

スポーツ事故と刑法における危険引受け

Der Sportunfall und die Risikoübernahme im Strafrecht

法学研究科法律学専攻博士後期課程在学

恩 田 祐 将

Yusuke Onda

- I. 序説
- II. スポーツと法
- III. スポーツ事故に関する刑事判例
- IV. スポーツの類型化と過失犯の成否
- V. 結語

I. 序説

現代社会に生きる多くの人々にとってスポーツは、有意義かつ不可欠なものといっても過言ではないであろう。スポーツの文化的価値は計り知れないものがあるが、その反面、スポーツは死傷等の法益侵害の危険性を有していることもまた事実である。筆者は、これまで刑法における危険引受けについて研究を進めてきたが、スポーツは危険引受けとの関係においても切り離して論ずることのできない極めて重要な問題のひとつであるといえる。

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己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行為に参加することをいう¹⁾。危険引受けにおいては、被害者の態度が加害者の犯罪の成否にいかなる影響を及ぼすのか、その理論構成が問題となる。ダートトライアル同乗者死亡事件判決において、千葉地裁は、「被害者の危険引受け」と「行為の社会的相当性」という2つの事情を根拠に被告人による本件走行の違法性を阻却するとした。しかし、両者がどのように作用して違法性が阻却されるのかという点は必ずしも明確であるとはいえない。ダートトライアル同乗者死亡事件やその他の危険引受けに関する事案において、行為の危険性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承諾と評価して、被害者の承諾論の枠組みでアプローチを図ろうとする見解が主張されている²⁾。ダートトライアル同乗者死亡事件に象徴されるように危険引受けの事案として代表的なスポーツにおいて、被害者は「万一のこともあるかもしれない」という危険認

識のみでスポーツに参加しているにすぎず、それはスポーツの参加に対する認容であり、現実の結果に対しては認識に留まるか、それすら打ち消されているように思われる³⁾。そのような状況で被害者の承諾を認めることには被害者の承諾論の理論構成上いくつかの問題が残る。すなわち、過失犯においても結果は重要な構成要件要素である以上、被害者の承諾の対象は「行為」ではなく「結果」でなければならない、さらに承諾の心理的内容として結果を認容する態度が必要とされなければならない。なお、この点について、筆者は別稿で検討しているので本稿では再論しないものとする⁴⁾。

前述したように、スポーツは社会的に有意義である反面、人の生命・身体に対する侵害の危険を内在している。スポーツがこのような性質を有していることはドイツにおいても古くから注目されていた⁵⁾。社会の発展に伴い、我々が趣味や娯楽に注ぎ込む時間的、金銭的、精神的余裕も増し、スポーツ活動も、従来から注目されていたような危険はもとより、社会の機械化によって危険の伴う高度なものも多くなった。スポーツ事故もしばしば発生するようになり、スポーツ事故をめぐる責任問題が指摘されるようになった。ところが、スポーツ事故が発生した場合、実際に加害者の刑事責任が問われることは非常に少ない。その多くは、参加者自身の自己責任として処理され、または当事者や当該スポーツの指導団体などと称する民間の管理・監督組織が加わって協議することによって内部的に処理されてきた。ところが、当事者間で折り合いがつかない場合や、死亡等の重大な法益侵害が発生した場合に法的問題として取り扱われるにすぎないのである。

しかし、危険引き受けにおける被害者は法益侵害の危険性を一旦は認識したとしても、その不発生を期待して危険に接近し、望まれない法益侵害が現実化したという事情を刑法的にどのように評価すべきか、ということは危険引受けとスポーツ事故に共通する重要な問題であり、スポーツ事故は危険引受けの一側面として重要な問題を含んでいるのである。このような理解を前提として、本稿ではスポーツに随伴して死傷等の法益侵害が発生した場合、それらを刑法上どのように評価すべきか危険引受けという観点から検討を加えたい。

II. スポーツと法

前述したように、スポーツ事故が発生した場合、実際に加害者の刑事責任が問われることは非常に少ない。その理由を千葉正士博士は、宗教や道徳、家庭などと同様に、「法はスポーツに入らずと言われる原則が働いている」として、国家法によるスポーツに対する尊重・遠慮によるものであると指摘する⁶⁾。さらに、千葉博士は、スポーツの場における法的人間像を以下の2つの理念型に分類している⁷⁾。即ち、①スポーツにより健康を維持・増進し、あるいは人間的交流を楽しむ人間で、市民法が前提とする平均人の範囲に属する者、②スポーツの場で、自己・仲間や相手方に身体的・心理的の危害が生ずることを当然のこととして受け止め、他者に優越し、目的を達成するために、危険を冒しても高度の技術を修得しようと指導を受け、鍛錬をする人間であり、場合によっては死に至る可能性さ

え予想して、たとえそのような事態が生じても、自分で責任を取ろうとする者である。①のスポーツにおいては、当事者間における関係の特殊性があり、とくに被害者に危険を認識しながら自らの意思でその危険に接近したという特殊な態度が認められる。このようなスポーツの性格を考慮して、千葉博士は、国家法の解釈学において、スポーツは正当行為、自己責任、事前の同意、信頼の原則などとして認められており、スポーツを実際に規制する法（スポーツのルールなど）をスポーツ固有法として国家法から遠慮・尊重されるものであるとする⁸⁾。伊藤堯教授もまた、法がスポーツに積極的な介入をしてこなかった理由として、法がスポーツの本質的危険性を容認し、そしてスポーツに参加する者はこの危険性を承知しているという危険の同意があるとする⁹⁾。

しかし、宗教の教義に関する判断に司法の介入はできないとしても¹⁰⁾、宗教行為と称して法益侵害行為が行われた場合や、家庭においてもドメスティック・ヴァイオレンスや虐待などが行われた場合には、当然に司法の介入はなされる。スポーツは、ルールなしに成立するものではないが、それらはいくまでも当該スポーツを安全かつ円滑に進めるためのルールにすぎず、それらを根拠としてスポーツ事故は法的責任を免責されるという趣旨の主張には、刑法学の立場から若干の疑問を感じざるを得ない。

たとえば、スポーツとよばれる法から独立した体育館ないしは施設があると仮定しよう。その施設内においてスポーツ活動を行うにあたり、参加者は危険及び結果に対する「承諾」ないしは「危険引受け」をすることが前提とされる。その中において行われるスポーツ活動によって死傷の法益侵害が発生したとしても、被害者の承諾や危険引受け、又はある種の許された危険として行為者の犯罪成立は否定されるものと解する。これを国家法から独立したスポーツ固有法の独自の効果であると理解するならば、このような仮定は成り立ち、前述の主張は認められないわけではないと思う。しかし、法哲学、法社会学等の基礎法学に浅薄な筆者の知識不足は否めないが、現行刑法の解釈論上、このような思考方法を直ちに採用することには、疑問を感じる。仮に、このような思考方法を刑法の解釈において、直ちに採用したとすれば、それはスポーツを尊重するあまり当事者の危険に対する意識の低下、さらには生命軽視の風潮を招きかねないであろう。

確かに、スポーツは文化として尊重されるべきものであるが¹¹⁾、当然に、参加者の生命・身体の安全の保護に配慮しなければならない。スポーツ事故によって、死傷の法益侵害が発生した場合には、スポーツという事情のみに基づいて刑事責任から当然に免責されると解すべきでなく、構成要件該当性、違法性、責任という各段階を経て犯罪の成否が検討されるべきである。

しかし、現代社会におけるスポーツ活動の有用性を考慮すると、前述したようにスポーツは文化として尊重されるべき性格を有していることは疑いのない事実である。そこで現在、新しい人権としてスポーツ権を認め、スポーツに関する法整備を充実させることについて今日、活発に議論が展開されている。筆者は、このような議論を肯定的に捉えたいと思う。アメリカをはじめとする欧米諸国では既にスポーツ法に独自の意義を持たせるなど急速に議論が発展しているが、我が国においては、未だ

認知度の低い研究分野である。欧米諸国では、既にスポーツ法学が成立しているが、わが国においては、スポーツ権の法的根拠さえもいまだ確立されていない。スポーツは従来、まったくの私事として取り扱われてきたことから、スポーツに対する国家の法的な介入はなされておらず、スポーツ活動の法的地位についても学説の中で必ずしも一致をみなかった¹²⁾。ところが、今日、我が国においてもスポーツの有益性が注目され、スポーツ権を憲法13条の「幸福追求権」、25条の「健康で文化的な生活をする権利」、26条の「教育を受ける権利」、27条の「勤労権・労働権」などに求めようとする見解や、新しい人権の一つとして位置づけようとする見解が主張されるようになった¹³⁾。スポーツ権を新しい人権として認めるとすれば、その権利内容として国民のスポーツの自由を守る自由権的側面と条件整備を要求する社会権的側面に加えて、スポーツにおける安全性の確保という側面も含まれるべきであると思う。ただ、スポーツの法的地位が確立されたとしても、それを根拠にスポーツに随伴して発生した法益侵害の違法性が一概に阻却されることはあってはならず、具体的個別的な判断が求められるべきである。

Ⅲ. スポーツ事故に関する刑事判例

(i) 新人練成山行傷害致死事件¹⁴⁾

大学のワンダーフォーゲル部の新人練成山行において、気力不足と判断された新入部員に対し、上級部員が平手、手拳、紐、木棒により直接身体を殴打し、登山靴で足蹴りするなどの過度のシゴキを行った結果、新入部員1名を死亡、2名を負傷させた事案である。

弁護人は、新人練成という目的のために有形力行使し、これが新人の気力回復や危険防止のために必要であり、被害者も練成行為を全て容認しており、手段、方法ともに許容し得る正当な範囲内の行為であるとして35条による違法性阻却を主張した。

これに対して、裁判所は、聊かも人間性を軽視するような行動は許されず、体力を鍛錬し、精神力を滋養するにしても、ただ肉体、気力の練磨であってはならず、殴る蹴るという一個の人格を否定する行為は許されるべき行為ではないとして被告人である上級部員らに対して傷害罪、傷害致死罪の成立を認めた。

(ii) 空手練習における傷害致死事件¹⁵⁾

被告人は友人である被害者と一緒にハイキングに行ったり、お互いのアパートを訪ね合うなど日頃から親しく交際しており、また、被告人は長年にわたり独習で空手の技を身につけていたので、被害者にもこれを教えてしばしば被害者を相手に空手の練習をしていた。事件当日、被害者といわゆる「寸止」ではなく、被害者に殴打、足蹴りする方法で練習として空手の技を掛け合っていた際、被害者の攻撃に対応するうち、興奮のあまり、被害者に対して一方的にその胸部・腹部・背部等を数十回にわたって手拳で殴打したり、皮製ブーツを着用した足で足蹴りして転倒させるなどの暴行を加えて死亡

させたという事案である。

裁判所は、「空手」という危険な格闘技において、被害者の承諾に基づく行為として違法性が阻却されるには、単に練習中であつたというだけでは足りず、その危険性に鑑みて、練習の方法、程度が、社会的に相当であると認めるに足りる態様のものでなければならず、本件のように練習場所としては不相当な場所において正規のルールに従うことなく、危険な方法、態様の練習をすることは社会的相当行為の範囲には含まれず、被告人が空手の練習としては許されると認識していたとしても、それは行為の違法性評価を誤っていたにすぎないとして、傷害致死罪の成立を認めた。

(iii) **ダートトライアル同乗者死亡事件¹⁶⁾**

ダートトライアル走行の経験が浅く、運転技術が未熟でコース状況も十分に把握していなかった被告人が、指導のために自らの希望で同乗した7年程度の競技経験を有する被害者の指示に従って直線コースを経験のない運転方法で高速走行し、カーブに差し掛かるにあたり被害者の「スピードを落とせ」という指示を受けてブレーキをかけたが、急な下り坂を曲がりきれず、車両を防護柵に衝突させ、防護柵の支柱が被害者の胸部を圧迫し、死亡させたという事案である。

裁判所は、本件の被害者は7年程度の競技経験を有していたことから、当該競技の危険性を認識し、かつ被告人への助言を通じて一定限度内でその危険を制御することも可能であつたという前提にたち、本件死亡事故の原因となつた被告人の運転方法及びこれによる被害者の死亡の結果は、同乗した被害者が引き受けていた危険の現実化というべき事態であり、また、社会的相当性を欠くものではないといえるから、被告人の本件走行の違法性は阻却されるとして被告人を無罪とした。

(iv) **夜間潜水講習死亡事件¹⁷⁾**

圧縮空気タンクなどのスクーバ器材（自給式水中呼吸装置）を用いて行うスクーバダイビングの指導者である被告人が、ナイトダイビング（夜間潜水）の講習中に、受講生及び潜水補助者候補生に特別の指示を与えることなく不用意に移動を開始し、後ろを振り返つたところ、受講生らが追従していないことに気づき、移動開始地点に戻つた。この間、被害者を含む受講生らは、水中のうねりのような流れにより沖の方に流され、潜水補助者候補生が被告人を捜して沖に向かって水中移動を行い、受講生らもこれに追従したことから、移動開始時点に引き返した被告人は、受講生らを見失うに至つた。この間、潜水補助者候補生1名と受講生は共に沖へ数十メートルの水中移動を行ったところ、被害者の圧縮空気タンク内の空気残圧が少なくなっていることを確認して、いったん水面に浮上したが、風波のために水面移動が困難であるとして、潜水補助者候補生は受講生らに再び水中移動を指示し、これに従つた被害者は、水中移動中に圧縮空気タンク内の空気を使い果たして恐怖状態（いわゆるパニック状態）に陥り、自ら適切な措置を講ずることができないまま溺死するに至つたという事案である。

裁判所は、「被告人が、夜間潜水の潜水指導中、受講生らの動向に注意することなく不用意に移動して受講生らのそばから離れ、同人らを見失うに至つた行為は、それ自体が、指導者からの適切な指示、誘導がなければ事態に対応した措置を講ずることができないおそれがあつた被害者をして、海中

で空気を使い果たし、ひいては適切な措置を講ずることもできないままに、でき死させる結果を引き起こしかねない危険性を持つものであり、被告人を見失った後の指導補助者及び被害者に適切を欠く行動があったことは否定できないが、それは被告人の右行為から誘発されたものであって、被告人の行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定するに妨げない」として上告を棄却し、被告人に業務上過失致死罪の成立を認めた。

IV. スポーツの類型化と過失犯の成否

1. 総説

各種格闘技などにおいて相手を攻撃する行為は、暴行罪や傷害罪の構成要件に該当し、さらに死亡事故が発生した場合には、傷害致死罪や過失致死罪の構成要件に該当することは、刑法上一般的に認められている。

204条は「人の身体を傷害した者は、15年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。」と規定している。このうち「人の身体を傷害した」という行為の部分のみが構成要件である。この行為の部分は、傷害行為の類型を定めたものであるから、この意味において構成要件は「法定行為類型」であるといえる¹⁸⁾。構成要件は単なる没価値的な行為概念ではなく、現実の人間の活動を対象として行われる類型的判断に必要とされる観念形象と理解されるべきである。したがって、構成要件は「法定された」行為類型であるから、論理的に違法性推定機能が認められる¹⁹⁾。すなわち、構成要件該当性が充足された行為は、違法性阻却事由が存在しない限り違法とされるのである。

このような理解によって、前述したように格闘技などにおいて相手を攻撃する行為は、暴行罪や傷害罪の構成要件に該当し、死亡事故が発生した場合には、傷害致死罪や過失致死罪の構成要件に該当する。また、スポーツと類似する問題状況として医師による治療行為があげられる。医師による治療行為も傷害罪の構成要件に該当するが35条によって違法性が阻却されると一般的に理解されている。このような思考方法の根拠は、前者においてはスポーツに名を借りた積極的加害行為を、後者においては、医療行為に名を借りた積極的加害行為や医師の専断的治疗を排除するという点に求められる。

しかし、各種格闘技において事故が発生したからといって、加害者に対して直ちに犯罪の成立を認めるとすれば、格闘技それ自体が成り立たなくなってしまう。そこで、格闘技において相手を攻撃する行為は、暴行罪や傷害罪の構成要件に該当するが、35条によって正当業務行為として違法性が阻却されると解すべきである。このような思考方法自体は、各種格闘技以外のその他のスポーツにおいても同様であるといえるが、スポーツの著しい発展にともない様々な類型が存在する今日、正当業務行為の問題として一概に処理することは困難であるように思われる。

スポーツ事故を刑法上どのように処理するかという問題について、ドイツでは従来、被害者の承諾論によって解決しようとする見解が有力であったが、近年では、被害者の承諾論の枠組みを超えて客

観的帰属論、被害者の自己答責性論、過失論などのあらゆる側面から議論が展開されている。様々な類型が存在するスポーツを被害者の承諾論によって一概に処理することは困難であるというのがその理由であろう。ドイツにおいては、スポーツを類型化し、それに基づいて参加者の身体・健康の危険の程度を区別の基準とする見解が有力に主張されている²⁰⁾。有力な見解では、①相手の身体に対する加害を目指して対向的に行うスポーツ、②並列的に行われるスポーツ、③傷害の危険の伴う対向的なスポーツの3つに分類する²¹⁾。

本稿では、ドイツにおける議論を踏まえたうえで、千葉博士が2つの理念型に分類したスポーツにおける法的人間像及び筆者が別稿において主張した危険引受けの類型化（広義の危険引受けと狭義の危険引受け）に検討を加えることによって、以下の2つに類型化して検討したい。

2. 承諾型のスポーツ

承諾型のスポーツは、ボクシングなどの各種格闘技のように相手を攻撃するスポーツ、及び野球やサッカーなどの勝敗や記録を競い合う競技の性格上、傷害の発生が高度に伴うスポーツをいう。承諾型のスポーツにおいてその参加者は、自己や相手、競技に参加している他の者に傷害などの法益侵害が生ずることを当然のこととして甘受し、危険をともなつたとしてもより高度な技術を身につけようとしているといえるであろう²²⁾。この意味で、勝敗や記録を競い合うスポーツにおいて随伴する危険として参加者が法益侵害の可能性を承知し、これに包括的承諾を与えていると解することのできるスポーツを本稿では「承諾型のスポーツ」と呼ぶこととしたい。

承諾型のスポーツのような場合を筆者は別稿において「広義の危険引受け」と呼んだ²³⁾。広義の危険引受けは、社会的相当行為であることを前提として当該行為の規則やルールに著しく逸脱することなく、通常予想され許容された動作に起因して致死傷の法益侵害が発生した場合を指す。「広義」の指す意味内容は、承諾の対象が行為に加えて結果をも含むことを意味する。行為に「参加した者全員がその危険を予め受忍し加害行為を承諾しているものと解するのが相当であり²⁴⁾」、そのような行為に参加する者は、行為によって生じ得る結果に対して、これを承知し包括的承諾を与えているものと解する。この場合、35条を適用して違法性阻却を認めるのが通説的見解である。

(1) 正当業務行為

35条は、「法令又は正当な業務による行為は、罰しない」と定めている。35条は「法令行為」と「正当業務行為」を規定しているが、スポーツとの関係では後者が問題となるため、ここでは後者についてのみ検討することとしたい。

正当業務行為とは、社会的に正当と看做される業務にもとづいて行われる行為をいう。ここでいう業務とは、営利的なものに限らず、社会生活上、反復・継続して行われる行為を指す。たとえば、医療行為、各種格闘技やその他のスポーツがこれに当たる。各種格闘技やその他のスポーツはプロ・ア

マチュアを問わず業務に含まれる。

業務であればあらゆる行為が正当化されるわけではなく、あくまでも「正当」に行われた行為のみが正当なものとして評価される。したがって、当該行為が正当業務行為として違法性を阻却されるためには、「業務の正当性」と「個々の行為の正当性」の両者が認められることが必要である²⁵⁾。

前述したように、各種格闘技やその他のスポーツ活動などの承諾型のスポーツにおいて相手を攻撃する行為は、暴行罪や傷害罪の構成要件に該当する。しかし、承諾型のスポーツにおける競技者は、当該スポーツに参加するにあたって法益侵害の危険を承知して包括的承諾を与えているので、35条を適用して違法性を阻却することができる。たとえ当該スポーツによって死亡や傷害などの重大な法益侵害が発生したとしても、当該スポーツのルールに著しく反することなく、通常予想され許容された動作に起因して法益侵害が発生した場合には、競技者は当該スポーツに参加するにあたって随伴する危険としてこれを承知し、包括的承諾を与えているものと解することができるので、35条の適用を認めることができるのである。たとえば、ボクシング等の各種格闘技の試合において相手方が死亡したとしても、35条の適用によって違法性が阻却される。また、野球においてデッドボールを受けた打者が傷害を受け、または死亡した場合、その競技に内在する危険性を競技者が知っていると考えることが相当であるときは、負傷、死亡等の結果は競技者の包括的承諾の範囲内に留まるから、加害者の傷害致死罪や過失致死罪の成立は否定される²⁶⁾。

これらのことは、各種格闘技やその他のスポーツ活動に適用されるものと考えられるが、承諾型のスポーツ、とりわけ勝敗や記録を競い合うなどの競技に随伴する危険を排除したとすれば、競技自体が成り立たなくなるものに限定すべきである。したがって、承諾型のスポーツ以外のスポーツによって傷害・死亡等の法益侵害が発生した場合、加害者の犯罪の成立が否定されるとすれば、他の理論構成に委ねられることになる。

正当業務行為として、承諾型のスポーツと類似する構造を有するものとして医師による治療行為があげられる。前述したように医師による治療行為も暴行罪や傷害罪の構成要件に該当するが、①治療目的、②治療の必要性、③医学上の準則の遵守、④患者の承諾の4要件を満たせば35条によって違法性は阻却される。医師による治療行為が暴行罪や傷害罪の構成要件に該当するか否かについては争いがある。このことは、承諾型のスポーツにおいても同様である。否定説では、社会的に相当である両者の行為が暴行罪や傷害罪の構成要件に該当するという思考方法自体が社会的に不相当であるとする。しかし、肯定説では、承諾型のスポーツにおいてはスポーツに名を借りた積極的加害行為を、医師による治療行為においては治療行為に名を借りた積極的加害行為や医師の側における専断的治療行為を排除するために、構成要件に該当するが35条によって違法性が阻却されると解する。本稿では、肯定説を支持したい。

(2) 故意による加害行為の介入

承諾型のスポーツにおいて、競技に随伴して故意による積極的加害行為が行われた場合には、もはやスポーツ事故ないし広義の危険引受けの問題として論ずることはできない。すなわち、当該行為のルールを逸脱し、または当該行為から通常予想され許容された範囲を超えた動作に起因して法益侵害が行われた場合には、加害者に傷害致死罪の成立を認めるべきである。その理由として、ルールを逸脱した行為は、もはや社会的相当性を欠き、これを予想せずに行為に参加する者の包括的承諾の範囲を超過するものであるからである。

スポーツ事故において故意による加害行為が介入した事案として前述した「新人練成山行傷害致死事件」がある。弁護人は、被害者も練成行為のすべてを容認しており、手段、方法ともに許容された正当な範囲内の行為であるとして35条による違法性阻却を主張した。これに対して裁判所は、ワンダーフォーゲル部の新人練成山行において体力、精神力などを滋養する手段として殴る蹴るなどの人間性を軽視する行為は許されるべきでないとして、上級生らに傷害罪、傷害致死罪の成立を認めた。また、本件では被害者が「眠いのです殴ってください」といったとされるが、これは極度の疲労下における被告人の激励に怯えて発した言葉であり、真意な言葉とは認められず、仮に真意であったとしても、死亡の結果に対する承諾とみなされるべきでなく、目的の正当性及び方法の相当性は否定されるべきである。また、空手の練習中、相手の攻撃に興奮して一方的な加害行為を行い被害者を死亡させた事案についても、正規のルールに従わず、練習の方法、程度、場所などが社会的に不相当である場合には、社会的相当行為の範囲内に含まれず、被告人が空手の練習として許されるものと思っていたとしても、それは行為の違法性評価を誤っていたにすぎず、暴行の故意に欠けるところはないとして、傷害致死罪の成立を認めた。さらに、近時、相撲部屋における「かわいがり」などと称するシゴキによって力士が死亡したとされる事案につき、親方と3人の兄弟子に傷害致死罪の成立を認めた事案がある²⁷⁾。

3. 非承諾型のスポーツ

非承諾型のスポーツとは、レクリエーションなどを目的として行われるスポーツであり、承諾型のスポーツとは異なって安全性を最優先させても成り立つものをいう。非承諾型のスポーツにおいてその参加者は、危険性の認識を一度はもって参加したとしても、それはスポーツへの参加意思であり、法益侵害結果に対しては認識に留まるかそれすら打ち消されているといえるであろう。したがって、参加者はスポーツに随伴する危険の現実化として具体的な結果に対して承諾を与えているわけではないという被害者の態度に着目して、このようなスポーツを本稿では「非承諾型のスポーツ」と呼ぶこととしたい。

非承諾型のスポーツのような場合を筆者は別稿において「狭義の危険引受け」と呼んだ²⁸⁾。狭義の危険引受けは、被害者が行為の一般的危険性及び当該行為の実行によって自己の生命・身体に生じ得

る抽象的な結果に対する漠然とした危惧感のみを認識している状況で法益侵害が現実化した場合をいう。「狭義」の指す意味内容は、承諾の対象が行為のみであることを意味する。

日々、技術革新が進む現代社会では、我々が正常な社会生活を営むに当たり必要不可欠又は有意義といえる行為に数多くの危険が内在している。たとえば、身近な交通手段や食生活、趣味やレクリエーションに至るまで列挙に限りのないほど存在する。また、社会の発展に伴い、我々の趣味やレクリエーションに注ぎ込む金銭的、精神的、時間的余裕も増したことにより、レジャーやスポーツも従来から注目されていたような危険に加え、社会の機械化に伴う高度なものも数多くなった。そのような事情により、レジャーやスポーツにおける事故もしばしば発生するようになり、スポーツ事故をめぐる法的問題が指摘されようになった。

非承諾型のスポーツは、承諾型のスポーツと異なり、安全性を最優先させても成り立つので、行為の実行に際してはより慎重な態度が求められなければならない。安全性を最優先させても成り立つスポーツに限らず、危険の内在する行為に参加するにあたり、その参加者は法益侵害に対する漠然とした危惧感を有しているにすぎない。前述したように、そのような抽象的な結果に対する漠然とした危惧感のみで被害者が結果に対する承諾を与えていると解すべきでないことは既に別稿において検討したところである。

あらゆる行為に危険の内在する現代社会においては、もはや行為者ひとりで結果の発生を完全に防止することは困難である。だからといって、行為自体を禁ずるとすれば、我々の社会生活は円滑性を欠くだけでなく、制限の多いものになってしまう。そのような事情を考慮して、生命保護という思想を根底にした安全社会の実現という精神と行為の有益性との均衡を図らなければならない。承諾型のスポーツについては35条による違法性阻却によって一定の条件のもとで行為者の犯罪の成立は否定されるとしたが、狭義の危険引受けは結果に対する包括的承諾を欠くので、その理論構成が問題となる。

(1) 非承諾型のスポーツと過失論

非承諾型のスポーツについては、狭義の危険引受けの問題として過失論、とりわけ過失認定論の側面から考察を進めたい。

前述したように、我々が正常な社会生活を営むにあたって、あらゆる行為に危険が内在しているといえる。危険を伴うという理由でこれらを違法として禁ずるとすれば、我々の社会生活は進歩が止まるばかりでなく、忽ち麻痺状態に陥ってしまうであろう。これらの行為は法益侵害の危険性を内在しているが、その社会的必要性を考慮して、たとえ法益侵害結果を惹起したとしても許容すべきものとされている。これを「許された危険」という。

危険行為が許された危険と認められるためには、危険行為の参加者が注意義務を遵守していることが必要とされる。注意義務が遵守されている限り、その行為は規範的に違法とされるべきものではな

いので、法定行為類型としての構成要件に該当しないと考えるべきである。過失構造論において過失の中核的要素は、客観的注意義務違反であることにはほとんど異論がない。注意義務があったにもかかわらず、これを怠ったことに過失の本質を見出そうとする考え方が通説的見解である。ところが、過失の中核的要素である注意義務の内容については、結果予見義務説と結果回避義務説との間に見解の相違がある²⁹⁾。従来、注意義務の内容は結果予見義務であり、当該行為によって生じうる具体的な結果についての具体的な予見可能性を基に判断されると考えられていた。ところが、現代社会の飛躍的な発展に伴い、予想もしないような未知の危険に対応することが必要となってきた。いわゆる森永ドライミルク事件以降、過失の中核的要素である注意義務の内容を結果回避のための「措置義務」とする結果回避義務説が登場した。結果回避義務説の結果回避義務は、個別的具体的事情のもとで当該行為によって発生しうる結果に対する危惧感ないしは抽象的な結果に対する予見可能性を基に判断される。ここでいう予見可能性は、もしかしたら結果が発生するかもしれないという程度の危惧感で足り、結果回避措置の前提として理解すべきである³⁰⁾。森永ドライミルク事件判決では、「何事かは特定できないがある種の危険が絶無であるとして無視する訳にはいかないという程度の危惧感であれば足り³¹⁾」として、注意義務の内容は結果回避義務を前提に判断すべきとしているが、今日の学説・判例における通説的見解は、結果予見義務説である。

しかし、前述したように予想もしないような未知の危険に対応するために、危険行為の実行に際してはより慎重な配慮が求められなければならない。結果予見義務説では、具体的予見可能性が認められない限り、注意義務を肯定するので、このような未知の危険に対応することは困難であるように思われる。注意義務の内容は、結果回避措置義務であり、それを危険行為の参加者にどの程度負担させるのかということを中心に過失犯の成否が論ぜられることによって現代社会に即応した理論としての役割を果たすのである。したがって、生命尊重という思想を根底に、生命保護の観点から危険を未然に防ぎ、安全社会の実現という精神をもって法解釈をすべきと考える筆者の立場では、結果回避義務説を支持したい³²⁾。

ところで、許された危険の具体的応用の一場面として「信頼の原則」という概念がある。信頼の原則は、行為者が危険の内在する行為を行うにあたり、被害者やその他、危険行為に従事している第三者が適切な行動をとると信頼することが相当であると認められる場合、たとえ法益侵害が発生したとしても、各人は自己の立場で分担している結果回避措置を講じている限り、行為者の過失は否定されると解する³³⁾。あらゆる行為に危険の内在する現代社会においては、各人が当該行為によって起こり得る全ての危険に対して注意義務を払うことは、もはや困難である。とくに、複数人が危険の内在する行為に関与している場合、各人が当該危険行為から結果が発生しないように配慮すべき義務を有し、各人は自己の立場において結果回避措置を講ずべき義務を分担している。このような考え方を「危険分配の思想」という。すなわち、危険行為に参加している各人は、他の者が分担する結果回避措置を講ずることを信頼して、自己の立場で分担すべき結果回避措置を講ずれば足り、たとえ結果が発生し

たとしても、行為者が他の者の結果回避措置を信頼できる状況においては、自己が分担している結果回避措置を講じている限り、注意義務違反は否定されると解する³⁴⁾。ここでいう「信頼できる状況」とは、当該危険行為に参加している他の者の結果回避措置が、法令または社会生活上の義務として誰もが認め得る場合、他の者の結果回避措置を期待できない状況であることが明確である場合を除いて、行為者は、他の者が結果回避措置を講ずることを信頼し、自己の分担する限りにおいて結果回避措置を講じている場合を指す。このような理解によれば、信頼の原則は、抽象的予見可能性のある状態のもとで、客観的注意義務を限定する法理であり、その体系論的地位は過失認定論にあると理解されるべきである³⁵⁾。本稿の採用する結果回避義務説の立場では、危険行為に参加している他の者の結果回避措置を信頼できる状況においては、自己の分担する結果回避義務は軽減され、たとえ結果が発生したとしても行為者の注意義務違反は否定される。また、前述したように社会的に必要不可欠または有用であるが、法益侵害結果を惹起させる危険を内在している行為は、その有用性に鑑みて許された危険の法理によって、許容されるべきものとされている。許された危険の法理によって、行為が許されるべきものとして肯定されるためには、危険行為参加する各人は他の者が結果回避措置を講ずることを信頼して自己の立場で分担する結果回避措置を講じていることが前提とされる。そして、その根底には危険分配の思想が存在するという意味において信頼の原則の理論的背景には、危険分配の思想及び許された危険の法理の発展があるといえる³⁶⁾。

(2) 信頼の原則によるアプローチ

危険の内在する行為の実行によって法益侵害が発生することは稀有であっても必ずしも結果が発生しないとはいえず、結果に対する危惧感ないしは抽象的な結果に対する予見可能性は払拭し得ない。しかし、それらの行為の社会的有用性又は必要性等を考慮すると、結果発生に対する危惧感や抽象的予見可能性の存在のみで行為を法規制によって禁ずることはできない。そのような理解に基づいて、本稿の採用する結果回避義務説の立場では、結果に対する危惧感ないしは抽象的な結果に対する予見可能性（抽象的予見可能性）があれば、行為者の注意義務は発生すると解する。もっとも、抽象的予見可能性の見地から検討すると、危険引受けという事情を考慮したとしても結果が発生した以上は、注意義務違反を否定することは困難であるようにも思える。しかし、当該行為から発生し得る危険に対して行為者一人の立場で結果回避措置を完全に講ずることは、もはや困難であるので、前述したように危険行為に複数人で参加する場合には、各人の立場において注意義務を分担すると解すべきである。したがって、危険行為に参加している各人は、他の者が結果回避措置を講ずることを信頼して自己の立場において分担すべき結果回避措置を講ずれば足りるのである。そのような状況において、たとえ不運にして結果が発生したとしても、行為者が他の者の結果回避措置を信頼できる状況においては、自己の立場で分担する結果回避措置を講じている限り、その注意義務違反は否定される³⁷⁾。このような信頼の原則の思考方法は、危険（結果）回避について分配関係にある行為について、一般的に

適用が認められるべきである。

したがって、狭義の危険引受けは、被害者に「危険認識があるから」といって直ちに行為者の過失を否定する独自の効果を有するのではなく、自己の立場で分担すべき注意義務は当然に遵守しなければならない。そのような理解を前提として狭義の危険引受けは、過失認定論の一側面として信頼の原則によって結果回避義務を限定する法理であると解する³⁸⁾。前述したように、過失の中核的要素は客観的注意義務違反であり、その認定の基準は、抽象的予見可能性のある状態で当該行為から一定の結果が発生するであろう一般的・抽象的危惧感を前提に判断すべきである。このような理解によって、行為者が注意義務を遵守していたにもかかわらず、不運にして法益侵害結果が発生した場合、それは、被害者の側で分担すべき結果回避措置であったので、危険行為の参加に際して被害者が引き受けていた危険であると解する。そのような理解によって、行為者の注意義務違反は否定されるのである。

これに対して、危険分配の思想は、被害者に法令違反ないし過失があることが前提となるのに対して、危険引受けは相手方にルール違反や過失がない場合でも問題となり得るので、両者は区別されるべきであるとする見解がある³⁹⁾。しかし、危険分配の思想は、危険行為に複数人で参加する場合、危険行為に参加する各人に注意義務を分担させ、たとえ結果が発生したとしても自己の立場で注意義務を遵守している限り、行為者の過失は否定されることを意味する。危険引受けの問題状況において、危険行為に参加する各人は、他の者が分担する結果回避措置を講ずることを信頼して、自己の立場で分担すべき結果回避措置を講じていれば足りる。そして、たとえ不運にして法益侵害結果が発生したとしても、結果回避措置は被害者の側で分担すべきものであったので、危険行為の参加に際して被害者が引き受けていた危険であるから行為者の過失が否定されることを意味する。このように危険引受けは、危険分配の思想によって導き出される法理であるので、両者を区別する必要はなく、両者は危険を分配するという事情において同じことを意味するのである。さらに、行為者に過失がなければ、刑事責任を問われることはないので、両者を区別して理解する必要はない。

(3) 狭義の危険引受けにおける注意義務

これまで考察してきたように、非承諾型のスポーツなどの危険の内在する行為に参加する場合、参加者は各人の立場において、当該行為に定められたルールの遵守やそれに基づく結果回避措置を講ずるなどの注意義務を分担する。前述したように、競技、レクリエーション、健康増進などを目的とするスポーツ活動は、従来から注目されていたような危険はもとより、社会の機械化に伴う高度なものも多くなった。スポーツは古くから全くの私事として扱われてきたことから、これらの行為には、危険が内在するといっても法の介入はなされていない。もっとも、多くのスポーツにおいて規則やルールを定め、とくに危険の伴うものについてはライセンスなどと称する民間の資格を取得して参加することを絶対的条件としているものなどの配慮はなされている⁴⁰⁾。すなわち、スポーツ活動をはじめとして、我々の社会生活上存在している危険の内在するあらゆる行為に対して、法規制はされておらず、

また法が介入すべきとしても一筋縄にはいかないもので、それぞれの領域において自主的な結果回避措置を講ずべき義務が課せられているのである。そして、狭義の危険引受けによって行為者の注意義務違反が否定されるための判断基準⁴¹⁾は、我が国において危険引受けの事案として用いられるダートトライアル同乗者死亡事件、坂東三津五郎ふぐ中毒死事件⁴²⁾やその他のスポーツ事故に関する刑事判例を分析して、私見を盛り込むと以下の3類型に分類することができる。

(i) 第1類型

行為者が当該スポーツに関する優越した知識を有する地位にあり、被害者が素人である場合である。レクリエーションを目的としたスポーツの主催者・インストラクターなどの指導者的地位にある者などの事業従事者⁴³⁾が業務の遂行中に死傷の法益侵害を招来した場合である。ここでいう「業務」とは、前述した正当業務行為における業務と同様に、営利的なものに限らず、社会生活上反復・継続して行われる行為をいう。たとえば、スクーバダイビングにおいてインストラクターなどのダイブリーダーが対価を得ずにチームを率いて潜水したとしても業務に含まれると解すべきである⁴⁴⁾。前述した夜間潜水講習死亡事件におけるスクーバダイビングは、レクリエーションダイビング(スクーバく自給式水中呼吸装置)器材を用いて遊興を目的としてダイビングを行う場合)であるので、指導者的立場であるインストラクターの注意義務違反の有無が問題となる。被告人は、受講生ら(潜水補助者候補生を含む)のそばにいてその動静を注視すべき注意義務に違反し、不用意に移動を開始して受講生らを見失うに至ったのであり、被告人を見失った後の潜水補助者及び被害者の適切を欠く行為が介入したとしても、それは被告人の注意義務違反から誘発された行為であるので、判示のとおり被告人の業務上過失致死罪の成立は認められるべきである。

スポーツ事故において業務上過失致死傷罪の成否の判断は、①加害者が業務従事者であり、業務の遂行中であることを前提として、②加害者に結果回避義務の前提としての抽象的予見可能性のある状態のもとで、③加害者が注意義務を遵守していたかどうかを検討し、④業務上過失行為と死傷の結果との間の因果関係の存否が検討される必要がある。第1類型に関するスポーツ事故の事案としてニセコ雪崩事件⁴⁵⁾がある。本件では、スノシューによる雪上散策ツアーのガイドであった2名の被告人が業務上の注意を怠り、雪崩の危険性のある場所で休憩したため、ツアー参加者2名が雪崩に巻き込まれて死傷した事案について、自然環境下において予測できずに事故が発生したとしても、雪崩の発生及びそれによる死傷の結果の予見可能性及びその義務が具体的に肯定される状況下で業務上負っていたツアー参加者の死傷の結果を回避すべき注意義務に違反したとして、業務上過失致死傷罪の成立を認めている。

業務従事者には、業務に含まれる危険の現実化を回避するための「特別の注意義務」がその能力の如何を問わず課せられているので⁴⁶⁾、これに違反して被害者に死傷の結果を招来した場合には業務上過失致死罪の成立が認められる。前述したように具体的個別的な判断は必要であるが、第1類型に該当する場合には、特段の事情のない限り行為者の注意義務違反は肯定される。知識の優越が認められ、

さらに行為者が当該行為に業務として従事している者や、行為者が指導的立場にある場合など、行為者に特別な監督責任が認められる場合には、行為者は参加者に対して常に注意を払い、参加者が安全に当該行為を成し遂げられるように配慮すべき義務を負うのである⁴⁷⁾。また、被害者が答責能力を有しない老人や幼児である場合には、行為者に特別な監督責任が認められる。行為者が優越した知識を有する場合において、被害者に答責能力はあっても、迫りくる危険に対する恐怖感などによって自ら結果回避措置を講ずることができないような状況でも同様である。

さらに、被害者が結果回避措置を講ずることができたにもかかわらず、これを講じなかったことよって死傷の法益侵害が発生した場合、第一次的な注意義務は、主として優越した知識を有する業務従事者などの特別な監督責任のある者に存在するのであって、被害者が適切な結果回避措置講ずることができるように配慮しなかったという注意義務違反は免れることができない。第1類型のように、特別な監督責任が認められる状況で法益侵害が発生した場合には、行為者の注意義務違反は肯定されるべきであり、被害者の危険引受けという事情によって行為者の過失は否定されるべきでない。

(ii) 第2類型

被害者が当該スポーツに対する優越した知識を有する地位にあり、行為者が素人である場合である。ダートトライアル同乗者死亡事件がこれに該当する。本判決では、①被害者の危険引受けと②行為の社会的相当性の2つの事情を根拠に被告人による本件走行の違法性を阻却したものと思われる。しかし、主として危険引受けと社会的相当性のどちらが違法性阻却に影響を及ぼしているのか、また、両者を併用して違法性阻却を認めたとしても、両者がどのように相互的に作用するのかという点が不明確である。①の点について、本判決は、「(被害者が引き受けていた) 危険が現実化した事態については違法性の阻却を認める根拠がある」と判示しており、被害者の危険引受けを本件における違法性阻却事由と解しているように思われる⁴⁸⁾。ところが、危険引受けという被害者の特殊な態度がどのような理論構成によって違法性阻却事由たりうるのかという点が必ずしも明らかにされているとはいえない。次に②の点については、被害者の危険引受けの他に被告人の本件走行の社会的相当性について論じている。すなわち、被告人の本件走行が社会的相当行為であることも違法性阻却事由として挙げている。しかし、前述のように被害者の危険引受けと社会的相当性がどのような関係にあり、両者がどのように相互的に作用するのか判例の立場は明確でない⁴⁹⁾。また、判決文の表現から読み取ると、被害者の危険引受けと社会的相当性は無関係なものとして並列的に理解しているようにも思われる⁵⁰⁾。そこで、両者を全く別個独立の過失犯に特有な違法性阻却事由と解したとしても、その理論構成は不明確であり、疑問を感ぜざるを得ない⁵¹⁾。したがって、本判決は、わが国において初めて危険引受けという被害者の特殊な態度をもって行為者の犯罪の成立を否定した意義深い判決であるが、その論拠については検討の余地が残されている。判例は、理論構成の不明確さはあっても違法性阻却を論じているが、むしろ過失認定の問題として処理すべきであったように思われる。

ダートトライアルにおいて、上級者が初心者の運転を指導する、より高度な技術を習得するために

更に上級の者に運転の指導を受けるなどの行為が日常的に行われていたことを考慮すれば、判示のとおり「同乗者の側で、ダートトライアル走行の前記危険性についての知識を有しており、技術の向上を目指す運転者が自己の技術の限界に近い、あるいはこれをある程度上回る運転を試みて、暴走、転倒等の一定の危険を冒すことを予見していることもある。」と考えられる。このように考えると、本件では明らかに被害者の方がダートトライアルについての優越した知識を有しており、被害者は被告人に対する助言を通じて一定限度で危険を制御することも可能であった。したがって、被害者は、行為の一般的危険性の認識及び抽象的な結果に対する漠然とした危惧感を持ち得ていたと考えられるであろう。第1類型においては、行為者が結果回避義務の大部分を負担するのに対して、本件のような第2類型においては、被害者が結果回避義務の大部分を負担するのであって、行為者は小部分を負担するにすぎない。したがって、他の参加者がその分担すべき注意義務を遵守することを信頼して、自己の立場で分担すべき注意義務を遵守している限り、たとえ結果が発生したとしても、行為者の注意義務違反は否定されるのである。

(iii) 第3類型

当該スポーツに関する知識が行為者及び被害者とも同等の場合があげられる。この類型では、行為者及び被害者は同等に注意義務を負担する。たとえば、第1類型で挙げたスクーバダイビングでいえば、第1類型のようにインストラクターと客の関係でなく、アマチュアのダイバー同士がバディ潜水を行う場合などがこれにあたる。バディとは2人1組でお互いの安全を確認しあうことを意味する。ここでいうバディとは、スクーバダイビングを行うに際して、同等レベルのダイバー同士が互いに契約関係を有さずに、2人1組のペアを組むそれぞれの相手のことを指す⁵²⁾。バディ同士で行うスクーバダイビングについては、双方が同等の注意義務を分担する。したがって、バディに極めて重大な注意義務違反がない限り、バディの過失が認められることはないように思われる。たとえば、XとYがバディ潜水中に双方の圧縮空気タンク内の空気残圧を確認し合い、Xの空気残圧が少ないことを確認しながら、Yが自らの欲求を満たすため、「Xの空気がなくなったら、自分の空気を分ければいい」と考え水中に留まったところ、しばらくしてXが空気を使い果たしたので、YがXに対して空気供給を行おうとしたが、適切な措置を講ずることができないままYを死亡させるに至ったなどの、極めて重大な過失がない限り、バディの注意義務違反は否定されるように思われる⁵³⁾。

V. 結語

スポーツ事故によって死傷等の法益侵害が発生した場合における加害者の刑法的評価を危険引受けとの関係において検討してきた。別稿において論じた「広義の危険引受け」と「狭義の危険引受け」という概念を前提に、スポーツの有する性格と被害者の態度に着目して「承諾型のスポーツ」と「非承諾型のスポーツ」とに分類して検討を加えた。

本稿では、各種格闘技をはじめとして勝敗や記録を競い合う競技の性格上、死傷の発生が高度に伴うものを「承諾型のスポーツ」と呼んだ。承諾型のスポーツは、広義の危険引受けとの関係で検討し、当該スポーツにおいて通常予想され許容された動作に起因して死傷の結果が発生した場合には、その結果は被害者の包括的承諾の範囲内であるから35条を適用して正当業務行為による違法性阻却の効果を認めることができる。

これに対して、レクリエーションなどを目的として行われるスポーツであり、承諾型のスポーツとは異なって安全性を最優先させても成り立つものを「非承諾型のスポーツ」と呼んだ。非承諾型のスポーツは狭義の危険引受けとの関係で検討し、危険分配の思想を根底にして加害者と被害者の関係及び地位という観点から双方の注意義務の負担に関する判断基準を類型化して分析した。第1類型として、行為者が当該スポーツに関する優越した経験や知識を有する地位にあり、被害者が素人の場合があげられる。レクリエーションを目的としたスポーツを主催者・インストラクターなどの指導的地位にある者などの業務従事者が業務の遂行中に死傷の法益侵害を招来した場合である。第2類型として、被害者が当該スポーツに関する優越した経験や知識を有する地位にあり、行為者が素人である場合である。この場合、被害者が結果回避義務の大部分を負担し、行為者は小部分を負担するにすぎず、他の参加者がその分担すべき注意義務を遵守することを信頼して、自己の立場で分担すべき注意義務を遵守している限り、たとえ法益侵害が発生したとしても、注意義務違反は否定される。第3類型として、当該スポーツに関する知識が行為者及び被害者とも同等の場合があげられる。同等レベルの者同士が互いに契約関係を有さずに、スポーツを行う場合である。この場合、双方が同等に注意義務を負担する。したがって、一方に極めて重大な過失がない限り、法益侵害が発生したとしても他の参加者の注意義務違反は否定される。

承諾型のスポーツについて、35条を根拠に違法性が阻却されるという結論は通説的な見解である。しかし、非承諾型のスポーツは、危険引受けとの関係においてもその判断方法や論拠が学説間で必ずしも一致をみておらず、議論が錯綜しているのが現状である。参加者の注意義務の負担という観点に着目して典型的に論ずることによって錯綜した議論を整理することができるように思う。このような理解によって生命保護と行為の有用性との均衡を保ち、現代社会に即応した解釈論として妥当な見解を導き出せるように思う。今後は、我が国に留まらずドイツにおけるスポーツ事故に関する刑事判例や学説を分析して危険引受け研究の一助として加えていきたい。なお、この点に応えるためには、紙幅の関係はもとより、筆者の力量不足も明らかであるので、今後の研究で取り扱っていきたい。

(2009年7月17日脱稿)

注

- 1) 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（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。
- 2) 林幹人『刑法総論』東京大学出版会（2002年）180頁以下、前田雅英『刑法総論講義 第4版』東京大学出版会（2006年）66頁、同「過失と被害者の承諾——危険の引受け」『最新重要判例250〔刑法〕'98年度版』（1998年）360頁。
- 3) 塩谷・前掲書275頁参照。
- 4) 拙稿「危険引受けにおける被害者の承諾」111頁以下参照。
- 5) 藤木英雄『過失犯の理論』有信堂（1969年）36頁。
- 6) 千葉正士『スポーツ法学序説』信山社（2001年）40頁以下。
- 7) 千葉正士「スポーツ法学の現状と課題」日本スポーツ法学会設立記念研究会資料（1992年）5頁以下。
- 8) 千葉・前掲書40頁、千葉・前掲論文35頁。
- 9) 千葉正士、濱野吉生編『スポーツ法学入門』体育施設出版（1995年）191頁。
- 10) 最判昭56・4・7判時1001号9頁。いわゆる「板まんたら事件」判決において「宗教上の教義に関する判断は請求の当否を決するについての前提問題にとどまるものとされてはいるが、本件訴訟の帰すを左右する必要不可欠のものであり、また、本件訴訟の争点及び当事者の主張立証も右の判断に関するものがその核心となっていることからすれば、結局本件訴訟は、その実質において法令の適用による終局的な解決の不可能なものであって、裁判所法3条にいう法律上の争訟にあたらぬ」として、原判決を破棄した。
- 11) 松元忠士「スポーツ権」法律時報65巻5号（1993年）62頁。
- 12) 尹龍澤「スポーツ権とスポーツ基本法についての試論的考察」創価法学第34巻第3号（2005年）17頁。
- 13) 尹・前掲論文17頁。
- 14) 東京地判昭41・6・22判タ194号175頁。
- 15) 大阪地判昭62・4・21判時1238号160頁。
- 16) 千葉地判平7・12・13判時1565号144頁。
- 17) 最決平4・12・17刑集46巻9号683頁。
- 18) 川崎一夫『刑法総論』青林書院（2004年）67頁。
- 19) 川崎・前掲総論（2004年）76頁以下参照。
- 20) 須之内克彦『刑法における被害者の同意』成文堂（2004年）201頁以下参照。
- 21) Dieter Dölling, Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der Strafrechtlichen Sozialkontrolle, ZStW, Bd. 96, 1984, S.38f., Albin Eser, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers usw., JZ 1978, 368f. なお、これらについては須之内・前掲書201頁をも参照。Vgl. Hans-Heinrich Jescheck und Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S.588f.
- 22) 千葉・前掲論文5頁以下、
- 23) 拙稿「刑法における危険引受けと過失犯の成否」129頁以下参照。
- 24) 東京地判昭45・2・27判時594号77頁。「一般に、スポーツの競技中に生じた加害行為については、それがスポーツのルールに著しく反することがなく、かつ、通常予想された動作に起因するものであるときは、そのスポーツ競技に参加した者全員がその危険を予め受忍し加害行為を承諾しているものと解するのが妥当であり、このような場合加害者の行為は違法性を阻却する」と判示した。これは、民事事件であるが、その示すところは、刑法上の違法性判断においても妥当するものと思われる。
- 25) 川崎・前掲総論（2004年）194頁。
- 26) 川崎・前掲総論（2004年）196頁。
- 27) 大分合同新聞ホームページ「元時津風親方の判決要旨」
<http://www.oita-press.co.jp/worldDetail/2009/05/2009052901000572.html>（2009.6.3）参照。
事件の概要は以下の通りである。事件当時、序の口力士であった被害者が宿舎を逃げ出したことに憤慨した被告人は、約2時間以上にわたって、被害者の腹部や前頸部などを空のビール瓶で殴打した後、他の兄弟子ら3名に対して「おまえらも教えてやれ」、「てっぽう柱に縛り付けておけ」など、「かわいがり」と称するいわゆるシゴキを指示した。被告人の指示を受けた兄弟子らは、木製の棒で被害者を殴打するなどしたうえ、稽古場のてっぽう柱に約30分間縛り付けて被害者の顔面を殴打するなどの暴行を加えた。翌日、被告人は兄弟子と共に、相撲を続けたくないという被害者に対して、いわゆる「ぶつかり稽古」の形をとって土俵上に身体を打

ち付けるように倒し、顔面を平手で殴り、倒れた被害者の臀部などを金属バットや木製の棒などで殴りつけるなどの暴行を加え、稽古場近くでジェットノズル付ホースで被害者をめがけて放水した。被告人らは、被害者に2日間にわたる一連の暴行行為によって顔面や腰部などに多数の皮下出血や骨折などの傷害を負わせ、外傷性ショックで被害者を死亡させたという事案である。なお、本件については、被告人が控訴して高裁に係属中である。

- 28) 拙稿「刑法における危険引受けと過失犯の成否」130頁以下参照。
- 29) 藤木英雄『過失犯の理論』有信堂（1969年）27頁・195頁、川崎・前掲総論140頁参照。
- 30) 藤木英雄『刑法講義総論』弘文堂（1975年）240頁、川崎・前掲総論140頁参照。
- 31) 徳島地判昭48・11・28判例時報721号7頁。いわゆる森永ドライミルク事件の差戻審において、徳島地裁は「この場合の予見可能性は具体的な因果関係を見おとすことの可能性である必要はなく、何事かは特定できないがある種の危険が絶無であるとして無視する訳にはいかないという程度の危惧感があれば足りる」として結果回避義務説の立場から注意義務違反の判断をしている。
- 32) 藤木・前掲書195頁、川崎・前掲書140頁参照。
- 33) 藤木・前掲総論240頁、同『過失犯の理論』有信堂（1969年）、西原春夫『交通事故と信頼の原則』成文堂（1969年）14頁、川崎・前掲書141頁。
- 34) 川崎・前掲総論141頁参照。
- 35) 藤木・前掲総論249頁参照。
- 36) 川端・前掲書203頁参照。
- 37) 平野潔「危険引受けと過失犯」現代刑事法第38巻（2002年）29頁以下参照。
- 38) 平野・前掲論文32頁参照。
- 39) 神山敏雄「危険引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3巻』成文堂（2000年）18頁参照。
- 40) ここでいうライセンスは、公的な免許証を有する“license”とは異なる。たとえば、自給式水中呼吸装置を用いて行うスクーバダイビングには高度かつ特殊な危険が伴うため、Cカードと呼ばれるライセンスを取得して行うことが絶対的な慣行となっている。Cカードは一般的にライセンスと呼ばれるが、Certification Cardの略であり、民間指導団体の発行する技能認定証を指す。なお、筆者はスクーバダイビングの指導者の立場であるCカードを有する。スポーツと危険引き受けの関係については興味が尽きないため、今後も取り扱っていく。
- 41) 平野・前掲論文32頁参照。危険引受けにおける注意義務の判断要素としてクレイの示す「①被害者が自らの合意を自由答責的に表明していること、及び②行為者が、危険な行為をする際に、合意の内容とは関連のない義務違反をしていないこと」という二要件が参考になる。Vgl. Krey, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 2001, S.234.; ders, Strafrecht, Besonderer Teil, Band 1, 11. Aufl., 1998, S.63f.
- 42) 最高裁昭和55年4月18日決定。最高裁刑集34巻3号163頁、判例時報905号126頁。
- 43) 川崎一夫『刑法各論〔増訂版〕』青林書院（2004年）44頁参照。なお、一般的には「業務者」と呼ばれているが、川崎教授によれば「判例による業務の概念の理解からは、むしろ『業務従事者』の語を用いるべきである。本罪は、業務従事者を主体とする身分犯である」とされる。
- 44) 最判昭33・4・18刑集12巻6号1090頁では「反覆継続してなすときは、たとえその目的が娯楽のためであっても、なおこれを刑法211条にいわゆる業務と認むべきものといわねばならない。」旨、判示した。
- 45) 札幌地小樽支判平12・3・21判時1727号172頁。
- 46) 川崎・前掲各論44頁。
- 47) 大阪高判昭55・4・18判時934号135頁。坂東三津五郎ふぐ中毒死事件の控訴審において、「被告人が、（ふぐ）の肝臓を調理して客に授与することは厳に差し控えるべき業務上の注意義務がある」として判例もこの点を肯定している。
- 48) 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356頁参照。
- 49) 塩谷毅「自己危殆化への関与と合意による他者危殆化について（四・完）」立命館法学251号（1997年）102頁、十河・前掲論文356頁参照。
- 50) 同参照。
- 51) 同参照。
- 52) 中田誠『ダイビングの事故・法的問題と責任』杏林書院（2001年）138頁。
- 53) 中田・前掲書138頁。