

# 暴走運転致死事件に殺人罪を 適用することはできないのか？

——ベルリン暴走事件と砂川暴走事件を素材として——

江 藤 隆 之

- I 問題の所在
- II 2つの暴走致死事件
- III 検討
- IV 結語

キーワード：暴走運転，危険運転，未必の故意，自己危殆化

## I 問題の所在

2018年7月2日，被害者の運転するバイクに追い抜かれたことに立腹した行為者が，約1キロメートルにわたり自車のクラクションを鳴らすなどあおり運転により被害者を追跡し，大阪府堺市の路上において追突して被害者を死に至らしめる事件が発生した。大阪府警は当初，行為者を危険運転致傷の被疑事実で現行犯逮捕したが，その後，故意の認定が可能であると判断して，行為者を殺人罪で逮捕した<sup>(1)</sup>。報道によれば，この殺人罪での逮捕の決め手は，行為者の車に搭載されていたドライブレコーダーの映像であり，そこには行為者によるきわめて危険な運転が録画されていたとともに，追突後に行為者が「はい，終わり」と呟いた音声であるという<sup>(2)</sup>。

自動車で他人に衝突し，他人を死に至らしめる行為については，殺人の実行行為性があることを前提に故意が証明できるのであれば，殺人罪の適

用があってしかるべきである。この場合、自動車を凶器として利用した殺人に他ならない。本件においても、殺意が証拠により認定できるのであれば、殺人罪の成立が認められうることになろう。

では、具体的に相手側を認識していない場合、たとえば猛スピードで自車を運転し、赤色信号を無視して交差点に進入したところ、青信号を守って進入してきた被害車両に衝突し被害者を死亡させたような場合はどうであろうか。この場合、危険運転の故意は認めつつも、被害者の死亡そのものについては故意が認められずとし、(特殊な)結果的加重犯としての危険運転致死罪を成立させる見解が一般的であり、実務においてもおよそそのように処理されているということが出来る。それでもなお、このような暴走による致死事件で故意を認めて殺人罪の適用をすることはできないのだろうかという問いは有効に発しうるだろう。というのも、たとえば空き地に時限爆弾を仕掛けて爆発させるような場合、もし仮に爆弾設置時に人がおらず、行為者が具体的な客体を認識していなかったとしても、爆発時に客体としての他人が当該空き地に存在し、爆弾が爆発すればその者が死亡する可能性を十分に認識しつつ、あえて時限爆弾の設置を行ったのであれば、その行為は殺人行為であるといえるように、あるいはまた高層マンションのベランダから具体的な客体の認識はなくとも下に人が通りが掛っている可能性を十分に認識しながら自転車を落とすことが殺人行為であると評価されうるように、誰かが通りがかる可能性を十分に認識しつつ、かつその通りがかった人が死亡する結果発生を認容して暴走運転をしたならば、そこに故意犯の成立を認めることは不可能ではないだろう。ところが、現にこのような暴走致死事件に殺人罪が適用されることはほとんどない。たとえば、高山佳奈子は、「どの学説も……『極めて危険な無謀運転をする』者には通常過失しかないと認める」という<sup>(4)</sup>。しかし、井田良が「酒に酔って自動車を適切に運転できない状態で、誰か人にぶつかる可能性は大きいと認識しつつ、かなり高速で運転する行為については、傷害(場合によっては殺人)の未必の故意を肯定できるだろう」というように、<sup>(5)</sup>暴走運転であれば理論的に故意が認められないというわけではない。交差

点内に歩行者が進入しつつありこのままでは衝突してしまうことを認識し、回避行動をとることが容易に可能であることの認識もあつたにもかかわらず、あえて回避行動をとることもなく衝突して歩行者を死に至らしめた場合、殺人の故意が優に認められる。では、歩行者が侵入しつつあることについて確定的な認識まではなかつたものの、人影がちらついたように見えたので歩行者が進入しつつある高度な蓋然性を認識したがあえて容易な回避行動をとらなかつたような場合はどうか。事案によっては故意を認めることが可能だろう。自動車運転による被害者死亡事件であることを理由に、自動車運転過失致死罪や危険運転致死罪のみがもつぱら問題となり、殺人罪の適用が当初より理論的に排除されるということはない。暴走運転事案に故意が認められるか過失しか認められないかは、あくまでも事案の具体的な事情によるのである。ところが、現実の交通事犯においては、明らかな故意犯（このような場合、交通事犯ではなく自動車を使った殺人のように理解されている）でない限り、ほとんど自動的に殺人罪の成否は検討の対象から外され、せいぜい危険運転行為に対する故意の有無の検討に終始しているようにも見受けられる。いったいなぜ、交通事犯においては死傷の結果に対して通常過失しか認められないのだろうか。

交通事犯の行為者は、捜査段階において「殺すつもりでした」と供述することはほとんどない。というのも、行為時に確定的故意を持っていなかったことは確かであるから、交通事犯の行為者自身は自らが故意犯であるとはたいていの場合思っていない。もちろん、捜査官もそのような自白が採れることをほとんど期待していない。となれば、故意の認定はもつぱら客観的証拠によるほかなくなるが、そこにもまた困難がある。その困難は、後に紹介するBGHが言及するように、このような事件の場合、時限爆弾事例や自転車投げ落とし事例と異なり、衝突をすれば行為者自身が怪我をし最悪の場合には死亡する可能性があるため、行為者は「事故を起こしたくない」と思っていたのだという推定が強く働くことに起因する。一般的な言葉に換言すれば、通常「誰も事故を起こしたいと思って運転しない」からであり、この事情は暴走運転者においても変わらないからである。暴

走運転者の目的は「事故を起こさずに暴走すること」、「邪魔されることなく暴走し続けること」であると想定するのが自然であるから、いくら現に危険な運転が行われたとしても、このような自然な想定が故意認定の反証になってしまって、なかなか故意を認定することができないのであると考えられる。

とはいえ、本当にこの現状が法的に妥当であるといえるのかについては疑問がある。酒に酔い、赤色信号を殊更無視し、高速度で交差点に進入する者の故意を「人を死に至らしめたくない」というものであったと評価することが妥当であろうか。むしろ、人が死亡する可能性があることを認識しつつ、これをあえて行っている故意行為であると評価する方が自然ではないだろうか。自己の対面する信号が赤であれば、交差する道の信号は通常青である。その際、交差する道路から交差点内に他車ないし他人が信号および他のドライバーを信頼して比較的無防備に進入してくることがありうるのは、日常生活者であれば誰もが経験上知っている。そのような認識を欠いていることはおよそ考えられない。ということは、人の死を惹起するに十分な行為をあえて行為者が行っているのは明らかである。そうであるにもかかわらず、暴走運転は運転であるから結果に対しては過失にとどまる（危険行為が故意で行われたことを前提に——暴行程度の故意は認めるも——危険運転致死罪にとどまる）<sup>(6)</sup> というのは妥当であろうか。

そこで、本稿では、暴走運転による死亡事件に殺人罪を適用できないのか、もっと具体的にいえば、暴走状態で赤色信号を無視して交差点に進入した結果人を死亡させる行為に、殺人の故意を認めることはできないのかについて検討する。<sup>(7)</sup> その際の、素材は、事案の概要が類似しつつも地裁での判断が分かれたドイツのベルリンと北海道の砂川市で発生した2件の暴走事件である。ベルリン暴走事件については、その事案と判決が参考になるのでどちらも取り上げ、砂川暴走事件についてはその事案のみを取り上げる。

## Ⅱ 2つの暴走致死事件

a) ベルリン暴走事件<sup>(8)</sup> (Urteil vom 1. März 2018-4-StR 399/17)

まず、暴走致死に地裁が殺人罪（謀殺罪）を適用したが、最高裁で破棄されたベルリン暴走事件を見る。

### 【事実の概要】

当時24歳と26歳の被告人は、2016年2月1日0時30分頃、ベルリンのクアフルステンダム・タウエンツィエン通りに沿って車を走らせていた。彼らは競い合い並走しながら赤色信号を無視し、時速139kmないし149kmおよび時速160kmないし170kmの速度でクアフルステンダム・タウエンツィエン通りとニュルンベルク通りの交差点内に進入した。交差点内において、右側の車線を走っていた被告人が、ニュルンベルク通りを右側から青信号で交差点に進入してきた車と衝突した。その運転者は、その場で重傷を負い死亡した。衝突の衝撃で当該被告人の車はさらに公訴参加人の女性（Nebenklägerin）<sup>(9)</sup>が助手席に乗っていた共同被告人の車に衝突した。彼女は、重傷を、被告人兩名は軽傷を負った。

ベルリン地方裁判所（Landgericht Berlin Urteil vom 27. Februar 2017）は、被告人兩名を共同正犯としてそれぞれ謀殺罪、危険な傷害罪、道路交通の故意の危殆化罪との観念的競合により（wegen Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs）終身刑（lebenslange Freiheitsstrafe）に処し、運転許可に関する各種処分を命じた。

### 【BGHの判断】（本稿の論旨に関連するところのみ要約）

BGHは、地方裁判所の判断に誤りがあるとして破棄した。その主な理由は、以下の通りである。

第1に、地方裁判所の認定によれば、被告人らが他者に死の結果をもたらすかもしれないと認識し、その結果を認容するに至ったのは、当該交差点進入後であり、その時には被告人らにはすでに結果を回避する術はまっ

たかなくなっていたのであるから、被告人らが殺意をもって被害者を死亡させたという行為は認められない。

第2に、地方裁判所の行為者の主観面に関する証拠評価は法的に不十分である。というのも、事故は被告人自身を危険に晒すのであるから、その自己危殆化 (Eigengefährdung) が殺意の存在に対する反証になるのではないかという問いについて、地方裁判所は十分な解答をしていない。故意であるか過失であるかの認定には、とりわけ殺人または傷害の罪においては、あらゆる客観的・主観的所為状況の全体観察 (Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände) が要求される。地方裁判所は、被告人らは自己の車は安全であると感じていて、自己危殆化については小さく見積もっていたというが、そうであるならば被告人たちには被告人のうちのひとりの車の助手席に乗っていた公訴参加人の女性が怪我をすることの認識があったとした地方裁判所自身の判断と調和的ではないことになる。

第3に、上記認定も法的に適切な方法によって証明されていない。地方裁判所は、被告人のように包括的な安全装置のある自動車の運転者は一般に「戦車や城郭の中にいるように」 (wie in einem Panzer oder in einer Burg) 安全に感じるものとしたが、そのような内容の経験則は存在しない。

#### b) 砂川暴走事件<sup>(10)</sup>

次に、北海道砂川市の路上で発生した事件について地裁が危険運転致死罪の成立を肯定し、それを支持した高裁判決の事案を見る。

【事実の概要】(本稿の論旨に関係ある部分のみ)

被告人 X および Y は、平成27年6月6日午後10時34分頃、被告人 X が普通乗用自動車 (BMW・X5) を、被告人 Y が普通貨物自動車 (シボレーアストロ) をそれぞれ運転し、片側2車線道路の第1車線を被告人 X 運転車両が、同道路の第2車線のすぐ後方を被告人 Y 運転車両が追走して、信号機により交通整理が行われている交差点を2台の自動車直進するに

当たり、互いの自動車の速度を競うように高速度で走行するため、同交差点に設置された対面信号機の表示を意に介することなく、同信号機が赤色を表示していたとしてもこれを無視して進行しようと考え、共謀の上、同信号機が約32秒前から赤色を表示していたのに、いずれもこれを殊更は無視し、被告人Xが、重大な交通の危険を生じさせる速度である時速約111キロメートルで同交差点内に車両を進入させ、その直後に、被告人Yが、重大な交通の危険を生じさせる速度である時速約100キロメートルを超える速度で同交差点内に車両を進入させたことにより、折から左方道路から信号に従い進行してきた被害者A運転の普通貨物自動車に被告人Xが車両を衝突させて、被害者A運転車両同乗者B及びCを車外に放出させて路上に転倒させた上、被告人Yが車両でCをれき跨し、そのまま同車両底部で同人を引きずるなどし、よって、Aに心臓破裂、胸部大動脈裂開及び多発肋骨骨折等の傷害を、同人運転車両同乗者Dに胸部大動脈離断及び多発肋骨骨折等の傷害を、同車両同乗者Eに加療期間不明のびまん性軸索損傷及び頭蓋底骨折等の傷害を、Bに脳挫傷及び外傷性くも膜下出血等の傷害を、Cに右上腕骨骨頭部骨折、前胸部上方及び左右肩部の皮内出血並びに胸腹部前面の広範囲な表皮欠損等の傷害をそれぞれ負わせ、その頃、同所付近路上において、Aを前記心臓破裂等の傷害による外傷性ショックにより、Dを前記胸部大動脈離断等の傷害による外傷性ショックにより、北海道砂川市路上又はその周辺において、Cを胸腹部圧迫による窒息により、それぞれ死亡させたほか、同日午後11時55分頃、同市所在の病院において、Bを前記脳挫傷及び外傷性くも膜下出血の傷害により死亡させた（4名死亡、1名重傷）。

札幌地方裁判所は、被告人兩名に対して危険運転致死罪等の適用を認め、懲役23年を言い渡した。被告人兩名は、信号は見落としてあって殊更無視ではない、信号無視高速運転の共謀はない等を主張して控訴（その他、Yについて救護義務違反が問われているが、その不存在等について主張）したが、札幌高等裁判所がこれを棄却した。被告人は上告。その後Xは上告を取り下げ確定。Yについては最高裁が上告を棄却し確定。

## c) 事件現場の様子と両事案の比較および焦点

ベルリン暴走事件の現場は、西ベルリンの中心である動物園駅やカイザーヴィルヘルム記念教会に近い場所であり、かなり交通量のある交差点である。クアフルステンダムは、略してクーダムと呼ばれ、西ベルリンの目抜き通り、繁華街としても有名である。私は、2018年夏に現場を訪れたが、ショッピングモールやデパート、服飾店等大型店舗が立ち並び、地下鉄の駅も近く、車通りも歩行者も多いところであった。もちろん冬の深夜になればもっと交通量は減少すると推測されるが、それでもこの現場において暴走すれば、かなり高い確率で人の死傷がありうることが認められる場所である。このことから、ベルリン地方裁判所が本件に謀殺罪を適用したことは——その当否は別にして——「刑事政策的」にも理解できるし、具体的に被害者に死の結果が生ずることを認識・認容して繁華街を暴走するのであれば殺人罪であることに徴すると、被害者の具体的認識まではなかったもののそれに近い現場での事件にベルリン地裁が謀殺罪を適用したことは「理論的」にも——後に評するように事実認定の不味さをクリアできれば——理解可能である。

砂川暴走事件の現場は、もちろんベルリンと比較すれば人の少ないところであり周囲には空き地も広がっているが、砂川市の幹線道路である国道12号線と道道が交差するところであり、交差点付近にはガソリンスタンドやメーカーのショールーム等があるなど決して交通量の僅少なところではない（そして交差点の角にこのような建造物があることによって、やや見通しは悪くなっている）。むしろ、この国道は函館本線の線路に沿って北の滝川市（もっと行くと深川市・旭川市）と南の奈井江町・美幌市（もっと行くと岩見沢市、江別市、札幌市）を結ぶ、重要道路でありそれなりの交通量があることは一般的に認識可能な道路である。

以上のように、ベルリン暴走事件も砂川暴走事件も、現場の風景こそ違えど、2名以上の被告人が一定の交通量のある道路において互いに競い合っ  
て赤色信号を無視して交差点に進入した点において実によく似ている。そこで、両者を比較しながら、法的論点を探っていきたい。



まず注目したいのは、砂川暴走事件における検察官による訴因設定である。砂川暴走事件1審判決は、危険運転致死罪等で有罪であるが、もちろんこれは検察官が設定した訴因によっている。検察官が殺人罪で起訴していないのだから、裁判所は殺人罪の適否については当然一切述べていない（それゆえ、本稿においては事案のみを取り出し裁判所の判断を詳述しなかった）。そのため争点は、危険運転致死罪の共同正犯の成否や共犯者に対する救護義務違反の成否等に絞られている。さらに検察官は、Xに対して過失運転致死傷の、Yに対して過失運転致死の予備的訴因を設定している。これは、被告人両名の主張が、赤色信号を見落としたのであって殊更無視したのではないというものであったから、危険運転認定の事実面における予備的訴因ではあったのだが、それでもここに検察実務における消極姿勢を読み取ることができる。この様子では、現状で本件のような事案に殺人罪での起訴を期待することは難しいのではないと思われる。

これに対して、積極的な訴追が行われたのがベルリン暴走事件である。ベルリン地方裁判所は、被告人両名に謀殺罪を成立させ、謀殺罪に原則的に予定されている刑である終身刑に処した。この地裁判決をBGHは破棄するが、その理由が注目に値する。

第1にBGHは、行為者が他者の生命侵害の可能性を認識し、その結果を認容したのは、すでに事態が回避不可能になってからであるという地裁の認定を前提にすると、故意を認定できないとした。このBGHの述べるところは、法的に妥当であると評するほかないだろう。問題は、地裁の事実認定の方である。もし裁判所がある行為を故意犯で有罪にするのであれば、その前提となる事実は、少なくとも行為者が回避可能なうちに結果発生・既遂到達の可能性を認識したがその結果を認容して行為したものでなければならないのは、交通事犯に限られずあらゆる故意罪において共通である。仮に本件が、地裁の認定したようにしか証拠によって認定できないのであれば、本件に殺人罪を成立させることは不可能であろう。しかし、一定の交通量のある交差点に高速度で赤信号を無視して進入するというとき、他者の生命が失われる可能性に交差点進入後に初めて気づくというこ

とは考えづらい。たしかに、交差点進入後に具体的に被害者が存在するのを目にしてはじめて具体的な認識が備わるのはその通りであるが、人がいるかいないかわからないが、人がいる可能性の十分にある公園に、人がいるかもしれないがその人が死んでも構わないと思って手榴弾を投げて爆発させて人を死に至らしめた場合に、たとえ具体的に公園に人がいることがわかったのが手榴弾を投げた後であっても殺人罪が認められるように、交差点進入より前の認識を基底として故意を認めることは不可能ではないであろう。赤色信号無視をして運転すれば人が死ぬかもしれないし、その確率は決して低くないというのは、通常のドライバーにとって当たり前の想定であるように思われる。後述する自己危殆化の点を除けば、赤信号の交差点に車を高速度で進入させるということは、交差点内で発生しうる人の死傷の危険については、交差点内に向けて大砲を撃ち込む行為と変わらないのである。

第2に注目すべきで、そして最も重要な点は、BGHが自己危殆化 (Eigengefährdung) の丁寧な検討を要求したことである。

たとえば、赤色信号を無視して交差点に高速度で進入することが一般的に殺意のある行為であると評価できるとする。ところが、もし行為者が「でも、事故が起こったら自分だって死んでしまうかもしれないじゃないですか。そうじゃなくても痛い思いをするに違いない。自分は自殺志願者ではないのだから、決して事故なんか起こしたくなかったです」と言ったら、どのように反論できるだろうか。なるほど、彼／彼女は事故で大怪我を負うかもしれないし、死亡するかもしれない。したがって、彼／彼女が交差点内に高速度で進入したということは、被害車両と衝突して良いなどと思ってもいなかった、つまり彼／彼女は衝突に対する認容などはなかったのだということにならないだろうか。自己危殆化の存在は、故意認定に対する強い反証となりうるだろう。この問題に対して、ベルリン地裁は、安全装置を備えた車の運転者は「戦車や城郭の中にいるように」感じるものだから、自己危殆化は反証にならないとして故意を認めたが、BGHはそのような経験則はないとして退けた。ベルリン地裁にはもっと丁寧な証

拠による認定が求められていたのである。

さて、ここまでの叙述によって、次のことを検討すべきことが示唆された。それは、故意とは何であるかという一般理論を前提として、その認定において自己危殆化の存在が反証にならないか、である。そこで、以下に本稿にとって必要な程度に故意の一般理論を概観し、その後自己危殆化について論じたい。

### Ⅲ 検討

#### a) 未必の故意に関する一般理論

故意が認められるためには、構成要件該当事実の認識が必要であることについては、その範囲・程度に関する詳細な議論を除けば、見解の一致をみている。この事実の認識のみで故意を認めることができるのか、事実の認識にくわえて意思的な要素も要求されるのかについて、学説は争っている。

事実の認識のみで故意を認めることが可能であるとする見解は表象説と呼ばれる。この見解を主張する高山佳奈子は次のようにいう。

故意は犯罪事実の主観面における反映である。それは行為者の心理における「像」ないし「絵」のようなものである。未必的故意が認められるかどうか、犯罪事実が行為者の主観面において反映されたかどうかによる。そのような「絵」は、あったかなかったかのいずれかである。これに対して、激情行為・共在意識などの、意識の明確性に関する議論は、「絵」が鮮明であるかぼやけた状態であるかを問題とするものであって、程度を観念することができる。

故意と過失との区別は、この反映の有無の問題である。つまり、第一に、そもそも犯罪事実が頭をよぎらなかつた場合には「絵」は描かれておらず、犯罪事実の主観面における反映がないので、故意がない（いわゆる認識なき過失）。次に、犯罪事実が一旦頭をよぎっても、そ

れを打ち消した場合には、行為者は、犯罪事実の「絵」に代わって犯罪事実にならない「絵」を描き直したのであり、故意がない（認識ある過失）。そして、犯罪事実が頭をよぎり、どうなるかわからないと思いつつ行為に出た場合は、犯罪事実の「絵」と犯罪事実にならない「絵」との二枚が描かれたままであり、故意がある（未必の故意）。犯罪事実だけが頭をよぎり、その「絵」だけが心理において描かれた場合には、故意がある（<sup>(11)</sup>確定的故意）。

ここでの高山の主張は、当を得ていないように思われる。理由は2点ある。

第1に、「『絵』はあったかなかったかのいずれか」ではない。高橋則夫は高山の見解に対して正当にも、「どの程度の絵が描かれていれば犯罪事実の絵といえるかという法的評価がどのみち問題とならざるを得<sup>(12)</sup>ない」と指摘する。これは高山の世界観への鋭い批判となっている。たとえば、客観的事実であると思われる「人の死」ですら、単純に評価から切り離されたあったかなかったかの事実ではない。三徴候があってはじめて死と呼ぶのか、脳死の段階で死と呼ぶのかという法的評価の問題を含んでいるのである。この事実の必然的な前提となる法的評価の問題を等閑視することは不可能である。

第2に、もし仮に高山の世界観を受け入れるとしても、その世界には混乱があるように思われる。高山は、「存在するかしないか」であるはずの絵が、描き直された場合について、「犯罪事実が一旦頭をよぎっても、それを打ち消した場合には、行為者は、犯罪事実の『絵』に代わって犯罪事実にならない『絵』を描き直したのであり、故意がない（認識ある過失）」というが、「書き直された」イコール「存在しない」なのであれば、このような場合は「認識ある過失」ではなく「認識なき過失」と理解しなければならないだろう。そうでなければ、「かつて存在した絵は書き直したとしても後に残る」ということになってしまい、「存在するかしないか」という世界観と整合しない。またもし仮に書き直された絵が後に残ることを認

めるのであれば、高山自身が続けて認めるように、2枚の絵が描かれている状態（未必の故意が認められる）となってしまうだろう。そうなってしまえば、結局のところ「認識ある過失」が、認識あるが故に故意があるとされてしまうという表象説への古典的な批判を回避できないことになる。

そこで、故意を認めるために表象だけではなく一定程度の蓋然性を要求する蓋然性説が唱えられるが、蓋然性によって故意と過失とを区別することはできない。周囲の状況から命中の可能性が低いとしても、他人に向けてその死を意図して拳銃を発射するような行為は、殺意に担われているというべきであるし、<sup>(13)</sup>工場の作業などにおいて人が怪我をする可能性の高い行為であったとしても、人が怪我をしないように意識的に振る舞っているような場合は、仮に人が傷害を負ったとしても傷害の故意はないものといわなければならない。そこで、認識的要素にくわえて意思的要素を要求する見解が主張されることとなる。

事実の認識にくわえて、結果発生 of 認容を意思的要素として要求する認容説は、認容という情緒的要素が違法要素たる故意の構成要素となりうるかについて大いに疑問がある。団藤は認容説を採用するとき、「故意においては犯罪事実の発生に対する積極的な人格態度がみられなければならない<sup>(14)</sup>」と説明したが、この説明に如実にあらわれているように、この見解は故意を責任要素とする場合<sup>(15)</sup>のみ採用可能な見解であるといえる。

動機説は、故意の認識的要素と意思的要素とを総合しつつ、動機形成過程に着目して未必の故意と認識ある過失とを区別しようとするが、この見解もまた故意を責任要素とする見解からのみ主張可能であるといえよう。

そこで、本稿は故意を実現意思であると理解する。<sup>(16)</sup>実現意思とは、<sup>(17)</sup>事実を認識・予見し、その認識・予見を取り込んで意思形成を行い、<sup>(18)</sup>あえて自らの行為を構成要件実現の可能性がある方向に向けてコントロールする意思である。具体的には、高橋則夫が「①認識事実の実現可能性の程度、②計画を実現する意思の存否と程度、③結果を計算に入れる意思の存否と程度、④結果の回避意思の存否と程度、⑤結果回避措置の存在と程度」を下位規範として挙げているが、<sup>(19)</sup>基本的<sup>(20)</sup>に妥当であろう。とりわけ、自らの行

為が結果惹起する蓋然性を十分に認識し、回避行為が容易であることもあわせて認識したにもかかわらず、あえて回避行為をとらなかった点(回避行為不投入)に注目すべきであるといえるだろう<sup>(21)</sup>。

なお、この結論は本稿の表現には影響を与えても、内容には影響を与えないであろうことを付言しておく。本稿は故意を実現意思であると解するがゆえに、「構成要件実現がありうることを認識・予見しつつ、その認識・予見を意思形成過程に取り込み、あえてその行為を行った」といった表現をするが、これを「構成要件的结果発生を表象し」と捉え直すことも、「構成要件的结果発生を認識・認容し」と読み替えることも可能であろう。

#### b) 自己危殆化

ベルリン暴走事件におけるベルリン地裁およびBGHの思考は、まず「その危険性と行為が軽率であったというだけで、殺意を否定することができるのだろうか」という疑問から出発し、これに否と回答するところから始まる。すなわちBGHは「所為行為の危険性と結果発生の確実性の程度は、……被告人が未必の故意をもって行為したか否かを判断するための唯一の重要な基準ではない」というのである<sup>(22)</sup>。

そこでBGHは、殺意を認定するために、詳細な検討(ausgehende Prüfung)を要求しているが、その検討の対象となっているのが、自己危殆化(Eigengefährdung)である。この概念は、同日にBGHが下したブレーメンにおける暴走事件およびフランクフルト・アム・マインにおける暴走事件に対する判断においても使用されている<sup>(23)</sup>。BGHは、故意を反証するものになりうる自己危殆化について、行為者がどのように考えていたのかを詳細に検討すべきであるとした。つまり、本判決は、地裁による殺人の判決の破棄であるが、暴走事件に原則的に殺人罪が成立しないとしたものではない<sup>(24)</sup>。

このことに対して、強い口調で異論を投げかけるのがトニオ・ヴァルターである<sup>(25)</sup>。彼は、交通事故において故意を認めることはできない——そうであれば偶然事故が起こらなかった場合に殺人未遂であるということになっ

てしまう<sup>(26)</sup>——ことを訴えつつ、故意を認めなくとも交通事故案に対しては刑法315条 d（禁止された自動車運転）や222条（過失致死）で対応可能であるし、それらの刑が軽いと人は歯ぎしりをするかもしれないが、この歯ぎしりは法の支配の法的共同体に生きるために支払い続けるべき必要なコストであるという<sup>(27)</sup>。

なるほど、ベルリン地裁判決およびBGHが丁寧な事実認定を前提とするならば殺意を認定する余地を残したこと（そして本稿の問題意識）が、もし仮に理論的に破綻した単純な嚴罰要請を基盤としているのであればそれは不当であろう。しかし、おそらく（少なくとも本稿は）そうではない。むしろ、理論的に殺意が認められる余地がなおあるにもかかわらず、交通事故犯であれば故意成否の検討をするまでもないという思考習慣の方に理論的な問題を指摘せざるをえないのである。やはり、交通事故犯において概括的故意事案のひとつとして把握可能であるような場合であっても故意の認定が行われないのは、故意認定に対する何らかの理論的障壁があるからであり、それはBGHが指摘するように、行為者による自己危殆化の認識であると考えるのが自然であろう。

そこで、いわゆる行為者による自己危殆化の認識が故意の認定にとってどのように作用するかについて若干の検討を加えたい。

まず、交通量の多く、かつ交差する道路の見通しが悪い交差点に、赤信号を無視して高速度で進入するような場合、一般に人が死亡する可能性が認められ、この可能性は特別な事情がないかぎり行為者が認識していると考えられること、およびあえてそのような行為を行う行為者には、実現意思があると認められることを確認しておきたい。反証がなければ、このような場合には原則として故意が認められるのである。人通りが多く、人の通行が現に許可されている交差点に向かって行為者が手榴弾を投げたとき、行為者がその交差点に人が登場して手榴弾により爆死する可能性を十分に認識したうえであえてその行為に出た以上、当該行為者には殺人の故意が認められる。ただし、特に当該行為について故意がなかったのではないかと思わせるような反証がある場合は別である。このようにみると、「一般

に交通事犯においては故意が認められない」のは、それが原則だからではなく、むしろその逆であり、本来であれば故意が認められるにもかかわらず、自己危殆化の反証がある状況が一般的となっているからにすぎないといえる。すなわち「交通事犯においては、例外的状況があることが通例化している」のである。

すると、自己危殆化がないと行為者が考えていたような場合には、自己危殆化による反証がないため故意を認めることができるという結論を導くことができる。たとえば、交差する道路が歩行者専用であり、交差道路から無防備な歩行者のみが登場する可能性を認識しつつ、酒に酔った状態で10トントラックを猛スピードで見通しの悪い交差点内に進入させるような場合、自己危殆化の反証はない。したがって、このような場合故意を認めることが可能である。

#### c) 反証として考慮不可能な自己不快化

ところで、自己危殆化の他に、故意への反証となるのではないかと思われるものに「発覚して処罰される煩わしさ」がある。上手い日本語ではないが自己危殆化との対比で「自己不快化<sup>(28)</sup>」と呼ぼう。交通事犯においては、「行為者は事故を人を死傷すれば事件化することを認識しており、それを避けたいのが通例であるから、行為者は事故を起こしたくなかったに違いない」という評価がこれである。

自己不快化による故意反証の可否を考察するため、次の例を考えてみる。

#### 【例1】

学校の駐車場に止めていた教師の車のボンネットが凹んだ。それは、駐車場に面する校舎の10階の窓から落下した生徒が衝突したことによるものであった。なお、現場には監視カメラが設置されており、そのことを生徒たちは全員知っていた。



**【例 2-a】**

学校の駐車場に止めていた教師の車のボンネットが凹んだ。それは、駐車場に面する校舎の2階の窓から落下した生徒が衝突したことによるものであった。なお、現場には監視カメラが設置されており、そのことを生徒たちは全員知っていた。

**【例 2-b】**

学校の駐車場に止めていた教師の車のボンネットが凹んだ。それは、駐車場に面する校舎の2階の窓から落下した生徒が衝突したことによるものであった。なお、現場には監視カメラが設置されているが、そのことを生徒たちは知らなかった。

いずれの例においても、生徒の落下が故意（飛び降り）であったのか過失（落ちた）のであったかは確定的に明らかでないとする。この3例において、もっとも故意であろうと思われやすいのは例 2-b である。例 2-a の場合は故意である可能性はあるが、監視カメラの設置を知っている生徒があえて監視カメラのあるところで教師の車を破壊しようとすることは少ないと思われる。例 1 については、生徒が自殺志願者であるか生徒が自らは怪我しないと考えていたと認められる特殊な場合には故意であることもありうるが、通常は故意ではないと考えられる。10階からの飛び降りは、生徒自身の死傷結果を引き起こす危険性を有するものであり、生徒にとって避けたいものだからである。

この例 1 における「通常は故意ではないと考えられる」という判断が自己危殆化による故意反証例である。この場合、すでに論じたとおり、当該生徒が自己危殆化を小さく見積もっていたか自己危殆化しても構わないと考えていたかの証拠がなければ故意認定は難しい。

では、例 2-a と例 2-b はどうだろう。2階の窓から車のボンネットへの飛び降りたのであれば、生徒の自己危殆化はほとんどない。となれば、この両例においては自己危殆化による反証はない。だが、例 2-b よりも例

2-aの方が故意ではない印象を一般には受けやすい。例2-aの場合には現場に設置された監視カメラにより、生徒は所為が確実に発覚することを知っていたのであり、そうであればあえてそのような行為を行うとは考えづらからである。

問題は、果たしてこのような自己不快化の認識を故意反証に利用することが可能かである。この問題については、2つの異なった立場を想定することができる。

想定される第1の立場：

自己を不快にする行為を避けようとするのは人の一般的な行動原理であり、不快が負のインセンティブとして働くかぎり、自己不快化は故意に対する反証として利用可能である。

想定される第2の立場：

自己不快化を故意に対する反証として利用することは規範的に許されない。なぜなら、この発覚の煩わしさという自己不快化は、規範に織り込み済みだからである。

上記第1の立場は、自然な考えに基づいている。我々の素朴な経験に根差しているといってもよいだろう。たしかに、同じ目的を達成できる複数の道があるとき、人は普通もっとも不快をもたらす道を選択しない。もし、ある者がその者に対してもっとも不快をもたらす道を歩んでいるのならば、それは彼／彼女の意思によるものではないのかもしれないと一応疑ってかかるべきであるように思われる。

だが、上記2の立場も説得的である。目撃者も監視カメラの設置も多い繁華街での犯行が故意を認めにくいということはない。たとえ犯罪者が「処罰されてしまう可能性とその煩わしさ」を十分に認識したうえで犯行に及んだとしても、その自己不快化の認識は故意の認定に際して一切の障害とならない。監視カメラが設置してあり店員も万引きに注意しているこ

とが明らかな商店でその商品の財物の所持を自己に移転した場合、たとえ隣にもっと容易に同じ商品を万引きできる商店があったとしても、その事情が窃盗の故意を否定する方向に働いたりはしない。駐車禁止の路上に駐車してある車について、そのすぐ隣に誰もが駐車可能なフリーの駐車場があるという事実を持ってきても、故意に駐車されたものであることの反証にはならない。規範は、規範が適用されること自体に対する行為者の煩わしさの認識は、考慮の外におくものなのである。

このように考えると、刑法は自己不快化による反証を許さないものであるように思われる。

だが、このような見解にもなお疑問が向けられる。自己不快化による反証を許さない見解の例として挙げた繁華街での犯行事案や万引き事案は、確定的故意の場合だから自己不快化が反証にならないのではないかと、いうものである。未必の故意のケースであれば、積極的に犯罪を行おうという意思はないのだから、もし楽に刑罰回避が可能な道があるならば、そちらを選択するのが自然であり、未必の故意のケースであるのに刑罰回避行動がまったくとられていないというのであれば、それは故意でなく行為に出たのではないかと疑念を我々に抱かせるのに十分ではないだろうか。すなわち、次の例 3-a と例 3-b の対比である。

#### 【例 3-a】

学校の駐車場に止めていた教師の車のボンネットが凹んだ。それは、駐車場に面する校舎の 2 階の窓から落下した生徒が衝突したことによるものであった。なお、現場には監視カメラが設置されており、そのことを生徒たちは全員知っていた。また、当該生徒は飛び降りる際に「教師の車を破壊してやる」と叫んでから飛び降りたという事情がある。

#### 【例 3-b】

学校の駐車場に止めていた教師の車のボンネットが凹んだ。それは、駐車場に面する校舎の 2 階の窓から落下した生徒が衝突したことによるもの

であった。なお、現場には監視カメラが設置されており、そのことを生徒たちは全員知っていた。また、当該生徒は飛び降りる際に「下には何があるかわからない。下は駐車場だからもしかしたら誰かの車があって壊してしまうかもしれないけど、とにかく急いで帰宅したいから校舎の正面玄関ではなく窓から飛び降りて帰りたいんだ」と叫んでから飛び降りたという事情がある。

例 3-a の場合、生徒は確定的故意であるので、監視カメラの有無はもはや故意の反証とはなりえない。この限りで、さきほどの「自己迷惑化は故意の反証にならない」という見解は正しい。では、例 3-b の場合はどうか。

例 3-b においては、生徒の関心の焦点は例 3-a と異なり「自らが窓から飛び降りる」ことにある。この事例では、当該生徒は下に他人の車がある可能性を認識しているが、その認識は行為の主関心を構成してはいない。下に他人の車があるかもしれないという事情の認識は、飛び降りて帰宅するという主関心に図らずも付随してきた「なければなくて良い」事情である（確定的故意の場合は、行為者にとっては下に教師の車がなければならない）。

暴走事件においても、人が死傷する可能性は認識しつつも関心は「自らが暴走する」ことにあり、確定的殺意のある事件のような「他人が死亡する」ことへの関心は薄い。「暴走中に人が出てこなければ出てこなくてよい（むしろ出てこない方がありがたい）」のである。ここに未必の故意事案の特徴があるといえる。未必の故意（の一種である概括的故意）が明らかに認められる「他人がいる可能性が十分にある公園で他人が死んでも良いやと考えつつ爆弾を爆発させる」という事例においてすら、「他人の死」への関心は「自分が爆弾を爆発させる」という行為への関心に劣後している。というのも、この行為者は「人が死ななくてもいいから爆弾を爆発させたい」と思っているのであるから。公園で爆弾を爆発させる行為は、行為者にテロ的な殺人への関心があるように思わせはするものの、それでも（現場に人がいることを確認せずに）未必の故意としてこれが実行される

ときは、主関心は爆弾の爆発、従関心として人の死があるにすぎないのである。

このようなとき、未必の故意による行為者にとって自己不快化はどのように働くのだろうか。未必の故意の行為者は、自己不快化を真剣に考慮しないがゆえに、自己不快化は行動に対して有効に働いていないのである。

というのも、例3-bにおいて、生徒の関心は自らが窓から飛び降りて帰宅することであり、その際、他人の車を破壊してしまう可能性があることを認識したが、それでも自らの行為を実行したい一心から、自己の行為が後に発覚し処罰されてしまうことまでは考慮に入れることなく、窓から飛び降りたのである。この場合、行為者は自らが結果発生のある行為を行うことについての認識および意思はあるものの、その実現後に処罰される可能性については真剣に考慮せずに行為に出たものである。このように、行為時に考慮されなかった事情については、「行為時に考慮していたに違いない」とすることは到底不可能であるから、故意認定において判断資料とすることができない。それゆえ、未必の故意事案においても自己不快化は故意反証に使えないことになる。

以上の検討から、未必の故意の事案においても自己不快化による反証はできないことが結論づけられた。犯罪の故意の認定の際には、それが確定的故意事案であろうとも未必の故意事案であろうとも「犯罪行為を行うに際しては、発覚・処罰の煩わしさがあるのだから、行為者は原則として犯罪をしたくないに違いない」と考えることは許されないのである。

したがって、自動車は登録されており事件の証拠は現場に多く残るとともに自動車自体にも事件の痕跡が残され、さらに現場や現場周辺道路等には様々な種類の監視カメラ・防犯カメラが設置されている等の理由から、交通事案は行為者ないし少なくとも行為車両が特定される確率がきわめて高い（と思われている）から、交通事犯においては原則として故意が否定されるのだと考えることはできないといえる。

## d) 小括

以上の検討から、暴走致死事件には、殺人罪を適用する余地があることが明らかになった。その際、必須になるのは故意の認定であり、その認定のポイントは行為者が自己危殆化をどのように考えていたかの立証である。すなわち、高速度で赤色信号を無視して交差点内に進入したのであれば、原則として、人の生命を侵害する可能性を十分に認識しているといえ、人の生命を侵害する可能性のある行為をあえて行っているといえるが、同時に行為者が自らが死傷する可能性もまた認識しており、かつ行為者が自らの死傷結果を真剣に避けたいと意思しているときは、故意の意思的要素の存在を反証するあるいはその程度を減少させるため、故意の成立が認めづらくなるのである。そこで、このような暴走事件に対して殺人罪を適用するためのポイントは、①行為者が自らが死傷する可能性を認識していなかったあるいはほとんど気にも留めていなかったこと（自己危殆化の不認識）を立証するか、②行為者が自らの死傷結果を認容していたこと、または自己の死傷結果の認識はあるものの、それが殺意の存在を反証しないほどに行為者によって小さく見積もられていたということ（自己危殆化回避意思の規範的不存在）<sup>(30)</sup>を立証することにある。この立証は、①の場合、たとえば被告人が暴走させている車が大型で頑丈なものであり、エアバッグ等の運転者保護装置もついていたような場合、不可能ではないだろう。たとえば、運転者保護装置を搭載した大型トラックの運転者が、同等の大きさのトラックの通行量が少なく歩行者や二輪車や軽自動車の多いと認識している道で暴走した場合、自己危殆化の危険性をほとんど考慮に入れていないと評価できるだろう。反対に、暴走した行為者が二輪車に乗っていたような場合、衝突による自己危殆化の認識を否定するのは困難であるように思われる。<sup>(31)</sup>②の立証は、自殺意思・自傷意思の立証のほか、たとえばこれまで度重なる自己危殆化の警告を受けいるにも関わらず飲酒等したうえで同様の暴走を繰り返したという事実の立証などが考えられるだろう。このような場合、行為者は自己危殆化を認識しながらもそれを真剣に考慮に入れなかったということになるからである。また、暴走中にシートベルトを

着用していないような場合の評価も——その他の状況の丁寧な立証が必要であるが原則として——自己危殆化による反証を制限する方向に働くと考えられる。<sup>(32)</sup>シートベルトをしていなかったということは「自分が死傷してもかまわない」という意思の表れであるか、「自分は事故を起こさない」という過信の表れであるか、「何も考えていない」かのいずれかである。もし、「自分が死傷してもかまわない」の場合であれば自己危殆化による反証はなくなるので故意犯の成立が認められる。「自分は事故を起こさない」と思っていた場合であれば、故意反証方向に働きそうであるが、理論的にはそうではない。故意自体は、赤色信号を無視して高速度で突入する時点における行為状況の認識とありうる結果の認識およびそのあえてその行為を選択する実現意思があることで認められるので、この「根拠のない不合理な内心状況」はせいぜい故意反証の材料になるにすぎない。暴走事案においては、「自己危殆化の認識とそれを避けようとする意思」がある場合に故意反証がなされるのであるから、このような「過信」が「自己危殆化の不認識」か「自己危殆化回避意思の不存在」を意味するものである以上、殺意を認めることが可能であるといえる。「何も考えていない」場合は、自己危殆化を小さく見積もっているのであるから、自己危殆化は反証として働かない。

もちろん、このような認定は、所為状況全体の丁寧な観察によってなされるべきである。<sup>(33)</sup>したがって、本稿の立場からも、シートベルトをせずに赤色信号を無視したからといって必ずしも故意が認められるわけではないことに注意を要する。たとえば、現場が交差点ではなく信号機および歩行者横断歩道のみがある場合、当該現場が見通しが良く、人がいないことを確信（誤信）して赤色信号を無視したような場合は、殺人の故意を認めることはできない。また、交差点であったとしても周囲に建造物などがなく、見通しが良く、人がいないことを確信（誤信）して進入した場合も、死亡結果に対して過失が認められるにすぎない。このような場合には、過失運転致死傷や危険運転を前提とした赤色信号殊更無視運転致死傷罪の成立余地が認められる。

ここで結論を提示しておこう。一般的な事案については①結果が回避可能な状態で人の死亡結果発生がありうることを十分に認識し、②その認識があるにもかかわらず人の死亡結果発生がありうる行為を意図的に行った場合、③故意の存在を反証する事情がないかぎり殺人罪の故意が認められる。これ自体は穏当な結論であると思われる。これを交通事犯に当てはめて箇条書きとして提示すると、

衝突発生前の暴走運転段階において：

- ①周囲の状況から車両の進行地点に他人が存在ないし登場する一定以上の蓋然性がある。
  - ②暴走運転を続けたならば、車両の進行地点に他人が存在ないし登場したとしても衝突を回避することが不可能になる。
  - ③上記①および②を行為者が認識している（人影がないことを確認して、他人の存在ないし登場の蓋然性の表象を打ち消したりしていない）。
  - ④上記③の認識が生じた時点で、安全な運転態様に変更して結果を回避することが行為者にとって十分に可能である。
  - ⑤上記④を行為者が認識している。
  - ⑥行為者には、上記③および④の認識を意識に取り込んだうえで人を死に至らしめる危険な運転を継続するかしないかを判断する機会があったが、その機会においてあえて当該運転を継続することを選択したことが認められる。
  - ⑦上記⑥の時点において、行為者が自らが死傷する可能性を認識していなかったあるいはほとんど気にも留めていなかったことが認められる。
- 以上の①～⑦が証拠上認定できる場合には、殺人の故意がある。

ということになる。



## IV 結語

### a) 結論の明確化

本稿の基本的な主張は、以上のとおりである。なお残された課題は、「人を死亡させる蓋然性のある運転行為」はどのようなものであるかについてである。というのも、自動車の運転は、どのようなものであっても人を死亡させる可能性を有するものであり、一定の行為は許された危険であると考えられるからである。換言すれば、許されない危険な運転行為はどの程度のものなのだろうか。

まず、この危険を否定すべき事案群から考えよう。交通法規を守った運転行為はこれに当たらないのは当然のことである。また、単に交通法規を破っただけであり、他者の生命・身体におよそ関連しない行為についても同様である。では、重大な違反であり、一般的には危険であると考えられる飲酒運転はどうだろうか。飲酒運転というだけでは判断不能であるといわざるをえない。飲酒したうえでどのような場所でのどのような運転をするのかによらなければ判断できない。飲酒運転であっても人も車もほとんど通らない見通しの良い道であれば典型的に危険であるとはいえないからである。

では、飲酒の上高速度で運転をしていたところ、<sup>(34)</sup> 図らずもセンターラインをはみ出して事故を起こしたような場合はどうだろうか。故意を認めることは困難だろう。センターラインをはみ出す行為自体が故意ではないからである。この場合、仮に自らの行為が危険であるという認識があったとしても、実現意思がない。赤色信号を無視して交差点へ進入する行為が故意に担われているのと対照的である。そうであるから、対向車がありうることを十分に認識しつつ、あえてにセンターラインをはみ出して対向車に向かっていくような場合であれば、行為者が自殺志願者であった場合や行為者が安全な大型トラックを運転しており対向車が原動機付自転車であるような場合など自己危殆化による反証を退けられることを前提に、故意を

認めることが可能である。なお、これと関連して高速道路等における逆走が問題となるが、私見によれば、逆走によって人が死亡する可能性を十分に認識しつつ、あえてこれを行って人を死に至らしめた以上、やはり理論的原則としては、危険運転致死（通行禁止道路運転致死）罪ではなく、殺人の故意を認めることが可能であると思われる。ただし、現実的には、逆走運転は自己危殆化の程度が極めて高いため、その反証を退けるのはかなりの困難が伴うと予想されるが。

b) 本稿の結論は何でないか

本稿は、

①交通事犯の立法論上の厳罰化を主張するものではない。

——本稿は立法論について触れていない。

②交通事犯の解釈論上の厳罰化を主張するものでもない。

——本稿は処罰範囲を広げるように解釈しようとしたものではなく、一般的に承認されている解釈の射程にすでに一部の交通事犯が含まれていることを主張するものである。

③すべての暴走運転に殺人の故意を認めるものではない。

——事実認定によって故意が認められない場合は当然故意犯の成立は否定される。そして故意が否定される場合の方が明らかに多い（ほとんどの暴走運転は死亡結果に対して過失にとどまる）。本稿は、ごく一部の場合にのみ故意犯成立の可能性があることを指摘するものである。

c) 現実的に残された課題

理論的にクリアにしてもなお現実的な課題が残されている。それは、検察官による訴因設定である。

殺意の認定は、もし仮に本稿の立場を採るにしても、具体的事案における立証、とりわけ自己危殆化に関する立証はやはり困難だろう。裁判員裁判において、どのように行為者が自己危殆化を小さく見積もったことを立証するのか、慎重な作業が求められることは想像に難くない。殺人罪で起

訴したものの危険運転致死罪しか認められないということは十分に考えうる。そうであれば、検察官はより確実な危険運転致死罪あるいは場合によっては自動車運転過失致死罪で起訴したいと考えるだろう。

ネックになるのは立証の困難さだけではない。逆に、殺人罪の成立が認められることが実務的に不都合な場面も考えられる。むしろこちらの方が現実的には問題を惹き起こすかもしれない。殺人罪を適用すると、死刑が選択される可能性がある。とりわけ、砂川暴走事件のように被害者が5名いる場合、4件の殺人既遂と1件の殺人未遂となれば、たとえそれらが観念的競合の関係に立つとしても、死刑選択が現実味を帯びてくるだろう。少なくとも、検察官による死刑求刑はほとんど回避できないように思われる。しかし、きわめて悪質で厳罰もやむをえないと思われる事案であったとしても、交通事案に対して死刑判決を下すことについてはなお躊躇するというのが法実務の現実であろう（もちろん私も死刑が妥当であるとは考えない）。となれば、検察官があえて死刑求刑を避ける意味合いで殺人罪ではなく危険運転致死罪で起訴するのは、現実的な観点からはやむを得ないといえるのかもしれない。これに対して、死刑が廃止されているドイツにおいては、ベルリン地裁がそうしたように、暴走事件に殺人罪を適用し、終身刑に処すことは——丁寧な事実認定を前提として——現実によりうる選択であったのであろう。

#### d) 当てはめ

では、本稿の立場からベルリン暴走事件および砂川暴走事件において殺意が認定可能であるかといえ、いずれの場合にも自己危殆化に関する検討が不十分であるため、裁判所の事実認定を前提にした場合には殺意認定は不可能であったといわざるをえない。殺人罪の成立を認めるためには審理不尽のきらいがある。もし殺人罪とするのであれば、自己危殆化に関する検討を丁寧に行わなければならないといえよう。

本稿のように暴走事件に対して殺人罪を適用する理論的可能性を認める立場からも、やはり殺人罪の適用はきわめて謙抑的に運用されることにな

る。

e) 結び

闇雲な厳罰化の要求にはまったく賛同することができず、与することも  
ないが、自己の行為が他者の生命に危険を発生させることを認識しつつ、  
あえてそのような行為を行った者に対して、その事実が証明されるのであ  
れば、殺人罪を適用することには理論的な問題がない<sup>(35)</sup>。それは交通事犯に  
おいても例外ではない。あとは、現実的な立証および量刑の問題が課題と  
して残される。

(了)

- (1) 2018年7月4日付讀賣新聞大阪夕刊社会面13頁, 2018年7月5日付朝  
日新聞朝刊31頁第1社会面。その後, 殺人罪で起訴。
- (2) 2018年7月6日付朝日新聞朝刊31頁第1社会面。
- (3) ここでいう「認容」は, 認容説による認容にかぎらず, 「意思的要素  
をもって」という意味で使用している。
- (4) 高山佳奈子『故意と違法性の意識』(有斐閣, 1999年) 141頁。
- (5) 井田良『講義・刑法学総論』第2版(有斐閣, 2018年) 179頁。なお,  
同『刑法総論の理論構造』(有斐閣, 2005年) 78頁にも同趣旨のことが  
書かれている。
- (6) 現在では特別法となった危険運転致死傷罪も制定当初は刑法典におけ  
る「傷害の罪」の章に置かれていた。基本行為たる危険行為に暴行程度  
の故意を認める趣旨であろう。暴行の故意ありとされたいわゆる「幅寄  
せ」が取り込まれていることから明らかである。ただし, 傷害の故意  
までは含んでいるとはいえない(内田博文「危険運転致死傷罪と結果的  
加重犯論」現代刑事法48号(2003年) 73頁参照)。制定時の論評として,  
井田良「危険運転致死傷罪の立法論的・立法論的検討」法律時報75巻2  
号(2003年) 31頁以下, 井上宏「刑法の一部を改正する法律等について  
—危険運転致死傷罪の新設等—」現代刑事法36号(2002年) 91頁以下等  
参照。また, 自動車の運転について暴行の未必の故意を認めた判例とし  
て, 広島高判昭和36年8月25日高刑集14巻5号333頁参照。なお, 本件  
事案は, 飲酒酩酊のうえ無灯火で多数の歩行者に車を衝突させる可能性  
を十分に認識しつつあえて自動車を運転したというものである(しかも,

事件現場は人の多く歩行する盆踊り大会からの帰り道であった)から、丁寧な認定をすれば本稿の立場からは殺人の故意を認めることも不可能ではなかったように思われる。

- (7) 被害者の数が特定されていない未必の故意，すなわち概括的故意の認定問題であるが，概括的故意は（択一的故意と並んで）未必の故意のヴァリエーションのひとつであるので，本稿においては「未必の故意」と表現する。
- (8) BGH Urteil vom 1. März 2018-4-StR 399/17; NStZ 7/2018 S, 409. NJW-Spezial, 2018 heft 9, S. 280. 本事件については，桃山法学29号においても紹介した（江藤隆之「2018年3月1日ドイツ連邦通常裁判所第4刑事部による3つの判決」桃山法学29号（2018年）165頁以下参照）。
- (9) いわゆる被害者参加であるが，ここでは“Nebenklage”を「公訴参加」と訳した。
- (10) 札幌高判平成29年4月14日判時2373号104頁，D1-Law 判例ID28251370。  
なお，本件は執筆時点で上告中である（初稿校正時に上告が棄却された）。
- (11) 高山・前掲注(4)148頁。
- (12) 高橋則夫『刑法総論』第4版（成文堂，2018年）179頁注22。
- (13) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣，2013年）241頁。
- (14) 団藤重光『刑法綱要総論』第3版（創文社，1990年）295頁。
- (15) 高橋・前掲注(12)180頁。
- (16) 私は，違法論における規範違反説を基礎に，故意を不法要素とする。
- (17) スペインの学説においても，意思的要素を「犯罪実現の意思」（voluntad de realizar el delito）と解する見解が近年主張されている（v. Antonio Zárate Conde, /Eleuterio González Campo, Derecho Penal Parte General, 2015, P. 195.）。また，スペイン最高裁は2017年の裁判決において，「行為者の行為が故意であったというためには，知識的あるいは認識的要素（elemento intelectual o cognoscitivo）にくわえてさらに意思的要素（y otro volitivo）が認められなければならない」としたうえで，「意思的要素は，行為者が可罰的な行為が構成する客観的要素を知っているだけでなく，犯罪構成要件が予定する要件を実現したい（quiere realizarla）ときに認められる」（STS 566/2017）とした。これは，実現意思説を採用するものといえよう。
- (18) 「あえて」という語はしばしば認容説における認容として理解される（たとえば団藤・前掲注(14)296頁は，判例が「あえて」と表現したことをもって判例の立場は「実質的には認容説だといってよいとおもわれる」

とする)が、本稿における「あえて」は「実現意思をもって」の意味である。

- (19) 高橋・前掲注(12)181頁。
- (20) 私は、故意における意思的要素は、結果の実現も構成要件該当事実の実現そのものでもなく、構成要件該当事実を実現する可能性のある行為に向けられていると解する。「人の死を実現する意思」ではなく、「人の死を惹起する可能性のある行為を、認識・予見しながら、意識的に実行する意思」である(未必の故意は結果ではなく、危険な行為に向けられている)。その際、構成要件実現の蓋然性の程度と回避行為の可能性・容易性の認識・予見はきわめて重要な基準となる。回避が困難であるような場合は実現意思は否定される方向に働き、回避が容易であるにもかかわらず回避行為をとらなかつた場合、実現意思は肯定される方向に働くのである。
- (21) 山中敬一『刑法総論』第3版(成文堂、2015年)331頁以下は「回避意思不投入」という。だが、私は回避意思ではなく回避行為の問題であると考えてるので、本稿では回避行為不投入と表現した。
- (22) 本判決は認識説、蓋然性説の否定も含意していよう。
- (23) Urteil vom 1. März 2018-4-StR 311/17; Urteil vom 1. März 2018-4-StR 158/17. 詳細は、江藤・前掲注(8)165頁以下参照。
- (24) Vgl. Klaus Leipold/Stephan Beukelmann, Praxishinweis, NJW-Spezial, 2018 heft 9, S. 280.
- (25) Tonio Walter, NStZ, 7/2018, S. 412f.
- (26) Walter, a.a.O. (Anm.25), S. 413.
- (27) Walter, a.a.O. (Anm.25), S. 413.
- (28) 侵害・危殆に対する概念である不快(侵害原理に対する不快原理の不快)を意識した。
- (29) この意味で、注(20)に、「(未必の故意は結果ではなく、危険な行為に向けられている)」と書いたのである。行為者が抱いている実現意思は、結果を発生させるという意味における「結果の実現意思」ではなく、「結果発生のありうる行為をあえて現に行う」という意味における「結果惹起危険行為の実現意思」なのである。この見解に対して、結果を実現する意思でなくてはならない、という反論がありうるが、そうであれば、未必の故意は細かく事案を検討すればいずれにせよ認められないことになろう。
- (30) 自己危殆化を小さく見積もっていたのであれば、自己危殆化の十分な

認識を欠いていたか、自己危殆化の認識をしたうえでそれでもかまわな  
いと思っていたということになるからである。

- (31) プレーメン二輪暴走事件参照。BGH Urteil vom 1. März 2018-4-StR 311/17
- (32) ただし、フランクフルト・アム・マイン暴走事件（BGH Urteil vom 1. März 2018-4-StR 158/17）においてBGHは、被告人がシートベルトをしていなかったことから被告人が自己の死を容認していたと認定した地裁の認定は、それだけでは不十分であるとした。
- (33) 伊東研祐『刑法総論』（日本評論社、2010年）107頁は、認識説に立ちつつ飲酒運転について「飲酒の後、全く何も考えずに漫然と運転を再開し、歩行者に自動車を接触させて負傷事故を起こした場合」は過失であり、「飲酒後、その状態で運転すると事故を起こして人を死傷させると一旦は認識したが、時間も経ち、アルコールも少しは飛んだし、自分は運転が巧いから危なくなっても事故は避けられる、事故は起きないと考えて運転行為に出て、事故を起こした場合」も過失であるが、「犯罪事実の認識を最終的に否定せず、それが保持されて存在するまま、アルコールも少しは飛んだし、事故になる確率など低いから、と考えると漫然と運転行為に出て、事故を起こす場合」には「故意行為に他ならない」とするが、故意か過失かの認定は、飲酒時でも飲酒運転開始時でもなく、事故直前の行為者が行為コントロール可能な時点での具体的事情によるべきであるから、このような大雑把な判断は失当であろう。現にどのような道路で（交通量如何、見通しの如何など）どのような運転態様を選択していたかを認定しなければならない。第3の場合であっても、見通しの良く交通量の少ない直線道路をまっすぐ運転していたところ、思わぬ横断者の出現により当該横断者を死傷させた場合は、過失であろう。また、第1の場合であっても、交通量の多い交差点に差し掛かることを認識しながら猛スピードで赤信号を無視して交差点内に入進入して接触事故を起こせば——本稿の主張するように——故意であるといえる場合があるだろう。
- (34) 最決平成25年4月15日刑集67巻4号437頁。
- (35) もしかしたら本稿は、一般的交通事犯において行われている故意反証を言語化して説明しただけなのかもしれないが、それはそれで言語化する学問的な意義はあるといえるだろう。