



| | |
|------------------|---|
| Title | 刑法における被害者の同意（１） - 自律性原理の確認 - |
| Author(s) | 川原, 広美 |
| Citation | 北大法学論集, 31(1), 209-236 |
| Issue Date | 1980-08-08 |
| Doc URL | http://hdl.handle.net/2115/16307 |
| Type | bulletin (article) |
| File Information | 31(1)_p209-236.pdf |



[Instructions for use](#)

刑法における被害者の同意(一)

―自律性原理の確認―

川原 広美

目次

序

第一章 「利益」及び「被害者」の意義

第一節 利益・財の概念

一 ケスラーの見解

二 メツガーの見解

三 小括

第二節 「法的保護」と「利益の主体」

第三節 総括

第二章 同意の実質的効力

第一節 利益放棄説

一 心理的利益と平均的利益

二 法的保護の対象

三 小括

第二節 法的保護放棄説

第三節 法政策的見解

第四節 法的保護不要説

第五節 総括(以上本号)

第三章 同意効力の限界

第四章 同意と構成要件

結

序

我が国における「被害者の同意」論の展開は、ドイツの学説に触発される形で、次の三つの段階を経て今日に至っている。第一段階は、「私刑罰から公刑罰へ」の近代的発達が、犯罪に対する私的評価にいかなる影響を与えるかという問題意識を持つもので、史的考察を通して、最終的には犯罪に対する公的評価の優位、従って公的利益を侵害しない限りでの同意の正当化事由としての承認、という結論に到達している。⁽¹⁾ それに続く第二段階では、以上の結論を前提としつつも、関心は専ら当面の実務的要請に応えるために、同意の具体的要件の設定、あるいは同意効力の限界を画す基準の提示などの個別的問題に向けられている。それ故、構成要件阻却の合意と違法性阻却の同意との区別も、相連する要件等を導き出すための議論という性格が強い。⁽²⁾ これに対して、この「合意」と「同意」との区別も含め、「被害者の同意」により、一般的な理論分析を加え、もう一度先前提を洗い直そうというのが、今日まで続く第三段階であり、最近では、単なる理論的分析の枠組をも越えて、その背後にある法政策的観点にまで議論が及んでいる。⁽³⁾ ところで「被害者の同意」が、このように刑法理論、

特に法益論ないしは構成要件論への導入項として、再び一般的な研究対象とされるに至ったのには、次のような理由がある。すなわち、同意が依然として正当化事由の中では異物と感じられ、その一方では、「合意」を通して構成要件の問題として解決されるのではないかという疑問が生じたということ、加えて、同意が法益並びに法益侵害（結果無価値）の内容と密接に係わるということが挙げられる。⁽⁴⁾ つまり、「被害者の同意」の分析によって、一つには構成要件と正当化事由との関係及び意義の解明、他には法益構造の確認が予想されるのである。とりわけ、法益（侵害）概念を被害者側から再構成することは、法益保護の目的との関係で意義深いものと思われる。

以上のように予想される理論的意義とは別に、「被害者の同意」には、その合理的効力範囲の論定という、固有のしかも解決困難な問題がまだ残されている。そしてある意味では、新しい観点からの同意分析の成功・不成功も、かなりの部分この問題の解決に係っていると考えられる。そこで本稿では、今日の研究情況に対応しながらも、この同意の合理的効力範囲の論定に比重を置いて、「被害者の同意」に理論的分析を加えようと思う。しかも、この考察によって得られた結果は、単に理論的帰結を示すという

に止まらず、実践的な問題に対する解答を示唆するものでもある。たとえば、治療行為に対する患者の同意がその典型である。なぜならば、治療行為に対する患者の同意・不同意は、一面では治療に内在する危険性の適正な配分、他面では患者自身の危険医療からの解放という性質を有しており、従って、医師と患者との公正な関係を確立するためには、この患者の同意の効力範囲を合理的に論定することが、甚だ重要なものとして要請されるからである⁽⁸⁾。しかしながら、本稿は以上の実践的問題に直接触れることは意図しておらず、その意味では準備作業的性格を有するものと位置づけられる。木村博士は、この論定の作業は、「その背景となる世界観」の考慮なくしては行ないえないと指摘されるが、本稿も原則的にはこの指摘に従い、個人に根源的価値を置く現行憲法の価値観を前提として、その内在的制約原理を再考するという方法で論述を進める。このような個人尊重の価値観からの出発は、刑法を憲法秩序内で理解することからの当然の帰結と考えられる⁽⁹⁾。構成としては、同意の合理的効力範囲の検討(本稿第三章)に入る前に、その前提となる基本概念の整理(同第一章)と同意の違法性阻却の根拠の考察(同第二章)とを先に行ない、最後に、最近議論されている同意の体系的位置づけの問題に触れることにす

る(同第四章)。なお以上の考察に際しては、理論的分析にすぐれるドイツ刑法学の業績に主に拠りながら、その批判・検討を通して問題解決の方向を探り、それを自説展開の糸口としたことを付け加えておく。

- (1) 木村亀二「被害者の承諾と違法性」『刑法解釈の諸問題 第一巻』(有斐閣・一九三九)三〇五—三三八頁、花井忠「被害者の承諾に就て—最近多かりし学生諸君の質問に対する応答を補う—」『法学新報』四七巻一—二号・一九四三)一八五—一八七二頁、宮内裕「被害者の同意」(二)その問題史的展望—『法と経済』一〇四、一〇五号・一九四八)四四—五七、五一—六一頁。なおこれに先行する業績として、葉清耀『刑法同意論』(有斐閣・一九三三)がある。Vgl. Richard Honig, *Die Einwilligung des Verletzten* (Berlin, Leipzig, 1919), S. 1 ff.

- (2) 中野次雄「被害者の承諾」『総合判例研究叢書 刑法(1)』(有斐閣・一九五六)七二—一八頁、井上祐司「被害者の同意」日本刑法学会編『刑法講座2行為・違法』(有斐閣・一九六三)一六〇—一七九頁、須之内克彦「刑法における被害者の同意」(一)その序論的考察—『法学論叢』九三巻一—号、九四巻一—号・一九七三)六六—八六、二六一—五五頁。Vgl. Friedrich Geerds, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, GA, 1954, S. 262-269 (以

下 [Einwilligung im Strafrecht] と略す。

- (3) 曾根威彦『被害者の承諾』の違法阻却根拠—被害者の承諾・その一—(『早稲田法学』五〇巻三号・一九七四) 二九—九—三四九頁、同著者『被害者の承諾』と犯罪論体系—被害者の承諾・その二—(『早稲田法学』五三巻一・二号・一九七七) 六七—一〇四頁、須之内克彦『刑法における『自己決定』に関する一考』(『愛媛法学会雑誌』三巻二号・一九七七) 七三—九七頁など。Vgl. Günter Stratenwerth, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW Bd. 68, 1954, S. 41—70 (以下 [Prinzipien] と略す); Peter Noll, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, In besonderen, Die Einwilligung des Verletzten* (Basel, 1955), S. 1 ff. (以下 [Einwilligung] と略す), usw. ちなみに同名はドイツではなく、スイスの刑法学者である。
- (4) これはツィプフ (Zipf) の指摘による (Maurach-Zipf, *Strafrecht*, 4. T., 5. Aufl., Heidelberg, Karlsruhe, 1977, Teilbd. 1, S. 236 f.—以下 [Maurach-Zipf] と略す)。
- (5) 一方では患者の自己決定権の優位性の主張として、他方では前主張に対する警戒的態度として医師の裁量権の強調という形で、それぞれ議論されている(町野朔「患者の自己決定権と刑法」『刑法雑誌』二二巻三・四号・一九七九、三四四—三四六頁参照)。そして非人格的な事務関係への移行によって、医療が法的紛争の場に持ち込まれることが多くなった

今日、一層現実的な問題となっている(金沢文雄「医療と刑法—専断的治療行為をめぐって—」中山・西原・藤木・宮沢編『現代刑法講座 第二巻 違法と責任』成文堂・一九七九、一二五—一二六頁参照)。従って、この分野で民事法の研究が先行したのも十分頷ずける。唄孝一「治療行為における患者の意思と医師の説明—西ドイツにおける判例・学説—」『契約法大系VII 補巻』(有斐閣・一九六五) 六六一—一四〇頁参照。

(6) 木村、前掲「被害者の承諾と違法性」三〇六、三一—頁。

(7) 平野教授はこのことを、刑法の目的は「市民的安全の要求」にあるという言葉で表現される(平野龍一『刑法の基礎』東京大学出版会・一九六六、一〇〇'—一五頁)。

第一章 「利益」及び「被害者」の意義

「被害者の同意」の理論的意義は、法益思考の確立と密接に係わる。そこで本章では、この思考の理論的原点である「利益」概念を中心に、以下の叙述に必要な基本概念の一応の整理を行なおうと思う。これによって同時にまた、次章以下の考察の視点も自ずと明らかになってくるであろう。

第一節 利益・財の概念

一 ケスラーの見解

「利益」概念に明確な定義を与え、しかもそれを刑法理論の基礎に置いた刑法学者として、ケスラー (Kessler) を挙げることができる。⁽¹⁾ このケスラーの見解は、日本でも既に犯罪客体論における「利益説」として紹介され、検討も加えられているが、⁽²⁾ ここではそのような経緯を離れて、「利益」という言葉が持つ意味それ自体の確認という観点から取り上げてみたい。

ケスラーは、利益をその対象から区別することは、論理的にもまた実際上も必要であるとの立場に立って、⁽³⁾ 次のような分析を加えていく。すなわち、利益は対象を必要とし、この対象を財 (Gut) と呼ぶ。そして財とは、人の肉体的あるいは精神的幸福に寄与しうる全てのものである、⁽⁴⁾ と。この財概念の特徴は、それが財であるために、人の幸福に寄与しうるという意味での「利用の可能性」を必要とし、かつそれで十分であるという点に示されている。⁽⁵⁾ しかし彼はこのような財の意義にもかかわらず、利益概念は第一には財とはではなくて、財に関して起こりうる事件 (Ereignis) と係わりと捉えるのである。⁽⁶⁾ 従って、「ある個人のある事実に関する利益とは、それによって事件の発生あるいは不発生がこの個人の財

に対して不利益な結果をもたらす、その個人のこの事実に対する関係である」、⁽⁷⁾ という遠回しな表現を採ることになる。なお事件と財との関係は「可能性」で足りると言う。⁽⁸⁾

ケスラーはまた、利益主体を自然人のみに限定する。⁽⁹⁾ その趣旨は、利益概念を「人間感覚」に結びつけようというところにあるのであるが、⁽¹⁰⁾ けれども他方で、不可侵の保持に関して利益者の「積極的意識的意思」は不要である、⁽¹¹⁾ あるいは純粹に事実的利益は「本人の意識」に達する必要はない、⁽¹²⁾ ということも併せて主張している点注意を要する。

更に彼は、以上のような利益・財概念の他に、財一般に関する利益 (たとえば、人の身体の完全性に関する利益) という用語法があることに触れ、この利益は無数の利益の集合的關係に他ならないと分析する。「利益」という言葉が、場合によっては、財に係わる事件全てについての、ある人の利益の全複合を意味することを認めているのである。⁽¹³⁾

以上の主張を前提として、利益と財とは必然的に同時存在であること、しかも人間の存在とともにこの世に存在したこと、そして歴史的、概念的に法並びに国家に先行すること等を、ケスラーは指摘するのである。⁽¹⁴⁾

- (1) R. Keßler, *Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung* (Berlin, Leipzig, 1884), S. 1 ff. (以下〔*Einwilligung*〕と略す); ders., *Rechtsgut, oder rechtlich geschütztes Interesse, oder subjektives Recht?*, GS Bd. 39, 1877, S. 94-127 (以下〔*Rechtsgut*〕と略す).
- (2) 木村亀二「刑法における法益の概念」『刑法の基本概念』(有斐閣・一九四八)一〇七—一一三頁、宮内、前掲「被害者の同意」五六一—五七頁。
- (3) Keßler, [*Einwilligung*], S. 50, Anm. 2; vgl. Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung* (Leipzig, 1872), Bd. 1, S. 189.
- (4) Keßler, [*Einwilligung*], S. 50; ders., [*Rechtsgut*], S. 99.
- (5) Ebd., S. 99, 102.
- (6) Ebd., S. 100. 語源であるラテン語の定義からこのような結論を導く (ebd., S. 101)°
- (7) Keßler, [*Einwilligung*], S. 50; ders., [*Rechtsgut*], S. 101. シンテイング (Binding) は、このような概念構成を「不要な回り道」と言ひ (Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4. Aufl., Leipzig, 1922, Bd. 1, S. 356, Anm. 2)° Vgl. August Hegler, *Prinzipien des internationalen Strafrechts*, StrAbH (*Strafrechtliche Abhandlungen*), Ht. 67, 1906, S. 36, Anm. 3.

- (8) Keßler, [*Rechtsgut*], S. 102, 103
- (9) Keßler, [*Einwilligung*], S. 55.
- (10) Keßler, [*Rechtsgut*], S. 103.
- (11) Keßler, [*Einwilligung*], S. 51.
- (12) Keßler, [*Rechtsgut*], S. 103.
- (13) Keßler, [*Einwilligung*], S. 50; ders., [*Rechtsgut*], S. 102. ある個人の「全事件」に関する複合的の利益以外に、「多数主体」の複合的の利益の存在も認めている (ebd., S. 112, 118)°
- (14) Ebd., S. 103.

二 メツガーの見解

同しく「利益」概念を刑法理論の基礎に置きながらも、ケスラーの概念構成を批判する、メツガー (Mezger) の見解を次に見てみよう⁽¹⁾。ただしここでもその目的は、あくまで「利益」概念の確認であつて、ケスラーの利益説の否定ではない。

メツガーは、ケスラーの利益論を次のように捉える。すなわち、保護利益を「個人的心理的構成要素、いずれにしる証明されるべき心的事象」と理解しており、それ故、「現実の (aktuell) 利益」が存在する限りでのみ財が存在するという無理な結論に到達している、と⁽²⁾。これに対してメツガーは、「犯罪構成要件充足

の証明のためには、被害者に意識された現実的利益の侵害の証明は決して必要ではない」と述べ、保護利益は「一般的平均的利益 (generelles Durchschnittsinteresse)」として理解されるべきである、と言う⁽³⁾。この「一般的平均的利益」をメツガーは、「一般に想定された利益」と言い換えるにすぎず、その意味はやや不明であるが、メツガーが自ら指示するところから、イエーリシク (Jhering) の主張が基礎に置かれているものと考えられる⁽⁴⁾。そこで補足的に見てみると、イエーリシクは、有用 (Nutzen) あるいは享受 (Genuss) の事実上の状態を事実的利益と呼ぶ一方で、権利 (法的に保護された利益) は「この主体にとって利益がなくとも存在しうる」ことを認めている⁽⁵⁾。つまり、保護利益が心的事象としてではなく、しかも実在のものとしてではなしに、対象化されて把握されているのである。この辺りに「一般的平均的利益」の意義があるのであろう。興味深いのは、ケスラーが右の意味での「利益」を、利益複合に他ならないと指摘している点である⁽⁶⁾。

なお財については、「法によって考慮された平均的利益がそこに存在する状態を法益と呼ぶ」と言うのであるから、利益と財とは一応区別されるものとして観念されている。しかしこの場合の法益は、視点を変えれば、刑法が保護を及ぼす「客観的価値」と

も考えられる⁽⁷⁾。従ってその意味では、保護ないしは侵害の対象として、両者を区別することには実益がないと言われている⁽⁸⁾。

このような平均的利益の主張にもかかわらず、メツガーは反面で、「利益とは一定の状態の存立に関する個人あるいは社会の意思の関与である」とも言うのである⁽⁹⁾。ケスラーのように個人だけに限るというわけではないが、意思の関与としての利益を肯定している点は、決して見逃されてはならない。

(1) Edmund Mezger, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 3. Aufl. (Berlin, München, 1949), S. 197-200 (以下 [Lehrbuch] と略す)。

(2) Ebd., S. 199.

(3) Ebd. ケスラーが利益概念を心的事象と捉えようとしたのは事実であるが、メツガーの言うように、現実の意識までは要求していない (本節一参照)。しかし逆にここにこそ、ケスラーの利益論の問題点があるのである。

(4) Ebd., Anm. 5; vgl. Rudolph von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 3. Aufl. (Leipzig, 1877), Teil 3, S. 343 (ただし本稿は、一八八八年の第四版から引用する)。

(5) Ebd., S. 339.

(6) Ebd., S. 341, 351.

- (7) Kehler, [*Erwilligung*], S. 54; ders., [*Rechtsgut*], S. 125.
 (8) Mezger, [*Lehrbuch*], S. 200.
 (9) Ebd.
 (10) Vgl. Robert von Hippel, *Deutsches Strafrecht* (Berlin, 1925), Bd. 1, S. 12.
 (11) Mezger [*Lehrbuch*], S. 198.

三小 括

ケスラーは、具体的事件、具体的対象として特定主体とから構成される、具体的利益概念を志向しており、その特徴は、具体的人間感覚との結合の中にあると言つてよいであろう。従つて、まさに個人(人間感覚)が利益の「保持者(Inhaber)」として登場するのである。彼の利益概念が、「心理主義」「経験主義」あるいは「個人主義」と言われる所為もここに⁽²⁾ある。しかしながら、利益という言葉が右の定義とは異なつて、利益の複合をも意味しうることを、ケスラーが是認していた事実を忘れることはできない。

ケスラーとは逆に、メツガーは具体的人間感覚から離れた利益概念を強調する。それによつて得られたのが、「一般的平均的利益」と呼ばれるものであり、この利益概念に従えば、個人はもち

ろんのこと、たとえば、端的に「社会」自体を利益主体と為すことも可能となろう。⁽³⁾ところが他面では、メツガーは利益概念における「意思の契機」を指摘しているのである。⁽⁴⁾

「平均的利益」とは、ケスラーの分析によれば「利益複合」に他ならなかった。他方「意思の契機」は、「人間感覚」を前提とせざるをえない。このように二人の利益論を対比させると、利益概念の下には、一つは心理的または意思的利益が、他には平均的あるいは複合的利益が内包されているという事実が明らかになつてくる。そしてケスラーは前者を選択し、メツガーは後者を選択したということから、両者の利益論に相違が生じたのである。しかしいずれにせよ、それぞれの利益論内では、利益と財の同時存在は貫かれて⁽⁵⁾いる。従つてその限りで、利益と財とを対立的に捉えることに意味はない。ただし、ケスラーの行なつた二概念の峻別に意義を見い出そうとするならば、平均的利益の対象・状態としての「財」と心理的「利益」、つまり、メツガーの客観的価値を担う「財」概念とケスラーの利益主体の主観的判断としての「利益」概念、との対立を念頭に置かざるをえないであろう。

- (1) Kellner, [Rechtsgut], S. 109 f.
- (2) Vgl. Honig, a. O., S. 70; Mezger, [Lehrbuch], S. 199. 木村、前掲「刑法における法益の概念」一一三頁参照。
- (3) たとえば、個人の生命は「全体の利益」でもあると言う (Mezger, [Lehrbuch], S. 215)。
- (4) ノル(Noll)は、メツガーの利益概念が主観的、客観的の両内容を持ちうることを示唆している (Noll, [Ermittlung], S. 59 f.)。
- (5) ケスラーは、両者は「同一概念の客観的側面と主観的側面とにすぎない」と言う (Kellner, [Ermittlung], S. 51)。
またメツガーと同じ立場と見られるヒッペル (Hippel) も、この区別を単に用語法上のものにとすぎないとみなしている (Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, S. 12)。
- (6) そこでリスト (Liszt) は、「法によって保護された利益を法益と呼ぶ」と述べ、利益と財を同一視するのである (vgl. Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 24. Aufl., besorgt von Eberhard Schmidt, Berlin, Leipzig, 1922, S. 4)。

第二節 「法的保護」と「利益の主体」

利益であれ、財であれ、我々が考察の対象とするのは、「刑法

的に保護される」利益・財である。そこで次にこの「法的保護」に視点を移して、その点から利益・財概念に一定の限定を加えてみたい。

ここでまず最初に、「法及び法秩序の利益・財」という概念は承認できないと言わなければならない。たとえば、ビンディングが、「法益とは実定法がその意図に従ってその不変更及び不可侵の保持に利益を持つ全である」と言う場合の思考である⁽¹⁾。なぜならば、利益・財に法的保護が与えられるということは、決してその利益・財の主体が法であることを意味しないからである。また法の目的が「法の利益・財」の観念を通して、法それ自身の保護にあるというのは、今日では受け入れられない思考でもある⁽²⁾。法的に保護される利益・財は、法及び法秩序のそれではなくて、言うまでもなく「人間の利益・財」と考えるべきである⁽³⁾。これに対して、利益・財に刑法的保護を与え、実現するのは国家であり、刑罰権は国家(権力)が独占する。しかしそのことは、やはり国家が利益・財の主体であることの指標とはなりえない。どこまでも国家は「保護の主体」として登場するに止まるのである。ただし、法的に保護された利益・財の侵害(危殆)の結果発動する国家権力(刑罰権)を、新たに法的保護の対象とする場合には、も

ちろん国家的利益・財の観念は存在しうる。けれども、この場合でも保護主体としての国家（権力）と、利益・財の主体としての国家（国民）とは明確に区別されなければならないであらう。

また刑法の存在、一貫した適用に、行為者側であれ、被害者側であれ、当該犯罪情況と係わる可能性のある者は一定の関心を持つ。そしてこの関心が、刑罰の威嚇力による一般予防機能の前提となっていることは、言うまでもないところである。しかしながら、この法的保護に関する一般の人々の関心は、立法活動あるいは刑事政策の場で考慮される純粹に事実的なものにすぎず、立法者がこの法によって保護しようとしたものとは考えられない。それ故、この一般的かつ抽象的利益とでも呼ぶべきものは、ある行為の当罰性に影響を与えることはあっても、具体的犯罪の成否（可罰性）とは関連がないのである。このように法によって保護されるのが、その法の存在・適用に関する一般の人々の一般的・抽象的利益ではないとすれば、残された選択はその帰属主体の利益・財ということになる。

(一) Binding, *Die Normen und ihre Ubertretung*, 4. Aufl.,

S. 353. ホンディンクは「法の財」を「法秩序の財」として観念と等置している (ders., *Handbuch des Strafrechts*,

Leipzig, 1885, S. 169)。

(2) ケスラーは、この思考においては利益・財の主体の問題が無視されると言う (Kegler, [Rechtsgut], S. 105 f.; vgl. ders., [Ermittlung], S. 54 f.)。

(3) リストは個人と共同体を含めた人間の利益・財と述べる (List, a. a. O., S. 4, Anm. 1)° Vgl. Kegler, [Ermittlung], S. 33, 48, 56; Mezger, [Lehrbuch], S. 198, など。ケスラーの考えに従えば、法は感覚も欲求も持たないので、利益・財の主体たりえなざることなる (Kegler, [Rechtsgut], S. 105; vgl. ders., [Ermittlung], S. 55)°。

(4) Ebd., S. 60. 従ってホンディンクの言う「国家の特別権」あるいは「国家の服従権 (Gehorsamsrecht)」は法的保護の対象とはなぬ (vgl. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, S. 169, Anm. 12, S. 186)°。

(5) 国家作用、特に司法作用に対する罪を考えれば十分であろう。Vgl. Kegler, [Rechtsgut], S. 108.

(6) ケスラーは、国家や制度等、法的保護のために創造された全てのものが公衆の利益の対象であると指摘する (ebd., S. 115 f.)°。

(7) Kegler, [Ermittlung], S. 61 f.

(8) Ebd., S. 61.

二

当該刑罰法規によって保護される利益・財の主体は、先に触れたように人間である。

この「人間の意義」に関して、ケスラーは文字通り肉体的個人（自然人）に限るとし、従って、法人（団体）、公衆、国家等の利益・財は個人に還元して説明しようと試みるのである。すなわち、団体構成員の特殊な利益・財の「法的抽象化」として、法人の利益・財を、また不特定個人の利益・財というように主体を抽象化して、公衆の利益・財を、それぞれ肯定するのである。国家に関しては、「公法上の社団(Korporation)」として捉えるのであるから、⁽¹⁾法人と同じ方法で、やはり国民の利益・財に再帰させるのであろう。⁽²⁾これらは多数主体の利益(複合)の場合である。⁽³⁾以上のような構成は、利益を人間感覚と結びつけることからの当然の帰結と考えられる。しかしそこに批判の鋒先を向ける立場においては、「社会又は国家も亦利益の主体たり得る」のは当然のこととして、その承認が求められる。けれどもこの立場に立ったとしても、国家・社会の背後に、やはりそれを構成する個人を指定せざるをえない。⁽⁴⁾つまり、抽象的な国家・社会概念を具体化するという意味では、このような個人主義化の試みも十分に評価できる

のである。

かくして利益・財の主体としては、第一に個人が挙げられ、そして更に法人・社会・国家より具体的に捉えようと意図すればそれらを構成する多数の個人⁽⁵⁾が挙げられることになる。右の者が、当該刑罰法規によって保護されるべき利益・財の主体、すなわち「被害者」となりうるのである。このように「被害者」の概念は、「利益」概念の解明に基づいているのである。⁽⁶⁾

(1) Kessler, [Ermittlung], S. 55; ders., [Rechtsgut], S. 111 f.

(2) Kessler, [Ermittlung], S. 62 f.; ders., [Rechtsgut], S. 112.

(3) Kessler, [Ermittlung], S. 59.

(4) 一方でケスラーは、国家の概念の中に人間の利益が把握されていると言い、他方で、この人間の利益に対する国家の關係は、自己の利益において行使できない保護者の關係であると言う (ibid., S. 60)。これは国家概念の二重性の指摘である。

(5) Vgl. Kessler, [Rechtsgut], S. 118.

(6) 木村博士は、ケスラー流の個人主義的構成を「重大なる誤謬」と批判し、自らは団体主義の立場より、「一般的平均的「利益」をも越えて実在する「社会」の利益を強調される(木

村、前掲「刑法における法益の概念」一一二—一一三頁。

(7) たとえばメツガーは「社会的意思の関与」を説くが (Mezger, [Lehrbuch], S. 188) 意思を問題とする以上、やはりそれを構成する個人に目を向けざるをえない。

(8) Kessler, [Ermittlung], S. 49, 65.

第三節 総括

利益・財概念は大きく二つに分けることができる。一つは、主体の事件あるいは対象に対する心理または意思関係をその本質とするものである。他は、それらの関係が抽象された複合的・平均的内容を持つものである。主観的に存在するという意味で、前者を主観的な概念と特徴づけるならば、その主観とは離れてありうべきものとして存在するという意味で、後者は客観的ないし一般的な概念と呼ぶことができよう。そしてこの利益・財に、国家(権力)が保護主体として刑法(刑罰)的保護を与えるのである。利益・財の法的保護に関し、国民及び公衆は一般的・抽象的利益を有するが、これは刑法の一般予防機能と係わる、立法上あるいは政策上の副次的利益にすぎない。当該刑罰法規によって保護されるのは、その帰属主体の利益・財なのである。この主体になりうるのは、個人、法人(構成員)、社会(公衆)そして国家(国民)

民)であり、まさにこの主体が真の「被害者」となる。

このようにして被害者が確定され、そこから「被害者の同意」の考察が始まるわけであるが、その際には次の三点を問題としなければならぬ。すなわち、被害者の同意と主観的利益との関係、更に客観的利益との関係、そして最後に法的保護それ自身との関係である。これらは、本章の検討の結果にそれぞれ対応する視点である。⁽¹⁾なお前二者は後者との関係では、法的保護ではなく、その「客体」の問題であることを指摘しておく。

(1) 曾根助教授は被害者の同意の違法性阻却の根拠について、「利益」、「法的保護」そして「個人の自由」の三つの視点から分析を加えられる(曾根、前掲『「被害者の承諾」の違法阻却根拠』二九九—三四九頁参照)。本章の考察に際してはこの論文の枠組がかなり参考となった。

第二章 同意の実質的効力

利益・財の主体が、利益・財への他人の干渉に同意を与える場合、そこからいかなる帰結が導かれるであろうか。本章ではこの問題を、個々の犯罪構成要件の該当性とは離れ、犯罪構成一般に対する実質的影響という観点から眺めていくことにする。これは

具体的には、「被害者の同意」の法益構造に及ぼす作用の問題であり、通例は同意の違法性阻却の根拠として扱われている。

第一節 利益放棄説

一 心理的利益と平均的利益

ケスラーの同意論は、「刑法の目的は人間行為による侵害の予防を手段とする人間利益の保護である」という認識から出発す⁽¹⁾。彼の叙述に従うと、「意識的意思をもって財に危険な行為を許容した時には」、主体にとって財も利益も共に存在しなくなる。それ故、利益の侵害もまた保護も不可能になる、と言う⁽²⁾。こうして最終的には、「利益者の意思に反する利益の保護はそれ自身矛盾である」という結論に至る⁽³⁾。同意の表示によって刑法は無対象になるといふところ⁽⁴⁾、「法的保護を停止する同意 (die achte Einwilligung)」の本質を見出すのである⁽⁵⁾。なお、ある事件のある財と係わる利益が同意によってなくなるとしても、その他の全ての事件がある財と係わる無数の利益の集合、つまり、利益複合はなくなるとは考えられない。このことは、同意が結果ではなく行為に向けられているという、「行為関連性」の主張からも推察される⁽⁶⁾。

またメツガーもケスラーと同様、刑法の目的の確認から同意論を展開する。すなわち、法の最終目的を人間の生活利益の保護に置き、「刑法は国家強制の使用によりこの利益を侵害するかもしれない人間行為の防止に努めるのである」と言う⁽⁷⁾。そして同意を「法益処分権者側の意識的利益放棄」と捉え、不法において侵害された利益が欠如する場合である、いわゆる「欠如利益の原理 (Prinzip des mangelnden Interesses)」の下に包摂するのである⁽⁸⁾。このようにメツガーによれば、同意は保護の対象となる利益の欠如を、それ故また保護の必要性の欠如を導くのである⁽⁹⁾。しかしながら、メツガーが刑法理論の基礎に置いた平均的利益から論を進める場合、この利益を個人の意思によって放棄できるとすることには大いに疑問がある。なぜならこの利益は、個人の心理とは保わらないものとして想定され、客観的価値と同視しうるものであったはずだからである⁽¹⁰⁾。これは、ケスラーの言う利益複合が放棄できないことと同じ理である。従ってそこから、メツガーの同意論で考えられていたのは、実は平均的利益ではなく、意思の関与としての利益概念であったことが明らかになる。

利益放棄に同意の実質を見出そうとするならば、心理または意思の関与としての利益概念から出発しなければならぬ。これ

に対して、複合的あるいは平均的利益を、その利益主体の意思によって放棄できるとすることの内には、論理的不整合性が存在する。

- (一) KeBler, [Einnilligung], S. 33, 48. この出発点は、同意の効力根拠を法律の中で発見しようとする意図の結果である (ebd., S. 28-32)。
- (二) Ebd., S. 51.
- (三) Ebd., S. 52. 「利益者の明示の意思に反して彼に押しつけられた財は、ただちに財であることをやめ負担になるであらう」と言う (ebd., S. 51)。
- (四) Ebd., S. 52.
- (五) Ebd., S. 18.
- (六) Ebd., S. 23, 52.
- (七) Mezger, [Lehrbuch], S. 198, 205; ders., Die subjektiven Unrechtselemente, GS Bd. 89, 1924, S. 248-250.
- (八) Mezger, [Lehrbuch], S. 207 f.; ders., Die subjektiven Unrechtselemente, S. 270; vgl. Honig, a. a. O., S. 118; Robert von Hippel, *Deutsches Strafrecht* (Berlin, 1930), Bd. 2, S. 244.
- (九) Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, S. 277.
- (十) ノルは、利益を客観的に理解する場合、被害者の同意は決してそのように理解された利益の不存在を意味しないと言い、

一例として採血への同意を挙げる (Noll, [Einnilligung], S. 59 f.)。

二 法的保護の対象

同意を利益それ自体の放棄と理解するのであれば、心理的または意思的利益が選択されなければならないが、はたしてその利益が法的保護の対象なのであるか。利益放棄説の可否はこの一事で決まる。そこでやはりケスラーも、刑法的保護の対象は財なのか利益なのかと問題提起をする⁽¹⁾。しかし、「生きている人間の精神的、肉体的感覚が他人による侵害から守られる」ことに法的目的を置く彼にしてみれば、これは、「本来の目的如何の問題ではなく、刑法の文言如何の問題にしかすぎない」のである⁽²⁾。つまりこの問題の核心は、「その目的達成のためにかたして刑法的禁止を規定するのか」というところにあるのである⁽³⁾。そして、たとえば生命の保護について、立法者は生命という財に関する(他人も含めた)およそ全ての利益ではなく、本人自身の利益に限って保護しよう⁽⁴⁾と意図していること、また財産犯では、同一の財に関する異なった利益の侵害は異なった犯罪を形成することなどを挙げて⁽⁵⁾、以上から「決して財一般ではなく、常にそれぞれの財と係わる無数の利益の一あるいは他だけが、一定の刑罰法規の保護

客体であり、同時に当該犯罪の客体であることがわかる」と結論づけるのである。⁽⁶⁾つまりケスラーによれば、法的保護の対象が財ではなく利益であることは、「法律の明示的言い回し」から導くことができるというのである。⁽⁷⁾

けれどもこの論述から、その保護の対象がおよそ財一般（無数の利益複合）ではなく、一定範囲の利益であることが示されるとしても、それが心理的利益であることは決して証明されていないと考えられる。それどころか、財を保持する利益者の考えうる最大の保護は、「利益者の意思をもってする他は」、この財に危険である何もものも生じないような予防処置をとることで十分であると述べる⁽⁸⁾、そして既に触れたように、不可侵の保持という「積極的意識的意思」は刑罰保護の前提ではないと言いつけるのであるから⁽⁹⁾、これは人間感覚と結びついた心理的利益の自殺と言つてよいであろう。同意論の分野を別として、法的保護の対象一般の問題としては、「特殊法学的意味において確定すべきである」とホーニヒ(Hoing)によって批判された心理的利益概念を、ケスラーが貫徹していなかった事実がここに浮び上ってくる。これは、メツガーが法的保護の対象としては、心理的利益概念に到達しえなかった事実とよく符合する。とすれば保護の対象は、メツガーのアプリ

ーチに従って、複合的あるいは平均的利益に求めることになる。しかもこの限りではケスラーによって正しく指摘されたように、およそ財一般に係わる全てではなく、一定範囲と限定することになる。なお、この一定限度の複合的あるいは平均的利益の対象・状態を特に「財」と呼ぶならば、また財が対象と言つてもよいと思われる。

(1) Kegel, [Rechtsgut], S. 110. 以下の「財」の意味は、心理的利益の対象であり、かつその利益と同時存在するところのものではない。これは利益説から法益説へ向けての問題提起であるので、複合的あるいは平均的利益の対象としての財と理解して初めてこの択一に意義が生ずる。

(2) Ebd., S. 111.

(3) Ebd., S. 117.

(4) Ebd., S. 118.

(5) Ebd., S. 119. その他に女性の性的名譽についても同様の分析を加えている (ebd., S. 120).

(6) Ebd.

(7) Ebd. こうしてケスラーは、法律学は「財の保護」からではなく、「利益の保護」から出発すべきであると主張するのである (Kegel, [Einwilligung], S. 57°).

(8) Ebd., S. 51.

(9) 本稿前章第一節一、二注(3)参照。

(10) Honig, a. a. O., S. 70.

三 小 括

主観的利益概念から出発すれば、同意を利益放棄と把握し、そこから同意の効力根拠を説明することは非常に容易と考えられる。ところが刑法的保護の対象は、主観的利益ではなくて、客観的利益と想定されるのである。そこで客観的利益概念から議論を進めると、今度は、同意による利益放棄の証明が不可能となる。なぜなら、個人の主観によって放棄できないことがこの概念の内容であるからである。この利益概念を前提とする限り、被害者の同意によって利益は欠如せず、同意にもかかわらず、利益また財は侵害されることになる。すなわち、「法益の存在」と「法益の侵害」とが肯定されるのである。それ故、同意の効力根拠は他の方法によって説明されなければならない。そしていずれの利益概念を採るにせよ、利益放棄説は支持できないのである。

(1) 吉田宜之「違法性における結果無価値一元論批判―被害者の承諾をめぐって―」(『法学新報』八五巻一〇—一二号・一九七九)一四四頁参照。なお同意効力の根拠については、「物の法益性」が否定されることから説明される。

第二節 法的保護放棄説

同意の効力が利益放棄から、すなわち法的保護の客体から説明できないとするならば、次に同意と法的保護それ自身との関連を考察する必要性が生じてくる。そのような意味で、利益放棄説の歴史を成す、たとえばベルナー(Berner)に代表される権利放棄説⁽¹⁾への回帰は、この視点の推移に逆行するものとして賛成することはできない。また刑法における被害者の同意を問題とする以上、刑法的保護に焦点が合わせられるべきである。故に民法的保護を考えるツィテルマン(Zitelmann)の法律行為説⁽²⁾は、方法論的誤りを犯すものとして排除される。以上の経過を踏まえて、今日のドイツでは「法的保護放棄説」が比較的支配的になっている⁽³⁾。

たとえば、マウラッハ(Maurach)は、「被害者の同意は、刑法に重要な限りで、威嚇法益の法的保護放棄のために規範が後退する場合である」と言う⁽⁴⁾。またレンクナー(Lenkner)は、端的に、「違法性阻却の同意は、その本質に従うと法的保護の放棄である」と述べる⁽⁵⁾。傷害罪に関してではあるが、西ドイツ連邦裁判所もこの考えを支持し、次のように判示する⁽⁶⁾。「いずれにしろ、刑法二二六条aの同意として考慮できるのは、法益の担い手が誤解する

ことなく、法益を、従つて刑法二二六条 a の場合には身体の不可侵と健康とを、一定の他人の影響に放棄すると、そしてその限りで刑法的保護も放棄すると告知する行為に限られる」と。

この主張の特色は、法的保護の対象から除外された被害者の意思を、法的保護それ自体と直接に結合させたところにある⁽⁹⁾。しかし残念なことにこの法的保護放棄説は、「なぜ私人の放棄が、国家の基本的には公法的な保護義務に反して貫徹されるのか」という問いに対して、十分に答えることができないのである⁽¹⁰⁾。婉曲的ながらもその解答を見つけ出すならば、「同意が行為から、もしそうでなければ原則的に附着する重大な反風俗性を取り去る」というところに求められようか⁽¹¹⁾。けれども、風俗秩序の援用による解決は、法的保護の放棄それ自身については何も語っておりず、説得力があるとは言い難い。というのは、法的な問いに対する返答は、法領域から為されるべきで、倫理領域からの提示に待つべきではないからである。かりに右の批判に目をつぶるとしても、いずれにしろ、どうして同意によって反風俗性が除却されるのかという問題が残るし、それに対する答えも示されていないのである。法的保護放棄説にとって必要なのは、その根拠の説示である。ただし十分な解答が用意されていないということは、決して

この見解の否定に繋がるものではない。それどころか、法的保護の側面に目を向けたことは、被害者の同意の解明に新たな手掛かりを与えたものとして、大きく評価されてよいと考えられる。

(1) Albert Friedrich Berner, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes*, 18. Aufl. (Leipzig, 1898), S. 96 f. 権利を讓渡あるいは放棄できるもの(財産権、倫理的性質に反しない限りで名誉・人格的自由等)とできないものに二分して、前者についての同意は権利侵害を排除すると構成するものである。権利侵害を排除する理由としては、*“Volenti non fit injuria”* という法諺に触れるに止まり、実質的説明は為されていない。権利の処分可能性という問題が未解決のまま残されているのである。

(2) Ernst Zitelmann, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit, Sonder Abdruck aus dem 99. Band des "Archiv für die civilistische Praxis"* (Tübingen, 1906), S. 47-102. ヌーテルマンは「違法性阻却は、同意の直接的内容ではなく、同意によって同意の受取人が行為を実行する権利を保持したという結果である」と言う (ebd., S. 56)。Ebenso Reinhard Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 11-14. Aufl. (Tübingen, 1915), Vor. § 51, III, S. 109 f. (以下 *「Strafgesetzbuch」* と略す); dagegen Homig, a. a. O., S. 23, 158-165; Noll, *「Ermittlung」*, S. 69; Mezger, Die

- subjektiven Unrechtselemente, S. 276 f.
- (3) 同意論の歴史的展開については、本稿序注(1)に挙げたものの他に次のものを参照されたい。Hans Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, A. T.*, 3. Aufl. (Berlin, 1978), S. 302 f. (以下〔*Lehrbuch*〕と略す)。
- (4) Ludwig Traeger, Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafgesetz, GS Bd. 94, 1927, S. 114; Geerds, [Einwilligung im Strafrecht], S. 263; Theodor Lenckner, Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW Bd. 72, 1960, S. 453; Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. (Berlin, 1969), S. 95 (以下〔*Lehrbuch*〕と略す); Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht, A. T.*, 4. Aufl. (Karlsruhe, 1971), S. 338 (以下〔*Lehrbuch*〕と略す); *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, herausgegeben von Baldus, Willms, 9. Aufl. (Berlin, New York, 1970-1974), Bd. 1, Vor. § 51, Rdn. 104 (以下〔*Leipziger Kommentar*〕と略す); Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 19. Aufl. (München, 1978), Vor. § 32 ff., Rdn. 33, S. 432 (以下〔Schönke-Schröder〕と略す)。
- (5) Maurach, [Lehrbuch], S. 338.
- (6) Lenckner, a. a. O., S. 453. これに対してレンクナーは、構成要件阻却の合意を犯罪客体の欠落と捉える。しかし両者の相違については本稿第四章に譲る。
- (7) BGHSt Bd. 17, S. 360.
- (8) 日本の代表的学説として次のものがある。西原春夫『刑法総論 法学基本問題双書17』(成文堂・一九六六)七九—一〇頁、同著者『刑法総論』(成文堂・一九七七)二三五頁、宮野彬「被害者の承諾」前掲『現代刑法講座 第二巻 違法と責任』一一六—一二七頁。また法的保護放棄という思考の萌芽が見られる主張として、宮内裕「違法性の阻却」日本刑法学会編『刑事法講座 第二巻 刑法1』(有斐閣・一九五二)一一〇—一二二頁が挙げられる。なお、吉田、前掲論文、一四四頁参照。
- (9) Jescheck, [Lehrbuch], S. 302; vgl. Günter Stratenwerth, *Strafrecht, A. T. 1, Die Straftat*, 1. Aufl. (Köln, Berlin, Bonn, München, 1971), S. 119 (以下〔*Lehrbuch*〕, 1. Aufl. と略す)。
- (10) Geerds, [Einwilligung im Strafrecht], S. 263; ebenso Welzel, [Lehrbuch], S. 95; Maurach, [Lehrbuch], S. 345.
- (11) 風俗的行為は常に違法であるとするノルでもえ、刑法及び同意の問題にとって関心のあるのは、可罰的に違法な行為であると言う(Noll, [Einwilligung], S. 72 f.)。

第三節 法政策的見解

個人の意思による法的保護放棄の可能性について、法的保護放棄説自身は十分な説明を与えていない。しかしながら、スイスの刑法学者ノル(Nol)⁽¹⁾の見解が、本人の意図とは別に、これに対して一定の解答を示唆していると考えられる。そこで以下ノルの見解から始めて、個人の意思と法的保護との関係に検討を加えてみたい。

ノルはまず、被害者の同意を「被害者の評価による違法性阻却(Rechtfertigung nach Wertung des Verletzen)」事由と位置づけ⁽²⁾、そしてその違法性阻却根拠を「個人の自由」という観点から説明しようとする。すなわち、自己の法益の侵害に有効に同意できる可能性を「個人の自由の一部」と捉えた上で、この自由は「法秩序がやはりまた保護する一つの価値でもある」として⁽³⁾、その点に被害者の主観的判断を国家が承認して法的保護を回避する理由を見出すのである。更にこの個人の自由という価値を国家がどの程度承認するのかという問題に対して、ノルは、法律の客観的評価と被害者の主観的評価との関係が決定的であって、後者が前者に近づく程、違法性阻却事由たる適格が高まると答える⁽⁴⁾。

これをノルの言葉を借りてもう少し具体的に言えば、次のようなことになる。すなわち、同意によって実行された「行為の目的」を勘案して、「自己の法益処分とそれによって達成される目的実現とに対する被害者の自由」という価値が、「侵害行為の結果無価値、行為無価値そして情操無価値」を少なくとも消滅させる必要がある⁽⁵⁾、と。なおノルは、右の衡量過程を「侵害の重大性とその目的」という言葉に集約させている⁽⁷⁾。

ノルの主張の特徴は、一つに、被害者の主観的評価を法律の客観的評価という上位命題に包摂させて説明するところにある⁽⁸⁾。そして他にはその前提として、個人の「法益処分の自由」を法益から独立した価値と想定し、しかもこの価値を法律から論理的に演繹されるものとしてではなく、「広く評価に委ねられている」ものとしたところにある⁽⁹⁾。これらの点はドイツの学説にも受け入れられ、イェシェック(Yeschek)、ツィプフ(Zipf)等によって「法政策的思考」として発展させられている。ただし、ノルがこの価値ないし利益衡量を、「同一個人に帰属する」具体的衡量と考えたのに対し、イェシェック、ツィプフは社会的観点を強調して、次のように言う。すなわち、「個人の自由の妨げられない行使それ自身が、自由な法治国家における社会的価値とみなされ」、ま

さにこの個人の法益処分の自由が、「法益の保持に関する共同体の利益」、あるいは刑罰規範によって保護されている「法益の社会的価値」に対峙するのである⁽¹²⁾と。その際イェンシェックはこの対峙を、ノル同様具体的衡量と捉えるのであるが、ツィプンはこの点では異なっており、個人の処分権限の「抽象的」承認の問題と規定する⁽¹³⁾。またツィプンはこれを特に「憲法上の利益衡量」と呼んで⁽¹⁴⁾いる。

- (1) Noll, [Einwilligung], insb. S. 59-139.
- (2) これは「客観的評価による違法性阻却 (Rechtfertigung nach objektiver Wertung)」と対比される概念である (ebd., S. 48, 59)°
- (3) Ebd., S. 74 f.
- (4) Ebd., S. 60 f., 84.
- (5) ノルは行為の目的を、「同意者及びその同意に従って実行する行為者が、いかなる価値をいかなる価値のために犠牲にするのか」という言葉に言い換えるが (ebd., S. 61)° この目的に、主観 (たとえば動機)、客観 (行為の客観的意義) の両方を含ませる意図である (後注 (6) 参照)°
- (6) Ebd., S. 75. ノルは実質的不法を結果無価値一元論から説明する試みを放棄し、多元論的に各種の価値侵害として構成する。それ故行為の合法性要件として、結果無価値 (法益侵

害)、行為無価値 (人倫ないしそこから演繹された義務の違反) として情操無価値 (動機・傾向) の全ての消滅を要求する (ebd., S. 28-54)°

(7) Ebd., S. 75.

(8) サウアー (Sauer) も、同意を優越利益原則の現象形態と捉えている (Wilhelm Sauer, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3. Aufl., Berlin, 1956, S. 135 f.)° また同意の目的説への包摂可能性については Liszt, a. a. O., S. 154-156 を参照°

(9) Noll, [Einwilligung], S. 75.

(10) Jeschek, [Lehrbuch], S. 303, Anm. 19; Heinz Zips *Einwilligung und Risikobehauptung im Strafrecht* (Neuwied, Berlin, 1970), S. 32 (以下 [Einwilligung] と略す); [Maurach-Zipf], S. 237 f. また日本では、木村博士が目的説の立場に立ち、「法益の処分権の保護」に同意の効力根拠を求められる (木村亀二『刑法総論』有斐閣・一九五九、二八七頁)。なお、金沢文雄『人体実験の適法性の限界』鴨・斎藤・団藤・平場・福田編『刑法と科学 法律編植松博士還暦祝賀』(有斐閣・一九七二) 一一〇—一一二頁参照°

(11) Peter Noll, *Übergesetzliche Milderungsgründe aus verminderten Unrecht*, ZStW Bd. 68, 1956, S. 183 (以下 [Milderungsgründe] と略す); ders., *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der*

Rechtfertigung, ZStW Bd. 77, 1965, S. 16 (以下「Tatbestand」と略す)。

(2) Jescheck, [Lehrbuch], S. 303; Zipf, [Ermittlung], S. 32.

(13) その結果タイプは、同意を具体的価値衡量である違法性の領域ではなく、構成要件充足の場で扱うのである (Zipf, [Ermittlung], S. 58-63)。Dagegen Jescheck, [Lehrbuch], S. 301.

(14) Ebd., S. 32, 61. ドイツ連邦共和国基本法二条一項は、「各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序また道徳律に反しないかぎり、その人格の自由な発展を目的とする権利を有する」と規定するが (山田晟訳 宮沢俊義編『世界憲法集 第二版』岩波文庫・一九七六、一六〇頁)、この基本権も、たとえば刑法など、一般的に適用される法律によって制限される (同法一九九条)。ここにタイプが指摘した憲法上の衡量の契機があるのである。

二

法政策的見解の理論構成は、被害者の同意にもかかわらず結果無価値が発生すること、すなわち「法益の侵害」が肯定されることを第一前提としている。この前提は、我々が出発点として選択した客観的利益・財概念からはもちろん承認できるし、それがま

た法的保護放棄説への移行の動因でもあったはずである⁽¹⁾。次にノル等は、法益に対峙する価値として法益を処分する自由を掲げるが、この結論を導く第二の前提として、法益を処分する自由が法益それ自身から独立した価値を持つ、ということが証明されなければならぬ。ところがケスラーによって確認されたように、財⁽²⁾概念はその内包として、既に主体にとっての「使用の可能性」に従って処分の可能性を予定している。つまり、処分の可能性を離れたところに財の価値は想定されていないのである。そして、この処分の可能性を法制度的に保障するのが「自由」であるとするならば、処分の自由を離れたところにやはりまた財の価値は想定されていないと考えられる。ある財を処分する自由の有する価値とは、まさにある主体に対して財自身が持つ価値に他ならないのである。かくして、法益処分権を法益に対峙する価値として把握する⁽³⁾というわけにはいかなくなる。そこでイェッシュェック、タイプは、「法益の保持に関する『共同体の利益』と『社会的価値』としての法益処分権」とを対抗させることによって、ノルの価値衡量に対して為された批判を回避しようとする。そしてなる程この点に関する批判の回避には成功している。衡量の基礎に個人的価値を置くか、それとも社会的価値を置くかは、それ自体一個の

問題であり、別に詳しい考察を必要とするが、⁽⁴⁾しかしながら少なくともイェンシェック、ツィプフの試みは、ノルの個人主義的構成を否定しており、その点で必ずしもノルと同種の理論構成と捉えることはできない。

以上のような問題点はあるにしろ、法政策的見解の核心は、法益処分権が個人の自由の一部として憲法秩序によって承認されているところ⁽⁵⁾にあり、それはまた否定できない事実でもある。しかし、法益処分権の価値が法益それ自身の価値と等置されることを考えるならば、いま必要なのは、法益処分権を単なる対時価値として把握することではなく、法益構造内に位置づけて構成することである。かりに社会的価値への転換によってこの批判をかわすとしても、同意の効力根拠を説明するのに、個人の自由が法政策として一般的に認められていると言うのでは説得力を欠き、決して十分とは思われない。その法政策が現行刑法の法的保護の中⁽⁶⁾にいか⁽⁶⁾に反映されているかを、更に具体的に検討する必要があると⁽⁶⁾言わなければならない。

(1) 法政策的見解は法的保護放棄説と同じ立場から出発している
 2 (vgl. Stratenwerth, [Lehrbuch], 2. Aufl., 1976, S. 123

— なお本稿本章第二節注(9)参照)。

(2) 本稿前章第一節一参照。

(3) Gunther Arzt, *Willensmangel bei der Einwilligung* (Frankfurt am Main, 1970), S. 44, 46.

(4) 本稿次章第三節参照。

(5) 従って、ヴェセルス (Wessels) が法的保護放棄説を法政策的見解によって理由づけるのは、その限りでは正しいものを含んでこそ (vgl. Johannes Wessels, *Schwerpunkte, Strafrecht, A. T., 3. Aufl., Karlsruhe, 1973, S. 53*). Vgl. [Maurach-Zipf], S. 238.

(6) ケスラーが同意の効力を法律の目的との関係から説明したのに対して (Kessler, [Einwilligung], S. 28, 32) ノルは、同意の効力根拠である個人の自由を法律から直接演繹しようとはしていない (Noll, [Einwilligung], S. 75)。しかしこの態度には疑問がある。

第四節 法的保護不要説

一

法的保護放棄説に結果において実質的理由づけを与えるもう一つの主張は、次に見るシュトラテンベルト (Stratenwerth) シュミットホイザー (Schmidhäuser) に代表される見解である。⁽¹⁾この最近有力に説えられている見解の功績は、一言で言って、法的

保護の目的の考察を通して、再び法的保護の対象自体に疑問を投げかけたところにあり、本節でもこの点に的を絞って議論を進めていきたい。

シュトラーターテンベルトは、違法性阻却の同意は、本人が欲する時のみ法的に保護される法益の場合に存在し、この場合の同意は「客体の法的保護 (der rechtliche Schutz des Objektes)」を排除すると捉える。⁽⁶⁾ しかし彼は更に、違法性阻却の同意に際して本人の意思は、法的保護にとって重要であるばかりか、また「保護客体」にも帰属すると主張するのである。⁽⁵⁾ なぜなら、「他人を彼の領域においては、自己答責の本質として承認せよ」という命令、あるいはそこから演繹される「他人の利益領域への侵襲の禁止」という形式で示される、人間間行為の根本規範が、彼の理解に従えば、社会倫理領域のみならず、法秩序においても妥当するからである。⁽⁴⁾ つまり、刑法の任務は、この根本規範からの命令・禁止に対応して、「各個人の自律性 (Autonomie der Einzelpersonlichkeit)」をそのひどい無視から保護するというところに求められ、⁽⁶⁾ それはシュトラーターテンベルトの所説によれば、本人の意思が保護客体に帰属することを意味するというのである。しかし彼はケースラーのように、保護客体を「本人の意思」だけに限ろう

とはせず、自律的人格たる他人の無視による財・利益の侵害が不法を構成すると主張する。なぜなら、自律的人格としての他人の無視は、その他人の財あるいは利益の侵害の中で「実現される」と考えられているからである。⁽⁶⁾ けれども、本人が自己答責的人格として侵襲に同意する時には、財・利益の侵害の中に「自己決定 (Selbstbestimmung)」の無視は存在せず、それ故また不法も存在しないことになる。⁽⁷⁾ このように本人の意思も保護客体に組み入れられた結果、違法性阻却の同意は保護法益の部分的欠落を導き、その他に法的保護を消滅させる。つまり、「保護客体」が部分的に欠落し、「攻撃客体」は法的保護を喪失するのである。⁽⁸⁾

シュトラーターテンベルトが、財・利益と個人の意思・自己決定とを対等に評価して保護客体に取り入れたのに対して、後者により一層の比重を置く見解がシュミットホイザーによって主張されるに至り、たとえば次のように叙述されている。「法益」という概念の基礎には「財」という一般的な概念が存するが、また同時にその概念は、「この財に帰因し、かつ全ての者に向けられている尊重要求 (Achtungsanspruch) をも内包する」。従って法益は、この財に帰因している「尊重要求」に反して行為が行なわれることによって、初めて「侵害」されるに至る。⁽⁹⁾ 客観的には法益の客

体に向けられている行為が存在しても⁽¹⁰⁾「客体に係わる尊重要求が個人の自律領域にあり、かつこの個人が相当な方法で行為に同意する時には、法益の侵害は存在しない」。なぜなら、本来意図されている「尊重要求」が侵害されていないからである⁽¹¹⁾。このようにしてシュミットホイザーは、最終的に、本人の同意によって「法益要求 (Rechtsgutsanspruch)」が欠如し、既遂犯としての構成要件的「法益侵害」が排除される⁽¹²⁾と結論づけるのである⁽¹³⁾。

以上兩名の見解は、個人の自由を強調する点ではノルと共通する⁽¹³⁾ではあるが、その説示する方向は大きく異なっている。すなわち、個人の自律性をシュトラーターテンベルトは財・利益と並列的に、シュミットホイザーは財・利益より上位的なものとして、しかしいずれにしても法益構造内に位置づけている⁽¹⁴⁾。個人の意思を保護客体論の中で展開しようという限りで、そこにはケヌラーへの回帰が示されていくと評価できる⁽¹⁵⁾。

- (1) Stratenwerth, [Prinzipien], S. 41-70; ders., [Lehrbuch], 2. Aufl., S. 122-129; Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht*, A. T., 2. Aufl. (Tübingen, 1975), S. 267-279 (以下 [Lehrbuch] と記す); vgl. Dieter Kientzy, *Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsguts-*

trägers (Tübingen, 1970), S. 1 ff.

- (2) これに対して、構成要件阻却の同意は「法的保護の客体 (das Objekt des rechtlichen Schutzes)」を排除すると説明する (Stratenwerth, [Prinzipien], S. 42)。

(3) Ebd., S. 43.

- (4) 従って財は、それが他人の人格領域に帰属することにより、「他人のもの」と特徴づけられて初めて不可侵という性格を獲得するのである (Ebd., S. 44)° Vgl. Hans Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4. Aufl. (Göttingen, 1961), S. 24 (福田平・大塚仁訳『目的的行為序説—刑法体系の新様相—』有斐閣・一九六二、三六頁)°

- (5) Stratenwerth, [Prinzipien], S. 44. 同意が既に行為の時点で表明されなければならないもの、この自律性の尊重を全うする趣旨からである (vgl. ders., [Lehrbuch], 1. Aufl., S. 119)°

(6) Stratenwerth, [Prinzipien], S. 44 f.

(7) Ebd., S. 45; ders., [Lehrbuch], 2. Aufl., S. 123.

(8) Stratenwerth, [Prinzipien], S. 45.

(9) Schmidhäuser, [Lehrbuch], S. 205.

- (10) シュミットホイザーはこのような場合を「単なるみかけの侵害侵害 (eine nur scheinbare Rechtsgutsverletzung)」と記す (ebd., S. 269)°

(11) Ebd., S. 260, 267.

(21) Ebd., S. 268; ebenso Kienitz, a. a. O., S. 81, 83; vgl. Ziplf. [Erwilligung], S. 30. なお法益侵害と構成要件該当性との関係については、本稿第四章第三節参照。

(23) Vgl. Peter Noll, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, SchwSt Bd. 80, 1964, S. 166. (14) そこで被害者の同意は利益衡量原理に基づきえなくなる (Stratenwerth, [Prinzipien], S. 42; ders., [Lehrbuch], 2. Aufl., S. 123)。

二

シュトラーターテンベルト、シュミットホイザーは共に、利益・財の刑法的保護の意義は個人の自律性の確保の中にあると考え、そこにまた具体的な客体の尊重の根拠も求めている。このような考え方は、法が客観的利益を保護の対象としている目的に即応し、肯定されてよいと思われる。というのは、この利益はある主体にとって実在するものとしてではなく、ありうべきものとして想定されて⁽¹⁾おり、従ってその保護も、現実的利益の獲得可能性の防護以上のものではありえない⁽²⁾。つまりこのことは、現実の利益の享受はその主体の自由な選択に委せられていることを示唆し、とりわけ個人の自由が現行憲法秩序におき、法政策として是認されているということ⁽³⁾を考慮するならば、右のことは積極的に首肯され

て然るべきだからである。そうだとするならば、また彼らが同意を個人の自律ないし自己決定の発露と性格づけ、刑法の利益・財保護の目的と合致するものと捉えることにも、特に異論はないと考えられる。この法的保護の目的との合致の中にこそ、同意の法的保護放棄の効力根拠があるのであり、言い換えれば、ここにおいて同意と法的保護との結合が確認されるのである。こうして、同意によって法的保護が排除されるという主張も説得的なものとなる。

以上のようにして、同意による法的保護放棄の理由が説明できるにもかかわらず、シュトラーターテンベルトは個人の意思を更に保護客体にも帰属させようとする。なる程ケスラーとは違って、個人の意思の他に利益・財も含めて保護の対象とするのではあるが、しかしそれによって、決してケスラー流の保護客体論が持っている欠陥を克服することはできない。現に被害者の意思に反することなく、利益・財の侵害のみで犯罪が成立しうることは、ケスラーでさえ認めざるをえなかった事実である⁽³⁾。消極的に「意思を無視してはならない」という命題から、積極的に「意思が保護客体である」という命題は演繹されない。もしかりにこの個人の意思が自律・自己決定の「可能性」を意味するとしても、それは

その基盤としての利益・財の保護の中に吸収され、結局は独自の意義を持たないことになる。また同意によってその可能性が「欠落する」ということもない。⁽⁴⁾ かようなわけで、個人の意思それ自体は保護客体に帰属しないと考えられる。利益・財の保護目的が個人の自律性の確保にあるとするならば、同意に基づく利益・財への侵害行為は、まさに一個の自律としてその保護目的と一致する。それ故、同意によって保護の必要性が欠落するという結論が得られるはずであり、シュトラーターテンベルトの議論も少なくともそこまで十分であったと思われる。

一方シュミットホイザーは客体の法的保護の必要性の問題を、客体に関する尊重要求の問題に引き直して議論を進める。従って彼が、尊重要求が個人の自律領域にある場合、同意によって尊重要求は無視されずに至ると言うのは、法的保護の必要性がないということ以外の何も意味していないのである。⁽⁶⁾ 反面このような場合、保護客体の侵害は当然肯定され、もしこの客体を「法益」と呼ぶならば、そこには「法益の侵害」が存在するのである。⁽⁷⁾ しかし現実には保護の必要性のある利益・財を「法益」と呼ぶならば、同意によって既に見たように保護の必要性は欠如するので、そこには上の意味での「法益」は、従って「法益の侵害」は

存在していない。本人の同意によって「法益要求」が欠如し「法益侵害」が排除されるという、シュミットホイザーの見解も、後者を意味する限りでは正当性を持つと考えられる。⁽⁸⁾ ところが他方で、尊重要求それ自体を法益と呼ぶ口吻が示されている。⁽⁹⁾ しかしながら、尊重要求は法的保護の必要性の問題に還元されるし、尊重要求を形成する個人の自律性は利益・財保護の被害者側からの視点にすぎない。従って、尊重要求（個人の自律性）を法益と呼ぼうと意図するのであれば、シュミットホイザーの主張に従うことはできないと言わなければならない。

とは言え、シュトラーターテンベルト、シュミットホイザー等は、法政策として承認された個人の自由を現行刑法の法益保護の「目的」の中に反映させ、そこから同意の効力根拠を説示するという正当な方法を採用しており、この点で法政策的見解を更に一歩進めた主張として理解できる。しかも、法益（保護客体）を個人の自律・自己決定との関係において意義づけることによって、利益・財と個人の自律・自己決定との一体化の方向を計り、法益を構造として把握しようとしたのは卓見であったと言えよう。⁽¹⁰⁾ しかし、個人の自律・自己決定を強調するあまり、それらを保護客体あるいは真の法益と捉えるのは行き過ぎと考えられる。同意に基づく

行為は、法益保護の目的との一致故に、法的保護が不要になるのである。以下これを法的保護不要説と略称することにする。

- (1) 本稿前章第三節参照。
- (2) Vgl. Kienzky, a. a. O., S. 76.
- (3) 本稿本章第一節二、同注(8)。(9) 参照。
- (4) シュトラーテンベルクも、法益は自由の基礎として刑法上保護されてゐることを認めてゐる (Stratenwerth, *Lehrbuch*), 2. Aufl., S. 123)。
- (5) ところが、シュトラーテンベルクは「欠落する」と述べてゐるので (Stratenwerth, *Prinzipien*), S. 45) そこでは實際の心理・意思が観念をっていると考えられる。
- (6) 客体の尊重要求がいかなる理由から生ずるのかは、刑法がどうして利益・財を保護せねばならないかという問題と裏腹の関係にある。そのようなわけで、尊重要求は保護の必要性の問題に解消できる。
- (7) これを法益と呼ぶのが伝統的思考の基柱である (小暮得雄「違法論の系譜と法益論」『法学協会雑誌』八〇巻五号・一九六四、五九九頁、六一〇頁注一一参照)。また「みかけの法益侵害」については、本稿本章第四節一注(10)参照。
- (8) Schmidhäuser, *Lehrbuch*], S. 268. シュニットホイザーが法益を財と尊重要求との統一として構成していることからは、そのことが窺える。またツイプフの次の主張も同趣旨

と考えられる。すなわち、同意は規範の保護領域からの法益の取り出しであり、それによって刑法上重要な侵害の可能性が排除される、というものである (Zipf, *Ermittlung*), S. 29)。

- (9) Schmidhäuser, *Lehrbuch*], S. 260, 268; ebenso Kienzky, a. a. O., S. 83.

(10) Vgl. Stratenwerth, *Lehrbuch*], 2. Aufl., S. 123; ders., *Prinzipien*], S. 42. シュニットホイザーは法益の客体と尊重要求という観点から (Schmidhäuser, *Lehrbuch*], S. 267-269) なきキーンマイヤーは「自由関連性 (Freiheitsbezogenheit)」と「事物関連性 (Sachbezogenheit)」との二面から (Kienzky, a. a. O., S. 74-76) それぞれ法益構造に分析を加えている。

第五節 総括

法的保護の対象は、複合的・平均的内容を有する客観的利益の一定量を担う財である。従つて、いわゆる被害者の同意によって右の利益が放棄され、法的保護の対象が存在しなくなるといふことはない。しかし同意が存在するという事実は、その財の法的保護の必要性に影響を与える。というのは財を保護する究極的目的は、「個人の自由」に高い価値を置く法政策の反映として、その

財の保持者にその財に係わる一定の利益を自由に選択をせるといふところにあるからである⁽¹⁾。被害者の同意はまさにこの自由選択の発露に他ならないので、当該財の保護を不要にする。これは個人の意思による法的保護の直接的放棄ではなく、保護の目的との合致から導き出される間接的效果なのである。

法的保護の目的の勘案から、法的保護の客体に心理・意思をも加えたり、あるいは自律的支配それ自体を対象化したりする試みもあるが、理念的性格を持つ法的保護の目的と立法技術的性格を持つ法的保護の客体とを一致させなければならない⁽²⁾という必然性はない⁽³⁾。この点を区別して議論するならば、被害者の同意があるにもかかわらず、法的保護の客体は侵害されると考えなければならぬ。しかしながら、法的保護の目的には違背していないのである。法的保護の必要性のある財への侵害は存在していないことになる。前者が通常の意味での狭義の法益(侵害)であり、後者は構造として把握された広義の法益(侵害)^(3a)である。

このように法益の法的保護を不要にする被害者の同意の効力根拠は、法的保護の客体論からではなく、法的保護の目的論から説明されるのである。

(1) 法益の担い手との関係を無視することはできない。(Vgl.

Heinz Zipf, Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, *Österreichische Juristenzeitung*, 1977, S. 380)。

(2) 刑法は、身体の完全性、名誉、所有権等それ自身を、ありうべき自己決定の前提及び関係客体として保護している(Schänke-Schröder), Vor. § 32 ff., Rdn. 34, S. 432)。^{保護の目的と保護の客体とを一致させることにかゝる法益の精神化が始まる}(vgl. Honig, a. a. O., S. 94)。

(3) Vgl. Klaus Gelpert, Rechtfertigende "Einwilligung" des verletzten Mitfahres bei Fahrlässigkeitsstrafataten im Straßenverkehr?, *ZStW* Bd. 83, 1971, S. 968. ただしゲルペルトはシュミットホイザーとの関係で、尊重要求だけを広義の法益と呼んでいる。

(未完)

Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht :
Feststellung des Autonomieprinzips (1)

Hiroimi KAWAHARA*

Einleitung

Die heutige Einwilligungslehre ist im Zusammenhang mit der Selbstbestimmung oder der Autonomie des Einzelnen entwickelt. Diese Note versucht es auch im gleichen Stand, durch die Betrachtung über den Zweck des Rechtsgutsschutzes der Wirkung der Einwilligung des Verletzten die bestimmten innewohnenden Grenzen zu setzen.

I. Die Bedeutung des "Interesses" und des "Verletzten"

Die ersten Ansätze zu einer dogmatischen Bedeutung der Einwilligung des Verletzten stehen in der Herausbildung des Rechtsguttsdenkens, insbesondere des "Interessenbegriffs", auf dem auch der Begriff des Verletzten beruht. Man versteht den Interessenbegriff objektiv als die mögliche Nutzbarkeit für den Verletzten und subjektiv als den Willen des Verletzten. Aber jedenfalls ist derjenige durch ein Verbrechen verletzt, dessen Interesse durch die bezugliche Strafbestimmung geschützt werden sollte. Wenn Zweck des Strafgesetzes der Schutz menschlichen Interesses mittels Drohung durch die Bewegung des Strafrechts des Staats ist, so ist das Recht der Weg, der Staat nur ein Schutzsubjekt, diese sind nie Interessenssubjekte. Man hat noch Interesse an dem Entstehen und Bestehen des Gesetzes überhaupt und abstrakt, ohne Rücksicht auf einen konkreten Fall seiner Anwendbarkeit. Aber dieses subjektiv schrankenlose Interesse an dem Verbot ist nicht dasjenige, welches der Gesetzgeber durch dieses Verbot schützen will, sondern das tatsächliche Interesse, welches

* Doktorand am juristischen Seminar der Hokkaido-Universität

man beim gesetzgeberischen Akt und im kriminalpolitischen Bereich in Betracht zieht. Hier handelt sich um das durch die bezugliche Strafbestimmung geschützte rechtliche Interesse, dessen Subjekt der "Verletzte" ist.

II. Die materiale Wirkung der Einwilligung

In diesem Kapitel wird das Problem über die Begründung der material rechtfertigenden Kraft der Einwilligung behandelt. Wenn man objektives Interesse als das rechtliche Schutzobjekt auswählen soll, so wird die Einwilligung als Zeichen der *Interessenpreisgabe* durch den Rechtsgutsinhaber nicht angesehen, d. h. mit der Einwilligung entfällt das Schutzobjekt nicht. Also vertreten die Rechtsprechung und die herrschende Lehre den Standpunkt, daß der Einwilligende durch Preisgabe seines subjektiven Interesses *auf Rechtsschutz verzichtet*. Und liegt darin solche Möglichkeit des öffentlichen Rechtsschutzverzichts vom Willen des Einzelnen, daß im *rechtspolitischen* Standpunkt der ungehinderte Gebrauch der persönlichen Freiheit als solcher im freiheitlichen Rechtsstaat als ein Wert angesehen wird, daß in Betracht des Rechtsschutzzwecks Rechtsgut strafrechtlich als Voraussetzung und Bezugsobjekt möglicher Selbstbestimmung geschützt wird. Das bedeutet: Die Einwilligung wird als Zeichen der autonomen Herrschaft durch den Berechtigten aufgewiesen, somit fehlt es am Rechtsschutz gegen die Handlung aufgrund der Einwilligung infolge der Übereinstimmung mit dem Schutzzweck. In dieser Weise ergibt sich die Wirkung der Einwilligung nicht aus Schutzobjekt, sondern aus Schutzzweck.

(Fortsetzung folgt.)