた同意による法益侵害は現実に存在しており、それを無視するのは妥当でない[64]。第三に、詐欺罪による処罰が不可能な場合であったとしても、被害者は反対給付のみに関心を抱いているのではなく、法益処分の際に、法益の損失も考慮に入れている[65]。また、行為者が被害者を利用して自らの利益を追求しようとした点にこそ目を留めるべきである[66]。第四に、被害者は法益を処分する前に相手方が反対給付をなしてくれるかを実際に考え、予め反対給付を求めるのが通例であるから、刑法はこれを保護するべきである。そうしないと、まさしく一身専属的法益の侵害を認めることにつながる[67]。第五に、反対給付の錯

62）Heinrich, aaO, S.46.
63）Heinrich, aaO, S.50-51.
64）Heinrich, aaO, S.51-52.
65）Heinrich, aaO, S.53-54.
66）Heinrich, aaO, S.54.
67）Heinrich, aaO, S.57-58.

誤における同意の有効性を認める見解は、侵害された法益と法益交換の商業化への懸念という実際の侵害法益とは無関係の利益を混同している[68)]。

(4) ミッチュも法益関係的錯誤説を次のように批判している[69)]。まず、法益関係的という基準をめぐってである。第一に、「法益関係的」がどこまでの範囲を含むのかが曖昧である。同意に関する錯誤と因果関係があればすべて法益関係的ともいえるし、動機の錯誤も法益処分が関係している以上、法益関係的ともいいうる[70)]。第二に、法益関係的錯誤説における法益の理解は形式的である。法益には、いかなる理由であろうとも処分する自由が含まれているとみるべきである[71)]。第三に、法益関係的錯誤説は、それがある場合だけでなく、法益関係的錯誤のない、利他的あるいは利己的動機に関する錯誤についても、同意の有効性を否定している。このことは両者が価値的に同じであることを認めることを意味する。したがって、法益関係的という基準はもはや被害者の錯誤を論ずる基準たり得ない[72)]。

次に、反対給付の錯誤に関して、法益関係的錯誤説を次のように批判する。同説は保護の客体と保護の根拠とを混同して論じている。まず行為者によって実現された構成要件を論じた後に、同意の有効性を議論するべきである[73)]。そして、法益とは、単にその状態や客体それ自体をいうのではなく、それに対する法益主体の意欲も含めて一体的に捉えるべきであり、被害者の法益に対する意欲の部分は、書かれざる消極的違法要素としてみるべきである[74)]。生命

68）Heinrich, aaO, S.60.

69）Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten（2004）.

70）Mitsch, aaO, S.508-509.

71）Mitsch, aaO, S.510-511.

72）Mitsch, aaO, S.513-516. なおミッチュによれば、両錯誤はともに、錯誤によって同意を阻止するはずだった動機が働かなかった点が共通しているとする。すなわち、法益関係的錯誤の場合はあたかも構成要件の錯誤と同じ問題が発生しており、利他的ないし利己的動機の錯誤の場合は、ちょうど違法性阻却事由の錯誤と同じ問題が発生している、と。

73）Mitsch, aaO, S.517-518. 同意によって法益が欠如すると捉えるのではなく、法益侵害を前提とした上で、法益の要保護性について検討する。

74）Mitsch, aaO, S.521.

や身体といった法益が金銭と交換されないようにするところに同説の狙いがあるが、しかしながらそうすると、被害者を犠牲にして詐取することを助長するおそれがある[75]。

⑷ アルツトによる修正

アルツトが、当初の法益関係的錯誤説をめぐる議論を踏まえ、持論を修正した点が注目される。法益関係的錯誤説の枠組みは維持しつつも、その内実を修正している[76]。すなわち、前述したロクシンらの批判を容れて、法益の静的保護だけでなく、被害者の処分意思が自由であったか否かについても、考慮に入れなければならないことを認めた[77]。

ここで両者がいかなる関係に立つのかが問題となる。アルツトは、法益と法益処分を一体的に把握する法益論を堅持した上で、法益の人格性が強まるほど法益処分の自由は法益から分離しがたくなるとした[78][79]。また、法益の一身専属性が高まるほど処分の自由が認められるとする。逆に、法益を形式的に捉えれば捉えるほど法益関係的錯誤の余地は狭まるとしている。この例として、住居侵入や監禁を挙げる[80]。つまり法益の性質をどう捉えるかにより法益処分の自由の存否及び広狭が決まってくる。

そして、被害者の処分意思が自由であったか否かは規範的に行う[81]とし、その基準を法益の性質[82]と問題となっている事象の一般性（Üblichkeit）に求

75）Mitsch, aaO, S.522.

76）Vgl. Arzt, Heileingriffe aufgrund einer Blanko-Einwilligung bezüglich der Person des Arztes, Baumann-FS（1992）, S.201 ff.

77）Arzt, aaO, S.206. ルドルフィやロクシンによる指摘を受け容れた。

78）Arzt, aaO, S.209-210.

79）この見解はなお維持されている。Vgl, Arzt, Einwilligungsdoktrin und Teilnahmelehre, Geppert-FS（2011）, S.3-6. そこでは、法益と法益処分とを区分けするミッチュの見解や法益を動的に捉えるレナウの見解を批判している。

80）Arzt, aaO, S.209 ff.

81）Arzt, aaO, S.206.

82）Arzt, aaO, S.209 ff.

める[83]。

Ⅳ　考察

（1）　明らかになったのは、アルツトが当初提唱した法益関係的錯誤説、つまり行為者が放棄するべき法益を誤認した場合のみ同意は無効とする説への支持はかなり弱くなってきたことである。同説の原型が法益処分の自由や法益処分の過程をドライに切り捨てている点への批判は、すべての立場から行われていた。こうした議論を受け、アルツトは自ら、法益処分の自由を規範的な観点から考察することを認めざるを得なくなった。

こうして、欺罔によって得られた被害者の同意が有効か否かの議論をめぐる対立軸は、法益関係的錯誤説を維持しつつ被害者の意思決定の自由も考慮に入れるべきなのか（新法益関係的錯誤説とよぶ）、それとも、法益関係的錯誤説を克服し新たなモデルの構築を目指すのか（反対説とよぶ）に、移行していると断言しても過言ではなかろう。

（2）　反対給付の錯誤については、新法益関係的錯誤説と反対説の対立は依然として厳しいことも明らかになった。この問題の本質は、個人的法益のもつ機能を、法益主体との関係で、さらには刑法による法益保護との関係で、どう捉えるか、にある。新法益関係的錯誤説は、法益の静的保護あるいは状態の保護を重視している。これに対し、反対説は、人間の社会生活を起点にし、その交換においてこそ法益の価値がある、とするヴェルツェルの法益論を採用している[84]。そうだからこそ両説のコントラストが際立つ。

後者の法益論をとるとき、被害者の同意をめぐる問題において刑法が果たす役割とは、法益を交換し合う人間同士の対立葛藤を調整するところにあるということになろう。新法益関係的錯誤説の静的法益論からは、法益関係的錯誤説をとる以上、やはり法益主体（被害者）の処分法益の認識に関心が向けられる

83）Arzt, aaO, S.208, 210.

ことになろう。その際、法益を具体的に把握すれば把握するほど同意が無効となる可能性が高まり、法益を抽象的に捉えるほど法益関係的錯誤の余地が著しく狭まる可能性があることもわかった。

⑶　法益主体の意思決定過程をどう評価するべきかについても、新法益関係的錯誤と反対説の間で見解の相違があることも浮き彫りになった。

反対説は法益主体の主観的価値体系を重視する傾向がみられる。とりわけ、法益の価値が一身専属的であればあるほど、その傾向が看取される。まず非難されるべきは行為者の欺罔行為であって、被害者の価値体系ではないとの判断があると思われる。これに対し、新法益関係的錯誤説は意思決定過程をなるべく客観化しようとしている。被害者の意向によって行為者が処罰される可能性が決まってしまうことを警戒しているからである。

⑷　管見によれば、法益関係的錯誤説を核に据える限り、たとえ新しい姿にかわったとしても、同説は根本的な問題を抱えたままである[85)]。本稿において同説をめぐるドイツにおける議論を概観してみたが、同説への諸批判、とりわけ反対説による批判は、かなり決定的である印象を受ける。管見によれば、反対説のように同説を克服する方向へ舵を切らなければならないと考える。しかしながら、反対説の提示する対案に対する検討、及び私見の提示については、他日に期することとしたい。

84）Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW, 58（1939）, S.515 ff. 法益を互いに交換し合うところに、社会生活の実態があり、そこにこそ法益の価値はあるとされる。ただし、共同して社会生活を営む以上、法益の利用には制約があることも指摘されている。その一例として、電車などに乗る行為をどう解するかが挙げられている（S.515, Fn.35）。法益侵害説（静的法益保護を目指す見解）によれば、監禁罪の構成要件には該当するが被害者の同意によって違法性は阻却されるだろうとされる。法益侵害説のこの理解は、ヴェルツェルによれば、社会性が欠如している（S.516.）。

法益関係的錯誤説に反対する見解は法益の交換機能を重視するヴェルツェルの法益論を据え法益主体の保護を図ろうとする。ヴェルツェルの法益論をとるならば、被害者の承諾論を社会的観点から点検する必要も出てこよう。

85）野村和彦「わが国の法益関係的錯誤説に対する疑問」日本法学 80 巻 4 号（2015 年）。

【付記】

いまもなお御指導を賜り、深く感謝しています。被害者の同意論を再構成することに挑みます。事案は国境を超えるとして、国家という限界を超越し、その先にある人間の本質を鋭く捉えようとされる先生の後姿に、これからも学んでいきたい。