

## 紹介

### ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ

### 古希祝賀論文集の紹介(9)

Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70.  
Geburtstag, 1999.

刑法読書会  
松宮孝明編

#### 目次

- ギュンター・ヤコブス「客観的帰属論に関する覚え書き」  
ハロー・オットー「危険な製品の供給に対する刑法上の責任」  
以上2000年1号
- ハインツ・シェッヒ「延命措置の限界に関する未解決の諸問題」  
フェリドゥン・イエニセイ「トルコの資金洗浄法について」  
以上2000年2号
- ミヒャエル・ケーラー「帰責の概念」  
ヴァルター・グロップ『『義務衝突』: 義務の衝突もなければ、  
衝突状態にある義務もない』  
以上2000年5号
- アルビン・エーザー「比較法的視点における治療行為の規定について」  
ディーター・レスナー「過失理論の試金石としての、  
スポーツにおける不注意な行態」  
以上2001年2号
- クラウス・ロクシン「終了未遂の中止としての既遂の阻止」  
ヴィルフリート・キューバー「生命を危殆化する措置」  
以上2001年3号
- マンフレート・マイヴァルト「資金洗浄罪の構成要件における解釈問題」  
ユルゲン・ザイアー「国選弁護人の任命取消」  
以上2001年4号
- クリスチャン・キュール「緊急権における自由と連帯  
カント実践哲学に基づく法哲学的考察」
- エレン・シュリュヒター「結果犯における故意の原因において自由な行為について」  
以上2001年5号
- ギュンター・シュベンデル「原因において自由な行為と堂々巡り」  
ギュンター・イェル－シェク「行為責任、同時存在原則、間接・直接正犯

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュによる原因において  
自由な行為の復権について」

以上2001年6号

グンター・アルツト「確信的被害者について」

ヴォルフガング・フリッシュ「善良な風俗に反する傷害の不法について」

以上2002年1号

## グンター・アルツト

### 「確信的被害者について」

Arzt, Gunther, Bemerkungen zum Überzeugungsoffer  
insbesondere zum Betrug durch Verkauf von Illusionen, in:  
Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am  
11. April 1999, S. 431-450.

〔紹介にあたって〕

ベルン大学アルツト教授が本稿で意図しているのは、効能の存在がかなり疑わしい薬品、治療行為、宗教上のお守り、折檻などに対する、詐欺罪、傷害罪による処罰の実体法的限定である。実際お守りや UFO に関する本を販売した者は、仮に彼がその効能や内容が真実でないことを分かっているとしても、多くの場合（あるいは常に）詐欺罪で処罰されることはない。つまり通説によれば、欺罔・錯誤・処分・財産的損害の因果連鎖があるだけでは詐欺罪は成立しないのである。そこで、その背後にある考慮とは何かを探り、このような迷信に対する不処罰の根拠を近時問題となっているいわゆる民間医療、疑似薬、新興宗教に関する本などに対しても一定程度援用できるとアルツト教授は考えるのである（疑似薬の問題については有名な事件として BGHSt. 34, 199ff.）。結局アルツト教授は、被害者が得た利益が非経済的・精神的なもので、かつ現実の代替手段が存在しない場合に、その幻想自体に被害者は利益を有していると評価できることが不処罰の根拠であると基本的には考えているようである。

以上のようなアルツト教授の問題提起は、類似の問題が絶えない我が国にとっても有意義なものと言えよう（例えば最高裁判例では祈祷料が問題となった最決昭31・11・20刑集10巻11号1542頁参照、特に垂水裁判官の補足意見が傾聴に値する）。以下は本稿の要約である。

\*

\*

\*

## ・ 幻想の市場 (Markt der Illusionen) の定義

ヒルシュが確信犯の考察にあたり焦点を当てた「我々の社会における多元的で多文化的発展」という観点は、不合理な動機により財を処分する被害者(確信的被害者)についても妥当するはずである。この考察は行為者の可罰性の制限を意図するものであるが、この制限は訴訟上のグレーゾーンではなく、既に構成要件のレベルで行われるべきである。

### 1-2. 限界付け 被害者・行為者

劇のように被害者が幻想であることを分かっている場合や、多くの加持祈祷者のように行為者が自分の能力を信じている場合、幻想の販売の場面ではない。

事例(1) なお、詐欺罪によって新興宗教の問題を解決する判例の動向には(BGE119 210)、理論的にも法政策的にも疑問がある。

### 3. 物的・経済的幻想 (materiell-wirtschaftliche Illusion)

さらに、物的・経済的幻想の場合も本稿のテーマではない。これは通常の詐欺罪の事例であり、またこのような幻想それ自体に被害者が利益を有していないからである。

事例(2) 確実な資本回収を謳い文句にしたマルチ商法における「有利な投資をした」という満足感 (BGH JR1999, Heft2)。

事例(3) 偽の骨董品を販売した。

事例(4) グリム童話の「しあわせハンス」 - 不合理な取引を繰り返す度に「自分は有利な取引をした。幸せ者だ」と考える主人公の話(詳しくは、野村滋訳「決定版完訳グリム童話集4」(2000))。

私見によれば、(2)では経済的幻想の問題であり、覚めるのは時間の問題であり、行為者処罰が被害者の利益に資することは明白である。また(3)の場合幻想から覚めることは稀であるが、その可能性は客観的に存在していることから、行為者処罰は被害者の利益に資すると言える。もっとも、(4)の場合、幻想の経済性の区別問題に困難をもたらす。例えばブランドに財産的価値が認められている現代社会では尚更であろう。

### 4. 精神的幻想 (immaterielle Illusionen) への限定

一般に(2)では被害者の失望の必然性、(3)ではその危険性が根拠とされている。

しかし(4)でも失望の危険が存在している点は同じである。よって別の観点,すなわち精神的幻想の特殊性に基づく可罰性の制限を試みることにしたい。

・ 行為者への刑罰威嚇による, 幻想から  
覚めることの被害者への強要

1. 社会的ないし反社会的目的逸失

本稿が前提としている幻想の経済性という区別はそもそも可能であろうか。例えば効かない除草剤と増毛剤, 効かない撒き餌(釣り用)と媚薬を比較した場合, 何れも対価を騙取されている点は同じである。実際, 対価を騙取したという理由で, 事例(1)や特効薬事例(BGHSt. 34, 199)では詐欺罪が肯定されている。

私見によれば, 被害者が当該幻想に対して利益を有していたか否か, そして目的が経済的か否かが重要である。増毛剤と媚薬の場合, 精神的目的であり, 詐欺罪は否定されうる。

なお, 寄付金詐欺において社会的目的逸失がある場合にも損害を認め, 詐欺罪成立を肯定する通説は妥当でない。寄付者の満足感は経済的に評価し得ない。募金制度保護を趣旨として, 募金法(SammelungsG)を適用すれば十分である。

事例(5) 賭博の精算目的を秘して, TがOに「一回限りの有利な投資のためだ」と騙してお金を借りた。Oの錯誤は結婚の約束にも基づくものであった。(パリエーション - 結婚詐欺) 賭博の精算であることを告げるが, その気もないのに結婚を約束する。

前者は通常の貸付金詐欺の事例である。後者は通説によれば社会的目的逸失の範囲の拡張の程度による。しかし, そもそも通説の社会的目的逸失思想の射程は不明確であるし, 問題の核心に迫るものではない。私見によれば, 寄付金詐欺の場合, 被害者は幻想的な満足感そのものに対する利益は有していない。つまり, 現実の代替手段が被害者にとって入手可能でない場合に初めて, 被害者は当該幻想に対して利益を有していると言える。寄付金詐欺の場合はそこまでは言えないであろう。事例(5)のパリエーション(結婚詐欺)が場合によっては現実の代替手段が存在しない場合といえよう。

2. 幻想に対する被害者の利益

事例(6) 不治の病を患っているOは, スーパードクターTの治療によって治療可能であると信じて, 彼の治療を受ける。

このような場合, 個々の被害者からすれば, 幻想を維持することが最善である。

詐欺罪で処罰することは被害者が望まない保護を強制することになる。幻想の種類、期間、財産支出に応じて、どの程度被害者の幻想が考慮されるべきかを決すべきである。

### 3. 幻想の大小、価値、程度

幻想の販売においては、不老不死や末期癌克服などの大きな幻想の場合もあれば、占いなどの小さな幻想の場合もある。被害者保護と被害者後見の衝突、幻想の大小の区別について、以下では特に健康をめぐる事例を手がかりに考察する。

#### ・健康 (Gesundheit) ・ 一般的健全 (Wohlbefinden) の場合の幻想

##### 1. 救済の教義 (Heilslehren)

通常、幻想の論破や、導師が彼自身が唱えているの教義を信じていないことの立証は困難であり、これに失敗すれば故意犯は否定される。シリウス事件 (BGHSt. 32, 38) では立証に成功したが、断食療法が問題となった BGE108 3 では詐欺罪の成立は認められなかった。

##### 2. 健康と健全

幻想を提供する多くの者を詐欺罪や傷害罪で処罰しないことにつき、例えばヴィクティム理論のように被害者が疑念を有する場合に錯誤や欺罔を否定する見解がある。しかし、このような制限では不十分であり、また幻想に対する多少の疑念は普通のことであること、その幻想の内容、脈絡は様々であること、さらにこれらはマスメディアにも左右されることに鑑みれば、このような偶然的事情ではなく、被害者の幻想の欲求が不可罰の根拠とされるべきである。禁治産者あるいは暴利的取引と認められない限度で我々は不合理であってよいのである。SF に関する本の販売が詐欺罪で処罰されないのと同じである。保護の強制は中核刑法の役割ではない。被害者の後見は特別刑法に委ねるべきであろう。

以上の構想は、基本的に策略 (List) に対する自由を保護しないという詐欺罪と傷害罪の立法趣旨にも合致する。

##### 3. 幻想の創出と利用

幻想は販売者から積極的に与えられる場合もあれば被害者が既に抱いているものが利用される場合もある。もっとも実際はその中間形態が多い。

UFO に関する物語で娯楽の欲求を満たすことが一般的に許されるのならば、若

返りに対する期待やお守りの販売も詐欺として抑圧してはならない。この社会的脈絡を特効薬事例において BGH は看過しているのである。

#### 4. より優れた現実の選択肢が存在する場合

上述の処罰の制限は被害者の自由な法益処分を保護する趣旨である。よって、特に治療行為の場面で、より優れた代替手段が存在するにもかかわらず、幻想的な治療行為をし、治療の機会を奪うことは許されない。万策が尽きていることが前提である。例えば、精力増強、肌の張り、体型、ルックスなどが挙げられる。限界事例は禁煙であり、この場合万策が尽きたものと評価すべきでない。

#### 5. 幻想の娯楽的価値 - 特に、軽微な場合

例えば疑似痩せ薬のように幻想が小さい場合やその対価が低額の場合、消費者はその幻想性を少なからず見抜いている。この場合、ブランド品の購入と同様、金銭を消費すること自体に消費者の利益が存在していると言える。また買い物自体の娯楽的価値も重要である。以上の観点に鑑み、例えば痩せ薬や精力剤の場合、これらが本当に効くか否かは重要ではなく、詐欺罪は成立しない。

##### 事例(7) 省略

通説も、健康ではなく健全が問題となる限りで、その身体に対する侵害の軽微性を理由に、誇大宣伝やもぐりの医師による治療を不処罰とする。しかしこれでは詐欺罪の不処罰を説明できない。私見によれば、大学医療の有無を基準とすべきである。健全の場合、ほぼ全て幻想の問題であり、詐欺罪が否定されるのである。

#### 6. 要約としての理論的根拠付け

詐欺罪の場合、被害者の幻想に対する利益は最終的には財産的損害の有無の問題であるが、欺罔にまで遡って検討されるべき問題である。そしてこの観点は他の法益にもあてはまる。なお、幻想の市場では被害者は意図的に自らを危険にさらしていることから、自己答責性の観点からも説明しうることを指摘しておく。

以上のことは、被害者の迷信の自由 (Aberglaubensfreiheit)、人格権 (基本法第四条、第二条) という憲法的観点からも説明される。

### . 特別刑法

上述の構想は特別法で一定の幻想の販売が処罰されていることとも一致する。実際、幻想の販売は従前は詐欺罪ではなく、せいぜい軽犯罪とされていた。もっとも

特別刑法の適用にあたっては人間の不合理な側面は尊重しなければならない。健康・健全の場合も、重要性基準は曖昧であり、むしろ治療の代替性等を基準とすることが明確である。

事例(8) ベルンカントン(Kanton)の健康法(Gesundheitsrecht) 近時、大学医学の代替手段の必要性などから、民間医療に対する規制が緩和されつつある。

・ 展望・不合理な不安(irrationale Ängste)

将来、幻想が私費ではなく保険によりまかなわれることが予想される。また幻想を強く欲している者を構成員とする社会が特効薬や迷信に感化されやすいことは(政治の場面でも)避けられないであろう。そして不合理な期待の裏側である不合理な不安という新たなテーマにも我々は取り組まなければならない。

(森永真綱)

## ヴォルフガング・フリッシュ

### 「善良な風俗に反する傷害の不法について(§ 228 StGB)」

Wolfgang Frisch, Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§ 228 StGB), in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, 1999, S.485-506.

[紹介者はしがき]

本稿は、ドイツ刑法228条「同意傷害罪」について、憲法(基本法)との関係における問題性や本規定の固有の問題領域がどこにあるかなどを考察したものである。

同意傷害について、我が国はドイツのような各則上の特別な規定をもっていないので、被害者の処分の限界がどこに設定されるかは「違法論の本質」に遡って議論がなされている。すなわち、結果無価値を重視する論者は傷害の重さに着目して、「生命に危険なほどの重い傷害」あるいは端的に「重い傷害」の場合に被害者の処分が制限されるとし、行為無価値を重視する論者は、行為によって追求された主観的な目的や行為態様を重視し、「社会的相当性」などの観点から処分の限界を画そうとしている。

他方、ドイツにおいては、身体傷害における被害者の処分の限界は、まずもって刑法228条の構成要件解釈の問題である。すなわち、ドイツ刑法228条によれば、被害者の同意のある身体傷害は原則的には適法であるが、例外的に行為が善良な風俗に反する場合には同意の効力が否定され傷害は違法になるとされている。そして、

ドイツにおいても傷害における被害者の処分の限界は、「行為の目的」を重視する方向と「傷害の重大さ」を重視する方向の二つの大きな流れがあるのだが、そのような理由で処分が制限されるような傷害がすなわち「良俗違反」だとされているのである。

この点、フリッシュは「合理的な人間の自律的な自己決定」といえない場合が「良俗違反」であるとして被害者の同意が無効とされ行為者が処罰されるとしている。

なお、本稿の問題状況について、紹介者は既に別稿において検討を行った(拙稿「同意傷害について」岡山大学法学会雑誌第50巻第2号241頁以下)。あわせて参照されたい。

以下は、本論文の要約である。

\*                         \*                         \*

刑法228条によれば、「行為が同意にも関わらず善良な風俗に反する場合には」被害者の同意があってもその傷害は違法である。1933年に刑法226条 a としてこの規定を挿入した立法者は、この規定によって、良俗違反基準が単に民法上の意思表示の有効性のみを限界づけるのではなく、傷害に有効に同意する個人の権限をも限界づけることを明示しようとした。このことは、一見するともっともであるし、さらに、道徳律を行為自由の限界として挙げている基本法2条1項によっても、それは確認されるように思われる。それにもかかわらず、この規定は、まさしくその基本法の援用によって激しい批判を被ってきたのである。

1. 批判の第一は、本規定の不明確性に関する批判である。性行為の問題領域における見解の相違に見られるように、その行為が良俗違反であるのか否かは論者によって見解が大きく異なることがある。このような第一の批判に基づいて通説と有力説が分かれる。まず、通説は、刑法228条は憲法上の明確性の要請との関係で緊張をはらんでいることを記憶にとどめておいて、この緊張を可能な限り解消するような法適用を行うべきであるとしている(限定解釈説)。しかしながら、有力説は、そのようなこの規定の「弱体化」を拒絶し、刑法228条と憲法的な明確性の要求とは両立し得ないのでこの規定は憲法違反であると考えている(憲法違反説)。

批判の第二は、本規定における法と道徳の混同に関する批判である。すなわち、可罰性を根拠付ける文脈において道徳的カテゴリーを援用することは問題があると



し、そのようにして根拠づけられた可罰性は刑法の法益保護任務に緊張をもたらすと批判されているのである。そして、この見解は、この批判を免れるためには、行為の問題性が法的にも客観化可能な場合(たとえば、行為が法的に否認される目的に役立つものである場合)に刑法228条の適用を限定すべきであると提言している。

2. 以上のような批判は、刑法の任務に関する周知の諸原則に照らせば、確かにもっともなものである。しかし、これらの批判はあまりにも単純な理解をしている。刑法228条は、実際には、不法の根拠付けにおいて、ほとんど気づかれていない欠陥に苦しんでいるのである。それゆえ、この規定の問題に対するこれまで出された表面的な批判に基づいて提示されている上述の見解も、不信の目でもって考察されなければならない。さらに、この規定の根本的な欠陥を明らかにすることは、同意にも関わらず傷害が処罰される根拠はどこにあるのかということをも理解できるようにすることでもある。

本規定のそもそもの欠陥は、その理念に関するものである。それは、行為が善良な風俗に反した場合に、傷害を理由として処罰することの問題性である。侵害が善良な風俗に違反しただけであった場合には、立法者は、通常は、被害者が承諾した法益とは別の利益を保護するために、まさにその別の利益の保護に役立つような特別規定を設けることによって、行為者を処罰しようとする。(その例としては、刑法109条の「損傷による兵役義務の忌避」や刑法304条の「公共侵害的な器物損壊」が挙げられる。)行為が良俗違反である場合の同意傷害を傷害として処罰することは、実質的にも不相当であり、傷害の不法の本質にとっても適切でないのである。

また、「傷害の不法をもっぱら自然主義的な身体傷害によって完全に根拠付け、さらに、この不法は同意事例において確かに通常は欠落するのであるが、しかし善良な風俗に反する行為への同意の場合には同意は無効となり不法は残ったままである」とする見解がある。しかし、このような考え方は少なくとも二つの重大な欠陥を持っている。そのひとつは、この考え方は不法の根拠づけを簡単にしすぎているということである。一定の身体傷害または財の変更が不法であると思われる場合には、我々は暗黙にそのような財の変更を他人の意思の侵害として、その限りで存在する権利関係の破壊として考えている。そうであるからこそ、被害者の同意によって不法が欠落するといえるのである。もうひとつは、不法条件が満たされるかそれとも同意に基づいて欠落するかという問題を、民法上の意思表示のサンプルに基づ

いて決定することは誤っているということである。行為の良俗違反性は、同意に影響を与えるかもしれないが、しかし被害者の意思に適合した財の変更から被害者の意思への侵害と見なければならぬような財の変更は作り出され得ないのである。

被害者の意思に反する身体の完全性への侵害は、同意が被害者の自律的な決断の表明であると見ることが出来ない場合にのみ、根拠づけられる。表明された意思がこの観点のもとで尊重されない場合にのみ、傷害の不法が存在するのである。

以上のように考えた場合、少なくとも二つの問題が生じる。一つは、被害者の同意が彼の自律的な決断の表明であると見ることができない場合に傷害を理由とした処罰が基礎づけられるということが、刑法228条の行為の良俗違反性とどのような関係にあるのかという問題である。もう一つは、どのような問題領域が刑法228条にとって固有な適用領域といえるのかという問題である。表明された同意が自律的な意思決定であると見ることができない事例は、とりわけそれは表示者の同意無能力と意思の瑕疵(欺罔, 錯誤など)の事例であるが、それらは同意論の中で長い間独自のカテゴリーにおいて把握されてきた。しかし、この二つの事例を刑法228条の下に置くことはあまり意味のあることだとは思われない。そうだとすると、結局どのような問題領域が刑法228条になお残っているのだろうか？

1. 被害者の同意論の役割は、被害者の自律的決定に効力を認めると同時に、自律的決定ではない同意の効力を否定することである。同意無能力と意思の瑕疵(錯誤や強制)の場合に同意の効力を否定することは、以上の同意論の役割を限定的に保障するだけでしかない。

そもそも同意無能力と意思の瑕疵の事例は不完全にしか解明されていない。これらに属する事例のある一定の核心的領域にのみ見解の一致が存在するのであり、それ以外では見解の相違が存在している。

まず、同意無能力の問題についていえば、たとえば、非常に高揚した気分で賛同した場合や被害者の頑固さが影響している場合に同意能力がなかったことになるのか、またアルコール摂取の程度がどれくらいで同意無能力になるのかなどは不明確なままである。

さらに、意思の瑕疵のカテゴリーも十分に明確になっているとはいえない。たとえば、被害者がある一定の事柄は正確に認識しているが、決断するとき視野が狭くなっていることから考慮に入れていなかったような錯誤は重要なのであろう

か？あるいは、被害者が自分が根拠とした事情が他人からは異なって判断されることになるであろうということを正確に知っていた場合にはどうなるのか？

前述のような心理的抑圧状況が表示内容の中に反映しておりはっきり読みとれる場合にはじめて、ある一定の意思表示をその人の自律的な決断ではないとすることは正当である。このような被害者の同意は、もはや被害者の自律の表明であるとは理解することができない。なぜなら、合理的な人間ならばそのような決断はしないからである。しかし、このような観点は、同意無能力と意思の瑕疵のカテゴリーには分類されえない。

さらに第二の根拠が存在する。同意無能力や意思の瑕疵の事情は、行為者にそれが認識されていたかあるいは簡単に認識可能であった場合にのみ、被害者の同意を無効とし、効率的な被害者の保護を行うことが出来る。たとえば、原則的に同意能力があるとされる大人において、例外的に同意無能力であるとされるような欠陥が行為者に知られていたかどうかは偶然的なものである。その認識可能性も原則として保障されてはいない。意思の瑕疵の場合でも、行為者による欺罔がなく、被害者が勝手に錯誤に陥った場合には行為者の認識や認識可能性は偶然的なものであろう。

このような状況とは別個に、被害者の自律的な決断ではないということの具体的な手がかりがある場合にのみ、同意は無効とされ被害者は保護される。合理的な人間ならばそのような同意を与えないであろうから、同意内容が自律的な人の決断の表明であるとは理解され得ない場合に、このことは妥当する。ここでは、法秩序は、自律的な同意によっては覆われていない財侵害から被害者を保護するために、被害者の同意があっても侵害を禁止しつづけるという方法によって、被害者の保護を保障しているのである。

2. この保護の保障は、個人のパターンリズムによる後見とは全く関わりがない。このような保障は、そのような状況において合理的な人間ならば望むであろうことに合致する。もちろん、合理的な人間は、通常、自身が合理的な状態においてなら全く不合理だと考えるようなことを他人が実行せず、自分の財が保護されることを望む。合理的な人間として認められた者が非常に不合理なことを真摯に望むというように法秩序は仮定することができないということがより重要なのである。そのような被害者の同意は、何らかの誤解や短慮などのゆがめられたプロセスの現れなのである。

3. 合理的な存在としての個人の意思は、侵害禁止の保持に対する原則的なバック

ボーンを作りだすにとどまらない。そこからは、同意を無効とすることの限界も同時に生じるのである。それが不合理な同意であるという理由で同意を無効にするのは、不合理だということが明白な場合に限定される。なぜなら、行為者が被害者の決断の根拠を知らなかった場合には、それが不合理だという判断はほとんどできないからである。被害者の同意はかなえられなかったが財は保持されたという利益が、それが不合理かどうかを考慮せずに被害者の決断に行為者が従ってくれたという利益よりも明らかに大きくなければならない。これは、たとえば重大な結果を招く不可逆の侵害に対してのように、狭い問題領域に対してだけしか言い得ないことなのである。

1. 自己決定が保持される利益に鑑みれば、不合理だということを理由とする同意の無効は例外事例に限定されなければならない。すなわち、合理的な人間ならばそのような同意をしないであろうし、ある行為を望み得ないが故に望まないことが明らかでない同意のみが無効とされうるのである。

以上のことが妥当する中心事例は、重大な身体傷害、特に明白な根拠なくあるいは追体験可能な根拠なく要求され是認された回復不可能な結果を伴う傷害の事例である。それらは、合理的な人間の決断の表明として理解することはできない。なぜなら、合理的な人間ならば、理性的な状態で決断する限りで、自己の存在と自由の本質的な条件(たとえば重要な臓器や重要な身体部分)を脅かすような回復不可能な身体傷害に、十分な根拠なく同意することはしないであろうからである。合理的な人間ならば、十分な理由のある限定的な根拠に基づいてのみ、このような決断を行うのである。そうした理由がないならば、被害者は事情の大きな誤解のもとで決断したかあるいは妄想にとらわれて決断したかしたのであって、彼は合理的な決断は全く出来なかったのだとしなければならない。合理的な人間ならば侵害を実際には全く望んでいなかったし望み得なかったので、そのような被害者の同意は侵害の実行を正当化する根拠としては十分ではないのである。

なお、回復不可能な結果を伴う重大な侵害を惹起することを目標としてはいいがその著しい危険をもつ行為への承諾の場合にも、同様のことが妥当する。被害者の主観的な好みを一定程度考慮したとしても、行為実行に賛同した根拠と行為実行の危険との間に明らかな不均衡が存在する場合には、このことは特に問題になる。明らかに意味がないが高度の危険のある人体実験への同意や重い結果を伴う折檻への同意、あるいは無免許医による身体・生命に重大な危険がある医的行為への合意

などがその例である。このような同意は、合理的な人間という観点からは、理性を失わせる妄想や病的な自傷への衝動さらには他人から惑わされた宗教的な観念などによる不自由の表明としてのみ理解されうるのである。

2. しかしながら、軽い一時的な傷害の事例には別のことが妥当する。ある同意が合理的な人間の決断の表明として追体験(理解)可能でないという判断は、軽い傷害に対する同意の場合にはほとんどそういう判断を下すことができない。その限りで、自然主義的な意味で軽い身体傷害の場合には、重い傷害の場合とは異なった合理性の根拠がありうるのである。このような場合には、治療を受けたり、臓器提供によって他人の生命を救ったり、自分の外見を改良したりするため(美容整形)の努力のようなものだけが、同意の合理性を支えているのではない。ここでは、動機づけの根拠として、肝試しやサドマゾなどの性的な欲求のようなものでも十分である。このことから、とりわけ古い判例や文献において、行為が良俗違反であるためにその傷害が違法であることの典型事例とされていたSM事例を、違法で可罰的な傷害ではないとすることができる。たとえ、それが一定の道徳観に違反するかもしれないし、ひょっとすると変態的なものとさえ考えられるかもしれないとしても、である。このような事例においては、合理的な人間の決断の表明であると考えることが出来ないと説得的にいうことはできないのである。

3. ここでの締めくくりとして、補足的に以下のことが指摘できる。合理的な人間の自己決定とみなすために十分であるとされるものは、変更不能のものとして確定しているのではない。それは、時代と文化に強く拘束されるのであり、特に、自分とは別の考え方もなお合理的なものとして許容する寛容さの程度に左右されるのである。上述したように、全く異なって判断される重い傷害と軽い傷害という分類さえも、実は大まかな指針を示しうるにすぎないのである。たとえば、重い傷害に関連する場合でも、生命に危険な格闘技などのスポーツや学生の決闘などを思い浮かべれば、ある一定の展開可能性を承認することでもって、このような身体の傷害と危殆化にもそのような競技のルールの中においてなら同意することができるということがすぐに明らかになる。

以上述べてきた私の解決方法と立法者の意図との調和可能性および刑法228条との調和可能性という問題が最後に残されている。

私の解決方法は1933年の立法者の考え方とは確かに一致しない。立法者は、当時の学説を基礎にして、同意の有効性を決定するものを明らかに傷害行為の良俗違反性の中に見ていたし、おそらく瑕疵のある同意を尊重しないことが同時に傷害の可罰性を十分に根拠づけるのだという考えに好意をもっていたのである。しかし、今日の刑法228条の成立過程は、ここで展開した私の解決方法と類似した手掛かりをも同時に含んでいる。この規定の基礎にある草案においては、強要された同意の事例で行為者を傷害を理由として可罰的であるとするのが問題になったのであるが、草案の立法者にとってはこのような場合の傷害は良俗違反であると思われていたのである。これは、私の解決方法と明らかにパラレルである。なぜなら、このような場合の可罰性のもともとの根拠は、良俗違反性ではなく自律性の欠如であるからである。草案の起草者の考え方は、確かに刑法228条の今日の解釈にとってはもはや直接的に有益なものではない。なぜなら、同意における意思の瑕疵についての議論は、この間独自に発展していった、この問題を刑法228条のもつて考慮することは必要ではなくなってしまったからである。しかしながら、自律性の欠如をすでに捕捉していた草案の観点は、間接的には刑法228条の理解にとってなお重要な指針なのである。

最後に、私の解決方法は刑法228条と決して矛盾してはいない。なぜなら、同意内容が自律性の欠如の現れであると思われる場合には、傷害行為は非道徳的であり、この意味において「善良な風俗」への違反であるからである。善良な風俗という刑法228条において使われている法概念からはこの規定の適用範囲を適切に画することはできない。この規定の適用範囲を適切に制限するためには、「同意にも関わらずなぜ傷害不法を維持することができるのか」という観点から検討する私の解決方法の方が妥当なのである。善良な風俗という法概念と結びついた不明確であるなどの問題性は、善良な風俗に反するという判断を実質的根拠から問題となるにすぎないことの単なる付随現象として理解する場合に初めて解消される。すなわち、被害者の同意を合理的な人間の自律的な意思決定の表明として理解することができない場合に、同時に善良な風俗への違反が肯定されるのである。

(塩谷 毅)