

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 (5)
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究, 53(2): 21-45
発行日	2017-09-30



被害者の自己答責的自己危殆化、承諾及び推定的承諾 (5)

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	IV
I 概説	V
II 適用領域	VI
(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	
第2章 自律性原理と被害者の承諾	IV
I 概説	V
II ドイツ語圏の承諾に関する法制度	VI
(a) ドイツ	
(b) オーストリア	
(c) スイス	
III 承諾の効果根拠	

(以上第五二卷第二号)

- 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
 - 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
 - (b) オーストリア
 - 7 承諾の認識
 - (c) 錯誤
- (以上第五二巻第四号)
- (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
 - 6 意思瑕疵なき承諾
 - (a) 脅迫
 - (b) 欺罔に起因する承諾
 - (aa) ドイツ語圏刑法学における理論状況
 - (bb) 日本刑法学における理論状況
 - (cc) 評価(承諾の有効性の規準)
- (以上第五三巻第一号)

第2章 自律性原理と被害者の承諾

V 正当化事由としての承諾の前提要件と限界

6 意思瑕疵なき承諾 承諾は瑕疵のない承諾表示を要する。脅迫や欺罔による意思瑕疵は承諾を無効にする。欺罔に起因しない錯誤も意思瑕疵となる。これに対して、人に由来しない強制、つまり、純然たる物的強制は承諾の有効性に影響を与えない。例えば、医学的適応の手術を要する患者の承諾は有効である。^(四)

(a) 脅迫 脅迫に起因する承諾は、自己決定権のあらわれではなく、自律性の侵害のあらわれであるから、無効となりうるという点については異論がないのだが、影響の行使がどの程度に達すれば承諾が無効となるかということが問題となる。ドイツ刑法第二四〇条の定める「耐え難い害悪をもってする脅迫」に達すれば、被脅迫者の自由な自己決定が損なわれると云ってよいだろう。その程度に到れば、被害者は強要者によってその決定自由が侵害されると云えるからである。⁽¹²⁾ 例えば、加虐性愛者が断れば告発すると云って相手を脅し鞭打ちの承諾を得る場合、承諾は無効である。⁽¹³⁾ しかし、選手がスポーツ競技の参加要件として血液ドーピング検査を甘んじて受けざるを得ないとき、静脈注射の承諾は有効である。スポーツ競技における機会平等が確保されると同時に、客観的にも競技参加者のためになるからである。⁽¹⁴⁾

意思瑕疵を惹起する者と実際に侵襲する者(第三者)及び被害者の三者の関係する三角関係、例えば、恐喝の行為者、被害者及び喝取金を受け取りに行くが、脅迫をすること、止めることには全く関与していない「受け子」がいる場合、行為者と被害者の関係では承諾は無効であるが、脅迫に関与していない第三者と被害者との関係では、喝取金運搬という補助行為に関して被害者の与えた承諾は有効である。強制は受け子に由来するのではないからである。これに対して、強制は第三者に起因していないが、承諾は第三者との関係でも無効である、なぜならこういった場合でも承諾者の行為自由のあらわれと云えないからだ⁽¹⁵⁾と解する見解、第三者が脅迫の事実を認識していた場合には、第三者は脅迫者の不誠実な振る舞いを支援しており、その「下働き」をする者だから、第三者との関係でも承諾は無効、認識していなかった場合には有効と解する見解もある。⁽¹⁶⁾ しかし、行為者と被害者の関係では、行為者に由来する強制状況が存在するが、受け子と被害者の関係では、被害者の強制状況は純然たる物的強制の性格を有するに過ぎない。

この状況の中で、被害者はできるだけ自分に都合の良い判断を下すのである。受け子が状況を知っているか否かも重要でない。承諾の有効性は承諾受取者の認識とは関係がないからである。⁽¹⁷⁾ このような三角関係における相対的思考の妥当性は次の設例でいっそう明瞭になる。父親（甲）から上腕の刺青を取り除いてもらわないと殴打すると脅された娘（乙）が医師（丙）にかかり、その事情を聴かされた医師（丙）は娘（乙）の要望に沿って刺青を取り除いたという場合、乙は丙の助けを借りて強制状況を切り抜けようとしているのである。乙の決定は尊重されるべきであり、その承諾によって丙の侵襲は正当化される。しかし、甲との関係では乙の承諾は無効であり、甲にはその道具として乙を投入した形の間接正犯として傷害罪で処罰される。⁽¹⁸⁾

「それ自体許された行為」、例えば、正当な告訴で脅迫するのは、それを濫用して被脅迫者を加虐・被虐性愛行為とか生体からの臓器提供をするように仕向けるために用いられるなら、その承諾は無効である。⁽¹⁹⁾

(b) 欺罔に起因する承諾

(aa) ドイツ語圏刑法学における理論状況 欺罔に起因する承諾の有効性を巡っても諸説が見られる。現代絵画が全く好きになれない甲がその友人乙宅を訪れたところ、その居間に飾ってあった現代絵画作品を見て嫌悪感をもよおし、それには身体にさわめて有害な絵の具が使用されていると言って乙を騙した上、甲は健康意識の高い乙の承諾を得てその庭で焼却したといったような場合（「ハインリッヒの設例」⁽²⁰⁾）、その承諾の有効性が問題となる。

①意思瑕疵自由理論（一般的無効理論）⁽²¹⁾ 本理論は、欺罔に起因する承諾を刑法上常に無効とする理論であって、被

害者に優しい理論とも云われる。承諾を正当化事由とする誤表象した前提要件の下で自己の法益を犠牲にすることを誤って最善と考えるのであるから、承諾と因果関係のあるいかなる錯誤も承諾の有効性を妨げる。承諾は承諾者の真意に沿わねばならず、意思瑕疵に基づくものであってはならない。欺罔に起因する承諾は承諾者の決定自由を無にするのである。承諾者はその動機形成に影響力を及ぼされていることを知らず、それ故、承諾の表示が単に部分的に有効だというだけのことではないから、意思表示全体が無効である。本理論によれば、「ハインリッヒの設例」の場合、有効な承諾があったとはいえない。乙は、その美術作品に健康に害のある絵の具が使用されていると騙されたのであるから、意思瑕疵を免れていたとはいえず、したがって、甲は物の損壊罪で処罰されうることになる。

本説からは、他説は次のような評価を受けることになる。法益は個人の自由な発展のために保護されるのであるから、刑法の保護は自己の法益を取り扱うに当り決定自由を全体として保護すべきであり、単に断片的にだけ包含すべきというだけのことではない。したがって、承諾が無効な場合を、法益関係的な、存立にだけ関係する誤表象に限定することも、特別に重要な動機の錯誤に限定することも適切でない。法益関係的無効理論（意味認識理論）は、保護される法益を静的に捉えすぎている。自律的意思の保護を法益保護の構成要素と理解するなら、法益保持者のその価値あるものとの意思関係が欺罔によって攪乱されたということは、常に法益侵害でもある。

本理論に対しては、刑法は回りくどい方法で処分自由を保護すべきでなく、法益喪失それ自体だけを保護すべきだという批判、加えて、反対給付を伴う法益放棄の場合にはまさに、被害者のいかなる動機の錯誤も無視できないというわけにはいかないとの非難が加えられる^⑧。この批判に対しては、そうなると高い犯罪エネルギーをもつ行為者が優

説 遇される結果となり、説得力が無いとの反批判がなされることになる。⁽⁸⁾

論

②法益関係の無効理論（意味認識理論）⁽⁹⁾ 本理論は、欺罔に起因する承諾は、欺罔が法益関係の誤表象に繋がったとき、つまり、被害者が自分の承諾によって法益を放棄することを知らなかった場合にのみ、刑法上無効であるとする理論であつて、意思瑕疵自由理論とは対照的に行為者に優しい理論とも云われる。この種の法益関係の錯誤だけが法益放棄の意味、射程距離及び影響に関する無知に繋がりが、それ故、承諾を無効にする。すなわち、行為者は被害者にまさに放棄されるべき利益自体に関して誤表象を生じさせたというのでなければならぬ。刑法上の意味をもつ錯誤を法益関係の誤表象に制限することによって、刑法の保護は法益放棄の自己答責を保障することに限定される。欺罔に起因する錯誤を一般的に重要だとしてしまうと、この保障が一転して処分自由・交換自由を刑法上保護することとなり（法益転換）、このことは立法者によって保護に値すると見られる範囲を超えてしまう。被害者が法益を放棄する理由、つまり、その動機に関してだけ欺かれるとき、承諾は有効である。例えば、甲が、現代絵画作品を所有する乙にそれを損壊してもよいのなら五万円を支払うと嘘をつき、乙がそれを承諾したという場合のように、被害者が場合によつては起こりうる反対給付に関してだけ欺かれるとき、承諾は有効である。というのは、刑法は法益保護の自己答責だけを保護すべきであるからである。これに対して、単なる処分の自由、交換の自由は保護されない。本理論によれば、単なる「動機の錯誤」は承諾を無効としない。したがつて、上記の〔ハイน์リッヒの設例〕では、乙は、その放棄、つまり、現代絵画作品への所有権を放棄することの射程距離と意味に関する錯誤に陥っていないのであるから、乙の承諾は有効だということになる。乙は、その美術作品が燃えて無くなることで損壊され、価値が無くなることを十分に知っていたのである。乙は、甲が言った健康に害のあることに関してのみ、つまり、自分の法益を放棄す

る動機に関してのみ錯誤に陥った。本説によれば、こういった動機の錯誤は無視される。したがって、甲は、乙の承諾によって正当化されるため、物の損壊罪で処罰されることはない。

本説は他説に次のように評価を加える。意思瑕疵自由理論は、法益が自律的に放棄されたか否かという問題にとつて、どのように成立したかでなく、誤表象の内容だけが重要であることを正しく認識していない。規範的自律性理論は、結果として、犯罪の特定の保護方向を、したがって犯罪それ自体を、錯誤のない任意の利益処分の意味における自律性に対する不特定・一般的犯罪へと歪曲するものである。

本理論は次のような問題点を抱えている。法益関係の錯誤では、承諾が無効だということではなく、実際には承諾が存在しない場合であること、⁽⁸⁶⁾さらに、法益をその静的に考えられた存立状態において保護するという点で、法益を静的に捉えすぎていること、動機におけるいかなる錯誤も無視するのは行き過ぎである。法益というのは交換関係において把握されるべきであり、法益は交換価値からその価値の大部分を得る。個人が自己の法益を利用する、つまり、法益投入するのは、自分の熱望する、他の自分又は他人の法益と交換するため、又は、法益という形では固まっていないその他の利益を満足させるためである。例えば、血液提供者が報酬を出すからと騙されて採血させたという場合、血液提供者は無条件に法益放棄の決定をしたのではない。行為者が端から報酬を出すつもりがないとき、承諾者は法益存立の維持に関心がある。それでも、承諾を有効とするなら、生活の現実を看過していることになる。⁽⁸⁷⁾「ハイレンリッヒの設例」でも、行為者を不処罰とするなら、刑法上の保護が過小評価されると。⁽⁸⁸⁾

③規範的自律性理論⁸⁸⁾ 本理論は、被害者に優しい理論と行為者に優しい理論の中間に位置するのであるが、これによれば、欺罔に起因する承諾が刑法上無効となるのは、それによって法益保持者の自主決定が排除される場合に限られる。その際、意思活動の自律性は規範的規準によって決められるべきである。身体とか所有権といった法益は保持者から切り離された対象として保護されるのではなく、法益保持者の自己実現を可能にするものとして保護される。自律的実現の可能性というのは、一切の欺罔を無効にするというわけではないし、どの非法益関係の欺罔の場合でも保証されているわけでもない。むしろ、欺罔の意義に関しては、その都度事例群に応じて、自律性思想に基づいた規範的区別がなされるべきである。いかなる欺罔もすべて自律的自己実現の可能性を阻止するというわけではないからである。誤表象に起因する承諾がそれでも承諾者の自由な処分の表れといえるか否かは客観的に判断されるべきである。「ハインリッヒの設例」では、乙の承諾は有効となる。たしかに、乙はその所有する美術作品に健康に有害な絵の具が使われていると思わされたのであるが、しかし、そのことによって自律的決定を下す能力、例えば、健康と所有権の法益間衡量をする能力が排除されてはいなかった。甲は物の損壊罪に問われない。

本説からは、他説は次の点に問題がある。一方で、反対給付に関して欺罔があった場合、反対給付が行われない危険というのは、交換取引自体から被欺罔者の行為自由の性格を奪うものではない。この点で、意思瑕疵自由理論は狭すぎる。他方で、傷害を医学の進歩に役立つと騙されて承諾したという場合、法益関係の誤表象は生じていないが、この承諾は無効である。自由且つ利他的放棄が欺罔によって無意味な損傷へと切り替えられたのであり、規範的に見ると、これは自律的決定の表れとはいえない。この点で、法益関係的無効理論は狭すぎる。

本説に対しては、犯罪の特定の保護方向が歪曲されるという批判、加えて、自律性思想は無規定に過ぎ、適切な規準とはなりえないという批判がなされる⁽¹⁹⁾。

(bb) 日本刑法学における理論状況 欺罔に起因する錯誤について、日本では一般に、構成要件阻却事由としての了解と違法性阻却・減少事由としての承諾を区別することなく論じられることが多い。先ず、被害者の錯誤によって得られた承諾は有効ではないと解する説が見られる。例えば、追死の意思がないのに被害者を欺き、追死してくれるものと誤信させて自殺させた行為は殺人罪に当るし、犯人が強盗の意図で「今晚は」と挨拶したのに対して、家人が「お入り」と答えたので住居に立ち入った場合には、住居侵入罪が成立するというのである。被害者は行為者の欺罔行為によって承諾を与えたのであり、その承諾は、真意に出たものとはいえないから、無効と解するべきというのがその理由である(真意説)⁽²⁰⁾。より限定的に、被害者本人の動機づけに重大な影響をもつ欺罔行為により、真意に沿わない法益保護の放棄の意思決定が行われたとき、承諾は無効と解する見解もある。本説によっても、上述の偽装心中の場合には殺人罪に当る⁽²¹⁾。これに対して、動機に錯誤が見られるにすぎないとき、承諾は有効だと解する説も見られる。上述の偽装心中の例では、死ぬこと自体には錯誤なく同意しているものであるから、ドイツのように真剣な要求があつた場合に限り責任減少事由だとしているのであればともかく、日本法のように、同意を一般的に違法減少事由とする場合には、同意を無効とするのは妥当でないというのである。上述の住居侵入の場合も被害者の同意は有効とされる(法益関係の錯誤説)⁽²²⁾。

これらの見解に対して、被害者の錯誤に基づいてした承諾でも、なお、被害者の処分のあらわれとして、客観的に

評価できるかという観点から、法益関係の錯誤の場合は被害者の承諾は無効であるが、それ以外の場合でも承諾が無効でありうること、例えば、欺罔が他人の利益のために法益を犠牲にしようとする目的にある場合とか、欺罔が危害を避けるつもりで法益を犠牲にしようとした目的にある場合、承諾は無効であること、しかし、欺罔が法益を犠牲にすることによって得られる反対給付についてのものである場合とか、欺罔が動機に関係する付随的な事情や（行為者によって実現されるのではない）期待にある場合、承諾は有効であるとする見解が見られる。¹⁶¹同様に、基本的には、法益関係の錯誤説が正当であるが、同意（承諾）が「法益主体の任意かつ真意に出たものかどうか」、つまり、自由な自己決定権の所産であるか否かを規準として、反対給付の錯誤、目的・縁由の錯誤（例えば、偽装心中）では、同意は有効であるが、しかし、緊急状態の錯誤（例えば、炎上する自家用車の中に子どもが閉じ込められていると欺罔され、傷害を負うことを覚悟して高熱をもったドアの把手を握って開けたが、実際には子犬が閉じ込められていたという場合）、法益関係の錯誤の原則の例外として、同意は無効であるとする見解がある。¹⁶²

(33) 評価（承諾の有効性の規準） 被害者の承諾を支えるのはその自律性（その裏面としての自己答責）にあり、しかも、単に被害者の錯誤が欺罔に起因するから直ちにその自律性が侵害されたということではなく、被害者の承諾が法規範の、したがって客観的観点からその自律性のあらわれと評価できるか否かが決定的に重要である。この見地から、以下、類型別に検討する。

①承諾者に法益を放棄することになることを覆い隠す欺罔によって得られた承諾が無効であることは当然である。¹⁶³法益放棄の意味、射程距離及び影響の不知に繋がる欺罔によって得られた承諾も無効である（法益関係の錯誤）。とり

わけ無視できないのは、法益侵害の性質と範囲に関する錯誤である。これにより欺罔に起因する錯誤が内容的に限定されることになる。結局、法益関係的錯誤は法益の存立に関係しなければならぬということである。それ故、例えば、医師が鎮痛剤注射の健康有害作用に関して欺罔して得られた患者の承諾は無効である。患者には傷害の認識がなかったからである⁽²⁸⁾。患者に医師と思われた医学実習生が、医師に代わって、軽度の、非医師の知識でも対処できる身体傷害侵襲を行う場合、患者の承諾は有効である。患者が騙されて承諾したにせよ、医学実習生による侵襲が医師の侵襲よりも危険であるとは云えないので、錯誤の法益関係性が欠ける。このような単に動機にかかわる付随的事情に関する錯誤は法益保持者の決定の自律性を侵害しているとは云えないからである⁽²⁹⁾。法益関係的錯誤が故意、過失又は無過失で惹起されたか否かは重要でない⁽³⁰⁾。

②欺罔に起因する錯誤が一般的に承諾を無効とするわけではない。被害者は法益を放棄することを認識しているが、欺罔に起因する法益放棄への動機が生じなかったならば、法益を放棄しなかったであろうという単なる動機の錯誤の場合、承諾は有効と解される。例えば、アルコール依存者が、つらいが、しかし効果のある禁絶療法を終えたら、その妻に戻ってきてもらえると騙され、薬剤治療を承諾したという場合、その承諾は有効である。もつとも、この設例で、禁絶治療を受けたら、元通り飲酒できると騙されたときは、法益関係的錯誤となる⁽³¹⁾。反対給付に関する欺罔、例えば、血液提供者が報酬を出すからと騙されて採血させたという場合、期待した反対給付(報酬)に関して欺罔されても、承諾は有効である。いわんや、近所の人も血液提供をしたと騙されて、その人には負けられないという動機から採血に応じたという場合、傷害(注射器による刺し傷)は違法性が阻却される⁽³²⁾。反対給付を得られることの信頼が損なわれたということは被害者の行為自由を奪うものではない。血液提供に財産的価値が認められるかぎり、この

信頼は詐欺罪によって保護されるのであって、傷害罪によって保護されるのではない⁽²⁰⁾。すなわち、被害者に財産処分行為のあることが必要である。例えば、対価と引き換えに平手打ちをさせることを承諾するが、行為者が支払い意思に関して欺罔するときは、詐欺罪は成立しない。頬を差し出すことは財産的処分行為とはいえないからである。この場合、傷害罪で処罰することが可能だとすると、反対給付への信頼を詐欺罪に引かれた限界を超えて保護することになり、一身の法益の「商業化」を助長することになる。これは立法者が望んだことではないし、刑事政策的にも望ましくない⁽²¹⁾。

③法益関係的錯誤が惹起されなくても、欺罔に起因する承諾が無効だということはある。例えば、医師が患者である子どもへ移植するために角膜が必要だと騙し、実際には他の目的に使うためであるとき、患者の母親から得た角膜提供の承諾までも有効とすることはできない。たしかに、母親には身体侵襲の認識はある。しかし、欺罔によって生じた状態が、相応の脅迫によって惹起された強制状態に等しいとき、移植組織体を供することについて、規範的観点から見て、法益放棄に関する自由な決定がなされたとは到底いえない⁽²²⁾。

そのことは、医師甲が他人に臓器移植をするために、患者である子供乙が致命的な病気に罹っていると騙し、その母親丙からその子乙への移植のための臓器提供の承諾を得るとき、それは子供乙を殺すという脅迫に相当する状態でも得られた承諾であることがいつそう明らかである。こういった場合、たしかに、承諾者は、欺罔によって生じた動機にもかかわらず、法益を放棄することを十分に認識しているものの、欺罔によって招来された緊急避難類似の緊急状態において、自発的放棄があったとは云えないので、承諾は無効と解されるべきなのである⁽²³⁾。

自殺の場合で、動機の錯誤が認められるにすぎず、法益関係の錯誤が認められない場合、それでも、その関与者に自殺関与罪でなく、間接正犯の形態の殺人罪が成立するかが問題となる。例えば、男性医師が、その入院中の男性患者の妻と昵懇の間だったが、その患者に治療不可能で余命三ヶ月くらいしか残っておらず激痛も伴うと欺き、悲観した患者が自殺したという場合、被害者の決定自由が制限されていたとは云えるものの、被害者の決定が實際上欺罔者によって下されたと云えるほどで制限されているわけではない。このような診断が不可避的に自殺に繋がるとも、自殺に繋がるのが普通だとも云えない。被害者はこの診断内容を他の方法で確認することができたし、そうすれば生きながらえることができたのである。欺罔に起因する動機の錯誤があるだけでは行為者の行為支配があると云えず、自殺関与罪の成立に止まる⁽²⁷⁾。しかし、欺罔に加えて、行為者が付加的影響力を行使用することによって被害者の反応を行為者の望ましい方向へと導くことで、被害者の決定自由を狭めた場合、被害者には、理論上は撤退の道は残されているが、実際上は選択肢が残されていないので、自由答責的決定があったとは云えない(錯誤支配)。ここに欺罔者の行為支配が認められるので、殺人罪が成立する⁽²⁸⁾。したがって、いわゆる偽装心中の場合、行為者は、一緒に命を犠牲にしたいと偽るだけでなく、被害者の絶望感から出た精神的圧迫による心身消耗状況を利用して、「所為状況全体を具体化し、相手の『自殺』をいわば監督」した場合には、殺人罪が成立すると云える⁽²⁹⁾。

④強制状態にあるとはいえないが、利他的動機から出た承諾であり、その具体的な利他的目的達成を騙されたとき、承諾は無効である。例えば、医師甲が、患者乙に臓器移植をするために患者の隣人丙に臓器提供をしてもらう承諾を得たが、実際には、自分の子丁に臓器移植をするためだったという場合とか、医学研究のためだと騙されて身体侵襲の承諾をするといった場合である。承諾者の利他的目的が達成されていないとき、侵襲を承諾した本来の意味が水泡

に帰したのであり、承諾者の行為自由が奪われている。⁽²⁰⁾

(C) 錯誤 錯誤に起因する承諾は、その錯誤が欺罔によって招来されたのではなく、その原因が専ら承諾者自身にある場合、その承諾の有効性が問題となる。例えば、甲がその隣人乙宛てに、「私は、自分の土地の境界にある立木の伐採を了解しない」と書きたかつたところ、うっかりして「了解する」と誤記したときである(「ロクスイーンの設例」)。被害者が、法益関係の状況について錯誤に陥つているとき、あるいは、法益保持者が間違つて自分の意思とは異なる承諾の表示をするとき⁽²¹⁾、行為者の認識とは関係なく、承諾は無効であるという見解がある。これらの見解によると、上記の設例では、甲の意思表示は無効となる。しかし、これらの見解に与することはできない。というのは、客観的に解釈されうる意思表示の内容への信頼が保護に値するからである。法は、法益保持者が表明したことだけをその意思と見ることができるのであって、内に止まる考えをその意思と見ることができないということである。上記の設例では、乙が承諾を信頼して立木を伐採しても、違法な侵害をしているわけではない。立木の所有者は、侵害がまだ無いとき、いつでも承諾を撤回できることによつて十分に保護される⁽²²⁾。但し、意思表示の受取人が承諾者の錯誤を見抜きながら、それを意識的に自分のために利用するときは別である。欺罔があれば承諾は無効と見られる場合には、承諾の援用は権利濫用と見られざるを得ない。隣人が、立木の所有者が伐採の同意を拒否するつもりであること、書き誤つたに過ぎないことを正確に知つているとき、損壊罪で処罰されうる⁽²³⁾。

なお、欺罔は、作為(明示的及び推断的)によるだけでなく、不作为によつても可能である。行為者が保障人として負う説明義務を果たさない限り、不作为による欺罔が問題となる。例えば、医師の侵襲にあつては、医師は、治療

侵襲の前に、診断、侵襲の性質、範囲及びありうる結果を説明しなければならない⁽²⁶⁾。医師が必要な説明を怠るとき、患者は法益関係的錯誤に陥っている。こういった場合、医師は患者の承諾がその実際の意思に合致していることを信頼してはならない。説明の欠如に基づく、錯誤に起因する承諾は無効である。したがって、医師には、説明が故意でなされなかった場合には故意の傷害罪が、説明が過失でなされなかった場合には過失の傷害罪が成立する⁽²⁷⁾。意思が説明義務を十分果たしたが、それでも患者が自分の錯誤に固執するとき、承諾は有効である⁽²⁸⁾。

7 承諾の認識 正当化事由としての承諾の法的前提要件がそうだと、所為は正当化される。行為者は主観的には承諾を認識して行為しなければならぬ(主観的正当化要素)。行為者に承諾の認識だけでは足りず、加えて承諾に基づいて行為することを要求する学説⁽²⁹⁾もあるが、その必要はない。権利保護の必要性は承諾それ自体によって消滅しているから、所為の行為無価値は既に法益保持者が法益放棄を認識すると、既に所為の行為無価値が「消滅」しているからである。行為者が承諾について何も知らなければ、(構成要件的)法益侵害をする決定の故に、未遂類似の不法が残る。承諾者による自己の法益の放棄はこの行為無価値を何ら変えるものでなく、承諾者から正当防衛権だけを取り上げる。しかし、行為者は何も問われないのでなく、不能未遂に相応する不法を実現している。逆に、行為者が承諾の存在を誤認したとき、正当化事由の錯誤がある⁽³⁰⁾。

(つづく)

注 前号(第53巻第1号)注160補充

(160) A. Zoller, Anm. zu BGH, Urt. v. 22.12.2010, ZfS 2011, 173, 175 [「コンジュニース事件」]。

患者の自己決定権の行使を担保するための医師による患者への説明（教示）に関して次の諸点に注意を要する。

- (a) 本文①について。病状に関する完璧な説明は要しない。すなわち、患者がどのような病気に罹っているのか、それがどの程度進行しているのか、問津に迫っている苦難、あるいは限られた余命しか残っていないことを患者に説明する必要は無い。承諾にとって重要なことは、患者が承諾の対象となる治療侵襲の影響範囲を見通しているということであって、その健康状態を詳細に知ることは不要。健康状態が実際には患者が思っているよりは悪い場合、処置に承諾を与える動機がそれだけ強固になるに過ぎないのが普通だからである。重要なことは、患者が、処置を受けないという動機（反対動機）を形成しうる全ての事情を知っているということである。患者が、病気の重いことを感じており、医師から勧められた、健康状態を改善する手術をどのみち受けるつもりとき、不治の癌に罹っているとか、病気がすでにかなり進行しているとか、限られた余命しか残っていないことの説明を受けないと、患者の承諾は無効となるというのは理解し難いことである。さらに病状の完璧な説明をすると患者が絶望し、その心理状態が治療成果の妨げとなる場合も同様である。Ch. Bertel, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2000, § 110 Rn 18; K. Englisch, Aufklärung und Sterbehilfe bei Krebs in rechtlicher Sicht, in: Bockelmann-FS, 1979, 519, 523 ff.; A. Eser, D. Strenberg-Lieben, Schönlke/Schröder Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, § 223 Rn 41; H. Fleisch, Der chirurgische Eingriff aus der Sicht des Juristen, ÖJZ 1965, 421, 433 f.; G. Grünwald, Die Aufklärungspflicht des Arztes, ZStW 73 (1961), 5, 19 ff.; K. Schmolzer, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Lfg., § 110 Rn 59.

もともと、患者にとつて、ひょっとして余命が残りわずかしか残されていないということが、成功の見込みの確かでない手術を受けるのではなく、残された時間をできるだけ平穏に暮らしたい理由そのものとなるときは別である。患者がこのように考えることも具体的状況からありうるように思われるとき、余命わずかであることが反対動機となりうるので、患者の自己決定権を保障するため患者への説明が必要となる。Schmolzer, (Fn. II-160), § 110 Rn 61; O. Tempel, Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, NJW 1980, 609, 617.

(b) 本文②について。治療侵襲に特有な合併症、後遺症といった合併症状についての説明が必要であることについては異論が見られない。治療侵襲に特有とはいえない合併症状に関しては、一定の危険閾を越えたと医師に説明義務が生ずるものとして、それを百分率で示すことは必要ない。Vgl. Englisch, (Fn. II-160), 523 f.; Fleisch, (Fn. II-160), 432 f.; D. Giesen, Anmerkung zum BGH, Urteil v. 21. 11. 1995, JZ 1996, 519; Grünwald, (Fn. II-160), 16 ff.; Schmolzer, (Fn. II-160), § 110 Rn 62. 具体的状況から患者に現実に影響を与えうる、つまり、反対動機を形成しうる全ての事情の説明が必要とされるべきである。一般的に云うと、処置の対象

となる病気が深刻であるほど、そして、処置の緊急性が認められるほど、それだけ、医師は些細な合併症（例えば、術後一週間程度続く痛み）の生ずる危険についての説明をしなくても良いと云えよう。これに対して、処置の対象となる病気が深刻でないほど、処置の緊急性が認められないほど、それだけ、些細な合併症の生ずる危険についての説明をする必要がある。この場合、手術を拒否する反対動機形成の可能性が十分にあるからである。Vgl. Bertel, (Fn. II-160), § 110 Rn 19 f.; Eser/Sternberg-Lieben, (Fn. II-160), § 223 Rn 40; Schmolzer, (Fn. II-160), § 110 Rn 62. その際、「分別のある患者」についての反対動機形成可能性 (Ch. Bertel, K. Schwaignhofer, Österreichisches Strafrecht BT I, 9. Aufl., 2006, § 110 Rn 6) による「個別具体的患者」による「Schmolzer, (Fn. II-160), § 110 Rn 62) が重要である。

患者がすでに十分情報を持っている限りでは、説明は部分的で済むか、全くしないで済ませることもできる。例えば、患者自身が医師や看護師であって自分の受ける侵襲の危険性に関する専門知識をもち、自ら判断できるとか、患者がすでに他人から侵襲の重要な側面についての説明を受けていた場合である。医学の専門知識がなくてもすぐ分かる治療侵襲の効果、結果に関する個別説明も要しない。こういった場合に医師に説明義務を課することは全く無意味である。例えば、抜歯の後で嘔むことが難しくなるとか、ギプス包帯を巻かれた後で体の動きが制約されるといった場合である。Bertel, (Fn. II-160), § 110 Rn 13; Eser/Sternberg-Lieben, (Fn. II-160), § 223 Rn 42; W. Holzner, Anmerkung zum OGH 23. 6. 1982, 373, 377; Schmolzer, (Fn. II-160), § 110 Rn 63.

(c) 患者が医師による説明を放棄している場合。患者が、医師からなにも告げられる必要がないこと、医師に全幅の信頼を寄せ、これ以上何も知りたくないと言ったとき、医師は患者に詳細な医学的説明をする必要はなく、かかる説明がなくとも、治療侵襲の承諾は有効である。Bertel, (Fn. II-160), § 110 Rn 16; Bertel/Schwaignhofer, (Fn. II-160), § 110 Rn 6; H. Spieser, Einflüsse auf die Rechtsposition des Patienten, ÖJZ 1988, 744, 748. こういった放棄は一部分の説明に関係することもある。この部分的放棄は、患者がいかなる侵襲が為されるかについての正確な知識にはまったく関心がないことを表明し、合目的性の判断も無条件に医師に委ねることもある。つまり、患者はすべてをできるだけ迅速に終えたいだけなのである。こういった説明放棄の場合、患者が自分の正確な病気に關しても、侵襲の種類、その結果、危険についても詳細を知らなくとも、処置の承諾は有効である。Schmolzer, (Fn. II-160), § 110 Rn 64. 但し、患者が質問をしないという事情だけでは説明放棄があったとはいえない。医師は前もって尋ねられなくても必要なことは話すものだと思者は考えるものだからである。したがって、患者がこの点に関する明確な立場を示していることが要求される。もっとも、説明放棄の要求を厳格に捉えてもならない。というのも、患者が自分の病気、手術の正確な経過、手術の伴う危険に関する詳細

な知識をもちすぎることや苦しみたくなぬ場合、質問しないことは人としてもなことであると思われる、それは尊重されるべきだからである。Bertel, (Fn. II-160), § 110 Rn 17; Esser/Sternberg-Lieben, (Fn. II-160), § 223 Rn 42; Schmoller, (Fn. II-160), § 110 Rn 65; Speiser, (Fn. II-160), 748.

心理的に不安定な患者の場合、完全な説明を受けることによって苦しむことになり、かえって病状が悪化したり、不測の事態が生じかねないので、医師は患者と信頼関係を築き差し支わりのない話を交わすことによって、説明をしないで済むような働きかけをする⁽¹⁾ことをしても、当該説明放棄が無効となるものではない。但し、説明放棄は、医師の圧力によって実現されたときは、無効である。

Holzer, (Fn. II-160), 377; Schmoller, (Fn. II-160), § 110 Rn 66.

(d) 患者の説明要求が明白な場合、病気の重さ、病気の進行度について正確に告げてほしいという患者の明確な要求に医師は従わないものの、しかし、患者が治療侵襲の種類、結果、危険を知っていてこれを承諾したとき、当該承諾は通常有効である(例外について(a)参照)。これに対して、患者が、完全に特定の、(そうでなければひょっとして無視できる)侵襲の結果、危険について意図的質問をしたとき、こういった危険は当の患者個人にとつて、処置を場合によって拒否する動機となることが示されている。こういった場合、承諾の有効性はこの質問の答えにかかっている。質問の対象は反対動機形成にとり重要な意味をもつからである。Schmoller, (Fn. II-160), § 110 Rn 67.

(e) 説明の形式。口頭説明も文書説明も同じ価値をもつ。文書による場合、患者がそれに署名したか否かは重要でない。患者が治療侵襲の影響範囲を適切に判断するための十分な情報を実際に得たか否かだけが重要である。Schmoller, (Fn. II-160), § 110 Rn 68.

(f) 患者自身への説明。自己答責の患者の場合、常に当該患者自身に説明されねばならない。患者に代わって親族に説明することで済ますやり方は医師の守秘義務から疑問である。Schmoller, (Fn. II-160), § 110 Rn 69.

なお、患者の自己決定権の行使を担保するための前提となる意思による患者への説明(教示)と異なるのがいわゆる治療上の説明(Therapeutische Aufklärung)である。これは治療の一部を成すもので、最良の処置をとるため、そして、処置に伴う危険を避けるために患者が必要とする情報に關係する。例えば、服用する薬剤の間隔、量、再検査に最適の日取り、心臓病患者の空の旅に關係する情報。治療上の説明が不十分であるということは内容的に不十分な処置ということになり、(過失)致傷や殺人に成立に繋がる。Schmoller, (Fn. II-160), § 110 Rn 55.

注 本号(第53巻第2号)

- (171) 7h. *Römann*, „Der Lösegeldbote“ - Täter oder Opfergehilfe bei der Erpressung?, Jus 2005, 481, 485; C. *Roxin*, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, in: Noll-GS, 1984, 275.
- (172) *Burgstaller/Schütz*, (Fn. II-11), § 90 Rn 50; *Hinterhofer*, (II-1), 89; *Kinshäuser*, (Fn. I-22), § 12 Rn 21; *Kühl*, (Fn. I-4), § 9 Rn 36; *Lencher/Sternberg-Lieben*, (Fn. II-49), Vor § 32 Rn 48; *H. Otto*, Einverständnis, Einwilligung und eigenverantwortliche Selbstgefährdung, Geerds-FS, 1995, 603, 614 f.; *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 113. より厳格に「免責緊急避難(注1)刑法第35条)の規定を「生命」身体又は自由に対する危難」を要求するが、*W. Jeckes*, Studienkommentar zum StGB, 9. Aufl., 2010, Vor § 32 Rn 26; *H.-J. Radolphi*, Bespr. v. Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung (1970), ZStW 86 (1974), 82, 85. 限定を付さず認められるが、*Heinrich*, (Fn. I-4), § 16 Rn 461.
- 参照「最決平成一六・一・二〇刑集五八・一・一」〔自動車の転落事故を装い被害者を自殺させて保険金を取得する目的で、暴行、脅迫により保険金を掛けた被害者に、岸壁上から車ごと海中に転落することを強要したという事案〕「被告人は、事故を装い被害者を自殺させて多額の保険金を取得する目的で、自殺させる方法を考案し、それに使用する車等を準備した上、被告人を極度に畏怖して服従していた被害者に対し、犯行前日に、漁港の現場で、暴行、脅迫を交えつつ、直ちに車ごと海中に転落して自殺することを執うに要求し、猶予を哀願する被害者に翌日に実行することを確約せざるなどし、本件犯行当時、被害者をして、被告人の命令に応じて車ごと海中に飛び込む以外の行為を選択することができない精神状態に陥らせたものということができる。被告人は、以上のような精神状態に陥っていた被害者に対して、本件当日、漁港の岸壁上から車ごと海中に転落するように命じ、被害者をして、自らを死亡させる現実的危険性の高い行為に及ぼせたものであるから、被害者に命令して車ごと海に転落させた被告人の行為は、殺人罪の実行行為に当る。内藤(注II-46)五九二頁、平野(注II-17)一五六頁。
- (173) *Kühl*, (Fn. I-4), § 9 Rn 36; *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 114.
- (174) *Kühl*, (Fn. I-4), § 9 Rn 36; *ders.*, Blut oder Urin zur Dopingkontrolle, Schriftenreihe des Bundesinstituts für Sportwissenschaft, Bd. 86, 1996, 31, 57 ff.
- (175) *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 116; Vgl. *K. Amelung*, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten 1998, 87; *Geerds*, (Fn. II-13), 180; *Gropp*, (Fn. II-17), § 5 Rn 91 f.
- (176) *Arzt*, (Fn. II-85), 32; *Talbots*, (Fn. II-76), 7. Abschn Rn 120; *H.-H. Kühne*, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen

- gegründeten Rechtsausverzeichts. JZ 1979, 241, 245; *H. Zief*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970, 45 f.
- (177) *Kühl*, (Fn. 14), § 9 Rn 36; *Paefgen*, (Fn. II-74), § 228 Rn 31 FN 109; *Römann*, (Fn. II-171), 484 ff.
- (178) *Th. Römann*, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht, JURA 2002, 665, 674.
- (179) Beispiele von *U. Schroth*, Die Einwilligung in eine nicht-indizierte Körperbeeinträchtigung zur Selbstverwirklichung — insbesondere der Einwilligung in Lebensspende, Schönheitsoperation und Piercing, in: Volk-FS, 2009, 719, 730 f.; a. A. *Th. Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, 2001, 69 ff.
- (180) *Heinrich*, (Fn. 14), § 16 Rn. 468.
- (181) OLG Stuttgart NJW 1982, 2265 (2267); *Baumann-Weber-Mitsch*, (Fn. II-21), § 17 Rn. 109 ff.; *Heinrich*, (Fn. 14), § 16 Rn. 469; *Hirsch*, (II-15), Vor 32 Rn. 119; *Kindhäuser*, (I-22), § 12 Rn. 27; *Statenwerth/Kuhlen*, (Fn. II-166), § 9 Rn. 26; *Th. Römann*, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, 430 ff.; *ders.*, (II-178), 672, 674 (法益関係の欺罔の場合は承諾の欠如であり、非法益関係の欺罔の場合は、欺罔に起因する錯誤が承諾と因果関係にあるとき、承諾は無効である)。
- キューネ (*Kühne*, (Fn. II-176), 241) は、法益保持者の錯誤は承諾の有効性に影響を及ぼさないとということから出立するが、承諾受取人が意思欠缺を知っているか、それとどうか意思的に惹起した場合、交換価値に関する欺罔は別として、承諾を援用することは権利濫用の故に許されないと論ずるので、本説の結論とはほぼ一致する。キューネの見解について、山中敬一「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・三〇四―五(一九八三)二七一頁、三〇四頁以下、林美月子「錯誤に基づく同意」(『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』所収・一九九一)三〇頁以下参照。
- トメルンツ (*K. Amelung*, Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem, ZStW 109 (1997), 490, 511 ff.; *ders.*, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängel bei der Einwilligung des Verletzten, 1998, 36 ff.) は、承諾の無効判断と帰属の問題を分離する。この二段階からなる検証過程では、最初は、承諾受取人の利益は考慮されず、承諾の有効性だけが判断される。判断規準は完全に錯誤と強制を免れた承諾決定という理念に沿う自律性概念である。承諾者が自己の価値体系に合致した決定をするとき、承諾は自律的に下され、有効である。次に、承諾が、承諾者の価値体系に、したがって、その自律性に矛盾したとき、承諾は無効だが、一般原則に従って、法益侵害を侵害者に帰属させることができる場合にだけ可罰的である。欺罔のあるとき、一般に帰属も可能である。Vgl. *Paefgen*, (II-74), § 228 Rn. 32.
- (182) Vgl. *Heinrich*, (Fn. 14), § 16 Rn. 469; *Hillenkamp*, (Fn. II-165), 44.

- (183) *Heinrich*, (Fn. 14), § 16 Rn 469.
- (184) *Arzt*, (Fn. II-85), 15 ff.; *ders.*, Einwilligungsdoktrin und Teilnahmelehre, in: Geppert-FS, 2011, 1, 4 ff.; *Eser/Burkhardt* (Fn. II-9), Nr. 13 A 14 ff. *Groß*, (Fn. II-17), § 5 Rn 119; *M.K. Meyer*, Ausschluss der Autonomie durch Irrtum, 1984, 202; *Krey/Esser*, (Fn. I-24), § 17 Rn 661; *Wessels/Benike/Satzger*, (Fn. 14), § 11 Rn 559. マルツァの見解については、山中 (注II-8) 三〇二頁、林 (注II-18) 一四頁以下参照。ヤコブス (*Jakobs*, (Fn. II-76), 7, Abschn Rn 117 ff.) は、法益関連的錯誤がないため承諾が有効な場合、錯誤を惹起した者や錯誤を利用する者を間接正犯として処罰可能だと論ずる。間接正犯が認められるのは、行為のきつかけとなる状況が欺罔されるべきと、放棄がもつともである又は承諾者自身ももつともだと思われる状況で欺罔者が管轄している場合である。したがって、反対給付に関する欺罔は間接正犯として処罰可能である。Vgl. A. Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, 85 f.; マルツァとヤコブスの見解については、林 (II-8) 三三三頁以下参照。
- (185) *Jakobs*, (Fn. II-76), 7, Abschn Rn 117; *Rönnau*, (Fn. II-178), 672; *Roxin*, (Fn. II-171), 283.
- (186) *Arzt*, (II-85), 17 f.
- (187) Vgl. *Amelung*, (Fn. 181, Irrtum), 20 ff., 56 ff., 77 ff.; *Paefgen*, (Fn. II-74), § 228 Rn 26 f.; *Rönnau*, (II-181), 282 ff.; *ders.*, (Fn. II-178), 671.
- (188) Vgl. *Heinrich*, (Fn. 14), § 16 Rn 470; *Hiltenkamp*, (II-165), 45.
- (189) *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 97 ff.; *ders.*, (Fn. 171), 275; vgl. auch *Jeschke/Wengend*, (Fn. I-20), § 34 IV 5; *Otto*, (Fn. I-49), § 8 Rn 108 ff.; vgl. G. Arzt, Heilengriffe aufgrund einer Blanko-Einwilligung bezüglich der Person des Arztes, 201, 206 mit Fn. 12.
- (190) *Heinrich*, (Fn. 14), § 16 Rn 471; *Rönnau*, (II-181), 318. この批判に対しては、自律性概念についての種の法概念が規範的に構成されるべきならならざるには自明の理であるとの反批判がなされる。*Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 99 FN 158.
- (191) 大塚 (注II-43) 四二〇頁以下、大谷 (注II-44) 二五五頁、福田 (注II-42) 一八一頁、一八三頁注六、佐久間修『刑法講義総論』一九九七・一八七「承諾は、真意から与えた」とを要する。最判昭和三三・一一・二二刑集二・一五・三五一九〔被告人甲は、料理屋の接客婦乙と馴染みになり、やがて夫婦約束するまでに至った。しかし、甲は遊興のため多額の借財を負い、しかも両親から乙との交際を絶つように迫られ、乙に別れ話をもちかけたが、乙はこれに応ぜず、心中を申し出た。甲はその熱意に動かされて渋々心中の相談に乗ったが、その三日後、乙と紀州南端の山中に赴いたときには、心中する気持ちは消えていたものの、追死するつもりであるように見せかけ、あらかじめ買い求めてあった青色ソーダの致死量を乙に与えて嘔下させ、その場で中毒死させたという事案〕「被害者は被告人の欺罔の結果被告人の追死を予期して死を決意したものであり、その決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思で

あることは明らかである。そしてこのように被告人に追死の意思がないに拘わらず被害者を欺瞞し被告人の追死を誤信させた被告人の所為は通常の殺人罪に該当する。」

(192) 井田良『講義刑法学・総論』二〇〇八・三三四頁以下。

(193) 平野(注Ⅱ-17)二五六頁以下。同旨、浅田(注Ⅰ-55)二〇八頁、川端(注Ⅱ-45)三二二頁、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報一(一九八五)五一頁以下、内藤(注Ⅱ-46)五九一、中山(注Ⅱ-44)三二二頁、堀内(注Ⅱ-44)一八四頁、山中(注Ⅱ-181)二七一頁以下。

(194) 斉藤誠二『特別講義刑法』一九九一・一一〇頁以下。

(195) 山中(注Ⅱ-181)二二九頁以下、二二二頁注一八(緊急状態の錯誤について、緊急状態下にあるより大きいと思われる法益を救うために、それとの相関関係において、自らの犠牲にする法益の相対的価値について錯誤したため、法益の相対的価値の錯誤があり、この場合の同意をとくに無効としたものであり、自分の法益の要保護性についての錯誤はなく、したがって、法益関係の錯誤とは言えない)。

(196) Vgl. *Burgstaller/Schütz*, (Fn. Fn. II-11), § 90 Rn 48; *Jeschek/Weigend*, (Fn. I-20), § 34 IV 5; *Roxin*, (Fn. I-171), 281; *ders.*, (Fn. I-1) § 13 Rn 99; 斉藤(注Ⅱ-194)一一〇頁。

(197) *Jakobs*, (Fn. II-76), 7; *Abschn. Rn 117* 「放棄意思の欠如」。

(198) *Beispiel 3 bei Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 98

(199) Vgl. BGHSt 16, 309, 311 「医学実習生事件」(治療の承諾は、疑いも無く此細な切り傷、打撃傷といった症例では、患者が医師によって治療されると思つていても、簡単な侵襲の場合には非医師による治療も正当化しよう)。「承諾はその客観的意味からすると非医師による治療も含む」。 *Burgstaller/Schütz*, (Fn. II-11), § 90 Rn 62; *Kühl*, (Fn. I-4), § 9 Rn 37; *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 101。

本事案について、二段階説を主唱するアメルングも結論的には客観的帰属の観点から可罰性を否定する。承諾者は誰が自分の利益に介入してよいかを自分の好きなように決める自由をもっているから、錯誤を無視することはできない。しかし、法益保持者に法益放棄の意思があるので、傷害という結果無価値が欠如し、しかも、医学実習生にも医師にも同じ適格性があるとき、行為者は許されない危険を創出してない(行為無価値の欠如)から、行為者は不処罰とされる。 *Amelung*, (Fn. II-176), 63 f. 本説には疑問がある。行為者が被害者の承諾という正当化事由を援用できないことが確定したにもかかわらず、更に続いて帰属を問題にすることは、犯罪理論体系上の問題を生じさせるし、そもそも、行為無価値も結果無価値も無いときに、被害者の自律性が否定されるというのは奇妙

- たじろびた。 Vgl. Röman, (Fn. II-178), 672; Roxin, (Fn. I-1), § 13 Rn. 109.
- (20) *Burgstaller/Schütz*, (Fn. II-11), § 90 Rn. 55; *Hinterhofer*, (Fn. II-1), 104.
- (21) *Gropp*, (Fn. II-17), § 5 Rn. 85.
- (22) *Lencker/Sternberg-Lieben*, (Fn. II-49), Vorbem. § 8 32 ff. Rn. 47; A. A. Otto, (Fn. II-172), 615 「自律性というのは先ず第一に、何をやるかの認識をなす、なせ行為をするかの認識による。……それ故、行為の理由に関する決定が他律的影響を受けて歪められるなら、自律的行為がなすこととは話にならない」。
- (23) *Arzt*, (Fn. II-85), 21; *Kühl*, (Fn. I-4), § 9 Rn. 38; *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn. 99.
- (24) *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn. 99; 高橋則夫『刑法総論』[第6版] 2016・3頁以下。 A. A. Otto, (Fn. II-172), 617 (処罰をめぐり初めて刑法が自律性を真剣に考へるべきを示す)。
- (25) *Hinterhofer*, (Fn. II-1), 101 f.; *Kühl*, (Fn. I-4), § 9 Rn. 39; *Lencker/Sternberg-Lieben*, (Fn. II-49), Vorbem. § 8 32 ff. Rn. 47; *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn. 104 f. 参照。 高橋 (注 II-204) 三二九頁以下。
- (26) *Kühl*, (Fn. I-4), § 9 Rn. 39; *Lencker/Sternberg-Lieben*, (Fn. II-49), Vorbem. § 8 32 Rn. 47。 その他の例として、自分が飼っている猛獣が檻を破って逃げ出して人に危害を加えようと電話で騙され、それを殺すことに承諾したとか、ママミラムがいると騙されて髪の毛全部を剃り落とすことに承諾した場合が挙げられる。前者では傷害罪が、後者では物の損壊罪が成立する。 *Jakobs*, (Fn. II-76), 7. Abschn. Rn. 121; *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn. 105.
- (27) A. Koch, Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, § 25 I Alt. 2 StGB, Jus 2008, 399, 400 f.; *Kühl*, (Fn. I-4), § 20 Rn. 49; R. Zaczyc, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993, 46; F. Zieschang, Gibt es den Täter hinter dem Täter?, in: Otto-FS, 2007, 505, 521 f.; A. A. Fritzer, (Fn. I-3), 27. Kap. Rn. 22; *Heinrich*, (Fn. I-4), § 35 Rn. 1264; R. Rengier, Strafrecht BT II, 8. Aufl., 2007, § 8 Rn. 5; H. Ziefel, Die mittelbare Täterschaft und ihre Einordnung in § 12 StGB, OJZ 1975, 617, 621.
- (28) 参照。 福岡高宮崎支判平成元年三・二四高刑集四二・二・一〇三(被告人は、六六歳の一人暮らしをしていた女性から欺罔的手段で七五〇万円借りて返せなくなったが、その返済のめどが立たなかったことから、その発覚を防ぐため同女をして自殺させることを企て、同女の行為が出資法違反であり、間も無く警察が調べに来るが、罪となると三ヶ月か四ヶ月刑務所に入ることになると欺罔して、諸所を連れ回して逃避行をし、その間、身内に迷惑がかかるのを避けるためにも自殺以外にとるべき道はない旨執拗に慫慂して同女を心理的に追い詰め、犯行当日には、警察の追及が間近に迫っているが自分もこれ以上庇護してやるつもりで突き放し、

同女が最後の隠れ家として一縷の望みを託していた大河原の小屋も無いことを確認させたすえ、同女をしてもはやこれ以上逃れる方途はないと誤信させて自殺を決意させ、同女自ら農業を嚙下させて自殺させたという事案)「出資法違反の犯人として厳しい追及を受ける旨の被告人の作出した虚構の事実に基づく欺罔威迫の結果、被害者甲は、警察に追われているとの錯誤に陥り、更に、被告人によって諸所を連れ回されて長期間の逃避行をしたあげく、その間に被告人から執拗な自殺懲罰を受けるとして、更に状況認識についての錯誤を重ねたすえ、もはやどこにも逃れる場所はなく、現状から逃れるためには自殺する以外途はないと誤信して、死を決したものであり、同女が自己の客観的状況について正しい認識を持つことができたならば、およそ自殺の決意をする事情にあったものとは認められないのであるから、その結果の決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思であるといふべきであつて、それが同女の自由な意思に基づくものとは到底いえない。したがつて、被害者を右のように誤信させて自殺させた被告人の本件所為は、単なる自殺教唆行為に過ぎないものといふことは到底できないのであつて、被害者の行為を利用した殺人行為に該当する」。

(209)

Kühl, (Fn. 14), § 20 Rn. 50; *ders.*, *Beteiligung an Selbsttötung und verlangte Fremdtötung*, JURA 2010, 81, 82; *Zaczek*, (Fn. II-207), 46.

BGH, Urteil v. 3.12.1985, JZ 1987, 474=GA 1986, 508 は、「数ヶ月前から不貞関係をもつていた被告人は、自分の夫から解放されたいと思ひ、毒物で殺害する考えを抱いていたところ、犯行当日、足が付かないようにと窃取してきた毒物を被害者に自ら飲むように仕向けようと計画して、毒物をリキュールに混ぜ、それから二二時頃車で夫をその職場に迎えに行き、家に戻ってから直ちに夫と一緒に死のうと持ちかけたところ、夫は、「そうしたら永遠に一緒だね」と応じた。被告人は毒物入りの飲み物を用意していることを話し、それから被告人の提案に応じて、被告人に運転する車でさびしい場所に行つた。被告人は一緒に夫と死ぬことを確信してもらつたため、夫に最後となる性交を約束した。被告人は夫と愛撫を交わしたが、性交には到らなかった。被害者は致死量に足る毒入りリキュール一口分を一気に飲んだ。被告人は夫と愛撫を交わしたが、性交には到らなかった。被害者が被告人にその壺を渡したとき、被告人は頭を激しく横に振つた。妻の欺罔に気づいた被害者はさらに一口飲み、車から二、三步いたところで崩れ落ちた。被告人は被害者を車に引き摺り入れようとしたが無理だった。被告人は興奮して家に行き、粘着テープをもつて戻り、それまでまだ弱い息をしてしている被害者の口を巻き、凶悪犯罪を装ひ、家に戻つた。夫は同日夜中毒死したという事案)で、「当刑事部は、この種の錯誤を惹き起こしただけで、下劣に欺罔を行う者の正犯性を基礎づけるのに十分であるかについて判断を保留する。本事案の事実から、被告人はその夫を欺罔によって死へ追いやるうとしただけでなく、同時に自ら計画した事象経路に関する支配ももつたりもとうとし、実際にもつたことが分かる」と判示して謀殺罪の成立を認めた。本判決に結論的に支持するものが、*R. Brands, H. Schlenker, Die täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungstheorie*, JZ 1987, 442; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-20), § 62 II 1; *Krey/Esser*,

- (Fn. I-24), § 27 Rn 917; *Kühl*, (Fn. I-4), § 20 Rn 47; *Otto*, (Fn. I-49), § 21 Rn 100; *Rengier*, (Fn. II-207), § 8 Rn 6; *J. Wessels, M. Heffinger*, *Strafrecht* BT I, 36. Aufl., 2012, § 1 Rn 52; A. A. *Roxin*, *Strafrecht* AT, Bd. II, 2003, § 25 Rn 71.
- これに対して、平野 (注 II-17) 三五六頁、同『刑法概説』一九七〇・一五八頁「被害者は『死』というこの意味は十分理解しているものであり、死ぬこと自体には錯誤はなく、ただ理由に錯誤があるにすぎないから、殺人だと思わない。西田典之『刑法各論』【第四版補正版】二〇〇九・一六頁は、法益関係の錯誤説から、自殺者が自己の生命という法益を処分することについて錯誤に陥っていないれば、自殺に対する同意は有効であり、欺罔して自殺させた場合でも殺人罪は成立しないが、法益の有無・程度・性状等に関して錯誤がある場合、例えば、医師が癌患者に対して、あと一年の余命があるにもかかわらず、あと三ヶ月の命で激痛も襲ってくるからと欺罔して自殺させた場合には、同意は無効であり、殺人罪が成立すると論ずる。偽装心中につき殺人罪の成立を肯定するのが、團藤重光『刑法綱要各論』【第三版】一九九〇・四〇〇頁、大塚仁『刑法概説各論』【改訂増補版】一九九二・二二頁。
- (210) *Burgstaller/Schütz*, (Fn. II-11), § 90 Rn 58; *Ch. Jäger*, *Strafrecht* AT, 6. Aufl., 2013, § 4 Rn 139; *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 104. 参照：井田 (注 II-28) 三三三頁以下。A. A. *Lenckner/Sternberg-Lieben*, (Fn. II-49), Vorbem. §§ 32 ff. Rn 47.
- (211) *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 111.
- (212) *Lenckner/Sternberg-Lieben*, (Fn. II-172), Vorbem. §§ 32 ff. Rn 46.
- (213) *Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. II-21), § 17 Rn 109.
- (214) *Kindhäuser*, (Fn. I-22), § 12 Rn 31; *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 111.
- (215) *Kindhäuser*, (Fn. I-22), § 12 Rn 31; *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 111.
- (216) A. *Eser, D. Sternberg-Lieben*, Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch* Kommentar, 28. Aufl., 2010, § 223 Rn 40b 「患者が侵襲の肯定面と否定面を衡量するために、患者が侵襲の性質、意味及び射程距離の要点を認識可能にすべきである」。
- (217) *Kindhäuser*, (Fn. I-22), § 12 Rn 28; Vgl. *Kühl*, (Fn. I-4), § 9 Rn 40; *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 112.
- (218) *Kindhäuser*, (Fn. I-22), § 12 Rn 28; Vgl. *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 112.
- (219) *Jaschek/Weigend*, (Fn. I-20), § 34 V; *Wessels/Benkler/Satzger*, (Fn. I-4), § 11 Rn 567.
- (220) *Kühl*, (Fn. I-4), § 9 Rn 41; *Otto*, (Fn. I-49), § 8 Rn 117; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, (Fn. II-49), Vorbem. §§ 32 ff. Rn 51; *H. Rosenau*, *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, *Strafgesetzbuch* Kommentar, 2. Aufl., 2014, Vor § 32 ff. Rn 42

Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung (5)

Toshio YOSHIDA

Kapitel 1 Autonomieprinzip und eigenverantwortliche Selbstgefährdung

- I. Allgemeines
- II. Anwendungsbereiche
 - a) Sportverletzungen
 - b) Übernahme vermögensrechtlicher Risiken
- 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) Integrationsmodell
 - 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 (Bd. 53, Nr. 1)
 - 6. Einwilligung frei von Willensmängeln
 - a) Drohung
 - b) Täuschung
 - aa) Theorienstreit im deutschsprachigen Raum
 - bb) Theorienstreit in Japan
 - cc) Würdigung
 - c) Irrtum
 - 7. Kenntnis der Einwilligung (Bd. 53, Nr. 2)

(Die Fortsetzung folgt.)