

研究ノート

ドイツ刑事判例研究（十七）

鈴木彰雄

自動車競走による死亡事故について
過失致死罪の成立が認められた事例
(ドイツ刑法222条、228条、229条)

1. 過失犯における自己危険化と他人危険化の区別は、事故が生ずる直前の事象経過についての支配の有無による。
2. 具体的な死の危険と結びついた行為が行われた場合には、同意による正当化は認められない。

BGH, Urt.v. 20.11.2008-4 StR 328/08

[BGHSt 53, 55 = NJW 2009, 1155 = NStZ 2009, 148
= JZ 2009, 426 = JuS 2009, 370 = JA 2009, 389
= NZV 2009, 199]

《事実の概要》

原審（LG Konstanz）が認定した事実の概要

は次のとおりである。

被告人B、同H、同Schおよび後に被害者となるSは、公道で自動車競争をする若者のグループに属していた。彼らは、2007年3月30日に、加速テストと称する自動車競走を行うこととし、Bが、改造したフォルクスワーゲン・ゴルフの運転者として、Hが、彼の父親が所有する乗用車ボルシェの運転者としてこれに参加した。本件事故により死亡することになるSはBの同乗者となり、SchはHの車に同乗し、その競争をビデオカメラで撮影することになった。認定された事実によれば、関与者全員が、自動車競走を行うことによって生ずる自己の危険と他人の危険を認識していた。被告人らはこの競争を行うために、片側2車線の国道B33を併走した。彼らは、初めは乗用車の速度を80km/hに下げ、それからSによるスタートの合図によって200km/h以上に加速した。彼らは、右側車線を約120km/hで走行していた証人Gのオペル・アストラが前方に見えた時もその競争を続け、240km/h以上で同車を追い抜こうとした。追い抜く際に3台の乗用車が同時に併走し、フォルクスワーゲンとボルシェの距離は約30cmになった。その時、BとHは、追い抜きによって現実化した危険化を知りつつ認容していた。追い抜く時に、Bのフォルクスワーゲンが横滑りし、上下に反転して交通標識に激突した。シートベルトをしていなかった2人が乗用車から投げ出され、Sが死亡し、Bが重傷を負った。

LGは、被告人Bと同Hを、道路交通を故意に危険化する罪（ドイツ刑法315c条）により、同Schをその幫助により有罪とした。BとHに過失致死罪も（併せて）成立すると主張する検察官と附帯私訴人の上告が認められた。BとSchの上告は理由なしとされた。

《決定理由》

II. 1. LGが認定した事実によれば、被告人Bと同Hは過失によりSの死を惹起した。

a) 客観的義務に違反した行為者は、その者の主観的な知識と能力に照らしてその義務違反

を回避することができ、かつ、まさにその義務違反が結果を惹起したことについて客観的にも主観的にも予見可能であった場合にかぎり、過失により行為したことになる。これに対して、義務に違反する行為によって始動された因果経過の詳細が予見可能であったことは必要でない（不断の判例；BGHSt 49,166,174 mwNを参照）。

b) 被告人兩名は、自動車運転者としての各自の義務に違反した。すでにして加速テストをすることが、道路交通規則29条1項に違反していた（BGHZ 154,316,318f.を参照）。自動車運転者たる兩名は、規則に違反して追い抜きも行った（道路交通規則5条4項2号）。さらに、被告人Hには車線変更を行うことが禁止されており（道路交通規則7条5項）、被告人兩名は道路交通規則1条2項により、追い抜き行為に伴う危険化を回避するために万全の措置をとらなければならなかった。また被告人らは、事故現場の区域において許容されていた最高速度120km/hをかなり超過していた。

c) LGが認定した事実によれば、被告人Bと同Hが義務に適った行動をしていればSの死を回避しえたことは疑いない。とりわけ兩名は、彼らの前方を走行していた証人Gの乗用車オベルを適時に認識したのだから、競争を「問題なく」中止することができたといえよう。

d) 同様に、被告人Bと同HにとってSの死が予見可能であったことも、LGが認定した事実によって十分に証明されている。追い抜きの際に被告人らが走行した速度と車両間の距離を見れば、重大な交通事故とSの死は客観的に予見可能であったのみならず、彼らにとって主観的にも予見可能であった。なぜならば、被告人らが自分たちの行為の結果を細部にわたって予見しえたことは必要でなく、むしろその重要部分について大筋で（im Wesentlichen）予見可能であれば足りるからである（BGHZ 39,322,324 mwN）。

e) 被告人Bないし同Hの義務に違反した行為とSの死との因果関係についても欠けるところはない。

過失の結果犯について因果関係を検討する際

に基準となるのは、直接的に加害結果に至った具体的な危険化状態の発生である（Fischer, 55.Aufl., vor § 13 Rn.33 mwN）。この点についてSの死と因果的であったのは、いずれにせよ競争をしたこと、すなわち追い抜きを開始して実行したことであり、これに加えて被告人Bについては乗用車を「元の位置に」戻す際に運転の誤りがあったことと、被告人Hについては禁止されていた車線変更を行ったことである。

f) とりわけ一部の文献（Fischer, aaO, Rn.26,31 mwNを参照）によって必要とされている死の結果の帰属も、同様に肯定することができる。この帰属が疑問視されることがあるのは、自己危険化、あるいは例外的にこれと同置されうる他人危険化が認められるような場合である（BGHSt 39,322,324f.; Roxin NStZ 1984,411f.; S/S-Lenckner 27.Aufl., Vorb. § § 32ff. Rn.107; その他の参考文献はFischer aaO, Rn. 27,30,36; S/S-Lenckner/Eisele aaO, Vorb. § § 13ff. Rn. 101bを参照）。しかし、本件はそのような場合ではない。

aa) BGHの判例によれば、自傷行為者の自殺または自傷に至る自己答責的な行為を故意または過失により誘発し、可能にし、あるいは促進した者は、優越的知識により自殺または自傷する者よりその危険をよりよく知っていることがなければ、原則として不可罰とされる（BGHSt 32,262,263f., = NStZ 1984,410 m. Anm. Roxin; BGHSt 36,1,17; 37,179,181; 46,279,288; BGH NJW 2003, 2326,2327; NStZ 1985,25,26; 類似のものとしてすでにBGHSt 24,342,343f.がある）。そのような行為は、それが自殺または自傷に向けられず、被害者によって意識的に作出された相応の危険が実現された場合にも、原則として不処罰とされる（BGHSt 32,262,264f.; 46,279,288; 49,34,39; BGH NJW 2003,2326,2327; NStZ 1985,25,26; 1987, 406; BayObLG NZV 1989,80 m. Anm. Molketin; OLG Zweibrücken JR 1994,518,519 m. Anm. Dölling; 行為者の犯罪行為がある場合と明白な自己危険化の動機がある場合について制限的なのはBGHSt 39,322,325）。

自己答責的な自己危険化ないし自傷行為への不処罰的な関与と一原則として構成要件に該当

する—他人に対する他者傷害行為とを区別する基準は、正犯と共犯を区別する基準である。危殆化行為ないし傷害行為についての行為支配が、危殆化された者ないし傷害を受けた者のみに存在するのではなく、少なくともこれに関与する者にも存在する場合には、その関与者は自己の行為を行うのであり、傷害を受けた者の正犯行為が存在しないので従属性を理由として不処罰とされるということにはならない (BGHSt 19,135,139;49,34,39; 166,169;判例と文献における反対説にも言及するのはBGH NJW 2003, 2326,2327)。

このことは原則として、過失による自己危殆化ないし他人危殆化にも同様に当てはまる。その場合にも、自己危殆化と他人危殆化の区別は事象経過についての支配によって決定されるのであり、それは故意犯の行為支配について広い範囲で展開されてきた客観的な諸基準によって認定することができる (BGHSt 19,135,139 [誰が死に至る事象を実際に支配していたか] ; BGH NJW 2003,2326,2327 [危殆化支配] ;類似の見解としてDuttge in FS Otto,2007, S.227,244 [被害の発生に先行する危険状況についての支配] ;Dölling JR 1994,520を参照)。誰が危殆化支配をもっていたかを検討する際に特に重要な意味をもつのは、直接的に結果の発生に至る事象である (Dölling GA 1984,71,76,78;Puppe ZIS 2007,247,249;S/S-Lenckner aaO,Vorb. § § 32ff.Rn 52a,107;LK-Rönnau 12.Aufl.,vor § 32 Rn 167 nwN;SchweizBGE Bd 125 IV,189,193も参照)。

bb) このことを前提にすれば、本件は他人危殆化の事案であり、自己危殆化のそれではない。追い抜きが行われる直前の事象とその開始直後の事象についての支配は、もっぱら運転者両名にあった。彼らは、2車線しかないにもかかわらず、証人Gの運転する乗用車を併走して追い抜こうと決意し、これを実行しようとした。乗用車の速度とハンドル操作を決定したのは彼らだけである。これに対して彼らの同乗者らは、この間—自分たちの危殆化を自己の行為によって回避する可能性をもつことなく—被告人Bと同Hの運転行為の作用を受けていたにすぎない。

い。Sの死に至る事象にとって、同乗者の行為、とりわけスタートの合図をすることと競争を撮影することは、被告人Bと同Hのそれと比較して二次的な意味をもつにすぎない。

cc) 自己危殆化と同置されうる他人危殆化ないし他人傷害も—LGによって認められたが一存在しない (これについてRoxin in FS Gallas,1973,S.241,252;同NSTZ 1984,411,412;同StrafR AT-1,1997, § 11 Rn 107)。このことは、具体的な事例において誰が運転者となり誰が同乗者となるかが広く偶然に左右されていたという事情のみによって理由づけられるのではない。重要なのはむしろ、被害が生じた際の実際の事情である。危険な企てに関与した者たちがほぼ同じ程度の行為支配をもっていたとするならば (本件では、競争に関与した乗用車の運転者両名は重複的な関係にあった)、その場合にもこれらの原則が同様に当てはまるといえるか否かについて、当裁判所は判断する必要はない。なぜならば、Sに対する被告人Bと同Hの関係には、そうした前提は存在しないからである。

2. またSは、自己の死またはその危険について、法的に重要な態様で同意していたとはいえない。

a) 判例と支配的な学説は一致して、[被殺者が] 他人によって故意に惹起される死に同意していたとしても、刑法216条 [要求による殺人] により、不処罰とする効果を原則として認めず、これに対して故意による (あるいは過失による) 傷害については、刑法228条 [同意傷害] の制限的な前提条件のもとで正当化が可能であるとするが、生命の危険についての同意の許容性と意義については、統一的に判断されているとはいえない。

BGHの比較的古い判例においては、そうした同意は原則として重要でないとされていた。その理由は、人の生命 [を侵害する行為] は刑法222条 [過失致死] においても一般人を保護するために刑罰によって威嚇されており、同意があっても、過失致死と結びついた行為不法を否定することはできないと考えられたからである (BGHSt 4,88,93;7,112,114; BGH VRS 17,

277,279;BGHZ 34,355,361;BGH Urt.v.20.6.2000-4 StR 162/00)。これに対してBGHは、比較的最近の一特に227条〔傷害致死〕についての一判例において、(故意の)傷害への同意があった場合について、その行為の重要な諸事情のすべてを事前の立場から客観的に考察して、同意を与えた者が傷害行為によって具体的な死の危険にさらされていた場合には、いずれにせよ反良俗性の限界はを超えられているとした。すなわち、刑法228条の規範目的からも、刑法216条の規定から導かれる立法者の評価からも、こうした限界づけを認めることができる。法律は、社会的利益や公共の利益を維持するために、当事者の現実的な意思に反してでもこれらの法益〔の保護〕を追求するので、殺人や傷害への同意の正当化の効力が限界づけられる、というのである(BGHSt 49,34,42,44;166,173f.=JR 2004,472 m.Anm.Hirsch=JZ 2005,100 m.Anm.Arzt)。BGHはこれらの原則を、後の被害者が自己の死の危険に同意した後に一その同意によって「包摂された」事象経過の枠内で一その危険が実現した諸事例に適用した。これらの場合にも、被害者が具体的な死の危険に同意することによるその行為の正当化は認められなくなる、というのである(BGHSt 49,166,175)。

b) 道路交通における危険な行為についても同じことがいえる。たしかに立法者は、道路交通の危険に対して特別な行動規則—とりわけ道路交通規則において—をもって対処しようとし、道路交通における危険な行為も一般的に禁止されている(道路交通規則1条2項)。しかし、このことから、道路交通に関する注意義務に違反した場合に、当事者が他人の危険な行為に同意したことについて、法的な意味をまったく認めないということとはできない。少なくとも道路交通の安全の保護にも一般的に役立つ構成要件(刑法315b条〔道路交通の危険な侵害〕、315c条〔道路交通の危険化〕)に限っていえば、道路交通の危険な行為に同意したことによる正当化の効力は排除される。これに対して、ある規定がもっぱら個人法益の保護を目的としている場合(たとえば刑法222条〔過失致死〕、229条〔過失

傷害〕)には、反良俗性の限界が超えられた場合、すなわち実際に法益侵害が生じたか否かにかかわらず、具体的な死の危険が生じた場合に限り、同意によってその(その点についての)正当化の効力が失われる。

このことは本件にも当てはまる。速度制限が120km/hの公道で高速度で行われた「加速テスト」によって、競争に参与した乗用車の乗員に対する切迫した法益の危険が、具体的な生命の危険が認められるほど大きかったか否かについて、当刑事部は判断する必要はない。いずれにせよ、無関係の第三者の乗用車を同時に追い抜くことが、これに関わるすべての交通関与者に対するもはや制御しえないきわめて高い危険と結びついた時点においても、その競争を続行した点にそうした危険があったと認められる。Sが自分自身について、それほど大きな生命の危険に同意したことについて、正当化の効力を認めることはできないであろう。それは、彼が運転の開始時において「犠牲を厭わずに」競争の実行に同意していたという意味でも、はっきりと認められる危険を伴う追い抜き行動が開始された際の具体的な状況においても同様である…。

Ⅳ. 1. 原審の刑事部が、被告人Schは被告人Hによって行われた故意による道路交通の危険化を幫助したと判断したことについて、法的な誤りはない。

不断の判例によれば、正犯者による結果の惹起を客観的に促進し、あるいは容易にする行為はすべて、原則としてその意味で幫助行為とみなされる。すなわち、そうした幫助行為が、具体的な形で正犯行為の結果について何らかの態様で因果的であることは必要でない。さらに、被告人がその幫助行為を、正犯行為が行われるかなり前の予備の段階で行っていたか否かも重要でない(BGH NJW 2007,384,388f.mwN)。その基準となるのは、未遂の開始と終了の間のいずれかの時点で幫助行為が正犯行為を容易にし、あるいは促進したということだけである(BGH NStZ 2008,284 mwN)。

このことは、批判されている原判決の事実認定によって十分に証明されている。これによれ

ば、被告人Schの幫助行為は、積極的に同乗していたことに限定されず、とりわけ「事故が起きる前の」最後の競争を撮影することによってその行為に積極的に関与し、これによって被告人Hによる行為の遂行を幫助した。

2. LGが認定した事実によれば、被告人Schは(二重に)故意的にも行為した。

その場合に、被告人Schの幫助行為についての故意は、事実認定によれば疑問の余地はなく、判決においてそれ以上詳しく説明する必要はなかった。しかも同人の故意は、同人が促進した正犯行為をも包摂していた。すなわち、彼はフォルクスワーゲン・ゴルフの後方に位置していたポルシェからその競争を撮影したのであるから、追い抜きという事象とそれに伴う危険を最初から追求し、把握していたのである。刑法315c条においては、実際に実現された不法の程度は、法定の構成要件に属し、したがって一幫助を理由とする有罪判決を基礎づけるために一幫助の故意によって包摂されなければならない行為の事情ではない。したがって、幫助者が実際に生じた正犯行為の結果を認識していたらその結果を望んでいなかったかといえるか否かは重要でない… (BGH NJW 2007,384,390を参照)。

《研究》

1. 今日の学説の一般的な理解によれば、作による過失犯の構成要件該当性が認められるためには、構成要件に該当する結果が生じたこと、その結果が客観的に予見可能であったにもかかわらず、社会生活上必要な注意を怠ったこと(すなわち客観的注意義務違反が認められること)、および、因果関係の存在を前提にして、結果の客観的帰属が認められることが必要である。また、客観的帰属の判断においては、保護目的連関、義務違反連関、自己答責性の原理等が考慮されなければならないとする。本件では、結果の発生、予見可能性、客観的注意義務違反および因果関係が認められることは明らかであるが(判決理由II. 1. a) ないしe))、被害者S

が「自動車競走を行うことによって生ずる自己の危険と他人の危険を認識していた」ことから、その死の結果を被告人らの注意義務違反に客観的に帰属させることができるか否かが問題になった。また、Sが自己の生命に対する危険性の高い「加速テスト」にみずから関与していたという事情があるので、同意による違法阻却の余地があるかについても検討する必要がある。

2. 客観的帰属の理論の1つとして広く認められている「自己答責性の原理」(Prinzip der Eigenverantwortlichkeit)によれば、人は原則として自己の行為についてのみ責任を負うべきであるから、被害者自身に答責性が認められる場合、とりわけ被害者の自由かつ答責的な自己危殆化行為ないし自傷行為によって結果が生じた場合には、これに関与した者にその結果を帰属させることはできない。換言すれば、「法益の主体を第三者の侵害から保護すべき規範の保護範囲は、被害者自身の答責領域が始まったところで終了する」のであり、その場合にはもはや法的に重要な危険が創出されたとはいえないことになる。¹⁾

このような考え方はBGHの判例の認めるところでもある。この問題についてのリーディング・ケースとされるBGHSt 24,342「けん銃事件」は、警察官であった被告人が、親密な関係にある被害者の女性と飲食店を訪れ、相当量のアルコールを飲んだ後、同女の乗用車でドライブをしていた時に、被告人が気づかない間に、計器盤の上に被告人が置いていた職務用のけん銃を用いて同女が自殺を遂げたという事案について、自殺は犯罪行為ではないので故意による共犯は不可罰であるから、過失による共犯はなおのこと不可罰であるという理由で、自由かつ答責的に行為する自殺者の死を過失によって共同惹起した者は不可罰であるとした原判決の結論を支持した。²⁾

本判決が引用するBSt 39,322は、被告人の放火によって家屋が焼損しつつある時に、家の外にいた家屋の所有者の22歳の息子が、上階の寝室で眠っていた12歳の弟を救助する目的で家

屋内に立ち入り、一酸化炭素中毒により死亡したという事案について、「その結果が、自己答責的に意欲され実現された自己危殆化の結果であり、第三者の加功が自己危殆化の単なる誘発ないし促進に尽きる場合には、侵害結果である人の死は、その一因を与えた第三者に帰属されない。」という原則を確認したものである。³⁾

同じく本判決が引用するBGHSt 32,262「ヘロイン注射事件1」は、被告人が入手したヘロインを共同で使用するよう被害者となる友人から持ちかけられた被告人が、自分が購入した注射器を用いて同人とともにこれを使用したところ、同人が呼吸・心停止により死亡したという事案について、「自己答責的に意欲され実現された自己危殆化は、その危殆化によって意識的に冒された危険が実現した場合には、傷害罪または殺人罪の構成要件には該当しない。そのような自己危殆化を誘発し、可能にし、あるいは促進したにすぎない者は、傷害罪や殺人罪により処罰されない。」としたものである。⁴⁾

これに対して、被害者の自己答責的な行為が故意または過失により誘発し、可能にし、あるいは促進した者が、優越的知識により被害者よりその危険をよりよく知っていた場合には、その関与者は不可罰とされない。たとえば、NStZ 1985,25「朝鮮朝顔茶事件」は、被告人が幻覚作用を伴う朝鮮朝顔の葉から作った茶を仲間に提供したところ、その作用を知らずながら飲んだ1名が近くの湖の浅瀬で溺死したという事案について、BGHSt 32,262「ヘロイン注射事件1」の原則は、「自己答責的に意欲され—追求され、確実なものとして予見され、または甘受して—引き起こされた自己危殆化の場合にも適用され、その危殆化によって意識的に冒された危険が実現したか否か、あるいは自己を危殆化する者が結果は発生しないであろうと希望していたか、あるいはそう信じていたか否かは問題とならない。自己危殆化を促進する第三者の可罰性は、その者が優越的知識により、自己を危殆化する者よりもよりよくその危険を知っていた場合にはじめて認められる。」としたものであり、⁵⁾ BGHSt 36,1は、HIVに感染していた被告人が、

その事実を知らない相手方に感染する危険があることを知りながら無防備で性行為を行ったが、エイズ病原体の感染は認められなかったという事案について、「行為者が熟慮の末の認識によって、みずから危険にさらされた者より事態をよりよく知っていた場合には、行為者の可罰性が問題になる」ことを指摘して、被告人を危険な傷害罪（ドイツ刑法（旧）223条1項、223a条1項・2項）の未遂により有罪とした原判決を支持したものである。⁶⁾

そこで、自己答責的な自己危殆化ないし自傷行為への関与—とすれば不可罰—と、合意に基づく他者傷害—とすれば場合によって可罰的—とを区別する基準如何が問題になる。これについて、本判決が引用するBGH NJW 2003,2326「ゴミ袋事件」は、自殺を企てた重度の身体障害者がその意思を秘して、同人の看護に従事していた被告人を欺罔して自分をゴミ袋に入れさせ、気温の低下した屋外に自分を放置させて自殺を遂げたという事案について、被告人に過失致死罪が成立しうることを明らかにし、これを無罪とした原判決を破棄して原審に差し戻したものである。この中でBGHは、「処罰されない自己危殆化と合意による他殺とを区別する決定的な基準は、正犯と共犯を分ける境界線である。」とし、死に至る事象について被告人が危殆化支配（Gefährdungsherrschaft）を有していたか、それとも自殺者の道具として行為したかが、評価的な考察によって判断されなければならないとした。⁷⁾ また、OLG Nürnberg JZ 2003,745「けん銃事件」は、自殺を決意した夫が、妻を欺罔してけん銃に銃弾が装填されていないものと誤信させ、その引き金を引かせて自分を射殺させたという事案について、妻が引き金を引くと同時に夫は自分の決断を変更する可能性をもたなくなったのであり、妻が銃身に銃弾が残っていることを知っていたならば、単なる自殺幫助ではなく要求による殺人罪が成立することは明らかであるから、「決定的な実行行為は後の被殺者〔夫〕ではなく、被告人〔妻〕にあったと認められる。」として、妻に過失致死罪が成立するとしたものである。⁸⁾

本判決も、「自己答責的な自己危殆化ないし自傷行為への不処罰的な関与と一原則として構成要件に該当する—他人に対する他者傷害行為とを区別する基準は、正犯と共犯を区別する基準である。」とし、「危殆化行為ないし傷害行為についての行為支配が、危殆化された者ないし傷害を受けた者のみに存在するのではなく、少なくともこれに関与する者にも存在する場合には、その関与者は自己の行為を行うのである」とした。この点については、上で紹介した近時の判例の考え方に従ったものといえよう。⁹⁾

3. 本判決は、もう1つの論点である同意による違法阻却の問題について、Sは自己の死またはその危険について法的に重要な態様で同意していたとはいえないとした。

ドイツ刑法216条は同意殺人を規定してその可罰性を明らかにし、同法228条は同意傷害について「その行為が善良な風俗に反する(gegen den guten Sitten) 場合にかぎり」可罰的であるとするが、¹⁰⁾ 生命の危険について同意があったにすぎない場合については、判例・学説において必ずしも統一的な理解があるとはいえない状況にある。

本判決が指摘するように、BGHの比較的古い判例においては、そうした同意は原則として重要でないとされていたようである。たとえば、BGHSt 4,24は、道具を用いた決闘の反良俗性が問題になった事案について、被害者の同意による傷害が同条(刑法(旧) 226a条、現在の228条)の「善良な風俗」に反するか否かは、傷害の重さのみによって答えられるのではなく、目的、とりわけ動機が重要であるとした。¹¹⁾

これに対して、比較的最近の判例においては、故意の傷害への同意があった場合について、その行為の重要な諸事情のすべてを事前の立場から客観的に考察して、同意を与えた者が傷害行為によって具体的な死の危険にさらされていた場合には反良俗性の限界は超えられているとする傾向にある。たとえば、本判決が引用するBGHSt 49,34「ヘロイン注射事件2」は、被告人と被害者が合意のうえ一緒にヘロインを注射し

たところ、身体状態が悪く相当量のアルコールを飲んでいて被害者が死亡したという事案について、行為の反良俗性の検討において考慮されるべきは、「当該構成要件に該当する法益侵害が特に重要であるために、つまり被害者によって甘受された身体的虐待や健康毀損の規模、それと結びついた更なる生命・身体への危険の程度によって、その傷害が善良な風俗と一致しないか否かである。」と判示したものであり、¹²⁾ BGHSt 49,166は、被告人が、異常な性的行為に強い興味をもっていた内縁の妻の強い要望に応じて、同女を緊縛してその首を強く絞扼して死亡させたという事案について、合意によって行われたサドマゾの行為は、それによって傷害の結果が生じてそれ自体としては「善良な風俗」に反するものではないが、傷害行為によって同意を与えた者に具体的な死の危険が生ずるであろうと客観的に予見できる場合には、その行為は反良俗的であるとしたものである。¹³⁾

本判決も、「法律は、社会的利益や公共の利益を維持するために、当事者の現実的な意思に反してでもこれらの[生命・身体という]法益[の保護]を追求するので、殺人や傷害への同意の正当化の効力が限界づけられる。」という立場から、この考え方は道路交通における危険な行為についても当てはまるとした。すなわち、道路交通の安全の保護にも一般的に役立つ構成要件については、道路交通の危険な行為に同意したことによる正当化の効力は排除されるが、ある規定がもっぱら個人法益の保護を目的としている場合には、反良俗性の限界が超えられた場合、すなわち具体的な死の危険が生じた場合に限り、同意によってその正当化の効力が失われるとした。このような考え方によれば、本件では、証人Gの乗用車を被告人らの2台の乗用車が同時に追い抜くことが、「これに関わるすべての交通関与者に対するもはや制御しえないきわめて高い危険と結びついた」ことは明らかであるから、Sが自分自身の生命の危険に同意したことによる正当化の効力を認めることはできないであろう。被害者が自己の生命に対する危険のある行為に同意していた場合にいかなる

範囲で正当化の効力を認めることができるかは、学説において争いがあり、明確な基準を示した判例もなかったことから、本判決が、被害者が具体的な死の危険にさらされていた場合には正当化の効力は認められないとしたことは、判例上重要な意義があると思われる。¹⁴⁾

4. 本判決の問題点について、ロクシンは大意次のように解説する。¹⁵⁾ すなわち、合意による他人危殆化をいかなる前提条件のもとで可罰的とすべきかという問題を解決する方法として、「注意義務による解決」、「同意による解決」および「構成要件的帰属による解決」が考えられる。「注意義務による解決」とは、危殆化される者がリスクを認識しつつ自由意思によりその危険に身をさらしている場合には、危殆化する者の側に注意義務違反はないとする考え方であるが、¹⁶⁾ 注意義務違反は行為それ自体のメルクマールであり、危殆化される者の行為によって左右されうるものでないこと、また、可罰性の存否を事実審の裁判官の裁量と個別事例における全事情の衡量に委ねることは、法文の明確性と法的安定性の要請に反するといえる。また、本判決が採用する「同意による解決」とは、危殆化する者の行為が具体的な死の危険を惹起した場合には危殆化される者の同意は無効であるとする考え方であるが、本件では、被害者は生ずるかもしれない自己の死に同意しているとはいえず、仮に同意していたとしても、刑法216条によりその同意は正当化の効力をもたない。BGHSt 49,34「ヘロイン注射事件2」とBGHSt 49,166は、故意による傷害について被害者が傷害の結果に同意していたであろうと考えられる事案であるから、具体的な死の危険があれば刑法228条によりその同意は無効であると解することができるが、本件は故意の傷害ではなく、傷害の結果や死の結果についての同意も認められない事案であるから、「同意による解決」を採用することはできない。そこで、この問題の解決は「構成要件的帰属による解決」に委ねられるべきである。これによれば、合意による他人危殆化が、すべての重要な観点の下で

自己危殆化と同置される場合には、合意による他人危殆化によって惹起された結果は危殆化した者に帰属されない。¹⁷⁾ すなわち、「その危険の全範囲が被害者の合意によって包摂され、加害者にそれ以上の回避可能な過誤がなく、被害者がその出来事について加害者との同一の答責性を負っている場合」がこれである。¹⁸⁾ これに対して、たとえば被害者が自己の本来の意思に反して、加害者からその出来事に参加するよう強く求められた場合には、加害者への結果の帰属が認められる。

このような考え方を本件の事案に当てはめれば、帰属を排除する合意による他人危殆化の前提条件は認められないとするBGHの結論に賛成することができる。たしかに被害者Sは、「加速テスト」それ自体については運転者らと同一の答責性を負っているので、仮に加速それ自体から事故が生じていたとすれば、合意による他人危殆化として被告人らへの帰属は認められないであろう。しかし、本件事故の根本的な原因は、被告人らが車線区分のない2車線の高速道路をわずか30cmの間隔で併走して第三者の乗用車を追い抜こうと決意したことにより、被害者Sの合意はその危険には及んでいない。原判決は、同乗者らも行為全体について運転者らと同一の答責性を負っていたとしたが、追い抜き行動による潜在的な危殆化が被害者Sの危険の意識に含まれていないことを看過している。さらに、被害者に同ランクの答責性が認められるためには、その危険が予見可能であっただけでなく、その危険の全範囲が被害者の合意によって包摂されていなければならないが、本件ではそのような事情は認められない、というのである。¹⁹⁾

以上のように、被告人らに過失致死罪が成立するとした本判決の結論には異論がないと思われるが、その理由についてはなお議論があると思われる。²⁰⁾

注

- 1) Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht, AT. 38. Aufl. (2008), Rn. 185f.; 客観的帰属の理論に関するわが国の文献は多いが、本稿が紹介する自己答責性の問題について特に詳しく検討したものとして、山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』(1997年) 708頁以下、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』(2004年) 171頁以下がある。なお、本稿の訳文中の「…」は筆者が補った注である。
- 2) Urt.v. 16.5.1972-5 StR 56/72
- 3) Urt.v. 8.9.1993-3 StR 341/93: ただし同判決は、「行為者が犯罪行為によって、被害者の加功と同意なしに、被害者ないし被害者と親密な関係のある人の法益に対する重大な危険を基礎づけ、それによってその者について、危険な救助行為に向かおうとする明白な動機を作出した場合」には、この原則が制限される必要があるとして、同事案については被告人に特に重い放火罪と過失致死罪の所為単一を認めた原判決を支持した。
- 4) Urt.v. 14.2.1984-1 StR 808/83
- 5) Urt.v. 7.8.1984-1 StR 200/84: ただし同判決は、被告人を無罪とした原判決を支持した。
- 6) Urt.v. 4.11.1988-1 StR 262/88; そのほかに本判決が引用するBGHSt 37,179 (Beschl.v. 25.9.1990-4 StR 359/90) は、麻薬法の諸規定の保護目的により、自己答責性の原理、すなわち意識的な自己危殆化の諸原則は制限されるとしたものであり、BGHSt 46,279 (Urt.v. 7.2.2001-5 StR 474/00) は、麻薬の輸入と譲渡は、行為者が自分と親密な関係にない不治の重病者の自殺を援助するつもりであったとしても、正当化または免責されないとしたものである。
- 7) Urt.v. 20.5.2003-5 StR 66/03: 同判決について、詳しくは拙稿「ドイツ刑事判例研究(1)過失による積極的な死亡介助」本誌1号(2005年) 150頁以下を参照。
- 8) Beschl.v. 18.9.2002-Ws 867/02; 以上の諸判例について詳しくは、拙稿「過失により他人の自殺に加功した者の刑事責任—ドイツの理論状況について—」本誌9号(2008年) 61頁以下を参照。
- 9) 本判決が引用するBGHSt 19,135 (Urt.v. 14.8.1963-2 StR 181/63) は、無理心中が失敗した事案について、生き残った被告人は、死に至る事象を支配していた場合には刑法216条により処罰され、そうでない場合には不処罰の自殺幇助となつたものである。
- 10) 216条「要求による殺人」
 ①ある者が、被殺者の明示かつ真剣な要求によって殺害を決定するに至ったときは、6月以上5年以下の自由刑に処する。
 ②未遂を罰する。
228条「同意」
 被害者の同意を得て傷害を加えた者は、被害者の同意があつたにもかかわらず、その行為が善良な風俗に反する場合にかぎり、違法に行為したものとす。
 11) Urt.v. 29.1.1953-5 StR 408/52: 同判決は「善良な風俗」に反しないとす。
 12) Urt.v. 11.12.2003-3 StR 120/03: 同判決は傷害致死罪を認めた原判決を破棄した。
 13) Urt.v. 26.5.2004-2 StR 503/03: 同判決は、傷害致死罪の成立を否定した原判決を破棄して同罪を認めた。本判決については、拙稿「ドイツ刑事判例研究(2)同意傷害の反良俗性」本誌2号(2005年) 155頁以下を参照。
 14) Kühl(Anm.), NJW 2009, S. 1158f.; vgl. ders., Strafrecht, AT. 6. Aufl. (2008), § 17 Rn 88.
 15) Roxin, Zur einverständlichen Fremdgefährdung, JZ 2009, S. 399ff.
 16) ロクシンは、その例として、渡し舟の船頭が嵐で増水した川に舟を出すことの危険を繰り返し説明したにもかかわらず、2人の客の強い希望により舟を出したところ、舟が転覆してその客が溺死した事案について、船頭がその客に「その企てが危険であることを繰り返し強く指摘したにもかかわらず…執拗な要請により…しぶしぶこれに従った」という事情をあげ、その点に(注意)義務違反はないとした「メーメル川事件」(RGSt 57,172: Urt.v. 3.1.1923-IV. StR 529/22) と、エイズに感染した男性がその事情をよく知っている相手女性の要望に応じて躊躇しつづやむなく無防備のまま性交を行ったが感染するに至らなかったという事案について、自己答責的な自己危殆化への関与であるとして、その男性を危険な傷害罪の未遂について無罪とした「エイズ事件」(BayObLG JR 1990, 473 Urt.v. 15.9.1989-1 St 126/89) をあげる。
 17) Vgl. Roxin, Strafrecht, AT. Bd. I, 4. Aufl. (2006), § 11 Rn 123.
 18) Roxin, a.a.O., JZ 2009, S. 401; ロクシンは、構成要件の帰属の問題である「合意による他者危殆化」(einverständliche Fremdgefährdung) と正当化事由としての「同意」(Einwilligung) を厳格に区別して論ずべきであると主張する(S. 402f.)。
 19) Roxin, a.a.O., JZ 2009, S. 402
 20) 本判決の解説・評釈として、ほかに Puppe, Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten, GA 2009, S. 486ff.; Kudlich, Der Tod war noch schneller—strafrechtliche Verantwortung bei »privaten Autoren« , JA 2009, S. 389ff.; Jahn(Anm.), JuS 2009, S. 370f.; Satzger, JK 7/09, StGB § 222/8がある。

