

学位論文題名

「被害者の承諾 ～各論的考察」

学位論文内容の要旨

「被害者の承諾」とは、当該法益の所有者が、その法益の侵害に承諾することをいう。本稿は、近年、総論的なテーマとして取り扱われる傾向のある刑法の承諾論を、各論的な視点から見直すという形での検討を行った。被害者の承諾が、各論に規定された構成要件との関係でどのような役割を果たすのか、そして有効な承諾といえるための要件は何であるのか。多種多様な形で規定されている構成要件にとって、そのようなものを画一的に定めることは果たして可能なのだろうか。そして可能であるのならば、それはどのようなものなのか。被害者の承諾が他の正当化事由とは異なって、構成要件で保護された法益の放棄あるいは法的保護の放棄という意味で、各論の構成要件と非常に密接な関係にある以上、このような議論は各論という地に足をつけた検討こそが重要な役割を果たすであろう。本稿は各論に規定されるいくつかの構成要件を例に挙げて、被害者の承諾の体系的地位や犯罪阻却根拠、承諾が有効に成立するための要件をより具体的な形で検討し、そこから総論的な承諾論にもなんらかの示唆を与えることができるような一般的なテーマを導き出すことを目的とした。

本稿は、四部構成になっている。第1章「国家・公共の法益に対する罪と被害者の承諾」においては、虚偽告訴罪と公務員暴行陵虐罪を例として、国家・公共の法益と個人の法益が共に保護されている（あるいはそのように見える）犯罪において被害者の承諾が果たす役割について詳細に検討した。虚偽告訴罪においては、典型的に一つの行為（ここでは虚偽告訴）によって国家あるいは公共と個人が共に侵害されるような犯罪類型において、果たしてここで侵害される利益が、実際に法益として保護されるものであるのか、そして仮に両者が保護されているとして、両法益の関係はどのようなものか（択一的か重層的か）といった検討を通し、国家・公共の法益に対する罪に係る被害者の承諾の有効性について検討した。虚偽告訴罪に関しては、そこで侵害される個人の法益の内容が明らかではないゆえに結果への承諾を必要とする承諾論との関係で懸念が生じること、そして実際に個人法益が侵害された場合にはそれはそれぞれの罪の間接正犯として虚偽告訴者に帰責されることになることから、(様々な)個人法益への危険という形での前倒しの保護は必要ないことを主な理由として、本罪では個人法益は実は保護されておらず、承諾は常に無効であることを明らかにした。公務員暴行陵虐罪では、虚偽告訴罪の理論を基礎に、ここではどのような法益が保護されているのかを検討し、国家と個人の法益の重層的な保護という答えを導き出した。ゆえに被害者の有効な承諾は常に犯罪の成立を阻却するということになるが、このような犯罪類型においては被害者の承諾は、国家と個人という力の差や国家的に作られた強制状況（たとえば拘禁）ゆえに、真意性の要件について個人に対する罪における承諾とは異なっ

た取り扱いをしなければならないことを指摘した。

第2章「財産犯と被害者の承諾」においては、領得罪（窃盗罪・強盗罪・詐欺罪・恐喝罪）と毀棄罪（器物損壊罪）を例にして、構成要件を排除する合意には、窃取や詐取といった行為態様を充足させないための合意（本稿では「行為態様に係る合意」とよんだ）と自己決定権の行使としての法益放棄に関する合意（本稿では「法益侵害性に係る合意」とよんだ）があることを確認し、それぞれの承諾の特徴から承諾のために必要な要件を導き出していった。行為態様に係る合意は、被害者の承諾というよりは行為態様の問題であるので、要件なども構成要件自体が定めるが、法益侵害性に係る合意は、自己決定権の行使であるから、それに見合った自律的な決定のための基礎が必要だと結論付けた。また被害者の承諾の有効性が特別な形で問題となる盗品等関与罪の検討も行った。ここでは、「正常な回復」の放棄という形での承諾が存在しうること、そしてすでに強制状況下にいる被害者の承諾は場合によっては無効となりうることを指摘した。

第3章「自由に対する罪と被害者の承諾」においては、住居侵入罪と監禁罪を例にして、前章で導き出された区別がここにもあてはまり、そこからそれぞれの分類に特徴的な要件が導き出されることを示した。具体的には、住居侵入罪の承諾は行為態様に係る合意であり、その要件は住居権の侵害の行為態様である「侵入」メルクマールが定めるとし、監禁罪においては、行為態様の絞りがかけられていないことから、自律的な決定としての法益侵害性に係る合意が問題となるとした。

最後に第4章「生命・身体に対する罪と被害者の承諾」においては、そのような財の重要性（存在価値）ゆえに、行為態様に係る合意とも法益侵害性に係る合意とも異なる新たな承諾の類型を導き出した（本稿では「同意」とよんだ）。本稿はいわゆるヤコブスの三元説に類似の立場をとっており、同意には違法性を排除する効力が与えられていると解した。その上で、違法性阻却の根拠を刑事政策的な、また憲法上要請された自己決定権の尊重に求め、そこから同時に同意殺人罪と一部の同意傷害が可罰的な根拠をも導いた。本稿では同意の内在的制限という意味で、自己決定権自体を否定するのではなく、刑事政策的（一般予防的なパターンリズム・生命のタブー化）にそのような自己決定を完全に保護することは認められないとして、自己決定権を外在的に制限した。本稿の利点は、被害者にそのような自己決定は認められないとするのではなく、被害者の自己決定権の効果が刑事政策的に制限されると解することで、同意殺人罪と同意傷害の刑の減輕を矛盾なく説明することができるということにあった。また、同意傷害罪の場合は可罰性の基準も問題となるが、ここでは最近のドイツの学説や判例の傾向を紹介しながら、傷害罪の違法性を排除する承諾が傷害罪の法益侵害に向けられたものでなければならないことと同じように、その制限も傷害罪の法益侵害に関係したものでなければならず（いわゆる法益解決）、また同意殺人罪とのバランス等を根拠として、同意傷害は生命に危険を及ぼすような重大な傷害、あるいは日常生活を困難にするような重大な障害を惹起する傷害の場合には同意にもかかわらず可罰的であると解した。また「法益侵害性に係る合意」と「同意」はいずれも自己決定権を根拠とした刑法上の制度であるので、両者の承諾の要件は、大枠は同じであるが、前者はおおよそ承諾の効果を制限できず、後者は制限が可能であることを大きな違いとしてあげた。

このような四部でなされた検討でもって、結語において総論的な示唆を行っている。そこでは承諾の犯罪阻却根拠は一つではなく、行為態様に係るもの、法益侵害に係るもの、法的保護の放

棄に係るものがあることを確認した。また要件としては、行為態様に係る合意は構成要件メルクマールがそれを定め、法益侵害性に係る合意と同意は、自己答責的に行動できる者の自律的な決定といえるための要件が必要であることを確認した。

学位論文審査の要旨

主 査 教 授 小名木 明 宏
副 査 教 授 長 井 長 信
副 査 助 教 授 深 町 晋 也

学 位 論 文 題 名

「被害者の承諾 ～各論的考察」

(論文の要旨)

本論文は、4章の構成になっている。

第1章「国家・公共の法益に対する罪と被害者の承諾」においては、虚偽告訴罪と特別公務員暴行陵虐罪を例として、国家・公共の法益と個人の法益が共に保護されている犯罪において被害者の承諾が果たす役割について詳細に検討した。虚偽告訴罪では、侵害される個人の法益の内容が明らかではないゆえに、結果への承諾を必要とする承諾論との関係で懸念が生じうること、実際に個人法益が侵害された場合にはそれはそれぞれの罪の間接正犯として虚偽告訴者に帰責されることになるだろうから、個人法益への危険という形での前倒しの保護は必要ないことを主な理由として、本罪では個人法益は実は保護されておらず、承諾は常に無効であることを明らかにした。特別公務員暴行陵虐罪では、虚偽告訴罪の理論を基礎に、国家と個人の法益の重層的な保護ゆえに被害者の有効な承諾は常に犯罪の成立を阻却するということになるが、このような犯罪類型においては被害者の承諾は、国家と個人という力の差や国家的に作られた強制状況ゆえに、真意性の要件について異なった取り扱いをしなければならないことを指摘した。

第2章「財産犯と被害者の承諾」においては、領得罪(窃盗罪・強盗罪・詐欺罪・恐喝罪)と毀棄罪(器物損壊罪)を例にして、構成要件を排除する合意には、窃取や詐取といった行為態様を充足させない合意(行為態様に係る合意)と自己決定権の行使としての法益放棄に関する合意(法益侵害性に係る合意)があることを確認し、行為態様に係る合意は、被害者の承諾というよりは行為者の行為態様の問題であるので、要件なども構成要件自体が定めるが、法益侵害性に係る合意は、自己決定権の行使であるから、それに見合った自律的な決定のための基礎が必要だと結論付けた。また盗品等関与罪については、「正常な回復」の放棄という形での承諾が存在しうるが、すでに強制状況下にいる被害者の承諾は場合によっては無効となりうることを指摘した。

第3章「自由に対する罪と被害者の承諾」においては、住居侵入罪と監禁罪を例にして、前章で導き出された区別がここにもあてはまり、そこからそれぞれの分類に特徴的な要件が導き出されることを示した。住居侵入罪の承諾は行為態様に係る合意であり、その要件は住居権の侵害の行為態様である「侵入」メルクマールが定めるとし、監禁罪においては、行為態様の絞りがかけ

られていないことから、法益侵害性に係る合意としての承諾が問題となるとした。

第4章「生命・身体に対する罪と被害者の承諾」においては、財の重要性（存在価値）ゆえに、行為態様に係る合意とも法益侵害性に係る合意とも異なる新たな承諾の類型「同意」を導き出した。論者はヤコブスの三元説に類似の立場をとっており、同意には違法性を排除する効力が与えられていると解し、その上で、違法性阻却の根拠を刑事政策的な配慮と自己決定権の尊重に求め、そこから、同意殺人罪と一部の同意傷害が可罰的であるとする根拠も導いた。また、最近のドイツの学説や判例を紹介しながら、同意傷害は生命に危険を及ぼすような重大な傷害、あるいは日常生活を困難にするような重大な障害を惹起する傷害の場合には、同意にもかかわらず、可罰的であるとした。また「法益侵害性に係る合意」と「同意」は、要件の大枠は同じであるが、前者はおよそ承諾の効果を制限できず、後者は制限が可能であるとした。

結語において総論的な示唆を行っている。承諾の犯罪阻却根拠は一つではなく、行為態様に係るもの、法益侵害性に係るもの、法的保護の放棄に係るものがあること、また要件としては、行為態様に係る合意では構成要件メルクマールがそれを定め、法益侵害性に係る合意と同意では、自己答責的に行動できる者の自律的な決定といえるための要件が必要であることを確認している。

（評価の要旨）

本論文の特長は、次の4点である。

第1に、これまでの「被害者の承諾論」は主に総論の領域での議論が行われてきたのに対し、本論文は「被害者の承諾」が、他の総論的な犯罪阻却根拠よりも、より深く各論に根付いた根拠であることを重要視し、あらためて各論の視点から「被害者の承諾論」を見直すことで、地に足のついた、そして総論的な議論にとっても示唆のある被害者の承諾の性質や成立要件について検討を行った点である。確かに、総論的で概念的な分析は、理論刑法学にとって好まれる題材ではあるが、刑法解釈学は各論的な構成要件を題材とするものであることは否めず、この枠組みで被害者の承諾を論ずることは有意義であるにもかかわらず、従来は着目されてこなかった領域であり、本論文はこれを積極的に扱った点で先進性が認められる。

第2に、ゲールズが提唱して以来、ドイツでは頻繁に議論され、他方、日本ではあまり注目されてこなかった被害者の承諾の体系的地位の問題について、その区別の存在と必要性を検討し、日本法でその区別が行われるべきことについて検証し、結果として、ドイツでは意識的に、日本では漠然と行われてきた被害者の承諾を構成要件の問題と違法性の問題に区分する二元的説明に換えて、各論的考察を通じて三元的説明を行った点にも本論文の斬新性がある。この点、ドイツではヤコブスが同様に三元的な説明を行っているが、本論文は構成要件ごとにそれを区別した点で、ヤコブスの三元説とも志向が異なっており、その意味でオリジナリティーが存在する。

第3に、これまで学説の多数では、被害者の承諾が有効に成立するための要件は体系上の地位とは別に、構成要件ごとに個別に検討されるべきだとしてきたにもかかわらず、特に日本では各論的な要件の検討があまり行われてこなかった現状に対し、本論文はそれを実際に各論的な視点から行っており、その結果、犯罪阻却の根拠、すなわち体系的地位の問題と有効な承諾の成立要件の問題は、切り離せない関係にあるとして、二元説の立場から両者のリンク可能性を導いたゲールズの主張を新たに三元説的な視点から検討しなおした点にも特徴がある。

第4に、日本では総論的な議論が中心であったために、断片的にしか紹介されてこなかったドイツにおける各論ごとの「被害者の承諾論」について、ドイツの条文・解釈を元に詳細に紹介・分析し、日本法独自の視点からそれらが日本法との関係でどのような意味をもつのかを検討している。これまで十分に紹介されてこなかったドイツの議論を詳細に紹介している点で資料的価値をもつだけでなく、わが国における各論的論議を深化させたという意味でもその意義は大きい。

本論文に対しては、論者が目指す各論的分析から総論的議論への還元が十分なされていないのではないかとの批判もあるが、本論文では、被害者の承諾の各論的な分析に重点が置かれており、総論的な議論へのつながりを説く「結語」は、次の段階へ掛け橋を示すものである。また、最近議論の激しい自己危殆化行為や実務的に重要な治療行為といった問題点も被害者の承諾と関連するものの、本論文では触れられていない。しかし、これらの問題は本論文の視点からすれば、次の段階として存在する別の問題であり、本論文の結論を踏まえた上で別稿として期待されるものであるといえる。

以上の次第で、審査委員全員一致により、合格と判断した。