

自動車競走事件における危険引受け

塩 谷 毅*

目 次

- 1 はじめに
- 2 自動車競走事件
- 3 学説からの評価
- 4 論点の整理と検討
- 5 おわりに

1 はじめに

近年、ドイツで、自動車競走事件¹⁾という被害者の危険引受けに関する重要なBGH判決が出され、それをきっかけにこのテーマの議論が非常に活発になっている。「被害者の危険引受け」とは、被害者が一定の危険を認識・表象していたにもかかわらず、たぶん大丈夫だろう、結果は発生しないであろうと思ってあえて自らをその危険にさらしたところ、不幸にも結果が発生してしまった場合に、危険に近づいた慎重さを欠いた被害者態度が行為者の犯罪成立との関わりで一定の意義を有するのではないかという問題である²⁾。この問題については、ドイツにおけるメーメル河事件判決³⁾、百回ヒット事件判決⁴⁾、エイズ感染事件判決⁵⁾という無罪判決が有名であるが、本件判決において結果の客観的帰属論（広義の自己危殆化論）と被害者の同意論の観点が併用されたかのような論理が展開されたことについて、様々な議論が行われているのである。

* しおたに・たけし 岡山大学大学院社会文化科学研究科教授

そこで、以下では、まず、2において、自動車競走事件の事実概要と判旨を見た上で、3において、本件判決に対する代表的な評者の見解を概観し、4において、以下のような事柄について検討を加える。(1)危険化に対する被害者の承諾、すなわち、被害者の承諾の対象と心理的内容の問題、(2)過失致死罪における被害者の承諾、すなわち、死の危険への被害者の承諾の有効性の問題、(3)自己危険化と他者危険化を区別することの是非、(4)自己危険化と他者危険化の区別基準、(5)行為者と被害者が同程度の答責性（もしくは行為支配）を持つ場合（双方支配と呼ぶ）の取扱い、(6)本件は「双方支配」の場合なのか、(7)過失犯における正犯概念の問題、である。それらの検討を踏まえて、5において、私見を整理し、私見から本件事案をどのように評価するかを示すこととする。

2 自動車競走事件

〈事実概要〉 被告人Bはフォルクスワーゲン・Golf 2の所有者だった。彼はこの車を競走目的で改造し、アウディ・S3のモーターを載せていた。そのため、この車は最高速度時速240kmまで出すことができた。彼は、この車ですでに何回も自動車競走を行っていた。被告人Bと親しいJ.P. Sim（被害者）も何回も自動車競走に関与し、その際には、交代交代で、被害者と被告人Bは、運転手になったり同乗者になったりした。また、被告人Sの友人である被告人Hはポルシェ・Carrera 4Sを所有していた。その車は最高速度時速300kmまで出すことができた。

2007年3月30日の午後に、被告人B、H、S、被害者の4人は、「加速テスト」を行った。自動車競走と結びついた自己の危険と他者の危険は、すべての関与者が認識していた。被告人Bが運転するフォルクスワーゲンに被害者が同乗者として乗り、被告人Hが運転するポルシェに被告人Sが同乗者として乗った。被告人Bの車は左の車線を走り、被告人Hの車は右の車線を走行した。被害者が手でスタートを合図し、両運転手は加速して当

該道路の制限速度時速 120 km をはるかに超える時速 200 km 以上のスピードを出した。同乗していた被害者と被告人 S がこの競走の様様をフィルムに録画した。両者が競走を続けているとき、右の車線に証人 G が運転する時速 120 km 弱で走行するオペル・Astra があらわれた。証人 G が背後から猛スピードで突進してくる 2 台の車に気づいたとき、彼は自車をできるだけ右へよせてよけようとした。被告人 H は証人 G の車を追越すために左の車線にまでまたがって走行した。追越しをしている間、3 台の車が横一線に並んで走っており、その際、被告人 B のフォルクスワーゲンと被告人 H のポルシェの間隔は 30 cm ほどしかなかった。被告人 B と被告人 H は追越しによる危殆化を意識的に犯しており、もはや甘受するしかなかった。追越しの間、3 台の車が並んで走っていたとき、被告人 B はあわてて急激な運転操作をしたので、彼の車はスリップして道路標識に衝突し、もう一度ガードレールの方へスリップし、ついには右の車線を越えたところで車は火を噴いた。そこに至る前に、シートベルトをしていなかった被害者は、すでに車から投げ出されており、この事故で被害者は死に至る傷害を負った（被告人 B も大けがをしたが命は助かった）。

〈判旨〉 1. 地裁によって認定された事実によれば、被告人 B、H は、過失的に被害者の死を惹起した。

a) 義務侵害が客観的にも主観的にも予見可能な結果を惹起した場合には、主観的認識と能力によれば結果を回避することができた限りで、客観的な義務侵害を犯した行為者は過失的に行為したことになる。義務違反行為によって始められた因果経過の詳細は、予見可能である必要はない。

b) 両被告人は、自動車運転手としての様々な義務に違反した。すでに加速テストの実行が StVO（ドイツ道路交通規則）29条 1 項に違反している。追越しも、両被告人は規定に違反したやり方で実行した（StVO 5 条 4 項 2 号）。加えて、被告人 H は車線変更の禁止にも違反しており（StVO 7 条 5 項）、両被告人は、StVO 1 条 2 項によれば、追越しと結びついた危

険を回避するためのすべてのことをしなければならなかった。さらに、両者は、事故を起こしたときに、制限速度の時速 120 km を著しく超えていた。

c) 被告人B, Hが義務に適合した行為を行っていたならば被害者の死が回避可能であったことは疑いない。とりわけ、両被告人は証人Gの車を、競走の中断を「問題なく」できるように気づき得たはずである。

d) 被告人B, Hにとって被害者の死の予見可能性は十分に認められる。追越しの間の両被告人による危険なスピードと車の間隔を顧慮すれば、被害者の重大な交通事故と死は客観的にだけでなく主観的にも予見可能である。被告人は自己の行為の結末をすべての点で詳細に予見できなければならないわけではない。むしろ、本質的な点を予見できれば十分なのである。

e) 被告人B, Hの義務違反行為と被害者の死の間の因果関係も認められる。因果関係の検討にとって、過失結果犯の場合には、直接に侵害結果を導く具体的な危殆化状況が決定的である。自動車競走の実行、追越しの開始と実行、加えて、被告人Bの場合には運転ミス、被告人Hの場合には禁じられた車線変更という各行為と被害者の死の間には因果関係がある。

f) 死への帰属は、本件では肯定されるべきである。もっとも、自己危殆化や例外的にそれと同置される他者危殆化の場合には、行為者への結果帰属は疑わしくなるが、本件はそのような場合ではない。

aa) 自己答責的な自殺もしくは自傷行為を故意的又は過失的に誘致し、可能にし、援助した者は、優越的な事物知識によって危険を被害者より正確に把握していた場合でないかぎり、可罰的ではない。自己答責的な自己侵害への不可罰的関与と、原則的に構成要件該当的な他者侵害の間の決定的な限界基準は、正犯と共犯の区別である。侵害行為の行為支配がもたら被害者にのみあるのではなく、少なくとも行為者にもある場合には、行為者は、共犯従属性の原則から被害者の正犯行為の欠如によって不可罰であるとはされ得ない。

このことは、原則的に、過失的な自己危殆化又は他者危殆化の事例にとっても妥当する。その際、ここでも、自己危殆化と他者危殆化の限界は、事象経過の支配による。誰が危殆化支配を持っていたのかの検討においては、直接に結果発生を導いた事象に特別な意義が認められる。

bb) これを出発点とすると、本件は他者危殆化の事例であり自己危殆化の事例ではない。追越しをする事象の支配はもっぱら自動車運転手のみにある。車線が2本のみしかなかったにもかかわらず、証人Gが運転する車を並んで追越すことを彼らが決定したのである。彼らのみが車のスピードと運転の動きを決定できた。これに反して、同乗者はこの時点では危殆化を自己の行為によって回避する可能性はなく、単に被告人B、Hの運転行為の作用として設定されていたのである。被害者の死を導く事象にとって、被害者が行ったスタートの合図や競走の撮影という行為は被告人B、Hにとっては副次的な意味しかなかった。

cc) 自己危殆化と同置される他者危殆化は本件では存在しない。ここでは、結果発生における事実的な状況が決定的である。行為者と被害者が同じように行為支配を持っているならば、この原則が同じように妥当するかどうかを裁判所は決定しなかった。なぜなら、本件の被告人と被害者の関係においてはこのような前提要件は存在しないからである。

2. 被害者は法的に意味のある態様で死の危険に同意していない。

a) StGB 216条（囑託殺人罪）によれば、故意的に惹起された死への被害者の同意には原則的に行為者を不可罰にする効果は与えられない。他方で、故意的（もしくは過失的）な傷害は、StGB 228条（同意傷害罪）の制限的な要件の下で被害者の同意によって正当化されうる。これに対して、死の危険への同意の許容性と意義については学説の間に争いがある。

BGHの古い判例においては、そのような同意は原則的に考慮されないものとみられていた。なぜなら、人間の生命は一般性（公共）の観点から保護されるので、被害者の同意は過失致死における行為不法を取り除くことができず、StGB 222条（過失致死罪）によって行為者は処罰されるから

である。これに反して、新しい判例においては、以下のようにされている。（故意的な）傷害の場合には、行為のすべての決定的な諸状況を客観的に検討し、傷害行為によって同意者に死の危険がもたらされた場合に良俗違反性の限界が超えられるのである。StGB 228条の規範目的も StGB 216条の規定から導き出される法的評価もこの限界にふさわしいものである。それらは、死と傷害への同意の正当化の効力を限界づける。なぜなら、法律はこの法益の維持でもって社会的又は公共の利益を当事者の実際の意思に反してでも追求するからである。被害者が自己の死への危険に同意し、それが後になって、同意によってカバーされた事象経過の枠内で実現した事例に、BGHはこの原則を転用している。

b) 道路交通における危険行為についても同じことが妥当する。確かに立法者は、とりわけ StVO（ドイツ道路交通規則）によって道路交通における危険に対処しようとした。しかしながら、このことは、交通に関する義務違反の場合において他人の危険行為への被害者の同意が全く正当化の意義を認められないということを導くのではない。危険な交通行為への被害者の同意が持つ正当化の効力は、道路交通の安全の保護に一般的に役立つ構成要件（StGB 315条 b, c）が問題になる場合にのみ排除される。これに反して、StGB 222条（過失致死罪）のようにその規定がもつば個人的法益の保護を目的とする場合には、良俗違反性の限界を超えたとき、すなわち具体的な死の危険がある場合にのみ、同意はその正当化の効力を失うのである。このことは本件にも当てはまる。本件の自動車競走において、同乗者に対する具体的な生命の危険が存在しており、競走に関与していない第三者Gの車の同時的な追越しの時点で、すべての交通関与者に対するもはやコントロールできない高い危険が結びついていた。そのような強固な生命の危険に、被害者は正当化作用を持って同意することはできなかった。実際にも、一般的に走行が始まってすぐ被害者は合意していたわけではなく、具体的状況においても追越しの開始のときに明らかにはっきりしていた危険に合意していたわけでもないのである。

3 学説からの評価

(1) デリングの見解

デリングは、合意による他者危殆化と自己答責的な自己危殆化を区別することは正当であるとして以下のように述べている。他者危殆化においては、被害者は行為者の行為の作用として設定されるのに対し、自己危殆化においては、被害者は事象を最後まで自分自身で決定できる。他者危殆化は被害者の法領域への侵襲を意味しているが、これに反して、自己危殆化への関与においては、被害者が自己の法益を自己の行為によって危殆化することに関与者は単に共働しただけなのである。殺人の罪は、故意的又は過失的な他殺を処罰するのであって、自殺もしくは自己危殆化への関与を処罰するのではない⁶⁾。

両者の区別は、「直接に被害者の死を導きうる生命危殆化行為を誰が行って、それによって危殆化支配を行使したのか」によってなされるべきである。本件では、追越しが直接に生命危殆化を引き起こす行為である。被告人BとHがその追越しを行ったのである。それ故、合意による他者危殆化である⁷⁾。

ロクシンは、合意による他者危殆化も、それがあらゆる重要な観点のもとで自己危殆化と同置されうる場合には、過失致死の構成要件に該当しないとしている。ここでは、誰が事象へと追い立てたのか、行為者が危険な行為を強いたのかそれとも被害者がそうしたのが本質的な視点と見られている。しかしながら、この基準によって、合意による他者危殆化と自己危殆化への関与を同置することが可能であるかは疑わしい。なぜなら、合意による他者危殆化のすべての事例において、行為者が死に至る行為を行っており、行為者が被害者の法領域に干渉しているからである。他者危殆化を自己危殆化と同置するために、危険な行為が被害者の強要によって行われたのかそれとも行為者のそれによって行われたのかということに照

準を定めることも問題がある。なぜなら、本来の行為事象の前に存在し、その他のところで可罰的観点として考慮されるような行為態様が重要とされてしまうからである。本件において、他者危殆化を自己危殆化と同置することは、被害者と被告人Bが交代交代に自動車の運転手になったり同乗者になったりしており、それ故、運転手と同乗者の役割分担が偶然に依存しているということからも導き出され得ない。結果発生における事実的な事象が決定的なのであり、その事象においては、被告人Bが直接に死を導く危険を設定したのである⁸⁾。

被告人BとHの可罰性は、結局、被害者の同意によって正当化されるかどうかにかき依存する。同意は正当化根拠であり、それは構成要件該当性を排除しない。各々の財の無傷性は、各々の構成要件によって守られる価値のみを意味しており、法益は被害者の処分権によってはじめて構成されるわけではない。過失犯においても違法性が同意によって阻却されうることとは一般に承認されている。しかしながら、同意の対象は行為か結果かという点は争われている。この問題は、他者危殆化事例において意味を持つ。なぜなら、ここでは、被害者は、危険は認識しているが、通常、結果は発生しないであろうと信頼しているからである。私見によれば、行為への同意で十分である。法益は財を危殆化する行為が禁止されることによって守られる。同意が可能な法益の場合には、被害者は行為者に禁止を免除する。それによって、被害者が結果発生を甘受したのか否か、また、被害者が結果の不発生を信頼したか否かは重要ではなくなり、危殆化行為は許されることになる。行為の許可でもって結果はいわば未確定なものになり、それは行為者の可罰性を根拠づけられなくなるのである⁹⁾。

過失犯を正当化するためには危殆化行為への同意で足りるとするならば、被害者の具体的な生命の危殆化がある場合における同意の有効性という問題が設定される。StGB 216条における故意殺人への同意の無効がまず参照される。この作用を考慮することは、基本法103条2項の類推禁止に違反しない。なぜならば、刑法における被害者の同意という法制度は制限

的なものであるからである。たしかに、StGB 216条において禁止されるのは故意殺人であり、生命危殆化ではない。しかし、StGB 216条の基本思想が生命危殆化の場合にも及ぶのかという点が決定的である。StGB 216条は他人の生命への一般的な尊重の保護のために用いられる。他人の生命は、たとえ本人が殺されることを望んでいたとしても不可侵である。この規定は軽率な決断から被害者本人を保護している。なぜなら、自らの手で自殺するよりも、他人に自己の殺害を頼む方がより手軽だからである。要求による殺人が許されるならば、それが濫用される危険と被害者が同意していたことの証明の困難性という問題が発生する。このような考えは、具体的な生命危殆化への同意にも向けられる。「死への遊び」が制限されないならば、他人の生命への一般的な尊重が侵害されてしまう。生命危殆化への同意においても、同意が軽率に与えられる危険が存在する。生命危殆化行為への同意が原則的に正当化の効力を持つならば、過失致死の行為者は被害者が危険行為に同意していたと証明困難な主張を行うであろう。それ故、具体的な生命危殆化行為への同意の正当化の効力は原則的に拒否されなければならない。もっとも、被害者の同意のある生命の危殆化が当罰的でない事例というのもあり得る。行為によって追求された目的と結びついた被害者の自律が過失致死の不法を上回っている場合には、例外的に、同意は正当化の効力を与えられなければならない。本件では、緊張と結びついたレジャーに従事することが被害者にとって重要であったので、この点は話題にならない。積極的な目的によって、具体的な生命危殆化にもかかわらず行為の良俗違反性を否定することは、本件ではできない。それ故、被告人BとHは過失致死として可罰的である¹⁰⁾。

(2) プッペの見解

プッペは、過失犯において統一的正犯概念が妥当することから、BGH判例や多数説のように自己危殆化と他者危殆化を区別することによってここでの問題の解決を図ることに反対し、行為者の答責性を免除する実質的

な理由について検討して以下のように述べている。このような問題領域においては、被害者も行為者も侵害を望んでいない。被害者も行為者も、一般的には許されず注意義務違反とされる法益危殆化に対して寄与している。両者は軽率にこの法益を扱ったのである。もっとも、被害者はこの軽率さに対して答責的であるとはされない。なぜなら、実現した結果は被害者の側からは不法でないからである。これに対して、このような場合に行行為者が答責的でないとされる根拠としては2つ考えられる。1つは、いわゆる被害者学的観点である。結果に実現する危険を自分自身で軽率にも引き起こした者は、法秩序による保護を必要とせず、また保護に値しないのである。もう1つは、自己危殆化を決断する被害者の自由への尊重という観点である。たとえそれが望まれていたとしても、他人の合理的でない自己危殆化に関与することを法秩序が刑罰でもってやめさせるならば、ある態様で法が個人の後見人になることになってしまう。しかし、原則的に、一人前の大人は、自己がどのような危険を設定し、それに対してどのように保護されるかについて自分自身で決定してもよいのである。いずれの観点からも、自己危殆化に対して被害者が意識的に自由な決定をしているにもかかわらず、この自己決定からの保護を被害者が必要とし、保護に値するかということが重要である。これに対して、ここでは、被害者と行為者がそれぞれ正犯なのか共犯なのかという観点は重要ではない¹¹⁾。

状況によっては、パターンリズムの観点から、自己危殆化に対する被害者の自由意思による決断が尊重されず、他人がそれに関与することを刑罰でもって禁じる場合がある。そのような場合としては、麻薬売買の禁止がまず挙げられる。被害者に麻薬剤を提供した麻薬密売人は、麻薬刑法30条だけでなくStGB 222条（過失致死罪）によっても処罰されるのであり、被害者の自由意思によって不可罰とされることはない。このことは、麻薬密売人が被害者に麻薬を注射してやる合意による他者危殆化の事例だけでなく、麻薬密売人は麻薬を譲渡しただけで被害者が麻薬を自己注射した自己危殆化への関与の事例に対しても妥当する。麻薬事例以外には、労働者

と使用者（雇用者）の関係や医師と患者の関係にも、そのようなパターンリズム的要素が見いだされる。しかし、このような例外は、「たとえ生命の危殆化が問題になる場合でも、法は法益危殆化に対する個人の自由な決断を尊重するという原則」を変更しない。BGH は、本件において、明らかにこれと違う考え方をしていた。BGH は、合理的な理由なくなされた生命の危殆化を被害者の同意は良俗違反のために無効であると説明するための根拠として扱うことにより、まさにパターンリズムを実践したのである。本件では、野蛮な自動車競走における同乗者として関与した被害者の決断は不合理なものであり、行為者による野蛮な自動車競走の実施は一般的に注意義務違反であるとされた。パターンリズムの観点からは、本判決は結論において正当である¹²⁾。

さらに、同意の限界として、以下の 2 つの問題が設定される。まず 1 つは、本件において被害者の同意は、極端に交通違反的な追越しにまで及んでいたのかどうかという問題である。これはもはや証明され得ない。「疑わしきは被告人の利益に」の原則によったとしても、関与者はあらかじめまさしくこのような状況についても取り決めていたのだということから出発することはできないであろう。もう 1 つは、自動車競走に同意することは、通常、同乗者（被害者）のどのような危殆化をもカバーしているのかという問題が設定される。一般的にはこれはそうだとはいえない。自動車競走においても、同乗者は運転手の必要最低限の合理性を信頼しているからである。本件では極端に交通違反的な追越しによって明確にこの限界が超えられていた。この点でも、本判決は結論において正当である¹³⁾。

(3) ロクシンの見解

ロクシンは、ここでの問題状況の解決策として、① 注意義務欠落論、② 被害者の同意論、③ 構成要件的帰属論の 3 つを検討し、以下のように述べている。まず、①注意義務欠落論は、被害者が危険を認識して自由意思で危険を設定したならば、行為者の義務違反性は欠如するという考え方

であり、RGのメーメル河事件判決などで見られた考え方であるが、この原則を本件に適用することはできないとする。なぜなら、被告人の行為が明白な禁止規定には違反しないメーメル河事件とは異なって、本件の被告人は道路交通規則の多くの違反を犯しているからである。そのような制定法違反は、本件における行為者の義務違反を根拠づける。従って、BGHは本件においてもっと簡単なやり方で被告人の有罪判決を出すことができたのである。BGHが本件において詳しい他の根拠付けに依拠したのは、ここでの問題状況の解決策として注意義務欠落論はそもそも適切でないからである。なぜなら、行為の注意義務違反性は行為者の行為自体の要素とみなければならないのであり、被害者や第三者の態度に依存させることはできないからである。行為者と被害者という二人が同じように危険な行為に関わり合ったとしても、そのことによって行為者の行為を注意義務適合的であるとすることはできないのである¹⁴⁾。

つぎに、ロクシンは、②被害者の同意論について、以下のように述べている。ここでの問題状況において、死への被害者の同意が欠如しているということは、被害者が死の結末を考えていないか、もしくは死が発生しないだろうことを信じているということから生じる。本件での若者たちも故意的な自殺者ではなく、当然さらなる生存を望んでいたのである。また、もし本件の被害者が実際に死に同意していたのであれば、StGB 216条からその同意は無効とされるであろう。この規定からは、被害者による明示的な死の要求でも他殺を正当化することはできないのである。また、同意の対象について、行為説は間違っており、結果説が正当である。有効な同意は構成要件のすべての要素をカバーしていなければならず、StGB 222条の構成要件においては結果もこれに属しているのである。同意は過失的な行為不法を欠落させるということはできない。なぜなら、注意義務違反性は被害者の態度には依存しないからである。加えて、結果は過失的な殺害行為に属しており、同意においてそれを考慮しないわけにはいかないのである¹⁵⁾。

さらに、ロクシンは、③構成要件の帰属論について、以下のように述べている。ここでの問題状況については、構成要件の帰属論による解決が適切である。合意による他者危殆化によって惹起された結果は、「合意による他者危殆化がすべての重要な観点のもとで自己危殆化と同置できる」ところでは行為者にもはや帰属させることはできない。本件において、原審のコンスタンツ地裁ではこの同置が認められたにもかかわらず、BGHは詳細な根拠付けをせず同置を拒否した。従って、詳細な検討が必要である。自己危殆化への関与の不可罰性は、今日支配的で正当な見解によれば、「自己答責性」の原則に基づく。なぜなら、刑法の任務は、被害者が答責的でない侵害の阻止ということのみだからである。自己危殆化の場合だけでなく、合意による他者危殆化の場合においても、被害者の自己答責性が存在することがありうる。メーメル河事件判決やエイズ感染事件判決がその例である。これに対して、本件では被害者の自己答責性を認めることはできず、自己危殆化と同置できない合意による他者危殆化であるといわなければならない。確かに、被害者は「加速テスト」そのものに対しては運転手と同程度の答責性をもっていた。なぜなら、被害者は、スタートの合図を出したし、映画撮影者として全計画の共働支持者であったからである。したがって、加速がそれ自体で唯一事故を導くものであるならば、本件も自己危殆化と同置できたであろう。しかし、本件事故の本来の原因は、2車線の道路を接触せずに3台の車が30 cm だけの間隔で追越すということを被告人BとHが決断したことにある。両被告人は、証人Gの車を見つけた時点でブレーキをかけ、少なくとも同時的な追越しを回避すべきであって、そうすることができたのである。原審のコンスタンツ地裁は、被害者による危険引受けの範囲を細かく区別することなく判断した¹⁶⁾。ここでは、追越しによる危殆化に被害者の危険認識が及んでいないということに注意が払われていない。同程度の答責性を認めるためには、危険は予見可能なだけでなく、被害者の合意に全範囲がカバーされていなければならないのである¹⁷⁾。

最後に、ロクシンは、BGHが、合意による他者危殆化のための帰属阻却の可能性と同意による解決を、両者の適用領域の限界について述べることをせずに、いわば選択的に併存したことは奇妙なことであるとし、両者の問題領域を明確に区別する必要性を以下のように力説している。両解決方法の混同は、合意による他者危殆化の場合でも、被害者による危険引受けでもって包括的な危険認識と危険の甘受という被害者の同意によく似た基準が使用されているということから生じる。しかしながら、この主観的要素は、その要件においても区別されなければならない。第一に、被害者の同意は結果に関係しなければならないが、他者危殆化への合意は冒された危険にのみ関係するのである。第二に、具体的な生命危殆化の場合に、被害者の同意は無効であるが、危険への合意はそうではない。たとえば、本件の事案が、もし、被告人が追越しの前にブレーキをかけていたのだが、ブレーキをかけることを中止して追越しするように被害者が被告人に迫っていたというようなものだったならば、自己危殆化と同置できたのである。第三に、合意による他者危殆化においては、危険認識と並んで、危殆化状況に対する同置される答責性の基準が最終的に本質的な役割を果たすのである。例えば、メーメル河事件やエイズ感染事件においては、被告人は被害者から危険行為に駆り立てられ、疑念を抱きつつ渋々被害者に従ったという事情があったが、それが同置される答責性である。このような観点は、被害者の同意のカテゴリーによっては把握されないものである。もし反対に、行為者によって被害者が危険行為への参加を説得されたというような場合であったのであれば、他者危殆化の自己危殆化との同置は拒否され、行為者の帰属阻却は否定されなければならないであろう¹⁸⁾。

4 論点の整理と検討

(1) 被害者の承諾の対象

危険引受けを被害者の承諾の一場面としてとらえることができるかという問題は、被害者の承諾の対象は行為か結果か、および承諾の心理的内容は何かという問題と関係している。

この点、デリングは承諾の対象は行為で足りるとして、以下のように述べている。法益は財を危険化する行為が禁止されることによって守られる。同意が可能な法益の場合には、被害者は行為者に禁止を免除する。それによって、被害者が結果発生を甘受したのか否か、また、被害者が結果の不発生を信頼したか否かは重要でなくなり、危険化行為は許されることになる。行為の許可でもって結果はいわば未確定なものになり、それは行為者の可罰性を根拠づけられなくなるのである¹⁹⁾。

これに対して、ロクシンは承諾の対象は結果でなければならないとして以下のように述べている。ここでの問題状況において、死への被害者の同意が欠如しているということは、被害者が死の結末を考えていないか、もしくは死が発生しないだろうことを信じているということから生じる。本件での若者たちも故意的な自殺者ではなく、当然さらなる生存を望んでいたのである。有効な同意は構成要件のすべての要素をカバーしていなければならないが、StGB 222条の構成要件においては結果もこれに属している。同意は過失的な行為不法を欠落させるということではできない。なぜなら、注意義務違反性は被害者の態度には依存しないからである²⁰⁾。

また、ドゥットウゲも以下のように述べている。法的保護の放棄は、危険だけでなく構成要件の結果を望む、すなわち少なくとも認容的に甘受する場合にのみ考慮される。構成要件該当性によって推定された不法を適法とするためには、承諾は結果不法にも関係づけられなければならない。危険引受けにおいてはそれは欠如している。なぜなら危険を冒す者は幸運な

結末を信頼するのが常だからである²¹⁾。

この問題については、以下のように考えるべきであろう。危険引受けの問題状況においては、被害者は「結果の発生そのもの」については納得しておらず、ただ「危険な行為を実行すること」のみを容認しているに過ぎない。結果の発生については、それに全く思いをはせていないか、あるいはせいぜい漠然とした危惧感の程度でその可能性はありうるとしか思わず、おそらく大丈夫だろうと考えて、結果発生の可能性を最終的に心の内で打ち消していたのであって、結果が発生するのであればそれでもかまわないとまでは決して思っていない。

たしかに、「過失犯における違法の実体を義務違反的な行為にあると捉え、結果の発生は単なる処罰条件に過ぎない」とする立場からは、承諾の対象も行為で足りるとし、前述した被害者の心情も被害者の承諾として十分であるとする考え方もありうるであろう。しかし、行為説のとり行為無価値を重視する違法観には原則的に疑問がある。刑法の役割について法益の保護を第一義的なものと解するとき、単なる行為の無価値ではなく、法益の侵害及びその危険を違法とみる結果無価値論に賛成すべきであり、その立場からは行為説はとりえない。また、そもそも行為無価値論の立場に立ったとしても、被害者の承諾によって刑法上の行為無価値という違法が取り除かれるのは、被害者が不注意にも危険行為の実行は許していたということだけでは足りず、まさに結果の発生そのものを承認していたというところまでいってはじめていえることであるとするのも十分可能である。「結果無価値論＝結果説、行為無価値論＝行為説」という一見するともっともなように見えるこの図式は、実は論理的な必然関係を全く持たないものである。結局、「過失犯において結果は単なる処罰条件ではなく重要な構成要件要素の一つであり、また実質的にも被害者にとって結果が発生するかどうかは最重要関心事である」と考える立場からは、承諾の対象は結果に照準を合わせなければならないのである。

また、承諾によって被害者と法益との保護必要性という関係を断ち切る

ためには、単に被害者が結果発生を認識・予見したという知的要素を満たしただけでは足りず、承諾の心理的内容（意的要素）としても、被害者が結果発生を「意欲するか、少なくとも認容的に甘受する」ことが必要である。危険引受けの問題状況においては、被害者は結果発生 of 表象を持たないかあるいは仮にいったんもったとしてもそれを打ち消しており、行為の実行は認容したとしても結果の発生そのものは全く認容していない。何らかの別の利益の追求のためであるにせよ、あるいは単純に無価値だからと思っただけにせよ、結果発生そのものを認容している承諾の場合と、結果発生そのものは認容せず危険行為の実行のみしか認容していない危険引受けの場合とは、被害者態度は決定的に異なるのである。従って、危険引受けでは被害者の承諾として十分でないのである。

(2) 生命の危険と承諾の効果

BGH は、StGB 222 条（過失致死罪）との関連においても被害者の同意による行為の正当化は原則的に考えられるとしている。なぜなら、これらの構成要件はもっぱら個人的法益の保護を目的としているからである。しかしながら、被害者の同意が正当化の効力を認められるのは「良俗違反の限界を超えなかった」ときのみであり、すなわち、「同意者に具体的な死の危険がもたらされなかった」ときのみであるとされている。そのような同意の限界は、StGB 216 条（囑託殺人罪）と StGB 228 条（同意傷害罪）から取り出される。法は、被害者の実際の意思に反してでも、生命法益を維持するという一般的利益を追求している。そのため、本件では、被害者は生命の危険のために、追越しの時点でもはや有効に同意することができなかったとされたのである。

この点、ドゥットウゲは、「生命の危険」によって同意の効果を制限するのは妥当でないとし、以下のように述べている。第 1 に、BGH が指摘した論拠は結局無意味である。なぜなら、過失致死の事例においては常に死の危険があるので、パターンリズムによる処分の不可能という結論に常

になってしまうからである。第2に、「具体的な死の危険」の事例において、生命維持の一般的利益を指摘することによって個人の処分の自由が否定されてしまうならば、間接的安楽死や消極的安楽死のような事例において、患者の意思の尊重から医師の行為を不可罰にする可能性が失われてしまうことになる。第3に、StGB 216条とStGB 228条における同意の制約が生命の危殆化の事例に及ぶとするならば、制定法的に規定された適用領域が最終的に処罰される方向で全く他の性質を持つ状況に広げられることになるので、罪刑法定主義の類推禁止（基本法103条2項、StGB 1条）に違反することになる²²⁾。

これに対して、ロクシンは以下のように述べている。もし本件の被害者が実際に死に同意していたのであればとすれば、StGB 216条からその同意は無効とされるであろう。この規定からは、被害者による明示的な死の要求でも他殺を正当化することはできないのである²³⁾。

この問題については、以下のように考えるべきであろう。危険引受けにおける中心事例は特に過失致死罪との関連で問題になるのであるが、その場合、仮にここでの被害者態度を死への承諾であるととらえたとしても、そもそも刑法202条の存在によって明らかなように、被害者の生命処分意思には完全な違法阻却効果が与えられていないのであるから、そのことから直ちに行為者の犯罪阻却を導くことは出来ない。生命は、個人主義的世界観のもとでもっとも尊重されるべき個人の「存立基盤」であり、個人の存立が確保されたうえでよりよく生きるために保障される自由、財産などの、その他の個人的法益とは異なった考慮が必要である。財産や自由に対する処分意思と生命に対するそれとを同列に扱うべきではない。近代法においては、人身売買は公序良俗違反として否定され奴隷契約も無効である。個人の自由の尊重は「自由でなくなる自由」の尊重を導き得ないのであり、法秩序は人間の生命の放棄を正当とは認めないのである。法的観点から見て少なくとも生命処分意思自体を完全に無効なものとするような瑕疵（錯誤や脅迫など）がなければ、被殺者の意思に合致しており彼の処分

意思侵害はなかったという点は、通常の殺人罪と比べて可罰性が減少する根拠にはなる。しかし、生命そのものは有効な処分意思があっても完全に放棄しきれないので、生命侵害の罪としての自殺関与・同意殺人罪は残るわけである。有効な処分意思によって生命そのものがなくなってしまうとすると、刑法202条は生命から離れて何らかの社会的法益に対する罪と位置づけなければならなくなるが、そのような解釈は不当である。そして、生命という法益は被害者が完全に放棄しきれものではないということは、行為者の主観的事情によって変わるものではないので、行為者が過失であっても生命侵害は違法といわざるを得ない²⁴⁾。我が国での自殺関与・同意殺人罪、ドイツにおける要求による殺人罪自体は確かに故意的な態様での法益侵害のみをその構成要件において捕捉するものであるが、それらの規定の実質的な根拠である「生命処分の不可能性（生命そのものは完全には放棄しきれないということ）」は、過失的な態様での生命への攻撃についても及ぶのである。したがって、過失致死罪についても、被害者の生命処分意思はそれだけでは行為者を正当化しないのである。

(3) 自己危殆化と他者危殆化を区別すること

BGH は、従来の危険引受けに関する判例同様、本件においても自己危殆化と合意による他者危殆化を区別している。多くの論者は、そのような区別を行うことに賛成している。たとえば、デリングは、以下のように述べている。合意による他者危殆化と自己答責的な自己危殆化を区別することは正当である。他者危殆化においては、被害者は行為者の行為の作用として設定されるのに対し、自己危殆化においては、被害者は事象を最後まで自分自身で決定できるのである。他者危殆化は被害者の法領域への侵襲を意味しており、これに反して、自己危殆化への関与においては、被害者が自己の法益を自己の行為によって危殆化することに関与者は単に共働しただけである。殺人の罪は、故意的又は過失的な他殺を処罰するのであって、自殺もしくは自己危殆化への関与を処罰するのではない²⁵⁾。

これに対して、プッペは以下のように述べている。行為者が、被害者の危険引受けに対して倫理的な根拠を持っているならば、判例の立場からしても、行為者が他者危殆化の正犯であるのかそれとも自己危殆化への関与であるのかは重要性を持たなくなる。従って、自己危殆化への不可罰的な関与と可罰的な合意による他者危殆化との区別は、行為者が合理的な根拠なくこの危険を冒した場合にのみ意味を持つ。合意による他者危殆化は、自己危殆化への関与と異なって、合意があったとしても行為が良俗違反であれば可罰的であるとされうるのである²⁶⁾。

しかしながら、やはり、危険引受け事例においては自己危殆化と他者危殆化を区別すべきであろう。危険引受けの諸事例は、「結果発生への直近行為を行った者が被害者自身だったのかそれとも行為者だったのか」に従い、自己危殆化への関与と合意による他者危殆化の二つの類型に分けられる。これによれば、「自己危殆化への関与」とは、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、その関与者は処罰されるべきなのかという問題であり、他方、「合意による他者危殆化」とは、被害者が、行為者の危険行為の実行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行為実行を許し、それによって法益侵害の結果が発生した場合に、行為者は処罰されるべきなのかという問題である。このような区別を行う意義は、以下の点にある。他者危殆化の場合は、行為者が結果発生を導く行為を直接行うので、まずもって彼に結果が帰属し、正犯性も存在すると一応推定される。これに対して、自己危殆化への関与の場合は、行為者の行為後に被害者行為が介入するので、生じた結果は被害者に帰属すると一応推定され、行為者への結果帰属と正犯性は他者危殆化の場合に比べて疑わしくなる。最終的な行為者の可罰性は、決して両類型のどちらなのかということだけによって決まるわけではなく、被害者の自己答責性が最終的に決定するのであるが、結果帰属や正犯性の一応の推定に違いがある以上、議論の出発点としてこの両類型を区別し、それを意識しておくことは必要なのである。

(4) 自己危殆化と他者危殆化の区別基準

BGH は、本件判決において、自己危殆化と他者危殆化の区別基準について以下のように述べている。自己危殆化と他者危殆化の限界は、事象経過の支配による。それは故意犯にとっては行為支配として展開された客観的な基準によって広範囲に確認されうるものである。誰が危殆化支配を持っていたのかの検討においては、直接に結果発生を導いた事象に特別な意義が認められる。

このような危殆化支配基準について、プッペは以下のように述べている。本件で新しく採用された「危殆化支配」概念が何を意味しているのかは抽象的に決めることはできない。それは、本件へのこの概念の適用からのみ明らかにされうる。BGH は、同乗者ではなく、運転手に、もっぱら危殆化支配が認められるとした。従って、他人が自己の行為によって危険を回避する可能性をもちや持っていないならば、少なくとも事実上の寄与によって危険をもたらす者、もしくは、危険惹起について最終的な寄与をなした者が危殆化支配を持つとされることになる。過失犯において正犯と共犯を区別する論者は、事実上、最終的に行為し、許されない危険を「直接に」引き起こした者、いわゆる直近行為者のみを正犯と評価し、他方で、危殆化へのより早い寄与をなした者、いわゆる背後者を不可罰的な幫助としている。それとともに、このことは、いわゆる自己答責性原則によって根拠づけられている。しかし、背後者に直近行為者の態度を不法として帰属させることは重要ではなく、むしろ、単に他の因果要因として危険実現過程に直近行為者をはめ込むことが重要なのである。過失的な正犯と過失的な幫助の判例によるこの区別が、過失犯における被害者の共働の事例に一般的に適用されるならば、すべての関与者の中で最終行為者のみ刑法的非難がなされるという不幸な結果を招くことになるであろう。故意犯においては、正犯と共犯の区別はそのような表面的な基準によってなされていない。最後に行為した者が常に正犯であるというわけではない²⁷⁾。

これに対して、デリングは以下のように述べている。合意による他者危殆化と自己答責的な自己危殆化への関与は区別されるべきであり、その区別は、直接に被害者の死を導きうる生命危殆化行為を誰が行って、それによって「危殆化支配」を行使したのかということによってなされるべきである。本件では、追越しが直接に生命危殆化を引き起こす行為である²⁸⁾。

私見によれば、危険引受けの諸事例は、「結果発生への直近行為を行った者が被害者自身だったのかそれとも行為者だったのか」に従い、自己危殆化への関与と合意による他者危殆化の二つの類型に分けられる。すなわち、被害者の自手実行だったのかそれとも他手実行だったのかによる区別である。この基準からすれば、本件は、合意による他者危殆化の事案である。被害者の死亡という結果発生に至る直近行為（危険な追越し）を行ったのは、自動車運転手である被告人BとHだからである。

(5) 行為者と被害者が同程度の支配を持つ場合（双方支配）

本件において、BGHは、「自己危殆化と同置される他者危殆化」というレッテルのもとで、以下のような問題も提起している。死の結果を被害者に帰属させ、行為者への帰属を否定することによって行為者を不可罰とすることは、被害者にもつばら行為支配が認められる場合だけでなく、「行為者と被害者が同程度に行為支配（あるいは答責性）を持っているような場合（以下、これを、便宜的に「双方支配」と呼ぶことにする）」にも肯定されうるのではないかという問題である。もつばら被害者に支配がある場合は自己危殆化であり、もつばら行為者に支配がある場合は他者危殆化であるが、その中間の行為者にも被害者にも支配があるような場合はどのように扱われるべきなのかという問題である。確かに、事例によっては、例えばエイズ感染事件のように、自己危殆化とも他者危殆化ともいえるような事案が存在する。

結論的には、BGHは、そのような場合には行為者への帰属阻却による不可罰という結論を拒絶している。「行為者への帰属を妨げる被害者の自

己答責的な自己危殆化」という概念は、明白に、「危殆化支配」がもっぱら被害者にのみ存在する状況に限定されたとしたのである。双方支配の場合に、「被害者の正犯的行為の欠如のために従属性の原則によって行為者を不可罰にする」ということを、BGHは認められないとしたのである。

これに対して、ドゥットウゲは以下のように述べている。そのような双方支配の状況（疑似共同正犯）においては、被害者の構成要件的でない行為のみが行為者に帰属されるのであって、被害者の自己答責性を考慮して、行為者を処罰することはできないのである。被害者に優越的知識がある場合に、これが存在する。帰属を阻却しない「合意による他者危殆化」は、重要な事象がもっぱら行為者に支配されている場合だけなのである²⁹⁾。

この問題については、以下のように考えるべきであろう。外形的・形式的に見れば行為者と被害者が共同正犯的に関わったとみなされる場合であっても、被害者と行為者の間には「疑似共同正犯」しか成立せず、一部実行全部責任が働いて両者が正犯性を有することになる「真正な共同正犯」は成立しない。共同正犯は、他害行為を行う者同士の間で成立するのであって、一方からすれば他害行為であるが他方からすれば自損行為に過ぎないという者との間には成立しないのである。ドゥットウゲがいうように、原則的に不可罰な自己危殆化への関与はもっぱら被害者に支配がある場合と双方支配（疑似共同正犯）の場合であり、これに対して原則的に可罰的な合意による他者危殆化はもっぱら行為者に支配がある場合である。なお、合意による他者危殆化とされた場合でも、被害者の自己答責性が例外的に認められる場合には行為者の正犯性は否定される。従って、「被害者の自己答責性によって行為者の正犯性が否定される」とは、行為者の単独正犯性も共同正犯性もともに否定されるということであり、それ故、外形的には両者が共同正犯的に関与したとみられる場合も、被害者の自己答責性が認められる場合には行為者の正犯性は否定されるのである。

(6) 本件は「双方支配」の場合なのか

では、本件をそのような「双方支配」の場合と見ることができるのだろうか。BGHは、本件はもっぱら行為者に行為支配がある場合（他者危殆化）であり、双方支配の場合ではないとしている。

他方、キュールは、BGHのそのような見方に異議を唱え、以下のように述べている。「危殆化支配」は「直接に結果を発生させる事象」、具体的には「追越しの開始」に関係する。それはもっぱら自動車運転手に認められている。これは、同乗者が車の中で座っているだけの普通の車の運転の場合にはそうである。なぜなら、その際には運転手がハンドル、アクセル、ブレーキについての支配を持っているからである。これに反して、モータースポーツにおける自動車ラリーの場合には、運転についての指示を与える同乗者は、その指示を実行する運転手と並んで、運転についての同じ程度の支配を持っている。本件は、自動車ラリーの場合によりふさわしいように思われる。本件において、運転手と同乗者は息の合ったチームであり、繰り返された競走で運転手と同乗者の役割を交互に交代し合っていたからである。この点は、過小評価されてはならないのである³⁰⁾。

これに対して、デリングは、そのような見方はやはりできないとする。確かに、本件はモータースポーツとしての自動車ラリーと同じようなものとされうるのではないかという疑念がある。しかし、自動車ラリーとは異なって、本件では、事実上、追越しを共働して制御する可能性は被害者にはなく、もっぱら被告人BとHのみが直接に死を導く行為を行ったのである。そこで、行為者のみがもっぱら行為支配を持つ合意による他者危殆化の事案であると考えべきである³¹⁾。

では、本件を自動車ラリーのような双方支配の場合とみることができるのであろうか。デリングがいうように、本件をモータースポーツにおける自動車ラリーと同じような同乗者にも支配がある場合とみるのは不自然であるように思われる。たとえ、同乗者が運転手である被告人に対して「もっと加速しろ」などと言っていたとしても、無責任な野次馬的声援の

ようなものでしかなく、自動車ラリーにおける指示者としての同乗者と同じ役割であったとみるのは、本件の被害者については無理であろう。

(7) 過失犯における正犯概念との関係

危険引受けの問題を自己危殆化と他者危殆化を区別することから行う考え方と過失犯における正犯概念とはどのような関係に立つのであろうか。ドイツでは、過失犯においては統一的正犯概念が通説であると言われていたが、それと危険引受け事例における解決方法は整合的なのであろうか。

この点、ブッベは以下のように述べている。確かに、学説においては、過失犯においても正犯と共犯を区別すべきであるという見解があり、この見解は過失の共犯は不可罰とされるべきであるという結論を要求している。自己危殆化への関与に関する諸判決を度外視すれば、BGHはこの提案を正当にも取り上げていない。しかし、過失犯における正犯と共犯の区別に対して一般的にいわれている異議は、合意による他者危殆化と自己危殆化への関与の区別に対しても妥当するのである。これまで判例および学説において承認されてきた正犯と共犯の区別基準は、意思説にせよ行為支配説にせよ、正犯において構成要件実現故意を要件とする。間接正犯の意思は、自己の行為を他人の行為の単なる促進としてではなく他人の挙動の一部として考え、反対に、他人の挙動も自己の行為の補足を構成することに向けられていなければならない。自己の利益の程度、行為関与の範囲、および行為支配（少なくとも行為支配の意思）がその本質的な内容になり得るのである。ここでは、行為支配は従属的な役割しか果たしていない。これに反して、本件判決によれば、過失犯における正犯と共犯の区別は、最終的に行為支配基準によってなされている。その際、支配基準に関して本件判決に引用された事件は、心中事件に関するものである。しかし、心中事件における「死を導く事象についての支配」から、本件ではこっそりと「危殆化支配」に変えられている。なぜなら、過失的な生命危殆化において関与者は死を導く事象についての支配を持っていないからで

ある。従って、本件判決においては、行為支配の本来の意味が重要とされているのではなく、危殆化支配という新しい概念が重要とされているのであり、それは従来の正犯と共犯の区別に関するBGH判決からの逸脱を意味しているのである³²⁾。

また、シュトラテテンヴェルトも以下のように述べている。本件判決における本当のポイントは、同乗者を死なせた特別な危険が追越しそのものによってではなくむしろスリップによってはじめて生じたということである。BGHはそのことについて沈黙しているが、むしろ本件では誰も事象を支配していないのである。過失犯においては、常にそうである。過失犯の定義においては、支配されていなかった事象が重要であるということが必要とされる。なぜなら、事象を支配するということは故意を意味しているからである。過失犯において正犯と共犯の区別がなされ得ないのであれば、危険引受けにおいても同様に、自己危殆化と他者危殆化の区別はなされ得ない。過失犯において統一的正犯概念が妥当とするならば、このことはむしろ自明のことなのである³³⁾。

たしかに、過失犯において統一的正犯概念が妥当するとし、正犯と共犯の区別を認めないとする立場からは、危険引受けの事例においても、自己危殆化と他者危殆化を区別しないというのが論理的な帰結になるように思われる。では、そのような考え方を採用すべきなのであろうか³⁴⁾。この問題については、以下のように考えるべきである。危険引受けの事例を被害者の承諾論でもって解決することが適切でないことはすでに述べたとおりであり、被害者の自己答責性論による解決を行うべきである。被害者の自己答責性は、行為者の正犯的な役割と共犯的な役割を判別する視点である。被害者の自己答責性によって行為者の正犯性を否定し、行為者行為はせいぜい狭義の共犯的な役割しか持っていないとすることは、ここでの問題状況においては「構成要件該当性のない過失的な自損行為への過失的な共犯」であったということになるので、総則の共犯規定も適用できず、また刑法202条は故意的自殺への故意的関与のみを捕捉する規定なので、こ

のような行為態様を捕捉する特別な各則上の構成要件も存在しないということが導かれる。このことは、限縮的正犯概念のもとにおいては、自損行為に対しては刑法202条以外には刑罰拡張事由が存在しないので、過失共犯不可罰説からはもちろん、過失共犯可罰説からも、行為者は無罪であるという帰結を導くことが出来る。しかしながら、このことは拡張的正犯概念（正確には統一的正犯概念）のもとにおいては、刑罰縮小事由が存在せず、原則にかえて正犯として処罰するという帰結をもたらすことになってしまう。なぜなら、他人の自損行為への過失的な関与も、拡張的（統一的）正犯概念からは他害結果の過失的な惹起であると見られるはずだからである。それ故、拡張的（統一的）正犯概念のもとでは被害者の自己答責性の思想はうまく機能させることが出来ない。従って、危険引受けの問題において、被害者の自己答責性による正犯性制限の観点から問題の解決を図るためには、やはり「過失犯において（も）限縮的正犯概念が妥当する」ということから出発しなければならないのである。

5 おわりに

最後に、私見をもう一度まとめ、その観点から自動車競走事件はどのように解決されるかを示しておくことにする。

危険引受けにおいては、危険行為の実行と結果の発生に対して行為者と被害者が過失的に共働したという点が特徴的である。刑法は、法益保持をその第一の目標とする社会的な制度であるが、法益保持のためには、行為者が法益を侵害しないだけでなく、法益主体である被害者もみだりに法益を危殆化しないことを法によって期待されている³⁵⁾。このように、「答責的な人格である被害者に、自分の身は自分で守るよう法秩序は期待する」ということは、周囲の人間の負担を軽減するとともに、国家による個人への後見の見地からする干渉をできるだけ排除し、自由に行動することを承認するという自由主義的な考え方に通じていくといえるのである。そし

て、パターンリスティックではなく自由主義的に構成された法秩序においては、法益を保持し危殆化しないことの第一次的な管轄は、法益主体である被害者自身に向けられているという意味での「被害者の優先的答責性」という観点がここでは重要である。被害者が、単に攻撃が向けられる客体として存在するだけの通常の場合とは異なり、ここでの問題のように、被害者が特別な態様で行為者と結果発生に向けて共働する場合には、ある一定の条件のもとにおいて、生じた結果は第一次的に被害者自身の仕業であったと考えられる。事象における中心的な役割を担ったのは被害者自身であるということは、被害者の広い意味での正犯的な自損行為が行われたということを意味している。その結果、行為者は被害者の自損行為に関与しただけであったのだと評価され、行為者には共犯的な処罰のみが問題になるのである³⁶⁾。このようにして、被害者の自己答責性が認定されると、行為者の正犯性が否定されることになる。

危険引受け事例は、自己危殆化と他者危殆化を区別して考えるべきである。他者危殆化の場合は、行為者が結果発生を導く行為を直接行うので、まずもって彼に結果が帰属し、正犯性も存在すると一応推定される。これに対して、自己危殆化への関与の場合は、行為者の行為後に被害者行為が介入するので、生じた結果は被害者に帰属すると一応推定され、行為者への結果帰属と正犯性は他者危殆化の場合に比べて疑わしくなる。行為者の可罰性は、被害者の自己答責性が最終的に決定するのであるが、結果帰属や正犯性の一応の推定に違いがある以上、議論の出発点としてこの両類型を区別し、それを意識しておくことは必要である。その区別基準は、「結果発生への直近行為を行った者が被害者自身だったのかそれとも行為者だったのか」であり、それに従って、自己危殆化への関与と合意による他者危殆化の二つの類型に分けられる。すなわち、被害者の自手実行だったのかそれとも他手実行だったのかによる区別である。なお、自己危殆化とも他者危殆化ともいえそうな双方支配の場合、すなわち、外形的・形式的に見れば行為者と被害者が共同正犯的に関わったとみなされる場合であっ

でも、被害者と行為者の間には「疑似共同正犯」しか成立せず、一部実行全部責任が働いて両者が正犯性を有することになる「真正な共同正犯」は成立しない。共同正犯は、他害行為を行う者同士の間で成立するのであって、一方からすれば他害行為であるが他方からすれば自損行為に過ぎないという者との間には成立しないのである。そして、危険引受けの問題において、被害者の自己答責性による正犯性制限の観点から問題の解決を図るためには、「過失犯において（も）限縮的正犯概念が妥当する」ということから出発しなければならない。

被害者の自己答責性が認められるための要件としては、以下の3つが必要である。

① 危険認識：まず、主観的要件として、最終的には結果が発生しないだろうとその可能性を内心で打ち消したにせよ、その危険行為が問題となっている特定の構成要件的结果に結びつきうることの表象がいったんは被害者であって、なおそれでも任意に危険に接近していったという意味での危険認識が必要である（意識的な危険引受け³⁷⁾。危険認識の可能性、無意識的な危険引受けではたりないというべきである。たとえば、被害者は軽い傷害の危険は意識していても、死亡結果には全く思い至らなかったような場合には、死亡事故が発生したときに被害者は死という危険を引き受けていたとすることはできない³⁸⁾。被害者が責任を持って決断するためには、自分がどのような種類のどの程度の危険にさらされているのかを正確に分かっていたことが前提とされるというべきである³⁹⁾。

② 自己答責能力：次に、危険認識という要件の前提として、自己の法益に対する危険の判断に関して必要な弁別能力及制御（操縦）能力が被害者に存在したこと（自己答責能力の存在）が、被害者の自己答責性を認定するための第二の条件となる⁴⁰⁾。

③ 自己答責的（積極的な）態度：さらに、客観的な要件として、被害者が単に成り行きに身を任せ、行為者の手に自らを委ねたというのではなく、少なくとも行為者と同程度以上に結果発生に対して積極的な態度を示

したことが、彼の自己答責性を認定するための条件とされるべきである。この点、自己危殆化への関与の場合には、結果発生に至る行為を直接自らの手で行ったということから、結果発生に対する積極性は通常肯定され、彼の自己答責性をそのみで認定することが許される⁴¹⁾。これに対して、合意による他者危殆化の場合には、直接結果発生に至る最終行為が行為者の手に委ねられていることから、原則的に行為者の正犯性が推定されるので、被害者の自己答責性を認定するためには特別な事情が必要である。すなわち、合意による他者危殆化の場合でも、被害者態度に特別な結果発生への積極性があり、事象全体において彼の方がイニシアチブを取っていたことが明らかに示される場合には、例外的に、生じた結果は被害者の答責領域に帰属すると評価すべき場合があり得るのである。具体的には、行為者が結果発生の危険を指摘し、自己の行為実行を控えるつもりであると被害者に説得していたにも関わらず、被害者が彼の行為の遂行をなお要求し、駆り立てるような場合に、この被害者における結果発生への積極性を認定しうるように思われる。

このような考え方から、本件事案を見ると以下のようになる。まず、「結果発生への直近行為を行った者が被害者自身だったのかそれとも行為者だったのか」という自己危殆化と他者危殆化の区別基準からすれば、本件は、合意による他者危殆化の事案である。被害者の死亡という結果発生に至る直近行為（危険な追越し）を行ったのは、自動車運転手である被告人BとHだからである。ちなみに、本件をモータースポーツにおける自動車ラリーと同じような同乗者にも支配がある場合とみるのは不自然である。たとえ、同乗者が運転手である被告人に対して「もっと加速しろ」などと言っていたとしても、それが自動車ラリーにおける指示者としての同乗者と同じ役割であったとみるのは本件の事案においては無理がある。

つぎに、自己答責性を認定するための3要件への当てはめであるが、まず、①被害者の危険認識について、抽象的な危険については肯定することができるであろう。一般の公道上を特別な安全対策も採らずに、時速

200 km 以上の高速度で自動車競走を行うのであるから、場合によっては死亡事故も含む重大事故につながる抽象的な危険を認識していたとみることができる。しかしながら、本件事故の決定的な原因である「危険な追越し」という具体的な危険行為については、被害者の危険認識は及んでいないのである。つぎに、②自己答責能力について、本件で特にこの要件を疑わせるような事情はないので、この点は肯定することができる。しかしながら、③自己答責的（積極的な）態度は、本件では認めることができない。もし、仮に本件事案で、亡くなったのが運転手であり、同乗者が生き残ってしまって起訴されたのであれば、被害者の自己危殆化への関与の事案であるから、結果発生に至る行為を被害者である運転手が直接自らの手で行ったということによって、結果発生に対する積極性は肯定され、被害者の自己答責性を認定することができる。従って、その場合には生き残った同乗者は不可罰である。しかし、本件は運転手が生き残り同乗者が死亡した他者危殆化の事案であるから、被害者からの自動車競走や危険な追越しへの「駆り立て行為」のような特別な積極性がなければこの要件は満たされない。本件においては、そのような事情は見いだすことができない。結論的には、被害者の自己答責性を認められない他者危殆化の事案であったのであり、被告人は可罰的なのである⁴²⁾。

1) BGH Urteil vom 20.11.2008, BGHSt 53,55ff.

2) 危険引受けは、その特徴として以下の3点を指摘することができる。第一に、不法結果の発生が、行為者・関与者と被害者の不注意な態度の相互作用による共働惹起であると見られるということであり、第二に、行為者・関与者においても、また被害者においても、決して結果の発生を望んだのではなくして、むしろ結果の不発生が信じられ、期待されていたのであり、従って、第三に、被害者が過失的に結果発生に関与することがこの問題状況の最も重要な特色といえる。この問題に関するドイツの議論状況については、拙著『被害者の承諾と自己答責性』（2004）240頁以下を参照。

3) RG Urteil vom 3.1.1923, RGSt 57, 172ff. 本事件は以下のようなものであった。（事実）被告人である渡し守は、嵐で増水しており渡河すれば生命に危険のある状況において、渡河を望む二人の乗客の懇請を受け入れ、小舟でメーメル河を渡河することを試みた。渡し守は、このような天候での渡河の危険性を予見し、あらかじめ二人の乗客に渡河すれば生命に危険があると印象的に指摘していた。渡し守の試みは失敗し、小舟は高波を受けて転

自動車競走事件における危険引受け（塩谷）

覆して二人の乗客は溺死し渡し守だけが助かった。(判旨) 2人の乗客とともに、意図された渡河の危険性を被告人と同程度正確に見通していた成人であった。被告人は2人の乗客に対する特別な監督もしくは配慮を義務づける事実は認められない。被告人は渡航の企ての危険性について乗客を欺いたわけではなく、軽率な思い上がりから自己の個人的な利益のために彼らの申し出に従ったわけでもない。それどころか、被告人は被害者に対して渡河の危険性を強く主張し、慎重な態度をとろうとしたのである。結局、被告人は義務違反的に行爲したのではないので無罪とされたのである。

- 4) BGH Urteil vom 14.2.1984, BGHSt 32, 262ff. 本事件は以下のようなものであった。(事実) 被告人は、必要な3本の使い捨て注射器を調達し、被害者と飲食店のトイレに入り、「沸騰した麻薬」を2本の注射器に満たして、1本を被害者に渡した。その注射の後すぐに、二人は意識を失った。客の通報によって医師が駆けつけたとき、被害者はすでに死亡していた。(判旨) 自己答責的に意欲され実現された自己危険化も、危険化によって意識的に引き受けられた危険が実現しているか結果が発生していないかにかかわらず、殺人罪あるいは傷害罪の構成要件に該当しない。自己答責的に意欲され惹起された自己危険化行為を、故意あるいは過失によって誘致し、可能にし、促進するだけの者は、殺人罪及び傷害罪の可罰性が問題になる限り構成要件該格的ではなく従って可罰的でない事象に関与しているのである。関与者が優越する事物知識によって、自己危険化者より危険をより多く認識している場合にはじめて関与者の可罰性が生じうる。本件では、被告人は、麻薬所持者である友人の意識的自己危険化(及び自傷)を単に可能にただけであり、被告人がその友人より危険をより多く認識していたということを示す根拠はない。
- 5) BayObLG Urteil vom 15.9.1989, NStZ 1990,81ff. 本事件は以下のようなものであった。(事実) 被害者は、被告人のエイズ感染についてはすでに知っており、まだ彼との最初の性交に及ぶ前からたびたび被告人と感染について話し合った。その際、被告人は、無防備な性交の危険、場合によっては死に至りうる感染の結末及び治療方法がないことを彼女に気づかせた。被告人は当初、コンドームを装着しない被害者との性交を断っていたが、しかしついに強い疑念を抱きながらコンドームを装着しない性交に対する彼女の強い懇請に譲歩した。そしてたびたび無防備な性交を彼女との間で行った。被害者に感染の事実は認められなかった。(判旨) 自己の感染を知っていて避妊具を装着せずに他人と性交を行う者は、危険傷害によって可罰的である。エイズ病原体の感染が確定できないならば、その未遂の可罰性が考慮される。しかしながら、本件における被告人は危険傷害の未遂構成要件を実現していない。なぜなら、彼は自己答責的に意欲され実行された被害者の自己危険化に単に共働しただけであったからである。
- 6) Dieter Dölling, Zur Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung bei einverständlicher Fremdgefährdung, Festschrift für Klaus Geppert, 2011, S. 55.
- 7) Dölling, a.a.O. (Anm.6) S. 56.
- 8) Dölling, a.a.O. (Anm.6) S. 56f.
- 9) Dölling, a.a.O. (Anm.6) S. 58f.
- 10) Dölling, a.a.O. (Anm.6) S. 59f.
- 11) Ingeborg Puppe, Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des

Verletzten Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 20.11.2008, GA 2009, S. 493f.

- 12) Puppe, a.a.O. (Anm. 11) S. 494f.
- 13) Puppe, a.a.O. (Anm. 11) S. 495f.
- 14) Claus Roxin, Zur einverständlichen Fremdgefährdung, JZ 2009, S. 399 f.
- 15) Roxin, a.a.O. (Anm. 14) S. 400.
- 16) 原審では、以下のように判示された。「運転手は、十分対応できないほどの高めすぎたスピードによって危険を冒した。…これは同乗者にとっても予見可能であった…同乗者(被害者)も共働の行為に対して運転手と同程度の答責性を持っている。」このようにして、原審では StGB 222 条の点は「他者危殆化であるが、自己危殆化と同置できる」ので不可罰とされ、ただ「道路交通の故意的危殆化」のために被告人 B と H は 1 年 6 ヶ月の自由刑に、被告人 S はその幫助のために 8 ヶ月の自由刑に処されたのである。これに対して、検察官と付帯私訴の原告は、被告人 B と H は StGB 222 条としても有罪とされなければならぬと主張したのである。
- 17) Roxin, a.a.O. (Anm. 14) S. 400 ff.
- 18) Roxin, a.a.O. (Anm. 14) S. 402 f.
- 19) Dölling, a.a.O. (Anm.6) S. 58f.
- 20) Roxin, a.a.O. (Anm. 14) S. 400.
- 21) Gunnar Duttge, Fahrlässige Tötung bei illegalem Autorennen, NStZ 2009, S. 691.
- 22) Duttge, a.a.O. (Anm. 21) S. 691.
- 23) Roxin, a.a.O. (Anm. 14) S. 400.
- 24) 鳥田聡一郎「被害者による危険引受」山口厚編『クローズアップ刑法総論』(2003) 136 頁参照。
- 25) Dölling, a.a.O. (Anm.6) S. 55.
- 26) Puppe, a.a.O. (Anm. 11) S. 487.
- 27) Puppe, a.a.O. (Anm. 11) S. 492f.
- 28) Dölling, a.a.O. (Anm.6) S. 56.
- 29) Duttge, a.a.O. (Anm. 21) S. 691f.
- 30) Kristian Kühl, Fahrlässige Tötung des Teilnehmers eines "Beschleunigungsrennens", NJW 2009, S. 1158.
- 31) Dölling, a.a.O. (Anm.6) S. 56.
- 32) Puppe, a.a.O. (Anm.11) S. 492f.
- 33) Günter Stratenwerth, Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten, Festschrift für Ingeborg Puppe, 2011, S. 1018f.
- 34) 過失犯における正犯概念の問題については、特に松宮孝明「過失犯論の現代的課題」(2004) 245 頁以下を参照。
- 35) 法社会の中で、人は答責的な人格として対置し合っており、各々が固有の答責領域もっている。もちろん、行為者は他人の法益に対して、その違反には処罰が向けられるという意味での「法益を毀損しない義務」を負わされているのに対して、被害者には、事象における彼の果たした役割によっては生じた結果は被害者自身の負担とされるという意味

自動車競走事件における危険引受け（塩谷）

での「答責性」が認められるだけであるので、この意味では行為者と被害者は完全にパレルであるわけではない。また、法益主体はみだりに自己の法益を危険にさらさないことを法によって期待されているが、望まれない結果は自分が中心的に引き受けるので他人にはせいぜい従たる責任しか回さないという方法で危険に接近することは許されているのであり、自己の法益を危殆化することを通じて別の何かを追求する自由が全く禁止されているというわけでもない。

- 36) すなわち、被害者がある一定の主観的事情を満たした上で、自己の態度によって事象におけるイニシアチブを取ることを示したのであれば、発生した結果は正犯的に被害者自身の答責領域に帰属されるべきなのであり、行為者はせいぜい共犯的に事象に関わっただけだったのだと見なされるべきなのである。
- 37) このような被害者の危険認識は、瑕疵のないものでなければならない。法益関係的な危険の錯誤は、問題となる構成要件との関係で被害者の意識的な危険引受けであるとの認定を妨げることになる。また、危険引受けの場合は、行為者と被害者の事象における役割という観点が重要であるので、行為者の欺罔によって被害者が危険の程度を正確に把握することが妨げられたことや被害者への強度の心理的な圧迫が加えられたことは、被害者が行為者よりも事象において中心的な役割であったという両者の関係を否定する要因になるからである。
- 38) 第三者からする他害行為の場合と被害者の自損行為に過ぎない場合の、両者の法益保持に対する答責性の違いということからは、たとえ行為者の場合の答責性は危険認識の可能性（認識なき過失）で発生しえても、被害者の場合はそれとは異なり、現実の危険認識があつて、すなわち意識的な危険引受けであつてはじめて被害者は自己の負担で危険を引き受けたといえるという相違が発生する。
- 39) 危険引受けは、たしかに、結果発生を認識しそれを少なくとも認容的に甘受する被害者の承諾の場合とは異なるのであるが、全く思つても見なかった種類の結果の危険について被害者が引き受けていたということにして、被害者に負担を分配することは被害者に酷であり不当であるように思われる。
- 40) この点について、特に麻薬の不正使用事例での被害者は、麻薬の常習使用によってこの能力を欠いていることが考えられる。しかしながら、それは中毒症状が責任無能力といえるほどに強度な場合だけであり、いまだ限定責任能力にとどまる場合には、被害者は完全に不自由な状態で決断したわけではないので、自己答責能力を認めてもよいであろう。
- 41) しかしながら、「行為者が被害者との共同なく危険な状況設定を一方的に開始し、被害者が自己危殆化を行わざるを得ない状況に追い込んだ場合」には、自己危殆化であっても自己答責的とはいえなくなる場合がある。行為者が一方的に被害者がパニックになる状況を設定し、それに誘発されて、被害者が選択の自由なく不適切な自己危殆化行動をとった場合には自己答責的とはいえないのである。
- 42) なお、被害者の承諾によって違法性が阻却されないことは言うまでもない。同乗者に死の危険の認識はあつたとしても、死への意欲や「死んでもかまわない」という死の認容があつたわけではないし、また、そもそも死への同意については違法阻却効果が認められないからである。