慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	合意に基づく他者危殆化状況で生じた致死傷結果をめぐる近時のドイツの議論：申し合わせて行った公道での違法な自動車レース中に生じた死亡事故に関する判例を素材として
Sub Title	Verabredete illegale Autorennen mit tödlichen Folgen auf öffentlichen Straßen
Author	Rengier, Rudolf(Yabunaka, Yu) Osten, Philipp 薮中, 悠
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2015
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.31 (2015. 2) ,p.207- 228
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20150227-0207

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

合意に基づく他者危殆化状況で生じた致死傷結果をめぐる近時のドイツの議論

――申し合わせて行った公道での違法な自動車レース中に生じた死亡事故に関する判例を素材として――

ルドルフ・レンギーア
フィリップ・オステン
薮　中　　悠／訳

〔訳者解題〕
〔翻訳〕
1　はじめに
2　事案の概要
3　各関与者の罪責について
4　おわりに

〔訳者解題〕

本稿は、2014年4月17日に、ルドルフ・レンギーア教授（Rudolf Rengier, 1948年生）が慶應義塾大学法学部において行った講演「申し合わせて行った公道での違法な自動車レース中に生じた死亡事故」（原題：Verabredete illegale Autorennen mit tödlichen Folgen auf öffentlichen Straßen）の原稿を訳出したものである（当該原稿には講演後にレンギーア教授により注等の加筆が施されている。なお、本文中の〔 〕内の記述は原文にはなく訳者が補充したものである。また、講演会の当日、会場で配布した翻訳資料には学生参加者向けに注を付したが、それらについては改めて取捨選択等を行った上で、レンギーア教授による注とは区別して「訳注」とした。）。

講演者のレンギーア教授は、ボン大学、ミュンヘン大学、フライブルク大学

で法律学を学ばれた後、フライブルク大学でルドルフ・シュミット教授（Rudolf Schmitt）の指導のもと、1978 年には『現在及び将来の刑事手続法における証言拒絶権』（原題は Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht であり、1980 年に単行本として出版されている。）により博士学位を取得され、また、1984 年には『結果的加重犯及び類似の現象形態』（原題は Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen であり、1986 年に単行本として出版されている。）により、刑法、刑事訴訟法及び刑事学の分野における教授資格を取得されている。その後、ミュンヘン大学教授を経て、1986 年以降はコンスタンツ大学教授の地位にあり、1988 年から 1989 年にかけて同大学の法学部長を務められている。

レンギーア教授は、数多くの優れた学術論文のみならず、刑法の教科書として『刑法総論』（原題及び最新版は Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2014）、『刑法各論Ⅰ』（同じく Strafrecht Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 16. Aufl. 2014）及び『刑法各論Ⅱ』（同じく Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 15. Aufl. 2014）を執筆されている。これらの教科書は、ドイツにおけるベストセラーであるだけでなく、日本においても「通説への目配りがなされている上、判例を基礎にした具体的な設例を多数扱っており、財産犯の判例・通説を概観するのに適した好文献」（樋口亮介「ドイツ財産犯講義ノート」東京大学法科大学院ローレビュー 8 号（2013 年）144 頁以下。財産犯を解説する『刑法各論Ⅰ』について）と評価されている書籍である。

本稿は、ドイツ連邦通常裁判所の 2008 年 11 月 20 日判決（BGHSt 53, 55. 以下では「2008 年判決」ともいう。）を素材に、合意に基づく他者危殆化と自己答責的な自己危殆化との区別や過失致死罪における同意をめぐる諸問題（過失犯における同意の可能性、本件事案における被害者の同意の有無、ドイツ刑法第 228 条による同意の制限）を検討するものである（本邦における当該判例の研究として、鈴木彰雄「ドイツ刑事判例研究⒄　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」名城ロースクールレビュー 13 号（2009 年）147 頁以下、

山本高子「自己危殆化と合意に基づく他者危殆化―2008 年 11 月 20 日の BGH 判決を素材として―」比較法雑誌 44 巻 1 号（2010 年）101 頁以下、島田美小妃「ドイツ刑事判例研究(77)　違法なカーレースを行った際の過失致死」比較法雑誌 44 巻 2 号（2010 年）411 頁以下等がある。）。

なお、訳者への私信によれば、レンギーア教授は、上記事案の上告に際して、公訴参加人（Nebenklägerin）の代理人を務められたということである。また、レンギーア教授の所属はコンスタンツ大学であり、本件の原審及び差戻審はコンスタンツ地方裁判所であるが、本件事故が発生したのはコンスタンツから 20km ほどしか離れていない場所だったということである。

本稿で検討されている内容は、日本では「危険の引受け」あるいは「過失犯における被害者の同意」の問題として、それが認められる場合に犯罪の成否にいかなる影響があるのか、そして、それはどのような理論的根拠に基づくのか等の点が論じられている。「危険の引受け」については、最高裁昭和 55 年 4 月 18 日決定（刑集 34 巻 3 号 149 頁。いわゆる「坂東三津五郎ふぐ中毒死事件」）もそれに関する事案として挙げられているが、特に千葉地裁平成 7 年 12 月 13 日判決（判例時報 1565 号（1996 年）144 頁。いわゆる「ダートトライアル事件」。「ダートトライアル」とは、JAF（一般社団法人日本自動車連盟）が管理統括し、規則等を定める競技であり、道路交通法の適用のない非舗装の路面を走行して、それに要した時間を競い合うものである。事案では、被害者を載せてダートトライアルのコースを練習走行中であった被告人が、被害者の指示にしたがって加速したところ、下り急勾配のカーブで車のコントロールを失い、車両をコース端の柵に激突させて、被害者を死亡させた。）が契機となって活発な議論が展開されているテーマである（千葉地裁判決の評釈等として、佐伯仁志「ダートトライアルの練習中に同乗者を死亡させた事案において、業務上過失致死罪の成立を否定した事例」判例セレクト’96（1997 年）32 頁、荒川雅行「危険の引受けと過失犯の成否―ダートトライアル同乗者死亡事件」『平成 8 年度重要判例解説』（1997 年）147 頁以下、十河太郎「危険の引受けと過失犯の成否」同志社法学 50 巻 3 号（1999 年）341 頁以下、前田雅英

「危険の引き受けと許された危険」同『最新重要判例 250　刑法〔第 9 版〕』（弘文堂、2013 年）41 頁、塩谷毅「危険の引受け」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選 I　総論〔第 7 版〕』（2014 年）120 頁以下等がある。）。連邦通常裁判所の 2008 年判決は、ダートトライアル事件と自動車事故という点では類似しているが、一方は公道で違法に行ったレース中の事故であり、他方は管理統括団体の公認レース場における当該自動車競技（モータースポーツ）の練習中の事故である等の差異も認められ、両事案の事情の差異が法的にいかなる意味を持ちうるのかという点や、2008 年判決と原審のコンスタンツ地方裁判所の判決とでは過失致死罪について有罪・無罪の結論が異なったが、それはいかなる事情によるのかといった点等は、日本における議論にも興味深い検討素材を提供するものと思われる。ここに資料として本稿を紹介する所以である。

「危険の引受け」について論じた主な邦文献としては、山口厚「被害者による危険の引受と過失犯処罰」研修 599 号（1998 年）3 頁以下、奥村正雄「被害者による『危険の引き受け』と過失犯の成否」清和法学研究 6 巻 1 号（1999 年）105 頁以下、佐伯仁志「違法論における自律と自己決定」刑法雑誌 41 巻 2 号（2002 年）186 頁以下、山口厚「『危険の引受け』論再考」渥美東洋ほか編『刑事法学の現実と展開―齋藤誠二先生古稀記念―』（信山社、2003 年）89 頁以下、島田聡一郎「被害者による危険引受」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』（成文堂、2003 年）123 頁以下、西田典之ほか編『注釈刑法　第 1 巻』（有斐閣、2010 年）373 頁以下〔深町晋也執筆〕等があるほか、研究書として、山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』（成文堂、1997 年）、小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』（弘文堂、2003 年）、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』（法律文化社、2004 年）、須之内克彦『刑法における被害者の同意』（成文堂、2004 年）等がある。また、最近の研究論文として、田中優輝「被害者による危険の引き受けについて（1 ～ 5・完）」法学論叢 173 巻 1 号（2011 年）48 頁以下・4 号（同年）57 頁以下・174 巻 1 号（2012 年）57 頁以下・3 号（同年）53 頁以下・174 巻 5 号（2013 年）86 頁以下、瀬川行太「結果発生への被害者の過

失的関与について（1 ～ 2・完）」北大法学論集 63 巻 5 号（2013 年）159 頁以下・63 巻 5 号（同年）104 頁以下等がある。

本稿の構成は次のとおりである。

1　はじめに
2　事案の概要
3　各関与者の罪責について
　⑴　G の罪責
　　a　第 1 の問題：合意に基づく他者危殆化について
　　b　第 2 の問題：過失致死罪における同意の可能性（処分権）
　　c　第 3 の問題：同意の対象
　　d　第 4 の問題：ドイツ刑法第 228 条に基づく同意の制限
　⑵　P の罪責について
　⑶　B の罪責について
4　おわりに

この度、安冨潔先生が本塾大学をご退職されるにあたり、小稿執筆の栄誉を賜ったことに厚く御礼を申し上げるとともに、先生の末永きご多幸をお祈り申し上げる。

〔翻訳〕

1　はじめに

近年、ドイツでは、公道での違法な自動車レース中に発生した死亡事故を対象とする刑事事件が増えている。この種の事件において示された重要な判例[1)]は、過失犯論に関する大変興味深い問題を提起しており[2)]、ドイツ刑法にとっても日本刑法にとっても等しく重要な意味を持っている。

そこで、本稿では、この問題を考察する際の最も重要な事案、すなわち考察の基礎となるドイツ連邦通常裁判所[訳注1)]の判決[3)]を取り上げて検討を行いたい。

2　事案の概要

2008年に連邦通常裁判所が下した当該判決[4)]は、以下のような事案に関するものである。

G、O、P、Bの4名[訳注2)]は、〔片側〕2車線で路肩のないアウトバーンのような道路[訳注3)]で「加速レース（Beschleunigungsrennen）」を行うことを合意した。Gらは、このレースで「いつ、最高速度が優るポルシェは、初速度が優る改造

1）BGHSt 53, 55; OLG Stuttgart StV 2012, 23 = JR 2012, 163; OLG Celle StV 2013, 27.

2）当該事案に関しては、*Puppe*, Anmerkung zu OLG Stuttgart（前掲注1））, JR 2012, 164 ff.; *Rengier*, Anmerkung zu OLG Celle（前掲注1））, StV 2013, 31 ff.; *Eisele*, Objektive Zurechnung bei illegalen Straßenrennen, in: Festschrift für Kühl, 2014, S. 159, 167 ff. において論じられている。

訳注1）通常の民事事件や刑事事件を管轄する最上級裁判所である。ドイツには（日本とは異なり）このほかにも、事件の種類・内容ごとに、連邦行政裁判所（対象は行政事件）、連邦税務裁判所（租税事件）、連邦社会裁判所（社会保障関係の事件）、連邦労働裁判所（労働事件）といった最上級の裁判所がある。ドイツの司法制度については、村上淳一ほか『ドイツ法入門〔改訂第8版〕』（有斐閣、2012年）254頁以下等を参照。

3）BGHSt 53, 55.

4）BGHSt 53, 55.

されたフォルクスワーゲン・ゴルフに追いつくのか」を試したかったようである。

ゴルフを運転したのはGであり、Oはその同乗者である。ポルシェを運転したのはPで、同車にはBが同乗した。Gらはいずれも、本件以前にもたびたび同様のレースを行っており、本件では同乗者になった者が運転手としてレースを行ったこともあった。

それぞれの車両の同乗者であるOとBがレースの様子を撮影していたところ、運転手であるGとPは、前方に〔片側2車線の〕右側の車線を時速116kmで走行している自動車を発見した[訳注4)]。このとき、GとPはそれぞれ、最高速度が時速120kmに制限されている区間で、時速200kmを越えるスピードを出して走行していた。

GとPは、レースを中止せずに、さらに速度を上げた。〔片側2車線の〕左側の車線を走行していたGは、できる限り左側に寄って走行することにより、Gの運転するゴルフに追いつこうとして右側車線を走行してきたポルシェのために、スペースを空けた。そして、〔ゴルフとポルシェが〕並走して〔制限時速を守って走行していた右前方の〕自動車を追い越そうとした。この追い越し時の状況は、左側車線をゴルフとポルシェが並走し、2台の車両の間隔は30cmであり、Gは時速213km、Pは時速約240kmを出していた、というものであった。

そのとき、Gの運転するゴルフは、〔道路の中央にあり芝生が植えられた〕中央分離帯（Grünstreifen）に乗り上げてしまい、スリップして横転した。これに

訳注2）本件事案における4名の関係者（G、O、P、B）を確認する：

G：フォルクスワーゲン・ゴルフ（**G**olf）の運転手

O：ゴルフの同乗者であり、本件事故により死亡する被害者（**O**pfer）

P：ポルシェ（**P**orsche）の運転手

B：ポルシェの同乗者（**B**eifahrer）

訳注3）アウトバーンは、日本でいえば高速道路のような道路である。なお、判決文によれば、Gらが本件レースを行った道路は、「国道33号線」（B 33 = Bundesstraße 33）であり、片側2車線ずつ計4車線の広い道路である。

訳注4）ドイツでは（日本とは異なり）右側通行である。したがって、GとPが右前方に発見した自動車は道路の最右端を走行していたことになる。

より、ゴルフに同乗していたOは死亡した。運転していたGは重い傷害を負ったが、一命をとりとめた。

3　各関与者の罪責について

ゴルフの運転手G、ポルシェの運転手P、そして、ポルシェに同乗していたBの罪責が問題となる。

⑴　Gの罪責

まず、フォルクスワーゲン・ゴルフを運転していたGの罪責から検討しよう。

Gは、ドイツ刑法では、過失致死罪（ドイツ刑法第222条[訳注5)]）で処罰されるかが特に問題となる。

日本刑法では、自動車運転過失致死罪（日本刑法第211条第2項〔講演当時〕[訳注6)]）により処罰されるかが問題となる。さらには、進行を制御することが困難な高速度で自動車を走行させて人を死亡させた場合を重く処罰する、日本刑法第208条の2第1項第2文〔講演当時〕[訳注7)]の適用可能性さえ考えられる。

本稿では基本的に、ドイツ刑法及び日本刑法のどちらにも関係する、過失致

訳注5）ドイツ刑法第222条（過失致死）は、次のように規定している。

「過失により人を死亡させた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。」

なお、ドイツ刑法の条文の邦訳に際しては、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典〔法務資料第461号〕』（2007年）を参照した。

訳注6）講演当時、日本刑法第211条第2項は次のように規定していた。

「自動車の運転上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた者は、7年以下の懲役若しくは禁錮又は100万円以下の罰金に処する。ただし、その傷害が軽いときは、情状により、その刑を免除することができる。」

講演後に、改正法が施行され、現在は「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」（平成25年法律第86号。平成26年5月20日施行）第5条が同内容を規定している。

死罪の問題に照準を合わせて検討を行うこととする。

前述の判例の事案において、G が注意義務に著しく違反する行為をしたこと、O が死亡するという結果が客観的にも主観的にも予見可能であったことについては、まったく争いがない。G は、適切なタイミングでブレーキを踏むなどすれば、当該死亡事故を避けることができた。

しかし、これだけでは過失致死罪の構成要件該当性を認めるのに十分ではない。判例や学説において様々な見地から議論がなされており、そして、未だに部分的に解決されていない、さらなる法的諸問題が存在している。私は、ドイツ刑法の議論を基礎に当該諸問題を検討する。もっとも、これらの問題に関しては、私は、日本の研究者が日本刑法の議論についてドイツ語で執筆した文献[5)] により、ドイツと日本とで結論が一致しない点もあるが、少なくとも比較して検討することは可能である、という印象を抱いている。

訳注 7）講演当時、日本刑法第 208 条の 2 第 1 項は次のように規定していた。

「アルコール又は薬物の影響により正常な運転が困難な状態で自動車を走行させ、よって、人を負傷させた者は 15 年以下の懲役に処し、人を死亡させた者は 1 年以上の有期懲役に処する。その進行を制御することが困難な高速度で、又はその進行を制御する技能を有しないで自動車を走行させ、よって人を死傷させた者も同様とする。」

現在は、「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」第 2 条第 1 号及び第 2 号で、これと同内容が規定されている。

5）*Yamanaka*, Von dem Irrtum über den Kausalverlauf und der Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs, in: *ders*., Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaft, 2008, S. 160 ff.（初出は 1981 年）; *Yamanaka*, Die Entwicklung der japanischen Fahrlässigkeitsdogmatik im Lichte des sozialen Wandels, in: *ders*., Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaft, 2008, S. 214 ff.（初出は 1990 年）; *Yamanaka*, Die Lehre von der objektiven Zurechnung in der japanischen Strafrechtswissenschaft, in: *ders*., Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft, 2012, S. 147 ff.（初出は 2006 年。なお、同書の書評として *Osten*, GA 2014, 5. 305 ff. がある。―訳者追記）; *Yamanaka*, Die Normstruktur der Fahrlässigkeitsdelikte, in: *ders*., Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft, 2012, S. 169 ff.（初出は 2009 年）; *Yoshida*, Die Einwilligung des Verletzten im japanischen Strafrecht, in: *Eser/Nishihara*（Hrsg.）, Rechtfertigung und Entschuldigung IV, 1995, S. 349 ff.

具体的には次の4点が問題となる。

① 本件事案は、自己答責的な自己危殆化の事案と合意に基づく他者危殆化の事案のいずれに該当するのか。
② そもそも過失致死罪について同意をすることは可能なのか。
③ 〔上記②の〕過失致死罪への同意の可能性は肯定するとしても、本件事案において具体的に、被害者Oの同意は、自らの生命を危殆化し、死をもたらした行為にまで及んでいたのか。
④ 〔仮に上記③も肯定される場合には〕認められるOの同意に制限はないのか。すなわち、そのような同意はドイツ刑法第228条により無効なのではないのか。

a 第1の問題：合意に基づく他者危殆化について

連邦通常裁判所及び通説は、正当にも本件を合意に基づく他者危殆化[訳注8)]の事案と評価している。決して、GとPの2名の運転手が、被害者Oによる自己答責的な自己危殆化[訳注9)]に、そもそも不可罰な形で関与をした事案であるとは考えていない[訳注10)]。

他者危殆化と自己危殆化との区別は、他者による傷害か自傷かを区別するときや、他殺か自殺かを区別するときと同様の原理によってなされなければなら

訳注8）他者危殆化とは、生命や身体等の法益が、その担い手（被害者）自身によってではなく、行為者（他人）によって危険にさらされることをいう（井田良「危険の引受け」西田典之＝山口厚編『刑法の争点〔第3版〕（ジュリスト増刊）』（2000年）78頁以下、塩谷毅「危険の引受け」西田典之ほか編『刑法の争点（新・法律学の争点シリーズ2）』（2007年）78頁以下等参照）。

合意に基づく他者危殆化の状況（法益の担い手が自己の法益を危険にさらす行為の遂行を他人に許している状況）では、「被害者が行為者の危険行為によって自己の法益に危険が生じることを認識してその実行を許し、それによって法益侵害の結果が生じた場合に、行為者は処罰されるべきなのか」が問題になるとされている（塩谷・前掲78頁）。

ない。それによると重要なのは、いったい誰が危険を基礎づける事象に対して行為支配を有しているのか、すなわち、「危険支配」（Gefährdungsherrschaft）[6] を有しているのは誰なのか、という点である。

前述の判例の事案では、G により事象の発生が支配されていたことに疑いはない。O は単なる同乗者であった。O は事故へと向かう事態の推移について積極的に関わっておらず、前方で起こっている出来事に関しては、ただの一度も正確に把握していなかった。なぜなら、O は、後ろを向いて、自分が乗っているゴルフの後方を走行していたポルシェを撮影していたからである。O は、――ゴルフの運転を支配していた――G の行動に身を委ねていたのである [7]。

訳注 9）自己答責的な自己危殆化とは、生命や身体等の法益をその担い手（被害者）自身が危険にさらすことをいう（井田・前掲訳注 8）78 頁以下、塩谷・前掲訳注 8）78 頁以下等参照）。

自己答責的な自己危殆化への関与については、「被害者が自己の法益を危険にさらす行為を自ら行い、それに関与した者が存在し、法益侵害の結果が発生した場合に、関与者は処罰されるべきなのか」が問題になるとされている（塩谷・前掲訳注 8）78 頁）。

訳注 10）ドイツ刑法において「合意に基づく他者危殆化」と「自己答責的な自己危殆化」とを区別する実益については、後掲の筆者による注 17）を参照。

また、この点に関するドイツの学説に関しては、吉田敏雄「『合意のある他者危殆化』について―ドイツ刑法学説の概観―」西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集　第 1 巻』（成文堂、1998 年）407 頁以下、松宮孝明「『被害者の自己答責性』と過失正犯」同『過失犯論の現代的課題』（成文堂、2004 年）〔初出は、小田中聰樹ほか編『誤判救済と刑事司法の課題―渡部保夫先生古稀記念―』（日本評論社、2000 年）523 頁以下〕などを参照。

もっとも、日本では、合意に基づく他者危殆化か自己答責的な自己危殆化への関与か、という「区別から直ちに法的効果の差が生じると考える見解は少ない」との指摘もなされている（島田聡一郎「危険の引受け」西田典之ほか編『刑法判例百選 I　総論〔第 6 版〕』（2008 年）114 頁）。

6）BGHSt 53, 55, 61; BGH NJW 2003, 2325, 2326.

7）この点に関しては、*Rengier*, Strafrecht BT II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 15. Aufl. 2014, § 8 Rn. 1 ff.; § 20 Rn. 3 ff. も参照。

判例及び通説によれば、検討の対象となっている「加速レース」が合意に基づく他者危殆化のカテゴリーに分類されると、次のような帰結が導かれることになる。すなわち、重大な事故を惹き起こした行為は構成要件に該当する行為であり、行為者が罪責を負うかどうかは違法性を阻却する同意の法理の適否次第である、という帰結である。それゆえ、このような考え方は、同意による解決（Einwilligungslösung）とも呼ばれている。

これに対して、自己危殆化のカテゴリーに分類されると、客観的帰属が認められないため、既に客観的構成要件が認められないことになる。

もっとも、同意による解決で他者危殆化の状況における問題に対応することについては異論もある。同意による解決に反対する見解[8)]は、過失犯においては行為支配の基準が妥当しないため危険支配という区別基準は役に立たないとして、自己危殆化及び自己答責性の理論によって問題を解決することを強く主張している。そのほか、反対説は、そもそも過失犯の領域への同意の法理の適用可能性について疑問を呈している。

反対説の陣営においては、特にロクシン[訳注 11)]の見解[9)]が大きな影響力を

8）この点に関しては、*Rönnau*, in: Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 2006, vor § 32 Rn. 165 ff., 169; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, vor § 32 Rn. 106; *Grünewald*, Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, GA 2012, 364, 371 ff. を参照。

訳注 11）クラウス・ロクシン（Claus Roxin, 1931 年生）は、ドイツを代表する著名な学者である。ロクシンについては、宮澤浩一編『西ドイツ刑法学〔学者編〕』（成文堂、1978 年）498 頁以下、井田良「ロクシン――犯罪論の新時代を切り開いた独創的理論家――　ドイツ刑法学者のプロフィール⑼」法学教室 135 号（1991 年）60 頁以下等を参照。

9）この点に関しては *Roxin*, Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, GA 2012, 655, 663 ff.; *ders*., Zur einverständlichen Fremdgefährdung, JZ 2009, 399 ff.; *ders*., Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 121 ff. を参照。これに賛成するのは *Hellmann*, Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung, in: Festschrift für Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 271 ff. である。

持っている。

ロクシンの見解は、「合意に基づく他者危殆化が、関連するあらゆる観点において、自己危殆化と同視される」かどうかを基準とし、これが肯定される場合には行為者は処罰されないとするものである。

同視が認められるための具体的な要件としては、第1に、リスクの認識すなわち全てのリスク要因を知っていること、第2に、結果を惹起する危険な行為への合意があること、が必要であるとする。なお、この2つの要件は、通説においては、同意が認められるかどうかの基準となるものである。そして、第3の要件として、危殆化された者は、共同の行為について、危殆化した者と同一の答責性を引き受けること、が付け加えられる。

この3つの要件を全て満たす場合に、他者危殆化は自己危殆化と同視される。このような考え方は、理論的には、構成要件該当性を阻却する客観的帰属の理論の適用に行き着くものである。そのため、ロクシンは、帰属による解決（Zurechnungslösung）を主張している[訳注12)]。

b　第２の問題：過失致死罪における同意の可能性（処分権）

通説により主張される同意による解決にとって問題となるのは、過失致死罪の構成要件に該当する行為が死亡した被害者であるOの同意により正当化されるのか、という点である。これは処分権を前提としている。

この点について、連邦通常裁判所は長い間、ドイツ刑法第216条（要求に基づく殺人）[訳注13)]を指摘して、そもそも過失致死罪において同意は認められな

訳注12）ロクシンの見解についてより詳しくは、平野龍一監修・町野朔・吉田宣之監訳『ロクシン刑法総論 第1巻［基礎・犯罪論の構造］（第3版）（翻訳第1分冊）』（信山社、2003年）369頁以下（特に429頁以下）などを参照。なお、本書のドイツ語版の最新版は、*Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd.1, 4. Aufl. 2006である。

訳注13）ドイツ刑法第216条（要求による殺人）の第1項は、次のように規定している（同条第2項は未遂犯処罰規定である。）。

「被殺者の明示的かつ真摯な嘱託により殺害を決意した者があるときは、6月以上5年以下の自由刑を言い渡すものとする。」

い、という立場をとっていた[10]。検討の対象としている前述の判例は、連邦通常裁判所として初めて、過失致死罪についても同意による違法性阻却の可能性があることを認めた点で、画期的な判決である[11]。

この判決の理論的な基礎になっているのは、次のような理解である。

すなわち、過失犯においては、危険を伴う――過失致死罪の事案において生命を危殆化する――行為への同意のみが問題となりうる。危険への同意（Risiko-Einwilligung）の対象及び少なくとも挙動によりなされる同意の表明の対象は、後に結果に現実化する危険を伴う行為態様でなければならない[12]。そして、危殆化された〔被害〕者が、当該危険について、危殆化した〔行為〕者と同様の認識を有していたことが、同意の有効性を認めるための要件となる。

また、次のような考慮は、過失致死罪においても同意の可能性を認める論拠となる。

すなわち、〔ある危険な行為の惹き起こす結果が傷害にとどまるのか、それとも死亡にまで至るのかは、偶然に支配される場合もあるが〕過失致死罪への同意の可能性を認めない見解によれば、危殆化状況において同意の有効性が認められるかどうかは、当該危殆化行為が単に傷害結果が生じさせたにとどまるのか（この場合には、同意は有効であり、行為は正当化される。）、それとも死亡結果を発生させるに至ったのか（この場合は、同意は無効であり、行為は正当化されない。）、という偶然の事情により左右されることになってしまう[13]。

c　第３の問題：同意の対象

連邦通常裁判所の判例が打ち出した新たな方針によれば、過失犯における同

10）BGHSt 4, 88, 93; 7, 112, 114; VRS 17, 277, 279; BGH 4 StR 162/00 vom 20.6.2000, S. 8（NStZ 2000, 583 に抄録されている。）。

11）BGHSt 53, 55, 63.

12）これと同趣旨を述べるのは、*Kühl*, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 17 Rn. 82 ff.; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 2. Aufl. 2013, § 25 Rn. 136 ff.; *Frister*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2013, 15/27 ff.; *Rengier*, BT II（前掲注 7）), § 20 Rn. 27 ff. である。

13）詳しくは、*Rengier*, BT II（前掲注 7）), § 20 Rn. 32. を参照。

意については、構成要件的な結果に照準を合わせてはならないことになる。そうではなく、当該過失致死罪の構成要件を具体化し、後に死亡する被害者が、死亡結果に至る危険を創出した（生命への）危険を含む危殆化行為について同意していたのか、を問題にしなければならない。被害者が同意をした危険な行為と危険が実現した結果との間には、危険連関（Risikozusammenhang）が存在しなければならない。ただし、この点に関しては、更なる未解決の問題があり、この限りでは客観的帰属の諸基準が有用である。

次のような、おそらく日常でしばしばみられる事例を考えてみて欲しい。それは、かなり酔っている人に車で送ってもらう、という事例である[訳注 14)]。このような事例では、同意はアルコールに起因する諸々のリスク（たとえば、車道からそれてしまうこと）により実現した（死亡という）結果とは関連性を有している。しかし、仮に運転手が飲酒運転の容疑で捕まらないように、警察の追跡から危険な態様で逃げることを決断した場合には、運転手は当初のリスクとは関係が遮断された、新たなリスクを設定している。このような場合には、同意は追跡から逃げることに伴うリスクには及んでいない、ともいえる。

本稿の検討対象である自動車レースに関しても、これと同様に考えなければならない。

問題となるのは、O の死亡という結果を惹き起こした当該事故は、O が同意したレースに内在する危険が実現して発生したものである、と評価できるかどうかである。

当該事故の発生が、猛スピードで走行する自動車同士が接触したこと、カーブでスリップしたこと、あるいは、障害物が目の前に突然出現したため運転手が適切なタイミングでブレーキを踏むことが出来なかったことに起因する場合には、〔同意した行為が創出した危険と実現した結果との間の〕危険連関を認める

訳注 14）このような、いわゆる好意同乗の事案については、たとえば原田國男『量刑判断の実際〔第 3 版〕』（立花書房、2008 年）403 頁以下に紹介されている。

ことができる。

本件の事案では、確かに、右側車線をGやPよりも遅い速度で走行していた自動車が、突然、障害物として目の前に出現している。しかし、この点に関しては、GとPは適切なタイミングでブレーキをかけることで、高速度で走行していた自車を制動することができたと認定されている。GとPは、それを行わなかったばかりか、意図的にレースを続行し、（片側2車線の道路で3台の自動車が非常に高速度で並走するという）危険な追い越し運転を開始している。Oは、そのような危険な状況下でレースを続行することについて同意をしていたとは認められない。むしろ、Oの立場からすると、GとPが、右前方に彼らよりも遅い速度で走行している自動車を認めたにもかかわらず、レースを〔中断せずに上述のような危険な態様で〕続行すると決断したことは、もはやOが事前に同意した行為に伴うリスクが実現したとはいえない事態が生じたことを意味している。

さらに、次のような主張、すなわち、本件以前に行ったレースにおいても、本件と同様に生命を危殆化する状況が発生していたのであるから、Oの同意は危殆化状況及び3台の自動車が並走する追い抜き運転に及んでいた、という主張にも理由がない。

〔Oは死んでしまっているので実際には不可能であるが〕もしOに同意に関して質問することができるならば、次の2点を確認しなければならない。

1点目は、GとPはたとえ彼らよりもかなり遅い自動車が右側車線に出現した場合であっても「加速レース」を中止しない、というリスクに同意したのかどうかである。2点目は、路肩がなく片側2車線しかない道路で、時速200kmを明らかに超えるスピードを出し、互いにわずか30cmしか離れていない状態で並走して、自車よりもかなり遅い速度で走行する自動車を追い越さなければならないという状況において、犠牲を払ってもなおレースを続行することに同意したのかどうかである。どちらの質問についても、Oは肯定しないであろう。

以上より、通説によれば、本件事案（BGHSt 53, 55）では、後に死亡することとなる被害者のOは、生命を危殆化する行為、すなわち、死亡結果につながる危険を生じさせる特に危険な追い越し運転を認めていないため、同意があったとは認められない。

特にロクシンが支持する帰属による解決も、ここでは別の結論をもたらすものではない。というのは、ロクシンが提唱する、関連するあらゆる点において合意に基づく他者危殆化を自己危殆化と同視することができるか、という要件については、被害者がすべてのリスク要因を認識して結果を惹き起こす危険な行為に同意しているかどうかが重要な基準となるからである。これはOには認められない。なぜなら、Oは、特に危険な追い越し運転が行われるということを考慮していなかったからである。

d　第4の問題：ドイツ刑法第228条に基づく同意の制限

本件事案の事情を少し変えて、被害者Oが3台の自動車が並走する特に危険な追い越し運転に同意をしていたという事例について考えてみよう。

ロクシンが主張する帰属による解決によれば、このような事例では、自己答責的な自己危殆化と同視されうるため〔客観的構成要件を充足せず〕、Gは過失致死罪の罪責を負わないことになるであろう。

これに対して、説得的な判例の考え方や通説の見解によれば、最後にもう1つの問題点を考察しなければならない。それはすなわち、ドイツ刑法第228条[訳注15]が違法性を阻却する同意について設けている制限についてである[14]。この制限は、合意による他者危殆化の事案においても妥当する。

訳注15）ドイツ刑法第228条（承諾）は、次のように規定している。

「被害者の承諾を得て傷害を行った者は、承諾にもかかわらず、行為が善良な風俗に反するときのみ、違法に行為を行ったものとする。」

14）この点に関しては、*Rengier*, BT II（前掲注7）), § 20 Rn. 2 ff. にまとめられている。

ドイツ刑法第228条によれば、同意を得てなされた傷害は、それが善良な風俗に反するときには、同意があったとしても違法である。同条の明確性に関する憲法的な疑義（ドイツ基本法第103条第2項[訳注16)]）を払拭するために、ドイツの判例は、「善良な風俗」という概念を狭く、法益に関係付けて理解している[15)]。この法益関係的な解釈によれば、ドイツ刑法第228条の制限は、被侵害者が自己の生命に対して具体的危険を生じさせるような危殆化行為に同意した場合に特に適用される[訳注17)]〔このため侵害者の行為は違法となる。〕。

致死的で高度に危険な追い越し運転は、Oの生命に対する具体的危険を生じさせる行為であるため、仮にOがそのことについて同意していたとしても、ドイツ刑法第228条の制限により、同意は否定されなければならない。というのは、本件の追い越し運転が行われた状況に照らせば、レースに参加したすべての者が、生命に対する具体的危険にさらされており、生命に対する具体的危険が死亡という結果に現実化するかどうかは全くの偶然に支配されているとい

訳注16）ドイツ基本法第103条第2項は、次のように規定している。

「ある行為がなされる以前にその可罰性が法律によって規定されていた場合にのみ、その行為を罰することができる。」

なお、ドイツ基本法の条文の邦訳に際しては、初宿正典ほか編『新解説世界憲法集〔第3版〕』（三省堂、2014年）を参照した。

15）この点に関して基礎となる判例は、BGHSt 49, 34; 49, 166; 58, 140である。

訳注17）筆者が注15）で挙げるドイツ刑法第228条に関する重要な判例のうち、BGHSt 49, 43（2003年12月11日判決）及びBGHSt 49, 166（2004年5月26日判決）については、本邦における判例研究として、鈴木彰雄「ドイツ刑事判例研究(2)　同意傷害の反良俗性」名城ロースクールレビュー2号（2005年）155頁以下、同「ドイツ刑事判例研究(3)　合意によるヘロイン使用と傷害致死罪の成否」名城ロースクールレビュー3号（2006年）75頁以下等がある。

また、ドイツの研究者がこれらの判決を契機にドイツ刑法第228条について批判的に検討したものとして、クリスティアン・キュール（佐藤拓磨＝小池信太郎訳）「刑法と善良の風俗」法学研究79巻8号（2006年）25頁以下がある。

なお、武藤眞明「承諾に基づく傷害の許容範囲―ドイツ刑法の規定との比較―」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集編集委員会編『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集　第3巻　現代社会と刑事法』（成文堂、2000年）65頁以下は、同意傷害が許容される範囲について、日本とドイツの議論を比較して検討している。

えるほどの危機の差し迫った状況にあったためである[16)]。

以上の検討により、連邦通常裁判所は、正当にも過失致死罪に関してGは有罪であると判断し、過失致死罪について無罪であると判断したコンスタンツ地方裁判所の判決をこの限度で破棄した。このように破棄はされたものの、原審のコンスタンツ地方裁判所が無罪の判決を下したことは、過失致死罪に関して有罪であるという判断は決して自明のものではなく、その根拠が問われうるものであることを示している。

おそらく日本においても、自動車運転過失致死罪〔講演当時〕の罪責が肯定され、同意の有効性は否定されるであろう。それだけではなく、私には、日本刑法第208条の2第1項第2文〔講演当時〕にも該当するように思われる。なぜなら、もし同条の構成要件に関する私の理解が正しいならば、Gは制御困難な高速度で走行していたといえるからである。

⑵ Pの罪責について

ポルシェを運転していたPに関しても、まずOの死亡について過失致死の罪責を負うのかが問題となる。

この点に関しては、先に詳しく説明したところによれば、基本的に争いはない。

Pもまた、右側車線を〔自分が運転する車よりも〕遅い速度で走行する自動車を発見したにもかかわらず高速度で運転を続けて、極めて危険な方法でGに左側車線の端を走行するよう仕向けたことによって、Oの死亡という結果を共同で惹き起こしている。Pは、Gと同程度に注意義務に著しく違反する行動をしている。このほかの点については、Gの場合と同様である。

したがって、Oを死亡させた点に関して、Pにも過失致死罪の構成要件該当性が認められる（ドイツ刑法第222条、日本刑法第211条第2項〔講演当時〕）。

---

16)「具体的危険」の概念については、*Rengier*, BT II（前掲注7)), § 44 Rn. 10 ff. を参照。

さらに、日本刑法によれば、制御不能な高速度で進行したPについても（Gと同様に）、第208条の2第1項第2文〔講演当時〕の構成要件該当性が肯定されるであろう。

もっとも、ゴルフを運転していたGが負った傷害に関しては、異なる法的状況が存在する。

ドイツ刑法第229条の過失傷害罪[訳注18)]、あるいは、日本刑法第211条第2項の自動車運転過失傷害罪〔講演当時〕に関しては、確かに一見すると過失犯としての罪責を認めるためのすべての要件が揃っているようにも見える。

しかし、ゴルフの運転手であるGは、ブレーキを踏むことで「加速レース」をやめることが可能であった。それにもかかわらず、Gは、レースをやめることなく、Pとの黙示的な了解のもとにレースを続行している。つまり、Gは、レースを続行することにより、自己答責的に自分自身を事故の危険にさらしている。それゆえ、Gの側に自己答責的な自己危殆化が認められ、Pにとっては発生した結果の客観的帰属が妨げられる。

したがって、Pは、Gが負った傷害については刑事責任を負わない[17)]。

⑶ Bの罪責について

ポルシェに同乗していたBもまたOに対する過失致死罪の罪責を負うのか、

訳注18）ドイツ刑法第229条（過失傷害）は、次のように規定している。

「過失により、他の者の傷害を生じさせた者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。」

17）ドイツにおける完全な通説である。BGHSt 32, 262; 46, 279, 288 f.; 49, 34, 39; BGH NStZ 2011, 341, 342; *Rengier*, BT II（前掲注7）), § 8 Rn. 21 ff. ドイツでは自由な意思に基づく自殺に故意的に関与しても不可罰である。通説は、このことを前提として、自由な意思に基づく〔自殺には至らない〕自己危殆化に関与しただけの場合には、「なおさら」故意又は過失の殺人や傷害として処罰され得ない、という論拠を強く支持している。もっとも、講演に続いて行われたディスカッションにおいて、井田良〔慶應義塾大学大学院法務研究科教授〕から、日本ではドイツとは異なり、自殺に関わることも自殺関与罪（日本刑法第202条前段）として可罰的である、との指摘があった。そうだとすれば、この点における両国の差異に留意することなく、ドイツの議論を日本刑法に妥当させることはできない。

という問題については、議論が比較的少ない[18)]。

Bは、違法なレースに参加して最高速度制限違反に関与することにより、法的に許されない危険を生じさせている。そして、その危険は、死亡結果の発生を予見させうるものである。もっとも、Bは、極めて危険な追い越し運転（3台の自動車の並走）について、Oと同程度にしか理解していない。その限度では〔本件においてなされた特に危険な態様の運転を行うことについての〕了解が欠けている。

そこで、Bについて過失致死罪での非難が可能であるとすれば、それは当初の申し合わせを理由とする非難でしかありえない。確かに、追い越し運転をするという決断は、最後までレースを続行するという意思を明らかにするものだという意味では、すべての関与者によってなされた当初の申し合わせと関連性は有している。しかし、GとPによってなされた、レースを中止せず、生命に対する高度の具体的危険がある方法で続行するという判断は、度が過ぎた判断である。このような行き過ぎた判断については、侵害された規範の保護範囲には含まれない。それゆえ、Bも関与して創出したレースの危険性は、もはや発生した事故に反映されてはいない。

したがって、Oの死については、刑法的にはBの答責領域に含まれない〔そのため、Bは、Oに対する過失致死罪の罪責を負わない。〕。

4　おわりに

GとPに対していかなる刑罰が科されたのかを確認しよう。

連邦通常裁判所が原審の判決を破棄した後、〔差戻審としての〕コンスタンツ地方裁判所は、前科のないG及びPに対して、いずれも執行猶予付きの2年の自由刑を言い渡した。

18）しかし、この点に関しては、*Renzikowski*, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen, HRRS 2009, 347, 351 f. も参照。

日本の裁判所は、自動車運転過失致死罪〔講演当時〕の成立だけでなく、1年以上の懲役[訳注 19)]を定める日本刑法第 208 条の 2 第 1 項第 2 文〔危険運転致死傷罪。講演当時〕の適用も肯定される場合には、ドイツの裁判所に比べて、より重い刑罰を科すと推察される。

最後に、具体的な事案において同意による解決（通説）と帰属による解決とで結論が異ならない場合があるとしても、同意による解決の方が優れていることが改めて強調されるべきである。同意による解決は、同意により正当化される範囲について、ドイツ刑法第 228 条の基準による制限を設けるものである。そのため、この解決方法によれば、公道での危険なレースとの関係においても、〔レースには様々な態様がありうるが、その中で〕一定の行き過ぎた態様のものに対して特に、過失致死罪を効果的に適用できる。この意味において、同意による解決は、刑事政策的な観点からも説得力を有している[19)]。

以上

訳注 19）上限は、日本刑法第 12 条第 1 項（懲役は、無期及び有期とし、有期懲役は、1 月以上 20 年以下とする。）により、20 年となる。

19）詳しくは、*Rengier*（前掲注 2)), StV 2013, 31, 33 を参照。