

被害者の自己保護義務と結果の帰責

——危険の引き受けと被害者の素因を中心に——

小林 憲太郎

序章 「被害者」が注目を集めた二つのきっかけ

第一章 自己保護義務の存否——危険の引き受けについて

第二章 自己保護義務の範囲——被害者の素因について

終章 おわりに

序章 「被害者」が注目を集めた二つのきっかけ

近年になり刑法上の帰責理論において、「被害者」がスポットライトを浴びるようになってきた。そのきっかけは大きく分けて二つある。

一つ目は長野県で起きた、ダートトライアル事故に関する千葉地裁の判決⁽¹⁾である。事案は次のようなものであった。

被告人はダートトライアル走行の経験が浅く、運転技術が未熟で、コース状況も十分把握していなかったもの

の、七年度程度のダートトライアル経験を有する被害者の求めに応じて、これをダートトライアル用車両に同乗させ、ダートコースを走行した。そして下り急勾配の左コーナーにさしかかる際、被害者から「ブレーキしろ」、あるいは「ブレーキ踏んで、スピード落として」と指示されたにもかかわらず、被告人は十分な減速を行わなかったためアンダーステアを発生し、切り増しをしたが無駄であった。そこで衝突の危険を感じた被告人は、急ブレーキをかけステアリングを左に切ったが、今度はテールが流れ出したためカウンターを当てたところ、左側の山肌に車両左後部が接触し、ついで右方に向かい、コース右端の丸太の防護柵に車両前部が激突した結果、被害者は死亡した。

このような事案において千葉地裁は、次のように述べて被告人に無罪を言い渡した。

「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。」(確定)

わが国ではこの判決をきっかけに、被害者が危険を認識しつつ自らそこに赴いたことが、結果が発生した場合における行為者の可罰性に与える影響について、活発な議論がなされるようになってきた。⁽²⁾これを講学上、「危険の引き受け」と呼ぶ。従来の帰責理論は被害者が、侵害経過に任意に関与したことをストリートに反映する概念として、いわゆる「被害者の同意」を有するのみであった。そこでこれに加えて、様々な分析道具が新たに導入されるようになったのである。

二つ目のきっかけは、被害者の素因が帰責に与える影響について、従来とはまったく異なる見解が登場したことである。たとえば行為者が被害者の顔を殴打したところ、被害者は脳梅毒に罹患していたために、脳組織が崩壊して死亡したという事例⁽³⁾を考えてみよう。これまでの一般的な議論によれば、主観的相当因果関係説や折衷的相当因果関係説が――被害者の脳梅毒を行為者が認識せず、かつ行為者ないし一般人が認識し得なかったとすれば――殴打行為と被害者の死亡結果との間の因果関係を否定する一方で、条件説や客観的相当因果関係説はこれを肯定し、ただ結果的加重犯である傷害致死罪において責任主義の観点から要求される、加重結果すなわち死亡結果についての予見可能性が欠けることから、傷害致死罪の成立は否定するものとされてきた。これは帰責にとって、結果の発生に協働した事情が予見可能であることを要するか(ないし因果経過のすべての局面が結果の予見可能性を与えるか)⁽⁴⁾、そうだとするとそれはどのような基準により判断されるべきかという、被害者の素因とそれ以外の事情に共通する考慮だけを行うものといえよう。

しかし近年になってこのような考慮にとどまらず、とくに被害者の素因を帰責理論上どのように扱うことが適切かという、被害者の素因に固有の議論を展開するものが現れてきた。そのさきがけをなした佐伯仁志は次のように述べる。「被害者は一般人(一般的被害者)としてではなく一人一人個性を持った個人として尊重されるべきであり、特殊な素因を持った被害者もそのような人として刑法上保護されるべきである……法的因果関係を否定するとは、そのような素因のリスクを回避するための義務を間接的に被害者に課すことになり公平に反する……同じように行為時の事情であっても、地中の爆弾のように行為者にも被害者にも無関係な事情や、被害者が爆弾をズボンのポケットに入れていたというような被害者にリスクを負担させても公平に反しないような事情については、別に扱うべきことになる」⁽⁵⁾。

さて、これら二つのきっかけは一見すると、帰責の可否を判断する際に問題となる被害者の事情という、ごく一

般的なレベルで符合するにすぎないようにもみえる。とくに危険の引き受けに関しては、そのような主題化のもとで想定される事案の性質に応じて、様々な解決方法が重疊的に主張されているから、その内容によつてはまさにその通りなのかもしれない。しかし危険の引き受けのうち、とくに被害者が行為以後に回避措置を取ることが、あり得る場合の解決方法として有力に主張されるものの中には、被害者の素因の取り扱いをも規制し得るような発想が存在しているのである。

たとえば危険の引き受けについて近時、詳細な検討を加えた島田聡一郎は次のように述べる。「個人の自己保護を前提として社会制度を組み立てざるを得ない現代社会においては、そのような能力（当該被害者の持つ生理的、物理的危険回避能力―筆者注）を有する者には、当該能力を用いることが期待されるのであり、その能力を行使するかどうかについての個別的な意思は、いわば考慮から除外して、行為時の危険を判断すべきである。そうだとすれば、被害者の危険認識と結果実現意思の欠如を前提にして、被害者の能力に鑑みれば危険の程度が相当低く押さえられているにもかかわらず、被害者がその能力を行使せず、そのこと故に結果が生じた場合には、行為時においては小さな危険しか存在しなかったにもかかわらず異常にも結果が発生してしまったと評価できるから、法的に異常な因果経過として、因果関係、結果帰属を否定すべきである。」⁽⁷⁾ここでは被害者が、自ら損害を被らないよう適切に振舞うべきであったにもかかわらず、そうしなかったことが帰責を否定するための理由の一つとされている。そしてこのような発想はちようど、被害者に素因のリスクを回避するための義務がないことを理由に、帰責を肯定する発想を裏から述べたものといえよう。

このように近時の帰責理論において、被害者はいわば自己保護義務をまとい、その懈怠の有無により、帰責の帰趨を決する存在となっている。もともと被害者は第三者とは異なり、問題となる法益の主体としての地位を有するから、被害者に当該法益を保護する義務を課すためには、第三者にそれを課す場合とは異なる理由づけが必要であ

る。またかりに被害者の自己保護義務が基礎づけられたとしても、どの範囲のリスクから自己を保護しなければならぬかについては、別途詳細な検討が必要であろう。そしてこれらの点を明らかにすることで、帰責理論において被害者の果たすべき役割の一つが、正しく同定されるように思われる。⁽⁸⁾

- (1) 千葉地判平成七年二月一日判時一五六五号一四四頁。
- (2) 本判決の評釈(ないしそれに類するもの)として、たとえば大山弘「松宮孝明『判批』法学セミナー四一巻二一〇号(一九九六)七四・七五頁、野口元郎『判批』研修五八二二号(一九九六)七一・七二頁、『平成八年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊一一一三三三(有斐閣、一九九七)一四七・一四八頁(荒川雅行、『判例セレクト』⁹⁶月刊法学教室一九八号別冊付録(有斐閣、一九九七)三二頁(佐伯仁志)、猪田真一「同乗者の承諾と業務上過失致死罪」ダートトライアル同乗者死亡事件判決」帝京法学二二巻一号(一九九九)九五頁以下、十河太朗「危険の引受けと過失犯の成否」同志社法学五〇巻三三三(一九九九)三四一頁以下がある。またこのテーマに関しては、小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』(弘文堂、二〇〇三)に引用した文献以降も、東雪見「法益主体の危険引受け(一)・(二)・完」上智法学論集四七巻二二〇(二〇〇三)六九頁以下、三三〇(同年)七七頁以下、山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(成文堂、二〇〇三)一二三頁以下(島田聡一郎)、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』(法律文化社、二〇〇四)などが公刊されている。
- (3) 類似の事案を扱った判例として、最二小判昭和二五年三月三一日刑集四巻三三三九四九頁がある。いわく「被告人の行為が被害者の脳梅毒による脳の高度の病的変化という特殊の事情さえなかつたならば致死の結果を生じなかつたであろうと認められる場合で被告人が行為当時その特殊事情のあることを知らずまた予測もできなかつたとしてもその行為がその特殊事情と相まって致死の結果を生ぜしめたときはその行為と結果との間に因果関係を認めることができる」。
- (4) 鈴木左斗志「因果関係の相当性について——結果帰責判断を規定してきたいくつかの視点の検討——」刑法雑誌四三巻二二〇(二〇〇四)四五頁以下参照。
- (5) 山口厚ほか『理論刑法学の最前線』(岩波書店、二〇〇一)二二五頁(佐伯)。
- (6) 近時の最高裁判例の中には、このような場合を扱うものが多い。たとえば最二小決平成一五年七月一六日刑集五七巻七号九五〇頁(被告人らから公園内及びマンション居室内で暴行を受けた被害者が、すきを見て逃走し、被告人らによる追跡を逃れるためにマンション付近の高速道路に進入し、疾走してきた自動車に追突され、後続の自動車に隣過されて死亡した事案)、最二小決平成一六年二月一七日刑集五八巻二二〇一六九頁(被告人が共犯者らと共に謀るうえ、被害者に対し、その頭部をビール瓶で殴打するなどの暴行を加えて傷害を負わせ、病院に搬送されて治療を受けた被害者が、無断退院しようとして治療用の管を抜くなどして暴れ、容態が急変して死亡した事案)など。

(7) 山口編著・前掲『クローズアップ刑法総論』一五〇頁(島田)。

(8) 実行為媒介者が、結果を回避すべきであったにもかかわらずそうしなかったことが、なぜ帰責に影響を与えるのかということ自体が、すでに重要な論争問題である。もともと各々の論者が主張する、この問題の解決方法の適否自体については、本稿では扱わないことにしたい。この問題に関する私見については、小林憲太郎「信頼の原則と結果回避可能性——交差点衝突事故に関する二つの最高裁判決の検討——」立教法学六十六号(二〇〇四)掲載予定参照。

第一章 自己保護義務の存否——危険の引き受けについて

序章でみたように危険の引き受けにおいて、被害者の自己保護義務違反は因果関係の相当性を否定するというかたちで現れるとされる。ここでは相当性が単なる事実的な蓋然性や、経験的通常性を超えた意味を与えられていることに注意を要する。⁽⁹⁾ 被害者の自己保護義務違反が事実的にみて異常だとは限らないし、逆に被害者の自己保護義務に合致した振舞いが、事実的にみて通常だとも限らないからである。そして相当性が従来の用語法と結びつくことにより、あたかも事実的な通常性だけが問題になっているかの外観を呈するおそれがあるとすれば、「合法性、経験的通常性、予見可能性といった事実的判断の背後に規範的判断を忍びこませるよりは、規範的考慮を表に出して批判にさらす方が望ましい」⁽¹⁰⁾ 以上、別の表現を用いることが考えられてよからう。

さて、かりにこのような被害者の自己保護義務が、第三者の負う法益保護義務と同質のものだとすれば、その違反にとって被害者による、結果に実現した危険の正確な認識を要求する契機は、論理的には存在しないことになる。もちろんこのことは論者自身も認識しており、被害者に危険認識を要求する根拠としては、別に「危険回避能力がある者に対して、その能力を不断に行使するよう要求するのでは、被害者は危険の存否に絶えず気を配らなければならず、萎縮効果が生じ、潜在的被害者、市民一般の社会活動の自由が大幅に制約されてしまう」⁽¹¹⁾ ことを挙げ

ている。しかしこのような根拠はまったく同様の蓋然性をもって、第三者の法益保護義務違反にその危険認識を要求するためにも援用され得るものであろう。こうして被害者の過誤が介入した場合には、幅広く帰責が否定されると同時に、同様の結論は第三者の過誤が介入した場合にも維持されることになる。

もちろんこのこと自体を捉えて、帰責範囲が狭すぎて不当であるとの批判を加えることは可能であろう。⁽¹²⁾ しかしそれだけでは単なる直観にとどまるから、そもそも被害者に第三者の負う法益保護義務と同質の、自己保護義務を負わせることの理論的な適否が問われなければならない。そしてこの点については、否定的に解さざるを得ないように思われる。

そもそも被害者は第三者とは異なり、なんらかの目的を追求するために問題となる法益を放棄したり、あるいはそれをリスクにさらすことも自由だとされている。⁽¹³⁾ このように、もし被害者に自己保護義務が課せられているとすれば、その最も直接的な違反となるべき振舞いが自由なのであれば、それはもともと自己保護義務など存在しないということである。もちろんそのような場合には、第三者による法益の侵害が許された危険の枠内に収まるとか、緊急避難により正当化されるのとパレルな事態が生じていると解することも、不可能ではない。しかし右の「自由」という評価は通説⁽¹⁴⁾によれば、なんらの優越利益も観念することなく下されているのである。

もつとも被害者が意識的に自己の身体を傷害したり、あるいはそのようなリスクを冒した結果、実際に傷害を負った場合と、道路が氷結しているのを忘れて走ったため転倒して傷害を負った場合とで、後者についてだけ一定の行動準則の違背を問題にすることも不可能ではない。だからこそ前者において、傷害やリスクの引き受けを防ぐことが許されなくても、後者において走るのを防ぐことは許されるともいえる。しかしそこという行動準則とは、実は自己保護義務とは異なるものである。というのもそれは自己の振舞いが、問題となる法益との関係で有する意味をよく考えてから行動せよという、いわばメタレベルの行動準則にすぎず、それを遵守したうえで自己保護を図

るかどうかは、被害者の自由に任されているからである。したがって右の例で走るのを防ぐことが許されるのは、被害者が氷結した道路を走るこの意味を真剣に考えれば、講義の開始時刻に間に合うことよりも身の安全を優先させて、ゆっくり歩くであろうからにほかならない。

以上でみてきたように、被害者の自己保護義務などというものは存在しない。しかし他方で交通事故などのように、社会生活上典型的にみられるコンフリクトについては、法律たとえば道路交通法がそれを防止するために、そこから生じる具体的な損害については被害者としての地位を有する（あるいはその可能性がある）者に対しても、明文で交差点進入時の一時停止や徐行など、一定の振舞いを義務づけることがある。このような規定の可否はそれ自体議論の対象となり得るが、少なくとも現に存在する以上、単なる努力規定やその違反に伴う不利益を引き受けることで、実質的に解除されると解釈できる規定でもない限り、それを遵守することは要求せざるを得ないであろう。またスポーツルールに代表されるように、独立性を持つ自律的部分社会において妥当すべき規則体系も、少なくとも当該部分社会の構成員に対しては、一定の範囲で法律が有するのと同様の効力を生ずると解すべきである。⁽¹⁵⁾ 一定の部分社会に固有のコンフリクトについては、当該部分社会の内部ルールを通じて防止するほかないのであり、多かれ少なかれこのことを認めないと、結局のところ自律的部分社会の存在を否定することになってしまうからである。⁽¹⁶⁾ 独り気ままに振舞う個人だけを想定すれば、それはむしろ望ましいことなのかもしれない。しかしいけば「団体」を形成することにより、初めて実現可能な自由も存在することを想起すべきであろう。こうして被害者が、たとえば道路交通法やスポーツルールに違反したために結果が発生した場合には、帰責が否定される余地が認められることになる。⁽¹⁷⁾

(9) もちろん序章でみた主張が因果関係の相当性を判断する際に、「被害者が危険回避意思を有しなかったことにつき、合理的説明が可能か否

かという事実的判断を行え」(深町晋也)「判批」法学教室二八一号(二〇〇四)一四九頁)とだけ述べるものであれば、このようにはいえない。しかし論者の趣旨は「規範的考慮を認める」ものである。山口編著・前掲『クローズアップ刑法総論』一五一頁(島田聡一郎)。

(10) 山口ほか・前掲『理論刑法学の最前線』二九・三〇頁(佐伯仁志)。佐伯はすぐ次に述べる「別の表現」として、「法的因果関係」の語を用いている。

(11) 山口編著・前掲『クローズアップ刑法総論』一五〇・一五一頁(島田聡一郎)。

(12) ただし危険を引き起こすことが正当化される場合には、その回避は期待されないから、適法行為が介入した場合には帰責は否定されない。山口ほか・前掲『理論刑法学の最前線』二二頁(佐伯仁志) 参照。またたとえ被害者や第三者が自己保護義務や法益保護義務を尽くしたとしても、なお解消できないような危険が作り出された場合には、保障人的地位を根拠に帰責が肯定され得る。山口編著・前掲『クローズアップ刑法総論』一五二頁(島田聡一郎)、小林・前掲「信頼の原則と結果回避可能性——交差点衝突事故に関する二つの最高裁判決の検討」——参照。

(13) 論者自身このことを理由に——被害者が行為以後に回避措置を取ることがあり得ない場合についてはあるが——被害者がリスクを冒して犯罪でない行為を行い、そこから不可避的に結果が発生した場合には違法性を阻却している。山口編著・前掲『クローズアップ刑法総論』一六〇頁以下(島田聡一郎)。

(14) もっともこれに対しては、利益衡量説と呼ばれる見解が対立している。詳しくは小林・前掲「因果関係と客観的帰属」六五頁以下参照。

(15) Vgl. Dieter Dölling, Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der strafrechtlichen Sozialkontrolle, ZStW 96 (1984), S. 57ff. なおこの文脈における部分社会論については、西村秀二「スポーツ傷害の刑事責任」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』(青林書院)二〇〇二)六四頁以下に詳細な検討がある。

(16) 逆に健全な市民社会の敵として、それ自体が法的な否認の対象となるような部分社会は、その存在を保障すべきでないから、本文に述べたところは当てはまらない。暴力団やマフィア、窃盗団などの犯罪組織がその典型例である。

(17) さらに被害者が発生すべき結果やその危険に進んで身をさらしたことが、被害者もが遵守すべき義務やその違反の有無とは無関係に、帰責を排除する可能性もあることに注意すべきである。前者の場合には法的な意味における結果自体が欠落すると解される。小林・前掲「因果関係と客観的帰属」六一頁以下。問題は後者の場合であるが、本稿の射程を超えるので割愛せざるを得ない。

第二章 自己保護義務の範囲——被害者の素因について

前章でみたように被害者が、結果を回避すべきであるにもかかわらずそうしなかったことは、原則として帰責を

否定する理由にはならないと解すべきである。これを被害者の素因についていうと、人は日常生活を行ううえで、自己の有する特殊な素因のために結果が発生してしまわないよう注意しなくても、そのことだけで、ために発生した結果を他者に帰責することは排除されない、ということになる。さらにこの理は被害者の素因に限られず、序章でみた佐伯仁志の挙げる例を借れば、被害者がズボンのポケットに入れておいた爆弾についても、等しく妥当することになる。

もつともこのようにいうだけでは、佐伯の主張に対する反論としては不十分である。被害者に第三者と同質の、その違反が帰責を排除するような法益保護義務が存在するかという問題と、(それ以外の理由により) 帰責を否定することで被害者が、填補されない損害⁽¹⁸⁾を避けるために負わなければならない負担が、一定の属性において異なる他の被害者に比して、より大きいものであつてよいかという問題は、論理的に別の次元に属しているからである。比喩的にいえば前者は自己決定の問題、後者は平等原則の問題と表現することができよう。共に被害者が自己を保護するために負わなければならない負担、つまり広い意味での自己保護義務に関するものではあるが、後者の観点から素因とポケットの爆弾を、異なつて扱うことは必ずしも排除されないのである。具体的にいえば被害者に対し、素因のリスクを回避するために健常人より大きな負担を負わせるのは、不平等だから帰責は肯定されるが、ポケットの爆弾のリスクを回避するために爆弾を持たない人より大きな負担を負わせるのは、合理的な区別だから帰責は否定されることになる。

しかし特殊な素因を持つ者に、そのリスクを負担させずにすませようとすれば、逆に行為者の負担があまりにも大きくなりすぎ、その意味で平等原則も、そこまでは要求してはいないと解するのが適切であるように思われる。たとえば序章でみた脳梅毒の事例を考えてみよう。佐伯はおそらく殴打行為と被害者の死亡結果との間の法的因果関係を肯定しつつ、ただ死亡結果について予見可能性がないことから、傷害致死罪の成立は否定するものと推測され

る。しかし厳密に考えると、そのような処理は不可能である。脳梅毒に罹患している者にそのリスクを負担させない、その意味で被害者を、ありのままに保護することが平等原則の要請だといのであれば、かりに死亡結果についての予見可能性を要求するとしても、それは被害者が脳梅毒に罹患していることを前提に、判断されなければならないはずだからである。このことを裏からいえば、「このような事情(地中の爆弾やポケットの爆弾―筆者注)の存在が行為時に予見不可能であつた場合には、法的因果関係が否定されるべきである」という主張が――適切かどうかはともかく――論理的に可能なのは、そのような事情のリスクを被害者に負担させる余地があるからだということになる。佐伯によれば「判例で行為時の特殊事情として問題となっている事案のほとんどが被害者の素因に関するものであり、このように(これまで述べてきた佐伯説のように―筆者注)解したとしても實際上の不都合はない(判例の結論と齟齬を来さない―筆者注⁽²⁰⁾)」というが、その言は判例が因果関係にとどまらず、傷害致死罪の成立をも肯定しているところ(21)にまで及ばなければならない。しかし行為者にここまで大きな負担を負わせることは、逆に被害者と行為者との間の公平を損なうであろう。したがって特殊な素因を持つ者にも、そのリスクを――ポケットに爆弾を入れている者と同程度かはともかく――一定限度で負担させることが合理的であるように思われる。

ところでこれまでみてきた佐伯の見解は、有力な民法学説に類似している⁽²²⁾。しかしそれらは「被害者の素因のリスクは、加害者に負担させるべきであり、加害行為と被害者の素因が相まって生じた損害の発生・拡大については、加害者の予見可能性等を要件とすることなしに、賠償による救済の対象とすべきである」と主張するものであることに注意を要する。たしかにこのような主張は一貫しているし、また被害者と行為者の公平の図り方に関する、損害賠償法の理念には適合するのかもしれない。しかしそれを構成する「素因のリスクを負わされることによる可能的(潜在的)加害者側の行為の自由の制限はどれほどまで許容されるのかという問題……は、不法行為責任成立のレベルにおいてすでに衡量の対象とされている⁽²⁴⁾」との発想は、少なくとも刑法においてはヴェルサリ法理と

して排斥されているところである。⁽²⁵⁾

では特殊な素因を持つ者が負担しなければならないリスクは、一体どの範囲まで及ぶのであろうか。結論からいえばそれを負担することが、社会生活への参加自体の抑制を帰結しない範囲のものに限られるように思われる。被害者と行為者の公平の図り方に関する刑法の理念がいかなるものであれ、この範囲を超えたりリスクを被害者に負担させることは、法がハンディキャップを持つ人々を社会から排斥することを意味し、到底許されないからである。⁽²⁶⁾ 逆にこの範囲に収まるリスクを被害者に負担させるのが平等原則に反しないことは、素因のリスクを被害者に負担させるべきでないとする有力な民法学説もが、実質的に同旨の主張をなしているところに典型的に示されているといえよう。⁽²⁷⁾

そこで次に問題となるのは特殊な素因を持つ者に、そのリスクをどのように負担させるかである。まず行為者がリスク原因を認識できる場合には、被害者にそのリスクを負担させる必要が、そもそも存在しないというべきである。⁽²⁸⁾ そのような場合には行為者に、当該リスク原因についての全面的な配慮を求めても、被害者との間の公平を失するほどに、行為者の行動の自由が制限されるとはいえないからである。したがって右の問題は行為者が、およそ当該リスク原因を認識できない場合に顕在化することになる。考えられる選択肢は結果の帰責、すなわちそもそも構成要件該当性を否定する方法と、そうではなくて、責任要素としての予見ないし予見可能性だけを否定する方法である。そして構成要件該当性も責任も犯罪論体系上の概念にすぎないから、いずれの方法がより優れたものであるかは、その選択が当該犯罪論体系において生じる効果に着目して判断されることになる。⁽²⁹⁾

まず被害者が素因のリスクを負担するといっても、いわれなき侵害がリスク原因と結びついて重大な法益への脅威となる場合には、それを守るための正当防衛を肯定するべきである。しかしいずれの方法によってもこの帰結は導けるから、この点は決め手にはならないであろう。そこで次に共犯の成否について考えてみると、たとえば行為

媒介者に自律的な決定があるために、背後者の(間接)正犯性を肯定しにくい事案において、⁽³⁰⁾ 背後者はリスク原因を認識できるが、行為媒介者はそうでないとしたとき、かりに行為媒介者の行為が構成要件該当性を欠くとする、共犯の成立にとって少なくとも最小従属性を要求する限り、背後者を共犯としてすら処罰できなくなり、適切でないように思われる。他方、責任要素としての予見ないし予見可能性を否定するだけでは、リスク原因と結びつかなくても結果に至るような事象経過を予見し、あるいは予見可能であった場合、すなわちいわゆる因果関係の錯誤において、可罰性を制限することができず、不十分であるようにも感じられる。しかし学説にはこのような帰結を積極的に承認するものも多く、⁽³¹⁾ その意味で構成要件該当性を否定するよりはむしろこれといえよう。⁽³²⁾

以上を前提に脳梅毒の事例を考えてみると、まず因果関係ないし結果の客観的な帰属要件は肯定されよう。⁽³³⁾ 問題は結果的加重犯である傷害致死罪において、責任主義の観点から要求される、加重結果すなわち死亡結果についての予見可能性である。もちろん殴打が健常人をも死に至らしめるようなものであれば、それは問題なく肯定されよう。問題はそうでない場合である。ここで被害者にとって、頭部の揺れを抑えるためのコルセットを装着することが容易であり、それゆえ十分に期待可能であったとすれば、そうしなかったことから生じるリスクは、被害者が負担しなければならぬことになる。⁽³⁴⁾ したがって殴打がコルセットを装着していない、脳梅毒患者であって初めて死に至らしめるようなものであれば、被害者が脳梅毒に罹患しているにもかかわらず、コルセットを装着していないことを行為者が認識できない限り、死亡結果についての予見可能性は否定されよう。逆にそれ以上の素因のリスクを被害者に負担させることはできないから、殴打がコルセットを装着している脳梅毒患者をも死に至らしめるようなものであれば、死亡結果についての予見可能性は直ちに肯定されることになる。⁽³⁵⁾

(18) この点については文末に記した米村氏から、次のようなご指摘をいただいた。

「たしかに不法行為法の枠組みであれば、加害者に『転嫁』されない損害は被害者が甘受すべきこととなり、その意味で被害者が『負担』を強いられることになる。しかし刑事法の枠組みで保護される被害者の利益は、あくまで事前的な犯罪抑止による利益であり、加害者の刑罰が重くなったからといって、その分被害者の事後的負担が軽減されるという、トレード・オフの関係には立たないように思われる。少なくとも不法行為法上の議論において、『加害者と被害者の損害分担』というときには、抽象的な意味でのリスク分配や利益保護の対称性を問題としているわけではなく、きわめて具体的・即物的な金銭負担の分担を意味していることが多く、一般的には過失相殺制度は、そのような金銭的な分配を実現するための制度として理解されているのではないかと考えられる。素因斟酌肯定説もそのような文脈において、不法行為の成立と抽象的な賠償義務は肯定したうえで、過失相殺のレベルで金銭的な負担を軽減させようというものであるから、構成要件判断など犯罪の成否を問題とする局面には、素因斟酌肯定説と素因斟酌否定説の対立をそのまま持ち込めるわけではないように思われる。」

これはまさに正当な指摘であり、したがって本文に述べたところは、「自己の答責領域に専属し、それゆえ自己の負担において解消しなければならないコンフリクト」というふうに、「きわめて具体的・即物的な金銭負担」を超えたかたちで理解されなければならない。詳しくは小林・前掲「信賴の原則と結果回避可能性——交差点衝突事故に関する二つの最高裁判決の検討——」参照。もっともそのような理解に立たない不法行為法理論の発想を、刑法理論に援用してよいかという大きな問題は、実は残されたままである。

(19) 山口ほか・前掲『理論刑法学の最前線』二五頁(佐伯仁志)。

(20) 山口ほか・前掲『理論刑法学の最前線』二五・二六頁(佐伯)。

(21) ふつう因果関係はあったとしても、死亡結果について予見可能性がないとされる事案において、傷害致死罪の成立を肯定した最高裁判例として、最三小判昭和二十二年一月一日四日刑集一卷六頁(骨質が非常に脆弱化し、ごく軽く触れる程度に蹴っても骨折を起こして大事に至るであろう被害者(当時六九歳)を、突き倒したうえでその左背部を数回蹴りつけて肋骨骨折肺臓損傷の傷害を与えたため、被害者は氣胸の続発による心臓衰弱を来して死亡した事案、最二小判昭和二十五年三月三二日(前掲注(3)) (被害者の左眼の部分の組織が一定程度崩壊し、その結果死はかねてより脳梅毒に罹患しており、脳に高度の病的変化があったので、顔面に激しい外傷を受けたため脳の組織が一定程度崩壊し、その結果死亡するに至った事案)、最一小決昭和二十三年三月一日四日刑集一卷三三頁(両手の平で被害者の両頬部を続けざまに力強く三回殴りつけたところ、平素よりの飲酒癖によってすでに脳底部動脈に硬化症を来し、そのうえ当日の飲酒によって脳血管の血圧上昇を来していた被害者は、くも膜下腔出血に基づく脳圧迫によって死亡した事案)、最三小決昭和三十六年一月二日刑集一卷一〇号一七三頁(被害者の着用していたワイシャツの襟を両手でつかんで強く首を締めつけたうえ、突き飛ばして仰向けに転倒させたところ、被害者にはかねて高度の心臓肥大などの重篤な病変があったため、心筋梗塞により即死した事案、最一小判昭和四十六年六月十七日刑集二五卷四号五六七頁(隠れた心臓疾患を有する被害者(当時六三歳)の胸倉をつかんで仰向けに倒し、左手で頸部を絞めつけ、右手で口部を押さえ、さらにその顔を夏布団で覆い、鼻口部を圧迫したところ、被害者は鼻口部閉塞に基づく窒息により死亡した事案。ただし強盗致死罪の成立を否定した原判決を破棄・差し戻すにあたり、因果関係についてだけ判示) などがある。

(22) もっともわが国の最高裁判例は、異なる立場を採用している。すなわち損害の発生・拡大に被害者の素因が寄与しているときは、損害賠償

額の算定にあたり、損害の公平な分担という損害賠償法の理念に照らし、民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して、当該素因を斟酌することができるといふ。最一小判昭和六三年四月二二日民集四二巻四号二四三頁(心因的要因の場合)、最一小判平成四年六月二五日日民集四六巻四号四〇〇頁(疾患の場合)。なお『最高裁判所判例解説民事篇(平成四年度)』(法曹会、一九九五)二二二頁(滝澤孝臣)によれば、「昭和六三年判決が心因的要因に限定した判断を示したとは異なり、本判決の対象を『被害者の疾患』に限定せず、広く『被害者の体質的素因』をも対象として理解することが許されるのではないか」といふ、最三小判平成八年一〇月二九日民集五〇巻九号二四七四頁(ただし被害者が、平均的な体格ないし通常の体質と異なる身体的特徴を有していたとしても、それが疾患に当たらない場合には、特段の事情の存しない限り、被害者の右身体的特徴を損害賠償の額を定めるに当たり斟酌することはできないとする。なお平成四年判決の理解として、すでに前田陽一「判批」法学協会雑誌一一〇巻八号(一九九三)一六七頁は、「本判決を、おそらく不注意によるもので少なくとも不可避とはいえない『疾患』について『公平』に照らしてこれを斟酌した事例と考えれば、不可避である先天的な異常体質や、不可避であるのみならず一般的に存在する『加齢的要因』については、斟酌について否定的に解することができよう」と述べる、最三小判平成八年一〇月二九日交通民集二九巻五号二二七二頁(疾患の場合)、最二小判平成二二年三月二四日民集五四巻三号一一五五頁(ただし被害者の性格が個性の多様さとして、通常想定される範囲を外れるものである場合に限る)など。

これに対して東京地判平成元年九月七日判時一三四二号八三頁は、「加害者は被害者があるがままを受け入れなければならない(a tortfeasor takes his victim as he finds him)」のが不法行為法の基本原則であるから、肉体的にも精神的にも個別性の強い存在である人間を基準化して、当該不法行為と損害との間の因果関係の存否等を判断することは許されないとする。また横浜地判平成二年七月一日判時一三八一七六頁(ただし控訴審(東京高判平成三年二月二七日判時一三八六号九八頁)で変更)も、「不法行為者はその被害者があるがままの状態を引受ける」というのが不法行為法上の原則であるから、加害者は損害の発生・拡大に被害者の素因が寄与している場合でも、その結果のすべてについて責任を負うべきだとしている。さらに名古屋地判昭和六二年三月二日交通民集二〇巻二号三七頁、広島地判平成二年五月三十一日交通民集三三巻三号六九五頁、大分地判平成三年二月一日交通民集二四巻一七四頁、広島地判平成三年三月一日交通民集二四巻二二二八頁、奈良地葛城支判平成四年三月一日判タ七九六号一九七頁参照。

- (23) 素因減責は否定される。窪田充見「過失相殺の法理」(有斐閣、一九九四)七九頁、さらに西垣道夫「体質・持病等の素因の寄与について」ジュリスト五三六号(一九七三)一四六頁、瀬川信久「不法行為における過失相殺の拡張——公平を理由とする賠償の減額はどこまで認められるか——」法学教室一四五号(一九九二)八五頁、平井直雄「債権各論II不法行為」(弘文堂、一九九二)一五九・一六〇頁、北河隆之「素因減責論の現状と課題」交通事故訴訟の理論と展望・東京三弁護士会交通事故処理委員会創立三〇周年記念論文集(ぎょうせい、一九九三)一二五頁、吉村良一「原因競合」法学教室一九八号(一九九七)七〇頁、潮見佳男「不法行為法」(信山社出版、一九九九)三三二頁以下参照。いわゆる素因斟酌説をめぐる争いは、ドイツ法的に言えば過責(Verschulden)の要件を必要としなく、「負責を充足する因果関係(haftungsausfüllende Kausalität)」に関わるものである。

- (24) 窪田・前掲「過失相殺の法理」八四頁、さらに潮見・前掲「不法行為法」三三三頁参照。

(25) 現に窪田・前掲『過失相殺の法理』七二・七三頁によれば、「素因斟酌説においてキャッチフレーズとして唱えられている……具体的加害者と可能的加害者の公平における『同程度の行為には同程度の責任を』という発想は、基本的には、刑罰法規における制裁的な観点から理解することが容易なものである」という。さらに同「不法行為法と制裁」『民法学の課題と展望・石田喜久夫先生古稀記念』(成文堂、二〇〇〇) 六七頁以下参照。

(26) 素因も地中の爆弾も、本人の責任において左右できない、その意味でその責めに帰せられない事情であるという点では共通している。素因のリスクを一定の範囲でしか被害者に負担させられないのは、したがって、素因が本人の責めに帰せられない事情だからではなくて、バリアフリーないしそれに類する政策(社会への参加における健康人との平等)を、現行法が掲げなければならないからである。

これに対しては「不法行為法に対しては、法益帰属秩序が先行する。そのため、素因者は、損害を他者に転嫁しえないかぎり、法益主体として損害を自ら負担せざるをえない。素因が競合して生じた損害に対して他者が不法行為責任を負わないかぎり、素因者保護を実現する余地はないのである。」といわれることがある。橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程——責任無能力者の『過失』と素因の斟酌をめぐる——」(五・完)『法学論叢』三九卷三号(一九九六) 九頁、さらに棚瀬孝雄編『現代の不法行為法——法の理念と生活世界——』(有斐閣、一九九四) 一四九頁以下(嶋津格 参照。しかしそれは本人の責めに帰せられない事情のリスクを被害者に負担させることの根拠にはなっても——だからこその論者の言に反し、被害者には地中の爆弾のように、その権利領域外の特別の損害危険も配分されるはずである——こと素因のリスクをそうすることの根拠にはならない。バリアフリーとはそもそも「素因が競合して生じた損害に対して他者が不法行為責任を負わな」くても、「素因者保護を実現」しようとする考え方だからである。

(27) たとえば窪田・前掲『過失相殺の法理』八三頁によれば、「通常の社会生活への参加が制限されるようなこと(一般の人が往来しているが車の通行量の多い道を歩かないこと)を素因を有する者に求めることはできないと考えるべきである(そのような点を捉えて過失相殺をなすことはできない)。ただ、それを裏返せば、素因を有する者の行動の自由の制限の少ない措置(たとえばゴルフセットの着用等)については、それが欠けたことをもって過失相殺が問題とされる余地は大きいといえよう。」という。また潮見・前掲『不法行為法』三三四頁によれば、「被害者に素因を発見あるいは統制することが期待可能で、かつこれに基づいて自己の行動を適切にコントロールすることが可能であったという場合に限り、期待可能な措置を講じなかったという被害者の帰責性を基礎に賠償額の減額を認めるべきである」という。さらに吉村・前掲『原因競合』七〇頁、水野謙「被害者の身体的特徴の競合と損害賠償額の算定」『現代判例民法学の理論と展望・森泉章先生古稀祝賀論集』(法学書院、一九九八) 五二三頁以下、同『因果関係概念の意義と限界——不法行為帰責論の再構成のために——』(有斐閣、二〇〇〇) 三二二頁以下参照。

(28) 医療過誤に多いであろう。民法学説でも、たとえば能見善久「寄与度減責——被害者の素因の場合を中心として——」『民法・信託法理論の展開・四宮和夫先生古稀記念論文集』(弘文堂、一九八六) 二二二頁参照。ただし能見は、そもそも責任保険制度が完備している場合を除き、素因斟酌説を採用している。二五二頁、これに対して落合誠一編『論文から見る現代社会と法』(有斐閣、一九九五) 一一四・一一五頁(能見「人間としての平等」といった基本的な価値)から、「心因的素因を考慮するぐらいにとめておくべきではないか」という) 参照。

ところで近時の最高裁判例(前掲注(22))は、素因減責に一定の歯止めをかけようとしているといわれる。たとえば大村敦志『基本民法II

債権各論」(有斐閣、二〇〇三)二六四頁以下参照。しかしその実体は単に、本文に述べたところに尽きるように思われる。つまり「個体差の範囲内の身体的特徴は、滅責の対象となる素因を構成しない」という例外ルール……を正当化するのは加害者の予見可能性のいわば裏返しとしての「個体差の範囲内」という概念である。星野英一ほか編『民法判例百選II債権(第五版)』(有斐閣、二〇〇一)一九七頁(窪田充見)。

(29) このような刑法解釈方法論について、詳しくは小林・前掲「因果関係と客観的帰属」一八二頁以下参照。

(30) ここでは正犯性の標準について、島田聡一郎「正犯・共犯論の基礎理論」(東京大学出版会、二〇〇二)を参照した。

(31) 町野朔「因果関係論と錯誤理論」北海学園大学法学研究二九卷一号(一九九三)二二五頁以下、前田雅英「刑法総論講義(第三版)」(東京大学出版会、一九九八)三二四頁、山口厚「問題探究・刑法総論」(有斐閣、一九九八)一三二頁以下など。素因をポケットの爆弾と同様に扱い、そのリスクを被害者に負担させる立場からのものであるが、たとえば山口・前掲一三三頁によれば、「血友病事例(AはBを刃物で刺殺しようとしたが、かすり傷を負わせたに止まったところ、Bは実は血友病患者であったために出血多量で死亡した場合」筆者注)と、AがBを苦しめないように心臓を狙って射殺しようとしたところ、心臓を外れて腹部に命中し、出血多量で苦しんで死亡した事例とを、前者は殺人未遂……であり、後者は殺人既遂……であると異なっており取り扱う根拠があるかには疑問がある」という。

(32) 以上に述べてきたことは、予見ないし予見可能性を「責任要素として構成要件要素とする」、ないし「責任類型に属する構成要件の要素と解する」体系を採用しても、同様に妥当する。山口ほか・前掲「理論刑法学の最前線」九八頁(佐伯仁志)、佐伯「構成要件論」法学教室二八五号(二〇〇四)三六頁。共犯はあくまで違法要素である構成要件要素にだけ従属すると解することも可能であり、他方で「構成要件が因果経過を特定していない場合には、行為者の想定した因果経過と現実の因果経過が食い違っていたとしても、故意が阻却されることはない、というのが(論者も採用する)筆者注」構成要件の符合説からの帰結であって、それは故意を構成要件要素とすることで解消できないからである。山口ほか・前掲一七頁(佐伯)。

(33) もちろん前章でみた、危険の引き受けなどが問題になる余地はあるが、ここでは扱わない。

(34) このように被害者が負担すべき素因のリスクが制限されるのは、すでに述べたように、そうしないと特殊な素因を持つ者が、社会生活への参加自体を抑制されてしまうからである。逆にいえばそうならない場合、つまり問題となるコンフリクトが交通事故に代表されるような、社会生活への参加の過程で典型的に生じるものでない場合には、被害者が負担すべき素因のリスクは制限されないことになる。厳密にいうと脳梅毒の事例のほとんどはこのような場合であり、したがって被害者が脳梅毒に罹患していることを行為者が認識できない限り、死亡結果についての予見可能性は否定されることになる。

なおこのような限定解釈の根拠として、刑法上はなるべくヴェルサリ法理から遠ざかなければならないことのほかに、文末に記した米村氏から次のような指摘をいただいた。

「民事法上の素因斟酌否定説の論調について気になるのは、素因斟酌を肯定し、もしくは一般的に被害者に素因のリスクを負担させることが、素因者の社会参加を抑制するという議論が、やや一面的であるように感ぜられる点である。論者は一般に交通事故における、素因者の重篤な身体傷害の事例を念頭に置くものと考えられる。しかし不法行為類型も犯罪類型も多様化した今日、逆に交通事故のような偶発的事故はむしろ例

外的であり、なんらかのかたちで事前のリスク計算が可能な場面がむしろ多いのではないかと思われるが、そのような場合に素因のリスクをいづれが分担するかは、必ずしも『社会参加』の難易とは結びつかないのではなからうか。たとえば——以下に掲げる例のうち第一のものは損害賠償法の問題ではなく、また必ずしも刑事法学説に対する批判にはならないかもしれないが——一般に生命保険などでは想定範囲以上のリスク保有者は被保険者となることができず、もしくは高額の保険料を負担しなければならぬものとされるわけであるが、そのような『差別化』が直ちに『社会参加』を阻害するものといえるかは問題である。保険会社の緻密なリスク計算により安定した保険財政の構築が可能になることが、終局的に素因者を含めた潜在的契約者集団への利益になるといえないかと思われるし、ある程度以上の保険料の差別化が禁止される結果として、逆に素因者はそもそも契約締結を拒否される事態が生ずるようであれば、こちらの方が『社会参加』を阻害するものともいえる。また医療過誤のケースを考えると、そのことはさらに明らかになるのではなからうか。素因斟酌肯定説の論者でさえ、医療過誤においては素因斟酌を全面的に否定すべきであるとの立場を採るものが多いが、そのように解した場合、薬剤アレルギーの既往を有する患者などは、多くの医療機関で十分な薬物治療を受けられないこととなる可能性が高く、これはそもそも素因者の、医療を受ける権利を侵害する事態であるともいえる（もちろん医療の場合は行政的に診療「開始」が強制されるが、以後の治療内容等についてまで行政規制は及ばず、事実上の不利益を含めれば、素因者が不利な扱いを受ける事態は十分に想定される）。結局、一定の取引交渉の後に発生する事故等を考えると、当事者が予測可能かつ合理的なリスクを負担するかたちで、安心して取引関係に入れるよう利益配分がなされることが、むしろ円滑な『社会参加』に資するものと考えられる。少なくとも素因の考慮それ自体が『社会参加』の抑制・促進にア・プリオリに結びつくという前提は、やや一面的な印象が拭えないように思われる。したがって交通事故のような『社会参加』を阻害する可能性が大きい場面を選択して、素因斟酌を否定すべきであるという衡量的判断を行うのであればよいのであろうが、解理理論の次元で一定の帰結を導く前提としては、いさか不十分な感が否めない。

(35) ここでは先に述べたような限定解釈が、実はすでに「素因者の『社会参加』阻害防止」という原理に内在していることが、的確かつ説得的に示されていると思われる。過度の福祉国家化が逆に弱者の疎外を生むという、しばしば福祉主義に対してなされる批判と同様の発想に基づくものといえよう。

(35) なおこれまで述べてきた発想からすると、結果回避可能性を判断するに際しても、被害者に負担させることのできない素因リスクの原因は、考慮されないようにも思われる。たとえば健康人を死に至らしめるほどではないが、コルセットを装着している脳梅毒患者は死に至らしめるような代替原因があったとき、死亡結果の回避可能性は否定されないことにならうか。結果回避可能性が構成要件該当性の問題である点も考慮しつつ、さらなる検討が必要であらう。

終章 おわりに

本稿では広い意味における、被害者の自己保護義務違反が帰責に与える影響について、その根拠にまでさかのぼりながら検討を加えてきた。もつともそこで得られた結論は、影響などないというものであった。すなわち原則として被害者には、第三者と同質の法益保護義務などなく、したがって第三者の過誤がその違反を理由に帰責を排除する余地があるとしても、同じ理由で被害者のそれが帰責を排除することはない。また被害者が一定の範囲でリスク回避の負担を負わなければならないとしても、それはせいぜい責任を否定するというかたちで現れるにすぎないのである。

もつとも被害者の事情が帰責にとって、なんらの意味も有しないというわけではない。第一に——これはすでにふれたが——被害者が、発生すべき結果やその危険に進んで身をさらしたことが、被害者もが遵守すべき義務やその違反の有無とは無関係に、帰責を排除する可能性がある。第二に、たとえば被害者の素因が結果発生に寄与した場合の中にも、素因斟酌説とは異なる法政策的考慮から、帰責を否定すべきだとも考えられるものがある。いわゆるショック損害や、賠償神経症ないし定期金ノイローゼ(Renteneurose)と呼ばれるものなどがそれである。ここにいうショック損害とは、夫が交通事故で死亡したとの報せを聞いた妻が、ショックのため神経症になったような場合を指す。これに対して賠償神経症とは、「賠償に対する願望や賠償が受けられないことの不満を原因とする心因反応」⁽³⁷⁾を指す。そしてこれらの場合において、たとえば交通事故の加害者に、神経症という傷害の結果を帰責できるかが問題になるのである。わが国の民事裁判例のいくつかは、とくに賠償神経症について(相当)因果関係を否定している。⁽³⁸⁾そしてその理由は賠償を肯定しなければ、そもそも賠償神経症の原因が失われてしまうという、一種のパターナリズムに求められているのである。⁽³⁹⁾

このような帰責の判断において、被害者の事情が果たす役割に関する詳細な検討は、しかし、別稿に譲らなければならない。

(36) 前掲注(17)。

(37) 仙台高判昭和五七年三月一〇日交通民集一五卷二号三四六頁。

(38) 大阪地判昭和四五年五月九日下民集二一卷五・六号六六〇頁、仙台高判昭和五七年三月一〇日(前注)、岡山地倉敷支判昭和六一年五月二三日交通民集一九卷三三六七九頁など。これに対して相当因果関係を肯定するものとして、広島地判平成二年五月三一日(前掲注(22)) (ただし一般に素因減責を否定しつつ、賠償神経症の場合にはこれを肯定する)、広島地判平成三年三月一四日(前掲注(22)) (同右)、最一小判平成五年九月九日判時一四七七号四二頁参照。

(39) 裁判例が明言しているわけではないが、この点につき詳しくは、能見・前掲「寄与度減責——被害者の素因の場合を中心として——」二二七・二二八頁、窪田・前掲『過失相殺の法理』二五頁以下などを参照。

※ 草稿の段階で、立教大学法学部の石田剛助教授、医師(日赤医療センター)・東京大学大学院法学政治学研究科博士課程の米村滋人氏にお読みいただき、貴重なご意見を賜った。記してお礼を申し上げる。ただし文責が独り筆者にのみ存することはいうまでもない。