



|                  |                                                                                   |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| Title            | 被害者の承諾（2）：各論的考察による再構成                                                             |
| Author(s)        | 佐藤，陽子                                                                             |
| Description      | 論説                                                                                |
| Citation         | 北大法学論集，58(4)，35 [1663]-103 [1731]                                                 |
| Issue Date       | 2007-11-30                                                                        |
| Doc URL          | <a href="https://hdl.handle.net/2115/30241">https://hdl.handle.net/2115/30241</a> |
| Type             | departmental bulletin paper                                                       |
| File Information | 58(4)_35-103.pdf                                                                  |



# 被害者の承諾（二）

——各論的考察による再構成——

佐藤陽子

## 目次

|                          |  |
|--------------------------|--|
| 序論                       |  |
| 第一章 国家・公共の法益に対する罪と被害者の承諾 |  |
| 第一節 はじめに                 |  |

（以上五八卷三号）

第二節 虚偽告訴罪

一 日本の議論

(一) 国家的法益保護説

(二) 個人的法益保護説

(三) 国家的・個人的法益保護説

二 ドイツの議論

(一) 国家的法益保護説

(二) 個人的法益保護説

(三) 国家的・個人的法益保護説

三 私見

四 まとめ

第三節 特別公務員暴行陵虐罪

一 日本の議論

二 ドイツの議論

(一) ドイツ刑法一七四a条一項・一七四b条一項の議論

(二) ドイツ刑法三四〇条の議論

三 私見

(一) 特別公務員暴行陵虐罪の保護法益

(二) 有効な承諾のための要件

四 まとめ

第四節 小括

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

(以上本号)

第四章 生命・身体に対する罪と被害者の承諾  
――総論的考察への示唆――

第一章 国家・公共の法益に対する罪と被害者の承諾

第一節 はじめに

これまで総論的な検討の中で確認された原則に基づけば、被害者の承諾は当該法益を自由に処分できる法益所有者が自己決定に基づいて法益またはその法的保護を放棄することによって、犯罪阻却の効果を有するものである。そのため当該法益を所有しない者の承諾は、刑法的に何の価値も有さない。つまり被害者の承諾が有効に成立するためには、被害者に当該法益の処分権が存在していなければならないのである。<sup>①</sup>保護法益とならなかかわりのない者の承諾（自己決定）は当該法益の刑法上の評価になんら変化を与えることはできず、ゆえに、国家・公共の法益に対する罪に関しては、被害者の承諾の有効性は一般的に否定されるのである。

しかし、国家・公共の法益に対する罪であっても、当該法益に関係する私人が存在するようにみえる犯罪類型が少なからず存在する。この類型は、以下の三つに分類することができるだろう。

一つ目は、国家・公共の法益を保護した構成要件が、可罰的な行為態様として私人の承諾によって排除されうるような文言（又はその解釈）を用いている場合である。

たとえば、私文書偽造罪においては、文書作成にかかる名義人の承諾は、場合によっては犯罪の成立を妨げることができる。しかしここでいう名義人は、私文書偽造罪の保護法益である公共の信用の所有者ではないし、たとえばコンビニのレジ係のように法益所有者にかわって処分権限を持つ者でもない。いわば保護法益に関してまったくの第三者である。それにもかかわらず彼の承諾が犯罪の成立を妨げるのは、名義人の承諾が、私文書偽造罪の可罰的な行為態様「有形偽造」を否定する要素となりうるからである。つまり名義人の承諾は「名義人と作成者の人格の同一性」を判断する一材料であって、法益の放棄や法的保護の放棄とは直接関係のないものである。<sup>(2)</sup>

このような承諾は本稿が議論の対象とする被害者の承諾とは異なる性質を有しており、その性質や有効性は当該犯罪の文言とその解釈だけが定めることができるので、第一類型における承諾は、総論的に議論された承諾論の諸テーゼの射程外にあるといえる。

続いて二つ目の類型は、範囲の特定が可能な「公共」を構成する被害者の承諾である。この類型は比較的最近注目され始めたばかりの類型であるのだが、このような類型を認める見解によれば、公共の危険等を保護する構成要件において、当該行為と関係した「公共」<sup>(4)</sup>の範囲が特定できる場合には、その地域に住むすべての人の承諾でもって犯罪の成立を阻却することができるという。

それはたとえば非現住建造物放火罪といった公共の利益を保護した構成要件の場合に問題となる。このような承諾は公共危険罪としての性質と、個人の財産に対する罪つまり毀棄罪としての性質の双方が含まれる現住建造物放火罪において、当該建造物の現住者の承諾があれば、個人の財産は保護の対象からはずれ、行為者の処罰は非現住建造物放火罪の範囲に留まる場合とは異なる。<sup>(5)</sup>ここではさらに非現住建造物放火罪の公共の利益の部分も放棄されうるのである。つまり、放火で生じる危険が及びうるすべての者が当該行為と結果に同意している場合には、被害者の同意によ

り非現住建造物放火罪の成立さえも違法性が阻却され、否定されることになる。なぜなら、社会的法益であつても、「具体的かつ有限な被害者を観念できる場合には、なおそれらの者による同意があれば、法益の処分は可能であるように思われる」<sup>6)</sup>からである。「放火罪の保護法益は、抽象的には公共の危険ではあるが、具体的な事例における被害者は、社会一般という抽象的な存在ではなくして、その放火行為による類焼可能な範囲に居住・生活する住民等ということがいえるであろう。したがって、こういった特定された被害者の同意があれば、なおこれらの類型では、違法性ないし構成要件該当性を阻却する場合がありますことになる」<sup>7)</sup>のである。

このような見解の基礎となっているのは、公共の利益は個人の利益の複合体であり、当該行為に関係した公共の利益の範囲ですべての人がそれを放棄したのならば、そこには保護すべき利益は存在しないという考えであろう。しかし注意すべきは、ここでの被害者はあくまでも公共の利益という大枠を放棄したのではなく、その中にある自己の利益という点を放棄したにすぎないということである。それゆえ、個人の承諾の複合体が犯罪を阻却する前提として、その承諾の複合体が当該犯罪の公共の危険の範囲をすべてカバーしていること、つまりそれ以上公共の危険が生じないことが必要である。<sup>8)</sup>堂々巡りとなりうるこのような承諾の理論は、その性質に鑑みると、本稿が検討の対象としているような、独自の犯罪阻却根拠である被害者の承諾の問題というよりは、公共の危険の一判断材料であると言った方が適切であるだろう。とはいえ公共の危険の判断材料としてのこのような承諾は本稿でいう被害者の承諾と同じ性質をもっており、被害者の承諾論とリンクして論じる価値は十分にある。

たとえば個人の法益を放棄する前提として被害者が当該行為の射程範囲を十分に認識していることは当然必要であり、壁を焼く程度の延焼だと思っていたのに、家が全焼したあるいは被害者の死傷という結果が生じた場合には、公共の危険判断の中でも、その承諾を無効にすべきであろう。それ以外にも承諾の有効性は、個々の個人的法益を保護する

規定、すなわち建造物損壊罪や傷害罪のそれと同じ基準をあてはめることができる。

ただし、その一方で、第二類型の承諾には個人的法益に対する罪における承諾論のテーゼをあてはめるだけでは解決しきれない問題があるように思われる。それは、たとえば他に延焼の危険のない場所で個別具体的な損害を十分に認識せずに行われた放火への承諾の場合に、つまり当該個人の同意としては無効であったが、同意者以外の法益には危険が発生するおそれがまるでなかった場合に、発生した結果を行為者が被害者の個人の財産に対する罪、つまり建造物損壊罪や傷害罪として負うのか、あるいは公共の利益の一部を構成するものの侵害として（放火罪として）負うのかという問題である。ここでは不十分とはいえ承諾を表明することで特定された個人が、それによって公共という枠組みから外れるかどうかの問題になっている。場合によってはこの解決は、無効な承諾を与えてしまった個人の数に左右されることになるかもしれない。これは公共の危険が、どの程度の不特定・多数性を要求しているかという問題と密接に関係していると思われるが、公共の危険の概念、そしてこの問いに対する答えは後の研究にゆだねたい。

最後に三つ目の類型は、確かに国家・公共の法益に対する罪として分類された犯罪類型ではあるが、特定個人の利益保護のためにも貢献するような犯罪類型における承諾である。虚偽告訴罪や特別公務員暴行陵虐罪がこれにあたる。ここでは国家・公共の法益と特定の個人の法益がともに保護されており（あるいはそのように見えており）、このような場合に、個人的法益部分の処分権をもった被害者の承諾の有効性が問題となる。

具体的にいえば、この類型における個人的法益は、それ単独で保護されていたのであれば放棄可能なものでありうる。そしてその部分に係る承諾は、通常被害者の承諾で取り扱われるのと同じ性質のものであり、ここではともに保護された国家的法益との関係で、そのような承諾の有効性が問われることになるのである。すなわち、個人的法益の放棄として有効な承諾は、国家・公共の法益がともに保護されている場合においてもその有効性を維持できるのかという問題で

ある。この第三類型における承諾こそ、本稿がその議論の対象とする、固有の犯罪阻却事由としての承諾であるといえよう。

しかし、第三類型の検討の際におこなわなければならないことは、まず実際にその構成要件が国家・公共の法益と個人の法益とともに保護しているのかを検討することである。そこで国家的法益しか保護されていないのなら、個人の承諾は何の重要性もたないし、個人的法益しか保護されていないのなら、被害者の承諾は有効のままであろう。国家・公共の法益と被害者の承諾を論じる際に、問題となっている構成要件の法益を確定することは必要不可欠な作業なのである。そして、国家・公共の法益と個人の法益の双方が保護されていることが確認されてはじめて、特別な類型としての被害者の承諾が問題となる。

また仮に、被害者の承諾が有効となりうるのであれば、続いてそれが有効に成立する要件についても検討しなければならぬだろう。国家・公共の法益がともに保護されているような特別な状況下の承諾に、個人的法益に対する承諾と同じ要件を適用できるかはなお疑問である。

以上のように本稿がその議論の対象とするのは、第三類型における承諾である。国家・公共の法益と個人の法益がともに保護されているようにみえる犯罪類型における被害者の承諾の有効性とその成立要件を、各論的に、しかし総論的な視点を加えながら検討していくことで、国家・公共の法益に対する罪における被害者の承諾の性質を明らかにしたい。当然のことながらここでは第三類型に分類されるすべての犯罪類型を扱うことはできないが、第二節では虚偽告訴罪を、第三節では公務員暴行陵虐罪を例にあげて検討することによって第三類型に分類されるすべての構成要件に適用可能な一般原則を導いていきたい。

## 第二節 虚偽告訴罪

日本刑法一七二条は虚偽告訴罪として「人に刑事又は懲戒の処分を受けさせる目的で、虚偽の告訴、告発その他の申告をした者は、三月以上十年以下の懲役に処する」と規定している。本条文は、二十章「偽証の罪」と二十二章「わいせつ・姦淫及び重婚の罪」の間、二十一章に位置する。

虚偽告訴罪は、これまでいくつかの重要な変化を経て現在にいたっている。<sup>(9)</sup>

旧刑法時代には、虚偽告訴罪はフランス法の影響をうけて、誣告および誹毀の罪として、個人の名誉に対する罪に分類されていた。<sup>(10)</sup>しかし旧刑法から数年にわたる試行錯誤を経て、明治四〇年の新刑法においてはそのような性質が否定されることになった。<sup>(11)</sup>新刑法の条文（但し平成七年の改正まで）は虚偽告訴罪（当時は誣告罪という名称であった）を「人をして刑事又は懲戒の処分を受けしむる目的を以て虚偽の申告を為したる者は第一六九条の例に同じ」と規定し、その条文に偽証罪を援用していたのであり、そのことから新刑法は誣告罪を偽証罪と同じく国家に対する罪、とりわけ司法機能に対する罪に分類したものであると理解されたのである。実際、旧刑法から新刑法へと転換する時期に出版されたいくつかの著書によると、誣告罪の本質は「裁判の公平を誤らしめんとする」<sup>(12)</sup>こと、「司法権を侵害する」<sup>(13)</sup>ことであり、旧刑法が誣告罪の本質と捉えていた名誉侵害や身体に対する侵害は、むしろ本罪の結果にすぎないと評価されていた。<sup>(14)</sup>

しかし、新刑法の規定には、まだその保護法益が個人の利益にもあると理解できると言える。それは「人をして刑事または懲戒の処分を受けしむる目的で」という文言である。仮に、純粹に国家的な法益のみが保護されているのであれば、このような文言は不要であるようにも思われる。そして平成七年の改正で、かつての「第一六九

条の例に同じ」という文言が「三月以上十年以下の懲役に処する」に変更されたことで、虚偽告訴罪の保護法益に関する議論はなお慎重におこなわなければならなくなったのである。

前述のように、虚偽告訴罪と被害者の承諾の関係を論じるにあたって重要なのは、その法益論である。仮にそれがもつばら国家の法益に対する罪であるのならば国家的法益の処分権を有さない被誣告者の承諾は無意味であるし、もつばら個人的法益に対する罪であるのであれば、承諾は有効なままであろう。つまり、被害者の承諾の有効性を判断するためには、まずその法益を確定しなければならない。そして、国家と個人、双方の利益に対する罪だと解される場合にはじめて、国家・公共の法益に対する罪と被害者の承諾の問題が出てくるのである。

以下では、まず日本の学説が、虚偽告訴罪の法益をどのように理解しているかについて検討し、続いてドイツの議論についても言及する。ドイツにおいては、虚偽告訴罪の法益に係る議論は日本よりも熱心におこなわれており、このような議論は日本の虚偽告訴罪を検討するにおいても参考になるであろう。そして、これらの考察から虚偽告訴罪の法益を確定し、その過程をあきらかにすることで、国家・公共の法益と個人の法益がともに保護されているようにみえる犯罪類型一般に適用できるような、法益の性質を確定する方法論を確立したい。そうすることで総論的に検討された被害者の承諾論の諸テーゼの射程を、改めて明確に定めることができるのである。

## 一 日本の議論

### （一）国家的法益保護説

フランス法の影響を受けて個人的法益の保護を目的とした旧刑法に対し、ドイツ法の影響下で制定された新刑法の虚

偽告訴罪（当時の誣告罪）は、制定当時はおそらく国家的法益に対する罪であると解されるのが支配的であつた。<sup>(15)</sup> これには、誣告罪の刑法典上の配置が、あるいは「第一六九条の例に同じ」という偽証罪を援用する文言がプラスの材料を与えていた。しかしそれ以後、自由主義的な思想の広がりや「人をして刑事または懲戒の処分を受けしむる目的で」という文言との関係で、虚偽告訴罪は個人的法益をも保護した犯罪類型であるという考えが広まっていたのである。

だが、このような個人的法益を顧慮した見解の台頭にもかかわらず、虚偽告訴罪を専ら国家的法益に対する罪と解する見解もお受け継がれている。<sup>(16)</sup> この見解は、「誣告はそれによって国家権力の無用なる発動を惹起し、時には国家的強制処分又は審判権の適正を誤らしめるのであるから、その点において国家的法益を害することは明らかであ」と主張し、<sup>(17)</sup> 国家的法益が虚偽告訴罪の保護法益であることをまず確認する。<sup>(18)</sup> その主な根拠となつているのは、偽証罪に並べて規定する立法上の体系づけである。

このような国家的法益保護の基礎に基づき、この見解は続いて虚偽告訴罪に個人的法益がともに保護されていないことを論証する。この点について、国家的法益保護説の論者は「若し誣告罪が刑事又は懲戒の処分に関し人を陷害する犯罪であるならば、陷害の手段は敢へて官憲に対する虚偽の申告に限定されるべきではない」と指摘した。<sup>(19)</sup> つまり、虚偽告訴罪の規定が名誉・身体といった個人の法益を不適切な国家権力の行使から保護することを目的としているのであれば、偽造の証拠を被疑者のポケットにいれたり、他人の所持しているものについて、他の者がそれを盗品であると憶測するようなことを言ったりするのも虚偽告訴罪となるはずだ、というのである。しかし現行法はそうではなく、よつて虚偽告訴罪内部における個人的法益保護の可能性が否定されるのである。

しかし国家的法益保護説は、現在ほとんどその支持を失っているといつて過言ではないだろう。とりわけこの説が、虚偽告訴罪の刑法典上の分類と「第一六九条の例に同じ」の文言をその根拠としている点には批判が集中している。わ

が国の刑法は、必ずしも整然とした法益体系に従って犯罪規定を配置しているものではなく、また「第一六九条の例に同じ」の文言は刑についてのものであり法益の同一性を推認せしめるものではない、あるいはそのような文言で保護法益の内容を決定するのは形式的な理由にすぎない上、個人の法益を直接的に侵害しない偽証罪との対比から虚偽告訴罪の法益についても国家的法益のみを保護法益とする論拠は薄弱である、というのである。<sup>(21)</sup>

しかし、「第一六九条の例に同じ」という文言からは虚偽告訴罪の法益に関する立法者意思は読み取れないという批判は適切ではないだろう。前の条文に同じ法定刑を定めた条文が偶然存在していたからといって、立法者がまったく性質の異なる犯罪の条文を引用することは通常考えられない。また新刑法制定時に新刑法を解説する文献において、虚偽告訴罪がこれまでの個人的法益重視の立場から国家的法益重視の立場に変更したことが明示されていることから、「第一六九条の例に同じ」の文言はやはり、立法者が偽証罪と誣告罪の類似性に鑑みて用いた文言であるというべきである。とはいえ、この文言を法益論の根拠とするのは形式的すぎるといふ批判はその通りである。確かに、新刑法制定時に立法者が誣告罪と偽証罪を類似のものとして扱っていたことは否定できないが、そのような類似性が現在においてもなおあてはまるかは疑問であろう。また上述のように「第一六九条の例に同じ」の文言は、平成七年の刑法改正によってすでに「三月以上十年以下の懲役に処する」と変更されている。そのような理由でなされたのかは明らかではないが、いずれにせよこの変更によって、「第一六九条の例に同じ」の文言を根拠にする見解は、説得力を失ったのである。

さらに、虚偽告訴罪の刑法典上の分類に関しても、制定時にはそれなりに根拠をもって整然とした分類がなされたのだろうが、解釈がそれに盲目的に従って、時代に見合った法益論のさらなる発展をかまける口実にしてはならないだろう。ゆえに、仮に国家的法益保護説に依拠するのであれば、更なる根拠を必要とするように思われる。

なお国家的法益保護説によれば、虚偽告訴罪は専ら国家的法益を保護することになるので、ここでは個人の処分権の存在は考えられず、被誣告者の承諾は常に重要でないことになる。<sup>22)</sup>

## (二) 個人的法益保護説

虚偽告訴罪は専ら国家的法益を保護するものだとする国家的法益保護説に対して、個人的法益保護説は、虚偽告訴罪を専ら個人的法益の保護を目的とした規定であると解する。これは、すでに述べたように、旧刑法の立場であった。<sup>23)</sup>しかし、現在ではその支持を失っている。それは旧刑法から新刑法へと移行する過程で、虚偽告訴罪の性質が国家的法益保護を重視した立場へと変更され、そのように刑法典上分類されたことを学説が重要視しているからであろう。

## (三) 国家的・個人的法益保護説

虚偽告訴罪は国家的な法益と個人的な法益を同時に保護するものである、とするのが現在の通説・判例である。<sup>24)</sup>それによれば、虚偽告訴がなされれば、国家的法益（とりわけ司法）が侵害されることに疑いはないが、その結果として被誣告者が捜査機関による捜査、身体拘束、さらには刑罰・懲戒を受ける危険が生じるので、個人の法益も同時に侵害されることになる。ゆえに、虚偽告訴罪は国家的法益と個人的法益を同時に保護しなければならないという。このような見解において、虚偽告訴罪が個人的法益をも保護している点にプラスの材料を与えているのは、「人に刑事または懲戒の処分を受けさせる目的で」という文言である。<sup>25)</sup>また、刑事または民事の名誉毀損事件において虚偽告訴が大きな割合を占めるということが、虚偽告訴罪は名誉または信用毀損と密接に結びついていることを示しているという。<sup>26)</sup>

この見解は、虚偽告訴罪の法益として国家的法益があることを前提に、個人的法益をもその保護法益であると解する

わけだが、このような見解に基づけば被害者の承諾の有効性に関しては若干の検討を必要とする。なぜならば、個人の承諾は、当該個人に処分権のある法益を放棄する（あるいはその法的保護を放棄する）ものであるから、国家的法益と個人的法益がともに保護されている場合の被害者の承諾は、後者のそれだけにしかかわっていない、つまり国家的法益の侵害は残っているからである。それゆえここで保護された法益のうちのひとつの侵害だけで虚偽告訴罪の成立が肯定されるかが次に問題となる。

通説・判例は、被告诉者が虚偽告訴に承諾した場合であっても、国家的法益の侵害だけで虚偽告訴罪の成立を肯定するが、<sup>(27)</sup>厳密にいえばこれには二つの立場がある。一つは国家的な利益の保護は個人の利益のそれよりも優先されるという立場であり、<sup>(28)</sup>二つめは、国家的法益と個人的法益は択一的に保護されていて、どちらか一方が侵害されれば虚偽告訴罪は成立するという立場である。<sup>(29)</sup>

前者の見解によれば、虚偽告訴罪において国家的法益保護の側面は個人的法益保護の側面よりも基本的なものであるので、たとえ被告诉者の承諾があったとしても、第一義的な保護法益である国家的法益が侵害されている以上、承諾は無効で虚偽告訴罪は成立することになる（以下、国家的法益優越説と呼ぶ）。

他方、後者の見解によれば国家的利益と個人的利益はいずれも虚偽告訴罪がその保護を目的とする法益であるので、たとえ被告诉者の承諾によって個人的法益の侵害が喪失したとしても、なお虚偽告訴罪の成立は免れないことになる（以下、択一的保護説と呼ぶ）。

しかしここで注意すべきは国家的法益優越説はなお理論的に十分に両法益の関係を明らかにした説ではないということである。つまり国家的法益優越説はたしかに国家的法益だけが侵害された場合の帰結を導くことはできるが、個人的法益だけが侵害された場合の帰結を導くことができない。虚偽告訴によって個人的法益のみが侵害される場合とは、た

たとえば外国の司法機関に虚偽告訴がなされた場合なのだが、このような場合の解決を示さなければ、虚偽告訴罪でともに保護された二つの法益の関係を完全に説明することはできないだろう。しかし、仮に虚偽告訴罪成立のためには個人的法益の侵害のみでは十分でないという答えが返ってくるのであれば、それは個人の利益は国家の利益が侵害されているときでなければ保護されないということであるので、国家的法益のほかに個人的法益を別個保護する意味はなくなり、個人的法益は表現上の保護法益にしか過ぎなくなる。他方、保護されるというのであればそれは択一的保護説と同様であつて、そこに優越をつける必要性はないことになる。国家的法益優越説はその考察の課程で通常は国家的法益保護説を否定するのであるから、必然的に後者を選択することになるだろう。<sup>(30)</sup>

判例は「誣告罪ハ個人ノ権利ヲ侵害スルト同時ニ當該官憲ノ職務ヲ誤ラシムル危険アルニ因リ處罰スルモノナルヲ以テ縦令被誣告者ノ承諾アリトスルモ本罪ノ構成ニ影響ヲ及ボスモノニ非ス」<sup>(31)</sup>として、被誣告者の承諾が誣告罪の成立に何の関係も持たないことを明らかにしている。判例のこのような言い回しによれば、国家的法益優越説というよりは択一的保護説に立つものと解するべきであろう。また、一通の告訴状で数人を誣告した事例において、大審院は数個の虚偽告訴罪の観念的競合を認めており、これによつても判例が択一的保護説にたっていることを読み取ることができる。<sup>(32)</sup>

このような通説・判例に対しては、虚偽告訴罪の保護法益が国家・個人的利益を保護していると明言しながらも、被誣告者の承諾を無効とするのであれば、それは国家的利益のみが保護されているのと変わらないとの批判がなされる。<sup>(34)</sup>しかしこの批判は適切ではない。なぜならば択一的保護説にたてば、個人的法益のみが侵害された場合にも虚偽告訴罪が成立するという形で国家的法益保護説との帰結の差異が生じるからである。また国家的法益の侵害が存在するにもかかわらず、自己誣告罪が不可罰であることを挙げて国家的法益の重視に疑問を投げかける見解もあるが、虚偽告訴罪<sup>(35)</sup>が「人に刑事又は懲戒の処分を受けさせる目的で」と規定し、刑法においては通常「人」は「他人」を意味することか

らすれば、自己誣告の不可罰は法益論ではなく可罰性を基礎付ける行為態様の問題として導くことが可能であろう。実際多くの論者は、「人」という文言を根拠に自己誣告を虚偽告訴罪の範疇から排除しているのである。<sup>(36)</sup>

さらに択一的保護説には、国家的法益と個人的法益がともに保護されているというのであれば、虚偽告訴罪を構成するにたりる違法性は両法益を侵害することによって具備されるはずであるとの批判もなされている。このような批判はもつともである。択一的保護説に依拠するためには、虚偽告訴罪の成立のためには一分の法益侵害で十分であることを示さなければならないであろう。

その一方で、同じ国家的・個人的法益保護説の中でも、被誣告者が虚偽告訴に承諾している場合に虚偽告訴罪の成立を否定する見解がある。この見解は、国家的法益と個人的法益は重層的に保護されるものと解する説である（以下、重層的保護説と呼ぶ）。<sup>(38)</sup>これは、前述のように自己誣告が不可罰であることや、被誣告者の承諾ある虚偽告訴罪の成立を認めることは国家的法益保護説と同じであるとの理由から主張されているが、このような主張が十分でないことはすでに述べた。ここで注目すべきは、「個人的法益侵害の危険性を考慮しなくてよい場合には、その類型的違法性が大幅に減少し、残る国家的法益侵害（の危険）のみでは、本罪に必要とされる不法としては不十分である」<sup>(39)</sup>との主張であろう。重層的保護説の基本的な発想は、二つの法益侵害分の不法がそろって初めて虚偽告訴罪として処罰に値する不法を手にできると解することにあるのである。ゆえに、個人的法益の侵害が欠如している場合には、虚偽告訴罪を成立させるための不法は十分でなく、結果として被誣告者の承諾は犯罪の成立を妨げることになる。

なお、この見解に対しては、虚偽告訴罪の被害法益の一たる個人的法益が、被誣告者の同意により侵害の違法性が失われる性質のものであることを論証しなければならないとの批判がなされている。<sup>(40)</sup>

このように日本の学説は、国家的法益保護説と、択一的保護説、重層的保護説が対立している。前二説に基づけば被

害者の承諾の有効性は否定され、最後の説に基づけば被害者の承諾の有効性は肯定されることになる。

## 二 ドイツの議論

続いて、ドイツにおける虚偽告訴罪の議論について検討する。

ドイツにおける虚偽告訴罪は刑法一六四条一項に「官署の手続き又は他の官署の処分をその者に対して惹起させ若しくは継続させる意図で、官署又は告発の権限ある公務員又は軍の上司又は公的に、間違っていると知りながら違法な行為や服務義務違反の嫌疑を他人にかけた者は、五年以下の自由刑又は罰金に処する」と規定されている。

ドイツにおいてもかつて虚偽告訴罪は個人の法益に対する罪、とりわけ個人の名誉に対する罪として規定されていた。<sup>(41)</sup>それが国家的法益保護の性質を帯びるきっかけをつくったのは、虚偽告訴罪を「公的な信義誠実に対する罪」の章に分類した一八四〇年のブラウンシュバイク公領における刑法典であった。ブラウンシュバイク刑法は、仮に虚偽の告訴に名誉毀損が存在していたとしても二つの事象はまったく異なっているとし、虚偽告訴罪と名誉毀損罪を完全に区別した。このことで虚偽告訴罪は国家机关への侵害、つまり権利の保護のために存在している公的な設備が不正のために濫用されることに、その犯罪としての特徴を得ることになったのである。<sup>(43)</sup>

このようなブラウンシュバイク刑法の解釈は、その後ハノーバー刑法典、ハンブルグ刑法典にも受け入れられ、一八五一年にはプロイセン刑法典でも受け入れられ、虚偽告訴罪は国家的法益に対する罪として分類された。しかしプロイセン刑法の分類は表面的なものであって、プロイセン刑法の立法資料によれば個人的な法益がいまだに重要な地位を占めていたという。<sup>(44)</sup>この傾向は虚偽告訴罪に関してプロイセン刑法の体系と解釈を受け継いだライヒ刑法においても同

様であったが、一八九二年の判例 (RGSt 23, 371) を<sup>(45)</sup> きっかけに国家的法益に対する罪としての特徴づけが強くなったようにである。

(一) 国家的法益保護説

国家的法益保護説のきっかけといわれている RGSt 23, 371 の判例は、以下のような事案であった。

被告人 X は検察庁への告発において Y が二年前に厚板を数枚盗んだとの嫌疑をかけていた。しかし公判で X は Y の窃盗は二年前ではなく一四年前におこなわれたものであったと証言を覆した。このような事実に基づいて原審は、X が告発した Y の犯行の時間と後に X が証言したそれとの時間差が大きいことから、二つの事実はまったく異なった事実であるとして虚偽告訴罪の成立を認めたが、ライヒ裁判所はこれを同一の事件として、ただ X が Y の時効という刑の免除事由を申し出なかった点だけを問題とした。そしてライヒ裁判所は、もし虚偽告訴罪の本質が中傷的な侮辱の罪 (verleumderische Beleidigung) の特別な加重類型ならば、本罪の成立は告発された罪が被誣告者に帰責されるのが正当か不当かに左右されると認めることには根拠があるように思われるが、司法に対する罪であると解されたのであれば反対の事態になると考えた。そして本条の沿革にふれて、立法者の見解は個人的法益を重視したものでないと結論付け、これらのことから、「もし本罪の本質的な特徴が、虚偽告訴によって官署が不当な刑事的な手続きを動機付けられること、それによって司法が危険にさらされることにあるのなら、既存の刑罰阻却事由を黙っていた場合と行為を犯したこと自体を虚偽で主張した場合とを区別して扱う理由がない」として、被告人に虚偽告訴罪の成立を認めたのである。

この事例は、<sup>(47)</sup> 実際に被誣告者は告発された行為をおこなっているという点で、個人の名誉は侵害されていないことを出発点にしている。そしてライヒ裁判所は、虚偽告訴罪は国家的法益に対する罪であるから、そのような個人的法益

の欠如では虚偽告訴罪を無効にはできないと考えたのである。このような見解はそれ以後も受け継がれ、他人に自己を告発させた虚偽告訴教唆の事例においてライヒ裁判所は虚偽告訴罪の成立を認め、<sup>(48)</sup> 実際には証明が不可能で公務介入のきっかけにならなかった虚偽告訴の事例において虚偽告訴罪の成立を否定した。<sup>(49)</sup> ドイツ連邦最高裁判所の時代になると、このような国家的な機能のみを保護する傾向は影をひそめることになるが、ドイツの学説においては、国家的法益保護説は現在でも少数とはいえ支持を得ている。<sup>(50)</sup>

国家的法益保護説の論者は、まず国家的法益が保護されている根拠として刑法典上の分類と、虚偽告訴罪の既遂時期をあげている。<sup>(51)</sup> ドイツにおける虚偽告訴の罪は偽証等の罪の章と宗教等に関する罪の章の間に規定されており、また虚偽告訴罪の既遂時期は個人的法益が侵害されたときではなく、司法に届いたときである。これらのことから、虚偽告訴罪が国家的法益を保護した規定であることを導きだせるというのである。

しかしこのような主張は、確かに国家的法益保護説に有利ではあるが、少なくとも国家的法益をも保護法益とする択一的保護説を否定するための決定的な根拠にはならない。それゆえ国家的法益保護説は虚偽告訴罪における個人的法益の存在を否定しなければならなくなる。<sup>(52)</sup>

この点について、国家的法益保護説の論者は、まず個人的法益の保護は、名誉毀損に関する範囲では名誉毀損罪や侮辱罪の条文で、虚偽の告発ゆえに起こった手続きに伴う活動の自由や身体の侵害に関する範囲では、それぞれふさわしい構成要件の虚偽告訴者による間接正犯という形で十分対処できると主張した。<sup>(53)</sup> さらに虚偽告訴は必ずしも名誉を侵害しないとして、また仮にここで侵害される個人の利益を「被誣告者への危険(Gefährdung der Person des Beachtigten)」と解しても、その正確な定義ができないことは憲法の明確性の原則に反するとして、個人的法益の保護を否定したのである。<sup>(54)</sup>

しかし、国家的法益保護説に対しては批判的な視線も多くむけられている。その批判は形式的なものから実質的なもので多岐にわたっている。

形式的なものに關していえば、一六五条の文言が被誣告者を「被害者 (Verletzten)」と呼んでいることである。<sup>(56)</sup> このような批判に対しては、「Verletzen」という文言は必ずしも法益所有者を意味するのではなく、とくに社会的法益に対する罪では間接的な当事者が「Verletzen」とされることもあるという反論があり、それは十分に納得のいくものであるように思われる。<sup>(57)</sup>

他方で実質的な批判はいくつか挙げられるのだが、まず国家的法益保護説では、国内の者が他の国の司法機関に虚偽告訴された場合をカバーできないことが指摘されている。<sup>(58)</sup> つまり、個人的利益の保護が十分になされないというのである。ここでは、国家的法益保護説の帰結の正当性が問われている。

この点について国家的法益保護説の論者は、国内にいる人間を外国の機関に訴えても当該外国機関の個人に対する干渉可能性が低いので大きな危険はなく、名誉毀損罪等の個人を保護する個々の構成要件でその保護は足りると反論するのだが、<sup>(59)</sup> しかし反対の立場からは、ドイツ国外にいるドイツ国民にとって外国の官署への虚偽告訴の被告人になることは、外国人の地位や言語の問題、環境に不慣れであることや国によつては必ずしも捜査方法が人道的ではないことから、個人的法益を非常に脅かすことになるとの主張がさらになされていることに注意すべきである。<sup>(60)</sup>

また国家的法益保護説は一四五d条と一六四条との差異を見出せないという点でも批判されている。<sup>(62)</sup> 一四五d条は、日本でいう軽犯罪法一条一六号に類似の規定であり、虚偽の申告による司法機関の誤誘導を禁止する条文である。

しかし国家的法益保護説によれば、両者は法条競合の關係にあり、文言からもそれを読み取ることができるという。<sup>(63)</sup> 法条競合とは同じ性質の異なった侵害段階において異なった刑法命題が存在することであり、それゆえに適用範囲の重

なり合う二つの条文の存在は何の矛盾もないことになる。<sup>(64)</sup>

なお国家的法益保護説によれば、そこには個人の処分可能な法益はないので、被誣告者の承諾は虚偽告訴罪の成立に何ら影響を与えないものとなる。

## (二) 個人的法益保護説

ドイツにおける虚偽告訴罪は、日本と同様に沿革の段階で個人的法益保護を重視したそれから、国家的法益保護を重視したそれに意識的に変更されている。それゆえ、多くの論者が、国家的法益を少なくともここで保護された法益の一つとして数え上げている。

しかし、ドイツの個人的法益保護説は、少数ではあるが現在もなお強固に主張され続けている。<sup>(66)</sup> 個人的法益保護説は自説への批判に答えることによつて個人的法益保護を基礎付け、他説への批判を通して国家的法益保護を否定する。たとえば個人的法益保護説には、上述のように、個人的法益は虚偽告訴によつて必ずしも侵害されないという批判がなされる。<sup>(67)</sup> 個人的法益保護説は、このような批判に対し、仮にそうだとしても虚偽告訴が当事者にとって真の危険を必然的に伴うことを見落とすことはできないと反論した。<sup>(68)</sup>

また個人の法益とは具体的に何かが明らかではないという批判<sup>(69)</sup>に対しては、虚偽告訴罪で保護されるべき個人の法益とは、様々な利益の総体(例えば名譽、自己決定権、活動の自由、その他の人格権など)であるので、それにふさわしい短い名称は存在しないと主張した。<sup>(70)</sup> このように解すれば確かにここでの個人的法益は内容のあいまいな法益であるように思われるが、個人的法益保護説によれば、規定の構成要件メルクマールは確定しているし、解釈のために重要なのは個人の保護が問題であるか否かであり、個人の利益が詳細に何であるかではないから、このことによつて一六四

条の構成要件の明確性の問題は生じないという。<sup>(71)</sup>

さらに個人的法益保護説には、もし虚偽告訴罪が個人の利益を（単独にせよ択一的にせよ）保護しているというのであれば、実際にその法益を侵害した一八五条以下や二三三条、二三九条や二四〇条<sup>(72)</sup>の刑の方が、それらの侵害の危険を惹起したに過ぎない一六四条よりも低くなってしまう点で矛盾しているとの批判がなされている。それに対してこの説は、一六四条では、一つの法益への侵害のみが問題となっているのではなく、とりわけ強力な行為手段の利用の下で被誣告者の複数の法益が脅かされたことが問題となつてゐるゆゑに法定刑上の矛盾はないと反論している。<sup>(74)</sup>

その上で個人的法益保護説は、国家的法益保護説と重層的保護説に対しては、これらの説では他国の司法機関に対する虚偽告訴が虚偽告訴罪として評価されず、個人の保護が十分でなくなると批判し、<sup>(75)</sup> 国家的法益保護説と択一的保護説に対しては、これらの説では個人的法益の侵害がない場合にも一六四条が成立することになり、一六四条と一四五d条の違いを根拠付けることができなくなると批判した。<sup>(76)</sup>

以上のように個人的法益保護説は、虚偽告訴罪において個人的法益の保護は必要であり、逆に国家的法益の保護は結論の不当性ゆゑに、あるいは現行法と矛盾するゆゑに、保護法益として不適切であると主張したのである。

個人的法益保護説に基づくと、被誣告者が虚偽告訴に承諾しているときには、もはや被誣告者を保護する必要性はないので、被誣告者の承諾は有効に虚偽告訴罪の成立を妨げることになる。

しかし個人的法益保護説に対しては、上述した批判以外にもいくつかの批判がなされている。これらの中には、刑法典上の体系的な分類に反する<sup>(77)</sup>というものもあるが、それは日本の学説を議論する際に述べたように決定的な批判ではないであろう。

それに対して説得力を持つように見えるのは、一六四条二項<sup>(78)</sup>が一六四条一項の行為を一項で列挙された方法以外の

方法でなされた場合と同じ刑罰をもって威嚇していることから、「仮に個人的法益のみというのであればより危険の大きい一項のほうが重い刑罰が科されるべきではないのか」という批判である。<sup>(79)</sup> たしかにここで保護された個人的法益が、正確には法益侵害の危険であるというのなら、危険性のより高い一六四条一項の法定刑の方が高いものとなりうるであろう。

さらに、被誣告者の承諾のある虚偽告訴が一四五d条でしかカバーできない点も批判の対象となっているが、<sup>(80)</sup> このことは個人的法益保護説の当然の帰結であって、特別な重要性をもった批判ではない。

### (三) 国家的・個人的法益保護説

国家的・個人的法益保護説は、虚偽告訴罪に二つの法益の存在を認める立場であるのだが、日本と異なりドイツでは重層的保護説はほとんどその支持を失っている。<sup>(81)</sup> なぜなら、その適用範囲があまりに狭いと考えられているからである。<sup>(82)</sup> ゆえに国家的・個人的法益保護説で問題となるのは択一的保護説であり、そこそがドイツの通説である。<sup>(83)</sup>

BGHの判例もこの立場をとっていて、フランス占領時代に占領軍の官署に虚偽告訴をした事例、<sup>(84)</sup> 別居中の妻がポーランドを旅行中に、夫である被告人が彼女はドイツのスパイであるという手紙をポーランドの警察官に対して送った事例、<sup>(85)</sup> 息子を庇うために息子の共同被告人などに依頼し虚偽の証言をさせて自己（母親である被告人）の犯行に見せかけた事例<sup>(86)</sup> に虚偽告訴罪の成立を認めている。また下級審においてもその傾向は同様であって、<sup>(87)</sup> 免停中に起こした事故を隠すために同乗者の承諾を得て同乗者が運転していたように見せかけた事例で虚偽告訴罪の成立が認められた。<sup>(88)</sup> 前二者はドイツの司法機関に対する侵害はないが個人的法益の侵害がある場合であり、後二者は被誣告者の承諾が存在するために個人的法益の侵害はないが司法に対する侵害がある場合である。<sup>(89)</sup>

とりわけ BGH 5, 66 は自己の誣告を教唆した事例であり、BGH は、自己誣告は一六四条を構成しないとすにもかかわらず自己の誣告教唆については躊躇なく一六四条を適用している。ここでは、「被害者の同意はその人に当該法益についての処分権があるときにのみ注目し値する。このような前提は一六四条には存在しない。この規定は確かに誤って導かれた官署の失策から個人を保護することにも貢献する。それは一六五条の規定にも、また行為者は被誣告者に手続きを惹起する意図を持っていなければならないという表現からも見出せる。しかしさらに一六四条は国家の司法を保護して、公的な利益の保護のために公布されたのである。一四五d条に基づくと同じように不当な要求と犯罪の訴追に取り組む官署の誤誘導は妨げられるべきである。法によって同時に保護されているこのような法益についての処分権を被害者はもたない。従って同意は問題でない」との判断がなされた。また両法益のどちらが優先的に保護されるかは重要ではなく、仮に立法者が個人の法益を優先すると解していたとしても同意は無効であり、「なぜなら、他方の目的はそれが考慮されないままであることが許されるほど重要ではないと考えることはできないからである」と解した。<sup>(89)</sup> 自明のことながらドイツの通説・判例である択一的保護説が論証しなければならないのは、個人的法益の存在と国家的法益の存在である。

その重要な根拠の一つとしてあげられているのは、択一的保護説こそが実際に柔軟で適切な解決が導けるといふ帰結の妥当性である。<sup>(90)</sup> 柔軟で適切な解決とは、外国の司法機関への虚偽告訴も、被誣告者の承諾ある虚偽告訴も一六四条でカバーできるということである。

またこの見解にとりわけプラスの材料を与えるのは、一四五d条の存在と文言であるとされている。<sup>(91)</sup> 一四五d条がすでに司法を保護しているという事実は、国家的法益保護説をとった場合に一六四条と一四五d条それぞれの存在価値に疑問を投げかけるし、逆に一四五d条が一六四条成立時には適用されないことから、一四五d条と一六四条に共通の

要素があることをよみとることができるという。つまり、一六四条は一四五d条と共通の要素（国家的法益）があり、そしてさらにそれと異なつた要素（個人的法益）を有しているのである。<sup>(92)</sup>

しかし、択一的保護説には、いくつかの疑問が寄せられている。第一に、完全に異なつた性質の法益をひとつの規定で、それも択一的に保護することができるのかということである。<sup>(93)</sup> 異なつた法益をひとつの構成要件が重層的な形で保護することはありえても、<sup>(94)</sup> 択一的に保護する条文は他に例がない。ゆえにこのような択一的保護は法技術的に非現実的であると批判されるのである。第二に、一六四条にそのような択一性を疑わせる文言がないことから憲法違反の疑いもあるという。<sup>(95)</sup> なぜなら、ここで二つの法益が問題となつているのならば、立法者が規定した法定刑は二つの法益侵害分を考慮したものであつて、どちらか一方の侵害分であるとは考えられず、一方しか侵害していない行為者は不当にも二つ分の責任を負わされてしまうことになるからである。このような法技術的な困難性が、択一的保護説の重大な弱点となっている。

### 三 私見

これまで虚偽告訴罪の保護法益について日本とドイツの議論を検討してきたのだが、まず確認しておかなければならないことは、たしかに虚偽告訴によって国家的な利益（司法の機能）と個人的な利益は侵害されることになるが、それが実際に虚偽告訴罪の法益であるかはさらなる検討を必要とするということである。このような検討は被害者の承諾の有効性を定めるにあたつて必要不可欠であることは上述した。

それでは虚偽告訴罪の場合はどのように考えるべきであろうか。

虚偽告訴罪において国家的法益が保護されているということは、それほど困難なく認めることができるように思われる。たとえば、沿革において国家的法益の保護が重視されていること、<sup>(96)</sup> 刑法典上、偽証罪にならぶ位置に分類されていること、既遂の成立時期が相当官署に虚偽の申告がなされた時点であること<sup>(97)</sup> や法定刑が偽証罪と同じ程度にとどまっていることなどがあわさって、国家的法益の存在にプラスの材料を与えている。

それに対して、個人的法益保護の証明は若干の困難を伴うように思われる。たしかに、虚偽告訴罪は主観的な要素として処罰をうけさせる目的を要求しているし、軽犯罪法一条一六号に国家的法益保護を目的とした条文を設けていることから、虚偽告訴罪は個人的法益をも保護した犯罪であると主張することができそうである。しかし本条の目的に関しては、実際にそのような目的があれば個人的法益侵害の危険が必ずしも増すわけではないし、そのような目的は未必の認識でも十分だとされることから、ここから個人的法益保護を導き出すことはそれほど容易ではないように思われる。国家的法益のみを顧慮しても、実在する人に処罰をうけさせる目的で告訴する方が、そうでない場合よりも、行為態様としてより司法を狂わせるおそれが高いと解することもできるであろう。

それでは軽犯罪法との関係はどのように解すべきであろうか。軽犯罪法一条一六号虚構申告の罪は、<sup>(98)</sup> 虚偽の申告により異常事態に対処すべき公務員が惑わされ、無用の活動をおこなうことを防止することを目的としている。虚構申告行為は他人の犯した犯罪事実の申告であり、その他人の処罰を求める意思を表示した場合には、虚構申告の罪は虚偽告訴罪に吸収される。<sup>(99)</sup> つまり両者は法条競合の関係に立っており、虚構申告の中でも他人への虚偽告訴がより重い罪として一七二条に取り出されているといえよう。両者の違法性の差異は、確かに虚偽告訴罪が個人の法益をも保護している点で虚構申告の罪よりも違法性が増しているからだと解することもできるが、上述のように、他人に処罰を求める目的でおこなわれた虚偽告訴は、その性質上より司法の混乱を招くものであり、また場合によっては無辜の者に刑罰権を

行使してしまうことから、単なる虚構申告の罪よりも違法性が高いと解することができるように思われるのである。自己誣告が軽犯罪法一条一六号の範囲内であるにもかかわらず、自己を虚偽で告訴することの教唆が一七二条との関係で論じられることも、告訴者と被誣告者が同一ではないことによつて、司法はより嘘を暴きにくくなるという点で説明することができであろう。そのように考えれば、軽犯罪法一条一六号の存在も決定的ではないように思われるのである。

さらに個人的法益保護を肯定するのは問題だと思われる点が二点ある。第一に、ここで保護される個人的法益とは何かが明らかではないということであり、第二に保護の必要性が必ずしも存在しないということである。とりわけ前者の問いは、被害者の承諾論と密接なかかわりをもっている。

ドイツの個人的法益保護説の論者によれば、虚偽告訴罪で保護された個人的法益が具体的に何であるか明らかでなくとも構成要件上なら問題はないという。たしかに構成要件メルクマールが定まっているから、具体的にどのような法益が侵害されたかは一見それほど重要ではないように思われる。<sup>(10)</sup>しかし被害者の承諾の問題をも顧慮すれば事情は異なるであろう。なぜなら一般的に被害者の承諾は、行為のみではなく結果に対してもおこなわれなければならないとされているので、仮に被害者の承諾は有効に虚偽告訴罪の成立を阻むことができるという前提にたてば（個人的法益保護説・重層的保護説）、<sup>(11)</sup>ここでいう結果とは何かを明らかにしなければならぬからである。これは日本において重層的保護説が、被害者の同意が有効であるというのであれば、まずそのような個人的法益が処分可能かを明らかにしなければならぬと批判されていることにも繋がる。

個人的法益保護説は虚偽告訴について被誣告者が承諾していることによつて單純に虚偽告訴罪の成立を排除するが、それはなお適切な措置ではないのである。虚偽告訴行為による個人の利益侵害のうちどこまでが虚偽告訴罪で保護され、どこからがされないのか。有効に承諾が成立する要件を定めるために、まずこの問題に答えなければならない。

それでは虚偽告訴罪において保護された個人の利益とは具体的に何であるのか。それが名誉や身体<sup>(108)</sup>の自由、身体<sup>(109)</sup>の完全性あるいは生命の侵害そのものではないことは、虚偽告訴が功を奏したときに虚偽告訴者に名誉毀損罪の正犯や、監禁・傷害罪等の間接正犯が成立すると考えられていることからすれば明らかであろう。そうすると虚偽告訴罪が保護している個人の法益は、それ自体ではなくそれに対する危険であると考ええることができるかもしれない。しかし、このような前倒しの保護は実際に必要なのだろうか。確かに虚偽告訴によって複数の法益は一度に危険にさらされることになるが、虚偽告訴という手段の法益の危殆化が、他の手段の、とりわけ行為者自らが行う法益の危殆化よりも特別危険であるとはいえないように思われる。被誣告者は確かに国家という強力な存在を相手にしなければならないが、その一方で国家は決して虚偽告訴者の話を鵜呑みにせず、自ら捜査をおこない虚言に惑わされないように努力するのである。そうするとここで危険にさらされる個人の法益は各々の構成要件による保護で十分にまかなわれており、虚偽告訴という手段に限られた予備段階におけるその保護の必要性は存在しないように思われるのである。

また日本の学説では、虚偽告訴罪で保護される個人の法益はたとえば不当に刑事又は懲戒の処分を受けない被誣告者の<sup>(110)</sup>法律<sup>(111)</sup>的安定性、あるいはより広く捜査又は懲戒手続きの対象とされないことと解されている。しかし、生命・身体・名誉といった具体的な法益とは関係なく、抽象的な意味での刑事又は懲戒の処分（またその捜査）の対象にならない権利（いわば警察機関等に疑われない権利）がそのように強度に保障されているかは疑問であろう。個人的法益の侵害は、実際に国家机关が当該個人にあるいはその環境に対してなんらかの働きかけを起した際に、はじめて生じるものであるように思われるのである。

さらに日本とドイツの通説である択一的保護説には、ドイツの議論で述べたように構造上の難点があるように思われる。確かに個人の利益も司法の機能も重要な法益であって、いずれかを選ぶことは難しい。そして重層的保護説をとれ

ばどちらかを選んだ場合よりもその成立範囲は狭くなるのだから、択一的保護説は「どちらも大切」と表明できる唯一の見解といえよう。虚偽告訴行為が国家にも個人にもダメージを与えるという社会一般の理解にもっとも当てはまっていて、最も妥当な結論に達せるのはこの説である。しかし、それが刑法の構成要件の話となると疑問が生じる。虚偽告訴罪が国家的法益と個人的法益をともに保護しているのであれば、そこでの法定刑は二つの法益侵害分のそれではないだろうか。なぜなら、通常予定されている二つの法益侵害と、例外的に発生するそのうち一つの法益侵害が、同じ不法の内容をもつとは考えられないからである。一つの法益侵害により二つ分の法益侵害の責任を負わせるのは不当であろう。この点で択一的保護説も適切でない。

それに対して個人的法益保護を否定した場合、外国機関に向けた虚偽告訴が一七二条を構成しなくなるという処罰の間隙は、日本においてはそれほど重要ではないように思われる。なぜならその地理的な特殊性ゆえに、日本では外国機関にむけた虚偽告訴が個人にそれほど重大な危険を及ぼすとは考えられないからである。

以上のことから、虚偽告訴罪は国家的法益のみを保護した犯罪であり、被害者の承諾は常に無意味だという帰結が導かれるのである。

#### 四 まとめ

国家・公共の法益と個人の法益がともに保護されているようにみえる犯罪における被害者の承諾の有効性について論じる際には、まず、個人的法益と国家的法益が実際にどちらも保護されていることを確認しなければならないだろう。それは、条文の沿革や刑法典上の分類、文言やこれまでの運用、他罪との競合関係といったあらゆることをヒントとし

て、おこなうことができる。とりわけ虚偽告訴罪のように、個人的法益の内容が明らかではなく、被害者が何に承諾してよいのか分からないような場合には、そのような構成には疑いを抱くべきである。

またこれまで通説的に主張されてきた択一的保護説には法技術的な問題があるように思われる。両者の法益が侵害された場合と、どちらか一方が侵害された場合を、同一の構成要件と法定刑で威嚇することは難しいであろう。

以上のようにして、国家・公共の法益と個人の法益がともに保護されているようにみえるときには、まずその明確な法益を定めなければならない。そのことによって、場合によっては、国家的法益のみの保護が認められ、被害者の承諾の有効性が端的に否定されうるのである。このような犯罪は、そもそも総論的に築き上げられた承諾論のテーゼの射程外にあるものである。

### 第三節 特別公務員暴行陵虐罪

本節では虚偽告訴罪と同様に、国家・公共の利益と個人の利益がともに保護されているように見える特別公務員暴行陵虐罪について検討する。日本刑法一九五条一項は「裁判、檢察若しくは警察の職務を行う者又はこれらの職務を補助する者が、その職務を行うに当たり、被告人、被疑者その他の者に対して暴行又は陵辱若しくは加虐の行為をしたときは、七年以下の懲役又は禁錮に処する」と規定し、また二項は「法令により拘禁された者を看守し又は護送する者がその拘禁された者に対して暴行又は陵虐若しくは加虐の行為をしたときも、前項と同様とする」と規定している。陵辱とは精神的に辱め、加虐とは肉体的に苦痛を与えることで暴行以外のものを意味しており、前者はわいせつ罪や強姦罪に<sup>(106)</sup>あたるものに限られないので、一九五条に該当する行為がそれらの罪の構成要件に当てはまる場合は、観念的競合となる<sup>(107)</sup>。

本節は、国家的利益と個人的利益がともに保護されているように見える犯罪類型において法益を確定するとともに、国家的利益と個人的利益がともに保護されている場合における被害者の承諾の性質、成立要件について検討する。ここでは議論の題材として特別公務員暴行陵虐罪を選択しているが、本罪と類似の性質をもつあらゆる構成要件に適用可能な一般原則を導くことを目的としている。

なお日本において特別公務員暴行陵虐罪に関する議論は判例評釈を別としてほとんどなされていないようである。また本節でその議論を参照するドイツ刑法においては、このような罪は、暴行・加虐と陵辱に区別して規定されていることにあらかじめ付言しておく。

## 一 日本の議論

日本において、特別公務員暴行陵虐罪は汚職の罪として国家的法益を害する側面を持つ一方で、個人の法益を害する側面をもつとされている。<sup>(108)</sup> 特別公務員暴行陵虐罪が汚職の罪の一類型として刑法典に分類されている事情が、本罪が国家的法益を保護していることを推測させ、昭和二年の改正で法定刑が大幅に引き上げられたこと<sup>(109)</sup>や暴行陵虐行為が死傷の結果を惹起した場合の結果的加重犯規定（一九六条）<sup>(110)</sup>の存在が、個人的法益の保護を推測させるのである。<sup>(111)</sup> そして国家的法益を侵害するゆえに、暴行陵虐に関する被害者の承諾は無効であるとするのが通説的見解である。

しかしその一方で他の職権濫用罪が職権の濫用を処罰するのに対して特別公務員暴行陵虐罪は職権の濫用を罰するものではないとして、一九五条は暴行陵虐の対象となる個人の生命・身体を保護法益とする個人的法益のみに対する罪であるとする見解もある。<sup>(112)</sup> この見解によれば被害者の承諾は有効ということになるだろう。さらに、国家的・個人的利

益の双方が保護法益であることを認めながらも、「個人の法益を侵害する場合と侵害しない場合とが同一の刑で処罰されるということは不合理であり、また、職権を濫用して個人法益を害するからこそ、職権濫用の罪が本来の逮捕監禁罪や暴行罪よりも重く処罰される根拠がみつけれられる」のであるとして、被害者の承諾を有効とする見解もある<sup>(13)</sup>。

これまで判例は一貫して通説と同じ立場をとってきた。とりわけ最近では、東京高裁平成一五年一月二十九日の判決（以下、平成一五年判決と略す）がある<sup>(14)</sup>。この事案は、警察官であった被告人が被留置者を看取する職務に従事していた際、留置場内に未決勾留中であった被留置者Aを七回にわたって姦淫したというものである。その際、Aが被告人にラブレターのような内容の手紙を出していた等の事情があり、被告人側から、被告人とAは互いに好意ないし恋愛感情を抱き、積極的に意欲して性交を重ねていたものであるから同罪にいう「陵辱若しくは加虐の行為」をした事実はないとの主張がなされた。

このような事実関係に基づき東京高裁は、特別公務員暴行陵虐罪の保護法益は「第一次的には、公務執行の適正とこれに対する国民の信頼であると解される」ために、陵虐の意味については「公務の適正とこれに対する国民の信頼を保護するという本罪の趣旨に照らして解釈されるべきである」として、このような前提で検討すると、看守者等は「被拘禁者を実力的に支配する関係に立つものであって、その職務の性質上、被拘禁者に対して職権違反行為がなされるおそれがあることから、本罪は、このような看守者等の公務執行の適正を保持するため、看守者等が、一般的、類型的にみて、前記のような関係にある被拘禁者に対し、精神的又は肉体的苦痛を与えると考えられる行為に及んだ場合を処罰する趣旨であつて、現実とその相手方が承諾したか否か、精神的又は肉体的苦痛を被ったか否かを問わないものと解するのが相当である」とし、このような行為に及んだ場合には、「相手方の被拘禁者がこれを承諾しており、精神的又は肉体的苦痛を被らなかつたとしても、公務の執行の適正とこれに対する国民の信頼を保護するという観点から見た場合に

は、本罪の陵虐行為に当たるといことができる」として被告人に特別公務員暴行陵虐罪の成立をみとめた。

この事案は、特別公務員暴行陵虐罪における承諾の有効性が構成要件メルクマール「陵辱若しくは加虐の行為」を充足するかという形で問題となった事例であるが、東京高裁は、通説と同様に、本罪の保護法益が第一次的に公務執行の適正とこれに対する国民の信頼であることをあげて、一般的・類型的にみて、精神的又は肉体的に苦痛を与えると考えられる行為に対し、実際にそれが被害者に与えられたかに鑑みることなく本罪を適用できるとした<sup>(15)</sup>。

平成一五年判決は、当該判例の評釈を見る限り、ある程度の支持をえているようである。しかしより詳細に検討すると、これらの評釈は結論的には判例に与するが、理論的には全く異なったことを主張している。平成一五年判決は、特別公務員暴行陵虐罪の国家的法益保護の側面を重視して、被害者の承諾の有効性を否定したのであるが、評釈の多くは瑕疵ある承諾に基づく個人的法益侵害の危険を重視して、被害者の承諾の有効性を否定しているのである<sup>(16)</sup>。

平成一五年判決に関する多くの評釈が個人的法益保護の側面を重要視していることをうかがわせるのは、これらの論者が、「陵辱若しくは加虐の行為」の意義を明らかにするにあたって、看守者と被拘禁者のような特別な権力関係の下では「同意を得て行う性交も、精神的又は肉体的苦痛を生じさせる虞がないとはいえない」といった記述をしたり、「相手が精神的苦痛を感じつつ承諾・同意していた場合、承諾・同意していたことにより精神的苦痛を感じなかった場合の区別は極めて微妙であり、実質的差異はないことから、前者のみが『陵虐』に当たると解するのは適切でない。また、後者のように見える場合であっても、看守者と被拘禁者という一方が圧倒的優位に立つ関係においては、その承諾・同意には、看守者に対する迎合やおもねりなど、何らかの瑕疵が内心にある可能性が極めて高く、承諾・同意が自発的で真摯なものであったとしても、これを重視することは相当でない」といった記述をしていることである<sup>(17)</sup>。またこれらの論者が、本判決が具体的事情を捨象した一般的・類型的な考察によって看取者が被拘禁者と性交すれば常に特別公務

員暴行陵虐罪が成立するとした点を批判し、それに至る具体的経緯や双方の関与の程度等は十分に解明される必要があると主張していることからも、それを読み取ることができるであろう。<sup>(120)</sup>

その一方で、平成一五年判決に正面から否定的な態度をとる見解も存在する。<sup>(121)</sup>

この見解によれば、判例の論理を貫くと、たとえば看取者が被拘禁者を勝手に連れ出して公園でデートしたという場合でも、特別公務員暴行陵虐罪が成立してしまうゆえに適切ではないという。なぜなら、看取者は、被拘禁者を実力的に支配する関係に立つものであって、その職務の性質上、被拘禁者に対して職務違反行為がなされるおそれがあるし、被拘禁者を勝手に連れ出すことは職務違反であり、拘禁する側が拘禁される側をデートに誘うことは、一般的、典型的に見て、このような関係にある被拘禁者に対し、精神的又は肉体的苦痛を与えると考えられる行為であって、公務執行の適正とこれに対する国民の信頼を害するからである。また、そうなると、これに任意に関与した者は、たとえ陵辱の相手方であったとしても、国家的法益を害する共犯であるということにもなりかねない。<sup>(122)</sup> ゆえに、被害者の同意の有無を問わずに、「性交」一般が「被拘禁者に対し、精神的又は肉体的苦痛を与えると考えられる行為」だとするのは過度の一般化だというのである。

このような主張は、判例が単純に特別公務員暴行陵虐罪の国家的法益保護の側面を重視して、被害者の承諾の無効性を導いた点を批判するものである。この説に基づけば、特別公務員暴行陵虐罪（とりわけ「陵辱若しくは加虐の行為」の意義）においても個人的法益保護の側面はあることになる、つまり被害者の承諾は有効となりうる。確かに身柄を拘束されている者には拘禁する側の理不尽な要求を拒否する真の自由は認めがたいから、このような場合には本罪が成立しうるかもしれないが、逃走目的で被拘禁者のほうから計画的・積極的に誘ったことが明らかな場合には、「陵辱若しくは加虐の行為」にあたらないという帰結が導かれることになるのである。<sup>(123)</sup>

この見解は、確かに他の評釈よりも結論において被害者の承諾の有効範囲が広いものとなっているが、個人的法益を重視し、又瑕疵ある承諾に基づく個人的法益侵害の危険を顧慮している点は同様であって、両説の相違は、どのような承諾に瑕疵があるかという承諾の真意性判断の違いにすぎないものといえるであろう。

以上のように、特別公務員暴行陵虐罪の法益は、通説によれば国家的法益と個人的法益である。そしてその国家的法益保護の側面があるゆえに、被害者の承諾が犯罪を阻却する可能性はないと解されている。しかし最近の傾向を平成一五年判決の評釈からよみると、むしろ瑕疵ある承諾がなされ個人の法益が侵害される可能性が高いことからその承諾を無効とする傾向が強いようである。

## 二 ドイツの議論

ドイツには、日本で言う特別公務員暴行陵虐罪にあたる構成要件は存在しない。しかし、それとほぼ同じ役割を果たす規定がいくつか存在する。

そのうちの二つは、ドイツ刑法二三章「性的自由に対する罪の章」の中にある。ドイツ刑法一七四a条一項は「囚人又は官署の命令による被拘禁者若しくは施設にいる患者や救助が必要な者 (Hilfsbedürftige) への性的虐待」という罪名で「自己にその教育 (Erziehung)」、職業教育 (Ausbildung)、監督 (Beaufsichtigung)、看護 (Betreuung) が委ねられている囚人若しくは官署の命令に基づいて拘禁されている者に、その地位を濫用して性的行為をおこなった者、又は自身に対して囚人や被拘禁者にそれをおこなわせた者は三月以上五年以下の自由刑に処する」と規定し、また一七四b条一項では「公務上の地位を利用した性的虐待」という罪名で「刑事手続き若しくは自由を剥奪する矯正や保安の処分又

は官署の命令による拘禁の命令の手続きに協力するために呼ばれた公務員として、その手続きが向けられている者に対して、その手続きによって基礎付けられた依存性を濫用して、性的な行為をおこなった者又は自身に対してそのような者におこなった者は三月以上五年以下の自由刑に処する」と規定している。

これらの条文は、日本でいう特別公務員暴行陵虐罪の陵辱にあたる部分であるが、一七四a条一項は必ずしも公務員が主体でない点で、日本のそれとは異なっている。また一七四b条一項は特別公務員よりも広い範囲がその主体となる点で、また確かに文言上は公務員であることが要求されているが、公務員の地位は一七四b条一項の人的メルクマール（身分）を基礎付けるのではなく、特別な依存関係を形づくっているメルクマールのひとつに過ぎない、つまり公務員の地位は構成要件該当行為を構成する一要素に過ぎない（＝公務員犯罪ではない）<sup>(四)</sup>点で、日本の特別公務員暴行陵虐罪とは異なっている。

さらに特別公務員暴行陵虐罪の暴行の部分、ドイツでは刑法三四〇条に「公務における傷害」という罪名で「職務の執行中若しくは職務に係りて傷害をおこなった又はおこなわせた公務員は、三月以上五年以下の自由刑に処する」と規定されている。三四〇条は賄賂罪等と共に三〇章「公務における罪の章」に分類され、また第六次刑法改正以降、三四〇条二項は未遂が可罰的であることを、同三項は、刑法二二四条から二二九条の傷害に関する特別規定が三四〇条にも適用されることを規定している。このような規定が三四〇条一項に与える影響については後述する。

以上のような条文の違いゆえに、日本の特別公務員暴行陵虐罪の議論に際してドイツの学説を参考にすることは容易ではない。しかし、それぞれの条文の解釈では日本法にとっても十分に示唆に富む重要な指摘がなされている。ゆえに、以下ではこれらの議論について紹介していきたい。

## (一) ドイツ刑法一七四 a 条一項・一七四 b 条一項の議論

一七四 a 条一項と一七四 b 条一項はいずれも性的自由を侵害する罪として分類されている。

一七四 a 条一項は、特別な権力関係に組み込まれているゆえに、決定と行動の自由を制限され、非常に多くの範囲で行為者に委ねられている者の性的自由を保護するための条文である。<sup>(125)</sup> しかし通説によれば、本条の保護法益は個人的自己決定権にとどまらず、施設のスムーズな機能とそれに対する公共の信頼も加わる。<sup>(126)</sup> 少数説は、それが反射効にすぎないという理由で、通説が主張する保護法益のうち公共の信頼を排除するが、個人の自己決定権以外に公共の法益が保護されているという点で、両者はそれほど異った見解ではないといえることができるであろう。

通説・少数説が一七四 a 条一項の保護法益に公共の法益を付け加える主な根拠は、「その地位を濫用して」の文言である。この文言は一七四 b 条一項の「依存関係を濫用して」という文言よりも広い、具体的な個人の自己決定権を侵害した表現であるとされている。<sup>(128)</sup> つまり、構成要件を充足するために必ずしも個人の自己決定権が侵害されることは要求されおらず、そのことからさらなる法益（国家・公共の法益）の存在とその独自の価値が見出されるのである。ここでは行為者が彼の地位によって与えられた機会を利用することで構成要件が充足され、被害者の同意がある場合も、被害者がイニシアチブをとった場合も犯罪の成立が肯定されることになる。

とはいえ一七四 a 条一項は圧倒的な優位に立つ者とそれに従属する者との重度の依存関係を自己決定捨象の前提としている条文なのだから、承諾をまったく考慮しないことはむしろ条文の文言に反するだろう。ゆえに一七四 a 条一項で類型的に認められている囚人や被拘禁者の高い依存性が、性的コンタクトに一切影響を与えていないときには承諾の有効性を認めるべきということになる。<sup>(129)</sup> ただしそれは一般的には両者の間に真の恋愛関係があった場合でも認められることはなく、極めて例外的な事例、たとえば拘禁前から夫婦あるいは婚約者である二人が被拘禁者と看守者という形で

再会したといった悲劇的な事例でしか問題にならないとされている。<sup>(130)</sup> このような場合には、個人的法益と共に保護されている公共の利益について考えた際にも、行為者の行為は非難に値しないものとなるのである。<sup>(131)</sup>

ドイツの判例には一七四a条一項の保護法益について明確に論じたものはない。しかし、一七四a条一項の前身である一七四条<sup>(132)</sup>に関しては、その保護目的についての判断をおこなっている。

BGHSt. 2, 93は、国有鉄道で護送中の囚人が自ら独居房をはなれ護送を担当した三人の警官と、囚人自身のイニシアチブで性交渉をおこなった事例である。このような事例においてBGHは、「一七四条の意義は、そこで挙げられた依存者をその性的名誉の侵害から保護することにある。しかし、それを有効な方法でおこなうことができるのは、一七四条にあげられた関係（Verhältnisse）と付き合う（Beziehungen）が原則的にあらゆる性的影響から免れているときにのみあてはまる。従って判例は、患者あるいは救助が必要な者（Hilfsbedürftige）のための施設に収容された者にわいせつ目的で虐待をする一七四条二項の場合において、規定の目的が、公的な病院の道徳的な廉潔性を保護すること、そしてそのような施設についての公共の信頼を保護することにもあると認めた（中略）。警察官と彼の監督・監視にゆだねられた既決囚と未決囚との間に存在する関係についても無条件で同じ考慮が当てはまる。そのような公務員の公務上の地位と結びついた、そして一定の条件下で直接的な身体的暴力の利用にまでいたる強力な権力ゆえに、公共は、彼がそれをただ法律に定められた前提の下でのみそして法律で許された目的のためにのみ使用し、また必要とあれば即座にそれを用いるということについて信頼していなければならない。このような保証は警察官と囚人との間に性的な影響が作用するとすぐに、それがどちらから開始されたのかを問わずに失われてしまう。ある囚人はまさに監督者（Aufsichtspersonal）に性的に接近することによって彼に与えられるべきではない自由と優遇措置を得ようとし、そしてそれによって当該事例が示すように必要不可欠な秩序が甚だしく破壊され得ることを経験が教えている」と述べた。<sup>(133)</sup>

この判示をもってBGHは、確かに廉潔性の保護とそれに対する公共の信頼を保護法益であるとまでは明言していないが、それでも規定の目的がそこにもあることを示しているのである。

そのうえでBGHは構成要件メルクマール「地位を利用して」については、「公務上の地位が行為者にわいせつ行為のための機会を与え、そしてそれを彼らが公務上の地位と結びついた義務侵害の下で意図的に利用したこと<sup>(13)</sup>で十分である」と解した。

しかしBGH 2, 93 が定めた「地位の利用」メルクマール自体は、現在ではより詳細な検討を要するものだと理解されているようである。たとえばBGH, NSZ 1999, 29 では、刑務所に勤務していた看護婦が二人の囚人の協力の下独居房に侵入し、そこで彼らと性交渉をおこなったという事例において、以下のような理由で「その地位を利用して」のメルクマールが排除された。

「行為者が責任を負っている任務に基づいて囚人の行為者への依存関係が著しければ著しいほど、彼に与えられた囚人に対する権限と命令権が大きければ大きいほど、そこから行為者が彼の地位を濫用したことが判明するような特別な状況の証明は通常は必要がない。たとえば囚人を監視する責任のある看守(Wachpersonal)メンバーの場合には、普通、公務上の地位が彼に性的行為を行う機会を提供したことの確定で十分であろう。もしも、そのように形成された関係の範囲で性的行為に至った場合には、公務上の地位の濫用は類まれな事例においてしか否定されえない。反対に囚人に対して責任ある者の権限がささいであればあるほど、そして弱ければ弱いほど、つまり優越関係と従属関係による関係がわずかしき形成されていなければならないほど、このような地位の濫用の受け入れを排除するあるいはより詳細な根拠を必要とする帰結に至るような、囚人の性的行為への協力について行為者の地位が重要ではなかった事例あるいはその重要性が背景へと退く事例を容易に考えることができるのである。」

また BGH, NSiZ 1999, 349 におおしめ、作業療法グループ（Arbeitstherapiegruppe）のリーダーである女性とある四人が数度にわたって性交渉を行ったという事案について、前述の判例と同じ理論で BGH は一七四 a 条一項の成立を否定している。

このような二つの判例に対しては、「その地位を濫用して」の文言を排除する状況のためには、人的な関係を形成することについて制度上の依存関係のあらゆる影響が排除されていなければならず、BGH は本罪の公共の利益保護の側面を軽視しているとの批判がなされている<sup>(135)</sup>。

なおドイツ刑法一七四 a 条一項と日本刑法一九五条を比較する際に注意しなければならないことは、一七四 a 条一項の行為者の中には刑務所や拘禁施設に赴き被害者のケアをする看護士や療法士も主体として含まれているということである。日本の特別公務員暴行陵虐罪でカバーされている公務員の範囲は、そのような人ではなく必然的に大きな権限を有する警察官や看守者らであることから、日本刑法一九五条で問題となる範囲は、通常真の恋愛関係があっても被害者の承諾の許されない領域にあたるとみるべきであろう。

上述のように一七四 a 条一項は「その地位を濫用して」という個別具体的な自己決定権を捨象する文言が用いられているゆえに、多くの論者が本罪においては個人の自己決定権のみならず、公共の利益をも保護されていると解する。それに対して、一七四 b 条一項は「依存性を濫用して」の文言が用いられており、このような表現は個別具体的に当該依存状況に基づき個人の性的自己決定権が侵害されることを要求するものであるように思われる。

一七四 b 条一項の保護法益は、通説によれば一七四 a 条一項と同様に、第一に当事者の性的自由であり、第二にそこで列挙されている手続きの際の国家権力行使の完全性であり、第三にそれに対する公共の信頼である<sup>(136)</sup>。しかし上述のような文言の差異ゆえに本罪の保護法益を個人の性的自由のみとする見解も有力であり<sup>(137)</sup>、また通説の立場からも、そ

の文言上、個人の性的自由の侵害がなければたとえ公共の利益が侵害されても犯罪の成立は認められないとされている。<sup>(138)</sup>

このような条文の差異は、一七四 a 条一項においては被拘禁者らと行為者との間にはすでに特別な権力関係があるが、一七四 b 条一項においては行為者に特別な権力があるというよりは、条文中に列挙された者は自己に不利益な決定が下ること、とりわけ自由が剥奪されることを恐れているという事情を持つているに過ぎないことから生じるものである。<sup>(139)</sup>

それゆえ「依存性の濫用」は、行為者が明示的・默示的に、つまり公然とあるいは密かに当事者に対して彼が何らかの方法で手続きに不利益な影響を及ぼすという懸念を起し、そしてそれを、他人を従わせるための手段として利用する場合に、あるいは手続きが不利に運ぶのではないかという当事者のすでに存在している恐れを行為者がその人に有利な影響を与えることを約することによって利用した場合に基礎付けられることになる。<sup>(140)</sup> もしも、このような前提があるのであれば当事者と行為者の性的コンタクトのイニシアチブが当事者側からスタートした場合であっても、依存性の濫用は存在するし、<sup>(141)</sup> その一方で一七四 a 条一項の場合とは異なつて、真の恋愛関係であれば依存性の濫用は否定されることになる。<sup>(142)</sup>

つまり本条は、たとえ被害者が承諾したとしても「依存性を濫用して」のメルクマールが充足されるかぎり被害者の承諾には瑕疵があることになるし、<sup>(143)</sup> その一方で、「依存性を濫用して」のメルクマールが個人の性的自己決定権の保護を優先的な解釈の基準として<sup>(144)</sup> いることから、公共の利益が侵害されたかどうかにかかわらず、個人の利益侵害がなければ構成要件は充足されない、つまり、真意でなされた承諾は有効であるということになる。<sup>(145)</sup>

判例も同様の立場であり、被害者の承諾に重要性を認めているようである。

以上のことを要するに、ドイツ刑法一七四 a 条一項と一七四 b 条一項は、それが個人的法益に対する罪に分類されているにもかかわらず、通説ではさらに国家・公共の利益をも保護する規定と解されている。その一方で、特別な権力関

係にある当事者同士の性的関係が問題となる一七四a条一項は「その地位を濫用して」という文言ゆえに犯罪成立のために個別具体的な個人の性的自己決定権の侵害を要求しないが、一七四b条一項は、いまだそのような権力関係は存在していないので、「依存性を濫用して」という文言を用いて個人の性的自己決定権の侵害を要求することになる。このことが、一七四a条一項においては公共の利益が、一七四b条一項においては個人の利益が優先的に保護されていることを推測させ、またそれぞれの承諾論に影響を与えているのである。

## （二）ドイツ刑法三四〇条の議論

ドイツ刑法三四〇条（公務における傷害罪）は、日本における特別公務員暴行陵虐罪のうち暴行の部分を処罰対象とした犯罪類型である。当該条文の概略は前述したが、その法益論は、一九九八年四月一日に施行された第六次刑法改正をきっかけに大きく変化した。

第六次刑法改正以前は、三四〇条は個人の身体的な利益と国家の信頼という公共の利益を保護する規定であり、行為者の公法的義務を被害者は放棄することができないので、被害者の承諾は重要ではないとするのが通説的見解であった。<sup>(146)</sup>しかし、三四〇条三項で二二八条が参照され、被害者の承諾の有効性が明文上認められたことで、このような解釈は時代遅れのものとなった。<sup>(148)</sup>

現在の通説によれば、被害者の承諾は二二八条により同意の有効性が排除されない限り有効である。<sup>(149)</sup>ただし、この帰結を導くには二通りの考察方法がある。一つは、三四〇条の保護法益を個人のそれのみと解する方法と、三四〇条の保護法益は個人的法益と国家的法益であるが、両者の関係は重層的であると解する方法である。<sup>(150)</sup>どちらの見解に依拠してもその帰結は同様であるが、前者の見解の場合には、さらに二三三条（傷害罪）に比較して三四〇条の法定刑

が高いことを正当化しなければならなくなるだろう。ここでは、職務義務違反から生じた高められた可罰性を償うためには、そうでない場合に既存の量刑では少なすぎると立法者が考えたからだとする見解と、被害者の抵抗可能性が減少するといった個人的法益に関係した理由でその高い量刑を基礎付ける見解がある<sup>(153)</sup>。

それに対して第六次刑法改正後も、三四〇条に個人的法益保護と国家的法益保護という二重の保護機能をもとめ、被害者の承諾を原則無効にしようとする見解も存在する<sup>(154)</sup>。それは、三四〇条三項の範囲でなんとかそれを基礎付けようとする立場と、条文自体の改正を要求する立場とに分かれている。

前者の見解は、三四〇条の高められた量刑の根拠は傷害と結びついた通常は公的な利益を侵害する義務違反であるとし、そのことからまず三四〇条は個人の利益と具体的な公務執行についての公共の利益を保護する構成要件であると主張した<sup>(155)</sup>。そして二二三条を加重する三四〇条の構成要件は傷害の中に存在している国家機関による侵害に刑法的に明確に対抗するため、法治国家的に必要不可欠なものであり、そのような不法の内容は個人的法益の保護だけでは十分にカバーできないこと、そして三四〇条がまだ三〇章に分類されていること、第六次刑法改正の政府案で三四〇条を削除する提案がなされたにもかかわらず本条が維持されたことから、三四〇条が個人的法益保護の規定になったわけではないことを基礎付けた<sup>(157)</sup>。この見解によれば、三四〇条は公務員犯罪であり、許容された公務員の行為の限界は公法だけが画定するから、そうでないところでは承諾は無効となる<sup>(158)</sup>。三四〇条三項の参照規定の重要性は、この意味で被害者の承諾に限り相対化することになるのである。

他方後者の見解は、三四〇条三項が二二八条までをも含んだことはまったく不可解であると主張した<sup>(159)</sup>。なぜならこの条文の立場は、三四〇条はもはや公務員犯罪ではなく、公務員に対しては被害者の抵抗可能性が減少させられるので、個人の保護を補強するのに役立つ個人保護の規定であると理解することによってしか根拠付けることができないからで

ある。しかしそれは三四〇条が三〇章にあることは矛盾しており、将来的には同意（結果として二二八条の参照）は排除されるべきであるという。<sup>(16)</sup>確かに現行法上は、公務における傷害は常に良俗に反していると解することによって三四〇条三項の適切な運用は可能となるが、そのことは三四〇条三項が二二八条を参照していることと矛盾するから、立法者が公務員犯罪として三四〇条を維持したことに鑑みても、二二八条の参照は（二二四条から二二九条の間に偶然入り込んでしまったという意味でと思われるが）編集上のミスだったと結論付けている。<sup>(16)</sup>

なお、現行刑法下ではそれに関する判例はまだまだ出ていないようである。

以上のように現行ドイツ刑法では条文から被害者の承諾の有効性を容易に読み取ることができるともかわらず、いまだにその適用可能性は争われている。このような争いは被害者の承諾に関する条文のなかったかつての条文下ではなおさら激しいものであった。そして日本刑法にはこのような条文はなく、三四〇条三項制定前のドイツの議論は日本の議論のために非常に有用なものとなりうるだろう。それゆえ以下では、三四〇条三項が二二八条を参照する前の三四〇条の法益論、被害者の承諾の有効性に関する議論を紹介したい。

当時の通説的見解は、三四〇条に個人の利益保護と公共の利益保護という二つの側面を認め、被害者の承諾は無効であると解していた。<sup>(16)</sup>なぜならば、私人は公法的な義務を放棄することができないからである。また三四〇条を個人的法益に対する罪に分類した論者でさえも、被害者の承諾に関しては、公務員の義務違反が二二六a条（現行二二八条）の公序良俗違反にあたり、無効になると解するものがあつた。<sup>(16)</sup>

判例も通説と同様に三四〇条における被害者の承諾を無効と考えており、たとえばBGH, NJW 1983, 462は、州病院の保険監察施設に勤務していた被告人が、脳障害とアルコールを原因とした責任無能力状態で違法な行為をおこない収容されていた者（S）に対して金品と引き換えに酒を渡した事件で、被告人に収賄罪と公務における傷害罪の適用を

認めた。ここでの傷害結果は、収容者が飲酒によって酩酊状態に陥ったことである。当該事案ではまず収容者の飲酒は自傷行為ではないかと被告人側から主張がなされたが、B G Hは間接正犯あるいは不作為犯が成立することを明示して、その主張を排除した。<sup>(16)</sup>そして「被告人の行為の違法性については、Sがたとえば傷害に承諾していたということに左右されない。なぜなら公務員に与えられるべき権限の範囲は公法によって定められていて、被害者の同意は三四〇条の犯罪の際には重要でないからである」と判示したのである。<sup>(16)</sup>

しかし公共の法益保護の側面から被害者の承諾を無意味なものとするこれらの見解は、なぜ職務義務違反にすぎない行為がより重い三四〇条の不法を基礎付けるのかを十分に説明できていなかった。それゆえこのような疑問を排除するために、異なった理論から通説・判例と同じ帰結を導く更なる見解も主張された。

この見解によれば、職務義務違反と三四〇条は何の関係もなく、三四〇条で保護された国家・公共の法益は公務の適正な執行ではないという。<sup>(16)</sup>なぜならば、公務の適正な執行は国家と公務員の内部的法関係の問題であり、それは懲戒処分の対象にすぎないからである。<sup>(16)</sup>そして三四〇条は、国家と市民の関係を問題とする外部的法関係の問題である。<sup>(16)</sup>ここで問題となるのは、憲法的所有いは行政法的な行為義務であって、この義務は確かに個々の公務員によって実行されるが、公務員は単に国家の権利と義務を実行しているに過ぎない。そしてこのような国家と市民の外部的法関係は公務員の行為が違法であったとしても存在し、このような場合には国家は責任主体ではなく帰属主体であるので、国家と市民の外部的法関係における公務員の不法行為は、国家自身の不法行為となる。つまり、三四〇条の際には公務員は国家と市民の外部的法関係において個人の法益を侵害しており、彼はそのことによって国家に帰責される不法行為を犯しているのである。<sup>(17)</sup>

以上のことに鑑みれば、ここでの個人的法益の侵害は、同時に内部からの国家への侵害となる。<sup>(17)</sup>なぜなら基本権の

擁護を義務付けられた法治国家としての国家は、公務員の国家に帰責される形での基本権侵害によって部分的に非法治国家となってしまうからである。基本権は、法治国家の本質的な構成部分を表すので、不法な公務員の行為による基本権侵害と内部からの国家への侵害は不可分に関係している。ゆえに基本権に対するあらゆる不法の侵害は、同時に法治国家というその資質に対する国家への侵害になるのである。<sup>(17)</sup> この意味で、三四〇条に該当する行為には個人の法益侵害と国家の法益侵害が含まれていることになる。

そして論者によればこのような不法の特色をもつ公務員犯罪<sup>(178)</sup>において、被害者の承諾が有効か否かは、（以下のような）多元的な側面から検討しなければならないという。

まず市民に対する国家機関の優越性に鑑みると、同意が実際に当事者の「自律性」の表明であるかは疑わしい。<sup>(179)</sup> 同意の自律性に疑問があるからといって常に同意が顧慮するに値しなくなるわけではないという批判はあるが、しかし両者の様々な依存性に鑑みて自律性の立証は疑わしく、ほとんどの事例で証拠不十分になってしまいうだろう。それゆえ公務員が無罪判決をうけたときにも、彼が無理やり同意をさせたのではないかという疑いが残ることになり、それは法治国家にとって有害である。<sup>(180)</sup> また、公務員が法的に与えられていない権限を同意で補おうとすることが多く、そうすると許容される強制と許容されない強制の限界が確認できなくなることも問題である。<sup>(181)</sup> さらに同意で公務員の権限を補うことができるのとすると、任意に同意した者が後になってから、例えば損害賠償を主張するためにあるいは嫌いな公務員に仕返しをするために、同意は彼に強制されたものであると主張する危険を排除することができなくなる。<sup>(182)</sup> こういった意味で、被害者の承諾の有効性を認めることは、様々な危険を伴っているのである。

また法的に規定されていない有効な同意を認めることは、国家の行為目標と目的の決定を私人と公務員の手に委ねることになる。<sup>(183)</sup> しかし公務員の個人的法益の侵害についての権限は憲法の問題であって、憲法によって引かれた限界は

刑法をも拘束する。<sup>(179)</sup>

以上のことから、論者は、国家に不法が帰責する犯罪(Staatszurechnungsdelikt)においては、法がそれを規定していない限り、被害者の承諾は無効であると結論付けたのである。<sup>(180)</sup>

このように、第六次刑法改正前の三四〇条は、国家的法益と個人的法益とともに保護する規定であって、また被害者の承諾は無意味なものであると解されるのが通説であった。

しかしその一方で、三四〇条における被害者の承諾は有効であるとする少数説も第六次刑法改正前から有力に主張されていた。<sup>(181)</sup>

それによれば、特別公務員犯罪の法益を個人の法益に加えて「国家機構の機能化」<sup>(182)</sup>だと解したとしても、それが被害者の承諾を受け入れることと対立するかは検討が必要であるという。つまり国家的法益保護を根拠に被害者の承諾の無効性を主張する者は、同時に市民の同意が常に公務員犯罪の構成要件の中で共に保護されている国家的な機関の機能可能性を減少させることをも主張しなければならないというのである。そして、服務規定に反して軍医に献血を申し出た兵士は、むしろ医療業務の遂行力を高めているといった事情から、常にそのような関係にはならないと主張した。<sup>(183)</sup>

またここで加えられる法益が「公共の信頼」<sup>(184)</sup>だとしても、公務執行の適法性の信頼は公務が違法な場合のみ侵害され、結果として個人的利益の侵害に左右される、つまりここでの公共の信頼は副次的な性質しかもっていないと主張した。<sup>(185)</sup> 公共の信頼は傷害が違法であるときにのみ侵害されうるのであって、それについて決定するのは個人的法益の正当化事由であるから、「純粹な公務の執行」が単独で保護されることは決してないという。

以上のことを要するに、結局個々の事例において、三四〇条における国家・公共の法益は同意が存在する場合には侵害されない性質であるか、個人の法益に対して副次的な性質をもつに過ぎないから、市民が自由に身体の完全性という

基本権を処分できる範囲で、その有効性は認められることになる。<sup>(186)</sup>

三四〇条におけるかつてのドイツの通説は、虚偽告訴罪でいうところの択一的保護説の立場であったということができるだろう。公務における傷害罪では個人の身体的な完全性と適正な公務の執行といった国家・公共の利益がともに保護されていて、後者の侵害を正当化できないゆえに被害者の承諾は無効となるのである。それに対して、有力説は個人的法益保護説あるいは重層的保護説の立場であった。国家・公共の法益は少なくとも個人のそれとは独立に保護されることはなく、ゆえに被害者の承諾は三四〇条の不法を排除することができるのである。

### 三 私見

#### （一）特別公務員暴行陵虐罪の保護法益

特別公務員暴行陵虐罪は、国家的法益と個人的法益がともに保護されているようにみえる犯罪類型のひとつである。このような犯罪における被害者の承諾の有効性を検討するには、まずその保護法益が実際に何であるかを検討しなければならぬだろう。

特別公務員暴行陵虐罪において、個人の法益が保護されていることは明らかであるように思われる。なぜならば特別公務員暴行陵虐罪が成立した場合に別個、個人法益に対する罪（たとえば暴行罪<sup>(187)</sup>）が成立しないからであり、また一九六条に個人的法益に関係した結果的加重犯の規定が存在しているからである。<sup>(188)</sup>

それでは施設の機能や公共の信頼といった国家的な法益はどうであろうか。この問いは、なぜ特別公務員暴行陵虐罪でおこなわれた暴行は通常の暴行罪よりも重く処罰されるのかという問いが明らかになってくれるように思われる。ここ

では、行為者が公務員であるということは直接の根拠ではないであろう。なぜならば仮に、単なる身分の問題として「特別な権威の与えられている公務員が暴行をおこなったこと」が、暴行罪の加重事由になっているのならば、一九五条の行為は職務の執行中に限られる必要はないからである。それは特別公務員がふるうあらゆる暴力に当てはまるだろう。ここで重要なのは、一九五条で列挙された行為者が公務執行中に暴行陵虐をしたという、加重的な行為態様なのである。このような行為態様が通常の行為形態よりも重く処罰されるのは、この態様における個人的法益の侵害あるいはその危険が通常の犯罪構成要件（たとえば暴行・傷害罪）でカバーできないほど大きいからであろうか。おそらくそうではないだろう。公務員の質をある程度保証する制度と環境の整った法治国家的な現代社会においては、このような懸念はそれほど大きなものではないように思われる。ここではむしろ、そのような行為によつて公務の正常な執行や施設の機能、それに対する公共の信頼が侵害されることが、それを加重する根拠となっているのだろう。刑法典の分類は一材料にしかすぎないが、一九五条が汚職の罪に分類されているのも、そういう理由からであるように思われる。これらのことに鑑みると、特別公務員暴行陵虐罪では施設の機能・公共の信頼といった国家・公共の法益も保護されていると解することができるのである。

それでは、特別公務員暴行陵虐罪では国家的法益と個人的法益のどちらも保護されているとして、その関係はどのようなものであろうか。択一的な保護というのであれば、ここでの被害者の承諾は無意味であるし、重層的保護というのであれば、被害者の承諾は有効でありうる。本稿では後者の立場をとりたい。なぜなら特別公務員暴行陵虐罪において個人的法益のみが侵害されたというのであれば、それは個人的法益に対する罪で処罰する程度の不法しか有していない行為であつて、逆に国家的法益のみが侵害されたというのであれば、それは特別公務員暴行陵虐罪で規定する法定刑には到底及ばない不法内容しか有さない行為であると考えからである。虚偽告訴罪でも主張したとおり、条文が予定し

ている不法の内容は、二つの法益侵害分であるというべきであろう。

しかし、これらのことから即座に被害者の承諾は常に有効であると断言することはできない。

なぜなら、それは最近の日本学説が特別公務員暴行陵虐罪との関係で指摘し、またドイツ学説がドイツ刑法一七四a条一項と一七四b条一項との関係で前提としている事実であるのだが、このような状況下での被害者の承諾の真意性は疑わしいからである。被害者が法益侵害への承諾によって法益（あるいは法的保護）を放棄するためには、このような承諾が被害者の自己決定の表明であるといえることが必要であり、本条では典型的にそれが疑わしい場合であるように思われるのである。ゆえに、以下ではこの点について若干の検討をおこないたい。

## （二）有効な承諾のための要件

本稿の立場によれば、特別公務員暴行陵虐罪は国家的法益と個人的法益を重層的に保護している。個人は個人的法益にかかる部分を放棄することができ、個人的法益侵害の欠如は、特別公務員暴行陵虐罪の成立自体を否定する。

この承諾は純粹に個人的法益に関係した性質をもっていることから、他の犯罪と同様に法益所有者の自己決定が重要である、つまり個人が自律的に法益を処分した（法的保護を放棄した）<sup>(189)</sup>といえることが、有効な承諾のためには必須の条件である。そして本条の承諾が、通常の（個人的法益のみを保護した）承諾と異なる点は、一点であるように思われる。つまり、被害者は特別な状況下にあり、また行為者と被害者は特別な力関係にあるのだから、そこでなされた承諾の真意性は疑わしいということである。とりわけ二項における拘禁等、自身の活動の自由が著しく奪われた状況では、迎合やおもねりはもとより、被拘禁者が真意でなしたと思ひ込んでいる承諾にも、瑕疵が入り込んでくる可能性があるであろう。

たとえば平成一五年判決においては、被拘禁者は外国人であり、また同室の女性被疑者が亡くなり、精神的に不安定になっていた。このような状況下で、被告人が相談相手として現れれば、通常ならば好意を抱かない相手であっても、そのような心理状態に陥りやすくなるだろう。またそうでなくとも拘禁状態は精神的な負担になるものであるし、看守者らは被拘禁者らが接触する数少ない人物でもある。つまりここで起こりうる承諾は、人為的（制度的）に選択肢が狭められた、そもそも不自由な状況下での承諾といえる。もちろんこのような状態は一般社会でも十分に考えられるし、その承諾をすべて無効ということはできないが、国家的な強制制度にその原因があるのであれば、そのような制度を用いる国家の責任として、被拘禁者らの真の性的自己決定権を保護する必要があるように思われるのである。

またこのような特別な顧慮の必要性は理論的にも肯定されるだろう。というのも詳細は次章で述べるが、人為的になされた自由剥奪状況（強制状況）下での承諾は、本来ならば他に存在するはずの選択肢が制限されたという点で不自由であり、そのような強制状況が承諾を搾取するために意図的に作出された場合には承諾は常に無効であり、それが意図せずに作出された場合には作出者は可能な限り不自由な承諾の排除に努めなければならない、つまり当該強制状況から逃れる方法が他にない場合を別として承諾を利用してはならないと解するべきである。それを本条に当てはめると、国家が作出した自由剥奪状況と因果関係のある承諾を、国家の代理人である公務員は利用してはならない。それにもかかわらず、瑕疵ある承諾に基づいて一九五条（二項）に該当する行為をおこなったものは、当該条文によって処罰されることになるのである。

確かに、拘禁状態にある者のこのような自己決定はすべて瑕疵があるということとはできない。事後的にはともかく、行為時には当事者が精神的苦痛を受けていないことは大いにありうるだろう。しかし、このような過剰ともいえるパターンリズム的な被拘禁者の保護は、拘禁という制度を有する国の責任として行わなければならないものであるように思わ

れるのである。<sup>(19)</sup>

以上のことを要するに、確かに理論上は特別公務員暴行陵虐罪において被害者の承諾がその犯罪性を排除する余地はあるが、本条二項が前提とする状況下では、その承諾の真意性は高度の蓋然性をもって否定されるのであり、実質的には被害者の承諾は無効となるものである。ただし、高度の蓋然性が裏返る場合、たとえば拘禁以前に夫婦や婚約者、恋人同士であった被拘禁者と看守者との間で性的な行為等がおこなわれた場合は、そのような強制状況が被害者の承諾の真意性になんら影響をあたえていないので、有効となりうる。

また警察官等の公務を対象とした一九五条一項の場合にも同様のことがあてはまる。ここでは警察官らは、国家によって強度の権力を与えられているのであって、このような権力は瑕疵ある被害者の承諾を導きやすくする。そして国家は、国家の代理人としての公務員が、自らの与えた権力によって不正に得た承諾を利用することを妨げなければならないのである。とはいえ、本項ではなお自由剥奪状態にない市民をもその保護の対象としているので、二項と比較して被害者の真の自由はなお残されているといえるだろう。一項では二項よりも詳細に、被害者がおかれている状況を加味して特別公務員の権限と被害者の承諾の因果関係を検討しなければならない。この点で、一項は二項よりも被害者の承諾の有効性を認める余地が広くなるであろう。

また同様のことが法益侵害の問題だけではなく、平成一五年判決で争われた構成要件メルクマール「陵虐」においても言えるだろう。「陵虐」とは確かに精神的に苦痛を与えることであるが、これは一般的・類型的にそのような行為を意味しているにすぎないと思われる。なぜならば、被害者が実際に（行為時に）精神的苦痛を感じなければならないとすると、精神的な疾患などにより苦痛を感じにくい者の保護が困難となってしまうからである。「陵虐」とは、一般的・類型的に見てそのような苦痛を与える行為一般であって、個人の人格権を侵害する行為であるといえよう。つまり、個

別具体的な個人法益の侵害と「陵虐」のメルクマールは被害者の承諾の範囲内ではリンクしているのである。

#### 四 まとめ

国家的法益と個人的法益がともに保護されているようにみえる犯罪類型において、被害者の承諾の有効性は、まず実際の保護法益が何であるかということから検討しなくてはならない。そして特別公務員暴行陵虐罪においては、国家的法益・個人的法益の双方が重層的に保護されていることが明らかになった。そのため国家的法益と個人的法益の二つが侵害されて始めて特別公務員暴行陵虐罪が成立するので、被害者の承諾によって個人的法益の侵害が欠如すれば、それは本条として処罰されないことになる。

しかし、本条においては被害者がおかれている特別な状況、あるいは特別な権力関係ゆえに、被害者の承諾の真意性が問題となりうる。当事者間の権力の差や被害者がおかれている拘禁状態は被害者の瑕疵ある承諾を典型的に招きやすくするので、そのような状況を社会的なシステムとして作り出した国家は、被害者が本来的には自律的でない承諾を表明する機会を減らすような保障をしなくてはならない。つまり被害者の自由を剥奪する状況を作出した国家の代理人（公務員）は、このような抑圧状況から生じた承諾を用いて侵害を行うことができないのであって、抑圧状況ゆえの承諾ではないという事情が明らかではない限り、すべての承諾を無効とすべきである。ここでは高度の蓋然性をもってその真意性が否定されており、そのような推定は国家の責任として正当化されているといえよう。そして、このような類型的な承諾の無効がくつがえされるような事情がある場合にのみ、被害者の承諾は有効とみなされるべきである。

#### 第四節 小括

国家・公共の法益に対する罪と被害者の承諾の関係はこれまでの議論から決して無関係ではないことが明らかになったように思われる。とりわけ国家・公共の法益と個人の法益がともに保護されているように見える構成要件については、十分な考察が必要となる。

このような類型ではまず当該構成要件で実際に保護されている法益は何であるのかを検討しなければならないだろう。そのことによって、虚偽告訴罪のように、個人の法益を保護しているようにみえても、実際には国家・公共の法益の保護にしか貢献していない犯罪を発見し、結果として被害者の承諾の有効性を否定することができるようになる。この点について大きなヒントを与えるのは、当該構成要件の刑法典上の分類であり、文言であり、法定刑であり、また他罪との競合関係である。

他方、特別公務員暴行陵虐罪のように、国家・公共の法益と個人の法益がともに保護されているときには、それが一次的に保護されているのか重層的に保護されているのかを検討しなければならない。しかし、おそらく複数の法益を保護するほとんどすべての構成要件において、それは重層的に保護されていると考えるのが自然であろう。ここでは二つの法益侵害分の不法が当該罪の不法だからである。ゆえに被害者の承諾の余地は十分あるということになる。

しかし国家・公共の法益と個人の法益が重層的に保護されている場合には、専ら個人的法益を保護する罪と比較して、その承諾の有効性に関して更なる考慮が必要となる場合がある。とりわけ公務員が主体となった犯罪類型の場合には、特別な権力関係など、個人の自由を狂わせてしまいかねない事情が存在する可能性があるからである。このような事情は、承諾の真意性を高度に疑う要素となりうる。被害者の真の自由を保護するために、そして法治国家の責任として、

場合によっては承諾の真意性が類型的に否定されなければならないだろう。そして、この類型に明らかにあてはまらないものに限り、被害者の承諾の有効性が認められるべきである。

- (1) 大谷實『刑法講義総論』(新版第二版、二〇〇七、成文堂)二五九頁、山口厚『刑法総論』(第二版、二〇〇七、有斐閣)一五四頁以下、大塚仁『刑法概説(総論)』(第三版増補版、二〇〇六、有斐閣)四〇〇頁、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)一〇七頁、齋野彦弥「社会的法益と同意」現代刑事法五九号(二〇〇四)四七頁。

Lenchert, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, 2006, Vorbem §32ff., Rdn. 36; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Auflage, 2006, §13, Rdn. 33; Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 36. Auflage, 2006, Rdn. 372; Hirsch, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1994, Vor §32, Rdn. 114; Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996, S. 380; Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, 1992, Rdn. 42ff.; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1991, 7. Abschn., Rdn. 114.

- (2) 西田典之ほか「事例で学ぶ刑法(事例10(2))」法学教室三一九号(二〇〇七)九一頁、大塚仁『刑法概説(各論)』(第三版補訂版、二〇〇五、有斐閣)四五二頁、齋野・前掲論文(脚注(1))五三頁以下参照。

この点についてはドイツにおいても同様である(Vgl. Hirsch, aaO(Ann.1)), Vor §32, Rdn. 115.)。

私文書偽造における承諾に関しては大谷實『刑法講義各論』(新版第三版、二〇〇七、成文堂)四五二頁以下、西田典之『刑法各論』(第四版、二〇〇七、弘文堂)三四六頁、前田雅英『刑法各論講義』(第四版、二〇〇七、東京大学出版会)四四六頁、松宮孝明『刑法各論講義』(二〇〇六、成文堂)三六二頁以下、川端博『刑法各論概要』(第三版、二〇〇三、成文堂)二六八頁、福田平『刑法各論』(全訂第三版増補、二〇〇二、有斐閣)八九頁を参照。

一方で、内田文昭「名義人の承諾と文書偽造罪の成否」研修三九六号(一九八二)八頁は、「社会的法益・国家的法益に関する犯罪にあっても、理論的には、構成員『全員』の承諾があれば構成要件不該当となり、あるいは、違法性が阻却

される可能性は存在する」として、その例に文書偽造罪における「名義人の承諾」を挙げている。この承諾は、「名義人の承諾」という表現を用いてはいるが、名義人が全責任を負うことによって、取引関係人になんらの危険をも生じさせることなくしに文書が通用しうるものであることを、「関係者」（社会）が「承認」していることだと解されているから、正確には「関係者（社会）の承諾」であるといえるだろう。しかし、「名義人の承諾」が即座に「社会の承諾」に繋がるかは疑問の余地があるように思われる。

(3) ゆえに名義人の承諾は、文書偽造罪の成否になんら影響をもたらない場合もある。たとえば道路交通法違反（免許証不携帯）の交通事件原票の供述書欄に、本人の同意を得て別人の名を署名した被告人が私文書偽造罪に問われた事例において、最決昭五六年四月八日刑集三五・三・五七は、本件供述書は「その文書の性質上、作成名義人以外の者がこれを作成することは法令上許されないものであって、右供述書を他人の名義で作成した場合、あらかじめその他人の承諾を得ていたとしても、私文書偽造罪が成立する」として、私文書偽造罪の成立を認めた。

(4) 佐伯・前掲論文（注（1））一〇七頁、齋野・前掲論文（注（1））四七頁以下。

(5) 大塚・前掲書（注（2））三六九頁、大谷・前掲書（注（2））三八四頁以下、西田・前掲書（注（2））二七〇頁、前田・前掲書（注（2））三六九頁、松宮・前掲書（注（2））三二五頁、福田・前掲書（注（2））六五頁参照。

(6) 齋野・前掲論文（注（1））五〇頁。

(7) 齋野・前掲論文（注（1））五〇頁。

(8) Vgl. Peter Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955, S. 117ff.

(9) 誣告罪の沿革の詳細については、岡藤重光編『注釈刑法（4）』（一九六五、有斐閣）二六二頁（田宮裕）、江家義男「誣告罪の本質」江家義男教授刑事法論文集刊行委員会編『江家義男教授刑事法論文集』（一九五九、早稲田大学出版部）五四頁以下を参照。

(10) 岡田朝太郎『日本刑法論（六）』（一八九五、有斐閣書房）八六五頁以下。

(11) 磯部四郎『改正刑法正解』（復刻版、一九九五、信山社）三五五頁、田中正身『改正刑法釈義下巻』（一九〇八、西東書房）六七四頁。

(12) 中嶋晋治『現行刑法対比改正刑法草案理由』（一八八九、有斐閣書房）一七三頁。

- (13) 磯部・前掲書(注(11)) 三五五頁。
- (14) 磯部・前掲書(注(11)) 三五五頁、田中・前掲書(注(11)) 六七四頁、中嶋・前掲書(注(12)) 一七三頁。
- (15) 大場茂馬『刑法各論下巻』(一九一〇、巖松堂書店 七七〇頁以下、磯部・前掲書(注(11)) 三五五頁、田中・前掲書(注(11)) 六七四頁。
- (16) 団藤重光『刑法綱要各論』(第三版、一九九〇、創文社) 一〇九頁、石川才顕「誣告罪―罪質」福田平ほか編『演習刑法各論』(一九七六、青林書院新社) 五一頁、江家・前掲書(注(9)) 六四頁以下。
- (17) 江家・前掲書(注(9)) 六四頁。
- (18) 石川・前掲書(注(16)) 五一頁。
- (19) 江家・前掲書(注(9)) 六四頁以下。
- (20) 小暮得雄ほか編『刑法講義各論』(一九八八、有斐閣) 五四六頁〔神山敏雄〕。
- (21) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第8巻』(第二版、二〇〇一、青林書院 三三九頁〔徳江義典ほか〕。
- (22) 江家・前掲書(注(9)) 七四頁、団藤・前掲書(注(16)) 一〇九頁、石川・前掲書(注(16)) 五三頁。
- (23) 岡田・前掲書(注(10)) 八六五頁以下。
- (24) 山口厚『刑法各論』(補訂版、二〇〇五、有斐閣) 五九四頁以下、岡野光雄『刑法要説各論』(第四版、二〇〇三、成文堂) 三四八頁、橋本正博「虚偽告訴等の罪の保護法益と危険概念」現代刑事法五四号(二〇〇三) 一七頁以下、平川宗信『刑法各論』(一九九五、有斐閣) 一八九頁、大塚・前掲書(注(2)) 六一三頁、大谷・前掲書(注(2)) 五八八頁、西田・前掲書(注(2)) 四三八頁、前田・前掲書(注(2)) 五五四頁、福田・前掲書(注(2)) 三九頁以下、田宮・前掲書(注(9)) 二六二頁以下、神山・前掲書(注(20)) 五四六頁以下、徳江ほか・前掲書(注(21)) 三三九頁。
- (25) 田宮・前掲書(注(9)) 二六三頁、神山・前掲書(注(20)) 五四六頁。
- (26) 田宮・前掲書(注(9)) 二六三頁。
- (27) 大塚・前掲書(注(2)) 六一三頁、大谷・前掲書(注(2)) 五八八頁、西田・前掲書(注(2)) 四三八頁、前田・前掲書(注(2)) 五五四頁以下、徳江ほか・前掲書(注(21)) 三三九頁。
- (28) 大塚・前掲書(注(2)) 六一三頁、大谷・前掲書(注(2)) 五八八頁、徳江ほか・前掲書(注(21)) 三三九頁。

なお大塚・六一三頁によれば、承諾にもとづく虚偽告訴は情状により可罰的違法性がみとめられないこともあるという。  
 (29) 西田・前掲書(注(2))四三八頁、前田・前掲書(注(2))五四四頁。  
 (30) それゆえこのような見解が外国への虚偽告訴を規定の対象に含まないとするのは(徳江ほか・前掲書(注(21))三三四頁参照)矛盾である。

(31) 大判大元年二月二〇日刑録一八・一五六六。

(32) 大判大二年五月二日刑録一九・五四一。

(33) 学説の一部は「判例は筋が通っており、誣告罪の法益の多元性を有罪方向に便宜利用している」という批判をおこなっているが(田宮・前掲書(注(9))二六四頁、そもそも択一的保護説とは、国家的法益と個人的法益のどちらか一方でも侵害されれば、虚偽告訴罪の成立を認めるという見解であるのだから、このような批判は的を射ていない。

(34) 田宮・前掲書(注(9))二六六頁、神山・前掲書(注(20))五四六頁以下。

(35) 田宮・前掲書(注(9))二六五頁。

(36) 大塚・前掲書(注(2))六一六頁、大谷・前掲書(注(2))五八八頁、西田・前掲書(注(2))四三八頁、前田・前掲書(注(2))五五四頁、松宮・前掲書(注(2))四五五頁、徳江ほか・前掲書(注(21))三三〇頁、岡野・前掲書(注(24))三四八頁。

(37) 江家・前掲書(注(9))七二頁、石川・前掲書(注(16))五二頁。

(38) 平野龍一『刑法概説』(一九七七、東京大学出版会)二九八頁以下、木村龜二『刑法各論』(一九五八、法文社)三三三頁、福田・前掲書(注(2))三九頁以下、田宮・前掲書(注(9))二六六頁以下、神山・前掲書(注(20))五四六頁以下、岡野・前掲書(注(24))三四九頁、橋本・前掲論文(注(24))二二頁、平川・前掲書(注(24))一八九頁。また、山口・前掲書(注(24))五九四頁以下も同旨である。

(39) 橋本・前掲論文(注(24))二二頁。

(40) 江家・前掲書(注(9))七三頁、石川・前掲書(注(16))五三頁。

(41) Vgl. Hirsch, Zur Rechtsnatur der falschen Verdächtigung, in: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978, S. 323 (以下、Hirsch, in: Schröder-G.S., 276) ; Winnich Langer, Die falsche Verdächtigung, 1973, S. 26.

- (42) Vgl. *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 323.
- (43) Vgl. *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 323.
- (44) Vgl. *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 324.
- (45) Vgl. *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 325.
- (46) RGSt 23, 371, 373.
- (47) 個人の名誉を重視するプロイセン刑法下では、被誣告者に人的な不可罰事由があることを黙秘していた告訴者の罪責は否定されていた (Vgl. RGSt 23, 371, 372.)。
- (48) RGSt 59, 34.
- (49) RGSt 29, 54.  
ライヒ裁判所は、被告人の行為は単なる侮辱にすぎないと説明している。
- (50) *Rudolphi/Rogall*, Systematischer Kommentar zum StGB, 7. Auflage, 2003, §164, Rdn. 1ff.; *Axel Deutscher*, Falsche Verdächtigung eines Schuldigen durch falsche Beweismittel – BGH, NJW 1988, 81, JuS 1988, 527ff.; *Langer*, a.a.O.(Anm.(41)), S. 35ff.
- (51) *Langer*, a.a.O.(Anm.(41)), S. 48ff.
- (52) とりわけドイツにおける虚偽告訴罪の議論はそれぞれの説の批判によって構成されることが多い。なぜなら個人的法益保護と国家的法益保護のすべての組み合わせが出尽くしており、これらのうちいずれかの説が正解ということになるから、他のすべての説を否定すれば、残りの説が適切だという帰結が導かれるのである (Vgl. *Langer*, a.a.O.(Anm.(41)), S. 35.)。そしてこのような批判の過程で、必然的に自説の主張がおこなわれることになる。
- (53) *Deutscher*, a.a.O.(Anm.(50)), 529.
- (54) *Langer*, a.a.O.(Anm.(41)), S. 44.
- (55) 刑法一六五条は誤って有罪判決を受けた被誣告者が、それが虚偽告訴に基づくものであったことを公示するための権利を規定している。
- (56) *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, 2006, §164, Rdn. 2; *Wolfgang Ruß*, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1999, §164,

- Rdn. 3.
- (57) *Langer*, aa.O.(Anm.(41)), S. 46.
  - (58) *Gerd Geilen*, Grundfragen der falschen Verdächtigung (§164 StGB), Jura 1984, 251; *Lenchner*, aa.O.(Anm.(56)), §164, Rdn. 2.
  - (59) *Winnich Langer*, Aktuelle Probleme der falschen Verdächtigung, GA 1987, 293.
  - (60) *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 316ff.
  - (61) ドイツ刑法一四五d条一項一号「間違っていると知りながら官署若しくは告発を受け入れる権限のある機関に、違法な行為がおこなわれたことを欺罔した者は、その行為が一六四条、二五八条又は二五八a条で処罰されないときは、三年以下の自由刑又は罰金に処する」なお二五八条は犯人隠匿罪を、二五八a条は公務における犯人隠匿罪を規定している。
  - (62) *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 318.
  - (63) *Langer*, GA 1987(Anm.(59)), 294.
  - (64) *Langer*, GA 1987(Anm.(59)), 294.
  - (65) ただし、被誣告者の承諾は刑法一六五条の権利を被誣告者から剥奪するものとなる (Vgl. *Rudolph/Rogall*, aa.O.(Anm.(50)), §164, Rdn. 46.)
  - (66) *Eberhard Schmidhäuser*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, 1983, 6. Kapitel, Rdn. 6; *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 307.
  - (67) *Langer*, aa.O.(Anm.(41)), S. 44.
  - (68) *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 313.
  - (69) *Langer*, aa.O.(Anm.(41)), S. 44.
  - (70) *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 314.
  - (71) *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 313.
  - (72) 一八五条は侮辱罪の規定であり、二年以下の自由刑又は罰金が規定されている。二二三条は傷害罪で五年以下の自由刑又は罰金、二三九条は監禁罪で五年以下の自由刑又は罰金、二四〇条は強要罪で三年以下の自由刑又は罰金が科されている。

- る。なおラウガーが論文を発表した当時は、傷害罪の法定刑は三年以下の自由刑又は罰金であった。
- (73) *Langer*, a.a.O.(Anm.(41)), S. 49.
  - (74) *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 315.
  - (75) *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 316ff./S. 320ff.
  - (76) *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 317ff.
  - (77) *Horst Schröder*, Zur Rechtsnatur der falschen Anschuldigung, NJW 1965, 1890; *Geilen*, a.a.O.(Anm.(58)), 251.
  - (78) ドイツ刑法一六四条二項「同じ意図で一項に示された場所に又は公的に、間違っていると知りながら、他人についてその者に対する信署の手續を又は他の信署の処分を惹起させ若しくは継続せしめるような種類の事實的なその他の主張をおこなった者は、同様に処罰する」
  - (79) *Rudolphi/Rogall*, a.a.O.(Anm.(50)), §164, Rdn. 3; *Lenckner*, a.a.O.(Anm.(56)), §164, Rdn. 2.
  - (80) *Lenckner*, a.a.O.(Anm.(56)), §164, Rdn. 2.
  - (81) 但し、ともに保護された個人的法益を過小評価してはならないとして、重層的保護説に立つ論者もある (Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, 1995, §17, Rdn. 99; *Mitsch*, Die erschlichene Abtreibung, Jura 1988, 204.)<sup>o</sup>
  - (82) *Hirsch* in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 320; *Rudolphi/Rogall*, a.a.O.(Anm.(50)), §164, Rdn. 2; *Deutscher*, a.a.O.(Anm.(50)), 528; *Ruß*, a.a.O.(Anm.(56)), §164, Rdn. 2; *Geilen*, a.a.O.(Anm.(58)), 251.
  - (83) *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, 2007, §164, Rdn. 1ff.; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht Besonderer Teil/1, 30. Auflage, 2006, Rdn. 688; *Arzt/Weber*, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, 2000, §48, Rdn. 1; *Lenckner*, a.a.O.(Anm.(56)), §164, Rdn. 2; *Ruß*, a.a.O.(Anm.(56)), §164, Rdn. 3; *Schröder*, a.a.O.(Anm.(77)), 1890.
  - (84) BGH, NJW 1952, 1385.
  - (85) BGH, JR 1965, 306.
  - (86) BGHSt 5, 66.
  - (87) *Meyer*, OLG Düsseldorf, NJW 1962, 1263.

原審は個人の法益の欠如は一六四条ではなく一四五d条の適用に導くとして個人的法益保護説を採っていた。

- (88) また被告人の予見とは別の者に嫌疑がかかった事例において、BGHは虚偽告訴罪が司法の利益と個人の利益の保護に貢献することを指摘した上で、「行為が司法の侵害である限り、(中略)その人に嫌疑がかかることを予見していなかった他人が最終的に疑われたことは本質的な差異をなさない」として虚偽告訴罪の成立をみとめている(BGHSt 9, 240)。

- (89) BGHSt 5, 66, 68.

- (90) *Lenchner*, a.a.O.(Anm.(56)), §164, Rdn. 2; *RuB*, a.a.O.(Anm.(56)), §164, Rdn. 3; *Geilen*, a.a.O.(Anm.(58)), 251; *Schröder*, a.a.O.(Anm.(77)), 1890; *Meyer*, a.a.O. (Anm.(87)), 1263ff.

Vgl. auch *Heinz Zif*, *Einwilligung und Risikobehaltung im Strafrecht*, 1970, S. 23ff.

- (91) *Arzt/Weber*, a.a.O.(Anm.(83)), §48, Rdn. 2.

- (92) ただし折一的保護説に依拠しつつも、二つの条文の存在が疑われることに注意すべきである (Vgl. *Hirsch*, in: *Schröder-G.S.(Anm.(41))*, S. 317ff.)。

- (93) *Hirsch*, in: *Schröder-G.S.(Anm.(41))*, S. 310; *Langer*, a.a.O.(Anm.(41)), S. 38; *Rudolph/Rogall*, a.a.O.(Anm.(50)), §164, Rdn. 2.

- (94) *Langer*, a.a.O.(Anm.(41)), S. 38.

- (95) *Langer*, a.a.O.(Anm.(41)), S. 40.

Vgl. auch *Rudolph/Rogall*, a.a.O.(Anm.(50)), §164, Rdn. 2.

- (96) また旧刑法下では、被誣告者が虚偽告訴によって処罰されたか否かで刑が異なっていた点にも注意すべきであろう(岡田・前掲書(注(10))八七一頁参照)。

- (97) 大判大三年一月三日刑録二〇・二〇〇一、大塚・前掲書(注(2))六一五頁、大谷・前掲書(注(2))五八九頁、団藤・前掲書(注(16))一一四頁、徳江ほか・前掲書(注(21))三四九頁、山口・前掲書(注(24))五九六頁。

- (98) 大塚・前掲書(注(2))六一八頁、大谷・前掲書(注(2))五九〇頁、西田・前掲書(注(2))四四一頁参照。また山口・前掲書(注(24))五九七頁以下は、本罪の目的は主観的違法要素ではなく、処罰を限定する要件であると説明している。

- (99) 伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法第二巻準刑法編』(一九八九、立花書房) 九二頁、稲田輝明ほか「軽犯罪法」平野龍一ほか編『注解特別刑法7風俗・軽犯罪編』(第二版、一九八八、青林書院) 八八頁。
- (100) 伊藤ほか・前掲書(注(99)) 九四頁、稲田ほか・前掲書(注(99)) 九〇頁。
- (101) ただし、法益侵害は実質的な構成要件該当性を決定する上で重要な要素であるから、それを重要でないと切り切ってしまうこともむきなうであらう(Vgl. Langer, GA 1987/Anm(59), 294.)。
- (102) 山中敬一『刑法総論I』(二〇〇〇、成文堂) 二〇四頁、内藤謙『刑法講義総論(中)』(一九八六、有斐閣) 五九三頁、大谷・前掲書(注(1)) 二六一頁、佐伯・前掲論文(注(1)) 一一三頁。
- Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 81; Lenckner, aaO(Anm(1)), Vorbem §832ff. Rdn. 34; Roxin, aaO(Anm(1)), §13, Rdn. 49; Hirsch, aaO(Anm(1)), Vor §32, Rdn. 106ff.; Zipf, aaO(Anm(90)), S. 22.
- この点は危険引受けについても同様である(塩谷毅「被害者の危険引受けについて」刑法雑誌四五巻二号(二〇〇六)一八六頁、深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要九号(二〇〇〇)一三七頁以下参照)。
- (103) 実際の個人的法益保護説を採るシュミットホイザーは、虚偽告訴罪を抽象的危険犯と理解している(Schmidhäuser, aaO(Anm(66)), 6. Kapitel, Rdn. 6.)。
- (104) 木村・前掲書(注(38)) 三三二頁以下。
- (105) 田宮・前掲書(注(9)) 二六五頁、平野・前掲書(注(38)) 二九〇頁。また個人的法益の内容として明記されているわけではないが、大塚・前掲書(注(2)) 六一三頁は、ここで侵害される個人の利益を私生活の平穏と表現している。
- (106) 大塚・前掲書(注(2)) 六二四頁、前田・前掲書(注(2)) 五六二頁。
- (107) 大塚仁ほか編『大コンメンタール第10巻』(第二版、二〇〇六、青林書院) 一一〇頁(古田佑紀ほか)、原田保「特別公務員暴行陵虐罪の意義と課題」現代刑事法三九号(二〇〇二)四六頁、筑間正泰「特別公務員暴行陵虐罪と強制わいせつ罪又は強姦罪との関係及びその訴訟法上の問題」広島法学二〇巻三号(一九九七)二二頁、大塚・前掲書(注(2)) 六一四頁、大谷・前掲書(注(2)) 五九九頁。
- (108) 大塚・前掲書(注(2)) 六一四頁、大谷・前掲書(注(2)) 五九九頁、西田・前掲書(注(2)) 四四二頁、川端・

- 前掲書（注（2））三六四頁、岡野・前掲書（注（24））三五六頁、原田・前掲論文注（107）四五頁。
- (109) 西田・前掲書（注（2））四四二頁。
- (110) 原田・前掲論文（注（107））四五頁。
- (111) 団藤重光編『注釈刑法（4）』（一九六五、有斐閣）三九二頁（香川達夫）、大塚・前掲書（注（2））六二四頁、大谷・前掲書（注（2））五九九頁、古田ほか・前掲書（注（107））一二〇頁。
- (112) 平川・前掲書（注（24））六五頁以下。
- (113) 神山・前掲書（注（20））五五三頁。
- (114) 判例時報一八三五号一五七頁以下。本判例の評釈は、橋本雄太郎「判批」判例時報一九〇〇号（二〇〇五）二二一頁以下、松宮孝明「判批」法学セミナー五九五号（二〇〇四）一二一頁、小川新二「判批」研修六六五号（二〇〇三）一七頁以下、北岡克哉「判批」警察公論五八卷五号（二〇〇三）六五頁がある。
- (115) 判例は伝統的にこのような立場に立っているといえよう（大判大正五年二月二五日法律新聞二五四五号一一頁参照）。
- (116) 橋本・前掲論文（注（114））二二三頁、小川・前掲論文（注（114））二〇頁以下、北岡・前掲論文（注（114））六九頁。
- (117) 橋本・前掲論文（注（114））二二三頁。
- (118) 小川・前掲論文（注（114））二〇頁以下。また北岡・前掲論文（注（114））六九頁も同旨である。
- (119) このような視点の差異ゆえに「本判決は、本罪が危険犯であることを端的に判示したものである」（北岡・前掲論文（注（114））六九頁）という分析は適切とはいえないだろう。これは個人的法益を考えた場合であって、平成一五年判決は国家的法益の侵害を問題としているのである。
- (120) 小川・前掲論文（注（114））二二頁、北岡・前掲論文（注（114））六九頁。
- (121) 松宮・前掲論文（注（114））一二二頁。
- (122) 松宮・前掲論文（注（114））一二二頁。
- (123) 松宮・前掲書（注（2））四六一頁。反対は古田ほか・前掲書（注（107））一二〇頁。
- (124) *Laufhütte*, in: *Leipziger Kommentar*, 11. Auflage, 1994, §174b, Rdn. 12.
- (125) *Lenkner/Perrot/Eiseler*, in: *Schönke/Schröder*, 2006, §174a, Rdn. 1.

(126) 個人の自己決定に加えられる法益は、論者によってその表現が異なっているが、おおむね本文であげたような意味内容である。

Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Auflage, 2007, §174a, Rdn. 2; Klaus Laubenthal, Sexualstraftaten, 2000, Rdn. 283; Lackner/Kühl, a.a.O.(Anm.(83)), §174a, Rdn. 1; Laufhütte, a.a.O.(Anm.(124)), §174a, Rdn. 1; Lenckner/Perron/Eisele, a.a.O.(Anm.(125)), §174a, Rdn. 1.

(127) Wolters/Horn, in: Systematischer Kommentar, 8. Auflage, 2004, §174a, Rdn. 2; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1, 9. Auflage, 2003, §19, Rdn. 3.

(128) Laufhütte, a.a.O.(Anm.(124)), §174a, Rdn. 14; Lenckner/Perron/Eisele, a.a.O.(Anm.(125)), §174a, Rdn. 6; Tröndle/Fischer, a.a.O.(Anm.(126)), §174a, Rdn. 10; Laubenthal, Sexualstraftaten(Anm.(126)), Rdn. 301ff.; Wolters/Horn, a.a.O.(Anm.(127)), §174a, Rdn. 2; Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O.(Anm.(127)), §19, Rdn. 13.

(129) Laubenthal, Der strafrechtliche Schutz Gefangener und Verwahrter vor sexuellen Übergriffen, in: Festschrift für Karl Heinz Gössel, 2002, S. 366; ders, Sexualstraftaten(Anm.(126)), Rdn. 301.

(130) Lackner/Kühl, a.a.O.(Anm.(83)), §174a, Rdn. 4; Laufhütte, a.a.O.(Anm.(124)), §174a, Rdn. 14; Lenckner/Perron/Eisele, a.a.O.(Anm.(125)), §174a, Rdn. 6; Laubenthal, Sexualstraftaten(Anm.(126)), Rdn. 301; Wolters/Horn, a.a.O.(Anm.(127)), §174a, Rdn. 7; Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O.(Anm.(127)) §19, Rdn. 13.

(131) Vgl. Lackner/Kühl, a.a.O.(Anm.(83)), §174a, Rdn. 4; Laubenthal, Sexualstraftaten(Anm.(126)), Rdn. 302.

(132) なお現行刑法「七四a条」項に当たる条文は当時「七四条」項に規定されており、その文句は地位の「濫用(Mißbrauch)」ではなく地位の「利用(Ausnutzung)」である。

Vgl. Laufhütte, a.a.O.(Anm.(124)), §174a, Entstehungsgeschichte; Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O.(Anm.(127)), §19, Rdn. 1.

(133) BGHSt 2, 93, 94.

(134) BGHSt 2, 93, 95.

(135) Tröndle/Fischer, a.a.O.(Anm.(126)), §174a, Rdn. 10; Laubenthal, in: Gössel-F.S.(Anm.(129)), S. 366.

- (136) *Lackner/Kühl*, a.a.O.(Anm.(83)), §174b, Rdn. 1; *Lenckner/Perron/Eisele*, a.a.O.(Anm.(125)), §174b, Rdn. 1; *Tröndle/Fischer*, a.a.O.(Anm.(126)), §174b, Rdn. 2; *Laubenthal*, Sexualstraftaten(Anm.(126)), Rdn. 306.  
 また「一七四三条一項」その保護法益はいく共の信頼を排除した見解は、やはりいづれ共の信頼を保護法益から排除する  
 べきである (Vgl. *Wolters/Horn*, a.a.O.(Anm.(127)), §174b, Rdn. 2)°
- (137) *Laufhütte*, a.a.O.(Anm.(124)), §174b, Rdn. 1; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O.(Anm.(127)), §19, Rdn. 3.
- (138) *Wolters/Horn*, a.a.O.(Anm.(127)), §174b, Rdn. 2.
- (139) Vgl. *Lenckner/Perron/Eisele*, a.a.O.(Anm.(125)), §174b, Rdn. 2.
- (140) *Laufhütte*, a.a.O.(Anm.(124)), §174b, Rdn. 9; *Lenckner/Perron/Eisele*, a.a.O.(Anm.(125)), §174b, Rdn. 7; *Tröndle/Fischer*, a.a.O.(Anm.(126)), §174b, Rdn. 4; *Laubenthal*, Sexualstraftaten(Anm.(126)), Rdn. 319; *Wolters/Horn*, a.a.O.(Anm.(127)), §174b, Rdn. 8.
- (141) *Laufhütte*, a.a.O.(Anm.(124)), §174b, Rdn. 9; *Lenckner/Perron/Eisele*, a.a.O.(Anm.(125)), §174b, Rdn. 7; *Laubenthal*, Sexualstraftaten(Anm.(126)), Rdn. 320; *Wolters/Horn*, a.a.O.(Anm.(127)), §174b, Rdn. 8; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O.(Anm.(127)), §19, Rdn. 17.
- (142) *Lenckner/Perron/Eisele*, a.a.O.(Anm.(125)), §174b, Rdn. 7; *Laubenthal*, Sexualstraftaten(Anm.(126)), Rdn. 320; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O.(Anm.(127)), §19, Rdn. 17.
- (143) *Wolters/Horn*, a.a.O.(Anm.(127)), §174b, Rdn. 8ff.
- (144) *Wolters/Horn*, a.a.O.(Anm.(127)), §174b, Rdn. 2.
- (145) BGHSt 8, 24; BGHSt 9, 13.  
 但し、両者は「一七四三条一項」が「一七四三条二項」して規定されていた時期の判例であり、当時の文言は「公務員の地位を利用して」で、文言上、依存性は要求されていなかった。
- (146) *Lackner*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 22. Auflage, 1997, §340, Rdn. 4; *Tröndle*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 48. Auflage, 1997, §340, Rdn. 1; *Cramer*, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 23. Auflage, 1988, Rdn. 5; *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar, 10. Auflage, 1988, §340, Rdn. 1; *Zipf*, a.a.O.(Anm.(90)), S. 24.

- (147) ドイツ刑法二二八条「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、違法に行爲したものである」
- (148) *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, 2006, §340, Rdn. 5; *Tröndle/Fischer*, a.a.O.(Anm.(126)), §340, Rdn. 7.
- (149) *Horn/Wollers*, Systematischer Kommentar, 7. Auflage, 2002, §340, Rdn. 8; *Lackner/Kühl*, a.a.O.(Anm.(83)), §340, Rdn. 4; *Tröndle/Fischer*, a.a.O.(Anm.(126)), §340, Rdn. 3a; *Cramer/Sternberg-Lieben*, a.a.O.(Anm.(148)), §340, Rdn. 5.
- (150) *Tröndle/Fischer*, a.a.O.(Anm.(126)), §340, Rdn. 1; *Horn/Wollers*, a.a.O.(Anm.(149)), §340, Rdn. 2b.
- (151) *Cramer/Sternberg-Lieben*, a.a.O.(Anm.(148)), §340, Rdn. 5.  
Vgl. auch *Horn/Wollers*, a.a.O.(Anm.(149)), §340, Rdn. 8.
- (152) *Horn/Wollers*, a.a.O.(Anm.(149)), §340, Rdn. 2b.
- (153) *Tröndle/Fischer*, a.a.O.(Anm.(126)), §340, Rdn. 7.
- (154) *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1999, §340, Rdn. 1; *Christian Jäger*, Die Delikte gegen Leben und körperliche Unversehrtheit nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz -Ein Leitfaden für Studium und Praxis, JuS 2000, 38.
- (155) *Hirsch*, a.a.O.(Anm.(154)), §340, Rdn. 1.
- (156) かつて規定されていた公務における監禁罪や住居侵入罪といった、個人的法益の侵害を加重する公務員犯罪は、一九七四年の刑法施行法によって削除されている。
- (157) *Hirsch*, a.a.O.(Anm.(154)), §340, Rdn. 15.
- (158) *Hirsch*, a.a.O.(Anm.(154)), §340, Rdn. 15.
- (159) *Jäger*, a.a.O.(Anm.(154)), 38.
- (160) *Jäger*, a.a.O.(Anm.(154)), 38.
- (161) *Jäger*, a.a.O.(Anm.(154)), 38.  
Vgl. auch *Hirsch*, a.a.O.(Anm.(154)), §340, Rdn. 15.
- (162) 注(16)参照。
- (163) *Schmidhäuser*, a.a.O.(Anm.(66)), 1. Kapital, Rdn. 20.

- (164) Vgl. *Amelung/Weidemann*, Bestechlichkeit und Förderung einer Selbstschädigung im Maßregelvollzug -BGH, NJW 1983, 462, JuS 1984, 595.
- (165) BGH, NJW 1983, 462, 463.
- (166) 但し、この判例は、Sに自己制御能力がなかったことでもって間接正犯の可能性を肯定しているものであり、そもそも被害者の承諾は承諾能力の欠如ゆえに無効だとすることもできた。
- なお被害者の承諾とは関係のない事例ではあるが、三四〇条の本質を公務員の義務侵害に求めた判例もある (vgl. BGHSt 3, 349.)。
- (167) *Heinz Wagner*, Neue Tendenzen im Bereich der Amtsdelikte, ZRP 1975, 277.
- (168) ワーグナーが主張するこの見解の基礎には、当時の国家賠償に関する議論がある。国家賠償の議論においては、国家と公務員の関係である「内部的法関係 (Innerrechtsverhältnis)」と国家と市民の関係である「外部的法関係 (Außerrechtsverhältnis)」とが区別され、前者は公務員の任命や雇用契約、雇用契約に基づく権利義務関係などに、後者は憲法的あるいは行政法的な公務員 (国家) の行為義務などに関係していた。
- (169) *Wagner*, ZRP 1975(Anm.(167)), 277.
- (170) *Wagner*, ZRP 1975(Anm.(167)), 277.
- (171) *Wagner*, ZRP 1975(Anm.(167)), 278.
- (172) *Wagner*, ZRP 1975(Anm.(167)), 278.
- (173) 当時は傷害罪以外にも、公務における住居侵入罪や監禁罪なども規定されていた。
- (174) *Heinz Wagner*, Amtsverbrechen, 1975, S. 362.
- (175) *Wagner*, Amtsverbrechen(Anm.(174)), S. 362.
- (176) *Wagner*, Amtsverbrechen(Anm.(174)), S. 362ff.
- (177) *Wagner*, Amtsverbrechen(Anm.(174)), S. 363.
- (178) *Wagner*, Amtsverbrechen(Anm.(174)), S. 363.
- (179) *Wagner*, Amtsverbrechen(Anm.(174)), S. 364.

- (180) *Wagner*, Amtsverbrechen(Anm.(174)), S. 365.
- (181) *Horn*, in: Systematischer Kommentar, 5. Auflage, 1997, §340, Rdn. 7; *Amelung*, Die Zulässigkeit der Einwilligung bei den Amtsdelikten, in: Festschrift für Hanns Dünnebier, 1982, S. 508ff.
- (182) *Amelung*, aaO.(Anm.(181)), S. 508.
- (183) *Amelung*, aaO.(Anm.(181)), S. 508.  
Vgl. auch *Horn*, in: aaO.(Anm.(181)), §340, Rdn. 7.
- ただし、国公立病院の医師と私立病院の医師が異なった取り扱いを受けるのは不当であり、また三四〇条の加重処罰の根拠は公権力の濫用であるから、国公立の病院に勤務する医師は三四〇条の主体からはされずとするのが現在でも通説的な見解である (Vgl. OLG Karlsruhe, MDR 1983, 250; *Lackner/Kühl*, aaO.(Anm.(83)), §340, Rdn. 4; *Tröndle/Fischer*, aaO.(Anm.(126)), §340, Rdn. 2; *Cramer/Sternberg-Lieben*, aaO.(Anm.(148)), Rdn. 3; *Hirsch*, aaO.(Anm.(154)), §340, Rdn. 15)。ゆえにこの主張に乏しい説得力があるかは疑問であらう。
- (184) *Amelung*, aaO.(Anm.(181)), S. 510.
- (185) *Amelung/Weidmann*, aaO.(Anm.(164)), 595.
- (186) *Amelung*, aaO.(Anm.(181)), S. 510.  
なおアームリングは同意の一般的根拠と制限について論文の冒頭で検討しており、それによれば憲法的に導かれた制限のみが同意を制限することができる。また三四〇条に関する二二六a条(現行二二八条)の「良俗」は、私人間の関係におけるそれとは異なった内容のものであるが、義務違反とは無関係である (*Amelung*, aaO.(Anm.(181)), S. 491ff.)。
- (187) ただし上述のように、「強制わいせつ罪・強姦罪は「陵辱」によってカバーし尽くされていないので、特別公務員暴行陵辱罪と観念的競合の關係にたつ。
- (188) とりわけ一九六条の法定刑は、「傷害罪の罪と比較して、重い刑により処断する」と規定されている。
- (189) 詳細は次章以下で検討する。
- (190) 被害者の承諾の有効性を強固に主張したアームリングさえも、同意の任意性を典型的に否定するのは勝手な憶測にすぎないとしつつ、基本権の保護が基礎付けられている議會は、濫用の危険がある範囲、たとえば囚人の同意の際には、任意

性についての不確実性を排除する適切な手段として、同意の任意性と手続きに関する規定を交付しなければならないとして、一定の留保を認めている（*Amelung*, a.a.O.(Ann.(181), S. 495.)。

〔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。