Osaka University Knowledge Archive

Title	過失犯における危険の引受けの意義（一）
Author(s)	佐藤, 厚志
Citation	阪大法学. 2011, 61(1), p. 183-209
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54849
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

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

Osaka University

過失犯における危険の引受けの意義（一）

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（以上本号）
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（1-183）183〔2011.5〕

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

はじめに

近年、わが国で活発に議論された問題として、危険の引受け（Risikoübernahme）論[1]がある。危険の引受けとは、被害者が結果の不発生を信じて、あえて自らを危険にさらしたところ、不幸にも侵害結果が生じてしまった場合をいう。その際、危険な領域に立ち入った被害者の態度が、行為者の犯罪性にいかなる影響を及ぼすかが問題となる。

わが国と対比して、古くからこの問題を論じてきたドイツ刑法学では、次のような事例が議論されてきた。すなわち、薬物摂取に用いられることを知りながら注射器を交付したところ、被害者が自らヘロインを注射したため中毒死した事例（「ヘロイン注射器事件」[2]）や、飲酒運転であることを知って自動車に同乗した友人が、その後の衝突事故で死傷した事例[3]である。[4]いずれの事例についても、過失犯の成否が問われている。[5]わが国では、いわゆる「ダートトライアル事件」[6]において、危険の引受けが正当化の根拠とされたため、過失犯の違法性を左右する要素とされることが多い。

しかし、従来、過失犯の違法性阻却については、あまり論じられてこなかった。わが国では、過失の体系的位置づけや注意義務違反の内容に関する議論が盛んであり、過失行為の属性を明らかにし、その可罰性を基礎づけるための議論が中心であった。これに対して、危険の引受け論は、過失犯の成立範囲を実質的な見地から限界づける試みといえよう。過失犯の成立範囲を確定するためには、当該行為を禁止する判断基準のみならず、それを許容する

論理も示されねばならない。[7] 以下、かような見地から危険の引受けの意義を論じることにしたい。

第一章　危険の引受け論の適用範囲

一　過失犯の違法性を論じるにあたって、まず、過失犯と故意犯を構成要件該当性の段階から区別し、その違法性阻却事由を認めてきたドイツ刑法学が参考となろう。かつては侵害結果の同意がない危険の引受けによって、過失犯の違法性が左右されるかを論じてきた。[8] しかし、現在の学説においては、過失犯における同意の問題にとどまらず、広く被害者の行動がもつ役割を論じた見解がみられる。そこでは、犯罪論上も複数の問題が混在している。[9]

たとえば、一部の見解は、実行行為の後で被害者の行為が介在する「救助者事例」[10] を議論の素材とすることがある。しかし、実行行為後の介在事情は、それが事前に認識可能な限度で考慮されるにすぎず、犯行時における行為規範の違反を左右する要素ではない。その意味で、およそ危険の引受けとは異なる事象といわなければならない。また、危険に対する被害者の心理内容や関与態様が問われる点では、過失犯だけでなく、故意犯においても危険の引受けが問題となりうる。[11] しかし、故意犯と過失犯を構成要件の段階から区別する立場では、各行為で問題となる違法性が異なる以上、違法性阻却の段階でも区別して考えるべきではないか。他方、危険の引受け論にあっても、違法性を基礎づける事情と、これを阻却する事情が無関係であってはならないであろう。

二　そこで、前述した問題を論じる前提として、過失犯の違法内容を明らかにしておかねばならない。結果無価値論では、違法性の本質を法益侵害に求めるため、故意・過失は単なる責任要素であり、責任評価に先行して過失犯の違法性を論じる余地はなかった。[12] これに対して、行為無価値論によれば、違法性の実質は結果の惹起に尽きるものでなく、法の命令・禁止に対する違反も包含している。過失犯にあっては、法が命じた注意を怠った客観的態

度も違法要素に含まれるのである。

つぎに、こうした違法要素は、個々の注意義務違反の内容を類型化することで、過失犯の構成要件要素にもなる。たしかに、構成要件該当性は、本来、定型的・形式的な判断であるものの、「開かれた構成要件」とされる過失犯では、具体的場面に応じた注意義務違反の内容を決定しなければならない。その際、個々の刑罰法規に応じて条文の解釈が行われてきたが、判断基準としては、社会生活上必要な注意という概念が導入されることになった。

しかし、こうした行動準則により具体的な行為規範を決定するならば、構成要件該当性と違法性の区別が不明確になるともいわれる。[13] ダートトライアル事件より以前でも、危険の引受けが争われた判例は存在するが、直接に危険の引受けに言及したものは少なく、過失犯の個別的要件の中で論じられてきた。[14] ドイツの判例においても、当初は、危険の引受けを理由として注意義務違反を否定していたのである。しかし、犯罪の成立範囲を明確化する構成要件の機能からして、違法段階の実質的評価と定型的な該当性判断は区別されねばならない。なぜならば、被害者の関与態様は複雑多岐にわたるため、犯罪論体系上も、構成要件論だけで解決できないからである。

かようにして、本稿では、過失犯の成立範囲を限定するべく、危険の引受けによる違法性阻却の範囲を検討する。その際、危険の引受けには、被害者側にとっても「過失的な同意」とみられる場合がある。[15] そこでは、両者の「過失」的態度をいかに取り扱うかも検討しなければならない。[16] 以下、ドイツ及び日本の諸見解を概観したのち、危険の引受け論について若干の考察を加えることにしよう。

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

一　近年、ドイツにおける状況を因果関係や客観的帰属の見地から検討した論稿は少なくない。[17] しかし、本稿では、被害者の態度が行為者の違法過失を左右する限度で、主要な判例・学説を紹介するにとどめた点をお断りしておく。

二　まず、著名な危険の引受け事例として、いわゆる「メーメル河事件」がみられる。[18] この事件は、渡し守である行為者が、嵐による転覆の危険を乗客（被害者ら）に知らせて、渡し船を出すのを拒否したにもかかわらず、被害者らが強く渡河を要求したため、最終的にこぎ出したところ、渡し船が転覆したことにより、被害者らが溺死したというものである。ライヒ裁判所は、（生命の）危険を伴う行為であっても、その危険性によって、ただちに義務違反にはならないとした。また、本件の被害者らが通常の判断力を備えた成人であり、かつ、行為者と同程度に渡河の危険性を認識していた以上、被害者らの後見人でない渡し守について義務違反性を否定したのである。[19] また、その後の「喧嘩闘争事件」[20] では、「被害者が行為の危険を明確に認識してこれを甘受し、しかも、行為者が一般的な注意義務を遵守していたならば、行為の義務違反性が否定される」と明言したため、こうした見解がその後の判例にも引き継がれた。[21] また、学説上も、危険の引受けにより注意義務違反を否定する見解が有力に主張されるようになった。

三　学説上、注意義務違反に着目した代表的な論者はゲッペルトである。彼によれば、法律上要求される注意義務の内容は、客観的に決定されるだけでなく、「思慮分別のある平均的市民」に向けた法秩序の期待という観点にも

左右される。被害者が危険を受け入れたことは、社会生活上要求される注意義務の内容・範囲に影響を及ぼす要素であり、被害者ごとに注意義務が相対化されるのである。そのような被害者を前提として必要な注意義務を履行した以上、行為者の過失は否定されることになる。[22] また、ヒルシュは、「許された危険」の一態様として、被害者が危険な行為に同意していた場合、過失犯の構成要件要素である注意義務違反が欠けるという。なぜならば、意図的に危険な領域に立ち入る被害者は、その中で他者が類型的注意しか払わないことに「合意」しているからである。[23]

四　これに対して、「許された危険」を超える危険な行為を開始した以上、一般的な注意義務に違反しており、行為者の過失は否定できないという批判がみられる。[24] しかし、およそ過失犯は開かれた構成要件であるため、注意義務の内容は具体的事案に応じて決定される。その意味で、あらゆる具体的な事情を捨象した「一般的な注意義務」があるわけではない。[25] まさしく、いかなる根拠で注意義務が相対化されるかが問題となるであろう。

この点をめぐって、ヒルシュは、被害者自身が危険に対処できる場合、行為者には、その危険行為の属性（Natur）に対応した注意義務が課せられるにとどまり、それ以上の義務を賦課することで被害者を保護する必要はないという。[26] すなわち、注意義務が類型的な被害者保護のために設定される以上、被害者の選択によって生じた法益侵害の危険であれば、さらに当該被害者を保護する措置まで要求しないのである。しかし、注意義務の内容を個々の被害者ごとに設定できるとしても、被害者の同意をめぐる具体的要件は、行為者側の事情に基づく構成要件該当性とは異なり、違法性の段階における検討が必要ではなかろうか。

第二節　被害者の同意により違法性を阻却する見解

一　かつて、ゲッペルトは、被害者が同意したことを過失犯の構成要件該当性の中で論じていた。すなわち、ド

イツ刑法二一六条では、要求による殺人を処罰しており、これは生命に関する被害者の処分権限を否定したものと理解されている。[27] そのため、メーメル河事件のように過失致死が問題となるとき、被害者の同意論では死の結果を正当化できないと考えられたからである。たしかに、故意犯では、被害者の同意の要件として、行為と結果が同意の対象とされねばならないが、過失犯では、単に危険な行為に同意すればよいともいえる。[28] このような見解として、U・ヴェーバーおよびデリンクの主張がみられる。

二　まず、U・ヴェーバーは、過失犯において行為の同意を結果の同意と同一視するのでなく、[29]「自己危険に基づく行為（das Handeln auf eigene Gefahr）」という民法上の法理を論拠として、危険な行為に同意していた場合、発生した侵害結果を一定の条件下で正当化できる場合を認める。[30] すなわち、同意による正当化を制限する法律上の規定は、ドイツ刑法二一六条と旧ドイツ刑法二二六条ａ（現二二八条）の二つだけであり、それ以外の場合には、有効な同意が存在するというのである。[31]

ヴェーバーによれば、ドイツ刑法二一六条は、生命侵害に対する同意を限定しているが、この規定は過失致死には適用されず、故意犯の場合にのみ妥当する。[32] 生命危殆化の場合にも同意の可能性を排除するならば、生命の危険を招来する手術に同意した場合にも、行為の遂行自体が許されず、死亡結果が生じたとき、常に過失犯が成立してしまうからである。[33] 他方、旧ドイツ刑法二二六条ａは、良俗違反の場合に同意の有効性を制限してきたが、同条は、過失犯にも適用できる。すなわち、良俗違反は行為（Verhalten）の評価であって、[34] 故意または過失のいずれかを問わず、行為の危険が結果に転化したことも重視されないため、生命を危殆化する場合にも妥当するからである。[35]

かようにして、被害者の同意による正当化は、良俗違反によって限定されるにすぎない。[36] ただし、「自己危険に基づく行為」という民法上の法理だけで、刑法上の正当化が可能になるわけではないし、良俗違反が具体的に認めら

れるのは、その行為が法律上禁止されている場合だけであるという。たとえば、麻薬法違反の事例では、同法に処罰規定があることで良俗違反と判断する。しかし、道路交通法違反の事例では、同法の処罰規定に違反していても、なお良俗的なものになる場合を認めるため[37]、どの刑罰法規が良俗違反性を基礎づけるかは不明なままである。

三　つぎに、デリンクも、被害者の同意によって危険の引受け論を説明しようとする。もっとも、彼は、「自己危殆化への関与」を「合意に基づく他者危殆化」と区別して、被害者が直接に侵害結果を惹起した場合、被害者自身に正犯性を認める。そして、自損行為を処罰する犯罪構成要件がないことから、共犯の従属性に従って、関与者は不可罰となる以上、「合意に基づく他者危殆化」にのみ被害者の同意論が妥当するという[38]。その上で、デリンクは、刑法が侵害「行為」を禁止して法益を保護する点で、被害者には、犯人の「行為」を許容する権限があるとした。被害者が同意によって行為の遂行を許容したとき、同時に客体もその保護を失うというのである[39]。

たしかに、ドイツ刑法二一六条の規定は、被害者による生命の処分を禁止しており、将来にわたる生命という重要な利益の処分は、過失犯でも禁止されなければならない。しかし、自己決定権に基づく価値と侵害行為により追求される目的の価値が、生命危殆化に伴う無価値に優越するならば、同意が有効になる。たとえば、メーメル河事件において、その渡河が親の臨終に立ち会う唯一の手段であったとき、当該行為が正当化されるのである[40]。

第三節　規範の保護目的から構成要件を限定する見解

一　ロクシンは、行為の同意により行為無価値しか阻却されず、結果無価値を阻却するためには結果の同意が必要であるという[41]。彼の客観的帰属論によれば、危険の引受けは結果帰属の問題として、行為者が生じさせた危険（危険創出）が具体的な結果に結びついた場合にのみ（危険実現）、当該結果が帰属することになる。しかし、例外

的な場合には、規範の保護目的を考慮して、結果帰属が否定される場合を認めるのである。[42]

たとえば、殺人（Tötung）の罪は、一定の行為を除外しており、「自己危殆化への関与」には、過失致死の構成要件該当性が欠けるという。[43] すなわち、ドイツ刑法二一六条が要求による殺人を処罰するとはいえ、故意による自殺の教唆および幇助を不可罰とした以上、[44] より責任のない過失の自殺教唆や幇助は、不可罰とされねばならない（第一のテーゼ）。しかも、自殺が積極的な法益侵害であるのに対し、自己危殆化は法益を危険にさらしたにすぎず、それに関与した行為者にとって法益侵害の危険性は低いため、当然に不可罰になるという（第二のテーゼ）。

他方、「合意に基づく他者危殆化」は、原則として可罰的行為になる。なぜならば、自己危殆化では、被害者が自ら危険を生じさせているが、他者危殆化では、他者の行為を制御ないし中断することができず、また、他者の行為に依存する結果回避措置には、被害者の意図が十分に反映されないからである。そこで、次の各要件が充たされた場合、「合意に基づく他者危殆化」を「自己危殆化への関与」と同一視して、例外的に過失犯の成立を否定しようとする。すなわち、被害者が、行為者と同程度まで危険を認識しており、当該法益侵害が被害者の受容した危険の現実化であって、他の危険から生じたものでなく、被害者に行為者と同程度の答責性が認められる場合である。[45]

二　こうしたロクシンの見解に対しては、「自己危殆化への関与」で示した二つのテーゼについて疑問が提起されている。すなわち、第一のテーゼでは、過失犯に統一的正犯概念を採用しつつ、故意犯における限縮的正犯概念を用いた点が批判される。[46] また、第二のテーゼでは、法益侵害の危険性から両者を区別しているが、その違いは結果発生の危険性にとどまらない。たとえば、自殺を含む自損行為では積極的な法益放棄があるのに対し、自己危殆化では、被害者が結果を認容しておらず、被害者が希望しない侵害が生じているからである。[47] こうした点に着目すれば、「自損行為への関与」と比べて、「自己危殆化への関与」の侵害性がはるかに大きいといえよう。[48]

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

一　近年、ドイツでは、被害者の自己答責性論が有力になった。すなわち、被害者が自由かつ答責的に行った行為から生じた結果は、被害者自身に帰属させることで、行為者の結果帰属を限定する一要素とみるのである。[49] たとえば、ツァツィックは、自律的な人間には固有の答責領域が存在するといい、[50] 刑法的違法性を他者の自由侵害に求めつつ、自損行為には他者侵害性が欠けるため違法ではないとする。[51] もっとも、自損行為であっても、他者が関与するときには自由の侵害があるため、被害者が自らの意思で自己の法益侵害を意図した場合に（意識的自損行為）、[52] 事象全体の主体となった被害者に答責的行為を認める。このような意識的な自損行為への関与は、もはや被害者の自由を侵害していないというのである。[53]

二　これに対して、危険の引受けでは、自己危殆化によって侵害結果が意図されないため、[54] どのような場合に被害者の答責性を認めるかが問題となる。そこでは、もっぱら被害者の行為選択によって侵害結果を回避できるか否かが重要であり、[55] 他人が刑罰法規に反する行動に出ないという信頼を前提として、[56] 被害者が自らの意思で因果の流れに身をゆだねたときに、被害者の答責性を認めうる。もっとも、次の場合には、かような被害者の自己答責性が認められない。すなわち、他者の義務適合的行為によって侵害結果を回避できると信頼でき、[57] さらに、他者の関与行為が法律上禁止されており、自己危殆化の可能性がないと信頼できる場合、他者危殆化として可罰的となる。[58]

第五節　小括

以上、ドイツにおける理論状況を概観してきた。そこでは、被害者の同意による正当化根拠を、被害法益の要保護性がない点に求める一方、過失行為を禁止することで保護される法益は、故意犯の場合と区別される。すなわち、

過失犯では、行為者に直接的な法益侵害の意思がなく、注意義務によって法益が保護されるため、ドイツ刑法二一六条による生命処分の禁止が同様に妥当するかが争われたのである。他方、同法二二八条では、原則として同意傷害が正当化されるのに対して、結果の同意がない過失犯にもこれを適用できるかが問題となった。また、自殺関与を不可罰とする根拠を正犯行為が欠けることに求めたため、正犯性をめぐって自己危殆化と他者危殆化の区別も重要となる。こうした問題を解消するために規範の保護目的論や被害者の自己答責性論が有力になったといえよう。

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

一　わが国では、従来、過失犯における被害者の同意を論じた学説は少なく、危険なスポーツ行為が正当行為として議論された程度である。[59] また、わが国の刑法典は、自殺関与罪と同意殺人罪を同一の条文で規定しており、被害者の同意による正当化事由は、もっぱら解釈論上の産物であった。被害者の同意論では、法益主体が自らの法益を放棄したことで不可罰とされる一方、[60]「公序良俗」や「違法性の一般観念」などにより正当化の範囲が決定されており、同意の対象となる生命や身体には、個人的法益のみならず、国家的法益・社会的法益も含まれるとの主張もみられた。[61] そのため、生命や身体の侵害を正当化するには、本人の同意だけでは不十分であり、国家や社会も侵害に同意していなければならないとされる。

二　被害者の同意が過失犯の成否を左右するとはじめて明言されたのは、木村亀二博士である。木村博士は、上述した国家的・社会的な利害を認めつつも、個人の意思も尊重されねばならないとして、被害者の同意による正当化を主張する。[62] そこでは、行為自体ないし同意の内容を判断の対象として、同意による行為全体が公序良俗に反し

ないときに正当化を認める。すなわち、同意の対象は「行為」であるが、その範囲には結果も含まれるとして、当事者が予見しうる限度で、過失犯や結果的加重犯においても被害者の同意が考えられるからである。[63]

そのほかにも、被害者の同意を「行為」の正当化事由とみた学説は少なくないが、[64]当初、故意・過失が単なる責任要素とされたため、同意の対象となる構成要件該当「行為」の段階で区別する意義は乏しかった。すなわち、責任要素としての故意・過失は、当該行為の違法性が前提となる以上、すでに違法性が阻却されるならば、あえて両者を区別する必要がなかったからである。

三　他方、その後の学説は、被害者の同意を過失犯の正当化要素とみてきた。[65]もっとも、平野博士は、過失犯において被害者が結果発生に同意する場合は少ないため、行為の同意を結果の同意から区別しつつ、例外的に結果の同意と同一視できるとき、違法性が阻却されうるとした。[66]

また、山中教授は、過失犯において被害者の同意を論じる際、被害者の同意は、侵害結果に向けられねばならないとされる。[67]そして、法益侵害に同意する者には、未必の故意に応じた「認容的甘受」が必要であり、それが存在する場合にのみ被害者の同意があることになる。また、同意の存在を推定させる行為があった場合にも、被害者の同意は厳格に認定されねばならないといわれる。[68]

第二節　ダートトライアル事件をめぐる諸見解

第一款　構成要件該当性を否定する見解

一　近年、被害者の自己決定権は、違法論で取り上げられ、被害者の同意論でも正当化を根拠づける要素とされた。[69]もっとも、行為同意説が支配的であったドイツに対して、わが国では、過失犯についても結果の同意を要求し

たため、ダートトライアル事件では、危険の引受けと被害者の同意の関係が問題となった。危険の引受けには結果の同意が欠けるため、学説の一部は、被害者が危険行為を是認していた点に着目して行為者の不可罰を導こうとする。[70]

二　まず、山口教授は、過失犯でも結果に対する同意が必要であるとされ、被害者の同意による正当化の根拠を法益の要保護性が欠ける点に求めておられる。これに対して、危険の引受けの意義は、「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」ことにあるという。[71]そこでは、「自己の利益を危険にさらす自由」[72]を出発点として、何らかの理由により危険な行為を希望した場合、個人の自己決定権に基づいて危険な行為を許容した以上、その過程で生じる回避不可能な結果についても、行為者に刑事責任を問うことはできないとされるのである。[73]

しかし、こうした結論は、行為の同意で足りるという行為同意説と異ならない。[74]すなわち、侵害結果を正当化する根拠を、被害者の意思が結果に向けられたことにあるとしながら、より緩和された意思内容によって可罰性を否定するならば、もはや結果の同意を必要としないからである。[75]

三　これに対して、林幹人教授は、危険の引受けにも被害者の同意の法理を適用して、いわゆる準同意説を主張される。「被害者の意思の尊重」を正当化の根拠とする被害者の同意論では、刑法によって保護すべき法益の侵害・危殆化が欠けている。[76]危険の引受けは、被害者の同意と比較して、被害者の認識した結果発生の可能性が低く、被害者が結果の発生を望まなかった点で異なるが、これらの事情は、危険の引受けを別異に取り扱うほど重要な違いではない。むしろ、結果発生の可能性を認識していれば、被害者の自由意思を尊重する見地から、両者を同様に取り扱うべきだといわれるのである。[77]

ここでは、危険の同意と結果の同意が同一視されるが[78]、故意論で蓋然性説を採用される林教授によれば、結果の認識と危険の認識はその程度において異なるだけである[79]。すなわち、「許されない程度に危険な行為」を認識した以上、自由な意思に基づいてそれに同意すれば足りるのであって[80]、被害者自身が法益を放棄したとき、国家による干渉は許されないとされるのである。

第二款　違法性を阻却する見解

つぎに、行為無価値論において、被害者の同意論に依拠した諸見解がみられる。井田教授は、被害者の同意を基礎づける個人の自己決定権を、危険の引受けでも正当化の根拠とされる。そこでは、侵害の危険を甘受して他の利益を享受するという自由も考えうるため、その限度で法益の危殆化が正当化される[81]。そのため、行為時の危険性が低い場合や、危険性が高くてもこれを制御できるならば、なお個人の自己決定の範囲内にあるといわれる[82]。

井田教授の見解は、林教授や山口教授の見解と同様、もっぱら行為の同意で正当化を認めるものと批判されてきた。たしかに、過失犯が結果犯である以上、被害者の同意においても結果は重要な要素であって[83]、法益を最終的に処分することと侵害の危険を甘受することは、同一視できるわけでない。しかし、井田教授は、法益主体の自由な処分とこれに基づく相手方の行為を完全に禁止するならば、個人の自由を否定するものと批判される。そして、法益主体の自由を尊重するかぎり、被害者の同意により法益の要保護性が否定されるため[84]、たとえ結果発生が予見可能であっても、当該行為のもつ危険性が低いとき、過失犯の違法性を阻却する余地を認めようとされる[85]。すなわち、被害者の同意による正当化について、当初から結果を志向する故意犯と、結果を予見できただけの過失犯では、各行為の主観面を前提とした違法性阻却の態様が異なるのは当然とされるのである[86]。

第三款　社会的相当性の理論

行為無価値論の立場では、危険の引受けに独自の意義を認めず、社会的相当性の一要素と位置づける見解も有力に主張されている。[87] そこでは、行為が社会倫理秩序の枠内にあることを重視する「社会的相当性」の見地から、この秩序を逸脱した法益侵害に実質的違法性を求めるため、危険の引受けも被害者の同意と同じく、社会的相当性に基づく正当化を可能にする一要素であるという。[88]

この見解によれば、危険の引受けによって可罰性が左右されるのは、社会的有用性のあるスポーツ行為などに限られる。すなわち、当該競技に法益侵害の危険がある場合、その社会的価値を考慮することで正当化が可能であるという。具体的には、ルールを遵守することで低下した危険を被害者が引き受けたのを前提として、行為全体が社会通念上も許容される場合には、侵害結果も含めた行為全体が社会的相当行為となるのである。[89]

こうした見解は、社会的相当性の概念が不明確であるため、法的安定性が損なわれると批判される。[90] また、危険の引受けを正当化判断の一要素としてしまったことにより、社会的相当性の判断において、危険の引受けのもつ意義が不明確なものとなってしまう。[91]

第四款　被害者の自己答責性論

従来、危険の引受けは、被害者の同意の法理を援用して議論されてきたが、被害者の自己答責性から説明されることもある。そこでは、第一次的な法益主体である被害者が、[92] ある法益を犠牲にして別の法益を追求する場合、不都合な結果も甘受しなければならず、第三者は、せいぜい従犯の責任しか負わないとされる。すなわち、被害者が正犯にあたる場合には、被害者の自己答責性が認められる限度で、行為者は過失による従犯として不可罰になるの

である。[93]

もっとも、わが国では、刑法二〇二条の自殺関与罪があるため、ドイツのように「自殺への関与が不可罰であるとき、自己危殆化への関与も不可罰である」というテーゼを援用できない。そこで、塩谷教授は、侵害結果を惹起する主体が異なる点を重視して[94]、「自己危殆化への関与」と「合意に基づく他者危殆化」を区別しておられる。そして、「自己危殆化への関与」では、十分な判断能力のある被害者が[95]、結果発生の現実的危険を認識しつつ、自ら行為に出たことで自己答責性が認められる。これに対して、「他者危殆化」では、他人が行為を遂行するため、被害者が正犯にあたるというには、いわば加害者を利用した「間接正犯」と呼べる程度に「結果発生への積極性」があり、事象全体を主導したことが必要であるとされる。[96]

第三節　小括

違法性の実質を法益侵害に求める見解では、被害者の同意論において、法益侵害（結果）に向けられた被害者の意思を要求したように、過失犯にあっても、当然に結果の同意が必要であるとされる。しかし、構成要件の段階から故意犯と過失犯を区別する行為無価値論によれば、違法性阻却の段階でも各行為の態様に応じた区別が可能となる。

なお、わが国で被害者の自己答責性を認める見解は、被害者の立場を強調するあまり、犯人の行為自体のもつ意味を看過しており、行為主義を前提とする刑法となじまない考え方である。むしろ、行為の違法性を論じるにあたっては、侵害の態様に応じた法益保護の範囲こそが明らかにされねばならない。

（1） Heinz Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970, S. 64ff.; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, AT, 11. Aufl., 2003, § 14, Rn. 72, § 22 Rn. 53. ここでいう「危険（Risiko）」とは、望ましくない事象が生じる頻度や望ましくない結果の大きさについて、侵害が生じる前にその内容が判断されたものを意味する（島田聡一郎「リスク社会と刑法」長谷部恭男編・法律から見たリスク［平成一九年］一〇頁以下）。

（2） BGHSt., Bd. 32, S. 262.

（3） BGHSt., Bd. 6, S. 232; BGH in MDR., 1959, S. 856.

（4） ドイツの学説では、前者の類型を「自己危殆化への関与」と呼び、後者の類型を「合意に基づく他者危殆化」と呼んで区別することが多い（たとえば、Claus Roxin, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Festschrift für Gallas（=Gallas-FS.), 1973, S. 249; Schönke/Schröder/Lenckner, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., 2006, Vorbem zu §§ 32ff., Rn. 102ff.）。ここでの「危殆化」は、被害者が結果を「意欲」していない状態を指す。つまり、被害者に未必の故意に準じる意思内容があった場合も「危殆化」であり、「侵害」に同意したというためには、さらに「意欲」が必要とされる（このような「意欲」要件を不要とする見解として、小林憲太郎・因果関係と客観的帰属［平成一五年］六八頁以下）。わが国においては、塩谷毅・被害者の承諾と自己答責性（平成一六年）二四二頁以下など参照。

（5） 前者の類型では、他者（被害者）の過失行為に共犯として関与したが、その関与行為が過失犯の成立要件をすべて具備するかぎり、過失犯として処罰できるであろう（井田良「危険の引受け」西田典之・山口厚編・刑法の争点［第三版、平成一二年］七八頁）。

（6） 千葉地判平成七・一二・一三判時一五六五号一四四頁。この事案では、未舗装の路面を自動車で走行して所要時間を競う「ダートトライアル」競技の練習走行中に、初心者である行為者が、上級者（ダートトライアル歴約七年）である被害者の指導に従って、行為者の能力を超える運転方法で走行したため、事故を起こして同乗していた被害者を死亡させた。裁判所は、本件事故の原因となった行為者の運転方法とこれに伴う被害者の死亡は、同乗した被害者が引き受け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して、当該運転行為の違法性を阻却した。

（7） 荒川雅行「過失犯における被害者の同意に関する一考察――生命・身体犯を中心として――」法と政治三三巻二号（昭和五七年）三一六頁以下参照。

(8) 同意対象の問題として、行為に対する同意で十分なのか、それとも、結果の同意も必要であるかが争われる。現在でも、同意の対象を行為の危険性とみる見解（いわゆる行為同意説）が支配的であるが、侵害結果の同意を必要とする見解（いわゆる結果同意説）も、いまだ有力に主張されている。結果同意説をとるものとして、Eberhard Schmidt, Schlägermensur und Strafrecht, JZ., 1954, S. 372; Heiz Zipf, a. a. O., S. 70ff.; Klaus Geppert, Rechtfertigende „Einwilligung" des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr?, ZStW., Bd. 83, 1971, S. 974.; Alfred Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1990, S. 24ff.; Detlev Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 217 などが挙げられる。ドイツにおける両見解の対立については、山中敬一「過失犯における被害者の同意――その序論的考察――」現代の刑事法学（平場安治博士還暦祝賀論文集・上巻、昭和五二年）三三七頁以下参照。なお、島田「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（平成一五年）一三八頁、一四一頁も参照。

(9) なお、犯罪論上、複数の視点から危険の引受けを論じるものとして、島田・前掲クローズアップ刑法総論一二四頁以下、東雪見「法益主体の危険引受け（一）・（二・完）」上智法学論集四七巻一号（平成一五年）六九頁以下、四七巻三号（平成一六年）七七頁以下がある。

(10) BGHSt., Bd. 39, S. 22. この事案は、犯人が被害者宅に放火したとき、放火の時点では屋外にいた被害者が、燃えさかる家の中に入り一酸化炭素中毒で死亡したものである。裁判所は、犯行の時点で、被害者宅には彼の弟がおり、その救助行為も予想できたので、被害者の死亡結果を帰属してよいとした。こうした問題を取り扱った近時の判例として、OLG Stuttgart, NJW., 2008, S. 1971 がある。

(11) ＨＩＶに感染した犯人が、被害者の求めに応じてコンドームなしで性交した際、ウィルス感染の事実は認められなかったという事案について、危険傷害罪（旧ドイツ刑法二二三条 a［現二二四条］）の成否が争われた（BGHSt., Bd. 36, S. 1）。

(12) 第三章第一節参照。

(13) 荒川・前掲論文三二〇頁以下参照。

(14) 最決昭和五五・四・一八刑集三四巻三号一四九頁。いわゆる「坂東三津五郎ふぐ中毒死事件」である。ここでは、料

理店で従事する行為者が、ふぐ肝に毒物が含まれる可能性を認識しながら、客である被害者にふぐ料理を提供し、ふぐ毒による呼吸麻痺により被害者を窒息死させた。本件の被害者は、ふぐ肝の毒性について一定程度の知識を有していたが、業務者である行為者の調理を信頼してふぐ肝を食べた単なる客にすぎず、そのような被害者の態度は、行為者の過失責任を否定する論拠とはなりえないとされた。また、海上交通事故において、被害者である釣り客が、危険を承知で瀬渡し船で釣り場へ向かったが、その後に天候が悪化したため釣り場からの避難が困難となり、高波を受けて海中に転落して溺死した事案がある。ここでは、瀬渡し船の船長の注意義務が問題とされ、客らに当該釣り場における危険性を認識させ、適切な方法によって釣りを行うように注意することで事故を防止すべき義務があるとされた（福岡高判昭和五五・五・二高刑集三三巻二号一九三頁）。なお、甲斐克則・海上交通犯罪の研究（平成一三年）一六八頁以下参照。

(15) Ralf-Peter Fiedler, Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung, 1990, S. 6, Rainer Zaczyk, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993, S. 7; Uwe Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 381f. また、塩谷・前掲書二四一頁。

(16) 刑法理論における被害者側の過失の問題については、戸浦雄史「『被害者の過失』の介在・協働と因果関係の中断・二〇世紀初頭までの刑法理論における被害者の「自己責任」（一）～（四・完）」大阪市立大学法学雑誌五四巻一号（平成十九年）三三三頁以下、五四巻三号（平成二〇年）一三三二頁以下、五四巻四号（同年）一六一三頁以下、五五巻一号（同年）三四〇頁以下が、この問題に関する歴史的展開を踏まえて詳細な検討を行っている。そこでは、かつての日本およびドイツの判例において、被害者側の過失が過失認定の際に考慮されていた点も指摘される。

(17) 山中・刑法における客観的帰属の理論（平成九年）、松宮孝明「被害者の『自己答責性』と過失正犯」（渡辺保夫先生古稀祝賀論文集、平成一二年）五二三頁以下、塩谷・前掲書一七一頁以下、小林・前掲書六一頁以下、山本高子「自己危殆化と合意に基づく他者危殆化――二〇〇八年一一月二十日のＢＧＨ判決を素材として――」比較法雑誌四四巻一号（平成二二年）一〇一頁以下。

(18) RGSt., Bd. 57, S. 172.

(19) RGSt., Bd. 57, S. 173f.

(20) BGHSt., Bd. 4, S. 88. この事案は、軽い酩酊状態の被害者から喧嘩を売られた犯人が、被害者の頭部を殴打したと

ころ、脳内出血により死亡したものである。もっとも、本件では、身体傷害について被害者の同意はなく、過失致死についても、被害者の挑発行為は、犯人の一般的な注意義務を否定するものではないとされた。

(21) BGHSt., Bd. 4, S. 93. RG in JW., 1925, S. 2250; BGHSt., Bd. 6, S. 232; BGHSt., Bd. 7, S. 112; BayObLG in NJW., 1957, S. 1245; OLG Karlsruhe in NJW., 1967, S. 2321. Vgl. Murmann, a. a. O., S. 404.

(22) Geppert, a. a. O., ZStW., Bd. 83, S. 992ff.

(23) Hans-Joachim Hirsch, Sozial Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW., Bd. 74, 1962, S. 93ff. 構成要件該当性を阻却する承諾では、合意（Einverstand）の語が用いられる。

(24) Roxin, Strafrecht, AT., Bd. I, 4. Aufl., 2006, S. 411; Uwe Hellmann, Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung, Festschrift für Roxin (=Roxin-FS.), 2001, S. 274; Murmann, a. a. O., S. 404; Gunnar Duttge, Erfolgszurechnung und Opferverhalten — Zum Anwendungsbereich der eigenverständlichen Fremdgefährdung —, Festschrift für Otto (=Otto-FS.), 2007, S. 234.

(25) たとえば、道路交通法には、行為者の過失を推定させる法律上の規定があり、過失を認定する判断材料になるとはいえ、それらは単なる行政刑罰法規であり、ただちに行為者の注意義務違反が導かれるわけではない（大塚仁・刑法概説［総論、第四版、平成二〇年］二〇四頁）。また、深町准教授は、こうした行政刑罰法規が、生命・身体などの法益保護と自由の制約を適切に衡量した規定であるか明らかでないという（深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要九号［平成一二年］一三〇頁以下）。なお、佐久間修「過失犯における刑罰法規の明確性」刑事法学の潮流と展望（大野眞義先生古稀祝賀論文集、平成一二年）一九四頁以下参照。

(26) ヒルシュによれば、危険な領域に立ち入ることで自らの生命・身体を危殆化することは、個人の処分権に委ねられており、危殆化された個人的法益は、法益主体が選択した危険の限度で、刑法的に保護されないという（Hirsch, a. a. O., ZStW., Bd. 74, 1962, S. 96, Anm. 79）。もっとも、反対説からは、被害者が危険に対処できる場合にも、ただちに行為者の注意義務は影響を受けないといわれる（Vgl. Fiedler, a. a. O., S. 105）。

(27) Geppert, Zur Unterbrechung des strafrechtlichen Zurechnungszusammenhangs bei Eigenschädigung/-gefährdung des Opfers oder Fehlverhalten Dritter, JURA., 2001, S. 493.

(28) BGH in MDR., 1959, S. 856; BGHSt., Bd. 40, S. 341ff. 347; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT., 5. Aufl., 1996, S. 590f.; Schönke/Schröder/Lenckner, a. a. O., Vorbem. zu §§ 32ff., Rn. 102; Thomas Rönnau, Leipziger Kommentar (=LK.), 12. Aufl., Bd. 1, 2006, Vorbem zu §§ 32ff., Rn. 165; Lackner/Kühl, StGB., 26. Aufl., 2007, § 218, Rn. 2f.

(29) 両者を同一視する見解は、「擬制（Fiktion）」があると批判される。Bernd Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA., 1975, S. 724; Zaczyk, a. a. O., S. 51; Sternberg-Lieben, a. a. O., S. 215; Duttge, a. a. O., Otto-FS., S. 232f. もっとも、行為同意説の立場から、自らの法益が危殆化されることに同意しながら、その後、侵害結果の発生を予期しなかったと反論するのは、およそ不自然であると批判するものもある（Werner Beulke, Opferautonomie in Strafrecht, Otto-FS., 2007, S. 215）。

(30) Ulrich Weber, Objektive Grenzen der strafbefreienden Einwilligung in Lebens- und Gesundheitsgefährdungen, Festschrift für Baumann (=Baumann-FS.), 1992, S. 45f. 「自己危険に基づく行為」の民法上の意義については、vgl. Hans Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr, 1961, S. 306ff.

(31) Weber, a. a. O., Baumann-FS., S. 47.

(32) また、ドイツ刑法二二六条は、同意よりも厳格な「要求」を要件とするため、単なる同意殺人には、同法二一一条の謀殺や二一二条の故殺が適用されることになる。

(33) Weber, a. a. O., Baumann-FS., S. 47f. また、故意の殺人で同意による正当化が認められないからといって、生命危殆化への同意を否定することにはならない（Scönke/Schröder/Lenckner, a. a. O., Vorbem zu §§ 32ff., Rn. 104; Duttge, a. a. O., Otto-FS., 230f.）。なお、近時、ヒルシュも、こうした立場から、被害者の同意が注意義務に違反した行為を正当化すると述べている（Hirsch, Leipziger Kommentar[=LK.], 11. Aufl., 1992, Vorbem zu § 32, Rn. 95; ders., Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts, Festschrift für Ernst-Lampe[Lampe-FS.], 2003, S. 533f.）。

(34) これに対して、ドイツ刑法二二八条が良俗違反性判断の対象とするのは、行為（Tat）であり、構成要件に該当する法益侵害の大きさとその態様を検討対象とするのが一般的である（Schönke/Schröder/Stree, a. a. O., § 228, Rn. 7）。

(35) Weber, a. a. O., Baumann-FS., S. 47f.

(36) 良俗違反性の判断基準につき、BGH in NJW., 2004, S. 1054, BGH in NJW., 2004, S. 2458; Schönke/Schröder/Stree, a. a. O., § 228, Rn. 6. Vgl. Duttge, Der BGH auf rechtsphilosophischen Abwegen – Einwilligung in Köperverletzung und „gute Sitten", NJW., 2005, S. 260. もっとも、良俗違反の規定に対しては、その基準が不明確であり、ドイツにおける明確性原理（ドイツ基本法一〇三条二項）の観点から、憲法違反であるという指摘もある。Vgl. Sternberg-Lieben, a. a. O., S. 136ff., 162; Hirsch, a. a. O., LK., 11. Aufl., § 228, Rn. 2. 近時、過失致死に対する同意を良俗違反によって無効とした事例として、OLG Düsseldorf, NStZ-RR., 1997, S. 325, BGHSt., Bd. 49, S. 34, BGHSt., Bd. 53, S. 55 などがある。

(37) Weber, a. a. O., Baumann-FS., S. 51f. 麻薬事犯は法規に違反するだけでなく良俗にも違反しているとして、典型的な法令違反によって、同時に良俗違反性も基礎づけられる。これに対して、ＨＩＶ感染者がコンドームなしで性交する場合（BayObLG in NStZ., 1990, S. 81）には、ＨＩＶの感染拡大という危険があるものの、それを禁止する法律がないことから、現時点において良俗違反ではないとする（Weber, a. a. O., Baumann-FS., S. 52ff.）。

(38) Dieter Dölling, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA., 1984, S. 73ff. Vgl. Roxin, a. a. O., Gallas-FS., S. 246; Schünemann, a. a. O., JA., 1975, S. 721.

(39) Dölling, a. a. O., GA., 1984, S. 82f.

(40) Dölling, a. a. O., GA., 1984, S. 85ff.

(41) Roxin, a. a. O., AT., § 11, Rn. 121; Hellmann, a. a. O., Roxin-FS., S. 276f.; Duttge, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, § 15, Rn. 195f.

(42) Roxin, a. a. O., Gallas-FS., S. 241ff.

(43) Roxin, a. a. O., Gallas-FS., S. 246. 近時の「自己危殆化への関与」事例として、OLG Zweibrücken, NStZ., 1995, S. 89 などがある。

(44) ドイツにおける自殺関与罪の沿革については、秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上智法学論集三二巻一・三号（平成元年）一六〇頁以下参照。

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

(46) Joachim Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 193ff.; Duttge, a. a. O., Otto-FS., S. 240. 松宮「過失犯における正犯概念（三・完）」立命館法学二七九号（平成一三年）二五頁以下、塩谷・前掲書二九〇頁、島田・前掲クローズアップ刑法総論一二七頁注一一。

(47) Zaczyk, a. a. O., S. 53. また、法益の処分は、結果の不発生を信頼した場合には観念できず、被害者の同意に固有のものであるという指摘もある（Duttge, a. a. O., Otto-FS., S. 231）。

(48) Murmann, a. a. O., S. 426f. 山口厚「被害者による危険の引受と過失犯処罰」研修五九九号（平成一〇年）六頁、小林・前掲因果関係と客観的帰属七八頁以下、島田・前掲クローズアップ刑法総論一四〇頁以下。また、ロクシンの見解は、「合意に基づく他者危殆化」を「自己危殆化への関与」と概念的に区別しながら、一定の要件下で両者を同一視する理由を明らかにしていない（Murmann, a. a. O., S. 425ff. 塩谷・前掲書二九〇頁以下）。

(49) Vgl. Heribert Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 1.

(50) Zaczyk, a. a. O., S. 12.

(51) Zaczyk, a. a. O., S. 25ff.

(52) Zaczyk, a. a. O., S. 32f.

(53) Zaczyk, a. a. O., S. 33ff. もっとも、意識的自損行為の場合にも自己答責が欠如する場合がある。すなわち、ドイツ刑法一九条、二〇条、少年裁判所法三条にいう責任能力が欠ける場合と、意思の瑕疵（錯誤、強制）があるため、もはや「自分自身によって」結果を惹起したとはいえない場合である（Zaczyk, a. a. O., S. 36f.）。

(54) Zaczyk, a. a. O., S. 49ff.

(55) Zaczyk, a. a. O., S. 53ff..

(56) Zaczyk, a. a. O., S. 25.

(57) メーメル河事件では、渡し守が渡河の危険性を指摘して船を出すのを拒否しており、結果回避措置を尽くしても結果の発生は偶然に左右されるため、結果を回避できるという信頼はなかったとする（Zaczyk, a. a. O., S. 58）。

(58) Zaczyk, a. a. O., S. 56f. ツァツィックは、麻薬事犯について、麻薬法二九条一項一号が麻薬の交付を禁止した趣旨は、

被害者を生命・身体の危険にさらさないことにあるという。したがって、同法の禁止によって、被害者は自己危殆化を行う余地がないことを法的に信頼できるので、他者危殆化を認めようとする。もっとも、麻薬摂取のために注射器を交付する行為は、これに含まれないという（Zaczyk, a. a. O., S. 60f.）。しかし、島田・前掲クローアップ刑法総論一五六頁注一一四では、被害者が違法行為を現認しながら、なおこうした信頼があるといえるかが疑わしいとされる。

(59) 泉二新熊・日本刑法論（第二四版、大正七年）三一一頁以下、宮本英脩・刑法大綱（昭和一〇年）九〇頁、牧野英一・刑法総論（昭和一五年）二四八頁。勝本勘三郎・刑法要論総則（大正二年）二二七頁以下のみが、その前提として、スポーツ行為に対する被害者の同意を要求する。

(60) 大場茂馬・刑法総論・下巻（大正六年）五四五頁以下。

(61) 大場・前掲総論・下巻五四五頁以下、宮本・前掲大綱一〇二頁以下、牧野・前掲総論二五三頁以下。

(62) 木村・前掲書三〇五頁以下。

(63) 木村・前掲書三三六頁以下。また、木村博士によれば、被害者の同意に基づく行為は三五条の正当行為にあたるという。

(64) 大場・前掲総論・下巻五四七頁、小野清一郎・新訂刑法講義総論（昭和二三年）一三三頁など参照。

(65) 木村博士の見解を嚆矢として、過失犯における被害者の同意が論じられたが、故意犯の議論と比較するならば付随的なものにとどまっていた（宮内裕・刑事法講座第一巻［昭和二七年］二一七頁以下、福田平「正当行為」団藤重光編・注釈刑法（二）のⅠ［昭和四三年］一一〇頁以下）。

(66) 平野龍一・刑法総論Ⅱ（昭和五〇年）二五六頁。もっとも、過失傷害に加えて過失致死でも同一視できるのか、また、どのような要件で結果の同意を認めるかは明らかでない。

(67) 山中・前掲平場還暦三三二頁以下。

(68) 山中・前掲平場還暦三四三頁以下。山中教授は、ドイツの判例について、被害者が自ら危険に立ち入ったことから安易に同意が認定されているとして、認識的要素だけでなく、意思的要素についても、厳密に認定すべきであるといわれる。

(69) たとえば、須之内克彦・刑法における被害者の同意（平成一六年）六二頁以下（初出、同「刑法における『自己決定』に関する一考」愛媛法学会雑誌三巻二号［昭和五二年］七三頁以下）、曽根威彦・刑法における正当化の理論（昭和五五年）

一四九頁など参照。また、医事法領域における患者の自己決定権については、唄孝一・医事法学への歩み（昭和四五年）三頁以下、町野朔・患者の自己決定権と法（昭和六一年）なども参照されたい。

(70) わが国では、刑法二〇二条が生命の放棄を禁止したとして、同意による正当化を認めない見解がある（山口・前掲研修五九九号四頁）。しかし、過失致死傷罪では、危険の引受けによって正当化を阻む明文の規定は存在しない（佐久間・事例解説現代社会と刑法［平成一二年］一〇三頁）。また、行為後に偶然に生じた結果の大きさによって、被害者の同意の有効性が左右されるならば、法的安定性に欠ける。むしろ、このような危険性の差異は、注意義務の具体的内容に解消されるであろう。なお、林幹人・刑法総論（第二版、平成二〇年）一七六頁も参照。

(71) 山口・前掲研修五九九号七頁、同・「『危険の引受け』論再考」刑事法学の現実と展開（齋藤誠二先生古稀祝賀論文集、平成一五年）九六頁以下。

(72) 井田・前掲刑法の争点（第三版）七九頁参照。

(73) 山口・前掲齋藤古稀九六頁以下。なお、山口・刑法総論（第二版、平成一九年）一七〇頁以下においては、過失犯の成立要件である注意義務違反が否定されるとの記述もみられる。

(74) 塩谷・前掲書三四八頁。危険の引受け事例では、危険な行為から侵害結果が発生しているため、被害者の同意が問題となる侵害行為と区別する基準が明らかにされなければならない。

(75) なお、林・前掲総論一七四頁参照。

(76) 林・前掲総論一五九頁以下、一六七頁、一七一頁以下。林教授は、被害者の同意が構成要件該当性を阻却するという立場をとっているため、本款において検討を加えた（林・前掲総論一六〇頁）。

(77) 林・前掲総論一七四頁以下。また、準同意説を支持する見解として、西田典之・刑法総論（平成一八年）一七五頁以下。

(78) 山口・前掲齋藤古稀九三頁以下。

(79) 山口教授は、このような理解を一種の形式論理であると批判される（山口・前掲齋藤古稀九三頁）。たしかに、結果を意欲した場合と危険に同意した場合で実際上の違いはあるが、蓋然性説をとる林教授の立場からは、認識された危険性の程度によって被害者の同意が左右されるのはやむをえないであろう。

(80) 林・前掲総論一七五頁。林教授は、故意を認めるためには、許されない程度に危険な行為の認識がなければならないとされる（林・前掲総論二四四頁）。

(81) 井田・前掲刑法の争点（第三版）七八頁以下。もっとも、個人の自己決定権は、必ずしも、社会的な有用性ないし積極的なプラスの価値をもつ必要はないとされる。

(82) たとえば、危険を伴う手術における医師の説明義務は、単に医学的なルールとして必要なのでなく、被害者が危険を正確に認識して手術を受ける自己決定の前提として必要なのである（町野・前掲書二三五頁以下、武藤眞朗「医師の説明義務と患者の承諾――『仮定的承諾』序説――」東洋法学四九巻二号［平成一八年］一八頁以下など参照）。

(83) 塩谷・前掲書二七〇頁以下。

(84) 井田・刑法総論の理論構造（平成一七年）一九二頁。

(85) 井田・前掲刑法の争点（第三版）七九頁、同・前掲講義刑法学・総論三四三頁以下。事前的な結果発生の可能性を検討する立場からは、危険の程度にかかわらず、危険な行為すべてを制限した場合、自己決定権を限定することになると指摘される。

(86) なお、井田・講義刑法学・総論（平成二〇年）三四〇頁。

(87) 奥村正雄「被害者による『危険の引き受け』と過失犯の成否」清和法学研究第六巻第一号（平成一一年）一〇五頁、十河太朗「危険の引受けと過失犯の成否」同志社法学五〇巻三号（平成一一年）三五三頁以下。

(88) 奥村・前掲論文一一五頁。わが国では、被害者の同意があっても、行為自体が公序良俗に反する場合には、社会的相当性が欠けるとして正当化を否定する見解が有力であり、危険の引受け論でも、これを適用したものがみられる。たとえば、大塚・前掲書四二一頁以下、佐久間・刑法総論（平成二一年）一九七頁以下、二〇一頁以下。最決昭和五五・一一・一三刑集三四巻六号三九六頁。

(89) 奥村・前掲論文一一六頁。

(90) 林・前掲総論一七五頁、塩谷・前掲書三四九頁以下。

(91) 塩谷「被害者の危険引受けについて」刑法雑誌四五巻二号二一頁。これに対して、近時、田坂晶「刑法における治療行為の正当化」同志社法学五八巻七号（平成一九年）二六三頁以下は、社会的相当性説の立場から、治療行為に付随する危

険を、危険の引受けにより正当化しようとする。

(92) Ulfrid Neumann, Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des „Opfers", JA, 1987, S. 248. 塩谷・前掲書一八五頁。

(93) 塩谷・前掲書三六九頁以下。被害者の自己答責性論については、山中・前掲書七〇八頁以下、松宮・前掲渡部古稀五二七頁以下、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、平成一〇年）七八三頁以下、増田豊「共犯の規範構造と不法の人格性の理論」法律論叢七一巻六号（平成一一年）一頁以下なども参照。

(94) 塩谷・前掲書二四二頁以下、三七一頁以下。もっとも、ドイツにおいても、このテーゼは疑問視されている（第二章第四節参照）。

(95) この「自己答責能力」は、刑事責任能力や民事上の行為能力とは異なり、危殆化される法益の種類や結果発生の可能性の程度について正しく認識・評価して、それに基づいて行動する能力を意味する。

(96) なお、塩谷教授は、「自己危殆化への関与」の事例において、被害者を利用した間接正犯を認めるためには、利用者の「支配性」や「危険性」、被利用者の「道具性」や「規範的障害」の程度などによって慎重に認定する必要があるという（塩谷・前掲書二四三頁、三七一頁以下）。しかし、被害者の優先的答責性がこの二つの間接正犯構造の差異を基礎づけるとしても、なぜそのように緩和された要件を導き出せるかは明らかでない。なお、島田・前掲クローズアップ刑法総論一四四頁以下参照。