同意論における二分説について

野村和彦

目次

- 第一章 問題提起
- 第二章 二分説の理論的背景
 - 第一節 法律行為説に対する批判
 - 第二節 犯罪論体系と二分説との関係
 - 第一款 ベーリングの同意論
 - 第二款 ホーニツヒの各論的考察方法
 - 第三款 ヴェルツェルの二分説
 - 第四款 ヘルムート・マイヤーの二分説
- 第三章 ゲールズによる二分説

同意論における二分説について（野村）

第一節 ねらい

第二節 同意

第三節 合意

第一款 骨子

第二款 刑罰法規ごとの考察

第四節 偽計や強制に基づく同意

第一款 同意の場合

第二款 合意の場合

第四章 二分説に対する批判的検討

第一節 わが国の学説状況

第二節 同意二分の偶然性

第三節 法益主体の意思に反する行為とは何か

第五章 まとめ

第一章 問題提起

本稿の目的は、法益主体による同意を、構成要件を阻却する同意（以下、構成要件阻却的同意と呼ぶことにする。）と違法性を阻却する同意（以下、違法阻却的同意と呼ぶことにする。）に分ける二分説（Zweiteilungstheorie）について、その理論的背景を探るとともに、同説を批判的に検討することにより、欺罔に基づく同意をめぐる議論を考察するための視

座を得ることにある。管見によれば、欺罔に基づく同意をめぐるドイツの学説状況を顧みるとき、そこには四つのエポックがある。^①第一のエポックは、カール・ビンディング (Karl Binding) の説く法益説とケスラー (R. Kessler) の説く利益説の対立であった。フリートリヒ・ゲールズ (Friedrich Geerds) を中心にして有力に主張された二分説は、その第二のエポックにあたる。

二分説の特徴は、行為者の錯誤および法益主体の錯誤に關し、二つの同意にそれぞれ異なる法的効果を与える点にある。^③とくに、欺罔に基づく同意について、二分説は次のように把握する。すなわち、構成要件阻却的同意においてはこれを有効とするのに対し、違法阻却的同意においてはこれを無効とする。しかしながら、そのような理解に対しては、次のような疑問が湧き上がる。欺罔に基づく同意をした法益主体への刑法的保護について、いずれの同意においても行為状況は同じであるにもかかわらず、このようにして同意の有効性に大きな差がつけられるのは、いかなる理由によるものなのか。欺罔に基づく同意に対する二分説のこのような姿勢は、妥当なのだろうか。

ドイツの学説状況によれば、同意の犯罪論体系上の位置づけをめぐり、同意を構成要件のみに位置づける見解は学説において優勢になりつつあるものの、二分説が依然として学説および判例における支配的見解とされている。^④わが国における同意論においても、二分説は、複数のバリエーションがあるものの、広く浸透していると思われる。^⑤したがって、欺罔に基づく同意をめぐる問題を解決する指針を得るために、二分説を検証することは、現在においても依然として有意義である。

本稿においては、このような問題意識に立ち、同意論における二分説に対し、以下の順序により批判的検討をおこなっていく。第二章においては、二分説を支える理論の背景を探る。ゲールズの二分説の概要については、第三章に

おいて触れる。二分説の問題点、すなわち、同意効力を二分する規準が偶然性に依拠している点、さらに法益主体の意思とは何かが不明確な点、については、第四章において指摘したい。

第二章 二分説の理論的背景

ゲールズは二分説を展開するにあたり、「同意 (Einwilligung)」をめぐる学問的論争を展開することも、ある見解に立ち他の見解を徹底的に論駁することも、自己の見解を詳しく根拠づけることも「目的としておらず、「むしろ、同意の議論を、これまで用いられてこなかった観点、すなわち、これからの議論にとって必要と思われる観点から、まず簡潔に明らかにしたい」という⁶⁾。もちろん、管見によれば、同意を二分し、それぞれ構成要件か違法性かのどちらかに結びつけ、こうして二分された同意に対し異なった刑法的評価を与えることを明確にした点は、ゲールズの功績である。とはいえ、ゲールズの言うとおりであるならば、二分説の理論的内容を真に把握するためには、ゲールズ説が提唱される前の段階において、同意論をめぐるドイツにおいていかなる議論が展開されてきたのかを追跡しなければならぬ。

第一節 法律行為説に対する批判

(1) 法律行為説 (Rechtsgeschäftstheorie) とは、エルンスト・ツィーテルマン (Ernst Zitelmann) が提唱した見解⁷⁾である。ビンディングのように⁸⁾、刑法的同意を構成する要素の一つとして法律行為を含める見解は、たしかにすでに存

在していた。しかし、ツイーテルマンは、民法を土台として、民法と刑法に共通する同意論を構想しようとした。この点に特色がある。

そもそもツイーテルマンは、なぜ民法と刑法に共通する同意論を展開しようとしたのだろうか。この疑問に対し、ツイーテルマンは、左のように答える。

第一に、民法も刑法も統一的に把握されなければならない。法には禁止規範と許容規範が存在することを前提とした上で、禁止規範は、人間を一定の行為に動機づけることを目的としている⁽⁹⁾。ある法領域において、ある行為が禁止されているならば、全法秩序が統一的である限りにおいて、その行為は禁止されている。こうして、違法性の概念は、統一的でなければならない⁽¹⁰⁾。民法的保護も刑法的保護も、それぞれの目的および法的制裁手段は異なるものの、いずれも公の利益のために機能している二つの形式にすぎない⁽¹¹⁾。

許容規範についても法秩序の統一性が貫かれる。刑法における違法性阻却事由は、ドイツ民法八二三条二項を介し、民法においても同様の効果をもつ。刑法上の違法性・刑罰阻却事由があれば、民法においても違法性が阻却されることに注意しなければならない⁽¹²⁾。逆に、民法上の違法性阻却事由は刑法においても適用されなければならない⁽¹³⁾。

第二に、同意は、民法および刑法に共通する違法性阻却事由である。違法性阻却事由には、強いものと弱いものがある。行為者が固有の処分権 (subjektive Befugnis) を根拠に行為する場合、すなわち同意の場合においては、他者を傷つけても違法でなく、これはすべての法領域に効力をもつ。つまり、同意は強い違法性阻却事由である。これに対し、正当防衛や緊急避難、自救行為は、弱い違法性阻却事由である。この場合、本人に処分権はないが、違法でない⁽¹⁴⁾。これが一般的効力をもつか、一法領域にのみ適用されるにすぎないかは、解釈問題にとどまる。

それでは、ツィーテルマンはどのような同意論を展開したのだろうか。その要点は四つある。

第一に、同意の本質は法律行為である。私法において、権利主体は、一定の範囲内において法的関係を形成する権限をもつ。同意は、権利主体の法律行為であることが明らかであるときに、違法性を阻却する⁽¹⁵⁾。

第二に、法律行為である同意を根拠づける主たるものは、契約である⁽¹⁶⁾。その内実は、権利主体が、行為者に対して、自らの処分権に基づく行為について、代理権を与えたり、委託したりすることである⁽¹⁷⁾、⁽¹⁸⁾。

第三に、同意を得る際に、権利主体も相応の責任を負う⁽¹⁹⁾。権利主体が民法二五四条における共同責任を負うときは、行為者は、権利主体から損害賠償を請求されても、これに応じる義務はない。共同責任が問題となるのは、同意者こそが行為者の動機を形成することを前提とした上で、同意に基づく行為によって予想を超える被害が生じることが同意者が行為者に注意喚起しなかったり、企てること自体が禁止されている行為に権利主体が同意を与えたりする場合である⁽²⁰⁾、⁽²¹⁾、⁽²²⁾。

第四に、生命や身体、健康、自由については、権利主体の処分権は行使できない。ただし、この場合、同意の目的やそれに基づく侵害行為が、公序良俗違反とならないかが、カズイステイックに検討される⁽²³⁾。

(2) ツィーテルマンの法律行為に賛同して、ハンス・アルプレヒト・フィッシャー (Hans Albrecht Fischer) やラインハルト・フランク (Reinhard Frank) は、次のように説く。

フィッシャー⁽²⁴⁾によれば、「同意あれば実害なし (Volenti non fit injuria)」の法諺に關し、このことは放棄できない法益には当てはまらなると通常は考えられているが、これは循環論法である。すなわち、有効に同意できる可能性がない限り同意は無効であるとか、同意の有効性は、侵害された法益の種類によるのだとしたりする論法である⁽²⁵⁾。むしろ

考察すべきは、法益ではなく、むしろ同意の有効性に関する要件である。ツィーテルマンはこのことに取り組んだとして、フィッシャーはこれを評価した。⁽²⁶⁾くわえてフィッシャーは、権利主体の自己決定権を広く重視すべきことも主張する。生命や身体、健康、名誉のような、主観的権利を付与する以外の方法で保護されている財や利益については、法益の性質を根拠とする議論はするべきでなく、むしろ、そうした財や利益の侵害に向けられた禁止規範を反対解釈した上で、できる限り広く自己決定権を尊重するのが法秩序の姿勢とすべきである。⁽²⁷⁾というのである。

フランクも、ツィーテルマンの法律行為説を支持し⁽²⁸⁾、被害者に法律行為能力があることを要することや、同意に際し強制や錯誤が存在してはならないことを主張した⁽²⁹⁾。当時有力に支持されていた見解、すなわち、法益には放棄可能な法益と放棄不可能な法益とがあるとする見解を、次の理由から批判した⁽³⁰⁾。すなわち、同意に基づく行為が、公共の利益のために、あるいは、その直接的に被害者のために、禁止されているのか否かについて、この有力説は説得的な回答を示していない、というのである。そこでフランクは、被害者の意思に反することが構成要件とされている犯罪や生命への危険を惹起させない傷害罪、監禁罪といった個人的法益に対する犯罪、国家と個人の関係を保護する犯罪、親告罪、私訴対象犯罪 (Privatklagedelikt)、⁽³¹⁾ さらに、明示的に違法性が可罰性の要件とされている犯罪については、被害者の同意があれば、違法性が阻却されると唱えた⁽³¹⁾。

(3) しかしながら、ツィーテルマンの法律行為説は左のような批判に直面する。

ライヒ裁判所の裁判官だったキール (Kiehl) は、次のように法律行為説を批判する。

第一に、民法と刑法における違法性阻却事由や構成要件は、それぞれ意義が異なる。なぜなら、民法は、権利の保護を個人が望むことを重視するのに対し、刑法においては、権利や利益を、国家が保護することに主眼がおかれてい

るからである。⁽³²⁾

第二に、ツイーテルマンのいう法律行為説に依拠して同意をすべて説明するには、限界がある。ツイーテルマンは、意欲された結果は事実的な結果であり、これが法秩序によって承認されることが必要であるという⁽³³⁾。しかしながら、行為者と同意者は、法律行為によって、法的効果の発生を意欲するのではなく、むしろ法生活 (Rechtsleben) における変更を追求する。両当事者が同意した行為が法秩序によって承認されることへの認識も重要でない⁽³⁴⁾。さらに、同意は、事実的なものではなく、相互の法的関係を規律するものである⁽³⁵⁾。法律行為の存否において重要なことは、法律行為の性質について意思表示者がどのように認識していたかではなく、むしろ、意思表示者が、意思表示の内容とその意義を認識していたかにある⁽³⁶⁾。表示した意思が、意図した結果とそれによって実現する法的関係に適うときのみ、法律行為は存在する⁽³⁷⁾。

第三に、故意の身体傷害や侮辱への同意は、決して法律行為とはなりえない。同意を得て医師が手術をする場合、たしかに患者の健康を回復する責務を医師が負う点については契約が関係するが、手術に際し医師が患者の身体を侵襲する過程には契約は関わらない⁽³⁸⁾。

ハインリヒ・ゲラント (Heinrich Gerland) は、たしかに法律行為説は同意論において成果を出したことは認め⁽³⁹⁾つも、同説に対して次のような疑問を示す。第一に、法律行為説は思弁的な一般原則から同意の有効性を考察している⁽⁴⁰⁾。第二に、同意が有効であるのは同意者が唯一の法益主体であるときであるとされているが、生命や身体、健康、自由のように処分権が認められていない法益について同意が有効なのかは明らかではない⁽⁴¹⁾。第三に、かりに同意が法律行為であるとする、有効な同意の前提条件は、同意者が成人であることであることを要するが、年齢が高すぎる

きらいがある。侵害の本質を正しく判断できるなら、同意は有効とすべきである。⁽⁴²⁾ 第四に、同意の代理は、これを認めるべきでない。⁽⁴³⁾

フランツ・フォン・リスト (Franz von Liszt) は、同意論について次のような基本的立場を示す。すなわち、法秩序が、法益の利益が失われたゆえに、法益主体に対し法益の処分を認めるときに限り、同意は違法性を阻却する。その際、一般原則を定立したり、民法的な観点を取り入れたりすることは不当であるし、法益処分の効力は、民法ではなく刑法にしたがつて、個々の事例ごとに検証されるべきである。⁽⁴⁴⁾ こうした観点から、リストは、法律行為説は採用できないとする。⁽⁴⁵⁾⁽⁴⁶⁾

一八七一年に制定されたライヒ刑法典の改正をめぐる動きが活発な時期において、同意をめぐる学説史を探究したリヒャルト・ホーニツヒ (Richard Honig) ⁽⁴⁸⁾ は、犯罪の保護客体を統一的に把握した上で同意論を展開することに対し、根本的疑問を抱いていた。ホーニツヒによれば、従来、犯罪の保護客体を実質面から統一的に定義づけるために、法学の基本的見解に依拠し、さまざまな試みがなされてきた。⁽⁴⁹⁾ しかし、そうした方法は成果を生まなかった。それゆえ、ホーニツヒは、同意論の前提となる犯罪概念を、実質的かつ統一的に決定づけることは断念せざるをえないのではないかと指摘する。⁽⁵⁰⁾ こうした問題意識から、ホーニツヒは、民法的観点から民刑両方において統一した同意論を構想するツイーテルマンの見解を以下のように批判する。

第一に、同意に関する統一的な規定がない以上、同意の前提条件は、各刑罰法規の適用の問題として考えるべきである。同意を法律行為という法的性質によって限界づけるのは、概念法学への後退である。⁽⁵¹⁾

第二に、刑法における同意論は、違法性だけでなく、構成要件該当性の問題でもある。⁽⁵²⁾ 意思に反する行為が構成要

件とされている場合は、それは法律行為ではないことを理由に、法律行為説は同意論の考察対象から外しているきらいがある。しかし、この場合も同意論の考察対象とすべきである。なぜなら、同意が存在することにより、犯罪の類型性が充足されないからである。

第三に、法律行為では説明ができない事例がある。たしかに、法律行為にとっては、法的内容の変更、権利や法的関係の根拠づけや放棄、変更が本質的であり、同意において、こうしたことが当てはまるものもある。しかし、これらに該当しない場合はどうか。公務員がその要請に基づいて他人を昼休み時間中に図書館の閲覧室に監禁した事例⁵³や、友人が同意に基づいて自分の歯を抜く事例、友人が同意を得て火傷の水ぶくれを切開する事例⁵⁴において、どのような権利ないし法律関係が生じるのかは疑問である。また、婚外の性行為に同意することは、⁵⁵法律行為説によれば公序良俗違反により無効となるが、強制わいせつ罪の構成要件をみれば同意は可能である。

このようにして、ホーニツヒは、法律行為説の観点から同意が説明できるのは、極めて限定的であることを、次のように指摘する。法律行為を内容としない犯罪についても法律行為説を及ぼすことは許されない。被害者の意思に反すること、あるいは同意を得ないことが明確に構成要件とされている犯罪において、法律行為説はほとんど用いることができないし、⁵⁶法律行為説は保護客体が処分権である場合に限って適用できるにすぎず、それ以外の犯罪における同意について、法律行為説は、同意の本質を説明することができない。このことは、同意の法的性質を、一つの法原則によって説明することができないことを証明している。⁵⁷

このような問題意識から、ホーニツヒは、刑罰法規ごとに同意論を検討する必要性を次のように説く。法的な意義は、犯罪の保護客体に対して、多様な方法に基づいて与えられている。これに対応して、同意の法的性質も異ならざ

るをえない。保護客体の差異によって、人間の行為は規制されているからである。⁵⁸⁾

(4) ツイーテルマンの見解をみると、処分権が認められないとされる生命や身体、自由については、刑法も参照しつつ、個別の法益ごとに、同意の有効性を論じている。⁵⁹⁾とはいえ、同意に関する総則規定を民刑両方において欠く中で、法律行為説の生命線は、民刑両法の統一性の観点から、同意の有効要件とは何かを、あらゆる場面を想定しながら、できる限り統一的に考察する点にあった。しかしながら、このような試みは、右にみたように、刑法固有の同意論をめざす論者によって論難された。

管見によれば、ツイーテルマンの法律行為説への批判を起点として、刑法固有の同意論を模索するべきであるとの認識が強まった。それは、かつてビンディングが提唱した刑罰法規ごとに考察する同意論を基礎に据えることである。それでは、刑法的同意論とはどのようなものでなければならぬのだろうか。

第二節 犯罪論体系と二分説との関係

最初に、ゲールズの二分説が登場する理論的伏線について本節において考察したい。

まず、注目すべきは、エルンスト・ベールリング (Ernst Beling) とホーニツヒの見解である。二分説は同意を、構成要件阻却的同意と違法阻却的同意に区分する。これはまさしく、構成要件と違法性の区別を重視する、犯罪論における三分説が基礎となつている。前述のように法律行為説を批判したホーニツヒは、後述のように、同意を各論的に、すなわち刑罰法規ごとに考察する方法を採用するべきであることを主張した。この各論的考察方法とは、具体的にどのようなものなのだろうか。

さらに、ゲールズは、同意を二分する動向が学説に存在していたことを指摘している。ゲールズが二分説をとる論者として挙げた者のうち、ここでは、ハンス・ヴェルツェルとヘルムート・マイヤーの見解をとりあげたい。⁶⁰ 両者の違法論は異なるものの、同意論に関しては同じアプローチがとられているからである。

第一款 ベーリングの同意論

ベーリングは、構成要件該当性と違法性とを峻別し、三分する犯罪論体系を提唱した。⁶¹ 本稿で注目すべきなのは、法益主体の同意について、ベーリングが、違法性のレベルの問題だけでなく、なによりも構成要件該当性の問題であることを、次のように指摘した点である。⁶² 同意論は違法性阻却事由として議論されてきた。しかし、違法性の有無を議論する前に、まず、典型的構成要件が存在するのかという問題がある。構成要件に該当しなければ、その行為に対する違法性の議論は不要である、と。

この発言が、以後の同意論の展開に大きな影響を与えたことは、たしかである。同意二分説は、ベーリングによる理論的バックアップなしには、存在しえない。のちにみるように、同意論について学説的研究を行ったホーニツヒも、同意をア・プリアリに論ずる法律行為説の不当性を説く論拠として、ベーリングによる右の発言を引用している。⁶³ それでは、ベーリングは、どのような同意論を展開していたのだろうか。構成要件レベルでは、次のような方向性を示す。第一に、法益主体の自己侵害行為（および自己危殆化）と、法益主体の同意に基づく他者による行為を、明確に区別する。ベーリングが同意をいうとき、後者のことを指す。第二に、同意を論ずるに際しては、刑罰法規の解釈を通じて、他者に対する侵害が構成要件とされていない⁶⁴ なければならない。これを理由に、法益主体の自己侵害行為の犯

罪類型性は欠けることを強調する。第三に、構成要件が、被害者の同意なしに実行される侵害に照準を置いている場合においてのみ、同意があれば、類型性が否定され、その結果、構成要件該当性が阻却される。それ以外の場合には、構成要件該当性は肯定され、違法性の阻却が問題となる⁽⁶⁵⁾。

構成要件該当性が肯定された場合、同意は、違法性のレベルにおいて、次のように検討される。第一に、規範適合的な保護客体 (normmäßiges Schutzobjekt) を明確にすることが重要である。規範が保護客体への侵害を禁止することを明記しているならば、どのような保護客体が問題となるか、誰が法益の主体 (Träger) なのか、その法益の処分権が法益主体に与えられているのかどうか、を確かめなければならない⁽⁶⁶⁾。第二に、法益主体による自己侵害行為と法益主体の同意に基づく他者の行為は、両者ともに同価値と捉えるリストに反対して、犯罪の構成および阻却の面において、相互に異なることを、殺人罪を例に挙げて次のように説明する。法の規定をみれば、同意があっても他者を殺してはならないとしている。ゆえに法益主体は生命を処分することができない。したがって、法益主体が同意をして、他者にその法益を侵害してもらったことは違法である。同じように、自殺も違法である。ただし、殺人の構成要件は、他者による殺害に限定されているから、自殺は犯罪類型を満たさないだけのことである⁽⁶⁸⁾⁽⁶⁹⁾。

第二款 ホーニツヒの各論的考察方法

前述したとおり、ホーニツヒは、同意論を民刑共通のものとして理論化した法律行為説を論難した。それでは、同意論を考察するためには、いかなるアプローチが重要であるとホーニツヒは考えていたのか。それは、刑法各論的考察方法を用いて同意論を検討する手法である。ゲールズも、刑法改正草案に関する論考において、二分説の根底に各

論的考察方法を採用していること⁽⁷⁰⁾からしても、ホーニツヒの見解がゲールズに影響を与えていることが、うかがえる。ホーニツヒが法律行為説を批判したのは、同意論を同一原理によって解決しようとしたからであった。この観点から、ホーニツヒは、刑法の保護客体をめぐってケスラーとビンディングの間で交わされた議論⁽⁷¹⁾に対しても次のような疑義を示す。保護客体について、ケスラーは利益であるのに対し、ビンディングは法益と捉える。しかしながら、個々の刑罰法規における保護客体を、利益か法益かという視点で一般化することは、個々の刑罰法規における保護客体の相違を無視することにつながり、その結果、刑法における同意論が実りなきものとなってしま⁽⁷²⁾う。

それでは、同意を各論的に考察することとはどのようなことなのか。ホーニツヒは左のようにいう。起点となる、一つひとつの刑罰法規の構造について、次のように捉える。立法者は、個々の刑罰法規を、それぞれの目的を定めて制定する。そこでは法益が保護客体となる。保護客体は行為の違法性を議論する核心となる。保護客体はそれ自体で存在するものではなく、むしろ共同体の諸価値を刑罰法規の目的の中に見出すときに機能する⁽⁷³⁾。

刑罰法規をこのように解することによって、同意論は三つの点において有益なものとなるという。

第一に、「被害者の同意」と「自己侵害 (Selbstverletzung)」を異なつて扱うのはなぜなのかを理解する点である。共同体の価値が反映されるのは、法益や保護客体ではなく、それを侵害する行為である。他者が同意をえずして侵害する行為や被害者の同意をえてする侵害行為、自己侵害行為が可罰的か否かは、そうした行為に対する共同体の価値判断にかかっている⁽⁷⁴⁾。

第二に、保護客体はその土台を、共同体において数多く想定される法的観点の中の一つを決めることによって、獲得する⁽⁷⁵⁾。ここで重要となるのが、共同体の構成員は互いにどこまで自由に法益を処分する領域をもつことができるか

である。⁽⁷⁶⁾

第三に、個々の刑罰法規において何が保護客体であるかをつきとめるためには、個々の可罰的行為がどのような効果をもつか、その行為によってどのような価値が侵害されるのかを確かめる必要がある。⁽⁷⁷⁾ビンディングは刑罰法規における保護客体を決定するために、価値中立的な方法を採用。しかし、ホーニツヒによれば、価値的観察方法によつてのみ、保護客体は決定しうる。ビンディングは、刑罰法規には「社会の価値」が含まれていることを度外視してしまつてゐるために、処分権の侵害における、行為客体と保護客体を取り違えている。すなわち、個人の支配下にある行為客体のみを保護法益としてゐるのである。たとえば、行為客体である生命や身体は、個人の処分権と切り離せないものであるはずなのに、ビンディングは、行為客体である生命や身体それ自体を保護法益とし、それらの処分権を保護法益から除外してしまつてゐる。まさに個人の処分権が軽視されてゐるのである。⁽⁷⁸⁾

ホーニツヒはこのように、法は共同体生活の維持および増進に奉仕し、これが法解釈の基準となり、行為の当罰性を決める尺度となつて⁽⁷⁹⁾捉える。こうした観点からみると、刑罰法規において保護されてゐるのは、法益や利益に限らない。共同体の感情や共同体の生活状態、共同体で承認されてゐる処分権や義務も、保護の客体とされてゐる。⁽⁸⁰⁾まさに法律こそが同意に関する情報を与えらる⁽⁸¹⁾とされるのである。

第三款 ヴェルツェルの二分説

ヴェルツェルは、構成要件阻却的同意と違法阻却的同意について、次のように説明する。⁽⁸²⁾

法益主体の意思に反する行為が構成要件に属しているときに、法益主体がその行為に同意すれば、その行為の構成

要件該当性それ自体が阻却される⁽⁸³⁾。ここでの同意は、純粹に事実的な性質 (rein tatsächliche Natur) のものであればよい。その例をいくつか挙げてみる。

未成年誘拐 (Entführung) において、監護権者が子にわいせつ行為をさせることに同意する場合、この同意は構成要件阻却の同意である⁽⁸⁴⁾。もつとも、女性拐取 (Frauenraub) の罪について、法益主体の事実的な意思に反して、偽計や脅迫、強制などが用いられたときは、同罪が成立する⁽⁸⁵⁾。住居侵入 (Hausfriedensbruch) の罪においても、住居権者の事実的意思による同意があれば、構成要件該当性は阻却される。法益主体にとって望ましくない目的をもつて行為者が住居等へ立ち入ったとしても、それが外形的にみて通常の立ち入りと変わらないならば、「侵入」と評価することはできない⁽⁸⁶⁾。意思表示者が他人に対し自己の名義を証書において使うことを認めたならば、証拠偽造の構成要件該当性は阻却される⁽⁸⁷⁾。

被害者の同意に関する諸原則、たとえば公序良俗違反に関する規定や法益主体の判断能力は、構成要件阻却の同意においては不要である⁽⁸⁸⁾。たとえば、法益主体が事実的意思に基づき、暴行を喜んで受け入れた (vis hand ingrata) ならば、公序良俗には反するが、姦通 (Notzucht) の罪の構成要件該当性は阻却される。

これに対し、違法阻却的同意について、ヴェルツェルは次のようにいう。違法阻却的同意によって、権利保護が放棄される。これが可能なのは、法的に保護される利益を法益主体その者のみが享受しているときである。その利益に公共の利益が絡む場合は、同意は無効である。刑法的不法は単なる法益侵害に尽きるものでなく、社会倫理的に耐えがたい行為であるから、同意は、結果に対してだけでなく、違法性が阻却される前提となる、構成要件該当行為に与えられなければならない。したがって、行為者は同意だけでなく、構成要件該当行為に与えられた同意であること

を根拠に行為しなければならぬ⁽⁹⁰⁾。なお、行為者は同意があつたとしても公序良俗に反して行為をしてはならぬ⁽⁹¹⁾。こうしたヴェルツェルによる同意二分説は何を論拠としていたのか。それは、構成要件該当性と違法性とを峻別する犯罪論体系である。

ヴェルツェルによれば、構成要件においては、いかなる行為が禁止されるか、すなわち「禁止の素材」が示される。これに対して、違法性のレベルにおいては、構成要件に該当する行為が刑法的に許容されるべきか否かの法的評価のみが問われる。たしかに、ヴェルツェルは、因果的行為論を批判し、これに対抗すべく、目的的行為論に立脚した犯罪論体系を確立した。因果的行為論者であるベーリングの構成要件論について、それが価値中立的になつている点を批判した上で、ヴェルツェルは次のような見解を示す。すなわち、構成要件は、人間のあらゆる行為のうち、違法あるいは適法の判断が下される対象として刑法が関心をもつ行為が選択されたものである。構成要件は禁止の素材であり、その意味において、構成要件の実現は、その行為が違法であることを推定しうる⁽⁹²⁾。

右をふまえると、ヴェルツェルによる同意二分説は左のように解されることになる。

構成要件阻却的同意においては、少なくとも、法益主体による事実的同意によつて、刑法による構成要件該当行為に対する禁止の要請そのものが欠けることになる。このことを、二分説を採るハンス・ハインリヒ・イエシエック (Hans-Heinrich Jescheck) は、その教科書の第三版においてこのように説明している。すなわち、法益主体が同意を与えることにより、可罰的行為は、従来の社会秩序内において人々の間で交わされる通常の出来事へと変化する。そこでは、構成要件の提訴機能 (Appellfunktion)、つまり、行為の禁止をすべての人に告知する機能は不要となる⁽⁹³⁾。

以上のように、ヴェルツェルは、構成要件と違法性を明確に区別するベーリングの姿勢そのものを基本的に維持し

ている。⁽⁹⁴⁾ 構成要件と違法性を一体的に捉える犯罪論二分説に対しては、構成要件と違法性という本来的に質が異なるものを混同していると批判するのである。ベールリングとの親和性は、禁止の素材である構成要件は事実に(sachlich)に記述しなければならないとしている点にも、見いださう。

第四款 ヘルムート・マイヤーの二分説

ヘルムート・マイヤー (Hellmuth Mayer) も、法益主体の同意には、構成要件阻却的同意と違法阻却的同意が存在することを指摘している。⁽⁹⁶⁾

前者については、法益主体の意思に反する行為が構成要件とされているときに、法益主体がその行為に同意したならば、構成要件該当性は阻却されるとする。その意思是、ヴェルツェルと同様に、事実的な同意で足りるとする。⁽⁹⁷⁾ たとえば、ある女性が性的暴行に同意したならば、それが不貞行為であったとしても、性的暴行はそもそも存在しえない。暴行や脅迫が構成要件とされている犯罪についてこのことが当てはまる。欺罔行為 (Überlistig) が構成要件において手段とされている犯罪については、法益主体が時宜を得てそれを見抜いた (durchschauen) うえで、その行為に同意したときは、構成要件該当性は阻却される。⁽⁹⁸⁾ 行為者が法益主体の同意があると誤認した場合は、法益主体の意思に反する行為が構成要件とされているならば、故意は阻却される。⁽⁹⁹⁾

これに対して、違法阻却的同意については、公序良俗に反しないかぎりでのみ、構成要件該当行為の違法性は阻却される。⁽¹⁰⁰⁾ その際、同意は法益主体の真摯な自由意思に基づくものでなければならぬ。法益主体の意思は行為者に表示されなければならない。⁽¹⁰¹⁾ 財産法益や身体の完全性、移動の自由は、公序良俗に反さないかぎり、法益主体は処分で

きるが、生命については処分することができない¹⁰²。法益処分は、法益処分行為および法益の価値を認識する能力がある者にのみ、認められる¹⁰³。

ヘルムート・マイヤーは、法益主体の同意が二つに分類される根拠については直接、言及していない。そこで、彼の法益および法益保護に関する基本的視座との関係から、同意を二分することの根拠を推測してみたい。

ヘルムート・マイヤーによれば、すべての法は、人間の生活利益を保護しているが、この目的を実現するために、法はさまざまな方法を用いている¹⁰⁴。その中で、刑法は次のような役割を果たす。まず、犯罪とは法益侵害、すなわち一定の生活財 (Lebensgüter) に対する侵害をいう¹⁰⁵。刑法は一定の生活財を選び出し、それを法益化して、その法益を、規範と科刑の予告により直接的に保護する¹⁰⁶。その目指すところは、法益が外的生活実現において特に価値ある状態を保つことであり、それはまさしく、法益が社会的に価値のある状態を保護することである¹⁰⁷。

それでは、法益と個人の関係をどのように捉えているか。次のようにいう¹⁰⁸。第一に、個人も法益の担い手 (Träger des Rechtsguts) ではあるが、国家は法益の侵害がある場合においてのみ刑罰権の発動が許されるため、その限りにおいて、法益は法の財 (Gut) であり、個人の財ではない。個人に対する侵害は、公共の観点から意義を有するときのみ刑法上考慮に値する。第二に、個人が法益に関連して追求する利益 (Interesse) は、保護の対象ではない。法益は健全な社会生活の条件として保護されるからである。

かような理解が正しいとするならば、ヘルムート・マイヤーの二分説は次のようなものであると解されよう。構成要件阻却的同意においては、法益侵害性そのものが欠け、法益の価値状態は、刑法の観点からは正常に維持されている。これに対し、違法阻却的同意においては、法益の価値ある状態が侵害されている。この場合、法益主体側に法益

および法益処分の認識が正しくある場合にのみ、法益処分が肯定される。

第三章 ゲールズによる二分説

わが国においても、そしてドイツにおいても、同意論において、同意を構成要件阻却的同意と違法阻却的同意とに二分する見解を提唱したのはゲールズである、と、定説のように説明されることが多い。

しかしながら、本稿において、ここまでドイツの学説をたどった結果、ゲールズが二分説を提唱する以前に、ヴェルツェルやヘルムート・マイヤーらの見解によつて、同意二分説の理論的骨子はすでに明らかにされていた。じつは、ゲールズ自身も目新しい同意論を展開することは意図していなかった¹⁰⁹。したがつて、ゲールズのいう二分説は、学説において評価されているほどには、画期的な見解とはいえないということができよう。もつとも、二分された同意に対し、それぞれに名称を与え、異なる刑法的効果を付与すべきことを意識的に展開し、同意の各論的考察方法をさらに推進したところに、ゲールズの功績が認められるといえよう。以下に、ゲールズによる二分説について概観することにする。

第一節 ねらい

管見によれば、ベーリングが提唱した犯罪論三分説やホーニツヒによる刑法各論的考察方法は、ゲールズによる二分説の登場を助力している。構成要件該当性と違法性を区別する犯罪論がなければ、そして、構成要件要素を刑罰法

規ごとに観察する思考がなければ、ゲールズ説は生まれなかつたであろう。ゲールズは、これまでの議論の潮流を捉えて、同意論を、犯罪論三分説の体系に直結することを試みたといえよう。

ゲールズはまず、二つの同意に対し、それぞれに新しい名称を与えた。次のようにいう。「同意 (Einwilligung)」という用語は、まさしく法律上重要な意思活動と理解されてきた。この語義を、構成要件該当性を阻却する場合に用いることは不可能である。「構成要件該当性阻却的同意」という言葉は、その場しのぎの解決 (Verlegenheitslösung) にすぎない⁽¹¹⁾、と。構成要件該当性が阻却される同意は、行為者の行為に対して行為時に被害者が「合意している (einstimmen sein)」ことが決定的である。この合意とは、人の意思のことを指すが、同意に較べ、より事実的なものである⁽¹¹⁾。こうして、ゲールズは、同意を、構成要件該当性を阻却する「合意 (Einstimmigkeit)」と、違法性を阻却する「同意 (Einwilligung)」とに区別し⁽¹²⁾、それぞれに異なる法的効果が与えられるべきであることを主張した⁽¹³⁾。

二つの同意においていかなる法的効果が与えられるのかを、以下に概観する⁽¹⁴⁾。とりわけ、欺罔に基づく同意に対する刑法的効力について、ゲールズがどのように理解していたのかに焦点を当てる⁽¹⁵⁾。

第二節 同意

ゲールズが同意についてどのように捉えていたのかを左に概観する。

同意が問題となるのは、構成要件において被害者の意思に反することが、明文によって記述されていない場合、あるいは、本質的にそれが構成要件とはされていない場合である⁽¹⁶⁾。同意においては、構成要件該当行為の違法性の有無が焦点となる。すなわち、同意が、共同体にとり同意が耐えがたいか否かが論じられなければならない⁽¹⁷⁾。ここでは次

の点が重要であるとされる。

第一に、法益主体の同意処分権 (Einwilligungsbefugnis des Verletzten) の有効性の有無が判断される。法益主体の同意が有効であるときは、法益主体への法的保護が断念され、これにより、その行為を否認する国家的利益が欠如する¹¹⁸。その根拠は、同意がなければ存在していたはずの行為の不道徳性が、同意によって剥奪されることにより、法的保護が中止されるからである。

第二に、同意には、これを行う能力、すなわち、具体的な行為における成熟さと違法行為を洞察する能力、自己の行為によってどのような効果が生じるかを予測する能力、が必要である。そうした法益主体による同意意思は、行為者に表示される必要がある¹¹⁹。これにより、法益主体が自身に対する刑法的保護を放棄することを行為者側が認識する。このようにして、行為者の結果無価値と行為無価値が欠けることになる。したがって、同意において未遂処罰は不可能である¹²⁰。同意がないと行為者が誤信した場合、同意意思を法益主体が表示していない以上、行為者は既遂の刑事責任を負う。法益主体が行為後に行為者の行為を容認したとしても、同様の刑事責任を負う¹²¹。

第三に、同意があると行為者が誤信したとき、事実の錯誤として処理される場合と、法律の錯誤 (Rechtsirrtum) として処理される場合とに分かつ。前者に属するのは、法的基礎事実に関する錯誤や消極的構成要件要素に関する事実の錯誤であり、この場合、刑法五九条が適用され故意が阻却される。例として、財物の他人性を基礎づける事情や、被害者の年齢および責任能力といった人的前提に関する事情を挙げる¹²²。後者の例としては、刑法二一六条が規定する、要求に基づく殺人罪に当たる行為をしたにもかかわらず、それは自殺幫助として許容されると行為者が誤解した場合や、被害者の処分権やその範囲および同意能力に関する錯誤の場合、行為後の同意でも同意は有効であると

行為者が誤解した場合、が挙げられている。⁽¹²³⁾⁽¹²⁴⁾

第四に、同意は、行為者の偽計や強制のない状況で下されなければならない。⁽¹²⁵⁾

第五に、違法阻却的同意は、公序良俗違反による規制を受ける。⁽¹²⁶⁾

第三節 合意

第一款 骨子

ゲールズによれば、合意においては、行為の構成要件該当性それ自体が阻却されるかが問題となる。合意は以下の内容をもつ。⁽¹²⁷⁾

第一に、客観的にみて、被害者の意思に反する行為、あるいは、被害者の意思なしに、すなわち暴力的行為、または、被害者の反抗意思を制圧したりする行為が、構成要件に明示的に規定され、あるいは性質上、構成要件の前提とされている場合である。その例として、誘拐罪や窃盗罪、住居侵入罪、強制わいせつ罪が挙げられる。

第二に、法益主体が行為を洞察する能力は、構成要件の機能に照らし、不要である。実際の事象から暴力的要素を除去するためには、法益主体の自然的意思 (natürlicher Wille) による合意があればよい。偽計による強制によるうが、そして公序良俗に反しようが、事実的同意は有効である。

第三に、同意に際しては、それを行為者に対し表示する必要はない。むしろ、意思方向説 (Willensrichtungstheorie) が採られるべきである。

第四に、法益主体の合意は、行為者による行為の時点だけでなく、行為後も一定限度、許容される。たしかに、行

為後の同意は刑法の遡及効禁止原則から原則的に許されない¹²⁸。しかし、合意において、行為者は合意を認識することは不要であり、むしろ、行為後の合意は行為時における法益主体の真意を示す証拠 (Indiz) といえる¹²⁹。行為者が処罰される危険を法益主体に負わせるべきでないとするれば、法律的にみて、法益主体の意思に反する行為が構成要件とされている場合限り、行為後の合意も有効である¹³⁰。

第五に、行為者が、法益主体が合意しているのに、これに気づいていない場合、不能犯の理論に従って解決される。このとき、行為者には故意があるため、未遂犯として行為者の行為は処罰しうる¹³¹。

第六に、行為者が、法益主体の合意がないのに、行為時にこれが存在すると誤信したときは、事実の錯誤として故意が阻却され、既遂および未遂として処罰されることはない¹³²。

右のような理論的特色をもつ合意の理論的基礎とは、いったいどのようなものなのだろうか。ゲールズによれば、合意に関する次のような総論的前提が存在する。

第一に、刑罰法規には二種類ある。ひとつは、一般的 (傍点筆者) 被害者の意思を考慮した刑罰法規である。殺人や重傷害がこれに当たる。もうひとつは、個々の (傍点筆者) 被害者の意思の意思に反すること (invito laeso) が構成要件要素とされている刑罰法規である¹³³。後者は構成要件的にみて類型的なもの、すなわち立法者が構成要件に格上げした、個々の被害者の意思が侵害客体とされる。後者が考慮に入れられているか否かは、犯罪行為をどう解釈するかに依拠する¹³⁴。

第二に、個々の被害者の意思が構成要件において考慮されているかは、法律の構成要件のみを根拠にするべきである¹³⁵。個々の被害者の同意によって、被害者の意思に反するという要件が欠け、それによって構成要件該当性が阻却さ

れることになる。⁽¹³⁶⁾ 刑罰法規の解釈論や刑罰法規が想定している態様、具体的には、行為客体や侵害客体が、問題解決の決め手となる。⁽¹³⁸⁾

第三に、被害者の意思に反する行為には、被害者にとっては「無理強い要素」(Gewaltelement)が備わっている。⁽¹³⁹⁾ 以上をふまえ、合意における被害者を次のように定義づける。すなわち、構成要件的行為によつて、その意思が軽視され制圧された者である。⁽¹⁴⁰⁾

第二款 刑罰法規ごとの考察

合意の基本精神は、刑罰法規ごとの考察において、どのように展開されるのか。ゲールズは細かく考察を加えているが、本稿においては、誘拐罪、住居侵入罪、窃盗罪、詐欺罪、性犯罪について鳥瞰することとしたい。これらの犯罪に関し、ゲールズによれば、誘拐罪については、被害者の意思に反することが明確に構成要件要素とされている⁽¹⁴¹⁾ に対し、それ以外の犯罪については、犯罪行為の性質上、被害者の意思に反することが構成要件要素である、としている。⁽¹⁴²⁾

女性誘拐罪(当時の刑法二三六条)の構成要件は、姦淫あるいは結婚のために、偽計や脅迫、暴行を用いて、女性をその意に反して誘拐することである。⁽¹⁴³⁾ この構成要件には、法益主体の意思に反する要素が含まれている。⁽¹⁴⁴⁾ このことを、次のような例を挙げて明らかにしようとする。劇場俳優の女性Rは、そのファンのVの提案により、公演終了後、劇場においてVが暴行を用いてRを連れ去ることを計画し実行した。Rは、これがマスメディアなどで報道されることにより、有名になりたかつたからである。この場合、RとVは一連の行為について予め合意していたのだから、法

益主体の意思に反する要件が欠けるため、Vの行為は同罪の構成要件に、そもそも該当しない。¹⁴⁵

未成年未婚女性誘拐罪 (Zwangsheirat) (当時の刑法二三七条)¹⁴⁶ については次のように捉える。¹⁴⁷ 本罪において保護されているのは、未婚である未成年の女性の自由ではなく、その親の監護権である。未婚の未成年女性が、強姦あるいは結婚のために、誘拐について同意した場合、その同意 (mit ihrem Willen) は、すでに条文上、構成要件要素として考慮されている。この誘拐に親が同意した場合、条文には違法阻却的同意のような文言が使われているが (ohne Einwilligung)、行為の類型性からすると、それは合意として扱うべきである。

住居侵入罪 (当時の刑法一三三条一項前段)¹⁴⁸ における侵入 (eindringen) とは、住居などの空間に立ち入る際に、居住者などの意思が、無視され、あるいは、顧みられない (überwunden sein) ことである。明文には規定されていないが、侵入行為の性質から、法益主体の意思に反することは、構成要件要素である。¹⁴⁹

窃盗罪 (当時の刑法二四二条一項)¹⁵⁰ においては、他者の財物を不法領得の意思をもって窃取すること (Wegnahme) が構成要件とされている。窃取とは、占有 (Gewahrsam) を侵奪する行為である。窃盗罪は占有と所有権を保護しているため、占有者と所有権者の同意が必要とも考えうる。しかし、被害者の意思に反するという、無理強いの要素は、行為者の占有侵奪行為においてのみ存在する。したがって、占有者が侵奪行為に同意したときは、窃盗罪の構成要件が欠けることになる。所有権の同意 (Einwilligung) が問題となるのは横領罪である。委託信任関係に基づき自己の所有にかかるとる財物を相手に預かってもらい、この財物を相手が処分した場合、所有権者の同意があれば、占有者による横領罪の違法性は阻却される。¹⁵¹

詐欺罪については、法益主体の不同意を前提とする犯罪ではないとする。法益主体が欺罔行為を認識したときには、

錯誤や偽計の要件を欠くことになり、そのみを理由に構成要件該当性が阻却される。なお、欺罔によって合意を得る場合、法益主体の意思に反する行為において、どの程度、無理強いを要素を含みうるか。ゲールズによれば、これを認めることができない¹⁵²。

性犯罪については次のように捉える¹⁵³。一四歳未満の者に対し淫行を行う罪（当時の刑法一七六条一項三号¹⁵⁴）や欺罔や錯誤に基づく性犯罪（当時の刑法一七九条¹⁵⁵）においては、行為者の誘惑（Verleiten）が手段とされている。後者については詐欺罪と同様、無理強い要素である、被害者の意思に反することは重要でない。これに対して、前者においては、淫行を行う傾向のない子どもに対し無理やりに性行為をさせる。したがって、行為者の行為による影響を受けず、自由により、子どもが性行為に応じたときには、合意は存在する¹⁵⁶。

第四節 偽計や強制に基づく同意

第一款 同意の場合

欺罔行為によって被害者の同意を得たときは、その同意は無効である。法にとつて、被害者の真意が決定的に重要だからである。同意者の意思が、他者による許されない方法によって動機づけられたときは、公共の安全の観点から、これを刑法的に認めることができない¹⁵⁷。

もつとも、ゲールズは、欺罔による同意はすべて無効となるとは考えていない。ライヒスゲリヒト¹⁵⁸の次のような判断に、ゲールズは賛同する¹⁵⁹。すなわち、第一に、同意は被害者の真意といえるか否かである。すなわち、被害者の意思決定はその人の日常生活観念（Vorstellung）に照らし合わせて判断される。第二に、動機の錯誤や考えの不当さは、

同意の客体とは関係がないときに限り、考慮されない¹⁶⁰。このような意味において、欺罔に基づく同意については、行為者による法益主体への意思侵害と法益主体の意思決定との間に因果関係がある場合に、同意は無効であるとする¹⁶¹。

強制によつて得られた同意についても、欺罔の場合と同様に、被害者の真意が決定的に重要である。一般的な生活観からして（nach der natürlichen Lebensanschauung）、もはや被害者の真意であるとは言い得ないほどに、同意が強制の影響を受けているならば、同意は無効である。自由な意思に（freiwillig）基づいてした同意に限り、その同意は真意に基づく同意である¹⁶²。

次のような例を挙げる¹⁶³。農夫Lの家には美しい生け垣があつたが、隣人のNは、この生け垣のおかげで空が遮られているのだから、この生け垣は伐採すべきだとLに対し怒りをぶつけた。しかし、Lはこれを拒否したため、ならばNが伐採する旨を伝えた。Lがこれに抵抗したとき、Nは自ら知っているLの犯罪を告発すると脅した。Lはこれに対し、なす術がないため、Nが伐採するのを黙認した。LはNを器物損壊罪で告訴した。Lの意思は、Nによる脅迫の影響を受けているため、真意ではないし、何にも影響されない意思ということもできない¹⁶⁴。

第二款 合意の場合

欺罔に基づく合意について、いくつかの事例を挙げ、次のように説明する。

第一に、住居侵入罪について、次の事例を挙げる。現金が不足していたXは、警察官を装つて家宅搜索すると偽り、金持ちであるYの家へ侵入し窃盗をすることが可能か予め確かめようとした。Xが刑事であることを名乗ると、YはXを自宅に招き入れた。しかし、Xは偽造の警察官証を示したものの搜索令状を示せなかつた。そこで、YはXを追

い出し、Xはその場から急いで逃げた。⁽¹⁶⁵⁾

ゲールズは、以下の理由から、欺罔に基づく住居への立ち入りは「侵入」に当たらないとする。①「侵入」に当たるとする見解は、法益主体の推定的同意 (vermuteter Wille)⁽¹⁶⁶⁾を問題にしているが、法益主体の意思が明示されているときは、推定的意思を用いてはならない。⁽¹⁶⁷⁾②法的に重要な意思行為である同意とは異なり、合意は構成要件状況 (Tatbestandssituation) であり、そこでは、たんに事実的状况が問題になるに過ぎない。⁽¹⁶⁸⁾③Xの欺罔があつたとしても、Yは立ち入り自体には合意しており、Yの意思が無視されたり顧慮されなかつたりしたとはいえない。「無理強い要素」は、欺罔行為に置き換えることが不可能であるからである。⁽¹⁶⁹⁾

第二に、窃盗罪と詐欺罪 (当時の刑法二六三条一項)⁽¹⁷⁰⁾の区別についてである。刑事を偽るXがYの財物を差し押さえ、押収した、という事例を挙げる。ゲールズは、次の理由から、まず窃盗罪の成立を否定する。すなわち、占有者であるYが事実的に合意することによって、Xの行為には、窃盗における直接的な占有侵奪行為に論理必然的な「無理強い要素」を欠くため、窃盗罪は成立しない。⁽¹⁷¹⁾

ただしYの財産処分権は侵害されうる⁽¹⁷²⁾ことから、次の観点から、詐欺罪は検討される。⁽¹⁷³⁾①YがXを信じて自己の財物を手渡したならば、Xには、窃盗罪は成立しないが、詐欺罪が成立する。⁽¹⁷⁴⁾②詐欺罪の故意をもって行為者が実行行為に出たが、客観的には占有侵奪の結果が生じたときは、窃盗罪の責任は問えないが、詐欺未遂罪の責任は問われる。⁽¹⁷⁵⁾

右の検討を通じて、ゲールズによれば、合意において、行為者の偽計行為は法益主体の意思方向のみが問題となるにすぎないため重要でなく、ただ、詐欺罪が特別に犯罪化されているにすぎない。なぜならば、「無理強い要素」は、

欺罔行為と同価値と評価することができないからである。¹⁷⁶

第三に、意思の自由を直接侵害する罪に関しても、以下の例を挙げ、欺罔に基づく同意は有効であるとする。結婚するまでは性交をしないと考えている一九歳のFに対して、MがFと結婚すると欺き、Fと性交をしたが、じつはMはすでに他の女性と婚約済みであり、Fと結婚する意思がなかった。この事例について、ゲールズは、欺罔行為があつたとしてもFは性交に同意しており、欺罔行為を無理強いであると評価することは不可能であることから、強姦罪（当時の一七七条¹⁷⁷）の構成要件該当性を否定する¹⁷⁸。この場合において、Fが自己の身体に対する危険を感じていたとしても、Mの強姦行為はFの意思に反していたとはいえない。このとき、Mは強姦罪の不能未遂の責任が問われるかもしれないが、その規定がないため、これを処罰することはできない。¹⁷⁹

第四に、恐喝罪（当時の刑法二五三条一項¹⁸⁰）について、次の事例を挙げる。商人Kは、利益になると欺いて、取引仲間のGと取引契約を結んだが、その目的は損害をGに転嫁するためであつた。契約の締結後、Kは、過去にGによって犯された不正な企みを公表するとGを脅した。しかし、Gは損害を被るとしても、なお利益を得るためにこの契約を維持した。その結果、Gは損害を被つた。¹⁸¹ゲールズによれば、Kによる脅迫に対するGの合意は有効であり、それゆえKには恐喝罪は成立しない。¹⁸²

つぎに、強制に基づく合意についてはどのように捉えているのであろうか。

住居侵入罪に関わる次のような事例を挙げる。¹⁸³夫Eは別居している妻Fに対して、腹を割って話すことを提案した。しかし、Fは、これを拒否し、住居へEが立ち入ることを認めなかった。そこで、Eが知るFがした過去の犯罪行為を告訴するとFを脅したところ、不安にかられ、よりましと考えて、FはEを住居に立ち入ることを認めた。

この事例について、ゲールズは、以下の理由から、Eに住居侵入罪は成立しないと¹⁸⁴する。Eの脅迫行為は、構成要件該当行為ではないし、時間的かつ論理的にも構成要件該当行為に先んじている。したがって、構成要件が要求している侵入行為には当たらない。この場合、Fの合意は有効である。構成要件該当行為である侵入行為がなされる前の段階において、Eによつてなされた脅迫の影響はFにとつて間接的であり、自ら住居の立ち入りを認めているからである。ただし、Eの行為は強要罪に¹⁸⁵当たる。

これをふまえ、強制に基づく合意に¹⁸⁶関し、次のようにまとめる。強制に基づく合意は、実行行為の開始前になされることを要し、そうでない場合は無効であるとする。しかしながら、例外がある。構成要件該当行為から結果発生までの間に、法益主体が、強制とは¹⁸⁷関係なく、完全に自由な意思によつて合意を形成したときは、これを有効と評価することができる。¹⁸⁸強姦罪についても、相手の暴行や脅迫を被害者が全体的に認容したときは、合意は有効である。¹⁸⁹

第四章 二分説に対する批判的検討

第一節 わが国の学説状況

二分説をめぐるドイツの学説状況を鳥瞰した。二分説を理論的に支える論拠は、まとめると、次の五点に集約される。

第一に、構成要件と違法性を峻別する三分的な犯罪論体系を前提に据える。

第二に、構成要件阻却的同意にあたるのは、法益主体の意思に反することが、明文上あるいは解釈論上、構成要件

要素とされている場合である。

第三に、違法阻却の同意にあたるのは、法益主体の意思に反することが、明文上あるいは解釈論上、構成要件要素とされていない場合である。

第四に、法益主体の同意能力について、構成要件阻却の同意においては、これを要せず事実的意思で足りるのに対し、違法阻却の同意においては、これを要する。

第五に、欺罔に基づく同意の効力に関し、構成要件阻却の同意においては有効とする一方、違法阻却の同意においては無効とする。

ひるがえって、わが国の同意論をめぐる学説状況をみると、同意は原則的に構成要件該当性阻却の問題であるとの見解が有力化しているが、いまもなお同意二分説的な思考が広く受容されていると思われる。そこには大別して二つのバリエーションが存在している¹⁹¹。

一つは、ゲールズを中心として提唱された二分説を受容する見解、すなわち、二つの同意にそれぞれ異なる法的効果を与える見解である。ここで注目すべきは、ゲールズの二分説を基礎としつつ、同意を三分することを試みる佐藤陽子の見解である。佐藤は、同意を、①行為態様にかかる合意、②法益侵害性に係る合意、③同意¹⁹²に分ける。その基準について次のようにいう。①は、「当該構成要件メルクマールが（主に行為態様との関係で）特別な形における被害者の意思侵害に係っているときに、その特別な形における意思侵害を排除する承諾である」とする。②は、「当該構成要件の保護法益が被害者の当該財に関する自律的な処分権であるときに、被害者の自律的な処分（承諾）ゆえに、当該財の侵害が法益侵害とみなされなくなる承諾である」とする。③は、「当該構成要件の保護法益が被害者の

自律的な処分権とは別に存在しているときに、構成要件を充足した行為の違法性を被害者の自己決定の助力でもって減少（あるいは阻却）させる承諾である」とする。犯罪論体系においては、①と②は構成要件に、③は違法性に属する。欺罔に基づく同意については、①は有効とし、②と③を無効とする方向で論ずる。¹⁹³

もう一つは、同意を構成要件阻却的同意と違法阻却的同意に分ちつつも、両同意の有効要件を統一的に把握することに重点をおく見解である。¹⁹⁴もつとも、この見解においても、二つの同意をいかに区別するべきかについては、次の二つの点において、見解の相違がみられる。

まず、犯罪論体系、とりわけ構成要件と違法性の機能と関係を、どのように把握するべきかである。法益関係的錯誤説に立脚する浅田和茂は、価値中立的な結果無価値的構成要件論をとる一方、法益侵害の存否は違法性の段階において判断する、犯罪論体系を支持する。¹⁹⁵その上で、同意を二つに分ける決め手は、「条文の解釈」であるとする。条文解釈によって、被害者の意思に反することが構成要件の内容になっている場合と、そうでない場合、とに分ける。そのようにして、前者は構成要件該当性を阻却する合意、後者は違法性を阻却する同意、であるとす。¹⁹⁷もつとも両同意の有効要件をそれぞれ異なるものとする点については、合理的理由がないとする。¹⁹⁸

次に、保護法益の内実をいかに解すべきかである。結論的には、同意の有効要件によって問題が解決されるため、実益がないように思える。しかし、いくつか疑問が生じる。自由という法益に関し、法益主体がその処分に同意するならば、構成要件該当性それ自体が阻却されるといわれる。¹⁹⁹しかし、例えば、欺罔に基づく監禁や住居侵入を例に挙げると、その同意が無効であるとするならば、被害者の意思に反することが理由として挙げられよう。ここでは、被害者の意思に反することとは何か、法益の内実をいかに解するかという問題と結びついて、さらに問われうる。

身体という法益の侵害については、保険金を詐取する目的でなされた同意傷害の事例⁽²⁰⁾における同意の有効性をめぐって、総合判断説を採り同意を無効とした判例に対し、学説においては、おおかた次のような議論が展開される。傷害を、生命への危険を惹起する傷害の場合と、そうでない傷害とに分かつ。前者においては、同意は無効とされる。生命処分の同意は刑法二〇二条において無効とされるからである。これに対し、後者については、たとえ同意が保険金を詐取する目的であったとしても（いいかえれば公序良俗違反的であったとしても）、なおその同意は有効とされる。あたかも二分説における構成要件阻却的同意の処理に近しくなっている。

このように、わが国の学説においても、なお、同意を構成要件阻却的同意と違法阻却的同意を二分し、あるいは、犯罪論体系における位置づけを意識した同意論は、なお支持されているものと思われる。したがって、同意二分説を批判的に検討することは、わが国の議論状況を相対的にとらえるためにも有意義である。

第二節 同意二分の偶然性

(1) 二分説によれば、欺罔に基づく同意の効力に関し、構成要件阻却的同意においてはこれを有効とする一方、違法阻却的同意においてはこれを無効とする。この二分説の構想は、同意の効力の差異を説得的に説明することに成功しているのだろうか。同意二分の基準は、曇りのない明晰なものになっているのだろうか。たしかに、二分説は、法律行為説に対抗して、刑法的同意論を構築しようとしている。しかしながら、管見によれば、二分説のいう同意二分の構想は、理論的に破綻しているといわざるをえない。なぜなら、同意を二分する基準そのものが極めて曖昧であり、まさしく、立法および司法における偶然性によって、法益処分状況にある法益主体への要保護性が決定されてしまう

からである。⁽²⁰¹⁾

(2) 同意二分の基準が偶然によって決せられるおそれは、違法性阻却事由の錯誤をめぐる厳格責任説を提唱したヴェルツェルの見解に対する批判において、すでに指摘されていた。ヴェルツェルの厳格責任説に対する以下の批判は、故意説や消極的構成要件要素の理論、制限責任説の立場から差し向けられているものである。すなわち、違法性阻却事由の錯誤も、構成要件の故意の問題として検討するべきで、したがって、これは違法性の錯誤ではなく事実の錯誤として処理するべきであるという批判である。⁽²⁰²⁾ この議論の延長線上に、同意二分説の問題についても言及されていた。

ホルスト・シュレーダー (Horst Schroeder) は、責任説を次のように批判する。すなわち、構成要件の錯誤と禁止の錯誤を厳格責任説は法的に異なるものとして扱う。しかし、それは法技術的問題にすぎない。にもかかわらず、両者をそのようにして扱うならば、構成要件要素と違法性阻却事由の関係はアンバランスなものになろう。なぜなら、構成要件の錯誤と禁止の錯誤の区別は、数々の偶然性 (Zufälligkeiten) に依拠せざるをえず、技巧的にすぎないからである。⁽²⁰³⁾ その例の一つとして、厳格責任説における同意の論じ方を挙げる。シュレーダーは次のように言う。同意が、窃盗や住居侵入のように、構成要件の問題とされるとき、同意の錯誤は構成要件の錯誤とされ、故意は否定される。これに対し、同意が違法性阻却事由の問題とされる場合は、同意の錯誤は違法性の錯誤とされ、故意は原則的に阻却されない。こうした理解は正当であるということはできない。⁽²⁰⁴⁾ 違法性を根拠づける事情と違法性を阻却する事情を純粹かつ技術的に区別することに、決定的な意義は客観的に見出せない。なぜなら、法を知らなかったという非難は、認識して法に違反したという非難とは、質的に異なる非難だからである。⁽²⁰⁵⁾

構成要件の錯誤と禁止の錯誤を区別することの問題を、規範的構成要件や白地刑罰法規、違法性阻却事由を素材として検討したディートリヒ・ランクー・ヒンリクセン (Dietrich Lang-Hirrichsen) も、同意に関するシュレーダーの見解に、次のように賛同する。ヴェルツェルは、同意を二分する根拠として、関係する規範における違法内容の違いを挙げるが、そうした論拠は、たしかな結論を与えることはできない。なぜなら、すべての法的メルクマールは、「規範的な網の目 (normatives Gespinst)」によって覆われている。このため、厳格責任説が提唱するようには、評価の客体和客体の評価を区別することはできない。²⁰⁶

シュレーダーの見解に、フリートリヒ・シャフシュタイン (Friedrich Schaffstein) も、次のように賛同する。住居侵入や窃盗、誘拐において、被害者の意思に反することが構成要件であると解釈されているのに対し、ドイツ刑法二二六条 a の傷害罪においては公序良俗に反さない限りにおいて同意傷害は不可罰であると明記されている。刑法が同意に関してどちらの方法を採用しているか否かという問いは、実際は、言葉上の偶然性 (sprachliche Zufälligkeiten) に依存している。行為者が積極的構成要件要素あるいは消極的構成要件要素の存在を誤認したとしても、両者には区別がない。²⁰⁷ 同意が存在すると誤解した者は、たしかに結果面については否定的に評価することができるが、その誤認によって行為無価値が欠けるため、同意の違法性は阻却される。²⁰⁸

ヘルムート・フォン・ヴェーバー (Hellmuth von Weber) も次のように疑問を呈する。²⁰⁹ 適法性の観点からは、構成要件に該当しない行為も違法性を阻却する行為も、実質的には同じである。それぞれの錯誤についても、同様に解決すべきであって、区別して扱うのは不当である。厳格責任説がそれぞれの錯誤を区別する根拠は、法技術的なものすぎない。たしかに、立法上の文言が、事実の錯誤なのか、それとも違法性の錯誤なのか、の解釈を許容しうる場合

もある。しかしながら、その文言を採用した立法者の選択は、文体上の偶然性 (stilistische Zufälligkeit) に依拠しているにすぎない。違法性阻却事由は違法性の錯誤であるとする厳格責任説の見解は、構成要件と違法性の相違とは全く関係のない、何らかの事情を根拠としているといわざるをえない²¹⁰。

ハインツ・ツィプフ (Heinz Zief) も、同意を二分する基準が偶然的に決められていることを、次のように説明する。二分説は、被害者の意思に反することが構成要件要素か否かによって、同意を二分する。しかしながら、実際には、個人に対する犯罪において、被害者の意思に反する行為という要件が常に存在しているとは限らない。構成要件阻却的同意や違法阻却的同意を考えうるのは、まさに個人的法益に対する犯罪行為の場合だからである。したがって、被害者の意思に反することが構成要件か否かは、時として偶然的である構成要件の解釈によって決められている²¹¹。このように指摘した上で、同意を与えうるすべての構成要件は、被害者の意思に反する行為を前提としているのだから、有効な同意があるならば、それによって構成要件該当性は阻却される²¹²。さらに、ツィプフは、欺罔や脅迫による同意、公序良俗違反行為に基づく同意に関し、二分説が提唱する解決方法にも、次のように疑問を呈す。窃盗罪については、自然的意思に基づく同意により、侵奪の要件を欠くこととなり、それによって構成要件該当性が阻却される。しかしながら、その議論を、二分説によれば構成要件阻却的同意が問題となる住居侵入罪に持ち込むのは、妥当でない。あくまでも、住居侵入罪における法益保護の観点から決せられるべきである。ある者が知人やガスの検針員を装って住居へ侵入する許可を得た場合、住居権は侵害されている。住居の所有者が真実を知ったならば立ち入りの許可をださなかつたであろう²¹³。このように、同意の有効性は、個々の構成要件やそれに強く関連する事情のみによって導かれる²¹⁴。

(3) 右にみた諸批判は、たしかに、違法性阻却事由を行為者が誤想した場合における厳格責任説の対応、すなわち、構成要件該当性に関する事実の錯誤は事実の錯誤として、違法性阻却事由の錯誤は法律の錯誤として処理することを、批判したものである。しかしながら、この批判は、同意二分説とそこから帰結される主張全体へ波及していくポテンシャルを備えている。なぜなら、同説は、同意を、構成要件阻却的同意と違法阻却的同意に分け、それぞれに対し異なる法的効果を付与しようとしているからである。このことが顕著に表れる場面は、行為者の錯誤だけではない。法益主体の錯誤も、その場面なのである。とりわけ、欺罔に基づく同意に関する擬律をめぐる議論にも、右の諸批判は向けられる。つまり、結局のところ、同意を二分する二分説の基準それ自体も、偶然性によって決せられていることになるのである。

右の諸批判を覆すことは、管見によれば、相当に困難なように思われる。右の批判にみたように、偶然性をめぐっては、立法における偶然性と解釈論における偶然性の二面が存在する。

もちろん、二分説の論者は、同意二分には相応の理由があると考えていたはずである。ゲールズによれば、構成要件阻却的同意には、法益主体の意思に反することが構成要件に明示されている場合と、解釈論上それが導かれる場合の二つがある。これを立法論的に論証するため、ゲールズは次の根拠を挙げている²¹⁵。刑罰法規には二種類ある。ひとつは、立法者が個別的被害者の意思に着目するものであり、もう一つは、立法者が一般的被害者の意思に着目したものである。ゲールズは、前者の同意が構成要件阻却的同意であり、後者の同意を違法阻却的同意として位置づける。ヴェルツェルによれば、構成要件においては禁止行為の素材が示され、違法性においては構成要件該当行為の違法性に対する法的評価が検討される²¹⁶。こうした見解は、ゲールズの右の見解と整合的である。禁止の素材を示す段階に

において、個別的被害者の意思に反する行為の禁止と一般的被害者の意思に反する行為が考慮されている、と説明してみても、矛盾は生じないからである。

しかしながら、二分説には立法的観点から次のような問題が生じ、それらは、つまるところ、立法における偶然性に帰着する。

第一に、立法者は刑罰法規を制定するにあたり、同意を二分する明確な立法的根拠を示すことは困難である。かりに、それは個人的法益の性質によって決まるといふ論拠を示したとしても、それが同意を二分する論拠と直結するとは限らない。個人の財産を例に挙げると、窃盗罪は構成要件阻却の同意が問題となる一方で、器物損壊罪は違法阻却の同意が問題となるというのは論拠に乏しい。身体についても、一般的被害者はその処分に本来的に同意することはないから違法阻却の同意が問題となると主張したところで、これも説得力を欠く。いずれの場合も、法益主体個人によつて処分可能な法益であるとの見方は十分に可能だからである。自由という法益については、これらと較べ、個人的被害者の意思を構成要件に取り組むことは可能かもしれない。しかしながら、監禁罪や住居侵入罪、性犯罪においては、欺罔に基づく同意の擬律をめぐり争いがある。個別的被害者の同意があつたか否かの判断でさえ、そう簡単に解決されることはない。

第二に、個別的被害者の意思と一般的被害者の意思を区別する意義も分明ではない²¹⁷。まず、刑罰法規を制定するにあたり、立法者は当該行為の一般予防に重点をおくはずである。構成要件の中に、個別的被害者の同意の存否を織り込むことは、かえつて行為規範の一般予防効果に揺らぎを生じさせることにもなりかねない。つぎに、一般的被害者の意思が想定されている犯罪の内実に関しても疑問が生じる。その犯罪においては、個別的被害者の同意は一般的被

害者の観点から原則的に許容されないこと、個別的被害者の同意に効力が認められるのは一般的被害者の観点から決せられること、が前提とされていると解しうる。そうだとすると、二つの問題が生じうる。ひとつは、個別的被害者による同意が、なぜ一般的被害者による評価あるいは規制に服さなければならないのかという疑問である。もうひとつは、同意の効力に差違が生じる理由として、一般的被害者の意思が考慮されているか否かという基準を挙げるならば、それはアプリアリに決しているきらいがある。このことは、すでにホーニツヒが同意論をめぐる詳細な学説史研究の中で指摘していた問題であった。²¹⁸ アプリアリに同意の可否を検討する手法は、まさしく論点先取のおそれさえある。アプリアリに同意論を決める発想が二分説においても、その残滓として継承されているといえよう。

解釈論における偶然性の問題は、立法における偶然性よりも、倍加すると考えうる。

ある刑罰法規において、法益主体の意思に反することが構成要件要素とされているか否かは、たとえそれが明文化されていたとしても、そう簡単には決せられない。保護法益をどのように捉えるか、さらに罪刑法定主義の機能をどう解するかにより、そこから複数の解釈的帰結が導かれうる。違法性阻却事由の錯誤をどのように捉えるかについても、違法性の意識の位置づけをめぐり、故意説や厳格責任説などが主張されている。その背後には、刑法における故意の機能をどう把握すべきか、さらには構成要件と違法性のそれぞれの関係や役割、ひいては犯罪の本質をどう理解すべきか、といった問題が横たわっている。これらの論点は、行為者の刑事責任の存否に収斂されていく。

こうした中であつて、同意論は、行為者の刑事責任を存否をめざした議論の狭間で、埋没したものとなり、同意した個々人の法益主体の問題は等閑に付されている。構成要件阻却的同意においては、なぜ事実的意思でもって足りるのか、法益主体の同意能力をなぜ度外視してよいのか。欺罔に基づく同意について、構成要件阻却的同意においては、

なぜ同意が有効とされるのか。違法阻却的同意においては、なぜこれとは逆の結論に至るのか。事象はいずれの同意の場面においても同じであるにもかかわらず、なぜ刑法的帰結に大きな差異がつけられるのか。その論証が二分説には欠けている。二分説を批判するディーター・キンツィ (Dieter Kentzy)²¹⁹ は、同意能力の観点から、次のように批判する。侵害目的を秘して住居へ侵入したり、窃盗の目的で商店に立ち入ったりすることが、構成要件阻却的同意では有効とされる。違法阻却的同意の場合、法益主体には同意能力、すなわち侵害の本質や意義、射程範囲を理解しているかが問われるが、構成要件阻却的同意においては全く考慮されない。このことに対する説明が必要であると指摘している。²²⁰

第三節 法益主体の意思に反する行為とは何か

二分説が提起した重要な論点とは、いったい、法益主体の意思に反する行為とは何なのか、ということである。これが構成要件に属するか否かで、同意の刑法的効果は二分されるのである。ここでは、法益主体の意思に反する行為の内実を二分説がどのように捉えているかを確かめるとともに、その内実に対して検討を加える。

二分説は、法益主体の意思に反する行為を次のように解している。

第一に、違法阻却的同意においては、個々の法益主体の意思にかかわらず、構成要件該当性のレベルにおいて、すべて、法益主体の意思に反する行為であると擬律される。たしかに、個々の法益主体の意思に真に反する同意もあろう。しかし、個々の法益主体がまさに同意していることもあろう。もちろん、違法性の段階において、個々の法益主体の意思に反しているのか合致しているのか判断はされる。しかしながら、構成要件該当性の段階においては、法

益主体による法益処分行為が原則的に許容されず、これを反映して、行為者の行為は禁止される、との論証過程を踏むことになる。

第二に、保護法益や構成要件の解釈によって導かれた、刑罰法規ごとに想定されている、法益主体の意思に反する行為、である。この行為は構成要件要素とされ、法益主体の同意は構成要件阻却の同意とされる。その内容は刑罰法規ごとに異なり、バリエーションに富む。「被害者の意思なくする行為」、「暴力的行為」、「被害者の反抗意思を制圧する行為」、「暴力的要素が備わっている行為」、「被害者の意思が無視され、顧みられない行為」、「被害者の意思に直接的に影響を与える行為」、などである。これらに共通する要素は、法益主体の側からすれば、「無理強い要素」ということができよう。行為者による、このような無理強い行為に対し、法益主体が、事実的・自然的意思によって同意しさえすれば、それは有効とされ、その結果、行為者の行為は構成要件に該当しないと判断が下されることになる。

このようにしてみると、二分説によれば、個人的法益を保護するすべての刑罰法規において、法益処分の意思に反する行為が構成要件要素化されていることを肯定している。このことを前提にして、二分説は、法益主体の意思に反する行為を、法益保護主義や罪刑法定主義の観点から、刑罰法規ごとに、規範化かつ相対化して理解しているのである。たしかに、二分説の根底にある各論的考察方法を採用するならば、法益主体の意思に反する行為が刑罰法規ごとに相対化されることは至極当然のことといえよう。しかしながら、そこには、二つの問題がある。

第一に、個々の法益主体の存在が軽んじられている。

二分説によると、違法阻却の同意においては、法益の性質や価値からして、あるいは一般的法益主体の立場から、法益主体による法益処分行為は原則的に許容されないとされる。ここでは、法益や一般的法益主体が優先され、個々

の法益主体はそれらに劣後する立場におかれる。個々の法益主体の同意よりも、法益の価値や一般人の総意から、法益処分は原則的に禁止されるといふ判断が優先されるのである。

個々の法益主体の存在が軽視されていることが顕著であるのが、構成要件阻却的同意の場面においてである。そこにおいては、刑罰法規ごとに、刑罰法規の文言や保護法益をめぐる解釈から導き出された、法益主体の意思に反する行為を、法益主体が事実的・自然的意思によつて同意したかが問われる。個々の法益主体による意思決定過程については、わずかに、同意が法益主体にとつて無理強いだつたか否かのみ考慮されるにとどまる。さらに、無理強い行為に同意した法益主体の意思決定過程への考察は度外視される。

第二に、個々の法益主体への刑罰的保護が、一方では過剰になり、他方において過少になってしまっている。このことが最も表面化するのが、欺罔に基づく同意においてである。

違法阻却的同意においては、個々の法益主体による同意の意思決定過程が考慮に入れられる。そこでは、欺罔に基づく同意は、法益主体の意思に反する行為であるとして、無効とされる。しかし、欺罔に基づく同意はすべて無効とし、その負担を行為者に負わせるのに躊躇せざるをえない事例もありうる。ゲールズは、違法阻却的同意において、動機の錯誤にすぎない場合は、これを有効であるとしていた。²²¹ もちろん、欺罔に基づく同意において、動機の錯誤をどう捉えるべきかについては、管見によれば、ここを議論の出発点としなければならぬ。²²² しかし、そこにおいては、法益主体への刑罰的保護が過剰となる懸念が生じること、また否定できない。

他方、構成要件阻却的同意においては、法益主体に対する刑罰的保護は、間違いなく、過少となっている。二分説によれば、構成要件阻却的同意においては、法益主体側の同意能力は不要であり、法益主体による事実的意思・自然

的意思による同意でよい、とされている。なぜ、理論的に、そのように解さなければならぬかは、分明でない。しかし、二分説が、もっぱら行為者による行為の可罰性があるのか否を分析するために構築された犯罪論を土台にして同意論を構想しようとしている点に着目するならば、次のような推測が可能である。すなわち、行為者側における故意の存否は構成要件との関係で検討され、そこでは故意行為の動機は犯罪の成否にとって無関係であることと同様に、法益主体側においても、法益主体の意思に反する行為という構成要件要素への同意のみが重視され、その行為に同意した動機は無視できると解されているのかもしれない。

仮に、この推測が正しいとすると、二分説においては、欺罔に基づく同意をなした法益主体への刑法的保護は、欺罔行為が明文上あるいは解釈論上、構成要件要素とされる場合を除いては、原則的に否定されることになる。なぜなら、同意に至る法益主体側の意思決定過程を捨象してながめるならば、欺罔に基づく同意は、行為時点においては、法益主体の意思に合致した行為となるからである。

しかしながら、欺罔に基づく同意への擬律をめぐり、違法阻却的同意と構成要件阻却的同意とで、かように保護への差異を設けるのは、技巧的であるといわざるをえない。法益主体は各自の動機（あるいは各自が追求する利益）を實現するために法益処分の決断をするのが通常である。²²³したがって、法益主体に反する行為か否かを判断するに際して、法益主体が同意した意思決定過程が等閑に付してよいとするならば、構成要件や法益をめぐる論拠以上の、確かな論拠が必要である。前節において述べたとおり、構成要件や保護法益の解釈は、ともすれば解釈者の偶然性によって決まるからである。

第五章 まとめ

同意二分説について、その理論的背景、主張の骨子をたどり、これらをふまえた上で、批判的考察を加えた。かような検討を通じて析出された問題点は、現在の同意論においても、そのまま当てはまりうる。

二分説は、同意論における過去の見解なのではない。現在においても、その思考方法は広く受容されている見解である。しかしながら、これまでの考察の結果、二分説への理論的批判は決定的であると考えられる。ドイツにおいて二分説が通説であるとされてはいても、学説による二分説への批判は極めて強化している。法益関係的錯誤説²²⁴や規範的自律説²²⁵、価値観説²²⁶、法益保持責任説²²⁷の登場にも顕れているとおり、理論的に一貫した同意論を構築する方向に議論がシフトしている。もっとも、欺罔に基づく同意をめぐることは、いまもなお右の各説が拮抗し、議論が膠着状態に陥っている。

しかし、それでもなお、欺罔に基づく同意に関する私見は、本稿において未だ提示できなかつた。ただし、次のことだけは明確である。欺罔に基づく同意を解決する道は、いかなる犯罪論体系をとるか、法益や刑法法規をいかに解釈するべきか、にあるのではない。むしろ、法益主体による法益処分の意思決定を目的にした行為者の欺罔行為と、個々の法益主体が法益処分を決議するに至った意思決定過程との相互関係を、正面から考察することにこそ、その解決の道がある。欺罔に基づく同意に関する擬律に関する私見は、稿を改めて述べていくこととしたい。

- (1) 野村和彦「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―」日本法學八八卷三号 (二〇二三年) 一六三頁。
- (2) ゲールズの二分説を紹介するものとして、須之内克彦『刑法における被害者の同意』(二〇〇四年)二七頁以下、佐藤陽子「わが国の承諾論とゲールズの二元説―なぜわが国においてゲールズの二元説は受け入れられなかったのか―」浅田和茂他編『刑事法学の系譜―内田文昭先生米寿記念―』(二〇二二年)所収二八九頁以下がある。
- (3) このほか、クラウス・ロクシン (Claus Roxin) とルイス・グレコは (Luis Greco) は、二分説の理論的特徴として、法益主体による意思表示の要否、法益処分能力の要否、公序良俗違反の適用の可否、同意に対する行為者側による認識の可否、行為者側による同意の錯誤に対する処理の相違⁶を挙げる。Roxin/Greco, AT, 5. Aufl. (2020), S.652 f.
- (4) Schönke/Schröder, 30. Aufl., Vor §§ 32 ff., Rdn. 29, 30 (Sternberg-Lieben); LK, 13. Aufl. (2019), Vor §§ 32 ff., Rdn. 147, 148 (Rönnau); Joerg Brammsen, Einverständnis und Einwilligung, in FS für Keiichi Yamataka (2017), S.4-12. なお、モーク・ブラムゼンは、構成要件阻却的同意と違法阻却的同意とは相当重なり合う点がある⁷ことを指摘する⁸ことも、両者の相違点として同意の意思表示の問題を挙げて⁹いる。Vgl. Brammsen, aaO, S.15 f.
- (5) 本稿第四章第一節を参照。
- (6) Friedrich Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, S.262.
- (7) Ernst Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, Archiv für die Civilistische Praxis, 99, 1906, S.1 f.
- (8) Karl Binding, Handbuch des Strafrechts, Band 1, 1885, S.713 f.
- (9) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.7.
- (10) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.11.
- (11) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.18.
- (12) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.15.
- (13) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.23.

- (14) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.21-22.
 - (15) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.48.
 - (16) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.49.
 - (17) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.55-56.
 - (18) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.68.
 - (19) なお、同意の有効性を制限するツィーテルマンの見解については、野村・前掲論文・前掲注(1)一九二頁を参照。
 - (20) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.64.
 - (21) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.64-65.
 - (22) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.70.
 - (23) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.75.
 - (24) Hans Albrecht Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911.
 - (25) Fischer, aaO 前掲注(24) S.271.
 - (26) Fischer, aaO 前掲注(24) S.271. なお、フィッシャーは、同意をめぐる錯誤について以下のように捉える。権利主体が同意を誤って与えたり、あるいは、行為者がこの同意の有効性を免責的に誤認したり、あるいは、行為者が、権利主体による同意の撤回を免責的に認識しなかったりしたときは、行為者には責任がなく、損害賠償義務も全面的にあるいは部分的に免れうる (Fischer, aaO 前掲注(24) S.272)。
- さらに同意の公序良俗違反について、次のようにいう。他者侵害あるいは自己侵害の同意の公序良俗違反性に関する錯誤について、行為者が免責されることは決してない。しかし、行為者と被害者の間で公序良俗に反する同意がなされた場合、あるいは、行為者が有責的に同意の有効性について錯誤に陥っていた場合、さらに、行為者も被害者も同意は許されないことを認識していた場合、行為者は損害賠償責任を、全面的または部分的に免れる (Fischer, aaO 前掲注(24) S.275, Fn.11)。
- (27) Fischer, aaO 前掲注(24) S.273.

同意論における二分説について (野村)

- (28) Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18 neubearbeitete Aufl. (1931), S.141.
- (29) Frank, aO 前掲注(28) S.143.
- (30) Frank, aO 前掲注(28) S.142.
- (31) Frank, aO 前掲注(28) S.141-142.
- (32) Kiehl, Die Einwilligung eines Minderjährigen nach geltenden Strafrechten, GA 1907, 380-381. キールによると、スイーテルマンの見解に立つと、同意においては、行為者に悪意の抗弁権や被害者の共同責任を主張することを認め、他方、被害者には公序良俗による同意の無効を主張することを認めることになる。こうしたことは、民法だけに限って正当であり、刑法においては重要でないと思われる。
- (33) Kiehl, aO 前掲注(32) S.381.
- (34) Kiehl, aO 前掲注(32) S.382.
- (35) Kiehl, aO 前掲注(32) S.382.
- (36) Kiehl, aO 前掲注(32) S.382-383.
- (37) Kiehl, aO 前掲注(32) S.383.
- (38) Kiehl, aO 前掲注(32) S.383.
- (39) Heinrich Gerland, Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, in: Hrsg. von Karl von Birkmeyer, Fritz van Calker, Reinhard Frank, Robert von Hippel, Wilhelm Kahl, Karl von Lilienthal, Franz von Liszt, Adolf Wach, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, II. Band (1908), S.503, Fn.1.
- (40) Gerland, aO 前掲注(39) S.495, Fn.5.
- (41) Gerland, aO 前掲注(39) S.496.
- (42) Gerland, aO 前掲注(39) S.503.

- (43) Gerland, aO 前掲注(39) S.505.
- (44) Franz von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 20. Aufl. (1914), S.160. たとえば、殺人は同意があっても違法であるが(刑法二一六条)、女性の貞操 (*weibliche Geschlechtstheure*) や自由、財産などの侵害については、同意により、違法な特徴 (*Eigenart*) が失われるとす⁹⁰。Liszt, aO, S.160, Fn.6.
- (45) Liszt, aO, 前掲注(44) S.160, Fn.7.
- (46) リストの基本的立場は、その死後、エーベルハルト・シュミット (*Eberhard Schmidt*) によつて補訂された刑法教科書においても、維持されている。なお、女性誘拐罪の記述のなかで、行為者の欺罔による同意は無効であるが、その欺罔は誘拐それ自体に関するものでなければならず、誘拐の目的に関する欺罔は必ずしもその同意を無効としないとしている。Liszt-Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23. Aufl. (1921), S.380.
- (47) 一九〇九年にはライヒ刑法典改正予備草案、一九一三年にはライヒ司法省による委員会草案、そして第一次世界大戦およびドイツ革命後には、一九一三年草案を基礎にしつつ新しい政治体制をふまえた一九一九年草案が、それぞれ現れた。ホーニッヒの教授資格論文(後掲注(48))は、一九一三年草案から一九一九年草案の間に執筆された。Vgl. David Christopher Weiglin, *Richard Martin Honig (1890-1981) - Leben und Frühwerk eines deutschen Juristen jüdischer Herkunft*, S.61-63 (2011).
- (48) Richard Honig, *Die Einwilligung des Verletzten* (1919).
- (49) ホーニッヒは、自然法学派や歴史法学派、ヘーゲル法哲学派、社会的実証法学派、一般法学派が、これまで同意をめぐり、いかなる議論を展開してきたかを詳説している。
- (50) Honig, aO 前掲注(48) S.84.
- (51) Honig, aO 前掲注(48) S.158.
- (52) Honig, aO 前掲注(48) S.162. なお、ここでホーニッヒは、後述のベーリングの見解を引用する。
- (53) Honig, aO 前掲注(48) S.160.
- (54) Honig, aO 前掲注(48) S.160-161.

同意論における二分説について(野村)

- (55) Honig, aO 前掲注(48) S.161.
- (56) Honig, aO 前掲注(48) S.161. 特に、刑法二三五条(児童誘拐罪)と同二三七条(未成年者誘拐罪)が例としてあげられる。⁷³⁾
- (57) Honig, aO 前掲注(48) S.164.
- (58) Honig, aO 前掲注(48) S.158.
- (59) Zitelmann, aO 前掲注(7) S.74 f.
- (60) Geerds, aO 前掲注(9) S.262, Fn.2.
- (61) Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906.
- (62) Beling, aO (1906) 前掲注(15) S.218.
- (63) Honig, aO, 前掲注(48) S.162, Fn.91.
- (64) Beling, aO (1906) 前掲注(19) S.219-220.
- (65) Beling, aO (1906) 前掲注(15) S.221.
- (66) Beling, aO (1906) 前掲注(19) S.221-222.
- (67) Beling, aO (1906) 前掲注(19) S.223.
- (68) Beling, aO (1906) 前掲注(19) S.223.
- (69) そのほかに、ベーリングは同意論を具体的にどう捉えていたのか。医師の治療行為における刑事責任に関する論文から垣間みたい (Ernst Beling, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, ZStW 44 (1924), S.220 f.)。

ベーリングは、身体法益について、これに関連する法益主体の利益を一定限度において肯定し、身体法益と関連利益を一体的に次のように把握する。身体には、①存在利益、②身体に対する願望的利益、③可動の自由の利益がある。②については、さらに二つの場合に枝分かれする。(a)自身の健康(客観的な心身の状態)、(b)主観的な健康(痛みや弱さ、その他、痛み準

- ずる感情的不快感からの自由)。(c)外見(身体を醜くされないこと)である。Vgl. Beling, aaO (1924), S.222.
- (70) Friedrich Geerds, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf*, ZStW 62 (1960), S.90.
- (71) ベンディングとケスラーの論争については、野村・前掲書・前掲注(1)一五九頁以下を参照。
- (72) Honig, aaO 前掲注(48) S.76.
- (73) Honig, aaO 前掲注(48) S.94.
- (74) Honig, aaO 前掲注(48) S.95-96. 被害者の同意(他者侵害による)と自己侵害の区別は法益処分の可否の問題と考えるリ
 ストの見解や、刑罰法規からみて自己侵害行為は不可罰であるとするベーリングの見解を批判する文脈で述べられている。
- (75) Honig, aaO 前掲注(48) S.97.
- (76) Honig, aaO 前掲注(48) S.98.
- (77) Honig, aaO 前掲注(48) S.100.
- (78) Honig, aaO 前掲注(48) S.110-111.
- (79) Honig, aaO 前掲注(48) S.117.
- (80) Honig, aaO 前掲注(48) S.117.
- (81) Honig, aaO 前掲注(48) S.119.
- (82) Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 2. Aufl. (1949), S.55 ff. この分類は以後も維持され、ゲールスの「Einverständnis」を用いて、構成要件該当性を阻却する同意が説明される。Vgl. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. (1969), S.95.
- (83) 一例として強姦(Notzucht)を挙げる。法益主体が行為を快く受け容れる用意があったとき(vis haud ingrata)は、その意思を相手に示していなくても、行為に対する同意が肯定される。Welzel, aaO (1949) 前掲注(82) S.55.
- (84) Welzel, aaO (1969) 前掲注(82) S.331. ただしこの場合、監護者は売春仲介の罪に問われる余地がある。
- (85) Welzel, aaO (1969) 前掲注(82) S.331.

- (86) Welzel, aO (1969) 前掲注(82) S.333.
- (87) Welzel, aO (1969) 前掲注(82) S.95, 409.
- (88) Welzel, aO (1949) 前掲注(82) S.55. なお、法益主体の判断能力とは、相手方の行為と自己がなした同意の意味を理解する力の「同じもの」。Vgl. Welzel, aO (1949) 前掲注(82) S.56.
- (89) 結果に対する同意のみの場合は、行為無価値は残るとしている。Welzel, aO (1949) 前掲注(82) S.55-56.
- (90) Welzel, aO (1949) 前掲注(82) S.55-56. 「同じ」は、「同じ」では法益侵害説が構想する同意論、すなわち法益主体が法益処分の意思を抱きとすれば(意思方向説)、同意は有効とする見解が批判の対象とされている。
- (91) Welzel, aO (1949) 前掲注(82) S.56. 公序良俗違反は故意傷害罪においてのみ規定されているが、ヴェルツェルは、法益の趣旨を考慮しながら、他の犯罪への適用を肯定する。なお、窃盗罪や横領、器物損壊については、法律行為的同意を考慮していく必要があるとする。Welzel, aO (1949) 前掲注(82) S.56-57.
- (92) Welzel, aO (1969) 前掲注(82) S.53.
- (93) Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 3.Aufl. (1978), S.299, 259. なお、イェシエックとトーマス・ヴァイゲント (Thomas Weigend) による刑法総論の教科書(第五版)では、類型的不法が存在しない」と説明されている (Hans-Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5.Aufl. (1996), S.373.)。
- (94) Welzel, aO (1969) 前掲注(82) S.53.
- (95) Welzel, aO (1969) 前掲注(82) S.53.
- (96) Hellmuth Mayer, Strafrecht, AT (1953), S.166 ff.
- (97) H. Mayer, aO, (1953) 前掲注(96) S.166 ff. なお、違法性を阻却する同意に関しては、意思表示説を明確に採る。Vgl. H. Mayer, aO (1953) 前掲注(96) S.167.
- (98) H. Mayer, aO (1953) 前掲注(96) S.166 ff.
- (99) H. Mayer, aO (1953) 前掲注(96) S.168.

(100) H.Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.166.
(101) H.Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.167.
(102) H.Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.167.
(103) H.Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.167.
(104) H. Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.52. なお、マイヤーは、J.M.F. Birnbaum やビンディングの文献を引用して、法益と権利 (Subjektives Recht) とを区別する。権利とは、法秩序が個人に与えている、法的な力 (Rechtsmacht) をいう。たとえば、個人は民事訴訟によって権利を実現することはできる。しかし、法益主体の権利を保護するためには、民法だけでは、その保護の時点が遅すぎること指摘する。

(105) H. Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.51.
(106) H. Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.52.
(107) H. Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.53.
(108) H. Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.52-53.
(109) Geerds, aaO (1954) 前掲注(9) S.262.

(110) Friedrich Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, Dissertation Kiel (1953), S.103.

(111) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.103.

(112) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.104. なお、本章においてゲールズの二分説を概観するに限り、山中敬一の訳語(同「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三一五号(一九八三年)二七五頁)にならい、「合意」と「同意」の用語を用いる。

(113) Geerds, aaO 前掲注(9) S.262.

(114) なお、ゲールズは、刑法を基礎に据えた二分説を、民法にも適用する可能性も検討している (Geerds, aaO, (1953) 前掲注(110) S.209)。ツイーテルマンが民法における法律行為概念を刑法の同意論に及ぼそうとしたのと、ちょうど逆の展開といえ

よう。刑法における二種類の同意が、ドイツ民法八二三条において規定されている不法行為の損害賠償義務を阻却するか否かが主な論点である。

構成要件阻却的同意および違法阻却的同意は、事実的な（法律行為ではないという意味において）ものとして、広く「許可」と解した上で（Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.227.）、前者については同条二項（民法以外の保護法に違反した場合）を根拠にして損害賠償義務を否定する（Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.228.）。後者については、原則規定である同条一項に基づく損害賠償義務は、民法における同意（Zustimmung）に関する諸規定に依拠して決定される。Vgl. Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.246 f.

(115) Geerds, aaO (1960) 前掲注(70) S.42もあわせて参照。

(116) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.5.

(117) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.12. ゲールズによれば、刑罰法規における法益が決め手となる。法益概念の基礎は、共同体が行為を不道德と考える不快感（Anstoß）であって、そこには共同体の意見が反映されているという。Vgl. Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.16-17.

(118) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.12.

(119) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.76 f. 意思方向説を採ることは、二つの点から妥当でないとする。第一に、法益主体への刑法による保護が、法益主体の意思方向により失われてはならない。第二に、同意は結果無価値だけでなく行為無価値にも及ぶべきであり、客体の不能として未遂処罰を肯定するのは不当である。Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.72, 74.

(120) Geerds, aaO, (1953) 前掲注(110) S.79. これは違法論からの解決であり、その貢献者としてヴェルツェルを挙げる。

(121) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.82.

(122) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.163-165.

(123) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.165-167.

(124) なお、ゲールズによれば、事実の錯誤にあたるのか、それとも法律の錯誤にあたるのかは、公共の利益と行為者の利益を

衡量して決する。なぜなら、刑法は人間の共同生活の基礎を保護するためにあるのだから、行為者側の錯誤のすべてを法秩序が考慮するわけにはいかないからである。Vgl. Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.160.

- (125) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.177-182.
- (126) Geerds, aaO (1954) 前掲注(9) S.263-264 ; ders., aaO (1960) 前掲注(70) S.43-44.
- (127) Geerds, aaO (1954) 前掲注(6) S.264-266 ; ders., aaO (1960) 前掲注(70) S.45.
- (128) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.137.
- (129) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.138.
- (130) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.138.
- (131) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.150-152.
- (132) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.167-169. もともと、ゲールズは、被害者の意思に反することは客観的構成要件であることから、行為者の責任逃れの口実とならないよう、合意の錯誤は行為時に存在しなければならぬことを強調する。
- (133) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.98.
- (134) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.98.
- (135) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.100. 同意論は個々の刑罰法規を出発点にするべきであるとするホーニツヒの見解が、論拠の一つとして引用されている。Vgl. Honig, aaO 前掲注(48) S.119.
- (136) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.99. 構成要件阻却的同意は社会的相当性によって基礎づけられるとするラインハルト・マウラツハ (Reinhart Maurach) の見解を念頭に置いている。ゲールズは、マウラツハのこの見解も、結局のところ構成要件該当性が阻却されることを認めているとする。
- (137) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.119. それゆえ、ゲールズは、同意によって侵害客体と保護客体の双方が欠ける必要はないとし、その例として後述の窃盗罪を挙げる。
- (138) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.100. なお、ゲールズは、この手法が同時に構成要件阻却的同意の難点であることも示

同意論における二分説について (野村)

唆してやる。

(139) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.115-116.

(140) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.119.

(141) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.106.

(142) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.110.

(143) 当時の刑法二二六条は、第一項において、「成人女性 (Frauenperson) を、その意に反し、強姦を行うために、偽計、脅迫、又は暴行により誘拐した者は、一〇年以下の重懲役に処する。結婚するためにしたときは、軽懲役に処する。」と定める。なお、この罪は親告罪である (第二項)。

なお、当時のドイツ刑法典を訳出するに当たっては以下を参照した。BGBl. I, Nr.55 (1953), Adolf Schönke, Strafgesetzbuch Kommentar, 5.Aufl. (1951).

(144) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.106.

(145) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.106-107.

(146) 刑法二二七条は、第一項において、「未成年かつ未婚の女性をその同意を得て、しかし、その両親、後見人、又は保護人の同意を得ることなく、強姦又は結婚のために誘拐した者は、軽懲役に処する。」と規定する。なお親告罪である (第二項)。未成年誘拐罪 (刑法二二五条) の特別類型の一つである。

(147) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.108-109.

(148) 刑法二二三条一項は「住居、店舗、保護された他者の地所、または公務若しくは交通のために閉鎖された空間へ違法に侵入した者、あるいは、許可なくその場に滞留している者が、法益主体の要求にもかかわらず退去しないときは、三月以下の軽懲役または罰金に処する。」と規定する。

(149) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.110-111.

(150) 刑法二四二条一項は「他者の動産を、不法領得の意思をもって窃取した者は、窃盗の罪とし、軽懲役に処する。」と規定

する。

- (151) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.113.
- (152) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.124-125.
- (153) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.126-127.
- (154) 刑法一七六条一項三号は「一四歳未満の者とわいせつ行為をし、または一四歳未満の者を、わいせつ行為を行うことに、若しくはその行為を許容するように、誘惑した者は、一〇年以下の重懲役に処する。」と規定する。
- (155) 刑法一七九条一項は「女性を、結婚のために性交すると誤信させ、若しくは結婚すると欺き、それによって、女性が性交を許容するよう欺いた者は、五年以下の重懲役に処する。」と規定する。
- (156) ちなみに、性犯罪において、法益主体の同意が構成要件阻却的に作用する場合として、次の例をゲールズは挙げている。
- ①強要 (Nötigung) を手段とする場合 (当時の刑法一七六条一項、一七七条、一七五条 a 一号)、②唆し (Verführung) を手段とする場合 (当時の刑法一七五条 a 二号、一八二条。行為者が自ら犯罪を促したにもかかわらず、相手が反対することなく、その犯罪が実現した点を捉えて)、③依存関係 (Abhängigkeitsverhältnis) を手段とする場合 (当時の刑法一七五条 a 二号。被害者側の意思が影響している点を捉えて)、④暴行 (Mißbrauchen) を手段とする場合 (依存的関係が存在する場合。依存者が何ら影響を受けず自ら自由に相手に相手に任せている点を捉えて「当時の刑法一七四条」。ただし、当時の刑法一七五条一項、一七五条 a 一〜四号、一七六条二項、一七七条二項は違法阻却的同意)。Geerds, aaO (1953), 前掲注(110) S.128-130.
- (157) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.178. 欺罔に基づく同意の例として、ゲールズは次の二つをあげる。
- ①下宿の女主人Bは、転借人Uの木炭を保管していたが、それを全部使い果たしてしまった。この事実を隠して、BはUに對して、もう一ツェントナー (五〇キログラム) の木炭が欲しいと伝えたが、その際、自分の手元には四ツェントナーの木炭があると嘘をついた。Uは一ツェントナーをBに使うことを許した。一ツェントナーについては、Uの同意があるため、Bに關し横領罪 (当時の刑法二四六条。「自己が占有する他者の動産を、違法に領得した者は、横領の罪とし、三年以下の輕懲役に処する。その動産を委託により占有していたときは、五年以下の輕懲役に処する。」と規定する。) の成立は否定されるか

もしれないが、Bの欺罔に基づきUが同意しているため、この同意は無効であるとする。

②ノロ鹿を預かっている者が、餌代を節約するために、ノロ鹿が病気にかかっていると所有者を欺き、その鹿を殺す同意を所有者から得て殺した。この同意は無効であり、ノロ鹿を預かっている者について器物損壊罪（当時の刑法三〇三条一項。「他者の物を故意にかつ違法に損壊した者は、罰金若しくは二年以下の軽懲役に処する。」と規定する。）が成立する。

Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.177,179.

(158) RGSt 41, 396. 被告人が四人の未成年に対し自慰行為をさせた性的暴行 (Beleidigung) の事例である。

(159) Geerds, ssO (1953) 前掲注(110) S.179.

(160) ゲールズは、欺罔に基づく同意について、行為者が何をしようとしているのかを法益主体が正確に理解していることが通常である、と捉える。これを理由に、行為者の行為以外のさらなる事情に関する法益主体の認識は、理論的に不要であるとしている。Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.177, Fn.2.

(161) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.179.

(162) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.181. なお、ゲールズは、カール・クレール (Karl Klee) の見解に言及している。同意を二分する考えを採らないクレールは、強要や恐喝といった暴行犯罪を引き合いに出し、強制に基づく同意を有効としている (Karl Klee, *Selbsverletzung und Verletzung eines Einwilligenden*, *Archiv für Strafrecht und Strafprozess*, 50 (1903), 374.)。

ゲールズはこれに理解を示しつつも、自身の二分説の観点から、同意と合意を統一的に捉えることは危険であるとする。

Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.182.

(163) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.180-181.

(164) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.181.

(165) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.184.

(166) なお、ゲールズは推定的同意を次のように解している。積極的な同意意思を法益主体が例外的に決意していない限り、法益主体の同意は存在しないとする考えにほかならない。Geerds, aaO (1953), 前掲注(110) S.186-187.

- (167) Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.185.
- (168) Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.185. こうした理解は、ビンディングが提唱して以降、学説において一つの流れを形成しているように見える。Vgl. Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.186, Fn.1.
- (169) Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.185-186.
- (170) 刑法二六三条一項は「自己または第三者に違法な財産的利益を創出する目的で、事実を欺き、または真実を歪め若しくは伝えないことにより、相手に錯誤を生じさせ、若しくは、それを維持することによって、相手に財産的損害を与えた者は、軽懲役に処する。これに加え、罰金若しくは市民的名誉権の喪失も併科することができる。」と規定する。
- (171) Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.188.
- (172) ゲールズは、被害者の意思のみが状況により占有交換を可能にするときは、積極的な交付行為だけでなく、断固たる対応をとりないうことや「占有侵奪」を容認する行為も、例外的に、処分行為であると評価しようとする。Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.188.
- (173) Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.188.
- (174) Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.189.
- (175) Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.189.
- (176) Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.189-190. なお、ゲールズは、行為者の故意面において、窃盗罪と詐欺罪は両立しえないことも指摘している (Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.189.)。合意においては行為者の故意面と法益主体の意思方向のみに照準をあわせるために、行為者の欺罔行為が法益主体の意思決定にどのような影響を及ぼすのかは度外視されることになるからである。
- (177) 刑法一七七条は「生命若しくは身体に対する現在の危険を暴行又は脅迫によって惹起し、これにより女性に対し婚外の性行為を甘受させることを強要し、または、婚外の性行為を行うことを目的として、女性を心神喪失の状態にさせたのちに女性に婚外の性行為を行った者は、重懲役に処する。」と規定する。

- (178) Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.190-191.
- (179) Geerds, aO, (1953) 前掲注(110) S.191.
- (180) 刑法二五三条一項は「他者に対し、違法に、暴行若しくは実害を与える脅迫を加えることによって、作為、甘受若しくは不作為を強要し、それによって被害者の財産若しくは第三者の財産に不利益を与えた者は、恐喝の罪とし、重懲役または六月以上の軽懲役に処する。」と規定する。
- (181) Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.191.
- (182) Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.191.
- (183) Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.192.
- (184) Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.192-193.
- (185) Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.194.
- (186) Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.195.
- (187) Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.198.
- (188) Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.195.
- (189) Geerds, aO (1953) 前掲注(110) S.196.
- (190) 林幹人『刑法総論(第二版)』(二〇〇八年)一六〇頁(保護法益の侵害・危殆化がないことを理由に)、山中敬一『刑法総論(第三版)』(二〇一五年)二〇九頁、山口厚『刑法総論(第三版)』(二〇一六年)一六二―一六三頁(同意は構成要件的结果の有無にかかわるので、構成要件の問題として扱うのが理論的であるとする)、佐伯仁志『刑法総論の楽しみ方・考え方』(二〇一三年)一〇二―一〇三頁(被害者の同意は、傷害罪を除き、原則として構成要件阻却という方が正確であるとする)。
- (191) なお、松原芳博は、同意を二分する見解を、刑罰法規の文言を基準とする形式的二元説と、法益の性質を基準とする実質的三元説とに分かつ。同『刑法総論(第三版)』(二〇二二年)一三三頁、一三四頁。
- (192) 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)二四頁。

(193) 佐藤陽子・前掲書・前掲注(192)二一七頁—二一八頁。各同意に関する説明は、佐藤陽子・前掲書・前掲注(192)一三九頁以下を参照。

(194) 内藤謙『刑法講義総論(中)』(一九八六年)五七九頁以下、大塚仁『刑法概説(総論)(第三版増補版)』(二〇〇五年)三九九頁以下、中野次雄『刑法総論概要(第三版補訂版)』一八二—一八三頁、齊藤信治『刑法総論(第六版)』(二〇〇八年)一六一頁以下、佐久間修『刑法総論』(二〇〇九年)一九二頁、伊東研祐『刑法講義総論』(二〇一〇年)二一九頁以下、川端博『刑法総論講義(第三版)』(二〇一三年)三二四頁以下、松宮孝明『刑法総論講義(第五版)』(二〇一七年)一二四—一二五頁、大谷實『刑法講義総論(新版第五版)』二五一頁以下(個人法益に対する罪については同意を構成要件該当性阻却事由としつつ、傷害については重大な傷害の場合において違法性は阻却されないとする)、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論(第三版)』(二〇一九年)二〇〇頁(身体の自由や性的自由、財産などの保護は、被害者の同意がないことを前提としているので、被害者の同意があるときは構成要件該当性が阻却されるのに対し、生命身体に関する同意は違法性の問題であるとする)、日高義博『刑法総論(第二版)』二五五頁、高橋則夫『刑法総論(第五版)』(二〇二二年)三四一頁以下。

(195) 浅田和茂『刑法総論(第三版)』(二〇二四年)二二二頁。

(196) 浅田和茂・前掲書・前掲注(195)一一五—一一六頁。

(197) 浅田和茂・前掲書・前掲注(195)(二〇二四年)二〇五頁。

(198) 浅田和茂「被害者の同意の体系的地位について」産大法学三四卷一号(二〇〇〇年)一三一—一四頁。

(199) 井田良『講義刑法学・総論(第二版)』(二〇一八年)三四八頁。法益の性質により、法益そのものが消滅する罪については、同意があれば構成要件該当性が阻却されるとする。

(200) 最決昭和五五年一月一三日・刑集三四卷六号三九六頁。

(201) 同意を二つに区分することに曖昧さが存在することについて、わが国では、須之内克彦・前掲書・前掲注(2)三〇頁が指摘していた。管見は、このことを、ドイツの学説をふまえて、本節において詳述する。

(202) ちなみに、誤想防衛は、事実の錯誤なのか違法性の錯誤なのか、揺れている見解もある。フリッツ・ハルトウンク

(Fritz Hartung) は、当初は、責任説に賛同しつつも、事実の錯誤説に立っていたが (Fritz Hartung, *Der Rechtsirrtum in der Rechtsprechung des Reichsgericht*, DRZ (1949), S.342.)、その後、違法性阻却事由の事実的前提に関する錯誤と違法性阻却事由の法的要件または射程範囲の錯誤を区別する²⁰³⁾とは、実質的に困難であるとして、つねに違法性の錯誤であるとされる (Fritz Hartung, *Irrtum „über negative Tatbestände“*, NJW (1951), S.212.)。

- (203) Horst Schroeder, *Vorsatz und Schuld*, MDR 1950, S.649.
- (204) Schroeder, aaO (1950) 前掲注(203) S.649.
- (205) Schroeder, aaO, (1950) 前掲注(203) S.650.
- (206) Dietrich Lang-Hinrichsen, *Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Vervollirrtum*, JR (1952), S.187-188.
- (207) Friedrich Schaffstein, *Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre*, MDR 1951, S.197.
- (208) Schaffstein, aaO (1951) 前掲注(207) S.199.
- (209) Hellmuth von Weber, *Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, JZ 1951, S.262.
- (210) 「許可なく」という文言だけでなく、被害者の意思に反するか否かという視座も、偶然によって決せられている例としてあげられている。Weber, aaO (1951) 前掲注(209) S.262.
- (211) Heinz Zipf, *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht* (1970), S.13. 構成要件およびその解釈の偶然性の例の一つとして、旧住居侵入罪を挙げ、次のようにその問題を説明する。建物所有者の同意を得て建物に立ち入る場合、それが別荘であれば構成要件阻却的同意、自宅であれば違法阻却的同意、とされていた。また、所有者の同意を得てその愛人が、所有者の妻が反対するにもかかわらず、その住居に立ち入った場合、住居権は所有者のみに存在していたと愛人が誤認していたときは事実の錯誤であるとする一方、所有者の妻から退去を要求されたにもかかわらず愛人がその場にとどまったときは違法性の錯誤であるとされていた。Zipf, aaO (1970), S.14.
- (212) Zipf, aaO (1970) 前掲注(211) S.30.
- (213) Zipf, aaO (1970) 前掲注(211) S.16.

- (214) Zipf, aaO (1970) 前掲注(211) S.18.
- (215) 本稿第三章第三節第一款を参照。
- (216) 本稿第二章第二節第三款を参照。
- (217) 本稿第三章第二節第一款を参照。
- (218) 本稿第二章第一節を参照。
- (219) Dieter Kientzy, Der Mangel am Tatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers (1970).
- (220) Kientzy, aaO (1970) 前掲注(219), S.59-60. なお、キンツィは、二分説を次のように批判している。
- 第一に、構成要件阻却の同意と違法性阻却の同意と分類する、機能的必要性が示されていない。構成要件阻却の同意を、少なくとも体系的にこれまで承認されてきた違法性阻却の同意との関係で検証することをしないで、構成要件の性質とか保護されている法益の本質とかを根拠に、異なる分類を正当化しようとしている (Kientzy, aaO (1970) 前掲注(219) S.33.)。
- 第二に、「被害者の意思に反する」という要素を用いて同意が二分されているが、この要素は、禁止に反するすべての行為に含まれているはずである (Kientzy, aaO (1970) 前掲注(219) S.44.)。
- 第三に、二分説は、「意思の自由」と法益がすべての構成要件において分離されているかのように理解している。意思の自由は、仮に構成要件に明示されていなくても、法益に内在している (Kientzy, aaO (1970), 前掲注(219) S.50-51.)。
- 第四に、意思能力を欠く者の保護が不十分である (Kientzy, aaO (1970) 前掲注(219) S.57.)。
- 第五に、欺罔や脅迫による同意のときは、他の構成要件でカバーできるという二分説の主張は、生活感のない解決である。欺罔による同意や処分法益に関する洞察能力が低い場合には、洞察能力を検討することを通じて、強要罪に当たる場合も認めらるべきである (Kientzy, aaO (1970) 前掲注(219) S.63.)。
- (221) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.177, Fn.2.
- (222) 動機の錯誤こそ、欺罔に基づく同意を解決する出発点としなければならぬことについては、野村和彦「わが国における法益関係的錯誤説への疑問」日本法学八〇巻四号(二〇一五年)三五頁以下、同「法益関係的錯誤説への批判」慶應法学三七

卷(二〇一七年)一八七頁以下。

- (223) 法益の動的保護こそが、同意論の基礎におかれなければならないのである。このことをすでに示唆していたのが、ヴェルツェルでもあった。Vgl. Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW, 58 (1939), S.515.
- (224) Gunther Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung (1970).
- (225) Claus Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll (1984), S.275-295.
- (226) Peter Noll, Übergesetzliche Rechtsfertigungsründe (1955), Knut Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten (1998).
- (227) Wolfgang Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten (2004).