HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ

学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	被害者の自己答責的自己危殆化、承諾及び推定的承諾(4)
著者	吉田，敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，53(1)：1-25
発行日	2017-06-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論説

被害者の自己答責的自己危殆化、承諾及び推定的承諾 (4)

吉田敏雄

目次

第1章 自律性原理(自己答責性原理)と自己答責的自己危殆化
Ⅰ 概説
Ⅱ 適用領域
(a) スポーツ
(b) 財産法上の危険引き受け
Ⅲ 第三者の「自己答責的」介入がある場合の客観的帰属
(a) 救助行為
(aa) 自発的救助者による救助行為
(bb) 救助義務者による救助行為
(b) 追跡行為
Ⅳ 自己答責性の限界
Ⅴ 自己答責性の前提要件
Ⅵ 自己答責的自己危殆化と了解的他人危殆化の区別
(以上第五二巻第二号)
第2章 自律性原理と被害者の承諾
Ⅰ 概説
Ⅱ ドイツ語圏の承諾に関する法制度
(a) ドイツ
(b) オーストリア
(c) スイス
Ⅲ 承諾の効果根拠

1　モデル論的考察
（a）衝突モデル
（b）統合モデル
（c）基礎モデル
2　日本における議論状況
3　評価
Ⅳ　承諾の対象と範囲
（a）対象
（b）範囲　（以上第五二巻第三号）
Ⅴ　正当化事由としての承諾の前提要件と限界
1　法益保持者による承諾
2　承諾者の処分権能
（a）ドイツ
（aa）学説
（bb）判例　（以上第五二巻第四号）
（b）オーストリア
（c）スイス
（d）日本
（aa）学説
（bb）判例
（e）評価
3　承諾の形式と時点
4　承諾能力
5　第三者による承諾　（以上第五三巻第一号）

Ⅴ　正当化事由としての承諾の前提要件と限界

2　承諾者の処分権能

（b）オーストリア　オーストリア刑法第九〇条は、承諾の正当化効果を「傷害又は身体の安全の危殆化それ自体が良俗に反しない」場合に限定している（**良俗違反性修正**）。立法理由では、良俗違反とは、「公正に且つ正しく考える全ての者の礼節感に反する」[107]ことと説明されている。本条は、身体の無傷性に関して個人に一般的に承認された処分権能を制限することを意図している。身体の無傷性という高位の法益及びその顕著な社会関連性の故に、法共同体が傷害、身体の安全の危殆化の許容性について「良俗条項」を通して「共同発言権」とでも云うべきものを留保しているということである。「身体の安全の危殆化」というのは、第八九条（身体の安全の危殆化罪）を受けた規定であり、

危殆化というのは具体的危険を意味すると解されている。危殆化の承諾を与えたに過ぎない者は、傷害の承諾を与えたことにはならない。例えば、被雇用者が被雇用者保護規定を無視した労働の承諾を与えても、それに起因する被雇用者の傷害に対する責任者の可罰性が消滅することはない。本条は、その不明確性の故に批判されるのだが、それでも、法共同体において承認された倫理的価値観の利用が避けて通れないことを明らかにしている。[108]

法治国の理由から、「礼節感」は厳格に理解されるべきと考えられている。傷害や身体の安全の危殆化は、「公正に且つ正しく考える者」がそれを現実に拒絶する場合にだけ「良俗」に反すると理解されている。換言すると、**一般的に認められた**良俗違反の場合にだけ正当化を拒んでよいという趣旨で理解されている。良俗違反に関する判断は一義的でなければならないのである。判断に疑わしいところがあるとか、対立がある場合には、行為者の利益に働く。このようにして、明確性の要請に最小限の考慮が払われている。[109]

承諾の対象が、承諾の良俗違反性でなく、承諾者によって許された**傷害、身体の安全の危殆化の良俗違反性**だけであることは、刑法第九〇条から明らかである。問題は、傷害、身体の安全の危殆化の詳しい理解である。その一は、この概念を包括的な意味で解釈する見解である。生じた傷害結果ないし身体の安全の危殆化結果と並んで完全に全般的に、これに関与した者の目的、動機、用いられた手段の種類、及び具体的所為の凡そあらゆる随伴事情を考慮する見解である。[110]その二は、承諾の対象は傷害結果又は身体の安全の危殆化結果であるから、結果だけを良俗違反検証の対象と捉える見解である。[111]この見解は刑法第九〇条の文言から当然出てくる説である。この立場からは、関与者の目的、動機は考慮しなくても良いということになる。さもなければ、承諾の重点が結果から引き離されてしまうからで

ある。[112] そうすると、本説からは、移植目的で臓器を摘出することは正当化されないことになる。臓器摘出という結果はその重さ及び多くの場合に見られる非可逆性の故に否定的判断をうけることとなるからである。[113] そこで、その三（通説）は折衷的見解を採る。出立点は刑法第九〇条第一項の定める傷害結果、身体の安全の危殆化結果の優越性であり、関与者の目的及び動機は限定的に考慮される。それらが積極的評価を受けるなら、そうでなければ良俗違反と評価されるべき傷害、身体の安全の危殆化も良俗違反とは評価されないことになる。[114]

通説に依れば、良俗違反性となる限界は**重い傷害**を加えた場合である（刑第八四条：二四日を超えて継続する健康加害又は就労不能、傷害又は健康加害それ自体が重い。刑第八五条：重い持続的な結果を伴う傷害）。但し、被害者の承諾を得て結果を惹起した行為が法的に明らかに積極的に評価されうる目的から出ている場合は別である。傷害が重ければ重いほど、この前提要件がそろうことになる。身体の安全の危殆化にも同じことが云える。[115]

軽い傷害及び軽い身体の安全の危殆化の場合、良俗違反性の輪郭はかなり不明確である。良俗違反性を法的に徴表する重い傷害とは異なって、軽い場合には、この徴表機能は逆転する。こういった傷害、身体の安全の危殆化は、関与者の目的、動機を考慮することなく、許容されるのが普通である。但し、刑法第八四条の限界に近づくほど、関与者の目的の重要性が増す。[116]

特に問題とされているのは、承諾に基づいて加えられた傷害が保険金詐欺目的のように法律違反の目的に資するとか、傷害行為自体が薬物注射のように他の法律に違反する場合である。こういった場合、承諾の許容性が否定される

ものではない。良俗違反修正は厳格に法益関係的に見なければならず、上記の規準が妥当すると解されている。[117]

(c) スイス

スイスでも、法益が専ら個人の利益において保護されるにしても、法益保持者の処分権能が法的に無制約でないことは認められている。それ故、生命を故意に消すことの承諾は無効であり (刑第一一二条、第一一三条)、それどころか被害者の真摯な且つ心に迫る求めに応じた殺人も、自殺 (未遂) の構成要件は存在しないという事実とは関係なく、可罰的である (刑第一一四条)[118]。

しかし、この許容限度の根拠及び射程距離に関しては争いがある。その一は、その法益の無傷性によって個人に保障された自由の量をこの者自身から護ることの必要性であること[119]、すなわち、この財が取るに足りない理由から元に戻せない形で破壊されるとか、ひどく損傷されるといった場合には限定が必要であるという考えである。責任のある臨床医師は、若い、子どものいない女性に、「経口避妊薬」に耐えられないという理由だけで、非可逆的卵管結紮をするつもりはないであろう。もしそういうことをすれば、それが「家父長的解決策」であることに反論しようがない[120]。人の長期的利益という観点からは、身体、生命の保護を短絡的に放棄することから護る必要がある (柔らかな父親的温情主義[121])。すなわち、同胞の連帯感は、誰もが良く理解した利益の最善の執事というドグマを相対化することを、時に要求するかもしれない。無思慮は遍在的である。しかし、こういった見方では、重い傷害の場合の承諾の有効性を限定することは可能だが、当人の真摯な且つ心に迫る求めに応じた殺人を一般的に禁止することはできない。当人がこういう要求をすることにあまりにも十分すぎる理由があるからだと指摘される[122]。

それ故、より説得力のありそうな見解が出される。他人に対して自由それ自体を全部又は本質的観点において納得の行く理由なしに放棄する自由を、現行法は誰にも認めていない。基本的人格権は、その保持者がそれを放棄したくても、第三者にとって不可侵である（民法第二七条第二項）。例えば、奴隷になることの承諾は無効である。なるほど、個人は自らその生命、健康を処分してもよい。自己決定権は、例えば、患者として生命延長の処置や医学的に緊急に必要な手術を拒否する権能も含む。その動機が「分別を欠いている」としてもそうである。しかし、このことから、法益保持者の同意が他人からの侵襲を同じ重さをもって正当化できるということにはならない。少なくともここから分かることは、何ゆえ殺人の禁止がいかなる場合でも維持されているのかということである。[123]

特に実践的意味をもつのは、身体の無傷性への（非可逆的）侵襲の場合の当人の承諾の射程距離である。比較的古い理論は、有効性を非常に広く認める傾向にあったが、但し、軍事刑法第九五条のように、法律が当人の承諾があっても処罰する場合は例外とした。[124] 今日、区別説が通説となっている。傷の残らない単純傷害（刑第一二三条第一項）の承諾は一般的に認められているし、しかも、行為者と被害者が傷害でいかなる目的を追求しているのかも問われない。加虐被虐の目的、保険金詐欺の目的が単純傷害を違法とするものではない。[125] 良く挙げられる例としては格闘競技、少なくとも競技規則を遵守しても通常生ずる傷害に関してもそういえる。[126] これに対して、重い傷害（刑第一二二条）の場合、傷害行為で追求される目的が納得のいくときに限り、適法と見られる。[127] シュトラーテンヴェルトは、目的の評価が前提とされることから、「侵襲が当人の利益を理解したうえで賢明な又は少なくとも擁護できると思われねばならない」と指摘する。[128] そうすると、腎臓等の重要な臓器の摘出は、患者のためであるときは許されるが、研究のためのときは許されない。臓器提供者が専ら対価としての金銭贈与を目的としているときも、臓器摘出は違法である。

犯罪目的のために、例えば、保険金詐欺の準備のために与えられた承諾は手足等の切断を正当化しない。[129]

(d) 日本

(aa) 学説 わが国でも、傷害については、被害者の承諾がある場合でも、違法性阻却には一定の制限が設けられる。被害者の承諾の性質と関連して、様々な見解が見られる。先ず、**公序良俗説**によれば、医療の輸血行為のためにする血液の採取は違法性が阻却されるが、債権者が、債務者に対し、履行の延期の代償として、その承諾を得て殴打を加えるのは違法である。[130] **目的説**によれば、承諾による行為は社会的相当の方法・手段及び法益侵害の限度内のものでなければならない。医師又は医師に相当する者が輸血用の採血をしたとか、整形手術に必要な皮膚を患者以外の者の承諾を得て採取する場合、医学上一般に認められた方法及び手段により且つ社会的に相当と考えられる分量の採取にとどめるべきであり、スポーツにおいてはスポーツのルールに従った行為でなければならず、社会的相当性を超えた行為は違法である。承諾の動機は行為の適法性には影響がない。例えば、保険金詐取の目的で公共の危険のない自己所有の家屋の焼燬を承諾しても、承諾によって得た金をもって賭博をする目的で採血を承諾しても、承諾による行為である器物損壊、傷害行為の違法阻却には影響がない。これに対して、行為者において被害者の承諾を違法な目的のために利用したとか、違法な目的のために承諾を得た場合には違法性は阻却されない。したがって、承諾を利用して被害者に相当性の限度を超えた傷害を与えたとか、嗜虐的行為を行う目的又は科学的に無価値な生体実験をする目的で承諾を得た場合の行為は違法である。[131] **社会当的相性説**は、社会的相当性の観点から法益侵害の適法性を判断するので、債務免除の代償として債務者の小指を切断する行為は、被害者が承諾していても、違法である。病者に輸血のために、健康者から、その承諾を得て血液を採取する行為は、一応適法であるが、給血者の身体を著しく衰弱させる程

度まで採血した場合は違法である[132]。**国家・社会倫理規範説**によっても、病者に輸血するために、健康者の承諾を得て採血すること自体は適法であるが、それが、給血者の身体に大きな傷跡を残すような方法で採血されるとか、給血者の健康に支障をきたす程度にまで採血することは許されない[133]。

法益衡量説によると、同意傷害について、その原則的不処罰から出発して、結果としての傷害の重大性を基準として、例外的な処罰可能性を留保すること、身体的法益は個人の処分権の範囲を超える場合があるとしても、その行為態様を行為の目的や同意の動機の反良俗性において考慮することは、同意傷害の可罰性を不必要に広げることになる恐れがあること、例えば、賭博に供する資金を得る目的で、輸血用の血液の採取に同意した場合でも、傷害行為の違法阻却性には影響がないと説かれる[134]。**優越的利益説**によれば、「身体の重要部分は、『処分意思そのもの』を生み出す前提として、『意思』を超える価値であり、至上の価値である『人間の尊厳』そのものと考えるべきである。したがって、身体に関する承諾は、具体的なばあいに応じて、身体を譲り渡すことによってえられる利益の比較衡量をとおして、その正当化の可否が決せられる[135]」。生命、身体に関する被害者の承諾は、「法の見地からして、より優越する利益にためになされたものであると認められる限り、その承諾を得て行われた行為（たとえば、安楽死とか外科手術等）は、違法性を阻却しうる[136]」。自己決定権対侵害法益の利益衡量説は、侵害法益が自己決定の自由の利益に優越するときは、承諾にもかかわらず違法となること、承諾殺人が被害者の承諾にもかかわらず違法とされるのは、それが自己決定の自由の実現によっても補いえないほど重大な生命（自己決定権行使の基盤でもある）という法益の侵害を伴うからであること、また、承諾に基づく通常の傷害の違法性は阻却されるにもかかわらず、生命の危険を伴う傷害の場合に承諾があっても違法性が阻却されないのも同様の理由に基づいていると説く[137]。

(bb) 判例

①**指つめに関する判例**：仙台地石巻支判昭和六二・二・一八判時一二四九・一四五は、〔A一家のBの身内であるCは、Bから不義理に対するケジメをつけるように云われたため指を詰めることを決意し、被告人にこれを依頼し、被告人は、Cの左小指の根元を釣り糸で縛って血止めしたうえ、風呂の上がり台の上にのせた小指の上に、出刃包丁を当て金づちで二、三回たたいて左小指の末節を切断したという事案〕において、「右のようなCの承諾があったとしても、被告人の行為は、公序良俗に反するとしかいいようのない指つめにかかわるものであり、その方法も医学的な知識に裏付けされた消毒等適切な措置を講じたうえで行われたものではなく、全く野蛮で無残な方法であり、このような態様の行為が社会的に相当な行為として違法性が失われると解することはできない」と判示し、行為の「公序良俗違反」と「社会的不相当性」という観点から、違法性阻却を否定した。

②**性的加虐行為に関する判例**：大阪高判昭和二九・七・一四裁特一・四・一三三は、〔被告人は、従来から時々していたように、性交する際に相手方の承諾を得て首を絞めたが、相手方に異常な徴候が現れたのを軽視して絞め続けたため、窒息死させたという事案〕において、「婦女の首を絞めることはもとより暴行行為であるが、性交中その快感を増さんがため相手方の首を絞めるようなことが行われたとしても、相手方の要求もしくは同意を得ている以上、違法性を阻却するものとして暴行罪成立の余地なきものというべく、ただその場合相手が傷害を受けて死亡したとき、嘱託による殺人罪を構成するが如く、たとえ相手方の同意があってもこれを不問に附し得ないのであるが、本件のように被告人が屡々Aとの性交に際し同女の首を絞めたことがあり、いずれも同女が死亡するに到らなかった場合には致死につき不確定犯意又は未必の故意があったということはできず、単に危険の発生を防止すべき義務を尽くさなかっ

た点において過失致死罪に問擬すべきである」と判示して、過失致死罪の成立にとどめたが、次の判決は傷害致死罪の成立を認めた。

大阪高判昭和四〇・六・七下刑集七・六・一一六六は、〔被告人は、相手方の求めに応じて、性交するに際し、相手方の首に自分の寝間着の紐を一回まわして交叉させ、両手で紐の両端を引っぱって同女の首を絞めながら性交に及んだ。被告人は相手方が身体的痙攣を起こしたのを、性感の極致に達したものと軽信して、なお紐を強く引き締めたため、死亡させるに到ったという事案。原審は重過失致死罪の成立を認めた〕において、「そもそも被害者の嘱託ないし承諾が行為の違法性を阻却するのは、被害者による法益の抛棄があって、しかもそれが社会通念上一般に許されるからであると解する。従って法益の公益的なもの或いは被害者の処分し得ない法益は行為の相手方たる個人の嘱託ないし承諾があっても違法性を阻却しない。又仮令個人の法益であっても行為の態様が善良の風俗に反するとか、社会通念上相当とする方法、手段、法益侵害の限度を超えた場合も亦被害者の嘱託ないし承諾は行為の違法性を阻却しないものと解する。殺人罪における刑法第二〇二条の嘱託ないし承諾殺の規定は以上の考えの現われと解する。そこで本件に関連する暴行罪について相手方の嘱託ないし承諾があった場合は如何であろうか。暴行罪においては相手方の嘱託ないし承諾は通常、行為を違法ならしめないであろう。嘱託ないし承諾の下になされた行為はそもそも『暴行』という概念にあたらないとさえ解せられるのである。しかし暴行罪においても、矢張り、その態様如何によっては前記のとおり被害者の嘱託ないし承諾は違法性を阻却しない場合があるものと解する。そこで本件についてみるのに、原判決認定のとおり、被告人は性交に際し相手方である妻の求めに応じ、同女の首を自己の寝間着の紐で一回まわして交叉し両手で紐の両端を引っぱって同女の首をしめながら性交に及び、しかも前叙したとおり相当強く激しく締めて

いる。そして遂に窒息死に到らしめているのである。この絞首が暴行であることはいうまでもなく、且つかかる方法による暴行は仮令相手方の嘱託ないし承諾に基づくものといっても社会通念上許される限度を超えたものと言うべく、従って違法性を阻却するものとは解せられない。おもうに、寝間着の紐で絞めるとなると単に手で絞める場合に比すると一段とその調節は困難であり、相手方の首に対する力の入り具合を知り難いものである。かつ、被害者が真に苦しくなった時、被告人に対し、その意思（ゆるめてくれという）を表示伝達する方法、手段が準備されておらず、かつ被告人から見れば性交の激情の亢じた時紐に対する力を制禦する方法、手段が準備されていない。これは窒息死という生命に対する危険性を強度に含んでいるのである。してみると、被告人の本件絞首は違法性を阻却しない暴行というべく、それによって窒息死に致らしめたもので、被告人の所為は傷害致死罪に該るものと解する」と判示し、本件行為が「生命に対する危険性を強度に含んで」いたことを重視している。同種事案で傷害致死罪の成立を認めたものに、東京地判昭和五二・六・八判時八七四・一〇三〔ナイロンバンドで一五分間くらい絞頸〕、大阪地判昭和五二・一二・二六判時八九三・一〇四〔覚せい剤を使用し、被害者の前頚部から後ろ手にまわして緊縛したうえで様々な加虐行為を加え、窒息死させた〕がある。

③**行為者が承諾を得た動機、目的に関する判例**：最決昭和五五・一一・一三刑集三四・六・三九六〔保険金騙取目的傷害事件〕は、〔Xは、A、B、Cと共謀し、Xが運転する軽自動車を、Aが運転しB、Cが同乗するライトバンに故意に追突させ、これをXの過失による交通事故を装って保険金を騙取すると同時に、身体障害者であったBに入院治療の機会を得させようと企て、交差点の赤信号で、A運転の車が停止し続いて第三者D運転の軽乗用車が停止した際、故意に自車をD車の後部に追突させ、その結果、D車をA車に追突させ、Dに約二ヶ月の入院加療を要する頚椎

捻挫の傷害を負わせた。Xは、業務上過失傷害罪で禁錮八月執行猶予三年に処せられ、これが確定した後、真相が発覚し、A、B、Cの傷害はごく軽微であったのに重篤であるかのように装い入院給付金など総額一一二万円余を騙取したものであるとして、詐欺罪により有罪判決を受けた。そこで、Xは、右業務上過失傷害事件につき、本件は故意の追突であって過失犯ではなく、A、B、Cの傷害は軽微で同意があるから傷害罪も成立しないと主張して再審を請求したという事案〕において、「被害者が身体傷害を承諾したばあいに傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情に照らし合わせて決すべきものであるが、本件のように、過失による自動車衝突事故であるかのように装い保険金を騙取する目的をもって、被害者の承諾を得てその者に故意に自己の運転する自動車を衝突させて傷害を負わせたばあいには、右承諾は、保険金を騙取するという違法な目的に利用するために得られた違法なものであって、これによって当該傷害行為の違法性を阻却するものではないと解するのが相当である」と説示し、承諾を与えた側の動機、目的を問題とせず、行為者側の「承諾を得た動機、目的」を諸般の事情の一つとして考慮すべきこと、承諾が違法な目的に、本件では保険金騙取の目的に利用するために得られた場合、傷害が軽微であっても、違法性を阻却しないとしたのである。

（e）評価　基本的に承認される自己の身体に関する処分権能といえども、制限されざるを得ない場合がある。というのも、法益保持者が任意に自己の身体の法益保護を放棄するとき、法共同体の正当な対抗利益と衝突することがあるからである。しかし、この制限の根拠を、人間の尊厳という観点から、個人を自分自身から保護する必要性、つまり、「自由の軽率な使用」から保護するところに見るなら、それは適切でない[138]。人間の尊厳によって個人の自律的決

定自由が保障されるのであるが、個人の処分権能の制限で問題となっているのは、自己決定権の制限なのであって、自己決定権を守ることではないからである。[139]

上記の検討から明らかになるのだが、なにを法益保持者の法益処分権能の制限するための判断対象とするかについては、大まかに見ると、四つの方法が考えられる。その一は、上記最決昭和五五・一一・一三［保険金騙取目的傷害事件］に見られるように、「単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情」を考慮する方法である。これは身体の不可侵性という保護法益とは関係の無い事情まで考慮の対象とするのである。その二は、所為の目的を前面に押し出し、傷害の性質と程度を補充的に考慮する方法である。[140]すなわち、先ず、主観指向の方法が採用され、力点は関与者の動機、目的におかれ、[141]ようやく次に、所為の重さが考慮される。続いて、所為が、社会倫理的価値観念と矛盾するか否かという考察によって補充される。特に、人間の尊厳を損なうという意味で人格を貶めるか否かが重視される。[142]本説には、力点の置き方が逆転していること、社会倫理的価値観念の内実が明らかでないところに難点がある。[143]その三は、傷害の性質、重さを専ら判断対象とし、行為者の目的、動機は一般的に考慮しない方法である。[144]本説には、移植手術のための生体臓器摘出は許されないことになるところに難点がある。その四は、傷害の性質、程度又は生命の危険性の程度を優先的に考慮し、目的を調整要素としてのみ考慮するという方法である。[145]使用された手段、傷害の性質、程度が評価に含まれる。[146]軽微な傷害行為や専ら治療に資する侵襲では、所為の目的が被害者の意思に反して訴追の方向に影響を与えることはない。さもなければ、全く不釣合いにも、道徳的価値観念の侵入口が開かれてしまう。本説の準拠点は傷害行為であるから、身体の不可侵性への侵襲が重いほど、それだけ正当化目的が必要となる。[147]

いかなる文化国でもその法秩序においては、生命と身体が社会生活の基盤を成しており、それ故、刑法は生命と身体を法益にまで高め、それらの不可侵性の尊重を要請しているのである。生命も身体も、法益保持者が有する自己の生命、身体を保持する個人利益と、第三者が他人の生命、身体の不可侵性を尊重する法共同体の利益という二側面をもっている。それ故、同意殺人罪（刑第二〇二条）は、被害者の承諾があっても、他人の生命侵害は許さないことを明文化することによって生命保護が弱体化することを禁制化している。これに対して、同意傷害の構成要件は存在しないのであるが、それは法がそれを放任することを意味しない。傷害は、死とは異なり、軽重をつけることができる、つまり、量化できるので、場合によっては、被害者の自己決定権が尊重され、その承諾があれば、他人による傷害の許される余地が広いのである。しかし、傷害も一定の程度を超えれば、被害者の自己決定権といえども制限される。実定法上も、母体保護法第三条は、一定の適応事由があるときに限って医師による不妊手術が認めている。本条は本人の承諾の有効性を限定しているのである。そうすると、その他の身体機能であってもこの程度の重さを超えるとき、被害者の承諾があっても、特別の理由がない限り、誰も他人に傷害を加えてはならないと考えられるのであり、人の身体の不可侵性への尊重要求はここに超えてはならない一線が引かれることになる。(148)

許されない傷害としては、先ず、被害者の生命に対する具体的危険をもたらす傷害がある。ここに生命に対する具体的危険というのは、死の結果が生じなかったのは全くの偶然だったということである。次に、生命に対する具体的危険は無いものの、きわめて重い手足の切断のような非可逆的な傷害も許されない。しかし、重い傷害の場合でも、「法的に承認される特別の目的」、つまり、法共同体の視点から、目的によって追求される価値の実現が被害者の傷害を犠牲にしてでも相当であると思われるとき、例えば、移植手術のための片方の腎臓提供のように生命の維持に役立

つ生命にかかわる医的侵襲は例外的に正当化される。しかし、単なる「積極的目的」では足りないとするべきである。さもなければ研究目的のための手足の切断が正当化されかねないことになる。性的行為における加虐的被虐的傷害は、重い傷害とはいえない限り、可罰的でない[149]。

傷害で追求される目的は身体という法益と関係がないので、保険金詐欺などの違法な目的から出た指の切断は、傷害罪との関係では、それが重い傷害でないかぎり、被害者の承諾は有効である。違法な薬物注射のような他の法令に違反する傷害も、傷害罪との関係では同様に考えられる。傷害罪によって把握される法益関係的行為それ自体の可罰性が問題とされるべきなのである[150]。

3　承諾の形式と時点　被害者の承諾は法的安定性の観点から承諾という意思表示の形で外に向けて表れねばならない。それは私法上の法律行為（Rechtsgeschäft）の厳格な要件を満たす必要（**厳格意思表示説**[151]）はない。承諾の正当化効果は行為者に認められた法的な力に基づくのでなく、専ら、構成要件該当行為が権利者の現在の意思と一致するということから生ずるからである。したがって、承諾の効力は、権利者がその意思を行為者に向けて表示することに依存するものではない[152]。行為者が被害者の承諾を認識していないとき、（不能）未遂が成立する。また、当人が単に内的に同意しているだけで足りる（**意思方向説**[153]）というものでもない。外に出てこない思想は意思の表れでなく、それに法律効果を結びつけるのは適切でない。承諾は**明示的**にだけでなく、**推断的**にも表示されうる（**制限意思表示説**[154]）。承諾は一義的でなければならない。承諾は条件付でも与えられうる（例えば、加虐傷害のための事前の現金振込み[155]）。

法益保持者は、なにを誰によってどのように受け容れたいのかを表示するのであるから、承諾は正当化されうる**所為の前に、遅くとも所為の時点に**表示されねばならず、所為時点でも存続しなければならない。事後的承認は刑法では何らの正当化効果をもたない。承諾の撤回はいつでも可能である。例えば、医学実験のために軽い傷害や臓器提供を承諾した者はその承諾をいつでも撤回できる。承諾の撤回にもかかわらず侵襲した場合、傷害罪が成立する。[156] 許容された法益損傷を回避することが実際上もはやできない段階に所為行為が達した時点で初めて撤回の可能性がなくなる。[157]

4　承諾能力　自己決定の表れである承諾は、承諾決定のための答責を引き受ける能力を必要とする。この能力は承諾者の民法上の法律行為能力に依存するのでなく、承諾者の具体的**弁識・判断能力**に依存する。承諾者は、その年齢とは関係なく、自分に向けられる所為の、その結果を含めて、本質、意味及び射程距離を把握しなければならない[158]。例えば、医師による身体侵襲の場合、その前に基本的に、「侵襲の推移、侵襲の成功の見込み、危険、及び本質的に異なった負担を伴う治療選択肢の可能性に関して」、医師による患者への説明が必要である。[159] すなわち、瑕疵のない説明の対象となるのは次の四個の関連点である。①医学的所見（いわゆる診断の説明）、②治療方法、その緊急性、場合によっては用意のある治療選択肢（いわゆる方法の説明）、③確実に又は蓋然的に生ずる侵襲結果（いわゆる安全の説明）及び④ありうる典型的危険又はその他の望ましくない付随結果（いわゆる危険の説明[160]）。聞く耳を持たない者の決定の無思慮さは――「承諾者」の体質的弱さ（精神病、知的障礙、未成年）とは異なって――承諾を与える患者の弁識能力の欠如をまだ意味しない[161]。さもなければ承諾は「自己決定の道具から法的後見の道具になってしまう」。ほろ酔いも（完全酩酊とは異なって）必要な判断力を直ちに否定するわけではない[162]。

承諾能力は刑法の責任無能力とは関係がない。責任無能力の規定(刑第三九条)は自分の財を分別をもって扱う能力に関係するのでなく、他人の財を保護する規範の遵守能力に関係しているからである。[163]

承諾能力は年齢とは関係がない。例えば、事故で重傷を負った一七歳の少年が永らえるためには両脚の切断を要するとき、少年は手術を了承したが、その両親は「身体障礙者」として生きていくことを哀れに思い手術を拒否するとか、両親は手術を了承したが、少年は十分に熟考した上で、両脚の無い生活を送るくらいなら死にたいとして、手術を真摯に且つ断然と断ったといった場合がありうるが、いずれの場合も、少年の承諾は有効である。普通に成長した一六歳、一七歳くらいの少年であるならば、自己答責的決定能力はある。親の承諾が少年の承諾に取って代わるものではない。[164]

これに対して、一七歳の少年甲は祖父から貴重な絵画を相続したが、全く自分の好みに合わないので、友人乙にその損壊を依頼したところ、乙は直ちに金槌で損壊したという場合、未成年者甲の承諾が有効であるかについて、見解の分かれるところである。弁識・判断能力の**民事法従属性説**(**民事法理論**)[165]によれば、**財産権侵害**の承諾の場合は、承諾者に法律行為能力がなければならないか、法定代理人による承諾が必要である(ドイツ民法第一〇七条以下の準用)、しかし、一身専属的法益侵害に関しては、承諾者の弁識・判断能力が決定的である。このような異なった扱いをすることの根拠は、民事法と刑法を一体に扱うことの必要性にある。未成年者が有効に処分できないとき、なぜ未成年者がその所有物の損壊を承諾できることになるのか、その理由が分からない。なるほど、承諾は法律行為の意思表示(rechtsgeschäftliche Willenserklärung)でないが、その意義において意思表示に相当する法的行為

(Rechtshandlung）であり、未成年者のために民法第一〇七条以下が準用されねばならない。これに対して、一身専属的利益の場合、本人自身に関する自由な自己決定への権利が優越する。この限りで、承諾能力は弁識・判断能力と一致する。この解決策の帰結は、未成年者の所有・財産侵害への承諾は無効である。したがって、乙は損壊罪で処罰されうる。承諾の有効性に関する（通常は回避可能な）禁止の錯誤だけが問題として残る。しかし、本説には大きな疑問が残る。未成年者は極めて重い身体の傷害を承諾できるとすべきだが、所有物の侵害の承諾はできないとすべき理由が分からない。

承諾者の具体的**弁識・判断能力説**（**刑法理論**[166]）によると、上述したように、自分に向けられた侵襲及び法益保護を放棄することの本質、意味及び射程距離を完全に把握し、事実に適った判断できる能力が決定的であるから、民法の意味での法律行為能力は必要でない。刑法では、法益の放棄にもかかわらず行為に当罰性があるかが問題とされるのであり、権利の移転が問題となっているのではないから、民法の定める年齢制限は適当でなく、個別具体的弁識・判断能力の有無が重要である。刑法における有効な承諾は行為を肯定的意味で適法とするのでなく、当人の自己決定との矛盾を、したがって刑法上重要な不法だけを消滅させるのであり、その限りで刑法秩序と民事法秩序の矛盾は存在しない。行為が民法上適法ではない場合ですら、刑法の補充性原則が刑罰を要求しないこともありうることである。刑法上の財産保護が民事法上の財産保護を超えてはならないが、この後ろに下がっていることはできる。未成年者の承諾の有効性は具体的事態に応じて判断されるべきである。甲はその所有する絵画を乙に損壊してもらうことを完全に理解しているとき、その承諾は有効であり、乙の損壊行為は正当化される。

5　第三者による承諾　本人に承諾能力がある限り、第三者による承諾は許されないのであるが、しかし、承諾に必要な弁識・判断能力に欠けている未成年者に手術が必要とされる場合、親権者あるいは未成年後見人がその者に代わって承諾をすることができる（参照、民法第八二〇条）。すなわち、未成年者が治療侵襲を承諾することの射程距離を評価できない場合がある。又、未成年者は承諾の結果を評価できるが、治療を拒否した場合の結果を十分に評価できない場合、拒否は無効であり、第三者が本人に代わって承諾をすることができる。(167) しかし、生存にかかわる性質を有する決定が問題となっている限り、承諾の代理は許されない。したがって、未成年者からの臓器提供は許されないが、緊急に手術を要する者のために、輸血に適合する血液型の持ち主である識別能力の欠けている未成年者にその血液提供を求めるとき、その親権者が未成年者に代わって承諾をすることはできる。(168) 親権者といえどもその子の虐待を許す決定権限を有するものではない。(169)

緊急性は無いが、親権者が親権を濫用して必要とされる手術を拒否するとき、医師は、児童虐待防止法第六条又は児童福祉法第二五条に基づき、福祉事務所若しくは児童相談所に通告しなければならない。通告を受けた児童相談所長は、児童福祉法第三三条の七に基づき、親権停止の審判の請求をすることができ、児童相談所長及び児童福祉施設の施設長は児童福祉法第三三条の二第四項及び同第四七条第五項に基づき、緊急措置をとることができる。この場合、医師は、家裁によって選任された職務代行者もしくは児童相談所長などの公的依頼に基づいて手術を行うことになる。このような手続きを踏む時間が無く、緊急の手術を要するとき、正当化緊急避難の要件が充足される限り、医的侵襲は正当化される。

未成年者に承諾に必要な弁識・判断能力はあるが、意識喪失等のため一時的に決定能力を失っているとき、法定代理人による承諾の代理ではなく、推定的承諾の問題として扱われることになる。法定代理人の意思表示は、未成年者の推定的意思を確かめるのに資するにすぎない(170)。

注

(107) EBRV 1971, 221 l.

(108) *Burgstaller/Schütz*, (Fn. II-11), § 90 Rn 67; vgl. *Fabrizy*, (Fn. II-61), § 89 Rn 1a, § 90 Rn 3; *Hinterhofer*, (Fn. II-1), 27.
ドイツのフリッシュと同趣旨の議論を展開するのがフックス（*Fuchs*, (Fn. I-17), 16. Kap Rn 7）である。フックスは、「法秩序は、処分者が自由に行為すること、つまり、傷害の承諾が現実に自由な自己決定の行為であることにのみ注意を払うべきであり、極端な場合に限界を設ける、つまり、例外的に、個人をその自由の無思慮な使用に対して自分自身から護ることが必要となる場合に限界を設けねばならない」と論じているので、その帰結として、良俗条項に見られる自己決定権の制限を「自己決定権の最後の安全対策」と理解することになり、第九〇条が承諾者の人間の尊厳それ自体を保護する機能も有することに繋がるが、ブルクシュタラー／シュッツはこのような自由の絶対化を批判する *Burgstaller/Schütz*, (Fn. II-11), § 90 Rn 68.

(109) *Burgstaller/Schütz*, (Fn. II-11), § 90 Rn 69; *Steininger*, (Fn. I-2), 11. Kap Rn 94.

(110) *W. Brandstetter*, Sreafrechtliche und rechtspolitische Aspekte der Verwendung von Organen Verstorbener, Lebender und Ungeborener, in: *W. Brandstetter*, *Ch. Kopetzki* (Hrsg.), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken, 1987, 90, 103; SSt 49/9.

(111) *O. Leukauf*, *H. Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 1992, § 90 Rn 13.

(112) *Leukauf/Steininger*, (Fn. II-111), § 90 Rn 13 f.

(113) Vgl. *Burgstaller/Schütz*, (Fn. II-11), § 90 Rn 75; *Steininger*, (Fn. I-2), 11. Kap Rn 94.

(114) *Burgstaller/Schütz*, (Fn. II-11), § 90 Rn 75; *Steininger*, (Fn. I-2), 11. Kap Rn 94.

(115) *Burgstaller/Schütz*, (Fn. II-11), § 90 Rn 76, 78; *Steininger*, (Fn. I-2), 11. Kap Rn 94; *O. Triffterer*, Österreichisches Strafrecht AT, 2.

Aufl., 1985, 11. Kap Rn 166.

(116) *Burgstaller/Schütz*, (Fn. II-11), § 90 Rn 76, 81, 83; *Steininger*, (Fn. I-2), 11. Kap Rn 94; *Triffterer*, (Fn. II-115), 11. Kap Rn 166; OGH E 12 Os 17/89（自発的加虐・被虐性交渉の過程で生じたそれ自体として軽い傷害は被害者の同意に鑑み処罰できない）、OGH EEvBl 1997/14（女友達の同情をかう目的で知人によってひじに打撲傷を加えてもらう被害者の承諾は、その動機とは関係なく、良俗に反しない）。

(117) *Burgstaller/Schütz*, (Fn. II-11), § 90 Rn 84; *Steininger*, (Fn. I-2), 11. Kap Rn 95.但し、判例はこの立場を採らない。OGH EvBl 2003/79 u. 12 Os 63/01（薬物注射の承諾は結果と関係なく専ら嗜癖剤法第八条に違反し良俗違反である）。vgl. *Lewisch*, (Fn. II-2), Nachbem zu § 3 Rn 232.

(118) *G. Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2011, § 10 Rn 14.

(119) *A. Donatsch, B. Tag*, Strafrecht I, 8. Aufl., 2006, 247 f.

(120) *Stratenwerth*, (Fn. II-118), § 10 Rn 15.

(121) *K. Seelmann*, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2009, 42.

(122) *Stratenwerth*, (Fn. II-118), § 10 Rn 14.

(123) *Stratenwerth*, (Fn. II-118), § 10 Rn 16.

(124) *E. Hafter*, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts AT, 1942, 170 f.

(125) *Donatsch/Tag*, (Fn. II-119), 248; *S. Trechsel, P. Noll*, Schweizerisches Strafrecht AT I, 6. Aufl., 2004, 142.

(126) *F. Riklin*, (Fn. II-12), § 14 Rn 67; *K. Seelmann*, Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Aufl., 2013, Vor Art. 14 Rn 15; *Trechsel/Noll*, (Fn. II-125), 142, 276.

(127) *Riklin*, (Fn. II-126), § 14 Rn 62; *Trechsel/Noll*, (Fn. II-125), 142.

(128) *Stratenwerth*, (Fn. II-118), § 19 Rn 17; vgl. *Donatsch/Tag*, (Fn. II-125), 249.

(129) *Donatsch/Tag*, (Fn. II-125), 249; *Stratenwerth*, (Fn. II-118), § 10 Rn 18.

(130) 牧野（Ⅱ-49）四八九頁、四九〇頁注一。

(131) 木村（Ⅱ-41）二八五頁以下。

(132) 福田（注Ⅱ-42）一八一頁。

(133) 大塚仁『刑法概説（総論）』一九六三・二四四頁。

(134) 中山（Ⅱ-44）三一三頁及び同頁注三、浅田（Ⅰ-55）二〇六頁「生命に危険を及ぼすような傷害について同意がある場合、事態を正確に認識していれば、通常は同意殺人罪の（少なくとも未必の）故意が認められるであろうから、それで対処すれば足りる。それ以外の場合は、原則として、有効な同意があれば違法性が阻却されるものと解すべきであろう。内臓摘出・手足の切断といった重大な傷害であっても、生命の侵害に結びつかないかぎり、その種の自傷行為が不処罰であるのと同様に、違法性が阻却されるものと考えるべきであろう」。参照、平野（Ⅱ-17）「同意があればすべて違法でないと考えることも、現行法のもとでは不可能ではない。しかし、一挙にそこまでゆくことが妥当でないとするならば、……傷害の重大性で区別するほかない。もっとも『重大』かどうかの規準は、なお不明確であるとすれば、『死の危険』があるかどうかで区別するのも、一つの考え方であろう」。

(135) 内田（Ⅱ-45）一五六頁。

(136) 内田文昭『刑法概要上巻（1）』一九九五・四一三頁注八。

(137) 曽根（Ⅱ-48。重要問題）一三九頁。

(138) *Fuchs*, (Fn. I-17), 16. Kap Rn 7.

(139) Vgl. *Burgstaller/Schütz*, (Fn. II-11), § 90 Rn 68; *C. Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 1, 1992, § 13 Rn 39.

(140) BGHSt 4, 24, 31.

(141) Vgl. BayOLG NJW 1999, 372, 373; *Stree*, (Fn. II-83), § 228 Rn 7.

(142) Vgl. BayOLG NJW 1999, 372, 373.

(143) *Volz*, (Fn. II-84), 423.

(144) *Leukauf/Steininger*, (Fn. II-111), § 90 Rn 13 f.

(145) BGHSt 49, 166, 170; *Stree*, (Fn. II-83), § 228 Rn 7.

(146) *Stree*, (Fn. II-83), § 228 Rn 8.

(147) OLG Zweibrücken JR 1994, 518, 519; *Stree*, (Fn. II-83), § 228 Rn 8.

(148) *H.J. Hirsch*, Einwilligung und Selbstbestimmung, in: Welzel-FS, 1974, 775, 797 ff.; *ders.*, (Fn. II-90), 189; *ders.*, Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit, ZStW 83 (1971), 140, 167.

(149) Vgl. *Burgstaller/Schütz*, (Fn. II-11), § 90 Rn 78; *Hirsch*, (Fn. II-15), § 228 Rn 9; *ders.*, (Fn. II-90), 197; *Krey/Esser*, (Fn. I-24), § 17 Rn 664;

Roxin, (Fn. I-1), § 13 Rn 41 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. I-4), § 11 Rn 560 ff.

(150) Vgl. *Burgstaller/Schütz*, (Fn. II-11), § 90 Rn 84; *Hirsch*, (Fn. II-15), § 228 Rn 9; *ders*., (Fn. II-148. Delikte), 167; *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 43.

(151) *E. Zitelmann*, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906), 1.

(152) *Amelung/Eymann*, (Fn. II-19), 937; *Kühl*, (Fn. I-4), § 9 Rn 31; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, (Fn. II-49), Vorbem. §§ 32 ff. Rn 43;

(153) KG JR 1954, 428, 429（承諾というのは、「権利保護意思を放棄するという純粋に精神的事象である。それ故、内的同意があればそれで十分であり、それが外に向けて表される必要はない」）; *Fuchs*, (Fn. I-17), 16. Kap Rn 10（意思方向説は、被害者の自己決定権、つまり、意思が正当化根拠であるから、この内的意思が存在するということだけが重要）; *H. Frister*, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2015, 15. Kap Rn 6 f.（当人が、所為行為が既にその着手時点で当人の意思に合致していたことを事後になって打ち明けた場合も、構成要件によって保護された利益侵害はない。しかし、所為行為時点で承諾はなかったが、事後になって初めて承諾したという場合、違法性は阻却されない）; *Hinterhofer*, (Fn. II-1), 83 ff.; *Jakobs*, (Fn. II-76), Abschn. 7 Rn 115; *F. Nowakowski*, Grundzüge 63; *Th. Rönnau*, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht, Jura 2002, 665, 666; *ders*. (Fn. II-14), Vor § 32 161 f.; *H. Schlehofer*, Münchner Kommentar Strafgesetzbuch Bd. 1, 2003, vor §§ 32 Rn 120; *Schmidhäuser*, (Fn. II-25), 5. Kap Rn 126.

(154) *Amelung/Eymann*, (II-19), 937, 941; *Burgstaller/Schütz*, (Fn. II-11), § 90 Rn 30; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. I-11), E 1 Rn 57; *Kühl*, (Fn. I-4), § 9 31; *Lewisch*, (Fn. II-2), Nachbem zu § 3 Rn 226; *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 71; *Triffterer*, (Fn. II-115), 11. Kap Rn 161.

(155) *Kühl*, (Fn. I-4), § 9 Rn 31.

(156) *Fuchs*, (Fn. I-17), 16. Kap Rn 32.

(157) *Hirsch*, (Fn. II-15), Vor § 32 Rn 113.

(158) *Kühl*, (Fn. I-4), § 9 Rn 33; *Steininger*, (Fn. I-2), 11. Kap Rn 93.

(159) BGH NJW 2011, 1088, 1089［レモンジュース事件］; vgl. *Kühl*, (Fn. I-4), § 9 Rn 33.

(160) *A. Zöller*, Anm. zu BGH, Urt. v. 22.12.2010, ZJS 173, 175［レモンジュース事件］。

(161) Anders BGH NJW 1978, 1206［歯医者事件］（頭痛に悩まされていた甲はその原因が詰め物をされた歯にあると思った。被告人（歯科医師）は甲に詰め物と頭痛の間に何の関係も無いことを分からせようとしたが、甲は被告人に歯を全部抜いてもらうよう頼んだ。結局、被告人は甲の強い欲求に屈し、抜歯した。被告人は傷害罪で処罰された。甲は侵襲の効果に関して錯誤に陥っていたことが認

識できるので、甲の承諾は無効というのがその理由である）; vgl. *K. Amelung*, Anm. zu BGH NJW 1978, 1206; *ders*., Einwilligungsfähigkeit und Rationalität, JR 1999, 45 ff.「承諾能力のある者とは、自分の価値尺度に従えば何が自分の利益になるか損になるかを認識できる者のことをいう」。

(162) Vgl. BGHSt 4, 90［こめかみ殴打事件］（被害者は被告人を挑発する直前に四本のビールを飲み、ほろ酔い状態だった。民事法の意味での法律行為能力、刑法の意味での責任無能力でなくても、承諾の効力は否定されうる）。

(163) *Th. Rönnau*, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht, JURA 2002, 665, 669.

(164) *Krey/Esser*, (Fn. I-24), § 17 Rn 666 ff.

(165) *Jakobs*, (Fn. II-76), Abschn 7 Rn 114; *Lenckner*, (II-76), Vorbem. §§ 32 ff. Rn 39 ff.; *Schlehofer*, (II-153), Vor §§ 32 ff. Rn. 148; vgl. *Heinrich*, (I-4), § 16 Rn 467 f.; *Th. Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 12. Aufl., 2006, 40 f.

(166) BGHSt 12, 379; *K. Amelung*, Über die Einwilligungsfähigkeit, ZStW 104 (1992), 525, 526; *Amelung/Eymann*, (II-19), 941; *Hirsch*, (Fn. II-15), Vor 32 Rn 109, 118; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-20), § 34 IV 1, 4; *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 84, 90; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 9 Rn 24 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. I-4), § 11 Rn 554; vgl. *Heinrich*, (Fn. II-15), § 16 Rn 466; *Hillenkamp*, (Fn. II-165), 39 f.

(167) Vgl. *K. Schmoller*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Lfg. § 110 Rn 49.

(168) Vgl. *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-20), § 34 IV 4; *Kindhäuser*, (Fn. I-22), § 12 Rn 16 ff.; *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 92 ff. これに対して、わが国では、宮内裕「違法性の阻却」（『刑事法講座』第一巻（一九五二）二一七頁以下、二二五頁）が、「同意の代理に関しても、民法的理論は肯定的であろうが、刑法的保護をうける利益が人格的性質をもつものである所から、否定されねばならぬ」と論じており、これが現在の通説である。大谷（Ⅱ-44）二五六頁、内藤（Ⅱ-46）五九四頁、西原（Ⅱ-46）二七五頁。たしかに、メツガーは、その体系書の本文で、「意思の代理は可能であろうか。この場合も、民法の規則が重要なのでないし、意思の代理は刑法的保護をうける利益の人格的性質と一致しないので、この問いは否定されねばならない」と論ずるが、注九において、「これに対して、優越的利益の原則と組み合わせることで（治療侵襲等）代理が考えられうる」と論じ例外を認め、さらに、小児・少年の必要とする治療行為の場合、意思の代理というものがありえないとするのは受け容れ難いことであり、「一般の人々は、健康の維持（刑法第二二三条の法益）に不可欠な処置としての治療行為にきわめて明白な利益を有する。それ故、法秩序は『優越的利益の原則』に従い財衡量の観点の下で広く正当化を認める余地を残さねばならない。法秩序がこれを次のように実現する。法秩序は、意思の代理を許すこと（父親のその子への手術の有効な承諾）等によって、承諾がさもなければ何の効果も及ぼさない場合であっても不法阻却の意味をあたえることによって

(切断手術、危険な薬物治療)」。*E. Mezger*, Strafrecht, 1931, 211 mit Fn. 9 u. 244.

(169) 参照、朝鮮高等法院昭和一〇・六・六評論二四・刑法一七〇「甲乙等は精神病者丙ノ親トシテ同女ヲ看護スベキ正当ノ地位ニアルモノトスルモ、被告人等が丙ノ精神病を治療スル目的ヲ以テ紐ニテ同女ノ手足ヲ制縛シ其ノ身体各箇所ヲ棒ニテ乱打スルニ際リ同人等ノ被告人等ニ与ヘシ承諾ハ該暴行ノ違法性ヲ阻却スベキモノニ非ザルヤ言ヲ俟タズ」。

(170) Vgl. *Kindhäuser*, (Fn. I-22), § 12 Rn 16 ff.; *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 92 ff.

Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung (4)

Toshio YOSHIDA

Kapitel 1 Autonomieprinzip und eigenverantwortliche Selbstgefährdung
Ⅰ. Allgemeines
Ⅱ. Anwendungsbereiche
a) Sportverletzungen
b) Übernahme vermögensrechtlicher Risken
Ⅲ. Objektive Zurechnung bei eigenverantwortlichem Eingreifen Dritter
a) Rettungshandlungen
aa) Rettungshandlungen durch freiwillige Helfer
bb) Rettungshandlungen durch Pflichtübernahme
b) Verfolgungen
Ⅳ. Schranken der Eigenverantwortlichkeit
Ⅴ. Voraussetzungen der Eigenverantwortlichkeit
Ⅵ. Eigenverantwortlichkeit und einverständliche Fremdgefährdung
(Bd. 52, Nr. 2)

Kapitel 2 Autonomieprinzip und Einwilligung des Verletzten
Ⅰ. Allgemeines
Ⅱ. Ausländisches Recht
a) Deutschland
b) Österreich
c) Die Schweiz
Ⅲ. Zum Wirkgrund der Einwilligung
1. Grundmodelle
a) Kollisionsmodell
b) Integratinsmodell
c) Basismodell
2. Theorienstreit in Japan
3. Würdigung
Ⅳ. Gegenstand und Reichweite der Einwilligung
a) Gegenstand

b) Reichweite (Bd. 52, Nr. 3)
V. Voraussetzungen und Grenzen der rechtfertigenden Einwilligung
1. Einwilligung durch den Rechtsgutsträger
2. Dispositionsbefugnis des Einwilligenden
a) Deutschland
aa) Theorienstreit
bb) Rechtsprechung (Bd. 52, Nr. 4)
b) Österreich
c) Die Schweiz
d) Japan
aa) Theorienstreit
bb) Rechtsprechung
e) Würdigung
3. Form und Zeitpunkt der Einwilligung
4. Einwilligungsfähigkeit
5. Einwilligung durch dritte Personen

(Die Fortsetzung folgt.)