



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	結果発生への被害者の過失的関与について（1）：被害者の自己答責性の原理を中心に
Author(s)	瀬川，行太
Citation	北大法学論集，63(5)，166[159]-126[199]
Issue Date	2013-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/51816
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR63-5_014.pdf



結果発生への被害者の 過失的関与について（1）

—— 被害者の自己答責性の原理を中心に ——

瀬 川 行 太

目 次

はじめに

第一章 被害者の自己答責性とは

第一節 概説

第二節 問題となる事例

第三節 小括

第二章 ドイツにおける被害者の自己答責性の議論

第一節 序論

第二節 判例の概観

第三節 被害者の自己答責性についての学説

第四節 判例と学説についての小括

第五節 社会的事象への適用例

第六節 被害者の自己答責性の適用が制限される場面

第七節 小括

（以上、本号）

第三章 日本における被害者の自己答責性の議論

第一節 序論

第二節 判例の概観

第三節 被害者の自己答責性についての学説

第四節 小括

第四章 検討

第一節 被害者の自己答責性の内在的問題点

第二節 内在的問題点の考察

第三節 被害者の自己答責性の外在的問題点の考察

第四節 被害者の自己答責性の認定要件

第五節 被害者の自己答責性の適用場面

おわりに

はじめに

我が国では法益主体が自己の法益を放棄し、その侵害に承諾を与える場合にはいわゆる「被害者の承諾」の問題として議論されてきた。そして、承諾により構成要件該当性が阻却されるのか、あるいは違法性が阻却されるのかという問題や、同意の有効性の問題などが違法性の本質における対立も反映されながら、検討されてきた。

しかし、従来の「被害者の承諾」の問題においては、そこでの考察対象は「故意犯」であることが前提であったように思われる。すなわち、「過失犯」における「被害者の承諾」という概念はあまり検討されてこなかったのではないかな。

現代社会においては高度の近代科学の発展により、航空機・高速道路・医療行為など我々の生命・身体に対して法益侵害の危険をもたらしうな行為が増え、それに伴って危険に晒される機会も格段に増えている。そしてそれは、（行為者・被害者としての両方において）我々が過失犯に関与する可能性が増大したことを意味する。とすれば、もし「過失犯」においても「被害者の承諾」という概念が観念しうるのならば、それは故意犯と同様に詳細に検討されなければならない問題といえる¹。

それでは、「過失犯における被害者の承諾」という概念は観念しうるのか。仮に観念できるとすれば、ある法益主体（被害者）が事前に危険を認識したが、あえてそれを引き受けて行為に出たところ、結果が発生した場合に、被害者側の事情が犯罪の成否にどのような影響を及ぼすかという問題が生じる。そしてこのようなことが問題になる場合は我々の日常生活において決して少なくないと思われる。ゆえに「過失犯」においても「被害者の承諾」は観念しうらと思

¹ このような指摘をするものとして、山中敬一「過失犯における被害者の同意」平場安治博士還暦祝賀『現代の刑事法学（上）』（有斐閣・1976年）332頁以下。

われる。

ここで「故意犯における被害者の承諾」と「過失犯における被害者の承諾」との違いに注意しなければならない。「過失犯における被害者の承諾」が問題になる場面では、被害者は確かに危険な行為を引き受けているので、その意味での「承諾」は存在するが、危険な行為から生じる結果についてまでは引き受けていないため、ここに「故意犯における被害者の承諾」との決定的な違いが生じる。

この点については違法性の本質論と密接に関係する²。すなわち違法性阻却のための同意の認識対象は「行為」で足りると考えれば、「危険の引受け」の場面において被害者は危険な「行為」については認識している以上、被害者の承諾は有効となる。他方で、違法性阻却のための同意の認識対象は「行為」だけでは足りず「結果」まで認識する必要があると考えれば、「危険の引受け」の局面において被害者は危険な「行為」については認識しているが、その危険な行為から生じる「結果」についてまでは認識していない以上、被害者の承諾は無効になる。

また、仮に危険な行為から生じる「結果」についても同意していた場合であっても、被害者の承諾に完全な違法性阻却の効果が認められていないため（刑法202条）、被害者の生命を侵害した行為者を不可罰とする結論は導きえないと思われる。

それでは行為無価値論的立場によれば「過失犯における被害者の承諾」も、従来の故意犯における「被害者の承諾」の法理で解決できるかというところではない。この見解によれば、最終的には行為が「社会的相当性」を有するか否かが問題になり、被害者側の事情（危険を認識したが、あえてそれを引き受けて危険な行為に出た）は社会的相当性を判断するための一要素にすぎないことになる³。例えば、競輪のマッチレースで一方の選手がカーブを曲がり切れず死亡し、相手方は生き残った場合を考えてみる。この見解からは、競輪は社会的に承認されたスポーツであり、そのルールの中での事故ならば、行為は社会的相当性を有するという結論に傾きがちであり、相手については犯罪不成立に

² このような指摘をするものとして、塩谷毅「危険の引き受け」ジュリスト増刊・刑法の争点（有斐閣・2007年）78頁。

³ このような指摘をするものとして、塩谷・前掲（注2）79頁。

なと思われる。つまりこの見解では被害者側の事情は二次的な意味しか持たないのである。

しかし、「過失犯における被害者の承諾」の場合は、危険を認識しつつ危険な行為に出るという被害者側の事情こそが重点的に考慮されるべきではないか。上述の競輪の事故の場合と例えば被害者側の主観的事情が全く同一の私人による自転車競走の事故の場合を比較した場合に、私人による自転車競走は社会的に承認されていないという理由だけで異なった法的判断をするのは妥当ではないと思われる。私人による自転車競走の場合であっても、被害者側が一定の条件を満たせば相手が不可罰となる余地は十分に存在しうるとと思われる。

ゆえに、「過失犯における被害者の承諾」の問題は従来の故意犯における「被害者の承諾」の法理では不十分なことが明らかになった。ところで、上述してきた「被害者が危険を認識しながらも、そのような危険な行為を行い、そこから結果が発生した」場合の問題を説明する際に、我が国ではそもそも「過失犯における被害者の承諾」という概念が用いられることはあまり少なく、「危険の引受け」という概念を用いて説明されることが多い。これはドイツ語の“Risikübernahme”や“Eingehung gewisser Risiken”という言葉が由来だと思われるが、この「危険の引受け」という概念自体は不明確なところも多い。「危険の引受け」という言葉だけを捉えれば、被害者が危険を引き受けたのならば、その危険行為から発生した結果についても引き受けている（同意している）との解釈も可能であるように思われる。

しかし、このような被害者側の事情は稀であり、ほとんどの被害者は結果発生については同意していない。それはやはり「危険の引受け」という概念が意図するところは、「危険を被害者が引き受ける」というよりも、「危険を被害者が冒す」という部分にあるためと思われる。敷衍すれば、「被害者が危険を冒すことにより、自ら危険へと入り込んでいく」ことにより、「結果発生に被害者が過失的に関与する」という点が「危険の引受け」という概念の核心部であると考えられる。

体系書などでは「危険の引受け」とは、被害者が危険を認識したがあえてそのような危険を引き受けて行為に出たところ、不幸にも結果が発生した場合などと説明されることが多い⁴。だが、「危険の引受け」を上述の様に「被害者が

⁴ 例えば、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣・2009年）342頁や、山中敬一『刑

危険へと自ら入り込んでいくことにより、結果発生に被害者が過失的に関与する場合」と考えると、結果発生への過失的関与の度合いは軽いのか重いのか、あるいは最終的な結果発生へと至る行為をしたのは「被害者」なのか「関与者」なのかなど、様々なケースが考えられる。

わが国では、ダートトライアル事件（詳細は第三章）をきっかけに「危険の引受け」という概念が検討されるようになったが、この事件は被害者が結果発生に過失的に関与するケースのほんの一例に過ぎない。従って、今一度「危険の引受け」という概念を再考すべきではないか。つまり「被害者が結果発生に過失的に関与する」場合にどのようなケースがあるかを考察する必要があると思われる。

それに加えて、「被害者が結果発生に過失的に関与する場合」、すなわち「危険の引受け」の問題をどのように解決すべきかについても問題が生じる。従来この問題に関しては様々な見解が主張されてきたが、その見解の一つに「被害者の自己答責性」というものがある。この「被害者の自己答責性」という見解は、我が国では詳細に検討がなされておらず、また多くの問題点を含んでいる（詳細は第四章）ことから、「危険の引受け」の解決策としては不十分であるとの指摘も多い。しかしなお、筆者はこの「被害者の自己答責性」という見解こそが「危険の引受け」の問題の本質的側面を浮き彫りにすることで妥当な結論を導き、我が国に有益な示唆をもたらすものと考えている。

本稿ではこのような問題意識の下に、「被害者が結果発生に過失的に関与する場合」としてどのようなケースがあるかを考察し、そのようなケースの解決策として本稿が適切であると考え「被害者の自己答責性」という見解がいかなるもので、またその問題点は何かについてを考察していく。その際、この自己答責性という見解が前述のようにドイツで主張されていたものであるから、ドイツにおける「被害者の自己答責性」の議論も参照しながら、検討を進めていきたい。なお便宜上、先に「被害者の自己答責性」という概念を検討し、その後「被害者の自己答責性」の適用が問題になる局面として、「被害者が結果発生的に過失的に関与する場合」を検討していくことにする。

第一章 被害者の自己答責性とは

第一節 概説

「被害者の自己答責性」(Die Selbstverantwortung des Opfers)⁵とは、被害者自らが積極的態度で危険行為に関与した場合は、当該危険行為から結果が生じたとしても、結果は被害者に帰属され、行為者には結果は帰属されないというものである。

論者によりこの「被害者の自己答責性」が認定されるための要件は異なる。しかし、この見解の根底に存在し、あらゆる論者に共通するものは、被害者が一度危険を冒す自由を選択し、危険な行為を引き受けた以上は、その引き受けた危険な行為から結果が発生したとしても、それはいわば「被害者の自己責任」であり、結果が発生しなければ何も言わないが結果が発生した場合に行為者のせいにして、結果を行為者に帰属させるのは正義に反するという禁反言的思想に基づいていると思われる⁶。ゆえに、行為者への結果の帰属は否定され、被害者に結果が帰属されるのである。

この「被害者の自己答責性」という概念は、それまではもっぱら行為者のみに照準を合わせていた従来の見解と異なり、あくまで行為者と被害者を「パラレル」に対置し、それぞれが各々の「答責領域」(Verantwortungsbereich)を有するということから出発する。行為者が被害者に属する法益を侵害すれば、その法益侵害結果は行為者の答責領域に帰属される。同様に、被害者が自己答責的に被害者自身の法益を侵害すれば、その法益侵害結果は第一次的に被害者の答責領域に帰属され、それに関与した第三者の答責領域には法益侵害結果は帰属しないのである。

このことは、我が国では以下のように説明されている。つまり、行為者が被

⁵ なお論者によっては自己答責性を“Eigenverantwortlichkeit”と表現するもの存在するが、Rainer Zaczyk, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993.S.3fでこのような区別に、特に意味はないのではないかとということが指摘されている。

⁶ 島田聡一郎＝小林憲太郎『事例から刑法を考える〔第2版〕』（有斐閣・2012年）314頁は、「危険の引受け」の問題に関して主張される様々な見解に共通する特徴として禁反言的思想を指摘するが、この思想は特に「被害者の自己答責性」の原理に顕著に見られるといえる。

害者の自己答責的な行為に関与するということは、行為者は構成要件該当性のない過失的な自損行為への過失的共犯となるので、総則の共犯規定は適用されず、またこのような行為態様を捕捉する各則の特別規定も存在しないことから行為者は不可罰となる。被害者の自己答責的行為の介入により行為者の正犯性が阻却されるのである⁷。

ところで「被害者の自己答責性」という見解はどのような経緯で、ドイツの判例で展開されてきたのであろうか。この点について、ツアツィクは以下のように分析している。ツアツィクは、「被害者の自己答責性」が問題になる場合として、「自殺関与」のケースと「自己危殆化」⁸のケースを挙げる。

まず「自殺関与」のケースにおいては、ドイツの判例では「関与理論」(Teilnahmeargument) が用いられてきた、とツアツィクは指摘する⁹。関与理論とは、自殺は構成要件に該当しない(Tatbestandslosigkeit)ことから、自殺に関与した者は可罰的でないとする理論である。つまり判例は、自殺関与のケースで、自殺関与者の不可罰性を根拠づけるために「自己答責性原理」ではなく、この「関与理論」を従来用いてきたとツアツィクは分析する。

一方「自己危殆化」のケースでは、判例は「過失犯論」や「同意論」の枠組みで処理してきたとツアツィクは分析する。例えば、有名なメーメル河事件(詳細は第二章の第二節で検討する)では、船頭の注意義務違反(Pflichtwidrigkeit)が問題にされていることから、従来の過失犯論の枠組みで検討されており、自己危殆化のケースにおいても判例において「自己答責性原理」は検討されていないことをツアツィクは分析する。

しかし、このような判例の傾向に変化が現れ、その変化の重要な転機となったのが、BGH JR 1979の事案であるとツアツィクは指摘する。BGH JR 1979の事案は以下の通りである¹⁰。

「被告人である医師は、麻薬中毒である患者に、中毒症状を防止するために

⁷ 詳しくは、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』(法律文化社・2004年) 374頁以下。また塩谷・前掲(注2) 79頁。

⁸ 「自己危殆化」とは、自己を危険にさらす行為を被害者自ら行う場合である。詳細は次節で検討する。

⁹ Zaczyk, aa.O. (Fn5), S.5f.

¹⁰ 詳しくは、Juristische Rundschau 1979, 429f.

モルヒネが含まれた５つのアンプルと５本の注射器を渡した。医師は患者に、中毒症状が生じるたびに１つのアンプルを１本の注射器に注入し、筋肉に注射するようにはっきりと指示した。しかしながら、患者は医師の指示に従わず、２つのアンプルを２本の注射器にそれぞれ注入し、２本を連続して自己の静脈に注射したため、死亡した。その結果、被告人である医師は過失致死罪（刑法２２２条）に問われた。」

この事案でBGHは、ルドルフィの見解¹¹を援用して、「自らを危殆化する者の、自由で完全に答責的な行為が、自己危殆化を可能にした者に帰属されうのかどうかということが検討されなければならない」と述べている。

なお判例が援用したルドルフィの見解は、以下のようなものである。

「自由で完全に答責的な自殺や自己侵害は、刑法２１２条又は刑法２２２条に該当しない。よって自由で完全に答責的な行為を可能にする行為も、刑法２１２条又は刑法２２２条に該当しない。そしてこの論理は、意識的な自己危殆化のケースにもあてはまらなければならない。すなわち、他者の自殺や自己侵害を故意に又は過失的に助長し促進することが禁止されていない者には、他者の自己危殆化を助長・促進することを禁止することはできないのである。」¹²

そしてBGHは、「自由で完全に答責的な行為が存在する場合には、その行為を可能にした者に結果が帰属されない場合が存在する」ことを認めた。しかし、本ケースでは「医師と患者という特殊関係」から医師には患者に対する「特別な注意義務」が課せられるとした。そして、医師が患者に対して「症状が生じるたびに１つのアンプルを用いて自己に注射せよ」と明確に指示していた場合であっても、麻薬中毒者である患者に５つのアンプルと注射器をまとめて渡したのは適切でなかったとして、被告人である医師には過失致死罪が認められ罰金刑が科せられた¹³。

このように見てくると、確かにBGH JR 1979の事案は「自己答責性」の原

¹¹ Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch 2.Aufl.vor § 1, RN79.

¹² BGHが判旨の中でこのような論理を展開した背景には、被告人である医師が上告理由で「自己答責的な行為に関与したにすぎない」ということを主張したためと推測される。

¹³ なおルドルフィは、JR, aa.O. (Fn10), 429fで、この事案においても被害者の自己答責性を認めるべきだったと主張している。

理は援用されず、結局従来のように過失犯の枠組みで処理されたケースといえる。しかしツアツイクがこのBGH JR 1979の事案を判例における一つの重要な転機と指摘したのは、BGHが判旨の中で述べた「自由で完全に答責的な行為が存在する場合に、その行為を可能にした者に結果が帰属しうのか」という部分に着目したためであろう。つまりBGHは「自己答責性」という言葉を用いてはいないが、このような思考方法はまさに「被害者の自己答責性」によるアプローチにはかならないと判断したためと推測される¹⁴。

そしてBGHが「自由で完全に答責的な行為が存在する場合には、その行為を可能にした者に結果が帰属されない場合がある」ことを認めたことを、いわば「被害者の自己答責性」の成立可能性を認めたと解釈することも可能であり、この点もツアツイクがBGH JR 1979を判例における転機とする理由の一つであろう。なぜならばBGH JR 1979以前の判例を見る限りでは、そもそも判例は「自己答責性」という概念を認識しているのかという点についても明確でなく、あくまで学者が主張している見解にすぎないとの推測も十分可能であったが、BGH JR 1979によりこのような推測は否定されることになるからである。

そしてツアツイクは、BGHSt32,262判決（いわゆるヘロイン注射事件）により「被害者の自己答責性」の原理が広まったと主張する（この事案の詳細は、第二章第二節で検討する）。この事案は自己危殆化の事案であるが、BGHが初めて「自己答責性」という言葉を用いて、被告人を無罪にした事案であろうと推測される。そして、このBGHSt32,262判決を契機に、自己侵害や自殺関与のケースにも判例において自己答責性の原理が援用されることになっていったとツアツイクは推測している。

以上から、「自己答責性」と判例の動きをまとめると以下のようなようだろう。ツアツイクによれば、BGH JR 1979決定以前は、判例は自殺関与領域においては「関与理論」、自己危殆化領域においては「同意論」や「過失論」が援用され、「自己答責性原理」が援用されることはなかった。しかしBGH JR 1979決定により、このような判例の傾向に変化が起こる。なぜならばこの事案は「自己答責性」という言葉こそ用いていないものの、一般的な自己答責性の成立可能性を認めたと解釈できるからである。そしてBGHSt32,262判決により「自己答

¹⁴ 論文中でツアツイクは、BGH JR1979が「自己答責性」との関係において重要な転機となる判例であるとする理由を詳しく述べていない。

責性原理」が援用され、「自己危殆化」のケースだけでなく「自己侵害」「自殺関与」のケースにも「自己答責性原理」が判例において援用されていくことになる。

それでは、この判例の傾向に変化があった時に学説はどのような状況であったのだろうか。この点については、1980年にキューパーが論文の中で用いた「不法論における被害者の再発見」（Wiederentdeckung des Opfers für die Unrechtslehre）というフレーズを指摘できよう¹⁵。論文中でキューパーは以下のように述べている。

「従来的見解では、フィナリスムスのもとで行為者の行為に重点が置かれてきた。しかし最近では、行為者側から被害者側へと重点を移動して当該問題を考察する動きが学説上見られる。被害者側へと重点を移動することにより、『犯罪行為は行為者だけでなく法益侵害を加えられる被害者にも属するのである』という刑法学のテーゼが浮き彫りになる。行為者から被害者への視点の転換は、不法の客観的構造特徴の明確な強調と正当化へと至ることになる。被害者側の事情を考慮せず、行為者側の主観的要素にのみ依存することでは当該犯罪行為の正当化には至らないのである。なぜならば、被害者も行為者の介入に対して許容する利害領域を持つという負担を有しているためである。このような被害者側への重点の移動は、『不法論における被害者の再発見』という言葉で要約できるのではないだろうか。」

つまりキューパーによれば、ドイツでは1970年代から1980年代にかけて行為者側の事情だけでなく被害者側の事情も考慮するという動きが学説において顕著に主張されていたことになる。このような学説の流れの中で、BGH JR 1979の判決とBGHSt32,262判決が出されたことになる。なお、キューパーの「不法論における被害者の再発見」というフレーズにより、犯罪成立検討過程において被害者に再び焦点が当たる契機となり、その結果「被害者の自己答責性」という見解を主張する論者が増えたのではないかとムーマンは推測している¹⁶。

それではまず、「被害者の自己答責性」を適用する前提となる「答責能力」（Verantwortungsfähigkeit）という概念を確認する必要がある。「答責能力」

¹⁵ Wilfried Küper, Entwicklung der Strafrechtswissenschaft, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1980, S.217.

¹⁶ Uwe Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2004, S.1.

とは、被害者が行為の危険性を認識し、その行為をすればどのような結果が発生するかを理解できる能力のことである。そもそも刑法においては、自己が他者を侵害する際には「責任能力」が問題になり、他者が同意を得て自己を侵害する際には「同意能力」が問題になる。そして、自己の法益を法益主体自らが侵害する際に問題となるのがこの「答責能力」なのだが、ドイツ刑法上（我が国もそうだが）「答責能力」についての規定が存在しない。

そこで、「被害者の自己答責性」が有力に主張されているドイツでは、「同意能力」についての基本的な考え方を「答責能力」に求めるか、「責任能力」についての基本的な考え方を「答責能力」に求めるかが問題になった。そして現在では「同意能力」についての基本的な考え方を「答責能力」に求める見解がドイツでは学説上有力であるとされている¹⁷。それは、「同意能力」についてのアプローチが、具体的状況下で自己の行為の意義や影響を把握できない人や、適切な理解に基づいて行動できない人の刑法的保護の必要性と適合性に関する一般的評価を含んでいるためと思われる。

この「同意能力」についての基本的な考え方を「答責能力」へと応用する見解によれば、「答責能力」は一定の年齢により判断されるのではなく、実際の弁識能力や判断能力に従って判断されることになる。つまり民法上の法律行為能力は要求されないことになり、明らかに弁識能力や判断能力を欠くとみられる幼児や精神分裂病患者については「答責能力」が否定されることになる。結局は法益侵害の本質・意義・効果を認識した上で行動することができるかが「答責能力」を判断する上で問題になるのである。

そして前述したように、「被害者の自己答責性」という見解はドイツで有力に主張されているものであるため、まず日本とドイツの条文構造の違いを把握する必要がある。ドイツでは、要求による殺人（囑託殺人）が刑法216条で処罰されるが、自殺教唆・幫助の自殺関与罪の規定が条文に存在しないため、処罰されない。つまり、自殺に関与したある行為者が正犯的に関与すれば行為者は処罰されるが、共犯的に関与すれば行為者は処罰されないで、「正犯」と「共犯」の区別は重要な意味を有する。ゆえに、ドイツでは正犯と共犯を識別する「被害者の自己答責性」という概念が有力に主張されていると思われる。

他方、我が国では同意殺人も自殺教唆・幫助も処罰されるので、行為者の関

¹⁷ Melanie Berkl, Der Sportunfall im Lichte des Strafrechts, 2007, S.153f.

与が正犯的であろうと共犯的であろうと差異はない。それゆえ、「正犯」と「共犯」の区別は詳細に論じられることはなかったのである。「被害者の自己答責性」についてのドイツの学説を参照するにあたっては、このような条文構造の違いという点に注意を払わなければならない。

ドイツでは「自己危殆化」「合意に基づく他者危殆化」のケースだけでなく、自殺関与罪が不可罰であるが嘱託殺人は可罰的である理由を説明する際にも、「被害者の自己答責性」という原理が用いられる場合がある。反対にわが国では、現状では「自己危殆化」や「合意に基づく他者危殆化」のケースにのみ「被害者の自己答責性」が問題になっているといえる。

なお「自己危殆化」や「合意に基づく他者危殆化」のケースにおいて、「被害者の自己答責性」との関係では、関与者が「故意的に関与する」か「過失的に関与するか」は重要でないことが指摘されている¹⁸。例えばドイツでは前述したように、自殺関与が処罰されていないことから、自殺に故意的に関与した者が不可罰ならば、自殺に過失的に関与した者も当然に不可罰であるという帰結が導かれる。この帰結の背後には、「故意行為」の方が「過失行為」よりも責任非難が大きいという前提が存在している。しかしこの論理は「自己危殆化」や「合意に基づく他者危殆化」のケースにはあてはまらない。なぜなら、危殆化のケースでは、被害者に「自己答責性」が認められるか否かが重要であるからである。つまり、「被害者の自己答責性」が認められるケースならば、故意的な関与者であっても不可罰であるが、「被害者の自己答責性」が認められないケースであれば、過失的な関与者であっても可罰的なのである。ゆえに、被害者の危殆化行為に故意的に関与した者が不可罰であったから、過失的に関与した者も当然に不可罰であるという帰結は導けないことになる。あくまで当該事象において「被害者の自己答責性」が認められるか否かが重要なのであり、その限りでは関与者の主観（故意か過失か）は意味を持たないことになる

第二節 問題となる事例

ここでは設例を立てて、「結果発生に被害者が過失的に関与する様々なケース」を紹介し、その上でそれらのケースへの「被害者の自己答責性」の適用可能性を検討する。もちろんこれらのケースは、「被害者の自己答責性」以外の

¹⁸ Tonio Walter, Leipziger Kommentar 12 Aufl.vor § 13.RN112.

他見解に依拠しても解決することはできる。しかし本稿は、前述のように「被害者の自己答責性」を適用することで妥当な結論を導けると考えているため、ここでは「被害者の自己答責性」を用いた解決策を検討していくことにする。他見解と自己答責性の原理との比較検討は第四章で行う。

設例①：BはAから度胸試しとしてオートバイ競争をしないかと持ちかけられ、Bは乗り気ではなかったが拒否してAからなめられるのも癪だったため、いっその機会にAに一泡吹かせてやろうと思いBはその競争を承諾した。夜中にオートバイ競争をした結果、Aは十分に速度を減速しなかったためカーブを曲がりきれず、転倒の結果死亡したが、Bは生き残った。

設例②：Cは帰宅途中に車を運転中の友人Dと出会った。その時Dは極度の酩酊状態にあり、そのことをCも認識していたが、Dが自宅まで送ってくれるというので、Cは「危険かもしれないが、大丈夫だろう」と思いDの車に乗車した。Dは運転中に事故を起こし、同乗していたCは死亡したがDは生き残った。

設例①は、被害者自身（設例ではA）が危険な行為を行い、それに関与した者（設例ではB）が存在し、運悪く結果が発生した場合に、生き残った関与者に結果を帰属させることができるか（具体的にはBに過失致死罪が成立するのか）という問題であり、このような場合を「自己危殆化」と呼ぶ。設例②では、被害者（設例ではC）が行為者（設例ではD）の危険な行為の実行を許し、それにより運悪く結果が発生した場合に、生き残った行為者（D）に結果を帰属させることができるか（具体的にはDに自動車運転過失致死傷罪が成立するのか）という問題であり、このような場合を「合意に基づく他者危殆化」という。

「自己危殆化」と「合意に基づく他者危殆化」の違いを決定づけるものは、最終的な結果発生へと至る行為を行った者が「被害者自身」なのか「行為者」なのかということである¹⁹。「被害者自身」が直接的に最終的な結果発生へと至

¹⁹ ドイツでは、Kindhäuser, Strafgesetzbuch 3 Aufl, vor § 13 RN214ffで被害者側に「行為支配」(Tatherrschaft)が存在する場合が「自己危殆化」であり、

る行為を行った場合が「自己危殆化」であり、「行為者」が直接的に最終的な結果発生へと至る行為を行った場合が「合意に基づく他者危殆化」である。その一方で「自己危殆化」と「合意に基づく他者危殆化」には共通事項も多い。既に指摘されているように、①行為者と被害者の危険性を有する共同行為により結果発生へと至ったこと、②行為者も被害者も結果発生を意欲していないこと、③被害者の不注意な関与、つまり過失的関与により結果が発生しているということである²⁰。

このうち、「被害者の自己答責性」との観点で重要なのは①と③である。例えば、行為者の一方的な行為により何の落ち度もない被害者に結果が発生している場合は、行為者に結果が帰属することに何の問題もない。しかし、被害者にも過失的とはいえ結果発生に寄与している場合には、直ちに行為者に結果を帰属させることができない事態が生じている。そこで、このような場合に、一定の条件を満たした場合（詳細は第四章）には危険を冒す自由を選択した被害者自身に結果が帰属するというのが「被害者の自己答責性」の見解である。

但し、ここで注意すべきことが二点ある。一点目は、被害者が結果発生に過失的に関与した全ての場合に「被害者の自己答責性」の原則が適用され、それゆえに被害者に結果が帰属し行為者は処罰されないというわけではないということである。そして二点目は、一見すると「自己危殆化」や「合意に基づく他者危殆化」のように見えるがそうではない事例が存在するということである。例えば以下の設例③～⑥を考えてみる。

設例③：Eは暴力団の先輩であるFから度胸試しとしてオートバイ競争をしないかと言われ、Eは内心は嫌だったがFから断るなら暴行を加えると言われたため、Eはやむなく同意した。夜中にオートバイ競争をした際に、Eは速度を減速しなかったためカーブを曲がり切れず死亡したが、Fは生き残った。

設例④：甲は友人の乙からオートバイ競争をしないかと言われ、甲はそんな危

行為者（関与者）側に「行為支配」が存在する場合は「合意に基づく他者危殆化」とであると説明されている。なお「行為支配」とは、「結果発生に至る当該事象の支配」を意味すると思われる。

²⁰ 塩谷・前掲（注２）78頁。

険なことをしたくなかったが、友人の乙からの頼みを断るのも悪いなと思いやむなく同意した。オートバイ競争中に、甲のオートバイはスピンしてしまい、甲は死亡したが、乙は生き残った。

設例⑤：Gは新しいオートバイを購入したので、友人のHにオートバイ競争を持ち掛けHは同意した。競争中に、Gがブレーキを踏もうとしたところ、実はGが購入したオートバイにはブレーキに欠陥があったため、ブレーキが効かず減速できなかったため、Gはカーブを曲がり切れず転倒し死亡したがHは生き残った。

設例⑥：友人同士であるIとJは、休日に雪山登山をするためにある山のおもとにやってきた。雪山登山コースの入り口には、「本日は雪崩の恐れがあるため閉鎖します」との看板が立っていたが、まあ大丈夫だろうと思い、IとJは雪山登山を開始した。その結果、雪山登山の途中で雪崩が発生し、Iは死亡したがJは生き残った。

設例①と設例③を比較してみる。両事例共に、被害者が危険な行為にあえて自己をさらした「自己危殆化」の例であり、結果発生に被害者が過失的に関与している。しかし、その過失の度合いは大きく異なる。設例①においては、Aは自分からBにオートバイ競争を持ちかけているが、設例③ではEはFからオートバイ競争を強制されている。つまり、設例①では被害者であるA自身が積極的に事象においてイニシアティブを執っているためAの結果発生に対する過失は存在するが、設例③では被害者であるE自身は全く事象において積極的にイニシアティブを執っておらず危険な行為を強制されているためEの過失はほぼ存在しないといえる。この場合に、「被害者Eの自己責任」ゆえに行為者Fは処罰されないというのは明らかに不当である。ゆえに、設例③の場合には、「被害者の自己答責性」の原則は適用されないのである。

設例③の帰結としては、被害者Eにオートバイ競争を受けるしか選択肢がないと思込ませるほど関与者Fの強製の度合いが強い場合には、Fに脅迫罪と殺人罪が成立することになる。他方でFの強製の度合いがそこまで強くない場合には、Fに脅迫罪と自殺関与罪が成立することになる。

次に設例①と設例④を比較してみる。設例①では、被害者Aが自分から関

与者Bにオートバイ競争を持ち掛けているのだから、そこでは被害者Aの事象における積極的態度が認定できる。他方、設例④では被害者甲はオートバイ競争を持ち掛けてもいないし、甲自身は内心はそのような危険なことはしたくなかったのである。この点、「自己危殆化」の場合は「合意に基づく他者危殆化」の場合と異なり、被害者自身が結果発生へと至る行為を行っているのだから、「被害者の自己答責性」を認定するための「事象における被害者の積極的態度は通常は認定できる」との見解が支配的である²¹。このような見解によれば、設例④においても確かに設例①のような被害者の積極的態度は認められないが、被害者甲にはオートバイ競争を断るという選択肢も存在したのであり、その上でオートバイ競争をするという選択をした以上、被害者甲には事象における積極的態度が認められるという結論に至ると思われる。

しかしそもそも、「被害者の自己答責性」の原理とは、被害者が自らの積極的態度により危険行為に関与した場合は、そこから生じた結果は被害者自身に帰属され、その結果共犯となる関与者は処罰されないというものである。設例④程度の被害者の積極性で「被害者の自己答責性」が認定されるとすれば、それは実質的に被害者が事象に過失的に関与した場合全てに「被害者の自己答責性」が適用されることとなり、却って処罰範囲が狭くなり妥当な結論が導けないと思われる。

設例④では関与者乙が被害者甲を危険な行為に誘引しているため、被害者甲の自己責任ゆえに乙は処罰されないというのは不当である。ゆえに設例④に「被害者の自己答責性」は適用できない。このようなオートバイ競争事例において「被害者の自己答責性」の認定要件である「事象における被害者の積極的態度」を認定するためには、「被害者が自分から危険行為に関与者を誘引した」という事情が必要である。反対に、被害者が関与者から危険行為に誘引された場合には「行為者と同程度の事象における被害者の積極的態度」が自己答責性の認定要件として必要であると考ええる。

次に設例⑤を検討する。この事例は、被害者Gが自分からHに危険なオートバイ競争を持ち掛けているため危険な行為に自己をさらし、その危険行為から結果が発生した以上「自己危殆化」であるように思える。しかしこの場合に最終的な結果発生へと至る要因となったのは、危険なオートバイ運転によるも

²¹ このような見解として、塩谷・前掲（注7）373頁。

のではなく、オートバイのブレーキの欠陥である。ゆえに、Gが購入したオートバイ販売店の「管理過失」が問題となるのであり、「自己危殆化」は問題とならないのである。これを敷衍すれば、「自己危殆化」や「合意に基づく他者危殆化」のケースとは、その危険行為に内在する危険が実現へと至った事例なのであり、外部から持ち込まれた危険が実現された事例とは区別されるべきで、設例⑤においてはそもそも「被害者の自己答責性」を適用することはできないのである。

続いて設例⑥を検討する。この事例は、被害者Iが危険な雪山登山にあえて自己をさらした結果、天候が悪化し雪崩に襲われて死亡してしまったので、一見すると「自己危殆化」の事例のように思える。しかし、最終的に結果発生へと至る要因となったのは「雪崩」という不可抗力によるものであり、被害者I自身による行為ではないし、むしろ行為者は存在しない。「最終的な結果発生へと至る行為を行った者が被害者自身か行為者自身か」というメルクマールを「自己危殆化」と「合意に基づく他者危殆化」の区別基準とするならば、設例⑤は「自己危殆化」でもないし「合意に基づく他者危殆化」でもない。

言わばこのようなどちらにも分類できないケースは、「被害者と第三者が共同で結果発生に関与するケース」と言える。このようなケースは他にも存在する。例えば以下の設例⑦を考える。

設例⑦：KとLは恋人同士であり、LがHIVに感染していることをKは知っていた。KはLとの避妊具を装着せずに性行為を行った結果、KはHIVに感染してしまった。

この設例⑦も、「被害者と第三者が共同で結果発生に関与するケース」といえる。なぜならば、被害者Kの行為に焦点を当てれば、危険を認識しながらもあえて自己を危険行為にさらした被害者Kの「自己危殆化行為」と捉えることが可能である。反対に第三者Lの行為に焦点をあてれば、第三者Lによる「合意に基づく他者危殆化」とも捉えられる。つまり「最終的な結果発生へと至る行為を行ったのが被害者自身か行為者なのか」というメルクマールを「自己危殆化」と「合意に基づく他者危殆化」の区別基準とする限り、この設例⑦も「自己危殆化」でも「合意に基づく他者危殆化」でもなく、「被害者と第三者が共同して結果発生に関与するケース」であると考えられる。

その一方で「被害者の自己答責性」が適用できない設例③・④・⑤とは異なり、設例⑥・⑦のような「被害者と第三者が共同して結果発生に関与するケース」においても「被害者の自己答責性」は適用できると考える。「自己危殆化」や「合意に基づく他者危殆化」に分類できないから、「被害者の自己答責性」が適用できないわけではないのである。それはあくまで、「被害者の自己答責性」が問題になるのが「自己危殆化」や「合意に基づく他者危殆化」のケースが多いということだけであり、被害者がある一定の条件を満たせば「被害者の自己答責性」は適用できると本稿は考える。「自己危殆化」や「合意に基づく他者危殆化」というケースはあくまで「被害者の自己答責性」を適用する際の典型的な局面にすぎず、重要なのは「危険を認識しながらあえて危険に身をさらした被害者側の事情」が存在したか否かである。それでは、「被害者の自己答責性」を適用するための「被害者側の事情」とは何であるのかが問題になるが、それについては第四章で考察する。

なお、学説上は被害者が結果発生へと過失的に関与するケースについて総論的にしか論じられておらず、「レジャー」、「スポーツ事故」、「医療行為」のような社会的事象についての各論的な類型化については行われていない。本稿もそのような類型化を行わないが、ドイツにおいてスポーツ事故について各論的に論じた文献があり、被害者の自己答責性を適用する一つの例として参考になると思われるので、それについては第二章で検討することとする。

第三節 小括

以上、「被害者の自己答責性」の基本的概念や沿革を考察し、その適用が問題になる局面を検討してきた。そして本章では、以下の２点が明らかになった。

- ①「被害者の自己答責性」は、被害者が結果発生に過失的に関与した全ての類型に適用されるわけではない。本章設例③のような「被害者が危険行為に関与者から強制された場合」や、本章設例⑤のような「当該行為に内在していない危険が現実化した場合」には「被害者の自己答責性」を認めることはできない。
- ②「被害者の自己答責性」が問題になる局面として従来は「自己危殆化」と「合意に基づく他者危殆化」という２つの類型が考えられてきたが厳密にはその分類は不正確であると思われ、「自己危殆化」、「合意に基づく他者危殆化」の他に「被害者と第三者が共同して結果発生に関与するケース」、「社会的事象」を

加えた4つの局面が存在する。(但し社会的事象についての各論的考察については、本稿では扱わない。)

それでは、この上述した2点を踏まえて「被害者の自己答責性」が認められるための具体的事情は何なのであろうか。そしてこの具体的事情は「自己危殆化」、「合意に基づく他者危殆化」、「被害者と行為者が共同して結果発生に関与するケース」という3つの局面に応じて異なるのであろうか。そこでこれらの問題を考えるにあたり、日本とドイツの「被害者の自己答責性」についての議論が参考になると思われるので、次章以降において検討を行うことにする。

第二章 ドイツにおける被害者の自己答責性の議論

第一節 序論

ドイツにおいては、「自己危殆化」や「合意に基づく他者危殆化」の判例が多く存在するために、被害者の自己答責性が問題となる局面は多い。また前述したようにドイツ刑法では要求による殺人は処罰されるが自殺関与罪の条文は存在しないことから、他人の自殺を教唆・幫助する行為の不可罰性をどのように説明するかにあたり、「被害者の自己答責性」を援用する見解²²も存在する。

またムーマンが指摘したように、ドイツではキューパーが1980年に「不法論における被害者の再発見」(Wiederentdeckung des Opfers für die Unrechtslehre)という概念を主張して以来、被害者の自己答責性に関する議論が盛んになったという背景も存在する。判例が自己答責性の原理に依拠するようになったのもこの時期である。そこで、以下ドイツにおいて自己答責性が問題になる判例²³や、最近の自己答責性に関する学説を検討することとしたい。

第二節 判例の概観

①メーメル河事件 (RGSt57,172)

²² Uwe Hellmann, Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung, in Festschrift für Claus Roxin, 2001, S.285f.

²³ なお本稿で取り上げる判例を検討したものとして、塩谷・前掲(注7)247頁以下。

【事実の概要】

舟の船頭である被告人に対して、二人の乗客が渡河を要請したが、その当時天候が悪く舟を出せば乗客らに転覆するなどの危険が及ぶ可能性があった。このような事情を船頭である被告人は認識していたので乗客らに指摘したが、それでもなお乗客らは渡河を望んだため、被告人はこれを承諾した。そして被告人が乗客らと共にメーメル河を渡河したところ、舟は高波にのまれて転覆し二人の乗客は死亡した。しかし船頭である被告人は生き残ったために、被告人は刑法222条の過失致死罪に問われた。

RG は以下のような論理で被告人に対する過失致死罪の成立を否定した。「メーメル河の増水により渡河が危険であることを被告人は認識していた。しかし被告人がこのことを認識した上で舟を出したという行為は、直ちに被告人の義務違反という過失を基礎づけるものではない。このような行為は、事情によっては義務に適合する場合もある。例えば医者が義務として行わなければならない数多くの手術は、患者の生命の危険と結びついているが、これは義務に適合する行為である。本件において、渡河は二人の乗客の望みに応じて行われたものであり、乗客らは分別ある成人で、被告人と同じ程度に危険を認識していた。そして被告人が渡河の危険性について乗客らを欺いたという事情や、個人的な利害のために乗客らの要請に応じたという事情が存在したわけではない。ゆえに被告人の行為は義務違反的なものとはいえない。」

【検討】

本判決は、前述したツアツィクの分析にもあったように、判例が自己答責性という概念を援用する以前の事件である。ゆえに、RG は「自己答責性」という概念を用いずに、船頭が舟を出すという行為が「義務違反的か否か」という点に着目し、通常の過失犯の枠組みで当該事件を処理している。

しかし、RG が重視した要素は、「被害者の自己答責性」の原理が考慮する要素と重なっている。「乗客が適切に渡河の危険性を認識した」という点は「被害者の自己答責性」の要件の一つである「被害者が当該行為の適切な危険判断を行った」という点と同じである。また「被告人が乗客に渡河の危険性を強く指摘した」という点も、「関与者の方が被害者よりも優越的知識がある場合に、関与者に当該行為の危険性についての説明義務が求められる」と「被害者の自

己答責性」を主張する見解に関連する²⁴。本件は被害者である乗客らが船頭から舟を出すことの危険性を指摘されても、なお舟を出すことを要請したのであるから「事象における被害者の積極性」も認められ「被害者の自己答責性」が認められた事案であるといえる。ツアツイクも、本件事案は、まさに「自己答責性」という概念の必要性が明白になる事件と位置づけている²⁵。

なお本件は、一見すると「合意に基づく他者危殆化」のケースに思われる。しかし最終的な結果発生の要因は「天候の悪化」であるから「合意に基づく他者危殆化」のケースではなく、本稿の立場からは「被害者と行為者が共同して関与するケース」であるといえる。

またドイツのような「行為支配」を「自己危殆化」と「合意に基づく他者危殆化」とのメルクマールにする立場からも、本件の「舟の転覆」という結果が「天候の悪化」という制御不能な要素に起因するため、船頭である被告人が結果発生を防止することは不可能である。ゆえに、「行為支配」を被告人側に認めることができない以上、本件を「合意に基づく他者危殆化」に区分することはできないであろう。

②ヘロイン注射事件 (BGHSt32,262)

【事実の概要】

麻薬常習者である被告人は、同じく麻薬常習者である友人から「自分はヘロインを持っている」と告げられた。友人は強度な麻薬の中毒者として有名で、自分で注射器を調達することはできなかった。そこで被告人はヘロインを注射するために使い捨て注射器を三つ用意した。レストランのトイレで友人は、二つの注射器に沸騰した多量のヘロインを注入し、そのうちの一つの注射器を友人に渡した。被告人と友人は各自でカフェインが混入されたヘロインを注射し、両者は意識を失った。友人は死亡したが被告人は生き残ったために、被告人に刑法222条の過失致死罪が成立するか否かが問題になった。

BGHは以下のような論理で被告人に対する過失致死罪の成立を否定した。「危殆化と共に意識的に引きうけられた危険が実現した場合に、自己答責的に望まれ実現された自己危殆化は、傷害罪及び殺人罪の構成要件には該当しない。

²⁴ 塩谷・前掲（注7）371頁以下。

²⁵ Zaczyk, a.a.O. (Fn5), S.4f.

自己危殆化を可能あるいは誘発する行為も、可罰的ではない。本件で被告人は友人の自己答責的に望まれた自己危殆化に関与したにすぎない。ゆえに、被告人の関与により友人の死の原因に寄与したとしても、過失致死の罪責を負うべきではない。但し、関与者が自己を危殆化する者よりも優越的知識を有する場合には、可罰性が生じるのである。」

【検討】

前述のツアツイクの分析にもあったように、本判決は「被害者の自己答責性」の原理に依拠した最初の判例であり、この BGHSt32,262以後、判例は「自己答責性」という概念を援用するようになることから、本判決は「自己答責性」の原理との関係では、重要な意味を有する。

また本事件は刑法上の罪は成立しなかったが、麻薬関連の特別法上の罪は成立したケースである²⁶。このことから、麻薬譲渡のケースは「被害者の自己答責性」が認められてもなお関与者は可罰的ということになる。そして本判決以後、判例はこの麻薬譲渡のケースに、「被害者の自己答責性」を認めていないことが、指摘されている²⁷。このことから、学説においても麻薬譲渡のケースは「自己答責性の原理」の例外事例として位置づけられることになるが、この点については本章第六節で詳細に検討することにする。

この指摘を踏まえた上で、本事例で「被害者の自己答責性」が認められるかを検討すると、被害者は「自分はヘロインを持っている」と発言していることから、被害者自ら危険へと赴いていることがわかる。そして自由意思により被害者自らヘロインを注射していることから、「被害者の自己答責性」を認めることができると思われる。

なお被害者が麻薬常習者であることから、「被害者は当該行為の有する危険性について適切な判断ができない」、すなわち答責能力が否定されるために「被害者の自己答責性」を認めることができないとする見解もある。しかし BGH

²⁶ 麻酔剤法30条1項3号：「麻酔剤を譲渡し、他者に投与し、あるいは直接の使用に委ね、それによって死を不注意にも引き起こした者は、二年以上の自由刑に処す」

²⁷ Kindhäuser, aa.O. (Fn19). RN133f では本判決以後、自己答責性を認めなかった判例として、BGHSt 37, 179が挙げられている。

はこのような判断をすることなく、「被害者の自己答責性」を認めた。そしてこのような BGH の決定は妥当であると思われる。この点については、本稿における「被害者の自己答責性」の認定要件に関わるので第四章で検討する。なお本件については被害者である麻薬常習者が自分でヘロインを注射しているのだから、「自己危殆化」のケースであるといえる。

③ HIV 感染未遂事例 (NSStZ,1990,81)

【事実の概要】

被告人は医者から自分が HIV に感染していることを聞かされ、医者は、性行為の際の感染可能性について被告人に警告していた。被告人は自分の恋人に対し、避妊しない性行為の危険性、感染の致命的結果、治療可能性の欠如についても注意していた。しかし、恋人は避妊しない性行為を懇願していた。被告人は当初これを拒否していたが、最終的には恋人の懇願に応じ、避妊しない性行為を数回行った。恋人に感染の事実は認められなかったが、被告人の行った避妊しない性行為が危険性を有するため、危険傷害罪の未遂 (旧刑法223条 a) の成否が問われた。

BayObLG は、以下のような論理で被告人に対する危険傷害罪の未遂を否定した。「重要な事は、被告人が HIV に感染していた事ではなく、被告人の恋人が感染の危険を理解し、認識した上で避妊しない性行為を自ら望んだ事である。被告人は被害者 (恋人) の自己答責的に望まれた自己危殆化行為に関与したにすぎないのだから、被告人に危険傷害罪は成立しない。」

【検討】

本件では、「自己答責的な自己危殆化への関与」は不可罰とされており、まさに「被害者の自己答責性」を判例が適用した事案といえる。本稿の立場からは、本件は「被害者と関与者が共同して結果発生に関与するケース」といえる。なおドイツのように「行為支配」を「自己危殆化」と「合意に基づく他者危殆化」のメルクマールとする立場からは、HIV 感染のケースは「自己危殆化」と「合意に基づく他者危殆化」の限界事例と位置づけられることが指摘されている²⁸。

²⁸ Kindhäuser, aa.O. (Fn19), RN217.

「被害者の自己答責性」との関わりでは、被告人の彼女である被害者が、被告人から避妊具を用いない性行為についての危険性を指摘されたにも関わらず、それでもなお恋人である被害者自身が避妊具を装着しない性行為を被告人に望んだという事情が存在する。ゆえに「事象における被害者の積極性」、「被害者の適切な危険認識」が存在することから、本決定の様に「被害者の自己答責性」が認められる事案であるといえよう。

第三節 被害者の自己答責性についての学説

ここでは被害者の自己答責性についての学説を概観する。なおここでは従来の学説を踏まえて最近の学説を検討する²⁹。

①ヘルマンの見解³⁰

ヘルマンは、メーメル河事件で判例が展開した「被害者が関与者と危険を同じ程度で認識しており、さらに被害者が自分の行為に対して責任がある場合に、関与者の注意義務違反が否定される」とする見解に疑問を呈する。メーメル河事件でRGは「船頭が乗客らの要請のためにやむなく舟を出す」という危険な行為の遂行それ自体が、当該行為に内在する危険性ゆえに直ちに義務違反行為とはならないとした。いわばこの見解は、過失犯における注意義務違反を考慮することにより「危険の引受け」のケースを検討するものといえる。

しかしヘルマンは、RGとは異なり、「危険な行為の遂行それ自体」に本来の注意義務違反が存在すると考える。そしてメーメル河事件においても、「天候の悪化の恐れのある中で船頭が舟を出す」という行為の遂行それ自体がやはり注意義務違反行為であるとする。その上で当該危険行為の遂行自体が注意義務違反行為であるとしても、なおこの見解では、「自己危殆化」や「合意に基づく他者危殆化」のケースにおいては妥当な結論を導くことはできないと考えている。その理由としてヘルマンは、なぜ被害者の自己危殆化行為が介入することにより、関与者の客観的な注意義務違反が否定されるのかについて何ら説得的な論証はなされていないことを指摘する。なぜ被害者の自己危殆化行為の

²⁹ 従来の学説として Zaczyk, aa.O. (Fn5), S.18f. や Herbert Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S.1f. があり、これらを検討したものとして塩谷・前掲（注7）313頁以下。

³⁰ Hellmann, aa.O. (Fn22), S.281f.

ために、原則として法的に許されない危険がその違反性を失うかについての検討が説明であるとヘルマンは主張する。

また、「許された危険」や「社会的相当性」の理論も「危険の引受け」の問題に抽象的なレベルで答えているにすぎず、妥当な解決策ではないとする。そこでヘルマンは、「客観的帰属論」を用いることにより「危険の引受け」の問題を解決できると考えている。その理由として、ヘルマンは以下の点を指摘している。

『合意に基づく他者危殆化』の場合で、被害者は軽率で楽観的に結果は発生しないと考えているが、関与者（行為者）は慎重であり結果が発生するかもしれないと考えていたケースを考える。このケースで結果発生のために関与者（行為者）だけを処罰することは不合理である。なぜならば結果が発生しないだろうと楽観的に考えていた関与者のほうが、結果が発生するかもしれないと慎重に考えていた関与者（行為者）に比べてより大きな危険を被害者に対して創出しているのである。ゆえに、慎重な関与者と軽率な関与者を法的に同等に扱うことが必要である。このように考えると最終的には被害者側の事情が、『合意に基づく他者危殆化』において意味を持つのである。

つまりヘルマンは、「関与者が慎重であり結果が発生するかもしれないと考えていたが、それでもなお当該危険行為を行った」という事情を、関与者の可罰性を肯定する要素として捉えるのではなく、可罰性を否定する要素として捉えているのである。従来であれば、関与者が当該行為に内在する危険を適切に認識していたのであれば関与者は当然そのような危険行為を行わないはずであり、それでもなお当該危険行為を行うのであれば、それはいわば関与者が故意に（vorsätzlich）被害者を危殆化していることになるので、結果が発生した場合に当然関与者は可罰的であるという見解が支配的であった。しかしヘルマンはこの点に異議を唱えている。

例えばメーメル河事件において、慎重な船頭の場合と軽率な船頭の場合の二つのケースをヘルマンは掲げる。但し、両事例共に乗客らを死亡させてしまった場合とする。確かに両事例は最終的に天候が悪化し乗客らを死亡させるという結果が発生している点では共通しているが、乗客らに対する危険の創出という点では慎重な船頭と軽率な船頭は異なっていることをヘルマンは指摘する。なぜならば、慎重な船頭は結果を発生させないことに努めているが、他方で軽率な関与者は天候が悪化するかもしれないということを認識していないために

結果防止のための措置を何も行っていないからである。ゆえに慎重に行爲した関与者は故意的に被害者に対する危殆化行爲を行ったから可罰的で、軽率に行爲した関与者は過失的に被害者に対する危殆化行爲を行ったから不可罰であるという結論を避けるために、両者を同等に扱うことをヘルマンは主張する。

そしてこのことは、格闘技において特に顕著であるとヘルマンは指摘する。すなわち、相手に致命的になるような行爲を行うことを避けて格闘技を行う慎重な者と、そのようなことを考慮せずに相手に対して致命的になるような危険な行爲を行うことも構わないと考えて格闘技を行う軽率な者を比較して両者共に相手を死亡させてしまった場合に、慎重に格闘技を行う者を処罰することは妥当でないことから明らかであるとヘルマンは説明する。

そこでヘルマンはこのような不都合を回避するために「客観的帰属論」の一つである「被害者の自己答責性」の原理を用いることで、「合意に基づく他者危殆化」だけでなく「自己危殆化」の問題においても妥当な結論を導くことができると考える。

まず「自己危殆化」の問題については、ヘルマンは自殺関与と嘱託殺人を例に挙げて説明する。つまり自殺関与は不可罰だが、嘱託殺人は可罰的である両者の区分根拠について「最終的な結果発生へと至る主要行爲を行ったのが被害者なのか行爲者なのか」という基準ではなく、「被害者の自由答責性」の有無こそが基準であると考え（Freiverantwortlichkeit）。なぜならば、被害者自身が最終的な結果発生へと至る行爲を行っていても、強制や錯誤の場合にはなお関与者を処罰すべきであり、強制や錯誤の場合には、「被害者の自由答責性」が欠如するために可罰的であるとヘルマンは考えているためである。

なおここでヘルマンが掲げる「被害者の自由答責性」とは、被害者が事象において自由意思で（強制や錯誤がない状態で）当該危険行爲を行うことを意味すると思われる。ゆえに被害者が自由答責的に行爲した場合には「被害者の自己答責性」が認められ関与者は不可罰であるが、被害者に自由答責的に行爲していない場合には「被害者の自己答責性」は認められず関与者は可罰的である。

そして「合意に基づく他者危殆化」の問題にも、ヘルマンはこの論理を適用する。つまり従来の見解は、「合意に基づく他者危殆化」の場合は被害者ではなく関与者自身が主要な行爲を行っているのだから関与者は可罰的であると考えていた。しかし重要なのは「主要行爲を行ったのは被害者なのか関与者なのか」ではなく、「被害者が自由答責的に行爲したか否か」であるとヘルマンは

考えている。そして「被害者が自由答責的に行為した」という要件に加えて、「被害者が関与者と同程度に事象を支配している」という要件が満たされることにより、「被害者の自己答責性」が認められる。

従来「合意に基づく他者危殆化」の場合には、関与者が危険行為を行っているために関与者に事象支配が認められるとの見解が多かった。その理由として「関与者が構成要件的结果へと至る行為を掌握している」点を重視しているとヘルマンは指摘する。

しかしヘルマンはこの点を問題視する。被害者側に「当該行為の有する危険についての適切な評価」と「自由意思」が存在するならば、関与者側の事象支配の優位性は何ら確立されていないとヘルマンは考えるためである。なぜならば危殆化行為を行う側（関与者側）の慎重な振る舞いにも関わらず結果発生の原因となる要素を回避できないことは、危殆化行為を行う側（関与者側）が事象を全く支配していないことが示されるからであるとヘルマンは説明する。

そしてこのような関与者の事象支配が確立されていない例として、ヘルマンはメーメル河事件を挙げる。一見するとこの事件では船頭に事象支配が存在するように思われる。しかし船頭の慎重な振る舞いにも関わらず自然の脅威に起因する危険を回避することはできなかったのだから、事象支配という点において両者（船頭と乗客）に差はないことになる。むしろ乗客達は船頭と同じ程度で事象を支配し、かつ自由答責的に行為したのであるから「被害者の自己答責性」が認められ、船頭は不可罰であるとヘルマンは説明する。

さらに関与者の事象支配が確立されていないケースとして、健常人とHIVに感染した人との避妊具を用いない性行為を挙げる。このケースでは健常人もHIVに感染した人も結果発生に対する行為の寄与は同じであるために、両者は事象支配という点では差がない。ゆえに健常人は感染者と事象を同じ程度で支配し、かつ自由答責的に行為したのであれば、結果的に健常人がHIVに感染した場合、「被害者の自己答責性」が認められ結果の客観的帰属は否定されることになる、とヘルマンは説明する。

【検討】

「自己危殆化」の場合には、被害者自身が危険行為を行っているから「自己答責性」が認められ関与者は不可罰という結論は是認できるとしても、「合意に基づく他者危殆化」の場合には関与者がまさに危険行為を行っているのだから

ら「被害者の自己答責性」の原理によっても関与者は可罰的にならざるを得ないため、「危険の引受け」の問題の解決策として「被害者の自己答責性」は不適切ではないかと指摘されてきた。

ヘルマンはこの批判に疑問を呈し、「自己危殆化」や「合意に基づく他者危殆化」のケースにおいて重要なのは「主要行為を行っているのは被害者なのか関与者なのか」ではなく、「被害者の自由答責性」と「被害者と関与者の事象支配の程度」であることを指摘している。

「被害者の自由答責性」を検討するにあたっては「被害者側に錯誤や強制が存在しなかったか」という要素を考慮する。また「被害者と関与者の事象支配の程度」を検討するにあたっては、「関与者が結果発生時に法益侵害の原因となる要素を回避できたか」という要素を考慮する。関与者が法益侵害の原因となる要素を回避できたのであれば、事象支配は関与者に認められることになる。反対に関与者が法益侵害の原因となる要素を回避できなかったのであれば、たとえ当該危険行為を行っているのが行為者である「合意に基づく他者危殆化」のケースであっても、関与者に事象支配は認められないことになる。

ゆえに被害者が「自由答責的」に危険行為を行い、「関与者と同程度以上の事象支配」が被害者側にも存在すれば、「合意に基づく他者危殆化」のケースにおいても「被害者の自己答責性」が認められるとヘルマンは考えている。

このヘルマンの見解は、「自己危殆化」と「合意に基づく他者危殆化」で同じ要件を満たせば「被害者の自己答責性」を認める点に特徴があるといえる。従来の「被害者の自己答責性」を主張する学説では、「合意に基づく他者危殆化」と「自己危殆化」は異なるために、「合意に基づく他者危殆化」のケースで「被害者の自己答責性」を認めるためには、更なる付加的要件を課す場合もあった。しかしヘルマンは「事象支配」という点に注目すれば、「自己危殆化」と「合意に基づく他者危殆化」を異なって扱う必要はないことを指摘している点で、従来の自己答責性の学説とはやや異なるといえる。なお、このヘルマンの見解とわが国の議論との関係は第四章で考察する。

②ムーマンの見解³¹

ムーマンは前述のヘロイン注射事件を次のように分析する。本件では「自己

³¹ Murmann, aa.O. (Fn16), S.534f.

答責的に望まれ実現された自己危殆化は構成要件に該当しないために、自己危殆化への意識的あるいは過失的な関与も不可罰である」という「関与理論」(Teilnahmeargument)を判例は展開した、とムーマンは指摘する。

しかし、この判例の関与理論による説明にムーマンは疑問を呈する³²。なぜならば、判例は構成要件該当性におけるどの前提条件が欠けているかを明確にせずに関与者の可罰性を否定しているために、行為者の法的禁止性に関する基本的問題が未解決なままであるからである。ヘロイン注射事件において判例は、「法的に許されない危険が存在したのか」あるいは「自己答責的な自己危殆化が可能にされたただけなのか」という検討から始めるべきであった、とムーマンは指摘する。そしてもし「自己答責的な自己危殆化が可能にされた」ケースなのであれば、判例は自己を危殆化するという自己決定権も被害者の自由に属するということを言及しなければならないとムーマンは説明する。

その上でムーマンは「被害者の自己答責性」の原理が「危険の引受け」において妥当な結論を導くと考えている。但し、被害者が適切に危険を判断し自由意思で当該危険行為を行った場合全てに「被害者の自己答責性」を認めるのは妥当ではないと考えている。ムーマンは「被害者の自己答責性」が制限されるケースとして、第三者によって被害者の危殆化行為が誘引された場合である以下の2つの例を挙げる³³。

(例1) DはEの住居を放火した。仕事から帰宅したEは自分の家が燃えているのを発見した。その時、家の中にはEの弟のFが残っていた。Eは弟のFを助けるために、危険を顧みず燃えている家の中へと入っていたがEは死亡してしまった。なおFも火災により死亡した。

(例2) XはAの住居を放火した。偶然Aの住居の前を通りかかったAの友人Pは、Aの住居が燃えているのを認識した。PはAが高価なコインの収集品を集めて自宅に保管していたのを覚えていて、またAが旅行中で不在にしていることも知っていたので、Aのためにコインの収集品を何とか持ち出そうと考えた。そこでPは燃えているAの住居へと入っていったが、その際に

³² Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht, 2011, S.166f.

³³ Murmann, aa.O. (Fn32), S.171f.

死亡した。なお A の住居に駆けつけた消防士の B も消火作業中に死亡してしまった。

まず（例 1）は BGHSt43,177 の事案である。このケースでは、判例は「行為者の犯罪行為が被害者の自己危殆化行為を誘引した場合には、被害者の自己答責性の原理は適用できない。特に被害者と親しい者の法益に対する危険を創出した場合で、被害者の危険な救助行為の動機についても理解できる場合にこのことはあてはまる」とし、D は E と F の死亡結果に対する責任を負うとした。つまり E について「被害者の自己答責性」を認めることはできない。

ムーマンは上述の判例の事案（例 1）を踏まえて（例 2）を挙げる。この事案でも（例 1）と同様に消防士 B と友人 P の死亡結果に対して X は責任を負うのであろうか。この点につきムーマンは以下のように考える。

ムーマンは、消防士 B には「被害者の自己答責性」を認めることはできないと考えている。一見すると消防士 B は危険を認識した上で、消火作業にあたるために自発的に燃えている家の中へと入っているのだから B には「被害者の自己答責性」が認められるように思われる。しかしムーマンはこの見解に反対する。消防士 B にとって（例 2）のような状況が起これば消火作業に当たるのが B の職業上の使命なのであり、燃えている家の中に入って消火作業を行うのは B の「真の自由意思」に基づく行為とはいえないことをムーマンは指摘する。

この見解に対しては B は消防士という職業を自ら自由意思に基づいて選択し、危険な職務行為に対して対価も支払われていることから、このケースは「典型的な職業的危険の引受け」であり「被害者の自己答責性」が認められることに何の支障もないケースであるという反論があるかもしれない。しかし、ムーマンはこの反論に対しても（例 2）のような状況下では、B は言わば板挟み状態であることを主張する³⁴。

つまり B は消火作業を行わないという選択もできる状況下にあるが、やはり「消火作業を行わない」という行為は B にとっては社会的に望ましくないといえる。それでは反対に消火作業を行うことが B にとって最善かということそうではないということをムーマンは指摘する。なぜなら、「消火作業を行う

³⁴ Murmann, aa.O. (Fn32), S.172f.

ことを犯人に強制されている」状態下にあるからである。言わば放火犯人 A により、消防士 B は「危険の引受け」を強制されたのである。ムーマンによれば確かに B の職業選択は自由意思でなされているが、放火による火を消すという行為は B に課せられた社会的な義務であるとされる。

ゆえに危険を引き起こした人間が、被害者の危険な救助措置に対するもっともな動機を作り出した場合に、被害者が私人の場合と職業上救助に従事している者を別異に扱う必要はないとムーマンは考える。社会に対する義務を請け負っている人々（例 2 では消防士 B）を、行為者（例 2 では放火犯人 A）にとって有利になるように刑法的に保護しないことは正当化されるべきでないことをムーマンは強く主張する。ゆえに（例 2）では B に「被害者の自己答責性」を認めることはできない。

他方でムーマンは、A の友人である P については「被害者の自己答責性」が認められると考えている。なぜなら、放火犯人 A が、第三者のあらゆる考えられる自己を危険にさらす行為に対して責任を負うことも妥当ではないとムーマンは考える。ムーマンによれば、つまり救助者が当該行為の危険や今後の見通しについても十分熟慮した上でもなお理性的であると評価できるような救助行為については、放火犯人 A は法的に許されない危険を創出したといえるから、救助者の法益侵害結果に対して責任を負うとされる。

ゆえに（例 2）のようなケースでは、コインの収集品を A のために持ち出そうとした P の行為は、生命が危殆化されるという状況下においてもなお理性的な行為とはいえないために、P には「被害者の自己答責性」を認めることができる。

またムーマンは、「被害者の自己答責性」の原理は「被害者が自己処分的な決定を行う可能性を考慮すれば、関与者の行為を禁止することはできない」というテーゼを具現化したものであると考える。ムーマンは「被害者の自己答責性」を検討するにあたり「被害者の自己決定権」を重視する。「被害者が危険な行為を行う自己決定をすることにより、法的に許されない危険の存在が欠けることになる」とムーマンは説明する。被害者の自己決定権は、危険の創出への同意を通じて関与者の行為から刑法的不法を奪う効力を有し、この効力は被害者あるいは関与者が結果発生を望んでいたか否かに関わらず否定されないということをムーマンは指摘する。よって、関与者の行為は構成要件に該当しない。他方でムーマンによれば、被害者の自己処分的な決定に瑕疵がある場合に

は、それはもはや被害者の自己決定の表現ではないために、被害者の自己決定の瑕疵の規範的重要性から関与者の行為は可罰的であるとされる。

しかし刑法216条（要求に基づく殺人）の存在から、被害者の自己決定権にも一定の制約が課されうることムーマンは指摘する。つまり「自己侵害」の場合には被害者の自己の生命に対する処分行為は制限されないために、自殺に関与した行為者は法的に許されない危険を創出しておらず不可罰であるとムーマンは考える。他方で「同意に基づく他者侵害」の場合には被害者の自己の生命に対する処分行為は制限されるために、行為者は法的に許されない危険を創出しているため可罰的であるとする。

【検討】

ムーマンは「被害者の自己答責性」を検討するにあたり、「被害者の自己決定権」が真の意味で実現されたかどうかを重視している。従来の「被害者の自己答責性」の原理は、「被害者の自己答責性」が認められる場合には関与者の行為の構成要件該当性が否定されると説明されていた。ムーマンはこれをさらに一歩進め、「被害者の自己答責性」が認められる場合には「被害者の自己決定権」が実現されることになり、自己決定の実現が関与者の行為不法を取り去るのであるから、関与者の行為の構成要件該当性が否定されると説明する。

またムーマンは、我が国では検討されていない「被害者の危殆化行為が第三者によって誘発されたケース」を取り上げ、このケースでは「被害者の自己答責性」を一律に認めるのは妥当ではないことも指摘している。被害者の危殆化行為が当該状況下においてなお理性的でないと認められる場合には、「被害者の自己答責性」を認めることにより、第三者が被害者のあらゆる危殆化行為についての責任を負うことを避けることができるとする。「被害者の自己答責性」の適用要件が全て満たされてもなお「被害者の自己答責性」が認めるべきではないケースが存在することを指摘する点に、ムーマンの見解の特徴があるといえる。

第四節 判例と学説についての小括

以上、ドイツの「被害者の自己答責性」が問題になる判例と学説を検討してきた。ドイツでは前述したように自殺関与は処罰されないが嘱託殺人は処罰されるために、判例は被害者と関与者のどちらに「行為支配」(Tatherrschaft)

があったかということを重視してそれぞれのケースを判断することにより関与者の可罰性を決定しているといえる。ムーマンも指摘しているように、判例は「被害者自らが関与者の支配領域へと入り危険を引き受けた場合」には、関与者に行為支配があるといえ関与者は可罰的であるが、「被害者が死に至るまで自己の運命について自由な決定を維持した場合」には被害者自ら自己を殺害したことになり関与者は不可罰であるという決定をしているといえよう³⁵。しかし「行為支配」という基準では、上述の③ HIV 感染未遂事例は、「自己危殆化」なのか「合意に基づく他者危殆化」なのかの区分が困難になる。

なぜなら、③ HIV 感染未遂事件は「被害者と関与者がいわば同等に事象を支配しているケース」であるために、事象における「行為支配」という点では被害者と関与者の間に相違はないと思われるからである。

そこで判例が依拠する「行為支配」という基準による「自己危殆化」、「合意に基づく他者危殆化」という区分を重視せずに、個々のケースにおいて「被害者による自己答責的な行為の事案であるか否か」を重視して検討すべきではないかというのがヘルマンやムーマンの見解といえよう。そしてこのような見解は、妥当であると思われる。

なぜなら、「行為支配」という BGH が用いる基準や、「最終的な結果発生へと至る行為を行ったのは被害者なのか関与者なのか」という基準では上述の様に「自己危殆化」にも「他者危殆化」にも分類できないケースが存在するからであり、また重視すべきことは「事象における被害者側の事情」なのである。ゆえに事案の区分を重視せずに、個々のケースに応じて「被害者の自己答責的な行為が存在したか否か」を検討することが適切であると思われる。

第五節 社会的事象への適用例

「被害者の自己答責性」は、「自己危殆化」や「合意に基づく他者危殆化」のようなケースでしか問題にならないというわけではない。例えば「スポーツ事故」のようなケースにも、「被害者の自己答責性」を適用することが考えられる。この点、前述したようにドイツではベルクル³⁶がスポーツ事故に「被害者の自己答責性」が適用できると主張しており参考になると思われる。

³⁵ Murmann, aa.O. (Fn32), S.175f.

³⁶ Berkl, aa.O. (Fn17), S.2f.

ベルクルは、そもそもスポーツ事故の多くがスポーツ連盟内部で処理され、国家もスポーツ事故の処罰に対して謙抑的な姿勢であることを指摘する。スポーツ事故については、死亡結果を招かない限り国家は介入しない。仮に死亡結果に至るスポーツ事故が発生したとしても、スポーツ連盟内部の処分で十分効果的であると考えられているために、国家が介入するような事態は実質的には存在しない。また、死亡以外のケースで問題となる犯罪（刑法223条傷害罪・刑法229条過失傷害罪）についても、スポーツの際に加えられた傷害は被害者自身により刑罰に値するものとは思われない傾向があることから、被害者側から刑事告訴がなされることはまずないとベルクルは考えている。

そして、スポーツは多くの種類の競技規則と行為形態を持ち、多様な現象形態として現れるという特徴を有することをベルクルは指摘する。その上で、刑事上問題となるスポーツ事故を解決するためには、「客観的帰属論」（Die Lehre der objektiven Zurechnung）を用いるべきだとベルクルは主張する。それは、客観的帰属論がその規範的性質のために、スポーツ事故の発生に対する全ての重要な影響要素（スポーツ選手、トレーナー、主催者、観客などの事情）を考慮することが可能になるために、事実在即した妥当な結果を導けるためであるとベルクルは考えている。

以上のような事実を踏まえた上で不処罰領域（Strafbarkeitsfreiräumen）を創出するためには、ベルクルは以下の2つの原理を用いる。

- ・「許された危険」（Erlaubtes Risiko）
- ・「被害者の自己答責性」の原理（Die Selbstverantwortung des Opfers）

まずベルクルは、スポーツを「競技スポーツ」（Wettkampfsport）と「レジャースポーツ」（Freizeitsport）に分ける。競技スポーツとは、スポーツ連盟により承認されたスポーツ種目であり、参加者には一定の資格のような条件が課されるため誰でも参加できるものではない。他方レジャースポーツとは、誰でも参加できるもので、ドイツにおいては私人が費用を払ってクラブチームのようなものに加入し、コーチの指導の下で行うスポーツのことである。

その上でベルクルは、さらに競技スポーツにおける事故を、「競技中の事故」と「トレーニング中の事故」にわけ、「競技中の事故」については、不処罰領域の創出のためには「許された危険」の法理を用いると考える。競技スポーツにはスポーツ選手の保護に資するスポーツ規則が存在し、これが「許された危険」を適用するための最低限の社会的安全を保障する。しかし、スポーツ規則

の遵守だけでは「許された危険」を適用するには不十分であるとし、加えてスポーツ連盟により管理・承認された競技であることにより、「許された危険」を適用するための十分な安全基準が規定されるとする。ゆえに、問題となるスポーツ規則の遵守の下で創出された危険は、刑法的に許されない危険ではないために、行為するスポーツ選手は創出された危険の結果に対して責任を負わないとされる。

反対に「競技中の規則違反行為」によって結果が発生した場合には、もはや「許された危険」の法理は適用できず、発生した結果に対して関与者が責任を負う場合がある。そこで、規則違反による競技中のスポーツ事故についての不処罰領域の創出のためには、「許された危険」の法理ではなく「被害者の自己答責性」の原理を用いるべきであるとベルクルは考える。

また、「競技スポーツ選手のトレーニング中の事故」については、スポーツ連盟の管理が十分に及ばない部分も存在するために、「許された危険」の法理を適用するための十分な安全基準が規定されていない。さらに、私人が行う「レジャースポーツにおける事故」については、競技スポーツにおけるスポーツ連盟のようなものは存在せず、コーチの指導の下で育成状態にある生徒がスポーツを行う形態をとるため、この領域においても「許された危険」の法理は適用できない。そこで、「トレーニング中の事故」や「レジャースポーツ中の事故」における不処罰領域の創出についても、「規則違反による競技スポーツ中の事故」と同様に「被害者の自己答責性」の原理を適用すべきとベルクルは考える。

ベルクルによれば、上述したスポーツ事故に「被害者の自己答責性」を適用するための要件として、以下の三つの要件を掲げる³⁷。

- ①スポーツ選手に答責能力（Verantwortungsfähigkeit）が存在した。
- ②スポーツ選手の自由意思（Freiwilligkeit）で当該スポーツが行われた。
- ③スポーツを行うにあたり、スポーツ選手の自由意思を否定するような錯誤がなかった（Fehlen von Irrtümern auf Seiten des Sportlers）。

①の「答責能力」については、第一章第一節で述べた様に、行為の危険性を認識し、その行為をすればどのような結果が発生するかを理解できる能力がス

³⁷ Berkl, aa.O. (Fn17), S.209f.

スポーツ選手に存在したか否かである。

②の「自由意思」とは、スポーツ行為が脅迫などによって強要されたものでないということである。但しあらゆる脅迫が自由意思を否定するわけではなく、ドイツ刑法240条の強要罪に該当するレベルの法益主体の意思決定の自由を重大に侵害する脅迫に限られる。

③の「スポーツ行為の際に、スポーツ選手の自由意思を否定するような錯誤がないこと」については、ベルクルは以下のように考える。すなわち、あるスポーツを行うにあたり、錯誤があった場合全てに「被害者の自己答責性」を否定してしまうと、「被害者の自己答責性」が認定される範囲が狭くなりすぎる。他方、「法益関係の錯誤」（なおここでのスポーツ事故における法益関係の錯誤とは、「危険認識の点について錯誤があること」である）の場合にのみ、「被害者の自己答責性」を否定する見解については、確かに危険を誤認した程度において行為者の行為決定が必然的に弱められるために、完全に自由答責的な自己決定は存在しないためこの見解は妥当なように思えるが、この見解を徹底すると不都合な例が生じる、とベルクルは考える。

例えば、「ある重病の妻を持ったスキー選手のAが、スポンサーBからAの妻の手術費用を支払う代わりに危険なレースに出場するという話を持ちかけられて、Aはレースに出場して怪我を負ったが手術代金をBから支払ってもらえなかったケース」をベルクルは挙げる。このケースでAが陥ったこのような錯誤は危険認識に関する錯誤でないために、法益関係の錯誤説によればこのような錯誤は考慮されず、怪我を負ったAに自己答責性が認められる場合があることになるが、それは不当であるとベルクルは考える。

そこで、ベルクルはこのようなケースは、Aのレースへの出場行為が自己答責性の認定のための②の要件であるAの「自由意思の発露」としてはとらえられないため、自己答責性を否定すべきだと考える。敷衍すれば、「例えばある試合に出れば10万円を謝礼として支払うことを約束されたCが、試合に出場したが結局は10万円をもらえなかったケース」のような錯誤は、なおCのレース出場行為はCの自由意思に基づいているため、このような動機の錯誤は考慮されずCがたとえ怪我を負ってもCの自己答責性は認定されるべきだと考える。

他方、上述の妻の手術費用のために危険なレースに出場するスキー選手の事例の場合のような、いわば「スポーツ選手側に当該危険行為に出ざるを得ない

ようなスポーツ行為者の自由意思を否定するような錯誤」は、被害者の自己答責性を否定すべき錯誤であると考ええる。

ベルクルによれば上述したこの三つの条件が全て満たされており、かつ行うスポーツに内在する危険が現実化した場合には、「被害者の自己答責性」が認定され、結果は被害者自身に帰属される。他方、この三つの条件を満たしていたとしても、「問題となるスポーツに内在する危険が現実化していない」、つまり「外部から持ち込まれた危険が現実化した場合」には、「被害者の自己答責性」は認定されず結果は第三者に帰属される可能性があることになる。

また、そもそも上述した「被害者の自己答責性」を認定するための3つの条件のどれかが欠ける場合は、その欠けた条件に関する関与者の認識可能性(Erkennbarkeit)が存在したかが問題になるとベルクルは主張する。

例えばロッククライミング、カヌー、ボブスレーのようなパートナー同士で危険共同体を形成し自己の生命の安全をパートナーに預けるような「共同体スポーツ」(Gemeinschaftssport)では、自分のパートナーの自己答責性について認知していることが関与者に期待されるため、共同体スポーツ事故の場合には、「被害者の自己答責性」を認定するための要件のどれかが欠けていたとしても、関与者に結果が帰属される場合があることになる。

他方で、ボクシングやバスケットボールのような接触スポーツ(Kontaktsport)では、そのような競技を行う者が、相手方に答責能力が存在するなど相手方についての自己答責性に関する要件についての正確な知識を競技前に獲得することが期待できない、すなわち「被害者の自己答責性の欠如についての認識可能性が存在しない」ために、問題となるスポーツに内在する危険が現実化したとしても、関与者に結果は帰属されないことになる。また、この場合にも、スポーツに内在する危険ではなく外部から持ち込まれた危険が現実化した場合には、第三者に対して結果が帰属される場合があることになる。

また、レジャースポーツ領域における認識可能性については、確かにスポーツ指導者は一定の危険要素に関する専門的知識を有してはいるが、指導している自分の生徒の自己答責性の欠如に関して常に認識可能性が存在するとはいえず、これについてはケースバイケースとベルクルは考える。また、スポーツ指導者によって生徒のスポーツ遂行に伴う全ての危険を除去することはできないため、スポーツ指導者の責任を拡張しすぎるのは妥当ではなく、指導を受ける生徒側もスポーツ遂行の一定の危険を認識しなければならない義務を有してい

るとベルクルは考える。その上で、指導者による練習が生徒に明らかに過大な要求をしている場合や、レッスンを受ける生徒側が自分の経験に基づいて自分が行うスポーツ遂行の危険を適切に評価できない場合には、指導者側に結果が帰属される可能性が生じることになる。

【検討】

このベルクルの見解は、被害者の自己答責性の認定要件の一つである「適切な危険評価」（*zutreffende Risikoeinschätzung*）という部分を錯誤論で捉えるもので、従来なかった方法論であり傾聴に値するが、具体的にスポーツ選手側にどの程度の危険認識が必要かについては、ベルクルは論じていない。それは競技スポーツ選手については、いわばプロであるから自分の行う競技の危険性については十分に認識しているという事実を考慮しているためではないかと推測される。しかし、このような推測を踏まえたとしても、レジャースポーツ領域については生徒が自分の行うスポーツの危険性について正確に認識しているとはいえないため、ベルクルの主張する錯誤論で被害者側の危険認識を処理できるかは疑問である。やはりレジャースポーツ領域においては、スポーツ選手の危険認識についての議論が必要だと思われる。

第六節 被害者の自己答責性の適用が制限される場面

被害者に「錯誤や強制」が存在した場合や、「被害者の当該結果に対する過失が関与者の過失より小さい」場合には、「被害者の自己答責性」を認めることができないことは第一章で検討した。言わばこれらのケースは、「被害者の自己答責性」の形式的要件を満たさない場合といえる。

しかし逆に、「被害者の自己答責性」を認定するための形式的要件を満たしていても、なお「被害者の自己答責性」が認められないケースがドイツでは指摘されている³⁸。そこで以下、「被害者の自己答責性」の形式的要件を満たしていても、なおその適用が制限される３つのケースを検討することにする。

まず第一のケースは、「被害者の自己危殆化を可能にした関与者に、被害者への保護責任が課される場合」である。このケースには、第一章で検討したBGH JR 1979判決のような、「関与者が医者（精神科医）で、被害者が麻薬中

³⁸ *Walter*, LK, aa.O. (Fn18), RN112f.

毒患者のケース」が該当する。被害者である患者がいかに自己答責的な自己危殆化行為を行ったとしても、関与者である医師には、なお患者に対する保護責任が課せられる。それゆえ、被害者である患者側に自己答責性は認められず、医師は患者の危殆化行為に対して責任を負うことになる。

但し、このケースはあくまで患者側に「精神上の疾患」が見られる場合を想定していることに注意を要する。精神上の疾患が存在する麻薬中毒者のような場合には、答責能力の減退状況下で、患者が危殆化行為を行う危険性がそもそも高いため、医師側には危殆化行為を防止する「高度の注意義務」が課されることになり、患者が危殆化行為を行うこと自体が禁止されているからである。しかしながら、「精神上の疾患のない患者と医師のケース」においては、「被害者の自己答責性」の適用可能性が存在している。例えば、「難病に罹った患者が、完治のために危険な手術を医師に要請する場合」などのケースでは、危険な手術の結果として患者が死亡したとしても、なお「被害者の自己答責性」が認められる場合は存在するであろう。

第二のケースは、「刑法だけでなく、特別法も問題になるケース」である。例えば「関与者が麻薬を被害者に譲渡するケース」で「自己答責性」が認められないのは、このケースでは刑法だけが問題になるわけではなく、麻醉剤法も問題になることに端を発する³⁹。そして、麻醉剤法の犯罪構成要件の保護法益が国民の健康（Volksgesundheit）という社会的法益であり、被害者の個人的法益ではないからと説明されている。つまり、麻薬を譲渡するという行為自体が、国民の健康という社会的法益を害しているため、麻薬を譲渡された被害者が麻薬を服用し自己答責的に自己を危殆化した場合、刑法上は「被害者の自己答責性」が認められるため関与者は不可罰であるが、麻醉剤法上では関与者は可罰的ということになる。実際に判例も麻薬譲渡のケースでは、麻醉剤法により関与者を可罰的としているものがほとんどである⁴⁰。

³⁹ 前掲（注26）を参照。

⁴⁰ 但し例外的な判例として BGHSt 46, 279があり、判旨の中で「麻醉剤法30条1項3号の犯罪構成要件は、個人的保護のために作用するので、死に至ろうとする者の自由な同意により、30条1項は排除される」と述べているため、この判例の見解に従えば、麻薬譲渡のケースにも自己答責性を認める余地が生じると思われる。

第三のケースは、いわゆる「救助者侵害のケース」(Retterschäden)である。このケースは、例えば以下のような事例が考えられる。

（事例）深夜にAがBの家を放火し、Aはそのまま逃げた。Bの家で火事が起こっているのを発見したCが、Bの家の住人を救うために、燃えている家の中に入って救助行為を行い、その結果傷害を負った（あるいは不幸にも死亡してしまった）場合に、放火犯人であるAはCの救助行為について責任を負うのか。

このケースでは、Cは救助という危険な行為を自ら行っているが、危険を創出したのはCではなく、第三者（事例では放火犯人であるA）であるという点で、「自己答責性」が問題になる通常のケースとは大きく異なるということに注意を要する。

そしてこの問題を考えるにあたっては、先程検討したムーマンの見解が妥当する。ムーマンは、救助者が「私人」の場合と、「職業従事者」（警察官や消防士など）の場合を分けて考える。救助者が「私人」の場合には、当該行為の危険性や今後の見通しについても十分熟慮した上で、なお救助行為が理性的であると評価できる場合には、危険を創出した者が救助行為者に対して責任を負うとムーマンは考える。他方で救助者が「職業従事者」の場合には、救助行為そのものが自由で自己答責的な行為と言えないために、危険を創出した者は救助者に対して責任を負うとムーマンは考える。

学説においても、救助者が警察官・消防士などの義務的救助者(pflichtigen Helfer)の場合には、ムーマンと同様に、救助行為は自己答責的行為とはいえないとの理由から、危険創出者（放火犯人）は救助者に対して責任を負うとの見解が支配的であると指摘されている。他方で救助者が私人(freiwillige Helfer)の場合にも、人命救助という社会的に善なる行為をした者は刑法的に保護されるべきであるとの考えから、救助行為者に自己答責性を認めることはできず、危険創出者（放火犯人）は救助者に対して基本的に責任を負うべきであるとの見解が支配的であると指摘されている⁴¹。

⁴¹ Walter, LK, aa.O. (Fn18), RN117f. 但しヴァルターは支配的見解とは異なったロクシンの見解(Roxin, Allgeminer Teil I § 11 Rdn.115.)も指摘する。それは、

第七節 小括

以上、「被害者の自己答責性」に関するドイツの様々な議論を検討してきた。前述したようにドイツにおいては、同意殺人は刑法216条により可罰的であるが、自殺関与は処罰されない。このことは、被害者が自らの生命を危険にさらすような場面においても、一定程度において被害者の自己決定権は尊重されることを意味する⁴²。このような背景下で、被害者の自己決定権を重視する原理として「被害者の自己答責性」という概念がドイツで盛んに主張されてきた。

そして「被害者の自己答責性」という概念は、従来主張されてきた「危険の引受け」の場面である「自己危殆化」や「合意に基づく他者危殆化」のケースだけでなく、「スポーツ事故」のようなケースにも適用可能性が存在することが明らかになった。

但し、ドイツでは「被害者の自己答責性」の形式的要件を満たしていても、なお「被害者の自己答責性」が認められない場合も指摘されている。このようなケースとして、「医師と麻薬中毒患者のケース」、「麻薬譲渡のケース」、「救助者侵害のケース」の3つが挙げられており、それぞれのケースで「自己答責性」が認められない理由について検討を行ってきた。この3つのケースは、従来の「危険の引受け」で考えられていた「被害者が結果発生に過失的に関与するケース」とは異なり、「特殊事例」ということになる。

それでは今度は視点を变えて、我が国についての「自己答責性」の議論について、次章で検討することにする。

救助者が「私人」であろうと「職業従事者」であろうと、危険創出者は救助行為者に対して責任を負わないという見解である。このロクシンの見解は「行為者は予見可能な結果についてのみ責任を負う」というテーゼを重視する。そして「放火犯人は自身が放火する際に、救助行為者が現れることを予見することは不可能である」との理由から、放火犯人は救助行為者に対して責任を負わないと主張している。このような見解によれば、救助行為者の自己答責性が認められることになる。

⁴² 我が国では、同意殺人は勿論、自殺関与も処罰されることから、被害者が自己の生命を危険にさらす局面においては、被害者の自己決定権は完全に制約されているといえよう。