

危険の引受け論・再考

——三代川邦夫『被害者の危険の引受けと個人の自律』（立教大学
出版会・2017）を読んで——

小 林 憲太郎

- I 議論の状況と本書の特色
- II 「被害者の自律」の意義と射程
- III 「超理性的な個人」の構想
- IV おわりに

林美月子先生は2004年4月、私と同時に本学法学部に着任され、以来、14年の長きにわたり、学問においても、学内行政においても、親しく交流させていたでいてきた。とくに、その最後の2年間は、刑法の同僚がもう一人増え、職場における私の会話に対し、刑法の話題の占める割合が大きくなった。その同僚こそが本稿のサブタイトルにある三代川邦夫氏であり、氏とは、林先生の著作についても大いに議論し合った。私にとっては、大変楽しい「時代」であった。

もっとも、非常に残念なことに、2018年3月をもって、林先生が本学を退職されることとなってしまった。私はこの先、先生に直接、教を請うことがそう簡単にはできなくなる。さみしい限りではあるが、いろいろと考えたすえ、ここでは、三代川氏と私の共通する研究テーマである危険の引受けに関し、氏の手になる最新の作品の書評を私が執筆することとした。林先生には、氏の主張と私の批判のいずれが正しいか、ぜひ判定していただき、その過程を通じて、今後ご教示を賜り続けたいと考えている。

林先生、長い間、本当にありがとうございました。先生のますますのご活躍をお祈り申し上げます。

I 議論の状況と本書の特色

危険の引受けは、(本書が比較法の対象として選ぶ)ドイツにおいては古くか

ら議論されてきたテーマであるが、わが国においては、著名なダートトライアル事件（千葉地判平成7・12・13判時1565号144頁）をきっかけとしてさかんに議論されるに至った、いわば「新しい論点」である。とはいえ、最近では、さまざまな刑法学的立場からの研究が数多く蓄積されてきたこともあって、議論は出尽くし、論争が一種の膠着状態に陥っているようにも思われる。

もちろん、論争が収まっていることそれ自体が悪いわけではないから、ここで「膠着状態」というイメージの悪い表現を用いることには違和感を抱く向きもあるかもしれない。しかし、危険の引受けに関して論争が収まっているというのは、それが可罰性を阻却する刑法理論上の根拠に関して、幅広い共通理解が形成されたという趣旨では決してない。そうではなく、むしろ、各論者のよって立つ刑法体系に基づき、「自分の立場からはこうなる」と——あえて強い表現を用いれば——言い放つにとどまる結果、それ以上の学問的協働が行われなくなってしまっているのである。

たとえば、被害者が危険を引き受けたことにより行為が社会的相当性を備えるに至るとか、行為者に課せられる注意義務が緩和されることとなる結果、注意義務違反すなわち過失が欠落するなどといった主張は、そのような観念を内包しない刑法体系を支持する論者にとっては説得力がないかもしれない。反対に、被害者の同意という幅広い共通理解を備えた可罰性阻却根拠を援用するにしても、論者が「行為に同意したのだから結果についても同意しているはずだ」とまで述べた瞬間、そこにいう被害者の同意は特殊な刑法学的立場からの負荷がかかった概念に変質してしまう。さらに、被害者の自己答責性を持ち出し、法という観念の基礎にある主体観にまで立ち返ろうとしても、そこにいう主体観の具体的な内容や、それがもたらす法的効果（不法阻却なのか、それとも正犯性阻却なのか等）について異なる刑法学的立場が観念しうるのであれば、みなが最終的に納得するという事態には至りえないであろう。

このような理論状況をふまえ、本書は、まず、特定の刑法学的立場から危険の引受けの問題にアプローチすることを差し控えようとする。そして、どのような立場であっても、この問題を解決するに際して考慮せざるをえない要素を抽出し、そこから導き出しうる帰結の射程を慎重に画することを試みる。しかるのちに、今度はこのような分析的手法から距離を置き、自身の道徳的直観に照らして、「このような分析的手法によったのでは処罰されるはずだが、それはやはりおかしく、無罪とするのが妥当ではないか」と考えられる事例群を見

出そうとする。そして、そのような事例群において無罪の帰結を導きうる特別な理論的道具を探求するのである。

このような、各論者のいわば「重疊的合意」を出発点として論証連鎖を積み重ねる分析的手法と、さまざまな事例を前に全体論的な直観から妥当な帰結を見出し、これを理論化する総合的手法を同時に用いようとする著者の戦略は、近時の一般的な解釈方法論にのっとったものといえる。そして、本書においては危険の引受けという個別問題が論じられるにとどまらず、実は、このような方法論を法解釈においても実践しようとするメタのメッセージが発せられているように思われる。

さて、話がやや抽象的になりすぎたので、具体的な刑法解釈論に話を戻そう。まず、著者が先の「重疊的合意」ととらえているのは被害者の自律である。次に、これによっては可罰性を阻却しえない事例群においても、さらに無罪を導く特別なツールととらえられているのが——これは著者の命名にかかるものであるが——「超理性的な個人」である。このうち前者は、国家から特定の生き方、価値観を押しつけられることなく、自分自身で善いと思う生き方、価値観を形成していく個人の在り方を指す。これはほとんど争いのないところであろう。他方で後者は、そのような自律的な個人を前提としながらも、さらに、自律を行使するに際し、そこから生じうる帰結に注意深く思いを致してからそうすることを期待される、重い負荷のかかった個人の在り方を意味している。

以下では、その具体的な中身についてさらに詳しく紹介するとともに、これに対して批判的な検討を加えていくこととしたい。

Ⅱ 「被害者の自律」の意義と射程

1 本書の趣旨

(1) 被害者の同意

先述したとおり、今日においては、個人の自律を尊重すべきであるという点について幅広い共通理解が形成されている。それは、端的にいえば、国家が個人に対して特定の価値観を押しつけてはならない、ということである。典型的には、たとえば、国家が個人に対し、「仏教を信仰してはならない。キリスト教を信仰せよ」と命ずることは、個人の自律を侵すものとして許されないこと

になる。そして、著者によれば、それは、従来、個人の自律と結びつけられてきたいわゆる「被害者の同意」との関係においては、次のような含意を有するものとされる（詳細は、本書5頁以下を参照）。

第1に、被害者が自分で法益を侵害するのか、それとも、行為者に頼んでやうしてもらうのかは——後者の場合に、被害者が軽率な意思決定をしがちであるという事実上の特徴がある点を除いては——価値的に見てまったく差がない。従来、自分で法益を侵害する場合と比べて、行為者に頼んだ場合には自律が少なくしか実現されていない、と解する向きがなかった。しかし、被害者が身体障害を有する場合等まで念頭におけば、行為者の手を借りることではじめて可能になることもあるのだから、そのような理解は一面的にすぎる。あるいは、行為者が被害者の承諾を超えて法益を侵害してしまう可能性が想定されているのかもしれない。しかし、同様に、被害者が不器用で望んだ質・量の法益を精確に処分にできない場合には、むしろ行為者を持つほうが自律をよく実現しうるのであろう。そして、以上のことを前提とすれば、被害者の同意に基づく行為を不法として禁止することは、被害者の自律の実現を制限するものであって許されない。これこそが、被害者の同意がその自律に基づいて行為の不法を阻却する実質的な根拠である。

第2に、被害者の同意の不法阻却根拠が以上のようなものであるとすれば、それは被害者個人に属する法益の全般について妥当する。具体的にいうと、いわゆる個人的法益のなかには、それを法によって保護することが国家の存立根拠であるような、個人の人格そのものの本質的部分を構成する法益（生命や身体の枢要部分、性的自己決定権など）のほか、いわば便宜的な理由から個人的法益とされているものもある。すなわち、いわゆる人格権を構成するものを除く財産的権利などは、個人に属させたほうが、当該財産がより有効に利用されるからこそそうされているともいえる。だからこそ、個人の自由にさせないほうが社会的に望ましいものについては、たとえば、個人の所有権の対象にならない旨、法によって定められているのである。しかし、たとえそうであっても、いったん被害者に属する個人的法益と決められた以上、その特定の使い方にだけ国家が口をはさんでこれを禁止することは、個人の自律を侵すこととなるため許されない。

（2）自律基底的自由に基づく危険の引受け

そして、個人の自律が被害者の同意との関係でこのような理論的意義を有す

るのであれば、それは危険の引受けとの関係においても一定の可罰性阻却効果をもたらす（詳細は、本書95頁以下を参照）。すなわち、被害者がその法益を侵害することが自律のあらわれと評価されうるならば、これを危険にさらすこともまた同じく自律のあらわれと評価されうるはずである。たとえば、被害者が自分の法益を、そこに投入すれば100%の確率で毀滅する機械に投入することが自律のあらわれであるならば、30%の確率でそうする機械に投入することもまた自律のあらわれとなるはずであろう。これが被害者の同意に対比して、その危険の引受けと称される事例の本質である。

さらに、このような危険の引受けに基づく行為を国家が禁止することが自律侵害として許されないのであれば、そのような評価は、たとえ前記30%のリスクが現実化して法益が毀滅されてしまったとしても、なおこれを維持し続けることが整合的である。というのも、そこで国家による禁止を突如として復活させるならば、結局のところ、行為者はあとからの禁止を恐れて危険の引受けにかかわれなくなり、やはり被害者の自律が侵されてしまうからである。

もちろん、このように、危険の引受けに基づく行為を許容したとしても、まさに法益侵害が発生する時点においてはそれが被害者の意思に反している以上、なお被害者の同意そのものとは異なり法益侵害の存在自体はこれを否定しえない。しかし、このように、被害者の一存により行為の許容と法益侵害の禁止が併存するという事態は、いま少し視野を広げれば特段奇異なものではない。たとえば、当初は被害者の同意に基づいて行為したものの、のちに、（もはや法益侵害が不可避となった段階で）被害者が同意を撤回したような事例においては、すでにそのような事態が発生しているのである。そして、そのような場合であったとしても、さかのぼって当初の行為を禁止することは許されないという解釈は、広く共有されているものと思われる。

2 検 討

(1) 総論的検討

さて、著者による自律のとらえ方は、おそらく、ほとんどの刑法学的立場から承認しうるものであり、私自身も特段の異論はない。異論がありうるとすれば、そもそも、自律や自己決定という発想自体を嫌忌する特定の政治学的立場からのものであろう。そして、このような、被害者の自律をその同意や危険の引受けに応用していく解釈の方向性も、自然であり正面から反対すべきものは

含まれていないように思われる。

ただし、ここで注意を要するのは、このような解釈の方向性を採用することによって、被害者の同意と危険の引受けの関係性が、従来とはやや異なるものとなる可能性が存在することである。すなわち、従来は、被害者の同意とは被害者が法益侵害を予見しつつこれを甘受している場合と解されてきた。そして、たとえば、行為者が全力を出せば30%の確率でしか法益侵害が発生しないところ、被害者は法益侵害を予見・甘受しつつ行為を承諾したが、行為者が手を抜いた結果、発生率が50%になり、それが現実化して法益が侵害されたという事例においては、あくまで被害者の同意が問題となるのであり、あとは、それにいかなる条件を付しうかが議論されてきたのである（いわゆる条件付き同意の問題）。

これに対して、本書のような発想によれば、被害者が法益侵害を予見・甘受していたことそのものは危険の引受けに関する検討を免除しない。そのようなことは法益侵害の実質的な欠如を導く一要素となるにとどまり、もしこれが欠如しないものと認められたならば、改めて危険の引受けによる可罰性阻却が検討されなければならない。こうして、被害者の同意は法益侵害の実質的な欠如に、危険の引受けは許された危険の実現に対応することとなり、ともに構成要件該当性を阻却するとする著者の整理に至る。

（2）各論的検討

つづいて、被害者の自律がもたらす効果に関する各論的検討である。

第1に、自律はその身体的基盤を毀滅するような事態の惹起には及ばない、という著者の主張である（詳細は、本書38頁以下を参照）。これが生命に危険をもたらす傷害や、身体の枢要部分を不可逆的に損なう傷害を意味するにとどまるのであれば、それほど目新しい主張とはいえないであろう。もっとも、著者は、たとえば、やくざが小指を切断したり、全身に入れ墨を施したりすると足を洗いにくくなるという、いわば「社会的自殺」にあたる傷害にまで議論の射程を拡張しようとする。しかし、そのような傷害は、社会的に否認されたものとはいえ、個人が選び取った生き方のなかでこれを充実させようとする試みとも評価しうるのではなからうか。そして、そうであるとすれば、「あなたはまっとうな人生を歩む余地を遮断する愚行に出ようとしているのだ」といって国家が指づめや入れ墨を制限することは、著者の排除しようとする自律侵害にほかならないように思われる。

第 2 に、自手と他手の違いにはいっさいの規範的な意義がない、という著者の主張である。たしかに、わが国においては刑法 202 条が自殺関与と承諾殺人を等価的に扱っており、そのような主張に異議を差し挟むべき条文上の契機は存在しないようにも見える。もっとも、ドイツにおいては嘱託殺人のみが処罰される（ドイツ刑法 216 条を参照）という偏頗的な対処がなされている（判例上、自殺行為後の被害者に対する不救助罪〔ドイツ刑法 323 条 c〕の成立はありうるが、これはむしろ他手の類型である）。

これが、他手の場合には類型的にみて死に関する意思決定の真摯性が欠けがちであるというだけのことであれば（本書 73 頁注 191 はそのように分析している）、認定論上の問題にとどまり、そのような処罰根拠の当否は措くとして（嫌疑刑であるとの批判はありうる）、少なくとも、自手と他手の規範的な差異を基礎づけるものではなからう。しかし、自殺は止めなくてよいが殺害の嘱託は止めておかないとまずい、というのが立法者の趣旨であるとすれば、そこに何がしかの規範的な考慮がはたらいっている余地は十分にある。この点を解明することが、さらに著者に対して期待されよう。

なお、新設されたドイツ刑法 217 条は、周知のように、営利事業としての自殺関与を処罰している。この、いわば妥協の産物であり、満場一致で議決されたとはお世辞にもいえない立法に関し、その法的性質を厳密に議論することはなかなか困難である。もっとも、みずから営利事業として行為したのではない近親者等が可罰的な共犯とされないことにかんがみれば（同条 2 項を参照）、実質的には、自手と他手の区別の相対化へと舵を切ったものと評価することが不可能ではない。

すなわち、まず、営利事業性が、強い反覆継続性から企行犯としての形態を正当化すると同時に、動機の悪質性を徴表して可罰的責任を構成する（同条 1 項）。他方で、営利事業性の欠如が、反覆継続性という特別な不法の欠落をあらわすとともに、近親者等であることと相まって可罰的責任を阻却するものと理解しうるのである（同条 2 項）。最後のひとつは、被害者の明示的かつ真摯な嘱託が、（違法性の減少した）故殺（ドイツ刑法 212 条）から嘱託殺人（同 216 条）へと、可罰的責任を減少させるものと解されているのと構造的には同じであろう。

Ⅲ 「超理性的な個人」の構想

1 本書の趣旨

(1) 被害者の予見可能性による可罰性阻却

さて、以上のような被害者の自律に関する本書の分析・検討は、さまざまな刑法学的立場の共通項を括り出して敷衍したものにほかならない。したがって、その論証方法はともかく、被害者の同意や危険の引受けに基づく行為の具体的な可罰性阻却範囲に関しては、良い意味でも悪い意味でも、本書の内容に目新しい点はほとんど存在しない。しかし、著者はここから大きな跳躍を試みる。具体的には、刑法が指定する個人像を抜本的に革新することにより、可罰性阻却範囲を一気に拡大しようとするのである。

その具体的なきっかけとされるのは、被害者が必ずしも自己の引き受ける危険を正しく認識しているわけではないが、少し考えれば法益侵害の発生に思い至れるにもかかわらず、漫然、これを避けようとしなかった場合においても、なお行為者を不可罰とすべきではないか、という率直な疑問である。たとえば、被害者が不注意にも、自分の栽培している花には非常に不適切な肥料を与えようと思い立ち、友人である行為者にその肥料を分けてほしいと頼んだところ、行為者は「こんな肥料を与えたら花が枯れてしまうことくらい分かるだろうに。馬鹿だなあ」と思いつつこれに応じた結果、花が実際に枯れてしまったとしよう。このとき、行為者を器物損壊罪（刑法 261 条）で処罰するのはおかしいと著者は直観する。もちろん、被害者の依頼に応じて行為者のほうが花に肥料をやったとしても話は同じである。

それでは、このような直観はどのように理論化されるべきことになるのだろうか。著者はそこで「超理性的な個人」という主体観を提示する。すなわち、「場当たりの意思決定、事後的に後悔するような意思決定をしないように、個人は理性的熟慮をすべきなのではないか。現代法は、そのような自己決定を、個人に求めているように思われる」（本書 123 頁）というのである。要するに、被害者が法益侵害を容易に予見可能であるにもかかわらず、漫然とこれを避けなかったような場合には、そこにかかわる行為の不法（正確には、構成要件該当性）を阻却することによって、被害者のほうに熟慮をさせようというわけである。こうして、先の事例においても行為者は器物損壊罪の構成要件に

該当せず、そうであるがゆえに、被害者のほうで「この肥料をやっても大丈夫だろうか」と熟慮しなければならないことになる。

(2) 不作為犯による可罰性阻却の制限

もっとも、著者によれば、被害者による熟慮の懈怠につき行為者のほうが配慮しなければならない特別な義務がある場合には、生じた法益侵害につき行為者が構成要件該当性を有するという。それは要するに、行為者が不真正不作為犯として処罰されるということである。そして、そのような不真正不作為犯としての可罰性は、行為者が許されない危険を創出したものの、その実現を回避しなかったことが全体として積極的な危険創出・実現と等価であるという、いわゆる危険創出説ないし先行行為説によって基礎づけられている（詳細は、本書137頁以下を参照）。こうして、「超理性的な個人」像に基づく広汎な可罰性阻却が一定の範囲で制限されることになる。

ただし、注意を要するのは、著者によれば、前記危険創出もまたそのような個人像を前提として判定されなければならない、とされていることである。したがって、先の事例でいうと、たとえば、行為者が肥料の効能について誤信している被害者に対し、花に肥料をやることを強く勧めたとか、あるいは、行為者が被害者に対し、誤信をさらに深めるようなことを行ったが、いずれにせよ、被害者が少し注意すればすぐに肥料の有害性に気づきえたであろう、などといった場合においては、器物損壊罪の不真正不作為犯を基礎づけるだけの危険創出が認められないことになる。

それはちょうど、自由な時間を作るために手間のかかる花の栽培をやめようと思ひ立ち、これを枯らせるためにあえて有害な肥料を与えようとしている被害者に対し、行為者が安易に、「絶対にそのほうがいいよ」と述べて被害者の決意を強化したり、あるいは、無趣味な被害者の性格からして後悔するであろうことが予想されるのに、「自由な時間があつたらいろいろできて楽しいぞ」と述べて被害者の誤信を深めたりしても、なお行為者は花を枯死から守るべき保障人になどならないと一般に解されているのとパラレルであろう。

2 検 討

(1) 具体的帰結と主体観のおかしさ

さて、このような著者独自の主張ははたして成功しているのだろうか。私にはそう思えない。以下、具体と抽象のレベルに分けてその理由を述べる。

まずは具体のレベルであるが、新たな主体観を要請するきっかけとなった、著者により妥当と直観される具体的な帰結自体がおかしい。先の事例でいえば、むしろ行為者を器物損壊罪で処罰するのが妥当である。

ここで著者が刑罰権の行使を断念すべきものと感じるのは、単に、「花が枯れるくらいなのに大げさな」という軽微性か、または、「実際には、行為者は『知らぬ存ぜぬ』を決め込めるだろう」という認定論上の困難が背景にあるからにすぎない。その証拠に、行為者が猛毒の入った瓶を持っていたところ、（以前から非常に折り合いが悪かった）被害者がこれをジュースと軽信して「そのジュースをちょっと俺にも飲ませてくれ」といつてきたため、これ幸いと瓶を被害者に手渡したという事例であれば、行為者を（刑法 202 条ではなく）刑法 199 条で処罰するのが当然だと感じられるのではなからうか。

次に抽象のレベルであるが、そもそも「超理性的な個人」などという主体観を措定すること自体がおかしい。

近代法が理性的な「個人」とか「人格」などといった観念を基礎にすえるのは、その行為と帰責との間に時間的・空間的な懸隔が存在することを前提としつつ、両者をつなぐ結節点とするためである。民事でいえば、契約を結んだ者とその拘束を受ける者との一致、刑事でいえば、不法を犯した者と制裁を受ける者との一致である。しかし、まずもって、そこには著者のいう「理性的な個人」＝「強い個人」、すなわち、行為時のその者の価値観、価値体系が、帰責時のそれと整合的で一貫している、などといった要請——著者のいう一定程度の通時的なインテグリティ——など内包されていない。

また、かりにこの点を措くとしても、著者の提案する「超理性的な個人」とは、そのような「理性的な個人」を単に「正常進化」させたものではない。すなわち、かりにこれを「正常進化」させるならば、そこで措定されるのは、おそらく、自己の価値決定について永遠に後悔しない「個人」であろう。そして、そこから自然に導かれる解釈論的帰結とは、おそらく、被害者が熟慮のうえ死のうと決意したのであれば刑法 202 条の罪は成立しない、同様に、承諾傷害も一律に不可罰である、というものであろう。もっとも、これはもちろん著者の主張するところではない。

それでは、著者の主張する「超理性的な個人」の正体は何なのであろうか。それは簡単にいえば、「自分が傷つかないように注意深くふるまう人」である。たとえば、一見して分かる素人が自分のとってきたキノコ（実は毒キノコであ

った)を道端で通行人に声をかけて売っているとき、それを漫然と買ってそのまま食べてしまうような人は「超理性的な個人」ではない。あくまで、そのような個人は理性をはたらかせることにより、「毒キノコかもしれない」と思い至って食べるのを中止するのである。

そして、人々をそのような個人に仕立て上げるためには——話を単純化するため、毒キノコを食べるとひどい下痢になる、という程度にしておく——キノコを売っている素人を無罪にしてやればよい。たとえ、その素人が「毒キノコかもしれない」と予見可能、ひいては、現実に予見してさえいても、である。そうすると、人々は「刑法が毒キノコの販売を不法として禁圧してくれないなら、自分で自分の身を守るしかない」と考えて注意深くなるのである。こうして「超理性的な個人」が出来上がる¹⁾。

しかし、被害者に期待されるこのような役割を「超理性的な個人」などと称するのは明らかにピントがずれている。というのも、その役割とは、煎じ詰めれば、民事の過失相殺において、損害賠償額を減額することにより損害回避の負担を被害者にも担わせて最適抑止を図ろうとする、その場合に被害者に期待される損害回避行動とまったく同質だからである。この程度のことを主張するのに理性を超えた個人などと騒ぎ立てるのは概念の過剰以外の何物でもなからう。

そして、この点を措き、民事の過失相殺と同質の発想を刑法にも導入することそれ自体は、刑事制裁の構造に照らして絶対に許されないわけではなからう。しかし、そうすることで具体的な可罰範囲に関する新たな主張をなす場合には、民事の過失相殺そのものや、損害賠償と受刑の実質的な相違に関する、いっそう立ち入った検討がぜひとも必要となるように思われる。

(2) 不作為犯の無用さ

次に、「超理性的な個人」像を導入することで縮小しすぎるおそれのある可

1) なお、博士学位請求論文の段階においては、著者は、毒キノコの販売が(過失)傷害罪の構成要件に該当しないのではなく、違法性が阻却されるものと解していた。それは、そうすることによって、被害者の試行錯誤の自由が拡張されるという優越利益の実現が図られる、ととらえられていたからである。しかし、本文に述べたところからも明らかなように、キノコを売っている素人を無罪放免にすると、むしろ、被害者は試行錯誤を差し控えるようになるはずである。こうして、著者の旧主張は当不当以前に明らかな矛盾を犯しており、爾後の改説は当然の事理というべきであろう。

罰範囲について、これを拡大するために著者が提案する不作為犯の活用である。たしかに、被害者が法益侵害を容易に予見しうるだけで行為の不法が阻却されるというのでは、これまで妥当と解されてきた範囲を超えて、可罰性が過度に縮減されてしまいかねないという著者の懸念は正当なものであろう。問題は、その懸念を払しょくするのに不作為犯が役立つかである。そして、結論からいえば、私には、不作為犯によって妥当な処罰範囲が確保できるとは到底思われない。

そもそも、「超理性的な個人」などという主体観を措定するということは、著者も自認するように、伝統的な主体観に基づけば行為者が被害者に配慮する義務を負うべき場合の一定範囲について、その義務を免除するということである。一言で表現するならば、被害者は法益侵害が発生しうることを分かっているから、なんらかのかたちで危険創出した行為者は被害者を守る義務を負う、という発想をとれないのである。そうすると、不作為犯を導入したところで、「超理性的な個人」像によって生じた処罰の間隙は埋められない。埋められるのは、せいぜい、作為犯を処罰するだけでは生じてしまう一般的な処罰の間隙にすぎないのである。

Ⅳ おわりに

以上で本書の内容紹介およびその批判的検討を終える。

本書は大雑把にいうと、自律基底の自由に基づく不法阻却と、「超理性的な個人」像に基づく不法阻却の二段構えによって、従来、危険の引受けが問題になるとされてきた事例群を解決しようとするものである。そして、前者がいわば「普通すぎるほど普通」の主張であるのに対し、後者は用いられる表現も具体的な帰結もやや過激すぎるように感じられる。

もっとも、このうち前者に対する評価は、著者自身にとってもあながち本意なものとはいえないであろう。というのも、本論の繰り返しになるが、自律基底の自由に基づく不法阻却とは、さまざまな刑法学的立場の重疊的合意を敷衍したもの に すぎないからである。これに対して後者、すなわち、「超理性的な個人」像に基づく不法阻却のほうは、著者がその「過激」さを覆い隠そうと躍起になっている。

たとえば、最決昭和 55・4・18 刑集 34 卷 3 号 149 頁＝坂東三津五郎ふぐ中

毒死事件においては、被害者が調理師（京都府のふぐ処理士資格をもつ）である被告人の適切な処理を信頼してよいから、中毒死することの予見可能性が認められず、ゆえに、不法内容が刑法 202 条のそれにまで落ちることもなく、被告人には業務上過失致死罪（現・刑法 211 条前段）が成立しうる。反対に、ダートトライアル事件においては、ベテランの被害者にとって初心者の被告人のミスによる車両事故死は容易に予見可能であるから、不法内容は刑法 202 条のそれにまで落ち、過失にとどまる被告人は無罪となる。著者はこのように分析するのである（詳細は、本書 152 頁以下を参照）。

しかし、おそらくは学界において一般的な分析によれば、ふぐ中毒死事件においては、食通である被害者にはふぐ肝の有毒性が容易に分かったはずであるのに対し、ダートトライアル事件においては、車両事故（とそれにとまなうある程度の傷害）までは想定しえても、乗員や車両の装備、コースの状況等に照らし、事故死まで容易に予見しえたものとはいえず、しかも、そのことはベテランなればこそである、と解されているのではなかろうか。にもかかわらず、著者が前述のような相当に不自然な分析を両事件に対して加えているのは、いずれの事件においても「超理性的な個人」像に基づく不法阻却の可否が「鍵」になるとして自説の意義を大きく見せつつ、同時に、各裁判所の示した結論と齟齬が生じないように配慮したためであると私には思われてならない。

もちろん、このような「配慮」が常に有害であり、一律に排除すべきであるとはいえないであろう。むしろ、判例という法の実践から学説がかい離しすぎないよう意識的であることは、法学者の美德とさえいつてよいかもしれない。しかし、そのことと、「かい離」が一線を越えてしまったとき、これを隠ぺいすべきであることとはまったく別である。本書に即していえば、被害者の予見可能性だけで行為の不法を阻却するという結論が通常の法実践から大きくかい離しているのであれば、そのような結論を導く自説を放棄するか、または、法実践のほうを大きく修正すべきことを説得的に論証すべきであろう。まさに、著者自身が佐伯仁志教授のことばを引用して述べているように、「正直は最良の政策」（本書 152 頁。佐伯仁志「因果関係論」山口厚ほか『理論刑法学の最前線』〔岩波書店・2001〕30 頁を引用する）なのである。

そして、本書評は、そのような説得的な論証が本書には著しく不足しており、ゆえに、著者は自説のほうを撤回すべきだと主張するものである。