

# 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）

大庭沙織

はじめに

## I 心理的障壁論とは何か

### 1 心理的障壁論の援用

### 2 心理的障壁が阻むこと

（1）殺人行為に出ること

（2）殺人の故意をもつこと

（3）殺人の故意を認定すること

### 3 心理的障壁論の問題点

（1）ドイツ刑事訴訟法261条に関する問題

（2）心理的障壁論の援用上の問題 （以上、本号）

## II 故意の認定に要求される事実

## III BGH判例の近年の傾向

## IV 心理的障壁論と故意概念

おわりに

はじめに

殺人の故意を認定する際、行為の客観的危険性は重要な間接事実の一つである。しかし、ドイツ連邦通常裁判所（以下「BGH」という）が、下級審が行為の危険性から直ちに殺人の故意を認定した場合に、殺人を行う際に人間の心理に存在する、より高い「抑制をかける心理的障壁（Hemmschwelle）」（以下、「心理的障壁」という）の存在を顧みず不十分な認定を行ったとして下級審判決を非難する傾向が現在に至るまでの30年あまりにわたって続いてきた。確かに、行為の客観的危険性は殺人の故意を徴表するが、それは、

「一般的には故意があったはずである」ということを示すにすぎず、故意は認識や認容という当該行為者が実際に有した心理状態であるという理解からは、客観的危険性に過度に依拠して故意を認定することは望ましくないであろう。

ドイツの学説の中には、論者によって相違はあるものの、故意を徴表する客観的事実、すなわち、一般人であれば故意を有したと認められる客観的事実とその事実に対する認識をもって故意概念を説明する故意の規範化・客観化が主張されている<sup>1</sup>。そこでは、一般人であれば当然に構成要件該当事実を認識・認容したであろうと推定されるほど客観的に危険な行為が行われたにもかかわらず、行為者本人の不合理な判断によって認識や認容が否定されて故意が認められないという事態は避けるべきであるとされる。そのため、規範化説・客観化説では基本的に、構成要件該当事実について行為者が実際に有した認識や認容は重視せずに故意が判断される。そのような議論状況の中で、BGHの心理的障壁論は、故意は行為者の実際の心理状態であるとの理解を堅持し、認定論にそれを反映させようとした点に価値を見出すことができるように思われる。

そして、BGHの心理的障壁論は、わが国の故意論においても参考にする価値があると思われる。もっとも、わが国においては心理的障壁論に相当する理論もなく、規範化説的な主張もなされていないため、わざわざ心理的障壁論を参考にする必要性はないのではないかという疑問を持たれるかもしれない。しかし、故意の規範化や客観化はわが国にとって無関係な話ではない。主観的な心理的事実としての故意概念が形骸化し、そこに向かいうる土台はわが国においても見受けられるのである。というのも、故意を認定する際に行為の客観的な危険性が重視され、危険な行為を行為者が意識的に行っていれば基本的に故意が認められるという現状では<sup>2</sup>、規範化説・客観化

1 故意の規範化・客観化については、拙稿「認識面における故意の規範化」早稲田大学大学院法研論集141号（2012年）1頁、同「故意の意的要素の必要性」早稲田法学会誌65号1巻（2014年）155頁参照。

2 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹会、2009年）17頁参照。

説と同様に「一般人であれば結果発生を認識・認容しただろう」ということで直ちに故意が認められ、行為者の現実の心理状態に踏み込まずに故意が認められているおそれを否定できないからである。確かに、心理状態は目に見えないため、客観的事実から推論するしかないが、故意概念を行為者の実際の心理状態と解する立場にあっては、一般人の故意を推認させるにすぎない行為の客観的な危険性を特に重視して当該具体的な行為者の故意を認定することが適切であるかは疑問である。もっとも、これは認定論の話であって、概念論としての故意の規範化・客観化とは次元が異なるとの指摘がありえよう。けれども、概念論と認定論は無関係ではないはずであるし、もしも、概念のレベルで規範化・客観化をいったん否定しておきながら、認定のレベルで採り入れているのであれば、それは看過しえない問題である。もし、実際の心理状態としての主観的な故意概念を堅持するのであれば、それを具体的事例に反映するための認定方法を明らかにする必要があるし、そうではなくて、規範化説的発想を取り入れようというのであれば、認定論にとどまらず概念論においてもそれは自覚的に検討されるべきである。

故意の規範化・客観化がわが国の故意論にも無関係でないことは、裁判員裁判における殺意の説明方法の問題に関しても見出すことができる。司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（2009年）14頁（以下「司法研究」という）は、裁判員に対して、殺意を「人が死ぬ危険性の高い行為をそのような行為であると分かって行った」以上殺意が認められると説明することを提案した。これについて、「『危険性の高い行為と分かって』とは、その行為に人ないし被害者の生命侵害の危険性があるという『属性』の認識である」と理解されている<sup>3</sup>。確かに、自身の行う行為が人を死なせる危険を有しているという危険性の認識があれば、被害者の死について認識・認容があると推認されるだろう。しかし、危険性の認識と結果発生との認識とは区別され

3 半田靖史「裁判員裁判の判決書からみた『殺意』概念」法律時報83巻1号（2011年）90頁。

るべきであり<sup>4</sup>、故意を認めるためには、結果発生 の認識が必要なのである。そして、もしも司法研究の提案する方法が次のように適用される場合には、故意の規範化・客観化に傾くものと思われる。すなわち、行為の客観的危険性が高く、「腹部に刺さると分かっていた」「胸部から頸部にかけて攻撃していることは分かっていた」等、「行為の内容を自覚、認識」していると認められた場合に、「行為の危険性の認識についても、『危ないことくらい分かるでしょう』と肯定され」、そこから殺人の故意が推認される場合である<sup>5</sup>。故意を認めるためには、行為者が死の結果を認識していたことが必要であるという従来の理解からは、行為内容の認識はあくまでも死の結果の認識の前提にとどまるのであって、行為内容の認識があれば故意を認めるに足りるということにはならない。しかし、司法研究が提案する説明方法は、ともすると、その行為が危険であると一般的に推認させる事実さえ行為者が認識していれば、被害者の死という結果発生について行為者が実際に認識していたか否かを問うことなく、規範的・客観的に故意を肯定する道を開くものとも理解しうるのである。

そこで、本稿では、わが国と同様に故意を主観的なものとして理解するBGHが展開した心理的障壁論の検討を通して、「行為者の実際の心理状態として故意を理解すること」について再考するうえでの示唆を得たいと考える。心理的障壁論には見るべき価値がある一方で、問題点も多く、提唱者であるBGHも近年はその援用を控えめにするという変化が見られており、心理的障壁論の衰退も指摘されている。しかし、そうであるからこそ、心理的障壁論の登場から現在の変化に至るまでのBGH判例を俯瞰し、問題点も含めて心理的障壁論を理解し検討することで、より有益な示唆を得ることができるのではないだろうか。ただし、故意論においては特に、概念の問題と認定の問題との線引きが難しく<sup>6</sup>、認定論上の都合によるバイアスが紛れ込

4 この点につき半田・前掲注(3)93頁。

5 例示した推認の方法および引用部分は、半田・前掲注(3)90、92頁に拠る。

6 認定の問題と概念の問題とを区別し適切にすみ分けることは重要であるが、目に見えない主観を論じる故意論においては、両者を切り離してしまうのではなく、相互関

む可能性があることは事前に断っておきたい。

心理的障壁論については、ドイツでは刑法の基本書やコンメンタール、その他の論文等、数多くの文献で分析、検討されているのに対して、わが国では詳細な紹介はあまりなされてこなかった<sup>7</sup>。さらに、近年特に心理的障壁論をめぐる状況に変化が見られ、ドイツでもその変化について多くの文献上で論じられている現状を鑑みると、現時点で心理的障壁論について網羅的に紹介することは有意義であると思われる。そこで、本稿は、まず心理的障壁論の紹介を中心に行い、最後に故意概念について、心理的障壁論からどのような示唆が得られるか検討したいと思う。

## I 心理的障壁論とは何か

### 1 心理的障壁論の援用

まず、殺意を認定する際に重視される、行為の客観的危険性について触れておきたい。心理的障壁論のもとで慎重な認定を要求するBGHも、行為が極めて危険な場合には、被害者を死なせることを行為者は当然認識し是認したといえたと認めている<sup>8</sup>。BGHの故意の理解によれば、故意が認められ

---

連性を意識して議論を展開することが有益であろう。たとえば、結果発生認識は認容を根拠づける間接事実であるとも考えることもできる一方で、認容は実際に存在する事実ではなく、裁判官によって与えられる評価であるとも考えることもできるという観点から故意概念について議論を展開することが考えられる(認容に関する指摘について、Ingeborg Puppe, *Beweisen oder Bewerten, Zu den Methoden der Rechtsfindung des BGH, erläutert anhand der neuen Rechtsprechung zum Tötungsvorsatz*, ZIS 2014, S.68 参照)。これは、未だ解決を見ない認識説や認容説等従来の議論を整理し直すことにも資すると思われる。

7 心理的障壁論を中心的に扱った最近の文献として、菅沼真也子「未必の故意一殺人における『阻止閾の理論』について」比較法雑誌47巻2号(2013年)297頁(Hemmschwellentheorieを「阻止閾の理論」としている)、拙稿「ルト・リッシング・ファン・ザーン『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年)329頁。

8 たとえば、BGH Beschl. v. 7. 7. 1992 - 5 StR 300/92, BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 33は、「連邦通常裁判所の確立した判例にしたがえば、極めて危険な暴力行為においては、確かに、行為者は被害者が死に至る可能性を予想し、そして、それにもかかわらずその行為を続けるのであるから、その結果を是認してもいるということが明らかである」と述べている。

るためには、行為者が結果発生をありうるものであって突拍子もないことではないと認識したこと（いわゆる知的要素）、そして、その結果を是認し、あるいは、追求する目的のために少なくともしぶしぶ受け入れたこと（いわゆる意的要素）が要求される<sup>9</sup>。故意が否定されるのは、行為者が結果不発生を信じていた（vertrauen）<sup>10</sup>場合であるが、結果発生に至る危険性が高い場合、すなわち、「もはや幸運な偶然によってしか結果を阻止できないほど、予想された事象経過が今にも結果に到達しそうな場合」<sup>11</sup>には、通常、この信頼は否定される。

結果発生危険性が高く、故意があったことを根拠づける客観的に危険な行為とは<sup>12</sup>、たとえば、心臓、胸部、胴体部分に狙いを定めて力をこめてナイフで刺すこと<sup>13</sup>、重い鋳鉄製のろうそく立てやハンマー、野球用バット等の凶器を用いて力いっぱい頭部を殴打すること<sup>14</sup>、頭部をハンマーで23回殴打すること<sup>15</sup>、地面に倒れた被害者の頭部や顔面、腹部を固い靴で力のかざり、あるいは複数回踏みつけること<sup>16</sup>、強い力で、あるいは、長時間首を絞

9 BGH, Urt. v. 4. 11. 1988 - 1 StR 262/88, BGHSt 36, 1 (9).

10 BGHSt 36, 1 (10). 「結果不発生を信じていた」という言葉には、「結果が発生すると認識していなかった」という意味が含まれるように思われる。しかし、この信頼（Vertrauen）は、BGH判例やドイツの学説においては結果に対する是認を否定するものとされているため、意的要素との関連を意識して「結果不発生をあてにしていた」というニュアンスで理解する方が適切であるかもしれない。

11 BGH, Urt. v. 16. 9. 2004 - 1 StR 233/04, NSStZ 2005, 92.

12 以下に挙げる危険な行為の列挙につき、その一部はArndt Sinn in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8., neu bearbeitete Aufl., 2012, § 212 Rn. 33を参照した。

13 BGH, Urt. v. 24. 3. 1993 - 3 StR 485/92, BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 35; Urt. v. 16. 9. 1998 - 2 StR 341/98; Urt. v. 9. 8. 2005 - 5 StR 352/04, NSStZ 2006, 98; Beschl. v. 20. 9. 2005 - 3 StR 324/05, NSStZ 2006, 169; Urt. v. 18. 1. 2007 - 4 StR 489/06, NSStZ 2007, 331; Urt. v. 20. 9. 2011 - 1 StR 120/11, NSStZ-RR 2012, 72.

14 BGH, Urt. v. 30. 4. 1986 - 2 StR 755/85, StV 1988, 93; Urt. v. 11. 10. 2000 - 3 StR 321/00, BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 51; Urt. v. 13. 12. 2005 - 1 StR 410/05, NJW 2006, 386; Urt. v. 18. 10. 2006 - 2 StR 340/06, NSStZ 2007, 150. また、被害者の頭に向けて力をこめてピアグラスを投げた行為に殺意を推認させるほどの危険性を認めた判例として、BGH, Urt. v. 7. 8. 1986 - 4 StR 308/86, BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 3がある。

15 BGH, Beschl. v. 21. 10. 1986 - 4 StR 563/86, BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 6.

16 BGH, Beschl. v. 10. 12. 2002 - 4 StR 370/02, StV 2004, 74; Urt. v. 25. 5. 2007 - 1 StR

めること<sup>17</sup>、ガス爆発の危険がある状態で住居内にガスを拡散させること<sup>18</sup>などが挙げられる。

しかし、BGHは、行為の客観的な危険性から故意の存在を推論できることが、行為者がただ何となくではなく真剣に結果不発生を信じ、単に認識ある過失で行為したという可能性を直ちに排除するわけではないとする。危険性の高い行為をしていても当該行為者が実際に被害者の死を是認していたか否かは慎重に証明されなければならないのである<sup>19</sup>。ここで、心理的障壁論が援用される。殺人の前にはより高い心理的障壁があることに鑑みると、行為者が意識的に危険な行為を行った場合であっても、現実には被害者が死ぬ可能性を認識していなかった、あるいは被害者が死なないことを信じていた可能性を常に考慮すべきである、と<sup>20</sup>。これは次のように言い換えられよう。故意で犯罪を行うには、心理的障壁を乗り越えなければならないが<sup>21</sup>、殺人罪の場合にはその壁が高く容易に乗り越えられない。そうであるならば、たとえ危険な行為を行い、結果的に人を死なせていても、未だその壁を乗り越えていない可能性がある。したがって、故意がなかった可能性があるから、故意の認定は慎重にせよというのである。

このように、心理的障壁論は故意を否定する方向で援用される。そして、

---

126/07, NStZ 2007, 639; Urt. v. 1. 12. 2011 - 5 StR 360/11, NStZ 2012, 207.

17 BGH, Urt. v. 16. 12. 2003 - 5 StR 458/03, BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 57; Urt. v. 4. 8. 2004 - 5 StR 134/04, NStZ 2005, 90.

18 BGH Urt. v. 7. 7. 1999 - 2 StR 177/99, NStZ 1999, 507; Urt. v. 26. 7. 2007 - 3 StR 221/07, NStZ 2007, 700.

19 BGH, Beschl. v. 7. 6. 1983 - 1 StR 224/83, NJW 1983, 2268.

20 たとえばBGH, Urt. v. 18. 10. 2006 - 2 StR 340/06 NStZ 2007, 150。また、BGH, Beschl. v. 7. 7. 1992 - 5 StR 300/92, BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 33は、危険性の高い行為から故意が推論されることが「個別の事例で妥当するか否かは、殺人罪における高い心理的障壁を顧慮して、とりわけ綿密な、事実審裁判官による証明を必要とする」と述べている。もっとも、後述するように、心理的障壁論を援用せずに結果不発生を信じていた可能性を肯定する判例もあり、心理的障壁論を援用しなければ行為者が結果不発生を信じている場合を念頭に置いて慎重に故意を認定することを要求できないわけではない。

21 BGH, Beschl. v. 3. 12. 1997 - 3 StR 569/97, BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 50; Beschl. v. 13. 3. 2007 - 5 StR 320/06, NStZ 2007, 402.

故意を否定する場合には、認識を否定する場合とは是認を否定する場合とがあるが、心理的障壁論は是認に関して援用されることが多い<sup>22</sup>。そこでは、事実審裁判官が故意の存在に関わるあらゆる事情を考慮して故意を認定した場合にのみ、その認定に瑕疵はないとされる<sup>23</sup>。そして、BGHは心理的障壁論を援用し、故意の存在を疑わしいものとする客観的あるいは主観的の事情を事実審裁判官が考慮していないことを指摘して、その証拠評価が不十分であるとして事実審による故意の認定を覆したり、より入念な証明を要求したりしてきた。

22 「殺人結果の是認」に関して心理的障壁を顧慮することを特に明示している判例として、たとえば、BGH, Beschl. v. 27. 6. 1986 - 2 StR 312/86, BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 1やBGH, Beschl. v. 25. 11. 2010 - 3 StR 364/10, NStZ 2011, 338がある。また、心理的障壁の存在を理由に、行為者が結果発生をありうると予見していても結果不発生を真剣に信頼している可能性があることに触れた判例として、BGH, Beschl. v. 23. 6. 1983 - 4 StR 293/83, NStZ 1984, 19やBGH, Beschl. v. 31. 10. 1990 - 3 StR 332/90, StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 24。ただし、心理的障壁論は、是認の否定に関してのみ援用されるわけではない。たとえば、Joachim Vogel in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12., neu bearbeitete Aufl., 2007, § 15 Rn. 111は、心理的障壁論を認識に関するものと理解しているし、心理的障壁のもとで認識が否定される可能性に言及した判例もある（BGH, Beschl. v. 18. 6. 1982 - 4 StR 295/82, StV 1982, 509; Urt. v. 21. 10. 1982 - 4 StR 511/82; Urt. v. 28. 4. 1988 - 4 StR 72/88, BGHR StGB § 212 I, Vorsatz, bedingter 13; Beschl. v. 26. 10. 1990 - 2 StR 396/90, StV 1990, 510; Beschl. v. 18. 2. 1992 - 4 StR 11/92, NStZ 1992, 384; Beschl. v. 31. 7. 1992 - 4 StR 308/92, BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 30; Beschl. v. 28. 3. 1995 - 4 StR 96/95, StV 97, 8; Beschl. v. 28. 11. 1995 - 4 StR 642/95, StV 1997, 7; Beschl. v. 16. 7. 1996 - 4 StR 326/96, StV 1997, 7; Beschl. v. 10. 12. 2002 - 4 StR 370/02, StV 2004, 74; Beschl. v. 13. 3. 2007 - 4 StR 606/06, NStZ-RR 2007, 199; Urt. v. 28. 1. 2010 - 3 StR 533/09, NStZ-RR 2010, 144)。

23 BGH, Beschl. v. 27. 6. 1986 - 2 StR 312/86, BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 1. たとえば、BGH, Urt. v. 11. 1. 1984 - 2 StR 615/83, StV 1984, 187は、「地裁の刑事部は、もっぱら、被告人の外形的行為と彼が首を絞めることによって得ようとした（意識不明という）結果の客観的な生命に対する危険性から、被告人はそれに続く（死の）結果が発生する可能性を認識し、そしてそれを是認していたと推論した。そのような推論は確かに基本的には可能である。しかし、殺人に対して存在する高い心理的障壁を顧慮すると注意深い証明が必要である。というのも、客観的に危険な行動の場合でも、個々の事例においては、行為者がさらなる危険を認識せず、あるいは、それを認識していてもそのような結果は生じないと真剣に信じていることがありうるのである。それゆえ、未必の殺人の故意の推定に法的瑕疵がないといえるのは、事実審裁判官が、そのような結論（未必の殺人の故意があった、という結論：筆者注）に疑問を持たせるすべての事情を考慮に入れたときのみである」と述べている。心理的障壁論を援用する場合、このような文章によって援用されることが多い。

ここで、心理的障壁論が最初にどのように登場したかについて、BGH, 27. 11. 1975 - 4 StR 637/75とその後続く類似判例を素材に見ていきたい(以下、これらの事例をまとめて「警察バリケード事例」という)<sup>24</sup>。なお、当初は“Hemmschwelle”ではなく、“Hemmungsschranke”<sup>25</sup>の語が用いられていた。最初の判例の事案は、被告人が自動車で逃走するにあたり、警察車両と歩道の間に警察官が立っていることを認識しながら、そこを通り抜けようと警察官へ向けて自動車を走らせたというものである。警察官は警察車両の後ろに飛びのいて無事だったが、被告人に殺人の故意があったか否かが問題となった。陪審裁判所は、被告人は警察官に対し、わきに飛びのくことを期待していたが、それがうまくいかなかったときは、衝突し、やむを得ず致命傷を負わせることを是認していたと認定した。これに対してBGHは次のように述べて、殺人の故意についての詳細な説明を欠く陪審裁判所の判決は形式的で空虚であると評価し、陪審裁判所が認めた殺人の故意を否定した。すなわち、「確かに、行為者の客観的な態度が殺人の故意の推論を、詳細な根拠づけが余分であると見えるほど、ごく当然に導く事例は存在する。しかし、本件はそれに該当しない。経験上、自動車運転者が警察のバリケードを突破する事例においては、危険にさらされた警察官はたいていタイミングよく危険から逃れることができるとわかる。行為者たちはそのような反応を予想し、彼らの目的を達成するために警察官を危険にさらすことは十分是認しても、通常は、警察官の殺害は是認しないものである。というのは、殺人の故意の前には、危険にさらすことの故意の前にあるよりもはるかに高いHemmungsschrankeがあるからである。それゆえ、本件のような事例で

24 ただし、後出のBGH, Beschl. v. 18. 6. 1982 - 4 StR 295/82, StV 1982, 509を心理的障壁論の始まりとして紹介する文献が多い。たとえば、Torsten Verrel, (Noch kein) Ende der Hemmschwellentheorie?, NStZ 2004, S. 309; Ruth Rissing-van Saan, Der bedingte Tötungsvorsatz und die Hemmschwellentheorie des Bundesgerichtshofs, Festschrift für Klaus Geppert, 2011, S. 504; Arndt Sinn/ Torsten Bohnhorst, Bedingter Vorsatz bei Tötungsdelikten, StV 2012, S. 662 Anm. 11; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 63. Aufl., 2016, § 212 Rn. 13.

25 BGH, Beschl. v. 18. 6. 1982 - 4 StR 295/82, StV 1982, 509も同様。

は、未必の殺人の故意の認定は、ここでなされたよりも詳細な根拠づけを要する」と。本判決では、心理的障壁論を援用したうえで、当該事例の具体的状況に関する一般的経験則を顧慮するよう要求したのである。

その後、類似の事案であるBGH, Urt. v. 18. 6. 1982 - 4 StR 295/82, StV 1982, 509でもHemmungsschrankeを援用したうえで、警察官であれば危険を回避できるという経験則を根拠に、1975年判決と同様に殺人の故意を否定した<sup>26</sup>。

ただし、心理的障壁論を援用しなければこれらの判例と同じ結論を導くことができなかったというわけではない。1975年判決以前の、つまり、Hemmungsschranke登場前の判決<sup>27</sup>において、既に、警察官がわきへ飛びのいて危険を回避することを被告人は信頼しえたと述べている。さらに、BGH, Urt. v. 6. 5. 1980 - 4 StR 87/80もHemmungsschrankeを援用することなく、同様の判断を下している。のちに本稿で述べるように、心理的障壁論登場後も、心理的障壁論を援用しなくとも同様の判断を下す判例があること、そして、ここで指摘したようにHemmungsschranke登場当初からそうであったことに鑑みると、心理的障壁論が登場した理由や必要性に疑問を感じざるをえないであろう。

しかし、いずれにしても、BGHは、心理的障壁論登場当初から、行為の客観的危険性は殺人の故意の認定にとって必ずしも決定的であるわけではなく、殺人の故意は、当該具体的事例の客観的主観的事情のすべて（特に故意の存在を疑わしくする事情）を考慮して認定すべきだということを示してきたのである。

26 その後に続く同様の判例として、BGH, Urt. 21. 10. 1982 - 4 StR 511/82 (Stefan Mühlbauer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Tötungshemmschwelle, 1999, S. 83 - 91で事実審判決や上告理由等含め詳細に紹介されている) ; Urt. v. 12. 5. 1992 - 4 StR 181/92, NZV 1992, 370; Urt. v. 21. 11. 1995 - 4 StR 628/95, NStZ-RR 1996, 97。

27 BGH, Beschl. v. 10. 8. 1972 - 4 StR 303/72. これに対して、警察官は実際にわきへ飛びのくことができたが殺人の故意を否定しなかった判例もある (BGH, Urt. v. 2. 12. 1960 - 4 StR 453/60, BGHSt 15, 291)。

## 2 心理的障壁が阻むこと

ここまで述べてきたように、心理的障壁は行為者の内心に存在するものとされ、故意に殺人を行うためにはそれを乗り越えることが必要である。それでは、心理的障壁は具体的に何を阻むと考えられているのだろうか。心理的障壁論を援用する判例のほとんどが、„Hemmschwelle vor Tötung“とするか、„Hemmschwelle vor Tötungsvorsatz“としている<sup>28</sup>。すなわち、殺人行為の前に立ちはだかる障壁か、あるいは、殺人の故意の前に立ちはだかる障壁と観念されているが、いずれかに定まっているわけではない。

### (1) 殺人行為に出ること

心理的障壁は殺人行為に出ることを阻む障壁であるという理解は同意を得られやすいと思われる<sup>29</sup>。人を殺害するには、何か他のことをする場合よりも大きな葛藤を乗り越え、思い切って決心する必要があるという発想は容易

28 „vor“ではなく„gegenüber“が用いられることもある。その他の表現として、「殺人罪における (bei Tötungsdelikten)」とするもの (BGH, Beschl. v. 7. 7. 1992 - 5 StR 300/92, BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 33; Beschl. v. 28. 3. 1995 - 4 StR 96/95, StV 97, 8; Urt. v. 16. 1. 2003 - 4 StR 422/02, NSTz 2003, 431) や、「殺人罪に対する (gegenüber Tötungsdelikten)」とするもの (BGH, Beschl. v. 25. 8. 1992 - 4 StR 365/92, BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 31; Beschl. v. 23. 4. 2003 - 2 StR 52/03, NSTz 2003, 603) がある。

29 殺人行為に出ることを阻む障壁とする判例にはたとえば以下のものがある。BGH, Urt. v. 28. 4. 1988 - 4 StR 72/88, BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 13; Beschl. v. 26. 10. 1990 - 2 StR 396/90, StV 1991, 510; Urt. v. 22. 11. 1990 - 4 StR 431/90, NSTz 1991, 126; Beschl. v. 18. 2. 1992 - 4 StR 11/92, NSTz 1992, 384; Beschl. v. 31. 7. 1992 - 4 StR 308/92, BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 30; Urt. v. 21. 1. 1993 - 4 StR 624/92, NZV 1993, 237; Beschl. v. 28. 6. 1994 - 4 StR 267/94, BGHR StGB 212 I Vorsatz, bedingter 40; Urt. v. 19. 7. 1994 - 4 StR 348/94, NSTz 1994, 585; Beschl. v. 28. 11. 1995 - 4 StR 642/95, StV 1997, 7; Beschl. v. 16. 7. 1996 - 4 StR 326/96, StV 1997, 7; Beschl. v. 3. 12. 1997 - 3 StR 569/97, BGHR StGB 212 I Vorsatz, bedingter 50; Beschl. v. 29. 6. 1999 - 4 StR 271/99, NZV 2000, 88; Urt. v. 22. 2. 2000 - 5 StR 573/99, NSTz-RR 2000, 165; Beschl. v. 6. 3. 2002 - 4 StR 30/02, BGHR StGB 212 I Vorsatz, bedingter 54; Beschl. v. 10. 12. 2002 - 4 StR 370/02, StV 2004, 74; Beschl. v. 13. 3. 2007 - 4 StR 606/06, NSTz-RR 2007, 199; Beschl. v. 22. 4. 2009 - 5 StR 88/09, NSTz 2009, 503; Urt. v. 28. 1. 2010 - 3 StR 533/09, NSTz-RR 2010, 144; Beschl. v. 25. 11. 2010 - 3 StR 364/10, NSTz 2011, 338.

に理解できるところであろう。文献上も、人には生物学的あるいは心理学的に他者を殺す行為をやめようとする心理的機能があると説明されている<sup>30</sup>。

殺人行為に出ることを阻む心理的障壁の生物学的根拠として、殺害はタブーであり、特定の種に関わらず動物は一般に、殺害することに対して本能的に抑制を働かせることが挙げられる<sup>31</sup>。そして、心理学的根拠としては、社会的な学習を通して得た、規範への態度、刑罰へのおそれや被害者への同情から後天的に抑制を働かせるようになることが挙げられている<sup>32</sup>。生物学的根拠と心理学的根拠とは分断されたものではなく、生物学的根拠である殺害に対するタブーを出発点とし、そこに社会的学習を通して得られた文化規範や法規範が影響を及ぼして心理学的根拠が獲得されていく中で心理的障壁が形成されると考えられている<sup>33</sup>。

しかし、殺人行為に出ている以上、行為開始をもって殺人行為に出ることを阻む心理的障壁は乗り越えられたといえ、既に乗り越えられている以上、BGHが殺人の故意を判断する際にその乗り越えを問題にすることは論理的に矛盾していると指摘される<sup>34</sup>。けれども、BGHによる殺人行為に出ること

30 Wolfgang de Boor, *Antrieb und Hemmung bei Tötungsdelikten*, in: *Antrieb und Hemmung bei Tötungsdelikten*, 1982, S. 8.

31 Boor, a.a.O. (Anm. 30), S. 9, 15; Vogel, a. a. O. (Anm. 22), § 15 Rn. 111. このように心理的障壁が本能として人の内心に存在するものであるならば、心理的障壁は原始的な犯罪行為に対してのみ存在することになる。したがって、たとえば、所有権概念は歴史上つくられたものであるから、窃盗を抑制する心理的障壁は考えられないとされる (Mühlbauer, a. a. O. (Anm. 26), S. 35)。これに対してBoor, a. a. O. (Anm. 30), S. 9は、財産犯に対する抑制機能は「比較的弱い」と述べ、財産犯に対する心理的障壁の存在を否定はしていない。もっとも、抑制機能が弱い根拠として、やはり所有権概念の新しさを挙げている。Boorのように、財産犯においても心理的障壁は存在すると考えたとしても、抑制機能が弱いことを理由に故意の認定において心理的障壁を考慮しないと説明することは可能であり、BGHが殺人の場合にのみ心理的障壁論を援用していることと矛盾しないであろう。ただし、財物の価値の多寡によって心理的な抑制に差が生じるのか、そうであるとすれば、客体の価値が高く心理的障壁も高いと考えられる場合には心理的障壁を考慮すべきなのかという疑問はある。

32 Vgl. Boor, a. a. O. (Anm. 30), S. 8, 9f; Mühlbauer, a. a. O. (Anm. 26), S. 35f. 刑罰のおそれや同情などの感情の、理性および当為との関連について、Manfred Danner, *Gibt es einen freien Willen?*, 4., erweiterte Aufl., 1977, S. 95f.

33 Vgl. Boor, a. a. O. (Anm. 30), S. 8f.

34 Mühlbauer, a. a. O. (Anm. 26), S. 38; Ingeborg Puppe, *Die Logik der*

を阻む心理的障壁の援用状況に鑑みると、この指摘は当たらないと思われる。BGHは心理的障壁論を援用する際、当然、行為は過失によって行われたという結論に至る場合も想定している。たとえば、BGH, Beschl. v. 19. 7. 1994 - 4 StR 348/94, NStZ 1994, 585は、「殺人行為に対する高い心理的障壁に鑑みると、行為者は殺人の危険を認識していなかった、あるいは、いずれにせよ、そのような結果は生じないと信じていたという可能性も常に考慮されるべきである」と述べている。殺人の危険を認識していない、あるいは、結果不発生を信じている場合には、殺人行為に出ることに対する葛藤を感じるに至っていない、すなわち、心理的障壁に直面していないといえる<sup>35</sup>。そもそも障壁に直面していないのだからそれを乗り越えてはならず、むしろ、心理的障壁に直面しなかったために、心理的に行為実行を妨げるものがなかったからこそ危険な行為を行ったということが考えられる。このように心理的障壁に直面していなかった可能性も考慮されて心理的障壁論は援用されていると考えられるから、殺人行為に出ることを阻む心理的障壁が乗り越えられていなくても危険な行為が行われうるとことは、心理的障壁論を援用するうえで前提とされているはずである。したがって、殺人行為に出ることを阻む心理的障壁を観念することに問題はないであろう。

## (2) 殺人の故意をもつこと

BGHは故意の意的要素として是認を要求する。そこで、殺人行為に出ることを阻む障壁ではなく、殺人の故意をもつこと、とりわけ、殺人の結果を

---

Hemmschwellentheorie des BGH, NStZ 1992, S. 576; Thomas Trück, Die Problematik der Rechtsprechung des BGH zum bedingten Tötungsvorsatz, NStZ 2005, S. 235.

35 Vgl. Gerhard Altwater, Rechtsprechung des BGH zu den Tötungsdelikten, NStZ 2003, S. 21f; Fischer, a. a. O. (Anm. 24), § 212 Rn. 15a. 少なくとも殺人結果発生についての認識がなければ心理的障壁に直面することができないと思われるが、結果発生を認識してもなお結果不発生を信じているという、BGHによれば是認がないとされる場合も、なお心理的障壁に直面していないと考えられよう(より精確に言えば、結果発生を認識した時点で直面はしたが、その後結果不発生を信じたことによって壁を取り払ったために、行為に出るときに結局は直面していなかったということになるか)。

是認することを阻む障壁として心理的障壁論が援用されることも多い<sup>36</sup>。表現としては、「殺人の故意の前の心理的障壁」とされることが多いが、実質的には被害者の死という結果を是認することを阻む障壁として用いられている。

しかし、従来から、是認することを阻む心理的障壁に、殺人行為に出ることを阻む心理的障壁とは異なる独自の意味を見出すことは困難であると指摘されてきた<sup>37</sup>。その指摘によれば、殺人行為に出ることを阻む心理的障壁が生物学的、心理学的に根拠づけられうるのに対して、行為と切り離された是認それ自体を阻む心理的障壁はそのいずれによっても根拠づけが困難であるという。まず、同種を殺害することへの本能的な抑制といった生物学上の種の保存目的のもとで、是認それ自体を阻む心理的障壁がどのように根拠づけられるかは論証されておらず、生物学的根拠は明らかでないと言われる。また、心理学的に心理的障壁を根拠づける被害者への同情や刑罰への恐れは、実際に行為を実行するときに初めて意味を持つため、やはり、行為と切り離された是認それ自体に対しては意味を持たないという。それは、被害者への同情は被害者が実際に攻撃を受けるときに生じるのであり、刑罰に対する恐れについても、行為を実行するときまで刑罰を恐れる必要がないからである<sup>38</sup>。

36 心理的障壁を殺人結果を是認することを阻む障壁とする判例として、たとえば以下のものがある。BGH, Urt. v. 21. 10. 1982 - 4 StR 511/82; Urt. v. 7. 6. 1983 - 4 StR 51/83, NStZ 1983, 407; Beschl. v. 23. 6. 1983 - 4 StR 293/83, NStZ 1984, 19; Urt. v. 21. 11. 1985 - 4 StR 465/85, StV 1986, 197; Urt. v. 25. 11. 1987 - 3 StR 449/87, NStZ 1988, 175; Urt. v. 8. 3. 1988 - 1 StR 18/88, NStZ 1988, 361; Beschl. v. 11. 5. 1988 - 3 StR 171/88, BGHR StGB 212 I, Vorsatz, bedingter 12; Beschl. v. 31. 10. 1990 - 3 StR 332/90, BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 24; Urt. v. 22. 11. 1990 - 4 StR 431/90, NStZ 1991, 126; Beschl. v. 4. 12. 1991 - 3 StR 470/91, BGHR StGB 212 I Vorsatz, bedingter 27; Urt. v. 19. 11. 1992 - 4 StR 490/92, StV 1993, 307.

37 殺人行為に対する心理的障壁と異なる点があるか明確でないことは、Rissing-van Saan, a. a. O. (Anm. 24), S. 507; Mühlbauer, a. a. O. (Anm. 26), S. 48; Ulfrid Neumann, in: Nomos Kommentar, zum Strafgesetzbuch, 4 Aufl., 2013, § 212 Rn. 18によって既に指摘されている。

38 以上、生物学的、心理学的根拠づけが困難であるという指摘はMühlbauer, a. a. O. (Anm. 26), S. 47による。

また、是認することを阻む心理的障壁を觀念するとしても、BGHのいう是認は「法的意味の是認」であって、そこには、行為者が結果発生を好ましく思わず、「しぶしぶ甘受する」とか、無関心ゆえに結果に対して肯定も否定もしていないような消極的な心理的態度も含まれるため<sup>39</sup>、是認がある場合とない場合とで、「障壁を乗り越えた」といえるほど有意な差があるか疑問である。もし、是認の意味を「結果発生を意欲する」「結果発生を好ましく思う」等の犯罪結果に対する積極的な心理的態度に限定すれば、危険な行為に出ただけでなく、被害者の死という結果を好ましく思うという、より悪質な心理的態度を有したという点で、行為に出ることとはさらに別の障壁を乗り越えたと考えることができよう。この場合、是認することを阻む心理的障壁は行為に出ることを阻む心理的障壁とは異なる独自の意味を持つことになる。しかし、BGHは「法的意味の是認」があれば意的要素があったと認めており、しかも、このような「法的意味の是認」は結果発生を認識しつつ行為していれば基本的に認められていることを考慮すると、是認することを阻む心理的障壁に独自の意義が認められるかは疑問である。結果発生を認識しつつ行為した、すなわち、結果発生を認識して直面した心理的障壁を乗り越えて行為したということは、行為に出ることを阻む心理的障壁を乗り越えたということだからである。

### (3) 殺人の故意を認定すること

ここまでは、行為者が乗り越えるべき障壁として心理的障壁が阻む対象を検討してきたが、心理的障壁は殺人の故意を認めるにあたって裁判官が乗り越える障壁として機能しているともいわれる<sup>40</sup>。確かに、行為の客観的な危険性から直ちに殺人の故意を認めることを慎み、慎重に判断する機会が与えられるという効果が心理的障壁論にあることは否定できない。しかしな

39 BGH, Urt. v. 22. 4. 1955 - 5 StR 35/55, BGHSt 7, 363.

40 Sinn, a. a. O (Anm. 12), § 212 Rn. 35; Ellen Schlüchter, Strafrecht Allgemeiner Teil in aller Kürze, 2. vollständig überarbeitete Aufl., 1998, S. 22.

がら、判例では、心理的障壁は行為者が乗り越えるものとして観念されており、裁判官の判断に対して抑制をかける機能はあくまでも付随的である。したがって、これが心理的障壁の本質として理解されるべきではない。

### 3 心理的障壁論の問題点

#### (1) ドイツ刑事訴訟法261条に関する問題

上述のように、BGHは心理的障壁論を援用して、故意の認定についての事実審による説明の不十分さを指摘し<sup>41</sup>、慎重な証拠評価を要求してきた<sup>42</sup>。

ところで、上告審であるBGHが心理的障壁論を援用して事実審の判断を覆すことについては、ドイツ刑事訴訟法261条<sup>43</sup>の自由心証主義に反するのではないかという疑問が生じる<sup>44</sup>。というのは、故意の認定はもっぱら事実審の責務であって<sup>45</sup>、事実審の判断は自由心証主義に基づいて尊重されなければならないからである。事実審裁判官は、いかなる前提のもとでいかなる心証を形成しなければならないかということについてBGHから指図を受けないことが判例上も認められている<sup>46</sup>。上告審であるBGHは、事実認定に積極的に介入することはできず、事実審に法的瑕疵がある場合にドイツ刑事訴訟法337条1項<sup>47</sup>にしたがって審査することしかできない。そして、事実審

41 説明が不十分であると指摘されるものには、殺人の故意を事実審が否定した場合も含む (Thomas Trück, Tötungsvorsatz ohne Hemmschwelle, JZ 2013, S. 181; BGH, Urt. v. 24. 3. 1993 - 3 StR 485/92, BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 35; Urt. v. 17. 7. 2007 - 5 StR 92/07, NStZ-RR 2007, 304 (306))。

42 事実審裁判官が差戻審で殺人の故意について判断するにあたってどのような事実を考慮すべきかを指示した判例もある。たとえば、BGH, Urt. v. 12. 11. 2002 - 3 StR 244/02, NStZ 2003, 431。

43 ドイツ刑事訴訟法典第261条 (自由心証主義)「裁判所は、審理の全体から形成された自由な確信に基づいて、証拠調べの結果を判断する。」後述のものを含め、本稿におけるドイツ刑事訴訟法典の訳文は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典』(法曹会、2001年)に拠った。

44 Mühlbauer, a. a. O. (Anm. 26), S. 15.

45 BGH, Urt. v. 3. 2. 1983 - 1 StR 823/82, NStZ 1983, 277.

46 BGH, Beschl. v. 7. 6. 1979 - 4 StR 441/78, BGHSt 29, 18. Vgl. Urt. v. 3. 2. 1983 - 1 StR 823/82, NStZ 1983, 277 (278).

47 ドイツ刑事訴訟法典第337条 (上告理由)「①上告は、判決が法令の違反に基づいていることを理由とするときに限り、これを行うことができる。」

に法的瑕疵がある場合とは、「矛盾や不明確性、不備がある場合、論理則や確立された経験則に反している場合、あるいは、有罪判決を下すのに必要な確証に過度な要求をしている場合」である<sup>48</sup>。

自由心証主義といっても、事実審が全く自由に判断することを許すものではなく、事実審も論理則や経験則に従わなければならない。心理的障壁が人間の心理に存在することを経験則であると考えれば、心理的障壁を顧慮せずになされた判断は経験則違反であるから、上告審が介入し審査することができると説明される<sup>49</sup>。このように考えれば、心理的障壁論においてドイツ刑事訴訟法261条違反はないといえる。しかし、心理的障壁の存在が本当に経験則といえるかということ、および、心理的障壁論を援用したBGHの介入の程度について疑問が残る。実際に判例を見ると、BGHが故意に関する事実審の証拠評価についてかなり踏み込んで指示を出しており、学説からも、上告審に許された介入の程度を超えて、事実審の討議にかえてBGH独自の考えを述べていると指摘されている<sup>50</sup>。

## (2) 心理的障壁論の援用上の問題

ドイツ刑事訴訟法261条違反の問題はないといえても、なお、心理的障壁論の援用が恣意的ではないかという疑いが残る<sup>51</sup>。上述のように、BGHは、客観的危険性から直ちに故意を認定することは心理的障壁論のもとで否定するのであるが、客観的危険性から殺人の故意を認定した事実審判決を心理的障壁論を援用して破棄した場合と、破棄せずに支持した場合とでは、具体的

48 BGH, Urt. v. 3. 2. 1983 - 1 StR 823/82, NStZ 1983, 277. また、BGH, Beschl. v. 27. 11. 2002 - 2 StR 427/02, StV 2003, 213 (214)はLGの判断に瑕疵がある場合を次のように説明する。すなわち、「事実審裁判官が当然に思い至るその他の可能性を考慮しなかったのではないかという懸念を判決理由が根拠づける場合、あるいは、そのようには存在していない経験則に推論が依拠させられているために証拠評価の結果が単なる推測であるとわかる場合」である、と。

49 Vgl. Mühlbauer, a. a. O. (Anm. 26), S. 16ff.

50 Trück, a. a. O. (Anm. 34), S. 236.

51 Vgl. Verrel, a. a. O (Anm. 24), S. 310; Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd.1, 4., vollständig neu bearbeitete Aufl., 2006, § 12 Rn. 81.

な行為の危険性について差は見られないと指摘されている<sup>52</sup>。すなわち、客観的危険性の高さから故意を直ちに推論することを認めることがある一方で、そのような事案と同様に客観的な行為の危険性から殺人の故意があったと推論することに合理的な疑いが生じない場合であっても、BGHが心理的障壁論を援用して客観的危険性から直ちに殺人の故意を推論することを否定する場合が多々見られるのである<sup>53</sup>。故意があったことを当然に推論させるほどの高い客観的危険性であっても、心理的障壁論のもとで客観的危険性からの推論が否定されるとなると、客観的危険性に認められる証拠上の価値が明確ではないと感じられよう。そこで、BGHが故意を否定したいと考えたときのみ心理的障壁論を援用して、論理矛盾がないように見せたいとてBGHが望む結論を導いているのではないかと疑われるのである。これは、特にHIV感染事例（BGH, Urt. v. 4. 11. 1988 – 1 StR 262/88, BGHSt 36, 1）に関して指摘される。すなわち、殺人罪の刑では重すぎるが危険な性行為を処罰したいという刑事政策的な目的のために、心理的障壁論を援用して殺人の故意を否定し、身体傷害の故意を認めるにとどめた<sup>54</sup>と見られている<sup>55</sup>。曖昧な心理的障壁論を、産みの親であるBGH自身が都合よく援用してきた面があると評価しうるのである。

そして、とりわけ不作為犯の場合、および、アルコールの影響下や興奮状

52 Joerg Brammsen, Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes - Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?, JZ 1989, S. 77f.

53 Vgl. Trück, a. a. O. (Anm. 34), S. 236. このようなBGHの態度を受けて、事実審自ら心理的障壁論を用いて、殺人の故意があることが客観的危険性の高さから明らかな場合であっても故意を否定するようになったといわれる（Trück, a. a. O. (Anm. 41), S. 180; Hartmut Schneider, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl., 2012, § 212 Rn. 53）。

54 身体傷害の故意の認定についてはBGHSt 36, 1 (9ff)、殺人の故意についてはBGHSt 36, 1 (15f.)。

55 Rissing-van Saan, a. a. O. (Anm. 24), S. 510. Ingeborg Puppe, Begriffskonzeptionen des dolus eventualis, GA 2006, S. 77fも同様の指摘をしている。心理的障壁論を用いた殺人の故意の認定に刑事政策的考慮が紛れ込んでいる可能性に関して、1977年に謀殺罪の終身自由刑は合憲であると連邦憲法裁判所が認めて以降、BGH判例において殺人の主観的要件に対する要求が高くなる傾向が見受けられるとの指摘がある（Mühlbauer, a. a. O. (Anm. 26), S. 53）。

態(以下、適宜「心理的例外状態」という)の場合について、心理的障壁論は論理的一貫性を欠くと批判されている<sup>56</sup>。それは、不作為犯の場合については、作為犯と同様には心理的障壁論が援用されないことがあること、また、心理的例外状態の場合については、心理的障壁論がもたらす結論が不当であることに対する批判である。

### ①不作為犯の場合

まず、作為犯と同様の心理的障壁論の援用を否定した不作為の殺人の判例は、BGH, Urt. v. 7. 11. 1991 – 4 StR 451/91, NStZ 1992, 125である。事案の概要は以下のとおりである。自動車を運転していた被告人が不注意により原動機付自転車と衝突し、原動機付自転車に乗っていた被害者が2、3メートルほど遠くへ柵を超えて草地に投げ出された。被告人は自動車を停車させて事故現場の方へ少し向かったが、すぐに引き返して自動車で走り去った。被告人は自動車の中で一晩過ごし、翌朝警察に出頭した。被害者は近隣住民に発見されて治療を受けたが、傷害は致命的なものではなかった。陪審裁判所は、殺人の故意の前に存在する高い心理的障壁に鑑みると、重傷を負った被害者を危険な状態のまま放置したことから死の結果に対する是認を推論することは説得的でないこと、被告人は被害者の即死を確信しており救助しても手遅れであると思っていたこと等から殺人の故意は証明できないと判断し、過失による身体傷害と事故現場からの許されない立ち去りを認めるにとどまった。

BGHは、被害者の即死の確信等、陪審裁判所が殺人の故意を認めなかった根拠について否定したうえで、次のように述べて心理的障壁論の援用を否定した。すなわち、「不作為犯の事例では一般的に、作為の場合と心理的に匹敵する殺人の故意の前の心理的障壁は存在しない」のであり、とりわけ、

<sup>56</sup> Vgl. Trück, a. a. O. (Anm. 34), S. 236; Roxin, a. a. O. (Anm. 51), § 12 Rn. 81; Ingeborg Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., 2011, § 9 Rn. 32; Schneider, a. a. O. (Anm. 53), § 212 Rn. 55.

本件のように有責な先行行為後の不救助の場合には、事故の発覚を免れようという自己防御動機が、典型的に、心理的障壁とは逆に殺害行為を行う方向へ作用するため、心理的障壁のような心理的契機が展開しない、と。そして、そのような事案では、被告人にとって被害者の死が望ましくはないが、事故が発覚しないままひき逃げを遂行するためにそれを是認しているという場合にも、不作為による未必の故意の殺人が問題になるとした。

このようにBGH, NSStZ 1992, 125は作為犯と不作為犯とで区別して心理的障壁論を扱い、学説も不作為犯における心理的障壁の援用一般の問題としてこの判例に言及しているものの、あ・ら・ゆ・る不作為犯の事例において作為犯より低い心理的障壁が観念されるわけではないと考えられる<sup>57</sup>。というのも、同じく不作為犯の事例であるBGH, Beschl. v. 3. 12. 1997 – 3 StR 569/97, BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 50をはじめ、子どもに対する不作為による殺人の事案では、作為犯同様に高い心理的障壁があるとされ、心理的障壁論が援用されているからである。BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 50は、被告人が生後8か月の乳児に十分かつ適切な食事を与えず、さらに、明らかに危険な体重低下にもかかわらず病院に連れて行かなかったため、乳児が栄養不良による腸の感染症にかかり、胃の内容物を気管に詰まらせて窒息死した、という事案である。地裁は「悪化していた状況および、そこから結論付けられ、被告人にも認識しえた子供の危険」という客観的危険性から殺人の故意を認定したが、それに対して連邦検事総長は中立的立場から以下のように述べ<sup>58</sup>、BGHもそれに同調した。「地裁の説明は、死の結果に対する是認を推認させる事情、そして推認させない事情の全ての包括的な評価を欠いている。確かに、行為の客観的危険性から未必の殺人の故意を推認することは基本的に可能である。しかしながら、殺人に対する高

57 Vgl. Jenny Lederer, Bedingter Vorsatz bei Tötungsdelikten, StV 2014, S. 339.

58 ドイツでは、検察官は「『当事者』ではなく、真実と正義を義務づけられる者として、裁判官と同様に、被疑者・被告人の有利・不利を問わず、あらゆる事実を探求し、証拠を収集すべき義務を負う」ため（辻本典央「第Ⅱ部刑事訴訟法 第14章総論 Ⅲ刑事裁判所の構成 3 検察官と警察」金尚均ほか著『ドイツ刑事法入門』（法律文化社、2015年）130頁）、本件のように被告人に有利な主張をすることがある。

い心理的障壁に鑑みると、行為者が死の危険を認識していなかった、あるいは、そのような結果は発生しないだろうといずれにせよ信じていた可能性を常に考慮に入れるべきである。したがって、未必の殺人の故意の認定は次の場合にのみ法的瑕疵なく行われる。すなわち、事実審裁判官がそのような結論に疑問をさしはさむ事情のすべてを考慮にいれたときのみである」と。このような説明は、まさに作為犯の場合に通常みられる心理的障壁論の援用と同じである。判決では、「自身の子どもの殺害を是認することは、当然、より高い心理的障壁の乗り越えを前提とする」と明らかに述べられている<sup>59</sup>。

以上のことから考えると、必ずしも、不作為犯であれば直ちに心理的障壁が作為犯の場合よりも低いとされ、具体的な事案において援用されないというわけではないようである。そこで、不作為犯における心理的障壁については、Jenny Ledererの見解を参考に、次のように理解することが適切であろうと思われる。まず、一般的に、不作為による結果惹起は作為による結果惹起よりも抵抗感が少なく<sup>60</sup>、また、不作為の場合、積極的な行為への衝動が抑制されており、それは結果発生を阻止するための積極的な行為への衝動についても同様であることから、一般的に、作為犯の場合よりも心理的障壁の高さが低下していると考えなければならない可能性がある<sup>61</sup>。特に、犯罪行為に出る方向へ作用する自己防御動機がある場合がそれに当てはまる。これに対して、BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 50のような子どもに対する不作為の殺人の場合は、行為者と被害者との間の親子関係が、不作為犯ゆえの心理的障壁の低下を補い、作為犯の場合と同様に心理的障壁が機能するのである<sup>62</sup>。すなわち、不作為犯の性質から心理的障壁の低下がありうるこ

59 BGH, Beschl. v. 3. 12. 1997-3 StR 569/97, BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 50と同様の事例であるBGH, Beschl. v. 13. 3. 2007-5 StR 320/06, NStZ 2007, 402 (403)も「自身の子どもを殺害することに対する是認は、当然、最も高い心理的障壁の乗り越えを前提とする」と述べている。

60 Jenny Lederer, Hemmschwellen im Strafrecht, Eine übergreifende Untersuchung der Hemmschwellen bei Sexualdelikten und Totschlag, 2011, S.203ffにおいて詳細に論証されている。

61 Lederer, a.a.O. (Anm. 60), S. 211; ders., a.a.O. (Anm. 57), S. 339.

62 Lederer, a.a.O. (Anm. 57), S. 339.

とが前提とされつつ、その最終的な高低の評価は行為者の動機や被害者との関係等具体的事情によって修正されうるものと理解できる。

このように理解した場合、Thomas Trückによる次の指摘は当たらないように思われる。すなわち、Trückは、BGHが、BGH, NStZ 1992, 125では自己防御動機を根拠として心理的障壁論による故意の否定を認めなかったのに対し、同様に自己防御動機が存在した警察バリケード事例では心理的障壁を援用して故意を否定したことについて、両事例を区別して扱う理由が明らかでないというのである<sup>63</sup>。確かに、BGH, NStZ 1992, 125において心理的障壁が低下していると判断された根拠は、最終的には自己防御動機の存在に求められていると見うるが、自己防御動機の存在によってはじめて心理的障壁が低下すると考えられているのではなく、不作為犯の性質から導かれる一般的な心理的障壁低下の可能性が前提とされていることに留意する必要がある。自己防御動機は不作為ゆえに低下した心理的障壁の高さを補うものではない、すなわち、心理的障壁が低下しているという前提を覆すものではないから、最終的な結論としても心理的障壁が作為の場合より低いと評価されたのである。それに対して、警察バリケード事例は作為犯であり、心理的障壁が低下する前提はない。そのため、他の作為犯の場合と同様に、とりわけ高い心理的障壁に鑑みて、より慎重な認定が要求され、「警察官であれば自動車を避けられるだろう」という経験則が考慮されたのである。

そして、不作為犯の場合に心理的障壁論を援用しないBGHの見解は、作為による殺人の実行よりも不作為による実行の方がより容易であるときには不作為の場合の方が作為の場合よりも殺人の故意を生じやすい、という考慮に基づいていると指摘される<sup>64</sup>。そのため、不作為犯の方が作為犯よりも故意が認定されやすく、殺人罪としての重い責任を認められる場合が多くなるというのである<sup>65</sup>。Ingeborg Puppeは、これについて、殺人行為に出るため

63 Trück, a. a. O. (Anm. 34), S. 234.

64 Puppe, a. a. O. (Anm. 56), § 9 Rn. 32.

65 Puppe, a. a. O. (Anm. 56), § 9 Rn. 32. Neumann, a. a. O. (Anm. 37), § 212 Rn. 20も同旨。

に必要なエネルギーが少なく済み、その実行が容易なのであれば、行為者に対して向けられるべき責任もその分軽くなるはずであるから、不作為犯の場合に、かえって殺人の故意が認められやすく重い責任が問われやすくなるという結論は納得しがたいという<sup>66</sup>。不作為の場合の方が犯罪のために費やすエネルギーが少ないという前提が正しければ<sup>67</sup>、Puppeのこの批判は一目納得できるように思われる。しかし、心理的障壁論は、「殺人を行うには、人は一般に強い葛藤(高い心理的障壁)を乗り越えなければならないから、そう簡単には殺人を行わないはずである。したがって、行為者は殺害するつもりはなかったのではないか(殺人の故意はなかったのではないか)」という推論をさせるものであり、そこからは、「より高い心理的障壁に直面している場合は、より慎重に故意を認定しなければならない」ということが導かれるに過ぎず、問われるべき責任の重さが心理的障壁論によって決定されているわけではない。確かに、故意犯は重い責任を問われるものであるが、「重い責任が問われるべきだから故意が認められる」、あるいは、「軽い責任にとどまるから故意を認めない」というのではない。心理的障壁が低く行為に出

66 Puppe, a. a. O. (Anm. 34), S. 576; dies., a. a. O. (Anm. 56), § 9 Rn. 32. また, Trück, a. a. O. (Anm. 34), S. 234も、作為犯の場合よりも不作為犯の場合の方を重く処罰することは、不作為の刑は減刑することができる旨定めたドイツ刑法典13条2項とも矛盾すると指摘する。ドイツ刑法典第13条(不作為による遂行)「①刑法典の構成要件に属する結果を回避するのを怠った者は、結果の不発生について法的に義務を負い、かつ、不作為が作為による法定構成要件の実現に相応する場合に限り、この法律によって罰せられる。②刑は、第49条第1項により減軽することができる。」そして、同法典第212条(故殺)「①人を殺害したが謀殺者でない者は、故殺者として、5年以上の自由刑に処する。②犯情の特に重い事案では、無期自由刑を言い渡すものとする。」とあるため、不作為の故殺の場合、同法典第49条(法律上の特別な減刑事由)「①本条による減軽が定められ又は許されるときは、減軽については次の各号の例による。1 無期自由刑に代えて、3年以上の自由刑とする。2 有期の自由刑の場合は、法定刑の上限の4分の3を上限に言い渡すことができる。……3 自由刑の高められた下限は、10年または5年を下限とする場合には、2年まで……減軽する。」が適用される。(後述のものを含め、本稿におけるドイツ刑法典の訳文は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』(法曹会、2007年)に拠った。)

67 Andreas Schwarz, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 7. 11. 1991 - 4 StR 451/91, JR 1993, S. 32は、行為に費やされるエネルギーの大小は行為態様によって左右されないという。Vgl. Günter Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2., neubearbeitete und erweiterte Aufl., 1991, 29. Abschn. Rn. 124.

やすかったという場合であっても、故意として認められる心理的事実があった以上は故意犯として処罰すべきである。そして、不作為犯の場合には殺人結果の惹起に対する葛藤が小さいということが正しいのであれば、不作為であることは殺人の故意の認定上考慮すればよいのではないだろうか。殺人行為に出やすい行為態様の犯罪に対して強い非難を向けるべきではないという問題は、故意犯の成否や故意の認定において解決すべき問題ではないであろう。

## ②アルコールの影響下や興奮状態での行為の場合の結論の不当性

BGH判例では、心理的例外状態下の行為から死の結果が生じた事案においても、心理的障壁論が援用され、故意が否定されることが多い。しかし、学説からは、そのような場合は一般的に自制心が失われるために通常の状態よりも殺人行為を抑制する力が弱くなると指摘される<sup>68</sup>。つまり、心理的障壁が低くなるのだから、BGHの判断とは反対に、故意が認められやすくなるだろうというのである。アルコールの影響等によって認識が欠けることもあり、知的要素は認められにくくなると考えられるが、是認など意的要素については、むしろ、行為者が冷静な状態にある場合よりも認められやすいと考えられている<sup>69</sup>。このように、BGHが心理的障壁論を援用してもたらず結論が、心理的例外状態における主観面についての一般的な理解に反する点に学説から批判が向けられているのである<sup>70</sup>。

68 Vgl. Schneider, a. a. O. (Anm. 53), § 212 Rn. 55. 心理的例外状態以外にも、たとえば、幼少のころから暴力を問題解決の手段としてきた者や、集団心理によって被害者の死を引き起こすことに積極的になっている者については、心理的障壁が一般的な作為犯の場合よりも低いことがありうると指摘される (Schneider, a. a. O. (Anm. 53), § 212, Rn. 54; Fischer, a. a. O. (Anm. 24), § 212, Rn. 16)。また、依頼殺人や犯罪集団による殺人については、殺人は報酬や勲章をもたらすものであって、心理的障壁の実効性が疑問視されている (Mühlbauer, a. a. O. (Anm. 26), S. 38ff; Trück, a. a. O. (Anm. 41), S. 181)。

69 Trück, a. a. O. (Anm. 34), S. 238.

70 Verrel, a. a. O. (Anm. 24), S. 311; Trück, a. a. O. (Anm. 34), S. 238; Roxin, a. a. O. (Anm. 51), § 12 Rn. 81. もっとも、判例の中には、学説が示す一般的な理解に則ったものもある。たとえばBGH, Urt. v. 24. 2. 2010 – 2 StR 577/09, NStZ-RR 2010, 214 (215)は、「重度の酩酊も、さらに感情的な興奮状態での行為および無意識的な決意に基づく行為も、行

BGHによるこのような不当な故意の認定について、Puppeは、BGH判例には「ある情動状態にある行為者、特に抑制のない暴力行為者を特に一段と寛大に扱う」という底意があると指摘する。そこでは、情動の強さのみが決定的であるという。さらに、それに続けて、「それに対してBGHが厳しい態度をとるのは、行為の仕方について熟慮する時間があったであろう行為者であ」と述べる。Puppeによれば、事故後に一晩車中で過ごし翌朝警察に出頭したBGH, NStZ 1992, 125の行為者は後者に含まれる。そして、Puppeは、このようなBGHの態度からは、「結局のところBGHにとっては、熟慮という古典的な謀殺の要素に対して実定法外において (praeter legem) 再び価値をもたせることが重要な問題であるということが容易に推測される」と指摘し、謀殺の要素として考慮されるべき熟慮が故意に関して考慮されているのは、「立法者が熟慮という要素を謀殺の要素として退けたために、それを考慮することは故意論の中でのみ可能である」からだという<sup>71</sup>。そして、Puppeは、心理的例外状態下の殺人と熟慮を伴う殺人との区別を故意論において考慮することによって、BGHは「高すぎる代償を払っている」のではないかという疑問を提示している<sup>72</sup>。「高すぎる代償」というのは、故意の認定が不当な結論に至るということを意味すると理解できる。確かに、本来的に故意

---

為時に殺人の故意があったことに異議をとなえるものではない」こと、心理的例外状態は、「むしろ、確かな経験にしたがえば、とりわけ重大な暴力行為についても、まさに、ことのほか心理的障壁を低下させる傾向にある」と示し、心理的例外状態を根拠の一つとして殺人の故意を認めなかった地裁の判断を否定した。また、BGH, Urt. v. 20. 9. 2012 - 3 StR 140/12, NStZ-RR 2013, 75の上告趣意の中で検察官は、アルコールの影響は心理的障壁を低下させたと推論させるのと同様に、当然に発生する結果を行為者が認識せずに軽率に行爲したことを推論させるのものであるとし、アルコールの影響はアンビバレントな間接証拠であると主張した。

71 以上、Puppe, a. a. O. (Anm. 34), S. 577. また、Heiko Artkämper/ Reinhold Dannhorn, Argumentation zur Feststellung oder Ablehnung eines bedingten Tötungsvorsatzes – mit Anm. zum Urteil des BGH vom 16. 5. 2013 - 3 StR 45/13, NStZ 2015, S. 244も同様の指摘をしている。そして、謀殺罪の規定は以下のとおりである。ドイツ刑法典211条(謀殺)「①謀殺者は、無期自由刑に処する。②謀殺者とは、謀殺嗜好から、性欲を満足させるため、強欲さから若しくはその他の下劣な動機から、陰湿に若しくは残酷に、若しくは、公共にとって危険な手段を用いて、又は、他の犯罪行為を可能にし若しくは隠蔽するために、人を殺害した者をいう。」

72 Puppe, a. a. O. (Anm. 34), S. 577.

の要素でないものが故意の認定において考慮され、故意の有無が決定されることは妥当でないだろう。しかしながら、一方で、心理的障壁に直面し、それを乗り越えることができるのは、行為者が自己の行為について熟考する時間がある場合であり、心理的例外状態下の無意識の行為に心理的障壁の乗り越えを認めるのは「心理学上不合理である」との指摘<sup>73</sup>は無視できないように思われる。故意の認定に際して心理的障壁を顧慮するのであれば、熟慮という要素を故意論においてどのように扱うかを検討する必要があるだろう。本稿では、この問題についてこれ以上立ち入らないが、いずれにしても、熟慮する時間があったことや心理的例外状態に陥っていたことを、行為者が自己の行為から生じる結果について認識していたか否か、そして、認識した結果に対して是認等の情緒的評価を下していたかを個々の事例において判断するための一資料として考慮することは可能なはずである。

\* 本研究はJSPS科研費JP15H06415の助成を受けたものである。

---

73 Artkämper/ Dannhorn, a. a. O. (Anm. 71), S. 243.