



Title	被害者の承諾（1）：各論的考察による再構成
Author(s)	佐藤, 陽子
Citation	北大法学論集, 58, 1 [1067]-35 [1101]
Issue Date	2007-09-28
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/29627
Type	bulletin (article)
Note	論説
File Information	58(3)_1-35.pdf



[Instructions for use](#)

論
說

被害者の承諾（一）

——各論的考察による再構成——

佐藤陽子

目次

序論
第一節 はじめに
第二節 被害者の承諾——総論的考察——

- 一 被害者の承諾の体系的地位について
- 二 被害者の承諾の犯罪阻却根拠について

(一) ドイツの議論

(二) 日本の議論

第三節 本稿の課題

第一章 国家・公共の法益に対する罪と被害者の承諾

第二章 財産に対する罪と被害者の承諾

第三章 自由に対する罪と被害者の承諾

第四章 生命・身体に対する罪と被害者の承諾

結語 総論的考察への示唆

(以上本号)

序論

第一節 はじめに

被害者の承諾とは、構成要件が保護の対象としている法益の所有者が、当該法益の侵害に承諾することをいう。⁽¹⁾

被害者の承諾は、ローマ法の格言「Volenti non fit injuria」（欲する者に不法は生じない）が示すように、ローマ法時代から不法阻却の効果が認められていた。ただしローマ法時代の刑事法は、現在で言うところの不法行為法と刑法とが複雑に入り混じった領域であり、刑事訴訟の判決が、国家権力の行使というよりは被害者自身で加えることのできる

制裁の方法と程度を規制しすぎなかつた点で現在とは異なっているようである。⁽²⁾⁽³⁾

現在の刑法実務や判例、学説においても、被害者の承諾が広く犯罪の成立を妨げることは一般に認められている。しかし、刑法二〇二条(自殺関与及び同意殺人罪)が示すように、すべての犯罪においてその効果が認められているわけではない。また、傷害罪においても、日本やドイツの判例・通説は、一部で「Volenti non fit injuria」を認めながら、一部でそれを否定している。

しかし、そもそもなぜ被害者の承諾には犯罪の成立を阻却する効果があるのか、あるいはなぜ場合によってはその効果が制限されるのか。この疑問はこれまで刑法の文献においてもっとも頻繁に論ぜられたテーマのうちのひとつであろう。それにもかかわらずいまだこの問題が統一的な解決をみないのは、刑法における被害者の承諾の領域が、刑法の理論的な問題にとどまらず、社会的・哲学的な問題をも含んでいることに由来するように思われる。

被害者の承諾が犯罪を阻却する根拠については、上述のように、これまで複数の論者がそれを検討してきたのだが、それは近年では主に総論の分野で行われてきた。確かに、被害者の承諾は複数の各論構成要件をカバーする総論的な犯罪阻却事由であるのだから、その性質を明らかにするためには総論的な検討が有用であろう。しかし、他方でそれは各論の構成要件と、とりわけその文言や法益の性質と非常に深くかかわった犯罪阻却事由でもある。そのため他の犯罪阻却事由に比して総論的な検討に加え、より詳細な各論的検討をも必要としているように思われるのである。とりわけこれまで総論的に検討されてきた諸テーゼは、主に傷害罪との関係で発展したものであり、このようなテーゼが、文言も法益の性質も異なる他のすべての構成要件にあてはまるかは疑問であろう。

本稿では被害者の承諾のこのような性質に着目し、これまで総論的な視点でおこなわれるのが中心であった承諾論を各論的な視点から改めて検討することによって被害者の承諾論のさらなる理解を深めようとするものである。

なお、このような各論的検討に入る前に、その議論の基盤となる総論的な議論、とりわけ被害者の承諾の犯罪論体系上の地位について、そして犯罪阻却根拠についての学説を紹介・整理しておく必要があるだろう。序論第二節ではまずこの点について略述する。そしてこのような総論的な議論をふまえた上で、序論第三節において本稿の予定する各論的考察の意義と射程について述べることにする。

第二節 被害者の承諾—総論的考察—

一 被害者の承諾の体系的地位について

被害者の承諾の犯罪阻却根拠を論じるに当たって、まず疑問とされるのは、刑法典には保護法益も行為態様も異なった多種多様の構成要件が含まれているにもかかわらず、被害者の承諾はすべての構成要件に共通した一つの性質を有するものなのだろうかということである。この点について、被害者の承諾を、構成要件該当性を排除する「合意」と違法性を阻却する「同意」に区別したのはゲールズであった。⁽⁴⁾

ゲールズによると、同意は、慣習法的に認められたその違法性阻却の効果によって構成要件に該当した行為からその違法性を取り除くことができる。⁽⁵⁾ 他方合意は、刑法の構成要件が明確にあるいはその性質に基づいて、行為が客観的に被害者の事実的意思に反することを要求しているときに、行為が構成要件を充足することを妨げることになる。⁽⁶⁾ 換言すれば、同意は違法性欠如のために必要な法的に重要な意思であって、合意は純粹に事実的な「意思に反する」という構成要件のメルクマールを排除する要素なのである。⁽⁷⁾

そしてゲールズは、合意の事実的性質、同意の法的性質から、被害者の承諾が有効となるためのいくつかの要件の差異を設けた。まず、被害者の承諾が外部に表明されている必要があるかという承諾の方式に関しては、合意は被害者の承諾が外部に表明されている必要はなく、被害者の内心に存在すれば十分である意思傾向説がふさわしいとし、同意は外部に表明されて始めて有効とみなされる意思表明説がふさわしいとした。⁽⁸⁾なぜなら、構成要件のメルクマールの有無を純粹に事実に判断する合意にとつて、そのメルクマールの存在あるいは欠如が行為者に認識されているかどうかは決定的な問題ではないからであり、他方、同意が当該行為の犯罪成立を妨げる根拠は、正当化事由の本質のために決定的な役割を果たす違法論から生じているので、そこでは主観的正当化要素、すなわち行為者が被害者の承諾を知っていたことが必要不可欠となるからである。次にゲールズは、被害者の承諾能力に関して、合意においては、その構成要件機能に鑑みて、被害者が行為の違法について認識している必要はなく、むしろ自然的な意思で承諾がなされていれば十分であるとした⁽¹⁰⁾。対し、同意は被害者に同意能力がなくてはならないとした。⁽¹¹⁾このばあいの同意能力は、同意者が具体的な場合に必要不可欠な成熟性と、行為の違法そしてその行為の影響についての認識を持つているときに認められることになる。さらに、ゲールズは良俗違反・偽計 (Arbitr)・強制⁽¹²⁾によって得られた承諾の取り扱いに関して、上述した二要件と同様に同意を合意よりも厳しい要件に従わせた。つまりドイツ刑法二二六a条に鑑みて、同意においては、行為あるいは同意の反良俗性が同意の違法性阻却の効果を生じた一方、合意はそのような制限の下に置くことをしなかつた。⁽¹⁴⁾また、被害者の意思決定が行為者の偽計的な行為から生ぜしめられた際あるいは強制等で同意が不正に入手されたばあいは、その同意は無効であるとし、他方で合意のばあいは、基本的にはその事実的性質ゆえに有効という判断がなされ、一部は各々の構成要件の判断にゆだねられるとした。⁽¹⁶⁾

このような要件の差異に加えてゲールズはその効果に関しても両者の差異を見出した。第一に、行為者が存在してい

た同意を認識していなかったばあい、すなわち同意の不知に関して、ゲールズは、構成要件自体はすでに充足されているので、その既遂はゆるぎないとして同意における未遂の可能性を否定し、構成要件の充足性の段階で問題となっている合意では未遂成立の可能性を肯定した。⁽¹⁸⁾ またゲールズは第二の差異を、行為者が同意あるいは合意が存在すると誤って思い込んだとき、すなわち錯誤によって承諾の受領がなされた時に見出した。各々の性質から理解されるように、同意は常に違法性の錯誤であり、合意は構成要件の錯誤となるのである。⁽¹⁹⁾ そのため合意は刑法五九条が適用され、故意が阻却されるのに対し、同意は、同意の表明があったと思ひ込んだようなばあいには刑法五九条の類推適用によって故意が阻却され、同意殺人が許されると思つていた等のばあいには、禁止の錯誤にとどまることになる。⁽²⁰⁾

ゲールズが提唱したこのような区別は、被害者の承諾をすべて正当化事由に分類し、その実質的な議論を個々の解釈的な要件、たとえば良俗違反の承諾の取り扱いや被害者の認識能力の問題などに集中させていたかつての学説からすれば、画期的なものであったにちがいない。⁽²³⁾

しかし合意と同意を区別する見解（以下二元説という）は確かにこの時点では圧倒的な支持を得て通説となったものの、七〇年代の初めからは、それは一部で批判の対象になっていった。そして、被害者の承諾はすべて構成要件該当性を排除する法制度であるという解釈（以下一元説と呼ぶ）も有力に展開されるようになったのである。⁽²⁴⁾

一元説と二元説の対立は、いまだその解決をみず、また現在では被害者の承諾をさらに「合意」「構成要件該当性を排除する同意」「正当化の同意」に区別する三元説⁽²⁵⁾が主張されるなど、被害者の承諾の体系的地位の議論はますます混迷を極めている。

そもそも、一元説と二元説の根底にある差異は、構成要件が保護する法益を何と考えるかに由来するのだが、この点については犯罪阻却根拠の議論を紹介する際に後述することとし、以下では、二元説に基づいた場合の合意と同意の要

件的・効果的差異の問題について、なお若干の説明を加えたい。なぜなら、もしも合意と同意の区別からこのような差異が全く生じなければ理論上の両者の区別は全く無意味なものとなってしまい、二元説の本来的意義は失われてしまうからである。

ドイツの学説においては、一元説・二元説いずれの立場からも、ゲールズが提唱した合意と同意の要件の差異は批判されている。⁽²⁶⁾しかし、注意すべきは、これらの見解の多くが、ゲールズの見解を完全に否定しているわけではないことである。⁽²⁷⁾ドイツ学説の主な批判は、合意と同意の要件には違いがないということではなく、ゲールズが提唱した要件のうち、「合意」に係る要件が適切ではないということなのである。⁽²⁸⁾合意の要件は、同意のそれとは異なって、構成要件ごとの検討が必要であり、事実的な性質から画一的に導かれるものではないという。この点で、画一的な要件を有する同意とそうではない合意の区別はなお重要性を有しているといえるだろう。一元説もこの点は同様であり、あらゆる承諾は構成要件該当性を排除するという前提の下で、一元説は承諾の要件を検討する際に、両者の区別の事実上の重要性を認識している。⁽²⁹⁾なぜならば、いわゆる合意は個々の構成要件が充足されるか否かであり、それに対して同意は全体的な行為の犯罪性を問題にしているという点で、性質上の差異があると考えられているからである。そして両者はたしかに同じ体系に位置しているが、その要件に関しては、同意は画一的に定められたひとつのテーゼに従い、合意はそのような画一的なテーゼをもたないことになる。この点で、両者の区別には一応の価値が与えられているのである。

それに対して効果については、一元説と二元説は対立することになる。一元説によれば、合意も同意も同じ構成要件該当性排除事由であるので同じ効果が与えられるが、二元説によれば合意は構成要件、同意は違法性に係っているので、それぞれの性質に応じた効果が与えられることになる。⁽³¹⁾

ドイツの承諾論において合意・同意の区別が一定程度の重要性を占めているのに対し、日本の学説においては、合意・同意といった用語を用いてそれぞれ個別に論じる傾向がこれまであまりなかった。

日本における承諾論の総論的検討でとりわけよく用いられる記述は、以下のようなものであろう。「被害者の承諾は違法性阻却事由の一つである。しかし、被害者の承諾はつねに違法性阻却に関連するものではない。被害者の承諾は他に、①被害者の承諾があると、構成要件該当性を欠くばあい（たとえば住居侵入・強姦・窃盗）、②構成要件上、被害者の承諾の有無を問わないばあい（たとえば一三歳未満の婦女に対する姦淫・未成年者の誘拐）、③被害者の承諾があるばあいを他の構成要件としているばあい（たとえば同意殺人・同意堕胎）があり、これらのばあいの被害者の承諾は違法性阻却事由となるものではない⁽³²⁾」。そしてこのような記述の後に、被害者の承諾の要件が正当化事由に分類された承諾の領域だけで論じられることになるのである。

ここではドイツ学説でいうところの合意と同意の区別は、（明確にはないにせよ）一応の前提として認識されているようであるが、このような区別はドイツほど重要視されてはいない。なぜならば、多くの論者が、合意と同意の区別の中に、体系的な違い以上の意義を見出さないからである。つまり両者の犯罪阻却根拠、あるいは実質的な適用（要件・効果）は同じものであると解されているのである⁽³⁴⁾。それゆえ両者の区別は無意味ということになり、正当化事由としての承諾で論じた要件は、いわゆる合意においても適用されることになる。

その一方で、要件的・効果的差異を見出し、合意と同意の区別には意義があるとする論者も確かにいる⁽³⁵⁾。しかしそのような見解は合意と同意の区別を日本の学説に定着させるほど有力な見解とはなっていないようである。

なお日本においては、合意と同意の効果的差異はゲールズが提唱した二つの効果とは別に、刑事訴訟法との関係でも検討されている。刑事訴訟法三三五条二項は「法律上犯罪の成立を妨げる理由又は刑の加重減免の理由となる事実が主

張されたときは、これに対する判断を示さなければならぬ」と規定しており、合意と同意を区別する立場によれば、同意は法的な性質を有しているもので有罪判決の中で特にこれについて判断をしなくてはならないが、合意は事実的な性質であるのでその判断の必要はないことになる。しかし、このような見解に対しては有力な反対意見が展開されている。⁽³⁷⁾

このような合意と同意の区別をあまり重要視しない日本の傾向は、これまで合意と同意の区別の必要性が、良俗に違反した承諾の取り扱いとの関係で、あるいは表明の必要性との関係でしか検討されてこなかったことに由来するように思われる。⁽³⁸⁾良俗違反の承諾に基づく傷害は可罰的か否か。当該行為の犯罪性を排除するために承諾を表明する必要があるか否か。その問いへの答えが、合意と同意の区別に意義があるのかを決定していたのである。

しかし合意と同意の区別の必要性が、このような範囲でしか論じられなかったことは、日本における被害者の承諾論を不十分なものにしてしまったように思われる。なぜなら、合意と同意の要件の差異を認めるドイツの二元説においてもゲールズが提唱した良俗違反の承諾の取り扱いが批判がなされているし、⁽³⁹⁾ドイツの一元説においても合意と同意の差異が重要となりうると認められた要件は表明の必要性とは別に存在しているからである。⁽⁴⁰⁾合意と同意の区別の意義は、その他の要件をも総合的に考慮して、導き出されなければならない。

以上のことを要するに、ドイツにおいては、合意も同意も構成要件該当性を排除すると解する一元説が有力に主張されていながらも、合意と同意の区別の重要性は要件の検討の際に一元説からも二元説からも認められる傾向にあり、逆に日本においては、実質的に構成要件該当性を排除する承諾と違法性を阻却する承諾が区別されながらも、その要件的な差異が認識されていないために、合意と同意の区別は無用のものとみなされる傾向にあったといえよう。

なお、日本の学説においてもドイツの学説においても三元説に関する議論はほとんどなされていない。日本においては三元説を主張する論者がこれまでいなかったために議論のきっかけが与えられなかったし、ドイツにおいても三元説

はその煩雑性ゆえに学説の賛同をほとんど得ることができていない。⁽⁴¹⁾

しかし、二章以下で明らかにするように、本稿はヤコブスの主張した三元説には重要な視点が含まれていると考えている。ゆえに、以下では、ヤコブスの三元説についても簡単に紹介しておきたい。

ヤコブスによれば、被害者の承諾はその性質上、「合意」「構成要件該当性を排除する同意」「正当化の同意」の三つに分類することができる。

合意とは、その一般的な承諾の規則が構成要件によって制限されている犯罪類型に關係した承諾である。⁽⁴²⁾それは構成要件のメルクマールの充足を妨げる働きをし、各論における被害者の承諾の一般的な規則が、個々の犯罪の叙述によって修正されることになるという点で特徴がある。窃盗罪（窃取）、住居侵入罪（侵入）における承諾がこれにあたる。

他方で構成要件該当性を排除する同意は、合意の範囲外で、法益所有者が法益処分権をもつ構成要件に關係した承諾である。⁽⁴³⁾法益所有者が法益処分権をもつ財とは、所有権や財産、活動の自由のような一身専属的な財、名誉、信書の秘密、そして身体の完全性である。ただし、活動の自由、名誉、身体の完全性は、それが発展の手段であり、発展の基盤ではない限りで、それとなる。換言すれば、ここでは代替可能な財の領域が問題であり、このような範囲においては、どのような財の取り扱いが損失であるのか、価値的に中立であるのか、あるいは完全な利益であるのか、法益所有者の意思によって左右されることになる。

そして正当化の同意は、当該財が代替機能をもたない、従って発展の手段でないような財への侵害の際に問題となる。⁽⁴⁴⁾とりわけ取り返しのつかない結果をもたらす傷害への承諾がこれにあたる。そのような財を手段として例外的に用いることは、特別な状況においてのみ可能であり、そのときは同意だけで処理されるのではなく、侵害の背後にある事情をも顧慮することが必要となる。

構成要件該当性を排除する同意と正当化の同意は、その名称が示すとおり、異なつた犯罪論体系に位置するが、両者は合意と異なり構成要件のメルクマール自体は充足されている点で一致して、また両者には同意の要件に関する一般的な(共通した)規則が適用される点でも一致している。ただし、両者は法益の性質(重要性)に基づいて、同意が構成要件を充足するような社会的紛争を全くなくしてしまうのか(構成要件該当性を排除する同意)、そうではなく総合的な判断で社会的な紛争が例外的に許容されるにすぎないのか(正当化の同意)が異なっており、結果として法的な許容性の判断が加わるという意味で、良俗性の判断が後者においてのみ重要となつてくるという違いがある。⁽⁴⁷⁾

以上がヤコブスの三元説であるが、この見解の最も批判される点は、代替可能性(発展の手段となるか)に基づいて構成要件該当性を排除する同意と正当化の同意を区別する点であり、両者の区別は明確な基準を欠いていると指摘されている。⁽⁴⁸⁾

二 被害者の承諾の犯罪阻却根拠について

これまで被害者の承諾の体系的地位についての学説を紹介してきたのだが、それでは被害者の承諾がいくつかの種類に区別されるとして、あるいは一つの種類しかないとして、それらが当該行為の犯罪性を阻却する根拠は何であるのだろうか。

ドイツで被害者の承諾の体系的地位を二元的に理解する見解によれば、合意は構成要件の充足性の問題であるので、その犯罪阻却根拠は構成要件メルクマールに存在することになるが、同意においては、そのような根拠は容易に導き出されえない。また一元説においても、明らかに構成要件メルクマールを充足する行為の構成要件該当性がなぜ排除され

るのは疑問である。

日本においてもこの点は同様であつて、被害者の承諾が違法性阻却事由として（あるいは学説によっては構成要件該当性排除事由として）の役割を果たすときに、このような効果の根拠が論じられることになる。

被害者の承諾の犯罪阻却根拠は、被害者の承諾の総論的な研究においてもっとも重視される論点のひとつであり、また本稿においても重要な役割を果たしている。なぜならば、被害者の承諾の犯罪阻却根拠が明らかでなければ、有効な承諾のために必要な要件や有効な承諾に与えられる効果を明らかにすることができないからである。ゆえに、以下ではこの点について略述する。⁽⁴⁹⁾

（一）ドイツの議論

上述したように、ドイツの学説における一元説と二元説の対立は、構成要件が保護する法益をどのように理解するか⁽⁵⁰⁾に由来している。

構成要件の保護する法益とは、構成要件がその文言で保護を表明している財（たとえば、物や身体の完全性そのもの）に関する個人の意思（自律性）であると解すれば一元説へと至り、⁽⁵¹⁾構成要件の段階では、その保護法益は（被害者の自律性を含まない）財にとどまると解するのであれば二元説となる。⁽⁵²⁾

そして一元説の主張する被害者の承諾の犯罪阻却根拠は、このような法益理解の中にあらわれている。一元説によれば、個人に関係したあらゆる犯罪類型では、「権利者の客体に対する自律性」や『侵害されない』⁽⁵³⁾という一般的な意思⁽⁵⁴⁾が保護されているのだから、被害者が財（行為客体）への侵害に承諾したのであれば、そこには構成要件が禁止する法益の侵害は存在しないことになる（いわゆる法益の放棄）。それは傷害罪のばあいでも同様であつて、身体は肉と

骨のかたまりとして保護客体ではなく、その中に存在し、それを支配している魂との関係においてのみ保護客体となつているといふのである。⁽⁵⁴⁾

しかし二元説が同意に分類する犯罪類型のばあい、その文言上、たとえ被害者の承諾があつたとしても当該構成要件に該当した侵害が存在しているようにみえるのは事実である。この点に関して、一元説の論者はそのような侵害はもはや表面的なものにすぎないと主張する。⁽⁵⁵⁾そして、実質的な法益侵害が存在しない以上、被害者の承諾に基づく行為は、もはや構成要件を充足しないことになるのである。

法益所有者の意思を最大限に尊重したこの見解は、首尾一貫した適用をすると、被害者の承諾はたとえ殺人罪の構成要件に関するものであつても有効に成立し、犯罪の成立を妨げることになつてしまう。しかし、これは明らかに同意殺人や承諾に基づく傷害の可罰性を規定した現行法(二二六条・二二八条)に矛盾してしまふだろう。それゆえ、ここでは論者によつて異なつた二つの対応がとられることになる。

ひとつは、条文の瑕疵を指摘して同意の制限を一切否定することであり、もうひとつは、なんらかの方法でその制限を基礎付けることである。後者は、たとえば人間の尊厳を侵害する行為を全面的に禁止することに社会的な意義があるとして、生命・身体に係した犯罪類型には社会の利益が含まれていると主張したり、⁽⁵⁷⁾ パターナリズム的な被害者の保護に加えて、他人の殺害をタブー視することによつて、人間の生命に対する尊厳を強くし、それをもつてそのような至高の法益の保護に貢献させることが必要であると主張したりする。⁽⁵⁸⁾

しかし、後者の立場は、同意が有効となる範囲の問題を処分権の範囲の問題にいれかえただけで、なぜ個人は時折処分権があり、時折ないのかが説明できていないと指摘されているし、⁽⁵⁹⁾ またこれらの説の論者が主張する法益論は、個人主義の酷使であるとして批判されている。⁽⁶⁰⁾

それに対して二元説は、その法益理解と被害者の承諾論をリンクさせない。構成要件が保護する法益は、あくまでも構成要件が保護を表明した財であり、被害者の同意は、それに基づく行為が構成要件を充足することを何ら変更しないと解しているのである。ゆえに、被害者の同意が違法性を排除するために、更なる根拠が必要となる。

ドイツの通説・判例⁽⁶¹⁾は、法的保護放棄説に立つとされている。この見解によると同意とは、自己決定権により正当と認められた法的保護の放棄である。刑法にとって、法益の所有者が意識的に第三者に委ねた法益を保護することは無意味であるということから利益欠缺の原則が適用され、それによって禁止規範が後退することになるのである。⁽⁶³⁾

しかし、このような見解は、なぜ被保護者がそれを望まなかったためだけに、刑法の保護がなくならなくてはならないのかを明確にできておらず、ゆえにまた、その根拠に基づいて、いつ違法性が阻却され、いつされないのかについての決定的な基準を打ち出すことができていないと批判されている。⁽⁶⁵⁾

このような通説・判例に対して、二元説の中には「被害者の承諾」の犯罪阻却根拠を、違法性の段階の利益衡量により説得的に説明しようとする見解も有力である。利益の衡量に基づく考察方法は、さらに二つの立場に分かれているといえるだろう。

ひとつは、法益衡量説である。⁽⁶⁶⁾この見解は、通常の正当化事由と同じように、法益衡量を用いた優越的利益の原則で「被害者の承諾」の違法性阻却根拠を説明する。この見解によれば、同意は確かに法益所有者にとってはよりよい価値を実現するためのものであるが、他方ですべての人は他人の財を尊重することを義務付けられていて、それゆえたとえ同意があったとしても、他人を侵害した者は社会的に誤った行為を犯しており、ゆえにここでは被害者の主観的な価値（自己決定の価値）と法の客観的な価値（侵害された法益の程度）が衡量されることになるのである。⁽⁶⁷⁾

法益衡量説によれば、被害者の同意の限界は、法律の価値基準に従って保護された法益の価値が人格的な自由の価値

よりも高いばあいには導かれることになり、結果として生命の放棄のばあいには、そのような法益は法の客観的価値に基づいて至上の位を必要としているので、せいぜい責任が軽減されるのがふさわしいことになる。⁽⁶⁸⁾ また傷害罪に関しては、侵害の目的も重視され、⁽⁷⁰⁾ 具体的には、軽度の傷害はその自己決定に非難すべき目的がないときに違法性が阻却され、逆に重度の傷害は自己決定の自由とは別の正当化の面に基づいて、被害者自身あるいは他人の福利の促進目的のような、さらなる正当化要素が存在しているときにのみ違法性が阻却されることになるのである。⁽⁷¹⁾

なお、ここで法益衡量説が侵害の目的を顧慮するのは、法益衡量説が自己決定と衡量する法の客観的価値の中に、結果無価値的な要素のみならず行為無価値的なそれを含ませているからである。そのような行為無価値を克服するためにここでの自己決定には、個別具体的なプラスの価値が必要とされているのである。つまり、法益衡量説の考える自己決定は普遍的な価値をもつものではなく、それぞれが異なった価値をもつより具体的なそれであるといえる。⁽⁷²⁾

そのため法益衡量説に対しては、衡量のために必要な実質的基準が示されていない、という批判がなされることになる。⁽⁷³⁾ またその他の点では、法益衡量説は、保護法益とそれに関する自己決定権が対立の構図をとる点で批判されている。保護法益と自己決定の対立構造は、とりわけ構成要件で保護された財とそれに関する自己決定をともに（あるいは後者だけを）法益とする一元説からみれば、確かに奇妙な対立構造であるように思われるであろう。⁽⁷⁴⁾

それに対してふたつ目の見解が衡量するのは、自己決定権と個々の規範の保護の目的である。⁽⁷⁵⁾ ここでは法規範を定立する際に一般的に表現された価値決定と、ただ例外的に異なっている主観的な評価の衝突を問題にする。この見解に基づけば、構成要件の充足性は財の損失によって肯定され、そのような財の損失が財の所有者の承諾によって正当化されるか否かは、所有者の承諾（自己決定）を尊重する法秩序的な要請と、一般的に当該禁止規範を被害者の承諾にもかかわらず維持する必要性とを比較衡量して判断されることになる。

これは一般的におこなわれるいわゆる正当化の法益衡量というよりは、刑事政策的な判断を言い換えたものであるといえよう。実際に侵害された法益は、ここではそれ自身が問題となるのではなくて、「そのような法益を（その程度に）侵害すること」を一般的に禁止する規範として重要となり、そのようにして実際の法益侵害に対応して選出された具体的な禁止規範を維持する価値が自己決定権と衡量されることになるのである。この点でこの見解は上述の法益衡量説よりはむしろ後述する刑事政策説と軌を一にしているといえる。

そして刑事政策説⁽⁷⁵⁾によれば、個々人による法益の主観的な評価は、法秩序によって一定の限界の中で決定的なものとして認められることになる。なぜならば、個人の自由の妨げられない利用それ自体が、自由主義的な法治国家において社会的な価値として認められているからである。⁽⁷⁶⁾

この見解では憲法的に保障され、また刑事政策的に優先された被害者の自己決定権が重要視されているのだが、その一方で、このような自己決定権の優先は、生命や身体に重大な侵害結果が生じるはあいに限界が生じることになる。なぜならばここでは、生命・身体の完全性を他人の侵害から擁護するという優先された公共の利益が侵害されることになり、それゆえそこにむけられた承諾は無効となるからである。⁽⁷⁷⁾つまり、同意に基づいてなされた行為の際に重要なのは、今日の社会倫理判断がそのような行為態様をなお可罰的と判断するか否かであり、そして刑事政策的検討が処罰の必要性を確認するかどうかなのである。⁽⁷⁸⁾

しかし、この見解に対しては、同意の根拠を説明するのに、個人の自由が法政策として一般に認められているというのでは説得力を欠くという批判がなされることになる。⁽⁷⁹⁾

このように二元説のほとんどの論者は、構成要件該当性を肯定するために必要な法益侵害を財の侵害によって肯定し、その後なんらかの理由で当該法益侵害の違法性を排除するという方法論を用いている。しかしそれに対して二元説の中

にも、一元説と同じ法益理解からスタートし、正当化の同意を導く見解が存在する。

一部欠落説と呼ばれるこの見解は、法益を行為客体でも法益所有者の意思でもなく、人と利益との関係であると解する⁽⁸⁰⁾。それによると、個々人の法益は人の人格的發展のために保護されるものであり、そして規範の基礎は他人を尊重することにあるので、刑法における不法とは自律的な人格としての他人の軽視という性質を有することになる⁽⁸¹⁾。ゆえに、被害者が法益侵害に同意をしているときは当該所有者の自己決定権は侵害されていないので、保護客体は存在しないことになり、法益の客体は、他人の自己決定の完全性ゆえにのみうけていたその法的保護を失うのである⁽⁸²⁾。

この見解と一元説の論者が主張する結論の差異は、構成要件の理解に由来する。一部欠落説では構成要件は、違法性についての最終的な判断をするものではなく、類型的に不法を基礎付けるメルクマールを示しているにすぎないと考えられていて⁽⁸³⁾、つまり、構成要件は枠組みにすぎないのであり、実質的な判断は違法性の段階でのみ可能となる。それに対して一元説は、実質的な法益侵害性の判断を構成要件の段階でおこなっているものであり、この点で両者は区別されるのである。

以上が現在のドイツにおける主な議論であるのだが、ここでは通説といわれながらも根拠のあいまいな法的保護放棄説が勢力を失いつつある一方で、自己決定権を根拠にした利益衡量説や刑事政策説が有力になっているようである。また、被害者の意思、すなわち被害者の自己決定そのものを刑法の法益として理解する一元説の見解も、近年の自由主義的社会観の影響から、多くの支持を集めるにいたっている。

(二) 日本の議論

上述のように、日本の学説では一元説と二元説の対立は、それほど重要視されていない。また、被害者の承諾は一般

に正当化事由と解されているから、ここでは法益論には触れられず、端的に被害者の承諾の違法性阻却根拠が論じられることが多い。

しかし、ドイツの学説で一元説が勢力を増していくにつれて、これに賛同する論者も現れてきた。⁽⁸⁴⁾ ゆえに、以下ではまずは日本で主張されるこのような見解について検討したい。

この見解によれば、「個人的法益においては、『物質的・精神的実体』のみが法益だと考えるのではなく、その法益主体の『自己決定権』をも法益に含めて考えるべき」であるという。⁽⁸⁵⁾ それゆえ個人的法益の法益主体はその者に属する法益についての権限者として、「自律的支配」をもつものであり、これも法益の一部であるから、ゆえに法益主体が当該法益の法的保護を放棄したときには、「利益」は残るかもしれないが、「法的保護」は放棄されているのであり、構成要件の予定している保護すべき「法益」侵害は発生しないこととなる。

これはドイツの一元説と同様の理解であって、財の侵害とそれに関する自己決定権の侵害があつて初めて構成要件が充足されるという見解である。

しかし、ドイツの一元説で既述したように、このような法益論を純粹に適用すれば、個人法益に対するあらゆる罪は承諾によって構成要件が排除され、同意殺人でさえ不可罰となってしまうだろう。これは、現行刑法（二〇二条）に矛盾しているといえる。ゆえに、この見解は生命や身体に対する法益においては、法は自らの自由な生存の基礎を侵害するような法益所有者の不合理な同意を有効とはみなさない、としてパターンリズム的介入を行うことになるのである。⁽⁸⁶⁾

日本においては、刑法の法益論に由来する構成要件該当性排除説は、いまだ発展途上であり、十分な議論がなされていないところである。将来的にはドイツの一元説のように有力説となる可能性があるのだが、現在のところは少数説のまま留まっているといえよう。

その一方で、法益に個人の自由が含まれることを明言せずに、被害者の承諾を構成要件該当性排除事由と解する説もある(いわゆる保護法益欠如説)。保護法益欠如説は、同じ理論で被害者の承諾を正当化事由だと解する説が導きだされる点で、合意と同意の区別を重要視しない被害者の承諾における日本学説の特徴を顕著に現した見解であるといえるだろう。

保護法益欠如説によれば、法益は法益主体のために保護されているのであるから、法益所有者の同意があれば、そこにはもはや法の保護に値する利益(法益)は存在しないことになり、仮にそれを毀損したとしても犯罪の成立は否定されることになる。⁽⁸⁷⁾

上述のように、この説の特徴は、同一の理論から構成要件該当性排除の見解と違法性阻却の見解が生じることにある。「法益」がなくなる(法益の放棄)という点でドイツの一元説と、「保護に値する」利益がなくなる(法的保護の放棄)という点でドイツの二元説とその理論が類似しているために、そのような二つの帰結が導かれるのであろう。この説においては、「法益放棄」と「法的保護の放棄」という用語は、ほぼ同じ趣旨の言葉として用いられている。合意と同意の区別、そしてそれに基づく要件の差異が根付いていない日本においては、被害者の承諾が構成要件を排除しようと(法益放棄)、違法性を阻却しようと(法的保護の放棄)なんら重要な問題ではないのである。

そして、この見解内部で発生する最終的な帰結の対立、つまり構成要件該当性排除事由かあるいは違法性阻却事由かという帰結の対立は、ドイツでいう一元説・二元説の対立というよりは、一元説と一部欠落説のそれに近いように思われる。なぜなら、ここでは被害者の承諾を正当化事由に分類する見解も、被害者の承諾には被害者に当該法益の処分権がある限り、完全な形で犯罪阻却の効果が与えられると考えているからである。自己決定はそれ自体で完全な犯罪阻却根拠であり、法秩序による制限も法益衡量による制限も不要であるから、有効な被害者の承諾は常に犯罪の成立を阻却

することになるのである。この点で、刑法は常に処罰の前提として被害者の意思に反することを要求していることになり、これは一元説や一部欠落説の理解と一致するのである。

この説を純粋に適用すれば、個人に対する罪においてはいずれにせよ被害者の同意は常に犯罪の成立を阻却することになるだろう。しかし、これが現行刑法と矛盾することは前記のとおりである。ゆえにこの見解は、生命・身体に対する承諾においては、場合によってはパターンリズムの介入によって処分権の制限を認めることになる。⁽⁹⁰⁾

法益論に基づく構成要件該当性排除説や保護法益欠如説に対して、以下で紹介する社会的相当性説、優越的利益説、利益衡量説は、二元説的な特徴を持つ。ここでは、法益侵害により構成要件該当性が認められた後の正当化の段階における処理が重要とされている。

日本の通説・判例は社会的相当性説である。⁽⁹¹⁾ 社会的相当性説によると、法益の主体からその承諾を得て、その者の法益を侵害することは社会的に相当であり、それを許すことは違法性阻却の一般的原理であるという。この見解によれば、被害者の承諾は独自の犯罪阻却事由ではなく、他の事情とともに行為の社会的相当性を排除することになる。ゆえに、当該行為が現在の我々の国家社会で一般的に承認されるべき健全な社会通念に基づいているか否か、すなわち「相当」であるか否かが同意の有効性を判断する決定的な要素となり、結果として軽微な侵害であっても、行為の目的や動機の反良俗性によっては違法性が阻却されえないという帰結に至るのである。

そのため、社会的相当性説の基礎には身体の処分は個人の自由には任されていないという価値判断がなされており、そのような判断は適切ではないという批判がなされることになる。⁽⁹²⁾ また、ここでは「なぜ被害者の同意が、当該法益侵害行為を合法的に、つまり社会的に相当なものにすることができるのか」という議論をしているのに、それを「承諾による侵害行為が社会的に相当、あるいは目的のために適切な手段であるから」というのでは答えになっていないとい

う批判がある。⁽⁹³⁾これは、社会的相当性説の見解は問いをもつて答へとする循環論であり、「一般条項への逃避」である⁽⁹⁴⁾といわれる由縁である。

それに対して利益衡量説の論者は、「承諾に基づく行為が正当化されるのは、承諾によって実現された自己決定の自由という利益が、行為によって侵害された法益に優越することを根拠としている」と主張する。⁽⁹⁵⁾被害者の承諾に基づく行為は、法益客体を侵害することによって構成要件に該当し、かつ、被害者の一方の個別具体的法益（例えば身体の不可侵性）を侵害し、他方の一般抽象的法益（自己決定の自由）を実現することによって違法性の問題となると同時に、両者の比較衡量が正当化の有無・程度を決定するというのである。

利益衡量説の理論的基礎は、ドイツにおける法益衡量説と同様のものであるのだが、日本の利益衡量説はドイツの法益衡量説とは異なつて、自己決定に価値の高低を認めず、一定の普遍的な価値を担った利益としてそれを設定する点に特徴がある。⁽⁹⁶⁾これは、利益衡量説が結果無価値を重視して、問題となつている法益侵害行為の行為無価値面を全く顧慮しない点に由来するのであろう。つまり、法益侵害と衡量される自己決定には、侵害行為の行為無価値を克服するような個別具体的なプラスの価値は必要ないのである。⁽⁹⁷⁾ゆえに、この見解においては、「被害者の同意」の有効性の基準は、侵害の重大性に求められることになる。

利益衡量説に対しては、とりわけ利益衡量説が自己決定権に普遍的価値を持たせた点について、自己決定権が一定の普遍的な価値を担っているのならば、それは直裁に承諾による法益ないし利益の放棄の問題なのではないか、という批判がなされることになる。⁽⁹⁸⁾

最後に、優越的利益説は、利益の放棄に関する個人の自己決定権を尊重しようとする法政策的基本思想を基盤にし、被害者の承諾の違法性阻却根拠を導く。⁽⁹⁹⁾この見解によれば、法益の主体である被害者自身がその処分可能な個人的法

益に対する侵害に同意し、自由な自己決定によりその法益における生活利益を放棄している以上、法的保護を任務とする刑法は原則として、侵害された法益を刑罰でもって保護する必要がなくなることになる⁽¹⁰⁾という。

優越的利益説と保護法益欠如説の差異は、被害者の承諾の犯罪阻却根拠を検討するにおいて、明確に被害者の承諾の犯罪阻却根拠が法益の存否にかかわりがないことを認めているか否かによる。保護法益欠如説は、法益の放棄と法的保護の放棄を同じように用いているのに対して、優越的利益説は、両者を区別し、被害者の承諾の違法性阻却根拠として法的保護の放棄を選択している⁽¹⁰⁾のである。

優越的利益説は、自己決定権の尊重という基本姿勢により、刑法規範を後退させるという点で、ドイツの刑事政策説に類似した見解である。個人の自由または自己決定権とみなされる被害者の意思に社会的な有益性ないしはプラスの価値を要求しない点、つまり同意傷害の際は傷害の重大性で被害者の同意の限界を導く点も同様である⁽¹⁰⁾。ただしこの見解が被害者の同意に限界を引くところでは、刑事政策ではなく、⁽¹⁰⁾パターンリズムが根拠となる⁽¹⁰⁾ことが明らかにされており、⁽¹⁰⁾ここでの承諾の制限は、ドイツの刑事政策説とは異なっており、規範を維持する利益ではなく、専ら被害者のためになされることになる⁽¹⁰⁾。

以上がドイツと日本における被害者の承諾の犯罪阻却根拠の議論である。上述のように、被害者の承諾の犯罪阻却根拠は論者によって多岐に渡っているのだが、しかし、共通の要素として被害者の自由意思あるいは自己決定権が現れることに注目すべきであろう。それが構成要件によって保護されていると考えるのか、利益衡量の際に行為者側にプラスの材料になると考えるのか、あるいは刑事政策的に法益侵害よりも優先されると考えるのかは別として、それは被害者の承諾が犯罪を阻却するための重要な要素であり、すべての説の共通項となっていると解することができる⁽¹⁰⁾のである。

第三節 本稿の課題

これまで被害者の承諾に関して、総論的に論じられる二つの論点について紹介してきたのだが、それではこれが各論との関係でどのような重要性を持つのであろうか。そして、各論のために残された問題領域はどこにあるのだろうか。

これまでの議論によれば、被害者の承諾は構成要件該当性を排除する合意と違法性を阻却する同意の二つに区別できる可能性がある。あるいはさらに合意と構成要件該当性を排除する同意、正当化の同意の三つに区別できる可能性もある。構成要件の文言やそこで保護された法益の性質によって、被害者の承諾が果たす役割が異なることは十分考えられるし、また結果として、それらの承諾が必要とする要件が、それぞれの承諾の種類に応じて異なることもありうるだろう。そうなれば被害者の承諾の議論は、一まとめにはなく、その分類に基づいておこなうことが必要となる。果たして被害者の承諾にはその性質に応じたいくつかの種類があるのであろうか。

このような検討は各論的考察によって行うことが有効である。それぞれの構成要件の文言、法益の性質、その中で被害者の承諾が果たす役割は、各論的に地に足をつけた考察によってこそ可能になると思われるのである。ゆえに、本稿では、それぞれの構成要件で、被害者の承諾にどのような性質があるのか、それはなぜ犯罪を阻却するのかについて検討したい。

そしてその上で、このような性質を類型化し、その類型化に価値があるのかを検討する。すなわち、類型ごとに異なった、しかしそれぞれの種類の内部では一致した効果や要件を導き出せるかを検討するのである。このような差異がなければ、類型化は単に理論的なものにとどまってしまう、実際上は全く無意味なものとなってしまうだろう。ここでは必然的に、これまで総論的な議論であいまいなまま残されてきた被害者の承諾の要件が詳細に検討されることになる。

なお、類型化に基づく効果の差異を検討するのに必要なのは、被害者の承諾の犯罪論体系上の地位であるように思われる。それが構成要件該当性を排除するのか違法性を阻却するのかによって、結論は自ずと導かれてくるであろう。¹⁰⁶ゆえに効果の差異の有無に関しては、それぞれの犯罪に係る承諾が犯罪論体系上どこに位置するかで十分であり、それ以上の検討は本稿では控えたい。

また、上述のように本稿はこれまで総論的におこなわれてきた被害者の承諾の議論を、各論的に見直すものであるが、逆に各論的におこなった検討を総論的な統一性をもって把握することを目的としている。このような目的を、本稿では主に各論的におこなった被害者の承諾の検討を総論的に類型化するという形で果たすことになるが、それに加えて逆にこれまで各論的な考察を中心におこなわれてきた領域（とりわけ国家・公共の法益に対する罪の領域）を総論的な承諾論の視点から検討しなおし、それらを総論的な議論の枠組みに取り込むという形でも果たしていきたいと考えている。これまで国家・公共の法益に対する罪においては、当該構成要件が個人の法益をも共に保護している（ように見える）ばあいに、被害者の承諾をどのように取り扱うべきか、そして仮に承諾が可能ならば、有効な承諾のために必要な要件とは何かを総論的な検討とは一線を画して、各論的に検討される傾向にあった。しかし、仮にこれが本稿の問題とする被害者の承諾の問題であるのならば、このような各論的検討はまた被害者の承諾の総論的検討と足並みをそろえる必要があるだろう。国家・公共の法益に対する罪における被害者の承諾の役割を、総論的な視点をおきつつ、各論的に検討することで、国家・公共の法益における個人法益の位置づけ、法益所有者の承諾の役割を、より正確に導き出せるように思われるのである。同様のことはまた、有効な承諾の要件に関してもいえるであろう。つまり、ここでは各論的な考察による総論テーゼの再構成ではなく、その逆がおこなわれることになる。国家・公共の法益と個人法益との関係、そして前者が後者に与える影響について、総論テーゼを基礎に置いた検討をおこないたい。

また、各論の領域を中心に被害者の承諾が論じられているという点で、財産犯に分類される盗品等関与罪にも同様のことがいえるだろう。本稿では、このような罪においても総論テーマを基礎においた各論的検討をおこないたいと考えている。

以上のことから、本稿の課題は、被害者の承諾を構成要件ごとに分析し、①当該構成要件と被害者の承諾との関係を把握し、犯罪阻却根拠を検討すること、そして②それらの類型化の可能性と正当性を検討すること、また③類型化された承諾論の内部で矛盾のない解決を導き出すことにある。②と③は、具体的には承諾が有効に成立する要件を検討する過程でおこなわれることになる。このような検討によって、被害者の承諾の総論的な考察と各論的な考察の理論の統一を図っていきたいのである。

本稿は多くの構成要件の中で、いくつか主要な構成要件を例としてとりあげ、それに関する検討をおこなう。第一章においては、虚偽告訴罪・公務員暴行陵虐罪を例に、国家・公共の利益と個人の利益が共に重要となる構成要件について、被害者の承諾が機能する余地があるのか、あるのであればそれはどのような要件が必要であるのかを検討する。そして第二章以下では、個人法益の中でも、財産に対する罪、自由に対する罪、生命・身体に対する罪から、それぞれ領得罪(窃盗罪・強盗罪・詐欺罪・恐喝罪)と器物損壊罪、盗品等関与罪(第二章)、住居侵入罪と監禁罪(第三章)、同意殺人罪と傷害罪(第四章)を例として、ここで保護されている法益は何か、被害者の承諾が犯罪を阻却する(あるいは違法性を減少させる)根拠は何であるのか、なぜばあいによっては被害者の承諾の犯罪阻却効果に限界が生じるのか、有効な承諾のために必要な要件はどのようなものかを検討し、このようにして得られた被害者の承諾の性質や要件を基礎にして、諸構成要件に関係する承諾を類型化する可能性と正当性について検討する。通常、総論的に行われるこれらの検討を、各論的視点から再び検討しなおすことで、被害者の承諾の議論に新たな展望を開き、

総論的なテーゼに示唆を与えることが本稿の目的である。

- (1) いまだ犯罪が不成立の段階で、法益所有者を「被害者」と呼ぶことは一部で批判されているが（鈴木義男「被害者の承諾と傷害罪の成否」研修五一（一九九二）一九頁参照）、本稿では便宜上、法益所有者を「被害者」と呼ぶこととする。
- (2) 柴田光蔵『ローマ法概説』（一九九二、玄文社）三三九以下頁参照。
- (3) ローマ法にはまた「*Jus publicum privatorum practis mutari non potest*」（公の法は私人の合意によって変更されることはできない）という法格言も存在していた（柴田・前掲書（注（2））四六頁参照）。
- (4) *Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, 262ff.*
- (5) *Geerds, aa.O.(Anm.(4)), 263.*
- (6) *Geerds, aa.O.(Anm.(4)), 265.*
- (7) *Geerds, aa.O.(Anm.(4)), 266.*
- (8) *Geerds, aa.O.(Anm.(4)), 266.*
- (9) *Geerds, aa.O.(Anm.(4)), 264.*
- (10) *Geerds, aa.O.(Anm.(4)), 265.*
- (11) *Geerds, aa.O.(Anm.(4)), 263.*
- (12) 「偽計（Arglist）」によって得られた承諾は、現在では「欺罔（Täuschung）」によって得られた承諾として議論されている領域であり、両者は用語法こそ異なるが内容的には同じものである。
- (13) 現行ドイツ刑法二二八条にあたる。ドイツ刑法二二八条（旧二二六a条）「被害者の同意をえて傷害をおこなった者は、その行為が同意にもかかわらず良俗に反するときのみ、違法に行為したものである。」
- (14) *Geerds, aa.O.(Anm.(4)), 268ff.*
- (15) *Geerds, aa.O.(Anm.(4)), 268.*

- (16) *Geerds*, a.a.O.(Anm.(4)), 269.
構成要件の判断にゆだねられるのは、そもそも構成要件が偽計や強制という行為態様その内容として含んでいるばかりである。
- (17) *Geerds*, a.a.O.(Anm.(4)), 266ff.
- (18) *Geerds*, a.a.O.(Anm.(4)), 267.
- (19) *Geerds*, a.a.O.(Anm.(4)), 267.
- (20) 現行ドイツ刑法二六条一項に当たる。ドイツ刑法二六条一項(旧五九条)「行為をおこなう際に法律上の構成要件に属する事情を認識していなかった者は故意に行為したものではない。過失行為に基づく可罰性は残っている。」
- (21) ゲールスの論文発表当時は、禁止の錯誤の条文はなかったため、ここでは「注目しえない禁止の錯誤(ein unbeachtlicher Verbotsirrtum)」と表現されているが、現行法下では一七条に規定されている。ドイツ刑法一七条「行為をおこなう際に行為者に不法をおこなう認識がかけられていたときには、彼がそのような錯誤を避けることができなかつたときのみ、彼は責任なく行為したものである。行為者がその錯誤を避けることができたときには、刑は四九条一項(法律上の減輕の方法に関する規定)に基づいて減輕することができる。」(括弧内は筆者注)
- (22) *Geerds*, a.a.O.(Anm.(4)), 267ff.
- (23) Vgl. *Maurach/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, 1992, §17Ⅲ, Rdn. 30.
- (24) Vgl. *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Auflage, 2006, §13, Rdn. 13ff.; *Kientzy*, Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, 1970, S. 38ff.
- (25) *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1991, 7. Abschn., Rdn. 111.
- (26) *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, 2006, Vorbem §§32ff., Rdn. 32; *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 36. Auflage, 2006, §9, Rdn. 365; *Stratenwerth*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2000, §9, Rdn. 11ff. (ㄷㄴ Stratenwerth, A.T. ㄷ略ㄴ) ; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996, S. 374; *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1994, Vor §32, Rdn. 100ff. (ㄷㄴ Hirsch, in: L.K. ㄷ略ㄴ) ; *Maurach/Zipf*, a.a.O.(Anm.(23)), §17Ⅲ, Rdn. 40ff.; *Kientzy*, a.a.O.(Anm.(24)), S. 55ff.

- (27) ただし、完全に否定する見解もある (Vgl. Kientzky, aaO(Ann(24)), S. 59; Stratenwerth, A.T(Ann(26)), §9, Rdn. 11.)。
- (28) *Mannach/Zipf*, aaO(Ann(23)), §17 III, Rdn. 40ff.; *Lenchner*, aaO(Ann(26)), Vorben §§32ff., Rdn. 32; *Wessels/Bauke*, aaO(Ann(26)), §9, Rdn. 364ff.; *Jeschek/Wiegand*, aaO(Ann(26)), S. 374; *Hirsch*, in: L.K(Ann(26)), Vor §32, Rdn. 100ff.
- (29) *Zipf*, *Einwilligung und Risikobeherrschung im Strafrecht*, 1970, S. 28ff.; *Mannach/Zipf*, aaO(Ann(23)), §17 III, Rdn. 40. またロクシンは、確かに承諾の要件全般に關しては「異なった有効性の前提は、各々の構成要件の構造からのみ生じうる」(*Roxin*, aaO(Ann(24)), §13, Rdn. 33)として「合意と同意の差異を否定する説明をおこなっているが、同意能力の検討の際には、「同意がすでに一定の構成要件メルクマールの充足を妨げるばあい」と「同意が構成要件該当性排除事由として他の構成要件メルクマールと並んで出てくるばあい」を区別し、前者は具体的な構成要件のメルクマールとして、後者は一般化可能な命題を用いて有効性を判断すると説明している (*Roxin*, aaO(Ann(24)), §13, Rdn. 80ff.)。このようにから、ロクシンも二元説のおこなっている合意と同意の区別に事実的な重要性があることを必ずしも認めない。なおロクシンは、表裏において承認していると解することがある (Vgl. *Hirsch*, in: L.K(Ann(26)), Vor §32, Rdn. 98.)。なおロクシンは、表明の必要性については「二元説という合意と同意のばあいにおこなうべきそれを肯定」(*Roxin*, aaO(Ann(24)), §13, Rdn. 76ff.)、錯誤・強制に基づく承諾の取り扱いについては「基本的に合意と同意を統一的に取り扱いながらも、合意のばあいには構成要件の特殊性によって要件が修正されると説明している」(*Roxin*, aaO(Ann(24)), §13, Rdn. 68ff.)。
- (30) *Mannach/Zipf*, aaO(Ann(23)), §17 III, Rdn. 63; *Roxin*, aaO(Ann(24)), §13, Rdn. 86; *Kientzky*, aaO(Ann(24)), S. 43ff.; *Stratenwerth*, A.T(Ann(26)), §9, Rdn. 27ff.
- (31) *Baumann/Weber/Mitsch*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Auflage, 1995, §17, Rdn. 113; *Lenchner*, aaO(Ann(26)), Vorben §§32ff., Rdn. 50ff.; *Wessels/Bauke*, aaO(Ann(26)), §9, Rdn. 365ff.; *Jeschek/Wiegand*, aaO(Ann(26)), S. 382. (Vgl. *Wessels/Bauke*, aaO(Ann(26)), §9, Rdn. 379; *Hirsch*, in: L.K(Ann(26)), Vor §32, Rdn. 128.)
- (32) つういふ説明をするものとして「大谷實『刑法講義総論』(新版第二版、二〇〇七、成文堂)二五八頁、伊東研祐「違法性阻却の原理と事由―その2:被害者の同意」法学セミナー一六一五号(二〇〇六)一〇五頁、大塚仁『刑法概説(総論)』(第三版増補版、二〇〇六、有斐閣)三九九頁、川端博『刑法総論講義』(第二版、二〇〇六、成文堂)三〇九頁、佐伯仁志「被害者の同意とその周辺(1)」法学教室二九五号(二〇〇五)一〇八頁、福田平『刑法総論』(全訂第四版、二〇〇

- 四、有斐閣』一七八頁以下、松宮孝明『刑法総論講義』(第三版、二〇〇四、成文堂)一一五頁以下、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(二巻)』(第二版、二〇〇三、青林書院)二四八頁(吉田佑紀)、山中敬一『刑法総論I』(二〇〇〇、成文堂)一九四頁以下、佐久間修『刑法講義総論』(一九九八、成文堂)一八四頁以下、内藤謙『刑法講義総論(中)』(一九八六、有斐閣)五七九頁以下、木村静子『被害者の承諾について』平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集(二巻)』(一九八四、有斐閣)三三三頁以下があげられる。
- (33) 佐伯仁志・前掲論文(注(32))一〇八頁以下参照。
- (34) 山口厚『刑法総論』(第二版、二〇〇七、有斐閣)一五一頁以下、須之内克彦『刑法における被害者の同意』(二〇〇四、成文堂)三二頁、深町晋也「主観的正当化要素としての同意の認識の要否―同意の処罰阻却効果の「絶対性」との関係について―」岡山大学法学会雑誌第五一卷四号(二〇〇二)七七頁以下、浅田和茂「被害者の同意の体系的地位について」産大法学三四巻三号(二〇〇〇)一三頁以下、生田勝義『被害者の承諾』についての「考察」立命館法学二二八号(一九九三)二〇六頁以下、町野朔「被害者の承諾」西原春夫ほか編『判例刑法研究(二巻)』(一九八一、有斐閣)一八〇頁以下、伊東・前掲論文(注(32))一〇六頁、大塚・前掲書(注(32))三九九頁、佐伯仁志・前掲論文(注(32))一〇九頁、内藤・前掲書(注(32))五九六頁以下。
- (35) 福田平ほか編『演習刑法総論』(一九八三、青林書院新社)一六三頁以下(奈良俊夫)、中山研一『刑法総論』(一九八二、成文堂)三一〇頁、宮野彬「被害者の承諾」中山研一ほか編『現代刑法講座第二巻・違法と責任』(一九七九、成文堂)一一三頁以下。
- (36) 土本武司「被害者の承諾」警察研究五二巻五号(一九八二)一〇頁以下、中野次雄「被害者の承諾」佐伯千仞ほか編『総合判例研究叢書・刑法(1)』(一九五六、有斐閣)八七頁以下。
- (37) 町野・前掲書(注(34))一六七頁以下参照。
- (38) 佐伯仁志・前掲論文(注(32))一〇九頁、生田・前掲論文(注(34))二〇六頁以下、宮野・前掲書(注(35))一一三頁以下参照。
- (39) これらの見解によれば、同意に分類される承諾が良俗違反でなされたときに承諾が無効となるのは、傷害罪との関係だけであり、それは合意と同意の要件の差異から導かれる帰結ではなく、傷害罪の特別性から(公共の利益との関係で処分

- 権が制限されることから導かれる帰結である (Jescheck/Weigend, a.a.O.(Anm.(26)), S. 375; Hirsch, in: L.K.(Anm.(26)), Vor §32, Rdn. 124. Vgl. Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 66ff.)°
- (40) とりわけ承諾能力の検討においては、ロクソソでさえ、合意と同意の差異を無視するわけにはいかなかったり、注意すべき点もある (Roxin, a.a.O.(Anm.(24)), §13, Rdn. 80ff.)°
- (41) Vgl. Hirsch, in: L.K.(Anm.(26)), Vor §32, Rdn. 98.
- (42) Jakobs, a.a.O.(Anm.(25)), 7. Abschn., Rdn. 104ff.
- (43) Jakobs, a.a.O.(Anm.(25)), 7. Abschn., Rdn. 111ff.
- (44) Jakobs, a.a.O.(Anm.(25)), 7. Abschn., Rdn. 112.
- (45) Vgl. Jakobs, a.a.O.(Anm.(25)), 7. Abschn., Rdn. 111ff./ 14. Abschn., Rdn. 1ff.
- (46) Jakobs, a.a.O.(Anm.(25)), 7. Abschn., Rdn. 112.
- (47) Jakobs, a.a.O.(Anm.(25)), 14. Abschn., Rdn. 9ff.
- (48) Hirsch, in: L.K.(Anm.(26)), Vor §32, Rdn. 98.
- (49) まだ二元説においても、構成要件該当性を排除する同意と正当化の同意は、当該行為が構成要件メルクマールを充足しているにもかかわらず、なぜそのような効果が与えられるのかを検討されなければならない。
- (50) Weigend, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 98, 50ff.; Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1984, Rdn. 107; Maurach/Zipf, a.a.O.(Anm.(23)), §17Ⅲ, Rdn. 33; Roxin, a.a.O.(Anm.(24)), §13, Rdn. 12; Kientzy, a.a.O.(Anm.(24)), S. 82.
- (51) Lenckner, a.a.O.(Anm.(26)), Vorbem §§32ff., Rdn. 33; Hirsch, in: L.K.(Anm.(26)), Vor §32, Rdn. 98.
Vgl. auch Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.(39)), S. 59ff.
まだ二元説に立つヤロクソも正当化の同意に関して、同様の法益解釈をおこなっている (Jakobs, a.a.O.(Anm.(25)), 7. Abschn., Rdn. 112.)°
- (52) Schmidhäuser, a.a.O.(Anm.(50)), Rdn. 107.
- (53) Kientzy, a.a.O.(Anm.(24)), S. 49.

- (54) *Roxin*, aa.O.(Anm.(24)), §13, Rdn. 14.
 - (55) *Kientzky*, aa.O.(Anm.(24)), S. 82; *Schmidhäuser*, aa.O.(Anm.(50)), Rdn. 110.
 'シムツェン' ホイサーは、'フ'のような表面的な法益侵害を「外見的法益侵害 (scheinbare Rechtsgutsverletzung)」と呼ぶ (Schmidhäuser, aa.O.(Anm.(50)), Rdn. 95ff.)。
 - (56) *Rudolf Schmitz*, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?, in: Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, S. 118ff.
 - (57) *Schmidhäuser*, aa.O.(Anm.(50)), Rdn. 119ff.
 - (58) *Roxin*, aa.O.(Anm.(24)), §13, Rdn. 37.
 - (59) *Weigend*, aa.O.(Anm.(50)), 50.
 ただしヴマイゲントは結論としては、法益放棄説をとらざる (Vgl. *Weigend*, aa.O.(Anm.(50)), 51ff.)。
 - (60) *Knut Amelung/Frieder Eymann*, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, Jus 2001, 938.
 またヒルシユは、一元説の法益理解に基づき、かつ傷害罪のばあいには事例の一部にだけ処分権の制限が必要であるとみなすと、ひとつの財の内部で法益の分裂が生じてしまうこと、このような法益理解が生命や身体、自由、名誉、所有権等を列挙しているドイツ刑法三四条 (正当化の緊急避難) に矛盾することを指摘して、法益概念と自己決定権の結びつきは単なる信仰の告白にすぎないと批判している (*Hirsch*, Einwilligung und Selbstbestimmung, in: Festschrift für Hans Welzel, 1974, S. 784ff. (以下 *Hirsch*, in: *Welzel-F.S.* と略す))。
 - (61) *Lenzner*, aa.O.(Anm.(26)), Vorbem §832ff., Rdn. 33.
 - (62) BGHSt 17, 359, 360.
- この事例は、海外へ天然痘の研究旅行にいった被告人が帰国後、天然痘に罹患していたことに気がつかず、またその恐れがあるにもかかわらず検査をせずに大学病院の医者としての任務に就いたため、天然痘が院内の医者や患者に感染したという事例である。被告人は、地方裁判所 (LG) において、彼自身から直接的にあるいは彼から感染した第三者から間接的に感染した被害者らに対する過失傷害 (致死) 罪に問われ、二件の過失致死罪と一五件の過失傷害罪で有罪判決を受けた。しかし、院内での感染が判明した後に、患者の求めに応じて検疫中の病院に入った神父に対する過失傷害罪のみが、成立しなかった。ゆえに被告人側からは被告人には一般的な責任がなかったということについて、検察側からは神父に對

する過失傷害罪も成立すべきであつたということについての上告がなされることとなつた。被告人側の上訴は棄却され、また検察側の上訴も、神父への感染は、彼が自らの意思で感染の広がっている院内に入ったという事実のために、彼の自己答責的な行為であるとして認められなかつた。この時BGHは当該神父の行為を「法的保護の放棄」という言葉で表現した。

(63) *Lenckner*, a.a.O.(Anm.(26)), Vorbem §§32ff., Rdn. 33.

(64) *Noll*, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77, 11; *Jakobs*, a.a.O.(Anm.(25)), 14. Abschn., Rdn. 2; *Jescheck/Weigend*, a.a.O.(Anm.(26)), S. 377; *Hirsch*, in: L.K.(Anm.(26)), Vor §32, Rdn. 105; *Weigend*, a.a.O.(Anm.(50)), 45.

(65) *Hirsch*, in: L.K.(Anm.(26)), Vor §32, Rdn. 105; *Weigend*, a.a.O.(Anm.(50)), 45.

(66) *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten, 1955, S. 60. (以下 *Noll*, Einwilligung と略す)

(67) *Noll*, Einwilligung (Anm.(66)), S. 60ff.

なおノルのこの法の客観的価値とは、結果無価値のみならず行為無価値や侵害行為の内心的態度の無価値 (Gesinnungsunwert) も含まれてゐることに注意すべきである (Vgl. *Noll*, Einwilligung (Anm.(66)), S. 75.)^o

(68) *Noll*, ZStW 77 (Anm.(64)), 16.

(69) *Noll*, ZStW 77 (Anm.(64)), 17ff.

(70) *Noll*, Einwilligung (Anm.(66)), S. 75.

(71) *Noll*, Einwilligung (Anm.(66)), S. 23.

(72) *Weigend*, a.a.O.(Anm.(50)), 46.

(73) *Roxin*, a.a.O.(Anm.(24)), §13, Rdn. 23.

(74) *Jakobs*, a.a.O.(Anm.(25)), 14. Abschn., Rdn. 4; *Hirsch*, in: L.K.(Anm.(26)), Vor §32, Rdn. 105.

(75) *Jescheck/Weigend*, a.a.O.(Anm.(26)), S. 377; *Hirsch*, in: *Welzel-F.S.*(Anm.(60)), S. 785ff.

(76) *Jescheck/Weigend*, a.a.O.(Anm.(26)), S. 376.

- (77) *Jeschek/Weigend, aaO*(Anm.(26)), S. 377ff.; *Hirsch, in: Welzel-F.S.(Anm.(60)), S. 785ff.*
- (78) *Hirsch, in: Welzel-F.S.(Anm.(60)), S. 785ff.*
- (79) 川原広美「刑法における被害者の同意(一)」北大法学二一巻一号(一九八〇)一三〇頁参照。
- (80) *Stratenwerth, Zum Begriff des „Rechtsgutes“*, in: *Festschrift für Theodor Lenckner*, 1998, S. 383 (以下 *Stratenwerth, in: Lenckner-F.S.* と略す)。
- (81) *Stratenwerth, in: Lenckner-F.S.(Anm.(80)), S. 383.*
- (82) *Stratenwerth, Prinzipien der Rechtfertigung*, ZStW 68, 44ff.
- (83) *Stratenwerth, A.T.(Anm.(26)), §9, Rdn. 9.*
- (84) 山中・前掲書(注(32))一九七頁。
- (85) 山中・前掲書(注(32))一九七頁。
- (86) 山中・前掲書(注(32))一九九頁以下。
- (87) 前田雅英『刑法総論講義』(第四版、二〇〇六、東京大学出版会)一〇七頁、高山佳奈子「自己決定とその限界(上)」法学教室二八四号(二〇〇四)五六頁、佐伯千仞『刑法講義(総論)』(四訂版、一九八一、有斐閣)二二八頁、平野龍一『刑法概説』(一九七七、東京大学出版会)五九頁、大谷・前掲書(注(32))二五九頁、佐伯仁志・前掲論文(注(32))一〇九頁、山口・前掲書(注(34))一五一頁、町野・前掲書(注(34))一九八頁。
- (88) 山口・前掲書(注(34))一五一頁、前田・前掲書(注(87))一〇八頁、佐伯千仞・前掲書(注(87))二二八頁以下。ただし、前田・一〇八頁は、傷害罪における被害者の承諾は、構成要件の判断だと解しつつ、「実態としては、優越的利益の存否の判断である他の正当化事由と、構成要件該当性判断の中間に位置するものといわざるを得ない」と説明している。
- (89) 大谷・前掲書(注(32))二五八頁以下、佐伯仁志・前掲論文(注(32))一一〇頁、町野・前掲書(注(34))一六八頁、高山・前掲論文(注(87))五六頁、平野・前掲書(注(87))五九頁。たとえば佐伯仁志・一一〇頁は、被害者の承諾に構成要件該当性排除の効果を与えれば「重大な傷害については同意があっても違法性阻却を認めない見解をとる場合には、傷害罪の構成要件が、同意がないことを要件とする構成要件と同意の有無を問わない構成要件に分裂してしまうことになる。

- る」として、実質的な根拠から、被害者の承諾が正当化事由であることを導き出している。
- (90) 佐伯仁志・前掲論文(注(32))一一〇頁、前田・前掲書(注(87))三一五頁以下。その一方で、同意殺人罪が保護する法益は、当該生命を享受している者以外の者(公共あるいは第三者)の法益であると解する見解もある。これについては本稿第四章で詳述する。
- (91) 団藤重光『刑法綱要総論』(第三版、一九九〇、創文社)二二二頁、団藤重光編『注釈刑法(2)のI』(一九七六、有斐閣)一一二頁以下(福田平)、伊東・前掲論文(注(32))一〇四頁、福田・前掲書(注(32))一七九頁、古田・前掲書(注(32))一一五頁。また、最決昭和五五年一月一三日刑集三四卷三九六頁を参照。
- いわゆる目的説(木村龜二ほか著『刑法総論』(増補版、一九七八、有斐閣)二八六頁以下参照)も同趣旨の見解であるといえるだろう。
- (92) 前田雅英「侵害結果と被害者の承諾」法学セミナー四〇七号(一九八八)九七頁。
- (93) 内藤・前掲書(注(32))五八三頁、木村・前掲書(注(32))三三二頁以下。
- (94) 佐伯千仞・前掲書(注(87))二二七頁。
- (95) 曾根威彦『刑法の重要問題(総論)』(第二版、二〇〇五、成文堂)一三九頁、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』(二〇〇四、法律文化社)六頁。
- (96) 曾根威彦「演習・刑法二」法学教室六四号(一九八六)八八頁を参照。
- (97) 曾根・前掲書(注(95))一三九頁。
- (98) 振津隆行「被害者の承諾(下)」法学セミナー三九〇(一九八七)五八頁以下。
- (99) 井田良『刑法総論の理論構造』(二〇〇六、成文堂)一九一頁以下、内藤・前掲書(注(32))五八七頁。なお井田・一九二頁は、被害者の承諾の犯罪阻却根拠は構成要件の性質に従って、法益放棄あるいは法的保護の放棄が問題となると主張している。そして前者には構成要件該当性排除の効果を、後者には正当化の効果を与えている。このような主張は、両者の区別に基づいてそれぞれに異なった犯罪論体系上の地位を与えていることから、法益放棄と法的保護の放棄を同じ趣旨で用いているのではなく、むしろそれを明確に区別しているといえるだろう。そしていわゆる(正当化の)同意の領域においては、法的保護の放棄がその犯罪阻却根拠となるのである。

- (100) 内藤・前掲書（注（32））五八七頁。
- (101) 内藤・前掲書（注（32））五八五頁以下、井田・前掲書（注（99））一九二頁参照。
- (102) 井田・前掲書（注（99））一九三頁。
- (103) ただし井田良「自殺関与罪と同意殺人罪」刑事法ジャーナル四号（二〇〇六）一三五頁は、自殺関与罪の処罰規定は、自殺者以外の第三者に自殺への関与を禁止すること（自殺関与を禁止する行為規範の設定と維持）によって生命保護に役立つ立とうとするものであると解していて、それに基づけばドイツの刑事政策説と同様に、ここでは生命保護規範を維持するという刑事政策的な考慮が含まれることになるだろう。この点については本稿第四章で詳述する。
- (104) 内藤・前掲書（注（32））五八九頁、井田・前掲書（注（99））一九五頁以下。
- (105) なお、被害者の承諾（同意）の違法性阻却根拠については、本稿第四章において改めて検討する。
- (106) ただし、承諾の効果、とりわけ同意の認識の必要性については、正当化事由共通の問題ではなく承諾固有の問題として論じた研究として、深町・前掲論文（注（34））七七頁以下がある。

〔付記〕

本稿は北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇七年三月二三日授与）「被害者の承諾―各論的考察」に補筆したものである。