

可罰的違法性論と被害者の承諾

三 枝 有

目次

一 序論

二 構成要件阻却の同意（合意）と違法性阻却の同意

(一) 「被害者の承諾」の本質

(二) 「被害者の承諾」の位置

(三) 構成要件該当性阻却の同意

(1) 概説

(2) ベーリング流構成要件論

(3) メツガー流新構成要件論

(4) 小括

(四) 違法性阻却の同意

(1) 概説

- (2) 行為無価値論を中心とする学説
- (3) 結果無価値論を中心とする学説
- (4) 小括

三 結 論

——可罰的違法性論と「被害者の承諾」との接点——

一 序 論

社会生活関係の進展にともない今日では個人主義が著しく発展育成してきた。^[1]そして個人主義の発展育成は、社会生活関係の複雑化・多岐化によって、人々の価値観の一層の多様化をもたらす結果となったのである。このような現実の社会状況に対応する刑法の規制の機能について社会倫理的機能を中心に把握する考え方は、人間の重要な生活利益の保護は副次的なものとなり、特定人の社会倫理（倫理観）を維持するために、他の人々に刑罰をもってその倫理観を強制することが、刑法の重要な役目となりかねない^[3]のである。このことは特に、本稿のテーマとなっている「被害者の承諾」の具現化した事例、性交為中の同意に基づく加虐行為等サディズムによる場合、やくざの依頼による指つめの場合などにおいては、国家ならびに社会的倫理観より有罪傾向を強くもつ結果となつてあらわれるのである。しかしながら、刑法の目的を、「少なくともその主たる目的は、国家自身の保護や倫理秩序の維持にあるのではなく、個人の生命、身体、自由、財産の保護にある。」^[4]とするならば、法益の任意の放棄たる「被害者の承諾」について、前述とは反対に無罪の傾向を強くもつことになるのである。

以上のような考え方の対立は、違法論においては、「結果無価値（Erfolgsunwert）」と「行為無価値（Handlungs-

「unwert」の対立となつてあらわれるのであるが、この両者の立場の相違点が著しく顕在化した形になるのが、この「被害者の承諾」の問題であるといえよう。本稿では、違法の実質を法益侵害およびその危険性に求め、行為の方法、態様をも法益侵害の危険性に置き換へうる限度で考慮に入れていく「結果無価値論」⁵⁾をとり、法益保護機能こそが刑法の中心的機能であるとの前提のもとに「被害者の承諾」を再構成してゆくものである。その際にゲールズの構成要件阻却の同意 (Einverständnis) と違法性阻却の同意 (Einwilligung) との区別の見直しを行ない、さらには可罰的違法性、ひいては実質的違法性論と「被害者の承諾」との関連性を考察していくものである。ここでは、違法論における特殊的事例、超法規的違法阻却事由として取り扱われてきた「被害者の承諾」が、むしろ違法論における結果無価値の典型事例であり可罰的違法性論と相い通ずるものである旨論証するとともに、今後の「被害者の承諾」論におけるあるべき姿を模索していくつもりである。以下では、「被害者の承諾」について一般的に行なわれているゲールズの分類(構成要件阻却の同意(合意)と違法性阻却の同意)に従い議論を進めてゆくことにするが、そもそもこの分類自体が同意の形式や効果などに影響を与えると考えることにつき疑問があるとする見解がある⁶⁾。しかしながら、構成要件ならびに違法の段階的構造の正確な理解は、「被害者の承諾」を構成要件阻却の同意であるか違法性阻却の同意とするかによつて、同意の成立の有効性ならびに効果につき差異を生じさせるものである⁷⁾。すなわち、「被害者の承諾」により構成要件が阻却されるか、違法性が阻却されるかという刑法の段階論の問題自体は、さほどの意義をもたないともいえようが、当該同意が、構成要件あるいは違法性の各段階で取り扱われることにより、同意を如何なる形式(單純に利益欠缺とするか法益衡量の上での要保護性の欠如とするか)で取り扱い、如何なる効果を生じさせるかについては重大な差異を生じるのである。その意味において、犯罪成立を阻却する「被害者の承諾」を各犯罪類型がいかなる様式で取り扱うことを予定しているかを把握する必要がある。それ故に、構成要件阻却の同意として、

あるいは違法性阻却の同意として「被害者の承諾」を一般的に構成要件もしくは違法性の各段階において把握する場合分けを必要とするのである。

[注]

- (1) もっともこのような個人主義の発展の前提には、戦後の現行憲法への移行による国家主義的価値観から個人主義的価値観への価値観の転換が大いに寄与していることは明白なことである。(参照 平野龍一『刑法の基礎』(昭和四一年)九五頁以下)
- (2) 同藤重光『刑法綱要総論・改訂版』(昭和五四年)二二三頁。福田平『全訂・刑法総論』(昭和五九年)二一四頁。Weizel, Das deutsche Strafrecht, II Aufl, 1969, S. 1ff.
- (3) 同旨、内藤謙『刑法講義総論(上)』(昭和五八年)四七―八頁。抽象的・客観的な「一つの倫理」が存在するとしても、それは個々人の価値判断が相当数(おそらくは絶対的数値としての全国民ではありえない)事実上一致している時をもって客観的倫理が存在すると擬制しているにすぎないのである。また、たとえ客観的倫理が存在するとしたとしても、これを刑法によって強行することが許されるべきかどうかは、平野博士の言われる如く、まさしく別問題なのである(平野、前掲書二〇頁以下参照)。
- (4) 平野・前掲書一・五頁。内藤・前掲書四五頁以下。
- (5) 内藤謙「違法性における行為無価値論と結果無価値論——結果無価値論の立場から」中義勝編『論争刑法』(昭和五二年)三四頁以下。
- (6) 須之内克彦「刑法における被害者の同意(一)」法学論叢九三卷一号七六頁。
- (7) 町野朔「被害者の承諾」『判例刑法研究(2)』(昭和五六年)一八〇頁では、同意の有効性の基準が厳格になるか否かは、法益の種類や重大性によるものであると、正当にも主張されるが、被害者の承諾が構成要件に位置付けられるか、違法性に位置付けられるかが、同意の有効性の基準に影響を与えるものではないとする点で妥当性を欠くものである。何故ならば、構成要件か違法性かの相違こそが、「被害者の承諾」において同意の実質を、端的なる法益(利益)の欠如とするか、法益(利益)衡量の上での要保護性(可罰的違法性)の欠如と構成するかの差異を生じさせるものであるから。

二 構成要件阻却的同意（合意）と違法性阻却的同意

(一) 「被害者の承諾」の本質

刑法上明文規定のない「被害者の承諾」が犯罪成立を妨げるものとして機能することは従来よりの自明の理ではあるが、「被害者の承諾」が、構成要件あるいは違法の段階にて、阻却的に機能する根拠についての考察は、「被害者の承諾」を犯罪論上いかなる形で体系づけ、その機能に限界を課してゆくかにおいて、重要な意味をもつのである。

既に述べた如く、刑法の目的の主たるものが、生活利益（法益）の保護にあると考えるならば、「被害者の承諾」も法益概念の把握と当然に密接に係わるのである。そして、刑法体系上から見るかぎり、違法段階ではまさしく違法性そのものが問題となり、これに対し、構成要件は客観的・記述的な違法類型として存在し、その形態においてのみ違法性を問題とするのである。それ故に、「被害者の承諾」の機能および実質も、構成要件と違法段階とで分離させて考えることが妥当と思われる。このことは、宮野教授¹⁾が、*Einverständnis*につき利益の放棄とし、*Einwilligung*を法律上の保護の放棄と解されていること、また内田(文)教授²⁾が、構成要件不該当性の根拠となる「被害者の承諾」を「利益欠缺」の原理とし、違法阻却事由の前提としての承諾を「優越的利益」の原理が機能する場合と考えられていること、さらには「個人の自由」(*individuell Freiheit*)を前提に「被害者の承諾」を把握するノル³⁾においても、構成要件不該当の同意については、利益欠缺の原理が妥当し、利益侵害不存在となり、違法性阻却としての同意（そしてこの「同意」こそがノルの最大の関心事であるのだが）では、自己決定の自由との価値衡量の原理が機能することからも明白である。つまり、「被害者の承諾」が構成要件において問題となる場合は、形式的違法類型としての性質より、単純に「利益欠缺」として取り扱うことが可能であり、また妥当でもある。そこでは、ケースラー⁵⁾にはじまり、メ

ツガー⁽⁵⁾にてほぼ完成に至る所謂「利益放棄説」(Interessenspreisgabetheorie)が妥当するのである。メツガーは、刑法の目的を生活利益の保護にあるとし、「被害者の承諾」は法益処分権者による意識的な利益放棄であるとする。そこでは、「利益不存在の原則」(Prinzip des mangelden Interesses)すなわち刑法の保護対象たる利益の欠如が妥当するのである。メツガーにおいては、行為客体と保護客体を明白に区別し、「被害者の承諾」の効力は、行為客体の担い手が、また保護客体の担い手でもある場合にはじめて認められるものであり、そうでない場合(行為客体≠保護客体)は、たとえ同意が存在しても、行為は違法性を帯びているのである⁽⁹⁾。それ故に、利益放棄説によれば、個人法益に対する侵害は、同意がある場合、広く行為の違法性を阻却するのである。この場合には、同意により刑法の保護の対象たる利益が欠如するのであるから、「被害者の承諾」により、構成要件が予定した違法類型そのものへの該当性を欠如するとの結論が導き出せよう。もつとも、このような客観的・記述的違法類型への該当性を欠くと解しうる場合は、単純に一人の法益のみが成立している時であり、一個の事物につき、複数の法益主体があり、特に国家や社会の法益が伴っているような場合には、「その全法益主体が、侵害に同意しないかぎり、侵害行為の違法性が、完全に阻却されることはないのである。もつとも、国家の利益が併存する場合にも、直接の利害関係者たる個人が同意すれば、それを条件として、国家も、自己の法益の侵害に同意するものと考えるべき場合がある」⁽¹⁰⁾。ところで、国家・社会の利益がどこまでかわつてくることを認めるかは、大きな問題ではあるが、このことに關しては、刑法の目的が生活利益の保護にあり、刑法的保護の実現者である国家の利益はあくまでも派生的利益として本来的には、とらえるべきものであるうし、さらには、憲法における価値序列、刑法典上における法益区分等から国家・社会の利益のかかわりの有無およびその程度が判明しよう。さらにまた、構成要件において「被害者の承諾」上問題となるのは、単一利益の欠缺であり、少なくとも複数の利益が関係していると思われる場合には、同意の有効性の問題は違法段階に移行

し、より実質的な判断を必要とするものである。すなわち、複数の法益がかかわっている場合には、少なくとも構成要件が予定した最低程度の違法性は存在するもの（構成要件該当性あり）と考え、さらに違法段階において、複数の利益の関係の程度、優劣を決定し、同意により法的保護の必要性が滅失したかどうかを判断するのである。以上の如く、「被害者の承諾」は第一次的には、メツガーのいう「利益放棄説」によって理解され、その事実的側面を重視してまさしく構成要件該当性阻却として扱われるべきであろう。もっともこのようなメツガーの所説に対しては、「被害者個人の意思によつては、客観的意味に理解された利益を放棄することがおよそ不可能である」として刑法の保護対象は主観的利益ではなくして客観的利益であるが故に、「利益放棄説」を不当とする見解がある。しかしながら、このような見解に立たれる学者の多くが採用されるノルの見解については、なるほど法的保護の目的を法政策的に「自己決定の自由」(Freiheit der Selbstbestimmung)に置き、これと法的保護の客体(法益)とを分離させて考え、同意が存在しても法的保護の客体たる法益への侵害は存在するとし、この保護客体を処分する権限(自由)との比較衡量により「被害者の承諾」の成否を確定させるものであるが、このような優越的利益の原則を導く比較衡量そのもの「同一人格内部での衡量であるということのほか、処分の自由は、法益性を消去しうるので、それ以上に優越的利益を生み出すことはできない」⁽¹⁵⁾のであり、またアルツトの主張するように、「自己決定の自由」にもとづく処分権限は、保護客体としての法益と結びついてはじめてその存在意義をもつのであり、その存在自体が保護客体を離れては認めがたいものである。さらに決定的なことは、町野教授が指摘されるように「このように法益と法益の処分権とを分離しうる見解の基礎には、法益は、その主体の利益のためにのみ存在するのではないという認識がなければならぬ。このような超個人主義的な法益の理解にはすでに問題があるが、より重大なのは、この説が被害者の自己決定の価値の高低を正面から違法判断の対象としている」⁽¹⁷⁾(傍点―著者)ことにある。それ故に、「個人の自由」を中核とし

たノルの見解は採用できないものである。

しかしながら、「被害者の承諾」すべてを「利益放棄説」で割り切るわけにはいかないのが現実である。すなわち、個人主義が高度に発達し、自己の生命を積極的に放棄する自由を許容するまでには現代社会は至っていないのである。それ故に、個々の事物につき、法益が複数存在するのか、あるいは単一のものなのかを検討しなければならない場合が当然に出てくるのである。そして、複数の法益が存在する場合には、利益欠缺は認められず、法益（利益）侵害は存在するものであり、構成要件該当性が生ずるものである。そして、この場合には、さらに法的保護客体への侵害が存在するとしても、この侵害への同意が、「法的保護の放棄」として違法性を減弱（侵害が存在する以上、結果無価値的に最低限の違法性は存在する）し、可罰的違法性を欠くに至ることができかねるかを吟味しなければならないのである。

以上の如く、ノルの見解そのものは採用できないものではあるが、同意により端的に利益放棄を認められない場合には、すべて同意そのものを「被害者の承諾」として扱わず、犯罪成立を阻却させないものとするのではなく、利益自体は放棄できないとしても、法的保護は放棄できるものであるとして、法益概念から法的保護を分離することにより、同意により「法的保護の放棄」(Verzicht auf den Rechtsschutz)¹⁸が認められた場合には、たとえ利益（法益）が残存するとしても、国家や社会はこれに何ら干渉するものではないのである。¹⁹もつともこの法的保護放棄説に対しては、何故に私人の法益に対する侵害への同意によって、国家の公的な法による保護の義務を消失させうるのかという批判²⁰が存在する。しかしながら、この批判に対しては、二つの立場から反論が可能である。すなわち、第一の立場は、同意により反良俗性が欠如したといえる場合は、社会倫理秩序は、当該行為を許容しているのであり、それ故に違法性自体がなくなり、法的保護の必要性もなくなるのであるとする。²¹この立場は、のちに「違法性阻却の同意」に関する

所にて詳述するように、反良俗性の曖昧性の故に妥当なものとはいえない。第二の立場は、法益が複数存在する場合に、同意が複数の法益のうちの主たる法益に対してむけられたものであるかどうかを問題とする。すなわち、この立場ではまず複数の法益間における比較衡量が行なわれ、優越的利益に対して同意がなされている場合には、法的保護の必要を極めて重大な法益そのものが欠如しており、残存している劣位の法益への侵害が問題となってくる。すなわち、違法性そのものは存在するといえるが、その違法性をもってして可罰的な程度のものであるといえるほどの結果無価値性を有しているといえるかの問題なのである。ここでは、端的に優越的利益説をとり、同意により得られる利益（この観点を押し進めればノルやシユミットホイザーの「個人の自由」、「人間の尊厳」を重要視する見解にも至りうる）²³もつとも利益の放棄自体に得られる利益を考へることそのものが矛盾であり、ましてや優越的な利益を考へるものか疑問ではある——の比較衡量をはかるとする考へ方と、結果無価値の程度の大きさを問題とし、重大な法益侵害の危険性をもつものについては、なお可罰的な程度の違法性が十分にあるとする考へ方とがある。²⁵

以上のことから判明したように、「被害者の承諾」の本質は、原則として、「利益欠缺」としてまずは取り扱われるべきであり、それ故に「被害者の承諾」の存在は積極的に犯罪を阻却する方向へとむかうことになる。しかしながら、同意の対象たる法益（利益）が複数存在するという場合には、單純に利益欠如となすわけにはいかず、その侵害の無価値性を問題としなくてはならない。その際には、違法論における結果無価値論と行為無価値論との対立を如実に反映するのである。この点については、二の(四)において論述するものとする。

〔注〕

(1) 宮野彬「被害者の承諾」中山研・他編『現代刑法講座二卷』二四、二六頁。宮野教授はゲールズ他ドイツの多数の学者が採用する「法的保護の放棄」(Verzicht auf den Rechtsschutz)の立場である。

- (2) 内田文昭『刑法Ⅰ(総論)』(昭和五二年)・四五一―六二〇頁。六頁。内田(文)教授の思考の基礎には、シュミットホイザーの「自律的支配」(autonome Herrschaft)の考え方が前提として存在するように思われる。
- (3) Noll, Übergesetzliche Milderungsgründe aus Verminderten Unrecht, ZStW, Bd. 68, 1956, S.183. Vgl. Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit : Die Werabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW, Bd.77, 1965, S.10.
- (4) Keßler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884, S.1ff. もはやケスラーは法益概念自体を否定している点でメンガーとは脈絡を断つものではあるが。
- (5) Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S.197ff. 参照 曾根威彦『刑法における正当化の理論』(昭和五五年)一八頁以下。川原広美『刑法における被害者の同意(一)』北大法学論集三二巻二号・三〇頁、三二五―三八頁以下。
- (6) Mezger, aa.O., S.198.
- (7) Mezger, aa.O., S.207f.
- (8) ケスラーも心理的関係からではあるがこの区別を行なっている。(Keßler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884, S.50)
- (9) Mezger, aa.O., S.214.
- (10) 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(昭和五九年)・三三〇頁。同旨、宮本英脩『刑法大綱』(昭和七年)一〇三頁、Mezger, aa.O., S.215. Zifl, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970, S.23f.
- (11) 曾根・前掲書・三二頁。同旨、川原・前掲書三二巻二号・三三―三十四頁。
- (12) Vgl. Noll, Übergesetzliche Milderungsgründe aus verminderten Unrecht, ZStW, Bd.68, 1956.
- (13) Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit : Die Werabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77, 1965, S.16f.
- (14) 曾根・前掲書・四九頁。
- (15) 中山研一『刑法総論』(昭和五七年)・三〇八頁。
- (16) Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S.42.
- (17) 町野朔『被害者の承諾』『判例刑法研究』(昭和五六年)・六九頁。
- (18) ドイツにおいてはこの説が多数説でもあり、Greeds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht,

- GA. 1954, S.263; Welzel, Das deutsche Strafrecht, II. Aufl. 1969, S.95; Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 4. Aufl. 1971, S.338. もともと法的保護必要性の法益からの完全な分離をみとめることは、要保護性の規準を失うものであり、妥当性を欠くものとなる。要保護性はやはり一定レベルの結果無価値により規準づけられるものでなくてはいけないのである。
- (19) 同旨、宮野・前掲書、一六一七頁、宮内裕『違法性の阻却』日本刑法学会編『刑事法講座第一卷』（昭和二十七年）三二〇—三二五頁、西原春夫『刑法総論』（昭和五二年）二二五頁。
- (20) Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 3. Aufl. 1978, S.303.
- (21) Geerds, aa.O., S.263; Welzel, aa.O., S.95. 福田平『全訂刑法総論』（昭和五九年）六六頁、藤木英雄『刑法総論』（昭和五〇年）一九三頁。
- (22) Schmidhäuser, Strafrecht, Allg. Teil, 1975, S.267ff.
- (23) 中山・前掲書三〇八頁。
- (24) 内田・前掲書一四六頁、曾根・前掲書一四九頁。
- (25) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（昭和五〇年）二五四頁、中野次雄『被害者の承諾』『総合判例研究双書刑法Ⅰ』（昭和三二年）一〇三頁、中山研一『日述刑法総論』（昭和五三年）二〇六頁。

(二) 「被害者の承諾」の位置

「被害者の承諾」は、古くより「欲する者に対しては侵害はなされない。」(Volenti non fit injuria)として犯罪成立を阻却する事由として扱われてきたが、今日では一般的に違法性阻却事由として議論されている。そして「被害者の承諾」を、違法論における違法性阻却の一般原理においてのみ取り扱い、利益不存在または法益の要保護性の不在の原則が妥当する場面として把握しようとする学説においては、「被害者の承諾」は、実質的違法性論の問題としてのみ検討され、刑法三五条の「正当業務行為」の適用となるのである。もっとも、刑法三五条の適用についても、

その前提における刑法三五条後段の理解の仕方には二種類あるといつてよからう。すなわち、実質的違法性の存在しない場合を広く刑法三五条後段に包摂するとして、超法規的違法性阻却事由を全く認めない考え方が一つで、ここでは「被害者の承諾」は刑法三五条で実質的違法性が阻却されるかの問題そのものとなるのである。また、刑法三五条を社会的相当行為規定としてとらえ、「被害者の承諾」をやはり刑法三五条の内に取り込もうとする見解がある。しかしながら、「被害者の承諾」が後述するゲールズの見解の如く構成要件阻却の機能をもつこと、および本来が法益欠缺の原理にもとづくことからすれば、正当行為とは異なる性質をもっていることは自明の理であり、その独自の存在意義を正確に把握する意味でも、違法段階における「被害者の承諾」の問題は、刑法三五条の問題ではなく、超法規的違法性阻却事由として理解すべきものである。このような問題は、「被害者の承諾」の有効要件にも影響を与えるものである。

以上の如く、「被害者の承諾」は、まずは犯罪成立を妨げるものとして違法論において、形式的に把握（超法規的違法性阻却事由として）されるわけであるが、その実質については、既に考察した「被害者の承諾」の本質にもとづく「承諾（同意）」の意味と違法論におけるその機能を考察しなければならぬ。そして、「承諾」が違法論において独自の——しかし異端ではない——性質を持つことが認められる時、さらに一歩進めて、体系論上において「承諾」を検討する必要性がでてくる。すなわち、刑法が持つ段階的構造論において、「承諾」が如何に取り扱われるかが問題となるのである。

一般的に言って、構成要件が違法類型である以上は、「承諾」が違法性を阻却する機能は、必然的に構成要件（違法類型）該当性自体をも欠如するという結果を招来することになるのである。そして違法類型である構成要件を単に違法性の延長としてとらえるのではなく、形式的違法類型としての構成要件そのものに独自の機能を認める構成要件

論においては、「被害者の承諾」は違法論における効果・機能とは異なつた独自のものとしてまず構成要件において問題となるのである。そしてまた、「被害者の承諾」が構成要件該当性を阻却するか違法性を阻却するかの問題は、承諾に関する錯誤の問題、承諾の外部的表示の必要性の問題、さらには承諾の認識の必要性の問題等にも影響を与えらるとともに、刑事手続における公訴棄却、すすんでは公訴権の濫用の問題にも関係するものである。

それ故に、以下ではまず、構成要件該当性阻却の同意と違法性阻却の同意とに「被害者の承諾」を区分して、順次考察していくことにする。その際、構成要件ならびに違法性の本質論が極めて重大なる影響を「被害者の承諾」論に与えているが故に、構成要件論ならびに違法論自体についても言及してゆくものである。

〔注〕

- (1) 香川達夫『刑法講義（総論）』（昭和五五年）一七二―一七四頁。木村亀一『刑法総論（増補版）』（昭和五三年）二八〇頁。
- (2) 団藤重光『刑法綱要総論（改訂版）』（昭和五四年）一九二頁以下。福田平『全訂・刑法総論』（昭和五九年）一五八頁以下。
- (3) 植松正『再訂・刑法概論上総論』（昭和四九年）一八二―一八四頁参照。

(三) 構成要件該当性阻却の同意

(1) 概説

構成要件阻却の同意は、ゲールズによれば、被害者の同意のないこと、すなわち被害者の意思に反することが構成要件の内容として明示的もしくは黙示的に取り込まれている場合である。そして全く明示的に構成要件が「承諾」を要求している場合としては、同意殺人罪（刑法二〇二条後段）、同意墮胎罪（刑法二二三・二二四条）がある。しかしながら、これらは、違法軽減事由として「被害者の承諾」を刑法が明確に条文に取り込んだにすぎず、原則的には違

法性を阻却するものではないのである。それでは、構成要件が、「黙示的」に同意を要求している場合はといえ、それはまさしく各字者の各構成要件についての解釈の差であるとして、上述の明示的に構成要件が規定している場合とのみ構成要件における「被害者の承諾」を限定する考え方も可能であるが、この考え方はまず構成要件該当性阻却と違法性阻却との区別を意味しないものとする前提をとる点において、さらに構成要件該当性阻却の同意と違法性阻却の同意とを区別する基準が不明確であるというだけで（明確な基準をたてることが不可能であるとはしていない）、より明確な区別基準の模索を放棄している点が批難に値するが故に、その指摘が一考に値いするとしても、採用するわけにはいかないのである。構成要件が形式的類型的違法であるが故に、「被害者の承諾」が純然たる法益欠缺を招来する場合には、構成要件該当性そのものを欠くことになり、「被害者の承諾」が、種々の法益（利益）衡量の中で、一つの法益の要保護性を欠如させることになる場合には、違法性を阻却（もつとも、実質的違法性論、もしくは可罰的違法性論を必要とすることになるうが）するのである。このことはつとに、宮野教授が、「*Einverständnis* は、行為を構成要件のな性格のものから非構成要件のな性格のものに変質させる機能を有するのである。それは、違法性阻却を問題にする *Einwilligung* と異なつて、「量」の問題は入つてこないで、もっぱら「質」の面が論点をなす。つまり、犯罪的性質のものをそうでない性質のものに導く働きをするのであり、犯罪の形をとるかとならないかの有無のみが問われ、その程度ないし強弱といった中味の事柄は、つぎの段階での論議の対象に属する。」³⁾とされていることから明白なのである。それではどの程度まで、いかなる基準で構成要件に「黙示的」に同意が包摂されているかといえ、一般に強姦罪（刑法一七七条）、強制猥褻罪（刑法一七六条）、強盗罪（刑法二三六条）、住居侵入罪（刑法一三〇条）、信書開披罪（刑法一三三条）などについては、行為が被害者の意思に反して行なわれることが、構成要件の解釈から当然に読み取れるとされている。しかしながら、それ以上に、構成要件該当性阻却としての同意の範囲をみとめる際

には、学説は種々に分かれ、窃盗罪（刑法二三五条）さらには横領罪（刑法二五二条）や傷害罪（刑法二四〇条）⁴まで含み、ついには自由と財産を法益とする構成要件一般にまで拡大化する学説⁵まで登場するに至るのである。このような構成要件阻却の同意の拡大化は、既に述べたように違法性阻却の同意との区別基準を不明確にするのみならず、構成要件の実質化をはかる結果となり、本来記述的であるべき構成要件により多大な価値機能もちこむことになるのである。それ故に、「被害者の承諾」をすべて構成要件ではなく違法性の問題として取り扱うべきであるとの見解⁶も生じうるのである。この段階にまで至ると、「被害者の承諾」の前提として、個々の犯罪における構成要件の問題を超えて、構成要件論そのものをまずは検討する必要があるのである。

(2) ベーリング流構成要件論

ベーリング流の構成要件論をもとに違法論に積極的な機能をもたせる見解⁷においては、本来、構成要件を純粹に記述的、客観的、没価値的なものとし、⁸構成要件を単なる犯罪概念の枠として機能させることで人権保障の機能を果たしうるものとするのである。ここでは構成要件と違法ないし責任とは無関係となるのであるが、同時に構成要件のもつ犯罪の個別化・細分化機能に対し否定的態度をとることもなりうるのである。すなわち、「客観的・記述的な構成要件は、限界は明確であるかもしれないが、その範囲は違法行為類型としての構成要件よりもむしろひろくなる⁹ことが多い」¹⁰のであり、違法性を推定させないかもしくは推定機能の極めて弱い行為をも広く構成要件の中にとりこむ危険をもつのである。このようなベーリング流の構成要件論において、「被害者の承諾」を構成要件上の記載の存在しないような場合だけのみならずより積極的に広く構成要件阻却として承認することは、単純に法益（利益）欠缺では扱えないような法益主体が複数存在するような場合までも包摂し何らの吟味も与えうることなく阻却してしまう点

で妥当性を欠くものといえよう。

(3) メッガー流の新構成要件論

メッガーによれば、構成要件は違法類型であり、構成要件の総体を違法性と解することから、構成要件即違法と把握することとなる。¹¹⁾ここでは構成要件の個別化機能が徹底され、構成要件該当行為は、例外的に不法阻却事由が存在しない限り違法な行為であることを強調すると、構成要件の違法推定機能を乗り越えて構成要件を實質的概念化することになり、構成要件の形式的明確性を失わさせるだけでなく、構成要件・違法・責任という段階的構造を違法・責任の二段階的構造へと変質させることにもなりかねないのである。¹²⁾それ故に、メッガー流の構成要件論になんらかの修正を加えた上でこれを取り込んでいるのが、今日のわが国の諸学説であると思われる。すなわち、メッガーの新構成要件論における構成要件＝違法の端的な結合は妥当とはいえないが、構成要件が少なくとも犯罪確定の第一要素であり、犯罪の本質的要素たる違法性となんらかの形で関係することにより、構成要件（犯罪類型）を根拠付け、また構成要件自体を限定するとみる限り、構成要件は少なくとも違法類型として、ある程度違法性と関連付けねばならぬのである。そのことは岡藤博士によれば¹³⁾「第一に、具体的・非類型的な観念である違法性と類型的（そうして、そのかぎりで抽象的）な観念である構成要件とを同列に置くことは、理論的に不当である」し、さらには犯罪定型の第一次的重要性が失われるとされ、構成要件＝違法の端的な結合に対し否定的態度となつてあらわれている。このような見解は、構成要件を違法・有責類型とする岡藤博士のみならず、大塚教授、吉川教授さらには、佐伯博士も同様の見解であり、またメッガー流の違法類型論を採用する福田教授、平野博士も同様であろう。¹⁴⁾ここでは、構成要件を、単なる違法性の徴憑ではなく、刑法の目的のために構成され特殊化された類型的違法そのもの＝違法性の存在根拠（*ratio*

essendi) —とするメッガーの主張は、構成要件該当性がない限り違法性を論ずる余地はないとの意味でしかなく、構成要件該当性により具体的な違法性の具備が一応推定されるにすぎないという違法性の認識根拠 (ratio cognoscendi)、違法性の徴憑として構成要件が理解されているのである⁽¹⁶⁾。そして、このような構成要件の把握こそが、構成要件該当阻却の同意と違法性阻却の同意とを明確に区別し機能させることを可能にするのである。

(4) 小括

「被害者の承諾」が犯罪成立を阻却させる第一次的機能を生じさせる場である構成要件は、違法行為類型である。そしてこのことは言葉を換えていえば、まさしく構成要件は、「可罰的違法類型」⁽¹⁷⁾であるといえよう。そして、後述するように違法性を法益(利益)侵害としてとらえることにより構成要件の限界づけはかなりの程度に客観的・記述的になりうるのである⁽¹⁸⁾。それ故に、構成要件段階において問題となる違法性は、構成要件が予定している形式的・類型的違法性の最低限度のものであり、「被害者の承諾」においては、単純な法益(利益)欠缺を考慮するのみで足りる。数個の法益主体が存在しうる場合については、違法性段階で衡量しなければ阻却の可否は判明しないのである。そして、さらに構成要件の客観性・記述性を強調するほど、「被害者の承諾」に構成要件の阻却を認めうる場合は、構成要件自体が明記している場合は当然として、前述した如く最低限黙示的に構成要件の内容とされていることが必要である。つまり、文言上は明白ではないが、保護法益の性質およびその主体から考えて、単純に同意によって法益(利益)が欠缺し、構成要件該当性を阻却(正確には構成要件不該当)する場合である。ベーリング流の客観的・没価値的な構成要件では、本来的には「被害者の承諾」が明文化されている場合のほかは、極めて限定的に承認するのが、体系論上当然と思われる(この点で前述の内田説は妥当性を欠くといえよう)。またわが国の学者の多数が採用する

M・Eマイヤー⁽¹⁹⁾もしくはメツガー類似の構成要件論では、可罰的違法類型として構成要件の客観性・記述性を著しく害さない限度において、黙示的に同意を承認しうるものであり、その限度については既述したように諸説が生じるのである。しかしながら、憲法が謳い上げた個人の尊厳を保障するために、刑法は「生活利益」(Lebensinteresse)を保護することをその最大の任務とする⁽²⁰⁾と考えるならば、特に形法がその保護を第一次的に個人の利益に係らしめてい
る場合には、たとえ明文がなくとも、法典の合理的な解釈上、その意志に反することが構成要件となっているものと解さなくてはならないのである⁽²¹⁾。それ故に、刑法上は、個人的法益を保護対象とする犯罪類型すべてについて、原則的には構成要件自体が被害者の意思に反してなされることを要件としているといえるのだが、同一事物についても、
数個の法益主体が存在する場合については、単にその一部の者が同意しただけにすぎず、侵害の違法性を完全に阻却することはできず、
減軽⁽²²⁾するのみであり、構成要件該当性を充足し、違法段階での実質的違法性の検討を必要とするのである。このことは、近年盛んに議論されている「被害者の承諾」と傷害罪の成否に関する学説⁽²³⁾をみれば一目瞭然である。すなわち、原則的に傷害罪は、同意が存在すれば、被害者自身が、自己の法益(利益)自体を放棄したことになり、刑法上の保護の客体を失い、もはや構成要件に該当しなくなると考へうる⁽²⁴⁾。しかしながら、単純に被害者自身の同意が存在することのみにより「傷害」行為すべてを許容するのではなく、個人的法益のなかでも、生命・身体自由・財産と、法益の種類⁽²⁵⁾によって同意の効力に若干の違いがあるとして、生命への危険(死の危険)への同意の効力を否定する考へ方がある⁽²⁶⁾。この考へ方は、角度を変えて視るならば、人の生命については、当該本人のみならず、国または社会自身も、法益主体であること(「侵害の重大性」という形式をとるのではあるが)を認めたものである。この立場では、傷害の重大性、あるいは利益の比較衡量による優越的利益の原理⁽²⁷⁾にもとづき違法段階で検討がなされ、場合によっては違法性が欠如しない場合もありうるとするのである。つまり、法益主体が複数存在するために、直接の被

害者自身が承諾していても構成要件該当性は阻却されず、違法段階に問題を持ち込み、他の法益との衡量の上で減弱された違法性が場合によっては可罰的違法性を失うと考えるものである。それでは、「被害者の承諾」がより価値に充ちた実質的判断の上で（可罰的）違法性なしとして法的保護の必要性を欠如する場合につき、違法論の本質よりその実体を解明していくために、「被害者の承諾」における「違法性阻却的同意」を以下において検討していくものとする。

[注]

(1) F. Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA, 1954, S.264f. 団藤・前掲書、〇五頁。

(2) 植松止・前掲書、八四頁。Zipf, Einwilligung und Riskubernahme im Strafrecht, 1970, S.13. また、須之内助教が述べられているように、「個々の同意の効果は、構成要件阻却的同意か違法阻却的同意かによってではなく、犯罪の種類によって決定されるべきだろう。」(法学論叢九三卷一号七六頁)とも考えうる。しかしながら、暴行罪における同意が、犯罪成立を阻却させる方向で機能し、傷害罪における同意が全く機能しないと考えるのは当然のことながら不合理である。同意が犯罪の成立を阻却的に機能するかどうかは、単純に法益が欠缺もしくは要保護性が欠缺していると見うる場合(比較衡量的に、他の法益(利益)とのかねあいをはかった上で法益の要保護性が不存在となる場合)とに分離させて考察することが必要である。それ故に、「被害者の承諾」が前述の二つの場合のうちのどちらであつかわれるか、すなわち構成要件の段階においてか、違法の段階においてかは、問題とすべきものと思われる。そして、このような前提の上に立って犯罪の種類とすべきであろう。

(3) 宮野彬「被害者の承諾」中山他編『現代刑法講座二卷』(昭和五四年)一一五頁。

(4) 佐伯千因「四訂刑法講義(総論)」(昭和五六年)二一九頁。

(5) 内田文昭「刑法I(総論)」(昭和五二年)一四五頁。平野龍一『刑法総論II』二四九頁。さらに広く「被害者の承諾」を認めるものとしては、Rudolf Schmitz, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst, Maurach-Festschrift, 1972, S.133f. がある。

- (6) 曾根威彦『刑法における正当化の理論』(昭和五五年)二五六頁。
- (7) 内田・前掲書七八頁以下。
- (8) Beling, Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., S.13ff. 下村康正「ベーリングの構成要件論」刑法雜誌三卷二号四五頁以下参照。
- (9) 平野龍一『刑法総論I』九六頁。
- (10) 同旨、中山研一『刑法総論の基本問題』六一頁。
- (11) Mejer, Strafrecht ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S.173ff.
- (12) メッガーの構成要件論については、下村康正「構成要件と違法類型」法学新報六一卷三号一五頁以下、小野清一郎『犯罪構成要件の理論』二一九頁以下。
- (13) 団藤重光『刑法綱要総論(改訂版)』(昭和四四年)一〇七頁。
- (14) 大塚仁『刑法概説(総論)』一〇〇頁以下、吉川経夫『改訂刑法総論』七四一五頁、佐伯・前掲書二一一頁以下。
- (15) 福田・前掲書六七頁以下、平野・前掲書九九頁。
- (16) 団藤・前掲書一八二頁。福田・前掲書五八頁、吉川・前掲書七五頁参照。
- (17) 平野・前掲(13)書九四頁、佐伯・前掲書一八二頁以下、中山研一『口述刑法総論』(昭和五三年)二〇六頁。
- (18) 平野・前掲書九六頁。
- (19) M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1923, S.9f. 下村康正「マイヤー(M・E.)の構成要件理論」法学新報六〇卷三号一頁以下、小野清一郎『犯罪構成要件の理論』(昭和二八年)一九五頁以下参照。
- (20) 内藤謙『刑法講義総論(七)』(昭和五八年)四五―五九頁。
- (21) 井上正治『刑法学総則』(昭和二六年)一〇四頁。
- (22) 佐伯・前掲書二一八頁で佐伯博士は、正当にも「従来、解釈の困難視された問題は、実は、みな法益主体が複数の場合だったように思われる」と主張されている。
- (23) 学説および判例の状況については、以下の文献が参考になろう。八木国之「被害者の承諾と傷害罪の成立」別冊ジュリスト続字説展望(昭和四八年)、阿部純二「傷害罪と承諾」鳴良弼先生古稀祝賀論集(昭和五四年)、斉藤誠二「被害者の承諾と傷害罪」

Law School 32. 夏日文雄「被害者の承諾と傷害罪の成否」法経論集九七号、宇津呂英雄「違法な目的に利用するために得られた被害者の承諾と傷害罪の成否」警察学論集三四卷二号、神崎武法「被害者の承諾と傷害罪の成否」研修三九二号、古田佑紀「被害者の承諾と傷害罪の成否」法律のひろば三四卷三号、河上和雄「傷害罪における被害者の承諾」Law School 30. 等々。

(24) 傷害罪は、被害者の意思に反する行為を予定しており、承諾により、行為は犯罪の可罰的違法類型に全く該当しないと考える方には、佐伯博士（前掲書・二二九頁）、斎藤誠二教授（『刑法講義各論上』（昭和五三年）一七八頁）がある。

(25) 平野・前掲（8）書二四九頁。

(26) 平野・前掲（8）書二五四頁、中義勝『講述犯罪総論』（昭和五五年）一五二頁、中野次雄『刑法総論概要』（昭和五四年）二六二頁。なおアメリカ模範刑法典二・一一・二条二項ならびに Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 3. Aufl, 1978, S.304f. 参照。

(27) 内田・前掲書一四六頁、曾根・前掲書一四九頁、宮内裕「違法性の阻却」刑事法講座一卷二二三頁。また、傷害の程度にもとづき承諾の効力を考える見解には、Honig, Die Einwilligung des Verletzten, 1919, 123ff. Lutz-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl. Allg. Teil, 1932, S.477. が有名。

(四) 違法性阻却の同意

(1) 概説

既に「構成要件阻却の同意」にて検討してきたように、個人の身体・自由・財産の安全を保護法益としている場合には、単一の法益侵害のみ問題としていたことが大半であり、それ故に法益の存在そのものが、個人の意思にゆだねられているといえるのである。¹⁾ ここでは「利益欠缺」の原理が妥当することになる。他方、違法性阻却として「被害者の承諾」が機能する場合には、法益の主体が法益（利益）を放棄しているとはいえない場合——同意が存在するにもかかわらず法益（利益）放棄が認められない場合とは、法益主体が複数存在する場合である——には、違法性の

実質、さらには違法性阻却の一般原理にもとづいて考察しなければならない。この場合に、私見では、同意により侵害された（残存）法益への刑法的要保護性すなわち可罰的違法性が欠如するものであると考えるものである。このように違法段階における「被害者の承諾」は、違法性の実質とかかわるため、違法論における様々な見解の対立がそのまま持ち込まれることになるに伴い、雑多な価値衡量を要求されることとなり、その判断も困難をとまなうものとなるのである。もっとも、「被害者の承諾」を原則として「利益欠缺」の原理で把握する限り、その大半は、同意の形式的、事実的側面のみを問題とし（この限りで事実の錯誤として取り扱う余地が存在するのである）、構成要件段階にて阻却的に処理しうるものであり、残る例外的に複数の法益が問題となる場合には、刑法的要保護性の問題なるが故に、違法性の実質の把握いかんによっては、全く違法性（実は可罰的違法性）を阻却せず、犯罪成立へとむかう結果にもなりかねない。この問題は、究極的には刑法の本質（任務とその機能）をどのように理解しているかに深く関係してくるものである。

以下では、このような理解を前提にして、違法性阻却としての「被害者の同意」の把握していくものである。

(2) 行為無価値論を中心とする学説

行為無価値（Handlungsunwert）論の創始者とも謂うべきヴェルツェル³⁾は、「被害者の承諾」をまず構成要件段階において問題とし、被害者の意思に反する行為を構成要件が予定しているものについては、事実的性格を有する同意（Einverständnis）の存在により、たとえ良俗侵害が生じていたとしても犯罪を構成しないのである。⁴⁾そこでは、「構成要件の基礎にあり、構成要件によって（暗黙のうちに）前提とされている社会的放任行為（Handlungs-freiheit）」⁵⁾たる社会的相当行為の如く、当初より違法性そのものを徴表しないものとは異なるのである。そして構成要件該当性を

欠く場合以外はすべて、同意は単に正当化事由としてのみ問題となるのである。この場合に、ヴェルツェルは、原則として同意も行為も双方ともが良俗に反しない時に、処分権を有する者の同意にもとづいて他人の法益を侵害した者の行為を違法でないものとするのである。もつともヴェルツェルも謂うように今日の学説の多数（シエンケ・シュレター、メツガー、アルツトなど）は、同意の動機の良俗性までも問題にすることは、刑罰をもってして社会倫理を個人に押しつけることになるが故に、不適當であるとして、行為のみの良俗性を問題とし、同意そのものが反良俗的であろうとも違法性は阻却されるのであるとしている。さらに、ヴェルツェルは、同意の主体は保護法益の担い手だけであるとして、同時に公益が保護されるような場合には（例えば、殺人における同意）、個々の被害者の同意は何ら効力をもたないとする。すなわち、ヴェルツェルにおいても法益が複数存在する場合には、單純に利益（法益）不存在とできないのである。

ヴェルツェルの「被害者の承諾」論の特徴はまさしく違法論における「社会的相当性」(soziale Adaquanz)にあるといえる。すなわち、「行為は—同意がある場合でも—善良の風俗に反してなされてはならない」⁽⁸⁾のである。この考え方は、ドイツ刑法二二六条 a の趣旨を広く他の犯罪にも拡張する考え方⁽⁹⁾と一致する。もつとも二二六条 a に対する代案一一二条一項は、原則的に、「身体傷害は、被害者が同意を与えた場合には、違法なものではない。」⁽¹¹⁾としてい

ることを忘れてはならないのである。

さらには、社会的相当性概念を刑法へ導入する際に、それが構成要件阻却事由としても機能する場合には、ヴェルツェルのように歴史的に形成された社会倫理秩序の立場からの事実的性格の強い判断とする時は⁽¹⁰⁾まだしも、違法段階における社会的相当性と全く区別することなく導入するとすれば、構成要件阻却的同意と違法性阻却的同意との区別は、何ら意味をもたなくなるのである。しかしながら、違法論を結果無価値的に構成し、構成要件の機能を重視す

る立場においては、このような見解は、勿論採用しがたいものであるとともに、「社会的相当性」論に対して、以下のような疑問を抱くのである。すなわち、社会的相当性概念自体が、H・マイヤー⁽¹²⁾の批判の如く曖昧性に充ちた概念ではないのか、またそれは「一般条項への逃避」であり、まさしく問をもって答とする循環論にほかならないのでは⁽¹³⁾ないだろうか。もともと社会倫理とは相対的であり、その曖昧性は宿命的なものである。それ故に、違つた価値観に対しては、社会は寛容でなくてはならないし、⁽¹⁴⁾また刑罰は社会倫理維持の機能を副次的なものとしてしかたないし、もつべきではないのである。このことは、同意につき行為が社会的相当性の範囲内にある限り違法でないとする説⁽¹⁵⁾のみならず、公序良俗もしくは善良の風俗に反しない限度で、同意が違法性を阻却するとする説⁽¹⁶⁾にも同様のことがあてはまるのである。特に、個人の身体・自由・財産が同意の客体として存在する場合には、社会的相当性判断⁽¹⁷⁾あるいは公序良俗⁽¹⁸⁾を持ち込むことは、個人生活への過度の干渉となるとともに、個々の生活利益の保護を目的とする刑法の任務にさえ違背することになりかねないのである。さらに、たとえ社会的相当性概念で違法性を検討していくとしても、まず「社会的相当性」概念の把握そのものが、主張者により様々であり、社会的相当性をヴェルツェルの影響のもとに、純粹に事実的概念としてとらえ積極的機能をもたせない考え方⁽¹⁷⁾や社会的相当性判断はすべて違法判断の内容たるべきもので、構成要件該当性判断としてはふさわしくないとする見解では、「社会的相当性」の機能の場⁽¹⁹⁾およびその範囲（程度）は狭いものとなるのである。他方、メッガー流の新構成要件論を採用し、ヴェルツェルの影響のもとに、⁽¹⁹⁾構成要件に実質的価値的機能を積極的に認める藤木説では、違法性の実質を「社会的相当性の程度を逸脱した法益侵害行為」⁽²⁰⁾と構成し、この考え方を構成要件においては社会的相当性ある行為と限定はしても、「外形上、社会的な相当性のある行為として類型化されているものに属するけれども、具体的には社会的相当性から逸脱した法益侵害行為であるものについては、原則に立ち戻って、犯罪構成要件該当性が肯定される⁽²¹⁾」⁽²¹⁾とされることにより、構

成要件は、単なる類型的判断からより実質的な違法性判断に移行したものとなり、構成要件そのものに違法性判断の大半が流れ込み価値に充ちたものとなったのである。²² また、社会的相当性の判断は具体的・個別的な判断であつて、違法性阻却の統一的原理ならびに構成要件要素の解釈原理としてのみ機能すると解される福田教授の所説も、²³ 「定型に相当な行為は、構成要件該当性を阻却する」²⁴とされていることから、藤木博士とほぼ同様の見解と思われる。このように種々の社会的相当性説が存在するのは、構成要件―違法の把握の仕方の違いにもよるのだが、何よりも「社会的相当性」概念が個々の学者の主観により動かしうる極めて曖昧なものであるため、違法性を阻却するに足る社会的相当性の程度を明確化しうる学説は存在しないのである。²⁵ そしてついには、「社会的相当性」説を採用する論者をして、社会倫理的秩序は、歴史的に形成されるため、決して固定的ではなく、時代とともに流動する動的・発展的性格を担うものであり、正確な認識は困難であるとして、社会的相当性が漠然とした内容の抽象概念であることを認容せざるをえなくさせるのである。さらには、西原教授の如く、²⁷ いわゆる「社会的相当性の行為定型」というものがそもそも可能であろうかと疑問視する見解も存在するのである。そしてこのような「社会的相当性」を刑法体系内において使用する場合には、構成要件―違法―責任の各段階を無視して、そもそも行為が社会的に相当であるかどうかを検討すればよいものとなり、このような考え方は罪刑法定主義の考え方そのものにも悖るものとなる。それ故に、「被害者の承諾」においても、社会的相当性あるいは公序良俗を基準とする説を採用するわけにはいかないのである。以上の如く、「社会的相当性」論は妥当性を欠くものであるが、これに代わる考え方を模索する際に、一つの示唆を与えてくれる方策論がある。それは社会的相当性の機能を、全く逆の発想にもとづき、「被害者の承諾」に還元してゆこうとするものである。この考え方は、結果無価値論を大前提とするものである。すなわち、生田助教が「行為無価値論からする第二（社会的相当性）のばあいは、結果無価値論からしても被害者の同意や法益衝突によつて、

侵害された利益の法益性が喪失するばあいである⁽²⁸⁾と主張され、また内田(文)教授も「社会的相当性」は、「被害者の承諾」ならびに「優越的利益」の保護、「正当目的の正当手段」に貼られたレッテルにすぎないとされる。さらに平野博士は「ボクシングやすもうの場合も、相手方の同意が大きな要素となっている。このように業務としてなされる行為であっても、実は、同意という実質的な要素によってはじめて正当化される場合が多い⁽³⁰⁾」と述べられているのみならず、アメリカ法律協会模範刑法典第二・一条(2)(b)は「その行為ならびに侵害が、合法的な運動競技又は試合に共同して参加することにより通常予見できる危険である場合」には「被害者の承諾」により抗弁が認められるとしている。G・ウイリアムズによると、フットボールやボクシングのようなゲームでは、ルールに従った適度な有形力の行使は、黙示の被害者の同意により有効なものとしている⁽³²⁾。もともと、以上のような考え方を採用する場合に注意しなければならぬことは、「社会的相当性」を広く「被害者の承諾」で置き換える時には、法益(利益)の主体すなわち保護客体を国家もしくは社会とし、国家的あるいは社会的見地から個人の生活利益(法益)の欠如もしくは要保護性の欠如を考えるとすれば⁽³³⁾、それは既に述べた「被害者の承諾の本質」に反するものとなる。個人主義を前提とする刑法においては、当然に個人法益の存在それ自体が、個人の意思そのものに依存しており、決して社会や国家からの干渉を広く認めるものではないからである。

行為無価値の中心概念である「社会的相当性」が「被害者の承諾」とその他の概念、特に結果無価値論で代替できるとする以上の見解においては、第一に対象となっている法益が個人的法益であり、「被害者の承諾」と言う場合にも、それは大半が「利益欠缺」の原理が機能する場合であるといえよう。「被害者の承諾」における「利益欠缺」の場合についてはすでに記述した如くであり、以下では「社会的相当性」を代替しうるもう一つ概念たる「結果無価値」的側面の検討を行なうことでこのような「社会的相当性」論の代替が常に結果無価値的に可能なものであること

を示し最終的に「被害者の承諾」は結果無価値論により統一されるべきことを論証する。

(3) 結果無価値論を中心とする学説

違法性の実質を規範的・倫理的にとらえる見解においては、一体何が「法秩序の基底となつている社会倫理的な規範」であるのか、その内容は明らかでなく、結局は判断者の直観に依存せざるをえなくなる。そしてどちらかといえば、伝統的・保守的な価値観が「法秩序の精神」とされる可能性が大きいのである。³⁴これに対して、「ある生活利益は、現存する国家が、それを自己の存立発展に必要有益であるとみると矛盾せず、あるいは積極的にそれを助長するとみるときに「法益」、すなわち法の保護に値する生活利益とされるのである。」³⁵として法益概念を問題とする立場においてこそ、直接的に歴史性・社会性を過敏に反映するものではなく、しかも各法益間の衡量を可能にするのである。さらには、規範的・倫理的に違法を有・無の問題とするのではなく、違法性は「根本においては法秩序全体に通ずる統一的なものでありながら……、その発現形式においては、さまざまな種別があり、また軽重がある」³⁶（傍点―著者）と認識することが可能となるのである。結果無価値（Erlösungsverlust）を中心に、刑法の機能は法益（利益）保護にあると考えれば、違法阻却を考える場合には、法益の衡量が基本となるのである。³⁷そして法益衡量の結果として法益の侵害または脅威がなくなる場合につき、それを、数個の法益が競合する時に、その行為が優越する法益を維持するために劣位にある法益を犠牲にする場合（優越的法益の維持）と、その法益の主体がそれを放棄したために、もはや、それを侵害する行為も違法といえない場合（保護法益の欠如）とに分けて考えている。³⁸そこでは、「被害者の承諾」は原則的には、保護法益の欠如する場合として登場するのである。法益衡量については、憲法をはじめ実定法を手掛りとする価値規準、法定刑の大小を手掛りとする価値規準等により、微視的な法益だけでなく、巨視的な法

益をも衡量に取り入れた上で、絶対的ではないとしても相当程度までは、法益の価値の高低を測り、違法性の「量」の判断を可能にするものである。また、たとえ明白な体系規準がなく、あるいは対立する価値観が拮抗している場合においても、価値選択の「決断」⁽³⁹⁾を要する時には、少なくとも「どのような価値観にもとづき結論を下したか」という判断の経路を明らかに」⁽³⁹⁾できる点で結果無価値論は、行為無価値論よりすぐれているといえるのである。さらに、行為無価値論者が正当にも主張した行為の方法・態様の考慮の必要性については、行為無価値は、結局法益に対する脅威すなわち危険を指すものにほかならず、所謂行為無価値は、結果無価値を惹起する危険があるからこそ無価値とされるのであって、実は先取りされた結果無価値といえるのである⁽⁴⁰⁾。それ故に、行為の方法・態様が法益侵害の危険性つまりは結果無価値に置き換えうる限度でのみ、違法性判断に取り込むことができるのである。このように違法の実質につき法益を中心に把握することは、刑法理論的に優れているのみならず、戦後の国家主義的価値観から個人主義的価値観への価値転換にも十分に対応しうるものである。すなわち、刑法の任務たる生活利益保護としての法益概念は、現行憲法を基礎とする法の全体構造を考慮して、憲法的・実質的法益概念を形成しており、そのために個人の生命、身体、自由、財産（そしてこの順序が同時に法益の価値序列となるのだが）こそ最も優先して刑法により保護されるべきものとなる。それ故に、刑法の任務のひとつたる国家的法益や社会的法益の保護は、すべて個人の生命、身体、自由、財産を保護するための副次的法益としてその存在意義をもつのであり、個人を越えた自己目的の存在として保護されるのではないのである⁽⁴¹⁾。

以上の如き結果無価値論に立つて、法益衡量の上に同意の結果として優越的利益が保護された場合には、法益侵害は存在せず、違法性も阻却されるとする⁽⁴²⁾か、あるいは法益衡量の結果、原則として同意により違法性は阻却されるが、侵害程度の重大性によっては、違法となる⁽⁴³⁾とするなど、結果無価値を前提としても「被害者の承諾」の許容範囲につ

いては様々ではあるが、原則的に「被害者の承諾」を認め違法性を阻却する点では一致するものである。すなわちこれら諸説の差異は、結果無価値内における序列への線引き（どこを限度とするか）の相違にすぎないのである。

(4) 小括

以上検討してきたことから明白なように、「被害者の承諾」を把握するについては、結果無価値論的観点から、その違法性を問題とすべきものと思われる。結果無価値論では、法益（利益）衡量を基本とする違法性阻却を前提とするので、すべての法益侵害を容認するのではなく、また逆に、「被害者の承諾」をすべてにおいて許容するのでもなく、法益侵害が存在しても、違法でないとする場合を、行為無価値論のような社会的相当性ではなく、社会生活の実態に即した利益衡量に求めるのである⁴⁴。そして行為無価値的要素で、法益侵害の危険性への還元からはみ出すもの（それこそがまさしく行為無価値なのだろうが）はすべて、違法論から排除されてゆくことになるのである。ドイツにおいても、ヴェルツェルなどの多数説に対してロクシンらは限定的解釈態度をとって行為無価値を限定導入しているといえるし、アルツトは⁴⁵端的に法益侵害のみを問題とすべきだとしている。アメリカにおいては、既述したように模範刑法典が、「被害者の承諾」につき結果無価値を重視している。そして、法益侵害の程度の観点から、「被害者の承諾」は、アソールト（assault）やバッテリー（battery）については無効とするが、日常性のある接触行為やボクシング、フットボールなどのスポーツに関するものについては抗弁となるとする見解⁴⁶も存在しているし、さらに、ドノバン（Donovan）事件⁴⁷においては、身体侵害（bodily harm）テストを使用し、身体侵害を生じさせる以上の程度の暴行に対する同意については無効としている。この判決につきG・ウィリアムズは、個人主義的立場より永続性のある傷害行為以下のものについては同意は有効なものと解すべきだ⁴⁸としている。これらの諸外国の学説等からも明白

なように、一体どこに限界線をひくかについて見解の相違は存在するとしても、それは程度の差にすぎず、原則的に結果無価値を採用することには変わらないのであり、結果無価値の重視は、決して歴史の彼方に取り残されたものへの回帰ではなく、現実の複雑化した社会において、多様化した価値観への安定した、なおかつ明確な対応を可能にする概念なのである。

[注]

- (1) Vgl. Zipl, *Einwilligung und Risikotibernahme im Strafrecht* 1970, S.13.
- (2) 山中敬、「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・五合併号二七三頁以下参照。
- (3) Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. 1969, S.95ff.
- (4) ヴェルツェルは、「決して不快のない性交の強要 (Vis hand ingrata) は、その良俗侵害にもかかわらず強姦ではない」として 599。(Welzel, aa. O., S. 95.)
- (5) Welzel, aa. O., S. 56. なお、ヴェルツェルの社会的相当性論については、宮澤浩、「刑法の思考と論理」(昭和五〇年)二四一頁以下、西山雅明「社会的相当性の理論」西南学院大学法学論集一卷一号一六五頁以下、福田平「社会的相当性」刑法講座二卷(昭和三八年)、〇六頁以下、三枝有「可罰的違法性論と社会的相当性論」中京大学大学院法学研究論集四号一頁以下を参照。
- (6) Welzel, aa. O., S.95. ヴェルツェルは、同意は行為についての諒解であるとし、それは法益の放棄を含むものとする。
- (7) Welzel, aa. O., S.96.
- (8) Welzel, aa. O., S.97.
- (9) Vgl. BGHSt. 91: BGHSt.6, 251.
- (10) Welzel, aa. O., S.57f. 同旨、大野平吉「可罰的違法性の理論について(四)」判例タイムズ二八〇号三五頁、莊子邦雄「刑法総論(新版)」(昭和五六年)一九五頁。もっとも、この考え方においても、歴史的事実行為のすべてを(特別の害意などを有する場合をまで含んで)構成要件に該当しないとすることはあるまい。

- (11) Vgl. Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S.12f.
- (12) Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allg. Teil, S.108.
- (13) 佐伯千因『四訂刑法講義(総論)』(昭和五六年)……七頁。
- (14) 平野龍一『刑法総論I』(昭和四七年)四四頁、内藤謙『刑法講義総論(中)』(昭和五八年)四七頁以下。
- (15) 所謂目的説に立つ木村博士の見解(木村亀一『刑法総論(増補版)』(昭和五二年)二八五頁)にはじまり団藤博士(団藤重光『刑法綱要総論・改訂版』(昭和五四年)・二〇四頁、大塚教授(大塚仁『刑法概説(総論)』(昭和五〇年)二四四頁)、さらには積極的に行為無価値を導入される福田教授(福田平『全訂刑法総論』(昭和五九年)二六六頁、藤木博士(藤木英雄『刑法講義総論』(昭和五〇年)・九三頁)などの多数が存在する。
- (16) ヴェルツェルによる社会的相当性論の影響がみられる時期以前の所説が多く、本質的には「社会的相当性」概念と何ら変わるところなきものとして用いられているように思われる。青柳文雄『刑法通論I(総論)』(昭和四〇年)・八六頁、江家義男『刑法総論』(昭和・七年)九七頁など。
- (17) 莊子邦雄『刑法総論(新版)』(昭和五六年)・九五頁。ここでは「社会的相当行為は、教壇的設例を除外すれば、刑事事件においてほとんど考え得ない」ものとなるとされているのである。
- (18) 宮澤・前掲書三〇五頁以下。もともと、教授自身構成要件を違法有責類型とされる以上、構成要件が予定した類型的違法性をならかの方策により問題視せねばならないものと思われる。
- (19) 前述の莊子教授との差異は、ヴェルツェルの「社会的相当性」論を構成要件に限定させず広く刑法体系全体に機能させ、構成要件段階では、可罰的違法性と並列的に機能するものとして「日常性・通常性のゆえに、社会倫理的にも非難を受けない不法性をともなわない行為」(藤木・前掲書二二八頁)と解する点にある。
- (20) 藤木・前掲書七八頁。
- (21) 藤木・前掲書七八頁。
- (22) 佐伯・前掲書一八〇頁、内田・前掲書二七五頁。
- (23) 福田・前掲(15)書一四〇―一頁。
- (24) 福田・前掲(5)書二二〇頁。

(25) 参照、夏日文雄「被害者の承諾と傷害罪の成否」愛知大学法経論集九七号八六頁。夏日教授の謂われるように「社会的相当性説に逐次類型化を試みる」としてもそれは侵害の程度等を問題とせざるをえず、結局は重傷害や、生命危険傷害が社会的相当なものであると言ひ換える方策を採用することになるのである。

(26) 福田・前掲(15)書一三五頁。

(27) 西原春夫「構成要件の価値的性格―犯罪論における定型的思考の限界・その二―」早稲田法学四・卷一号一七四―一七五頁。

(28) 生田勝義「可罰的違法性と社会的相当性」中山他編「現代刑法講座二卷」三六頁。

(29) 内田文昭『刑法Ⅰ(総論)』一八〇―一八二頁。

(30) 平野龍一『刑法概説』(昭和五三年)六一頁。

(31) Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law*, 1978, P.504, 537.

(32) 内田・前掲書一九二頁では、「スポーツ競技では『当事者間の承諾』が問題となるが、それは『ルール』となつて具体化しているといつてよい。」とされている。

(33) このことは、「黙示の承諾」さらにすすんでは「推定的承諾」を考えれば明白である。すなわち、推定的承諾を「被害者の承諾」の延長としてとらえ、被害者の個人的な意思の推定を問題(佐伯・前掲書二二〇―二二二頁、宮内裕「違法性の阻却」刑事法講座・卷二二六頁以下、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)二五五―二五六頁)とする場合には問題はないのだが、一種の緊急避難と同様にとらえ法の理念の問題として被害者の意思を無視し(団藤・前掲書二〇四頁、植松正「再訂刑法概論Ⅰ総論」(昭和四九年)一八六―一七頁、大塚・前掲書二四四頁)、あるいは一種の許された危険と同じ正当化事由とみる(斎藤誠二「推定的な承諾」の法理をめぐつて」警察研究四九卷一・号一五頁以下、須之内克彦「刑法における被害者の同意(一)」法学論叢九四卷一四四―一四六頁以下)にいたつては、被害者の個人的な意思とは全く遊離し国家・社会的倫理規範によつて是認されるか否かが問題となつており、このような意味において「推定的承諾」をとらえることは、「被害者の承諾」とは全く異質のものといへない限り、妥当性を欠くものではないよう。もっとも被害者の個人的な意思と離れた概念としての推定的承諾については、その存在そのものを肯定すべきものではないと思われる。

(34) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)二二二―二二頁。

(35) 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(昭和五六年)一七二頁。

- (36) 佐伯千仞『刑法における違法性の理論』(昭和四九年)三九二頁。このような考え方は可罰的違法性論の基礎となるのである。
- (37) 平野・前掲書二二三頁、佐伯・前掲(2)書一九七頁。
- (38) 佐伯・前掲(2)書一九七頁。
- (39) 平野・前掲書二二六頁。
- (40) 佐伯・前掲(2)書一七五頁。
- (41) 平野龍一『刑法の基礎』(昭和四一年)一〇〇頁、内藤謙「保護法益、性質・分配・順序」『刑法改正の研究(2)』(昭和四八年)二二八頁。
- (42) 内田文昭『刑法I(総論)』(昭和五二年)一七九頁、曾根威彦『刑法における正当化の理論』(昭和五五年)一四九頁。
- (43) 平野・前掲(1)書二五四頁、中山研・『刑法総論』(昭和五七年)三三三頁。
- (44) 内藤謙「違法性における行為無価値論と結果無価値論」中義勝編『論争刑法』(昭和五二年)四一一頁。
- (45) Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung. 1970. S.36ff.
- (46) M. Cherif Bassouini, Substantive Criminal Law, 1978. S.448.
- (47) G. Williams, Textbook of Criminal Law, 1983. S.586-7.
- (48) G. Williams, Consent and public Policy, 1962. C.L.R. S.156.

三 結 論

——可罰的違法性論と「被害者の承諾」との接点——

「被害者の承諾」は、今までの検討で明白なように、その本質については、「利益欠缺」の原理に基づくものである。このことは、刑法の任務が生活利益の保護にあることと深く係わっているのである。そしてさらに、刑法体系の把握如何によっても、また、「被害者の承諾」の性質・機能は大きく変容するのである。それ故に、構成要件につい

ては、これを違法類型として、刑法が対象とすべき行為につき、最低程度の類型的・形式的違法性を要求するものであり、ここにおいては純粹に結果無価値（法益侵害）そのものが問題となる。それ故に、構成要件該当性段階においては、「被害者の承諾」は、「利益欠缺」として、まさしく法益そのものの欠如として——侵害行為がなくなるのではなく、侵害対象がなくなることにより、結果無価値的には零になるのである——構成されるのである。それ故に「被害者の承諾」は原則的には、構成要件該当性が阻却されるわけであるが、例外的に構成要件該当性とされた場合（法益が複数存在する場合）が違法段階において問題となるのである。

これに対応して、違法段階においても、社会的相当性を中心とする行為無価値論は、その概念的曖昧性から排除され、方法・態様が法益侵害の一般的危険性に置き換える限度でのみ考慮する結果無価値論を採用するものとなる。そしてさらに、結果無価値論的立場から「被害者の承諾」を考察する際には、法益衡量説と優越的利益説とが存在するが、両説とも行為無価値論を前提とする社会的相当性説や公序良俗説とは相対立するものであり、それ故に、社会的相当性説の如く、¹⁾「被害者の承諾」を主観的正当化要素とする必要は全く存在しないものとなるのである。²⁾

結果無価値を前提にして「被害者の承諾」を把握する時、原則として同意によって保護法益（利益）が存在ととなり、常に違法性（結果無価値）ひいては構成要件該当性そのものを阻却するわけであるが、そこには、「利益欠缺」の原理を貫く前提として、法益（利益）保護客体と放棄の主体とが、当然に一致していることが原則となるのである。それ故に、保護客体と放棄（同意）主体とが食い違う時——その実体は、保護客体が複数存在する場合——については、単純には法益（利益）は欠如せず、結果無価値的に零になることはあり得ず、構成要件該当性は存在するのである。そして、このような場合こそが、「被害者の承諾」を違法段階において、より実質的に検討すべき場合なのである。このように法益自体が複数存在する場合には、複数法益の主体者すべてが、侵害行為に同意をしない限りは、法益は

欠如せず、違法性は残存するのである。³⁾特に、個人的法益における身体・自由・財産などについては、原則的に「利益欠缺」の法理が適用できるが、それ以外の法益（利益）については、法益の保護客体が複数存在する場合を考へる。これらの法益について、社会や国家を法益の主体と考へることは、個人への社会や国家の干渉を増大化させる虞が存在するとともに、社会や国家の具体的利益を抽出して衡量すること自体が難しいために、大半の場合、同意は阻却的機能をもたなくなる。⁴⁾それ故に、少なくとも個人的法益については、その法益主体者が、積極的に真摯な同意を侵害行為に付与する場合には、極力違法性を阻却する方向で検討してゆくことが、刑法の生活利益保護機能と一致するものである。その際に、侵害の程度（結果無価値）にもとづき、個人の自己決定の自由が不可能になる程度（「死の危険」、「侵害の重大性」）をもつて同意による違法性阻却の限界とする見解が優力に主張されてはいるが、これらの見解は、結局、個人の自己決定における「個人の自由」を重視しすぎて法益と並置した既述のノルの所説の如き欠点を持つ可能性があり、違法性阻却の限界決定を実質的には、個人の自由を否定した社会あるいは国家の許容限界と一致させる結果となる虞れがある。すなわち、「個人の自己決定の自由の回復不可能性を規準に、被害者の同意があるときも例外的に違法性阻却を認めないことは、その場合に、被害者の意思に反しても刑法による法益保護の必要性を認めることであり、まさしく社会や国家の干渉を認めることとなり、その干渉がたとえ「国家ないし社会の利益のためのものでなく、被害者個人の自己決定の自由（自己決定権）の存立・回復が不可能にならないようにするためのものである」と解しても、それは、本来の個人的な自己決定の自由とは本質的に異なつた所謂社会的価値に充たされた自己決定の自由にかほかならないし、被害者個人の任意による法益放棄に、第三者が積極的に刑罰を手段として介入することを承認するものとなる点で妥当性を欠くのである。それ故に、「個人の自己決定の自由」という大義名分ではなく、より確固たる把握可能な、衡量可能な概念により捉えなおす必要が生じるのである。すなわち、人間社会

そのものが、生命への尊厳を要請しているという社会的利益と被害者が同意により得られる処分の自由（利益）との衡量の結果として可罰性を帯びる（承諾殺人）か、それとも社会的法益保護の必要性が欠如する——すなわち、可罰的違法性がなくなる——として犯罪成立を阻却させるかである。この決定に際しては、各々の犯罪類型が、一体何を保護対象として意図しているか、各犯罪類型の性質を明確化させることが大前提となる。そして、犯罪類型が特に国家に対する形式で構成されている場合には、法益主体は国家となるが故に、前述したように原則的には同意により違法性が阻却されることはないといえようが、特定人や特定機関に権限が完全に従属していることが明白なため法益主体を限定できる場合については、当該個人や機関の同意により、国家的法益が欠如することを承認してもよからう。さらには、複数の法益が並存する場合には、当該犯罪類型の性質が如何なるものを決定した上で、並存する法益（利益）の衡量を行ない、優越する法益に対して同意が与えられている時には、可罰的違法性を阻却できる場合がある。⁷⁾このことは、「被害者の承諾」において侵害された法益の要保護性が問題となる場合である。「要保護性」の欠如とは、「被害者の承諾」が、構成要件段階において「利益欠缺」の原理にもとづき機能する場合ではなく、複数の法益主体の存在の故に、単純に利益欠缺を認めることができず（構成要件該当性あり）、違法段階における詳細な利益衡量の結果として可罰的違法性（要保護性）が欠如する場合なのである。「要保護性」という主体・基準の不明な曖昧性を包摂しやす概念を、検証可能な結果無価値的アプローチの可能な可罰的違法性論⁸⁾によって取り除くことではじめて、この考え方は確固たる理論にまで至りうるのである。

このような理論構成は、決して特異なものではなく、「被害者の承諾」の基準としての社会的相当性を批判して、法益衡量の前提として可罰的違法性を採用する説¹⁰⁾や複数の被害者を前提問題にして、「他の被害者が同意を与えていない以上、行為は違法である。しかしながら、一部にせよ被害者の同意が存在する場合には、まったく同意が存在し

ない場合よりは違法性が減弱しているのであるから、『可罰的違法』が存在しないとすることが妥当な場合もある。』とする説がそれである。かくして、このように可罰的違法性論が「被害者の承諾」の中にはいり込んで機能することによって、「被害者の承諾」をより阻却的に結果無価値的に機能させることを可能ならしめるものである。今後、判例（とくに下級審）の分析によるこの理論の肉付けが必要となるものと思われる。

〔注〕

- (1) Welzel, Das deutsche Strafrecht, II. Aufl. 1969, S.97. 福田平『全訂刑法総論』（昭和五九年）二六七頁。目的説からも同様
に解しうる（木村亀一『刑法総論（増補版）』（昭和五二年）一八六頁）。
- (2) 中山研、『刑法総論』（昭和五七年）三〇七頁。主観的正当化要素として同意を扱う社会的相当性説においては、同意そのものの
存在よりも、同意の認識の有無（主観的）を問題とすることになる。
- (3) 佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（昭和五六年）二二六頁、宮内裕「違法性の阻却」刑事法講座一卷二二頁、宮本英脩『刑法
大綱』（昭和〇年）一〇三頁。もっとも主観説の立場からは、公序良俗等行為無価値を問題とせざるをえないものと思われる。
- (4) Ronald A. Anderson, Wharton's Criminal Law and Procedure, 1957, S.272.
- (5) 平野・前掲書二五四頁、中山・前掲書二二二頁、内藤謙「被害者の同意」『法学教室四七号五〇—二頁。
- (6) 内藤・前掲書五一頁。
- (7) Vgl. M. Cherif Bassouni, Substantive Criminal Law, 1978, S.447.
- (8) 同旨、内藤・前掲書五二頁。なお私がここで言う可罰的違法性論については、拙稿「可罰的違法性論に関する一考察」中京大学
大学院生法学研究論集三号一頁以下を参照。
- (9) 可罰的違法性論には、藤木説を代表とする行為無価値論にもとづくもの（藤木英雄『可罰的違法性論』（昭和四二年）一頁以
下、同著『刑法講義総論』（昭和五〇年）一—九頁以下）と佐伯説を代表とする結果無価値論にもとづくもの（佐伯・前掲書一七
六頁以下、同著『刑法における違法性の理論』（昭和四九年）三九二頁以下、中山・前掲書二二二頁以下）とがあり、本稿では後

者の佐伯説にもとづく「可罰的違法性論」を前提とする。なお両説の異同については、前出注記(8)の論文を参照。

(10) 須之内克彦「刑法における被害者の同意(一)」法学論叢九四卷一号二六頁。

(11) 町野朔「被害者の承諾」判例刑法研究(2)(昭和五六年)一七〇頁。もともと、ここで町野教授は、「問題となるのは、一つの法益に複数の主体が存在する場合(承諾権者の複数)と、複数の法益が存在し、それぞれが異なった主体に属する場合(法益の競合)」に分類されるが、「承諾権者の複数」の場合については、実質は承諾権者の数だけの処分権が競合していると理解するのでなく、承諾権者の数だけの法益が存在すると考えない限り、処分権を独立したものとして重視する結果となり、このような処分権の重視は、これを法益と相対立する(並存しうる)ものと把握する余地を残すため、また処分権同志の衡量を要求する可能性がある点において、たとえ処分権者を抽象的な国家あるいは社会として把握しないとしても、妥当性を欠くものと思われる。