The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	過失犯における危険の引受けの意義（二・完）
Author(s)	佐藤, 厚志
Citation	阪大法学. 2011, 61(2), p. 185-195
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54751
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

過失犯における危険の引受けの意義（二・完）

佐藤厚志

はじめに
第一章　危険の引受け論の適用範囲
第二章　ドイツにおける議論
　第一節　過失犯の注意義務違反性を否定する見解
　第二節　被害者の同意により違法性を阻却する見解
　第三節　規範の保護目的から構成要件を限定する見解
　第四節　被害者の自己答責性により結果帰属を否定する見解
　第五節　小括
第三章　わが国の議論状況
　第一節　ダートトライアル事件以前の諸見解
　第二節　ダートトライアル事件をめぐる諸見解
　第三節　小括（以上、六一巻一号）
第四章　考察
　第一節　犯罪論における被害者の意義
　第二節　被害者の関与態様に応じた注意義務の相対化

（阪大法学）61（2-185）471〔2011.7〕

第三節　危険の引受けによる過失犯の正当化
第四節　危険の引受け事例への適用
おわりに（以上、本号）

第四章　考察

第一節　犯罪論における被害者の意義

まず、被害者の自己答責を論じる見解は、被害者の関与態様に応じて刑法的保護を区別することになる。たしかに、ドイツ刑法では、要求による殺人が処罰される一方、自殺関与を処罰しないため、他者危殆化にあたるかどうかによって可罰性が決定されるのもやむをえない。[97] しかし、わが国では、いずれの場合も刑法二〇二条で処罰されるため、このような考え方を採用することはできない。また、行為者の規範違反を重視する現行刑法にあっては、被害者側の事情によって、ただちに行為者の刑事責任が軽減されるわけではない。[98] かりに被害者の役割を検討する場合にも、せいぜい次の二つの可能性が残るだけである。その一つは、具体的な被害者ごとに注意義務を相対化して、過失犯の構成要件該当性を否定する方向であり、もう一つは、故意犯における被害者の同意と区別しつつ、過失犯固有の問題としてその違法性を軽減する方法である。以下、これらの方法を順次考察してゆこう。

第二節　被害者の関与による注意義務の相対化

一　行為無価値論では、結果の予見可能性を前提とした結果回避義務違反が過失犯の本質とされる。危険の引受け事例では、侵害結果に至る具体的危険を惹起する一方、危険な行為が向けられた被害者の存在を認識するとともに

に、当該行為から生じる結果も予見しているため、[99]行為者には、およそ危険な行為を避ける義務だけでなく、もし危険な行為に出るならば、結果発生を防止しうる十分な回避措置を講じる義務が生じる。[100]

二　他方、危険を引き受けた被害者は、法益侵害の危険を意識しながらも、あえて危険な状況に身を置いている。そこでは、故意犯における同意とは異なる心理内容がみられる。すなわち、結果の発生までは望んでおらず、通常の被害者であれば、他者による結果回避措置を期待して、侵害結果に至らないと信じているのである。[101]その場合の行為者には、いかなる結果回避義務が課されるであろうか。

その際、行為者が一般通常人を超える能力をもつ場合は別論として、客観的に必要なすべての結果回避措置を予定することはできない。通常の人間にとって可能な結果回避措置を尽くしていれば、過失犯の違法性は基礎づけられないからである。すなわち、危険の引受けを構成要件段階で論じる立場では、通常人の注意能力を上限とするため、たとえ結果が生じても過失犯は成立しない。被害者が自らの意思決定により危険領域に立ち入ったとき、そうした被害者を考慮に入れて、特別に加重した注意義務を課すべきではないのである。[102]

なお、危険の引受けとは無関係の第三者に被害が及ぶ場合には、たとえ被害者が事前にこれを許容していたとしても、その危険から第三者を保護しなければならない。単一の行為によって複数の被害が生じる場合も、各被害者に要求される注意義務の内容は異なるからである。

三　かような見解にあっても、行為開始時に高度な危険が存在するとき、むしろ、当該行為を開始したことが注意義務違反を構成する場合がある。[103]ただし、そこでは、行為遂行時の義務違反とは異なり、危険な状況を自ら招来した不注意が行為の違法性を基礎づけるであろう。[104]そもそも、行為者の注意能力では侵害結果を回避できない場合、被害者の求めに応じてはならなかったのである。[105]

たとえば、ダートトライアル事件では、運転中に生じた衝突の危険に対して、行為者の運転能力では死傷事故を回避できなかった。しかし、侵害結果を惹起した直近の時点では、注意義務に違反していなかった場合にも、それ以前に遡って過失責任を問うことが可能である。[106] すなわち、無謀な運転方法で走行する危険性が、行為開始時における注意義務違反を基礎づけるのである。[107] 同様にして、飲酒運転の事例でも、酩酊により注意力が減退した状態で運転する危険性は、すでに行為開始時に認識可能である以上、むしろ運転を控えることで回避できたといえよう。[108]

四　これに対して、犯人が危険な運転を開始する際、被害者も十分な危険認識を有しており、自らの法益を処分したとも考えられる。しかし、犯人の不注意な態度を定型的に把握しようとする構成要件の段階では、これらの具体的な事情を捨象して、行為開始時の義務違反から過失犯の構成要件該当性を認定しなければならない。なぜならば、構成要件的過失では、一般的な被害者を想定しつつ、いかなる結果回避義務を負うかが論じられるため、行為者には、定型的な結果回避義務違反があれば足りるからである。かような定型的過失は、許された危険などの一般理論と異なり、危険の引受けのように、個別具体的な被害者を想定した違法評価にはなじまない。かようにして、危険の引受けは、違法性の段階で検討するほかはない。

第三節　危険の引受けによる過失犯の正当化

一　前述のように、危険の引受け事例における過失の内容を行為開始時の注意義務違反に求めるとき、かような構成要件的過失は、違法性段階でどのように低減されるであろうか。過失を基礎づける行為者の行為と、それに向けた被害者の意思内容が明らかにされねばならない。

二　被害者の同意論からは、被害者が侵害結果を望んでおらず、危険発生に同意しただけで過失犯を正当化でき

るかが問題となる。[109] その際、危険の引受けでは、行為の開始時に過失を認めうるため、すでに結果の発生を偶然にゆだねた点で、過失犯の違法性が基礎づけられる。[110] しかし、その後の事象経過で行為開始時と異なる危険を惹起した場合はともかく、行為開始時の危険が現実化したにとどまるならば、被害者があえて危険な領域に立ち入るとき、行為遂行時の義務が遵守される限度で、過失犯の成立範囲は狭まるというべきである。したがって、被害者が結果発生の危険に同意したならば、行為それ自体の義務違反性を正当化することがありうるのではないか。[111]

三　このとき、前述した被害者には、どこまで客観的状況の認識が要求されるであろうか。学説上、少なくとも行為者と同程度に危険を認識していたことを要求する見解もみられるが、[112] 双方がともに危険の認識を有しない場合もありうる。むしろ、被害者が正確に危険を認識しつつ、自らの自由な意思決定に基づいて同意したことが必須条件である。もっとも、医療行為などの専門性の高い領域では、医師が優越的な知識を有しており、患者がすべての危険を認識していないこともあろう。

しかし、たとえ優越的な知識をもつ専門家であっても、説明義務を尽くすことで、危険な行為が許容されることがある。[113] すなわち、被害者にとって危険判断の基礎が十分に与えられたとき、[114] かりに犯人の能力を超える危険が生じても、当該行為に伴う結果を帰属できないからである。たしかに、当事者間で生じた危険認識の差を埋めることができず、被害者にとって予測できない危険性が残る可能性はあるものの、被害者側の事情だけが行為の違法性を左右するわけでない。行為者側には、予想されるすべての危険を説明する義務が生じるのでなく、むしろ予見可能な危険に応じた説明義務が課されるにすぎない。[115] したがって、行為者が適切な説明義務を尽くしたとき、当該行為の選択を、被害者の決定にゆだねることが許されるのである。

四　以上、危険の引受け事例において、行為開始時の過失が問われるため、その後の注意義務違反が欠けること

を前提とするならば、危険の引受けによる正当化が可能となる。そして、危険な行為に同意したといえるためには、被害者がその危険を正確に認識していなければならない。その際、危険について優越的知識をもつ加害者が、客観的に要求される説明義務を尽くし、被害者がそれに基づく危険を引き受けた場合、過失犯の違法性が阻却されるのである。

第四節　危険の引受け事例への適用

一　第三節で述べたことを危険の引受け事例に適用するならば、各事例はどのように処理されるのであろうか。

まず、飲酒運転の車に好意同乗した事例では、行為遂行時の義務違反が問題となる。たしかに、飲酒運転にあっても、酩酊による注意力の減退だけで人身事故が生じるわけでなく、それ以外の注意義務違反も相俟って侵害結果に至るケースが少なくない。[116] また、正常な運転が困難な行為者には、正常時の注意能力を前提とした注意義務が課されるだけでなく、そのような状態に応じた加重的な注意義務が生じることになる。その意味で、当該危険行為に伴う侵害結果を回避すべき注意義務があり、行為遂行時の高度な危険から生じた侵害結果は、もはや、行為開始前に引き受けた危険の現実化とはいえない。[117] それゆえ、たとえ行為開始時の危険を認識しつつ、被害者が同意を与えていたとしても、その後の重大な過失まで正当化されることはないのである。したがって、違法性阻却が否定され、犯人には過失犯が成立することになろう。

二　また、医療従事者や自動車運転者などのように、優越的知識がある場合だけでなく、危険源の所在や、酩酊の程度のように、犯人が被害者の知りえない特段の事情を認識していた場合が考えられる。そこでは、被害者が危険判断の前提となる知識を欠くため、その後の結果発生を予期することが難しい。また、医師が患者に薬を処方す

るとき、その副作用を知っていたにもかかわらず、服用方法等に関する適切な指示を与えない場合のように、当該投薬の危険性について被害者が同意していないことも考えられるのである。

もっとも、医師が手術をする際、当該行為に付随するすべての危険を説明できない場合もあろう。失敗の危険がかなり低いならば、患者の心理状態を顧慮して、説明義務の範囲が限定されることもありうる。反対に、こうした事情がないにもかかわらず、説明義務に違反した場合には、被害者が危険な行為を選択する上で、適切な判断過程を経ておらず、当該過失行為を正当化することはできない。

三　したがって、上述の危険認識をもって危険を引き受けたときにのみ、当該行為の違法性が阻却される。具体的には、被害者の自律的決定を認めうる場合であり、メーメル河事件や、ダートトライアル事件などが挙げられる。

これらの事件にあっても、被害者が正確に危険性を認識するためには、犯人側に一定の説明義務が課せられる。たとえば、メーメル河事件では、渡し守が渡河の危険性を十分に説明したにもかかわらず、あえて被害者が渡河を要求した結果として死亡結果が生じた。そこでは、行為者から十分に危険を説明された上で、なお自律的決定のできる被害者が渡河を要求しており、被害者の負担すべき危険の実現にあたる。(118)

他方、ダートトライアル事件では、当該運転行為の危険性について、むしろ被害者が優越的知識を有しており、運転を指導する立場にもあった。こうした事例では、行為開始時において、被害者が正確な危険認識をもって当該行為に同意している。それゆえ、危険の引受けがあったとして、過失犯の違法性が阻却される。他方、坂東三津五郎ふぐ中毒死事件では、ふぐ毒の危険性について事前に十分な説明義務を尽くしたとはいえず、あえて被害者が危険な行為を選択したとしても、危険の引受けによって行為者の過失行為を正当化することはできない。

おわりに

本稿では、危険の引受け論を、過失犯に固有の違法性阻却事由と位置づけた上で、その適用の限界を検討してきた。過去の事例にあっては、加害者と被害者の双方が「過失的」に関与しているため、加害者の注意義務を限定することで、過失犯の正当化が可能になると考えた。危険の引受けに伴う過失犯の不法内容を明らかにすることで、[119] 過失犯に固有の違法性阻却事由として論じることが可能となったのである。

しかし、こうした見解は、故意犯で危険の引受けがあったとき、その違法性を阻却できるか否かの問題にも影響する。もちろん、危険の引受けを過失犯に固有の違法性阻却事由とみるかぎり、そのままの形では故意犯に適用できないが、故意犯と過失犯の混合形態である結果的加重犯にあっては、危険の引受けによる正当化の可否が問題となりうる。たとえば、危険運転に同意した同乗者に対する危険運転致死傷罪の成否や、[120] 実験的治療において傷害致死罪が成立しうる場合など、[121] 結果的加重犯でも危険の引受けを認める余地がある。そこでは、故意犯に対する同意と、加重結果に対する過失を含めた危険の引受けが問題となるであろう。今後、これらの混合形態における違法性阻却の基準については、さらに考察を深めることにしたい。

(97) 深町・前掲論文一三一頁参照。

(98) なお、奥村・前掲論文一〇九頁、平野潔「信頼の原則と自己答責性原理」人文社会論叢社会科学篇一六号（平成一八年）九二頁以下参照。

(99) 火災現場で救助を行った被害者がそれにより死亡した場合、放火や失火の犯人に過失犯が成立するかという「救助者事例」の問題について、被害者の行動に対する予見可能性の観点から検討を加えるものとして、Nobuhiko Furukawa,

Tödlicher Unfall bei Feuerwehreinsatz nach Brandstiftung Zugleich Besprechung von OLG Stuttgart, Beschluss vom 20. 2. 2008, GA., 2010, S. 169ff. がある。

(100) 佐久間・前掲総論一五〇頁。

(101) 第三章第二節参照。

(102) なお、平野潔「危険の引受けと過失犯」現代刑事法四巻六号（平成一四年）二九頁以下参照。

(103) たとえば、メーメル河事件や、定員超過・悪天候の中、船を運航させるといった事例はそのようなものにあたる。

(104) いわゆる「自己危殆化への関与」と呼ばれる事例群は、それ以後の事象について積極的に防止措置をとることを要求できない場合が多いため、このような行為開始時の注意義務違反が問題とされることが多いであろう。

(105) Duttge, a. a. O., Otto-FS., S. 236.

(106) 松生光正「引き受け過失について」鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（上巻、平成一九年）四三七頁以下、井田・前掲講義刑法学・総論二〇六頁。このような「引受け過失」の問題は、わが国においてはほとんど論じられていない。これは、発生結果と因果関係がある以上、過失犯の成立要件をすべて満たすかぎり、あえて異なる取り扱いをする必要性がないとされたからであろう。なお、林教授は、このような「引受け過失」に対しても過失犯の成立が認められることを明言しておられる（林・前掲総論二八五頁以下）。

(107) これには、運転中に別の危険が発生する可能性が包摂され、さらには、競技指導という性質上、むしろそれ自体が予定されている。

(108) もっとも、行為遂行時に注意力の減退が生じたにもかかわらず、その場で車両を停止させず、運転を継続したならば、その時点における行為遂行時の義務を認めることができる。

(109) 第二章第二節参照。なお、深町・前掲論文一二二頁以下において、被害者の同意論を援用する見解に対し、詳細な批判がなされている。

(110) Zaczyk, a. a. O., S. 48.

(111) もっとも、故意犯に対する同意では、被害者が翻意しないかぎり、行為遂行時においても常に同意が認められる状況とは異なり、行為開始時にその後に生じうる危険を引き受けた過失犯では、さらに慎重な態度で危険の引受けの要件が検

討されなければならない。

(112) Roxin, a. a. O., Gallas-FS., S. 250ff.

(113) これに対して、山口教授は、行為者に保障人的地位が認められる場合にのみ、同意を思いとどまらせる作為義務があるといわれる（山口・前掲齋藤古稀五頁）。また、島田・前掲クローズアップ刑法総論一五六頁以下も参照。

(114) 武藤・前掲論文六頁参照。

(115) なお、町野・前掲書二三九頁以下参照。

(116) 近時、日本における危険運転致死傷罪の裁判例では、飲酒運転・酒気帯び運転と信号無視や最高速度違反などが併せて問題とされることがある（たとえば、大阪地判平一五・六・一九判時一八二九号一五九頁）。それ以外にも、前方不注視などによって、飲酒運転それ自体とは異なる危険を生じさせた事案も考えられる。

(117) もっとも、行為開始時の危険に、その後に想定される行為遂行時の危険が算入される場合もありうる。しかし、これは、被害者に優越的知識があり、行為者の不注意な行動につき、高度の蓋然性をもって予見できた場合に限られよう。

(118) 海上交通事故の事例では、危険についての説明義務の内容が詳細に認定されており、これらが履行されていれば、危険の引受けによる正当化を認める余地があろう（甲斐・前掲書一六八頁以下参照）。

(119) 第四章第二節参照。もっとも、そのような過失犯の規定方法の当否については、十分な検討を加えることはできなかった。この点についても、さらなる検討を要する。

(120) 今井猛嘉「危険運転致死傷罪と危険の引受」現代刑事法五巻九号（平成一五年）八七頁以下。なお、原田國男・量刑判断の実際（増補版、平成一六年）三九七頁以下は、危険運転致死傷罪の事例のうち、好意同乗者が被害者になる事案を四種類に分類して、それぞれの態様が量刑に及ぼす影響を考察し、行為者に危険な運転行為を指示するなどして共同して危険運転行為を行っていた場合には、危険の引受けにより行為者を不可罰とする可能性を示唆している。また、ドイツの最新判例 BGHSt., Bd. 53, S. 55 では、きわめて危険な運転への同意が問題とされた。事案は、被告人および被害者を含む四名が、二台の自動車に二名ずつ乗り込み、公道において加速テストと称する自動車競争を行った。被害者は危険な運転を認識しながら、撮影係として同乗した。両自動車は時速二〇〇キロメートルを超える速度で走行し（最高速度制限は時速一二〇キロメートル）、前方を走行していた自動車を追い抜く際に、被害者の同乗する自動車が横滑りして交通標識に激突

し、被害者が死亡したというものである。わが国においてこの判例を取り扱ったものとして、鈴木彰雄「自動車競走による死亡事故について過失致死罪の成立が認められた事例」名城ローレビュー一三号（平成二一年）一四七頁以下、山本・前掲論文一〇一頁以下がある。

(121) 佐久間「実験的治療と被害者の同意」現代刑事法二巻一号（平成一二年）九七頁以下。医療行為における正当化の問題について、同・最先端法領域の刑事規制（平成一五年）一〇二頁以下、小林公夫・治療行為の正当化原理（平成一九年）、田坂・前掲論文二六三頁以下など参照。