

欺罔に基づく同意をめぐる初期の学説状況

——「利益説」と「法益説」の対立——

野村和彦

目次

- 第一章 本稿の目的
- 第二章 欺罔に基づく同意をめぐるドイツの議論における学説の流れ
 - 第一節 三つの重要な視点
 - 第二節 欺罔に基づく同意を解決するための諸説
- 第三章 「利益説」対「法益説」
 - 第一節 論争前夜の議論状況
 - 第二節 ケスラーの見解

欺罔に基づく同意をめぐる初期の学説状況（野村）

第三節 ビンディングの見解

第一款 同意論の概要

第二款 ケスラーに対する批判

第三款 欺罔に基づく同意

第四節 ビンディングに対するケスラーの反論

第五節 ホーラーの見解

第四章 検討

第一節 法益説の問題点

第一款 刑罰法規の枠内に限定された法益処分の自由

第二款 法益主体にとっての個人的法益の意義

第二節 利益説の問題点―処罰範囲の限定原理の欠如―

第五章 まとめ

第一章 本稿の目的

(1) 行為者の欺罔行為によって得られた法益主体の同意（以下、「欺罔に基づく同意」と呼ぶことにする）は、いつ刑法上の有効性を否定されるのか。この問題をめぐり、わが国の学説においては、法益関係の錯誤説^①、自律説^②、重大な錯誤説^③が唱えられている。法益関係の錯誤説は、法益主体が処分法益およびその法益に関係する事情について錯誤に陥っていたときに限り、法益主体の同意は無効であるとする。自律説は、法益関係の錯誤説を前提としつつ、法益主

体が法益処分の意思決定を下す際、それが不自由であるときは、法益主体の同意は無効とする。重大な錯誤説によれば、法益主体が法益処分の意思決定を下す際、その意思決定に重大な瑕疵があるときは、法益主体の同意は無効であるという。

(2) 諸説の相違が際立つのは、法益主体に動機の錯誤、すなわち法益処分の意思決定に至る過程においてその者にとり決定打となった事情に錯誤が生じたときの擬律である。

法益関係の錯誤説によれば、法益処分の動機は法益とは無関係であるから、動機の錯誤が生じたとしても法益処分は有効である。ただし、同説の陣営内でも、細部においては異なった理解が生じている。たとえば、余命を偽り、相手が絶望し自殺したというとき、その偽りの事実を医師が伝えた場合は法益関係の錯誤であるとする一方で、一般人がそれを偽った場合は法益とは無関係な錯誤であるとする見解がある⁽⁴⁾。また、炎上する自家用車の中に子供が閉じ込められていると欺罔され、傷害を負うことを覚悟して高熱をもったドアの把手を握ってドアを開けた者は、それが真実ではなく、傷害に比べて優越しない子犬の命を救うためであった場合は、純粹に法益関係の錯誤の場合であるといえなくとも、その同意は無効である⁽⁵⁾、という見解がある。さらに、性犯罪をめぐる最近の議論において、避妊具を装着すると相手方を騙し、実はこれをしていないで行う性行為、いわゆるステルシングにおいて、避妊具を装着するかどうかは性的自己決定権に係るか否か、したがってその錯誤が法益関係の錯誤かどうかをめぐり見解の対立がある⁽⁶⁾。これらのことに示されているのは、同じ動機の錯誤が、いかなる場合に法益関係の錯誤となるかの明確な規準を、じつは法益関係の錯誤説は明示できていないということなのである。

自律説は、動機の錯誤は基本的に法益とは無関係の錯誤であるとしながらも、クラウス・ロクシン (Claus Roxin)

の主張⁽⁷⁾を受けて、緊急状態の錯誤の場合は、法益主体の意思決定は自由であるとはいえないとして、同意を無効とする。しかし、意思決定の自由を保護しようとするのであれば、それを緊急状態の錯誤だけに限定する理由はないように思われる。また、自律的か否かを、市民という一般人のフィルターを通して検討する見解がある⁽⁸⁾が、それは法益主体の自己決定権を不当に制約するおそれがある。なぜなら、法益処分の動機はその人固有のものであり、その当否を一般人が判断することはできないはずのだからである。このように、何が自由な意思決定なのか、何が自律的な意思決定なのかは、自律説においても、なお判然としないのである。

重大な錯誤説によれば、動機の錯誤は正面から考慮され、それにより意思決定に重大な瑕疵が生じるのであるから、その同意は無効であるという。しかしながら、同説は、条件関係的錯誤説であるとのレッテルが貼られているように、動機の錯誤を無限定に考慮するのかもしれないのか、その態度が分明でない。何が重大な錯誤であり、何が重大でない錯誤なのかの規範を定立することに、重大な錯誤説はなお成功しているとはいえないのである。

(2) 以上、瞥見したように、欺罔に基づく同意にいかなる法的効果を認めるべきかについてのわが国の議論は、膠着状態にあつて打開の途を見出すことができておらず、そればかりか、混迷の度を深めつつあるときさえいえるように思われる。この困難な局面をどう打開したらよいであろうか。

欺罔に基づく同意をめぐるのは、罪刑法定主義や違法本質論、犯罪論体系をめぐる議論、間接正犯論、刑法各則の解釈論に関わる多くの根本問題が複雑に交錯する。管見によれば、こうした事情が、欺罔に基づく同意の本質を見えづらくしている。そこで、本稿では、そういった(答えが一つに収束するとは限らない)原則論・体系論になるべく引き込まれないようにするとともに、欺罔に基づく同意においてこそ、同意の本質論、すなわち法益主体の刑法的要保護

性の有無が問われる場面であるとの認識に立って、考察を進めていくこととする。

その際、わが国における同意論が、多分にドイツの学説の影響を受けてきたことに注意するべきである。欺罔に基づく同意をめぐるドイツの議論状況も、わが国の議論状況とほぼ一致している。そこで、私は、この問題に関するドイツの学説における議論状況を一九世紀後半まで遡り、そこから現在に至るまで追跡することによって、いまの議論状況を相対化した上で、欺罔に基づく同意の解決を規定するベクトルを探り出すことを試みることにしたい。ドイツの学説史を見ると、エポックとなった四つの局面に焦点を当てることが可能である。一つ目は、利益説と法益説の対立¹⁰である。二つ目は、二分説の展開である。三つ目は、法益関係的錯誤説の登場である。そして四つ目は、意思決定の自律性をめぐる議論である。まず本稿においては、これらのうち、一つ目のエポックに検討の対象を限定し、利益説と法益説の対立を取り上げて、議論の状況を整理するとともに、現在の議論においても重要性をもつ問題分析の視角をそこから抽出することとしたい。

第二章 欺罔に基づく同意をめぐるドイツの議論における学説の流れ

第一節 三つの重要な視点

欺罔に基づく同意をめぐるドイツの議論状況を眺めると、そこにおいていくつかの視点が重要な意味をもってきたと考えられる。それには三つのものがある。

第一に、法益主体に対する無条件的保護から脱却することである。つまり、同意をめぐり法益主体側に何らかの錯

誤が生じていたならば、ただちに法益主体の側に刑法的要保護性を肯定してこれを行為者側に負担させる、という方法をやめることである。法益主体の側から見るならば、刑法による保護を求めえない場面、すなわち自己答責性の原理が働く範囲をいかに定めるべきかが問われている。

第二に、同意の事例における行為者側の行為責任主義をどのように貫くのが一つの考慮要素とされてきたことである。言い換えれば、考察のためのアプローチに差があるとはいえ、同意における行為者側の行動基準をどう構築するかを一つの問題意識としてきたということである。

同意においては、行為者と法益主体の「コミュニケーション」がその土台にあるといえよう。典型例は、法益主体が法益処分の意思表示を示し、これに行為者が応じるというケースである。しかし、法益主体が法益処分の意思を明確に示さないことは容易に生じうる。また、法益処分のための行為を、行為者ではなく主として法益主体が自ら行うこともある。そうしたときに、行為者の行為が法益主体の真意に適っていなかったということも想定されうる。ここに生じる法益主体にとってのリスクをすべて行為者側が負担する、つまりその行為が可罰的であるとされるといふのであれば、それは行為者にとっては行為を行う上での重大なリスクとなりうる。欺罔に基づく同意の事例において、この問題が凝縮して示されると考えられるのである。

第三に、欺罔に基づく同意をした法益主体に対する刑法的要保護性の核となる部分はどこにあるかが探究されてきたということである。最大の論争点はまさにここにあつたといえよう。その核とは、はたして法益なのか、法益主体が追求しようとした（法益概念による抽象的な把握になじまない、より具体的な）利益なのか、法益主体における意思決定の自由なのか。欺罔に基づく同意が無効とされる範囲を無限定なものとなせず、一定の限定を加えることについては共

通認識があるとしても、保護範囲をどこまで限定し、どこから先は限定してはならないのかをめぐる、論争がいまもなお繰り広げられている。これを裏面から見ると、問題へのアプローチは異なるにせよ、法益主体における法益処分時の行動基準はいつたどのようなものであるべきなのか模索されてきたといつてよい。欺罔に基づく同意に関する刑法的保護性の広狭は、法益主体の処分行為に直接的に影響を与えるからである。

このようにして、ドイツの議論状況から受ける示唆とは、次のことである。すなわち、欺罔に基づく同意を解決するに際して重要なのは、行為者および法益主体の行動基準をどう定めるかにある。

第二節 欺罔に基づく同意を解決するための諸説

(1) 本説においては、欺罔に基づく同意を解決する諸説を鳥瞰する。なお、ここで一つの問題に直面する。その諸説に対しどのような呼称を与えるかである。もちろん、「説」と久しく呼ばれている見解もある。しかしながら、同じ用語が用いられているにもかかわらず、その内実に大きな隔たりがあることもある。トーマス・レンナウ (Tomas Roman) は、刑法における被害者の意思の欠缺をめぐる議論を概観するに先立って、次の問題を指摘している。すなわち、実際の議論においては、中心的概念、とくに「自律性 (Autonomie)」というような概念は定義されないうままであり、にもかかわらず、カズイスティックな問題解決へなされるという問題を抱えている⁽¹¹⁾という⁽¹²⁾。

そこで本稿では、これまでの同意論において慣習的に用いられてきた用語を使うだけでなく、本稿に限って名付ける説の名称も用いて、欺罔に基づく同意を解決する諸説を説明していきたい。管見によれば、欺罔に基づく同意をめぐるドイツの諸説を顧みると、問題解決のために諸説が照準を当てた点は二つある。第一に、法益主体は「何のため

に「自己の法益を処分したのかである。第二に、法益主体における法益処分の意思決定に自律性があるか否かである。第一に関し、一つ目の学説として、法益処分を通じて法益主体が追求しようとした利益 (Interesse) に着目する見解を挙げることができる。本稿では、これを「利益説」と呼びたい。この利益説を強く推進したのが、R. ケスラー (R. Kessler) である。この見解は、後の法益説と対立関係に立つ。

二つ目は、法益主体が処分した法益に着目する見解であり、本稿に限り、これを「法益説」と呼びたい。同説は欺罔に基づく同意をめぐる議論において、絶えず有力に主張されてきた。法益説を主張し、利益説を説くケスラーと対峙したのが、カール・ビンディング (Karl Binding) であつた¹³。

三つ目は、法益説に連なるものとして、第二次世界大戦後、フリードリヒ・ゲールズ (Friedrich Geertz) が提唱した二分説 (Zweiteilungslehre)¹⁴ である。この見解も法益という観点を基本とし、しかし犯罪論体系とも関連付けて、欺罔に基づく同意への保護範囲を狭めようとするものである。

四つ目として、グンター・アルツト (Gunter Arzt) の提唱した法益関係的錯誤説¹⁵ である。この見解は、二分説を排し、法益説をより純化し、法益主体が処分する法益およびその法益に係る事情への認識を問い、そこに錯誤があつたときに同意を無効とする。これに対し、法益主体における動機の錯誤への刑法的保護について、同説は、詐欺罪に当たる場合を除き、これを拒絶する。法益処分の自由は個人的法益に含まれないと解するからである。

他方で、法益説の陣営の内部においても、レンナウのように、法益主体の人格の発展に役立つ個人的法益については法益処分の自由をも保護法益に含めるべきであると主張する見解があることにも注意する必要がある。

第二の、意思決定過程の自律性をめぐっては以下の見解がある。一つ目として、法益関係的錯誤説を基礎にしつつ、

法益主体による法益処分の意思決定が自由になされたかを問う見解がある。提唱者のクラウス・ロクシン (Claus Roxin) に従い、規範的自律説 (normative Autonomietheorie) と呼ぶことにする。⁽¹⁶⁾ 法益関係的錯誤説に対しては、法益主体の意思決定過程への分析が不十分であるとの指摘が相次いでなされていた。⁽¹⁷⁾ ロクシンは緊急状態の錯誤の問題を提起し、そうしたケースにおいては、法益主体の意思決定は自由になされたものではない、とした。同様に、法益処分の意思決定が自由になされたかを問う論者として、デトレフ・シュテルンベルク・リーベン (Detlev Sternberg-Lieben)、⁽¹⁸⁾ ギュンター・ヤコブス (Günther Jakobs) ⁽¹⁹⁾ らを挙げることもできる。⁽²⁰⁾

二つ目として、法益主体による法益処分の意思決定過程が、法益主体の意思に沿ったものであったかを問う見解である。法益主体が法益処分の意思決定を下す決定的事情の根底にある法益主体自身の価値観や価値体系 (Wertsystem) ⁽²¹⁾ への保護を重視する見解である。本稿に限り、この見解を価値観説と呼ぶことにする。ペーター・ノル (Peter Noll) ⁽²²⁾ やクヌート・アメルンク (Knut Amelung) ⁽²³⁾、ヴォルフガング・ミッチュ (Wolfgang Misch) ⁽²⁴⁾、ウーヴェ・ムルマン (Uwe Murrmann) ⁽²⁵⁾ らによって支持されている。

三つ目として、法律行為説 (Rechtsgeschäftstheorie) ⁽²⁶⁾ を挙げうる。この見解は民法における錯誤に関する規定を参照し、その精神を刑法の同意論に取り込もうとする見解である。⁽²⁷⁾ 同説によれば、過失がある場合など法益主体に自己答責性が認められるときには、行為者の刑事責任を問わない。エルンスト・ツィーテルマン (Ernst Zitelmann) ⁽²⁸⁾ やハンズ・ハイナー・キューネ (Hans-Heiner Kühne) ⁽²⁹⁾ がその系列にある。

(2) 各説の相違点が最も際立つのは、被害者に動機の錯誤を生じさせた事例である。ここでは、次の事例を挙げ⁽³⁰⁾ る。ある慈善団体が、供出した人に対し二五ユーロの報酬を支払う旨、偽りの募集をかけ、Aがこれに賛同し供血に

応じた。この団体の代表者であるBは傷害罪の罪責を負うか。各説の帰結は以下のようなになる。

Bを傷害罪に問うことができるのは、利益説と価値観説、法律行為説である。利益説は、輸血によって二五ユーロを得ようとしている点をBがAを欺いている点を捉え、Bに傷害罪の成立を認めることになる。価値観説も、Aは輸血と引き換えに報酬という反対給付を期待する価値観に基づき同意し、この反対給付をBが欺いている点を捉えて、Bに傷害罪を問うことが可能になる。法律行為説によれば、Aには過失など自己答責の事情は存在しないため、報酬を伴う輸血行為が公序良俗違反とならない限り、Bを傷害罪に問うことが可能なる。

これに対し、Bを傷害罪に問うことができないのは、法益説や法益関係の錯誤説、二分説、規範的自律説、である。法益説によれば、二つの点を考慮に入れる必要がある。第一に、身体法益を処分する自由を身体法益に含めるかどうかで結論が分かれる。法益関係の錯誤説はBの行為は詐欺罪に当たる可能性はありうるが、傷害罪は成立しない。Aは処分する法益、すなわち身体法益を正しく認識し処分する同意をしているからである。反対給付の偽りをカバーするのは詐欺罪の役割であって、それを傷害罪が担うのは同罪の保護法益とは無関係であるからである。他方、法益説に立ったとしても、身体法益にはその法益を処分する自由が含まれると解する立場からは、Bは傷害罪に当たることが考えられよう。第二に、二分説に立ち、軽傷害への同意は構成要件該当性を阻却する同意の場合に当たると解すると、Aは騙されていたとしても、その同意はAの意思に反するものではないとされ、その結果、Bを傷害罪に問うことは不可能になる。規範的自律説によれば、Bの行為が強制的でない限り、Aの意思決定は自由になされたものとされる。Bの欺罔は緊急状態に当たるような欺罔行為ではないから、Aの同意は有効となる。

第三章 「利益説」対「法益説」

第一節 論争前夜の議論状況

本章では、利益説を展開したケスラーと、法益説を唱えたビンディングが交わした論争を取り上げたい。ケスラーは、一八八四年に利益説を貫いた同意論の構想を提示した。ビンディングの同意論への批判がケスラーの同意論の根底にある。ケスラーの構想に対するビンディングによる批判、さらに、それへのケスラーによる反批判を紹介し、これに検討を加えることが本章の課題となる。それはまさしく被害者の同意の本質をめぐる議論であり、一三〇年以上前のこの議論が、いまもなお同意論に影響を及ぼしている。そして、欺罔に基づく同意の解決方法をめぐる対立の萌芽も、この論争の中に垣間見られるのである。

(1) 両者の間の論争に立ち入る前に、この論争が起きるまでの、ドイツにおける同意本質論に関する議論の状況について、リヒャルト・ホーニッヒ (Richard Honig) による同意論およびその方法論に関する研究⁽³²⁾を参照しながら、確認しておくこととしたい。当時、被害者の同意が行為者の行為の違法性を阻却するか否かについて、違法性肯定説、違法性阻却説、刑罰法規重視説が存在していた。

違法性肯定説の論拠としては、①とりわけ生命や身体への侵害の同意は、何らかの困窮した状況におかれた結果、精神が病的に錯乱した状態においてなされること、②立法者が同意による権利侵害を肯定しているのか不確かな状況に裁判官はおかれていること、③「望む者には不法はなされない (volenti non fit injuria)」⁽³³⁾は、公法である刑法に当てはまらないこと、④被害者の意思に反する (invito raso) ことが構成要件に規定されている場合を除き、犯罪への同

意は違法であること、⑤同意は故意の問題に過ぎないこと等が挙げられていた。⁽³⁴⁾

次に、違法性阻却説は、被害者の同意によつて刑法が保護している権利が放棄されるとする。もつとも、それを全面的に肯定するか、それとも部分的に肯定するかにつき見解が分かれる。違警罪の範囲では可罰的とする見解、あるいは、同意が他者の権利に危険を生じさせ、あるいは、権利が譲渡不可能な場合に限つては可罰性を肯定する見解が主張されてきた。⁽³⁵⁾ただし、違法性阻却説は少数説にとどまっていた。

当時の多数説であつた刑罰法規重視説は、同意を一般原則として論ずることを避け、個々の刑罰法規が、同意者に対し処分権を与えているかどうかを問うものであつた。もつともその内実は多様である。同意者の処分権を全面的に肯定する主観的権利説もあつた。他方で同意者の処分権に制限をかける立場から、人間の人格を本質的に規定しているか否かを規準にして権利の譲渡可能性・不可能性を問う見解、個人に密接に関係している法益か否かを規準とする見解などが存在していたのである。⁽³⁶⁾

ケスラーやビンディングは、ホーニツヒによれば、刑罰法規重視説の陣営に分類されるが、ケスラーはどちらかといえば一般原則的手法を採るのに対し、ビンディングは刑罰法規をより重視する主張を採る、⁽³⁷⁾されている。

第二節 ケスラーの見解

(1) ケスラーは、一八八四年公刊の著書において、法益主体の同意の本質を論ずるにあたり、従前の議論は方法的に問題があるとする。すなわち、同意の限界を先に論じようとしたり、生命や身体の放棄から論じようとしたりするべきではなく、まず同意とはそもそも何なのかを積極的に明らかにする必要がある、とする。⁽³⁸⁾

その上で、ケスラーは同意を次のように定義づける。すなわち、同意とは、行為者の意思行為と自分の意思とが一致することを表示することである。⁽³⁹⁾ここから、器物損壊事例を念頭において、以下のことを指摘する。⁽⁴⁰⁾

① 同意の本質とは、同意者が相手方へ権利を移転することにあるのではない。

② 同意とは、行為を他者がするために権利を創設することではない。

③ 同意とは、権利の放棄 (Dereliction) ではない。

④ 同意とは、権利の断念 (Verzicht) ではない。

⑤ 同意とは、他者に損害行為を教唆することではない。

⑥ 同意とは結果を意欲することではなく、同意の意思表示の対象は権利や想定された結果でもなく、他者の行為にのみ同意の意思表示は関係している。

こうした考え方を支える論拠とはどのようなものであろうか。第一に、ケスラーは、刑罰法規の目的は、人の利益が他者の行為によって侵害されないようにすることだとする。⁽⁴¹⁾したがって、被害者とは、犯罪によって、刑罰法規によって保護されるべき利益が侵害された人のことをいう。刑法による利益保護と関係のない事柄は保護の対象から外れるのである。⁽⁴²⁾

第二に、刑罰法規によって保護される利益は以下のように解されるべきである。⁽⁴³⁾まずそこに財 (Gut) がなければならぬ。たとえば、財は人が健康に生きることには貢献するものである。次に、この財から一定の利益が生じなければならぬ。利益とは、ある人の財に一定の出来事が生じること、あるいは生じないことである。身体という財は、一つの利益ではなくさまざまな利益をもつ。こうした認識から、利益は次のように定義づけられる。すなわち、ある

人のある事実 (Thatsache) に対する利益は、その人とその事実との関係の中にある。その関係によって、事実の発生や不発生がその人の財にとって不利な結果となるのである。

第三に、ケスラーは、財と利益の関係について次のようにいう⁴⁴。刑罰法規の目的は、不利益が人の行為によって生じる限りにおいて、その不利益を一定程度防ぎ、利益者 (Interesent) に対し財を保証することにある。財への期待 (Aussicht) もそれ自体、財である。したがって、利益者によつて表明された意思なしに、財を危険にさらしてはならない。しかしながら、明確な意思に反して利益者に強制された財は、財というよりは、むしろ負荷となる。権利というよりは義務となつてしまう。人は財に対して無数の利益をもっている。特に、財をもつ者が有効に用いたり、財をもつ者に不利益が生じないようにしたりすることについてである。かりに人が明確な意思をもつて自分の財にとり危険な行為を許容したならば、その限りにおいて財はその人のものではないし、そうした行為をやめさせる利益をその人はもたない。ケスラーは、以上のように、利益に基づく財の処分を説明する。

第四に、ケスラーは、同意の対象が、結果ではなく、行為者の行為である理由を以下のように述べる⁴⁵。人はそもそも財の放棄それ自体を目的とするのではない。同時に、自分にとって危険な他者の行為によつてもたらされる結果を望んではいない。そうした中で、人は、予見可能な結果が生じるにもかかわらず、同意する。その原動力は動機である。刑法による行為の禁止という利益を強く克服するものであれば、動機の性質はどんなものでもよいのである。

ケスラーは、以上のような基本的立場に立脚して、後述するビンディングの見解、とくに法益論に対して批判を加えている⁴⁶。

まず、ビンディングは法益を利益の集合体と捉え、法規範は、それが侵害されないよう、変更されないよう、保護

する役割を担うとしていている。ケスラーは、利益に着目している点は評価しつつも、利益の主体は法規範ではなく、肉体をもつ人である⁽⁴⁷⁾と反論する。

次に、ビンディングは、法益侵害を法秩序に対する侵害と捉えるが、これは誤った観念であるとケスラーは批判する。本質は利益侵害であつて、そのことをビンディングは看過している⁽⁴⁸⁾。

第三に、ビンディングは、法が法益をそれ自体保護することに対し、ケスラーは反論する。法益それ自体ではなく、利益が個人と財を結びつけている関係の保護にこそ刑法は重点を置くべきであると主張する⁽⁴⁹⁾。

それでは、欺罔に基づく同意をケスラーはどのように理解していたのだろうか。要求に基づく殺人罪の規定（ドイツ刑法二二六条）の撤廃を主張する記述の中で、欺罔に基づく同意に言及している。ケスラーは同罪について、自己維持義務（Selbsterhaltungspflicht）、すなわち各人は自分の命を全うするべきであり、それを自ら手放してはならない公共的義務を認めるものであると批判した。その上で、ケスラーは、生命や身体は、あくまでもその個人が享受するべき利益であり、その利益をどうするかはその個人にすべて委ねられているとする。したがって、被害者の同意に基づく生命や身体への侵害行為は、すべて不可罰とするべきであるとした。生命や身体といった利益の帰趨は個人が決めるべきである以上、その動機についても批判されないという。こうした観点から、要求に基づく殺人罪の規定の廃止を主張したのである。

このような批判論を展開する中で、ケスラーは、被害者の動機に関して言及していた。すなわち、利己的な動機から他者へ自殺するよう説得し、その者をして自殺させる行為や、他者から人生の喜びを奪うために、相手を欺き自殺させる行為の可罰性に言及している⁽⁵⁰⁾。こうした行為は、他者に自殺を唆しており、相手方の個人的利益は危険に瀕し

ているとする。ケスラーは、このような行為の可罰性に関する議論はこれまで十分に検討されてこなかったとし、その理由として、被害者に自己保持本能 (Selbsterhaltungstrieb) が備わっているならば、欺罔行為による危険から自己を十分に守られると考えられてきたからではないか、と指摘する。こうして、要求に基づく殺人罪の撤廃を主張する一方で、欺罔に基づく殺人は被害者の利益を侵害するものとして、その処罰の必要を説いたのであった。

(2) 右のように、ケスラーは利益説を展開した。その見解の詳細をさらに知るために、一八八七年に著された論文⁵¹ を見ることにした。ここで着目すべきは、①利益と法益の関係、②法益の担い手 (Trigger)、③利益説に対する批判の仕方、である。

①と②に関し、まずフランツ・フォン・リスト (Franz von Liszt) の見解を次に引用する⁵²。リストによれば、法的に保護された利益としての法益は、生命や財産、名誉、自由などのように、具体化されない、概念的に抽象化されたものである。しかし、法益の担い手によって、あるいは事物において、法益は具体化されうる。それらが犯罪の客体であると考えられがちである。しかし、法益の担い手というのは抽象的であるし、可能な限り法益を具体化することも刑法という体系を無視している (der Schematisierung spotten)。犯罪は、行為 (Handlung) ではなく、人間の因果関係 (menschliche Causalität) であり、何らかの法益 (ein Etwas) を前提としており、人間の因果関係は法益において展開しうる。それゆえ、法益こそが犯罪の客体であることが法的に強調されなければならないし、行為の具体的な客體とは厳格に区別されなければならない。

このようにリストの見解を要約した上で、次のようにケスラーはリストに対する批判を展開する。第一に、ケスラーは、リストが法益と利益を同一視している点を批判する。利益とは法益と区別されなければならない。たとえば、

生命という法益には、無数の利益が関係する。⁵³ 財 (Gut) とは、人間の身体的あるいは精神的な幸福に寄与することができるすべての客体あるいは関係である。⁵⁴ この財に対する利益とは、すべての財に関係している出来事に関する利益の完全なる集合体であり、個人の財に対する利益は、それを快・不快と感じるかによって、一人ひとり異なる。⁵⁵

第二に、「法益の担い手 (Träger)」という用語についてである。ケスラーは、なぜ「法益の所持者 (Inhaber)」と言わないのか、と疑問を示す。「担い手」とされている原因について、ケスラーによれば、財が、個人ではなく、客観的権利という壮大な観念存在 (Gedankenwesen) に属すると考えているからだ、⁵⁶ とする。それはあたかも、「家畜の肉と毛皮は、その家畜の持ち主の財であり、家畜は持ち主の財の担い手である」かのような関係にあり、それは人の法益にも当てはまる。すなわち、人の生命や名誉、自由、その他人間を守る権利は、人間の財であり、人間が自分のものとし、他者の権利としてだけでなく、少なくとも人間という抽象的なものの権利として、それらを担う。⁵⁷ すなわち財は、個人が所持するのではなく、人間とか客観的権利とかいう抽象的概念に属する。法益の担い手がその処分が許されるか否かは法秩序の観点から決するという考え方は、⁵⁸ こうした背景を有している。

これに対し、ケスラーは右のような捉え方を批判した上で、私見を示す。すなわち、一人ひとりの人間は生来的にすべての法益を処分することができ、法によって与えられるものではない。法は、処分権を、未成年のゆえに制限したり、他者の利益との調整のために制限したりするに過ぎない、とする。⁵⁹

第三に、利益説を批判する手法についてである。例えば、強制執行中の自己の財物を自ら損壊する犯罪 (当時のオーストリア刑法) を根拠に、利益説ではこのことは説明できないとする見解が存在する。⁶⁰ しかし、ケスラーはこの犯罪においても、所有者と債権者がいずれも同意すれば、この犯罪は成立しないと主張する。⁶¹ なお、こうした利益説に

対する批判は、要求に基づく殺人罪が存在することを理由に、生命を処分する自由は個人に与えられておらず、利益説は不当であるとする論法にも通じている、とする。

ケスラーは、いわゆる社会的法益を保護する犯罪であるとしても、それぞれ利益をもつ当事者が法益処分にすべて同意したとするならば、同罪の成立を否定するのである。

第三節 ビンディングの見解

第一款 同意論の概要

(1) ビンディングは、ケスラーの学説を念頭におきつつ、同意論の概要を示した⁶²。以下、その骨子を見ていきたい。

第一に、同意の本質についてである。まず、すべての犯罪において、根本的な被害者は国家であるところから出発する。すなわち、犯罪による侵害とは、国家の支配権への侵害と捉える。その上で、形式的に有効な同意によつて、行為者は侵害する権利を得る。というのも、同意によつて、国家の禁止規範は例外的に許可する規範へと変わるからである⁶⁴。そのようにして支配権の主体である国家が有効と認めた同意は違法性を阻却する⁶⁵。

それでは個人的法益を保護する刑罰法規に関する、法益主体の同意は、どのように解されるのか。ビンディングは、法益主体である個人に絶対的権利を認めない。なぜなら、国家が禁じていることを、個人が許可したり、法的に無意味にしたりすることはできないからである。個人の同意が許されるのは、法的に認められる場合に限られる⁶⁶。

第二に、個人の同意が法的に許されているか否かに関する情報は、実体法のみから得られる、とする⁶⁷。その理由

として、ビンディングは、アプリアリな解決方法、あるいは、アプリアリな論拠を示して実体法を枉げるかのような解決方法は不当である⁽⁶⁸⁾ことを挙げる。ここに法実証主義者ないし制定法重視主義者たるビンディングの姿勢が看取される。国家の支配姿勢が実体法に顕れていると考え、あくまでもその範囲内で同意論を展開しようとするのである。

第三に、実体法をふまえ、同意には異なった種類の類型が存在することを肯定する。

一つ目の類型は権利を移転し、または、権利の行使を侵害者へ移転するものであり、法律行為がその典型である⁽⁶⁹⁾。この場合、被害者が行為時において撤回の意思を示したとしても、侵害者は行為を行うことが許される。まさに侵害はこの場合、存在しない⁽⁷⁰⁾。

二つ目の類型は、個別の事例における、一方的な権利の処分、あるいは一方的な権利効力の放棄である。個人に処分が許されている権利についてのみ、一方的な権利処分および放棄は可能である。侵害を甘受する事例、例えば、自己の財物が持ち去られる状況を、盗まれても仕方ないとして黙認するケースが想定されている⁽⁷¹⁾。

三つ目の類型は、同意によって、犯罪の成立に必要な要素が、侵害された法益から取り除かれる場合である⁽⁷²⁾。その前提条件とは二つあるとビンディングはいう。一つは、実体法の解釈に従い、法益主体の意思に反することそれ自体が犯罪の客体とされるときである。もう一つは、被害者が法益を維持することを望み、あるいは法益を放棄しなかった場合である。後者について、立法者は、人に対して法益を維持することや、被害者が価値のないものとした法益を保護することに、利益がないと考えている。したがって、法益主体によって決定づけられた意思によって、客体の要保護性が決まる、とする。

三つ目の類型においては、法益主体が同意することにより、前者においては構成要件が充足されず、後者において

は侵害客体に対する刑法上の要保護性が失われる。⁽⁷³⁾

(2) 右の三つ目の類型に関する具体的考察として、刑法に規定されている犯罪に関する同意、とくに人格の身体的部分 (physische Persönlichkeit) に関する同意について言及している。同意の解釈指針を刑罰法規から得るときの基本的立場を以下に述べる。

第一に法益についてである。⁽⁷⁴⁾ 刑法における違法性と関係するのは、他者の権利への侵害行為ではなく、他者の法益の侵害や危険である。これらの法益は、意思主体によって担われている。ここでは、法益とその意思主体との間に法律関係は存在しない。それゆえ法益はその意思によって放棄することができる。

第二に、同意に関する情報は、実体法のみにより与えられる。他の規定と矛盾がないように、同意の擬律を判断しなければならぬ。⁽⁷⁵⁾ どの程度同意を認めうるかを人格の概念から導くことはできない。⁽⁷⁶⁾ 個人が決めた同意が共同体にとり許容することができない場合は、共同体のその意思が優先する。⁽⁷⁷⁾ 例えば、生命については、要求に基づく殺人罪が存在することから同意は無効であり、このこととの関係で、身体に関しても、重い傷害への同意は無効である。自由も、人は奴隷的扱いをされてはならないのだから、それへの同意も無効である。ただし、それ以外の犯罪については、最終的に、必要性 (Bedürfnisse) と法生活 (Rechtsleben) の実情を考慮して判断することになる。⁽⁷⁸⁾

第二款 ケスラーに対する批判

ビンディングは右にみたように私見を展開するに当たり、利益説を説くケスラーに対し、徹底的な批判を加えている。⁽⁷⁹⁾

第一に、実体法の規定を無視し、刑罰目的論に重点をおいた点である。ケスラーは刑罰の目的を個人の利益に保護にあるとした。こうした姿勢は、実体法を重視し、アプリアリな解決方法を否定する、ビンディングの見解とは相容れない。

第二に、刑法の役割を法益保護ではなく利益保護とする点である。身体法益を例にとれば、刑法の役割は、ビンディングによれば身体の法益の保護そのものにあると考えるのに対し、ケスラーによれば身体を処分する個人の利益の保護にある。

第三に、ケスラーは、個人に対する犯罪について、法益主体の同意があるならばその行為は禁止されないとし、そこに規範の意義があるとしている。しかし、そうした見解は規範の意義を理解していないし、自己の見解を刑法典における各規定に試すことすらしていない。

第四に、ケスラーはその所説をすべての刑罰法規に当てはめて検討することを怠っている。その例として、ビンディングは、要求に基づく殺人罪を挙げる。この規定そのものがケスラー説を否定しているとする。なお、ビンディングによれば、同罪は生命の保護を完璧なものにするために存在しているとされる。

第五に、ケスラーのいう利益の定義が明確でない点である。例えば、身体に対する利益に関し、債権者や相続人、国家は考慮の外に置かれ、個人のみが念頭におかれている。

第六に、ケスラーのいう意思表示説、すなわち、法益主体の意思と相手の意思行為が一致するよう法益主体が侵害行為時までに表示する、という考えは不当である。法益主体が法益を放棄する意思を固めたのならば、その客体に対する刑法上の要保護性は失われる。法益処分の意思を相手方に知らせる必要はないし、相手の侵害行為後に法益主体

が法益の放棄の意思を固めたのであれば、その場合も同意の有効性を認めるべきである。しかも、意思表示説の根拠となる実体法の規定もない。こうしてビンディングは意思方向説を採るのである。

第三款 欺罔に基づく同意

ビンディングは、欺罔に基づく同意を一つの論点として自覚的に取り上げることにはなかった。しかしながら、それに関連する事項について、ビンディングは次のようにいう。

第一に、構成要件において、例えば暴行や偽計 (Täuschung) など、法益主体の意思に反することが侵害客体とされている場合、暴行に対して法益主体が同意したり、偽計を法的主体が見抜いたうえで同意したりしたときは、同意は有効である。⁽⁸⁰⁾

第二に、人格の身体的部分に関する構成要件に関しては、明確に語っていない。殺人や墮胎、略取誘拐、家族の身分に関する罪、傷害、遺棄、名誉毀損、女性の性的名誉 (Geschlechtschre) における有効な同意とは何かについては言及されている。しかし、欺罔に基づく同意については、女性の性的名誉に関するところにおいてわずかに触れられているに過ぎない。⁽⁸¹⁾ 第三章第三節第一款(2)で示したビンディングの見解を推していくならば、法律に手がかりがない以上、最終的に、共同体が欺罔に基づく同意をどう評価するかにかかるとなるだろう。欺罔に基づく同意を無効とし法益主体の要保護性を肯定するのか否かについて、ビンディングは沈黙したままである。

第四節 ビンディングに対するケスラーの反論

ケスラーの利益説に対して、ビンディングは右のような同意論の構想を提示し、ケスラーの利益説における問題を指摘した。こうしたビンディングの見解に対して、ケスラーはさらに反論を加えている。⁽⁸²⁾

第一に、民法上の法律行為も同意に属するとしている点である。⁽⁸³⁾ 法律行為が履行されなければ、それは犯罪的であるかのような見解であるとケスラーは批判する。

ケスラーは、第三章第二節(1)において述べたとおり、同意においては法益主体と行為者との間で位置を合致させる必要がある旨を説いていた。その狙いは、二つあった。ひとつは、民法における代理権の法原則が、刑法における同意に持ち込まれることを避けることである。民法の代理権は民法的な代理権を創出し、その民法的效果を本人に帰属させるのに対し、刑法の同意は、同意の受け手である行為者に対し刑罰が科されない事実的可能性を保証するに過ぎないというのである。もうひとつは、刑法の同意が認められる範囲をより広くしたいということである。ケスラーによれば、通説は刑法の同意の範囲を著しく狭めて、表向きの効果しか認めてこなかった。⁽⁸⁴⁾ このようにして、ケスラーは、同意を、民法における代理とは全く別の、刑法固有の制度とすることを意図していたのである。⁽⁸⁵⁾

これに対して、第三章第三節第一款(1)において触れたとおり、ビンディングは、法律行為も同意に含まれ、行為時に被害者が同意を撤回する意思を示しても、その意思に反して侵害者は行為しうる、と主張していた。ビンディングはこの点について、次のように説明していた。⁽⁸⁶⁾ 第一に、ここで想定されているのは、被害者から侵害者に対して、権利が移転したり権利の行使が委ねられたりする場面である。第二に、同意とされる法律行為は、譲渡や移転が可能な権利に限られる。その例として、財産権や利用権、著作権、狩猟権、漁業権などがある。第三に、具体例として、賃

借人が貸貸人の求めに反して、住居侵入罪に問われることなく、住居内に立ち入ることや、編集権者が執筆者の意思に反して編集することを挙げ、貸貸人や執筆者がそうした行為の禁止を求めても、弁護人はそれをやめさせるよう活動してはならないとことを唱えていた。⁽⁸⁷⁾ ビンディングは、民法上の法律行為と刑法の同意を同列に扱い、法律行為が有効に成立したならば、刑法の同意も有効に成立すると考える。こうした背景から、ビンディングは、双方の合意に基づき行為が開始されたのち法益主体が同意を撤回した場合を想定した上で、ケスラーの見解に立つと、そうした不同意者への侵害の違法性は、不同意者による以前の意思行為 (Willensact)、すなわち同意によって、どのように阻却されるのかを探究せざるを得ない、と疑問を呈していたのである。⁽⁸⁸⁾

これに対して、ケスラーは次のように反論した。まず、その事例は、行為時における法益主体と行為者との間の同意がない以上、そもそも刑法における同意の問題ではない。さらに、民法の法律行為と刑法の同意は区別されるべきであるとして、次のように批判する。たとえば、YからXに売却されXに移転した財物は、YからXによって盗まれた財物でありえないという真実を説明すること自体がおかしい。すなわち、法律によって認められている権利を行使することは犯罪ではない。自分の権利を行使する者は他者を害しないからである。法律行為の結果が、意に反して (nolens) 甘受せざるを得ないというときに、それは民法における法律行為の範疇に属する問題であり、刑法における同意の問題には属さない。⁽⁸⁹⁾

第二に、すべての犯罪に共通する被害者は国家であり、犯罪はその支配権の侵害にあるとしている点を問題とする。ビンディングによれば、規範は国家の主観的権利に裏付けられたものであり、これに従わないときは、破られた規範は刑罰へと転化するという。

しかし、ケスラーは反論する。なぜ規範が刑罰へと変化するのか、その説明がない。違反に対して刑罰を加えるということしか考えられていない。ここでは、国家が、被害者の苦しみによってなだめられるべき崇拜の対象となっている。「volenti non fit injuria」は、殴り合いや器物損壊のケースにおいて、当然に適用できる。国家との関係でも、国家の利益に係るときには、同原則は適用可能である⁹⁰⁾。

第三に、「被害者の意思に反する」ことが犯罪における侵害の要素とされているならば、同意者に対してあらゆる強要や暴行はなし、としている点が批判の対象とされる。ケスラーは、まず、同意者には積極的に同意をする者と抵抗せず消極的な同意者がおり、後者の場合は意思喪失 (Willenslosigkeit) が原因であるのが普通であると指摘する。その上で、ビンディングは、同意による強要犯罪 (Nötigungsverbrechen) の阻却と意思喪失による強要犯罪の阻却を同じように扱っている。すなわち、意思喪失者も有効に同意できるかのようなことをいう点を、ケスラーは批判する。死体から財物を奪った者は窃盗に当たり強盗には当たらない、ということを、ビンディングによれば、被害者の同意に依拠して説明することになるが、これは不当であるとケスラーは指摘する⁹¹⁾。

第四に、ビンディングが意思表示説を不当であるとする点に反論する。法益主体が同意の意思を外部に表明する必要があるかという論点をめぐっては、ビンディングが意思方向説を採るのに対し、ケスラーは意思表示説を採る。ケスラーも、特別な事情があれば、認容、あるいは、行為時における消極的行為を同意として評価する。しかしながら、同意の意思が法益主体の心的経過の中に存在すればよい、というのであれば、それは不当である、とケスラーは批判する。意思表示は、法的に意味のない弱い願望と区別するために必要である⁹²⁾。

第五に、「volenti non fit injuria」原則の理解の当否が上げられる。ビンディングは「侵害なし」の部分だけを強調

しているくらいがある、とケスラーは批判する。むしろ、この原則は「自発的に」と「侵害なし」の要素からなると解すべきであり、両者を相対的に捉える必要がある。⁹⁴ 関係する法律との関係で、誰が被害者なのか、禁止されるべきは誰の利益に関する行為なのかを、考慮しながら検討するべきであるとするのである。

第六に、要求に基づく殺人罪についての理解を問題とする。ビンディングによれば、同罪が存在することから、たとえ自己の利益のためであっても、相手に依頼して自己の生命を処分してもらうことは刑法が禁じているのであり、それゆえにケスラー説はすでに成り立たないという。これに対して、ケスラーは、自殺は同意に基づくものである以上、保護すべきその人の利益はないとする。同罪は、個人の利益ではなく他の利益を考慮して制定された規定と解するべきであるとする。⁹⁵

第七に、公共の利益と個人の利益が交錯する犯罪についてである。ビンディングは、この場合、個人の人格の本質的性質に対する侵害への同意は無効であるとする。しかしながら、ケスラーは、利益ごとに同意の有無を検討するべきであり、両者の利益が競合していたとしても、個人の利益に関し同意があるときは、その同意を有効とするべきであるとする。ビンディングの見解は、法益とは客観的権利それ自体であり、国家が本質的な被害者と捉えることに由来している。⁹⁶

第五節 ホーラーの見解

(1) ケスラーとビンディングの対立のあとに登場した、オスカー・ホーラー (Oskar Holer) の法益説についても、ここで概観したい。ホーラー説の特色は、法益を二つに分類した上で、それぞれについて同意の効力に差異をつけた

ことにある。

ホーラーは次のような前提から出発する。被害者の意思侵害 (inivtus laesus) は違法性のメルクマールとはなりえない。なぜなら、違法か否かを決めるのは、一般意思の裏付けをもつ法律のみだからである。⁽⁹⁷⁾ 他方、一般意思を重視しすぎることによつて個人の自由が圧殺されてはならない。社会全体の繁栄は個人を自由にすることによつて実現されるからである。⁽⁹⁸⁾ そこでホーラーは、法益を、条件的法益 (Bedingtes Rechtsgut) と無条件的法益 (Unbedingtes Rechtsgut) とに区分けし、それぞれの法益に対する刑法的保護に差をつける。⁽⁹⁹⁾

条件的法益とは、法によつてより特徴付けられた一定の者の意思であり、この法益の主体 (Träger) は個人である。刑法による客体の保護が法益主体の意思に反するならば、刑法はその保護から撤退する。法益主体の同意があるときは、条件的法益に対する侵害行為は最初から違法でない。⁽¹⁰⁰⁾ これに対して、無条件的法益とは社会的性質をもつ法益であり、それへの刑法的保護は絶対的である。法益主体がその法益を処分することに同意したとしても、その法益への刑法的保護は貫徹される。⁽¹⁰¹⁾

こうした法益二分論は、かつての議論、すなわち不可譲渡権利と可譲渡権利を区分けする議論を想起させるが、ホーラーによれば、自身の二分論は倫理的観点でなく、あくまでも法的観点、とくに法益の性質の観点に由来するものであるとしている。⁽¹⁰²⁾

(2) 条件的法益について子細にみてみよう。

第一に、条件的法益を刑法はどのように保護すべきかについてである。法益主体がそれを望む意思を示してから開始される、という見方が一部にあるが、そうではない。むしろ、刑法的保護は、法益主体が望んだときに、終了す

る。¹⁰³ 法益主体が望まない限りは条件的法益は保護される。

第二に、条件的法益に対する同意の効果である。同意がある以上、その行為は最初から違法でなくなる。¹⁰⁴ 客体はもはや刑法的に保護される法益とはいえないからである。まさに客体の不能の状況になる。¹⁰⁵

第三に、同意は行為者に示す必要があるかである。ホーラーは、同意は、行為者の故意に対してではなく、客体の保護に対して影響を及ぼすことを理由に、意思方向説を採る。¹⁰⁶ しかし、ホーラーは、時間的な制限なく、すべての人間との関係で、法益主体に対する法的保護が中止される、とは考えない。そこには、時間的および人的制約がある。まず、法益主体の同意は行為時まで撤回可能である。刑法的要保護性の存否は行為時点において最終的に決まるからである。¹⁰⁷ また、誰に対して法益主体の要保護性がなくなるかの判断は保護法益の観点から決まる。¹⁰⁸

第四に、法益主体の動機面についてである。とくに行為者が不誠実 (unredlich) な方法で法益主体の同意を得た場合に法益主体の動機の錯誤が保護されるかが問題となる。ホーラーは、詐欺罪など刑罰法規に特別な規定がある場合以外は、不可罰であるとする。¹⁰⁹ なぜなら、条件的法益において、法律は同意の発生過程 (Entstehen) を考慮しないからである。¹¹⁰

(3) ホーラーは、生命や身体を無条件的法益として捉える。無条件的法益については、意思表示説を採る。¹¹¹ 行為者の欺罔による同意をどのように捉えているかに着眼して、彼の説くところをみることにしよう。

まず生命についてである。ここでは、要求に基づく殺人罪の例が挙げられている。¹¹² ホーラーは、無条件的法益の場合、同意の形成過程を考慮しなければならない、¹¹³ とする。その際、欺罔に基づく同意による殺害は、要求に基づく殺人罪に当たらず、通常の殺人罪が成立する。まさに同意が疑わしいものであれば足り、欺罔が狡猾でなければなら

ない必然性はない。例えば、行為者が説得して苦しい状況などを指摘したうえで被害者が自殺に同意したときに、同意者は自殺行為をせざるを得ないという強い不快感をもっている、ということ、私たちは確信できないからである。行為者は利他的に行為したとはいえず不誠実であり、自殺を導く不快感は、被害者ではなく、まさに行為者が設定したというる。

傷害については、親告罪とされている軽傷害と、親告罪とはされていない傷害とに分け、前者は条件的法益である¹⁴のに対し、後者は無条件的法益である¹⁵とする。欺罔によつて得られた被害者の同意に基づき傷害する行為への対応は記述されてはいない。ただ右に示したホーラーの見解から推すと、親告罪とされる傷害については同意が有効に成立しているとき行為者は不可罰とされるのに対し、親告罪とされない傷害の場合は殺人と同様の対応がとられることになる。

第四章 検討

欺罔に基づく同意がドイツの学説においてどう扱われてきたのかを、利益説を説くケスラーと法益説を説くビンディングの対立を中心に見てきた。たしかに、ここにおいて、欺罔に基づく同意が、アルツト以降の議論状況のように明確な論点として意識されていたかという点、そうではないといえよう。しかしながら、欺罔に基づく同意をめぐる対立の兆しは早い段階からみられ、その後の議論の布石がこの時期にすでに打たれていたといえよう。

欺罔に基づく同意への刑法的保護に関し、利益説が積極姿勢を示すのに対し、法益説は消極的姿勢をとる。これら

両説について、各説の特徴、およびそれぞれの問題点を指摘しておきたい。

第一節 法益説の問題点

第一款 刑罰法規の枠内に限定された法益処分の自由

法益説が説く同意論とは何か、と問いかけてみると、その答えにはどこか散漫な印象を抱かざるをえない。同意論を最初に体系化したといわれたビンディングの見解は、首尾一貫性を欠くようにも映る。捉えどころのなささえ感じられる。しかしながら、管見によれば、法益説に基づく同意論に共通する基本的特徴として、刑罰法規の枠内で、同意論を展開しようとしていることを挙げうる。

そもそも、刑罰法規は行為者に向けられている規範であるはずである。裁判規範である刑罰法規を用い裁かれるのは、行為者にほかならない。刑罰法規に行為規範性をも認めるとき、行為者はその名宛人に含まれる。そうした性格をもつ刑罰法規の下で、法益説の同意論は存在している。

刑罰法規の背景には、国家意思や一般意思、社会共同体の意思があり、それらを具現化したのが刑罰法規であるとされる。とするならば、法益論の同意論は、実は、刑罰法規によって、つまり国家や社会の意思によって、制約されることが自明の理とされているのである。

それではこうした制約下にある同意論の本質を、法益説はどのように解しているのか。ビンディングは一つの回答を示していた。ビンディングによれば、犯罪の真の被害者は国家であり、国家は犯罪によりその支配権が侵害される。法益主体が同意し、国家がそれを有効と認めるとき、行為者は侵害する権利を得る、としていた。こうした関係にお

いて、法益主体と法益、ことに個人的法益との関係は希薄である。それどころか、法益主体は制限的にしか個人的法益の主体となれないということになる。

第二款 法益主体にとっての個人的法益の意義

(1) 法益説は個人的法益をどう理解しているのだろうか。なぜこうした疑問が湧くかという点、法益説の同意論においては、例えば、生命や身体は、法益の性質のゆえに、法益主体はその処分を自由に行うことはできないという論調が、初期の議論においてだけでなく現代においてもみられるからである。こうした制限が正当化される理由はどこにあるのだろうか。

初期の議論をみる限り、法益説によれば、個人的法益が帰属するのは、生命や身体については、個人ではなく、それ以外の主体、すなわち国家であると考えているように思えてならない。

XがYをその同意を得ずして殺すとき、Yが被害者であると思うはずである。しかし、生命法益がもし国家に帰属するならば、真の被害者はYではなく国家であるということになる。もしXがYをその同意を得て殺すとき、Yは、生命を放棄している以上、被害者ではないと思われよう。だが、真の被害者が国家だとすると、たとえYの同意があるにせよ、刑法にとり好ましくない事態には、XがYの生命を侵害することだけでなく、Yが自己の生命を放棄することをも含まれよう。つまり、生命法益の侵害主体には、行為者だけでなく、自殺を決意した者も該当することになる。生命法益の主体を個人ではなく国家にあるとみるときに、こうした捉え方が可能になるはずである。

Yの同意を得てXが殺すことが不可罰であるとされる理由は、以上の考え方にに基づき推論するならば、大前提とし

て、自分の生命を保持する義務がYにあつて、その義務をYが放棄したのだからYの生命を保護する任務は国家にはない、ということになる。

仮にこうした推論が正しいとするならば、生命や身体の処分は制限されるという法益説は、個人法益を処分することをしないよう、個人に対し、法益の要保護性を否定するという形で牽制していると解することができるのではなからうか。

(2) 法益説は、個人的法益を処分する意思決定を下す際に、法益主体に動機の錯誤が生じていたときに、とりわけその錯誤が行為者の欺罔行為によって生じた場合、そうした意思決定の瑕疵に対する刑法的保護に積極的ではない。もし個人的法益の主体が個人であるならば、個人的法益の処分を決断する意思決定過程への保護も十分に図られるべきとも考えうる。なぜ法益説は消極姿勢をとるのか。

この疑問に対して、ハンス・ヴェルツェルの法益保護に関する分析が多くの示唆を与える¹⁷。法益説における法益保護のあり方とは、法益の静的保護にある。すなわち、保護法益が侵害されたか否かが決定的に重要であると捉える。逆からいえば、法益が侵害されていない状態を保つことに刑法は注力するべきであることに重きをおく見解を法益説は採っている。法益が侵害されると刑法による法益保護は動揺する。それを行為者が惹起したのであれば、法益侵害の故意があるかが点検される。法益処分についても同様で、個人に法益処分の意思があるかないかが最も重要な要素となる。しかしながら、そこには法益処分の意思決定過程へのまなざしがない。もつとも故意の有無に關し意思決定過程は重視されないのだから、法益処分の意思決定過程の分析も必要ないと解しているのかもしれない。

これに対して、ヴェルツェルのいう法益の動的保護が刑法の役割だとするならば、法益処分の意思決定過程はむしろ

る当然に考慮に入れられなければならないはずである。なぜならば、個人は法益を処分することを通じて社会生活を営んでいるからである。利益の実現を目指して、個人は法益を処分するのである。法益主体は、法益を処分すること自体を目的にして法益処分の決断をするのではない。こう解するとき、法益処分の意思決定過程、とりわけ法益処分の決断を下す決定的な事情、すなわち、法益処分の動機こそが同意を論ずるに当たり必要不可欠なファクターとされなければならないはずである。

第二節 利益説の問題点―処罰範囲の限定原理の欠如―

(1) ケスラーの利益説は理論的には明快である。ケスラーによれば、法益主体は自らの利益を追求するために、個人的法益はすべて処分しうる。刑法的保護は、法益主体の利益追求行為に及ぼされる。したがって、行為者の欺罔行為によって同意した法益主体は刑法による保護を受けうる。しかしながら、法益主体による利益追求行為は無限に刑法的保護を受けるべきなのだろうか。それとも、一定の制約があるのだろうか。これが利益説に終始つきまとう課題となる。

しかも、法益説から、欺罔に基づく同意に対する刑法的保護を限定する主張が提示されているにもかかわらず、利益説自身からの明確な応答はみられない。欺罔に基づく同意の処罰範囲を限定する場面があるのか否か、利益説は応答する義務があつたと思われる。

(2) この点、法益主体による利益追求行為の限界について、一つの考えを示したのが、法律行為説を説いたツイーテルマン¹¹⁸である。欺罔に基づく同意に関し、原則として、意思の欠缺（＝民法上の錯誤）に関する規定は同意において

も適用可能であるとする。とくに、取消事由があることについて、行為者に悪意があるときは、損害賠償責任を負う。¹¹⁹たとえば、医師が傷害の故意をもって患者に助言し、これに患者が同意した場合、患者に生じた錯誤が医師の行為の結果に関するものであるならば、医師のこの助言は間接的に傷害の結果を生じさせているとする。¹²⁰

他方で、法益主体の同意が保護されない場面が二つ挙げられている。

第一に、行為者が事実の錯誤に陥ったことにつき過失がある場合、被害者の損害賠償請求に対して、行為者は、ドイツ民法二五四条を有利に解し、被害者も錯誤を共同して惹起した責任を負うことを抗弁できる。¹²¹なぜなら、同意者が、同意を行為者に与えることにより、行為者が行為する動機を形成したからである。たとえば、同意者が行為者に対し、非常に大きな損害を発生させる危険を伝えなかったとする。そうした危険は行為者にとっては行為を実行することに對する反対動機となり得たはずだからである。同意者が同意を与えることによる行為者の意思形成過程をツイーテルマンは重視したのである。

第二に、法益主体の同意に基づく侵害行為を法秩序が禁止している場合である。¹²²たとえば、自分の家に放火するよう、行為者へ同意を与えて、行為者が放火した場合である。同意によって、行為者がそうした行為を行うよう動機づけられ、あるいは、こうした行為をすることへの妨げが除去されたならば、その行為は法的に禁止される。なお、ツイーテルマンの趣旨からすれば、法益主体が保護されないこととは、法益主体が行為者へ損害賠償を請求することはできないことをいう、と解される。¹²³

ツイーテルマンの見解は、たしかに民法の規定に依拠しているとはいえず、法益説に拠らずに法益主体への保護の制限を試みたといえよう。見方を変えれば、法益主体の利益追求にも限界があることを示している。しかしながら、

ツィーテルマンの見解を利益説が採り入れることはなかった。

第五章 まとめ

欺罔に基づく同意をめぐる、ドイツの学説においていかなる議論が行われてきたのかを、最初のエポックである、利益説を説くケスラーと法益説を説くビンディングとの対立に焦点を当て検討し、膠着状態にある現代の議論状況を打開するための視座を得た。

たしかに、この当時において、欺罔に基づく同意が、重要論点となっていたわけではなかった。むしろ、この問題の議論が活発となるのは、アルツトの法益関係の錯誤説の登場を待たなければならなかった。しかしながら、欺罔に基づく同意をめぐる議論の布石が打たれたのは、間違いなく、利益説と法益説との対立にあつたとみてよいことが明らかになった。

欺罔に基づく同意をめぐる議論は、利益説と法益説との対立を受け継ぎつつ、二つ目のエポック、すなわちフリードリヒ・ゲールズによる二分説および同説への批判へと推移していく。その検討は他日に期することとしたい。

(以上)

- (1) 山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関西大学法学論集三三卷三・四・五合併号(一九八三年)二七一頁以下、同『刑法総論(第三版)』(二〇一五年)二一八頁(緊急状態の錯誤を「法益の相対的価値の錯誤」の場面と捉える。同二二二

頁)、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報一号(一九八五年)五二頁以下、同『刑法総論の考え方・楽しみ方』(二〇一三年)二一八頁以下、内藤謙『刑法講義総論(中)』(一九八六年)五九二頁、森永真綱「被害者の承諾における欺罔・錯誤(一)(一・完)」関西大学法学論集五二巻三号(二〇〇二年)一九九頁以下、同五三巻一号(二〇〇三年)二〇四頁以下(法益関係の錯誤説が妥当としつつも、同錯誤があれば行為者は可罰的とせず客観的帰属論を用いて帰責範囲を限定する)、塩谷毅「瑕疵ある承諾の有効性」岡山大学法学会雑誌五三巻一号(二〇〇三年)一六一頁以下(特に一七五頁、一七九頁以下)、須之内克彦『刑法における被害者の同意』(二〇〇四年)一〇六頁以下(特に二二二―二二四頁)、小林憲太郎『刑法的帰責』(二〇〇七年)二二七頁以下(なお緊急状態の錯誤は「法益処分の自由を失わせるものといえるから、まさしく法益関係の錯誤の一つだと考えることも可能である」としている〔同二三八頁〕)、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論(第三版)』(二〇一九年)二〇六頁以下(なお、緊急状態の錯誤も、処分法益に関する価値に錯誤が生じており、よって法益関係的錯誤説によって説明可能であるとしている)、同『刑法各論(第七版)』(二〇一八年)一七頁、浅田和茂『刑法総論(第二版)』(二〇一九年)二二二頁。

なお、法益関係的錯誤説の登場よりも以前に説かれた平野龍一の見解も、法益関係的錯誤説に連なりうると評価することができる。平野龍一『刑法総論Ⅱ』(一九七五年)二五六頁以下、同「追死の意思がないのにあるように装って自殺させた場合の適条」同『犯罪論の諸問題(下)各論』(一九八二年)所収二九六頁以下(死ぬこと自体を障害なく正しく認識している点を重視する。死ぬか生きるかは他の条件にかけることはできない性質のものであるとされる。ただし、法益処分の動機について一切考慮しないという立場はとっていないことに注意を要する。わが国の刑法二〇二条は、ドイツ刑法における、要求に基づく殺人罪のような規定とはなっていない点を、動機を考慮しない理由に挙げる)。

(2) 自律説は法益関係的錯誤を支持した上で、法益関係的錯誤がない場合でも、さらに法益主体の意思決定の自律性を問う見解である。後に触れるロクシンの規範的自律説の影響を受けた見解である。林美月子「錯誤に基づく同意」松尾・芝原編『刑事法学の現代的状況(内藤謙先生古稀祝賀)』(一九九四年)所収二二頁以下、山口厚「法益関係的錯誤」説の解釈論的意義』司法研究所論集一一一号(二〇〇四年)九七頁以下(緊急状態の錯誤について、その事実が存在しない場合は、強要と同じよ

うに、抑圧された意思を利用して同意を得たと評価しうるとして同意を無効とする。)、同『刑法総論(第三版)』(二〇一六年)一七〇頁以下(法益処分の自由も法益の構成要素であるとしつつ、ただし生命法益の処分の自由は保護されていないとする。)、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(二〇〇二年)三九七―三九八頁(被害者利用の間接正犯性の検討において)、伊東研祐『刑法各論』(二〇一一年)一二頁(行為者が自殺者の行為を支配統御していたかに着目する。)、佐藤陽子『被害者の承諾―各論的考察による再構成』(二〇一一年)二二七頁以下(「法益侵害性にかかる合意」、「同意」の場合に限る。)、菊地一樹『法益主体の同意と規範的自律(一)・(二完)』早稲田法学会誌六六卷二号(二〇一六年)一六五頁以下、同六七卷一号(二〇一六年)一七一頁以下、石黒圭『法益関係的錯誤説の意義と限界』法学研究論集(明治大学)五一号(二〇一九年)一七三頁以下。

(3) 法益主体の意思決定に重大な瑕疵があったかを問う見解である。法益主体が法益処分を決意する決定的事情に錯誤があったかに着目する。団藤重光『刑法各論(第三版)』(一九九〇年)四〇〇頁以下、林幹人『錯誤に基づく被害者の同意』芝原他編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻』(一九九八年)一三三頁以下(主観的自由意思喪失的錯誤説を次のように展開している。「被害者自身の価値観にとつて、もたらされると信じた利益の価値が処分される法益の価値をはるかに凌駕するために、もはや衡量の余地なく問題の法益を処分せざるをえないと考えたのであれば」、法益処分の意思決定は不自由である、とする「二五〇頁」)。欺罔行為に基づく同意については、「欺罔によつて彼にもたらされると誤信されている利益が彼にとつて価値が大きいと考えるほど、行為者による意思の操作は大きなものであるから被害者は不自由であり、逆に被害者にもたらされると誤信された利益が小さなものと考えるほど、行為者による意思の操作は小さなものであり、彼は自由である」としている(「二五二頁」)。井田良「被害者の同意」現代刑事法一四号(二〇〇〇年)八六頁以下、同『講義刑法学総論(第二版)』(二〇一八年)三五二頁以下、上寫一高「被害者の同意(下)」(二〇〇三年)七六頁以下(林幹人の見解に賛同)、福田平『刑法総論(第五版)』(二〇一二年)一八一頁以下、鈴木左斗志「欺きによる殺人罪(刑法一九九条)成否の判断―法益関係的錯誤説とは何だったのか?」山口他編『西田典之先生献呈論文集』(二〇一七年)所収九二頁以下(法益関係的錯誤説に疑問を呈した上で、法益主体における重大な錯誤と重大でない錯誤との分水嶺を考察している。)、吉田敏雄『被害者の承諾』

(二〇一八年) 九三頁以下 (動機の錯誤を生じさせる欺罔に基づく同意は有効だが、それに加えて、法益主体の錯誤を支配したときは、その同意は無効であるとする。)、大谷實『刑法総論講義 (第五版)』(二〇一九年) 二五四頁。

(4) 西田 (橋爪補訂) 『刑法各論 (第七版)』(前掲注1) 一七頁は、両者を区別する基準として、法益の有無・程度・性状などに関する錯誤を挙げる。佐伯仁志は、末期の癌のためあと少しで死ぬだろうと被害者を欺罔して、悲観した被害者に毒を渡して自殺させたときは、法益関係的錯誤が存在し、同意は無効であるとする。この場合、偽装心中のように相手の法益に関する錯誤が生じている場合と異なり、被害者自身の法益に関して被害者に錯誤があることを理由に挙げる。佐伯『刑法総論の考え方・楽しみ方』(前掲注1)・二二八頁―二一九頁。法益関係性に関する両者の規準が微妙に異なることに注意すべきである。

(5) 山中敬一『刑法総論 (第三版)』(前掲注1) 二二〇頁以下。この場合、「自己の法益の絶対的価値については錯誤はないが、価値的に拘束された動機の錯誤により、その相対的価値を錯誤したがゆえに無効」であるとする (同『刑法総論 (第三版)』二二二頁・注一八)。ここで問題になると思われるのは、法益主体が自己の身体法益を相対化した基準は何か、である。山中は、人間の価値観や倫理観や優越的利益を基準として、これについて法益主体は錯誤に陥っているとしている (同「被害者の同意における意思の欠缺」(前掲注1) 二四五頁)。この見解からは、例えば、愛猫家に火傷を負わせるつもりで、炎上する自動車の中に猫がいると欺き、ドアの熱い把手を握った場合、同意はおそらく有効とされることになる。

(6) ステルシングが論点となったベルリン上級地方裁判所判決を素材に、ステルシングは、避妊具なしに性交はしないという被害者の性的自己決定を無視した行為であり、かかる意味において法益関係的錯誤が生じているとするのは、山中純子「欺罔による性的行為の処罰について」東海法学五九号 (二〇二〇年) 一六頁。ただし、同論考において言及されている通り、性交それ自体には同意していたという点が重視されるならばステルシングは法益関係的錯誤ではないとの見方も可能であろう。

(7) Claus Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, Noll-GedS, 1984, S.275.

(8) 例えば、菊地は、法益主体の同意の有効性を判断するうえで、「刑罰を通じて確保すべき自己決定過程」の保障が重要であり、それは「市民の自律性という観点から、規範的に決定されるべき評価的な問題である」とする。それは、法益主体が法

益を放棄する意思を決定するにあたり、その形成過程のあり方と水準が、意思決定の内容や放棄された法益の種類に応じて、規範的観点からみて十分であったと客観的に評価されなければならない、とされる(菊地「法益主体の同意と規範的自律(一)」(前掲注2)一八九—一九〇頁)。この立場からは、市民の自律性に合致しない法益主体の意思決定は刑法上有効とされないことになる。

(9) 欺罔に基づく同意をめぐるドイツの議論状況の全体像を把握するために、以下の文献を参照した。Richard Honig, Die Einwilligung des Verletzten, Teil I. Die Geschichte des Einwilligungsproblems und Methodentrage, 1919, S.60-76; Peter Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955, S.65-76; Gunther Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S.7-14; Thomas Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S.29-113, 176-252, 278-408.

(10) 筆者の命名にかかるものであり、その意義についてすぐ後に(第二章第二節(1))説明することとしたい。

(11) Rönnau, aaO(前掲注9), S.184. 以下にみるように、自律という同一の語を用いているにもかかわらず、諸説が唱えられている。さらに、自律を説く見解内にも対立がある。後に触れるロクシンの規範的自律説に対しては、ムルマンによる次の批判がある。ロクシンは規範的自律の意義を、法益主体による自己決定に基づく意思決定とはいえない欺罔と、法的規準に照らし同意者の自由な法益処分による欺罔とを区別することに求めるが、これは自己決定に加重な内容を持たせすぎている、といふ。Vgl. Uwe Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S.451-452 (Fn.527).

(12) なお、レンナウは、「被害者に好意的」な見解と「行為者に好意的」な見解とに分けて、諸説を説明している。Vgl. Rönnau, in: LK, 13.Aufl., Bd 3, Vor §§ 32 ff, S.209 ff.

(13) ホーニッヒはヴェンディングの見解を説明する際、「Binding'sche Rechtsgüterlehre」の語を用いている(Vgl. Honig, aaO(前掲注9), S.65)。

(14) Rönnau, in: LK, 13.Aufl., Bd. 3, Vor §§ 32 ff, Rdn, 147から引用した。Friedrich Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, Diss., 1953; ders., Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, S. 262 ff; ders.,

Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, im Strafgesetzentwurf, ZStW 72 (1960), S.42 ff.

- (15) Gunther Arzt, aO (前掲注9).
- (16) Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht, AT 1, 5.Aufl. 2020, §13, Rdn.98. その骨子を示したのは、Roxin, aO (前掲注7), S.257 ff.
- (17) その概要については野村和彦「法益関係的錯誤説に対する批判」慶應法学三七号 (二〇一七年) 一八七頁以下を参照。
- (18) Detlev Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997.
- (19) Günther Jakobs, Strafrecht, AT, 2.Aufl., 1991.
- (20) その他、規範的自律説に立つのは、Maria-Katharina Meyer, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984. 法益の性質によつて、欺罔に基づく同意をなした法益主体の保護範囲が決まるとする。
- (21) Knut Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998, S.41.
- (22) Peter Noll, aO (前掲注9); ders., Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtsfertigung, ZStW 77 (1965), S.1 ff.
- (23) Knut Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981; ders., Über Einwilligungsfähigkeit, ZStW 104 (1992), S.525 ff, 821 ff; ders., aO (前掲注12); ders., Zum Verantwortungsmaßstab bei der mittelbaren Täterschaft durch Beherrschung eines nicht verantwortlichen Selbstschädigers, in: Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, S.247-257.
- (24) Wolfgang Mitsch, Rechtsfertigung und Opferverhalten, 2004.
- (25) Murmann, aO (前掲注11).
- (26) この語を、Rönnau, aO (前掲注9), S.14を用いた。
- (27) なお法律行為説には否定的であるものの、同意者の撤回権を制限する根拠として契約を挙げるのは、佐伯仁志「被害者の同意と契約」西原春夫先生古稀祝賀論文集第一卷 (一九九八年) 所収三八五頁以下。ドイツのハンス・データー・ヴェー

- バーの見解を参考にしよう⁸⁶。Hans-Dieter Weber, Der zivilrechtliche Vertrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht, 1986.
- (28) Ernst Zitelmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, Archiv für die Civilistische Praxis, 99 (1906).
- (29) Hans-Heiner Kühne, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts, JZ 1979, S.241.
- (30) Roxin/Greco, AT I, aaO (前掲注16).
- (31) ケスラーの見解については、曾根威彦『刑法における正当化の理論』(一九八〇年)所収三〇二頁以下も併せて参照。
- (32) Richard Honig, aaO (前掲注9)。
- (33) 柴田三蔵・林信夫・佐々木健編『ラテン語法格言辞典』(二〇一〇年)三〇八頁。
- (34) Honig, aaO (前掲注9), S.5-9.
- (35) Honig, aaO (前掲注9), S.9-10.
- (36) Honig, aaO (前掲注9), S.10-20.
- (37) Vgl. Honig, aaO (前掲注9), S.17, 20.
- (38) Kessler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung (1884), S.17-18.
- (39) Kessler, aaO (前掲注38), S.26.
- (40) Kessler, aaO (前掲注38), S.19 ff.
- (41) Kessler, aaO (前掲注38), S.48.
- (42) Kessler, aaO (前掲注38), S.49. 保護対象から外れる例として、窃盜被害者に対する債権者の利益が挙げられている。
- (43) Kessler, aaO (前掲注38), S.49-50.
- (44) Kessler, aaO (前掲注38), S.51-52.
- (45) Kessler, aaO (前掲注38), S.52.
- (46) Kessler, aaO (前掲注38), S.54 ff.

- (47) Kessler, aaO (前掲注38), S.55.
- (48) Kessler, aaO (前掲注38), S.55.
- (49) Kessler, aaO (前掲注38), S.56-57.
- (50) Kessler, aaO (前掲注38), S.86.
- (51) Kessler, Rechtsgut, oder rechtlich geschütztes Interesse, oder subjektives Recht?, GS 39 (1887), S.94 ff.
- (52) Kessler, aaO (前掲注51), S.95-96.
- (53) Kessler, aaO (前掲注51), S.97.
- (54) Kessler, aaO (前掲注51), S.98-99.
- (55) Kessler, aaO (前掲注51), S.102.
- (56) Kessler, aaO (前掲注51), S.109.
- (57) Kessler, aaO (前掲注51), S.110.
- (58) リストを挙げてみる。Kessler, aaO (前掲注51), S.110
- (59) Kessler, aaO (前掲注51), S.110.
- (60) Kessler, aaO (前掲注51), S.122.
- (61) Kessler, aaO (前掲注51), S.123.
- (62) Binding, Handbuch des Strafrechts, Band 1, 1885, S.707 ff.
- (63) Binding, aaO (前掲注62), S.707.
- (64) Binding, aaO (前掲注62), S.707.
- (65) Binding, aaO (前掲注62), S.707.
- (66) Binding, aaO (前掲注62), S.708-709.
- (67) Binding, aaO (前掲注62), S.709, 718. ボンディングは一八七六年二月二六日改正のライヒ刑法典を参照し、同意に関して刑

法典がいかなる情報を与えているかのメルクマールを示している。①暴行 (Gewaltsamkeit) が明記されている犯罪群、②被害者の意思に反すること (wider Willen) が要件となっている犯罪群、③被害者の意思を得ないこと、あるいは、被害者の命令に反しつゝ (ohne dessen Willen oder Anordnungen zuwider) が要件とされる犯罪群、④被害者の許可 (ohne Genehmigung) や許容 (Erlaubniss) 同意 (Einwilligung) を得ないことが要件とされる犯罪群、⑤被害者が認識せずかつ意欲しないこと (ohne Wissen und Willen) が要件とされる犯罪群、⑥被害者が認識せず、あるいは被害者の了承を得ないこと (ohne Wissen oder Vorwissen) が要件とされる犯罪群、⑦偽計や欺罔によって得られた同意が要件とされる犯罪群、⑧青少年や暴利の被害者のように自由な意思によつて同意を与えたとは評価できないことが要件とされる犯罪群、⑨被害者の明示かつ強い要求が要件とされる犯罪。このようにビンディングは、被害者の同意を、総論的ではなく、各論的方法をとることを明確にしたといえよ。 Binding, aaO, S.709, Fn.9.

(68) Binding, aaO (前掲注62), S.719. こうした解決方法の例として、哲学的な論拠に依拠して同意論を全面的に肯定する説、移転可能な権利と移転不可能な権利とを峻別する説、同意を一切認めない説、を挙げる。 Vgl. Binding, aaO (前掲注62), S.710-711, Fn.11.

(69) Binding, aaO (前掲注62), S.713.

(70) Binding, aaO (前掲注62), S.713-714.

(71) Binding, aaO (前掲注62), S.714.

(72) Binding, aaO (前掲注62), S.717.

(73) Binding, aaO (前掲注62), S.715, Fn.22. ビンディングはこうして意思方向説を採る。行為者がこの意思を認識することは要しない。

(74) Binding, aaO (前掲注62), S.718.

(75) Binding, aaO (前掲注62), S.718.

(76) Binding, aaO (前掲注62), S.720.

- (77) Binding, aO (前掲注62), S.720.
- (78) Binding, aO (前掲注62), S.720. これを理由に、軽傷害への同意は例外なく不可罰とする。
- (79) Binding, aO (前掲注62), S.711-713. Fn.12, 13, S.715-716, Fn.22.
- (80) Binding, aO (前掲注62), S.717. なお、行為能力のない者の同意も有効であるとされていることに注意を要する。その例として、意思が減弱した者が強姦 (Notzucht) に同意したときは犯罪が成立しないことが挙げられている。
- (81) Binding, aO (前掲注62), S.726. 意思や認識を失っている未婚女性への暴行や、婚外の性交であると騙されて同意した女性には、強姦罪に於いて保護されないとしている。
- (82) Kelller, Kritische Bemerkungen zu Binding's Lehre von der Einwilligung des Verletzten, in GS 38 (1886), S.561 ff.
- (83) Kelller, aO (1886) (前掲注82), S.561-562.
- (84) Kelller, aO (1884) (前掲注82), S.26-27.
- (85) ケスラーは法律行為の性格をもたない同意の例、すなわち、妻が所有する建材が妻の意思によって夫の家を建築するために用いられ、このことを夫が認識していた例を挙げる。この場合、民法の贈与としては無効であり、民法的にはこの同意は完全に無効であると指摘する。Kelller, aO (1884) (前掲注82), S.27, Fn.4.
- (86) Binding, aO (前掲注62), S.713-714.
- (87) Binding, aO (前掲注62), S.714, Fn.17.
- (88) Binding, aO (前掲注62), S.712-713, Fn.13.
- (89) Kelller, aO (1886) (前掲注82), S.562.
- (90) Kelller, aO (1886) (前掲注82), S.563-564.
- (91) Kelller, aO (1886) (前掲注82), S.565.
- (92) Kelller, aO (1886) (前掲注82), S.567.
- (93) Kelller, aO (1886) (前掲注82), S.568.

- (94) Kelller, aaO (1886) (前掲注82), S.569.
- (95) Kelller, aaO (1886) (前掲注82), S.570-571.
- (96) Kelller, aaO (1886) (前掲注82), S.573.
- (97) Oskar Holer, Die Einwilligung des Verletzten, 1906, S.88.
- (98) Holer, aaO (前掲注76), S.89-90.
- (99) Holer, aaO (前掲注76), S.90-93.
- (100) Holer, aaO (前掲注97), S.90.
- (101) Holer, aaO (前掲注97), S.90-91.
- (102) Holer, aaO (前掲注76), S.92.
- (103) Holer, aaO (前掲注97), S.92
- (104) Holer, aaO (前掲注97), S.94.
- (105) Holer, aaO (前掲注97), S.95.
- (106) Holer, aaO (前掲注97), S.96.
- (107) Holer, aaO (前掲注97), S.98.
- (108) Holer, aaO (前掲注97), S.98-99.
- (109) Holer, aaO (前掲注97), S.99-100.
- (110) Holer, aaO (前掲注97), S.99-100.
- (111) Holer, aaO (前掲注97), S.137.
- (112) なお、ホーラーは「要求に基づく殺人罪」の本質は、行為者の認識面を考慮すると、同意を得てする殺人と同価値であり、行為者の心情を考慮して刑が減輕されていると捉える。Holer, aaO (前掲注97), S.111-112.
- (113) Holer, aaO (前掲注97), S.120.

- (114) Holer, aO (前掲注97), S.104.
- (115) Holer, aO (前掲注97), S.137.
- (116) ブンディングと対立したケスラーがそう述べている。Vgl. Keßler, aO (1886) (前掲注82), S.563.
- (117) Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S.514 ff.
- (118) Ernst Zitelmann, aO (前掲注28). ツィーテルマンの同意論の概要は次の通りである。①民法の法律行為 (Rechtsgeschäft) から同意の効力を導く。同意が、侵害された権利・法益の所有者 (Inhaber) による排他的な法律行為に向けられているときに限り、民法および刑法の違法性がともに阻却される (S.48, 56)。②同意とは、相手方に対して、行為する主観的権利を同意者が与えることであり (S.55-56: 民法の代理権にたとえる)、それは法益主体自ら行うことの形態である。
- (119) Zitelmann, aO (前掲注28), S.62.
- (120) Zitelmann, aO (前掲注28), S.96.
- (121) Zitelmann, aO (前掲注28), S.64.
- (122) Zitelmann, aO (前掲注28), S.70.
- (123) Zitelmann, aO (前掲注28), S.70, Fn.54によれば、刑法的には、教唆や間接正犯、幫助が論点となることが指摘されている。ツィーテルマンによれば、民法上違法なのであれば、刑法上も違法とされる。