

早稲田大学審査学位論文（博士）

# 法益主体の同意と規範的自律

菊地 一樹

# 目 次

序論 .....	7
第1部 同意論の基本的視座 .....	9
第1章 錯誤に基づく同意の問題 .....	9
第1節 問題の所在 .....	9
第2節 法益関係的錯誤説による解決 .....	10
第3節 法益関係的錯誤概念の拡張 .....	11
第1款 法益の「相対的価値」 .....	11
1 拡張の論理構造 .....	11
2 検討 .....	13
第2款 法益処分の自由 .....	14
1 拡張の論理構造 .....	14
2 検討 .....	15
第3款 小 括 .....	16
第2章 同意の存在 .....	17
第1節 同意の対象 .....	17
第1款 結果の捉え方 .....	17
第2款 侵害結果の構成要素 .....	20
第2節 必要な心理状態の程度 .....	21
第3節 小 括 .....	22
第3章 有効性評価の基本的視座 .....	24
第1節 同意の不処罰根拠 .....	24
第2節 刑法における「自己決定」の意義 .....	25
第3節 意思形成過程の保障とパターンリズム .....	27
第4節 「規範的自律」概念の展開 .....	29
第4章 規範的自律の具体的条件 .....	30
第1節 合理的な判断能力 .....	31
第1款 事実的意思能力との区別 .....	31
第2款 判断能力の意義 .....	31
第3款 必要な判断能力の程度 .....	32
第2節 重要な情報への到達可能性 .....	34

第1款	学説の検討	34
1	Amelung の見解	34
2	Rönnau の見解	37
3	Roxin の見解	39
4	小 括	43
第2款	「重要な情報」の範囲	43
1	主観的考察方法	43
2	客観的考察方法	45
3	検 討	45
第3款	情報入手の阻害	47
1	自ら錯誤に陥った場合	49
2	欺罔により錯誤に陥った場合	50
第4款	具体的事例の解決	50
1	偽装心中事例	50
2	角膜事例	52
3	猛獣事例	53
第5款	小 括	53
第3節	心理的強制の不存在	55
第1款	強制の程度	55
第2款	「提案」との区別	56
第4節	議論の整理	58
第2部	各論的検討	60
第5章	刑法における性的自律の保護	60
第1節	問題の所在	60
第2節	性犯罪の保護法益	61
第1款	暴力犯罪としての構成	61
第2款	新たな法益構想	62
第3款	保護客体ごとの相違	64
第4款	小 括	65
第3節	「性的自己決定」概念の分析	65
第1款	Hörnle の見解	65
1	導入	65
2	哲学と法哲学の視点からの自律と自己決定	66
3	性的自己決定：積極的自由と消極的自由	67
4	性的自己決定 I：消極的自由の保護	68

5	性的自己決定Ⅱ：パターンリスティックな干渉の限界	69
6	刑事政策的な帰結	72
第2款	若干の検討	72
第4節	具体的問題の考察	74
第1款	児童に対する性犯罪	74
第2款	錯誤・欺罔からの保護	77
1	同意の存在を否定する錯誤	77
2	同意の有効性を阻害する錯誤	79
第3款	心理的強制からの保護	82
1	物理的強制との区別	82
2	心理的強制と性的自律	83
3	暴行・脅迫の程度	84
4	暴行・脅迫の独自の意義	86
5	提案と脅迫の区別	88
第5節	小括	89
第6章	いわゆる仮定的同意について	89
第1節	問題の所在	89
第2節	仮定的同意をめぐる議論状況	90
第1款	概念の輪郭	90
第2款	仮定的同意の理論的根拠	91
1	違法性阻却事由	91
2	正当化事由に関する帰属	93
第3款	仮定的同意に対する批判	94
1	訴訟法上の問題	94
2	自己決定の保護への悪影響	94
3	理論的問題	96
第4款	適用範囲の広がり	97
1	同意不存在事例への適用	97
2	医事刑法を超えた適用	98
第5款	小括	99
第3節	説明義務と患者の自律性	100
第1款	仮定的同意の代案	100
第2款	法益関係的錯誤説による解決	101
第3款	患者の自律性の実現	103
1	同意の存在	103
2	同意の有効性と情報入手	103

第4款 問題の解決—椎間板事件を素材に—	107
第4節 小括	108
第7章 占有者の意思と窃盗罪の成否	108
第1節 問題の所在	108
第2節 ドイツにおける条件付き合意論	110
第1款 判例の展開	111
1 自動販売機・スロットマシン	111
2 現金自動預払機 (ATM)	113
3 セルフ式ガソリンスタンド	114
4 小括	115
第2款 学説状況	115
第3款 条件付き合意論に対する批判	117
1 通説の問題点	118
2 占有概念に着目した解決	119
第3節 占有者の意思の要保護性	120
第1款 窃取概念の限定解釈	120
第2款 条件設定の客観的限界	122
1 「技術的客観化」という基準	122
2 設定された条件の「実効性」	122
3 「心理的障壁」の内実	125
4 小括	126
第4節 メダルの不正取得と窃盗罪	127
第5節 小括	131
第8章 「真の意思」と住居侵入罪の成否	131
第1節 法益主体の「真の意思」と犯罪論	131
第2節 「真の意思」と住居侵入罪の成否	134
第1款 我が国の議論	134
1 立入り後の利益侵害と「真の意思」	134
2 「真の意思」の不考慮	137
第2款 ドイツの議論	139
1 合意 (Einverständnis) の事実的性質	139
2 法益関係的錯誤の不存在	141
3 訴訟法的・刑事政策的な考慮	141
4 心理的な障壁の克服	143
第3款 侵入概念の限定解釈	144
1 文言による制約	144

2 保護法益論からの基礎づけ.....	145
第3節 包括的同意と建造物侵入罪.....	148
第1款 条件内容の外部表示.....	149
第2款 立入りの外観.....	151
第3款 実効的な措置の発動可能性.....	153
第4節 小 括.....	155
結びにかえて.....	156
引用文献一覧.....	159

## 序論

法益主体の同意に、犯罪の成立を阻却する効果を認めるという前提に立つ場合、同意は、国家の刑罰による介入の限界を画するという機能を有することになる。すなわち、法益主体の同意をめぐる議論には、国家の干渉を排除し、市民の自律的な活動領域を確保するという積極的意義があると考えられるのである。このような意義に鑑みれば、有効な同意の存在を認めるための要件論も、それに相応しいものとして構築されなければならない。

現在の刑法学において、多くの論者は同意による犯罪阻却の根拠を個人の「自己決定」の保障・実現に求めている。しかし、「自己決定」という概念は、それが使用される文脈に応じて、処罰を限定する方向にも処罰を拡張する方向にも作用しうるものであり、その使用には注意が必要である。すなわち、処罰限定方向で被害者の「自己決定」が持ち出される場合には、自己責任の安易な強調により、法益主体に対して自己決定の帰結を押しつける結果に陥っていないかという点に注意を払う必要がある一方で、被害者の「自己決定」に反していることを理由に処罰が拡張される場合には、それが過剰なパターンリズムに陥っていないか、また、「自己決定」の保護という名目が他の政策目的を実現するために転用されていないか、という点に注意を払う必要がある。処罰範囲の恣意的な伸縮を避けるためには、発生した結果が本人の「自己決定」に基づくと評価できるための具体的な条件を理論的に分析する作業が不可欠であり、その際には、刑法が現実には保障を目指すべき「自己決定」の内容と水準が明らかにされなければならない。

以上の問題関心にに基づき、第1部では、法益主体の同意による犯罪阻却の要件を検討するための基本的視座を明らかにすることを試みる。第1章では、「錯誤に基づく同意」の問題において有力に主張されている法益関係的錯誤説の批判的検討を通じて、従来の議論における混乱の要因の一端が、同意の「存在」と「有効性」の問題の混同にあることを明らかにする。同意の「存在」が、侵害結果の発生を認容する主観的な心理状態の有無の問題であるのに対して、同意の「有効性」は、そのような心理状態を形成するに至ったプロセスが自律的であると評価できるか否かの問題であり、両者は明確に区別されなければならない。この区別を前提として、第2章では、同意の「存在」を認定する際に検討が必要な具体的な問題が何であるかを明らかにする。続いて、第3章では、同意の「有効性」評価における基本的視座の獲得を目的として、刑法上の「自己決定」概念に遡って検討を加える。そこで、刑法においては「全知全能の理想的な自律」ではなく、現実的で客観性を備えた「規範的自律」の保障が目指されなければならないことを明らかにする。最後に、第4章では、日独の学説の検討を通じて、この「規範的自律」概念の意義・内実を具体化し、同意の「有効性」を認めるための具体的な条件を明らかにすることを試みる。

第2部では、第1部での検討を通じて得られた基本的視座を前提として、法益主体の自律性が各犯罪類型の解釈論にどのように反映されるべきかという各論的問題の検討を行う。

まず、第5章では、近時改正がなされ我が国でも議論が活発に行われている性犯罪を題材として、「性的自己決定」概念の理論的な分析を行い、刑法における性的自律の保護のあり方について具体的な検討を加える。続いて、第6章では、ドイツにおいて活発に議論が行われている「仮定的同意」のテーマを取り上げ、問題の真の所在を明らかにするとともに、患者の自律的な意思形成のための条件について検討を試みる。第7章では、自動機械を通じた財物の占有移転が行われる事例を主な素材として、ドイツにおける「条件付き合意論」を手がかりに、占有者の意思と窃盗罪の成否との関係について検討を加える。最後に、第8章では、住居侵入罪を素材に、理想的な意思形成状況下であれば法益主体が形成していたであろう「真の意思」と犯罪の成否の関係について考察する。

以上の検討を通じて、総論的な同意の一般理論と各論的な解釈問題の結合を図り、法益主体の自律的な自己決定の保護を過不足なく実現するための理論枠組みを示すことが本稿の目的である。

## 第1部 同意論の基本的視座

### 第1章 錯誤に基づく同意の問題

#### 第1節 問題の所在

法益主体の同意が錯誤に基づいてなされた場合に、同意の有効性をいかに判断すべきかという問題が従来から議論されている<sup>1</sup>。例えば、被告人が、心中を申し出た恋人である被害者に対し、その意思がないのに追死すると嘘をついて毒薬を飲ませて死亡させたという、いわゆる「偽装心中事件」において、被害者の陥った錯誤が、その生命放棄の同意の有効性にいかなる影響を与えるかが問題となる。

この問題につき、「もし錯誤がなければ同意しなかったであろう」といえる場合に、同意の有効性を否定するのが条件関係的錯誤説（重大な錯誤説）<sup>2</sup>である。この見解によれば、動機の錯誤も含めて、錯誤に基づく同意は常に無効とされることになる。最判昭和33年11月21日刑集12巻15号3519頁も、偽装心中事件において、「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」と述べて同意を無効とし、殺人罪の成立を肯定している。こうした判例の立場は条件関係的錯誤説に立つものであると理解されている<sup>3</sup>。

もっとも、この見解に対しては、同意を無効とする範囲が広く、処罰範囲を不当に拡大してしまうとの批判がなされている。例えば、自身の職業や収入を偽って、女性と交際し、その女性の家で性交渉をもつに至った男性について、条件関係的錯誤説によれば、女性が男性の本当の職業や収入を知っていれば家に入れることも性交渉をもつこともなかったといえる限り、同意が無効であるとして住居侵入罪や準強姦罪の成立を認めるという結論に至りうる<sup>4</sup>。同意と条件関係の認められるあらゆる錯誤を無効事由と考えると、恣意的なものも含めた法益主体のあらゆる選好を刑法が保護することとなり、処罰範囲が著しく拡大されてしまう点がここで問題視されているのである。

---

<sup>1</sup> 従来の議論については、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』（法律文化社、2004年）21頁以下、佐藤陽子『被害者の承諾』（成文堂、2011年）180頁以下、武藤眞朗「法益関係的錯誤説と法益の要保護性」『野村稔先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2015年）34頁以下、河野敏也「錯誤に基づく同意と同意の正当化根拠との関係について」明治大学大学院法学研究論集（2016年）28頁以下、吉田敏雄「被害者の同意における意思瑕疵」『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2017年）249頁以下等を参照。

<sup>2</sup> 大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）420頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂、2012年）255頁、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）324頁、橋本正博『刑法総論』（新世社、2015年）166頁等。

<sup>3</sup> 佐伯仁志「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論〔第7版〕』（有斐閣、2014年）4頁以下参照。

<sup>4</sup> 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）217頁以下、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（日本評論社、2017年）136頁。

## 第2節 法益関係的錯誤説による解決

これに対して、同意が無効となる範囲をより限定的に捉えるべきであるとし、各構成要件の保護する法益に関係する錯誤が存在する場合にのみ同意が無効になるとするのが法益関係的錯誤説である<sup>5</sup>。この見解によれば、構成要件が保護する法益と関係しない、単なる反対給付や付随事情等に関する事実の錯誤は同意の有効性に影響を与えないことになる。その根拠としては、刑法が各構成要件の中でそれぞれの保護法益を相互に区別して規定していることが挙げられている。すなわち、ある構成要件で保護される法益と無関係な利益についての欺罔行為を、同意を無効とすることを通じて当該構成要件によって処罰するならば、欺罔からの自由という意味活動の自由一般を保護することになってしまい、妥当ではないというのである<sup>6</sup>。そして、偽装心中事件では、被害者が法益である生命の放棄自体について正しく認識している以上、有効な同意が認められるため自殺関与罪が成立するにとどまることになる<sup>7</sup>。

以上が、法益関係的錯誤説の基本的な考え方であるが、この見解が主張された背景に「静的な法益観」に存在することは看過すべきでない。同説の提唱者である Arzt によれば、刑法は原則として、特定の静的に捉えられた法益 (*bestimmte, als statisch gedachte Rechtsgüter*) を保護しており、刑法が関心を寄せるのは、存立の保護 (*Bestandsschutz*) のみである<sup>8</sup>。少なくとも生命や身体という法益については、交換価値や処分が法益に含まれていない。それゆえに、刑法上重要な意味を持ち、同意を無効とするような錯誤は、保護される財の存立に関わる錯誤のみである。換言すれば、法益主体が当該財を「喪失する

---

<sup>5</sup> 法益関係的錯誤説を基本的に支持するものとして、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号(1985年)51頁以下、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33巻3=4=5号(1983年)271頁以下、堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣、2004年)183頁以下、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』(成文堂、2007年)208頁、小林憲太郎『刑法的帰責』(弘文堂、2007年)227頁以下、西田典之『刑法総論〔第2版〕』(弘文堂、2010年)192頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣、2016年)170頁以下等。

<sup>6</sup> 佐伯・前掲注(5)59頁。

<sup>7</sup> なお、我が国では法益関係的錯誤説が有力化する以前から、「動機の錯誤」説と呼ばれる見解が、偽装心中事件で「死ぬこと自体には錯誤がない」ことを根拠に殺人罪の成立に疑念を示していた(平野龍一『刑法総論II』(有斐閣、1975年)256頁、内藤謙『刑法講義総論(中)』(有斐閣、1986年)592頁等)。

<sup>8</sup> Gunther Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 17 ff. ドイツにおいて法益関係的錯誤説を支持するものとして、Hans-Joachim Rudolphi, ZStW 86, 1974, S. 82 ff.; Maria-Katharina Meyer, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984, S. 166ff.; Hans Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl, 1996, S. 383; Horst Schlehofer, Einwilligung und Einverständnis, 1985, S. 77; Detlev Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 532ff.等。同説をめぐるドイツの議論状況については、野村和彦「法益関係的錯誤説に対する批判」慶應法学37号(2017年)187頁以下を参照。

かどうか」さえ正確に認識していれば、刑法上その同意は有効なものと評価されることになるのである。

### 第3節 法益関係的錯誤概念の拡張

条件関係的錯誤説が、処罰範囲が広すぎるとして批判されたのと対照的に、法益関係的錯誤説は、その処罰範囲の「狭さ」が批判の対象とされている<sup>9</sup>。例えば、飼っている猛獣が檻から逃げて人を襲おうとしているという虚偽の電話を飼主にかけて、その同意を得て猛獣を射殺した場合（以下、「猛獣事例」）や、母親に、息子を失明から救うためには角膜が必要であると偽って角膜を提供させたうえで、移植することなく廃棄した場合（以下、「角膜事例」）にも、法益主体である飼主や母親が、飼っている猛獣の射殺や、自身の角膜が取り去られることを正確に認識したうえで同意をしている以上、法益関係的錯誤はなく、同意が有効となりそうである。しかし、このような場合まで犯罪不成立とするのは不当ではないかという疑いが生じる。

こうした疑問に対して、法益関係的錯誤説の内部からは、①法益の「相対的価値」に関する錯誤を法益関係的錯誤と捉えることで、あるいは、②法益処分の自由を法益の構成要素に取り込むことで、「法益関係」性の概念を拡張し、法益関係的錯誤説を維持しつつ妥当な結論を得ようと試みる見解が、わが国の学説において示されている。そこで、以下では、このような解決の仕方が妥当なものであるかどうかについて検討を加える。

#### 第1款 法益の「相対的価値」

##### 1 拡張の論理構造

Arzt の唱えた法益関係的錯誤説は、放棄の対象となる法益の存立に関わる錯誤の有無のみを問題とするものであった。こうした当初の理解とは異なり、当該法益を放棄することにより保全される対立利益についての錯誤をも法益関係的錯誤に含めようとするのが、ここで問題となる第1の拡張理解である。

このような拡張を認める根拠は以下のように説明される。例えば、猛獣事例で、飼主の認識においては、周辺住民の生命、身体、財産等の対立利益との関係で、猛獣の所有権を保護する必要性が（相対的に）低下しているのに対して、現実には、猛獣が檻から逃げて人を襲おうとしているという状況が存在しないため要保護性の低下は認められない。こうした状況において、飼主は猛獣の所有権の「相対的価値」について錯誤に陥っており、このような法的価値に関する錯誤も法益関係的錯誤に含まれるとされる。

「相対的価値」の錯誤を法益関係的錯誤に含める見解の内部においても、こうした解決を角膜事例にも適用可能かどうかについては見解の相違が存在している。まず、角膜事例につ

---

<sup>9</sup> 法益関係的錯誤説を批判的に検討する近時の論稿として、野村和彦「わが国における法益関係的錯誤説に対する疑問」日本法学 80 卷 4 号（2015 年）35 頁以下、鈴木左斗志「欺きによる殺人罪（刑法 199 条）成否の判断—法益関係的錯誤説とは何だったのか？」『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017 年）91 頁以下等がある。

いて、「相対的価値」の錯誤が認められないとする松原芳博は、このことを以下のように説明している。すなわち、猛獣事例では、飼主の認識した状況が現実存在したとすれば、猛獣の殺傷が、対物防衛または緊急避難として正当化されるため、猛獣の要保護性は防衛に必要な限度で低減し、あるいは、保全法益との関係で制限されることになる。これに対して、角膜事例のように、法益主体の誤信した事実が正当化事由を構成しない場合には、相対的な要保護性の低減を認めることができず、これとは別個の「任意性」の観点から同意の有効性を論ずるほかないというのである<sup>10</sup>。このような理解の特徴は、相対的な要保護性の低下を認めるにあたり、「正当化事由」の充足を要求する点に見出すことができるだろう。「相対的な価値の低下」といっても、そこで問題とされている価値はあくまでも法的な意味での価値であることから、刑法が要求する「正当化事由」が充足されない限り、その「法的価値」の低減を認めることができないというのが、その根拠であると思われる。松原のような理解によれば、「相対的価値」の錯誤という説明方法が適用できる事例は自ずと限定されることになる<sup>11</sup>。

これに対して、角膜事例についても、「相対的価値」の錯誤による解決を認めるのは西田典之である。西田によれば、角膜事例の場合においても、母親は、子供の目の完全性の方が優越し自分の角膜の価値が低いものと考えたのであって、そこには明らかに法益の価値についての錯誤があるという<sup>12</sup>。ここで注目すべきなのは、法益の価値の高低を論じるに際して、母親の主観的な価値判断ないし評価が基準とされている点である。

しかし、西田のような発想に基づけば、「相対的価値」の錯誤が認められる範囲は際限なく広がってしまうであろう。主観的な意味での「相対的価値」の誤解は、以上のような緊急状態の錯誤の事例だけでなく、例えば偽装心中事件のような、単なる動機の錯誤があるに過ぎない事例においても同様に生じている<sup>13</sup>。偽装心中事件においても、被害者は、被告人と心中することに生命以上の価値を見出し、自己の生命の価値が相対的に低いものであると考えている。このような場合にも、現実に被告人が心中をする気がないことから、被害者に生命の「相対的価値」の誤解があるとして法益関係的錯誤を認めることは、論者の意図に反するであろう。しかし、主観的な意味での「相対的価値」を問題とする以上、このような帰結を排斥することはできないように思われる。

さらに、同じく、「相対的価値」の錯誤による解決の射程を角膜事例に及ぼしながらも、西田のように主観的な意味での「相対的価値」を問題にするのではなく、あくまでも客観的

---

<sup>10</sup> 松原・前掲注（4）142頁。

<sup>11</sup> 佐伯・前掲注（4）219頁以下も、猛獣事例については法益の法的価値に関する錯誤があるとしつつ、子供の生命を救うためには臓器移植が必要だとして親を騙して移植に同意させた場合については、法益関係的錯誤があるとはいえない、としている。

<sup>12</sup> 西田・前掲注（5）194頁。

<sup>13</sup> 山口厚「欺罔に基づく『被害者』の同意」『田宮裕博士追悼論集 上巻』（信山社、2001年）335頁は正当にも、「法益の相対的価値の錯誤を強調すると、他の目的実現のために法益を処分する状況において、『重大な錯誤』説に至りうる」ことを指摘している。

な意味での「相対的価値」のみを問題にしようとするのが、武藤眞朗の見解である<sup>14</sup>。武藤は、角膜事例<sup>15</sup>について、本稿が想定するような①現実には摘出された角膜が廃棄されるという場合と区別して、②母親から摘出された角膜が、子供とは全くの別人である他人に移植されてしまった場合を例に挙げる。そして、①の場合については、実際には角膜摘出が他の客体の法益保全（視力回復）にとって不要であったにもかかわらず、母親はこれを必要であると誤信しているために、自己の角膜の要保護性に関する錯誤が認められている。これに対して、②の場合には、「自分の子に移植された場合と比較しても客観的には要保護性は異なるので、法益関係的錯誤は否定されることになる」<sup>16</sup>としている。西田の見解では、母親の主観的な価値判断が重視される結果、②の場合においても法益関係的錯誤は肯定され、同意が無効となるものと考えられるのに対して、武藤の見解においては、あくまでも「客観的な要保護性」を問題にするという一貫した立場から、「自分の子供かどうか」という（母親の主観的評価にとっては重大な）問題が捨象され、「相対的価値」の錯誤が否定されるのである。

## 2 検討

以上のように、「相対的価値」の錯誤への拡張を認める見解の内部にも様々な説明が混在しており、こうした解決方法の射程も一様ではないが、「法益関係的錯誤」の概念に、放棄の対象となる法益の存立に関する錯誤を超えて、「対立利益に関する錯誤」を含める点では共通する<sup>17</sup>。しかし、こうした拡張的理解は果たして妥当なのであろうか。

まず、正当化事由の充足を法益主体が誤信した場合に「相対的価値」の錯誤による解決を限定する松原の見解に対しては、猛獣事例と角膜事例とで問題の本質は同じではないか、との疑問を向けることが可能であるように思われる。論者は、猛獣事例について「相対的価値」の錯誤による解決を図りながら、角膜事例については、「相対的価値」の錯誤を認めることはできないとして、「任意性の欠如」という別個の観点から同意の無効を導くべきであるとす。しかし、緊急状態における錯誤が原因となって、任意の意思決定を行うことが困難となっている点はいずれの事例においても共通するのではないだろうか<sup>18</sup>。そうだとすれば、猛獣事例だけを「相対的価値」の錯誤の問題と位置づけて別個に処理を図るのではなく、意

---

<sup>14</sup> 武藤・前掲注（1）38頁以下。

<sup>15</sup> ただし、武藤が挙げる角膜事例においては、「すぐさま移植をしなければ息子が視力を失う」という意味での「緊急状況」の誤信が必ずしも前提とされておらず、専ら「利他目的」の欺罔のみが想定されていることに注意を要する（武藤・前掲注（1）41頁参照）。

<sup>16</sup> 武藤・前掲注（1）42頁。

<sup>17</sup> なお、緊急状況の誤信において「法益の相対的価値の錯誤」が認められると表現しつつも、これを「法益関係的錯誤」の概念には含めず、このような錯誤が認められる場合には、法益関係的錯誤の例外として同意が無効になると説明するものとして、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2015年）220頁以下。

<sup>18</sup> 松原・前掲注（4）142頁も、飼犬の殺傷は対物防衛または緊急避難として正当化されることから、「客観的な違法評価の主観な反映」として、飼主はそれを甘受せざるを得ず、選択可能性が欠如していることに言及している。

思決定の任意性が認められるための条件や限界を明らかにしたうえで、この観点から両事例を統一的に解決することが目指されるべきであるように思われる。

これに対して、猛獣事例と角膜事例を同一の論理で解決しようとする西田や武藤の見解は、両者の問題の本質が同一であることを前提としている点で正当である。しかし、その問題解決を「法益関係的錯誤」という概念の中で図ろうとすることが適切であるかについてはやはり疑問が残る。

武藤は、相対的価値の錯誤が「法益関係的錯誤」に取り込まれることの根拠として、「法益主体が法的保護を放棄するのは、各構成要件によって想定されている法益の侵害の内容および程度とともに、客観的利益対立などの存在による当該法益の要保護性を考慮したものである」<sup>19</sup>ことを指摘している。その意味で、「客観的利益対立状況の存在」も承諾の対象と解することが可能であり、法益関係的事実と考えることができるのである。しかし、通常理解からすれば、承諾の対象はあくまでも「法益の侵害の内容および程度」であり、そこで考慮される客観的利益対立状況などの事情は法益放棄の「動機」に属するものである。そうだとすれば、一定の「動機の錯誤」については、刑法上も重要性を持ちうることを正面から認めたいうえで、いかなる「動機の錯誤」が、承諾の有効性を損なうかという点を議論する方がより問題の実質に即しているように思われる<sup>20</sup>。猛獣事例と角膜事例ではこの点が共通して問われているのであり、この問いを解決するためには、「法益処分の自由」の保護の限界をどこに認めるかという真の問題に取り組む必要があるのである。

以上の見立てが正しいとすれば、「法益処分の自由」という動的な利益を含まない「静的な法益観」を背景に提唱された「法益関係的錯誤」概念に問題の解決を求めることは筋違いであるように思われる。少なくとも、「法益処分の自由の保護」の限界という問題意識は、当初の法益関係的錯誤説には内在していないため、相対的価値の錯誤をどこまで「法益関係的錯誤」概念に取り込むべきかに関して一義的な解答を得ることは困難であろう。

## 第2款 法益処分の自由

### 1 拡張の論理構造

近年では、「法益処分の自由」を法益の構成要素と解することで、「法益処分の自由」に係る錯誤も「法益関係的錯誤」概念に含まれると説明する見解も登場している<sup>21</sup>。山口厚によれば、「法益とは当該客体が変更されずに存立し続けることのみを意味するのではなく、当該客体をいかに利用・処分するかという法益処分の自由も法益の内容・構成要素をなすか

<sup>19</sup> 武藤・前掲注(1) 49頁。

<sup>20</sup> 武藤自身も、「どのような状況において法益主体は自由な意思に基づいて行為者の行為を承諾したのか、また、その行為によって侵害される法益の法的保護を放棄したのかを問うこと」が有意義であることを認めている(武藤・前掲注(1) 49頁)。

<sup>21</sup> ドイツにおいても、例えば、Theodor Lenckner/ Detlev Sternberg-Lieben, in : Sch/Schröder, 29. Aufl., 2014, Vorbem §§ 32 ff. Rn. 47は、「法益処分の自由」も法益関係的な事項であるとして、角膜事例における被害者には法益関係的不自由が生じており、同意の有効性が否定されると説明している。

ら、法益処分の目的について欺罔され錯誤に陥った場合、法益の内容をなす法益処分の自由が害されており、その点について認識を欠くとして、法益関係的錯誤を認めることができる<sup>22</sup>。

このような「法益処分の自由」の保護は、詐欺罪において当然のこととして認められていることであるが、生命・身体法益についても一定の場合には肯定することが可能であるとされる。例えば、角膜事例においても、息子のために角膜を処分する自由には要保護性が認められるため、処分の目的が欺罔されていることを根拠に法益関係的錯誤が認められるのである<sup>23</sup>。

## 2 検討

この見解に対しては、あらゆる動機の錯誤が法益関係的とされてしまい、「法益関係的錯誤説の自殺行為」になるとの批判が加えられている<sup>24</sup>。確かに、あらゆる処分の目的に関する錯誤を「法益関係的錯誤」に含める場合には、その実際の帰結は条件関係的錯誤説のそれと全く異なるものとなるであろう。

しかし、山口の見解は、処分の自由の保護適格・要保護性が刑法的に認められる場合に限り、これを法益の構成要素に取り込むため、あらゆる主観的な動機の錯誤を法益関係的とするものではない。例えば、山口は、初めから支払う意思がないのに、報酬を払うからと欺罔して臓器の提供をさせる場合について、「身体は、その侵害が生命に危険をもたらす場合には、生命保護の見地から、処分の自由は認められない」ことに加え、臓器の売買が臓器移植法 11 条において禁止されており臓器売買の自由は保護されないことを理由に、報酬目的での臓器の処分の自由は保護されず、報酬の支払について錯誤があっても法益関係的錯誤は認められないとの説明をしている<sup>25</sup>。このように、「法益処分の自由」の保護といっても、法益主体のあらゆる願望の実現の自由がそこに含まれるわけではなく、客観的あるいは法的な観点からの限界づけという課題が意識されていると言える。

「法益処分の自由」の保護の限界という問題に正面から取り組む必要があると考える本稿の立場からすれば、この見解の採る方向性自体は支持できる。しかし、保護に値する法益処分の自由を阻害するような一切の錯誤を「法益関係的錯誤」と呼称することは、概念の混乱を招くように思われる<sup>26</sup>。すでに述べたように、本来の「法益関係的錯誤」の概念は、こう

---

<sup>22</sup> 山口厚「法益侵害と法益主体の意思」同編著『クローズアップ刑法各論』（成文堂、2007年）16頁。

<sup>23</sup> 山口・前掲注（22）18頁以下。なお、従前の論稿においては、身体の法益としての価値はその存在自体にあると解する立場から、角膜事例では「法益関係的錯誤」を認めることができず、むしろ「脅迫の場合と同視しうる」ことを根拠に同意の有効性を否定すべきであるとされていた（山口・前掲注（13）331頁以下）。

<sup>24</sup> 佐伯・前掲注（4）222頁。

<sup>25</sup> 山口・前掲注（22）18頁。

<sup>26</sup> 杉本一敏「わが国の法益関係的錯誤説の主張の意義」刑法雑誌 54 卷 3 号（2015年）480頁以下も、「法益関係的錯誤」の射程を、法益主体による被害結果の自覚の有無に限定し、処分の自由の問題は、別立ての理論的枠組みで捉えられるべきであると主張する。

した動的な利益の保護を念頭に置いたものではない。動的な利益の保護の問題を「法益関係的錯誤」概念の内部に取り込む傾向は、第一の拡張理解にも部分的に見受けられるものであったが、山口の見解は、この問題を全面的に「法益関係的錯誤」概念の内部に取り込むものであると言える。その意味で、「法益関係的錯誤説の自殺行為」であるとの批判が当たるであろう。

### 第3款 小 括

当該客体を「失うかどうか」の認識のみを基準に同意の有効性を判断することでは、妥当な結論を導くことが困難であるように思われる。そもそも、財を「失うかどうか」の認識自体は、例えば、典型的な恐喝のケースにおいても認められるものであるが、このようなケースで法益処分の有効性を認める見解は存在しないであろう<sup>27</sup>。その意味で、「法益関係的錯誤説は、同意の有効性に関する統一理論ではないから、被害者に自由な意思決定があったかどうかは、法益関係的錯誤かどうかと別個に検討されなければならない」<sup>28</sup>というのは当然のことである。「法益関係的錯誤」という概念が解決できる問題の射程については、慎重な見極めが必要であろう。概念に与えられた守備範囲を不用意に拡張することは避けるべきである。

それでは、そもそも「法益関係的錯誤」とは、同意論全体においていかなる役割を有する概念と考えるべきなのであろうか。この点について、学説上、次のような指摘がなされていることは重要であると思われる。すなわち、「法益関係的錯誤」が認められる場合には、法益主体に法益を放棄する心理状態が認められないため、同意の有効性を論ずる以前に、そもそも同意が存在しない<sup>29</sup>、という指摘である。「法益関係的錯誤」概念があくまでも同意の存否に関係する概念であり、有効性の問題をさしあたりペンディングするものであるとすれば、「法益関係的錯誤」の有無と自由な意思決定の有無を別個に検討する必要性を説く上記のような指摘も十分に理解可能なものとなろう<sup>30</sup>。他方で、「法益関係」性の概念を拡張することで妥当な解決を得ようとする上記学説の傾向は、「法益関係的錯誤」の概念に、同意の存否を規定するという役割を超えて、有効性を決定するという役割をも部分的に（ある

---

<sup>27</sup> Arzt も、「脅迫 (Drohung) は常に法益関係的である」という理由で、脅迫に基づく同意が無効であることを認めている (Arzt, a.a.O. (Anm. 8), S. 32.)。もっとも、ここで「法益関係的」という言葉が意味するところは明らかではなく、「法益関係性」の概念に新たな内容を付与することで妥当な結論を導いているに過ぎない疑いがある (Vgl. Knut Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998, S. 63.)。

<sup>28</sup> 佐伯・前掲注 (4) 220 頁。

<sup>29</sup> Claus Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, in : Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984, S. 283.

<sup>30</sup> 高橋則夫『刑法総論〔第3版〕』(成文堂、2016年) 330頁は、同意による正当化の判断に際して、第1段階で法益関係的錯誤の有無、第2段階で自由意思喪失の有無を検討するという2段階構成を採るべきであるとする。また、松原・前掲注 (4) 138頁以下も、同意に認識対象に関する理論である法益関係的錯誤説と、同意の任意性に関する理論である自律的自己決定説は排他的な関係にあるものではないとする。

いは全面的に) 担わせようとするものであるという疑いが生じる。このような「越権」が、「法益関係の錯誤」の本質的役割を曖昧化させ、基準としての役割を損なわせるものであるということは、すでに批判にしたとおりである。

ところで、「同意が存在する」とは具体的にどういう事象を指すのであろうか。「法益関係の錯誤」という概念は、同意の存否を規定するに当たって、どこまで有用な概念なのであろうか。同意の有効性評価の議論の前提として解決すべきこれらの問題を、以下で検討する。

## 第2章 同意の存在

同意の「存在」と「有効性」の区別が従来あまり明確に意識されてこなかった結果、「同意が存在する」という事象自体の具体的な意味内容が、有効性評価の問題と独立に考察の対象とされることは少なかったように思われる。しかし、同意に犯罪阻却効を認めるだけの有効性が備わっていると評価する以前の問題として、そのような評価の対象となる実体を確定しておく必要がある<sup>31</sup>。本稿が、「有効性」の問題と切り離して、まず同意の「存在」を問う意義はこの点に存するのである。

「同意が存在する」ということの具体的な意味内容を明らかにするためには、①同意の対象は何かという問題と、②その対象に向けられた同意者の心理状態として、いかなるものが要求されるかという問題とを区別してそれぞれ検討する必要がある。

### 第1節 同意の対象

#### 第1款 結果の捉え方

法益主体の同意が、発生する構成要件の結果ないし法益侵害結果を正当化するために持ち出されるものである以上、同意はこうした結果をカバーするものである必要があり、こうした結果がまさに同意の「対象」であるといえる<sup>32</sup>。もっとも、この「結果」をどこまで具体的に捉えるべきかは検討を要する問題である。すなわち、この結果を抽象的に捉え、およそ「死」や「傷害」という抽象的なレベルで結果発生への同意があれば、同意の存在を肯定できると考えるべきか、それとも結果をより具体的に捉え、「誰による」「いつ」「どこで」「いかなる方法で」等を含めた具体的な侵害結果への同意がなければ同意の存在を認めることができないと考えるべきなのかが問題となる。

例えば、Xが自身の親族であるAに対して殺害を依頼したところ、それを近くで見ていた他人であるYがXを殺害したという場合<sup>33</sup>、Xは「死」という抽象的な結果の発生自体につ

<sup>31</sup> 町野朔「被害者の承諾」西原春夫ほか編『判例刑法研究第2巻』(有斐閣、1981年)176頁以下も、承諾の「存在」と「有効性」の問題を区別し、承諾の有効性を論ずる以前に、まず承諾の存否について検討する必要があることを指摘している。

<sup>32</sup> 内藤・前掲注(7)593頁、山中・前掲注(17)215頁、佐伯・前掲注(4)213頁等。

<sup>33</sup> なお、Xが他人であるYに殺害されそうであることを察知し、これを拒絶した場合には

いて正確に認識し、これを望んでいるものといえるが、このことを根拠として、全くの他人であるYの行為に対しても同意が及んでいると解してよいかは検討の余地がある。

この点につき、「法益（客体）を喪失すること」に係る錯誤だけが重要であるとする（当初の）法益関係的錯誤説を徹底すれば、この事例の場合も同意の存在が肯定されなければならないであろう。同説を提唱した Arzt は、少なくとも生命や身体という法益について、刑法はそれらを静的な客体としてその存立価値のみを保護しているという理解を前提に、その存立に関する錯誤のみが同意を無効とするものとして刑法上の重要性を有するものと考えた<sup>34</sup>。このような理解からすれば、「生命の喪失」という「存立に関する事項」についてXに正確な認識があることから、有効な同意の存在が肯定され、同意殺人罪の限度で犯罪の成立が認められることになる。

しかし、一度死の決意さえすればそれを撤回しない限り、あらゆる第三者との関係でも生命法益が放棄され、およそ殺人罪が成立しえなくなるという帰結に対しては次のような異論を提起することが可能であろう。すなわち、自己決定の保障という見地からは、同意も「法益を放棄するか否か」の二択ではなく、「どのように放棄するか」を含めたより豊かな形で保障されるべきである<sup>35</sup>との異論である<sup>36</sup>。現に、法益関係的錯誤説の論者においても、財産法益については、こうした多様な形での処分の決定の保護が正面から肯定されている点を看過すべきではない。例えば、Arzt は、父親が息子に対して、花火を打ち上げることに同意したところ、他人がその花火を打ち上げたという事例について、財産保護の客体は対象それ自体に尽きるものではないとして、器物損壊罪の成立を肯定している<sup>37</sup>。ここでは、「誰に損壊されるか」も含めた形での財産処分の自由も保護の対象に含まれると理解されているのである。このように、財産については、「誰に損壊されるか」に関する決定も保護されるとしながら、生命や身体について、そのような自由がおおよそ刑法の保護範囲から除外され

---

「同意の撤回」を理由として、いずれにせよ結果発生時における同意の存在が否定されることになる。そこで、ここではXが察知する間もなく、あるいは、熟睡している間にYから殺害されたというような場合を念頭に置いて検討を進める。

<sup>34</sup> Arzt, a. a. O. (Anm. 8), S. 17 ff. もっとも、その後の議論を踏まえて、Arzt は、法益関係的錯誤説の枠組みを維持しつつも、法益の静的保護だけではなく、処分の自由もあわせて考慮に入れなければならないことを認め、自説を修正している点に注意する必要がある

(Gunther Arzt, Heileingriffe aufgrund einer Blank-Einwilligung bezüglich der Person des Arztes, in: Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag am 22. Juni 1992, 1992, S. 201 ff.)。

<sup>35</sup> 佐藤・前掲注（1）255頁。Urs Kindhäuser, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2013, S. 111 も、同意の効力を、特定の条件（bestimmten Bedingungen）に依存させることが可能であるとし、その条件の内容として、行為と特定の人間との結びつきを挙げている。なお、松宮孝明『刑法総論〔第4版〕』（成文堂、2014年）126頁、塩見淳『刑法の道しるべ』（有斐閣、2015年）69頁以下も参照。

<sup>36</sup> さらに、ここでの「死の決意」には、他人に殺害されることの決意のほかに、自殺することの決意も含まれるが、自殺の意図を持っている者は、他人によって殺されることに対しても同意しているとは言えないであろう（山中・前掲注（5）296頁）。

<sup>37</sup> Arzt, a.a.O. (Anm. 8), S. 46.

ると解する十分な理論的根拠があるかは疑問である<sup>38</sup>。

そこで本稿では、「生命・身体」であるか「財産」であるかを問わず、「誰による」「いつ」「どこで」「いかなる方法で」等の条件設定による同意の対象の限界づけを一定の範囲で認めるべきであり、その意味で、同意の対象となる結果を具体的に把握すべきであるという理解を前提に検討を進める<sup>39</sup>。ただし、同意者のあらゆる条件設定についてその細部まで効力を認め、同意の存在が認められる範囲を過剰に狭めてしまうことは適切でない。そこで、法益主体が設定した主体・場所・方法等の具体的な条件も、刑法で保護すべき自己決定の内容として評価可能な範囲で「法益侵害結果」の内容に取り込むというのが基本的に妥当な方向であると考えられる。その範囲を犯罪・場面類型ごとに画定することが重要な課題となろう。

例えば、上記の事例において、自身と特別の関係（親族など）にある者に自らの最期を委ねるといふ自己決定が、少なくとも殺人と同意殺人の違法性の差を基礎づける程度に刑法上保護に値する<sup>40</sup>という価値判断を前提とすれば、Xが同意したのは「親族Aに殺害されること」であり、「Yに殺害されること」への同意は不存在であると結論づけることができよう。これに対して、Xは医師による治療侵襲に同意したが、実際には（寝ている間に）医学実習生が当該侵襲を担当したという場合、同じく行為主体の齟齬は生じているが、例えば、予定された処置が単純なものである等の理由から、医師と医学実習生との間で技量に大差がない場合には、主体を抽象化して、「（およそ病院関係者による）治療侵襲」という結果への包括的同意の存在を肯定する余地が存在するものと思われる。同様の問題が争われた「医学実習生事件」において、ドイツ連邦通常裁判所が、「治療に同意することが、客観的な意味にしたがって、非医師による治療をも包括する場合がある」として、医学的に軽微な事例

---

<sup>38</sup> このような理解の背後には、生命・身体を特定の目的のために処分する自由を刑法が保護することは、これらの法益の「商品化」につながるという発想が根強く存在しているものと思われる。しかし、生命・身体の「財産性」を法的に一律に否認することが、その人格的価値の保護強化になりうるかは疑問である（長井圓「人格的法益と財産的法益との排他性・流動性」『山中敬一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂、2017年）177頁参照）。

<sup>39</sup> 従来の見解の中でも、同意の対象は「結果のみならず、行為の種類、態様も含む」として、行為の種類、態様を限定して同意した場合に、その範囲でしか同意の効力が認められない場合があることを認めるものは存在していた（大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（第2巻）[第2版]』（青林書院、1999年）253頁〔古田佑紀〕等）。もっとも、正確には、同意の対象は「結果」に尽きるのであり、ただそれが一定の行為の種類、態様から生ずるものとして限定された「具体的な結果」であるに過ぎないというべきであろう。山中・前掲注（5）295頁参照。

<sup>40</sup> なお、井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修806号（2015年）6頁は、202条が普通殺人罪（199条）と比べて大幅に軽い法定刑を定めていることは、その限度で個人の自己決定を尊重しているということであり、「法定刑の差の分だけ、生命に関する自己決定が保護されている」ことを指摘している。これに対して、202条の法定刑が通常の殺人罪より軽いのは、「部分的にであれ自律が実現されているなどといった理由によるのではなく、単に、『被害者の意に反して』という意思侵害の要素が欠けるからであるにすぎない」とするのは、小林憲太郎「被害者の同意」判例時報2296号（2016年）5頁。

については、医師への同意が非医師による施術に及ぶ余地を認めている<sup>41</sup>ことは、こうした見地から理解することが可能である。

以上のように、「同意」の射程を客観的な視点から捉え直すことで、たとえ本人が重視した事項であっても、いわば「社会の目」から見て、取るに足らない齟齬を無視することに対しては、同意概念の矛盾した捉え方であるとの批判も提起されている。例えば、Roxin が上記のドイツ連邦通常裁判所の判断を支持し、患者の自由な法益放棄にとって、「合理的な (vernünftigen) 患者の判断にとって無意味な錯誤は重要でない」<sup>42</sup>と述べたのに対して、Amelung は、このような主張によれば、第三者の側から提示された理性の要請に従う者のみが「自由」に基づきうることになってしまうが、これは「自由」という概念の新奇な解釈であるとの批判を加えている<sup>43</sup>。

確かに、同意による正当化が、法益主体の自由な自己決定に由来する制度であると理解する以上は、他ならぬ法益主体の意思内容という主観面が第一次的な重要性を有することは否定できない。しかし、序論で述べたように、同意論は、その犯罪阻却効に基づいて、国家の刑罰的介入の限界を画するという意義を有しており<sup>44</sup>、刑法における同意概念には、法的な視点からの評価という要請が必然的に伴う。したがって、これを法益主体の主観的な選好のみを基準に記述し尽くすことは不可能であろう。同意の対象としての「結果」概念に、どこまでのコンテクストを包摂させ、これを具体的に把握するかは、客観的・法的な評価に依存する。その評価は、法益主体である本人が、同意に付した諸条件のうち、どこまでが自己決定として刑法上重視されるべきかという観点から行われるのである。Roxin が提示する「合理的な患者」にとっての重要性という基準も、そのような観点を具体化したものと捉えることができるだろう。Amelung による批判においては、この「刑法的な要保護性」の視点が欠落しているように思われる<sup>45</sup>。

## 第2款 侵害結果の構成要素

同意の対象となる「法益侵害結果」を具体的に構成しうる要素としては、以上で検討を加えた行為主体に加え、さらに、①日時、②場所、③客体、④方法などを挙げることができるだろう。これらのいずれの要素についても、行為主体について以上で述べてきたことと同様のことが当てはまる。①日時や②場所については、例えば、演劇の本番で殴られることに

---

<sup>41</sup> BGHSt 16, 309 [312].

<sup>42</sup> Roxin, a.a.O. (Anm. 29), S. 289.

<sup>43</sup> Amelung, a.a.O. (Anm. 27), S. 63.

<sup>44</sup> 私的領域に属するとされた利益を個人が処分した場合に、その法益状態の変更を国家が「不良」と評価してはならないことについて、三代川邦夫『被害者の危険の引受けと個人の自律』(立教大学出版会、2017年) 5頁以下。

<sup>45</sup> ただし、Amelung も、免許を有しない者でも医師と同様に統御できる干渉のみを行う限りは、「同意者が意識的に受け入れたのを超える身体侵害のリスクを創出していない」こと(行為無価値の欠如)を理由に、結論的には傷害の可罰性が否定されるとしている(Amelung, a.a.O. (Anm. 27), S. 63 f.)。もっとも、同意による正当化が否定されるにもかかわらず、行為無価値が欠如することの理論的な根拠は明らかでない。

してした同意の射程が、出番前の楽屋で殴られることに及ぶと考えることはできないが、他方で、些細な時間的・場所的な齟齬は必ずしも同意の存在を打ち消すことにならない<sup>46</sup>。③客体については、例えば、同じ本を2冊所有しているXが、Aに対して、余った片方の持ち去りや毀棄に同意した場合に、どちらも購入したばかりであり、客観的には違いが認められないという場合には、「(どちらか)一冊の本」という形で、同意の対象となる客体が抽象化されると考えられる<sup>47</sup>。したがって、Aが、Xの指定した方と異なる一冊を持ち去ったとしても、Xの(包括的な)同意の存在を認めることができよう。④方法についても、客観的な視点から「取るに足りない」ような齟齬については、同意の存在に影響を与えないと考えられる。例えば、AがXに対して、橋から突き落とされ溺死することに同意をしたところ、予想外にも橋げたに激突して死亡したという場合のように、因果経過が同意者の想定していたもの異なる場合が挙げられよう。ここでの「死に方」の違いは自己決定の保護という観点からも重要ではなく、その齟齬は同意の存在を否定する原因とならないように思われる。

これらの要素とは異なり、法益放棄の際の「周辺事情」は、構成要件が着目する「法益侵害結果」の内容を構成するものではないため、さしあたり同意の存否とは無関係である。例えば、「猛獣事例」において、同意の対象となるのは、自身が所有する猛獣が射殺されるという結果であり、「猛獣が檻から逃げて人を襲おうとしている」という「周辺事情」は、同意の対象となる事実を構成するものではない。確かにこうした周辺事情は、法益放棄の「動機」となることで、同意者の意思形成過程に影響を与えうるものであるが、この点については、後述する同意の「有効性」の問題として正面から取り扱われることとなる。

## 第2節 必要な心理状態の程度

同意の対象となる結果の発生について、いかなる心理状態を抱いていれば同意の存在を肯定できるかがここでの問題であるが、少なくとも、侵害結果の単なる認識・予見という「知的要素」のみでは同意の存在を肯定することはできないであろう。このように解してしまうと、敵対者に確実に暗殺されることを知っている者に、生命侵害への同意の存在が肯定されるという明らかに不当な帰結に至るからである。したがって、同意の心理状態として「意(思)的要素」が必要であることは前提としつつ、どの程度の意思的要素を要求すべきかが検討されなければならない。

<sup>46</sup> 森永真綱「被害者の承諾における欺罔・錯誤(1)」関西大学法学論集52巻3号

(2002年)220頁参照。森永は、日時や場所に関する錯誤も、法益の種類、法益処分のために照らして重要と評価できる場合には「法益侵害結果を法的に重要な意味で変更する事柄の誤認」という意味での「法益関係的錯誤」に含まれると説明している。これに対して、「法益関係的錯誤」を、「法益の存立に関する錯誤」に純化して定義する場合には、日時や場所に関する錯誤を「法益関係的錯誤」に含めることはできないため、「法益関係的錯誤」以外の錯誤であっても、法益侵害結果を構成する重要な事情の誤認は同意の存在を打ち消しうることを正面から認めることになる。

<sup>47</sup> 山中・前掲注(5)324頁も、客体物を取り違えて、毀棄に同意した場合につき、「客体が大量生産で作られた全く同一の物であれば、錯誤は重要でないと考えうる」とする。

この問題について、学説上は、「やむを得ない」という消極的認容で足りるとする見解と、さらに進んで積極的意欲まで要求する見解とが対立しているが、前者の理解が妥当であると思われる<sup>48</sup>。後者の理解のように、常に積極的意欲や願望といったレベルの心理状態を要求すれば、同意による犯罪阻却を認める範囲が狭くなり過ぎてしまうであろう。そもそも、我々の日常的な自己決定の多くは、自己の有する財をやむなく犠牲に供することで、より価値のある他の利益を獲得するための手段として行われる。このような場合に、財の支出・喪失自体について積極的意欲が伴っているとはいえないが<sup>49</sup>、それが本人の自己決定に担われていることは否定できない。もちろん、財の支出を消極的に認容するとどまる場合の中には、他者からの不当な強制や圧力により法益処分が強いられているケースも少なくないであろう。しかし、こうした干渉が、本人の選択の自律性を阻害し、自己決定としての意義を損なわせるかどうかは、同意の「存在」が確定した後に検討されるべき「有効性」の問題である。そのような評価を加える以前の、同意の事実上の「存在」を肯定するために必要な心理状態の程度としては、消極的認容で足りると解すべきであろう<sup>50</sup>。

### 第3節 小 括

本章では、同意の有効性評価の前提として、そもそも同意が「存在」することを確定する必要があるという発想を出発点とし、同意の存否に関する判断の内容について考察を加えた。検討を要するのは、①同意の対象である結果をどこまで具体的に捉えるかという点と、②同意があるといえるために必要な心理状態の程度である。本稿は結論として、①について、客観的・社会的視点を考慮しつつ、(一定の範囲で) 具体的なコンテクストを含めて特定された「法益侵害結果」が同意の対象となるが、このような「結果」を直接に構成しない「周辺事情」は同意の対象に含まれないことを、②については、法益侵害結果に対する「消極的認容」が存在すれば十分であり、積極的意欲までは不要であることを主張した。したがって、

---

<sup>48</sup> 消極的認容で十分であるとする見解として、山中敬一「過失犯における被害者の同意」平場安治博士還暦祝賀『現代の刑事法学（上）』（有斐閣、1976年）344頁、深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要9号（2001年）129頁、佐伯仁志「違法論における自律と自己決定」刑法雑誌41巻2号（2002年）192頁、島田聡一郎「被害者による危険の引受」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』（成文堂、2003年）137頁以下等。

<sup>49</sup> ただし、商品の獲得などの、法益処分を通じて実現される状態を含むトータルな結果に対しては、法益主体の「意欲」が存在すると表現することも可能であろう（塩谷・前掲注（1）273頁以下参照）。

<sup>50</sup> さらに、同意の外部への表示や行為者による認識の要否も学説上議論されているが、犯罪阻却の実質的根拠を、法益主体による意思決定それ自体に求める前提からは、いずれも不要と解されることになろう（内藤・前掲注（7）594頁、大谷・前掲注（2）256頁、林幹人『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版会、2008年）161頁、佐伯・前掲注（4）209頁、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）268頁、松原・前掲注（4）131頁、小林憲太郎『刑法総論』（新世社、2014年）74頁等）。なお、行為者による同意の認識の要否について、同意の本質の観点から検討を加えるものとして、深町晋也「主観的正当化要素としての同意の認識の要否」岡山大学法学会雑誌51巻4号（2002年）77頁以下。

同意の存在が認められるための条件を一般化して示すとすれば、「具体的な法益侵害結果の発生を（少なくとも）消極的に認容する心理状態の存在」ということになる<sup>51</sup>。そして、以上の心理状態が実際に存在することは、同意に基づく犯罪阻却のために最低限必要な事実的基盤であり、「有効性」という規範的な評価に先行して確定されなければならないのである。

以上の検討において、「法益関係的錯誤」概念は、同意の「存在」が何を指すかについて検討するための重要な手がかりを与えてくれるものであったが、その判断基準としての有用性は限定的なものにとどまる。仮に、この概念の役割を、同意の存否の判断に純化させる方向を目指すとしても、上述のような検討を要する問題に対して、「法益関係的錯誤」という概念はほとんど何ら具体的な手がかりを提示するものではなかった。むしろ、「法益」・「関係的」という曖昧かつ多義的な語の掛け合わせにより、その意味内容は自在に伸縮可能なものとなり、かえって本質的な問題の認識を困難にするおそれさえあるように思われる。このように考えれば、「法益関係的錯誤」という概念に拘泥するよりも、同意の対象論ないし条件設定論（法益主体の付した条件のうち、どこまでが同意の対象としての「結果」概念に取り込まれるか）という形で、正面から問題に取り組むことの方が有益であろう。本稿のように、「法益（客体）を喪失すること」に関係する錯誤、すなわち、本来の意味での「法益関係的錯誤」が存在しない場合であっても、「具体的な結果」を構成する人的・時間的・場所的な諸要素について錯誤が認められる場合に、同意が存在しない余地を認める立場からすれば、「法益関係的錯誤」の不存在は、同意が存在するための必要条件ではあるが、十分条件であるとはいえない。このように考える場合、「法益関係的錯誤」概念は、同意の存否を確定するという役割さえも十分に果たすことができない点に注意する必要がある。

以上の理解をあてはめた場合、前章で掲げたいずれの事例についても、同意の「存在」は肯定されることになるだろう。というのも、「偽装心中事件」については「青酸ソーダを飲むことによる生命喪失」という結果が、「猛獣事例」については「自身の所有する猛獣が射殺される」という結果が、さらに「角膜事例」についても「自身の角膜が取り去られる」という結果が、法益主体によって正確に認識されており、いずれの事例においても、そのような結果の発生を、少なくとも消極的に認容するという心理状態を認めることができるからである。ここで「存在」が確認された法益主体の同意が、犯罪阻却効を有するだけの実質を備えたものと評価できるかどうかは、同意の「有効性」の問題として、次章以下でさらに検討が加えられることになる。

---

<sup>51</sup> なお、このような「結果発生の認識・認容」としての「完全な同意」による解決には限界があるとして、「行為・行為者関係的」な「不完全な同意」の可能性を主張するのは、戸浦雄史「不完全な同意について—同意論の再検討—」大阪学院大学法学研究 41 巻 1 号（2014 年）1 頁以下。

### 第3章 有効性評価の基本的視座

すでに述べたとおり、法益主体に「具体的な法益侵害結果の発生を（少なくとも）消極的に認容する心理状態の存在」が認められれば、同意の存在を肯定することができた。しかし、この時点では未だ、同意の「有効性」という評価については白紙のままである。本章では、同意の有効性を評価する際に重要となる基本的視座を提示したい。

#### 第1節 同意の不処罰根拠

法益主体の同意は、法諺「*volenti non fit injuria*（同意者には不法はなされない）」に表されるように、古くから犯罪の成立を妨げる方向に影響を与えるものとして考えられてきた。その可罰性を阻却する根拠をめぐっては、違法の実質の捉え方とも関連して、学説上の争いがある<sup>52</sup>。

違法評価の基準を行為規範違反の有無に求める「規範違反説」によれば、法益主体の同意が可罰性を阻却する根拠は、社会的相当性に求められる<sup>53</sup>。この見解によれば、同意があったとしても、社会的相当性の範囲を逸脱する場合には、犯罪の成立が肯定されることになる。しかし、こうした見解は、基準とされるべき規範の実質が明確にされない限り、同意による適法化の根拠も要件も不明のままにとどまることが、規範違反説の内部からも批判されている<sup>54</sup>。井田良は、違法性の判断枠組みとして行為無価値論を採用しつつも、「そのことと、個人の自己決定権ないし法益主体による法益保持責任の分担の思想とが矛盾することはあり得ない」として、同意による適法化の根拠を個人の自己決定権の思想に求めるべきであるとしている<sup>55</sup>。

他方で、違法評価の基準を法益侵害性に求める「法益侵害説」によれば、法益主体の自由な「自己決定」による利益放棄の結果として、法益が存在しなくなる（法益の不存在）、あるいは、法益を刑法によって保護する必要性がなくなる（要保護性の不存在）といった説明がなされている<sup>56</sup>。また、「法益侵害説」に立脚しながらも、法益性やその要保護性を不存在

<sup>52</sup> 同意の犯罪阻却根拠に関する議論については、曾根威彦『刑法における正当化の理論』（成文堂、1980年）105頁以下、川原広美「刑法における被害者の同意（1）（2・完）」北大法学論集 31 卷1号 209頁以下、2号 757頁以下（1980年）、佐藤・前掲注（1）11頁以下、秋山紘範『『被害者の承諾』による犯罪の正当化についての原理的考察—とりわけ、生命・身体に対する罪に関して—』中央大学大学院研究年報 41 号（2012年）169頁以下、北川敦子「法益主体の自己決定と正当化原理」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 上巻』（成文堂、2014年）265頁以下、河野・前掲注（1）33頁以下等を参照。

<sup>53</sup> 大塚仁・前掲注（2）419頁注3、福田平『全訂刑法総論〔第4版〕』（有斐閣、2004年）178頁以下、佐久間修『刑法総論』（成文堂、2009年）197頁以下等。

<sup>54</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）190頁。

<sup>55</sup> 井田・前掲注（54）191頁。

<sup>56</sup> 町野・前掲注（31）168頁、内藤・前掲注（7）587頁、佐伯・前掲注（4）205頁、山口・前掲注（5）162頁等。「法益」の不存在とみるか、「要保護性」の不存在とみるか

とするのではなく、利益衡量の観点に基づき、同意によって実現された「自己決定の自由」という利益が侵害された法益を上回ることを不処罰根拠とする見解も存在する<sup>57</sup>。

重要なのは、大多数の見解が、同意による適法化の実質的根拠を、本人の自由な「自己決定」に求めている点である。このことは、「自己決定」が、普遍的な価値を有しており、同意論を支える根本思想であるという認識が広く共有されていることを示すものであろう。自己決定の尊重は、結果無価値論・行為無価値論の対立を超えた普遍的価値であり、憲法上の要請でもある。したがって、「規範違反説（行為無価値論）」と「法益侵害説（結果無価値論）」という図式的な対立軸に拘泥するよりも、「自己決定」の内容や価値を明らかにすることが、具体的な問題の解決にとって有益であると考えられる<sup>58</sup>。

## 第2節 刑法における「自己決定」の意義

「自己決定（権）」の概念は、戦後のアメリカ社会において、多様な「個人の価値観」の尊重を志向したリベラリズムの下で形成された<sup>59</sup>。この概念の具体的な内容は論者により様々であるが、アメリカン・リベラリズムに由来する個人主義的色彩の強い現代的な「自己決定権」論に典型的な特徴について、梅崎進哉は次のように説明している。すなわち、現代的な「自己決定権」論においては、徹底した価値相対主義的人間観を前提に、「バラバラな価値観を持つ個人が『自己愛』という主観的欲求に基づいて行動を選んでいく『自己決定』が『権利』として説かれている」というのである<sup>60</sup>。

このような現代的な「自己決定権」の理解は、我が国の刑法学においても一定の支持を得ているように思われる<sup>61</sup>。例えば、曾根威彦は、自己決定権の意義・内容をめぐる憲法學上

---

は、「法益」概念を法益主体たる人と法益客体たる外界の存在との「関係」と捉えるか、あるいは、効用の源泉としての外界の「存在」そのものを「法益」と呼ぶかという問題に帰着するであろう（松原・前掲注（4）121頁参照）。なお、個人の自律と法益の関係の検討を試みるものとして、北川敦子「刑法における自律概念（1）（2）」早稲田大学大学院法研論集141号81頁以下、142号27頁以下（2012年）。さらに、吉田敏雄「被害者の自己答責的自己危殆化、承諾及び推定的承諾（2）」北海学園大学法学研究52巻3号299頁（2016年）以下も参照。

<sup>57</sup> 曾根・前掲注（50）261頁以下。

<sup>58</sup> 若尾岳志「違法論総説」曾根威彦＝松原芳博編『重点課題 刑法総論』（成文堂、2008年）66頁参照。

<sup>59</sup> 自己決定権概念がアメリカ法において公認される第一歩となったのは、妊娠中絶を行う意思決定を女性のプライバシーの権利と認め、それが連邦憲法修正14条のデュー・プロセス条項が保障する基本的権利に含まれるとし、その制限を厳格審査に服せしめて、妊娠中絶を全面的に禁止するテキサス州法を違憲とした1973年のロー対ウェイド事件判決（*Roe v. Wade*, 410 U. S. 113）である。

<sup>60</sup> 梅崎進哉「自律・自己決定の現代的意義と刑法」刑法雑誌41巻2号（2002年）164頁。

<sup>61</sup> 刑法における自己決定（権）の問題を取り扱うものとして、伊東研祐「刑法における自己決定権」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第3巻』（成文堂、1998年）21頁以下、橋本雄太郎「刑事法における自己決定権について」杏林社会科学研究所14巻3号（1998年）38頁

の論争である「人格的利益説」と「一般的自由説」の対立<sup>62</sup>に関して、自己決定権の保障範囲を「人格的生存に不可欠な利益」に限定する前者の理解は、人格という道徳的実体的価値にとって必要な人間の利益だけを保護するものであるとして批判する。自己決定権は、各人の多様な個性への配慮を内容とする「個人の尊重」原理と結びついて理解されなければならず、時に「恣意性 (Willkürlichkeit) の権利」ですらあるというのである<sup>63</sup>。また、この憲法学上の議論は刑法上も意味を持つとされている。すなわち、刑罰という峻厳な法効果を予定する刑法においても、人格的利益説がこのような「人格的道徳的な存在としての人間ではなく、不道徳ではあっても最低限度他人に危害を加えることなく生活している市井の人を前提として自己決定権の思想を構築すべき」であるとされる<sup>64</sup>。

しかし、このような現代的自己決定権については問題も指摘されている。梅崎は、この二十世紀的「自己決定権」概念について、現象的な「自己愛性」と「多様性」だけを前提に「自己決定」を語るものであり、社会的関連性を切り取られた自己の主観的欲求に基づく意思決定だけを意味するものとなっていると批判する<sup>65</sup>。そして、この「自己決定」概念が、現代において、社会的議論を拒絶させる方向に向かわせており、社会関係の完全喪失への不安を現代人に呼び起こしているというのである<sup>66</sup>。

さらに、梅崎は、哲学的には「自己決定」が社会的存在としての人間を前提に語られ、従って自「律」の問題として語られてきたのに対し、現代的な自己決定権論においては、この「律」の側面を切り落とした「自由」として自己決定が語られている点に問題があると指摘している。すなわち、本来自律とは、衝動を抑えつつ自己にとって真に好ましい選択を自ら行っていくところにあり、「自己愛的欲求実現」とは異なるものである。したがって、人間の社会的側面に関わる「律」の問題を「個人的欲求」のレベルで語ることはじめから困難なのである<sup>67</sup>。梅崎は「人間の社会性の捨象」こそが、現代的自己決定概念の最も根

---

以下、特集「刑法における自律と自己決定」刑法雑誌 41 巻 1 号 (2002 年) 160 頁以下所収の各論稿、萩原滋「刑法における自己決定の自由」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 上巻』(成文堂、2014 年) 63 頁以下等。また、刑法各論にとって「自己決定」が有する意義と限界を考察したものとして、高山佳奈子「自己決定とその限界 (上) (下)」法学教室 284 号 55 頁以下、285 号 39 頁以下 (2004 年)。

<sup>62</sup> 人格的利益説を採る代表的な論者として、佐藤幸治「日本国憲法と『自己決定権』」法学教室 98 号 (1988 年) 6 頁以下、同『憲法 [第 3 版]』(青林書院、1995 年) 443 頁以下等。これに対して、一般的自由説を採るのは、戸波江二「自己決定権の意義と射程」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開 上』(有斐閣、1993 年) 325 頁以下等。

<sup>63</sup> 曾根威彦『刑事違法論の展開』(成文堂、2013 年) 75 頁。

<sup>64</sup> 曾根・前掲注 (63) 97 頁。伊東・前掲注 (61) 34 頁も、我が国の刑法理論学において用いられている自己決定権の観念と高い共通性を有するのは、一般的自由権説であると指摘する。これに対して、刑事法の分野においても人格的利益説の発想を基本的に支持できるとするのは、橋本・前掲注 (61) 50 頁。

<sup>65</sup> 梅崎・前掲注 (60) 164 頁。

<sup>66</sup> 梅崎・前掲注 (60) 165 頁以下。

<sup>67</sup> 梅崎・前掲注 (60) 166 頁。

源的な問題であるとして、自「律」への回帰を目指すべきであると主張している<sup>68</sup>。

梅崎の主張には、刑法における「自己決定」の意義を再検討するための重要な契機が含まれていると評価できる。特に、「自由」と「自律」は同じことだと考えられることが一般によくあるのに対して、梅崎が両者を明確に区別したうえで、「自己決定」の問題を、社会関係を前提とした「自律」の観点から捉え返すべきであるとしている点は注目に値する<sup>69</sup>。こうした観点は、法益主体の同意の有効性評価に際しても重視されるべきであろう。同意を「自己決定」に基づく有効なものであると評価することは、国家の刑罰による介入を禁止する機能を有している。このような法的評価にとつては、本人の個人的な欲求が実現したかどうかだけを問題にするのでは不十分である。むしろ人と人との相互作用における「答責性の配分」が重要であり、他者関係のないし社会関係的な考慮は不可欠といえよう。

### 第3節 意思形成過程の保障とパターンリズム

それでは、刑法における同意論の構築において、以上のような視点はいかに取り入れられるべきであろうか。この点につき、社会との関わりの中なかで「自己決定」を把握する必要があるという、梅崎と同様の問題意識から、刑法における自己決定の意義と射程の明確化を試みた加藤摩耶は、ときに他者に依存せざるをえない「弱き人間像」をベースとした「自己決定」の再構築が要請されるとしている<sup>70</sup>。現実社会において、自己決定過程や社会のあり方を考慮することなく、自己責任の名のもとに決定の帰結を本人に帰してしまうことは、ただ当事者を葛藤状況に放置しているにすぎない。決定の帰結だけではなく、その決定に至るまでの自己決定「過程」が、「共生」を本質とする弱き人間の現実に根ざすものとして刑法上も考慮されるべきである。そのために、自己決定の「場」を考慮に取り込み、それに応じた保障のあり方が追求されるべきである、とされる<sup>71</sup>。

---

<sup>68</sup> 梅崎・前掲注(60)168頁以下。甲斐克則「被害者の承諾」椎橋隆幸＝西田典之編『変動する21世紀において共有される刑事法の課題—日中刑事法シンポジウム報告書—』(成文堂、2011年)97頁も、「自己愛的自己決定権」は、本来の自由を見失う懸念があるとし、むしろ、いかなる社会的基盤の下で自己決定(権)が主張されているのか、という点を重視すべきであるとする。

<sup>69</sup> Gerald Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, 1998, p. 15 も、「自由」とは人がある一定の事態に対して有する第一次的欲求(first-order desire)に適用される概念であるのに対して、「自律」は、もろもろの第一次欲求について反省する「第二次的反省」の能力であり、これこそ「自由」が看過している人の重要な特徴を示すものであるとしている。Dworkinの見解については、服部高宏『『自律』概念とパターンリズム』岡山大学法学会雑誌49巻3＝4号(2000年)891頁以下も参照。

<sup>70</sup> 加藤摩耶「刑法における自己決定の意義と射程」広島法学26巻3号(2003年)257頁。

<sup>71</sup> 加藤・前掲注(70)268頁。只木誠『刑法学における現代的課題』(中央大学出版会、2009年)9頁以下も、自己決定権が十分に行使されるだけの「場」の不存在は、「国家の保護義務」の観点から、法秩序がパターンリスティックに介入し法益保護を図ることを根拠づけるとする。

自己決定の「過程」の保障という観点とは、意思決定が自律的になされたと評価できるか否かを検討する際にも重要な意義があるものと思われる。ただし、このような観点が過度に強調されることで、処罰範囲が不当に拡大するおそれがある点には警戒が必要である<sup>72</sup>。特に、本人保護の観点は、パターナリズムの正当化と結びつきうるものであるが、その限界は慎重に検討される必要がある<sup>73</sup>。

「パターナリズム」は通常、以下の2種類に区別されると考えられている。まず、「弱いパターナリズム (soft paternalism)」は、本人の意思決定に「瑕疵」が存在する場合の介入・干渉を指すものであり、例えば、倒壊の危険を知らずに、橋を渡ろうとする者を引き留める場合がこれに当たる。この「弱いパターナリズム」は、問題がないパターナリズムであると伝統的に考えられてきた<sup>74</sup>。これに対して、意思決定に瑕疵が認められないにもかかわらず、「当人の真実の幸福」という観点から行われる介入・干渉は「強いパターナリズム (hard paternalism)」に分類され、自己決定を志向する憲法秩序においては正当化が困難なものであるとされている。すなわち、当該意思決定が彼の幸福にとって本当に正しいものであるかどうかは、国家が決めるのではなく、彼が自ら検討しその結果について責任を負うべきであると考えられているのである<sup>75</sup>。

もっとも、瑕疵のない意思決定の条件として、極めて高度な認識能力や、外部的な環境から完全に自由な決断を要求すれば、「弱いパターナリズム」と(問題のある)「強いパターナリズム」の境界がほとんど失われてしまう点には注意が必要である。現実の生活における意思決定に際して、認識あるいは状況面での理想的な条件が揃うことが例外的であることか

---

<sup>72</sup> 只木・前掲注(71)19頁以下は、「社会的相当性」の概念が、国家が保護義務に基づいて一定の制限を付することができる事情を包括する総称であるとして、指しめ事例など、法益の処分が仮に本人の自由意思に基づく場合でも「社会的相当性」がないことを理由に犯罪の成立を認める余地があるとするが、「国家の保護義務」という視点が独り歩きして、過剰な国家的介入を許すことにならないかは慎重な見極めを要する。なお、北川・前掲注(52)274頁は、人権保障の本質を国家の「不作為」に要求する点に求めるべきであるとし、「国家刑罰権の発動という国家の作為をもって人権保障を一般的に語ることは、自由主義を変質することにならないか」との懸念を示す。

<sup>73</sup> 刑法においてパターナリスティックな介入が正当化される領域について検討するものとして、若尾岳志「刑法上のパターナリスティックな介入とその限界」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 上巻』(成文堂、2014年)39頁以下参照。

<sup>74</sup> J.S.ミル(塩尻公明=木村健康訳)『自由論』(岩波書店、1971年)193頁以下。曾根・前掲注(63)88頁以下も、「弱いパターナリズム」による介入は侵害原理を補完する機能をもつもの、あるいは、広い意味での侵害原理の一部と捉えることが可能であるとしている。若尾・前掲注(73)58頁も参照。

<sup>75</sup> もちろん、生命や身体の枢要部の機能という自己決定の基盤をなす重大な法益が回復不可能な形で失われそうな場合に、例外的に「強いパターナリズム」による介入を認める余地がないかは検討の余地があろう。ただし、刑罰の本質が「非難」にあるとすれば、この場合にも被保護者自身を処罰する「直接的パターナリズム」を認めることはできず、他の関与者を処罰する「間接的パターナリズム」の限度で正当化の余地があるというべきである(松原・前掲注(4)19頁、若尾・前掲注(73)52頁以下)。

らすれば、法的評価にとって関心の対象となるのは、「最善の条件」ではなく、具体的な文脈において、意思決定が法により尊重されるための「最低限の条件」であることが確認されなければならない。意思形成のプロセスがこのような「最低限の条件」さえも下回る場合に初めて、その結果なされた同意を無効と評価することが許されるのである。とりわけ、刑罰という峻厳な法効果を考慮するならば、同意を無効とする「瑕疵」の内容としては、重大な程度のもを要求すべきであろう。

また、同意の存否が問題となる場合とは異なり、ここで問題となる「有効性」評価の場面では、実際に同意が存在していることが前提である以上、これを安易に無効と評価することには、(意思に瑕疵があると分類される)本人の自由をも制約してしまうという弊害があることが看過されてはならない。この場合にも、刑事制裁は行為者に対してのみ発動されるが、その結果生じる「取引の禁止」の効果は、パターンナリスティックに保護される本人に対しても作用するのである。さらに、意思形成過程の過剰な保護は、本人の「自己防衛能力」を減退させ、かえってその自律性を阻害することにもなりかねない<sup>76</sup>。こうした弊害も考慮しつつ、パターンリズムに基づく刑法規範の投下の限界が慎重に見定められなければならないのである。

#### 第4節 「規範的自律」概念の展開

同意の有効性評価において重要なのは、形成された意思の内容それ自体の良し悪しではなく、「そのような意思が形成されたプロセスが十分に自律的であると評価できるか否か」である。したがって、自律的な意思形成を妨げるような事情により、刑罰を通じて確保されるべき意思形成の「最低限の条件」を下回った場合に、その結果形成された同意が無効と評価され、法益侵害が違法と評価されることになるのである。そして、この「最低限の条件」のハードルを具体的にどのように設定するかは、刑法における「個人の自律」のあるべき保障という観点からの規範的な考察を必要とする評価的な問題である。特に、現実の生活における意思決定が外部の環境や他者からの影響を受けざるを得ないものである以上、あらゆる干渉から自由な意思形成過程というものを要求することはできない。したがって、刑法により現実に保護が要請される「自律性」の水準と程度が丹念に検討されなければならないのである。本稿ではこの意味での自律を「規範的自律」と呼び、同意が有効と評価されるための統一的な視座として設定する。本稿の課題は、この「規範的自律」の意義と内実の具体化を通じて、法益主体の自律的な自己決定の保護を過不足なく実現するための枠組みを呈示することに他ならない。

ところで、錯誤に基づく同意の問題における学説としても、すでに Roxin が提唱した「規

---

<sup>76</sup> 松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(成文堂、2003年)8頁以下は、刑事立法において、被害者や社会の側の自己防衛能力と、その促進を考慮しなければならないとし、「過保護刑法」(Ammenstrafrecht)はかえって「自律」を阻害してしまう恐れがあるとしている。このことは、刑事立法の場面に限らず、具体的な解釈論においても同様に妥当するであろう。

規範的自律性説」<sup>77</sup>は多くの支持者を集めており、わが国においても斉藤誠二により詳しい紹介がなされている<sup>78</sup>。Roxin は、法益関係の錯誤がなくとも、同意を無効とすべき場合があるとして、法益関係的か否かという基準に絶対的な意義を認めない<sup>79</sup>。そのかわりに、同意が承諾者の「自律的な処分の所産」といえるかどうかを基準とすべきであるとし、ここでは単に承諾者の主観的な任意性 (subjektive Beliebigkeit) が問われているのではなく、客観的で法的な評価が問題であるとした<sup>80</sup>。そのうえで、問題となる事例を欺罔・錯誤の内容に応じて類型化をし、類型ごとに同意の有効性を検討している。

本稿の立場も、同意が有効か否かの基準を承諾者の自律的な処分の実現の有無に求める点、及び、そこでの「自律性」を客観的・規範的に構築しようとする点で、この「規範的自律性説」と軌を一にするものである。ただし、Roxin の見解においては、「規範的自律」概念の理論的な意義について十分な検討がなされているわけではない。そのため、後に詳しく検討を加えるが、Roxin の提示した類型化についても、そのような分類をする根拠がそもそも明らかではないという批判が提起されている<sup>81</sup>。これに対して、本稿は、現実の「弱き人間像」をベースとしながら、「自己決定過程」に焦点を当て「規範的自律」概念の具体的な意義と内実を明らかにすることで、事例の解決に理論的な根拠を与えようとするものである。また、Roxin の「規範的自律性説」は、錯誤に基づく同意の問題において提唱されたものであるが、筆者の理解によれば、「規範的自律」の視点は、同意の有効性判断における統一原理として幅広く適用されうる。つまり、錯誤に基づく同意の問題に限らず、同意能力や強制に基づく同意の問題においても、意思形成過程の尊重に基づく「規範的自律」の有無が同様に問われていると理解すべきなのである。「規範的自律」という統一的な視座は、これらの問題領域を整合的に理解することにも役立つであろう。

以上の点を踏まえ、次章以下では、刑罰を通じて確保されるべき意思形成の「最低限の条件」の具体的内容を、「規範的自律」という統一的視座の下で明らかにする。

#### 第4章 規範的自律の具体的条件

---

<sup>77</sup> Roxin, a.a.O. (Anm. 29), S. 281 ff.

<sup>78</sup> 斉藤誠二「欺罔に基づく承諾」吉川経夫先生古稀祝賀『刑事法学の歴史と課題』（法律文化社、1994年）175頁以下。

<sup>79</sup> Roxin, a.a.O. (Anm. 29), S. 283. なお、ドイツにおいていち早くこのような立場から、同意の援用が「権利の濫用」に当たる場合には、動機の錯誤であっても同意が無効になりうるという議論を展開したのが、Hans-Heiner Kühne, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts, JZ 1979, S. 241 ff.である。Kühne の見解の紹介・批判として、山中・前掲注（5）304頁以下参照。

<sup>80</sup> Roxin, a.a.O. (Anm. 29), S. 281.

<sup>81</sup> Hans Joachim Hirsch, in : LK, 11. Aufl., Vor § 32 Rn. 119; Thomas Rönnau, in : LK, 12. Aufl., 2006, Vor § 32 Rn. 199.

## 第1節 合理的な判断能力

### 第1款 事実的意思能力との区別

同意が自律的に形成されたものであると評価されるためには、承諾者に合理的な判断能力が備わっている必要がある。注意が必要なのは、ここでいう「合理的な判断能力」が同意の有効性を認めるための条件であるのに対して、これと区別される「事実的意思能力」が認められない場合には、有効性を問う以前に同意は「不存在」になるということである。

同意の存否を問う段階では、承諾者が法益侵害結果の発生を事実上認容する心理状態にあったか否かが決定的である。したがって、ここでは承諾者に「法益侵害結果の発生を事実上認識・予見したうえで認容する能力」が備わっているかどうかの問題となる。このような能力を欠く場合（例えば、赤ん坊）には、そもそも事実上同意が形成され得ないため、同意の「有効性」を問う以前に、同意は常に「不存在」となるのである。これに対して、同意の有効性を問う段階では、承諾者がその価値体系に照らして合理的な意思決定を行う能力を有しているか否かが問われることになる。このような能力を欠く者が、法益侵害結果の発生を認容した場合には、同意が存在するもののその有効性が否定されることになる。

この「法益侵害結果の発生を事実上認識・予見したうえで認容する能力」と「合理的な判断能力」とは、両者とも「同意（承諾）能力」という単一の概念で語られることが一般的である。しかし、両者の位置づけは以上のように異なるため、区別しておくことが有益であろう。そこで本稿では、同意の存在を認めるために前提として要求される前者の能力を「(事実的)意思能力」と呼び、同意の有効性評価と関連する「合理的な判断能力」の方を特に「判断能力」と呼ぶことにする。

### 第2款 判断能力の意義

意思能力の内容が比較的明瞭であるのに対して、判断能力の具体的な意義や認定方法についてはより慎重な検討が必要となる。まず、判断能力の具体的な意義を明らかにするためには、およそ同意を通じた財の投下が「ただ (kostenlos) ではなされない」<sup>82</sup>という認識を出発点とする必要がある。自己実現の手段としての同意は、法益の全部または一部を犠牲にすることを通じて、そこから利益の獲得や損害の回避を目的とするのが通常である。Amelungが正当にも指摘するように、同意能力を認めるために必要となる「理性」は「功利的な性質 (utilitaristische Natur)」を持つものであり、同意能力の概念を具体化するための助けとなるものは、「経済的」考察方法の便益計算なのである<sup>83</sup>。

以下では、Amelungの見解を参考に<sup>84</sup>、判断能力の具体的な内容を整理する。まず、同意の基本的性格が以上のような功利的なものであることから、同意者には合理的に価値を評

---

<sup>82</sup> Rönna, a.a.O. (Anm. 81), Vor § 32 Rn. 192. さらに、Knut Amelung, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I), ZStW 104, 1992, S. 545.

<sup>83</sup> Amelung, a.a.O (Anm. 82), S. 544 f.

<sup>84</sup> Amelungの見解については、クヌート・アメルング（山中敬一訳）「同意能力について」関西大学法学論集 45 卷 4 号（1995 年）163 頁以下、佐藤・前掲注（1）129 頁以下も参照。

定したうえで衡量を行う能力が必要となる。これには、放棄の対象となる法益自体の価値だけでなく、法益放棄の結果得られる利益（損失）などの価値を合理的に算定する能力も含まれる。注意が必要なのは、ここでいう「合理的な」価値の算定というのが、同意者自身によって形成された主観的な評価システムにおける価値の算定を指しており、一般人の価値基準との一致を要求するものではないということである<sup>85</sup>。「自己決定」の保障という観点からは、法益主体が自らの価値観に従って行った意思決定が尊重されるべきであり、一般人の価値基準にとっては「不合理」な決定がなされたとしても、それを理由に同意の有効性を否定することが許されないのは当然であろう<sup>86</sup>。

さらに、諸価値の算定・較量を行うための前提として、当該法益を犠牲にすることにより、事態がその後どのように展開するか、そして、最終的に何が得られ、何が失われるのかが本人に予測できなければならない。このような能力は「因果経過の認識の能力」と呼ぶこともできる。ここで要求されるのは知的な理解力 (intellektuelle Kapazitäten)、すなわち、一定の知識を有し、その知識を論理的に結合する能力である<sup>87</sup>。

以上のことから、同意を有効と評価するために必要な判断能力の具体的な内容は、①当該法益侵害が発生した場合に、将来事態がどのように展開するかを予測し、②法益を犠牲にする場合とそうでない場合とで、どちらが自己の主観的な評価システムにおいて価値的に優位かを決定するための能力であると整理することができる。

### 第3款 必要な判断能力の程度

この合理的な判断能力をどの程度まで要求すべきかは困難な問題であるが、少なくとも、これを過剰に要求する場合には、「判断無能力者」に分類された者の「取引の自由」が制約されてしまう点に注意する必要がある。過度のパターナリスティックな考慮には、法益主体の自律性の補完を超えて、自律性の否定につながる危険があること<sup>88</sup>が確認されなければならない<sup>89</sup>。

このような観点から興味深い素材となるのがドイツのいわゆる「抜歯事件」である<sup>90</sup>。これは、数年来、激しい頭痛に悩まされた成人の女性患者が、その頭痛の原因を自分の差し歯であると思ひ込み、歯科医に抜歯を要求した、という事案である。歯科医は、歯の具合が頭

<sup>85</sup> Amelung, a.a.O (Anm. 82), S. 546.

<sup>86</sup> これに対して、小野寺一浩「欺罔行為と自殺関与罪」福岡大学法学論叢 51 卷 3 号 (2007 年) 107 頁は、「社会における一般人から見て、その価値観が全く理解できないものであるような場合にまで、それに依拠した価値決定を『理性的』な意思形成であると、真意性を認めることには疑問がある」とする。

<sup>87</sup> Amelung, a.a.O (Anm. 82), S. 553 f.

<sup>88</sup> 松原・前掲注 (4) 134 頁。

<sup>89</sup> Rönna, a.a.O. (Anm. 81), Vor § 32 Rn. 192 も、同意者の保護が福祉国家原理と基本法の保護義務の顧慮のもとで正当化されるとしつつ、拙速な刑法的保護は、個人から人格的な発展可能性を取り去ってしまうとして、両者の間の緊張関係 (Spannungsfeld) を指摘している。

<sup>90</sup> BGH NJW 1978, 1206.

痛の原因になり得ないことを確信し、彼女にその所見を伝えたが、それでも彼女はそれが唯一の残された治療であると考え、差し歯を抜くことを求めた。問題の歯科医は、歯を抜くかどうかはあなたが決断しなければならないことであると申し述べた後、彼女の要求に応じて抜歯を行ったが、一向に頭痛が改善されることはなかった。

この事案においてドイツ連邦通常裁判所は、彼女の同意を無効と評価し、歯科医に傷害罪の成立を認めた。その理由は、患者の「素人的無分別」に対して、歯科医師が、実際の医学的判断を受け入れさせるべきであったのに、それができなかった点に求められている。

この連邦通常裁判所の判断に対して、多くの学説は批判的である<sup>91</sup>。例えば、Roxin は「同意の拠り所となる一般的な行動の自由は、理性的な行為の自由と非理性的な行為の自由を等しく保障するものである」と説明し、「医的侵襲が客観的にみて非理性的な決定に基づいている場合であっても、その侵襲は許されなければならない」とする<sup>92</sup>。客観的にみて非理性的な決定が行われたことは、判断能力の存在を疑う契機にはなるであろうが、前述のように、そのこと自体を根拠に判断能力を否定することは許されない。本件でも、成人の患者が医師から十分な情報を与えられてうえで自ら判断を行っている以上、同意の有効性を否定することには慎重であるべきであったように思われる<sup>93</sup>。

この点を踏まえると、判断能力の具体的な判断手法として、「生物学的」確認が必須の前提になるという主張も全く不合理であるとは言えないであろう。Amelung は、「未成年や精神障害または精神的疾病のために」という限定が、同意能力を審査するための出発点とならなければならない、と主張している<sup>94</sup>。こうした限定を施すことで、抜歯事件の患者のような、精神障害のない成人の判断能力が安易に否定されるという懸念は少なくとも解消されることになる。もっとも、このような「生物学的」確認から漏れた場合に、常に判断能力を肯定することが妥当か否かという点はさらなる検討を要するであろう<sup>95</sup>。

なお、必要な判断能力の程度は、放棄の対象となる法益の価値に応じて相対化することも一般に認められている。例えば、生命など重大な法益に関してはより高度の判断能力が必要

---

<sup>91</sup> Vgl. Amelung, a.a.O. (Anm. 82), S. 553; Claus Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 13 Rn. 87; Gaby Meyer, Die Unfähigkeit des erwachsenen Patienten zur Einwilligung in den ärztlichen Eingriff, 1994, S. 232f.; Lenckner/ Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. 21), Vorbem §§ 32 ff. Rn. 40.

<sup>92</sup> Roxin, a.a.O. (Anm. 91), § 13 Rn. 87.

<sup>93</sup> なお、三代川・前掲注(44) 44頁は、医者に小指の切除を依頼する事例を念頭に、小指の切除は、日本社会においてその後の人格的發展の機会を著しく損なうものであり、このような「自律の基盤を恒久的に毀滅させる意思決定を、特に深い考慮もなく行う場合には、自律として尊重するに値しない」として、医者に傷害罪が成立するとする。しかし、「深い考慮に基づくか」という基準に同意の有効性の評価を結び付けることは、結局のところ客観的に非理性的な行動を選択する余地を狭めることに繋がり、ひいては個人の自律に反しないかという疑問が残る。

<sup>94</sup> Amelung, a.a.O. (Anm. 82), S. 558.

<sup>95</sup> なお、佐藤・前掲注(1) 132頁以下は、一度「生物学的」確認により絞りをかけてから、さらに実質的に能力がない者を選んでいくのは「二度手間」として、Amelungの見解に疑問を呈している。

とされ、軽微な財産などの法益に関してはより低い判断能力で足りると考えられているのである。放棄される法益の価値が重要であるほど、自律的な意思形成過程をより手厚く保護する必要が生じるという理解は自然であり、このような相対化は支持できるであろう。

ただし、前款で明らかにした判断能力の具体的な意義に照らせば、この「相対化」を単純に法益の価値の量的な大小に対応するものと考えただけでは不十分である。すなわち、判断能力の内容として、「将来事態がどのように展開するかを予測」する能力も含まれる以上、法益侵害の計画が複雑なものであるほど、高度な判断能力が必要であると考えられるのである<sup>96</sup>。したがって、同一の法益の放棄が問題となる場合であっても、個々の事例の複雑さによって、必要な「予測能力」の程度に違いが生ずるといえよう。

## 第2節 重要な情報への到達可能性

同意が本人の自己実現の手段であるという出発点からは、意思決定に際して必要となる「情報」にも適切な位置づけが与えられる必要がある。「情報」は、目的のために投下されるべき最適な手段を決定するための基盤であり、合理的な意思形成のためには必要不可欠なものである。この「情報」という基盤をなくして、自律的な意思形成を行うことは困難であるといえよう。もっとも、「情報」という意思決定の基盤にどこまでの刑法上の保障を認めるべきかは、慎重な考察を必要とする問題である。ここでも過剰な保障がかえって本人の自律的な決定の可能性を狭めてしまうことが確認されなければならない。特に問題となるのは、①刑法上、保障が必要な情報の範囲をいかに確定するかという点と、②いかなる事情が認められる場合に、情報の不足が「規範的自律」を阻害すると評価されるのかという点である。②との関係では、判断に必要な情報の不足それ自体が意思決定の自律性を失わせるのか、あるいは、情報へのアクセスが他者の不当な干渉により阻害された場合に初めて自律性が損なわれると解すべきなのかが検討されなければならない。

以下では、この問題について議論が盛んにおこなわれているドイツの代表的な学説を分析し<sup>97</sup>、「情報」の欠如が意思決定の自律性に与える影響について考察を加えたい。上述の具体的な問題の検討を試みる。

### 第1款 学説の検討

#### 1 Amelung の見解

判断能力に関する検討の中でも言及したとおり、Amelung は同意の基本的な性格をその功利性に見出している<sup>98</sup>。Amelung によれば、同意を行う者が財を犠牲にするのは、それ

<sup>96</sup> Amelung, a.a.O. (Anm. 82), S. 557.

<sup>97</sup> 従来のドイツの議論については、北川敦子「錯誤に基く被害者の承諾」早稲田大学大学院法研論集 125 号 (2008 年) 109 頁以下、佐藤・前掲注 (1) 163 頁以下、河野・前掲注 (1) 22 頁以下、吉田・前掲注 (1) 244 頁以下を参照。

<sup>98</sup> 錯誤に基づく同意の有効性に関する Amelung の見解については、須之内克彦『刑法における被害者の同意』(成文堂、2004 年) 106 頁以下、北川・前掲注 (97) 118 頁以下、佐藤・前掲注 (1) 172 頁以下、野村・前掲注 (8) 196 頁以下、河野 24 頁以下も参照。

とひきかえに他の財を守ったり、新しい財を獲得したり、あるいは、他の厄介なことから解放されるためである。このような理解を前提に、Amelung は同意の有効性に関して、「同意者が彼の価値体系との一致において決定した同意こそが自律的に与えられたものとして妥当しなければならない」<sup>99</sup>との定式を示している。

このような出発点から、Amelung は法益関係的でない錯誤も含めて、錯誤に基づく同意が広く無効になるという結論を導いている。Amelung は、意思決定における間違いを、① 価値決定の間違い、② 予測の間違い、③ 葛藤決定における間違いに分けてそれぞれ検討を行っている。

まず、① 価値決定の間違いとして問題になるのが「動機の錯誤」であるが、これに基づく同意は無効と評価される。なぜなら、同意をした場合のコストとベネフィットの算定に際して、正しくない事実的前提から出発している者は必然的に、その帰結が彼の価値システムに反してしまう決定を行っているからである。例えば、治癒不可能な病気を患ってしまったと誤解し、臓器の摘出に同意した場合などは、正しく事実を認識していれば臓器を摘出することとはなかったのであるから、同意は当然に無効とされることになる<sup>100</sup>。

② 予測の間違いとは、例えば、異性との交際で成果を獲得するために美容手術に同意をしたが、実際には期待された効果が上がらなかったという場合である。Amelung によれば、将来の事実が期待と異なるかもしれないという不確実性は、将来の出来事について決定を下そうとする者の全てが引き受けなければならない事柄であり、同意の有効性を将来の出来事の発生に依存させることは困難であるとされる。もっとも、将来の予測は常に現在の状況に依拠してなされるのであり、そのような予測に関係する事実について錯誤に陥った場合には、ある種の動機の錯誤が問題になるとして、重要な事実的前提を誤解した場合と同じ原則により処理されるべきであるとされている<sup>101</sup>。

③ 「葛藤決定 (Konfliktentscheidungen)」とは、同意者が、ある財をより価値のある財を救うために、やむを得ず放棄する場合の意思決定である。葛藤決定の事例としては、例えば、外科的な侵襲によって生命を救うために身体を犠牲にする場合が挙げられている。このような決定が同意者の価値システムに適合しているといえるのは、一方の財の犠牲が「必要不可欠」であるといえる場合のみである。なぜなら、最善なのは2つの財を共に無傷のままにすることだからである。より価値の低い財の放棄は、それが価値のある財の喪失を妨げるのに適しており、かつ、より害の少ない救助手段が存在しないときにのみ「必要不可欠」となる。このような「必要不可欠」性が存在しないにもかかわらず、これを誤信してなされた同意は、同意者の価値体系との一致を示すものではないため無効と評価される<sup>102</sup>。

<sup>99</sup> Amelung, a.a.O. (Anm. 27), S. 41.

<sup>100</sup> Amelung, a.a.O. (Anm. 27), S. 52.

<sup>101</sup> Amelung, a.a.O. (Anm. 27), S. 53 f.

<sup>102</sup> Amelung, a.a.O. (Anm. 27), S. 54 f. したがって、例えば、薬剤の服用で十分治る病気であるにもかかわらず、腹腔の切開によってのみ治癒されると信じてこれに同意したという場合には、同意が無効と評価される。

以上の説明から明らかなように、Amelung は、錯誤に基づく同意が問題となるほとんど全ての場合を、同意者との価値体系との不一致を理由に無効とする。もちろん、Amelung の見解においては、同意の無効を理由に直ちに行為者の処罰が認められているわけではない。同意が無効であることが確定した場合には、その次の段階として、行為者がその法益侵害について答責的であるとされるかどうかを検討されることになる<sup>103</sup>。

この「行為者への帰責」を問う段階では、「単純な（自ら陥った）錯誤に基づく同意」と、「欺罔により騙取された同意」とが区別される。前者の「単純な錯誤」の場合には、行為者が同意者の錯誤を認識している場合や、同意者との「特別な関係」に基づき、同意者が事実を正しく把握しているかどうかを調査する義務がある場合を除いて<sup>104</sup>、行為者が処罰されることはない。なぜなら、行為者は基本的に、同意者が事実を正しく把握しているかどうかに注意を払う必要がないためである。これに対して、同意が欺罔により騙取された場合には、このような同意の受け手の保護は問題とならず、欺罔者に対する帰責が肯定されるものと解されている<sup>105</sup>。

以上が Amelung の見解の概要であるが、その特徴は、「価値体系との一致」の要求から同意を広範に無効と評価する点と、同意の有効性と行為者の帰責の問題を分離して考察すべきであるとする点に求められるであろう。特に「価値体系との一致」を要求する点は、「自律の理想的な理解 (ideales Verständnis von Autonomie)」に基づくものであるとの指摘<sup>106</sup>がされている。ここで把握されている「自律性」とは、意思決定に必要なあらゆる情報が備わることによって初めて実現されるものであり、そうした情報の欠如は直ちに決定の自律性を失わせることになるのである。このような理解は、「もし錯誤がなければ同意しなかったであろう」といえる場合に、同意の有効性を広く否定する「条件关系的錯誤説」を理論的に根拠づけるものであるといえよう。

しかし、このような「自律性」の捉え方が、刑法で現実的に保障されるべき自律の内容として相応しいものであるかは疑わしいように思われる。Rönnau が指摘するように、全知でない人間の決定は、常に不十分・不正確な根拠に基づいて行われている<sup>107</sup>。したがって、あらゆる情報を正確に把握したうえでなされる「理想的な自己決定」を現実的に保障することは最初から不可能なのである。刑法上の自律概念は、このような理想の世界観を拠り所とすべきではなく、刑罰を背景とした現実の保護を要請するものとして構築されなければならない。その水準を不当に低く設定することは問題であるが、不当に高く設定することもそれ

---

<sup>103</sup> Amelung, a.a.O. (Anm. 27), S. 36 ff.

<sup>104</sup> Amelung, a.a.O. (Anm. 27), S. 52 f.

<sup>105</sup> Amelung, a.a.O. (Anm. 27), S. 72 ff. ただし、Amelung は、同意の騙取のために、常に答責的とされるかのような印象を与える公式化には異議を唱えなければならないとの留保も付しており、例えば、「医学実習生事件」については、傷害の可罰性が否定されたとの説明を加えている（前掲注（45）参照）。

<sup>106</sup> Thomas Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 354 f.

<sup>107</sup> Rönnau, a.a.O. (Anm. 106), S. 220.

と同様の問題を孕むものである。

また、Amelung は、同意を広く無効とするかわりに、その次に用意された「行為者への帰責」の段階で処罰範囲を調整しようとするが、このような対応も不十分であると思われる。同意が有効と評価されるかどうかは、発生した法益侵害結果が、法益主体の自律的な決定に基づくものであるとして適法と評価されるか否か、さらには、国家の刑法的介入の余地があるか否かを決定するという重要な意義を担っている。このような意義に鑑みれば、「理想的な自己決定」が実現していない場合であっても、「最低限の条件」をクリアしてなされた同意には有効性を認め、帰責配分の段階を待つまでもなく、刑法的介入の余地を排除することが妥当であると思われる。

## 2 Rönnau の見解

すでに言及したように、Rönnau の主張は、「人間の決定が、常に不十分・不正確な根拠に基づいて行われている」ことを出発点とする<sup>108</sup>。したがって、「刑法は、宿命的に制限された知識の基礎に基づいて実践される自己決定において、縮小された『(残された) 自由』のみが常に問題となっており、それは全知の理想的な自由との関係では相対的な自由として現れる」<sup>109</sup>。こうした前提から、同意の有効性に影響を与える自律性の欠陥は、それが「人間の不正な行為から (aus unlauterem menschlichen Verhalten)」生じた場合にのみ存在すると主張されている<sup>110</sup>。

このような前提からの具体的な帰結は以下のように説明されている。まず、「単純な (自ら陥った) 錯誤」に基づく同意は有効と評価される。同意者と侵害者の間の適切なリスク分配の観点からは、この場合に侵害者を財侵害について答責的とすることができないためである<sup>111</sup>。ただし、侵害者が同意者の法益との関係で「特別の関係」に立つ場合には、この限りではない。例えば、医師のような「保障人」に当たる者が説明義務に違反して医的侵襲を行う場合には、医師の積極的な欺罔が認められない場合であっても同意は無効となる<sup>112</sup>。

ここでは、Amelung が「価値体系との不一致」を根拠に同意を無効にし、行為者帰責の段階で初めてリスク分配的考慮を取り入れるのに対して、Rönnau がこのような考慮を同意の有効性評価の内部に取り入れている点が注目し値するであろう。この違いには、同意の有効性評価に影響を与える「自律」概念についての両者の理解の相違が象徴的に示されているといえよう。

もともと、最終的に処罰が肯定される範囲について両者にそれほど大きな相違は認められるわけではない。Amelung は、行為者が同意者との間で「特別の関係」に立つ場合に例外的に行為者への帰責を認めて処罰を肯定しているが、Rönnau も、このような場合には、

---

<sup>108</sup> Rönnau の見解については、佐藤・前掲注 (1) 177 頁以下、野村・前掲注 (8) 197 頁以下も参照。

<sup>109</sup> Rönnau, a.a.O. (Anm. 106), S. 220.

<sup>110</sup> Rönnau, a.a.O. (Anm. 106), S. 263.

<sup>111</sup> Rönnau, a.a.O. (Anm. 81), Vor § 32 Rn. 204.

<sup>112</sup> Rönnau, a.a.O. (Anm. 81), Vor § 32 Rn. 203.

例外的に同意を無効とすることで、処罰の可能性を認めているのである。理論構成に違いはあるものの、同意者が自ら錯誤に陥った場合については、リスク分配の観点から原則的に行為者の処罰を否定し、例外的な場合に限りこれを肯定するという発想を採る点で両者の見解は共通するといえよう。ただし、行為者が同意者の錯誤を認識している場合の取扱いが異なる点には注意が必要である。この場合にも *Amelung* は、行為者への帰責を例外的に肯定したのに対して、*Rönnau* は、このような行為者の特別知識が、同意の欠陥に対する管轄を構成するものではないとして、同意の有効性が維持されると結論づけている<sup>113</sup>。

これに対して、「欺罔により騙取された同意」については、常に無効になると評価されている<sup>114</sup>。*Rönnau* にとって重要なのは、錯誤が「人間の不正な行為から (*aus unlauterem menschlichen Verhalten*)」生じているか否かであり、欺罔による騙取が認められる場合には、このような事情が肯定できることから、本人の「残された自由」が制限されているものとして、同意の有効性が常に否定されると考えられているのである。

なお、錯誤が行為者とは異なる第三者の欺罔に基づく場合について、*Rönnau* は、第三者との関係で同意が無効になることは認めつつも、これと無関係な行為者との間では、同意は有効になるとする点は注目に値する。このように同意の効力が人的に相対化することの根拠とされるのは、やはり、人間の意思決定が常に、自然的社会的環境に制約されているという前提事実である。*Rönnau* によれば、欺罔を行った第三者と無関係の行為者との関係では、そうした欺罔者の存在さえも、所与の自然的社会的環境の一部を構成するものであり、この場合にも同意者は、行為者との関係でまさしく「残された自由」を行使しているとされるのである<sup>115</sup>。

以上が *Rönnau* の見解の概要である。*Rönnau* は、「情報」が自律的な自己決定の基盤となることを出発点としつつ、正当にも、「全知の理想的な自由」の保護を拒絶し、刑法で保障すべき現実的な自律概念に照準を合わせている。具体的な問題の解決において特に注目すべきなのは、*Rönnau* が情報の欠如（錯誤）に至った「原因」の所在に基づいて、自律性の有無を評価している点である。すなわち、錯誤の原因が行為者にある場合には同意が常に無効とされるのに対して、その原因が、同意者自身や外部の自然環境、さらには行為者とは異なる第三者にある場合には、同意が有効であると評価されているのである。

このように、情報の欠如が生じた「原因」の所在が、同意の有効性判断に影響を与えることは、「規範的自律」概念に照準を合わせる本稿の立場からも支持可能である。ただし、行為者の欺罔に基づき同意がなされた場合であれば、その欺罔の内容や巧拙を一切問うことなく常に同意を無効と評価してよいかどうかはさらなる検討を要する。欺罔には、その対象とされた情報の重要性に応じて、些細な欺罔から重大な欺罔が存在し、その巧拙に応じて、

<sup>113</sup> *Rönnau*, a.a.O. (Anm. 81), Vor § 32 Rn. 202.

<sup>114</sup> *Rönnau*, a.a.O. (Anm. 81), Vor § 32 Rn. 206.

<sup>115</sup> *Rönnau*, a.a.O. (Anm. 81), Vor § 32 Rn. 209. これに対して、錯誤が第三者の欺罔に基づく場合にも、行為者との関係で同意を無効と評価すべきであるとするのは、*Amelung*, a.a.O. (Anm. 27), S. 87; *Roxin*, a.a.O. (Anm. 91), § 13 Rn. 116.

拙い欺罔から巧妙な欺罔まで様々なものが存在する。「理想的な自己決定」にとっては、そうした欺罔の全てが排除されることが望ましいといえようが、現実の生活は、少なくとも「些細で拙い欺罔」に満ちており、それら全てを刑罰による威嚇で排除することは過剰である。Rönnau を含め大多数の論者が、「強制に基づく同意」の有効性の検討に際しては、「強制がなければ同意しなかったであろう」というだけでは同意を無効とせず、それが本人の意思決定に与えた程度を問題とする<sup>116</sup>にもかかわらず、「欺罔に基づく同意」が問題となった途端に、その内容や巧拙を問うことなく、「欺罔がなければ同意しなかったであろう」というだけで同意を無効と評価するのは一貫しない態度であると思われる<sup>117</sup>。

### 3 Roxin の見解

「規範的自律性説」と呼ばれる Roxin の見解もまた、法益関係的錯誤ではなく「自律性」の有無により同意の有効性を判断するものである<sup>118</sup>。Roxin の見解でまず重要なのは、自律性の有無に関する判断、すなわち、「誤った表象を伴う同意がその者の自由な処分の実現として認められるかどうか」の判断の基準を、同意者の主観的な任意性 (subjektive Beliebigkeit) ではなく、客観的で法的な評価に求めている点である<sup>119</sup>。このことから、Amelung の見解のように、同意者の個人的な価値体系にとって重要な事実に関する錯誤が一切の同意を無効とするといった帰結は退けられる。

さらに、Roxin は、欺罔により動機づけられた同意が問題となる事例を5つの類型に分類して、同意者の自律性を排除する欺罔とそうでない欺罔を区別しようとした。5つの類型とは、①法益放棄の種類、範囲に関する欺罔、②反対給付に関する欺罔、③利他的目的に関する欺罔、④損害回避に関する欺罔、⑤付随的事情ないし行為者に実現が左右できない事情に関する欺罔である。

まず、①法益放棄の種類、範囲に関する欺罔は、法益関係的錯誤を引き起こすものであり、この場合、常に同意は「不存在」となる<sup>120</sup>。したがって、同意による犯罪阻却が認められる余地は存在しない。

これに対して、②反対給付に関する欺罔に基づく同意は有効とされる<sup>121</sup>。なぜなら、双務契約を締結する者は、常に反対給付が得られないというリスクを引き受けており、さらに、反対給付の実現は、民法上の履行請求権（場合によっては詐欺罪）により別途保護されるた

---

<sup>116</sup> ドイツの通説は、強制による同意を無効とするために、強要罪の定める「耐え難い害悪をもってする脅迫」が必要であると解している。Rönnau, a.a.O. (Anm. 81), Vor § 32 Rn. 207; Lenckner/ Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. 21), Vorbem §§ 32 ff. Rn. 48; Roxin, a.a.O. (Anm. 91), §13 Rn. 113.

<sup>117</sup> 山口・前掲注 (22) 12 頁以下参照。

<sup>118</sup> Roxin の見解については、斉藤 (誠)・前掲注 (78) 175 頁以下、北川・前掲注 (97) 115 頁以下、佐藤・前掲注 (1) 166 頁以下、佐瀬恵子「法益関係的錯誤に関する考察」創価ロージャーナル9号 (2016年) 58 頁以下、河野・前掲注 (1) 26 頁以下、野村・前掲注 (8) 194 頁以下も参照。

<sup>119</sup> Roxin, a.a.O. (Anm. 29), S. 281.

<sup>120</sup> Roxin, a.a.O. (Anm. 29), S. 283.

<sup>121</sup> Roxin, a.a.O. (Anm. 29), S. 284 f.

め、同意者による双務契約の締結と、自身の債務の履行は、彼の行動の自由として評価できるからである。また、例えば高額報酬を約束されたために、殴られることに同意をしたという場合のように、契約が公序良俗に違反しているため、訴訟による履行請求の実現可能性が認められない場合であっても、同意の有効性には影響しない。この場合に同意を無効として、行為者を傷害罪で処罰することは、民法が適切な理由で提訴可能性を拒否していることと矛盾するからである。

他方で、③利他的目的に関する欺罔に基づく同意は無効とされる<sup>122</sup>。例えば、医学的な発展にとって非常に重要な実験であると偽られて、傷害に対して同意がなされたような場合である。この場合には、発生した出来事が、承諾者の行動の自由を表現していないことから、このような錯誤が「法益関係的錯誤」に当たらないことを理由に、行為者を処罰しないことは不適切であるとされる。②の場合との違いは、同意者が追求した目的の達成が最終的に閉ざされているかどうかに求められている。すなわち、②「反対給付に関する欺罔」の場合には、望まれた状況はなお訴訟等を通じて実現可能であるのに対して、③の場合にはその実現を望むことができないというのである。

④損害回避に関する欺罔に基づく同意も無効と評価される<sup>123</sup>。まず、他人の損害を回避する目的で侵害に同意する場合、同意者は利他的に行動しているため、同意が無効となる理由を類型③の場合と同様に説明できる。Roxin はさらに、同意者が、彼自身の損害の回避を目的とする場合であっても、同じ結論が導けるといふ。例えば、ケジラミがいると騙され髪の毛を切ることに同意したという Jakobs の設例<sup>124</sup>や、「猛獣事例」においては、災難のでっち上げ (Vortäuschung) が、被欺罔者を精神的なジレンマに陥らせるために用いられている。この精神的なジレンマは、脅迫に基づく強要が行われる場合と状況的に一致している。それゆえ、脅迫を通じて獲得された同意が無効であると考えれば、このような精神的なジレンマ状況においてなされた同意も同じように無効と評価されなければならないというのである。

ただし、Roxin が、そのような緊急状況が現実に存在する場合には、同意が当然に有効であるとしている点には注意を要する。その根拠は、この場合に同意者に残された決定の自由が、彼が行った財の衡量の中に現れている点に求められている。同意の有効性の評価においては、「客観的に制限されていない自由な決定の余地 (objektiv unbegrenzter Spielraum freier Entscheidung)」が狭められたかどうかが重要である。緊急状況が偽装された場合と

---

<sup>122</sup> Roxin, a.a.O. (Anm. 29), S. 286.

<sup>123</sup> Roxin, a.a.O. (Anm. 29), S. 286 ff.

<sup>124</sup> Gunther Jakobs, Strafrecht AT, 2 Aufl., 1991, S. 249. なお、Jakobs は、ケジラミ事例について、法益関係的な欺罔が認められないため同意を有効と評価しつつも、法益処分を合理的と思い誤るような状況が作出した者には「管轄 (Zuständigkeit)」が認められるとして、間接正犯としての処罰を認めるべきであるとしている。しかし、有効な同意が認められる以上、帰属の前提である不法結果を欠くため、間接正犯が成立する余地を認めるべきではないように思われる。Vgl. Roxin, a.a.O. (Anm. 29), S. 292.

現実に存在する場合とでは、この点がまさに異なっているために、結論に違いが生じると考えられているのである。

最後に、⑤付随的事情ないし行為者に実現が左右できない事情に関する欺罔に基づく同意は有効と評価される<sup>125</sup>。まず、付随的事情に関する欺罔が問題となる例として挙げられているのは、「医学実習生事件」である。この事案は、医師による治療侵襲に同意したが、実際には医学実習生が当該侵襲を担当したというものであるが、前述したように、連邦通常裁判所は、「治療に同意することが、客観的な意味にしたがって、非医師による治療をも包括する場合がある」と判示しており、Roxin もこの考え方を支持している。侵襲が医師によって実施されるか、医学実習生によって実施されるかが、患者の健康に違いをもたらさない場合には、この事情は単なる「付随的事情」にすぎない。そして、自律性の判断基準を、同意者の主観的な選好ではなく、規範的な評価に求める Roxin の出発点からは、たとえ患者本人が重視していた事情であっても、理性的な患者にとって重要でない付随的事情に関する欺罔は、意思決定の自律性に影響を与えるものではないと結論づけられるのである<sup>126</sup>。

行為者に実現が左右できない事情に関する欺罔の例としては、美容整形外科医が、女性に対して整形手術をすれば女優として大成すると偽り、整形手術を受けることを説得した場合が挙げられている。この場合に、女性の期待が失敗に終わることは、整形手術を施す契約が履行されたという事実を何ら変えるものではない。自由な意思決定の帰結は常に不確実であり、意思決定を行った者があとで後悔をしたからといって、その決定の自律性が否定されることにはならないのである<sup>127</sup>。

以上で見たように、Roxin の見解は、同意の有効性を、同意に基づいてなされる法益侵害が同意者の行動の自由を表現しており、それゆえに自律的であると客観的・規範的に評価できるかどうかを基準として判断するものである。同意がそもそも「不存在」とされる類型①を別とすれば、類型③の「利他的目的に関する欺罔」と類型④の「損害回避に関する欺罔」が意思決定に影響を与えた場合のみ、以上の意味での自律性が否定され同意が無効となる。

なお、同意者の誤ったイメージが、他者の欺罔ではなく、自ら陥った錯誤に基づく場合については、客観的な同意の意思表示の存在を重視し、たとえ法益関係的錯誤が認められる場合であっても、同意は有効なものとして取り扱われている<sup>128</sup>。ただし、表示の受け手が、錯誤による同意であることを認識し、それを自分のために意識的に利用することは「権利の濫用」であり、同意を援用することが許されないとされている。また、表示の受け手が自らの専門知識に基づき説明を行い、法益主体が抱えている誤ったイメージを払拭する法的義務を負っている場合（例えば、医師の説明義務）にも、その責任は受け手側が負うべきもので

---

<sup>125</sup> Roxin, a.a.O. (Anm. 29), S. 288 ff.

<sup>126</sup> Roxin, a.a.O. (Anm. 29), S. 289.

<sup>127</sup> Roxin, a.a.O. (Anm. 29), S. 291.

<sup>128</sup> Roxin, a.a.O. (Anm. 91), § 13 Rn. 111. 具体的な事例としては、ある者が自分の隣人に「木を切り倒すな」との手紙を送ったが、その際に「するな (nicht)」という言葉を書き忘れたという場合が挙げられている。

あるため、例外的に同意は無効になるものとされている<sup>129</sup>。

Roxin の見解の概要は以上のとおりである。Roxin が、「自律」の概念を、同意者の個人的な価値体系に全面的に依存することなく、客観的で法的な視点から捉えようとする点には、Rönnau と共通の発想があるように思われる。しかし、Rönnau が欺罔に基づくあらゆる同意を無効と理解するのに対して、Roxin は、同意者の自律性を排除する欺罔とそうでない欺罔を、欺罔の内容に応じた事例の類型化により選別しており、この点に両者の見解の相違を見出すことができる。

欺罔に基づく同意がなされた場合にも、さらに、意思決定の自律性を阻害する欺罔かどうかの検討が必要であるとする本稿の立場からは、欺罔の内容にまで立ち入った検討を加える Roxin の見解は示唆的なものである。しかし、Roxin の主張においては、同意の有効性評価の基準とされる「規範的自律性」の具体的な意義についてほとんど言及されておらず、それゆえ事例の解決に統一的な根拠が存在するののかも疑わしい<sup>130</sup>。さらに、それに伴って、事例の類型化の根拠も曖昧となっており、各類型に包摂される事例の射程も十分に明確とはいえない点に問題がある。

一例を挙げると、類型②「反対給付に関する欺罔」（同意は有効）、類型③「利他的目的に関する欺罔」（同意は無効）、及び、類型④「損害回避に関する欺罔」（同意は無効）の間の区別が曖昧である。例えば、高額報酬を約束されて、自己の物の損壊に同意をしたが、実際には行為者は無一文であり、報酬を支払うことができなかったという場合、一見すると、「反対給付に関する欺罔」（②）の問題であるように思える。しかし、仮に同意者が、その報酬を、難民支援のための寄付しようと考えていた場合には、「利他的目的に関する欺罔」（③）の問題となりそうである。また、空腹に耐えかねた者が、受け取った報酬で食べ物を購入し、飢え死ぬことを回避しようと考えていた場合には、「損害回避に関する欺罔」（④）が問題となりそうである<sup>131</sup>。

Roxin は、類型②の特徴として、同意者が追求した目的の達成が訴訟の提起により実現可能であることを挙げているため、このような事例も、訴訟を通じた報酬の請求の可能性を根拠に、類型②に分類して同意を有効と評価するのもかもしれない。しかし、この事例のように、行為者が無一文である場合には、提訴をしたところで現実に反対給付が得られる可能性は乏しい。もしも、このような具体的・現実的な可能性ではなく、履行を請求する途が制度的に用意されているという程度の抽象的な可能性で足りるとするのであれば、なお類型②に分類することも可能かもしれないが、この程度の抽象的な可能性の存在が、同意の有効性を根拠づけることの実質的な理由は不明であると言わざるを得ない。

また、Roxin は、類型②との関係で、目的不達成のリスクの引受けの存在にも言及してい

<sup>129</sup> Roxin, a.a.O. (Anm. 91), § 13 Rn. 112.

<sup>130</sup> Vgl. Hirsch, a.a.O. (Anm. 81), Vor § 32 Rn. 119; Rönnau, a.a.O. (Anm. 81), Vor § 32 Rn. 199.

<sup>131</sup> 経済的に窮地に立たされた者が、報酬を偽られて臓器の提供に同意した場合を例に、同様の批判をするのは、Hirsch, a.a.O. (Anm. 81), Vor § 32 Rn. 119.

るが、目的が達成されないことのリスク自体は、利他的ないし損害回避目的で同意を行う場合にも同様に存在するのであり、同意者が引き受けているリスクの程度は、事案ごとに様々であろう。したがって、反対給付を目的として同意がなされた場合のみ、同意者によるリスクの引受けを、自律性を認める方向で強調することが許される理由も明らかではない。以上のような疑問点に対する解答は、同意の有効性評価の基準とされる「規範的自律性」の意義と内実が明らかにされない限り、不可能であろう。

#### 4 小 括

ここまで、自律的で有効な同意を行うために必要な「情報」という観点から、ドイツの同意論における代表的な学説を概観してきた。Amelung が前提としたような、「理想的な自律」概念は、刑法が現実には保障すべき自己決定の内容を指導する概念としては、不適切なものである。そこで、宿命的に制限された知識に基づく「残された自由」による決定を自律的であると評価する Rönnaу の見解や、自律性の評価を、同意者の恣意的な選好に委ねるのではなく、規範的な基準に依拠して行うべきとする Roxin の見解が注目される。

しかし、Rönnaу の見解は、錯誤が行為者の欺罔により惹起された場合に、当該欺罔の内容を問うことなく常に同意を無効とする点で、その出発点に反している疑いがある。現実の生活においてあらゆる欺罔を排除することは不可能であり、自律性を阻害する欺罔は一定の「重大な欺罔」に限定する必要があるだろう。また、Roxin の見解は、欺罔の内容に応じて同意の有効性を検討するものであったが、カズイスティクな方法論ゆえに、統一的な根拠を欠いており、事例の類型化の根拠も曖昧であるという難点を抱えている。

以上での検討を踏まえ、判断に必要な情報の不足が意思決定の自律性に与える影響を、① 刑法的評価において重要な情報の範囲、② 自律性を阻害する干渉の内容に区別してそれぞれ検討を行い、問題解決の方向性を模索することを試みる。

#### 第2款 「重要な情報」の範囲

「情報」は、目的のために投下されるべき最適な手段を決定するための基盤であり、合理的な意思形成のためには必要不可欠なものであるが、いかなる「情報」が決定にとり重要性を持つかは、人によって様々である。例えば、食品を購入する際にも、美食家はその食品の味を重視するであろうし、自身の健康に配慮する者は、食品の栄養価を重視するであろう。ここで問題となるのは、刑法的保障が必要となる「重要な情報」の範囲を、専ら各人の主観的な関心や価値観を基準に広く認めるべきか、あるいは、その重要性が客観的にも了解可能な場合に限定すべきか、という点である。

##### 1 主観的考察方法

前者のように、「重要な情報」の範囲の確定を本人の主観的な価値観を基準に行うべきであるとする立場<sup>132</sup>は、同意があくまでも本人の価値観に基づいて行われるものであるとい

<sup>132</sup> 上寫一高「被害者の同意（下）」法学教室 272 号（2003 年）78 頁以下、林幹人「錯誤に基づく被害者の同意」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』（有斐閣、1998 年）249 頁以下、曲田統「生命・身体に対する罪における『被侵害者の錯誤と同意』」札幌学院法学

う点を重視している。この立場の中でも、①本人が意思決定に際して重視するであろう情報について刑法的保障を要求する見解と、それよりは限定的に理解し、②本人が意思決定に際して「特に重視するであろう」情報について刑法的保障を認めるべきであるとする見解とを区別することができるであろう。

①の見解によれば、本人の意思決定に影響を与えうるであろう情報には全て刑法的保障が及ぶことから、「情報を正しく認識していれば同意をしなかったであろう」という場合に、常に同意は無効とされ、刑法的介入の余地が認められることになる。これは、条件関係的錯誤説の発想に他ならないものであるといえよう。しかし、Amelung の学説の検討において述べたように、決定の結果が本人の価値体系と完全に一致することを求める「理想的な自己決定」は刑法による現実的な保障に馴染むものではない。本稿の立場からは、このような見解を採用することは困難である。

他方、②の見解は、林幹人により主張されている。論者は、法益関係的錯誤がない場合でも、同意が「不自由」になされた場合には当該同意が無効になるという前提を明らかにしたうえで、いかなる場合に同意が「不自由」と評価できるかについて検討を加えている。

林（幹）によれば、被害者の同意がある場合犯罪の成立が否定されるのは、被害者が、自分の自由な意思で法益を処分する決定をしたからである。したがって、ここでいう「自由意思の有無は、あくまで被害者本人の意思に即して判断されなければならない」<sup>133</sup>。そして、錯誤が生じた場合には、被害者がもたらされると考えた大きな利益が、実はもたらされないものであり、それを誤ってもたらされると信じたところに彼の不自由がある、とされる。

ここで注目すべきなのは、その直後で林（幹）が、「被害者自身の価値観にとって、もたらされると信じた利益の価値が処分される法益の価値をはるかに凌駕〔圏点引用者〕するために、もはや衡量の余地なく問題の法益を処分せざるをえないと考えたのであれば、彼はその法益処分の意思決定について、不自由である」<sup>134</sup>と述べている点である。①の見解のように、本人の意思決定に影響を与えうるであろう情報の錯誤が同意の無効をもたらすと考えるのであれば、もたらされると信じた利益の価値が処分される法益の価値を僅かにでも上回れば、同意が無効と評価されるのに対して、この見解では、意思決定を不自由と評価するために、法益の価値を「はるかに凌駕」する反対利益の存在の誤信が要求されているのであ

---

24 卷 1 号（2014 年）34 頁以下、杉本一敏『『真意説』の真意を問う——『被害者の同意』のオセロ的理解から帰属的理解へ』高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』（日本評論社、2014 年）135 頁以下等。なお、塩見・前掲注

（35）67 頁以下も、「被害者の同意に違法性を否定する効果を認める実質的根拠が法益主体の処分意思（自己決定）の尊重にあるとすれば、錯誤の重要性は客観的・合理的ではなく、被害者自身の意思に基づいて判断することが出発点になる」とするが、他方で、「被害者が抱いた目的が著しく違法であるか、とるにたらない些末なものである場合、その錯誤を考慮する必要はな」ともしていることからすれば（同 73 頁）、後述する「客観的考察方法」に分類することも可能であると思われる。

<sup>133</sup> 林（幹）・前掲注（132）249 頁。

<sup>134</sup> 林（幹）・前掲注（132）250 頁。

り<sup>135</sup>、この点で、同意が無効とされる範囲が、①の見解より限定的に捉えられていると評することができる。

## 2 客観的考察方法

以上の見解が、刑法的保障を必要とする「重要な情報」の範囲を、本人の関心や価値観を基準として確定しようとするのに対して、学説の中には、それに加えて客観的な基準を用いようとするものも存在する<sup>136</sup>。自律性の有無を客観的な基準で評価しようとした Roxin の学説はこのような見解として位置付けることができよう。

我が国においても、例えば、森永真綱が、同意論における「客観的考察方法」の優位性を正面から説いている点は注目に値する。森永は、「法益主体の主観的な価値基準に照らして同意の有効性を決定すべき」であるとする「主観的考察方法」について、「この見解が何ら客観的・規範的な限定を加える必要はないという趣旨で唱えられているのであれば〔中略〕妥当でない」<sup>137</sup>とし、その理由を以下のように説明している。

まず、刑法各則において列举された保護法益は既に規範の担い手の純粋な主観的な利益を反映したものではなく、刑法の二次性、補充性、断片性、最終手段性といった基本的な諸原理による限定に服している。そして、このことは、侵害の客体に限ったことではなく、侵害の仕方についても同じように考えることができる。すなわち、「詐言や真実を告知しないことで法益主体の意に反した法益侵害結果を引き起こすという法益侵害方法も、自ずと上記のような基本的諸原理による限定を受けざるをえない」のである。以上のことから、「ある法益主体の信頼が刑法において保護されるべき場合とは、それが少なくとも日本の刑法規範が向けられる者の間において、重要なものとして一般化可能性を有し、法のレベルに高められたもので、しかも刑罰によるリアクションにふさわしいものでなければならない」<sup>138</sup>とされ、客観的考察方法の優位性が説かれている。

## 3 検討

法益主体の同意が結果の不法を排除するのは、法益主体の自己決定を尊重するという思想に基づくものであり、同意による正当化の出発点は、法益主体の主観的な判断に求められなければならないのは当然である。法益主体の主観的な価値判断が一切無視され、法による客観的な評価が一方的に押し付けられるのだとすれば、それは法益主体の自律性の否定であると同時に、同意という制度そのものの否定となるであろう。もっとも、「自己決定の尊重」というスタート地点から出発しつつも、彼の自己決定をどこまで刑法的に保護すべきか、

<sup>135</sup> 杉本・前掲注(132) 136頁も、動機づけられることが心理的に不可避な場合に限って意思決定を「不自由」と評価すべきであるとの理解から、「はるかに凌駕する」という限定が必要であると指摘している。

<sup>136</sup> 林美月子「錯誤に基づく同意」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』(有斐閣、1994年) 33頁以下、森永真綱「欺罔により得られた法益主体の同意」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探究④』(成文堂、2011年) 139頁、吉田・前掲注(1) 250頁等。

<sup>137</sup> 森永・前掲注(136) 137頁。

<sup>138</sup> 森永・前掲注(136) 138頁。

という規範的な問いかけに対しては、法益主体の主観的な価値選好のみを基準に解答することができない。ここで問題となっているのが個人的法益の侵害であるとしても、それが同時に犯罪の成否という社会的な問題を含んでいる以上は、「社会侵害性」の観点も含めた<sup>139</sup>、客観的な考察が必要不可欠であろう。以上のことから、本稿は、「客観的考察方法」を支持するものである。

このような前提からすれば、刑法的保障を必要とする「重要な情報」の範囲も、刑法規範が向けられる者の間において一般化可能性を有するか否かという観点から、客観的に特定される必要がある。仮に法益主体が強く関心を抱いた事柄であるとしても、彼の価値基準に刑法上の特権的地位を与えることができない以上、それが一般化可能性を有しない限りは、「重要な情報」の範囲からは除かれる必要がある。

これに対して、情報の重要性が客観的にも了解可能である場合には、当該情報に関する欺罔は意思決定の自律性を阻害するものと理解される。この点で、「主観的考察方法」における②の見解のように、「重要な情報」の要件として法益主体にとっての「凌駕」的な重要性を求めることは、むしろ無用な限定であるように思われる。例えば、対価を支払う意思がないのに、これを偽って財物の交付を受けたという場合に、ここでの欺罔が財物交付者の自律性を阻害すると評価できるのは、「対価を支払う意思の有無」という情報が、取引社会において一般的に重要であると考えられているためである。この場合に、交付者にとって、期待された対価が、交付した財物の価値を「はるかに凌駕」することを要求する必要はないし、それはむしろ不当であろう。確かに、期待された対価や反対給付の価値が、処分される法益の価値を凌駕するものであるという場合には、法益の処分を強く動機づけられるため、冷静な判断が阻害され自律的な判断の余地が狭まるということも十分に考えられる。しかし、このような要件を常に要求するとすれば、同意が無効とされる範囲が不当に制限されてしまうと思われる。

これとは反対に、法益主体である本人が主観的に全く関心を有していない情報に関しては、刑法的保障が必要な範囲から除かれるべきである。なぜなら、そのような情報が欠如していたとしても、本人の意思形成過程に何の影響も及ぼさないからである。

以上のことを整理すると、次のように言うことができよう。すなわち、法益主体である本人が関心を有していない情報を保障する必要はないが、本人の意思決定に影響を与える情報であっても、その全てに刑法的保障が及ぶわけではなく、その重要性が客観的にも了解可能である場合に限り、「重要な情報」として保障の対象になると解すべきである。

それでは、情報の客観的な重要性はいかなる基準により判断されるのであろうか。まず考えられるのは、当該情報を誤信することが、問題となる法益の処分を「一般人」に動機づけるものであるか否かという視点である。そのような情報に関する誤解は、誤った意思決定の引き金になると客観的にも評価可能であり、「規範的自律」を阻害するものと理解すること

---

<sup>139</sup> 生田勝義『『被害者の承諾』についての一考察』立命館法学 228号(1993年)184頁以下参照。

ができよう。

本稿の立場と同様に「客観的考察方法」を採用する林美月子は、意思決定が自由になされたか否かを判断する基準を「緊急避難における法益衡量」に求めているが<sup>140</sup>、まさに、誤った情報に基づき得られると誤信した利益が、処分する法益の価値を客観的に上回ると判断される場合には、「一般人」も問題となる法益の処分を動機づけられることが通常であるために、当該情報に関する錯誤が、自由な決定を阻害すると客観的に評価することが可能となるのである<sup>141</sup>。なお、「緊急状況」の誤信という点は、これとは別個の観点から意思決定の自律性に影響を及ぼすものと考えられるため、次款で別途検討を加える。

情報の客観的な重要性を判断する具体的な視点としては、さらに、社会システムの維持との関連性を指摘することが可能である。森永は、Roxin が提示した「利他的目的に関する欺罔」の事例について、「献血や医学実験の目的に関する欺罔・錯誤のように、法益保全のために確立されたシステムに資する目的を害する場合も、いわば社会連帯の動機は保護されるべきであるので、刑法的重要性を否定する理由はない」とし、同意が無効となる余地を認めている<sup>142</sup>。社会システムの維持のために、正しい情報が流通することが要請される場合には、当該情報に規範的な要保護性を肯定することができるであろう。その限界は慎重に見定める必要はあるが、「重要な情報」の範囲を確定するための有用な視点と考えることは許されると思われる。

これに対して、違法な目的の実現のために必要な情報に関しては、刑法的保障が原則的に否定されなければならない<sup>143</sup>。法がその目的の実現を禁止している以上、それに必要な情報を刑法が保障することは矛盾だからである。後述するように、「偽装心中事例」における、「相手が追死してくれるかどうか」という情報も、「心中の実現」が法に反していると評価される限り、刑法的保障が必要な「重要な情報」の範囲からは除かれなければならないであろう。

### 第3款 情報入手の阻害

以上のような観点から特定された「重要な情報」の不足が、いかなる事情に基づく場合に「規範的自律」が阻害されたと評価できるのかがここでの問題である。特に、「重要な情報」

---

<sup>140</sup> 林（美）・前掲注（136）34頁。

<sup>141</sup> 佐久間・前掲注（53）196頁以下は、通常人が法益を犠牲にするだけの客観的状況を偽装した場合には、これに基づく被害者の同意の意思表示が無効になるとする。また、前田雅英『刑法総論〔第6版〕』（東京大学出版会、2015年）244頁も、犯罪類型ごとに「一般人であれば、そのことを知ったなら同意しなかったであろう重要な事実」を類型化していく作業が必要であるとする。

<sup>142</sup> 森永・前掲注（136）144頁。これに対して、倫理的な価値の高低によって同意の有効性を判断することは、自己決定権の思想に矛盾すると批判するのは、上嶋・前掲注（132）79頁。

<sup>143</sup> なお、塩見・前掲注（35）68頁は、「被害者が抱く違法な目的までは尊重すべきでなく、そこに錯誤があっても同意を有効とする〔中略〕主張は基本的に支持できる」としながら、ここでいう違法な目的は「著しく違法な」目的に限られるとしている。

の不足それ自体が意思決定の自律性を失わせるのか、あるいは、そうした情報へのアクセスが他者の不当な干渉により阻害された場合に初めて自律性が阻害されたと解すべきなのかが検討されなければならない。

ここでも刑法が保障すべき「自律」概念の捉え方が解決の指針を与えることになる。「理想的な自律」を目指すのであれば、情報の不足それ自体が意思決定の自律性を失わせると理解される。なぜなら、情報の不足により本人の価値体系に反する決定がなされてしまうためである。これに対して、このような「理想的な自律」の追求を断念し、刑法が保障すべき現実の自律の保障を目指す場合には、これと異なる理解に至るであろう。すなわち、情報の不足それ自体は、現実の生活における意思決定で常に付きまとうものであるため、このような状態を一切排除することは刑法が果たすべき現実的な任務といえない。むしろ、刑法が保障すべきなのは、「重要な情報」へのアクセスが他者による不当な阻害により妨げられないという、自律的な意思形成のための「最低限の条件」である。したがって、情報へのアクセスの可能性が十分に保障されているにもかかわらず、本人が自ら情報収集を怠り、あるいは、不注意で情報を誤認したにすぎない場合には、自律性の阻害が認められず、同意を有効と評価すべきなのである。

この点で、同意の有効性を「法益主体の落ち度」によって決すべきであるとの見解が示されていることは注目に値する。近藤和哉は、同意による犯罪阻却の根拠を、「法益主体が、自己に属する利益を介して、社会の他の構成員と交渉をもととすること（逆からいえば、社会の他の構成員が、法益主体に属する利益を介して法益主体と交渉をもととすること）に対して、刑法が基本的に干渉すべきでない」という点に求めたうえで、錯誤に基づく同意の問題も、同意を形成する過程における事実誤認の責任を、個人がどの限度で負うべきであるかという観点から解決すべきであるとする<sup>144</sup>。そして、この責任の線引きは、「事実を誤認したことについて、法益主体に落ち度が認められるか否かという観点から行うのが妥当」<sup>145</sup>であるというのである。法益主体が落ち度で事実を誤認したと評価できる場合には、通常、他者による不当な阻害は存在しないのであろうから、本稿の立場からも、この場合に同意を有効と評価すべきであるとする結論は支持できる。ただし、自律性の評価にとって決定的なのは、あくまでも情報入手に対する不当な阻害が認められるか否かであり、「法益主体の落ち度」が認められることから直ちに同意を有効と評価すべきとまでは言えないように思われる。本人にも事実を誤認した点に不注意が認められるものの、それが他者による欺罔に由来しているという場合には、同意を無効と評価する余地がなお残されているというべきであらう<sup>146</sup>。

<sup>144</sup> 近藤和哉「錯誤に基づく同意について」神奈川法学 40 卷 1 号（2007 年）262 頁。

<sup>145</sup> この「落ち度」が認められるか否かの基準は、「事実だと信じた事柄が事実でないことの予見・認識可能性」に求められている（近藤・前掲注（144）283 頁注 10）。

<sup>146</sup> 例えば、「振り込め詐欺」は、すでに社会問題として一般に認知されており、金融機関等による警告も度々なされていることから、被害者が欺罔を見抜く可能性は十分肯定できるが、そこから直ちに詐欺罪の成立が否定されるとはいえないであろう。これに対して、

以下では、「情報入手の不当な阻害」に着目する立場から、①本人が自ら錯誤に陥った場合と、②他者の欺罔により錯誤に陥った場合に区別して、同意の有効性を検討する。

#### 1 自ら錯誤に陥った場合

ドイツの代表的な学説を概観して明らかだったように、理論構成は論者により相違があるものの、本人が自ら錯誤に陥った場合に関しては、原則的に行為者の処罰が否定され、処罰の可能性が認められるのは例外的な場合に限定されている。このような結論は、本稿の立場からも基本的に支持することができる。「規範的自律」にとって重要なのは、本人による「重要な情報」の入手が他者により不当に妨げられていないかどうかという点であって、本人が実際にそのような情報を入手していたかどうかではない。本人が自ら錯誤に陥った場合には、原則として「他者の不当な阻害」を認定できないため、同意を有効と評価すべきである。

ただし、同意の対象となる「法益侵害結果」の発生自体を正しく認識していない場合には、本人が自ら錯誤に陥った場合でも同意による正当化はできない。なぜなら、この場合には、意思形成の自律性を問う以前に、同意の「存在」が否定されるためである。同意の「表示」が存在する場合には、これに対する受け手の信頼を保護すべき場面は生ずるであろうが、それは、法益処分の自己決定を根拠とする同意論によっては、最早カヴァーされない問題領域であり、例えば故意・過失の否定など<sup>147</sup>、別個の法理による解決が目指されなければならない。

また、本人が自ら「重要な情報」について錯誤に陥った場合でも、情報入手に関する「保障人的地位」が行為者に認められる場合には、当該行為者との関係で例外的に同意は無効と評価される。例えば、医師が十分な説明を怠ったために、手術の副作用に関する「重要な情報」について錯誤に陥った患者が、当該手術の実施に同意したという場合がこれに当たる。この場合には、医師の説明義務の履行が、患者の自律的な意思形成のための不可欠の前提となるため、こうした義務の不履行は、情報入手に対する（不作為による）阻害として評価することが可能である。もちろん、「保障人的地位」を安易に認めることは許されず、当事者間の情報の格差や関係等の事情を踏まえて、その限界を慎重に見定める必要がある。

このような「保障人的地位」が認められる場合でなければ、たとえ、行為者が、本人の錯誤を認識しながら、その同意を利用して法益侵害行為に及んだ場合であっても、同意の有効性は否定されないものと解される。なぜなら、この場合には依然として、本人に情報入手の可能性が残されており、行為者がたまたま本人の錯誤を認識していたとしても、そのことは本人の自律性の保障に対して何ら影響を有するものではないからである。

---

近藤・前掲注（144）266頁は、「詐欺罪の特殊性に由来する取扱い」を理由に、詐欺罪の場合には法益主体の落ち度の有無が犯罪の成否を基本的に左右しないとしているが、詐欺罪だけが特別扱いされる根拠は不明である。

<sup>147</sup> 故意や過失の否定以外の法理としては、例えば、契約による正当化（佐伯仁志「被害者の同意と契約」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第1巻』（成文堂、1998年）385頁以下参照）や正当防衛権の制限などが考えられる。

## 2 欺罔により錯誤に陥った場合

これに対して、「重要な情報」について他者から積極的に欺罔がなされた結果、本人が錯誤に陥ったという場合には、意思形成過程に対する不当な干渉の存在を理由に、同意の有効性を否定的に評価することができる。

ただし、情報入手に対していかなる程度の妨害が行われれば、意思形成の自律性が阻害されたと有意に評価できるかは、処分の対象となる法益の内容・性質や、当事者間の関係を含めた具体的なコンテクストに大きく依存するであろう。さらに、情報の客観的な重要性が高ければ高いほど、例えば簡単に見抜けるような欺罔のように、程度の低い阻害行為であっても、自律性を優位に阻害したと評価し易くなるという「相関関係」を見出す余地も存在するように思われる。いずれにせよ、欺罔が認められれば直ちに同意を無効と評価するのではなく、自律性を阻害する程度の欺罔がなされたか否かを、事案ごとに慎重に見極める必要があるといえよう。

なお、欺罔により「緊急状況」を偽装することは、本人の情報入手の可能性を大幅に妨げる要素として把握することが可能と思われる。なぜなら、緊急状況を誤信した法益主体は、その真偽を確かめるための時間的・心理的余裕を失うため、単に欺罔されるだけの場合と比較すると、より情報へのアクセスが困難な状態に陥ると考えられるからである。学説の多くは、「猛獣事例」等の「緊急状況の錯誤」の事例について、同意の有効性を否定すべきであるとの結論を支持しているが、ここでも、以上のような意味での「情報入手の困難性」の考慮が暗黙裡になされていた可能性があるだろう。意思決定が自由になされたか否かを判断する基準を「緊急避難における法益衡量」に求める林（美）の見解も、このように考えれば十分に理解することができる。本稿の整理によれば、「緊急避難」の要件の中でも、①法益の均衡性は、情報の客観的な重要性を画する基準として、②緊急状況性（の誤信）は、情報入手の困難性を強める事情として<sup>148</sup>、意思形成の自律性と関連付けられることとなる。

### 第4款 具体的事例の解決

以上の理解を、争いのある具体的事例にあてはめると以下ようになる。

#### 1 偽装心中事例

まず、「偽装心中事例」では、法益主体が生命を喪失することを正確に認識し、これを認容していることから、同意の「存在」を認めることができる。問題は、「追死をするかどうか」について欺かれたことが、刑法上保障すべき意思決定の自律性を阻害したと評価できるか否かである<sup>149</sup>。

---

<sup>148</sup> なお、緊急状況性はさらに、同意者を一種のパニック状態に陥れることで、その判断能力に影響を及ぼすということも考えられるであろう（島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002年）295頁参照）。

<sup>149</sup> 鈴木（左）・前掲注（9）110頁以下も、欺きを手段とする殺人罪成立の限界を検討するに当たっては、「法益関係的錯誤に該当するか」といったカテゴリーカルな判断をするのではなく、欺きを含む被告人の行為が被害者の自殺意思形成に与えた影響を具体的に判断する必要があるとする。

本稿が支持する「客観的考察方法」を前提とすれば、この事例では、問題となる情報の客観的な重要性を肯定することができず、当該情報に関する欺罔は自律性を有意に阻害しないものと理解される。

まず、刑法による保障を必要とする「重要な情報」といえるためには、当該情報を誤信することが、問題となる法益の処分を一般人に動機づけうるものでなければならない。すなわち、誤った情報により得られると誤信した利益が、処分する法益の価値を客観的に上回ると判断されなければならないのである。「偽装心中事例」では、誤信されたのが、「恋人と心中する（精神的）利益」であるのに対して、処分の対象となっているのは、生命法益である。客観的に両者を比較した場合、前者が後者の価値を上回るとは到底評価できないため、「恋人が追死をするかどうか」という情報が、生命の処分を一般人に動機づけうる「重要な情報」ということは困難であろう。

また、前述したように、違法な目的の実現のために必要な情報に関しては、原則として刑法的保障が及ばないものと解される。したがって、「偽装心中事例」における、「相手が追死してくれるかどうか」という情報も、「心中の実現」が法に反していると評価される限り、刑法的保障が必要な「重要な情報」の範囲からは除かれると考えなければならない<sup>150</sup>。

以上のように、「追死をするかどうか」という情報は、法益主体の意思決定に影響を与える情報ではあるが、刑法的保障を要求するだけの客観的な重要性を備えていると評価できないため、当該情報に関する欺罔は「規範的自律」性に影響を及ぼさないものと解される。したがって、同意の有効性が肯定され、殺人罪の成立は認められないことになる。

これに対して、殺人罪の成立を認めた判例の正当化を試みるとすれば、被害者の精神状態に着目する方向が考えられるだろう。すなわち、心中を目前にして被害者が精神的に追い詰められていたために、冷静な判断能力を欠いていたという理解である。仮にこのような認定が可能であれば、上記のような欺罔でも、被害者の意思形成を阻害するのに十分であると評価する余地もあろう。もっとも、最高裁の事案では、心中を持ちかけたのが被害者側であるため、行為者が被害者を精神的に追い詰めたと評価することは困難であるように思われる。

なお、本稿のような理解を前提とする限り、生命処分に際して客観的に「重要な情報」が認められる範囲は非常に限定的なものとなるであろう。生命法益の価値を超えると客観的に認められる利益というものがほとんど考えられないためである。その意味では、「法益処分の自由」が一般的に法益の構成要素に含まれるとしつつ、生命法益については、「一定の目的のために生命を処分することが事実上あったとしても、そうした処分の自由は刑法上保護の対象とされるべきではない」<sup>151</sup>として、生命処分に際しての動機の錯誤は、同意の有効性に影響を与えないとする主張が存在することも理解はできる。しかし、例外的ではある

---

<sup>150</sup> 森永・前掲注（136）148頁も、「他者に対して自殺を要求すること自体、違法である以上、追死の約束を守らせたり、真実を告知することについて、これらを規範的に保護する理由は何ら存在しないことから、追死の意思を装うことは、刑法的に重要な錯誤に向けられた欺罔とはいえない」とする。

<sup>151</sup> 山口・前掲注（22）17頁。

が、一定の目的のために生命を処分することの要保護性が肯定される場合はありうるように思われる。例えば、地震で壊れた建物の瓦礫の下に母親とその息子が閉じ込められている状況で、母親が息子の生命を救うために自身を犠牲にする場合が考えられる。この場合に、本当は2人とも助けられるのに、「息子を助けるためには、自分が犠牲になるしかない」と母親を欺いて、母親に瓦礫の下敷きになることを同意させた場合には、要保護性のある生命処分の自由が侵害されたことを根拠に、同意を無効と評価する余地が十分にある<sup>152</sup>。生命処分に際して、情報入手の阻害が規範的自律を阻害したと評価できる場合は限定されるが、それは自律性の評価において「客観的考察方法」を採用することの帰結にすぎないのであり、生命処分の自由の要保護性を全面的に否定する必要はないものと思われる。

## 2 角膜事例

母親に、息子を失明から救うためには角膜が必要であると偽って角膜を提供させたうえで、移植することなく廃棄したという角膜事例では、角膜の摘出に対する同意の「存在」を肯定することはできるが、同意の「有効性」は否定されるものと解される。

角膜事例では、「息子を失明から救うためには角膜が必要であるか」という情報が、客観的に重要な情報と評価できるかが問われる。少なくとも、密接な関係にある親族にとって、親族を失明から救うことは重要な価値があると考えられ、そのために自己の角膜の移植を動機づけられることも了解可能であると思われる。したがって、偽装心中事例とは異なり、ここでの情報は、母親が角膜の摘出に同意するかどうかを合理的に判断するために必要な「重要な情報」であると客観的に評価することが許されるであろう。そのような「重要な情報」へのアクセスが、行為者の欺罔により妨害されているため、自律性が有意に阻害されていると考えることができる。したがって、角膜事例では母親の同意が無効と評価され、行為者には傷害罪が成立する。

なお、利他的目的の錯誤に際して情報の客観的な重要性が認められる場合を、法益主体が当該他者との間で親族等の密接な関係にある場合に限定すべきかどうかは検討すべき問題であろう。例えば、息子ではない、赤の他人を失明から救うために角膜移植が必要であると偽られ、自身の角膜の摘出に同意したという場合にも、自律性に対する有意な阻害を認めることができるかが問われる。上述のような、一般人にとっての動機づけの可能性のみを問題とする場合には、赤の他人の視力回復のために、自身の角膜の処分が一般に動機づけられるとはいえないであろうから、情報の客観的重要性は否定的に解されることになる。もっとも、社会システムの維持との関連性という観点から、法益保全のために確立されたシステムに資する目的を害する場合に刑法的重要性を認めるべきであるとする考え方からは、この場合にも、情報の客観的重要性を認める余地が生ずることになる<sup>153</sup>。

なお、法益関係的錯誤説を支持する論者からは、角膜事例について、「脅迫状況との価値

---

<sup>152</sup> 森永・前掲注（136）147頁参照。

<sup>153</sup> 森永・前掲注（136）144頁参照。

的同一性」を根拠に同意が無効になるとの説明がなされている<sup>154</sup>。しかし、これが脅迫の場合と同様に、法益主体に「心理的な圧迫」が生じていることを根拠として、同意を無効と評価する趣旨であるとするれば不適切であると思われる。なぜなら、そのような「心理的な圧迫」自体は、現実に角膜の移植が必要な場合にも同様に生ずるものであるが、そのような場合にも同意を無効と評価すべきであるとは考えられないためである。むしろ、この場合の母親の意思決定は、息子を失明から救うための合理的な選択として、尊重されなければならないであろう。このように考えれば、角膜事例において自律性の阻害を認める場合に決定的なのは、やはり情報の入手を阻害されたという点であると言わざるを得ないように思われる。

確かに、「規範的自律」に対する不当な干渉があるという意味で、脅迫状況と価値的に同一性があるというのはその通りであろう<sup>155</sup>。しかし、「脅迫と同視できるか」という直観的な基準が、事例を解決するために有用であるとはいえない。ここでは、情報入手の不当な阻害の有無が問題の本質であることを正面から認めただうえで、問題となる情報が刑法上保障すべき「重要な情報」といえるか否かという点を検討すべきなのである。

### 3 猛獣事例

飼っている猛獣が檻から逃げて人を襲おうとしているという虚偽の電話を飼主にかけて、その同意を得て猛獣を射殺したという猛獣事例についても、角膜事例と同様に、同意の有効性が否定されるものと解される。

「猛獣が檻から逃げたことで周囲の人間に危険が及んでいるか」という情報は、猛獣の射殺を認める意思決定を動機づける「重要な情報」であると客観的にも認めることが可能である。そのような「重要な情報」について行為者の欺罔により錯誤に陥っているため、自律性の阻害を認めることができる。特に、この事例では、早急に対処しなければ周囲の人間が襲われてしまうという「緊急状況性」が偽装されているため、正確な情報を入手するための時間的・心理的余裕も奪われているといえる。このような事情も、意思決定の自律性を阻害する事情として考慮することが許されるであろう。

### 第5款 小 括

「錯誤に基づく同意」の問題は、「法益侵害結果」の発生自体について錯誤が認められる場合と、同意の判断に必要な情報について錯誤が認められる場合とに区別して検討する必要がある。前者の錯誤は、同意の「存在」を否定する事情であり、これが認められる場合には、錯誤の原因を問わず、同意による正当化は断念されなければならない。この場合の、同意の表示に対する受け手の信頼の保護は、別個の法理によって図られる必要がある。これに対して、後者の錯誤は、同意の「有効性」に関わる問題であり、自律性の阻害という観点からその意義が検討されなければならない。

<sup>154</sup> 例えば、佐伯・前掲注（4）220頁。

<sup>155</sup> なお、杉本・前掲注（132）137頁は、「脅迫」と「欺罔」を同じく同意行為の被害者への責任帰属を否定する事情と位置付けたうえで、両者は「『二者択一の場面において心理的強制が働く場合』という性格づけの下に一本化される」としている。

「理想的な自律」を断念し、刑法的保障が現実に要求される「規範的自律」に照準を合わせる本稿の立場によれば、本人の意思決定に必要なあらゆる情報について保障を認めることはできない。刑法が保障する情報は、本人にとって主観的に重要な情報であるだけでなく、客観的にも重要と評価されるものでなければならない。また、刑法は自律的な意思形成のための「最低限の条件」のみを保障するものであり、合理的な意思決定それ自体を約束するものではない。自律性の評価にとって重要となるのは、情報の不足それ自体ではなく、そのような情報の不足が他者の不当な干渉により惹起されたと評価できるか否かである。具体的には、積極的な欺罔や、保障人による情報提供義務の懈怠により情報入手が不当に妨げられたと評価できる場合に限り、自律性の有意な阻害を認めることができる。反対に、情報の不足がこれらの原因に基づかない場合には、自律的な意思形成のための「最低限の条件」は保障されており、そこで形成された意思は有効なものと評価されなければならない。この場合には、法益侵害結果を違法と評価することが許されず、刑法的介入の可能性は排除されることになるのである。

以上のように、同意の「存在」に関わる錯誤と「有効性」に関わる錯誤は性質が異なるものであるから、両者は明確に区別される必要がある。法益関係的錯誤説は、前者の錯誤のみを重視し後者の錯誤が意思形成の自律性に与える影響を無視している点で、あるいは、前者の錯誤と後者の錯誤を混同し、「法益関係的錯誤」という単一の概念に取り込もうとする点で支持することができない。

また、法益関係的錯誤説による解決では、錯誤の内容のみが問題となり、その発生原因に関心が払われない点も問題である。例えば、高価な壺を安価な壺であると偽って、所有者に壺を処分させたという場合に、法益関係的錯誤説の論者は、「交付客体に関する価値の錯誤」も法益関係的錯誤に含められるとして、この場合の同意を無効であると評価する<sup>156</sup>。このような理解を徹底すれば、所有者が壺の価額を勝手に安価であると誤解していた場合や、所有者が「プロの壺売り」であり、自ら壺の価額を調査することが期待されていた場合にも、結果的に価額が誤解されている以上は法益関係的錯誤が認められ、同意が無効（不存在）と評価されることになろう。

しかし、これらの場合のように、他者による情報入手の不当な阻害が認められない場合には、壺を安価で処分するという意思も、自律的な意思形成の結果として有効と評価すべきであるように思われる<sup>157</sup>。法益関係的錯誤説の論者も、これらの場合には、同意の有効性の問題とは別に、「欺罔行為」が認められないとして結論的には詐欺罪の成立を否定するであろうが、そもそも同意の有効性の問題と、「欺罔行為」の存否の問題を切り離すことの当否がここでは問われなければならない。むしろ、意思決定の自律性を阻害するような情報入手へ

<sup>156</sup> 松原・前掲注（4）138頁、山中・前掲注（5）311頁。

<sup>157</sup> なお、このような場合には行為者に「真実を告知する義務」ないし「錯誤を利用してはならない地位」が認められないため、侵害結果との間の「規範的な意味での関連性」、すなわち「客観的帰属連関」が否定されるとするのは、森永・前掲注（136）154頁以下。

の不当な干渉こそが、「欺罔行為」の内実には他ならないのであるから、両者は連動すると考えるべきである。すなわち、「欺罔行為」が認められない以上、所有者の交付意思は自律的な意思形成の結果として有効と評価されなければならない。そして、有効な同意に基づく以上、壺の交付移転は「適法」と評価され、刑法的介入の可能性が排除されるのである。

### 第3節 心理的強制の不存在

他者による心理的強制 (komplüssiver Zwang) が存在する場合にも、自律的な決定が阻害されたものと評価できるだろう。「脅迫」により法益処分を意思を抱かされる場合が典型的である。ここでいう「脅迫」には、「暴行による脅迫」ないし「脅迫的要素を備えた暴行」も当然に含まれる。すなわち、暴行を加えることで、「さらなる暴行が加えられるかもしれない」と相手を畏怖させる場合にも心理的強制は生じると考えられる。

ただし、同じく「強制に基づく同意」と呼ばれる場合でも、「物理的強制 (絶対的強制)」は、ここでいう「心理的強制」と区別する必要がある。例えば、被害者が失神させられて財物を奪われる場合のように、財物の占有移転という事態の推移が被害者の否応なしに進展しており、事態の推移を左右する行動が端的に不可能である場合には、その間の事態の推移は「物理的強制」でしかない。このような場合に、法益主体は、そもそも発生する結果について認容という心理状態を形成していないため、同意は有効性を問う以前に「不存在」となるのである。

これに対して、「心理的強制」とは、結果発生に対する認容という心理状態は存在するものの、その意思形成段階において、脅迫等の不当な干渉により本人の利益状況が人為的に支配されており、法益処分の意思決定をせざるを得ない心理状態に追い込まれている場合を指す。ここでは、本節で問題となる「心理的強制」が、同意の「有効性」と関連する問題であることが確認される必要がある。

#### 第1款 強制の程度

問題となるのは、どの程度の心理的強制があれば、本人の意思決定の自律性が阻害されたと評価できるかである。ここで重要となるのは、情報入手の阻害の場合と同様、刑法が現実には保障すべき「規範的自律」の観点である。この基本的な観点からは、現実の社会生活において受忍すべき程度の心理的強制は、意思形成の自律性を阻害しないものと解すべきである<sup>158</sup>。

これに対して、「理想的な自律」に照準を合わせるならば、その程度の強制も自律性を阻害するものとして排除されなければならないことになる。しかし、ここでも刑法の保障する自由が、全能者 (Allmächtige) との比較において常に制限された「相対的な自由」であることが想起されるべきである。現実の意思決定に際して、外部からの心理的な圧力は、情報不足と同様、日常的に存在するものである<sup>159</sup>。これを現実の生活から一切排除すること

<sup>158</sup> Rönnaу, a.a.O. (Anm. 81), Vor § 32 Rn. 207.

<sup>159</sup> Rönnaу, a.a.O. (Anm. 106), S. 228.

は、刑法の現実的な課題となり得ないであろう。

自律性を阻害する強制の程度をめぐっては、さらに「法益主体の属性」がいかなる意義を持ちうるかという点も検討されなければならない。例えば、一般人であれば恐怖心を抱くに足りない程度の脅迫であったが、法益主体が特に臆病な性格であったため、これに畏怖して法益処分に同意したという場合が考えられる。

自律性の阻害の有無を客観的に判断すべきであるとする「客観的考察方法」からは、この問題をいかに解決すべきであろうか。あり得る理解の1つは、「客観的考察方法」を採用する以上、法益主体の主観的事情を考慮から除外するというものである<sup>160</sup>。

しかし、このような理解は、被害者の臆病さを考慮しない限りで、当該の被害者に対する保護を切り下げるものであり妥当ではないと思われる<sup>161</sup>。「客観的考察方法」は、法益主体の個人的な事情だけを根拠に自律性侵害の有無を検討することを否定するものであるが、主観的な事情の考慮をおよそ拒絶するものではない。むしろ、特別な保護を要するものとして一般化可能な法益主体の属性については、これを類型化したうえで特に考慮することも許されるであろう<sup>162</sup>。「客観的考察方法」が拒絶するのは、そのような一般化のできない個人の価値基準や属性に対して、根拠もなく「特権的な保護」を認めることである。

このような理解によれば、年少者であることや臆病な性格などの一般化可能な属性については特別に手厚い保護を認め、自律性を阻害する強制の程度もより低いもので足りると解する余地があるように思われる。もっとも、法益主体の全ての個人的事情を考慮すれば、結局は「主観的考察方法」、さらには「理想的な自律」概念に回帰してしまう。「特別な保護を要するものとして一般化可能な属性」の範囲についてはさらなる慎重な検討が必要であろう。

## 第2款 「提案」との区別

以上のように、心理的強制は、脅迫等の不当な干渉により本人の利益状況を人為的に支配した場合に認められるものであるが、これと本人に法益処分の機会を与える「提案」とは区別される必要がある。例えば、息子を失明から救うために現実に角膜の移植が必要であると

<sup>160</sup> 強盗罪に関して、暴行・脅迫の実行行為性を客観的に判断すべきとする立場から、被害者の主観的な事情を考慮から除外すべきであると主張するのは、西田典之『刑法各論〔第6版〕』（弘文堂、2012年）169頁、曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（弘文堂、2012年）129頁など。

<sup>161</sup> 山口厚『問題探究 刑法各論』（有斐閣、1999年）129頁参照。ただし、強盗罪については、本罪に固有の暴行・脅迫の内容を「人身（生命身体）に対する危険」に求める立場から（嶋矢貴之「強盗罪と恐喝罪の区別」高山佳奈子＝島田聡一郎編『山口厚先生献呈論文集』（成文堂、2014年）334頁以下参照）、客観的に軽微な暴行・脅迫には本罪の実行行為性が認められないと解する余地がなお存在する点に注意を要する。

<sup>162</sup> 内山良雄「法益主体（行為客体）側の事情による実行行為の相対化」『川端博先生古稀記念論文集〔下巻〕』（成文堂、2014年）179頁も、社会一般に想定可能な「相手が臆病な人であるかもしれない」というリスクが現実のものとなった場合においては、法益主体（行為客体）の性格を、「法益主体（行為客体）類型を基礎づける要素」に組み入れて考慮することも、排除されるべきではないとする。

いう場合に、医師が母親に角膜の提供を「提案」し、その同意を得て角膜を摘出した場合が考えられる。

このような場合にも、「息子を失明から救うために角膜の移植に同意せざるを得ない」という意味での「心理的な圧迫」の存在は認めることができる。しかし、自律性の評価にとって重要なのは、そのような「心理的な圧迫」の存在自体ではなく、それが他者の不当な影響力の行使により生じているか否かである。したがって、「法益を犠牲にせざるを得ない」というジレンマが人為的に作出された場合にのみ自律性の阻害を認めるべきである。これに対して、このジレンマが自然的な状況から生じている場合には、そのようなジレンマの解消の責任は、本人が自ら負わなければならない<sup>163</sup>。そうしたジレンマ状況は、本人にもともと運命づけられたものであり、法益処分意思決定は、このような状況からの打開策となりうるのである。したがって、医師からの「提案」に対してなされた母親の角膜摘出への同意は、自身の息子を失明から救うための合理的な選択として、刑法上も尊重されなければならない。

これに対して、法益の処分に同意せざるを得ない緊急状況が現実中存在する場合、「ある種のパニック状態に陥り、冷静に害を衡量できない被害者の意思」に正当化効力を与えるのは疑問であるとの見解も主張されている<sup>164</sup>。この見解によれば、母親の中で、子供が失明せずに済むことによって得られる自己満足の利益が、眼球を保持する利益を上回っていることを根拠に、この事例では緊急避難による正当化の余地が認められる、とされる<sup>165</sup>。確かに、そのようなパニック状態により、母親が合理的な判断能力を喪失している場合には、自律的な意思形成が困難であるとして同意の有効性を否定する余地があろう<sup>166</sup>。しかし、その程度に至らず必要な判断能力が残されているのであれば、母親が緊急状況を打開するために行った自己決定の効力を否定すべき根拠は存在しないように思われる<sup>167</sup>。心理的な圧迫が存在すること自体を根拠に広く同意の正当化効力を否定することは、自らが陥ったジレンマ状況から脱出するチャンスを本人が掴むかどうかの自由をむしろ制限することに繋が

---

<sup>163</sup> Rönna, a.a.O. (Anm. 81), Vor § 32 Rn. 208. 吉田・前掲注(1) 242頁も、人に由来しない「純然たる物的強制」は承諾の有効性に影響を与えないとする。

<sup>164</sup> 小林・前掲注(5) 243頁。

<sup>165</sup> 小林・前掲注(5) 242頁。これに対して、愛犬を失明から救うため、やむを得ず自分の眼球を移植することに同意したという場合には、害の均衡を失っており緊急避難による正当化も認められないため、そのような同意に基づいて眼球を移植した(獣)医師はせいぜい過剰非難により刑の免除がされうるにすぎない、とされる(同 243頁以下)。

<sup>166</sup> 小林・前掲注(5) 243頁は、長時間にわたり残酷なリンチを受けた者が、さらに続くであろうリンチから逃れるため、犯人が場を外している間に、「殺してくれ」と通行人に懇願したため、歩いて3分の所にある交番にいる警察に連絡せずに、射殺したという事例も挙げているが、このような場合には、まさに判断能力の欠如を理由として、同意を無効とすることが可能であるように思われる。

<sup>167</sup> 山口・前掲注(13) 329頁以下も、緊急状況が現実に対応している場合には、緊急状態により制約された法益主体の自由がまさに行使されたと見ることができるとし、同意の有効性を認めるべきであるとする。さらに、曲田・前掲注(132) 37頁も参照。

らないかが、慎重に検討されなければならない。

#### 第4節 議論の整理

意思形成過程の自律性を阻害する具体的な事情としては、①合理的な判断能力の減弱・欠如、②重要な情報の入手の阻害、③心理的強制の存在が挙げられる。これらの事情により自律性が有意に阻害されたと評価される場合、そのような状況下で形成された同意は無効となる。そして、自律性の評価にとって本質的なのは、情報の不足や心理的圧迫それ自体ではなく、そのような状態が他者の不当な干渉により惹起されたという点である。刑法が保障するのは、そのような不当な干渉により自律的な意思形成が妨げられないという「最低限の条件」なのである。

また、上記の事情は「規範的自律」を阻害する要因として共通の性格を有することから、これらの「合算」により、自律性を有意に阻害する程度に達するという場合も考えられる。例えば、福岡高裁宮崎支判平成元年3月24日（高刑集42巻2号103頁）は、独り暮らしの被害者の女性（当時66歳）から欺罔の手段で多額の借金をした被告人が、その発覚を免れるため、同女の貸付けは出資法に違反しており、警察が取調べに来て刑務所に入ることになると虚偽の事実を述べることで、不安と恐怖におののく同女を、警察の追及から逃すためという口実で連れ出して、17日間にわたり、諸所を連れ回り、体力も気力も弱った同女に、もはやどこにも逃げ隠れする場所がないという状況にあるとの錯誤に陥せたと、自殺する以外に取るべき道はないという旨執拗に慫慂して同女を心理的に追いつめ、自ら農薬を嚙下させて死亡させたという事案で、被害者の「自殺は真意に沿わない重大な瑕疵のある意思であるというべきであって、それが同女の自由な意思に基づくものとはいえない」として、被告人に殺人罪の成立を認めている。

この事案では、まず被害者が自身の客観的状況について正しい情報を有していなかった点が、自律的な意思形成に与える影響が問題となろう。もっとも、本稿が支持する「客観的考察方法」によれば、「警察が取り調べに来て刑務所に入ることになる」ことが、生命の処分を一般に動機づけようとは評価できず、情報の客観的重要性は否定されるであろう。しかし、本件において、被害者の判断能力の減弱も認められる点を看過すべきではない。すなわち、被害者は、被告人により連れ回された結果、体力も気力も弱った状態に置かれていたのであり、判断能力を喪失していたとまではいえないが、少なくとも相当に減弱していたことが認められる。このような判断能力の減少と情報入手の阻害とを「トータル」に評価することで、意思決定の自律性が有意に阻害されていると認める余地があるように思われる。

以上のように、最終的には「トータル」な評価により自律性の阻害の有無が判断されることになるが、その認定に際しては、いかなる事情がどのような理由で意思決定の自律性に影響を与えるのかという点を明確に特定すべきである。そのためには、「自由な意思に基づくか」という直観的な基準に頼るのではなく、自律的な意思形成に必要な具体的な条件に照らした判断が求められるといえよう。

もつとも、自律性の阻害の有無の認定に際しては、客観的に「重要な情報」の範囲や、自律性を阻害する強制の程度といった、明確な線引きが困難な問題が常に付きまとうことが否定できない。このことは、例えば詐欺罪における欺罔対象の「重要事項性」をめぐる、現在でも議論が錯綜していることを見れば明らかであろう。そこで、このような判断の困難性を回避するために、自律性を阻害すると評価可能な具体的条件を予め構成要件に明示するという立法的な解決も視野に入るであろう。今回の性犯罪規定の改正では、18歳未満の児童を現に監護する者が、その影響力に乗じて児童にわいせつ行為や性交等をした場合に、強制わいせつ・強制性交等と同様に処罰する「監護者わいせつ罪」と「監護者性交等罪」が新設された。このような規定は、児童の性的な自律を阻害すると評価できる条件を具体的に明示したものと評価することが可能であろう。もちろん、こうした規定を立法する段階に限らず、これを解釈・運用する段階においても、刑法が保障すべき「規範的自律」の基本的な意義に立ち返った検討が常に要請されることは当然である。

## 第2部 各論的検討

第1部では、法益主体の同意に基づく犯罪阻却の要件を検討するための基本的視座を明らかにした。この基本的視座は原則としてあらゆる個人的法益に妥当するものである。もっとも、以上で示した基準が実際の事例にどのように適用されるかは、犯罪類型や個別の問題状況ごとに具体化される必要がある。また、法益の種類や性質によっては、基準を修正することも考えなければならない。自律的な意思形成のための具体的な条件の考察に際して、「法益関係的」な検討は不可欠である。

そこで、第2部では、第1部で得られた知見をもとに、法益主体の自律性が各犯罪類型の解釈論にどのように反映されるべきかという各論的問題の検討を行う。

### 第5章 刑法における性的自律の保護

#### 第1節 問題の所在

2017年に現行刑法の性犯罪関連規定が大幅に改正されたことで<sup>1</sup>、現在、我が国では、性犯罪をめぐる議論が活発になされている。とりわけ、従来から「性的自由に対する罪」に分類されてきた性犯罪の保護法益について、性的自由とは異なった「真の法益」を明らかにしようとする、新たな法益構想が提唱されている点は注目に値する。保護法益の内実を明らかにすることは、合理的な処罰範囲を決定するうえで必要不可欠であり、適切な解釈論・立法論を構築するための前提となる。その意味で、性犯罪の法益について再検討を迫る近時の議論には、無視できない重要性がある。

そこで、以下ではまず、従来の法益理解に対する批判や新たな法益構想の主張について検討を通じて、性犯罪を「性的自由に対する罪」として理解する場合の課題を明らかにする。そのうえで、我が国と同様、性刑法の大きな改正が行われたドイツにおいて、「性的自己決定」概念の分析を試みた Hörnle の見解を紹介・検討し、我が国の議論にとっての示唆を得る。これらの検討を踏まえて、最後に、性犯罪規定の解釈における具体的な問題について、我が国の学説や判例を中心に検討を加える。

---

<sup>1</sup> 性犯罪規定の改正に関する検討として、「『性犯罪に対処するための刑法の一部改正に関する諮問』に対する刑事法研究者の意見」季刊刑事弁護 86号（2016年）131頁以下、本庄武「性犯罪規定の見直し」法律時報 88巻5号（2016年）98頁以下、島岡まな「性犯罪の保護法益及び刑法改正骨子への批判的考察」慶應法学 37号（2017年）19頁以下、田中亜紀子「性犯罪規定改正に向けての一考察」三重大学法経論叢 34巻2号（2017年）11頁以下、特集「性犯罪規定の改正」犯罪と刑罰 26号（2017年）1頁以下、樋口亮介「性犯罪規定の改正」法律時報 89巻11号（2017年）112頁以下等参照。

## 第2節 性犯罪の保護法益

性犯罪の保護法益については、これを性的自由あるいは性的自己決定権と捉えるのが通説である<sup>2</sup>。判例においても、最判昭和24年8月18日裁判集刑事13号307頁は、「強盗強姦罪は強盗たる身分を有するものが、強姦をする犯罪であり、個人の専属的法益（婦女の性的自由）を侵害する罪である」と判示しており、下級審裁判例では、量刑理由などにおいて性的自由の侵害に言及されることが一般的となっている<sup>3</sup>。

しかし、通説・判例の法益理解に対しては異論も存在している。以下では、そのような異論を検討することを通じて、性犯罪を「性的自由に対する罪」として理解する場合の課題を明らかにすることを試みる。

### 第1款 暴力犯罪としての構成

性犯罪を、性的自由や自己決定に対する罪として捉えることに対して批判的な立場から、これを「暴力犯罪」として再構成すべきであると主張するのが木村光江である。木村によれば、長年支持されてきた性的「自由」に対する罪であるとする理解は、一見女性を重視・尊重した進歩的な解釈のように見えて、その思想史的基盤は薄弱である<sup>4</sup>。また、実際上も、性的自由を強調することは、「自由が害されているか否か」の微妙な部分を、利益原則に従って被疑者・被告人に有利に解釈する方向へと導き、性犯罪の処罰範囲を限定する機能を果たす<sup>5</sup>。特に、同意を徹底して重視することは、「抵抗しない限り同意が認められ、犯罪が成立しない」という方向に傾斜する危険があるというのである<sup>6</sup>。

そこで、木村は、性犯罪を「性的暴行罪」として理解することにより、この問題を回避しようとする。すなわち、性犯罪の侵害の実態は、抽象的な意思決定の侵害ではなく、「拒否する自由を奪われた状態での性的侵害」と捉えるべきであって、姦淫や強制わいせつ行為という性的侵害行為そのものが処罰対象である。そして、同意の有無については、性的侵害行為がなされた以上、原則として明示的な同意が認められる場合や、客観的状況から同意があると認めることが合理的である場合を除き、同意はなかったものと解されるべきである、と

---

<sup>2</sup> 大谷實『刑法講義各論〔新版第4版補訂版〕』（成文堂、2015年）111頁以下、大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（有斐閣、2005年）97頁以下、高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』（成文堂、2014年）122頁、西田典之『刑法各論〔第6版〕』（弘文堂、2012年）88頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）105頁。こうした理解はすでに戦前から一般的であり、その淵源は明治時代における旧刑法下の学説に求められる（成瀬幸典『性的自由に対する罪』に関する基礎的考察 齊藤豊治＝青井秀夫編『セクシュアリティと法』（東北大学出版会、2006年）256頁）。

<sup>3</sup> 近年の例として、甲府地判平成27年5月29日LEX/DB 25540712（強盗強姦罪）、仙台地判平成26年8月15日LEX/DB 25506190（強制わいせつ罪）、甲府地判平成26年5月27日LEX/DB 25504086（準強姦未遂罪、準強制わいせつ罪）など。

<sup>4</sup> 木村光江「強姦罪の理解の変化—性的自由に対する罪とすることの問題性—」曹時55巻9号（2003年）15頁。

<sup>5</sup> 木村・前掲注（4）9頁。

<sup>6</sup> 木村・前掲注（4）10頁

される<sup>7</sup>。

しかし、性犯罪を個人的法益に対する罪として把握し、法益主体の同意が犯罪の成立を否定する効果を持つという前提に立つ以上、同意の有無が争われれば、刑事法の大原則に従って被疑者・被告人に有利に解釈をする必要があることは否定できない。そのことは、性犯罪を「暴力犯罪」と構成するか否かとは無関係であろう<sup>8</sup>。「抵抗しない限り同意が認められ、犯罪が成立しない」という発想が不合理であるとしても、それは、性的自由ないし性的自己決定権という法益の捉え方の問題としてではなく、同意に関する適切な事実認定のあり方の問題として解決されるべきである<sup>9</sup>。

木村が指摘するように、性犯罪に暴行・脅迫を用いた性的侵害という「暴力犯罪」の側面があることは確かであろう。しかし、この暴力犯罪としての側面と、性的自由ないし性的自己決定を侵害するという側面とは両立しうる。性犯罪に関する適切な解釈論を構築するためには、片方の側面だけを過度に重視するのではなく、いずれの側面にも必要な注意を払う必要があるように思われる<sup>10</sup>。

以上のように、従来の法益理解を批判するための根拠として、「暴力犯罪」としての側面を持ち出すことには疑問があるが、木村の次の指摘は注目に値する。すなわち、被害者の多くが「殺されるかもしれない」とまでの恐怖感を持つ状況下で、被害者が表面的に性的侵害行為を「同意」したように受け取られる側面があったとしても、それはいわば緊急状態での防衛反応の一種であり、これを「被害者の同意」とみなすことはできない。そもそも主体性を持った「自己決定権」の行使は、そのような緊急状況下でなしうるものではない、とされる<sup>11</sup>。確かに、性的自由ないし性的自己決定を表面的・形式的に捉えるだけでは、こうした現実の人間の弱さを等閑視してしまうであろう。性犯罪の侵害の実態を適切に把握するためにも、こうした現実を考慮に入れて、意思決定に至るまでの過程や状況に正面から光を当てて必要がある。

## 第2款 新たな法益構想

近時においては、性犯罪の保護法益を、性的人格権や性的尊厳として理解する「新たな法

---

<sup>7</sup> 木村光江「性的自由に対する罪の再検討」渥美東洋先生古稀記念『犯罪の多角的検討』（有斐閣、2006年）83頁。

<sup>8</sup> なお、1970年代を中心とするアメリカ合衆国の性犯罪改革では、不同意を強姦罪の成立要件とすることが犯罪立証を困難にしているとの問題意識から、強姦罪を「暴力犯罪」として再定義することが行われたが、被害者の同意は「抗弁（defense）」としての意義を持ち続けたため、実質的な改革をもたらさなかったと評価されている（辻脇葉子「性的自律権からの『強姦罪』の再構成—アメリカ合衆国における被害者保護と強姦罪の成立要件—」明治大学短期大学紀要 72号（2002年）12頁以下参照）。

<sup>9</sup> 裁判所が用いる経験則の問題を指摘するものとして、井上摩耶子「裁判所の『経験則』は正しいか？—誤判を防ぐために」大阪弁護士会人権擁護委員会性暴力被害検討プロジェクトチーム編『性暴力と刑事司法』（信山社、2014年）119頁以下等を参照。

<sup>10</sup> 斉藤豊治「性刑法の改革と課題」犯罪と刑罰 26号（2016年）76頁参照。

<sup>11</sup> 木村・前掲注（7）84頁。

益構想」も提唱されている。例えば、齊藤豊治は、性的自由という保護法益の内実は必ずしも明らかでないとし、性犯罪を「性それ自体、さらにはその基底にある性的人格権に対する攻撃」として特徴づけている<sup>12</sup>。また、辰井聡子は、「自由」の背後に隠された真の保護法益を明らかにするというアプローチから、強制わいせつ・強姦罪に固有の保護法益は、性的尊厳、性的人格権と表現するのが適切であるとの結論を導いている<sup>13</sup>。和田俊憲も、強姦罪を単に意思侵害と身体侵害を加算したものと考えることは不十分であるとし、「強姦罪は、人格的領域を交錯させることにより女性の人格的統合性を害する罪として理解するのが妥当」との主張を示している<sup>14</sup>。

さらに、今回の改正に先立ち、法務大臣の指示により平成 26 年 10 月に設置された、「性犯罪の罰則に関する検討会」の「取りまとめ報告書（平成 27 年 8 月 6 日）」においても、「委員の間で、強姦罪等の性犯罪が被害者の人格や尊厳を著しく侵害するという実態を持つ犯罪であるという認識がおおむね共有され、各論点の検討においても、そうした認識を前提として、議論が行われた」ことが明記されている（同報告書 2 頁）。例えば、強姦罪の法定刑の下限を引き上げるべきであることの根拠として、強姦罪の保護法益が「性的自由に限定されるものではなく、それを超えて、人間としての尊厳そのものに対する侵害である」ことを持ち出す意見等が示されている（同報告書 30 頁）。

この「新たな法益構想」は、性犯罪がもたらす深刻な被害実態を認識するうえで大きな重要性を有している。和田は、こうしたアプローチについて、「法益を意思や身体といった小さな要素に分解しすぎた諸見解を、改めて人格的統合性のもとで統合するもの」<sup>15</sup>としており、従来の見解には反省が迫られているものといえよう。

もっとも、「性的尊厳」というような概念は、過度に抽象的で曖昧であり、そこから具体的な立法論ないし解釈論的な帰結を導くことには慎重さが求められる<sup>16</sup>。例えば、性犯罪の保護法益を「性的尊厳」と解したからといって、同意の有無が争われれば、被疑者・被告人に有利に解釈をする必要があるという刑事法の原則が変更されることにはならない<sup>17</sup>。また、

---

<sup>12</sup> 齊藤豊治「性暴力犯罪の保護法益」齊藤豊治＝青井秀夫編『セクシュアリティと法』（東北大学出版会、2006 年）235 頁。

<sup>13</sup> 辰井聡子『『自由に対する罪』の保護法益—人格に対する罪としての再構成』町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開 上巻』（信山社、2014 年）425 頁。さらに、刑法学において「尊厳」の概念が果たす役割について、同「刑法における人の『尊厳』」法学セミナー748 号（2017 年）24 頁以下を参照。

<sup>14</sup> 和田俊憲「鉄道における強姦罪と公然性」慶應法学 31 号（2015 年）264 頁

<sup>15</sup> 和田・前掲注（14）263 頁。

<sup>16</sup> 井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修 806 号（2015 年）7 頁、島岡・前掲注（1）23 頁。

<sup>17</sup> これに対して、辰井・前掲注（13）426 頁は、性犯罪の法益を「性的尊厳」と理解することの解釈・運用上の帰結として、客観的な状況から合意に基づかない行為であると認められる場合には、例外的に同意の存在が認定できる場合を除いて犯罪の成立を肯定することが可能であり、行為当時に被害者がいかなる心理状態であったか等に関心を寄せる必要はないとする。しかし、同意の有無が争点化されれば、行為当時に被害者がいかなる心理

ある犯罪が人間の尊厳を侵害するからといって直ちに当該犯罪の法定刑の重さが基礎づけられるわけではない<sup>18</sup>。例えば、他者の人格的価値を否認するような侮辱行為は人間の尊厳を侵害する行為ともいえるが、侮辱罪（231条）は刑法典の中で最も法定刑が低い（拘留または科料）犯罪である。

後述するように、「新たな法益構想」を提示する学説からは、この法益概念を手がかりに、強姦罪の処罰範囲を限定する具体的な解釈も示されているが、その当否についても慎重な検討を要するであろう。

### 第3款 保護客体ごとの相違

性犯罪を「性的自由に対する罪」と捉える理解に対しては、そもそも性的な自己決定が困難ないし不可能な幼児や心身喪失者が被害者となる場合の説明が困難であるとの批判も向けられている。例えば、山中敬一は、13歳未満の者に（狭義の）性的自己決定が一般的に困難ないし不可能とみなされている以上、これらの者に対するわいせつ行為の法益が性的自己決定権の侵害にあると解するのは矛盾である<sup>19</sup>としたうえで、13歳未満の者に対する強制わいせつをも含めて、性的自己決定の可能・不可能を問わず、すべてに共通する「性的不可侵性」を強制わいせつ罪・準強制わいせつ罪の保護法益として理解すべきであるという。そして、「性的不可侵性」を性的自由の度合いによって、構成要件に応じて分類し、特に被害者の意思に反して暴行・脅迫によって強制する場合には（狭義の）性的自己決定が保護されると解するのが妥当であるとしている<sup>20</sup>。

もっとも、通説のいう「性的自由」も、自らの意思に反して他人が決定した性的行為の客体とならない自由、換言すれば、拒否権としての性的自由と解することは可能であり<sup>21</sup>、この自由は、性的自己決定の意義を理解できない幼児等も享有しているといえるであろう。その意味で、性犯罪に共通する保護法益として「性的自由」という用語を用いるか、「性的不可侵性」という用語を用いるかは表現上の違いに過ぎないようにも思える。もっとも、山中が被害者の自由の意識にかかわらない「性的不可侵性」を通底する法益として置きつつ、さらに個別の保護客体に応じて細かく法益を分析し、それを侵害する行為態様を析出する必要性を示唆している点は重要である。保護法益を「性的自由」と解するとしても、ここでいう「性的自由」の持つ意味が、具体的な保護客体の属性や状況に応じて相当に異なりうるこ

---

状態であったかには関心を寄せざるを得ないように思われる。

<sup>18</sup> 佐伯仁志「刑法における自由の保護」曹時67巻9号（2015年）35頁、井田・前掲注（16）5頁以下参照。

<sup>19</sup> 山中敬一「強制わいせつ罪の保護法益について」研修817号（2016年）6頁。深町晋也「児童に対する性犯罪について」『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017年）319頁も、意思能力もないような幼児に関して、性的自己決定の自由に言及することは困難であるとして、「健全な性的発達」も保護法益に含めて理解すべきであるとする。

<sup>20</sup> 山中・前掲注（19）10頁。

<sup>21</sup> 佐藤陽子「性犯罪」法学教室418号（2015年）22頁注11参照。山中自身も、「広義における性的自己決定」の侵襲が、意思形成ができないような状況にある者にも可能であることは否定していない（山中・前掲注（19）6頁）。

とは十分に認識されなければならないであろう。

#### 第4款 小 括

以上の検討から明らかなように、従来の法益理解の問題は、性的自由ないし性的自己決定という概念の具体的な内実に関する検討が不十分であった点に求められる<sup>22</sup>。従来の法益理解に対して批判的な見解の多くは、法益主体の意思や選好の問題ばかりがクローズアップされ、法益主体が置かれた具体的な状況等が十分に顧みられず、性犯罪の侵害の内実が適切に把握されなくなることを懸念しているものと考えられる<sup>23</sup>。

こうした問題意識に応えるためには、性的自由ないし性的自己決定という概念の意義や、これらが侵害されたと評価される具体的条件を理論的に分析することが必要不可欠であろう。以下では、「性的自己決定」概念の内実について分析した Hörnle の見解の紹介と検討を通じてこの問題に関する示唆を得ることを試みる。

### 第3節 「性的自己決定」概念の分析

#### 第1款 Hörnle の見解

ドイツにおいても、従来の性犯罪規定に対して、被害者の性的自己決定を十分に保護することができないとの批判が向けられ、そうした批判が結実する形で、ドイツ刑法 2016 年改正が成立している<sup>24</sup>。このような改正に向けた議論状況の中で、改正のための委員会のメンバーとして召集された Hörnle は、以下で紹介する論文において、「性的自己決定」概念を分析し、当罰性評価のための適切な視点を明らかにすることを試みている<sup>25</sup>。

##### 1 導入

Hörnle はまず、性的自己決定の意義をコンセプチュアルに分析することを課題として設

---

<sup>22</sup> 成瀬・前掲注(2) 265 頁も、自由に対する罪一般における「自由」という概念の内容の解明に加えて、その内容を「性的」自由に関して修正することの要否を明らかにすることが必要不可欠であるにもかかわらず、この問題に関する刑法学における詳細な理論的検討が十分に行われていない点を問題視する。

<sup>23</sup> なお、性犯罪の保護法益を「性的自由」とするのが妥当であるとしつつ、単なる意思侵害の問題でないことを明らかにするために、「自己の身体を性的に利用されない自由」と捉えるべきであるとするのは、佐伯・前掲注(18) 37 頁。また、井田・前掲注(16) 8 頁は、性犯罪の保護の実体を、「身体的内密領域を侵害しようとする性的行為からの防御権」という意味での性的自己決定権」として捉えるべきであるとする。

<sup>24</sup> ドイツにおける性刑法の改正については、嘉門優「ドイツ性刑法における『被害者の意思に反する (gegen den Willen des Opfers)』要件の展開—ドイツ刑法 177 条の改正の動きを中心に—」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探究⑨』(成文堂、2016 年) 281 頁以下、深町晋也「ドイツにおける 2016 年性刑法改正について」法律時報 89 卷 9 号(2017 年) 97 頁以下参照。

<sup>25</sup> Tatjana Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, ZStW 127, 2016, S. 851 ff. 本論文の紹介として、拙稿「[外国文献紹介] タチャーナ・ヘルンレ『性的自己決定: 意義、条件、そして刑事政策的要請』」早稲田法学 92 卷 2 号(2017 年) 197 頁以下。

定している。ドイツ刑法<sup>26</sup>には、「性的自己決定に対する罪」と題する章が設けられ（第13章）、あらゆるコメントが「性的自己決定」という法益に言及しているが、この「性的自己決定」が具体的に何を意味しているのかという点や、性的接触に対する同意が、刑法上の可罰性を阻却するための条件が何かという点についての十分な分析はなされていない。そこで、性的自己決定の内容を、「コンセプチュアルに」、すなわち、ドイツ刑法の禁止規範の具体的な適用範囲や解釈の問題からひとまず離れて、概念上の考察を加えることが課題であるとされるのである<sup>27</sup>。

このような考察は、性刑法の改正について議論する際にも重要であるとされる。通常、刑法改正の議論は、実際に発生した事例の中で、当罰性はあるものの現行法では対処されていないものに集中することから始められる。確かに、そのような問題状況が存在することの指摘は、法改正の必要を促す点で、重要な発見的機能（*heuristische Funktion*）を有するものである。しかし、規定の形式をいかに新しく構築し直すかを問題とする段階において、過去に生じた具体的な事例の対処にのみ専念することには、方法論的な欠陥が存在するとされる。なぜなら、そこでは、将来新たに発生するかもしれない事例への対処が十分に行われなからである。

Hörnle は、このような懸念を回避するために、3つのステップを踏んで議論を進める必要があるとする。第1のステップは、当罰性はあるが、刑罰が科されていない行為が問題となる個別事例を認識することであるが、第2のステップでは、それを超えて、「いかなる場合に当罰的な性的自己決定の侵害が問題となるのか」を理論的に分析する必要がある。このステップを踏まえたうえで、初めて、当罰的な行為を十分捕捉することが可能な構成要件の設定という第3のステップに進むことが可能となる。「性的自己決定」という概念を顧みることなく、個々の処罰の間隙を埋めることに専念することは、「故障した機械を接着テープで修理する（*eine defekte Maschine mit Klebeband zu reparieren*）のに等しい」とされる<sup>28</sup>。

## 2 哲学と法哲学の視点からの自律と自己決定

続いて、Hörnle は「自律とは何か」という問いについて、哲学と法哲学との間に視点の相違があることを指摘している。すなわち、哲学的な検討がしばしば、「善き生（*ein gutes Leben*）のための条件は何か」という問題に取り組むのに対して、法哲学の視点からすれば、これは主要な関心事ではない。法哲学的考察に際して出発点とすべきなのは、むしろ、法秩序の中心的な任務が、決定と行為における人間の自由な領域を相互に限界づけ、自己決定に

---

<sup>26</sup> ドイツの性犯罪規定について詳細に紹介・検討したものとして、内海朋子「日本における性犯罪処罰規定の問題点」*亜細亜法学* 38 卷 2 号（2004 年）49 頁以下、高山佳奈子「ドイツ刑法における性犯罪の種類と処罰」*刑法雑誌* 54 卷 1 号（2014 年）30 頁以下、佐藤陽子「ドイツにおける性犯罪規定」*刑事法ジャーナル* 45 号（2015 年）70 頁以下等がある。

<sup>27</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 852.

<sup>28</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 853.

よる行為の余地を各人に保障する点に存するという点であるとされる<sup>29</sup>。

このような視点にとって重要なのは、具体的な決定や行為がいかなる条件のもとで、「自己決定された」と評価できるかである。この点について、一部の論者はその条件を、彼自身の価値体系との一致に求めているが<sup>30</sup>、Hörnle によれば、このような視座は、哲学のアプローチとしてはともかく、禁止規範を構成する際の基礎となる法的評価にとっては狭すぎるものである。むしろ、そうした法的評価にとって重要となるのは、人と人との間の相互作用（Interaktionen）と答責領域の各人への割り当てという視点である。ある意思決定を、「自己決定された（selbstbestimmt）」ものであると評価することは、それを引き合いに出す者の自由を保障する機能だけではなく、国家や他の市民を免責する機能をも有している。この免責機能が重要な意義を有していることは、一方で、国家のリソースに限界があるという点から導かれるが、他方で、ここでのテーマとより関連するのは、自己答責性のディメンジョンである。すなわち、我々は、成人した者が原則として自己答責的に決定し、行動していることを信頼して生活することが許されている。確かに、自律的に行動する能力が個人によって様々であることは経験的な考察から明らかであるが、そうした能力を相手方が実際に有しているか否かを調査・確認する義務を各々の市民に負わせることは、過大な要求となってしまう。そこで、法秩序は、成人の市民が、通常の場合には、自己決定に必要な能力を有していることを出発点としているのである<sup>31</sup>。

### 3 性的自己決定：積極的自由と消極的自由

Hörnle は、性的自己決定の重要性について論じる前提として、積極的自由と消極的自由という2つの異なる概念を区別している<sup>32</sup>。積極的自由とは、その者自身の願望に従って、性的行為を行うことが可能であることを内容とする自由である。これに対して、消極的自由は、他者の行為に巻き込まれないことを内容とする自由である<sup>33</sup>。

ここで重要なのは、積極的自由と消極的自由のそれぞれに対する刑法の関係が、非対称的（asymmetrisch）であるという点である。後者の消極的自由に関して、刑法は、個人に防

---

<sup>29</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 855.

<sup>30</sup> 具体的に挙げられているのは、Amelung の見解である。第1部で検討したように、Amelung は、「同意者が彼の価値体系との一致において決定した同意こそが自律的に与えられたものとして妥当しなければならない」（Knut Amelung, *Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten*, 1998, S. 41）との定式を前提に同意の有効性の問題を検討している。

<sup>31</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 857 ff. ただし、家族のような一定の親密領域における人間関係が問題となる場合には、高度に抽象化された市民間の関係とは異なり、自律的な判断能力の有無の確認等を義務づけることが認められうるとされる（Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 858 f.）。

<sup>32</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 859 f.

<sup>33</sup> Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, 1969. 本書の翻訳として、アイザiah・バーリン（小川晃一＝福田歓一＝小池銈＝生松敬三訳）『自由論』（みすず書房、2000年）。なお、「積極的自由」と「消極的自由」の区別の刑法上の意義については、江藤隆之「住居侵入と自由」桃山法学 24号（2014年）13頁以下も参照。

衛権 (Abwehrrechte) を認め、これを禁止規範により保護することで、その保障機能を引き受けている。まさに性刑法の主要な任務は、性的接触に巻き込まれることを欲しない者の消極的自由を保護する点に認められる。これに対して、積極的自由という観点において刑法は、人々の間でなされる性的行為を容認する (規制しない) という形で、控えめにのみ寄与することが許される。確かに、伝統的な法秩序は、消極的自由とは無関係に、ただ性道徳に反するという理由で、性的行為の積極的自由を制限してきた。しかし、近代的な法秩序のもとで、関与者全員が事実上望んでいる性的接触を禁止することは、道徳的な要請によって根拠づけることができない。こうした禁止を根拠づけることができるのは、自己決定の行使に際して認められる欠陥 (Defizit) だけである。すなわち、たとえ現実同意が存在するとしても、何らかの欠陥により、それが真に自己決定的といえない場合には、同意を無効なものとして評価するという、パターンリズムの論理がここでは問題となるのである。

このように、Hörnle は、性刑法の任務を、①性的接触に巻き込まれることを欲しない者の「消極的自由」の保護と、②パターンリズムを根拠とした、欠陥のある自己決定に対する介入とに区別している。そして、後者の場合には、性的接触を事実上望んでいる関与者の「積極的自由」が不当に制限されないかが問われることになる。

#### 4 性的自己決定 I : 消極的自由の保護

Hörnle によれば、他人を、望まない性的接触へと巻き込む行為が、当罰的であると評価される根拠は、性的自己決定の権利の軽視それ自体に求められる。他者の身体を、その承諾なく性的行為のために利用する者は、他者の内密領域 (Intimsphäre) と人間の尊厳を侵害しており、特別な不法を実現していると考えられるのである。リベラルな伝統が、犯罪化に際して第一の選定基準として用いる侵害原理 (Harm Principle) によれば、行為の評価は、被害者が受けた損害の程度や、資産の減少量によって決まるが、性犯罪において、これらの要素は必須のメルクマールでない。例えば、永続的に意識を喪失している女性を、その身体を損傷することなく姦淫する場合でも、性的自己決定の権利の侵害自体を根拠に当罰性を認めることができる<sup>34</sup>。

このような「内密領域」や自己の身体に対する支配力の重要性は、性的に寛容・奔放な時代への移り変わりに伴って弱まることは決してないとされる。ヌード写真の流通は「積極的自由」が広い範囲で認められるに至ったことを意味するだけであり、望まない性的接触に対する非難まで取り去られることを意味しないのである<sup>35</sup>。

以上のような「消極的自由」の保護のための刑法上の禁止規範をいかに構想するかが次の問題である。ここでまず、Hörnle は、消極的自由の保護の前提となる「同意の欠如」の内容をいかに理解すべきかを明らかにすべきであるとする。すなわち、「同意の欠如」を被害者の内面の心理状態の問題として理解するか、あるいは、外部的な表示の有無を基準とするかがまず問われなければならない。この点について、Hörnle 自身は、法的な評価が、市民

<sup>34</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 861 ff.

<sup>35</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 866.

間における自由な領域を画するものであるという理解から、相互認識可能な事情に照準を合わせる必要があるとしている<sup>36</sup>。

このような前提から刑法の禁止規範を構想するに際しては、起こりうるコミュニケーション過程の分析が重要となる。Hörnle は、このコミュニケーション過程を以下の3つの事例群に区別して議論するのが有益であるとする。

第1の事例群は、明確な拒絶のコミュニケーションが言葉や態度を通じてなされた場合であり、このような場合には、性的接触を禁止する規範が適切である。この考え方に対しては、明確な拒絶の意思表示にかかわらず、内心では性的接触を望んでいる場合、当罰的な不法が欠如するのではないかと、との反論がありうる。しかし、事象経過を全体的に考察すれば、そのような事情の下では通常、同意の存在を認めることができる。例えば、拒絶の演技をすることを事前に申し合わせている場合には、そのような申し合わせも含めた事象経過を全体的に考察すれば、同意の表示の存在を認めることができる<sup>37</sup>。

第2の事例群は、性的行為に対して、同意とも拒絶とも受け取れる両義的な態度が示されたという、「曖昧なコミュニケーション」の場合である。ここで議論となるのは、自らの性的欲求を実現しようとする者が、曖昧な態度を採る相手方に対して、さらなる質問を通じた意思確認の義務を有すると解すべきか否かである。この点について、Hörnle は、倫理的な評価は別として、刑法的な判断においては、「公平な答責性の割り当て」の観点を真っ先に重視しなければならないとする。義務を侵害しているのは、そのような確認の質問をしなかった者だけではない。曖昧な態度を採った者もまた、自身の意思を誤解のないように表明するという義務を怠っている。この場合、前者だけに刑法上の答責性を負わせ、制裁を加えることは妥当でなく、不可罰の結論が導かれるべきであるとされる<sup>38</sup>。

第3の事例群では、コミュニケーションが客観的に不可能であった場合が問題となる。この事例群には、行為者が、他者の不意を突くことで抵抗される間もなく性的行為に及ぶ場合と、生理的な状態 (*physiologische Umstände*) がコミュニケーションを不可能にしている場合 (例えば、意識不明の女性) とが含まれる。第2の事例群とは異なり、いずれの場合にも、行為者に誤解を与える余地は存在していないため、この事例群で性的接触を禁止することに反対する理由はないとされる<sup>39</sup>。

##### 5 性的自己決定Ⅱ：パターナリスティックな干渉の限界

以上では、被害者の同意が欠如している状況が問題であったのに対して、ここで問題となるのは、被害者が実際に同意を表明したという状況である。禁止規範がこのような場合までも取り込もうとする場合、それが人々の積極的自由を不当に制限するものでないかが問われなければならない。性道徳的な根拠ではなく、パターナリスティックな根拠が問題となるとしても、刑法学はその限界を明らかにする必要がある。

<sup>36</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 867.

<sup>37</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 868.

<sup>38</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 870 f.

<sup>39</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 871 f.

Hörnle は、2種類の「パターナリズム」、すなわち、弱いパターナリズム (weicher Peternalismus) と強いパターナリズム (harter Peternalismus) の区別を前提としたうえで、後者は自己決定を志向する憲法秩序において許容できないとし、前者のパターナリズムが刑法規範の根拠となるとする。ただし、意思決定に際して、高度な認識能力とあらゆる外部の影響力からの自由を要求すれば、両者の境界は消滅してしまう。そこで、Hörnle は、そのような認識・状況面での最善の (optimal) 条件ではなく、具体的な文脈において、意思決定が法により尊重されるための最低限の (minimal) 条件を法的評価の関心の対象とすべきであるとする<sup>40</sup>。

また、Hörnle は、パターナリズムに基づく刑法規範の「自由制約の両面性」についても指摘している。すなわち、上述のような「望まない性的接触へと巻き込む行為」の禁止の場合とは異なり、パターナリズムに基づく刑法規範は、行為者側の自由だけではなく、その意思決定に欠陥があると分類された者の自由も制約してしまうのである。この場合に、制裁は行為者に対して発動するものの、性的接触を禁止する行為規範は、行為者だけではなく、パターナリスティックに保護される者に対しても同様に作用することになる<sup>41</sup>。このような自由制約の両面性に鑑みれば、パターナリズムに基づく刑法規範を慎重に限界づける必要がある<sup>42</sup>。

それでは、同意が自己決定に基づくものでないと評価する際に、いかなる事情が重要となりうるのであろうか。Hörnle は、①判断能力の不足、②意思の欠缺 (Willensmängel)、③強制 (Zwang) という3つの事情を挙げている。ここで注意しなければならないのは、同意の有効性判断において、単に同意者の内心の状態だけを孤立して認定するのでは不十分であり、むしろ、行為者との間の相互作用を適切に評価する必要があるということである。すなわち、実際に同意者に生じていた知識・判断能力の不足や心理的圧迫の程度自体が重要なのではなく、そうした欠陥が、他者によって違法な態様で (in rechtswidriger Weise) 惹起させられたものであるか否かが重要な意義を有するのである<sup>43</sup>。

例えば、同意者が大量にアルコールや麻薬を摂取しており、①判断能力が不足している場合にも、そのこと自体により同意を無効と評価することはできない。むしろ、本質的な要素となるのは、それらを摂取することの確知 (Wissentlichkeit) と任意性 (Freiwilligkeit) の有無であるとされる<sup>44</sup>。したがって、それらを摂取することの他者の欺罔や工作を通じて酩酊状態が作出された場合とは異なり、成人の者が、自身の決定の基づいて酔っ払った場合には、その後に表示された同意の有効性が肯定される。これに対して、その者が酩酊状態に

---

<sup>40</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 874.

<sup>41</sup> 斎野彦弥「立法問題としての性的自己決定の保護」現刑5巻3号(2003年)29頁も、「間主観的に存在する個人の自己決定権は、その侵害からの完全な保護を追求するならば、かえって自らの決定の自由をも制約する結果を生み出すというパラドキシカルな関係にある」とする。

<sup>42</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 874 f.

<sup>43</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 875.

<sup>44</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 879.

陥っていなければいかに振る舞っていたかを基準として持ち出す<sup>45</sup>ことはできない。なぜなら、普段の状態では保たれている歯止めを、アルコールの助けを借りることで取り払い、普段であればしないであろう同意をすることもまた、その者の自由に属するからである<sup>46</sup>。

また、②意思の欠缺に関しても、意思決定に際して依拠する情報が常に不確かであることからすれば、自ら陥ったものも含めたあらゆる錯誤の不存在を、自律的決定の前提条件と理解することはできない。可罰性が考慮されうるのは、せいぜい、性交渉の相手から欺罔がなされた場合であり、かつ、欺罔が法益関係的錯誤、より適切には、規範目的関係的な錯誤（normzweckbezogener Irrtum）を惹起する場合である。そのような場合としては、性交渉の相手方となる人物の同一性を偽る場合や、身体的接触の性的な性格（sexuelle Natur）を偽る場合（治療行為であると見せかける場合）が挙げられる。これに対して、単なる動機の錯誤が同意を無効とすることはなく、例えば、対価の支払いや、愛情の存在などについて偽られた場合、同意は依然として有効とされる<sup>47</sup>。

さらに、③強制についても、外部的ないし内部的な原因から何かを強制されることは、人間の生活において日常茶飯事であり、そうした状況下における同意を一括りに無効と評価することは許されない。一定の範囲では、強制によりなされた決定も自己答責的であると評価すべきであり、同意がいかなる場合に無効となるかは慎重な検討を要する<sup>48</sup>。

ここで、Hörnle が、事案の構造を的確に把握するために、状況の改善に対する「提案（Verbesserung）」とただ当事者の生活状況を悪化させる「脅迫（Drohung）」とを区別する必要性を指摘<sup>49</sup>している点は注目に値する。例えば、解雇に向けてすでに事象経過が進行している状況や、定期試験に再三欠席したことで、退学が目前に迫っている状況で、性的行為を条件に「救済」を持ちかけるという場合には、状況の改善に対する「提案」が問題となっている。このような場合にも、解雇や退学に対する恐れから、性的行為に応じることへの「心理的圧迫」が生じている点では「脅迫」の場合と異ならない<sup>50</sup>。しかし、法的評価のためには、同意者の内部に生じた心理的圧迫の程度にのみ照準を合わせるのでは不十分であ

---

<sup>45</sup> そのような見解として、Joachim Renzikowski, in: MK, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 179 Rn. 30; Jörg Eisele, in: Sch/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 179 Rn. 6a; Klaus Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten, 2012, Rn. 312.

<sup>46</sup> さらに、Hörnle は、精神的障害やアルツハイマー病に罹患した配偶者等の同意を得て性的行為を行う場合についても、病状が判断能力に影響した程度だけを独立に取り上げて、それが高度である場合に一律に処罰を肯定するような素朴な解決は誤っているとし、病者自身の性的欲求や健康に及ぼすリスク、さらには当事者同士の関係性の親密さなどの様々な事情の総合考慮に基づき刑法規範を厳密に限界づける必要があるとする（Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 877 ff.）。

<sup>47</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 880 f.

<sup>48</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 881 f.

<sup>49</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 883.

<sup>50</sup> 連邦通常裁判所も、万引監視員（Ladendetektiv）が、商品を盗んだ女性に対して、性的行為に応じれば告発を取り下げると「提案」した事案で、強要罪の成立を肯定している（BGHSt. 31, 195, 202）。

り、相互作用の観点から各人の答責領域を限界づける規範的評価が必要不可欠となる。ここでは、自身の生活状況を改善するために、愛情の有無にかかわらず、セックスを利用するという選択も、積極的自由の一部を構成しているということが出発点とされなければならない<sup>51</sup>。したがって、困難な状況に立たされた成人の者が、セックスを通じて状況を改善するというチャンスを掴んだ場合、その者の決定は原則として有効である。これに対して、そのようなジレンマを作出ないし増大させることで、性的行為に応じさせる場合には、同意が自己決定的であるとはいえない。評価の決め手となるのは、心理的圧迫それ自体ではなく、ジレンマに対する答責性の有無なのである。

## 6 刑事政策的な帰結

Hörnle は、以上のコンセプチュアルな考察から、ドイツの性刑法を根本的に改正する必要性を見出している<sup>52</sup>。まず、望まない性的接触に対して抵抗する義務を被害者に課し、暴行・脅迫や抵抗の困難性要件が充足される場合にのみ性犯罪の成立を認めるという考え方は捨てるべきである。なぜなら、明示された意思に反してなされた性的接触は、それだけで当罰性を有するのであり、強要的要素が不可欠な条件であるとはいえないからである<sup>53</sup>。

また、性刑法の構成要件は、上述のような事例グループに応じて新しく編成され直すべきである。明示された拒絶に反して性的行為が行われるのが第1グループであるのに対して、第2グループは、当該意思の表明が客観的に不可能であったために、拒絶も同意もなされなかった場合に問題となる。最後に、第3グループは、事実上なされた同意が、法的に無効であると評価される場合である<sup>54</sup>。

最後に、Hörnle は、望まない性的接触に対する防衛権と、同意の存在を前提としたパターンリスティックな禁止との間の重要な区別が現行法や立法手続において十分に役割を果たしてこなかったことが問題であると指摘し、その原因を、刑法学において、パターンリスティックな禁止の根拠と限界をめぐる議論が、ごく一部でしか行われなかった点に求めている。パターンリズムによって根拠づけられた構成要件は複雑な法的評価を必要とするため、今後は徹底的な議論を行う必要がある、とされている<sup>55</sup>。

### 第2款 若干の検討

Hörnle の見解は、性的自己決定の概念のコンセプチュアルな分析に基づいて、問題となる事案類型を整理し、適切な当罰性評価のための視点を明らかにする点で意義があるものと考えられる。とりわけ、同意の意思表示が存在せず、被害者の消極的自由の保護が問題となる場合と、事実上の同意の存在を前提としつつ、意思の欠陥を理由に同意が無効となる場

<sup>51</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 884.

<sup>52</sup> 性刑法の改正に関する、Hörnle の主張に関しては、Tatjana Hörnle, Wie § 177 StGB ergänzt werden sollte, GA 2015, S. 313 ff.; dies, Die geplanten Änderungen der §§ 177, 179 StGB – ein kritischer Blick, KriPoZ 2016 Heft 1, S. 19 ff.も参照。

<sup>53</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 885.

<sup>54</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 886.

<sup>55</sup> Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 886.

合とを区別したうえで、後者は弱いパターンリズムの適切な限界づけという観点から、慎重な法的評価が必要であることが強調されている。こうした区別は、問題の本質に即した議論を可能とする点で意義があろう。「同意不存在型」と「同意無効型」の区別に基づき、性的自己決定が実現したと評価できる具体的条件を分析するという判断の枠組みは、基本的に支持することができる。

ただし、性犯罪規定の解釈の難しさは、以上の区分が条文の規定上明らかではない点に求められる。財産犯では、「同意不存在型」が窃盗罪により捕捉され、「同意無効型」が、意思の欠陥の性質に応じて、詐欺罪・準詐欺罪・恐喝罪によりそれぞれ捕捉されているのに対して、性犯罪規定はこうした体系立てが行われていない<sup>56</sup>。そこで、当罰性を有する性的自由の侵害を過不足なく捕捉できるように、「暴行・脅迫」（177条前段、176条後段）や「抗拒不能」（178条）といった構成要件要素を合理的に解釈する必要がある。

Hörnle の具体的な主張については、以下の点でなお検討の余地が残されている。まず、同意の存在と有効性評価のいずれの問題に属するののかに関する区別である。Hörnle は、①性交渉の相手方となる人物の同一性や、②身体的接触の性的な性格の錯誤について、それが他者の欺罔により惹起させられた場合には、同意が無効になると評価している。しかし、これらの錯誤が認められる場合には、同意の有効性評価を行う以前に、「特定の相手方と性的な行為を行うこと」に対する同意がそもそも不存在であると解する余地がある。なぜなら、例えば、夫である A との性行為に同意しているとしても、全くの他人である B との関係では、同意が全く存在しないのと価値的に差がない、すなわち、ここでは、望まない性的接触に巻き込まれないという意味での「消極的な性的自由」が問題となるように思われるからである。

このような、同意「無効」事由か「不存在」事由かの振り分けは、単なる形式上の問題ではなく、実際上の帰結にも相違を生じさせる可能性がある。というのも、これらの錯誤が同意「不存在」事由であるとすれば、錯誤の発生原因を問わず同意の存在が否定され、性的自己決定の実現がおよそ否定されると考えられるのに対して、これらの錯誤を「無効」事由と理解する場合、Hörnle の立場を前提とすれば、当該錯誤の発生について行為者に答責性が認められるか否かに応じて、当罰性評価のあり方が異なってくるためである。

また、以上の点とも関連して、Hörnle が、欺罔が同意の有効性に影響を与える場合を、上記①②事情を中心とする「規範目的関係的な錯誤」が惹起された場合に限定する点についても検討の余地があるように思われる。すなわち、上記①②事情から外れる「動機の錯誤」についても、それが意思決定に際して重要性を有すると評価可能な範囲で、同意の有効性に影響を与える場合がありうるのではないかが検討されるべきである。例えば、X が A に対して、病気の治療のためには、「性的な刺激」が必要であると偽って、自身との性交に応じ

---

<sup>56</sup> なお、性的侵害に関しても、財産罪における強盗罪と恐喝罪のように、強度の暴行・脅迫を用いる類型と一般的な暴行・脅迫で足りる類型とを区分すべきという立法提案を行うのは、斉藤（豊）・前掲注（10）76頁以下

させたという場合、Aには、①性交渉の相手方となる人物(X)の同一性の錯誤はなく、さらに、「性的な刺激」を受けることを認識しているため、②行為の性的性格の錯誤も認められない<sup>57</sup>。しかし、「病気の治療」という重要な動機に関する錯誤が、同意の有効性に影響を及ぼすと考える余地は十分に認められるであろう。動機の錯誤が同意の有効性に与える限界については、なお慎重な検討が必要であるものの、「動機の錯誤」を一律に同意の有効性と無関係であるとする根拠は乏しいように思われる。

Hörnleの見解で注目すべきなのは、同意の有効性評価において行為者との相互作用や答責性の割当てを考慮している点である。Hörnleは、例えば、アルコールの影響により判断能力が減退している場合にも、飲酒により酩酊状態に陥ることが、任意の意思決定に基づくものである限り、同意を有効と評価すべきであるという主張を展開している。このような考慮自体は、刑法で現実には保障を必要とする自律性を、「規範的自律性」に求める本稿の立場からも支持可能なものである。もっとも、同意者が、酩酊状態に陥ることさえ認識していれば、判断能力減退後に行われた性的行為が常に自己答責的と評価してよいかについては、疑問の余地があろう。酩酊状態に陥る以前の、完全な判断能力が認められる時点で、性的行為へと発展することの具体的な予見ないし予見可能性が必要であるとの異論も考えられるところである。

以上のように、答責性の具体的な割り当て方や、その基準・要件についてはさらなる議論の余地があるものの、Hörnleが自律的な意思決定の過程に正面から光を当て、刑法的介入が正当化される範囲を慎重に見定めようとしている点は正当である。こうした過程を抜きにして語られる「性的自由」は空虚なものとなろう<sup>58</sup>。そこで、本稿は以下で、性的自由を代えて「性的自律」という表現を用いる。性犯罪は、「自律的な意思形成過程に基づき、性的関係を結ぶか否かを自ら決定する」という意味での「性的自律」を侵害する行為として把握されなければならない。

#### 第4節 具体的問題の考察

前節までの検討を前提に、以下では、刑法における性的自律の保護における具体的な問題について、我が国の学説や判例を中心に検討を加える。

##### 第1款 児童に対する性犯罪

性的自己決定を行うためには「同意能力」が必要となるが、この同意能力は、①同意の存在を認めるために必要な事実的意思能力と、②同意の有効性と関係する合理的な判断能力

---

<sup>57</sup> 現に Hörnle も、類似の事例である OLG Stuttgart, NJW 1962, 62 を引き合いに出して、ここで問題となる錯誤は、「規範目的関係的な錯誤」のカテゴリには属しないと説明している (Hörnle, a.a.O. (Anm. 25), S. 881 Fn. 116)。

<sup>58</sup> 辻村みよ子『ジェンダーと法』(不磨書房、2010年) 259頁も、個人の自己決定権は、その人権を行使しうる状況・能力があることを前提に成立するものであり、その能力に欠けるものにとって「表面的な自己決定権」は人間の尊厳を失わせるものでしかない、とされる。

に区別される<sup>59</sup>。

例えば、嬰兒など、性的干渉を自然的・事実に基づき容認することさえできない者には、①の意思能力が欠けるため、同意の存在を認めることがおよそできない。このような者に対する性的干渉は、「自らの意思に反して他人が決定した性的行為の客体とならない自由」という意味での「消極的な性的自由」、換言すれば、性的不可侵性を侵害するものとして、当罰的であると評価されることになる。

さらに、有効な性的自己決定を行うためには、②合理的な判断能力が必要となる。すなわち、性的関係を結ぶ結果なにかが予測されるのか、それが自分の利益にどう影響するのかといったことを理解して理性的に判断する能力が要求されるのである。

問題となるのは、どの程度の判断能力の成熟が必要となるかという点である。その検討に際しては、ドイツ語圏各国において、児童の年齢を絶対的保護年齢と相対的保護年齢に区別したうえで、絶対的保護年齢を定める性犯罪においては一定年齢未満の児童を一律に保護するのに対して、相対的保護年齢に属する児童については、一定の脆弱性を有していることを前提としつつ、児童を性的行為から保護する必要がある場合を類型化していることが参考となるであろう<sup>60</sup>。18歳未満の未成年の中でも、自律的な判断の可能性の程度はその成長の度合いにより様々であり、これらの者を一律に取り扱うことはできないのである<sup>61</sup>。

我が国の刑法は、まず、13歳未満の者については一律に判断能力を否定しているものと考えられる（177条後段、176条後段）<sup>62</sup>。この「性交同意年齢」を引き上げるべきか否かが、今回の改正作業でも議論されたが<sup>63</sup>、ここでは他の事情とは無関係に一律に同意の有効性を否定することが問題となる以上、慎重な検討が求められる<sup>64</sup>。性的行為の一律の禁止が、かえって児童の「積極的自由」を過剰に制約することにならないかが問われなければならない。

---

<sup>59</sup> なお、このような区別が従来判例・学説において厳密になされてきたとは言い難い。例えば、大判昭和9年8月27日刑集13巻1086頁は、被告人が5歳11月の長男Aを含む子ども4人を刺殺して自分も死のうとした事案で、Aが被告人と一緒に死ぬことに同意していたという主張に対して、「自殺の何たるかを理解するの能力を有せず従て自己を殺害することを囑託し又は殺害を承諾するの適格なきものと認むべき」と判示しているが、この場合に、同意がおよそ存在しないという趣旨なのか、あるいは、同意が無効になるという趣旨なのかは必ずしも明らかでない（町野朔「被害者の承諾」西原春夫ほか編『判例刑法研究第2巻』（有斐閣、1981年）186頁）。

<sup>60</sup> 児童に対する性犯罪に関するドイツ語圏各国の議論状況に関しては、深町・前掲注（19）307頁以下等参照。

<sup>61</sup> 嘉門優「法益論から見た強姦罪等の改正案」犯罪と刑罰26号（2017年）30頁以下参照。

<sup>62</sup> もちろん、13歳未満の者の中には、嬰兒などを初めとして、そもそも①の意思能力すら認められない者も多く含まれるであろう。

<sup>63</sup> 性交同意年齢を16歳程度まで引き上げることが考えられるとするのは、井田良「性犯罪処罰規定の改正についての覚書」慶應法学31号（2015年）55頁以下。

<sup>64</sup> 齋野・前掲注（41）21頁、伊藤渉ほか『アクチュアル刑法各論』（弘文堂、2007年）87頁注3〔齊藤彰子〕参照。

13 歳以上の児童の場合には、一律に判断能力が否定されることはないが、成年者と比較すると判断能力が未熟である場合が多いため、特段の配慮が必要となる<sup>65</sup>。判断能力の不足が、他の有効性を阻害する要因（欺罔や強制）と合わさったり、児童であることによる脆弱性が、強制の効果を増強したりするなどの効果を通じて、成年者と比較して同意の有効性が否定される範囲が広く認められることは十分に考えられるであろう。

もっとも、Hörnle が指摘するように、同意の有効性評価にとって、「判断能力の不足」それ自体が問題なのではなく、「行為者の作用や惹起」の方が問題であるとすれば、以上のような考慮がいかにかに正当化されうるかが問題となりうる。なぜなら、行為者は通常、児童の判断能力の不足を「利用」するに過ぎず、自らこれを因果的に惹起するわけではないからである。

この点は次のように考えることができるように思われる。すなわち、脆弱な児童に対する「保障人的地位」が肯定される範囲で、行為者には児童の意思形成に対する答責性を認めることができ、判断能力の不足を解消せずに性的行為を行うことは、性的自律に対する不当な侵害であると評価することができる。特に、絶対的保護年齢に属する児童については、直接の保護者等に限らず、あらゆる者が無条件に「保障人的地位」に立たされていると理解することができるであろう<sup>66</sup>。これに対して、相対的保護年齢に属する児童については、その成長度合い等に応じて、「保障人的地位」の認められる範囲をより限定的に理解する余地も存するように思われる。

なお、今回の性犯罪規定の改正では、18 歳未満の児童を現に監護する者が、その影響力に乗じて児童にわいせつ行為や性交等をした場合に、強制わいせつ・強制性交等と同様に処罰する「監護者わいせつ罪」と「監護者性交等罪」が新設された。本規定は、影響力に「乗じて」わいせつ行為や性交等をした場合を処罰の対象としており<sup>67</sup>、単に親子関係があれば足りるかのような文言となっているが、こうした場合に、強制わいせつ・強制性交等と同程度の性的自由の侵害を広く認めることができるかは疑問である<sup>68</sup>。本規定の運用に際しても、

---

<sup>65</sup> 齋野・前掲注（41）22 頁は、「相対的禁止年齢」の児童について、金銭その他の対価を伴う場合や、優越的地位・権限を濫用して性的行為が行われる場合には、特段の配慮が必要になると指摘する。

<sup>66</sup> もっとも、あらゆる者に「保障人的地位」を認めることが可能であることの理論上の根拠についてはさらに検討が必要であろう。これに対して、絶対的保護年齢の児童はおよそ性的関係を結ぶことについての意思能力を欠いており、常に同意が「不存在」として理解される場合には、「保障人的地位」の存否に関係なく同意による正当化を否定することが可能であるため以上のような検討は不要となるが、13 歳未満の者が一律に意思能力を欠いていると評価することが実態に即しているかは疑問である。

<sup>67</sup> 元々の要綱骨子では影響力の「利用」が必要であるとされていた点が、修正案により影響力があることに「乗じて」と変更されたものである。議論の経緯については、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第 5 回会議事録 15 頁〔今井委員〕を参照。

<sup>68</sup> こうした場合に、即、「監護者規定」の罪の成立を認めるとすれば、本罪は実質的に近親相姦罪に接近してしまうと指摘するのは、深町・前掲注（19）341 頁、嘉門・前掲注（61）39 頁。本庄・前掲注（1）103 頁も、むしろ 18 歳未満の者の性的自由を侵害する

親子関係などに基づく一定期間に渉る抑圧的状况が、児童の意思形成に不当な影響を与えたと評価できる場合に限定して処罰することを解釈の指針とすべきである<sup>69</sup>。

## 第2款 錯誤・欺罔からの保護

同意の「存在」と「有効性」を区別する本稿の分析視角からは、性的自己決定において問題となる錯誤も、「同意の存在を否定する錯誤」と「同意の有効性を阻害する錯誤」の二種類に区別される。

### 1 同意の存在を否定する錯誤

同意の存在を認めるためには、法益主体が「誰と、いつ、どこで、いかなる性的関係を結ぶか」という具体的な性的関係の形成を認容している必要がある。こうした結果の発生自体に関して錯誤がある場合には、それに対して認容という心理状態を抱くこともできない以上、錯誤に陥った原因を問わず、同意は不存在となる。この場合に、法益主体の性的自己決定を理由として性的行為が正当化される余地は存在しない。行為者に事実誤認等がなく故意が認められる限り、当罰性が肯定されることになる。

「同意の存在を否定する錯誤」として特に問題となるのは、①人の同一性に関する錯誤、②行為の性的な性格の錯誤である。

まず、①人の同一性に関する錯誤が問題となった裁判例として、仙台高判昭和32年4月18日高刑集10巻6号491頁は、被害者が「夢うつつの中のおぼろげな意識のうちで」被告人を隣で寝ていた情夫であると勘違いし、被告人による姦淫に応じたという事案について、また、広島高判昭和33年12月24日高刑集11巻10号701頁は、被害者が半睡半醒の精神状態で被告人を自分の夫であると思い誤って性交に及んだという事案について、それぞれ「抗拒不能」に当たるものとして準強姦罪での処罰を肯定している。

ここで問題となるのは、両事案において認められた被害者の「半覚せい状態」がここでの準強姦罪の成否の判断にとって重要な意義を有しているかどうかという点である。この点について、広島高裁判決では、半睡半醒の精神状態を、被害者による誤信の主たる原因と認めつつも、それに続けて「性交の当時或はその直前には被害者が睡眠より完全に覚醒していたとしても、なお被害者が犯人を自己の夫と誤認している状態の継続する限り右は刑法第一七八条にいわゆる抗拒不能に乗じて婦女を姦淫したものと解するを妨げない」としている。この判旨によれば、被害者の意識が完全であったとしても、人間違いに乗じた姦淫は、およそ準強姦として処罰の対象とされることになろう。

このような理解は、本稿の分析視角からも支持することが可能である。なぜなら、「人の同一性に関する錯誤」は、同意の存在そのものを否定する事情に当たるため、たとえ被害者

---

ことにもなりかねないと指摘する。

<sup>69</sup> 深町・前掲注(19)341頁以下。さらに、樋口・前掲注(1)116頁以下も参照。なお、青少年保護育成条例中の淫行処罰規定も、子どもの性的自由ないし性的自己決定と関連付けて侵害原理の枠組みで理解される必要があるとするのは、若尾岳志「子どもに対する性的行為と刑事規制—青少年保護育成条例における対応—」獨協法学102号(2017年)269頁以下。

が完全な覚せい状態にあったとしても、それに乗じてなされた性的行為は、被害者の性的自律を侵害するものと評価できるからである<sup>70</sup>。確かに、このような場合には、性的行為そのものについての同意は認められるが、相手方の選択も含めた性的自己決定を本罪の保護法益として理解する限りは<sup>71</sup>、「誰と」という部分も同意の対象となる結果を構成すると考えなければならないのである<sup>72</sup>。

さらに、②行為の性的な性格に錯誤が認められる場合にも、同意の有効性を問う以前に、同意の存在が欠落すると理解することが許されると思われる。

被害者が、性交という行為の意味を理解していなかった事案に関する判例として、大判大正15年6月25日刑集5巻285頁が挙げられる。事案は、良家の処女で性交のなんたるかを理解していない当時18歳の被害者に対して、医師である被告人が座薬の挿入であると偽り、自身の動作を目撃されないようにしながら姦淫したというものである。この事案において、大審院は「誤信シ因テ抗拒不能ニ陥リタルニ乗シ之ヲ姦淫シタリ」と認定し準強姦罪の成立を認めた。本判決については、「性行為について全く知識を有しないときは、性行為に対する任意の同意ということはある得ない」<sup>73</sup>といった分析がなされている。

本件事案で、被害者は座薬の挿入であると偽られ、しかも顔面を覆うなどされており、そもそも被告人による男性器の挿入を認識して同意したわけではない。したがって、行為の性的な性格の認識の有無を問題とする以前に、同意の存在を認める余地はないといえるだろう<sup>74</sup>。その意味で、被害者の性行為の知識や理解の有無は、少なくとも本件事案では準強姦罪の成否を左右するものではない<sup>75</sup>。これに対して、被害者が、男性器を自己の陰部に挿入されるという「裸の事実」自体は認識・認容していたが、それが「性的な行為」であることを全く理解していなかった場合はどのように考えられるであろうか。

このような場合に、「裸の事実」自体は認識・認容している以上、同意の存在は肯定され、

---

<sup>70</sup> もちろん、これが条文上の「抗拒不能に乗じ」に該当しない限り、本罪の成立を肯定できないことは罪刑法定主義の原則から当然であるが、人間違いにより「反抗すべき精神状態の形成を妨げられていた」という意味で、「抗拒不能」状態が存在すると解釈する余地は十分存在するであろう（小松正富「判批」判タ111号（1961年）45頁以下参照）。

<sup>71</sup> ただし、「相手方の選択」の自由をどこまで刑法的に保護すべきかは検討の余地がある。例えば、英米法圏において伝統的には、「夫のふり」をする場合のみが処罰対象とされてきたが、近時では処罰範囲に若干の拡張が見られ、イギリスでは「被害者が個人的に知っている者」まで、アメリカでは、他人のふり全般まで拡張する州も存在することが指摘されている（刑事比較法研究グループ「比較法からみた日本の性犯罪規定」刑ジャ45号（2015年）164頁以下）。

<sup>72</sup> 小松・前掲注（70）47頁も、強姦罪の基本的な保護法益を「婦女が自己の意思によって性行為の具体的相手方を選択する自由」と解する限り、性行為の相手方に関する錯誤は行為の要素に関する錯誤であるため、抽象的な「性行為自体」に対する同意がこのような錯誤による場合には、同意が存在しないとして評価される、とする。

<sup>73</sup> 江家義男『刑法各論〔増補版〕』（青林書院新社、1963年）177頁。

<sup>74</sup> 町野・前掲注（59）178頁。

<sup>75</sup> 神元隆賢「準強制わいせつ及び準強姦における錯誤に基づく同意（1）」北海学園大学法学研究49巻3号（2013年）527頁参照。

「性的な行為」であるという意味の認識を欠いている点は、合理的な判断能力の問題として、同意の有効性段階で考慮すればよいと説明することも考えられる。しかし、身体と身体の接触という単なる物理現象の認識・認容が、「同意」という法的事実を有意に構成すると解することが妥当であるかについては、疑問の余地もあろう。性的関係を結ぶことに同意するためには、性的行為の社会的意味を最低限理解していることが必要である<sup>76</sup>と考えることも十分可能であるように思われる。実践的にも、そのような最低限の理解を欠く者に対する性的干渉は、意思形成過程に対する不当な干渉の有無を問うことなく、およそ性的自由の侵害と評価可能となる点で意義があろう。

## 2 同意の有効性を阻害する錯誤

以上のように、「人の同一性に関する錯誤」や「行為の性的な性格の錯誤」が認められる場合には、同意が不存在となる<sup>77</sup>。これに対して、特定の相手方と性的関係を結ぶこと自体は正しく認識し認容しているが、それ以外の周辺的な事情に関して錯誤に陥っている場合に、同意の有効性をいかなる範囲で認めるべきかがここでの問題である。例えば、病気の治療のために必要であると偽って、自身との性的な行為に応じさせる場合や、避妊具や避妊薬の不使用を偽って、性交に及ぶことの同意を獲得する場合などが考えられる。これらの場合には、特定の相手方と性的な行為を行うこと自体の認容がある点で、同意の存在は認められるが、意思決定に必要な情報に不足が生じており、この情報の不足が同意の有効性を阻害しうるかどうかが検討されなければならない。

法益関係的錯誤説の立場からは、このような情報の不足が同意の有効性に影響を与えることはないとの結論が支持される。同説の代表的な論者である佐伯仁志は、「客観的に性的行為とみられる行為であることを認識し承諾していれば、その承諾は有効で、たとえ錯誤があっても性的自由が侵害されたとはいえない」<sup>78</sup>としている。このような説明の背後には、刑法において性的自由を何らかの目的を実現するための「交換手段」として保護すべきでないという理解が存在するものと考えられる。例えば、金を払うつもりがないのに売春婦と性行為を行ったとしても、欺罔された売春婦の性行為に対する承諾を無効として、性犯罪を成立させることには疑問があろう。佐伯も、「性的自由を金銭としての交換価値において保護するのは、まさに法の禁ずるところである」<sup>79</sup>としている。

しかし、性的自由が何らかの目的の実現のための手段として用いられるのは、売春の事例に限られない。例えば、病気の治療のために必要であると考えて、性的行為に同意する場合のように、健康を維持・改善するというそれ自体不当とはいえない動機に基づいて、その手段として性的自由が行使される場合を想定することは可能であろう。上記の売春の事例で、

<sup>76</sup> 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号（1985年）94頁。

<sup>77</sup> これらの錯誤は、「誰と、いつ、どこで、いかなる性的行為をするかをみずから決定する自由」という性犯罪の保護法益に直接関係するため、法益関係的錯誤説の立場からも同意は無効と解されることになる（佐伯・前掲注（76）95頁参照）。

<sup>78</sup> 佐伯・前掲注（76）95頁。

<sup>79</sup> 佐伯・前掲注（76）92頁。

性犯罪を成立させるべきでないことの根拠は、まさに売春の実現のための意思形成過程を(刑)法が保護すべきでない点に求められるのであり、少なくともこの事例だけを根拠に、性犯罪においておよそ動機の錯誤が重要性を持たないと説明することはできないように思われる。むしろ、性的自己決定の過程においても、動機を構成する情報が一定の範囲では法的な保護に値することを認めつつ、そのような情報に関する錯誤がいかなる場合に同意の有効性に影響を与えるかを検討すべきである。

すでに、第1部で述べたように、意思決定に必要な情報の不足が自律性に与える影響について検討する際には、以下の視点が考慮されなければならない。まず、本人の意思決定に必要なあらゆる情報が保護されるわけではなく、刑法で保護される情報には客観的な限界が存在する。上述の売春の事例で、対価を支払うつもりがあるかどうか、本人にとっていくら重要な情報であるとしても、売春という法の禁ずる目的の実現のための情報に刑法的保護を及ぼすことは否定されるべきである。また、例えば、容姿が好みであったため性的関係をもつに至ったが、実際にはそれが美容整形手術やかつら等で修正したものであったという場合にも、刑法的保護を必要とする程にまで、この点に関する錯誤が重要であるとは評価できないであろう<sup>80</sup>。

また、刑法による介入が要請されるのは、情報の入手が行為者により不当に阻害された場合に限られる。したがって、Hörnle が指摘しているように、原則として錯誤が行為者の欺罔による場合に限り、同意の有効性に影響がありうると解すべきであろう。これに対して、本人が自ら錯誤に陥った場合については、行為者に情報の入手に関する保障人的地位(告知義務)が認められる場合に限って、例外的に刑法による介入の余地を認めるべきである。

さらに、欺罔の「程度」という視点も重要である。欺罔は、本人が正しい情報に到達する可能性を減弱させる点で、意思形成過程の阻害と評価されるのであり、それゆえ、そうした可能性をより大きく減弱させる欺罔は、自律性に対する侵害の程度も大きいものと考えられることができる。ここでは欺罔の巧拙が重要な意義を有するであろう<sup>81</sup>。また、欺罔者が教師や医師など信頼の置かれる立場にある場合や、自身が教師や医師であると偽る場合には、本

---

<sup>80</sup> 齋野・前掲注(41) 29頁も、こうした場合について、「そのような自己決定の瑕疵についての要保護性の優先順位は低いと言わざるをえない」と指摘する。さらに、川本哲郎「準強姦罪のおける『抗拒不能』について—イギリス法との比較—」『川端博先生古稀記念論文集 [下巻]』(成文堂、2014年) 63頁以下も参照。もっとも、性的自己決定に際して客観的にも重要と評価可能な情報の範囲を一義的に明らかにすることには困難を伴うであろう。その範囲は社会的ないし文化的な条件によっても変動しうるように思われる。その意味で、欺罔による性的行為の処罰範囲が国や時代により異なること(刑事比較法研究グループ・前掲注(71) 165頁参照)にも理由があろう。

<sup>81</sup> この点で、岡山地判昭和43年5月6日下刑集10巻5号561頁が、被告人が顔見知りの15歳の少女に抱きつく等し、「これであんたは妊娠した。病院に行かなくてもおろす方法を教えてやる」と申し向けて姦淫をしたという事案で、被告人の欺罔行為の「稚劣さ」も考慮に入れて、準強姦罪の成立を否定している点は注目に値する。

人の正しい情報入手の可能性をより強く阻害すると考えることができる<sup>82</sup>。

同意を無効と評価するために必要な欺罔の程度としては、処罰規定の法定刑の下限に見合うだけの重大性が認められなければならない。特に、欺罔による性交等を捕捉しうる準強制性交等罪の法定刑の下限は、今回の改正により5年とされたため、同意を無効と評価できる場合は事実上かなり限定されることになる。また、同罪の成立には、本人が「抗拒不能」に陥ったと評価できる必要がある。したがって、本罪の成立が実際に認められる範囲は、欺罔により、性的自由の処分に対する「心理的圧迫」が生じた場合に事実上限られるものと思われる<sup>83</sup>。裁判例上も、準強姦罪の成立が肯定されているのは、医師や医師を装った者が、被害者に対して、病気を治療するためには性交が必要であると欺罔したような事案に限られている。例えば、名古屋地判昭和55年7月28日判時1007号140頁は、婦人科医を装った被告人が、被害者は梅毒に感染しており、治療するためには、被告人との性交が必要であると欺罔した事案で、「被害者の心理状態に即応した被告人の極めて効果的な言動により、驚愕、不安の余り冷静な判断力、批判力を欠いた極めて不安定な心理状態に陥れられ」たことを認定し、準強姦罪の成立を認めている<sup>84</sup>。

これに対して、被告人が、霊感治療のためと称して婦女を姦淫した事案について、東京地判昭和58年3月1日刑月15巻3号255頁は、性器結合という行為の性質やその相手方が誰であるかについて取り違えがない場合、「一般に暴行・脅迫により相手方の自由意思を無視して行われる通常の姦淫の場合に比べ、性的自由に対する侵害の程度が際立つて異なっており、仮に性行為を承諾するに至った動機ないし周辺事情に見込み違いがあつたとしても、実質的にはるかに軽い程度の被害にとどまつているのが通例であると言わざるを得ない」とし、「それにもかかわらず準強姦罪の成立を認めるためには、そのような承諾があつたにもかかわらずなお暴行・脅迫と同程度に相手方の自由意思を無視したものと認めざるを得ない特段の事情」が必要であるとしている。このような謙抑的な立場は、自律性の重大な程度の阻害を要求する観点から、十分に理由があるものと評することができる<sup>85</sup>。

---

<sup>82</sup> このことは、裁判例において、被告人が医師ないしこれを装った偽医師である場合に、準強姦罪・準強制わいせつ罪の成立が「ことごとく認められている」（神元・前掲注（75）549頁）こととも無関係ではないであろう。

<sup>83</sup> 嶋矢貴之「性犯罪における『暴行脅迫』について」法律時報88巻11号（2016年）72頁も、利益誘導型の欺罔に関して、強い支配依存関係により、判断能力低下、および、支配依存関係からの離脱に対する躊躇が性行為をしない選択を困難にしていると評価できる場合に限定して性犯罪の成立を肯定する余地がありうることを指摘する。また、行為者の欺罔により、抵抗の「意欲の停止が生じ、真の同意が与えられていない場合」に、準強姦罪の成立を認めるべきであるとするのは、柑本美和「強姦罪と準強姦罪」女性犯罪研究会編『性犯罪・被害—性犯罪規定の見直しに向けて—』（向学社、2014年）158頁。

<sup>84</sup> 医師を装った者が姦淫行為及びわいせつ行為を行った事案について、準強姦罪・準強制わいせつ罪の成立を認めた他の裁判例として、東京地判昭和62年4月15日判時1304号147頁。

<sup>85</sup> なお、小松・前掲注（70）49頁注5は、性行為に関する動機の錯誤について、「社会生活においては、被欺罔者自身が被欺罔の結果に対して責任を負うべき一種の法的に放任さ

ただし、このように考えるからといって、欺罔それ自体はもはや独立した意義を有しておらず、「心理的圧迫」の有無だけを問題とすれば足りる<sup>86</sup>ということにはならない。例えば、やや想定が困難な事例ではあるが、自身の重病を治療するために性的行為をする必要があるという事情が現実存在する場合にも、性的自由の処分に対する「心理的圧迫」自体は同様に生じる。しかし、このような状況下で、本人が自らの合理的な判断に基づいて、性的行為を行うことを決定したのであれば、そうした意思決定も本人の自己決定として尊重される必要がある。Hörnle も指摘するように、同意の有効性評価にとって重要なのは、そのような「心理的圧迫」自体ではなく、それを他者が「欺罔」という不正な手段により惹起した点なのである。

### 第3款 心理的強制からの保護

#### 1 物理的強制との区別

第1部で述べたように、同じく「強制」と呼ばれる場合であっても、「物理的強制（絶対的強制）」は、ここでいう「心理的強制」と区別される。例えば、嫌がる本人の身体を拘束して性的行為を物理的に強制する場合や、熟睡や意識喪失の状態下にある被害者に対して、本人の気付かぬうちに性的行為を行う場合などは、性的関係を結ぶことに対する同意がそもそも存在しない。このような場合には、本人の消極的な性的自由の侵害を理由に当罰的であると評価できるだろう。現行法でも、前者は強制性交等罪・強制わいせつ罪で、後者は準強制性交等罪・準強制わいせつ罪の典型的な処罰対象であるといえる。

また、「不意打ち型」と呼ばれる場合のように、被害者の隙を突いてわいせつ行為を行う場合についても、同意の存在を認めることはできず、消極的な性的自由が侵害されているものと評価できる。このような場合も性犯罪の処罰の対象に含めることが妥当であろう。例えば、名古屋高判平成15年6月2日判時1834号161頁は、被告人が配電盤を見たいなどと嘘を言って住宅に立ち入り、対応に出た女性をしてトイレ奥に設置された水槽タンクの蓋を持ち上げさせたうえで、その背後から臀部をなで回したという事案で、「強制わいせつ罪の暴行は、被害者の意思に反してわいせつ行為を行うのに必要な程度で足りるから、トイレ内で被害者の背後から左手でその臀部をなで回す行為が、わいせつ行為であるとともに強制わいせつ罪の暴行に当たると解される」として、強制わいせつ罪の成立を認めている<sup>87</sup>。後述するように、このような「不意打ち型」を、強制わいせつ罪とするか、あるいは、準強

---

れた私的自治の分野があるのであって、法はこのような領域にまで干渉し、その行為を可罰的なものとするとはできない」としている。

<sup>86</sup> 大淵敏和「準強姦罪について」小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀『刑事裁判論集 上巻』（判例タイムズ社、2006年）339頁は、偽計それ自体を独立して問題とする必要はなく、偽計がもたらした被害者の驚愕、狼狽等による精神的混乱状態が「抗拒不能」に該当するか否かが重要であるとし、『錯誤による姦淫』論は、もはや終焉を迎えた」とする。

<sup>87</sup> 古い判例では、婦人の意思に反して指を陰部に挿入する行為（大判大正14年12月1日刑集4巻743頁）や、臥床に横たわっている他人の妻の肩を抱き、手をその陰部に触れる行為（大判大正13年10月22日刑集3巻749頁）などにつき、わいせつな行為そのものが暴行に当たるとして強制わいせつ罪の成立が肯定されている。

制わいせつ罪とするかは議論の余地があるが、こうした場合にも被害者の意思に反したわいせつ行為が行われていることを理由に、性犯罪の成立を肯定する点は支持できる。

## 2 心理的強制と性的自律

問題は、性的関係を結ぶことに対する同意自体は存在するものの<sup>88</sup>、脅迫等により同意者の利益状況が人為的に支配されており、同意が心理的に強制されたと評価できる場合に、いかなる範囲で性犯罪の処罰が認めべきか、という点である。

この問題について、性犯罪の「新たな法益構想」を提示する論者の1人である和田は注目すべき主張を展開している。和田は、まず、「被害者の意思に反する」表現が多義的であり、この表現は、①そもそも被害者の意思に基づかないことを指す場合と、②一応被害者の意思に基づいているものの、真意に反することを指す場合があると指摘する。例えば、財産犯では、窃盗罪・強盗罪のような奪取罪が①の意味、すなわち、財産移転が被害者の意思に基づかないという意味で「被害者の意思に反する」犯罪であり、詐欺罪・恐喝罪のような交付罪が②の意味、すなわち、財産移転が一応被害者の意思に基づくが、真意に反するという意味で「被害者の意思に反する」犯罪であるとされる<sup>89</sup>。

こうした概念の整理を前提に、和田は、強姦罪の成立範囲を、①の意味で「被害者の意思に反する」場合に限定すべきとの主張を展開している。すなわち、強姦罪の「脅迫」は、被害者に恐怖を与えて合理的判断ができない心理状態に陥れる脅迫に限られる。これに対して、恐喝罪で問題となるような、被害者の利益状況を支配して被害者の「合理的判断により」、すなわち、一応の意思に基づいて法益処分に応じさせるような脅迫は、強姦罪でいう「脅迫」には含まれないというのである<sup>90</sup>。

その根拠として和田が持ち出しているのが、強姦罪の「新たな法益構想」である。和田は強姦罪の保護法益を「人格的統合性」に求めることで、こうした「人格的統合性」を破壊するのに十分な脅迫が本罪の成立に不可欠であるとする。それゆえに、真意には反するものの、被害者の一応の意思に基づく場合には不十分であり、姦淫が被害者の意思に基づいていないといえる場合にのみ、本罪の成立を認めるべきであるとの帰結が導かれている。

和田による「被害者の意思に反する」という表現の多義性の指摘は、同意の存在と有効性とを区別する本稿の分析視角にとっても示唆的である。和田がいう、①そもそも被害者の意思に基づかない場合と、②一応被害者の意思に基づくが真意に反する場合は、前者が同意「不存在」の場合に、後者が同意「無効」の場合にそれぞれ対応していると考えることがで

<sup>88</sup> なお、性的行為に対する同意の存在も、他の種類の法益処分の場合と同様に、性的関係を結ぶことの「消極的認容」が認められる限り肯定すべきである。ただし、性的自己決定は、財産法益などと異なり、他の利益を追求するために犠牲にするという「手段」としての性格を通常は持たないと考えられるため、「消極的認容」にとどまる場合には、行為者による不当な干渉・圧力が存在しており（神山千之「合意による性交と強姦の境」刑ジャ27号（2011年）62頁以下参照）、最終的に同意の「有効性」が否定されるようなケースが相対的に多いということは考えられるであろう。

<sup>89</sup> 和田・前掲注（14）277頁以下。

<sup>90</sup> 和田・前掲注（14）278頁。

きるだろう。

もっとも、強制性交等罪や強制わいせつ罪<sup>91</sup>の処罰範囲を、①の場合に限定する根拠として、「人格的統合性」の破壊という基準を持ち出すことが十分な説明となっているかは疑問である。そもそも、窃盗罪と詐欺罪・恐喝罪の法定刑の上限が同一（懲役10年）であることから明らかなように、①被害者の意思に全く基づかない場合と、②一応被害者の意思に基づくが真意に反する場合とで、前者の法益侵害の程度が後者より大きいと一概には言えない。両者は、財産処分の自由が侵害されている点では同じなのである。したがって、性犯罪が問題となる場合に、②の意味で「被害者の意思に反する」場合を典型的に処罰範囲から除外するのであれば、それなりの合理的な根拠が示される必要であろう<sup>92</sup>。

確かに、強制性交等罪・強制わいせつ罪の法定刑の高さに鑑みれば、その当罰性を支える程の自律性侵害が認められる場合を限定することには合理性がある。しかし、このことも、②の意味で「被害者の意思に反する」場合を一律・典型的に処罰範囲から除くことの十分な理由とはいえないであろう。同意が一応存在するものの、意思形成過程を行為者により不当に支配され、同意という心理状態にいわば「仕向け」られたという②の場合にも、本人の性的自律が阻害されたと評価することは可能であることからすれば、むしろ、②の場合も性的自律が阻害されうることを正面から認めようとして、いかなる態様・程度の利益状況の支配が、可罰的な性的自律の侵害を基礎づけるのかを慎重に見定めることが必要であるように思われる。

裁判例においても、例えば、高松高判昭和47年9月29日高刑集25巻4号425頁は、万引きを発見された被害者が警察への通報を脅迫された2週間後に、自ら電話で場所を指定し性的関係を持ったという事案で、強姦罪の成立を認めている。本件は、姦淫が被害者の意思に基づかないものであるとはいえず、むしろ被害者の苦慮の末の合理的な決断として、性的関係を結ぶことの同意がなされた事案とみることができよう。本件については、強姦罪の可罰性を基礎づける程度 of 意思形成過程の阻害が認められるかどうかについて検討の余地はあるものの、被害者の一応の意思に基づく類型においても、本罪が成立する余地を認める点では支持できる。

### 3 暴行・脅迫の程度

以上のように、②の意味で「被害者の意思に反する」場合も性犯罪として捕捉するとしても、性犯罪の可罰性を基礎づけるために要求されるハードルが、恐喝罪より高いものとなる

---

<sup>91</sup> 和田自身はこの文脈において専ら強姦罪を検討の対象としているが、他の箇所でも強制わいせつ罪も「相手を人格的存在として顧みず、ただ自己の性的欲求の充足のみを図る行為である点では、強姦罪と同じである」（和田・前掲注（14）265頁）と述べていることから、強姦罪についても同様の議論が当てはまるものと考えられる。

<sup>92</sup> 和田はその根拠としてさらに、準強姦罪が「抵抗に向けた合理的判断の機会をまったく与えずに姦淫する」場合にしか成立しないこととの均衡を指摘しているが（和田・前掲注（14）278頁注60）、そもそも準強姦罪の成立範囲の中にも、合理的判断の結果として心理的に性交に応じざるを得なくさせる場合を含める余地が十分存在するように思われる。

ことは十分考えられる。このことは、通説・判例が、恐喝罪では「相手方を畏怖させるに足る脅迫」で十分であるとしながら、強姦罪・強制わいせつ罪では「相手方の反抗を著しく困難にする程度」を要求している点にも表れている<sup>93</sup>。

この点に関して、法益の価値としては性的自由の方が大きく、保護の必要性が高いはずであるのに、性的自由の方がより程度の強い脅迫からしか保護されない理由については説明が必要であろう。学説上は、わいせつ行為における同意の有無の認定は微妙であり、相手の意思に反したか否かの判断を明確にするために、「相手方の反抗を著しく困難にする程度」が必要であるとの指摘もなされている<sup>94</sup>。しかし、むしろ注目すべきなのは、性犯罪の法定刑の下限が重いことであるように思われる<sup>95</sup>。特に、強制性交等罪については、今回の改正により法定刑の下限が5年以上とされたことに注意が必要である。このような重い法定刑を根拠づける程度に、本人の自律性に対する強い阻害がなければ、本罪の成立を認めることができないのである<sup>96</sup>。したがって、事実上、同一内容の加害の告知が、恐喝罪の手段となりえても、強制性交等罪・強制わいせつ罪の手段としては不十分であるということも起こりうるであろう。

以上のように、意思形成過程の阻害の程度を重視するならば、通説や判例が本罪における暴行・脅迫について「抗拒を著しく困難ならしめる程度」を要求していることにも合理性を認めることができる。ただし、こうした限定を、一定の強度の暴行・脅迫を定型的に要求するものとして理解すべきではない。すでに判例は、「抗拒を著しく困難ならしめる程度」の内容を敷衍して、「単にそれのみを取り上げて観察すれば、右の程度には達しないと認められるようなものであつても、その相手方の年令、性別、素行、経歴等やそれがなされた時間、場所の四囲の環境その他具体的事情の如何と相伴つて、相手方の抗拒を不能にし又はこれを著しく困難ならしめるものであれば足りる」としている（最判昭和33年6月6日裁判集刑事126号171頁）。問題の本質が、本人の意思形成過程に対する阻害の有無・程度である以上は、手段自体を定型的に限定するのではなく、暴行・脅迫が本人の意思形成過程に対していかなる影響を与えたかを個別具体的に見定めるアプローチは支持に値するものであろう<sup>97</sup>。

---

<sup>93</sup> 強姦罪の暴行・脅迫の程度に関する指導的な判例である最判昭和24年5月10日刑集3巻6号711頁は、「刑法第177条にいわゆる暴行又は脅迫は相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度のものであること」が必要であるとする。

<sup>94</sup> 西田・前掲注(2)90頁。

<sup>95</sup> 神山・前掲注(88)54頁以下。

<sup>96</sup> なお、法定刑の下限を上げることで、重い刑罰に見合わないという理由から「限界事例」が処罰対象とされなくなり、被害者の保護にとりかえって逆効果になるという「重罰化のパラドックス」を指摘するのは、嘉門・前掲注(61)23頁、斉藤(豊)・前掲注(10)70頁以下、本庄・前掲注(1)101頁。

<sup>97</sup> 谷田川知恵「性的自由の保護と強姦処罰規定」法学政治学論究46号(2000年)518頁も、被害者の主観において「反抗を著しく困難にする程度」の暴行・脅迫を要求することと、暴行・脅迫の客観的な大小強弱を不問にすることは矛盾しないとする。また、判例に

その意味で、被害者の具体的な属性を考慮することは必要不可欠であるといえる。準強姦罪の成否が問題となった事案であるが、東京地判昭和 62 年 4 月 15 日判時 1304 号 147 頁も、「わいせつ、姦淫行為を抗拒することにより被り又は続くと予想される危難を避けるため、その行為を受け容れるほかないとの心理的、精神的状態に被害者を追い込んだときには、心理的、精神的な抗拒不能に陥れた場合にあたるといえることができる。そして、そのような心理的、精神的状態に追い込んだか否かは、危難の内容、行為者及び被害者の特徴、行為の状況などの具体的事情を資料とし、当該被害者に即し、その際の心理や精神状態を基準として〔圈点引用者〕判断すべきであり、一般平均人を想定し、その通常心理や精神状態を基準として判断すべきものではない」としている。もっとも、このことは、心理的強制の判断において客観的な限界づけが不要になることを意味するものではない。被害者の具体的な属性を考慮することが許されるのは、当該属性が社会において一般化可能であり、特別の法的保護が認められるものとして類型化可能である場合に限られる。被害者のあらゆる主観的・個人的事情を全て考慮して、被害者が抵抗困難な状態になりさえすれば、性的自律が阻害されたと評価すべきではない。同意の有効性評価は、あくまでも規範的・客観的な基準により行われることが確認される必要がある<sup>98</sup>。学説の中には、以上のような裁判例の判断について、自由意思の喪失を主観的な基準により判断する適切なものであると位置づけたうえで、被害者の具体的事情を考慮できない「客観的考察方法」には問題がある、と指摘するものも存するが<sup>99</sup>、「当該被害者に即し」て、自律性の阻害の有無を判断すること自体は、「客観的考察方法」と何ら矛盾するものではない。排斥されるべきなのは、規範的・客観的な考慮をおよそ捨て去り、刑法による自律性保障の限界を見定めることを放棄してしまうことである。

#### 4 暴行・脅迫の独自の意義

以上のように、本人の意思形成過程を不当に支配したと評価できるかが最終的に重要になると考える場合、「心理的強制」にとって暴行・脅迫が不可欠であるとはいえない。行為者と被害者の間に一定の従属的・支配的關係があり、被害者が心理的に抵抗意思を形成し難

---

について、『相手方の反抗を著しく困難にする程度』は、『相手方の意思に反してわいせつ行為・姦淫を行うに必要な程度』の意として用いられ、その観点から、総合判断が展開されてきた」と分析するのは、曲田統「強制わいせつ罪・強姦罪における暴行脅迫について」『川端博先生古稀記念論文集〔下巻〕』（成文堂、2014年）50頁以下。

<sup>98</sup> 客観的な指標により抗拒困難性を判断することの意義と限界を検討するものとして、嶋矢・前掲注（83）69頁以下。嶋矢は、準強姦罪の成立限界が主観的抗拒困難性により画されているとすれば、通常の強姦でそれを「切り上げて」客観的抗拒困難性を必須とするのは理論的に整合性を欠くとして、客観的抗拒困難性の判断には限界があると指摘する（同70頁）。しかし、ここでの客観的・規範的な判断は、行為者の答責性を確定するのに不可欠なものであるから、むしろ準強姦罪（準強制性交等罪）の成立限界を画するうえでも重要性を持つと考えるべきであろう。

<sup>99</sup> 上嶋一高「被害者の同意（下）」法学教室272号（2003年）78頁。さらに、川本・前掲注（80）74頁、林幹人「錯誤に基づく被害者の同意」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』（有斐閣、1998年）250頁も参照。

いような場合にも、本人の意思形成過程が不当に支配されていると評価する余地はあろう<sup>100</sup>。裁判例は、こうした場合にも、被害者の「抗拒不能」を認定することで、準強姦罪・準強制わいせつ罪の成立を認めてきた。近年では、例えば、運動部の顧問兼監督をしていた男性教員が、16歳及び17歳の女子部員4名に対し、部員たちが自分に逆らうことができないことを利用してなされたわいせつ行為が、「抗拒不能に乘じ」たものであるとして、準強制わいせつ罪の成立を認めたもの（秋田地判平成25年2月20日 LEX/DB 25500971）などがある。特に、被害者が18歳未満の未成年である場合などは、被害者の脆弱性を考慮して自律的な意思形成過程に対する有意な阻害を認めやすいであろう。今回の改正で創設された「監護者性交等・わいせつ罪」も、このような意味で被害者の性的自律を阻害する場合を捕捉する規定として位置づけられるべきである。

もっとも、このように暴行・脅迫に特段の限定的意義を認めず、心理的強制の有無が本質であると理解すると、強制性交等罪・強制わいせつ罪と準強制性交等罪・準強制わいせつ罪との区別が困難ないし不可能になるのではないかと、という問題が生じる。上記の事例でも、逆らうことができない心理状態の被害者に対して、わいせつ行為を迫ること自体が「態度による脅迫」に当たると解して、強制わいせつ罪の成立を認めることも不可能ではないであろう。準強制性交等罪・準強制わいせつ罪の心理的な抗拒不能が広範に認められ、強制性交等罪・強制わいせつ罪の暴行・脅迫要件も緩和される結果として、両罪の捕捉範囲は大きく重なることになるのである。

このような「重なり」は特に問題ないとして、いずれの罪で起訴するかは検察官の裁量に委ねるという理解も十分にあり得る。これに対して、強制性交等罪・強制わいせつ罪の独自性を維持すべきであると考えられる場合には、暴行・脅迫と実際に行われた性的行為との間の手段・目的連関を厳格に要求するという方向性が考えられるであろう<sup>101</sup>。すなわち、暴行・脅迫が被害者の意思形成過程に作用し、被害者を抗拒困難な状態に陥れたという場合に限り、強制性交等罪・強制わいせつ罪にいう「暴行・脅迫」が認められ、他方で、例えば失神した被害者に対する暴行など、被害者の意思形成過程に対して現実に作用を及ぼさないものは、本罪の「暴行」に当たらないと理解するのである。上記の事例でも、行為者がわいせつな行為を迫ったことが、被害者の抵抗困難状態を新たに作出したと評価可能な限りで、強制わいせつ罪の成立が認められると解されることになる。なお、このように理解する場合、前述の「不意打ち型」については、行為者の有形力の行使が反抗を抑圧する手段として用いられて

---

<sup>100</sup> 大塚・前掲注（2）104頁。なお、指導的立場にある者がその地位や被害者との関係性を利用して性的行為を行う事例の当罰性について検討を加えたものとして、木村光江「準強姦罪、準強制わいせつ罪—地位・関係性の利用」研修818号（2016年）3頁以下参照。

<sup>101</sup> 深町晋也「性犯罪における暴行・脅迫の程度」法学教室427号（2016年）40頁も、性犯罪の暴行・脅迫は「あくまでも他の行為事情と相俟って、被害者の反抗を困難にするような作用を有する必要がある」として、準強姦罪・準強制わいせつ罪との区別の基準を提示する。なお、両罪の区別については、嘉門優「被害者の意思侵害要件の展開」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 上巻』（成文堂、2016年）753頁以下も参照。

いるわけではないため、強制わいせつ罪ではなく準強制わいせつ罪に問うべきであるということになろう<sup>102</sup>。

#### 5 提案と脅迫の区別

また、自律的な意思形成過程に対する不当な阻害のみが同意の有効性に影響を及ぼするという前提からは、Hörnle が提示している「提案」と「脅迫」の区別という視点も有用であろう。我が国の学説においては、脅迫罪・強要罪の成立について、「告知される害は適法なものであってもよい」とするのが通説であり<sup>103</sup>、例えば、万引きをした者に告訴をほめかして、自己との交際に応じるように「提案」する行為も、強要罪を構成するものと考えられている。その理由として、適法な害であっても、それを告知された者には「心理的圧迫」が生じることが挙げられることが一般的である。また、裁判例においても、前出高松高判昭和47年9月29日高刑集25巻4号425頁は、商店の経営者が万引きをした女性に対して、警察に通報しない代わりに性的行為に応じることを迫ったという事案で、強姦罪の成立を認めている。しかし、Hörnle が指摘するように、同意の有効性評価にとって重要なのは、心理的圧迫の有無それ自体ではなく、それを生じさせたことの答責性の所在である。このような理解からすれば、以上の通説的見解にも再考の余地があることになろう<sup>104</sup>。

上記の事例において、「告訴しないこと」をいわばエサに性的接触を「提案」する行為は、他人の窮状に乗じている点で道徳的に問題があるのみならず、告訴制度との関係で不当性を有していることは否定できない。告訴権を、性的接触を持ちかけるための取引手段として利用することは、明らかに告訴制度の趣旨に反するものである。しかし、問題は、こうした制度への攻撃を根拠に、法益主体の同意を無効とし、個人的法益である性的自己決定の侵害がなされたと評価することが許されるかどうかである。Hörnle が指摘するように、「提案」により与えられた状況改善のチャンスを掴むかが、まさに本人の「積極的自由」に属するとすれば、同意の有効性を安易に否定することには避けられなければならない。これに対して、そのような「提案」を持ちかけること自体が、意思の形成過程に対する不当な干渉であると評価することが許されるならば<sup>105</sup>、同意の有効性が否定されると考える余地もな

---

<sup>102</sup> 不意の性的暴行に対しては、被害者に抵抗する暇がないのであるから、端的に「抗拒不能」に乗じたものとして準強制わいせつ罪とすべきであるとするのは、松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）86頁、山口・前掲注（2）108頁。

<sup>103</sup> 大谷・前掲注（2）87頁、大塚・前掲注（2）70頁、西田・前掲注（2）68頁、松原・前掲注（102）80頁等。ただし、脅迫罪については、適法な事実の告知によって害される安全感を保護する必要はないとして、違法な事実の告知だけが脅迫に当たるとする見解も有力に主張されている（曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（2012年）54頁、高橋・前掲注（2）91頁、山口・前掲注（2）76頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第4版〕』（成文堂、2016年）96頁等）。

<sup>104</sup> なお、「被害者の側に取引の意思がある場合には、その反抗は抑圧されていないと解すべきであろう」とするのは、町野・前掲注（59）204頁。

<sup>105</sup> 森川恭剛「性犯罪における強制と不同意」刑法雑誌55巻2号（2016年）306頁は、「人の弱みにつけ込んで性行為の選択肢をオファーするのは、自発的な同意を得ることにならないので性暴力だろう」と指摘する。

お残されるが、そのような評価が許される根拠と限界については、さらに慎重な検討を必要とするであろう。

## 第5節 小括

性犯罪を「性的自由に対する罪」として捉える伝統的な理解を維持する限り、性的自由の具体的な内実について理論的な検討を加えることが必要不可欠である。本章では、「性的自己決定」概念のコンセプチュアルな分析を試みたドイツの学説から手がかりを得て、性的自由の実現が認められるための具体的な条件を模索してきた。現実の人間の「弱さ」を考慮するならば、結果的に本人の同意が存在したという事実だけではなく、そこに至るまでの意思形成過程に正面から目を向ける必要がある。意思形成過程において行為者による不当な干渉が介在し、本人の自律性が阻害されたと評価できる場合には、同意の有効性を否定し、刑法的介入の可能性を認める必要がある。意思形成過程にどこまでの保護を認めるべきかについては悩ましい問題を多く含んでいるが、「性的自律」の基本的な意義に立ち返りながら、その限界を慎重に見定めていく必要があるだろう。

また、本章が検討の対象とした「性的自律」以外にも、性的行為に関連する他の保護法益を想定することは可能である。例えば、児童に対する性犯罪については、「児童の健全な性的発達」なども保護法益に含まれないかという点を検討する余地があろう<sup>106</sup>。こうした他の保護法益と「性的自律」との関係も慎重に見極めつつ、適切な法的規制のあり方を今後も模索していく必要がある。

## 第6章 いわゆる仮定的同意について

### 第1節 問題の所在

本章では、仮定的同意 (*hypothetische Einwilligung*) を素材として、刑法における患者の自律性の保護のあり方について若干の考察を試みる。そもそも「仮定的同意」とは、「医的侵襲に際して、医師の説明が不十分であるために患者の同意が無効となるが、仮に患者が適切な説明を受けていたとしても当該侵襲に対して同意をしていたであろうという場合には、医師の説明義務違反に関する法的責任を否定する」ことを内容とする法理である。元々は、ドイツの民事医療訴訟において、説明義務違反を理由とする医師の賠償責任を制限するために用いられた法理であり、現在では、ドイツ民法 630h 条 2 項 2 文に明文化されるに至っている<sup>107</sup>。

<sup>106</sup> 深町・前掲注 (19) 318 頁以下は、児童の性的自己決定と児童の健全育成（健全な性的発達）の両側面を考慮してその保護法益を決定すべきであるとする。

<sup>107</sup> 民法 630h 条 2 項 診療を実施した者は、第 630d 条〔訳者注—患者の同意を得る義務〕に即した同意を得たこと及び第 630e 条〔訳者注—医師の説明義務〕の要件に従って説明したことを証明しなければならない。説明が第 630e 条の要件を満たしていない場合には、診療を実施した者は、患者が規定通りの説明があっても医師の措置に同意したであ

このように、民法において仮定的同意の法理が定着している一方、この法理を刑法にまで持ち込むことの当否については、現在ドイツにおいて「論争の嵐 (Meinungssturm)」<sup>108</sup>が巻き起こっている。後述するように、その根底には刑法における患者の自律性保護の意義や限界をめぐる対立が存在しており、その問題状況を整理しておくことは我が国の議論にとっても有益であると考えられる。また、仮定的同意は医事法の枠を超えて、あらゆる個人的法益について適用される可能性がある。したがって、このテーマは、刑法全体の中で法益主体の自律性が果たすべき役割を考察するに際しても重要な視点を提供しうるものであると思われる。

## 第2節 仮定的同意をめぐる議論状況

### 第1款 概念の輪郭

本格的な検討に立ち入る前に、まず、「仮定的同意」という概念の輪郭を明らかにする。「同意」と名の付く制度としては、法益主体が侵害の発生を実際に同意したことを理由に犯罪性の阻却を認める「現実的同意 (tatsächliche Einwilligung)」のほか、同意が現実には存在しない場合でも、法益主体の「推定される意思」に合致することを理由に法益侵害行為の違法性阻却を認める「推定的同意 (mutmaßliche Einwilligung)」がある。本稿で取り上げ

---

ることを主張することができる。(なお、訳出に当たっては、春日偉知郎「医師責任訴訟における法律上の推定規定の意義」榎善夫・遠藤賢治古稀祝賀『民事手続における法と実践』(成文堂、2014年)402頁以下を参照した。)

<sup>108</sup> Brigitte Tag, Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung, ZStW 127, 2015, S. 523. 仮定的同意の代表的な支持者としては、Kristian Köhl, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2012, § 9 Rn. 47; Lothar Kuhlen, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 331; Henning Rosenau, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, in: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 687 ff.; Claus Roxin, Strafrecht AT Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 13 Rn. 119 ff. 仮定的同意を刑法に持ち込むことに否定的なのは、Walter Gropp, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, in: Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 200 ff.; Christian Jäger, Die hypothetische Einwilligung - ein Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin, in: Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007, S. 349 ff. [本論文の翻訳として、クリスチャン・イエーガー(野澤充訳)「仮定的同意——医学における遡及的な法的治癒の事例」法政研究 82 卷 1 号 (2015 年) 51 頁以下]; Ingeborg Puppe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 3. März 1994 und 29. Juni 1995, GA 2003, 768 ff.; Frank Saliger, Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht, in: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 264 ff. [本論文の紹介として、菊地一樹「フランク・ザリガー『刑法における仮定的同意の代案』」早稲田法学 91 卷 4 号 (2016 年) 197 頁以下]; Detlev Sternberg-Lieben, Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler: Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung, in: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 302 ff.

る仮定的同意は、この「現実的同意」とも「推定的同意」とも異なる概念であるとされている。

現実的同意が法益主体から行為時に実際に得られた有効な同意を指すのに対して、仮定的同意は「仮に適切な説明がなされていたら」有効に得られていたであろう同意であり、両者は明らかに異なる。また、推定的同意との主な違いは、同意を得ようにも得られないという意味での「補充性 (Subsidiarität)」が要求されない点に求められている<sup>109</sup>。通説によれば、推定的同意は、例えば、患者が事故で意識不明であるが緊急に手術が必要である場合など、現実的同意の入手が不可能ないし困難であるという前提のもとで初めて持ち出されうる<sup>110</sup>。これに対して、仮定的同意による免責は、現実的同意の入手可能性を問わずに認められる。むしろ、仮定的同意が典型的に問題となるのは、適切な説明が可能であったのにそれが怠られた場合であり、このような場合にも、仮定的な考慮に基づいて医師の責任を制限する点に、推定的同意とは異なる独自の意義が認められるのである<sup>111</sup>。問題は、「現実的同意」によっても「推定的同意」によっても認められないような医師の可罰性の制限が、理論上いかに根拠づけられるのかという点である。

## 第2款 仮定的同意の理論的根拠

### 1 違法性阻却事由

ドイツの刑事判例は、仮定的同意を「現実的同意」とも「推定的同意」とも異なる独自の違法性阻却事由として承認している。仮定的同意論の萌芽はすでに1990年代の連邦通常裁判所の判例<sup>112</sup>に表れているが、この概念が明確に打ち出されたのは、椎間板事件 (Bandscheibenfall) の連邦通常裁判所の決定<sup>113</sup>においてである。

<sup>109</sup> Kuhlen, a.a.O. (Anm. 108), S. 333. また、後述するように、仮定的同意を帰属阻却事由として取り扱う見解によれば、仮定的同意は既遂犯としての可罰性のみを排除するものであり、未遂犯としての可罰性を排除しない点でも推定的同意と異なる。

<sup>110</sup> Statt vieler Roxin, a.a.O. (Anm. 108), § 18 Rn. 10 ff.

<sup>111</sup> したがって、推定的同意の (現実的同意に対する) 補充性を否定する (例えば、町野朔『患者の自己決定権と法』(東京大学出版会、1986年) 199頁以下) 理解を採用する場合には、仮定的同意は推定的同意の一場面にすぎないことになる。

<sup>112</sup> 例えば、サージボーン・プラグ事件における第4刑事部の決定 (BGH NStZ 1996, 34) を参照。本決定を紹介したものとして、鈴木彰雄「傷害罪における被害者の仮定的同意—ターレンの所説について—」名城ロースクール・レビュー3号 (2006年) 2頁、杉本一敏「仮定的同意論の『論理構造』に対する批判的覚書」愛知学院大学宗教法制研究所紀要49号 (2009年) 99頁以下、武藤真朗「医師の説明義務と患者の承諾—『仮定的承諾』序説—」東洋法学49巻2号 (2006年) 9頁以下、塩谷毅「被害者の仮定的同意について」立命館法学327=328号 (2009年) 383頁以下、山中敬一「医師の説明義務と患者のいわゆる仮定的同意について」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第1巻』(成文堂、2006年) 255頁以下、古川伸彦「医的侵襲行為の正当化と『仮定的同意』論」高山佳奈子=島田聡一郎編『山口厚先生献呈論文集』(成文堂、2014年) 73頁以下、佐藤陽子「仮定的同意に関する序論的考察」『川端博先生古稀記念論文集 [上巻]』(成文堂、2014年) 220頁以下、富山侑美「インフォームド・コンセントにおける仮定的同意 (1)」北大法学論集68巻1号 (2017年) 83頁以下。

<sup>113</sup> BGH JZ 2004, 800. 本決定を紹介したものとして、鈴木 (彰)・前掲注 (112) 2頁以

本件では、まず、上級医（Oberarzt）による椎間板ヘルニアの摘出手術において、本来摘出する必要があった部位とは異なる、誤った部位の椎間板を摘出するという医療ミスが生じた（第1手術）。その後、大学病院の神経外科の医長（Chefarzt）の助言により、当該上級医は、第1手術のミスを隠し、患者に対して「ヘルニアが再発した」との虚偽の説明をすることで、再度の手術の同意を騙取し、本来摘出すべきだった椎間板ヘルニアの摘出手術（第2手術）を行った。その際に、残存していた重度のヘルニアの摘出だけでなく、第5腰椎の右側の椎弓部の摘出も行われたが、患者は右側の椎弓部の摘出が予定されていたことを認識していなかった。もっとも、第2手術に医学的適応性・医術的正当性があることは認められる。このような事実認定の下で、地方裁判所は、第2手術に対する患者の有効な同意が認められないとして、医長に故意傷害罪の教唆犯の成立を認めた。

これに対して、連邦通常裁判所は、地裁による有罪判決を破棄している。連邦通常裁判所も、第2手術に対する患者の同意が、手術が必要となった原因の欺罔に基づいているため無効であるとする点では地裁と同様である。しかし、連邦通常裁判所によれば、「違法性は、その患者が規則に適合した説明を受けたならば、実際に行われた手術に同意したであろう場合に欠落する」。すなわち、「傷害罪の可罰性が認められ、それに従属する教唆の可罰性が肯定されるのは、適切に説明していれば同意がされないままであったであろう場合に限られる」のである。そして、「この事情は、医師に対して〔検察官により〕証明されなければならない。もし疑いが残るなら、利益原則（*in dubio pro reo*）によって医師の有利に、すなわち、規則に適合した説明がなされた場合であっても同意はなされていたであろうことを前提としなければならない」。

また、仮定的同意の認定に際しては、「その都度の患者の具体的な決断結果（*konkretes Entscheidungsergebnis des jeweiligen Patienten*）」が考慮されなければならない。患者がどのみち手術を受けざるをえなかったであろうことや、理性的な患者なら同意したであろうことは重要でない。第2手術が結果的には（*im Ergebnis*）患者の意思と利益に適うものであったという認定だけでは、仮定的同意の認定として不十分である。以上の点を指摘して、連邦通常裁判所は、仮定的同意の存否を判断するために必要な審理を尽くさせるべく、差し戻す旨を判示している。

この事件に引き続き、連邦通常裁判所はドリル事件（2004年）<sup>114</sup>、脂肪吸引事件（2007

---

下、山中・前掲注（112）259頁以下、武藤・前掲注（112）13頁以下、杉本・前掲注（112）103頁以下、島田美小妃「仮定的承諾論」中央大学大学院研究年報39号（2010年）194頁以下、塩谷・前掲注（112）385頁以下、古川・前掲注（112）59頁以下、富山・前掲注（112）86頁以下。

<sup>114</sup> BGH JR 2004, 469（結論的には仮定的同意の存在を否定）。本決定を紹介したものとして、鈴木（彰）・前掲注（112）3頁以下、杉本・前掲注（112）105頁以下、塩谷・前掲注（112）386頁以下、山中敬一『医事刑法概論I』（成文堂、2014年）359頁以下、古川・前掲注（112）66頁以下。

年)<sup>115</sup>、さらに、ターボ禁断療法事件(2007年)<sup>116</sup>において、仮定的同意による違法性阻却がありうることを認めており、肝細胞移植事件(2013年)<sup>117</sup>では、「処女的な方法(Neulandmethode)」による手術が問題となる事例にも、仮定的同意論の適用が可能であることが示されるに至っている<sup>118</sup>。

## 2 正当化事由に関する帰属

判例が仮定的同意を独立の違法性阻却事由として位置づけるのに対して、これを「正当化事由に関する帰属」の問題として理論づけたのがKuhlenの学説である。Kuhlenによれば、構成要件段階だけではなく違法性の段階においても、客観的帰属の可否が審査されなければならない。すなわち、事後的に(ex post)考察して、生じた結果が正当化の瑕疵(Rechtfertigungsmängel)に客観的に帰属可能な形で基づくものであることが肯定できないければ、既遂の客観的不法を肯定することができないのである<sup>119</sup>。これを同意という正当化事由について考えると以下ようになる。すなわち、有効な同意が認められず行為の正当化ができない場合であっても、結果が同意の瑕疵(説明不足)に基づいていない場合には、違法性段階での客観的帰属が認められず、既遂不法が阻却される。具体的には、「もし適切な説明がなされていたとしても同意がなされていたであろう」という場合、すなわち「仮定的同意」が認められる場合がこれに当たる<sup>120</sup>。

仮定的同意を違法性阻却事由として把握するのとは異なり、この見解によれば、仮定的同意が認められる場合にも行為不法の存在は否定されない。むしろ、正当化事由が充足されず、行為の違法性が確定したときに初めて、その正当化の瑕疵と結果との間の帰属連関を問題とすることができる<sup>121</sup>。また、仮定的同意による帰属の阻却が肯定されても、行為不法を理由とした未遂犯処罰<sup>122</sup>の余地は残されるため、説明義務違反を犯した医師を不可罰とする

---

<sup>115</sup> BGH NStZ-RR 2007, 340. 本判決を紹介したものとして、鈴木彰雄「ドイツ刑事判例研究(10)」名城ロースクール・レビュー8号(2008年)171頁以下、山中・前掲注(114)360頁、古川・前掲注(112)49頁以下、富山・前掲注(112)89頁以下。

<sup>116</sup> BGH NStZ 2008, 150. 本判決を紹介したものとして、山中・前掲注(114)361頁以下、古川・前掲注(112)56頁以下、富山・前掲注(112)90頁以下。

<sup>117</sup> BGH NJW 2013, 1688. 本判決を紹介したものとして、山中・前掲注(114)363頁以下、古川・前掲注(112)90頁以下、富山・前掲注(112)94頁以下。

<sup>118</sup> 以上のドイツ刑事判例を分析し、判例上の「仮定的同意」論の実体を明らかにすることを試みるものとして、古川・前掲注(112)論文を参照。

<sup>119</sup> Kuhlen, a.a.O. (Anm. 108), S. 338 f.

<sup>120</sup> Kuhlen, a.a.O. (Anm. 108), S. 340. さらに、説明の瑕疵と結びついた特別な危険が結果に実現しなかった場合には、リスク連関(Risikozusammenhang)の不存在を理由に客観的帰属が否定される(Ebenda, S. 337)。

<sup>121</sup> Kuhlen, a.a.O. (Anm. 108), S. 338 f.

<sup>122</sup> ドイツでは、1998年の第6次刑法改正で傷害罪に未遂犯の処罰規定(ドイツ刑法223条2項)が創設されている。なお、ドイツと異なり「傷害未遂罪」の犯罪類型が存在しない日本においては、仮定的同意の理論を採用することが極めて困難であると指摘するものとして、塩谷・前掲注(112)408頁。

ことにはならないとされる<sup>123</sup>。

### 第3款 仮定的同意に対する批判

#### 1 訴訟法上の問題

以上で見たように、仮定的同意は民法の規定に取り入れられているのみならず、刑事判例においても定着しつつあると言えるが、学説上はこれに否定的な見解も有力に主張されている<sup>124</sup>。まず、仮定的同意に対しては手続法的な観点からの懸念が示されている。

権間板事件で連邦通常裁判所が指摘しているように、仮定的同意の認定に際しては、患者本人の具体的な価値観を考慮する必要があるため、患者の証言が極めて重要な意義を有することになる。そのため、学説上は、医師による患者の証言の「買収」の可能性を指摘するものが存する<sup>125</sup>。また、医師の可罰性を証言により左右できてしまう点で、「実体法の衣を纏った刑事告訴」を患者に認めるとの異ならず、傷害罪の規定<sup>126</sup>を親告罪化してしまうとの指摘もなされている<sup>127</sup>。

もともと、患者の供述の「買収」がありうることは、被害者が証人となる大部分の場合に妥当する<sup>128</sup>ことであり、裁判所による適切な事実認定により解決するほかないとの反論がありうるだろう。連邦通常裁判所も、「仮定的同意に関する被害者尋問の際、その陳述と理由づけについて適切に評価しなければならない」と指摘し、その陳述と理由づけは、「真実の事情を知らされた場合に、当人の視点に立って、そのときの時点における当該患者の当該決断が、追体験しうる、また起こりうる推論（eine nachvollziehbare und mögliche Schlussfolgerung）であることを認めさせるものでなければならない」と述べている。患者の供述は、手術後の諸事情（例えば、手術の結果如何）に影響される可能性があるため、それを「鵜呑み」にして仮定的同意（の不存在）を認定することのないよう注意深く審理すべきことが、ここで強調されているのである<sup>129</sup>。

#### 2 自己決定の保護への悪影響

仮定的同意に対する批判として重要なのは、この法理を刑法に持ち込むことが、患者の自律性ないし自己決定の保護に対して極めて不利な影響を及ぼすというものである。仮定的同意の特徴は、推定的同意と異なり「補充性」が要求されない点に認められるが、こうした特徴ゆえに、仮定的同意は推定的同意の要件をかいくぐって、説明義務に違反した医師の可

<sup>123</sup> Kuhlen, a.a.O. (Anm. 108), S. 340.

<sup>124</sup> 仮定的同意論に対する各種の批判については、杉本・前掲注（112）131頁以下も参照。

<sup>125</sup> Gropp, a.a.O. (Anm. 108), S. 200.

<sup>126</sup> ドイツ刑法において傷害罪は「刑事訴追について特別な公の利益があるために、刑事訴追機関が、職権による介入を必要と考える」場合に非親告罪であると規定されている（230条1項1文）。

<sup>127</sup> Jäger, a.a.O. (Anm. 108), S. 355 f.; Saliger, a.a.O. (Anm. 108), S. 267.

<sup>128</sup> Rosenau, a.a.O. (Anm. 108), S. 692. ヘニング・ローゼナウ（島田美小妃訳）「仮定的承諾——新しい法形象！」比較法雑誌 43 卷 3 号（2009 年）161 頁以下も参照。

<sup>129</sup> 古川・前掲注（112）65 頁参照。

罰性を広く制限してしまう。その結果、患者の自己決定の保護が刑法においてなおざりにされてしまうことが批判されている<sup>130</sup>。

このような批判に対して、仮定的同意の支持者からは次のような反論が加えられている。すなわち、仮定的同意の認定に際しては、平均的・合理的な患者ではなく、その都度の患者自身の具体的な価値観が考慮されるため、むしろ患者の自己決定に有利に働くものである<sup>131</sup>。また、民法で仮定的同意による免責が承認されている以上、刑法でもこれを認めるべきである。民法上の責任が否定される場合にまで、患者の自己決定の保護を理由に刑法上の可罰性を肯定することは、「法秩序の統一性」や「刑法の謙抑性」に反するというのである<sup>132</sup>。

しかし、後者に関しては、民事訴訟と刑事訴訟との間の証明ルールの相違に注意を払う必要がある。すなわち、民法上の仮定的同意の主張・立証責任は医師側に課されており、医師には厳格な証明が要求される<sup>133</sup>のに対して、刑法上の仮定的同意（の不存在）は利益原則に基づき、検察官側に証明責任が課されている。したがって、仮定的同意の存否が証明できない場合、民事訴訟では医師の賠償責任が肯定されるのに対して、刑事訴訟では、医師の可罰性が制限され、患者の自己決定に不利に働くという違いがある<sup>134</sup>。

さらに、仮定的同意が不存在であることの合理的な疑いを超える証明は極めて困難であることが指摘される。その都度の患者自身の具体的な価値観を考慮するとはいえ、「もしその場で適切な説明がなされていたら」という架空の問いに対する回答は、当の患者自身もそのような状況を経験したことがない以上、常に憶測によらざるを得ない。Puppe は、人間の決断に関する一般法則が存在しないために、このような架空の問いを設定することは無意味であると断じ、仮定的同意が原理的に認定不可能であることを指摘している<sup>135</sup>。さら

---

<sup>130</sup> Saliger, a.a.O. (Anm. 108), S. 265; Sandra Wiesner, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, 2010, S. 120 ff.

<sup>131</sup> Rosenau, a.a.O. (Anm. 108), S. 697.

<sup>132</sup> Henning Rosenau, SSW-StGB, 2. Aufl., 2014, Vor §§ 32 ff. Rn. 53; Philipp Böcker, Die „hypothetische Einwilligung“ im Zivil- und Strafrecht, JZ 2005, 928 f.; Wiesner, a.a.O. (Anm. 130), S. 178.

<sup>133</sup> BT-Drucks. 17/10488, S. 29. 民法上の仮定的同意については、河原格『医師の説明と患者の同意』（成文堂、1998年）208頁以下、山中・前掲注（114）349頁以下、春日・前掲注（107）424頁以下も参照。

<sup>134</sup> Saliger, a.a.O. (Anm. 108), S. 263; Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. 108), S. 300; Jäger, a.a.O. (Anm. 108), S. 353 f. これに対して、Roxin は、自身の危険増加論の考え方をここでも転用し、帰属を阻却するためには「適切な説明がなされていたとしても同意していたであろう」ということが確実性をもっていえなければならない、疑わしい場合には、仮定的同意論を援用できないと説明している（Roxin, a.a.O. (Anm. 108), § 13 Rn. 123 ff.）。しかし、この見解によれば結局、検察官の立証の程度の要求が事実上緩和されることになり、刑事裁判における利益原則に違反するとの批判は免れないであろう（塩谷・前掲注（112）401頁）。

<sup>135</sup> Puppe, a.a.O. (Anm. 108), 769. これに対して、Lothar Kuhlen, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, 228 は、法的な場面のみならず日常生活においても仮定的同意について問うことはよく行われており、これに対して満足のいくように答えることも可能であると反論してい

に、患者が死亡ないし証言能力を喪失しており、その個人的な価値観に関する具体的な手がかりを得られない場合には、合理的な、すなわち、自身の健康状態の改善を望む患者を目安として、仮定的な意思の存在を認定せざるを得ない。そのため、実際に行われた治療行為が医学的適応性・医術的正当性を備えている場合には、ほとんど常に仮定的同意の存在が認定されてしまい、その結果、医療的合理性の前で患者の自己決定権が切り詰められることが批判されている<sup>136</sup>。

また、仮定的同意を「帰属阻却事由」として位置づける学説からは、未遂犯として処罰する余地がなお残されるため、医師は患者の現実の有効な同意を得ようと動機づけられると説明されるが<sup>137</sup>、この点に対しても疑問が投げかけられている。なぜなら、医師が仮定的同意の存在を確信している場合には、故意の存在が否定され、未遂犯としての処罰も否定されてしまうからである<sup>138</sup>。

### 3 理論的問題

以上は、仮定的同意を刑法に持ち込む場合に懸念される実際上の問題であるが、仮定的同意に対しては、そもそも理論的に根拠づけられないとする批判も提起されている。まず、判例のように、仮定的同意を「違法性阻却事由」として捉えることに対しては次のような批判がなされている。そもそも違法性阻却原理は、法益衝突状況における「優越的な利益の維持」という思考を基礎に置いているが、仮定的同意が存在する場合に、より高位の利益が維持されるわけではない。患者は、行為の時点において、自己の法益の保護を有効に放棄していないのであり、場合によっては存在しうる仮定的意思を重視することは、患者の現実的な意思を尊重することと比べてより高位の利益とはいえないとされる<sup>139</sup>。

また、仮定的同意を「帰属阻却事由」として位置づける理解に対しても批判が加えられている。そもそも、こうした理解は、「仮に行行為者が注意義務を尽くしていても、結局、同じ結果に至ったであろう」という場合に、当該結果を注意義務違反行為に帰属しないという「合義務の態度の代置」の論法から類推的に導かれたものである。しかし、この類推の正当性については疑問が残る<sup>140</sup>。なぜなら、仮定的同意が問題となる場面においては、現実には

---

る。また、Puppeの批判は「手続きにおける立証の問題であり、犯罪実体論の問題ではない」とするのは、富山侑美「インフォームド・コンセントにおける仮定的同意（2・完）」北大法学論集68巻2号（2017年）66頁以下。

<sup>136</sup> Saliger, a.a.O. (Anm. 108), S. 265; Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. 108), S. 303.

<sup>137</sup> Kuhlen, a.a.O. (Anm. 135), 229 f.

<sup>138</sup> Christian Jäger, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006, S. 26; Puppe, a.a.O. (Anm. 108), 770; dies, Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, ZIS 2016, 369.

<sup>139</sup> ハロー・オットー（甲斐克則＝福山好典訳）「医的侵襲にとっての仮定的承諾の意義」比較法学44巻2号（2010年）120頁。さらに、Saliger, a.a.O. (Anm. 108), S. 266; Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. 108), S. 302.

<sup>140</sup> この問題を検討した我が国の文献として、杉本・前掲注（112）論文が挙げられる。なお、杉本は、「仮定的同意論」も「合法的行為の代置論」もともに客観的結果帰属論の下位類型として理論的に包摂されうると結論付けている（同144頁以下参照）。

同意により正当化されない「違法な結果」が生じているのに対して、「もし適切な説明がなされていたら」という仮定事情の下では、患者の有効な同意に基づく「適法な侵襲結果」の発生が想定されるため<sup>141</sup>、「いずれにせよ、同じ結果に至ったであろう」と評価することはできず、現実生じた「違法な結果」は、まさに説明義務に違反して行われた侵襲に帰属されると考えられるからである。ドイツの判例の立場のように、自己決定権の侵害も傷害罪の不法の内容に盛り込むのであれば<sup>142</sup>、同様の侵襲の発生が想定されることだけを根拠に、義務違反連関の欠落を認めることは困難であろう<sup>143</sup>。

#### 第4款 適用範囲の広がり

ドイツにおける近時の議論においては、仮定的同意を背任罪に適用する裁判例が登場したこともあり、その適用可能な範囲に対して関心が集まっている。そこで、以下では仮定的同意論の適用範囲がどこまで拡大されるのかを検討する。

##### 1 同意不存在事例への適用

第一に、仮定的同意論は、何らかの瑕疵により同意が無効となる事例（以下、「同意無効事例」）にとどまらず、そもそも同意が存在しない事例（以下、「同意不存在事例」）にも適用可能なのであろうか。上で紹介した椎間板事件では、上級医の欺罔により無効とされるものの、侵襲に対する同意自体は存在していると見る余地がある<sup>144</sup>。これに対して、例えば、患者が熟睡している間に独断で手術を行った（が、仮に起こして適切な説明をしていれば同意が得られていたであろう）という事例では、患者の同意がその有効性を問う以前にそもそも存在しないのである。

仮定的同意の論理を素直に受け止めるならば、「同意無効事例」も「同意不存在事例」も、「適切な説明をしていても（していれば）同意が得られたであろう」といえる限り、可罰性の制限が認められるように思われる<sup>145</sup>。しかし、この点に関して **Kuhlen** は次のような注目すべき主張を展開している。**Kuhlen** は、正当化事情それ自体が全く存在していないような「正当化の重大な欠陥 (tiefgreifende Rechtfertigungsdefizite)」と、それに至らない「正

---

<sup>141</sup> Jens Andreas Sikor, Logische Unstimmigkeiten in der hochstrichterlichen Prüfungsformel zur hypothetische Einwilligung, JR 2008, S. 180; Scarlet Jansen, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, ZJS 2011, 488; Martin Böse, Unrechtausschluss durch hypothetische Dispositionen über das geschützte Rechtsgut?, ZIS 2016, 497. なお、Sikor の見解を我が国で紹介したものとして、杉本・前掲注 (112) 137 頁以下参照。また、山中・前掲注 (112) 279 頁も、現実事例と仮定事例との間の「結果」の違いについて指摘している。

<sup>142</sup> BGHSt 11, 111 [114].

<sup>143</sup> Böse, a.a.O. (Anm. 141), 497.

<sup>144</sup> 武藤・前掲注 (112) 17 頁も、「形式的には患者による現実的承諾が存在する」事例であることを指摘している。

<sup>145</sup> なお、小林憲太郎「被害者の同意」判例時報 2296 号 (2016 年) 7 頁は、患者が手術を激しく拒否したものの、医師がこれを強行したが、もし十分に情報が与えられていたであろう場合には、むしろ手術を要請していたであろうという「同意不存在型」の場合についても、被害者の潜在的な価値観との合致を理由とする不法阻却を認める余地があるとする。

当化の単なる瑕疵 (bloße Rechtfertigungsmängel)」とを区別したうえで、正当化の瑕疵が後者にとどまっている場合に限って、結果との間の客観的帰属連関に関する問いを立てることができるとする<sup>146</sup>。したがって、仮定的同意が問題とすることができるのも、あくまでも「正当化の単なる瑕疵」が認められる場合、すなわち、同意は存在するが、欺罔や強制等により当該同意が無効となる場合に限られる。これに対して、同意がそもそも存在しない場合には、仮定的同意を問題とする余地がないというのである<sup>147</sup>。

以上の説明によれば、同意不存在事例の場合、患者の同意が欠如しているため、「正当化の重大な欠陥」が認められ、仮定的同意を問題とすることができない。このような限定は一部の民法学説においても主張されているものの<sup>148</sup>、その理論的根拠は必ずしも明らかではない。また、Kuhlenの提示する「正当化の重大な欠陥」及び「正当化の単なる瑕疵」という限定基準によって具体的にどのような正当化の欠陥が仮定的同意の適用範囲から除かれるのかも明瞭とはいえない<sup>149</sup>。

## 2 医事刑法を超えた適用

第二に問題となるのは、仮定的同意が医事刑法を超えて適用可能か否かという点である。例えば、XはYの財物を窃取したが、もしお願いしていればYはXにその財物を贈与していたであろうという場合に、仮定的同意の論理を窃盗罪に適用して、(少なくとも既遂の)可罰性を否定することが許されるかが問題となる<sup>150</sup>。仮定的同意が、違法性阻却や客観的帰属という総論的な問題に関連する以上は、その適用範囲を医事刑法に限定する理由は存在しないであろう<sup>151</sup>。

---

<sup>146</sup> Lothar Kuhlen, Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, in: Festschrift für Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 434. さらに, Thomas Rönau, Anm. zu BGH, Beschluss vom 15. 10. 2003, JZ 2004, 803 も参照。

<sup>147</sup> Kuhlen, a.a.O. (Anm. 135), S. 440.

<sup>148</sup> Hans-Joachim Mertens, in: Soergel, 12. Aufl., 1990, Vor § 249 Rn. 166 は、患者の同意が全く欠如している場合には仮定的同意の抗弁が認められないとする。また、ライヒ裁判所も、民法上の仮定的同意について同様の制限を設けていた (RGZ 163, 129)。もっとも、その後の判例においては、医師が説明を完全に懈怠した場合と、不十分な説明との場合とが区別されていないとの指摘がなされている (河原・前掲注 (133) 212 頁)。

<sup>149</sup> 杉本・前掲注 (112) 119 頁注 27 参照。例えば、Kuhlen は同意者の判断能力が欠如する場合を、同意が完全に欠如する場合と同視できるとして、「正当化の重大な欠陥」に分類しているが (Kuhlen, a.a.O. (Anm. 135), S. 440 f.)、この場合に一応は同意が存在するにもかかわらず同意不存在と同視できる根拠は明らかでない。

<sup>150</sup> Vgl. Gunnar Duttge, Die „hypothetische Einwilligung“ als Strafausschlussgrund: wegweisende Innovation oder Irreweg?, in: Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, 2006, S. 188; Harro Otto, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmasste und hypothetische Einwilligung, Jura 2004, 683.

<sup>151</sup> Böse, a.a.O. (Anm. 141), 497. さらに、仮定的同意の法理が、令状取得に対する裁判官の許可といった国家機関の決定に対しても適用されることが指摘されている (Ebenda, 499 ff.)。

近時では、背任罪<sup>152</sup>の成否が問題となった事案で仮定的同意を（予備的に）適用し無罪を導いた判決も登場するに至っている<sup>153</sup>。この事案では、市営の住宅・都市建設有限会社（stadteigene Wohn- und Stadtbau-GmbH）の経営者である被告人が、会社にとって具体的なメリットのない監査役会メンバーの観光旅行の計画・実行を行った行為が背任に当たるとして起訴された。地方裁判所は、当該観光旅行に観光的要素があることを認めつつも、それに優越する、情報入手や研修といった有益な目的への貢献が認められることを認定し、被告人に無罪判決を下した。検察官の上告を受けたハム上級地方裁判所も、被告人の重大な義務違反を認定することはできないとしたうえで、次のような指摘をしている。すなわち、仮に義務違反が認められるとしても、旅行の存在を知り数十年間にわたり黙認してきた市には、黙示的な合意があったと考えるのが自然である。さらに、利益原則に従う限り、少なくとも「仮定的合意（hypothetisches Einverständnis）」が存在する可能性を排除することができない。というのも、もし被告人が、市に旅行を申請していたとすれば、当該許可が降りていたであろうと考えられるからである<sup>154</sup>。

#### 第5款 小 括

確かに、拡大し続ける説明義務に基づく医師の責任を適切な範囲に制限するという動機は正当なものである。仮定的同意論に反対する Gropp も、「『仮定的同意』の背景には、患者に対して十分に説明することを意識的に懈怠した『だけ』の医師を、故意の身体傷害（既遂）罪による処罰から免れさせるという、全く正当な要請がある」<sup>155</sup>ことを率直に認めている。

しかし、以上で見たように、仮定的同意論の適用範囲は、同意の取得そのものが怠られたケース（同意不存在事例）や、医事刑法の枠外にも広がりうる。少なくとも、仮定的同意の論理構造の内部にその適用範囲を限定する要素は存在していない。仮定的同意論が「独り歩き」することで、刑法全体における自己決定保護に対して不利な影響が及ぶという事態は、実際に他罪に適用した裁判例の存在も考慮すれば、杞憂とは言えないように思われる。

適切な解決を導くためには、仮定的同意をめぐる争われている問題の本質に立ち返る必要がある。すなわち、刑法における患者の自律性保護の意義と限界を正面から考察したうえで、それが医師の説明義務や責任の範囲にいかなる影響を及ぼすかを分析しなければならない。次節以下で示される、医師の説明義務の範囲を制限するアプローチも、そのような試

---

<sup>152</sup> 刑法 266 条 1 項 法律、官庁の委任若しくは法律行為により行為者に与えられた、他人の財産を処分し若しくは他の者を義務付ける権限を濫用し、又は、法律、官庁の委任、法律行為若しくは信任関係に基づいて行為者に負担させられる、他の者の財産上の利益を守る義務に違反し、これにより、その財産上の利益を保護すべき者に損害を与えた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。

<sup>153</sup> OLG Hamm wistra 2012, 447.

<sup>154</sup> この判決に対しては、すでに重大な義務違反が認定できず、委託者の黙示的な合意が認定できる以上、仮定的合意を考慮することは完全に無用であったとの批判が加えられている（Saliger, a.a.O. (Anm. 108), S. 268.）。

<sup>155</sup> Gropp, a.a.O. (Anm. 108), S. 207.

みとして位置づけることができるだろう。

### 第3節 説明義務と患者の自律性

#### 第1款 仮定的同意の代案

仮定的同意が持ち出された背景には、民法上ますます拡大を続ける説明義務の違反のみを根拠に、医師に対して広く故意傷害罪の成立を認めるべきでないという正当な要請が存在する。したがって、仮定的同意の法理による解決が支持できないとすれば、これに代わる代案によって医師の責任を認めるべき合理的な範囲を画する必要があることになる<sup>156</sup>。

代案としてまず考えられるのが、医学的適応性・医術的正当性を備えた治療行為はそもそも「傷害」に当たらないとする見解（治療行為非傷害説）を採用することである。ドイツの判例では、治療行為にも傷害の構成要件該当性が肯定され、患者の有効な同意が認められない限り違法性が阻却されないという原則が確立しているため<sup>157</sup>、このような代案を採ることは現実的でないであろう。これに対して、我が国においては、専断的治療行為が傷害罪として立件されていないのが現状であり、実務が治療行為非傷害説を前提にしていると説明することも不可能ではないと思われる<sup>158</sup>。ただし、この代案を正面から採用する場合、患者の自己決定の保護が、客観的な健康利益の増進ないし医療上の合理性に劣後するという結果を認めざるを得ないことになる。

他の代案として、推定的同意に際して必要とされる「補充性」の要件を緩和することにより、その射程範囲を拡張するという解決が示されている。例えば、武藤眞朗は、十分な説明をして同意を得る可能性が物理的に存在する場合にも、「十分な説明」をすることが患者本人の健康状態に悪影響を及ぼす危険がある場合には、「十分な説明に基づく同意を得ることが困難な場合」であるとして、推定的同意の法理を適用する余地を残すことが考えられるとしている<sup>159</sup>。確かに、「適切な説明が可能である場合には、推定的同意の法理によることができない」ということが仮定的同意の法理の出発点である<sup>160</sup>ことからすれば、これは有効な代案の一つといえるだろう。ただし、推定的同意の「補充性」要件を緩和することが、いかなる理由からどの程度まで許容されるのかは、そもそも「補充性」が要求されることの根拠

---

<sup>156</sup> Saliger, a.a.O. (Anm. 108), S. 268 ff. 我が国においても、仮定的同意の法理を用いずに、医師の刑事責任を合理的に限定するための「代案」を模索する方向が複数の論者により示唆されている。武藤眞朗「いわゆる仮定的承諾について—医師の説明義務と患者の承諾」刑法47巻3号（2008年）324頁以下、塩谷・前掲注（112）408頁以下等。さらに、島田・前掲注（113）201頁も参照。

<sup>157</sup> RGSt 25, 375; BGHSt 11, 111.

<sup>158</sup> 井田良「医療とインフォームド・コンセントの法理」五十嵐敬子編『医をめぐる自己決定』（イウス出版、2007年）132頁。岡上雅美「治療行為と患者の承諾について、再論」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 上巻』（成文堂、2014年）325頁も参照。

<sup>159</sup> 武藤・前掲注（156）326頁。

<sup>160</sup> 佐藤陽子「被害者の承諾」伊東研祐＝松宮孝明編『リーディングス刑法』（法律文化社、2015年）242頁。

に遡り慎重に検討する必要がある問題である。

さらに、ドイツにおいて主張されている代案としては、医師の責任が軽微な事案について、ドイツ刑事訴訟法における手続打切り規定（Einstellungsvorschriften）を活用するというものがある<sup>161</sup>。もっとも、この代案に対しては、逮捕・起訴による医師の評判への不利な影響を解消することができない<sup>162</sup>点が批判されるとともに、説明の欠如がいかなる場合に可罰性と結びつくかという問題は、理論上明確化されなければならないとの指摘が加えられている<sup>163</sup>。

そこで、刑法独自の基準により医師の説明義務の範囲を限定するという代案が注目されることとなる<sup>164</sup>。そもそも問題の根源が説明義務の著しい拡大にあるとすれば、このような方向性は基本的に妥当であるといえるだろう。

## 第2款 法益関係的錯誤説による解決

説明義務を限定するための具体的な基準として有力に主張されているのが、患者の「法益関係的錯誤」を問題にする見解である。これによれば、患者の同意を無効とするのは、傷害罪の保護法益である身体と関係する錯誤のみであり、それ以外の動機の錯誤は同意の有効性に影響を与えない。したがって、有効な同意を得るために必要な説明の範囲も、患者の身体的利益に関係するものに限定されることになる。具体的には、治療侵襲の具体的内容（身体に何をされるか）や、安全性・成功率、副作用等の付随リスクなどの事項が説明義務の範囲に含まれる<sup>165</sup>。これに対して、治療の成功率や危険性と無関係な事情は、身体的利益とは無関係であるとして、説明義務の範囲からは除外されることになる。したがって、椎間板事件で問題となったような、過去の失敗の意図的隠匿は、必ずしも同意を無効とするものではなく、それが施術主体の技量、ひいては、手術の成功率を判断するのに必要な情報といえる限り<sup>166</sup>、同意の有効性に影響を与えられなくなるであろう。

以上のような解決の基準を支持する学説は我が国でも有力に主張されているが<sup>167</sup>、「身体的利益に関係する事項」に何を含めるかは論者によって大きな差がある。治療侵襲の具体的内容がこれに含まれることは争いがないと思われるが、後遺症や副作用等の付随リスクの説明については、治療侵襲と直接結びつくものではないことを理由に、「身体関係性」を否

<sup>161</sup> Puppe, a.a.O. (Anm. 108), S. 776.

<sup>162</sup> Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. 108), S. 306.

<sup>163</sup> Saliger, a.a.O. (Anm. 108), S. 269.

<sup>164</sup> 医師の説明義務を限定するアプローチを採用するのは、Benedikt Edlbauer, Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv, 2009, S. 472 ff.; Andreas Albrecht, Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht, 2010, S. 545 ff.; Sabine Swoboda, Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?, ZIS 2013, 31 f.; Saliger, a.a.O. (Anm. 108), S. 268 ff.; Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. 108), S. 306ff.; Tag, a.a.O. (Anm. 108), 543 ff. さらに、オットー（甲斐＝福山訳）・前掲注（139）123頁以下も参照。

<sup>165</sup> 甲斐克則「医療行為と『被害者』の承諾」現刑6巻3号（2004年）29頁以下参照。

<sup>166</sup> 杉本・前掲注（112）127頁注40参照。

<sup>167</sup> 例えば、武藤・前掲注（156）325頁、塩谷・前掲注（112）409頁など。

定する見解<sup>168</sup>も主張されている。

また、本人の身体的利益とは無関係な事項に関する欺罔や錯誤が、常に同意の有効性に影響を与えないと考えられるかについても検討の余地がある。例えば、母親に対して、生命に危険のある息子を救助するためには今すぐ輸血が必要であると偽り、採血に同意させた場合、息子の身体の状態は、本人（母親）の身体的利益に関係する事情とはいえ、法益関係的錯誤が否定されることになるが、この場合に同意を有効として母親に対する傷害罪を不成立とする結論は妥当といえないであろう。法益関係的錯誤説の論者からは、この場合に、母親が心理的に法益を処分せざるを得ない状況にあることを理由として同意が無効になるとの説明が加えられているが<sup>169</sup>、「心理的に法益を処分せざるを得ない状況」自体は、実際に息子の生命に危険がある場合にも否定できない。さらには、生命に危険のある自分の病気を治すために手術に同意する患者も、心理的に同意せざるを得ない状況にあると言えるが、この場合にも同意を無効とすることはできないように思われる。むしろ、本人の身体的利益に関係しない事項についても、法益処分に際して重要な動機となりうる事項については、その情報の欠如が同意の有効性に影響を与える場合があると説明した方がより端的である。

第1部で論じたとおり、法益関係的錯誤説における以上のような混乱の原因は、「法益（身体）関係的」とされる事項の中に、同意の「存否」に関するものと「有効性」に関するものが混在している点にある。治療侵襲に対する同意を問題とする限り、治療侵襲の具体的内容は、同意の対象となる事項であるため、これについて錯誤がある場合には同意が「不存在」となる。この場合に現実的同意による正当化の余地はありえないのは当然のことである。これに対して、安全性・成功率、副作用等の付随リスクなどは、存在する同意が有効と評価されるために必要な情報か否かという視点から問題とされる。しかし、この有効性評価のハードルの高さは、刑法による患者の自己決定をどの程度まで徹底して保護するかに関する価値決定により変動しうるものである。「身体的利益に関係する事項」といっても様々なものが想定しうるのであり、その中のいかなる情報を説明義務の対象に含めるかは、これによって大きく左右されるだろう。同意の存否の問題が、同意対象を認識・認容していたか否かにより一義的に定まるのとは対照的といえる。

さらに、同意が存在するために必要な情報が「身体関係的」であるのは、それが身体への侵襲に対する同意である以上当たり前であるのに対して、当該同意が有効と評価されるために与えられるべき情報の範囲が、本人の「身体関係的」なものに限られなければならない

---

<sup>168</sup> Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. 108), S. 309 f. 「侵襲と直接結びつけられるリスク (die mit dem Eingriff direkt verbundenen Risiken)」としては、例えば、施術中に近くの血管を損傷してしまう可能性などが想定されている。それ以外の付随リスクに関する説明義務違反に関しては、損害賠償法による解決に委ねられる (Ebenda, S. 310)。

<sup>169</sup> Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. 108), S. 310 は、錯誤自体が法益関係的でない場合であっても、この事例のように、「法益関係的不自由 (rechtsgutsbezogene Unfreiheit)」の状況が作出された場合には同意が無効になるという。しかし、「法益関係的不自由」という概念の射程は不明確であり、錯誤自体の法益関係性の要求を放棄できる根拠も明らかではない。

必然性は存在しない点にも注意が必要である。

法益関係的錯誤による解決に上記の問題があることを踏まえれば、同意の「存在」と「有効性」の問題を区別して、患者の自律性が実現したといえるための条件を分析的に検討する必要がある。また、後述するように、このような区別に基づく検討は、「仮定的同意」というカテゴリにおいて扱われる事例群の適切な解決を示すのにも資すると考えられる。

### 第3款 患者の自律性の実現

#### 1 同意の存在

治療侵襲に対する同意の存在が肯定されるためには、患者が当該侵襲の具体的内容（身体に何をされるか）を認識・理解したうえで、これを認容する心理状態を抱えている必要がある。この認識が欠如する場合には、有効性評価の以前に同意の存在が認められず、現実的同意による正当化の可能性はおおよそ否定されなければならない。

この同意不存在事例において、「もし尋ねていれば同意していたであろう」という仮定的同意を理由として行為者の可罰性を制限することは妥当でないと思われる。現実には生じたのは同意により全くカバーされない違法な侵襲結果であり、行為者は現実の同意の取得を通じてこの違法な結果の発生を回避すべきであった。現実の同意が不存在である以上、患者の自律性が実現したと評価する余地はなく、これを「架空の同意」で埋め合わせることはできないのである<sup>170</sup>。

現実的同意が認められない場合にも、推定的同意による正当化の余地は残されるが、「補充性」を厳格に要求する場合には、患者が事故で意識不明であるなど、現実的同意の入手が不可能という状況でなければ、正当化はできないことになる。無論、この「補充性」の要求を一定程度緩和できないかに関しては別途検討の余地があるが、その検討に際しては、患者の現実的同意の重要性を掘り崩す結果とならないよう慎重な配慮を要するであろう。

なお、以上の説明は患者の同意だけでなく、他の個人的法益に対する罪における同意にも妥当する。例えば、XはYの財物を窃取したが、もしお願いしていればYはXにその財物を贈与していたであろうという場合には、財物の占有移転に対するYの現実的同意が「不存在」であるため、実際には存在しない「架空の同意」を根拠にXの可罰性を制限することは認められない。もし、Yが駅の売店の売り子であり、Yが不在の間にXが代金を置いて商品を持ち出したといった事情が存在する場合には、窃盗罪の成立を否定する余地があるが、それは、Yの事前の包括的同意（黙示の同意）の存在が現実には肯定されるからに他ならない<sup>171</sup>。

#### 2 同意の有効性と情報入手

患者の同意が存在する場合に、その有効性を認めるためには、治療侵襲を認容する心理状態の形成過程が自律的であると評価できなければならない。具体的には、十分な判断能力の

---

<sup>170</sup> Saliger, a.a.O. (Anm. 108), S. 265 も、高度に人格的な決断としての患者の自律は事後的に回復することができないとし、同意と仮定的な承諾が質的に (qualitativ) 区別されることを強調している。

<sup>171</sup> 小林憲太郎『刑法的帰責』（弘文堂、2007年）251頁以下参照。

下で、判断に必要な情報の入手を他者から阻害されることなく意思形成が行われることが必要となる。

同意の存否の問題と異なるのは、この問題がすぐれて「評価的」な側面を有していることである。すなわち、意思形成プロセスがどの程度まで充実している場合に、自律的な決定がなされたと評価できるかは、自己決定をどの程度まで徹底して保護するかに関する価値判断に大きく左右されるのである。もっとも、ここで注意が必要なのは、刑法的保護を問題とする限り、完璧で理想的な自己決定の実現を志向することはできないということである。現実の人間の意思決定は、あらゆる情報を完全に掌握してなされるようなものではなく、常に不完全な情報に基づくものである。したがって、あらゆる情報の欠如を理由に刑法的介入を認めることは妥当でない。刑法が介入すべきなのは、患者の意思決定に際して必要となる「重要な情報」の入手が不当に阻害されたと評価できる場合に限られる。

問題はこの「重要な情報」の範囲をどのように画定するかである。以下では、情報の「主観的重要性」と「客観的重要性」をそれぞれ区別して検討を加える。

まず、患者本人にとって重要でない情報の欠如は、たとえその情報が「合理的な患者」にとって必要なものであったとしても、意思形成の自律性に何ら影響を及ぼさないと考えるべきである。いわゆる「仮定的同意」が認められてきた場合というのは、問題となる説明事項が、患者本人にとっての主観的重要性を欠く場合であると理解することができる。なぜなら、「適切な説明をしていたとしても同意したであろう」という場合、意思が現実に行った不適切ないし不十分な説明は、患者の決意にとって決定的な影響をもつものではなかったといえるからである<sup>172</sup>。このような主観的重要性を欠く事項については、説明義務の対象外であると理解することが可能である<sup>173</sup>。

もっとも、厳密に考えれば、そのような場合の中には患者が当該説明事項について全く無関心であった場合と、当該説明事項について関心は有していたが、説明を聞いていても決断結果には影響しなかった場合の両者が含まれる。このうち、前者については情報の主観的重要性を否定して、同意の有効性に影響を与えないと考えることに特段問題は生じないものと思われる。これに対して、後者の場合にも情報の主観的重要性を否定する理解をする場合、実際の刑事裁判においては利益原則により被告人に有利な認定がなされる結果、多くの事例で決断結果に対する影響が否定され、同意の有効性が肯定されてしまうという問題が生じる。

そこで、実際の決断結果への影響を問わず、本人にとって関心のある情報については全て「主観的重要性」を肯定するという理論構成もありうると思われる。すなわち、たとえ決断の結果が変わらないとしても、関心のある情報に基づいてなされた同意と、そうでない同意

---

<sup>172</sup> 武藤・前掲注(112) 34頁、同・前掲注(156) 325頁、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（日本評論社、2017年）135頁、山中・前掲注(114) 370頁以下参照。

<sup>173</sup> これに対して、佐藤・前掲注(112) 239頁は、「説明義務を具体的な被害者の意思に左右させる点で不自然なように思われる」と指摘している。しかし、この点は説明義務の範囲をどの程度事後的な立場から考えるかに依存するであろう。

との間では自律性の実現という観点から見て質的な相違があり、後者は無効と評価すべきとする考え方である<sup>174</sup>。しかし、このように解する場合には、「関心のある情報に基づいて意思決定を行う機会」自体を傷害罪の規定を通じて保護する結果になってしまう点に注意が必要である。そのような抽象的な自己決定権自体の保護は、損害賠償法など他の手段に委ねることで十分であろう<sup>175</sup>。

以上のような「主観的重要性」の認められる情報の不足の全てが同意を無効にすると考えべきではなく、さらに刑法的リアクションにふさわしいか否かという観点から、同意の有効性に影響を与える情報に客観的な絞りを設けなければならない。

客観的重要性が認められる情報の範囲をいかに画定するかは難問であるが、治療侵襲が行われる文脈では通常、安全性・成功率や、侵襲に伴う危険性<sup>176</sup>などが合理的な患者にとって重要な情報であるといえるだろう。もっとも、法益関係的錯誤説のように、本人の身体的利益と関係する錯誤のみが、同意を無効としうると考える必然性は存しないように思われる。通常の治療侵襲が問題となる場合に、重要な情報の範囲が原則として本人の身体的利益に関するものと重なるのは確かであるが、それは事実上そうであるにすぎない。母親に対して、生命に危険のある息子を救助するためには輸血が必要であると偽り、採血に同意させたという特殊な事情が問題となる場合には、本人（母親）の身体的利益と無関係な事情も同意

---

<sup>174</sup> 例えば、山口厚「客観的帰属と違法性阻却」『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2010年）88頁は、「説明してもしなくても、いずれにしても同意したであろうとして、当該事項の説明を不要とするのは、あまりにも、患者・法益主体の利益、その自己決定権をないがしろにするものといわざるを得ない」としたうえで、「事後的に見ればいずれにしても同意を与えていたであろうといいうるにせよ、一定の事項についての説明を受けた上で同意を与える機会を確保されていることが、患者の自己決定権の保護、法益主体の利益の確保という観点からは重要である」と指摘している。

<sup>175</sup> 実際に我が国の民事訴訟実務において、説明義務違反と損害の間の因果関係が否定される場合にも、「十分な情報を提供されないままに治療行為の諾否を決めざるを得なかった」という点に関して慰謝料の請求が認める運用がなされている（西野喜一「医師の説明義務とその内容」法政理論34巻3号（2002年）20頁、手嶋豊「医療と説明義務」判タ1178号（2005年）189頁参照）。なお、賠償請求を広く認める運用と、効果の強い刑事制裁の厳格な適用との組み合わせにより、全体として適正な権利保護を行う「自己決定権保護の多段階化」について、米村滋人「再論・『患者の自己決定権と法』」町野朔古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開 下巻』（信山社、2014年）107頁以下参照。

<sup>176</sup> 町野・前掲注（111）250頁以下は、危険の説明を「対象の説明」に属するとし、患者の同意を存在させるために必要な説明であると位置づけている。しかし、同意（認容）の対象はあくまでも治療侵襲それ自体（一次的侵害）であり、手術の危険が実現した場合に生じる悪化結果（二次的侵害）にまで認容が及んでいると解することは困難であると思われる。二次的侵害に関しては、「許された危険」や「危険の引受け」等の別個の法理による解決を問題とすべきであろう。なお、田坂晶「刑法における治療行為の正当化」同志社法学58巻7号（2007年）263頁以下、同「治療行為とインフォームド・コンセント（刑事法的側面）」甲斐克則編『インフォームド・コンセントと医事法』（信山社、2010年）65頁以下、同「治療行為の正当化における患者の同意」比較法雑誌51巻1号（2017年）97頁以下も参照。

の有効性に影響を与えうる。この事例で、息子が危篤状態か否かという情報は、母親にとって主観的に重要な情報であるのはもちろん、それが客観的にも了解可能であり、自律的な意思決定に対して必要な情報であると考えられるのである。

また、傷害罪の保護法益に自己決定権が含まれるとしても、それは身体的利益から遊離した抽象的・包括的な自己決定権ではなく、身体という実体利益と関係づけられた自己決定権として理解されなければならないとも指摘されるが<sup>177</sup>、こうした理解から、法益処分の有効性に影響を与える情報が本人の身体的利益と関係するものに限定されるという帰結を導くこともできないであろう。以上の献血の事例においても、自己の身体を何のために処分するかという、身体と関係づけられた自己決定権は侵害されているのであり、このような自己決定を保護することが、身体と無関係な抽象的な自己決定権を傷害罪の保護法益に含めることには必ずしもならないものと思われる。

意思決定に際して主観的にも客観的にも重要な情報を入手することが「不当に阻害された」と評価できる場合には、意思形成プロセスの自律性が損なわれており、その結果なされた同意を無効とすべきことになる。この「情報入手の不当な阻害」は、積極的な欺罔による場合だけでなく、当該情報を告知する義務の懈怠によっても行われうる。医師による説明の懈怠は、後者の場合に当たるといえるだろう。

自律的な意思形成過程の侵害という見地からは、単なる情報の不告知と比較して、積極的な欺罔が行われた場合の方が、より侵害の度合いが高く、同意の有効性に対する影響力も大きいと考えられる。意思形成過程において重要なのは、「重要な情報」への到達の可能性がどれだけ確保されているかであり、積極的な欺罔がなされる場合、到達可能性の減弱の程度が大きいといえるためである。これに対して、錯誤の内容にのみ着目し、その発生原因には基本的に関心を払わない法益関係的錯誤説による解決では、欺罔と不告知との間の差異を問題とすることができない<sup>178</sup>。また、仮定的同意の法理による解決でも、錯誤の発生原因と結果帰属の可否とは無関係であるため、やはり両者の違いは無視されてしまうであろう<sup>179</sup>。

もともと、積極的な欺罔があれば、情報の内容や重要性を一切問うことなく常に同意の有効性に影響を与えると解することはできない<sup>180</sup>。最終的な同意の有効性判断は、情報の（主観的・客観的）重要性の程度と、当該情報の入手の阻害の程度とを総合的に考慮したうえで、

---

<sup>177</sup> 町野・前掲注（111）131頁以下。同様の指摘を行うものとして、甲斐・前掲注（165）27頁、武藤真朗「治療行為の違法性と正当化——患者の承諾の意義——」早大法研論集59号（1991年）207頁、天田悠「傷害罪の保護法益からみた治療行為論（二・完）」早稲田法学会誌（2015年）25頁等。

<sup>178</sup> 山中・前掲注（114）171頁参照。

<sup>179</sup> 杉本・前掲注（112）128頁も、医師が積極的な欺罔手段を用いているという事情は、「医師の態度の悪質性を示すものではあるが、この事情の存在ゆえに結果帰属が認めら易くなる、といった論理が帰属論の発想から内発的に出て来るわけではない」と指摘する。

<sup>180</sup> これに対して、Saliger, a.a.O. (Anm. 108), S. 270は、医師による欺罔が行われる場合、脅迫や強制が行われた場合と同様に、患者の自己答責的な決断があったと認めることができないため、常に同意が無効となると説明している。

自律的な意思形成過程の重大な侵害があったと評価できるか否かという観点から行われる必要がある。

#### 第4款 問題の解決——椎間板事件を素材に——

椎間板事件は、本稿で示した理解によれば以下のように解決することができる。まず、患者の同意が実際になされた第2手術に及んでいるかどうかという、同意の「存否」の問題が検討されなければならない。実際になされた第2手術では、残存していた重度のヘルニアの摘出だけでなく、第5腰椎の右側の椎弓部の摘出も行われているが、患者は右側の椎弓部の摘出が予定されていたことを認識していなかった。したがって、同意の存在として手術内容の具体的な認識を要求するのであれば、第2手術に対して同意がそもそも及んでおらず、その有効性を問題とする以前に同意が不存在であると結論づけられる。この場合、推定的同意による正当化がさらに問題となるが、「補充性」要件を厳格に要求する限り、現実にも同意を得ることが可能であった本件事案ではそれも困難であろう。他方で、同意の対象をより抽象化すれば、椎弓部の摘出も含めた手術全体に対する（黙示的・包括的）同意が第2手術の際に存在したと考える余地がある。このような同意の対象の抽象化がどの程度まで許容されるかはさらなる検討を要する問題であるが、少なくとも治療侵襲に関しては、患者に手術内容の詳細かつ具体的な認識を常に要求することが困難であることから<sup>181</sup>、いわば素人的な認識と理解が備わっていれば同意の存在が認められると解する余地は十分であろう。

第2手術に対する同意の存在が認められる場合、次にその有効性を検討しなければならない。特に本件では第2手術が必要となった理由、すなわち、第1手術が失敗したことについて医師による積極的な欺罔が行われており、このような欺罔が同意の有効性に影響を与えないかが検討の対象となる。この点について、いわゆる「仮定的同意」が認められる場合、すなわち、第2手術が必要となった理由について「適切な説明が行われていた場合にも同意が得られていたであろう」という場合には、当該情報に主観的重要性が認められないため、その欺罔は第2手術に対する現実の同意の有効性に影響を与えないことになる。その限りでは、連邦通常裁判所が、仮定的同意が認められる場合に違法性が欠落すると説明している点は結論的に正当であるといえよう<sup>182</sup>。

これに対して、情報の主観的重要性が肯定される場合、さらに当該情報の客観的重要性の有無が審査されなければならない。過去の手術の失敗はその後の第2手術自体の必要性や安全性と無関係であると考えれば、この点に関する錯誤は同意の有効性に影響を与え

<sup>181</sup> 大杉一之「治療行為における患者の同意の意義」法学新報 123 卷 9 = 10 号（2017 年）618 頁も、患者は医師が提示した治療行為を受容するか否かという受動的な選択をしているのであり、治療行為の正当化のためには当該治療行為に対する包括的、概括的な同意で足りるとする。

<sup>182</sup> なお、古川・前掲注（108）88 頁も、ドイツの刑事判例における仮定的同意の問題は「存在しない同意を仮定的に認める」というものではなく、存在する同意が実際の侵襲を包摂しているか否かという「潜在的同意」の問題であると分析している。さらに、「仮定的同意」が認められる場合には、医的侵襲行為が「患者の意思に反している」とはいえず、違法性が阻却されるとするのは、富山・前掲注（135）69 頁以下。

ないと見る余地もあろう。もっとも、過去の失敗が隠匿される場合には、手術しようとしている患部の現在の状態についても正しい情報が与えられないため<sup>183</sup>、この点を理由に同意の有効性を否定することも考えられる。

#### 第4節 小括

「仮定的同意」というテーマで扱われる事例群は、現実的同意の存在と有効性の問題に還元される。具体的には、患者の自律性が実現したといえる条件の分析的な検討を通じて適切な解決を図ることが可能である。「適切な説明をしていたとしても同意したであろう」という場合は、当該説明事項が患者本人にとっての「主観的重要性」を欠くために、同意の有効性に対する影響が認められないことになる。これに対して、同意不存在事例で、尋ねていれば得られていたであろう「架空の同意」を根拠に広く行為の可罰性を制限することは許されない。もちろん、同意不存在の場合にも、推定的同意による正当化の余地は別途残されており、その正当化の範囲は「補充性」を要求するか否か、さらにどの程度要求するかという点に依存することになる。この点は、「補充性」が要求される理論的根拠に遡りさらなる検討を加える必要がある。いずれにせよ、「仮定的同意」というテーマの下で扱われる問題は、論点の真の所在を正しく認識することを通じて解決が目指されるべきである。

### 第7章 占有者の意思と窃盗罪の成否

#### 第1節 問題の所在

現行刑法は財産に対する罪として複数の犯罪類型を用意している。本稿の分析視角によれば、財産の処分権が侵害されたと評価される場合も、占有移転という事態の発生について、法益主体の同意が存在しない場合と、同意が無効な場合とに区別され、前者の場合を捕捉するのが窃盗罪の規定であり、後者の場合は、同意が無効となる原因に応じて、準詐欺罪<sup>184</sup>・詐欺罪・恐喝罪の規定により捕捉されていると理解することができるだろう<sup>185</sup>。本章が検討

<sup>183</sup> 塩谷・前掲注(108) 410頁。

<sup>184</sup> 準詐欺罪により捕捉されるのは、財物の交付に対する同意の「存在」は認められるものの、同意者に合理的な判断能力が備わっておらず、同意の「有効性」が否定される場合である。したがって幼者であっても、占有移転の発生を理解し認容する事実上の能力を備えている場合には、窃盗罪が成立する余地はなく準詐欺罪の成否が問題となる。これに対して、幼者の「能力缺陷が極限に達して、事実上の處分行為の意義をも全然理解し得ないやうな場合」には窃盗罪が成立すると考えられる(宮本英脩『刑法大綱』(弘文堂、1935年) 373頁)。

<sup>185</sup> なお、被害者への行為帰属・責任帰属という視点から、財物奪取罪の構造分析を試みるものとして、Joachim Hruschka, *Das Opferverhalten als Schlüssel zum System der Sachentziehungsdelikte*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* Bd. 2, 1994, S. 177ff. 本論文の紹介として、杉本一敏『『三角詐欺』は存在しない—被害者の同意論・被害者への帰属論に基づく『三角関係』の検討—』川端博=浅田和茂=山口厚=井田良編『理論刑法学の探究④』(成文堂、2011年) 175頁以下を参照。

の対象とする窃盗罪は、「同意不存在」型の財産犯として特徴づけることができるのである<sup>186</sup>。

問題となるのは、占有移転に際して占有者が条件を設定した場合に、その条件に反する占有移転に同意が及んでおらず、窃盗罪が成立すると直ちに結論づけることが許されるか否かである。例えば、自動販売機でビールを販売する者は、購入者が成人であるという条件を設定していることが通常であると考えられるが、未成年者がこの条件に反してビールを購入した場合にも窃盗罪の成立を当然に肯定してよいかどうかは検討の余地がある。

我が国において、この問題は、近時、メダルの不正取得をめぐる、2つの重要な最高裁判定が相次いで登場したことで、理論的な関心が高まっている。最決平成19年4月13日刑集61巻3号340頁（以下、「平成19年決定」）は、パチスロ機が大当たりを連続して発生する周期と同期させることのできる体感器と称する電子機器を身体に装着して遊戯したという事案について、そのような遊戯行為自体が「通常の遊戯方法の範囲を逸脱するものであり、パチスロ機を設置している店舗がおよそそのような態様による遊戯を許容しないことは明らかである」ため、被告人が取得したメダルは「本件機器の操作の結果取得されたものであるか否かを問わず、被害店舗のメダル管理者の意思に反してその占有を侵害し自己の占有に移した」として、全体について窃盗罪の成立を認めた。他方で、最決平成21年6月29日刑集63巻5号461頁（以下、「平成21年決定」）は、パチスロ店で共犯者による針金を用いた不正な遊戯を隠蔽するための「壁役」として、その隣のパチスロ台で遊戯した者について、「自ら取得したメダルについては、被害店舗が容認している通常の遊戯方法により取得したものであるから、窃盗罪が成立するとはいえない」としている。

占有者の事実上の意思に反しているか否かという点に着目する限り、平成21年決定の事案における、共犯者のゴト行為を隠蔽するための遊戯行為も、店舗側の意思に反していることは否定できない。それにもかかわらず、最高裁は、「通常の遊戯方法の範囲の逸脱」という基準を用いることにより、窃盗罪の成立範囲に一定の制約を設けている。そこで問題となるのは、このような制約を設けることの理論的根拠である。最高裁が用いた「通常の遊戯方法の範囲の逸脱」という基準の具体的な内容を明らかにするためにも、その説明は必要不可欠であろう。

窃盗罪の成否と占有者の意思との関係という問題が先鋭化するのには、以上のように、自動販売機やパチスロ機を初めとした「自動機械」を通じて財物の占有移転が行われる場合である。その特徴として、正常な利用客との間での占有移転については包括的な合意が事前に設定されている点を指摘することができる。そのような事前の包括的合意の存在にもかかわ

---

<sup>186</sup> これに対して、強盗罪は、その成立範囲に「物理的強制」の場合だけでなく、「心理的強制」の場合も含まれるとすれば（杉本一敏「俺の凶器は、お前の恐怖心だ」高橋則夫ほか『財産犯バトルロイヤル』（日本評論社、2017年）53頁）、「同意無効」の場合を含んだ財産犯ということになる。なお、強盗罪にいう「反抗抑圧」に「物理的反抗抑圧」が含まれないと主張するのは、近藤和哉「強盗罪の根拠と解釈—『反抗抑圧』をめぐる4つの問題—」長井圓先生古稀記念『刑事法学の未来』（信山社、2017年）381頁以下。

らず、後に実際になされた占有移転について「窃取」性を認めることが、いかなる範囲で認められるかが問題となる。

ドイツにおいては、この「自動機械からの窃取」の問題を、「条件付き合意 (bedingtes Einverständnis)」論という枠組みのもとで解決するのが、判例・学説において一般的である。すでに我が国においても、こうした判断枠組みの簡潔な紹介はなされているが<sup>187</sup>、その展開過程や学説における議論状況の詳細な紹介は行われていない。そこで、本章では、条件付き合意論をめぐるドイツの判例・学説の展開を整理したうえで、これに対して向けられている学説上の批判を紹介し、この問題をめぐるドイツの議論状況を明らかにする。さらに、そこから得られた示唆を踏まえて、窃盗罪の成否と占有者の意思との関係について検討を加え、具体的問題を解決するための適切な方向を示すことを試みる。

## 第2節 ドイツにおける条件付き合意論

ドイツにおいても、窃取 (Wegnahme) は、意思に反する占有移転として定義されており、占有者が、占有移転について「合意 (Einverständnis)」する場合には、窃取性が排除されるものと理解されている<sup>188</sup>。さらに、合意は、事前に包括的な形で行うことも許されると考えられている<sup>189</sup>。例えば、自動販売機を通じて物品が提供される場合には、機械の設置時点において内容物の占有移転に対する包括的な合意がなされており、通常の利用客が物品を取り出す行為は、事前の合意に含まれていることから、窃取に該当しないと解されるのである。

さらに、事前の包括的合意に際して、機械設置者は合意に一定の条件を付すことが可能である (条件付き合意)。そして、当該条件に違反してなされた占有移転は、もはや事前の合意によりカバーされないために、その意思に反するものとして窃取性が肯定される。ここで問題となるのは、合意に付された条件の中で、いかなる条件への違反が窃取性を基礎づけるかである。学説の多くは、設置者によるあらゆる条件設定を考慮するのは不適切であるとして、窃盗罪の成否判断において考慮すべき条件の範囲に客観的な制約を設けているが、その具体的な範囲については後述するように争いが存在している。以下では、まず、学説の検討に先立ち、「条件付き合意論」がドイツの判例上いかに展開してきたかを概観する。

---

<sup>187</sup> 橋爪隆「窃盗罪における『窃取』の意義について」刑法 54 卷 2 号 (2014 年) 299 頁以下、深町晋也「判批」論究ジュリ 13 号 (2015 年) 190 頁以下、山内竜太「詐欺罪および窃盗罪における被害者の確認措置の規範的意義」法政論究 111 号 (2016 年) 252 頁以下等。

<sup>188</sup> Wolfgang Mitsch, *Strafrecht BT Teil 2 (Vermögensdelikte)*, 2. Aufl., 2003, § 1 Rn. 69; Andreas Hoyer, in: *SK*, 6. Aufl., 1999, § 242 Rn. 46; Joachim Vogel, in: *LK*, 12. Aufl., 2010, § 242 Rn. 106; Roland Schmitz, in: *MK*, 2. Aufl., 2012, § 242 Rn. 82; Albin Eser/Nikolaus Bosch, in: *Sch/Schröder*, 29. Aufl., 2014, § 242 Rn. 90.

<sup>189</sup> Mitsch, a.a.O. (Anm. 188), § 1 Rn. 76; Hoyer, a.a.O. (Anm. 188), § 242 Rn. 53; Vogel, a.a.O. (Anm. 188), § 242 Rn. 113; Schmitz, a.a.O. (Anm. 188), § 242 Rn. 90.

## 第1款 判例の展開

「自動機械からの窃取」の事例は、その問題状況に応じて、①自動販売機・スロットマシン、②現金自動預払機（ATM）、③セルフ式ガソリンスタンドの事案類型に区別されて論じられることが一般的であり、本稿もこの区別に従って判例の展開を整理する。

### 1 自動販売機・スロットマシン

自動販売機・スロットマシンの事案類型で典型的に問題となるのは、偽造硬貨などの贋金（Falschgeld）の使用による内容物の取出しである。古くは1900年に、ライヒ裁判所が、硬貨の代わりに鉄製のメダルを投入しチョコレート板を取り出した事案について窃盗罪の成立を肯定し<sup>190</sup>、連邦通常裁判所も、1952年に下した判決の中で、ライヒ裁判所の先例も引き合いに出しつつ、贋金を使用しての商品の持ち去りは窃盗の構成要件を充足する、との判断を示した<sup>191</sup>。

この判決に対する評釈の中で、窃盗の成立を否定すべきとの反論を展開したのが Dreher である。Dreher は、贋金を「人間の売り手」に対して用いた場合には、詐欺罪の成否が問題になることを指摘したうえで、自動販売機のような「延長された腕」が用いられる場合にも、事案の構造は異ならないとする。したがって、この場合も窃盗の成否を問題とすることは許されない。ただし、自動販売機を通じた取引においては、「人間の売り手」が存在せず「錯誤」メルクマールが欠如するために、結果的に詐欺罪も不成立となる<sup>192</sup>。

この Dreher の反論に応える形で、今日において「条件付き合意論」と呼ばれている考え方を詳細に根拠づけたのが、1955年のバイエルン州最高裁判所の判決である。バイエルン州最高裁判所は、被告人が針金をスロットマシンのコイン投入口に挿入することでゲームを起動し、その結果得られた勝ち金を取得したという事案で、窃盗罪の成立を肯定した。その理由は次のようなものである。すなわち、自動機械の設置者は、その設置に伴って、操作指示（Bedienungsanweisung）に従ってなされる物の持ち去りに対して合意をしている。これに対して、自動機械のロックが操作指示に反して解除され、内容物が持ち去られる場合には、設置者の合意が欠如していることから、窃取性が肯定される<sup>193</sup>。

これ以降、「条件付き合意論」の思考方法は裁判実務において定着し、様々な事例で適用されるに至る。例えば、コブレンツ上級地方裁判所は、ゲーム開始前に金銭返却ボタンを押すことで事前に投入した額より多額の釣銭が放出されるという機械の欠陥を利用した被告人の行為について、以下の理由から窃盗罪の成立を肯定している。すなわち、金銭の引渡しは、遊戯者が操作の手引きに従って機械を使用する場合にのみ、機械設置者の意思に合致する。これに対して、遊戯機能をパスして、単に金銭返却メカニズムの欠陥が悪用される場合

---

<sup>190</sup> RGSt 34, 45.

<sup>191</sup> BGH MDR 1952, 563.

<sup>192</sup> Eduard Dreher, Anm. zu BGH, Urteil vom 22. 4. 1952, MDR 1952, 563f. このように窃盗罪も詐欺罪も成立が認められないことから、処罰の間隙を埋める目的で創設された、給付の不正入手罪（265a 条）を適用すべきとの指摘がなされている（Ebenda, 564）。

<sup>193</sup> BayObLGSt 1955, 120 [121].

には、経営者の意思に反した占有移転がなされており、刑法 242 条〔窃盗罪〕の意味での窃取性が認められる<sup>194</sup>。さらに、デュッセルドルフ上級地方裁判所は、被告人がセロハンテープ細工を施した紙幣を両替機に挿入し、これを両替金が払い出された後で再び引き抜くという方法を通じて両替金を取得したという事案で、窃盗罪の成立を肯定している。なぜなら、自動機械の設置者は、利用者が「機序に従って機械を動かす場合にのみ、両替金の移転と引渡しに合意して」おり、そのような場合に当たるのは、「両替機に挿入された後も紙幣が機械の中に残り続け、利用者が紙幣を再び引き戻したりしない」場合だからである<sup>195</sup>。これらの事案において裁判所は、機械設置者がいかなる条件の下で占有移転に合意していると評価できるかを具体的に特定したうえで、その条件の違反を理由に窃取性を肯定する判断を導いていると考えられる。

これに対して、スロットマシンの「空プレイ (Leerspielen)」と呼ばれる事案、すなわち、事前に違法に入手したプログラムの知識を、運や偶然の要素を遮断し、高額の勝利を獲得するために利用する場合については、多くの裁判例において窃盗罪の成立が否定されている点に注意が必要である。ここでは、少なくとも外観上、スロットマシンの機序に反した操作が存在しないことを理由に、勝ち金の占有移転に対する合意の存在が肯定されている<sup>196</sup>。連邦通常裁判所も空プレイが問題となった事案において、窃盗罪ではなく、コンピュータ詐欺罪（ドイツ刑法 263a 条）<sup>197</sup>の成立を認めている<sup>198</sup>。

しかし、スロットマシンの設置者の純粋に主観的な意思に着目するのであれば、空プレイ行為に対して合意が及んでいると解することは困難である。このことから、窃盗罪の成否に

---

<sup>194</sup> OLG Koblenz NJW 1984, 2424.

<sup>195</sup> OLG Düsseldorf NJW 2000, 159 [160]. なお、本件については、一度両替機に挿入した紙幣を客体として、再度引き戻す行為に窃盗罪が成立しないかも問題となる。これを肯定する見解も存在するが (Schmitz, a.a.O. (Anm. 188), § 242 Rn. 95; Hans Kudlich, Mit Tesafilm zum Reichtum: Missbrauch eines Geldwechselautomaten – OLG Düsseldorf, NJW 2000, 158, JuS 2001, 20ff.)、デュッセルドルフ上級地方裁判所は、被告人が一度も紙幣に対する事実上の支配を失っていないことを理由にこれを否定している。なお、いずれの客体に窃盗罪の成立を認めるかによって、行為者が両替金の取得後に、紙幣の引戻しを断念しセロハンテープを剥がした場合の結論に違いが生じる点に注意が必要である。すなわち、紙幣を客体とする窃盗を認める見解によれば、この場合に窃盗既遂を認めることができないのに対して、裁判所の立場からは両替金に対する窃盗既遂が肯定されることになる (Vgl. Kudlich, a.a.O., 24.)。

<sup>196</sup> LG Ravensburg StV 1991, 214 [214]; OLG Celle wistra 1989, 355 [356]; LG Freiburg NJW 1990, 2635 [2636]. これに対して、窃盗を肯定するのは、LG Saarbrücken NJW 1989, 2272.

<sup>197</sup> 刑法 263a 条 1 項 違法な財産上の利益を自ら得又は第三者に得させる目的で、不正にプログラムを形成し、不正若しくは不完全なデータを使用し、権限なくデータを使用し、又はその他の方法で権限なくデータ処理の結果に影響を与え、これにより他人の財産に損害を加えた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。

<sup>198</sup> BGHSt 40, 331. ただし、コンピュータ詐欺罪の成否についても本罪が要求する「権限なく (unbefugt)」の解釈をめぐる争いが存在している (Vgl. Walter Perron, in: Sch/Schröder, 29. Aufl., 2014, § 263a Rn. 17.)。

において考慮される条件の範囲には何らかの客観的な制約が存在していることが分かる。

## 2 現金自動預払機 (ATM)

純粋に主観的な意思が、窃盗罪の成否を直接に左右しないことは、現金自動預払機 (Geldautomaten) をめぐるドイツ判例において顕著に認められる。この事案類型で典型的に問題となるのは、無権利者による現金の引出しである<sup>199</sup>。ドイツの判例の大部分は、そのような引出しが、盗難等による他人の真正なカードを用いて行われた場合と、偽造カードを用いて行われた場合のいずれについても、窃盗罪の成立を否定している<sup>200</sup>。

その論拠として引き合いに出されているのが、「外観 (äußere Erscheinungsbild)」基準である。これによれば、占有移転の外観が奪取 (Nehmen) である場合には、窃盗の成否が問題となるのに対して、交付 (Geben) である場合には、(コンピュータ) 詐欺の成否が問題となる。連邦通常裁判所は、無権利者である被告人が、他人のユーロチェックカード (暗証番号を入力すると自動預払機から 500 ドイツマルクまでの金額を引き出すことができる) を挿入し、他人の暗証番号を打ち込んで金銭を引き出したという事案で、「機能に適った操作 (funktionsgerechte Bedienung)」による現金の放出の外観は、銀行による交付であるとして、窃盗罪の成立を否定している<sup>201</sup>。その際、連邦通常裁判所は、「権限の欠如を知ったならば、銀行の代理人がその預払機利用者に現金を引き渡さなかったかどうかは、重要ではない」<sup>202</sup>としている。なぜなら、銀行は有効なチェックカードとこれに対応する暗証番号が確認されたあらゆる利用者に対して、機械の中にある金銭の占有を委ねているため、無権利者による利用であっても、自動預払機が技術的に正しく利用される限りは、金銭の占有侵害が問題とならないからである<sup>203</sup>。

同様の理由づけは、複製による偽造カードを用いて金銭が引き出された事案においても見られる。連邦通常裁判所によれば、現金自動預払機の審査ルーティンが予定しているのは、単に磁気ストライプに存在するデータの一致を確かめることだけであり、そのカードが真正に作成されたものかどうかの審査はそれに含まれていない。それゆえ、たとえ偽造カードを用いて金銭が引き落とされる場合であっても、現金自動預払機が機能通りに作動してい

---

<sup>199</sup> この事案類型をめぐるドイツ判例を網羅的に紹介したものとして、長井圓『カード犯罪対策法の最先端』(日本クレジット産業協会クレジット研究所、2000年) 109頁以下、178頁以下がある。

<sup>200</sup> 他人名義カードが用いられた場合について、BGHSt 35 152; OLG Stuttgart NJW 1987, 666; OLG Hamburg, NJW 1987, 366 が、偽造カードが用いられた場合について、BGHSt 38, 120 がそれぞれ窃盗罪の成立を否定している。

<sup>201</sup> BGHSt 35, 152. 我が国においても、松宮孝明「過剰入金と財産犯」立命館法学 249号 (1996年) 1301頁以下は、同様の理由から「窃取」を否定すべきとする。

<sup>202</sup> BGHSt 35, 152 [159].

<sup>203</sup> BGHSt 35, 152 [160]. 本件では、被告人の所為の時点において刑法 263a 条が発効していなかったために、コンピュータ詐欺罪による処罰は認められず、結論的には金銭の横領罪の成立が認められている。なお、カードを客体とした窃盗の成否を別途問題とする余地はあるが、連邦通常裁判所は、現金引出し後にカードを権限者に返還する意思があることを理由として、領得の意思を否定している (BGHSt 35 152 [156ff.])。

る点は異ならない。したがって、被告人は「自動支払機の払出口から金銭を刑法 242 条〔窃盗罪〕の意味で奪取しておらず、むしろ自動支払機の作用により金銭の引渡しを受けている」<sup>204</sup>。さらに、連邦通常裁判所は、窃盗罪の成否と占有者の意思との関係についても言及している。それによれば、現金の「占有移転が、プログラム内に含まれており、現金交付の時点で現実化する占有者の意思決定に基づく」場合には、意思に反した占有の破棄を認めることができない<sup>205</sup>。

以上のように、ドイツ判例は、現金自動預払機の不正利用について、「機能に適った操作」が行われたかどうかに着目して窃盗の成否を判断している。すなわち、事前のプログラミング通りの動作により紙幣が放出される場合には、外観上「奪取」が問題とならなくなるとともに、設置者の合意が占有移転に対して及んでいと評価されているのである。ここでも判例は、窃盗罪の成否において考慮される条件設定に、一定の客観的制約を設けていると評価できる<sup>206</sup>。

### 3 セルフ式ガソリンスタンド

利用者が自ら給油を行うセルフ式ガソリンスタンド (**Selbstbedienungstanken**) に関しては、支払意思がないのに機械を作動させて給油する行為が典型的に問題となる。連邦通常裁判所は、こうした事例において問題となるのは窃盗ではなく詐欺であるとする<sup>207</sup>。すなわち、支払意思を欠く行為者は、給油をする際に外観上支払意思があるかのように振る舞うことで、ガソリンスタンドの経営者や従業員を錯誤に陥れ、ガソリンの注入に合意させているというのである<sup>208</sup>。連邦通常裁判所は、補足的に外観基準も引き合いに出し、「自然的な観察方法によれば (**bei natürlicher Betrachtungsweise**)、占有破棄 (刑法 242 条) の意味での奪取が問題となっているのではなく、欺罔に基づく交付が問題となっている」との説明を加えている。

さらに、行為者が、ガソリンスタンドの経営者や従業員に気付かれることなく給油を行っ

---

<sup>204</sup> BGHSt 38, 120 [122].

<sup>205</sup> 以上の理由に加えて、連邦通常裁判所は、刑法 263a 条の導入により、現金自動預払機の無権限使用をコンピュータ詐欺として捕捉しようとした立法者意思をも引き合いに出している (BGHSt 38, 120 [124])。

<sup>206</sup> さらに、OLG Schleswig NJW 1986, 2652 は、被告人が、銀行との契約に反して、自身の口座から限度額を超過する現金を引き出したという事案において、「占有破棄 (**Gewahrsamsbruch**)」が認められないことを理由に窃盗罪の成立を否定している。しかし、この事案においてもやはり、銀行側の意思に事実上反する占有移転が存在すること自体は否定できないであろう。なお、我が国では同種の事案で、窃盗罪の成立を肯定した裁判例が存在する (高松高判昭和 60 年 5 月 30 日高検速報 426 号)。

<sup>207</sup> BGH NJW 1983, 2827.

<sup>208</sup> なお、給油を行う時点では支払意思が存在していたものの、給油後に支払いを行わないことを決意したという場合には、欺罔行為が欠如するため詐欺罪の成立が問題とならず、支払まで所有権の移転が留保されたガソリンに対する横領罪の成立が問題とされている (OLG Hamm NStZ 1983, 266; Vogel, a.a.O. (Anm. 188), § 242 Rn. 118; Urs Kindhäuser, in: NK Bd 3, 4. Aufl., 2013, § 242 Rn. 48)。

た場合<sup>209</sup>においても、窃盗罪ではなく詐欺未遂罪の成否が問題とされている。もちろん、行為者が、自身の給油を従業員等に見られていないと確信している場合には、詐欺の故意が欠如するため詐欺未遂罪の成立も認められないが、そのような事態が起こるのは例外的であるとされている。なぜなら、「今日の社会状況のもとでは、直接ないし監視設備を通じた知覚の可能性が常に考慮されるべきであり」<sup>210</sup>、特別な場合を除けば、少なくとも詐欺の未必的故意が認められるからである。

#### 4 小 括

以上、自動機械からの窃取をめぐるドイツ判例の状況について概観した。ドイツの判例は、自動機械の設置を通じた内容物の占有移転の包括的合意に、設置者が条件設定を行うことを認めつつも、その純粋主観的な留保のすべてに重要性を認めてはいない。

問題は、窃盗罪の成否の判断に影響を与える条件設定の範囲がどのように理解されているかである。現金自動預払機やセルフ式ガソリンスタンドの事案類型において窃盗罪の成立を否定した判例からは、機能的ないし技術的に正常に、すなわち、設置者によって設計・プログラミングされた通りに動作していたか否かが基準になっていると考えることができる。反対に、プログラムの内容に含まれていない設置者の主観的な意思や願望は、窃盗罪の成否の判断において考慮されないことになる。もっとも、このように考えた場合、判例が賈金を用いて自動販売機から商品を取り出す行為に窃盗罪の成立を認めていることとの整合性が問われる。なぜなら、後述するように、自動販売機の審査ルーティンは、機械に投入されたのが「真正な硬貨の寸法と重さを持つ物体」であるか否かをチェックするのみであり、硬貨の真正さをチェックする機能を備えていないからである。

また、判例が窃取性の判断において外観基準を引き合いに出している点も注目される。こうした基準を持ち出す背景には、窃盗と詐欺の「振り分け」という問題意識があることが推察できる<sup>211</sup>。すなわち、両罪が排他的に区別されることを前提に、いずれの犯罪の成否を問題視するかを決定するための基準として、占有移転の外観に照準が合せられていると考えられるのである。したがって、外観上「奪取」でないとされても不可罰になるわけではなく、詐欺罪またはコンピュータ詐欺罪（我が国と異なり、財物を客体とする場合も含む）の成否が別途問題とされる点には注意が必要である。

#### 第2款 学説状況

学説においても、自動機械からの窃取事例の解決に関して「条件付き合意論」の思考枠組みは広く共有されている。自動機械の設置者が、占有移転に対して一定の条件を設定するこ

---

<sup>209</sup> なお、ドイツと異なり、我が国のセルフ式ガソリンスタンドの場合には、従業員がモニターで確認したうえで、給油許可のボタンを押すことによって、はじめて給油が開始されるのというシステムを採用しているのが一般的であるため、そもそも従業員に気付かれずに給油が行われるという状況が想定しがたい点に注意が必要である（橋爪隆「構成要件的符合の限界について」法学教室 407号（2014年）108頁参照）。

<sup>210</sup> OLG Köln NJW 2002, 1059 [1060].

<sup>211</sup> 橋爪・前掲注（187）300頁も同様の指摘をする。

とは認められており、条件に違反してなされる占有移転は原則として、合意の欠如を理由に、窃取性を基礎づけるものとされている。

もっとも、通説的な見解は、構成要件の明確性の確保等を理由に<sup>212</sup>、純粋に主観的な留保のすべてを重要視すべきでないとして、自動機械の技術的設備に客観化されており、外形的に認識可能な条件設定にのみ重要性を認めるべきであるとする。主観的な留保を窃盗罪の成否に直結させない点は、判例に見られる思考方法と共通しており、実際の事案の処理としても、現金自動預払機の利用や、支払意思のない者によるセルフ式ガソリンスタンドの利用について、通説は窃盗罪の成立を否定している<sup>213</sup>。

ところが、贋金を用いた自動販売機からの商品の取得に窃盗罪の成立が認められるかという点をめぐっては、通説の見解の内部でも争いが存在している。否定説は、Dreher による批判において見られた「人間の売り手」の場合との平行な理解<sup>214</sup>に加えて、贋金が投入され商品が取り出された場合であっても、自動販売機の審査ルーティンは機序に従って (ordnungsgemäß) 正常に作動している点を強調する<sup>215</sup>。先に述べたように、自動販売機の審査ルーティンは、機械に投入されたのが「真正な硬貨の寸法と重さを持つ物体」であるか否かをチェックするのみであり、硬貨の真正さまで審査する機能を備えていない。したがって、硬貨が真正であるという条件は、技術的設備に客観化されておらず、窃取性の判断にとっての重要性を持たない。また、否定説の論者は、再び引き戻せるようにテープ細工を施した紙幣を両替機に投入することで、両替金を取得したという事案についても、裁判所の判

<sup>212</sup> Schmitz, a.a.O. (Anm. 188), § 242 Rn. 91.

<sup>213</sup> Hoyer, a.a.O. (Anm. 188), § 242 Rn. 57 f.; Vogel, a.a.O. (Anm. 188), § 242 Rn. 117 f.; Schmitz, a.a.O. (Anm. 188), § 242 Rn. 96, 100; Eser/Bosch, a.a.O. (Anm. 188), § 242 Rn. 36a; Kindhäuser, a.a.O. (Anm. 208), § 242 Rn. 46ff., 51f.

<sup>214</sup> Gunther Arzt/ Ulrich Weber/ Bernd Heinrich/ Eric Hilgendorf, Strafrecht BT, 3. Aufl., 2015, § 13 Rn. 55.

<sup>215</sup> Vogel, a.a.O. (Anm. 188), § 242 Rn. 115; Hoyer, a.a.O. (Anm. 188), § 242 Rn. 55f.; Schmitz, a.a.O. (Anm. 188), § 242 Rn. 94; Harro Otto, Grundkurs Strafrecht : Die einzelnen Delikte, 6. Aufl., 2002, § 52 Rn. 15. 否定説に立つ場合、対価不払いの目的で、「自動販売機」の給付を不正に入手する行為を処罰の対象とする、給付の不正入手罪 (265a 条) の成否が問題となる。もっとも、通説は、「自動販売機」を「給付の自動販売機 (例えば、電話機、ミュージックボックス等)」と「物品の自動販売機 (物品、乗車券、入場券等を提供する機械)」に区別したうえで、本罪における「自動販売機」には前者の「給付の自動販売機」だけが含まれると解している (Johannes Wessels/ Thomas Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 37 Aufl., 2014, Rn. 678)。このような通説を前提とする限りは、贋金を用いて物品を持ち去る行為を、本罪により処罰することは認められない。したがって、否定説に立ちつつ、処罰の間隙が生じることを防ぐためには、通説に反して、本罪の適用対象に「物品の自動販売機」も含むと理解する必要がある (現に Schmitz, a.a.O. (Anm. 188), § 242 Rn. 94 は、265a 条の適用範囲を「給付の自動販売機」に限定するのは狭すぎると指摘している)。なお、財産犯に関する刑事立法論の観点から、ドイツ刑法典の給付の不正入手罪を取り上げたものとして、宮川基「財産犯と立法」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探究⑧』(成文堂、2015年) 83頁以下を参照。

断とは異なり、窃盗罪の成立を否定すべきであるとしている<sup>216</sup>。なぜなら、ここでも、機序に従った両替機の動作は何ら妨げられていないからである。

これに対して、多数説は、贋金の使用が自動販売機の機序に反していることを理由に窃盗罪の成立を肯定すべきであると主張している<sup>217</sup>。しかし、肯定説も、偽造カードを用いた金銭の引出しについては、窃盗罪の成立を否定する判例を支持しており<sup>218</sup>、両者で結論を違えることが理論的な整合性を有しているかどうかについては検討の必要がある。

この点について、肯定説の論者である Kindhäuser は、次のように説明している。すなわち、現金自動預払機の事例では、カードが偽造されたものであったとしても、複製されたデータ自体は「真正な」ものであるため窃盗罪の成立が否定される。これに対して贋金事例では、用いられる硬貨が「真正な」ものではないため、両事例で窃盗罪の成否の結論を分けることは矛盾しない。偽造カードを用いて「真正な」データを不正に使用する事例と対応するのは、違法に（例えば盗取により）取得した「真正な」硬貨を用いて自動販売機から商品を取得するような事例である<sup>219</sup>。

しかし、否定説が指摘しているように、技術的に客観化された条件に反しているか否かという点に着目する限りは、「真正な硬貨」と「真正な硬貨の寸法と重さを持つ物体」との間に有意な差を認めることが困難であるように思われる。これを認めるためには、技術的客観化とは異なる観点から、条件設定の重要性を根拠づける必要がある。肯定説がその点を十分に説明できているかどうかについては疑いが残る。

以上のように贋金事例に関しては見解の対立があるものの、考慮される条件設定の範囲に客観的な制約を設けるという点で通説の見解は一致を見ている<sup>220</sup>。

### 第3款 条件付き合意論に対する批判

ドイツの判例・通説が「条件付き合意論」の思考枠組みを前提に、自動機械からの窃取の事案を解決しようとするのに対して、近時、Rönnau がこの枠組み自体を批判したうえで、別の新たな解決を試みている点は注目に値する。Rönnau によれば、条件付き合意論は、「刑事政策的に合理的であると考えられるような結論を獲得するための道具」のようなもので

<sup>216</sup> Schmitz, a.a.O. (Anm. 188), § 242 Rn. 95. なお論者によれば、両替金ではなく、一度挿入された紙幣を客体とする窃盗罪の成立が認められる（前掲注（195）参照）。

<sup>217</sup> Otfried Ranft, Grundfälle aus dem Bereich der Vermögensdelikte (1. Teil), JA 1984, 1, 6; Horst Heubel, Grundprobleme des Diebstahlbestandes, JuS 1984, 445, 447; Wessels/Hillenkamp, a.a.O. (Anm. 215), Rn. 120; Eser/Bosch, a.a.O. (Anm. 188), § 242 Rn. 36a; Kindhäuser, a.a.O. (Anm. 208), § 242 Rn. 49.

<sup>218</sup> 例えば、Eser/Bosch, a.a.O. (Anm. 188), § 242 Rn. 36a; Kindhäuser, a.a.O. (Anm. 208), § 242 Rn. 51f.

<sup>219</sup> Kindhäuser, a.a.O. (Anm. 208), § 242 Rn. 52.

<sup>220</sup> 通説の見解に反して、「技術的客観化の要請」を拒否し、占有者の実際の意思により直接に合意の妥当範囲を決定しようとする見解も少数であるが主張されている（Mitsch, a.a.O. (Anm. 188), § 1 Rn. 77）。この見解によれば、贋金事例はもちろん、無権利者による現金自動預払機の不正利用についても、占有者の現実の意思に反しており合意が及んでいないことを理由に、窃盗罪の成立が肯定される。

ある<sup>221</sup>。また、そもそも圧倒的な通説が、自動機械からの窃取という特殊な事例群を、「同意論」を出発点として解決しようとすることに限界があるというのである。以下では、Rönnauの主張を具体的に取り上げる。

#### 1 通説の問題点

ドイツの通説的な見解は、条件設定が考慮される範囲について客観的な制約を設けているが、Rönnauはこの点を「フィクションに基づく意思の規範化」として批判する<sup>222</sup>。例えば、通説によれば、スロットマシンの「空プレイ」による勝ち金の占有移転についても、設置者の合意が及んでいることを理由に窃盗罪の成立が否定される。しかし、違法にプログラムに関する知識を入手して遊戯行為に及ぶ行為が、設置者の実際の意思に反していることは明らかである。したがって、この場合には、単なるフィクションから合意の存在が擬制されているにすぎない。通説は「技術的客観化の要請」により、考慮される条件設定の範囲に制約を設けているが、設置者の「意思が技術的に客観化されていないことは、その意思の内容に何の変化ももたらさない」<sup>223</sup>はずである。Rönnauによれば、このような「意思の規範化」を正当化することは許されない。なぜなら、同意という法制度は、個人の自律的で自由な活動を保障するための仕組みであり、そこでは権利者の現実の意思に重要性が認められなければならないからである。

もともと、Rönnauは、窃盗罪の成立範囲に関するこうした客観的限界づけの努力自体は正当として評価している。例えば、地域の保険料が上がるという理由から、自動販売機の設置者が、糖尿病患者によるチョコレートの購入を個人的に望んでいなかったとしても、その純粋に主観的な意思に反していることを根拠に窃取を肯定するという結論は妥当でない<sup>224</sup>。問題は、そのような客観的限界づけを、設置者の「合意」という主観的要件に担わせる点にある。

さらにRönnauは、条件付き合意論において示されている基準の不明確性についても批判を加えている。まず、判例が引き合いに出している「外観」基準は、窃盗罪の成立範囲の明確な限界づけを可能とするものではない。例えば、現金自動預払機からの占有移転についても、紙幣が取出口に放出されていることから、銀行による「引渡し」があったと評価すべきなのか、それとも、行為者が取出口から持ち出していることから「奪取」があったと評価すべきなのか一義的に明らかではない<sup>225</sup>。

---

<sup>221</sup> Thomas Rönnau, Zur Lehre vom bedingten Einverständnis, in: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 496.

<sup>222</sup> Rönnau, a.a.O. (Anm. 221), S. 498 f.

<sup>223</sup> Rönnau, a.a.O. (Anm. 221), S. 499.

<sup>224</sup> Rönnau, a.a.O. (Anm. 221), S. 498.

<sup>225</sup> Rönnau, a.a.O. (Anm. 221), S. 502. さらに、清掃作業に忙しい店主が、後の支払いを期待できる常連客に対して商品を棚から「持ち去ること」を許容したが、実際は客に支払意思がなかったという事例について、その外観にかかわらず、詐欺罪が成立することに異論はないはずである、との指摘も付け加えられている。また、我が国においても、林陽一「窃盗罪と占有の保護」研修814号（2016年）5頁は、ドイツ判例の外観基準につい

また学説上は、「技術的に客観化された条件」という基準が提示されているが、この基準も曖昧さの残るものであるとされる。現に、自動販売機に賈金を投入して商品を取得する事例をめぐっては、同様の基準を支持する通説的見解の内部でも、窃盗罪の成立を肯定する見解と否定する見解の両者が対立しているのである<sup>226</sup>。

結論として、自動機械からの窃取の問題は、合意という主観的基準を通じた解決には限界があり、通説が提示している客観化・規範化の要請は、占有者の合意と並んで窃取概念の定義の中心を占める「占有 (Gewahrsam)」要件の適切な解釈を通じて果たされるべきであると指摘している<sup>227</sup>。

## 2 占有概念に着目した解決

Rönnau は、窃取概念の客観的要素である「占有」にフォーカスを当て、自動機械からの窃取の問題を解決すべきことを主張している。Rönnau によれば、占有とは、「社会的に承認された、物の人格に対する割当て (die sozial anerkannte Zuordnung einer Sache zu einer Person)」<sup>228</sup>である。そして、権利者に割り当てられた占有領域に対する第三者の干渉は、窃盗の不法に典型的な「社会的に不適切な平穩侵害 (sozial inadäquate Friedensstörung)」を引き起こす。もちろん、権利者の合意に基づいて占有の変動が起こった場合には、そのような平穩侵害は欠如する。詐欺や恐喝の行為者も占有の移動を生じさせるが、占有移転自体は合意に基づいているために、刑法 242 条の意味で窃取をしているわけではないのである。

以上のような出発点は、占有者が占有の移転に直接関与している場合、すなわち、対面的な取引の場面を念頭に置く限りで適切なものである。しかし、自動機械からの窃盗の事例では構造的な差異が存在する。というのも、設置者は、機械の操作を通じて内容物の占有を解消することを、あらゆる者に対して (an jedermann) 認めているからである<sup>229</sup>。Rönnau は、この構造的差異を指摘したうえで、次のように考えるべきであると説明している。

設置者は、交付メカニズム (Ausgabemechanismus) により許容された手段を通じた物の取得に対して、占有領域を開放している。したがって、利用者が、予め設定された手順に従う限りで、タブーや平穩領域の破壊が欠如し、したがって窃取性が否定されるのである。この場合に、自動機械の設置者の合意は、それがいかなる形式でなされたものであれ、もはや問題とならない。機序に従った自動機械の利用は、それが権利者の合意によってカバーされているという理由で窃取性が否定されるのではない。むしろ、占有領域が開放されてい

---

て、「なぜ外観の異常性が被害者の承諾を無効にし、窃取行為を認めることになるのか、説明が十分でない」との疑問を提示している。

<sup>226</sup> Rönnau, a.a.O. (Anm. 221), S. 499f. なお、Rönnau は肯定説に対して、「実際のところ、技術的な設備との関連づけを放棄している」との批判を加えている。なぜなら、本文で述べたように、自動販売機の技術的な設備は、「真正な硬貨の寸法と重さを持つ物体」か否かをチェックすることしか予定していないからである。

<sup>227</sup> Rönnau, a.a.O. (Anm. 221), S. 503.

<sup>228</sup> Rönnau, a.a.O. (Anm. 221), S. 503.

<sup>229</sup> Rönnau, a.a.O. (Anm. 221), S. 504.

るといふ客観的な理由から、窃盗に典型的な平穩侵害が打ち消されるのである<sup>230</sup>。

以上の理論構成から、権利者によって事前に設定された、占有解除の方法としての交付メカニズムが事案解決の出発点となりうるとされる。すなわち、交付メカニズムが行為者によって作動される限りは、それが贖金の投入を通じてであれ、針金の使用によるのであれ、窃取性を認めることができない。無権利者による現金自動預払機の利用や、支払意思のない者によるセルフ式ガソリンスタンドの利用についても、やはり窃盗罪の成立が否定されるものと結論付けられている。Rönnauによれば、窃盗罪の成立が認められるのは、自動機械がこじ開けられるか、あるいはその機序に反した使用がなされたために、交付メカニズムが設定どおりに機能しなかった場合のみである<sup>231</sup>。

最後に、Rönnauは、当罰的な行為態様の捕捉は、関連する特別の規定（ドイツ刑法 263a 条〔コンピュータ詐欺罪〕、265a 条〔自動機械からの給付の不正入手罪〕）や、横領罪の規定を通じて実現可能であり、刑事政策的に看過できないような処罰の間隙は生じないとしている<sup>232</sup>。

こうして、Rönnauは、意思のフィクションを回避して窃取概念の客観的要素にフォーカスを当てるといふ出発点から、事前に設定された交付メカニズムの作動に照準を合わせて窃盗罪の成否を判断している。具体的な事案の処理の帰結としては、「条件付き合意論」の枠組みを採用しながら、条件の「技術的客観化」を厳密に要請する見解と違いはないが、このような要請を、合意という主観的要件の内部に読み込むのではなく、「占有（破壊）」といふ客観的要件に読み込もうとする点で、理論構成の仕方が通説とは異なっていると評価できる。

### 第3節 占有者の意思の要保護性

#### 第1款 窃取概念の限定解釈

前節までの検討からドイツの判例・学説においては窃盗罪の成立範囲が我が国と比較してかなり狭く捉えられていることが分かる。特に、条件付き合意論を採用しながら条件の「技術的客観化」を厳密に要請する見解や、機械のメカニズムが作動したかどうかにより占有侵奪の有無を判断する Rönnau の見解によれば、自動機械からの窃盗が成立するのは基本的に機械がこじ開けられた場合に限定される。このように解したとしても、ドイツ刑法においては、コンピュータ詐欺罪や自動販売機からの給付の不正入手罪<sup>233</sup>を初めとする特別

<sup>230</sup> Rönnau, a.a.O. (Anm. 221), S. 504.

<sup>231</sup> Rönnau, a.a.O. (Anm. 221), S. 505. また、行為者が針金等の方法を通じて機械にショートを生じさせた場合に、交付メカニズムが依然として機能しているといえるかどうかは、事実認定の問題であるとされる。

<sup>232</sup> Rönnau, a.a.O. (Anm. 221), S. 505 f.

<sup>233</sup> ただし、ドイツの通説によれば、本罪の適用対象である「自動販売機」には「商品の自動販売機」が含まれないため、贖金を用いて物品を持ち去る行為を本罪で対応することもできない（前掲注（215）参照）。

規定が存在しているため、処罰の間隙は生じにくい。また、前述したように、ドイツ判例の採用する外観基準も、窃盗罪で処罰するか（コンピュータ）詐欺罪で処罰するかという、単なる「振り分け」のための基準という側面が強いように思われる<sup>234</sup>。これに対して、以上のような特別の規定を有しない我が国の現行法では、窃盗罪の成立が否定されることで基本的に不可罰の結論が導かれる<sup>235</sup>。したがって、ドイツと我が国では、窃取概念を限定解釈することが持つ意味合いが異なるのであり、比較法的検討の際にはこの点に注意を払う必要がある。

「窃取」概念の限界づけの方法としては、①占有者の「意思に反して」の内容を限定的に理解するアプローチと、②「占有」性の要件に着目するアプローチとが考えられる。ドイツの条件付き合意論が、①のアプローチを採用するのに対して、これに批判的な Rönnaу は、②のアプローチを採用していると整理できるが、Rönnaу の見解には疑問も残る。

Rönnaу は、予め設定された手順に従った機械の利用に窃取性が認められない理由を、占有領域の部分的な開放に求めている。しかし、例えば、正規の代金を支払って自動販売機から商品を購入する利用客との関係においても、随時の利用・処分可能性という意味での「占有」が移転したという事実は否定できない。この場合に窃取性が認められないのは、当該占有移転が、事前の包括的合意に含まれていると評価できるからである。このように、正規の利用者との関係でも占有移転の事実が否定できない以上、自動機械が問題となる事案における窃取概念の限定解釈は、「意思に反して」の要件を通じて行われる必要があるように思われる。まさにこのことを理由に、ドイツの条件付き合意論は、窃盗罪の成立範囲の客観的制約を「合意」の要件に担わせていると理解することができよう。Rönnaу は、このような解釈を「フィクションに基づく意思の規範化」であると非難するが、「合意」のような主観的要件も、犯罪の成否と関連する以上、これを純主観的に把握することは困難であり、刑法的な要保護性の観点を踏まえた規範的考慮が不可欠である。重要なのは、そのような規範的考慮の内実を犯罪類型や個別の事案類型ごとに明確化することであろう。

そこで、以下では占有者の「意思に反して」の内容を限定的に理解するアプローチから、「窃取」概念の限定解釈を試みる。ただし、このアプローチによる場合にも、後述するように、意思の要保護性の客観的な限界づけに際して窃盗罪固有の不法の内実を考慮することが必要となる点には注意が必要である。

---

<sup>234</sup> もっとも、ドイツにおいても、コンピュータ詐欺罪の規定が施行される 1986 年以前の法状況の下では、窃取性の否定により不可罰の結論が導かれる場合があることに注意を要する。実際に、他人名義のカードを無権限使用して自動支払機から現金を取得した行為について、窃盗罪の成立が否定された結果、無罪の結論が導かれた裁判例が存在している

(AG Berlin-Tiergarten, NStZ 1987, 122; OLG Hamburg, NJW 1987, 336)。改正法によるコンピュータ詐欺罪規定の導入は、まさに旧法下におけるこのような状況を踏まえて、こうした行為が処罰しうるものであることを明らかにしようとしたものである。なお、井田良「西ドイツにおけるコンピュータ犯罪処罰規定」刑雑 28 卷 4 号（1988 年）603 頁以下参照。

<sup>235</sup> 橋爪・前掲注（187）300 頁参照。

## 第2款 条件設定の客観的限界

### 1 「技術的客観化」という基準

条件付き合意論の課題は、窃盗罪において考慮されるべき条件設定の範囲を明らかにすることである。占有者の純主観的な留保のすべてを考慮すべきでないとするれば、何らかの客観的な基準が必要となるが、そのような基準をいかなる理論的根拠から導き出すかが問われることになる。

ドイツの通説的見解は、「技術的客観化」という客観的な基準を用いて、考慮される条件の範囲を画すことを試みるものであった。しかし、賈金事例を通じて明らかとなったようにこの基準も曖昧さを含んでいる。仮にこの基準を厳格に適用し、機械のプログラムに反映されている設置者の意思にのみ重要性を認めるとすれば、基準の内容こそ明確化されるが、窃盗罪の成立範囲が著しく限定されるという問題が生じる。少なくとも、賈金事例について窃盗罪の成立を否定するという結論は我が国では受け入れ難い。

そもそも、窃盗罪の規定を通じて保護すべき条件設定を、機械のプログラムに反映されているものに限定する理論的根拠は存在するのだろうか。ドイツの学説は、窃盗罪の成立範囲の明確化を理由に、客観的限界づけの必要性を指摘している。しかし、成立範囲の明確化だけが問題なのであれば、立て看板等の設置を通じて外部に明示された条件に重要性を認めることに何ら障害はないように思われる。「空プレイ」についても、これを禁止する表示が店舗・施設内になされている限り、少なくとも明確性の観点からは、窃盗罪の成立を否定すべき理由は認められないであろう。

前述したように、ドイツにおいては、自動機械の不正利用を広く捕捉可能な特別の規定が整備されており、せいぜい規定の「振り分け」が問題となるにすぎないため、窃盗罪の成立を「プログラム通りに作動したか否か」という形で、形式的に限界づけたとしても大きな問題は生じない。これに対して我が国では、窃盗罪の成立が否定されることで不可罰の結論が導かれるため、客観的限界づけの基準と理論的根拠をより厳密に検討する必要がある。

### 2 設定された条件の「実効性」

窃盗罪の規定を通じて保護すべき占有者の条件設定の内容を明らかにするためには、本罪固有の不法の内実を踏まえる必要がある。学説上は、その内実を財物の「支配・管理」手段の侵害に求める見解が主張されている。

林陽一によれば、窃盗罪の保護の対象となるべき「占有」の内容としては、随時の利用・処分可能性という意味での占有に加えて、「財物の支配・管理」という意味での占有が要求される。すなわち、「種々の手段を用いて支配・管理ができているときに初めて、その物の利用・処分可能性は(窃盗罪の)法益として保護に値する、堅牢なものになる」<sup>236</sup>であり、そのような支配・管理の侵害こそが、「占有侵害」罪としての窃盗罪の特有の不法を基礎づけるというのである。反対に、「支配・管理の手段が講じられておらず、誰でも自由に利用

---

<sup>236</sup> 林(陽)・前掲注(225)9頁。

し、持ち去ることができる状態にある物は、遺失物としての保護しか受けない」<sup>237</sup>ことになる。

このように、「支配・管理手段の侵害」が窃盗罪の不法を基礎づける本質的な要素であるとするれば、それは「占有」の要件だけではなく、「意思に反して」という要件の解釈に際しても意義を持ちうるであろう<sup>238</sup>。すなわち、「種々の支配・管理手段」によりその実効性が確保された条件設定のみが、窃盗罪の成否において考慮されるべきであると考えられるのである。そのような条件に反してなされた占有移転は、事前の包括的合意に含まれていると評価できないため、「意思に反した」占有移転が認められる。これに対して、そうした「支配・管理手段」を欠く設置者の単なる願望や裸の意思は、包括的合意の範囲を制約する効力を持たないため、これに反してなされる占有移転も合意の範囲内であると評価され、窃取性が否定されることになる。

ここで重要となるのは、内容物の実効的な支配・管理がいかなる手段によって基礎づけられうるかである。まず考えられるのは、機械のプログラム等を通じた物理的な手段であろう。機械の設置者は、こうした手段を用いることで、メカニズムに反して機械から内容物を取り出そうとする者から、財物の占有を奪われないよう防御することが通常である。このような手段により実効性が確保された条件設定は、窃盗罪の規定を通じて保護することが許されるであろう。したがって、機械をこじ開けるなど、物理的な管理装置を破壊・除去することで内容物を取り出す行為については、設置者の包括的合意に含まれているとは評価されず、窃取性を肯定することができる。

問題は、支配・管理手段の内実をこの意味での「物理的な手段」に限定して理解する必要があるか否かである。機械がプログラム通りに作動したか否かに照準を合わせるドイツの見解は、そのような理解と親和的なものであろう。しかし、そのように理解する場合には、まさにドイツの学説が示しているように、窃盗罪の成立範囲が著しく限定されたものとなる。我が国においても、窃盗罪の成立に「支配・管理手段の解除」を要求する見解に対しては、「このような立場からすると、他人のキャッシュカードを窃取した者がたまたま打ち込んだ暗証番号が正しかったことから、ATMから現金を引き出すことができた場合、キャッシュカードと暗証番号というATMにおける財物の管理・支配を攻撃し、解除したとはいえ、ATMからの現金引き出し行為について窃盗罪の成立を認めることはできないことになり、不当であるとの批判が提起されている<sup>239</sup>。「支配・管理手段」を物理的な管理手段

<sup>237</sup> 林（陽）・前掲注（225）7頁。

<sup>238</sup> この点で、江口和伸「パチンコ玉やメダルの不正取得と窃盗罪の成否について」『川端博先生古稀祝賀論文集 [下巻]』（成文堂、2014年）132頁が、「様々な『意思』のうち、窃盗罪の成立要件として考慮される『占有者の意思』とされるべきは、その内容が財産の占有移転に直接関連するものである場合に限られる」としているのは示唆に富む指摘である。「占有者の意思」の規範的限定は、窃取の本質的要素である占有概念と無関係に行うことができないのである。

<sup>239</sup> 石井徹哉「個人的法益において侵害される利益の内実」『野村稔先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2015年）240頁。内田幸隆「窃盗罪における窃取行為について」『曾根威彦先

の意味でのみ理解するのであれば、このような批判が妥当してしまうであろう。それどころか、偽造カードが用いられる場合でさえも、ATMの「プログラム通りの動作」自体は何ら阻害されておらず、窃盗罪の成立が否定されかねないのである。

そもそも、支配・管理手段の内実を、「物理的な手段」に限定する必然性はないように思われる。この点で、林（陽）が、支配・管理手段の内実として、物理的手段のほかに「持ち去りを抑制するメッセージを発して他者に働きかけるという社会システム的な手段」<sup>240</sup>について言及している点は注目に値する。例えば、農村地帯の道沿いにある無人農産物販売所<sup>241</sup>では、代金の支払いを確保するための物理的な手段が施されていないのが一般的であるが、「設定どおりの代金と交換する」という意味での農産物の利用・処分可能性を窃盗罪の規定により保護する必要性を直ちに否定することはできない。そこで、「その可能性が全くの絵空事でなく、法益保護に値するものであることを確保するため、屋根、商品台、看板などを工夫して無人販売所であることが直ちに理解できるようにし、商品をセロハン袋に入れるなど、代金を支払わずに持ち去るべきでないというメッセージが伝わるような設定」<sup>242</sup>がなされている場合には、農産物に対する支配・管理が肯定され、代金を支払わずに農産物を持ち去る行為は、処分可能性と支配・管理の両面を侵害する「窃取」に当たるとされるのである。また、ATM現金払出し事例についても、現金の支配・管理手段として銀行が採用しているのは、「ATM装置という機械部分だけではなく、顧客に①キャッシュカードの他人への貸与禁止、②カード紛失時の即時連絡要請、③暗証番号の漏洩禁止等の指示をすることによって『当該預金口座のキャッシュカードは口座名義人本人しか所持しておらず、そのことは暗証番号と照合することによって確実に担保される』というセキュリティシステムの構築」も含まれるとしたうえで、そのような支配・管理手段の侵害を根拠に窃盗罪が成立する可能性を認めている<sup>243</sup>。

以上のような「社会システム的な手段」も、財物の支配・管理を現実基礎づけるものであり、このような手段によって実効性が確保された条件設定にも、窃盗罪の規定を通じた保護の必要性を認めることが可能であると思われる。換言すれば、機械のプログラムやメカニズムによって築き上げられた「物理的障壁」と並んで、社会システム的に構築される「心理的障壁」も、設定された条件の実効性を基礎づけるると解される<sup>244</sup>。ただし、このような社会システム的な管理手段は、物理的な手段と比較すると不明確な面があり、その限界づけを慎重に行う必要がある。

---

生・田口守一先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、2014年）132頁も参照。

<sup>240</sup> 林（陽）・前掲注（225）9頁。

<sup>241</sup> 事前に財物の占有移転に対する包括的な合意が行われており、その条件設定の限界が問題となる点は「自動機械からの窃取」の事案類型と共通している。

<sup>242</sup> 林（陽）・前掲注（225）10頁。

<sup>243</sup> 林（陽）・前掲注（225）11頁。

<sup>244</sup> なお、安田拓人「要保護性ある法益の有責的毀損とその刑法的保護の時間的拡張の可能性について」研修821号（2016年）12頁も、占有は、行為者側からみれば奪取にあたっての心理的障壁であり、それが奪取罪の重い利欲犯性を基礎づけるとする。

### 3 「心理的障壁」の内実

条件に反した占有移転を制限・抑制する「心理的障壁」を基礎づける要素としては、まず①条件内容の外部的な表示が考えられるであろう。前述のように、林（陽）は社会システム的な支配・管理手段の内実を「メッセージを発して他者に働きかける」という点に求めている。また、深町晋也も、「当該機械の利用についてのシステムにおいて客観化された条件」に反している場合は、窃取性を肯定できるとし、「客観化」の有無は、機械の占有者が自己の関心事を、規約やルールとして「明示」していたかどうかにより判断されるとしている<sup>245</sup>。このような条件内容の表示は、条件に反して財物を取得することへの心理的な抵抗が呼び起こすものであり、心理的な障壁を強化するものとして理解できるであろう。このような外部的表示は、行為者の故意の認識の間接事実としても意味を持ちうるものであるが、それとは別個に、窃取性の客観的な基礎づけにおいて独自の規範的意義を有しているのである<sup>246</sup>。したがって、条件内容が外部的表示を欠いており心理的障壁性が基礎づけられない場合には、設置者の内心での留保を行為者が偶々認識していたとしても、それに反してなされた財物の占有移転に窃取を認めることはできないことになる。

もともと、個別具体的な条件の明示が存在しない場合でも、当該条件が機械利用の際の規約・ルールとして社会的に確立しており、行為者の心理に対する現実の働きかけを肯定することができる場合には、心理的障壁を認める余地があると思われる。例えば、自動販売機から商品を購入する場合に、「真正な硬貨を用いなければならない」という条件は、個別に当該掲示がなされていなくても、社会的に確立した条件として考慮することが許されるであろう。

また、②条件内容の合理性が心理的障壁の基礎づけに影響を与えることも考えられる。条件内容が合理的であり、客観的に承認されるようなものであれば、条件に反した占有移転を心理的に強く抑制する効果を事実上果たしうるであろう。特に、当該条件の内容が反対給付に関するものであり、取引の根幹をなすものである場合には、機械利用の際のルールとして社会的に確立したものと評価され、強い心理的な働きかけを認めることが可能となるように思われる。上述したような、自動販売機で「真正な硬貨を用いなければならない」という条件も、商品購入の反対給付に関するものであり<sup>247</sup>、取引目的の実現に不可欠なものであると評価することができる。

さらに、条件に反する占有移転を抑制する③実効的な措置の発動可能性も、心理的障壁性

<sup>245</sup> 深町・前掲注（187）191頁。ここでいう「システムにおける客観化」の意義は、ドイツの学説で見られるような、技術的設備（機械のメカニズムやプログラムの内容）に反映されているという意味ではなく、外観上明らかにされているという意味であろう。

<sup>246</sup> 山内・前掲注（187）257頁以下も、被害者の確認措置が、故意の問題には還元されない独自の規範的意義を有しているとする。

<sup>247</sup> なお、関心の対象が反対給付に関する事実なのか、反対給付以外の付随的な目的に関する事実なのかにより、被害者の情報収集責任の程度が異なることから、詐欺罪・窃盗罪の成立範囲にも違いが生じうることを指摘するものとして、山内・前掲注（187）261頁以下。

を基礎づける重要な要素といえるだろう。条件の内容に経済的な合理性や社会的重要性を肯定し難い場合であっても、それを補完するだけの強度の実効的な措置が用意されている場合には、心理的障壁性を肯定する余地があるように思われる。例えば、ビールの自動販売機における、未成年者による購入を禁止する条件設定は、設置者の経済的な利害と直接関係するものではないが、年齢確認システムを搭載するなど、単なる掲示や張り紙によるけん制を超えた、未成年者による購入を特に抑制する心理的な働きかけがなされていると評価できる場合には、これをかいくぐって商品を取得する行為に窃取性を認める余地が認められる<sup>248</sup>。

もちろん、心理的障壁とは別個の観点から、例えば「財産的損害」の発生が窃盗罪の成立には不可欠であるとして、このような場合に窃盗罪の成立を否定するという理論的な可能性は残される<sup>249</sup>。「心理的障壁の突破」は、窃盗罪の成立範囲を客観的に限界づけるための1つの観点到すぎず、これが認められれば直ちに窃盗罪の成立が肯定されるわけではない点に注意が必要である<sup>250</sup>。

#### 4 小 括

財物の占有移転が事前の包括的合意に含まれていると評価される場合、窃取性を肯定することはできない。自動機械の設置者は条件を設定することでその範囲を制限することができるが、単なる主観的な留保や裸の願望によるのでは不十分であり、そこには客観的な限界が存在する。

そのような客観的限界づけとして、ドイツの学説では「技術的客観化」という基準が示されているが、このような基準は、「自動機械からの窃盗」の成立範囲を極めて限定してしまう点で問題がある。また、窃盗罪の成否において考慮されるべき条件設定を技術的に客観化されたものに限定する理論的根拠も十分明らかではない。確かに、機械の設置を通じて取引を実行しようとする場合、設置者は機械のプログラムを通じて、自己の関心に合致した取引が行われるような技術的工夫を施すことが通常である<sup>251</sup>。しかし、そのような工夫が功を奏

---

<sup>248</sup> 未成年者の利用を禁止する機械のメカニズムに反していることに着目して（深町・前掲注（187）192頁参照）、「物理的障壁」により保障された条件の違反を認めるという構成も考えられる。しかし、例えば、偽造した運転免許証を用いてシステムをかいくぐる場合にも、機械のプログラム自体は事前の設定に従って動いている点からすれば、「物理的障壁」ではなく、「心理的障壁」の方に着目すべきであろう。

<sup>249</sup> 窃盗罪の財産犯的性格を重視するという前提から、財産の移転が実質的な「財産的損害」を生じさせる場合、すなわち、条件内容が経済的な合理性を有する場合に限って窃取性を肯定するものとして、内田（幸）・前掲注（239）133頁。

<sup>250</sup> 安田・前掲注（244）12頁以下は、被害者の死亡後でも、社会通念上心理的障壁となるべきものが引き続き確保されていると評価できる場合には、生前の占有について奪取罪による保護を認めることが可能であるとする。しかし、仮に心理的障壁の存続が認められるとしても、行為の時点において法益の帰属主体である「人」が存在しない以上、法益侵害性が認められないのではないかという点について検討を要するであろう。

<sup>251</sup> 自動改札を利用したキセル乗車について電子計算機詐欺罪の成否が問題となった事案で、弁護人が、本件は電子計算機の事務処理システムの欠陥・瑕疵に由来するものであ

しない場合に、条件設定の要保護性を一律に否定することは、窃盗罪に代わる特別規定を持たない我が国において、不当な結論を導いてしまうであろう。

本稿は、窃盗罪固有の不法の内容を、「財物の支配・管理の侵害」に求める学説を参考に、種々の管理手段により実効性が確保されていると評価可能な条件設定にのみ要保護性を肯定すべきとの主張を展開した。そして、条件の実効性を確保するための手段には、技術的・物理的な手段だけではなく、条件に反した占有移転を制限・抑制する「心理的障壁」も含まれると理解される。この心理的障壁の存否は、①条件内容の外部的な表示の有無、②条件内容の合理性、③実効的な措置の発動可能性の程度等を総合考慮して判断されなければならない。少なくとも「心理的障壁の突破」という観点からは、条件内容の合理性は必須の要件ではなく、例えば占有者に経済的なマイナスが生じないような場合でも、単なるけん制・警告以上の強度の実効的な措置により、条件に反する占有移転が心理的に抑制されていると評価できる場合には、窃取性を肯定する余地が認められる。

Rönnau が挙げている「糖尿病事例」で窃盗の成立が否定されるのは、糖尿病患者による購入の禁止という、機械設置者の主観的な留保が、物理的障壁にも心理的障壁にも反映されておらず、その実効性が欠ける点に求められる。この事例で、仮に掲示や張り紙による注意がなされていたとしても、糖尿病患者であるか否かを確認するシステムなどの実効的な措置が導入されていない場合には、行為者の心理への十分な働きかけを認めることができないであろう。この場合にも、随時の利用・処分可能性という意味での占有が移転したという事実は否定できないが、設置者の主観的な留保が条件設定として考慮されないために、当該占有移転が事前の包括的合意に含まれていると理解され、窃取性が否定されるという帰結が導かれる。

#### 第4節 メダルの不正取得と窃盗罪

パチスロ機からメダルを不正取得する行為としては、従来、パチスロ機のメダル投入口にセルロイド機器具を差し込んで同機に内蔵された感知装置を異常作動させるという方法（東京地判平成3年9月17日判時1417号141頁）<sup>252</sup>等が問題とされてきた。この事案のように、パチスロ機に誤動作が生じており、機械のメカニズムの正常な作動が阻害されている場合には、窃取性を容易に肯定することができるだろう<sup>253</sup>。

---

り、被告人らを処罰することによりこのような欠陥・瑕疵を補完するのは許されないと主張したのに対し、東京地判平成24年6月25日判タ1384号363頁は、旅客がその欠陥を悪用しないという被害者側の信頼は保護に値すると論じて本罪の成立を肯定している。本件は窃盗罪の成否が直接に問題となったものではないが、技術的設備の限界とその答責性の所在という視点が持ち出されている点は示唆的である。

<sup>252</sup> この判決に対する評釈として、山中敬一「判批」法学セミナー453号（1992年）127頁、小島吉晴「判批」研修532号（1992年）23頁以下、野口元郎「判批」研修575号（1996年）71頁以下を参照。

<sup>253</sup> 行為者が被害店舗の中にいるため、店舗側から行為者側への占有の移転が認められないのではないかと、また、景品と交換するという意味での返還意思があるため、不法領得の

問題は、パチスロ機自体に誤動作が生じていない場合に、いかなる範囲で窃取性を肯定することが可能かである。平成 19 年決定<sup>254</sup>の事案で問題となった、「体感器」は、大当たりを連発させるためのボタンの押し順を判定する機能を有しているが、パチスロ機自体に対して干渉や影響を及ぼすものではない。この点につき、平成 19 年決定は、体感器が「パチスロ機に直接には不正の工作ないし影響を与えないものであるとしても」、このような機器を装着して遊戯をすること自体が通常の遊戯方法の範囲を逸脱するとして、窃盗罪の成立を認めている。

前節までで明らかにしたように、機械に誤作動を生じさせることが窃盗罪の成立を認めるために常に必要であるとはいえない<sup>255</sup>。事前のプログラムどおりに動作している場合にも、条件違反を理由に窃取性を肯定する余地はある<sup>256</sup>。しかし、店舗側が設定した条件のすべてに要保護性を認めることはできないため<sup>257</sup>、いかなる条件違反が窃取性を基礎づける

---

意思が認められないのではないか、という点は問題となりうるものの、実務上は、行為者がメダルを景品と交換するか再び遊戯に使用するかを自由に選択できるようになった点でその占有を取得したといえ、また、景品と交換する意思是、その交換価値の消耗を内容とする点で権利者排除意思といえたとされている（小島・前掲注（252）26 頁以下参照）。これに対して、行為者側の占有の確立に疑問を呈するのは、森住信人「判批」専修法学論集 103 号（2008 年）81 頁。

<sup>254</sup> 本決定に対する評釈としては、本田稔「判批」法学セミナー632 号（2007 年）119 頁、江口和伸「判批」研修 709 号（2007 年）23 頁以下、谷直之「判批」受験新報 677 号（2007 年）22 頁以下、内田幸隆「判批」刑ジャ 10 号（2008 年）122 頁以下、岡本昌子「判批」法学教室 330 号別冊判例セレクト 2007（2008 年）32 頁、清水晴生「判批」白鷗法学 15 卷 1 号（2008 年）149 頁以下、森住・前掲注（253）77 頁以下、関根徹「判批」速報判例解説 2 号（2008 年）191 頁以下、林幹人「判批」ジュリ 1402 号（2010 年）等を参照。

<sup>255</sup> 学説上は、「外部的で物理的な干渉作用」があってはじめて窃取性が認められるという前提から、平成 19 年決定を批判する主張も展開されている（本田稔「パチスロ機の不正操作によるメダルの取得と窃盗罪の成否について」立命館法学 316 号（2008 年）303 頁、同「特殊機器を用いたパチスロ機の不正操作によるメダルの取得と窃盗罪の成否」季刊刑事弁護 55 号（2008 年）98 頁）。この「外部的で物理的な干渉作用」を、機械に誤作動を生じさせるようなものに限定するならば狭すぎるし（内田（幸）・前掲注（239）120 頁の批判も参照）、ボタン・レバーを操作してメダルを排出させるという意味での「物理的な干渉作用」と解するならば、それはあらゆる事案で肯定できてしまうであろう。結局、そうした「物理的な干渉作用」のうち、どのような行為が、要保護性のある条件設定に反すると評価できるかを検討する必要があると思われる。

<sup>256</sup> 機械が事前に設定されたプログラムどおりに作動しているという点で、体感機利用の事案は、盗取するなど不正に入手したカードにより A T M を操作して現金を取得する事案と共通の構造を有している（この点を適切に指摘するのは、葛原力三「演習刑法」法学教室 360 号（2010 年）154 頁）。したがって、機械自体に誤作動を生じさせていない点のみを根拠に本罪の成立を否定するのであれば、A T M から現金を取得する行為についても窃盗罪の成立を否定しなければ一貫しないであろう。

<sup>257</sup> 丸山雅夫『刑法の論点と解釈』（成文堂、2014 年）248 頁以下も、窃盗罪の成否を被害者の意思内容だけに関わらせる「純粹意思説」は、窃盗罪の成立範囲を無限定なものとする点で問題があると指摘する。谷・前掲注（254）23 頁も参照。

るのかを客観的に限界づける必要がある。最高裁による「通常の遊戯方法の範囲からの逸脱」という基準の提示も、そのような試みの1つとして理解できるが、その理論的な根拠や具体的な内容が明確でない点に問題がある<sup>258</sup>。本稿の理解によれば、店舗側の設定した条件の実現が「心理的障壁」により担保されていると評価できるか否かが、条件設定の要保護性を判断する際に重要となる。

本決定の事案で問題となった店舗では、体感器などの機器の店内への持込みやこれを使用した遊戯を禁止する旨が店内掲示や遊戯機自体への表示によって明確にされている。したがって、条件内容の外部的な表示の存在を認めることができる<sup>259</sup>。また、体感器の使用によりメダルの排出率を人為的に高めることは店舗側に経済的な損失を与えるため、これを禁止する条件設定は客観的にも合理的なものであると評価できるだろう。さらに、店舗の従業員や監視設備等により、体感器の使用が発覚した場合には具体的な制止等の措置が発動する可能性が存在することも十分考えられる。これらの事情に鑑みれば、体感器を装着した状態で遊戯を行いメダルの占有を移転させることを抑制する心理的障壁の存在を認めることは可能であると思われる。

体感器を使用する以前の「試し打ち」段階では店舗側にいかなる経済的損失も生じていないため、本決定がこの時点の行為に窃取性を認めたことに対しては批判的な主張もされている<sup>260</sup>。しかし、心理的障壁という観点に限れば、体感器のような「専らパチスロ遊戯において不正にメダルを取得する目的に使用される機器」を身体に装着して遊戯行為に及ぶ行為自体に対して、これを抑制する心理的な働きかけが現実には作用していたと評価する余地があるように思われる<sup>261</sup>。その意味で、単に磁石や針金のような汎用性がある器具を携帯して遊戯を行う場合とは異なるであろう<sup>262</sup>。本罪の成立要件として、さらに「財産的損害」や「経済的損失」を要求すべきかどうかは別途検討の余地があるが、少なくとも「心理的障壁

<sup>258</sup> 本基準の曖昧さを問題視するものとして、飯島暢「判批」刑ジャ 20 号（2010 年）84 頁、森住・前掲注（253）82 頁以下等。

<sup>259</sup> 入江猛「判解」最判解刑事篇平成 19 年度（法曹会、2011 年）141 頁も表示による明確化を重視して「窃取」該当性を判断している。なお、論者によれば、窃取の有無は「占有者の意思が明示されていれば、基本的にはその意思に反しているか否かにより、占有者の意思が必ずしも明示されていない場合にあつては、窃盗罪の構成要件は行為規範としての機能も有することから、一般人を基準として当該占有者の意思を合理的に解釈し、その意思に反しているといえるか否かで判断すべきものと解される」という（同 139 頁）。

<sup>260</sup> 現実には体感機の操作によって取得したメダルに限って、窃盗罪の成立を認めるべきとするのは、林（幹）・前掲注（254）149 頁、松原・前掲注（102）204 頁注 32、内田（幸）・前掲注（254）126 頁以下、同・前掲注（239）135 頁。清水・前掲注（254）160 頁以下も、単に体感器を携帯しながら遊戯に及ぶ行為は、有効な包括的同意の範囲内であるとして、窃盗罪の成立を否定すべきであるとする。

<sup>261</sup> なお、同一人が体感器を用いて不正にメダルを取得する目的で行う一連の行為であることから、全体が不可分であるとして操作以前の占有移転についても窃取性を認めるべきであるとするのは、西田眞基「メダルの不正取得と窃盗罪」池田修＝金山薫『新実例刑法 [各論]』（青林書院、2011 年）9 頁。

<sup>262</sup> 入江・前掲注（259）148 頁以下も参照。

の突破」という観点からは、「試し打ち」段階の行為にも窃取性を認めることは可能である。

次に、平成 21 年決定<sup>263</sup>では、被告人がパチスロ店で共犯者 A のゴト行為を隠蔽するための「壁役」として、その隣のパチスロ台で遊戯する行為の窃取性が問題となった。原判決（仙台高判平成 21 年 1 月 27 日刑集 63 卷 5 号 470 頁）は、「壁役」として遊戯する行為も本件犯行の一部となっているものと評することができ、被害店舗においてそのメダル取得を容認していないことが明らかであるとして、すべてのメダルについて窃取性を肯定している。これに対して、最高裁は、A が取得したメダルについて窃盗罪が成立し、被告人もその共同正犯として罪責を負うものの、「被告人が自ら取得したメダルについては、被害店舗が容認している通常の遊戯方法により取得したものであるから、窃盗罪が成立するとはいえない」としている。

本件でも、ゴト行為それ自体だけでなく、ゴト行為に共犯的に関与する行為も禁止されていると考えれば、「壁役」として遊戯を行いメダルの占有を取得する行為に対して、これを抑制する心理的障壁の存在が認められると解する余地がある。このように理解する場合には、少なくとも心理的障壁の観点から窃盗罪の成立を否定することはできない。本決定の結論を支持するとすれば、さらに別の観点を持ち出す必要があろう<sup>264</sup>。

もっとも、本件で心理的障壁の存在が認められるかどうかは、さらに慎重な検討が必要であると思われる。そもそも、行為者に対して現実的な心理的働きかけを認めるためには、条件設定による禁止の対象が明確に特定されている必要があろう。この点で、ゴト行為それ自体とは異なり、ゴト行為の共犯的関与には様々な類型がありうるため、そうした類型を一括に禁じるのは、当該機械の利用に関するルールとして極めて広範かつ不明確なものとするように思われる<sup>265</sup>。これと同様の問題は、「パチプロお断り」という条件設定についても生じるであろう。この場合にも「パチプロ」の定義や範囲が曖昧であり、想定される禁止の対象が不明確であるため、そのような掲示がなされている場合であっても条件違反を抑制する心理的障壁が十分に根拠づけられない<sup>266</sup>と理解されうるのである<sup>267</sup>。

---

<sup>263</sup> 本決定に対する評釈としては、飯島・前掲注（258）79 頁以下、本田稔「判批」法学セミナー660 号（2009 年）127 頁、林陽一「判批」『平成 21 年度重要判例解説』（有斐閣、2010 年）183 頁以下、豊田兼彦「判批」法学教室 353 号別冊判例セレクト 2009（2010 年）30 頁、内田幸隆「判批」判評 648 号（2013 年）30 頁以下、松原芳博「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論〔第 7 版〕』（有斐閣、2014 年）62 頁以下、深町・前掲注（187）188 頁以下等を参照。

<sup>264</sup> 例えば、被告人の行為が自身のパチスロ遊戯の当選確率に何ら影響を与えておらず、店側に「財産的損害」をもたらす危険がないことを理由に窃取性を否定すべきとするのは、内田（幸）・前掲注（263）163 頁、飯島・前掲注（258）84 頁。

<sup>265</sup> 深町・前掲注（187）191 頁。

<sup>266</sup> 深町・前掲注（187）191 頁、江口・前掲注（238）151 頁参照。これに対して、例えば、パチプロのブラックリストを作成し、これを排除するための実効的な措置を講じているような場合には、窃盗罪の成立を認める余地があろう（石井・前掲注（239）242 頁以下、深町・前掲注（187）191 頁参照）。

<sup>267</sup> なお、神元隆賢「不正なパチンコ・パチスロ遊戯と財産犯（1）」北海学園大学法学研

以上のように考える場合には、心理的障壁の観点からも、平成 21 年決定の結論を支持する余地が認められる。ただし、禁止の対象の明確化がどの程度必要かはさらなる検討を要するであろう。

## 第 5 節 小 括

ドイツの「条件付き合意論」の検討を通じて明らかとなったように、財物の占有者は占有移転の包括的合意に際して条件設定を行うことが可能であるが、本人の主観的な留保のすべてに重要性を認めることはできない。本章では、本罪の成否の判断に際して考慮すべき条件設定を客観的に限界づけるための基準を検討した。本稿の理解によれば、物理的・心理的障壁により実効性が確保された占有者の意思が窃取性の判断において意義を有することになる。条件に反した占有移転を制限・抑制する「心理的障壁」の存否は、①条件内容の外部的な表示の有無、②条件内容の合理性、③実効的な措置の発動可能性の程度等を総合考慮して判断されなければならない。

このような判断枠組みを詐欺罪の議論にも応用できないかどうかは、さらに検討の余地があろう<sup>268</sup>。また、包括的合意に対する個別の条件設定の限界は、特に開放された建物を客体とする建造物侵入罪の成否をめぐる同様に問題となる。ここでも、建物管理者の裸の意思や願望のすべてに重要性を認めるのではなく、支配・管理性に裏付けられた条件設定にのみ、「侵入」概念との関係で重要性を認めるという方向性が考えられるであろう。次章では、この問題について詳細な検討を行う。

## 第 8 章 「真の意思」と住居侵入罪の成否

### 第 1 節 法益主体の「真の意思」と犯罪論

本章が検討の対象とするのは、法益主体の「真の意思 (wahrer Wille)」と犯罪の成否との関係である。ここでいう「真の意思」とは、理想的な意思形成状況下において、すなわち、「もし完全に正しい情報のもとで自由に決断しえたとしたら、法益主体が形成していたであろう意思」を指すものであり、その意味で、「仮定的意思 (hypothetischer Wille)」とも換言可能な意思のことである。この「真の意思」は、法益主体が現実に抱いた「実際の意思 (tatsächlicher Wille)」と区別されなければならない。例えば、「そんな人だと知っていれ

---

究 47 卷 2 号 (2011 年) 253 頁以下は、「行為の外観」と「行為者の属性」を区別したうえで、包括的同意を限界づけるのは「行為の外観」のみであり、「行為者の属性」は承諾の対象外であるとの見解を示している。この見解によれば、パチプロが遊戯を行う場合も、「行為の外観」が包括的同意の範囲内に収まっている限り、窃盗罪の成立は否定されることになろう (同 255 頁以下参照)。しかし、「行為の外観」と「行為者の属性」とをこのように区別することの理論的な根拠は十分明らかでない。

<sup>268</sup> 詐欺罪においても、被害者の確認措置という「障壁の突破」が必要であるとするものとして、山内・前掲注 (187) 260 頁以下。深町・前掲注 (187) 192 頁も、詐欺罪の「人を欺く行為」の判断において条件設定論が意味を持つと指摘する。

ば結婚をしなかったであろう」という場合、当時抱いていた「実際の（結婚するという）意思」と、「真の意思」とは相反するものとなっている。人間の意思決定が多くの場合に、不完全な情報の下で行われるという現実を鑑みるならば、「実際の意思」と「真の意思」とはしばしば対立するものといえる。

問題は、犯罪論において、法益主体が現実には抱いた「実際の意思」の方ではなく、仮定的な「真の意思」の方を重視すべきなのはどのような場合か、その根拠や限界がどこにあるかという点である。

従来の議論では、この「真の意思」を、犯罪成立を基礎づける方向で考慮することが広く認められてきた。法益侵害に対する同意が錯誤に基づく場合に、通説とされる重大な錯誤説（条件関係の錯誤説）によれば、錯誤との間に条件関係が認められる同意は一般に無効と評価され、犯罪の成立が肯定される。ここでは、錯誤がなければ法益主体が抱いていたであろう「真の意思」が、「実際の（承諾）意思」よりも重視されているといえる。第1部で論じたように、このような立場は、我が国の判例においても前提とされていると考えられている（最判昭和33年11月21日刑集12巻15号3519頁）。

さらに、法益主体の「仮定的意思」の保護に正面から着目し、その必要性を説く見解が監禁罪の保護法益をめぐる議論において有力に主張されている点も注目し得る（仮定的自由説）<sup>269</sup>。この見解は、監禁罪の保護法益を「潜在的自由」ないし「可能的自由」に求める見解を、「構成要件の実現を外部的事象の発生に委ねてしまう」ものであるとして批判しつつ、法益主体に「現実の移動意思」がない場合でも、その「仮定的意思」は保護されなければならないとして、現実的自由説よりも保護の範囲を拡大しようとするものである。例えば、意識のある状態で監禁された者が眠り込んだ場合には、眠っている間に自由剥奪の意識ないし現実的な移動の意思は認められないが、「行為者の行為がなければ」移動の意思を持ち続けていたであろうといえるから、その間も監禁罪は成立することになる。

仮定的な移動意思に着目すべき根拠として、本説の提唱者である Bloy は、被害者の自律（Autonomie）の保護を挙げている。Bloy によれば、意思形成を行うことが他者により妨害されている場合には、もはや「現実の（移動）意思」の有無は自律侵害の存否を判定するための尺度とならない。この場合に基準となりうるのは、仮定的な、すなわち、自律的な意思形成が可能であったとしたら生じていたであろうと考えられる意思のみである。それゆえに、「被害者が脅迫や強制から自由に決断しえたとしたら、彼は何を欲していたであろうか」という問いこそが決定的な意味を持つと考えられるとしている<sup>270</sup>。

以上の説明からも明らかなように、理想的な意思形成状況下でなされるであろう「仮定的意思」を考慮して犯罪の成立を認めることは、まさにそのような意思形成過程を保護するこ

<sup>269</sup> 吉田敏雄「行動の自由の保護—逮捕監禁罪・略取誘拐罪」阿部純二ほか編『刑法基本講座第6巻』（法学書院、1993年）81頁、平野龍一『刑事法研究最終巻』（有斐閣、2005年）24頁以下。

<sup>270</sup> René Bloy, *Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie*?, ZStW 1984, S. 712 f.

とと表裏の関係にあるといえる。もっとも、「理想的な意思形成状況」としていかなる状況を想定するかにより、考慮される「仮定的意思」の範囲、ひいては犯罪の成立範囲が大きく変動しうる点には注意が必要であろう。この点で、仮定的自由説を我が国に紹介し、これを基本的に支持する平野龍一が、『『仮定的』という概念を持ち込むと、限界はむしろ不明確になるおそれ』がある<sup>271</sup>との懸念を示していた点は注目に値する。「仮定的意思」を無限定に考慮してしまうと、同意が何らかの錯誤に基づいている場合には常に監禁罪の成立が認められることになりうるが、そのような帰結が妥当であるかは検討を要するところであろう。

また、あらゆる犯罪類型がこのような意思形成過程の保護を想定しているといえるかどうかについても検討を要する。重大な錯誤説のように、犯罪類型や保護法益ごとに特に区別を設けることなく、法益主体の「真の意思」を理由に広く同意を無効とし、犯罪の成立を認める見解に対しては、錯誤からの自由という意思形成の自由一般を保護することになってしまい妥当ではないとする批判が向けられている。こうした問題意識に基づき、各構成要件の保護する法益に関係する錯誤が存在する場合にのみ同意が無効になると主張したのが法益関係的錯誤説に他ならない。同説が、傷害罪や器物損壊罪などを含む多くの犯罪類型に関して「意思形成の自由」の保護を否定したことが妥当であったか否かについては疑問が残るところであるが、意思形成過程の保護が射程に含まれているかどうかをそれぞれの犯罪類型ごとに検討する必要性を示した点では、正しい問題提起であったと評することができる。

さらに、第6章で検討を加えた「仮定的同意 (hypothetische Einwilligung)」論は、以上とは真逆のベクトル、すなわち犯罪成立を制限する方向で法益主体の「仮定的意思」を考慮することが可能か否かをめぐる議論であるといえる

前述のように、仮定的同意の考慮を認める見解に対しては、患者の自律ないし自己決定の保護に対して不利な影響を及ぼすのではないか、という懸念が示されている。仮定的同意の認定に際してその都度の患者本人の具体的な価値観が考慮されるとはいえ、「もしその場で適切な説明がなされていれば」という架空の問いに対する回答は、当の患者自身もそのような状況を経験したことがない以上、常に憶測によらざるを得ない。また、患者が死亡ないし証言能力を喪失しており、その具体的な価値観に関する手がかりを得ることができない場合には、「合理的な」、すなわち自身の健康状態の改善を望む患者を目安として、仮定的な意思の存在が認定されることになる。その結果、実施された治療行為が医学的適応性・医術的正当性を備えている場合、ほとんど常に仮定的同意の存在が認定されてしまうことになりかねない。仮定的同意に批判的な見解は、以上のように裁判官の頭の中で被害者の「真の意思」が捏造されてしまう点を危惧しているのである。

第1部で明らかにしたように、法益主体が最終的に抱いた意思の内容だけではなく、その形成プロセスに対しても刑法が関心を向ける必要があるとすれば、法益主体の「真の意思」と犯罪の成否とが無関係であるとはいえない。ただし、こうした意思形成過程の保護が射程に含まれているかどうかは、犯罪類型ごとに個別的に検討する必要がある。その検討を行う

---

<sup>271</sup> 平野・前掲注(269) 28頁。

際には、仮定的同意をめぐる近時の議論が示しているような、仮定的意思を考慮することに付きまとう問題も十分に意識されなければならないであろう。

次節では、さしあたり、居住者が個別の立入りに対して現実的に同意を与えたという、いわば「対面型」の事例を念頭に置きつつ、住居侵入罪を素材として、法益主体の「真の意思」と犯罪の成否との関係について検討を加えることにする。

## 第2節 「真の意思」と住居侵入罪の成否

### 第1款 我が国の議論

#### 1 立入り後の利益侵害と「真の意思」

我が国の判例においては、居住者が個別の立入りに対して現実的に同意を与えていても、それが居住者の真意に基づかない場合には本罪の成立が肯定されている。最判昭和23年5月20日刑集2巻5号489頁は、顧客を装い来店した強盗犯人の申し出を信じ店内に入ること許容した場合には、強盗殺人の目的をもって店内に入ること承諾したわけではないから、被告人の店内侵入への行為は住居侵入罪を構成すると判示した。また、最判昭和24年7月22日刑集3巻8号1363頁は、強盗の意図を秘して「今晚は」と挨拶し家人が「お入り」と答えたのに応じて住居に入った事案について、「外見上家人の承諾があったようにみえても、真実においてはその承諾を欠くものである」と判示している。これは、真意に基づかない同意を無効とする判例の考え方（前出最判昭和33年11月21日）と共通する判断であるといえよう<sup>272</sup>。

学説上も、以上のような判例の結論を支持する主張が、本罪の保護法益に関して「平穩説」を採る立場と「住居権説」を採る立場のいずれからもなされている。まず、平穩説からは、「侵入」の意義について、平穩を害する態様の立入りであるとする「平穩侵害説」が支持され<sup>273</sup>、居住者の許諾の有無は平穩侵害性を判断するための資料にすぎないとされる<sup>274</sup>。そして、立入り後の住居内の安全等に対する影響を考慮すれば、強盗目的での立入り行為は住居の平穩を害する態様のものといえることから、「侵入」が認められることになる<sup>275</sup>。また、

---

<sup>272</sup> もっとも、昭和24年判決の事案は、「おはいり」と頭を下げて顔を向けたときに匕首が突きつけられていたことから、そもそも同意が存在しておらず、錯誤を問題とする必要のない事案であるとの評価も有力になされている（平野龍一「刑法各論の諸問題」法学セミナー201号（1972年）68頁、吉田敏雄「刑法における人身の自由の保護」中山研一ほか編『現代刑法講座 第4巻』（成文堂、1982年）206頁注16、須之内克彦「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論〔第2版〕』（有斐閣、1984年）39頁）。

<sup>273</sup> 福田平「住居を侵す罪」団藤重光編『注釈刑法（3）』（有斐閣、1965年）245頁。これに対して、平穩説の立場から、「侵入」とは居住者等の（推定的）意思に反する立入りをいうとするのは、団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（創文社、1990年）505頁、大塚・前掲注（2）116頁等。

<sup>274</sup> 福田・前掲注（273）244頁。

<sup>275</sup> 福田・前掲注（273）246頁。もっとも、「立入り行為それ自体」の「客観的な」平穩侵害性を重視する観点からは、許諾を得て行われる立入りの態様が穩当であることを理由に「侵入」を否定する余地もあろう。例えば、佐久間修『刑法各論〔第2版〕』（成文堂、

住居権説からは、「侵入」の意義について、居住者・管理者の意思に反する立入りであると  
する「意思侵害説」が支持されるが、この見解からも、錯誤によって与えられた同意は無効  
であり、「意思に反する」立入りが認められるとの主張がなされている<sup>276</sup>。

これらの見解の背後には、住居への立入りに伴って侵害の危険にさらされる「実質的利益」  
を本罪で保護すべき利益として捉えるという基本的な考え方があるとの指摘も加えられて  
いる。山口厚は、従来の学説の対立図式である「平穩説 対 住居権説」が不分明であるとの  
問題意識から、学説の対立の背後にある「より基本的な考え方の差異」、すなわち、以上  
のような、①住居等の中において守られるべき利益を問題とする「実質的利益説」と、②も  
っぱら住居等への立入りの許諾の自由を問題とする「許諾権説」との対立に着目すべきであ  
ると説いている<sup>277</sup>。そして、実質的利益説によれば、単なる立入りの点のみならず、住居等  
の内部において保護されるべき実質的利益に対する危険についてまで許諾権者の意思が及  
んでいることが必要となる。その結果、立ち入る者の隠された不法な目的も実質的利益侵害  
の危険性を基礎づけるものである限り考慮され、その認識を許諾権者が許諾の際に欠いて  
いるのであれば、有効な許諾は存在しないことになる<sup>278</sup>。換言すれば、そのような「実質的  
利益」と関係する限りで、居住者の「真の意思」が重視されることになるといえよう。

もっとも、山口が批判しているように、実質的利益説には、「実質的利益」の内容が多様  
であり、不明確である点や、住居侵入罪を「侵入」という形態で括られているだけの「一般  
的利益侵害予備罪」に転化させ、その犯罪としての性格をきわめて曖昧かつ茫漠としたもの  
としてしまう点に問題が存在する<sup>279</sup>。もちろん、建物内の実質的利益を問題とする見解の多  
くは、「実質的利益」を何らかの意味で限定していると考えられる。例えば、強盗目的を秘  
しての立ち入りに関して、建物内の実質的利益への影響を考慮して本罪の成立を肯定して  
いると考えられる論者においても、詐欺や押売り目的での立入りについては本罪の成立を  
否定するのが一般である<sup>280</sup>。しかし、詐欺や押売りを目的とする場合においても、建物内の

---

2012年) 130頁は、「住居の平穩説では、たとえ犯罪目的であっても、それが侵入態様から明らかでないかぎり、本罪の成立は否定される」としている。問題となるのは、この「平穩侵害性」を、立入り行為それ自体について判断すべきなのか、あるいは、立入り行為後の住居内の安全等も含めて判断すべきなのかという点、さらに、「平穩侵害性」を客観的な態様からのみ判断すべきなのか、あるいは、居住者の(推定的)意思等の主観面も考慮すべきなのかという点である。その基準や理論的根拠が不明確である点に、平穩(侵害)説の問題が示されているといえよう。

<sup>276</sup> 頃安健司「刑法130条前段の『侵入』の意義」研修420号(1983年)73頁、川本哲郎「住居侵入罪の保護法益と『侵入』の意義(2・完)」京都学園法学1993年2=3号(1994年)64頁以下、塩見淳『刑法の道しるべ』(有斐閣、2015年)161頁、大谷・前掲注(2)135頁。

<sup>277</sup> 山口厚『問題探究 刑法各論』(有斐閣、1999年)64頁。

<sup>278</sup> 山口・前掲注(277)75頁。

<sup>279</sup> 山口・前掲注(277)65頁以下。

<sup>280</sup> 福田・前掲注(273)245頁(詐欺の目的で友人宅を訪問し、おだやかに応接室に立ち入った場合に本罪が成立するという結論が支持できないことは明らかであるとする)、井

実質的利益（居住者の財産等）に対する侵害の危険性が存在することは否定できない<sup>281</sup>。それにもかかわらず、この場合に本罪の成立を否定するのであれば、考慮の対象となる「実質的利益」を限定する基準を明らかにする必要がある。ここでは、そうした限定が恣意的なものとなっていないかどうか問われなければならないのである。

この点について、本罪の趣旨を、住居等内の利益に対する他人の接近阻止、及び、閉鎖的な空間に立ち入られることにもなう危険の回避に求めることを前提に、本罪の成否の判断に際して、「住居権者等による退去要求（刑法 130 条後段）が有効に機能する状況」か否かに着目することが有用であるとの主張も存在する<sup>282</sup>。具体的には、立入り後に居住者の対応（制止等）にかかわらず犯罪を遂行するつもりであった場合や、問題の行為を居住者に対して隠蔽したうえで遂行することが立入りの目的であるために、退去要求を行うべきか否かの判断とその実行のための機会が失われてしまう場合には、立入後の退去要求が有効に機能する状況といえないことから、本罪の成立を認めることにも合理性があるというのである。例えば、行為者が強盗目的を秘して立入りを行う場合は、居住者の対応にかかわらずこれを遂げることが考えられるため、本罪の成立が肯定されることになる。

もっとも、以上の見解に対しても疑問が残るように思われる。まず、この見解が「住居等内の利益」保護の観点を重要視しつつ、「退去要求の実効性」の阻害の有無に着目することで成立範囲を具体化・明確化しようと試みる点は傾聴に値するものの、両者の関係については十分明らかでない。例えば、被告人が政党のビラを投函する目的で、オートロックの設備のない分譲マンションの共用部分である階段・廊下に立ち入った「葛飾マンション事件」（最判平成 21 年 11 月 30 日刑集 63 卷 9 号 1765 頁）につき、論者は、このような立入りが認められると、「共用部分全域について、居住者に把握されていない状態で滞留し続けることになってしま」い、「それ自体としても、退去要求の判断・実行の実効性を害するものでありうる」と指摘したうえで、本罪の成立を認めた前記平成 21 年判決の判断にも合理性があると説明する<sup>283</sup>。しかし、退去要求があくまでも、「住居等内の利益」を保全するための一手段に過ぎないとすれば、「退去要求の実効性」を阻害したという点のみを根拠に本罪の成立を肯定することの妥当性は検討を要する。仮に「退去要求の実効性」の阻害のみに本罪の成否の基準を求めるとすれば、本罪が「退去要求の実効性を損なわせる罪」に転化してしまい、その独自性は失われてしまうであろう。最終的に「住居等内の利益」保護の観点が重要

---

田良「住居侵入罪」法学教室 215 号（1998 年）10 頁、大塚・前掲注（2）118 頁注 15（「詐欺や押売りの目的で平穩に他家の玄関に立ち入っただけでは、まだ、住居の平穩が害されたということとはできない」とする）。

<sup>281</sup> 只木誠「建造物侵入罪における『侵入』概念について」『川端博先生古稀記念論文集 [下巻]』（成文堂、2014 年）99 頁以下は、住居等内の実質的利益も本罪の保護法益として把握すべきであるとの立場を前提に、詐欺（交付罪）目的での立入りの場合を、盗取目的の場合と区別する理由は乏しいとする。

<sup>282</sup> 鈴木左斗志「住居侵入等罪（刑法 130 条）の検討」慶應法学 35 号（2016 年）187 頁以下。

<sup>283</sup> 鈴木（左）・前掲注（282）199 頁以下。

であると考える以上は、本件においても、被告人の共用部分の滞在やその目的であるビラの投函が、マンション内のいかなる実質的利益を侵害するかについて正面から検討を加える必要がある<sup>284</sup>。もっとも、本件で「実質的利益」の侵害を見出すとすれば、住人の望まない人物の滞在それ自体に見出すことになろうが、このように考える場合には、「実質的利益」の内容を限定することは極めて困難とならざるを得ないように思われる<sup>285</sup>。

なお、この見解も詐欺目的の立入りについては本罪の成立について消極的な態度を採るが<sup>286</sup>、詐欺行為もその目的を隠蔽して遂行されることが通常であり、上記の「退去要求を行うべきか否かの判断とその実行のための機会が失われてしまう場合」に当たるのではないかと、との疑問が生じる。翻って考えれば、居住者に知られると不都合な立入りの目的は、最後まで隠蔽されることが通常であるため、以上の基準に従う限り、本罪の処罰範囲の著しい拡大を認めざるを得ないであろう。

## 2 「真の意思」の不考慮

他方で、居住者の「真の意思」を考慮することなく、居住者が特定人物の立入りに対して現実的に同意を与えている以上、本罪が不成立になるとする見解も有力に主張されている。山口は前述のように、①「実質的利益説」と、②もっぱら住居等への立入りの許諾の自由を問題とする「許諾権説」（純化された住居権説）<sup>287</sup>とを対置させたが、山口自身は、後者の理解を本罪の独自の法益侵害性、当罰性を示す点で優れているとして支持したうえで、錯誤に基づく許諾の問題について以下のように説明している。すなわち、許諾権説の立場によれ

---

<sup>284</sup> 鈴木（左）・前掲注（282）199頁は、仮に居住者に把握されていない状態での滞留を認めざるをえないということになれば、「それを根拠にして立ち入ってくる不審者一般について、退去要求判断・実行の実効性が損なわれることになりかねない」とも指摘するが、このような事情が、被告人に本罪が成立することの根拠となるかも問題であると思われる。なお、嘉門優「住居侵入罪における侵入概念について」大阪市立大学法学雑誌 55 卷 1 号（2008 年）163 頁は、本罪の保護対象としての「利益侵害」を、住民が受ける「不安感」「不快感」という主観的な利益侵害にまで過剰に拡大すると、処罰範囲の拡大に歯止めが利かなくなるとの懸念を示している。

<sup>285</sup> 嘉門・前掲注（284）162 頁。

<sup>286</sup> 鈴木（左）・前掲注（282）200 頁注 80 参照。

<sup>287</sup> 江藤・前掲注（33）15 頁は、刑法で保護される自由が「積極的自由」ではなく「消極的自由」であるとの前提から、ここでいう「許諾権」を「拒絶権／拒否権」として捉え直している。もっとも、このように捉え直した場合に、立入りの目的や属性に錯誤がある事例がいかに関係されるのかという点については検討を要する。この場合に、立入り自体は拒絶されておらず、「何を実現するか」という積極的自由のみが害されていると捉えれば、本罪の成立は否定される方向に傾くであろうが、強盗目的の行為者の立入りを拒絶するという消極的自由が害されていると捉えることも不可能ではないであろう。ここでは結局、本罪で保護される自由の範囲について実質的な検討をせざるを得ないように思われる。なお、何らかの積極的な目的のために他人を立ち入らせることにも合理的な価値が認められるとして、意思に基づき一定の目的実現のために他人を立ち入らせる自由も本罪で保護すべきであるとするのは、和田俊憲「住居侵入罪」法学教室 287 号（2004 年）60 頁以下（特定人・特定の「客観的属性」を有する者に対する許諾の自由までが保護されるとする）。

ば、立入りを許諾した特定人についての認識があれば、その人の属性は無関係であり、それらの点についての錯誤は「法益関係的」な錯誤とはいえないことから、有効な許諾の存在に影響を持たないというのである<sup>288</sup>。

この主張によれば、「人（格）の同一性」の錯誤の有無が決定的な基準とされることになる。そのため、強盗目的を秘して立入りが行われた場合については、居住者が当該人物を認識しこれに対して実際に立入りの許諾を与えている以上、有効な許諾が認められ本罪の成立が否定される。これに対して、例えば、「Aの立入りであれば認めるつもりである者が、Bに『自分はAだ』と騙されて錯誤に陥り、Bの立入りを認めた場合」には、実際に立ち入る者に対する立入りの許諾がないことから、本罪の成立が肯定されるとしている<sup>289</sup>。

この見解に対しては、なぜ「人（格）の同一性」の錯誤の有無が決定的となるかについての実質的根拠が明らかではない、との批判を向けうるであろう。この見解は、本罪の保護法益を「誰を住居内へ入れ誰を入れないか」について決定する自由に求めることを前提としたうえで、「法益関係的錯誤」の基準をあてはめて上記のような結論を導いているのであるが、問題はこの「誰」をどのような基準によって判断するべきかにある<sup>290</sup>。居住者の許諾権の行使として保護される範囲について、「特定の人物」の立入りの許諾と考える論理的必然性はなく、例えば「一定の属性・目的を有する者」の立入りの許諾と考えることも原理的には排除されない<sup>291</sup>。仮にこのような許諾の自由も本罪の保護範囲に含まれるとすれば、強盗目的を秘して許諾を得た場合にも本罪の成立を否定できないことになるであろう<sup>292</sup>。その意味で、上記のような「許諾権説」による解決に対しても、「恣意性の克服」という課題は同様に向けられなければならないのである。

もっとも、立入りに対する「実際の許諾」が存在する場合に本罪の成立が否定されるという結論自体は、ドイツの学説においても幅広く支持を集めているところであり、この点は注目に値するものと思われる。そこで、以下ではこの問題をめぐるドイツの議論を概観したうえで、「実際の許諾」の存否に照準を合わせることに合理的な根拠を見出すことができるかどうかを検討する。

---

<sup>288</sup> 山口・前掲注（277）75頁。法益関係的錯誤説から錯誤に基づく許諾を有効と解するものとして、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 33 卷 3 = 4 = 5 号（1983 年）334 頁以下、佐伯・前掲注（76）96 頁、林美月子「錯誤に基づく同意」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』（有斐閣、1994 年）42 頁、西田・前掲注（2）101 頁以下等。

<sup>289</sup> 山口厚「法益侵害と法益主体の意思」山口厚編著『クローズアップ 刑法各論』（成文堂、2007 年）28 頁。

<sup>290</sup> 鈴木（左）・前掲注（282）186 頁。

<sup>291</sup> 松原・前掲注（102）117 頁参照。

<sup>292</sup> 塩見・前掲注（276）161 頁は、住居空間の形成に対する居住者の意思に法益性を承認する住居権説のもとでは、立入目的についての錯誤は法益関係的錯誤に当たると述べることも可能であると指摘する。

## 第2款 ドイツの議論

ドイツの判例は、我が国の判例と同様に、本罪の成否を判断するにあたって居住者の「真の意思」を考慮している。例えば、潜入捜査官が客を装って麻薬取引が行われている住居に、居住者（麻薬の売人）の許諾を得て立ち入ったという事案で、ミュンヘン上級地方裁判所は、『侵入』を阻却する承諾は、その承諾が権利者の真の意思に沿うときにのみ存在するのであり、承諾が行為者の欺罔によって決定的に影響付けられたときには、それは存在しない<sup>293</sup>として、本罪の構成要件該当性を認めている。

しかし、ドイツにおける通説は、このような判例の立場に対して否定的な態度を採っている<sup>294</sup>。例えば、Otto は本判決の評釈において次のような批判を加えている。すなわち、本判決が引き合いに出している「真の意思」とは、真の目的を知っていれば承諾をしなかったであろうという「仮定的意思」にすぎないのに、なぜ「実際の意味」ではなくこのような「仮定的意思」が「侵入」を根拠づけるのか明らかではない。むしろ、本罪の成否の判断に際しては、「真の（仮定的）意思」ではなく、「実際の意味」の方を重視すべきである。したがって、居住者による実際の立入りの許諾が存在する場合には、住居侵入罪の構成要件該当性が否定されるべきである、というのである<sup>295</sup>。

以上のような指摘は、本章の冒頭で掲げた問題意識にとっても重要であるが、問題となるのは、ドイツの通説が、本罪の成否の判断に際して「真の（仮定的）意思」ではなく、「実際の意味」の方を重視していることの根拠である。冒頭で述べたように、法益主体の「真の意思」はおおよそ犯罪の成否と無関係というわけではなく、意思形成プロセスを含めた保護が要請される場面では、むしろ考慮が必要となるものである。それにもかかわらず、本罪の成否の判断に際して「真の意思」の考慮を排除すべきであると主張するのであれば、その実質的な論拠が示される必要があるだろう。ドイツの学説においてその論拠は複数提示されており、それらは併用される場合も多いが、概ね以下のように整理することができると思われる。

### 1 合意（Einverständnis）の事実的性質

ドイツの学説において頻繁に引き合いに出されるのは、本罪で問題となる承諾が事実的性質を有するものであるという理解である<sup>296</sup>。このような理解は、ドイツにおける被害者の

<sup>293</sup> OLG München, NJW 1972, 2275.

<sup>294</sup> Vgl. Ulrich Stein/Hans-Joachim Rudolphi, in: SK, 8. Aufl., 2001, § 123 Rn. 18b; Hans Lilie, in: LK, 12. Aufl., 2006, § 123 Rn. 50; Jürgen Schäfer, in: MüKo, 2. Aufl., 2012, § 123 Rn. 29; Heribert Ostendorf, in: NK, 4. Aufl., 2013, § 123 Rn. 30; Detlev Sternberg-Lieben, in: Sch/Schröder, 29. Aufl., 2014, § 123 Rn. 22; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, a.a.O. (Anm. 214), § 8 Rn. 12; Johannes Wessels/Michael Hettinger, Strafrecht BT Teil 1, 40. Aufl., 2016, § 13 Rn. 587.

<sup>295</sup> Harro Otto, Rechtfertigung des Hausfriedensbruchs durch Kontaktpersonen der Polizei bei Aufklärung von Rauschgifthandel, NJW 1973, 668.

<sup>296</sup> Wolfgang Stückemann, Der getäuschte Hausrechtsinhaber, JR 1973, 415; Klaus Geppert, Zu einigen immer wiederkehrenden Streitfragen im Rahmen des Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB), Jura 1989, 380 f.; Schäfer, a.a.O. (Anm. 294), § 123 Rn. 29; Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. 294), § 123 Rn. 22.

承諾論で強い影響を有してきた Geerds の「二元説」に基づくものと考えられる<sup>297</sup>。

この二元説によれば、被害者の承諾には、構成要件該当性を阻却する「合意」と、違法性を阻却する「同意 (Einwilligung)」という二種類のもので存在する。前者は事実的性質を、後者は法的性質を有するとされ<sup>298</sup>、両者は要件も異なるものと解されている。すなわち、構成要件阻却的「合意」については、法益主体の自然的・事実に承諾意思が存在するだけで認められる<sup>299</sup>のに対して、違法阻却的「同意」については、欺罔や強制といった瑕疵に基づくものでないことまで要求される<sup>300</sup>。そして、住居侵入罪における承諾は、「侵入」という構成要件メルクマールを排除する要素であることから、前者の構成要件阻却的「合意」に該当する<sup>301</sup>。したがって、立入りに対する事実的な承諾意思さえ存在すれば、それが欺罔に基づくものであっても、有効な合意として本罪の構成要件該当性を阻却するという帰結が導かれることになる。

しかし、このように「合意」と「同意」の要件を区別することが妥当であるかについては疑いが残る。なぜなら、法益主体の自己決定という同一の原理に基づく犯罪成立阻却事由について、その体系的地位のみならず、有効要件についてまで取扱いを一律に区別することが適切であるとは思われないためである<sup>302</sup>。ドイツにおいても、二元説は当初、圧倒的な支持を集め通説となったものの、その後は批判の対象とされるに至っており、現在では、被害者の承諾はすべて構成要件該当性を排除するという理解(一元説)も有力に主張されている<sup>303</sup>。また、そもそも我が国では、両者の体系的地位の区別を認める論者も、それが有効要件の違いに結び付くとは一般に考えておらず<sup>304</sup>、以上の説明を受容することはなおさら困難であるように思われる。本罪の承諾が事実的性質を有するという指摘それ自体は注目に値するものの<sup>305</sup>、二元説がその実質的な根拠を明らかにしているとは言えないであろう。

<sup>297</sup> 被害者の承諾の犯罪論体系上の位置づけに関する議論を分析している近時の文献として、佐藤陽子『被害者の承諾』(成文堂、2011年) 2頁以下参照。

<sup>298</sup> Friedrich Geerds, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, GA, 1954, 266. Geerds の見解については、井上裕司「被害者の同意」日本刑法学会編『刑法講座 第2巻』(有斐閣、1963年) 160頁以下、浅田和茂「被害者の同意の体系的地位について」産大法学 34巻2号(2000年) 5頁以下等を参照。閣) 160頁以下

<sup>299</sup> Geerds, a.a.O. (Anm. 298), 266.

<sup>300</sup> Geerds, a.a.O. (Anm. 298), 268.

<sup>301</sup> Geerds, a.a.O. (Anm. 298), 265.

<sup>302</sup> 西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』(有斐閣、2010年) 348頁〔深町晋也〕、松原・前掲注(172) 125頁。

<sup>303</sup> Vgl. Dieter Kientzy, *Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers*, 1970, S. 82; Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 1984, Rn. 107; Roxin, a.a.O. (Anm. 108), § 13 Rn. 12.

<sup>304</sup> 佐藤・前掲注(297) 7頁以下も、我が国において「合意」と「同意」の区別は一応の前提として認識されているが、多くの論者は両者の区別に体系的な違い以上の意義を見出しておらず、両者の犯罪阻却根拠、あるいは要件・効果を同じものと解しているため、両者の区別は実質的に無意味となっていると指摘する。

<sup>305</sup> 我が国でも、関哲夫『住居侵入罪の研究』(成文堂、1995年) 334頁は、住居におけ

## 2 法益関係的錯誤の不存在

また、住居侵入罪の保護法益が「形式化された (formulisiert)」許諾の自由に求められるとの前提から<sup>306</sup>、当該人物の立入りが許可された以上、立入りの目的について欺かれた場合であっても法益関係的な錯誤が認められず、本罪の成立が否定される、との見解も有力に主張されている<sup>307</sup>。

しかし、前述したように、ここでは前提とされる形式的な法益理解それ自体の合理性が問われているのであり、「法益関係的錯誤」という考え方を採用するか否かは決定的な問題ではない。現に、同じく「法益関係的錯誤」という考え方を採用する見解の中でも、本罪の保護法益を各保護領域の社会的機能の観点から具体的に捉え直そうとする立場からは、欺罔によって得られた同意による立入りが、住居の社会的機能を侵害することから、この場合にも法益関係的錯誤が認められると解されている<sup>308</sup>。結局、「法益関係的錯誤」の基準を持ち出すだけでは、「真の意思」を考慮すべきでないことの実質的な論拠が説明されたことにはならず、保護法益の内容そのものをどのように理解すべきかを正面から論ずる必要があるといえよう。

## 3 訴訟法的・刑事政策的な考慮

より実質的な根拠として、訴訟法的・刑事訴訟法的観点からの説明が挙げられる場合もある。例えば、Bernsmann は、仮定的な真の意思ではなく、実際に表示された意思を基準とすべきことの根拠を次の点に求めている<sup>309</sup>。

まず、他の刑法の文脈においても仮定的な真の意思の考慮は否定されている。例えば、被欺罔者が真実を知っていれば財産を処分しなかつたであろうと認められ、したがってその占有を「不本意に (unwillentlich)」失ったといえる場合であっても、そのことを理由に窃盗罪が成立するわけではないのである。したがって、「窃取」性の判断においては、権利者の仮定的な意思の考慮が否定されているといえる。また、仮定的な心理状態は一方で再現することが困難であり、他方で任意に脚色が可能であるという点で、訴訟法的な理由も権利者

---

る保護法益の事実的性格を指摘し、この事実的性格は「承諾権・許諾権が保護法益から派生するものである以上、承諾の効力を検討する場合にも顧慮されるべきである」としている。

<sup>306</sup> 松宮孝明「ポスティングと住居侵入罪」立命館法学 297 号 (2004 年) 5 頁、同・前掲注 (103) 132 頁も住居権の「形式的な性格」について指摘し、一旦、当該人物の立入りを許可した以上、その許可がどのような理由によるものであるかは重要でないと説明している。

<sup>307</sup> Gunther Arzt, Heileingriffe aufgrund einer Blanko-Einwilligung bezüglich der Person des Arztes, in: Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag am 22. Juni 1992, 1992, S. 211.

<sup>308</sup> Knut Amelung/ Hero Schall, Zum Einsatz von Polizeispitzeln: Hausfriedensbruch und Notstandsrechtfertigung, Wohnungsgrundrecht und Durchsuchungsbefugnis – OLG München, DVB1 1973, 221, JuS 1975, 567. なお、Amelung/ Schall の見解に対する批判として、林 (美)・前掲注 (288) 43 頁参照。

<sup>309</sup> Klaus Bernsmann, Tatbestandsprobleme des Hausfriedensbruchs, Jura 1981, 403 f.

の仮定的な意思というフィクションを持ち込むべきでないことを示している。さらに、「真の」意思の探究が最終的には、住居の平穩の保護ではなく、これとは直接関連しない「不服従な態度 (Unbotmäßigkeiten)」の犯罪化に貢献してしまうことも、仮定的な意思を基準とする見解に反対する理由となる。仮定的な意思を基準とする見解に従うと、蛇口の修理のために招かれた職人が、注文者が不在の間に新聞を読もうと最初から企てていたという場合に、(そのような職人を招くことはなかったであろうという理由で) 本罪による処罰が認められなければならないことになってしまう。しかし、このような事例は不退去罪での対応に委ねる方が、住居侵入罪の規定を一般的な意思自由に対する輪郭のない犯罪に転化させてしまうよりも、刑事政策的に支持できる、とされる。

以上の指摘は、仮定的な真の意思を考慮すべきでない実質的な根拠を示そうとする点で、参考になると思われる。特に、仮定的な意思が結局はフィクションであり、正しく認定することが困難であることを指摘する点は、仮定的同意の取扱いをめぐる議論とも通じるものがある。しかし、仮定的な意思の考慮が刑法のあらゆる文脈で否定されるわけではない。現に、詐欺罪の成否を論じる場面においては、行為者に欺かれなければ被欺罔者が抱いていたであろう仮定的な意思に着目しているはずである<sup>310</sup>。確かに、「窃取」性の判断に際しては、財物の占有移転が占有者の実際の意思に反しているか否かが問題とされ、占有者の仮定的な意思が考慮されることはない。しかし、それはまさに仮定的な意思が詐欺罪の規定の方で考慮されることの裏返しであるともいえる。これに対して、そのような別の規定を持たない住居侵入罪では、権利者(居住者)の仮定的な意思を考慮に入れる余地があるとの反論が成り立ちうるであろう。

また、不退去罪での対応に委ねるべきであるとの理解は我が国でも示されているが、この論拠が決定的であるとすれば、退去要求が実効性を欠く状況ではむしろ本罪を成立させるべきである、という前述した見解に至るように思われる。したがって、そのような状況に限って例外的に「真の意思」を基準とすべきであると主張するのであればともかく、常に居住

---

<sup>310</sup> なお、葛原力三「財産的損害のない詐欺罪」『山中敬一先生古稀祝賀論文集 下巻』(成文堂、2017年) 234頁以下は、詐欺罪における錯誤要件を、被害者の仮定的な意思に着目して判断すると、「その立証は被害者が裁判時点で行為当時を思い返して行う単なる推測に依存することになるから、制限要件としての意味を失ってしまう」との理解に基づき、このような仮定的な意思に着目するのではなく、「あくまでも被害者個人にとっての行為当時の、あるいは当該取引に際しての関心事であった」か否かが、客観的な間接事実によって立証されなければならないとする。被害者の行為時の実際の心理状態から離れた「仮定的な意思」が、「ほぼ100%認定できる事情」であり、犯罪成立の要件としては事実上機能しないとする論者の指摘(同221頁)は注目に値するものであるが、取引時点において被害者が(例えば、想定すらしていなかったために)自覚的に関心を抱いていなかった事項についても、事後的に当該事項に関して「真実を知っていたら交付しなかったであろう」と推測される場合に、およそ詐欺(既遂)罪の成立が否定されるのだとすれば疑問が残る。この場合にも詐欺罪の成立を認める余地がなお存在するのだとすれば、錯誤要件の判断において、被害者の仮定的な意思はなお一定の意義を有すると考えざるを得ないであろう。

者の「実際の意味」を基準にすべきであると主張するのであれば、この論拠はあくまでも補強的なものとして位置づける必要がある。

#### 4 心理的な障壁の克服

最後に、「障壁の克服 (Überwindung eines Hindernisses)」に着目することでこの問題を解決しようとする理解も示されている。ドイツにおいて「侵入 (Eindringen)」は、空間への自由な立入りを制限する物理的・心理的な障壁の克服であると一般に定義づけられている<sup>311</sup>。この「障壁の克服」という点を重視する立場からは、居住者が行為者の立入りを実際に許諾している場合、立入りを制限する障壁が取り払われているため、たとえ許諾を騙取して立入りを行う場合であっても、「障壁の克服」を認めることができず、「侵入」該当性が否定されるとの主張がなされている。

本罪の構成要件メルクマールとしての「障壁」、とりわけ、「心的バリア (Willensbarriere)」の概念について分析を加えた Bohnert は、この点について以下のように説明している<sup>312</sup>。

まず、物理的障壁と心理的障壁との関係について、Bohnert は、本罪の要求する「障壁」として本質的なのは后者であり、前者は副次的なものであるとする。一般的には、この障壁が「心理的な性質のものであってもよい」等と説明されており<sup>313</sup>、心理的障壁の方がむしろ副次的であるかのような印象が与えられているが、これは誤解を招くものであるという。なぜなら、例えば塀を乗り越える場合のように、明らかに物理的な障壁の克服が存在する場合であっても、それが居住者の意思に合致するものであれば、やはり「侵入」とはいえないのであり、そうだとすれば、物理的な障壁それ自体に本質的な意義があるとは認められないからである<sup>314</sup>。

そこで、心理的障壁ないし心的バリア概念の意義が問題となる。Bohnert によれば、心的

---

<sup>311</sup> Lilie, a.a.O. (Anm. 294), § 123 Rn. 45; Schäfer, a.a.O. (Anm. 294), § 123 Rn. 27f. これに対して、Walter Kargl, *Rechtsgüter und Tatobjekt der Strafbestimmung gegen Hausfriedensbruch*, JZ 1999, 937 f.は、構成要件の明確性を確保するためには、「侵入」概念に「意思に反する」という要素を持ち込むべきではないとし、「侵入」を「物理的な障壁の克服」に純化させるべきであるとする。この見解によれば、権利者の許諾がある場合にも、物理的な障壁の克服が存在する限り「侵入」自体は肯定され、同意の存在ゆえに彼の自律性に対する侵害が認められないという点は、違法性（阻却）の段階で別途考慮されることになる。しかし、本罪の成立範囲を物理的障壁の突破が認められる場合に限定するのは狭すぎるであろう（佐伯・前掲注（18）57頁参照）。Karglの見解に対する批判として、Karl Heinz Gössel/ Dieter Dölling, *Strafrecht BT Teil 1, 2. Aufl.*, 2004, § 38 Rn. 29.

<sup>312</sup> Joachim Bohnert, *Die Willensbarriere als Tatbestandsmerkmal des Hausfriedensbruchs*, GA 1983, 1 ff. Bohnertの見解については、須之内克彦『刑法における被害者の同意』（成文堂、2004年）168頁以下も参照。

<sup>313</sup> 例えば、Schäfer, a.a.O. (Anm. 294), § 123 Rn. 28は、「心的バリア」という形式においてただ心理的に作用する障害であっても「足りる (ausreichen)」と説明している。

<sup>314</sup> Bohnert, a.a.O. (Anm. 312), 3 f. Gössel/Dölling, a.a.O. (Anm. 311), § 38 Rn.36も、実際に存在する意思のバリアの克服だけが「侵入」メルクマールの実現を決定づけるとしている。

バリアにとって重要となるのは権利者の意思であるが、立入りを拒絶する意思は内心に存在するだけでは足りず外部に表示されなければならない<sup>315</sup>。もちろん、ここでいう表示には、言語的表現のみならず、手足の動きなどの身体的表現、さらには、ドアに施錠をしたり、垣をめぐらしたりすることなどの徴表的な安全措置（*konkludenten Sicherungsmaßnahmen*）を施すことも含まれる。したがって、物理的な障壁の有無も、それ自体に本質的な意義があるとは認められないものの、心理的な障壁の強さと量的に関係する要素としてはなお意義を有することになる。

続いて、*Bohnert* は個々の解釈論上の問題についても検討を加えているが、特に注目に値するのは、行為者が欺罔により許諾を得て立ち入った場合に関する検討である。この場合に権利者は、もし欺罔を見抜いていれば心的バリアを取り払わなかったであろうが、実際にはこれを取り払ってしまっている。ここで問題となるのは、*現実の意思*（*wirklicher Wille*）が錯誤に基づく場合に、それでも*真実の意思*（*wahrehafter Wille*）が立入りをを行う者に対して柵（*Schranke*）を維持し続けるのかどうかである<sup>316</sup>。

この点につき、*Bohnert* は、以下のように説明して、*真実の意思*は本罪の適用において重要性を持たないと主張している。すなわち、権利者は常に限界のある（*endlich*）主体であり、それゆえ、彼の権利を害するかもしれないあらゆる者を遠ざけるといった「*真実の*」意思を、手に入れたいと望むことはできても、これを実際に手に入れることはできない<sup>317</sup>。権利者が実際に抱くことができるのは、その都度形成される具体的な意思（*konkrete Willen*）のみであり、この具体的な意思こそが心的なバリケードの性質を決定づけるのである。この心的なバリケードは、行為者による立入り以前に打ち立てられるとともに、立入りの時点においても継続して存在しなければならない<sup>318</sup>。したがって、権利者が欺罔により立入りを許容した場合には、行為者の心的なバリケードの克服を認めることができず、住居侵入罪の成立も否定されることになる。

### 第3款 侵入概念の限定解釈

最後の、「障壁の克服」に着目して本罪の成立範囲を限定するアプローチは、我が国の解釈論においても参考になろう。すでに我が国においても、「障壁の克服」に着目する見解が主張されているが、解釈論への反映のさせ方は論者により異なっている。

#### 1 文言による制約

まず、「侵入」という文言が「障壁の克服」という要素を特別な形で要求していると理解

<sup>315</sup> *Bohnert, a.a.O. (Anm. 312), 6.* これに対して、許諾の意思は表明を必要とせず内心に存在すれば足りると説明されている。権利者が内心で許諾している以上、心的バリアは存立し得ないと考えられているのであろう。なお、権利者の意思の制約としては、この①外部的表示の要請のほかにも、②公的な権利者（*öffentliche Hausberechtigte*）が従うべき公法上の特定の条件、③倫理的な許容性の要求が指摘されている（この点については、須之内・前掲注（312）169頁も参照）。

<sup>316</sup> *Bohnert, a.a.O. (Anm. 312), 15.*

<sup>317</sup> *Bohnert, a.a.O. (Anm. 312), 19 f.*

<sup>318</sup> *Bohnert, a.a.O. (Anm. 312), 16.*

し<sup>319</sup>、たとえ住居権侵害があるとしても、住居に滞留する者が招き入れたという事実があれば、もはや「侵入」にはあたらないという解釈が考えられる。例えば、佐藤陽子によれば、「侵入」とは、事実的に存在している立入りの拒絶という心的バリアを克服して住居内に立ち入るという「特別な行為態様による」住居権の侵害を指すとされ、住居侵入罪における承諾は、それが存在することで「侵入」という文言を排除する「行為態様にかかる合意」として位置づけられる<sup>320</sup>。ここでは、財の自律的な処分という意味での被害者の「同意」とは異なり、被害者の自律的な処分が認められるか否かは重要でないため、自己決定に基づく法益の処分としては不十分な意思であっても（瑕疵ある承諾であっても）、事実上の承諾が存在すれば「侵入」の文言が満たされなくなる、という帰結が導かれる<sup>321</sup>。

ただし、この見解に対しては、文理のイメージを肥大化させすぎているとの批判もなされている。罪刑法定主義が妥当する刑法の解釈に際しても、言葉の可能な意味を超えない限りは、保護法益を標準とした目的論的解釈を追求すべきであり、そうだとすれば、住居権の侵害が認められる以上、ただちに侵入にあたと解する方が望ましいというのである<sup>322</sup>。確かに、保護法益論と無関係に、「侵入」という言葉のイメージのみに基づきその射程を限定するという方法で、以上のような限定解釈が根拠づけられるかは疑問の余地があろう。

## 2 保護法益論からの基礎づけ

もともと、侵入概念の限定解釈は、本罪の保護法益論からも基礎づけることが可能であるように思われる。学説上多数の見解は本罪の保護法益を「住居権」に求めているが、(新)住居権説の中でも、その自由権的性格を強調する見解（「自由権説」<sup>323</sup>ないし「許諾権説」<sup>324</sup>）と、支配権的性格を強調する見解（「支配権説」ないし「領域説」<sup>325</sup>）とが区別されるべきであるとの指摘がされている<sup>326</sup>。前者は、住居権の内容を、住居等に立ち入らせるか否

---

<sup>319</sup> 松村明編『大辞泉〔第2版〕』（小学館、2012年）によれば、「侵入」とは「他の領分を侵して強引に入り込むこと」である。

<sup>320</sup> 佐藤・前掲注（297）58頁。

<sup>321</sup> 佐藤・前掲注（297）160頁。

<sup>322</sup> 小林憲太郎「被害者の同意の体系的位置づけ」立教法学 84号（2012年）30頁、西田典之ほか編『注釈刑法 第2巻』（有斐閣、2016年）293頁〔小林憲太郎〕。

<sup>323</sup> 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、1977年）182頁、内田文昭『刑法各論〔第3版〕』（青林書院、1996年）170頁以下。中山研一「住居侵入罪の再検討」片岡昇先生還暦記念『労働法学の理論と課題』（有斐閣、1988年）247頁以下も、個人の住居に関する限り、居住者の私的支配領域の侵害の存否は、「もっぱら居住者の許諾の意思（自己決定）にかかる」とする。

<sup>324</sup> 山口・前掲注（277）60頁。

<sup>325</sup> 林幹人『刑法各論〔第2版〕』（東京大学出版会、2007年）100頁。

<sup>326</sup> 日高義博「住居侵入罪の保護法益」植松正ほか編『現代刑法論争Ⅱ〔第2版〕』（勁草書房、1997年）84頁以下、井上大「住居侵入罪の問題点」阿部純二ほか編『刑法基本講座第6巻』（法学書院、1993年）160頁以下。なお、伊東研祐「住居侵入等罪（刑130条）を巡る法益論と解釈論」法曹時報 63巻2号（2011年）282頁注5は、両者の見解を併せて「新住居権説」と呼ぶ分類に対して、「両説の視座の相違、したがって、新住居権説の視座の独自性を把握し得ていない、あるいは、意図的に無視する分類」であると批判

かの許諾の自由に求める見解であると特徴づけることができるが、この見解に、侵入概念を限定解釈する根拠は内在していない。例えば、資格や属性、立入の目的等に基づく立入り者の選別を行う自由を本罪で保護することも原理的には否定できないであろう。同説が、住居内における多様な実質的利益を度外視することで、本罪独自の法益侵害性を把握しようとして試みた点は正当であるが、ここで用いられている「自由」概念の内実が稀薄であるために、むしろ「住居侵入罪という特定の類型の性質を際立たせるには不十分」<sup>327</sup>となっている点に問題が存するといえよう<sup>328</sup>。

単なる裸の意思ないし願望の侵害に尽きない、本罪に独自の法益侵害性を示すためには、住居権を空間領域に対する支配という意味での支配権（あるいは、この支配権と結合した自由権<sup>329</sup>）として理解し<sup>330</sup>、こうした支配に裏打ちされている限度で住居権者の意思が保護されると解すべきである。このような法益理解によれば、本罪の「侵入」も、空間領域に対する支配を侵害する行為であると考えることができる。すなわち、「侵入」を認めるためには、空間領域への自由な立入りを制限する障壁の克服が要求されると解されることになる<sup>331</sup>。このような解釈は文言との関係でも自然に導かれるものであるが、保護法益を標準とした解釈からも十分根拠づけることが可能である<sup>332</sup>。

以上の解釈からの具体的帰結として、住居権者が立入りを実際に許諾している以上は、立入りを制限する心的バリアが取り払われており、障壁の克服としての「侵入」が否定されることができると考えることができる。したがって、強盗目的を秘して立入りが行われた場合については、当該人物の立入りとの関係で障壁が取り払われている以上、本罪の成立を認めるべきでは

---

する。

<sup>327</sup> 伊東研祐『現代社会と刑法各論〔第2版〕』（成文堂、2002年）130頁。

<sup>328</sup> 鈴木晃「住居侵入罪の保護法益について」中京法学 47 卷 3 = 4 号（2013 年）299 頁は、許諾権説を「法益論ではなく被害者の承諾の論理を法益論として借用したにすぎないもの」と評価している。許諾権説に対する批判を整理したものとして、佐伯・前掲注（18）40 頁以下も参照。

<sup>329</sup> 江家・前掲注（73）235 頁は、個人が住居において私生活の平安を享有しうることは一種の自由権であるとしつつ、「この自由権は、住居という一定の場所に対する事実上の支配と結びついたものであるから、住居権（Hausrecht）は、支配権と自由権との結合した特殊の権利である」とする。なお、曾根威彦『刑法の重要問題 各論〔第2版〕』（成文堂、2006年）84 頁は、新住居権説の中で、支配権的性格を強調する見解と、住居権を支配権と自由権の結合した権利とみる見解を区別して整理しているが、前者の見解も、自由権としての性格を一切否定するものではなく、支配権と結合する限りで自由権的性格を認めていると考えられるため（井上（大）・前掲注（326）160 頁参照）、両者を別の見解と捉える必要はないように思われる。

<sup>330</sup> 日高・前掲注（326）85 頁、伊東・前掲注（327）130 頁、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、2015年）180 頁以下。

<sup>331</sup> 松原・前掲注（102）114 頁、同「法益侵害と意思侵害」生田勝義先生古稀祝賀論文集『自由と安全の刑事法学』（法律文化社、2014年）52 頁、佐伯・前掲注（18）57 頁。

<sup>332</sup> さらに、こうした保護法益の理解からは、保護客体、看守性、圍繞地性の要件に関しても、「要保護空間の実効的な支配を十分に基礎づけるか否か」という観点から解釈されることになる。佐伯・前掲注（18）46 頁以下参照。

ない。このような説明に対しては、仮に「障壁の克服」を要求するとしても、行為者が欺罔によって住居の心的バリアを破壊して立ち入っている以上は、障壁の克服があったと認めるべきであるとの反論<sup>333</sup>も考えられる。しかし、欺罔によって心的バリアが破壊されるのは立入り以前であって、立入り時ではない<sup>334</sup>。Bohnert が指摘するように、心的バリアは「立入り以前に打ち立てられるとともに、立入りの時点においても継続して存在しなければならない」のだとすれば、この場合にはやはり「侵入」を認めるべきではないように思われる。

また、立入り時の「障壁の克服」を要求するとしても、強盗を目的とする行為者との関係では、なおその立入りを拒絶する心的バリアが残っているとの反論もありうるであろう。しかし、障壁性の要求をこのように希薄化する場合には、「障壁の克服」を要求する解釈論上の意義が乏しいものとならざるを得ず、本罪の成立範囲を限定する視点もほとんど失われてしまう。このような処罰範囲の無限定な拡大という問題に加えて、一定の範囲では不退去罪により対応することが可能である<sup>335</sup>という点を考慮するのであれば、正しく情報を得ていれば形成していたであろう「真の意思」ではなく、当該人物の立入りを許諾するか否かという「実際の意味」のみが心的バリアを基礎づけると解することが妥当であるように思われる。

以上のような理解を徹底する場合、障壁の除去のためには立入りを行おうとしている「その人」への許諾があれば十分であり、「特定の人物」への許諾も不要であると考えるのが一貫すると思われる。したがって、「Aの立入りであれば認めるつもりである者が、Bに『自分はAだ』と騙されて錯誤に陥り、Bの立入りを認めた」という事例についても、(Aを装って立入りを行おうとしているBという)「その人」への許諾が実際に存在する以上、「その人」の立入りは侵入を構成しないことになる<sup>336</sup>。これに対して、この事例で本罪の成立を認めるとすれば、「実際の意味」が「特定の人物」の立入りをカバーしている必要があると理解し、Aの立入りに向けた許諾は、Bの立入りとの関係での心的バリアを取り払わないと解するか、あるいは、「人格の取り違え」の場合に限り、例外的に権利者の「真の意思」を考慮することが許容されると解する必要があるが、このような理解が正当化できるかは慎重な検討を要するであろう。

なお、心理的障壁にとって重要なのはあくまでも法益主体である住居権者の意思である。したがって、住居権者ではないが、実際に住居に滞留している者が立入りに許諾をしたとし

---

<sup>333</sup> Karl Schäfer, in: LK, 10. Aufl., 1978, § 123 Rn. 27 も、侵入に「障壁の克服」が必要であるという通説と同様の前提を採りながら、許諾の騙取も行為者に認識可能な障害の克服という形式の1つであるとして、侵入の存在を肯定できるとしている。

<sup>334</sup> 佐藤・前掲注(297) 160頁。

<sup>335</sup> Bernsmann, a.a.O. (Anm. 309), 404; Lilie, a.a.O. (Anm. 294), § 123 Rn. 50; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, a.a.O. (Anm. 214), § 8 Rn. 12.

<sup>336</sup> 松原・前掲注(102) 117頁は、人違いによる拒否も有効であることから、その裏面である立入りの許諾においても、その理由を問題とせず、人違いによる許諾も有効と考えるべきであるとし、「その人」の立入りに対する許諾が存在する限り、人違いがあっても本罪の成立を否定すべきであるとする。

でも、ただちに侵入に該当しなくなると考えることはできない。確かに、この場合にも感覚的には「侵入」というニュアンスから外れるようにも思えるが、それだけで本罪の成立を否定するとすれば、まさに「文理のイメージの肥大化」であるとの批判が当たってしまうように思われる。そのような者の許諾が住居権者の指示によるものである場合、あるいは、そのような事情を行為者が誤信している場合<sup>337</sup>はともかく、住居権者の意思とは無関係になされた許諾は、本罪の成否を判断するにあたり重視すべきではないだろう<sup>338</sup>。

### 第3節 包括的同意と建造物侵入罪

前節では、居住者が個別の立入りに対して現実的に同意を与えたという、いわば「対面型」の事例を念頭に検討を加えたが、他方で、管理者が一般人や顧客の立入りを事前に包括的に認めており、これらの者に対して事実上開放されている建造物への立入りが問題となる事例に関しては、別途検討が必要である。

判例は、こうした建物への立入りが問題となる場合についても、管理者の「真の意思」に反することを根拠に広く本罪の成立を肯定している。例えば、最決平成19年7月2日刑集61巻5号379頁は、現金自動預払機利用客のカードの暗証番号等を盗撮する目的で、現金自動預払機が設置された銀行支店出張所に営業中に立ち入った行為について、同所の管理者である銀行支店長の意思に反することが明らかであるとして、建造物侵入罪の成立を肯定している。また、最決平成19年4月13日刑集61巻3号340頁は、体感器と称する電子機器を身体に装着してパチスロ機からメダルを不正に取得する目的でパチンコ店に立ち入った行為についても、建造物侵入罪の成立を肯定している。

これに対して、学説上は、管理者が立入りに対して「包括的同意」を与えていることを根拠に、建造物侵入罪の成立が否定されるとする見解<sup>339</sup>も有力に主張されている。確かに、前節での検討を踏まえれば、事前になされた「実際の許諾」が及んでいる範囲での立入りに対しては、心的バリア性が失われ、「侵入」の成立が認められる前提が欠けるということができるだろう。しかし、ここで検討を要するのは、この「実際の許諾」がいかなる範囲での立

---

<sup>337</sup> このような誤信が存在する場合に、心理的障壁が欠落し「侵入」がそもそも成立しないと解すべきなのか、あるいは、「侵入」を肯定したうえで、故意を否定すべきなのかはなお検討を要する。「心理的障壁」を行為者側の「心理的抵抗」として理解する場合には、前者のような解釈もあり得るが、居住者側の意思による「バリケード」として理解する場合には、行為者の認識に関わらず、そのような「バリケード」自体は成立しているとも考えられることから、故意の問題として理解することも可能であろう。

<sup>338</sup> 郵便局員である被告人らが春闘におけるビラ貼りのため営業時間外の郵便局舎内に立ち入った大槌郵便局事件でも、最高裁は「局舎の宿直員が被告人らの立ち入りを許諾したことがあるとしても、右宿直員は管理権者から右許諾の権限を授与されたわけではない」（最判昭和58年4月8日刑集37巻3号215頁）として、宿直員の許諾が無効であることを示している。ただし、現実に建造物を監視している者が立入りを許諾したという事実は、後述する「実効的な措置の発動可能性」の認定に影響を及ぼしうるであろう。

<sup>339</sup> 西田・前掲注（2）102頁、曾根・前掲注（103）81頁、山中・前掲注（330）191頁等。

入りに対してまで及んでいると評価できるのかという点である。事実上開放された建造物であっても、文字通りあらゆる者の立入りが認められるわけではなく、管理者は立入りが認められる者の範囲に関して条件を設定することが通常である。したがって、設定された条件に違反してなされる立入りに対しては、なお心的バリアの突破としての「侵入」を認める余地が存すると解される。ただし、この「心的バリア」が、空間領域に対する実効的支配という見地から要求されるのだとすれば、管理者が設定したあらゆる条件に効力を認めることはできず<sup>340</sup>、そのような実効的支配に裏打ちされた「条件設定」にのみ、「実際の許諾」の及ぶ範囲を制限する効力を認めるべきであろう。以下では、「心的バリア」の実効性を検討する際に問題となるいくつかの観点についてそれぞれ検討を加える。

### 第1款 条件内容の外部的表示

立入りに際しての条件内容の外部的表示の存在は、条件違反の立入りに対する心理的障壁を強める点で、「侵入」を基礎づける方向に作用するものと考えられる<sup>341</sup>。

この外部的表示に関しては、立入りが管理者の意思に反することの故意を認定するための重要な間接事実にすぎないという理解もありうる。例えば、大槌郵便局事件判決（最判昭和58年4月8日刑集37巻3号215頁）の調査官解説では、「一般に、意思が内心に留保されるだけでは、被告人にも認識不可能であって、故意が阻却される」<sup>342</sup>との説明がされており、意思の外部的表示が基本的には故意の有無にかかわる問題であるという整理が前提にされていると考えられる。

しかし、本稿のように、「侵入」を単に管理者の意思に反しているか否かの問題とするのではなく、心理的障壁の突破の有無という観点を重視する立場からは、外部的表示の有無は「侵入」の成否、さらには本罪の客観的な不法とも関連すると考えられる。すなわち、条件内容の外部的表示により、条件に反する立入りへの心理的な抵抗が呼び起こされ、心理的障壁が強化されると理解できるものと思われる。したがって、仮に行為者がたまたま管理者の立入り拒否の意思を知っていたとしても、それが外部に表示されておらず、心理的障壁性が十分に根拠づけられない場合には、本罪の成立が否定されることもありうると思すべきである。近時でも、葛飾マンション事件の第1審判決（東京地判平成18年8月28日刑集63巻9号1846頁）が、「ビラ配布のためのマンションへの立入りが原則的には禁止されているとはいい難いことからすると、単にそのような意思決定がされただけでなく、立入りを禁止していることが訪問者にも分かるように明示されることによって（単に、訪問者に自制・

<sup>340</sup> 従来の意思侵害説においても、公共建造物については、管理者の意思が恣意的なものであってはならず、一定の制約があるとの認識は共有されていたものといえる（平川宗信『刑法各論』（有斐閣、1995年）248頁、伊東・前掲注（327）131頁以下、安達光治「住居・建造物侵入罪における住居権者の意思侵害の意義」立命館法学300=301号（2006年）16頁等を参照）。

<sup>341</sup> 江藤・前掲注（33）21頁は、建造物につき、具体的・明示的・客観的な拒絶の意思表示がなければ拒絶が有効とならないとし、その根拠を「人の看守する」要件の存在に求めている。

<sup>342</sup> 森岡茂「判解」最判解刑事篇昭和58年度（法曹会、1987年）74頁。

注意を促すようなものではなく、その目的による立入りが不法侵入となることが理解できるような表示が必要であろう。)、はじめてその立入りが違法性を帯びることとなる」との理解を示している<sup>343</sup>。また、同事件の最高裁判決（最判平成 20 年 4 月 11 日刑集 62 卷 5 号 1217 頁）の調査官解説も、「外部的表示が明確になさなければいざいほど、立入り禁止意思の強さ、意思に反した立入りによる被侵害利益の大きさが推認され、違法性判断において法益間の比較衡量をする場合には、違法性肯定の方向に傾くということになり、その意味で違法性判断にも外部的表示は関連すると解される」<sup>344</sup>としている。

ただし、心理的障壁性の判断に際して外部的表示の有無を絶対視することはできないであろう。条件内容の外部的表示を欠いている場合であっても、そのような条件が確立した社会慣習となっている場合には、心理的障壁性を肯定する余地があるように思われる。その限りで、前出最判昭和 58 年 4 月 8 日が、「建造物の管理権者が予め立入り拒否の意思を積極的に明示していない場合であっても、該建造物の性質、使用目的、管理状況、管理者の態度、立入りの目的などからみて、現に行われた立入り行為を管理権者が容認していないと合理的に判断されるとき」にも建造物侵入罪が成立すると判示している点は一般論として支持できる。ただし、積極的な明示を欠いている分だけ、心理的障壁性が十分に基礎づけられているかどうかについてはより慎重な検討が必要となろう。

反対に、外部的表示が存在する場合であっても、それだけで心理的障壁性が根拠づけられるとはいえない。例えば、「ビラの投函は禁じます。」等の表示は存在するものの、それが訪問者に自制・注意を促すようなものにすぎず、単なる一般的・抽象的な注意勧告として受け止められているというのが実態であるという場合には<sup>345</sup>、ビラ配布のための立入りに対す

---

<sup>343</sup> このような理解に基づき第一審は、本件マンションにおいては葛飾区の公報紙を除いて部外者がビラ配布等のため共用部分に立ち入ることを禁じる意思が来訪者に伝わるような実効的な措置が執られていたとはいえないから、被告人の立入り行為につき「正当な理由」のないものと認めることはできない旨説示して、本罪の成立を否定している。これに対して、控訴審（東京高判平成 19 年 12 月 11 日刑集 63 卷 9 号 1880 頁）は、政治ビラも掲示板のはり紙で禁止している「チラシ・パンフレット等広告」に含まれることは明らかであり、さらに、「管理人室の前を経て玄関内東側ドアを開けて進まなければ住戸部分に至らない構造となっているのであるから、少なくとも玄関内東側ドアより先への立入りが禁止されていることを来訪者に伝えるための実効的な措置が執られていなかったとはいえない」として本罪の成立を肯定している。このように、第一審と控訴審で結論が分かれたのは、本件マンションで立入禁止の実効的な措置が執られていたかどうかという評価の違いに基づくものであり、はり紙等を含めた立入禁止の措置が実効的なものであることを要求する点では共通の理解に基づいていると考えられる。

<sup>344</sup> 西野吾一「判解」最判解刑事篇平成 21 年度（法曹会、2013 年）544 頁。

<sup>345</sup> 関哲夫『続々・住居侵入罪の研究』（成文堂、2012 年）198 頁は、葛飾マンション事件におけるはり紙について、『『悪質なパンフレット・チラシ等にわずらわされたくない』とか、『詐欺まがいの内容のパンフレット・チラシ等は投函されたくない』、『パンフレット・チラシ等に関わるトラブルを避けたいので、あらかじめ一般的に拒否する意思を表示しておく』という程度の一般的・抽象的な内容の意思表示と考えるのが実態に即している」と指摘している。

る心理的障壁が十分に根拠づけられているか疑わしいといえるだろう。いずれにせよ、外部的表示の有無は、それ自体に本罪の成否を左右する決定的な意義があると解すべきではなく、空間領域に対する実効的支配の観点から、事案ごとにその意義を慎重に検討する必要がある。

## 第2款 立入りの外観

さらに、行為者の「立入りの外観」の異常性を重視すべきであるとする見解も有力に主張されている。ドイツの通説は、立入りの外観（äußere Erscheinungsbild）が、許された行為態様から著しく逸脱された場合にのみ本罪が成立するとしている。例えば、万引きの目的を秘して店に立ち入る場合には、本罪の成立が否定される<sup>346</sup>のに対して、銀行強盗が、銃器を手にしたり、あるいはマスクをかぶったりして営業時間中に銀行に押し入る場合には、本罪の成立が認められると解されている<sup>347</sup>。また、我が国においても、外観上判断可能な属性についての錯誤に限って、管理者の（包括的）同意を無効にするとして、例えば、偽造の入場券や会員証を提示して立ち入る行為は「侵入」に該当する一方、正規の入場券や会員証を有する者が違法目的を隠して立ち入ったとしても同意は有効であり、本罪は成立しないと理解が示されている<sup>348</sup>。

このように立入りの外観を重視することの根拠は、従来の学説において以下のように説明されてきた。すなわち、違法目的が外観から判明しない場合には、看守者が現場で個別にチェックを行ったとしても、当該人物の立入りを許可していたであろうことから、外観に異常のない通常の形態での立入りに対しては、包括的同意ないし有効な推定的許諾<sup>349</sup>が及んでいるというのである。

また、管理者による「リスクの考慮」に着目してこれを説明する見解も主張されている<sup>350</sup>。

---

<sup>346</sup> Geppert, a.a.O. (Anm. 296), 381; Lilie, a.a.O. (Anm. 294), § 123 Rn. 54; Schäfer, a.a.O. (Anm. 294), § 123 Rn. 33; Ostendorf, a.a.O. (Anm. 294), § 123 Rn. 32; Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. 294), § 123 Rn. 26.

<sup>347</sup> Lilie, a.a.O. (Anm. 294), § 123 Rn. 52; Ostendorf, a.a.O. (Anm. 294), § 123 Rn. 29; Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. 294), § 123 Rn. 26; Wessels/Hettinger, a.a.O. (Anm. 294), § 13 Rn. 591. これに対して、Bernd Steinmetz, Forum: Hausfriedensbruch bei Räumen mit genereller Zutrittserlaubnis, JuS 1985, 95 は、銃器の取り出しやマスクの装着が立入り時点でなされていたか、立入り後になされたかという偶然により本罪の成立が左右されるのは不当であると批判する。同様の批判として、川本・前掲注（276）63頁、佐伯・前掲注（18）59頁も参照。

<sup>348</sup> 伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』（弘文堂、2007年）108頁〔齊藤彰子〕、高橋・前掲注（2）150頁以下。

<sup>349</sup> 町野朔「被害者の承諾」西原春夫ほか編『判例刑法研究 第2巻』（有斐閣、1981年）219頁以下、山口・前掲注（277）74頁、同『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）126頁。これに対して、包括的同意と推定的同意は異質の法形象であり、両者を並べて援用するのはミスリーディングであるとするのは、小林・前掲注（322）299頁。

<sup>350</sup> 井田良「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論〔第5版〕』（有斐閣、2003年）33頁、専田泰孝「判批」法学教室330号別冊判例セレクト2007（2008年）31頁、宮川基「建造物侵入罪と包括的承諾」東北学院法学74号（2013年）34頁以下。

例えば、専田泰孝は、スーパーマーケットやデパートが、入店の可否を個別に判断せずに、来店者全員に包括的に建造物への立入りを許しているのは、顧客の便宜やコストの節約を考え、「個別判断を行わないで包括的に入店を許す」という営業形態を選択したからであると分析したうえで、違法目的の行為者の立入りだけを取り出せばマイナスである場合であっても、包括的に立入りを認める営業形態全体で考えれば、そのなかで当該行為者の立入りが認められたとみる余地があると説明している<sup>351</sup>。また、宮川基も、立入りの外観が重視される根拠について、「建造物の管理者が、その建造物へ一般人や顧客が立入ることを承諾した場合、一般人や顧客を装って、違法目的で立ち入る者が出て来ることは予見可能である。それにもかかわらず、包括的承諾をした以上は、そのような者が立ち入ることのリスクは建造物の管理者が負担すべきである。立入りの外観が、一般に許容されている形態であるならば、たとえ立ち入った者が違法目的を有していたとしても、建造物侵入罪を否定すべきである」<sup>352</sup>との説明を行っている。これらの説明においては、建造物の管理者が個別の審査・確認を放棄しており、違法目的での立入りが行われる危険を理解していることが重視されているといえよう。

しかし、「危険の理解」を「同意」と同視することはできないはずであり、そうであるとするれば、なぜ「危険の理解」が本罪の成立を否定することに結びつくのかについて、更なる説明が必要であろう。また、このような「危険の理解」は、例えば万引き目的の立入りに対してだけではなく、万引き自体に対しても及んでいることから、建造物侵入罪のみならず、窃盗罪の成立までも否定されてしまわないかが問題となろう<sup>353</sup>。宮川は自説の適用範囲を建造物侵入罪にとどめることでこの問題を回避しているが<sup>354</sup>、このような適用範囲の限定がいかなる理由で正当化されるのかも十分明らかではない。

本稿の立場によれば、本罪の成否との関係で立入りの外観が有する意義に関しても、「侵入」を基礎づける心理的障壁性の観点から理解される。すなわち、違法目的が外観から明らかであるなど、立入りの態様が異常な場合には、当該立入りを阻止する実効的な対応・措置が発動される可能性があり、このような可能性の存在が、立入りに対する心理的障壁を基礎づけると考えられるのに対して、違法目的が内心にとどまっている場合には、そのような可能性が認められないため、空間領域に対する実効的支配が欠けており、心理的障壁が基礎づけられないと考えられるのである<sup>355</sup>。「包括的同意」や「危険の理解」という説明は、管理

---

<sup>351</sup> 専田・前掲注(350) 31頁参照。なお、伊藤司「刑法各論覚書(2)」法政研究(九州大学) 63巻3=4号(1997年) 1026頁は、デパートメント・ストアが『百貨店』として『オープン・マーケット』システムを眼目として売り上げを伸ばし今日の繁栄を築き上げたといつてさしつかえないとすると、歴史的・社会的にみて、外見上問題のない形で立ち入る限り、立入が社会的相当性を欠くとはいえない」としている。

<sup>352</sup> 宮川・前掲注(350) 34頁。

<sup>353</sup> 斎藤信治『刑法各論〔第4版〕』(有斐閣、2014年) 64頁、松原・前掲注(102) 115頁注23参照。

<sup>354</sup> 宮川・前掲注(350) 36頁以下。

<sup>355</sup> Lilie, a.a.O. (Anm. 294), § 123 Rn. 54 は、商店という「半開放的な

者の主観面にのみ着目しているかのような印象を与えるものであるが、その実体は、このような客観的状态の主観的反映であると理解すべきである<sup>356</sup>。前出最決平成19年7月2日は、カード暗証番号等を盗撮する目的で銀行支店出張所に立ち入ることが銀行支店長の意思に反するものであることを強調し、「その立入りの外観が一般の現金自動預払機利用客のそれと特に異なるものでなくても、建造物侵入罪が成立する」とした。本決定は、一般に客等の立入りが許容されているような場所への公然な立入りについて、最高裁が初めて本罪の成立を認めたものであるが<sup>357</sup>、同事件で心理的障壁が十分に基礎づけられているといえるかは、なお検討の余地があるように思われる<sup>358</sup>。

### 第3款 実効的な措置の発動可能性

もっとも、この「実効的な措置の発動可能性」をどこまで具体的に要求できるかという点についてはさらなる検討が必要である。例えば、偽造の入場券や会員証を提示することで、係員の許諾を受けて立ち入る行為については、「立入りの外観」を重視する見解においても本罪の成立が肯定されているが<sup>359</sup>、このケースで、仮に偽造が精巧であったため、実際に係員が偽造を見抜いて立入りを阻止できる可能性がほとんど皆無であったという場合には、「実効的な措置の発動可能性」が認められないとして、本罪の成立が否定されるべきであろうか。あるいは、見抜けないような女装をして盗撮目的で女性用トイレに入る行為についても、同様の問題が生ずるであろう。これらの場合に本罪の成立を否定することに対しては異論もあり得るところである<sup>360</sup>。

---

(halböffentlich)」領域に窃盗目的で立ち入る者は、心理的な柵を乗り越える必要がなく、ただ、権利者が全ての人に一般に立入りを許していることに乗じるだけである、とする。Amelung/ Schall, a.a.O. (Anm. 308), 567 も参照。

<sup>356</sup> 松原・前掲注(102) 115頁参照。

<sup>357</sup> 山口裕之「判解」最判解刑事篇平成19年度(法曹会、2011年) 225頁参照。下級審判例としては、日本共産党地区委員会名義の宣伝ビラを警察官等に配布する目的で警察署庁舎に立ち入る行為について、建造物看守者の意に反して建造物に立ち入った以上、その立入りが平穩公然になされたものであっても本罪が成立するとした東京高判昭和27年4月24日高刑集5巻5号666頁、共同通信会館にビラの配布等建物管理者の定めた禁止事項を行う目的で入る行為について、「禁止事項を目的に立入者も外見上、それと明らかに認め得ない限り一般人と識別することは不可能であり、事実上その立入りを阻止することはできないが、管理者の意思に反する立入りであることは否定できない」として本罪の成立を認めた東京高判昭和48年3月27日判タ239号227頁がある。

<sup>358</sup> なお、「立入りの外観の異常性」や「実効的な措置の発動可能性」は、事実上開放された建物における心理的障壁を基礎づけるために考慮が必要となるのであり、「侵入」の判断において常に重要となるわけではない。したがって、事実上の開放があるとはいえない「住居」への立入りについて、「立入りの外観が平穩だから居住者の意思に反しても侵入でない」とすることが不当である(塩見・前掲注(276) 155頁)のは当然である。

<sup>359</sup> 齊藤(彰)・前掲注(348) 108頁、高橋・前掲注(2) 150頁。なお、虚偽の氏名を記載した傍聴券を提示して参議院に立ち入る行為に本罪の成立を認めたものとして、東京高判平成5年2月1日判時1476号163頁がある。

<sup>360</sup> 勝亦藤彦「自由に対する罪」曾根威彦=松原芳博『重点課題 刑法各論』(成文堂、2008年) 59頁注47は、立入り段階で被害者にとって錯誤が回避可能な場合には刑法上の

そこで、このような実効的な措置の発動可能性を、心理的障壁の必要条件と解するのではなく、あくまでもこれを基礎づけるための諸ファクターの1つに過ぎないという理解をすることも考えられる。すなわち、立入り阻止の実効的な措置の発動可能性が存在しない場合であっても、例えば、条件内容の外部的表示のような、これを補完する別の要素が存在すれば、諸要素の総合判断を通じて心理的障壁を基礎づけることも可能であると考えるのである。このような理解によれば、精巧に偽造された入場券や会員証を提示して立ち入る場合においても、そのようなチェックシステムの存在自体から、管理者の条件設定に対する「真剣さ」が表明されていると評価できるため、心理的障壁の突破を認める余地があることになろう。しかし、このような理解は、本罪の成立範囲を柔軟に判断することを可能とする一方で、「総合判断」の名の下に、恣意的に結論が左右するという問題を抱えている。

また、盗撮目的で女性用トイレに入る行為については、「入ってはいけない」というルールが心理的障壁として成立していると考えて、その突破を認めることができるという説明も試みられている<sup>361</sup>。しかし、このように考える場合には、「心理的障壁」概念が過度に抽象化・観念化され、その解釈論上の意義が損なわれてしまうように思われる。この説明によれば、女性が盗撮目的で女性用トイレに入る場合にも、同様に「(盗撮目的で)入ってはいけない」というルールが心理的障壁として成立しているとも考えうる<sup>362</sup>。あるいは、万引き目的で商店に立ち入る事例についても、「(万引き目的で)入ってはいけない」というルールの突破があるとして、建造物侵入罪の成立が認められることにもなりかねないであろう。ここでは結局、立入りに際しての違法な目的が本罪の成立を基礎づけており、「心理的障壁」概念はほとんど解釈論上の機能を失っていると言わざるを得ない。

このような過度の抽象化・観念化を避けるためには、やはり「実効的な措置の発動可能性」の存在という事実的な基盤を、心理的障壁を基礎づけるための必要条件として要求すべきであろう。もちろん、実効的な措置の確実な発動までは要求しえないが、その発動が現実的にありうる場合に限って、心理的障壁の存在が認められると解すべきである。その可能性が実際にどの程度要求されるかは、まさに心理的障壁性を基礎づける他の要素の強弱との関

---

保護を認めるが、逆に、被害者にとって錯誤が回避不可能な場合に刑法上の保護を否定することは、「被害者の答責性の程度と被害者へのリスク配分の関係にバランスを欠く」と指摘している。

<sup>361</sup> 佐伯・前掲注(18) 62頁。

<sup>362</sup> 和田・前掲注(287) 59頁以下は、立入り目的に錯誤があっても、許諾は有効であり、真の立入り目的を把握したうえで立入りを許諾する自由は本罪の保護法益に含まれないと解すべきであるとしつつ、「意思に基づき一定の目的実現のために他人を立ち入らせることも、保護が目指されるべきであ」として、「客観的な属性」を偽った場合には本罪の成立が肯定されるべきであるとする。しかし、住居権者・管理権者の目的実現の保護という観点から、客観的な属性と主観的な目的を異なって扱う理論的な根拠があるかは疑問である(小林・前掲注(322) 297頁参照)。両者を区別する意義を見出すとすれば、客観的な属性は、立入りの際のチェックを通じて判断が可能な場合があり「実効的な措置の発動可能性」が生じうるという点に求めざるを得ないように思われる。

係で変動する余地はあるが（その限りでは「総合判断」とならざるを得ない）、およそ立入りを阻止する実効的な措置の発動可能性が認められない場合には、上記の各事例においても本罪の成立が否定されるべきであると思われる。

#### 第4節 小 括

本章では、住居侵入罪を素材として、法益主体の「真の意思」と犯罪の成否との関係について検討を加えた。

本罪の保護法益を空間領域に対する支配権として理解する本稿の立場からは、「侵入」を認めるために、空間領域への自由な立入りを制限する心理的障壁の克服が必要とされる。正しい情報を与えられていれば形成していたであろう仮定的な「真の意思」は、この「心理的障壁」を基礎づけることができないため、本罪の成否において考慮すべきではない。むしろ、「心理的障壁」の性質を決定づけるのは、その都度形成される居住者の「実際的意思」であり、この観点からは、居住者が当該人物の立入りを実際に許諾していたかどうかが決定的となるのである。このような障壁性の観点は、居住者間の意思が一致しない「意思の対立」の事例や、「強制に基づく立入り」<sup>363</sup>の解決にも資するであろう。

また、管理者が一般人や顧客の立入りを事前に包括的に認めており、これらの者に対して事実上開放されている建造物への立入りが問題となる場合についても、この「心理的障壁」の突破の有無という観点が重要となる。管理者は立入りが認められる者の範囲に関して条件を設定することができるが、管理者の裸の願望の全てを建造物侵入罪で保護することはできない。障壁の克服として本罪を理解する立場からは、条件に反する立入りに対する障壁性が十分に基礎づけられていると評価可能な範囲でのみ、条件設定に効力を認めるべきである。この障壁性を判断する観点として、本稿では、①条件内容の外部的表示、②立入りの外観、③実効的な措置の発動可能性について検討を試みたが、「心理的障壁」概念の過度な抽象化・観念化を避けるためには、少なくとも「実効的な措置の発動可能性」の存在は必須の要件とすべきである。

---

<sup>363</sup> 居住者の抵抗を押し切って住居に無理やり立ち入るような「絶対的強制」の場合には、障壁の突破を容易に認めることができるであろう。これに対して、居住者の利益状況を支配して立入りを許容させる「心理的強制」の場合には、立入りの時点で拒絶の意思が放棄させられているため、障壁の突破の有無についてなお検討の余地がある。心的バリアを具体的に解し、後者のような「やむを得ずであっても許容した」といえる場合には、本罪の成立を否定すべきであるとするのは、佐藤・前掲注（297）162頁。

## 結びにかえて

本論文では、法益主体の同意が、国家の刑罰による介入を排除し、市民の自律的な活動領域を確保するという積極的意義を有していることに鑑み、これに相応しいものとして同意の理論枠組みを構築する必要があるとの問題意識から、発生した結果が本人に「自己決定」に基づくと評価するための具体的な条件の理論的な分析を試みた。

第1部では、法益主体の同意による犯罪阻却の要件を検討するための基本的視座を明らかにすることを試みた。法益関係的錯誤説の批判的な検討を通じて明らかとなったように、同意の要件を検討する際には、その「存在」と「有効性」の問題を区別して論じることが有用である。同意の「存在」が、侵害結果の発生を認容する主観的な心理状態の有無の問題であるのに対して、同意の「有効性」は、そのような心理状態を形成するに至ったプロセスが自律的であると評価できるか否かの問題であり、両者は次元が異なる問題である。法益関係的錯誤説は、「被害結果の自覚」という同意の存否のみを重視し、それ以外の事情に関する錯誤が意思形成の自律性に与える影響を無視している点、あるいは、「法益関係的錯誤」概念を拡張する見解において見受けられたように、同意の「存在」と「有効性」の問題を混同し、両者を「法益関係的錯誤」という単一の概念に取り込もうとする点で支持することができない。

同意の「有効性」を評価するための基本的視座を明らかにするために、本稿では、刑法における「自己決定」の意義に遡って検討を加えた。刑法学における「自己決定」の問題の検討に際しては、その自己愛的側面だけを取り上げ、本人の主観的欲求に基づく意思決定が実現したかどうかのみを問題とするのでは不十分であり、むしろ、人と人との相互作用という他者関係のないし社会関係的な考慮が不可欠である。このような考慮は、他者による不当な干渉を受けずに自ら意思を形成する自由を保障するという意味で、本人の保護を拡張する作用を有する一方で、同時に、外部からの影響を一切遮断するような「理想的な自律」の保障を断念し、現実的で客観性を備えた「規範的自律」に照準を合わせることで、処罰範囲を合理的に限定するという作用も有することになる。意思形成過程の過剰な保護は、かえって本人の自律性の阻害に繋がるのであり、刑法で現実に保護が要請される自律性の水準を慎重に見定めることが重要な課題として認識されなければならない。

本稿は、意思形成過程の自律性を阻害しうる事情として、①合理的な判断能力の減弱・欠如、②重要な情報の入手の阻害、③心理的強制の存在についてそれぞれ具体的に検討を加えた。これらの事情により自律性が有意に阻害されたと評価される場合、そのような状況下で形成された同意は無効となる。自律性の評価にとって本質的なのは、情報の不足や心理的圧迫それ自体ではなく、これらの状態が他者の不当な干渉により惹起されたか否かである。刑法が保障するのは、そうした不当な干渉により自律的な意思形成が妨げられないという「最低限の条件」であることを確認する必要がある。いかなる場合に「不当な干渉」が認められ

るかは、上述のような「規範的自律」の基本的な意義に立ち返りながら、具体的に検討されなければならない。

そこで、第2部では、第1部での検討を通じて得られた基本的視座を前提として、法益主体の自律性が各犯罪類型の解釈論にどのように反映されるべきかという各論的問題の検討を行った。まず検討の素材としたのは、近時大きな改正が行われたことで、我が国でも議論が活発な性犯罪である。性犯罪の保護法益に関する従来の理解に対する批判を踏まえて、本稿では、ドイツの学説から手がかりを得て、「性的自己決定」概念の分析を試みた。「性的自己決定」の実現が認められるための条件を検討する際にも、結果的に同意が形成されるに至るまでの意思形成過程の保護の意義と限界という問題に正面から向き合う必要がある。このような理論的な分析から得られた視座は、性犯罪規定の解釈論のみではなく、新たな立法に対する批判的検討に際しても有用となろう。さらに、近時ドイツで活発に論争が行われている「仮定的同意」の議論についても、同意の「存在」と「有効性」の問題を区別し、患者の自律的な意思形成のための条件を分析的に検討することで、問題の真の所在を的確に把握することが可能となるものと思われる。

ただし、あらゆる犯罪類型がこのような「意思形成過程の保護」を射程に含んでいるとはいえない。例えば、窃盗罪は、財物の占有移転に対する同意が「不存在」の場合に成立する犯罪であり、自律的な意思形成が阻害され同意が「無効」となるような場合には、窃盗罪ではなく、同意が無効となる原因に応じて、準詐欺罪・詐欺罪・恐喝罪が成立することになる。したがって、窃盗罪の成否は、財物の占有移転に対して法益主体の同意が現実にとり及んでいるかどうかにより判断されることになる。問題が生ずるのは、自動機械を通じた財物の移転が、機械設置者の設定した条件に違反してなされた場合である。ここでは、設定された条件の中で、いかなる条件が事前に与えられた包括的同意の範囲を制限する効果を持ちうるかが検討されなければならない。本稿では、設置者本人の主観的な留保のすべてに重要性を認めることはできず、条件に反した占有移転を制限・抑制する「心理的障壁」により実効性が確保されていると評価可能な占有者の意思のみに、包括的同意の範囲を制限する効力を認めるべきであることを主張した。

本稿の理解によれば、住居侵入罪も同じく「同意不存在型」の犯罪類型として位置づけられることになる。理想的な意思形成状況下であれば形成していたであろう「真の意思」ないし「仮定的意思」は、本罪の成否を判断するに際して考慮されない。したがって、居住者が個別の立入りに対して現実的に同意を与えたという「対面型」の事案では、欺罔により立入りに同意した場合であっても、現実的に同意が「存在」する限り、本罪の成立は否定されることになる。他方で、管理者が一般人や顧客の立入りを事前に包括的に認めており、これらの者に対して事実上開放されている建造物への立入りが問題となる事例に関しては、包括的同意の存在がいかなる範囲で認められるかについて検討する必要性が生じる。ここでも、管理者が設定したあらゆる条件に効力を認めることはできず、「心理的障壁」という実効的支配に裏打ちされた条件設定にのみ、同意の及ぶ範囲を制限する効力を認めるべきである。この

ように、同意の存否も純粹主観的に定まるものではない。特に、自動機械を通じた財物の移転や、開放された建造物への立入りの場合のように、法益主体の個別的な「生の意思」を観念し難い場合には、規範的な評価を介さざるを得ない点には注意が必要である。

以上のように、本稿では、総論的な同意の一般的な理論枠組みを明らかにしたうえで、具体的な解釈問題についても検討を加え、両者の結合を図ることを試みた。もともと、本稿で検討の対象とした犯罪類型は一部にとどまっており、さらなる検討を要する各論的な問題は残されている。例えば、詐欺罪や強盗罪などの窃盗罪以外の財産犯が、法益主体の自律的な自己決定との関係でいかに把握されるかを明らかにすることは、刑法における財産処分の自律性の保護のあり方を検討するために不可欠であろう。

また、本稿では、自律的な法益処分を行うための具体的条件を模索してきたが、仮に法益処分に対する有効な同意が認められる場合であっても、なお本人の利益の保護を理由として、刑法的介入が許される場合が存在するかどうかは検討を要する課題である。例えば、同意殺人や同意傷害の処罰がいかなる範囲で正当化可能かという問題がこれに属するであろう。他方で、法益侵害結果の発生に対する有効な同意が存在しない場合であっても、被害者が自ら結果発生の危険を引き受けていたという場合に、なお「個人の自律」を根拠として、行為者の可罰性を否定する余地があるかという点も検討が必要である。これらの領域をも視野に入れた「自律」概念のさらなる実質化・具体化は、今後の研究課題とすることにした。

## 引用文献一覧

### 〔日本語文献〕

- 秋山紘範 『『被害者の承諾』による犯罪の正当化についての原理的考察—とりわけ、生命・身体に対する罪に関して—』中央大学大学院研究年報 41号 (2012年)
- 浅田和茂 「被害者の同意の体系的地位について」産大法学 34巻2号 (2000年)  
『刑法総論〔補正版〕』(成文堂、2007年)
- 安達光治 「住居・建造物侵入罪における住居権者の意思侵害の意義」立命館法学 300=301号 (2006年)
- 天田 悠 「傷害罪の保護法益からみた治療行為論 (二・完)」早稲田法学会誌 (2015年)  
アメルング, クヌート (山中敬一訳) 「同意能力について」関西大学法学論集 45巻4号 (1995年)
- 飯島 暢 「判批 (最決平成 21年 6月 29日)」刑ジャ 20号 (2010年)
- イエーガー, クリスチャン・(野澤充訳) 「仮定的同意—医学における遡及的な法的治癒の事例」法政研究 82巻1号 (2015年)
- 生田勝義 『『被害者の承諾』についての一考察』立命館法学 228号 (1993年)
- 石井徹哉 「個人的法益において侵害される利益の内実」『野村稔先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2015年)
- 井田 良 「西ドイツにおけるコンピュータ犯罪処罰規定」刑雑 28巻4号 (1988年)  
「住居侵入罪」法学教室 215号 (1998年)  
「判批 (仙台高判平成 6年 3月 31日)」『刑法判例百選Ⅱ各論〔第5版〕』(有斐閣、2003年)  
『刑法総論の理論構造』(成文堂、2005年)  
「医療とインフォームド・コンセントの法理」五十嵐敬子編『医をめぐる自己決定』(イウス出版、2007年)  
『講義刑法学・総論』(有斐閣、2008年)  
「性犯罪の保護法益をめぐって」研修 806号 (2015年)  
「性犯罪処罰規定の改正についての覚書」慶應法学 31号 (2015年)
- 伊東研祐 「刑法における自己決定権」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第3巻』(成文堂、1998年)  
『現代社会と刑法各論〔第2版〕』(成文堂、2002年)  
「住居侵入等罪 (刑 130条) を巡る法益論と解釈論」法曹時報 63巻2号 (2011年)
- 伊藤 司 「刑法各論覚書 (2)」法政研究 (九州大学) 63巻3=4号 (1997年)
- 伊藤渉=小林憲太郎=齊藤彰子=鎮目征樹=島田聡一郎=成瀬幸典=安田拓人 『アクチュ

- アル刑法各論』(弘文堂、2007年)
- 井上 大「住居侵入罪の問題点」阿部純二ほか編『刑法基本講座第6巻』(法学書院、1993年)
- 井上摩耶子「裁判所の『経験則』は正しいか?—誤判を防ぐために」大阪弁護士会人権擁護委員会性暴力被害検討プロジェクトチーム編『性暴力と刑事司法』(信山社、2014年)
- 井上裕司「被害者の同意」日本刑法学会編『刑法講座 第2巻』(有斐閣、1963年)
- 入江 猛「判解(最決平成19年4月13日)」最判解刑事篇平成19年度(法曹会、2011年)
- 上寫一高「被害者の同意(下)」法学教室272号(2003年)
- 内田文昭『刑法各論〔第3版〕』(青林書院、1996年)
- 内田幸隆「判批(最決平成19年4月13日)」刑ジャ10号(2008年)  
「判批(最決平成21年6月29日)」判評648号(2013年)  
「窃盗罪における窃取行為について」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 下巻』(成文堂、2014年)
- 内山良雄「法益主体(行為客体)側の事情による実行行為の相対化」『川端博先生古稀記念論文集〔下巻〕』(成文堂、2014年)
- 内海朋子「日本における性犯罪処罰規定の問題点」亜細亜法学38巻2号(2004年)
- 梅崎進哉「自律・自己決定の現代的意義と刑法」刑法雑誌41巻2号(2002年)
- 江口和伸「判批(最決平成19年4月13日)」研修709号(2007年)  
「パチンコ玉やメダルの不正取得と窃盗罪の成否について」『川端博先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』(成文堂、2014年)
- 江藤隆之「住居侵入と自由」桃山法学24号(2014年)
- 大杉一之「治療行為における患者の同意の意義」法学新報123巻9=10号(2017年)
- 大塚 仁『刑法概説(各論)〔第3版増補版〕』(有斐閣、2005年)  
『刑法概説(総論)〔第4版〕』(有斐閣、2008年)
- 大淵敏和「準強姦罪について」小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀『刑事裁判論集 上巻』(判例タイムズ社、2006年)
- 大谷 實『刑法講義総論〔新版第4版〕』(成文堂、2012年)  
『刑法講義各論〔新版第4版補訂版〕』(成文堂、2015年)
- 岡上雅美「治療行為と患者の承諾について、再論」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 上巻』(成文堂、2014年)
- 岡本昌子「判批(最決平成19年4月13日)」法学教室330号別冊判例セレクト2007(2008年)
- オットー, ハロー(甲斐克則=福山好典訳)「医的侵襲にとっての仮定的承諾の意義」比較法学44巻2号(2010年)

- 小野寺一浩「欺罔行為と自殺関与罪」福岡大学法学論叢 51 卷 3 号 (2007 年)
- 甲斐克則「医療行為と『被害者』の承諾」現刑 6 卷 3 号 (2004 年)
- 「被害者の承諾」椎橋隆幸＝西田典之編『変動する 21 世紀において共有される  
刑事法の課題—日中刑事法シンポジウム報告書—』(成文堂、2011 年)
- 春日偉知郎「医師責任訴訟における法律上の推定規定の意義」梅善夫・遠藤賢治古稀祝賀  
『民事手続における法と実践』(成文堂、2014 年)
- 勝亦藤彦「自由に対する罪」曾根威彦＝松原芳博『重点課題 刑法各論』(成文堂、2008  
年)
- 加藤摩耶「刑法における自己決定の意義と射程」広島法学 26 卷 3 号 (2003 年)
- 神山千之「合意による性交と強姦の境」刑ジャ 27 号 (2011 年)
- 嘉門 優「住居侵入罪における侵入概念について」大阪市立大学法学雑誌 55 卷 1 号  
(2008 年)
- 「ドイツ性刑法における『被害者の意思に反する (gegen den Willen des  
Opfers)』要件の展開—ドイツ刑法 177 条の改正の動きを中心に—」川端博＝  
浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探究⑨』(成文堂、2016 年)
- 「被害者の意思侵害要件の展開」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 上巻』(成文  
堂、2016 年)
- 「法益論から見た強姦罪等の改正案」犯罪と刑罰 26 号 (2017 年)
- 河野敏也「錯誤に基づく同意と同意の正当化根拠との関係について」明治大学大学院法学  
研究論集 (2016 年)
- 河原 格『医師の説明と患者の同意』(成文堂、1998 年)
- 川原広美「刑法における被害者の同意 (1)」北大法学論集 31 卷 1 号 (1980 年)
- 「刑法における被害者の同意 (2・完)」北大法学論集 31 卷 2 号 (1980 年)
- 川本哲郎「住居侵入罪の保護法益と『侵入』の意義 (2・完)」京都学園法学 1993 年 2＝  
3 号 (1994 年)
- 「準強姦罪における『抗拒不能』について—イギリス法との比較—」『川端博先  
生古稀記念論文集 [下巻]』(成文堂、2014 年)
- 神元隆賢「準強制わいせつ及び準強姦における錯誤に基づく同意 (1)」北海学園大学法  
学研究 49 卷 3 号 (2013 年)
- 「不正なパチンコ・パチスロ遊戯と財産犯 (1)」北海学園大学法学研究 47 卷 2  
号 (2011 年)
- 北川敦子「錯誤に基く被害者の承諾」早稲田大学大学院法研論集 125 号 (2008 年)
- 「刑法における自律概念 (1)」早稲田大学大学院法研論集 141 号 (2012 年)
- 「刑法における自律概念 (2)」早稲田大学大学院法研論集 142 号 (2012 年)
- 「法益主体の自己決定と正当化原理」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論  
文集 上巻』(成文堂、2014 年)

- 木村光江「強姦罪の理解の変化—性的自由に対する罪とすることの問題性—」曹時 55 卷 9 号 (2003 年)  
「性的自由に対する罪の再検討」渥美東洋先生古稀記念『犯罪の多角的検討』  
(有斐閣、2006 年)  
「準強姦罪、準強制わいせつ罪—地位・関係性の利用」研修 818 号 (2016 年)
- 葛原力三「演習刑法」法学教室 360 号 (2010 年)  
「財産的損害のない詐欺罪」『山中敬一先生古稀祝賀論文集 下巻』(成文堂、  
2017 年)
- 江家義男『刑法各論 [増補版]』(青林書院新社、1963 年)
- 柑本美和「強姦罪と準強姦罪」女性犯罪研究会編『性犯罪・被害—性犯罪規定の見直しに  
向けて—』(向学社、2014 年)
- 小島吉晴「判批 (東京地判平成 3 年 9 月 17 日)」研修 532 号 (1992 年)
- 小林憲太郎『刑法的帰責』(弘文堂、2007 年)  
「被害者の同意の体系的な位置づけ」立教法学 84 号 (2012 年)  
『刑法総論』(新世社、2014 年)  
「被害者の同意」判例時報 2296 号 (2016 年)
- 小松正富「判批 (広島高判昭和 33 年 12 月 24 日高刑集 11 卷 10 号 701 頁)」判タ 111 号  
(1961 年)
- 頃安健司「刑法 130 条前段の『侵入』の意義」研修 420 号 (1983 年)
- 近藤和哉「錯誤に基づく同意について」神奈川法学 40 卷 1 号 (2007 年)  
「強盗罪の根拠と解釈—『反抗抑圧』をめぐる 4 つの問題—」長井圓先生古稀記  
念『刑事法学の未来』(信山社、2017 年)
- 斎藤信治『刑法各論 [第 4 版]』(有斐閣、2014 年)
- 斎藤誠二「欺罔に基づく承諾」吉川経夫先生古稀祝賀『刑事法学の歴史と課題』(法律文  
化社、1994 年)
- 斎藤豊治「性暴力犯罪の保護法益」斎藤豊治=青井秀夫編『セクシュアリティと法』(東  
北大学出版会、2006 年)  
「性刑法の改革と課題」犯罪と刑罰 26 号 (2016 年)
- 斎野彦弥「立法問題としての性的自己決定の保護」現刑 5 卷 3 号 (2003 年)
- 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報 1 号 (1985 年)  
「被害者の同意と契約」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第 1 巻』(成文堂、1998  
年)  
「違法論における自律と自己決定」刑法雑誌 41 卷 2 号 (2002 年)  
『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013 年)  
「判批 (最判昭和 33 年 11 月 21 日)」『刑法判例百選 II 各論 [第 7 版]』(有斐  
閣、2014 年)

- 「刑法における自由の保護」 曹時 67 卷 9 号 (2015 年)
- 佐久間修『刑法総論』(成文堂、2009 年)
- 『刑法各論〔第 2 版〕』(成文堂、2012 年)
- 佐瀬恵子「法益関係的錯誤に関する考察」創価ロージャーナル 9 号 (2016 年)
- 佐藤幸治「日本国憲法と『自己決定権』」法学教室 98 号 (1988 年)
- 『憲法〔第 3 版〕』(青林書院、1995 年)
- 佐藤陽子『被害者の承諾』(成文堂、2011 年)
- 「仮定的同意に関する序論的考察」『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』(成文堂、2014 年)
- 「性犯罪」法学教室 418 号 (2015 年)
- 「ドイツにおける性犯罪規定」刑事法ジャーナル 45 号 (2015 年)
- 「被害者の承諾」伊東研祐＝松宮孝明編『リーディングス刑法』(法律文化社、2015 年)
- 塩谷 毅『被害者の承諾と自己答責性』(法律文化社、2004 年)
- 「被害者の仮定的同意について」立命館法学 327=328 号 (2009 年)
- 塩見 淳『刑法の道しるべ』(有斐閣、2015 年)
- 島岡まな「性犯罪の保護法益及び刑法改正骨子への批判的考察」慶應法学 37 号 (2017 年)
- 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(東京大学出版会、2002 年)
- 「被害者による危険の引受」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(成文堂、2003 年)
- 島田美小妃「仮定的承諾論」中央大学大学院研究年報 39 号 (2010 年)
- 嶋矢貴之「強盗罪と恐喝罪の区別」高山佳奈子＝島田聡一郎編『山口厚先生献呈論文集』(成文堂、2014 年)
- 「性犯罪における『暴行脅迫』について」法律時報 88 卷 11 号 (2016 年)
- 清水晴生「判批(最決平成 19 年 4 月 13 日)」白鷗法学 15 卷 1 号 (2008 年)
- 杉本一敏「仮定的同意論の『論理構造』に対する批判的覚書」愛知学院大学宗教法制研究所紀要 49 号 (2009 年)
- 「『三角詐欺』は存在しない—被害者の同意論・被害者への帰属論に基づく『三角関係』の検討—」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探究④』(成文堂、2011 年)
- 「『真意説』の真意を問う—『被害者の同意』のオセロ的理解から帰属的理解へ—」高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門—刑法理論の味わい方』(日本評論社、2014 年)
- 「わが国の法益関係的錯誤説の主張の意義」刑法雑誌 54 卷 3 号 (2015 年)
- 「俺の凶器は、お前の恐怖心だ」高橋則夫ほか『財産犯バトルロイヤル』(日本

- 評論社、2017年)
- 鈴木彰雄「傷害罪における被害者の仮定的同意—クーレンの所説について—」名城ロースクール・レビュー3号(2006年)
- 「ドイツ刑事判例研究(10)」名城ロースクール・レビュー8号(2008年)
- 鈴木 晃「住居侵入罪の保護法益について」中京法学47巻3=4号(2013年)
- 鈴木左斗志「住居侵入等罪(刑法130条)の検討」慶應法学35号(2016年)
- 「欺きによる殺人罪(刑法199条)成否の判断—法益関係的錯誤説とは何だったのか?」『西田典之先生献呈論文集』(有斐閣、2017年)
- 須之内克彦「判批(最判昭和23年5月20日)」『刑法判例百選Ⅱ各論〔第2版〕』(有斐閣、1984年)
- 『刑法における被害者の同意』(成文堂、2004年)
- 関 哲夫『住居侵入罪の研究』(成文堂、1995年)
- 『続々・住居侵入罪の研究』(成文堂、2012年)
- 関根 徹「判批(最決平成19年4月13日)」速報判例解説2号(2008年)
- 専田泰孝「判批(最決平成19年7月2日)」法学教室330号別冊判例セレクト2007(2008年)
- 曾根威彦『刑法における正当化の理論』(成文堂、1980年)
- 『刑法の重要問題 各論〔第2版〕』(成文堂、2006年)
- 『刑法各論〔第5版〕』(弘文堂、2012年)
- 『刑事違法論の展開』(成文堂、2013年)
- 『刑法原論』(成文堂、2016年)
- 高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』(成文堂、2014年)
- 『刑法総論〔第3版〕』(成文堂、2016年)
- 高山佳奈子「自己決定とその限界(上)」法学教室284号(2004年)
- 「自己決定とその限界(下)」法学教室285号(2004年)
- 「ドイツ刑法における性犯罪の類型と処罰」刑法雑誌54巻1号(2014年)
- 田坂 晶「刑法における治療行為の正当化」同志社法学58巻7号(2007年)
- 「治療行為とインフォームド・コンセント(刑事法的側面)」甲斐克則編『インフォームド・コンセントと医事法』(信山社、2010年)
- 「治療行為の正当化における患者の同意」比較法雑誌51巻1号(2017年)
- 只木 誠『刑法学における現代的課題』(中央大学出版会、2009年)
- 「建造物侵入罪における『侵入』概念について」『川端博先生古稀記念論文集〔下巻〕』(成文堂、2014年)
- 辰井聡子『『自由に対する罪』の保護法益—人格に対する罪としての再構成』町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開 上巻』(信山社、2014年)
- 「刑法における人の『尊厳』」法学セミナー748号(2017年)

- 田中亜紀子「性犯罪規定改正に向けての一考察」三重大学法経論叢 34 卷 2 号 (2017 年)
- 谷 直之「判批 (最決平成 19 年 4 月 13 日)」受験新報 677 号 (2007 年)
- 団藤重光『刑法綱要各論 [第 3 版]』(創文社、1990 年)
- 辻村みよ子『ジェンダーと法』(不磨書房、2010 年)
- 辻脇葉子「性的自律権からの『強姦罪』の再構成—アメリカ合衆国における被害者保護と強姦罪の成立要件—」明治大学短期大学紀要 72 号 (2002 年)
- 手嶋 豊「医療と説明義務」判タ 1178 号 (2005 年)
- 戸浦雄史「不完全な同意について—同意論の再検討—」大阪学院大学法学研究 41 卷 1 号 (2014 年)
- 戸波江二「自己決定権の意義と射程」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開 上』(有斐閣、1993 年)
- 富山侑美「インフォームド・コンセントにおける仮定的同意 (1)」北大法学論集 68 卷 1 号 (2017 年)
- 「インフォームド・コンセントにおける仮定的同意 (2・完)」北大法学論集 68 卷 2 号 (2017 年)
- 豊田兼彦「判批 (最決平成 21 年 6 月 29 日)」法学教室 353 号別冊判例セレクト 2009 (2010 年)
- 内藤 謙『刑法講義総論 (中)』(有斐閣、1986 年)
- 長井 圓『カード犯罪対策法の最先端』(日本クレジット産業協会クレジット研究所、2000 年)
- 「人格的法益と財産的法益との排他性・流動性」『山中敬一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(成文堂、2017 年)
- 中山研一「住居侵入罪の再検討」片岡昇先生還暦記念『労働法学の理論と課題』(有斐閣、1988 年)
- 成瀬幸典「『性的自由に対する罪』に関する基礎的考察」齊藤豊治=青井秀夫編『セクシュアリティと法』(東北大学出版会、2006 年)
- 西田典之『刑法総論 [第 2 版]』(弘文堂、2010 年)
- 『刑法各論 [第 6 版]』(弘文堂、2012 年)
- 西田眞基「メダルの不正取得と窃盗罪」池田修=金山薫『新実例刑法 [各論]』(青林書院、2011 年)
- 西野喜一「医師の説明義務とその内容」法政理論 34 卷 3 号 (2002 年)
- 西野吾一「判解 (最判平成 20 年 4 月 11 日)」最判解刑事篇平成 21 年度 (法曹会、2013 年)
- 野口元郎「判批 (東京地判平成 3 年 9 月 17 日)」研修 575 号 (1996 年)
- 野村和彦「わが国における法益関係的錯誤説に対する疑問」日本法学 80 卷 4 号 (2015 年)

- 「法益關係的錯誤説に対する批判」慶應法学 37 号（2017 年）
- 萩原 滋「刑法における自己決定の自由」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 上巻』（成文堂、2014 年）
- 橋爪 隆「窃盜罪における『窃取』の意義について」刑法 54 卷 2 号（2014 年）  
「構成要件の符合の限界について」法学教室 407 号（2014 年）
- 橋本正博『刑法総論』（新世社、2015 年）
- 橋本雄太郎「刑事法における自己決定権について」杏林社会科学研究 14 卷 3 号（1998 年）
- 服部高宏『『自律』概念とパターンリズム』岡山大学法学会雑誌 49 卷 3 = 4 号（2000 年）
- 林 幹人「錯誤に基づく被害者の同意」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』（有斐閣、1998 年）  
『刑法各論〔第 2 版〕』（東京大学出版会、2007 年）  
『刑法総論〔第 2 版〕』（東京大学出版会、2008 年）  
「判批（最決平成 19 年 4 月 13 日）」ジュリ 1402 号（2010 年）
- 林美月子「錯誤に基づく同意」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』（有斐閣、1994 年）
- 林 陽一「判批（最決平成 21 年 6 月 29 日）」『平成 21 年度重要判例解説』（有斐閣、2010 年）  
「窃盜罪と占有の保護」研修 814 号（2016 年）
- バーリン, アイザイア（小川晃一＝福田歆一＝小池銈＝生松敬三訳）『自由論』（みすず書房、2000 年）
- 樋口亮介「性犯罪規定の改正」法律時報 89 卷 11 号（2017 年）
- 日高義博「同居侵入罪の保護法益」植松正ほか編『現代刑法論争Ⅱ〔第 2 版〕』（勁草書房、1997 年）
- 平川宗信『刑法各論』（有斐閣、1995 年）
- 平野龍一「刑法各論の諸問題」法学セミナー 201 号（1972 年）  
『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975 年）  
『刑法概説』（東京大学出版会、1977 年）  
『刑事法研究最終巻』（有斐閣、2005 年）
- 深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要 9 号（2001 年）  
「主観的正当化要素としての同意の認識の要否」岡山大学法学会雑誌 51 卷 4 号（2002 年）  
「判批」論究ジュリ 13 号（2015 年）  
「性犯罪における暴行・脅迫の程度」法学教室 427 号（2016 年）  
「児童に対する性犯罪について」『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017 年）

- 「ドイツにおける 2016 年性刑法改正について」法律時報 89 卷 9 号（2017 年）
- 福田 平『全訂刑法総論〔第 4 版〕』（有斐閣、2004 年）
- 古川伸彦「医的侵襲行為の正当化と『仮定的同意』論」高山佳奈子＝島田聡一郎編『山口厚先生献呈論文集』（成文堂、2014 年）
- 堀内捷三『刑法総論〔第 2 版〕』（有斐閣、2004 年）
- 本庄 武「性犯罪規定の見直し」法律時報 88 卷 5 号（2016 年）
- 本田 稔「判批（最決平成 19 年 4 月 13 日）」法学セミナー 632 号（2007 年）
- 「パチスロ機不正操作によるメダルの取得と窃盗罪の成否について」立命館法学 316 号（2008 年）
- 「特殊機器を用いたパチスロ機不正操作によるメダルの取得と窃盗罪の成否」季刊刑事弁護 55 号（2008 年）
- 「判批（最決平成 21 年 6 月 29 日）」法学セミナー 660 号（2009 年）127 頁
- 前田雅英『刑法総論〔第 6 版〕』（東京大学出版会、2015 年）
- 曲田 統「生命・身体に対する罪における『被侵害者の錯誤と同意』」札幌学院法学 24 卷 1 号（2014 年）
- 「強制わいせつ罪・強姦罪における暴行脅迫について」『川端博先生古稀記念論文集〔下巻〕』（成文堂、2014 年）
- 町野 朔「被害者の承諾」西原春夫ほか編『判例刑法研究第 2 卷』（有斐閣、1981 年）
- 『患者の自己決定権と法』（東京大学出版会、1986 年）
- 松原芳博「法益侵害と意思侵害」生田勝義先生古稀祝賀論文集『自由と安全の刑事法学』（法律文化社、2014 年）
- 「判批（最決平成 21 年 6 月 29 日）」『刑法判例百選Ⅱ各論〔第 7 版〕』（有斐閣、2014 年）
- 『刑法各論』（日本評論社、2016 年）
- 『刑法総論〔第 2 版〕』（日本評論社、2017 年）
- 松宮孝明「過剰入金と財産犯」立命館法学 249 号（1996 年）
- 『刑事立法と犯罪体系』（成文堂、2003 年）
- 「ポスティングと住居侵入罪」立命館法学 297 号（2004 年）
- 『刑法総論講義〔第 4 版〕』（成文堂、2014 年）
- 『刑法各論講義〔第 4 版〕』（成文堂、2016 年）
- 丸山雅夫『刑法の論点と解釈』（成文堂、2014 年）
- 宮川 基「建造物侵入罪と包括的承諾」東北学院法学 74 号（2013 年）
- 「財産犯と立法」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探究⑧』（成文堂、2015 年）
- 宮本英脩『刑法大綱』（弘文堂、1935 年）
- 三代川邦夫『被害者の危険の引受けと個人の自律』（立教大学出版会、2017 年）

- ミル, ジョン・スチュワート (塩尻公明=木村健康訳) 『自由論』 (岩波書店、1971年)
- 武藤眞朗 「治療行為の違法性と正当化——患者の承諾の意義——」 早大法研論集 59号 (1991年)
- 「医師の説明義務と患者の承諾—『仮定的承諾』序説—」 東洋法学 49巻2号 (2006年)
- 「いわゆる仮定的承諾について——医師の説明義務と患者の承諾」 刑法 47巻3号 (2008年)
- 「法益関係的錯誤説と法益の要保護性」 『野村稔先生古稀祝賀論文集』 (成文堂、2015年)
- 森岡 茂 「判解 (最判昭和 58年4月8日)」 最判解刑事篇昭和 58年度 (法曹会、1987年)
- 森川恭剛 「性犯罪における強制と不同意」 刑法雑誌 55巻2号 (2016年)
- 森住信人 「判批 (最決平成 19年4月13日)」 専修法学論集 103号 (2008年)
- 森永眞綱 「被害者の承諾における欺罔・錯誤 (1)」 関西大学法学論集 52巻3号 (2002年)
- 「欺罔により得られた法益主体の同意」 川端博=浅田和茂=山口厚=井田良編 『理論刑法学の探究④』 (成文堂、2011年)
- 安田拓人 「要保護性ある法益の有責的毀損とその刑法的保護の時間的拡張の可能性について」 研修 821号 (2016年)
- 谷田川知恵 「性的自由の保護と強姦処罰規定」 法学政治学論究 46号 (2000年)
- 山内竜太 「詐欺罪および窃盗罪における被害者の確認措置の規範的意義」 法政論究 111号 (2016年)
- 山口 厚 『問題探究 刑法各論』 (有斐閣、1999年)
- 「欺罔に基づく『被害者』の同意」 『田宮裕博士追悼論集 上巻』 (信山社、2001年)
- 「法益侵害と法益主体の意思」 同編著 『クローズアップ 刑法各論』 (成文堂、2007年)
- 「客観的帰属と違法性阻却」 『立石二六先生古稀祝賀論文集』 (成文堂、2010年)
- 『刑法各論 [第2版]』 (有斐閣、2010年)
- 『刑法総論 [第3版]』 (有斐閣、2016年)
- 山口裕之 「判解 (最決平成 19年7月2日)」 最判解刑事篇平成 19年度 (法曹会、2011年)
- 山中敬一 「過失犯における被害者の同意」 平場安治博士還暦祝賀『現代の刑事法学 (上)』 (有斐閣、1976年)
- 「被害者の同意における意思の欠缺」 関西大学法学論集 33巻3=4=5号 (1983年)

- 「判批（東京地判平成3年9月17日）」法学セミナー453号（1992年）
- 「医師の説明義務と患者のいわゆる仮定的同意について」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第1巻』（成文堂、2006年）
- 『医事刑法概論Ⅰ』（成文堂、2014年）
- 『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2015年）
- 『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、2015年）
- 「強制わいせつ罪の保護法益について」研修817号（2016年）
- 吉田敏雄「刑法における人身の自由の保護」中山研一ほか編『現代刑法講座 第4巻』（成文堂、1982年）
- 「行動の自由の保護—逮捕監禁罪・略取誘拐罪」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第6巻』（法学書院、1993年）
- 「被害者の自己答責的自己危殆化、承諾及び推定的承諾（2）」北海学園大学法学研究52巻3号（2016年）
- 「被害者の同意における意思瑕疵」『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2017年）
- 米村滋人「再論・『患者の自己決定権と法』」町野朔古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開 下巻』（信山社、2014年）
- ローゼナウ、ヘニング（島田美小妃訳）「仮定的承諾—新しい法形象！」比較法雑誌43巻3号（2009年）
- 若尾岳志「違法論総説」曾根威彦＝松原芳博編『重点課題 刑法総論』（成文堂、2008年）
- 「刑法上のパターンリスティックな介入とその限界」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 上巻』（成文堂、2014年）
- 「子どもに対する性的行為と刑事規制—青少年保護育成条例における対応—」獨協法学102号（2017年）
- 和田俊憲「住居侵入罪」法学教室287号（2004年）
- 「鉄道における強姦罪と公然性」慶應法学31号（2015年）

## 〔外国語文献〕

- Albrecht, Andreas, Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht, 2010
- Amelung, Knut, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I), ZStW 104, 1992
- Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998
- Amelung, Knut/ Schall, Hero, Zum Einsatz von Polizeispitzeln: Hausfriedensbruch und Notstandsrechtfertigung, Wohnungsgrundrecht und Durchsuchungsbefugnis – OLG München, DVB1 1973, 221, JuS 1975
- Arzt, Gunther, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970

- Heileingriffe aufgrund einer Blank-Einwilligung bezüglich der Person des Arztes, in: Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag am 22. Juni 1992, 1992
- Arzt, Gunther/ Weber, Ulrich/ Heinrich, Bernd/ Hilgendorf, Eric, Strafrecht BT, 3. Aufl., 2015
- Berlin, Isaiah, Four Essays on Liberty, 1969
- Bernsmann, Klaus, Tatbestandsprobleme des Hausfriedensbruchs, Jura 1981
- Bloy, René, Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie ?, ZStW 1984
- Böcker, Philipp, Die „hypothetische Einwilligung“ im Zivil- und Strafrecht, JZ 2005
- Bohnert, Joachim, Die Willensbarriere als Tatbestandsmerkmal des Hausfriedensbruch, GA 1983
- Böse, Martin, Unrechtsausschluss durch hypothetische Dispositionen über das geschützte Rechtsgut?, ZIS 2016
- Dreher, Eduard, Anm. zu BGH, Urteil vom 22. 4. 1952, MDR 1952
- Duttge, Gunnar, Die „hypothetische Einwilligung“ als Strafausschlußgrund: wegweisende Innovation oder Irreweg?, in : Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, 2006
- Dworkin, Gerald, The Theory and Practice of Autonomy, 1998
- Edlbauer, Benedikt, Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv, 2009
- Geerds, Friedrich, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA, 1954
- Geppert, Klaus, Zu einigen immer wiederkehrenden Streitfragen im Rahmen des Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB), Jura 1989
- Gössel, Karl Heinz/ Dölling, Dieter, Strafrecht BT Teil 1, 2. Aufl., 2004
- Gropp, Walter, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, in: Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006
- Heubel, Horst, Grundprobleme des Diebstahl tatbestandes, JuS 1984
- Hörnle, Tatjana, Wie § 177 StGB ergänzt werden sollte, GA 2015
- Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, ZStW 127, 2016
- Die geplanten Änderungen der §§ 177, 179 StGB – ein kritischer Blick, KriPoZ 2016 Heft 1
- Joachim Hruschka, Das Opferverhalten als Schlüssel zum System der Sachentziehungsdelikte, Jahrbuch für Recht und Ethik Bd. 2, 1994
- Jäger, Christian, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht,

2006

Die hypothetische Einwilligung - ein Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin, in: Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007

Jakobs, Gunther, Strafrecht AT, 2 Aufl., 1991

Jansen, Scarlet, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, ZJS 2011

Jescheck, Hans Heinrich/ Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl, 1996

Kargl, Walter, Rechtsgüter und Tatobjekt der Strafbestimmung gegen Hausfriedensbruch, JZ 1999

Kientzy, Dieter, Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, 1970

Kindhäuser, Urs, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2013

Kudlich, Hans, Mit Tesafilm zum Reichtum: Missbrauch eines Geldwechsellautomaten – OLG Düsseldorf, NJW 2000, 158, JuS 2001

Kuhlen, Lothar, Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, in : Festschrift für Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001

Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001

Ausschluss der objektiven Erfolgzurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, JR 2004

Kühl, Kristian, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2012

Kühne, Hans-Heiner, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts, JZ 1979

Laubenthal, Klaus, Handbuch Sexualstraftaten ,2012

Meyer, Gaby, Die Unfähigkeit des erwachsenen Patienten zur Einwilligung in den ärztlichen Eingriff, 1994

Meyer, Maria-Katharina, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984

Mitsch, Wolfgang, Strafrecht BT Teil 2 (Vermögensdelikte), 2. Aufl., 2003

Otto, Harro, Rechtfertigung des Hausfriedensbruchs durch Kontaktpersonen der Polizei bei Aufklärung von Rauschgifthandel, NJW 1973

Grundkurs Strafrecht : Die einzelnen Delikte, 6. Aufl., 2002

Einwilligung, mutmaßliche, gemutmasste und hypothetische Einwilligung, Jura 2004

Puppe, Ingeborg, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder

- Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 3. März 1994 und 29. Juni 1995, GA 2003
- Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, ZIS 2016
- Ranft, Otfried, Grundfälle aus dem Bereich der Vermögensdelikte (1. Teil), JA 1984
- Rönnau, Thomas, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001
- Anm. zu BGH, Beschluss vom 15. 10. 2003, JZ 2004
- Zur Lehre vom bedingten Einverständnis, in: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011
- Rosenau, Henning, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, in: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010
- Roxin, Claus, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, in : Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984
- Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006
- Rudolphi, Hans-Joachim, ZStW 86, 1974
- Saliger, Frank, Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht, in: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015
- Schlehofer, Horst, Einwilligung und Einverständnis, 1985
- Schmidhäuser, Eberhard, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1984
- Sikor, Jens Andreas, Logische Unstimmigkeiten in der hochstrichterlichen Prüfungsformel zur hypothetische Einwilligung, JR 2008
- Steinmetz, Bernd, Forum: Hausfriedensbruch bei Räumen mit genereller Zutritts-erlaubnis, JuS 1985
- Sternberg-Lieben, Detlev, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997
- Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler: Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung, in : Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015
- Stückemann, Wolfgang, Der getäuschte Hausrechtsinhaber, JR 1973
- Swoboda, Sabine, Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung ?, ZIS 2013
- Tag, Brigitte, Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung, ZStW 127, 2015
- Wessels, Johannes/ Hettinger, Michael, Strafrecht BT Teil 1, 40. Aufl., 2016
- Wessels, Johannes/ Hillenkamp, Thomas, Strafrecht BT 2, 37 Aufl., 2014
- Wiesner, Sandra, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, 2010