HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	被害者の自己答責的自己危殆化、承諾及び推定的承諾(1)
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA，Toshio
引用	北海学園大学法学研究，52(2)：189-213
発行日	2016-09-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論説

被害者の自己答責的自己危殆化、承諾及び推定的承諾 (1)

吉田敏雄

目次

第1章 自律性原理（自己答責性原理）と自己答責的自己危殆化
Ⅰ 概説
Ⅱ 適用領域
(a) スポーツ
(b) 財産法上の危険の引き受け
Ⅲ 第三者の「自己答責的」介入がある場合の客観的帰属
(a) 救助行為
(aa) 自発的救助者による救助行為
(bb) 救助義務者による救助行為
(b) 追跡行為
Ⅳ 自己答責性の限界
Ⅴ 自己答責性の前提要件
Ⅵ 自己答責的自己危殆化と了解的他人危殆化の区別

第1章　自律性原理（自己答責性原理）と自己答責的自己危殆化

Ⅰ　概説　人の**自己答責性**（Eigenverantwortlichkeit）、つまり、**自律性原理**（Autonomieprinzip）は、刑法において被害者の承諾、推定的承諾を基礎づけるのであるが、加えて、構成要件段階における客観的帰属においても重要な意味をもつ。すなわち、構成要件該当性を実質的観点から限定する理論が客観的帰属論であるが、それは行為の帰属と実際に生じた結果の帰属から成り、それぞれがさらに経験的危険と規範的危険から考察される。人の自己答責性は**行為の規範的危険**を排除する規準となる。自己答責性というのは、一定の限界はあるものの、法益の保持者には自分の財をどのように扱うかに関して自ら決定できるという思想である。換言すると、多くの犯罪構成要件は、基本的に、行為が法益保持者の意思に反した場合にはじめて法益保護を開始できるという思想である。[1] 自己答責性原理を基礎とする**被害者の承諾及び推定的承諾の法理**は、基本的に**自己答責的自己危殆化行為**（Eigenverantwortliche Selbstgefährdung）が規範的に受容されうることを示していた。さらに、自律性原理に基づき、自招緊急避難においても緊急権の援用が排除されていたことも指摘されねばならない。現在、自己答責的自己危殆化は自己答責性原理の一適用領域として、ドイツ語圏刑法学・判例において承認されるところとなった。[2]

自己答責性の原理は、われわれの社会秩序の放棄できない存立要素であるだけでなく、**憲法第一三条（個人の尊重）**において基本価値として保障されている人の自由を尊重するのである。憲法秩序は国に市民を保護監督する任務を与えていない。市民は基本的に、自己の行為によって自己の法益を危険に曝すか否か、そしてその程度に関して自ら決定する権利を享有している。それに対応して、法秩序は、単に他人の自己危殆化を可能にするに過ぎない行為を一般

的に不承認とするわけにはいかないという帰結が導出される。答責の前提には、他人に対してであれ、自分に対してであれ、自由がある。[3]

自己答責は法秩序を貫く原理であり、当然、刑法の根底にある原理である。すでに構成要件の法益保護において、誰もが自ら冒したが、自ら避けることのできた危険は自ら負わねばならないのであって、他人が負うのではないという思想が支配するのである。犯罪理論体系における最初の、独立した評価段階である構成要件で、たいていの場合「他人を……したる者」という文言と結びつけて類型的不法基礎づけをすることが、自然主義的には当然とはいえても、しかし、その実際の出来事を見ると、「他人自身の関与の下に……したる者」と理解できるため、不法基礎づけをすることが規範的にはもはやできないのではないかということが問題となる。殺人罪（刑第一九九条）は「他人を殺した」場合に関係するのに対し、自殺関与罪（刑第二〇二条）という殺人罪と異なる構成要件は「他人の自殺に関与」した場合に関係し、その評価の違いは歴然としている。「他人の仕事」である自殺に関与する行為が殺人罪の構成要件によって把握されることはない。生命とか身体といった構成要件の実質的射程は、法益保護の観点からその焦点を基本的に他人への損傷行為に限定しているのである。[4]

自殺既遂罪はもとより、自殺未遂罪という構成要件は設けられていない。そのことは、自殺が法的には中立的評価を受けるということを意味するに過ぎないのであり、社会倫理的には容認されないのである。だからこそ、自殺者本人にはその生命が何の価値がないものであっても、法共同体は生命が不可侵であることに利益を有することから、自殺関与罪が設けられている。[5] 傷害罪（刑第二〇四条）においては、その構成要件は他人への傷害行為を対象とするの

であって、自分を傷つける行為を対象としていない。自己答責的自傷行為は刑法上重要とは考えられていないので、自傷罪という構成要件は設けられていない。「自傷関与罪」という構成要件も存在せず、自傷行為への関与行為も処罰されることはない。

それ故、こういった「自己損傷」の事情がある場合、関与者が被害者の損傷を望んでいる、つまり、損傷の故意を抱いていても、関与者は刑法上の責任を問われることはない。関与者の寄与行為は決定主体の自律性によって被覆され、したがって、規範的には刑法規範の実質的領域から駆逐されることになる。不法帰属においてすでに重要なことは、行為に伴う危険が、この危険に自発的に曝した者に帰せられるか否かである。肯定される場合には、故意犯であっても、「自分を危険に曝す者が自発的に認識して冒す、他人の自己危殆化に単にきっかけを与えるとか、その他の関与をすることに、基本的に客観的注意違反があるとはいえない」[6]。ここには**行為無価値**が見られないのである。講壇事例で見ると、雷雨の中、雷に打たれて死ぬのを期待しながら、遊びに来ていた友人を外へ送り出し、その友人は実際に雷に打たれて死亡したとか[7]、吐き気をもよおすことを予期しながら、ジェットコースターに乗るように友人を誘い、その友人が実際に嘔吐したとか[8]、甥が被相続人である伯母が窒息死することを期待して餅を渡したところ、伯母がそれを食べて本当に窒息死した[9]といった場合が自己答責的自己危殆化の例である。こういった不運な結末となった場合、一般的な生活経験上の危険が実現したに過ぎない限り、送り出された者も、ジェットコースターに乗った者も、伯母も自発的に危険を負ったのであり、関与者に故意があっても、行為の規範的危険が認められず、行為帰属は否定されるのである。

危険創設者が、自己を危険に曝す者の生命、身体といった法益のための**保護保障人**であるときも、基本的に行為の客観的帰属は否定される。保障人の答責は法益保持者の答責を排除しないからである。例えば、患者が医師によって処方された薬剤を濫用し、自己危殆化するとき、患者に薬物濫用嗜癖があって医師の治療を求めていた等の特段の事情が無い限り、当該医師に保障人の地位があるからといって自己答責性の原理の適用が否定されるものでなく、医師の行為の規範的危険は認められない。(10)

Ⅱ 適用領域

(a) スポーツ

自己答責的自己危殆化が現実に意味をもつ事例の多くはスポーツに関わる事例である。標識の整備されているスキー滑走路から離れて、明らかに無謀な滑走をする者は自己答責的行為をしており、そこから生ずる傷害の危険を自ら負うのである。社会的に承認されているスポーツ**競技**への参加も自己答責的自己危殆化の事例である。規則が成文化されているか否かにかかわらず、その「スポーツ規則」によれば一定の危険を甘受することが普通な競技へ参加する場合、危険の甘受は参加者がこの規則を受け容れることからの帰結である。この規則は**社会生活規範**の働きをもつのである。スポーツ競技の際に受けた傷害は、それが各運動競技種目に特有の、つまり、それに不可避的に伴う危険の範囲内で生じたとき、一般的に甘受されるので、行為の客観的注意違反が欠如することとなり、刑法上の重要性を有しないことになる。スポーツ競技上の反則行為は刑法上の注意違反行為と同一視できない。当該スポーツ競技を可能とするために不可避と見られ、それ故、一般的に甘受される限界を超えた傷害があるときにはじめて、規範的寛容性が消滅し、行為の帰属が可能となる。例えば、蹴球の試合で走っている選手のくるぶしを後ろから思い切り靴で蹴って傷害を与える行為は限界を超えている。(11)

このことは、蹴球、自動車競走、バンジージャンプ、ハンググライディング、登攀、スキーレースに見られるように傷害の危険がそのスポーツの性質上それに内在している場合だけでなく、拳闘、相撲、柔道といった相手の身体的損傷を目的とする格闘競技にも妥当する。第三者の意思が、自分自身を危険に曝す者の損傷に向けられている場合ですら、傷害の結果が、既知の、一見して分かる危険に自発的に曝した者に生じているとき、第三者の意思だけでは可罰性を基礎づけることはできない。[12] このように、スポーツ競技の分野では、正当化事由としての「被害者の承諾」の法理を持ち出すまでもなく、客観的帰属の問題として扱われうるのである。[13] なお、スポーツ競技者が当該競技に特有の危険の範囲を超えていないが、第三者、殊に、観客を負傷させたとき、当該競技の主催者に過失責任が問われることとなる。[14]

（b）財産法上の危険の引き受け　自己答責性の原理は財産法上の危険引き受けにも妥当する。銀行員や弁護士は、顧客に取引に伴う高い危険に関して客観的に精確な説明をするとき、例えば、詐欺師の手に落ちるかもしれないとか、利子の高い債権にはそれ相応の危険が伴うとか、株式相場が特定の関心者によって巧妙に吊り上げられており、間も無く下落するといった説明をするとき、未必の故意を有していても、行為の規範的危険が認められることはない。[15]

Ⅲ　第三者の「自己答責的」介入がある場合の客観的帰属

（a）救助行為　ここで問題とするのは、第三者が、放火や交通事故といった行為者（第一惹起者）によって創出された危険状況に誘発されて、救助行為に出たが、自ら落命したとか、負傷したという場合である。この場合、救助行為についても、それに分かち難く結びついている第三者（救助者）の自己危殆化という観点から第一惹起者の客観

的帰属を否定する見解が有力である。行為者が第三者の自己危殆化行為の誘因を与え、この第三者が損傷を被るといった場合、例えば、家の所有者の故意または過失で惹起された火災に駆けつけた消防士や親切な隣人がその救助活動中に煙に巻き込まれ落命したというような場合、第一惹起者が過失致死罪に問われるか否かが問題とされるのである。[16] この場合、第一惹起者の行為に社会的相当性があるときは本問題領域からはずれる。ここで問われているのは、法的視点からは肯定的に評価されるべき救助行為が行われるとき、いかなる限度で第一惹起者の行為帰属が可能かということである。既述のように、基本的には、自己答責的自己危殆化において関与者が処罰されることはないのだが、その背景には、国の市民への過度の保護監督は望ましくないこと、したがって、国は社会的に望ましくない行為であっても寛容でなければならないという思想がある。しかし、社会的に望ましい救助行為の場合には、そのことに配慮し、第一惹起者の行為帰属によって救助者を保護する必要があるといえるのではなかろうか。その必要性の有無を判断するために衡量的考察が必要となる。

(aa) 自発的救助者による救助行為 先ず、自発的救助者についてみると、自己危殆化の目的が危殆化された法益の救助にあり、この法益が救助行為に伴う危険を著しく凌駕するとか、危殆化された法益の維持が危殆化に迫り来る危険よりも高く評価されるべき場合、第一惹起者の行為帰属は可能である。自発的自己危殆化は第一惹起者のためにもなり、この利益は第一惹起者の危険領域に入れることができるからである。

これに対して、「自己の決定からしかも法的義務づけがないのに自己の生命を危険に曝す者は、自分には誰からも代償として要求されない大胆さによって場合によって第三者（つまり事故の惹起者）を刑事罰へ突き落とすことになる

が、それが自己の良心と合致しうるか否かを自問するとき、逃げ道の無い葛藤に陥る。そして、自分の軽率さが危険状況を創出した者も、そもそも助けを求めるべきか否か、助けがうまくいかなかったら重ねて処罰されるかもしれないのか否かをじっくり考えねばならないとき、この状況にふさわしくない計算をせざるを得なくなる」[17]ことを指摘して、救助者の自己答責的自己危殆化を肯定する見解がある。なるほど、救助者は、救助義務がないにもかかわらず、危険を認識しながらそれに自らを曝すのである。しかし、このような見解では、登山で遭難した者を救助する第三者の場合のように、第一惹起者の法益だけが自己危殆化によって救助される場合にだけ云えることであって、第一惹起者を救助するためでないとき、例えば、第一惹起者が他人の家に放火し立ち去った直後、この家の隣人が駆けつけて善意から家のなかで助けを求めて大声をあげている子どもを救助する際、火炎に包まれて死亡したという場合には全く妥当しない[18]。利他的に自発的救助に出る者の単独自己答責を肯定して、この者の刑法上の保護を否定することには問題がある。利他的救助行為が社会によってまさに承認され、しかも奨励されているのにもかかわらず、なぜ刑法的保護が与えられるべきでないのか理解し難い[19]。

逆に、救助の法的義務がない場合にも、救助から生ずる結果を広く第一惹起者に帰属させる説も見られる。それに依れば、救助者の決定の「自己答責性」が否定できるのは、第三者がいわば危険にある法益の救助へと「強要されている」からである。被害者の承諾の場合、強要に起因する行為決定には自己答責性が否定される[20]。しかしこの論拠は事の実態を見ていない。救助者はたんに緊急避難類似の状況によってせき立てられているのでなく、特別の答責意識、愛他心その他気高い動機から救助行為に出るのであり、救助者の自己答責性を一般的に否定するのは適切でない[21]。

救助者が、全く見込みの無い、無意味なしかもまともでない救助行為をした場合のように、救助目的と救助行為に伴う危険があまりにも不釣合いであるとき、もはや第一惹起者の仕事とは見られない危険が創出されことになり、救助者の保護の必要性は無く、第一惹起者の行為帰属はできない。[22]

(bb) 救助義務者による救助行為 消防士、警察官や保障人は、法秩序によって、一定の危険状況において危険に陥っている者を救助し、自己を危険に曝すことを法的に義務づけられているのであって、規範的観点からは被害者の自己答責的自己危殆化というようなことは問題とならない。たしかに、救助者は法的義務に従わない決定もできるので、その限りで「自由な決定」と云うこともできる。しかしこのことは規範的拘束性を変えるものではない。第一惹起者は、自己の行為によって第三者の自己危殆化という法律上の義務を創出したのであり、救助者は、自分に迫る危険とは拘わりなく、自己危殆化の救助活動をしなければならない。救助者は行動を起こす決定をいわば「奪われて」いると云える。[23] それ故、第三者は、第一惹起者よりも保護に値するし、保護の必要性がある。自己危殆化によって生じた法益損傷も第一惹起者に客観的に帰属できてはじめて法秩序はこの第三者を保護できると云える。[24]

これに対して、立法者は、救助義務を課しているのであるから、救助義務の履行から生じたことに対する答責も負うのであって、この答責を第一惹起者に転嫁してはならないという見解[25]もある。しかし、具体的状況における救助義務は、第一惹起者によって直接惹き起こされた状況によってはじめて生じたこと、このことを無視してはならない。第一惹起者は、いわば社会的共同作業として法的義務に基づく第三者の救助行為が行われることを考慮に入れなければならない。立法者は救助義務者の活動によって第一惹起者によって創出された危険を局限しようとするからで

ある。[26] さらに、救助義務者が首尾よく義務を果たし、さらなら損害を防止したとき、第一惹起者はそれによって恩恵を得られるとすれば、その裏面として、救助者が救助行為に当って負傷したときには、それは第一惹起者に帰属されねばならない。[27] さらに、第一惹起者は、救助者に救助義務があるので、結局損傷に繋がる救助行為を妨げてはならないので、第一惹起者の行為帰属はできないという論拠[28]も妥当でない。行為者が、原因設定行為をした後、因果経路の支配を失って、結果の発生をもはや阻止できなくなっても、それだけで客観的帰属に影響を及ぼすことはない。支配の喪失が事実的理由から来ているのであれ、法的理由から来ているのであれ、事態は変わらない。[29]

もっとも、救助行為者が、客観的に必要な救助措置をとらず、明らかに不釣合いな危険を冒すとき、第一惹起者の招来した危険が実現したとは云えず、第一惹起者の行為帰属はできない。その際、一方で、救助される財の側の危殆化の程度、財の価値、救助される見込み、他方で、救助者の法益に迫る損傷の程度、その蓋然性が考慮されねばならない。[30]

(b) 追跡行為　救助行為と類似の場合として追跡行為がある。逃走して逮捕を免れようとしている犯人を駆け足で追跡している警察官がその途中で障害物に躓いて転倒し、怪我したとか、警邏車の超過速度運転に起因する事故により負傷するといった場合、当該犯人への客観的帰属ができるかが問題とされる。基本的には、犯人への帰属は可能であるが、警察官が重大な注意義務違反を犯し、もはや犯人の仕事とは見られない危険を創出、実現したときは、犯人への帰属はできない。これに関して、過失致傷罪や過失致死罪の適用を否定する見解がある。法秩序は、被疑者・被告人の自己負罪拒否特権を認めているので、もし、処罰することにでもなれば、それは法秩序の価値判断にそぐわ

ないとか、警察官の職務遂行に伴う典型的危険であり、これは警察官の答責領域に属するというのがその理由である。[31] たしかに、拘禁されていない被疑者が逃走したからといって逃走罪で処罰されることはない（刑第九七条参照）。しかし、他の犯罪の成立は可能である。例えば、逃走中に逃走のために他人の自動車を窃取する場合には窃盗罪の成立が、又、逮捕時に自分にそっくりの他人の身分証明書を提示して他人に成りすまし、未決拘禁されたが、他人が逮捕されることを予期しながら拘禁中に逃走し、実際にその他人が逮捕されたという場合には、間接正犯の形態の逮捕・監禁罪の成立が考えられる。同じことは、自己の事件にかかわる供述に関しても云える。被疑者・被告人は自己の事件に関して黙秘権を有しているが、嘘を言う権利を有しているわけでない。したがって、虚偽告訴罪（刑第一七二条）や名誉毀損罪（刑第二三〇条）の成立が可能である。[32] そうであるなら、追跡中の警察官が負傷したとか死亡したとき、過失致傷罪、過失致死罪が成立しうると云えよう。

追跡者に追跡の法的義務がないとき、例えば、被害者が財物を取り返すため、あるいは、損害賠償請求権を確保するために犯人を追跡する折に、転倒して負傷や死亡したとき、追跡目的と追跡行為に伴う危険があまりにも不釣合いであるとき、犯人の行為帰属は認められない。[33]

Ⅳ　自己答責性の限界

実定法上、関与者の有利な方向に働く構成要件該当性を限定する原理としての自己答責には限度が設けられている。自発的自殺に関与する者に殺人罪（他殺罪）としての帰属はできない。したがって、自殺関与罪の規定が無ければ、関与者は不処罰となる。しかし、自殺への教唆、幇助は明文で禁止されている（自殺関与罪：刑第二〇二条）。それ故、他人に自発的に世を去ることの手助けをする者は、自殺者の自死の決定が自律的に行わ

れたことを理由に、関与者が自分の行為の規範的防禦をすることはできない。自殺関与という行為は規範的に是認されないのである。[34] 自殺関与において、関与者が自分の行為のもたらす結果を知らない被害者を自殺へと追いやるとき、客観的帰属という観点から見ると、背後者の危険領域が被害者の危険領域の前に出る、つまり、自己答責とはいえない被害者の殺害に対する答責は背後者に完全に移る。そうすると、それは殺人罪の場合と同じであるから、背後者が殺人の**直接正犯**である。[35]

逆の事情にあるのが同意殺人である。被害者が支配しているのでなく、行為者が支配している。この了解的他人危殆化においては、本来、殺人罪（他殺罪）が成立するのであるが、被害者の嘱託又は承諾を得た殺人についても特別の規定が設けられている（同意殺人罪：刑第二〇二条）。[36] もっとも自殺関与罪も同意殺人罪も生命という法益に限定されており、自傷関与罪とか同意傷害罪の規定はない。

基本的に、自己答責的自己危殆化のために行為不法が無くなるためには、行為不法を基礎づける**保護義務**の欠如していることが前提となる。注意義務違反がみられるが、この注意義務は、被害者を自ら自発的に危険に曝した特定の危険状況から保護することを必ずしも目的とする必要がない。こういった保護義務の存否は、特に被害者と関与者の間の危険な企てに関しての理解力の程度、体力あるいは弁識能力の違いに基づくのである。例えば、災害訓練においてその見物人を通行止めなどによって一定の距離にとどめる義務を課せられている者は、こういった措置がないために訓練場近くに止まり、それによって損傷を受けた者がでたとき、この被害者が危険状況の増していることに気づいていても、被害者の自己答責的自己危殆化をもち出すことはできない。[37]

V 自己答責性の前提要件

規範的寛容さを発揮する自己答責的危殆化行為が認められるための前提要件について、自己を危険に曝す者を自分自身に対する「正犯者」と見て、これに応じて責任阻却事由や免責事由が存在する場合に限って自己を危殆化する者の自己答責性を否定する見解[38]もあるが、しかし、それでは「被害者」の自己答責性を十分に捉えておらず、狭すぎるといえよう。自己を危殆化する者は、危殆化の源として見ると、「正犯者」の役割を果たしているが、危殆化客体としては被害者でもある。自己答責性の場合も、他人（への）危殆化における「被害者の承諾」の場合も、被害者による自分の財の扱いが問題となるのであるから、前者の有効規準が後者のそれよりも低くても良いとは云えないはずである[39]。被害者は、具体的状況において、自己の行為の意味と射程距離を認識し、自発的に危殆化状況の引き受けがなされたか否かも重要である。例えば、甲は乙から譲り受けた斧にひびが入っていることを認識できないままそれを数回打ちつけたところ、斧が壊れ、甲はそれに因り負傷したという場合、斧の通常の使用方法に伴う危険が実現しているのではないので、危殆化状況の認識がなく、自己答責性は認められない[40]。さらに、被害者は、もはや行為の意欲をなくすると、「下車する」ことができなければならず、いかなる関与者もこれを受け入れねばならない。さもなければ、関与者はこの時点から規範的防禦をもはや受けられず、刑法上の不法が基礎づけられることになる[41]。暴行、欺罔、錯誤、脅迫があった場合のほか、パニック[42]とか、軽率にも危険を大きくした場合、自己答責性は認められない[43]。

行為者がその有する優越的知識の故に危険をより良く把握している場合にも自己答責性は認められないと解されるのが一般的であるが[44]、行為者の認識は故意、過失に関する検証の段階で扱われる事柄である。共犯理論の類推から、被害者の認識と行為者の認識を比較して、被害者の危険認識が行為者のそれと等しいときは自己答責性が認められ、被害者の危険認識が行為者の危険認識に劣るときはいわば間接正犯者として振舞う行為者の道具と見られるべきだと

いう見解には疑問がある。被害者の危険認識が自己答責性を認めるのに十分か否かは行為者の危険認識とは関係なく判断されるべきである。例えば、甲は、隣人乙に飼育箱にいる蛇の世話をしてくれるように頼んで、夏季休暇旅行に出かけたが、乙はえさを与えるときにその蛇にかまれて死亡したのだが、甲はその蛇を購入したばかりで、しかも軽率にも毒蛇だったことを知らなかったという場合、甲の認識状態とは関係なく、乙には危険認識がないので自己答責性は認められず、甲には注意義務違反があれば過失致死罪が成立する。[45]

Ⅵ　自己答責的自己危殆化と了解的他人危殆化の区別

自己答責的自己危殆化（Eigenverantwortliche Selbstgefährdung）は了解的他人危殆化（Einverständliche Fremdgefährdung）から区別される。その区別の規準は誰が危険な行為を支配しているかにある。すなわち、自己答責的自己危殆化の場合、自己を危殆化する者がその無条件の自律性によって出来事を支配しているのに対して、了解的他人危殆化の場合、被害者は了解した上で行為の自律性を第三者に与え、被害者はこの者によって危殆化されることを認識しているのである。主導権は被害者から行為者に移るが、両者の認識状態、とりわけ、危険要因に関するそれは等しい。[46]甲が乙に調達してもらった薬物をその危険性を認識しながら自己注射して死亡したとき、乙は甲の自己使用を支援したに過ぎない場合が前者の例であり、甲が薬物の危険性を認識しながら同じくその危険性を認識している乙に注射してもらい死亡した場合が後者の例である。[47]

了解的他人危殆化の場合でも客観的帰属の否定される場合があるのではないかということが問題とされる。すなわち、自己答責的自己危殆化を客観的帰属の問題として捉え、了解的他人危殆化を被害者の承諾の問題として捉え、正当化事由の領域で扱うのは図式的に過ぎるのではないかというのである。例えば、甲が乙に制動機に欠陥のあるモー

ターバイクを譲り渡す。乙はそのことを完全に知っている。乙はそれを運転して事故を起こし負傷する。乙は自己答責的に自らを危険に曝したのである。甲の客観的行為帰属はできない（自己答責的自己危殆化の事例[48]）。これに対して、例えば、甲が制動機に欠陥のあるモーターバイクの後部座席に乙を乗せて運転し、事故を起こし、その欠陥のあることを知っていた乙が負傷したとき、乙は甲の支配下にある（了解的他人危殆化の事例）。しかし、この了解的他人危殆化の場合に、乙はわざわざ自分自身を危険な運転に巻き込まれるようなことをする必要はなかったのだと思われるとき、了解的他人危殆化も場合によっては自己答責的自己危殆化と同様な扱いが可能ではないかというのである。その判断基準として、危険に曝される者が危険に曝す者と同程度に状況を見通していること、損害が冒された危険の結果であって、さらに付け加わる他の過誤の結果でないこと、危険に曝された者が共働の作為に対して危険に曝す者と同じ答責のあることが挙げられる[49]。運転者を超過速度運転へとせかした同乗者が超過速度運転に因る事故で負傷した場合、運転者は不処罰であるとされるのである[50]。もっとも、この規準が一般的に妥当であるとしても、その具体的適用に当っては注意を要する。運転者を超過速度運転へせかした同乗者が超過速度運転に起因する事故で負傷した場合、運転者は不処罰であるとされるのには問題があること、それは同乗者の答責が、自動車を結局のところまさしく単独で運転している運転者の答責と同じとはいえないと思われるからである[52]。また、アルコールの影響で運転能力の低下している状態の者に、その状態を知りながら乗せてくれるように頼む者も、その規範の保護目的からはずすことにも疑問がある[53]。同乗者は、運転者が自分の状態にあった運転をしてくれるように信頼してよいと思われるからである[54]。結局、自動車交通における安全確保に関する規範の重要性に鑑みるとき、規範の保護目的を狭めることには問題がある[55]。

自己答責的自己危殆化と了解的他人危殆化の区別が困難な場合もある。例えば、エイズヴィルス非保菌者が、その相手がエイズウイルス保菌者であることを知りながら無防備の性交渉をもつといった場合である。両当事者が同じ危険認識を有するとき、非感染者は自発的に危険に陥るのであり、危殆化行為を決定的に共働支配しているので、自己危殆化と捉えるのが適切だとする見解[56]、及び、感染の危険は既に感染している者に由来するから、他人危殆化であると捉える見解[57]がある。出来事が両当事者によって担われているとき、他の当事者も事態とそのありうる結果を知っていても、行為の帰属を肯定することには疑問がある。両当事者のいずれにも出来事の進行過程を止める可能性があるので、非感染者の自己答責的決定を無視したくないなら、その自己危殆化から出立せざるを得ない。すなわち、感染者が非感染者に自己の病気を打ち明けた場合には、非感染者の自己答責を認めて感染者の行為帰属を否定しても良い。しかし、自己の病気を告げずに性交渉に及ぶときは常に他人危殆化と捉えるのも行き過ぎであろう。感染者が医学的に推奨される感染予防用品を使用した上で性交渉に及ぶとき、それでも、危険性は残るものの、許された危険として行為の客観的帰属は否定されるべきである。これに対して、感染者がかかる予防措置をとらないとき、非感染者の感染の危険に関する認識はいまだ観念的に止まり、感染者のそれは具体的且つ確実な認識であるので、行為の客観的帰属は可能である[58]。

なお、自己危殆化という行為関係的検証と区別されるべきなのは、被害者が事後の過誤行為により自己の法益を決定的に悪化させた場合である。この問題は実質的不法帰属の領域における結果帰属に関係する[59]

第1章 注

(1) Vgl. BGHSt 32, 262, 264 f.〔ヘロイン注射事件〕(被告人の用意した注射器を使用して薬物の自己注射をしたという事案)「自己答責的に意欲され、現実化された自己危殆化は、それが危険のあることの認識をもって冒された危険が実現するとき、傷害罪や殺人罪の構成要件に該当しない。こういった自己危殆化のきっかけを与えたり、可能としたりあるいは促進したりするにすぎない者には傷害罪や殺人罪の可罰性はない」。本判決は、共犯理論から結論を導いている。ドイツ刑法には、自殺、自傷に関する構成要件は無い。自殺、自傷への故意の教唆も故意の幇助も処罰されることはない。共犯は正犯を前提とするからである。そうすると、自己答責の自殺、自傷を過失で惹起した場合も処罰されることはない。そうだとすると、自己危殆化への故意の関与も処罰されることはないし、ましてや、過失の関与が処罰されることはない。

本判決は、連邦通常裁判所のそれまでの態度を劇的に転換したと評価されている。BGH NStZ 1981, 350「ヘロインを譲り渡してヘロイン依存者の死を惹起する者は次の場合過失致死罪に問われる。譲渡者はヘロイン依存者が麻酔剤を注射すること知っているか、それを予期せざるを得ないとき、そして、譲渡者が譲った物質が危険であることを知っていたか、知りえたとき」。Vgl. *C. Roxin*, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2006, § 11 Rn 110; BGHSt 53, 55.

(2) Vgl. *E. Steininger*, Strafrecht AT, Bd. 1, 2. Aufl., 2013, 9. Kap Rn 12.

(3) Vgl. *H. Hafter*, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2015, 10. Kap Rn 15; *Steininger*, (Fn. 2), 9. Kap Rn 12.

(4) Vgl. *Steininger*, (Fn. 2), 9. Kap Rn 12; *J. Wessels, W. Beulke u. H. Satzger*, Strafrecht AT, 45. Aufl., 2015, § 6 Rn 260.

ドイツ刑法には、日本刑法第二〇二条、オーストリア刑法第七八条、スイス刑法第一一五条と異なって、自殺関与罪の規定が無いし、もとより自傷関与罪の規定も無い。それ故、注1で触れたように、ドイツでは自己答責的自己危殆化は実定法上も根拠があると理解されている。すなわち、自殺や自傷への故意の教唆、故意の幇助は、正犯規定が無いのであるから、不処罰である。そうすると、なおのこと、自己答責の自殺、自傷を過失で惹起する(きっかけを与える、可能にする又は促進する)行為を処罰することはできない。Vgl. *B. Heinrich*, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2012, § 28 Rn 1047; *K. Kühl*, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2012, § 4 Rn 87.

(5) Vgl. *R. Moos*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2002, § 78 Rn 3.

(6) *M. Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, 168 f.; *ders.*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2001, § 80 Rn 42; *H. Schütz*, Todeseintritt nach einverständlich verabreichter Suchtmittelinjektion, in: Burgstaller-FS, 2004, 177, 180「危険な行為を遂行するために被害者の同意を得ることによってすでに客観的注意違反が否定されることが考えられる」。

(7) Vgl. *H. Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, 66.

(8) Vgl. *M. Burgstaller, E.E. Fabrizy*, Winer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2002, § 83 Rn 20.

(9) Vgl. *P. Lewisch*, casebook Strafrecht, 7. Aufl., Fall 7.

(10) *K. Lackner, K. Kühl*, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., 2007, Vor § 211 Rn 14; *Kühl*, (Fn. 4), § 4 Rn 93; *Roxin*, (Fn. 1), § 11 Rn 111; *D. Sternberg-Lieben*, Schönke/Schröder StGB, 28. Aufl., 2010, § 15 Rn 166; OLG Zweibrücken NStZ 1995, 89.

(11) *Burgstaller*, (Fn. 6. Fahrlässig), 54; D. *Kienapfel, F. Höpfel u. R. Kert*, Strafrecht AT, 14. Aufl., 2012, Z 25 Rn 17; *Steininger*, (Fn. 2), 9. Kap Rn 13.

参照、千葉地判平成七・一二・一三判時一五六五・一四四〔ダートトライアル同乗者死亡事件〕の「なお書き」「なお、例えば野球のデッドボールについては、打者が万一の場合としか考えていないとしても、死亡や重大な傷害が生ずることはあり、かつ、そこに投手の『落ち度』を見い出せることもあるが、通常は（業務上）過失致死傷の責任は認め難い。危険を内在しながらも勝負を争う競技は、相手が一定の危険を冒すことを容認することによって成り立っており、打者は、デッドボールが一定程度までの『落ち度』によるものであれば、それによる死傷の危険は引き受けている。練習においても、競技に向けて技術の向上を図るために、互いにこうした危険を容認している場合がある。この点、競争の契機がないゲレンデスキーは、たまたま同じ場所でスキーを楽しむために危険が生じているもので、安全を最優先させてもスポーツが成り立つ」。

(12) *Burgstaller*, (Fn. 6. WK), § 80 Rn 44 ff.; *Steininger*, (Fn. 2), 9. Kap Rn 13.

(13) *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. 11), Z 25 Rn 17.

(14) *Burgstaller*, (Fn. 6. WK), § 80 Rn 45.

(15) *Steininger*, (Fn. 2), 9. Kap Rn 13.

(16) Vgl. BGHSt 29, 322〔被告人は庭園パーティに招待されたが、招待主の家に放火した。家の中に招待主の一二歳の息子と客一人が就寝のため戻っていた。この時もう血中アルコール濃度二・一七パーミルに達していた二二歳の息子が家の燃え上がっているのを見て、二階に駆け上がって、家の中に居ると思われる者を救おうとしたが、家の中で意識を失い、燃焼ガス中毒に因り死亡した。過失致死罪成立〕「被害者の認識ある自己危殆化の故に不処罰とする原則は、殊に、次の場合、制限される必要がある。すなわち、行為者が、被害者の協力なしに且つ了解なしに、被害者又はその近親者の法益に対する著しい危険を作り出し、それと同時に救助者ために危険な救助措置をとる分別のある動機を生じさせるということによって、自分の犯罪行為によって認識のある自己危殆化の明白な可能性

を創出する場合である。こういった状況において自分を危険に曝す者を刑法規定の保護領域に組み入れることは、実態に即している。救助行為が成功したとき、結果回避は行為者の有利に働くように、行為者は、失敗した場合には、その責任を取らねばならない。初めから無意味な又は明らかに不釣合いな大胆な行為を伴う救助の試みがなされたときは、異なった判断が可能かもしれない」。ロクスィーンは本事案を自己危殆化の例であるが、救助者の高度の酩酊状態にあったことを考慮すると、自己答責性が認められないと論ずる。*Roxin*, (Fn. 1), § 11 Rn 117.これに対して、プッペは、行為者は、救助者を、自ら危険を冒して救助をするか、そうしないかの葛藤状況におくのであり、かかる状況の下で自己危殆化の決断をする者は、英雄であるかもしれないし、道徳的意味で自由に行動をしているのかもしれないが、法の意味においてこの自己危殆化は自由答責的とはいえないと論ずる。*I. Puppe*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2011, § 6 Rn 12.

(17) *C. Roxin*, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: Honig-FS, 1970, 133, 143; *ders.*, (Fn. 1), § 11 Rn 115; *Burgstaller*, (Fn. 6, Fahrläs.) 115; *H. Fuchs*, Österreichisches Strafrecht AT, 7. Aufl., 2008, 13. Kap Rn 49.

(18) *H.-J. Rudolphi*, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS 1969, 549, 557; *Ch. Sowada*, Zur strafrechtlichen Zurechenbarkeit von durch einen Primärtäter ausgelösten Retterunfällen, JZ 1994, 663, 665; *O. Trifftterer*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Lfg. § 6 Rn 73, 76, 78.

(19) *H. Satzger*, Die sog. »Retterfälle« als Problem der objektiven Zurechnung, JA 2014, 695, 705.

(20) *K. Amelung*, Anm. zum BGH, Urt. v. 8. 9. 1993, NStZ 1994, 338; vgl *H.-H. Jescheck, Th. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, § 28 IV 4.

(21) *Satzger*, (Fn. 19), 705; *C. Roxin*, Der Verunglückte und Unglück bewirkende Retter im Strafrecht, in: Puppe-FS, 2011, 909, 918.

(22) *U. Kindhäuser*, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2015, § 11 Rn 58 f.; *Rudolphi*, (Fn. 18), 557; *Satzger*, (Fn. 19), 705; *Sowada*, (Fn. 18), 666; *Trifftter*, (Fn. 18), § 6 Rn 78; *J. Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, 345.

(23) *Th. Lenckner, J. Eisele*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, Vor §§ 13 ff. Rn 101 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. 4), § 6 Rn 281.

(24) *V. Krey, R. Esser*, Deutsches Strafrecht AT, 5. Aufl., 2012, § 11 Rn 365; *Trifftterer*, (Fn. 18), § 6 Rn 75; *H.-J. Rudolphi*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 1975, Vor § 1 Rn 80 f.; *ders.*, (Fn. 18), 557; *Sowada*, (Fn. 18), 665.

(25) *Roxin*, (Fn. 17), 133, 142 f.; *ders.*, (Fn. 1), § 11 Rn 104 ff.
(26) *H. Radtke, M. Hoffmann*, Die Verantwortungsbereiche von Schädiger und Geschädigten bei sog. »Retterschäden«, GA 2007, 201, 211; *Sowada*, (Fn. 18), 665.
(27) *Satzger*, (Fn. 19), 703.
(28) *Roxin*, (Fn. 17), 142 f.
(29) *Radtke/Hoffmann*, (Fn. 26), 212.
(30) *Satzger*, (Fn. 19), 704; *Trifftterer*, (Fn. 18), § 6 Rn 73, 75; *Wolter*, (Fn. 22), 347 f.
(31) *Krey/Esser*, (Fn. 24), § 11 Rn 368; *Roxin*, (Fn. 1), § 11 Rn 140; *ders.*, (Fn. 21), 926 ff.
(32) *R. Rengier*, Strafrecht AT, § 52 Rn 52; *Sternberg-Lieben*, (Fn. 10), § 15 Rn 168; *T. Walter*, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 12. Aufl., Bd. 1, 2006, Vor § 13 Rn 119.
(33) Vgl. *Rengier*, (Fn. 32), § 52 Rn 53; *Walter*, (Fn. 32), Vor § 13 Rn 119.
(34) *R. Moos*, Die objektive Unrechtszurechnung bei Vorsatzdelikten, JBl 2013, 477 ff., 482; *Steininger*, (Fn. 2), § 9 Rn 14.
(35) *Moos*, (Fn. 5), § 78 Rn 19.
(36) *Steininger*, (Fn. 2), 9. Kap Rn 14.
(37) *Steininger*, (Fn. 2), 9. Kap Rn 14.
(38) 自己答責性の規準として刑事未成年（刑第一九条）、責任無能力（刑第二〇条、少裁第三条）、免責緊急避難（刑第三五条第一項）を準用する見解として、*D. Dölling*, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA 1984, 71, 76; *H.-J. Hirsch*, Anm. zum Urteil des BGH v. 18. 7. 1978, JR 1979, 429, 432; *Roxin*, (Fn. 1), § 11 Rn 114（限定責任能力の場合、自己危殆者が危険を完全に予測しているが、制禦能力が低下しているに過ぎないとき、なお決定の主であるので、自己答責は認められる。これに対して、自己危殆者の弁識能力が低下しているとき、危険をもはや正しく予測していないので、自己答責性は認められない）; *ders.*, Anm. zum Urteil des BGH v. 5. 7. 1983, NStZ 1984, 70, 71; *R. Zaczyk*, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993, 36 f.
(39) *Kühl*, (Fn. 4), § 4 Rn 88; *Satzger*, (Fn. 19), 700; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. 4), § 6 Rn 265 f.
(40) *Kindhäuser*, (Fn. 22), § 11 Rn 28; vgl. *Rengier*, (Fn. 32), § 13 Rn 80.
(41) *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. 11), Z 27 Rn 8; *Krey/Esser*, (Fn. 24), § 11 Rn 363; *Kühl*, (Fn. 4), § 4 Rn 88; *Steininger*, (Fn. 2), 9. Kap Rn 14;

R. Rengier, Strafrecht BT II, 8. Aufl., 2007, § 8 Rn 23; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. 4), § 6 Rn 267.

(42) 例えば、残酷な陵辱を受けた女性が、さらなる性的虐待を免れるため、ショック様のパニックに陥った状態で四階の窓から飛び降りて重傷を負ったという場合、行為者に客観的帰属ができ、強姦致傷罪が成立する。OGH 4. 5. 1995, JBl 1996, 804; vgl. *Kienapfel/Höipfel/Kert*, (Fn. 11), Z 27 Rn 8（甲はかねてから乙を打ちのめそうと思っていたところ、路上で乙に出くわしたとき、強烈なこぶし打ちを一発見舞った。乙は甲がこれでよしとするつもりの無いことに気づき、パニックに陥った。乙はくるりと向きを変えて、道路を渡り逃げようとした。乙は自動車にはねられ、死亡したという場合。乙は逃走行為によって自分を危険に曝したが、この自己危殆化はパニックの性質をもつ反応に基づく。甲には傷害致死罪が成立する）。*Heinrich*, (Fn. 4), § 28 Rn 1048.

(43) BGHSt 53, 288〔コカイン事件〕（甲はコカインを使用する目的で知り合いの売人乙に助力を求めた。乙は甲に一人分を譲渡した。甲はそれをコカインだと思ったが、しかし、実際には、乙がその在庫品を取り違えて甲により危険な純粋のヘロインを渡したのだった。甲はこの使用に因って死亡した。乙は注意を払っておれば取り違えをしなかっただろうし、甲の生命への危険も認識できただろう。乙には過失致死罪が成立する）。本事案は錯誤の例でもある。vgl. *Kühl*, (Fn. 4), § 4 Rn 88; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. 4), § 6 Rn 270 ff.

これに対して、法益保持者と自己危殆化に関与する者が広く情報を共有しているとき、両者が危険の認識可能性を尽くしていなくとも、自己答責性が認められる。BGH NStZ 2011, 341（医師甲は、ドイツでは承認されていない治療法（いわゆるプシュヒョリューゼ）を採用する集団治療の参加者に、精神の無意識内容に達することができるように、しかし、誤って一〇倍も高濃度の禁制薬物MDMAを提供した。患者乙はその薬物を使用した後死亡した。甲は傷害致死罪については無罪。「集団治療参加者全員が麻酔剤MDMAを認識と意欲をもち自己使用した。甲がその麻酔剤の量を決め、一人分当りの量を自ら量ったという事実にもかかわらず、服用に関する最終的決定は一切の制限無く患者たちにあった」。しかし、過失致死罪は成立する。「甲は誤った配量によって生ずる著しい危険増加を認識しなかったから、集団療法の参加者達に過失の作為によって惹起された錯誤がある」からである）。vgl. *Krey/Esser*, (Fn. 24), § 11 Rn 361; *Kühl*, (Fn. 4), § 4 Rn 88; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. 4), § 6 Rn 271.

(44) 例えば、薬物依存者の甲が乙になんとしてでも「薬物」を入手してほしいと依頼する。乙がそれが品質のそれほど良くない物であることを認識しているが、甲にそのことを言わなかった。甲はそのひどく汚染されたヘロインを使用したことに因り死亡したという場合。*Wessels/Beulke/satzger*, (Fn. 4), § 6 Rn 269. Vgl. BGH Beschluss vom 16.01.2014-1 StR 389/13（医師甲はヘロイン依存者乙に事前に注意深く診察することも無くフェンタニュール硬膏を処方したところ、乙はこの硬膏を

煮沸し作用物質を抽出し、それを過剰摂取して死亡したという事案。乙がフェンタニュールの取り扱いに不慣れな患者であるなら、他者危殆化の事例と云えようが、知識格差を認定するには、甲の知識と乙の知識を比較する必要がある。その際考慮に入れるべきは、乙は長い常習癖を有し、薬物使用が健康に与える危険、殊に、過剰量の危険を含めて知っていたことである。このことは、甲に知識支配がなく、乙の自己危殆化が認められることを意味する)。

(45) *Kindhäuser*, (Fn. 22), § 11 Rn 30; *I. Puppe*, NomosKommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1. 4. Aufl., 2013. Vor §§ 13 ff. Rn 197.

(46) *Steininger*, (Fn. 2), 9. Kap Rn15.

(47) 自己危殆化と他人危殆化の区別が難しいことから、様々な見解が展開される。「自己答責原理」に焦点を合わせて、この区別を認めない見解（*C. Mekiš*, Opferverhalten und objektive Zurechnung, ZStW 111 (1999), 357)、「答責割り当て規準」によって区別し、「被害者が自由答責的に、自己決定の危険と射程距離を完全に認識して危険状況に陥ったか否か」に焦点を合わせる見解（*H. Otto*, Anm. zum Beschluß des BayObLG, JZ 1997, 522, 523）もある。

(48) Vgl. BayObLG NJW 1996, 3426; *Steininger*, (Fn. 2), 17. Kap Rn 20.

(49) *Roxin*, (Fn. 1), § 11 Rn 123 f.; *ders.*, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, in: Gallas-FS, 1973, 241, 252; *ders.*, Anm. zum BGH, Urt. V. 14. 2. 1984, NStZ 1984, 410, 412; vgl. *Burgstaller*, (Fn. 6. Fahrläs.), 170; Schütz, (Fn. 6), 181. もっと狭く限局するのが、*Dölling*, (Fn. 38), 91「所為が被害者の意思と一致するなら、それで一般的には、自己決定という重要な価値に鑑み既にそれだけで承諾による正当化に十分であるが、この一致があっても、生命という高い序列にある法益の故に、正当化されるのは、自己決定の価値が所為によって追求される目的と一緒になって生命の危険を凌駕するときにだけ正当化される」。

オットーは自己答責原理の観点からは、自己答責的自己危殆化と了解的他人危殆化の区別は無意味であると説く。「自己答責に且つ危険状況を完全に認識して危険状況に赴くものは、自己の決定の帰結も引き受けるのであり、第三者に刑法上の責任を負わせることはできない。第三者が危険の現実化に関与していても、自己答責者は第三者のこの現実化に対する答責を不可能にする」。例えば、酩酊状態で運転能力を失っている甲が、その状態を知りながら同乗をせがむ乙を同乗させて貨物自動車を運転したところ、運転無能力のため事故を起こし、乙は死亡したという場合、自己危殆化、他人危殆化という区別は形式的であって、事態の答責問題の解決には適さない。重要なことは、甲が危険の原因と成っていることでなく、乙がいかなる危険状況に赴くかを知っていることである。乙は危険を余すところ無く認識していたのであるから、**乙の自己答責的自己危殆化**がある。*H. Otto*, Grundkurs Strafrecht AT. 7. Aufl., 2004, § 6 Rn 62; *ders.*, Eigenverantwortliche Selbstschädigung und —gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und

—gefährdung, in: Tröndle-FS, 157, 169 ff.; vgl. *B. Schünemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 715, 722 f.

(50) *Roxin*, (Fn. 49. Schutzzweck), 252 f. これに対して、誰が行為支配をしているかによって自己答責的自己危殆化と了解的他人危殆化を区別しながら、同一の行為が両方に当る場合があるとすることは不可能であると指摘するのが、*Kindhäuser*, (Fn. 40), § 12 Rn 70; *Krey/Esser*, (Fn. 24), § 17 Rn 673.

(51) *Roxin*, (Fn. 49, Schutzzweck), 252 f.

(52) *Burgstaller*, (Fn. 6. Fahrlä.), 170.

(53) *Roxin*, (Fn. 49. Schutzzweck), 253.

(54) *Zaczyk*, (Fn. 38), 59. a. A. *Roxin*, (Fn. 1), § 11 Rn 135.

(55) *Burgstaller*, (Fn. Fahrlä.), 170 f. これに対して、了解的他人危殆化は被害者の承諾の特別の場合であるとして、被害者は結果の発生を承諾していないが、行為者による危険創出を認識しながら、危険な企てに係りあう場合、被害者が行為者の注意義務違反によって創出された危険を認識しているとき、過失犯の違法性は阻却されると解するのが、*Heinrich*, (Fn. 4), § 28 Rn 1020; *Kindhäuser*, (Fn. 22), § 12 Rn 71; *Kühl*, (Fn. 4), § 17 Rn 83; *Rengier*, (Fn. 41), § 20 Rn 12; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. 4), § 6 Rn 274; OLG Zweibrücken, JR 1994, 518（ステーションワゴンの安全帯の具わっていない荷物置き場に同乗させてもらった事案。同乗者は運転者と同じくらい危険性を認識していた）。これに対して、了解的他人危殆化は許された危険の故に義務違反性に欠けると主張するのが、*Krey/Esser*, (Fn. 24), § 17 Rn 675.

ドイツの裁判例は一般に、了解的他人危殆化の場合にも他人傷害への承諾を適用し、承諾の障害規準として刑第二二六条、刑第二二八条をもち出すので、生命に危険のある了解的他人危殆化の承諾は無効だとする。BGHSt 53, 55; OLG Düsseldorf NStZ-RR 1997, 325.

参照、千葉地判平成七・一二・一三（前掲注11）〔ダートトライアル走行について初心者のレベルにある被告人は、七年くらいのダートトライアルの経験を有する者を同乗させ、ダートトライアル競技の練習走行中、高速のまま進行したため下り坂の急カーブを曲がり切れずコース端の防護柵に激突・転覆させ、柵の支柱が助手席に入ってきて当った同乗者を死亡させたという事案。業務上過失致死罪は不成立・無罪〕。本判決は、被害者の「危険引き受け」と「行為の社会的相当性」を違法性阻却事由として位置づけている。先ず、被害者の**危険引き受けの問題**について次のように説示する。「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争う

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。ところで、練習走行に同乗する場合としては、①上級者が初心者の運転を指導する、②上級者がより高度な技術を修得するために更に上級の者に運転を指導してもらう、③初心者が上級者の運転を見学する、④未経験者が同乗して走行を体験する等、様々な場合があるようである（……）。これらのうち、少なくとも、①②のような場合では、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。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（技術と隔絶した運転をしたり、走行上の基本的ルールに反すること―前車との間隔を開けずにスタートして追突、逆送して衝突等―は容認していない。）、それに伴う危険（ダートトライアル走行では死亡の危険を含む）を自己の危険として引き受け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」。「被告人は……ハンドルの自由を失って暴走し、本件事故を引き起こしているが、この経過は被害者が引き受けていた危険の範囲内にあり、他方、その過程に被告人の重大な落ち度があったとまではいえない」。本件については違法性阻却が考えられる。本判決は、次に、被害者を同乗させた本件**走行の社会的相当性**について検討する。「ダートトライアル競技は既に社会的に定着したモータースポーツで、JAFが定めた安全確保に関する諸ルールに従って実施されており、被告人の走行を含む本件走行会も一面右競技の練習過程として、JAF公認のコースにおいて、車両、走行方法及び服装もJAFの定めたルールに準じて行われていたものである。そして、同乗については、競技においては認められておらず、その当否に議論のありうるところではあるが、多面、競技においても公道上を走るいわゆる『ラリー』では同乗者が存在しており（……）、また、ダートトライアル走行の練習においては、指導としての意味があることから他のコースも含めてかなり一般的に行われ、容認されてきた実情がある。競技に準じた形態でヘルメット着用等をした上で同乗する限り、他のスポーツに比べて格段に危険性が高いものともいえない。また、スポーツ活動においては、引き受けた危険の中に死亡や傷害が含まれていても、必ずしも相当性を否定することはできない。これらの点によれば、被害者を同乗させた本件走行は、社会的相当性を欠くものでない」。本判決は、最後に要約して、「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」と説示した。

本判決は、「被害者の危険引き受け」という視点から、被告人の行為の違法性阻却を認めたが、身体への危険性の承諾が身体傷害の承諾を含むことはないし、ましてや死という結果の承諾を含み事はない。仮に死の承諾があっても、生命は被害者の処分できない法益である。しかし、社会的相当性という観点から見ると、ダートトライアルは社会的に認められたスポーツ競技であり、練習走行にあたり指導的立場にある同乗者もこれに伴う不可避的危険を認識しており、しかも、結果がこの危険の範囲内で生じたとき、当該運転は規範的危険の否定される行為（社会的相当行為）であるといえる。参照、林幹人『刑法総論』［第二版］二〇〇八・一七四頁以下は、危険の引き受けを「被害者の承諾」で捉え、「被害者が、たとえ、その可能性が低く、また、抽象的なものであっても、結果発生の可能性を認識しており、それにもかかわらず、彼自身の意思により、自由に、その危険に同意した」場合、**構成要件該当性を否定**する。浅田和茂『刑法総論』二〇〇五・二一〇「本件は、通常の暴走では、防護柵により、死亡事故は発生しないと考えられていたことからすると、むしろ、予見可能性がなかったことにより、過失犯が成立しない事案であったように思われる」。客観的帰属論から捉えるのが、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』二〇〇四・二四〇頁以下、山中敬一『刑法総論』［第三版］二〇一五・四三三頁以下。

(56) *Rengier*, (Fn. 41), § 20 Rn 6; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. 4), § 6 Rn 274; *J. Wessels, M. Hettinger*, Strafrecht BT 1, 36. Aufl., 2012, § 5 Rn 270; *W. Frisch*, Riskannter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?, JuS 1990,362; vgl. BayObLG NStZ 1990, 81（HIV保菌者と自己答責的に無防備の性交渉をもつ場合、他人の自己危殆化に関与する者は不処罰）。

(57) *Roxin*, (Fn. 1), § 11 Rn 133; *U. Hellmann*, Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung, in: Roxin-FS, 2001, 271, 273.

(58) *Kühl*, (Fn. 4), § 4 Rn 90.

(59) Vgl. *Steininger*, (Fn.2), 9. Kap Rn 15.

Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung (1)

Toshio YOSHIDA

Kapitel 1 Autonomieprinzip und eigenverantwortliche Selbstgefährdung
Ⅰ. Allgemeines
Ⅱ. Anwendungsbereiche
a) Sportverletzungen{ }
b) Übernahme vermögensrechtlicher Risken
Ⅲ. Objektive Zurechnung bei eigenverantwortlichem Eingreifen Dritter
a) Rettungshandlungen
aa) Rettungshandlungen durch freiwillige Helfer
bb) Rettungshandlungen durch Pflichtübernahme
b) Verfolgungen
Ⅳ. Schranken der Eigenverantwortlichkeit
Ⅴ. Voraussetzungen der Eigenverantwortlichkeit
Ⅵ. Eigenverantwortlichkeit und einverständliche Fremdgefährdung

(Die Fortsetzung folgt.)