

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（3・完）

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 本章で取り上げる事実について
 - 2 客観的危険性からの推論と両立しない事実
 - (1) 動機
 - (2) 人格・被害者に対する従前の態度
 - (3) 行為後の態度
 - 3 客観的危険性からの推論ができないことを示す事実
 - (1) 突発的に行為に出たこと、興奮状態に陥っていたこと
 - (2) アルコールや薬物の影響、精神障害
 - (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) 行為態様
 - (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) 行為に対する被告人の認識（以上、62巻2号）

Ⅲ BGH判例の近年の傾向

- 1 2012年判決（BGH, Urt. v. 22. 3. 2012 – 4 StR 558/11）
- 2 学説による2012年判決の理解
- 3 2012年判決以降の変化
 - (1) 故意の認定方法の変化
 - (2) 事実審へのBGHによる介入の変化

Ⅳ 心理的障壁論と故意概念

- 1 実際の心理状態としての故意の理解の貫徹
- 2 心理的障壁と故意非難
- 3 心理的障壁論と熟考という心理的事実

おわりに（以上、本号）

Ⅲ BGH判例の近年の傾向

- 1 2012年判決（BGH, Urt. v. 22. 3. 2012 – 4 StR 558/11）

心理的障壁論は登場以降、およそ40年の間、多くの判決で援用され続けてきたが、BGHが心理的障壁論を退けたとも評価されている判決が2012年に出された。それは、BGH, Urt. v. 22. 3. 2012 – 4 StR 558/11, BGHSt 57, 183（以下、「2012年判決」という）である。被害者と殴り合いのけんかをしていて被告人は一度被害者から遠ざかったが、およそ15分後に突然現れて被害者に駆け寄り、「死ね、げす野郎」と言いながら、被告人に気付いていなかった被害者の背中を肋骨が折れ、刃が肺に入り込むほど力を込めてナイフで勢いよく突き刺した。被害者が倒れて騒ぎになり、被害者の同行者が被告人を取り押さえた。被害者は切迫した生命の危険にさらされていたが、緊急手術をうけ一命をとりとめた。地裁は、上記暴言を伴う刺突行為の激しい勢いは殺人の未必の故意を証明するものになるが、被告人は一度しか刺していないこと、および、被告人の行為時の血中アルコール濃度は最高で1,58%であ

り、少なからず酒に酔った状態だったことに鑑み、そして心理的障壁の存在を顧慮すると、「疑わしきは被告人の利益に」の原則から、殺人の故意が最低限の確実さをもって証明されたとはいえないと判断し、危険な身体傷害罪を認めるにとどまった。これに対して検察が、殺人未遂の判決を求めて上告した。

BGHは、地裁の説明からは、故意の認定において要求される、全ての客観的主観的事情の全体評価が読み取れず、殺人の未必の故意を証明できないとした地裁の根拠づけには欠陥があると評価した。地裁の認定からは、酩酊状態に陥っていたことによって被告人が死の結果を認識していなかったという推論を正当化する根拠も、その結果を是認していなかったという推論を支える根拠も明らかでないとしたのである。

そして、本判決は地裁が補足的に心理的障壁論を援用したことについては、地裁が心理的障壁論のもとで何を理解しているのか、そして、その「理論」が当該事例とどのように関係しているのかが説明されておらず、「心理的障壁」という標語にただ言及しただけであって形式的に援用したにすぎないといわざるをえず、そこには論証上の重要さがいささかもないとした。加えて、心理的障壁論を援用するならば被告人の行為が心理的障壁を乗り越えたうえで行われたものか否かを検討しなければならなかったことと、著しい酩酊状態は経験則上極めて危険な暴力行為に関して心理的障壁を下げる傾向にあることを指摘した。

本判決も心理的障壁に言及しているが、第4刑事部は心理的障壁論を援用することに対しては従来のBGH判例とは異なり消極的な姿勢を示している。第4刑事部は、「心理的障壁という前提が再び取り上げられることなく殺人の故意の肯定あるいは否定に至る証拠評価が再審理されても、法的な要求には何ら変更はない。……それゆえ、BGHの理解においては、心理的障壁論は刑事訴訟法261条の指示に尽きる」(以下、この部分を「(ア)」とする)と述べたのである。すなわち、心理的障壁論を援用しなくても、たとえば酩酊状態などの行為の客観的危険性以外の事実を故意の認定において考慮

すべきであると要求されることに変わりはないことを述べたのである。そして、「BGHは、この理解にしたがって、心理的障壁論によって暴力行為の生命に対する高く明白な危険性の価値が実務上の法適用において疑わしいものにされてはならないこと、あるいは、ただ相対化されるだけにとどまらなければならないことを繰り返し強調してきた。……故意の意的要素を否定するには、むしろ、被害者が死に至らないと行為者が真剣に信じたかもしれないことの説得的な根拠が個々の事例において必要である」と述べ、行為の客観的危険性の証拠としての重要性を強調し、そこから推認される故意を否定するためには説得的な根拠が必要であることを確認的に示した。

2 学説による2012年判決の理解

本判決の最後に第4刑事部は、「本刑事部は本判決をもってBGHの他の刑事部の殺人の故意の判例から逸脱するものではない。むしろ、従来の判例の中で発展させられた理解における、いわゆる心理的障壁論を判決の基礎に置くものである」と述べているが、本判決でBGHは心理的障壁論を放棄したとみる学説がある¹³⁷。特に、Ingeborg Puppeは、本判決による心理的障壁論の放棄は、「未必の故意の概念の殺人罪の適用における大きな前進であり、そして、下級審裁判所にとってより一層の法的明確性と法的確実性への前進であり、そして、より一層の平等と合理性への前進であるとともに、このような問題のある概念の適用における、より一層の公正さへの前進である」と評価している¹³⁸。これに対して、本判決は心理的障壁論を放棄したのではなく、判例にとっての心理的障壁の意義を「限定的に」述べたのだという理解¹³⁹、あるいは、本判決は心理的障壁論からは距離をおいたが、「人が殺人を

137 Lorenz Leitmeier, Bedingter Vorsatz bei Tötungsdelikten - Hemmschwellentheorie ohne Erklärungs Wert, NJW 2012, S. 2851.

138 Ingeborg Puppe, Anmerkung für BGH, Urt. v. 22. 3. 2012 - 4StR 558/11, JR 2012, S. 477. Christoph Mandla, Anmerkung für BGH, Urt. v. 22. 3. 2012 - 4StR 558/11, NStZ 2012, S. 697は、BGHは心理的障壁論を放棄していないというが、心理的障壁論を作り出した刑事部が心理的障壁論に別れを告げることは歓迎すべきことであるという。

139 Thomas Fischer, Stafgesetzbuch, 64. Aufl., 2017, § 212 Rn. 16a.

する際には、高い心理的障壁を乗り越えなければならない」という心理的障壁論の基本的な考え方には非難を向けていないという理解も主張されている¹⁴⁰。

本判決の書きぶりを見ると、確かに、心理的障壁論を放棄したとも、放棄していないともどちらにも解釈できる。本判決の(ア)は、行為の客観的危険性のみを根拠とする殺人の故意の推定を疑問視して、故意の推認に影響するすべての客観的主観的事実を総合的に評価することを要求するために心理的障壁論を援用する必要はないという趣旨であり、そのような趣旨で心理的障壁論を援用しなくなったことを「放棄した」と表現することもできよう。その一方で、本判決は、経験則上想定される心理的障壁という殺人に対する抵抗感自体を否定したわけではないことに着目すれば、「放棄したわけではない」という理解もありうる。そして、心理的障壁があるという想定自体を放棄したわけではなければ、故意の認定に影響する一事実として客観的主観的事実の全体評価の中で考慮される可能性は残る¹⁴¹。いずれにせよ、2012年判決では、行為の客観的危険性の高さから直ちに故意を肯定せずに客観的主観的事実の全体評価を要求する理由として心理的障壁論を援用することに対する消極的な姿勢が示されたといえる。本判決についての複数の見解は、本判決が心理的障壁論を放棄したか放棄していないかという点で対立しているわけではなく、本判決で示されたこのような姿勢を「心理的障壁論を放棄した」という言葉で表現するか否かで異なっているだけであり、2012年判決がこのような姿勢を示したという判決内容の理解それ自体については、争いはないであろう。

140 Arndt Sinn/ Torsten Bohnhorst, Anmerkung für BGH, Urt. v. 22. 3. 2012 – 4 StR 558/11, StV 2011, S. 661, 662.

141 Werner Hinz, Anmerkung für BGH, Urt. v. 14. 1. 2016 – 4StR 72/15, JR 2016, S. 401 は、本判決は心理的障壁論を単なる証拠(Beweiszeichen)に追いやったと述べている。Sinn/ Bohnhorst, a. a. O. (Anm. 140), S. 662の指摘も同旨であると理解できる。

3 2012年判決以降の変化

(1) 故意の認定方法の変化

実際に、2012年判決以降の判例は、心理的障壁論を援用した判例と同様に客観的主観的事実の全体評価を要求しつつも、心理的障壁論を援用しない傾向にあるといえる。もっとも、Hemmschwelleという言葉が判決文の中に全く見られなくなったわけではなく、2012年判決以降もいくつかのBGH判例の中になお散見される。そのため、2012年判決から数年経っても、「BGHの刑事部の間にはなお統一的な方針が作られていない。そのため、いくつかの刑事部が心理的障壁論を堅持しようとしている」という指摘もある¹⁴²。たしかに、なお心理的障壁論を前提にしているように見える判例はあるが、2012年判決以前の判例と全く同様に心理的障壁論を援用しているといえるかは疑問である。

たとえば、BGH, Beschl. v. 27. 8. 2013 – 2 StR 148/13では、BGH自身が故意の認定においてすべての客観的主観的事実の全体評価を要求する際に心理的障壁に言及していない。これについては、本件では単に、原審が既に心理的障壁を考慮していたから心理的障壁論に言及する必要がなかっただけではないかという見方も考えられる。しかしながら、そのような見方は表面的であると思われる。本決定では、原審が心理的障壁論を援用したことが示されると同時に、殺人の故意を肯定あるいは否定するすべての有力な事実を原審が包括的に評価したことも示されている。したがって、原審が既に前提としている部分は重複するから言及しないというのであれば、BGHは事実の全体評価についてもその一般論は省略し、本件についての具体的な評価のみを書けば足りたであろう。しかし、実際には、BGHは原審の判断について説明したあとで、故意を証明する際には「事実審裁判官は客観的事実と主観的事実の包括的な全体評価に取り組まなければならない」と改めて述べてい

142 Hinz, a. a. O. (Anm. 141), S. 401. Hinzは、例としてBGH, Urt. v. 27. 8. 2013 – 2 StR 148/13, NSStZ 2014, 35とBGH, Urt. v. 17. 7. 2015 – 5 StR 75/15を挙げているが、本文中で述べるようにこの2件の判例についての筆者の理解はHinzとは異なる。

る。心理的障壁に言及していないのは、単に重複を避けるためではないのではないだろうか。

また、全体評価に取り組まなければならないという指示は、心理的障壁論を援用する判例においては心理的障壁についての記述と、いわばセットで書かれてきた。したがって、もしも本決定も従来の判例と同様に心理的障壁論を前提にしているのであれば、心理的障壁についての記述を省くよりも、「殺人の前には高い心理的障壁があるから」と述べる方が従来の判例と比較しても自然であると思われる。さらに、本決定において、殺人の故意を認めた原審が十分に考慮していなかったとBGHが指摘したのは、行為が突発的に行われたことと被告人らが行為に出た動機である。これらはまさに、BGHが従来判決文中で心理的障壁論の一般論を展開する際に、心理的障壁論のもとで特に考慮すべき事情として挙げてきた事実である。そのため、もしも本決定が心理的障壁論を援用しているのならば、突発的な行為であったことや被告人の動機を考慮すべきであると示す際に心理的障壁論に言及していないことに対してもやはり不自然さを覚える。以上のように考えると、本決定も心理的障壁論から距離を置いているように見えるのである¹⁴³。

そして、本決定でBGHが心理的障壁について言及したのは、「地裁は確かに適切にも、極めて危険な暴力行為がなされた場合には、人間の殺害に関しては高い心理的障壁があるとはいえ、未必的な殺人の故意が当然に存在する、ということを出発点にしている」という文である¹⁴⁴。これは、確かに心理的障壁論を否定する文ではないものの、従来の心理的障壁論を援用した判例とはいわばベクトルが逆を向いた文である。すなわち、従来は「極めて危険な暴力行為が行われた場合であっても、人を殺害することに対しては高い心理的障壁があるから、故意がなかった可能性も考えなければならない」という趣旨で心理的障壁に言及していたのに対し、本決定は、「人を殺害する

143 ほかに、判決文中に心理的障壁という言葉は出てくるが、故意の認定においてすべての客観的主観の事情を考慮することが必要であることを示す際に心理的障壁論を援用してはいない判例として、BGH, Urt. v. 4. 4. 2013 – 3 StR 37/13.

144 BGH, Urt. v. 26. 11. 2014 – 2 StR 54/14, NStZ 2015, 516も同様。

ことに対しては高い心理的障壁があっても、極めて危険な暴力行為が行われた場合には当然に故意が推定される」という趣旨である。このことから、仮に本決定が心理的障壁論を前提にしていたとしても、心理的障壁論が故意の認定において従来ほど決定的ではなくなっているといえよう。

また、同居人である男が子供を虐待したため、子供の具合が悪いことを知りながら病院に連れて行かなかった母親の殺人の故意が問題になったBGH, Urt. v. 17. 6. 2015 – 5 StR 75/15では、心理的障壁という言葉は、「地裁は—自分の子どもの死を是認することが、当然、最も高い心理的障壁の乗り越えを前提としていることは別として—故意に対して否定的な事情を検討しなければならない」という文の中に見られる。ここでは心理的障壁を想定すること自体は否定されていないようであるが、故意を否定する事情も考慮しなければならない決定的な理由として心理的障壁に言及しているわけではない。

なお、2012年判決以降、「未必の故意と認識ある過失の責任形式は限界領域において密接に境を接している」という文言が、心理的障壁論に代わって、故意の認定においてすべての客観的主観の事情の全体評価を要求する理由として用いられるようになったという見方がある¹⁴⁵。しかし、この文言は本判決以前の心理的障壁論を援用した判例の中にもたびたび見られ、2012年判決以降に初めて使われ始めたわけではない。以前から心理的障壁論と並んで、慎重な故意認定を要求する理由に挙げられていた¹⁴⁶。2012年判決以降は、単に心理的障壁論が援用されなくなって、この文言が単独で用いられる

145 Ingeborg Puppe, Beweisen oder Bewerten, Zu den Methoden der Rechtsfindung des BGH, erläutert anhand der neuen Rechtsprechung zum Tötungsvorsatz, ZIS 2/2014, S. 67. この文言を用いている判例はたとえば、BGH, Urt. v. 20. 9. 2012 - 3 StR 158/12, NSTz-RR 2013, 89; BGH, Urt. v. 4. 4. 2013 - 3 StR 37/13; BGH, Beschl. v. 13. 8. 2013 - 2 StR 180/13. なお、Puppeもこの文言は新しいものではないと断っている。

146 心理的障壁論と共に、故意と過失の境が接していることを述べた判例として、たとえば、BGH, Beschl. v. 21. 4. 1983 - 4 StR 154/83; BGH, Beschl. v. 26. 5. 1987 - 1 StR 170/87, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 8; BGH, Beschl. v. 31. 10. 1990 - 3 StR 332/90, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 24; BGH, Beschl. v. 4. 12. 1991 - 3 StR 470/91, BGHR StGB § 212 Abs.1 Vorsatz, bedingter 27; BGH, Beschl. v. 23. 4. 2003 - 2 StR 52/03, NSTz 2003, 603; BGH, Urt. v. 28. 1. 2010 - 3 StR 533/09, NSTz-RR 2010, 144.

ようになったであろう。したがって、この文言の使用それ自体は2012年判決後の特筆すべき変化とはいえないと思われる。

また、文献上は、2012年判決の影響で心理的障壁論が援用されなくなることによって行為の客観的危険性から直ちに故意を認定することが積極的に受け入れられるようになり、故意を否定するためには、より多くの労力が必要になると指摘されている¹⁴⁷。確かに、2012年判決は、故意の意的要素を否定するためにはその説得的な根拠が必要であると明らかに述べており、形式的に心理的障壁論を援用しただけでは、行為の客観的危険性から導かれた故意の認定を疑わしいとする評価は説得的でないと考えられるようになったとみることができる。そして、意的要素を否定するのは「結果不発生に対する信頼」であると考えられているため、「結果不発生に対する信頼」の実体は何か、そしてそれはどのような場合に認められるか、という問題に正面から取り組まなければならないといわれている¹⁴⁸。もっともBGHは、故意の認定を慎重に行う姿勢は崩していないのであるから、心理的障壁論を援用しなくなったからといって直ちに故意が認められやすくなるということはないであろう。心理的障壁論が全く用いられなくなったとしても、故意を肯定する方向であるにせよ否定する方向であるにせよ、故意の認定において被告人の実際の心理状態を指し示す主観的事情の考慮が今後も不可欠であることについては、変化はないと思われる。

(2) 事実審へのBGHによる介入の変化

既に述べたように、BGHは心理的障壁論を援用することによって、主に行為の客観的危険性から故意を認定した事実審の証拠評価を不十分であると非難し、どのような事実を考慮すべきかを指示してきた。そのため、BGHが心理的障壁論を援用しなくなった後は、心理的障壁論を援用していたとき

147 Puppe, a. a. O. (Anm. 138), S.478-9; Hinz, a. a. O. (Anm. 141) S. 401.

148 Vgl. Sinn / Bohnhorst, a. a. O. (Anm. 140), S. 662; Puppe, a. a. O. (Anm. 145), S. 69. vgl., auch Hartmut Schneider :in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl., § 212 Rn. 52 und 56.

とは反対に、事実審は上告審によって判決を覆されることを恐れることなく、より自由に故意の有無を判断できるようになるといわれている¹⁴⁹。

2012年判決以前も、BGHは、事実認定は地裁の任務であり、地裁による認定に瑕疵がなければ上告審は地裁の認定を尊重すべきであり、異議を唱えてはならないと示していたが¹⁵⁰、2012年判決以降のBGH判例を見ると、事実審の証拠評価を尊重すべきだとする姿勢を実際に強めたように思われる。たとえば、BGH, Urt. v. 20. 9. 2012 – 3 StR 140/12, NStZ-RR 2013, 75 (以下、「3 StR 140/12」という)は、「法的瑕疵がないかぎり、事実審とは異なる証拠の評価が可能であった、あるいは、それどころかそのような評価が当然であった場合にも、上告審は事実審の心証形成を受け入れなければならない」と述べ、さらに個々の証拠の意味や重要性も事実審が評価すべきであり、その評価に法的瑕疵がないかぎり上告審はそれを受け入れなければならないと示した。そして、このことは「事実審裁判官が殺人の未必の故意の証明の枠内で、被害者に対して客観的に生命を脅かすような行為者の暴力行為を認定した場合にも特に有効でなければならない」と述べている。このようなBGHの姿勢は、従来の心理的障壁論を援用したBGH判例に見られた、地裁が客観的に危険性の高い行為から故意を認定した判決にBGHが積極的に介入する姿勢とは、いわば反対の姿勢であるとさえいえよう。

3 StR 140/12はさらに、被告人の有利な方向にも不利な方向にも働きうるアンビバレントな事実の評価についても、事実審の判断に法的瑕疵がなく支持できるものであるならば、アンビバレントな事実にいかなる意味を認めるかについての事実審の判断を上告審が受け入れなければならないこと、そして、事実審裁判官は同じ事実について再度検討し直したり、そうすることで自身が出した結論に矛盾する危険を冒したりするように強いられることはな

149 Christian Fahl, Das Ende der Hemmschwellentheorie – Ein Nachruf, JuS 2013, S. 501.

150 BGH, Urt. v. 20. 6. 2000 – 5 StR 25/00, NStZ-RR 2000, 328; BGH, Urt. v. 23. 6. 2009 – 1 StR 191/09, NStZ 2009, 629.

いことを明示している¹⁵¹。アンビバレントな事実としては、突発的な行為¹⁵²や酩酊状態¹⁵³が挙げられる¹⁵⁴。すなわち、これらの事実が故意を根拠づける証拠となるか、否定する証拠となるかは、事実審裁判官の自由な判断にゆだねられるべきであるとBGHは示しているのである¹⁵⁵。もっとも、それは、完全に事実審裁判官の自由に任せてBGHはその判断の妥当性をチェックしないということではない。BGH, Urt. v. 17. 7. 2013 – 2 StR 139/13, NStZ-RR 2013, 343は、事実審裁判官は、アンビバレントな証拠に対してそのように判断した理由を事実の具体的な認定に基づいて示すことから解放されるわけではないと述べ、故意を認めなかった原判決において「未必の故意の意的要素に対する、認定された特殊な興奮の影響は述べられておらず、また、自明でもない」ことを指摘し、原判決の判断には欠陥があるとした。

IV 心理的障壁論と故意概念

1 実際の心理状態としての故意の理解の貫徹

BGH判例において心理的障壁論が援用されてきた一方で、ドイツの学説上では、故意を実際の行為者の心理状態としてではなく、客観的・規範的なものとして理解すべきであるという見解も主張されてきた。行為の客観的

151 BGH, Urt. v. 20. 9. 2012 – 3 StR 158/12; BGH, Urt. v. 4. 4. 2013 – 3 StR 37/13; BGH, Urt. v. 16. 5. 2013 – 3 StR 45/13, NStZ 2013, 581; BGH, Urt. v. 17. 7. 2013 – 2 StR 139/13, NStZ-RR 2013, 341も、3 StR 140/12と同様のことを述べている。

152 BGH, Urt. v. 16. 5. 2013 – 3 StR 45/13, NStZ 2013, 581; BGH, Urt. v. 17. 7. 2013 – 2 StR 139/13, NStZ-RR 2013, 343.

153 BGH, Urt. v. 20. 9. 2012 – 3 StR 158/12; BGH, Urt. v. 4. 4. 2013 – 3 StR 37/13; BGH, Urt. v. 16. 5. 2013 – 3 StR 45/13, NStZ 2013, 581.

154 このほかに、アンビバレントな証拠として、たとえばBenedikt Edlbauer, Der Stich ins Herz, JA 2008, S. 728は行為後の態度を、Puppe, a. a. O. (Anm. 145), S. 69は、BGH, Urt. v. 4. 4. 2013 – 3 StR 37/13に見られる、被告人がそれまでに刑罰を受けたことがないことや、地味な素行を挙げている。

155 アンビバレントな事実を事実審が自由に評価して良いということは、ある事案ではその事実が故意を肯定するものと評価し、また別の事案では故意を否定するものと評価することが許されることになる。しかし、これについてPuppe, a. a. O. (Anm. 145), S. 69は、同じ裁判所が同じ証拠について異なる評価をすることができ、それを強力に言い張りさえすれば、相矛盾する2つの判決が両方とも上告審で覆されずに支持されることになる旨を指摘している。

な危険性が高い場合には、一般的にはその行為によって結果が発生する可能性が高いことを認識でき、それでも行為を続けた場合はそれを認容していたといえるのであるから、たとえ当該被告人が結果不発生を信じていたとしても、それは考慮に入れるべきでない不合理な結果不発生への信頼であり、故意責任を認めるべきだと主張する見解である¹⁵⁶。しかし、このような故意の理解に対しては批判も多く、判例だけではなく学説の多数もこれを採用していない。既に見てきたように、BGHは、故意を結果発生への認識およびその是認と解し、故意を認めるためには行為者が実際にそのような心理状態にあったことを要求している。

ところで、故意の概念を論じる際には「故意は行為者の実際の心理状態である」と言いながら、それを認定する際には行為の客観的危険性のみを重視して、行為の危険性が高ければ殺人の故意を認めるとするのであれば、それは、否定した故意の規範化・客観化を結局は認定の段階で受け入れることにならないだろうか。行為の客観的な危険性の高さから推論できるのは、「当該行為者と同じ立場に置かれた一般人は結果発生を認識し、それでも行為を続けたときは、その結果発生を是認していたであろう」ということにとどまり、当該行為者が実際に結果発生を認識し、それを是認していたと推認するには不十分である。故意を行為者の実際の心理状態として理解するのであれば、故意の認定において行為の客観的な危険性だけを考慮するのでは足りず、当該被告人の実際の心理状態を徴表する動機や当時の精神状態、行為後の態度等、行為者の内心を指し示す事実も考慮することが必要である。そして、そのような事実を考慮して故意を認定するようBGHが下級審に指示するために援用してきたのが、まさに心理的障壁論であった。すなわち、心理的障壁論の援用においては、故意概念の理解と故意の認定方法とを一貫させようとする姿勢が現れていたと評価できよう。

問題は、BGHが、故意をこのように行行為者の実際の心理状態と理解す

156 Ingeborg Puppe, Strafrechtsdogmatische Analysen, 2006, S. 238 (dies, Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW 103 (1991) S. 13).

る一方で、心理的障壁そのものについては、当該被告人の心理に実際に存在していたか否か、また、どの程度の障壁であったかということは証明してこなかったことである¹⁵⁷。Hartmut Schneiderが指摘するように、実際には人によって、あるいは、同じ人物であっても行為時の具体的状況によって、殺人に対する心理的障壁、すなわち抵抗感には違いがあるはずである。Schneiderによれば、たとえば、幼少期から暴力行為に慣れている者は一般的な人間に比べて「心理的障壁」は低いと考えられるし、また、集団心理に影響されている場合には状況の理由によって犯行時のみ普段よりも心理的障壁が低くなると考えられる¹⁵⁸。心理的障壁論は、「およそ人は殺人に対して心理的障壁すなわち抵抗感を持つ」という経験則として故意を認定する際に考慮されてきたと理解されるが、当該被告人の実際の心理状態としての故意を認定するのであれば、そこで考慮する経験則も当該被告人に適用すべきかどうかを具体的事情に鑑みて検討すべきであり、殺人の故意が問題となっている事案だからといって一律に適用すべきではないと思われる¹⁵⁹。2012年判決によって心理的障壁は故意の認定において考慮される一事実に過ぎなくなるという見方があるが¹⁶⁰、本稿のように心理的障壁も行為者の実際の心理的事実としてその存在を検討すべきだと考えるならば、そのような変化は好ましいことだといえよう。

157 人間の心中に実際に心理的障壁が存在しているか否かは明らかにされておらず (Vgl. Klaus Geppert, Zur Abgrenzung von Vorsatz und Fährllssigkeit, insbesondere bei Tötungsdelikten, Jura 2001, S. 59; BGH, 27.11.2002 - 2 StR 427/02 StV 2003, S. 213.)、心理的障壁論を心理学的に根拠づけることは困難であり (Vgl. Ulfrid Neumann/ Frank Saliger, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2., 5. Aufl., § 212 Rn. 18)、心理的障壁は「フィクション」であるといわれる (Thomas Trück, Die Problematik der Rechtsprechung des BGH zum bedingten Tötungsvorsatz, NStZ 2005, S. 234)。

158 Schneider, a. a. O. (Anm. 148), Rn. 54.

159 従来のBGH判例においても、不作為犯の場合は心理的障壁論が作為犯の場合と同様には適用できないとされてきたが (拙稿「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)」鳥大法学60巻1=2号(2016年)19-24頁参照)、そのように「不作為犯」という類型によって一律に結論を決めるのではなく、個々の事案ごとに具体的事情を考慮して心理的障壁論の考え方をを用いるべきか判断すべきである。

160 Hinz, a. a. O. (Anm. 141), S. 401.

2 心理的障壁と故意非難

心理的障壁論は故意の認定方法を内容とするものであって故意概念を定めるものではないとはいえ¹⁶¹、具体的事案における被告人に対する故意犯としての非難は認定によって決定されるのであるから、ここで故意非難に対する心理的障壁論の意義を検討する。

心理的障壁が阻むのは、殺人の行為に出ることなのか、それとも、殺人の故意（是認）をもつことなのか、ということについては、本稿Ⅰ－2で論じたように理解が分かれているが、故意非難の面で心理的障壁論に意義が認められるのは、結果の是認を阻む壁としての理解であると考えられる。このような理解のもとでは、行為者が心理的障壁を乗り越えたことで故意の意的要素が充足されることになるからである。結果に対する行為者自身による情緒的評価である是認を行為者が形成する過程は、心理的障壁論を援用すると次のように説明できる。すなわち、行為者は結果発生について認識したあと結果に対する評価を下すのであるが、その際、被害者が死亡するという結果を了承することに抵抗を覚え、心理的障壁に直面する。そして、その心理的障壁を乗り越えて、結果を是認するのである。被害者が死亡するという結果に対して、「望ましい」とか「好ましい」、「結果が発生してもよい」という積極的な評価を下す場合はもちろんのこと、結果発生を望んではいないが「仕方ない」と考えるような場合も、消極的な評価であるとはいえ被害者の死亡を了承することには変わりはないので、同様に説明できよう¹⁶²。この場合、心理的障壁の乗り越えは、被告人が故意犯として強い非難に値する心理状態を形成したことを示す。

161 Vgl. Torsten Verrel, (Noch kein) Ende der Hemmschwellentheorie?, NSTz 2004, S. 310; Thomas Trück, Tötungsvorsatz ohne Hemmschwelle, JZ 2013, S. 180; Thomas Fischer, Bewerten, Beweisen, Verurteilen, Antwort auf Puppes Polemik über die „Methoden der Rechtsfindung des BGH“ (ZIS 2014, 66), ZIS 2014, S. 98. Stefan Mühlbauer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Tötungshemmschwelle, 1999, S. 8f.

162 もっとも、結果発生を「好ましい」と思うような積極の評価をする場合と、「仕方ない」、「やむをえない」と思うような消極の評価をする場合とでは、乗り越える壁の高さに差があるのではないかという疑問はある。

ただし、無関心についてもこのように説明できるかは疑問である。判例や
是認説は、行為者が結果に対して無関心の場合も故意の意的要素があると認
めているが、行為者は結果に対して関心がなく結果発生についての是非を判
断していない場合、行為者は結果に対して判断を下すことから逃れており、
心理的障壁を乗り越えて心理状態に変化を生じさせたとは考えにくいのでは
ないか¹⁶³。したがって、結果を是認することに対する心理的障壁の理解にお
ける「是認」では、判例や是認説が考える故意の意的要素としての心理状態
をカバーしきれていない（無関心をカバーできていない）ように思われる。
そうすると、心理的障壁論は是認説による故意の理解を反映できているとは
言い難いであろう。既に本稿で述べてきたようにBGHが心理的障壁論のも
とで故意の知的要素も否定してきたことを考慮すれば尚更、このような心理
的障壁の理解を支持することは難しい。このような心理的障壁の理解は実際
の心理的障壁論の適用との間に齟齬を生じており、BGHの心理的障壁論の
理解としてはふさわしくないからである。

これに対して、心理的障壁を殺人行為に出ることに対する抵抗感として理
解すれば、本稿Ⅰ－２で論じたように、結果発生の認識の有無についても心
理的障壁を考慮することができる。すなわち、「およそ人は殺人に対して抵
抗感をもつものであり、殺人行為に及ぶには高い心理的障壁を乗り越えなけ
ればならず、容易にそのような行為に出るとは考え難い。被害者の死という
結果を認識すればこのような心理的障壁に直面して行為を思いとどまると考
えられるのに、被告人が被害者を死なせるような危険な行為に出たのは、被
告人がそもそも被害者の死を認識していなかったからではないか」と推論
し、心理的障壁があることを理由に、故意を認定する際に結果発生の認識が
なかった可能性を考慮すべきだといえることができる。けれども、ここで導
かれるのは「行為者は心理的障壁を乗り越えていない（そもそも直面してい

163 もっとも、「結果が生じようが生じまいがどうでもよい」という心理状態の内容が、「結
果が発生したらそれでもよいと思うし、結果が発生しなければそれでもよいと思う」と
いうものであれば、結果の発生を了承していることになるので上記の心理的障壁の乗り
越えの説明は成り立つであろう。

ない)可能性があるから、故意は慎重に認定しなければならない」ということにすぎない。故意を慎重に認定しなければならないことは、わざわざ心理的障壁を持ち出さずとも故意の認定において前提としうることであって、このことが心理的障壁論を援用する必要性を根拠づけるとは言い難い。

殺人行為に出ることを阻止するものとして心理的障壁を理解すると、心理的障壁を乗り越えることでなされるのは殺人行為に出ることであり、心理的障壁の乗り越えは故意の形成自体には結びつかない。特に結果発生認識は心理的障壁を乗り越えることによって形成されるものではなく、むしろ、心理的障壁に直面する以前に形成されるべきものであるだろう。行為者は「被害者が死ぬ」という結果の発生を認識しなければ、そもそも殺人に対する高い心理的障壁に直面することができないから、結果発生を認識することは心理的障壁に直面するための前提であると考えられる。したがって、結果発生認識の有無それ自体は、被告人が心理的障壁を乗り越えたという証明をもって判断されるものではないといえる。故意を認めるための心理状態として是認を要求するBGHとは異なり、故意を認めるためには構成要件該当事実の認識があれば十分であるとする認識説においても、上述のような推論のかたちで心理的障壁論を援用することは可能ではあるが、故意の認定において心理的障壁論を援用する必要があるとはいえないであろう。

3 心理的障壁論と熟考という心理的事実

そして、心理的障壁論のもとでは故意の認定において熟考という要素が重視される傾向があり、かつて謀殺罪の要件から削除された熟考をBGHが故意認定の場面で復活させているという興味深い指摘がある¹⁶⁴。このように指摘されるのは、心理的障壁論のもとで、興奮状態や酩酊状態にあったという事実によって故意が否定されてきたのに対し、BGH, Urt. v. 7. 11. 1991 -

164 Ingeborg Puppe, Die Logik der Hemmschwellentheorie des BGH - Zugleich eine Besprechung von BGH, Urteil vom 7. 11. 1991 - 4 StR 451/91 (LG Passau) - NStZ 1992, S. 577; Geppert, a. a. O. (Anm. 157), S. 59.

4 StR 451/91, NStZ 1992, 125のような不作為犯の事案では故意が否定されてきたからである。この不作為の殺人についての判決の事案は、被告人が起こした自動車事故により負傷させた被害者を救助せずに放置して走り去り、車内で一晩過ごしてから翌朝警察に出頭したというものであり、被告人には被害者を放置することについて十分に考える時間があったという特徴がある。すなわち、故意が否定される興奮状態等の事案とこの判決の事案との違いは、自己の行為について考慮できなかったか、それとも考慮できたかということにあるといえ、BGHはそれを考慮して故意の有無を判断しているのではないかといわれるのである¹⁶⁵。もっとも、被告人が行為について事前に熟考していれば、結果発生を認識し是認もしていたのであろうと推測しやすいため、熟考は故意があったことを示す間接事実であり、個々の事例で間接事実の一つとして考慮されることに問題はない。ここで指摘されているのは、熟考を単に間接事実として考慮するにとどまらず、熟考に故意犯に対する強い非難を根拠づける要素としての意義を認めているのではないかということである。

熟考は、ドイツでは1941年のドイツ帝国刑法典改正に至るまで、謀殺罪の要件とされていた。当時の謀殺罪には死刑しか規定されていなかったため、死刑を科す決定的な要件となっていたのである¹⁶⁶。その理由は次のように説明されている。すなわち、熟考して人を殺害したということは、殺害に適した手段について冷静かつ慎重に考えたうえで殺害したということであり、そのような倫理的に逸脱した非人間的な行いをした被告人は、人間としての道徳心を失って「市民」から逸脱しているため、死刑によって市民社会から排除されるべきである、と¹⁶⁷。しかし、刑法典改正後、故殺と区別して謀殺罪

165 Puppe, a. a. O. (Anm. 164), S. 577.

166 Sven Thomas, Die Geschichte des Mordparagrafen – eine normgenetische Untersuchung bis in die Gegenwart, 1985, S. 186.

167 以上の「熟考」の理解については、Thomas, a. a. O. (Anm. 166), S. 188-91, 202による。これによれば、謀殺に対して、熟考せずにとっさに、あるいは、情動に突き動かされて殺害行為に及んだ故殺罪の行為者は、市民社会における「市民」から逸脱した者とはみなされなかったとのことである。

を根拠づける主観的要件から熟考は削除された。そのため、故意を認定する際に熟考を重視することは、謀殺罪の重い責任を根拠づける要素から熟考を削除したにもかかわらず、今度は故意の殺人と傷害致死とを区別する要件として、すなわち、故意を認定して故意犯の重い責任を被告人に負わせるための要件として復活させることになる問題視されるのである¹⁶⁸。

もっとも、BGHは被告人が自己の行為について熟考したことが重要であるとは述べていないし、個々の判例を見てもそのような傾向が明らかに読み取れるとはいえないため、この指摘が当たっているかどうかはなお明らかではない。しかし、もし、心理的障壁論を援用したBGH判決が熟考を、故意を認定するための要素として実際に重視しているとすれば、そこで行われている故意の認定は、故意論における故意概念の理解から乖離したものであるといわざるをえない。故意論においては、熟考したという心理的事実が故意責任を基礎づけるという考え方は一般的であるとはいえない。そして、もしも熟考を謀殺の要件としていたのと同じ理由で、熟考を故意を認定するための要素とするならば、故意犯としての非難を被告人に向けるのは被告人が倫理的に逸脱した人間であるからということになるが、故意犯に対する非難の本質はそれとは異なるであろう。

おわりに

本稿では、ドイツBGH判例において殺人の故意を認定する際に用いられてきた心理的障壁論の登場時から現在に至るまでの援用の仕方や、従来指摘されてきた問題点を上げ検討した。心理的障壁論に対しては従来多くの批判が向けられ、2012年判決以降はそれ以前のように積極的には援用されなくなっただよに見える。心理的障壁論が援用されなくなることで、故意の認定において行為の客観的危険性の重要性が高くなり、行為の客観的危険性の高さに大きく依拠して故意が認定されるようになる可能性が考えられる。しかし、2012年判決以降も心理的障壁論によって指示されてきた故意認定の方

168 Vgl. Puppe, a. a. O. (Anm. 164), S. 577; Geppert, a. a. O. (Anm. 157), S. 59.

法について特筆すべき変化は見られず、相変わらず行為者の動機や精神状態など行為の客観的危険性以外の事実も考慮すべきであるとされている。これは、故意は行為者の実際の心理状態であるという故意概念の理解に適う認定方法であって適当であり、従来の故意概念の理解を維持する以上今後もこのような認定方法が維持されるべきであろう。

このように心理的障壁論は「故意は行為者の実際の心理状態である」という理解に則した認定方法を指示するという面では、故意論に基づく認定論を展開しているといえるが、それ以上に認識説や是認説などが示してきた「故意としての心理状態は何か」という故意概念の理解までもがそこに反映されているとは言い難い。もし、「故意としての心理状態は何か」という故意概念の理解にまで根差した認定をするのであれば、BGHは是認説を採っているのであるから「是認説らしい」認定論を展開することが期待される。それは心理的障壁論でいえば、それは殺人の結果を是認することに対する心理的障壁を想定することだと考えられ、心理的障壁をそのように理解する見解も有力に主張されているが、本稿Ⅳ-2で見たように、そのような理解は心理的障壁論の援用の実態や故意概念としての「是認」の理解との間に齟齬を生じるように思われる。その点、殺人行為に出ることに対する心理的障壁という理解の方が適しているように思われるが、そうすると今度は故意概念との結びつきが薄くなるし、心理的障壁を想定する必要性が疑わしくなる。

わが国では心理的障壁論は用いられておらず、ドイツにおいても今後はますます援用されなくなると思われるが、故意は心理的事実であるという理解を認定論においても徹底していこうとした一つのモデルとしての価値が心理的障壁論にはあるといえる。わが国も故意を行為者の実際の心理状態として理解するのが一般的であるから、故意概念の理解に根差した故意の認定方法を構築する際、心理的障壁論のどこを支持することができ、どこを支持しえないかを明らかにすることは、あるべき認定方法の構築に資するであろう。そして心理的障壁論では徹底されなかったが、故意の認定は、認識や是認などの故意の内容の理解にまで根差すべきなのか否か、そして、根差すべきで

あるとすればそれをどのようにして実現するかが今後検討されるべき課題である。

* 本研究はJSPS科研費JP15H06415の助成を受けたものである。