

紹介

オットー；合意，同意及び自己答責的な自己危殆化

Otto, HARRO; Einverständnis, Einwilligung und eigenverantwortliche Selbstgefährdung, in Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, Kriminalistik und Strafrecht, 1995, ss. 603~622

須之内 克彦

はじめに

表題のオットー論文は、ゲールズの高橋記念論文集『犯罪科学と刑法』に寄稿されたものである。周知のように、同意(承諾)を、構成要件を阻却する「合意」と不法を阻却する「同意」とに二分して考察することは、この論文集の被献呈者であるゲールズによって、その学位請求論文において初めて展開され (Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, Dissertation, 1953, なお, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA, 1954, ss. 262~269), やがてそれが通説としての地位を獲得し、現在では種々批判や異論があるものの、なお、強い影響力を持った主張とされている(これに関しては、井上祐司：被害者の同意(刑法講座第二卷)160頁以下、及び、拙稿：刑法における被害者の同意(-) (法学論叢93巻1号)72頁以下参照)。

本稿において、オットーは、ゲールズの見解を正当と評価して、基本的にそれに依拠しつつ、さらにそれを独自に発展させようとする(I)。まず、構成要

件阻却的同意（合意）に関して、意思侵害が構成要件の概念的、形式的要素として明確に公式化されているか、又は構成要件の解釈より明らかになる場合、当事者が既に行爲に賛同しているときには、犯罪構成要件は実現されないとする(II)。ただ、形式的な意思侵害犯罪の範囲外では、例外的に、合意が同意と少なくとも部分的に一致する要件を要求する場合があることを認める。また、IIIでは、同意に不法阻却的な機能を承認し、同意を基本的に優越的利益の原則でもって構成する。他方、同意を構成要件阻却として一元的に捉える説に対して反論を展開する。ここにおいて論者は、同意者は、彼に帰属する法益に対して法秩序が与える法的保護を、この法秩序の承認によって処分するという点において、この放棄には正当化的な機能が帰属するとする。ただし、共同体の利益という観点から、この処分を法秩序が承認しない場合として、刑法 216 条(要求による殺人)及び 226 条 a (被害者の同意)が挙げられている。次に、意思欠缺の場合の取扱いや 226 条 a による同意の効力の制限が詳細に論じられた後、同意の主観的要件としてその認識の必要性を肯定する(IV)。なお、意思欠缺の場合については、争いのある欺罔による錯誤のケースの取扱いにつき、アルツトのいわゆる法益関係の錯誤論を出発点としつつも、同意の有効範囲についてさらに限定を加えており(いわゆる「価値的に自由でない」同意を無効とするものようである)、他方欺罔と無関係な錯誤のケースでは、二つの例外的な場合を除いては、同意を有効とする。また、226 条 a の判断は、社会倫理的な基準そのものではなくて、法益侵害の重さを中心に構成する。さらに V では、同意は、被害者が単に危険な行為にだけでなく、その結果にも同意することを要するとの立場から、「危険における同意」の場合はこの意味内容を持たず、一般的な帰責問題として、自己答責的な自己危殆化の原則が関係するか否かの問題であるとする。そして結論として、合意と同意の原則的な相違は、種々議論されてきたものの、依然として肯定されるべきであり、その要件、効果などの相違により、様々な法的帰結が導かれることを承認する。

以上のオットーによる展開は、ただ、上述のように、構成要件を阻却する同意と正当化的な同意との明確な区別が、一部無理な部分を認める点で、ゲール

ズのような論理的一貫性に欠け、未解決のままに残されている曖昧な領域を持っている。しかし、このことは、合意と同意の法的効果の完全な対比が、そもそも困難であることの証左でもあろう。一方、本稿の表題の一部になっている「自己答責的な自己危殆化」に関する展開は、極めて簡単な叙述に終わっており※、この点から、過失犯の場合には同意の存在を全面的に否定し、すべて帰責問題として扱ってしまうのか、あるいは、結果の認容的甘受といった態度が認められるような場合は、結果に対する同意があったとして同意の問題として処理しうる余地を認めるのかなど、不明のままであるといえる。自己答責的な自己危殆化の問題については、論者は別稿で詳論しているが (Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung, Tröndle-Festschrift, 1989, s. 169f. u. s. 175), 過失犯における同意を全面的に否定するか否かについては、なお明言していないように思われる。

しかし、いずれにしても、いわば古くて新しい問題を論じた本論文の資料的価値は少なからざるものがあると思われるので、重大な誤解があるかも知れないことを危惧しつつも、以下にその概要を紹介することにしたい。

※なお、校正の段階で、塩谷毅「自己危殆化への関与と合意による他者危殆化について(-)」(立命館法学 246 号 543 頁以下)を得た。標記テーマに関する詳細な論稿であるが、ただ、全体で 5 章のうち第 1 章のみの展開であり、完結が期待される。

I

ビンディングは、同意理論の中心的な問題を「同意の下でまさに全く異質の事柄が理解されている」と特徴づけるが、彼は、同意を原則として正当化の中に見ていた。

ゲールズは、『被害者の同意と合意』(Diss.)及び『刑法における被害者の同意と合意』(GA)において、構成要件を阻却する合意と正当化する同意とを、概念的に鋭く区別し、両者の相違を際立たせて、それぞれの適用領域を描写する。学説・判例は、まず彼の説に従い、今日でもなお、この区別は通説的見解とい

えようが、しかし、再び問題の視点が不明瞭になってきており、同意と合意の問題は結局、相違のないもので、同意は既に構成要件にかかわるものだと結論が生じてきている。

しかしこれは、決してゲールズの業績を基礎にした展開ではなく、逆に、それを無視しているものといえる。そこで、彼の思考を再び取り上げ、その現実性を問題とすることが正当と認められよう。

II

合意 (Einverständnis) として、ゲールズが特徴づけたのは、「犯罪行為の構成要件的な実現を排除する」被害者の賛同的な意思の事例である。彼は、構成要件該当行為が実質的に関係者の意思に反して向けられる犯罪と、意思侵害が法規的構成要件の概念的・形式的要素として明確に公式化されているか、又は構成要件の解釈より明らかになる犯罪との間を区別し、それを監禁 (239 条) の実例でもって明らかにさせる。つまり、239 条が意思活動の自由を保護することは自明であるが、それによって、行為が既に客観的に被害者の事実上の意思に反してのみなされうるとは、決して述べられていないとする。そうして、当事者 (被害者) の対立的な真実の意思に反する行為は、239 条の客観的構成要件によっては前提とされていないため、この領域では、当事者の意思は正当化事由として意味を有しうる、という結論に達する。

被害者の意思に反する行為を、思弁的にも概念的にも、形式的な構成要件要素として前提とするような構成要件に、合意の重要性を限定することは、広範な帰結を有する。例えば、住居所有者を欺罔してその住居へ立ち入らせることへと誘うことに成功した者は、権利者の対立的な真の意思に反して、123 条 (住居侵入) で保護された住居領域へ入ったことにはならない。また、窃盗に関して、権利者が、適当な代償を交付するとの行為者の欺罔に基づいて、その物の所持を譲渡した場合、所持の侵害、従って、窃盗は存在せず、むしろ詐欺が存在するのであり、また、権利者が、さもなくば以前になされた犯罪行為を告訴

するぞと行為者に脅されて，彼に所持を譲渡した場合も，窃盗は排除され，恐喝罪として捉えられるべきである。

確認すべき重要なことは，概念的に，他者の対立的な真の意思の侵害を客観的構成要件が要求するような犯罪の構成要件は，既に当事者が所為に賛同しているときには，実現されない，ということである。ここでは，一定の条件付きの同意は重要ではなく，ただ事実上の反対的な意思次第であるため，この意思表示のためには，自然的な意思能力で十分である。このように形式的な意思侵害犯罪として特徴づけられ得る犯罪は，住居侵入罪，強姦罪，強要罪などである。

「当事者の意思に反する犯罪」が形式的にはなく，実質的に決定され，構成要件該当行為が当事者の意思に反する犯罪描写の文言又は意味に従うような犯罪がこの意味での犯罪として捉えられる場合には，構成要件的に保護された者の賛意の問題は，全く異なる広がりを持つであろう。確かにこのような実質的な規定は，背任罪や侮辱罪などを，ここで問題となる領域に編入することを可能ならしめるが，しかし合意はその輪郭を失うことになる。その要件は，すべてのケースにとってもはや統一的には決し得ないため，変更させられねばならず，そのときどきの構成要件の機能及びそこで保護された法益の本質を標準としなければならない。例えば，窃盗の場合のように，自然的な行為の自由もしくは決定の自由に対して，あるいは事実的な支配関係に対して侵害行為が向けられている場合では，自然的な合意で十分であるが，他方，監禁とか身体の完全性における医師の干渉の場合には，干渉の射程や意味に関する当事者の理解は不可欠であろう。

こうして，形式的な意思侵害犯の領域の外では，構成要件阻却的合意は，明らかに，正当化的な同意と同一の又は少なくとも部分的に一致する要件を要求することが明らかになった。従ってここでは，同意の様々な形の厳密な対比は，その意味を失う。他方，同意がこの領域においても，どちらの阻却事由と解されるべきか，または，整序の問題が，構成要件の機能及びそこで保護された法益の本質から回答されるべきかは，決められない。

III

ゲールズによれば、同意 (Einwilligung) は構成要件に該当する行為の不法を阻却するもので、その本質は、授けられた法的保護の放棄に認められる。

これは今日もなお承認されるが、争われるのは、法的保護の放棄から生じる法解釈学的な帰結である。一方では、放棄により、利益の欠缺が根拠づけられ、従って、自己決定権が（基本法2条1項により）直接的に正当化事由として、確かな地歩を占めるということから出発する考え方がある。他方では、自己決定権はここで、それと法益保護との衝突において、法秩序によって、より高次の利益として承認されるという考え方がある。後者は、適切にも、優越的利益の原則に同意を還元するものである。ただ両者は、正当化事由の基本思想の表明のための種々の根拠づけの端緒にすぎない。

ところが、同意を常に構成要件阻却事由とみなす説も存在し、それは、自由に処分しうる法益の保護は、そのときどきの行為客体の不可侵性ではなく、権利者の自律的な支配に向けられているということから出発する。従って、この考え方からは、個人の処分の自由の保護次第であるような財が関係する場合に、権利者が対象を放棄したときは、法益はいぜん侵害されないままであるということになる。

しかしこの考えには、具体的な当該法益主体の処分の自由を法益概念の構成要素として前提とする法益概念から出発している点に疑念がある。この種の法益概念は啓蒙期のもので、現在でもなお同様な表明をするものがあるが、妥当ではない。法益は、法共同体から具体的に承認された価値あるもの/社会的に機能の統一したもの/所与/客体と、権利主体との現実の関係であり、そこに権利主体は、法秩序から承認されて、人的に啓発されていくのである。その際注目すべきは、いわゆる個人的法益も、なお社会的関連性を有するというのである。というのは、法共同体は、個人がこの価値関係において発展することに固有の利益を有するが故に、法益として承認された人的関係を個人に対し授ける

からである。逆に、社会的法益の保護が正当とされるのは、個人が、これらの法益によって与えられた共同体の展開に関する利益を有するという事実からである。誤った方向への強調は、すべての人が自己の利益の実現・貫徹のため、共同体を破壊するような個人主義へと導くか、あるいは逆に、個人が、ただ有用性の点からのみ評価されたり、値踏みされたりする国家の道具へと導くかのいずれかである。法享受者は、確かに、彼に帰属する法益客体を意のままにし、具体的な法益関係に影響を及ぼしうが、しかし、法益そのものを意のままにすることはできない。個々具体的な法享受者による啓発可能性の拒絶は、当該価値関係の法益としての性質にかかわるものではない。

一定の状態に関する主観的利益が法益を形成するかどうかという争いにつき、ゲールズは、同意の効果を利益概念から説明するような見解によれば、被害者に対して、彼の意思に反して押しつけられた財は、決して財ではなくて負担(Last)である、と報告する。彼はそれに対して、この主観的に見られた利益の概念は、客観的な法の本質と調和し得ず、主観的な利益は、法保護の客体であり得ないという異議を唱える。一般意思の導入、他の言葉では利益の客観化が法益を生み出すのであり、規範を動機づける法益は、公共性である。その侵害は、主観的、個人的に考えられた、保護される個人の利益が存在することとは別個のものでなければならない。

けれども行為客体の侵害における権利者の同意が、関連する法的保護を止揚し得ない場合でも、この関係の刑法的保護に関する権利者の放棄は、少なからず重要である。存続する共同体の利益は、通常の事例では、決して刑法的な保護を正当化しないのである。もっとも例外的には、具体的な法益主体の意思と無関係に刑法的保護を正当化しうることを、216条(要求による殺人)、226条a(被害者の同意)は示しており、ここでは、公共の利益の維持は、法益主体の自由な処分意思の尊重に関する利益を凌駕する。

以上から本質的なのは、同意が処分的性格を有するということであり、同意者は、彼に帰属する法益に対して法秩序が与える法的保護を、この法秩序の是認によって処分するのである。法解釈学的には、この放棄には正当化的な事態

の機能が帰属し、したがって、同意は正当化事由である。そして、正当化的な事態をある犯罪の構成要件に形式的に整序することは、その法解釈学的な構造に変更を来たすものではない。法規の構成要件は、事態が単に社会的に望ましくないだけでなく、社会侵害的な不法を捉えた典型的な不法の事態を描写している。それにもかかわらず規範的な錯誤が構成要件要素あるいは実質的不法に関連するかどうかで異なる場合、それはここでは未解決のままに置かれるべき錯誤論の問題であって、同意論の問題ではない。とにかく正当化的同意の要件は、適切にもゲールズが提起したように、形式的な意思侵害犯罪の場合の構成要件阻却的な合意のそれとは、本質的に区別される。

IV

1 同意が構成要件阻却事由か違法性阻却事由かとは無関係に承認されることは、同意はただ、個人的な法益の場合にのみ顧慮されるということである。また判例・通説は、正当にも、同意者の具体的な理解能力、判断能力を有効な同意の前提として要求する。同意者は、その年齢とは無関係に、彼に向けられた所為の本質、意味および射程を認識し、判断することができなければならない。ただし、行為能力は必要ではなく、この点で、民法上の法律行為能力の要求とはずれが生じる。これらが存在するときのみ、同意は、同意者の自律の表現として認識され、評価される。

2 自律の尊重としての同意の顧慮は、当事者の意思の欠缺が同意を無効ならしめるという結論へと導くのを自明とするように思われるが、必ずしもそうではない。

a) 広範な一致は、脅迫とか強制とかによって得られた同意の無効につき存在する。ここで表明された同意は、まさに当事者の自律の侵害の表現である。ただ、ここで問題となるのは、本来刑法において与えられ、保護された範囲の自律なのであるから、すべての脅迫とか強制とかが重要なのではなく、それぞれの条文の意味において、非難されるべき程度に達したそれらが法的に重要なも

のとして認識され、同意の無効の限界を画するのである。

b) 争われるのは、欺罔の結果である。伝統的な見解によれば、欺罔は同意を無効ならしめる。これに対してアルツトにより根拠づけられた新しい考え方は、ただ欺罔が当事者の法益に關係する錯誤を招いた場合、即ち干渉の該当する客体、種類、重さもしくは危険性に、錯誤がかかわる場合にのみ、同意の無効を承認しようとし、他方、錯誤がただ期待された反対給付にかかわるにすぎないときにはそうでないとする。

しかしこの根拠づけは、当事者の自律の刑法的保護を無視している。自律は、人がなすところのことについて知ること (Wissen) にかかわるのでは決してなく、行為の理由 (Warum) について知ることにかかわるのである。従って、行為の理由に関する決定が、他律的な影響力によって偽造された場合、自律的な行為は問題外である。

正しいのは、法益に關係した欺罔の場合の同意は無効である、ということである。欺罔によって、自分がどの範囲で行為客体を事実上放棄するかをおよそ知らないような者は、行為客体の放棄における自律を実現してはならず、同じことはまた、放棄の基礎について騙されているような者にとっても原則として妥当する。これは、ただ単に錯誤が、法益にではなく、同意を与える場合に法益主体に決定的な動機を提供したところの利他的な目的にかかわる場合に、同意の効力を否定する帰結を持つだけでなく、さらに、行為客体の放棄が財産処分とはみなされない場合にも、そのような帰結を持つ。例えば、母親が、行為者は全く他の目的に利用しようとしているのに、彼女の角膜を自分の子どものために是非とも必要であると騙されたために、その摘出に同意した場合には、ロクシンとともに、同意の効力は否定されるべきである。また、行為者が支払い能力も支払い意思もないのに、平手打ちに対して報酬を与えるからということに、誰かが同意した場合も、有効な同意に欠ける。高度に個人的な法益の、立法者によって欲せられていない、また刑事政策的に望ましがらざる商業化には、決して援助はなされない。

c) 自律の保護という観点の下では、欺罔とは無關係に錯誤に影響された同意

の問題は、欺罔に基づく同意と一致するように見えるが、両者の区別は不可避である。

刑法的保護の放棄としての同意は、ただ個人に関係する事態ではなく、社会的な出来事 (Ereignis) である。それは、同意をただ同意者の心的な経過としてではなく、外部へ表明された出来事としてみなすことを要求する。同意は明示的に、又は推論され得るように表明されなければならない (意思表示説)。したがって、欺罔に基づかない錯誤は、それが同意の表明に表わされなかった場合には、原則として顧慮されない。

ここで問題なのは、法的安定性の保護と自律の保護との衝突であるから、欺罔によらない錯誤を顧慮しないという原則に対して、二つの例外が生じる。一つは、表示の受領者が、熟考した事態認識の下に、表示者の誤った観念を教示して除去する法的義務を有するとき (たとえば、医療処置の際の説明義務) は、その錯誤は顧慮される。他は、表示の受領者が、同意者の錯誤を認識しながら、自分に都合の良い方に利用し尽くす場合 (たとえば、土地の境界にある樹木の所有者が隣人に対し、「私は木を切ることには同意しない。」と文書で表明したつもりが、「しない」(nicht) という文字を書き忘れ、そのことを隣人が十分知りつつ、自己に都合の良いように利用した場合) で、ここでは、表示者に錯誤がなかったならば同意を与えなかったであろうことを、受領者は認識した上で自己の利益のために事態を利用し尽くすという、権利濫用的な行為をしていることになる。従って、表示の受領者には、同意に依拠することは否定されるべきである。

3 同意の効力のもう一つの制限は、刑法 226 条 a から生じる。行為の反良俗性の尺度とみなされるのは、まず、善良の風俗 (gute Sitten)、つまり、公平で正当な考えをするあらゆる人の礼儀の感覚 (Anstandsgefühl) であり、さらにその具体的な展開は、干渉の種類、範囲、侵害の目的や関与者の動機、目標に拠るべきことが主張される。そこでは、一般的な道徳的原理による評価を避け、合理的にみて疑い得ないような、一般に妥当する価値尺度が、明らかな反良俗性へと導くケースに、可罰性を限定することが試みられる。

この判断の基礎は、善良の風俗の一般的尺度を、明確性原理に従って熟考すべきことを当然に要求したが、ただ問題は、何故ここで、性的モラルの全領域が除外されるべきかを説明できないことである。サド・マゾ的な侵害が、道徳的に中性的あるいは全く肯定的に判断されようとするなら、これは、性的道徳全体が、社会的現実として否定される場合にのみ支持されるにすぎず、事実上の所与を無視するものである。これに反して正しいのは、同意により生じた傷害の処罰について、性的な価値尺度そのものを設定したり実施したりすることは、刑法の任務ではあり得ない、ということである。しかしこの目標は、重要な関係対象を限定することによって達成せられるべきではなくて、むしろ、関係枠として道徳観念を指示する方法論的端緒の修正が必要なのである。刑法226条aからは、社会にとって危険な、社会侵害的な行動と対立して、反良俗的な行動を処罰する立法者の意思は引き出されない。傷害罪処罰の基礎は、226条aを根拠にしてもなお、構成要件的に保護された法益の侵害にとどまる。この侵害自体は、同意にもかかわらず、ただ単に違法なものと表現されなければならないだけでなく、さらに、当罰的な法益侵害として表現されなければならない。この判断のための尺度は、まず第一に、構成要件的な法益干渉の重さを提出する。結果が個人にとっても、はたまた社会にとっても無視し得ないというほどに、重大な仕方他人の身体の完全性へ干渉することは、社会倫理的にも否定的に判断されるべきである。かくして、226条aの評価の基礎と216条のそれとの間には、一致が認められる。

ここで決定的な重さの程度は、224条(重い傷害)で捉えられた身体傷害のそれに相応して達成される。ただ、重大な傷害も、傷害により特別な一社会に承認された一利益が実現されるときには正当化されうるため、性転換や、個々的には去勢や断種なども、場合によっては正当化されうる。ここで妥当するのは、34条(正当化的緊急避難)の意味における優越的利益の原則であり、その場合には、同意という事実も、利益衡量の中に編入させられる。

4 有効な同意の主観的要件は、行為者の同意認識である(主観的正当化要素)。当事者が同意を表明したが、この表明が、行為者の認識に達していなかつ

た場合、それは当事者の法的保護の放棄には関係しない。しかし、行為者は、構成要件的な所与に関する彼の表象に従って、犯罪構成要件を違法に実現しているため、彼は、当該犯罪の不能未遂 (untauglicher Versuch) を犯しており、その犯罪の未遂が可罰的である限り、刑法上責任を負う。

V

法的保護の放棄としての同意は、被害者が、ただ単に一定の危険な行為にだけでなく、さらにその結果にも同意することを前提とする。この場合においてのみ、法的保護の放棄は、個人の自律のあらわれと理解される。他方、「危険における同意」(Einwilligung in eine Gefährdung) は、この意味内容を持たない。ここで問題なのは、危険な状態を認識した上でそれに身をさらし、その実現に共同する場合にでてくる一般的な帰責問題であり、この状況において自己答責的な自己危殆化 (eigenverantwortliche Selbstgefährdung) の原則が関係しうるかどうかである。というのは、これは、自由答責的にかつ危険及び決意の射程の完全な認識において、危険な事態の中で振る舞った場合にも存在するからである。この仕方では危険を引き受ける者は、危険の現実化に関する刑法上の効果から他者を排除する。

VI

合意と同意とは、過去 40 年の間種々議論されたが、その原則的な相違は相変わらず現実であり、以下のように要約できる。

1. 合意と同意は本来区別されるべきで、その要件は異なり、様々な法的帰結へと導かれる。
2. 合意には、形式的意思侵害犯の枠内で構成要件阻却の意味が帰属し、同意は、法的保護放棄の機能を持ち、行為客体の侵害を正当化させる。
3. 事実的な所与としての合意は、該当者の事実的な意思が行為者の行為と対

立しないということ、他方、法的保護の放棄としての同意は、同意者の理解ないし判断能力、並びに暴力、脅迫又は欺罔に根ざした意思欠缺から自由であることを前提とする（欺罔に基づかない錯誤は、例外的にのみ同意の効力に影響を及ぼしうる）。合意の場合と異なり、同意は、行為の前に表明されねばならず、行為者は同意の認識を要する。そして226条a、216条は、傷害ないし殺人において同意の効力を限定づける。

《追 補》

なお、このゲールズ古稀記念論文集の中には、さらに、シュミットホイザーが「当事者の同意に基づく行為—刑法上、見かけの上での法益侵害」という論文を寄稿している。

それによると、オットーの展開とは異なり、ゲールズが創始・提唱した構成要件阻却的同意と不法阻却的同意との区別を認めず、同意はすべて構成要件を阻却するものとの立場がとられている。その考え方の基礎には、法益概念を精神化されたものとして捉える特徴があり、ゲールズのいう不法阻却的な「同意」は、確かに、正当防衛などの「正当化」のケースと同様に、刑法の適用に関して二段階の取扱いを要するが、それは、合意と同意の、犯罪行為体系上の位置の相違に直結するものではないとする。そして結局、同意も不法構成要件を阻却するものであり、そこでは、見かけ上の法益侵害の事態が問題となっているにすぎないと主張する。

この主張は、ただ、その考察の基礎になっている目的論的な概念構成たる、精神化された法益概念の捉え方に疑問が残り、また、同意の事例を正当化の事例とパラレルな二段階構造であることを認めつつも、なお、なぜ一段階構造の合意と同視するのかに関して、もうひとつ説得力ある根拠づけを欠くようにも思われる。とにかく、以下に、極く簡単に、その要旨を紹介しよう。

<Schmidhäuser, Eberhard.; Handeln mit Einwilligung des Betroffenen

-strafrechtlich : eine scheinbare Rechtsgutsverletzung, in Geerds-Festschrift, ss.593~602>

1. 合意と同意

ゲールズは、構成要件を阻却する「合意」と不法を阻却する「同意」とを区別し、前者は、行為者の意思と対立する被害者の意思が前提とされているような刑罰構成要件に関係するもので、237条の被誘拐者の意思に反する誘拐や、123条の住居侵入があてはまり、後者は、前者と同じ心的現象が存在するが、構成要件上、積極的又は消極的に公式化されて捉えられてはいないもので、303条の器物損壊などが当てはまる、とする。しかし、同一の現象が刑法上異なっており取り扱われなければならないかどうかは問題である。我々は、同意は一貫して、構成要件を阻却するものとの立場を、既に25年前から主張してきた。

2. 判断の前提

個々の刑罰構成要件は、決して価値的に無関係な所与を描写したりはせず、刑罰を生じる出来事を行為事象として描写する。それはただ、描写された所与が無価値を実現するというを意味し、しかもそこでは、法益のことが述べられているのである。ここですべての可罰行為にとって考慮する法益侵害という概念を探求する場合、考える経過のあらゆる具象性の背後に、精神化された事態それ自体を特徴づけねばならず、そこで顧慮されるのは、そのときどきの法益から生じる尊重要求(Achtungsanspruch)を目指すことだと思われる。法益の侵害は、そのように精神化してみられるべきであるため、具体的な客体は、「法益」という言葉以外の方法で命名すべきことは、他の箇所ですでに詳論した(Strafrecht, A. T., 2. Aufl., 1975, Rdn. 2/30~32)。一般には、「行為客体」(Tatobjekt), より適切に伝えるには「法益客体」(Rechtsgutobjekt)という用語が適当であろう。

3. 前提から生じる結論

「法益」、「法益侵害」及び「無価値な構成要件的所与」の概念についての熟考により、同意が犯罪行為体系上いかに整序されるべきかを結論づける前提が

提供された。器物損壊を例に取るならば、この場合「所有権」という法益が問題となるのは疑いない。例えば、所有者が甥に対して、薪にするため、古くなった柵を取り壊すよう頼んだ場合、甥は、それ相当の行為により、なるほど外見だけからすれば、他人のものを「破壊」しているが、しかし、柵に付着する所有権という法益から生じる尊重要求—これが303条の不法構成要件に関する法益侵害として前提とされている—を決して侵害してはいない。(不法)構成要件を法益侵害的な行為の描写とみるならば、上の例の出来事は、303条の不法構成要件に該当しないであろうし、正当化に関する問題はもはや提起されない。したがって、他の刑罰規定で問題となる「合意」と、器物損壊で問題となる「同意」とは、犯罪行為体系上の意味においては区別されない。

4. 合意と同意の犯罪行為体系上の相違の源泉

「合意」が存在する場合、法の適用は、不法構成要件という網目スクリーンによる生活関係の把握という最初の一步において、既に不処罰の確定によって終了する。「正当化」のケースでは、まず、行為が不法構成要件の描写に相応しているということが確証されねばならず、次に、もう一つの要素(正当防衛状態など)が行為の事実から招致されるべきで、そして正当化事由に相当する出来事の確認によって法の適用が終了する。「同意」の場合には、まず暫定的な理解において描かれた出来事から出発し、この描写に相応する経過(行為者が他人のものを壊すことなど)を問題として、それから、その経過に被害者が同意したか否かの判断がなされる。従ってその限りでは、正当化のケースと異ならない。同意の場合と正当化的な行為の場合との刑法適用の段階的取扱いのこのような形式上の平行さは、まさに、不法構成要件の要素の内容に関しても、法益侵害が包括的に前提とされねばならないにもかかわらず、同意を正当化事由として捉える方向へ誘うのである。

5. 「同意」の事例の整序について

伝統的には、同意のケースは、事態が、一見すれば刑法上描写された出来事に相応しているように見えること、また、構成要件的、法益侵害的な所与が全く存在しないという確証に達するには、事態に関する第二の警見を要するとい

うことであり、人はその外見性に拘束される。ともかく同意のケースでは、見かけだけにすぎない法益侵害と対決させられる。

6. 究極的な所見

合意と同意の要件にかかわる多数の問題は、依然未解決のままであるが、ここではともかく、次の三点にだけ言及されるべきである。まず、多くの刑罰規定においては、個々に根拠づけられた正当化関連の中に存在する「同意」が挙げられるということが指摘されるべきで、例えば、218条a(妊娠中絶のための適応)の2項の「妊婦の同意」は、中絶の根拠づけとは異なる正当化の付加的要件にすぎない。そして「被害者」(Verletzten)の同意という表現は、我々の詳論からすれば、同意者は全く「侵害され」ていないため妥当でなく、権利者(Berechtigten)又は当事者(Betroffenen)の同意のことを指すというのがふさわしい。結局、226条aの規定には、その表現から、同意が正当化を意味するという点に拘束されるような叙述があるが、違法性の欠如はまた、それに先行する構成要件該当性の欠如にも基づきうるのである。

我々の熟考の結論として、合意と同意とは、一方が構成要件的に描写され、他方がそうでないという限りで区別されるが、この区別は、両要素の犯罪行為体系上の位置にあてはまるものではない、ということが確認される。同意も不法構成要件を阻却するのであり、この場合、ただ外見上だけの法益侵害の事例形態が問題となるにすぎないのである。