

危険引受けと帰属論

Die Risikoübernahme und Lehre von der Zurechnung

法学研究科法律学専攻博士後期課程在学

恩 田 祐 将

Yusuke Onda

1. 序説
2. 客観的帰属論によるアプローチ
 - (1) 概説
 - (2) 主要見解の検討
3. 被害者の自己答責性論によるアプローチ
 - (1) 概説
 - (2) 主要見解の検討
4. 被害者学的アプローチ
 - (1) 総説
 - (2) 主要見解の検討
5. 結語

1. 序説

危険引受けは、被害者が他人の危険行為の実行によって自らの法益に危険が生ずることを認識しながら、自らの意思でその危険に接近することをいう。危険引受けを広義¹⁾の意味で捉えた場合、被害者の承諾論によって論ずることは困難であるということについては、すでに別稿において述べたところである²⁾。

すなわち、被害者の承諾論によって、危険引受けを論じようとする場合、承諾の対象は「行為」で足りるのか、或いは「結果」にまで及ばなければならないのか、という問題が生ずる。ドイツにおいては、1900年代の初頭から、過失犯における被害者の承諾の対象について同様の議論がなされてきた³⁾。一般的な被害者の承諾における被害者は、一定の要件のもとに具体的な結果の発生を認識・認容している。

これに対して、危険引受けにおける被害者は、もしかしたら結果が発生するかもしれないという認識を一度は持って危険行為に参加したとしても、それは行為に対する認容、すなわち参加意思であり、

結果に対しては認識にとどまるか、それすら打ち消されているように思われる。そのような状況で、被害者の態度を承諾と解することは困難であるように思われる。このように、両者には根本的な相違が認められ、被害者の承諾論によって危険引受けを論ずることには疑問が残る⁴⁾。

このような問題点を克服するために、ドイツにおいては、1970年頃から、被害者の承諾よりも、いわゆる「客観的帰属論」によってアプローチを図ろうとする見解が有力となった。この見解の代表的な論者であるクラウス・ロクシンは、危険引受けを「規範の保護目的（構成要件の射程範囲）の理論」のもとで、行為者の結果の帰属が制限されるべきものであると解する⁵⁾。ドイツの刑法典では、要求による（囑託）殺人は216条⁶⁾により可罰的であるが、自殺教唆・幫助行為に関する処罰規定は存在しない。ロクシンは、故意による自殺関与行為が不可罰であり、故意に比べより軽い過失による自殺関与行為は不可罰となり、さらには、自殺よりも侵害性の低い自己危殆化への過失的関与は、なお一層不可罰とされるべきであるので、過失致死罪の構成要件の射程範囲に含まれず、不可罰であるとする⁷⁾。

また、近時、構成要件の射程範囲論以外で客観的帰属論の思考方法によって、行為者への結果帰属を否定する見解として、被害者の自己答責性論に依拠する見解が有力に主張されている。被害者の自己答責性論を根拠に危険引受けを論ずるとすれば、被害者の危険認識のみで行為者の犯罪の成立をいかにして制限するかという点を明らかにしなければならないであろう。その他、いわゆる被害者学的な観点から危険引受けを論じようとする見解も主張されている。

本稿では、これらの見解によって危険引受けを論ずることが妥当であるか否かを検討を加えたい。

2. 客観的帰属論によるアプローチ

(1) 概説

客観的帰属論は、ドイツにおいて、因果関係論における条件説の問題点を解決することを目的に主張された見解である⁸⁾。これは、因果関係論としては条件説を採用し、行為と結果との間の条件関係が認められた場合に、客観的帰属の理論を用いることにより、行為者への結果帰属を制限するものである⁹⁾。

客観的帰属論の具体的内容は、行為と結果との間に条件関係が存在する行為が法的に許されない危険を創出し、その危険が構成要件に該当する結果を実現した場合に、結果の客観的帰属を認めるとするのが一般的な理解である。

客観的帰属論では、因果関係の問題と客観的帰属の問題とを区別して結果の帰属を判断する¹⁰⁾。したがって因果関係論における判断方法は、実行行為とそれによって発生した結果との間に原因・結果の関係が存在しているか否かを判断するのに対し、客観的帰属論における判断方法は、因果関係論と同様に行為と結果との間の原因・結果の関係の存在を判断したうえで、次いで反対に結果を行為へ帰

属させることが可能であるか遡及的に判断するという特徴がある。

客観的帰属論は、「許されない危険創出」と「許されない危険実現」という二つの概念によって、結果帰属の限定を図ろうとするものである。両概念は、折衷的相当因果関係説における行為事情の相当性の判断にほぼ対応するものであるという見方も可能である¹¹⁾。しかし、折衷的相当因果関係説における行為事情の相当性の判断は、因果関係内部における判断であるのに対し、客観的帰属論においては、因果関係の判断は条件説で尽きており、規範的観点から、当該行為が法的に許されるか否かを判断するものであるという点に両者の相違点を認めることができるであろう。

客観的帰属論における帰属判断の諸基準については論者によって様々である。ロクシンは、①許されない危険の創出、②許されない危険の実現、③構成要件の射程の三つのプロセスを経て帰属判断を行う¹²⁾。わが国において、いち早く客観的帰属論の研究を行い、それを積極的に採用する山中敬一教授は、①危険創出連関と②危険実現連関とに区別して帰属判断を行う。危険創出連関は、行為の抽象的な危険性に関する事前的判断であり、危険実現連関は、判明したすべての事情に加えて、因果作用の事実的判断及び規範の保護目的を考慮して行う事後的判断である¹³⁾。

客観的帰属論では、「許されない危険」という概念を用いるが、許されない危険という概念は、法的に許されるか否かの判断、すなわち違法性判断を行うことになる。因果関係論において条件関係が認められた行為について、許されない危険という行為の危険性判断を考慮して帰属判断を行うとすれば、構成要件の実質化を招くことになるであろう。構成要件該当性判断、違法性判断をそれぞれ峻別すべきであると考えた立場からは、違法論の先取りになりかねないという危惧感を抱かずにはいられず、体系的に妥当でないように思われる¹⁴⁾。

構成要件は法定行為類型であると解する立場から、因果関係を法定行為類型の要素であると理解すれば、因果関係の判断に一般的・類型的判断による限定を加えることは可能であると解することができる。因果関係は、結果を実行行為に類型的に帰属させる類型的帰属の問題である¹⁵⁾。刑法上の因果関係の判断は、規範的観点から、主観・客観の両側面を加味して、行為と結果との間に存在する因果関係が法定行為類型に相当するか否かの判断によって決せられるべきものである。客観的帰属論は、相当性判断の明確化という観点から、客観的相当因果関係説の行為後の事情について一般人の予見可能性を考慮するという内部矛盾を克服するという意味においては理解しうる。しかし、そのために、構成要件の実質化を招くという危険を大いに孕んでいるといわざるをえない。

(2) 主要見解の検討

i. 規範の保護目的の理論

ロクシンは、規範の保護目的（構成要件の射程範囲）の理論によって、危険引受けの問題を論じようとする。前述したように彼は、①許されない危険の創出、②許されない危険の実現をそれぞれの基準にしたがって判断したうえで、行為が結果に実現したと認定された場合に、規範の保護目的（構成

要件の射程範囲)の観点 considering 結果帰属の判断を行う¹⁶⁾。

被害者が事象における支配的役割を担っている場合、ドイツの通説的見解によれば、被害者に答責能力が認められ、さらに危険性を認識していたとすれば、原則的に行為者は不可罰とされる。これを自己危険化への関与という。自己危険化への関与の不可罰性は、自殺関与の不可罰性から導き出される。ドイツにおいては、故意による自殺関与行為(被害者の故意による自己危険化への故意的関与)は不可罰であり、故意に比べより軽い過失による自殺関与行為は不可罰となり、さらには、自殺よりも侵害性の低い自己危険化への過失的関与は、なお一層不可罰とされるべきであるので、過失致死罪の構成要件の射程範囲に含まれないとするものである¹⁷⁾。

しかし、自殺関与と自己危険化への関与とを比べ、一概に後者は前者よりも侵害性が低いということとはできない。なぜなら、前者においては被害者が結果の発生を認識・認容しているのに対して、後者においては被害者が行為の危険性を認識しているが、結果発生を認容する態度を欠いているので、侵害性が低いということとはできず、むしろ前者よりも高いように思われる¹⁸⁾。さらにいえば、ロクシンは、過失犯において統一的正犯概念を採用するが、自殺関与の不可罰性から導き出される論証連鎖によって、故意的自殺への過失的関与も不可罰になると解することは、限縮的正犯概念を前提としたものである。拡張的正犯概念や統一的正犯概念を採用した場合には、関与者は過失正犯として取り扱われることになると思われ、ロクシン自身の立場と矛盾するものとなり、論理的整合性という観点から疑問を感ずる¹⁹⁾。

ロクシンは、「自己危険化」と「合意による他者危険化」とを区別する。前者は、被害者が自らの法益を危険化するのに対して、後者は他人の危険行為にその危険性を認識しながら、自らを危険化することである²⁰⁾。本稿で取り扱う危険引受けの問題状況は、後者の合意による他者危険化の問題に属する。合意による他者危険化は、危険を認識しながら、その危険に接近したという被害者の態度をもって直ちに行為者を不可罰とするものではない。合意による他者危険化があらゆる重要な観点から自己危険化と同視し得る場合には、行為者は被害者の自己危険化への関与行為をなしたにすぎないと評価され、不可罰とされるのである²¹⁾。

ロクシンは、同視のための要件として、第一に、侵害は被害者が身をさらした危険の現実化であって、行為者の他の過誤が付加されて生じたのではないこと、第二に、危険化された者(被害者)は危険化した者(行為者)と同一の答責性を有していること、そして第三に、自己危険化と同様に、危険化された者(被害者)は危険化した者(行為者)と同程度の危険認識を有していること、という三要件を挙げる²²⁾。これらの要件を満たした場合には、行為者の行為は構成要件の射程範囲に含まれないとして、客観的帰属を否定することによって、行為者を不可罰とする。

たとえば、これを事案に当てはめると以下のように解することになる。すなわち、メール河事件²³⁾のような事案においては、乗客である被害者が渡河の危険性について十分な認識を有していたのであれば、行為者は不可罰とされる。また、飲酒激突死事件²⁴⁾のような事案においては、同乗者が囃し立

てて制限速度を大幅に超えた危険運転を迫った場合には、行為者は不可罰とされ、危険運転を認容したにすぎない場合には可罰的とされるのである。

このような理解によれば、行為者の犯罪の成否の判断規準は、結果発生への主導的役割を行為者又は被害者のどちらが担ったのか、若しくは、被害者の結果に対する認識と結果に対する認容の差に求めることになるであろう。この点に着目すれば、被害者の承諾論と何ら差異がないように感ずる。

まず、ロクシンが掲げる同視のための三要件に、それぞれ検討を加えたい。第一の要件は、これが否定されると、被害者の当該結果に実現した危険に対する認識が欠けるので、自己危殆化すら認められないことになる。

第二の要件は、共同答責性を要件としている。被害者と行為者が共同正犯的に事象に関与しているのであれば、両者ともに「事象の主役」とされるべきであり、なぜ、被害者関与の場合のみ被害者が主役であることが行為者を主役でなくすことの根拠となり得るのか、共犯論の観点からも疑問である²⁵⁾。たとえば、坂東三津五郎ふぐ中毒死事件²⁶⁾のような事案では、ふぐの肝が好物であった被害者の求めに応じ、調理師及びふぐ処理士の資格を有する調理人が本来禁止されているふぐの肝を仕方なく提供し、それを食したことで被害者が死亡した場合、なぜ被害者だけに結果を帰属させることが可能であるのか、そのような事情によって行為者の注意義務違反が否定されることの理論的根拠はどこに求めるべきであろうか、これらの点が必ずしも明確にされているとはいえない。

また、以下のような批判も考えるであろう。たとえば、ふぐの肝が好物な客Xとふぐの肝を食した経験のない客Aが共にふぐ料理店へ赴き、Xが調理人Yに対して、自己(X)及びAにふぐの肝を提供するように求め、Yはそれに応じX及びAにふぐの肝を提供した。Aは「ふぐの肝は危険である」と認識していたため、驚いてこれを食することを拒んだが、Xによる説得とXが好んでふぐの肝を食する様子を見て、「きっと大丈夫だろう」とふぐの肝を食したところ、Aがふぐ中毒によって死亡したとしよう。この場合、XとYは、Aの死亡について共同正犯的に関与していたのであり、少なくとも過失致死罪の成立は免れないであろう。しかし、Xも同様に死亡した場合、ロクシンの見解では、Xはふぐの肝が好物であり、自らその提供を求めたことから、Xについての過失は否定されることになり、Aに対してのみ過失致死罪が成立することになる。ところが、なぜ、Xの死亡に対してのみ過失が否定されるのか、という疑問が生ずる。これには、Xのみ危険引受けをしていたので、Xの死亡の結果は自ら引受けた危険の現実化であるという事情を根拠にしていると考えうるが、結果回避義務を負うべきは調理人Yであるので、Yは両者に対する過失致死罪の成立を免れないと解すべきである。過失の有無の判断は、結果回避措置義務としての注意義務の存否の判断に求めるべきであり、被害者の態度によってのみ行為者の過失を否定すべきでない。

そして、第三の要件についてロクシンは、上記二要件を肯定するために必要であるとしているが²⁷⁾、そもそも上記二要件の理論的根拠は明確でなく、被害者の危険認識をもって行為者の犯罪の成立を否定することにはならない。このように、合意による他者危殆化を自己危殆化と同視するための三要件

は、その根拠が明確でなく、そもそも異なるものとして区別した両者をなぜ同視することが可能であるのか疑問が残る²⁸⁾。

ii. 事象における因果経過の制御可能性の理論

ハロー・オットーは、条件関係の存在は結果帰属の前提であるが、それだけでは不十分であるので、条件関係の存在（事実的な連関）に加えて、結果帰属のためには規範的な連関が必要であるとする。彼は、このことを以下のように説明する。結果回避可能性と結果予見可能性でもってしても、（結果の帰属にとっては）正犯としてのある人の答責領域を他人の答責領域から限界づけることが重要であるから、なお行為主体と結果の間の連関は根拠づけられない。そこで、規範的な連関を加味することが必要となる。この規範的な連関とは、正犯による事象の制御可能性によって創出され、自己の制御可能性の下にある事象に対してのみ、行為者は答責的なのである。

彼のいう制御可能性とは、事象においてその者に事象の主体として遡及可能であるということの意味するが、制御可能な対象は、事象における因果経過に対する絶対的な支配というものは存在しないので、結果発生に至る事象の経過ではない。したがって、刑法における行為規範の対象は、結果の惹起ではなく、結果発生へ至る因果経過で現実化し得る危険の創出あるいはその増加である。しかし、これだけでは制御主体の決定基準は、明確化しない。加えて、一定の危険を創出あるいはその増加をさせた行為者が、結果に対して答責的であったか否かが検討される必要がある。原則的には、各人は事象に対する自己の態度に対してのみ答責的であり、他人の態度に対しては答責的でないということが導かれる²⁹⁾。

この考え方により、自己答責的な他者危殆化と他人による他者危殆化とを区別すべきである。被害者が、自己答責的に危険に接近することの意思決定の射程範囲を十分に認識している場合、自己危殆化が認められ、自己答責的に危険を引受けた者は、他者がその危険の実現に協働した場合であっても、結果発生に対する他者の答責を否定するものである³⁰⁾。

そして、オットーは、被害者が危険を十分に認識していたか否かによって自己危殆化と他者危殆化とを区別する。たとえば、彼はメール河事件に関するライヒ裁判所の判決において、①被害者の完全な危険認識、②侵害はさらされた危険の現実化、③被害者の自由答責的な意思決定、という三つの基準が示されたことを指摘し、被害者が危険行為において自由答責的であり、危険と自己決定の射程を完全に認識していたとすれば、そのような問題状況は常に自己危殆化であるとする。①の基準について、これが認められれば他者の優越的な事物知識が存在しないということが導きだされる。このことによって、行為者が被害者に対する特別な監督義務を有していない限り、行為者への結果帰属は否定されるのである³¹⁾。

しかし、メール河事件において、被告人（船頭）は河渡しのプロであるので、被害者よりも優越的な事物知識の存在を認めることができるように思われる。被害者は、被告人の再三の静止にもかかわらず、舟を出すよう懇請し、それに譲歩した被告人が舟を出したという事情があっても、被害者の

側には、河渡しのプロである被告人が舟を出すのだから安全に渡河できるものという信頼すらあるように思われる。とすれば、被害者の危険認識は不十分であり、優越的な事物知識を有する被告人が答責的であるとされなければならないであろう。このように、オットーの見解によれば、被害者が危険を十分に認識していれば、事象の因果経過の制御可能性を被害者が担うことにより行為者は不可罰とされ、被害者の危険認識が不十分であれば、行為者が事象の因果経過の制御可能性を担うことにより行為者は可罰的であるとされる。

また、わが国において、オットーの見解を支持して自己危殆化と他者危殆化とを区別する基準として、被害者の危険及び結果に対する認識が不十分であるときに、他者に優越的な事物知識を認め、結果が発生した場合には、その者が答責的であるとする見解が主張されている³²⁾。

しかし、被害者の側の「危険認識の程度」という不明確な区別基準によって帰属判断を行うことには疑問が残る³³⁾、さらに、因果関係の判断は条件関係を前提として、規範的観点から主観・客観の両側面を加味して帰属判断を行う類型的帰属の問題であるので、被害者の主観的事情によってのみ被害者に結果を帰属すべきか、あるいは行為者に帰属すべきか、という結果帰属の判断を行うということには疑問が残る。

3. 被害者の自己答責性論によるアプローチ

(1) 概説

自己答責性論は、自己答責能力を有する者は自己の行為に対してのみ答責的であるべきという視点に立ち、法益主体である被害者は、自己の法益を侵害しないように配慮すべき義務を負うとするものである。この考え方によれば、他者の自己答責的行為はその者の答責領域に属するものであるもので、関与者の行為の客観的帰属を否定することによって、関与者は責任を負わないものと解する³⁴⁾。現在、ドイツにおいては、被害者の自己答責性論に依拠して危険引受けを論じようとする見解が有力である。わが国もそのような流れを受けて、この見解に依拠して危険引受けを論じようとする見解が多く見られる。

この見解は、構成要件の結果を行為に帰属させるためには、条件関係の判断の後に、規範的観点から帰属可能か否かを判断するという客観的帰属論の思考方法を採用する。前述したように、ドイツ刑法においては自殺関与を処罰する規定は存在せず、要求による殺人（囑託殺人）が216条³⁵⁾によって可罰的である。ドイツでは、自殺関与と要求による殺人の差異を説明するための根拠として、自己答責性論が主張された。それは、以下のような理解によるものである。すなわち自殺関与は、被害者自身の意思・行為・結果の統一体が存在するのに対して、要求による殺人は、最終的な結果を導いたのは関与者であるので、その統一体が存在しない。この統一体の存在が認められる場合には、被害者は答責的であり、自己危殆化が認められるのである。

これは、自殺関与の不可罰性から連鎖的に導きだされるものであるが、危険引受けにこの見解を適用するとすれば、いかなる要件の下にその適用が認められるべきか検討しなければならない。この点については、自己答責性論の論者の中でも一致を見ておらず、論者によって様々な主張がなされている。

なお、この見解はドイツにおける自殺関与の不可罰という前提があり、囑託・承諾殺人に加えて自殺関与も可罰的であるわが国とは前提事情が異なることに注意しなければならない。行為の危険性及び結果に対する漠然とした危惧感を有するにすぎない、あるいはそのような危険認識すら打ち消されている可能性のある状況において、自らの意思でその危険に接近した被害者の態度を自己答責性論はどのように評価し結論を導くのか、以下、検討を加えたい。

(2) 主要見解の検討

i. ライナー・ツァツィクの見解

個人の自己答責性は不法の領域で問題になるとしてライナー・ツァツィクは、以下のように主張する。すなわち、(自分自身に対して向けられた行為としての)自己侵害は、それ自体不法を意味するものではない。なぜならば、法に特有の間人格的な連関を欠いているからである。したがって、刑法的な意味において、自分の物の破壊は器物損壊ではなく、自殺は殺害ではない³⁶⁾。このような考えを前提として、被害者の自己答責性の観点から、「意識的自己侵害(自殺関与)」と「意識的自己危殆化(危険引受け)」とを区別して論ずる³⁷⁾。

意識的自己侵害は、被害者が結果を認識し、それを意欲しながら自己の法益を侵害する行為のことである。この場合、被害者自身が「意思、行為と結果の統一体」を創出し、行為の担い手は被害者自身であり、このことによって、行為者の答責は原則的に遮断されることになる。

他方、意識的自己危殆化(危険引受け)において、被害者は結果の発生を望んでおらず、行為の担い手は他者(行為者)であるので、「行為、意思と結果の統一体」は存在せず、結果は行為連関に含まれないのである。したがって、行為者に過失犯の成立を認めるためには、行為者が被害者の法益を偶然に危険にさらしたのではないことを判断しなければならない。その判断は、第一に、被害者が法的に確固とした状態において、行為者が侵害に至る因果的経過を義務適合的な態度によって支配することが可能であったか否かを検討し、これが認められた場合には、被害者の自己危殆化が否定され、行為者の過失が認められる。反対に、これが認められなかった場合には、第二に、被害者が法的に確固とした形態において、自己危殆化へ進む可能性がないことを信頼可能であったかを検討し、これが認められた場合には、被害者の自己答責性は否定され、行為者の過失が認められる。自己危殆化において、行為者の過失を認めるためには、以上のような二段階の判断を必要とする³⁸⁾。しかし、彼は第二について、一般的に他人に対する監督義務は課せられていないので、これを認め行為者の答責が生ずるのは例外的な場合に限られるとする³⁹⁾。

たとえば、彼の見解をメーメル河事件に当てはめて検討すると以下ようになる。船頭である被告人は、当初、嵐の影響で増水したメーメル河を渡河することは危険であるので、舟を出してほしいという被害者らの依頼を拒んでいた。判示のように、被告人を無罪とするのであれば、被告人が危険を回避することを乗客の側から信頼可能であったか否かを検討し、これが否定されなければならない⁴⁰⁾。彼は、これを肯定するためには、行為者に被害者に対する特別な監督義務を負わせることになるので、乗客の被告人に対する結果回避の信頼可能性を否定すべきであるとする。

しかし、前述したように、いくら乗客の懇請に譲歩して被告人が舟を出したとしても、船頭である被告人が舟を出すのだから、危険を伴ったとしても無事に渡河することができるであろうことを乗客の側は信頼することが通常であると考えられる⁴¹⁾。被告人は、乗客を対岸へ渡河させる渡し舟の船頭として業務に従事していた者であるから、乗客を安全に対岸へ渡河させるべき義務を負っているというべきである。被告人は、安全に渡河することが困難であると考えられる場合、乗客に強く求められたとしても、舟を出さないことによって、結果を回避すべき義務を負っているのである。

ツァツィクの見解では、被害者の側における信頼可能性問題としている。これが肯定されれば行為者の答責は生じ、否定されれば行為者の答責も否定される。しかし、被害者の側からの信頼可能性を問題とするものであるならば、被害者の危険認識のみで、このような取り扱いが可能であるのか、疑問を感じる。被害者の承諾論では、被害者の行為の危険性に対する認識のみでは足りず、結果に対する認識・認容を必要とするが⁴²⁾、彼の自己答責性論ではいかなる根拠に基づいてこれを必要としないのであろうか。また、被害者に危険認識すらない場合においてまで、なぜ信頼可能性の判断によってのみ行為者の答責性を否定することが可能なのであろうか。ツァツィクの見解は、これらの疑問に必ずしも応えているとはいえない⁴³⁾。

ii. ズザンネ・ヴァルターの見解

ズザンネ・ヴァルターは、刑法 222 条過失致死罪などの過失結果犯において危険引受けのように被害者の共同過失によって危険が創出された場合、被害者の自己答責性論によって責任阻却が論ぜられるのではなく、帰属否定を論ずべきものであるとする。彼女は、その問題状況を第一に、行為者の正犯性の欠如の問題、第二に、被害者の事象に対する積極的な態度を認め、行為者への結果帰属否定の問題の二つに区別する⁴⁴⁾。第一は、直接危険を創出した者が被害者であり、行為者はそれに関与したにすぎない「自己危殆化への関与」の問題であり、第二は、直接危険を創出した者が行為者である「合意による他者危殆化」の問題である。

第一についてヴァルターは、事象において行為者が優越的な危険認識を有している状況下で、行為者が危険の現実化へ決定的な役割を担ったことを要件として行為者を間接正犯として可罰的であるとする。これを決定支配という。その判断は、被害者の自己答責性と行為者の事象への寄与度の両者を併用して行う⁴⁵⁾。他方、第二について彼女は、行為者が自主的・直接的危険創出を行っているので、被害者の行為に対する積極的な答責性（自主的・直接的危険創出）を肯定できない限り、行為者への

結果帰属は否定できないとする。その判断は、被害者の承諾論における行為説⁴⁶⁾に依拠し、自己決定の観点から、(被害者の承諾の対象は)行為に対する認識で足り、結果にまで及ぶ必要はないとして、被害者の危険認識のみをもって行う⁴⁷⁾。

ヴァルターの見解では、自己危殆化と合意による他者危殆化の場合とを区別し、前者の場合は、被害者の自主的・直接的危険創出をもって被害者の正犯性を認め、被害者自身に結果帰属を肯定する。他方、合意による他者危殆化の場合は、基本的には行為者の正犯性を認めるが、それを越える被害者の積極的関与を必要とし、それが認められる場合には被害者自身に結果帰属を認める。しかし、その判断の根拠は、被害者の承諾に他ならず、それも被害者の承諾の対象は行為のみで足り、結果に対する承諾を要しないことになる。したがって、被害者の承諾論によるアプローチと同様の批判が当てはまるというべきである⁴⁸⁾。

iii. ウヴェ・ヘルマンの見解

ウヴェ・ヘルマンは、被害者の自己答責性の重要性を指摘し、自己危殆化への関与の場合における客観的帰属の否定は、ドイツ刑法において、被害者の自己答責性をもって自殺関与が不可罰とされていることから導き出されるとする。その根拠として、故意の自己侵害への関与(自殺関与)が被害者の自己答責性をもって不可罰とされるとすれば、過失的態様の自己危殆化への関与を処罰することはできない、という点を指摘する⁴⁹⁾。そして、危険引受けのような合意による他者危殆化の場合においても、被害者の自己答責性を考慮し、事象において被害者が行為者と同程度の関与をしている場合には、被害者の自己答責性は肯定され、行為者は不可罰とされる。

彼の事案に即した検討によれば、メーメル河事件において船頭は、危険に配慮したが、危険を払拭することはできず、飲酒同乗事件における運転者の過失は運転無能力によるものであり、両者ともに関与者(行為者)は事象における支配を有していないとされる。したがって、発生した結果は被害者が意識的に自ら危険に接近しているのであり、そのような場合には、関与者に結果帰属を認めることはできないとする⁵⁰⁾。

ヘルマンは、被害者が自らの意思で危険に接近したという被害者の危険認識を重視し、被害者が行為者と同程度に事象における支配を有している場合に被害者の自己答責性を肯定し、行為者への結果帰属を否定するという。しかし、被害者が行為者と同程度に事象における支配を有していたか否かという点は、帰属判断において考慮されるものではないように思われる。

仮にその点を捨象したとしても、メーメル河事件における船頭に事象における支配の優越性は認められないということではできない。なぜなら、繰り返して述べているように、安全に対岸へ渡河することができない可能性が少なからずあるのであれば、船頭は舟を出すべきでないからである。そして、被害者は船頭が舟を出すのだから安全に渡河できるであろうとの信頼を有するのは当然のことであるというべきである。したがって、被害者の態度をもって、船頭の乗客に対する優越的知識、及び乗客を安全に渡河させるべき注意義務を否定することはできない。

また、事象の支配の程度を論ずるとすれば、それは、過失認定論において注意義務の負担という観点から検討すべき問題であり、そのことをもって行為者を不可罰とすることの理論的根拠を必ずしも明らかにしているとはいえない。

v. 塩谷毅准教授の見解

塩谷毅准教授は、危険引受けにおいては、結果の発生に向けて行為者と被害者が過失的に共働したことが特徴的な点であると指摘される。行為者は、他人の法益の侵害を防止すべき義務を有しているのに対し、被害者もまた法益保護のための一定の責任を有しており、みだりにその法益を危殆化しないことを法によって期待されている。ただし、それは、事象における被害者の果たした役割によっては発生した結果は被害者の自己責任であり、被害者自身の負担であるという意味における答責性が認められるのであり、行為者と被害者は完全にパラレルであるわけではないとされる⁵¹⁾。

そして、自由主義的に構成された法秩序においては、法益保護の第一次的な管轄は、被害者自身に向けられるべきであるという被害者の優越的答責性が重要である。危険引受けのように被害者の特殊な態度によって行為者と結果発生へ共働する場合には、被害者は事象における中心的役割を担ったのであり、このことによって被害者自身の正犯性を肯定することができる。この場合、一定の要件のもとに被害者の自損行為が行われたものと解することによって、発生した結果を被害者自身の答責領域に帰属すべきである。そして、行為者は被害者の自損行為に幫助的に関わったと評価されると主張される⁵²⁾。

塩谷准教授は、被害者の自己答責性認定の要件として以下の三つを挙げられる。

第一に、被害者が当該行為から特定の構成要件的结果発生の可能性を認識していること（そのような認識の最終的な打消しの有無を問わない）が必要である。これについては、自らの意思で危険に接近したという意味における危険認識であり、行為或いは結果に対する漠然とした危惧感では足りないとする⁵³⁾。しかし、通常、危険引受けが問題となる事案において、被害者は行為の一般的危険性の認識、すなわち行為の実行によって生じうる抽象的な結果に対する漠然とした危惧感を一度はもったとしても、それは参加意思にすぎず、実際にはそのような認識すら打ち消されている可能性のある状態で危険に接近していると考えられる。被害者の危険認識を結果に対する認容まで高めたとしても、問題とされている事案においてそのような被害者の危険認識を一概に認めることはできず疑問が残る。これを要件とするのであれば、その点を明らかにする必要があるように思われる。

第二に、被害者の自己答責能力の存在を必要とする。これについては、危殆化された法益の種類と結果発生の可能性の程度を考慮し、個別具体的な検討が必要であるとする⁵⁴⁾。

そして第三に、被害者が少なくとも行為者と同程度以上の結果発生への積極性を有していること、の三要件を必要とする⁵⁵⁾。

以上を前提として、自己危殆化への関与の場合には、結果発生への積極性を認めることができるので、被害者の自己答責性を肯定することができる。これに対して、合意による他者危殆化の場合には、

結果発生に至る最終行為を行為者が担っていることから、原則的には行為者の正犯性を肯定することになる。しかし、被害者に結果発生への積極的態度が認められ、事象全体において被害者の方が主導的役割を担っていたことが明らかである場合には、例外的に発生した結果は被害者自身の答責領域に帰属し、被害者は間接正犯的なものとして行為者の行為を利用したにすぎず、行為者の行為は「幫助的」なものと評価すべき場合があるとす⁵⁶⁾。

塩谷准教授は、被害者の自己答責性論によって危険引受けを論ずるにあたり、ウルフリド・ノイマンの主張する、自由主義的に構成された法秩序においては、法益保護の第一次的な管轄は被害者自身に向けられるべきであるとする被害者の優越的答責性という思想を前提とされる⁵⁷⁾。しかし、刑法の法益保護の機能は、第一次的には被害者ではなく、行為者に向けられたものであると理解すべきである。あくまでも、行為者が他者の法益を侵害しないように配慮すべき第一次的な義務を有しているのであり、准教授の主張される被害者が自己の法益を危殆化しないことを法によって期待されているという思想は、刑法における法益保護の機能という観点から鑑みれば、第二次的なものであるといわざるを得ない。

また、何をもって自由主義というのか、それが刑法学の解釈にいかなる影響を及ぼすのか、その点を明らかにしなければ疑問は払拭しえない。自由主義や自己決定という概念が盛んに主張されているが、直ちにそれらの概念を刑法学の解釈へ導入することには賛成できない。そもそもノイマンは、ドイツ刑法における殺人と自殺関与との区別について、被害者が答責的でない場合においては殺人として行為者は可罰的とされ、被害者と行為者が擬似的な共同正犯の場合においては自殺関与となるとしているのであり、被害者が間接正犯的な場合において一概に行為者を不可罰としているわけではない⁵⁸⁾。

ところで、刑法における行為規制の主体は、民意にもとづき国会で制定された刑法自体であるので、刑法における行為規制の機能は国家権力による行為規制ではなく、国民の自己コントロール機能として刑法に内在するものである。前述したように法益保護の第一次的な管轄は、被害者でなく、行為者に向けられたものであると解すべきである。

すでに述べたように、被害者関与の場合には、被害者は行為者の行為を利用して結果発生を導いた間接正犯的なものとし、行為者は幫助的なものとするには間接正犯の理論構成上疑問を感ずる。被害者関与という事情が被害者を正犯とし、行為者を正犯でなくすことの理論的根拠は十分に示されていないとすべきである。間接正犯は、利用者の被利用者に対する利用関係が認められる場合には、両者とも正犯とされることになるであろう。そもそも間接正犯が認められるためには、利用行為が実行行為としての類型性を具備していなければならない⁵⁹⁾。危険引受けにおける被害者と行為者の関係に着目して、行為者の行為に道具性を認めることはできるであろうか。危険を認識しながら自らの意思で危険に接近したという被害者の態度をもって、結果発生への積極性を認めることはできないように思われる。繰り返して述べているように、危険引受けにおける被害者の危険認識を行為者の犯罪の成立を否定することの根拠としうるかという意味においては、その危険認識は不十分なのである。し

たがって、被害者が行為者の行為を利用して結果発生を導いたという利用関係を認めることは妥当でない。したがって、危険引受けにおける被害者が間接正犯としての要件を満たしているという理解は、わが国の間接正犯の解釈論としては疑問を感ぜざるをえない。

4. 被害者学的アプローチ

(1) 概説

ドイツでは、法益保護義務を被害者にも課すべきであるとして帰属を制限するいわゆる被害者学的観点ないしはそれに類似した立場から行為者の犯罪の成立を制限しようとする見解が主張されている⁶⁰⁾。この見解では、被害者の主観的認識としての結果認識を不要とする点に特徴があるといえる。しかし、被害者の承諾論においても、被害者の具体的法益性否定のためには、被害者の結果に対する認識・認容を必要とするなど厳格な要件を必要とするにもかかわらず、この見解では被害者の危険認識を不要とすることの理論的根拠をどこに求めるべきであろうか。以下、主要見解に検討を加えたい。

(2) 主要見解の検討

i. 被害者学的原理の理論

ラルフ・ペーター・フィートラーは、危険引受けの問題状況においては、著しい危険増加を行ったことによって被害者の法益の要保護性が欠落すること、そして規範的観点からの危険分配の思想の二つの観点が重要であるとする。その前提として、彼は「社会的侵害を防止する目的で最終手段として国家が刑罰権を行使することは、被害者が保護に値せず、保護を要しない場合には、差し控えるべきである⁶¹⁾」というシュネーマンの被害者学的原理を前提としており⁶²⁾、このことが危険引受けにおいても考慮されるべきであるとする⁶³⁾。すなわち、危険を認識してその危険に接近した被害者が法的に保護に値するか否かを検討し、被害者が当該状況下における完全な危険認識を有したうえで、（自らの意思で）その危険に接近したのであれば、その被害者の要保護性は否定されるという⁶⁴⁾。

彼は、被害者の承諾によるアプローチなどの被害者の態度のみに着目する見解に対して、行為者の態度と被害者の態度の相互作用を適切に評価することができないという批判を加え、不法構成要件の領域における利益衡量によって論ずる優越的利益説の観点から検討する。

また、規範的観点からの危険分配の思想を考慮し、危険行為に関与する行為者と被害者が各人の立場で法益を保護すべき負担を負うとする。彼は、このことを刑法の目的から説明する。すなわち彼のいう刑法の目的とは、自己の自律領域を他者の負担に依存しようとする者に対しても、法益を保護すべき負担を負わせ、すべての者に対して平等な地位を保証しようとすることである。彼は、このような思想を前提として、以下のように説明する。結果発生への危険を自己の態度によって創出した者は、予見可能な結果を回避するための措置を講じなければならない。利益衡量と並行して、行為者と被害

者のどちらがどの程度危険を分配するかということ、どちらがどの程度結果発生へ導く危険をもたらしたかという観点を考慮し、発生した結果をどちらに客観的に帰属させるべきか検討しなければならない⁶⁵⁾。

フィートラーは、被害者が危険を認識してその危険に接近した場合、被害者が法的に保護に値するか否かを検討し、当該状況下で完全な危険認識を有したうえで、その危険に接近した場合には、被害者は刑法的保護に値しないと解し、被害者の法益の要保護性は否定されるとする。たとえば、彼はメーメル河事件について、「被害者は被告人と同程度の危険認識を有していた」という裁判所の認定について疑問を呈している。このことについては、乗客である被害者と船頭である被告人との関係性に着目すれば当然のことである。しかし、危険引受けにおける被害者の特殊な態度によって、被害者が刑法的保護に値しないという思考方法に結びつくという点に関しては疑問を感じる。彼は、刑法的保護を享受できる者は、自己の法益を保全すべき義務を負っており、それを果たしている場合のみ刑法的保護の対象となるという思考を前提としていっていると考えられる。しかし、たとえ被害者が危険を認識して、それでもなおその危険に接近したとしても、被害者の事情のみによって、刑法的保護に値しないと評価することはできない。したがって、行為者の結果回避措置を講ずべき義務は消滅せず、行為者及び被害者ともに各人の立場で分担すべき結果回避措置義務を負うと解すべきである。

ただし、危険分配の思想を考慮することは、問題を過失認定論とりわけ信頼の原則の領域へと橋渡しをするものであるという意味において有意義であると思われる。

ii. 被害者の管轄論

ギュンター・ヤコブスは、危険引受けの問題状況を第一に結果発生を意欲した目的承諾の場合、第二に結果発生を意欲していないが、法益侵害を必然的に伴うような状況を意欲した非目的承諾の場合、第三に被害者の危険認識を必要としない場合の三類型に分類する⁶⁶⁾。

第一については、被害者の結果についての意欲を必要とする。しかし、第二については、結果発生を伴うことを回避することが困難であるような社会的な接触を行う場合、望まれない結果発生に対する管轄を行為者と被害者のいずれが有するのかが問題となる。ここでは、社会的な接触の重要な内容について被害者の側に一方的な決定権があるとすれば、それに法益侵害が含まれることはない。たとえば、強盗が多発している地域へ赴く者について、強盗に遭うことを承諾していたと解することはできない。ゆえに被害者の側に管轄はなく、行為者は可罰的である。ところが、社会的な接触の重要な内容として被害者が一方的な決定権を有していないのであれば、それに法益侵害をも含まれることになり、危険に対する間接的承諾が認められ、行為者は不可罰とされる。たとえばボクシングにおいて、ボクサーは対戦相手から攻撃を受けることも、その結果としての傷害をも意欲しているわけではないが、そのような社会的な接触の内容は、被害者の側で一方的に決定するものではなく、両者によって決定するものであり、そこから生ずる法益侵害は社会的な接触の内容に含まれるのである⁶⁷⁾。

次に、第三については、被害者に少なくとも行為者と同程度の危険認識が可能であったにもかかわらず

らず、法的に重要な理由なく行為者の行為を動機付けた場合や、被害者がありうる経過を全く認識せず、自ら特別な危険を創出した場合には、被害者に危険認識がなくてもなお法益侵害は被害者の管轄に属する⁶⁸⁾。

このように被害者に決定支配が認められる場合には、被害者の自己侵害であり、被害者に間接正犯における道具性が認められない限り、行為者は不可罰とされるのである。行為者が被害者の意思の瑕疵を特別な危険によって創出した場合など、被害者に間接正犯における道具性が認められる場合には、行為者は可罰的とされる⁶⁹⁾。

また、ローランド・デルクセンは、積極的一般予防論という思想を根底に危険引受けを論じようとする⁷⁰⁾。デルクセンによれば、刑罰の目的は、社会的な接触の安定化を目的に規範を保護することであり、犯罪行為はその侵害である。人がそれぞれ有している私的な答責領域が限界付けられていること、及び他者の組織化領域に対する管轄が適切に認められていることであり、このことが刑罰によって保護すべき規範の予期の安定化である。これに対して、不法とは、他者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方法で形成すること、及び他者の組織化領域に対する管轄から生ずる配慮義務を遵守しないことである⁷¹⁾。

刑罰的不法に対しては、被害者の関与がいかなる影響を及ぼすかが問題となる。被害者の自己危険化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。行為者が管轄をもつか否かは、行為者の規範違反によって創出された被害者の依存が続いており、それが被害者の自己危険化となって現れたかどうかによって決せられる。行為者が、規範違反により被害者に属する事象の形成手段を減らして、被害者の依存が生まれたという場合に、結果を行為者に帰属することが可能なのである⁷²⁾。また、彼は被害者の危険認識について、危険認識がある場合のみ被害者に自らの行動を決定する組織化の選択肢が残され、発生した結果は被害者の管轄に属するという意味において重要であるとする⁷³⁾。

ヤコプス、デルクセンの見解に共通することは、被害者に危険認識がなくても、被害者に結果に対する管轄を認めうる可能性があることにあるように思われる⁷⁴⁾。とくにヤコプスは、第三の場合において被害者に危険認識すらなかったとしても、なお被害者の結果に対する管轄を認める点が特徴的である。彼は、被害者の主観的認識を考慮から除外するが、主観、客観の両側面を加味すべきであるという意味において妥当でないであろう。被害者が自己保護のために結果を回避するという経験則は、およそ一般的に成り立つものではなく、被害者の危険認識及び行為者と被害者の結果回避措置義務の分担という観点から考慮されるべきものであるように思われる⁷⁵⁾。

また、デルクセンは、一般論として被害者の危険認識を被害者に結果に対する管轄を認めることの要件とする。それは、組織化の選択肢という観点において認められるものである。被害者の管轄を認めるためには、被害者が危険を回避するための行動をとることが可能であるにもかかわらず、危険を回避しなかったという事情を必要とするので、その前提として被害者の危険認識を必要とするものと

思われる⁷⁶⁾。

両見解ともに、客観的な規範評価を重視するあまり、被害者の主観的認識を考慮から除外している点に問題があるということはすでに述べたところである。さらに、被害者の管轄が認められた場合には、行為者は一律に不可罰となることから、被害者の側の事情のみを考慮し、行為者の側の事情を考慮から除外している点が問題である。被害者の管轄とは、筆者の理解によれば、結果回避義務の存否の判断を意味するものであると思われる。このことは、危険行為に関与する両者の関係性を考慮して、行為者と被害者のどちらが主として結果回避義務を負担すべきか検討することを意味する。このような理解によれば、一方のみの事情に着目すると議論をより錯綜したものにしてしまうという危険を孕んでいるといわざるをえないであろう。したがって、この見解は結果回避義務の負担を考慮するという意味においては有益であるが、被害者の側の事情によってのみ行為者の過失を否定するという点に疑問を感じる。

iii. 島田聡一郎教授の見解

島田聡一郎教授は、被害者の個別事情を一定限度捨象することによって問題の解決を図ることができるとされる⁷⁷⁾。その主張は以下のような理解に基づくものである。すなわち、被害者に結果の的確な認識があり、それを回避すべき能力を有している場合、それにもかかわらず結果を回避しないのは異常な因果経過として、因果関係ないしは客観的帰属を否定すべきである。個々人の有する結果回避能力は異なるが、個人の自己保護を前提とせざるを得ない現代社会においては、当該能力を有する者はその行使が期待されているのであり、当該能力の行使についての個別的な意思は考慮から除外すべきである。そのような事情を前提とし、被害者の当該能力に鑑みれば危険の程度が相当低く抑えられていたにもかかわらず、それを行使せず結果が発生した場合には、異常にも結果が発生したと評価することができ、行為者への結果帰属を否定することができる⁷⁸⁾。

島田教授は、危険引受けを一つの論拠によって論ずることは困難であるという前提にたち、体系的に問題解決を図ろうとされる。このことについては、筆者も賛成である。第一に、被害者の有効な承諾の有無を判断し、これが認められない場合、あるいは202条が問題となる場合、第二に、被害者の的確な危険認識と結果回避能力の有無を判断するという点に注意しなければならない。そして、被害者が結果回避措置を講じなかったことが異常な因果経過であると判断される場合には、行為者を不可罰とするのである。第一の判断に関して若干の疑問を抱かずにはいられないが、本稿で取り扱うべき内容とは異なるので、本稿では第二についてのみ検討することとしたい。

島田教授は、被害者の個別事情を一定程度捨象することによって、結果回避についての一般化を図ろうとされる。すなわち、現代社会においては個人の自己保護を前提に社会制度を組み立てざるを得ないという視点から、被害者の能力に鑑みて危険の程度が相当低く抑えられているにもかかわらず、結果が発生した場合には異常因果経過として結果帰属を否定するというものである。しかし、我々の社会生活が機械化されたことによる未知の危険の存在を軽視することはできず、あくまでも法益は規

範的には法が保護するものであり、刑法における法益保護義務は被害者に向けられたものではなく、行為者に向けられたものである。いくら危険が低く抑えられていたとしても、被害者側の事情によってのみ行為者への結果帰属を否定すべきでないように思われる。

5. 結語

本稿では、客観的帰属論、被害者の自己答責性論などの帰属論の観点から危険引受けを論じようとする見解に検討を加え、それらの見解の問題点を指摘した。

客観的帰属論の有力な論者であるロクシンは、規範の保護目的の理論によって危険引受けを論じようとする。ドイツ刑法においては自殺関与の不可罰性を前提に、自殺よりも侵害性の低い自己危殆化への関与が、過失致死罪の構成要件の射程範囲に含まれないということを基礎として理解しようとするものである。他方、合意による他者危殆化（危険引受け）は、自己危殆化と同視し得る場合には、行為者は被害者の自己危殆化への関与行為をなしたにすぎないと評価され、不可罰とされる。

また、ロクシンのいう「許されない危険」という概念は、違法性の領域において検討されるべきものであり、それを考慮して帰属判断を行うとすれば、違法論の先取りとなり、構成要件の実質化を招く恐れがあるであろう。刑法上の因果関係の判断は、結果を実行行為に類型的に帰属させる類型的帰属の問題である。類型的帰属とは、構成要件を法定行為類型と理解し、規範的観点から、主観・客観の両側面を加味して、行為と結果との間に存在する因果関係が法定行為類型に相当するか否かを判断することによって、帰属判断を行うべきものである。

さらに、自殺関与と自己危殆化への関与とを比べ、後者は前者よりも侵害性が低いということではできない。後者は、行為の危険性を認識しているが、結果発生を認容する態度を欠いているので、むしろ前者よりも侵害性は高く、過失致死罪の構成要件の射程範囲の外に置かれるべきものではないと思われる。

また、被害者の自己答責性論は、論者によって様々な検討がなされているが、それらの見解に共通することは、被害者の危険認識をもって行為者の犯罪の成立を否定することは困難であるということである。この見解では、被害者は自己の法益を侵害しないように配慮すべき義務を負うので、結果は被害者の答責領域に帰属し、関与者の客観的帰属を否定する。このような被害者の自己答責性が認定された場合には、被害者は自己の欲求を満たすために行為者の行為を利用、すなわち被害者が間接正犯的役割を演じたのであり、それに随伴して発生した結果は第一次的に被害者の答責領域に帰属し、行為者は幫助的役割を演じたにすぎないと評価され、不可罰とされる。

被害者関与という事情が被害者を正犯とし、行為者を正犯でなくすことの理論的根拠は、何ら示されておらず、間接正犯の観点からも疑問が残る。この見解の根底には、被害者の優越的答責性という自由主義の思想が存在する。戦後、個人の自由が尊重されるようになったことは、肯定的にとらえら

れるものであるが、個人主義的な思想を刑法学の解釈に直ちに導入することには賛成できない。刑法における法益保護的機能は、国家権力による行為規制ではなく、国民の自己コントロール機能として刑法に内在するものである。したがって、行為者に第一次的な法益保護の義務が向けられているのであり、被害者についてはあくまでも二次的なものであると解すべきである。

一般的に危険引受けにおける被害者は、行為の一般的危険性と抽象的な結果に対する漠然とした危惧感を有しているにすぎず、実際にはそれすら打ち消されている可能性もある。そのような状況で、被害者の危険認識をもって行為者を不可罰とするのであれば、被害者の承諾論によるアプローチと差異がないように思われる。

このように様々存在する問題点に対して適切な説明ができない限り、帰属論によって危険引受けを論ずることは、語弊を恐れずにいえば、被害者の自業自得を論ずることにもなりかねないという危惧感を抱かずにはいられない。さらに、それにより危険行為の関与者の危険に対する意識の低下をも引き起こす危険性を齎すことにもなりかねないであろう。したがって、帰属論の観点から危険引受けにアプローチを図ることは、解釈論的に妥当でないように思われる。

危険引受けを狭義の意味で捉えた場合、その問題状況の多様性から一つの理論によって一概に論ずることは困難であるように思われる⁷⁹⁾。したがって、危険引受けの問題状況を「承諾型」と「非承諾型（狭義）」とに区別し、前者については被害者の包括的承諾を根拠に 35 条を適用して正当業務行為による違法性阻却を論ずべきである⁸⁰⁾。

そして、問題なのは非承諾型の危険引受けである。この場合、被害者は結果発生を認容する態度を欠いているので、危険引受けに行為者の犯罪の成立を制限する効果を認めるとすれば、その理論構成が問題となる。このことが、これまで危険引受けとして論ぜられてきたものであろう。しかし、前述したように広義の危険引受けは多様な問題状況を有するので、一つの論拠によって一概に論ずることには限界がある。

そこで、私見では、狭義の危険引受けは被害者の態度のみをもって行為者の犯罪の成否を論ずるのではなく、当該行為における被害者及び行為者の立場、両者の関係性等を考慮し、過失認定論の問題として信頼の原則のように結果回避義務を制限する原理であると解すべきである⁸¹⁾。

過失認定論の観点からの狭義の危険引受けに関する詳細な検討を行われなければならないが、本稿では紙幅の制約上これに答えることはできない。このことについては、別稿に譲るものとした。

注

¹⁾ 拙稿「危険引受けにおける承諾型と非承諾型の区別」通信教育部論集第 13 号（2010 年）68 頁参照。

²⁾ 拙稿「刑法における危険引受けと過失犯の成否」創価大学大学院紀要第 30 集（2008 年）123 頁以下、同「危険引受けにおける被害者の承諾——承諾の対象とその心理的内容に関する問題点を中心として——」通信教育部論集第 12 号（2009 年）103 頁以下。なお、被害者の承諾論によって危険引受けを論ずる見解として代表的なものとしては、Ulrich Weber, Objektive Grenzen der strafbefreienden Einwilligung in Lebens und

- Gesundheitsgefährdungen, in Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, 1992, S.43ff., 林幹人『刑法総論』東京大学出版会（2000年）180頁以下、などがある。
- 3) 山中敬一「過失犯における被害者の同意——その序論的考察——」『平場安治博士還暦祝賀現代の刑事法学（上）』有斐閣（1977年）332頁以下。
- 4) 拙稿・前掲注2)「危険引受けにおける被害者の承諾」111頁以下参照。また、被害者の承諾の心理的内容として、結果に対する「意欲」を要するのか「認容」で足りるのかという問題が生ずる。ゲッペルトや山中敬一教授は、「認容的甘受」があれば十分であるとし、シュミットは承諾の意欲的要素としての結果を「意欲」する態度が必要であるとする。Vgl. Klaus Geppert, Rechtfertigende Einwilligung des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Strassenverkehr, ZStW83,1971, S.976ff., Eberhard Schmidt, Schlägermunsur und Strafrecht, in JZ 1954, S.372ff., 山中・前掲論文注3)342頁以下をも参照。
- 5) Claus Roxin, Zum Schutzzweck der Norm bei Fahrlässigendelikten, Festschrift für Wilhelm Gallas, 1973, S.241ff.
- 6) StGB §216 Tötung auf Verlangen.
(1)Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten Zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs monaten bis zu funf jahren zu erkennen.
(2)Der Versuch ist strafbar.
ドイツ刑法典 216 条（要求による殺人）
(1)明示的かつ真摯な殺害の囑託を受け、人を殺した者は6月以上5年以下の自由刑に処する。
(2)（本罪の）未遂は罰する。
- 7) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band1,4.Aufl.,2006,S. 409.
- 8) 客観的帰属論の歴史については、山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』成分堂（1997年）280頁以下参照。
- 9) Roxin, a.a.O.(Anm.7),S.371ff.
- 10) 川端博『刑法総論講義 第2版』成文堂（2006年）156頁。
- 11) Vgl.Fritiof Haft, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl.,1994, S.63.
- 12) Roxin, a.a.O.(Anm.7),S.409.
- 13) 山中・前掲論文注8) 12頁。
- 14) 下村康正「ドイツ刑法学に於けるいわゆる客観的帰属の理論——シュミットホイザーの所説を中心として——」法学新報79巻9号4頁参照。
- 15) 川崎一夫『刑法総論（犯罪論）』北樹出版（2009年）69頁参照。
- 16) Roxin, a.a.O.(Anm.7), S. 401f., ders, a.a.O.(Anm.5). 241ff.,
- 17) Roxin, a.a.O.(Anm.5), S.252.
- 18) 深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要第9号（2000年）131頁、島田聡一郎「被害者による危険引受」山口厚編『クローズアップ刑法総論』成文堂（2003年）140頁参照。
- 19) 松宮孝明『過失犯論の現代的問題』成文堂（2004年）258頁参照。
- 20) Roxin, a.a.O. (Anm7), S.409.
- 21) Roxin, a.a.O. (Anm5), S.411.
- 22) Roxin, a.a.O.(Anm7)
- 23) RGSt57. 172ff. RG Urteil vom 3. 1. 1923.
- 24) 函館地判平 14・9・7判時 1818号 176頁、判夕 1108号 297頁。
- 25) 島田・前掲論文注18) 144頁。
- 26) 最決昭 55・4・18刑集 34巻3号 163頁、判時 905号 126頁。
- 27) Roxin, a.a.O. (Anm5), S.411.
- 28) 塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』法律文化社（2004年）291頁参照。
- 29) Harro Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre,4 Aufl., 1992, S.60f
- 30) Harro Otto, Eigenverantwortliche Selbstschädigung und – Gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und – gefährdung, in Festschrift für Herberd Tröndle zum70. Geburtstag, 1989, S.169.
- 31) Otto, a.a.O. (Anm.29), S.171f.
- 32) 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1巻』成文堂（1998年）433

-
- 頁。
- 33) 塩谷・前掲書注 28) 294 頁参照。
- 34) Vgl. Schumann, Strafrechtes Handlungsunrecht das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S.107ff., Rainer Zaczyk, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993, S.53ff., Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner, Teil, 6. Aufl., S.54ff.
- 35) ドイツ刑法 216 条の条文については、注 6) 参照。
- 36) Zaczyk, a.a.O. (Anm.32), S.63.
- 37) Zaczyk, a.a.O. (Anm.32), S.32ff.
- 38) Zaczyk, a.a.O. (Anm.32), S.49ff.
- 39) Zaczyk, a.a.O. (Anm.32), S.49ff.
- 40) Vgl. Zaczyk, a.a.O. (Anm.32), S.58.
- 41) 深町・前掲論文注 18) 143 頁参照。
- 42) 拙稿「危険引受けにおける被害者の承諾」注 2) 113 頁以下参照。
- 43) 深町・前掲論文注 18) 133 頁参照。
- 44) Susanne Walther, Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, 1991, S.1ff, S.96, S.140f.
- 45) Walther, a.a.O. (Anm.42), S.172ff., 181ff.
- 46) 拙稿・前掲注 2)「危険引受けにおける被害者の承諾」112 頁参照。
- 47) Walther, a.a.O. (Anm.42), S.101ff.
- 48) 拙稿・前掲注 2)「危険引受けにおける被害者の承諾」111 頁以下参照。
- 49) Uwe Hellmann, Einverständliche Fremdgefährdung und objective Zurechnung, in Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S.281., S.283f.
- 50) Hellmann, a.a.O.(Anm.47), S.283f.
- 51) 塩谷・前掲書注 28) 369 頁以下。
- 52) 塩谷・前掲書注 28) 370 頁。
- 53) 塩谷・前掲書注 28) 371 頁以下。
- 54) 塩谷・前掲書注 28) 373 頁。
- 55) 塩谷・前掲書注 28) 373 頁。
- 56) 塩谷・前掲書注 28) 373 頁以下。
- 57) 塩谷・前掲書注 28) 370 頁、Vgl.Ulfrid Neumann, Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des “Opfers”, JA1987, S.248.
- 58) Neumann, a.a.O. (Anm.55), S.248., 島田・前掲論文注 18)145 頁 145 頁注 78)参照。
- 59) 川崎・前掲総論 278 頁以下参照。
- 60) Ralf-Peter Fiedler, Zur Strafbarkeit der Einverständlichen Fremdgefährdung, 1990, S.121ff.
- 61) Bernd Schünemann, Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NStZ1986, S.439. Vgl. ders., Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?, NStZ1982, S.62.
- 62) Fiedler, a.a.O.(Anm.58), S.122.
- 63) Fiedler, a.a.O.(Anm.58), S.183ff.
- 64) Fiedler, a.a.O.(Anm.58), S.183ff.
- 65) Fiedler, a.a.O.(Anm.58), S.175ff.
- 66) Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, § 7.Rn.125ff.
- 67) Jakobs, a.a.O. (Anm.64), Rn.126.
- 68) Jakobs, a.a.O. (Anm.64), Rn.129.
- 69) Jakobs, a.a.O. (Anm.64), § 21.Rn.78ff.
- 70) Roland Derksen, Handeln auf eigene gefahr, 1992, 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) ——デルクセンの諸説を中心に——」法学研究論集第 10 号 (1999 年) 33 頁以下、11 号 (1999 年) 44 頁以下参照。
- 71) Derksen, a.a.O.(Anm.68) S.173., S.182ff., S.249f.
- 72) Derksen, a.a.O.(Anm.68) S.173., S.182ff., S.249f.
- 73) Derksen, a.a.O.(Anm.68) S.173., S.182ff., S.233f.

-
- 74) 深町・前掲論文注 18) 136 頁。
75) 深町・前掲論文注 18) 136 頁参照。
76) 塩谷・前掲書注 28) 309 頁。
77) 島田・前掲論文注 18) 149 頁。
78) 島田・前掲論文注 18) 149 頁以下。
79) 拙稿・前掲「危険引受けにおける承諾型と非承諾型の区別」注 1) 68 頁参照。
80) この点については、すでに別稿において論じているので、再論はしない。拙稿・前掲「危険引受けにおける承諾型と非承諾型の区別」注 1) 74 頁以下参照。
81) 平野潔「危険の引受けと過失犯」現代刑事法 38 卷 32 頁、川崎・前掲総論（犯罪論）注 15) 93 頁、拙稿・前掲「危険引受けにおける承諾型と非承諾型の区別」注 1) 77 頁以下参照。

【付記】

本稿の執筆にあたり、文献等の収集のためドイツ・ハイデルベルク大学を訪問する機会を得た。同大学で在外研究中であられる関西学院大学法学部松尾誠紀准教授のご紹介により、同大学 Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht 所長のダンネッカー教授からは、短期間であるにもかかわらず、Gastwissenschaftler（客員研究員）という立場を用意していただくなどのご厚意を賜った。この場を借りてダンネッカー教授、松尾准教授に衷心より感謝の意を表したい。

【2011 年 7 月 15 日脱稿】