

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（2）

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）ドイツ刑事訴訟法典261条に関する問題
 - （2）心理的障壁論の援用上の問題（以上、60巻1 = 2号）
- II 故意の認定に要求される事実
 - 1 本章について
 - （1）本章で取り上げる事実の概要
 - （2）本章で取り上げる判例について
 - 2 客観的危険性からの推論と両立しない事実
 - （1）殺人をする了解可能な動機がないこと
 - （2）人格、被害者に対する従前の態度
 - （3）行為後の態度
 - 3 客観的危険性から故意を推論する前提が欠けることを示す事実
 - （1）アルコールや薬物の影響、精神障害
 - （2）突発的に行為に出たこと、興奮状態に陥っていたこと
 - （3）人格的未熟さ等
 - 4 客観的危険性からの推論に影響する事実

- (1) 行為の客観的危険性の低さを示す事実
- (2) 結果の大きさ
- (3) 行為の危険性を低く推認させる特別な事情
- (4) 行為者が認識していた／認識していなかった事実 (以上、本号)

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

Ⅱ 故意の認定に要求される事実

1 本章について

(1) 本章で取り上げる事実の概要

前章で述べたように、心理的障壁論は、殺人の前には高い心理的障壁が存在するため、殺人の故意は行為の客観的危険性の高さ⁷⁴から直ちに認定するのではなく、故意の認定に影響するすべての客観的主観の事情を考慮して慎重に認定すべきであるというものである。確かに、「これほど危険性の高い行為をする者は被害者が死亡することを認識しているものだ」という経験則(以下、「本経験則」という)は故意の有無を推論する上で大変重要な経験則であり、行為の客観的危険性は重要な間接事実である。しかし、行為の客観的危険性は、あくまでも「このような行為を意識的にした者は、一般的には、被害者の死を認識していたと考えられる」と推認させるものに過ぎず、被告人本人が実際に殺人の故意を有していたことを根拠づけるには十分でない。故意は行為者の実際の心理状態であると理解されているから、その認定においては被告人本人の行為時の心理状態に影響を与えたり、当時の心理状態を徴表したりする個人的な事情も考慮することが必要である。心理的障壁論は、本経験則を適用して客観的危険性の高さから直ちに故意を認定するこ

74 ここでいう「行為の客観的危険性」は、行為者が意識的に行った行為であり、また、行為時に行為者が認識していた事実から推認される危険性を意味するのであり、行為者も認識していなかった事実をも含めて推測した純客観的な危険性ではない。以下、本稿において「行為の客観的危険性」とはこの意味で用いる。

とにストップをかけ、具体的事情が本経験則の適用それ自体や適用して導かれる結論に反しないかどうかを確かめるために援用されてきたということができよう⁷⁵。心理的障壁論を援用したBGH判例が、考慮すべき事実として挙げるのが特に多いのは、殺人のような重大な行為をする明らかな動機がなかったことや、突発的にあまり考えずに行為に出たこと、興奮状態にあったこと、アルコールや薬物の影響を受けていたことである⁷⁶。それから、本章で見るように、被告人の行為前後の態度や人格も考慮すべき事実としてよく挙げられている。これらの事実は、本経験則をその事案に適用できるかどうか、あるいは、その適用によって導き出した結論がその事案における具体的事情のもとで成り立つかどうかという問題に関わる事実である。

本章では、判例における各事実の評価を個別に紹介するが、これらの事実

75 BGHは、心理的障壁論を援用して行為の客観的危険性以外の事実の重要性を説き、行為の客観的危険性から直ちに故意を認めた原判決を破棄することが多かったが、心理的障壁論がもたらした殺人の故意を否定するための「道具」だったというわけではなく、心理的障壁論を援用しつつ殺人の故意を認めた判例も少なくない。たとえば、BGH, Urt. v. 24. 3. 1993 – 3 StR 485/92, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 35; 判例22, BGH, Urt. v. 14. 7. 1994 – 4 StR 335/94, NSStZ 1994, 584 (以下、「判例24」); BGH, Urt. v. 22. 2. 2000 – 5 StR 573/99, NSStZ-RR 2000, 165 (以下、「判例30」); BGH, Urt. v. 11. 10. 2000 – 3 StR 321/00, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 51; 判例31; BGH, Urt. v. 11. 12. 2001 – 1 StR 408/01, NSStZ 2002, 541 (以下、「判例32」); BGH, Urt. v. 16. 1. 2003 – 4 StR 422/02, NSStZ 2003, 431; BGH, Urt. v. 26. 1. 2005 – 5 StR 290/04, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 59 (以下、「判例36」); BGH, Urt. v. 9. 8. 2005 – 5 StR 352/04, NSStZ 2006, 98; 判例39; BGH, Urt. v. 18. 10. 2006 – 2 StR 340/06, NSStZ 2007, 150; BGH, Urt. v. 25. 5. 2007 – 1 StR 126/07, NSStZ 2007, 639 (以下、「判例42」); BGH, Urt. v. 27. 8. 2009 – 3 StR 246/09, NSStZ-RR 2009, 372 (以下、「判例47」); 判例49; BGH, Urt. v. 15. 12. 2010 – 2 StR 531/10, NSSt 2011, 210などがある。

76 これらの事実は、当該事案において特に存在したから考慮されたにすぎないというわけではなく、心理的障壁論の一般論の中で、考慮すべき事実としてよく挙げられている。たとえば、判例2; BGH, Beschl. v. 26. 5. 1987 – 1 StR 170/87, StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 8 (以下、「判例6」); BGH, Urt. v. 8. 3. 1988 – 1 StR 18/88, NSStZ 1988, 361 (以下、「判例8」); BGH, Beschl. v. 31. 10. 1990 – 3 StR 332/90, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 24 (以下、「判例13」); BGH, Beschl. v. 4. 12. 1991 – 3 StR 470/91, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 27 (以下、「判例15」); BGH, Urt. v. 19. 11. 1992 – 4 StR 490/92, StV 1993, 307 (以下、「判例20」); BGH, Urt. v. 14. 9. 1999 – 1 StR 315/99, StV 2000, 68 (以下、「判例29」); BGH, Beschl. v. 23. 4. 2003 – 2 StR 52/03, NSStZ 2003, 603 (以下、「判例35」); 判例37; BGH, Beschl. v. 10. 7. 2007 – 3 StR 233/07, NSStZ-RR 2007, 307 (以下、「判例44」)。

は本経験則との関係で次の3つの類型に分けられると考える。まず、1つ目は、本経験則の適用によって導かれた結論と両立しない事実の類型である。たとえば、殺人のような危険な行為をする了解可能な動機がなかったことや、被告人が殺人をするとは思えない人格の持ち主であったことなどがこれに当たる。そして、たとえば行為後に被害者の救命活動をしていたというような被告人の行為前後の態度も、「確かに危険性の高い行為はしているが、結果を阻止しようとした態度からは結果発生を認識し是認していたとはいえない」という推論を導くから、ここに分類することができよう。

2つ目は、そもそも、本経験則を適用するための前提が欠けていることを示す事実の類型である。ここには、突発的に行為をしたことや、興奮状態にあったこと、アルコールや薬物の影響を強く受けていたことが該当する。「これほど危険性の高い行為をしたのだから被害者が死亡することも分かっていたはずだ」といえるためには、その前提として被告人が物事を適切に判断できる精神状態にあったことが必要である。興奮やアルコールの影響のために被告人が通常の状態になかったなど、このような前提が欠けていたときは、本経験則を適用することはできない。また、被告人が年齢的に幼く未熟であるといった人格の特徴や人格障害、知能の低さも、被告人の認識能力や判断能力に影響を与えるということで、ここに分類される。

そして、3つ目は、行為の客観的危険性に疑いを生じさせる事実の類型である。心理的障壁論が初めて登場した警察バリケード事件において考慮すべきであると指摘されたのは、被害者が警察官であったことである。警察官は自動車が突っ込んでくるのを避けることができると一般に予想されるという、行為の客観的危険性の評価に関する事実であった。その後のBGH判例の中にも、当該事案の具体的な行為態様や実際に生じた結果の程度などを考慮するよう特に指示したものが散見される。これらの事実は、本経験則を適用する中で考慮しなければならない、客観的危険性の評価に影響を与える事実である。1つ目の類型が本経験則の適用の外にある事実の類型であるのに対して、3つ目の類型は本経験則の適用に内在する事実であるといえよう。

(2) 本章で取り上げる判例について

本章は、心理的障壁論のもとで、故意の認定においてBGHが特にどのような事実の考慮を要求してきたかを概観することを目的としているため、以下で取り上げるBGH判例は心理的障壁論を援用したものに限定している。したがって、心理的障壁論を援用していない判例は取り上げていないが、それに関して次の2点をことわっておきたい。まず1点目は、心理的障壁論を援用していない判例においても、援用している判例と同様に、以下で取り上げる事実を考慮して故意を認めるべきでない判断したケースもあるということである⁷⁷。そして、2点目は、その事実が故意を根拠づけるものかどうかという各事実の評価に関しても、心理的障壁論を援用した判例と援用していない判例との間に特に差異は認められなかったということである⁷⁸。したがって、本章では心理的障壁論特有の故意の認定方法を示すわけではないが、心理的障壁論を援用した判例が実際に挙げた事実を整理し、それらの事実が本経験則から直ちに故意を認定することに対して疑わしいという判断をどのように根拠づけてきたかを明らかにしたい。

また、以下に挙げる判例の多くは、故意の認定に際して考慮すべき事実と

77 Vgl. BGH, Urt. v. 30. 4. 1986 - 2 StR 755/85, StV 1988, 93; BGH, Urt. v. 13. 5. 1986 - 1 StR 180/86; BGH, Beschl. v. 21. 10. 1986 - 4 StR 563/86, StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 6; BGH, Urt. v. 21. 4. 1987 - 1 StR 58/87, NStZ 1987, 424; BGH, Beschl. v. 14. 11. 1989 - 4 StR 568/89, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 19; BGH, Beschl. v. 13. 9. 1991 - 4 StR 426/91, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 26; BGH, Beschl. v. 5. 7. 1996 - 4 StR 275/96, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 48; BGH, Beschl. v. 16. 9. 1996 - I KLS 19/96, NStZ 1997, 391; BGH, Beschl. v. 7. 11. 2002 - 3 StR 216/02, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 55; BGH, Beschl. v. 17. 12. 2003 - 2 StR 331/03, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 58; BGH, Beschl. v. 20. 9. 2005 - 3 StR 324/05, NStZ 2006, 169; BGH, Urt. v. 18. 1. 2007 - 4 StR 489/06, NStZ 2007, 331 (以下、「判例40」); BGH, Beschl. v. 6. 12. 2011 - 3 StR 398/11, NStZ 2012, 384; BGH, Urt. v. 28. 2. 2012 - 3 StR 17/12, StV 2012, 663.

78 心理的障壁論を援用していないからといって、その判例が、人は殺人行為に対してとりわけ強い抵抗感をもつものであるという心理的障壁論の発想を否定しているとは限らない。そのような判例は無意識的に、あるいは、もはや当然のこととして、心理的障壁論の発想を前提にしている可能性も考えられる。これは判決文に現れておらず断じることではできないが、もしそうであれば、事実の評価も心理的障壁論を明示的に援用した判例と異なるところがないのはむしろ当然である。

して複数の事実を挙げている。判例の中には、複数の事実の中でもとりわけ重視された事実が明らかなものもあるが、そうではないものが多い。BGHが心理的障壁論を援用する際に述べる一般論では、特に動機や精神的動揺、酩酊状態などが考慮すべき事実として挙げられるが、実際にどのような事実を重視したかは個々の事案の事情によるところが大きく、どの事実が最も決定的であったかを断じることは困難である。そのため、本章では、各事実間の重要性の優劣や相互関係を論じてはいない。したがって、本章で動機に関して引用した判例は動機を、酩酊状態に関して引用した判例は被告人が酩酊状態にあったことを、それぞれ決定的な理由として殺人の故意を否定したというわけではないのである。たとえば、ある判例が考慮すべき事実として動機、酩酊状態、行為後の被害者の救助行為を挙げている場合、それぞれの事実の項目の中でその都度その判例を引用している。

判例は、複数回引用したものは本稿の末に付した判例番号参照表のとおり判決日順に番号をふった。

2 客観的危険性からの推論と両立しない事実

ここで取り上げるのは、本経験則を適用して行為の客観的危険性から導き出した「故意あり」との推論と両立しない事実である。別の言い方をすれば、本経験則の適用では説明できない事実である。次節3で挙げる事実が、そもそも本経験則を適用する前提が欠けることを示すのに対して、ここで挙げる事実は本経験則の適用自体は否定しない。すなわち、本経験則を適用して行為の客観的危険性が当該事案において故意があることを根拠づけるものかどうか判断し、その判断結果（＝客観的危険性から導き出した「故意あり」との推論）を故意認定の一つの資料とすることは否定しないのである。ただし、その判断結果と両立しないため、あるいは、相反して故意を否定する推論を可能にするため、行為の客観的危険性とともて故意の認定において考慮されることが要求される事実である。

(1) 殺人をする了解可能な動機がないこと

行為の客観的危険性が、通常であれば殺人の故意を推認させるほど高くても、殺人行為に出る了解可能な動機がない場合、殺人の故意が否定される⁷⁹。被告人がその行為によって実現しようとしていたことが被害者を死なせることと調和しない場合、被告人には被害者を殺害する了解可能な動機はないとされる。心理的障壁論のもとでは、たとえば被害者の攻撃や抵抗を阻止する意図や被害者を懲らしめる意図がある場合に、殺人をする了解可能な動機はないとして殺人の故意を否定する方向で考慮され、反対に、国内にいる外国人を追い出したいという意図は殺人の故意を認める方向で考慮される傾向にある。外国人を追い出したいという意図は故意を肯定するものとして評価されており本節で取り上げる対象からは逸れるが、心理的障壁論に関する文献上特に論じられることが多いので、本稿でもここで扱うことにする。

① 被害者の攻撃や抵抗を阻止する意図

まず、被害者の攻撃や抵抗を阻止する意図があったことに鑑みて殺人の故意を認定しえないとする判示は、心理的障壁論を援用するようになった初期の判例の中に既に見られる。それはBGH, Beschl. v. 23. 6. 1983 - 4 StR 293/83, NStZ 1984, 19 (以下、「判例2」)であり、事案は次のとおりである。後に被害者となるFが被告人の友人Kと暴力を伴う喧嘩をしていたところ、被告人がFの攻撃力を失わせようと考え、争っている二人に向けて自動車を走らせた。自動車が向かってくることに気づいたFは衝突を避けるために飛び上がろうとしたが、右下腿部を自動車と外壁の間に挟まれ、押しつぶされて重傷を負った。原審は被告人に殺人の故意を認めたが、BGHはその

79 判例6; BGH, Beschl. v. 17. 3. 1988 - 1 StR 104/88, StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 11 (以下、「判例9」); BGH, Beschl. v. 26. 10. 1990 - 2 StR 396/90, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 23 (以下、「判例12」); Beschl. v. 28. 6. 1994 - 4 StR 267/94, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 40 (以下、「判例23」); BGH, Beschl. v. 8. 5. 2001 - 1 StR 137/01, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 52; 判例44; BGH, Urt. v. 4. 2. 2010 - 4 StR 394/09, NStZ-RR 2010, 178 (以下、「判例48」); BGH, Beschl. v. 25. 11. 2010 - 3 StR 364/10, NStZ 2011, 338 (以下、「判例50」)。

判決を破棄した。BGHは、まず、「極めて危険な暴力行為の場合には、確かに、行為者は被害者が死に至る可能性も予想し、そしてそれにもかかわらず危険な行為を続行したのであるから、そのような結果の是認もあつたと当然推論される。……殺人の故意の前には危殆化の故意や傷害の故意に比べて非常に高い心理的障壁があるから、行為者は殺人の結果を生じうるものと予見したにもかかわらず、真剣に、ただ漠然とではなく、そのような結果は生じないと信じていたということもありうる。そうであれば、殺人の結果については（認識ある）過失に過ぎない。認識ある過失と未必の故意の責任形態の限界は密接している。それゆえ事実審裁判官に対して主観的構成要件要素の認定と判決理由の説明においては特別な要求が生じる」と、心理的障壁論の一般論を展開した。そのうえで、この要求は、本件のように、被告人には「人を殺害するような重大な行為に出る了解可能な動機がなく」、被告人は「ただ『被害者の攻撃力を失わせる』という目的だけを追求していたのであり」、被害者が「負傷し地面に倒れたときにその目的を『達成した』と思った」という事情が存在する場合に特に妥当するとした。そして、BGHは、被告人が自己の行為の危険性とその結果を認識していたことから直ちに被害者の死を是認していたと認定するのは誤っており、原判決は故意の認定における上記の要求を満たしていないと判断した⁸⁰。喧嘩闘争の場合以外に、財物を奪うために被害者の抵抗を阻止したかつたという意図が被告人にあった、BGH, Beschl. v. 11. 5. 1988 – 3 StR 171/88, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 12（以下、「判例11」）やBGH, Beschl. v. 19. 7. 1994 – 4 StR 348/94, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 41（以下、「判例25」）も同様に、心理的障壁論を援用し、この意図があつたことを殺人の故意の認定を疑わしくする事実として挙げている。

もっとも、心理的障壁論を援用していないBGH, Urt. v. 14. 12. 2004 – 4 StR 465/04が、被告人が被害者の抵抗を阻止する目的を追求していたことも

80 同様に喧嘩闘争中の事案で、心理的障壁論を援用して殺人の故意を否定した判決として判例12がある。

被害者の死を是認していたことを指し示すものであると述べたように、被害者の抵抗を阻止する意図は殺人の故意と相容れないと一般的にいうことはできないように思われる。「被害者の抵抗を阻止するためには、被害者が死んでも構わない」と行為者が考えることは当然ありうるからである。被害者の抵抗を阻止する意図一般について言えるのは、せいぜい、「この意図は『殺人の故意がない』という認定と両立しうるから、『殺人の故意あり』との認定を積極的に根拠づけるものではない」ということであろう。上記判例2や判例11、判例25も「このような意図は『殺人の故意あり』との認定を根拠づけないから、故意を認めるためにはなお慎重な認定が必要である」という趣旨でこの意図を挙げたのかもしれない。そうすると、ここには、もっぱら行為の客観的危険性に依拠した故意の認定に否定的な態度を取る心理的障壁論の特徴が表れているといえるように思われる。というのも、行為の客観的危険性が高いことから直ちに殺人の故意を認めてよいと考えるのであれば、このような意図を挙げて原審の故意認定を否定する必要はないからである。特に判例2と判例11を見ると、被害者の抵抗を阻止する意図に対して、故意の認定を疑わしくする事実であるという意味をもう少し積極的に認めているようにも読める。というのは、両判例は、行為の客観的危険性から直ちに故意を認定するのではなく、被告人が被害者の死を是認していないことも念頭に置いて慎重に認定すべき場合として、このような意図がある場合が特に該当するとしているからである。BGHがこのように評価した理由として考えられることがあるとすれば、被告人の目的はもっぱら「被害者の攻撃力を失わせる」ことにあったと認定されていることである。これが、被告人は被害者を殺害することは意図していなかったし、被害者の抵抗を阻止することしか頭になかったことを意味するのかもしれない。しかし、そうだとすると、被害者の死に対して無関心であることをもって、それに対する是認を認めることはなお可能であって、故意の認定が疑わしいと判断することは、なお当然のこととは言えないであろう。それにもかかわらずBGHがこのように評価したのを見ると、やはりここにも、心理的障壁論を援用したBGHの、行為

の客観的危険性から故意を認めることに對して否定的で、故意の認定を疑わしくする事実を積極的に見つけ出そうとする態度を見出すことができるように思われる。

② 被害者を懲らしめる意図

BGHは、被害者を懲らしめる (einen Denkzettel verpassen) 意図がある場合も、被告人は被害者が生き延びることを当然に前提としているから、この意図も殺人の故意の推認を疑わしくする事実の一つであるとしている⁸¹。判例で使われている「Denkzettel」という用語の意味を調べると、「訓戒、おしおき、罰」⁸²とか、「(苦い経験としての) お仕置、こらしめ」⁸³と書かれている。したがって、この意図それ自体が、被害者に苦い経験をさせて教えようという意図を意味し、被害者の将来があることを前提にしていると考えることができよう。特に、被害者が喧嘩中の配偶者である場合⁸⁴や、配偶者の連れ子である場合⁸⁵は、具体的事情からもそのようにいえる。

これに對してThomas Trückは、被害者を懲らしめる意図が被害者の生存を当然に前提としているとは限らず、死を予定した「最終的ないましめ (endgültigen Lektion)」を意味することもありうるという⁸⁶。そして、懲らしめる意図がある場合の方が、後述する外国人を追い出す意図の場合よりも、被告人は被害者の死を是認していたといえることが大いにありえるの

81 判例27; BGH, Beschl. v. 10. 12. 2002 - 4 StR 370/02, StV 2004, 74 (以下、「判例34」)。また、BGH, Urt. v. 28. 1. 2010 - 3 StR 533/09, NStZ-RR 2010, 144では「Denkzettel」という語は用いられていないが、ナイフで刺した後に倒れた被害者に対する被告人の発言から被害者への教育的な意図を読み取ることができ、その発言の警告的な機能は被害者が生きていてこそ機能するものであるから、その発言は殺人ではなく傷害の故意を裏付ける事実であると評価された。

82 国松孝二『独和大辞典〔第2版〕コンパクト版〕(小学館、2000年) 505頁。

83 在間進編『アクセス独和辞典〔第3版〕』(三修社、2010年) 338頁。

84 判例8、判例10。

85 BGH, Beschl. v. 16. 7. 1996 - 4 StR 326/96, StV 1997, 7 (以下、「判例28」)。ただし、ここでは「Bestrafungsaktion」の語が使われている。

86 Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 64. Aufl., 2017, § 212 Rn. 10も、懲らしめる動機を「アンビバレントな性格をもつ」と述べており、殺人の故意を肯定する方にも否定する方にも働くと評価している。

に、BGHは十分な根拠を示さないまま、外国人追い出しの意図がある場合には殺人の故意を認め、懲らしめる意図がある場合に殺人の故意を否定してきたと批判している⁸⁷。

確かに、心理的障壁論を援用していない複数の判例でBGHは、被告人が被害者を死なせる客観的危険性が高い行為をした場合、被害者を懲らしめる意図と殺人の未必の故意とは併存しうると述べ、殺人の故意を認めている⁸⁸。たとえば、BGH, Urt. v. 9. 9. 1986 - 5 StR 98/86, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 4 (以下、「判例4」)は、縄張りを荒らした売春婦を懲らしめるために、自動車内の売春婦に向けて発砲した事案であり、懲らしめる意図があったことは、「用いられた手段を考慮すると、被告人は売春婦の死を是認していたという認定と相いれないものではない」とされ、殺人の故意が認められた。

しかし、これをもって心理的障壁論によって恣意的に故意が否定されてきたとまではいえないであろう。もし、懲らしめる意図が被害者の死を当然に前提とし、本質的に殺人の故意を根拠づけるものであるにもかかわらず、BGHが殺人の故意を認めたくないときに心理的障壁論に依拠して懲らしめる意図を理由に殺人の故意を否定するという結論をとっているといえれば、Trückの批判は当たっているといえるが、判例を見ると実際にはそうではない。懲らしめる意図によって殺人の故意を否定しなかった判例も、懲らしめる意図が積極的に故意を肯定すると評価したわけではなく、被告人の心理において懲らしめる意図と殺人の故意とが併存しうることを認め、行為の客観的危険性等も含めた事実を全体的に評価して殺人の故意が肯定できる場合に殺人の故意を認めている。懲らしめる意図が一般的には被害者が生きていることを前提としていると評価しつつも、場合によっては殺人の故意と併存し

87 Thomas Trück, Die Problematik der Rechtsprechung des BGH zum bedingten Tötungsvorsatz, NStZ 2005, S. 235-6. そして、このことはBGHが心理的障壁論を援用して恣意的に故意を認定してきたという批判の根拠の一つであるという。

88 判例4の他には、BGH, Urt. v. 16. 12. 1980 - 1 StR 572/80; BGH, Urt. v. 6. 10. 1981 - 1 StR 298/81; BGH, Urt. v. 22. 10. 2002 - 5 StR 275/02, NStZ-RR 2003, 39.

うると認めることは矛盾しているとはいえないであろう。このようなBGHの評価は、なお「懲らしめる意図」の評価として可能な範疇にあり、恣意的な評価とまではいえないと思われる。

③ 外国人を追い出す意図

外国人や移民をドイツ国外へ追い出そうという意図が被告人にある場合は、BGHは殺人の故意を認める傾向にある。ドイツの学説の中には、このことが心理的障壁論によって故意が恣意的に認定されていることを示していると批判するものがある。しかしそのような学説の批判を検討する前に、まずは判例を概観する。

たとえば、BGH, Urt. v. 28. 4. 1994 - 4 StR 81/94, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 38 (以下、「判例22」)は次のような事案である。極右的思想を持つ被告人が指導的役割を果たして、同じ思想をもつ若者たちとともに、難民が住めなくなるように難民収容施設の部屋や建物全体に放火しようとして計画した。そして被告人は襲撃に参加しなかったが、他の襲撃参加者たちが23時頃、約100人が滞在する施設に向かって多数の火炎瓶を投げた。火炎瓶は建物に当たって跳ね返ったか、または発火しなかったため、結局建物内部で火災は生じず負傷者も出なかった。BGHは、心理的障壁論を援用して結果に対する是認を認めるためには注意深い証明が必要であると述べつつも、本件行為の危険性が高かったことから⁸⁹、被告人が「真剣に、そして単に漠然とではなく死の結果が発生しないことを信じていたと推定することは論理から外れている」と判断して、殺人の故意を認定しなかった地裁の判決

89 この事案における行為の客観的危険性が高いことを示す事実は、火災が起きた際、場合によっては多数階建ての施設の上階の住人が脱出できる可能性が低下すること、被告人らは住人を混乱に陥れ、ハンマーや威嚇射撃用ピストルを用いて暴力的に襲撃しようとしていたこと、本件施設には約100人がおり、パニックになる危険が特に大きかったこと、本件では火が建物に広がる危険性とは別に火炎瓶から噴き出す火が直接住民を襲う危険が高かったこと、被告人は襲撃には直接参加せず、さらに、襲撃者を複数のグループに分けたことによって、彼らが実行する危険な事象経過のコントロールを手放していたことである。

を破棄した⁹⁰。外国人を追い出すという意図は、被告人には難民の死を受け入れる強固な動機となったと評価された。本件被告人は、暴力によって決定的に難民を郷土から追い出すことを自身の任務と考え、その目的を達成するために住民の火災による負傷を是認しており、負傷の程度には無関心であった。このことは、被告人が難民に対して敵意を持ち、人間を軽視している程度が著しいことを示しており、被告人には難民が死亡することを是認する強い動機があったと認められたのである⁹¹。

このようなBGHの評価に対して、Trückは、追い出される者が攻撃行為に耐えて生き残っていても、国外に追い出すという目的は当然達成されうると指摘する⁹²。したがって、被害者を懲らしめる意図がある場合とは異なって、外国人を追い出す意図がある場合には殺人の故意を認定する根拠が欠けるといのである。確かに、Trückが指摘するとおり、外国人を国外に追い出す意図は、外国人を死なせなくても達成できる場合もあるだろう。しかし、Trückがいうように、懲らしめる意図と対比してBGHの故意の認定が恣意的だとはいえないと思われる。まず、上述のとおり、「懲らしめる」ことそれ自体が、本来的に被害者が生き延びることを前提としていると一般的に考えられるのに対して、外国人を追い出す意図それ自体にはそのような前提はない。外国人を追い出す意図を実現しようという場合、そこから外国人がいなくなりさえすればよく、いなくなった理由が、生きて移動したということでも死んだということでもどちらでも構わないのである。懲らしめる意図が元来殺人の故意を否定する性質を認めることができるのに対して、外国人を追い出す意図にそれは認められない。むしろ、外国人を死亡させてしまった方が、外国人を排除したいという意図を早く確実に実現できるとさえ考えられる。

また、故意の意的要素は「結果が発生しようがしまいがどうでもよい」と

90 判例24も同様。

91 判例30も同様に、外国人を追い出す意図が、被害者の死を是認する動機となっている。

92 Trück, a. a. O. (Anm. 87), S. 235.

いう無関心でも肯定されるのであるから、被告人が「外国人がいなくなりさえすればよい」と思っており、攻撃対象の外国人の死について無関心だったのであれば、故意は当然認められよう⁹³。

(2) 人格、被害者に対する従前の態度

BGHは、とりわけ意的要素の認定に関して、被告人の人格も検討しなければならないという⁹⁴。ただし、人格それ自体が単独で故意の認定に大きな影響を与える事実となりうるわけではなく、動機や行為時の感情など他の事実とともに全体的に評価した結果として、被告人に故意がなかったという推論がなされることが多い⁹⁵。特に児童虐待に関する事案では、たとえば愛情深い親であるといった被告人の人格と、後に被害者となる子供の世話をよくしていたこと等その人格の発露といえる被告人の従前の態度が、被告人に殺人の故意まではなかったことを推認させる事実として考慮されている。たとえば、BGH, Urt. v. 25. 11. 1987 – 3 StR 449/87, NStZ 1987, 175 (以下、「判例7」)は、空手選手だった被告人が、ガールフレンドの子どもである1歳の被害者の左後頭部とこめかみのあたりを手刀で殴打して殺害した事案であるが、BGHは、被告人は自身の子どもたちに対して優しく思いやりのある父親であり、体罰をしつけの手段として用いることは否定していたこと、被告人が数日間被害者の世話をしている間、被害者に暴力をふるうこともなく思いやりを持って接していたことを考慮すべきであるとして、故殺を認めた原判決を破棄した⁹⁶。

93 判例22参照。

94 判例13。

95 判例8、判例28参照。

96 ほかに、BGH, Beschl. v. 18. 2 1992 – 4 StR 11/92, NStZ 1992, 384は、被告人が、若く、家庭で過大な負担(母親と継父のアルコール乱用、小さな子供の世話)を負っていたにもかかわらず、驚くべき適応能力を発達させ、役所が介入する必要なしと判断するほど小さな子供の世話をきちんとしていたことを挙げ、さらに被告人が大量のアルコールの影響のもとで攻撃的で怒りっぽくなっていたこともふまえて、殺人の故意を認定することは説得的でないとした。BGH, Urt. v. 1. 6. 2007 – 2 StR 133/07, NStZ-RR 2007, 267 (以下、「判例43」)は、乳児の体を両手でつかんで力いっぱい揺すり、脳にダメー

(3) 行為後の態度

行為後の態度も被告人に殺人の故意がなかったと推論させる事実⁹⁷に挙げられる。もっとも、判例を概観すると、了解可能な動機やアルコールの影響などと同等に強い影響力をもつというよりは、他の事実とあいまって、あるいは、他の事実によって故意が否定される方向にあるのをさらに強化するという程度に、故意の認定に影響すると理解できる⁹⁷。

ジを与えて死なせた事案であるが、被告人が有効なアルコールセラピーと保健婦の指導を受けたのちに子供たちの面倒を見ていたことと、被害者である子供は望まれた子供だったことを考慮せずに殺人の故意を認めた地裁の判決は支持しえないとした(ただし、再審で再び瑕疵なく故殺が認められる可能性も排除できないとも述べた)。

97 行為後の救護措置や行為結果に対する狼狽や後悔など行為後の態度を挙げた判例が、その他に殺人の故意があったことを疑わしくする事実として挙げた事実には以下のようなものがある。たとえば、BGH, Beschl. v. 21. 4. 1983 - 4 StR 154/83 (以下、「判例1」)では、被告人は従前被害者を良い仲間だと思っていたこと、被告人が銃器を被害者に向けて発砲したことや、ただ驚かせるために発砲するだけであると被告人が行為前に妻に話していたこと、判例7では被害者である子供の世話をよくする優しい父親であったこと、判例16では被告人が行為の危険性を低く見積もっていた可能性があること、判例23では殺人行為に出る明らかな動機がないことと著しい酩酊状態に陥っていたこと、BGH, Beschl. v. 13. 3. 2007 - 4 StR 606/06, NStZ-RR 2007, 199 (以下、「判例41」)と判例45では酩酊状態に陥っていたこと、判例43では被告人は被害者である子どもを泣き止ませるために揺すり結果的に傷害を負わせたことと、その子どもは望まれて生まれてきたことが挙げられている。また、判例20でBGHは、「ともかく、とっさの、よく考えていない、感情的な興奮の中での行為においては特に、行為者の人格や被害者との関係…そしてその他の行為事情を考慮することもなく」、結果発生の認識から故意の意的要素があったと推認することはできないとして事実の全体評価を要求したうえで、被告人の行為後の態度が、原審まで認められたよりも被告人に有利に働くかどうかを差戻審は判断しなければならぬであろうと述べており、被告人が酒を飲んでいてという事実と被害者に対して立腹したという事実を考慮したうえで、行為後の態度を考慮に入れる必要性があると判断したものであると理解できる。また、被告人が行為後に被害者について尋ねたという事実は、殺人の故意を積極的に否定するものとして扱われてはいないが、殺人の故意を否定するような他の事情に取り組まなければならないというBGHの指示を少なくとも否定するものではないもの、あるいは、補強するものとして挙げられている。たとえば、判例16は、自動車を運転していた被告人が警察の道路封鎖に90~100km/hの速度で突っ込み、逃げ遅れた警察官に重傷を負わせた事案であり、被告人はその夜に妻に電話をかけ、衝突によって誰かが死亡したか尋ねたという事情があった。原審は、この事実を故意認定の根拠としたが、BGHは、「被告人が、衝突の詳細な経過と全関係車両の著しい損壊を認識し、誰かが死亡したかもしれないという可能性を考えたことは、そのような可能性をはじめからすでに認識し、それを是認していたという推論を理由づけない」とし、この事実があることを理由に、本件では被告人が危険性の高さを低く見積もった可能性が考えられるという「被告人の殺人の故意を否定する観点」

① 被害者の死に気づいていない様子だったこと

被告人が行為直後に被害者が死亡したことに気づいていない様子も、被害者の死の可能性を認識していなかったと推論させる事実として扱われる。たとえば、行為の翌朝になってはじめて被害者の死亡に気づいたことや⁹⁸、被害者が動かなくなってもなお、「そんなふりをするな」と被害者に対して怒鳴っていたことが挙げられる⁹⁹。

また、BGH, Urt. v. 22. 11. 1990 – 4 StR 431/90, NStZ 1991, 126（以下、「判例14」）は、被害者を踏みつけ、ガラスや陶器の灰皿で頭部を何度も殴打した後に、被害者が死んだらどうしようと同行者に問われた被告人が、認定によれば、何も答えなかったか、あるいは、被害者の「血を洗い流せばそんなにひどくないだろう」と言ったと認定された事案である。BGHは、いずれにせよ被告人の利益に理解されること、および、後者の発言は被告人が被害者の死の可能性を認識していなかったことを示す重要な証拠徴表となりえたのであるから、この事実も、故意の認定において要求される事実の全体評価に取り入れるべきだったと指摘した。

② 救命措置を講じたこと

被告人が行為後に救急車を呼ぶなど、救命措置を講じたことは、殺害するつもりはなかったということを示すから、特に故意の意的要素の証明において考慮されるべき事実であるとされる¹⁰⁰。他方、被告人が行為後に逃走して被害者を救護しなかったことからその心理的側面を推認するには、その前提として、逃走した被告人が被害者の傷害の重大さを認識していたかを検討す

に取り組む義務を免れることはできなかったとした。また、BGH, Beschl. v. 22. 4. 2009 – 5 StR 88/09, NStZ 2009, 503（以下、「判例46」）は、行為から2日後に被告人が警察署で被害者について尋ねたことは、行為時のひどい酩酊状態によって被告人の認識能力が著しく損なわれていたことを強く推認させるとした。

98 判例23。

99 判例28。

100 判例1; 判例7; BGH, Beschl. v. 25. 8. 1992 – 4 StR 365/92, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 31（以下、「判例19」）; 判例45。

る必要があることも示されている¹⁰¹。

もちろん、単に何らかの救命措置を講じてさえいれば故意が否定されるわけではない。BGH, Urt. v. 13. 12. 2005 – 1 StR 410/05, NJW 2006, 386 (以下、「判例39」)では、被告人らは、被告人らに虐待され意識を失って倒れた当時3歳の被害者に人工呼吸をしたり水をかけたりするなどしたが、その甲斐なく被害者の意識は戻らず、その後被告人らが救急医療を要請することなく、病院のトイレに隠すようにして放置したことは、虐待の結果死亡する可能性があることを被告人らがはじめから認識していたことを裏付けるとした。また、BGH, Urt. v. 8. 8. 2001 – 2 StR 166/01, NStZ-RR 2001, 369 (以下、「判例31」)では、被告人が行為後に救急医療を要請したという事実があったが、被告人が仰向けの子どもの腹を深く踏みつけ、その足を回転させて臓器を傷つけ死亡させたという行為の生命に対する危険性が高いことから、BGHは、殺人の故意を認めた原審の判決に瑕疵はないとした。BGHは、本件被告人が行為後に被害者の容体を心配し気にかけていたのは、そのように装っただけであり、そのことが故意の認定における救命措置の重要性を引き下げると判断したのである。BGHは、事後に行為を後悔し、行為をする前の状態に戻そうと試みたことは、結果に対する是認があったという推論を否定する方向には「条件付きでしか」働かないとも述べている¹⁰²。

救命措置のほかには、被告人が行為結果に驚いたり後悔したりしたことも殺人の故意を否定する方向に働く。たとえば、BGH, Beschl. v. 11. 6. 1987 – 4 StR 261/87, StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 9は、行為後に被害者の様子を見てパニック状態に陥ったことを、殺人の故意がなかったという推論を支える事実の一つとして考慮している¹⁰³。

そして、被害者に対して更なる攻撃をしなかったことも、故意の認定にお

101 判例13。

102 ほかに判例39。心理的障壁論を援用した判例ではないが、判例40は、行為後の態度について、「明らかな行為結果を目の前にして行為に対する責任から逃れようとする行為者がとっさに我に返ったことを単に表すものにすぎない可能性もある」と述べている。

103 ほかに判例41。

いて重要であるとされる。BGH, Beschl. v. 28. 11. 1995 – 4 StR 642/95, StV 1997, 7 (以下、「判例27」) は、近距離から口径の大きなピストルで2回被害者の臀部を撃ったという行為態様が既に殺人の故意を推認させないと評価したが、それに加えて、被告人はさらに発砲して被害者を殺すことができたのにそうしなかったことも被告人に殺人の故意がなかったことを裏付けるとした。

3 客観的危険性から故意を推論する前提が欠けることを示す事実

ここで取り上げるのは、本経験則を適用するための前提がその事案では欠けていることを示す事実である。本経験則に基づいて行為の客観的危険性の高さから殺人の故意を推認するためには被告人に一般的な認識能力や判断力があることが必要であるが、被告人がアルコールや薬物、精神障害の影響を受けていたり、興奮状態に陥っていたりした場合や被告人の人格が未熟であった場合はそのような能力に欠けていることがある。

(1) アルコールや薬物の影響、精神障害

アルコールや薬物、精神障害の影響は、StGB21条の責任能力だけでなく、故意の認定においても重要な事実である。これについては、弁識能力あるいは制御能力が減退している場合、すなわちStGB21条の心神耗弱が認められる場合は、故意の問題としてではなく責任能力の問題として扱われるべきだという批判がある¹⁰⁴。しかし、BGHは、責任能力の減弱が認められるか否かという問題とは独立に、故意の認定において考慮すべきであるとしてきた¹⁰⁵。たとえば判例14でBGHは、「ある行為の不法を理解する能力と、この行為の客観的危険性に気づく能力は、二つの異なる、そして、相互に独立した精神的な能力である。アルコールによる精神的侵害にもかかわらず、自身

104 Christian Fahl, Entscheidung – Strafrecht, NStZ 1997, S. 392; Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd.1, 4., vollständig neu bearbeitete Aufl., 2006, § 12 Rn. 81.

105 判例28。

によって他者に向けられる暴力行為の不法をなお理解することができる者でも、その欠陥によって彼の行為が他者に死の結果をもたらしうることの認識は妨げられている可能性がある。したがって、精神的能力の制限の影響は、異なる問いごとに分けて調べられるべきである」と述べ¹⁰⁶、弁識能力は本質的に侵害されてはいなかったと判断したうえで、故意の知的要素の検討においてアルコールと薬物の影響を詳しく検討しなかった原審の故意認定は要求される全体評価を欠いていると判断した。被告人の弁識能力や制御能力がStGB21条の意味で著しく減弱していたとまでは認められない場合でも、アルコールや薬物、精神障害の影響によって事実を認識する能力が侵害されていることは考えられるから、責任能力の判断とは別に故意の認定においてもこれらの影響を考慮すべきであろう¹⁰⁷。

① アルコールの影響

被告人が著しい酩酊状態にあり、自己の行為が被害者を死亡させるかもしれないと認識していなかった可能性があるのに、原審が行為の客観的危険性が高いことだけを理由に殺人の故意を推認し、被告人の認識能力に対するアルコールの影響を十分に考慮していないと考えられる場合、BGHは、証拠評価が不十分であるとか、故意の認定に瑕疵があるという理由で、地裁の判決を破棄してきた¹⁰⁸。感情的な興奮や精神障害などとあいまって、被告人の認識が妨げられた可能性を指摘した判決も多くみられる¹⁰⁹。

106 Vgl. auch, BGH, Beschl. v. 6. 3. 2002 – 4 StR 30/02, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 54 (以下、「判例33」)。

107 Vgl. Trüch, a. a. O. (Anm. 87), S. 238. たとえば、判例5は、被告人の制御能力が著しく減弱していた状態で、被告人が被害者の死を認識し是認していたかを特に検討することが必要であると述べている。また、判例34でBGHは、被告人が制御能力や弁識能力を損なうほどではなかったが、犯罪や反社会的行為に対する閾を低くするような軽い酩酊状態にあったことについて、殺人の故意との関連で論じられる必要があったのに原審が論じなかったことを指摘した。

108 判例14; 判例15; 判例25; BGH, Beschl. v. 29. 6. 1999 – 4 StR 271/99, NZV 2000, 88; 判例29; 判例36; 判例37; 判例46。

109 判例3; 判例6; 判例9; BGH, Beschl. v. 31. 7. 1992 – 4 StR 308/92, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 30 (以下、「判例18」); 判例28; 判例34; 判例37。

これに対して、アルコールの影響を意的要素の証明においても考慮しなければならないとした判決もある。たとえば、BGH, Beschl. v. 8. 5. 2008 - 3 StR 142/08, NStZ 2009, 91 (以下、「判例45」) は次のように述べている。「地裁は行為時の被告人の高度な酩酊状態 (3.55%) を、単に、被告人がそれによって行為の生命に対する危険性を認識することが妨げられていたか否かという問いとの関係で検討した。しかしながら、このような事情は、故意の意的要素の証明においても考慮されなければならなかったのである」と¹¹⁰。

もっとも、被告人が酩酊状態にあった事案で心理的障壁論を援用したBGH判決全てが、故意を認めた地裁判決を破棄したり、故意を否定した地裁判決を支持したりしたわけではない。アルコールの影響はあっても、被告人は行為の被害者の生命に対する高い危険性を認識しており、故意が認められると判断した判決もある¹¹¹。また、例外的ではあるが、著しい酩酊状態や興奮状態はむしろ殺人行為に出る心理的障壁を引き下げるとの考えを示した判例もある。BGH, Urt. v. 24. 2. 2010 - 2 StR 577/09, NStZ-RR 2010, 214 (以下、「判例49」) は、「著しい酩酊状態も、情動的な興奮状態に陥り、そしてとっさの決意に基づく行為も、行為時に殺人の故意があったことを否定しない。むしろ、これらの事情は、確立された経験則によれば、特に重大な暴力行為に対しても心理的障壁を引き下げることまさに格段に適している」とし、殺人の故意を認めなかった地裁の判決を破棄している¹¹²。

110 意的要素の証明との関係で考慮すべきことを述べた判例として、ほかにはBGH, Beschl. v. 7. 7. 1992 - 5 StR 300/92, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 33 (以下、「判例17」)、判例50、判例26がある。これに対してTorsten Verrel, (Noch kein) Ende der Hemmschwellentheorie?, NStZ 2004, S. 311は、アルコールの影響や感情的興奮、突発的な行為は殺人行為に対する心理的障壁の効果を失わせるものであり、これらの事実が重要性を持ちうるのは知的要素についてであるという。

111 判例32、判例42、判例47。

112 心理的障壁論を援用していない判例であるが、BGH, Urt. v. 30. 8. 2006 - 2 StR 198/06, NStZ-RR 2007, 43は、アルコールと薬物の影響によって、被告人はいつでもよい気分 (Egal-Gefühl) になり、被害者の死に対しても無関心になっていた、すなわち、故意が認められるとした。

② 薬物の影響

薬物の影響に関しては、BGH, Beschl. v. 28. 3. 1995 – 4 StR 96/95, StV 1997, 8 (以下、「判例26」)では、ヘロイン中毒になっていたことが認識や是認に決定的な影響を及ぼしていた可能性が指摘された¹¹³。しかし、被告人が薬物だけでなくアルコールも摂取していた事案が多く、薬物単独の影響ではなく、アルコールと相まっての影響が考慮されることが多い¹¹⁴。

③ 精神障害の影響

精神障害も、事実を認識する能力や意思を形成する能力を減退させるため、被告人に殺人の故意がなかったことを徴表する事実になりうる。これも、行為時のアルコールの影響とともに考慮されることが多い。たとえば、BGH, Beschl. v. 27. 6. 1986 – 2 StR 312/86, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter1 (以下、「判例3」)は、自殺の意図で、地下室でガス漏れを起こしてガス爆発を惹き起こした被告人が酩酊状態にあり、アルコールと自殺前症候群の影響により制御能力が著しく減退していた可能性が否定できないと判断された事案である。BGHは、被告人がこのような事情にもかかわらず建物の1階にいた被害者を死なせる可能性があることを認識し是認していたかどうかを原審は調べなければならなかったと指摘した¹¹⁵。

(2) 突発的に行為に出たこと、興奮状態に陥っていたこと

被告人が突発的に、無意識的に、あるいは、怒りで興奮して行為に出た場合にも、特に慎重な故意の証明が要求される¹¹⁶。このような場合には、被

113 また、BGH, Urt. v. 3. 8. 2005 – 2 StR 75/05, NStZ 2006, 36 (以下、「判例38」)は、長期にわたる薬物の服用によって、行為の危険性をわかっていても被害者が死なないと信じてしまうほど被告人の知的な機能が侵害されていた可能性を考慮した。

114 判例14、判例38、判例46。

115 このほかに、心理的障壁論を援用し故意を否定しうる事実として精神障害を挙げた判例として判例12。また、制御能力が著しく減退していた可能性を挙げた判例としてBGH, Beschl. v. 3. 12. 1997 – 3 StR 569/97, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 50。

116 判例5、判例8、判例20、BGH, Beschl. v. 27. 8. 2013 - 2 StR 148/13, NStZ 2014, 35。

告人は自己の行為についてあまり考えていなかった可能性があるからである¹¹⁷。興奮して心理的に異常な状態にあったことから、故意の知的要素が否定される場合もあるし¹¹⁸、意的要素が否定される場合もある¹¹⁹。

もっとも、被告人が興奮状態に陥っていたことは、故意を否定する方向に働く事実として単独で重要度が高いというよりは、殺人行為に出る了解可能な動機がないことや、被告人が酩酊状態にあったことなど、他の事実と共に、故意の認定において考慮すべき事実として挙げられることが多い¹²⁰。特に、興奮状態にあると同時に了解可能な動機がない場合には、より一層、故意があったという推認は疑わしいとされている¹²¹。

もっとも、被告人が激怒していても、自己の行為の危険性を認識していたと認められたときには故意が認められる可能性がある¹²²。また、上述のように判例49はこのような精神状態がかえって心理的障壁を引き下げると述べている。

(3) 人格的未熟さ等

被告人の年齢が低く未熟であったことや¹²³、被告人の知的水準が低いこと¹²⁴、人格障害等も¹²⁵、故意の認定において考慮に入れるべき事実として挙げられる。これらの事実がある場合も当該被告人は一般人と同様に事物を判断することができないため、これらの事実も、「これほど危険性の高い行為をしたのだから被害者が死亡することも分かっていたはずだ」という本経験

117 判例6、判例9。いずれも、被告人が立腹していたことは、酩酊状態にあったこととともに、被告人がよく考えずに行為を決意したことを示すものであるとして、故意を否定する方向で考慮されている。

118 判例19、判例34、判例35、BGH, Urt. v. 26. 11. 2014 – 2 StR 54/14, NSStZ 2015, 516 (以下、「判例51」)。

119 BGH, Urt. v. 21. 1. 1993 – 4 StR 624/92, NZV 1993, 237 (以下、「判例21」)。

120 たとえば、判例17、判例21、判例46。

121 判例33、判例50。

122 判例42。

123 判例13、判例19、判例26、判例34。

124 判例18の被告人には知的障害があり、抽象的に思考する能力が劣っていた。

125 BGH, Urt. v. 24. 8. 1993 – 4 StR 470/93, StV 1994, 13, 判例28、判例37。

則を適用できないことを示す事実である。

4 客観的危険性からの推論に影響する事実

本章の2と3で取り上げた事実は、原審が客観的危険性の高さに依拠して、すなわち、本経験則を適用して直ちに故意を認定した場合に、それらの事実も考慮するようBGHが心理的障壁論を援用して特に要求してきた事実である。2で取り上げた事実は、本経験則の適用によって導かれた「被告人には殺人の故意がある」という推論と両立しない事実であり、3で取り上げた事実は、当該事案に本経験則を適用することができる前提が欠けていることを示す事実であった。しかし、心理的障壁論を援用した判例も、本経験則の適用をおよそ否定しているわけではないし、故意の有無を推認させる非常に重要な事実としてまず検討されるのは、やはり行為の客観的危険性である。そして、実際の暴力行為の強さの程度や被害者が負った傷の程度など、行為の客観的な危険性を示す事実を原審が十分に考慮していない場合には、BGHが心理的障壁論を援用したうえでそれらの事実を考慮するよう指示した判例も散見される。心理的障壁論が最初に登場した警察バリケード事件では、「被害者が警察官であった」という事実が死亡結果の推認を一般的に妨げるとされ、被告人に殺人の故意を認めた原判決を破棄する根拠となったのである。

以下では、心理的障壁論を援用した判例が故意の認定において考慮すべきであるとした、行為の客観的危険性の評価に影響する事実を取り上げる。それらは、被告人に殺人の故意があったと推認させるほど行為の危険性が高くなかったことを示し、故意があったという認定を疑わしくする事実である。本章の2と3で取り上げた事実が本経験則の適用による故意の認定を外側から否定するものであったのに対して、ここで取り上げるのは本経験則の適用による故意の認定を内側から否定するものであるといえる。ただし、以下で挙げた判例では、行為の危険性がそれほど高くなかったことが殺人の未必の故意を認定しない決定的な理由とされたわけではなく、動機や酩酊状態等の

事実とともに故意の認定を疑わしくする事実として挙げられている。

(1) 行為の客観的危険性の低さを示す事実

当該行為の態様それ自体がそれほど危険性の高いものではない場合がある。たとえば、銃を被害者には向けず、被害者からおよそ1～1.5mの地点に発砲したこと¹²⁶や、ピストルを向けていたのが臀部だったこと¹²⁷、殴打に用いられたのが小さなハンマーだったこと¹²⁸、首を絞めていた時間が短かったこと¹²⁹、家の周りにベンジンを撒いて放火したが、逃げ道のすぐ近くにベンジンを撒いたわけではなかったこと¹³⁰が挙げられる。

(2) 結果の大きさ

被害者に負わせた傷害が致命傷でない場合、被告人がもともと致命傷を負わせるつもりがなかった可能性があり、客観的な行為の危険性が殺人の故意を推認させないことがある。たとえば、BGH, Beschl. v. 15. 1. 1987 - 1 StR 704/86, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter7 (以下、「判例5」)は、原審は殺人の故意を認めたが、BGHは、被害者が負った傷害が生命にとって危険のないものであり、その程度の傷害にとどまった理由について原審が十分に説明していなかったことを指摘した。被告人が被害者に致命傷を与えなかったのは、ただ被害者に阻まれただけであり、被告人としては致命傷を負わせるつもりだった可能性もあるし、被害者が親族であったことから、被告人には致命傷を負わせるつもりがなかった可能性もあるため、故意を認定するためには致命傷を与えなかった理由についての説明が必要とされ

126 判例1。

127 判例27。

128 判例11。ほかに、殴る蹴るの暴行が比較的軽い程度だったことを指摘したものと
して、BGH, Urt. v. 18. 9. 1986 - 4 StR 458/86, StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 5。

129 判例17。ほかに判例15は、被告人が死ぬまで首を絞めていたかどうか明らかにされて
いないことを指摘している。

130 判例48。

たのである¹³¹。

(3) 行為の危険性を低く推認させる特別な事情

行為それ自体の危険性が高くても、被害者は死を回避できるだろうと経験則上予想させる事実がある場合には殺人の故意は認められない。たとえば、警察バリケード事例¹³²では、BGHは、経験則上警察官は突進してくる自動車をタイミングよく避けることができると考えられると示し、被害者が警察官であるという客観的事実を、「被害者である警察官は死なない」という結果を期待させる事実であるとした¹³³。

過去に同様の行為をした際は被害者が死ななかったという被告人個人の経験に鑑みて、被告人は本件行為時に結果発生を認識しておらず、結果不発生を信じていたと認めた判例も散見される。たとえば、BGH, Urt. v. 28. 4. 1988 - 4 StR 72/88, BGHR StGB § 212 Abs.1, Vorsatz, bedingter 13 (以下、「判例10」)は、1986年12月、夫と争いになった被告人が先のとがった調理包丁で夫を背後から刺して生命に危険を及ぼすほどの傷害を負わせたものであるが、被告人は過去に何度も夫に傷害を負わせていた。まず1980年12月には大きな調理包丁で夫の左胸を刺したが、かろうじて肺尖はずしていた。2回目は1981年夏であり、被告人はパン切りナイフで夫を攻撃したが、夫は

131 殺人の故意を推認させるほど重大ではないとされた結果として、ほかに、BGH, Urt. v. 7. 6. 1983 - 4 StR 51/83, NStZ 1983, 407 (一般人2人に向けて自動車を走らせた事例で、1人は飛びのいてよけることができ、もう1人も軽傷を負っただけだった)、判例25 (顔を空のビール瓶で殴打したが、それによる傷害は「差し迫った生命の危険」を生じさせなかった)、判例45 (長さ75cm、約1kgの鉄の棒で被害者の胴を6回殴打したが、簡単に致命傷を生じさせるものではなかった)、判例51 (被害者の額を4回コンクリートの地面に力いっぱい打ちつけたが重傷を負わせなかった)。

132 BGH, 27. 11. 1975 - 4 StR 637/75; BGH Urt. v. 18. 6. 1982 - 4 StR 295/82, StV 1982, 509; BGH, Urt. v. 21. 10. 1982 - 4 StR 511/82; 判例16。Vgl. auch BGH, Beschl. v. 21. 11. 1995 - 4 StR 628/95, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 43.

133 少し事案が異なるが、判例29は、被告人に腹を殴られて窓の方によるめいた警察官の上半身を被告人が強い力で窓の外に押し出したという事案であるが、行為当時被告人の周囲に多数の警察官がいたことから、被告人のこの行為は警察官との衝突がエスカレートした結果に過ぎない可能性があり、殺人の故意が当然に認定されるわけではないと述べている。

その攻撃を逃れていた。そして1984年に被告人は夫の頭を何度も金属製の肉たたきで殴り、夫に裂傷を負わせた。また、1986年7月には、被告人は刃渡り21cmの調理包丁で夫の胸と右上腕を刺したが、夫はタイミングよく逃れて重傷には至らなかった。BGHは、このように、過去の行為は被害者の生命に危険を及ぼすほどではなかったことから、本件行為時も被告人は夫に傷害を負わせようとしただけであり、彼が単に傷害を負うだけにとどまると信じていた可能性があるとして述べた。また、本件行為後の、「ただの切り傷だ」という娘に対する被告人の発言も、被告人がわざと自己の行為を過小評価したという原審の評価とは異なり、過去の暴力行為の経験に基づくものだと説明した¹³⁴。

もっとも、過去に行われた同様の行為によって被害者が死ななかったという事実は常に故意を否定する方向に働くわけではない。たとえば、当該行為が被害者の死を惹き起こすものであると一般的に考えられる場合は、繰り返されてきた同様の行為のうちのどれからでも被害者の死の結果が生じる可能性はあったのであるから、殺人の故意が認定される可能性がある¹³⁵。

(4) 行為者が認識していた／認識していなかった事実

故意の認定においては、考慮する行為の客観的危険性は、行為時に存在したと裁判時に判明したすべての事情を考慮して導き出した純客観的な危険性ではなく、被告人が認識していた事実を前提に評価した行為の危険性である。そこで、客観的に認められた事実だけでなく、行為について被告人がどのように認識していたかも考慮する必要がある。たとえば、BGH, Urt. v. 20. 6. 2000 – 5 StR 25/00, NStZ-RR 2000, 328は、傷害を負い意識を失った被

134 ほかに判例43は、乳児を泣き止ませるために、その身体を両手でつかんで力いっぱい揺すったという事案であり、殺人の故意を認めた原審は、過去にも同様に揺すって乳幼児揺さぶられ症候群を惹き起こしていたという事実を考慮していた。これに対してBGHは、その事実からは、一方で、被告人が被害者に暴力を繰り返してふり返ってきたことが明らかであるが、他方で、被害者はかろうじて生き延びたこともまた明らかであると指摘している。

135 判例39参照。

害者を気温の低い戸外に置去りにした事案であるが、被告人はひどい寒さを感じておらず、また、被害者の負傷の程度が被告人には明らかでなかったと認定された。寒さも被害者の負傷の程度も、被害者を戸外に置去りにする行為の危険性を決める重要な因子であり、これに対する被告人の認識も考慮しなければ、当該行為の危険性が被告人に被害者の死という結果を推認させるものであったかどうかを推論することはできない。また、被告人が力を加減して攻撃しているつもりだった場合、被告人は自己の行為の危険性を低く見積もっていたと考えられ、このことは被告人に殺人の故意がなかったことを推認させる事実になりうる¹³⁶。また、BGH, Beschl. v. 12. 5. 1992 - 4 StR 181/92, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 28 (以下、「判例16」)は、暗闇の中、パトカー3台の前に築かれた道路封鎖に90~100km/hで突っ込み、パトカーから逃げ遅れた警察官に重傷を負わせたという事案であるが、従来の警察バリケード事例と同様に警察官はタイミングよく逃げられるものだという経験則があることを前提に被告人の主観面の認定には高い要求が課されるとしたうえで、被告人は封鎖の70m前を通過するときに逃げる警察官を見ていたこと、もしも被告人が車道の中央に実際よりも広い空間があると認識していた可能性があるとするれば、被告人は衝突の危険を低く見積もっていた可能性があることをBGHは指摘し、殺人の故意を認めた原判決は支持しえないとした。

そして、反対に、故意の認定において行為の危険性を考慮する際、被告人が認識予見していなかった事実は考慮に入れるべきではない。たとえば、BGH, Beschl. v. 28. 6. 2005 - 3 StR 195/05, NStZ 2005, 629 (以下、「判例37」)は、地下鉄の駅への下り階段の胸壁に取り付けられた金属の手すりに地面に足をつかずに不安定な姿勢で斜めに座っていた被害者を、被告人が後ろから両手で力いっぱい突き飛ばしたため、被害者は支えを失って約4メートル下の駅入口へ勢いよく落下して重傷を負ったという事案である。BGHは心理的障壁論を援用して、被告人の行為時の醜態状態や統合失調症様障害

136 判例11。

のほか、突き落とされる瞬間に被害者が地下鉄入口に向かってかがんだが、被告人はそれに気づいていなかったことを原審は考慮していないと指摘した。純客観的に見れば、被害者の行為は被害者が落下し重傷を負うという結果を引き起こした一因であるが、被告人がそれに気づいていなかったのであれば、被告人は自己の行為の危険性を実際よりも小さく見積もっており、被害者が死ぬとは思っていなかった可能性がある。このような場合、被告人に殺人の故意を肯定することは適当でないであろう。

BGH判例番号対照表

判例1 : Beschl. v. 21. 4. 1983 - 4 StR 154/83

判例2 : Beschl. v. 23. 6. 1983 - 4 StR 293/83, NStZ 1984, 19

判例3 : Beschl. v. 27. 6. 1986 - 2 StR 312/86, BGHR StGB § 212 Abs.1
Vorsatz, bedingter 1

判例4 : Urt. v. 9. 9. 1986 - 5 StR 98/86, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz,
bedingter 4

判例5 : Beschl. v. 15. 1. 1987 - 1 StR 704/86, BGHR StGB § 212 Abs.1
Vorsatz, bedingter 7

判例6 : Beschl. v. 26. 5. 1987 - 1 StR 170/87, BGHR StGB § 212 Abs.1
Vorsatz, bedingter 8

判例7 : Urt. v. 25. 11. 1987 - 3 StR 449/87, NStZ 1987, 175

判例8 : Urt. v. 8. 3. 1988 - 1 StR 18/88, NStZ 1988, 361

判例9 : Beschl. v. 17. 3. 1988 - 1 StR 104/88, BGHR StGB § 212 Abs.1
Vorsatz, bedingter 11

判例10 : Urt. v. 28. 4. 1988 - 4 StR 72/88, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz,
bedingter 13

判例11 : Beschl. v. 11. 5. 1988 - 3 StR 171/88, BGHR StGB § 212 Abs.1
Vorsatz, bedingter 12

判例12 : Beschl. v. 26. 10. 1990 - 2 StR 396/90, BGHR StGB § 212 Abs.1

Vorsatz, bedingter 23

判例13 : Beschl. v. 31. 10. 1990 – 3 StR 332/90, BGHR StGB § 212 Abs.1

Vorsatz, bedingter 24

判例14 : Urt. v. 22. 11. 1990 – 4 StR 431/90, NStZ 1991, 126

判例15 : Beschl. v. 4. 12. 1991 – 3 StR 470/91, BGHR StGB § 212 Abs.1

Vorsatz, bedingter 27

判例16 : Beschl. v. 12. 5. 1992 – 4 StR 181/92, BGHR StGB § 212 Abs.1

Vorsatz, bedingter 28

判例17 : Beschl. v. 7. 7. 1992 – 5 StR 300/92, BGHR StGB § 212 Abs.1

Vorsatz, bedingter 33

判例18 : Beschl. v. 31. 7. 1992 – 4 StR 308/92, BGHR StGB § 212 Abs.1

Vorsatz, bedingter 30

判例19 : Beschl. v. 25. 8. 1992 – 4 StR 365/92, BGHR StGB § 212 Abs.1

Vorsatz, bedingter 31

判例20 : Urt. v. 19. 11. 1992 – 4 StR 490/92, StV 1993, 307

判例21 : Urt. v. 21. 1. 1993 – 4 StR 624/92, NZV 1993, 237

判例22 : Urt. v. 28. 4. 1994 – 4 StR 81/94, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz,
bedingter 38

判例23 : Beschl. v. 28. 6. 1994 – 4 StR 267/94, BGHR StGB § 212 Abs.1

Vorsatz, bedingter 40

判例24 : Urt. v. 14. 7. 1994 – 4 StR 335/94, NStZ 1994, 584

判例25 : Beschl. v. 19. 7. 1994 – 4 StR 348/94, BGHR StGB § 212 Abs.1

Vorsatz, bedingter 41

判例26 : Beschl. v. 28. 3. 1995 – 4 StR 96/95, StV 1997, 8

判例27 : Beschl. v. 28. 11. 1995 – 4 StR 642/95, StV 1997, 7

判例28 : Beschl. v. 16. 7. 1996 – 4 StR 326/96, StV 1997, 7

判例29 : Urt. v. 14. 9. 1999 – 1 StR 315/99, StV 2000, 68

判例30 : Urt. v. 22. 2. 2000 – 5 StR 573/99, NStZ-RR 2000, 165

- 判例31 : Urt. v. 8. 8. 2001 - 2 StR 166/01, NStZ-RR 2001, 369
- 判例32 : Urt. v. 11. 12. 2001 - 1 StR 408/01, NStZ 2002, 541
- 判例33 : Beschl. v. 6. 3. 2002 - 4 StR 30/02, BGHR StGB § 212 Abs.1
Vorsatz, bedingter 54
- 判例34 : Beschl. v. 10. 12. 2002 - 4 StR 370/02, StV 2004, 74
- 判例35 : Beschl. v. 23. 4. 2003 - 2 StR 52/03, NStZ 2003, 603
- 判例36 : Urt. v. 26. 1. 2005 - 5 StR 290/04, BGHR StGB § 212 Abs.1
Vorsatz, bedingter 59
- 判例37 : Beschl. v. 28. 6. 2005 - 3 StR 195/05, NStZ 2005, 629
- 判例38 : Urt. v. 3. 8. 2005 - 2 StR 75/05, NStZ 2006, 36
- 判例39 : Urt. v. 13. 12. 2005 - 1 StR 410/05, NJW 2006, 386
- 判例40 : Urt. v. 18. 1. 2007 - 4 StR 489/06, NStZ 2007, 331
- 判例41 : Beschl. v. 13. 3. 2007 - 4 StR 606/06, NStZ-RR 2007, 199
- 判例42 : Urt. v. 25. 5. 2007 - 1 StR 126/07, NStZ 2007, 639
- 判例43 : Urt. v. 1. 6. 2007 - 2 StR 133/07, NStZ-RR 2007, 267
- 判例44 : Beschl. v. 10. 7. 2007 - 3 StR 233/07, NStZ-RR 2007, 307
- 判例45 : Beschl. v. 8. 5. 2008 - 3 StR 142/08, NStZ 2009, 91
- 判例46 : Beschl. v. 22. 4. 2009 - 5 StR 88/09, NStZ 2009, 503
- 判例47 : Urt. v. 27. 8. 2009 - 3 StR 246/09, NStZ-RR 2009, 372
- 判例48 : Urt. v. 4. 2. 2010 - 4 StR 394/09, NStZ-RR 2010, 178
- 判例49 : Urt. v. 24. 2. 2010 - 2 StR 577/09, NStZ-RR 2010, 214
- 判例50 : Beschl. v. 25. 11. 2010 - 3 StR 364/10, NStZ 2011, 338
- 判例51 : Urt. v. 26. 11. 2014 - 2 StR 54/14, NStZ 2015, 516

* 本研究はJSPS科研費JP15H06415の助成を受けたものである。