



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑法における被害者の同意（2・完）
Author(s)	川原, 広美; KAWAHARA, Hiromi
Citation	北大法学論集, 31(2), 357-397
Issue Date	1980-11-19
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16319
Type	departmental bulletin paper
File Information	31(2)_p357-397.pdf



刑法における被害者の同意(二)・完

—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(以上三一巻一号)

第三章 同意効力の限界

第一節 「他人の利益」

第二節 「善良の風俗」

第三節 「価値衡量」

第四節 「バタナーリズム」

一 ノルの指摘

二 シュトラーターテンベルトの見解

三 ミルの思想

四 小括

第五節 自損行為

第六節 総括

第四章 同意と構成要件

第一節 「合意説」

第二節 「合意」の実質

第三節 不法構成要件と包摂

一 シュミットホイザーの見解

二 「合意」構成要件

三 同意の実定法上の位置づけ

第四節 総括

結 (以上本号)

第三章 同意効力の限界

同意には、刑法的保護を不要にする実質的効力がある。この効力は、「主体の自律・自己決定の尊重」という法益保護の目的から導き出されるのであるが、このような立場から出発した場合、はたして同意効力に通常言われるような、適当な限界を設定することができ得るであろうか。またできるとすれば、その基準は一体いかなるものであろうか。本章ではこうした問題を扱うことによって、法的保護の目的から出発する同意論の、現実的妥当性を検討してみたいと思う。そしてこの検討は前章と相まって、刑法的保護の目的及び態様を一段と明白にさせるものと予想される。

第一節 「他人の利益」

一

同意論を個人主義的に構成したケスラーが、その限界をいかに理解していたかは、本章の観点からやはりまた個人主義に遡るも

のであることを考えれば、特に興味を持たれるところである。そこで、まずケスラーの限界論の検討から始めることにする。ケスラーは、「ある行為が唯一個人の例外をもって全ての個人に禁止されている時、そこには、ただこの一人の利益のみがこの法律によって保護されるべきであり、従ってこの個人の同意によって実行された行為は禁止されていない、ということの完全な証明がある」と論じ、自損行為 (Selbsterleumdung) と同意侵害とを全く同一視する。そして以上の叙述の裏返しとして、刑罰によって威嚇されている行為についてのある個人の同意は、この行為がその個人の権利の侵害ではなく(あるいはただけではなく)、また(あるいは専ら)他人の権利若しくは公の利益の侵害として刑罰による威嚇がある時には、その可罰性を排除しないということを確認する。つまり、これは「保護利益」として、同意者以外の主体の利益を想定あるいは認定することによって、その同意に限界を設定するという手法なのである。従ってこの場合彼の唯一の関心は、他の主体の利益が「法的に保護されて」関与しているかどうか

かにあるにすぎない。たとえばケスラーは、個人の身体の完全性には、当該個人、債権者・相続人、国家・社会等の事実上の利益が関与することを認めながらも、「他人の傷害」という法律上の定義からは「本人の利益」だけが法的に保護されていることが推論されるとして、そこから(故意)傷害についての同意の有効性を導き出すのである。⁽⁴⁾ また殺人罪については、自殺(未遂)と自殺の共犯の無罪という慣行的解釈から出発して、「立法者は殺害の禁止によってただ個人の利益だけを保護しようと思図している」と結論づけ、その理論的帰結として同意殺害の可罰性を否定する。⁽⁵⁾

そして更には、立法論としてドイツ刑法二二六条(Tötung auf Verlangen)の廃止までも主張するのである。⁽⁶⁾

このようなケスラーの思考はその後メツガーにおいて一層明確にされ、総論的にはメツガーもケスラーと同様の手法を踏襲していることに気づく。すなわち、犯罪の保護客体と行為客体との区別から出発し、通常「被害者の同意」という呼称に際して考えられているのは、行為客体の担い手の同意であるから、同意の効力は、行為客体の担い手がまた保護客体の担い手でもあるかどうかに左右されると言うのである。つまり、両者が一個人に帰属する場合同意は有効であり、そうでなければ、いわゆる被害者の同意に

もかわらず、行為は違法のままなのである。⁽⁷⁾ ただし、この両説の同一性は以上のように同意の効力範囲を他の主体の保護利益の設定によって画そうという、一般論に限ったことであって、その基準の具体的適用については大きな違いがあると言わなければならない。たとえば、被害者の同意は殺害の違法性を阻却しないと言う。なぜなら、行為客体は殺害される者の身体ではあるが、保護客体の担い手は、殺害される者と並んで「公共(Allgemeinheit)」であるからであると説示する。メツガーはまたこの結論は、ドイツ刑法二二六条の存在からも支持されると考えている。⁽⁸⁾ ただし、傷害罪に関してはその同意を一律に無効であるとはせず、行為によって被害者が「社会的使命の充足上重要な方法で」侵害される場合だけに、同意は無効であるとする。この場合に限って「全体(Die Gesamtheit)の利益」が問題となるという趣旨なのであろう。このようにメツガーは各論的にはケスラーと異なる基盤に立ち、個人の生命・身体等が公共・全体の利益でもある、あるいはありうることを認めて、そしてそこから同意効力の範囲に限界を設けるという方法を選択するのである。⁽⁹⁾

(1) 言い換えれば本章の関心は、「社会全体の発展の観点から既に時代遅れとなった」極端な個人主義的諸帰結を(vgl. Hans

Joachim Hirsch, *Einwilligung und Selbstbestimmung*, in: *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin, New York, 1974, S. 800) 個人主義の正當な前提を否定するものなるべし、克服せしむることがあるか、とどうもいふことがなげ。

- (2) Kessler, [*Einwilligung*], S. 68 f.
- (3) Ebd., S. 11.
- (4) Ebd., S. 72 f.
- (5) Ebd., S. 79 f., 86.
- (6) Ebd., S. 82. なお今日同様の提言をする者として、Rudolf Schmidt, *Stratfrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?* in: *Festschrift für Reinhart Maurach* (Karlsruhe, 1972), S. 126 を挙げることもあろう。
- (7) Mezger, [*Lehrbuch*], S. 214.
- (8) Vgl. Philipp Allfeld, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, A. T. (Leipzig, 1934), S. 142, Anm. 31. 同様の思考は、古くは権利放棄説の限界論の中にも発見できる。たとえばヘルナーは、「譲渡できない権利を個人が放棄する場合、なる程放棄している個人の意思、すなわち特別の権利はもはや客観的に侵害されないが、しかしおそらくまだ一般の意思、すなわち一般の権利が侵害される」と叙述している (Bernier, a. O., S. 97)°
- (9) Mezger, [*Lehrbuch*], S. 215.
- (10) Ebd., S. 216 f.

- (11) Vgl. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, Bd. 2, S. 243; Karl Engisch, *Die Strafbarkeit der Unfruchtbar-machung mit Einwilligung*, in: *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, *Festschrift für Hellmuth Mayer* (Berlin, 1966), S. 412; Paul Bockelmann, *Strafrecht*, A. T., 3. Aufl. (München, 1979), S. 105. 同じ趣旨をする日本の学説として、次のものが挙げられる。滝川幸辰・宮内裕・滝川春雄『刑法 法律学体系系コンメンタール篇9』(日本評論新社・一九五〇)六〇、二五三頁、宮内、前掲『違法性の阻却』二二二頁、平場安治『刑法総論講義』(有信堂・一九六一)七〇—七二頁、団藤重光編(小暮得雄)『注釈刑法』(各則③) (有斐閣・一九六八)八〇頁、中山研一『刑法総論の基本問題』(成文堂・一九七四)一一八頁、佐伯千巳『三訂刑法講義(総論)』(有斐閣・一九七七)二一六、二二〇頁。

二

ケスラー、メツガー等の思考の基礎に置かれている、「他主体の保護利益の存在がある主体の同意に限界を設定する」という考え方は、肯定されてよいと思われる。なぜならば、たとえ複数主体の利益が法的に保護されている場合には、その主体の全てが被害者であって、従ってその主体全ての自律・自己決定が尊重されなければならないからである。これは誣告罪(ドイツ刑法

一六四条) に関してよく議論されるのであって、一例としては、被誣告者の同意があっても、司法作用と個人の名誉とが不可分一体となって誣告罪の保護法益を形成しているので、全体についての同意が可能でない限り、その効力は生じないという見解などが挙げられる。⁽¹⁾

しかし実際問題になるのは、この出発点にある考え方が、個人の生命・身体への侵害に関する同意にも適用できるのかどうかということであり、既に見たようにこの点でケスラーとメツガーとは相違するのである。さてはたしてメツガーの言うように、個人の生命・身体に、全体・公共の利益が法的に直接関与するのである⁽²⁾。もし関与を肯定するならば、直ちに、自殺傷・自己危害行為等も全体・公共の利益のために同様に禁止されたはずであるという、立法政策に対する疑問が生じてくる。⁽³⁾ また個人が侵害について同意している生命・身体への攻撃は、「全体・公共の利益を侵害するものとして」のみ可罰的であると評価されるが、この可罰性を殺人(要求殺人)罪・傷害罪という罪名の下に包括することは無理ではないであろうか。⁽⁴⁾ かりに無理ではないとしても、このような考え方は、*„dominus membrorum suorum”* という我々の日常観念から大きく離反し、特に国家・社会の過大な干渉を

許す思考として、今日の個人主義に立脚する憲法秩序とも矛盾すると考えられる。メツガーの見解には、法的に保護されている利益と、法の存在・適用に関する社会(公衆)の事実上の利益、あるいはそこから起因する国家の保護主体としての立法的関心との混同があるように思われる。⁽⁵⁾ 確かにメツガーの主張に従えば、ケスラーの持っていた非実証性を回避することができるといふ長所はある。しかしその理論的前提として、当該個人が支配する個人の生命・身体に国家あるいは社会が直接法的利益を持つという構成以外に、他に取る方法がないと考えるのは早計である。個人の生命・身体は当該個人のものとしながらも、そこから生ずる不合理を排する他の論理を、今一度考え直してみる必要があるであろう。

(1) Zippf, *Einwilligung*, S. 23 f. マウラッハは司法作用が一次的保護法益であり、被誣告者の名誉は二次的に保護されるにすぎないと言う (Maurach, *Lehrbuch*), S. 339°.

Vgl. BGHSt Bd. 5, S. 68.

(2) ちなみにこのような考えの背景には、「神に対する犯罪」という観念が存在する (Friedrich Schaffstein, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlin, 1930, S. 91 f.)°.

(3) Noll, [Ermittlung], S. 78 f. その逆に、当然他の理由から非犯罪化を説明しようという試みも生まれる。たとえばベルナーは責任阻却をその理由とする (Berner, a. a. O., S. 98)。なお詳しい検討は本章第五節で行なう。

(4) Vgl. Kellner, [Ermittlung], S. 11.

(5) 同様の疑問が既述した誣告罪についても提起される。被誣告者の同意がある場合、そこには当局誤導という不法内容しか存在しない。従って、被誣告者の名誉侵害と当局誤導とを一体として不法内容とする、誣告罪は成立しないと見るのが相当ではないかというものである (須之内、前掲「刑法における被害者の同意」(一)七〇—七二頁)。つまり同意によって罪質に変更が生ずるという主張である。

(6) Vgl. Noll, [Ermittlung], S. 78. 本稿第一章第二節一参照。

第二節 「善良の風俗」

一

法律行為説はドイツ民法一三八条を根拠に、同意の有効要件として同意が善良の風俗に反しないことを要求していた⁽¹⁾。また最近ではパウマン (Baumann) が、生命と身体に対する侵害について

の同意の効力を、同法一三八条を援用して否定あるいは制限している⁽²⁾。しかしながら、刑法上の同意効力に関する問題に対して、民法上の規定を持ち出すのは、方法的な過ちを犯すものであるという謗りを免れない。そこで今日、同意効力の限界に関して「良俗性」を一般基準として主張しようとする者は、傷害に関する同意の規定である、ドイツ刑法二二六条 a をその根拠にする⁽³⁾。しかも「行為が善良の風俗に違反するときに限り」という同法の文言に従って、「同意」それ自身ではなく、同意に基づく「行為」の良俗性を対象とするのが通例である⁽⁴⁾。同法を傷害罪を越え、全ての犯罪の同意の有効性についての一般原則と見なす実質的論拠は、一つに、行為無価値論からの主張の中に求められる。すなわち、同意が違法性阻却事由たるには、同意は法益放棄 (行為の結果無価値の甘受) の他にまた行為無価値との妥協も示さなければならぬ、というものである⁽⁵⁾。他は「慣習法の争いのない命題である」という、慣習法源への置換の中にある⁽⁶⁾。

良俗性を同意限界の一般原則として認めるか否かに係わりなく、いずれにしろ傷害罪に関しては、ドイツ刑法二二六条 a との関係で行為の良俗性に触れざるをえない。従って以下では焦点を専ら同法に絞って、その基準としての当否を検討することにする

る。それによって、また善良の風俗の一般基準性如何も明らかになるであろう。

- (1) Zitelmann, a. a. O., S. 72-99; Frank, [Strafgesetzbuch], 11-14. Aufl., Vor. § 51. III, S. 110. しかしアランクは一五版以後、法益が私法的取引の対象となる場合に限って民法は適用されるべきであると修正する (ders., [Strafgesetzbuch], 18. Aufl., Tübingen, 1931, Vor. § 51. III, S. 142)°
- (2) Jürgen Baumann, *Strafrecht, A. T.*, 8. Aufl. (Bielefeld, 1977), S. 337 (以下 [Lehrbuch] と略す)。ちなみにスイスにも、スイス民法一七条を根拠に同意効力に制限を課す試みがある。Vgl. Arther Haefliger, Über die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, SchwZSt Bd. 67, 1952, S. 98 f.; Hans Schultz, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts* (Bern, 1973), S. 169.
- (3) Hellmuth Mayer, *Strafrecht, A. T.* (Stuttgart, Köln, 1953), S. 167; Geerds, [Einwilligung im Strafrecht], S. 268; Welzel, [Lehrbuch], S. 95; Maurach, [Lehrbuch], S. 345; Hans Krause・Hans Thoma, *Das neue Strafrecht, A. T.* (Stuttgart, 1974), S. 54; Hermann Blei, *Strafrecht I, A. T.*, 17. Aufl. (München, 1977), S. 126. またローカールは傷害罪を越え監禁罪にも及ぼす (Traeger, a. a. O., S. 124)°

(4) Vgl. BGHSt Bd. 4, S. 91; [Schönke-Schröder], Vor. § 32 ff., Rdn. 38, S. 433, § 226 S, Rdn. 7, S. 1515 usw. これに対して同意と行為の両方の良俗性を問題にする主張として、Mayer, a. a. O., S. 166 f.; Geerds, [Einwilligung im Strafrecht], S. 268; Baumann, [Lehrbuch], S. 337 などが挙げられる。

(5) Maurach, [Lehrbuch], S. 342.

(6) Mayer, a. a. O., S. 166 f.; Maurach, [Lehrbuch], S. 345; vgl. Geerds, [Einwilligung im Strafrecht], S. 263.

(7) 日本の学説中、行為の良俗性を同意効力の判断に加えるものとして、牧野英一『刑法総論上巻』(有斐閣・一九四八)四八九—四九〇頁、荏子邦雄『現代法律学全集25 刑法総論』(青林書院新社・一九六九)三四八頁、阿部純二「傷害罪と承諾—その一側面」『刑事裁判の理論 嶋良躬先生古稀祝賀論集』(日本評論社・一九七九)四一六—四二〇頁などがある。なお内田教授は、「公序良俗」を「優越利益保護のための適切な手段」という観点から補充して使用される(内田文昭『現代法律学講座26 刑法I(総論)』青林書院新社・一九七七、一四六、二〇六頁、以下『総論』と略す)。

二

ドイツ刑法二二六条aは、「被害者の同意を得て傷害を為す者は、同意にもかかわらず行為が善良の風俗に違反するときに限

り、違法に行為をするものである」と規定する。同規定による立法者の意図は、傷害に関する同意効力の限界を自ら律することを放棄して、社会倫理規範に委ねるところにある、と言われている。⁽¹⁾ けれどもこのような立法者の選択には、その実質的根拠の不明故に、そしてまたその基準の不当故に根本的な疑問がある。この実質的根拠に関して、法源を換えて慣習法を指摘しても意味はないとは言うまでもない。そこで考えられるのが、たとえば行為無価値としてあれ、刑法の目的は社会倫理規範の維持に(あるいは維持にも)あるという、「リーガル・モラリズム (Legal moralism)」の主張である。⁽²⁾ つまり、同規定が傷害に関してこの機能を表明していると捉えるのである。このリーガル・モラリズムの核心は、法が社会生活を秩序立てる規範体系としての社会倫理を強行しないならば、社会が崩壊してしまうという思考の中にある。しかし法による社会倫理の強行がない場合、念頭に置かれているその社会倫理に基づく社会が崩壊することはあるにしても、他の社会倫理あるいは法それ自身に統制された社会は崩壊しないと考えられる。⁽³⁾ それに今日の多元論的社会に、統一的な規範体系を要求することは無理というものである。とすれば「善良の風俗」を検証することも、また裁判することも不可能とな

る。⁽⁵⁾

このような状態の中で、たとえば、支配的であると認めさせることに成功した、それ故必ずしも支配的とは限らない社会規範を強行するということは、その背後にあってその規範を支持する者の一般的・抽象的利益を実現することになる。つまり「善良の風俗」という名において、公衆若しくは国民のある部分の、あるいは国家の法の存在に関する事実上の利益が保護されるのである。⁽⁶⁾ 法的に保護されている個人の身体に関する利益を巡る可罰性(違法性)の問題に対して、一般の人々の抽象的利益やそれを前提とした国家の立法活動上の利益という事実上の要素から生ずる、⁽⁷⁾ 罰性の要求を持ち出したところで、なんらの解決にもならない。以上のような理由から、ドイツ刑法二二六条aの「善良の風俗」という基準を支持することはできない。⁽⁸⁾ その帰結として、また本規定を全ての犯罪の同意にまで及ぼすという主張にも当然賛成できない。⁽⁹⁾ 同意効力の限界に関しては、社会倫理ではなく法自身に答えるべきである。⁽¹⁰⁾ なお「善良の風俗」という基準による限界設定は、結局、他人の利益の存在による限界画定を意味していると考えられる。⁽¹¹⁾

- (1) Zipf, [*Einwilligung*], S. 34; Stratenwerth, [*Lehrbuch*] 2. Aufl., S. 127; [Schönke-Schröder], Vor. § 32 ff., Rdn. 37, S. 433. 西ドイツ連邦裁判所は反良俗性を「全ての相当かつ公正な思考者の儀礼感情に反する」ことであると判示する (BGHSt Bd. 4, S. 91; vgl. BGHSt Bd. 4, S. 32)°
- (2) Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals* (London, 1965), p. 1 ff., esp. pp. 10-13; Welzel, [*Lehrbuch*], S. 1 f., 95.
- (3) H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality* (Stanford, California, 1963), pp. 18 f., 48-52, 54 f. 小谷野勝巳「法の限界についての一考察—『道徳の法的強制』の限界に関する原理を中心に—」(『法哲学と実定法学』法哲学年報一九七六) 一一〇頁。
- (4) もちろん以上の議論は両者の競合を排除するものではない。それどころか、法的制裁の他に社会倫理的制裁があるかどうかは、法の強行に重要な意味を持つ (cf. Edwin M. Schur, *Crimes without Victims, Deviant Behavior and Public Policy*, New Jersey, 1965, pp. 7, 171)°
- (5) Zipf, [*Einwilligung*], S. 34. 「善良の風俗」の内容が曖昧であることには異論がなし (vgl. [Schönke-Schröder], § 226 a, Rdn. 6, S. 1515 usw.)°
- (6) 中山教授は「公序良俗違反を名とする国家法益の擁護」という表現を用いられる (中山、前掲『刑法総論の基本問題』一一八頁)。なお、同『口述刑法総論』(成文堂・一九七八) 一一〇五—一一〇六頁参照。
- (7) 「善良の風俗」という基準を支持する者でさえ、一般論としてはこのことを認めている (vgl. Maurach, [*Lehrbuch*], S. 345; Baumann, [*Lehrbuch*], S. 338)° Dagegen BGHSt Bd. 4, S. 32.
- (8) 同法一一一六条 a に於いて、目的的解释 (Baumann, [*Lehrbuch*], S. 8 f., 338) 合憲的解释 (Maurach, [*Lehrbuch*], S. 346) などが主張されるが、これは同規定の基準性に疑問があることの証である。Vgl. Friedrich Geerds, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf*, ZStW Bd. 72, 1960, S. 50-53 (以下 [*Einwilligung im Strafgesetzentwurf*] と略す)。内田『総論』一一〇六頁参照。
- (9) Zipf, [*Einwilligung*], S. 35; Stratenwerth, [*Lehrbuch*], 2. Aufl., S. 127; Gerd Geilen, *Strafrecht, A. T.*, 3. Aufl. (Bochum, 1977), S. 114; Jescheck, [*Lehrbuch*], S. 304; [Schönke-Schröder], Vor. § 32 ff., Rdn. 37, S. 433; vgl. Noll, [*Einwilligung*], S. 72-74.
- (10) 法感情を満足させる他の解決はないこと (Haefliger, a. a. O., S. 100)° あるいは他の基準も大して変わりはないこと (同部、前掲論文、四一八頁)° 等は、「善良の風俗」の理論的・積極的擁護とはならない。

(11) 滝川幸辰『刑法各論』(世界思想社・一九五一)四二頁参照。

第三節 「価値衡量」

一

同意効力の限界を「価値衡量」によって画定する法政策的見解の中でも、ノルの主張は、同一個人に帰属する、しかも等置されるべき価値を対峙させるという理論的不能を犯すものとして、その基準性に疑問があること既に述べたとおりである。そこで本節では、この価値衡量を実際に使用できる基準に修正した、イエシエックとツイプフの限界論を追ってみることにする。

イエシエックとツイプフの基本的発想を先に確認しておく、次のようになる。すなわち、「法益の保持に関する共同体の利益」とそれに対峙する「個人の自由の妨げられない行使という社会的価値」との衡量の結果、後者が優位する時には法益の社会的価値が脱落し、個人の処分の自由により高い社会的価値が帰属する⁽³⁾、つまり同意に効力が認められるというものであり、従って逆に前者が優位する時には、同意の効力に限界が設定されることになるわけである。この主張の特徴は、ノルが個人の価値として捉えたものを「社会的価値」の側面から取り上げ、「社会あるいは共同

体」の利益・不利益という視点で問題を解決しようとしたところにある。法益の「保持と処分」とに関する社会的観点からの利益衡量は、また同時に、同意に基づく行為は社会・共同体に対し有害であってはならない、という社会的義務の根拠でもある⁽⁴⁾。

このような考えの応用として、イエシエックは懸案となっている同意傷害について、次のように叙述する。すなわち、健康は生命と同様、社会における人間の大部分の使命充足の大前提であり、その保持には公的利益が存在するので、傷害の同意には制限が課せられるのである⁽⁵⁾。と。そして具体的には、重大、永続的傷害は禁止されると言うのである⁽⁶⁾。同意殺害あるいはドイツ刑法二一六条の可罰性も、同様の理由で肯定するものと考えられる。一方ツイプフは、生命は総じて、身体の完全性は個々の発露において、共同体にとって非常に重大なものと見なされるので、その決定権の全部あるいは一部を共同体自身が留保すると言う。つまりツイプフは、この価値衡量を処分権限の抽象的承認の問題に転換して、生命については個人にその処分権は保持されていないこと、これに対して身体については個人の処分権保持が場合によって制限されることを、それぞれ認めるのである⁽⁷⁾。

(1) 本稿第二章第三節二参照。

- (c2) Jescheck, [*Lehrbuch*], S. 303; Zipf, [*Einwilligung*], S. 32. ツィプフはこの利益対立は、個人の法益の侵害に際しては基本的に自己決定優位の方向に決せられていると主張する。(Maurach-Zipf), S. 238°
- (c3) Ebense Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre* (Berlin, New York, 1976), S. 134. また同意を保護の放棄と理解される滝川博士は、「被害者に同意の自由を認める利益が、同意に基づく行為から生ずる侵害を償うに足らない場合(例えば殺人に対する同意、墮胎に対する同意)は、原則として行為の違法性を阻却しない」と述べられる(滝川、前掲『刑法各論』四二頁、同『犯罪論序説』有斐閣・一九四七、八七頁)。
- (4) 他人の犠牲において実現された自由は社会的価値の対立物である(Jescheck, [*Lehrbuch*], S. 307; Zipf, [*Einwilligung*], S. 32)° Vgl. [Maurach-Zipf], S. 238.
- (5) Jescheck, [*Lehrbuch*], S. 302, 304.
- (6) Ebd., S. 304 f. そして以上のような理由から、ドイツ刑法二二六条 a の存在を肯定するのであるが、ただし同規定の実際の適用は道学者然としていると批判する(ebd., S. 305)°
- (7) Zipf, [*Einwilligung*], S. 33, 58-63. それ故、ドイツ刑法二二六条 a を処分権限の制限規定と捉える(ebd., S. 33-37)°
- なお本稿第二章第三節一注(13)参照。

二

法益保持に関する社会・共同体の利益の存在によって同意効力に限界を設定する、イェシュェック、ツィプフ等の方法は、他主体の利益の存在を考慮する、従来の手法と同一の志向を示すものである。しかしながら、更に法益の処分権までも社会的価値として取り上げ、そのため社会的観点だけでの利益衡量によって限界を画そうというのは、従来の手法を今一歩進める試みと言ってよいであろう。⁽¹⁾このような上位的視点から個人の同意効力に限界を設定しうるのは、個人が社会・共同体の利益のために存在しているという前提があるからであり、確かにそれを全く否定することは不可能である。けれどもこの社会・共同体の利益というのは、法の存在・適用に関する利益として度々確認したように、法的に保護された利益ではなくて、社会・共同体の持つ一般抽象的あるいは間接的な事実上の利益にしかすぎない。そして、これらの事実上の利益衡量と、かつまた個人の自己決定の優先という法政策的選択とから、たとえば生命・身体はその個人に帰属しかつその個人のために保護されるのであると、既に立法の際に決定されているのである。従って、個々の事件ごとに再び上位(社会)的観点から具体的衡量を行なう必要は無いのであ⁽²⁾って、先に存在する法

政策的決定からの帰結を求めるべきなのである。つまり、既決されている法の衡量結果の確認とその目的の把握とが、同意効力の限界論の説示のために要求されているということである。⁽⁴⁾

イエシエック、ツィプフ等の価値衡量という基準から得られるのは、結局立法論的提言の域に止まるものであって、現行法の解釈の場まで踏み込んだものとは思われない。そのような意味で、この上位の観点からの価値衡量論は、法解釈を行なう上での方法論を誤っており、正当化事由一般に対する統一的視点の提示にもかかわらず、支持することはできないのである。⁽⁵⁾

(1) Vgl. Stratenwerth, *Lehrbuch*, 2. Aufl., S. 123.

(2) もちろんこのことは、これらが無条件に本人の自律的支配に任せられているということの意味するのではない (Vgl. Schmidhäuser, *Lehrbuch*, S. 268).

(3) ツィプフが、この価値衡量を具体的なものではなくて、個人の処分権限の抽象的承認の問題であると指摘したのは(本章本節一注(7)参照)、その限りではまさに正しい。アルツトもこの衡量の「一般的」性格を強調する (Arzt, a. a. O., S. 43f.)。また、曾根、前掲「『被害者の承諾』と犯罪論体系」七六頁参照。

(4) ノルが「法律」の客観的評価を指摘したのには (Noll,

Erwiltigung), S. 60)、正しい方向性が示されていたのであるが、現実には法的ではなく、事実的な「客観的」評価が対象とされている(本章第四節一参照)。

(5) 同意問題と社会理論との連結は客観主義的傾向を導き、それはなる程上位の目的設定への方向づけにおいて、特に衡量的違法性考察とは一致する。けれどもそこにおいては、同意の個人主義的—自律的意味内容が無視されている (Kienitz, a. a. O., S. 16)。なお以上の批判は、日本における社会的相当説への同意の包摂にも妥当すると考えられる(福田平『新刑法法総論』有斐閣・一九七六、一三三頁等参照)。

第四節 「パターンリズム」

一 ノルの指摘

ノルは同一個人に帰属する価値の衡量によって同意効力を説明し、またそれによって効力範囲を論定していたが、決して法の評価・使命の指摘を忘れていたわけではない。たとえばそれは、同意殺害に関してスイス刑法一一四条(要求による殺人)に触れ、次のような理由からその違法性を首肯している点に見られる。すなわち、生命という法益は、法律の規制において最高の「自己価値」であり、かつまた当該人間にとっての「絶対的価値」でもあ

る。加えて生命は、法律の評価によると最も「基本的価値」であり、「この法律の客観的評価が非常に一義的かつ強力なので、それと並んで被害者の主観的評価が成立しえない」のである⁽¹⁾、と云う。つまりノルは、法益と法益処分権とを中心に据える具体的価値衡量によることなく、実際には、生命はその喪失が永続的、回復不能の、そして他の如何なる価値によっても償いえないものであるという、法律の先験的価値観の指摘とその法律の規制の了解とから、同意効力に限界を設定しているのである⁽²⁾。同様の思考は傷害について現われている。個人主義的基本観を持つスイス法においては、基本的には個人が肉体の所有者であるが、その反面立法者は、多かれ少なかれ自由意思の同意を考慮することなく、身体の完全性及び健康に関する「個人の真の幸福」を保護しようともしている⁽³⁾、という主張がそうである。そしてこの背反する要求を解決するために、「侵害の重大性と目的」という基準が提示されたのである⁽⁴⁾。

しかしながら以上のノルの主張には、法律の先験的評価を支える根拠、あるいは法の後見的使命を促す理由についての説明が、全く欠けているのである。特に国家・共同体の利益という上位の観点を拒絶し、個人の自己決定を価値として尊重することを企て

るノルにとって、この根拠・理由の解明がなされないならば、かえって彼の個人主義的意図が完全に反故にされる虞れがある⁽⁵⁾。とりわけ、同意傷害への法的干渉の射程を探るためには、個人主義的法的保護と後見的法的使命との関連性の解明が是非とも必要である。支持根拠が欠如している基準には、具体的適用の方向が定まらないという根本的欠陥がある。

この支持根拠の欠如という非難は、正しくも法益保護の目的の強調から出発したシュミットホイザーの見解にも、また妥当する。シュミットホイザーは同意効力の限界につき、「人間の尊厳(Menschenwürde)」という観点を導入し、「個人の尊厳は他人の態度要求としてだれも処分しえない」と主張するのである⁽⁶⁾が、この人間の尊厳という形象が、先験的価値として唐突に登場する点にまさに問題があるのである⁽⁷⁾。個人の自律の尊重という法益保護の目的とこの形象との関係が、適切に説明される必要がある。また彼の所説に従えば、同意効力の限界は、尊重要求(従って法的保護の必要性)を個人の自律が支配するのか、それとも人間の尊厳が支配するのかによって決まることになる⁽⁸⁾。けれども、個人の自由と人間の尊厳との衝突が具体的にはいかにして解決されるのか、全く不明である。というのは、人間の尊厳の意味内容が曖昧

であり、基準としての客観性・指導性に欠ける憾みがあるからである。⁽⁹⁾

被害者の同意効力を法益の法的保護の目的から説明するのであれば、限界論もまた同じく、法的保護の目的から説示するべきであろう。この点でシュミットホイザー、加えてノルの論述は、二元論に陥っているという誇りを免れないと思われる。⁽¹⁰⁾

(1) Noll, [Einnwilligung], S. 79. 他に「自由」の永続的かつ完全な否定も、「生命」の否定と全く同じく絶対的に違法で、正当防衛・緊急避難等は別として、他のいかなる目的によっても正当化されないと言う (ebd.).

(2) Ebd., S. 80. ノルが価値衡量を放棄していることは、「生命は、それが法益の担い手あるいは他者にとって、「有益」「無益」そして「有害」のいずれであつても保護される」という主張からも更に明らかとなる (ebd., S. 79).

(3) Ebd., S. 81, 83.

(4) それに従うと次のようになる (ebd., S. 87 f.). (I) 同意者への軽微な傷害は、行為の目的が非難されるべきものである時のみ違法である。(II) 重大な傷害は、その目的が侵害の重大性との関係において正当な時のみ合法である。(III) 同意が傷害の違法性を阻却しない全ての場合において、同意は超法規的軽減事由として考慮されるべきである。――なお、

金沢、前掲「人体実験の適法性の限界」二二〇―二二三頁、吉田、前掲論文、一四九―一五一頁参照。

(5) ノルの基準は前注(4)からもわかるように、結局自らが拒否した上位的観点 (Noll, [Einnwilligung], S. 79, 82) からの説示に傾いている。それ故、イエシエック等と同列に置かれるのである。

(6) Schmidhäuser, [Lehrbuch], S. 272. 日本では、藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂・一九七五)一九三頁参照。なお内田教授は、「人間の尊厳」を「処分意思そのものを生み出す前提」と理解して使用されるが、示唆的な指摘である(内田、『総論』一四六頁)。

(7) ヒルシュも、シュミットホイザーの限界論には出発点との軌轍が示されていると批判する (Hirsch, Einnwilligung und Selbstbestimmung, S. 784).

(8) たとえば、法秩序は個人に生命についての自律的支配 (autonome Herrschaft) を容認しておらず、また身体の完全性と活動の自由に対する攻撃には、「人間の尊厳」が放棄できない限界を置くと言う。そして、人間の尊厳によって修正された「善良の風俗」が、傷害罪についてはドイツ刑法二二六条 a の適用としてもちろんのこと、更に監禁罪にも適用されると結論づける (Schmidhäuser, [Lehrbuch], S. 271 f.).

(9) シュミットホイザー自身も、人間の尊厳が包括的価値公式であることを認めており、法適用による内容補充の必要性を

説いてゐる (ebd., S. 273)。

(10) 曾根、前掲『「被害者の承諾」の違法阻却根拠』三四五頁。

二 シュトラーターテンベルトの見解

被害者の同意の限界に関する叙述に際して、法益保護の目的に言及する必要に気づいたのは、やはりシュトラーターテンベルトであった。彼は、「自由の一時的行使」によって「取り返しのない」あるいは根本的な侵害が実現される⁽¹⁾時には、個人の自由は個人自らからも保護されなければならないとして、その理由を今指摘した法益保護の目的から説明するのである。すなわち、法益が刑法上保護されているのは、それが自由の最小限度の基盤を形成するからであり、それ故この基盤を守るためには、また自由の行使と言えども制限せざるをえないのである⁽²⁾。と。そしてこれをシュトラーターテンベルトは、「他人の意思の援用に限界を設定し、『正しく理解された (wohlverstanden)』利益の考慮を命ずる、他人に対する社会的責任である⁽³⁾」⁽⁴⁾と言う。具体的事例に即して見てみると、生命の故意の抹殺は、ドイツ刑法二一六条の文言より明らかに可罰的であるが、そのわけは、「この場合、自由が問題となっている個人の否定が取り返しのないものとなるからである⁽⁵⁾」⁽⁶⁾ということになる。更に傷害の同意については、ドイツ刑法二

二六条 a が「善良の風俗」を基準として規定するが、その場合でも決定的なのは、本人の正しく理解された自由の利益ということになる。従って、軽微で一過性の傷害は、本人の自己決定の基盤の損傷が持続せず、善良の風俗には反しない。これに対して根本的、取り返しのない侵害は、少なくとも支持できる理由があるのでなければ、實際上許容されることはないであろう⁽⁷⁾。なおシュトラーターテンベルトは、同意によって侵害が許容されない場合でも、同意の存在が違法性を軽減させる⁽⁸⁾ということは認めている⁽⁹⁾。

以上に展開されたシュトラーターテンベルトの主張は、およそ「パターナリズム (paternalism)」一般の承認を説くものではない⁽¹⁰⁾。自由の最小限度の基盤を保護するために、個人の自由の一時的行使を制限することの帰結としての、「後見」とでも言うべきもの⁽¹¹⁾であり、それも同意の援用を「他人」に禁止し、かつ正しく理解された利益の考慮を「他人」に命ずるという消極的形式においてである。従ってここで検討しなければならないのは、個人の真の幸福を保護するパターナリズムの一般的導入如何ではなくて、「自由の最小限度の基盤を保護するために、個人の一時的な自由行使を制限する」という基準の当否の問題なのである。その際決定的なのは、個人の自律・自己決定の尊重という法益保護目的と、自由

の最小限度の基盤としての法益の保護という考えとが、矛盾なく一元論的に理解できるか否かにあると言ってよいであろう。⁽³⁾ 他人に対する社会的責任」は、前の基準が承認されることから生ずる結果であって、その基準を根拠づける理由にはならないこと言うまでもない。

- (1) Stratenwerth, [Lehrbuch], 2. Aufl., S. 123, 126.
- (2) (3) Ebd., S. 126.
- (4) Ebd., S. 127.
- (5) Vgl. Stratenwerth, [Prinzipien], S. 43.
- (6) 純粹な「ターナリズム」と捉えるのは (vgl. Hirsch, Einwilligung und Selbstbestimmung, S. 783; Norbert Hoerster, Grundsätzliches zur Strafwürdigkeit der Gefälligkeitssterilisation, *Juristenzeitung* 1971, S. 123-126) 誤解であると云う (Stratenwerth, [Lehrbuch], 2. Aufl., S. 126)。
- (7) Vgl. Stratenwerth, [Lehrbuch], 1. Aufl., S. 122.
- (8) 法の「ターナリズム」機能について Hart, op. cit., esp. p. 31 (小谷野、前掲論文「一一一、一一七頁参照」) 平野、前掲『刑法の基礎』一〇一一—一〇一五頁参照。なおその一〇七頁で平野教授は、「少なくとも古い意味の「ターナリズム」はこれを刑法の世界から除去し減少させてゆくのが、近代刑法の姿だといわなければならない」と指摘されるが、これと同様

の思考がシュトラテンベルトの考えの基盤にもあると思われる。

- (9) Hirsch, *Einwilligung und Selbstbestimmung*, S. 784. なお、須之内、前掲「刑法における『自己決定』に関する一考」九〇—九一頁参照。

三 ミルの思想

シュトラテンベルトは、一方で財・利益に関する個人の自律を強調して、同意の効力を基礎づけ、他方で自由の最小限度の基盤としての財・利益を示すことによって、同意の効力に限界を設定した。ところでこのような結論を導き、そしてこの二つの視点を止揚する思想は、いったいどのようなものなのであるうか。この疑問に答えるものとしてここでは、人間の自由を理想主義的人主義の立場から説いた、ミル (Mill) の思想⁽¹⁾を取り上げ、以下の検討の材料としてみたい。ちなみにミルが意図していたのは、個人と社会との自由の分配に関する一般的な議論であつたが、ここではテーマとの関係上、個人に分配された自由の意義及びその必要性だけの的を絞って、彼の所説を追うに止める。

ミルは、「個人は彼自身に対して、すなわち彼自身の肉体と精神とに対しては、その主権者なのである」と言う⁽³⁾。そして「自分

自身の責任と危険とにおいてなされる限りは、「他人には、個人が自己の生活を自己の利益のために、自己の選んだ仕方⁽⁴⁾で処理することを禁ずる権利はないと帰結する。なぜなら、「その人こそ、彼自身の幸福に最大の関心をもっている人なのである」からであり、またその反面として、公衆はその個人の喜びや便宜に対して完全な無関心をもってこれを看過し、「彼ら自身の好むところだけを考慮するからである」ということを指摘する。このような方向での個人の自律の強調は、個人の「他人」からの自由の必要性を論証する試みとして理解できよう。

さて、以上の自由の消極的意味を踏まえて、ミルは自由の積極的意味を次のように展開する。すなわち、「人間は誤りのないものではない」ので、異なった意見の存在、異なった生活の実験の存在は、人間が不完全である間は有益である。この意見・行為の相違を導くには、「個性が自己を主張することが望ましい」。そしてそのためには、個人に自由が必要なのである。と。また自由は個人に選択の可能性を担保するが、この「自らの選択」こそが、「知覚、判断、識別する感情、心的活動、さらに進んで道德的選択に至る人間的諸機能」を練磨させるのであると語り。つまりこれら諸機能は、「筋肉の力と同様」、使用されて初めて改善される

のである。換言すれば、「自由と状況の多様性」とが、「自らの選択」を通して「個性の活力と相違」とを生み出し、この二つが結合して「独創力」が生まれるのである。この独創力の価値が第一次的には個人に結びつくのか、それとも社会に直接結合するののかについて、もちろんミルは前者を選択し、個人の幸福に結びつけて構成する。従って、国家の幸福は個人の幸福の総和と立論することになる。このように自由は、個人の自らの選択の可能性、それ故個々の自由行使の継続的保障として、多様に発展する個性を旨指しているのである。

この結論の意味は、奴隷契約に関するミルの論述の中で一層明瞭になる。すなわちミルは次のように言う。己れを奴隷として売ることによって、「彼はその一回の行為以外には将来永久に己れの自由を活用することができなくなるのである。それ故に、自身を拘束されずに処理することを正当化しようという当の目的を、彼は自分で破滅させているのである。……自由の原理は、自由を乗てることもまた自由でなくてはならぬ、というようなことを要求しえない」と。自由を自らの選択という個々の自由ではなく、それらを保障する一つの原理体系として捉えることによつて、「自由放棄の自由の否定」という帰結に至ったのである。なお

ミルは、「彼が自発的な意志をもってその境遇にとどま⁽¹²⁾っているのだという、都合のよい仮定」はもはや成立しないと言うが、これは契約法の場合には妥当しても、まさに事実上の自発的意思を問題とする、刑法上の同意の場合には妥当しない議論と考えられる。

- (1) John Stuart Mill (1806-1873), *On Liberty* (London, 1859), *Collected Works of John Stuart Mill* (Toronto, Buffalo, 1977), vol. 18, pp. 213-310 (早坂忠訳「自由論」関嘉彦編『世界の名著38 ヘンサム J・S・ミル』中央公論社・一九六七、二一一―三四八頁、塩尻公則・木村健康訳『自由論』岩波文庫・一九七二、一頁以下)、なお、関嘉彦『ヘンサムとミルの社会思想』前掲『世界の名著38』五四―五五頁、木村健康「解説」前掲『自由論』二八〇頁(以下『自由論』として同書の訳を引用する)参照。
- (2) ミルの主張に従えば、「自分自身にのみ関係する部分」と「他人に関係する部分」という基準によって区別することにな¹⁹ (cf. Mill, op. cit., chap. 1, pp. 217-227, chap. 4, pp. 276-291)。
- (3) *Ibid.*, p. 224 (『自由論』二五頁)。
- (4) Mill, op. cit., p. 260 (『自由論』一一三頁)。
- (5) Mill, op. cit., p. 277 (『自由論』一五四頁)。

- (9) Mill, op. cit., p. 283 (『自由論』一六九頁)。
- (7) Mill, op. cit., p. 260 f. (『自由論』一一四―一一五頁)。
- (8) Mill, op. cit., p. 262 (『自由論』一一八―一一九頁)。
- (6) Mill, op. cit., p. 261 (『自由論』一一六―一一七頁)。このミルの主張は彼も認めるとおり、フンボルト (Humboldt) の所説に従ったものである。Vgl. Karl Wilhelm von Humboldt (1767-1835), *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen* (Leipzig, 1792), S. 249, 274 f.
- (10) Mill, op. cit., p. 310 (『自由論』二二九頁)。
- (11) Mill, op. cit., p. 299 f. (『自由論』二〇五―二〇六頁)。
- (12) Mill, op. cit., p. 299 (『自由論』二〇六頁)。

四 小括

自由は多様に発展する個性を目的とし、かつまた前提としている。多様に発展する個性を放棄する形式での自由の行使は、この目的・前提に違背するものとして、自由の原理体系からは肯定されない。以上のミルの結論をシュトライトンベルトの主張と重ね合わせてみると、一方における自律・自己決定の尊重、他方における自律・自己決定の制限は、多様に発展する個性の存在において、止揚されるということが導かれる。従って被害者の同意効力

の限界は、その同意に基づく行為が、自由が当該個人に与えられている当の目的・前提である、多様に発展する個性を否定するかどうかによって決せられることになる。原理体系としての自由が—シュトラーテンベルトの言葉を借りれば個々の自由の最小限度の基盤が—、まさに侵害される場合にのみ同意の効力に限界が設定されるのである。⁽¹⁾

従ってその典型として、生命を放棄する自由は承認できないと言わなければならない。また生命に危険があるという意味で、重傷害の同意もやはり認められないであろう。⁽²⁾ 逆に言えば、その他の場合には被害者の同意の存在それ自体で、当該同意に基づく侵害行為は正当化されるということである。⁽³⁾ ただし、肉体的意味に限って「生命の危険」を強調するのは、決して正確な表現とは言い難い。なぜなら、多様に発展する個性とは単なる肉体的な存在を越え、より人格的な内容をも包括する存在として考えられているからである。それ故、たとえば生命への危険はないにしても、人格の著しい崩壊を招く行為（精神に異常を来たす薬物の使用あるいは脳外科手術等）についての同意は、それだけでは正当化事由たりえないこと、特に注意が必要である。「人間の尊厳」という言葉を、このような人格的内容を包含するものとして理解する

ならば、「人間の尊厳」が同意効力に限界を設定すると言ってもよいであろう。⁽⁴⁾ ただ「発展する個性」あるいは「人格」といった概念の把握如何によっては、いたずらに個人の自律に制約を加えてしまふ事態も予想されるし、そもそも以上の概念が実践的に役に立つものかどうかにも、また確かに疑問はある。⁽⁵⁾ しかしこのことは、現段階では人間精神の諸活動に関する科学が、個性・人格を完全に解明するまでには至っていないことから生ずる「己むをえない事情であって、決してこの「個性あるいは人格ある生命の危険」という基準が持つ、理論的欠陥を意味しているわけではないと考える。⁽⁶⁾

(1) Stratenwerth, *Lehrbuch*, 2. Aufl., S. 126. 曾根、前掲『被害者の承諾』の違法阻却根拠「三四二—三四三頁、須之内、前掲「刑法における『自己決定』に関する一考」九二頁。

(2) 曾根、前掲『被害者の承諾』の違法阻却根拠「三四三頁、平野龍一『刑法 総論Ⅱ』（有斐閣・一九七五）二五四頁。また、内田、『総論』一四六頁、中野次雄『刑法総論概要』（成文堂・一九七九）一六二頁参照。なお須之内講師は、傷害に対する同意の全てが許容されることを示唆されるが（須之内、前掲「刑法における『自己決定』に関する一考」九二頁）、

疑問である。

(3) 一例として「やくざが指をつめてもらう」場合、生命に危険がなければ、正当な目的・優越する利益等の援用は不要となる(平野、前掲『刑法 総論II』二五四頁参照)。藤木、前掲書、一九三頁、阿部、前掲論文、四一九頁は、反対の趣旨である。その他に断種、去勢そして妊婦の身体的利益と係わる限りでの堕胎の同意についても、同様の思考を採るべきであろう。

(4) Schmidhäuser, [*Lehrbuch*], S. 272. 内田、『総論』一四六頁。

(5) 阿部、前掲論文、四一八頁。現実の裁判の場では、侵害行為の持つ人格への影響よりも、行為の目的、侵害の態様・程度などの考慮によって事案は解決されているが(vgl. [Schönke-Schröder], § 226a, Rdn. 7, 8, S. 1515f.) これは実務的便宜であって、必ずしも理論的要請であるとは思われない。

(6) 非人格的生命的否定としての「尊厳死」の問題は、人間の尊厳を人格に求める以上の議論と裏表の関係にある。しかし、そこから直ちに人格なき生命の撲滅という結論は導かれないうことを指摘しておく。これについては数多くの文献があるが、さしあたり、宮川俊行『安楽死の論理と倫理』(東京大学出版会・一九七九)二三—四八頁を挙げておく。またドイツの最近の議論を示すものとしては、Albin Eser (Hrsg.), *Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissen-*

schaftliches Problem (Stuttgart, 1976), S. 1 ff. を参照。

第五節 自損行為

個人には、原理体系としての自由を放棄する自由は認められていない。そのような場合には、本人の自己決定に制限が加えられるため、法益の法的保護の必要性は欠落せず、同意にもかかわらず、侵害行為に対する法的統制が可能となる。ここに、同意に基づく他人の侵害行為を可罰的なものにする根拠がある。ただし、誤った自己決定かもしれないにしろ、具体的には個人の自律に従っているので、同意のない場合よりも、可罰性が軽減していると評価されるのである。⁽¹⁾

では以上の過程に第三者が係わらない場合、いかに考えたらよいであろうか。つまり、被害者と行為者とは同一個人に帰属する自損行為(*Selbstverletzung*)、特に自殺傷についての可罰性の議論である。⁽²⁾

自殺(生命に危険のある自傷も含めて)は、まさに「自由放棄の自由の否定」の命題が想定する事態である。従って、当該行為に対しては一種のパターナリズムとして、法的干渉が可能であると考えられる。それ故またそこから、いわゆる「自殺の権利」は

法的には承認されないのであることが明らかとなる。⁽⁸⁾しかしながら、自殺の実行に法的干渉が可能であるとしても、そのことから直ちに法的制裁の可能性が導かれるわけではない。⁽⁹⁾シュミットホイザーは、個人の尊厳を「他人」への行為要求と捉え、またシュトラテンベルトは、この要求を「他人」に対する社会的責任と理解している。⁽¹⁰⁾この限りでは両名とも、自分を自身から守る法的義務があるとは構成していない。このような考え方は、特に刑罰の目的論あるいは本質論から見ても、相当と考えられる。というのは、自殺抑止のために刑罰を科すについては、その功利性に疑問があるし、また自殺（未遂）者の処罰を正当化する、応報的理由があるとも思われなからである。刑罰は「他人への危害」を前提としている。⁽⁷⁾換言すれば、個人にはおよそ一般的な、自身自身のために「生きる義務」はなく、従って、その自己義務を前提とする制裁も不可能となるということである。⁽⁸⁾

自殺の実行によって確かに生命は侵害されるが、しかし決して国家はその個人に生命保持義務を課することはできず、その結果、同一人間では法的保護の問題が生じないのである。つまり、それは（広義の）法益侵害が存在せず、当該行為は違法ではないことを意味する。⁽⁹⁾自殺の権利はもちろんないが、生存の義務もない

という意味で、言わば「放任行為」と見るべきではなからうか。⁽¹⁰⁾現行法が自殺傷を犯罪構成要件化していない理由もここにある。⁽¹¹⁾ところで自損行為に関与行為がある場合、その可罰性は、同意侵害の可罰性と同じ理由によって基礎づけられる。同意者の無罪は、自損行為の無罪と同様の根拠による。しかし、決して自損行為と同意侵害とを同一視することはできないのである。⁽¹²⁾

(1) Vgl. Stratenwerth, [Prinzipien], S. 43.

(2) カロリナ及び普通法時代には自殺は犯罪と考えられていたが (Hippel, *Deutsches Strafrecht*, Bd. 1, S. 187, 234, 256)、今日のドイツには自殺の処罰規定は置かれていない。

なお我が国の刑法二〇二条参照。

(3) 自殺のあるいは死ぬ権利については、Joachim Wagner, *Selbstmord und Selbstmordverhinderung* (Karlsruhe, 1975), S. 1 ff.; Jürgen Möllering, *Schutz des Lebens-Recht auf Sterben, Zur rechtlichen Problematik der Euthanasie* (Stuttgart, 1977), S. 1 ff. を参照。

(4) ミルはパターナリズムからの処罰に対して、「彼らが何らかの無分別な行為を為すのを待って、その後この行為を理由として法律上または道徳上の刑罰を加えるという方法以外には、方法がないかのように論ずることには、賛成することができない」と批判する (Mill, *op. cit.*, p. 282. 『自由

- 論』一六六頁)。Herbert L. Packer, *The Limits of The Criminal Sanction* (California, 1968), pp. 249-266.
- (5) Schmidhäuser, [*Lehrbuch*], S. 272. それにもかかわらず、他所では自殺は殺人罪の構成要件の不法であると述べている (ders., *Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht*, in: *Festschrift für Hans Welzel*, S. 819)。
- (6) Stratenwerth, [*Lehrbuch*], 2. Aufl., S. 126.
- (7) Mill, op. cit., p. 223 ff. また、N・モリス G・ホーキンス『犯罪と現代社会 上』長島敦監訳 (東京大学出版会・一九七二) 五〇頁参照。cf. Robinson v. California, 82 U. S. 1417 (1962).
- (8) ケスラーは自らに対する倫理的義務はありえようが、「自らに対する法的関係を認識することは困難である」と言う (Kessler, [*Einwilligung*], S. 12)° Vgl. Allfeld, a. a. O., S. 144.
- (9) 行為主体の側面への言及により、自殺の不処罰根拠を説明する試みとして、曾根、前掲『「被害者の承諾」の違法阻却根拠』三四八頁、須之内、前掲「刑法における『自己決定』に関する一考」九七頁注一〇などがある。ただし、前者が自殺を微弱ながらも違法とする点には賛成できない。
- (10) 小野清一郎『新訂刑法講義 総論』(有斐閣・一九四八) 一三二頁、平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会・一九七

七) 一五八頁。

(11) シュニットホイザーは「自殺を」特別な法律上の責任阻却事由¹⁾と位置づけるが、(Schmidhäuser, [*Lehrbuch*], S. 481) これは自殺が違法性阻却事由たることの結果であると考える。なお以上に對して布林ゲスマーナー (Peter Bringewat, *Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbsttötung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik*, ZStW Bd. 87, 1975, S. 648) 不処罰の根拠を慣習法に求めよう。

(12) 自損行為は自己—他人関係が「事実上」存在しないのに對して、同意侵害の場合には、この関係が「規範的に」消滅するはずだからである。Wilhelm Gallas, *Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung*, *Juristenzeitung*, 1960, S. 649 ff.; dagegen Schmitt, a. a. O., S. 126, vgl. S. 115, Anm. 9, 10.

第六節 総 括

同意の効力に限界を設定する思考方法には、二つのものがある。一つは、国家・社会であれ、あるいはそれらを構成する人々の一部または多数であれ、他主体の利益の存在を認定する方法である。これは「他人への危害の禁止」という命題に包括できる、国家の自己防衛的機能の表明である。他は、真の幸福の指摘、若

しくは原理体系としての自由放棄の自由を否定することを通して、個人を自らの攻撃から守るという方法である。これは誤りを犯す人間を前提とした、国家の後見的機能の表現と理解することができよう。⁽³⁾ただし、前者の方法による限界設定の試みは、実は「被害者」を特定する作業であって、真の意味での同意限界論の叙述ではない、ということに気づくべきである。法益保護の目的は、当該帰属主体の法益に関する自律の保障にあるという立場からすれば、そこに更に他の主体の利益を関与させようというのは、自己矛盾以外の何ものでもないのである。従って、本当の意味での同意の限界論を展開するためには、前者ではなく、後者の方法が考慮されなければならない。⁽³⁾しかし、その際注意されなければならないのは、成熟社会では国家の後見は謙抑でなければならず、またたとえ後見が必要であるとしても、その達成手段も同様に謙抑でなければならないということである。その点からすれば、特に刑罰の威嚇・執行という形での、純粹なペターナリズムの機能する余地は、今日ほとんどないと考えられる。それ故、多様に発展する個性の否定を「他人」に禁止し、あるいは相手の幸福の考慮を「他人」に命ずる、という形式での間接的な手段に限られるべきであらう。国家は個人に彼の利益を計って、法的制

裁を伴った直接的な禁止・命令をすることはできず、その限りでは法的に中立でなければならない。

(1) Mill, op. cit., p. 223.

(2) Hart, op. cit., p. 31.

(3) 世界の趨勢は、必ずしもこのような個人主義的構成の方向にあるわけではない。フランスでの議論については、江口三郎「フランス刑法における被害者の同意」(『法学会雑誌』二八卷二号・一九七八)一三七—一八六頁、また英米法については、阿部、前掲論文、四〇八—四一六頁参照。

第四章 同意と構成要件

同意の犯罪構造一般に対する影響については、既に本稿第二章で検討したところである。しかしながら、その際同意と個々の犯罪構成要件との関係については、特に触れないできた。そこで、この残された問題を本章で取り上げることにした。なおこの議論を進める上では、各々の構成要件を具体的に対象とするのではなく、概括的に、解釈論上の方向性が示されうる程度の考察を加えるに止める。

第一節 「合意説」

同意が、構成要件阻却的合意 (Einverständnis) と違法性阻却的同意 (Einwilligung) との両範疇に区別されることは、今日一般的に承認されているところである。⁽¹⁾ そしてその区別基準として、通常「法律の言い回し」ないしは「構成要件の特別な性質」が指摘される。⁽²⁾ すなわち犯罪構成要件が明示的にあるいはその性質上、行為者が客観的に被害者の事実的意思に反しあるいはその意思によらないで、強制的に行為をすることないしは他人の反対意思を圧倒することを予定している場合に、いわゆる「合意」が存在するというのである。⁽³⁾ このような構成要件の「意に副わない攻撃 (invisio laeso)」という徴憑によって、「合意」と「同意」とを分かつこと自体は、現に行なわれているように確かに可能である。しかしながらここにまた、両範疇の法的性格を対立的なものと観念し、「合意」を独立の法制度と捉える、「合意説」の誤解の原因の一端があるのでもある。

合意説はその出発点においては、両範疇とも純粹に事実的には同一の性質を示すしながらも、「合意」においては行為の客観的事実的観点が決定的であり、「同意」においてはより実質的法的

観点、つまり「法的に重要な意思」が必要であると主張し、それに従って、それぞれの要件と効力の相違を導くのである。たとえば、「合意」にとっては自然的意思活動が意思方向として存在すれば足り、行為者のその不認識は可罰的未遂の問題となるのに対して、「同意」にとっては同意能力者による意思表示が必要であり、従って行為者のその不認識は既遂の問題となる、といった具合である。⁽⁴⁾ ただし、ゲールズ (Geertz) は錯誤に関しては次のように述べ、両範疇の事実的性格の同一性を、ある程度考慮しようと努めている。すなわち、「合意」についての誤想は構成要件事実の錯誤 (旧ドイツ刑法五九条、現行法一六条) であり、「同意」についての誤想は常に違法性についての錯誤であって、この中で特に、(法的に許容される) 同意の事実的要素の錯誤は旧法五九条 (現行法一六条) の類推に従い、法的有効性についての錯誤は禁止の錯誤 (現行法一七条) となる、と。これに対して、厳格責任説 (strenge Schuldtheorie) の立場から、この錯誤の問題についても両者は厳格に区別されるべきであるとの主張がなされる。それによると、「同意」の誤想は、これが事実関係の錯誤であろうと、規範内容あるいは評価の錯誤であろうと、全て禁止の錯誤となり、不可避的錯誤である場合を除いては責任を阻却しないと言

(6) 他方「合意」の誤想は、構成要件事実の錯誤であり、故意を阻却されるとされる。以上のような厳格責任説からの補足によつて「合意」と「同意」との峻別を説く「合意説」がいつに完成するのひま⁽⁷⁾。

(1) この区別はマールヌの業績に負うところが大である。

Geerds, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten*, Diss. (Kiel, 1953); ders., [Einwilligung im Strafrecht], S. 262-269; ders., [Einwilligung im Strafgesetzentwurf], S. 43-45. なおマールヌ以前の主張として Hippel, *Deutsches Strafrecht*, Bd. 2, S. 243; Frank, [Strafgesetzbuch], Vor. § 51, III, S. 141; Mezger, [Lehrbuch], S. 214; Mayer, a. a. O., S. 166 usw.

(2) Geerds, [Einwilligung im Strafrecht], S. 264 f.; vgl. [Leibziger Kommentar], Vor. § 51, Rdn. 102; [Schönke-Schröder], Vor. § 32 ff., Rdn. 29, 30, 31, S. 431.

(3) Geerds, [Einwilligung im Strafrecht], S. 264 f. 具体例として、略取誘拐罪(マイン刑法二三七条)、窃盗罪(同法二四二条)、住居侵入罪(同法二二三条)、強姦罪(同法一七七条)等が挙げられている。

(4) Ebd., insb. S. 262 f., 266-269. なおこれらの議論は既に日本でも紹介されているので、その他の相違点も含めて、詳しく

くは次のものを参照されたい。井上、前掲「被害者の同意」一六〇—一六四頁、須之内、前掲「刑法における被害者の同意」二二—二六頁。Vgl. Erich Samson, *Strafrecht I*, 3. Aufl. (Frankfurt am Main, 1979), S. 89.

(5) Geerds, [Einwilligung im Strafrecht], S. 267 f.

(6) Welzel, [Lehrbuch], S. 98; Maurach, [Lehrbuch], S. 306, 463.

(7) この合意説の台頭は、ドイーンに於ける同意論の展開の中で、戦後から七〇年までを支配する第二段階に位置づけられる(Maurach-Zipf, S. 235 f.)。Vgl. Jeschek, [Lehrbuch], 1. Aufl., S. 247. なお一九六九年五月十三日の西ドイツ連邦裁判所(BGHSt Bd. 23, S. 1, 3 f.)は「略取誘拐罪(マイン刑法二三七条)の「意思の反」(wider Willen)」という徴憑との関係では自然的意思で十分であるが、侮辱罪(同法一八五条)との関係では同意は違法性阻却事由であるので、自分に向けられた行為の本質、意味及び射程についての十分な判断能力が前提として要求されると判示している。

第二節 「合意」の實質

一

合意説の行なった「合意」と「同意」との二分は、いわゆる類型的思考(typologisches Denken)と呼ばれる考察方法の成果と

考えられるが、「合意」が独立の法制度たることを証明するためには、加えて、「合意」の刑法体系及び犯罪構造内での、固有の機能の立証が必要であると思われる⁽¹⁾。そこで以下、この二分をもう少し実質的に説明する主張を取り上げ、検討を加えてみたい。

違法性阻却は規範及び価値衝突による可罰的不法の消滅である、これに対し構成要件不該当は可罰的不法及び価値侵害の不存である、と主張するノルは、その応用として、「同意」も価値衝突の場合に帰属するとし、ただ他の違法性阻却事由との違いは、「一方で被害者の利益、他方で行為者若しくは第三者の利益というのではなく、被害者一人の利益が相対立する点にある」と叙述する⁽³⁾。しかし「合意」は、保護客体、つまり行為者の実行に「反対する被害者の意思の排除と捉えられ⁽⁴⁾、その限りでは欠如利益の原理が妥当する場合であると言うのである。従ってノルの理解によれば、同意意思にもかかわらず、法益それ自身にはなんの変更も生ぜず、それ故法益侵害が肯定される場合を「同意」と呼ぶことになる。その際、同意意思(処分権限)は財に対峙する価値として把握され、そこにまた価値衡量の契機も生ずる。これに対して、同意意思の存在によって、法益それ自身が欠落する場合を「合意」と呼ぶ。その際法益侵害も否定されるので、価値衡量の契機は生

じてこないことになるのである。

両者の区分を実質的観点から説明するもう一つの主張は、シュトラーターテンベルトによってなされているものである。ただし、彼はノルとは異なって、「合意」のみならず「同意」も利益衡量原理の例外であると指摘し、その代わりに、決定的なのは被害者が侵襲に同意するという事実であると言う⁽⁶⁾。けれども両者の画定は肯定し、法理論的には、保護客体が全て欠落する場合が「合意」であり、保護客体は部分的にだけ欠落し、その法的保護が消滅するのが「同意」であるとする⁽⁷⁾。具体的には、行為の本来の不法内容が本人の意思無視にある場合のように、行為が「物質的損害(substantielle Schädigung)」に結びつかず、その行為自体が「両面価値的(ambivalent)」なのが、「合意」の場合となるのである⁽⁸⁾。たとえば、毀棄・傷害は「物体(Substrat)」への侵害と係わるので、同意にもかかわらず原則として不利益と見なされ、従って違法性阻却事由とされるのに対して、患者の同意によって施術上正しく実行された医師の治療行為は、「損害」の欠如が一目瞭然なので原則として本人には不利益とは見なされず、それ故構成要件不該当とされる、といった具合である。つまり、本人にとって不利益ではなく、「通常の処分(normale Disposition)」と考えら

れるか否かが、区別基準として想定されているのである⁽⁶⁾。かくしてシュトラーテンベルトは、両者の画定は決して法律構成要件の偶然的言い回しによるのではなく、むしろ事実状態によって左右され、その意味では流動的であると結論づけらるのである⁽¹⁰⁾。

近年では、以上のような実質的論議の影響を受け、法益構造あるいは犯罪の具体的性質に沿って「合意」に「同意」の要件・効力を確定しようという主張が、主流となつてきている⁽¹¹⁾。そしてこのような傾向は、実は合意説からの離反を意味しているのである⁽⁹⁾。

- (1) Vgl. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. (Berlin, Heidelberg, New York, 1969), S. 445 f., 450 f.
- (2) Noll, [Tatbestand], S. 10.
- (3) Noll, [Milderungsgründe], S. 183; ders., [Tatbestand], S. 16.
- (4) Ebd., S. 19.
- (5) 個人の自由に対する犯罪がその典型である (Noll, [Milderungsgründe], S. 183; vgl. ders., [Einwilligung], S. 64°).
- (6) Stratenwerth, [Prinzipien], S. 42.
- (7) Ebd., S. 42, 45.
- (8) (9) Stratenwerth, [Lehrbuch], 2. Aufl., S. 124.

(10) Ebd., S. 125.

(11) たとえばレントナーは、「合意」の要件等は、それぞれの關係法益とその法益が保護される範囲との正確な分析によってのみ得ることができると叙述する (Lencker, a. a. O., S. 448°). Vgl. [Leipziger Kommentar], Vor. § 51, Rdn. 103; Stratenwerth, [Lehrbuch], 2. Aufl., S. 125; Blei, a. a. O., S. 123; Jescheck, [Lehrbuch], S. 300; [Schönke-Schröder], Vor. § 32 ff., Rdn. 32, S. 431.

二

「合意」と「同意」との区別基準を挙げる際主張された、同意の価値衝突性あるいは同意による法的保護客体の部分的欠落という考え方は、既に本稿第二章で検討したように⁽¹⁾、それぞれその前提を欠き支持することはできない。そうすると、一応批判されないうで残る区別基準としては、一つは、「合意」は法的保護の客体を欠落させ、またそのような性質の法益と係わるということ、他は、「合意」に基づく行為は「通常の処分」であるということが挙げられる。しかしながらはたしてそうであらうか。

本稿においては、「法益」は一定の客観的価値を担う、平均的・複合的利益の対象・状態として想定されている⁽²⁾。そしてこの点では「合意」と係わる法益と言えども、その例外ではないと思われ

る。なぜなら、特に法益概念が全ての犯罪構造の基礎に据えられ
ることを考えるならば、個々の法益も統一的内部構造を示すと予
想されるし、また理論的にもそのように要請されているからであ
る。⁽⁵⁾従って、個人の自由自体が法益である典型的な「合意」の場
合も含め、全ての法益に亘って、同意意思の存在に対する規範的
評価の方向は、同一であると判断される。つまり、主観的意思の
表明によっては、決して客観的価値たる意思形成・活動の自由は
欠落しないのであって、「同意」と同じく、ただ法的保護の必要
性が喪失するにすぎないことである。⁽⁴⁾「合意」あるいは「同
意」という形態に捉われることなく、全ての同意意思は、法的保
護を不要にするという共通の効力を有すると理解される。

なお、シュトラテンベルトの「通常の処分」か否かという区
別基準は、おそらく統計的事実に基礎を置く思考なのであろうが、
ヴェルツェルが批判するように、「刑法は、規範的な素材であっ
て、統計的な素材ではない。⁽⁶⁾何よりもシュトラテンベルト自
身、「合意」と「同意」とを意思無視という統一的視点から眺めて
いたし、定立した基準から、両者の要件・効力等の違いを導こう
としていたわけではないことにも注意が必要である。⁽⁶⁾

このように見てくると、以上の議論の中から、「合意」と「同

意」との要件・効力等を対立化させる、実質的理由づけを発見す
ることはかなり困難となってくる。それどころか逆に、構成要件
の徴憑を基準とする合意説の、文理的偶然性が示唆されることに
なる。⁽⁷⁾「合意」と「同意」とは、合意説も認めるように事実的性格
は同一である。しかも既述したように、両者はその実質において
異なるところはないのであるから、⁽⁸⁾違いは、単に構成要件への形
式的包摂 (Subsumtion) 可能性の有無だけにある、ということが
明らかとなる。そしてこの確認は、両者の統一的体系的取り扱
いへの動因ともなるのである。

- (1) 本稿第二章第三節二、第四節二。
- (2) 本稿第二章第一節二、三参照。
- (3) Vgl. Kienzy, a. a. O., S. 36.
- (4) Ebd.
- (5) Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, S. 24
(福田・大塚訳、前掲『目的的行為論序説』三六頁)。
- (6) Stratenwerth, *Lehrbuch*, S. 125.
- (7) バウマンは次のような例を挙げて、厳格責任説からの合意
説支持に反駁を加える (Baumann, *Lehrbuch*, S. 340)。
使用物盗罪 (ドイツ刑法二四八条 b) は、権利者の意思に反
する使用を掲げているので、その際の同意意思は構成要件阻
却的に作用することになる。けれども、立法者は「他人

〔Fremdheit〕という徴憑に言及することによって、つまり他人の自動車等の使用と表現することによって、同意意思を違法性阻却事由にすることもできたはずである。このような「合意」と「同意」との交換可能性は、また錯誤論の領域での両者の異なった取り扱いをも拒絶させるはずである、と。

(8) キーンツィーは、「合意」は形式的には構成要件と係わるのであるが、しかしそのことは実質的には、「同意」と係わる法益が存在するということを直感的に示すものなのであると指摘する(Kienitz, a. a. O., S. 73)。

第三節 不法構成要件と包摂

一 シュミットホイザーの見解

「合意」の実質ないし規範的評価が「同意」と異ならないとするならば、体系上の取り扱いも、統一的に理解されるべきではないであろうか。「合意」が構成要件を排除することは既に確認されているので、統一化の方向は、「同意」の構成要件不該当事由としての定立に向けられる。この方向に沿った試みとして、シュミットホイザーの不法構成要件(Unrechstatbestand)の実質化の主張が挙げられる。

この主張の出発点は、反価値関係の構成要件概念にある。すな

わち、構成要件該当性の反価値を基礎づける実質を、構成要件への単なる形式的な包摂の中にはなく、犯罪の本質である「法益侵害」の中に求めるのである。これに対して違法性阻却は、構成要件的法益侵害が「財の尊重(Gutbeachtung)」と対峙することによって生ずると解されている。従って、法益侵害によって実質化された不法構成要件は、違法性阻却との関係では、未だ価値中立的なものと考えられる。このように実質化された不法構成要件を、立論の基礎に置くならば、両類型の統一の体系的把握は、比較的容易に達成することができる。「合意」は構成要件の「包摂」の問題から、「同意」は広義の「法益侵害」の問題から、いずれにしろ構成要件不該当事由として構成しうる。

しかしながら、包摂問題と理解された形式的構成要件概念には、刑法上なんらの意義もないのであろうか。シュミットホイザー自身は、禁止命題、原則規定、類型等の概念による不法の理由づけが有する形式性は、「罪刑法定主義の法治国家原則と、そしてやはり犯罪の個別化の必要性とによって、当然前提とされている」と言う。もちろんそのことには異論はないが、罪刑法定主義の対象として決定的なのは、まず第一に法律構成要件であって、それを越える実質化された構成要件ではないと思われる。刑罰という

法律効果の前提となるのは、法律構成要件である。従って体系的構成においても、法律構成要件を中心に置くべきと考える。また構成要件定立の際、法益侵害を事実とする構成要件概念に、立法者が拘束されるということもないであろう。そのためかりに文理上の欠陥などから、一見不都合な事態が生じたとしても、それは「実質的犯罪概念」の解明によって、違法性、場合によっては責任の領域で、十分補充されるものと考えられる。それ故、このような体系的構成から不合理が生ずるといふことはない。このように記述的形象として理解された、いわゆるベリング (Beling) 流の形式的構成要件概念から出発すると、次のような結論が得られる。すなわち、同意意思は構成要件に形式的に包摂される限りで、構成要件不該当事由として作用するが、それ以外の場合は、同意の実質に従って正当化事由として作用する⁽¹⁾と。かくして、全ての同意意思、従って「同意」を、構成要件不該当事由と位置づけることは不可能となる。ただし、「合意」も「同意」も規範構造が同じで、法的保護の不要、広義の法益侵害の排除を導くのであるから、その共通の実質を、法律文言あるいは個々の構成要件要素の解釈に反映させることによって、体系的な位置づけの偶然の相違をかなりの程度取り除くことはできる。つまり、法益侵害

を事実とする不法構成要件の一般的定立という方法ではなくて、個々の構成要件の解釈の枠組の中で、その実質を取り上げるといふ方法を選択するのである。

かようなわけで、シュミットハイザーによる、不法構成要件の一般的な実質化の試みを支持することはできないが、結果において個々の構成要件の解釈方向を示した点には、十分評価すべきものがあると思われる。

(1) 同意の体系的な位置づけの問題は、より多く理論的領域に属すると考えられるが、([Maurach-Zipf], S. 237) 構成要件の社会的機能に注目すれば、実際上の意義も決して低くはない (vgl. Jescheck, [Lehrbuch], S. 301)。

(2) Eberhard Schmidhäuser, Der Unrechstatbestand, in: *Festschrift für Karl Engisch* (Frankfurt, 1969), S. 433-455; ders., [Lehrbuch], S. 191-194.

(3) Schmidhäuser, Der Unrechstatbestand, S. 437, 441-443.

(4) Ekd., S. 450; ders., [Lehrbuch], S. 193 f.

(5) Hans Joachim Hirsch, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, ZStW Bd. 74, 1962, S. 104; Schmidhäuser, [Lehrbuch], S. 269; Kientzky, a. a. O., S. 63, 67 f., 83; Zipf, [Einnützigung], S. 28-31, 58 f., 60 f.; Claus Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Aufl. (Berlin,

- New York, 1973), S. 25, Anm. 57; vgl. Albin Eser, *Strafrecht, Schwerpunkt Allgemeine Verbrechenstheorie*, 2. Aufl. (München, 1976), Nr. 8 A 2, S. 85.
- (9) Schmidhäuser, *Der Unrechtsbestand*, S. 441.
- (7) 内田教授は「罪刑法定主義の要請に充てるのは「形式的な犯罪概念」であると言われ、ヘーリング(後注(10)参照)の構成要件論を再評価される(内田文昭「形式的犯罪概念と構成要件の機能」『現代の刑事法学』上平場安治博士還暦祝賀』有斐閣・一九七七、一四二—一四三頁)。なお同趣旨の主張として、仲地哲哉「構成要件論」中山・西原・藤木・宮沢編『現代刑法講座 第一巻 刑法の基礎理論』(成文堂・一九七七)二五二頁参照。
- (8) これに対してサントニンは(*Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, Bd. 2, A. T., 14-25 Sitzung, Bonn, 1958, S. 33) 次のように言う。あるものが構成要件要素か、違法性阻却事由かは「察するところ、一定の世界観の基本決定と係わるのであり、従って、それは文理形成上拘束される評価の問題であって、決して単なる技術上の問題ではない」と。しかしながら、ヴェルツェルはこの主張の証明に成功していない。
- (9) それどころか、実は最も整合的な体系なのである(内田、前掲「形式的犯罪概念と構成要件の機能」一四八頁注六参照)。
- (10) Ernst Beling, *Die Lehre vom Verbrechen* (Tübingen, 1906), S. 110-112, 147.
- (11) 曾根助教教授もメンツォン・ホーザーの主張の詳細な分析の後、「同意」は正当化事由であると言われる(曾根、前掲『被害者の承諾』と犯罪論体系)一〇三—一〇四頁)。
- (12) Vgl. *Leipziger Kommentar*, Vor. § 51, Rdn. 104; [Schönke-Schröder], Vor. § 32 ff., Rdn. 33, S. 432; Jescheck, *Lehrbuch*, S. 301 f. usw.
- 二 「合意」構成要件
- 本節一の考察から、「合意」は構成要件への包摂如何の問題であることが示された。そこで次に、「同意」の「合意」との共通の規範構造を解釈論に反映させることを考えながら、どの構成要件が「合意」の場合なのであるかを検討してみたい。
- 財産犯で特に問題となるのは、毀棄罪(ドイツ刑法三〇三条)である。なぜなら、その他の財産犯の多くは、同意の不存在が構成要件上既に予定されているのに対して、⁽¹⁾毀棄罪はこの点明確ではないからである。ノルは、財物が人格権とは異なり、自由な私法的処分⁽²⁾に無制約に委ねられていることを理由として、同意毀棄を自己毀棄⁽³⁾と同一視し、それによって同意毀棄の構成要件不該当を達成しようとする。民法上の効果から「他人の物」という徴憑

が喪失することは確かにあるが、犯罪構成要件自体の解釈としても、次のことが言える。すなわち、「他人の物」という指摘あるいは毀棄罪が親告罪であるという事実(ドイツ刑法三〇三条三項)から、「本人の意思に反する」ことが、黙示的に構成要件上予定されているのではないかということである。その他の財産犯との比較からいっても、同様の結論が導かれるであらう。

自由・秘密に対する罪も、原則的に、本人の同意の不存在が構成要件充足のための要件となっていると考えられる。ただし、本人保護の観点から、同意の効力が明示的に否定される場合があることに注意が必要である。たとえば、「子供との猥褻行為(ドイツ刑法一七六条)」などが挙げられる。

名譽に対する罪については、いささか問題がある。判例は侮辱罪(ドイツ刑法一八五条)に関して、次のような理由から、本人の同意は一定の場合に、行為の侮辱的性格と構成要件該当性とを喪失させると言う。すなわち、「被侮辱者にとって、現状に⁽⁶⁾いて名譽侵害が一般的に問題となっただかどうか、及びなりえたかどうかの確認のための認識源としての」意味が、本人の同意に認められるからである。つまりこれは、当該構成要件は、「invito laeso」を徴憑として持つものではないが、本人の同意によって、

純粹に事実に「名譽侵害」が存在しなくなることがありうる、ということを指摘するものである。これに対して、本人の同意は行為の構成要件該当性を損うことなく、違法性を阻却すると判示するものもある。このようにどっちつかずの結論は、「名譽(侵害)」概念の定義が解釈に委ねられていることから生ずるのであろうが、逆にここにまた同意の実質を反映させる契機もある。かくして、名譽に対する罪については、「名譽(侵害)」概念の解明が事を決すると考えられる。

ドイツで一番錯綜した情況を呈しているのが、傷害に関する同意の体系的位置づけの問題である。ドイツ刑法二二六条 a から⁽¹¹⁾は、立法者は同意を違法性阻却事由と理解していることが示唆される。しかしながら学説には、特に医師の治療行為との係わりにおいて、要件に相違はあるにしろ、構成要件のレベルで議論しようという傾向がある⁽¹²⁾。本稿のテーマとの関係では、次の見解が中でも問題となりえよう。すなわち、患者の同意の存否に係わりなく、医師による医療適応的、施術上正しく実行された手術は、構成要件に該当しないものである。この見解は、患者の同意のな、治療行為を「専断的治療行為(die eigenmächtige Heilbehandlung)」と呼び、この専断的治療行為は、現行法上では監禁

罪・強要罪に触れない限りは、不可罰であると言っているのである。⁽¹⁸⁾ここでこの不合理を解消するために、専断的治療行為の処罰を立法上勧告する⁽¹⁹⁾。けれども、以上の、身体利益と患者の自己決定との分離的保護を目指す思考は、本稿第二章で確認された法益観からは、とうてい採用することはできない。両者が一体として法益を形成するのである以上、患者の同意はあくまで傷害罪の成否の場面で考慮されるべきであって、独立に対象化されてはならないのである。⁽¹⁹⁾更に構成要件を記述的形象と把握するのであれば、医師による成功した治療行為といえども、構成要件に包摂される可能性があることに注意が必要である。⁽¹⁹⁾この関係において判例が一貫して採る、次の主張は意義深い。すなわち、身体の完全性と係わる全ての医療処置は、構成要件に該当する傷害であり、違法性阻却されるためには、患者の同意若しくは推定的同意といった、特別な事由が必要であるというものである。⁽¹⁷⁾立法者の意図と一致することから考えても、おそらく判例の立場が相当であると思われる。なお、ドイツで医師の治療行為が敢て構成要件不該当とされる理由として、我が国の刑法三五条の「正当(業務)行為」のような規定が存在しないことを挙げる⁽¹⁸⁾ことができる。

簡単な考察ではあるが、以上から、財産・秘密・自由・名誉に

対する罪は、本人の同意の不存在が構成要件該当性の要件となっている、あるいはそのように解釈する余地があるということが導かれる。⁽¹⁹⁾傷害罪については、構成要件の形式的理解とドイツ刑法二二六条aの趣旨とから、同意が有効な限りで、違法性阻却事由と考えるのが妥当なところと思われる⁽²⁰⁾。ちなみに、我が国の刑法典にはドイツ刑法二二六条aに対応する条文はないが、「身体の傷害(刑法二〇四条)」という文言から、本人の不同意が構成要件該当性の前提となっている、という結論を導き出すことは困難と予想される。⁽²¹⁾⁽²²⁾

(1) たとえば、窃盗(ドイツ刑法二四二条)、詐欺(同法二六三条)、強盗(同法二四九条)、恐喝(同法二五三条)、横領(同法二四六条)、背任(同法二六六条)などの各罪。

(2) Noll, *[Ermittlung]*, S. 113. しかしノルの立論から、たとえば公序良俗違反で私法的処分が無効な場合の同意毀棄も、自己毀棄と同一視できるかどうかは疑問である。

(3) 親告罪であることが決定的のではなく、親告罪とした立法者の意図が重要なのである(vgl. Mezer, *[Lehbuch]*, S. 218)。我が国の器物損壊罪も親告罪であるが(刑法二六二、二六四条)、その立法趣旨はドイツと同様、被害者の必要としない物を強いて保護する必要もないからである(倉富勇三郎

・平沼謙一郎・花井卓蔵監修『刑法沿革総覧』清水書店・一九二三、二二二―二六頁参照。

- (4) Noll, [Einwilligung], S. 64, 107-111.
- (5) モーリス ホーキンス、前掲書、三三―三四頁参照。日本では、刑法一七六、一七七条など。
- (6) RGSt Bd. 60, S. 34 f.; vgl. BGHSt Bd. 5, S. 364.
- (7) Vgl. Geerds, [Einwilligung im Strafgesetzentwurf], S. 48.
- (8) BGHSt Bd. 11, S. 72; vgl. Noll, [Einwilligung], S. 105.
- (9) Kientzy, a. a. O., S. 51 f.
- (10) 侮辱罪も親告罪であるが(ドイツ刑法一九四条)その立法理由は本人の静寂への配慮にあるのであろうから、毀棄罪と同一に論ずることはできな。
- (11) Vgl. Zipf, [Einwilligung], S. 33, Anm. 60. ただしシャッフは、客観的解釈にとつてそれは拘束的ではないと言う。
- (12) Georg Schwalm, Zu einigen ungelösten Strafrechtsproblem, (Heilbehandlung, Täterschaft, Mitwirkung bei fremder Selbsttötung), in: *Festschrift für Karl Engisch*, S. 549-551; vgl. Karl Engisch, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW Bd. 58, 1939, S. 5 ff.; Arthur Kaufmann, Die eigenmächtige Heilbehandlung, ZStW Bd. 73, 1961, S. 373; Paul Bockelmann,

Strafrecht des Arztes (Stuttgart, 1968), S. 62 ff. また、町野朔「刑法解釈論からみた治療行為(一)」(『法学協会雑誌』八七巻四号・一九七〇、八八巻九・一〇号・一九七二)四五七頁以下、七七五頁以下参照。

- (13) Noll, [Einwilligung], S. 90; vgl. Kientzy, a. a. O., S. 53.
- (14) Vgl. [Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit Begründung] (Bonn, 1962), § 162 I.
- (15) Horst Schröder, Eigenmächtige Heilbehandlung im geltenden Strafrecht und im StGB-Entwurf 1960, NJW, 1961, S. 954 f.; Hirsch, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, S. 102. 井上、前掲「被害者の同意」一七四頁、町野、前掲「刑法解釈論からみた治療行為(一)」八〇―八〇五頁。
- (16) 町野朔「治療行為における患者の意思(一)―刑法上の違法阻却論との関連において―」(『上智法学論集』二二巻二号・一九七七)九〇頁参照。これに対して金沢教授は、「治療侵襲は、それだけを取り出せば侮辱に当るといえることは明らかである」とされながらも、「治療行為を病気の治療という目的に向けられた一つの純一的行為として見るとき」には、「構成要件に該当しないと言われる(金沢、前掲「医療と刑法」一三六―一三七頁)。しかし後者の実質的考慮は、違法性の段階で行なわれるものではないであらうか。

- (17) Vgl. RGSt Bd. 25, S. 375 ff.; BGH NJW, 1956, S. 1106; BGHSt Bd. 11, S. 111 ff.; BGHSt Bd. 16, S. 309 ff. usw.
- (18) 内田『総論』一九三—一九四頁。加えて、日本におけるよりも緊急避難の射程が小さいという事実も挙げられよう。
- (19) 平野、前掲『刑法 総論Ⅱ』二四九頁、内田『総論』一四五頁参照。
- (20) シュミット・ホイザーも、みかけの傷害、すなわち包摂を認めざる (Schmidhäuser, *Lehrbuch*), S. 318)。
- (21) ただし暴行罪 (刑法二〇八条) については、本人の同意が構成要件該当性を排除すると考えられる (中野、前掲「被害者の承諾」七七頁)。
- (22) 同意の具体的要件の確認については、いずれ他の機会に譲りたいと思う。しかし基本的考え方を示せば、「合意」と「同意」との間には原則として要件に差異はないが、標語的には、「合意」は構成要件に、「同意」は法益に制約されると言うことがわかる (vgl. Zipf, *Einwilligung*), S. 31)。

三 同意の実定法上の位置づけ

財産・自由・秘密・名誉に対する罪のように、同意の不存在が、明示的若しくは黙示的に構成要件上予定されている場合には、被害者の有効な同意は、事実の欠如 (Der Mangel an Tatbestand) として作用する⁽¹⁾。そして、これは個々の構成要件の解釈の問題で

ある。従って、この場合同意の要件は、構成要件の法的保護の範囲に多く左右される。傷害に関する同意の有効性は、ドイツではドイツ刑法二二六条 a の解釈の問題であり、その体系的立場づけは、傷害の構成要件の形式的理解に係っている。おそらく、違法性阻却事由と把握するのが自然であろう。同意の不存在が構成要件上予定されていなく、かつ特別な明文規定もなければ、同意は超法規的違法性阻却事由として機能する⁽²⁾。その実質は、法的保護の欠落による、広義の法益侵害の欠如である。生命への侵害に対する同意 (同意殺人) は、ドイツ、スイスでは超法規的違法性阻却事由となる⁽³⁾。

これに対して、我が国には一般条項的な刑法三五条が存在するので、⁽⁴⁾ その取り扱いはずとドイツと異なってくる。すなわち、被害者の同意が正当業務行為、あるいは正当行為の成立要件となっている場合が多くあるからである。客観的に正当な目的 (優越利益) を達成するために、被害者の同意を得てなす行為、たとえば治療行為は、医師なら正当業務行為、素人なら正当行為として違法性が阻却される。また同意のみでは違法性阻却されない重傷害も、同意と一体となった正当 (業務) 行為としてなら、十分に正当化される。このような場合ドイツでは、一方では個人の自律

性を強調し同意の問題として、他方では正当性を強調し「(専断的)治療行為」の問題として、分裂的に扱ふ傾向がある⁽⁶⁾。しかしこれは統一的視点から捉えられるべきであつて、我が国ではその視点を刑法三五条が提供している。それ故、被害者の同意の、刑法三五条への包摂可能性を否定する見解には賛同できない⁽⁸⁾。目的が客観的に正当でなければ、もちろん行為の正当性を積極的に主張することはできず、そのため刑法三五条も援用できないが、だからといって、被害者の同意によつて法的保護が欠落するという実質に、変化が生じるといふわけではない。つまりその意味するところは、刑法三五条に包摂されない被害者の同意は、超法規的違法性阻却事由として機能するということである⁽⁹⁾。それ故、独立の違法性阻却事由たる被害者の同意を認めない見解は⁽¹⁰⁾、その限りでは相当ではないと思われる。ただし、この場合同意の各要件は、厳密に確認されなければならないと考えられる⁽¹¹⁾。最後に、同意殺人は日本では、刑法二〇二条の解釈の問題であることを付言する。

- (1) 法益侵害を構成要件要素と考える見解では、有効な全ての同意は事実の欠如を導く(vgl. Kienzky, a. a. O., S. 82 ff.)。
- (2) ノルの同意へのアプローチがそれを端的に証明している

Noll, [Ermittlung], S. 1 ff.)

(3) Ebd., S. 77; vgl. Eduard Kern, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW Bd. 64, 1952, S. 284 f.

(4) 大塚教授は、刑法三五条は、「構成要件該当性阻却事由をあわせて規定したものと解すべきである」と言われるが(大塚仁「刑法概説(総論)」増補・有斐閣・一九七五、二三九頁)、そこまで包括的な規定とは思われない。少なくとも、日常反覆される行為でなければならぬ(平野、前掲「刑法総論II」二二二頁)。

(5) 莊子、前掲書、三一六、三二七、三三一、三四八頁以下、内田、『総論』一九三一—一九四、二〇五—二〇六頁参照。

(6) スイスでもノルが、医師の治療行為は構成要件不該当として、その他の傷害は同意の問題として、それぞれ分けて扱つてゐる(Noll, [Ermittlung], S. 81—102)。

(7) 町野、前掲「治療行為における患者の意思」一九六一—九七頁参照。

(8) 被害者の同意を独立の超法規的違法性阻却事由と考える論者も、実際上は刑法三五条への包摂可能性を否定してはいない。宮内、前掲「違法性の阻却」二一九、二三三—二三四頁、西原、前掲「刑法総論」二三三、二三五頁、中山、前掲「口述刑法総論」一九四—一九七頁。また、佐伯、前掲書、二二二—二二三頁参照。

(9) 具体的事情において、可罰的違法性がない場合を問題とし

ているわけではない。正当目的とは無関係な、生命への危険のない同意傷害全てが、これによってカヴァーされるのである(本稿第三章第四節四注(3)参照)。

- (10) 莊子、前掲書、三四九—三五〇頁、福田、前掲書、一三三頁、藤木、前掲書、一九三頁、内田、『総論』一四五、二〇六頁。

(11) Vgl. Stratenwerth, [Lehrbuch], 2. Aufl., S. 128.

第四節 総括

同意が、構成要件不該当事由(合意)あるいは違法性阻却事由(同意)のいずれとして機能するかは、偏に構成要件概念の捉え方に係っている。構成要件を形式的記述的形象と理解する立場では、当該法律文言の言い回し及び各構成要件要素の解釈が、右の問題に答えを提供するものと考えられる。しかしながら、「合意」と「同意」の実質は、法的保護の不要化(広義の)法益侵害の欠如という共通の性格を示すので、どちらであるかによって實際上の相違が生ずると言うわけではなく、基本的には要件・効力等に違いはないと言うべきである。従って、またその共通の実質を個々の構成要件の解釈が許す限りで、法文上に反映させる努力が必要である。これは、不法構成要件の実質化、あるいは消極的構

成要件理論⁽²⁾に見られる、全構成要件に係わる一般原則の定立の試みではなくて、文理的偶然性を極力排するために、各々の構成要件の解釈方向を指し示す一つの提言である。

- (1) 特にフランスでは、フランス刑法六五条が、「法律が有恕事由 *fait excusable* を規定し又は刑の軽減を認めた場合及び情状を除いては、重罪又は軽罪が有恕され、又は刑が軽減されることはない」と規定するので(法務大臣官房司法法制調査部編『フランス刑法典』法曹会・一九七七、二六頁)、この試みには大きな意味がある。なお、江口三角「フランス刑法における正当化事由(その5)」(『愛媛法学』九号)四五頁以下参照。また、スイス、オーストリア、イタリヤ、オランダ及びデンマークでも、特別な実践的意義は想定されていないが、「合意」と「同意」とは区別されている(Friedrich Geerds, *Unrechts- und Schlußausschließungsgründe*, in: *Materialien zur Strafrechtsreform*, 2. Bd., *Rechtssvergleichende Arbeiten I*, A. T. (Bonn, 1954), S. 375, Anm. 102)。
- (2) 後者が同意を違法性阻却事由と位置づけている点で、シエミットホイザー等の不法構成要件の実質化とは異なる(Kienty, a. a. O., S. 138)。

結

法益 (Rechtsgut) は、法と財、すなわち法的保護とその客体とから構成されている。このような構造を念頭に置いた場合、同意の実質的には違法性阻却事由としての根拠は、法益の客体論からではなく、法的保護論から導かれる。財の法的保護は、平均的・複合的内容を有する一定の客観的利益の享受を、財の帰属主体に現実に保障するものではなくて、ありうべき可能性として保障するにすぎない。つまり現実の享受は、主体の自由な選択に任せようという趣旨なのである。従って、法的保護の要求は、主体の自律・自己決定の無視の禁止という形で、その主体以外の他人に向けられる。しかしながら、侵害についての同意が存在する場合には、同意が自律・自己決定の無視の契機を取り去ってしまうのである、その理論的帰結として、財の法的保護の必要性が欠落することになる。正確に言えば、保護客体としての財―狭義の法益と呼ぶ―に侵害が加えられても、同意によって、法的保護の必要性のある財―広義の法益と呼ぶ―への侵害が欠如し、それ故、刑罰的保護が不要になるのである。このように、同意効力の根拠は法的保護の目的との合致の中にある。

財の帰属主体の自律性に保護価値性を見出す以上の思考は、その歴史的生成の過程からも示されるように、¹⁾ 実近代法の根本的な価値原理であり、最も広い意味では一つの政策決定でもある。個人主義・自由主義の具体的な表明に他ならないのである。換言すれば、国家が個人主義・自由主義の原理を受け入れたこと (法政策的選択) の、法益構造内への反映が、財の帰属主体の自律・自己決定を尊重するという、法益保護目的となって現われてくるのである。そして同意の効力が、この価値原理・政策決定に基づいているとするならば、同意効力の限界も、同じくこれらの原理・政策に基づいて演繹されなければならない。このような確認から限界論を構成するのであれば、重要なのは、この原理・政策において、個人の自由はおよそ先験的価値として想定されているのではなくて、多様に発展する個性を前提とし、しかもそれを目指すものとして観念されているという事実である。つまり、多様に発展する個性を放棄する形式での自由行使は、否定されることによつて、初めて同意効力の内在的制約原理を得ることができるのである。これを国家の機能の面から言えば、国家の成熟者に対する制限的パターンリズムということになる。ただし、この保

護思想から、自損行為に対する事前の干渉の論理は演繹されるものの、事後的処罰の正当化根拠は必然的には導かれないことに注意が必要である。

更に、個人の自由を価値を置く近代法の原理は、刑法の立法化に際しても、もちろん所与のものとして前提とされていたはずであり、そのためこの原理が、犯罪構成要件の定立に直接影響ないし制約を与えている可能性がある。そしてその可能性は、個々の構成要件の「解釈」によって、個別的に確認される性質のものである。また加えて、発生した結果に対して法的保護の必要性がないのであれば、その原因となった行為を敢て構成要件に包摂させる必要もないと言えよう。従って、立法技術上の制約を考慮しながら、個々の法律文言あるいは構成要件要素の許す限りにおいて、同意を違法性阻却事由から構成要件不該当事由に持つていく試みも、十分に支持されると考える。

かくして、被害者の同意の考察を通して、刑法における法益保護の目的は、法益の帰属主体の自律性を確保することにあるということが導かれる。それは一方では、自律性の無視が犯罪成立の必要条件になっているという指摘でもある。従って、他人の法領域への侵入が許容されるためには、その主体の同意が不可欠とな

るのである。⁽²⁾ この「自律性原理 (Autonomieprinzip)」に違背すれば、そこに刑法発動の契機が生まれる。しかしながら、被害者側において同意を表明できない事情がある場合、あるいは行為者側に同意を求めることができない状況がある場合、この自律性原理を厳格に貫くことは不可能であり、また非現実的でもある。そこでこのような経緯から発生するのが、一方での推定的同意の問題であり、他方での緊急避難・正当防衛の問題である。特に推定的同意は、なんにせよ同意に目を向ける以上、一面では自律性原理の延長線上に位置づけられるし、同意の不存在が議論の出発点となっているという意味では、他面で緊急避難・正当防衛等の正当化事由と同列に置かれる。つまり、推定的同意の重要性は、被害者の同意(自律性原理)とその他の正当化事由との関連を考察する上での、懸け橋的存在であるというところにある。もちろん、本稿はこの橋渡しを直接の目的とするものではないので、詳細は今後の研究において明らかにすることを留保しながら、最後に次の点だけを指摘しておきたい。すなわち、「被害者の同意」は正当化事由体系における単なる異物ではなく、その他の正当化事由と融和する可能性があり、そしてこの可能性確認の媒介となるのが「推定的同意」なのである、と。

(1) 初期の極端な個人主義的構成の各試みが、当時の自由主義思想の反映と見て取るのはたやすいことであるし(木村、前掲「被害者の承諾と違法性」三〇六—三〇七頁参照)、ノル、シュトラーターテンベルトに始まる一連の主張が、第二次世界大戦後から七〇年代までの、個人主義・自由主義の昂揚に対応するものであることは言うまでもない。

(2) 従って医師の治療行為といえども、患者の同意なくしては行ないえない。またその反射的義務として、医師に説明義務が要求される。「十分な情報を得た上での同意 (informed consent)」について、新美育文「医師と患者の関係—説明と同意の法的側面—」(一)(二)(三)〔『法政論集』六四、六五号・一九七五、六六号・一九七六〕六七頁以下、一八三頁以下、一四九頁以下参照。

(3) 推定的同意の研究は、被害者の同意に比べて格段に少ないようである。最近の業績として、次のものを参照をりたい。
Claus Roxin, Über die mutmaßliche Einwilligung, in: *Festschrift für Hans Welzel*, S. 447-475. 須之内克彦「推定的同意について」前掲『現代の刑事法学』(上)二二一—二二六頁、斎藤誠二「『推定的な承諾』の法理をめぐって」〔警察研究〕四九卷一一号・一九七八)一五—三二頁、西村克彦「推定的承諾という法理の反省」〔警察研究〕五〇卷三号・一九七九)三一—三三頁。

(完)

Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht :
Feststellung des Autonomieprinzips (2)

Hiromi KAWAHARA*

Einleitung

- I. Die Bedeutung des "Interesses" und des "Verletzten"
- II. Die materiale Wirkung der Einwilligung

III. Der Wirkungsbereich der Einwilligung

Wenn die Wirkung der Einwilligung sich aus dem Rechtsschutzzweck ergibt, so soll dieser Wirkungsbereich auch vom Betrachtung über dem Schutzzweck einheitlich erklärt werden. Dabei ist es von entscheidender Bedeutung, daß die Freiheit des Einzelnen, auf der die Autonomie und die Selbstbestimmung rechtlich beruhen, eine verschiedenartig zu entwickelnde Persönlichkeit voraussetzt und bezweckt. Also unter den Umständen, daß der augenblickliche Gebrauch der Freiheit zur Verneinung solcher Persönlichkeit führt, wird diese Freiheit, somit die Einwilligung rechtlich nicht anerkannt. Aber das bedeutet nicht immer die Strafbarkeit für die Selbstverletzung (z. B. Selbsttötung), weil die Strafen als Rechtssanktionen angesehen wird, die die Gefahr des Anderen voraussetzen.

Die Einwilligung des Verletzten wird dabei außer den Wirkungsbereich gesetzt, daß die Handlung aufgrund der Einwilligung die Persönlichkeit verneint oder Gefahr hat, die zu verneinen, folglich bei der Verletzung oder Gefährdung des Lebens, das nicht nur leibliches, sondern auch geistiges enthält.

IV. Die Einwilligung und der Tatbestand

Im Strafrecht wird zwischen der tatbestandsausschließenden

* Doktorand am juristischen Seminar der Hokkaido-Universität

“Einverständnis” und der rechtfertigenden “Einwilligung” unterschieden, wobei die Unterscheidung zwischen den beiden von dem Verständnis des Tatbestandsbegriffs abhängt. Vom Standpunkt aus, daß man den Tatbestand als das formellen beschreibenden Bild versteht, geht es hier um ein reines Subsumtionsproblem, das allein aus der jeweiligen Strafnorm heraus gelöst wird. Aber weil diese beiden schließlich im Wesen gemeinsam sind, muß die mehr oder minder zufällige Fassung des gesetzlichen Tatbestands im Rahmen der Auslegung ausgeschlossen werden.

Schlußbemerkung

Aus der Betrachtung über die Einwilligung des Verletzten ergibt sich die folgenden: Der Zweck des Rechtsgutsschutz im Strafrecht ist die Sicherung der Autonomie des Inhabers, daher macht die Mißachtung fremder Autonomie den Kern des Verbrechens aus. Aber dieses *Autonomieprinzip* kann in Wirklichkeit oft nicht streng durchgesetzt werden, infolgedessen entstehen daraus einerseits das Problem der sog. *mutmaßlichen Einwilligung*, andererseits die Rechtfertigungsgründe des Notstands, der Notwehr. Auf diese Weise geht das Autonomieprinzip den anderen einzelnen Rechtfertigungsgründen voran. Umgekehrt damit die Tragweite des in dieser Note festgestellten Autonomieprinzips praktisch zu ergreifen, muß die anderen Rechtfertigungsgründe, insbesondere die mutmaßliche Einwilligung noch weiter in Betracht zieht werden.