

資 料

〔外国文献紹介〕

早稲田大学刑事法学研究会

ヴェルナー・ボイルケ

「刑法における被害者の自律性」

—合意ある他者危殆化の評価に対する承諾の影響について—

北 川 敦 子

はじめに

ここで紹介する論文は、ハロー・オットーの古稀祝賀記念論文集に掲載されたヴェルナー・ボイルケの論文であり、他者危殆化の評価に際し、被害者の承諾がいかなる意味を有するかを探究するものである。承諾殺人、嘱託殺人に加え、自殺教唆並びに自殺幫助などの自殺関与を可罰的とする我が国と異なり、要求による殺人のみを可罰的として、自殺幫助などの自殺関与を不可罰とするドイツにおいては、両者の区別は重要な問題となる。そのため、ドイツにおいては、自己の法益を危殆化する行為と他者による法益の危殆化の区別基準をめぐり、様々な議論が展開されてきた。この点、ドイツの判例は専ら行為支配の有無にその区別基準を求めてきたが、学説においては、客観的帰属論から、危険を被害者が行為者に振り分ける手法が優勢である。これに対し、ボイルケは判例を批判すると共に、客観的帰属論による解決にも疑問を呈し、被害者の自律性の見地から、被害者の「承諾」という意思的要素に着目して新しい基準を提唱したのである。

我が国においては、いわゆるダートトライアル事件を契機に、「危険の引受」の議論が沸き起こり、被害者が危険な行為に承諾を与えたが、結果まで承諾をしていたものではなかった場合、被害者と行為者への帰責配分をいかに判ずるかという形で問題となった。この点、大まかに客観的帰属論の視点からの解決と被害者の承諾による解決が対立するといっていよう。したがって、ボイルの本論文は、事情の異なるドイツの論考ではあるが、わが国における議論にも多くの示唆を与えるものと考えられる。

論文の概要

1 判例の概観

自己危殆状況創出への将来の被害者の関与には様々な形態があるが、法解釈学的観点からは、大まかに次の3つの類型に分けることができる。まず、①「被害者」が排他的に自分で危険を惹起するケース、②被害者が行為者と共に危険創出に共働するケース、③第三者（すなわち行為者）が被害者の承諾を得て危険な行為を行うケースである。

①のケースは自己危殆化と呼称され、判例、学説とも被害者の自己答責性を認め、これに関与する第三者を不可罰とすることにほぼ争いはない。学説は、自己危殆化ケースにおける第三者の不可罰性の根拠を、危険な状況の不創出という客観的帰属から導き、判例は、自己の身体侵害または自殺の構成要件不該当性から、これに対する幫助である第三者の行為の不可罰性を帰結する。これに対し、他者危殆化と呼称される②③では、判例、学説において行為者は原則として可罰的とされる。

しかし、自己危殆化がいかに具体的に定義され、その限界はどこにあるのか、自己危殆化が第三者との合意的共働も含むかどうかは、未だ明らかにされていない。また、合意による他者危殆化において、第三者をいかに扱うのかも明らかにされていない。そこで、次の事例をもとに、殺人（StGB212）、過失致死（StGB222）、要求による殺人（StGB216）との関係を踏まえ、行為の不可罰性の根拠を検討することにする。

例1) 社会奉仕事例⁽³⁾ 進行性の筋ジストロフィー患者で、体を動かすことができず、呼吸も困難なため、人口呼吸器を装着している重度身体障害者S（知能は高いと認定された）が、昼間、看護の任にある社会奉仕勤務者Z（社会奉仕業務のため、専門的研修は受けていない）に、裸でポリ袋に詰められ、少し穴が空いているガムテープで口を塞がれてゴミ用コンテナに入れられると性的興奮を覚えると打ち明け、このような行為を既に何度もおこなっており、コンテナからの救助は次の看護人が行うこととなっていると保障し、Zにこれを実現するよう懇願した。Zは、屋外気温が氷点下であったにもかかわらず、Sの希望通りにした。これ以前、Sは、他の看護人への手紙に、上記の方法による自殺願望を表明したことがあり、実際、Zの後に看護にあたる他の看護人らはSの居所を知らされていなかった。Sは、翌朝、死体となって発見された。

ハンブルグ地方裁判所は、本件は、合意による他者危殆化のケースであるとしながら、《全ての状況の価値的考察》によれば、自由答責的な自己危殆化と同視

すべきであり、それゆえ、客観的帰属は阻却されるとして過失致死の成立を否定し、Zに無罪を言渡した。

これに対しBGHは、Zが事象に対し行為支配を有していたか、Sの単なる道具であったかが自己危殆化と他者危殆化の区別にとって重要であると考え、Sの自殺願望についてZに錯誤があり、この錯誤がZをして道具たらしめた、という状況があるときに、Sの行為支配が認められるとしたが、本件では、このような錯誤がZにあったと認定しなかった。なぜならZは、寒さ、接着テープによる呼吸困難など、極度の危険状況について、欺罔されていたわけではないからである。よって、本件は、ZとSの共同行為支配であり、合意ある他者危殆化と評価すべきであるとして、原判決を破棄差戻した。

例2) ロシアン・ルーレット事例⁽⁴⁾ 離婚の話し合いの過程で、妻Fは、夫Eから、弾倉に弾は込められていないピストルをEのこめかみにあて、発砲するという遊戯を提案され、Eの提案のままに発砲したところ、弾倉には弾が込められており、Eは死亡した。

Eは以前、Fに「君は僕を射殺することを想像できるか」などと尋ねたことがあり、また、本件発砲直前には「心配するな。弾は入っていない」と申し向け、訝るFを説得した事実が認められる。

ニュルンベルグ地方裁判所は、Eの自殺意図を認め、自殺に対する故意ある共働（自殺幫助の場合）が不可罰であることから、過失的に自殺を可能にする行為も不可罰であるとして、Fに過失致死の成立を否定し、訴えを却下した。

これに対してニュルンベルグ高等裁判所は、Eに自殺意図があったとしても、関与行為が行為支配を備えている限り、要求による殺人が成立しうることを指摘し、本件では、Eも重要な役割を演じたが、一方で、Fには婚姻共同体から生じる保護義務があり、また、Eの言動に照らすときは、慢然とピストルを発射したFは過失致死に質疑されるべきであるとして、Fに有罪を言渡した。

例3) ヘロイン注射事例⁽⁵⁾ アルコール依存症であるBは、手が震え、自分ではヘロインを注射できなかったため、知人Aに注射を依頼したところ、Aは、Bが注射前にアルコールを摂取したことを認識していながらBの求めに応じて、Bにヘロインの注射をした。Bはヘロイン中毒により死亡したが、死の結果を促進したのは、血中アルコール濃度であった。

キール地方裁判所は、Aの正犯性を前提として、Aの可罰性判断を専ら228条の承諾の有効性判断に依らしめた。そして、Bの承諾を得て行ったBへのヘロイン注射という傷害は、善良な風俗に違反するから正当化はなされず、また、死の結果は予見可能であり、回避可能であったとして、傷害致死を認め、Aに有罪を言渡した。

これに対して BGH は、まず A の正犯性を判断すべきとして、「社会奉仕事例」と同様、原則として不可罰である自己危殆化と可罰的な他者危殆化の区別基準を行為支配に求め、本件では、A に行為支配、すなわち他者危殆—正犯性を認めた上、被害者の承諾が違法性を阻却するかを検討するに際し、麻薬使用は善良な風俗に違反するとした原判決の判断を否定し、麻薬使用のみでは善良な風俗に反するといえないとして原判決を破棄差戻した。もっとも、BGH は、228 条は死の結果まで正当化するものではないとして、違法性阻却を認めなかった原判決の結果は支持している。

2 区別基準としての行為支配

以上に挙げた事例において、判例は、自己危殆と他者危殆の区別を行為支配を基準に行っている。すなわち、可罰的な要求による殺人と、不可罰である自殺幇助との比較を手掛かりにして、行為支配が被害者自身に存すれば、自己危殆であり、そうでなければ他者危殆とみなしているのである。

しかし、行為支配という基準には精密な弁別性が欠如している。とりわけ、例 1、2 にみられるように、行為者が錯誤的状况にある場合、または共同正犯類似の状况を問題とする場合に区別は不明確となる。というのも、例 1 において、主観的構成要素に焦点をあてれば、S は、Z における動機（性的欲求ではなく、自殺願望）についての錯誤を惹起し、これによって Z をコントロールしたといえ、Z に行為支配を認めることは困難になるからである。同様に、例 2 においても、武器の内にある弾について認識していたのは E であることから、F に明白な行為支配は認められないことになろう。

また、被害者と第三者が「準共同正犯的」に共働するケース、例えば相手方が HIV に感染していることを知っていた被害者が、感染者と避妊具を装着せずに性的交渉を持った場合、被害者は自発的に自己の危殆化に共働したとして自己危殆化と評価するのか、それとも、第三者の実行に焦点を宛てて、他者危殆とするのか、答えは判然としない。

このように、自己危殆化への第三者の共働は不可罰であるが、承諾ある他者危殆化は基本的に可罰的であるという支配的見解を基礎とし、区別基準を行為支配に置く場合、可罰性は、偶然性に依存することになってしまうのである。

3 自己危殆化と他者危殆化

以上のように、行為支配による解決は満足しうるものではない。そこで、他者危殆化の評価及び区別基準に関して、様々な検討が加えられることとなった。

まず、承諾ある他者危殆化の場合、行為者の注意義務違反が消失するという見

解⁽⁷⁾がある。しかし、ある行為が一般的な注意義務に合致するかどうかは、あまりに個々の事例に依存するため、この見解は、明確性の原則に違反すると非難される。

この点、ロクシンは、「全ての重要な観点において同等である場合に」自由答責的自己危険と、合意ある他者危険を同様に扱い、合意ある他者危険の場合にも殺人または傷害の構成要件該当性を否定する。同等となる条件は、被害が引き受けられた危険の結果を示し、(他者の)付加的な過失を示していないこと、そして、危険にさらす者の答責性の程度と、危険にさらされる者の答責性の程度が相応していることである。⁽⁸⁾この見解によれば、例1と2における刑事被告人は無罪となろう。例3においては、どの程度Bが危険、すなわち注射の結果、生命に危険が生じることを予見することができたかに左右される。

しかしながら、生命保護に関する刑法規範、すなわち、他者殺害は基本的に禁止されるべきであるという評価は、他者危険化のケースにおいて客観的構成要件を否定することに賛成するとは思われない。刑法規範は、第三者が、ある他者の法益を侵害するかどうか、または、自己危険化に際し、単に援助したのかどうかを区別しているからである。

それゆえ、構成要件該当性は肯定すべきように思われる。そして、承諾ある他者危険のケースで、行為者が罰せられるべきかどうかという問いは、違法性の面一特に承諾の正当化事由一に重点を置くべきものと考ええる。ロクシンもまた、他者及び自己危険化の等価値性を検討するに際し、承諾において問題とされる点を検討しているのである。

4 承諾による解決

承諾の有効要件を検討するにあたり、まず、法益の危険化への承諾から同じ法益の侵害への承諾が導かれるかという問題が生じる。特に、例3において、Aがヘロインの投与を要求することで、同時に、また、生命及び身体侵害に承諾したと評価できるかが問題となる。

法益の主体が、危険のみではなく、侵害もまた甘受したということが有効な承諾にとって必要かどうかは一元的に判断されない。この点、危険化への承諾を侵害への承諾にまで拡張するために、過失犯の場合、危険への承諾をもって行為無価値が消滅するという説明が考えうる。確かに自己の法益を危険にさらすことを承諾した者が、損害の発生を考慮しなかったと後に異議を唱えることは、およそ不自然で、非現実的なことであろう。しかし、この結論を認めるとすると、216条、228条の存在ゆえに、承諾した被害者を殺害するケースにおいて、効力を否定すべきかどうか、換言すれば、被害者は、その生命という法益を自由に処分し

てよいかが次に問題となる。

この点、その文言によって明白に故意行為に限定される216条の規範を、第三者によって過失的に惹起された危険への承諾に適用し、これによって、不可罰性を限定する方法は、216条の文言を超えて可罰性を基礎づけることになり、同条の予定する規範の保護範囲を拡張することになってしまう。この拡張作用は、罪刑法定主義に鑑み、問題があると思われる。216条は、以上の理由から、過失的に働く他者危殆化に、いかなる影響ももたらさないと思われる。また、故意の場合に限定される承諾ある傷害(228条)についても同様の論理が妥当する。

以上より、承諾による解決には制限がないことになる。すなわち、危険を熟知している被害者が、他者危殆に承諾した場合、死の結果が過失的に惹起されれば、これは正当化されるのである。

これに対し、具体的状況下において、被害者の自己決定権が、人の生命保護という普遍的利益に優越するという法益衡量によって、ここで主張する「承諾による解決」によるのと同様の結論が導く見解もある。⁽⁹⁾しかしながら、この見解に対しては、216条の範囲という法的問題を道徳的側面に移転させる恐れがあるとの批判が正当にもなされているのである。⁽¹⁰⁾

以上のように解するときは、例1と2における被告人が、死に対する被害者の承諾を知らなかったとしても、承諾の正当化効に影響はないと考えることができる。すなわち、過失犯において、被害者の承諾という正当化状況の客観的存在によって、行為の結果無価値は取り除かれたのである。残った行為無価値は、それ自体では可罰的とは評価されず、したがって、行為者が承諾を知らなかったとしても不可罰となる。

5 まとめ

以上をまとめれば、自由答責的な自己危殆化と、承諾ある他者危殆の、困難で、しばしば偶然性に依存する区別を放棄し、第三者の可罰性を他の基準、すなわち被害者の「承諾」を手掛かりにして決すべきということになる。

日常生活において頻繁に生じる合意ある他者危殆に直面して、過失犯罪の本質的部分をなすようなケース、例えば運転手が飲酒しているのを知りながら、自己答責的に同乗した、というようなケースでは、運転手に不可罰が認められなければならない。自己答責的自己危殆化と、合意ある他者危殆は同断に取り扱われるべきである。

本稿で挙げた事例につき、被害者の「承諾」の基準を用いれば、例1と2において、被害者は、それぞれ、その生命を終わらせることに承諾していたのであり、承諾の有効性に関し、故意行為にその適用が限定される216条、228条は過失

行為に対し、影響を与えることはなく、承諾は有効であるとして、行為者の不可罰が導かれる。適正な処罰範囲の画定は、承諾能力を始め、承諾自体の有効要件の丹念な審査によってなされるべきである。

例3の場合、麻薬提供の可罰性ゆえに、承諾の正当化力が排斥されると考えることもできよう。しかしながら、BGHは、専ら共通の麻薬使用から導かれる承諾の良俗違反性を明確に否定したのであるから、ここでも「承諾」の基準によって、被告人の不可罰が帰結される。

若干のコメント

客観的帰属論に基づく自己答責性原理の根本的思想は、被害者の自律性を認め、被害者が危険創出に寄与した場合、法益侵害結果に対し、一定の責任を有するというところにある。これに対し、ボイルケの本論文は、その題名に顕現されているように、被害者の承諾という意思的要素を考慮することが被害者の自律性を尊重することであると考える。本論文では触れていないが、自律性の尊重を主張する場合、そもそも刑法において被害者の自律性を考慮する根拠とその内実が明らかにされなくてはならない。

思うに、刑法において被害者の自律性を認めるとは、被害者の自己決定権を尊重することに他ならず、この自己決定権の行使の反射的結果として行為の違法性阻却が導かれるべきであろう。このように、被害者に自らの意思での自己決定を認める以上、可罰—不可罰判断に際し、意思的要素は不可欠であり、被害者の承諾に示される自己決定という意思的要素を考慮せず、危険創出のみに着目し、行為者と被害者を対置させ、結果を振り分ける自己答責性原理の根本的思想は採用しえない。かかる意味での自己答責原理は、被害者に行為者と同質同量の自己保護義務を負わせることになる怖れがあるが、刑法は基本的に他者侵害禁止に向けられているところ、このように行為者と被害者を同等の立場に置くことが妥当かどうかは大いに疑問である。したがって、合意ある他者危殆化の評価に際し、被害者の意思的要素である承諾を考慮するボイルケの見解は基本的に支持しうる。

本論文において、ボイルケは自己危殆化と他者危殆化の区別基準としての行為支配を批判して、そもそも自己危殆化と他者危殆化によって第三者の可罰—不可罰を決することはできないと主張し、その代わり、被害者の承諾による解決を提示し、危険行為への承諾を結果への承諾に拡張している。確かに、行為支配なる基準は、何を以て行為を支配したといえるかの支点を欠き、曖昧なものとなる危険性が大きく、ドイツにおいても批判が多い。そして先述の通り、被害者の意思的要素、すなわち被害者の自己決定権に主眼をおいた自律性を尊重するとき

は、不可罰一可罰の境界線は、被害者の承諾を基準のひとつとして引かれるべきである。しかし、結果に対し承諾を与える典型的な被害者の承諾のケースと異なり、結果への合意(承諾)が不鮮明な合意ある他者危険の場合、被害者の承諾のみでは行為の違法性を阻却するに不十分ではないだろうか。換言すれば、結果の正当化に際し、被害者の承諾という意思的要素を考慮するとしても、事実、承諾が結果に及んでいない以上、承諾のみでは結果を正当化するに足りないように思われる。この点、ポイルケは、危険に承諾することは、危険が内包する結果への承諾に拡張しようとする。確かに、結果の正当化根拠を被害者の承諾に求め、承諾が結果にまで完全に及んでいなければならないとすると、殆ど全ての危険化状況において、被害者の危険への承諾は結果を正当化しえず、承諾は事実上、意味のないものとなり、被害者の自己決定を考慮する場合は失われてしまうのである。しかし、ポイルケの主張通り、被害者の危険への承諾が結果への承諾まで拡張しようとする、承諾は無定見に結果を正当化することになり、結果発生を望まず、危険のみ承諾した被害者の意思を無視することになるが、それは妥当とは思われない。危険化への被害者の承諾が違法性を阻却する理論的根拠とその範囲の解明は、今後の検討課題としたい。

また、故意行為に関する刑法規範の保護範囲は過失行為に及ばないとするが、人の生命の不可侵性及び人の生命尊重という規範は、故意行為のみならず過失行為へも向けられているはずであり、故意行為に対する規範と過失行為に対するそれとは、質的に相違があるのではなく、量的差にすぎないと考えうる。すなわち、故意行為における違法性と過失行為における違法性に質的差異はなく、同種の規範が向けられるが、責任において、両者に向けられる非難の程度が異なるものと思われる。

以上のように、本論文には考究すべき課題がのこされているが、本論文は、客観的帰属論が支配的となっているドイツにおいて、被害者の承諾の意義及び被害者の自律性の本質を再考させるものであり、わが国においても、被害者の自律性、承諾と違法性の関係などの議論を再び深化させるのに好個の材料を提供するものとして、高く評価しようとする。

- (1) Werner Beulke, Opferautonomie im Strafrecht-Zum Einfluss der Einwilligung auf die Beurteilung der einverständlichen Fremdgefährdung-, Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 207ff.
- (2) 我が国の文献として、山中敬一「過失犯における被害者の同意」『平場安治博士還暦祝賀現代の刑事法学(上)』(1977年) 332頁以下、曾根威彦「過失犯における危険の引受け」同『刑事違法論の研究』(1998年) 151頁以下、十河太朗「危険の引受けと過失犯の成否(千葉地裁平成7年12月13日判決)」同志社法学50巻3号(1999年) 341頁以下、吉田敏雄「合意ある他

者危殆化」について』『西原春夫先生古稀祝賀論文集第1巻』（1998年）407頁以下、深町晋也「危険の引受け論について」本郷法政紀要9号（2001年）121頁以下、松宮孝明「被害者の「自己答責性」と過失正犯」『誤判救済と刑事司法の課題 渡部保夫先生古稀記念』（2000年）523頁以下、山口厚「『危険の引受け』論再考」『斎藤清二先生古稀記念 刑事法学の現実と展開』（2003年）89頁以下、塩谷毅「被害者の自己答責性」同『被害者の承諾と自己答責性』（2004年）171頁以下などがある。

- (3) BGH NJW 2003, 2326.
- (4) OLG Nürnberg NJW 2003, 454 mit abl.
- (5) BGHSt 49,34. 尚、同判例につき、Hans Joachim Hirsch, Einwilligung in sittenwidrige Körperverletzung, Festschrift für Kunt Amelung, 2009, S. 181ff 参照。
- (6) BayObLG Urteil vom 3. 1. 1923., RGSt 57, 172ff. 検察官は、被告人の行為は可罰的な合意による他者危殆化であるとして起訴したが、バイエルン高等裁判所は、被告人は被害者の自己答責的自己危殆化に共働しただけであると判断し、被告人に無罪を言渡した。
- (7) P. Frisch, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verletzte, 1973, S. 121ff.
- (8) Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band, I 4Aufl., 2006, S. 411.
- (9) Dölling, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfer, GA, 1984, S. 88.
- (10) Roxin, a. a. O., S. 416.