

危険引受け論について

ふか まち しん や
深 町 晋 也

目次

序章

第1章 被害者の自律＝自己決定と犯罪成立との関係	122
第1節 同意論による解決を妨げて来た問題について	122
第1款 自手性と同意との関係	123
第2款 生命・身体法益と同意との関係	123
第2節 被害者の自律＝自己決定の要件としての主観的認識	127
第1款 行為の危険性の認識を要件とする見解	127
1. 行為＝同意説	127
2. 注意義務違反欠落論	129
3. 許された危険論ないし社会的相当性論	130
4. 構成要件の射程範囲論	131
5. 被害者の自己答責性論	131
第2款 行為の危険性の認識をも要件としない見解	133
1. 被害者と行為者とのパラレル論	134
2. 被害者の管轄論	135
第3款 私見	137
第2章 被害者の法益主体たる地位と犯罪成立との関係	138
第1節 被害者の危険認識と信頼の原則	138
第1款 信頼の原則の有する意味	139
1. 信頼の原則の体系論的地位	139
2. 信頼の原則が予見可能性判断に与える影響	139
第2款 被害者の危険認識の有する意味	140
第3款 被害者と行為者との関係性を決定する更なるファクター	141
第2節 問題となる事例群の検討	141
終章	145

序 章

近時、被害者の態度が犯罪成立に与える影響についての議論がわが国において急速に活発化している。その中でも、議論の中心となっているのは、被害者が、法益侵害の危険性は認識しつつ、敢えて自らそのような危険な行為を行った場合の関与者の罪責、あるいは、被害者が、法益侵害の危険性は認識しつつ、他人の危険な行為を甘受した場合の関与者の罪責である。このような事例、即ち危険引受けの事例の解決については、法益侵害結果それ自体についての認識（論者によっては更には意欲）が同意には必要とする見地（結果＝同意説）から、同意論による解決は放棄しつつ、それ以外の解決を模索するという思考枠組みが一般化している⁽¹⁾。しかし、危険引受けにおいて、何らかの意味で、「被害者の特殊性」に依拠しなければならないとすると、そこで想定される「被害者の特殊性」を支える根拠とは一体何かが問題となる。そして、その「被害者の特殊性」が、被害者の自律＝自己決定に存するのだとすれば、正に被害者の自律＝自己決定に基礎を置く被害者の同意との関係が不可避的に問題とならざるを得ない。

しかし、問題はそれだけには留まらない。「被害者の特殊性」は、必ずしも被害者の自律＝自己決定に限局される訳ではなく、それ以外にも、被害者が、法益主体であるという点にも求められ得る。即ち、被害者が、法益主体として、法益に対して現実に自律的＝自己決定的処分をなす場合のみならず、被害者が法益主体であるという点それ自体について、何らかの意味で、関与者の犯罪成立に影響を与える余地があるのではないか、が問題となるのである。

そこで、本稿では、まず、被害者の危険引受けにおいて問題となる「被害者の特殊性」が被害者の自律＝自己決定に存する場合、それは、被害者の同意といかなる関係にあるのか、更に端的に言えば、被害者の危険引受けを、被害者の同意と異なった形で理論構成することが可能であるのか、という点について検討する(第1章)。次に、その

ような自律＝自己決定が存在しない場合であっても、なお、被害者が法益主体であるという点が、関与者の犯罪成立に影響を与える「被害者の特殊性」とならないか、なるとしたらいかなる根拠に基づくのか、について検討する(第2章)。

第1章 被害者の自律＝自己決定と犯罪成立との関係

第1節 同意論による解決を妨げて来た問題について

危険引受けという問題領域がわが国において自覚的に論じられるようになったのは最近のことであるが、わが国の学説がその多くを負っているドイツにおいては、危険引受けの事例が、判例上古くから問題となっていた⁽²⁾し、学説においても議論の蓄積がある⁽³⁾。そして、ドイツにおいては、かつては天然痘医師事件についてのBGHの判例⁽⁴⁾に見られるように、同意論によって問題を解決しようとする見解もあつたのである。しかし、近時のドイツの判例・学説は、危険引受けの問題を同意論の枠組みで解決しようとしてはいない。その理由としては、①被害者は法益侵害の「危険」を認識しているに留まるから、結果＝同意が存在しない(危険認識と同意との関係)、②ドイツ刑法では、自殺関与は不可罰とされているが、要求による殺人は216条⁽⁵⁾で可罰的であるから、被害者が自己を侵害・危殆化する場合と、合意によって他人が被害者を侵害・危殆化する場合とは区別せざるを得ず、少なくとも前者については同意論のみでは解決し得ない(自手性と同意との関係)、③生命法益(部分的には身体法益もそうであるが⁽⁶⁾)については、被害者による同意が有効ではないので、同意論による処罰の否定は不可能である(生命・身体法益と同意との関係)、④同意は、関与者の行為に対してなされなければならないが、危険引受けの事例においては、関与者の行為後に危険の引受けがなされる場合があり、その場合にも、同意論の範囲外の問題となる(同意の時期の問題)、ということが挙げられる。本節では、その中でも、②および③の問題について、果たして同意論によ

る解決を妨げるものなのか、という点を検討する⁽⁷⁾。

第1款 自手性と同意との関係

被害者の自己危殆化への関与と、合意による他者危殆化との区分論は、大きく分けて、2つの根拠によって支えられている。即ち、①条文上の根拠と、②自己決定権の観点からの根拠、である。

①については、例えば、ロクシンは、ドイツ刑法において、216条及び228条（旧226条a）がある以上、生命・身体法益については、自己侵害への関与は不可罰であるが、合意による他者侵害はなお可罰的であるとして、この区別を、危険引受けの事例においても導入する。即ち、自己危殆化への関与と、合意による他者危殆化とを区別するのである。しかし、この根拠は、わが国の解釈論にとっては意味を持たない。と言うのは、わが国の刑法は、ドイツ刑法とは異なり、i)202条において、自己侵害への関与（自殺関与罪）も、合意による他者侵害（同意殺人罪）も、いずれも同一の刑で処罰しているし、ii)204条においても、ドイツとは異なり、良俗条項を規定しておらず、自傷への関与と合意に基づく他傷とを区別する事を予定していない⁽⁸⁾、それ故、寧ろ両者を同一に取り扱うことを予定しているとすら言い得るからである。

それ故、なお両者を区別すると主張するためには、積極的な根拠を提示する必要がある。その観点からは、②が決定的に問題となる。この点、例えば、曾根威彦は、（自殺は不可罰であるが、承諾殺人は可罰的であることを説明する文脈で、）自殺においては、（自手性によって）「自己決定の自由」が完全に実現されているのに対し、承諾殺人においては、（他手性によって）自由の実現が部分的なものでしかないと主張する⁽⁹⁾。しかし、この主張の趣旨を貫徹することは出来ない。と言うのは、器物損壊罪において、いらなくなった高価な壺を自分で捨てれば自己決定の自由が完全に実現されるが、他人に捨てさせた場合には自由の実現が部分的なものでしかない（即ち、原理的には壺を捨てた他人を処罰し得る）などと主張することは出来

ないからである⁽¹⁰⁾。その意味で、自律＝自己決定の観点と自手性との関係を一般化した形で問うことはおよそ無意味なのである。とすれば、曾根の見解を成り立たせるためには、問題の核心を、自手性の有無にではなく、寧ろ、生命法益の特殊性にこそあるものとして考える他ない。即ち、「生命法益の特殊性は、法益主体の自己決定の自由の実現を完全ならしめるためには、（法益主体の同意のみならず、その）自手性を原理的に要請するものである」、と主張するしかない。しかし、第2款で検討するように、生命法益の特殊性は、そのような自手性を原理的には要請し得ないのである。従って、自己決定権の観点からの根拠も成り立たないと言わざるを得ない⁽¹¹⁾。とすれば、わが国の文脈においては、ことさらに、自己危殆化への関与と合意による他者危殆化を区分する意義は生じない⁽¹²⁾のであるから、同意論による解決は、この点では妨げられない。

第2款 生命・身体法益と同意との関係

次に、同意論による解決を妨げるとされる問題として、わが国の202条が、同意殺人罪を処罰する点が挙げられる。例えば、塩谷毅は、生命は、個人主義的世界観の下で最も尊重されるべき個人の「存立基盤」であり、生命処分という「個人の毀滅」は個人の自己決定尊重思想の内在的制約であるから、生命侵害に対する同意には言及し得ないとする⁽¹³⁾。このような見解に依拠すれば、主として過失犯において問題となる被害者の危険引受けの事例においても、生命法益については（内在的制約として）同意の効力が否定される以上、およそ行為者の可罰性を否定することは出来なくなる。しかし、この見解の趣旨、即ち、「生命法益は、自己決定尊重思想の内在的制約として、法益主体の自律的＝自己決定的処分の対象たり得ない」との思想を徹底すれば、およそ、被害者の自律＝自己決定に依拠して問題を解決するアプローチそれ自体を否定することになるはずである⁽¹⁴⁾。従って、同意論に依拠しようが、それ以外の理論構成に依拠しようが、何らかの形で、被害者の自律＝自己

決定に依拠して問題を解決するアプローチの実効性を確保するためには、以上で述べたような見解を否定しなければならないのである。そのためには、202条が自殺関与・同意殺人を処罰する根拠について検討する必要性が生じる⁽¹⁵⁾。

202条が自殺関与・同意殺人を処罰する根拠については、大まかに言って、①202条の保護法益は、専ら被害者に属する個人的法益であると理解する見解（自己侵害説）と、②202条の保護法益は、被害者以外に属する法益であると理解する見解（他者侵害説）とに分けられる。ここで、①の自己侵害説の見地からは、例えば、i) 生命は、個人の存立基盤であるから、202条に現れている生命処分の自由の否定は自己決定思想の内在的制約⁽¹⁶⁾であるとの見解、あるいは、ii) 202条は自殺意思が軽率に、あるいは病的原因に基づいてなされた場合に、生命法益の重大さゆえに、後見的配慮を許容して自己決定権の後退を認めるいわば「嫌疑刑」であるとの見解⁽¹⁷⁾が主張されている。

しかし、i)の見解においては、なぜ、202条の法定刑が、199条と比べて著しく低く規定されているのか、の説明に窮する⁽¹⁸⁾。法益主体の生命処分の自由が否定されているのだとすれば、その同意はおよそ無効である以上、法益性＝違法性の減少に言及することは困難である。かといって、ドイツ刑法216条とは異なり、「明示的な (ausdrücklich)」かつ「真摯な (ernstlich)」要求を要件としないわが国の202条については、行為者に典型的に責任減少があるとは言いがたい⁽¹⁹⁾。ここで、仮に、法益主体の自律的＝自己決定的生命処分は、完全に有効ではないとしても、なお、生命法益に影響を与えるから、違法性が減少すると説明する⁽²⁰⁾のであれば、どうしてそのような部分的な効力が肯定されるのか、という点こそが問題となるのである⁽²¹⁾。又、ii)の見解においては、すでに批判されているように⁽²²⁾、嫌疑刑の疑いがあるにも拘らず、自殺意思を不自由なものと擬制することは、現行法の解釈としては正当化されないであろう。

そこで、②の他者侵害説が問題となる。他者侵

害説には幾つかのバリエーションがあるが、代表的なものを検討する。

シュミットホイザー⁽²³⁾は、ドイツ刑法218条の墮胎罪との関係で、自己墮胎と第三者墮胎の法定刑は同じであるが、第三者墮胎の場合には、「特に重大な事例」に法定刑が加重されている根拠を、両者の違法性にではなく責任に求めることと同様に、ドイツ刑法211条以下でも、自殺が不可罰だが他殺は可罰的である根拠を、両者の違法性にではなく、責任に求める。即ち、自殺も他殺も「人間の殺害」として不法内容は同一であるが、自殺については、特別な責任阻却事由が妥当するがゆえに不可罰になるのだとする。

この見解は、自殺と他殺との関係を、自己墮胎と第三者墮胎との関係になぞらえていることから分かるように、自殺においても、自殺者に属しない法益を問題にするものである⁽²⁴⁾と考えることが出来るが、ドイツ刑法の解釈論として問題である⁽²⁵⁾のみならず、わが国の202条の解釈としても採用し得ないものである。と言うのは、自己の生命も、他者の生命も、全く同様にドイツ刑法211条以下の不法構成要件で保護されるとすれば、生命法益それ自体が個人的法益に属しないことを正面から認めることになり、個人主義原則に抵触するからである。又、生命法益が個人的法益に属しないとすると、たとえ殺害される者(A)が自己(A)の殺害を要求したとしても、それは、殺害される者以外の者(B)が他人(A)の殺害を要求した場合と全く同様に、その(A)の要求に違法減少効果を認めることができなくなり、ドイツ刑法216条の根拠を違法減少に求めることが出来ないからである。そして、ドイツ刑法216条の解釈として、責任減少に依拠することはなお可能かもしれないが⁽²⁶⁾、わが国の202条の解釈としてそれが不可能なことは、前述の通りである。

次に、オットー⁽²⁷⁾は、個人的法益であっても、社会全体との関連性を有するものであり、無制限に個人的法益を処分することが社会全体に対する危険を基礎付けるような場合には、法益主体であってもその処分を制限されるとする。そして、

合意による他殺を自由に認めるとすると、殺人のタブー、即ち人間の生命に対する尊重が著しく侵害され、社会全体に対する危険が認められるので、法益主体であっても、生命法益の処分は制限されるとする。

この見解は、究極的には、個人の処分不可能な法益を、個人とは別個の社会的観点に求めるものであり、その実質は社会的法益に言及するものである。この見解の解釈論的帰結としては、①殺人のタブーとは、「他人の生命侵害についてのタブー」であるから、自殺及び自殺関与においてはそのようなタブーは害されないとして、自殺・自殺関与の不可罰性と合意による他殺の可罰性との区別を基礎付けること⁽²⁸⁾と、②故意殺人に比して過失致死においては生命侵害のタブーは弱まる（あるいはタブーが存在しない）ので、ドイツ刑法216条の趣旨が過失致死には妥当しないこと⁽²⁹⁾が挙げられる。しかし、①の点については、そもそも、「自己の生命侵害は、生命侵害のタブーに該当しない」との価値決定がアプリアリになされているのであり、その基礎付けこそが問題である。ここで、例えば、自殺の場合には自手であるからタブーが問題とならないとする⁽³⁰⁾のは、結論の先取りに過ぎない。寧ろ、人間の生命尊重それ自体が社会的法益だとすれば、自手であろうが他手であろうが、それが害されることに変わりはない。②の点についても、生命侵害のタブー、言い換えれば、生命の「不可触性 (Unantastbarkeit)」自体は、故意の場合にも過失の場合にも同様に問題となるのである⁽³¹⁾。ここで、仮に、「故意殺人のタブー」と「過失致死のタブー」とが異なると主張するのであれば、それは、生命尊重とは無関係の観点を混入させているに過ぎないが、それが妥当であるとは思われない。従って、わが国の202条の解釈論としては、この見解も採り得ない。

更に、近時、小林憲太郎⁽³²⁾は、「心理的連結性の乏しい人格は、その希薄さの程度に応じて異なった人格とみなされるべき」との「人格の同一性の程度説」に基づいて、将来の自己と現在の自己とを区別し、自殺とは、現在の自己のみならず、将

来の自己 (= 他人) の被覆決定の自由をも侵害するものであり、202条は、その将来の自己の被覆決定の自由を独立した形で保護法益としていると主張する。即ち、202条の保護法益を、現在の自己には属さない法益と構成するものであり、その解釈論的帰結として、本稿との関係で重要なのは、①将来の自己のみを保護する犯罪は202条しか存在しないので、過失による場合には、38条1項により不可罰であること、②将来の被覆決定可能性が存在しない場合には、保護法益が存在しないから、202条の適用は許されないこと、③202条の既遂時期は、死亡時点ではなく、将来の被覆決定可能性が断たれた時点であり、死亡は処罰条件であること、が挙げられる。

この見解は、自己決定権の尊重の趣旨を貫徹するために、他者侵害説を採用するものであり、(とくに①の解釈論的帰結を導き出す点で) その基本的思想は肯定できるが、なお幾つかの疑問が生じる。まず、この見解からは、殺人罪とは、現在の自己の生命法益と将来の自己とを合わせて保護法益とするものであるから、将来の被覆決定可能性がない者については、せいぜい傷害罪しか成立し得ない。この点、小林は、「自己決定権の重要性が高唱される今日においては、むしろ将来における被覆決定の可能性がある者とならない者とを異なって扱う方が、適切である」⁽³³⁾とする。しかし、「刑法における」自己決定権の重要性とは、「自己の法益について自律的=自己決定的処分をなした以上、国家は干渉し得ない」という点に存するのであり、それを超えて、直ちに、将来の被覆決定可能性のない者に対する劣後的取り扱いを正当化するものではない。そして、現在の自己の生命法益の侵害を傷害罪の限度でしか処罰出来ないとするのは、正に「軽すぎる」のであり、小林が、ここで立法論的な解決を示唆する⁽³⁴⁾ことは、現行法の解釈としての困難さを示している。次に、将来の被覆決定可能性の存否の判断基準を、「その者の信条・価値観に照らして判断する」とするのも疑問である。例えば、ピアニストが、「自分の存在価値はピアノが弾ける事だけである」という強い価値観を有し

ていたが、事故で指を全て失ってしまい、ピアノが弾けなくなったため、自分を殺すように同意・嘱託をした場合には、もはや将来の自己による被覆決定の可能性が存在しないとして、行為者には202条は成立しないのであろうか。しかし、その帰結は不当であろう。更に根源的には、現在の自己と将来の自己とは別人格（他人）であるにも拘らず、なお現在の自己による自己決定が将来の自己に影響を与えることを認めることになり、論理としては徹底されていないように思われる⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾。

以上のように考えると、他者侵害説の立場からは、202条の保護法益は、199条との関係で以下のように解釈されるべきと考える。即ち、199条においては、①個人の生物学的基盤としての生命（個人的法益としての「人」と、②個人が社会共同体のメンバーであることについての社会共同体の期待（社会的法益としての「人」とを複合的に法益として規定しており、202条においては、①の個人的法益の側面は（完全に法益主体に属するものであり、法益主体による自律的＝自己決定的処分が可能である以上、）自律的＝自己決定的処分によって放棄されているから、②の社会的法益としての「人」のみが独立に保護法益として規定されると解釈するのである。そして、①の個人的法益の主体であっても、それ以外の者であっても、この②の社会的法益については、およそ個人の処分権は及ばないので、その侵害は違法として評価されるのである⁽³⁷⁾。しかし、①の個人的法益の主体については、いわば、その決断は、「ぎりぎりの選択でなされる」ものであり、典型的に期待可能性＝責任を欠くものと評価できる⁽³⁸⁾ので、構成要件が規定されていないのである⁽³⁹⁾。

この点、「清算自殺」の例を挙げて、典型的に期待可能性＝責任を欠くとは言えないとする批判⁽⁴⁰⁾がある。しかし、例えば、犯人蔵匿罪、証拠隠滅罪で、（たとえ、個別的事例について、期待可能性が欠如するとは言いがたい場合があるとしても、）犯人が処罰対象とされていないことを典型的な期待可能性の欠如として説明可能だとすれば⁽⁴¹⁾、202条においても同様の説明が可能である

と思われる。

又、（202条の保護法益が生命法益に関するものである以上）202条の保護法益を社会的法益と解することは、個人主義に反するとする批判がある⁽⁴²⁾。この批判は、シュミットホイザーのように、生命法益自体を脱個人化する見解には確かに妥当する。しかし、202条の保護法益は生命法益であるとする前提は自明なものではなく、私見のように、202条の保護法益が生命法益ではないとする観点からは、202条の保護法益自体を脱個人化したとしても、別に個人主義には反しないのである。

更に、社会的法益としての「人」を保護していると考えれば、結局は個人の生命処分権を制約し、生命保持義務（Weiterlebenspflicht）を認めることになり、個人主義を基調とする憲法と合致しないとする批判も考えられる。しかし、例えば、自分の飼っているペットを殺した場合、自己の所有権を処分している以上、261条の器物損壊罪は成立しないとしても、社会的法益を侵害したとして動物保護管理法上処罰することが憲法違反ではないとすれば（そして、正にそれは憲法違反ではないと考えられるが）、同様の理が私見にも妥当すると思われる⁽⁴³⁾。

最後に、202条は、「第二十六章 殺人の罪」に規定されている以上、その法益も個人的法益でなければならないとする批判がある⁽⁴⁴⁾。しかし、この批判は、「人＝個人的法益」とするドグマを前提としている。私見によれば、199条の「人」は、個人的法益の側面と社会的法益の側面の両者を包摂しており、202条では、そのうちの後者の側面、即ち社会的法益としての「人」の側面に着目して保護するものであり、正に、「殺人の罪」の一類型と言い得るのである。

以上より、202条は、故意犯に限って、社会的法益としての「人」を独立に保護したものとされるから、38条1項により、過失による場合は不可罰とすることが可能である。従って、過失犯において主として問題となる被害者の危険引受けについて、202条は、同意論による解決を妨げるものとはならないのである⁽⁴⁵⁾。

第2節 被害者の自律＝自己決定の要件としての主観的認識

被害者の同意論では危険引受けの事例を解決し得ないとする見解の中には、危険引受けの事例においては、結果＝同意が存在しないことを論拠とする者が多い。しかし、同意論においては結果＝同意が必要であるが、危険引受けについては、被害者の自律＝自己決定に依拠しつつも、より弱い主観的認識で足りるとすることは、実は論理的に不可能であるように思われる。というのは、同意とは、正に被害者の自律＝自己決定に依拠した原理であって、被害者の自律＝自己決定としていかなる主観的認識が要求されるか、という問いが論理的に常に先行するからである。仮に、被害者の自律＝自己決定の要件として、結果を認識することが不要であるとされれば、それは正に同意論にも直接に反映する（結果＝同意説が否定される）のであって、同意論と危険引受け論とのずれは、この局面においても生じ得ないのでないだろうか⁽⁴⁶⁾。

従って、本節では、以上の観点から、端的に、被害者の自律＝自己決定の要件としては、いかなる主観的認識が要求されるかを論じる。ここでは、行為の危険性の認識を要件とする見解、行為の危険性の認識をも不要とする見解について検討を加えつつ、私見を提示する。

第1款 行為の危険性の認識を要件とする見解

本款では、ドイツにおいて有力な、行為の危険性の認識を要件とする見解を検討する。

ドイツにおいては、前述のように、自己危殆化への関与と合意による他者危殆化とを区別する見解が通説的であるので、必ずしも、同意論の枠組みのみで論じられている訳ではない。しかし、いかなる枠組みで論じようと、行為の危険性の認識を何らかの意味で要件とする見解は、実質的には、行為の危険性が同意の対象であるとする行為＝同意説の思想を採用していると考えられる⁽⁴⁷⁾。そこで、以下では、行為＝同意説を中心に、注意義務違反欠落論、許された危険論ないし社会的相当性

論、構成要件の射程範囲論、被害者の自己答責性論について検討する。

1. 行為＝同意説⁽⁴⁸⁾

ドイツでは、故意犯とは異なり、過失犯においては、行為の危険性が同意の対象であるとする見解が通説的である⁽⁴⁹⁾。そのような見解を支える根拠としては、まずは、①過失犯の違法を注意義務違反という行為無価値に求め、違法阻却事由は構成要件の結果ではなく、注意義務違反に存する危険に照準に合わせるべきであるから、同意の対象を行為に求める見解⁽⁵⁰⁾が挙げられる。しかし、このような、「行為無価値論→行為＝同意説」との論理は、行為無価値論自体に対する根源的疑問を捨象しても、採用することが出来ない。というのは、法益侵害結果を認識しつつ法益を放棄したことによって、そのような放棄された法益に対する注意義務が存在しなくなるとする構成⁽⁵¹⁾も十分に可能であって⁽⁵²⁾、行為無価値論から同意の対象論は一義的には導き出されないからである⁽⁵³⁾。即ち、同意の対象論は、あくまでも同意論の内在的分析によってのみ解決されるべきである。

又、②法益主体が行為＝同意をすることにより、過失犯の構成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する見解⁽⁵⁴⁾にも、実質的には、①の見解に対するのと同様の批判が向けられる⁽⁵⁵⁾。即ち、(この見解を主張する山口の拠って立つ犯罪論体系との矛盾を捨象しても、)法益侵害結果を認識しつつ法益を放棄したからこそ、行為の危険性も「規範的評価において否認」されるとする構成も十分に可能であって、行為の危険性が規範的評価において否認されるために被害者に必要な主観的認識は、(たとえ行為の危険性という要件を相当因果関係ないし客観的帰属関係において肯定したとしても)この見解からは一義的には導き出されないのである。

次に、③同意を利益衡量原則に位置付けること(利益衡量説)によって、行為＝同意説を基礎付けるという見解が挙げられる。例えば、デュリンクやヘルゲルトは、法益主体が自己の法益を危険

にさらすことによって実現される自己決定権の価値が、法益侵害の無価値に優越するとする⁽⁵⁶⁾。しかし、この見解は、その前提とする、同意を利益衡量原則に位置付けるとする点に大きな問題がある。それは、大きく分けて、i) 同意の理解としての原理的誤謬と、ii) 同意の要件を導き出す上での原理的恣意性の2点に分けられる。

まず、i) の点である。利益衡量説の主唱者ノルの見解は、法益主体の法益処分の自由及び同意によって追求される目的の価値が、法益侵害の重大性を上回る点に同意の有効性の根拠を求めるものである⁽⁵⁷⁾が、既に批判されているように、法益処分に関する個人の自由は法益の内容そのものであり、法益と別物ではない⁽⁵⁸⁾。実際、ノルの見解においても、同意は、その他の違法阻却事由とは異なり、法益主体の主観的判断に基づいて利益衡量がなされるのであり(主観的利益衡量)⁽⁵⁹⁾、そのような主観的な利益衡量が許される唯一の根拠は、正に、当該法益が法益主体に属し、当該法益についての処分権を法益主体が有しているからに他ならない。その意味では、法益概念の理解には、法益と法益主体との心理的な結合という主観的なモメントが不可欠であり⁽⁶⁰⁾、利益衡量説自体は、法益主体の有する処分権が行使された結果を「後付け」として説明するに過ぎない。従って、利益衡量説の最大のメリットは、寧ろ、利益衡量の枠組みによって、「同意によって追求される目的の価値」をも含めることが可能な点にある⁽⁶¹⁾⁽⁶²⁾。しかし、ノルの見解の原理的誤謬も正にこの点、即ち、法益主体の自律＝自己決定のみでは違法阻却がなし得ない場合に、目的の価値をも含めることで違法阻却を認めるという方向⁽⁶³⁾のみならず、法益主体の自律＝自己決定によって違法阻却が可能である場合にも、目的の価値を考慮することで、違法阻却を否定するという論理をも肯定する点にある⁽⁶⁴⁾。これは、正に、自律＝自己決定を尊重する現行憲法とは調和しないと云わざるを得ない。

次に、ii) の点である。ノルの見解の最大のメリットが、目的の価値をも含めることにあることから推察されるように、この見解は、様々なファ

クターを、利益衡量の名の下に取り込むことが可能な点にその解釈論的意義がある。しかし、それこそが、この見解が、同意の要件を導き出す上での原理的恣意性を内包する契機でもある。既に、同意に意欲要件が必要かという議論において、利益衡量説に立ちつつ意欲要件を要求する見解⁽⁶⁵⁾に対しては、「『自己決定実現』の価値に何をカウントするかは、この説(筆者注:利益衡量説)自体からは一義的には導き出され得ない」との批判⁽⁶⁶⁾がなされているが、それは原理的に当然なのである。というのは、利益衡量説においては、「同意をすれば、原則的には自己決定の価値が法益侵害の無価値を上回る」との言明内容(即ち、法益放棄説と全く同一の帰結を利益衡量の形で表明した言明内容)しかないのであって、いかなる場合に同意をなしたと評価すべきか、という問題、いかなる場合に同意が存在しても例外的に法益侵害の無価値が上回るか、という問題、更には、いかなるファクターが利益衡量に取り込まれ得るのか、という問題を解決する契機は、利益衡量説の内部にはおよそ存在しないからである。端的に言えば、利益衡量説とは、「いかなるファクターでも取り込むことが可能であるが、いかなるファクターについても、その基礎付けのためには、外在的な根拠を必要とする」見解なのである。従って、③の見解も、行為＝同意説を基礎付けることは出来ないと云わざるを得ない。

更に、④結論の妥当性の観点から行為＝同意説を支持する見解が問題となる。これは、i) 過失犯においては、被害者による結果＝同意は殆ど考えられないので、結果＝同意説は、事実上、過失犯における同意論の適用を否定することになってしまうとの批判⁽⁶⁷⁾や、ii) 危険への同意というものが認められないとすれば、危険犯については被害者の同意も考えられないとの批判⁽⁶⁸⁾が挙げられる。

しかし、i) の批判については、その批判が立脚する前提を検討する必要がある。仮に、この見解が、結果＝同意説だと、同意には、結果についての「意欲要件」までをも要求しなければなら

くなるという前提に立っているのだとすると、それは妥当ではない。既に指摘されているように⁽⁶⁹⁾、結果＝同意については、意欲要件は不要であり、単に法益侵害結果を認識しつつ、それを甘受するという態度さえあれば必要十分である。但し、法益侵害結果の不発生を信頼している場合には、なお結果発生への認識があるとは言えないので、その場合には、結果＝同意は存在しないことになる。

しかし、翻って考えてみると、この批判はそもそも批判として成り立たない。というのは、過失犯において、本当に結果＝同意が殆ど考えられないのであれば、それは、単に、現実に同意がないから、(被害者の自律＝自己決定を理由としては)不可罰に出来ないという当然のことを言っているに過ぎないからである。そこには、結論の妥当性に依拠した批判が介在する余地はない。

次に、ii)の批判についても、危険犯とは、一定の危険発生を構成要件的「結果」として規定している⁽⁷⁰⁾のものであると考えれば、正に、そのような「結果」に対する法益主体の認識こそが、必要十分なのである。即ち、同意の対象は、当該構成要件が規定している法益侵害結果との関係で決定されるに過ぎないのである。従って、④の見解も、行為＝同意説を基礎付けることは出来ない。

以上の検討から、行為＝同意説は、なお自説の正当化根拠を提示し得ていないことが明らかになったと思われる。

2. 注意義務違反欠落論

ドイツでは、ライヒスグリヒトがメーメル河事件で、被害者の危険引受けがあった場合には、行為者の注意義務違反が欠落するという理論を採用して以来、注意義務違反欠落論に依拠する見解が有力化した。例えば、ゲッペルトは、被害者が、自由意思に基づいて危険行為に関与した場合には、行為者の注意義務が相対化するとし⁽⁷¹⁾、プロイスも、自己の危険に基づく行為(Handeln auf eigene Gefahr)においては、(同意よりは弱いものの、なお)自己決定の発現があるので、注意義務を相対化する要素になるとする⁽⁷²⁾。更に、ヒルシュも、

被害者が、意識的に危険領域に赴き、その領域における類型的危険(ひいては、その領域で類型的に可能な注意しか払われないということ)に同意し、そうした類型的危険に順応し得る場合には、注意義務が相対化されるとする⁽⁷³⁾。

注意義務違反欠落論については、「一般的に許された危険を超えた行為者の行為の危険性ゆえに、一般的注意義務は、常に侵害されている」から、注意義務違反が欠落することはないとする批判⁽⁷⁴⁾があるが、これは、必ずしも妥当ではない。注意義務については、「全ての領域で妥当すべき一般的・客観的基準」を設定することはおよそ出来ないであって、被害者と行為者との関係性において、行為者が被害者に対して有すべき義務の程度が相対化すること自体はありえない訳ではない。問題の核心は、寧ろ、被害者が危険を認識しつつ危険領域に赴くことが、いかなる根拠に基づいて行為者の注意義務を相対化させ、注意義務違反を欠落させるのか、という点にこそある。

その根拠として挙げられているのは、まず、①被害者が危険引受けをすることで、自律＝自己決定の発現があること、である。しかし、同意に比して自律＝自己決定の発現としては弱い形態であるとされる危険引受けが、いかなる意味で注意義務を相対化するのであろうか。ドイツの通説的見解のように、過失犯の注意義務違反は行為無価値を基礎付けると考えても、危険を認識しつつ行為することで示された被害者の「自己決定」が行為無価値を減少させる(様々な衡量要素の中の)一要素として捉えられるとする⁽⁷⁵⁾のであれば、そこでなされている議論の実体は、正に、利益衡量説に基づく行為＝同意説に他ならない。したがって、それに向けられるのと全く同様の批判がここでも妥当するのである。

次に、②危険引受けがあった以上、被害者がそのような危険に順応し得るという点に正当化根拠を求める見解もあり得る。しかし、「被害者が危険に順応し得たのだから、行為者はもはや被害者に対しては注意義務を有しない」と論じるための根拠こそが問題なのであって⁽⁷⁶⁾、注意義務違反が欠

落するという事は、その背後に存在する不可罰根拠が適用された「結果」ではあっても、それ自体が不可罰根拠ではないのである。従って、注意義務違反欠落論の内部に、この点を解決する手は存在しないと言わざるを得ない。

3. 許された危険論⁽⁷⁷⁾ないし社会的相当性論

レンクナーは、侵害権と行為権とを区別する立場⁽⁷⁸⁾から、合意による他者危殆化の場合には、同意は侵害結果それ自体に及ぶ必要はなく、注意義務に反した行為から生じる危険を認識・甘受すれば、(許された危険としての) 行為権が生じるから、行為者は許容されるとする⁽⁷⁹⁾。

しかし、侵害権と行為権という対立枠組み、特に後者を認めることに対する批判⁽⁸⁰⁾を捨象しても、行為による危険に同意すれば行為権が生じるとするレンクナーの論証は、なお成功していない。確かに、正当防衛・緊急避難においては、そこで追求される目的(防衛効果・避難効果)が達成出来ず、従って侵害結果が正当化され得ないとして、一切の正当化を否定すると、緊急状態において正当防衛・緊急避難制度を利用することに対して萎縮効果が生じ、その結果、法的に是認されるべき目的の追求行為を抑制する危険性がある。その意味で、事前判断による許された危険を認めるべき実質的基礎が全くないとは言えない。しかし、同意においては事情が別である。というのは、①結果=同意の意味での同意が現実に存在しない場合には、一切の正当化を否定したとしても、同意という制度を用いることについての萎縮効果はおおよそ生じ得ない⁽⁸¹⁾し、②正当防衛・緊急避難とは異なり、同意においては、それによって追求される目的の達成の成否ということはおおよそ問題にならないからである。更に、③仮に①、②の点を捨象しても、レンクナーは、事前的判断により行為が許容される場合があるということを論証しているに過ぎず、そこからは、行為権が生じる要件として、危険認識で必要十分であるとの帰結は導き出され得ないのである⁽⁸²⁾。

次に、十河太郎や奥村正雄⁽⁸³⁾は、危険引受けの問題を違法阻却としての社会的相当性の観点から

捉え、死の危険を伴うスポーツにおいて、死亡結果が生じた場合でも違法阻却を認めるためには、①当該スポーツが社会的に定着しており、スポーツとしての社会的重要性・有用性があること、②当該スポーツの安全を確保する一定の遵守ルールがあり、かつ安全確保の設備等があつて、生命・身体に対する危険の程度が低く抑えられていること、③被害者による生命に対する「危険の引受け」があることの各要件を満たしていることを前提に、行為の遂行が社会通念上許容される必要があるとする。

しかし、この見解は、①社会的相当性論の基礎付けに関する問題と、②社会的相当性の基準としての有用性に関する問題の2点において、なお欠陥を有しているように思われる。

まず、①の問題についてであるが、そもそも、ヴェルツェルの社会的相当性論、即ち、「歴史的に形成された社会秩序の範囲内にある行為」は社会的に相当であるから許容されるとの理論⁽⁸⁴⁾は、その実体としては、i) 一定のルールに従った行為をする限り、その行為は、当該ルールが規定する利益衡量を充足する行為であるとする「許された危険」の観点と、ii) 当該行為が社会秩序において、通常の・日常的な行為として認められるという意味での「社会的通常性」の観点の2つを含んでいる。しかし、ii) の観点については、このような社会的通常性は、行為の社会的必要性を基礎付けるものではないし、行為の侵害性を法的評価の上で否定すべきとの論理をも導かない。即ち、行為の社会的通常性は、あくまで事実的な問題であり、直ちには行為の法的・規範的評価に繋がらないのである⁽⁸⁵⁾。

そこで、i) の観点が問題となる。ここで、許された危険については、a) ルールに適合した行為を行ったが故に、そのような行為から生じる危険を(結果を含めて)許すと考える立場と、b) 当該行為の有する危険性が、当該行為の有する価値との衡量の結果、下回るがゆえに、当該行為は許されるとする立場の2つがあり得る。しかし、a) については、既に指摘されているように⁽⁸⁶⁾、

過失致死傷罪の成否が問題となる際に、刑法規範以外の規範が、問題となる法益の保護と行為自由とについて適切な衡量がなされた上で規定されているという保障が存在しない。即ち、問題となるルール（例えば、行政法規、道路交通法規、ひいてはスポーツのルール）が、生命・身体法益についての保護と、当該行為において実現される行為自由とを適切に衡量した規定であるとの保障がないのである⁽⁸⁷⁾。その点を無視して、単に事実上存在するに過ぎない社会規範を広範に刑法解釈論に導入しようとするのであれば、それはもはや ii) の観点と軌を一にすることになる。そこで、b) の立場が問題となるが、この立場は、既に批判した、利益衡量説の立場に他ならないのであり、基礎付けの問題のみならず、②の基準の有用性の問題との関係でも、前述の批判が妥当するのである。従って、いずれにしても、社会的相当性論に依拠して危険引受けを論じるのは、「被害者にはいかなる主観的認識が必要か」という本稿の問題関心との関係では、有効な方法論とは言えないのである。

4. 構成要件の射程範囲論

ロクシンは、自己危殆化への関与については⁽⁸⁸⁾、①ドイツ刑法が、自殺・意識的自己侵害への故意関与を不可罰としており、②自殺・意識的自己侵害への過失的関与も、故意に比して過失ではより処罰範囲が限定されるから不可罰となり、③意識的自己危殆化への過失的関与についても、より侵害性が大きい自己侵害についてもその関与が不可罰であるから、より侵害性が小さい自己危殆化への関与についても不可罰である、とする⁽⁸⁹⁾。そして、実質的・規範的に見ても、自己の意思に反して被害者が危殆化されない限り、自己危殆化への関与者の行為自由を制約する根拠はないとする⁽⁹⁰⁾。

ここで、被害者の自律＝自己決定に必要な主観的認識を検討する本稿との関係で重要なのは、①→②の論証連鎖ではなく⁽⁹¹⁾、②→③の論証連鎖である。しかし、この論証連鎖は成り立たない。というのは、被害者が意識的自己侵害を行う場合は法益侵害結果を認識しているのに対し、意識的自

己危殆化を行う場合には、単に法益侵害の危険を認識しているに過ぎないのであって、後者の方がより自律＝自己決定の発現が低い反面、それに関与する第三者の侵害性が大きくなるからである⁽⁹²⁾。

とすれば、ロクシンの見解の根拠は、その実質論のみとなるが、この点も、被害者の主観的認識として、危険認識で足りるとの主張を基礎付けるものではない。というのは、被害者に危険認識さえあれば「自己の意思に反する」とは言えない、との主張がなし得るか、という点こそが問題の核心であって、ロクシンの見解は、単に結論の先取りをしているに過ぎないからである。

5. 被害者の自己答責性論

現在、ドイツでは、自由かつ答責的に行為する行為者ないし被害者が介在する場合、発生した法益侵害結果は、その者の答責領域に属し、背後者は責任を負わないとする「自己答責性論」に依拠しつつ危険引受けの問題を解決する見解⁽⁹³⁾が有力化し、わが国でも、その流れを受けて、自己答責性論に依拠する論者⁽⁹⁴⁾が増加している。

しかし、ドイツにおいては、そもそもは、要求による殺人を可罰的としつつ、自殺への関与を不可罰とするという結論を説得的に論証するためにこそ、単に被害者の同意という主観的な法益放棄を超えた、被害者の意思・行為・結果の統合体としての被害者の自己答責性論が主張された⁽⁹⁵⁾のであり、自殺関与が可罰的であるわが国とは前提が異なる⁽⁹⁶⁾。寧ろ、わが国の解釈論として、被害者の自己答責性論を論じることに意義があるとするれば、それは、被害者が、法益侵害結果を認識しておらず、単にその危険を認識しているに留まる場合であっても、なお行為者への正犯的結果帰属を妨げる（即ち不可罰とする）ための論拠を提示し得る場合のみである。しかし、危険引受けの局面において、被害者の自己答責性論が妥当するか、するとしても、いかなる要件の下で妥当するのか、という点については、必ずしも論者の中で一致を見ていない。そこで、以下では、代表的な論者の見解を概観しつつ、被害者の自己答責性論に依拠

することで、果たして、被害者の主観的認識としては危険認識で必要十分という点を説明し得るのか、という点を検討する⁽⁹⁷⁾。

ツァツィック⁽⁹⁸⁾は、被害者が、結果発生についての認識を有して自己の法益を侵害する行為をし、その際に当該結果を意欲していた場合（意識的自己侵害）には、被害者自身が「意思、行為と結果との間の統一体」を作り出したのであるから、（原則として）行為者は答責性を負わない、とする。それに対して、被害者が、最終的に発生した結果を自己の行為のあり得る帰結として予見していたがそれにも拘わらず危険に身をさらし、あるいは危険を回避しなかった場合（意識的自己危殆化）には、被害者は、（大部分の事例では）結果の不発生を信じており、結果についての決定が存在しないから、意識的自己侵害の場合のような「意思、行為と結果との統一体」に言及することが出来ないとする。しかし、被害者が、危険を認識しつつ、自ら危険を冒し、それが結果に実現した場合には、支配不可能な不運によって結果が発生した場合とは異なり、当該結果は被害者自身によって回避可能だったのであり、自ら危険の実現に至るか否かを決定したのである。それ故、行為者に過失不法（被害者の法益を偶然にさらしたこと）を肯定し得るためには、被害者が危険を認識し、かつ、自己の法益に対して（行為者の行為に付け加えて）行為を行ったにも拘らず、なお、行為者の答責性を信頼出来ることが必要であるとする。この信頼性判断においては、2段階の検討が必要になる。即ち、第1段階では、行為者が侵害に至る因果経過を合義務的行為によって支配することについて、被害者が法的に確固とした形態において信頼可能であったか否かが問題となり、信頼可能であった場合には、被害者の自己答責性は否定され、行為者の過失不法が認められる。逆に、信頼可能でなかった場合には、第2段階で、被害者が、自分にはもはや自己危殆化へそれ以上進む可能性が存在しないことを、法的に確固とした形態において信頼可能であったか否かが問題となり、ここで、信頼可能であった場合には、被害者の自己答責性は

否定され、行為者の過失不法が認められる⁽⁹⁹⁾。

ツァツィックの見解は、被害者の自己答責性論と言いつつも、意識的自己侵害の場合と意識的自己危殆化の場合とでは、全くその処理を異にする。前者の場合には、被害者には、「意思、行為と結果との統一体」があるので、完全な被害者の自己答責性に言及出来る（その意味で、この局面では、行為者の答責性を絶対的に排除する被害者の自己答責性が問題となっている）のに対し、後者の場合には、そのような統一体はないので、完全な被害者の自己答責性があるとは言えないが、なお、被害者が危険実現に至るか否かを決断したのであるから、行為者の過失不法を肯定し得るのは、このような被害者に対してなお配慮義務を肯定出来る場合に限られるのである。ここでツァツィックが行っている2段階の信頼可能性判断は、第1段階では、「危険な因果経過を支配する義務」を、第2段階では、「被害者への監督義務」をそれぞれ問題にしているものと考えることが出来る。そして、それぞれの注意義務違反の存否を確定するファクターとして、被害者の意識的自己危殆化が考慮されているのであるから、議論の実体としては、注意義務違反欠落論以上の何者でもない⁽¹⁰⁰⁾（その意味で、この局面では、行為者と被害者との関係性における、行為者の相対的な答責領域が問題となっている）。従って、①被害者が危険の実現に至るか否かを「決定」したという点が、被害者の「自己決定」として、行為無価値を減少させる要素であると考えるのであれば、正に、利益衡量説に基づく行為=同意説に他ならない点で不当である。また、②被害者は結果回避が可能であり、従って危険に順応し得た以上、そのような被害者に対して行為者が配慮すべき義務を負うのは例外的場合でしかないとするのであれば、それは、例えばシューマンが論じるような、人は、（原則として、全ての人間が答責的主体として扱われる以上、）原則的には、自分の行為についてのみ答責的であって、他人の行為に対しては答責的ではないから、自己の行為と結びついた他人（被害者）の行為によって法益侵害結果が発生しないようにすべしと

する拡張された特別の注意義務が存在する場合に、例外的に、背後の行為者は過失正犯として処罰されるとする見解⁽¹⁰¹⁾と同一である。このような見解自体は、(シューマンが、自己答責性原理と関連付けて信頼の原則を論じていることから明らかなように、)問題の所在を信頼の原則に移すものとして肯定的に評価することが出来るが、その前提として、i) 被害者に結果認識がなくとも、危険認識があればなぜこのような取り扱いが可能なのか、及び、ii) 被害者に危険認識すらない場合には、なぜこのような取り扱いが可能でないのか、という点について、被害者の自律＝自己決定という観点からは、説得的な論証がなされているとは言えないのである⁽¹⁰²⁾。

次に、ヴァルター⁽¹⁰³⁾は、危険引受けの問題を、①行為者の正犯性の欠如の問題（自己危殆化への関与）と②被害者の積極的な行為答責性が肯定され、法益侵害結果が行為者に帰属されないという帰属阻却の問題（合意による他者危殆化）とに区分する。そして、①については、間接正犯論に依拠しつつ、行為者が、優越的な危険認識を有して決定的な危険促進を行ったこと（決定支配）を要件とし、その判断として、i) 被害者の答責性（の侵害の程度）とii) 行為者の事象への寄与・影響力の行使とを合わせて考慮する。ここで、i) では、被害者の主観的認識としては、危険の具体的な範囲について認識する必要がない（但し危険の評価が著しく誤っていた場合には被害者の答責性は否定される）とする。次に、②については、被害者の積極的な行為答責性の有無を、行為＝同意説に依拠して決定する。

以上のヴァルターの見解においては、被害者が自手的・直接的危険創出を行っている場合には、被害者の行った危険の評価が著しく誤っていない限り、主観的認識としては十分であるとしつつ、被害者が自手的・直接的危険創出を行っていない場合には、(行為＝同意説に依拠しつつも)そこまで緩やかな要件では主観的認識として十分とはしない。とすれば、ヴァルターは、被害者の自手的・直接的危険創出に、被害者の主観的認識を補充す

るような自律＝自己決定の発現を見出しているとも考えられる⁽¹⁰⁴⁾。このような補充的効果を認めることは、要求による殺人は可罰的としつつ、自殺関与を不可罰とする見解の背後にある発想であると思われるが、しかし一旦この論理を承認すると、今度は、被害者の自律＝自己決定として最低限必要な主観的認識を画定することが困難になる。というのは、被害者が、全く不十分にしか危険を認識していない場合、ひいては、危険認識すらない場合であっても、極めて積極的な態度で自手的・直接的な危険創出を行ったならば、前述の補充的効果が生じ、全体としては、行為者の正犯性を否定する被害者の自己答責性を認めるに十分な自律＝自己決定があったとすることも可能であることになりかねないからである。逆に、ここでこのような帰結を承認しないのであれば⁽¹⁰⁵⁾、被害者の自律＝自己決定として最低限必要な主観的認識とは何か、そして、それはいかなる根拠から要求されるのか、という問題にコミットせざるを得ないのであるが、ヴァルターは、その点については何ら説得的な論述を行っていない。例えば、ヴァルターは、合意による他者危殆化の場合には、行為＝同意で足りるとするが、(通常、過失犯では被害者は結果を認識していないという事実的な理由以外には) そのように主張する根拠を全く示していないのである⁽¹⁰⁶⁾。

以上の検討からは、被害者の自己答責性論は、なお、被害者の主観的認識としては危険認識で必要十分であるとの根拠を提示し得ていないと考えるべきである。

とすれば、被害者の主観的認識としては行為の危険性で足りるとする見解は、いずれもその基礎付けに成功していないと言わざるを得ない。

第2款 行為の危険性の認識をも要件としない見解

前款で行った被害者の自己答責性論の検討から明らかなように、行為者の主観的認識として結果認識を一旦不要とすると、なぜ行為の危険性の認識は必要と言えるのか、という問題が生じる。こ

のような方向を徹底すると、およそ被害者は行為の危険性の認識すら不要であるとの見解に至る⁽¹⁰⁷⁾。そこで、本款では、行為の危険性の認識すら不要であるとする見解について検討する。

1. 被害者と行為者とのパラレル論

ペーター・フリッシュ⁽¹⁰⁸⁾は、過失犯における行為不法の核心を注意義務違反とし、それを規定する基本的枠組みを行為自由と法益保護との衡量に求め、前者が後者を上回る場合には、注意義務違反がないとする。それは、①ある危険な行為が特別な理由により社会にとって高い価値を有するために、法益保護の主張が後退する場合⁽¹⁰⁹⁾と、②法益保護が特別な理由により社会にとって(通常の場合より)低い価値しか有しないために、行為自由がそれを上回る場合、の2つの場合である。②は更に i) 利益欠如(当該利益がそもそも存在しない、即ち同意が認められる場合)と ii) 利益侵害(法益主体が法益侵害の危険を認識可能であり、かつ回避可能であるのに回避しない場合)に分けられるが、利益侵害の場合にも注意義務違反が否定される根拠として、フリッシュは以下の3つを挙げている。

第1に、人間は全て「危険共同体」に属し、今日の過失犯の被害者は明日の行為者にもなり得るし、他者危殆化は自己危殆化と結びついて初めて法益侵害に至ることも多い。このような状況では、法益主体に、法益保護について行為者と同様の責任(Obliegenheit)を負わせるべきである。

第2に、法益保護という同一の目的の観点から要求されるので、法益保護について行為者と同様の責任を負わせるべきである。

第3に、故意犯の場合には、被害者も故意(即ち結果=同意)が必要なのであるから、過失犯の場合には、被害者も過失(即ち客観的予見可能性)があれば足りる。

但し、行為者と被害者とがパラレルという点からは、行為者の危険認識が優越している場合には、行為者の注意義務違反が肯定される、とする。

以上のフリッシュの見解は、行為者と被害者とをパラレルに捉えるという発想を徹底したものと

も言える⁽¹¹⁰⁾。しかしながら、実は、フリッシュの「被害者と行為者とのパラレル論」を支える論理は複数のものが併存しており、しかも、相互に必ずしも調和しないのである。まず、フリッシュの第1及び第2の論拠は、法益を客観的価値と捉え、それを保護すべき義務ないし責任を法益主体にも同等に課し、義務違反があれば、(行為者の義務違反性が上回らない限り)法益主体に sanktion を課すという論理⁽¹¹¹⁾に親和的である。しかし、第3の論拠については、そのような論理とは親和的ではない。というのは、少なくとも、故意犯の場合に不可罰とされるために被害者に要求される主観的内容としての結果=同意は、フリッシュ自身、利益侵害ではなく、利益欠如の類型に属せしめており、利益欠如の事例では、法益主体の自律=自己決定に依拠しているのであるから、そのような故意犯の場合を援用して説明している以上、過失犯の場合に必要な法益主体の主観的内容を決定する根拠としても、正に法益主体の自律=自己決定であるとしなければ論理的に一貫しないからである。そして、一旦法益主体の自律=自己決定という観点を導入すると、「被害者と行為者とのパラレル論」に無条件に依拠することは出来なくなるように思われる。

更に、フリッシュの見解は、表向きは、「被害者と行為者とのパラレル論」を主張しつつも、実体はそれとは乖離しているように思われる。既に、小林は、フリッシュの見解は行為者と被害者とのパラレル論を徹底していないとして、「第三者と法益主体の平等な扱いを主張するのであれば、両者の義務違反性の程度が同等であった場合には、いわば『痛み分け』として両者に sanktion の半分ずつが課せられるはずであるにもかかわらず、彼は専ら後者にのみその全部を課そうとする」⁽¹¹²⁾との批判をなしている。そして、この批判を論理的に徹底すれば、たとえ、被害者の方が危険についての優越的知識を有し、より義務違反性が大きい場合であっても、行為者自体にも義務違反性があれば、その限りでは、損害の公平な分担という観点からは、sanktion を(例えば被害者に10

分の7, 行為者に10分の3という形で) 配分すべきであるにも拘らず, フリッシュが, 専ら被害者に sanktion の全部を課しているのはおかしいということになる。又, フリッシュの見解からは, 行為者の義務違反性が被害者の義務違反性を上回らない限り, (如何に行為者の義務違反性が存在したとしても,) 生じた損害を「全て」被害者の負担とさせ, 行為者の義務違反性が上回った場合には, 行為者に犯罪成立を認めつつ, 恐らく量刑では, 被害者の義務違反性を (行為者に有利な量刑事情として) 反映させる余地を認めることになろうが, これもパラレルな取り扱いとは言い難い。更に, 行為者と被害者とに全く同様の法益保護責任を課すということは, いわば, 被害者も, 当該法益に対する「行為者」であるということになるが, 例えば, 行為者A及び行為者Bが被害者Cの法益を侵害する場合には, 行為者Bの義務違反性が行為者Aの義務違反性以上であるからといって, 行為者Aの過失責任が常に否定されるとする帰結は必ずしも一般的には採用されていないことからしても, 被害者の注意義務違反が行為者のそれを下回らない限り行為者の過失責任を否定するというフリッシュの帰結は, 被害者=当該法益に対する「行為者」との前提からは説明のつかないものである。従って, フリッシュは, 被害者と行為者とのパラレル論を主張しているように見えて, その実体としては, 被害者の自己答責性論や被害者学的原理などでしばしば主張されている⁽¹¹³⁾「法益主体としての被害者の優先的・第一次的管轄」に依拠しているように思われるのである⁽¹¹⁴⁾。そして, 一旦このような観点を導入すると, 今度は, いかなる場合に「法益主体としての被害者の優先的・第一次的管轄」を認めるのに必要な主観的認識があると言えるのか, その内容は何か, という点が問題となるはずである。

しかし, ドイツでは, このような「被害者の管轄」に依拠しつつも, その主観的認識を問題としない見解が有力に主張されている。そこで, 以下ではその点を検討する。

2. 被害者の管轄論⁽¹¹⁵⁾

ヤコプスシュレーの基本的思想は, 刑法の目的を, 安定した社会的接触の指針としての規範を維持すること (「規範的予期の保障」) に求め, そこから犯罪論体系を構成する点にある。この点を簡略に述べると以下ようになる。我々の社会においては, 人間相互の接触が安定的になされるべく, 様々な次元の規範によって調整されている。しかし, そのような規範は事実的には違反されるのであり, そのような行為がなされると, その規範の効力が害され, 社会の安定性に動揺を与える。そこで, そのような規範に反する行為を犯罪行為と定義し, それに刑罰を科すことによって, 犯罪行為によって害された規範がなお効力を有していることが示されなければならないのであり, 刑法の目的はこのような積極的一般予防にある。そして, 処罰範囲は (そこには当然不法概念も含まれるが), 正に刑法の目的の観点, 即ち, いかなる規範が安定した社会的接触の指針として (即ち拘束力を持った行為規範として) 保障されるべきか, という観点から決定されるべきである, と。

そして, ヤコプス⁽¹¹⁶⁾は, 危険引受けが問題となる類型において, ①結果を意欲した場合の同意 (目的の同意・直接的同意, 結果=同意説に対応), ②行為の結果自体は意欲していないが, 法益侵害を必然的に伴うような状況を意欲した場合の同意 (非目的の同意・間接的同意, 行為=同意説に概ね対応), そして, ③被害者の主観的認識に依存しない「自己の危険に基づく行為」の3つに分類する。ここで, ②については, 法益侵害結果を不可避的に伴うような種類の社会的接触を行う場合に, そこから生じるコストについて誰が管轄を有するかが問題となる。ここでは, 社会的接触の内容を被害者が一方的に決定することができるのであれば, 法益侵害結果を含まないものとして決定できるので, 発生した結果についての管轄を被害者は有しないが, 社会的接触の内容を被害者が一方的には決定出来ない場合には, 当該社会的接触の内容として, 客観的観点からは法益侵害結果が含まれることになるので, そのような社会的接触を意

欲した被害者が発生した結果に付いての管轄を有することになる⁽¹¹⁷⁾。次に、③については、例えば、i) 法益主体が重要な危険について少なくとも行為者と同程度に見通すことが可能であるにも拘らず法的に重要な理由なく侵害行為を動機付けた場合、ii) 法益主体があり得る侵害経過を全く認識し得ないで特別な危険を惹起した場合には、侵害結果は法益主体の管轄に属する。

また、デルクセン⁽¹¹⁸⁾は、①人間が各々有している一定の答責領域が限界付けられ、区別されていること及び②他者の組織化領域に対する管轄が適切に認められることこそが、処罰によって保障すべき規範的予期であるとする。それに対応して、不法とは、①'他人の自己答責的管理に委ねられた生活状況を、行為者が許されないやり方で形成すること（許されない他者組織化）及び②'他人の組織化領域に対する管轄から生じる義務を遵守しないことであるとする⁽¹¹⁹⁾。それでは、このように理解された刑法上の不法に対して被害者の関与がいかなる影響を与えるのであろうか。端的に言えば、行為が被害者に帰属可能である場合に（その限りで）行為者への帰属が否定されるのであり、そのような被害者の自己答責性ないし管轄（Zuständigkeit）は、自律性及び組織化能力⁽¹²⁰⁾を統合したものである。但し、被害者の組織化能力が行為者によって規範に反して縮減されたからといって、常に自己危殆化がもはや自己答責的にはなされ得ないということではなく、自己危殆化行為が行為者の管轄に属するには、行為者の犯罪計画から逃れるための組織化の選択肢がもはや被害者には残っていないということが決定的である⁽¹²¹⁾。又、本稿との関係で重要な被害者の主観的認識については、それ自体に意味があるのではなく、危険認識がある場合にのみ被害者に組織化の選択肢が残され、自己危殆化の結果は被害者の管轄に属するという限りで意味を有する⁽¹²²⁾。

以上のヤコプス・デルクセン⁽¹²³⁾の見解は、独自の犯罪論体系から、被害者に行為の危険性についての主観的な認識が存在しなくとも、侵害結果について、被害者の管轄を認めることを可能として

いる。しかし、この見解については、既に、原理論的にも、具体的帰結についても強い批判が説得的になされている。その具体的内容として挙げられているのは、①規範的予期の保障という体系からでは、いかなる予期を保障すべきかについて何らの言明もなし得ない⁽¹²⁴⁾、②当為と存在との混同がある⁽¹²⁵⁾、③被害者が有効に同意をなしていない場合であっても、行為者が、自己危殆化行為やその根拠、あるいは同意の瑕疵について管轄を有しない限り、たとえ行為者が同意の瑕疵について認識していたとしても被害者に管轄を認め行為者を不可罰とするが、瑕疵を認識している行為者に対して配慮義務を認めても行為者には過大な要求ではない⁽¹²⁶⁾、ということである。

以上の批判の中で、本稿の関心事たる被害者の主観的認識の要否という点で最も問題となるのは、①の批判である。即ち、危険引受けの事例においては、いかなる予期が保障されるべきとされるのかが問題となる。ここで、「被害者は自己を保護する」という予期を保障する⁽¹²⁷⁾としても⁽¹²⁸⁾、i)「なぜそのような予期が規範として保障されるべきなのか」という点、及びii)「いかなる条件の下で、『被害者は自己を保護する』という予期がそもそも成り立つのか」という点が問題となるのである。ここで、i)の点については、被害者の自己保護を前提に社会が成り立っている点を援用することができる⁽¹²⁹⁾かもしれない⁽¹³⁰⁾。しかし、問題は、ii)の点である。例えば、「被害者は自己を保護する」という予期は、答責能力のない被害者との関係では成り立たない。そして、私見に拠れば、およそ「被害者は自己を保護する」との予期は一般的に成り立つものではなく、寧ろ、危険を認識している被害者との関係でのみ成り立つものであって⁽¹³¹⁾、保障されるべき予期の内容は、最低限、「危険を認識している被害者は自己を保護する」というものにまで限定されなければならないのである。それ故、ヤコプスのように、全く被害者の主観的認識を無視した帰結に至ることは、彼の体系論に依拠したとしても妥当ではなく、寧ろ、デルクセンが、危険認識の重要性を（被害者の自律ないし

自由にその根拠を置く「組織化の選択肢」という観点においてではあるが) 考慮していることに妥当性があると思われる。

従って、以上の検討から明らかなように、被害者の管轄論に依拠しても、なお、被害者の主観的認識を不要とする見解は基礎付けられないと考えべきである。

第3款 私見

これまでの検討で、被害者の自律＝自己決定の要件として、行為の危険性の認識で足りるとする見解及び被害者の主観的認識を不要とする見解は、十分な理論的根拠を提示出来ていないということが明らかになったと思われる。しかし、そのみでは、結果＝同意説の正当化根拠としては十分ではない。従って、本款では、被害者の自律＝自己決定として、なぜ結果＝同意が必要であるか、という点について積極的な根拠を示すことにする。

そもそも、被害者とは、侵害された法益の主体である。そして、被害者が法益主体であるということこそが、被害者の特殊性を基礎付けるものである。では、刑法上、法益主体であるということはいかなる意味を有するのであろうか。それを端的に言えば、「法益主体とは、法益の所有者であって、法益を処分し得る地位を有していること」に他ならない。とすれば、法益主体が法益を処分することで初めて法益と法益主体との関係性が変動し、もはや法益主体が保護を主張出来ない状態になるのであって、法益処分の有無こそが専ら問題となるのである。

では、法益と法益主体との関係性が変動するような「処分」、換言すれば、刑法上意味のあるような法益主体による法益の「処分」とは何か、が問題となる。ここで問題となる「処分」とは、単に法益主体が法益を侵害することではない。というのは、単なる法益侵害ならば、法益主体以外によってもなされ得るからである。例えば、花瓶の持ち主Aが、花瓶を磨いている最中に、誤って落として割ってしまった場合、確かに、花瓶という財物の客観的価値の「侵害」はあるが、それは、こ

で問題となる「処分」ではない。あくまでも、法益主体のみがなし得るような「処分」でなければならないのである。とすると、ここで問題となる「処分」とは、法益主体が、自律的決定により、当該法益と自らとの繋がりを否定するということであると考えられる。このような「処分」が行われることで、当該法益と法益主体との繋がりが否定され、もはやその法益は、個人的法益としては規定されていないことになるのである⁽¹³²⁾。

そこで、いかなる場合に、当該法益と自らとのつながりを否定するような自律的決定としての法益処分があったと言えるのか、が問題となる。これまで検討してきた学説と関連付けると、大きく分けて、①結果の認識がある場合のみ、法益主体の自律的決定としての法益処分を肯定する立場、②危険の認識がある場合にも、法益主体の自律的決定としての法益処分を肯定する立場、③危険の認識可能性がある場合にも、法益主体の自律的決定としての法益処分を肯定する立場、の3つに分けることが出来る。しかし、これらの見解を検討するに当たって、本稿の前提をまず論じておく。

第1に、危険それ自体に着目することは、(危険それ自体が構成要件の結果として規定されていない限り)出来ないということである⁽¹³³⁾。というのは、刑法上、法益主体が処分可能なのは、あくまでも法益と自らとの繋がりに過ぎないのであって、法益に対する危険それ自体ではないからである。従って、法益主体の主観面としては、あくまでも「法益」それ自体と関連しなければならないのである。

第2に、本稿のように、法益処分がなされれば、もはや、その法益は、個人的法益としては規定されないと考えると、法益処分の効果はいわば「絶対的」なものである。従って、同意が有効だとしてもなお背後者の管轄を肯定し得るとするヤコブスシューレの見解はもちろん、被害者の自己危殆化において、背後の行為者に優越的知識があれば背後者の可罰性を肯定するという見解⁽¹³⁴⁾も、自己危殆化を法益処分と解する限りは、否定せざるを得ない。

以上の前提から検討すると、上記の②及び③の見解は、そのままでは、第1の前提に反するから、本稿の立場からはおよそ主張することが出来ない。ここで、②及び③の見解を本稿の立場から主張するためには、危険認識及び危険の認識可能性を通じた、「法益侵害結果それ自体についての認識可能性」という形で、法益それ自体との主観的関連性を担保するように再構成しなければならない⁽¹³⁵⁾。

しかし、そう考えたとしても、②及び③の見解は、第2の前提からは、具体的帰結が不当なものになると思われる。例えば、被害者が、自己の生命にある程度危険を与えるということについては認識していたが、まさか死ぬことはないであろうと思って、薬物を注射した事例で、背後者が、十分な知識に基づいて、被害者が死亡すると認識しつつ、薬物を渡したとすると、ここで背後の行為者を不可罰とするのは不当であろう。それ故、ドイツの判例・通説は、この場合には、優越的知識に基づいて背後者の可罰性を肯定する⁽¹³⁶⁾のであるが、第2の前提からは、このような「例外ルール」を認めることは出来ない以上、結論の妥当性を担保する方法がないことになる。

しかも、原理的にも、法益処分とは、法益主体と法益との繋がりを否定することにその本質がある以上、その対象たる法益を認識しない場合に、それとの繋がりを否定することは出来ない。②及び③の見解に立ちつつ、「被害者の自手性」などの積極的関与を要求する見解がドイツで多数説であること背景には、いわば、危険を認識しつつ(ないし認識し得る状態にありつつ)自己の法益を事実的に「侵害」することを、法益「処分」と同視しようとの発想があるものと思われる⁽¹³⁷⁾が、このような自己の法益の「侵害」の側面は、前述のように、法益主体のみがなし得る法益の「処分」とは厳密に区別されなければならないのである。同意論において自己決定権の表明といえるためには、構成要件的结果の認識が不可欠であるとする基本的思想⁽¹³⁸⁾は、同意論に留まらず、およそ被害者の自律＝自己決定に基づく法益処分に関する基本原則なのであって、この点を緩和させることは出来

ない⁽¹³⁹⁾。従って、同意論として構成しようが、それ以外の論理構成をとろうが、法益主体の自律＝自己決定に基づく法益処分にその核心を見出す限り、結果認識を不要とすることは出来ない。即ち、被害者の自律＝自己決定に基づく限り、危険引受けの解釈は、専ら結果＝同意説に依拠してなされることになるのである。

第2章 被害者の法益主体たる地位と犯罪成立との関係

第1章での本稿の結論は、被害者の自律＝自己決定に依拠して問題を解決しようとする限り、被害者の自律＝自己決定の要件として構成要件的结果の認識が必要であるということである。しかし、危険引受けの問題は、それに尽きるものではない。ドイツの通説的見解は、被害者の危険認識に着目しつつ、行為者の処罰範囲を限定しようとするのであるが、そこで見られる発想は、被害者の自律＝自己決定に基づく絶対性ではなく、寧ろ、被害者と行為者との関係の相対性に照準を合わせているように思われる。即ち、注意義務違反欠落論にしろ、被害者の自己答責性論にしろ、被害者の危険認識が、何らかの意味で、行為者と被害者の答責領域に影響を与えるということを基礎付けようとするものなのである。しかし、これらの見解は、行為の危険性の認識が必要な根拠に関して、なお被害者の自律＝自己決定に基づく行為＝同意説的な観点を払拭し切れなかったが故に、十分な正当化根拠を提示出来なかったのである。そこで、第2章では、①被害者の危険認識が、いかなる根拠によって、行為者の可罰性を否定するファクターとなり得るのか、そして、②被害者の危険認識は、いかなる要件の下で行為者の可罰性を否定するのか、という点を検討する。

第1節 被害者の危険認識と信頼の原則

第1章で検討した危険引受けを巡る学説においては、被害者の自律＝自己決定に基づく絶対的な犯罪成立阻却効果によるよりも、寧ろ、被害者と

行為者との関係性に着目して、いわば相対的な形で行為者の不可罰性を基礎付けるものが多い。そして、私見に拠れば、そのような理解は、いわゆる信頼の原則の観点から基礎付けることが可能であるように思われる⁽¹⁴⁰⁾。そこで、本節では、信頼の原則と被害者の危険認識とがいかなる関係に立つのかについて検討する。

第1款 信頼の原則の有する意味

1. 信頼の原則の体系論的地位

信頼の原則の体系論的地位については、一般には、その正当化根拠と関連して、①予見可能性に関する原則であるとする見解⁽¹⁴¹⁾、②許された危険と関連させて理解する見解⁽¹⁴²⁾、③自己答責性原理から基礎付ける見解⁽¹⁴³⁾の3つに大別される。ここで、特に問題となるのは、①の見解と②の見解である⁽¹⁴⁴⁾。この両者の見解の対立点は、予見可能性以外に過失犯の成立を限定する基準を認めるか否かにあるといえる。そして、②の見解は、基本的には、予見可能性のみでは、過失犯の成立が限定されないとの問題意識の下に主張されている。

②の見解は、許された危険を利益衡量の観点から把握しつつ、正に信頼の原則をそのような利益衡量の観点から基礎付けようとするものであり、その基本的な主張を一般的な形でまとめると、以下ようになる。即ち、社会生活、特に（信頼の原則がそもそも問題となった⁽¹⁴⁵⁾）道路交通においては、実際には規則違反が行われることは異常ではないが、それを全て考慮した上で行動しようとすると、多くの行為を行ってはいけないことになり、行為自由が害され、かつ、円滑な道路交通を確保し得なくなる。従って、そのような規則違反を全て考慮して行動せよと命じることは出来ないものであり、行為者は、他者が規則に従って行動することを信頼することが出来るのである、と⁽¹⁴⁶⁾。しかし、このような利益衡量が、（およそ一般的に成り立たないか否かは留保するとしても、少なくとも）信頼の原則との関係で成り立つとすることが出来るかは極めて疑問である。というのは、i) 信頼の原則は、高速交通の円滑性などの利益が類

型的に全く問題とならない場合であっても適用され得るものであるし（例えば、通行量の少ない田舎の道路においては、信頼の原則がおおよそ適用されない、とすることは出来ない）、ii) 高速交通の円滑性、行為自由といった利益が人の身体・生命法益に優越するということを正面から認めることは出来ないものであって、それを認めるとすれば、前者の利益のために、特別な犠牲を被害者に強いるものであるからである⁽¹⁴⁷⁾。

従って、本稿では、信頼の原則の体系論的地位について、さしあたり①の見解が妥当であると考ええる。又、このように考えることで、道路交通領域のように詳細な規則によって規制されている領域のみに信頼の原則が妥当する⁽¹⁴⁸⁾と考える必然性がなくなり、予見可能性判断における一般的原理として信頼の原則を考慮することが出来る。

2. 信頼の原則が予見可能性判断に与える影響

では、具体的に、信頼の原則は予見可能性判断にいかなる影響を与えるのか、が問題となるが、本稿では以下のように考える⁽¹⁴⁹⁾。即ち、我々の社会においては、様々な危険活動が存在し、そのような活動は、非常に抽象的なレベルでは、おおよそ結果を発生させることがないとは言えないという意味での予見可能性を生じさせる。しかし、そのような危険な活動が侵害結果発生に至るか、不発生に至るかは、当該活動のみによって決定されるわけではない。というのは、ある危険な活動が結果発生・不発生に至るまでには、様々な次元の危険増加的要素と危険減少的要素とが組み合わさっているからである。そして、一定の危険減少的要素が、一定の「経験則（Erfahrungsregel）」にまで高められた場合には、そのような経過をたどって結果が発生することは極めて稀な事であり、相当因果関係ないし客観的帰属関係を否定する事となるのである。従って、そのような経験則を信頼した場合には、具体的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、もはや、ある程度高度の予見可能性が存在するとは言えなくなるのである⁽¹⁵⁰⁾。

そして、以上の経験則の成立に関して、道路交

通法規等の各種法規の存在は、重要な意義を有する。例えば、「赤信号横断禁止」という法規が存在するからこそ、「人は赤信号では横断しない」との経験則が成立していることを強く推定させるのである。しかし、法規の存在が直ちに経験則を成立させるわけではなく、赤信号横断禁止という法規が基本的に尊重されているという「事実」が存在するからこそ、それが経験則として成立していると言い得るのである。逆に、そのような経験則を破るような状況⁽¹⁵¹⁾が具体的に予見可能であれば、その具体的状況においては、もはや経験則に依拠することは許されないのである。

そして、以上のような法規の存在は、とりわけ、法秩序は答責の主体に対しては違法行為に出ないことを期待しているという形で、そのような法規範が向けられる行為者と背後者との関係では重要な意義を有する。即ち、背後者としては、行為者が違法行為を行わないという経験則に依拠することが許される場合が多いのである。しかし、本稿で問題とする被害者と行為者との関係では、そのような考慮は直ちには妥当しない。というのは、道路交通のように、(被害者も含んだ)全ての交通関係者を規制する法規が詳細に規定されている領域ではまだしも、一般論としては、そもそも原理的に被害者自身には「自己を保護すべし」との法規範は向けられない⁽¹⁵²⁾からである。とすれば、被害者と行為者との関係においては、「自己を保護すべし」との法規範が向けられていない被害者に関して、「被害者は自らを保護する」との経験則を推定させるような事情が全く存在しないことになるのであろうか。この点を次款で検討することにする。

第2款 被害者の危険認識の有する意味

前款で論じたように、およそ一般的に、「被害者は自らを保護する」との経験則が存在すると論じることが出来ない。しかし、経験則の成否によって、法規範の存在は重要な意義を有しているものの、法規範が存在しなければおよそ経験則が成立し得ないと論じることも出来ない⁽¹⁵³⁾。では、「被害

者が自らを保護する」との経験則は、いかなる条件下で肯定することが出来るのであろうか。

ここで問題となるのは、被害者が、侵害される法益の主体であるという特殊性である。そして、法益主体は、特別な事情がない限りは、自己の法益を保全する行動を取るものであるとすることが可能である。即ち、法益主体は、自己保全本能を有しているのであって、自己の法益に危険が生じた場合には、その危険を回避する行動を取ることが通常であると言える。しかし、このような自己保全本能は、無条件で発動される訳ではない。具体的に言えば、自己保全本能の発動は、第一次的には、法益主体の主観的認識に依存するのである。

そこで、まず、法益主体が結果発生についての認識を有している場合が問題となるが、この場合には、もはや法益と法益主体との繋がりが否定されているのであって、およそ個人的法益を保護する構成要件によっては捕捉されない。従って、第1章で論じたように、この場合には、被害者の同意論によって行為者の不可罰性が導かれるのである。

次に、法益主体が、結果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、危険の認識可能性は存在する場合が問題となる。この場合、法益主体以外の者が問題となる場合には、過失犯を処罰する法規範が存在する限りで、なお、違法行為に出ないように期待することが可能となる。しかし、法益主体に関しては、そのような法規範が存在しないということがここでは決定的となる⁽¹⁵⁴⁾。法益主体は、法益保護を法規範によって義務付けられている訳ではないのであるから、たとえば、「注意していれば、自己の法益に危険が迫っていることについて認識可能であった」としても、そもそも、そのような危険に関する調査義務すら生じ得ないのである。とすれば、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、当然、自己保全本能を発動するための契機についても存在しないことになる。この場合には、「法益主体は自己の法益を保護する」との経験則

が成立するための存在論的前提⁽¹⁵⁵⁾をおよそ欠くことになるから、信頼の原則に依拠することも不可能である。

従って、法益主体が自己保全本能を発動するためには、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。そして、法益主体の危険認識が存在する限りで、法益主体の自己保全本能は発動され、その結果として、法益主体が自らに迫った危険を回避する行動を取ることが通常となると言い得るのである。

以上のことを端的に述べるならば、法益主体の自己保全本能が存在するという事実は、「危険を認識した法益主体＝被害者は、自己の法益を保護する」との経験則の存在を強く推定させる事情である、そして、それは、法益主体以外の第三者において、違法行為を禁止する法規範の存在が、「行為者は違法行為に出ない」との経験則の存在を強く推定させるのと全く同様である、ということである。このような存在論的次元における基礎付けを通じて初めて、違法行為を禁止する「法規範」と単なる「事実的な」法益主体の自己保全本能という、規範論的には全く異なる次元のファクターが同一の機能を有し得ることが、説得的に説明され得るのである⁽¹⁵⁶⁾。

しかし、以上のような法益主体＝被害者の危険認識は、それがなければ、自己保護についての経験則がおよそ成り立たないという意味で、必要条件ではあっても、十分条件ではない。即ち、被害者の危険認識があったとしても、なお被害者の自己保護についての経験則が成立しない（あるいは、経験則が存在するという推定が破られる）場合が存在するのである。次款では、その点を検討することにする。

第3款 被害者と行為者との関係性を決定する更なるファクター

本款では、被害者の危険認識以外に、被害者の自己保護についての経験則の成否（あるいは経験則が存在するという推定）に影響を与えるファクターとしていかなるものがあるか、という点につ

いて検討する。

第1に、被害者が答責能力を有しない場合が挙げられる。例えば、被害者が幼児や高齢者である場合には、たとえ被害者が危険を認識したとしても、被害者が自己保護をなすとの経験則に依拠することは出来ない⁽¹⁵⁷⁾。

第2に、被害者が当該状況で危険回避をなし得ない場合が挙げられる。被害者が危険を認識しても、それを回避し得ないのであれば、自己保護についての経験則が存在するという推定は破られるのであって、もはや、被害者が自己保護をなすとの経験則に依拠することは出来ない。

第3に、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有している場合が挙げられる。即ち、行為者が当該危険を回避することが期待されるような地位を行為者が有している場合には、被害者は、自ら危険を回避するのではなく、行為者がより適切に危険を回避することを期待するから、もはや、被害者が自己保護をなすとの経験則に依拠することが出来ない。

第4に、以上述べたような被害者ないし行為者自体に関係するファクター以外にも、一定のルールが明確に確立されている領域・分野においては、被害者がそのような領域・分野に参加するということは、その分野・領域で確立されたルールに従うということについての経験則の存在を強く推定させると言える。

第2節 問題となる事例群の検討

以上で論じたような一般論が、具体的事例においてどのように適用されるのか、について、これまでドイツ及びわが国の判例・学説で問題になった事例に即しつつ、幾つかの事例群に類型化して論じる。

第1の事例群は、行為者に比して、被害者の知識・経験が優越しており、行為者としては、そのような被害者が適切な危険コントロールを行うことにつき、経験則として依拠し得る場合が挙げられる。

このような事例として、まずはダートトライア

ル事件⁽¹⁵⁸⁾を挙げることができる。本件は、未舗装の路面を自動車で行き所時間を競う「ダートトライアル」狭義の練習走行中に、運転者甲が、三速ギアでの高速走行における減速不足等からハンドルの自由を失って暴走し、防護策に激突して同乗者乙を死亡させた事案であるが、行為者たる甲はダートトライアルの初心者であるのに比して、乙は約7年の経験者だったのである。そして、本件判決が認定するところによれば、①乙はダートトライアル走行の危険性についての知識を有しており、運転者が技術の向上などを目指して暴走、転倒等の危険を冒すことを予見しており、②乙は甲への助言などを通じて、一定程度危険を制御する機会もあったのである。とすれば、このような状況下では、甲としては、ダートトライアル自体の安全性に対する信頼と共に、ベテランの同乗者である乙が適切な指示を行うことについても信頼し得るものと考えられる⁽¹⁵⁹⁾。即ち、ダートトライアル事件では、ダートトライアルそれ自体の安全性という（危険減少的）要素に加えて、同乗者が適切な指示を通じて適切な危険のコントロールを行うという（危険減少的）要素が存在するので、「ダートトライアルにおいて、適切な同乗者の指示がなされるので、侵害結果が回避される」との経験則に依拠することが可能なのである。従って、本件の甲には、乙の死亡結果についての具体的予見可能性は存在しない⁽¹⁶⁰⁾。

更に、仮免事例も、この事例群に属すると考えられる。仮免事例、即ち、仮免で路上教習中の運転者甲が、事故を起こして同乗の教官乙を死亡させた事例を考えてみると、①乙は、甲がなお不十分な技量しか有していない以上、その運転が一定程度危険であるということを認識しているし、②乙は甲への指示によって、更に、必要な場合には、補助ブレーキを使用することで、危険を制御する機会がある。従って、このような状況下では、甲としては、「同乗の教官が適切な指示を出し、場合によっては補助ブレーキによって危険を回避する」という経験則に依拠することが可能である。そこで、例えば、乙の出した指示が誤っており、

甲がそのままその指示に従ったところ事故が生じた場合には、その指示が明らかに誤っていることが予見可能ではない限り、なお、甲は、乙の死亡結果についての具体的予見可能性を有しない。又、乙の指示は適切であったが、甲がその指示を誤って実行した場合でも、そもそもそのような場合を想定して助手席には補助ブレーキが設置されているのであるから、その点についての経験則にはなお依拠することが可能であり、乙の死亡結果についての具体的予見可能性があるとは言えない。

なお、これらの事例に関して重要な点として、事故の結果、同乗者乙以外の第三者が死亡した場合であっても、なお、死亡についての具体的な予見可能性を否定することが可能であることが挙げられる⁽¹⁶¹⁾。例えば、仮免事例で、教官乙以外に、別の教習生丙が後部座席に同乗しており、乙の指示に従ったにも拘らず事故が発生して、丙が死亡した場合には、運転者甲としては、教官との関係での経験則に依拠し得る結果、事故の発生及び人の死亡についての具体的予見可能性を有していないので、丙の死亡との関係でも、具体的予見可能性を有していないのである。

逆に、坂東三津五郎ふぐ中毒死事件⁽¹⁶²⁾のような場合には、寧ろ事情は逆である。本件は、知事からふぐ処理士並びにふぐ調理師の各免許を受け、ふぐの調理・提供の業務に重視していた甲が、食通の客の求めに応じてとらふぐの肝臓数切れを調理して乙に提供して食せしめ、乙はふぐ中毒により死亡した事案である。ここで、第一審・第二審の認定によれば、食通たる乙としては、とらふぐの肝及びその危険性について認識している。従って、自己にとって危険な行動を回避するための主観的契機は与えられているようにも思われる。しかし、同時に、第一審・第二審が認定するように、乙はあくまで客であって、ふぐ処理士・ふぐ調理師たる甲の調理の安全性を信頼してふぐの肝を食しているのである。とすれば、本件では寧ろ、乙はとらふぐが「安全に調理された」と思っている以上、自己にとって危険な行動を回避するための主観的契機は十分には与えられてはいないのであ

る⁽¹⁶³⁾。従って、甲は、被害者の自己保護についての経験則に依拠することは出来ない⁽¹⁶⁴⁾。

又、ドイツにおける危険引受け事例のリーディングケースであるメーメル河事件についても、ドイツの通説的見解とは反対に、寧ろ過失責任を肯定すべきであると思われる。本件は、嵐で増水したメーメル河を渡すよう2人の客に頼まれた船頭は、渡河の危険性を強く知らせたが、なお強く渡河を要求されたので、2人の客を渡したところ、船が転覆して、船客が死亡したという事案である。ここで、事実審の認定によれば、船頭は渡河の危険性について客に強く主張したのであり、客は、船頭と同様に渡河の危険性を完全に認識している。従って、自己にとって危険な行動を回避するための主観的契機は与えられているようにも思われる。しかし、同時に、客としては、船頭が船を渡すのであるから、ある程度安全に渡してもらえとの信頼を有しているはずである⁽¹⁶⁵⁾。とすれば、本件では、「安全に渡してもらえ」と思っている以上、自己にとって危険な行動を回避するための主観的契機は客には十分には与えられていないのである。更に、仮に十分な危険認識があるとしても、それにも拘らず客は船に乗ってしまった以上、それ以後は、もはや船頭は、「客が危険回避行動を取る」という経験則に依拠することは出来ないのである。従って、船に乗せた以上、船頭は、客の死亡結果発生について、具体的予見可能性があると言わざるを得ないのである⁽¹⁶⁶⁾。このような結論が不当であるという批判は、以下の事例を考慮すると、直ちには妥当しないように思われる。例えば、タクシー運転手である甲は、乗客乙に、「7時まで空港に到着しないと出発に間に合わないから、どうかスピード違反してでも急いで欲しい」と頼まれ、そのようなスピード違反は交通法規にも反しているし、危険でもあると言って断ろうとしたが、何度もしつこく頼まれたため、仕方なく30キロオーバーで運転したところ、事故を起こして、乙を死亡させたという事例である。この場合、明らかに、甲は、そのような危険なスピード違反の運転を断るべきなのであって、甲に業務上過失致

死罪が成立しないという結論が妥当であるとは思われない。そして、この事例で業務上過失致死罪を肯定すべきであるならば、メーメル河事件においても同様に考えるべきなのである⁽¹⁶⁷⁾。

更に、ドイツで積極的に議論されている好意同乗事例、即ち、飲酒している運転者甲の車に、甲の友人の乙が自宅まで送ってもらうために乗り込んだところ、運転を誤って事故を起こし、乙が死亡したという事例でも、基本的には同様に考えるべきである。というのは、たとえ甲が酔っ払っていたとしても、乙としては、なお運転が可能であると考えているからこそ甲の車に乗り込んでいるのであって、乙は、自己保全本能を発動させるために必要な危険認識を十分に有していないからである⁽¹⁶⁸⁾。

なお、失敗した手術事例⁽¹⁶⁹⁾、例えば、手術をしないと1ヶ月以内に死亡するであろう患者乙に対して、医師甲が極めて困難な手術を行ったところ、結局失敗して乙が死亡した場合、あるいは、事故によって大きく負傷した患者乙の指について、緊急手術をしないと腐ってしまうので、医師甲が極めて困難な手術を行ったところ、結局失敗して、指を切断した場合などについても、そもそも被害者の自己保護についての経験則に依拠することは出来ない。従って、ここで、甲を不可罰とするためには、被害者の同意論に依拠するか⁽¹⁷⁰⁾、それが不可能な場合には、緊急避難に依拠する⁽¹⁷¹⁾しかない。

又、行為者と比較してではないが、被害者自身に知識・経験が十分にあり、行為者としては、被害者が適切な危険コントロールを行うことにつき、経験則として依拠し得る場合も、第1の事例群に含めて考えることができる。この事例の代表としては、スポーツ損害を挙げることができる。基本的には、スポーツ損害の場合は、①被害者も一定の身体に対する侵害の存在を認識するようなスポーツ類型、更にその中でも、i) 互いに向かい合ってなされる、相手方の身体にダメージを与えることを予定されたスポーツ類型（ボクシング、柔道、相撲など）及び、ii) 互いに向かい合って

なされる、侵害の危険を伴ったスポーツ類型(サッカー、ラグビーなど)と、②被害者が一定の身体に対する侵害の存在を認識しないようなスポーツ類型(スキー、マラソンなど)に類型化することができる⁽¹⁷²⁾。ここで、一定の侵害結果が被害者に予見・認識されている限りでは、同意論によって処理することが可能である⁽¹⁷³⁾が、ここでは、同意論によって解決出来ない事例が問題となる⁽¹⁷⁴⁾。例えば、柔道の練習試合において、甲のかけた背負い投げを、乙がたまたま受け損なって腕を骨折した場合、甲としては、「柔道の熟練者である乙は、甲の技を適切に受ける(受け身をきちんと行う)事により、(同意の範囲を超える傷害結果を発生させるような)危険をコントロールする」という経験則に依拠することができる。これは、乙がたまたま背負い投げを受け損なって頭を強く打って死亡した場合でも同様である。逆に、明らかに乙が適切に受けきれないような技をかけた場合には、もはや、上述のような経験則は破られるのであるから、それに依拠することは出来ない。従って、その場合には、侵害結果について具体的予見可能性を認めることができる。

第2の事例群は、被害者に比して、確かに行為者が知識・経験において優越してはいるが、被害者に対して危険減少的な指示を与えたにも拘らず、被害者が当該指示を遵守せず、その結果、被害者の法益侵害が生じたような場合である。この場合には、「被害者は自己を保護する」との経験則に依拠することができるので、行為者には具体的予見可能性は存在しない。

このような事例として、ドイツで問題となった朝鮮あさがお茶事件が挙げられる⁽¹⁷⁵⁾。本件では、被告人甲は、被害者乙に対して、朝鮮あさがお茶を「1杯を超えて飲むな」と指示したにも拘らず、乙はその指示を遵守しないで、2杯以上飲んだのである。ここで、甲としては、乙に適切な指示を与えた以上、「被害者が指示を遵守する」という経験則に依拠することができる。逆に、本件で、仮に、乙が何度も2杯以上飲みたい旨を述べているにも拘らず、そのような行為の危険性を示して説

得せず、無視していたところ、勝手に被害者が2杯以上飲んだという場合であれば、もはや行為者としては、「被害者が指示を遵守する」という経験則に依拠することは出来ない。

同様に、医師=患者関係においても、このような経験則に依拠し得ることが多い。例えば、大量に服用すると生命に危険を及ぼすような薬物(睡眠剤、精神安定剤など)を医師が治療の必要上患者に処方する際に、規定量以上の服用をしないように指示する場合には、医師は、「指示を患者が遵守する」という経験則に依拠し得る。このような経験則が破られるのは、例えば患者が薬物の禁断治療中であり、明らかに医師の指示に反して規定量以上の薬物を服用する危険性が高い場合や、指示を与えた相手が子供であって、指示を十分に理解出来ないでおり、かつ、その指示が子供の保護者に伝達されるような措置(使用上の注意を書面にして子供に持たせるなど)が取られない場合などに限られるであろう。

又、使用する際に、一定の危険性が生じることが前提とされる物品を販売する場合も、この類型に属するといえる。例えば、金物屋の店主甲が、果物ナイフを乙に販売したところ、乙は、りんごの皮をむいている最中に誤って自分の指を切ってしまった事例⁽¹⁷⁶⁾では、ナイフで誤って指を切ってしまうという危険は周知の事実であるので、甲としては、「被害者は、指を切らないように注意してナイフを使用する」という経験則に依拠することができる。それに対して、一定の危険性を有することが前提となっていないような物品を販売する場合には、販売の際に、その危険性を十分に指摘して使用上の注意に言及しない限り、被害者の自己保全本能を発動させるような危険認識が存在しないので、行為者は、「被害者は自己を保護する」との経験則には依拠し得ない⁽¹⁷⁷⁾。

第3の事例群は、行為者の私的領域に被害者がその許可を得ずして侵入して、そこで侵害結果が発生したような場合である。即ち「行為者の私的領域に被害者が侵入しない」という経験則に行為者が依拠し得る場合である⁽¹⁷⁸⁾。

この事例群に属するものとしては、例えば、自分の所有する別荘のガスレンジの調子がおかしい事は認識していたが、自分は使わないからと思って放置していたところ、休暇シーズン中に別荘に侵入した泥棒がそれを使用して、ガス爆発で死亡した場合⁽¹⁷⁹⁾、自宅の冷蔵庫に、飲み物のビンにいられて農薬を保管しておいたところ、泥棒が自宅に侵入してその農薬を飲んで死亡した場合⁽¹⁸⁰⁾、コンテナの中に危険な爆発性の物質を保管しておいたところ、泥棒が、コンテナを壊して中のものを取り出す最中にその物質に振動を与え、爆死した場合⁽¹⁸¹⁾などが挙げられる。これらの事例では全て、行為者は、「被害者が自己の私的領域に許可なく侵入しない」という経験則に依拠し得るから、具体的予見可能性がないとすべきである。

逆に、その私的領域に立ち入る権限を有している者との関係では、以上の経験則は妥当しない。従って、農薬事例では、行為者の家族が飲み物と勘違いして農薬を飲んで死亡した場合、行為者には当然（重）過失致死罪が成立する。更に、例えば、自宅でガス自殺を図った行為者甲を救出するために、警官乙がガスの充満した居室に入って、室内を明るくするために蛍光灯の紐を引っ張ったところ、火花が発生し、引火・爆発して乙が負傷した事件⁽¹⁸²⁾では、甲の行為と結果との間に因果関係があることを前提とすれば、ガス自殺のような緊急状態においては、寧ろ、警官が私的領域に入って行為者を救助するという事情によって、上記の経験則が破られるので、当該事情について具体的に予見可能である限り、甲は、「自己の私的領域に許可なく侵入しない」との経験則に依拠することは出来ない。

第4の事例群は、「被害者が自己の生命に危険な救助を行わない」との経験則に依拠し得る場合である。

この事例群においては、例えば、行為者甲が、他人の住宅に放火したところ、火災現場に取り残されていた人間丙を助けるために、被害者乙が火災現場に飛び込んだところ、煙に巻かれて乙が死亡した事例が挙げられる。この場合、一般論とし

ては、「被害者は自己の生命に危険な救助を行わない」との経験則に依拠することが出来るが、特に問題となるのが、被害者乙が丙と親子関係にあるような場合⁽¹⁸³⁾と、被害者乙が、消防士や自衛隊員といった、そのような危険状況で活動することを職務上の義務とされている者である場合⁽¹⁸⁴⁾である。これらの場合には、解決が容易ではないが、本稿ではさしあたって、以下のように考える。

まず、前者の場合には、親子のような近親関係がある場合には、被害者においては、自己保全本能よりも強く救助本能が働くことが決して稀ではない。従って、「被害者は自己の生命に危険な救助を行わない」という経験則は、この場合には、直ちには依拠し得ないと思われる。それに対して、後者の場合には、危険状況で活動することが職務上の義務となっている以上、その点については、もはや前述の経験則を破るような事情であるとも考え得る。しかし、例えば、消防士ならば消防士として、危険に対して的確な判断を行い、可能な限り危険減少的な行動を取るよう訓練を受けているのであって、そのような事情は、結論としては、「消防士の活動においては、危険を的確に判断し、それに応じて危険を回避する」という経験則になるに至っていると思われる。従って、このような経験則を破るような事情を具体的に予見可能でない限り、なお、このような経験則に依拠可能であると思われる。

終章

危険引受けの事例に関して、本稿において得られた結論は、以下の通りである。

第1に、被害者＝法益主体の自律＝自己決定に依拠して危険引受けの問題を解決する限り、同じく自律＝自己決定に基づく同意論を超えた解決を基礎付けることは出来ない。そして、同意の構造論からは、結果＝同意説が妥当である。従って、被害者の自律＝自己決定に依拠した場合には、危険引受けの問題は、結果＝同意説によって処理されるべきである。

第2に、被害者＝法益主体の危険認識の問題は、自律＝自己決定に依拠して解決されるべきではなく、寧ろ、被害者と行為者との関係を相対的に決定するファクターの問題として解決されるべきである。そして、被害者の危険認識は、信頼の原則の問題として、より詳しく言えば、「危険認識をした被害者は、(自己保全本能を発動させるので)危険回避行動に出る」という経験則を基礎付ける必要条件として把握すべきである。このように考えて初めて、自己保護「責任」(ないし「義務」)を認めるという規範論的誤謬を冒すことなく、被害者の態度を行為者の可罰性を否定するファクターとして取り込むことが出来るのである。

注

- (1) 第1章第2節第1款及び第2款の各学説を参照。
- (2) 周知のように、ライヒスゲリヒトは、メーメル河事件(RGSt57, 172)において、第1章第2節第1款で検討する注意義務違反欠落論に依拠して船頭の可罰性を否定している。
- (3) 既にエクスナーは、この問題を自覚的に論じている。Vgl. Exner, Fahrlässiges Zusammenwirken, Frank-Festgabe I (1930), S. 590.
- (4) Vgl. BGHSt 17, 359 事案は大要以下の通りである。被告人の医師Aは、インド・セイロンでの研究旅行で天然痘に感染して帰国した。Aは、自分の健康状態を調べることなく、再び大学病院に復帰した。Aは病院で直接・間接に他の医師、患者などに天然痘を感染させた。病院の牧師(Klinikseelsorger)も、検疫所の患者の下に赴いた際に、天然痘に感染した。BGHは、患者の看護の為に検疫所に自由意思で赴いた病院の牧師についての過失傷害をも肯定した。
- (5) 参考までに条文訳を挙げておく。

216条 要求による殺人

- (1) 明示的かつ真摯な被殺者の要求によって殺害を行うに至った者は、6月以上5年以下の自由刑に処せられる。
 - (2) 未遂は処罰する。
- (6) ドイツでは、同意傷害は、行為が善良の風俗に反

する場合には、可罰的である。参考までに、228条(旧226条a)の条文訳を挙げておく。

228条 同意

被害者の同意に基づいて身体傷害を行った者は、同意にも拘らず行為が善良の風俗に反する場合のみ、違法に行為をなしている。

- (7) ①の問題については第2節で扱う。また、④の問題については、天然痘医師事件で顕在化した問題であるが、私見に拠れば、同意とは、行為に対してなすものではなく、結果に対してなすものである以上、同意は、結果発生時まで存在すれば足りる(山口厚『問題探究 刑法総論』(1998)77頁。なお、行為の段階で同意が存在しないということは、未遂処罰を基礎付け得るに留まる)。従って、この点はおよそ同意論による解決を妨げるものではない。
- (8) わが国でも、一定の場合には傷害についての同意は無効であるとする見解が判例・通説であるが、本稿では、傷害についての同意は常に有効であると考ええる。この点、注45を参照。
- (9) 曾根威彦『刑法における正当化の理論』(1980)150頁。しかし、202条が、自殺関与罪をも処罰する以上、曾根の見解からは、法益主体の自己決定の自由が完全に実現されている自殺への他人の関与を処罰することになり、その説明に窮する(なお、曾根『刑法各論〔第三版〕』(2001)11頁以下のように、「不可罰的違法」として説明するとしても、そのような概念を認めること自体に疑問がある)。第1章第1節第2款参照。
- (10) 少なくとも、この限りでは、「他人の手によるかどうかは、『自己決定の自由』の実現及び法益処分的方法的差異に過ぎない」(小林憲太郎「被害者の関与と結果の帰責」千葉大学法学論集第15巻第1号(2000)146頁)との見解に従わざるを得ない。又、仮に、自手性、即ち自己による事象の事実的支配がない場合には、被害者の要保護性が高まると説明するとしても、少なくとも、前述の器物損壊の事例では、同意が自由に撤回可能である点からは、被害者に最終的には事象の支配があることは否定出来ない(島田聡一郎「他人の行為の介入と正犯成立の限界(四)」法学協会雑誌第117号第5号(2000)97頁)。従って、

- 本文で論じるように、問題はあくまでも「生命法益の特殊性」に存するのである。この点を的確に指摘するものとして、武藤真朗「治療行為の違法性と正当化——患者の承諾の意義——」早稲田大学大学院法研論集第59号（1991）213頁参照。
- (11) 但し、自手性がある場合には、侵害を回避しない態度がより強うかがわれ、又、同意の撤回もなされていないという推定がより強く働くという意味では、全くそのような自手性がない場合に比して、同意の存在を認定しやすいとは言えよう。但し、そのような事実認定上の意味を超えた意味を自手性に与えることは出来ないのである。
- (12) 更に、ドイツにおいても、自己危殆化への関与と合意による他者危殆化の区別の困難さが、特にエイズ事例を巡って顕在化している。Vgl. Roxin, AT, 3. Aufl. (1997), §11 Rn. 108.
- (13) 塩谷毅「自己危殆化への関与と合意による他者危殆化（二）」立命館法学247号（1996）102頁以下。
- (14) この点、被害者の同意論による構成を否定しつつ、被害者の自己答責性論に依拠する見解（塩谷「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）95頁以下、松宮孝明「被害者の『自己答責性』と過失正犯」『渡部保夫先生古稀記念論文集』（2000）530頁以下）や、行為の危険性に対する同意論に依拠する見解（山口厚「被害者による危険の引受と過失犯処罰」研修599号（1998）4頁以下）、更には、低いレベルの危険についてのみ、自己決定権尊重の内在的制約を排除して、「危険にさらされることへの同意」を肯定する見解（井田良「危険の引受け」『刑法の争点（第3版）』（2000）79頁）は、論理として一貫していない。
- (15) ドイツ刑法216条が要求による殺人を処罰している点についての議論も、必要な限りで参照する。
- (16) 福田雅章「大阪地裁安楽死事件解題」阪大法学108号（1978）219頁以下、塩谷・前掲（注13）102頁。
- (17) 秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上智法学論集19巻2＝3号（1989）187頁以下。但し、同・「同意殺人—自己決定権の限界—」法学教室232号（2000）2頁以下は、「共同体からの自由」ではなく、「共同体への義務と結びついた自由」に言及しつつ、自己の生命・身体の恣意的な処分が「他者」に重大な侵害をもたらす危険性があることを指摘している。この主張は、むしろ後述の他者侵害説の立場からのみ説明可能であるように思われる。
- (18) 前田雅英『刑法各論講義 [第三版]』（1999）19頁。
- (19) この点、同意について、行為者が認識する必要はないとする見解に立てば、なおさら、行為者の責任減少に言及することは困難になる。同旨の見解として、平野龍一「結果無価値と行為無価値」法学教室37号（1983）33頁参照。
- (20) 西田典之『刑法各論』（1999）15頁。
- (21) この点に明確な解答を与えるのが、正に他者侵害説である。
- (22) 西田・前掲15頁。
- (23) Schmidhäuser, Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, Festschrift für Welzel (1974), S. 801ff. なお、現在では、ドイツ刑法218条は、1項で第三者墮胎を、3項で自己墮胎を規定し、前者の法定刑は後者のそれよりも加重されている。
- (24) 墮胎罪に関しては、妊婦に属さない法益（即ち、生まれていない胎児の生命）が問題となっているのは疑問の余地がない。Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 23. Aufl. (1999), §218 Rn. 1.
- (25) ドイツの立法の歴史に反しているという批判がある。Vgl. Roxin, Die Mitwirkung beim Suizid - ein Tötungsdelikt? Festschrift für Dreher (1977), S. 336.
- (26) Vgl. Lackner/Kühl, a.a.O., §216Rn. 1. (但し、責任減少のみならず、違法減少にも言及している)
- (27) Otto, Eigenverantwortliche Selbstschädigung und-gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und-gefährdung, Festschrift für Tröndle (1989), S. 158.
- (28) Vgl. Hirsch, Einwilligung und Selbstbestimmung, Festschrift für Welzel (1974), S. 779.; Roxin, a.a.O. (Anm. 25), S. 339.; ders., a.a.

O. (Anm. 12), §2 Rn. 18.

(29) Vgl. Otto, Jura 1984, S. 540.

(30) Roxin. a.a.O. (Anm. 25), S. 339.

(31) Vgl. Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts (1992), S. 38. なお、ゲーベル自身は、ヤコプス・シューレの基本的発想(詳細は第1章第2節第2款2を参照)に基づき、「我々の社会に深く根ざした文化規範」を害することによって、社会的平穩が害されるとの立場から、直接的に社会的平穩を216条の保護法益としている。しかし、ヤコプスのように、法益保護を媒介せずに、直接に社会的平穩に依拠する(Jakobs, AT, 2. Aufl. (1991), 2/19) ような解釈論は、刑法の目的を法益保護とする本稿の立場からは支持し難い。

(32) 小林・前掲(注10) 164頁以下。

(33) 小林・前掲(注10) 167頁。

(34) 小林・前掲(注10) 167頁は、「殺人罪よりも軽く、しかし傷害罪よりも重く処罰する」ことが立法論としては望ましいとする。

(35) もちろん、その者の信条・価値観が、現在から将来にわたって一貫している限りで、人格の同一性が基礎付けられるとすれば、現在の自己決定が、将来の被覆決定可能性に影響を与えると言える。しかし、この見解は、正にその限りでは、「自殺を自分自身の自由の放棄とのみ構成する」ことを認めることになり、202条の制約を広範囲で否定することになりかねないのである。

(36) なお、202条において死亡は客観的処罰条件とすることにも疑問がある。というのは、客観的処罰条件とするのであれば、(例えば、事前取賄罪において、「公務員となった場合」という要件を客観的処罰条件と解する場合には明らかなように、) 必ずしも、構成要件該当行為との間には相当因果関係が必要ではないと思われるが、そのように考えるのであれば、例えば、甲が乙に対して、(同意)殺人の構成要件該当行為を行い、乙の将来の被覆決定可能性が失われた後に、第三者丙が乙を故意で死に至らしめた場合(即ち甲の行為と乙の死亡との間に相当因果関係が存在しない場合)であっても、甲には同意殺人

の既遂が成立してしまい、結論としても妥当ではないように思われるからである。

(37) 従って、自殺も違法である以上、これに対する正当防衛も可能である。私見と同様に、自殺を違法とする秋葉・前掲191頁及び塩谷「自殺関与事例における被害者の自己答責性(一)」(1997) 291頁は、その限りでは妥当であるが、かかる帰結は、他者侵害説によってのみ正当化されるように思われる。

(38) 塩谷「自殺関与事例における被害者の自己答責性(二・完)立命館法学257号(1998) 92頁、林幹人『刑法各論』(1999) 30頁。

(39) なお、積極的安楽死については、私見からは、個人的法益としての生命処分についての同意がある以上、問題となるのは、社会的法益の側面に過ぎないから、苦痛からの解放のために、安楽死しか手段がないような場合には、緊急避難による正当化が可能である。

(40) 小林・前掲(注10) 163頁。更に、小林・前掲(注10) 163頁は、本稿のような見解に対して、「現行憲法が国籍離脱の自由を承認し(中略)その意味で個人に対して右共同体から脱退する自由を明文で認めていることと、明らかに矛盾する」と批判する(このような批判については、既にロクシンが行っている。Vgl. Roxin, a.a.O. (Anm. 25), S. 338.)。しかし、憲法22条2項の保障する国籍離脱の自由とは、「外国の国籍を取得することを条件に」日本の国籍を失う自由を過ぎず、無国籍になる自由を含む趣旨ではないと解するのであれば(芦部信喜『憲法学III 人権各論(1) [増補版]』(2000) 585頁以下)、自殺とは、正に、外国の国籍を取得することを条件としないで共同体から離脱することであるから、そもそも典型的に、およそ国籍離脱の自由とは関係しないと解することが可能である。従って、本稿の理解に拠れば、刑法202条は、国籍離脱の自由から導き出される(外国の国籍を取得することを前提とした)共同体からの離脱の自由を制約する規定ではなく、そもそも、そのような自由とは全く無関係の規定なのだと反論出来る。

(41) 西田・前掲432頁、436頁。

(42) 戦前のわが国の見解、例えば宮本英脩『刑法學粹

- 第四一五分冊』(1931) 543頁や、近時でも、林・法学セミナー402号108頁以下、同・前掲(注38) 30頁のような、自殺関与罪の保護法益を国家的・社会的法益とする見解によくなされる批判である。秋葉・前掲184頁、伊東研祐『現代社会と刑法各論 第一分冊』(1989)53頁などを参照。
- (43) Vgl. Jakobs, a.a.O., 7/114
- (44) 塩谷・前掲(注38) 89頁、伊東・前掲54頁。
- (45) なお、第1款で論じた自手性との関係では、生命法益の特殊性とは、199条においては、個人的法益と社会的法益とが複合的に規定されており、202条においては、後者の側面のみが規定されている点に存する。従って、(個人的法益としての)生命法益の法益主体は、202条における法益主体ではない以上、被害者の自律=自己決定に依拠して自手性を論じることはおよそ不可能である。又、傷害罪についても、論理的には、社会的法益の側面が合わせて規定されていると解することも可能であるが、そのように考えたとしても、少なくとも個人的法益としての身体については完全に同意によって処分可能なので、結論としては、身体法益についての同意によって、常に、傷害罪の構成要件該当性が否定されると考えるべきである。
- (46) このような視点に立つものとして、林幹人『刑法総論』(2000) 180頁以下、林陽一『刑法における因果関係理論』(2000) 182頁、187頁以下参照。なお、浅田和茂「刑事法学の動き」法律時報70巻4号(1998) 103頁、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』(1998) 168頁における、(被害者の同意論による解決を否定しつつ、被害者の自己答責性論に依拠する)塩谷への批判も参照。
- (47) Cancio Meliá, Opferverhalten und objektive Zurechnung, ZStW 111 (1999), S. 363ff.
- (48) 行為=同意と結果=同意との区別を曖昧にしつつ、(結果=同意としての)同意の法理を行為=同意についてまで「拡張」することに障害は存在しないとする見解(林・前掲(注46) 180頁以下)は妥当ではない。というのは、行為=同意は、行為の危険性については認識しつつも、結果の発生を主観的に表象していない(あるいは一旦浮かんだ結果発生につ
- いての主観的表象を否定する)ことであり、被害者の自律=自己決定の観点からすれば、結果=同意とは区別されるべきであるからである。本稿では、このような観点から、行為=同意と結果=同意とを区別している。
- (49) 本文で採り上げた見解以外にも、vgl. Jescheck/Weigend, 5. Aufl. (1996), S. 591.; Rudolphi, Systematischer Kommentar, vor §1 Rn. 81a.; Lackner/Kühl, a.a.O., §228 Rn. 2f.
- (50) Schaffstein, Handlungsunwert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Festschrift für Welzel (1974), S. 557ff.なお、同意の本質を「実現された構成要件の背後にある禁止の遵守を免除すること」に求める立場から、過失犯においては、注意義務に反する行為のみが禁止されている以上、同意の対象も行為であるとする見解(Hirsch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., vor §32 Rn. 107.)も基本的にこれと同旨である。
- (51) ペーター・フリッシュの見解(第1章第2節第2款1)を参照。
- (52) あるいは、行為無価値論を徹底し、結果は客観的処罰条件に過ぎないとしても、正に、結果=同意によって、そのような客観的処罰条件が否定され、その結果、(過失犯には未遂処罰規定がない以上)不可罰になるという理解も可能である。
- (53) 一元的行為無価値論を採用する増田豊もこの点を適切に指摘する。増田「共犯の規範構造と不法の人格性の理論—共犯の処罰根拠と処罰条件をめぐって—」法律論叢第71巻第6号(1999) 48頁以下参照。
- (54) 山口・前掲(注14) 7頁。なお、「過失犯論の課題と展望」現代刑事法15号(2000) 27頁の大塚裕史発言も、危険引受けにより、「規範的な評価において過失犯の危険行為が限定される」ので、結果回避義務が限定されるとしており、山口と同旨の見解であろう。
- (55) 山口の見解が、行為無価値論に基づく行為=同意説であるとの批判につき、山中敬一『刑法総論I』(1999) 379頁注43参照。
- (56) Dölling, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefähr-

dung des Opfers, GA 1984, S. 84.; Helgerth, NStZ 1988, S. 263.わが国でも、猪田真一「同乗者の承諾と業務上過失致死罪」帝京法学第21巻第1号(1999)107頁以下参照。なお、利益衡量説のバリエーションとして、ヴォルフガング・フリッシュも、構成要件該当行為論の枠組みの中で、自己危殆化への関与については、被害者の法益保護に比べて、行為者の行為自由及び被害者の自己発展の利益が優越し、行為者の行為は構成要件該当行為ではないとして、その不可罰性を基礎付ける。Vgl. Wolfgang Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs (1988), S. 152ff.; ders., Selbstgefährdung im Strafrecht, NStZ 1992, S. 62ff. (これについては、岩間康夫「ヴォルフガング・フリッシュ『刑法における自己危殆化—被害者に方向付けられた構成要件行為論の要綱』」愛媛法学会雑誌19巻3号(1992)59頁以下に紹介がある)なお、前田雅英「危険の引受けと許された危険」『最新重要判例250〔第3版〕』(2000)62頁も参照。

(57) Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten (1955), S. 74f.

(58) 山口・前掲(注7)77頁以下。

(59) Noll, a.a.O., S. 48.

(60) Vgl. Keßler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung (1884), S. 51.

(61) 従って、利益衡量説に立ちつつ、(デリンクを批判する文脈で)このような目的の考慮を否定する塩谷の見解(塩谷・前掲(注13)86頁)は、結局は、利益衡量説を採る最大の解釈論的意義を否定しているように思われる。

(62) 但し、利益衡量説に立たなくとも、ドイツ刑法228条の良俗条項を媒介として、行為によって追求された目的を広く考慮する見解もある。例えば、ウルリッヒ・ヴェーバーは、行為=同意説の立場に立ち(Baumann/Weber/Mitsch, AT, 10. Aufl. (1995), S. 237.), 更に、生命危殆化行為の場合にも228条の制約を及ぼしつつ、危険引受けの事例を追求された目的との関係で分類し、「明確な良俗違反」と言えるような目的の場合のみ、危険引受けを

無効とする。Vgl. Ulrich Weber, Objektive Grenzen der strafbefreienden Einwilligung in Lebens- und Gesundheitsgefährdungen, Festschrift für Baumann (1992), S. 43ff. (これについては、塩谷「ユルゲン・パウマン記念論文集の紹介(四)」甲南法学36巻1・4号167頁以下に紹介がある)しかし、228条の良俗条項を、専ら行為の目的のみを基準として考察する見解は、正当にも、近時、ドイツでも強く批判されている。即ち、228条で問題となるのはあくまでも「身体傷害」についての不法であるから、このような不法が、被害者の同意にも拘らずなお存在する根拠を示すべきとするのである。Vgl. Göbel, a.a.O., S. 52.; W. Frisch, Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§228 StGB), Festschrift für Hirsch (1999), S. 491ff. なお、ドイツにおける一連の学説につき、武藤眞朗「承諾に基づく傷害の許容範囲」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第三巻』(2000)65頁以下も参照。

(63) この点、デリンクが、「要件の加重された同意(die qualifizierte Einwilligung)」において、行為によって追求された目的の価値をも考慮することで、基本的には過失致死にも妥当する(と彼が考えている)ドイツ刑法216条の制約を否定しようとするのは、単なる目的説とは異なった意味を有するものであり、被害者の自律=自己決定という観点からは必ずしも不当ではない。寧ろ、本文でも以下述べているように、デリンクの見解の問題は、いかなる目的が利益衡量に含まれるのかが原理的に恣意的にならざるを得ない点である。例えば、この見解からは、ヘルゲルトが論じるように、エイズ事例において、(夫婦関係は高い価値を有するので、)夫婦間の性交のみが「要件の加重された同意」を満たし、HIVを感染させた側は不可罰となる、などという帰結が導き出されてしまうのである。Vgl. Helgerth, a.a.O., S. 263. また、デリンクと同様の理論構成を採用しつつ、追求された目的が高度なものであることを要求するが故に、デリンクよりも、同意が認められる範囲が限定されている猪田の見解(前掲107頁以下)も参照。

(64) Noll, a.a.O., S. 87.

- (65) 塩谷・前掲(注13) 98頁。
- (66) 小林・前掲(注10) 150頁。
- (67) Hirsch, a.a.O. (Anm. 50), Rn. 107.
- (68) 井田良「被害者の同意」現代刑事法14号(2000) 90頁, 同「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) 122頁, 同・前掲(注14) 79頁。なお, 注139も参照。
- (69) 佐伯仁志・平成10年度重要判例解説152頁, 山中・現代刑事法6号(1999) 79頁, 島田「他人の行為の介入と正犯成立の限界(五・完)」(2000) 57頁以下, 小林・前掲(注10) 149頁以下。なお, 大阪高判平成10年7月16日判時1647号156頁も, 死亡結果について, 被害者の意欲を不要としている。
- (70) 山口厚『危険犯の研究』(1982) 56頁以下。
- (71) Geppert, Rechtfertigende Einwilligung des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr?, ZStW 83 (1971), S. 992ff.
- (72) Preuß, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht (1974), S. 150ff.
- (73) Hirsch, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), S. 95f.但し, LKでは, 自己危殆化への関与の場合にのみ注意義務違反欠落論を妥当させ, メーメル河事件のような合意による他者危殆化の場合には, 専ら行為=同意説の観点からの解決を主張している。Vgl. Hirsch, a.a.O. (Anm. 50), Rn. 107.更に, オーストリアにおいても, シュタイニンガーは, 自己危殆化への関与の場合にのみ注意義務違反欠落論を妥当させ, 合意による他者危殆化の場合には, 結果=同意説の観点から, 同意は殆どの場合に無効であるから, 期待可能性及び量刑事情として考慮すべきとする。Vgl. Steininger, Freiwillige Selbstgefährdung, ZVR 1985, S. 97ff.オーストリアにおける危険引受けを巡る学説状況については, 長谷川裕寿「オーストリア刑法学における『被害者態度』と『行為者答責』」法学研究論集第12号(2000) 35頁以下も参照。なお, スイスにおいても, ドナツェは注意義務違反欠落論にも言及する。Vgl. Donatsch, Die Selbstgefährdung des Verletzten im Strafrecht, SchwZStrR 105 (1988), S. 377ff.また, ヴァイセンベルガーも, ロクシンの見解(構成要件の射程範囲論ないし規範の保護目的論)を支持しつつ, 核心部分については, 注意義務違反欠落論と規範の保護目的論とは一致するとする。Vgl. Weissenberger, Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben (1996), S. 118. Fn. 496.
- (74) Roxin, a.a.O. (Anm. 12), §11 Rn. 107.
- (75) Preuß, a.a.O., S. 150.
- (76) この点は, 第2章で詳述する。
- (77) 社会的相当性論あるいは許された危険論については, 本来, より原理的な分析をなすべきであるが, 本稿ではとりあえず留保する。また, 社会的相当性論と許された危険論とを並列することにも批判があるであろうが(わが国では例えば林・前掲(注46) 35頁以下, 186頁以下参照), 本文で論じたように, 社会的相当性論には許された危険論が含まれているので, ここでは両者を並立的に扱うことにする。
- (78) 問題となる法益が具体的状況において現実に被害者によって放棄され, あるいは現実に他のより保護すべき法益の犠牲になるべきである場合(同意, 正当防衛, 緊急避難などが現実に成立する場合)には結果無価値が否定されるから, 行為者には侵害権が生じ, 被害者は正当化的緊急避難によっても対抗し得ない。それに対して, 事後的観点から見れば違法阻却事由によって追求されるべき目的達成に失敗し, 違法阻却事由の要件が欠如するとしても, 目的の実現の成否という事情は不確定である以上, 法的に是認されるべき目的を追求する行為を可能ならしめるためには, 客観的事情の「事前的判断」によって当該行為を許容すべき場合がある。この場合に認められるのが行為権である。Vgl. Lenckner, Schönke/Schröder Kommentar, 25. Aufl. (1997), vor §32 Rn. 10f.
- (79) A.a.O., Rn. 100ff.
- (80) 「違法性阻却事由が存在する事前的蓋然性それ自体を違法性阻却事由とするもの」であって, 「立法者が一定の要件を定めて違法性阻却事由を限定的に規定していることが, 解釈により全く無視されることになる」との山口・前掲(注7) 88頁以下の批判

を参照。

(81) 林は、(推定的同意についての文脈において、)事後判断を徹底させ、後は故意論で処理するという見解(山口・前掲(注7)89頁)に対して、「被害者の意思に反するかもしれないと思えば未必の故意は否定出来ないところから、そのような場合に現実に事後的に意思に反していることが明らかとなれば処罰せざるを得ないこととなり、その結果将来にわたって、実はその法益を侵害しても別の利益を保全してもらいたいというのが被害者の意思だった場合にも、危険に陥っている法益を保全しようとする行為を萎縮させてしまうこととなるからである」とする(林・前掲(注46)175頁)。しかし、同意というのは、正当防衛や緊急避難とは異なり、単に、現実の同意が存在する限りで、もはや当該法益を保護する構成要件の保護対象から外すという効果をもたらすという意味で、法益主体の自律=自己決定を尊重するものに過ぎない。従って、法秩序の側で、同意に基づく行為を萎縮しない(即ち、そのような行為を促進する)ように配慮すべく、事後的に見れば法益主体の意思に反する行為までも処罰対象からははずすということが要求されるいわれは全く存在しないのである。なお、このような(個人的視野を超えた長期的視野に基づく)「萎縮効果」に依拠した論理構成をとりつつ、推定的同意が「被害者の個人的な意思に基づいて構成要件該当性を阻却するもの」(林・前掲(注46)174頁)とするのが論理的に一貫するものなのかは極めて疑問である。

(82) 現実には同意が存在しなくとも、事前的判断から行為権を認めるべきであるという観点から論じられるのは、せいぜい推定的同意に過ぎない。この点については、林・前掲(注46)175頁を参照。

(83) 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)341頁以下、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)115頁以下。なお、同旨の見解として、大谷實『新版 刑法講義総論』(2000)275頁も参照。

(84) Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 516f.

(85) Vgl. Wiebke Schürer-Mohr, Erlaubte Risiken (1998), S. 74ff.但し、モーアは、通常性について、(ツィプフ的な)社会的に認められた行為規範との合致という「規範的」観点からの理解には好意的である。

(86) W. Frisch, a.a.O., S. 102., S. 106.

(87) この点、法令行為については、(例えば、逮捕は、一定の要件を満たせば、真犯人に対してでなくとも許容されることから明らかのように、)個別的利益衡量をたとえ充足していないとしても、当該制度の効率性の担保という観点からの長期的な利益最大化を志向して法律上規定されているという意味では、正に問題となる諸利益を衡量した結果としてのルールであるといえる(正当業務行為についても、私見に拠れば、このような観点に基づく違法阻却事由と解すべきであるが、詳細な検討は今後の課題とする)。又、正当防衛や、緊急避難についても、個別場面における防衛効果や避難効果が不要であるとするのであれば、個別利益衡量を充足しなくても構わないということであるから、正にこのようなルールとして把握することが必要となる。注171参照。

(88) なお、合意による他者危殆化については、自己危殆化への関与と全ての重要な点で「等置」される場合、即ち、①当該損害が、引き受けられた危険の結果であり、別の過誤によるものではないこと、②被危殆者が、共同行為に対して危殆者と同様の答責性を負わなければならないこと、③被危殆者が、危殆者と同程度に当該危険を見越していなければならないこと、の3点を満たす場合には、構成要件の射程範囲外となるとする。しかし、このような「等置」については、そもそもロクシンが、216条・228条の可罰性と自殺・自傷関与の不可罰性との区分論から自己危殆化への関与と合意による他者危殆化についての区分論を導いているにも拘らず、例えば、要求による殺人・同意傷害の場合でも、一定の要件を満たす場合には、自殺関与・自傷関与と「等置」されて不可罰になるなどという論証をおよそ行っていないことからすれば、論理的に一貫しない。更に、ロクシンは、過失犯においても結果=同意説を

- 採用している (Roxin, a.a.O. (Anm. 12), §24 Rn. 101.) が, それゆえに, 合意による他者危殆化においては, 妥当な処罰範囲を確保しようとするために上記のような「等置」に依拠しているのであり, 寧ろ実質としては, 行為=同意説の論理を採用しているように思われる (Vgl. Hirsch, a.a.O. (Anm. 50), Rn. 107. Fn. 185.)。
- (89) Roxin, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Festschrift für Gallas (1973), S. 241ff.; ders., Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Festschrift für Honig (1970), S. 133ff. (エイズ事例などの扱いは異なるものの) ロクシンと同旨の見解を採用するものとして, vgl. Weissenberger, a.a.O., S. 110ff., S. 117ff.
- (90) Roxin, a.a.O. (Anm. 12), §11 Rn. 91. Fn. 176.
- (91) この点を批判するものとして, vgl. Susanne Walther, Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung (1991), S. 76ff. Dagegen, Schünemann, NStZ 1982, S. 63.; Dörling, a.a.O., S. 77.
- (92) Donatsch, a.a.O., S. 376.; 山口・前掲 (注14) 6頁, 小林・前掲 (注10) 158頁。但し, ロクシンは, NStZ 1985, S. 321.において, 自ら意図的に惹起した自殺の場合にはドイツ刑法323条cで救助義務が生じる「事故 (Unglück)」か否かは議論があり得るとしても, 自己危殆化の場合には, 死ぬことを意欲していないのであるから, 「事故」であるとして, 一般的救助義務が生じることを認めなければならない, としている。とすれば, (自殺よりも自己危殆化の方が, 被害者にとって偶然な, 即ち, 被害者の自己答責領域に属さないような事態であるからこそ, 「事故」に該当するのである以上,) 自殺よりも自己危殆化の方がより自律的=自己決定的な法益処分がなされていないことを自認しているように思われる。
- (93) Vgl. Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen (1986), S. 107ff.; Walther, a.a.O., S. 94ff.; Zaczyk, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten(1993), S. 53ff.; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und Fahrlässige Beteiligung(1997), S. 191ff.; Otto, Grundkurs Strafrecht, 6. Aufl. (2000), §6 Rn. 43ff.; Mohr, a.a.O., S.123ff., S.139ff.; Kühl, Strafrecht AT, 3. Aufl. (2000), §4 Rn. 83 ff.
- (94) 松生光正 (伊藤寧=松生光正=川口浩一=葛原力三『刑法教科書 総論 (上)』(1997) 166頁以下), 塩谷 (前掲 (注14) 91頁以下), 山中 (『刑法における客観的帰属の理論』(1997) 708頁以下), 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文集 第一巻』(1998) 407頁以下), 松宮孝明 (『刑法総論講義 [第二版]』(1999) 110頁, 法学教室228号 (1999) 138頁, 前掲 (注14) 523頁以下), 増田 (前掲 (注53) 1頁以下) など参照。なお, 近時, ドイツにおける議論状況 (Vgl. Schumann, a.a.O., S. 110.; Otto, Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, Festschrift für Spindel (1992) S. 271ff.; Renzikowski, a.a.O., S. 191ff.) を受けて, わが国においても, 過失犯において限縮的正犯概念を採用することを前提としてのみ, 「被害者の自己答責性」の問題が解決可能であると主張する見解が有力化している (安達光治「客観的帰属論の展開とその課題(三)」立命館法学270号 (2000) 45頁以下, 松宮・前掲 (注14) 532頁以下。なお, 塩谷・前掲 (注14) 95頁以下も参照)。例えば, 安達は, ヴェルツェルの目的的行為論や, ロクシン流の客観的帰属論は, 過失犯において統一的正犯概念に依拠するものであるから, 自己答責的な自己侵害・自己危殆化への過失関与者の不可罰性を論証し得ないと強く批判し, 過失犯においても限縮的正犯概念の採用を志向する。確かに, 被害者の自己答責性論を専ら「正犯性限定原理」としてのみ把握するのであれば, 過失犯においても限縮的正犯概念を採用して初めて, 自己答責的な被害者への関与者は, 専ら過失共犯としてしか関与し得ず, 過失共犯は不可罰であるから, 結局関与者は不可罰となる, とする論証が可能となる。しかし, (本文で

後述するように) 自己答責的な自己侵害においては、法益主体によって法益が「処分」されている以上、およそ、問題となる構成要件において保護すべき客体が存在しないし、逆に、その場合にのみ、関与者への結果帰属を完全に否定するという意味での(被害者の自律=自己決定に依拠した)被害者の自己答責性も肯定されるのだと解する本稿のような立場からは、過失関与者に帰属されるべき法益侵害結果がそもそも存在しないという理由で、既遂処罰が絶対的に否定されるのである(この点、小林・前掲(注10)174頁以下も参照)。従って、過失犯において、統一的正犯概念を採用するか、限縮的正犯概念を採用するか、という問題とは関係なく、危険引受けの問題は解決されるのである(勿論、危険引受け以外にも、過失の共同正犯や、故意正犯への過失関与者の問題のように、過失犯において限縮的正犯概念を採用しなければ解決し得ない問題領域が存在すると考えるのであれば、なお、過失犯において統一的正犯概念を採用するか、限縮的正犯概念を採用するかという問題は残るが、本稿では、その点の検討は留保する)。その意味で、過失犯において統一的正犯概念を採るか、限縮的正犯概念を採るかで、危険引受けの事例に対するアプローチが確定されるとするような見解(坂東三津五郎ふぐ中毒死事件を巡っての、統一的正犯概念を採用する井田・前掲「過失犯の問題点」(注68)123頁及び限縮的正犯概念を採用する松宮・前掲(注14)541頁をそれぞれ参照)は妥当ではない(注163も参照)。なお、付言すれば、ロクシンの見解も、構成要件の射程範囲を問題にしていると言いつつ、実体としては、(行為=同意説の意味での)同意論的発想に依拠しているのであると解すれば(注88参照)、過失犯において統一的正犯概念を採用すること自体とは必ずしも矛盾するものではない。

(95) Vgl. Roxin, NStZ 1987, S. 365ff.; Neumann, JA 1987, S. 248f.; Hohmann/König, NStZ 1989, S. 304ff.; Zaczyk, a.a.O. (Anm. 93), S. 32ff.

(96) 塩谷・前掲(注38)116頁もこの点を指摘する。又、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』(2000)

36頁注(22)も参照(なお、神山自身は、危険引受けを、特別な責任阻却事由と把握する)。

(97) 被害者の自己答責性論一般の分析については、小林・前掲(注10)171頁以下を参照。

(98) Zaczyk, a.a.O. (Anm. 93), S. 32ff.

(99) 但し、一般的には行為者は被害者に対して監督義務を有していないので、通常は、被害者はこの点については信頼可能ではないとされる。Zaczyk, a.a.O. (Anm. 93), S. 65.

(100) 実際、ツァツィックが、メーメル河事件、エイズ事例、(飲酒運転への)好意同乗事例、麻薬譲渡事例において行っている具体的判断は、被害者が危険を認識しているにも拘らず、なお「被害者を自己危殆化にさらさない義務」を行為者に認めることが出来るか、というものに過ぎない。しかも、その判断においては、道路交通法や、麻薬法の規定の趣旨を、ストレートに行為者の(過失致死についての)注意義務違反を基礎付ける根拠としており、規範論的誤謬を犯しているのである。Zaczyk, a.a.O. (Anm. 93), S. 58ff.なお、ツァツィックの見解に対しては、麻薬法における麻薬譲渡禁止規定の趣旨を根拠として、危険を認識している被害者へ麻薬を譲渡し、それを摂取した被害者が死亡した場合を過失致死とするのであれば、被害者が自ら自殺しようと思つて麻薬を摂取して死亡した場合であっても、譲渡者には、(麻薬法における麻薬譲渡禁止規定の趣旨自体は妥当する以上)過失致死が成立することになりかねないとのレンツィコフスキーの批判がある(Renzikowski, a.a.O., S. 198.)が、この批判は、前述のような規範論的誤謬を指摘する点では妥当である(但し、ツァツィックの見解を、本文のように理解するのであれば、被害者の自己侵害の場合には、絶対的な答責性の排除がなされるのであって、麻薬法の規定の趣旨を考慮する必要もないという反論がなされるであろう)。

(101) Schumann, a.a.O., S. 1ff., S. 107ff.

(102) この点について、第2章参照。なお、レンツィコフスキーも、自律性原理の観点からは、アプリアリに、自己侵害への関与と自己危殆化への関与とを同一に取り扱うことは出来ず、自己危殆化の場合に

- は、むしろ認識なき自己侵害として、発生した法益侵害結果の行為者への帰属が問題となるという妥当な出発点を探りつつ (Renzikowski, a.a.O., S. 191.), 結局はそれを徹底していない。
- (103) Walther, a.a.O., S. 94ff., S. 144ff.
- (104) 被害者の同意と被害者の自己答責性とは、被害者の自律=自己決定という共通の基本思想に立つとの前提の下、後者には、「被害者の意思と態度との連関」の観点から独自の意義を与え、(同意の場合とは異なり) 結果認識・意欲は不要としつつ、結果発生に対する積極的な態度の存在により、正犯性限定原理としての被害者の自己答責性を認める塩谷の見解 (塩谷『『被害者の自己答責性』について』『転換期の刑事法学 井戸田侃先生古稀祝賀論文集』(1999) 799頁注(2), 同・前掲(注14) 91頁以下) や、結果=同意がなければ同意としては無効としつつ、危険について同意し、危険発生に対して被害者が事象を支配した場合には、危険実現連関を否定する山中の見解 (山中・前掲(注55) 377頁以下) も、積極的態度あるいは事象支配というファクターにおいて、本文で論ずるような補充的効果を認めているものと考えられる。従って、その限りではヴァルターに対するのと同様の批判 (即ち、なぜ危険認識は必要とされるのか、という点についての根拠を示していないという批判) が妥当する。
- (105) ヴァルターも、危険認識のない場合には、自己決定に依拠することは出来ないとする。Walther, a.a.O., S. 103.
- (106) そもそも、ヴァルターの見解の出発点は、危険引受けの場合には行為=同意が最外枠であって結果=同意は不要である、という点にあり、その出発点が正当化されてこそ、自手的・直接的危険創出がある場合には、(厳格な意味での行為=同意よりも) 更に主観的認識の要件を緩和できる、という論理構成が問題となるのである。
- (107) 本文で検討する見解以外にも、ブルンスは、エイズ事例の解決に関して、必ずしも危険性の認識を要求する立場には立っておらず、売春婦あるいは男娼と性的関係を有するに際して「セイファーセックス」を行わないような極めて不注意な者は、自己の危険に基づいて行為をしているとする。Vgl. Bruns, NJW 1987, S. 693f.; ders., NJW 1987, S. 2281f.
- (108) Peter Frisch, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten (1973)
- (109) 本稿との関係では、この類型の中心事例である信頼の原則が重要であるが、この点は第2章で詳述する。
- (110) フリッシュの見解が、損害の公平な分担を志向する民事の危険分配論を刑法に持ち込んだものと評される (Derksen, Handeln auf eigene Gefahr (1992), S. 100.) のはそれ故である。なお、わが国でも、被害者の法益保護責任をフリッシュと類似の発想で認めるものとして、藤木英雄『過失犯の理論』(1969) 60頁以下参照。
- (111) 小林・前掲(注10) 179頁以下。
- (112) 小林・前掲(注10) 180頁。
- (113) Vgl. Neumann, a.a.O., S. 248.; Cancio Meliá, a.a.O., S. 373.; Fiedler, Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung -unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzip (1990), S. 121ff.; Puppe, Nomos Kommentar, vor §13 Rn. 175.
- (114) フリッシュの見解を、被害者学的原理を先取りしたものであるとする見解 (Derksen, a.a.O., S. 97 f.) あるいは端的に被害者学的原理として位置付ける見解 (Mohr, a.a.O., S. 133f.) は本文のような考え方と親和的である。なお、「被害者が保護に値しなく、保護の必要性がない場合には、社会的損害を防止する国家の最終手段としての刑罰を科すことは適切ではない」という被害者学的原理に依拠する見解 (Schünemann, NStZ 1986, S. 439ff.; ders., NStZ 1982, S. 62.; Fiedler, a.a.O., S. 121ff.) については、以下の批判が妥当する。即ち、①自己保護が容易に可能であれば被害者の保護を否定すると考えるのであれば、余りに被害者への負担が大となる。例えば、被害者が自宅のカギをうっかり閉め忘れたところ空き巣が入った場合に、住居侵入罪・窃盗罪を否定することになりかねない。それは、個人が自己の法益に配慮することから解放し、

代わりに保護を行うことを任務とする近代国家のあり方に反する (Vgl. W. Frisch, a.a.O. (Anm. 56), S. 144ff.). ②①の帰結を回避するためにより限定的な基準を定立しようとしても, 被害者学的原理の内部にはその契機は存在せず, フィートラーのように, 被害者の自己答責性原理などから基準を借用するとすれば, そこでは既に被害者学的原理は実質的解釈原理となっていない (Vgl. Zaczyk, a.a.O. (Anm. 93), S. 11f.; ders., GA 1991, S. 571f.; Cancio Meliá, a.a.O., S. 371f.; 小林・前掲 (注10) 185頁以下)。

(115) 以下ではヤコブス, デルクセン, ゲーベルなどの見解の基礎をなしている基本的思想については一括して論じつつ, それぞれの見解の具体的帰結について個別に触れることにする。ヤコブスシュレーの基本的思想については, vgl. Jakobs, a.a.O., 1/4 ff.; Derksen, a.a.O., S. 169ff.; ギュンター・ヤコブス (花井哲也訳) 「客観的帰属—特に『許された危険』, 『遡及禁止』, 『信頼の原則』という刑法的な制度の領域について—」朝日法学論集第十号 (1993) 1頁以下; ギュンター・ヤコブス (松宮孝明・平山幹子訳) 「作為および不作為の刑法的帰責」立命館法学253号 (1997) 218頁以下。

(116) Vgl. Jakobs, a.a.O., 7/125ff.

(117) このような見解は, (論理構成はやや異なるものの) カンシオ・メリアも採用している。Vgl. Cancio Meliá, a.a.O., S. 377ff.

(118) Derksen, a.a.O., S.169ff.なお, デルクセンの見解については, 長谷川裕寿「自己の危険に基づく行為 (一) (二・完)」法学研究論集第10号 (1999) 33頁以下, 第11号 (1999) 41頁以下の紹介が詳しい。

(119) 本文で論じた②②'の点は, 不作為犯で問題となるが, 本稿ではその検討は留保する。

(120) デルクセンにおいては, この概念は, 被害者の個人的能力ではなく, 組織化行動への自由の余地 (Freiraum) を意味する。尤も, 被害者の欠陥 (Defekt) として最初から自己答責的な行為が排除される場合には, 被害者の個人的な能力が問題となる。Vgl. Derksen, a.a.O., S. 192.

(121) 例えば, 被害者が, 行為者によって放火された家から逃げる際に負傷した場合には, 当該結果について行為者が管轄を有する。それに対して, 被害者が, 行為者によって放火された家の中に残された自分の宝石を取って来る為に飛び込んで負傷した場合には, 被害者にはなお組織化の選択肢が残されているが故に, 当該結果について行為者はもはや管轄を有しない。Vgl. Derksen, a.a.O., S. 233.

(122) 但し, 例えばエイズ事例においては, 行為者が, きわめて不注意である場合, あるいは明らかに感染の危険がある状況にも拘らずそれに無関心であるような場合には, 危険を認識しつつ性交する場合と同じであるということからも明らかのように, アプリオリに主観的認識を要求するわけではない。Vgl. Derksen, a.a.O., S. 224 Fn. 193.

(123) 前注を参照。

(124) 島田「他人の行為の介入と正犯成立の限界 (三)」法学協会雑誌第117巻第4号 (2000) 88頁以下。

(125) 高山佳奈子『故意と違法性の意識』(1999) 260頁以下。

(126) 島田・前掲 (注124) 90頁, 小林・前掲 (注10) 182頁以下。

(127) 松生・前掲168頁以下も, 積極的一般予防論に依拠しつつ, 結果を予見・回避し得る能力を被害者が有しているのであるから, 被害者がこの能力を使用して, 結果を予見・回避することが法によって期待されているとする。このような見解が規範論の次元では成り立たないことについては, 第2章で詳述する。

(128) 小林・前掲 (注10) 183頁。

(129) このように考えると, ここでなされている議論の本質は, 信頼の原則と同一である。そして, 本文で以下論じるような危険認識というモメントは, 被害者の自律=自己決定の観点から重要なのではなく, 寧ろ, 第2章で詳細に論じるように, 信頼の原則の観点から重要なのである。

(130) 但し, 被害者がそのような自己保護の前提を破ることを行為者が予見していた場合には, 行為者がそのような前提を援用して処罰を免れることは妥当ではない。この点については小林・前掲 (注10) 183

頁以下参照。

- (131) 詳細は第2章参照。
- (132) 当然ながら、法益の「処分」があったからといって、その法益の有する客観的利益性までが失われる訳ではない。法益の処分によって失われるのは、ある法益が、ある法益主体に「属している」という関係性である。そして、個人的法益においては、ある利益がある者に属しているという関係自体が保護されているのである。従って、「属している」という関係自体が否定されれば、もはや、個人的法益ではなくなり、個人的法益を規定した構成要件には包摂されなくなるのである。例えば、花瓶の持ち主が、自分の花瓶を「処分」した場合、その花瓶の客観的利益性自体に影響を与えるというよりは、その花瓶がもはや自己に属していない以上、もはや器物損壊罪や窃盗罪といった「ある利益がある者に属することを保護する個人的法益に関する罪」の規定対象ではなくなるということである。Vgl. Zipf, *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht* (1970), S. 29.
- (133) 具体的基準としても、自律＝自己決定の発現の有無において、危険認識に着目する見解は有用ではない。特に、ドイツの判例・通説は、少なくとも表向きは「完全な (voll)」危険の認識を要求しているが、例えば、(判例・通説は自己危殆化への関与として不可罰とする) 百回ヒット事件 (BGHSt 32, 262) では、被害者は、カフェインの混じったヘロインを注射することで、自分が死ぬ危険性を「完全に」認識していると言えるのであろうか。ヘルツベルクが指摘するように (Herzberg, JA 1985, S. 270.), 仮に自分が死ぬ危険性を完全に認識していたとするのであれば、果たしてそれにも拘らず被害者は薬物を注射するのであろうか。これに対して、ヴァルターのように、被害者の危険の評価が著しく誤っていない限りは危険認識として必要十分であるとする見解については、極めて恣意的な判断をもたらすものであるとの批判が可能であろう。この点については第1章第2節第1款5を参照。
- (134) ドイツでは判例・通説である。Vgl. BGHSt 32, 262, BGHSt 36, 1; Roxin, a.a.O. (Anm. 12), §

11 Rn. 97.; Dölling, a.a.O., S. 71, 77.; Waltherr, a.a.O., S. 172ff.

- (135) 危険引受けが、しばしば、被害者が「過失的に」関与する場合であるとされる (Jakobs, a.a.O., 7/129.) のも、このような考え方に親和的であると言える。
- (136) 注134を参照。
- (137) このことが如実に現れているのが、被害者の自己答責性論である。この点については、第1章第2節第1款5を参照。
- (138) Göbel, a.a.O., S. 28.
- (139) 故意犯に関してであるが、法益主体の自律的決定の内容としては構成要件該当結果の認識が必要であるとの見解として、島田・前掲 (注69) 56頁以下参照。但し、私見においても、井田が主張するような「自己の利益を危険にさらす自由」 (井田・前掲 (注14) 79頁) を全面的に否定する訳ではない。例えば、乙に、「地面に落とさないように、私の持っている花瓶で曲芸をして欲しい」と言われ、甲がうまく曲芸をしている際に、第三者丙が、「花瓶が地面に落ちる危険性がある」と考えて、甲の曲芸を、暴行によって妨害した場合を考えると、丙の暴行行為は、正当防衛あるいは緊急避難によって正当化され得ないであろう。仮に、乙の許可なく勝手に甲が乙の花瓶で曲芸をしていたとすると、乙の花瓶を守るための行為として、丙の行為には正当防衛が成立するであろうから、両者の帰結の差異は、専ら、乙の与えた許可に求める他ない。その限りでは、乙の与えた許可は、「自己の利益を危険にさらす自由」として、刑法上一定の効果を生じさせるものであることは認めざるを得ない。

しかし、ここで問題となる「自己の利益を危険にさらす自由」というのは、前述の事例で言えば、(甲の行為が花瓶の損壊という法益侵害に至らない限りで) 甲の行為の遂行が、正当防衛あるいは緊急避難によって対抗されないという効果をもたらすに過ぎないのである。即ち、当該行為が、正当防衛あるいは緊急避難によって対抗され得ないという意味で、(やや誤解を招く言い方ではあるが)「適法化」されるに過ぎないのである (第1の局面)。

それに対して、「自己の利益を危険にさらす自由」というものが、一旦法益侵害結果が生じた場合に、結果犯を規定する構成要件による責任を否定するような効果までも生じさせるかと言えば、本文で縷々論じたように、否定的に考えざるを得ない(第2の局面)。この局面では、当該結果犯を規定する構成要件が予定する法益主体の自律=自己決定は、結果=同意のみであり、それが存在しない以上、法益主体の自律=自己決定を理由として、当該構成要件による責任を免れることは出来ないのである。この点、井田の見解は、第1の局面において認められる行為の「適法化」を、行為時に適法・違法を示すことが規範による行為のコントロールという観点からは必要不可欠であるとする井田の行為無価値論の立場(井田「結果無価値と行為無価値」現代刑事法1号(1999)86頁以下)を媒介することにより、一気に第2の局面にまで及ぼして、当該構成要件による責任の否定までも導くものであると思われるが、本稿では、①このような行為無価値論自体に対する根本的疑念(この点を詳細に分析・検討したものとして、小林憲太郎「因果関係と客観的帰属(三)」千葉大学法学論集第15巻第2号(2000)156頁以下参照)に加えて、②(上記の事例で明らかのように)「結果不発生」を前提としてなされている法益主体の自律=自己決定が、このような井田の理論においては(法益侵害を違法ではないとすることによって)結局は無視されてしまうことになり、不当であると考えられる。

- (140) ドイツやオーストリア、スイスにおいても、危険引受けを巡る事例(の少なくとも一部)の解決に際して、信頼の原則ないしそれと類似の発想に言及する見解は数多い。Vgl. Schumann, a.a.O., S. 108.; P. Frisch, a.a.O., S. 103f.; W. Frisch, a.a.O. (Anm. 56), S. 181ff.; Derksen, a.a.O. (Anm. 56), S. 198.; Cancio Meliá, a.a.O., S. 385f.; Steininger, a.a.O., S. 100, S. 102f.; Donatsch, a.a.O., S. 377.
- (141) 平野龍一『刑法総論I』(1972)197頁, 内藤謙『刑法講義総論(下)I』(1991)1147頁, 山口・前掲(注7)164頁, 松宮孝明『刑事過失論の研究』(1989)

47頁以下, 町野朔『刑法総論講義案I [第二版]』(1995)293頁。

- (142) Roxin, a.a.O. (Anm. 12), §24 Rn. 21ff.; Jakobs, a.a.O., 7/51; Cramer, Schönke/Schröder Kommentar, 25. Aufl. (1997), §15 Rn. 149.; Schmidhäuser, AT, 2. Aufl. (1975), S. 178.; Stratenwerth, AT, 4. Aufl. (2000), §15 Rn. 67.; P. Frisch, a.a.O., S. 100ff.; Kuhlen, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung (1989), S. 133.; 山中「信頼の原則」『現代刑法講座第3巻』78頁。
- (143) Schumann, a.a.O., S. 6ff.
- (144) ③の見解については、i) 他人が誤った行為をなすことについて確固とした(triftig) 具体的根拠が存在する場合には、もはや信頼の原則は妥当しないという、一般に広く認められている信頼の原則の例外について、自己答責性原理からは根拠付けることが出来ないものであり、寧ろこの場合であってもなお他人が自己答責的であるという帰結に至るはずである(Vgl. Kuhlen, a.a.O., S. 131f.), ii) 通信社からの情報については自分で再度調査する義務はない(信頼の原則が妥当する)が、単なる情報屋からの情報については自分で再度調査する義務がある(信頼の原則が妥当しない)という帰結は、自己答責性原理からは根拠付けることは出来ない(通信社は、報道可能な情報を提供するために業務を行っているから信頼するという理由から両者を区別しようとしても、例えば情報屋であっても、全く無名の通信社の下で「タレコミ」業務を行っている場合には信頼の原則が妥当してしまうことになり、不当である)(Vgl. Brinkmann, Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung (1996), S. 136.) という批判が妥当すると思われる。
- (145) 信頼の原則の発展史については、井上祐司『行為無価値と過失犯論』(1973)59頁以下を参照。
- (146) Vgl. P. Frisch, a.a.O., S. 99f.; Kuhlen, a.a.O., S. 133.
- (147) Brinkmann, a.a.O., S. 122ff.; 山口・前掲(注7)185頁。更に、許された危険を利益衡量原則で説

- 明することそれ自体についての批判として, vgl. Mohr, a.a.O., S. 83ff., S. 113ff.
- (148) Vgl. P. Frisch, a.a.O., S. 101ff.そして, 信頼の原則を利益衡量原則で考慮する限り, 道路交通規則のような法的規則が詳細に規定されている領域のみに信頼の原則の適用が限定されるというのは, 妥当な議論であろう。というのは, そのような法的規則が詳細に規定されている限りで, いかなる利益衡量をなすべきかの指針が(規範論的観点からすれば完全にではないにしても)「法的に」示されていると言い得るのであり, 利益衡量の名の下に, 様々な社会規範が恣意的に取り込まれてしまうことに対する防波堤となり得るからである。逆に, 信頼の原則を主観的要素=責任を免除する原則としつつ, 「道路交通という大量交通現象に対処するために交通政策の観点から例外原理であるとして位置付けるべきである以上, 道路交通のように画一的に処理をする特別の事情のない他の分野にその適用を拡大することには消極的にならざるを得ないとする見解(神山敏雄「信頼の原則の限界に関する一考察」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第二巻』(1998)64頁, 70頁)については, いくら政策的観点を強調しても, 一旦信頼の原則が責任に影響を与えることを認める以上, このような外在的制約は不可能であるとの批判が妥当しよう。
- (149) Vgl. Brinkmann, a.a.O., S. 138ff.
- (150) 故意犯において, 島田・前掲(注10) 86頁も同旨の見解を主張する。
- (151) 例えば, 赤信号を容易に無視するような幼児が問題になる場合である。ここでは, 「逆の想定に至るための具体的な手がかりが存在する場合」(Roxin, a.a.O. (Anm. 12), §24 Rn. 21.) が問題となっているのであって, 本稿の見解からは, 経験則が破られることを意味する。
- (152) Göbel, a.a.O., S. 34f.
- (153) それを認めるとすれば, 正に当為と事実との混同である。
- (154) ペーター・フリッシュやヤコブスシューレのように, 被害者の主観的認識を問題としない見解の問題点は, 被害者にはおよそ自己保護についての規範が向けられていないことを認めない点にある。第1章第2節第2款参照。
- (155) 信頼の原則が, 存在論的基礎付けを有しなければならないことについては, vgl. Kuhlen, a.a.O., S. 130f.
- (156) そして, このように考える場合には, 刑法規範以外の社会的事実を刑法解釈論に取り入れることについての当為と存在の混同という批判も妥当しないのである。というのは, 本稿では, 社会的事実を刑法規範と同一の正統性を有する規範として考慮するわけではないからである。
- (157) この点は, 信頼の原則を論じる学説が広く認めるところである。Statt vieler, Roxin, a.a.O. (Anm. 12), §24 Rn. 23.
- (158) 千葉地判平成7年12月13日判時1565号144頁。
- (159) 実際, 本件事案においては, 被害者乙が運転者甲に対して(ブレーキを踏めといったような)様々な指示を与えているのであり, 甲には, 乙が適切な指示を行うことを信頼し得るような事情を認めることが出来る。なお, ここでは, 「現実」に乙が危険を「支配」したか否かが問題(山中・前掲(注55) 379頁注45)なのではなく, あくまでも, 乙が適切な指示を行うことを信頼し得るか否かこそが問題なのである。
- (160) 本件評釈等において, 具体的な予見可能性の存在を否定ないし疑問視するものが多いのも, 以上のような観点からは支持し得る。具体的予見可能性の存在を否定ないし疑問視するものとして, 大山弘=松宮孝明「もぎたて判例紹介」法学セミナー503号(1996) 74頁, 荒川雅行・平成八年度重要判例解説148頁, 佐伯仁志・判例セレクト'96 32頁, 塩谷「危険引受けについて」立命館法学第253号(1997) 178頁, 曾根・前掲(注46) 171頁, 猪田・前掲112頁。更に, 大塚裕史『刑法総論の問題思考』(1999) 333頁。逆に, 奥村・前掲118頁注(21), 十河・前掲349頁, 神山・前掲(注96) 24頁, 井田・前掲(注14) 79頁は, このような具体的予見可能性を否定する見解を批判ないし疑問視する。
- (161) このような事例について, vgl. P. Frisch, a.a.O., S. 105.この点は, 被害者の自律=自己決定に

依拠して解決する見解からは解決し得ない（この限りで、林・前掲（注46）183頁は理解し得る）。というのは、丙については、教官乙が適切な指示を出すことを信頼しているからこそ甲の運転する車に同乗しているのであって、そもそも危険の認識（ないし危険の認識可能性）が存在しないからである。それにも拘らず、丙の死亡について甲が不可罰であるという帰結を導くためには、本稿のような解決こそが必要となるのである。

- (162) 最決昭和55年4月18日刑集34巻3号149頁。
- (163) 本件については、危険引受け（被害者の自己答責性）に言及することが可能であるとの見解（塩谷・前掲（注104）798頁、松宮・前掲（注14）541頁）もあるが、本件では、そもそも十分な危険の認識が存在しないのであるから、（たとえ論者のように、被害者の自己答責性論を肯定したとしても、）危険引受けを認めることは妥当ではない。被害者がふぐの肝と知りつつ食したという事情は、本件第一審及び第二審が論じるように、せいぜい被告人に有利な量刑事情として考慮するに留められる。
- (164) 但し、第二審及び最高裁は、致死の点についての予見可能性ではなく、傷害の点についての予見可能性で足りるとしている（この点についての批判としては、松宮・前掲（注141）291頁参照）のであって、このことは、なお「致死」についての具体的な予見可能性を認めることが困難であることの現れであるようにも思われるが、この点は、具体的事情の判断に依拠するので、ここでは留保する。
- (165) ここで、そのような信頼が全く存在しないにも拘らず船で渡すように頼んだとすれば、客は、もはや、自己の死亡結果についての認識を主観面で打ち消さないまま船に乗ったのであって、結果認識が存在する。そして、「意欲」が不要である以上、同意に必要な主観面は充足されている。
- (166) この結論がどうしても不当に感じられるのであれば、期待可能性を否定して不可罰とするよりない。Vgl. Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht (1974), S. 170.; Steininger, a.a.O., S. 102.
- (167) ここで、メーメル河事件とは異なり、タクシー運

転事例では、道路交通法によって、そのようなスピード違反が禁止されているから、運転手は過失犯として処罰されるのだという（例えばツァツィックの見解からはそのようになされるであろう）説明をするとすれば、それは妥当ではない。というのは、たとえツァツィックのように、注意義務違反が過失不法の核心であると考えたとしても、過失致死罪の注意義務違反を基礎付けるものは道路交通法違反ではないからである。又、このような見解に依拠すれば、嵐の日の渡河を禁止する法律が存在したとすれば、それが直ちに船頭の過失致死罪についての注意義務違反を基礎付けることになるが、それは明らかに規範論的誤謬であろう。Vgl. Zaczkyk, a.a.O. (Anm. 93), S. 58f.

- (168) ヤコプスは、運転能力のない運転者が問題となる事案において、規則に従った運送を要求し得るような公的運送機関の場合には、侵害を伴わないではなし得ないような社会的接触ではないので、危険を認識しつつ乗車しても間接的同意は存在しないが、私的な好意同乗事例の場合には、侵害を伴わないではなし得ないような社会的接触であるので、危険を認識しつつ同乗した場合には、間接的同意が存在するとして、両事例の帰結を区別する（Vgl. Jakobs, a.a.O., 7/127）。しかし、いずれの事例であっても、安全な運転をなお被害者が期待している限りでは運転者には過失犯が成立するし、もはやそのような期待をしていないにも拘らず、被害者が車に乗った場合には、（同意能力がある限りで）侵害結果についての表象が主観面で打ち消されていないのであるから、もはや結果＝同意があり、運転者は不可罰であるとすべきであろう。
- (169) 山口・前掲（注7）185頁。
- (170) 手術が失敗する危険性について十分に説明を受けつつ、それでも構わないとして手術を受けた場合には、同意に依拠することが可能な場合が多いと思われる。但し緊急状況において同意がどこまで有効なのかという問題はなお残る。この問題については、本稿では検討を留保する。
- (171) ここでは、いわゆる「失敗した緊急避難」、より正確に言えば、「避難効果の生じない緊急避難」が問題

となる。「失敗した緊急避難」では、避難効果が生じない以上、一切緊急避難の成立を認めないとする見解（正当防衛において防衛効果を要求する見解として、山本輝之「優越利益の原則からの根拠付けと正当防衛の限界」刑法雑誌35巻2号（1996）53頁以下、同「正当防衛の相当性と過剰防衛」現代刑事法9号（2000）53頁以下。なお、町野朔『患者の自己決定権と法』（1986）164頁以下も参照）は、個別的利益衡量論の観点（即ち、より優越的な法益の保護に失敗した以上、他方の法益の侵害を許容すべき根拠を欠いているとする観点）からは確かに一貫していると言える。しかし、このような見解に対しては、①避難行為を遂行している段階では、いまだ避難効果が生じていない以上、その避難行為自体を正当化することができず、緊急避難に対する正当防衛を肯定することになってしまうが、これは、緊急避難を（一元的責任阻却事由説に立たない限り、少なくとも一定の範囲では）違法阻却事由とした法の趣旨とは矛盾する、② i) 法益侵害結果が発生した時点においても、いまだ避難効果が生じていない場合、例えば、犬に追いかけられた甲が、自分の身を守るためには、隣り合った乙宅と丙宅の垣根をそれぞれ壊して逃げなければならない場合に、乙宅の垣根を壊した時点では、なお、犬から逃げられるという避難効果が生じていない以上、器物損壊罪となりかねないし、ii) 法益侵害結果発生時以後の時点で、結局避難効果が生じなかった場合、例えば、② i) の事例で、乙宅の垣根を壊した後、丙宅の垣根を壊すのに手間取っている間に、結局犬に噛み付かれてしまった場合にも、避難効果を生ぜしめていない以上、乙宅の垣根について器物損壊罪となりかねないという問題が生じる。そして、少なくとも、①の局面において、避難効果を要求することは、結果的には、正当防衛による対抗を常に認めることとなり、緊急避難制度を認めた法の趣旨に反すると言わざるを得ない（山口・前掲（注7）56頁以下、同「違法阻却事由の諸問題」法学教室237号（2000）89頁、小林・前掲（注139）175頁を参照）から、結論としては、この局面においては、避難行為として正当化されるためには、避難効果は不要であるとすべきで

ある。そこで、問題となるのは、②の局面である。山口は、正当防衛の局面では、法益侵害結果発生時に防衛効果が生じていない i) の場合のみならず、結局防衛効果が生じなかった ii) の場合にも、（一定の要件下で）正当防衛の成立を認める（山口・前掲（注14）72頁以下）。但し、これは、（山口自身が認めるように、）山口の正当防衛論の理解が、侵害者の利益に対する被侵害者の利益の絶対的優越性に依拠する点で、いわば、「法益性の欠如説」と同様の帰結に至るからこそなのであり、緊急避難の局面では、原則的な個別的利益衡量論に依拠する以上、結局は避難効果が生じた i) の場合においてはともかく、結局避難効果が生じなかった ii) の場合においてまでは、緊急避難の成立を肯定するとは考えにくい。しかし、i) の場合も、ii) の場合も、乙宅の垣根の損壊という法益侵害結果発生時にはいまだ避難効果が生じていないという点では同一であり、法益侵害結果発生後に避難効果が生じたことを緊急避難の成立の要件とするのであれば、それは、法益侵害結果発生後に同意がなされたとしても、（事後的同意にすぎないとして）遡及的効力が肯定されないということと調和しないように思われる。又、刑法37条1項の規定を、①及び② i) の局面においては、避難効果が不要なものと解釈し、② ii) の局面においては、避難効果が必要なものと解釈するのは、同一条文の解釈において、二元的な基準を読み込むことになり、条文解釈上も不自然である。更に、同規定が、「避けた害」ではなく、「避けようとした害」と規定していることも、避難効果が不要な規定として統一的に解釈すべきとすることに積極的な論拠を与えるであろう（小林・前掲（注139）175頁以下も参照）。そこで、問題となるのは、このような避難効果を一律に不要とする結論を支えるべき実質的根拠である。② ii) の局面において、避難効果が結局生じないとしても、緊急避難の成立を肯定するのだとすれば、もはや、個別的利益衡量論に依拠した正当化は困難であろう。とすれば、緊急避難規定は、個別的利益衡量論に依拠した規定ではなく、寧ろ、長期的な利益衡量論に依拠する規定であって、（避難効果が不要であることを前提に）37条

の要件を満たすような行為を促進することにより、長期的視野での利益最大化を志向する制度を規定するものである、と解する必要がある、又、そのような解釈が成り立つ可能性があるように思われる。但し、この点はなお検討を要するので、今度の課題としたい。

(172) Vgl. Dölling, a.a.O., S. 38.

(173) 例えば、ボクシングでは、相手のボクサーから殴られることにより通常生じるような傷害結果については、結果=同意があるといえるし、柔道では、技をかけられることにより通常生じるような傷害結果については、結果=同意があるといえる。

(174) スポーツ損害については、社会的相当性論あるいは許された危険論に依拠する見解も多い。Vgl. Zipf, a.a.O., S. 77ff.; Dölling, Die Behandlung der Körperverletzung im System der strafrechtlichen Sozialkontrolle, ZStW 96 (1984), S. 36ff.; わが国では、第1章第2節第1款3に挙げた見解を参照。それに対して、vgl. Rössner, Fahrlässiges Verhalten im Sport als Prüfstein der Fahrlässigkeitsdogmatik, Festschrift für Hirsch (1999), S. 313ff.

(175) BGH NStZ 1985, 25 事案は大要以下の通りである。被害者乙(15歳)は、自転車旅行の帰りに、薬物使用で有名な場所で露営したところ、そこで、何人かと、朝鮮あさがお茶には幻覚作用があるという話になり、その中にいた被告人甲(18歳)が朝鮮あさがお茶を作った。甲は、その作用を知っていたので、「1杯を超えて飲むな」と指示したにも拘らず、乙は、その指示に反して2杯飲んで、更に鍋の中に残ったものも飲んで、その後、幻覚作用の下で湖に入って溺死した。BGHは、百回ヒット事件(BGHSt 32, 262)での論理をここでも示して、自己答責的に意欲され、実現された乙の自己危殆化行為を故意・過失で促進した甲の刑事責任を否定した。

(176) このような事例においては、いわゆる日常的中立行為が問題となるが、本稿ではその点の検討は留保する。

(177) 製造物に関する危険説明責任は、このような観点

から基礎付けることが可能であろう。その意味では、危険引受けの文脈でこのような事例を解決しようとするペーター・フリッシュやヴォルフガング・フリッシュの見解は、(危険引受けを利益衡量論で説明する点は是認出来ないにしろ、)なお理解出来ない訳ではない。Vgl. P. Frisch, a.a.O., S. 127.; W. Frisch, a.a.O. (Anm. 56), S. 201.

(178) この事例では、厳密に言えば、「被害者は自己を保護する」との経験則が問題となるものではない(即ち被害者の危険認識が必要となるわけではない)が、被害者の態度が問題となる事例群であるので、ここで論じる。

(179) Vgl. P. Frisch, a.a.O., S. 103f.

(180) Vgl. Derksen, GA 1998, S. 597.; W. Frisch, a.a.O. (Anm. 56), S. 219f.

(181) Vgl. Cancio Meliá, a.a.O., S. 386.

(182) 名古屋地判昭和56年6月30日判時1020号143頁。

(183) 類似の事例として、vgl. BGHSt 39, 322

(184) この場合は特殊な議論が妥当するとの見解がドイツでは有力である。Vgl. Roxin, a.a.O. (Anm. 12), §11 Rn. 113.この点については本稿では今後の課題とする。