

行為者の自己危殆化と殺人罪の故意

——ドイツの無謀運転事例をみて——

鈴木 彰 雄

- 一 問題提起
- 二 「ベルリン事件」の紹介
- 三 ドイツの学説と判例
- 四 争点の検討
- 五 むすび

一 問題提起

危険な自動車運転により人を死傷させた運転者については、過失運転致死傷罪または危険運転致死傷罪の適用を検討するのが一般的であるが、近時、被害者が死ぬかもしれないという認識があれば、事案によっては殺人（未遂）罪

行為者の自己危殆化と殺人罪の故意（鈴木）

の適用も可能ではないかという議論がある⁽¹⁾。もっとも、危険な運転により人を死亡させた事例においては、運転者自身にも死に至る危険があったと思われるケースが少なくないことから、殺人罪を適用するとしても、その故意の認定に当たって、被害者に死の結果を生じさせることの予見のみならず、行為者による自己危殆化の認識も併せて考慮しなければならぬであろう。なぜならば、自己の危険な運転により人の生命に対する客観的な危険が生じていることは知っていたが、ひとたび事故を起こせば自分も死ぬであろうと思っていた場合、すなわち行為者が被害者と一蓮托生の関係にあると思っていた場合には、人に死の結果を生じさせることの認識・認容があったとはいえないのではないか、という疑問が生ずるからである。

この問題について、ここ数年のドイツの判例の中に、公道での無謀な自動車運転により人を死亡させた事案について、殺人罪の未必の故意が認められるか否かが争われたケースがあり、学説においても多様な意見が表明されていることから、本稿ではそれらの議論を手がかりにして、どのような場合に殺人罪の故意を認定することができるかを考えてみたい⁽²⁾。

BGH（ドイツ連邦通常裁判所）第四刑事部は、二〇一八年三月一日、この問題が争われた三件の無謀運転の事案について上告審としての判断を示した。

① 「ベルリン事件」⁽³⁾

被告人兩名は、互いに面識はなかったが、二〇一六年二月一日の夜、たまたま遭遇したベルリン市内の目抜き通りの交差点において、同地点から二・五キロメートル先の目的地までオートレースを行う旨の合意に達し、各自の乗用

車で赤色信号を無視しつつ相前後して高速度で走行したところ、目的地の手前の交差点において、そのうちの一台が、青色信号に従って交差点内に進入してきたジープと衝突してその運転者を死亡させるとともに、同被告人の同乗者とたまたまその近くにいた歩行者に傷害を負わせた。

これについて検察官が、被告人兩名は殺人罪の未必の故意をもって、「公共に危険を生ずべき方法」によりジープの運転者を死亡させたとして、謀殺罪（ドイツ刑法二二一条）の適用を求めて起訴したところ、原審のベルリン・ラント裁判所はその主張を認めて被告人兩名に終身自由刑を言い渡したが、BGHはこれを破棄して原審に差し戻した。

② 「ブレイメン事件」⁽⁴⁾

被告人は、日ごろからオートバイに乗ってブレイメン市内を高速度で走行し、ヘルメットに装着したカメラで撮影した画像とマイクで収録した自己の侮蔑的なコメントをYouTubeに掲載していた者であるが、二〇一六年六月一七日の夜、同市内でオートバイ（最高出力は二〇〇PS）に乗り、制限速度が時速五〇キロメートルの道路を時速一五〇キロメートルにも達する高速度で走行し、他の道路との合流地点の手前で、対面する信号機が青色から黄色に変わったにもかかわらず時速九五キロメートルで進行したところ、折から赤色を表示していた歩行者用信号を無視して横断していた七五歳の歩行者——同人の血中アルコール濃度は少なくとも一・二パーミルであった——を発見して急ブレーキをかけたが間に合わず、少なくとも時速六三キロメートルの速度で同人に自車を衝突させ、これにより同人を死亡させた。

これについて原審のブレイメン・ラント裁判所は、被告人に自己危殆化の認識があったことを理由のひとつとして殺人罪の故意を認めず、過失致死罪と故意による道路交通の危殆化の罪等により二年九月の自由刑を言い渡した。検

「察官は殺人罪の適用を求めて申告したが、B G Hはこれを認めず原判決を支持した。

③ 「フランクフルト事件」⁽⁵⁾

本件当時少年であった被告人は、二〇一五年四月二二日の夜、フランクフルト市内で乗用車 (BMW 330d) に乗り、制限速度が時速七〇キロメートルの道路の交差点に赤色信号を無視して時速約一四二キロメートルで進入したところ、対向車線から青色信号に従って交差点内に進入してきた被害者の乗用車 (Audi A4) と衝突して同人をその場で死亡させた。

これについて原審のフランクフルト・ラント裁判所の少年法廷は、被告人の自己危殆化を考慮して殺人の未必の故意を否定し、被告人に他の罪と併せて三年の少年刑を言い渡した。検察官が殺人罪の適用を求めて申告したところ、B G Hは、被告人が二か所の赤色信号を無視して走行していたこと、制限速度を大幅に超過していたこと、同交差点の信号はすでに七秒間にわたり赤色を表示していたことなど「著しく無謀な」運転をしていたこと、被告人自身は軽傷を負うにとどまったこと等の客観的事情をあげて、原判決の証拠評価には疑問があるとしてこれを原審に差し戻した。

以上の三件の裁判例は、未必の故意と認識ある過失の区別について、いずれも同じ問題に直面していると思われるので、以下においては、この中でもっとも議論の多い「ベルリン事件」の事案と判旨をやや詳しく紹介したうえで、その区別をめぐる問題点を考えてみたい。

二 「ベルリン事件」の紹介

(1) 事実の概要

原審のベルリン・ラント裁判所が認定した事実の概要は次のとおりである⁽⁶⁾。

被告人となるNとHの両名は、いずれも日ごろから公道でのオートレースを好んで行っていた者であるが、二〇一六年二月一日の夜、それぞれ高性能の乗用車に乗って——Nは Mercedes-Benz AMG CLA 45 H は Audi S6 TDI 3.0 Quattro——ベルリン市の中心部にあるクアフルステンダム通り（以下「クーダム」という）を同じ方向に向かって走行していた。Nの乗用車の助手席には付帯私訴人となるK女が乗っていた。NとHがアデナウアー広場の交差点で赤色信号により停止したときに、HがNの乗用車のK女に気づき、大きなエンジン音を発してオートレースをしようというサインを送った。NとHは短い言葉をかわし、身振りとアクセルの操作により、他車の往来があつたにもかかわらず、クーダムとタウエンツィーン通りを走行してオートレースをする旨の合意に達した。彼らはタウエンツィーン通りとニュルンベルク通りの交差点にあるデパートをゴールとしたが、その地点に至るまで一一か所の信号のある交差点を通過して二・五キロメートルの距離を走行しなければならなかった。

この合意に基づいて、Hはできるだけ速く走行してNより先にゴールできるように「赤色信号を無視して」高速

度で走行した。Nは最初の二か所の赤色信号では停止したが、その後はHより先にゴールするため、明らかに制限速度を超える速度で、Hと同様に「赤色信号を無視して」Hを追いかけた。Nは遅くとも地下鉄のウーラント通り駅の上方でHに追いついた。

そのとき、クータムの歩行者用の安全地帯 (Mittelinsel) にいた二人の歩行者が車道を横断しようとしていたが、NとHの乗用車に轢かれないように急いで地下鉄入口の手すりの後方へ退いた。二台の乗用車の速度はこの時点で明らかに時速一〇〇キロメートルを超えていた。NとHはブライトシャイト広場のカーブでは制限速度の範囲内で走行したが、タウエンツィーン通りとランケ通りの交差点のカーブに設置された信号機では赤色信号を無視して走行した。Hはカーブの出口で、その時点で先行していたNにふたたび追い付くために加速したので、同車の速度は時速一〇〇キロメートルから一五〇キロメートルに達していた。Nは二本の追越車線の左側を、Hはその右側を走行し、タウエンツィーン通りとニュルンベルク通りの交差点を赤色信号を無視して通過しようとした。その地点の制限速度は時速五〇キロメートルであったが、NとHが赤色信号の交差点内に進入したとき、Nが数メートル先行して時速一三九キロメートルから一四九キロメートルの速度であり、後続のHは少なくとも時速一六〇キロメートルから一七〇キロメートルの速度であった。

NとHは「遅くともその時点で」、ニュルンベルク通りを青色信号に従って合法的に交差点内に進入してくる車両の運転手とその同乗者が衝突によって負傷することのみならず、高い蓋然性をもって死に至るであろうことを認識していた。他人——とNの乗用車の助手席に乗っていたK女——の身体の傷害については、彼らは意に介していなかった (negligence)。彼らは交差点内で他人の乗用車と衝突するか否かを偶然に委ねていた。彼らは他

の交通関与者や交差点の近くにいる人が飛散した事故車の破片によって負傷し、あるいは死亡するであろうことを、やむをえなく (billigend in Kauf nehmen) と思つていた。

Hは、その交差点で——「適切なハンドル操作をすることはまったくできなかった」——ニュルンベルク通りからNとHの運転方向に向かつて右側から規則に従つて青色信号の交差点内に進入してきた被害者となるWのジープ (Wrangler) と衝突した。さらに、Hの乗用車は左側へ回転し、Hと並走していたNの乗用車と衝突してから、時速一四〇キロメートルで植え込みに衝突した。Nが運転していた乗用車も正面から植え込みに衝突した。Wのジープは衝突の衝撃で空中へ跳ね上げられ、これによりWは重傷を負い、間もなくその場で死亡した。Nの乗用車の助手席に乗っていたK女も二日間の入院を要する傷害を負った。また、歩行者の女性一名が飛んできた車の部品によって頭部に数センチメートルの切傷を負った。しかし、HとNは軽傷を負うにとどまった。

(2) 原判決の理由

これについてベルリン・ラント裁判所は、二〇一七年二月二七日の判決で、被告人兩名に対して、共同正犯として行った謀殺罪 (ドイツ刑法二二一条)、危険な傷害罪 (同法二三一条一項、二三四一条二号・五号) および故意による道路交通の危殆化の罪 (同法三二五c条一項二号a)・d) の所為単一により終身自由刑を言い渡した。さらに、被告人兩名の運転免許を剥奪してその免許証を没収するとともに、被告人兩名に対して終身にわたつて新たな運転免許を交付しないよう行政官庁に通告した。このうち、謀殺罪の未必の故意については大要次のような判断を示した。⁽⁷⁾

B. 被告人兩名は殺人の未必の故意をもって行為した。

I. 未必の故意と認識ある過失は次に区別される。すなわち、認識ある過失により行為する者は、起りうると思つた結果を良しとせず、それゆえ結果の不發生を信じていた者であり、未必の故意により行為する者は、有害な結果の發生をやむをえないと思ひ、あるいは少なくとも構成要件の実現を受け入れるという態様で、その結果の發生を了解した者である。きわめて危険な暴力的行為を行った場合には、被害者が死に至るであろうことをその行為者が予想し——それにもかかわらずその行為を続けたことにより——そのような結果をやむをえないと思つたことが明らかである。したがつて、暴力的行為がもつ生命に対する高度で明白な具体的危険は、その故意の二つの面「知的要素と意思的要素」において、殺人の未必の故意を示す重要な徴表である。もつとも、個々の事例においては、自己の企図によつて人の生命が危殆化されることについてすべての事情を認識しているにもかかわらず、たとえば情動やアルコールの影響による精神の障害があつたために、行為者が人を死に至らせる危険を認識していなかつた場合（知的要素の欠如）、あるいは自己の行為の客観的な危険を認識していたにもかかわらず、死の結果は発生しないであろうと漠然としてではなく真剣に信じていた場合（意思的要素の欠如）には、未必の故意が認められない場合がある。この二つの要素は、事実に基づいて相互に区別して検討されなければならぬ。とりわけ殺人罪や傷害罪においては、未必の故意か認識ある過失かを検討するには、客観的行為事情と主観的行為事情のすべてを全体的に考察することが必要であり、特に故意の意思的要素を評価する際には、事実審の裁判官が行為者の人格を分析し、行為時の精神状態ならびにその動機付けと、行為事象にとつて重要な諸事情——とりわけ具体的な侵害態様——を併せて考察することが必要である。

行為者が被害者の死を追求していたとはいえなくとも、これを受け入れていたのであれば、その結果について無関心であっても殺人罪の未必の故意を認めることができる。殺人罪の未必の故意をもって行為する者は、殺人の動機をもっているのではなく、それ以外の行為への衝動に従っているのである。「このような場合には」望ましくない結果であっても、その結果をやむをえないと思っていたと評価することは妨げられない。

Ⅲ. 5. 被告人兩名は、これまでに賭け金を得、自分をアピールし、あるいは自車の性能を誇示するために度々オートレースを敢行して制裁を受けてきた運転者であるが、犯行当時、各自の乗用車でベルリンの幹線道路の上記の距離を走行した。……こうした行為はどのように考えても、第三者のみならず自分をも死傷させかねない無謀な行為である。その具体的な運転態様と行われた場所をみれば、重大な交通事故が生ずる高度の蓋然性があったことは明らかである。……したがって、本件のすべての諸事情を全体的に評価すれば、未必の故意の認識的要素があったと認められる。なぜならば、実行行為に著しい危険性があれば、いかなる交通関与者も、したがっておよそ精神の障害のない被告人兩名も、そのような行為が死の結果をもたらしうることを認識していたといえるからである。

6. a) 被告人兩名は、死に至る構成要件実現を受け入れ、生命に対する明白で具体的な高度の危険を認識しつつ創出し、認識した結果発生の可能性に対して無関心な態度をとったのであるから、彼らの動機づけを基礎にすれば、きわめて重大な結果が生じてもやむをえないと思っていたといえるのであって、その際に彼らは死の結果を望んでおらず、殺人の動機ももっていなかったが、右に述べた行為への衝動に従ったのである。さらに、……彼らが維持した事故に至った速度をみれば、それは単なる過失行為にとどまるものではない。……被告人兩名は

行為時において、すべてうまくいくであろうと本心から信じていたとはいえず、タウエンツィーン通りとニュルンベルク通りの交差点内に進入した時点で、優先権のある車両と衝突し、その乗員が避けられない衝突によって死に至るか否かを偶然に委ねたのである。

d) aa) …… 第三者に対する致命的な事故が起こるかもしれないという認識は、通常、自分自身も致命傷を負うかもしれないという認識を含んでおり、そのため行為者は一種の「カミカゼ的立場」に置かれていることになる。…… 行為者は原則として自分の「神聖な宝」ともいうべき自車が損害を被ることを望まない。しかし、これに対して次のように反論することができる。すなわち、本件で問題になったモータースポーツで用いられる乗用車は、特別な安全感を与えてくれる。そのような乗用車の運転者は、数トンの重量があり、強い加速力を持ち、総合的な安全技術を備えた車の中で、戦車や城塞の中にいるのと同じように強力かつ圧倒的に保護されていると感じており、自分自身にはいささかの危険もないと思っていたのである。〔以下省略〕

公道における無謀な運転から生じた死亡事故に殺人罪を適用することができるか否かについては、本件が起訴される前からすでに議論されていたが、殺人罪を認めた前例はなく、有罪とされた被告人も比較的軽い刑で処断されていたことから、⁽⁸⁾ 本判決は大きな社会的反響をよび、刑事法学者や実務家からも様々なコメントが寄せられた。⁽⁹⁾ しかし、この原判決は被告人両名の上告により事実認定とともに破棄され、管轄するラント裁判所の刑事部へ差し戻された。

(3) B G H の判決理由

BGHが原判決を破棄した理由は次のとおりである。

II. 被告人両名の上告はまずもって事実誤認の点について認められるので、手続上の非難を問題にする必要はない。

1. 認定された事実から、すでにして故意による殺人罪を理由とする有罪判決を維持することはできない。

刑法一六条一項によれば、故意行為を理由とする有罪判決の前提となるのは、行為者が構成要件に属する諸事情をその行為時に認識していることである。これによれば、故意は犯行結果に至る行為の時点に存在していなければならぬ。行為者がそののちになって初めて故意をもった場合（事後の故意）には、故意行為を理由とする有罪を認めることはできない。行為の遂行時に故意が存在しなければならぬということから、表象され可能だと思つた態様で構成要件の結果——殺人罪では死の結果——を惹起する行為を、犯行の決意が生じたのちに行つた者だけが故意犯として可罰的となる、ということが導かれる。原判決からは、それが被告人両名の行為に当てはまるとはいえない。むしろその逆である。

ラント裁判所は——「遅くともその時点で（…）」という言葉を用いていることから明らかのように——被告人両名がタウエンツィーン通りとニュルンベルク通りの赤色信号の交差点に進入した時点ではじめて殺人罪の未必の故意をもつたと認定した。この認定は原判決の他の箇所でも修正されておらず、むしろ繰り返し確認されている。このことから同時に明らかになるのは、ラント裁判所は、被告人両名がその運転の結果となる他の交通関係者の死を、交差点内に進入する前の時点ですでに可能なものとして認識しつつかむをえないと思つていたこと

について確信をもっていなかったということである。もつとも、被告人兩名が交差点内に進入した時点ではじめて殺人罪の故意をもつたとすれば、彼らがこの時点以降になお死亡事故の原因となった行為を行い、あるいは事故を回避するために必要な行為を行わなかった場合にかぎり、故意の殺人罪を理由とする有罪を認めることができる。

しかしラント裁判所は、事故の原因となる被告人兩名の行為が殺人罪の故意をもって行われたことを認定しなかった。むしろラント裁判所は、事実関係の説明においても判決文のその他の箇所においても、被告人兩名は交差点内に進入した時点ではすでに衝突を回避する可能性をもっていなかったと述べている。たとえば、ラント裁判所は被告人Hについて、この時点で「なおハンドルを操作すること」は「まったくできなかった」と認定している。原判決の他の箇所でも、「被告人兩名はその行為、特にその速度から、ハンドルを操作する可能性をまったく奪われて」おり、「交差点内に進入した時点では」「客観的にも回避行為を行うことは…もはやできなかった」「であろう」と指摘している。これによれば、事故の発生にとって重要な諸事情、とりわけ衝突が避けられない速度に達していたことと、赤色信号にもかかわらず交差点内に進入したことは、被告人兩名が——認定された事実によれば——殺人罪の故意をもつたとされる時点より前にすでに存在し、不可逆的に進行していたことになる。殺人罪の故意をもつた時点と時間的に重なり、あるいはこれと相前後する被告人兩名の事故の原因となった行為を、原判決から導き出すことはできない。死に至る衝突がもはや避けられなくなった時点以降に殺人罪の故意があったことは、故意の殺人罪を認めることにとって無意味である。

2. さらに、ラント裁判所が未必の故意を認める理由となった証拠の評価は、上告審の検討の範囲が限られていることを考慮しても、法的な検証に耐えられない。

a) 法的な観点で見ると、恒常的な判例によれば、未必の故意が認められるのは、行為者が死の結果を自己の行為のありうる結果として、すなわちまったくありえないとはいえない結果として認識し（知的要素）、かつ、行為者にとって結果の発生はどのようなよい（gleichgültig）、あるいはそれ自体としては望ましくないものであっても、これを是認して（billigen）、あるいは追求する目的のために少なくとも死の結果の発生を受け入れた（sich abfinden）（意思的要素）という場合である。これに対して、認識ある過失が認められるのは、行為者がありうると思った構成要件実現に同意することなく、構成要件の結果が生じないであろうとことを、単に漠然とではなく真剣に信じていた場合である。

b) 行為者がこれらの法的基準に照らして未必の故意をもって行為したか否かは、この二つの要素について証拠評価の枠内で包括的に評価され、事実認定によって証明されなければならない。

故意が認められるか（認識ある）過失が認められるかの検討については、とりわけ殺人罪や傷害罪においては、すべての客観的行為事情と主観的行為事情を全体的に観察することが必要であり、その際に、とりわけ故意の主意的な要素を評価する際には通常、事実審の裁判官が行為者の人格を検討し、その者の行為時の精神状態、動機および行為事象にとって重要な諸事情——とりわけ具体的な侵害態様——を併せて考慮することが必要となる。そこでは、実行行為の客観的危険性が、未必の故意の知的要素にとっても意思的要素にとっても重要な徴表となる。しかし、実行行為の危険性と結果発生の蓋然性の程度は、被告人が未必の故意をもって行為したか否かの判

断にとつて、それだけで重要な諸基準となるものではない。むしろ、高度に危険な行為が行われた場合でも、個々の事例の諸事情が重要な問題になる。その際に事実審の裁判官は、個々の事例において考慮される、故意の存在を疑わせる諸事情を含めて考察しなければならない。

c) 原判決は、故意を認めることに批判的な重要な観点、すなわち他の車と衝突した場合には被告人自身が危殆化されうるといふ観点を、法的に維持しうる方法で検討しなかつたのであるから、原審の刑事部の証拠評価はこれらの要件を正しく評価しなかつたことになる。

aa) 行為者が——本件のように——明白に自己を危殆化した諸事例においては、次のような諸原則を前提とするべきである。すなわち、たしかに、他人を危殆化する行為の遂行が自己危殆化を伴う場合には殺人の故意を認めない、という原則はない。しかし、最初から他人の侵害や事故の惹起を企図しているとはいえない道路交通における危険な行為態様については、行為者がそのように認識した自己危殆化があれば、行為者は事故の不発生を信じていたとすることができる。したがつて、事実審の裁判官は、そのような状況が認められる場合には、行為者からみて自己の行為に基づいて自己自身の身体の完全性について（も）危険が切迫しているか、またどの範囲で切迫しているかを、個別の事例に即して検討しなければならない。そのための重要な徴表は、客観的な行為事情、すなわち行為者の側で用いた交通手段と具体的に切迫した事故状況から生じうる。すなわち、行為者自身に乗っているのが乗用車かオートバイか、切迫している衝突の相手が歩行者かオートバイか、あるいは他の乗用車かトラックかが、自己危殆化についての行為者の表象の内容に様々な影響を与えうるからである。

bb) 原審の刑事部は、本件の事象を評価する際に、乗用車に乗っていた被告人兩名は自分の身は安全だと思つ

ていたという前提に立って、事故が起きたら自分が危殆化されるかもしれないという観点を、すでに最初から重視しなかった。

(1) しかし、ラント裁判所はこの点について、法的に瑕疵のある方法で、存在しない経験則を決定的な拠り所としたのであるから、被告人兩名にそうした安全感があったと認めたことは、それだけですでに支持しうる根拠をもたない。

原判決は、被告兩名と同じ立場にある交通関与者は原則として自己の危険を考慮していないという仮定に基づいている。これについて原審は、「本件で問題となったモータースポーツで用いられる乗用車」は「特別な安全感」を与えてくれる。「そのような乗用車の運転者」は「数トンの重量があり、強い加速力を持ち、総合的な安全技術を備えた車の中で、戦車や城塞の中にいるのと同じように強力かつ圧倒的に保護されている」と感じており、「自分自身にはいささかの危険」もないと思っていた、と述べている。しかし、一定の車種の車に乗っている一定のタイプの自動車運転者が原則として自分は安全だと感じ、自分の身体的安全性にはいささかの危険もないと思っている、という経験則は存在しない。さらに、被告人兩名について具体的にそうした表象があったという証明もない。本件において客観的に切迫した事故状況——市内の交差点での他の乗用車との衝突すること、あるいは判決理由が述べているように、少なくとも時速一三九キロメートルないし一六〇キロメートルでバスと衝突すること——をみれば、それは自明のことではない。

(2) さらに、原判決の認定の基礎には、被告人兩名が行った行為の危険性の評価について矛盾する認識がある。すなわち、原審の刑事部は一方で、被告人兩名は自己の車に乗って安全だと感じ、自己の危険はまったく考

えていなかったという前提に立ちながら、他方で、被告人兩名は付帯私訴人K女の傷害については故意をもち、しかも危険な道具を用いて、生命を危殆化する操作によってそのような行為を行い、さらにK女が「致命的な傷害を負うかもしれない」ことを「やむをえない」と思っていた、と述べている。K女は行為時に被告人Nの隣の助手席に座っていたのであるから、ラント裁判所は同じ乗用車内の乗員について二つの相反する危険の評価を行ったことになる。被告人兩名は自己の危殆化とK女の危殆化を別異に評価していたという——わかりにくい——認識は、原審の刑事部によって説明されていない。

3. 被告人Nについては、共同正犯として行った謀殺罪の責を負うというラント裁判所の認定の基礎となった考察は法的な検証に耐えないので、原判決はすでにして成り立たない。ラント裁判所が行った共同正犯としての行為の検証は、共同正犯的遂行の前提条件について必要とされる構成要件関係的な検証——本件では故意の殺人罪の存在に向けられていることが必要である——が行われていないので、不十分である。

a) 二五条二項の共同正犯の前提となるのは共同の行為決意であり、これに基づいて各共同正犯者が客観的な行為寄与を行わなければならない。共同の行為決意は明示的に成立する必要はなく、默示的な合意があれば足りる。この默示的な合意は——当初の行為計画を拡大して——分業的に遂行する行為の範囲内でも成立しうる。しかし、二五条二項によれば、行為決意ないし行為計画の基点となるのは、常に犯罪行為である。したがって、共同正犯として行われる殺人罪の前提となるのは、共同の行為決意が分業的共働による人の被害に向けられていなければならないということである。そうであれば、行為者らが共同の企てを決意し、それによって人が死に至っ

たというだけでは、共同正犯として行われた殺人罪を認めるには十分でない。

b) 本件ではすでに、未必の故意による他の交通関与者の殺害を含む共同の行為決意が被告人兩名によってなされたことが認定されていない。原審の刑事部が認定して証明したのは、被告人兩名がアデナウアー広場で顔を合わせたときに「自発的なオートレースをしよう」と合意した」というだけである。さらにラント裁判所は、被告人Nは次第に加速するという運転行為によって、被告人Hと「一緒に走行して腕比べをしよう」という意思を示したことを指摘する。しかし、この説明から読み取ることができるのは、法規に違反する路上のレースをしようという合意とその共同遂行だけである。ラント裁判所は、オートレースについて合意した時点でも、その後のレースの時点でも、共同の行為決意の——少なくとも黙示的な——拡大を認定しておらず、これを証明していない。むしろ、ラント裁判所がその点について指摘したのは、「オートレースの勝負による腕比べは当然に共同の行為支配のもとで行われた行為である」、ということだけである。こうした考慮が故意の殺人罪と結びつくことが必要であるが、それは共同正犯の検討の中には見いだせない。被告人兩名が共同の行為によって他人を殺すという決意をいだいたことは、原判決のどこからも導き出すことはできない。「以下略」

三 ドイツの学説と判例

わが国の学説ではこれまで、故意（犯罪事実の認識）の意義について、一方において、犯罪事実の表象があれば足りるとする表象説と、これを基礎にして、犯罪事実が実現される蓋然性の程度を相当高度のものとして表象した場合に

故意を認める蓋然性説が主張され、他方において、犯罪事実の実現の意欲・希望を必要とする意思説と、これを基礎にして、犯罪の実現を認容すれば足りるとする認容説が主張されてきたが、近年では、蓋然性説と認容説を総合して、行為者の認識が反対動機の形成に与える影響を考慮する動機説が有力に主張されている。⁽¹⁰⁾では、ドイツの学説・判例の状況はどうか。

(1) 学説の状況

ドイツ刑法一五条は、刑法が明文により過失行為について刑罰を科していない場合には故意行為のみが可罰的であることを規定し、同法一六条一項は、行為の遂行の際に法定構成要件に属する事情を知らなかった者は故意に行爲したものである旨を規定する。学説は一般に、ここでいう「故意」すなわち構成要件の故意を、行為者が構成要件の実現を追求している内心的態度を指す「意図」(第一級の *dolus directus*)、追求していないが確実に実現するであろうと予見している内心的態度を指す「直接的故意」(第二級の *dolus directus*)、および、実現するかもしれないと予見しつつ実現してもこれを是認しようとする内心的態度を指す「未必の故意」(*dolus eventualis*)の三つの形態に区別し、これらを過失すなわち「認識ある過失」および「認識なき過失」と対比させる。ここでのもっとも重要な問題は、いふまでもなく未必の故意と認識ある過失の区別である。

両者の区別をめぐるドイツの学説を概観すると、その出発点において、A表象説 (*Vorstellungstheorie*) と B意思説 (*Willensstheorie*) の対立があり、この両説の内部でさらに学説が分岐している状況にある。各学説の主張は次のとおりである。⁽¹¹⁾

A 表象説

構成要件の実現またはその危険について一定程度の表象があれば故意責任を問うことができるので、意思的要素がなくとも未必の故意を認めることができる。したがって、未必の故意と認識ある過失は、構成要件の実現についての程度の表象があるかによって区別される。その理由は次のとおりである。

①行為者に向けられている決定規範の内容は、自己の行為の法益侵害的性質が確実に存在するか、あるいは存在するかもしれないと思つた場合には、その行為を行つてはならないとすることにあり、構成要件の実現を具体的に可能であると思つたにすぎない者であっても、その実現を表象したにもかかわらず行為に出た場合には、その規範の警告的動機づけを意識的に無視したことになる。その場合に行為者は、生ずるかもしれない不法の実現に賛成したのである。未必の故意はそれ以上のことを必要としない。

②構成要件を実現する具体的な可能性を表象したにもかかわらず行為に出た者は、その実現に同意した者と基本的に異なる。したがって、意思的要素は故意を認めるための固有の要素ではない。さらに、そうした状況において意欲を問題にすることは、積極的な実現意思としての意欲の概念を歪めることになる。

③学説の一致した見解によれば、結果について確実な表象がある場合には、是認や無関心といった情緒的な心理状態は問題にならない。そうであれば、不確実な表象がある場合でも、そうした情緒的な要素を指標とすることはできない。

A-1 可能性説 (Möglichkeitstheorie)⁽¹²⁾

行為者の自己危殆化と殺人罪の故意 (鈴木)

行為者が構成要件の実現を具体的に可能なものとして表象したが、それにもかかわらず行為に出た場合には、それだけで故意を認めることができる。したがって、「過失はすべて認識なき過失である」(Schröder)。

A 1.2 蓋然性説 (Wahrscheinlichkeitstheorie)⁽¹³⁾

行為者が構成要件の実現を蓋然性のあるものとして表象すれば故意を認めることができる。その蓋然性の程度は、必ずしも高度である必要でなく、単なる可能性を超える程度であればよい。

A 1.3 危険説 (Risikotheorie)⁽¹⁴⁾

故意の対象は構成要件に該当する結果ではなく構成要件に該当する行為であるから、行為者が構成要件を実現する危険があることを認識したが、それにもかかわらず行為に出ることを決意した場合に故意を認めることができる。その危険の認識とは、「許されない危険」の認識 (Ersicht)、構成要件が実現されないためには幸運や偶然が大きく介入する必要があるというという意味での「遮蔽されていない危険」の認識 (Herberg)、あるいは、理性的な人間であれば侵害結果が生ずるはずだ、あるいは少なくとも生じてよいという格率のもとで引き受けるような質と量を備えた「加重された危険」の認識 (Puppe) をいう。

B 意思説

いかなる形式の故意であれ、故意犯としての責任を問うには構成要件の実現の表象とその意思がともに必要であるから、未必の故意と認識ある過失の区別は行為者の意思の面に求めなければならない。その理由は次のとおりである。

① 未必の故意について、故意は構成要件の実現の表象とその意思であるという故意の意義を否定する論者は、故意

概念の基本構造を正当な根拠なしに解体するものである。

② 故意と過失の区別は重大な責任の相違をもたらす二つの不法類型の振り分けを意味するので、未必の故意について意思的要素を必要としないと解すると、この振り分けを行為者にとって不利益な方向に歪めることになる。

③ 行為時に構成要件の実現を予見するのは、故意のみならず認識ある過失においても同様であるから、故意と過失を内容的に区別するのは表象ではなく意思である。すなわち、構成要件の実現を意欲するのが故意であり、これ
を意欲しないのが過失である。

④ 他人の法益を侵害する高度の危険を表象して行為に出る者であっても、必ずしもその法益侵害を受け入れているわけではない。したがって、意思的要素を不要とする表象説のテーゼは誤りである。

B-1 是認説 (Billigungstheorie)⁽¹⁵⁾

故意が認められるのは、行為者が構成要件の実現を予見したうえで、内心においてこれを是認し、これに同意し、あるいはこれをやむをえないと思う場合である。構成要件の実現を内心において是認せず、あるいはその実現を望んでいない場合には、故意を認めることはできない。

B-2 無関心説 (Gleichgültigkeitstheorie)⁽¹⁶⁾

行為者が構成要件の実現を積極的に是認した場合のみならず、生じうる副次的な結果について無関心であった場合にも未必の故意を認めることができる。これに対して、副次的な結果を望ましくもないものと思ひ、あるいはそれが実現しないことを望んでいた場合には、未必の故意は認められない。

B-3 回避説 (Vermeidungstheorie)⁽¹⁷⁾

行為者の自己危殆化と殺人罪の故意 (鈴木)

行為者が望ましくない結果を可能なものと表象した場合に故意を認めることができるが、事象をコントロールしようとする意思が結果の回避に向けられていた場合には故意は認められない。すなわち、可能なものと表象した付随的結果が生じないように事象経過をコントロールしようと試みた場合には、結果の発生を回避しようとする意思が行為にあらわれているので、認識ある過失となるにすぎない。

B-4 受容説 (Ernstnahmetheorie)⁽¹⁸⁾

未必の故意が認められるのは、行為者が構成要件実現の可能性を認識したにもかかわらずこれを受容した (ernst nehmen) 場合、すなわち自己の目的を達成するために構成要件実現の可能性を受け入れ、あるいはその実現をやむをえないと思った場合であり、認識ある過失となるのは、構成要件実現の可能性を認識しつつもこれを受容することなく、構成要件の実現はないであろうと軽率に信じた場合である。したがって、たとえば結果発生の可能性を受容したにもかかわらず自分には運が味方してくれるであろうと希望して成り行きにまかせた者については、未必の故意を否定することはできないが、たとえば自己の結果回避の能力を過大に評価して結果は発生しないであろうと思つた者は、結果発生の可能性を受容したとはいえず、認識ある過失にとどまる。

もつとも、本説と是認説との相違は微妙である。「是認」とは、字義どおりに解すれば、行為者にとつて結果が望ましいこと、すなわち行為者が結果の発生を歓迎することを意味するが、そのように厳格に解するならば、是認は意欲とほぼ同義になり、結果を計算に入れていても、あるいは結果に対して無関心であつても「是認」していなければ故意を認めることはできず、したがって未必の故意を論ずる余地はないことになる。これに対して本説がいう「受容」とは、恩恵を受けつつそこから派生する不利益を甘受することを意味するので、受容説からは、結果の発生を歓迎せ

ず、あるいはこれを遺憾に思っていない、その結果を自己の意思に取り込むという意味で受け入れるという内心的態度があれば、未必の故意を認めることができる⁽¹⁹⁾とされている。

以上の諸説を判例の事案に即して敷衍すれば次のとおりである⁽²⁰⁾。

① BGHSt 7, 363 の事案⁽²¹⁾

XとYは、Oの反抗を抑圧してその財物を奪うことを計画し、反抗抑圧の手段として当初は睡眠薬を用いようとしたが、その計画が失敗したので、次に皮ひもでOの首を絞めて意識を失わせてから縛りあげようと考えたが、Oが死亡する危険があったので、結局は砂袋でOの頭部を殴打して意識を失わせることにした。犯行当日、両名は眠っているOの頭部を砂袋で殴打したが、砂袋が破れてOが目を覚ましたので、Xが密かに持参していた皮ひもを取り出し、Yと合意の上でOの首を絞めて同人を死亡させた。両名は、皮ひもを使うことによってOが死亡する可能性があることを認識していたが、それは望ましいことではないので死亡させたくないと思っており、実際に犯行直後にOの蘇生を試みていた。両名に謀殺罪（ドイツ刑法二二条）の故意を認めることができるか。

これについてBGHは、未必の故意を認めるには、生じうる結果を予見し、かつその結果を是認していることが必要であり、是認こそが認識ある過失と区別する決定的なメルクマールであるとした上で、「行為者にとって結果の発生が望ましくないことであつたとしても未必の故意を認めることができる」、なぜならば「自己の行為それ自体が望ましくない結果を惹起するであろうことを受け入れていた者は……法的な意味においてその結果を是認していた」からであるとして、XとYに謀殺罪の故意を認めた⁽²²⁾。

この事案のXとYは、Oが死亡する可能性を具体的に認識していたのみならず、その蓋然性も認識し、自己の行為がOを死亡させる許されない危険をもっていることも認識していたので、可能性説、蓋然性説および危険説からは未必の故意を認めることができる。しかし、両名は内心においてはOの死亡を望んでおらず、無関心であったともいえないので、是認説と無関心説からは故意は認められない。また、両名の意思はOの窒息死を回避することに向けられていたので、回避説からも故意を認めることはできない。ただし、受容説では、財物奪取の目的を遂げるために行為を継続したことにより、Oの死亡の可能性を受け入れた（そうでなければ結果の回避に向けた行動をとっていたであろうか）といえるので、未必の故意が認められるであろう。

② BGHSt 36, I の事案⁽²³⁾

H I Vに感染したXは、性行為の際に相手方に感染させる危険があるのでコンドームを用いる必要がある旨、医師から知らされていたにもかかわらず、同性愛者が集まるクラブにおいて、その事情を知らない同性愛者Oとコンドームを用いることなく一度だけ性行為を行ったが、H I Vを感染させることはなかった。その際にXは、相手方に感染させれば死に至る危険が生ずることを知っていたが、Oに感染させることはないと信じていた。H I Vを感染させることが重い傷害罪（ドイツ刑法二三三a条）に当たることを前提として、Xに同罪の（未遂の）故意を認めることができるか。

BGHは、故意を認めるには構成要件実現の認識および意欲が必要であるから、構成要件の結果の是認が本質的な不法メルクマールであるとした上で、XはOへの感染の可能性を認識していたにもかかわらずコンドームを用いることなく性行為に及んだのであるから、「このような行為態様と結びついた危険をやむをえないと思っていた」、あるいは

は「自己の性的欲求を満足させるために感染の危険の発生を受け入れていた」といえるので、重い傷害罪の故意を認めることができるとした。

これについて、表象説の陣営のうち、可能性説からは当然に故意が認められるが、蓋然性説からは、その性行為が一度だけであれば、「感染の蓋然性はないと思っていた」というXの弁解を排斥することができないので、故意を認めることはできないであろう。しかし、危険説からは、感染の危険があることを認識していたにもかかわらず行為に出ることを決意したので、故意を認めることができる。他方、意思説の陣営では、XはOに感染させようとは思っておらず、それについて無関心であったともいえないので、是認説と無関心説からは故意は否定されるが、回避説からは、容易に期待可能でほぼ確実に感染を防止しうる措置を講ずることができたので、故意を否定することはできないであろう。しかし、受容説では、感染させることはないと信じていたのであるから、感染の可能性を受容したとはいえず、故意は否定されると思われる。

③ BGH NJW 1953, 152の事案⁽²⁴⁾

Xは、路肩に駐車していた自己の乗用車内において、たまたま通りかかった2人の少女を車内に引き入れて、同女らにわいせつな行為を行った。同女らは一四歳未満であったが、Xは、同女らが身体的に成長していたので一四歳か一五歳であろうと思っていたと主張した。BGHは、Xは同女らの年齢については何も考えていなかったと認定した。Xに、一四歳未満の子どもに対する性的行為を禁ずるドイツ刑法一七六条の故意を認めることができるか。

BGHは、同罪の未必の故意を認めるには、行為者が「被害者が一四歳に達していないかもしれないという可能性を表象したにもかかわらず犯行を決意したことが必要である」が、被告人はその点について「何も考えていなかった」

ので、同罪の故意を認めることはできないとした。

この事例では、構成要件要素の存在について「何も考えていなかった」者は、自己の行為が構成要件に該当するかもしれないという表象をもっていたとはいえないので、いずれの学説によっても同罪の故意を認めることはできないであろう。

では、右の諸説のうち、いずれの説をもって妥当とすべきであろうか。思うに、一定程度の表象があれば故意責任を問うことができるとする表象説は、決定規範の警告的機能を過度に強調し、構成要件実現の可能性を表象したにすぎない者をその実現に同意した者と同一に論ずる点で疑問がある。むしろ、犯罪事実を是認ないし受容しつつあってその行為に出た場合にはじめて、故意犯としての強い規範的非難を加えることから、意思説の立場を議論の出発点とすることが適切である。では、意思説の陣営に属するいずれの説を支持すべきか。

私見によれば、①法益保護を志向する刑法は本来、行為者の心情のいかんにかかわらず法益侵害に向けられた行為を阻止することを目的とするので、故意と過失は行為者の是認、無関心等の情緒的な心理状態によって区別されるのではなく、行為者が自己の行為から生ずる法益侵害結果を甘受するという意味でこれを受け入れたか否かによって区別されるべきである。そうであれば、是認説と無関心説の着眼点は適切でない。②たしかに、行為者の行動に結果回避のための措置が含まれている場合には、法益侵害結果を受け入れたとはいえない場合があるが、右の BGHS 7, 363 の事案のように、それにもかかわらず法益侵害の高い危険性を有する行為を継続した場合には、法益侵害結果を受け入れていたということが出来る。それとは逆に、行為者が結果回避のための措置を講じなかったが、それにもかかわ

らず法益侵害結果を受け入れていなかった場合には、故意犯としての強い規範的非難を加えることはできないであろう。そうであれば、回避説は意思内容の評価において一面的に過ぎる。むしろ、③受容説がいうように、行為者は結果発生の危険を認識した時点で、その結果を受け入れずに犯行を断念するか、それともその結果を受け入れて犯行目的を達するかかの決断を迫られるので、前者の場合には、法益侵害結果が発生しても故意犯としての強い規範的非難を加えることはできないが、後者の場合には、その法敵的な意思決定は認識ある過失と比較して際立った無価値内容をもつことから、前者と比較して格段に厳しい処罰に値するものというべきである。

(2) 殺人罪の未必の故意に関する判例

BGHの判例の立場を上記の諸説のいずれかによって統一的に説明することは困難であるが、私見によれば、一九八〇年代までは判決文中の一般論として是認説の考え方を述べた裁判例が多くみられるが、それ以降は受容説またはそれに近い立場に立った裁判例が増えているように思われる。近年の裁判例をみると、殺人罪の未必の故意が問題になった事例においては、認識ある過失との区別について以下の三つのテーゼがほぼ共通の判断基準として用いられていることが看取される。²⁵⁾

①未必の故意は、行為者が構成要件の実現を可能なこととして、すなわちありえないとはいえないこととして認識し、さらに、その実現を是認し、あるいは自己の追求する目的のためには少なくともその実現をやむをえないと

思っていることを前提とする⁽²⁶⁾。

②殺人罪の事例において、行為者がきわめて危険な暴力的行為——たとえば拳銃の発砲、ナイフによる刺突、頸部の絞扼——を行った場合には、被害者が死亡するかもしれないという可能性を考慮に入れており、それにもかかわらず自己の行為を継続したのであるから、その結果をやむをえないと思っていたと認定することができる。ただし、次の場合には殺人罪の未必の故意を認めることはできない。すなわち、客観的に人の生命を危殆化させる自己の行為を正しく認識していたが、たとえば情動、アルコールの影響あるいは脳の器質的障害等に基づく精神的な障害により人を死に至らせる危険はないと思っていた場合（認識的要素の欠如）と、行為者が自己の行為の客観的な危険を認識していたにもかかわらず、行為時において死亡結果が生じないことを漠然とではなく真剣に望んでいた場合（意思的要素の欠如）である。

③事実審の裁判官は、客観的な行為事情と主観的な行為事情を全体的に考察しなければならないが、殺人罪の未必の故意の認定においては、その行為態様もっている明白な生命の危険を、詳細な検討をせずに済ませるほど過小評価してはならない。

右のテーゼ①は、未必の故意と認識ある過失の区別については是認説ないし受容説の立場に立つべきことを示したものであり、その②は、行為者がきわめて危険な暴力的行為を行った場合には原則的に殺意を認定することができるが、例外的に認識的要素ないし意思的要素が欠如する場合があります。旨を明らかにしたものであり、その③は、殺意の認定をする判断者に対して客観的な行為態様の危険性を重視すべきことを説いたものといえよう。

四 争点の検討

本稿が紹介した「ベルリン事件」のBGH判決（以下「本判決」という）は、原判決について、未必の故意の認定が不十分であるという非難のほかに、二つの問題点を指摘している。⁽²⁷⁾ その一つは、原審が、被告人両名が殺人の未必の故意をもったのは「遅くとも」タウエンツイン通りとニュルンベルク通りの交差点に進入しようとした時点である」としながら、その時点でHは「適切なハンドル操作をすることはまったくできなかった」、すなわち「すでに衝突を回避する可能性をもっていなかった」と認定したこと、もう一つは、被害者Wの死の結果を直接的に惹起したとはいえないNに、共同正犯（ドイツ刑法二五条二項）の主観的要件である「共同の行為決意」があったとしたことである。

ドイツ刑法によれば、故意犯が成立するには、行為者が——結果発生の時点ではなく——「行為」(Tun)の遂行の際に「法定構成要件に属する事情」を認識していなければならない（八条、一六条一項一文）。「行為と故意（と責任能力）の同時存在の原則」(Koinzidenzprinzip)は責任主義の要請であるから、学説・判例において広く承認されているように、行為後に生じたいわゆる「事後の故意」(dolus subsequens)を理由として故意責任を問うことはできない。⁽²⁸⁾ しかし、原審の認定によれば、Hが同交差点に進入した時点では、人の意思によって支配しうる身体の動止という意味での刑法上の行為は存在しなかったことになるので、それ以前の時点で行為と故意が同時に存在したことが証明されないかぎり、故意犯の成立を認めることはできない。換言すれば、故意犯の実行行為は結果回避の可能性を前提として認められるべきところ、原審はその認定を怠った点で破棄を免れないとされたのである。本判決が「死に至る衝突がもは

や避けられなくなった時点以降に殺人罪の故意があったことは、故意の殺人罪を認めることにとって無意味である」と説示した理由はこの点にあると思われる⁽²⁹⁾。

また、「共同の行為決意」について、本判決は、殺人罪においては「共同の行為決意が分業的共働による人の殺害に向けられていなければならない」が、原審が認定したのは「被告人兩名がアテナウアー広場で顔を合わせたときに、自発的なオートレースをしよう」と合意したことだけであり、「少なくとも黙示的に……共同の行為によって人を殺す」という決意をいただいたことは、原判決のどこからも導き出すことはできない」とした。この指摘は、「共同の行為決意」は黙示的なものでもよいが、あくまでも構成要件の実現に向けられていなければならないことを確認したものである⁽³⁰⁾。よう。

では、無謀運転の事例において殺人罪の未必の故意を論ずる際に、どのような問題が生ずるのであるうか。

まず、無謀運転が既述の三(2)②であげた「きわめて危険な暴力的行為」に当たるとして、その運転者は人の死の結果をやむをえないと思っていたと認定することができるであろうか。ドイツの判例がこれに当たるとして未必の故意を認めてきた拳銃の発砲、ナイフによる刺突、頸部の絞扼等は、人の身体を直接的に狙った攻撃であるから、上記③の趣旨をも考慮すれば、それらの行為が有する高度の危険性が未必の故意を推認させる重要な徴表となる。しかし、無謀運転の事例においては通常、運転者が被害者の存在に気づくのは衝突・轢過の直前であるから、無謀運転は「人の身体を直接的に狙った攻撃」とはいえず、したがって「きわめて危険な暴力的行為」と評価することはできないであろう。

私見によれば、殺人罪の実行行為は何よりも人の生命に対する現実的な危険の存否によって判断され、同罪の故意はその危険の現実化としての結果の発生を受容していた場合にはじめて認められるべきである。⁽³¹⁾では、結果の受容を否定する事情のひとつとして、行為者の自己危殆化の認識を考慮することができようであろうか。

思うに、公道で無謀な運転を試みる運転者は、自己（と自転車の同乗者）および他の交通関与者の生命・身体に重大な危険が生じうることを知っているので、危険の認識それ自体を否定することはできない。したがって、可能性説および危険説の立場からは未必の故意が肯定され、蓋然性説の立場からは単なる可能性を超える程度の認識があつたか否かにより結論が分かれるであろう。しかし、そうした危険を認識したにもかかわらず無謀な運転を試みる者は、自他の生命の危険を過小に評価して、あるいは自己の運転技術を過大に評価して、最終的に結果を回避しようと思つているのであるから、受容説の立場からは未必の故意を認めることができない。そう思つていなければ、自分が無謀運転の犠牲者になるため、その運転を思いとどまるからである。良識ある第三者からみてそれがむなし希望にすぎないとしても、彼が保護法益の侵害を受容してはいないかぎり、未必の故意を認めることはできない。たしかに、行為者の無思慮な行動を非難し、それを理由に彼を処罰することはできるが、彼が構成要件上保護されている法的価値を侵害しようと思つていない以上、その非難はより軽く、過失犯の処罰に値するものといえよう。⁽³²⁾もつとも、本件の被告人兩名は、生じうる人の死の結果について無関心であつたことは否定できず、また兩名の運転行為が結果の回避に向けられていたという事情もないので、無関心説および回避説からは未必の故意が肯定されるであろう。

五 五 五 五 五

本稿が紹介した「ベルリン事件」は、運転者が被害者と生死の運命を共にしていると思っていた（と推認しうる）事例であるが、無謀運転を敢行する者の認識内容は事案により微妙に異なる。事実審の裁判官は、本判決が指摘するように、運転者が自己の生命に対する危険をどの時点でどのように認識していたかを個別の事例に即して精査しなければならぬ。そのための重要な手がかりとなるのは、客観的な行為事情、すなわち行為者の交通手段（たとえば乗用車かオートバイか）、衝突に至るまでの状況（たとえば道路の幅員や交通量、被害者となりうる者の範囲（たとえば対向車の運転者か歩行者か）、行為者の状況（たとえば運転経験や無謀運転の前歴の有無）等である。こうした諸事情が自己危殆化についての行為者の認識内容に様々な影響を与えうることから、経験則を基礎とした事実認定が重要な意味をもつ。これによって行為者が人の生命の侵害を受容していたと評価しうる場合には、殺人罪の未必の故意が認められるであろう。

なお、本件を含む一連の無謀運転事例が社会問題化したことから、ドイツ連邦議会は第五六次刑法改正法により刑法三一五d条の新規定を制定し、同規定は二〇一七年一月十三日に施行された。³³⁾

刑法三一五d条「自動車競走の禁止」

(1) 道路交通において、

1. 許されない自動車競走を企画し、もしくは遂行した者、
2. 自動車運転者として、許されない自動車競走に関与した者、または、
3. 自動車運転者として、可能なかぎりの高速度に達するため、不適切な速度により、交通法規に著しく違反し、かつ無謀に走行した者は、二年以下の自由刑または罰金に処する。
- (2) 前項第二号または第三号において、他人の生命もしくは身体または重要な価値を有する他人の物を危殆化した者は、五年以下の自由刑または罰金に処する。
- (3) 第一項第一号の未遂を罰する。
- (4) 第二項において、その危険を過失により惹起した者は、三年以下の自由刑または罰金に処する。
- (5) 第二項において、行為者がその行為により、他人の死亡もしくは重い健康障害を惹起し、または多数人の健康障害を惹起したときは、その刑を一年以上一〇以下とし、比較的重くない場合には、その刑を六月以上五年以下とする。

本条の新設により、公共危険罪としての自動車競走が一定の要件のもとで可罰的となったが、行為者が殺人罪、傷害罪あるいは器物損壊罪の故意をもって行った場合には、それらの罪が本条の罪と所為単一の関係に立つので、殺意が認定されれば格段に重い刑が科せられるという事情に変わりはない。

以上のように、本稿はドイツの無謀運転の事例を素材として未必の故意の認定に係る問題を考えてみた。本来なら

ば、未必の故意と認識ある過失の区別について、ドイツと日本の学説の異同を明らかにしなければならないが、本稿ではその分析ができなかった。私見によれば、是認説は認容説と、受容説は動機説と判断構造を共通にすると思われるが、詳細な検討は後日の課題としたい。また、行為者の自己危殆化の認識が故意の成否に影響しうるのは無謀運転の事例に限られないことから⁽³⁴⁾、その他の事例についても別の機会に考えてみたい。

- (1) マスコミ報道によれば、堺市南区の市道において、バイクに追い抜かれたことに立腹した乗用車の運転者がバイクを追跡し、時速九六キロメートル〜九七キロメートルでバイクに追突して転倒させ、その運転者を死亡させた事案について、大阪地裁堺支部は二〇一九年一月二五日、追突した運転者を殺人罪により有罪とした(懲役一六年)(YOMIURI ONLINE 二〇一九年一月二五日)。
- (2) わが国では、札幌高判平成二九年四月一四日判時三三三三号一〇四頁が、競うように高速度で走行していた二台の車両の各運転者が、交差点進入時に赤色信号に従わずに高速度のまま交差点を通過する意思を相通じた上で、各自がそのままの高速度の走行を継続して交差点に進入し、交通事故を起こして人を死傷させた事案について、危険運転致死傷罪の共同正犯が成立するとしたが、殺人罪の適用は問題にならなかった。
- (3) BGH, Urt. v. 1. 3. 2018/4 StR 399/17; BeckRS 2018, 2754 = NJW 2018, 1621 = NSZ 2018, 409 = JZ 2018, 574 = StV 2018, 419. 神馬幸一(訳)「ドイツ連邦通常裁判所二〇一八年三月一日判決(いわゆる「ベルリンの走り屋」事件)——危険で悪質な自動車競争における未必の故意と共同実行の意思形成——」獨協法学一〇六号(二〇一八年)一四〇頁以下参照。
- (4) BGH, Urt. v. 1. 3. 2018/4 StR 311/17; BeckRS 2018, 4216 = NSZ/RR 2018, 154 = JZ 2018, 579 = StV 2018, 426 = JR 2018, 323 = JUS 2018, 494
- (5) BGH, Urt. v. 1. 3. 2018/4 StR 158/17; BeckRS 2018, 4214 = JZ 2018, 577 = JR 2018, 345 = StV 2018, 423 = JZ 2018, 549 = JR 2018, 323; なお、本件では、被告人が成人に達してから行った犯罪に対する刑と併せて単一の少年刑(少年裁判所法一七条二項一文)を科すことができるか否かも問題になった。

- (9) LG Berlin, Urt. v. 27. 2. 2017 ; BeckRS 2017, 102417 = NSZ 2017, 471 = JZ 2017, 1062
- (7) NSZ 2017, 471 = JZ 2017, 1062. なお判決文中に引用された裁判例文献等は省略した。また、訳文中の「[...]」は筆者が補った注である(以下同)。)
- (8) たよえは LG Köln, Urt. v. 14. 4. 2016 は、公道でのオートレースによって自転車に乗っていた被害者一名を死亡させた二名の若者について、過失致死罪を適用してそれぞれ二年と一年九月の自由刑を言い渡し、いずれもその執行を猶予した。Vgl. Legal Tribune Online v. 28. 2. 2017, http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/kudamm-raser-berlin-urteil-nord-211-stgb-315-stgb-kommentar.
- (6) Vgl. Eisele, Jus 2018, S. 492ff.; Grünewald, JZ 2017, S. 1069ff.; Herzberg, JZ 2018, S. 122ff.; Jahn, Jus 2017, S. 700ff.; Kubiciel/Hoven, NSZ 2017, S. 439ff.; Mitsch, DAR 2017, 387f.; Preuss, NZV 2017, 303ff.; Puppe, ZIS 2017, S. 441ff.; Jäger, JA 2017, S. 786ff.; Walter, NJW 2017, S. 1350ff.; ders, NSZ 2018, S. 412f.; Leopold/Beukelmann, NJW-Spezial 2018, 280. りんごは、殺人罪の故意を肯定するのは Kubiciel/Hoven, りんごを否定するのは Walter.
- (10) わが国の学説については、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法』【第三版】第三卷(青林書院二〇一五年)一一五頁以下「佐久間修」参照。認容説が現在の判例・通説であるとされている。
- (11) 未必の故意と認識ある過失の区別をめぐるマインツの学説については Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), §15 Rn. 72ff.; LK StGB/Nagel, 12. Aufl. (2007), §15 Rn. 96ff. を参照。本稿が紹介する学説の分類は各称は Hillenkamp/Cornelius, 32 Probleme aus dem Strafrecht, AT, 15. Aufl. (2017), S. 1ff. による。
- (12) りんご説を主張するのは たよえは Frister, v. Heintschel-Heinegg, Samson, Schmidhäuser, Schröder, Kindhäuser—文献の詳細は Hillenkamp/Cornelius, a. a. O., [注(1)] S. 1 ff. を参照(以下同)。
- (13) りんご説を主張するのは たよえは H. Mayer, Sauer, Welzel.
- (14) りんご説を主張するのは たよえは Freund, Frisch, Jakobs.
- (15) りんご説を主張するのは たよえは Baumann/Weber, Maurach/Zipf.
- (16) りんご説を主張するのは たよえは Engisch, Gallas, Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben.
- (17) りんご説を主張するのは たよえは Armin Kaufmann, Schünemann.

- (18) この説を主張するのは、たよえ²⁴ Fischer, Jescheck/Weigend, Kühl, Roxin, Wessels/Beulke/Satzger であり、本説が現在の支配的学説である。
- (19) Vgl. Roxin, Strafrecht, AT, 4. Aufl. (2006), § 12 Rn. 21ff.
- (20) 本文中の三つの事案よその評価は、Hillenkamp/Cornelius, a. a. O. [注(1)] S. 12f. による。
- (21) Urt. v. 22. 4. 1955-5 StR 35/55
- (22) 同判決は、未必の故意と認識ある過失の区別について、行為者が、「可能なこととして予見した結果は生じないであろうと信じてその危険を受け入れていた」場合は認識ある過失となるが、「他の手段では自己の目標を達成できないので、望ましくない手段を用いてもよその目標を達成しようと思つてその危険を受け入れていた」場合は未必の故意が認められるとした。
- (23) Urt. v. 22. 4. 1955-5 StR 35/55 におつて有罪とされた事実の一部。
- (24) BGH, Urt. v. 27. 11. 1952-4 StR 440/52
- (25) たよえ²⁵ BGH, NStZ 2016, 670 (Urt. v. 13. 7. 2016); BGHSt 57, 183 (Urt. v. 22. 3. 2012); BGH, NStZ 1992, 587 (Beschl. v. 7. 7. 1992).
- (26) 判例は古くからこのような立場に立っていたと思われる。すなわち、殺人罪においては、行為者が被害者の死を内心において望んでゐることは必ずしも必要でなく(たとへば RGSt 21, 420)、死の結果それ自体は望ましいものではないが、被害者が死んでもやむをえない、あるいは、自己の目的を遂げるために死の結果の発生を偶然に委ねようという認識のもとで被害者の生命を危殆化するものであつた(たとへば前掲注(21) BGHSt 7, 363) とされている。
- (27) Vgl. Hornle, Vorsatzfeststellung in „Raser-Fällen“, NJW 2018, S. 1576ff.
- (28) たよえ²⁴ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl. (1996), § 29 II 2; Roxin, a. a. O. [注(6)], § 12 Rn. 91; BGH, NStZ 1983, 452; BGH, NStZ 2018, 27; BGH 第四刑事部の裁判長は本件の口頭弁論におつて、行為者が山上から岩塊を落としたあとではじめてその岩塊が仇敵に当たるとであつたことを認識・是認したという事例を用いて、「同時存在の原則」の趣旨を説示したようである。
- (29) Vgl. Eisele, Bedingfter Tötungsvorsatz bei verbotenen Kraftfahrzeugrennen?, JZ 2018, S. 549ff.
- (30) これに対して、原審の評価を支持する Puppe, Rasen im Straßenverkehr und Tötungsvorsatz, JR 2018, S. 326 は、本件に

あらわれた諸事情のもとでは、オートレースをしようという合意は殺人罪の故意を合意しており、Nはその決意の実現に重要な寄与をなしたと主張する。

- (31) これについて Eisele, a. O. [注(29)], S. 552 は、「ベルリン事件」と「フランクフルト事件」では、暴走行為の危険性と行為当時の状況からみて、被告人（両名）は人の死亡結果を生じさせる高度の危険を認識していたと推認することができるが、「ブレーメン事件」ではそうした推認はできないという。

(32) Vgl. Roxin, a. a. O. [注(19)], § 12 Rn. 23.

- (33) 同改正法の理由書について、神馬幸一（訳）「道路行通において許可されていない自動車競走の可罰性（第五六次ドイツ刑法改正）」の法律案理由書「獨協法学一〇五号（二〇一八年）八八頁以下を参照。立法の経緯と問題点について詳しくは、Rostalski, Der (straf-) rechtliche Umgang mit illegalen Kraftfahrzeugrennen: Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, GA 2017, S. 585ff.; Mitsch, Die Strafbarkeit illegaler Rennen de lege lata et ferenda, DAR 2017, S. 70ff.; Kulhanek, Verbotene Kraftfahrzeugrennen, § 315d StGB, Jura 2018, S. 561ff.; Gerhold/Meglatu, Verbotene Kraftfahrzeugrennen nach § 315d StGB im Lichte des Allgemeinen Teils, ZJS 2018, S. 321ff. を参照。

(34) たとえば、いわゆる爆弾マニアが群衆の近くで爆発物を用いて人を死傷させたが、その際に自分も爆死する危険があることを認識していたという場合などが考えられる。

[あとがき]

本稿は畏友伊藤康一郎先生の追悼論文集に掲載させていただくために執筆したものです。犯罪学の研究に邁進され犯罪社会学の分野で新たな地平を開拓されていた伊藤先生は、その豊かな実りのさなかで帰幽のときを迎えられました。先生の教えを受けた若い研究者が必ずや将来、先生のご遺志を継いでくれることと思います。御霊の平安をお祈り申し上げて拙稿を謹呈いたします。（二〇一八年一〇月一五日）

（本学法学部教授）