

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 (6)
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究, 53(3): 31-67
発行日	2017-12-30



被害者の自己答責的自己危殆化、承諾及び推定的承諾 (6)

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	自己答責性の限界
(b) 財産法上の危険引き受け	自己答責性の前提要件
III 第三者の「自己答責的」介入がある場合の客観的帰属	自己答責的自己危殆化と了解的他人危殆化の区別
(a) 救助行為	(以上第五二卷第二号)
(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	
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
 - V 正当化事由としての承諾の前提要件と限界
 - (以上第五二卷第三号)
 - 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
 - (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
 - (以上第五三卷第一号)
 - 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)
 - (c) 錯誤
 - 7 承諾の認識
 - (以上第五三卷第二号)
 - 第3章 構成要件阻却の了解
 - I 構成要件阻却の了解の分類
 - II 了解の前提要件
 - 1 自然的意識能力と弁識・判断能力
 - 2 意思瑕疵
 - 3 意思表示の必要性
 - 第4章 推定的承諾
 - I 概念と基本思想
 - 1 理論構成
 - (a) 学説
 - (b) 評価
 - 2 緊急避難との関係
 - 3 事務管理との関係
 - 4 許された危険(社会的相当性)との関係
 - II 適用領域
 - 1 内的財衝突に起因する推定的承諾
 - 2 行為者又は第三者のための推定的承諾
 - III 前提要件

- 1 客観的承諾要素
 - (a) 弁識・判断能力
 - (b) 切迫性

- (c) 調査義務
- (d) 法益保持者の推定的意思
- 2 主観的正当化要素

(以上第五三卷第三号)

第3章 構成要件阻却の了解

I 構成要件阻却の了解の分類

構成要件によっては、その文言又は意味、目的から、法益保持者の意思に反した、少なくとも法益保持者の意思なしの行為を前提とする構成要件がある。これらの犯罪では、本人の意思に反するところに、不法を基礎づける事情がある。了解があれば、すでに構成要件が充足されないもので、正当化承諾の問題は端から生じないことになる。これが構成要件阻却の了解 (Tatbestandsausschließendes Einverständnis) である。⁽¹⁾これを犯罪類型で見ると、次の三分類が可能である。⁽²⁾

① 対抗する本人の意思を抑えつけるところに不法の基礎づけられる犯罪がある。強制的性交等罪 (刑第一七七条前段)、強制わいせつ罪 (刑一七六条前段)、逮捕監禁罪 (刑第二二〇条)、強要罪 (刑第二二三条前段)、強盜罪 (刑第二三六条)、恐喝罪 (刑第二四九条) は意思形成又は意思活動の自由を侵害する犯罪である。これらの構成要件は、本人の意思それ自身が攻撃され、曲げられ又は排除されることを要求する。

② 構成要件要素が、本人の意思に依存する事実状態の変更に關係している場合がある。竊盜罪 (刑第二三五条) が

その例である。隣人の同意を得てビール一缶をその冷蔵庫から持ち出す者はビールを「窃取」していない。窃取という構成要件要素は、他人の占有を侵害し、新たな占有を設定することであるから、「窃取」という構成要件要素は占有者の意思に反してそれまでの占有を消滅させる行為を要求する。もつとも、窃取を占有の消滅と定義し、占有消滅についての本人の了解があっても、窃盗の構成要件は充足されると解することは、一般の語法からは全く可能である。しかし、こういった解釈は別に詐欺罪があることとそぐわない。物を騙し取ることとは一般に詐欺として扱われ、窃盗とは扱われない。そうすると、やはり、窃盗罪は本人の意思に反する占有消滅を前提としていることになる。⁽³⁾

③構成要件要素が権利状態の侵害に係している場合がある。住居侵入罪（刑第一三〇条）がその例である。他人の招待に応じてその住まいに入る者とか、買い物をするために百貨店に入る者は、他人の住まいや売り場に「立ち入る」が、「侵入」していない。侵入という構成要件要素は、住居権者の意思に反して立ち入ることを意味するので、住居権者が立ち入りを了解しておれば、「侵入」という構成要件要素は充足されない。⁽⁴⁾

II 了解の前提要件

構成要件該当性を否定する了解と違法性阻却事由としての承諾は元来異なった有効要件を伴っていたのである。構成要件阻却の了解では、了解者の錯誤は法的に重要でないとか、了解者はその了解の意思表示をする必要もないし、行為者はそれを知る必要もないとされたのである。しかし、今日、このような図式的相違は維持されなくなっている。了解は承諾とは異なり、各構成要件の機能及び保護法益に照らして検討される必要があると解されるようになった。

1 自然的意思能力と弁識・判断能力

① 對抗する本人の意思を抑えつることに關係する構成要件要素は、本人が對抗意思をもたないとき充足されない。本人に意思を形成する普通の能力、いわゆる自然的意思能力 (natürliche Willensfähigkeit) があるだけで十分である。すなわち、行為者によって強いられた行為を自発的に行うことができなければならぬ。例えば、四歳の子ども甲が、その居る部屋を一八歳の少年乙が短時間鍵を掛けることに何も抵抗しなかったという場合、甲はその意思に反して閉じ込められたのでないから、逮捕監禁罪は成立しない。⁽⁵⁾

② 事実状態の変更を対象とする構成要件要素においても、本人に自然的意思能力があれば足りる。窃盗罪における占有は事実的支配意思に担われた物の支配を要求する。こういった自然的意思を子どもや場合によっては精神障礙者ももちうる。それに対応して、占有状態の放棄にも、したがって了解のためにも、自然的意思があればそれで足りる。例えば、球で遊んでいる六歳の子ども甲が、大人の乙に声を掛けられ、その球をもらえないかと問われる。甲は、感じの良い乙に好意を示したので乙に球をあげる。この場合、乙は甲の球を窃取したことになる。もっとも、「不法領得」は残る。所有権移転に関して、甲には球の価値、喪失に関して必要とされる弁識能力に欠けるし、有効な贈与に必要な法律行為能力も有していない。したがって、窃盗罪は成立しないもの、窃取なしの不法領得を処罰する横領罪の成立が考えられる。⁽⁶⁾

③ 権利状態への侵害を対象とする構成要件要素において、了解の有効性が弁識・判断能力を前提とするか否かについては、争いのあるところである。構成要件阻却の了解と違法性阻却の承諾を区別する見解によると、了解は構成要

件要素に不該当とするという形式的理由から、他の犯罪類型の了解と同じく、自然的意思で十分であり、この意思が適切な状況判断から来ているか否かは重要でなく、それに対応して、年齢や精神障礙の故に権利者に弁識能力が欠けていても、基本的に了解の有効性の妨げとならないと説かれる。⁷⁾しかし、所有権を保護法益とする物の損壊罪では、承諾には弁識・判断能力が要求されるのであるから、権利状態への侵害を対象とする構成要件要素においても弁識・判断能力が要求されるべきであり、承諾の場合と異なった扱いをする理由はない。⁸⁾

2 意思瑕疵

① 当人意思の抑えつけを対象とする構成要件要素では、了解が、行為者の構成要件の行為によって招来される瑕疵に基づくとき、了解は常に法的意味を有しない。強制性交等罪についてみると、甲男が乙女に兇器を突きつけて性交を強要するとき、その了解は無効であるが、甲男が乙女を、自分の本当の意図に反して、高価な贈り物を約束することによって、性交へ誘惑するとき、被害者は反対給付に関する錯誤に陥っているものの、構成要件的方法（暴行、脅迫）で強要されたわけではないから、強制性交等罪は成立しない。⁹⁾婚姻する意思もないのにその約束をして性交渉の承諾をさせる場合も同じことが云える。¹⁰⁾

身体の現実の場所的移動の自由を保護法益とする監禁罪についてみると、施錠していないのに、施錠してあるものと誤信させ、脱出が不可能であると誤信させた場合には、監禁罪は成立する。欺罔に起因する法益関係的錯誤によって、被害者にはや場所的移動の自由に決めることができなからである。しかし、監禁の目的を欺罔したとき、例えば、姦淫の目的で女子を家に送ると言って自動車に同乗させ連行した場合には、被害者は同乗を、つまり、その間

車内で自由を奪われることを了解しているものであって、いまだ自己の移動の自由を支配していると云える。被害者は行為者の意図を察知して下車を要求したときから、監禁行為が始まる。⁽¹¹⁾

② 事実的状态の変更に関係する構成要件要素では、欺罔に起因する意思瑕疵は重要でない。事実的状态の放棄では、実際の意思だけが重要である。窃盗罪についてみると、例えば、九歳の子ども甲が、その持っている球と引き換えにアイスをくると約束した乙にその球を渡したが、乙はその球を持ったまま姿をくりました場合のように、乙が欺罔によって自分のために甲にその物の占有を放棄させるとき、「窃取」がないので、窃盗罪は成立しない。このような場合を想定して規定されたのが詐欺罪である。これに対して、甲が一〇歳の子ども乙に抵抗したら殴ると脅して乙の球を奪うときのように、事実的状态の変更に抵抗する乙の意思が強要によって強制されるとき、了解は無効である。甲には強盗罪又は恐喝罪が成立する。⁽¹²⁾

③ 権利状態の侵害に関する犯罪である住居侵入罪に関して、例えば、住居権者甲は、新聞購読勧誘員を名乗る乙を住まいに入れるが、実際には、乙は甲を襲い、物を奪うつもりであったといった場合、甲は乙が甲の住まいに入ることを知っているのであるから、乙は住居に「侵入」したことになる。住居権者が現実の意思表示をしているとき、その者の「真意(仮定的意思)」に依拠して、「侵入」を肯定する見解は適切でない。⁽¹³⁾ 他人が住居に立ち入ることを許す者は、欺罔されていても行為者の立ち入りを認識しているのであり、しかも強制されているわけではないので、その了解には任意性が認められる。住居権者が相手方の行為に関して抱く期待は住居侵入罪の保護領域に入らない。但し、立ち退き要求に従わないとき、不退去罪(刑第一三〇条)が成立する。⁽¹⁴⁾ 住居権者の了解が行為者の欺罔に基づく

場合には、住居権者がその私的領域に関する認識のある任意の処分が欠如しているとして、「侵入」を肯定するなら、⁽¹⁵⁾窃盜罪の「窃取」についても、欺罔された占有者の「真意」を問題とせざるを得なくなり、物を騙し取った場合にも、詐欺罪ではなく、窃盜罪が成立することとなるが、これは立法者の意図に反すると云えよう。⁽¹⁶⁾

欺罔によって得られた了解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、例えば、「憲兵隊の佐藤だ」と詐称して了解を得て建物内に入るとか、緊急避難類似的緊急状態のとき、例えば、「殺される、住居に匿ってくれ」と偽って住居権者の了解を得て住居に入る場合も、了解は無効である。⁽¹⁸⁾

3 意思表示の必要性

一般的に、構成要件阻却の了解と違法性阻却の承諾を区別する見解は、構成要件阻却の了解では、当人の明示の又は推断的意思表示を不要とするし、行為者が了解の存在を知っていることも不要とし、当人の内的同意だけで十分であると説く（意思表示不要説）。そうすると、了解が実際にはあるが、行為者がそれを知らないとき、すでに客観的構成要件が充足されず、未遂罪しか成立しない。例えば、甲は不要になった自動車のタイヤの処分に困って、それを誰かがもっていつてくれることを期待して、夜間、それを保管していた車庫を開扉したままにしておいたところ、タイヤ窃盜を副業としていた乙がそれを秘かに持ち出したという場合、乙には窃盜の既遂罪は成立しない。乙が了解の存在を知らないということは、この限りでは重要でない。しかし、窃盜の（不能）未遂罪は成立する。⁽¹⁹⁾これに対して、行為者が、了解が無いのにそれがあると誤想したとき、構成要件の実現に関して故意が無いことになる。それは構成要件の錯誤であり、主観的構成要件が充足されない。

しかし、法的帰結を伴う了解は、承諾と同じく、明示の又は推断的意思表示が要求されるべきである（意思表示必
要説）。例えば、物の占有は、人が物を単に占有したいということによって創設されるのでなく、当人に物の支配が帰
属されるためには、加えて、この意思が少なくとも推断的にでも外に向けて認識できることが必要である。それと
同様に、占有放棄のためには、少なくとも推断的行為によって、支配の意思がもはや存続していないことが明確にさ
れなければならぬ。したがって、上記タイヤ窃盗の設例では、窃盗の既遂罪が成立する。車庫を開扉したままであ
ることから、持ち出してほしいという当人の意思が外に表われているとはいえないからである。当人意思の抑えつけ
を要する構成要件、例えば、強制性交等罪でも、了解は内的同意では足りず、何らかの形で外に向かって認識可能で
なければならぬ。それは、当人の言葉で表れることは勿論、当人の反応に表れる場合もある。²¹⁾

第4章 推定的承諾

I 概念と基本思想

1 理論構成 推定的承諾 (Mutmaßliche Einwilligung) というのは、当人はなるほど実際にその法益侵害に同意
を与えていないが、しかし、可能であれば、同意を与えたと推定される場合のことを云う。行為者が誤って承諾が存
在すると考えた場合とは異なる（誤想承諾あるいは想定承諾）。推定的承諾では、行為者は承諾の表示のないことは
知っており、したがって、この点に錯誤はない。¹⁾ 例えば、交通事故で瀕死の状態で搬送されてきた意識を失っている
者に行われる緊急手術では、傷害罪の成否が、留守中の隣人の家の水道管から漏出している水を止めるために、その
家に侵入する場合には、住居侵入罪や物の損壊罪の成否が、長期出張中の夫宛に配達された手紙をその妻が開封した

場合には、信書開披罪の成否が問題となる。このような行為者が他人のためにおこなう場合だけでなく、自分自身や第三者のために行う場合もある。例えば、長期休暇旅行に出かけた隣人の庭にあるりんごの木から嵐のために落下したりりんごの実を拾うために、その敷地に入る場合、住居侵入罪や窃盗罪の成否が問題となる。

(a) 学説 これらの事例において、一定の条件の下で、違法性が阻却される場合のあることについては異論がないのであるが、しかし、その理論構成に一致が見られるわけではない。わが国では、次の諸説が拮抗している。

①推定的承諾を現実の承諾の法理の延長線上に捉える見解。例えば、「被害者が現実に同意を与えたのではないが、もし彼がその際の事情について完全な知識を有したならば、彼自身の主観的立場からして、その行為に同意を与えたであろうと考えられる場合、……(同意)の理論を拡張して、同様に論じることができる。この推定的同意は、現実の同意を補充しそれに代わるものであるから、行為の際における本人の実際の気持ち⁽²⁾が標準となる」とか、「推定的承諾が認められれば現実の承諾があったのと同じ効果が生ずる。その理由は、現実の承諾はないにしても、個々の承諾を生み出す基である被害者の意向に反しない点にあると思われるから、結局は現実の承諾があった場合と同じ理由による……行為者によるその予想(推定)は思慮深い人の判断をもつてなされることを必要とし、その代わり十分な注意のもとにこの推定がなされたときは、後になってそれが被害者の真意に反していたことが判明しても、さかのぼって行為が違法となることはない⁽³⁾」と論じられる。本説に対しては、被害者の意思に反していたときでも場合によっては違法性が阻却されるのだが、しかし、この場合、被害者の法益はなくなっていないにもかかわらず、現実の承諾がある場合と同様に扱う根拠の説明が十分でないという批判がなされる⁽⁴⁾。

②推定的承諾を現実の承諾の法理の延長線上に捉えるが、②a 国家・社会倫理規範や②b 社会的相当性によって限

定する見解。② a 「推定的承諾（……）にもとづく行為とは、現に被害者自身による承諾はないが、もし、被害者が事情を知ったならば、当然承諾するであろうと考えられる場合に、その意思を推定して行われる行為をいう。……被害者自身によって侵害を承諾されうる法益に関するものであり、また、その推定的承諾の内容を実現する行為自体が国家・社会的倫理規範によって是認されるものであるときは、違法性が阻却される」^⑤。② b 「被害者自身による承諾はないが、当該事態に対する客観的かつ合理的判断によって、被害者が、その事情を知っていたならば、当然承諾したであろうと考えられる場合、その意思を推定して行う行為は、違法性を阻却する。……推定的承諾による行為が、違法性を阻却するためには、侵害法益との関連において、その目的・手段が社会的に相当であることが必要である」^⑥。本説は、被害者の現実の承諾の場合と同様に、結果無価値論の立場からは、国家・社会倫理規範、社会的相当性による制限に対する疑問が提起されよう。

③ 許された危険の法理から捉える見解。例えば、「推定的承諾にもとづく行為は、法益の主体が自分で決定をすることができないので、一定のかぎられた場合に行為をすることがみとめられ、場合によれば、その意思に反する間違つた判断をすることもあるという危険を犯すことが許されるという一種の『許された危険』にもとづいて、正当なものとされる」^⑦。本説に対しては、行為者が被害者の意思に反する間違つた判断を下すことは、推定的承諾にとり限界的事例であつて、それを本質的なものと位置づけることに疑問が出される^⑧。

④ 推定的承諾を緊急避難類似のものとして捉える見解。例えば、「被害者自身による法益の放棄はない以上、推定的同意は構成要件該当性を否定し得ないので、違法性を阻却する事情の存否の判断が必要となる。より具体的には、重大な法益侵害を含むのに正当化するのであるから、緊急避難ないしそれに準ずる要件が必要である。そして、同意を推定させる事情は、これらの要件の中で評価されることになる」^⑨。その他、「緊急避難」を明言しないが、「『推定的承諾』

(……) による行為とは、客観的判断によって、理性的人間の見地から、被害者の承諾があったと予期せられる場合、例えば、水道栓の破裂を防止したり、火災を消しとめるために無断で他人の不在の住居に侵入するような行為をいう。……推定的承諾とは、行為者の主観的判断において推定した承諾ではなく、理性的人間が被害者の立場にあったならば客観的判断に従って期待せられたであろうところの承諾と解すべき⁽¹⁰⁾とか、推定的承諾は、同意だけで違法性が阻却される場合とは明白に区別される。「これは被害者の実質的利益のために行う行為であって、民法のいわゆる事務管理と同様に、事後的に見れば、たとえ被害者本人の意志に反する場合であっても、構わない。社会の良識から見て、本人が事態を熟知したならば、同意するのが当然だと考えられるような客観的事実のあるときは、いわゆる推定的同意によりその行為は違法でない」と認められる。したがって、これを『推定的同意』という言葉であらわすよりも、むしろ『客観的仮定』(……)などと称する(……)方が実体を示している⁽¹¹⁾と論じられる。本説に対しては、被害者の意思とは関係なく、第三者の理性的判断が被害者の個人的判断に優先することになり、被害者の現実の承諾とは扱いが異なることになる⁽¹²⁾ところに問題があるとの批判がなされる。

⑤混合説と云われる見解。本説は、被害者の同意を構成要件不該当事由と捉えるが、推定的同意を違法性阻却事由と捉えた上で、推定的同意というの、「同意と緊急避難の両者の要素を含んだその中間的な独自の法制度」であって、同意を得る余裕がない場合に、被害者にとって優越的利益と思われるものを救助する場合や、優越的利益がなくても、一定の利益衝突状態において、被害者の仮定的同意が、被害者との人的関係やそれまでの事情から推論できる兆候から合理的に推定できる場合に、正当化される⁽¹³⁾。本説は、正当化される場合を云っているだけで、正当化の根拠を示していないとの批判が可能である⁽¹⁴⁾。

これらの説に対して、⑥推定的承諾の法理無用論も見られる。「後に本人が行為者に謝意を表明したり、取返して咎め

だてしなかったとしたならば、すくなくとも自由・名誉・財産」に関しては、真正の『承諾』・『合意』があった場合と同視してしかるべきであるし、『優越的利益』が認められる限り、真正の『承諾』・『同意』があった場合と同様、『違法阻却』される。推定が破れた場合も、「特殊な違法阻却事由」を必要としない。「優越的利益」が認められない限り、合法化はできないというべきだからである。『推定的承諾』で『優越的利益』を考えるのは、せいぜい『緊急避難』であろう。緊急避難は、優越的利益が認められる限り、被害者本人の意思に反しても本人の利益のために可能であるし（火急の際の信書開被とか、交通事故被害者のための手術等）、あるいは、被害者の意思を抑圧して行為者自身のために行うことも可能なのである（火急の際の無断宿泊とか自動車の無断借用¹⁵）と論じられる。本説は、結果無価値論の立場を徹底させ、「推定的承諾」が破れた場合に、緊急避難の法理による解決を図るのであるが、しかし、問題となる推定的承諾の事例全体を網羅する解決策となっているかが問われる。

(b) 評価 以上の諸説の概観から、それぞれ問題点を孕んでいるのが分かるのであるが、以下では、ドイツ語圏刑法学説を概観しながら、さらに検討を続けることとする。先ず、推定的承諾に独自の正当化事由を認めない見解がある。ポツケルマンは次のように正当化緊急避難の法理で解決しようとする。推定的承諾の下で、当人が問い合わせられたなら承諾を与えたと推定してもよいと理解されるなら、特定の推定をする手掛かりがないとか、時には、その手掛かりがある場合ですら、困ったことになる。事故で病院に搬送された意識のない者が、かねがね身体障礙者として生きるくらいなら死んだ方がましだと言っていたことが判明したけれども、医師が脚を切断しないと生命にかかわると判断してこの患者に手術をするとき、訴追される危険を冒すべきであろうか。患者が死に直面してどのような決定をするか、人は分かるだろうか。しかし、「推定的」承諾が、分別のある人なら当人の状況におかれたなら与えら

いえる承諾を意味するならば、実際には財衡量原則に帰着し、同一人の利益の衝突しか問題となっていない場合、この原則が役立つ。より高い価値の財をより低い価値の財を犠牲にして救助する者は、当人の「真の福利」のために、したがって適法に行為している¹⁷⁾。しかし、本説は、推定的承諾において、利益衡量は当人の自己決定権、つまり、主観的価値基準に基づくものでなければならぬこと、これに対して、緊急避難では、利益衡量が客観的価値基準に基づくことを考慮していない。さらに、「行為者又は第三者のための推定的承諾」による正当化ということもあり得ないことになる¹⁸⁾。

シュミットホイザーは、「権利者への緊急性に対処する行為（いわゆる推定的承諾）」という概念の下で、次の要件が具備すれば違法性が阻却されると論ずる。①権利者に属する財（財客体）が危険に陥り、権利者の複数財中、他の、客観的には重要性の劣る財を侵害することによってしか救助できない。②権利者は自ら決定することを妨げられていない。③意思が救助に、したがって、侵害に反しない（少なくとも認識できない）。④行為者は客観的救助目的と当該財の救助意思をもって行為する。こういった要件の具備された緊急事態では、権利者の自律性は危険に曝された財を維持する利益より後退する。例えば、散歩中の者が、他人の家の隙間から水が外に流れ出ているのを目撃し、呼び鈴を鳴らし、叫ぶも返事がないので、窓を叩き割り、中に入り、給水元栓を締めるといった場合、物の損壊罪も住居侵入罪も成立しない。行為者はより大きな損害の生ずることを妨げようとし、実際そうしたからであり、このことは所有者の客観的利益のために緊急に必要なからである。「行為者がここで意欲したこと、したことを、誰もが意欲しなければならぬし、することが許されなければならない」。権利者が救助に関心が無かったということが判明しても、それは正当化にとって重要でない。さらに、シュミットホイザーは、他説との違いを明らかにするために、次のように論

ずる。具体的事案において、権利者がどのような決定をするかに関する推定は全く問題とならない。仮定的意思は重要でない。権利者の実際の対抗意思が認識できないとき、行為者は客観的規準に従った処置をすればよい。決定的なことは、一般的に見て、本人なら皆、その財の救助のためにこのように侵害されるなら、喜ぶということである⁽¹⁹⁾。本説に対する基本的疑問点は、法益保持者がその場にいるとき、もっぱらその現実の意思がその財への侵害を正当化できるのに、法益保持者が不在のとき、法益保持者が何を意欲しているかの推定をおよそ問題とすべきでないとする理由が不明な点にある⁽²⁰⁾。

ヴェルツェルは、「被害者のための且つ推定的承諾のある行為」という概念の下で、(形式的に)被害を受けた者の実質的利益のために行われる所為は、客観的判断によりその承諾が予期できた場合、適法だと説く。例えば、破損した水道管を修理するために、隣人の家の扉をこじ開けて入るのは適法である。この正当化事由は(超法規的)緊急避難に属する(正当な目的のための正当な手段の適用)。主たる正当化の根拠は被害者(つまり承諾)による利益の一般放棄ではなく、その利益になる積極的行為にある。制約という観点から推定的承諾を要するのは第三者による過度に熱心な配慮を阻止するためである。この点で、承諾の観点が実質的法考察と結合している(実質的に本人のために行われるのなら、形式的権利侵害はない)。実定法上この二つの観点を結合した規定が事務管理である(ドイツ民法第六七七条以下)。それ故 刑法においても事務管理の直接適用が薦められる場合がよくあると⁽²¹⁾。しかし、本説も批判を免れ得ない。本人の利益が擁護されるということは、過度に熱心な配慮とはいえない場合であっても、自己決定を無視する十分な根拠とならない。例えば、イエホヴァの証人にその頑な拒否に抗して輸血することは許されないが、本人の意識が無いとき、直ちに患者の「本当の」利益を援用して本人の意思を無視できるとするならば、それは受け容

れ難い後見に帰着する。しかも、正当化緊急避難の厳格な要件を充たすか否かということすらも調べないということ、正当化緊急避難を潜脱していることも意味しよう。⁽²²⁾やはり本説は、事を逆さまに見ている。当人の仮定的意思是緊急避難の正当化を限定するのに資するのではなく、利益衡量は、場合によっては、仮定的意思を確定する補助手段と解すべきである。⁽²³⁾さらに、利益状況に焦点を合わせることによって、不当にも、当人が行為者や第三者との連帯から侵害を許しただろうといえる場合がはじめから除外されてしまう。⁽²⁴⁾

これらの見解に対し、正当化事由としての現実の承諾の基本思想を基礎として、当人の意思を重視して、当人が事態を認識していたなら承諾を与えたと推定できる情況を實際に与えられた承諾とほぼ同一視する見解がある。既に、メツガーは、推定的承諾を承諾に引き付けて、当人が事態を完全に認識していたなら、自分自身の立場から行為を承諾したと云える客観的な、裁判官の蓋然性判断であると捉えていた。被害者が、この事態において思慮分別に従って行動すべきであったことが問題となるのではなく、十中八九、そのまったく個人の意思傾向からどのような行動を採ったかが問題となる。したがって、推定的承諾は現実の承諾を完全に補充するものである。推定的承諾の根拠は、専ら表見的被害者の行為時の意思傾向にある。擬制が問題となっていないのでなく、事案の全事情から生ずる当人の意思傾向の解釈が問題となる⁽²⁵⁾。レンクナーは通説を概括して、推定的承諾が独自の正当化事由であると論ずる。⁽²⁶⁾①構成要件阻却の了解や正当化の承諾が適時に得られないが、全体の事情を評価すると、当人が問われうるなら、同意を表明するだろうといえるとき、さらに、②当人の了解、承諾を得ることができるが、例外的であるかもしれないものの、当人が問い合わせを重要視しないということから直ちに立出できる場合に、推定的承諾は重要な意味をもつ。推定的承諾は緊急避難又は優越的利益原則の特例でなく、独自の正当化事由である。専ら当人の仮定的意思が重要なので

あつて、客観的利益衡量が問題となつてゐるのではない。承諾と同様に、推定的承諾は利益欠缺の原則に基づいてゐるが、構造上、承諾とは異なり、許された危険の要素を含んでゐる。それにもかかわらず、推定的承諾は承諾の代用である。このことから、①意思表示の点は別として、承諾のその他の要件が充たされねばならない、②本人の決定を得ることができないか、適時に得ることができず、本人が問われたなら確実に放棄したという二点が導かれる。²⁶⁾ イエシエックによれば、推定的承諾というのは、法益保持者による承諾の可能性に関連する独自の正当化事由である。法益保持者ないしその法定代理人に連絡が取れないとか、緊急に治療を要する病人が意識を失つてゐる場合のように、事態に応じて有効に与えられるうる承諾が存在せず、しかもそれが適時に入手できないが、しかし、あらゆる事情を客観的に評価すると事前の観点から確実に承諾が予期できた場合に、推定的承諾が認められる。これと同視できるのが、承諾を得られうるのだが、法益保持者が問われたなら確実に放棄したと云える場合である。推定的承諾の正当化の力は三個の観点の結合に基づく。①被害者の意向における利益衡量、②被害者が状況を認識していたなら、予期されうる意思決定はどういうものであつたかに関する客観的推定、③許された危険の思想から生ずる誠実な調査義務。²⁷⁾

このように、学説は二つの流れに大別できるのだが、後者の見解が妥当である。すなわち、推定的承諾の基礎には承諾の思想がある。他人が決定できない緊急事態にあつてその決定権能の行使を補助するとき、他人の自己決定権を無視したことになるが、したがつて、不法も阻却される。本人自身は決定を下すことができない状態にあり、したがつて、他人が本人に代わりその意思に従つて行動しなければならぬ。推定的承諾は所為の時点に存在しなければならず、後で許されるとの期待は重要でない。本人の「利益」は、本人自身どのように決定したかを推定する際の反証可能な徴表にすぎないのである。²⁸⁾

推定的承諾は現実の承諾が得られないときにだけ考慮される正当化事由であるから、前者は後者の補充的性格を有している。例えば、搬送されてきた意識を失っている患者を手術する必要があるときでも、意識の回復をまだ待てる時間的余裕がある場合、推定的承諾を援用することはできない⁽²⁹⁾。軽微な又は一時的侵害に過ぎないとき、所有者に問い合わせることが可能でも、推定的承諾による正当化が可能である、こういった「利益欠缺」の場合、承諾を求める必要が無いからであるという見解もあるが、妥当でない。些細な侵害であっても権利者の意思表示に反するなら許されないことが、推定的承諾の法理を用いて許されるとするのは理解し難いことである⁽³¹⁾。

2 緊急避難との関係 推定的承諾は緊急避難と似ている。しかし、推定的承諾では、正当化緊急避難とは異なり、客観的利益衡量が重要なのではなく、法益保持者の仮定的意思が重要なのである。すなわち、何が本人の「真の福利」(客観的利益)に沿うかではなく、本人は、無分別であつても、何を意欲したと推定できるかが問題なのである⁽³²⁾。水道管破裂のために他人の家に侵入し、水道を止めようとすると、それは確かにもつともなことであり、家主の客観的利益に合致している。しかし、家主はどんな場合でも他人が自分に家に入るのを望んでいないことが、他の出来事から人に知られている場合、行為者は推定的承諾を援用することはできない。推定的承諾がない場合、それが緊急避難の適用によって隠されてはならない。それでも、法益の侵害される者の仮定的意思が多くの場合客観的利益衡量の結果と合致する限りで、推定的承諾は正当化緊急避難に近い。例えば、水道管破裂の設例で、家主の考えが全く不明なとき、家主は客観的にもつともなこと、すなわち、水道管を塞ぐことを望んでいるということから出立してよい。但し、客観的に優越する利益は仮定的意思の徴表にすぎないのである⁽³³⁾。推定的承諾と緊急避難が同時に存在する場合もありうる。例えば、不在中の上階に住んでいる者甲の住まいの水道管が破裂し、その階下に住んでいる乙がその住ま

い天井に水が滴り落ちるのに気づき、甲の住まいの扉をこじ開け、破裂した水道管の応急処置をするといった場合である。⁽³⁴⁾

3 事務管理との関係 被害者の推定的承諾は事務管理（民法第六九七条以下）とも似ている。公益保持者ができる状態にあるなら自ら処理する案件を、行為者が行うからである。したがって、民法の正当な事務管理を刑法に転用して、当該規定の要件を充足すれば、刑法上も違法性が阻却されるとの考えもありうる。しかし、事務管理の諸規定を刑法に類推適用するべきでない。事務管理は内部の損害賠償義務や費用償還請求権を定めただけであって、他人の公益への侵害が刑法上正当化される要件を定めてはいないからである。刑法では、行為の正当化を専ら推定的意思で根拠づけることができる。⁽³⁵⁾ バオマンは、「推定されうる承諾——事務管理」という標題の下で、推定的承諾を民法の事務管理と捉え、事務管理の場合の利益状況は、民法第六八三条が有効な規程を提供するほど、大幅に一致すると論ずる。推定的承諾は、現実の承諾を待つことができないう場合だけに問題となるのであり、後者に対して補充的性格を有すると。⁽³⁷⁾ ヤコプスも、「被害者のための且つ推定的承諾のある行為」という概念の下で、民法の事務管理に従って、緊急避難と承諾の観点を組み合わせて、事務管理（民法第六七七条以下）と同じく、（積極的結果の保障）としての利益と（過度に熱心な配慮からの保護としての）推定的意思が同時に必要であると論ずる。⁽³⁸⁾ しかし、本説に対しては、公益保持者の意思に合致する行為を、その意思が客観的第三者の判断からすると本人の真の利益に資さないからといって、処罰すべきとするとは理解し難いという批判が可能である。当人がその公益の侵害されることに満足している又はそれどころか喜んでいたり、その行為者を処罰することは許されない。分別のない承諾が無効でないのと同じく、推定的承諾が客観的尺度からすると利益に反するように見えようと、推定的承諾の正当化効果を奪うべき

でない。法益保持者の客観的利益に反する行為がその推定的承諾に合致することは稀にあるにしても、それは推定的承諾を事実即して捉えることによって解決されるべきであり、推定的承諾とは別個の「真の利益」との組み合わせで解決すべきことではない。⁽³⁹⁾

4 許された危険（社会的相当性）との関係 許された危険というのは独自の正当化理由でなく、実質的に行為の構成要件該当性を否定するための指導原理である。抽象的经验的に危険な行為であっても、規範的に見て是認されるなら、つまり、許された危険ないし社会的相当性の範囲内にあるなら、行為の客観的帰属が否定される。その主要な機能領域は過失犯の構成要件である。しかし、例外的に、正当化事由もこの基本思想からその内容に影響を受けるのである。その一例が推定的承諾である。行為者は、推定的承諾によって正当化される所為を行うとき、その法益侵害が法益保持者の利益に沿わない、それ故その者の意思に沿わないという危険を冒すことになる。法益保持者の意思に關する推定の為される状況に、不確実さと誤評価が常に伴うからである。しかし、この推定的承諾に「つきものの危険」を冒す十分の理由があるとき、所為後に、本人の意思に關する推定が間違っていたことが判明しても、所為推定的承諾の要件が具備していれば、所為は正当化される。⁽⁴⁰⁾

II 適用領域

推定的承諾の適用領域は二つに分けられる。その一は、承諾権利者の内的財衝突の場合であり、その二は、推定的承諾が侵害者のために考慮される場合である。⁽⁴¹⁾

1 内的財衝突に起因する推定的承諾 内的財衝突があるが、法益保持者は財の維持に関する決定を自ら下すことができないので(決定緊急事態)、外部からその意向に沿った侵害によって解決されねばならないとき、推定的承諾が考慮される。権利者が法益侵害を承諾すると仮定してもよい実質的根拠は、法益を犠牲にすることによって、依然として当人の利益が具体的に可能な限り最善の形で維持されるというところにある。まさにそれ故に、権利者は、実際に問い合わせが来たなら、法益侵害に同意を与えるだろうと仮定してもよいのである。例えば、旅行中の隣人の邸宅で水道管が破裂したとき、扉をこじ開けて入り元栓を閉めることが建物や家具の損害を避けるために必要となる場合である⁴²。

同一人の法益の価値関係は専らその者自身の評価によって定まる。常軌を逸した、一般的分別から異なる理由からであれ、法益保持者に価値の低いものが特に気がかりなとき、そのことが行為者に認識可能なとき、行為者は、その客観的低価値のものを、他の客観的により価値の高い、しかし、法益保持者によってそれほど評価されない財のために犠牲にはならない⁴³。例えば、イエホヴァの証人のように輸血を例外なく拒否する宗教団体に所属する者が意識不明状態で病院に搬送された場合、たとえ生命を救うことができるにしても、この患者に輸血をせずには行い得ない手術を行ってはならないのである。推定的意思が客観的利益に優先する⁴⁴。権利者の仮定的意思はできる限り正確に探索されねばならない。承諾権利者の特別の愛好心が客観的に事前に知られていないか推定できないとき、一般的な価値関係が決め手となる⁴⁵。

法益保持者が実際に留保しているとき、例えば、隣人に、家で何が起ころうと、事前に問い合わせしてくれた場合

にだけ家に入ってよいと言われていたとか、全事情を客観的に評価すると、留保があると事前に推定できるとき、推定的承諾は問題外である。すなわち、法益保持者に実際に問い合わせることが可能だったら、行為者はその承諾を得られたということでは十分でない。したがって、推定的承諾が認められるためには、承諾権利者がその同意をこの明確な問い合わせに認識できるような形では留保していなかった、という付加的条件が必要となる⁴⁶。

2 行為者又は第三者のための推定的承諾 人が行為者又は第三者のために自分の法益を放棄すると推定できる場合もある⁴⁷。人が当該財の維持にあまり関心がないとか、行為者と密接な人的関係があるといった場合が想定される。例えば、休暇旅行中の隣人の庭にあるりんごの木からその実が落ちていたが、そのままでは隣人が戻る前に腐敗してしまいうりんごを拾う場合⁴⁸とか、お手伝いさんが家の主人の着古した背広を物乞いに贈るといった場合である。この場合も、具体的状況の全体事情を客観的に考察した事前の判断から、承諾権利者の同意が確実に得られる場合でなければならぬ⁴⁹。

この類型の場合も、法益保持者が留保している場合がある。例えば、被害者が、必要ならいつでも持って行ってもいいけれど、常に事前に問い合わせをしないとけないと言っている場合である。この種の場合、権利者の承諾を得られると期待できる十分な理由があるが、しかし、行為者には事前の問い合わせなしに法益保持者の法益を侵害する権限は与えられていない⁵⁰。

推定的承諾を緊急避難の一事例と捉えたり、少なくとも当人の利益の客観的衡量から捉えたりするなら、上記の説

例は正当化されないことになる。シュミットホイザーは、承諾が「推定的に」得られるということは全く意味を有しない、権利者の緊急の利益が問題となっていない場合に、推定的承諾をもって承諾に代えることはできないと論ずる。⁽⁵¹⁾ ヤコプスは、「他人の利益を代償無く減少させることを許すなら、利益保持者の推定的意思によって限定されるに過ぎず、一般的規制として甘受されるには危なすぎる。…：軽微な不法が問題となることが多いかもしれないが、それでもやはり不法が問題となつている」と論ずる。⁽⁵²⁾ しかし、この見解の基礎には、他人に些細な好意を示したいことがありうるという推定は決して基礎づけられないという考えがあるが、それは妥当とは思われない。刑事政策的にも、他人の友情、助力を惜しまない気持ちを正当にも信頼して行った行為を処罰することは的外れであり、実行し難い。⁽⁵³⁾

Ⅲ 前提要件

法益保持者の承諾は自己決定権の行使であるのに対して、推定的承諾は法益保持者の自己決定権の侵害であるから、これによる正当化にはより厳格な要件が要求される。

1 客観的承諾要素

(a) 弁識・判断能力 承諾と同じく、推定的承諾は処分可能な法益にのみ関係しうる。法益保持者には一般的に決定の射程距離についての十分な弁識・判断能力が具備しなければならない。例えば、医的侵襲の場合、事態から必要とされる医師の説明がなされるなら、意識を失っている患者は侵襲に同意すると見込まれるときにのみ、その推定的承諾から出立してよい。

(b) 切迫性 推定的承諾は、法益放棄に関する本人自身の時宜を得た決定を得ることができない場合に限定される(推定的承諾の補充性)。本人にそれほど大きな危険を招くことなく、その決定を得ることができるなら、その決定を待たねばならない。本人の決定を得られない状況には一過性のものも多いので、性急にも推定的承諾に逃げ込むことによって、法益保持者の自己決定権を巧みにかわしてはならない。この基本原則は殊に医的侵襲の場合に意味をもつ。例えば、事故で搬送されてきた意識を失っている患者の生命を救うために遅滞無く下腿の切断手術をする必要があるが、もう片方の足の偏平足も矯正手術をする方が良いと診断した医師は、直ちに下腿の切断手術をすることは許されるが、しかし、偏平足の手術については、患者の意識回復を待つてその意思を確認しなければならぬ⁵⁴⁾。

法益保持者が法益客体の維持に関心がない(利益欠缺)とか、所為の前に許しを請われることに関心がないといった場合、切迫性がないときでも、例外的に、推定的承諾に基づく正当化が可能であるという見解がある。例えば、発行年度別の硬貨を収集している小売店の会計係りが勝手に売上金の中から特定の硬貨を自分の手持ちの硬貨と両替したという場合、会計係には窃盗罪又は業務上横領罪の違法性が阻却される⁵⁵⁾のである。たしかに、法益毀損が軽微であり、行為者と法益保持者の人的関係から事前の照会が不必要な場合がありうるが、しかし、それは推定的承諾の観点から論じられる問題ではなく、社会的相当性の問題である⁵⁶⁾。

(c) 調査義務 法益保持者の推定的意思がその真の意思に矛盾する危険は避け難いので、行為者は推定的意思の確認にあたり細心の注意を払わねばならない。行為者は、漠然としたそして根拠の薄弱な推測で満足してはならず、推定的意思の推論が間違いないことの蓋然性を確かめねばならない。すなわち、行為者には、推定的意思内容に拘束

される前に、調査義務が課せられる。⁽⁵⁷⁾ 推定的意思のきちんとした調査は「危険減少」とも呼ぶれうる客観的要件である。⁽⁵⁸⁾ 一般に、正当化事由の領域では、所為に伴う不利益をぎりぎり最小限にまで縮減しなければならぬのであり、正当防衛では「必要性」の要件が、正当化緊急避難では「補充性」の要件が要求される。推定的承諾では、「行為者は、所為が本人の現実の意思に合致しないという危険を最小限にするために、状況に応じて評価できる要素を自分でできる限り調査しなければならぬ。だからこそ、誤った評価をする危険が残っているにもかかわらず、許された危険の思想に基づいて所為の正当化が受け容れられるのである。⁽⁵⁹⁾ 但し、法益保持者が所為の前に承諾の意思表示をしており、これが法益保持者の推定的な今の意思に合致しないと考えるべき理由がないとき、付加的な意思探索をする必要はないのが普通である。調査されるべきは、場合によって、承諾の「推定的撤回」が考えられるか否かだけが調査されるべきである。これも、承諾ではなく、推定的承諾の問題である。今は意思形成能力のない又は意思表示能力のない法益保持者によってかつて表明された承諾は、表明された意思が存続していることが推定される、つまり、推定的撤回がないことの強力な徴表である。⁽⁶⁰⁾

(d) 法益保持者の推定的意思 推定的承諾の場合、所為が正当化されるのは、所為が推定的承諾に合致し、これが法益保持者によって表示されていたなら、有効な承諾の性質を有する場合である。推定的意思を調査するための緒は先ず、当該案件の主題について法益保持者が以前に口頭や文書で表していたことである。例えば、法益保持者が今回と似たような状況で承諾の意思表示をしていたとか、所為を容認していた、あるいは逆に所為を拒絶していた場合、その間に気持ちの変化があったことを示す強力な徴表が無い限り、法益保持者は今の状況において同じ態度表明をしたであろうということから出立してよい。⁽⁶¹⁾

推定的意思内容は、十分に情報を得た法益保持者が錯誤や強制に影響されなかったなら表示したと考えられる承諾から導かれる。いわゆる法益関係の錯誤だけでなく、その他の錯誤から影響されずに表示される承諾が規準となる(参照、第2章V⁶²)。

2 主観的正当化要素

その他の正当化事由と同じく、推定的承諾においても主観的正当化要素が必要である⁽⁶³⁾。行為者には切迫性があることと表象と、所為が法益保持者の推定的意思と合致していることの認識がなければならない。この認識は調査義務の結果として生ずるものでなければならない。調査義務の履行の結果、被害者の意思に関する推定がその意思と一致したとき、行為は正当化される。調査義務を履行したが、被害者の意思に関する推定が事後的に誤っていたことが判明した場合も、許された危険の思想に基づき、行為は正当化される⁽⁶⁴⁾。これに対して、調査義務を尽くしたが、行為者が、法益保持者の推定的意思と合致していることの認識を有していないまま行為をし、それが実際には被害者の意思と一致しているとき、行為者は未遂でしか処罰されない⁽⁶⁵⁾。調査義務が果たされず、所為が法益保持者の推定的意思と合致しない場合、既遂罪が成立する⁽⁶⁶⁾。

行為者が調査義務を果たさず、軽率にもその行為の正しさを信頼し、その所為が偶然にも法益保持者の真の意思と合致した場合、行為は被害者の真の意思に合致しているので、違法性が阻却され、この限りで調査義務は意味をもたないという見解が見られる⁽⁶⁷⁾。しかし、法益保持者は、他人が法益保持者の法益を弄び、偶然に幸運をつかむなどということを意欲していないので、その行為は結局法益保持者の推定的意思に合致しないと云えるので、既遂罪が成立す

ると解される⁽⁶⁸⁾。

禁止の錯誤は、行為者が、調査義務が履行することなく、行為をしたが、それが被害者の意思に反していたという場合に認められる。例えば、医師が、患者の承諾のないことを認識したが、医学的観点からは侵襲が患者に意味があり、必要であるので、法的に許されると思った場合である⁽⁶⁹⁾。違法性阻却事由を基礎づける事実の錯誤が認められるのは次の場合である。①客観的には義務に適切でない調査に基づいて、実際に存在したなら被害者の承諾に関する仮定的蓋然性判断を正当化する事情を誤認した場合、例えば、他人の自動車に損害を与えたが、ぞんざいな調査のため損傷箇所を見落とし、事故現場から去る場合である⁽⁷⁰⁾。②他人の推定的意思には全く関係の無い事実（それ故、義務に適った調査によっては相殺できない事実）だが、それが存在するときに推定的承諾の想定を正当化したであろう事情を誤認した場合、例えば、教師が無作法な言動をしたと誤って思った他人の子を折檻するが、実際にその子が無作法な言動をしたなら、教師はその子の両親から当該行為の承諾を得られたと想定できた場合である⁽⁷¹⁾。

(つづく)

第3章 注

- (1) Jaschek/Weigend, (Fn. 120), § 34 I 1 a.
- (2) Vgl. Kindhäuser, (Fn. 122), § 12 Rn 35 ff.; Wessels/Benlke/Satzger, (Fn. 14), § 11 Rn 543.
- (3) Frieser, (Fn. 13), 15, Kap Rn 2.
- (4) 内田文昭『刑法各論』[第二版]一九八四・一七一頁、最判昭和五八・四・八刑集三七・三・二二五「刑法一三〇条前段にいう『侵入シ』とは、他人の看守する建造物等に管理権者の意思に反して立ち入ることをいう」。これに対して、事実上の住居の平穩説を主張

- するが、團藤重光『刑法綱要各論』〔改訂版〕一九七五・四八八頁。
- (5) *Lenchner/Sternberg-Lieben*, (Fn. II-49), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 32; *Kindhäuser*, (Fn. I-22), § 12 Rn. 41.
- (6) *Lenchner/Sternberg-Lieben*, (Fn. II-49), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 32; *Kindhäuser*, (Fn. I-22), § 12 Rn. 42, 48; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. I-4), § 11 Rn. 546.
- (7) *Gropp*, (Fn. II-17), § 5 Rn. 118; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. I-4), § 11 Rn. 546.
- (8) *Vgl. Kindhäuser*, (Fn. I-22), § 12 Rn. 46.
- (9) *Vgl. Rovin*, (Fn. I-1), § 13 Rn. 106; 井田 (II-192) 三二五頁注二九。
- (10) *Vgl. Rovin*, (Fn. I-1), § 13 Rn. 106; 林 (II-181) 三九頁。

なお、準強制わいせつ及び準強制性交等罪(刑第一七八条)は、心神喪失又は抗拒不能を要求している。抗拒不能にあたるとして準強姦罪(旧一七八条)の成立を認めた判例に、法益関係の欺罔があった場合・大判大正一五・六・二五刑集五・二八五(患者である少女が医師を信頼しているのを利用し、その面部を覆い、必要な施術のように誤信させて姦淫したという事案)、東京高判昭和三三・一〇・三一判タ八五・七五(婦人患者が医師である被告人を信頼し、正当な医療行為がなされるものと信じきって、陰部を露出したまま遮断幕の設備のない処置台の上に仰臥し、羞恥心から治療中瞑目していたのに乗じて、これを姦淫したという事案)。法益関係的錯誤があった場合・広島高判昭和三三・一二・二四高刑集一・一〇・七〇一(被害者が睡気その他の事情により犯人を自己の夫と誤認しているのに乗じて姦淫したという事案)。法益関係の欺罔・錯誤がなかった場合・名古屋高判昭和五五・七・二八判時一〇〇七・一四〇(梅毒の治療と偽って性交したという事案)、東京地判昭和六二・四・一五(性病の治療と売春の容疑を晴らすためと偽って性交したという事案)。準強姦罪(刑第三八条)には強姦罪と同じ法定刑が規定されているので、欺罔の内容・方法は強姦罪の暴行・脅迫と同じ程度の心理状態を生じさせる必要がある。準強姦罪の成立を否定した次の判例はその趣旨を説く。東京地判昭和五八・三・一判月一五・三・二五五(子宮が曲がっていて生理不順になりやすく、将来子供ができても流産しやすいので、霊感療法で治療すると偽って性交したという事案)(正常な判断能力を有する成人女性性が相手方と性行為を持つことを認識しながらこれに応じ、暴行・脅迫と同程度に相手方の自由意思を無視したと認めざるを得ないような特段の事情が認められないときは、準強姦罪は成立しない)、岡山地判昭和四三・五・六下刑集一〇・五・五六一(欺罔による準強姦が成立するのは、欺罔の内容・方法が女子をして高度に困惑、驚愕、狼狽の念を起させ、自由な意思の下に行動する精神的余裕を喪失させ、行為者の姦淫行為を拒否することが不能若しくは著しく困難であると客観的に認められる場合に限定される)。

- (11) Vgl. A. Eser, J. Eisele, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010, § 239 Rn 6; Rengier, (Fn. II-207), § 22 Rn 7 ff. 最決昭和三三・三・一九刑集一・四・六三六は「被告人が被害者を母のもとに連れて行くを騙してタクシーに乗せ、自分も同乗してその方向へ走行させたが、途中で違った方向の道に入ったのを気付いた被害者が下車要求をしたところ、措置に迷った運転手が減速したところで車外に逃げ出したという事案」。一番は被害者を乗車させた時点から脱出した時点まで監禁罪が成立するとし、原審もそれを是認したという事案」で、「監禁」とは、人を一定の区域場所から脱出できないようにしてその自由を拘束することをいい、その方法は必ずしも所論のように暴行又は脅迫による場合のみに限らず、偽計によって被害者の錯誤を利用する場合をも含む」と説示した。しかし、その後、最判昭和三八・四・一八刑集一七・三・二四八は、「家まで乗せてやると被害者を騙して、原動機付自転車の荷台に乗せて疾走し、被害者の自宅を過ぎたところで、騙されたと気づいた被害者が降ろしてくれと言ったにもかかわらず、そのまま一キロ走ったという事案」で、家の前まで来て、被害者が降ろしてくれと言ったにもかかわらず、走り続けたところだけ監禁を認めた原判決を是認した。同旨、名古屋高判昭和三五・一一・二二下刑集二・一一・二・一三三八。しかし、これと趣旨を異にする下級審判決が見られる。広島高判昭和五一・九・二二刑事裁判月報八・九・一〇・三八〇「被告人らが甲あるいは乙を自動車に乗せて犯行現場に連行した際、被告人らは自動車を疾走させたほかには同女らが自動車から脱出するのを困難ならしめる方法を講じておらず、また同女らは被告人らの意図に全く気付かず、途中被告人らに対し降車せしめるよう求めたこともないことは所論のとおりであるけれども、およそ監禁罪にいわゆる監禁とは人をして一定の区域外に出ることを不可能またはいちじるしく困難ならしめることをいい、被拘禁者が行動の自由を拘束されていれば足り、自己が監禁されていることを意識する必要はないと解するのが相当である。本件において被告人らは同女らを強姦する目的で偽計を用いて自動車に乗車させて疾走したものであり、自動車を疾走させることは、同女らをして容易に自動車から脱出することができないようにしてその自由を拘束するものであって、これは外形的にも社会的にも監禁行為と評価されるべきものであり、これを監禁の実行行為といふことを妨げない」。
- (12) Kindhäuser, (Fn. I-22), § 12 Rn 51.
- (13) Kindhäuser, (Fn. I-22), § 12 Rn 54; H.-J. Radolphi, U. Stein, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2013, § 123 Rn 18b; BayObLG NJW 1972, 2275.
- (14) Heinrich, (Fn. I-4), § 16 Rn 44f; Jeschke/Wegend, (Fn. I-20), § 34 I 2 a; Krey/Esser, (Fn. I-24), § 17 Rn 661; Kühl, (Fn. I-4), § 9 Rn 25; Lencher/Sternberg-Lieben, (Fn. II-49), § 123 Rn 22; Roxin, (Fn. I-1), § 13 Rn 106; Wessels/Bentke/Satzger, (Fn. I-4) § 11 Rn 546; J. Wessels, M. Heittinger, Strafrecht BT 1, 36. Aufl., 2012, § 13 Rn 588.

わが国の判例は、行為者が犯罪目的を隠していた場合、住居侵入罪の成立を肯定する。最大判昭和二三・五・二〇刑集二・五・四八九「しかし刑法住居侵入罪の『故なく』とは正当の事由なくしての意であるから、強盗殺人の目的を以って他人の店舗内に侵入したのは、すなわち、故なくこれに侵入したものに外ならない。そして住居権者の承諾ある場合は違法を阻却すること勿論であるけれども、被害者において顧客を装い来店した犯人の申出を信じ店内に入ることを許容したからと言って、強盗殺人の目的を以って店内に入ることを承諾を与えたとは言いが得ない。最大判昭和二四・七・二三刑集三・八・一三六三「強盗の意図を隠して『今晚は』と挨拶し、家人が『おはいり』と答えたのに応じて住居に入った場合には、外見上家人の承諾があったように見えても、真実においてはその承諾を欠くものであることは、言うまでもないことである。同旨、大塚(II-43)四二〇頁、大谷(II-44)二五五頁。

なお、威圧に基づく了解が無効であることは一般に肯定されている。最大判昭和二五・一〇・一一刑集四・一〇・二〇一二(被告人Xらは、多衆とともに神奈川県川崎市役所に対する食糧要求の示威運動に参加していたが、さらに川崎市長の市長公舎に多量の隠匿物資があるとの疑いを持ち、二〇数名の者を統率して貨物自動車に乗り込み、赤旗一流を押し立てて市長公舎に乗りつけ、市長夫人に対し、「川崎市労働者市民大会の決議により隠匿物資摘発のため貴宅を見せて貰い度い」との趣旨を申し向けて市長夫人に承諾させた上、公舎内部の各部屋に入り検査したという事案)「川崎市長夫人Aが被告人X等に対して家宅捜索の承諾を与えたのは、赤旗を擁した多数の威力を背景とする同人等の言動に威圧されたためであつて、その真意から出たものでないことをXも知っていたことは、……十分に推認することができる。……従つて原判決がXの所為に刑法一三〇条を適用したのは正当である。

- (15) K. Amelung, H. Schall, Zurn Einsatz von Polizeipizzen: Hausfriedensbruch und Notstandrecht und Durchsuchungsbefugnis-OLG München, DVBl 1973, 221, JSt 1975, 545 ff. 565; OLG München NJW 72, 2275.
- (16) Wessels/Hettinger, (Fn. III-14), § 13 Rn 588 参照。林(II-181)四三三頁。
- (17) 東京高判昭和三八・二・一四高刑集一六・一・三六。参照。山中(II-181)三四五頁以下、林(II-181)四三三頁。
- (18) 参照。林(II-181)四三三頁。
- (19) Vgl. Krey/Esser, (Fn.I-24), § 17 Rn 659; Wessels/Beulke/Satzger, (Fn. I-4), § 9 Rn 369.
- (20) Kindhäuser, (Fn. I-22), § 12 Rn 58; Roxin, (Fn. I-1), § 13 Rn 77.
参照。BGHSt 4, 199 (警察は拘りを畏に掛けるため、私服警察官の上に財布を置いた買い物籠を市の人(み)の中に送り込んだ場合、拘りを働いた犯人は窃盗未遂でしか処罰されない。占有者の了解がありさえすれば、占有侵害を否定するのに十分であるからである)。

第4章 注

BayObLG NJW 1979, 729 [泥棒異事件]は、「看護助手である被告人は、病室においてあつた一〇マルク入りの鞆を盗んだ。警察は、事件の解明のために紙幣を準備し、それを別の病室で財布に入れさせ、それはナイトテーブルの上に置かれた化粧袋に入れられた。それから、病棟看護師が被告人にナイトテーブルの埃を払うように依頼した。被告人はこの機会を利用してその財布から五〇マルク紙幣一枚を抜き取り、着用していた上っ張りのポケットにしまった」という事実において、窃盗既遂でなく、窃盗未遂の成立を認めた。被告人は、窃取に了解のあることを知らずに金を奪う決断をしたのだから、窃盗の未遂罪が成立するとされたのである。本件について、ロクスラインは、警察の策略が明らかに外に向かって認識可能だったと論ずる。Roxin, (Fn. I-1), § 13 Rn. 76.

(21) Roxin, (Fn. I-1), § 13 Rn. 77; a. Kindhäuser, (Fn. I-22), § 12 Rn. 59 (「本人意思を抑えつけることを対象とする構成要件要素では、他の類型と異なり、行為者が意思形成又は意思活動の自由を消滅させた否かが問題となるので、本人の意思表示は不要である」)。

- (1) Hinterhofer, (Fn. II-1), 3; Steininger, (Fn. I-2), II, Kap. Rn. 97.
- (2) 佐伯 (II-38) 二二〇頁以下。
- (3) 中野次雄『刑法総論概要』【第三版】一九九二・一八四頁以下。平野 (II-17) 二五五頁以下。宮内裕「違法性の阻却」(『刑事法講座 第一巻』所収・一九五二) 二二六頁以下。なお、内藤 (II-46) 六一九頁「推定の同意を認めるためには、被害者の個人的な意思方向についての仮定的蓋然性判断が為されるということから出発しなければならぬ。したがって、その意思をできるだけ実際の意思に接近させ、また、その仮定的蓋然性判断を出来るだけ精確なものとするための補助的手段として、優越的原理(……)を援用し、推定の同意による行為によって保全する法益の量・性質、法益侵害行為の必要性の程度などを比較衡量することが必要にならう」。
- (4) 齊藤 (II-194) 一一〇頁。同「推定的な承諾」の法理をめぐって」警研四九・一一(一九七八)・一五頁以下。
- (5) 大塚 (II-43) 四二二頁。参照、川端 (II-45) 三三〇頁。
- (6) 福田 (II-42) 一八三頁以下。大谷 (II-44) 二五八頁。
- (7) 齊藤 (II-194) 一二二頁。

- (8) 内藤(Ⅱ-46)六一八頁。須之内克彦「被害者の承諾」(阿部純二他編『刑法基本講座第三卷 違法論／責任論』一九九四)一四七頁以下、一五四頁。
- (9) 前田(Ⅱ-39)三五二頁。
- (10) 木村(Ⅱ-41)二八七頁。
- (11) 植松正『刑法概論Ⅰ総論』〔第八版〕一九七四・一八七頁。参照、香川達夫『刑法講義(総論)』〔第三版〕一九九五・二〇一頁。
- (12) 齊藤(Ⅱ-194)一一一頁。
- (13) 山中(Ⅰ-55)六一八頁。
- (14) 浅田(Ⅰ-55)一一二頁。
- (15) 内田文昭(Ⅱ-136)四一八頁以下。その他、浅田(Ⅰ-55)一一二頁。
- (16) 参照、須之内克彦「推定的同意(たゞいひ)」(鈴木茂嗣編『現代の刑事法学(上)』一九七七)二二二頁以下。
- (17) P. Bockelmann, Strafrecht AT, 1973, 105.
- (18) Kindhäuser, (Fn. 1-22), § 19 Rn 2 u. 10.
- (19) E. Schmidthäuser, Strafrecht AT (Lehrbuch), 2. Aufl., 1975, 9, Kap Rn 49 f.
- (20) Roxin, (Fn. 1-1), § 18 Rn 6.
- (21) Welzel, (Fn. 1-7), 92 f.
- (22) Stratenwerth/Kuhlen, (Fn. Ⅱ-166), § 9 Rn 35.
- (23) Roxin, (Fn. 1-1), § 18 Rn 6.
- (24) Stratenwerth/Kuhlen, (Fn. Ⅱ-166), § 9 Rn 35.
- (25) E. Mezger, Strafrecht 3. Aufl., 1949, 219 f.
- (26) Lenckner, (Fn. Ⅱ-76), Vorbem §§ 32 ff. Rn 54.
- (27) Jescheck/Weigend, (Fn. 1-20), § 34 VII 1. 2.
- (28) Roxin, (Fn. 1-1), § 18 Rn 4; Stratenwerth/Kuhlen, (Fn. Ⅱ-166), § 9 Rn 36; Triffterer, (Fn. Ⅱ-128), Ⅱ, Kap Rn 173.
- (29) Roxin, (Fn. 1-1), § 18 Rn 10.
- (30) Hirsch, (Fn. Ⅱ-15), Vor § 32 Rn 30; Lenckner, (Fn. Ⅱ-76), Vorbem §§ 32 ff. Rn 54; K. Tiedemann, Die mutmaßliche Einwilligung,

- insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder. Jus 1970, 108.
- (31) *Roxin*, (Fn. 11), § 18 Rn. 11.
- (32) *Roxin*, (Fn. 11), § 18 Rn. 5; BGHS 35, 249. 「客観的規準、特にある処置を一般に分別があり普通だという判断は独自の意味をもたず、個人の仮定的意思を究明する上で役立つにすぎない」。
- (33) *Roxin*, (Fn. II-1), § 18 Rn. 5; vgl. *W. Misch*, Die mutmaßliche Einwilligung, ZJS 2012, 38, 39.
- (34) *Lewisch*, (Fn. 19), 59.
- (35) *Jacobs/Weigend*, (Fn. 120), § 34 VII 2; *Misch*, (Fn. IV-33), 39.
- (36) 東季彦訳『全訳独逸民法』【第三版】一九三五。第六八三条「事務管理ノ引受カ本人ノ利益及ヒ本人ノ真ノ意思若クハ推知シ得ヘキ意思ニ適スルトキハ費用償還ニツキ受任者ト同一ノ請求權ヲ有ス。第六七九条ノ場合ニ於テハ管理者ハ事務管理ノ引受カ本人ノ意思ニ反スルトキト雖モ前段ノ請求權を有ス」。
- (37) *J. Baumann*, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1968, § 21 II 5 a.
- (38) *Jakobs*, (Fn. II-76), 15. Abschn Rn. 17.
- (39) *Roxin*, (Fn. 11), § 18 Rn. 7.
- (40) Vgl. *Gropp*, (Fn. II-49), § 5 Rn. 372; *Lackner/Kühl*, (Fn. I-10), Vor § 32 Rn. 20; *Misch*, (Fn. IV-33), 39; *U. Mannmann*, Grundkurs Strafrecht 3. Aufl., 2015, § 25 Rn. 143; *Roxin*, (Fn. I-1), § 18 Rn. 1; *Stratenwerth*, (Fn. II-12), § 10 Rn. 31; 須々内 (IV-8) 一五六頁。なお「行為者の「判断の誤り」のリスクを誰に負わせるかという視点から、井田 (II-192) 三二七頁は「事後的にはそれ〔推定の同意―筆者〕が本人の真意に沿わない一定の可能性 (不確定) が払拭できないとしても、それでも行為の時点の判断として同意を推定することが合理的と認められる (いいかえれば、真意に合致しないこと) のリスクを被害者Aの側に負わせることが不当でない考えられる」事情の下では、行為規範による禁止が解除され、行為不法が否定されることにより違法性が阻却される」とする。参照、佐久間 (II-42) 二〇〇頁。これとは対照的に、山口 (II-44) 一六九頁は、「『判断の誤り』のリスクは、現実の同意に基づかずに行為する、行為者側が負担すべきものである。……推定の同意は、現実の法益主体の同意はないが、その事態を法益主体が認識していたのであれば、同意を与えていたであろうということが事後的に認められる場合 (……) に肯定されるのであり、法益主体の意思の推定は『事前的な立場』からではなく、『事後的な立場』から法益主体の意思を確認しつつ行わなければならない……。いかに事前的な立場からは、法益主体の同意が認められても、事後的に明らかになった事情からそれが否定される場合には、同意はなく違法性の阻却は否定される」

と論ずる。参照、佐伯仁志「被害者の同意とその周辺」(2)『法教二九六号(二〇〇五)・八四頁以下、八八頁以下。』

- (41) 中野次雄「推定的承諾」(『総合判例研究叢書 刑法(一)』所収・一九五六)七頁以下、一一五頁以下は、①行為者と被害者との間に一定の親近関係があるときは、推定的承諾の認められる場合が少なくない、②承諾権者と関係ある者の承諾が一応あることはしばしば本来の承諾権者の推定的承諾を根拠づける、③従来同種行為につき承諾が与えられていたという事実も推定的承諾の一つの根拠となる、④行為が法益主体の利益のためになされたということはしばしば推定的承諾を肯認する理由となる、及び、⑤承諾権者の行動もまた承諾を推認させることがあるとして、推定的承諾を五類型化する。ほぼ同旨、西原(II-46)二七七頁以下。これらの類型のうち④が本文一に、その他が本文二に相当しよう。参照、須之内(IV-16)一三三頁。

- (42) *Lewissh*, (Fn. II-2), *Nachbem zu § 3 Rn 240*; vgl. *Jeschek/Weigend*, (Fn. I-20), § 34 VII 1 a.

- (43) *Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. II-21), § 17 Rn 121. 例えは、甲は雑種犬一匹と純血種の犬一匹を飼っている。甲は乙に雑種犬の方が好きだと言っていた。ある日、乙は甲の犬二匹がかみ殺さんばかり喧嘩しているのを目撃して、どちらかを殺さねばならなくなり、純血種の犬を殺したという場合である。

- (44) *Donatsch/Tag*, (Fn. II-12), § 223 P. *Noll*, S. *Treichsel*, *Schweizerisches Strafrecht AT I*, 6. Aufl., 2004, 144; *K. Seemann*, *Strafrecht AT*, 4. Aufl., 2009, 65.

- (45) *Lewissh*, (Fn. II-2), *Nachbem zu § 3 Rn 241*; *R. Mannach*, *H. Zipp*, *Strafrecht AT I*, 1983, § 28 Rn 7.

なお、ロクスイーン及びそれに続いてイエーガーが、内的財衝突に起因する推定的承諾の場合、推定的承諾の認定に当たっての「大雑把な準則」を、事他被拘束決定、人物被拘束決定及び生存決定に分けて論ずる。①事他被拘束決定、つまり、専ら又は主として法益保持者の事物利益に係る行為の場合、行為が明白により高位の利益のために行われ、行為者に対抗利益が不明なかり、推定的承諾を援用することは基本的にも可能である。例えば、甲が不在中の乙の地所に入り、乙所有の幌付き自動車の屋根を閉じることが、このようにして既に降り始めている雨から高価な革張りの座席を保護するためだったという場合、住居侵入は推定的承諾に基づき正当化される。②人物被拘束決定、つまり、当の人物に特別の形で係る行為の場合には逆で、特別の事情から法益保持者の仮定的意思がはつきりしないかぎり、基本的に推定的意思から出立してはならない。例えば、医師は、患者からその配偶者には何も隠し事は無いとの説明を聞いていた場合ですら、患者との関係である守秘義務を配偶者に対しても破ってはならない。このことは、配偶者が病気について問い合わせをしたとき、医師がいつでも説明できる場合にはなおさら妥当である。③生存決定、つまり、生と死に関する決定の場合、明白な承諾を得ることができないかぎり、基本的に生命救助処置を考慮した推定的承諾から出立すべきである。例えば、これ以上は

待てない昏睡状態にある患者の生命を救うための手術の場合である。患者が手術を拒否する宗派に所属する者であることが知られているとか、前に身体障礙者として生きていくよりは死にたいと言っていたという場合であっても、当人が死に直面してどう決定するかは誰も知りえない。現実生命にかかわることになると、前の考えを修正して、生き続けたくなくなる者が多い。したがって、もはや治療できない患者であっても、即座に推定的承諾に依拠して生命維持処置を性急に終えることもできない。Ch. Jäger, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2013, § 14 Rn. 146; Roxin, (Fn. 1.), § 18 Rn. 19 ff. 参照; 須之内 (IV-16) 二二二頁以下。

参照: BGHSt. 40, 257 [治療中止事件] [医師と女性患者 (七〇歳) の息子が心臓停止に起因する脳損傷を蒙り非可逆的意識喪失に陥った患者への人工栄養補給を止めようとした事案] 「本件では死の現象がまだ始まっていなかった。……患者は……非可逆的脳障害のためはや自己決定能力がなかったため、推定的承諾だけが考慮される。しかし、これまで認定されたことに基づく推定的承諾は問題外である。……決定的時点の八年又は一〇年前に患者がテレヴィジョン放送を見た直後の印象として、『あんなふうには終わりにたくない』と言ったことは、治療を中止する推定的承諾の十分な根拠とならない。なるほど、患者の生存にはきわめて単純な機能しか残されていない……したがって、その命は周囲の者には無意味と思われたかもしれない。しかし、この事情だけでは、その他の点で生活能力のある患者による間もなく確実な死に到る治療中止への推定的承諾があると云えない。……推定的了解があるといえるための要件は厳格でなければならない。決定的なのは、あらゆる事情を注意深く衡量した上で得られる所為時点の患者の推定的意思である。その際、患者が以前口頭または文書で言っていたことが、その宗教的信念、その他の個人的価値観、その年齢に起因する平均余命あるいは痛み感覚と同じく考慮されねばならぬ (vgl. BGHSt. 35, 246, 249)。客観的規準、特に、ある処置が、一般に『分別がある』又は『正常である』とか、分別のある患者の利益に通常沿っているとかの判断は独自の意味を有しない。それは個人の仮定的意思を探索するための手掛かりでしかありえない。同: Roxin, (Fn. 1.), § 18 Rn. 25; 反対: R. Merkel, Tödlicher Behandlungsabbruch und nutralische Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom, ZStW 107 (1995), 545, 573 『自分の症例で治療中止とどう (予想される) 問いに対する失外套患者の前もっての考えを得る手掛かりがないと云』も治療は中止されねばならない。

(46) *Lewisich*, (Fn. II-2), Nachbem zu § 3 Rn. 238.

(47) この類型について推定的承諾による正当化を否定する見解として、吉田宣之『違法性の本質と行為無価値』一九九二・二七七頁。

(48) ツイップはこの種の事例を社会的相当性という観点から解決する。『この種の隣人相互間の付き合いのあることは普通であること』を前提とすると、社会的相当性という観点を持ち出してよい。これを用いることで他の不自然な構成を避けることができる。『被害

- 者』の推定である「解らうのはこの場合行為の社会的相当性の前提要件そのものである。関係者の間に承認された慣行が存在しなければならぬ」の適用領域は狭い範囲に止まる。Zipf, (Fn. I-11), 55.
- (49) *Leuwisch*, (Fn. II-2), Nachbem zu § 3 Rn 243, vgl. *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-20), § 34 V 1 b.
- (50) *Leuwisch*, (Fn. II-2), Nachbem zu § 3 Rn 237.
- (51) *Schmidhäuser*, (Fn. IV-19), 6. Kap Rn 92.
- (52) *Jakobs*, (Fn. II-76), 16. Abschn Rn 18. ヤコブスは、激しい雨の中不意にやってきた友人が不在の家主をその鍵の掛けられていない車庫で待たせようとして、家主にはその車庫を提供する「非公式の(非法律的)義務」があるという理由から正当化する。*Jakobs*, (Fn. II-76), 15. Abschn Rn 17. この「巧み」は技巧に走りやない批判される。*Roxin*, (Fn. I-1), § 18 Rn 17.
- (53) *Roxin*, (Fn. I-1), § 18 Rn 17.
- (54) *Maurach/Zipf*, (Fn. IV-43), § 28 II 12. *Mitsch*, (Fn. IV-33), 41: C. *Roxin*, Über die mutmaßliche Einwilligung, in: *Welzel*-FS, 1974, 447, 461.
- (55) *Heinrich*, (Fn. I-4), Rn 478. *Kühl*, (Fn. I-4), § 9 Rn 46; *Mitsch*, (Fn. IV-33), 41: *Tiedemann*, (Fn. IV-30), 109.
- (56) *Römann*, (Fn. II-14), Vor § 32 Rn 222; *Roxin*, (Fn. IV-51), 461.
- (57) *Groß*, (Fn. II-49), § 5 Rn 367; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-20), § 34 VII 3. *Mitsch*, (Fn. IV-33), 41: 反対 *Römann*, (Fn. II-14), Vor § 32 Rn 94; *Roxin*, (Fn. I-1), § 18 Rn 29.
- (58) 7h. *Lenchner*, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, in: H. Mayer-FS, 1966, 165, 180; *ders.*, (Fn. II-76), Vorbem §§ 32 ff. Rn 56; *Mitsch*, (Fn. IV-33), 42.
- (59) *Lenchner*, (Fn. II-49), Vorbem §§ 32 ff. Rn 58; vgl. *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-20), § 34 VII 3. 参照: 大谷(II-44)二五八頁以下「被害者の真意に合致するものと合理的に推定し、その推定の意思の内容を実現する行為である限り、事後に被害者がこれを是認しなかったとしても、社会的相当行為として違法性を阻却する」。これに対して、山口(II-44)一六九頁は、結果無価値論の立場から、「法益主体の意思の推定は『事前的な立場』からではなく、『事後的な立場』から法益主体の意思を確認しつつ行われなければならない……。いかに事前的な立場からは、法益主体の同意が認められても、事後的に明らかになった事情からそれが否定される場合には、同意はなく違法性の阻却は否定される」と論ずる。
- (60) *Mitsch*, (Fn. IV-23), 42.

- (61) *Mitsch*, (Fn. IV-23), 42; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. I-4), § 11 Rn 573.
- (62) Vgl. *Mitsch*, (Fn. IV-23), 42.
- (63) *Mitsch*, (Fn. IV-23), 43; *Roxin*, (Fn. I-1), § 14 Rn 96.
- (64) *Lenchner*, (Fn. II-49), Vorbem §§ 32 ff. Rn 58; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. I-4), § 11 Rn 577. なお、この場合を違法性阻却事由を基礎づける事実の錯誤と捉える見解がある。例えば、帝王切開出産後に不妊手術（卵管結紮）を行った手術医師が不妊手術につき推定の承諾があるものと誤認した場合もある。 *Kühl*, (Fn. I-4), § 9 Rn 47.
- (65) *Mitsch*, (Fn. IV-23), 43; *Roxin*, (Fn. I-1), § 14 Rn 104.
- (66) *Mitsch*, (Fn. IV-23), 43; *Roxin*, *WetzlFS* 455.
- (67) *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-20), § 34 VII 3; *Kühl*, (Fn.), § 9 Rn 47; *Lenchner*, (Fn. II-49), Vorbem §§ 32 Rn 58.
- (68) *Mitsch*, (Fn. IV-23), 43.
- (69) Vgl. BGHSt 45, 219, 224 f. なる *BGHSt* 35, 246 [医師らは患者のために、しかし、その承諾なく帝王切開分娩に続いて行った不妊手術は推定の承諾により正当化できるとされた事案] は禁止の錯誤と扱われるべきであったと批判される。第一に、患者の生命に危険があるとの医師らの想定は次の出産時に生ずることだから、患者は先ず不妊を望むか否かを問われねばならなかったからである。医師らの視点からは「新たな妊娠が母子の生命を危うくする」から、医師らが「直ちに処置をする」ことが必要と考えたという事情は、質問をする必要性をなんら変えるものではない。生命を危うくする危険を冒すか否かを決定するのは患者の事柄であるし、新たな妊娠を避けるために卵管結紮以外の方法があったからである。 *Roxin*, (Fn. I-1), § 18 Rn 12 u. 30; vgl. *Kühl*, (Fn. I-4), § 9 Rn 47.
- (70) *Lenchner*, (Fn. II-49), Vorbem §§ 32 ff. Rn 60.
- (71) *Lenchner*, (Fn. II-49), Vorbem §§ 32 ff. Rn 60.

Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung (6)

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 Wirkungsgrund 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)

Kapitel 3 Einverständnis

- I. Drei Gruppierungen von einverständnisrelevanten Tatbestandmerkmalen
- II. Voraussetzungen
 - 1. Einsichtsfähigkeit
 - 2. Willensmängel
 - 3. Erklärungsbedürftigkeit

Kapitel 4 Mutmaßliche Einwilligung

- I. Begriff und Grundgedanke der mutmaßlichen Einwilligung
 - 1. Rechtfertigung eigener Art
 - a) Meinungsstreit
 - b) Würdigung
 - 2. Verhältnis zum rechtfertigenden Notstand

3. Verhältnis zu der Geschäftsführung ohne Auftrag
 4. Verhältnis zum erlaubten Risiko
- II. Anwendungsbereich
1. Interne Güter- und Interessenkollisionen
 2. Preisgabe eigener Interessen zugunsten des Täters oder eines Dritten
- III. Voraussetzungen
1. Objektive Einwilligungensmerkmale
 - a) Einwilligungsreife
 - b) Dringlichkeit
 - c) Pflichtgemäße Prüfung
 2. Subjektives Rechtfertigungsmerkmal

(Bd. 53, Nr. 3)

(Die Fortsetzung folgt.)