

資料

〔外国文献紹介〕

早稲田大学刑事法学研究会

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』」

大庭 沙織

一 はじめに

我国の判例および通説は、故意犯の成立には構成要件該当事実の認識・認容を必要とし、未必の故意と認識ある過失とを認容の有無によって区別する。しかし、故意をどのように認定するかという問題は、故意の実体が何かという問題と絡んで、なお不明確なままである。⁽¹⁾ また、裁判員裁判の導入により、特に殺意については、裁判員にどのように説明し、どのように認定するかという問題がある。司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹会、2009）12頁によれば、殺意の「基本的な説明としては、『人が死ぬ危険性（可能性）が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。』と説明することが考えられる」とされる。この説明にしたがって故意を認定するならば、行為の危険性の高さ⁽²⁾と殺意の存在とが密接に結びつくであろう。しかし、客観的な行為の危険性から直ちに殺意を認定することについては、「故意の抽象化」や「故意の客観化」⁽³⁾に対する懸念が示されており、問題があるといえる。

確かに、行為の危険性が高い場合には、行為者に故意を認めるのが自然かもしれない。しかし、危険な行為を行い、行為者もその危険性を認識しているにもかかわらず、結果は発生しないと信じている場合もある。そこで、我国の判例および通説と同様、故意を構成要件該当事実実現を認識すること、および是認しつつ甘受すること（billigend in Kauf nehmen）（以下「是認」という）と理解するドイツの連邦通常裁判所（BGH）は、行為の危険性および結果発生⁽⁴⁾の認識を認めても、なお結果不発生に対する「曖昧ではなく真剣な信頼」があれば故意を否定⁽⁵⁾する。そこで、事実審が行為の危険性から殺意を認定した場合、BGHは、事実審が殺人に対する「抑制をかける心理的障壁」⁽⁶⁾を考慮せずに証拠評価を行った点にドイツ刑法337条の定める法律違反があるとして事実審判決を覆し、故意の

存在を否定する事実を考慮して故意を否定することがある。⁽⁷⁾「抑制をかける心理的障壁」とは、人間が通常もつとされる、殺人の禁忌を指す。殺人の場合には傷害の場合よりも高い「抑制をかける心理的障壁」がある、⁽⁸⁾という表現のもとで、被害者の死に対する是認の存在を当然には認めえないことの徴表となる事実が取り上げられる。そして、行為者は結果発生を是認していたと認めうる客観的状況が存在しなかったと判断されれば、被害者の死という結果が発生しないことに対する「曖昧ではなく真剣な信頼」が行為者にあったとされ、殺人の故意は認められない。⁽⁹⁾BGH は、「抑制をかける心理的障壁」のもとで、殺人の故意の認定を慎重に行うことを要求し、行為の危険性から簡単に故意が認定されること、すなわち故意の認定において行為の危険性が絶対化されることを回避しようとしてきた。⁽¹⁰⁾

このような状況において、ルト・リッシング・ファン・ザーンの「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』」は、⁽¹¹⁾従来なされてきた「抑制をかける心理的障壁論」の分析および批判をまとめたものであるとともに、「抑制をかける心理的障壁論」の適用に関する判例上の新たな傾向にも言及しており、我国における殺人の故意の認定の在り方を検討するうえで有益なものと思われる。以下では、まず論文の概要を紹介した後に若干の検討を述べることにしたい。

二 論文内容の紹介

Ⅰ. 論題について

BGH は、他者を殺害することに対しては高い「抑制をかける心理的障壁」があることを理由に、第一審による殺人の故意の認定に対して異議をとなえる傾向がある。「抑制をかける心理的障壁論」は、文献上、判例の発明品と見なされているが、個々の事例における未必の故意の認定に関して、それが具体的にどのような意義を有するかはあらゆる場合に不明確なままである。それは、一般に、未必の故意と認識ある過失の区別に難しい問題があるからである。また、未必の故意と認識ある過失との区別に関して判例によって用いられる、(結果を)「ありうるものと見なし (Für-möglich-Halten)」そして「甘受する (In-Kauf-Nehmen)」という基準は、法律による規定がないために、裁判官のその時々々の先入観の影響を受ける。

Ⅱ. 刑法学上の根拠と実務慣行

通説判例によれば、故意は、構成要件該当事実実現についての行為者の認識と

一定の心理的態度を前提とする。判例は未必の故意を認めるために、行為者が、構成要件の結果発生をありうるものとみなしたうえで、それを是認した、あるいは、結果発生自体は望ましくないと思っていたとしても、それ以外の目的を追求するために結果発生を受け入れたことを要求する。それに対して、認識ある過失が認められるのは、行為者がありうるものとみなした構成要件の結果発生を是認せず、結果が発生しないことを曖昧にではなく真剣に信頼している場合である。したがって、未必の故意と認識ある過失において、構成要件の結果発生を「ありうるものとみなす」という知的要素は共通であるから、意的要素が故意と過失の区別基準となる。実務上は、故意、特に意的要素を認定しうるのか否か、とりわけ、その立証はどの事実を根拠になされるのかが問題となる。

事実審は証拠調べにおいて、客観的事情だけではなく殺人の主観的要件も明らかにし、認定しなければならないが、被告人はしばしば故意を否定する供述をするため、故意の認定には困難が伴う。しかし、殺人罪の場合には、外的な行為態様（Tatbild）および行為の客観的危険性が、行為者の結果に対する認識や内心の態度を仄めかす証拠となる。したがって、BGHは基本的に、生命に対する明らかな危険が客観的に存在し、行為者が実際の事実経過を知覚し、被害者の生命に対する高度な危険を認識していた場合には、そのような危険を認識しつつも行為した行為者の意思を推論することは不可能でないとする。行為者によって認識された危険の質、強さ、客観的な大きさと切迫性は、殺人の故意を認定する主要な手がかり（Anknüpfungspunkt）だからである。しかし、行為者においては、認識した行為の危険性が行為者の意図しない結果に実現することはないと信頼する根拠が存在したかもしれないので、危険な行為であるということのみでは故意を認定するために十分でない。さらに、行為者の著しい興奮状態や酒酔い状態によって行為の危険性について判断する能力が損なわれるために、自己の行為が被害者に対して具体的な生命の危険を惹き起こすと認識することが著しく困難になり、あるいは完全に不可能になることがある。そのため、特別な外的行為事情および行為者の人格の特徴が、行為者の内心的態度の法的評価をしばしば複雑にし、外的な行為態様から行為者の内心の態度を推論することは簡単には許されない。個々の事例に応じて、犯行前の事情、行為者の人格、犯行時の行為者の肉体的心理的状态、動機、犯行前から犯行後までになされた発言、犯行前及び犯行後の態度、救助の努力など、認定にとって重要なすべての事情が考慮されなければならない。

III. 「抑制をかける心理的障壁論」—目的と意義？

殺人罪において影響を及ぼす「抑制をかける心理的障壁論」は1982年6月18日

第 4 刑事部判決、いわゆる警察バリケード事例 (Polizeisperrenfall)⁽¹³⁾ で初めて判決文に登場した。この事例は、被告人は警察官が作っているバリケード前で止まらなければならないと 100 メートル前から認識しつつも、アクセルから足を離してそのままの速度 (時速 70km) で路上の警察官に向かって走行したが、警察官はタイミングよく被告人の車両を避けることができたというものである。

地裁は、被告人が強行突破するため、自動車を停止せず警察官に向かって走らせたという事実から殺人の未必の故意を認定した。これに対して、BGH は証拠評価が不十分であることを理由に異議をとらえ、このような場合は危険にさらされた警察官は自動車を避けることにたいして成功するであろうし、行為者もまた一般に警察官がそのような反応をすることを考えるであろうと指摘した。そして、殺人の故意に対しては、被害者を危険にさらす故意に対するよりも非常に高い「抑制をかける心理的障壁」が存在するから、行為者は逮捕を免れるために警察官を危険にさらすことは甘受しても、一般的には、警察官を死なせることまでは甘受しないとされた。

その後、「抑制をかける心理的障壁論」は未必的な殺人の故意と単なる傷害の故意との区別が問題になる場合一般に、上告審判決で採用されるようになった。BGH によれば、人間の内心には、人間を殺害することに対しては、傷害することに対するよりも高い「抑制をかける心理的障壁」が存在するから、行為者がひどい暴力行為を行っていても、被害者を死なせるという結果を是認していたと認定するためには、通常、「特別な心理的限界を越えたこと」が要求される。「抑制をかける心理的障壁論」は、危険な事象経過の事実を基礎になされた、被害者の死の結果をありうるものと知りつつ危険な行為をした者は被害者を殺害することを意図していたに違いないとの推論に対する反論として用いられる。しかし、「抑制をかける心理的障壁論」の内容や根拠について判例は全く説明しておらず、単に論証の型として扱っているため、「抑制をかける心理的障壁論」は「理論 (Theorie)」とは言えないとされる。判例は心理的な根拠づけをするのではなく、むしろ、現実にそぐわない一般の経験則から故意の有無を推論すると学説から批判される。また、「抑制をかける心理的障壁論」のもとでは、事件ごとの裁判官の法的感覚を言語化するための「理論構成 (Konstrukt)」だけが重視されているとの推測も示されている。

「抑制をかける心理的障壁」は、動物の行動の研究を通して理解しようと考えられているが、同種間の殺害に対する「抑制をかける心理的障壁」の形成は種属によって異なり、普遍的な法則性がない。そのため、「抑制をかける心理的障壁」を生来的なものとして捉え、生物学的に根拠づけることには疑問がある。これに対して、少なくとも、学習過程および宗教的社会的規範システムへの心理的倫理的な

方向づけによって「抑制をかける心理的障壁」が獲得されるといえる。しかし、「抑制をかける心理的障壁」は人間によって何度も克服されているのも確かであり、殺人の故意に対する「抑制をかける心理的障壁」にどのような法的意味が認められ、また認められるべきかについては不明である。それでも、判例は、「抑制をかける心理的障壁」は経験上証明可能なもの、事実上前提となるものとして扱っているので、学説からは、フィクション、一般的経験則、さらには、判例が設けた「故意の制限 (Vorsatzschranke)」と解されている。

判例は、「抑制をかける心理的障壁」を、殺人行為に対するものとして用いる場合と殺人の故意に対するものとして用いる場合とがある。事例ごとにどちらに対する障壁として用いられるかは体系上明らかでない。しかし、殺人行為に対する「抑制をかける心理的障壁」は一般論としての定式であり、行為者が死の結果を招く行為を行った場合には、もはや殺人行為に対する「抑制をかける心理的障壁」は乗り越えられており故意の認定においては機能しない。そのため、「抑制をかける心理的障壁」は、故意に対するものとして扱われる。判例によれば未必の故意と認識ある過失は行為者の意思によって区別され、「抑制をかける心理的障壁」はこの関連でのみ論証上の重要性を持つから、「抑制をかける心理的障壁論」は故意の意的要素に関して適用されると解するのが正当である。

「抑制をかける心理的障壁論」に関して、警察バリケード事例の他に以下の HIV 感染事例⁽¹⁴⁾とひき逃げ事例⁽¹⁵⁾が挙げられる。

まず、HIV 感染事例は以下のような事案である。被告人は、自身が HIV に感染していることを知っており、また、医師から感染予防等について説明を受けていたにもかかわらず、事情を知らないパートナーと感染予防の措置をとらずに性交した。エイズ発症の時期が不確定のままであっても HIV 感染が医学的に確定した時点で身体傷害の既遂が成立し、感染の可能性がある性交については、行為者に故意が認定されれば、危険な身体傷害の未遂が成立しうるとされ、本判決では危険な身体傷害の故意の有無が問われた。地裁は、被告人が医師による説明から感染の危険を認識していたこと、感染の危険を防ぎえない状態を被告人が作り出し、その後を成り行きに任せたことから、被告人は傷害結果としての感染を是認しつつ甘受したと認定した。これに対して BGH は異議をとらななかった。当時は、HIV に感染すれば死に至る蓋然性が高いとされていたので、この場合殺人の未必の故意も肯定するのが一貫していると考えられていた。

しかし、BGH は、殺人の故意に対しては傷害の故意に対するよりもずっと高い「抑制をかける心理的障壁」が存在するとして、殺人の未必の故意を否定した地裁の判決を支持した。BGH は殺人の故意を認めなかった理由として、場合によっては潜伏期間が非常に長く、その間にエイズの治療薬が見つかるかもしれない

いという被告人の期待があったことを指摘した。けれども、被告人のそのような期待はなお「曖昧な期待」を超えるものではなく、説得的な理由ではなかった。BGH はその他の事例ではこの論証を採用しておらず、HIV 事例に関しては、殺人罪の刑では重すぎるが危険な性交を処罰したいという法政策的考慮のために「抑制をかける心理的障壁論」を用いたものと見られる。すなわち、「抑制をかける心理的障壁論」は、大きなコストや論理的破綻を伴わずに、望ましい結論を導くための適当な道具だったのである。しかし、現在では、HIV に感染しても適切な医療のもと長年に渡りほぼ通常的生活を送ることができるため、後に発生する予測不能で偶然と思われるような死の結果は故意の殺人罪から排除することによって、構成要件レベルでの限定がなされている。

次に、ひき逃げ事例は以下のような事案である。被告人は夜に乗用車を運転中、反対から来たモーターバイクと衝突し、バイクの運転手は重傷を負い車道脇の畑に投げ出されたが、被告人は一旦停止したものの事故現場を去り、翌朝になって警察署に出頭した。ここでは不作為による故殺未遂の成立が問われたが、地裁は警察バリケード事例の判決に則って「抑制をかける心理的障壁論」を用いて故殺未遂を否定した。しかし、BGH は、不作為の場合には作為の場合と同様の「抑制をかける心理的障壁」は存在しないとして地裁の判決に異議をとなえた。とりわけ有責な先行行為後の不救護の場合は、被告人は逮捕を免れようとする自己防衛動機によって行動することが典型的であるから、「抑制をかける心理的障壁」という心理的論証は通用しないとした。⁽¹⁶⁾

しかし、未必の故意を作為の場合と不作為の場合とで異なって理解するわけではないのに、「抑制をかける心理的障壁」が作為の場合にのみ作用するというのは判例の基本原則と矛盾する。さらに、「抑制をかける心理的障壁」が故意の妨げとして理解されるならば、不作為犯において「抑制をかける心理的障壁」を一般的に否定するという、ほとんど理解不能なことをして、作為の場合と不作為の場合とで異なる扱いをする必要はなかった。しかし、最近の判決では、不作為犯でも、「時間のかかる不作為犯の場合 (bei zeitlich gestreckten Unterlassungsdelikt⁽¹⁷⁾)」には、「抑制をかける心理的障壁」を考慮する方向に修正されている。

そして、近年の判例において、「抑制をかける心理的障壁論」適用の方法および頻度に関して確実に変化が認められる。まず指摘されるのは、近年の判例は、生命に対して明らかに危険な暴力行為の存在を殺人の故意の徴表として重視し、行為の危険性から原則的に故意を認定するという態度に転換していることである。判例は、依然として、故意の認定に関して重要な全ての事情に取り組むことを地裁に要求し、必要とあれば、総合的判断の必要性を強調するために「抑制をかける心理的障壁論」を利用する。しかし、BGH はますます「抑制をかける心

理的障壁論」を離れつつあり、あるいは、地裁が論証に用いたから「抑制をかける心理的障壁論」に言及するというようになっている。⁽¹⁸⁾ また、近年、「抑制をかける心理的障壁論」は、他の徴表によって覆されうる、経験則から獲得された徴表と解されていることも、「抑制をかける心理的障壁論」を用いた最初の判例に比べて、判例が原則的に「抑制をかける心理的障壁」よりも行為の危険性を重視する態度へ転換していることを意味する。従来は、故意を認めるためには「抑制をかける心理的障壁論」に対抗する論証を見出すことが重要だったが、⁽¹⁹⁾ 今日では、生命に対する明らかに危険な行為が存在する場合、一見すると客観的事実によって示される、死の結果に対する行為者の認識および是認の存在を否定する事実を考慮に入れることが重要である。⁽²⁰⁾

「抑制をかける心理的障壁論」では、本来、判例によっては一層、故意を認定するために客観的主観的事実を総合的に判断する際に必要な限りでのみその徴表機能が利用されるに過ぎなかったのである。しかし、総合的判断は、故意を認めない仮説を排除することによって故意を認める仮説を立てるという方法に簡単に切り替えることができるため、「抑制をかける心理的障壁論」は簡単に放棄しうる。

IV. 「殺人の故意に対する『抑制をかける心理的障壁』」へのアルコール、薬物、興奮状態の影響

判例は、行為者の認識能力や意思形成能力の損傷の有無が、「抑制をかける心理的障壁論」を用いた故意の認定にどのような影響を及ぼすかについて十分には明らかにしてこなかった。興奮状態やアルコール、薬物の影響は、故意の意的要素との関係で問題とされてきた。薬物や興奮状態は「抑制をかける心理的障壁」を取り除くのであり、構築するのではないため、この場合には「抑制をかける心理的障壁」は、ほとんど、あるいは全く作用しないとされる。しかし、興奮状態や著しい酩酊状態は、行為者の知覚能力を阻害し、自己の暴力行為が被害者の死を引き起こすと行為者が認識したか否かを疑わしいものにする可能性がある。そのため、この場合になぜ客観的な危険性から生命に対する危険の認識を推論しうるのかが根拠づけられなければならない。

薬物や興奮状態による行為者の能力の著しい損傷は、実務上、故意の問題というより責任能力の問題である。この関連で、「抑制をかける心理的障壁論」は最近20年間の判例の中で一時的に、責任能力、とりわけ制御能力の損傷を示す血中アルコール濃度の閾値（Schwellenwerte）の設定に援用された。原則として、血中アルコール濃度0.2%以上で制御能力の著しい減退、0.3%以上で責任無能力とされるところ、殺人や傷害の場合には生命に対する攻撃に対しては高い「抑制をかける心理的障壁」が存在するため、制御能力の減退および責任無能力の基準は

それぞれ原則よりも10%増しの高い特別な値が用いられた。⁽²¹⁾ もっとも、一定の血中アルコール濃度値と責任能力の損傷との関係の推定は決して争いのないものではなかった。というのも、このような定式化は必ずしも行為者の実際の心理状態と合致するわけではない⁽²²⁾、個々の事例の特殊性を考慮することが疎かにされてしまう危険が伴うからである。殺人に対する「抑制をかける心理的障壁論」から導かれる閾値はせいぜい責任能力判断を方向づける補助的な役割をするに過ぎず、行為経過および行為遂行中の行為者の現実との結びつき (Realitätseinbindung) 等から導き出されうるその他の基準が重要である。

本稿の主張は、要約すると、「一般化する『抑制をかける心理的障壁論』および閾値は法的基準として限定的にしか役立たない」ということである。

三 若干の検討

以上で紹介したように、「抑制をかける心理的障壁論」を殺人の故意の認定基準とするためには、なお検討すべき課題が多い。特に、不作為やアルコール等の影響下にある行為に対して「抑制をかける心理的障壁論」を用いる際に不当な帰結に至るといふ、適用上の問題が指摘されている。⁽²³⁾ 近時の判例の中には、「抑制をかける心理的障壁論」から離れる傾向を示すものもあり、BGH は、⁽²⁴⁾ 原則的には行為の危険性によって殺人の故意を認定し、例外的にそれを他の事実によって否定するという態度に転換しつつあるといわれる。なぜ「抑制をかける心理的障壁」を観念できるのかについて十分な説明がないこと、どのような事実が「抑制をかける心理的障壁論」のもとで考慮されるかは事例によって様々であり、殺人の故意が否定される場合に、なぜその事実から行為者は「抑制をかける心理的障壁」を乗り越えていないと推論できるのかということが不明なままであることも、「抑制をかける心理的障壁論」が支持されない理由であろう。そこで、リッシング・ファン・ザーンは「抑制をかける心理的障壁論」は放棄しようとするのである。

しかし、BGH が、行為の客観的危険性から直ちに殺人の故意を認定することを回避しようとしてきた点は評価できる。確かに、極めて高い危険性を認識しつつ行為していれば通常は死の結果の発生について認識していたと考えられ、それにもかかわらず行為をしていれば死の結果を是認したと考えられるが、現実の行為者の内心は必ずしもそうではない。行為の危険性を重視して故意を認めることは、場合によっては、現実には結果を認識も是認もしていない行為者に対して、「これほど危険な行為をすれば被害者の死を認識できるはずである」という一般的な能力を持つことを押しつけてしまう恐れがある。そうになると、結局は、死の

結果を認識し是認しつつ行為を行ったことではなく、一般的な能力を持たなかったことについて、故意犯の重い刑で処罰することになってしまうかもしれない。

「抑制をかける心理的障壁論」の特徴は、被害者の死に対する是認の有無を認定する際、人間の内心に一般的に存在すると想定される殺人の禁忌を行為者が乗り越えたか認められるか否かという基準のもと、特に故意を否定する徴表となる事実を意識的に取り上げ、客観的主観的事実を総合的に判断する点にある。総合的に判断するといっても、故意を肯定する事実と否定する事実とを列挙して「この場合には殺人の故意が認められる」と述べるよりも、「抑制をかける心理的障壁論」のもと、人間が有する殺人に対する抵抗感を乗り越えたか否かを検討する方が、人間の心理状態としての故意を認定論においても深く追求できるように思われる。判例によっては明らかにされていないが、殺人に対する「抑制をかける心理的障壁」を観念できる根拠について、文献上、心理学や動物行動学の観点も取り入れて研究されていることは大変興味深い。⁽²⁶⁾これらの観点からの研究は、殺人の故意という目に見えない人間の心理を合理的に認定することに資するであろう。「抑制をかける心理的障壁」の根拠はなお不明であるとしても、殺人に対して躊躇するという心理の存在を観念することには同意できるように思われるし、被告人の心理状態を認定するために「抑制をかける心理的障壁を乗り越えたか否か」という基準を用いることは理解可能である。したがって、「抑制をかける心理的障壁論」の根拠づけや適用の仕方には問題があるものの、「抑制をかける心理的障壁論」を殺人の故意の認定に適用すること自体に問題があるわけではない。

また、従来、「抑制をかける心理的障壁」が殺人の結果に対する是認の認定に関係するとされてきたのは、「抑制をかける心理的障壁」の機能が次のように解されるからである。すなわち、殺人罪が問題となる事例では、行為者は既に意識的に被害者の生命にとって危険な行為に出ているのであるから、生命にとって危険な行為に対して存在する「抑制をかける心理的障壁」は既に乗り越えられており問題にはならない。しかし、被害者の生命にとって危険な行為に出ているとはいえ、行為者が被害者の死を是認しない余地はなお残っている。したがって、殺人の故意の認定において、「抑制をかける心理的障壁」は、殺人結果を是認する⁽²⁷⁾という心情に行為者が至ることを妨げる機能を持つものと理解されるのである。BGHによれば、行為者が被害者の生命にとって危険な行為はしたが、被害者は死なないと真摯に信頼していた場合は故意が否定され、行為者は殺人の故意に対する「抑制をかける心理的障壁」をなお乗り越えていないとされる。

しかし、「抑制をかける心理的障壁論」がアルコールの影響下の責任能力判断の基準に用いられたことがあることから分かるように、「抑制をかける心理的障壁論」は被害者の死に対する是認の認定にしか用いられないというわけではな

く、その適用の対象に関しては柔軟性があるように思われる。したがって、是認以外に、認識等犯罪の成立に必要な主観的要件の存在を示す基準として機能する可能性もあるのではないだろうか。

それは、たとえば次のようにいうことができる。従来のように、是認の有無を認定する際に「抑制をかける心理的障壁」を考慮する場合には、その障壁を行為者が乗り越えたか否かを問題にしていたが、しかし、乗り越えたか否かではなく、行為者がそもそも障壁に直面したか否かを問題にすることも可能ではないだろうか、と。そして、障壁に直面したか否かは、行為者の認識の認定に関係すると考えられる。というのも、傷害の場合よりも高い「抑制をかける心理的障壁」を乗り越えたことが殺人の結果に対する是認を認定することにつながるのであれば、その前提として行為者は傷害の場合よりも高い「抑制をかける心理的障壁」に直面していなければならないが、そのような障壁に直面するためには、傷害の結果よりも高い危険性を行為者が認識していることが要求されるからである。そして、殺人の場合には傷害の場合よりも高い「抑制をかける心理的障壁」があり、人間はそのような心理的障壁をそう簡単には乗り越えないということを前提とすると、被害者の生命にとって危険な行為をした行為者皆がそのような心理的障壁を乗り越えるわけではないと考えられる。むしろ、危険性を認識しなかったがために、そのような心理的障壁に直面し損ね、心理的抑制がかけられる機会を失ったために、客観的に見れば殺人の危険性の高い行為に「過失的に」出てしまった場合が想定できる。殺人に対する「抑制をかける心理的障壁」に直面するためには、被害者の死の結果を認識していなければならないはずであるから、行為の危険性を現実よりも低く認識し、傷害の結果しか予見しなかった行為者は、傷害に対する「抑制をかける心理的障壁」にしか直面しない。殺人の故意を認める、すなわち、殺人に対する「抑制をかける心理的障壁」を乗り越えて行為したと認めるためには、そのような心理的障壁に直面しうるほどの高い危険性の認識を行為者が有していたといえなければならない。そうすると、殺人の故意を認定する場合には、なんらかの高さの危険性を行為者が認識していたのでは足りず、傷害の故意を認定する場合よりも高い危険性を認識していたことが要求される。そのような認識を認定する際には、様々な事実を拾い上げて、行為者が殺人に対する「抑制をかける心理的障壁」に直面していたか否かを判断することになる。このように考えられるならば、「抑制をかける心理的障壁論」は、殺人の結果の認識の認定基準として用いられうるのではないだろうか。もっとも、「抑制をかける心理的障壁論」が行為者の認識の認定において適用しうることを証明するためには、殺人の故意にとって必要な認識の対象は何か等といった問題を検討しなければならず、ここで結論を出すことはできない。

けれども、「抑制をかける心理的障壁論」は、殺人の故意を認定する基準および認定のための総合判断のプロセスを示すものとしての価値を有し、殺人の故意の認定を論じる際に参考にしうるものといえ、今後の発展が期待されよう。

- (1) 遠藤邦彦「殺意の概念と証拠構造に関する覚書」植村立郎判事退官記念『現代刑事法の諸問題〔第2巻 第2編 実践編〕』（立花書房、2011）200頁は、殺意の概念と殺意認定の判断要素との関係についての分析が不十分であることを指摘する。
- (2) 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）92頁参照。
- (3) 松宮孝明「『裁判員裁判と未必の故意』を問題とする視点」法律時報83巻1号（2011）81頁。
- (4) たとえば、高松高判昭和32年3月11日（裁特4巻5号99頁）。ただし、同判決については、そもそも被害者が死ぬ危険性が客観的に低く、行為者も殺人結果発生への低い可能性しか認識していなかったために故意が否定されたとする見解がある（玄守道「故意に関する一考察（六・完）—未必の故意と認識ある過失の区別をめぐって—」立命館法学313号（2007）88頁、橋爪隆「裁判員制度のもとにおける刑法理論」法曹時報60巻5号（2008）44頁）。
- (5) BGH NSTZ 1982, 506. Joachim Vogel, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte u. a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2006, §15 Rn. 103.
- (6) ドイツ刑事訴訟法典第337条（上告理由）第1項「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。」第2項「判決は、適用すべき法規を適用しなかったとき、又は正しく適用しなかったとき、法令の違反に基づいているものとする。」（条文の訳文は、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）に拠った。）
- (7) Vgl. Stefan Mühlbauer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Tötungshemmschwelle, 1999, S. 13ff.
- (8) Ulrich Schroth, Der bedingte Tötungsvorsatz im Spiegel der Rechtsprechung, in: Festschrift für Gunter Widmaier, 2008, S. 789.
- (9) Thomas Trück, Die Problematik der Rechtsprechung des BGH zum bedingten Tötungsvorsatz, NSTZ 2005, S. 234. Vgl. BGH NSTZ-RR 2001, 369; 2000, 328, 329.
- (10) Torsten Verrel, (Noch kein) Ende der Hemmschwellentheorie?, NSTZ 2004, S. 309.
- (11) Ruth Rissing-van Saan, Der bedingte Tötungsvorsatz und die Hemmschwellentheorie des Bundesgerichtshofs, in: Festschrift für Klaus Geppert, 2011, S. 497. リッシング・ファン・ザーンは、1988年から2011年までBGH判事を務め、2008年からはルール大学ボーフムの客員教授（Honorarprofessor）である。
- (12) Lederriemen-Entscheidung (BGHSt. 7, 363).
- (13) StV 1982, 509.
- (14) BGHSt. 36, 1.
- (15) BGH NSTZ 1992, 125.
- (16) 不作為の場合に作為の殺人に対する「抑制をかける心理的障壁」が考慮されないのは、不作為の殺人の場合は、作為の殺人の場合よりも行為に出やすいからであるとされる（Ingeborg Puppe, in: Urs Kindhäuser u. a. (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3.

Aufl., 2010, §15 Rn. 94)。

- (17) BGH NStZ 2007, 402, 403は、子供を長期間栄養失調の状態にし、子供の生命にとって危険な健康状態にあることを認識しながら救護しなかった被告人らに謀殺の故意が認定された際に、「自分の子の死に対する是認は、当然、最も高い『抑制をかける心理的障壁』を超えることを前提としていることを考慮に入れても」、と述べている。
- (18) BGH NStZ-RR 2009, 372; BGH, Urt. v. 16. 4. 2008 -2 StR 95/08 Rdn. 3 und 9; BGH NJW 2006, 386f.
- (19) Vgl. BGH StV 1997, 7; BGHR StGB § 212 Vorsatz, bedingter 40, 41, 50.
- (20) BGH NStZ 2005, 92; 2006, 98; NStZ-RR 2005, 372.
- (21) Vgl. z. B. BGHSt. 37, 231, 235f.; BGHR StGB § 21 Blutalkoholkonzentration 4 und 16.
- (22) BGHSt. 43, 66.
- (23) 不作為犯の場合とアルコール等の影響下にある場合の問題点について、菅沼真也子「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頁以下で詳しく紹介されている。
- (24) Puppe, a. a. O. (Anm. 16), §15 Rn. 93.
- (25) Verrel, a. a. O. (Anm. 10), S. 310.
- (26) Vgl. Mühlbauer, a. a. O. (Anm. 7), S. 21ff.
- (27) Rolf Dietrich Herzberg, Der Vorsatz als „Schuldform“, als „aliud“ zur Fahrlässigkeit und als „Wissen und Wollen“?, in: Canaris-Wilhelm Canaris u. a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV., Strafrecht, Strafprozeßrecht, 2000, S. 78.