HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	結果発生への被害者の過失的関与について(2・完) : 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(6), 104 [421] -65 [460]
Issue Date	2013-03-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/52543
Type	other
File Information	HLR63-6_011.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

結果発生への被害者の過失的関与について（２・完）

―― 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、63巻５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　（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

我が国においては、ドイツとは異なり、「自己危殆化」、「合意に基づく他者危殆化」に類似する判例が極端に少なく、「被害者が結果発生に過失的に関与するケース」、つまり「危険の引受け」をどのように解決するかという問題について、ダートトライアル事件を契機として詳細に検討されるようになったと思われる。なおその際に、前述の様に様々な見解が主張され、その一つとして「被害者の自己答責性」という概念が主張された。

但し、ここで注意すべきことは、「ダートトライアル事件のような危険の引受け」の問題を解決するために主張された様々な見解の多くが関与者の不可罰性を結論づけているという点では共通しており、後は関与者の不可罰性を刑法的にどう根拠づけるかという点で見解の相違があるに過ぎないということである。とすれば、「被害者の自己答責性」というドイツの見解をわざわざ我が国に取り入れなくても、我が国の既存の見解で解決できるならばその見解を採用した方が妥当であり、「被害者の自己答責性」という見解は意味をなさない、という指摘も予想される。確かに、「危険の引受け」の問題が既存の見解で解決できるのならば、この指摘は正しいだろう。しかし本稿は、既存の見解では「被害者が結果発生に過失的に関与するケース」において妥当な結論を導くことができないと考えている。この点については、詳細には第四章で考察することにする。本章では、我が国における「被害者の自己答責性」の議論として、判例や学説を検討することとしたい。

第二節　判例の概観

①最決昭和55年４月18日刑集34巻３号149頁[1]（ふぐ中毒死事件）

[1] 本事件を「被害者の自己答責性」との関係において検討したものとして、塩

【事実の概要】

ふぐ調理師免許を有する被告人は、料理店においてふぐなどを調理して客に提供する業務に従事していた。同店において、客として訪れた人間国宝である歌舞伎俳優の被害者にふぐ料理を提供したところ、ふぐの毒が含まれている肝臓を被害者に提供したために、同人はふぐ中毒により死亡した。但し本件では、被害者が被告人の店でふぐの肝料理が出されていることを十分承知し、ある程度のふぐ毒についての知識をもって、ふぐの肝臓を食したという事情が存在していた。

第一審は、「・・従って本件で被害者一人だけが中毒したことも、同人がたまたま毒性の強いところを食したことに主たる原因があったと認めるのが自然であり、被告人の調理方法により八、九年の間事故がなかったということは全く偶然にすぎないというべきである。もっとも、右のような事故がなかったという事実は、顕著なふぐ中毒を起こすような強い毒を持っているとらふぐは稀であり、通常とらふぐの肝は水洗いをすれば中毒して死ぬようなことはないという事実を一応推測させることはできるかもしれない。しかし、前示のようにふぐ毒についての科学的解明が或る程度なされ、その危険性が改めて認識されたともいいうる今日、単に『ふぐに当たるのは稀である』との体験的事実を根拠に予見可能性を否定するのは相当でない。以上のような被告人の置かれていた具体的事情に徴すれば、京都府下においてふぐ処理士の資格を有する調理師であれば、とらふぐの肝臓を客に提供することによって客が中毒し死に至ることについての客観的予見可能性があると認めるのが相当であり、従って被告人は結果発生を回避するために、量の多寡にかかわらず、とらふぐの肝を客に提供しないという措置をとることができたものと解するのが相当である。」として、被告人にふぐ取扱い条例違反と業務上過失致死罪が成立するとした。

原審も、被告人のふぐ中毒症状を起こすことについての予見可能性の有無については一審と同様に、ふぐの毒性、京都府におけるふぐ取扱い条例の存在、被告人の経歴等の事実関係を詳細に検討し、結論として「・・そしてこれらの事実に徴すると、被告人は被害者にふぐ料理としてとらふぐの肝を提供するに際し、被害者がこれを食してふぐの中毒症状を起すことを十分に予見し得たものと認められる」と判示して、控訴棄却した。

谷毅『被害者の承諾と自己答責性』（法律文化社・2004年）342頁以下。

最高裁は、「原判決が、近時解明されてきたふぐの毒性、京都府におけるふぐ取扱いについての規制、府の行政指導に基づくふぐ料理組合における講習等その判示する諸事情に徴し、京都府のふぐ処理士資格をもつ被告人には本件とらふぐの肝料理を提供することによって客がふぐ中毒症状を起こすことにつき予見可能性があった旨判断したのは相当であり、この点に所論のような法令違反はない。」として、上告棄却した。

【検討】

本件は、ふぐを提供して被害者を死亡へと至らせた結果についての「予見可能性の有無」が問題になった事案である。他方で、本稿との関わりで重要な事は、ふぐの肝に毒が含まれる可能性があることを認識した上で、あえてふぐの肝を食したという被害者態度から、「被害者の自己答責性」が認められるのかということである。

この点について第一審は、「・・被害者は肝が肝であることを十分承知し、しかもある程度肝についての知識を持って食していることがうかがわれるが、いかに被害者が食通であったとはいえ、あくまでも客であって、京都において長年ふぐ料理を商売としている被告人の調理を信頼し、提供された肝を食するのが当然の成り行きというべく・・被告人の過失責任を否定する論拠とはなしえない」と判示し、原審も、「・・なるほど、当夜被害者はふぐの肝料理が出されていることを十分承知し、しかも、ある程度までふぐ毒についての知識をもってこれを食したことが認められるけれども、本件の場合、被害者はあくまで客であるから、料理店で料理として出されるものを安全に調理されていると信頼して食するのは当然のことといわなければならず、所論は到底採用できない」と判示している。なお、最高裁におけるこの部分についての説明は存在しない。

それでは、このような被害者側の事情をどのように評価すべきか。本件では、被害者は肝が危険であるということを認識した上で肝を食しているのだから、一見すると「自己危殆化」のケースであり、「被害者の自己答責性」が認められるように思われる。しかしながら、本件は被害者よりも被告人の方がふぐ毒について優越的知識を有するケースではないだろうか。つまり、ふぐの調理師免許を有する被告人は、ふぐ毒についてはいかなる調理方法を用いても除去ないし希釈できないため、絶対に客に提供してはいけないということを認識して

いたが、他方で被害者は、いかに食通であろうとふぐ毒についての漠然とした危険性を認識していたにすぎないからである。このような場合、被告人には被害者にふぐ毒の危険性についての説明義務が課されることになる。

しかし本件では、被告人が被害者にふぐ毒の危険性について説明したという事情は認められないため、「被害者の自己答責性」の要件である「被害者側の適切な危険認識」という要件を満たさない。よって、本件では「被害者の自己答責性」は認められないのであり、最高裁の判断は妥当であるように思われる[2]。

②千葉地判平成７年12月13日判時1565号144頁[3]（ダートトライアル事件）

【事実の概要】

未舗装の路面を自動車で走行し所要時間を競う「ダートトライアル」という競技が存在し、国内で行われるこの競技についてはJAF（社団法人日本自動車連盟）の管理・統括下にあった。また被告人はダートトライアル走行の経験が浅い初心者であり、ギアを２速までしか入れたことがなかった。被告人が車両の整備を終えて運転席でスタートの順番を待っていたところ、七年程度のダートトライアルの経験を有する被害者が誰かの車に乗りたいと言ったことから、被告人はこれを承諾し、被害者同乗の下でダートトライアルコースを走行することになった。被告人は被害者の指示に基づきギアを２速に入れ、上り坂

[2] 塩谷・前掲（注１）345頁は、本件は「被害者の自己答責性」が認められるケースであると主張する。恐らく、この主張は被害者が被告人と同程度の危険認識を有していたことを前提としていると思われる。ゆえに、被告人が被害者にふぐ毒についての説明義務を果たさなくても、「被害者の自己答責性」が認められると考えるのであろう。しかし、仮に被害者が被告人と同程度のふぐ毒についての危険認識を有していたとしても、京都府ふぐ取扱い条例にふぐの肝臓など毒性のある部分を調理・授与してはならないという旨の規定が存在する以上、ふぐ調理師免許を有する被告人には、ふぐ毒の危険性についての被害者への説明義務はなお存在するであろう。被告人が説名義務を果たしたが、それでも被害者がふぐの肝を食することを望んだというような事情が存在した場合にのみ、「被害者側の適切な危険認識」と「被害者の事象における積極的態度」が認められるため、「被害者の自己答責性」が適用されると思われる。

[3] 本事件の評釈については多く存在するが、最近のものとして島田聡一郎「判批」刑法判例百選Ⅰ［第六版］（有斐閣・2008年）115頁。

のカーブを時速40km 程度で曲がり、下り坂の直線に入ってまもなく被害者の指示で３速に入れ、時速70 ～ 80km 程度に加速した。次いで、被害者から「ブレーキ踏んで、スピード落として」と言われたため、被告人はブレーキを踏んで一時はスピードを落としたが、左カーブの下り坂急勾配のため、車両は加速しながら右側に膨らみ、左にハンドルを切ったところ、更に加速しながら右側の土手に接近した。その後左右の土手への接近を繰り返し、ついに左側の山肌に車両左後部を接触させ、次いでコース右側の丸太の防護柵に車両前部を激突させ、被害者を死亡させた。激突後の経過は不明であるが、車両右前部が丸太横木に当たって横木の一部を破壊して外し、その結果丸太の縦の支柱が突き出して残り、そこに車体が助手席側面から倒れかかって、支柱が助手席窓ガラスを割って突き刺さり、これが被害者の頸部及び胸部等に当たった可能性が最も高い。

千葉地裁は、「・・ダートトライアル競技には、運転技術等を駆使してスピードを競うという競技の性質上、転倒や衝突等によって乗員の生命、身体に重大な損害が生じる危険が内在している。その練習においても、技術の向上のために、競技に準じた走行をしたり、技術の限界に近い運転を試み、あるいは一段上の技術に挑戦する場合があり、その過程で競技時と同様の危険が伴うことは否定できない。・・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。また、そのような同乗者には運転者への助言を通じて一定限度でその危険を制御する機会もある」と述べた上で、「したがって、このような認識、予見等の事情の下で同乗していた者については、運転者が右予見の範囲内にある運転方法をとることを容認した上で・・、それに伴う危険（ダートトライアル走行では死亡の危険も含む）を自己の危険として引き受けていたとみることができ、右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。もっとも、そのような同乗者でも、死亡や重大な傷害についての意識は薄いかもしれないが、それはコースや車両に対する信頼から死亡等には至らないと期待しているにすぎず、直接的な原因となる転倒や衝突を予測しているのであれば、死亡等の結果発生の危険をも引き受けたものと認めうる」とし、「・・そこで、本件被害者の同乗についてみると、・・被害者は七年くらいのダートトライアル経験があり、同乗に伴う一般的な危険は認

識しており、その上で自らもヘルメット等を着用し、シートベルトを装着して同乗したものと考えられる。そして被害者は、半年余り前に本件コースで被告人の運転に同乗したことがあり、当日は、スタート前に被告人に何速まで入れるか尋ねられて自分は三速で走ると答え、スタート後も二速、三速へのギアチェンジ、次いでブレーキ操作を指示している。・・右事実からすれば、少なくとも被害者には、被告人は初心者のレベルにあり、本件コースにおける・・三速での高速走行に不慣れであるという認識はあったと認められる。そうすると、被害者は同所において被告人が自己の技術を上回りうる三速での高速走行を試みて、一定の危険を冒すことを容認していたものと認められ、他方、右運転方法が被告人の技術と隔絶したものとまでは認められない」とし、ダートトライアル競技が社会的に定着したスポーツで、他のスポーツに比べて格段に危険性が高いといえないことを指摘した上で、「・・本件事故の原因となっ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、同乗してい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、被告人の本件走行は違法性が阻却されることになる」と判示した。

【検討】

この事案について判例は、「ダートトライアルという競技がJAFという団体によって管理されている」点と「被告人の車両に同乗していた被害者側の事情」を考慮して被告人を無罪とする決定をした。どちらを重視しているか、あるいは両者をパラレルに考慮しているのかなどの理論的詳細については、判決文からは明らかではないが、「行為に社会的相当性がある場合に、過失犯の違法性が阻却される」ということが本判決の趣旨であろう。ゆえに、例えば連盟によって管理・統括されていないスポーツ事故の場合に、どのような処理がなされるかについては不明であり、判例の集積が待たれるところである。

このダートトライアル事件を契機として、我が国では被害者が危険にさらされることについては同意していたが結果発生には同意していない、いわゆる「危険の引受け」という問題が議論されるようになった。

本稿との関わりでは、本件は、被害者ではなく被告人がダートトライアル車両を運転していることから「合意に基づく他者危殆化」の事案であり、ダートトライアルの経験者である被害者が自ら、初心者の被告人のダートトライアル

車両に同乗させてくれと頼んでいることから、まさに被害者が自己を危殆化しており、結果発生に被害者が過失的に関与していると認められ、「被害者の自己答責性」が問題になるケースであるように思われる。この点、「被害者の自己答責性」を主張する論者からは、転倒や衝突は日常茶飯事であり、それが死亡結果など重大な結果に結びついたことがなかったことから、被害者は結果発生の可能性を認識して危険を引き受けていたとはいえず、自己答責性を認定することはできないとの指摘も存在する[4]。

確かに、「被害者の自己答責性」の認定要件である「危険認識」の点については、「被害者の自己答責性」を主張する論者の中でも、被害者側に「完全な危険認識」を要求するのか、あるいは「行為時に一般人が認識できる程度の危険認識」でもよいかで見解が分かれている。しかしながら「死亡結果などの事故がこれまで生じていなかったことから、被害者は危険を引き受けていたとはいえない」という論理には疑問がある。

過失犯において、結果発生の可能性が著しく低い場合であっても予見可能性は肯定されうるのと同様に、結果発生の可能性が著しく低い場合に被害者が危険を引き受けていないという論理は必ずしも成立しないのではないだろうか。むしろ本件のダートトライアルの経験者である被害者が自ら、初心者である被告人の運転するダートトライアル車両に同乗していることから、そのような初心者の練習の際に重大な事故が生じる可能性について被害者側に全く認識がないとはいえないだろう。例えば、自動車教習所において仮免許の人間は路上教習を行うが、その際に事故が起きたことがなかったという理由で、教官が仮免許者の運転に伴う事故の可能性を全く認識していないかとはいえないであろう。加えて、運転している被告人は被害者の指示に従ってギアを入れたりブレーキを踏むなどして、技術向上のために危険な運転練習をしていたという事情が伺えることから、本件は「合意に基づく他者危殆化」のケースではあるが、実質的には被害者が事象を積極的に支配していたケースと評価でき、「被害者の自己答責性」が認められる事案であると思われる。

第三節　被害者の自己答責性についての学説

ここでは「危険の引き受け」において、「被害者の自己答責性」の原理によ

[4] 塩谷・前掲（注１）188頁。

り犯罪の成立を否定する見解を検討する。

①自己答責性を認めるための要件として、被害者側に「完全な危険認識」を要求する見解[5]

この見解は、被害者が攻撃が向けられる客体として存在する通常の場合とは異なり、「被害者が特別な態様で行為者と結果発生に向けて共働する場合」には、一定の条件の下で生じた結果については、第一次的には被害者自身の決断と行為の仕業であると考える。このある一定の条件を考えるにあたっては、被害者の「主観的事情」と「客観的事情」の両方を考慮することが重要であるとし、そして「被害者の自己答責性」を認めるための要件として以下の３つの要件を掲げる。

Ⅰ：被害者側に、危険行為が特定の構成要件的結果に結びつきうることの表象が一度は存在した上で、それでもなお被害者自ら危険へと接近していったという意味で、「完全な危険認識」が存在すること。

Ⅱ：Ⅰの条件の前提として、被害者が結果発生の可能性を正しく認識し、それに従って自己を制御しうる「自己答責能力」が被害者側に存在すること。

Ⅲ：事象において、被害者が単に成り行きに身を任せ行為者の手に自らを委ねるというだけでなく、少なくとも行為者と同程度以上に結果発生に対して積極的な態度を示したこと。

まず、Ⅰの要件については、行為に対する漠然とした不安感による言わば無意識的な危険の引き受けでは足りず、意識的な危険の引き受けであって初めて自己の責任で危険を引き受けたといえ、関与者に正犯的な責任を負わせない効果を付与するために必要なものであると考える。この要件により、被害者が全く思ってもみなかった種類の危険が被害者に分配されるのが防止される。また「完全な危険認識」の点については、HIV 感染者との性交事例を挙げて、被害者が不注意にも HIV 感染者との性交により HIV に感染することについてしか認識を持っておらず、HIV の感染により死亡する可能性があることを認識していない場合に、被害者に自己答責性を認めるのは妥当ではないとして、被害者が不注意に結果発生の可能性を認識していない場合を除くため、「被害者の

[5] 塩谷・前掲（注１）369頁。

主観的意思決定に瑕疵がない場合」、つまり「完全な危険認識」を要求する。

Ⅱの要件については、被害者の年齢が一定の意味を持ちうるが、それは画一的に刑事責任能力や民事上の行為能力規定に従うわけではなく、個別事例において危殆化された法益の種類と結果発生の可能性の程度を考慮して、具体的に認定せざるを得ないとする。

Ⅲの要件については、「行為者が被害者を自己危殆化に行わざるをえないような状況」に追い込んだ場合を除くために必要であると考える。

これらを前提として、さらに「自己危殆化」への関与の場合は、結果発生に至る行為を被害者自ら行っていることから「結果発生に対する積極性」は通常認定される。ゆえに、「自己危殆化」への関与の場合には、被害者の主観的要件の検討のみで「被害者の自己答責性」は認められる。他方、「合意による他者危殆化」の場合には最終的結果発生へと至る行為が他人の手に委ねられていることから、原則として行為者による正犯性が推定され、「被害者の自己答責性」を認めるためには、被害者側の結果発生への積極性を要求する。例えば、「合意による他者危殆化」の場合でも、被害者態度に「結果発生への積極性」があり、事象全体において被害者の方がイニシアティブを取っていたことが明らかに示される場合には、被害者は間接正犯として行為者を利用したといえるから、生じた結果は被害者の答責領域に帰属することになると主張する。

【検討】

この見解は、「被害者の自己答責性」を認定するための具体的要件が明確であり、その要件の一つとして被害者側に「完全な危険認識」を要求する点に特徴がある。しかし、この点は疑問である。本見解は HIV 感染事例を挙げて、被害者が不注意にも結果発生の可能性を認識していない場合には、被害者側に「完全な危険認識」が欠けることから、「被害者の自己答責性」を認めることができないとするが、被害者が危険認識を誤ったことは、不注意という被害者の過失によるものであるから、結果が発生したとしても、それは「被害者の自己責任」ではないだろうか。従って、被害者側に「完全な危険認識」が欠ける場合でも、その原因が被害者の過失による場合には、「被害者の自己答責性」を認めるべきであると思われる。

②制限的な「被害者の自己答責性」を主張する見解[6]

この見解は、以下のような設例を挙げて「被害者の自己答責性」という概念を説明する。その設例とは、「通常は電気カミソリを使う人間が旅行先でたまたま電気カミソリを忘れてきたので、友人にT字型のカミソリを貸してくれと言ってT字型のカミソリを借りて髭を剃ったところ、顔中血だらけになった場合に、カミソリを貸した友人は故意の傷害罪に問われるのか」というものである。そしてこの設例における傷害について、「不器用なために自分で顔中血だらけにしただけだ。そもそも怪我をしないように自分で注意して髭剃りをすればいいのであり、それが嫌ならカミソリを貸してくれと言わなければよく、この傷害は被害者の自業自得である」と考えるのであれば、このような思考方法はまさに「被害者の自己答責性」という見解に依拠していると述べる。これを敷衍すれば、社会はあるいは法は、その構成員の安全をいかなる場合にも、まるで赤ん坊に対する母親のように全面的に保護するわけではなく、一人前の人間なら自分の身は自分で守るよう最低限の負担は果たさなければならないという思想を表明しているのであり、それは言わば一種の「自由主義」と「自己責任」の考え方であるとする。

もっとも現行刑法はあらゆる人間についてこのような考え方を貫徹しているわけではない。刑法217条以下の遺棄罪・保護責任者遺棄罪の規定から、自分で自分の身を守る能力のない人間については、その生存を周囲で支える場合も存在する。また一人前の人間に対しても、刑法202条前段で自殺関与行為が処罰されていることから、自殺者が熟慮して死を決意したとしても、それを教唆・幇助する行為は禁止され、たとえ自殺が被害者の自己責任であったとしても周囲に共犯的な責任が及ぶことがありうる。その意味で「自己答責性原理」は、自己答責的な自損行為に対する関与を一律に不可罰とするものではなく、あくまで出来事の「主役」と「脇役」を決める原理にすぎないものと位置づける必要があるとする。

【検討】

この見解は、刑法217条や刑法202条を挙げて「被害者の自己答責性」があら

[6] 松宮孝明「被害者の自己答責性と過失正犯」『渡部保夫先生古稀記念祝賀論文集』（日本評論社・2000年）527頁以下。

ゆる場面に適用されるわけではなく、制限される場合もあることを指摘する点に特徴がある。しかし、具体的にどのような条件の下で「被害者の自己答責性」が認められるのかという点については説明がなされていない。例えば一般的な「被害者の自己答責性」の要件である「事象における被害者の積極性」や「被害者の危険認識」の点について、どう考えているかは論文からは不明である。この見解が掲げるカミソリ事例から推測するに、「危険な行為を自分の自由意思で行った場合」には、「被害者の自己答責性」が認められると推測されるが、危険認識の点については不明であり、この点については筆者の見解を待つところである。

第四節　小括

やはりドイツと比較すると我が国においては関連判例も学説も少ないのが現状である。その理由としては、ドイツでは自殺関与が処罰されないが我が国では処罰されるため、「正犯」と「共犯」の区別を、我が国ではあまり意識してこなかったことがあげられるだろう。

また、我が国においては、「被害者の自己答責性」が抱えるその問題点についての考察が不十分であるという点も指摘できる。第三節で検討した見解も、「被害者の自己答責性」がいかなるものかという点については詳細に考察がなされているが、「被害者の自己答責性」の抱える問題点や、それをどのように解決していくかという点については明らかではない。これは、確かに「被害者の自己答責性」という概念がドイツ程には詳細に検討されておらず、我が国では最近主張されてきたという側面もあると思われる。しかしやはり「被害者の自己答責性」という概念を検討するに当たり、その内在的問題点の考察を看過することはできないと思われる。加えて「危険の引受け」の問題において主張されている他見解との比較検討という、言わば「外在的問題点」の考察も必要であろう。

そこで第四章では、これまで検討してきた日本とドイツの「被害者の自己答責性」の議論を踏まえて、「被害者の自己答責性」の問題点を検討し、他説との比較を行うことで自己答責性についての考察を深め、その上で私見を展開することとしたい。

第四章　検討

第一節　被害者の自己答責性の内在的問題点

本章では、「被害者の自己答責性」の原理に向けられる批判・問題点を取り上げ、また他見解との比較を通じて「被害者の自己答責性」に関する私見を展開する。

第一の問題点は、「被害者の自己答責性」という原理の刑法体系上の位置づけが不明確であるということである。すなわち、構成要件のレベルの問題なのか、あるいは違法性レベル・責任レベルなど、どのレベルの問題なのかが判然としないと批判されている[7]。自己答責性が被害者に認められると、被害者が正犯となり関与者は過失的共犯となることから、関与者は不可罰になるというが、それではこの自己答責性が認められた場合の「正犯」と「共犯」の区別はどのレベルでなされているのかが明らかでないので、少なくとも行為者や被害者の主観的事情の位置づけを明確にすることが必要であると指摘される。同様に、「被害者の自己答責性」の原理が、過失犯の要件のどの部分に関わるのかも明確でないことも指摘されている。例えば予見可能性が認められる場合にも、「被害者の自己答責性」が認められる場合に帰属を否定するとすれば、予見可能性は「被害者の自己答責性」との関係でどのように位置づけられるのかという点が不明確であるということである。

第二の問題点は、自己答責性論が「危険の引受け」に基づく行為を不可罰とするのは、それが「自己危殆化への関与」と同視される「合意に基づく他者危殆化」の一類型と解したことによるが、そもそも、結果の実現が他人（被害者）の支配下に置かれる「自己危殆化」への関与と、合意に基づくとはいえ行為者自ら結果を実現する「他者危殆化」とを同一視することはできないのではないかということである[8]。つまり、「自己危殆化への関与」においては、法秩序の関心はもっぱら被害者自身による危殆化行為に向けられ、行為者の関与行為は二次的存在として通常刑法の埒外に置かれることから、「被害者の自己答責性」の原理により関与者が不可罰になるのは是認できるとしても、「合意による他

[7] 浅田和茂「刑事法学の動き」法律時報70巻４号（1998年）103頁。
[8] 曽根威彦「過失犯における危険の引受け」早稲田法学論集73巻２号（1997年）51頁。

者危殆化」の場合には、行為者の危殆化行為こそがまさに刑法的評価の対象であり、被害者の合意は犯罪の可罰性の程度に間接的な影響を及ぼす付随的事情に過ぎないとされ、「自己危殆化」への関与と正犯そのものである「合意に基づく他者危殆化」を混同するのは妥当でなく、やはり「合意に基づく他者危殆化」の場合には「被害者の自己答責性」の原理によってもなお基本的に可罰性を帯びざるを得ないと批判されている。

ドイツではヘルマンが[9]、ロクシンが以下の２つの要件を満たした場合に「合意に基づく他者危殆化」も「自己危殆化」と法的に同視できると主張していることを指摘する。

Ａ：被害者が行為者と同程度の危険性を認識していたこと。

Ｂ：侵害は冒した危険の結果であり、行為者の他の過失が付け加わっていないこと。

なおこのロクシンの見解に対してもヘルマンは「なぜこの２つの条件により自己危殆化と同置できるかは不明であり、もっと積極的な論証が必要ではないか」と批判している。

第三の問題点は、「被害者の自己答責性」の基本的思想は、「行為者と被害者を、それぞれ答責領域を有するものとしてパラレルに対置させた上で、法益侵害という結果をどちらの答責領域に帰属させるべきか」というものであるが、刑法の世界においては、あくまで行為者の罪責が問われているのであり、行為者と被害者が対等の資格で対置するという前提そのものが妥当でないという点である。法益侵害結果に対して「被害者の自己答責性」が問われるとしても、それはせいぜい行為者の罪責に対する評価に反映される限りであり、刑法的に「被害者の自己答責性」という概念自体が独立した意義を持つわけではない。刑法の領域では原則として「他人によって干渉・侵害されない」という事との関連でのみ被害者の法益が保護されれば足りるのであり、法益主体も法益保持のために固有の責任を負っていると解することは国家による市民生活への過度の介入を是認することにつながりかねず、好ましいことではないと批判されている[10]。

---

[9] Uwe Hellmann, Einverständliche Fremdgefährdung und objektiv Zurechnung, in Festschrift für Claus Roxin, S.282f.

[10] 曽根・前掲（注８）47頁。

第四の問題点は、「被害者の自己答責性」はもっぱら被害者自身に照準を合わせる思考方法といえるが、被害者のみの事情に対する考慮がはたして直ちに行為者の罪責に対する評価につながるものであるかという点である[11]。この批判は、更に以下のように述べる。つまり「被害者の自己答責性」という原理は、規範的次元において生じた結果が被害者の答責領域に帰属するということのほか、行為者の答責領域には帰属しないという判断を含んでいる。しかし、行為者の答責領域には結果が帰属しないという評価は、被害者の答責領域に帰属することの消極的、反射的効果ではなく、積極的論証を必要とするのではないかということである。ドイツのメーメル河事件の判決においては行為者（船頭）が結果発生の危険を指摘し被害者に行為実行（船を出すこと）を控えるほうがよいと説得していたことが行為者の罪責を否定する上で重要な意味を持っていたことからも、行為者の事情に対する考慮を抜きにして行為者の罪責を判断することは困難であると指摘されている。

第五の問題点は、第四の問題点に関連する。その問題点とは、「被害者の自己答責性」は関与者の正犯性を制限するものだが、正犯性の制限のためには構成要件的結果の十分な認識・予見が必要であり、結果惹起の危険の認識・予見はあっても、結果惹起についての認識・予見を欠く者の介在によっては、当該結果はその者により引き受けられたとはされず、その背後に位置する者について正犯性を否定することは困難ではないかという点である[12]。このことは、一般に行為後における被害者又は第三者の過失行為の介在によって因果関係は否定されず、被害者の同意による罪責の否認を認めるためには現実の同意が必要であり、単なる同意の可能性、結果の認識・予見を欠いたことについての被害者の落ち度の存在では足りないことに示されているとし、被害者における危険の認識のみによっては結果惹起の点についてまで行為者の正犯性を否定することはできないのではないかと批判されている。

最後に第六の問題点としては、「被害者の承諾」によって可罰性の排除されない行為が、何故、個人の自由を基礎とする「被害者の自己答責性」の原則によって不可罰とされるのかという点が挙げられている。つまり「危険の引受け」

[11] 曽根・前掲（注８）47頁。

[12] 山口厚「危険の引受け論再考」『刑事法学の現実と展開―斉藤誠二先生古稀記念』（信山社・2003年）95頁。

の場合に、法益侵害に直接結びつく危険行為は全面的に行為者に委ねられており、特に生命侵害の場合には被害者が侵害結果まで引き受けていても行為は可罰的であることから、「危険の引受け」にとどまっている場合には当然に可罰的であると考えざるを得ず、そして被害者の法益が危殆化されているという点で、故意犯と過失犯との間に違いを認めることは困難である以上、故意犯における帰結（可罰性）は当然に過失犯にも及ぶことになる。ゆえに、「被害者の自己答責性」の原理によっても「危険の引受け」における可罰性を否定することはできないと批判されている[13]。

以上、問題点を列挙してきたが、第一の問題点が我が国の刑法の体系に係ることもあり、「被害者の自己答責性」に関する最重要な問題であるといえよう。第二～第六の問題点は、「被害者の自己答責性」の内容に関する批判であるが、この中では特に第二の問題点が重要であると思われる。それは「被害者の自己答責性」を主張する論者間においても、この批判のように「合意に基づく他者危殆化」の場合には追加的要件を満たさないと「被害者の自己答責性」は認められないとする見解が多いためである[14]。

第二節　内在的問題点の考察

それでは、以下前節で挙げられた問題点を順次考察していくことにする。

まず、第一の問題点については、「被害者の自己答責性」という原理がもともと客観的帰属論の一環であることから、構成要件レベルの問題である考える。この点について、「危険の引受け」が「社会的相当性」や「被害者の承諾」に関わる問題であることから、違法性のレベルで問題を解決する方が望ましく、構成要件レベルの問題で処理すること自体が「被害者の自己答責性」という見解の不適切さを示しているとの指摘も予想される。

この指摘については、本稿は「社会的相当性」という概念を重視するのは前述の様に不適切であると考えている。例えば「競輪中の事故」と「被害者側の事情が同一である、私人による自転車レース中の事故」を比較した場合を考える。社会的相当性説によれば、競輪事故は競輪自体が社会的相当性を有するから不可罰で、私人の自転車レース中の事故は私人の自転車レースが社会的相当

[13] 曽根・前掲（注８）52頁。
[14] 例えば、塩谷・前掲（注１）374頁。

性を有しないから可罰的であるという結論に至る。つまり、この見解によれば、問題となる行為が社会的に相当か否かが重要になる。ゆえに、社会的に相当でない行為をする時に事故が起これば、常に関与者は可罰的という結論に至る。しかし、私人が危険な行為をして事故が起これば、国家は当該危険行為の関与者を一律で可罰的にするというのは不当である。やはり、当該行為の社会的相当性ではなく、被害者側の事情を考慮すべきである。

また「被害者の承諾」についても、確かに「被害者の承諾」と「被害者の自己答責性」は「個人の自己決定権」の尊重という点で共通している。しかし、厳密には両者は異なるものである[15]。「被害者の承諾」は、被害者が結果発生を承諾しているが、「被害者の自己答責性」は被害者が結果発生の危険を承諾しているだけで、現実の結果発生に対して被害者は承諾していないという点で両者は異なるというのは前述の通りである。さらに「被害者の承諾」が問題になる場面では、一度被害者が承諾をすればその後の事象における結果発生までの被害者は受動的な役割で一方的なものであり、事象における寄与度もそれほど大きくないといえる。

他方、「被害者の自己答責性」が問題になる場面では、「被害者の承諾」と異なり被害者の役割は結果発生に至るまで一貫して受動的なものにはならず、被害者のみならず関与者と言わば共同して結果発生に寄与するため、事象における結果への寄与度も大きい。よって、「被害者の承諾」と「被害者の自己答責性」は似て非なるものであるから、この指摘はあたらないと考える。なお、「予見可能性」が認められる場合にも「被害者の自己答責性」が認められるのならば、予見可能性をどう解するのかという問題については、「被害者の自己答責性」の要件である「被害者側の危険認識」・「事象における積極性」の部分で考慮されることになると考える。予見可能性が存在したにも関わらず被害者が危険な行為を行ったということは、「事象における積極性」が認められ「危険認識」

[15] 但し、被害者の自己答責性を主張する論者の多くが、「答責能力」の判断に「同意能力」の基本的考え方を援用する点や、「被害者の自己答責性」が「被害者の自己決定権」を重視していることを考慮すれば、「被害者の自己答責性」は「被害者の承諾」と基本的部分は共通していると考えられる。それゆえに、本稿の立場からは「被害者の自己答責性」を客観的帰属論の一つとして「構成要件論」に位置づける以上、「被害者の承諾」も「構成要件論」に位置づけられることになろう。

の点についても適切に危険を評価できた事情が存在したことになる。ゆえに「予見可能性」が存在したことは、「被害者の自己答責性」を肯定する要素として機能すると思われる。

なお第六の問題点も、「被害者の承諾」と「被害者の自己答責性」を比較する点で前述の第一の問題点と関連する。確かに、故意犯の論理を過失犯にも及ぼすべきとの指摘は正しいと思われる。しかし、「被害者の自己答責性」が問題になる局面は、通常の過失犯が問題になる局面とは事情が異なるのである。

本来、過失犯とは行為者側の過失が問題になる場合である。その一方で「被害者側にも結果発生に対して行為者と同等、若しくはそれ以上の過失がある場合」に問題になるのが「被害者の自己答責性」であり、ここに一概に過失犯とはいえない事情が存在している。また、「危険の引受け」という名称が付いていることからも、通常の過失犯の枠組みでは解決できない特殊な過失犯類型を意味する背景があると考えることも可能であろう。いずれにしても、故意犯の帰結を過失犯にも及ぼすべきであるとの批判はあたらないと考える。

第三の問題点は、行為者と被害者をパラレルに対置するという「被害者の自己答責性」の前提への批判であった。この批判の骨子は、言い換えれば「刑事裁判とは本来行為者の行為責任を問う場なのであり、法廷に存在していない被害者の行為責任を問う場ではない」ということになろう。しかし、例えば「被害者の承諾」が問題になるケースでは、法廷に存在していない被害者の承諾が有効であったかどうかが主論点になるのであり、そのことがまさに行為者の行為責任の存否につながるのであるから、被害者と行為者をパラレルに対置することは何ら不合理ではないのである。ゆえに、この批判は自己答責性を主張する論者にとって致命的な欠陥とはならないであろう。

第四の問題点については、批判の一例としてドイツのメーメル河事件が挙げられていた。そしてこの事件においては、船頭が乗客に船に乗ることを控えたほうがいいと言ったにも関わらず乗客が船に乗ったことが行為者（船頭）の罪責を否定する上で大きな意味を持つのだから、行為者側の事情を考慮しないことは妥当ではないと批判されている。

しかし、「被害者の自己答責性」の原理は決して行為者側の事情を考慮していないわけではない。メーメル河事件は、従来の見解によれば「合意に基づく他者危殆化」であるが（本稿の立場からは、「被害者と行為者が結果発生に共同して関与するケース」とされる）、例えば第三章の第三節で検討した「被害

者側に完全な危険認識を要求する見解」によれば、「合意に基づく他者危殆化」の場合の自己答責性の要件として「被害者が行為者と同程度以上に事象において結果発生に対して積極的な態度を示したこと」というのが挙げられている。ゆえにこの要件の部分で行為者側の事情も考慮されているといえる。

また、この見解が掲げる要件によらなくても、メーメル河事件のように、「被害者よりも関与者が当該危険行為に関して優越的知識を有している場合」には、「関与者には被害者に当該行為の危険性について説明する義務が求められる」とする点では、「被害者の自己答責性」を主張する論者間において一致している。なぜならば、関与者が当該行為の危険性を説明しないことには、被害者は当該行為の危険性を適切に判断できないからである。ゆえに、関与者が当該行為の危険性について被害者に説明を尽くしたうえで、それでもなお被害者が当該危険行為を行った場合にのみ「被害者の自己答責性」が認められるのである。確かに、被害者側の事情を考慮するのが「被害者の自己答責性」の特徴である。しかし、その内実では被害者側の事情の考慮により行為者側の事情を考慮することも十分可能であり、決して一面的な被害者要素だけを考慮しているわけではないのである。よって、この批判はあたらないと思われる。

第五の問題点は、行為者の正犯性制限のためには構成要件的結果の十分な認識・予見が必要であるから、被害者が当該行為の危険しか認識していない「危険の引受け」の場合には、行為者の正犯性を制限することはできないという点である。この批判は遡及禁止論に依拠するものであり、「正犯性が認められる」ということは、「構成要件的結果惹起の原因を支配したということ」であるから、正犯性は「構成要件的結果の十分な認識・予見」をもちつつ、それを直接惹起した者に認められるという論理を前提とするものである[16]。

しかし、そもそも「危険の引受け」の場合には、被害者のみならず行為者（関与者）も当該行為の危険しか認識していない。そうすると、例えばメーメル河事件の船頭や、ダートトライアル事件の運転者も構成要件的結果の危険の認識しか有していないため正犯性は誰にも認められないことになり、遡及禁止論からは両事件の関与者を不可罰とする判例の結論に対する説明がつかないことになる。

しかしながら、遡及禁止論が主張する論理の「構成要件的結果惹起の原因を

[16] 山口厚『刑法総論［第二版］』（有斐閣・2007年）68頁。

支配した」ことにより、「正犯性が認められる」という点に着目すれば、被害者が構成要件的結果惹起の原因を支配したといえるような場合（例えば、麻薬中毒者が自ら自分に麻薬を注射するような、「典型的な自己危殆化」の場合）には、被害者に正犯性が認められることになり、「被害者の自己答責性」の原理と遡及禁止論は何ら齟齬を生じないことになる。従って、遡及禁止論が掲げる「構成要件的結果惹起の原因を支配した」ということは、結果を直接惹起した者に「構成要件的結果の十分な認識・予見が認められる」という部分については論理の飛躍があるように思われ、この批判はあたらない。

最後に第二の問題点は、「合意に基づく他者危殆化」の場合には、被害者ではなく行為者自身が危険行為を行っているため行為者側に「事象支配」が認められ、やはり行為者への結果の帰属を否定する「被害者の自己答責性」は認められないという指摘である。この指摘は自己答責性を主張する論者間においても、認めざるを得ない、長らく頭を悩ませてきた問題と言えよう。

この第二の問題点に対して、例えばヘルマンは「合意に基づく他者危殆化」の例としてメーメル河事件を掲げて、前述のように「事象支配」について以下のような見解を述べている[17]。

確かに、この事例（メーメル河事件）では、一見すると「危殆化行為を行う側」（Gefährdende）=「船頭側」に構成要件的結果へと至る事象支配があるように思われる。しかし詳細に検討してみると、「危殆化される被害者側」（Gefährdete）=「乗客側」の意思の侵害がないこと・被害者側（乗客側）の適切な危険評価を前提とするならば、危殆化行為を行う行為者側の事象支配の優位性は何ら確立されていない。なぜならば、危殆化行為を行う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ということは、危殆化行為を行う側は事象を全く支配していないことが示されるためである。

つまりヘルマンによれば、メーメル河事件は、行為者の慎重な振る舞いにも関わらず、行為者が支配できなかった自然の脅威に内在する危険（暴風雨）が現実化した事例といえるので、行為者は何ら事象支配の優位性を獲得していないケースになる。さらにヘルマンは、危険な競技における被害者、行為者共に慎重な振る舞いに関わらず、被害者、行為者共に支配できなかった競技に内在する危険が現実化した場合にも、行為者は結果発生の原因となる要因を回避で

[17] Hellmann, a.a.O. (Fn9), S.282f.

きなかったという事情があるのだから、行為者に事象支配を認めることはできないと主張する。

ヘルマンの、「事象支配の判断の際に結果発生の原因となる要素を回避できたか」というメルクマールを考慮するという見解は、わが国の不作為犯や過失犯の判断の成否において一般的に用いられている「結果回避可能性」という概念に類似するものと思われる。つまり、なぜ結果回避可能性が不作為犯や過失犯共に要求されるかという根拠については、結果発生の原因となる要素を回避できたのにも関わらず結果を実現して初めて非難が可能になるのであり、結果が回避できなくても犯罪の成立を認めることは責任主義に反するためであろう。また故意犯においても、不作為犯や過失犯と同様に「結果回避可能性が要求されるべきである」という見解[18]も最近は主張されている。

ヘルマンの見解は、この結果回避可能性の論理を「自己危殆化」、「合意に基づく他者危殆化」などの「危険の引受け」における正犯性の判断基準として発展させたものと推測される。「危険の引受け」において、正犯性が認められるということは結果が帰属されるということであるため、「結果回避可能性がなければ関与者に結果を帰属させるべきはない」という見解がヘルマンの論理であり、この論理については我が国の判例・学説も認めている。

従来「合意に基づく他者危殆化」の場合には、自己答責性を主張する論者の中でも「被害者の自己答責性」は原則認められず、自己答責性を認めるためには更なる要件が必要であると考えられてきた。しかし「合意に基づく他者危殆化」の場合においても、ヘルマンの見解によれば、何ら行為者（関与者）に事象支配の優位性が存在することは示されていないのだから「被害者の自己答責性」が適用できることになり、第二の問題点もあてはまらないと考える。

第三節　被害者の自己答責性の外在的問題点の考察

ここでは「被害者の自己答責性」の原理によることなく、「被害者が結果発生に過失的に関与する」、いわゆる「危険の引受け」の問題を解決する見解を検討する。

まず、当該行為が社会的相当性を有する場合に違法性が阻却されるとする見

[18] 山口・前掲（注16）55頁。

解[19]や従来の「被害者の承諾」の法理では解決できないという点については前述の通りである。今一度確認すると、前者は当該行為に注目することにより被害者側の事情を全く考慮していない点で妥当でない（この点で、「スポーツという特殊な部分社会」を指摘して、この問題の解決を図る見解[20]も不適切である）。また後者については、「危険の引受け」は危険な行為については承諾しているが、そこから生じる法益侵害結果については承諾していない点で、法益侵害結果を被害者が意欲している「被害者の承諾」の法理は適用できない。

次に、過失犯における一般理論を用いる見解を検討する。この見解には様々なものがある。

Ａ説：当該事例における具体的予見可能性の有無を考慮することにより解決を図る見解[21]。

Ｂ説：「結果回避義務」が限定されるとする見解[22]。

Ｃ説：過失犯の成立要件である「注意義務」が否定されるとする見解[23]。

Ａ説は、結果発生の具体的予見可能性がないところでは過失犯の成立は認められないというものである。Ｂ説は、客観的な危険行為があっても、法益主体がその危険を引き受けている場合には、規範的な評価において過失犯の危険行為が限定されゆえに結果回避義務も限定されるとするものである。Ｃ説は、危険の引受けが認められる場合には危険な行為の遂行それ自体は許されるとし、そしてそれを一旦許した以上は危険な行為の遂行のために行為者にとってもはや回避しえない結果が発生したとしても、結果惹起についての責任を行為者に問うことはできないとして、「注意義務違反」が否定されるとするものである。

しかしこれらの見解は、「行為者側と被害者側の過失を比較した場合に圧倒的に行為者側の過失が大きいケース」である、「いわゆる通常の過失犯」に本来適用されるものである。「危険の引受け」のような、「行為者だけでなく被害者側も結果発生への看過できない過失を有するために、行為者側と被害者側の

---

[19] 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６巻１号（1999年）105頁。

[20] 小林憲太郎「判批」刑法判例百選Ⅰ［第五版］（有斐閣・2003年）112頁。

[21] 塩谷・前掲（注１）345頁。

[22] 現代刑事法 第二巻第七号 《鼎談》「過失犯論の課題と展望」（現代法律出版社・2000年）27頁によれば、大塚裕史教授はこのような見解を主張する。

[23] 山口・前掲（注16）170頁以下。

過失を比較した場合にどちらの過失の方が大きいか明確に決定できない」場合にこれらの見解は本来適用されるわけではないことに注意を要する。

すなわち「危険の引受け」においては、通常の過失犯の事例と異なり「行為者側の過失ではなく、場合によっては被害者側の過失が結果発生への主たるファクターである場合」も存在し、その場合には言わば「事象における主役（正犯）という意味での、行為者と被害者の逆転現象」が生じているのである。ゆえに、重点的に考察されなければならないのは結果発生に対して過失を有する被害者側の事情ではないだろうか[24]。

行為者側に照準を合わせて行為者事情を考察していく中で、被害者側の事情をも考慮するという従来の過失犯の枠組みの中で処理するこれらの見解では、被害者側の過失が結果発生に対する主要なファクターとなっているケースの「危険の引受け」には不十分なのである。最初から行為者側に第一次的にウエイトが置かれるという前提自体が通常の過失犯のケースには妥当であっても、「危険の引受け」という局面においてはなじまないのである。よって、従来の過失犯の理論で解決を図るこれらの見解は妥当でないと思われる。

続いて、複合的に「危険の引受け」の問題を処理し、ダートトライアル事件については「因果関係」の問題として考える見解を検討する[25]。この見解は、「危険の引受け」の問題として扱われている対象が、刑法の体系上で１ヶ所にのみ位置づけられるのではなく、複数の局面に分けて捉えられるべきであることを示す。その上で、スポーツなどの危険を一定程度に抑えるルールが定められている活動に際しては、危険を認識している者は、通常人がそうした認識を持てば当然抱くべき結果回避意思を抱き、それに見合った行為をすべきだとし、そのような回避行為をしていたのであれば避けられたであろう結果については、行為者が被害者に回避措置を執らせないように追い込んだり、被害者の行為者に対する信頼が被害者の回避行動を止めさせるのもやむを得ない等の特段の事

[24] 従って、「被害者も結果発生に過失的に関与しているが、行為者側の過失が結果発生への主たるファクターである場合」には、通常の過失犯の理論枠組みを用いて検討すべきである。本稿は、被害者が結果発生に過失的に関与する、あらゆる「危険の引受け」のケースに、「被害者の自己答責性」を適用すべきことを主張しているわけではないのである。

[25] 島田聡一郎「被害者による危険引受」山口厚（編）『クローズアップ刑法総論』（成文堂・2003年）149頁以下。また、島田・前掲（注３）115頁。

情がない限り、結果が生じる危険性の低さを理由に、法的因果関係が否定されることを主張する。

確かにこの見解が、「危険の引受け」は複合的な問題を有するためいくつかのケースに類型化して、そのカテゴリーごとに別の解決策をそれぞれ考えるというのは是認できる。しかしスポーツ事故の場合に、この見解が提示する「被害者が現実に危険を認識していた場合には通常これを回避する」という前提は良いとしても、それにも関わらず被害者が自己を危殆化するのを「異常な事態」と評価する点には疑問がある。

例えば、ダートトライアル事件の被害者が初心者たる被告人の運転するダートトライアル車両に危険を認識しながら同乗するのは「異常な事態」なのだろうか。経験者である被害者が、被告人のような初心者の車に同乗するのは「選手の育成という観点」から見れば極めて正常であり、むしろ「同乗しない方が異常な事態」ともいえる。

「異常な事態」が認められるのは、例えば因果関係における因果経過の相当性の問題において挙げられる、「暴行を受けた被害者が救急車で運ばれている最中に救急車が事故に遭い、被害者が死亡したケース」などであろう。このケースでは、介在事情である「被害者を乗せた救急車が走行中に事故に遭遇」するというのは、行為者の実行行為である暴行行為から必然的あるいは付随的にしばしば引き起こされるものではなく異常性が高いと言え、また結果発生への寄与度も当初の暴行行為と比べて大きいために、因果経過の相当性は否定されよう。

しかし「危険の引受け」においては、この見解が主張する「被害者が危険を認識した場合に通常当該危険行為を回避することから、被害者が自己を危殆化するのは異常である」というテーゼは上述の様に必ずしも成り立たないのであるから、この批判もあたらない。

最後に、「被害者の自己答責性」という原理は、他見解と比較した場合に「危険の引受け」という問題だけを解決するためだけに主張されており、他の問題への適用可能性が存在しないという批判が他見解から予想される。しかし「被害者の自己答責性」においては、本稿第二章でムーマンも指摘していたように「被害者の自己決定権」が重要な要素を占めている。そして「被害者の承諾」などの刑法における様々な問題を検討する際にも、重要なファクターとなるのが「被害者の自己決定権」なのである。ゆえに、「被害者の自己答責性」と「被

害者の承諾」は「被害者の自己決定権」という点で共通すると本稿は考えている。

例えば、自己決定の自由がすべての個人に認められるものである以上、自己決定権が法的保護を受けるのは、あくまでも他者の自己決定権を害しない限りにおいてであって、「他者の自己決定権」を害する「自己決定の自由」というものは認められないことから、侵害に対する「被害者の承諾」がある場合には、そこに「他者の自己決定の自由」が実現されていることから、公権力の介入が否定されることになるとする見解がある[26]。また、刑法35条の正当行為である医師による医療行為においても、違法性阻却の要件として挙げられる「医学的適応性の存在」・「医療的正当性」と並んで「患者本人の同意」が考慮されている。特に医療行為においては、「患者本人の医療行為への同意」が中核的な違法性阻却要素とされていることから、「患者自身が医療行為を選択するという自己決定権」まさに重要な要素となっている。

また例えば住居侵入罪の保護法益の問題においては、「住居に誰を立ち入らせ、誰の滞留を許すかの自由」と解する「新住居権説」が主張されている[27]。この見解は、「自己の住居へ他人の立ち入りを認めるか」という住居権を住居侵入罪の保護法益と解している。新住居権説は居住者の「誰の立ち入りを許すのか」という意思が重視されていることから、まさに「居住者の自己決定権」が考慮されているといえよう。

このように刑法における問題の様々な局面で、「被害者の自己決定権」が問題になっている。そして、「危険の引受け」においても「自らの責任で危険を冒す自由」という自己決定権も認められるべきであるという考えを具現化したものが「被害者の自己答責性」の原理なのである。なおこの点については、「被害者の自己答責性」の場合には被害者の自己決定権は認められないとの批判が予想される。なぜならば、刑法202条の規定から「生命の保護」が問題になる局面では、被害者本人の意思に合致する行為であっても関与者が被害者を害する行為を刑法的に是認することはできず、生命に関しては本人自身の自由な処

---

[26] 曽根威彦 「自己決定の自由―憲法と刑法の交錯」『日本刑事法の理論と展望：佐藤司先生古稀祝賀』（信山社・2002年）上巻60頁以下。

[27] 山口厚『刑法各論［第２版］』（有斐閣・2010年）119頁、林幹人『刑法各論［第２版］』（東大出版会・2007年）98頁など。

分についても限界が存在するためである。

また、憲法学の立場からも同様の批判の存在が指摘されている[28]。その指摘は以下のようなものである。つまり「自己決定の自由」は近代自由主義社会における普遍的原理であり憲法第十三条にその実定法上の根拠が求められるが、例えば自殺に対してパターナリズム的干渉が認められるのは、自己決定権の大前提には「生命の尊厳」という考え方があるためで、回復不可能で永続的な不利益をもたらす自殺を権利の行使と構成することはその大前提にもとるというものである。この指摘は、言わば自己決定権を不可能にする自己決定権は認めるべきはないとするものといえよう。

しかし、「被害者の自己答責性」においては、これらの批判が主張する問題状況とは異なるのである。「被害者の自己答責性」の場合には、被害者自身は危険を冒すことを承諾しているだけであり、その時点では被害者の生命に危険が現実化するかどうかは確かではない。危険行為の結果として、法益侵害が起こらない場合も十分ありうるのである。確かに自殺や同意殺人の場合には、確実に生命の保護が問題になろう。もちろん、「被害者の自己答責性」においても「生命に危険が及ぶ場合」も存在するであろう。しかしそれは事後的に判明するもので、言わば結果論なのであり行為時には生命に危険が及ぶか否かを行為者や被害者が正確に認識することは不可能である。

そう考えるとこの問題は、「生命に危険が及ぶかもしれない行為」を行う自由を認めるか否かという点に帰着する。この点について、「道徳的にあまり望ましくない事を実現する自由」を「自己決定権」という形では認めるべきではないという見解も存在すると思われる。

恐らく国家がこのような「自己決定権」を認めることは、自由主義的な社会を国家が助長することにつながりかねないという懸念があるのだろう。「被害者の承諾」や「保護法益の問題」だけでなく、最近では「安楽死」や「尊厳死」の局面においても「自己決定権」が問題になっている。このようなケースで「自己決定権」を持ち出すことに何の批判もなされないが、「危険の引受け」においては「自己決定権」を援用することに消極的であるのもこのような懸念からだと思われる。

しかし、「自己決定権で追求される目的」は、「道徳的に善なる目的」でなけ

[28] 曽根・前掲（注26）75頁。

ればならないという制限を国家が行うことの方が、より大きな自己決定権の侵害ではないだろうか。危険な行為をする自由も認められてしかるべきであり、それを自己決定という概念で具現化したのが「被害者の自己答責性」なのである。

この点についてムーマンも、憲法により保護された「生きる権利」を「生きることへの義務」へと解釈を変えることは許されないとする[29]。「生きる権利」は、生命の担い手の「ために」保護されているのであり、生命の担い手に「反して」保護されているのではない。そして、この論理と同じ事が「被害者の自己決定権」にも当てはまるとする。すなわち自分自身に関する決定について他人から介入されないということが人間の尊厳を特徴づけており、生命を断つという人間の自由な決定について、法の共同体が特定の判断を処分者に押し付けることはできないとムーマンは主張する。

「被害者が命を絶つような行為や、自己を危険にさらす行為」を行う自由を認めるべきであるというムーマンの見解は妥当だと思われる。なぜならば、ムーマンの指摘にもあるように「国家が私人に対して生きることを強制すること」は、被害者の生命が被害者の「ために」保護されていることと矛盾するからである。被害者の生命はまさに被害者自身が有する法益なのであるから、国家が被害者の法益処分行為に対して過度に介入するのは妥当ではないのである。

以上を踏まえると、「被害者の自己答責性」においても「被害者の自己決定権」は認められると思われる。ゆえに、根底において「被害者の承諾」などの刑法上の諸問題とも「自己決定権」という要素で共通することになるため、他の問題への適用可能性が存在しないという指摘はあたらない。

第四節　被害者の自己答責性の認定要件

それでは、以上の問題点の考察を踏まえると、「被害者の自己答責性」を適用するための具体的な要件とは何なのであろうか。「被害者の自己答責性」が認められるためには、「被害者が当該行為の危険性を適切に認識した上で、それでもなお被害者が関与者と同等若しくはそれ以上の積極的態度で危険行為を行った」という事情が必要である。そこで、本稿では以下の三つの要件を被害者が満たした場合に、このような事情が認められるために「被害者の自己答責

[29] Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht, 2011, S.168f.

性」が適用できると考える。

①：被害者に「答責能力」が存在したこと。
②：被害者に「事象における積極性」が認められること。
　→被害者に「関与者と同等若しくはそれ以上の結果発生対する過失」が認められること。
③：被害者が当該行為の「危険性を適切に認識」したこと。

まず要件の一つ目として、「被害者が当該行為の危険性を認識し、当該行為によってどのような結果が発生するかを理解できる能力」、つまり「答責能力」を有することが必要である。この答責能力は、第一章のベルクルの指摘にもあったが具体的な一定の年齢により判断されるのではなく、被害者が弁識能力・判断能力を有していたか否かにより判断される。結局はケースバイケースで、具体的状況下で被害者が当該行為の危険性や法益侵害の結果を認識できたかを判断していくしかないことになろう。ゆえに、幼児や精神障害者については、答責能力は否定される。また、被害者自らが酩酊状態に陥った場合も、答責能力は否定されないと解する。確かに酩酊状態下にある被害者は当該行為の危険性を判断できないかもしれないが、酩酊状態に陥ったのは被害者の行為によるものである。被害者自らが酩酊状態下に陥り、その酩酊状態下で危険な行為を行って自分に結果が発生したとしても、それはまさに「被害者の自己責任」なのである。

この点について、被害者自らが麻薬を注射するいわゆる麻薬事例においては被害者の麻薬常習使用のために「答責能力」が否定されるとする見解[30]もあるが疑問である。麻薬注射という行為の危険性を被害者が認識できなくなったのは、被害者自身で麻薬を常習使用した結果である。酩酊事例と同様に被害者自ら答責能力欠如の状態に陥り、その上で自己に麻薬を注射して死亡したとしても自己答責性を認めるべきであるから、答責能力は否定されないと解すべきである。つまり行為時に被害者に答責能力が欠如している場合でも、「答責能力欠如の原因が被害者の過失による場合」には「被害者の自己答責性」を否定すべきではないのである。

[30] 塩谷・前掲（注１）373頁。

但し、他者によって酩酊状態や麻薬中毒状態下に被害者が陥れられた場合は、被害者の答責能力は否定される。また、被害者が酩酊状態や麻薬中毒状態に陥っている事を関与者が認識した上で、関与者が被害者を危険な行為に誘引した場合にも「被害者の自己答責性」は認められない。なぜならば、関与者が、被害者が当該行為の危険を判断できないことを認識した上で、なお被害者を危険な行為に誘引すること自体が法益侵害の実質的危険性を有するからである。

次に要件の二つ目として、「事象における被害者の自発的な（自由意思による）積極的態度」が認められることが必要である。但しこの要件は、最終的な結果発生へと至る行為を被害者自身が行っていることから直ちに認められるわけではない。

例えば自殺関与罪と同意殺人罪の区別において、被害者が最終的な結果発生へと至る行為を行っていることが直ちに自殺関与罪を基礎づけるわけではないことを考えれば明らかである。このようなケースとして、被害者が行為者の強制状態下にありながら被害者自ら自殺する場合を考える。このケースで、形式的には被害者自らが自己に対して法益侵害行為を行っていることから関与者には自殺関与罪が成立するように見える。しかし事実上被害者は自殺行為に出ざるをえなかったのであり、関与者は被害者を言わば道具のように利用しているといえ関与者には殺人罪の間接正犯が成立するのが妥当であろう。これと同じ論理が「危険の引受け」にもあてはまる。

つまり自己危殆化においては、被害者自身が最終的な結果発生へと至る行為を行うからといって「事象における被害者の積極性」が常に認められるわけではないのである。関与者の強制のために被害者の事象における積極性が認められない具体例としては、本稿第一章第二節の設例③が挙げられる。

また第一章第二節の設例④においても「結果発生に対する被害者の過失が小さい場合」に「事象における積極性」は認められないのは前述の通りである。設例④のような「被害者自らが関与者を危険行為に誘引していない」、つまり「関与者が被害者を危険行為に誘引した」ケースでは、「被害者が自由意思によって、関与者と同程度の危険行為に対する自発的関与により自己を危殆化した」という事情が「事象における積極性」を認めるためには必要である。

なぜならば、「被害者の自己答責性」が認められるためには「結果発生に対する被害者の過失が関与者と同等若しくはそれ以上の場合」でなければならないからである。「被害者の自己答責性」の原理は、被害者を正犯とすることで

関与者は共犯になり、被害者自身に結果が帰属され関与者は処罰されないという効果をもたらす。それゆえに、関与者の方が被害者より結果発生に対する過失が大きい場合に、「被害者の自己答責性」が認められることで関与者に結果が帰属されないのは不合理である。

ゆえに「関与者が被害者を危険行為に誘引している場合」には、危険行為を行う前の時点では関与者の方が被害者より結果発生に対する過失が大きい。このケースで「被害者の自己答責性」を適用するためには、「被害者の結果発生に対する過失を関与者と同等若しくはそれ以上」にするための事情が必要になる。

そこで、「被害者の結果発生に対する過失を関与者と同等若しくはそれ以上」にするための事情を考えるにあたり、前述のダートトライアル事件を参照する。但し、本事件は経験者である被害者自らが初心者たる被告人のダートトライアル車両に乗り込んだケースであったが、事案を少し変えて被告人自ら自分の運転技術を指導してもらうために経験者である被害者に同乗してもらうことを頼んだケースを考える。

このケースでは、「被告人が被害者を危険行為に誘引しているケース」なので、危険行為（運転行為）を行う前の段階では、被告人の方が被害者より結果発生に対する過失は大きいといえる。しかし、その後の事象においては被告人が運転行為を行っていても、事実上被害者が被告人の運転を指導する形で行われているために、被告人は言わば被害者の手足となって運転しているといえる。ゆえに結果発生に対する被害者の過失が関与者と同等若しくはそれ以上といえるため、「被害者の自己答責性」は認められることになる。

つまり、「被害者の指導下で行われるような危険行為」については、関与者が被害者を危険行為に誘引したという事情が存在しても、なお「被害者の自己答責性」が認められるケースといえよう。また、関与者から誘引された被害者が、それを契機として「より危険な行為をするように関与者を煽った場合」にも「被害者の結果発生に対する過失は関与者と同等若しくはそれ以上」といえるため、「被害者の自己答責性」は認められることになる。また、第一章第二節の設例⑥や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」でも「被害者の自己答責性」が適用可能である。それは「被害者と関与者の結果発生に対する過失」が同等であるといえるからである。他方、被害者が関与者から危険行為に誘引された場合で、「被害者の指導下にない状態で危険

行為が行われた」あるいは「被害者が関与者に危険行為を煽ったなどの事情がみられないケース」では、結果発生に対する被害者の過失の大きさは関与者より小さいために、「合意に基づく他者危殆化」はもちろん、最終的な結果発生へと至る行為を被害者自身が行う「自己危殆化」であっても「被害者の自己答責性」は認められないと解すべきである。

最後に要件の三つ目として、「被害者側の適切な危険認識」が必要である。この点について、第一章でスポーツ事故に関する「被害者の自己答責性」を論じたベルクルは「危険認識に関する錯誤（法益関係的錯誤）がないこと」という要件を掲げていた[31]。では、両者の見解は異なるのであろうか。

まずベルクルの見解は、当該行為の危険性に無関係な錯誤があった場合全てに「被害者の自己答責性」を否定するのは妥当ではないが、他方で法益関係的錯誤（当該行為の危険性に関する錯誤）でない錯誤であっても当該危険行為を被害者が行わざるをえない錯誤の場合は「被害者の自己答責性」を認めるべきであるというものであった。この中でベルクルが主張する「当該危険行為に被害者が出ざるをえない」というのは、関与者による被害者への危険行為の強制の場合に「被害者の自己答責性」を認めるべきでないという主旨であるが、このことは「被害者側の適切な危険認識」を要求する論者からも是認されている。ゆえにベルクルの見解と「被害者側の適切な危険認識」を要求する見解は同主旨であると思われる。

なお「被害者側の適切な危険認識」があったといえるためには、被害者側に当該行為の有する危険についての完全な認識を要求する見解[32]もあるが疑問である。なぜなら、当該行為の正確な危険性を把握することは、被害者はおろか関与者においても不可能なケースが存在するからである。例えば、メーメル河事件で最終的な結果発生の要因となったのは「天候の悪化」であるが、このことは関与者である船頭側においてもあくまで「天候が悪化するかもしれない」という一種の危惧感のようなものにすぎず、「確実な予見可能性」により認識できるものではない。このような完全な危険認識が不可能な場合に、「被害者の自己答責性」が認められないとすれば、「被害者が完全に危険を認識できる行為」にのみ被害者が危険行為をすることが認められることになる。しかしそ

[31] Melanie Berkl, Der Sportunfall im Lichte des Strafrechts, 2007, S.153f.
[32] 塩谷・前掲（注１）372頁以下。

れは被害者の自己決定権の侵害であり、このような行為制限を被害者に課すこと自体が妥当でないのである。

但し、これは被害者と関与者が当該危険行為についての認識の程度が同等な場合である。メーメル河事件のように関与者の方が被害者よりも当該危険行為について優越的知識を有する場合には、関与者には被害者に対して当該行為の危険性について説明する義務が課されるべきである。関与者の当該行為の危険性についての説明義務が尽くされない場合には、被害者が適切に危険を認識できないために、「被害者の自己答責性」は否定され、関与者に結果が帰属されることになる。逆に関与者の当該行為の危険性についての説明義務が尽くされたが、なお被害者が当該危険行為を行った場合は「被害者の自己答責性」は認められ、被害者に結果が帰属されることになる。

この点、被害者側に完全な危険認識を要求する見解からは、HIV 感染事例のような場合に、被害者が「HIV に感染する」ということだけ認識しており、「死亡する可能性がある」ということを認識していない場合に、「被害者の自己答責性を」認めることは妥当でないと指摘される[33]。しかし、この問題は「被害者の答責能力の存在」という要件の部分で考慮することか可能であると思われる。「答責能力」が存在する被害者は、通常「HIV に感染する」ということは、「死亡する危険性もある」ということは十分認識できると思われる。むしろ、答責能力を有する者が「HIV に感染する」ということだけを認識していて、「死亡する可能性もある」ということについては認識していない場合は稀であろう。

つまり、「答責能力を有する通常人であれば認識できる程度の危険認識」があれば、「被害者の自己答責性」を認めることができると思われる。このように考えれば、答責能力を有する被害者が自己の不注意から当該行為の危険性について誤って判断した場合に、自己答責性が否定されることになる不均衡は回避できると思われる。ゆえに、被害者側の不注意により被害者が当該行為の結果発生の可能性を認識していない場合でも、答責能力を有する通常人であれば結果発生の可能性を認識できた場合は、危険の不認識という要件だけで「被害者の自己答責性」は否定されないと解する。他方で答責能力を有する通常人でも認識不可能な危険性を有する行為を被害者が行った場合には、「被害者の自己答責性」は否定される。

---

[33] 塩谷・前掲（注１）372頁以下。

なお、このような本稿の立場に対しては、「被害者に危険な行為を行うことを禁止するのは妥当ではないが、他方で当該危険行為から結果が発生した場合には、被害者は当然不利益を甘受すべきであるという主旨」のために、従来の自己答責性論に比してかなり強度であるように思われ、被害者保護をないがしろにするものであると批判があるかもしれない。

しかし、本稿の立場は従来の自己答責性論と比べ被害者保護を軽視しているわけでは決してない。被害者が自身の不注意により行為の危険性を適切に判断できなかったという理由だけで、一律に「被害者の自己答責性」が否定されるのは妥当ではないと本稿は考えている。「被害者の自己答責性」を主張するのであれば、被害者が自己の不注意により当該行為の危険性を見誤ったとしても、答責能力を有する通常人が当該行為の危険性を適切に評価できたという事情が存在した場合には、危険性を見誤った被害者の事情はまさに「被害者の過失」として評価すべきだと考える。このようなケースで結果が発生したとしても、それは当該行為の危険性を適切に判断していない「被害者の過失」によるものであるから、結果発生についても「被害者の自己責任」によるものであると考える方が「被害者の自己答責性」を主張する上で一貫していると思われる。

また、本稿は「被害者の事象における積極性」の要件を認める際に、従来の見解より厳しい基準を設定する。従来の見解によれば「自己危殆化」の場合に、最終的な結果発生へと至る行為を被害者自身が行っていることから「事象における積極性」は通常認められるとされてきた。

しかし、このような条件だけで「事象における積極性」を認める従来の見解は前述のように不十分であると思われ、「被害者側の過失を関与者と同等若しくはそれ以上」の状態にするための条件が必要であると本稿は考える。そしてその条件として「被害者自身が関与者を危険行為に誘引した」こと、あるいは「関与者が被害者を危険行為に誘引した」場合には、「危険行為が被害者の指導下で行われた」または「関与者から危険行為へと誘引された被害者がそれを契機として、危険行為をするように被害者が関与者に煽った」のような事情が存在して初めて、本稿の立場からは「被害者の自己答責性」が認められることになる。従来の自己答責性の見解からは、第一章第二節の設例④のケースでは被害者である甲に自己答責性が認められることになるが、本稿は被害者である甲に自己答責性は認められないと考える。

つまり、「被害者自らが漠然と危険行為を行う自己危殆化」の場合に、従来

の見解からは「被害者の自己答責性」が認められるが、本稿の立場からは「事象における積極性」が欠けるために「被害者の自己答責性」は認められないことになる。従って従来の見解と比べて、本稿は決して被害者保護を軽視しているわけではないのである。

第五節　被害者の自己答責性の適用場面

「被害者の自己答責性」は、前述の様に「レジャー」、「危険な医療行為」、「スポーツ事故」などに適用できる。「スポーツ事故」については第一章でドイツのベルクルの文献を検討した。「レジャー」や「危険な医療行為」についての各論的検討は、前述の様に他日を期したい。最後に、本稿では実務的にも重要であると思われる、「飲酒運転の車に被害者が好意同乗するケース」について「被害者の自己答責性」の適用可能性を検討することにする。酩酊している運転手の車に被害者が同乗するといっても様々なケースがある。そこで以下考えられる四つのケースに場合分けして検討することにする[34]。

①：被害者が、運転手が酩酊していることを認識せずに乗車した場合。
②：被害者が、運転手が酩酊していることを認識した上で同乗した場合。
③：被害者が、運転手が酩酊していることを認識し（あるいは認識せずに）、運転手に危険な運転をするように煽った場合。
④：被害者が、運転手が酩酊していることを認識し（あるいは認識せずに）、さらに被害者が運転手に危険運転を指示するなど言わば共同して危険運転行為を行っていた場合。

これらのケースを検討するに当たり、最初に考慮すべき要素は「被害者が自ら乗車することを運転手に懇願した」のか、「運転手が被害者の乗車を誘引したのか」である。「被害者が自ら乗車することを運転手に懇願した場合」では、被害者に答責能力が存在する限り「被害者の事象における積極性」が認められる。②のケースでは、乗車行為の危険についても被害者が認識しているため「被害者の自己答責性」は認められる。①のケースでは、被害者が乗車行為の有す

[34] 本稿が場合分けの参照にしたものとして、坪井祐子「被害者、関係者、第三者の落ち度が量刑に及ぼす影響」判例タイムズ1223号（2007年）98頁。

る危険を認識していないことから、答責能力を有する通常人ならば危険を認識できたか否かが問題になる。例えば運転手がかなり高度の酩酊状態にあり、運転手の息などの匂いから運転手が酩酊している事が答責能力を有する通常人にも容易に認識できた場合を考える。この場合には被害者が乗車行為の危険を認識していない場合でも、乗車行為が有する危険の不認識は被害者側の過失として考慮されるために「被害者の自己答責性」は認められることになる。

他方、①のケースで運転手の酩酊状態が低いために答責能力を有する一般通常人でも運転手が酩酊状態にあることが認識不可能であった場合には、当該行為が有する危険の不認識は被害者側の過失としては考慮されない。ゆえに、被害者が当該行為の危険性を適切に認識していないことになり「被害者の自己答責性」は否定されることになる。

③や④のケースでは、被害者の乗車行為が有する危険性の認識の要否に関わらず「被害者が運転手に危険運転行為を煽る」、または「被害者と運転手がいわば共同して危険運転をする」などの事情が存在する。したがって、これらの事情と「被害者自ら乗車することを運転手に懇願した」事情とが相まって、「被害者の結果発生に対する過失は関与者と同等若しくはそれ以上」といえるため「被害者の自己答責性」は認められることになる。

一方で「運転手が被害者の乗車を誘引した場合」は、①や②のケースでは「被害者の自己答責性」は認められない。なぜならば、「運転手が被害者に乗車を誘引する」という事情が存在し、その後の事情においても「事象における被害者の積極性を基礎づける事情」、つまり「結果発生に対する被害者の過失を運転手側と同等、若しくはそれ以上にする事情」も存在しないために、たとえ「答責能力を有する一般通常人ならば運転行為の危険性に認識できた」という事情が存在したとしても結果発生に対する運転手の過失が被害者よりも大きいことに変わりはないために①や②のケースでは「被害者の自己答責性」は認められない。

他方で、③や④のケースでは、「被害者が乗車行為の危険性を認識した、あるいは被害者が乗車行為の危険性を認識できたのか」という事情の有無が重要になる。「被害者が乗車行為の危険性を認識していたあるいは認識できた事情」が存在した場合には、確かに被害者は運転手から危険な乗車を誘引されたが、その後の事象においては、「被害者が危険運転行為を運転手に煽る」、または「被害者と運転手がいわば共同して危険運転する」などの事情も存在している。ゆ

えに結果発生に対する被害者の過失は運転手より大きいといえ「被害者の自己答責性」は認められる。

それでは反対に、「答責能力を有する通常人でも乗車行為の危険性をできなかった場合」はどうであろうか。③のケースでは確かに「被害者が危険運転を運転手に煽る」という事情が存在する。しかしそれは、被害者は運転手が酩酊状態下にないことを前提として行っている可能性もありうるだろう。これはまさに自己答責性の限界事例であるが、「被害者が危険運転を運転手に煽る」という事情だけでは、「運転手が被害者の乗車を誘引した」という事情も存在することから、結果発生に対する被害者の過失は関与者と比較して同等若しくは大きいとはいえず、「被害者の自己答責性」は認められないと解する。

しかし、④のケースのような「被害者と運転手がいわば共同して危険運転を行う」事情が存在した場合には、運転手が酩酊状態にないことを前提として被害者が運転手と共同して危険運転を行っている事情が存在したとしても、やはり共同運転という事情は結果発生に対する被害者の過失を運転手より大きくするため、「被害者の自己答責性」は認められると解する。

おわりに

本稿では「被害者の自己答責性」について、我が国の議論とドイツの議論を参照にしながら検討を進めてきた。最後に、本稿で明らかになったことを要約する。

従来、行為者の犯罪行為の刑法的評価において被害者側の事情は全く考慮されなかったわけではない。しかしながら被害者の役割は、行為者の規範違反的態度が外部に現れる「客体としての役割」に押し下げられていたといえる。被害者の自己決定がまさに問題になる「被害者の承諾」においても、被害者側の事情は行為者側の行為を正当化する事情として考慮されていたに過ぎないことが指摘されていた[35]。

そこで、行為者側と被害者側をパラレルに対置することで、行為者側から被害者側へと視点を移動させ、被害者側の事情に焦点をあてることにより「危険の引受け」の問題において妥当な解決を図ろうとする見解が「被害者の自己答

[35] Uwe Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2004, S.1f.

責性」の原理である。「被害者の自己答責性」とは、被害者が当該行為の危険を認識した上で、それでもなお自発的に当該行為を行って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るから当該危険行為に関与した者は処罰されないという原理である。

このことは、我が国では以下のように説明されている[36]。関与者が被害者の自己答責的な行為に関与するということは、被害者が正犯となり関与者は構成要件該当性のない過失的な自傷行為への過失的共犯となる。ゆえに総則の共犯規定からは適用されず、このような行為態様を補足する各則の特別規定も存在しないことから関与者は不可罰となる。つまり、「被害者の自己答責性」は構成要件該当性を排除する方向に働くのであり、刑法上の体系的位置については、本稿では「構成要件論」に位置づけられる。

そもそも「被害者の自己答責性」の原理は、もともとはドイツで「危険の引受け」、つまり「行為者だけでなく被害者も結果発生に過失的に関与するケース」を解決するために主張された見解である。またドイツでは、自殺関与は処罰されないが同意殺人は刑法216条で処罰されるために、「危険の引受け」の問題だけでなく同意殺人と自殺関与の区別基準としても「被害者の自己答責性」を掲げる見解[37]も前述の様に存在する。しかし、我が国においては自殺関与も同意殺人も処罰されることから、両者を区別する基準として「被害者の自己答責性」を掲げることはできない。

我が国では、ダートトライアル事件を契機として「危険の引受け」の解決策として「被害者の自己答責性」が主張されるようになった。「被害者の自己答責性」が問題になるケースとして、「自己危殆化」と「合意に基づく他者危殆化」が挙げられる。但し「自己危殆化」や「合意に基づく他者危殆化」のケースであればあらゆる場合に「被害者の自己答責性」が認められるわけではない。「被害者に錯誤があった場合」や「被害者が危殆化行為を関与者から強制された場合」には、「被害者の自己答責性」は認めることはできない。

なお「自己危殆化」と「合意に基づく他者危殆化」は、「最終的な結果発生へと至る行為を行ったのが被害者なのか関与者なのか」というメルクマールで区別される。ドイツにおいては、「行為支配」というメルクマールで両者は区

[36] 塩谷・前掲（注１）374頁。

[37] Hellmann, a.a.O. (Fn ９), S.285f.

別されている[38]。ただし、これらのメルクマールでは、例えばHIV感染事例のような「自己危殆化」にも「合意に基づく他者危殆化」にも分類できない事例も存在する。

しかし「自己危殆化」や「合意に基づく他者危殆化」に分類できないケースであるために、「被害者の自己答責性」が適用できないわけではない。あくまで「被害者の自己答責性」が問題になる場合が多いケースとして、「自己危殆化」や「合意に基づく他者危殆化」が挙げられるだけなのである。被害者側が一定の条件を満たせば、「自己危殆化」や「合意に基づく他者危殆化」のケースでなくても「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」という区分は形式的なものにすぎず、両者を特に別異に扱う必要性はない。

本稿は「被害者側に事象における自発的な積極的態度」が認められ、かつ「当該危険行為に内在する危険を認識した場合」に「被害者の自己答責性」が認められると考える。但し、その詳細な具体的要件については従来の見解とは内容が異なる。

「被害者の自己答責性」を認めるための一つ目の要件は、被害者に「答責能力」が存在することである。「答責能力」とは、「被害者が当該行為の危険性を認識できる能力」のことである。被害者側に「答責能力」が存在したか否かについては、「同意能力」についての基本的考え方に依拠しながら、個々のケースに応じて具体的に判断することになる。

但し、答責能力の欠如の原因が被害者側に存在する場合に、「答責能力の欠如」を理由に「被害者の自己答責性」を否定するのは妥当ではない。この点について従来の見解では、麻薬常習者や酩酊状態にある者については「被害者の自己答責性」を否定するものが多かった[39]。

しかし、自己を当該行為の危険性を判断できない状態にしたのはまさに被害者自身なのであるから、危険の判断を誤ったことにより結果が発生してしまったとしても、それも「被害者の自己責任」と考える方が一貫していると思われる。他方で、幼児などのそもそも答責能力が欠ける者や、第三者によって答責能力欠如の状態下に陥れられた者については「答責能力」の欠如が認められ、

[38] Kindhäuser, Strafgesetzbuch 3 Aufl, vor § 13 RN214f.
[39] 塩谷・前掲（注１）369頁以下。

「被害者の自己答責性」は認められない。

「被害者の自己答責性」を認めるための二つ目の要件は、「事象における被害者の自発的な積極性」が認められることである。そして「事象における被害者の積極性」を認めるための要件として、「関与者と同程度若しくはそれ以上の被害者側の過失の存在」を要求する。なぜならば「被害者の自己答責性」の原理が、被害者を正犯とすることにより被害者に結果が帰属し、関与者は処罰されないという効果を有することからも、被害者側の過失が関与者側の過失と比べて小さい場合に関与者を処罰しないことは妥当ではないからである。

なお「関与者と同等若しくはそれ以上の被害者側の事象における過失」を基礎づける具体的事情としては、「被害者が関与者を危険行為に誘引した」、反対に関与者から被害者が危険行為に誘引された場合には「当該危険行為が被害者の指導下で行われた」こと、あるいは「関与者から危険行為に誘引されたことを契機として、より危険な行為を行うように被害者が関与者を煽った」ことなどの事情が挙げられる。

「被害者の自己答責性」を認めるための三つ目の要件は、「被害者側に当該行為についての適切な危険認識」が存在したことである。なお「当該行為についての完全な危険認識」までを被害者側に求める必要はなく、「答責能力」を有する通常人が認識できる程度の危険で十分である。なぜならば、メーメル河事件のような完全な危険認識が不可能なケースも存在するからであり、このようなケースで「被害者の自己答責性」を認めないならば、被害者が正確に危険認識できる行為にのみ当該行為を行うことができることになる。しかし、それは「被害者の自己決定権」の侵害であり、このような行為の制限を被害者に課すことは妥当でない。

また、答責能力を有する通常人が当該行為の危険性を判断できた場合には、答責能力を有する被害者が、自己の不注意により当該行為の危険を誤って判断して結果が発生したとしても、それは被害者の不注意が招いた結果なのであるから「被害者の自己答責性」が認められ関与者は処罰されないと解する。

本稿は、以上の三つの要件を満たした場合に「被害者の自己答責性」が認められ、関与者の行為は構成要件に該当しないと考える。本稿では、「被害者の自己答責性」の適用が問題になる局面として「好意同乗のケース」を想定し、上述した要件の下での「被害者の自己答責性」の適用可能性を考察した。

最後に、本稿では「被害者の自己答責性」についての総論的な検討を行うに

とどまり、「医療行為」、「レジャー」、「スポーツ事故」などについて詳細な各論的考察は行っていないが、これらのケースには様々な問題が存在する。

まず「スポーツ事故」については、本稿第二章第五節でドイツのベルクルの見解を検討した。しかし、「被害者の適切な危険認識」の要件を錯誤論で捉えるベルクルの見解には、前述の様に不十分な点が見られた。それに加えて各々のスポーツの競技の遂行形態の違いを「被害者の自己答責性」を認める要件にどのように考慮するかという問題（例えばボクシングなどの格闘技スポーツと、サッカーなどの集団スポーツは「被害者の自己答責性」を検討する際に要件を異にするのか）も存在する[40]。

「医療行為」については、インフォームドコンセントの問題がある。つまり被害者が危険な治療行為を希望する場合に、医師側に「患者に対する当該治療行為の危険性についての説明義務」がどの程度課されるのかという問題である。この点につきヘルマンは、「緊急性」の問題であると説明する[41]。ヘルマンによれば、「当該危険行為を行うことの緊急性が差し迫っていない場合」には、被害者側に当該行為の有する危険性について高度の認識が求められるが、「当該危険行為を行うことの緊急性が差し迫っている場合」には被害者側には高度の危険認識は求められないとする。そして、この論理が「医療行為」にも当てはまるとヘルマンは主張する。しかし、ヘルマンがなぜ「緊急性」が存在しない場合に、被害者側に当該行為の危険性につき高度の認識が求められるとするのかについては不明であり、この点については説明を要すると思われる[42]。

また、そもそも「スポーツ事故」や「医療行為」については、一般の「被害者の自己答責性」の要件がそのまま適用できるのかという問題も存在する。「スポーツ事故」や「医療行為」の各々の特徴を考慮した特殊な「被害者の自己答責性」の要件が必要ではないかとも思われるが、これらの問題の検討については今後の課題としたい。

---

[40] なおベルクルは、この問題を「認識可能性」（Erkennbarkeit）の有無で考慮していた。Berkl, a.a.O. (Fn31), S.209f.

[41] Hellmann, a.a.O. (Fn9), S.280f.

[42]「緊急性」が差し迫っている場合には、医師が患者に当該行為の危険を説明していたのでは患者の生命が手遅れになるため、被害者側に当該行為についての高度の危険認識は要求されないとも推測されるが、この点についての詳細な理由は述べられていない。Hellmam, a.a.O. (Fn9), S.280f.