

犯罪論における「被害者の承諾」の体系的地位

—日本・ドイツ・中国の比較法的研究—

盧 家 儀*

要 旨

本稿は、日本、ドイツ、中国の学説状況に基づき、「被害者の承諾」の体系的地位をめぐる議論の意義を明らかにしたうえで、問題解決の参考に供し得る試論を構築するものである。本稿では、まず、個人的法益の意義については、法益客体の無傷性と法益主体の処分意思の両者をともに含んでいるものと理解している。このような理解に基づき、個人的法益の侵害の判断にあたっては、次のような二段階の判断構造を主張している。すなわち、法益客体の無傷性に注目し、構成要件に該当する方法で損害が生じたか否かを確認する第一段階を経て、仮に法益客体においてこのような損害が肯定されれば、法益主体の現実の有効な承諾の存否を検討する第二段階へと、順次判断されることになる。そして、この法益侵害の判断構造を支えるために、「被害者の承諾」の犯罪成立阻却の効果と限界の根拠づけを確認する。私見として、その根拠は、当該禁止規範を維持する価値と、法益主体の自己決定を尊重する価値との比較衡量である。さらに、以上の理解をもって、「被害者の承諾」は、三段階犯罪論体系において「構成要件不該当事由」として位置づけられ、各則における一部の具体的な構成要件の解釈原理として、行為の実行行為性を否定すると解するべきとしている。それを基礎として、「四要件犯罪構成論」においては、「犯罪の客体」をめぐる理解の相違に応じて、「被害者の承諾」を「犯罪の客体」または「犯罪の客観面」の次元の審査に入れるべきと主張したものである。

目 次

はじめに

I 個人的法益に関する理解

II 「被害者の承諾」の犯罪成立阻却根拠

III 「被害者の承諾」の体系的地位

IV 「被害者の承諾」の具体的効果

おわりに

はじめに

旧ソビエトの犯罪論の影響のもと、中国におい

て伝統的な犯罪成立要件は、(a) 犯罪客体、(b) 犯罪の客観面、(c) 犯罪の主体、(d) 犯罪の主観面という四つから成るとされ、これらの要件により成り立つのが「犯罪構成」である。この「犯罪構成」は、中国刑法により規定された、犯罪成立のために必要なあらゆる主観的要件と客観的要件から成り立つ有機的統一体と解される¹⁾。そこで、一つ大きな問題は、「犯罪成立阻却事由」に関する犯罪論上の地位が定まっていない点であるといわれている。もっとも、正当防衛や緊急避難は、中国刑法に明文で規定されているため、一応正当な地位を占めているといえよう。それに対し、「被害者の承諾」といった「超法規的犯罪成立阻却事由」に関する規定はない。同法においては、日本、ド

* ロ カギ 法学研究科刑事法専攻博士課程後期課程

2022年9月30日 査読審査終了

第1推薦査読者 只木 誠

第2推薦査読者 曲田 統

イツと異なり、総則に掲げられていないだけでなく、同意殺人や同意傷害といった各則における規定も見当たらない。そして、中国刑法3条前段は、「法律が明文で犯罪行為として定める行為は、法律に従って犯罪であると確認し処罰する」²⁾となっていることから、「超法規的犯罪成立阻却事由」を適用する余地が完全に否定されるのではないかとする見解もある³⁾。したがって、実務上、「被害者の承諾」の適用が恣意的となり混乱に陥ることのないよう、その体系的地位を明確化することは必要不可欠と思われる。

確かに、中国においては、「被害者の承諾」について、体系的地位より、むしろその適用要件や、瑕疵のある承諾の有効性といった課題は、従来から活発に議論されている。しかし、特に比較法的研究方法のもと、「実践的な」課題を検討する際、理論的背景としての体系的地位の問題と関連づけない議論は不十分なものになるといえよう。なぜなら、具体的な見解の相違は、時には異なった体系的地位に由来するからである。例えば、承諾の適用要件について、総論的なアプローチにおける考察によるか、それとも各論的なアプローチにおける考察によるかによって、その研究方法は異なっている。さらに、「被害者の承諾」の体系的地位は、承諾に基づく行為の効果（例えば、当該行為に対する第三者の甘受義務）にも影響を与えるのである。

他方で、日本とドイツの議論状況をみれば、中国の伝統的な「犯罪構成論」と異なった三段階犯罪論（構成要件該当性、違法性、有責性）においても、被害者の承諾の体系的地位が争われている。従来、被害者の承諾の地位について、Geerds以来、二元説がとられてきた。Geerdsに由来する二元説によれば、被害者の同意は、構成要件該当性を阻却する合意（Einverständnis）、および違法性を阻却する承諾（Einwilligung）に分かれ、それぞれ異なる要件につながっていることになる⁴⁾。他方で、近時、被害者の承諾をすべて構成要件該当

性の段階で検討すべきとする一元説が有力になっている。結局、「被害者の承諾」の体系的地位の問題は避けて通れないといわざるを得ない。

本稿は、このような問題意識を念頭におきつつ、日本、ドイツ、中国の学説状況に基づき、「被害者の承諾」の体系的地位をめぐる議論の意義を明らかにした上で、問題解決の参考に供し得る試論を構築するものである。そのため、本稿ではまず、「被害者の承諾」は、法益主体から法益客体に対する処分意思の表明であるので、個人的法益に関する理解、特に「個人的法益」と「法益主体の意思」と「法益客体の無傷性」との間の関係を整理し、それによって法益侵害の判断構造を築く。そして、この法益侵害の判断構造を支えるために、「被害者の承諾」の犯罪成立阻却効果と限界の根拠づけを確認する。最後に、以上の理解をもって、三段階犯罪論体系における「被害者の承諾」の体系的地位を明確化したうえで、それを基礎として、「四要件犯罪構成論」における「被害者の承諾」のあり方を究明する。

もっとも、法益主体の自由処分意思を無制限なものとは捉えていないため、あらゆる個人的法益に対する犯罪の成立が被害者の承諾によって阻却され得るとは限らない。したがって、本稿では「被害者の承諾」という概念を用いる際、法秩序に許容された、かつ犯罪の成立を阻却することに作用し得る被害者の処分意思のみを指している。

I 個人的法益に関する理解

処罰の正当化のために、法益侵害・危殆化が要求されるべきとする法益侵害説が、有力となってきた。他方、国民の自律と自己決定権が次第に重要視されるようになったことに伴い、法益概念の抽象化による刑罰の拡張を避けるために、刑法の果たすべき機能として、人権保障機能とともに法益保護機能が挙げられている。その場合、法益概念は、より実質的・限定的内容をもたなければならず、その自由主義的性格が特に広く認められて

いる⁵⁾。例えば、Kindhäuserは、個人的法益が、抽象的に保護されるものではなく、法治国家的な、福祉国家的な憲法に則った民主的な社会における個人の自由発展に役立つためにのみ保護されると論じている⁶⁾。平野も、法益保護原則を、「刑法は、原則として、他人に、その意思に反して重大な侵害を加え、又はその危険のある行為をした場合に限り、用いなければならない」と解している⁷⁾。しかし同時に、学説では、「個人的法益」と「法益主体の意思」と「法益客体の無傷性」との間の関係をめぐって、見解が分かれている。

1. 対置説

ここでいう「対置説」とは、(a) 法益主体の処分の自由が法益に含まれないとする見解、あるいは、(b) 法益主体の処分の自由を法益自体の一部としつつ、「法益主体の処分の自由」と「法益客体の無傷性」とを対置する見解を指す。

対置説(a)の例として、Hirschは、仮に法益が法益主体との関係のゆえに保護された客体と理解されれば、もはや身体等ではなく、これらの価値を維持する意思それ自体が法益となってしまうと指摘し、そして、ドイツ刑法典34条の「生命、身体、自由、名誉、財産またはその他の法益に対する……」という表現に基づき、生命、自由、名誉、財産といった法益客体が「法益」の例として挙げられるため、正しくは「個人の身体、活動の自由、名誉、所有権やその他の法益」がすでに「ただそれ自体として」法秩序の保護を適切に享受するのでであると主張している⁸⁾。

また、「被害者の承諾」に関する具体的な課題を検討する際に、対置説と類似のものに依拠しているようにみえる見解がある。例えば、後述のように、承諾の犯罪成立阻却根拠に利益衡量説を求める論者は、各犯罪類型の予定する保護法益(客体)と、これに対する処分権の行使の利益との比較衡量によって、両者を対置して論じる傾向がみられる⁹⁾。例えば、曾根による利益衡量説は、構成要

件段階で考慮すべきである法益客体(法益の事実的基礎)、並びに、違法性段階で問題となる被害者の一方の個別具体的な実体的法益(例えば身体の不可侵性)と他方の一般抽象的な手続的法益(自己決定の自由)の比較衡量¹⁰⁾という形で、対置説(b)の見解に属するといえよう。

もっとも、対置説の主張者は、必ずしも法益をその主体の意思とは無関係なものとしてはおらず、むしろ法益の自由主義的性格をほぼ認めている。例えば、曾根は、明確に「法益が人間の自由な自己実現という目的達成のために不可欠な客体であり、そのための必要条件と解される」と論じている¹¹⁾。しかし、法益主体の処分意思と法益客体の無傷性とを対置する以上、次のような批判を回避しがたいこととなる。

第一に、法益を維持するために、法益主体もまた相応の責任を負っている¹²⁾以上、法益の維持が主体にとってもはや不利益となる場合にまで、強いて保護することは無意味であろう。法益の価値は、手段として、法益主体が自己の発展のために自由に処分できるところにあるから、法益主体の意思と関連づけずには評価され得ないと思われる¹³⁾。

第二に、対置説によれば、法益客体はもともと個人に帰属するのではなく、いわばその利用のために国家によって割り当てられているにすぎず、したがって、承諾の有効性の否定が容易に根拠づけられることになってしまう¹⁴⁾。結果として、個人を社会の一員にすぎないと解する集団主義に傾くきらいがある¹⁵⁾という指摘がなされる。

2. 処分意思中心説

近時、次第に有力になっているのは、法益(客体)と処分意思を対置せず、処分の自由を、個人的法益の中に入れ、処分意思に関する客体と結合させ、一体化しているものとする見解である。そのうち、多くの論者が特に、法益主体の意思を個人的法益の中核部分とみなしていると考えられる

ことから、本稿ではこの見解を処分意思中心説と称することとする。

処分意思中心説の主要論者たる Roxin によれば、刑法の任務は、国民の基本権を確保したうえで、国民の自由かつ平穏な共同生活を守ることであり、法益保護というとき、その対象としては、「個人の自由な発展」と、「個人の基本権の実現」と、「この目標像に基づく国家的体系の機能化にとって必要なあらゆる所与または目的設定」であると理解されることとなる¹⁶⁾。したがって、自らを危険にさらす行為自体も、他人がそれらの行動に関与することも、刑法の関心対象ではない。というのも、法益主体の意思によって生じるものは、法益損害ではなく、自己実現の一部をなすものであり、国家とは何らの関係もないからである¹⁷⁾。ほかにも、例えば、Schmidhäuser¹⁸⁾、Rudolphi¹⁹⁾、Stratenwerth²⁰⁾といった学者の見解も、同説に属すると思われる。

そして、ドイツの学説状況の影響を受け、処分意思中心説を支持する日本の代表的な論者として、山中は、個人の自由な処分権が承認されている法益について、広い意味での「法益」とは、物理的形態や機能を意味せず、その法益主体の自己決定権をも法益に含めて考えるべきとしている²¹⁾。また、松原によれば、法益主体の承諾に一定の効果を与えることは各人の自己決定の尊重に由来するが、この「自己決定の利益」は、法益と対立する別個の利益ではなく、すでに法益に内在すべきものということになる²²⁾。

処分意思中心説に対する反対意見は大きく二つに分かれる。

第一に、処分意思中心説は可罰性の過度な拡張を招くという批判である。つまり、同説によれば、法益主体の意思に反してその法益客体の存立状態を改善するならば、可罰的な行為態様とみなされると指摘される²³⁾。しかし処分意思中心説の論者は、法益客体を法益概念から排除していない。例えば、Roxin は、すべての刑法解釈が罪刑法定主義のもとで行われなければならないという意味で

限定されているので、したがって行為者が法益主体の処分権限を無視し、かつ構成要件に該当する方法で法益客体に影響を加える場合にのみ、可罰性が問題となり得ることを強調している²⁴⁾。

第二に、処分意思中心説が刑法の法益保護を個人の現実の意思に結び付けることが不当であるとされている。なぜなら、人は、おおよそですら、自分のあらゆる利益をいつでもどこでも意識しているわけではないからである²⁵⁾。他方、自由意思の行使が事実上または法的に不可能である場合、法益保護の根拠づけは難しくなるといわれる²⁶⁾。特に、承諾無能力者の法益保護について、Roxin によれば、監護権者がその者の意思を代行することになるが²⁷⁾、それは説得力がないと指摘されている²⁸⁾。また、意思代理の制度は、適用範囲が厳格に限られており、身体・生命のような一身専属的の法益が問題となる場合や、代理人が確定できない場合に、この制度を転用することは妥当ではなからう。

これに対し、Roxin はかつても積極的に反論したが、2008年の論文において、「個人的自律」の意義の再検討に至った。そこで、Roxin によれば、人格の核心たる自律は、第1次的には身体や財産の無傷性等の権利を含んでいる。このような中心的な権利は、当然ながら、意識不明の人や、意思能力のない幼児等にも保障されている。そして自律から第2次的に導かれる権利こそが、自らの身体や財産等を任意かつ自由に利用する権利である。「要するに、個人的自律を排他的に処分の自由の観点のみで考慮するという狭すぎる視点は、従来、承諾論における行為無能力者の保護をめぐる対立の一つの要因である」²⁹⁾。この論述から推測するに、自律の代行という説はもはや唱えられるべくもない。

3. 折衷説

折衷説は、対置説と処分意思中心説の欠点を反省に立ち、法益客体の静的な存続状態を絶対化せ

ず、処分意思をも絶対化しない見解である³⁰⁾。

まず、個人的法益に関する処分の自由を挙げながら、むしろ法益客体の無傷性を強調している見解がある。すなわち、個別的な法益にかかわる構成要件において刑法が保護しているのは、法益主体の処分の自由であると同時に、構成要件に該当する行為によって侵害された攻撃客体の無傷性でもあるという³¹⁾。したがって、法益客体の無傷性それ自体も、共同体の生活利益 (Lebensinteresse) として、憲法と刑法によって確保されているとするのである。

そのうえで、Rönnau は、法益主体の意思と法益客体の関係をさらに明らかにしている³²⁾。Rönnau によれば、法益主体の意思は、個々の個人的法益の一部というわけではなく、具体的に、生命、身体の完全性、所有権等の個人的法益が保護されるのは、それらが「基礎」として具体的法益主体の個人的な発展に役立つからであることになる。つまり、刑法が個人に承認した、法益に蓄えられたその行為可能性は、当該個人によって任意に利用可能であるし、利用されなくてもよいのであるという³³⁾。

このような見解に対して、吉田は、法益が、法秩序に認められた抽象的価値を具現化しており、個々人の意思とは関係なく保護に値する価値であるので、刑法が保護するのは、身体の完全性、所有物などと関連した自己決定ではなく、「自己決定可能性の前提として且つ関係客体」としての法益客体自体であると論じている³⁴⁾。

そこで、以上のような折衷説は、法益主体の自己発展にとって法益保護の重要な意味を強調しながら、法益客体の損害を出発点とすることにより、処罰範囲の過度拡張を控えると評価される。つまり、強いられて法益客体の存立状態が維持・改善された場合には、法益主体の自己実現のための外的条件が確保されるといえるので、法益侵害性があるわけがないと論じられる³⁵⁾。もっとも、処分意思中心説の立場からも、罪刑法定主義のもとで

すれば、法益侵害を認めるためには、構成要件に該当する客体への損害が前提とされるから、折衷説の特長とはいえないであろう。

4. 小 括

(1) 刑法によって保護されている処分の意思

Roxin が2008年の論文で展開した自律性の理解³⁶⁾に基づけば、法益主体の意思に反する行為とは、法益主体の現実の (明示であれ黙示であれ) 有効な承諾によらずになされる行為である。すなわち、法益主体が現実拒否したり、その場になかったり、承諾能力がなかったり、問題となる客体を認識しなかったりした場合、言い換えれば現実には有効な承諾がない場合、行為者の行為は法益主体の意思に反すると解される。このような理解は実定法的にも根拠づけられる。例えば、日本刑法の場合、強制わいせつ (176条) や強制性交等罪 (177条) の構成要件に該当する行為は、承諾能力のある成人に対する現実拒否されたわいせつな行為や性交行為のみならず、承諾無能力の児童に対してなされたあらゆるわいせつな行為や性交行為をも含んでいる。さらに、準強制わいせつ及び準強制性交等罪 (178条) も処罰の対象とされるのは、心神喪失若しくは抗拒不能の者に対してなされたわいせつな行為や性交行為がその者の意思に反する行為と解されるからである。また、意識不明の者の財物を勝手に取り去る行為が、ほぼ異議なく窃盗罪 (235条) の構成要件に該当するというのも、同様である。要するに、刑法が保護する法益主体の意思とは、現実には有効な承諾が存する場合の「処分する意思」のみならず、現実には有効な承諾がない場合の「処分しない意思」でもあるといえよう。

(2) 個人的法益の理解と法益侵害の判断構造

以上の考察を踏まえ、個人的法益は、「法益客体の無傷性」と「法益主体の処分の意思」の両者をもとに含んでいるものとされるべきであろう。それに基づき、個人的法益の侵害の判断にあたって

は、二段階の判断構造が考えられる。まず、第一段階において、法益客体の無傷性に注目し、構成要件に該当する方法で損害が生じたか否かを確認する。仮に法益客体においてこのような損害が肯定されれば、次に第二段階に入り、法益主体の現実の有効な承諾の存否を検討する。そこで、有効な承諾が否定されてはじめて、法益侵害が認められることになる。そうであれば、当然ながら、「法益客体の無傷性」と「法益主体の処分の意思」とは対置されるものではない。他方で、第二段階で有効な承諾が存在するとしても、そこでは単に「被害者の承諾」という法理の適用による犯罪成立阻却の可能性が生じるにすぎないのであり、「被害者の承諾」による具体的な犯罪成立阻却効果と限界を解明するために、その根拠が問われなければならない。

II 「被害者の承諾」の犯罪成立阻却根拠

1. 法的保護放棄説 (Rechtsschutzverzichtstheorie)

ドイツの学説の支配的な見解によれば、承諾の本質からすると、「被害者の承諾」とは、自己決定権により正当と認められた「法的保護の放棄」であり、禁止規範の後退を結果としてもたらしめるものであり³⁷⁾、法益主体が意識的に第三者に委ねた法益を保護することは刑法上無意味であることから、利益欠如という原則が適用されることになる³⁸⁾。この見解は、判例 (BGHSt. 17 359; OLG Hamburg NJW 1969 336) によっても認められているところである³⁹⁾。

日本の学説でも、類似の見解が主張されており、それぞれ、保護法益欠如説、法益放棄説、利益放棄説、法益の要保護性欠如説などと唱えられているところ、顕著な相違は認められないように思われる。代表的な論者として挙げられる山中によれば、法益とはまさに「法によって保護されるべき利益」であるが、法益主体が当該法益の法的保護を放棄したとき、「利益」は残るかもしれないもの

の、「法的保護」は放棄されているのであり、予定している保護すべき「法益」に侵害が発生し得ないことになる⁴⁰⁾。また、松原⁴¹⁾、高橋⁴²⁾も、基本的に同様の見解を示している。

しかし、法的保護放棄説を純粹に適用すれば、個人的法益に対するあらゆる罪は承諾によって構成要件該当性が否定されてしまうことになるという批判がある⁴³⁾。そして、同説は、なぜ私的放棄が国家の公的な法的保護義務に対して断固たる処置をとり得るのかを説明しておらず⁴⁴⁾、ゆえにまた、どのようなときに犯罪の成立が阻却されるのかについて、決定的な基準を打ち出すことができていない⁴⁵⁾と指摘されている。

2. 自己決定権・自律の原理

近時、人間の自由な自己実現の確保ということ を法の任務に掲げ、被害者の承諾の根拠を憲法の基本権利に基礎をおく「自律の原理」に求める見解も有力になりつつある。吉田によれば、「日本憲法第13条の定める自己決定権が直接刑法における正当化事由として受け入れられる」ことになる⁴⁶⁾。井田も、被害者の承諾に基づく行為が適法とされる根拠を、個人の法益処分の自由またはその自己決定権に求めるべきとしている⁴⁷⁾。小林によれば、被害者の承諾に基づく行為に不法を見出すことが許されない究極的な根拠は、まさに、国家が個人の価値観に容喙し、これを誤っていると決めつけてはならないという自律の発想に求められることになる⁴⁸⁾。

もともと、自己決定権・自律の原理を被害者の承諾の根拠とすることは、誤っていないものの、個人の自由の処分を制限することについて、適用の基準とはならないであろう。すなわち、自己決定権・自律原理に加えて具体的な理由が必要である。例えば、井田は、個人の法益処分の自由またはその自己決定権を犯罪成立阻却の根拠に据えながら、さらに、自由・財産に対する罪において、法益主体の承諾があるとき、最初から法益侵害は

認められないのに対し、傷害罪の場合には承諾があるにもかかわらず法益侵害そのものは存在するが、身体的法益の処分に関する法益主体の自由が尊重される限りで、法益保護のためにその行為を具体的に禁止することの必要性が否定される、というような二分説を展開している⁴⁹⁾。

3. 目的説・社会的相当性説

明確に目的説を主張する論者は木村である。木村によれば、承諾に基づく行為は、個人の処分権を保護するという国家に承認された共同生活の目的を達成するために適当な手段であることになる⁵⁰⁾。この説に対しては、全体主義に至る恐れがあるという批判が強い⁵¹⁾。また、同説は、自己決定権・自律原理と同様に、個人の自由の処分を制限することについて、具体的な適用の基準とはならないのではないかという疑問も禁じ得ない。

これらの批判を受けて、「正当な目的」の指すところを法益保全という客観的に正当な目的という意味に解し、「相当な手段」の指すところを法益侵害手段が法益保全のために相当な手段という意味に解するならば、後述の法益衡量説ないし優越的利益説にさえも接近し得るという「修正説」が現れた⁵²⁾。代表的な論者として、阿部は利益不存在説と目的説の組み合わせを主張している⁵³⁾。そして、川端も、内田による優越的利益説と目的説の結合⁵⁴⁾に賛成し、「目的」を「刑法の目的」、すなわち「法益保護」としつつ、この意味での目的説と優越的利益説とを総合的に考慮するとしている⁵⁵⁾。これに対して、須之内によれば、両者が両立できない場合もあり得るので、やはり最終的には、どちらかを重視せざるを得ないことになるであろう⁵⁶⁾。

社会的相当性説は、目的説の現代的ヴァージョンとして登場した、社会的相当性を違法性阻却の原理とする立場である⁵⁷⁾。同説は、社会的に相当であるかどうかは、侵害された法益との関連における行為（目的・手段）の相当性によって⁵⁸⁾、ま

たは、国家・社会的倫理規範に照らして⁵⁹⁾判断されるべきであるとしている。同説によれば、承諾のある場合であっても、それは、違法性阻却を認めるための他の要件とせいぜい同等なものにすぎず、その意味で、承諾は独立した違法性阻却事由ではないとされることになる。

「社会的相当性説」に対する批判としては、社会的相当性は往々にして道徳ないし支配的な価値観と結びつきが強く、自律に対する侵害となる恐れがあり⁶⁰⁾、人の自律性が看過されているため正当化の余地はかなり狭くなってしまふとの指摘がある⁶¹⁾。これに対しては、主観的違法要素を考慮しつつその行為自体の社会的意義を問題にすることにこそまさに行為無価値論の真骨頂が見て取れるとの反論が挙げられる⁶²⁾。そのうえで、「社会的相当性」概念の基準の不明確性という疑問に対しては、まさに判例の蓄積によって明確化を図るべきというのである⁶³⁾。しかも、結果の重大性、行為の目的、手段・方法・態様、将来への効果といった考慮要素を挙げつつ、「被害者の承諾」の適用基準を明確に示すという点では、一考に値するといえよう。

4. 価値衡量説・優越的利益説

Nollは価値衡量説を展開している⁶⁴⁾。Nollによれば、法の客観的評価（侵害行為の結果無価値、行為無価値と心情無価値）は、被害者の主観的評価（自由の価値）と対置されなければならない、言い換えれば、被害者の承諾の有効性は、侵害行為の深刻さと目的によって決められることになる。

そして、優越的利益説の代表的な論者たる曾根によれば、承諾に基づく行為が法益客体を侵害することによって構成要件に該当し、そして、被害者の一方の個別具体的な実体的法益（例えば身体の不可侵性）を侵害し、他方の一般抽象的な手続的法益（自己決定の自由）を実現することによって、違法性が問題となることになる。同時に、両者の比較衡量が行為の正当化の有無・程度を決定すると解し得る以上、侵害法益が自己決定の自由

の利益に優越する場合、承諾にもかかわらず行為は違法となるというのである⁶⁵⁾。

曾根説は、Noll説と異なり、一定の普遍的な価値をもった利益として自己決定を設定する点に特徴があると思われる⁶⁶⁾。これは、曾根説が結果無価値面を重視しており、問題となっている法益侵害行為の行為無価値面を顧慮しないからであろう。つまり、法益侵害と衡量される自己決定には、侵害行為の行為無価値を克服するような、個別具体的なプラスの価値は必要がないということになるのである⁶⁷⁾。

他方、優越的利益説は、同意殺人あるいは生命にかかわる同意傷害の場合の可罰性を根拠づけようとし、そして違法性阻却事由の根拠を一致させようとする貴重な試みだといえる。しかし、上述のように、個人的法益において法益主体の意思を考慮する以上、「法益を自由に処分できる利益は法益とは別の利益ではないため、利益が対立しているわけではない」⁶⁸⁾という批判が妥当であろう。

5. 規範保護放棄説 (Normschutzverzichts-theorie)⁶⁹⁾

そして、同じく「被害者の承諾」の根拠に衡量の原理を求めるが、衡量の対象となるのは、自己決定の自由と個々の規範の保護目的であるという見解がある⁷⁰⁾。つまり、「被害者の承諾」が存する場合には、法規範を定立する際に一般的に表明されている価値決定と、これと単に例外的に個別の事案において異なっている主観的な評価との衝突が問題となることになる。したがって、構成要件は法益客体の損失によって充足されるとされている。そして、このような損失が法益主体の承諾によって正当化されるか否かは、法益主体の自己決定を尊重する法秩序的な要請と、承諾があるにもかかわらず一般的に当該禁止規範を維持する必要性とを比較衡量して判断されるべきであるとするのである⁷¹⁾。実際に侵害された法益は、それ自身が問題となるのではなく、「そのような法益を（そ

の方法で・その程度に) 侵害すること」を一般的に禁止する規範との関係において重要となり、このようにして実際に問題となる具体的な禁止規範を維持する価値が、自己決定を尊重する価値と衡量されることになる⁷²⁾。

そこで、「承諾」に基づく行為をめぐって、重要なのは、今日の社会倫理的判断がそのような行為態様をなお可罰的と判断するか否かであり、刑事政策的検討が処罰の必要性を確認するかどうかである⁷³⁾。つまり、法政策を決定的なものであるとしながら、個々人による法益の主観的な評価は法秩序によって一定の限界の中で決定的なものとして認められるものとされる。なぜなら、個人の自由の何者にも妨げられることのない利用それ自体が、自由主義的な法治国において、社会的な価値として認められているからである⁷⁴⁾。しかし、これに対しては、承諾の根拠を説明するのに、個人の自由が法政策として一般に認められているというのでは説得力を欠くし、逆にまた、個人の自由の利用を制限するための明確な基準を導くことができないとの批判がなされている⁷⁵⁾。

6. 小 括

以上の考察により、規範保護放棄説は基本的に賛成できると考えられる。ただし、前述の個人的法益の理解と法益侵害の判断構造を前提とすれば、若干の修正が必要であろう。規範保護放棄説によれば、「被害者の承諾」が存する場合には、法規範を定立する際に一般的に表明されている価値決定と、これと例外的に異なっている主観的な評価の衝突を問題にすることになる。しかし、法規範の価値決定は通常、主観的な評価を度外視するとはいえないであろう。刑法が法益主体のために法益を保護するものだとすれば、主観的な評価に反しても法規範が維持され続けることは、むしろ例外的な事例の場合に限られるといわざるを得ない。

したがって、上述のように、個人的法益の侵害を判断する際、第一段階の検討を経て、すなわち、

構成要件に該当する方法で法益客体が損害される場合に、第二段階の検討において法益主体の有効な承諾が確認されれば、この主観的な評価が法規範の価値決定に影響を与えることになる。この場合、「そのような法益客体を（その方法で・その程度に）侵害すること」を禁止する規範を維持する価値が、法益主体の自己決定を尊重する価値と比較衡量されることになるのである。その結果、衡量の結果に応じて、法規範が後退して法益侵害を否定して「被害者の承諾」を適用するか、あるいは、法規範が維持されて法益侵害を認めて「被害者の承諾」を適用しないか、という帰結に至る。ただし、後者の場合、法益侵害を認めるとしても、法益主体の自己決定を尊重する価値がなお残っているため、承諾によらない行為より、不法が減少すると考えられるであろう。

個人の自由の利用を制限するための明確な基準を導くことができないという批判に対しても、反論は可能である。当然ながら、上述の比較衡量とは、具体的な事案における衡量ではなく、むしろ法秩序によって類型的・抽象的に予定されているものである。すなわち、個人的法益のうち、財産、自由、名誉といった法益客体に関する法規範の価値決定はそもそも主体の主観的な評価に従う。それに反して、生命法益に関する法規範は、原則として主観的な評価に反しても維持される。また、未だに定説が現れていない身体法益の利用の制限についても、その基準が重大傷害説にせよ生命危険説にせよ、いずれも類型的に限界を予定しているものである。そして、社会的相当性説によっても、当該行為態様が歴史的に形成された社会倫理秩序もしくは社会生活秩序の枠内にあるか否かの判断として、類型的・抽象的な検討といえるであろう。要するに、被害者の承諾の犯罪成立阻却の効果と限界を根拠づける理由は、具体的な禁止規範を維持する価値と、法益主体の自己決定を尊重する価値との比較衡量にあり、この衡量の結果は、法秩序によって類型的・抽象的に予定されている

のである。

このような犯罪成立阻却の根拠を前提とすれば、基本的に「被害者の承諾」の体系的位置づけについては、これを構成要件不該当事由として位置づけることになろう。ただし、構成要件不該当事由説を具体的に展開する前に、後述の反対説たる違法性阻却事由説と体系外の事由説および両説の論拠が検討されなければならない。

Ⅲ 「被害者の承諾」の体系的地位

1. 正当化事由説

正当化事由一元説（あらゆる承諾を正当化事由とする）、あるいは二元説（一部の承諾を正当化事由とする）は、主に次のように論証を展開している。

(1) 法律条文の表現

まず、刑法の表現について、例えば、承諾があっても、傷ついた人は依然として「傷害」を被ったのであり、壊れた物は「損壊」されたという問題点が指摘されている⁷⁶⁾。

そこで、松宮は傷害罪を例として、次のような説明をしている。すなわち、ドイツ刑法223条の傷害罪では、「他人を身体的に虐待し又はその健康を害した」と定めている以上、髪や毛の切断等が「身体的に虐待」された結果にあたるか否かは法益主体の判断によるに違いないが、日本刑法204条では「傷害」という文言を用いている以上、生理的機能を害する結果が生じれば、被害者にとって処分可能な軽微な傷害も「傷害」に該当し、被害者の承諾は、正当化事由と考えられざるを得ないのである⁷⁷⁾。

また、二元説において、具体的な場合に承諾が正当化事由であるか、それとも構成要件不該当事由であるかは、異なった判断基準が存在する。特に器物損壊罪に関する承諾について、判断基準の相違によって結論が変わる。一方、構成要件を形式的に把握する立場からは、法益主体の意思に反するとの文言が条文に存しないことから、承諾は正

当化事由となり、他方、保護法益の性質を基準とすれば、財産は手段的な価値を有する法益であり、その処分の自由も法益に内在しているため、法益主体の承諾によって法益侵害そのものがなくなることから、構成要件に該当しないこととなる。そこで、例えば、他人の屏風に墨で字を書いたという例に、それが屏風の所有者の望んだことであれば「書」として「損壊」を構成しないが、所有者の意思に反した行為であれば「落書き」として「損壊」を構成するという場合もある限り、構成要件を形式的に把握する立場には賛同し得ないであろう⁷⁸⁾。

それに対し、まず、処罰を限定する方向で条文の文言から離れることは罪刑法定主義に違反するものではない。それどころか、法益にかかわる解釈が限定解釈を要求する場合、それはまさに不可欠なものとなる。したがって、条文上の「傷害」や「損壊」を「被害者の意思に反して傷害・損壊を行う」と解することは可能ないし必要である⁷⁹⁾。また、法益主体の意思に反することを意味するか否かについて、一部の文言に関しては一義的に明らかなわけではないから、法律の表現による区別には、しばしば困難が伴うであろう。例えば、秘密漏示罪（日本刑法134条）の「秘密を漏らした」という文言である⁸⁰⁾。中国刑法243条の誣告陷害罪にも、「他人に刑事責任の追及を受けさせた」という文言から、被害者の意思に反しての意を読み取るか否かは、異論の余地がある。

(2) その他の根拠

曾根は、法益保護が刑法全体の機能であり、構成要件該当性の検討に固有のものではないから、法益のような純粋に価値的・規範的概念の問題は、法益侵害・危険という形で主として違法論により担われるべきものであるとする⁸¹⁾。また、只木によれば、法益保護自体が違法性の問題である以上、臓器移植・性転換手術など利益衡量が必要となる場面が多いことから、傷害に対する承諾は、違法性阻却の問題であることになる⁸²⁾。

しかし、構成要件の及ぶ範囲を画定する際、法益保護の見地からこれを目的論的に解釈すべきことから、構成要件該当性の判断は、法益を考慮せずに「価値中立的に」行うことはできないであろう⁸³⁾。また、違法性の段階ではじめて、法益侵害が確認されるのではない。例えば、緊急避難による器物損壊は、構成要件該当性の段階で財産法益の侵害が確認されるとしても、違法性の段階で優越的な利益があるため、違法性が阻却されるのであり、その法益侵害がなかったとされるわけではない⁸⁴⁾。

さらに、この場合の利益の対立は、具体的・個別的な状況における利益の対立を意味するものではなく、むしろ、自己決定権よりも優先的な保護法益について、法秩序がすでに明確にしている場合が多いから、そのような利益の対立は仮象的なものであるにすぎない⁸⁵⁾。したがって、「問題なのは、どちらを優先させるべきかが不明確な場合だけである。これについても、結局、身体の傷害についてどこまで処分権を認めるかが問題となっているにすぎず、利益が対立しているわけではない」⁸⁶⁾。

2. 体系外の事由説

一部の論者は、「被害者の承諾」を、典型的な正当化事由とは異なるものと率直に認めた結果、体系内の位置づけを断念し、体系外の事由と解している。

(1) 量刑事由説

中国では、明確に被害者の承諾を量刑情状と解する見解が存する。特に、故意殺人罪と故意傷害罪の場合、承諾は、犯罪の成立に影響を及ぼさず、単に量刑の際に情状酌量の余地を提供するものとみなすのである⁸⁷⁾。しかし、少なくとも中国刑法234条の1の臓器売買組織罪によれば、臓器摘出の場合、承諾が確実に故意傷害罪の成立を阻却する以上、量刑事由説は実定法と一致していないという問題が生じる。もっとも、法益概念の自由主義

的性格を認める以上、法益主体の処分意思は当然、法益侵害の存否並びに行為の不法についての判断に影響を及ぼすものである。結局、量刑事由説は、強いパターンリズムをもって国民の自由決定権に過度に介入する国家観に至る恐れがあるであろう。

(2) 準正当化事由説

伊東は、正当化事由原理論として社会的相当性説を採りながらも、被害者の承諾を独立した正当化事由としない。伊東によれば、慣例的に、承諾は、法的に保護される個人の利益に対する侵害を、被害者が自ら許容するものであり、その意味で結果無価値に欠け、他の正当化事由とは著しく性格の異なるものであることになる⁸⁸⁾。また、前田によれば、「構成要件該当性判断が処罰に値する利益侵害の存否」を判定するためのものである以上、本人が放棄した利益が「刑法を使ってまで保護する利益にあたる」のかの判断はまさに当該構成要件の判断だといえることになる⁸⁹⁾。しかし、前田はさらに、「傷が処罰に値するほど重大であるか」という判断と、「重大な傷ではあるが被害者が同意していた」という場合の処理とでは、次元が違うから、実態としては、「被害者の承諾」は、「優越的利益の存否の判断である他の正当化事由」と「構成要件該当性判断」の中間に位置するものといわざるを得ないとしている⁹⁰⁾。

(3) 体系外の正当化事由説 (Extrasystematischer Rechtfertigungsgrund)

Hruschkaによれば、体系外の正当化事由とは、規範に従う義務を解除するものとされ、当該体系において正当化事由として明文化されているか否かにかかわらず、論理的な性格を理由として当該体系の上位規則となるものである⁹¹⁾。「義務」(Pflicht)という概念が、誰かに対して「義務」を履行すべきであるということを示すため、この「誰か」が、義務履行者を義務から解放できるから、承諾は義務の解除とされる。その帰結として、承諾が行為者の義務違反の可能性を欠落させるので、承諾を与える者には何らの不法も生じないという

ことになる⁹²⁾。しかし、刑法上の規範は公法の性格を有するため、規範の名宛人に義務を課するのは国家にほかならず、単なる個人的法益の所有者は他人を刑法規範に従う義務から解放する権限を有するものではないであろう⁹³⁾。

(4) 規範後退説 (Normaufhebungsgrund)

Kindhäuserによれば、法益主体の有効な承諾は規範を後退させることになる⁹⁴⁾。すなわち、刑法の行為規範は、関連法益の発展を保障するために作用し、一般的に利益を調整し、立法者が衝突状況にある法益を抽象的に評価するものというのである。しかも、法益は、その主体が自由に自分の人格を発展するための手段として保護されていることから、一般的な法益評価を明文化する規範は、具体的な法益主体の(明確に表明した)優先(Präferenzen)に反しない場合にのみ、有効とされる。違法性が阻却された行為は、行為それ自体が禁止され、単に例外として許容されたが、規範後退説によれば、承諾に基づく行為は、(そもそも構成要件該当性の評価までに至らないが)依然として構成要件に該当するが、むしろ、最初からその行為に反対する根拠は存在しないことになる⁹⁵⁾。もっとも、本稿が主張した衡量説は、規範後退説に親和性を感じるのであるが、体系の混乱を避けるために被害者の承諾の地位を検討するものであるから、体系それ自体の複雑化に至ってしまう体系外の事由説には賛同し得ない。

3. 構成要件不該当事由説

(1) 刑法の謙抑性

多くの論者は、パターンリズムを根拠として、刑法が法益主体の個人的法益(特に生命法益や身体法益)に関する自己決定に干渉する正当性を論証する。しかし、パターンリズムという思想は専制的な国家像にかかわっているため、政治哲学において広く批判されてきた。そして、刑法の固有の性格に鑑みて、刑法にパターンリズムを持ち込むことに対してなおさら強い抵抗感が感じられる

のである。つまり、刑法は従来、最も厳しい制裁手段としての刑罰をもって国民の行動自由を制限するものであり、国民にとって危険な存在であり、その結果として、自由主義の法治国では、個人の自由な発展にとって必要な生活を保障するためにしか刑罰を發動できず、刑法に謙抑性という制限を加えている⁹⁶⁾。したがって、刑法にパターンリズムを持ち込むことは、このような制限に反し、国民に過度な干渉を及ぼす恐れがある。そのために、刑法は、法益主体の個人的法益に関する自己決定を尊重し、原則として、国民の自治領域には入って行くべきではない。ゆえに、刑法の関心事を限界づけるものとして、犯罪構成要件を想定することによって、刑法は法益主体の自己決定から手を引くべきとされる。

(2) 全法秩序による許容性？

まず確認しておきたいのは、正当化された行為と構成要件に該当しない行為との区別である。前者は、行為それ自体が刑法によって禁止されるものの、単に例外として全法秩序において許容され、したがって阻止され得ないものである。後者は、行為それ自体が刑法によって禁止されておらず、つまり刑罰をもっては処罰されないが、全法秩序によって許容されるとは限らず、国民の自救行為ないし民事制裁や行政制裁などで対応することとなる「違法性」を有し得るものである。

ほぼ異議がないのは、財産犯の処罰に関しては、事実上の支配そのものが保護されるべきということである⁹⁷⁾。つまり、占有権者の同意意思が存すれば、窃盗罪の構成要件該当性を阻却することができる。これを例として考えてみれば、上述の区別が明らかになるであろう。例えば、質権設定者A所有の骨董品Xが質権者Bの占有下にあるうち、Bの友人CはXに興味を惹かれ、領得の意思を生じた。それを知ったBが、Cに対して、領得を許容し、返却不要の旨を伝えた結果、CはXを引き受けた。この場合、占有権者Bの承諾だけで、Cの領得行為はもはや窃盗罪の構成要件に該当しない

こととなる。しかし、中国民法典431条によれば、質権者が質権設定者の同意を得ず、勝手に質物を使用または処分し、それによって質権設定者に不利益が生じる場合には、質権者は損害賠償の責任を負うべきである。したがって、Bの承諾は民法上の禁令に反するので、Aは依然としてXに対して法的な処分権をもっており、適時にCの領得を正当に阻止することができる⁹⁸⁾。

この区別を前提とすれば、構成要件該当性阻却説からすると、承諾に基づく行為者の行為は、犯罪の成立は否定されるにもかかわらず、全法領域にわたって許容されるわけではない。そのため、行為者がさらに民事訴訟や行政制裁に巻き込まれるかもしれないから、この点について、同説は行為者にとっては不利であるといえる。他方では、違法性阻却事由説をとれば、承諾によって許される行為は、構成要件に該当するが、全法秩序によって認められる行為として、行為者にはより有利であろう。しかし、承諾が全法秩序の許容規範としての役割を果たさなくとも、特に問題にならないと考えられる。なぜなら、罪刑法定主義的機能は主に刑法において作用するもので、他の法分野においても刑法のように行為者を保障する必要はないからである。また、有効な承諾に基づく行為を検討する際、構成要件該当性の阻却による犯罪論体系の審査の終了後、裁判官が他の法律に依拠して当該行為の適法性を肯定し、そして法秩序の統一性によって刑法上の適法性を肯定するという可能性もなお残っている⁹⁹⁾。さらに、行為が刑法以外の法律に反する場合、被害者には、他の方法による救済（損害賠償請求権を主張するなど）を求める余地も存している。

また、上述のように、構成要件に該当しない行為は、全法秩序によって許容されるとは限らず、国民の自力救済ないし民事制裁や行政制裁などで対応すべき「違法性」を有し得るものである。つまり、構成要件に該当するが正当化された行為は、全法秩序によって許容されるので、甘受されるし

かないのに対し、構成要件に該当しない行為は場合によって正当防衛などで阻止され得る¹⁰⁰⁾。例えば、使用窃盗は犯罪構成要件に該当しないが正当に阻止され得る一方、(正当防衛などによって)正当化された傷害行為は、甘受されなければならない。また、「違法行為」が行われる際には、被害者本人のみならず、第三者による阻止も可能である。もっとも、被害者が事前に承諾を行為者に与えたが、行為時に阻止した場合、もはや「承諾の撤回」になるであろう。したがって、問題となるのは、第三者による阻止のみである。被害者の承諾を正当化事由と解すれば、一旦承諾の正当化効果を肯定すると、第三者による阻止はおおよそ不可能となる。そうであれば、被害者の保護を図るために、裁判官が承諾の正当化効果を否定する傾向にあるのも想像に難くない。反対に、個々の事案において、承諾の犯罪成立阻却効果を認めるとしても、第三者による阻止が依然として許容されているのであれば、被害者の保護がある程度確保されることになる結果、裁判官にとって承諾の犯罪成立阻却効果は認め易いものとなる。これはまさに構成要件不該当事由説の帰結である。これによって「被害者の承諾」原理の有名無実化が避けられることとなり、被告人の保障にも有益となるであろう。

もっとも、第三者の阻止が許されるといっても、必要な限度を越えることは許されない。したがって、承諾に基づく、財産や自由といった法益への侵害に対して、阻止が行われても強度があまり高くないため、通常、刑法の関心事にはならない。他方では、囑託殺人と同意傷害を阻止するために、阻止行為が必要に応じて傷害結果をもたらす場合においても許され得る。そこで、同意傷害の限界、つまり、法益主体が身体法益を処分する限界については、従来から激しく論争され、定説が未だに現れていないという状況である。実質的にみれば、一つの対立点は、被害者を保護する範囲と程度にある。したがって、傷害に対する承諾を構成要件該当性阻却事由と解する場合、上述のように、犯

罪の成立が阻却されるとしても、他の方法による救済を求める余地があることや、第三者による阻止が許されることから、被害者の保護がある程度確保されれば、これらの学説の間の対立も緩和され得ると期待されている。

4. 小 括

以上、本章では、前述の個人的法益の理解と法益侵害の判断構造、および「被害者の承諾」の犯罪成立阻却根拠に関する考察を踏まえ、違法性阻却事由説、体系外の事由説、および両説の論拠をそれぞれ批判的に分析した。同時に、刑法の謙抑性と法秩序の統一性を出発点として、被害者の保護および被告人の保障にとって構成要件不該当事由説の方が妥当だと考えられることと説いた。次は、構成要件不該当事由説を前提として、「被害者の承諾」の具体的な効果を明らかにする。

Ⅳ 「被害者の承諾」の具体的な効果

1. 「三段階犯罪論」への適用

(1) 構成要件の結果否定説

山口は、法益侵害の発生が法益主体の意思に合致している場合には、物理的には法益侵害をなす事実が発生しているようにみえても、その事実から法益侵害としての性質が失われ、構成要件の結果・法益侵害の発生が認められないとしている¹⁰¹⁾。Zipfも、承諾の本質が、法益主体が自分の個人的法益を放棄することにあるため、行為者の行為が構成要件の法益損害結果を惹起するのは不可能であると論じている¹⁰²⁾。

しかし、構成要件の結果と法益侵害とは区別されるべきであろう。その前提として、行為客体と法益とは区別して理解されなければならない。前者は、構成要件において規定された外部的行為の対象であって、その意味で構成要件要素であるが、後者は、構成要件から引き出される刑法規範との関係ではじめて認識し得る法的保護の対象である。その相違に応じて、構成要件の結果と法益侵害と

の区別も看過できず、つまり、構成要件の結果とは、行為が行為客体に対して及ぼす作用の効果として生じるものであり、あくまで行為客体との関係で認識し得る存在的事実であるのに対して、法益侵害とは、一定の行為が行われ、または一定の結果が発生したときに従来の法益状態に生じた変化であり、法益と同じく刑法的評価を加えてはじめて確認し得る事態なのである¹⁰³⁾。この理解を踏まえて、上述の二段階の判断構造が示すように、第二段階に入って被害者の承諾そのものを検討する前提は、まさに第一段階において、法益客体が構成要件に該当する損害を受けたこと、つまり構成要件の結果が肯定されることである。したがって、被害者の承諾が存する場合に、構成要件の結果が否定されるという見解は妥当ではない。

(2) 客観的帰属否定説

Kindhäuser はかつて客観的帰属の側面から承諾の性格を把握した¹⁰⁴⁾。つまり、一般論として、人には自分の行為とその結果のみによって帰属され得るから、他人の行為に対して答責性が問われるためには、共同正犯の原理を準用する必要があるというのである。したがって、法益主体が他人の手を借りて自分の法益を処分する場合、法益主体自身の行為が構成要件の意味をもたないため、幫助者に帰属するものも存在していない。しかも、客観的には刑法上重要な危険が創出されたわけでもないのに、幫助者も何らの危険にも関与していない。さらに、法益主体が実際自分の手で行うのか、それとも他人の手を借りて行うのかについて、規範的には区別がない場合、行為者の所為は、根本的に、法益主体自身の所為としてみなされ得る。要するに、幫助者の態度は、法益主体の領域に、しかも規範的には法益主体が単独で答責を負う危険範囲に入っている場合には、行為者に帰属せず、構成要件該当性が欠けると論じたのである¹⁰⁵⁾。

しかしその後、Kindhäuser はこの説を翻すに至った¹⁰⁶⁾。その理由として、確かに刑法では、他人の行為に対する答責性が問われることはあり得る

ことではあるが、すでに根拠づけられた答責がその者から離脱して、他の者へ移転するというのではないからである。例えば、共犯の場合にも、個々の共犯者は、他の共犯者の行為に対して、自分の行為であるかのように答責性が問われざるを得ないが、その一方、そのうち誰も自分の答責から解放され得ないのである¹⁰⁷⁾。

(3) 構成要件の行為否定説

もっとも、行為は、構成要件に該当することによって実行行為となるのである、という説明はトートロジーであり、実行行為の実質的な内容を問題としなければならない¹⁰⁸⁾。この実質的な内容は、基本的に、刑法はいかなる行為を禁止するのかということ、すなわち、違法性の本質にかかわる問題であり、法益保護を違法性の中核におく以上、「法益に対する危険行為」こそが実行行為とされなければならないはず、例えば、「殺す」行為とは、たまたま死の結果を生ぜしめた行為のすべてを含むのではなく、典型的に人の死を導くような行為でなければならない¹⁰⁹⁾。言い換えれば、行為は、法益に対して、法に許されない危険を創出してはじめて、実行行為性が肯定され、構成要件に該当する行為となり得る。したがって、「被害者の承諾」の場合、自由主義的法益概念に立てば、行為者が被害者の意思に従って行う行為は、根本的にいえば被害者の自由意思の表現にほかならず、まさに被害者が法益客体を利用して自己発展と自己実現を図る具体的な方法である。このような行為は、最初から法益侵害性を有しないから、法的に許されない危険を創出しておらず、刑法上の意味での構成要件の行為には当たらないとされる¹¹⁰⁾。

(4) 検 討

構成要件の行為否定説に対して、Zipf は、承諾が損害結果を対象とし、行為それ自体の不法に影響しないゆえ、当該行為が同時に他の法益を害した場合には、行為者が被害者自身の法益損害について不可罰であるとしても、他の犯罪に該当する余地がまだ残っているとし、承諾は、「行為許可」

ではなく、むしろ「損害許可」にすぎないと主張している¹¹¹⁾。もっとも、構成要件的行為否定説を前提としても、承諾は、総論における独自の構成要件該当性阻却事由というより、各則における一部の具体的な構成要件の解釈原理と解したほうが適切である。つまり、承諾が実行行為性を阻却するといっても、承諾に基づく行為はあらゆる構成要件に該当しないと限らない。なぜなら、「実行行為性」という概念は、被害者が処分した個人的法益にかかわる意味で用いられているものだからである。行為者の行為について、被害者が処分した法益の範囲で法益侵害ないし実行行為性が否定されて、当該法益を保護する構成要件への該当性が阻却されたとしても、その他の構成要件に該当する可能性は残っている。すなわち、承諾は、関連する具体的な構成要件ごとに検討すべきであり、言い換えれば、「被害者の承諾を得ず」という、個別の構成要件において「書かれざる構成要件要素」が存しているのといえよう。

Rönnauも同様に主張しており、被害者の承諾を「消極的に解される構成要件要素 (negativ gefaßtes Tatbestandsmerkmal)」としている¹¹²⁾。つまり、行為者が「法益主体の意思によらずに」その者の法益に影響を加える場合にのみ、社会的に異様な態度、そしてそれによって不法類型の実現と評価され得るから、原則として、あらゆる個人的法益を保護する構成要件において、消極的に述べられた、被害者に関する（不文の）構成要件要素は、他の構成要件要素と並んで、不正の構成と制限という機能を果たさなければならず、具体化されるべきである。構成要件の根底にある行動規範は、それに応じて設計されるべきであろう（「法益主体の意思によらずに……するな！」）¹¹³⁾。さらに、消極的構成要件要素論と異なり、「消極的に解される構成要件要素」は不法類型の調査と記述のために必要とされるものであると強調しているのである¹¹⁴⁾。

他方で、正当化事由は総則的なものであるため、正当化事由ごとに統一の要件が予定されており、

一つの正当化事由を充足すれば原則として各則におけるあらゆる構成要件について犯罪の成立が否定される。反対に、「被害者の承諾」の場合には、成立要件は統一なものではあり得ず、構成要件ごとに検討されなければならない¹¹⁵⁾。本稿が主張した構成要件該当性阻却事由一元説は、あくまで法益理解と体系的地位のみを統一化する見解であり、体系的思考というより、むしろ問題的思考を提起したものである。

2. 「四要件犯罪構成論」への適用

ここまでは、「構成要件該当性、違法性、有責性」という三段階の犯罪論体系において「被害者の承諾」の地位について検討してきた。では、中国のように「四要件犯罪構成論」を採用した場合、「被害者の承諾」の適切な位置づけは可能であろうか。

学説では、中国刑法13条のただし書に依拠して犯罪の成否を論じる見解がある。すなわち、同条本文によれば、犯罪とは、社会危害性と刑事違法性を有し、かつ刑罰を受けるべき行為を指す。同条のただし書は、「情状が著しく軽微な行為は、犯罪としない」と規定している。これをもって、犯罪の成否を判断する際、各則の規定によりながら、行為の社会危害性の程度を顧慮して、情状が著しく軽微で、危害が大きい場合、13条のただし書を適用して犯罪の成立を否定すべきとの主張である¹¹⁶⁾。しかし、「四要件犯罪構成論」によれば、「犯罪構成」は形式的要件と実質的要件の統一体として犯罪の成否を判断する唯一の基準であることになる。すなわち、この「犯罪構成」に該当する行為は、形式的に特定の犯罪の枠組みに一致し、かつ、実質的に当該犯罪の成立のために必要な程度の社会危害性を有するものである¹¹⁷⁾。したがって、犯罪構成以外のことをもって犯罪の成否を検討するのは不当であり、「犯罪成立阻却事由も同様に、犯罪構成の中で考察されなければならない……すなわち、ある犯罪の犯罪構成に該当するなら、正当防衛や緊急避難等の犯罪成立阻却事由もすで

に否定されるべきである¹¹⁸⁾。

したがって、「被害者の承諾」も「犯罪構成」の中で位置づけられるべきである。また、「四要件犯罪構成論」において、「犯罪の主体」とは、刑事責任年齢に達し、かつ刑事責任能力を有する、危害行為を実行した者を、「犯罪の主観面」とは、犯罪の主体がその実行した危害行為および危害結果に対して有する心理的態度（故意・過失、目的および動機）を、それぞれ意味するものである¹¹⁹⁾。そこで、「被害者の承諾」を「犯罪の主体」や「犯罪の主観面」において位置づけることは想定しにくく、「犯罪の客体」と「犯罪の客観面」においてより詳しく検討する。

(1) 犯罪の客体

「犯罪の客体」とは、刑法によって保護され、犯罪行為によって侵害される社会関係を指す。ここにいる「社会関係」は、人々が生産活動と共同生活において形成した相互関係であり、経済関係、政治関係とイデオロギーから成り立つ。また、犯罪の客体は、犯罪の対象とは異なったものである。例えば故意殺人罪（中国刑法232条）の場合、犯罪の対象は人間であるが、犯罪の客体は生命権となる¹²⁰⁾。

「犯罪構成」が形式的要件と実質的要件の統一体であるということを前提とし、「犯罪の客観面」、「犯罪の主体」と「犯罪の主観面」を形式的な要件としつつ、行為が実質的な要件に該当するか否かが、完全に「犯罪の客体」への侵害の存否に左右されるという見解¹²¹⁾によれば、次のような説明が展開され得る。

中国刑法の各則において、10種類の犯罪の客体のうち、「被害者の承諾」にかかわるのは、第四章の「公民の人身権利、民主権利を侵害する罪」を表題として保護される生命権、健康権、性的自由権、人身自由権等、並びに、第五章の「財産を侵害する罪」を表題として保護される個人の財産所有権等である。これらの「犯罪の客体」は、「権利」という形で表現される以上、原則として権利

者によって自由に意思決定できるものと実質的に解釈され得る。また、犯罪の客体が人々の相互関係を内容とするならば、価値的な判断は許され得るであろう。それゆえ、犯罪の客体において、実質的かつ価値的な評価により、原則的に権利者の意思に反することが必要となる。したがって「被害者の承諾」が存するという場合には、「四要件犯罪構成論」において、承諾によって「犯罪の客体」という要件が欠落することになる。

(2) 犯罪の客観面

これに対して、犯罪の客体は、犯罪の要件ではなく、犯罪の概念や本質にかかわる問題であるから、その他の三つの犯罪の要件とは異なった次元の問題として、犯罪構成から排除されるべきという主張もある¹²²⁾。また、「犯罪の客体」は実際に法益概念によって取り替えられたという指摘もなされている¹²³⁾。結局、犯罪の成立を判断する際、「犯罪の客観面」、「犯罪の主体」と「犯罪の主観面」の実質的な該当性判断を通じて、犯罪の客体に対する侵害の存否を明らかにすべきというのである。この見解が適切であるとすれば、犯罪の客体に対する侵害が欠落している場合には、その他の三つの犯罪の要件のいずれかの欠如によってその事実、つまり、犯罪の客体に対する侵害が欠落しているという事実が示されるべきである。では、「被害者の承諾」は、「犯罪の客観面」という要件の該当性を実質的な判断によって阻却できるのだろうか。

「犯罪の客観面」は、危害行為、危害結果、両者間の因果関係等の客観要素を含む¹²⁴⁾。そのうち、危害行為とは、構成要件的行為ともいい、犯罪の成立に必要な不可欠な要素であり、人の自由意思によって客観的に社会を危害し、かつ刑法によって禁止された身体動静のことをいう¹²⁵⁾。前述のように、「被害者の承諾」法理が適用できる場合、被害者の意思に基づく行為は、被害者が自己発展・自己実現を図る手段であり、かつ法秩序によって許容される方法である以上、すでに客観的に社会を

危害する危険性をもつ身体動静ではないので、危害行為にはならないという結論が導き出され得る。また、(狭義の) 危害結果は、構成要件の結果ともいい、実行行為によって惹起された、各則の条文によれば犯罪(既遂)の成立にとって決定的な意味をもつ要素である¹²⁶⁾。この「危害結果」は、日本刑法学のいわゆる法益侵害のような理解のもとでは、まさに「犯罪の客体」が犯罪要件になってしまうので、この見解が前提としていたことと矛盾している。したがって、危害結果と客体(法益)侵害の区別に基づき、「被害者の承諾」の考慮の前提として、行為の対象(人、財物等)が、客観的に条文に一致した損害を受ける(すなわち、犯罪の対象となる)というような危害結果が求められなければならない。ただし、危害結果が肯定されても、危害行為が阻却される以上、両者間の因果関係は検討する必要がなくなることとなる。結論として、「被害者の承諾」は「四要件犯罪構成論」において、「犯罪の客観面」(より正確にいえば「危害行為」)の該当性の否定を通じて、犯罪の成立を阻却するとされるべきである。

3. 小 括

以上、本章では、構成要件不該当事由説を前提として、「三段階犯罪論」の枠内で、構成要件的结果否定説、客観的帰属否定説、構成要件の行為否定説をそれぞれ考察した結果、「被害者の承諾」は一部の具体的な構成要件の解釈原理として、その構成要件において行為の実行行為性を否定すると解されるべきとした。さらに、「三段階犯罪論」と比較しつつ、「四要件犯罪構成論」において、学説の相違に応じて、「被害者の承諾」によって「犯罪の客体」または「犯罪の客観面」が欠落するという結論に至った。

おわりに

本稿は、日本・ドイツ・中国の刑法理論につき、比較法的研究を主要方法として、犯罪論における

「被害者の承諾」の体系的地位を検討してきたものである。

第I章では、個人的法益に関する理解について、「個人的法益」、「法益主体の意思」と「法益客体の無傷性」との関係をめぐり、対置説、処分意思中心説、折衷説をそれぞれ批判的に考察した。それにより、刑法が保護する処分の意思を、現実の有効な承諾が存する場合の「処分する意思」、および現実の有効な承諾がない場合の「処分しない意思」としつつ、個人的法益の意義を、法益客体の無傷性と法益主体の処分意思の両者をともに含んでいるものと理解した。このような理解に基づき、個人的法益の侵害の判断にあたっては、次のような二段階の判断構造を主張した。すなわち、法益客体の無傷性に注目し、構成要件に該当する方法で損害が生じたか否かを確認する第一段階を経て、仮に法益客体においてこのような損害が肯定されれば、法益主体の現実の有効な承諾の存否を検討する第二段階へと、順次判断されることになる。

ところが、第二段階で有効な承諾が存在するとしても、単に「被害者の承諾」という法理の適用による犯罪成立阻却の可能性が生じるにすぎず、具体的な犯罪成立阻却の効果と限界を解明するために、その根拠が問われなければならない。したがって、第II章においては、「被害者の承諾」の犯罪成立阻却の根拠について、主要な見解を整理し、それぞれ検討した。それにより上述の法益侵害の判断構造において、第二段階で法益主体の有効な承諾が確認されれば、その主観的な評価が法規範の価値決定に影響を与えることになる。すなわち、当該禁止規範を維持する価値が、法益主体の自己決定を尊重する価値と比較衡量されることになるのである。そして、衡量の結果に応じて、法規範が後退して法益侵害が否定されるか、あるいは、法規範が維持されて法益侵害が認められるといういずれかの帰結に至った。

さらに、このような個人的法益の理解、法益侵

害の判断構造と「被害者の承諾」の犯罪成立阻却の根拠を前提として、第Ⅲ章では、「被害者の承諾」の体系的地位について、正当化事由説、体系外の事由説、および両説の論拠をそれぞれ批判的に分析した。同時に、法秩序の統一性と刑法の謙抑性を出発点として、被害者の保護および被告人の保障にとって、構成要件不該当事由説の方が妥当だと考えられる。

このような構成要件不該当事由説に基づいて、第Ⅳ章では、「被害者の承諾」の具体的な効果をめぐって、まず、「三段階犯罪論」の枠内で、構成要件の結果否定説、客観的帰属否定説、構成要件的行为否定説をそれぞれ考察した結果、「被害者の承諾」は、各則における一部の具体的な構成要件の解釈原理として、行為の実行行為性、すなわち構成要件的行为を否定すると解されるべきであるとした。さらに、「三段階犯罪論」と比較しつつ、「四要件犯罪構成論」において、「被害者の承諾」の具体的な効果を検討した。その結果、「犯罪の客体」をめぐる理解の相違に応じて、「被害者の承諾」が存することによって「犯罪の客体」または「犯罪の客観面」（より正確に言えば「危害行為」）が欠けることになるという結論に至った。

以上の考察により、本稿においては、刑法における「被害者の承諾」の体系的地位という課題の限りでは、一定の暫定的な結論が導かれたと考える。しかし、「被害者の承諾」という法理にとっては、あくまで序論的考察でしかないと言わざるを得ない。妥当な適用のために、個人の自由処分の限界、承諾の有効性の要件、瑕疵のある承諾の取り扱いといった問題も解決されなければならない。また、構成要件該当事由阻却事由一元説のもつ射程については、さらに顧慮しなければならない。すなわち、被害者という観念を各構成要件に全面的に取り入れること、国民の自己決定権が刑法領域内で拡張すること、刑事司法実務への影響などについては、未だに十分に考察されていないのである¹²⁷⁾。これらの問題を、今後の課題として、さら

に研究していきたい。

注

- 1) 賈宇主編『刑法学（上册・総論）』（高等教育出版社、2019年）92頁以下。
- 2) 何秉松主編『刑法教科書』（中国法制出版社、2000年）63頁以下は、この規定を「積極的罪刑法定主義」としている。
- 3) 張旭＝蘇忻「被害人承諾在中国刑法中的地位分析」東北師大学報・哲学社会科学版第3期（2015年）23頁。
- 4) Friedrich Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1954, S. 262 ff.
- 5) 内藤謙『刑法理論の史的展開』（有斐閣、2007年）153頁以下。
- 6) Kindhäuser/Zimmermann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., 2019, §12 Rn. 1.
- 7) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1996年）44頁。
- 8) Hans Joachim Hirsch, *Vorbemerkungen zu §32 in: Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 11. Aufl., 2003, Rn. 98; ders., *Einwilligung und Selbstbestimmung*, in: *Festschrift für Welzel*, 1974, S. 785.
- 9) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）205頁以下。
- 10) 曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）261頁以下。
- 11) 曾根・前掲10）260頁。
- 12) 井田良『講義刑法学・総論（第2版）』（有斐閣、2018年）347頁。
- 13) 吉田敏雄『被害者の承諾』（成文堂、2018年）30頁。
- 14) Thomas Rönnau, *Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung*, *Juristische Ausbildung Heft* 9/2002 S. 597.
- 15) Rönnau, a. a. O. (Fn. 14), S. 597.
- 16) Roxin/Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Aufl., 2020, §2 Rn. 7.
- 17) Roxin/Greco, a. a. O. (Fn. 16), §13 Rn. 12.
- 18) Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, *Studienbuch*, 2. Aufl., 1984, 5. Kap. Rn. 107.
- 19) Hans-Joachim Rudolphi, *Bespr. v. Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung* (1970), *ZStW*

- 86 (1974), 87.
- 20) Günter Stratenwerth, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), 43.
- 21) 山中敬一『刑法総論（第3版）』（成文堂、2015年）209頁。
- 22) 松原芳博『刑法総論（第2版）』（日本評論社、2017年）122頁以下。
- 23) Hirsch, a. a. O. (Fn. 8), 2003, Vor §32 Rn. 105.
- 24) Claus Roxin, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, in: Festschrift für Knut Amelung, 2008, S. 269 ff.
- 25) R. Kessler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884, S. 51.
- 26) 吉田・前掲13) 31頁。
- 27) Roxin/Greco, a. a. O. (Fn. 16), §13 Rn. 16.
- 28) Amelung/Lorenz, Menschen und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung, in: Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 531 ff.
- 29) Roxin, a. a. O. (Fn. 24), S. 269 ff.
- 30) 吉田・前掲13) 32頁。
- 31) Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. 1996, §34 I 3.
- 32) Rönnau, a. a. O. (Fn. 14), S. 595 ff.
- 33) Rönnau, a. a. O. (Fn. 14), S. 595 ff.
- 34) 吉田・前掲13) 37頁。
- 35) 王綱「被害人承諾的体系定位」比較法研究第4期（2019年）38頁。
- 36) Roxin, a. a. O. (Fn. 24), S. 269 ff.
- 37) Sternberg-Lieben, Vorbemerkungen zu §§32 ff in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019, Rn. 33.
- 38) Sternberg-Lieben, a. a. O. (Fn. 37), Vor §§32 ff Rn. 33.
- 39) Sternberg-Lieben, a. a. O. (Fn. 37), Vor §§32 ff Rn.33; Hirsch, a. a. O. (Fn. 8), 2003, Vor §32 Rn. 104.
- 40) 山中・前掲21) 209頁。
- 41) 松原・前掲22) 122頁以下。
- 42) 高橋則夫『刑法総論（第3版）』（成文堂、2016年）322頁。
- 43) 佐藤陽子『被害者の承諾』（成文堂、2011年）19頁。
- 44) Jescheck/Weigend, a. a. O. (Fn. 31), §34 II 2; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 14. Abschnitt Rn. 2; Hirsch, a. a. O. (Fn. 8), 2003, Vor §32 Rn. 105.
- 45) Thomas Rönnau, Vorbemerkungen zu §32 in: Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12. Aufl., 2006, Rn. 153; Hirsch, a. a. O. (Fn. 8), 2003, Vor §32 Rn. 105.
- 46) 吉田・前掲13) 38頁。
- 47) 井田・前掲12) 347頁。
- 48) 小林憲太郎「刑法判例と実務（第8回）被害者の同意」判例時報2277号（2016年）3頁以下。
- 49) 井田・前掲12) 347頁以下。
- 50) 木村亀二『刑法総論（増補版）』（有斐閣、1978年）286頁以下。
- 51) 北川敦子「法益主体の自己決定と正当化原理」高橋則夫ほか編『曾根成彦先生、田口守一先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2014年）265頁以下。
- 52) 伊東研祐『刑法講義・総論』（日本評論社、2010年）172頁。
- 53) 阿部純二「被害者の承諾」福田平、大塚仁編『演習刑法総論』（青林書院新社、1983年）119頁。
- 54) 内田文昭『刑法 I 総論（改訂版）』（青林書院、1986年）192頁。
- 55) 川端博『刑法総論講義（第3版）』（成文堂、2013年）327頁。
- 56) 須之内克彦「刑法における『社会的相当性』と『公序良俗』に関する一考察」明治大学法科大学院論集 8巻（2010年）5頁。
- 57) 伊東・前掲52) 172頁。
- 58) 団藤重光編『注釈刑法第1巻総則（1）』（有斐閣、1964年）13頁〔福田平〕。
- 59) 大塚仁『刑法概説：総論（第3版増補版）』（有斐閣、2005年）400頁注3。
- 60) 小林・前掲48) 3頁以下。
- 61) 吉田・前掲13) 35頁。
- 62) 只木誠『刑事法学における現代的課題』（中央大学出版部、2009年）9頁。
- 63) 只木・前掲62) 19頁以下。
- 64) Peter Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern der Einwilligung des Verletzten, 1955, S. 60 ff.
- 65) 曾根・前掲10) 261頁以下。
- 66) 佐藤・前掲43) 22頁。
- 67) 佐藤・前掲43) 22頁。
- 68) 佐伯・前掲9) 205頁。

- 69) Hirschはこの説を、規範のみに関する物質的な法的保護放棄説によって基礎づけ、「規範保護放棄説」と称するべきとしている。Vgl. Hirsch, a. a. O. (Fn. 8), 2003, Vor §32 Rn. 105.
- 70) Hirsch, a. a. O. (Fn. 8), 2003, Vor §32 Rn. 105.
- 71) 佐藤・前掲43) 17頁。
- 72) 佐藤・前掲43) 17頁。
- 73) Hirsch, a. a. O. (Fn. 8), 1974, S. 786.
- 74) Jescheck/Weigend, a. a. O. (Fn. 31), §34 II 3.
- 75) Rönnau, a. a. O. (Fn. 45), Vor §32 Rn. 153.
- 76) 吉田・前掲13) 37頁。
- 77) 松宮孝明「書評・佐藤陽子『被害者の承諾における三元説の意義について』」法律時報84巻13号(2012年) 364頁。
- 78) 松原・前掲22) 124頁。
- 79) 松原・前掲22) 124頁。Roxin, a. a. O. (Fn. 24), S. 269 ff.
- 80) 松原・前掲22) 124頁。
- 81) 曾根・前掲10) 257頁。
- 82) 只木・前掲62) 2頁。
- 83) 井田・前掲12) 98頁。
- 84) 山中・前掲21) 210頁。
- 85) 山中・前掲21) 208頁。
- 86) 山中・前掲21) 208頁。
- 87) 例えば、付伝軍「被害人承諾的体系定位之再思考」江西警察学院学報2017年第7期81頁以下、蔡士林＝王惠敏「被害人承諾的刑法地位分析」河南警察学院学報2017年第4期87頁以下、趙星「被害人承諾的体系定位及其展开」政法論壇2014年第7期137頁以下など。
- 88) 伊東・前掲52) 218頁。
- 89) 前田雅英『刑法総論講義(第5版)』(東京大学出版会、2011年) 105頁以下。
- 90) 前田・前掲89) 105頁以下。
- 91) Vgl. Urs Kindhäuser, Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht, Goldammer's Archiv für Strafrecht 2010, S. 490 ff.
- 92) Vgl. Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 91), S. 490 ff.
- 93) Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 91), S. 490 ff.
- 94) Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 91), S. 490 ff.
- 95) Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 91), S. 490 ff.
- 96) 王鋼「自殺行為違法性の否定」清華法学2013年第3期143頁以下。
- 97) 前田雅英『刑法各論講義(第6版)』(東京大学出版会、2015年) 151頁。
- 98) 蔡桂生『構成要件論』(中国人民大学出版社、2015年) 335頁以下。
- 99) 蔡・前掲98) 337頁以下。
- 100) Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Aufl., 2018, §5 Rn. 191.
- 101) 山口厚「法益侵害と法益主体の意思」山口厚編著『クローズアップ刑法各論』(成文堂、2007年) 2頁以下。
- 102) Heinz Zipf, Einwilligung und Risiköbernahme im Strafrecht, 1970, S. 28 ff. 1. Kap. §2.
- 103) 高橋・前掲42) 111頁以下。
- 104) Urs Kindhäuser, Zur Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung, in: Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi, 2004, S. 135 ff.
- 105) Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 104), S. 135 ff.
- 106) Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 91), S. 490 ff.
- 107) Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 91), S. 490 ff.
- 108) 高橋・前掲42) 103頁以下。
- 109) 前田・前掲89) 110頁以下。
- 110) Schlehofer, Vorbemerkungen zu §32, in: Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2017, Rn. 146.
- 111) Zipf, a. a. O. (Fn. 102), S. 20 ff. 1. Kap. §1 III.
- 112) Thomas Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 131.
- 113) Rönnau, a. a. O. (Fn. 112), S. 129 ff.
- 114) Rönnau, a. a. O. (Fn. 112), S. 129 ff.
- 115) 車浩「論被害人同意的体系性地位」中国法学2008年第4期117頁。
- 116) 高銘暄、馬克昌主編『刑法学(上編)』(中国法制出版社、1999年) 74頁。
- 117) 黎宏「我国犯罪構成体系不必重構」法学研究2006年第1期33頁以下。
- 118) 黎・前掲117) 38頁。
- 119) 張明楷(金光旭訳)「中国における犯罪論体系をめぐる論争」法律時報84巻1号(2012年) 44頁。
- 120) 賈・前掲1) 99頁。
- 121) 黎・前掲117) 38頁。
- 122) 例えば、張明楷『刑法学(第五版)上册』(法律出版社、2016年) 101頁、周光權『刑法総論(第三版)』(中国人民大学出版社、2016年) 81頁など。
- 123) 勞東燕『刑法中的学派之争与問題研究』(法律出版社、2015年) 16頁。

124) 賈・前掲1) 107頁。

125) 賈・前掲1) 109頁以下。

126) 賈・前掲1) 121頁。

127) 車・前掲115) 109頁以下。

