

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 (2)
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，52(3)：293-318
発行日	2016-12-30

被害者の自己答責的自己危殆化、承諾及び推定的承諾 (2)

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	
第2章 自己答責性の限界	
Ⅳ 自己答責性の前提要件	
Ⅴ 自己答責的自己危殆化と了解的他人危殆化の区別	
Ⅵ 自己答責的自己危殆化と（以上第五二卷第二号）	
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)

第2章 自律性原理と被害者の承諾

I 概説 承諾とは認識をもつて法益を放棄することによって包括的に権利保護を放棄することを意味する。⁽¹⁾それは端的に、ラテン語の法格言、「自己の事柄に自ら不利益を望む者には、不法は生じない (Volenti non fit injuria)」で言い表される。その背後にある思想は、人の自己決定、つまり、**自律性原理** (Autonomieprinzip) であるが、それは同時に**自由主義**に立脚する法秩序の表れでもある。人は財の処分を通して自己の自由を実現できる。処分の一つのありようとして自己の財の破壊もある。それは単に恩恵として認められるに過ぎないというものではない。自由主義に立脚する法秩序においては、自己の利益に関する評価は基本的に法益保持者の自由な決定にある。⁽²⁾すなわち、「承諾の承認は憲法の諸原則それ自体から導出できるし、承諾の承認ということの中に国と個々の市民の関係に関する法共同体の基本決定を見ることができるといふことである」⁽³⁾。

被害者の承諾は、法秩序が個人に与える処分自由に関係している。この点で、処分できる法益と処分できない法益に分けられる。たいていの個人的法益は少なくとも基本的には処分可能である。例えば、法益保持者は自分の財産、

名誉それに意思自由を放棄できる。しかし、自由主義的な把握方法が無限定に妥当するわけではない。いかなる法秩序も一定の限界を設け、そこから個人は自己の権利をもちや自由に処分できないようにしている。例えば、人の生命は処分できない(刑二〇二条…自殺関与罪、同意殺人罪)。その他、一三歳未満の男女に対する強制わいせつ罪(刑第一七六条後段)や一三歳未満の女子に対する強姦罪、未成年者略取・誘拐罪(刑第二二四条)では、初めから自律的意思決定能力が否定されるので、本人の承諾は例外なく無効であり、したがって、本人はその意思に反しても保護される。

自己の利益の自発的放棄の思想は法理論的には犯罪概念全体に影響を与える。本人の承諾があれば、多くの場合、すでに構成要件該当性が否定される。先ず、消極的に規定された構成要件要素がある、つまり、明文で本人の承諾なき行為が要求されている場合がある⁴。刑法第二二五条(不同意堕胎罪)、刑法第二二六条(不同意堕胎致傷罪)は被害者の同意なき行為を要求している。同意があれば、同意堕胎罪(刑第二二三条、刑第二二四条)の適用がある。

次に、積極的に規定された構成要件要素によっては、その解釈上、本人の意思に反した行為(少なくとも被害者の意思なしに)が前提とされているものがある。意思自由に対する犯罪、例えば、刑法第二二五条(営利目的等略取及び誘拐罪)では、略取・誘拐という概念は本人の意思に反してしか考えられないし、刑法第二二三条(強要罪)についても同様である。刑法第一三〇条(住居侵入罪)の場合、居住者の同意を得てその住居に入る行為は「侵入」とはいえない。刑法第二三五条(窃盗罪)の「窃取」、刑法第二四六条(詐欺罪)の「欺く」(≡欺罔)についても、被害者が「窃取」を了解していたとか、「欺罔」を見破っていたとき、こういった構成要件要素は充足されないのである。

これらの犯罪類型では、刑法上重要な法益侵害は被害者の意思に矛盾しているところにある。その限りで、本人の意思に反していることが不法の積極的要素を構成する。^⑤

こういった犯罪では、本人の承諾がすでに構成要件該当性を否定する効果を有するため、構成要件阻却の了解（合意）（Einverständnis）という表現が用いられる。これに対して、他人を救うために自分の生体の一部を犠牲にする（臓器提供）場合のような身体の無傷性にかかわる個人的法益は限定的にしか処分可能でない。その保護には一般社会も利益をもつのである。したがって、ここでは被害者の承諾（Einwilligung）の正当化根拠及び正当化の範囲が問題となる。^⑥

法益保持者が自己の権利の侵害を了解しただけでなく、自らも自己の法益への侵害行為を行うとき（自発的自己危殆化）、基本的に関与する第三者は構成要件の次元で客観的注意違反行為が存在しないため不処罰である（第1章参照）。

最後に、被害者の了解は法理論的には責任にも表れる。責任は常に不法に関係しているからである。特別の場合には、行為者の行為の動機が、被害者によって意欲された不利益を理解していることの表れでなければならない。例えば、刑法第二〇二条（同意殺人罪）は基本犯である殺人罪（刑第一九九条）の減輕類型である。被害者の同意には二面性がある。その一は、「私は死にたい」ということであり、これが不法減少に繋がる。その二は、「私を殺せ」ということであり、これが責任減少に繋がる。すなわち、自己決定能力のある者の同意（囑託・承諾）は不法減少と責任

減少をもたらすのである。不法の内実が減少するのは、法益主体の個人がその生命維持に利益を有するのであるが、同時に、社会（法共同体）も第三者によって生命が侵害されることの無いことに利益を有する。同意があることによって後者の利益だけが残るので、不法の内実が減少するのである。責任の内実が減少するのは、被害者の同意が行為者の動機に影響を与え、その動機がそれほど非難に値しないと云えるからである。すなわち、被害者の同意があれば、行為者の類の、しかも法に誠実な人であっても、行為者の状況におかれたならば、やはりこういった決定をしただろうと云える場合である。したがって、被害者の嘱託には少なくとも真摯性が必要であるし、被害者の承諾もその内実において嘱託に等しい場合に限定されることになる。⁷⁾

II ドイツ語圏の承諾に関する法制度

(a) ドイツ ドイツでは、承諾は実定法において定められた正当化事由ではないが、慣習法として承認されている。それでも刑法は一九三三年の改正で傷害罪に関して特別の規定を設け、これが現行刑法第一七章（傷害）第二二八条（被害者の承諾）「被害者の承諾を得て傷害を加えた者は、その所為が承諾の存在にもかかわらず善良な風俗に違反するときに限り、違法に行為したものとする」に繋がり、被害者の同意があれば傷害は原則として違法でないことが明記された。本条は慣習法上認められてきた正当化事由の限界を定めたものに過ぎず、「承諾」という正当化事由そのものを定めたものではないが、この規定から被害者の承諾は他の個人法益に向けられた犯罪でも違法性阻却事由であると解されるのが一般的となった。⁸⁾しかし、承諾を構成要件阻却事由と解する少数有力説も見られる。承諾の不在をいわずば特別の消極的構成要件要素と捉え、したがって、承諾がある場合は構成要件該当性を否定するのである。処分可能な個人法益では、本来的法益は客体の無傷性でなく、権利者の法益に対する自律的支配であるというのがその

理由である。⁽⁹⁾なお、憲法上、承諾は基本法第二条第一項（人格の自由な発展）「各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道徳律に違反しない限り、その人格の自由な発展を目的とする権利を有する」から導出される自己決定権に基礎を有しているとされる。⁽¹⁰⁾

(b) オーストリア オーストリアでも、被害者の承諾が一般的に違法性を阻却することを定めた規定はない。立法者は承諾を詳細に規定することを避け、その発展を学説・判例に委ねたのである。それでも、刑法が承諾を基本的に認めていることに疑いはない。各則に、第七七条（要求に応じた殺人）、第七八条（自殺関与）の規定があり、これらは生命が法益主体の自由にならないことを定めている。殊に、刑法第九〇条（被害者の承諾）第一項が、「傷害又は身体の安全の危殆化は、被害者又は危険に曝された者がそれに承諾し、かつ傷害又は危殆化そのものが良俗に反しないときは、違法でない」と定めているが、この「良俗違反性」という文言から、本規定は、法益が保護された状態そのものにあり、この状態への権利者の自律的支配にあるのではないと解されている。すなわち、傷害や身体の安全の危殆化への権利者の承諾は法益ないし損傷それ自体を除去するものではない。また、本規定及びその他の各則の諸規定から、被害者の承諾が一般的に書かれていない正当化事由であることも導出される。すなわち、傷害への承諾が正当化効果を有するなら、ますます他の個人法益への承諾も正当化効果を有すると解されるのである。その背後にあるのが、個人の自己決定権である。オーストリア刑法にはドイツ刑法、スイス刑法に見られない規定として、第一一〇条（専断的治療行為）の規定がある。⁽¹¹⁾

(c) スイス スイスでも、承諾者が法益処分権能を有しているとき、法益主体の承認が不法を阻却することは

判例、学説において一般に承認されている。被害者の承諾はその実践的重要性を一般に承認されていることから慣習法とされているが、超法規的正当化事由としても位置づけられている。二〇〇二年の刑法改正は、承諾の射程距離が不明確すぎることを理由に、承諾の法制化を断念したが、それはどうにも理解し難い理由だとも評されている¹²⁾。

Ⅲ 承諾の効果根拠

1 モデル論的考察（ドイツ語圏の学説状況） 伝統的見解は、ゲールツの博士号請求論文『被害者の承諾と了解¹³⁾』以来、被害者の同意を、概念上被害者の意思に反する又は意思無しの行為を前提とする構成要件における構成要件不該当の了解とそれ以外の場合の不法阻却の承諾に分けてきた（区別説）のであるが、一九七〇年以降、ドイツ語圏刑法学では「人的法益理解」を背景に、権利者の同意の全てに、もともと不法阻却の効果を与えるのではなく、構成要件不該当の効果を与える説が有力に主張されるようになった。この論争は個人法益の内容に関する理解の相違に決定的に依存している。そこで、以下、レンナウ¹⁴⁾に依拠して、ドイツ語圏刑法学の理論状況に関する三個の基本モデルを見てみよう。

(a) 衝突モデル この伝統的見解は静的な法益理解を基礎にして、構成要件の段階で、人の身体、物の所有権といった法益——より精密には法益客体——がその無傷性において保護されるのであって、これらの財を扱う自律性が保護されるのではないと論ずる。これらの財を一定の範囲内で処分できる自由は、違法性の段階で初めて顧慮される。この分離の帰結が衝突事態の発生である。すなわち、構成要件で保護される価値（身体の無傷性、所有権等）が処分自由との対立に陥るが、処分自由は正当化事由によって保護される。規範論理的に見ると、個々の構成要件の基礎に

ある禁止ないし命令規範が許容原則と衝突する。承諾がそれに設けられた限界内で衝突を解消するのであるが、それは行為規範が許容原則を前にして効力を失うからである（衝突モデル）。

承諾の正当化根拠については、衝突モデルの支持者の間でも見解が分かれる。¹⁵ 法益保持者の利益放棄ないし利益欠缺（欠如）¹⁷にその根拠を求める古くからある見解があるが、近時は、自己決定権によって正当化される「権利（法的保護の放棄）」¹⁸に求める見解、「規範による具体的保護の放棄」¹⁹に求める見解がある。そのほか、財衡量説がある。²⁰これに依れば、一方で、保護される法益ないし法益の維持に有する共同体の利益が、他方で、自由な法・社会秩序において同じく社会的価値として等級づけられるべき個人の自己決定権と衡量される。この衝突は、刑法第二一六条（要求に応える殺人罪）、刑法第二二八条（承諾）の定める限界状況に至るまで、法益主体の行為自由に有利な形で解消される。さらに、折衷的見解²¹も見られる。これによれば、法益主体が、自分にとってより価値のある利益を満足させるためには他の可能性がないということだけを理由に、自分の財を犠牲にすると、承諾は正当化事由の特徴である優越的對抗利益の原則に帰することができる。

衝突モデル全般に対して次のような批判が加えられる。²² ①構成要件によって保護された個人法益の説明が適切でない。生命、身体は無傷性、所有権というような法益は「それ自体のために」あるいは社会にとっての価値の故に保護されるのではない。その価値はむしろ、行為自由の発展のための手段として法益主体が自由に処分できるところにある。そのことは、所有権という法益の場合、ドイツ民法第九〇三条（所有権者の権能）「物の所有者は法律又は第三者の権利に反せざる範囲内に於て自由に物を処分し及び物に対する他人のすべての干渉を排除することを得」²³からはつ

きりする。物の所有者はその人格の発展のために物を「自由に」処分できる。生命、身体も無傷性、所有権というような法益を法益主体の意識ないし意思と関連づけることなく法益を評価することは難しい。②衝突モデルは、処分可能な財を客体の利益と自由の利益に技巧的に分割するだけでなく、国からの干渉の危険を内蔵している。個人法益をそれだけであるいは少なくとも主としてその固有の価値の故にあるいは社会共同体のために保護する者は、個々人にその法益侵害への同意を禁止する根拠の水準を低下させる。というのは、本モデルに依れば、財はもともと個々人に帰属するのでなく、いわばその利用のために割り当てられるに過ぎず、したがって、承諾遮断を容易に根拠づけることができる。したがって、衝突モデルは、個人を自律的個人人格としてではなく、社会の一員としてのみ解釈する集団主義に傾く。

(b) 統合モデル 本モデルに依れば、承諾はすべて構成要件阻却事由であり、同意をもって他人の客体を扱うことは、法益主体のまったく普通の（社会的相当の）自由活动である。この個人主義的方法論の支持者は、個人法益の機能的性格を強調し、個人法益は、人が個人としての発展を基本的に求めていること、このことに満足を与えることができなければならず、そのために個々人に自己答責的生活形成を可能とする自由領域を保障すべきものであると論ずる²⁴⁾。ここでは、法益と処分自由の分離は不自然であるとしてきっぱりと否定される。その代わり、処分自由／意思は、個人法益に受け容れられ、処分自由／意思が関係する対象物と結合され、一体化される（統合モデル）。したがって、個人法益に対する犯罪の保護客体は、——強要罪（ドイツ刑法第二四〇条）は例外として——特定の、各構成要件から取り出される物質的又は理念的客体と関連した処分自由である²⁵⁾。権利者が保護された客体の侵害に承諾を与えるとき、もう犯罪の成立に必要な——了解と同じく——適格な「攻撃に曝される面」が欠ける。実質的に見ると、同意

がある場合に構成要件不該当になる理由は、法益主体が他人の介入の下に、刑法によって自分に保障された、財を自分の発展のために投入する可能性をまさに利用するという点にある。理論構成的には、承諾は多くの場合消極的に表現された構成要件要素として扱われるので、個人法益を保護する犯罪の構成要件を充足するのは、「権利者の有効な承諾なしに」他人の法益を攻撃する者に限定される。

本モデルに対しては次の批判が加えられる。①本モデルを徹底させると、強いられて存立状態が維持された場合も改善された場合も制裁に値する行為態様として等級づけられることになる。⁽²⁷⁾かかる行為が現行法上処罰されないのは、器物損壊罪（ドイツ刑法第三〇三条）が「他人の物を損壊し、又は破壊した」と定めているからに過ぎないこととなる。②法益主体の意思の中に個人法益の中核部分を見る説には、法益主体が「おおよそですら自分の全ての利益をいつ何時でも認識しているわけではない」という問題がある。⁽²⁸⁾刑法によって設けられた法益保護が現実の意思の存在に結び付けられると、大きな処罰の間隙が生ずる。これを避けるために、「一般的」、「潜在的」、「推定的」あるいは「可能的」意思に鞍替えするなら、それは明らかに全くの（意思の）擬制であることを露呈することになる。⁽³⁰⁾③自由の行使が事実上又は法的に不可能であるとき、根拠づけが難しい。傷害罪（ドイツ刑法第二二三条）によって承諾能力の無い幼児や精神障礙者への攻撃が可罰的であることを、子どもの自律性に代わってその親の自律性が保護されるということで基礎づけるなら、⁽³¹⁾それには説得力が無い。それはでっち上げの印象を与えるだけでなく、両親が殺されて保護権者がいないとき、処罰の間隙が生ずる。⁽³²⁾統合モデルは遅くとも次の場合に限界に突き当たる。存在にかかわる（例えば、臓器提供、断種）決定が世話をされる者への修復できない侵襲の故に擁護できないとき、基本的に意思の代理は排除されるからである。⁽³³⁾

(C) 基礎モデル 本モデル⁽³⁴⁾は、統合モデルを人的発展を法益考察の中心におき、自分の財を扱うにあたって法益主体の自由に特別の価値を認める点で評価しながらも、その弱点及び衝突モデルの弱点を克服する意図から考案されたモデルである。本モデルは財のただの静的存立状態を絶対化せず、法益の説明にあたり処分自由を絶対化することもない。むしろ、生命、身体が無傷性、所有権等の個人法益が保護されるのは、それらが具体的法益保持者の個人的発展に役立つからである。客体の価値は、法益主体が自分の決めた発展のためにそれを投入することができることにあり、この投入は自己侵害と並んで承諾による法益放棄の形態でも行われうる。基礎モデルに依れば、刑法上重要な法益毀損は二つのことを前提とする。必要条件としての法益客体への構成要件該当作用に加えて、十分条件として(法益に蓄えられた)行為選択の剥奪がそろわねばならない。権利者の承諾をもって法益客体を侵害する者は、たんなる「価値喪失のない所為客体侵害」を犯しているに過ぎないので、もう構成要件の実現が無いという帰結が導かれる。

基礎モデルはその長所を次のように論ずる。基礎モデルは衝突モデルとは異なり、個人法益の形成にあたり、「自然主義」(物の固有の価値)や「社会主義」(法益全ての共同体化)に頼る必要はないし、人的自由の抽象化に頼る必要もないばかりか、財の有価値性の規定にあたり行為可能性を保護する目的としての個人の自由、自由主義の法治国においてそれにふさわしい地位を認める⁽³⁵⁾。基礎モデルは処分自由(ないし意思)を個人法益の構成要素にしないことで、統合モデルに向けられうる一連の批判に対処できる。保護の間隙を避けるために結局「意思の擬制」に頼るという必要はなくなる。さらに、統合モデルの法益形成から生ずる際限なき可罰性の危険を、現行法上、可罰性は構成要件の段階でかなり制限されることによってしか食い止めることが出来ないのだといって、基礎モデルを非難することもできない。本モデルに依れば、直接的に基礎だけが構成要件該当の攻撃に対して保護されるのであり、処分自由が

保護されるわけではないからである。処分自由が規範的又は事実的に制限されている事情においてすら、基礎モデルは有効である。刑法や刑法理論学によって限定される処分自由は、後に残る領域において財の価値は蓄積された行為機会から生ずるということに変更を加えるものではないからである。おなじことは、自由活動が期限付きで事実上制限されている場合にも妥当する。酔っ払って正体をなくしている者、睡眠者、一時的に意識が無い、麻痺しているあるいは精神に障礙がある者の法益の刑法的保護は、混濁した意識がないし混濁した意識のある状態の経過後自分の財を任意に投入できる可能性によって正当化される。刑法保護を人の生命の境界領域（例えば、重い障礙のある新生児、失外套症候群にある者）に及ぼすためには、例外的に形式的根拠づけに頼らねばならない。行為機会の保護という考えはここでは説得力がほとんど無いからである。刑法はそれによって保護される市民の法益を保障するという原則、しかもこの法益が他人によって毀損されることの有効な承諾によって放棄されない間（「権利者の意思無しに」）の保障。

本モデルにも以下の問題点がある。法益主体が人の身体のような法益をもちや行為のために不可逆的に利用できない場合であっても、刑法はそれでもかかる法益を保護する必要がある以上、モデル形成はそれを真正面から扱わねばならない。ところが、本モデルは、こういった行為自由のない最も弱い者を基礎モデルの例外に位置づけざるをえない。このことは本モデルの脆弱性を示している。さらに、患者が手術を特定の医師に限定していたが、後に、その医師でなく、もともと予定されていた、同じく適任の外科医が手術をしたという場合、本モデルに依れば、「法益関係の自律性侵害」が見られ、この手術医は傷害罪で処罰されることになる。しかし、手術が成功しているとき、それでも傷害罪の成立を認めるのは妥当でない⁽³⁷⁾。

2 日本における議論状況

日本では、ドイツ語圏と同様に、被害者の承諾は主として傷害罪を巡って論議されている。傷害罪に関して、先ず、被害者の承諾があれば構成要件該当性が否定されると解する見解が有力に主張されているものの、一部に止まる。傷害罪（刑第二〇四条）は、住居侵入罪（刑第一三〇条）や窃盗罪（刑第二三五条）と同じく、被害者の意思に反する行為を予定しているので、同意があれば、行為は傷害罪の可罰的違法類型に該当しないと説かれる。⁽³⁸⁾ また、「人の身体は個人的法益であり、だれでも、その身体それぞれの部分の所有者であって、その法益の主体が自由にその意思で処分することができる⁽³⁹⁾と考える方が（いわゆる自己決定権をみとめる方が）、現代の法思想にあうもの」であって、「刑法二〇四条は、被害者の真意に反する傷害についての規定であり、現行刑法のもとでは、同意傷害は、そもそも刑法二〇四条の構成要件にあたら⁽⁴⁰⁾ないと説かれたりもする。

被害者の承諾を違法性阻却事由と捉える見解はその根拠に関して多岐にわたる。先ず、公序良俗説は、ドイツ刑法旧第二二六a条（現第二二八条）を援用して、身体傷害が被害者の承諾により為された場合、その承諾があつても、善良の風俗に反するときは違法であると説く。⁽⁴¹⁾ 目的説からの根拠づけも試みられる。その説くところによると、目的説は実質的違法性の概念を国家的に承認せられた共同生活の目的に反することであるとする思想から出発して、行為が国家的に規律せられた共同生活の目的達成のために適当な手段であることが違法阻却の一般の原理であるとするものだが、しかし、違法阻却の一般的原理とは云い得ないものの、規制的原理としては有用であり、被害者の承諾にあつては、法が個人に対して認めているところの処分可能な処分権の保護という国家的に承認せられた共同生活の目的を達成するために適当な手段であるが故に違法性が阻却されると。⁽⁴²⁾ 社会的相当性の観点から根拠づける見解は、被害者

の承諾に基づく法益侵害が適法であるためには、それが社会的に相当なものでなければならぬと説く⁽⁴²⁾。さらに、傷害行為をはじめとして承諾のもとになされた行為は、国家・社会倫理的規範に照らして相当と見られる場合にのみ違法性が阻却されると説く見解もある⁽⁴³⁾。これらの見解はいずれも行為無価値論的立場から出立するのであるが、しかし、被害者の承諾を支える人の自律性が見過⁽⁴⁴⁾ごされているので、違法性の阻却される余地はかなり狭まるであろう。

結果無価値論的立場から出立する見解に、法益衡量説がある。「被害者の同意は、構成要件に定められた法益の放棄によって侵害法益を欠如させるもので、実質的な法益侵害が存在しない故に行為は違法とはいえない」として、保護法益不存在の原理から被害者の承諾が違法性を阻却することを基礎づける見解である⁽⁴⁴⁾。しかし、この見解には疑問がある。保護すべき法益が存在しない場合にまで、構成要件該当性を考えることは、構成要件論の見地からは無意味であるので、そうすると、保護法益不存在の原理は、被害者の承諾に基づく加害行為などの「構成要件該当性」を否定する原理であると考えられるからである⁽⁴⁵⁾。そこで、優越的利益説が登場する。これは、優越的利益の原理からの基礎づけを主張するもので「法益の主体である被害者が同意によりその処分可能な法益の事実的基礎としての生活利益を放棄したことによって、利益不存在の原理が適用され、侵害された法益を刑法によって保護する必要がなくなる」と説く⁽⁴⁶⁾。具体的には、生命・身体に関する承諾について、「生命・身体（の重要な部分）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、「至上の価値たる『人間の尊厳』そのものと考えるべきで」ある。したがって、「生命・身体に関する承諾は、具体的な場合に応じて、生命・身体を譲り渡すことによりえられる利益の比較衡量をとおして、その当否が決められることになる⁽⁴⁷⁾」と論じられる。さらに、基本的に優越的利益説に立ち、「承諾に基づく行為が正当化されるのは、承諾によって実現された自己決定の自由という利益が、行為によって侵害された法益に

優越することを根拠としている」と説く自己決定権対侵害法益利益衡量説も見られる。「被害者の承諾による行為は、法益客体を侵害することによって構成要件に該当し、かつ、被害者の一方の個別具体的法益(例えば身体の不可侵性)を侵害し、他方の一般抽象的法益(自己決定の自由)を実現することによって違法性の問題となると同時に、両者の比較衡量が正当化の有無・程度を決定する」と。⁽⁴⁸⁾

3 評価 承諾を構成要件不該当事由と捉える見解も推定の承諾については正当化事由と捉えるので、そこに一貫性がないのではないかという疑問がある。さらに、この見解はドイツ刑法第二二八条(承諾)の文言を無視しているのではないか、というのも、本条は、他人をその承諾を得て傷害する者は例外的にのみ「違法である」こと、正当防衛(ドイツ刑法第三二条)、正当化緊急避難(ドイツ刑法第三四条)と同じく明らかに構成要件該当性から出立していると理解されるのが一般であるからである。しかし、この点は一義的にそういえるかは必ずしも明らかでない。「違法でない」というのが、「承諾」という正当化事由の帰結としても、承諾がすでに構成要件実現を排除するとも理解されうるからである。したがって、実定法上は構成要件不該当説も正当化事由説も可能といえよう。

しかし、日本刑法でもドイツ刑法でも等しく云えることだが、日常生活上の語法からすると、人が傷害の承諾を、所有者が物の損壊に承諾していても、傷ついた人は「傷害」(刑第二〇四条)を蒙ったのであり、粉々に打ち砕かれた花瓶は「損壊」(刑第二六一条)されたのである。身体や所有物の無傷性といった法益はまさに法共同体の客観的価値にも関係しているのであり、単に機能的に被害者の意思との関係で捉えられるべきものではない。専ら個々人の自由な発展に資するために、法益は法的承認を得るのだという人的法益概念によれば、権利者が法的権利を放棄するなら、

既に法益侵害が無く、構成要件該当性が否定されることになる。しかし、いずれの法益も法秩序の構成要素であり、法秩序によって承認された抽象的価値を具現化していることを看過してはならない。法益は個々人の意思とは関係なく保護に値する価値である。この法益が侵害されると、不法が認められるのであるが、これが相殺されるためには特別の正当化事由を要するのである。刑法は、身体が無傷性、所有物等と関連した自己決定を保護するのでなく、これら自体を自己決定可能性の前提として且つ関係客体として保護するのである。例えば、刑法第二六一条は所有者を民法第二〇六条の定める権能行使という点で護るのでなく、具体的物の完全な存在をこの権能の必要条件として護るのである。本条の適用に当って基礎におかねばならない事態は他人の物の損壊であり、それ以上でもそれ以下でもない。したがって、物を損壊するように所有者を強いる者は、間接正犯の形態における器物損壊罪と強要罪による処罰が可能であり、器物損壊罪だけで処罰されるのではない。⁽⁴⁹⁾

承諾という正当化事由の背景には、法益保持者によって他人の介入に委ねられた法益の保護必要性が欠如するという基本思想がある。法の観点からは、「法益保持者が具体的状況において侵害から保護されたくないとき、財をかたる侵害から保護する誘因は存在しない」⁽⁵⁰⁾。これにより、憲法第一三条の定める自己決定権が刑法において正当化事由として直接受け容れられることになる。これに対して、自己決定権と法益保護の衡量という観点から、「個人による法益の主観的評価が法秩序によって一定の限界内において重要なものとして承認されるのは、人格の自由（基本法第二条第一項）の無制約の行使がそれ自体として、法益の維持に有する社会の利益と衡量されるべき社会的価値と見られるからである」⁽⁵¹⁾とする見解も見られる。なるほど、個人的法益の保護は主として権利者の利益に資するためであり、権利者が法益保護を放棄するなら、自己決定権がたいいていの法益保護に対して優越することになるが、しかし、正当

化のためのこういう回り道をする必要はないのではなからうか。^{③2}

IV 承諾の対象と範囲

(a) 対象 承諾の対象が特に問題となるのは傷害の領域である。承諾の対象は第一次的には結果であると解すべきである。承諾の意義は先ず何よりも特定の法益損傷を許容するところにある、行為は第二次の意味を有するに過ぎないからである。^{③3}この点で、日本刑法やドイツ刑法と異なり、オーストリア刑法第九〇条第二項は、傷害について、(故意と過失の)「傷害」と(故意と過失の)「身体の安全の危殆化」という二つの異なった結果類型を挙げて、承諾の対象が結果であることを実定法上明らかにしている。この規定は、事前の考察からすると、双方とも原理的に同一の行為態様から生じうるから、承諾の関係客体は行為でなく、結果であるという理解に基づいている。^{③4}

結果が承諾の第一次の対象であるが、承諾の名宛人が行う行為も第二次的に考慮されうる。法益損傷の承諾が前提条件なしに行われることは實際上稀であり、事物的、場所的、時間的及び人的条件が伴うのが普通である。したがって、承諾者が最終的に生じた結果に同意の意思表示をただけでなく、この結果に至る行為にも同意していたことによって、承諾の違法性阻却効果が生ずる。承諾の対象としての行為は違法性阻却の「限定機能」を有している。^{③5}

同意殺人罪(刑第二〇二条)の規定から分かるように、生命侵害への同意が刑法上意味を有しないことは明らかであるが、生命の危殆化への承諾は可能かという問題は残る。この点で、二つの場合に分ける見解が見られる。①承諾から危険に内在する結果の現実化を取り除くと、結局、承諾は結果の生じない危険にだけ関係する。そうすると、結

果の発生の可能性のない危険だけが受け容れられることとなり、実際には危険は全く引き受けられないこととなる。したがって、危険に内在する結果も法益放棄の中に取り入れられる場合にだけ、法益放棄があつたといつてよい。危殆化への承諾が法的意味をもつのは、危殆化に内在する傷害が承諾者によって實際考慮に入れられ（承諾意思表示の範囲）且つ法的に重要として含まれうる（処分権能の範囲）場合に限られる。しかし、②生命への危殆化はこれと異なつた扱いを必要とする。生命保護の放棄不可能性を相対化しないため、つまり、危険にしないため、生命を無限定に、放棄できない法益と見て、その帰結として、生命危殆化への承諾も排除することの方が、刑事政策的に見て説得力がある⁵⁶と。

しかし、生命の危殆化への承諾は可能といえよう。生命の危殆化と殺人はなるほど、事前の観点からは、同一の行為に基づいているものの、しかし、非常に異なつた評価を受ける結果を表す。承諾の第一次的対象は結果である。したがって、被害者が実際に生じた傷害には承諾を与えていたが、この傷害行為が生命にかかわるものだったという場合でも、違法性阻却効果が認められる。そうだとすると、傷害の承諾はあつたが、同一の行為が傷害を生じさせなかったが、生命の危殆化を生じさせたに止まつた場合も違法性阻却効果を認めるのが一貫している⁵⁷。

被害者が危険に曝されることに承諾していたが、傷害や死という結果が生じたとき、例えば、飲酒をしていて運転能力の落ちている者の運転する自動車にその危険性を認識しながら同乗させてもらつた同乗者が、酩酊運転に起因する事故で傷害又は死亡した場合、客観的帰属の問題として扱われる（参照、第1章Ⅵ）。学説の一部には、この場合、危険に曝される者の側でその認識がありながら危険を冒したことによって、行為者が遵守すべき客観的注意

義務の程度が自ら危険に赴く者の不利な形で相対化され、危険な行為の客観的注意義務違反が除去されうるという見解が見られる。⁽⁵⁸⁾ たしかに、他人の行為によって危険に曝される者がそれに承諾を与えているという事実は、当該行為が社会的に相当な危険（客観的注意違反）か否かの評価にあたって考慮される一要因であるとしても、上記の場合、被害者がそれと認識しながら危険を冒しているからといって、飲酒運転行為の客観的注意義務違反が除去されるわけではない。したがって、被害者がそれと認識しながら危険を冒すことは「不真正の危険引き受け」と呼ばれるべきものである。⁽⁵⁹⁾

(b) 範囲 承諾の対象が定まると、承諾の範囲、つまり、具体的な承諾の意思表示によって被覆される結果と行為が定める。結果に関連する範囲を精確に定めるには、承諾者の承諾対象との心理的關係が問題となるのであるが、故意との類似から、承諾は、承諾者が真剣に可能だと考え、甘受した結果だけを被覆すると考えられる。⁽⁶⁰⁾

傷害については、承諾は、傷害でなく、身体が無傷性の危殆化だけを被覆するのが普通である。このことは、この種の承諾の不法阻却効果もこれに応じて限定されることを意味する。危殆化への承諾は危殆化だけを不処罰とするのであって、この危殆化から生ずる傷害を不処罰とするものではない。⁽⁶¹⁾

承諾によって許容される行為は、法益保持者による意思表示の範囲内に止まらねばならない。承諾の限界は意思表示の解釈を要するが、些細なことにこだわってはならない。承諾者にとって本質的な条件が遵守されておれば、それで十分である。例えば、家主が留守番の者に、時には冷蔵庫にある缶ビール一缶を取り出して飲んでも良いと告げて

旅行に出かけたが、留守番の者が極上の外国産燻ビールを飲んだとか、極上ワインを飲んだという場合、この行為は承諾の範囲を超えている（行為過剰⁽⁸³⁾）。

第2章 注

- (1) *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (I-11), E 1 Rn 61; *Steininger*, (Fn. I-2), 11, Kap Rn 89; vgl. *Hinterhofer*, Die Einwilligung im Strafrecht, 14 ff.
- (2) *Fuchs*, (I-17), Kap 16 Rn 13; *Steininger*, (I-2), Kap 11 Rn 89; *P. Lewisch*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2005, Nachdem zu § 3 Rn 213.
- (3) *H. Zipf*, Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ 1977, 379 ff., 380; *ders.*, (I-11), 32.
- (4) *Steininger*, (Fn. I-2), Kap 11 Rn 90.
- (5) *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-20), § 34 I 1 b; *Steininger*, (Fn. I-2), Kap 11 Rn 90.
- (6) *Fuchs*, (I-17), 16, Kap Rn 2 ff.; *Hinterhofer*, (II-1), 59 ff.; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-20), § 34 I 1 c; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. I-11), E 1 Rn 60.
- (7) Vgl. *R. Moos*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2002, § 77 Rn 8, 36; *ders.*, Die vorsätzlichen Tötungsdelikte im neuen Strafrecht, LJZ 1991, 9, 17 f.
ドイツ刑法は「明示性」と「真摯性」を要求しているが、オーストリア刑法とスイス刑法は「真摯性」と「心迫性」を要求している。スイス刑法は、「尊敬に値する動機から、殊に、哀れみから」を要求することによって、積極的安楽死への適用を可能としている。参照、ドイツ刑法第二一六条（要求に応じた殺人）「ある者が、殺人の被害者の明示の且つ真摯な要求によって、殺害を決定したときは、六月以上五年以下の自由刑に処する」。オーストリア刑法第七七条（要求に応じた殺人）「他人の真摯且つ心に迫る要求に応じてこれを殺した者は、六月以上五年以下の自由刑に処する」。スイス刑法第一一四条（要求に応じた殺人）「尊敬に値する動機から、殊に、哀れみから他人をその真摯な且つ心に迫る要求に応じて人を殺した者は、三年以下又は罰金刑に処する」。
- (8) *Kühl*, (I-4), § 9 Rn 20.
- (9) *A. Esz*, *B. Burtchard*, Strafrecht I, 4. Aufl., 1992, Nr. 13 A Rn 2; *R. Maurach*, *H. Zipf*, Strafrecht AT, Bd. I, 6. Aufl., 1983, § 17 Rn 32

- ff. *Roxin*, (Fn. 1-1), § 13 Rn 12 ff. *Th. Weigend*, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung, ZStW 98 (1986), 47.
- (10) *Kühl*, (1-4), § 9 Rn 20.
- (11) Vgl. *M. Burgstaller, H. Schütz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2004, § 90 Rn 17; *Fuchs*, (1-17), 16. Kap Rn 6; *Lewisch*, (Fn. II-2), Nachbarn zu § 3 Rn 216. 構成要件阻却説(少数説)も見られる。シップに依れば、法益保持者が処分可能な法益につき有効な放棄の意思表示をしたとき、構成要件の結果の不法が実現されていない。処分可能な法益を保護する構成要件が充足されるのは、行為が法益保持者の意思に反している場合である。法益はまさに法益保持者を考慮して保護されるからである。身体は無傷性は専ら個人の処分に委ねられた法益ではないので、二段階の評価を要する。法益保持者の有効な承諾があるとして(構成要件の段階)と良俗性に違反していないとして(違法性の段階)。*Zipf* (Fn. II-3), 381; *ders.*, (Fn. I-11), 28 ff.
- 参照: オーストリア刑法第九〇条 ②医師により人に対してその者の承諾を得て行われた避妊手術は、その者がすでに二五歳に達しているか又は侵襲が他の理由から良俗に違反しないとき、違法でない。③性的感覚の持続的損傷を招来するのに適した、性器の切断その他の傷害を承諾する者には罰せらる。なお、ドイツでは二〇一三年九月二四日の「第四次刑法改正法」が第二二六a条(女性器の切断)を新設した。「①女性の外性器を切断する者は、一年以上の自由刑に処する。②それはど重くない場合には、六月以上五年以下の自由刑に処する」。
- (12) Vgl. *A. Donatsch, B. Tag*, Strafrecht I, 8. Aufl., 2006, § 22 2; *F. Riklin*, Schweizerisches Strafrecht AT I, 2. Aufl., 2002, § 14 Rn 55; *K. Seelmann*, Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Aufl., 2013, Vor Art. 14 Rn 6; *G. Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2011, § 10 Rn 3.
- (13) *F. Geerds*, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, 1953, 88 ff. *ders.*, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht GA 1954, 262. ケールンの見解について「山中敏一」被害者の同意における意思の欠缺」関西法学33・3=4=5合併号・一九八三・二七一頁、二七五頁以下。
- (14) *Th. Römann*, Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., Bd. 2, 2006, Vor § 32 Rn 149 ff. *ders.*, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, JURA 2002, 595 ff.
- (15) Vgl. *H.-J. Hirsch*, Leipziger Kommentar StGB, 11. Aufl. Vor § 32 Rn 104.
- (16) *R. v. Hippel*, Deutsches Strafrecht II, 1930, § 19 II 2; *R. Homig*, Die Einwilligung des Verletzten, 1919, 116 ff.; *F. v. List, E. Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts I, 1932, § 35 IV. 本説に近うのが「保護客体欠如説(構成要件該当の不法は権利者の処分自由」

の攻撃にもあつて承諾があれば保護客体がなくなつた)。M. Marx, Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“, 1972, 62 ff., 67, 82 m. Fn 18.

- (17) E. Heinitz, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, 1926, 42, 118; Geerds, (Fn. II-13), 45; ders., Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, 262, 263, ders., Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, ZStW 72 (1960), 42, 43. W. Gropp, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2015, § 5 Rn 76. 鈴木茂雄『刑法総論』[第二版] 1100-1106頁。平野龍一『刑法総論Ⅱ』一九七五・一四八頁。
- (18) BGHSt 4, 88, 90; 17, 359; OLG Hamburg NJW 1969, 336, 337; KG JR 1954, 428 「権利保護意思の放棄」; Welzel, (Fn. I-7), § 14 VII 2a
- (19) Hirsch, (Fn. II-15), Vor § 32 Rn 105; vgl. K. Amelung, F. Eymann, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, Jus 2001, 937, 939.
- (20) P. Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955, 74 ff.; ders., Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965), 1, 14 ff.
- (21) W. Misch, Rechtfertigung und Opferverhalten, 1991, 159 ff., 426 f., 639; J. Baumann, U. Weber u. W. Misch, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 17 Rn 96 f.
- (22) Th. Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 1999, 34 f.; ders., (II-14, Einwilligung) 596 f.
- (23) 東条英二『全訳刑法草案』[第三編] 一九三五年。
- (24) Kindhäuser, (I-22), § 12 Rn 1.
- (25) E. Schmithäuser, Strafrecht AT, Studienbuch, 2. Aufl., 1984, 5. Kap Rn 107 「決定的価値側面は処分可能な財に関する権利者の自律性」つまり「客体的自律性から生ずる(——純粹に行為関係の自律性とは異なる) 例えは、刑法第二四〇条の強要罪においては行為関係の自律性が法益として侵害される」。Vgl. Roxin, (Fn. I-1), § 13 Rn 12 ff.
- (26) E. Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Vor § 32 Rn 18.
- (27) Hirsch, (II-15), Vor § 32 Rn 105.
- (28) M. Mainold, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, 89 ff., 106.
- (29) R. Keßler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884, 51.
- (30) Rönnau, (II-22), 68 f.
- (31) Roxin (I-1), § 13 Rn 16.

- (32) K. Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechts, 1981, 26 f. m. Fn. 31, *Amelung/Eymann*, (Fn. II-19), 938.
- (33) *Rönman*, (II-22), 73.
- (34) *Rönman*, (II-14, LK), Vor 32 Rn 156, *ders.*, (II-14, Einwilligung), 598.
- (35) *Rönman*, (II-14, Einwilligung), 598.
- (36) R. Bruns, H. Schlehofer, Die täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungslehre, JZ 1987, 442, 447.
- (37) Vgl. K. Amelung, Buchbesprechungen, ZStW 115 (2003), 710, 715 f.
- (38) 佐伯千仞『刑法講義（総論）』〔三訂版〕一九七七年・二一九頁。
- (39) 齊藤誠二『刑法講義各論Ⅰ』〔新訂版〕一九七九年・一七七頁以下（もし身体についてのその法益の主体の処分権を認めないか部分的な処分権だけしか認めないとすれば、同意傷害の全部又は一部は、傷害罪として二〇四条によって同意殺人よりも重く処罰されてしまうというアンバランスがでてくる場合もありうるので、このことは現行刑法が同意傷害を処罰しない趣旨と理解すべきことも指摘する）。参照、須之内克彦『刑法における被害者の同意』二〇〇四・九頁、林（一—55）一六〇頁、前田雅英『刑法総論講義』〔第五版〕二〇一一年・一〇五頁。
- (40) 牧野英一『刑法総論上巻』〔全訂版〕一九五八年・四八九頁。
- (41) 木村亀二『刑法総論』一九五九年・二五二頁以下、二八六頁以下。
- (42) 福田平『全訂刑法総論』〔第五版〕二〇一一年・一八一頁（債務免除の代償として債務者の小指を切断する行為、健康者からその身体を著しく衰弱させる程度まで採血する行為は、被害者が承諾していても、社会的相当性を欠く）。参照、團藤重光『刑法綱要総論』〔第三版〕一九九〇・二四八頁以下、佐久間修『刑法総論』二〇〇九・一九五頁、最決昭和五五・一一・一三刑集三四・六・三九六「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を照らして決すべきものである」。
- (43) 大塚仁『刑法概説（総論）』〔第四版〕二〇〇八年・四一八頁注二、注三。
- (44) 浅田（一—55）二〇四頁、鈴木（Ⅱ—17）五八頁、中山研一『刑法総論』一九八二年・三〇六頁。参照、大谷實『刑法講義総論』〔新版第四版〕二〇一二年・二五三頁、西田典之『刑法総論』二〇〇八年・一七二頁、平野（Ⅱ—17）二四八頁以下、堀内捷三『刑法総論』〔第二版〕二〇〇四・一八〇頁、山口厚『刑法総論』〔第二版〕二〇〇七・一五一頁。

- (45) 参照、内田文昭『刑法1（総論）』〔改訂版〕一九八六・一九二頁注1、川端博『刑法総論講義』〔第三版〕二〇一三・三二七頁。
- (46) 内藤謙『刑法講義総論（中）』一九八六・五八二頁。参照、西原春夫『刑法総論（上巻）』〔改訂版〕一九九八・二六八頁以下。
- (47) 内田（II—45）一五六頁、川端（II—45）三二七頁以下。
- (48) 曾根威彦『刑法の重要問題（総論）』〔第二版〕二〇〇五・一二九頁、同『刑法における正当化の理論』一九七八・一四五。
- (49) Vgl. Th. Lenchner, D. Sternberg-Lieben, Schönte/Schröder Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, Vorbem. § 32 ff. Rn 33 a; Jeschke/Weigend, (Fn. I-20), § 34 I 2 b; W. Gropp, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2015, § 5 Rn 108 ff.; H. Satzger, Der Tatbestand der Sachbeschädigung (§ 303 StGB) nach der Reform durch das Graffiti-Bekämpfungsgesetz, Jura 2006, 428, 433; H. Satzger, W. Schluchebier, G. Widmair, StGB Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., 2014, Vor § 8 § 32 ff. Rn 33 f.; Wessels/Beulke/Satzger, (Fn. I-4), § 11 Rn 541.
- (50) Th. Lenchner, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985, 295, 302; Kühl, (Fn. I-4), § 9 Rn 23.
- (51) Burgstaller/Schütz, (Fn. 11), § 90 Rn 17; Jeschke/Weigend, (Fn. I-20), § 34 II 3; vgl. Otto, (Fn. I-49), § 8 Rn 127 「法共同体が個人に法益として承認された人的関係の保護を保障するのは、法共同体も、個人が価値関係におうつ自己」を発展させることに利益を有しているからである。支援されている者が具体的場合に保護を放棄すると、価値関係はそれ自体として保護に値せず、むしろ、通常の場合にまだ存在する社会的利益が刑法上の保護をよりは正当化しない。しかし、例外的に、価値関係の存続に有するまだ残っている社会的利益も、法益保持者の意思とは関係なく、刑法上の保護を正当化することがある。法共同体が一身の法益においても正当化の承諾に限定を設けることができるのも、このように説明できる。例えば、第二一六条は生命に関係するし、重い傷害も」のように議論される。これらの法益維持にできる全ての利益は法益保持者の自由な処分意思の尊重への利益を凌駕する。—それ故、正当化承諾もその構造からすると正当化利衡量の下位分類である」。
- (52) Vgl. Kühl, (Fn. I-4), § 9 Rn 23. 参照、町野朔「被害者の承諾」（西原春夫等編『判例刑法研究2 違法性』一九八一所収）一六五頁、一六九頁 被害者の自己決定の価値の高低を正面から違法判断の対象とすることに重大な問題がある。個人の自由を基礎におくかのようにみえるが、実は、それとは正反対の思想に基づいている。
- (53) Burgstaller/Schütz, (Fn. II-11), § 90 Rn 20; Burgstaller, (Fn. I-6, Fahrlä.), 162; Kienmayer/Höpfel/Kert, (Fn. I-11), E 1 Rn 61; Zipp, (I-11), 20 ff.
- (54) Burgstaller/Schütz, (II-11), § 90 Rn 20; Burgstaller, (Fn. I-6, Fahrlä.), 162; vgl. Hinterhofer, (Fn. II-1), 53 ff.; Kienmayer/Höpfel/Kert,

(Fn. I-11), E 1 Rn 61; *Steininger*, (Fn. I-2), 11. Kap Rn 92; *Zipf*, (II-3), 382.

これに対して、承諾の対象を結果と見る見解は承諾の実践の意味を失わせるという観点から、承諾の対象を専ら「行為者の多少とも危険な行為」に見る説もある。被害者の承諾が有効であるとき、行為者の行為は適法であり、被害者の重い傷害とどこるか死が生じて、当該行為が事後になって反転して違法になるということはない。行為者の行為が、承諾があるにもかかわらず、是認できないほど危険であるとき、承諾は無効であり、些細な傷害しかもたらなかった場合でも、行為は違法である。Ch. Bertel, Schiahren und Bergsteigen in strafrechtlicher Sicht, in: R. Sprung, B. König (Hrsg.), Das österreichische Schi-recht, 1977, 61, 73; Ch. Bertel, K. Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht BT I, 9. Aufl., 2006, § 90 Rn 1 f.; W. Brandstetter, Aktuelle Probleme des Rechtfertigungsgrundes der Einwilligung, StPaG 1993, 171, 181 ff. 本説に対して、行為が事前の観点からその特別の危険性の故に正当化されず、この危険性が些細な傷害となって現実化したか、この傷害結果は承諾によって被覆されていたとき、問題の生ずることが指摘される。例えば、同乗者が生命にかかわるオートバイ暴走運転に同意するとき、この運転はその特別の危険性にもかかわらず違法である。しかし、同乗者が軽い傷害を負ったが、この傷害結果は承諾によって被覆されていたとき、過失犯では危険な行為だけでは処罰されないで、運転者はこの傷害に関して不処罰となる。しかし、この結論を、承諾を厳格に行為に関連づけることで説明することはできない。このことから、「結果対象」説と「行為対象」説を結合する説が導かれる。すなわち、承諾が行為者を正当化するのとは、①法益保持者が傷害結果を承諾した、つまり、法益損傷それ自体を許容したか、又は、②法益保持者が危険な行為を承諾した、つまり、一定の、その財にとり危険な行為を許容した（一定の危険水準の許容）場合。この場合、有効な承諾があれば、行為はもはや承諾者に対して社会的に不当に危険とはいえない、したがって、この行為は場合によって生じた結果の帰属を可能にする適格性を有する。Fuchs, (Fn. I-17), 16. Kap Rn 13 f.

(55) *Burgstaller/Schütz*, (II-11), § 90 Rn 22; *Burgstaller*, (Fn. I-6, *Fahrtä*), 162 f.; *Zipf*, (I-11), 27 f.

(56) *Zipf*, (II-3), 383.

(57) Vgl. *Burgstaller*, (Fn. I-6, *Fahrtä*), 164; *Burgstaller/Schütz*, (Fn. II-11), § 90 Rn 9; *Hinterhofer*, (II-1), 115 ff.

なお「ブルクシュタラー・シュッツ」は、第九〇条を第八九条（身体の安全に対する危殆化）「第八一条（特別に危険な状況下における過失殺人）第一項第一号ないし第三号に挙げられた場合において、それが単なる過失による場合であっても、他人の生命、健康又は身体の安全に対する危険を招来した者は、三月以下の自由刑又は一八〇日以下の日数罰金に処する」との関連で捉え、第八二条（遺棄）「①他人を保護のない状態へ移置し、かつそのような状態のままに放置することによって他人の生命を危険に曝した者は、六月以

上五年以下の自由刑に処する。②……」に關しては承諾の有効性を否定する。Burgstaller/Schütz, (Fn. II-11), § 90 Rn 10 f.

- (58) P. Frisch, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973, 118 ff.

- (59) Burgstaller, (Fn. I-6, Fahrläs.), 169.

これに対して、フリッシュはさらに進んで、行為者の認識なき過失の場合、被害者が自分を危険に曝す危険を認識しえたに過ぎないとしても、客観的注意義務違反を、したがって、傷害や死をもたらした危険な行為の可罰性を否定する。ブルクシュタラーは正当にもこう批判する。この見解は、被害者も相關的に注意義務違反行為をしているとき、行為者の注意不足はもはや問われないことに帰着する。社会的連帯の義務を負わされている刑法は、このようなまったく個人主義的な構想から出立する見解を受け容れることはできない。Burgstaller, (Fn. I-6, Fahrläs.), 169 RN 102.

- (60) Burgstaller/Schütz, (Fn. II-11), § 90 Rn 24; Hinterhofer, (Fn. II-1), 54.

- (61) Burgstaller/Schütz, (Fn. II-11), § 90 Rn 25; E.E. Fabrizy, Stragesetzbuch, 11. Aufl., 2013, § 90 Rn 3; Hinterhofer, (Fn. II-1), 113.

- (62) Vgl. Burgstaller/Schütz, (Fn. II-11), § 90 Rn 27; Kienapfel/Höpfel/Schütz, (Fn. I-11), E 1 Rn 73.

Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung (2)

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. Meinungstreit in Japan

3. Würdigung

IV. Gegenstand und Reichweite der Einwilligung

a) Gegenstand

b) Reichweite

(Bd. 52, Nr. 3)

(Die Fortsetzung folgt.)