

《判例研究》

ドイツ連邦通常裁判所2018年3月1日判決
(いわゆる「ベルリンの走り屋」事件)

—危険で悪質な自動車競走における未必の故意と共同実行の意思形成—

神 馬 幸 一 (訳)

訳者解題

1. 訳出の意義

2018年3月1日、ドイツ連邦通常裁判所第4刑事部は、危険で悪質な車両運転に関する同種の事案3件（いわゆる「走り屋¹⁾」事件：Raser-Fälle）に対し

-
- 1) 我が国において、いわゆる「走り屋」とは、公道上で危険な運転行為に興じる者達を指す俗称である（英語でいうstreet racerと同義）。「走り屋」は、次のような特別な意味を有しており、本稿におけるドイツ語Raserの用法と近いことから、訳語として最適であると筆者は考える。すなわち、「走り屋」は、いわゆる「暴走族」とは異なる点に注意を要する。むしろ、「走り屋」の多くは、自身を「暴走族」と認めることを嫌うものとされる。そして、自身は運転技術や車両の動力性能に嗜好の重点を置く者として、便宜的に「走り屋」という称号を用いることで、「暴走族」と一線を画そうという傾向がある。このようなサブカルチャーを検証したものとして、遠藤竜馬「『走り屋』の社会学 — モータースポーツにおける『草の根』の考察 —」年報人間科学19号（1998）53頁以下参照。そして、「走り屋」は、以下の特殊な意味合いを有することから、警察関係者や道路管理者においても、その対策は、頭の痛い課題とされていた。なぜなら、従来の「暴走族」であれば、道路交通法上の「共同危険行為」による摘発が可能であるし、暴力事件を起こしたということであれば、より強硬な取締りが可能となる。しかし、「走り屋」は、表面的に徒党を組んでいるように見えても、実際には、個々人が突発的に同じ場所を走っているにすぎない（

で判決を下した²⁾。各々の判決は、ベルリン地方裁判所³⁾、ブレーメン地方裁判所⁴⁾、フランクフルト・アム・マイン地方裁判所⁵⁾ からの上訴審として処理

の点は、本文でも指摘するように、共同正犯の成否にも影響を与える)。また、実際、「走り屋」と言われる者は、ある意味、「普通の若者」であることが多く（我が国の場合、「暴走族」に比べると年齢層が高く、また、社会階層的にも大学生等の高学歴者も少なくないとされる）、交通違反以外で違法行為を犯す事案は、むしろ少数とされる。それ故に、「走り屋」を検挙するための法的根拠は、一般的な運転手と同様の速度違反や整備不良というような軽微な罪状に留まる。ただし、近時、危険で悪質な運転行為に対する厳罰化傾向を受け、我が国でも、このような「走り屋」による自動車競走に対して、道路交通法上の「共同危険行為」を適用する例が一般化してきたとされる。この点に関して、例えば、嘉村満仁「共同危険行為等の禁止違反を適用しての四輪ルーレット族の検挙」月刊交通43巻4号（2012）44頁以下、倉科邦彦「全国初の『ローリング族』に対する共同危険行為等の禁止及び危険運転致傷罪を適用した事件検挙」月刊交通40巻6号（2009）27頁以下参照。ここでいう「ルーレット族（環状高速道路での競争型運転行為者）」、「ローリング族（狭い峠道の急カーブでの競争型運転行為者）」は、いずれも「走り屋」に属する者とされる。

- 2) Pressestelle des Bundesgerichtshofs, Bundesgerichtshof entscheidet in drei sogenannten "Raser-Fällen", Pressemitteilung Nr. 45/18 vom 01. 03. 2018.
- 3) LG Berlin, Urteil vom 27. 02. 2017: (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16).
- 4) LG Bremen, Urteil vom 31. 01. 2017: 21 Ks 280 Js 39688/16 (12/16). この上訴審として、BGH, Urteil vom 01. 03. 2018: 4 StR 311/17. この事案は、危険で悪質なオートバイ事故（しかも、被告人は、運転状況をヘルメットに装着したカメラで撮影し、動画サイトに投稿していた）に関して、原審地方裁判所が「過失致死罪」と「故意による道路交通上の危殆化罪」を認め、これに対し、検察側が「未必の故意による殺人罪」による有罪を求めて上訴したものである。結論として、連邦通常裁判所は、この検察側の上訴を棄却した。それによれば、原審地方裁判所判決は、被告人の主観面に関して、網羅的で慎重な総合的評価を下しており、その検討内容は、妥当なものであると評価されている。
- 5) LG Frankfurt am Main, Urteil vom 01. 12. 2016: 5/8 KLS 4690 Js 215349/15 (1/16). この上訴審として、BGH, Urteil vom 01. 03. 2018: 4 StR 158/17. この事案は、危険で悪質な自動車運転事故を起こした若年成人（事件当時20歳）に対して、原審地方裁判所が「過失致死罪」と「道路交通上の危殆化罪」を認め、3年の少年刑と運転免

されたものである。これらは、加害者である運転行為者自身に対しても甚大な被害が及びうる危険な自滅的行為(いわゆる「Eigengefährdung: 以下、自滅的危殆化⁶⁾」)と略称する)における「未必の故意」の認定という論点を取扱う点で共通している。すなわち、そこでは、行為の客観的危険性のみならず、そこにおける主観面の評価との関係性も論じられている。

これらの内、本稿では、ベルリンで発生した事件に関するドイツ連邦通常裁判所の判決⁷⁾を翻訳して紹介する。この事件は、原審のベルリン地方裁判所がドイツで初めて、(過失犯ではなく⁸⁾)故意犯である「謀殺罪(Mord: ドイツ

許没収(保安処分)を科したものである。これに対し、原審地方裁判所判決には、証拠評価に法的誤りがあり、量刑不当として、その点を連邦通常裁判所が破棄した。それによれば、原審地方裁判所の認定内容は、危険で悪質な運転を行う傾向がある者に関して、その一般的な心象論に終始しており、当該事案における被告人自身の具体的な心象に関する裏付けが不十分であることから、被告人の量刑に不利な影響が生じていると非難されている。

- 6) 類似の用語である「Selbstgefährdung: 自己危殆化」は、主として、被害者側における答責的な態度を表現するものである。それに対して、本件で問題とされた「Eigengefährdung」は、被害者のみならず、行為者・加害者側においても被害が生じてしまうような態様を表現するものである(例えば、球技スポーツ用語で、「オウンゴール」ないし「自殺点」は、ドイツ語で「Eigentor」と表現されることが参考になろう)。今のところ、「Eigengefährdung」の方に定訳は確認できていない(そもそも、我が国で、この概念に関する論点を紹介しているものが皆無であるように思われる)。しかし、その意味を踏まえて、本稿では、それを「自滅的危殆化」として、「自己危殆化」から区別して訳し分けることにする。ちなみに、「自己危殆化」の方に関するドイツの議論状況は、塩野毅『被害者の承諾と自己答責性』法律文化社(2004)171頁以下参照。
- 7) BGH, Urteil vom 01. 03. 2018: 4 StR 399/17.
- 8) 過失犯論(特に、いわゆる「危険の引受け」の領域)による事案処理に関しては、既に我が国でも紹介されてきた。例えば、ルドルフ・レンギア(フィリップ・オステン=藪中悠: 訳)「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」慶應法学31号(2015)207頁以下、同(瀧本京太郎: 訳)「公道での違法な自動車レースと致死結果」北大法学論集65巻4号(2014)216

刑法第211条)」を危険で悪質な自動車競走に適用した⁹⁾。その判断の目新しさから、この裁判例は、当地において社会の耳目を集めていた（それだけ本件の悪質性がマスコミにより喧伝されたという経緯も有する¹⁰⁾）。そして、特に、ここで翻訳を試みる連邦通常裁判所の判決文は、上記3件の事件により提起された法解釈論上の争点が概ね集約されており、更に、突発的な自動車競走における共同実行の意思形成という興味深い論点も含んでいる。

また、この事件は、当地の刑事立法にも大きな影響を与えている¹¹⁾。すなわち、この事件を受けて、近時、ドイツでは、刑法が改正され（ドイツ刑法第315条d「禁止された自動車競走」）、危険で悪質な自動車運転（特に、公道上での非合法的自動車競走：illegales Straßenrennen）に対する厳罰化の方向性が打ち出された¹²⁾。

頁以下、島田美小妃「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）411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）101頁以下、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」名城ロースクールレビュー13号（2009）147頁以下参照。

- 9) その意味で、この原審判決を画期的と評価するものとして、M. Kubiciel / E. Hoven, Die Strafbarkeit illegaler Straßenrennen mit Todesfolge, NStZ 2017, S. 439 ff. その一方で、批判的な評釈として、C. Jäger, Too Fast and Furious – Die Todesraser vom Kurfürstendamm, JA 2017, S. 786 ff.
- 10) この事件を巡る報道として、H. H. Nibbrig, Das kennzeichnet den typischen Raser, Berliner Morgenpost Online, 27. 02. 2017; U. Eisenhardt, Urteil gegen Raser in Berlin - Zwei Autos als Mordwaffe, Spiegel Online, 27. 02. 2017; K. Gehrke, Raser wegen Mordes zu lebenslanger Haft verurteilt, Der Tagesspiegel, 27. 02. 2017. 特に上記 Berliner Morgenpost Online, 27. 02. 2017は、事件経緯に関して、動画・地図画像付きで説明されており、参考になる。
- 11) 明確に、この関係性を述べるものとして、C. Blanke-Roeser, Kraftfahrzeugrennen iSd neuen § 315d StGB, JuS 2018, S. 18.
- 12) このドイツ刑法改正の内容に関しては、拙稿「『道路交通において許可されていない自動車競走の可罰性（第56次ドイツ刑法改正）』の法律案理由書」獨協法学105号（2018）横257（88）頁以下参照。

以上から、この事件は、ドイツにおいて法律論・立法論の両面から注目されたという事情に鑑みても、この判決文を翻訳・紹介し、それを分析・検討に供することの意義は高いものと思われる。

2. 判決の概要

本稿で翻訳した連邦通常裁判所判決の概要は、次の通りである。

先ず、判決文は、当地の確立した判例として、本件のように、もはや致命的な自動車衝突が回避できなくなった時点よりも後の遅れた段階で殺意が確認できたとしても(いわゆる「*dolus subsequens* : 後発的故意ないし事後の故意」)、それを理由に故意的な殺人罪として処罰することはできない趣旨が述べられる¹³⁾。

次に、「未必の故意」と「認識ある過失」の区別に関する従前の判例が確認されている¹⁴⁾。すなわち、殺人罪における未必の故意として、その死という結果の発生を認識していたこと(認識的要素)に加え、その結果を是認し、又は少なくとも所期の目的を達成するために、死の発生を受け入れていること(意思的要素)が求められている。それに対して、死の結果発生を行為者が納得しておらず、真摯に当該結果が生じないものと想定していた場合、そこでは認識ある過失が認められる。

また、行為自体の客観的危険性は、行為者の主観面において、どのような影響を及ぼすのかが述べられている¹⁵⁾。ここでは、行為の客観的危険性は、上記の認識的要素のみならず、意思的要素の法的評価において、一定程度、参照することが認められていながらも、それだけに尽きるものではないことも指摘されている。そして、故意か、過失かの判断は、その所為を巡る客観的及び主観的状況の全体像に依拠するものであり、それは、常に個別具体的な状況にも左

13) 判決文第13段落及び第15段落参照。この「*dolus subsequens* : 後発的故意ないし事後の故意」に関連するドイツの議論状況は、瀬川行太「犯罪論における同時存在原則について(1)」北大法学論集67巻3号242(横151)頁以下参照。

14) 判決文第17段落参照。

15) 判決文第19段落及び第30段落参照。

右されうる。そして、一定の集団又は特定の行動傾向（本件では「走り屋」）に属するという類型的な危険性により、故意の有無が決定されるというような一般的経験則が採用されてはならないことも指摘されている。

その上で、重要な判示内容として、自滅的危殆化と未必の故意との関係性が論じられる¹⁶⁾。まず、その危殆化の惹起が自滅的な性質を有しているからといって、それだけで未必の故意が否定されるわけではない（＝肯定されることもある）という原則が述べられている。その一方で、本件のような危険で悪質な行為であっても、行為者が当初の段階から他者への侵害又は事故の発生を意図していたわけではない事情が読み取れる場合、未必の故意は認められないという評価が下されている¹⁷⁾（そのような意味で、被告人に有利とされる事情の検討が原審地方裁判所は不十分であることから、本件は、差し戻されるものと述べられている）。

更に、本件では、突発的な自動車競走における共同正犯の成立に関しても判示されている¹⁸⁾。共同正犯の主観的要件として求められる共同実行の意思形成に関しては、当地の確立した判例から、黙示の合意で足り、このこと自体は、本件のような自動車競走という突発的な行為の場合においても妥当しうると述べられている。しかし、原審地方裁判所の認定によれば、その取決めの内容は、非合法的な自動車競走を実施することに留まるものであり、殺人罪との関連性

16) 判決文第21段落参照。

17) この点、特に判決文では、主としてRoxinの学説が引用されている。例えば、C. Roxin, StGB AT I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, § 12 Rn. 23 ff. この部分の旧版邦訳に関しては、クラウス・ロクシン（平野龍一：監修、町野朔・吉田宣之：監訳）『刑法総論（第1巻）基礎・犯罪論の構造（翻訳第1分冊）』信山社（2003）473頁以下参照。また、C. Roxin, Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr, in: FS Rudolphi, Hermann Luchterhand Verlag, 2004, S. 243, 255. 同様に、Roxinの考えを我が国で紹介するものとして、Claus Roxin(葛原力三：訳)「未必の故意について」関西大学法学論集第60巻第4号（2010）801頁以下参照。その806頁以下で、Roxinは、本件と同様の危険な運転行為に関する例を挙げ、結論として、故意を否定している。

18) 判決文第26段落以下参照。

が見出せない」と指摘されている。その結果、本件では、謀殺罪の共同正犯を認めるべきではないとして原審地方裁判所の内容は否定されている。

以上のような規範定立と法的評価により、ドイツ連邦通常裁判所は、主に未必の故意と共同実行の意思形成に関する原審地方裁判所の誤謬を指摘したということになる。

3. 判決の評価

本判決に関しては、(公刊されてから間もないこともあり、数少ないながらも)基本的に妥当な内容を示しているとして好意的に評価されているようである¹⁹⁾。その妥当性に関しては、以下、3点に絞り、簡潔に指摘する。

(1) 謀殺罪における「犯情の陰湿性 (Heimtücke)」

まず、ドイツ刑法上の特殊性として、殺人罪という範疇の中でも、いわゆる「謀殺罪 (Mord)」の成立には、固有の要件が求められている。この点に注意が払われなければならない。ドイツ刑法第211条は、次のように規定されている²⁰⁾。

第211条 (謀殺)

① 謀殺者は、無期自由刑に処する。

② 謀殺者とは、

殺戮嗜好、性的衝動の充足、強欲若しくはその他の下劣な動機から、

19) 例えば、T. Fischer, Das „Raser“-Urteil des BGH – und die postwendende „Analysen“-Kultur von Medien und Experten, MEEEDIA, 20. 03. 2018. ここにおいて、Fischerは、原審判決に好意的だったKubiciel / Hoven, a. a. O. (9) を痛烈に批判している。

20) 法務省大臣官房司法法制部(編)『ドイツ刑法典』法曹会(2007)136頁以下を参考に訳出。ドイツ刑法上の謀殺罪の比較法的特徴に関しては、比較法研究会(高橋則夫:代表、天田悠:著)「殺人罪(上)」刑事法ジャーナル54号(2017)118頁以下参照。

陰湿若しくは残酷に、若しくは公共を危殆化する手段を用いて、又は、他の犯罪行為を可能にし、若しくは隠蔽するために、人を殺した者をいう。

この法文からも明らかなように、謀殺罪の裏付けにおいては、「犯情の陰湿性」が検討されなければならない²¹⁾。本件では、上記の文言中、危険で悪質な自動車運転が「公共を危殆化する手段」を用いた謀殺行為といえるか否かも論点とされた。ここでいう公共を危殆化する手段とは、一般的に、「それを用いることで、一度に不特定多数の者が死に至る危険性を有するもの²²⁾」と解されている。原審地方裁判所は、不特定多数の道路利用者が行き交う大都市の目抜き通りで、制御不能なまでに加速された自動車は、まさに公共を危殆化する手段と認定した²³⁾。

しかし、連邦通常裁判所は、この点の立証が未だ不十分であると捉えている。すなわち、連邦通常裁判所が参照・引用する従前の判例によれば、謀殺罪においては、「利己的に他人を食い物にしようとする意識」が求められており²⁴⁾、本件では、そのような意識を被告人が有していたのかは、必ずしも明らかではない。この判示は、妥当であろう。その意味で、謀殺罪の立証に向けられた障壁は、相当程度、高いものと考えられる。

21) 本件との関係で、この点を論じるものとして、T. Preuß, Tötung infolge eines illegalen Kraftfahrzeugrennens als Mord?, NZV 2017, S. 303 ff.; Jäger, a. a. O. (9), S. 787.

22) T. Fischer, StGB, 65. Aufl., 2017, § 211 Rn. 59.

23) そのような判決内容を要約するものとして、Landgericht Berlin, Urteil wegen Mordes nach tödlichem Unfall bei einem illegalen Straßenrennen auf dem Berliner Kurfürstendamm, Pressemitteilung Nr. 13/2017 vom 27. 02. 2017は、その点を強調している。Preuß, a. a. O. (21), S. 306も、結論として原審を肯定的に評価している。

24) 判決文第33段落参照。

(2) 殺人罪における「心理的障壁ないしは阻止閾の理論」 (Hemmschwellentheorie)

その上で、前述で要約したように、本件では、被告人が他人の死という結果発生を是認し、受け入れていたといえるかに関して、連邦通常裁判所は、次のような規範を定立している。すなわち、特に殺人罪における故意の認定に際しては、その行為自体が有する客観的・一般的危険性のみによって依拠することなく、当該行為者が実際に抱いていた心理状態を明らかにするべきであるという「心理的障壁ないしは阻止閾の理論」を連邦通常裁判所は、従前より展開してきた²⁵⁾。そして、この理論によれば、故意に犯罪を実行するためには、一定程度の心理的障壁ないし阻止閾を乗り越える必要があり、特に殺人罪の場合、その障壁ないし閾値は高く、容易に乗り越えられないものとして想定される。従って、たとえ危険な行為により結果的に人を死なせたとしても、ここでいう障壁ないし閾値を乗り越えていない可能性が残されている場合、そのような意味で、故意の認定は慎重でなければならないと連邦通常裁判所は考えてきた。確かに、一般人であれば、当然に構成要件該当事実を認識・是認していたであろうと推定される程度の客観的危険化が認められたとしても、それは「一般的には故意を有していたであろう」という可能性が単に示されたにすぎない。要は、そのような客観的事実の指摘だけでは、行為者が抱いていた実際の具体的な心理状態を表現し尽くしたことはない。本稿で紹介する判決文中でも、そのような理論を基本的に支持する方向性が打ち出されている²⁶⁾。それに対して、行為

25) これを我が国で紹介するものとして、大庭沙織「ドイツ連邦通常裁判所の殺人の故意に関する『抑制をかける心理的障壁論』と故意概念(1)」*島大法学*60巻1=2号(2016)1頁以下、ルト・リッシング・ファン・ザーン(大庭沙織:訳)「未必的な殺人の故意と連邦通常裁判所の『抑制をかける心理的障壁論』」*早稲田法学*88巻2号(2013)329頁以下、菅沼真也子「未必の故意—殺人における『阻止閾の理論』について」*比較法雑誌*47巻2号(2013)297頁以下、同「殺人の未必の故意の認定における『阻止閾の理論』について」*比較法雑誌*45巻3号(2011)311頁以下参照。

26) 判決文第19段落及び第30段落参照。なお、第19段落中で参照されているBGH, Beschlüsse vom 27. 08. 2013: 2 StR 148/13を我が国で紹介するものとして、樋笠堯士

自体が有する客観的・一般的危険性のみを過大に重視する原審地方裁判所の法的評価は、ここでも妥当ではないものとして斥けられたことになる²⁷⁾。

(3) 突発的な自動車競走における(共謀)共同正犯の成否

更に、本件では、危険で悪質な自動車競走における共同正犯の成立が争点とされた。後述の判決文からも分かるように、事実として被害者の自動車と衝突した被告人は、共同被告人兩名の内の1名であり、被害者の死亡結果を共同被告人兩名に帰責するためには、共同正犯の成立が認められなければならない。しかし、連邦通常裁判所は、殺人罪に関する共同実行の意思形成を否定した。その理由は、既に前述で要約した通りである。

この点、我が国における同様の事案として、危険運転致死傷罪の共謀共同正犯の成立を認めた裁判例(いわゆる「砂川市一家五人死傷事故」²⁸⁾)との比較が可能であろう。この我が国の事案は、実際、共謀の具体的内容は判然としないにもかかわらず、被告人両者が自動車競走をする過程で、相手が当然に赤色信号を殊更に無視して高速運転を続けるだろうという認識をもって、自分も赤信号を無視して交差点を通過しようという意思が形成され、また、そのような態度が相手の意思決定を更に強化したという相互作用を重視して、危険運転致死傷罪の共謀が認定された事件である²⁹⁾。ここでは、危険運転行為に積極的・

「極度に危険な暴力行為における殺人の未必の故意」比較法雑誌49巻3号(2015)151頁以下参照。

27) そのような原審の評価に疑問を示していたものとして、Jäger, a. a. O. (9), S. 788.

28) 札幌地判平成28年11月10日(裁判所ウェブサイト掲載判例)。札幌高裁平成29年4月14日(裁判所ウェブサイト掲載判例)。第一審の判例評釈として、神元隆賢「赤信号無視運転致死傷罪の共謀共同正犯を認めた事例(砂川市一家5人死傷事件第一審判決)」北海学園大学法学研究52巻4号(2017)121頁以下、豊田兼彦「危険運転致死傷罪の共同正犯の成立が肯定された事例」法学セミナー62巻2号(2017)121頁参照。高裁の判例評釈として、上田正和「赤色信号殊更無視の危険運転致死傷罪の共同正犯が認められた事例」刑事法ジャーナル54号(2017)141頁以下参照。

29) 橋爪隆「最近の危険運転致死傷罪に関する裁判例について」法律のひろば70巻5号(2017)42頁参照。

主体的に関わり、重要な影響を及ぼしている者であれば、同罪の正犯性を認めるという趣旨が展開されている。

また、砂川市一家五人死傷事故では、共同被告人の危険運転行為と被害者全員の死傷結果との因果関係には曖昧な部分が残されており、全ての死傷結果を共同被告人両名に帰責するためには、同事犯的な処理ではなく、危険運転致死傷罪の共謀共同正犯を認める必要があったということも指摘されている³⁰⁾。このような事情も本稿で紹介するドイツの事案と類似している。

ただし、我が国の事案は、危険運転(特に、赤色信号を殊更に無視する行為)という部分において、その共謀ないし共同実行の意思形成を認めたにすぎないものである。その点に関しては、比較する際に注意を要するようと思われる。なぜなら、その「危険運転を共同して実行した」という意味においては、本稿で紹介するドイツの判例も、実は同様に認めているともいえるからである。すなわち、ドイツの事案でも、共同被告人において危険運転に関する共同意思が形成されていたであろうことに関しては、連邦通常裁判所は否定していない³¹⁾。

更に、近時、危険で悪質な自動車運転から生じる致死傷罪の犯罪類型(ドイツ刑法315条d第5項)が当地で立法化された³²⁾。従って、今後、このような適用可能条文の拡大に伴い、解釈論上の変化が生じる可能性も指摘されている³³⁾。そのような可能性に鑑みれば、我が国とドイツにおける法的状況は、益々、接近化してきたようにも思われる。

4. 小 括

以上から、本判決は、当地における従前の判例実務に即したものであり、そ

30) この点に関しては、城祐一郎「砂川市におけるカーチェイス危険運転致死傷事件について」捜査研究795号(2017)11頁参照。

31) 判決文第28段落参照。

32) ドイツ刑法315条d第5項の立法趣旨に関しては、拙稿・前掲注(12)横280(65)頁以下参照(法案段階では、第4項)。

33) 例えば、Redaktion FD-StrafR, Editorial: Rasen = Mord?, FD-StrafR 2018, 402163.

の意味で妥当な内容を有しているものと思われる。しかし、原審地方裁判所が「危険で悪質な自動車運転は、決して許さない」という決意を表明したかのようにも思われる一歩踏み込んだ内容の判決を下したことは併せて興味深い³⁴⁾。実際、冒頭で述べたように、現実の刑事立法は、原審地方裁判所を支持するかのように、厳罰化の方向へと舵を切り始めている。その意味で、本件は、ドイツという法治国家における刑法解釈論と刑事政策の関係性を示すものでもある。ここで訳出した判決を受けて、当地の議論状況は、どのように動いていくのか。前述したように、比較法的な観点からも重要な意義が見出されることから、その展開状況は、今後も注目に値する。

翻	訳
---	---

要旨

道路交通上、リスクの高い行動に際し、殺人罪を巡る未必の故意が認められるか否かに関して、そこにおける自滅的危殆化の意義。

主文

1. 被告人の上訴に関して、次のような認定により、2017年2月27日付けのベルリン地方裁判所の判決は破棄される。
2. 訴訟費用の件も含め、新たな公判審理及び決定に関しては、陪審裁判所以外で管轄を有する地方裁判所刑事部に本件を差し戻す。

判決理由

[1] 危険な傷害罪〔第224条：訳者注〕及び故意による道路交通の危殆化罪〔第315条c：訳者注〕との関係で所為単一性〔第52条：訳者注〕が認められ

34) 最近においても同様の姿勢を示すものとして、Redaktion beck-aktuell, LG Köln: Richter verschärfen Strafe - Keine Bewährung nach Tod durch illegales Straßenrennen, Meldung vom 23. 03. 2018. (becklink 2009433).

る謀殺罪〔第211条：訳者注〕を理由として、原審地方裁判所は、被告人達を無期の自由刑に処した。更に、被告人達は、運転許可が取り消され〔第69条：訳者注〕、その運転免許証も没収され、行政官庁は、無期にわたり被告人達に新たな運転免許証を発行してはならないと命じられている〔第69条a：訳者注〕。この判決に対して、被告人達は、形式的にも実体的にも、各々の権利が侵害されているという理由により上訴を提起した。

I.

- [2] 1. この上訴された原審判決の認定によれば、被告人達は、2016年2月1日夜、午前0時30分前後、ベルリン市内クアフルステンダム通りにおいて、自動車を並走しながら高速度で運転していた。被告人Nの自動車における同乗者は、訴訟参加人Kである。アデナウアー広場の交差点において、被告人達の自動車は、共に赤信号で停車していた。
- [3] 被告人Hは、その同乗者であるNの認識によれば、自動車排気の爆音を噴かしながら、自動車競走の準備が万端であることを周囲に合図していた。被告人達は、簡単な会話を交わし、身振り手振りとアクセル音の合図を介して、その場で咄嗟に、クアフルステンダム通りからタウエンツィーン通り沿いにかけての競走を取り決めた。目的地は、タウエンツィーン通りとニュルンベルガー通りの一角にある百貨店であり、被告人達は、そこに至るまで、信号機が設置された交差点を11か所も横切らなくてはならず、2.5 km程の距離を走行しなければならなかった。
- [4] そのようなことから、被告人Hは、被告人Nよりも出来るだけ早く目的地に到達するために、「赤信号を無視して」、大幅に加速した。当初、2か所の赤信号で停止した被告人Nも、被告人Hよりも出来るだけ早く目的地に到達するために、速度制限を遥かに上回りながら、同様に「赤信号を無視しながら」追跡を開始した。そして、遅くとも、ウーラント通りの地下鉄駅周辺で被告人Hに追い付いた。クアフルステンダム通りの

中央分離帯のところで、丁度、道路を横切ろうとしていた2名の歩行者は、被告人達の自動車に巻き込まれないように、地下鉄入口に設置された安全柵がある場所へと退避している。

- [5] 当時、両者の車両は、時速100 km以上の速度に達していた。ブライツシャイド広場の曲がり角において、被告人達は、曲線走行速度の限界間近で運転していた。タウエンツィーン通りとランケ通りの交差点における曲がり角に設置された信号機が赤信号の中、両者は共に横断している。
- [6] 曲線の出口において、被告人Hは、彼の前方を走行していた被告人Nに再び追い付くため、車両を加速させ、時速100 kmから150 kmの速度に達した。タウエンツィーン通りとニュルンベルガー通りの交差点にある信号機の赤い光を目指して、目抜き通りの車線を被告人Nは左側、被告人Hは右側を疾走した。赤信号を示していた当該交差点に両者の被告人が進出した際、被告人Nは、数メートル優先し、時速139 kmから149 kmに達していた一方で、被告人Hは、時速160 kmから170 kmの速度に達していた。
- [7] 「遅くとも、その時」、ニュルンベルガー通りを走行する自動車運転者において、青信号の際、交差点への進入が正当化されること、そして、場合によっては、衝突を介して同乗者が負傷するだけでなく、死に至る蓋然性が高いことも両者の被告人は認識していたとされる。被告人Nの自動車に同乗していた訴訟参加人Kのことも含め、他者への身体的損害に関して、両被告人の態度は粗暴であるとされた。すなわち、その者達は、交差点内において1台以上の自動車と衝突するかどうかを偶然に委ねていた。被告人は、他の道路利用者のみならず、交差点付近に居合わせた者へも、車両の破片を飛散させることにより、損害を負わせ、死亡結果が生じることも認容していたとされている。
- [8] この交差点において、被告人Hは、「全く制動反応できない」状況で、被告人の進行方向から見て右側のニュルンベルク通り方面から、交差点の信号機が青信号を示しているところに従って進入してきた被害者Wの自動車に衝突した。被告人Hにより運転されていた自動車は、左折したこ

- とで、並走していた共同被告人の自動車に衝突し、その後、時速140 kmの速度で隆起した街路花壇に激突した。被告人Nにより運転されていた自動車も、同様に、隆起した街路花壇に正面から衝突した。
- [9] 衝突の勢いにより、被害者Wの車両は、空中で横転し、その結果、被害者Wは、重傷を負い、事故現場で死亡した。被告人Nの自動車における同乗者も重傷を負った。車両部品は、ある歩行者の頭部から僅か数cmのところを飛散していた。被告人は、軽傷を負った。
- [10] 2. 原審地方裁判所によれば、被告人達は、各々が共犯(刑法第25条第2項)として、次のように可罰的であると考えられている。すなわち、当該裁判所は、被害者Wに関して、公共における危険な手段を用いた謀殺罪(刑法第211条第2項)の成立、被告人Nが運転していた自動車の同乗者に関して、危険な道具ないしは生命を危殆化する取扱いを手段とした危険な傷害(刑法第224条第1項第2号及び第5号)の成立、更に、道路交通上の優先通行権を尊重することなく、過剰な高速度で交差点を運転したことに関しては、故意犯としての道路交通の危殆化(刑法315条c第1項第2号の細分a及び細分d)の成立を認めた。

II.

- [11] 事実誤認を主張する被告人の上訴は、既に認められたことから、それにより、手続上の瑕疵に関して主張された点に決定を下す必要性は失われた。原審地方裁判所の判決は、多くの点において、広範に実体的な欠点を有している。
- [12] 1. 原審地方裁判所の認定は、故意による殺人罪の有罪言渡しを支持しきれていない。
- [13] 刑法第16条第1項によれば、故意的な所為による有罪言渡しの前提条件は、行為者が所為の惹起に際して法的構成要件に属する状況を認識していたことである。従って、結果を惹起しうる行為時点で故意が存在していなければならない(BGH, Urteil vom 23. Oktober 1985 - 3 StR 300/85,

StV 1986, 59; Beschluss vom 7. September 2017 – 2 StR 18/17, NStZ 2018, 27; Fischer, StGB, 65. Aufl., § 15 Rn. 3; MüKo-StGB/Schneider, 3. Aufl., § 212 Rn. 5参照)。行為者が事後的に故意を有したとしても (dolus subsequens: 後発的故意ないし事後の故意), 故意的な所為として有罪が言い渡されることはない (BGH, Urteile vom 30. April 1997 – 2 StR 550/96, BGHR StGB § 15 Vorsatz 5; vom 23. Oktober 1985 – 3 StR 300/85, aaO; Beschlüsse vom 7. September 2017 – 2 StR 18/17, aaO; vom 14. Juni 1983 – 4 StR 298/83, NStZ 1983, 452; Fischer, aaO, § 15 Rn. 3参照)。所為の惹起に際して故意が存在していなければならない必要性から, そのような所為が決意された時点以降で, 構成要件の結果, すなわち, 殺人罪における死亡結果を惹起するために, ある行為をした者, 又は惹起しうる手段を採用した者において, 故意犯による可罰性が生じるものと考えられている。そのことが被告人の所為に認められるかに関して, 上訴された判決内容から推論できない。それに対して, 次のように評価する。

- [14] 原審地方裁判所は, 判決文複製25頁における「遅くとも, その時」という文言から明らかなように, タウエンツィーン通りとニュルンベルガー通りの交差点にある信号機が赤を示しているにもかかわらず, そこに被告人が進入した時点で, 殺人罪における未必の故意を認めている。判決文において, その他の箇所でも, この認定は修正されることなく, むしろ度々, 確認されていることから (例えば, 判決文複製60頁等), 原審地方裁判所は, 被告人が交差点に進入する以前の段階で, 被告人自身の運転により他の道路利用者の死亡結果が生じうることを可能な限り認識し, 是認しながら甘受していたという点に確信が得られていないことを同時に示している。しかし, 被告人達が交差点に進入した際に, 初めて殺人の故意が生じたのであるならば, その後の時点で, 更に致命的な事故の原因となりうる行為が採られた場合, 又は, そのような事故を回避しうる措置が採られなかった場合にのみ, その判決において, 前述された原則に従い, 故意の殺人罪が構成されうることになる。

- [15] 被告人が殺人罪の故意を有しながら事故原因を惹起したとする原審地方裁判所の認定は妥当ではない。被告人が交差点に進入した際、衝突を避ける可能性が既に失われていたことに関しては、事実関係の説明のみならず、むしろ、判決文中、他の部分で説明されている。例えば、その判決は、被告人Hに関して、その時点で「制動反応することは」「全く不可能であった」と述べている(判決文複製26頁)。同様に、判決文中、他の部分において、「被告人は、特に加速という自身の行動により制動反応の可能性が奪われており(判決文複製58頁),」「交差点に進入した際」には、「回避的行動を採る可能性は、客観的に、もはや不可能(判決文複製60頁)」とされている。決定的な事故原因として、特に、衝突しうる速度に到達していたということのみならず、赤信号であるにもかかわらず、交差点に進入したことも同様に、被告人において殺人の故意が認定されるよりも前の段階で、既に不可逆的なかたちで進行していた。時系列上、被告人による事故原因行為が殺人の故意と同時に生じたのか、後に生じたのかは、判決から推論することができない。もはや致命的な衝突が回避できない以上、その後に殺意が生じていたとしても、そこに殺人罪の故意認定に関する法的意義を見出すことはできない。
- [16] 2. 更に、殺人罪における未必の故意を採用した原審地方裁判所による証拠評価に関しては、法律審として限定化された上訴の審理対象(BGH, Urteile vom 12. Januar 2017 - 1 StR 360/16, juris Rn. 10; vom 18. September 2008 - 5 StR 224/08, NStZ 2009, 401, 403; vom 20. Juni 2013 - 4 StR 159/13, juris Rn. 19参照)には含まれない。
- [17] a) 法的観点において、確立した判例によれば、殺人罪における未必の故意は、行為者が自身の行為とは潜在的に無関係とはいえない結果として、その死を認識していたこと(認識的要素)に加え、結果の発生に粗野な態度を有しているか、又は、それ自体を望ましくないと考えていたとしても、その結果を是認し、又は少なくとも所期の目的を達成するために、死の発生を受け入れていること(意思的要素)が求められている(BGH, Urteile vom 27. Juli 2017 - 3 StR 172/17, NStZ 2018, 37, 38; vom

8. Dezember 2016 – 1 StR 351/16, NStZ 2017, 277, 279; vom 7. Juli 2016 – 4 StR 558/15, BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 67; vom 14. August 2014 – 4 StR 163/14, NJW 2014, 3382, 3383; vom 22. März 2012 – 4 StR 558/11, BGHSt 57, 183, 186参照)。それに対して、構成要件実現化の可能性を行為者が了解しておらず、真摯に、そして、曖昧でもないかたちで、構成要件の結果が生じないものと想定していた場合、認識ある過失が認められる (BGH, Urteile vom 14. Januar 2016 – 4 StR 72/15, NStZ 2016, 211, 215; vom 30. April 2014 – 2 StR 383/13, StV 2015, 300, 301; vom 22. März 2012 – 4 StR 558/11, BGHSt 57, 183, 186; vom 16. Oktober 2008 – 4 StR 369/08, BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 63参照)。

- [18] b) このような法的基準に従って、行為者が未必の故意を有していたかどうかは、両者の要素が証拠評価の枠組み内で包括的に裏付けられ、事実認定を介して確定されなければならない (BGH, Urteile vom 7. Juli 2016 – 4 StR 558/15, aaO; vom 19. April 2016 – 5 StR 498/15, aaO; vom 16. September 2015 – 2 StR 483/14, NStZ 2016, 25, 26参照)。
- [19] 故意か、(認識ある) 過失かの審理において、特に殺人罪又は傷害罪の場合、所為を巡る全ての客観的及び主観的状況の全体像が求められ、そこで、とりわけ意思的要素を評価する際、事実審の裁判官は、行為者の人的特性を分析しながら、その所為の惹起における精神状態、その動機、所為の惹起に関して重要な要因、特に具体的な攻撃手法を考慮に入れることが求められる (BGH, Urteile vom 14. Januar 2016 – 4 StR 84/15, NStZ-RR 2016, 79, 80; vom 18. Oktober 2007 – 3 StR 226/07, NStZ 2008, 93 f.; vom 22. März 2012 – 4 StR 558/11, aaO, 186 f.)。その際、所為の客観的危険性は、未必の故意に関する認識的要素のみならず、意思的要素の両者において、不可欠な指標となる (BGH, Urteile vom 14. Januar 2016 – 4 StR 84/15, aaO, 80; vom 16. Mai 2013 – 3 StR 45/13, NStZ-RR 2013, 242, 243; Beschluss vom 26. April 2016 – 2 StR 484/14, NStZ 2017, 22, 23参照)。しかし、被告人が未必の故意を有していたかどうかを判断するた

めの決定的基準は、行為の危険性と結果発生の蓋然性のみに尽きるわけではなく、むしろ、非常に危険な行為であるかは、個々の事案の状況にも左右される(BGH, Urteil vom 15. Oktober 1986 – 2 StR 311/86, BGHR StGB § 15 Vorsatz, bedingter 1 – Willenselement; Beschluss vom 7. März 2006 – 4 StR 25/06, NStZ 2006, 446参照)。その際、事実審の裁判官は、個々の事案の検討において故意を疑問視する状況も、その比較衡量の中に含めなければならない(BGH, Urteil vom 26. November 2014 – 2 StR 54/14, NStZ 2015, 516, 517; Beschlüsse vom 10. Juli 2007 – 3 StR 233/07, NStZ-RR 2007, 307; vom 27. August 2013 – 2 StR 148/13, NStZ 2014, 35)。

- [20] c) 故意に関する本質的な論点を含むかたちで上訴された当該判決は、車両衝突事案で被告人に潜在化している自滅的危殆化に関して、それを法的に妥当なかたちで検討していないことから、原審刑事部の証拠評価は、上記の要件を充足していないものと考ええる。
- [21] aa) ここにおいて、被告人により自滅的危殆化が惹起された場合、ある意味、当然の結果として、次のような原則が想定される。すなわち、他者への危殆化は、自滅的危殆化に伴うかたちで生じたにすぎないという論拠だけでは、殺人罪における未必の故意を否定するには足りないという原則である(BGH, Urteile vom 20. Juni 2000 – 4 StR 162/00, NStZ 2000, 583, 584; vom 20. Dezember 1968 – 4 StR 489/68, VerkMitt 1969, Nr. 44参照)。しかし、道路交通上の危険な行動において、当初の段階から他者への傷害又は事故の発生を意図していない場合、そこで自滅的危殆化が認識されていた一方で、上手く事態が切り抜けられることも期待していたというように、行為者に有利なかたちで、その成り行きを理解することは可能である(アルコールを摂取した自動車運転手に関して BayObLG, NJW 1955, 1448, 1449; Roxin, AT I, 4. Aufl., § 12 Rn. 23 ff.; ders., FS Rudolphi, 2004, 243, 255; Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 219; Jäger, JA 2017, 786, 788; Walter, NJW 2017, 1350 f参照)。従って、事実審の裁判官は、行為者の視点から、その者の行動に起因して身体的

不可侵性に対する危険が生じたかどうか、そして、その危険の範囲は、どの程度であるかを当該状況において個別具体的に検討しなければならない。この点に関して、客観的な所為の状況、特に行為者が用いた交通手段及び具体的な脅威としての事故の経緯は、本質的な判断指標となりうる。例えば、行為者が自動車を運転しているのか、オートバイを運転しているのか、そして、歩行者又は自転車と衝突する脅威があるのか、それとも、他の自動車又はトラックと衝突する脅威があるのかに応じて、自滅的危殆化に関する心象形成は、様々な影響を受ける可能性がある。

- [22] bb) 事故経緯の評価において、被告人は、自動車内で安全であると感じていたと想定されたことにより、原審刑事部は、何らかの意味で偶発的な自滅的危殆化という観点を軽視している。
- [23] (1) しかし、原審地方裁判所は、法的な誤りを含んだ妥当ではない経験則に依拠していることから、この被告人の安心感に関しても、その想定が支持されるかたちで裏付けられたとはいえない (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1954 – 5 StR 416/54, BGHSt 7, 82, 83; Beschluss vom 8. September 1999 – 2 StR 369/99, BGHR StPO § 261 Erfahrungssatz 6; Meyer-Goßner/Schmitt, 60. Aufl., § 337 Rn. 31参照)。
- [24] 上訴された判決は、被告人と比べて、一般的な道路利用者が自身由来のリスクを負担することはないという前提に依拠している。この点に関連して、「本件で問題とされた種類のスポーツカー [Audi A6 TDI及びMercedes AMG CLA 45: 訳者注]」は、「特別な安全性を感じさせる車両」であるとされている。すなわち、そのような自動車の運転手は、「重厚さと力強い加速を兼ね備え、様々な安全技術を搭載した自動車により、戦車や城塞のように、強く優越したかたちで保護されている感覚を抱き」、「自分自身へのリスク」が眩惑化されるものと述べられている。しかし、特定の傾向を有する運転手が一定の車種における安全性を根本的に信頼していることから、自身の身体的不可侵性に対するリスクが眩惑化されるという経験則は認められない。更に、これに対応する被告人の心象形成も具体的に裏付けられていない。特に、市中の交差点内において他の

自動車と衝突したということに加え、判決理由によれば、少なくとも時速130kmから160kmというように、過料が課される速度で走行していたという客観的な危険性が認められる事故経緯に照らしても、上記のような安心感を被告人が抱いていたということは自明ではない。

- [25] (2) その上、被告人による危険性の評価に関して、上訴された判決は、矛盾した前提に依拠している。原審刑事部は、被告人が自身の車両を安全であると感じ、自身へのリスクを心配していないとしながらも、他方で、両被告人は、訴訟参加人Kに対する傷害、すなわち、危険な道具ないしは生命を危殆化する取扱いを手段とした危険な傷害(刑法第224条第1項第2号及び第5号)に関する故意を有していたか、ないしは、「致命的な傷害を負う可能性があること」を「甘受していた」と述べている(判決文複製72頁)。この訴訟参加人は、当該所為が惹起された際、被告人Nの同乗者であったことから、原審地方裁判所は、同じ車内にいた両者において、相反する危険性の評価をしたことになる。被告人における自身への危険性と訴訟参加人における危険性とが異なるかたちで評価されており、この不明確な前提は、原審刑事部により詳述されていない。
- [26] 3. その他、法的事後審査の検討において、被告人Nを謀殺罪の共犯とする前提に原審地方裁判所が依拠している点は容認できないことから、原審地方裁判所の判決内容は支持できない。原審地方裁判所により採用された共犯行為の態様は、殺人罪の故意の存否に関連して、そこで求められる共犯惹起の構成要件の検証が簡略化されていることから、不十分な認定である。
- [27] a) 刑法第25条第2項の意味における共犯は、共同実行の意思形成を要件としており、それを基礎として、全ての共犯が客観的な実行に寄与するものでなければならない(確立した判例としてBGH, Beschlüsse vom 13. September 2017 – 2 StR 161/17, NStZ-RR 2018, 40; vom 4. April 2017 – 3 StR 451/16, juris Rn. 7参照)。共同実行の計画は、明らかに全員一致したものである必要はなく、むしろ黙示の合意で足り、このことは、元々の計画からの延長上にある分業的な実施の場合においても妥当しうる

(BGH, Urteile vom 1. Dezember 2011 – 5 StR 360/11, NStZ-RR 2012, 77, 78; vom 15. Januar 1991 – 5 StR 492/90, BGHSt 37, 289, 292; vom 9. März 1994 – 3 StR 711/93, NStZ 1994, 394; Beschluss vom 18. Mai 1995 – 5 StR 139/95, BGHSt 41, 149, 151)。ただし、刑法第25条第2項によれば、共同実行の意思形成ないし計画の基準点は、常に犯罪行為に置かれる。従って、共犯として惹起された殺人罪において、その共同実行の意思形成は、分業的な共同活動を介して他者の殺害に向けられていることが要件として求められる。従って、行為者が単に他者が死に至る共同の企てを決心したというだけでは、共犯として惹起された殺人罪の前提を満たしていない。

- [28] b) 本件では、他の道路利用者を殺害することに関する未必の故意として理解される共同実行の意思形成が被告人において確認できない。原審刑事部は、被告人達がアデナウアー広場において出会った際、「自動車競走の実施を突発的に取り決めた(判決文複製47頁)」ことを単に認定し、裏付けているだけである。更に原審地方裁判所は、被告人Nが着実に加速しながら、自身の運転行動を介して、被告人Hと「共同して競走を行い、その決着を付ける(判決文複製49頁)」ことを暗に示していたと指摘する。しかし、これらの記載からは、道路交通上、非合法的な競走の取決めに加え、その共同実行が推認されるだけである。原審地方裁判所は、競走が取り決められた時点のみならず、それに引き続く競走の過程においても、少なくとも殺人罪に関して黙示という意味で拡張化された共同実行の意思形成を認定しておらず、裏付けもされていない。むしろ、それは「自動車を用いた競争、いわゆる優勝決定戦(Stechen)は、当然のことながら、共同の行為支配により生じた態様(判決文複製49頁)」という点を指摘しているにすぎない。これらの考慮事項と故意の殺人罪との間に必要不可欠な関連性は、共犯の検討という文脈において見出せない。被告人達が共同実行を介して他者を殺す意思決定を下したということは、判決文から全く推論することができない。

III.

- [29] 1. 原審地方裁判所により採用された交通心理学的鑑定に関して、次のような趣旨を上訴人に判示する。
- [30] 被告人が故意に行為をしたかどうかの認定は、事実に関する問題であり、事実審の裁判官が全て担当するところである (BGH, Urteile vom 3. Dezember 2015 – 4 StR 367/15, NStZ 2016, 668, 669 f.; vom 16. Mai 2013 – 3 StR 45/13, NStZ 2013, 581, 583; vom 13. Dezember 2005 – 1 StR 410/05, NJW 2006, 386 f.; LK-StGB/Vogel, 12. Aufl., § 15 Rn. 63参照)。ここでの検討は、常に個別具体的なかたちで実施されなければならない、一般化された考察、例えば、一定の集団に属すること又は特定の行動傾向をもってして、故意的な所為の惹起が容認されるか、又は否認されるというような法的原則又は経験則の様式を採用することはできない (BGH, Urteil vom 3. Dezember 2015 – 4 StR 367/15, aaO, 669 f.; Beschlüsse vom 7. März 2006 – 4 StR 25/06, NStZ 2006, 446; vom 14. Januar 2003 – 4 StR 526/02, NStZ 2003, 369, 370; LK-StGB/Vogel, aaO, § 15 Rn. 67参照。同様に、予後診断の枠組みにおける一般的な統計的記述の意義を低減化するものとしてBGH, Beschlüsse vom 17. Februar 2016 – 2 StR 545/15, StV 2016, 720, 722; vom 30. März 2010 – 3 StR 69/10, NStZ-RR 2010, 203, 204参照)。この点は、上訴された判決及び上訴審により「走り屋」ないしは「走り屋の乱痴気騒ぎに参加する者」として言及された集団においても妥当し、すなわち、個別具体的な事案において、このような集団を範疇化して分類すること自体から、(殺人罪の)故意の存否に関する問題を解決することはできない。
- [31] 2. 差し戻された事実審の裁判官において再度、故意の殺人罪という前提が採用されなければならない場合、謀殺罪が適用可能とされる指標として、次に関する説明を要する。
- [32] a) 公共に危険をもたらす手段を利用した謀殺罪の指標に関しては、主

観面の論理一貫した総合的評価が求められる。しかし、殺人罪の故意に関連して上訴された判決中で叙述される限り、被告人において、「アドレナリンによる高揚感」と競走の「スリル」により、車両が自壊しようという不安も「消えさせた」とされている説明は、同時に、自己の車両も含め、それに関与した車両による残骸の飛散をもってして他人の殺害を被告人が認容していたとする説明と両立困難である。

- [33] b) 必要であれば、謀殺罪の指標としての動機の陰湿性も説明されなければならない。ここでは、利己的に他人を食い物にしようとする意識が求められることから、その点の徹底的な検討が本件でも必要である (BGH, Urteile vom 15. November 2017 – 5 StR 338/17, NStZ 2018, 97, 98; vom 29. Januar 2015 – 4 StR 433/14, NStZ 2015, 392, 393; vom 11. November 1986 – 1 StR 367/86, BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 1; vom 30. Januar 1990 – 1 StR 688/89, BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 11; und vom 25. Oktober 1984 – 4 StR 615/84, NStZ 1985, 216参照)。
- [34] 3. 当裁判所は、原審刑事部の見解 (判決文複製65頁) とは異なり、競走において生じた過程の全てが公訴事実であると示唆する。
- [35] 4. 道路交通法上の秩序違反により被告人が制裁を課されたことに関して、差し戻された事実審の裁判官には、必要に応じて、個々の登録情報の抹消を可能とする時期の検討に加え、それに引き続く登録情報の利用不可処理も検討し直す機会が得られなければならない。この場合、判決における情報利用可能性の事実的要件は、上訴の審理が可能であるように認定されなければならない (BGH, Beschluss vom 19. August 1993 – 4 StR 627/92, NJW 1993, 3081, 3084; MüKo-StVR/Koehl, § 29 StVG Rn. 5参照)。
- [36] 5. 刑法第69条aにより運転許可が付与されない期間の量定は、自由刑執行期間との関係性も考慮されなければならない (BGH, Beschluss vom 8. Juli 1997 – 4 StR 271/97, NStZ-RR 1997, 331, 332参照)。