

被害者の同意の体系的位置づけ

小林 憲太郎

- 1 被害者の同意が可罰性を阻却する根拠はその自律である
- 2 被害者の同意は構成要件該当性を阻却する
- 3 「行為態様にかかる合意」という主題化は不当である

※ 本稿は学生向けに、最新の学説状況を伝える講演が元になっているため、基本的な事柄についてまで、例をあげながら詳細に説明している箇所が多いほか、引用文献についても原則として、私がこれまで公刊物で検討してこなかった、最新のものに限定している。この点につき、あらかじめお詫びを申し上げたい。

1 被害者の同意が可罰性を阻却する根拠はその自律である

1 他者を恃んだ利益処分を、くだらないという理由で制限するのは、国家による価値観の押しつけである

被害者の同意が可罰性を阻却する根拠は、その自律に求められる。このことは、ほとんどの論者が承認している。その具体的な内容を、もう少し詳しく敷衍すると、おおよそ次のようになる。

そもそも被害者が、自身の利益を自由に処分しうる、その究極的な根拠については、基礎法の分野で激しい議論がなされている。国家が社会契約により成立する以前から存在する、所有という観念から導かれるとするものもあれば、一定の利益についてその主体を定め、その処分方法について容喙しない、つまり、その点について、さらなる公共的決定を要しないとする方が、社会的な厚生を増進するところから導かれるとするものもある。

しかし実をいうと、ここでは、そのような議論は、あまり本質的な重要性をもたない。むしろ、被害者が自身の利益を自由に処分しうると、なんらかの理

由からいったん定めた後にこそ、被害者の同意にかかる重要な解釈論的帰結が生じる。すなわち、自身が処分しうる利益について、他者の手を借りなければならぬときもあるが、かかる処分の動機がくだらない（指を詰めてもらうに際して、やくざとしての仁義を切りたいから、など）という理由から、他者を処罰することでかかる処分を制限することは、国家が一定の価値観を個人に対して押しつけるものであり、その自律を侵害するから許されないことになるのである。

2 自己決定の余地を奪う自己決定は自律の観念に反する

そして、このことを裏からいえば、自律の侵害につながらない限り、被害者の同意を制限することは、必ずしも不可能ではない。たとえば自己決定には内在的限界があり、自己決定の余地を奪うような自己決定は、認められないという観点から、同意殺人や自殺関与は処罰される。正確には、自己の生命侵害に手を貸した者を処罰することで、その者に手を貸さないようにはたらきかけ、結果として自己の生命侵害をやめさせようとするのである。

私は以前、このような自己決定の内在的限界を認めておらず、ただ、自己決定する「現在の自己」とは異なる人格である、「将来の自己」への危害を観念することによって、たとえば自殺関与・同意殺人の可罰性を説明していた¹⁾。

しかし、いま一度、考えてみると、自己決定とは、なんらかの他害が認められないことと、必ずしも同値ではない。他者は「自分が害された」と騒ぎ立てるかもしれないけれども、規範的にみて「自分のこと」だから、「自分で決める」と本人にいわせる考え方が、自己決定なのである。たとえば特定の宗教を全員が支持することで、実質的に維持されている共同体があったとして、その構成員のひとりが異なる宗教への信仰を表明することは、あるいは共同体の円滑な運営に対する重大な危害となるかもしれない。しかし、それでもなお、「信仰はもっぱら『自分のこと』だ」といってよいとする理屈こそが、自己決定なのである。

そうだとすると、「将来の自己」を観念するなどという、きわめて技巧的な手法によって、他害を認めてみたところで、それがただちに自己決定を制限する理屈になるとはいえない。むしろ自己決定というものの本質、すなわち、なぜそのようなものが認められるのかという点にかんがみることが必要である

1) 小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』（弘文堂・2003）81頁以下を参照。

う。そして、さまざまな選択肢のなかから本人が主体的に選び取ってゆくという、主体性こそが個人のかげがえのなさを基礎づけ、そのことが自己決定という思考の背景にあるのであるから、その基礎を破壊するような自己決定は、もはや自己決定の範疇の外に置かれることになるのである。このように現在の私は、自殺関与・同意殺人の可罰性を、自己決定の内在的限界から説明する、通説的な立場が正しいと考えている²⁾。

もちろん、このようにいっても、被害者が死を望む場合と望まない場合とで、違法性に差が生じることは、当然に認められる。学説には自己決定として保障されないならば、違法性は（阻却されるどころか）減少さえしないはずだというものもある³⁾。しかし、すでに述べたように、自己決定とは国家による介入を、いわば門前払いする発想であって、それは認められないけれども、被害者の意に反する方がより悪いと段階づけすることは、まったく排除されない。そのようなことは自己決定の観念と抵触しないのである。

なお、同意傷害の可罰性についても、原理的には同じことが妥当する。同意傷害の可罰性として、学説上、別途、議論されているのは、同意傷害の傷害罪としての可罰性である。すなわち自己決定の内在的限界から、傷害に対する被害者の同意を制限しえたとしても、同意傷害罪という構成要件がないときに、それを傷害罪で代替させるのは、わざわざ同意殺人罪が設けられている趣旨に反するのではないか、もし反しないのであれば、わざわざ同意殺人罪など設ける必要はなく、同意殺人はそもそも殺人罪で処罰しうるのでないか、という問題が議論されているのである（もちろん被害者の意に反しないことで、処断刑は低く抑えられることになろう）。そして、学説では同意傷害だけが議論されているが、行為者と被害者のいずれが自手的に傷口をつけたのかが、解釈論上、なんら有意な差を生まないという有力説を前提にすれば、自傷の教唆・幫助の傷害罪としての可罰性も、あわせて議論されなければならない。逆に、もし自傷の教唆・幫助の、傷害罪の教唆・幫助としての可罰性を議論したいのであれば、同意傷害についても、同じく傷害罪の共（同正）犯としての可罰性を、あわせて議論しなければならないことになる。

2) 近時、この問題につき詳細に展開したものとして、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』（法律文化社・2004）84頁以下を参照。ただし、すでに述べたところからも明らかなように、自殺を阻止することの適法性や、（同意殺人・）自殺関与の可罰性を基礎づけるのに、自殺の可罰的違法性（はおろか、単純な違法性さえ）は必ずしも要求されない。

3) たとえば深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要9号（2000）124頁を参照。

2 被害者の同意は構成要件該当性を阻却する

1 違法性阻却事由説の掲げる理由は、すべて不的確である

以上に述べたように、自律という観念に基づく被害者の同意は、その利益処分について、良いとか悪いとかいう国家による価値判断を、最初からシャットアウトするものである。それゆえ被害者の同意は、一定の不法に対し、それを止揚する特別な事情として、違法性を阻却するのではなくて、そもそも構成要件該当性を阻却することになる。

むろん学界では、このような考え方は少数説であり、さまざまな理由を掲げながら、被害者の同意は（少なくとも一定の範囲で）違法性阻却事由ととらえるのが通説である。しかし私は、そういった理由には、いずれも十分な根拠がないと考えている。以下、具体的にみてゆこう。

第1に、違法性阻却事由ととらえることで、可罰性を排除すべきか否かを判断するにあたり、行為者の行為態様や被害者が同意した動機など、さまざまな事情を斟酌することができる、といわれることがある。しかし利益処分が被害者の自律の表れであることは、それがいかにくだらぬ動機に基づくものであり、また、それに付き合う行為者の判断がいかにか馬鹿げたものであれ、なんら変わらない。論者は法と道徳を混同しているか、もしくは、かかる利益処分と別個に犯された不法を混同していると思われる⁴⁾。

第2に、たとえば、少なくとも傷害罪における被害者の同意は、違法性阻却事由であると述べられるに際し（同意傷害の可罰性にかかる前述の議論は措いている）、たとえ同意があっても、怪我をしている事実は消せない⁵⁾、それゆえ「傷害」該当性自体は否定しえない、といわれることがある。しかし、そのようなことは、全然重要ではない。ここでは標語的にいえば、「たとえ『傷害』があったとしても、なお被害者の自律が表れることにより、傷害罪の構成要件

4) このことを的確かつ詳細に指摘するものとして、佐伯仁志「被害者の同意とその周辺(1)」法学教室 295号 (2005) 108頁以下を参照。

5) これに対して秘密漏示罪にいう「秘密」などは、消そうと思えば消せるのであり、むしろ範囲を限定した開示への承諾においては、なお「秘密」該当性を認めておかないと、当該範囲を超えた開示についてまで可罰性が否定されてしまうという理由から、かかる承諾は違法性阻却事由にとどまるといわれることがある。松宮孝明「判批」立命館法学 337号 (2011) 497・498頁。しかし、こちらも同根の誤解であって、かかる承諾が、すでに構成要件該当性を阻却するという解釈にとり、「秘密」該当性が認められることは、なんら障害にはならないというべきである。

が守ろうとする、一定の利益が侵害された、悪くなったとはいえないのではないか、それゆえ、そもそも傷害罪の構成要件該当性が否定されるのではないか」が問題になっているからである。それは、ちょうど被害者の同意があったとしても、器物が壊れている事実は消せない、それゆえ「損壊」に該当しうるとしても、なお器物損壊罪の構成要件該当性が阻却されるのと同様である⁶⁾。

そこで論者は両罪の違いを説明するために、器物損壊罪が財物に関する処分の自由を保護しているのに対し、傷害罪は身体そのものを、処分の自由から独立して保護していると主張する⁷⁾。そして同意傷害が、（前述した可罰的となりうる例外的な場合を除いて）違法でない根拠は、「被害者の承諾に表れた（憲法的にも、刑法的にも尊重されるべき）被害者の自己決定という価値が、傷害罪における禁止命令を一定程度後退させること」⁸⁾に求められることになる。しかし、このような主張は成り立たないであろう。（前述した自己決定の内在的限界を超えない限り、）被害者の自己決定が珍奇な価値観に基づく、いかにくだらない動機からくるものであれ、常にいかなる身体侵害をも帳消しにしようというのは、とどのつまり、そもそも被害者が身体という利益を自由に処分できる、ということである。そして、そうだとすれば、傷害罪の構成要件該当性もまた器物損壊罪の場合と同様に、被害者の処分の自由に基づかない⁹⁾身体の侵害を、その要件にしていると解されるからである。

さらに、さかのぼって考えてみると、この第2の理由が、どの程度、一貫して掲げられているかには、大きな疑問もある。というのも、身体ひいては生命に関しては、被害者の同意が違法性を阻却・減少させるにとどまるとする論者

6) 佐藤陽子「被害者の承諾における三元説の意義について——『被害者の承諾』の犯罪論体系上の地位に関する一考察」理論刑法学の探究④（2011）123頁以下を参照。もっとも、この文言に頼るドイツで有力な発想は、むしろ器物損壊罪の方を傷害罪に近づけることで平仄を合わせ、そこでも被害者の同意は違法性を阻却するにとどまるという。Z.B. Detlev Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 62f.; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, Strafrecht : Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, § 17, Rn.95; Kristian Kühl, Strafrecht : Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008, § 9, Rn. 22. ここまでくると、その前に述べたように、構成要件の実質的な解釈原理を前面に出す方が、戦略的に望ましいといえよう（むろんドイツでもロクシンのように、両罪のいずれについても被害者の同意がありさえすれば、すでに文言のレベルで構成要件に該当しないというものもあるが、少数である）。

7) 佐藤・前掲「被害者の承諾における三元説の意義について——『被害者の承諾』の犯罪論体系上の地位に関する一考察」123頁以下、130・131頁。

8) 佐藤・前掲「被害者の承諾における三元説の意義について——『被害者の承諾』の犯罪論体系上の地位に関する一考察」131頁。

でさえ、同意殺人罪における被害者の同意は、殺人罪の構成要件該当性を阻却すると解することで、一致をみているからである。むしろ、ここにいう同意は条文に書かれているし、また、その存否により適用条文が異なってくる。しかし、そのようなことは本質的ではない。たとえば、住居侵入罪（ないし不退去罪）にいう「正当な理由がないのに」（刑法130条）は、条文に書かれてはいるものの、違法要素ととらえるのがふつうであるし、また、覚せい剤と麻薬の不法所持は、異なる条文どころか、異なる法令に規定されていたとしても、なお構成要件を異にするわけではないと解するのが一般的だからである¹⁰⁾。

第3に、とくに治療行為などを念頭において、それを被害者の同意により正

9) 被害者による利益処分際して、そのあらゆる錯誤をもって、処分の自由に基づかないとするのが、いわゆる重大な錯誤説である（ただし論理必然の関係はないものの、あわせて〔故意ないし意図的〕欺罔が要求されることが多い）。これに対し、それでは実質的にみて、たとえば詐欺罪が別途、財産的法益を守る構成要件として、立法者によりわざわざ設定されている趣旨が、没却されてしまうと批判するのが法益関係的錯誤説の基本思想であり、それは支持する趣旨が思われる（いちいち引用しないが、佐伯仁志の一連の論稿、たとえば同「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号〔1985〕51頁以下を参照されたい）。近時、同説に対して新たに投げかけられている批判は、この基本思想に対するものではなく、同説が個別具体的な事例を解決する際に掲げる基準を、その射程を超えて拡張適用した場合に生じる不都合に対するものすぎない。たとえば同説が反対給付に関する錯誤等を射程として掲げる、「被害者が放棄する法益の種類や量を正しく認識していれば、その同意は有効に存在する」という基準を、後にみる緊急状態に関する錯誤にまで拡張適用し、そこでも同意を有効とするのは不当であるなどと批判されることが多いが、失当というほかない。このような批判を体系的に行った最初のものは、やはり Claus Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984, S.280f. である。このように、たとえば詐欺罪がわざわざ設けられている趣旨から、いわば反対解釈してゆく同説に対し、むしろ詐欺罪を明文化された代表例ととらえる、それゆえ処分の自由が認められる限り、詐欺罪を成立させるタイプの被害者の錯誤は、他罪においてもその同意の効力を奪うと解する立場も、最近では主張されるに至っている。簡潔には山口厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣・2007）159・160頁を参照、これはアルツト（Gunther Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S.17ff.）の論法に対する、アメルンク（Knut Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998, S.20ff. ただし同意が有効で直接正犯が否定されても、間接正犯の余地を承認するヤコブスなどは逆に、同意が無効でも帰責の可否が別途、問題になりうるとする）の切り返しに酷似している。こちらは同説の基本思想を的確にとらえたうえで、あえて、それと正反対の論証連鎖をたどろうとするものであるが、これまでも繰り返し批判してきたように、私には適切な考え方とは思われない。

10) ただし、もちろん、この段落で述べたことは、第2の理由が一貫していないことを示すだけであって、私自身はすでに述べたように、同意殺人罪における同意は自己決定の表れとしてはとらえられない、単に「意に反していない」ことにより殺人罪よりも違法性を減少させるにすぎない、いわば不真正な同意だと解している。

当化するに際しても、単に被害者がそれを望んだというにとどまらず、たとえば、それによっていかなる利益が達成されるか、ほかに適切な医術的手段は存在しないのか、かかる治療行為を実施しなかった場合に生ずる損害、ひいては失敗するリスクはどの程度のものか、かかる治療行為がどの程度の緊要性を備えているか、以上について、被害者に対して十分な説明がなされたか、などといった点が、あわせて問題とされなければならないのであって、それは実質的にみて違法性阻却の判断に帰する、といわれることがある。しかし、この理由の後半部分は完全に正しいものの、その出発点となる前半部分が誤っている。なぜなら、そこで実質的に問題とされているのは被害者の同意ではなくて、あくまで「被害者の意思にかなった」——あるいは、これまで私が繰り返し使用してきた表現を用いれば、「被害者の価値観に従った」——という限定つきではあるものの、利益衡量という被害者の同意とは異質のプリンシプルだからである¹¹⁾。

たとえば被害者が、左手の小指全体がしびれて不快感があるという、特殊な疾患に悩まされているとしよう。そして、ただちに指先のみ切除術を実施すれば、かかる不快感は指全体から消失するものの、そうしなければ、不快感は永続するものと仮定する。ここで被害者が、医師に対して「先生、私はしびれの方が嫌なので、指先を切除して下さい」と依頼するとき、それは被害者の同意の意味において（身体）利益を処分し、医師を傷害罪の可罰性から解放しているのではない（その理由は後述する）。そうではなくて、優越利益の実現により医師の行為を正当化することを可能にするための、被害者における「しびれ

11) 学説には、被害者の同意とその意思にかなった利益衡量とでは、後者の方がより緩やかに推定を許容してよい、というものもある。このような問題意識の嚆矢をなしたのは、いうまでもなく町野朔『患者の自己決定権と法』（東京大学出版会・1986）172頁以下であり、ほかにも林美月子「錯誤に基づく同意」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』（有斐閣・1994）51頁以下、佐伯仁志「被害者の同意とその周辺(2)」法学教室296号（2005）90・91頁などを参照。しかし当然ではあるが、両者の間に原理的な差があるわけではなく（ともに「合理的な疑い」を生じさせる程度が要求される）、ただ、後者の推定が許容されるケースが、實際上、より多いといえることができるだけである。さらに、別稿（小林憲太郎『刑法的帰責——フィナリスムス・客観的帰属論・結果無価値論』〔弘文堂・2007〕249頁以下）で詳論したように、両者が存在しない（ここでの言い方にならえば、推定が許容されない）ものの、存在すると行為者が考えたことに相当な理由がある場合に、その可罰性を阻却する法形象が狭義の推定的同意であって、ここにいう推定とはまったく異なることに注意を要する。たとえば被害者の同意がすでに構成要件該当性を、その意思にかなった利益衡量が違法性を阻却すると解する私は、同時に、狭義の推定的同意があくまで責任を阻却するにすぎないと解している。

ない>指先がある」という価値序列を表明しているのである。逆にいうと、もし被害者が「指先がなくなる方が、しびれるよりも嫌だ」という意思、価値観を抱いていれば、医師の行為は優越利益を実現するものとはいえなくなり、違法と評価されざるをえない。そして、このように、利益衡量の判断に際しても、(先述した自己決定の内在的限界を超えない限り、)被害者の意思、価値観を前提にしなければならない理由もまた、国家が個人に一定の価値観を押しつけることの禁止、それゆえ自律の保障にほかならない。このような次第であるから——しばしば誤解されているものの——話は、被害者の同意が通常、構成要件該当性を阻却すると解されている、たとえば器物損壊罪などにも等しく及ぶ。先の例でいえば、特殊な疾患に悩まされているのが被害者自身ではなくて、そのペットの猿であったとしても、猿の指先を切断する獣医の行為について阻却されるのは、器物損壊罪の構成要件該当性ではなくて、その違法性にすぎないのである。

2 現実に緊急状態があっても被害者の同意は無効であり、ただ違法性が阻却されうるにすぎない

この第3の理由に関する議論については、いわれてみればそうかもしれないが、どのみち瑣末な違いだとする向きもあるかもしれない。しかし、このような基礎的な部分に関する誤解は、実はさまざまところで具体的かつ重要な帰結の違いをもたらしている。

たとえば近時、さかんに議論されている重要な問題のひとつに、緊急状態に関する錯誤とよばれるものがある。要は、たとえば被害者のペットの猿が完全に健康であるにもかかわらず、獣医が「あなたのペットの猿が、指がしびれて苦しんでいる。ついては、すぐに指先を切除すれば、しびれによる痛みはなくなる」とだまし、被害者の了解をとりつけて切除術を実施したとき、獣医に器物損壊罪が成立するか、成立するとして、いかなる理屈によってか、という問題である。ここまで述べてきたところからすれば、結論は明らかであろう。被害者の価値観を前提にしたとき、かりに獣医の話が本当であっても、器物損壊罪の構成要件該当性は肯定される。被害者にとって、より重大な危害(猿の指のしびれによる痛み)を避けるため、より小さな損害(猿の指先の切除)を甘受せざるをえないと考えたのであるから、あくまで被害者の価値観を前提にする以上、猿の指先が避けようのない落石により切断されてしまった場合と——被害者による任意の利益処分という局面においては——価値的にみて径庭

がない。ゆえに被害者の同意は認められないのである。ただ、もちろん先の仮定のように、かりに獣医の話が本当であれば、被害者の価値観に基づいた利益衡量により、器物損壊罪の違法性は阻却されうる¹²⁾。これに対して今回の事例では、話は嘘なのであるから違法性は阻却されず、しかも、獣医は——自分で嘘をついたのであるから当然であるが——猿の病気が虚偽であることを知っているから故意も認められ、器物損壊罪が成立することになる。

ところが近時、非常に有力となっている見解¹³⁾は、獣医の話が本当であったときに、その可罰性を阻却する選択肢として、被害者の同意のみを観念する。そして、獣医の話が嘘であったとき、今度は処罰を肯定するために、被害者のもつ情報や価値観、生理的条件等は、なんら変わらないにもかかわらず、急に同意は無効だとするのである。これまで私は、このような見解に対し、繰り返し批判を試みてきたので、ここでは詳論を避けるが、大雑把にいうと、次のような批判が可能である。

第1に、被害者の同意の根拠ないしプリンシプルとして、論者が一般的に述べているところと、このような見解は整合しない。論者はすべて、少なくとも

12) 緊急状態に関する錯誤の事例として、最もしばしばあげられるのは、母親に対して「息子を差し迫る失明の危険から守るためには、あなたの角膜を移植するしかない」と嘘をつき、その了解を取ったうえで角膜を切除し、これを廃棄してしまうことで母親に嫌がらせをする、というものである。そして、すぐ後に述べる近時の見解は、上記の話が嘘ではなかった場合に、角膜のような重大な利益を母親から無理やり奪うことは、利益衡量、したがって緊急避難によっては正当化しえないが、母親が同意により処分できないほど本質的な利益ではないとしたうえで（そうでなければ前述した同意傷害の話になる）、行為者を可罰性から解放すべきである以上、すでに被害者の同意を有効としておく必要がある、という。しかし、すでに述べたように、ここで被害者の同意を有効と解するのは理論的に困難であることに加えて、かりに角膜を無理やり奪うことが許されないとしても、ここでは母親自身が自分の角膜よりも、子供の目の方を重要視するという価値観を抱いているのであるから、角膜の移植を利益衡量によって正当化することは、十分に可能だといわなければならない（もし角膜は本質的な利益であって、上記価値観を前提にすることが、自己決定の内在的限界を超えるというのであれば、先と同じく、同意傷害と同様の実質的違法性が残されることになる）。このことは直観的にも正当化範囲の過度な拡張ではなく、たとえば正当化範囲が一般に狭いドイツでも類似の（臓器移植）事例において、ドイツ刑法典 34 条（正当化的緊急避難）の類推適用としての利益衡量によって、正当化を肯定する見解が有力に主張されていることを想起すべきであろう。Vgl. Alfred A. Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, S.55ff.

13) これまで私は、このような見解について、繰り返し引用しつつ批判してきたので、ここでは、いちいち文献を引用し直さないが、ロクシンを嚆矢として、山口厚、佐伯仁志、佐藤陽子（同『被害者の承諾——各論的考察による再構成』〔成文堂・2011〕193頁以下。こちらは最新の研究であるため、これまで引用できなかった）などが、このような見解を支持している。

原理のレベルにおいては、被害者の同意をもつばら被害者側の、しかも内心の状態に基づく、可罰性阻却（・制限）事由ととらえているからである。

第2に、被害者の誤信が所与ないし第三者による欺罔の結果であるとき、行為者に誤解をとく作為義務がない限り、被害者の同意を有効と解し、可罰性を阻却（・制限）するのは適切でない。論者のなかには、かかる場合における行為者への非難が、「倫理的なものにとどまるべきである」¹⁴⁾と述べるものもあるが、到底、妥当とは思われない。むしろ、さまざまな事例をあげつらってゆくと、あるいは、行為者の可罰性を阻却（・制限）した方がよいと感じられるものが、一定数、含まれていることは否定できない。そして近時では、そのような事例を具体的に摘示しながら、管轄という観念をベースに、新たな思考枠組みを提供しようとする、非常に重要な試みも見受けられるところである¹⁵⁾。しかし、それは、ここで批判の対象としている見解とは異なり、ヤコブスをはじめとする、全体として異なる刑法学の構想に依拠するものであり、個々の基準だけを取り出して類似性を見出そうとするのは、まさに木を見て森を見ない議論である。現に上記の見解とは異なり、たとえば、まさに行為者が誤信を意図的に作り出し、これを利用した場合であっても、なお管轄が否定されるケースがあげられている。もっとも、この新たな刑法学の構想は、この小稿で扱うには、あまりにも大きすぎるテーマであろう。

第3に、行為者が現実に緊急状態（利益衝突状況）を作り出し、被害者の了解をとった場合に処罰を肯定する際、実質的にみれば、結果行為ではなく原因行為が可罰性の対象となっている——言い方を変えれば、いわゆる「原因において違法な行為の理論」¹⁶⁾が使われている——ことを、うまく説明できない。もし論者のいうように、被害者の同意が無効であることにより、結果行為が処罰されるのだとすると、その時点で故意がありさえすれば、故意犯が成立するはずであるし、また、結果行為にのみ関与した者も可罰的とされざるをえない。さらに、やや考えにくい例かもしれないが、第三者が結果行為を妨害することも、緊急救助（第三者のための正当防衛）として正当化されてしまう。これ

14) 佐藤・前掲『被害者の承諾——各論的考察による再構成』196頁。

15) 最近の論文では、たとえば森永真綱「欺罔により得られた法益主体の同意」理論刑法学の探究④(2011)135頁以下を参照。

16) この理論の詳細については、島田聡一郎=小林憲太郎『事例から刑法を考える』（有斐閣・2009）205頁以下〔小林〕を参照されたい。学生が陥りやすい誤解についても、そこで分かりやすく説明しておいた。

は明らかに不当であろう。

しばしばあげられる猛獣事例を例にとると、被害者のペットである猛獣の檻を開けて、これを逃がした行為者が、当該猛獣が通行人に襲いかかった段階で、待ってましたとばかりに被害者に電話し、猛獣の射殺許可を得たという場合、①かりに行為者がわざとではなくて、うっかり檻を開けてしまったにすぎないのであれば、故意の器物損壊罪を成立させるのはおかしいし、さりとて被害者の同意を無効とするために、原因行為時の故意（ないし意図）を要求するなどと言い始めれば、今度は（過失犯処罰規定があったときにも）過失犯さえ成立しなくなってしまう（逆に、実際には考えにくい事例であるが、原因行為時に故意がありさえすれば、たとえ結果行為時にそれが失われたとしても、なお故意犯を成立させるべきである）。また、②行為者が射殺の段階で弾切れを起こしてしまったところに、たまたま通りかかって自分の持っていた弾を分け与えた猟師に、器物損壊罪の共犯を成立させるのも明らかに不当だと思われる。さらに、③射殺の段階で通りかかった動物愛好家が、銃を構える行為者を後ろから羽交い締めにして、何の罪もない通行人を猛獣の餌にしてしまうのが、正当防衛だというのは到底納得できるものではない。

このように、近時の有力な見解には看過しえないいくつもの難点が含まれており、その難点は、これまで述べてきた私見を採用することにより、すべて解消することができる¹⁷⁾。

3 「行為態様にかかる合意」という主題化は不当である

1 各論の問題を総論の問題と混同してはならない

近時、浩瀚なモノグラフィー、前掲『被害者の承諾——各論的考察による再構成』を著した佐藤陽子は、被害者の利益処分とは関係しないが、ある構成要件要素が何人かの意思侵害を要求しているように理解できるとき、それを欠如させる「行為態様にかかる合意」という範疇を見出した。しかし、それは当該構成要件要素に固有の原理に基づくのであるから、それを超えた範疇を——たとえレッテルとしてのみであったとしても——観念するのは、方法論的に誤っている。それは、ちょうど傷害罪と動物傷害罪、動物愛護法違反（44条1項後段）が、すべて生き物を傷つけるという側面をもっている点に着目し、「生物の傷害」という範疇を観念することが、もはや刑法学ではないのとまったく同じである。

2 各論の解釈も文理のイメージを肥大化させてはならない

17) ここからは非常に複雑な議論となるため、学生の方は読み飛ばして下さって構わない。

本稿のここまでの論述は基本的に、利益欠缺原理と優越利益原理という、2つの正当化（違法性阻却）原理のみを前提に行ってきた（対物防衛に関する有力説ないし通説を前提にすれば、猛獣の射殺は正当防衛を構成することとなり、そうなってくると、実は正当防衛独自の正当化原理も問題になりえたはずであるが、それについては措いている）。しかし正当化原理が、それら2つに尽きるわけではない。この点については小林憲太郎「違法性とその阻却——いわゆる優越利益原理を中心に」千葉大学法学論集23巻1号（2008）328頁以下を参照。本稿で扱うべき事例類型との関係でいうと、たとえば「被害者自身による優越利益の実現を援け、あるいは可能化する」ことが、独自の正当化原理を構成する余地がある。このような発想を説得的に展開したのは島田聡一郎「適法行為を利用する違法行為」立教法学55号（2000）21頁以下である。また学説には、「緊急避難において補充性が要求されている理由が、他者に法益侵害を転嫁するためには他に手段がないことが要求されるという点にあるとすれば、同一の法益主体内で転嫁が行われる場合には補充性は必要ないと解することができる」と述べるものもある。佐伯仁志「因果関係論」山口厚ほか『理論刑法学の最前線』（岩波書店・2001）7頁。上記「援け、あるいは可能化する」行為それ自体が、補充性を満たしている必要のないことを、的確な倫理的直観から導こうとするものといえよう。ただし補充性は、優越利益原理にとっては必須の要件であるから、かりに緊急避難の語が同原理の代替表現として用いられているとすれば、理論的にはやや厳密さを欠くと思われる。

猛獣事例を少し変形して、「Xが、Aのベットである猛獣の檻を開けて、これを逃がしたところ、当該猛獣が通行人ではなくて、A自身に襲いかかった」としてみよう。そして、そこにたまたま通りかかったYが、Aに対して「私はサーカスの猛獣使いだから、この猛獣をあやしておとなしくさせることもできるが、それは面倒だからしたくない」と述べたため、Aが「では、せめて、この猛獣を射殺してくれ」と依頼し、Yがそのとおりにしたとする。このときYの行為を、優越利益原理それ自体で正当化するのは無理である。あやすこともできる以上、補充性が欠けるからである。しかしAとしては、Yがあやしてくれない以上、命が助かるためには猛獣を諦めるほかないのであって、そこには優越利益原理の構造を見出すことができる。そしてYの行為は、その現実化を可能化するものであるから、この点により適法と評価される余地がある。しかも、繰り返しになるが、これは被害者Aの同意ではない。Aとしては、やむをえず猛獣を諦めているのであって、誰がどのような経緯で檻を開けていようが、少なくとも射殺の段階においては、もはやAによる任意の処分——ベットより自分の命の方が大事な「普通の」人が、ベットを諦める必要などないにもかかわらず、自由な意思決定に基づいて、これを諦めたのだという評価——を容れる余地がないからである。

裏からいえば、優越利益原理その他、プロトタイプの正当化原理によっても、そして先の独自の正当化原理によっても、なお正当化されない場合に、はじめて正当化を諦める必要が生じてくる。たとえばYが現れず、同じく猛獣使いであるXが、Yと同じことをしたとしよう。そうすると、補充性が欠けるため優越利益原理は適用できず、また、A自身のうちに優越利益原理の構造が見出しえ、Xの射殺行為はこれを可能化したかにみえるものの、そもそもAの生命と猛獣の利益衝突（緊急）状況は、まさにX自身が（檻を開ける行為をとおして）作り出したものであって、先の独自の正当化原理も適用できないから、器物損壊罪の違法性が肯定されることになる。

もちろん1の点は、論者自身も実質的には前提にしていると思われるし、このモノグラフィーの優れた点は、むしろ、その精緻な各論的検討(すなわち、具体的な構成要件要素の検討)にある。このような研究は、少なくともわが国では、これまで存在しなかったのであり、大変に貴重なものと思われる。

もっとも、このような先駆的な研究に多いこととはいえ、論者は、自身が見出した問題性の射程を、大きくとりすぎる嫌いがある。たとえば住居(許諾)権者でなくても(あるいは他の住居権を侵害することになろうとも)、実際に家にいる人が招き入れているのに、「侵入」(刑法130条前段)したというのはおかしい、という感覚は、まったく理解しえないではない。それは「侵入」という表現に内在する、意思侵害の要素に強いスポットライトを当てて、本件行為が、そのイメージにそぐわないと判断しているのである¹⁸⁾。しかし、そういった判断は、論者を含む法律家共同体において共通理解を形成する、「刑法においては文理を超えない範囲で目的論的解釈を行うべきである」という生活形式に、正面から抵触してしまうことに注意すべきであろう。

18) もちろん本来の語用に沿っているのだと示すことも不可能ではなかろう。“wegnehmen”(窃取)や“eindringen”(侵入)を例にとり、そのような作業を行うものとして、vgl. Roxin, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, in: Festschrift für Knut Amelung, 2009, S.275f. (直接には被害者の同意が認められる事例を想定し、窃盗罪や住居侵入罪においてのみ、構成要件該当性を否定しようとする見解を批判したものであり、ロクシン自身も結局は、目的論的な限定解釈により構成要件該当性を阻却する。また言葉の可能な意味は、一般に考えられているより広いとする彼も、もちろん罪刑法定主義の縛りは承認しており、具体的には処分権を侵害していても、処分の対象を侵害していなければ、構成要件には該当しないという。両者の関係については、これまで公刊した拙稿において、すでに詳細に説明した)なお、そこで説明されているドイツ語のニュアンスにかんがみるならば、単純に窃取や侵入の語をもって訳すのは、実は適切でないということになる。