

アメルンク, K.: 行為帰責問題 としての同意の際の意思の欠缺

Amelung, Knut: Willensmängel bei der Einwilligung als
Tatzurechnungsproblem, ZStW Bd. 109 (1997), ss.490~518

須之内 克彦

はじめに

我が国における被害者の同意に関する議論は、近年、二つの方向において活発な傾向が認められる。すなわち、一方で、過失犯における危険の引き受けなどとの関係を検討するものと、他方で、被害者の瑕疵ある同意の取り扱いをめぐるものである。いずれも、ドイツ刑法学の多大な影響のもとにあるが、前者は、過失犯においては、被害者の同意が本当に存在するかどうか、言い換えれば被害者は法益侵害発生の危険に同意しているとはいいうるが、結果には同意していないのではないのか、それを同意で構成することは妥当なのか等々につき、自己答責性原理などによる理論構成が提起されている¹⁾。他方、後者は、

1) この議論については、特に、塩谷穀：自己危殆化への関与と合意による他者危殆化について（一）～（四・完）、立命館法学246号543頁以下～同251号67頁以下、吉田敏雄：「合意のある他者危殆化」について―ドイツ刑法学説の概観―、西原春夫先生古稀祝賀・第一巻、1998、407頁以下、曾根威彦：過失犯における危険の引き受け、早稲田法学73巻2号33頁以下、山口厚：被害者による危険の引受と過失犯処罰、研修599号3頁以下など参照。

2) これにつき我が国での論稿として、特に、山中敬一：被害者の同意における意思の欠缺、法学論集33巻3＝4＝5号271頁以下、佐伯仁志：被害者の錯誤について、神戸法学年報第一号51頁以下、林美月子：錯誤に基づく同意、内藤謙先生古稀祝賀、1994、22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・上巻、1998、234頁以下など参照。

被害者の同意が錯誤や欺罔、あるいは脅迫などに基づいて生じた場合のその法的効果ないしは行為者の処罰範囲の問題であり²⁾、ここに紹介するアメルンクの論稿もこれにあたる。

本稿において、アメルンクは、同意の際の意思の欠缺をめぐる議論の変遷を、民法上の意思表示の概念と対比しつつ素描し、1970年代以降、それまでの通説を批判して登場し、現在、もはや支配的なものとなったアルツト (Arzt) の見解、およびこのテーマに重要な寄与をなしているロクシン (Roxin) やキューネ (Kühne) の説に対して批判的な検討を加えた後³⁾、アルツト以前に支配的であった理解に基本的に依拠した独自のアプローチを提起する。

まず民法上の意思表示との比較では、これは表示者が法的交渉に関与する表明であって、表示の受け手にとってその計画の基礎を提供するものであるのに反して、同意の場合は単なる情報の提供に過ぎず、同意者はその同意をいつでも自由に取り消すことができ、その受け手の将来の行動計画の基礎とはなり得ないものであり、従ってその相違から、意思表示に関する民法上の規定を瑕疵ある同意へ適用することはできないとする。

つぎに、上記三者の見解に対する批判として、まずアルツトについては、確かに、同意者の自己答責性を示唆することにより重要な思考を提起した功績が認められるが、同意を同意者の価値体系から孤立させて法益というものを静的に捉え、法益関係の錯誤を排他的に重要とする理論は、欺罔と脅迫の擁護できない矛盾や詐欺構成要件の阻止力の過大評価に陥っていると断じる。またロクシンについては、法益の動的な行為関係の理解に立つことによってアルツトの

3) ここでは、アルツト、ロクシン、キューネの以下の論稿が批判的検討の対象とされている。

Arzt, G.: Willensmängel bei der Einwilligung, 1970

Roxin, C.: Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, Gedächtnisschrift für P. Noll, 1984, ss. 275~294

Kühne, H. H.: Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts, JZ 1979, ss. 241~246

ような難点は回避されているが、その出発点とする個人の自律的な自己決定は、必ずしも個人的法益に関する全ての構成要件において保護されるものではないにも拘わらず、処分の自由と処分対象とを密接に結合させることは実体刑法に適合しないと指摘する。さらにキューネについては、誤った同意の効力に関して、誤った同意者の利益とその表示の受け手の利益も共に顧慮すべきであるという二重の利益衡量は不必要であり、また、同意の有効・無効の判断が同時にその表示の受け手の可罰性をも決定するという点を批判する。

こうしてアメルンクは、独自のアプローチとして、瑕疵ある同意の有効・無効の問題と帰責の問題との明確な分離を強調する。ここにおいて有効な同意とは、同意者が彼の価値体系との一致において決定した同意であり、これこそが自律的に与えられたものとして妥当するとする。もしその回答が否であるならば、同意は無効となるが、それにより直ちに干渉者の処罰が生じるのではなく、次の段階として、干渉者が当該法益侵害に関して答責的であるとせしめられるかどうかは改めて問題とされなければならないとする。

結局、アメルンクによれば、個人の自律という点から、ともかくも同意者の価値体系との一致においてなされた同意だけが自律の現われで有効となるため、同意の無効は極めて広く、同意者自身の錯誤に基づく場合も無効となる。ただ、それが直ちに干渉者の帰責につながるものではなく、故意あるいは過失非難など個人責任の理論によって改めて検討されるべきものであるから、決して不都合な帰結をもたらすものではないとする。また、その無効な同意に基づいてなされる法益侵害は違法であり、同意者は正当防衛ができるが、ここでは通例、瑕疵ある同意の取消しという、攻撃を終わらせるための最も緩やかな手段が執られるため、同意の受け手にとってもそれほど不利益ではないとする。しかし、同意の取り消しは、干渉者の行為以前になされるべきもので、言わずもがなの議論ではなかろうか。また、帰責問題は個人責任の法理に基づいて改めて検討するということは、結局、干渉者の欺罔による場合などはほとんどすべて帰責され、有罪とされるであろう。まさにこれが、アメルンクの支持するアルツト以前の支配的見解への回帰かもしれない。しかし、それは、個々の構成要件が

保護する法益は何であるかという点を軽視しすぎたものではなからうか。

本論稿は、瑕疵ある同意のケースにつき、同意の有効性判断と帰責問題とを峻別しつつ、常に犯罪論体系全体の視点から捉えるところに特徴があるといえる。いずれにしても、ここで展開されたアルツトなどの説に対する批判は、問題はあるものの、傾聴に値するものも少なくないであろうし、そのことはまた、被害者の保護を第一とし、しかもそれを是非とも刑法の領域で考えるべきか、あるいは、行為者処罰の妥当性に十分に意を用い、被害者の保護は他の領域でも考える余地もあり得るのではないか、といった、刑法の役割ないし守備範囲を再考する契機を提供するものともいえよう。以上のような点で、以下にアメルンクの論稿を紹介してみることにする。

I 序 論

1. 問題の所在

意思の欠缺という概念は民法ドグマティークに由来し、それは意思表示論の拡大領域に属する。意思表示は、例えば契約の申し込みの伝達のように、人が法的交渉に影響を及ぼす表明である。表示が錯誤、欺罔または脅迫に基づく場合、それは意思の欠缺にかかっている。瑕疵ある意思表示は、まずは有効であるが、表示者は民法119条（錯誤による取消し可能性）以下によってそれを取り消すことができ、その瑕疵あることに基づいて、その表示は遡って破棄される。もっとも、錯誤が自己の過失による場合には、相手方に損害賠償をしなければならない。

刑法において意思の欠缺がでてくるのは、正当化的同意の判断が問題となるときである。同意は、法的に保護された財の所持者がなすこの財の侵害に対する許可であり、主要な適用領域は医的侵襲に関するあらかじめの賛意であるが、実際上意味あるのは、私的秘密の暴露や物の毀損といった分野においてである。これらにおいて、有効な同意は法益侵害者の不処罰を導く。

同意もまた意思の欠缺に関わっており、例えば、60年代の連邦裁判所は、医

学実習生が、彼らは完全に養成された医師であると誤解した患者から同意を得て身体に対する侵襲を行なった場合、実習生に可罰的な傷害の責任を負わすべきかどうかの判断を迫られた。近年では、不完全な同意はエイズ感染対策との関連で現われる。例えば、医師は、本当はただエイズ・ウィルスを調べようとしているのに、肺病診断のために血が要ると同性愛者を騙して、血液検査をするよう説得できるのか？。このことは、反対給付（供血に対する報酬）に関する欺罔や脅迫（もし拒否したなら解雇するぞと使用者が脅す場合など）についても考えることができる。

2. 問題の展開の階梯

元来、同意は、意思表示の系列事例（Unterfall）と考えられていた。これが正しいのであれば、不完全な同意の取り扱いに関する原則は、民法119条以下から出てくるため、独自に作出するに及ばない。

展開の第二段階において、しかし、判例・学説は、意思表示の範疇のもとに同意を位置づけることから離れていた。その理由については後述するが、これは、民法119条以下が適用され得なくなることを意味し、同意における意思の欠缺は独自の原則によって判断されねばならなかった。それにつき、刑法学説は、あまり議論することなく、不完全な同意は原則として、最初から無効と見なされるべきで、例外なのはせいぜい「動機の錯誤」（Motivirrtum）の場合であるということから出発した。

第三期は、70年代初頭のアルツトの教授資格請求論文に始まる。そこで彼は、同意は決して意思表示ではないと解しているが、不完全な同意は全て最初から無効とするそれまでの通説を非難する。これは、同意者の自己答責性の原理に矛盾しており、従って、アルツトによれば、せいぜい「法益関係的な」錯誤が同意の効力を排除するに過ぎない。この見解は多くの支持者を見出し、目下、支配的なものと特色づける。

しかし、そのような見解に対し、数年前ミツチュ（Mitsch）は、結論的にアルツト以前に支配的であった理解の復興に等しい全面批判を行なった。これ

に本研究も追従しようとするものであり、そのテーゼは、アルツト以来の支配的な見解につき、その基礎も結論も承服できないということである。

本研究の作業は、民法119条以下が適用不可能であることに関する根拠付けの検討で開始され（Ⅱ）、次に同意における意思欠缺論に最も重要な寄稿を提供してきたアルツト、ロクシン、キューネの見解との対決が問題となり（Ⅲ）、この両節が自己のアプローチの展開に関する基礎を形成する（Ⅳ）。

Ⅱ 民法119条以下の適用不可能性

すでに述べたように、今日の支配的な見解は、決して同意の中に意思表示を認めない。これにつき、判例は、名誉、身体、生命のような同意の客体を、権利の対象ではない法益、つまり物権などとは異なり、個人が処分し得ない法益に属させることによってそれを根拠づけるが、支持し得ない。基本法における一般的的人格権や、生命、身体の完全性に関する基本権の承認は、それらが権利の対象であり得ることを示しており、そこでは、判例は、権利の主体が保護された法益の侵害に同意するというのを是認しているのである。

他方、意思表示は、法的効果に照準を合わせるべきものであるのに反し、同意は、ただ事実的な結果に向けられるものであるに過ぎない、という区別が挙げられる。この区別は、両者が異なる規範形態（Normarten）のコンテキストにおいて存在することを思い浮かべれば明瞭になる。

意思表示は「構成的な」（konstitutiv）規範に関係する。それは、チェス競技の規則のように、順次に組み立てていく行為の体系を作る競技のルールである。それに比較して妥当するのは、民事上の法的交渉の規則である。不動産を買おうとする者は、民法313条（不動産の譲渡又は取得に関する義務の形式）を遵守しなければならない。さもなくば、彼は決して法的に承認された売買契約を締結したことにはならない。意思表示は、表示者が法的交渉の「競技」に関与する表明であり、それは、契約とか一定の期待が結びついた遺言とかのように、法的な芸術作品（Kunstgebilde）の生産（もしくは廃棄）の基礎を形成す

る。民事の取引法は、その規則が遵守される場合には、その貫徹を保障することによってそのような期待を与えるが、意思表示を通じて法的取引に関与する者は、将来の行動に対する期待が成就することに関するメカニズムに参加し、その限りで義務を負う。

これとは異なり、同意は「規制的な」(regulativ) 規範に関係する。この規範は、他人の身体を傷つけることの禁止のような、現存の財を保護するものである。同意は、そのような規範を表示の受け手に対して廃棄する。保護規範の単なる放棄として、それは、同意者が目下、一定の財の保持に価値を置いていないという教示を与えるに過ぎず、将来に対する同意者の拘束は意図されていない。従って同意は、いつでも自由に取り消すことができ、それは将来の処置にとっての計画の基礎としては役に立たず、同意者が相手方に対して、財に関する現在の気持ちを知らせる法的に承認された情報手段であるに過ぎない。

意思表示と同意との区別を単純化するならば、前者の規則集 (Regelwerk) は、当てはずれに強い (enttäuschungsfest) 期待の産出の方向へ整序させられるのに反して、後者は、まさしく逆に、当てはずれに強い期待の排除に資する。また両者は、表示者の視点からも表示の受け手のそれからも区別される。表示者にとって賭けられているのは、同意では財の現在の状態、意思表示では将来の行動の規範的な拘束であり、他方、表示の受け手にとって、同意は単なる情報の提供に過ぎないのに反し、意思表示は法的に保障された計画の基礎を提供する。

民法119条以下を瑕疵ある同意へ適用することは、描写された相違にそぐわないであろう。意思表示の受け手の計画の利益を顧慮することは、なし得る限り、法律行為の存続に対して意思の欠缺の影響を制限する方向に向いているのに反し、同意の受け手の責任防御 (Verantwortungsabwehr) の利益を顧慮することは、同意表示の存続に対して同じ作用を持つに及ばない。ただ、同意に基づき他人の法益に干渉し、その際表示を誤って完全なものと考えた者は、意識的に違法に行為してはならず、過失非難でさえ、特別な事情のもとでなされるに過ぎない。こうして民法119条以下への償還請求は決定的に反対され、意

意思表示の際に取消し権が規制する表示者とその受け手との利益の相互比較の達成（Bewältigung）は、同意の際には、依然として法益侵害の個人責任の理論に委ねられ得る。

Ⅲ 三つの問題あるアプローチ

1. アルツト：同意者の価値体系からの同意の孤立

a) 叙述 既述のように、アルツトに由来する公式は、同意は、ただ、それが「法益関係的な」意思の欠缺に基づくときにのみ無効であるということで、彼はこれを、欺罔による同意が無効かどうかという問題と対比して展開する。彼によれば、同意は、欺罔が放棄する財に関係するときにのみ無効であり（例えば、真実に反して、器官が癌にかかっていると騙されて腎臓の摘出に同意した場合）、他方、同意に関して約束された反対給付に関してのみ騙されたときは、依然有効である（例えば、摘出者が調達し得ない一定額の金を提供者に与えると騙して、腎臓の提供に関して同意が詐取された場合）。

アルツトの熟考の支点は、「存在の保護」（Bestandsschutz）と「交換の自由」（Tauschfreiheit）である。つまり、刑罰規範は個人の法益の存在にのみ資するのに反して、その交換価値は詐欺、脅迫などの一定の刑罰構成要件においてだけ保護される。交換の自由の保護に関して刑法223条（傷害）を適用することは、詐欺構成要件の評価との衝突を生じる。これを、アルツトは、行為者Tが、実際に支払う気がないにも拘わらず、1000マルクを支払うと騙して、敵Fに平手打ちをさせてもらう例で論証する。ここで、TをFの同意の無効を根拠にして223条で処罰するならば、これは、刑法263条（詐欺）がFに対して拒否した保護を彼に供給したことになるであろう。263条は、ただ財産だけを保護し、利得の意図ある場合を捉えており、反対給付に関する欺罔によって純粋に身体を毀損する場合を捉えてはいない。

刑法は、そもそも、一身専属的な法益が交換対象になることに寄与すべきではない。刑法は、人格価値の商品化（Kommerzialisierung）の傾向が民法の

取引において承認される限りで、詐欺構成要件の枠内でそれに従いうるが、犠牲になる人格的財を保護する構成要件からの処罰は指示されないはずである。従って、反対給付に関して欺罔のある輸血の場合、欺罔者を詐欺で処罰することへと導くが、身体傷害の故にそうではない。

アルツトは、欺罔に基づいて展開したことを単純な錯誤へも移譲するが、その場合、錯誤が「法益関係的な」ものであれば同意は無効として取り扱われることになりうる。そこで、彼はいわゆる「表示の錯誤」に関してもう一つの制限を設定し、表示は、干渉者が当てにせざるを得ない信頼の構成要件を作るために、常に同意者の負担とならねばならないとする。更に彼は、その公式を脅迫によって得られた同意にも移譲する。脅迫は、それが刑240条の意味での強要 (Nötigung) の強さに達していなければならないが、脅された者の現実の意思が侵害に対立しているため、常に「法益関係的な」ものであり、したがって、脅迫によって得られた同意は、原則として無効であるとする。

b) 批判 刑罰規範は、原則として、ただ法益の静的な存在のみを保護するのであり、その交換価値を保護するものではない、というアルツトのテーゼは否認されないものではない。それは「一定の価値へ個人を常に動的に関連づけること」を法益と見なす法益保護と調和しないと、オットー (Otto) などが異議を唱えたように、(個人的) 法益は単なる資産 (Besitzstand) ではなくて、その所持者の行為の基礎でもあり得るというべきである。

ただ「法益関係的な」評価の誤りだけが顧慮されるべきであるというアルツトのテーゼは、結果的に、法益に設定する同意者の目標が同意の効力へ影響を与えることなく存在することになる。こうして多くの同意は、さらなる衡量なしに正当化力を与えられ、同意者は、相手がこの損害結果を認識しているか誤認しているかあるいは全く計画的に惹起したかに関係なく、その損害結果を負担しなければならない。ここにおいて彼は、同意がその意味を獲得する価値連関を考慮することなく、同意を判断している。同意者の価値体系からの同意決意の孤立は、非常に不自然なため、アルツトはそれ自体を貫くことはできない。そのことを脅迫によって強要された同意に関する取り扱いが示す。強要者が述

べる脅迫は、犠牲にさせられるべき法益とは別の法益に向けられるため、それは、反対給付に関する欺罔の場合と同様、ほとんど法益関係的なものではない。しかしアルツトは、脅迫によって強要された同意は原則として無効とする。脅迫は、被脅迫者が放棄する法益の侵害を現実には欲していないが故に、常に法益関係的なものであるとして、矛盾を否定する。しかし、ここでは「法益関係的」という概念に、欺罔の場合とは異なる意味が与えられている。

アルツトの構想が、以上のような不明確さにも拘わらず、支持者を見出すのは、その構想がいわゆる「法益の交換 (Rechtsgutsvertauschung)」を阻止するのに適していると見られることに依拠するものといえよう。血液の提供者が、彼の「施し」に対して報酬を受け取ることを騙されたが故にのみ、採血に同意するという場合、描写された見解では、欺罔者は本来、傷害の責任を問われることはないであろう。施す意思のある者は、まさにその侵害に同意しているのであり、実質的な責任の基礎は、同意者が期待された反対給付を失ったという事情である。それでもって、傷害罪の刑法223条が財産罪の目的に利用されていることになるとする。しかし、そのような考慮によって、この場合223条の適用を排除することは、最も論難されうる。身体の完全性における干涉の反対価値について他人を騙すような者を傷害罪で処罰する場合、そこに詐欺構成要件の評価との矛盾はない。欺罔者は、単に経済的な期待を侵害しているだけでなく、彼に帰責されるべき身体の毀損をも引き起こしており、これを考慮に入れて初めて不法全体を捉えうる。そうでなければ、反対給付につき騙した者に不当利得の意思が欠ける場合には、可罰性のギャップが生じるであろう。

結論として、アルツトには、同意者の自己答責性を示唆することにより、同意の際の意思の欠缺をめぐる重要な思考を提起した功績がある。しかし、この思考はそれが干涉する表示の受け手の答責性と詳細に衡量されて初めて光沢を発するのであり、「法益関係的」錯誤の排他的重要性の理論は、それを提供しはしない。法益関係的でない錯誤の場合、この思考は、表示の受け手が同意者の錯誤を認識していたためにそのような損害の回避をさせられたかどうか、あるいはどの程度までそうであったかということを真剣に問題とすることなく、

同意者を、利益に反した表示の結果に座らせている。欺罔によって誤った表示を惹起したような者でさえ、刑法263条の意味での利得の意図なく、純粋な憎しみから行為した場合には、生じる損害に対する答責性を免れたままである。ただ、脅迫者の場合には、アルツトは「法益関係的」という概念に密かに新しい内容を与えているために、適切な結論に達しているに過ぎない。

2. ロクシン：同意理論における保護対象と処分権限の混同

a) 叙述　　ロクシンは、同意者の法益関係的な錯誤は有効な同意の成立を妨げるが、反対給付についての欺罔は、そのような表示の法的効力に触れないという点でアルツトに賛成する。ただ、この結論に達したアプローチは、アルツトの場合とは完全に異なる。ロクシンの出発点は、有効な同意は自由な自己決定の表現であるということで、人の身体や物の所有といった法益も、個人から離れた対象としてではなく、個人的な自己実現の可能性として保護される。こうして、処分対象と処分権限とが当該刑法規範の保護目的を共に形成するならば、有効な同意により行為が許容される場合は、それは刑罰構成要件の保護客体を欠落させるため、およそ法益侵害は存在しないということになる。

この動的な行為関係の法益理解から、ロクシンは、静的に考えられた法益の単なる存在というアルツトのテーゼに反対する。他人の物的所有や身体領域における干渉は、それが同時に法益の担い手の意思に反する場合に初めて刑法に違反する。もちろんこの異議は、以前に支配的であった見解への回帰を意味するものではなく、彼は、欺罔に条件づけられた同意がもはや自律の表現ではない場合を十分に探究することを強調する。このためロクシンは、5つの事例群を作成する。

そのうち2つにおいて、同意が欺罔に基づく場合でさえ、それを有効と考える。一方は、反対給付に関する欺罔の場合であり、ここでは、騙された者に契約に固執する可能性を与え、約束の報酬に関する民事法上の請求を確保するため、同意は有効と見なされなければならない。他方は、動機に関連した付随事情とかその発生が欺罔者に依拠しないところの期待とかについて騙された場合

で、ここでは、欺罔が、同意者の法益に関して高められた危険を根拠づけないため、それを無害なものと彼は考えており、これに関して、既述のBGHの医学実習生事件判決を参照するよう指示する。他方、その他の3つの事例群においては、欺罔によって得られた同意を無効と捉えている。アルツトの観念における法益関係的な欺罔の場合、ロクシンによると、同意者は眼前の法益侵害の程度を把握していないために、既に同意は存在しない。ここでは、単なる拳固による一撃には同意しているが、握り拳が金属輪（Schlagring）で武装されていることに関して騙されているという場合が念頭に置かれている。また、同意の利他的な目的に関する欺罔（例えば表向き病気と称する子供のための臓器提供の場合）は、得ようと努められた目的の決定的な挫折へと導くため、同意者は、その錯誤の結果に対して保護されなければならない。さらに、緊急状態に関する欺罔は、結局、同意者を被脅迫者と同じ事態に陥れるために、強要された同意が無効であることのルールを適用することが適切である。

b) 批判　　ロクシンのアプローチは、彼が刑罰構成要件の他の目標決定（Zweckbestimmung）から出発しているという点で、アルツトのそれとは区別される。アルツトによれば、ほとんどの刑罰規範は、ただ法益の存在だけを目指すのに反して、ロクシンによると、全ての刑罰構成要件は、個人的な保護方向によって人間の自律を確保する。後者のアプローチは、不完全な同意の問題性を捉えるのにより適しているように見える。

しかし、外観は当てにならない。物的所有の侵害や傷害の構成要件において、ロクシンの目標決定は実体刑法に矛盾しているからである。器物損壊の構成要件は物的所有を保護するが、それを処分する所有者の権限を保護するのではない。そうでないと、破産財団の構成部分など取引外の物（res extra commercium）として所有者の処分権限が奪われている物は、刑法上保護されないままになろう。同様に刑法223条は、ただ身体だけを保護するのであり、同時に自律的な自己決定に関してそれを利用する可能性を保護してはいない。そうでないと、横断麻痺の人（Querschnittsgelähmte）の脚は、刑法的な保護のないままになるであろう。自律的な自己決定は、個人的法益に関する全て

の刑罰構成要件ではなく、一定の構成要件においてのみ保護されるに過ぎず、それが保護されないところでは、それは、構成要件の後で考慮すべき被害者の同意という正当化事由の前提を初めて形成するのである。後者の構成要件においても、法益はその主体の行為自由の基礎ではあり得るが、その刑法的保護は、この前提の充足に依存するものではない。

処分の自由と処分対象との密接な結合は、自律概念が萎縮する危険を持つ。自律は、ただ特定の構成要件の保護対象についての処分の自由として目の前に現われるに過ぎず、全ての構成要件のもとに、それらの価値を選択する個人の自由として現われるのではない。その限りで、ロクシンのアプローチも、同意者の目的からの同意決定の孤立を引き立てている。ただこの危険は、アルツトの場合よりも少ない。ロクシンは「法益関連」には、アルツトがそれに与えた原理的な意味は帰属しないということを強調し、法益関連に欠けるにも拘わらず同意の無効を引き起こす欺罔の存在を承認する。

結論的に、ロクシンは、反対給付に関する欺罔の場合、アルツトと類似の結論に達するが、全体としてみれば、法益関係的錯誤それだけを顧慮するというドグマに立っているのでは決してない。もっともロクシンは、アルツトの理論に取って代わりうる理論的基礎を作り上げることに成功しておらず、彼独自の結論が賛同を得るに値するか否かは、そのアプローチとは離れて、基礎から解明されなければならない。

3. キューネ: 錯誤論における被害者の利益と行為者の利益の混同

a) 叙述 表示に瑕疵ある同意との取り組みに関するキューネのコンセプトは、ロクシンと同様、有効な同意は既に当該干渉の構成要件該当性を排除することである。しかし、キューネは、この出発のテーゼの他の帰結を強調し、それを、刑法の「時間的柔軟さ (Flexibilität) の欠如」として特色づける。それを彼は、民法と刑法との間の比較に関して例証する。民法において、不完全な意思表示の取り消しは、その有効性を事後的に欠落させるのに反して、刑法における不完全な同意にはそれは許容されない。同意の受け手の決意の基

礎を事後的に除去することは、遡及禁止にも、はたまた責任原理にも矛盾する。というのは、両原則は、行為時に既に禁止されたような行動だけが、刑法上、行為者に負わされるということを要求するからである。

第一に、彼は、民法に倣って、内容の錯誤及び表示の錯誤と呼ぶものを取り扱う。そこでは、例えば、同意者は、右の歯と考えていたにも拘わらず、言い間違いをして、左の歯を痛いものと示したということが考えられたり（表示の錯誤）、鉄製であるにも拘わらず、同意者は木製と考えた球を投げつけられたということが考えられたりする（内容の錯誤）。後者につき、アルツトによれば、身体へ投げることの効果について欺罔しているが故に、同意の効力を排除する「法益関係的」錯誤が存在するであろう。それとは逆に、キューネは、彼により特徴づけられた表示の錯誤ないし内容の錯誤に、原則として、同意の効力への影響を認めない。ただ、表示の受け手がその瑕疵あることを認識している場合だけは別であって、そこでは、同意の受け手は、権利濫用的に行為するものであるとする。

第二に、いわゆる動機の錯誤が扱われる。キューネは、これを将来の事態についての錯誤と現在の事態についての錯誤とに二分して考察する。将来の事態に関する錯誤は、将来の出来事があたかも溶解していく条件下に置かれることになるであろうから、最初から考慮に入れないものとする。現在の事態についての錯誤の場合は、さらに、有償の現在関係的な動機の錯誤と、無償のそれとに二分される。現在の報酬（例えば、反対給付として提供される金銭）についての錯誤は、その限りで、詐欺の構成要件が阻止作用を展開するが故に、考慮に入れるべきでない。他方、医学実習生の医師資格に関する錯誤の場合のように、無償のその場合、刑法263条の阻止作用は関与しない。ここでも、彼は、有償の場合と同様、法益処分の付随事情は依然考慮しないままに置かれざるを得ないであろうとしつつ、ただ、錯誤を利用し尽くすことが権利濫用となる場合のみ、同意を無効と取り扱おうとする。

b) 批判 キューネは、同意の場合の錯誤理論に、誤った同意者の利益とその表示の受け手の利益も共に顧慮すべきであるという、二重の課題をあてがう。

従って、彼は、同意の無効であることが行為者にも予期しうると考えられるときに初めて、無効の判断を下す。このアプローチに関する原型（Vorbild）は、民法による意思表示の誤りに関する取り扱いである。

しかし、誤った同意の効力にとって、この二重の利益考慮は不必要である。というのは、瑕疵ある同意が無効とされる場合、そのことから、表示の受け手にとっては、何ら決定的な不利益は生じないからである。ここでは、確かに、同意者の法益における干渉を違法ならしめるが、しかし、それは未だ可罰的ではない。干渉者が処罰されるべきかどうかは、違法判断から独立したより広い観点から生じ、ここには、違法な法益侵害の個人的な帰責可能性の検討の領域がある。故意、過失及び責任阻却的な錯誤などの範疇が、表示の受け手の答責性に関して設定されている。

従って、瑕疵ある同意が無効と表明される場合、考慮するに値するのは、せいぜい、同意の受け手の法益干渉が違法とされることから直接的に生じる彼のそのような不利益、つまり被攻撃者の正当防衛権に曝されるということだけであり、しかもこの場合、通常は事実上の許容の単純な撤回という最も緩やかな防御手段であろうから、この不利益はほとんど重大ではない。正当防衛の権利も、瑕疵ある同意の受け手の保護に値する利益を考慮する可能性を多く含むため、この利益に対する顧慮は、同意の有効・無効に関する決定に影響を与えるに及ばない。

こうしてキューネのアプローチも、結論的に、同意の際の意思欠缺の理論を、ゆがんだ軌道の上に置いており、彼の個々の解決も、その方法論的な根本的仮定とは別個の評価を必要とする。

IV 独自のアプローチ

以上のように、瑕疵ある同意の判断に関するこれまで提示された構想の最も重要な部分は、壊れやすい解釈学的な根本的仮定に基づいている。アルツトのアプローチは、脅迫と欺罔の擁護できない矛盾、かつ、詐欺構成要件の阻止力

の過大評価を患っており、ロクシンの個人的法益に対する犯罪の法益に関する出発のテーゼは、実定法と矛盾し、不確実で役立つ根本概念で作られている。さらに、キューネは、同意の有効・無効の判断が同時に、その表示の有効性を当てにする者の可罰性についても決定するという不適切な認識から出発している。これらの事情は、同意の際の意思欠缺の理論の基礎を新たに得ようとすべきことを勧めるものである。

1. 無効判断と帰責問題との分離

被害者の同意の効果は、一般の見解によれば、「欲する者に不法はなされない」(volenti non fit iniuria)の原則に基づく。これは、法益侵害に対する処分権者の賛同が違法性のステイグマを除去し、それを正当化すると解されている。同時にその原則は、この財侵害の帰責についての言明も含み、同意者はそれを「自分自身のせいにし」なければならず、従って、干渉者はそれにつき責任ある者とはされない。「意思の欠缺」はこの二つの判断の基礎を除去している。この場合、論理的に正当化の基礎が抜けており、例外的に他の正当化事由が介入しない限り、法益侵害は違法となる。帰責にとっても類似のことが妥当し、この場合、同意者が財侵害それ自体を自らのせいにするという判断はもはや支持し得ない。同意者の意思表示に際しては、何か軽率といったことのように、彼に法益侵害を帰せしめる他の理由があり得るかも知れないし、逆に、干渉者が同意者を騙したために、法益侵害を干渉者のせいにする理由があるかもしれない。このように帰責問題は、再び未解決として置かれる。

これは、法適用に関して決定的な点である。法益侵害が、ただ外見上、処分権者の意思によって支えられたにすぎないということが明らかになった場合、法適用者は、帰責問題を新たに設定する道を開く概念的な道具を必要とするであろう。それは瑕疵ある同意の無効であり、その判断は、処分権者の意思が帰責の基礎としてもはや顧慮されないということを明らかにするが、他方でそれは、いったい誰に法益侵害が帰せしめられるかの決定を先取りするものではない。何故ならこれは、同意の効力の問題から解き放たれた、新しい付加的な問

題であるからである。

同意に基づく法益侵害に関しては、二人の人物が関係し、それは瑕疵ある同意にも妥当する。従って、意思の欠缺の場合、法益侵害を誰に帰責させるべきかは、2つの側面から回答され、財の毀損は、意思の欠缺が同意者の過ちに基づく場合には同意者に、干渉者の過ちに基づく場合には彼に帰せられるべきであろう。ただ、何がどちらの過ちとして帰せられるべきかの判断は困難を伴う。同意者は何も過ちを犯さなかったということが確証された場合でも、それが自動的に干渉者に帰せしめられるということを意味するものではなく、そのためには、干渉者が責任を根拠づける構成要件を設定したかどうかが確認されなければならない。このことに関しては、犯罪の結果の個人的責任という理論が使用できる。

ここで大切なのは、同意の有効性の点に際して詳論されなければならない問題ではなくて、違法な所為とその結果の帰責に関する一般理論を具体化する必要性である。二つの問題領域の分離は、法体系上要求され、異なる利益の十分な評価への道を初めて可能にする。上述したように、同意の受け手が無効な同意に基づいて法益を侵害する場合、刑法32条の意味での違法な攻撃が存在し、正当防衛権の開始が認められるが、ここでは通例、瑕疵ある賛同の取り消しという、攻撃を終わらせるための最も緩やかな適当な手段がとられるから、受け手にとっての不利益も重大ではない。例外的に取り消しが届かなかったり、不可能であったりする場合には、正当防衛権限の承認及び範囲を決定する一般原則が再び介入してくる。例えば、自己の責に帰せられる錯誤により、同意の受け手による法益侵害を「挑発し」たような者は、32条が通常認める全ての権利を自らのために要求することはできない。従ってここでも、有効性問題に対して、その側で正当な結論を保障する推敲された利用手段が用意されている。

2. 有効性の尺度としての決意の自律

意思の欠缺の故に同意がいつ無効となるのかにつき、同意の受け手の利益が考慮されるに及ばないということが明らかになった場合、それでは、その表示

の効力の判断に際して、どのような尺度が準備できるのかということが問題となるが、一般に公式化される回答は、同意者はただ、被害者の同意という制度の意味に相応しいような表示にのみ拘束され得る、ということである。

それは、正当化事由の意味（Sinn）に関する問題へと導く。支配的見解では、同意は法的保護の放棄を含有するが、それでは十分でなく、今日、同意は自由の思想に起源を求められている。その意味は、十分な対立する公共的利益が認められない活動領域を、同意者に対して彼の財との自律的なつき合いのために承認する点にある。描写された意味規定の問題性は、ドイツ観念論の伝統において、自由と自律とは、ややもすれば目的と関係のない自己価値（Selbstwert）として現われるという点にある。しかし、同意者の見地からは、同意の自由はこの性質を全く持たず、むしろ同意は力強い目的的追求に役立つ。彼が財を犠牲にする場合、これは通常、他のものを維持し、新しいものを獲得し、あるいは不快なことを免れるために生じる（もっとも自由それ自体は、稀には、同意者にとってどうでもよい財を放棄することにも関係する）。

従って同意は、法益放棄による利益知覚の道具である。それはまた、自律の概念が同意の有効性に関する支配的な意味決定の構成部分として意義を有する限りでは、それにとっても妥当する。同意者自身が利用するもの、損壊するものを決定し得る場合、同意は自律的なものとして授けられるようにみえる。抽象的に公式化すれば、同意者が彼の価値体系との一致において決定する同意こそが、自律的に与えられたものとして妥当するのである。従って、有効なのは、同意者が彼の価値体系との一致において交付した同意であり、他方、無効なのは、それと矛盾しているような同意である。後者は、同意者が、その価値につき表示がいかなる結果を持つかを洞察しないことから生じるもので、それは、錯誤及び脅迫の場合の事情である。

3. 同意表示の意味

同意が同意者の利益に反する場合には、表示は全く無効とされる。それは、民法119条以下の意味での意思表示との比較を示す。意思表示の場合、表示者

が取り消し事由を持たず、これを利用する限りは、意思表示が「当てにさ」れ得るのに反して、同意は、自由に取り消され、しかもそれが誤って表明された場合にもそうであるから、決して「当てにさ」れ得ない。既述のように、意思表示は計画の基礎であるのに反して、同意の表示は、同意者が同意の受け手にその決定を知らせる単なる情報手段にすぎない。

この機能のため、有効性判断に際して、表示それ自体には決して独自の意味は帰属しない。表示が伝えるものとは異なる、その表示の基礎となる決定とその前提を表示の受け手がよく認識している場合、例えば、農夫が言い間違いをして、真実は雌牛のことを考えていたということを、屠殺業者は充分知っていたにも拘わらず、「指示通りに」子牛を殺した場合、屠殺業者は、農夫が「子牛」といったということに基づき得ない。また、同意の受け手の方が、同意者の表示が伝えるものよりもよく認識していなければならない場合、例えば、そもそも左側から3番目の歯が病んでいるかどうかを検討しないで、つまり、患者が右側と左側とを混同していることを認識せずに抜歯する歯科医の場合も、基本的な職務違反によって患者に損害を与えたとの非難を免れ難い。錯誤に基づく表示のそのような見当違いは、ただ、表示の受け手が保護に値すると思われる場合にだけは、積極的に克服されるべきである。實際上、無効な同意の表示は、それをよく知らない者の故意を排除し、また通常は、表示を当てにし得る者から過失非難を除去するであろう。こうして事実関係が明らかになることによって、行為者に責を帰せられ得るかどうか回答される。

誰かが被害者の同意に基づく場合、支配的見解と共に、意思の表明を要求することは有意義である。何故なら、その表明は意思の誤りの危険を最小限にするため利用されるべき、唯一の確かな情報源であるから。意思表示がもはや達成されない場合は、それは断念され得るが、そこでは他の法制度、つまり推定的同意を基礎に行動するのである。

4. 要約

上述のことは、同意に基づいてなされた法益侵害を中心点に据える場合に、

もっともよくまとめられる。その法益侵害が処分権者の意思によって庇護されるならば、法秩序は“volenti non fit iniuria”の原則で安心するであろう。同意が法益主体の意思と一致しない場合には、同意者からそうではない、またはそう望まれてはいない財侵害が、同意者自身に、あるいは干渉者に帰責されるべきかどうか問われる。同意の無効という判断は、この問いが立てられ得るための道を開く機能を持つ。この場合、法技術的には、干渉者の行為が判断の前景に押し出されるが、法益侵害が干渉者に科せられ得ない場合には、同意者に帰せしめられるべきである。

結論的に、瑕疵ある同意から生じる法益侵害の帰属は、二段階の経過において生じる。第一段階として問われるのは、同意が、同意者の価値体系との一致において与えられたかどうかである。回答が否であるならば、次に、干渉者が法益侵害に関して答責的であるとせしめられるかどうかを問題とするため、同意者から干渉者への眼差しの転換（Blickwende）が必要であろう。この転換は、同意に基づく法益侵害の相互作用的な性格と調和するものである。

〔追記〕校正の段階で、アメルンクのモノグラフィー『被害者の同意の際の意思欠缺の基礎としての錯誤と欺罔』（Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängel bei der Einwilligung des Verletzten, 1998, Strafrechtliche Abhandlungen; N. F. Bd. 108）を入手した。これは、本論稿に基づきそれをより具体化したもので、前半部分は、項目・内容ともに本論稿とほとんど同一である。