

いわゆる推定的同意について

小林 憲太郎

序章	レッテルとしての推定的同意
第一章	現実の同意
第二章	許された危険
第三章	被害者の価値観による法益価値の減少
第四章	緊急避難
終章	残された問題

序章 レッテルとしての推定的同意

これまでわが国ではほとんど議論されたことのない可罰性阻却事由として、推定的同意⁽¹⁾と呼ばれるものがある。もっともその内容は、それがなぜ可罰性を阻却するのか、その根拠に応じて論者により様々である。したがって本稿ではあらかじめ推定的同意の内容を定式化するのを避け、従来このような可罰性阻却事由が問題になるとされてきた、いくつかの典型的な事例を冒頭に掲げること⁽²⁾にしたい。

- ① 駅の売店で売り子が席を外している間に、代金を置いて新聞を持ち去った(窃盗罪)。
- ② 出張中の夫宛に来た信書の内容を、夫に知らせるために無断で開封した(信書開封罪)。
- ③ 出張中の夫宛に来た歳暮の酒を、自分で勝手に飲んでしまった(横領罪)。
- ④ 留守中の隣人宅の水道の蛇口から水があふれ出ているため、許可なく立ち入って修理をした(住居侵入罪)。

- ⑤ 意識不明に陥る前に、脚を失くすくらいなら死んだ方がましだと繰り返していた、生命に危険のある重態患者を救うために、その脚を切断した(傷害罪)。

これらの事例には被害者側の事情に応じて、さらにヴァリエーションが設けられている。たとえば②において、開封された信書の中には夫の愛人からのものが含まれており、もし夫がそのことを知っていれば、開封を許可しなかったであろう場合(②')とか、逆に夫が愛人から信書が届くことを恐れて、妻に信書の開封を禁じておいたにもかかわらず、妻がこれに反して勝手に開封したが、信書は夫の勤務先からのものばかりであったため、もし夫がそのことを知っていれば、開封を許可したであろう場合(②'')などがそれである。また同じく④において、隣人宅では秘密の実験が行われており、隣人が蛇口の故障を知ったとしても、住居に立ち入られるよりは床が水浸しになる方がましだと考えたであろう場合(④')とか、逆に蛇口の故障を知らない隣人が、明確な立ち入り拒絶の意思表示をしたものの、もし知っていれば立ち入りを許可したであろう場合(④'')などがそれである。

学説がこれらの事例(のいくつか)において可罰性を否定するとき、重要なのは推定的同意というレッテルではなくて、その実質的な根拠である。そしてまさにこの点について検討を加え、場合によっては新たな根拠を提出すること⁽³⁾で、これらの事例を適切に解決することが、本稿の最終的な目的である。こうして可罰性が否定されると

き、それを推定的同意と呼ぶのは自由であるが、それはもはや言葉の問題にすぎないことに注意すべきであろう。

(1) このような法形象を認めないものとして、西村克彦「推定的承諾という法理の反省」警察研究五〇巻三号(一九七九)三頁以下参照。なお推定的同意とはやや異なる意味で、仮定的同意という表現が用いられることがある。小林憲太郎「因果関係と客観的帰属」(弘文堂、二〇〇三)五八頁注一三一参照。これは具体的に第三章で扱う事例類型を指すものである。もともと少なくともわが国において、推定的同意という法形象は、これをも包摂するものとして議論されている。町野朔「患者の自己決定権と法」(東京大学出版会、一九八六)二四四頁以下など。したがって本稿でも両者をあわせて、推定的同意という表現のところで扱うことにしたい。

(2) 推定的同意について本格的な検討を加えた、わが国における数少ない学者の一人である古田宣之によれば、多様な見解の相違の原因はまさに、行為者が法益主体の推定的同意を信頼してよい状況の多面性に求められるという。Nobuyuki Yoshida, Zur materiellen Legitimation der mutmaßlichen Einwilligung, in: Festschrift für Claus Roxin, 2001, S. 404. このようにいずれの見解も、多様な事例の中から自分に都合のよいものだけを選び出し、その基礎づけに用いているという問題意識から、推定的同意という表現のところで掲げられる事例を一元的に処理するのをあきらめ、個々の事例ごとに適切な解決を与えようとする近時の論稿として、Hans-Hermann Heider, Die Bedeutung der mutmaßlichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, insbesondere im Rahmen des ärztlichen Heileingriffs, 1988, S. 167ff. がある。本稿もこの方向に基本的に賛成するものである。

(3) 学説には民法上の事務管理を根拠として提出するものも存在する。むしろこれが最も古い見解とさえいえる。Z.B. Werner Rosenberg, Strafbare Heilungen, GS 62 (1903), S. 73 ff.; Ernst Zielmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, ACP 99 (1906), S. 102 ff.; Martin Ahrens, Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschlussungsgrund, 1909, S. 7ff.; Robert von Hippel, Die Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag im Strafrecht, in: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts, 5. Bd., 1929, S. 1 ff. そしてこれに対しては客観的な利益ではなくて(ドイツ民法典六七七条)「もっぱら被害者の意思が標準とされるべきであるとか、他人の法益への侵襲(被害者から預かった金銭を、被害者の債務の弁済に充てるなど)ではなくて、単に費用の償還請求(被害者の債務を弁済してやり、その分を求償するなど)を認めたものにすぎない(同六八三条)、公益の利益を目的とする義務履行の場合(同六七九条)には、正当化の緊急避難を認めておけば足りる、あるいは事後判断のみを決定的とすべきではないとの批判がなされている。もともとこれについては事務管理の解釈や、民法と刑法の関係を明らかにしなければ態度決定できないことから、本稿では扱わなかったことにしたい。Vgl. auch Peter Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955, S. 135ff. (Siehe aber auch ders., Tatbestand und Rechtswidrigkeit. Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965), S. 25ff.); Hans Welzel, LB, 11. Aufl., 1969, S. 93; Ulrich Weber, Zur strafrechtsgestaltenden Kraft des Zivilrechts, in: Festschrift für Fritz Baur, 1981, S. 139ff.; Hans-Ludwig Günther,

Straf rechtswidrigkeit und Strafrechtsschluss, Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1983, S. 35ff.; Ulrich Schroth, Die berechnigte Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht, Jus 1992, S. 476ff. (ただしシムローは事後の追認〔同六八四条後段〕を「正当化事由ではなく答責性阻却事由と解している」)

第一章 現実の同意

これまで推定的同意という表題のもとで扱われてきた、可罰性阻却事由の一部は現実の同意(黙示の同意)そのものである。たとえば①の事例では、売り子の現実の同意によって、窃盗罪の成立を否定することができよう。

もちろんこれに対しては、次のような批判がなされている。すなわち第一に、被害者の同意にとつてはその表明、あるいは少なくともその外部からの認識可能性が必要であるところ、本件ではそれが欠けている。第二に本件でひとたび被害者の同意を認めると、代金を置かなくても窃盗罪の成立が否定されてしまう、などというのである。

しかしまず第一の批判は、そもそも同意にそのような要件を課す根拠を欠く点で、不当前提というべきである。被害者が法益の侵害を予見しながら、なんらかの目的のためにそれを甘受するという心理的経過さえ存在すれば、そこに同意の実質的な内容を構成する、法益処分自由の行使を看取することができるからである。またかりにこの点において、さらに同意の存否に関わる判断を安定させる必要があるとしても、それは駅の売店という社会的文脈によって一義的に与えられており、もはや売り子の外部的態度が果たす役割は存在しないはずである。

次に第二の批判も、誤った推論過程を含むものといわざるをえない。窃盗罪における法益侵害とは、単に新聞が占有を離れるところに尽きるのではなく、その新聞が一定の価値を担っているところにまで及んでいる。した

がって売り子が法益処分⁽⁴⁾の自由を行使する際には、新聞の価値を実質的に決定する「代金を置く」ことを、条件として付することも可能であり、これこそが売り子の心理的経過に適合するものである。こうしてその条件が成就されていないにもかかわらず、成就されたと誤信した売り子は、いわゆる法益関係の錯誤に陥ったものといえるから、窃盗罪の成立は肯定されるのである。

ところでドイツには有名な病院実習生事件（BGHSt 16, 309）と呼ばれるものがある。これは病院実習生（Famulus）として病院に勤務していた医学部生である被告人が、患者により医師に留保された侵襲を単独で加えたという事案において、傷害罪および過失致傷罪につき無罪を言い渡したものである。学説にはこれをも推定的同意によって処理しようとするものが存在する——現に原判決（LG Kassel, Urt. v. 5. 7. 1960）はそうしていた——が、そこで議論されている事柄の実質は、現実の同意にほかならない。

一般に包括的同意という表題のもとで扱われる事例類型を、推定的同意によって処理しようとする見解についても、まったく同様のことがあてはまる。デパートなど一般に公開された建造物に、万引き目的で立ち入った場合に、外見上は通常の客と区別がつかないという理由から建造物侵入罪の成立を否定する見解は、実は現実の同意を援用しているにすぎないのである。⁽⁵⁾

（４）ここでは窃盗罪の法益関係の錯誤のみならず、詐欺罪のそれも存在するが、詐欺罪の構成要件が充足されないことから、窃盗罪が成立するのである。もっとも学説には「窃盗罪と詐欺罪とは保護法益の実体が異なり、その反映として（同意を無効とする）法益関係の錯誤の内容が異なる、という理解が考えられないではない（たとえば被害者が交付した財物の対価に関する錯誤は、窃盗罪においては法益関係的ではないが、取引を保護する詐欺罪においては法益関係的であるなど）」と述べるものもある。橋爪隆「詐欺罪（上）」法学教室二九三号（二〇〇五）七二頁注一〇。

（５）本章の全体につき、さらに詳しくは小林憲太郎「いわゆる『法益関係の錯誤』の意義と限界」立教法学六八号（二〇〇五）二七頁以下参照。

第二章 許された危険

近年、有力になりつつあるのは、推定的同意という表題のもとで、許された危険を論じる見解である。⁽⁶⁾ この許された危険とは、法益を侵害・危殆化する振舞いをすべて禁止してしまうと、失われる行動の自由や社会的有用性があまりにも大きくなりすぎることから、たとえば交通ルールを守るなど一定の条件のもとで、そのような振舞いを許容しようとする考え方のことである。

このような見解の最大の特徴は、前記からも推測されたとおり、結果的に被害者の望まない事態が発生したケースを念頭に置いているところである。⁽⁷⁾ 事例でいえば②や④がそれに該当しよう。そして②でいうと、結果的に人を轢くことになった運転行為が許されたものとなるために、あらかじめ人と接触することのないよう十分に注意を払うことが要求されるのと同じく、結果的に夫の意思に反することになった開封行為が許されたものとなるためには、あらかじめ夫の意思に沿えるよう十分に注意を払う、具体的には夫の意思を確認すべく、十分に努力することが要求されるのである（いわゆる合義務的検討〔pflichtgemäße Prüfung〕の要件⁽⁸⁾）。しばしば推定的同意について、同意を得ようにも得られないという意味で補充性（Subsidiarität）が要求される⁽⁹⁾とか、同意の代用品（Einwilligungssersatz/Einwilligungssurrogat）にすぎない⁽⁹⁾といわれることがあるが、このような意味に理解することができる。

そして被害者の意思に反することのないよう、あらかじめ十分な注意が払われた場合には、たとえ個別具体的な事例において、結果的に被害者の望まない事態が発生する可能性を完全には否定できないとしても、むしろ行為の遂行を一般的に許容する方が、巨視的な観点からは好ましい。このような判断を下す以上は、たとえ行為者がその内心において、たまたま被害者の意思に反する事態を予見していたとしても、同じく許されたものと解すべきであ

ろう。②でいえば、夫に直接連絡を取る方法はないものの、これまで出張のたびに夫から信書の開封を依頼されていたとか、信書を開封するようにとの夫の書き置きが残されていたなど、夫の真意を測るすべての資料が開封を指示している場合には、たとえ妻が内心において「もしかすると夫は開封を望んでいないかもしれない」と考えていたとしても、開封行為は許されたものと解すべきである。ときおりこのような事例において、行為者が現実には存在しない被害者の同意を誤信したものととして、故意を否定することにより信書開封罪の成立を否定するものもみられるが、そのような処理には限界があるのである。⁽¹⁰⁾

もっともこのような許された危険の発想を、そのまま受け容れることができるかには疑問もある。むしろ事前に注意を尽くしたことは、不法構成要件⁽¹¹⁾ではなくて、責任を欠如させるにすぎないと考える方が、今日まで発展してきた刑法理論を前提としたときに、具体的な可罰範囲に関して、より適切な帰結を導くことができるのではなかろうか。そしてそこにいる刑法理論が違法性や責任に関する、特定の構想に基づいて成立しているわけではなく、にもかかわらず判例や学説の間で共通了解を形成しているとすれば、このような推論は方法的にも適切であるように思われる。⁽¹²⁾ むろんこのことをふまえたうえで、なお許された危険という表現を用いることは自由であるが、それは推定的同意という表題のもとで論じられる他の可罰性阻却根拠とは、やや性質を異にする点に注意すべきであろう。

(9) Z.B. Theodor Lenckner, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, in: Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966, S. 181; ders., in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2001, Vorbem §§ 32ff., Rn. 54ff. (以下 Sch./Sch. 略記す) ; Claus Roxin, Über die mutmaßliche Einwilligung, in: Festschrift für Hans Welzel, 1974, S. 453 (ロミンの見解については斎藤誠「『推定的な承諾』の法理をめぐって」警察研究四九巻一一号（一九七八）一五頁以下が詳しく） ; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, AT, 5. Aufl., 1996, S. 387f. (これについてはイエシュェック・ヴァイグント著西原春夫監訳『ドイツ刑法総論』（成文

堂(一九九九)に翻訳がある) ; Horst Schlehofer, in : Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, Vor §§ 32ff., Rn. 136ff. のような見解のなきがけをなしたものとて「被害者の利益になる行為 (Handeln im Interesse des Verletzten)」という新たな正当化事由を提唱するかたちをとっているもの(Hermann Eichler, Handeln im Interesse des Verletzten als Rechtfertigungsgrund, 1931, S. 47ff. を挙げられよう。またわが国でも、たとえば伊藤肇「推定的同意による行為と許された危険について(一)」海上保安大学校研究報告第一部二一巻一号(一九七五)二三頁、内藤謙「刑法講義総論(中)」(有斐閣、一九八六)六二〇頁、町野・前掲「患者の自己決定権と法」二〇一頁、阿部純二ほか編『刑法基本講座(第三巻)』(法学書院、一九九四)一五六頁(須之内克彦、林幹人『刑法総論』(東京大学出版会、二〇〇〇)一七五・一七六頁(ただし次章で述べる説明も併用する)参照。

(7) そうでないケースにおいては、行為が当事者の推定的な意思に関する適切な判断に基づくという、反証できない推定から出発すべきところ。Roxin, in : Welzel-FS, S. 460f. もこの違法性を肯定するものもある。Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, AT, 11. Aufl., 2003, § 17, Rn. 118. (Mitsch)

(8) ただしそのためには、被害者が全事情を知れば同意したであろうことが、結果不法を欠落させることを前提にしなければならない。前掲注(7)参照。問題は台義務的検討による正当化として、このことに加えてなんらかの要件が必要かである。Vgl. Lenckner, in : Mayer-FS, S. 181f. この点については小林憲太郎「許された危険」立教法学六十九号(二〇〇五)掲載予定参照。

(9) Z.B. Klaus Geppert, Anmerkung, JZ 1988, S. 1025f. ; Hans-Ulrich Pfaffgen, in : Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, AT, 2001, Vor § 32, Rn. 155ff.

なまのふついかは「台義務的検討の要件を不要とする」Z.B. Hans-Joachim Rudolph, Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, in : Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978, S. 86ff. (ただし事前の客観的な利益衡量というかたちで実質的に承認) ; Geppert, a.a.O. ; Hans-Joachim Hirsch, in : Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar: Großkommentar, 11. Aufl., 1994, Vor § 32, Rn. 132, 140 (ただし事前の客観的な蓋然性判断というかたちで実質的に承認) ; Roxin, AT, Bd. 1, 3. Aufl., 1997, § 14, Rn. 81ff. ; Gregor Krieger, Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, 1998, S. 96ff. (Zur Einwilligung vgl. 記号) ; Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, AT 1, 5. Aufl., 2004, § 9, Rn. 42. もこのものの根拠が、軽率な誤信も故意を阻却すべきように求めらるべきとすれば、適切なものとはいえない。行為が許されないと、故意があることは同値ではないからである。Lenckner, in : Mayer-FS, S. 183f. ; 林・前掲「刑法総論」一七六頁。その意味でシミュレーションが台義務的検討の要件を不要とする見解について、許された危険を可罰性阻却の根拠にするものではないと述べるのは適切である。Heinz Müller-Dietz, Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung, BGH, NJW 1988, 2310, JuS 1989, S. 282. ただしこのように台義務的検討とは客観的な注意であり、それを超えた主観の正当化要素を要求するのは適切でない。Vgl. dagegen Sch/Sch (Lenckner), Vorben § 32ff., Rn. 58. にもかかわらずロクシンが改説して、台義務的検討の要件を不要とするに至った真の理由は、客観的注意義務違反の概念を捨て、これを危険創出に解消しようとする客観的帰属論にあった。小林・前掲「因果関係と客観的帰属」一七二頁参照。

(10) 逆に何の根拠もなく、軽率に「被害者の現実の同意はないが、」事情を知られば同意してくれるだろう」と思い込んだ場合に、故意を否定することも適切でないといわれる。Roxin, in: Weizsäcker, S. 454ff. これはドイツ刑法典一九三三条に定める、「正当な利益の擁護 (Wahrnehmung berechtigter Interessen)」と呼ばれる正当化事由に関する議論とパラレルである。もっともより正確には「故意を否定すること」というよりも「行為を許されたものとして、あるいはそうでなくとも禁止の錯誤において故意を否定すること」が適切ではないのである。Rudolph, in: Schröder-GS, S. 92ff.; Rieger, Einwilligung, S. 97f.

(11) なお推定的同意を許された危険によって解決する論者の多くは、これを構成要件阻却事由ではなく正当化事由と解している。しかしそれはなんらかの法的効果の違い——たとえば侵害権の有無——を企図したものではなく、ただ道路交通における交通適合性などと異なり推定的同意を判断する場合には、具体的な利益衡量が必要だから構成要件阻却事由になじみにくいというにすぎない。Vgl. Roxin, AT, Bd. 1, 3. Aufl., § 18, Rn. 1f. 現に論者の一人である林・前掲『刑法総論』一七五頁は、構成要件阻却事由に位置づけている。

(12) 以上につき、詳しくは小林・前掲『因果関係と客観的帰属』一七八頁以下参照。列車に爆弾が仕掛けられており、乗車すれば爆死するだろうと妄信し、意図を隠して被害者に乗車を勧めたところ、本当にそのとおりになったという事例において、一見すると因果関係も故意も充足される余地があるにもかかわらず殺人罪が成立しないのは、本文に述べたところにより責任が欠けるからである。

第三章 被害者の価値観による法益価値の減少

近年、推定的同意が可罰性を阻却するプロセスを、次のように説明するものが増えている。「事後的に、その段階で明らかになった事情を基礎に、侵害結果発生時に法益主体が（その事態を認識していたならば）同意を与えていたであろうかが判断され、それが肯定されるのであれば、法益侵害は法益主体の意思に合致していたものとして、正当化されることになる」⁽¹³⁾。

このような説明の前半部分は、たしかに可罰性に影響を与える余地があるであろう。しかしだからといって、「法益侵害は法益主体の意思に合致していた」というところに、その根拠を求めることはできない。たとえば②や④の事例では、たしかに夫や隣人が全事情を知られば、喜んで信書の開封や住居への立ち入りを許諾するであろう。

いな、むしろ積極的に依頼するかもしれない。しかし現実には、夫は開封を固く禁じ、あるいは隣人も明確に立ち入りを拒絶していたのである。にもかかわらず開封や立ち入りが、夫や隣人「の意思に合致していた」というのは、耐え難いフィクションを正当化の基礎に据えることになってしまおうであろう。

では被害者が事後的に事情を知れば、同意を与えたであろうという事実は、いったいどのような意味において、行為者の可罰性に影響を与えることになるのであろうか。それはおそらく次のように考えるほかにないと思われる。

一般に被害者の同意が正当化するとき、それは被害者を取り巻く一定の客観的な利益状態を前提として、その中でも取り立てて刑法により保護に値すると判断された法益につき、被害者が処分 of 自由を行使したということとを意味している。そしてこのような自由は当該法益を保護する構成要件に固有のものであるから、それと関わりのない事実を被害者が知らなかったとか、かりに知っていたとすればその価値観に照らし、当該自由を行使しなかったであろうというような事情は、当該自由が行使されたという評価に影響を与えない（いわゆる法益関係の錯誤説⁽¹⁴⁾）。

これに対して被害者の同意の前提となる、被害者を取り巻く客観的な利益状態を定めるにあたっては、その現に認識しているところを離れ、実際に存在する事実関係を基礎にしなければならない⁽¹⁵⁾。たとえば同じく被害者が邪魔だと感じているダンボール箱であっても、その中に案の定、ガラクタしか入っていないなかった場合と、思いがけないことに金の延べ棒が入っていた場合とで、被害者にとって当該ダンボール箱が有する価値はまったく異なる。だからこそそれが窃取されたとき、被害者の被害意識になんら差がなくても、法益侵害性は大きく異なるのである。しかしこのことと被害者を取り巻く客観的な利益状態を定める際に、その価値観を考慮してはならないということとはまったく異なる。むしろ被害者個人に属する利益については、その価値の決定を原則として被害者の価値観に委

ねるべきである。だからこそ右の例で、たまたまそのガラクタが形見の品であり、被害者にとって金の延べ棒よりも重要なものであったとすれば、前記の帰結はちょうど逆になる。被害者の主観と価値観は、しばしば同義に使用される概念であるが、ややミスリーディングであろう。被害者を取り巻く客観的な利益状態を定めるにあたり、前者は考慮されないが、後者は考慮されるのである⁽¹⁶⁾。

以上のように考えるならば、実際に存在する事実関係を基礎にして、被害者の価値観に照らせば刑法により保護に値するほどの価値を与えられない法益⁽¹⁷⁾については、その処分の自由の行使、すなわち被害者の同意を待つまでもなく、そもそもその侵害が可罰的違法性を構成しないと解することができよう。「被害者が事後的に事情を知れば、同意を与えたであろう」というのは、まさにこのような判断を定式化したものと捉えることが可能である。

さて、このような意味における推定的同意の判断は、現実の同意や許された危険のそれに論理的に先行することになる。したがって②¹⁷や④¹⁸のように、現実の同意がないことが明らかであっても、あるいはかりに夫や隣人に事情を話して、現実の同意をとりつけることがどれほど容易であったとしても、可罰性は否定されることになる⁽¹⁸⁾。

ところで正当化事由としての推定的同意について、初めて実質的な検討を加えたメツガーは、被害者が事情を知れば同意したであろうという、その現実の意思方向に正当化の根拠を求めた⁽¹⁹⁾。そしてこれに対しては、被害者の現実の意思に合致していなかったことが後に判明した場合を解決できないとか、推定的同意が現実の同意と異なり、構成要件阻却事由に位置づけられないことを説明できないとの批判がなされている⁽²⁰⁾。かりにメツガーの真意が本章に述べてきたところにあるとすれば、批判の前者についてはそのとおりであるが、後者については不当前提である、すなわち推定的同意を構成要件阻却事由に位置づけることに、なんら理論的な障害は存在しないというべきである⁽²²⁾。

(13) 山口厚『問題探究 刑法総論』(有斐閣、一九九八)八九・九〇頁。つまり「あくまでも、法益主体の意思との合致に違法性阻却の根拠がある点では現実的同意の場合と同じだ」というのである。ほかにも和田俊憲「住居侵入罪」法学教室二八七号(二〇〇四)五八・五九頁などを参照。

(14) 詳しくは小林・前掲「いわゆる『法益関係的錯誤』の意義と限界」二七頁以下参照。

(15) 逆にいえばミッチュのように「このことからいわゆる重大な錯誤説を導くのは誤っている」。Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11. Aufl., § 17, Rn. 123. (Mitsch)

(16) もっとも価値決定能力のない人格しか観念しえない場合には、特殊な価値観を考慮する余地がない。また当該能力を喪失する前の価値観も、心理的な連結性に担保された、人格の同一性が失われている限りで同様である。Vgl. Reinhard Merkel, Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom. Zugleich eine Besprechung von BGH NJW 1995, 204, ZStW 107 (1995), S. 563ff. なおこの人格の同一性の問題については「自殺関与・同意殺人罪の処罰根拠に関連してではあるが、すでに小林憲太郎「被害者の関与と結果の帰責」千葉大学法学論集一五巻一号(二〇〇〇)一四一頁以下で詳細な検討を加えた。

(17) 小林・前掲「因果関係と客観的帰属」五八・五九頁ではこのことを、法益の価値が被害者の価値観により脅かされていると表現したが、実質的には同じことである。このことは脅かす主体がより客観的なものである場合を想起すれば分かりやすい。たとえば支払い義務を負う者が金銭を保有する利益は、権利者との関係では保護に値するほどの価値を与えられないともいえるが、それは要するに当該利益の価値が、支払い義務によって脅かされているということである。なおそこでは正当化事由と客観的帰属という表題のもとで「可罰性の阻却」として処罰の対象となる振舞いが、正当化事由を備える一定の可能性まで要求していた。しかし被害者の価値観は、その属する法益の価値を常に脅かしているから、少なくともこの文脈では議論する必要がない。

いわゆる「本権説からは、欺罔がなくても契約上支払うべきであったという点から詐欺罪が否定される」余地を認める樋口亮介が、「欺罔がなくても交付があった」ならば損害がないとして処罰を否定する最一小判平成一三年七月一九日刑集五五巻五号三七二頁の論理構造を、いわゆる実質的個別財産説とまったく無関係だとするのは、本章と第一章のロジックを明確に区別するものであり、まさに正当と評価することができる。同「判批」ジュリスト二四九号(二〇〇三)一五八頁以下。

(18) なお未遂犯の成否については、現実の同意が存在しないと誤信した場合に限定されたものではあるが、深町晋也「主観的正当化要素としての同意の認識の要否——同意の処罰阻却効果の『絶対性』との関係について——」岡山大学法学会雑誌五一巻四号(二〇〇二)七六一頁以下が興味深い分析を加えている。

(19) Edmund Mezger, Die subjektiven Unrechselemente, GS 89 (1924), S. 287ff.; ders., LB, 3. Aufl., 1949, S. 220f. つまり推定的同意の要件が満たされれば「あたかも被害者が現実的に同意したかのように扱われるという(利益欠缺原理)」。これに対して事務管理は——同じく全法領域における正当化を規律するもの——優越利益原理に基づくものとされた。

(20) Roxin, in: Welzel-FS, S. 449.

(21) 周知のようにメツガーは、推定的同意が同じく扱われる現実の同意が、結果ではなく行為に関係するとしたが、この点についておいているのはいうまでもない。

(22) 林・前掲『刑法総論』一七四頁参照。

第四章 緊急避難

わが国においてこれまで比較的有力であったのは、推定的同意を緊急避難によって説明する見解である⁽²³⁾。そしてある事象が緊急避難の一般的な成立要件を満たすとき、その事象がたまたま推定的同意の文脈で取り上げられることが多いというだけの理由で、正当化（ないし説によっては責任阻却）の効力を否定する根拠は存在しないから、このような見解も十分に支持に値するものといえよう。

たとえば④の事例で考えてみよう。もちろん緊急避難の一般的な成立要件自体についても、学説上は大きな争いがあるが、一般的な考え方によれば、蛇口の故障を放置すると床が水浸しになり、居住不可能になってしまうという状況がある一方で、それを避けるにはすぐに住居に立ち入って蛇口を修理するしかないのであれば⁽²⁴⁾、おそらく当該立ち入り行為は緊急避難により正当化されるのであろう。

もつとも問題は④のように、住居に立ち入られない利益の方が床が水浸しにならないそれよりも大きいと、隣人自身が判断している場合である。そして推定的同意を緊急避難によって説明する見解が、被害者の価値観から離れた客観的な利益の序列、すなわち理性的な人間ならば前者の利益の方が、後者のそれよりも小さいと判断するであろうという事実に基づいて、このような場合にも緊急避難を成立させることを前提に、このような見解に対する批判が蓄積されてきたのである⁽²⁵⁾。

しかし、とくに同一法益主体内における緊急避難の成否を判断する際に、その価値観を斟酌することを妨げる根拠は存在しないであろう。もちろんその価値観が利益衡量の判断において、無制限に反映されるとまではいえないが、少なくとも住居に立ち入られない利益と床が水浸しにならないそれとで、その大小を決する自由を隣人に与えることには、なんら問題がないように思われる。このことは被害者を取り巻く客観的な利益状態を定める際に、その価値観を考慮することを意味し、したがってそこでは前章で示した推定的同意の解決方法が、同時に前提とされているのである。

- (23) 内田文昭『刑法概要(上巻)』(青林書院、一九九五)四一九・四二〇頁(ただし現実の同意やその誤信など、他の説明も併用する)、前田雅英『刑法総論講義(第三版)』(東京大学出版会、一九九八)一一八頁、西田典之・山口厚編『刑法の争点(第三版)』(有斐閣、二〇〇〇)四三頁(木村光江)など。ちなみにドイツにおいても、vgl. z.B. Herbert Arndt, Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, 1929, S. 67ff. (ただし現実の同意やその誤信など、他の説明も併用する); Welzel, LB, II. Aufl., S. 92 (ただし実定法上の表れが事務管理でもあること); Heinz Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970, S. 53ff. (ただし行為者が自身の利益のために振舞う場合には、社会的相当性により構成要件を阻却する。Siehe aber auch Reinhart Maurach/Zipf, AT, Teilband I, 8. Aufl., 1992, § 28 II, Rn. 4ff.); Eberhard Schmidthäuser, AT, 2. Aufl., 1975, 9/49; Günther Jakobs, AT, 2. Aufl., 1991, 15. Abschn., Rn. 16. (ただし同意の修正もあること); Harro Otto, AT, 7. Aufl., 2004, § 8, Rn. 131.
- (24) 推定的同意を緊急避難によって説明する見解は、緊急避難にこのような補充性が要求されることをもって、推定的同意にもそれが要求されることを正当化しようとする。もっともそこになんか補充性は、その内容においても判断時点(事前判断・事後判断)においても、第二章で述べたそれとは異なることに注意すべきである。
- (25) Z.B. Roxin, in: Welzel-FS, S. 449ff.; Müller-Dietz, Jus 1989, S. 282; Rudolph, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht. Ein Beitrag zur Funktion, Struktur und den Prinzipien der Rechtfertigung, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 393. などなど。また、この発想は、優越利益原理を正当化の柱とした、メッガー自身が採用したものである。Mezger, LB, 3. Aufl., S. 223.

終章 残された問題

前章までで主な学説が主張している、推定的同意の可罰性阻却根拠について検討を加えてきた。もっともその多くは同時に、推定的同意の援用が被害者自身の利益を目的とする場合と、そうでない場合とを明確に分けて議論を行っている。⁽²⁶⁾たとえば②と③の事例で、前者は推定的同意の援用が夫の利益を目的としているのに対して、後者は自分の利益を目的としているから、可罰性を阻却するための要件としては、後者の方が厳格なものになるというのである。

たしかに被害者の意思に沿った（現実の同意）、あるいは沿えるよう努力したこと（許された危険）や、被害者が全事情を知れば同意したであろうこと（被害者の価値観による法益価値の減少）が根拠になるときは、利己的な人間像を前提とする以上、推定的同意の援用が被害者自身の利益を目的とする場合の方が、より可罰性が阻却されやすいとはいえるであろう。また大きな利益を守るために、やむをえず小さな利益を犠牲にしたこと（緊急避難）が根拠になるときは、同一法益主体内における緊急避難をより緩やかに肯定する見解を前提にすれば、⁽²⁷⁾同様の帰結が導かれることになる。しかし初めの三つについては単に事実上、最後の一つについてもあくまで緊急避難の解釈上、そうであるにすぎないことに注意すべきであろう。

最後に、本稿で述べてきたところだけでは、しばしば推定的同意が問題とされる事例類型のうち、重要な部分が未解決のまま残されることを注記しておかなければならない。それは⑤の事例のように、推定的同意が生命に関係する場合である。推定的同意について最初に本格的な検討を加えたロクシンも、問題となる決定が生存に関わる（existentiell）場合には——被害者が明示的に反対の意思を表明すれば行為は許されないとしても、そうでない限り——死を目前にしたときの実際の決定は分からないとか、死ねばあらゆる決定の可能性が失われるという理由から

ら、行為を許されるものと解している。⁽²⁶⁾

このような特別な扱いが必要かどうかは、それ自体、独立した検討を要する重要な問題であろう。ただしここで問われているのは、生命が推定的同意との関係で特別な扱いを受けるかという抽象的な問題ではなくて、あくまで推定的同意を構成する個々の可罰性阻却根拠との関係でそうなのかという具体的な問題である。本稿はここまでを主張するものである。

(26) Statt vieler Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl., S. 386f.; 須之内克彦『刑法における被害者の同意』(成文堂、二〇〇四)九二頁以下。そもそも前者についてしか、推定的同意による正当化を認めないものもある。川原広美「推定的同意に関する一試論」刑法雑誌二五卷一号(一九八二)一〇六頁、吉田宣之『違法性の本質と行為無価値』(成文堂、一九九二)二七六・二七七頁、二八五頁以下・Yoshida, in: Roxin-FS, S. 419f. など。また逆に後者においてだけ、侵害が一時的あるいは(かつ)僅少であることを条件に、利益欠缺原理から推定的同意の正当化力について、同意を得ようにも得られないことが要求されないとするものもある。Klaus Tiedemann, Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung antilicher Gelder-OLG Köln, NJW 1968, 2348, JUS 1970, S. 109.

問題は被害者が他者の利益状態を、自己のそのパラメータに取り込んでいる場合、たとえば③の事例で、妻が蔵暮の酒を飲んで機嫌が良くなることに、夫が特別な価値を見出していたような場合をも後者に分類してよいかであるが、これについてはおいて。詳しくは山中敬一「書評」法律時報七三二号(一九八八)一二八頁、松宮孝明『刑法総論講義(第三版)』(成文堂、二〇〇四)一二三頁、小林・前掲「いわゆる『法益関係の錯誤』の意義と限界」四二頁以下参照。

(27) 小林・前掲「いわゆる『法益関係の錯誤』の意義と限界」四二頁以下参照。

(28) Roxin, in: Welzel-FS, S. 463f. ロクシンは推定的同意の援用が被害者自身の利益を目的とする場合について、さらに問題となる決定が、事物と結びついている(sachgebunden)場合と、人格と結びついている(persönlichkeitsgebunden)場合に分類している。そして前者においては原則として推定的同意を援用してよいが、後者においてはそれが例外になるという。なお後者は推定的同意の援用が、被害者自身の利益を目的としない場合と同様の規律を受けていることになる。