

刑法における危険引受けと過失犯の成否

Die Risiküibernahme und die Fahrlässigkeit im Strafrecht

法学研究科法律学専攻博士後期課程在学

恩 田 祐 将

Yusuke Onda

- | | |
|---------------------------|---------------------|
| I. 序説 | IV. 危険分配と危険引受け論 |
| II. 危険引受け論における被害者の意思決定 | 1. 総説 |
| 1. 被害者の承諾論によるアプローチ | 2. 過失構造論と過失認定論 |
| 2. 生命法益と被害者の意思決定 | 3. 信頼の原則によるアプローチ |
| 3. 被害者の自己答責性論によるアプローチ | V. 狭義の危険引受けにおける注意義務 |
| III. 危険引受けにおける承諾型と非承諾型の区別 | VI. 結語 |
| 1. 広義の危険引受け（承諾型） | |
| 2. 狭義の危険引受け（非承諾型） | |

I. 序説

危険引受け（Risiküibernahme）は、法益主体である被害者が当該行為の一般的危険性を認識し、その実行によって自己の生命・身体に生じ得る抽象的な結果に対する漠然とした危惧感を有しながら危険の内在する行為に身をさらしたところ、法益侵害結果が現実化した場合における行為者の罪責に関する刑法的問題である。

ドイツでは、著名なメール河事件判決¹⁾を皮切りに危険引受けの問題が古くから議論の対象とされてきた。他方、我が国において危険引受けの問題が盛んに論ぜられるようになったのはダートトライアル同乗者死亡事件判決²⁾以降のことであるから比較的最近のことである。本件は、未舗装の道路を自動車で行き所を競うダートトライアル競技の練習走行中、7年程度の競技経験を有する被害者の指示により初心者であった被告人が初めてギアを3速に入れ直線コースを通過する高速走行を試みたところ、減速不足のままカーブに差し掛かりハンドル操作を誤って暴走して防護柵に自動車を激突させ、被害者を死亡させたという事案である。本件について千葉地裁は、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、として被告人に無罪を言い渡した。本判決では、

被告人による行為の違法性阻却の根拠として「被害者の危険引受け」と「行為の社会的相当性」の2つの事情が挙げられたが、主として危険引受けと社会的相当性のどちらが違法性阻却に影響を及ぼしているのか、また、両者を併用して違法性阻却を認めたとしても、両者がどのように相互的に作用するのかという点について言及されていない。さらに、本件事故によって生じた被害者の死亡の結果は、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ったとしているが、はたして同乗に随伴する危険として、死の結果まで引き受けていたのかという疑問が生ずる。危険引受けの問題状況では、被害者は行為の一般的危険性及び行為の実行によって生じ得る抽象的な結果に対する漠然とした危惧感を有しながら危険の内在する行為に参加しているに過ぎないので、危険を伴う「行為」についての認識・認容はあっても、行為によって生ずる具体的な「結果」まで引き受けていたわけではない。これが危険引受けと被害者の承諾の異なる点である。危険引受けは、かつてドイツにおいても我が国においても被害者の承諾論に軸を置いて検討されてきた。しかし、後述するように被害者の承諾論では危険引受けの問題を解決することには疑問があるように思われる。

いずれにせよ、本判決は、我が国において危険引受けという被害者の特殊な態度に犯罪不成立の効果を認めた初めての判例である。危険引受けを行為者の犯罪の成否に影響を及ぼす一法理として理解するならば、どのように行為者の犯罪の成否に影響を及ぼすのかアプローチを図る必要がある。したがって、本稿では、危険引受けという被害者の特殊な態度が行為者の犯罪の成否にいかなる影響を及ぼすのか、最近の我が国における議論を中心として検討を加えたい。

II. 危険引受けにおける被害者の意思決定

1. 被害者の承諾論によるアプローチ

法益主体である被害者が法益侵害について承諾を与えることにより行為者の犯罪の成立を一定限度制限するとされる被害者の承諾は、構成要件該当性阻却事由、又は違法性阻却（減少）事由として一般的に理解されている³⁾。危険引受けにおいて、行為に対する一般的危険性の認識及びその実行によって生じ得る抽象的な結果に対する漠然とした危惧感を有しながら行為に参加したという被害者の態度を結果に対する認容＝承諾と捉えて被害者の承諾論の枠組みでアプローチを図ろうとする見解が主張されている⁴⁾。被害者の承諾は、法益主体である被害者が法益処分権の範囲内にある法益の侵害に対して承諾を与えることによって、一定の要件の下で具体的法益性が否定される⁵⁾という意味において、危険引受けの問題状況を被害者の承諾論によって論ずる見解とその問題点について検討を加えたい。

前述のように、被害者が行為の一般的に危険性については認識・認容しているが、結果の発生を意欲していたわけではないという危険引受けにおける被害者の特殊な態度をどのように理解するのかという点が重要である。被害者の承諾の対象については、行為者によって実行される「行為」に対して

のみ被害者が承諾を与えていれば足りるとする行為説と、行為者によって実行される行為によって発生する「結果」に対する承諾が必要であるとする結果説との間で見解の相違がある⁶⁾。被害者の承諾は、法益侵害について被害者が承諾を与えることによって一定限度内で具体的法益が否定されることに行為者の犯罪不成立の効果を認める根拠があると解すべきなので、被害者の承諾の対象は「行為」では足りず、あくまでも「結果」でなければならない⁷⁾。過失犯においても故意犯と同様に結果は構成要件要素であり、行為に着目して被害者の承諾を論ずるのではなく、結果の発生を意欲する被害者の態度こそが承諾と捉えられなければならない⁸⁾。したがって、被害者の承諾によって行為者の犯罪不成立の効果を認めるとするならば、被害者は行為によって結果が惹起される可能性を認識し、その結果に対して認容ないしは意欲していたことが必要とされる。ところが、危険引受けにおいて、被害者は行為の一般的危険性の認識及び抽象的な結果に対する漠然とした危惧感を認識しているに過ぎず、被害者の承諾の効果を認めるに足りないと考えべきである。ダートトライアル同乗者死亡事件判決では、被害者の死亡の結果は、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ったとしているが、事故による死亡の結果に承諾を与えて（死亡の結果を認容ないしは意欲）同乗することは一般人の常識として考えることはできないであろう⁹⁾。

また、被害者が結果に対する承諾を与えていたとしても、必ずしも被害者の承諾の適用を肯定することはできない。被害者の承諾が認められるためには、被害者の有効な承諾に加えて、法規範によって被害者に法益処分権が認められていることが必要である¹⁰⁾。刑法において、個人的法益については、法益主体である被害者に法益保護を放棄する法益処分権が認められている。これは、被害者が法益処分権を行使することによって、法規範が被害者に保護法益の処分を一定の要件のもとで許容し、その限度において当該法益の具体的法益性を否定することを意味する。法益性の判断については、全て私的自治に委ねられたものではなく、法秩序の判断によって決定されるべきものである¹¹⁾。法益処分権の範囲の問題として、202条との関係において生命法益の処分に関する意思決定が認められるべきかという疑問が生ずる。たとえば、被害者が自らの生命を毀損することを行為者に囑託したとしても、又は自らが殺害されることを承諾していたとしても、そのような生命処分の意思決定は202条の存在によって認められるべきではなく、そのような事情は違法性減少事由に過ぎない。過失犯においても同様に生命処分の意思決定は認められるべきではない。

また、被害者の承諾が認められるためには、承諾を受けて行う行為が正当な目的のために相当な方法・手段によって行われていることが必要である¹²⁾。法益処分権の範囲である法益の処分について有効な承諾があったとしても、その行為の目的が正当であり、社会的に相当な方法・手段によって行われなければならない。ダートトライアル同乗者死亡事件判決では、スポーツ活動において、引き受けた危険の中に死亡や重大な傷害が含まれていたとしても、必ずしも相当性を否定できないとした。学説においても、被害者の承諾による違法性阻却を認めるに当たり、社会的相当性を違法性阻却事由として併用する見解も主張されている¹³⁾。スポーツ、なかんずく格闘技や勝敗を競い合うスポーツについて

ては従来から議論されてきたように、たとえ死亡や傷害の結果が発生したとしても、発生した結果は被害者の包括的承諾の範囲であると捉え35条によって違法性が阻却されると解する。後述するように、本稿ではこのような類型を広義の危険引受けと呼びたい。これは、我々の社会生活において欠かすことのできないといっても過言ではないスポーツ行為の社会的相当性を認め、格闘技や勝敗を競い合うスポーツ活動中に死亡という結果が発生したとしても、その結果は被害者が行為に参加するにあたり引き受けていた危険＝包括的承諾の範囲内と捉えるものである。しかし、社会的相当行為だからといって必ずしも違法性が阻却されるわけではない。社会的相当性は被害者の承諾と別個独立の違法性阻却事由ではなく、有効な承諾に加えて行為が社会的に相当であるか否かが判断されなければならない、あくまでも被害者の承諾の条件として理解されるべきである¹⁴⁾。

以上の考察により、危険引受けを被害者の承諾によって論ずることは困難であると思う。

2. 生命法益と被害者の意思決定

前述のように、被害者の生命処分の意思決定は法益処分権の範囲を超えたものである。周知の如く、我が国の刑法では202条によって自殺関与、嘱託・承諾殺人は可罰性を有する。また、ドイツ刑法においては、自殺関与は不可罰とされているが、216条によって要求による殺人は可罰的である¹⁵⁾。法律制度上の相違はあっても、両者とも生命処分については一定の制限が定められている。とりわけ、我が国の刑法においては、ドイツ刑法では不可罰とされている自殺関与も可罰的であるため、生命保護の意味で生命法益の処分に関しては厳格な制限がなされているといえる。

ところが、202条前段は、故意的自殺への故意的関与を禁ずる規定であり、同条後段は、故意殺人に対する承諾の正当化を否定するものであるから、過失的な生命侵害に対する承諾の効力を否定するものではないとされる見解がある¹⁶⁾。確かに、202条は、故意による自殺関与、嘱託・承諾殺人を禁ずる規定である。しかし、前述のように202条は、個人的法益の中で最大限尊重されるべき生命を保護法益としており、刑法が生命を最重要法益として保護に値すると認めている以上、故意・過失を問わず、生命処分に関する意思決定は私的自治に全面的には委ねることはできないと解すべきである。したがって、被害者の危険の内在する行為への参加意思を生命処分の意思と捉え、その様な事情による被害者の承諾の効果を認めることはできない。これに対して、生命は自己処分権に全面的には委ねることができないほど重要な法益であるとするれば、202条の法定刑が199条に比べて低く規定されている理由が説明できないという批判がある¹⁷⁾。しかし、前述のように、生命という最重要法益の処分は、故意・過失を問わず私的自治に全面的には委ねられるべきものではないが、有効な嘱託・承諾は、主観的要素として行為無価値性を減少させると解すればこのような疑問に答え得ると思う。したがって、202条後段における被害者の有効な嘱託・承諾は、違法要因の一つである行為の無価値性を減少させる効果を有するので、違法性減少事由として理解されるべきである¹⁸⁾。

ところで、近時、個人主義思想の発展に伴い、様々な法解釈の場面において自己決定権についての

議論が展開されている。自己決定権は、他者に害を与えない限りにおいて個人が一定の私的事項につき、公権力の干渉を受けずに自ら決定することを保障する権利を意味する。それは、憲法13条の幸福追求権から導き出され、基本的人権に包含される具体的権利である¹⁹⁾。刑法学においては、自殺や安楽死などの「生命・身体法益に関する諸問題」や「被害者の承諾」について、自己決定権の概念を導入して解釈しようとする見解がある。自己決定権を刑法学に導入して被害者の承諾のような効果を認めることは、憲法において最大限保障されるべき基本的人権に含まれるという自己決定権の性格上、慎重な検討が必要である。

前述のように、刑法において個人的法益については、法益保護を放棄する法益処分権が認められており、被害者が法益処分権を行使することによって、具体的法益性が否定される。この点に関しては、法規範が被害者に保護法益の処分を一定の要件のもとで許容し、その限度において法益性を否定することを意味するのであって、法益処分の法的権限を認めたとに過ぎないと解すべきであり、自己決定権とは区別されなければならない²⁰⁾。生命は、自己処分権に全面的に委ねることができない程に重要な法益であり、たとえ自己による侵害であっても、その侵害行為の違法性は自己決定権を根拠に阻却されるべきではない。したがって一定の目的追及のために被害者が自己の法益を危殆化する自由は認められたとしても、そこから生ずる法益侵害結果の違法性は直ちに阻却されることにはならない。

3. 被害者の自己答責性論によるアプローチ

近時、ドイツにおける議論の影響を受けて、我が国においても客観的帰属論、なかんずく被害者の自己答責性論から危険引受けにアプローチを図る見解が主張されている²¹⁾。被害者が一定の主観的事情（自己答責能力）を示した上で、被害者が事象において間接正犯的な役割を担い、自己の目的追求のために行為者の行為を利用したに過ぎず、行為の危険性と発生した結果は正犯的に被害者自身の答責領域に帰属されると解する²²⁾。そして、行為者は、被害者の行為に幫助的に従属することによって行為者の正犯としての可罰性が否定されるものである²³⁾。

被害者の自己答責性は、行為主体が被害者であるのか、行為者であるのかという視点から、行為者は被害者の行為に関与したに過ぎないとされる「自己危殆化への関与」の場合と、被害者の合意に基づいて行為者が結果発生を導く行為を直接行う「合意による他者危殆化」の場合とに区別される²⁴⁾。この見解では、危険引受けという被害者の特殊な態度によって、行為者と被害者が結果の発生にむけて過失的に共働した場合には、当該行為によって生じた結果は被害者自身の結果に対する積極的な自損行為であると解する²⁵⁾。被害者の自己答責性は、「①被害者が行為の危険性ととも特定の構成要件的结果発生の可能性を完全に認識していたこと、②被害者にそれを認識・評価し得る能力（自己答責能力）が存在し、意思決定の自由が留保されていたこと、③客観的要因として、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はなく、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（自己答責的態度）を示したこと²⁶⁾」を要件に判断される。

特に、合意による他者危殆化の場合、行為者が結果を招来する行為を直接実行したので、③の要件が要求される。結果発生への積極性が被害者自身に認められる場合には、結果は被害者の答責領域に帰属され、行為者は被害者の自損行為に関与しただけであるから不可罰とされる。即ち、構成要件該当性を欠く過失的な自損行為には、刑法総則規定60条の共犯規定を適用することはできず、危険引受けの行為態様を処罰する各則上の規定もないことから行為者は無罪であると解するのである。この点についてドイツでは、自殺関与は不処罰とされており、ドイツ刑法216条により囑託殺人（要求による殺人）のみ可罰性を有することから、違法ではない自殺行為の共犯的態様としての自殺関与は不可罰とされることによる論証連鎖として、それより軽微な自己危殆化への関与は不可罰とされ、合意による他者危殆化については自己危殆化への関与と同視し得る場合には不可罰とされる。したがって、合意による他者危殆化については、行為者が直接結果を招来する行為を実行するので、被害者の結果に対する積極性を認めるためには、被害者が間接正犯的に行為者の行為を利用したといえるような事情が必要とされなければならない²⁷⁾。

このような考え方によって、被害者の自己答責性論は、被害者の承諾論では解決できなかった生命法益の侵害についても説明し得るとされるが、正犯性の制限のためには、当該行為によって発生し得る特定の構成要件の結果の認識・認容が必要であり、結果発生の危険性の認識に留まる場合に行為者の正犯性を制限する効果を認めることは困難であるように思われる²⁸⁾。危険引受けの問題状況では、被害者は行為の一般的危険性及び行為の実行によって生じ得る抽象的な結果に対する漠然とした危惧感を有しているに過ぎないので、被害者が特定の構成要件的结果発生の可能性を完全に認識していたと認めることは困難である。刑法においては、行為者の罪責が問われているのであり、行為者と被害者とを対置させ、どちらの答責領域に結果を帰属させるのかという理論構成には疑問を感じざるを得ない²⁹⁾。

たとえば、被害者の合意のもとに、HIV感染者がコンドームを着用しない無防備な性交を行った結果、被害者がHIVウイルスに感染したという事案について、裁判所は、自分の感染の事実を認識してコンドームを着用せずに他人と性交を行うHIV感染者は、ドイツ刑法223条a危険傷害により可罰的であり得るとした上で、本件の被告人は、自己答責的に実行された被害者の自己危殆化に単に共働しただけであるからとして無罪を言い渡した³⁰⁾。本件の被害者は、HIV感染者との性交による自らへの感染の危険性、感染した場合の結末などについては、日頃から被告人との話合いの中で完全に理解していた。また、被告人は当初、無防備な性交について拒み続けていたが、被害者の度重なる懇請に譲歩して無防備な性交を行った。そのような被害者の態度を考慮すれば、「積極性」を認めることができ、被害者の自己答責性を肯定することが可能なように思われる。ところが、ダートトライアル同乗者死亡事件では、被害者は上級レベルであったことから、競技や車両の安全性に対する信頼をしているにすぎず、結果に対する積極性を肯定することは困難であるように思われる³¹⁾。あくまでも被害者は、指導の目的で被告人の自動車に同乗すること及び随伴する制御可能な範囲の危険を引き受けてい

たに過ぎないと解すべきであり、そのような事情によって生命処分の積極性と捉えるべきではない。

被害者の自己答責性論は、被害者の主観的事情のみを考慮して行為者の正犯性を否定する効果を認めているが、刑法が生命を最重要法益として保護している以上、既に論証したように故意・過失を問わず、被害者の意思決定のみを根拠にして生命侵害について結果を被害者の答責領域に帰属させることはできない。したがって、被害者の承諾論にしても被害者の自己答責性論にしても、被害者の危険認識のみで足りるという論証をするものではなく、被害者の危険引受けは被害者の意思決定に基づいてのみ行為者の犯罪の成立を制限する効果を認めることは困難であるように思われる。

Ⅲ. 危険引受けにおける承諾型と非承諾型の区別

前章までの考察をふまえて、私見では、危険引受けの問題状況を以下の2つに区別して論じたい。

第一に、被害者が結果に対して承諾ないしは包括的承諾を与えていると考えられる状況を本稿では「広義の危険引受け」と呼びたい。これは、従来から議論されている格闘技、勝敗や記録を競い合うスポーツ活動について35条の適用を認め、正当業務行為として違法性が阻却されると解するものである。第二に、被害者が結果に対する承諾を与えていないと考えられる状況を本稿では「狭義の危険引受け」と呼びたい。これは、被害者が行為の一般的危険性の認識及び抽象的な結果に対する漠然とした危惧感を認識しているに留まり、結果に対する承諾を与えていないと考えられる状況である。以下、両者に検討を加えたい。

1. 広義の危険引受け（承諾型）

広義の危険引受けは、社会的相当行為であることを前提として当該行為の規則やルールに著しく逸脱することがなく、通常予想され許容された動作に起因して致死傷の法益侵害結果が発生した場合を指す。広義の危険引受けの広義の指す意味内容は、承諾の対象が行為に加えて結果も含むことを意味する。行為に「参加した者全員がその危険を予め受忍し加害行為を承諾しているものと解するのが相当であり³²⁾」、そのような行為に参加する者は、行為によって生じ得る結果に対して、これを承知し包括的承諾を与えているものと解する³³⁾。35条は、法令行為や正当業務行為による違法性阻却の効果を認めている。正当業務行為の業務とは、営利的なものに限らず、法秩序の側からの判断で社会生活上正当と認められる行為を指し、業務とはいえないが、社会通念上正当と認められる行為には広く適用されると解する³⁴⁾。危険引受けの問題状況として考えられる格闘技やその他のスポーツ活動もこれに当たる。格闘技やスポーツ活動は、プロ・アマチュアを問わず、その行為が広く社会生活において反復・継続して行われている限り社会的相当行為として正当業務行為に含まれる。格闘技やその他のスポーツ活動が規則やルールに従って行われており、当該行為において通常予想され許容された動作に起因して法益侵害が発生した場合には、正当業務行為として35条の適用を認めることができる。た

例えば、野球においてデッドボールを受けた打者が傷害を受け、または死亡した場合、その競技に内在する危険性を競技者が知っていると考えることが相当であるときは、負傷、死亡等の結果は競技者の包括的承諾の範囲内に留まるから、傷害致死罪や過失致死傷罪の成立は否定される³⁵⁾。

ところが、承諾型危険引受けにおいて危険行為に随伴して故意行為による侵害が行われた場合には、危険引受けとは別個の問題として故意犯の成立を認めるべきである。即ち、当該行為のルールを逸脱し、または当該行為から通常予想され許容された範囲を超えた動作に起因して行為者が被害者の生命・身体等の法益を侵害した場合には、行為者に傷害致死罪又は過失致死傷罪が成立する。その理由は、ルールを逸脱した行為は、もはや社会的相当性を欠き、これを予想せずに行為に参加する者の包括的承諾の範囲を超過すると考えられるからである。たとえば、大学のワンダーフォーゲル部の新人練成山行において、気力不足と判断された新入部員に対し、上級部員が平手、手拳、紐、木棒により直接身体を殴打し、登山靴で足蹴りするなど過度のシゴキをした結果、新入部員1名が死亡、2名が負傷した事案につき、東京地裁は被告人である上級生に傷害罪、傷害致死罪の成立を認めた³⁶⁾。弁護人は、新人練成という目的のために有形力を行使し、これが新人の気力回復や危険防止のために必要であり、被害者も練成行為を全て容認しており、手段、方法ともに許容し得る正当な範囲内の行為であるとして35条による違法性阻却を主張した。これに対し裁判所は、聊かも人間性を軽視するような行動は許されず、体力を鍛錬し、精神力を滋養するにしても、ただ肉体、気力の練磨であってはならず、殴る蹴るという一個の人格を否定する行為は許されるべき行為ではない、と判示した。本判決においては、行為の目的の正当性、方法の相当性及び被害者の承諾の判断基準が網羅的に示されている³⁷⁾。本件では、被害者が「眠いのです殴ってください」と言ったとされるが、これは極度の疲労下における被告人の激励に怯えて発した言葉であり、真意な言葉とは認められず、仮に真意であったとしても、死亡の結果に対する承諾とみなされるべきではなく、行為の目的の正当性及び方法の相当性は否定されるべきである。また、近時、相撲部屋における「かわいがり」などと称するシゴキによって力士が死亡したとされる事件が世間を騒がせた³⁸⁾。本件では、親方と3人の兄弟子が起訴され、現在公判が係属中のため報ぜられている事実関係を鵜呑みにする訳にはいかないが、シゴキによって死亡という法益侵害結果を招来したとすれば、当該行為は社会的相当性を欠くばかりでなく、もはや被害者の包括的承諾の範囲を超過したものであり、故意犯ないしは未必の故意の問題として取り扱うべきである。

2. 狭義の危険引受け（非承諾型）

狭義の危険引受けは、被害者が行為の一般的危険性及び当該行為の実行によって自己の生命・身体に生じ得る抽象的な結果に対する漠然とした危惧感のみを認識している状況で法益侵害が現実化した場合である。狭義の危険引受けの狭義の指す意味内容は、承諾の対象が行為のみであることを意味する。

日々、技術革新が進む現代社会では、我々が社会生活を営むに当たり必要不可欠又は有意義といえる行為には、数多くの危険が内在している。例えば、身近な交通手段や食生活、趣味や娯楽に至るまで列挙に限りがない程に存在する。また、社会の発展に伴い、我々の趣味や娯楽に注ぎ込む金銭的、時間的、精神的余裕なども増したことにより、レジャーやスポーツ活動も従来から注目されていたような危険に加え、社会の機械化に伴う高度なものも多くなった。そのような事情により、レジャーやスポーツにおける事故もしばしば発生するようになり、スポーツ事故をめぐる法的問題が指摘されるようになった。これらの行為は、格闘技などの勝敗や記録を競い合うスポーツ活動とは異なり、安全性を最優先させても行為自体は成り立つので、行為の実行に際してはより慎重な態度が求められなければならない。安全を最優先させても成り立つようなスポーツ活動に限らず、危険の内在する行為に参加するに際して被害者及び行為者は、結果に対する漠然とした危惧感を有しているに過ぎない。そのような抽象的な結果に対する漠然とした危惧感のみで被害者が結果に対する承諾を与えていると解すべきでないことは既に論証したところである。

あらゆる行為に危険の内在する現代社会においては、もはや行為者ひとりで結果の発生を完全に防止することは困難である。しかし、困難だからといって行為自体を禁ずるとすれば、我々の社会生活は円滑性を欠くだけでなく、制限の多いものになってしまう。その様な事情を考慮して、生命保護という思想を根底に安全社会の実現という精神と行為の有益性との均衡を図らなければならない。広義の危険引受けについては35条による違法性阻却によって行為者の犯罪の成立は否定されたとしたが、狭義の危険引受けは結果に対する包括的承諾を欠くので、その理論構成が問題となる。

VI. 危険分配と危険引受け論

1. 総説

これまでの検討を踏まえて、狭義の危険引受けにアプローチを図る思考方法として過失論、とりわけ過失認定論の側面から考察を進めていきたい。

前述のように我々が正常な社会生活を営むにあたっては、あらゆる行為に危険が内在しているといえる。これらの行為の実行に際して参加者が致死傷という結果に承諾を与えているとは到底考えられず、行為者も参加者も結果の不発生を望んでいる。繰り返して述べているように危険を伴うという理由でこれらを違法として禁ずるとすれば、我々の社会生活は進歩が止まるばかりではなく、忽ち麻痺状態に陥ってしまうであろう。これらの行為は法益侵害結果を惹起させる危険を内在しているが、その社会的必要性を考慮して、たとえ法益侵害結果を惹起したとしても許容すべきものとされている。周知の如く、これを「許された危険」といい、その根底には、各人の立場で課せられた注意義務を遵守していれば足りるという「危険分配の思想」が存在していると考えられる。即ち、過失認定に際して、行為の社会的必要性を考慮し、危険の内在する行為の実行によって法益侵害結果が発生したとし

ても各人の立場で分担された結果回避義務としての注意義務を遵守している限り、構成要件該当性が阻却されると解する。しかし、あらゆる場合において構成要件該当性が阻却される訳ではない。行為者が注意義務を遵守しているとは言い難い場合には、それらの行為が社会的に有用であったとしても、構成要件該当性を認め、違法とされなければならない。

ところで、許された危険の具体的応用の一側面として「信頼の原則」という概念がある。信頼の原則は、行為者が危険の内在する行為を行うにあたり、被害者やその他危険行為に従事している第三者が適切な行動をとることを信頼することが相当であると認められる場合、たとえ法益侵害結果が発生したとしても、各人は自己の立場で分担している結果回避措置を講じている限り、行為者の過失は否定されると解する³⁹⁾。その根底には許された危険と同様に「危険分配の思想」が存在すると考えられる。あらゆる行為に危険の内在する現代社会においては行為者ひとりで結果発生を防止することはもはや困難であるという意味において、信頼の原則が危険引受けの議論にどのような影響を及ぼすか検討することが必要である。

2. 過失構造論と過失認定論

(1) 過失構造論

信頼の原則の具体的な考察の前提として、過失構造論と過失認定論の区別を明確にしたい。過失構造論において過失の中核的要素は、客観的注意義務違反にあると解する⁴⁰⁾。この点に関して、現在の学説においてはほとんど争いがない。注意義務があったにも拘らず、これを怠ったという事情に過失の本質を見出そうとする考え方が通説的見解である。ところが、過失の中核的要素である客観的注意義務の内容については、結果予見義務説と結果回避義務説との間に見解の相違がある⁴¹⁾。結果予見義務説は、注意義務の内容を結果発生の「予見義務」とであると解する。結果予見義務説の予見義務は、当該行為によって発生し得る具体的な結果についての具体的予見可能性を基に判断される⁴²⁾。結果回避義務説は、注意義務の内容を結果回避のための「措置義務」とであると解する。結果回避義務説の結果回避義務は、個別的具体的事情のもとで当該行為によって発生し得る結果に対する危惧感ないしは抽象的な結果に対する予見可能性を基に判断される。ここでいう予見可能性は、もしかしたら結果が発生するかもしれないという程度の危惧感で足り、結果回避措置の前提として理解すべきである⁴³⁾。判例において、「何かは特定できないがある種の危険が絶無であるとして無視する訳にはいかないという程度の危惧感であれば足りる⁴⁴⁾」として、注意義務の内容は結果回避義務を前提に判断すべきとする判決もあるが、今日の学説・判例における通説的見解は、結果予見義務説である。結果予見義務説の立場から、結果回避義務説に対して、注意義務の内容を結果回避のために講ずべき義務を怠ったことによる結果回避義務違反にあると解すると、不作為犯における作為義務違反と同様のものとなり、過失犯と不作為犯との区別が失われることになるとの批判がある⁴⁵⁾。結果回避義務は、結果回避のために一定の作為または不作為に出るべき措置を義務付けることである。現代社会は、その飛躍的な進

歩によってあらゆる生活場面において予想もしないような未知の危険が存在している。危険を伴う可能性のある行為の実行に際しては、より慎重な配慮が求められるなければならない。結果予見義務説では、具体的予見可能性が認められない限り、注意義務を否定するので、このような未知の危険に対応することが困難ではないかと思われる。生命尊重という思想を根底に、生命保護の観点から危険を未然に防ぎ、安全社会の実現という精神をもって法解釈をすべきと考える筆者の立場では、結果回避義務説を支持したい⁴⁶⁾。

(2) 過失認定論における信頼の原則

以上のような過失構造論の理解を前提として、次に問題となるのが過失認定論である。即ち、過失構造論において過失の中核的要素は客観的注意義務違反であり、注意義務の内容は結果回避義務であると理解した後に、具体的にどのようにして過失を認定するのか、という問題である。

あらゆる行為に危険の内在する現代社会においては、各人が当該行為によって起こり得る全ての危険に対して注意義務を払うことは、もはや困難である。特に、複数人が危険の内在する行為に関与している場合、各人が当該危険行為から結果が発生しないように配慮すべき義務を有し、各人は自己の立場において結果回避措置を講ずべき義務を分担している。信頼の原則の根底にあるこのような考え方を危険分配の思想という。危険行為に参加している各人は、他の者が分担する結果回避措置を講ずることを信頼して、自己の立場で分担すべき結果回避措置を講ずれば足り、たとえ結果が発生したとしても、行為者が他の者の結果回避措置を信頼できる状況においては、自己が分担している結果回避措置を講じている限り、注意義務違反は否定されると解する⁴⁷⁾。ここでいう「信頼できる状況」とは、次のように解すべきである。即ち、当該危険行為に参加している他の者の結果回避措置が、法令または社会生活上の義務として誰もが認め得る場合、他の者の結果回避措置を期待できない状況であることが明確である場合を除いて、行為者は、他の者が結果回避措置を講ずることを信頼し、自己の分担する限りにおいて結果回避措置を講じている限り、たとえ結果が発生したとしても注意義務違反は否定される。このような理解によれば、信頼の原則は、抽象的予見可能性のある状態のもとで、客観的注意義務を限定する法理であり、その体系論的地位は過失認定論にあると理解されるべきである⁴⁸⁾。本稿の採用する結果回避義務説の立場では、危険行為に参加している他の者の結果回避措置を信頼できる状況においては、自己の分担する結果回避義務は軽減され、たとえ結果が発生したとしても注意義務違反は否定される。社会的に必要不可欠または有用であるが、法益侵害結果を惹起させる危険を内在している行為は、その有用性に鑑みて許された危険の法理によって、許容されるべきものとされている。許された危険の法理によって、行為が許されるべきものとして肯定されるためには、危険行為に参加する各人が他の者が結果回避措置を講ずることを信頼して行われることが前提とされる。そして、その根底には危険分配の思想が存在するという意味において信頼の原則の理論的背景には、前述のように、危険分配の思想及び許された危険の法理の発展があるといえる⁴⁹⁾。

3. 信頼の原則によるアプローチ

予見可能性判断の一般的原則として信頼の原則を捉え、信頼の原則が予見可能性の判断に影響を与えることによって危険引受けの問題を解決できるとされる見解が主張されている⁵⁰⁾。この見解の論者によれば、危険減少的要素が一定の経験則にまで高められた場合には結果が発生することは稀であり、そのような経験則を信頼した場合、具体的な事情において経験則を破るような事実が予見可能でない限り、処罰に必要な高度の予見可能性を認めることはできず、被害者は自らを保護しようとするとの経験則の存在によって、特段の事情のない限り、自己の法益を保全する行動を取り、自己の法益に危険が生じた場合には、通常その危険を回避する行動をとるとされる⁵¹⁾。

しかし、たとえ経験則上、結果の発生が稀有であったとしても、その経験則を破る具体的事情が予見できない限り、そのような経験則によって予見可能性は認められないと解すべきではない。さらに、経験則によって、被害者が自己の法益を保護する行動に出ると考えるとしたうえで、特段の事情のない限り、それを信頼すれば足りると解することにも疑問が残る。したがって、この見解では、信頼の原則と危険引受けの関係について十分に明らかにされているとはいえない。

危険の内在する行為の実行によって法益侵害が発生することは稀有であったとしても結果が発生しないとはいいきれず、結果に対する危惧感ないしは抽象的な結果に対する予見可能性は払拭し得ない。しかし、それらの行為の社会的有用性又は必要性等を考慮すると、結果発生に対する危惧感や抽象的予見可能性の存在のみで行為を法規制によって禁ずることはできない。そのような理解に基づいて、本稿の採用する結果回避義務説の立場では、結果に対する危惧感ないしは抽象的な結果に対する予見可能性（抽象的予見可能性）があれば、行為者の注意義務は発生すると解する。もっとも、抽象的予見可能性の見地から検討すると、危険引受けという事情を考慮したとしても結果が発生した以上は、注意義務違反を否定することは困難であるようにも思える。しかし、当該行為から発生し得る危険に対して行為者一人の立場で結果回避措置を完全に講ずることは、もはや困難であるので、前述のように危険行為に複数人で参加する場合には、各人の立場において注意義務を分担すると解する。したがって、危険行為に参加している各人は、他の者が結果回避措置を講ずることを信頼して自己の立場において分担すべき結果回避措置を講ずれば足りるのである。そして、たとえ不運にして結果が発生したとしても、行為者が他の者の結果回避措置を信頼できる状況においては、自己の分担する立場で結果回避措置を講じている限り、注意義務違反は否定される⁵²⁾。このような信頼の原則の思考方法は、危険（結果）回避について分配関係にある行為について、一般的に適用が認められるべきである。

したがって、危険引受けは、被害者に「危険認識があるから」といって直ちに行為者の過失を否定する独自の効果を有するのではなく、自己の立場で分担すべき注意義務は当然に遵守しなければならない。そのような理解を前提として危険引受けは、過失認定論の一側面として信頼の原則によって結果回避義務を限定する法理であると解する⁵³⁾。前述のように、過失の中核的要素は客観的注意義務違

反であり、その認定の基準は、抽象的予見可能性のある状態で当該行為から一定の結果が発生するであろう一般的・抽象的危惧感を前提に判断されるべきである。このような理解によって、行為者が注意義務を遵守していたにも拘らず、不運にして法益侵害結果が発生した場合、それは、危険行為の参加に際して被害者が引き受けていた危険であるので、行為者の注意義務違反は否定されると解する。

このような見解に対して、危険分配の思想は、被害者に法令違反ないし過失があることが前提となるのに対して、危険引受けは相手方にルール違反や過失がない場合でも問題となり得るので、両者は区別されるべきであるとされる見解がある⁵⁴⁾。しかし、危険分配の思想は、危険行為に複数人で参加する場合、危険行為に参加する各人に注意義務を分担させ、たとえ結果が発生したとしても自己の立場で注意義務を遵守している限り、行為者の過失は否定されることを意味する。危険引受けの問題状況において、危険行為に参加する各人は、他の者が分担する結果回避措置を講ずることを信頼して、自己の立場で分担すべき結果回避措置を講じていれば足りる。そして、たとえ不運にして法益侵害結果が発生したとしても、結果回避措置は被害者の側で分担すべきものであったので、危険行為の参加に際して被害者が引き受けていた危険であるから行為者の過失が否定される。同様に、危険引受けは、危険分配の思想によって導き出される法理であるので、両者を区別する必要はなく、両者は危険を分配するという事情において同じことを意味するのである。さらに、行為者に過失がなければ、刑事責任を問われることはないので、両者を区別して理解する必要はない。

V. 狭義の危険引受けにおける注意義務

これまで考察してきたように、危険の内在する行為に参加する場合、参加者は各人の立場において、当該行為に定められたルールの遵守やそれに基づく結果回避措置を講ずるなどの注意義務を分担する。前述のように、競技、娯楽、健康増進などを目的とするスポーツ活動は、従来から注目されていたような危険はもとより、社会の機械化に伴う高度なものも多くなった。スポーツは古くから全くの私事として扱われてきたことから、これらの行為においては、危険が内在するといっても法による介入はなされていない。もっとも、それぞれの行為によって規則やルール、ライセンスなどと称する民間の資格を取得して参加することを絶対的条件としているものなどの安全に対する配慮はなされている⁵⁵⁾。即ち、スポーツ活動をはじめとして、我々の社会生活上存在する危険の内在するあらゆる行為に対して、法規制はされておらず、また法が介入すべきとしても一筋縄にはいかないもので、それぞれの領域において自主的な結果回避措置を講ずべき義務が課せられているのである。そして、危険引受けによって行為者の注意義務違反が否定されるための判断要素⁵⁶⁾は、ドイツの判例及び、我が国において危険引受けの事案として用いられるダートトライアル同乗者死亡事件、坂東三津五郎ふぐ中毒死事件⁵⁷⁾等の判例を分析して、私見を盛り込むと次のように理解すべきである。

狭義の危険引受けは、以下の3類型に分類することができる。第1類型として、行為者が当該行為

に対する優越した知識を有する地位にあり、被害者が素人である場合である。ドイツのメール河事件や坂東三津五郎ふぐ中毒死事件がこの類型に該当する。メール河事件は、嵐の影響で増水し渡河が危険な状況であったメール河を渡すよう求めてきた乗客2名に対し、被告人は渡河の危険性を指摘したが、同人らの強い懇請に譲歩して渡河を試みたところ、高波によって船が転覆し、乗客2名が死亡したという事案である。本件では、船頭が渡河につき優越した知識を有し、客を安全に渡河させるべき義務を有すると考えるべきであるので、客の懇請によって船を出す場合でも、客は安全に対岸まで渡河できるものと信頼することは相当である。被告人が渡河の危険性を忠告したのにも拘らず、客が渡河を懇請したとしても、そのような事情によって直ちに被告人の注意義務は否定されない。判例は被告人の義務違反性を否定し被告人を無罪としたが、被告人の過失責任は肯定されるべきであると思う⁵⁸⁾。坂東三津五郎ふぐ中毒死事件は、調理師及びふぐ処理師の免許を有していた被告人が、客として訪れた歌舞伎俳優の坂東三津五郎に対し、その求めを受け、ふぐの肝には多量のテトロドキシンが含まれており、これを食するといわゆるふぐ中毒による死亡の危険があることを認識しながら「ふぐに当たるのは稀である」との経験則に基づいて、とらふぐの肝臓数切れを調理して提供したところ、被害者がふぐ中毒による呼吸筋麻痺で死亡したという事案である。被告人はふぐ処理師の資格を有することから、坂東三津五郎が食通で過去に幾度かふぐの肝を食した経験をもっており、本件においてもふぐの肝を提供することを求めてきたという事情を考慮したとしても、判示のとおり安全に配慮して客に食事を提供すべき義務は否定されるべきではない。

次に、第2類型として、被害者が当該行為に対する優越した知識を有する地位にあり、行為者が素人である場合である。ダートトライアル同乗者死亡事件がこれに該当する。ダートトライアル同乗者死亡事件では、「上級者が初心者の運転を指導する、より高度な技術を習得するために更に上級の者に運転を指導してもらう」などの事情を考慮すると、判示のとおり「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。」と考えられる。このように考えると、明らかに本件では被害者の方がダートトライアルについて優越した知識を有しているから、被害者は、行為の一般的危険性の認識及び抽象的な結果に対する漠然とした危惧感を持ち得ていたと考えられるであろう。したがって、第2類型にあたる場合、本件のように、行為者が被害者の指揮下において行為を実行していたという事情を考慮すると、行為者よりも被害者の方が注意義務の負担は重くなる。

さらに、第3類型として、当該行為に関する知識が行為者及び被害者とも同等の場合である。この類型では、行為者及び被害者は同等に注意義務を負担する。ドイツにおけるHIV感染事件がこの類型に該当するよう思われる。しかし、HIV感染事件の行為態様を考慮すると、危険分配の思想によって注意義務違反が否定されるという思考方法に相容れないものがあるように感ぜられる。第2、第3類型に該当する場合には、行為者が注意義務を遵守している限り、行為者の注意義務違反は比較的否

定され易いと考えられる。これに対して、第1類型に該当する場合には、特段の事情のない限り注意義務違反は肯定されると考えられる。知識の優越が認められ、さらに行為者が当該行為に業務として従事している者や、行為者が指導者の立場にある者である場合など、行為者に特別な監督責任が認められる場合には、行為者は参加者に対して常に注意を払い、参加者が安全に当該行為を成し遂げられるように配慮すべき義務を負うのである⁵⁹⁾。また、被害者が答責能力を有しない老人や幼児である場合には、行為者に特別な監督責任が認められる。さらに、行為者が優越した知識を有する場合において、被害者に答責能力はあったとしても、迫りくる危険に対する恐怖感などによって自ら結果回避措置を講ずることができないような状況でも同様である。特別な監督責任が認められる状況において、法益侵害結果が発生した場合には、行為者の注意義務違反は肯定されるべきであり、これを覆すような特段の事情のない限り、行為者の過失は否定されるべきではない。

VI. 結語

本稿では、危険引受けという被害者の特殊な態度が行為者の犯罪の成否に及ぼす影響について、諸見解に検討を加えながら概観してきた。危険引受けにおいて、被害者は結果の発生を意欲しているのではなく、あくまでも危険の伴う行為への参加について認容しているに過ぎない。これが、危険引受けと被害者の承諾の相違点であり、被害者の承諾論の枠組みで危険引受けを論ずべきでない根拠を示しているといえる。また、危険を承知で行為に参加したという事情を結果発生への積極性と捉える自己答責性論も、被害者の危険認識のみで行為者の犯罪の成立を制限すべき根拠を示すものではなく、結局は被害者の承諾論と同様の結論に帰着するものと思われる。

私見において危険引受けを広義の危険引受けと狭義の危険引受けとに区別し、狭義の危険引受けにおいては、行為者及び被害者の注意義務の負担という観点に着目して3類型に分類して論じた。このような理解によって生命保護と行為の有用性との均衡を保ち、現代社会に即応した解釈論として妥当な見解を導き出すことができるように思う。しかし、このような理解は、危険引受けを過失認定論の一側面として研究する過程において、危険分配の思想に基づく信頼の原則にのみ依拠して理解することの限界にぶつかって区別した個人的見解の域を脱するものではない。したがって、ドイツ及び我が国の危険引受けに関する判例・学説に更なる検討を加え、広狭二義の区別基準、狭義の危険引受けにおける3類型による注意義務の判断基準について更なる研究が必要であると考えられる。この点に応えるためには、本稿では紙幅の関係上、十分な論証が出来たとは言いがたいので、個々の問題については今後の論稿で取り扱っていききたい。

(2008年7月18日脱稿)

注

¹⁾ RGSt 57.172ff.RG Urteil vom 3.1.1923.

²⁾ 千葉地判平7・12・13判時1565号144頁。

³⁾ 202条後段の承諾殺人罪や213条の同意墮胎罪などは、被害者の承諾によって違法性が減少するため、刑の減輕事由とされている。また、130条の住居侵入罪や235条の窃盗罪については、被害者の承諾の不存在が構成要件要素となっているため、被害者の承諾による構成要件該当性阻却事由として犯罪の成否に影響を及ぼすとされている。その他、204条の傷害罪では、正当化事由として被害者の承諾を認めている。また、ドイツの学説においては、「合意 (Einverständnis)」と「承諾 (Einwilligung)」とを区別して主張されている見解が有力である。被害者の同意の不存在が構成要件要素となっている行為についての同意を「合意」、正当化事由としての効果を有する同意を「承諾」と呼び、両者を区別し、前者は、構成要件該当性を阻却する効果を持ち、後者は、正当化事由としての効果を持つとされている。Vgl. Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band 1. Aufl., 2006, S. 541ff.

⁴⁾ 林幹人『刑法総論』東京大学出版会 (2000年) 180頁以下。

⁵⁾ 川崎一夫『刑法総論』青林書院 (2004年) 204頁参照。

⁶⁾ 曾根威彦「過失犯における危険の引受け」早稲田法学第73巻2号 (1997年) 36頁以下、山口厚『危険の引受け』論再考』『刑事法学の現実と展開——齊藤誠二先生古希記念』信山社 (2003年) 91頁参照。

⁷⁾ 曾根・前掲論文37頁、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、山口・前掲論文91頁、奥村正雄「被害者による『危険の引き受け』と過失犯の成否」清和法学研究第6巻第1号 (1999年) 106頁以下、深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要第9号 (2000年) 127頁以下参照。

⁸⁾ 深町・前掲論文137頁参照。

⁹⁾ 奥村・前掲論文107頁参照。

¹⁰⁾ 川崎・前掲書201頁参照。

¹¹⁾ 川崎・前掲書203頁参照。

¹²⁾ 川崎・前掲書201頁参照。

¹³⁾ 須之内克彦「スポーツ事故に対する法的処理の現状」『中山研一先生古希祝賀論文集第四巻 現代刑法の諸相』成文堂 (1997年) 146頁、同「スポーツ事故における同意と危険の引受け」『齊藤誠二先生古希記念』信山社 (2003年) 110頁以下参照。

¹⁴⁾ 福田平『全訂刑法総論第三版』有斐閣 (1996年) 178頁、川崎・前掲書201頁参照。判例においても同様のことがいえる。曾根・前掲論文44頁注(22)参照。たとえば、最決昭55・11・13刑集34巻6号396頁は、過失による事故を装って保険金を騙取する目的で、被害者の承諾を得て故意に事故の運転する自動車を被害者の自動車に衝突させ、負傷させた事案について、本件承諾は保険金騙取の目的のために得られた違法なものであり、傷害行為の違法性を阻却しないと判示した。

¹⁵⁾ **StGB §216 Tötung auf Verlangen.**

(1) Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten Zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.

(2) Der Versuch ist strafbar.

ドイツ刑法典216条 (要求による殺人)

(1) 明示的かつ真摯な殺害の囑託を受け、人を殺した者は6月以上5年以下の自由刑に処する。

(2) (本罪の) 未遂は罰する。

Vgl. Heinrich Schönfelder, *Deutsche Gesetze*, Stand: 1.2006, S.102.

¹⁶⁾ 井田良「過失犯の問題点——過失犯における危険の引受けを中心に——」刑法雑誌39巻3号 (2000年) 123頁。

¹⁷⁾ 前田雅英『刑法各論講義 [第三版]』東京大学出版会 (1999年) 19頁。

¹⁸⁾ 川崎一夫『刑法各論 [増訂版]』青林書院 (2004年) 19頁参照。

¹⁹⁾ 野中俊彦、中村陸男、高橋和之、高見勝利『憲法 I (第4版)』有斐閣 (2006年) 266頁、佐瀬恵子「自殺関与と自己決定権」創価大学大学院紀要24集 (2002年) 87頁参照。

²⁰⁾ 川崎・前掲総論200頁参照。

²¹⁾ 塩谷毅「自己危殆化と合意による他者危殆化について (一) ~ (四・完)」立命館法学246号85頁以下、247号75頁以下、248号 (以上、1996年) 80頁以下、251号 (1997年) 91頁以下、同『被害者の自己答責性』について」

『転換期の刑事法学 井戸侃先生古稀祝賀論文集』現代人文社（1999年）783頁以下、吉田敏男「合意のある他者危殆化について——ドイツ刑法学説の概観——」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第一巻』（1998年）407頁以下参照。

- 22) 塩谷・前掲「自己危殆化と合意による他者危殆化について（四・完）」、同・前掲『被害者の自己答責性』について」783頁参照。
- 23) 塩谷・前掲「自己危殆化と合意による他者危殆化について（四・完）」98頁以下参照。
- 24) 塩谷・前掲「自己危殆化と合意による他者危殆化について（一）」88頁参照。
- 25) 同795頁以下、塩谷・前掲「自己危殆化と合意による他者危殆化について（四・完）」97頁以下、塩谷毅「危険の引受け」『刑法の争点』有斐閣（2007年）79頁参照。
- 26) 塩谷・前掲「自己危殆化と合意による他者危殆化について（四・完）」97頁以下参照。
- 27) 曾根・前掲論文47頁参照。
- 28) 山口・前掲論文95頁参照。
- 29) 奥村・前掲論文109頁参照。
- 30) NStz 1990.81f.Urteil des BayObLG vom15.9.1989.
- 31) 塩谷・前掲「自己危殆化と合意による他者危殆化について（四・完）」99頁以下参照。
- 32) 東京地判昭45・2・27判時594号77頁。「一般に、スポーツの競技中に生じた加害行為については、それがそのスポーツのルールに著しく反することがなく、かつ、通常予想された動作に起因するものであるときは、そのスポーツの競技に参加した者全員がその危険を予め受忍し加害行為を承諾しているものと解するのが妥当であり、このような場合加害者の行為は違法性を阻却する」と判示した。これは、民事上の過失について言及したものであるが、その要旨は刑事過失の認定に際しても妥当すると思われる。
- 33) 川崎・前掲総論196頁参照。
- 34) 川端博『刑法総論講義 第2版』成文堂（2006年）306頁参照。
- 35) 川崎・前掲総論196頁参照。
- 36) 東京地判昭41・6・22判タ194号175頁。
- 37) 須之内・前掲「スポーツ事故における同意と危険の引受け」106頁参照。
- 38) 「力士暴行死：前時津親方と兄弟子3人を起訴 名古屋地検（2008年2月29日）」『毎日新聞社毎日jp』<http://mainichi.jp/select/jiken/rikishiboukou/news/20080229k0000e040107000c.html>(2008.5.30)
- 39) 藤木英雄『刑法講義 総論』弘文堂（1975年）240頁、同『過失犯の理論』有信堂（1969年）27頁以下、西原春夫『交通事故と信頼の原則』成文堂（1969年）14頁、川崎・前掲総論141頁参照。
- 40) 西原・前掲書15頁、川崎・前掲書139頁参照。
- 41) 藤木・前掲書27頁以下、川崎・前掲総論140頁参照。
- 42) 西原・前掲書16頁以下、同『刑法総論』成文堂（1977年）174頁参照。
- 43) 藤木・前掲総論240頁、川崎・前掲総論140頁参照。
- 44) 徳島地判昭48・11・28判時721号7頁。いわゆる森永ドライミルク事件の差戻審において、徳島地裁は「この場合の予見可能性は具体的な因果関係を見おとすことの可能性である必要はなく、何事かは特定できないがある種の危険が絶無であるとして無視する訳にはいかないという程度の危惧感があれば足りる」として結果回避義務説の立場から注意義務違反の判断をしている。
- 45) 西原・前掲書16頁以下参照。
- 46) 川崎・前掲総論140頁参照。
- 47) 川崎・前掲総論141頁参照。
- 48) 藤木・前掲総論249頁参照。
- 49) 川端・前掲書203頁参照。
- 50) 深町・前掲論文139頁参照。
- 51) 深町・前掲論文139頁参照。
- 52) 平野潔「危険引受けと過失犯」現代刑事法第38巻（2002年）29頁以下参照。
- 53) 平野・前掲論文32頁参照。
- 54) 神山敏雄「危険引受けの法理とスポーツ事故」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第3巻』成文堂（2000年）18頁参照。
- 55) ここでいうライセンスは、公的な免許証を有する“license”とは異なる。たとえば、自給式水中呼吸装置を用いて行うスクーバダイビングには高度かつ特殊な危険が伴うため、Cカードと呼ばれるライセンスを取得して行うことが絶対的な慣行となっている。Cカードは一般的にライセンスと呼ばれるが、Certification Cardの略であり、

民間指導団体の発行する技能認定証に過ぎない。ライセンスと危険引受けの関係についても注意義務の判断基準という意味で意義深いと思う。なお、筆者はスクーバダイビングの指導者の立場であるCカードを有する。したがって、これらの点については興味が尽きないため、今後取り扱っていききたい。

⁵⁶⁾ 平野・前掲論文32頁参照。危険引受けにおける注意義務の判断要素としてクレイの示す「①被害者が自らの合意を自由答責的に表明していること、及び②行為者が、危険な行為をする際に、合意の内容とは関連のない義務違反をしていないこと」という二要件が参考になる。Vgl. Krey, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 2001, S.234.; ders, Strafrecht, Besonderer Teil, Band 1, 11. Aufl., 1998, S.63f.

⁵⁷⁾ 最決昭55・4・18刑集34巻3号163頁、判時905号126頁。

⁵⁸⁾ 深町・前掲論文143頁参照。

⁵⁹⁾ 大阪高判昭55・4・18判時934号135頁。坂東三津五郎ふぐ中毒死事件の控訴審において、「被告人が、(ふぐ)の肝臓を調理して客に授与することは厳に差し控えるべき業務上の注意義務がある」として判例もこの点を肯定している。

【付記】

本稿は、筆者の大学院博士前期課程における学位申請論文をまとめたものである。最終試験の席上、川崎一夫教授をはじめとして、池田秀彦教授、飯田順三教授には貴重なご助言を多数頂いた。本稿は、川崎教授をはじめとする諸先生方のご指導の賜物であり、衷心より感謝の意を表したい。