

ドイツ刑事判例研究 (94)

ドイツ刑法研究会
(代表 曲 田 統)*

不作為による故殺における保障人の結果回避義務 StGB §§ 212, 13 Abs. 1

島田 美小妃**

1. 自己危殆化だけを目標としていたところ、その事象が期待に反して法益喪失の方向で進展する場合、自己危殆化が意識的に行われていても、この自己危殆化は原則として義務が発生した保障人の結果回避義務を脱落させない。

BGH, Beschluss vom 5. 8. 2015-1 StR 328/15 (LG München)

《事実の概要》

被告人と A を含めた多くの者はすでに昼頃に落ち合い、一緒にアルコ

* 所員・中央大学法学部教授

** 嘱託研究所員・流通経済大学法学部専任講師

ールと様々な麻薬を摂取した。夕方頃に、当該グループは比較的大きい複合建造物にある被告人の家に移動した。居合わせた者らは、被告人の家で、さらに、特に、アルコール、アンフェタミンとカナビスを摂取した。夜も更ける中で、被告人は家にいる残りの者に、ガンマブチロラクトン（GBL）を摂取しようと提案した。この物質は原液で、被告人の所有するガラス瓶の中にあった。上告していない共同被告人Fを除き、その他の居合わせた者は誰もこの提案に乗らなかった。被告人とその共同被告人が約2mlから3mlのGBLを500mlの水に薄めて摂取してからは、GBLの入った瓶は被告人の家の自由に手にすることができる場所にずっと置かれていた。被告人は、遅くとも、自身が摂取した後に、GBLを原液で摂取してはならないと仲間たちに注意喚起していた。

その少し後に、後に死亡するAは原液のGBLの入った瓶を口につけ、LGが詳細に認定できない量のGBLを飲んだ。致死量を飲んだと想定した被告人と共同被告人は、Aを嘔吐させようとしたがこの試みは失敗に終わった。それどころか、Aは意識を失ってしまった。被告人は、——その他の居合わせた者も同様に——Aの体を横向きに安定させてから、意識を失ったAの1分間の呼吸回数をチェックすることに集中した。遅くとも、Aがかろうじて6秒から8秒ごとに呼吸しているにすぎないと被告人が気付いたときには、すぐに医師による処置を求めなければ、Aは原液のGBLの摂取によって死ぬだろうということを被告人は甘受した。それにもかかわらず、被告人はずっと何もしないままだった。被告人がこの時点で医療処置を要請していれば、Aの生命は確実性に境を接する蓋然性の程度をもって救助されていただろう。Aの1分間の呼吸回数がさらに少なくなり、それに加えて呼吸が不規則になって、副雑音が大きくなって——被告人によって認められた所見——からも、被告人はさしあたりこれまでと変わらず救助措置をとることはしなかった。

その後、最初の救急車が呼ばれたが、これが被告人のイニシアチブに基づいていることは否定できない。被告人は、この救急車がAを搬送することなく去ったことに気づくと、2台目の救急車を呼ばせた。これに乗っ

ていた救命士が蘇生措置を試みた。しかしながら、この蘇生の試みは失敗に終わった。AはGBLの摂取によって惹起された呼吸停止と、それによって生じた脳への酸素供給不足によって死亡した。

LGは、被告人を不作為による故殺および犯情の重い強盜的恐喝の未遂と所為単一の恐喝利用のための人身強取の罪を理由に6年の総合自由刑を言い渡した。これに対して事実誤認を主張する被告人の上告は認められなかった。

《理由》

[7] 2. 以上の認定によれば、被告人は不作為による故殺を理由に可罰的である。

[8] a) 被告人は、刑法典13条1項の意味で、被害者AがGBLを摂取した後に、その死を発生させないことにつき法的義務を負わなければならない。死の結果を回避するこの義務は、健康および生命を高度に危殆化するGBLが入った瓶の被告人の事実上の支配から生じるが、この瓶は被告人の所有物であり、被告人が被告人の家に居合わせた残りの者らに自由に手にすることができるようにしていた。

[9] aa) BGHの判例においては、危険源を創出するか、維持するすべての者は、その場の状況に応じて、他人を保護するために必要な予防措置を講じなければならない (BGH, Urteil vom 13. November 2008-4 StR 252/08, BGHSt 53, 38, 41f. Rn. 16 mwN; siehe auch BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011-2 StR 295/11, NSStZ 2012, 319) ことが是認されている。当該義務は、すべての事情から判断して期待可能な措置であり、かつ、分別があり慎重な人なら他人を侵害から守るのに必要かつ十分だと考えるような措置を講じることに制限される。もっとも、刑法典13条1項にしたがって危険源の管轄から生じる結果回避義務は、危険源を開放することによって、他人の法益が侵害されうる可能性が当然ありうる根拠づけられる場合のみ存在するにすぎない (vgl. bereits BGH, Urteil vom 13. November 2008-4 StR 252/08, BGHSt 53, 38, 42 Rn.16; BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011-2

StR 295/11, NStZ 2012, 319)。どのぐらいの範囲で結果回避義務が存在するのは、危険の程度にしたがって決定される。行為の認識可能な危険性がある場合、その侵害の蓋然性および侵害の強度が大きくなればなるほど、それにしたがって、危険源を管轄する者への要求が高くなる（BGH, Urteil vom 13. November 2008-4 StR 252/08, BGHSt 53, 38, 42 Rn.16 mwN）。

[10] bb) 以上の原則に照らして判断すれば、被告人がのちに死亡するAの生命の保障人であるという事実審裁判所の法的評価は異議を差し挟む余地がない。

[11] Aによる原液のGBLの摂取よりも時間的に先行する事情から判断すると、被告人の家に居合わせたすべての者が自由に手にすることができたため、GBLの入った瓶が手に取られる可能性は当然ありうと思われる。被告人の家で過ごしていたすべての者と共に、Aもすでに昼頃には被告人の家とは違うところでGBLとは異なる中毒性のある薬物を摂取していた。被告人の家では、アルコールと様々な麻薬がさらに摂取されていた。被告人の家に居合わせた者らの、この見境のない中毒性のある薬物の摂取行為に鑑みれば、さしあたり、GBLを摂取することへの被告人の誘いに対して仲間たちの反応がなかったとはいえ、GBLを手を取る危険も当然ありうと思われる。いろいろな仲間たちが中毒性のある薬物を摂取する、そのつどの具体的な範囲と、そしてリスクを評価する能力へのそのつどの個別の影響とは無関係に、中毒性のある薬物を摂取したことによって自制心を失わせる効果が発生することは一般的によくあることである。それゆえ、事件のときまでに、居合わせたすべての者によってなされた摂取行為に鑑みて、GBLが摂取されるだろうということも予測可能な進展であった。

[12] 居合わせたすべての者が自由に手にすることができる瓶の中に入っていた原液のGBLを摂取することに伴う、摂取した者の生命および健康に対する高度な危険性を理由に、被告人に対しては、危険物を事実的に支配する所有者として、GBL摂取の生命の危険性に対処するために高度な

注意が要求されなければならない。家に居合わせている多数の者はすでに事件前からアルコールおよび様々な薬物を摂取しており、この者らが自由に手にすることができる当該瓶の置き場所に鑑みると、GBLを原液で摂取しないようにとの被告人の格別の警告はGBL摂取の生命の危険性に対処するには十分ではなかった。それゆえ、被告人は当該瓶を管轄する所有者として、この瓶を上述のように取扱うことによって、危険源を開放していた。このことが、原則として、この危険源に由来する第三者の法益に対する潜在的な危険性に、適切かつ被告人に期待可能な措置によって対処する義務を根拠づけた。

[13] b) この義務は——LGが法的瑕疵なく認定したように——後に死亡するAが被告人の格別の警告にもかかわらず、自主的にGBLを原液で摂取したことを理由にしても脱落しない。

[14] aa) 確かに、BGHの確立した判例によれば、自己答責的に意欲され、実現された自己危殆化は、当該危殆化によって被害者が認識して冒したリスクが現実化した場合には、原則として傷害罪あるいは殺人罪の構成要件に該当しない。それゆえ、このような危殆化の契機を作るか、このような危殆化を実現あるいは促進した者は、傷害罪あるいは殺人罪で有罪にはなりえない。というのも、このような者は——殺人あるいは傷害の可罰性が問題になっている限り——何ら構成要件に該当せず、同時に可罰的でない出来事としての事象に関与しているからである (siehe nur BGH, Urteil vom 28. Januar 2014-1 StR 494/13, BGHSt 59, 150, 167 Rn. 71 mit zahlr. Nachw.)。以上の原則は、故意による、自己答責的な自己危殆化または自傷の契機づけ、実現ないし促進だけではなく、過失によるこれらにも妥当する (BGH, Urteil vom 28. Januar 2014-1 StR 494/13, BGHSt 59, 150, 168 Rn. 71)。

[15] bb) しかしながら、被告人が客らの手に取れるところに無防備にGBLの入った瓶を置いたことによって直接開放した、Aの生命に対する潜在的な危険性がGBLの原液での摂取後すぐに現実化し始めたときには、死亡するAによる自身の生命の自己答責的な自己危殆化は、危険源の支

配から生じる、切迫した死の結果を回避する被告人の義務を決して否定しない。

[16] (1)BGH はすでに、保障人の行為がさしあたり、保障人が刑法典13条1項の意味で法的義務を負わなければならない単一または複数の法益を有する者にもっぱら自己答責的な自己危殆化を実現させるにすぎない場合には、保障人の結果回避義務は脱落しないとする判断を示している (vgl. BGH, Urteile vom 27. Juni 1984-3 StR 144/84, NStZ 1984, 452 und vom 9. November 1984-2 StR 257/84; im Ergebnis auch BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011-2 StR 295/11, NStZ 2012, 319)。リスク惹起に向けられた行為が不可罰だからといって、一般的ナリスクから特別な危険状況が生じる時点で行為者の保障人義務が存在することは何にも変わらないとされる。このような危険状況の発生によって、行為者は切迫する結果を回避する義務を負う (BGH, Urteile vom 27. Juni 1984-3 StR 144/84, NStZ 1984, 452 und vom 9. November 1984-2 StR 257/84; in der Sache ebenso BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011-2 StR 295/11, NStZ 2012, 319)。

[17] (2)少なくとも、——本件の事実審裁判所の認定がいうように (UA S. 22) ——被害者の行為が生命という法益に関して、(起こりえた) 自己答責的な自己危殆化につきの場合には、以上の原則が守られなければならない。刑法学で述べられている批判 (例えば, Roxin, Strafrecht, AT/1, 4. Aufl., §11 Rn. 112; Kühl in Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., Vor §211 Rn. 16; Fünfsinn StV 1985, 57f.) に反して、本件の状況下では、自己答責的な自己危殆化それ自体へのそのつどの保障人の関与を無罪とするが、該当する法益主体によって冒されるリスクの実現において刑法典13条1項に基づく可罰的な結果回避義務を認定することは評価上矛盾しない。というのも、自殺事例におけるのとは異なって、自己危殆化の事例においては、自身の法益放棄がまさに、該当者によって少なくとも本質的な部分は適切に認識された範囲で (問題となっている行為の、法益に関連するすべてのリスクの認識は要求されていない。Vgl. BGH, Beschluss vom 11. Januar 2011-5 StR 491/10, NStZ 2011, 341, 342; siehe auch BGH, Urteil vom 28. Januar 2014-1

StR 494/13, BGHSt 59, 150, 169f. Rn. 80 und 81), 自らの法益をリスクにさらしていることにつきるからである。冒されるリスクの実現の際に起こりうると認識された結果発生の甘受は, 自己危殆化の遂行と必然的に結びついているわけでは決してない (siehe insoweit auch Freund in Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., §13 Rn. 190; in der Sache anders dagegen Murmann NStZ 2012, 387, 388f.)。

[18] 自己危殆化だけを目標としていたところ, その事象が期待に反して法益喪失の方向で進展する場合, 自身の法益の(単なる)危殆化を選んだ本来の法益主体の決定は, 同時に, いまや具体的な危険がある状態に陥った法益を維持する措置の放棄を含むものではない (vgl. Freund aaO)。その際, 刑法典13条1項の一般的な原則にしたがって, 危険が切迫した法益の保障人となる者には, 実際に可能なことおよび当該保障人に期待可能なことの枠内で, 構成要件に該当する結果の発生を回避する義務が発生する。

[19] 被告人は以上のような義務を履行していなかった。というのも, 被告人はまだAの死を回避する可能性があった時点で, 生存に必要な医療処置の要請を放棄していたからである。

[20] (3)自己答責的な自殺の事例において, 自殺しようと試みていたその者の行為支配が喪失した後は, 以上とは異なることが妥当するのか (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011-2 StR 295/11, NStZ 2012, 319) は判断する必要がない。というのも, LGは, 死亡したAの自殺意思を法的瑕疵のない証拠上の評価によって否定したからである (UA S. 40)。

[21] c) 特に, 法医学上の鑑定に基づいて, 時機を失することなく医療処置を求めていれば, Aは確実性に境を接する蓋然性の程度をもって救助されえたことをLGが認定したことは法的瑕疵がない (UA S. 60-62)。

[22] d) 殺人の未必の故意に関する認定は, この故意の形態の認識的要素と意思的要素への要求を考慮した包括的な全体評価によって維持されるものである (UA S. 63, 67)。

[23] [-25] II. 判決理由 B. II .2. の事例 (2013年5月26日, 27日の事件)

での犯情の重い強盜的恐喝の未遂と所為単一の恐喝利用のための人身強取の罪による有罪判決も同様に、被告人に不利益となるような法的瑕疵を含んでいない。……

[26] Ⅲ. 同様に、法的効果に関する言渡しも法的審査に耐えられるものである。……

[27] [-31] アルコールやそれ以外の興奮作用のある薬物を過剰に摂取する傾向が被告人には欠けるとして、LGが刑法典64条にしたがって禁絶施設へ被告人を収容しなかったことは理由があり、法的瑕疵がない。……

《研究》

Ⅰ 本決定は、確立したドイツの判例によれば、被害者に自己答責的な自己危殆化が認められる場合、行為者がこれに関与したとしても不可罰とされるにもかかわらず、この自己危殆化行為への関与後に行行為者に保障人義務を認めることによって行為者が結局、不作為犯として処罰されることは矛盾しないのか、という点について、BGHの見解を示したものである¹⁾。

Ⅱ 本決定はまず、行為者には不作為による故殺の罪の成立が認められるとしたうえで、被告人には被害者の死を発生させない法的義務が存在すると述べている。ここで、ドイツ刑法典13条1項は不真正不作為犯の成立要件を規定しているが、刑法典13条1項によれば、不作為者は、「結果を発生させない法的義務がある」場合にのみ可罰的になりうる。この要件は保障人義務と呼ばれ、この保障人義務は大別すると、行為者が保護者としての保障人 (Beschützergaranter) または監督者としての保障人 (Überwachergaranter) のいずれかに該当する場合に発生する。前者、すなわち、保護者としての保障人の場合には、行為者が「法益」の管轄を有しており、

1) 本決定では、上述のように、被告人は不作為による故殺だけではなく、犯情の重い強盜的恐喝の未遂と所為単一の恐喝利用のための人身強取の罪でも有罪判決の言渡しを受けているが、これについては決定理由も割愛し、研究においても言及しない。

生じうる切迫した危険のすべてからこの法益を守らなければならない。そして、後者、すなわち、監督者としての保障人の場合には、行為者は「危険源」の管轄を有しており、これによって第三者が侵害をうけないよう配慮しなければならない²⁾。この監督者としての保障人の結果回避義務は民事判例から導入されてきたもので、刑法上も認められているものである。

本決定では、連邦通常裁判所2008年11月13日判決（倒壊事件。BGHSt 53, 38.）が援用されている。倒壊事件は、学校の建て直しをするための建築工事において、建築計画における静力学上の見積もりよりも明らかに数の少ない支柱を使用し、静力学上要求された適切な支柱を用いず、その代わりに許容重量の軽い、不適格な支柱を用いたことにより建物の倒壊事故に至り、すでに有罪判決を受けている共同被告人の指示の下、建設現場で作業していた被告人らが過失致死罪に問われた事案である³⁾。BGHは、民法上確立した判例として「危険源を創出するか、維持するすべての者は、その場の状況に応じて、他人を保護するために必要な予防措置を講じなければならない」⁴⁾ことを確認したが、こうした保護義務は発生する危険や侵害に対して絶対的に達成することはできないし、それは期待されてもいないので、この義務は「すべての事情から判断して期待可能な措置であり、かつ、分別があり慎重な人なら他人を侵害から守るために必要かつ十分だと考えるような措置を講ずることに制限されている。それに応じて、先見の明をもって専門的判断をして、他人の法益が侵害されうる可能性が当然ありうると判明して初めて、危険を回避しなかったことが責任を根拠づける」⁵⁾としている。その後、連邦通常裁判所2011年12月21日判決（クリーンマジック事件。NSTz 2012, 319.）⁶⁾でも、BGHは倒壊事件の判決

2) Hans Kudlich, JA 2012, 471.

3) 無罪判決に対する上告がなされたが無罪判決が維持されている。

4) BGHSt 53, 41f.

5) BGHSt 53, 42.

6) 被告人は被害者ともともと恋人関係にあったが、別の女性と婚約後も被害者と連絡をとっていたところ、婚約者と喧嘩してから数日間被害者の家で過ごし

文を引用しつつ、「危険源を創出するすべての者は、他人を保護するために必要な予防措置を講じなければならない」⁷⁾と述べている。そして、この保護義務は「すべての事情から判断して期待可能な措置であり、かつ、慎重な人なら他人を侵害から守るために必要かつ十分だと考えるような措置を講ずることに制限されている。他人の法益が侵害されうる可能性が当然ありうると根拠づけられる場合には、保障人によって開放された危険源に基づく危険を回避しなかったことが可罰的になる」⁸⁾というように倒壊事件の判決文とほぼ類似の表現がとられている。

また、倒壊事件の判決文では、個別事例で望まれる注意義務への刑法上の要求を決定する「糸口になるのは、そのつどの危険の大きさである。そして、行為の認識可能な危険性がある場合、侵害の蓋然性と侵害の強度が大きければ大きいほど、それだけいっそう、注意への要求が高度になる」⁹⁾と述べられている。以上のような法原則を本決定も確認し¹⁰⁾、クリーンマジック事件と同様に、GBLという危険な物質の入った瓶を被害者を含めた多数の者が自由に手にすることができる場所に置いたことによ

ている間、GBLの入った洗剤「クリーンマジック」を麻薬として代用していた。そして、被告人が被害者に婚約解消はしないことを告げると、それまでその使用を提案しても受け入れなかった被害者が自発的に「クリーンマジック」の瓶を手にとり、呼吸停止に至るほどの量を飲んだ。被告人は被害者のGBLの服用量、GBLの体内の吸収速度、服用に伴う生命の危険性を理解していた。それにもかかわらず、被害者が意識を失った後、被告人は救急医による処置を要請することはせず、被害者の死を甘受していた。仮に、被告人が即座に救急医を要請していれば、被害者は少なくとも、洗剤の服用後30分以内に救助されていた。被告人は不作为による故殺に問われ、被告人より事実誤認に基づく上告がなされたが上告は認められなかった。

7) NStZ 2012, 320.

8) NStZ 2012, 320.

9) BGHSt 53, 42.

10) もっとも、Lilie-Hutzは、危険性の程度だけではなく、所為の社会的関連—麻薬の共同での摂取—を共に考慮して評価していると述べている（Astrid Lilie-Hutz, FD-StrafR 2016, 375031.）。

て被告人は重大な危険源を創出しており、原則としてこれを理由に監督者としての保障人義務が発生することを認めた。他方、本決定は保護者としての保障人義務については特に言及していないと見る向きが多い¹¹⁾。このような見方によれば保護者としての保障人義務は、通常、先行行為に基づくことによって認められているが、GBLは日用品である洗剤（前述クリーンマジック）からも入手可能な物質であり、本件で用いられたGBLも一般的な商店において入手可能な物質とされている¹²⁾ため、これを入手することは何ら義務違反行為ではなく、GBLが麻薬法の対象から除外されていることも義務違反行為とはいえないことを裏づけていると評価されている¹³⁾。

Ⅲ 次に、BGHは、保障人義務が被害者の自己答責性によって否定されるかどうかを吟味している。その際、そもそもどのような要件で自由答責性が前提とされてよいのかについて議論がある。少数説は、責任阻却規定の基準（刑法典19条、20条、35条、少年法3条）を適用する（責任阻却による解決）。その基準によれば、成熟していない少年、精神病患者、精神的に重い障害を抱えている者および刑法典35条によって捕捉される緊急避難状況にある者のみ自由答責的な意思決定が欠けることになる。したがって、本決定における被害者は自由答責的に行為している者として位置づ

11) Christian Jäger, JA 2016, 393.; Anja Schiemann, NJW 2016, 178.: これに対して、Herbertz は日用品は危険源にならないので危険源の支配に基づく保障人的義務は生じないとしており、本決定もクリーンマジック事件も、被告人の責任を根拠づけるために、被告人の先行行為が共に考慮されていると述べている（Lara Herbertz, JR 2016, 548f.）。すなわち、本決定では被告人自身の摂取行為と他の仲間らへのGBLを摂取しようとの被告人の提案であり、クリーンマジック事件では被害者へのGBLを摂取しようとの被告人の提案である。

12) Jäger, a.a.O. (Anm.11), S. 393.

13) Jäger, a.a.O. (Anm.11), S. 393.; Herbertz, a.a.O. (Anm.11), S. 549.: なお、クリーンマジック事件の評釈ではあるが、Heckerは、先行行為に由来する保護者の保障人義務の場合と異なって、危険な物の事実上の支配から生じる監督者の保障人義務の場合には、違法な麻薬であるかどうかは重要ではないとしている（Bernd Hecker, JuS 2012, 756.）。

けられるだろう。そして、被告人には（支配的見解によれば）被害者の死は答責されえないという結論になる。これに対して、自由答責性の認定基準に関する支配的見解は、責任阻却規定以外に自己の法益放棄の有効性に妥当する、承諾に関する規定も援用する（承諾による解決）。承諾による解決は、自由答責性の認定に対して、責任阻却による解決よりも高い要求をするので、この解決は責任阻却による解決よりも関与者を可罰的と判断しやすくなる¹⁴⁾。

さて、このような被害者の自己答責性に基づく行為が認められた場合にこの行為に関与した場合の被告人の責任について判断を示したものとして、本決定が引用している連邦通常裁判所2014年1月28日判決（Take-Home 事件。BGHSt 59, 150.）がある。Take-Home 事件は、医師としてアヘン中毒の補充治療を行っていた被告人は、いわゆる Take-Home 処方¹⁵⁾によって、アヘンの代わりにメタドンとレボメタドンという補充治療薬を処方したが、当該処方をする際に求められる要件に合致せずにこれらを処方していたことと、処方を受けた患者の1人が1日の服用量を守らず過剰摂取によって死亡したことから、被告人が麻薬法違反および過失致死罪に問われた事案である。BGHは「……自己答責的に意欲され、実現された自己危殆化は、当該危殆化によって被害者が認識して冒したりリスクが現実

14) Hecker, aa.O. (Anm.13), S. 755f. Heckerによれば、承諾による解決を支持する理由は、自身の生命の処分に対して、傷害への承諾や要求に基づく殺人における自殺意思の「真摯性」よりも低い要求が立てられてはならないということである。

15) 1週間分の薬の処方箋が患者に交付される。同時に、メタドンは患者の自己答責的な服用に委ねられている。また、この処方をする際には、患者が安定した思考の持ち主であることが要件とされており、医師は、許容されていない麻薬からメタドンまで、患者が追加的に服用しうる付加摂取のコントロールをするが、本件では、被告人はこれまでの診察や種々の薬物テストなどによって患者の性格が安定していないことを分かっており、付加摂取のコントロールも欠けていた。患者が死亡した事件（被告人は、複数の事件で起訴されており、患者が死亡していない事件もある。）においては、通常メタドンの処方前において行われている患者との個別の面会もなかった（BGHSt 59, 152.）。

化した場合には、原則として傷害罪あるいは殺人罪の構成要件に該当しない。それゆえ、このような危殆化の契機を作るか、このような危殆化を実現あるいは促進した者は、傷害罪あるいは殺人罪で有罪にはなりえない。というのも、このような者は——殺人あるいは傷害の可罰性が問題になっている限り——何ら構成要件に該当せず、同時に可罰的でない出来事としての事象に関与しているからである。以上の原則は、故意による、自己答責的な自己危殆化または自傷の契機づけ、実現ないし促進だけではなく、過失によるこれらにも妥当する¹⁶⁾として、本決定と全く同様の表現で、すでに Take-Home 事件の時点で確立していた判例を確認している¹⁷⁾。この点については、学説上も、意見の一致が見られるところである¹⁸⁾。そのため、本件でも、被告人が警告したにもかかわらず、被害者は自ら GBL を原液のまま飲んだことから、被告人は自己答責的な自己危殆化に関与しただけで有罪とはなりえず、保障人義務も生じないのではないかということが問題となる。

この点について、すでに連邦通常裁判所1984年6月27日判決（ヘロイン譲渡事件1。NSTz 1984, 452.）で BGH は判断を示している。ヘロイン譲渡事件1は、被告人がAの家で自身が持っていたヘロインを被害者と共に摂取し、加えて被害者は持参していた大麻入りのタバコを吸ったところ意識を失い、被告人らが素人なりの応急処置をした後も意識を失ったままだったにもかかわらず、被告人は救急医を要請せず、Aが救急医を呼ぼうとする提案にも反対し、被害者を死亡させたため¹⁹⁾、許容されていない薬物所持、薬物譲渡、薬物取引の罪のほか、不救助罪に問われた事案であ

16) BGHSt 59, 167f.

17) Take-Home 事件で確認されている、本文と同旨の内容は、すでに BGH によって繰り返し述べられている（例えば、BGHSt 32, 262 [263f.]; BGHSt 46, 279 [288f.]）。

18) Janique Brüning, ZJS 2009, 194.

19) 被害者はヘロインを摂取する前に、被告人以外の他の仲間と共にAの家でアルコールを飲み、大麻入りのタバコを吸い、バリウムを含む大量の錠剤を服用していた。被害者の死亡の原因となったのは、呼吸麻痺および意識喪失に起

る。ここでは、提供したヘロインを使うかは被害者の意思に委ねられており、被害者は自分の意思でヘロインを自ら摂取している（自由答責的な自己危殆化行為）ので、被告人はこれに関与しているだけにすぎず、被告人の罪責を不救助罪として評価したLGの見解に反して、BGHは被告人を過失致死罪の観点で審査しなかったことに法的瑕疵があると述べ、「被告人の作為義務は、被告人がさしあたり、その行為によって、被害者の合意の上で被害者が自己危殆化するのを可能にただけにすぎないことと矛盾するものではない。当該リスクを惹起するこの行為が不可罰だからといって、当該リスクが明らかに実現された時点での保障人義務が根拠づけられることは否定されない」²⁰⁾としており、自己答責的な自己危殆化への関与が結果回避義務を否定することにはならないことを示している。このことは、連邦通常裁判所1984年11月9日判決（ヘロイン譲渡事件2。BGHSt 33, 66; NStZ 1985, 319.）²¹⁾でも確認されている。すなわち、BGHは「被告人がまずさしあたり、自己の行為によって、——被害者の合意の下で——

因する、急激に進行した重大な肺炎の結果としての心不全と循環不全であるが、これらは、上述の飲酒と錠剤の服用と協働したヘロインの混合物の吸引によって惹起された。被害者は、医師による処置があれば救助されえたことも認定されている。

20) NStZ 1984, 452.

21) 被告人らは被害者にヘロインを手渡し、その際、被告人は自らの経験から、ヘロインは水で割らないと、強い作用をもつと助言した。そして、被害者はヘロインをクエン酸に溶かして、混合物を注射した。それから間もなくして、被害者は意識を失った。被告人らが行った蘇生の試みが失敗した後、被告人らは医師に診せずに、果樹園まで被害者を車で運び、車の運転席に被害者を乗せて成り行きに任せようと決め、そのまま被害者は死んだが、その原因には注射されたヘロインが少なくとも共に原因となっていた。LGは、被告人を、2件の麻薬取引と運転許可なしでの運転を理由に有罪としたが、2件の麻薬取引のうち1件は麻薬譲渡による他人の死の軽率な惹起との所為単一が認定されていたところ、軽率性は認められずこの点が破棄され、上告が一部認められた。これに対して、BGHは、意識を失ってからすぐに医師に診せれば必ず被害者は救助されえたことを認め、被告人を過失致死罪に問うている。

被害者が自己答責的に自己危殆化するのを可能にただけにすぎないことは被告人の作為義務と矛盾しない。当該リスクを惹起するこの行為が不可罰だからといって、行為者にとって、一般的ナリスクから特別な危険状況が発生した時点で保障人的義務が生じることに何ら変わりはない²²⁾と述べており、これらの判決では、違法なヘロインの譲渡から被害者を意識喪失状態にさせ、死の危険を発生させており、違法なヘロインの譲渡という先行行為に基づく保護者としての保障人義務が認められているといえる²³⁾。

この点について、先行行為に基づく保護者としての保障人義務ではなく、本件と同様に、危険源を創出したことによる監督者としての保障人義務が問題となる先程のクリーンマジック事件²⁴⁾においては、BGHは、自己答責的な自殺、すなわち、自己答責的な自己侵害の有無のみを問題としている。すなわち、「真摯に述べられ、かつ自殺するという被害者の自己答責的な決定が欠ける場合、保障人による死の不阻止は、不作為による故殺として有罪判決が言い渡されなければならない²⁵⁾と述べられており、この判決の趣旨としては、本決定も言及しているように、結論として自己答責的な自己危殆化の場合には、不作為による故殺の責任、すなわちその発生根拠となる保障人義務を否定するものではないという上述の判旨(NStZ 1984, 452.; NStZ 1985, 320.)と同旨と思われる。もっとも、本判決(クリーンマジック事件)では、被害者の行為は自己答責的に行われた自殺と認められておらず、自己答責的な自己危殆化行為について直接は言及されていない。そのため、本決定によって、自己答責的な自己危殆化への関与が認められた場合であっても、監督者としての保障人義務は否定されないことが明確に述べられたことになる。

22) NStZ 1985, 320.; もっとも、BGHSt 33, 66f. では本文の引用部分は割愛されている。

23) Jäger, a.a.O. (Anm.11), S. 393.

24) Hecker, a.a.O. (Anm.13), S. 756.

25) NStZ 2012, 320.

さらに、本決定は、自己答責的な自己危殆化への関与は無罪だが、この関与後に行為者に保障人義務を認めて保障人義務から由来する不作為による犯罪で行為者が有罪となることは矛盾しないことについて、クリーンマジック事件と異なり、自己答責的な自己危殆化への関与は無罪であるという抗弁に積極的に取り組んでいることが重要である。というのも、学説上は、自己答責的な自己危殆化が認められる場合には、作為義務も否定すべきであるとする見解も有力に主張されているからである。被害者の自己答責的な自己危殆化それ自体への保障人の関与、例えば、積極的な自傷の促進は無罪になる一方で、被害者によって冒されるリスクが実現した場合において、行為者に刑法典13条1項に基づく可罰的な結果回避義務を認定すること、例えば、自己答責的な自己危殆化行為に関与した後に救助措置をとらないことが可罰的になるのは法的評価の上で矛盾するというのである。自己危殆化の観点は答責的でなければならないとされ²⁶⁾。また、危険を惹起する行為の義務違反性ではなく、危険を惹起したことの義務違反性が重要であり、殺人罪および傷害罪の保護目的は故意による自己危殆化や答責的な自己危殆化の回避を目標としていないので、被告人には義務違反性が欠けるとして、自己危殆化の場合には義務に反する危険創出が存在しないことを考慮していないとの批判もある²⁷⁾。このような立場によれば、本決定において被告人は323条cに規定されている不救助罪が認められることになる。

Ⅳ 本決定は、学説上議論されている被害者の自己危殆化における保障人義務について判断を示した。本決定は、これまでの判例と異なり、先行行為に基づく保障人義務ではなく、危険源を創出したことに基づく保障人義務について、原則として行為者を不可罰にすると考えられている、被害者による自己答責的な自己危殆化への関与が認められたとしても、これによって保障人義務は消失しないことを明確に認めたものである。さらに、

26) Jäger, a.a.O. (Anm.11), S. 394.; Schönke/Schröder/Stree/Bosch, StGB, 29. Aufl. 2014, StGB §13 Rn. 50a.

27) Claus Roxin, NSTZ 1985, 321.; Schiemann, a.a.O. (Anm.11), S. 178.

両者が矛盾しないことについて理由を述べ、学説上述べられている批判と向き合ったことに意義がある。加えて、本決定でクリーンマジック事件の参照を指示して、自己答責的な自己侵害、すなわち、自己答責的な自殺が認められた場合には、保障人義務を否定する余地があるかを判断する必要はないと付随的にコメントしている点も示唆的である。我が国においても、被害者の態度（承諾）が行為者の罪責に影響を及ぼす範囲をめぐって、自己危殆化と他者危殆化との区別に関するドイツの議論について言及する文献が散見され²⁸⁾、この区別を我が国でも採用するかが検討されている。そのような中で本決定は、自己危殆化への関与後に行為者が有罪となることがありうるのかという問題や先の区別の意義それ自体を考えるうえで参考になると思われ、紹介した次第である。

28) 佐藤厚志「過失犯における危険の引受けの意義(1)」阪大法学第61巻第1号(2011年)190頁以下、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』(2004年)177頁以下、田中優輝「被害者による危険の引受けについて(2)」法學論叢第173巻第4号(2013年)57頁以下、東雪見「法益主体の危険引受け(2・完)」上智法學論集第47巻第3号(2004年)93頁以下、吉田敏雄「被害者の自己答責的自己危殆化、承諾及び推定的承諾(1)」法學研究第52巻第2号(2016年)189頁以下など。