

令和元年6月9日現在

機関番号：15401

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2016～2018

課題番号：16K17011

研究課題名(和文)被害者の同意の規範的把握の根拠と限界

研究課題名(英文) Normative understanding of victim's consent in criminal law

研究代表者

田中 優輝 (Tanaka, Yuki)

広島大学・社会科学部研究科・准教授

研究者番号：00634023

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,800,000円

研究成果の概要(和文)：被害者(法益主体)の同意による犯罪構成要件ないし違法性の阻却には、被害者の真意に基づく同意が要求されるが、被害者の事実上・実際上の意思に反する行為であっても同意の効力が認められる場合があり、その意味で同意は規範的に把握される必要がある。本研究ではとりわけ錯誤に基づく同意の有効性について検討し、同意は特定の行為者との関係でのコミュニケーション行為であるとの理解のもと、被害者の意思内容だけでなく、錯誤が行為者の欺罔により惹起されたという行為者側の事情が重要な意味を有することを確認した。

研究成果の学術的意義や社会的意義

被害者の同意の有効性を判断するに当たり、被害者の意思内容だけでなく、行為者側の事情をも考慮すべきとの点は、これまでの議論において十分に意識されてきたとはいえ、本研究の成果には一定の学術的意義がある。偽装心中の事案など、同意の有効性が裁判例において問われることもあり、社会的意義も認められると考えられる。

研究成果の概要(英文)：To justify a criminal act on the basis of victim's consent, it is required that the consent should be sincerely given. But an act can be justified even if it does not suit the real will of the victim, therefore the consent should be normatively understood. This study particularly deals with the consent based on a mistake of fact and presents that it is important to focus on an actor's fraud act as well as a victim's will.

研究分野：刑法

キーワード：刑法 被害者の同意 錯誤に基づく同意 同意傷害 危険の引受け

## 様式 C - 19、F - 19 - 1、Z - 19、CK - 19 (共通)

### 1. 研究開始当初の背景

法益侵害行為に対して被害者（法益主体）の同意がある場合、原則として不法はなく、刑法上も、被害者の自己決定の尊重を実質的根拠として、犯罪構成要件該当性ないし違法性が阻却される。そのためには、任意ないし真意の同意の存在が要件とされ、これを欠く場合には、たとえ同意付与の外形があったとしても不法阻却の効果は否定される。

もっとも、被害者の意思がどこまでも尊重されるわけではなく、法益処分に関して被害者の意に添わない部分があったとしても、有効な同意の存在が認められることがある。錯誤に基づく同意の有効性については既に多くの議論があるところ、多くの学説は、いわゆる法益関係の錯誤説に代表されるように、一般的に見て取るに足らない事項に関する錯誤は同意を無効にしないとの帰結を得るための構成を模索している。また、別の例として、デパートなどの広く一般に開放された建造物への立入りについて、つまり、不特定多数の者の立入りにつき建物管理者の包括的な同意がある場合について、特定の者の立入り（たとえば万引き目的での立入り）がたとえ管理者の意思に反するとしても、建造物侵入罪の成立を否定すべきとの見解が有力化している。このほかにも、被害者の事実上・実際上の意思に反する行為であっても不法が阻却される事例は様々に考えられ、被害者の同意について規範的に把握されるべき場合があるように看取される。

### 2. 研究の目的

こうした問題意識のもと、規範的に把握されるべき被害者の同意の不法阻却根拠およびその限界を検討することが、本研究の目的である。その際には、上記1で例示した論点・事例が主たる検討素材となるが、それに限らず、広く被害者の同意ないし意思が問題となる事例を検討対象に取り入れ、同意論全体を見通した研究を行う。

### 3. 研究の方法

主として、従前の議論に関する文献を収集・調査し、また、関連する裁判例を分析・検討する方法による。必要に応じて、議論の蓄積の豊富なドイツ法の議論をも参照する。また、学会や研究会への参加・発表により、他の研究者から意見を聴き、適宜、研究内容を検証する。こうした方法により、最終的に、本研究の妥当と考える見解ないし私見を提示する。

### 4. 研究成果

#### (1) 錯誤に基づく同意の有効性

従来は、本当のことを知っていれば同意しなかったという意味で、錯誤と同意付与の間に条件関係がある場合、同意は無効となるとの見解が一般的であり、裁判例もこのような立場であると見られるが、この見解によると、被害者が同意を与えるに至った動機に関する錯誤が広く考慮されて同意無効の範囲が広がりすぎるとの問題意識から様々な見解が提示されている。こうした諸見解を検討した結果、以下に述べるとおり、被害者の意思内容を問題にするだけでは満足な解決は得られず、行為者側の事情にも目を向けるべきであるとの帰結に達した。その概要・詳細は、日本刑法学会の研究報告（の一部）として発表したほか、近日中に、論文としてまとめ公表する予定である。

#### 法益関係の錯誤説の意義と問題点

近時の学説で支持を広めているのは、当該犯罪の保護法益に係る錯誤のみが同意を無効にするとの法益関係の錯誤説である。

同説には、同意の存否に関する判断基準を提供するという点で、（同説を支持しない立場においても）一定の意義が認められる。たとえば死の結果発生を認識せずに与えた同意は、生命侵害結果の発生を予見していない以上、法益を処分する意思を有していたとはいえず、したがって同意が無効であるという以前に、そもそも同意と目すべき処分意思が存在しないといえる。もっとも、法益関係性の理解の仕方によっては、同意の存否を画するという意義にも疑問が向けられる。法益関係の錯誤説の有力な論者は、余命の長さも殺人の法益に係るとの前提に立つが、この立場によると、余命の長さに関する錯誤が同意付与を条件づけていない場合（たとえば、自己の余命を正しく認識していないが、仕事の行き詰まりにより、余命の長さ如何にかかわらず死にたいと思っている場合）にまで、同意が存在しないし無効となってしまう、妥当な結論とは思われない。（もっとも、余命の長さが法益関係的であるとの前提自体に疑問を容れる余地があると思われ、上記は無用の批判である可能性もある。）

他方で、法益に関係しない錯誤は同意を無効にしないとの点については、既にドイツでも日本でも指摘されているように、重要な批判が向けられている。すなわち、緊急状況の錯誤の事例（たとえば「あなたの飼っている猛獣が檻から逃げて歩行者を襲っている」と騙して同意を得て、その猛獣を殺す場合）や、利他的目的に関する錯誤の事例（たとえば「あなたのお子さんの失明を防ぐために角膜の移植が必要である」と騙して、母親から同意を得て眼球を摘出する場合）では、法益を喪失すること自体には錯誤がないけれども、すなわち法益関係の錯誤は存しないけれども、自由な意思決定に基づく同意とはいえないから同意を無効とすべきだというのである。

### 自由ないし自律的な意思決定の有無

そこで、有力な見解は（さらに法益関係的錯誤説の論者も法益関係的錯誤の有無とは別に）、自由ないし自律的な意思決定があるか否かを基準として同意の有効性を判断する。その判断については、類似した概念である中止行為の任意性あるいは適法行為の期待可能性とパラレルな説明をすれば、同意しないという選択肢を期待しがたいと評価される場合、同意は無効であるとなるであろう。

学説では、この判断を何らかの客観的な基準によって行う見解、たとえば、得られると誤信した利益ないし期待と、現に処分・喪失した利益とを衡量し、前者が後者を客観的に上回る場合には、一般人にとっても法益を処分せざるをえない状況に陥るといえることから、同意を無効とする見解が有力であるが、いくつかの問題点を指摘しうる。まず、この見解によれば、殺人の場合には、生命維持の利益を客観的に上回る反対利益は通常考えられないため、ほとんどの場合に同意が有効になってしまう。また、価値観が人それぞれによって異なる中で、一般人の視点というものを設定することが可能かどうか疑問が向けられる。適法行為の期待可能性の場合とは異なって、ここでは違法な行為を思いとどまることを問題としているわけではないので、一般人であれば同意するかという判断をすることは困難であると思われる。

同意による犯罪阻却の実質的根拠を法益主体の自己決定に求め、その決定がたとえ客観的には不合理であっても基本的にはそれを尊重するとの出発点からすると、自由な意思決定があったか否かは、法益主体の意思ないし価値観に即して、その意味で主観的に判断されるべきだと考えられる。ただ、そうすると、同意無効の範囲を限定すべきとの冒頭の問題意識に対して、十分な解答が与えられないこととなる。

### 行為者側の事情の考慮

以上のことからすると、被害者側の意思内容に着目するだけでは、満足のいく解決を提示しがたい。ここでは、被害者の同意に基づく「行為」の可罰性が問われているのであり、行為者側の事情も一定の意味を有するのではないか。現に、学説では、行為者が欺罔を働いた結果として被害者に錯誤が生じた場合と、それとも行為者とは無関係に被害者が自ら錯誤に陥った場合を区別して、扱いを異にする見解が主張されているところであり、本研究もそうした方向が妥当であると考えられる。

すなわち、前者の場合は、錯誤と同意付与の間に条件関係がある限り、本来であれば与えられることのなかった、いわば行為者により騙し取られた同意であり、したがって、その行為者との関係では、法益主体の自由な自己決定でなく、行為者による他者決定と評価でき、その行為者との関係では犯罪成立阻却の根拠が失われる。これに対して、後者の場合は、同意と目すべき意思決定が存する限り、基本的に同意は有効としてよい（ただし、例外的に、行為者に真実を告知する義務があって、不作為により法益主体の錯誤を維持・強化したと評価される場合、たとえば医療行為について患者が治療効果について正しく認識していない場合には、同意を無効とする余地がある。）

こうした理解の前提にあるのは、同意は、個別の局面において、特定の行為者との関係で具体的な法益侵害行為を許容するものであり、行為者との間のコミュニケーション行為であるとの見方である。学説では、とりわけ違法性判断をもつばら法益侵害ないしその危殆化の有無によって行う立場から、同意は法益主体の内心に存在すれば足りるとの見解が有力であるが、外部におよそ表現されていない内心の意思については、証明できないことともあいまって法により取り上げるべきものなのか、これを考慮するのは著しく法的安定性を損なうのではないかという疑問が向けられる。特定の行為者への意思表示がある場合にこそ、法益主体が他者を利用して自己決定を実現している（法益主体が他者をいわば「自己の腕」として利用している）との評価が可能となるように思われるのである。（こうした同意の捉え方は、刑法 202 条が「囁託を受け若しくはその承諾を得て」と規定していることとも整合的といえるであろう。）

以上の見方は、これまでの学説の議論状況からすると、ある程度新規性・独自性のあるものと思われるが、それだけに詰めるべき点も多く残されており、今後も検討を深めていく予定である。

### （２）生命・身体侵害における同意の効力

任意の有効な同意があったとしても、生命・身体侵害の場合には、正当化の効果が制約される。このことは、生命侵害（同意殺人）の場合、刑法 202 条の存在から明らかであり、また、身体侵害（同意傷害）の場合も、明文規定はないものの、一般に正当化されない場合があることが認められている。この問題については、既に本研究課題採択以前に研究していたところであり、本研究課題の当初の予定にはなかったものの、以下のとおり、ドイツにおいて新判例が登場したことや学会報告の機会を得たことから、さらなる研究を行った。

### 同意傷害の可罰性

ドイツ刑法 228 条は、同意傷害の違法性判断につき良俗違反性を基準として定めているところ、近時のドイツ判例は、生命に対する具体的危険を良俗違反性判断の第一次的基準として提示し、学説からも好意的な評価を受けていた。そうした中で登場したのが、集団同士の乱闘事案に関する連邦通常裁判所 2013 年 2 月 20 日決定および 2015 年 1 月 22 日判決であり、これら

の新判例は、喧嘩闘争への関与を処罰するドイツ刑法 231 条の立法評価を考慮して同意傷害行為の違法性を肯定し、少なくともこれまでの判例に比べれば、処罰範囲を拡張する判断を示した。この判断は、学説上、あくまで生命に対する具体的な危険を基準とすべきであるとの立場から、強い批判が向けられている。ドイツと日本では法状況が異なることから、ドイツの新判例を日本の議論に直接的に援用できるわけではないが、具体的議論に乏しい日本の議論の参照になると思われるため、上記新判例の内容とそれに対する学説の反応を紹介・検討した論文をまとめた。その一部は公表済みであり、残りも近日中に発表する予定である。

#### 危険引受け

刑法学会関西部会での共同研究の機会を得たため、改めてドイツの新しい文献を調査するなどの研究を行った。危険引受けの事例も被害者の同意と同様の根拠により正当化の可能性を認めうること、および、故意による生命・身体侵害の場合と過失による生命・身体侵害の場合を区別し、危険引受けが典型的に問題となる後者の場合、正当化効の制約は生じないこと（田中優輝「被害者による危険の引受けについて（四）、（五）・完」法学論叢 174 巻 3 号 53 頁、5 号 86 頁）を再確認した。

#### （3）窃盗罪・詐欺罪の成否と被害者の意思

被害者の意思に反する行為であっても犯罪の成立を否定する構成としては、被害者の同意論とは別に、当該犯罪の保護法益の侵害があるか否かを実質的に判断することが考えられる。近時、学説で活発に論じられている詐欺罪の財産的損害をめぐる問題も、法益侵害の実質的把握に関する議論といえる。本研究課題の一環としてこの問題を本格的に研究するだけの余裕はないが、犯罪行為により自己名義口座に振り込まれた預金の払戻しにつき詐欺罪・窃盗罪の成否が問題となった東京高裁平成 25 年 9 月 4 日判決（判例時報 2218 号 134 頁）を素材として若干の検討を行い、実質的に見て保護法益の侵害があったといえるか否かを判断することの重要性を確認した。

上記 1 で示した、広く一般に開放された建造物への立入りにかかる建造物侵入罪の成否の問題も、同様に、同意論というより、保護法益をめぐる議論と見るべきであると考えられる。すなわち、不特定多数の人が自由に出入りできるような、その意味で緩やかな建造物の管理方法をとっている以上、たとえ万引きという建物管理者の許容しない目的をもった立入りであっても、侵入罪として処罰に値するだけの実質的な法益侵害が認められないということである。

以上のとおり、この問題については、同意論の範疇を超えるものと考えられ、また、議論の射程が広く、検討事項もかなり多いと思われることから、考え方の一応の道筋を見定めるにとどまり、研究論文として取りまとめるには至らなかった。引き続き、掘り下げた検討を進めていきたい。

#### 5. 主な発表論文等

##### 〔雑誌論文〕(計 3 件)

田中優輝, 近時のドイツ判例に見る同意傷害の処罰範囲(一), 広島法学 41 巻 4 号 152 頁, 2018 年, 査読なし, <http://ir.lib.hiroshima-u.ac.jp/ja/00045738>

田中優輝, 被害者の同意論から見た危険引受け論, 刑法雑誌 57 巻 1 号 99 頁, 2017 年, 査読なし

田中優輝, 犯罪行為により自己名義口座に振り込まれた預金の払戻しと詐欺罪・窃盗罪の成否(判批, 東京高判平成 25 年 9 月 4 日判例時報 2218 号 134 頁), 広島法学 40 巻 3 号 40 頁, 2017 年, 査読なし, <http://ir.lib.hiroshima-u.ac.jp/ja/00043421>

##### 〔学会発表〕(計 7 件)

田中優輝, 被害者の同意に基づく行為の可罰性, 日本刑法学会第 97 回大会, 2019 年

田中優輝, 被害者の同意に基づく行為の可罰性, 瀬戸内刑事法研究会, 2019 年

田中優輝, 被害者の同意に基づく行為の可罰性, 第 50 回マージナル 21 研究会, 2019 年

田中優輝, 近時のドイツ判例に見る同意傷害の処罰範囲, 瀬戸内刑事法研究会, 2018 年

田中優輝, 被害者の同意論から見た危険引受け論(共同研究「被害者の危険引受け論の現在」の中の一報告), 日本刑法学会関西部会冬期例会, 2017 年

田中優輝, 同意傷害致死の擬律, 京都刑事法研究会, 2016 年

田中優輝, 犯罪行為により自己名義口座に振り込まれた預金の払戻しと詐欺罪・窃盗罪の成否, 第 11 回中四国刑事法判例研究会, 2016 年

##### 〔図書〕(計 1 件)

田中優輝, 信山社, 成瀬幸典・安田拓人編『判例プラクティス刑法 I 総論〔第 2 版〕』, 2019 年予定, 執筆総頁数 10 頁(153~164 事件)

## 6 . 研究組織

科研費による研究は、研究者の自覚と責任において実施するものです。そのため、研究の実施や研究成果の公表等については、国の要請等に基づくものではなく、その研究成果に関する見解や責任は、研究者個人に帰属されます。