

〈論 説〉

刑法における危険引受けと過失認定

恩 田 祐 将

目 次

1. 序 説
2. 主要見解の検討
3. 危険引受けと過失犯論
4. 信頼の原則によるアプローチ
5. 狭義の危険引受けにおける注意義務
6. 結 語

1. 序 説

危険引受けは、被害者が他人の危険行為の実行によって、自己の法益に危険が生ずることを認識しながら、自らの意思でその危険に接近することをいう。筆者は、すでに別稿において、その問題状況の多様性に着目し、危険引受けを広義の意味に捉え一つの理論によって、一概に論ずることは困難であるということを描き、さらに以下のように主張した。

すなわち、被害者が何に対して承諾を与えているかという「承諾状況」という観点に着目し、その問題状況を「承諾型の危険引受け」と「非承諾型の危険引受け（狭義）」とに区別して論ずることが有益であると考えられる¹⁾。承諾型の危険引受けは、各種格闘技やその他のスポーツのように、当該行為がルールに従って行われている限り、相手を攻撃する行為や相手に傷害を与えた場合でも、それに随伴して傷害や死亡の発生することが予想されるときには、参加者はその予想に基づいて結果に対する包括的承諾を与えていたと考えることができる場合をいう²⁾。この場合、正当業務行為として刑法35条の適用を認めることができる³⁾。

これに対して、非承諾型の危険引受け（狭義）は、娯楽を目的とするスポーツやレジャーなどのように、参加者が当該行為の一般的危険性の認識や抽象的な結果に対する漠然とした危惧感を有するにすぎないと考えられる場合をいう。この場合、被害者は致死傷などの結果に対する承諾を欠いていると考えられる。たとえ被害者が、危険性の認識を一度はもって危険に接近したとしても、それは当該行為への参加意思にすぎず、死亡や傷害などの具体的な結果の発生に対しては、認識にとどまるか、それすら打ち消されているように思われる。そのような状況で行為者の犯罪の成否を論ずるとすれば、被害者のそれすら打ち消されている場合もありうる危険認識を刑法上いかに評価し、取り扱うべきか、その理論構成が問題となる。

そこで、これまで別稿において検討してきた点をふまえると、狭義の危険引受けは被害者の態度のみをもって行為者の犯罪の成否を論ずるものではなく、当該行為における被害者及び行為者の立場、両者の関係性等を考慮し、過失認定論の問題として結果回避措置義務の制限原理であると解すべきであるように思われる。⁴⁾

このような理解を前提として、本稿では、狭義の危険引受けについて過失論、とりわけ過失認定論の観点から検討を加えたい。

2. 主要見解の検討

(1) 危険共同体論

ペーター・フリッシュ (Peter Frisch) は、過失犯の中核的要素を注意義務違反と解し、優越的利益説の立場から行為者の行為自由と被害者の法益保護とを比較衡量し、行為者の行為自由が優越する場合には、行為者の注意義務違反は否定される⁵⁾とする。そして彼は、問題状況を利益欠如型と利益侵害型とに区別する。前者は、被害者が結果発生に対する有効な承諾を与えている場合であり、後者は、結果発生に対する承諾を欠いているが、危険を認識あるいはその可能性があった場合であり、前者のみならず、後者をも行為者の注意義務を否定⁶⁾することが可能であるとしている。

フリッシュは、このことを以下のように説明する。すなわち、全ての人間は、

危険共同体に属しており、今日は過失犯の被害者に明日は行為者にもなりうる。他者危殆化と自己危殆化と密接な結合をみているのであり、被害者の自己危殆化が加わることによって他者危殆化は法益侵害に至ることがあるのである。このような状況においては、行為者にのみ注意義務を課すのではなく、被害者の危険認識の有無にかかわらずその可能性を認めることができれば被害者にも行為者と同様に法益保護⁷⁾についての責任を課すべきである。

被害者と行為者とがパラレルであるということから、被害者が行為者と同等の危険認識を有していた場合、あるいはそれ以上であった場合には、行為者の注意義務違反は否定される。逆に、行為者に事象における優越的知識が認められる場合には、行為者の注意義務違反は肯定されるとする。⁸⁾

フリッシュは、被害者と行為者とをパラレルに捉え、被害者にも行為者と同等に法益保護のための義務を課すとしている。危険行為に関与する各人は法益侵害が発生しないように配慮すべき義務を負うと解することは可能である。しかし、刑法における法益保護的機能は第一次的に行為者に向けられたものであるので、行為者は他者の法益を侵害しないよう配慮すべき第一次的な義務を有していると解すべきである。このような理解によれば、フリッシュのいうように直ちに被害者と行為者が同等の義務を負うと解することには疑問を感じる。⁹⁾

また彼は、被害者の危険認識の有無にかかわらず、その可能性のみで十分であるとしている。しかし、すでに別稿において指摘したように、被害者の承諾においては、その対象として結果に対する承諾とその心理的内容として結果に対する認容を必要とする¹⁰⁾。その意味において、被害者と行為者とをパラレルに考えたとしても、危険認識の可能性のみで十分であるという論拠を示しているとはいえないであろう。

あらゆる行為に危険が内在する現代社会においては、もはや行為者一人で結果を防止することは困難であるといえることができる。したがって、信頼の原則のように危険行為に参加する各人は、その立場で分担すべき注意義務を講ずれば足り、仮に結果が発生したとしても、その者の分担する注意義務を遵守している限り、過失は否定されると考えるべきである。刑事過失において、注意義務を認定するにあたり、危険分配の思想を用いることに対する批判はあるが、¹¹⁾危険行為に参加する各人が結果発生を防ぐための義務を負担するという意味に

において危険分配の思想を用いることは、むしろ有益であると思われる。

しかし、行為者の注意義務違反が被害者の注意義務違反を超えない限り、行為者の注意義務違反の存否にかかわらず、一律に被害者の責任とすることには疑問を感ずる。さらに、行為者の注意義務違反の存在を無視し、行為者の注意義務違反が被害者よりも低い場合には、一律に被害者の責任とすることは、パラレルな取り扱いともいい難いように思われる。¹²⁾

(2) 予見可能性説

信頼の原則を予見可能性の一般的原則として理解する立場から、信頼の原則が予見可能性の判断に影響を与えることに着目して危険引受けを論じようとする見解が主張されている。¹³⁾

論者である深町晋也准教授は、以下のように主張される。すなわち、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有であり、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情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る。そして、被害者は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考え、その危険が現実化した場合には行為者の犯罪の成立を否定するものである。このような被害者の行動を自己保全本能と呼ぶ。

この自己保全本能の発動は無条件に認められるわけではなく、第一次的には、被害者の主観的認識に依存する。被害者は、規範による法益保護義務を課せられていないので、慎重な態度を有していれば自己の法益侵害の可能性を認識可能であっても、そのような危険に関する注意義務を欠くことになる。この場合、危険認識の契機が存在しないことになるから、自己保全本能を発動するための契機をも存在しないことになる。このことから、信頼の原則に依拠することはできず、被害者が自己保全本能を発動するためには被害者の危険認識が必要である。¹⁴⁾したがって、被害者が危険認識を有している場合、行為者は「危険を認識した被害者は、自己の法益を保護する」との経験則に則って行動すれば足りるというようになる。¹⁵⁾

また、深町准教授は、被害者の危険認識以外に、被害者の自己保護についての経験則に影響を与えるファクターとして、以下の四つを挙げられる。第一に、被害者が答責能力を有しない幼児や高齢者の場合である。この場合、たとえ被害者の危険認識があっても、被害者の答責能力に鑑みて自己保護についての経験則は成り立たない。第二に、被害者に結果回避可能性がない場合である。この場合、被害者の危険認識があっても、その危険を回避しえない状況であれば、被害者の自己保護についての経験則は成り立たない。第三に、被害者よりも行為者の方が危険をより容易に回避する地位を有している場合である。この場合、行為者に危険回避のための義務が課せられているのであり、被害者の自己保護についての経験則は成り立たない。そして第四に、一定のルールが明確に確立されている領域における場合である。この場合、当該領域で確立されたルールに従うという意味において、経験則の存在を強く推定させる¹⁶⁾。

以上のことをふまえて、深町准教授は危険引受けの問題状況を以下の四つの事例群に類型化される。

第一の事例群として、行為者よりも被害者の方が知識・経験が優越しており、行為者としては、そのような被害者が適切な危険コントロールを行うという経験則が成り立つ場合を挙げられる。これには、ダートトライアル同乗者死亡事件が該当する。本件では、被告人（運転者）は初心者であり、被害者は指導のために同乗した上級者であったことから、被害者は行為者に対する助言等を通じて一定限度危険をコントロールすることが可能であったという（危険減少的）要素が存在するため、「適切な同乗者の指示がなされるので、侵害結果が回避される」との経験則に依拠することは可能である。

これに対して、坂東三津五郎ふぐ中毒死事件のような場合は、調理師及びふぐ処理士の免許を有する被告人の提供する料理の安全性を被害者は信頼している以上、被害者の自己保護についての経験則に依拠することはできない。このことは、メーメル河事件における被告人（渡し舟の船頭）と被害者（客）との関係に着目しても同様のことがいえる。

また、スポーツ事故のように、被害者自身に知識・経験が十分にあり、行為者としては、被害者が適切な危険コントロールを行うという経験則が成り立つ場合も第一の事例群に含めることが可能である。一定の結果が被害者に予見・

認識されている限りでは、被害者の承諾論によって論ずることができる。被害者の承諾論によって論ずることができない場合でも、被害者が承諾の範囲を超える結果を発生させるような危険をコントロールするとの経験則が成り立つ場合には、行為者はそのような被害者の行動を信頼することができるので、不可罰となる。¹⁷⁾

次に、第二の事例群として、被害者よりも行為者に知識・経験の優越が認められ、被害者に危険減少的な指示を与えたが、被害者がそれを遵守しなかったために法益侵害が発生したような場合を挙げられる。たとえば、医師が患者に対して薬の用法・用量を適切に指示したうえで処方したにもかかわらず、患者の不注意で多量に摂取し死亡したような場合である。この場合、「指示を遵守する」という経験則が成り立ち、行為者はそれを信頼することが可能である。

さらに、第三の事例群として、行為者の私的領域に被害者がその許可を得ずに侵入し、法益侵害が発生したよう場合を挙げられる。そして、第四の事例群として、被害者が自己の生命に危険な救助を行わないとの経験則を信頼することが可能な場合を挙げられる。¹⁸⁾

深町准教授によれば、危険引受けを予見可能性の一般原則としての信頼の原則によって理解し、行為者の「被害者は危険を回避しうる」との経験則を信頼することが可能である場合には、行為者を不可罰とされる。それは、被害者が危険（結果）を認識しその結果に承諾を与えていなければ、自己保全本能を発動し危険回避措置を講ずるという理解に基づくものである。確かに危険引受けにおける被害者は、他人の危険行為の実行によって自らの法益に危険が生ずることを認識しながら、自らの意思でその危険に接近している。さらにいえば、その危険認識は、危険行為への参加意思にすぎず、たとえ一度は危険認識を有したとしても、それすら打ち消されている場合も考えられる。そのような状況で、被害者の自己保全本能の発動を行為者の側からの判断によって信頼可能か否かを問うことには疑問を感ずる。¹⁹⁾

信頼の原則は、複数人が危険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分担し、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、自己の立場における結果回避措置を講ずれば足りるというものである。刑法における法益保護的機能は、第一次的

には行為者に向けられたものであるので、行為者と被害者の関係性に着目し、その知識の優劣や危険回避可能性という観点から行為者の犯罪の成否を論ずるという思考方法は賛成しうる。しかし、信頼の原則の基本的理解に筆者とは相違があるといえる。

また、第二ないし第四の事例群を危険引受けの問題として捉えることには若干の疑問を感じる。単に過失認定の問題として捉えるのであれば理解しうるが、危険引受けの問題に含むとすれば、再度危険引受けの概念を明らかにする必要があるのであろう。

3. 危険引受けと過失犯論

(1) 概 説

過失認定は従来、行為者の作為または不作為によって構成要件的結果が惹起されたことで、その構成要件該当性が認められ、違法性が充足された後に、過失の有無が判断されるというプロセスを経て行われていた。そのような事情から過失犯は、もっぱら責任論の問題として理解されてきた。しかし、犯罪論における体系的な思考は、故意犯に限定されるものではなく、過失犯においても妥当するものである²⁰⁾。

今日の過失論は、「現代刑法学の父」として尊称される、フョイエルバッハ (Feuerbach) によって18世紀から19世紀初頭にかけて基礎付けられたといわれている²¹⁾。この時代においては、現代社会のように高度な機械化は進んでいなかった。しかし、産業革命以降、文明の飛躍的な進歩に伴い、社会が益々高度化されたことによって、我々はその恩恵を受ける一方で、我々の生命・身体はそれまで予想もしなかった著しい危険にさらされる可能性も高くなった。そのような社会にあって、過失犯の理論も社会状況に応じて発展し、今日のような通説が築かれたのである²²⁾。

日々、技術革新が行われている現代社会においては、高速度交通機関である自動車・鉄道・航空機・船舶等の身近な交通手段をはじめとして、科学実験、建設事業、医療行為、スポーツ活動など、一歩間違えれば我々の生命・身体に著しい危険を及ぼす可能性を含む行為が数多く存在している。これらの行為は

法益侵害を惹起させる危険を内在しているとすれば、本来的には違法として禁ぜられなければならない。しかし、これらの行為の社会的有用性及び必要性を考慮すると、違法として禁ずることはできない。これらの行為を禁じたとすれば、我々の社会生活は進歩が止まるばかりでなく、忽ち麻痺状態に陥るであろう。

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と考えられる。これらの行為は、法益侵害の危険性を内在しているが、その社会的必要性を考慮して、許容すべきものとされている。これを「許された危険」という。許された危険の根底には、各人の立場で課せられた注意義務を遵守すべきという「危険分配の思想」が存在していると考えられる。

危険分配の思想の内容は、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が発生したとしても各人の立場で分担された注意義務を遵守している限り、注意義務違反は否定されるというものである。しかし、あらゆる場合において行為が適法とされるわけではない。行為者が注意義務を遵守しているとはいい難い場合には、行為が社会的に有用であっても、注意義務違反は免れないであろう。

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、被害者やその他の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するものである。²³⁾ 信頼の原則は、ドイツにおける道路交通事犯に関連して形成された法理であり、すべての者は、原則、道路交通に關する他の者が交通法規を遵守した行動を取ることを信頼することが許され、他の者がそれに違反した行動を取ることでまで配慮して行動する必要はないという原則である。²⁴⁾ 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では、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及ぼす影響を及ぼすか検討を加えることは有益であろう。

ドイツにおいては、1935年12月9日ライヒ裁判所が自動車対歩行者の交通事故²⁵⁾について、基本的に信頼の原則の法理を肯定した判決を出した。1935年当時のドイツの情勢は、ヒットラー率いるナチス体制であった。当時のドイツにおける交通事情の発展は、アウトバーンの建設に象徴されるように実に凄まじいものがあった。ドイツの自動車保有台数は1925年には43万台であったが、1935年には214万台に上り、10年間で実に40倍を超える増加をみた。経済発展に伴う自動車保有台数の増加に比例して、自動車事故の発生件数も激増した²⁶⁾。

そのような状況に対応するために、交通事故に関する刑法的な問題として過失認定に際して、信頼の原則という概念が用いられるようになった。1935年判決では、信頼の原則という表現自体は用いられなかったが、前述したように実質的にその法理を肯定した。第二次世界大戦後、ライヒ裁判所が連邦通常裁判所に改組され、連邦通常裁判所においてはじめて信頼の原則が適用されたのは、原動機付自転車対歩行者の死亡事故につき原動機付自転車の運転手の過失致死罪²⁷⁾の成立を否定した1952年7月8日判決である。

わが国においては、大正3年3月11日大審院は、鉄道事故について実質的に信頼の原則の法理を肯定し、鉄道運転士の過失を否定した²⁸⁾。また、自動車事故については、昭和9年7月12日の大審院判決では、実質的には信頼の原則の法理を認めたものの、衝突の危険が予期される事情があったとして行為者の過失²⁹⁾は否定されなかった。

わが国の刑法学において信頼の原則は、藤木英雄博士³⁰⁾や西原春夫博士³¹⁾によって紹介され学説上その法理が確立された。

(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検討の前提として、過失構造論と過失認定論の区別を明確にする必要がある。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³²⁾。この点に関して、現在の学説においてはほとんど争いが無い。注意義務が存在したにもかかわらず、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³³⁾。結果予見義務説は、注意義務の内容を結果発生「予見義務」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う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ものである³⁴⁾。

これに対して、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」と解する。結果回避義務説の結果回避義務は、個別具体的事情のもとで当該行為によって発生しう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³⁵⁾。

判例において、「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であれば足りる³⁶⁾」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ものもあるが、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³⁷⁾。

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あるように思われる。生命尊重という思想を根底にして、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であるとする筆者の立場からは、結果回避義務説を支持したい³⁸⁾。

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。すなわち、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う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。とくに、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のである。前述したように、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。³⁹⁾

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。すなわち、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うる場合、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き、行為者は、他の者が結果回避措置を講ずることを信頼することが客観的に可能である場合をいう。このような理解を前提とすれば、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すべきである。⁴⁰⁾

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と解する。社会的に有用又は不可欠とされる行為が、法益侵害を惹起させる危険を内在していたとしても、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である。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、

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。⁴¹⁾

4. 信賴の原則によるアプローチ

危険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ても、結果が発生しないといいきれない場合、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えない。しかし、当該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。

こ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われる。しかし、当該行為から発生しう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、前述した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べきである。

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賴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賴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。⁴²⁾このような信賴の原則の思考方法は、危険（結果）回避⁴³⁾について分配・分業関係にある行為については一般的に適用されるべきである。

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ものではなく、行為者は自己の立場で分担すべき注意義務を当然に遵守しなければならない。このような理解を前提とすれば、危険引受けは、過失認定論の一側面として信賴の原則による結果回避措置義務の制限原理であると解することができるであろう。⁴⁴⁾本稿では、このような

理解に基づく見解を「結果回避措置義務制限説」と呼ぶこととしたい。

前述したように、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かかわらず、不運にして法益侵害が発生した場合、それは、被害者の側で分担すべき結果回避措置義務であり、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、行為者の注意義務違反は否定されるのである。

このような見解に対する批判として、危険分配の思想は、被害者に法令違反ないし過失の存在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認められない場合でも問題となりうるので、両者は区別されるべきであるという見解が主張されている。⁴⁵⁾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ずれば足りる。そして、たとえ不運にして法益侵害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のである。

したがって、危険引受けは、危険分配の思想によって導き出される原理であるから、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。

5. 狭義の危険引受けにおける注意義務

(1) 概説

これまで検討してきたように、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。たとえば前述したように、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数多くなった。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、安全に対する配慮はなされている。⁴⁶⁾ 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、法規制はなされておらず、また法が介入すべきとしても一筋縄にはいかないのが、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と解することができる。

このような理解を前提として、危険引受けによって行為者の注意義務違反の有無を判断するための判断規準を検討しなければならない。フォルカー・クレイ (Volker Krey) は、①被害者が危険に対する自らの合意を自由答責的に表示していること、②危険行為の実行に際して、行為者に被害者の合意の内容と無関係の義務違反が存在しないこと、という二つの要件を挙げる。⁴⁷⁾

わ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等の判例をはじめとして、その他事案や学説を分析して、私見を盛り込むと次のような判断規準を示すことができる。

すなわち、行為者の負担する注意義務の範囲内であることを前提として、①被害者の当該危険行為における一般的危険性についての認識、及びその実行によって自己の生命・身体に生じうる抽象的な結果に対する漠然とした危惧感の有無、②行為者及び被害者の当該危険行為に関する知識・経験の優劣の有無、そして③行為者の被害者に対する特別な監督責任の有無、の三つの規準を個別具体的に判断することによって、行為者の過失の有無を論ずることができる。

まず、前提として行為者は当該危険行為に参加するにあたり、自己の立場において遵守すべき注意義務を負担していなければならない。危険引受けという被害者の特殊な態度を考慮したからといって、直ちに行為者の注意義務違反は否定されるわけではなく、危険引受けという事情を考慮したとしても、行為者は、自己の分担する注意義務の限度において結果回避措置を講ずべき義務を負

担することに変わりはない。

①の被害者の当該危険行為の一般的危険についての認識、及びその実行によって自己の生命・身体に生じうる抽象的な結果に対する漠然とした危惧感の有無については以下のように理解したい。法益主体である被害者が自己の法益に対する侵害の危険のあることを認識しながら、あえてその危険に接近するという危険引受けに特有の事情を考慮すると、当該危険行為の一般的危険性についての認識、及びその実行によって生じうる抽象的な結果に対する漠然とした危惧感について被害者が認識していることが必要とされなければならない。

次に、②の行為者及び被害者の当該危険行為に関する知識・経験の優劣の有無については以下のように理解したい。これは、当該行為に関する知識・経験に基づき、そのような知識・経験を有していない者よりも、有している者の方が注意義務の多くを負担することを意味する。ただし、これによって行為者に直ちに特別な監督責任をも課すわけではない。

そして、③行為者の被害者に対する特別な監督責任の有無については、以下のように理解したい。単に行為者が当該行為に対する知識が優越しているだけでなく、当該行為におけるプロフェッショナルや指導者等の被害者に対する特別な監督責任を有しており、行為者に危険を回避することが期待されている地位にあるか否か検討しなければならない。⁴⁸⁾②において行為者に当該行為に関する知識・経験の優越が認められた場合には、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。加えて、行為者が当該行為に業務として従事している場合、あるいは行為者が指導者的立場にある場合など、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（法益侵害が発生した場合には被害者にあたる）に対して常に注意義務を払い、参加者が安全に当該行為を成し遂げられるよう配慮すべき義務を負うのである。⁴⁹⁾

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義務が認められる。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被害者が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。特別な監督義務が認められる状況において、法益侵害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

段の事情がない限り、行為者の過失は否定されるべきではない。

以上、三つの判断規準を前提として狭義の危険引受けを行為者優越型、被害者優越型、注意義務同等型の三類型に類型化することができる。このことによって、判断の明確化を図ることが可能となるように思われる。

(2) 行為者優越型

第一に、行為者が当該行為に関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を本稿では、行為者優越型と呼ぶこととしたい。ドイツのメーメ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。メーメル河事件は、嵐の影響で増水し渡河が危険な状況であったメーメ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。⁵⁰⁾ 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、客の懇請によって舟を出す場合でも、客は安全に対岸まで渡河できるものと信頼することは当然である。被告人が渡河の危険性を忠告したのにもかかわらず、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軽減されない。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、むしろ被告人の過失は肯定されるべきであると思われる。⁵¹⁾

坂東三津五郎ふぐ中毒死事件は、調理師及びふぐ処理士の免許を有する被告人が、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。⁵²⁾ 被告人は調理師及びふぐ処理士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、判示のとおり食の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。⁵³⁾

ところが、本件について坂東三津五郎は、(ドイツ的な視点という前提から)

死亡の危険性を認識し、それを甘受したのであるから、死亡の結果は調理人に帰属させることはできない、とするドイツの見解がある⁵⁴⁾。しかし、各都道府県条例で定められているふぐ取り扱い条例の存在意義に鑑みれば、被告人は客の求めがあっても調理人としてふぐの肝を提供することを差し控えなければならないというべきである。この見解は、行為者が自らの意思でふぐの肝を注文し、いつでも中断できたにもかかわらず、自らの意思で食したという点に着目し、客観的帰属論の思考方法によって行為者への結果帰属を制限しようとするものである。しかし、このような思考方法には賛成できない。被害者の自己答責性という事情を考慮したとしても、ふぐの肝という有毒部位の危険性を認識しながら、それを客に提供したことの注意義務違反は免れないというべきである⁵⁵⁾。

行為者優越型に該当する場合、行為者が結果回避措置義務を負担し、安全に行為を成し遂げられるよう配慮すべき義務を負わなければならない、行為者の注意義務の存在は、危険引受けに特有の被害者の特殊な態度に左右されるものではないと解すべきである。したがって、被害者が行為者の適切な指示を無視して故意に無謀な行為をした等のこれを覆す特段の事情のない限り、行為者の注意義務違反は肯定されることになる。

(3) 被害者優越型

第二に、被害者が当該行為に関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を本稿では、被害者優越型と呼ぶこととしたい。ダートトライアル同乗者死亡事件⁵⁶⁾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えていたと考えられるであろう。

被害者優越型に該当する場合、ダートトライアル同乗者死亡事件のように、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大部分を負担することになる。被害者は自ら助言や補助を行うことによって危険（結果）を回避すべき義務を負うと解すべきである。したがって、結果が発生した場合、被害者の側の注意義務違反が認められることになり、行為者の過失は否定される。

(4) 注意義務同等型

そして、第三に、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を本稿では、注意義務同等型と呼ぶこととしたい。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。注意義務同等型に該当する場合、結果が発生したとすれば基本的には行為者の注意義務違反を認めるべきである。しかし、注意義務を同等に負担する注意義務同等型においては様々な事案が想定されるので、より一層個別具体的な判断が求められることになる。

たとえば、ドイツにおけるHIV感染未遂（相手方の存知）事件⁵⁷⁾において、HIVウイルス感染の危険性及び感染した場合の結末等について完全に理解したうえで、被害者がコンドームを着用しない無防備な性交渉を望んだという事情に被害者の結果に対する積極的な態度を見出すことができる。そのような事情を考慮すれば、ドイツにおいて自殺関与が不可罰とされていることから、判示のとおり被告人の無罪を導くことができるであろう。しかし、このような場合は例外的であるといわざるをえない。被害者及び行為者は、感染のリスクを認識していたとしても、「まず大丈夫だろう」と認識している、あるいは死亡の結果に対する認容は欠いている場合が通常であると考えることができる。そのような場合、被害者のみに責任を問うという思考方法には疑問を感じる。

また、仮に死の結果に対する承諾の存在が認められたとしても、ドイツとは法制度の異なるわが国においては、202条との関係によりHIV感染未遂事件のような解釈をすべきでない。生命はいかなる場合も規範的に保護すべき重要な法益であり、承諾型の危険引受けのような場合を除いては、死亡の結果に対する承諾を正当化事由として認めることはできない。危険引受けの問題状況において、被害者が死亡の結果を認容していたとしても、そのような処分意思是規範

的観点からは相当と認められず、違法性を阻却することはできない。死の結果について承諾を与えて危険に接近したという被害者の態度を考慮するとすれば、法益処分意思の存在により客観的要素として法益処分の観点から結果無価値性は多少減少するが、このような意思は規範的には相当なものではなく、行為無価値性の減少を認めることはできない。したがって、法益処分⁵⁹⁾とはいいきれず、このような事情を考慮した場合、結果無価値性の減少という観点から多少の違法性減少を認めるにすぎないというべきである。

ドイツにおける薬物事犯⁶⁰⁾においても、同様のことがいえる。薬物や注射器などを譲渡する行為者とそれを使用する被害者がいた場合、行為者の側に被害者に対する特別な監督責任を認めることはできない。死の結果を欲している場合もあれば、薬物使用自体を欲している場合も考えられる。前者については、死亡の結果に対する承諾の存在を認めることができるが、前述したように違法性阻却を認めることはできない。さらに、承諾型の危険引受けの問題として捉えたとしても、行為の社会的相当性を認めることはできない。後者については、死亡の結果に対する承諾を認めることはできず、仮に被害者の積極的関与があっても、過失犯においては被害者の事情よりも、第一次的には行為者の過失の有無が問題とされなければならない。このことは、刑法における法益保護の機能の第一次的な名宛人は行為者であるということからも明らかである。行為者の注意義務の遵守が認められたうえで、初めて被害者側の事情を考慮すべきである。ただし、ドイツとわが国とでは法制度上の相違があることから、ドイツにおける裁判所の判断は妥当であるように思われる。

以上のように、危険引受けの問題状況を行為者優越型、被害者優越型、注意義務同等型の三類型に類型化して論じてきた。このような類型化によって、注意義務の存否に関する判断を比較的明確に行うことができると思われる。

6. 結 語

本稿では、危険引受けを信頼の原則による結果回避措置義務としての客観的注意義務の制限原理であると解し、「結果回避措置義務制限説」によって論ずべきであると考え、以下の点を強調するものである。

第一に、危険引受けの問題状況の多様性に着目し、その問題状況を承諾型の危険引受けと非承諾型の危険引受けとに区別し、前者については35条の問題として処理し、後者については信頼の原則によって処理することである。第二に、狭義の危険引受けにおける注意義務の存否に関する判断規準を、行為者の分担する注意義務の範囲内であることを前提として、①被害者の当該危険行為における一般的危険性についての認識、及びその実行によって自己の生命・身体に生じうる抽象的な結果に対する漠然とした危惧感の有無、②行為者及び被害者の当該危険行為に関する知識・経験の優劣の有無、そして③行為者の被害者に対する特別な監督責任の有無、の三つの判断規準を示したことである。そして第三に、第二で挙げた行為者の注意義務の存否に関する三つの判断規準を前提として、狭義の危険引受けを①行為者優越型、②被害者優越型、③注意義務同等型の三類型に類型化し、注意義務の存否に関する判断の明確化を図ったことである。

これまで筆者は、危険引受けに関する個々の問題を取り上げ、数本の論稿を呈してきた。島田聡一郎教授も指摘されるように、これまで主張されてきた多くの見解は、様々な問題状況の存在する危険引受けを一つの論拠によって一概に論じようとしてきたことから、その議論が錯綜したものになっているという視点にたち、⁽⁶¹⁾その問題状況を承諾型の危険引受けと非承諾型の危険引受けとに区別して論ずべきであることを主張し、それぞれについて検討を加えてきた。しかし、本稿の立場から、さらに多くの事案に検討を加える作業が残されている。さらに、構成要件的過失認定の段階において行為者の注意義務違反が肯定されたとしても、なお被害者の危険引受けという事情を体系上考慮する必要のある場合も考えられるであろう。これらの点については、今後の研究課題としたい。

私事になるが、恩師川崎一夫博士ご退職記念号の創価法学に本稿を寄せることができたことは博士より直接ご指導を賜った者として最も喜びとするところである。川崎博士は、不肖の弟子である筆者をどこまでも温かく励まし、導いてくださった。筆者がまがりなりにも刑事法の研究を続けることができ、研究者としてのスタートラインに立つ事がでいたいま、湧き出ずる川崎博士への感謝の念を禁じえることはできない。川崎博士より賜った学恩に衷心より感謝の

意を表するために、本稿を恩師川崎一夫博士に献じさせていただきたいと思う。

以上、私事に没した点もあるが、川崎博士ご退職記念号という趣旨によりご海容をお願いする次第である。

注

- 1) 拙稿「危険引受けにおける承諾型と非承諾型の区別」通信教育部論集第13号（2010年）71頁以下。
- 2) 川崎一夫『刑法総論（犯罪論）』北樹出版（2009年）139頁参照。
- 3) この点については、別稿において述べているので、再論はしないものとする。拙稿・前掲「危険引受けにおける承諾型と非承諾型の区別」注1）73頁。
- 4) 同旨の見解として、川崎・前掲論文注2）92頁、平野潔「危険引受けと過失犯」現代刑事法第38巻（2002年）32頁参照。本稿では、基本的にこれらの見解を基礎としながら、後述するように狭義の危険引受けにおける過失認定の判断規準を示し、さらに類型化を試みるなどの本稿独自の検討を行っている。
- 5) Peter Frisch, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1993, S.120f.
- 6) Frisch, a.a.O. (Anm.5), S.115.
- 7) Frisch, a.a.O. (Anm.5), S.121.
- 8) Frisch, a.a.O. (Anm.5), S.122ff.
- 9) 塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』法律文化社（2004年）302頁、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）135頁。
- 10) 拙稿「危険引受けにおける被害者の承諾」通信教育部論集第12号（2009年）111頁以下。
- 11) 塩谷・前掲書注9）302頁以下。
- 12) 深町・前掲論文注9）135頁。
- 13) 深町・前掲論文注9）139頁。
- 14) 深町・前掲論文注9）140頁以下。
- 15) 深町・前掲論文注9）141頁以下。
- 16) 深町・前掲論文注9）141頁以下。
- 17) 深町・前掲論文注9）141頁以下。
- 18) 深町・前掲論文注9）144頁以下。
- 19) 塩谷・前掲書注9）358頁も同様の指摘をされている。
- 20) 川崎一夫『刑法総論』青林書院（2004年）137頁参照。
- 21) Edmud Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S.105, S.197.
- 22) 藤木英雄『過失犯の理論』有信堂（1969年）7頁。
- 23) 藤木英雄『刑法講義 総論』弘文堂（1975年）240頁、藤木・前掲書注22）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・前掲総論注20）141頁。
- 24) Vgl. Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28 Aufl., 2010, § 15. Rn.149.

- 25) RG St 70, 71.
- 26) 西原・前掲書注23) 9頁。
- 27) BGHSt 3, 49.
- 28) 大判大3・3・11刑録56輯278頁。
- 29) 大判昭9・7・12刑集13卷1025頁。
- 30) 藤木英雄「過失犯の考察(二)」法学協会雑誌(1952年)74巻3号256頁以下。
- 31) 西原春夫「西ドイツにおける過失交通事犯」刑法雑誌10巻2号222頁以下、西原・前掲書注23) 14頁。西原博士は、「信頼の原則とは、『行為者がある行為をなすにあたって、被害者あるいは第三者が適切な行動をすることを信頼するのが相当な場合には、たとえその被害者あるいは第三者の不適切な行動によって結果が発生したとしても、それに対しては責任を負わない』とする原則」であると定義される。
- 32) 西原・前掲書注23) 15頁、川崎・前掲総論注20) 139頁。
- 33) 藤木・前掲書注22) 27頁以下、川崎・前掲総論注20) 140頁。
- 34) 西原・前掲書注23) 16頁以下、同『刑法総論』成文堂(1977年)174頁。
- 35) 藤木・前掲総論注23) 240頁、川崎・前掲総論注20) 140頁、川端博『刑法総論講義第2版』成文堂(2006年)194頁。
- 36) 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。
- 37) 西原・前掲書注23) 16頁以下。
- 38) 川崎・前掲総論注20) 140頁。
- 39) 川崎・前掲総論注20) 141頁。
- 40) 藤木・前掲総論注23) 249頁。
- 41) 川端・前掲書注35) 203頁。
- 42) 平野・前掲論文注4) 29頁以下。
- 43) 西原・前掲書注23) 14頁。
- 44) 平野・前掲論文注4) 34頁。
- 45) 神山敏雄「危険引受けの法理とスポーツ事故」『宮沢浩一先生古稀祝賀論文集 第3巻 現代社会と刑事法』成文堂(2000年)18頁。
- 46) ここでいうライセンスは、公的な免許証を意味する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すぎない。
- 47) Volker Krey, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 3 Aufl., 2008, S. 234ff.; ders, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 11. Aufl., 1998, S. 63f., 平野・前掲論文注4) 32頁参照。
- 48) 深町・前掲論文注9) 141頁。

- 49) 大阪高判55・4・18判時934号135頁は、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。
- 50) RGSt 57, 172ff.
- 51) 深町・前掲論文注9) 143頁。
- 52) 最決昭55・4・18刑集34巻3号163頁、判時905号126頁。
- 53) 前掲大阪高判55・4・18注49) 135頁。
- 54) Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S.303.
- 55) 拙稿「危険引受けと帰属論」創価大学大学院紀要第33集(2011年)67頁以下。
- 56) 千葉地判平7・12・13判時1565号144頁。
- 57) NSTZ 1990, 81.
- 58) 202条は故意犯に関する規定であるが、過失犯についても同様に考えるべき根拠はすでに別稿において述べているので、本稿では再論しない。拙稿・前掲「危険引受けにおける被害者の承諾」10) 115頁以下参照。
- 59) なお、ここでいう結果は、構成要件の結果とは区別されなければならない。構成要件的结果は、構成要件要素である客体の現実的変更又は具体的危殆化であり、ここでいう結果とは保護法益の減少・滅失・具体的危殆化と理解すべきである。このような結果は「違法結果」と呼ばれる。この問題については、川崎・前掲総論(犯罪論)注2) 100頁参照。
- 60) Vgl. BGHSt 32, 262., BGHSt 36, 1. なお、わが国においては、いわゆる麻薬五法における処罰規定の法定刑が過失致死罪の法定刑よりも重く規定されているため(薬物規制に関する法律としていわゆる、麻薬五法と呼ばれる麻薬及び向精神薬取締法、覚せい剤取締法、大麻取締法、あへん法、麻薬特例法がある。たとえば麻薬及び向精神薬取締法64条の2では「ジアセチルモルヒネ等を、みだりに、製剤し、小分けし、譲り渡し、譲り受け、交付し、又は所持した者」を10年以下の懲役、覚せい剤取締法41条の2は「覚せい剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者」を10年以下の懲役と規定されている。これに対して、過失傷害を規定する209条は30万円以下の罰金又は科料、過失致死について210条で50万円以下の罰金、業務上過失致死については211条で5年以下の懲役もしくは禁錮または50万円以下の罰金と規定されている。)、薬物事犯において薬物を譲渡された者がそれを使用したことにより死亡又は傷害を負った場合、過失致死罪の成否に関しては議論の対象とならない。
- 61) 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』有斐閣(2003年)135頁。