

被害者による危険の引受けについて

林 慎 一 郎

(公法専攻・司法専修コース)

はじめに

第一章 ドイツの判例・学説の検討

第一節 判例の状況

第二節 ドイツの学説のアプローチ

第二章 日本の学説・判例の検討

第一節 日本の学説のアプローチ

第二節 判例の状況

第三章 被害者の自己答責性について

第一節 被害者の自己答責性の分析

第二節 被害者の自己答責性の捉え方

おわりに

はじめに

人は、社会生活において、自己責任の範囲内で様々な活動を行っている。例えば、マッチを使うと不器用なので、いつも手を火傷する者に対して、そのような事情を知っているにもかかわらず、ある者がマッチを貸してあげたとする。貸してもらった者は、火傷をしないように慎重に火を点けようと試みたが、案の定、マッチで手を火傷してしまった。このときに、マッチを貸した者は、刑法上どのような扱いを受けるのであろうか。これに対して、犯罪不成立であるということには、異論は無いと思われる。しかしながら、その理論的な説明に関しては、多種多様な見解が混在している。

このような事例を刑法上は、「被害者による危険の引受け」と捉えている。この「被害者による危険の引受け」とは、被害者が一定の特別な危険

を認識していたにもかかわらず、あえてその危険に身をさらした場合には、行為者の不注意等から結果が発生した場合であっても、行為者が不可罰になるというものである。

日本では客観的帰属論の理解が混乱しており、これに影響を受け、「被害者による危険の引受け」の問題についても同様に議論が錯綜していると言わざるを得ない。本稿は、それに対してどのような理論構成を用いて、解決すべきかを多角的な視点から探っていくものである。まず、本稿において「被害者による危険の引受け」の議論状況を知るために、ドイツの判例・学説を概観する。次に、これを受け日本でこの問題に対してどのようにアプローチしているのか、検討する。錯綜している学説の整理、検討を重点的に試み、日本での主要な判例を検討する。最後に、この問題状況において最も妥当な解決を導くことが出来ると考えられる見解の内容とその有効性について詳細な検討をしていく。

第一章 ドイツの判例・学説の検討

第一節 判例の状況

一 本稿の議論の現状

1. ドイツの具体的な判例を以下検討していくことになるが、まず、これらの判例の大きな類型を示しておきたい¹⁾。第一に、被害者が自己の法益を危険にさらす正犯的行為を行い、それに関与した者が存在し、法益侵害の結果が発生した場合に、その関与者は刑法上どのように扱われるべきなのか、という問題がある被害者による「自己危殆化への関与」という類型がある。第二に、被害者が、行為者の危険行為の実行によって自己の法益に危険が生じることを認識してその行為の実行を許し、それによって法益侵害の結果が発生した場合に、行為者は処罰されるべきなのか、という問題がある被害者の「合意による他者危殆化」という類型がある。

両方の問題状況に共通する特徴として、以下の点があげられる²⁾。第一

に、「不法結果の発生が、行為者と被害者の不注意な態度の相互作用による共同惹起であるとみなされうる」ということがあげられる。第二に、「行為者、被害者ともに、結果の発生を望んだのではなく、むしろ不発生が信じられ、期待されていたということ」、そして、第三に、「被害者が過失的に結果発生に関与すること」があげられる。

ドイツの判例を検討する前に、ドイツでは囑託殺人のみが処罰され、自殺関与は不可罰である一方で、我が国は自殺関与罪(刑法202条)を規定しており、ドイツのように自殺の共犯であるから無罪になるという論証連鎖は適用できないことに注意しなければならない。

2. 検討すべきドイツの判例は、第一類型として、危険行為の実行が制定法によって禁止されていない合意による他者危殆化の事例があげられる。本稿では、「メーメル河事件³⁾」、「エイズ感染事件⁴⁾」を扱う。第二類型としては、道路交通における違法な態度により引き起こされる事例があげられる。ここでは、「スクーター事件⁵⁾」、「オートバイ競争事件⁶⁾」がこれに該当する。そして、第三類型として、麻薬の自己使用の事例があげられる。ここでは、判例変更がなされた「ヘロイン注射事件⁷⁾」を検討する。

二 メーメル河事件・エイズ感染事件(第一類型)

1. メーメル河事件

被告人である渡し守は、嵐で増水しており渡河すれば生命に危険のある状況で、渡河を望んだ乗客二人の懇請に従い、小舟でメーメル河の渡河を試みた。渡し守は、渡河の危険性を予見し、その旨を乗客に伝えていたが、乗客はそれを振り切ったのである。その結果、高波によって渡河は出来ず、小舟が転覆し、乗客二人のみが死亡した。そこで、渡し守は過失致死罪に問われた⁸⁾。

判決では、生命に危険な行為はそれ自体義務違反的なものであるか否かについては、「危険な行為の実行は、すでにそれ自体、それに内在する危険性だけの故に義務違反性を含むわけではない。むしろ、その行為は、状

況によっては義務適合的であり得る。」として、否定した。そして、渡し守が共同生活によって一般的に要求される乗客の生命等への配慮を欠いていたか、つまり彼の行為は義務違反的なものであったかについても、以下のように否定した。乗客は、渡河の危険を被告人と同程度見通していたということ、及び被告人に乗客に対する特別な監督義務を認めなければならない事実は無いとして、渡し守の義務違反性を否定し、彼は、無罪となった。

本件では、被害者の承諾や自己答責性についての言及は無く、被告人の義務違反性についての検討のみであった。

２．エイズ感染事件

被告人は、ホームドクターから自分がエイズに感染していると聞かされ、性交における感染の危険性を十分に理解していた。そして、被害者もそのことを知っており、お互いに性交における感染の危険性について話し合っていた。被告人は、無防備な性交を断っていたが、被害者の懇請に譲歩し、避妊具をつけずに無防備な性交をたびたび行った⁹⁾。

これに対し、バイエルン上級裁判所は、以下のように判断した¹⁰⁾。

「自分の感染を知っていて、避妊具を装着せずに他人と性交を行うエイズ感染者は、危険傷害（ドイツ刑法223条 a）により可罰的であり得る。エイズ病原体の感染が確定できないならば、その未遂の可罰性が考慮される。しかしながら、本件における被告人は、危険傷害の未遂の構成要件を実現していない。なぜなら、被告人は、自己答責的に実行された被害者の自己危殆化に単に共働しただけ」であり、無罪を言い渡した。

また、裁判所は、検察官の主張する合意による他者危殆化ではなく、本件は自己答責的に意欲された自己危殆化への関与の事例と判断した。被告人がエイズウイルス保持者ということから引き起こされたのではなく、被告人と行った性交によって引き起こされたものであると考え、性交という危険な態度が行為支配の観点から重要とされたからである。

三 道路交通における違法態度事例(第二類型)

次に、道路交通における違法態度が問題になった事案を検討する。例えば、飲酒運転の車に、運転手が飲酒運転であることを認識しながら同乗し、運転手の運転により同乗者が死傷の結果が生じた場合、同乗者は、危険の引受けをしており、それによって運転手の犯罪の成立が阻却されることはないであろうか。以下、二つの事案を検討する。

1. スクーター事件

被告人は祭りの夜、飲酒した上喧嘩し、三人の仲間とスクーターに乗って逃走する途中に転倒し、一人を死亡させ、二人を傷害した事案である¹¹⁾。

本件は、合意による他者危殆化の事例として、犯罪阻却により被告人は無罪となった。

この事案では、ドイツ刑法226条aの同意傷害規定が、過失的な自己身体への侵害に同意する場合において違法性を肯定するか検討された。本件では、「自己の危険性を明確に認識して、交通違反的な運転をし、逃亡したのであるから、他人の運転によって場合によってはありうろと思われた過失的な自己の身体への傷害に同意した者は、その他人から刑法226条aの意味における違法性を奪い去るのである」とし、被告人の良俗違反性は否定された。

2. オートバイ競争事件

被害者・被告人の二人は飲酒した後で、被害者の方から被告人にオートバイ競争をしようと誘った。その発起人である被害者は、軽オートバイのため、ハンデを貰った。競争の途中、被害者は被告人のオートバイが追い越そうとするのを妨げようとジグザク運転をし、その際に事故に遭い、傷害を負った事案である¹²⁾。

本件は、被害者による自己危殆化への関与の可罰性が問われた事例である。BGHは、いかなる正当化根拠も提示されないから、被告人の態度は違法であるとした。また、共同の危険行為において、他人の過失的な自傷への共働が義務違反的であるとされるかは、事案によって、特に危険を明

確に認識した完全な答責的な合意などが考慮されるべきであるとされた。この事件では、自己危殆化への関与とせず、違法性を阻却しなかった。本件のような自己危殆化への関与が問題となる事案では、特に被害者が自己答責的に行為したかどうか重要な点となる。

四 麻薬の自己使用事例（第三類型）

1. 麻薬の密売者が、麻薬常用者である被害者に麻薬を譲渡し、被害者がそれを注射することによって彼の死が引き起こされたときに、麻薬の密売人の責任は、被害者の死まで及び、過失致死罪が成立するのであろうか。

我が国では、麻薬関連諸法の法定刑が過失致死罪（210条）の法定刑より重いので、この種の事例で過失致死罪の成立を認める実益はない。一方、ドイツにおいては、麻薬の不法譲渡を処罰する麻薬剤法29条1項1号の法定刑が四年以下の自由刑または罰金であるが、ドイツ刑法222条の過失致死罪に対する法定刑は五年以下の自由刑または罰金であるために、自己使用と評価することに意義がある¹³⁾。

この点について、BGHは、当初はこのような事案において、意識的自己危殆化という観点からの過失致死罪の成立を否定しなかった。

しかし、以下の判例で、BGHの態度は大きな転換がなされた。

2. ヘロイン注射事件

被告人は自分よりも重度の麻薬使用者である友人に会い、その友人と一緒に注射ができるヘロインを持っていると告げ、使い捨ての注射器三本を調達した。両者は、トイレに入り、その友人は沸騰した麻薬を注射器に満たし、被告人に渡した。その注射器で麻薬を注射し、二人は意識を失い、他の客の通報によって医者が駆けつけた時には、被害者は死亡しており、助けられた被告人が過失致死罪の責任を問われた事案である¹⁴⁾。

これに対して、BGHは、これまでの判例を変更して、彼の過失致死による可罰性を否定した。裁判所は、自殺及び自傷への故意的関与及び過失的関与の不可罰を自殺・自傷の構成要件不該当性から導く。法律は、他人

の殺害あるいは傷害だけを刑罰を持って威嚇しているからである。そして、同様に、自己危殆化への故意的及び過失的関与の不可罰性も、自己危殆化行為の構成要件不該当性から導かれている。自己答責的に意欲され惹起された自己危殆化行為を、故意または過失によって誘致し、可能化し、促進するだけのものは、殺人の罪及び傷害の罪の可罰性が問題になる限り、構成要件該当的ではなく、従って、可罰的でない事象に関与したに過ぎないと述べ、被告人を無罪とした。

本事案では、被害者の自己答責性について、「被害者である友人が自己答責的に行為したかどうかは、確かに疑わしい。しかし、この問題についての認定はもはや不可能であり、自己答責的な行為の基準の規定に関わり無く、それは被告人に有利に、肯定されなければならない」との見解を示した¹⁵⁾。

第二節 ドイツの学説のアプローチ

上記のような事例に対して、ドイツの学説はどのように解決するのであるだろうか。本稿では、ドイツで顕著な見解である被害者の承諾論によるアプローチ、被害者の自己答責性によるアプローチに絞って検討していくことにする。この他には、客観的帰属論によるアプローチ¹⁶⁾、被害者学的原則によるアプローチ¹⁷⁾も存在する¹⁸⁾。

一 被害者の承諾論によるアプローチ

1. まず、被害者の承諾論によるアプローチの主要な論者である、ウルリッヒ・ウェーバーの見解¹⁹⁾を検討していくことにする。

彼は、「法益主体の不注意な態度を結果に対する同意と解するのは擬制であるとした上で、しかし、危険行為のみへの同意が結果を正当化できる場合がある」と考える。この見解は、自己決定権の尊重の思想に起源を持つものである。彼の見解は、ドイツ刑法旧226条a(現228条)の同意傷害規定における「良俗違反性」に関する考慮を重視する。彼は、合理的で明

白なあらゆる場合に妥当する価値基準によって、一義的に良俗違反であると判断される事例に限り、その「良俗違反」により被害者の承諾が無効になると考える²⁰⁾。

この見解に対しては、「良俗違反」概念及びそれによる承諾の有効性の判断は、安定性が無く、罪刑法定主義に反する恐れがあると批判される。また、日本においては、ドイツ刑法のような良俗条項規定を持っておらず、日本ではあまり通用性がないように思われる。

2．次に、このアプローチから判例をどのように解しているのか検討する²¹⁾。

まず、「メーメル河事件」等の中立的な目的での危険の引受けの事案では、制定法的には禁止されていない危険創出態度でもって、積極的には評価されるべきでない目的が追求されることから、明確な良俗違反性が根拠付けられず、被害者の同意が有効であるとして、無罪とする。

道路交通における違法態度事例では、行為が制定法的に禁止されていることが重要であるとする。それに加え、行為者の過失致死等による処罰のためには、良俗違反性が必要とされ、同規定の存在のみでは、一義的に確定することは出来ないとする。

一方、麻薬の自己使用事例においては、麻酔剤法により保護法益が「国民の健康」とされていることから、被害者はこの法益の代表者となるので麻薬密売人は免責されず、一切、被害者の同意は無効となる。そのことにより、麻薬密売人は可罰的となる。しかしながら、このことをもって、過失致死罪や過失傷害罪のような個人的法益に対する罪の構成要件該当の問題になる場合に、個人の法益処分の可能性を奪われるとするのは、論理に飛躍があると思われる²²⁾。

3．ウェーバーの見解をさらに検討すると、被害者の承諾の「対象」について、彼は「行為」で足りるとしているが、この点についても疑問がある。被害者の承諾による犯罪阻却の根拠を利益衡量説に求め、法益侵害の無価値と利益衡量されるものとして被害者の自己決定実現の価値を想定す

るならば、結果の不発生を期待していたということは被害者にとって重要である²³⁾。結果犯において、結果は重要な構成要件要素であり、結果に照準が合わせられなければならないからである。

二 被害者の自己答責性によるアプローチ

このアプローチは、被害者の承諾論によるアプローチを断念し、行為者・被害者双方の不注意による望まれない結果の共働惹起において、結果はどちらに帰属(客観的帰属)されるのか、という視点からの見解である。そして、この見解は帰属論の内部において、被害者の自己答責性に照準を合わせる。ここでは、代表的な論者であるライナー・ツァツイクの見解を検討する。

1. 彼の見解では、法的意味における自己答責は、一方で行為者の実行に移された自由が問題となり、他方で彼の行為の法的正当性の問題において、被害者の自由への敬意が問題になるとする。これを前提として、彼は、「被害者の自己答責性」を刑法的不法の次元で働かせる。刑法的不法とは、個々人の現実の自由を限縮させることであるとする²⁴⁾。

意識的的自己侵害事例では、「意思」「行為」及び「結果」の連関が被害者自身によって作り出されていることから、原則は行為者の答責を遮断するのである。

自己危殆化事例では、意識的的自己侵害事例とは異なり、特に、「意識的的自己危殆化」においては、結果は目標として行為連関に統合されることは無く、むしろこの連関の外に存在しているのであり、危険への意識的賛同を結果に対する決意とみることはフィクションにすぎず、多くは結果の不発生が信じられているとする。

それでは、この場合に他人の正犯的答責が生じるのはどのような場合か²⁵⁾。この点については、「自己危殆化事例において、他人の過失正犯が根拠づけられるのは、侵害結果の発生は行為者が法益を偶然にゆだねたことに基づくのであり被害者がそうしたことに基づくのではない、と指摘さ

れうる場合だけである」とする。

その確定は、まず、第一に、「被害者が、他人が侵害を導く経過を義務適合的な態度によって支配するというを信頼することが出来たかどうか」、これが肯定されるなら、自己危殆化は否定され、他人の答責が生じる。これが否定されるならば、自己危殆化が肯定され、他人の答責は生じない。この要件が肯定される場合には、さらに、次の要件が検討されることになる。

第二に、「被害者が、法的に確固とした形態において、自己危殆化への歩みを行う可能性が全く彼に開かれていないことを信頼することができたかどうか」を検討する²⁶⁾。しかし、一般的に他人に対する監督義務は根拠づけられないから、これが肯定されるのは、極めて例外的な場合だけである。

2. この見解を、各事例にあてはめると以下のようになる²⁷⁾。

まず、「メール河事件」では、渡し守が、乗客の要請を振り切り、危険な状況を作り出すことを阻止できると、乗客が一般的に信頼することができたかを検討する。本件では、渡し守にこのような乗客に対する特別な監督義務を課すことは、困難である。従って、乗客の自己危殆化を肯定でき、渡し守は、無罪とする。

次に、「エイズ感染事件」でも、同様の論理で無罪を導く。感染するかそれ自体は不確かなことなのであり、行為者が侵害を導く事象を支配することを被害者は信頼できないからである。

一方、道路交通における違法態度事例では、自己危殆化は存在せず、行為者の過失の可罰性が発生すると考える。なぜなら、行為者は自己の運転方法を自己のそのときに持っている運転能力に合わせるか、もしくは全く運転しないかのいずれかにすべきであり、加えて彼が刑法的にそのような義務を負わされていることを、被害者は信頼することが出来るからである。ただ、例外的に、飲酒などにより運転手が自動車などを運転することに全く無能力であると完全に判別できる場合は、被害者は上述したことを信頼

できない。従って、その場合には被害者の自己危殆化により、行為者は無罪とする。

そして、麻薬の自己使用事例では、被害者には自己危殆化への可能性が開かれていないということをして、麻薬剤法の禁止の意味から、計算に入れることができるとする。従って、被害者の自己危殆化は否定され、他人の答責が生じる。

三 小 括

ここでは、ドイツの判例・学説において、この問題状況を解決出来ないと批判される被害者の承諾論ではなく、被害者の自己答責性についてまとめておきたい。

「被害者による危険の引受け」の問題領域では、自己危殆化への関与・合意による他者危殆化において、危険な行為の実行と結果の発生に対して、行為者と被害者が過失的（一部、故意を含む²⁸⁾）に共働したことが特徴的である。被害者がある一定の主観的事情を満たした上で、自己の態度によって事案におけるイニシアチブを取ることを示したのであれば、行為者の危険性と発生した結果は正犯的に被害者自身の答責領域に帰属されるべきである。そこで、被害者の自己答責性を認定し、発生した結果が被害者の答責領域に帰属し、その結果、行為者への正犯性が否定されるためには、次のような要件²⁹⁾が必要であると考えられる。

第一に、「行為の危険性と特定の構成要件の結果発生の可能性が被害者に完全に認識されており、また、被害者に意思決定の自由が留保されていたのでなくてはならない³⁰⁾」。ある危険行為が構成要件の結果に結びつく可能性が被害者に認識されていなければ、「被害者による危険の引受け」が無く、刑法的答責性が遮断されることはないからである。結果発生の可能性の不認識は、被害者が不注意にも結果発生の可能性を認識していなかった場合であっても、その不注意をもって自己答責性を認定することは不可能である。

第二に、「第一の要件を前提として、行為の危険性と結果発生の可能性を正しく認識、評価しうる能力が被害者に存在したことで、つまり、自己答責能力の存在が必要」となる。自己答責能力は、個別事例において、危殆化された法益の種類、結果発生の可能性の程度を考慮して決することになる。この点に関しては、麻薬の自己使用事例では、被害者が麻薬の常習によりこの能力が欠けている場合があり、その場合には、彼の自己答責性を認定することは出来ない。

そして第三に、客観的要件として、「事象において被害者が単に成り行きに身を任せ、行為者の手に自らを委ねるというだけでなく、少なくとも行為者と同程度以上に結果発生に対して積極的な態度（自己答責的態度）を示したことが必要」である。自己危殆化への関与の場合は、自らの手で行ったということから、この要件は認定されやすい。一方、合意による他者危殆化の場合においては、結果発生に結びつく行為が他人の手に委ねられていることを考えれば、さらに結果発生への積極性という特殊な事情を必要とすべきである。具体的には、メーメル河事件のように行為者が結果発生危険を指摘したにもかかわらず、被害者がなお懇願し、行為に至ったような場合のみに、この要件が認められる。

第二章 日本の学説・判例の検討

第一節 日本の学説のアプローチ

ドイツでは、事案の特殊性に着目した学説の対立がなされていた。この問題に対して日本の学説は、ドイツでの議論を踏まえて、多方向からアプローチを試みており、学説が錯綜している。そこで、この問題における日本の学説は、主要な七種類のアプローチに分類ができるものとする。以下、順を追って各見解を検討していくことにする。

一 被害者の同意論によるアプローチ

1. まず、このアプローチの主な論者である林幹人教授の見解を検討する。この見解からは、危険の引受けの問題は、「被害者の同意の延長線上にあるもの」として理解されている³¹⁾(準同意説、危険同意説)。通常の被害者の同意と異なる点は、危険の引受けの場合、被害者の認識している結果発生の可能性は低く、抽象的なものであり、さらに、被害者が結果発生を望んでいない点であるとされる。しかし、これらの事情は、被害者の同意論を拡張して用いるのに妨げとなるほど重要ではないと考えられる。被害者の同意論を本稿の問題事例に適用するには、「被害者がたとえ、その可能性が低く、また、抽象的なものであっても、結果発生の可能性を認識しており、それにもかかわらず、彼自身の意思により、自由にその危険に同意したこと」のみで足りるとされる。もっとも、被害者の認識している危険が極めて低い場合は、危険の引受けは認められない。危険の引受けがある場合には、その法的効果は、被害者の同意と同じであり、行為者は不可罰となる。

林教授は、あくまでも被害者の同意論の延長の問題であると強調されるが、被害者の同意を論じる上で重要でないとする、被害者が結果発生を望んでおらず、むしろ結果の不発生を期待していたという事情は、被害者の同意による違法性阻却の根拠を、法益侵害結果の無価値と自己決定権の価値の比較衡量であるとする限り重要である、と思われる。また、危険の引受けによって、その結果を発生させた行為を正当化するためには、同意の対象も結果にまで及ばなければならない。そうであるなら、結果発生を望んでいない何らかの自己の利益のために、結果発生危険のある行為を受け入れた者にまで結果についての同意を認めるのは、結果の同意の擬制になると強く批判できる。それに加え、被害者が結果発生を確実に認識していれば、行為自体についても危険の引受けをしなかったと考えられるのではないかと批判がなされる³²⁾。

さらに、現行法上、刑法202条で個人の自己決定尊重の内在的制約とし

て、生命の処分を禁止しているから、他人による被害者の生命侵害は、被害者の同意をもってしても正当化できない³³⁾。

2. 次に、同様のアプローチの論者である井田良教授の見解を検討する。

井田教授は、危険の引受けの第一類型とされる「被害者による自己危殆化への関与」の事例において、他人の過失行為に対する教唆・幫助が可罰的かどうかという問題についてどのように考えるかが重要であるとされる³⁴⁾。そして、他人の過失行為への共犯的態様による関与も、その関与行為が通常の過失犯の要件を満たせば、過失犯として処罰し得るとするのが、多数説であると考えておられる。この場合に関与者を不可罰とするためには、別の論理が必要だとされる。刑法204条との関係でみると、他人の意図的自傷行為に対する故意の教唆・幫助は不可罰と解される。自殺に対する教唆・幫助（故意）についての特別な処罰規定である202条の存在から、自殺に対する過失による教唆・幫助の不可罰性まで導くことが可能である。しかし、被害者自身が結果発生を許諾していない場合については、この規定を根拠として関与者の罪責を否定することは無理であるとする。

この点については、井田教授は、危険の引受けの第一類型において、過失犯において拡張的正犯概念を前提にしていると言わざるを得ない。そうであるなら、故意の正犯概念との関係が問われることになる。本見解は、過失犯における正犯と共犯の関係の問題と位置付けておきながら、先決問題の理論的な説明無しに、通説的な過失犯論に基づき可罰性を肯定しているといえる。ここでは、正犯概念の問題が十分に認識されていないように思われる。

ただし、意図的な自傷行為への故意の共犯は、正犯的な被害者の行動が自己答責的なものであることを理由に、不可罰としている³⁵⁾。これは、明らかに、後程検討する「被害者の自己答責性」からのアプローチであり、論理一貫性がないと思われる。

次に、危険の引受けの第二類型とされる「同意に基づく他者危殆化」において、危険にさらされることへの同意は、行為の違法性を阻却するとさ

れる。これは、まさに、林教授と同じく危険同意説である。その根拠は、「個人の自己決定権ないし法益処分の自由を根拠に据え、法益主体の自主的な法益の放棄・処分により法益が消滅し、または法益保護の必要性がなくなることに理由を求める³⁶⁾」。「リスクを伴う行為をすることの自由(またはリスクを甘受することによりそれを超える何らかの利益を享受することの自由)というのは個人の自己決定権の内容たり得る³⁷⁾」。危険にさらされることへの同意が認められないとすれば、リスクについての説明の義務も存在しないことになり不当となる。

確かに、個人の自己決定により、危険な事態に自分をさらすことも、その内容となりうること自体は否定されない。しかし、そのことをもって、結果の発生によって充足される結果犯の構成要件の違法性全体が阻却されることを導くのであれば、論理の飛躍と言わざるを得ない。同意の対象は危険な行為であっても、正当化の対象は結果なのである。法益主体が自ら危険に身をさらしたことそれだけをもって、法益主体の法益保護が欠如するということはできない。これは、まさに被害者の同意論と言わざるを得ない。

それに加えて、井田教授は、第一類型は、第二類型よりも行為者が結果発生に寄与する度合いが小さいということから、第二類型では適法とされうるのに、第一類型ではその可能性が無いというのでは評価の上で矛盾があるとし、第一類型も適法となると考えられる。事象の正確な分析がなされておらず、さらに、理論的な説明無しに、バランス論だけからこのように結論を導くことは妥当とはいえない。

3. 小林憲太郎助教は、法益侵害結果自身が欠落するとした被害者の同意による徹底した見解を提唱される³⁸⁾。

このような危険の引受けの事例において、行為者に死亡の結果を帰責しないようにするために、相当因果関係ないしそれに類する帰責基準とは全く別個の考慮を持ち出す必要があるとされる。そこで、このような場合には、そもそも相当因果関係が結びつけられる対象である結果が欠如してい

るとの解釈ができる」と主張される。その根拠は、例えば、舌にピアスの穴を開けることは、一般的な生理的機能にとって不良の変更かもしれない。しかし、刑法は舌に穴を開けるということをその者が望むのであれば、「不良と評価はしない」。このような観点から、自己危殆化への関与の事例や合意による他者危殆化の事例においても、一定限度で結果の存在を否定できるとする。すなわち、「被害者が最終的な結末を望んでいたと言い得る場合は、そのような結果はもはや不良なものとは評価せず、それゆえに問責行為に帰責されるべき結果が欠如していると考えるのである³⁹⁾」。

そして、小林助教授は、この考えは、「被害者の同意」の理論と基本的に同じ発想であると主張される。結果の存否は、属性の変更を被害者が望んでいるかどうかのみに依存しているのであって、そこに他人の手によるかどうかという視点が入る必要は無いとされ、自己侵害・自己危殆化と、合意による他者侵害・他者危殆化とを区別する必要が無いとする。また、「侵害結果が発生するかもしれないが、まあしょうがない」という心理的態度までを侵害結果に含めるべきであるとし、自己侵害・合意による他者侵害と、自己危殆・合意による他者危殆化の区別も必要が無いとする⁴⁰⁾。

この見解については、結果が本件での問題領域においてとも単純に、自己決定論と法益論とを結びつけるものであり、井田教授の見解に対する第二類型への批判が同様に当たり妥当でない。それに加え、なぜ被害者が最終的な結末を望んでいたと言い得ないという本事例の前提にもかかわらず、結果を不良なものとして評価しないのであろうか。また、この見解は、自傷への関与と同意ある他害は同じであると考えており、行為のイニシアチブを持っている者が異なっていること及び刑法202条の存在を無視していると疑問を提起できる。

二 社会的相当性によるアプローチ

奥村正雄教授は、「被害者による危険の引受け」を「許された危険」の一類型と捉え、過失犯の実質的違法阻却判断の対象に取り込んで、危険の

引受けの事実を当該行為の社会的重要性・有用性などと共に「社会的相当性判断の一要素」と位置付けし、社会的相当行為に当たるかどうかの判断によって解決することが可能であるとされる⁴¹⁾。具体的には、スポーツとしての社会的重要性・有用性があり、スポーツの安全を確保する遵守ルールがあり、かつ生命・身体に対する危険の程度が低く抑えられており、被害者による生命の危険の引受けがあることの各要件を満たし、行為の遂行が社会通念上許容されるとみなされるときは、たとえ死の結果発生を惹起したとしても、社会的に許される行為、つまり社会的相当行為であるとして違法性を阻却し得ると考えられる。

同様に、十河太朗助教授も「被害者による危険の引受け」は、単独で違法性阻却事由とはならないが、社会的相当性の有無を判断するための重要な要素である、と考えておられる。スポーツ事故を念頭において、スポーツが社会的相当性を有するためには、それがルールに従い行われ、かつ、被害者がそのスポーツに伴う危険につき十分に認識していることが重要になるとされる⁴²⁾。

この見解に対しては、「被害者による危険の引受け」を社会的に捉え直すという発想は、評価に値すると思われる。しかしながら、見解の中に出てくる「社会的相当性」の定義が、そもそも何なのか問題となる。それを決めるためには、どのような行為が社会的相当であるのか、自己答責性の観点が必要になるのではなからうか。スポーツ等において、社会的有用性、ルール遵守、危険の引受けがある場合、被害者の生命処分の意思さえも無く、ましてや生命に優越する利益もないにもかかわらず、それから生ずる生命侵害が社会的相当であるといっても、簡単に納得できない。行為無価値に基づく社会的相当性の判断は、その基準が客観化されず、判断者の価値判断に大きく依存する点に難点があると非難される⁴³⁾。

三 許された危険論によるアプローチ

須之内克彦教授は、本稿のケースは、スポーツ活動の有する社会的価値

と、当該危険行為の結果発生 of 蓋然性を違法性の段階で比較衡量し、許された危険の範囲内にある限りで、違法性が阻却されるとして解決される。同意の対象は、あくまで結果であるが、その結果に対する同意は、特にスポーツ活動に参加する場合には、結果の不発生を希望しながらも、場合によっては結果が発生することもやむを得ないと考え、参加したとみられる場合には、これを同意と扱うことが現実に合致し、適切と考えられる。故意犯では同意が、過失犯では危険の引受けが問題となるというような、明白な対応関係では割り切れず、また、結果発生 of 「積極的意欲」を要求して限定することにより、そこから漏れた部分を危険の引受け論で処理すべきとされる。そして、同意で扱えない場合は、責任の領域で検討するとし、上記のような明確かつ厳格な基準で考えるか、従来の予見可能性や期待可能性などの検討で足りると考えられる⁴⁴⁾。

スポーツ活動を主眼に置いた学説であるが、許された危険によって保護される利益は、国家の経済発展や交通秩序といった抽象的なものでは不十分であり、より具体的なものでなければならぬとの批判がある⁴⁵⁾。それに加え、許された危険論を採用すれば、202条の説明が困難であると思われる。

四 特別の責任阻却によるアプローチ

神山敏雄教授は、スポーツ事故において、特に「外部的・客観的に明らかに生命を侵害する危険行為」とはいえないようなルール違反の危険行為から死の結果が生じた場合に限り、危険の引受けの意義があると考えられる。このような行為がルール違反であろうとなかろうと、プレイヤーが相互にその危険を引受けてプレーをしている最中にそれから偶然死の結果が発生したとしても、その結果について行為者を非難し、「刑罰で責任追及することは、競技の性質上酷である」と考える。そこで、危険の引受けを一律的に刑事非難に値しない責任阻却事由として処理するのが合理的と考えられる⁴⁶⁾。

被害者の同意論では、本事例を解決できないと指摘されている点は評価できるが、そもそも、スポーツ事故であるということを強調して、行為者の非難が酷と考慮せられ、この論理を一般論に援用することは出来ないのではないか、と留保を付けざるを得ない。また、「被害者による危険の引受け」が、責任論のどこの部分を根拠に責任阻却事由となると考えておられるのか不明確であると、非難される⁴⁷⁾。

五 信頼の原則によるアプローチ

深町晋也助教授は、予見可能性の一部をなす信頼の原則によって、本事例を解決できると考えられる。信頼の原則の下では、危険減少的要素が、一定の経験則の次元にまで高められた場合、もはやそのような結果が発生することは稀であり、そのような経験則を信じた場合、具体的な事情においてそのような経験則を破るような事実が具体的に予見可能でない限り、処罰に必要な高度の予見可能性を認めることが出来なくなる。そこで、被害者は自ら保護しようとするとの経験則が存在するか問題となり、これに対して、法益主体である被害者は、特段の事情が無い限り、自己の法益を保全する行動を取り、自己の法益に危険が生じた場合には、通常その危険を回避する行動を取る。これは、法益主体である被害者の危険の認識に依存する⁴⁸⁾。法益主体は法益保護を法規範により義務付けられているわけではないので、危険の発生についての認識も危険についての認識も有していないが、危険の認識可能性があった場合では、その危険に関する注意義務が無く、法益主体にとっては、自己の法益に危険が迫っていることについて認識するための契機が存在しないことになるから、自己保全本能を働かせる契機が存在しないことになる。つまり、被害者が自己を保護することを信頼するためには、被害者の自己の法益に対して危険が生じていることを認識していることが必要となるのである。ただし、被害者が答責能力を有しない場合、被害者が当該状況で危険回避をなし得ない場合、被害者に対して、行為者がより容易に危険を回避し得る地位を得ている場合は、被

害者の自己保護についての経験則が通用せず、これらの場合には、行為者は過失の責任を問われる⁴⁹⁾。

この見解に対しては、被害者の適切な行動が信頼できない場合には、このアプローチは妥当しないと批判が出来る。被害者が危険の発生を認めていないにもかかわらず、また、自己保全本能による危険の回避もなされずに、危険に身をさらしたのが、まさに本稿の問題とする危険の引受けの事案だからである。例えば、相手がカミソリを使うと顔中血だらけになるということを知りつつ、その者に髭剃りに使うからと頼まれてカミソリを貸した人間は、過失傷害罪（209条）、または、故意の傷害罪（204条）の罪責を負うと考えるのであろうか⁵⁰⁾。問題の本質は、被害者の適切な行動は信頼できないが、それは被害者自身の自己責任である場合の解決にあるのではないか。もし、このような事例を信頼の原則で処理をしようとしても、被害者自身が危険に身をさらしており、被害者は事態を制御できず、実際上、行為者の不処罰という解決は不可能となってしまう。

六 行為の危険性否定によるアプローチ

このアプローチの論者である山口厚教授は、かつて、同意による他者危殆化事例で、同意を真に認め得る限りで、過失犯の構成要件要素である相当因果関係ないし客観的帰属関係の要件をなす「行為の危険性」が規範的評価において否認されると解されていた。つまり、法益主体が同意している危険の限りでそれはないものと扱われるので、その危険が結果に実現したとしても相当因果関係ないし客観的帰属が肯定できず、その結果、構成要件該当性が否定されて過失犯は成立しないとする⁵¹⁾。本見解が、同意の擬制とならないように、構成要件該当性を基礎付けうるだけの、結果に結びついた危険の認識や同意が（結果自体に対する同意は無いとしても）あったかが問題となり、それが肯定される場合に構成要件該当性が否定される。

最近の論文⁵²⁾において、山口教授は以下のような見解を展開される⁵³⁾。

この問題の解決の糸口は「自己の利益を危険にさらす自由」であるとされる。自己決定権の内容に、危険な行為であろうとも、何らかの理由によりそれを望む場合、それが許されるべきである。これは、危険行為を自ら実行する自己危殆化の場合だけでなく、依頼された他人により実行される他者危殆化の場合であっても、妥当する。一旦危険行為を許し、危険な行為を遂行したのなら、危険な行為の遂行のために行為者にとって、もはや客観的・主観的に回避し得ない結果が発生したとしても、結果惹起の責任を問うことが出来ないと解さなければならないとする。なぜなら、行為者としては、如何ともしがたい事態だからである。そうしなくては、当初許された危険行為の遂行が回避し得ない結果惹起により、事後的に禁止されることになり、危険行為の遂行を許すことと矛盾することになるのである⁵⁴⁾。

かつての見解は、ある一定条件のもとに行為の危険性を規範的評価において否認しうる、すなわち、法益主体が同意している危険の限りでそうではないものと同じく扱われる、とされている。しかし、なぜ、行為の危険性を否認しうるのか、その根拠が示されていない。もっともこれを「被害者の自己答責領域に属する危険は刑法では問題としない」という評価のルール(規範)が解釈で導かれるとするのであれば、客観的帰属論の規範的思考そのものであると評価できる⁵⁵⁾。これに加え、山口教授は規範的判断を相当因果関係ないし客観的帰属の問題とされているが、そもそも相当因果関係論でこのような規範的な帰属を考えることは困難と言わざるを得ない⁵⁶⁾。「構成要件該当性判断においてどの程度の規範化が許されるかは、それ自身困難な問題であるが、客観的帰属の発想からは、現実の危険を前提とした上で、それが行為者の答責領域に属するものなのか、あるいは被害者の答責領域に属するものなのかを決定するという判断手続きまでしか引き出されないはずである」。本事例を解決するには、構成要件該当性の判断における規範的評価は避けられないが、過度の規範化は、規範評価すること自体の信頼を損なうことになり、規範的評価の安定性を害するようと思われる⁵⁷⁾。また、危険の引受けによって構成要件該当の危険行為が否

定されるのならば、生命侵害そのものの同意によって、なおさら構成要件該当の危険行為は否定されるのではないか。つまり、同意による生命処分の禁止は、危険の引受けによって否定されることになる」と批判される⁵⁸⁾。

そして、最近の見解では、自己の利益を危険にさらす自由に基づいて、一旦危険行為を許し、危険な行為を遂行したのなら、危険な行為の遂行のために行為者にとって、結果惹起についての責任を問うことが出来ないとする。これは、前提として、本稿での問題を同意の延長線上にそれを拡張して解決することは不可能と考える山口教授が、実質的には、行為の同意をもってして、結果の同意と考えていると言わざるを得ない⁵⁹⁾。さらに、自傷への関与と同意ある他害が同じものであると考えられ、両者を書き分ける刑法204条の存在を無視した議論といえる。また、行為者として如何ともしがたい状態という評価自体、適切とは思われない。同意による他者危殆化の事例では、行為者としては、非難されるような行為を行ったにもかかわらず、例外的に被害者の態度をもって行為者を自損行為への関与と考えていることに着目しなければならない。

七 被害者の自己答責性によるアプローチ

この見解の論者である塩谷毅助教授は、被害者の自己答責性は、自由主義的に構成された法秩序において、法益の第一次的な管轄は、法益主体である被害者自身であるということが前提になると述べられる。本稿の事例のように、被害者が特別な態様で行為者と結果発生に向けて共働するときには、被害者の正犯的な「広い意味での自損行為」が行われたと評価し、被害者の自己答責性により、正犯性を制限し、行為者は被害者の自損行為に「関与」したに過ぎないと評価されるのである。そこで、『被害者の自己答責性論』は、被害者の意思と態度（行為）の連関に独自の意義を持たせ、客観的帰属の思考様式のもとで、『正犯・共犯』の視点を交えながら、被害者の承諾論では問題解決できなかった生命侵害・危殆化の問題（自殺関与事例や自己危殆化事例）を解決するための理論であり、被害者の真摯

な要求に基づく殺害の可罰性を維持しながらも、なお、ある一定の場合に被害者の自己答責性により行為者の正犯性を否定することを通じて行為者の不可罰性を導く理論⁶⁰⁾」なのである。

他説からは、合意による他者危殆化の場合は、法益主体が単に危険発生に同意しているにすぎず、因果的支配は背後者の手中にあるから、法益主体の自己責任が危険・結果の背後者への帰属を排除することになるとはいえない⁶¹⁾、と批判される。また、被害者の自己答責性自体が、行為者の罪責の評価に影響を与えるといたしても、その評価を決定することはありえない、と非難されている。なぜなら、刑法では行為者の罪責が問われるのであり、法益侵害の結果につき被害者と行為者のいずれかの答責性に帰属させるのかという論理は成り立たないと考えるからである⁶²⁾。他には、被害者の承諾によって可罰性の排除されない行為が、なぜ、同じく個人の自由を基礎とする「自己答責性の原則」によって不可罰とされるのか疑問が提起されている⁶³⁾。

八 小 括

それでは、どのアプローチが本事案の解決に適切なのであろうか。

被害者の同意論を始めとする既存の六つの考え方は、被害者が結果の発生を望んでいなかったことを重視せず、生命処分の自由の制限をしている刑法202条を踏まえた議論が出来ていなかった。特に、死ぬことまでの同意をしていないにもかかわらず、それを擬制し、自傷に対する関与と同意ある他害を区別していないように思われる。事案の不正確な理解と、各アプローチの本来の限界を無視しており、これらでは問題の解決は出来ない。

しかしながら、被害者の自己答責性からのアプローチは、行為者が被害者の自損的行為への過失関与という形態である捉え、事例の状況における当事者の役割に着目し、正犯論の議論を踏まえた上で帰属を考えるものであり、より妥当な見解と思われる。上記の被害者の自己答責性からのアプローチに対する批判は、被害者の自己答責性の不正確な理解によるもので

あり、参考程度にとどめておくべきであろう。詳しくは、後述の第三章で検討する。

第二節 判例の状況

次に、我が国の実務では、危険の引受け事例をどのように扱っているのかを検討する。この問題領域で検討すべき判例は、坂東三津五郎ふぐ中毒死事件、ダートトライアル同乗者死亡事件である。一般的に、前者は、自己危殆化への関与の事例、後者は、合意による他者危殆化の事例とされている⁶⁴⁾。

一 坂東三津五郎ふぐ中毒死事件

1. 事案は、京都府知事からふぐ処理の免許を受けている被告人が、客として現れた歌舞伎俳優である坂東三津五郎にふぐの肝を含むふぐ料理を提供した。その際、被告人はふぐの肝には毒物が多量に含まれていることがあり得ることを認識しながら、彼に提供した。その後、被害者は、そのふぐの中毒による呼吸麻痺によって窒息死した。被告人は、業務上過失致死罪と京都府ふぐ取扱条例違反に問われた⁶⁵⁾。

この事件においては、予見可能性の有無が主な論点であった。被告人は、ふぐの肝に毒が含まれていることがあり得るということは認識していたが、本件が起こるまで、ふぐの肝を調理し、提供していたが全くこのような事故が起きていなかった。そして、その当日に同じふぐの肝を他の客に提供したが、被告人のみに中毒症状が現れたことから、客観的予見可能性が存在したかが問われることになった。この点については、裁判所は「単にふぐの毒に当たることはまれであるとの体験的事実を根拠に予見可能性を否定するのは相当ではない」として、予見可能性を肯定した。

一方で、本事案の問題を解決するにあたり、注目すべき点は、弁護人が、肝が危険であることを十分に知ってそれを食した被害者の態度が犯罪成立に影響を与える、との主張をしていたことである。最高裁において、被告

人の弁護士は、次のような主張をしていた。「たとえ調理しても危険なふぐの有毒部分を他人に提供してはならないという注意義務は、ふぐの有毒部分を他人に提供することを差し控えるところで終わり、その注意義務違反の責任はその限りにとどまるのであって、そのような明白な危険が現在するに至ったときにその危険を回避すべき注意義務を負う者は、提供された料理を食するか否かを自ら決定し得る者、つまり被害者その者であるといわなければならないのである⁶⁶⁾」。ここでは明言されていないが、この主張は、被害者の態度を評価した「被害者の自己答責性」によるものと思われる。しかし、判決では、この点については量刑事情の一つとしてしか評価されず、危険を認識していた被害者の態度による違法阻却はなされなかった。

2. 思うに、本件は、まさに被害者による自己危殆化への関与事例であり、業務上過失致死を否定すべきであったと考えられる。相手が有名な歌舞伎俳優である坂東三津五郎であることから、被告人がふぐの肝の要請を拒むことは實際上難しかったと思われる。そして、その状況で、本人が自ら進んでふぐの肝を食べたのである。また、中毒による死亡するとの認識が、後程検討するダートトライアルでの同乗者の死亡への認識よりも高いことも指摘できる。

二 ダートトライアル同乗者死亡事件

1. 事案⁶⁷⁾は、被告人は、未舗装道路をダートトライアルの経験者である被害者を同乗させ、自動車で練習走行していた。その練習中に、高速走行における減速不足等からハンドルの自由を失い暴走し、急な下り坂カーブを曲がり切れずに車両を防護柵の支柱に激突させた。そして、その際に丸太の支柱が同乗者の胸に当たり、死亡した。被告人に、業務上過失致死罪が成立するか争われた。このような死亡事故は、競技史上初めてであった。また、被害者は七年程度の競技歴を有しているが、被告人は、当時初心者で、同乗していた被害者から走行についてアドバイスを受けていた⁶⁸⁾。

本件は、一般的に合意による他者危殆化の事例と捉えられている⁶⁹⁾。この事案での弁護士は、被害者は、同乗することによって、生じるかもしれない危険性を自ら甘受して、自己の法益をその限りで放棄しているから、この結果は、自己決定権の範疇にあると述べた。そして、ダートトライアル競技そのものが、社会的相当行為であり、仮に、違法性が阻却されなくとも、被告人は事故を予見し、これを回避すべき注意義務を負っておらず、被告人に過失を認めることはできないとし、無罪を主張した。

この点について、裁判所の見解は、ダートトライアル競技は、その性質から身体に重大な損害が生じる危険が内在していることを前提にし、上級者の被害者は初心者の運転に伴う危険を予見することもあり、同乗者である被害者が運転手への助言を通じて一定程度それに伴う危険を制御する機会もあったと認定した。そして、そのようなもと同乗していた者は、運転手が予見の範囲内にある運転方法で走ることを認容した上で、それに伴う危険を自己の危険として引き受けたとみることができ、その危険が現実化した事態については、違法性阻却を認める根拠があるとした。もっとも、死亡等の意識は薄いかもしいが、直接的な原因となる転倒や衝突を予測しているのであれば、死亡等の結果発生危険をも引き受けたと認められるとした。本件では、これらの要件を満たすとし、被害者は、被告人の走行の結果から生じる事態を自分の危険として引き受けたとして、無罪を導いた。本判決において、「危険の引受け」は違法性阻却事由と解された。また、社会的相当性については、ダートトライアル競技において、ルールに則り、同乗するということが一般的であり、重大な被害が生じても必ずしも相当性を否定できないことから認めた。

2. 初めて実務において「危険の引受け」が展開されたと思われるが、判決の中で以下のような問題点⁷⁰⁾があげられる。

第一に、危険の引受けの内容と要件⁷¹⁾が明確でない点である。特に、「危険行為が特定の構成要件の結果に結びつくであろう認識が被害者にあるか」という要件を、「行為の一般的危険性についての認識が被害者にあ

るか」の要件にすり替えていることである。この要件を満たすことが、危険の引受けの必要不可欠な前提であることから、疑問である。本件では、被害者はダートトライアル競技で、このような死を招く危険があるとは認識していなかったと思われるかにかかわらず、多頻度で衝突や転倒することを競技者なら知っているとして、要件を満たすとするが、納得できない。

第二に、危険の引受けによって、なぜ違法性阻却がなされるのか疑問である。個人の生命処分の自由は刑法上認められていないこととの関係はどう理由付けるのか。また、被害者の生命処分の承諾を認めない202条との関係はどう説明するのであろうか。その理論的な説明は無く、被害者の同意論からのアプローチに対する同様の批判があたる。

以上のように、本判決は、我が国の学説の多数説と同様に違法性阻却説ではあるが、危険の引受けの議論に与えた影響は大きいと思われる。

3. ダートトライアル同乗者死亡事件に対して、井田教授は、本件は「およそ予見可能性の範囲を逸脱した因果経過と解することはできない」とされる⁷²⁾。しかし、私見としては、具体的結果の予測可能性の困難、注意義務違反の内容に対する特定が困難であるとして処理すべきであったと考える⁷³⁾。ダートトライアル競技で、死亡することは無く安全であると被害者が認識していることが、危険の引受け事例として妥当でない理由であろう。誰にも予想できなかったことを帰責させることは不合理であり、社会は誰にも帰責させないのである。また、坂東三津五郎ふぐ中毒死事件の方が、死亡の可能性が高く、死への認識も高かったと認定でき、ここで問題となる「被害者による危険の引受け」の事例にふさわしいといえる。

第三章 被害者の自己答責性について

第一節 被害者の自己答責性の分析

一 判例では、被害者の自己答責性について明確に言及はされていないが、前述で検討した本事例の解決に妥当と思われる「被害者の自己答責性」の

理論を、以下、詳細に検討する。ここでは、どのように被害者と行為者の行為を捉えるのか、正犯論と社会との関係の観点から検討する。

本稿の問題状況のように、「被害者が特別な態様で行為者と結果発生に向けて共働する場合には、被害者の自己答責性のもとでは、ある一定条件において、生じた結果は第一次的に被害者の決断と行為の仕業である」と考える⁷⁴⁾。これは、被害者が排他的に結果発生に対しての正犯的答責性を担っていることを意味する。つまり、被害者の正犯的な広い意味での自損行為が行われたということであり、その結果、行為者は被害者の自損行為に関与したに過ぎないと評価される。

この被害者の自己答責性によって、被害者による過失的な広い意味での自損行為が行われていたということは、一方で行為者の過失正犯の処罰を否定することになるが、他方で過失的な自損行為という構成要件該当性の無い行為への共犯でしかないということの意味する。これは、通説の「過失による教唆・幫助」を認めない立場からは当然に、たとえそれを肯定する立場であろうとも、処罰の否定に至る⁷⁵⁾。

つまり、被害者の自己答責性は、被害者の真摯な要求に基づく殺害の可罰性を維持しながらも、なお、ある一定の場合に被害者の自己答責性により行為者の正犯性を否定することを通じて行為者の不可罰性を導く理論なのである。そのように考えるならば、被害者と行為者が共同して法益を危殆化する場合には、法益保持に関する第一責任者である法益主体の事象における役割を明確にする必要がある。

二 この点に関しては、過失犯においても、「主役」と「脇役」、つまり「正犯」と「共犯」の区別を認める限縮的正犯概念を前提にして、ドイツにおける故意の自殺関与不可罰のルールが過失犯にも妥当する、という考え方が一貫性を持ち、他の正犯概念では不都合が生じると考えられる⁷⁶⁾。

これに対して、過失犯の正犯概念で、拡張的正犯概念を採用した場合、自殺に対する過失的関与を不可罰にできないのか。松宮孝明教授は、これ

に対する論証をギュンター・シュペンデルの見解で行い、その論理展開の中で正犯と共犯は因果的に等価であることを無視していると批判され、拡張的正犯概念の採用を否定される⁷⁷⁾。さらに、ロクシンの過失犯に統一的正犯概念の妥当性を認めつつ、自殺への過失的関与ないし自己危殆化への過失的関与を不可罰とする見解に対しても、部分的に統一的正犯概念では無理な規範的思考を前提にしているとして、不都合性を論証される⁷⁸⁾。

ただ、「自己答責性原理」は、出来事の「主役」と「脇役」を決める原理に過ぎないものであり、発生の結果について主たる責任を負う者と従たる者を区別するのみである。そして、そう解することで、「正犯」の存在しない自損行為に対する関与者は特別規定が無い限り、現行法の解釈として不可罰になるのであり、同時に、その場合でも「正犯」の一種である「間接正犯」のルールに則って、背後者を正犯として処罰することは可能なのである⁷⁹⁾。

もし、過失犯につき限縮的正犯概念が妥当するなら、坂東三津五郎ふぐ中毒死事件のケースでは当然に不可罰になってしまうことに対して、限縮的正犯概念のもたらす結論の妥当性を疑問視する見解がある⁸⁰⁾。もっともこの点について、松宮教授は、「現実が理論を決定すべき」なのでであると反論され、当該事案の当事者の帰責をどのように社会が捉えるかということを重視すべきであるとされる⁸¹⁾。

この点に関して、参考になる三島由紀夫割腹自殺事件⁸²⁾を検討しておく。本事案は、政治的主張を行うために、自衛官を監禁した騒動の中で、三島由紀夫が武人の作法に従い引責自決するために、自ら切腹をし、事前に依頼していた共謀者に介錯を受け、その結果として死亡したことについて、介錯者がその行為に対する罪責を問われたものである。裁判所は、この点に関して、あくまでも三島の懇願による囑託殺人であると判決を下した。しかしながら、三島自身が切腹をし、最後に共謀者に死ぬことを手伝ってもらうために、介錯してもらい、死亡したのであるから、この行為は自殺を助けたものと評価すべきであり、社会においても三島の行為はあくまで

も「自殺」なのである。本件では被告人を自殺幫助と扱うべきであり、社会はそのように決する⁸³⁾ということなのである。

三 以上より、被害者を含む他人の自己答責的な態度による結果については責任を負う必要は無いという意味での自己答責性論と、それに基づく故意・過失を通じた一元的な限縮的正犯概念によって、理論的に行為者の無罪を導けるのである⁸⁴⁾。ここでの「自己答責性」とは、直接行為者の自己責任を意味し、結果を認識している場合だけでなく、結果を予見し、回避するように義務付けられている場合もこれに含まれる。それ故、直接行為者が過失的行為を行う場合でも、背後者に正犯として結果が帰属されることはない。ただし、この場合、直接行為者が、自己答責的な行為につき、故意犯又は過失犯として可罰的となることまでは必要無いとする。自己答責性は、事態において主要な役割を演じたのは誰であるかを決定する原理であり、これは刑事責任を問う必要条件に過ぎないのである。

もっとも、自己答責的な直接行為者の態度が介在する場合に、背後者は常に不可罰になるわけではない。背後者が直接行為者の行動につき、適切な指示を与えるよう義務づけられているような保障人又は義務犯の場合、背後者が誤った指示を行い、直接行為者がそれに従い不適切な行動を取った結果、自己または第三者の法益を侵害する限りで、特別な義務に対する違反に基づいて背後者に正犯として結果が帰属される。

このような考えは、一般犯罪（支配犯）の場合、処罰の拡大を意味するものではなく、特に注意義務に違反する行為から結果を惹起した過失行為者に、被害者あるいは第三者の自己答責的な態度から生じた結果を帰属させないという点で、むしろ処罰の限定を意味するのである。

四 それでは、このように考えない他のアプローチからは、本事例の解決は不可能なのであろうか。他のアプローチは、発生結果が被害者の自損的行為によるものか、それとも関与者の他害行為によるものかを検討せずに、

関与者が正犯であることを前提としていると指摘できる。これは、過失犯において統一的正犯概念を採用していることになり、故意犯と過失犯で正犯概念が異なることにつき積極的な理論的根拠が示されていないと疑問が提起できる。この点からも、他のアプローチを採用することが困難であることは、明らかである。

むしろこの問題においては、発生結果が被害者の自損的行為によるものであることを理由に、関与者が負責から開放されることが重要である。これは、「被害者による危険の引受け」の合意による他者危険化の事例においても妥当する。発生結果は被害者の自損的行為によるものと評価され、被害者が自己を危険にさらすような態度を取った場合でなくとも、関与者が負責から開放されることを理論的に根拠づけられるのである。そのような行為を取った者自身の自己責任の有無こそが、相手方の態度への結果帰属の決定的な基準となるべきなのである。つまり、被害者の自己答責性からのアプローチが問題解決に妥当であると考えられる。

第二節 被害者の自己答責性の捉え方

一 以上のように、被害者の自己答責論の理論的な論拠が示されたが、その見解の詳細においては争いがある。特に、被害者の自己答責性の認定の要件において、被害者が、行為の危険と特定の構成要件の結果発生の可能性をどの程度まで認識している必要があるか、という点である。これは、生じた結果をどの者に帰責させるか考える上で、重要になる要件の一つである。

この点に関しては、大きく分けて二つの見解があると思われる。一つは、塩谷助教授の見解のように、被害者が当該危険な結果発生の可能性を完全に認識していなければならないと考えるもの⁸⁵⁾である。それに対して、被害者の危険な結果発生の可能性の認識を完全にまでは要求せず、認識すべき状況にあったことで足りると考える見解⁸⁶⁾がある。

この対立は、結果の帰責を自由な行為を行ったことから決定付けるべき

か、それとも被害者の置かれている社会がどのように考えているかを重視して決めるべきかという問題であると考えられる。

そこで、両説を具体的な例を用い、どちらが事案の妥当な結果を導き得るか、検討してみる。例えば、ある者が金槌を大人に貸した場合に、残念なことに貸してもらった者が、使用中にその金槌で怪我（傷害）を負ったケースを考えてみる。使用者が、金槌の使用によって傷害を負う可能性を完全に認識していなかった場合には、自己答責性が認められず、善意の貸与者が何らかの罪責を負うのであろうか。大人の場合であれば、たとえ、そのような危険の認識を完全に有していなくとも、被害者の自己答責性が認められ、貸与した者は一切責任を負うことは無い。その金槌を使用することが、危険な行為であり、傷害の可能性を完全に認識していなくとも、当然金槌を扱う者は、気を付けて、使用しなければならないことを要求されるのである。故に、本人が危険の認識を完全にしていなくても、社会はそのような場合には、使用者本人に責任を負わせるのである。これは、被害者が完全に危険の認識を有して、自由な選択として行為したことの責任を問うというのではないことを明確にあらわしている。一定の社会規範のもと、活動を行っていることから、社会が事象の結果をその者に帰責させるべきであると考えた場合に、被害者の自己答責性が認定されるということなのである。

さらに、次の事例においても同じことが指摘できるのではなかろうか。例えば、被害者が、前方の視界が全く見えず、相当の荒波の中、無謀にもヨット旅行を懇願し、その結果、ヨットが沈没し、被害者が死亡した場合を考えてみる⁸⁷⁾。被害者が、このような旅行が危険であり、その結果死亡する可能性を完全に認識していることまで必要なのであろうか。正当な理由も無く危険に身を置き続けたいと懇願した被害者は、生じた結果の責任を全て負わねばならないというのは、自己責任の下で行動をしていることから素直に出てくると思われる。懇願された者は、大人同士で、連帯責任を強制されることも無い対等な関係であり、被害者が旅に出ることを止め

ることを要求することは出来ないのである。被害者は、自らの行為に対して、自己答責的な責任を負っているものであり、このような条件のもとでは、死亡する可能性があることを認識しなければならなかったのである。故に、たとえ旅に出ようとする者が、危険な旅であることを完全に把握していなくとも、被害者の自己答責性は認定できるのである。

このような事例で考えれば、なお納得できるのではなかろうか。火気厳禁のガソリンスタンドで、タバコを吸おうと、頭の中が空っぽの状態、ライターを貸してもらい、何気なくそれで火を点けようとしたら、ライターに引火し、大火傷を負った場合が挙げられる。管理人のような保障人的地位にある者でなく、一般市民であった場合でも、そのような場所では、ライターを使用するときは、火気に注意しなければならないのは社会のルールである。たとえ、火を点ければ危険な状態に陥るということを完全に認識をしていなくても、その者は気付かなければならない状況にあったのである。

二 上記の事例でも示されたように、被害者の自己答責性の認定においては、社会がどのようにその事象を考え、帰責させるべきかという点が重要なのである。従って、事象における被害者の危険の認識をあまり強く要求すると、本来の被害者の自己答責性論による妥当な評価を導く有効性を欠いてしまうことになると思われる。被害者が、行為の危険と特定の構成要件的结果発生を認識すべき状況であれば、それで足りるとするのが社会の規範なのである。

お わ り に

本稿の「被害者による危険の引受け」の問題状況に対して、被害者の自己答責性によるアプローチの有効性は、以上に述べたように論証されている。他の法理で解決できないならば、被害者の自己答責性論を積極的に採

用すべきである。ドイツでの議論を正確に捉えず、特に条文の存在を無視し、自傷に対する関与と同意ある他害の区別をしない他の方法からのアプローチには賛成できない。

しかしながら、この被害者の自己答責性論の理解は正確に浸透しておらず、その内部での社会規範の判断基準の明確化と、犯罪論体系との関係の詳細な解析を期待したい。

- 1) 塩谷毅「『被害者の自己答責性』について」浅田和茂 = 松岡正章ほか編『転換期の刑事法学 井戸田侃先生古稀祝賀論文集』(現代人文社, 1999年) 789頁参照。
- 2) 塩谷毅「自己危殆化への関与と合意による他者危殆化について(一)」立命館法学246号(1996年) 86, 87頁。
- 3) RGSt 57. 172ff. RG Urteil vom 3. 1. 1923.
- 4) NStZ 1990. 81f. Urteil des BayObLG vom 15. 9. 1989
- 5) BGH MDR 1959. 856 BGH Urteil vom 13. 7. 1959
- 6) BGHSt 7. 112ff. BGH Urteil vom 25. 1. 1955
- 7) BGHSt32. 262ff. BGH Urteil vom 14. 2. 1984
- 8) 塩谷・前掲注2) 96, 97頁参照。
- 9) 塩谷・前掲注2) 98頁参照。
- 10) 塩谷・前掲注2) 99頁。
- 11) 塩谷・前掲注2) 104, 105頁参照。
- 12) 塩谷・前掲注2) 105, 106頁参照。
- 13) 塩谷・前掲注2) 107, 108頁参照。
- 14) 塩谷・前掲注2) 109, 110頁参照。
- 15) 塩谷・前掲注2) 111頁。
- 16) 塩谷毅「自己危殆化への関与と合意による他者危殆化について(三)」立命館法学248号(1996年) 81頁以下。
- 17) 塩谷毅「自己危殆化への関与と合意による他者危殆化について(四・完)」立命館法学251号(1997年) 68~75頁。
- 18) 以下のドイツの学説については、主に塩谷毅「自己危殆化への関与と合意による他者危殆化について(二)(三)(四・完)」立命館法学247号75頁以下, 248号80頁以下(1996年), 251号(1997年) 67頁以下による。吉田敏雄「合意のある他者危殆化について」『西原春夫先生古稀祝賀論集 第一巻』(成文堂, 1998年) 407頁以下も参照。
- 19) 塩谷・前掲注18) 立命館法学247号76~80頁。
- 20) 塩谷・前掲注1) 792頁参照。
- 21) 塩谷・前掲注18) 立命館法学247号78, 79頁参照。
- 22) 塩谷・前掲注18) 立命館法学247号80頁。
- 23) 塩谷・前掲注18) 立命館法学247号95, 96頁。

- 24) 塩谷・前掲注17) 77頁。
- 25) 塩谷・前掲注17) 78, 79頁。
- 26) 浅田和茂「刑事法学の動き」法律時報70巻4号(1998年)103頁において、分かりづらい表現である、と指摘されている。
- 27) 塩谷・前掲注17) 79, 80頁参照。
- 28) エイズ感染事件では、一部、故意を含んでいると思われる。
- 29) 塩谷・前掲注17) 92~94頁。
- 30) この要件に関しては争いがあり、本稿の第三章において検討する。
- 31) 林幹人『刑法総論』(東京大学出版会, 2000年)181頁参照。
- 32) 奥村正雄「被害者による『危険の引き受け』と過失犯の成否」清和法学研究第6巻第1号(1999年)107頁。
- 33) 安達光治「客観的帰属論の展開とその課題(四・完)」立命館法学273号(2000年)126頁参照。山口厚「被害者の危険の引受と過失犯処罰」研修599号(1998年)4頁も同旨。
- 34) 井田良「危険の引受け」『刑法の争点[第3版]』(有斐閣, 2000年)78, 79頁。
- 35) 井田・前掲注34) 78頁参照。
- 36) 井田・前掲注34) 78頁。
- 37) 井田良「被害者の同意」現代刑事法14号(2000年)91頁。
- 38) 小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』(弘文堂, 2003年)61頁以下参照。
- 39) 小林・前掲注38) 62頁。
- 40) 小林・前掲注38) 63~73頁参照(特に, 67, 71頁)。
- 41) 奥村・前掲注32) 115, 116頁。
- 42) 十河太郎「危険の引受けと過失犯の成否」同志社法学50巻3号(1999年)355頁。
- 43) 神山敏雄「危険の引き受けの法理とスポーツ事故」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第三巻』(成文堂, 2000年)25, 26頁。
- 44) 須之内克彦「スポーツ事故における同意と危険の引受け」『刑事法学の現実と展開 斉藤誠二先生古稀記念』(信山社, 2003年)115頁。同「スポーツ事故に対する法的処理の現状」『中山研一先生古稀祝賀論文集 第四巻』(成文堂, 1999年)135頁以下参照。
- 45) 十河・前掲注42) 354頁参照。
- 46) 神山・前掲注43) 37, 38頁参照。
- 47) 須之内・前掲注44) 斉藤古稀114頁。
- 48) 深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要9号(2000年)139頁以下。
- 49) 深町・前掲注48) 141頁。
- 50) 松宮孝明「被害者の『自己答責性』と過失正犯」『過失犯論の現代的課題』(成文堂, 2004年)245, 246頁参照[初出:『誤判救済と刑事司法の課題 渡部保夫先生古稀記念』(日本評論社, 2000年)523頁以下]。
- 51) 山口・前掲注33) 7頁。
- 52) 山口厚「『危険の引受け』論再考」『刑事法学の現実と展開 斉藤誠二先生古稀記念』(信山社, 2003年)96頁以下。
- 53) 島田聡一郎「被害者の危険引受」『クローズアップ刑法総論』(成文堂, 2003年)125頁

被害者による危険の引受けについて（林）

以下にて、島田助教授は、基本的には、山口教授と同様の見解を展開される。生命侵害・危険が存在する場合には、要件を満たすことにより違法性が減少し、それを前提に、行為者が殺意の無い過失の場合に限り、可罰的責任を否定される。山口教授の見解に対する批判が同様にあたる。

- 54) 山口厚『刑法総論』（有斐閣，2001年）156頁。平野潔「危険の引受けと過失犯」現代刑事法38号（2002年）32頁も同様の見解である。
- 55) 松宮・前掲注50）254頁。
- 56) 塩谷・前掲注1）802頁注（24）。
- 57) 安達・前掲注33）103頁。
- 58) 神山・前掲注43）26頁。
- 59) 林・前掲注31）180頁参照。
- 60) 塩谷・前掲注1）799頁注（2）。
- 61) 山口・前掲注33）6頁。
- 62) 奥村・前掲注32）109頁。
- 63) 曾根威彦「過失犯における危険の引受け」『刑事違法論の研究』（成文堂，1998年）168頁。また、浅田・前掲注26）103頁において、浅田教授は、被害者の承諾とその自己答責性とは通底しているはずであり、論者は、後者を強調するあまり前者を狭く解しすぎているように思われる、と批判される。
- 64) 塩谷毅「危険の引受けについて」立命館法学253号（1997年）167頁以下参照。
- 65) 最高裁昭和55年4月18日決定。最高裁判所刑事判例集34巻3号（1980年）149頁以下。
- 66) 塩谷・前掲注64）177頁。
- 67) 千葉地裁平成7年12月13日判決。判例時報1565号（1996年）144頁以下。本判決に関して、以下の文献を参照。大山弘＝松宮孝明「自動車競技中の衝突・転倒により同乗者を死亡させる結果になった運転が同乗者による危険の引き受けを理由に正当化されることがあり得るか（肯定）」法学セミナー503号（1996年）74・75頁，荒川雅行「危険の引受けと過失犯の成否」ジュリスト平成9年度重要判例解説147・148頁，前田雅英『最新重要判例250 刑法 第四版』（弘文堂，2002年）66頁，小林憲太郎「危険の引受け」別冊ジュリスト166号 刑法判例百選 総論〔第五版〕112・113頁。小林助教授は、本事案において、部分社会の法理で処理すべきであると主張される。
- 68) 公判についての詳細は、日本弁護士連合会刑事弁護センター編『無罪事例集（第二集）』（日本評論社，1996年）272頁以下による。
- 69) 井田・前掲注34）79頁。
- 70) 塩谷・前掲注64）168頁以下参照。
- 71) ここでの危険の引受けの要件については、塩谷・前掲注64）170頁であげられている五つの要件を検討している。
- 72) 井田・前掲注34）79頁。
- 73) 大山＝松宮・前掲注67）75頁，荒川・前掲注67）148頁，松宮孝明『刑法総論講義〔第2版〕』（成文堂，1999年）197頁，曾根・前掲注63）170，171頁も同旨。
- 74) 塩谷・前掲注1）796頁。

- 75) 塩谷毅「自殺関与事例における被害者の自己答責性(一)」立命館法学255号(1998年)294頁。
- 76) 過失の自殺関与が可罰性を持たないことを理解するためには、刑法202条と周辺の条文の理解が前提になる。210条及び211条は、過失による他殺についての規定であり、自殺である202条前段の罪とは関係が無いのである。松宮孝明「過失犯における正犯概念 - 火災事件をめぐる議論を素材に - 」『過失犯論の現代的課題』(成文堂, 2004年)337頁参照。
- 77) 松宮・前掲注50)255頁以下にて、綿密に論証されている。同257頁において、自殺関与が故意犯としては処罰されないのだからまして処罰価値のより低い過失的自殺関与は処罰されるべきでない結論づける前に、故意の自殺関与は過失致死の正犯としても処罰されないことを論証しておかなければならない、とも指摘される。
- 78) 松宮・前掲注50)258頁以下にて、刑法規範の保護範囲ないし構成要件の射程外というだけでは、何も説明になっていない。それどころか、自殺関与は故意犯としては処罰しないが、過失致死の正犯としては処罰可能だとする見解も、現行法の解釈として不可能ではなく、これを否定するためには、自殺の主役は自殺者本人だとするしかない。それは、正犯・共犯の区別を認めることを、つまり限縮的正犯概念の採用を意味する、と強く非難される。
- 79) 松宮・前掲注50)262頁。
- 80) 井田良「過失犯の問題点 過失犯における危険の引受けを中心に」刑法雑誌39巻3号(2000年)123頁。
- 81) 松宮・前掲注50)264頁。
- 82) 判例時報668号(1972年)32頁以下参照(東京地裁昭和47年4月27日判決・三島事件第一審判決)。
- 83) 松宮孝明「『正犯』と『共犯』 その根拠と限界 」『刑事立法と犯罪体系』(成文堂, 2003年)221頁参照[初出:刑法雑誌39巻2号(2000年)64頁以下]。松宮教授は、これを「社会的解釈図式」と表現される。
- 84) 安達光治「客観的帰属論の意義について」國學院法學40巻4号(2003年)110頁以下(特に114頁以下)。なお、安達・前掲注33)124頁以下も参照。
- 85) 哲学に関する研究を十分に踏まえることが出来ていないが、以下、筆者の理解の範囲での指摘をする。この見解は、カントの考え方を汲むものであり、主体が自由に行為を行うことを念頭に置いており、人格の存在があつてこそ、社会が存在すると考える。
- 86) この見解は、ヘーゲルの考え方を汲むものであり、他者があつてこそ、自己があると考える、相対概念でものごとを捉え、社会があつてこそ、その中に人格があると考える。ヘーゲルの見解に関して、加藤尚武『ヘーゲルの「法」哲学』(青土社, 1999年)、長谷川宏訳『ヘーゲル 法哲学講義』(作品社, 2000年)参照。
- 87) 松宮孝明=平山幹子訳「ギュンター・ヤコプス 作為および不作為の刑法的帰責」立命館法学253号(1997年)230頁参照。