

ドイツ刑事判例研究 (85)

ドイツ刑法研究会
(代表 曲田 統)*

未必の故意——殺人における「阻止闕の理論」について
StGB §§ 15, 211, 212

菅沼 真也子**

陪審裁判所が、殺人の故意が証明されていると判断しなかったところの検討は、瑕疵あるものであり、また一部に矛盾がある。 24, 25

事実審裁判官は、殺人の未必の故意に関して、明らかに生命に危険のある行為態様の証明力に、入念に取り組まなければならない。
26

陪審裁判所の簡潔な検討は、必要とされる全体的考察、および、故意の知的要素と主意的要素についての説明を欠いている。 27

被告人がアルコールの影響を受けていたことは、矛盾して評価されている。 28

致死結果が生じないと信じていたことは、通常、生じた経過が致死

* 所員・中央大学法学部教授

** 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

の帰結に向かっており、幸運な偶然の事情のみがこれを妨げるにすぎない場合には、否定されなければならない。 29, 30

「阻止閾の理論」は、包括的で十分な証拠評価の規則となっている。この理論は、行為者が認識した生命の危険の証明力を排除する、あるいは相対化するものではない。 31-34

明らかに生命に危険のある所為行為を行なったことは、阻止閾を乗り越えたことを示唆しうる。アルコール摂取や興奮状態は、阻止閾を低下させる。 35

殺人の故意は最終的な確実性によって裏付けられていない、という言葉は、事実審裁判所に対する要求が過大であることを示しうる。

36

BGH, Urteil vom 22. 3. 2012 – 4 StR 558/11(LG Saarbrücken)

(BGHSt 57, 183; NStZ 2012, 384)

《事実の概要》

被告人は、ディスコにおいて、彼とはそれほどなじみでない2人のケンカを傍観していた。付帯訴訟人がこのケンカを仲裁しようとしたときに、被告人も争いに介入し、付帯訴訟人とともにケンカに巻き込まれ、互いに罵り合うこととなった。被告人は、付帯訴訟人の顔面を殴打し、その後、ドアマンが双方を引き離した。約20分後、争いが新たにディスコ前で再開した。さらなる相互の罵り合いの後、今度は付帯訴訟人が被告人の顔面を殴打した。これもドアマンが双方を引き離した。その後、すぐに周囲の人々は散り散りになったが、付帯訴訟人は被告人の後を追跡し、被告人の顔面をさらに殴打した。引き続きなされた争いでは、被告人は、体を地面に押さえつけられたままであった。急いでやってきたドアマンが、三度、双方を引き離した。被告人はその場から離れ、付帯訴訟人は友人と共にタクシー乗り場へやってきた。そこでは、“Nachtschwärmern”というグループが集まっていた。

約15分後、被告人は、不意に、とある角から現れた。被告人は、付帯訴

訟人のほうへ直接走っていき、即座に、被告人がくることをまったく予想していない被害者に背後から近づいて、背中へ向かって刺突した。「死ね、ろくでなし」という言葉とともに、被告人は、付帯訴訟人の背中を、全長22cm、刃渡り11cmの両刃ナイフで激しく刺突した。その際、被害者の第8肋骨が切断され、刃は肺へも到達していた。付帯訴訟人は地面に転倒した。そこで騒然とした状況が生じた。付帯訴訟人の同行者は、被告人を地面に転倒させ、警察が到着するまで被告人を押さえつけた。犯行の時点での被告人の血中アルコール濃度は、最高で1,58%に達していた。付帯訴訟人は、血液による気胸に陥っていた。つまり、切迫した生命の危険状態にあった。即座になされた緊急手術がなければ、付帯訴訟人は、確実性に近い蓋然性をもって、死亡していたと思われる。付帯訴訟人は、依然として、著しい肉体的および心的侵害を受けた状態にある。

LGは、このような事情を理由として、被告人に危険な傷害罪を言い渡した。事実誤認により殺人未遂罪を理由とした判決を求めて、検察官による上告がなされ、これが認められた。

《理由》

24 1. 陪審裁判所の見解によれば、たしかに、重要でないとはいえない観点によって、すなわち、特に、「死ね、ろくでなし」という発言を伴うナイフによる刺突の著しい重大性によって、少なくとも殺人の未必の故意は肯定される。しかし、これに対して、被告人はただ一回刺突したにすぎず、その他にも、重大でないとはいえないほどにアルコールの影響下にあったという事情がある、とされる。「このような背景および阻止闕の理論を考慮して、当刑事部は、疑わしきは被告人の有利となるように、殺人の故意について、最終的な確実性を持って裏付けられてはいないものと考ええる」と陪審裁判所は述べている。

25 2. このような証拠判断は——法律審として制限されている上告法の検討基準を考慮しても——法的に検討すると、正当な評価ということはいえない。LGは、被告人に少なくとも殺人の未必の故意を証明すること

はできない、と述べているが、その理由は瑕疵あるものであり、一部に矛盾が存在する。

26 a) 未必の故意による行為は、確立したBGH判例によれば、次のようなことを前提とする。すなわち、行為者が、構成要件的结果の発生について、起こりうるものであって、ありえないとはいえないものとして認識していること、さらに、行為者が構成要件的结果の発生を是認している、ないし、追求された目的のために少なくとも構成要件の実現を受け入れている、という前提である。極度に危険な暴力行為の場合には、被害者が死に至りうる可能性を考慮していて、——それにもかかわらず、行為者が自己の行為を続けているために——そのような結果を是認しつつ甘受するというのは、当然のことである。もっとも、それにもかかわらず、未必の故意の認識的要素および意思的要素は、たとえば次のような場合には、欠けることがありうる。すなわち、行為者が、自身の行動を生命にとって危険な行動とするような全ての事情について知っているにもかかわらず、心的能力の減弱によって——たとえば興奮状態、アルコールの影響、あるいは脳障害によって、所為の時点では死の危険を認識していない場合（認識的要素の欠如）や、あるいは、行為者が、所為の客観的な危険性を認識しているにもかかわらず、真面目に、曖昧ではなく、致死結果の不発生を信じている場合（意思的要素の欠如）である。客観的および主観的全事情を全体的に考察することが必要とされる場合には、事実審裁判官は、ある行為態様の生命に対する明白な危険性の証明力を、軽視してはならない。これを軽視すれば、未必の故意の証明のために、このような証拠基準が詳細に説明されない可能性が生じる。

27 b) LGは、このような検討を欠いている。LGの簡潔な説明からは、当刑事部は、すでに、必要とされる客観的および主観的全事情の全体的考察を読み取ることはできない。さらに、陪審裁判所は、被告人が、構成要件的结果を、起こりえないとはいえないものとして認識していた、ということにすでに疑念を持っていたのか、それとも、被告人が構成要件的结果の発生を是認していた、ないし、追求された目的のために構成要件の

実現を受け入れていた、ということに疑念を持つにすぎなかったのか、ということについては、当刑事部は原判決から知ることはできない。

28 aa) 被告人がアルコールの影響下にあったことが確認されるという点から、以上のことは、認識的要素に関しても、LGの疑いを肯定しうるともいえる。しかしながら、所為の時点での最高で1,58%というアルコール濃度は、アルコールを飲み慣れた被告人の場合、そのような認識的要素に関する疑いの根拠を支えるものではない、ということは別にしても、このような血中アルコール濃度の点について、異議申し立てがなされている原判決には、——ザールプリュッケン検事総長が正当にも主張しているように——矛盾が内在している。その矛盾とは、殺人の故意の検討の際に、アルコールの影響下にあることが「重要でないとはいえない」ものとされる一方で、陪審裁判所は、刑法64条との関連で——意見を求められた鑑定人らの意見と一致して——「アルコールによる単なるわずかな能力の減弱」を理由としている、というものである。限定責任能力を検討する際にも、鑑定人の助言を受けたLGは、被告人のアルコールによる「著しい影響を認めるには至っていない」。LGは、次のことについても説明していない。それは、なぜ、刺突とともになされた発言が、ナイフによる刺突の生命に対する危険性を知っていた被告人が、致死の経過の可能性を認識していることについての疑いの余地を一般的に残すのか、ということである。全体として、これまでの認定から、心的な減弱が、被告人において、背面上部を狙った高度に生命を危険にさらす攻撃によって起こりうる致死的作用の認識を妨げていた、と認定しうることは、正当な根拠を有していない。

29 bb) 是認は、行為者が、生命に対する危険性を知っているにもかかわらず自己の意図を実行する場合には、当然肯定される。この場合、所為経過について重要な諸事情——特に、具体的な攻撃方法——、所為遂行の際の行為者の心的状態、ならびに行為者の動機が、証拠評価に取り入れられうる。BGHの確立した判例によれば、致死結果の不発生の信頼は、通常、表象された事象の経過は致死の帰結に至るものであり、もはや幸運

な偶然だけがこれを妨げられるとしかいえない場合には、否定されうる。

30 被告人が、ナイフによる刺突の生命に対する危険性にもかかわらず、付帯訴訟人が死に至らないであろうということを、真面目に、曖昧ではなく信じていたであろう、ということに関して、LGは法的に支持することができる正当な根拠を認定しておらず、事象の経過を見ると、このような根拠は筋道を外れたものでもある。LGの見解に反して、特にさらなる攻撃をしないことは、死を是認していたことを否定するものではない。ナイフによる刺突の後、——法医学の鑑定人の鑑定意見によれば、具体的に生命を脅かされるほどに侵害された——付帯訴訟人は、地面に倒れている。そして、被告人が、付帯訴訟人をすでに致死的に侵害し、その結果、被告人の視点からは、さらなる刺突は必要ないということを考慮していたか否かについては、認定されていない。さらに、付帯訴訟人の同行者は、被告人に暴行を加えて転倒させ、警察が到着するまで、被告人を拘束していた。また、その所為のために、騒動が生じた。これに従えば、被告人が、地面に倒れている被害者へのさらなる刺突の機会を、一般にいまだ有していたということは、当然のものではない。

31 cc) LGが補足的に「阻止閾の理論」を用いている点について、証拠評価するにあたって、LGは、阻止閾の理論の意義を誤解している。

32 まして、この阻止閾の理論の下で裁判所は何を個別的に理解するのか、そのような「理論」は、裁判所に判断される事例とどのような関係にあるのか、ということを示していない。それゆえ、単にこのようなスローガンについて、ザールブリュッケン検事総長および連邦検事総長は、当然、「一般的な」または「形式的な」ものであると示している。たしかに、BGHも、たえず「殺人に関する明らかに高い阻止閾」を指摘しており、むしろ、不作為の事例では「一般に、（作為の場合と同程度といえるような……訳者注）心理面に関して比較可能な、殺人の故意の前にある阻止閾は存在」しないことについても言及している。作為の事例に関しては、BGHは、阻止閾の根本的前提と結びつけて、次のことをさらに詳述している。すなわち、加えられた侵害がまったくもって明白に生命の危険のあ

るものであること自体は、たしかに重要な徴表を意味してはいるが、行為者の（未必的な）殺人の故意にとって説得的な証拠原因を意味しておらず、むしろ事実審裁判官は、殺人の（未必の）故意による行為を確信することに疑念を持ちうるすべての諸事情を、自身の証拠判断へと含めることを要求されている。実際に比較可能なものとして、事実審裁判官による別の裁判例は、行為者が死の危険を認識していないか、あるいは、いずれにしてもそのような結果は生じないであろうと信じていた可能性を常に考慮に入れることを要求している。さらに別の裁判例は、「個々の事例の全事情に基づいた詳細な検討」を要求している。

33 もっとも、殺人の未必の故意の推定ないし否定を導く証拠評価が、阻止閾の根本的前提を持ち出すことなく上訴審で再び検討される場合でも、法的な要求は何ら変わらない。

34 それゆえ、BGH の理解では、「阻止閾の理論」は、StPO261条の中で考慮し尽くされている。それに応じて、BGH は、阻止閾の理論によって、暴力行為の高度で明白な生命の危険性の判断は、殺人の故意を示す重要な証拠基準として、実務における法適用においては疑問視されておらず、あるいは、単に相対化されるにすぎないものであって、それは自己の子供の不利益に対する所為である場合でも同様である、ということを常に強調している。故意の主意的要素を否定するためには、むしろ、あらゆる諸事例において、行為者が被害者は死に至らないであろうと真面目に信じていたであろうということに関して、支持することができる根拠が必要である。ここでは、これが欠けている（前記 bb 以下を参照）。

35 LG が「阻止閾の理論」を用いていることは、それゆえ、議論する上での重要性を欠いている。その他の点では、陪審裁判所は、——裁判所自身の立場から——次のことに取り組まなければならなかった。すなわち、認定された行為経過、つまり、被告人に気づいていない被害者の背中へ即座にナイフで狙いを定めて激しく刺突したことが、すでに、ある程度存在する阻止閾を乗り越えていることを前提とすることに対する説明である。著しくアルコールの影響下にあること（あるいは感情的に興奮した状

態での行為や、突発的な決心に基づく行為）も、より確実な経験によれば、極度に危険な暴力行為に関してもある程度存在する阻止閾を低下させるには、まさにまったくもって適切な状況である。

36 dd) これにしたがえば、当刑事部は、「殺人の故意が最終的な確実性をもって証明されていないものとする」というLGの端的な説明が、事実審裁判官の心証形成に対する要求を過度にすることを示唆していないか、ということについて未決定のままにすることができる。また、ここでは——たとえばナイフによる刺突に伴う被告人の発言を考慮して——殺人の直接的故意の推定は当然推測できるものではないのか、という決定は不要である。

《研究》

I. はじめに

未必の故意と認識ある過失の区別については、これまで長きに渡って絶えず議論が繰り返されているところであって、いまだ議論が錯綜しているという現状は、ドイツでも日本でも同様の状況である。本判決は、このような未必の故意の判断に際してBGHが用いてきた「阻止閾の理論」によって、LGが行為者の殺人の未必の故意について否定し、危険な傷害の故意を認定したのに対して、BGHが、LGの用いた「阻止閾の理論」について批判的に検討を加え、阻止閾の理論を用いなくとも行為者の殺人の未必の故意を認定できることを明示した、「阻止閾の理論」に関連する新たな判断である。

II. 阻止閾の理論

BGHは故意の要素として認識的要素と意思的要素を必要としており、未必の故意と認識ある過失の区別に関しては、「行為者が起こりうるものとして認識した構成要件実現について、結果が発生しないことを真面目に（曖昧ではなく）信頼していた場合」を認識ある過失として、「結果の発生を起こりうるものとして、あるいはまったく筋道を外れてはいないもの

として認識していることに加えて、結果の発生を是認している (billigen), 追求された目的のために構成要件実現について少なくとも納得している (sich abfinden), ないし、結果発生を是認しつつ甘受している (billigend in kauf nehmen) 場合」を、未必の故意として区別している (是認説)。

このような理解によれば、行為者が、被害者が死に至りうるという可能性を考慮に入れていて、それにもかかわらず自己の危険な行為を続行する場合には、行為者が被害者の致死結果を是認しつつ甘受していたことは当然であるが、その一方で、行為者が、自己の行為が被害者の生命を危険にさらす行為となることになるという状況を認識しているにもかかわらず、その行為によって被害者が死亡するであろうということは甘受していないことはありうる、とされている。阻止閾の理論は、後者の事例に当てはまるように思われる場合に、BGH が用いてきた判例理論である¹⁾。阻止閾の理論によれば、殺人の故意の前には、傷害や危殆化の故意よりも高い阻止閾が存在するため、行為者が「傷害故意や危殆化故意よりも高い、殺人の故意の前にある阻止閾を乗り越えたか否か」ということが判断される。

特に、極度に危険な暴力行為が行なわれた事例の中で、行為者がアルコールの影響下や感情的な興奮状態にあった場合に、致死結果の発生に対する是認の有無について、このような阻止閾を乗り越えていたか否かが問題となる。

Ⅲ. 阻止閾の理論に関する判例の傾向

阻止閾の理論を最初に援用した判例として、警察バリケード突破事例²⁾が挙げられる。この事例は、被告人が、100m 先で警察がバリケードを張

1) 阻止閾とは、殺人の場合に当てはめるならば、「行為者の行為が、客観的には致死結果を惹起することを行為者に警告して、その行為に出ることを思いとどまらせるような客観的な心的障害」をいう (拙稿「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」比較法雑誌第45巻3号314頁 (2011年))。

2) StV 1982, 509.

っているのを認識したが、停止せず突破しようと考え、減速しないまま時速70kmで、バリケード周辺の車道上にいる警察官に向かって走ったが、その警察官は、進路を変更しないまま向かってきた被告人の自動車からなんとか退避することができた、というものである。ここでは、LGが、被告人が力づくでバリケードを通過するために自動車を停止させようとせず、警察官へ向かって走ろうとしたという事情から、殺人の未必の故意を推論したのに対して、BGHは、このような場合、一般に警察官は危険な範囲から逃げることに成功するものであり、行為者も警察官のそのような反応を計算しているであろう、と指摘して、当該事例に関して、行為者は、たしかに逮捕を諦めさせるという目的のために警察官の危殆化を甘受しているが、一般にその死を甘受しているとまではいえないであろう、と判断し、その判断の理由として、殺人の故意の前には、危殆化の故意よりも非常に高い阻止閾が存在することを明らかにした。

その後、HIV感染事例³⁾では、阻止閾の理論を用いる際の証拠判断について具体的に示された。BGHは阻止閾の理論を援用し、是認の有無の検討の際には、「客観的及び主観的全事情の全体的考察の必要性」から証拠評価を行なう必要があることを明らかにして、このHIV感染事例に関しては、殺人の故意を否定して危険な傷害の故意を肯定した。

このように「客観的及び主観的全事情の全体的考察の必要性」があることがBGHによって明示されたため、下級審裁判所は、客観的および主観的全事情を自己の判断の基礎に取り込むことが必要となる。もっとも、BGHによれば、是認は、行為者が被害者の生命の危険性を認識しているにもかかわらず自己の行為を継続して実行する場合には、当然のものであり⁴⁾、もはや幸運な偶然のみが死の結果を妨げうるにすぎないほどに、行為者が表象した事象経過が死の結果に向かっている場合には、通常、行為者の致死的結果の不発生への信頼は否定され⁵⁾、故意の主意的要素が充

3) BGH Urt. v. 4. 11. 1988 - 1 StR 262/88, NStZ 1989, 114.

4) BGH Beschl. v. 7. 7. 1992 - 5 StR 300/92, NStZ 1992, 587.

5) BGH Urt. v. 16. 4. 2004 - 1 StR 233/04, NStZ 2005, 92, vom 23. 6. 2009 - 1 StR

足される。明らかで高度な生命の危険性は、是認の「肯定を容易にする」ものであるため⁶⁾、客観的および主観的全事情として特に、「この是認の肯定を妨げる事情がないか」という点について検討がなされる必要がある。

もっとも、近年のBGHの判例を見ると、阻止閾の理論の適用方法に変化が見られ、また用いられる頻度も低下してきているとの指摘もある。BGHは、下級審に対して「客観的及び主観的全事情の全体的考察」を要求し、そのような総合判断の必要性を強調するための1つの形式として阻止閾の理論を利用しているところではあるが、これに言及するのは、下級審が論証に用いたときになってきている、というのである。また、阻止閾の理論は、他の徴表によって覆されうる、経験則から獲得されるところの徴表であるとも理解されている。このことから、BGHは阻止閾の理論からますます離れており、放棄することもありうるものとする見解も見られる⁷⁾。

IV. 阻止閾の理論に対する学説からの批判

阻止閾の理論は、判例理論として確立してきた一方で、以前から、学説から強く批判されているものでもある。そのため、阻止閾の理論と関係するこれまでの判例の帰結の差異に関して、個々の事例における事実認定の影響も大きいところであるが、基準として不明確である点や、決疑論的であるといった指摘があり、類似する事例でも判断が異なるのであれば、一貫性のある説得的な理論とはいえないという批判がある⁸⁾。

191/09, NStZ 2009, 629, und vom 1. 12. 2011 - 5 StR 360/11.

6) Ingeborg Puppe, JR 2012, 474, 479.

7) Ruth Rissing van Saan, Der bedingte Tötungsvorsatz und die Hemmschwellentheorie des Bundesgerichtshofs, Festschrift für Kraus Geppert, 498, 513f. これを紹介したものとして、大庭沙織「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』」」早稲田法学第88巻第2号(2013年)がある。

8) Christoph Mandla, NStZ 2012, 695, 697; Lorenz Letmeier, NJW 2012, 2850,

また、阻止閾の理論の下では、是認の存在が未必の故意の存在を決定づけることになるが、行為者には常に結果発生の可能性が考慮されていなければならないため、作為の殺人の場合に、行為者が自己の行為の極度の危険性にもかかわらず死の危険を認識していなかったり、あるいはその認識があってもそのような結果が生じないと信じていれば、阻止閾を乗り越えたことにはならない。そうすると、結果の不発生に対する信頼は、常に阻止閾の乗り越えを否定することになり、故意が阻却されることになる。BGHは、結果の不発生への信頼は合理的なものでなければならないということも明らかにしているが、その合理性の判断は恣意に委ねられており、あるいは、裁判官によって直感的に決定されるものであって、結局、法的安定性というよりも、結論指向性のあるものではないか、と指摘される⁹⁾。

他にも、行為者が特にアルコールの影響下にある場合や感情的な興奮状態にある場合、あるいはとっさの無思慮な行動であった場合について、このような状況下にある行為者は、場合によっては通常の行為者よりも特に危険となりうるにもかかわらず、判断能力の低下故に阻止閾を乗り越えていないとされうることになるため、阻止閾の理論を用いることは、このような行為者のグループを不当に宥恕することになりうる、ともいわれる。

さらには、そもそも阻止閾の理論は理論として成り立っていない、という指摘もある。理論というのは、体系的で内容のある根拠が必要であるが、阻止閾にはどんな意義があるのか、内容的にその中に何が含まれているのか、ということは、これまでの判例において説明されていない。むしろ、阻止閾というのは論拠のひな型で、常に同じ文面ではないが、従来通りの限界付けの形式としてこれまで批判的な検討にさらされることなく用いられているものであって、このような理論に対して「理論」という言葉を用いることは、若干過大に評価されているように思われる、といわれる

2854.

9) Torsten Verrel, (Noch kein) Ende der Hemmschwellentheorie?, NStZ 2004, 309, 309.

のである¹⁰⁾。そのため、このような理論は、「阻止閾の理論 (Hemmschwelletheorie)」ではなく、「阻止閾という論拠 (Hemmschwelleargument)」というのが適切であるという論者もいる¹¹⁾。そして、阻止閾の理論は、経験的に証明できる検討として理解され、あるいは事実として取り扱われる前提として特徴付けられているために、事実の存在を確定するためのものではなく、むしろ擬制するものであるといわれる¹²⁾。

V. 本判決の評価

このような判例および学説の状況の中で、本判決が新たに付け加えられた。本判決は、LGが「阻止閾の理論」を持ち出して危険な傷害の故意を肯定したのに対して、殺人の故意の認定の際に検討すべき具体的な内容を示してこれを否定し、殺人の故意が認められることを明らかにした点、および、阻止閾の理論の位置付けについて言及した点に特徴がある。

LGは、被告人の「死ぬ」等の発言を伴うナイフによる刺突の著しい重大性と、重大でないとはいえないほどのアルコールの影響を考慮して、「このような背景および阻止閾の理論を考慮して、疑わしきは被告人の利益となるように、殺人の故意について、確実性をもって裏付けられていないと考える」と判示している。このLGの評価に対して、第4刑事部は、阻止閾を乗り越えたか否か判断するために必要な検討をLGは怠っていると指摘して、そのような論拠から導かれた帰結は瑕疵あるものであり、また一部に矛盾があると批判している。

本判決でも、未必の故意の内容に関する説明は従来通りであり、これまでの判例の傾向に沿うものである。そのため、ここでも、未必の故意の有無を検討するために「客観的及び主観的全事情の全体的考察の必要性」が生じる。第4刑事部は、LGの評価からはこのような観点を読み取ること

10) Ruth Rissing van Saan, a. a. O., 506.

11) Ruth Rissing van Saan, a. a. O., 506.

12) Klaus Geppert, Zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, insbesondere bei Tötungsdelikten, Jura 2001, 55, 59; Ruth Rissing van Saan, a. a. O., 506.

ができないうえに、認識的要素についての検討も意思的要素についての検討も欠いていること、そしてそのために、LGは、被告人には認識的要素が欠けているのか意思的要素が欠けているのか、どちらの判断を下したのか分からないと指摘している。アルコールの影響の評価に関しても、第4刑事部によれば、特にアルコールを飲み慣れている被告人の血中アルコール濃度は、認識的要素を欠くことについての根拠を必ずしも支えるものではないため、アルコールの影響による心的減弱が、被告人自身の行為の生命に対する危険性の認識を妨げていたことを認定することについて、より具体的な説明を求めている。LGが、このような要素について詳細に検討し説明を加えることが必要であったことは、これまでの判例の傾向から見ても、当然であるといえよう。

判例との関係が問題となるのは、後者の点である。本判決で第4刑事部は、「殺人の未必の故意の推定ないし否定を導く証拠評価が、阻止閾の根本的前提を持ち出すことなく上告審で再び検討される場合でも、法的な要求は変わらない」と明確に述べ、さらに阻止閾の理論は、訴訟法上の原理である自由心証主義（StPO261条）で考慮し尽くされているものであると示した。阻止閾の理論が自由心証主義において考慮されるものだとすると、この理論は、裁判官の心証形成に関連する、証拠の証明力に関する理論ということになる。これまでの判例では、このようなことは述べられていない。このことは、実質的に見て、「阻止閾の理論を完全に放棄するものである」¹³⁾とか、「阻止閾の理論と距離を置いている」¹⁴⁾とか、「阻止閾の理論の没落の第一歩」と評価されている。学説においてこれまで批判されてきた阻止閾の理論をBGHが放棄するのであれば、場合によっては、「未必の故意概念の大きな前進」¹⁵⁾として、好意的に受け入れられるであろう。

もっとも、本判決は阻止閾を乗り越えたか否かを判断する際に考慮した

13) Puppe, a. a. O., 477.

14) Mandla, a. a. O., 695.

15) Puppe, a. a. O., 477.

事情の証拠評価について言及していることから、第4刑事部は、完全に放棄したわけではないとも考えられる。本判決では、第4刑事部は「故意の主意的要素を否定するためには、……行為者が、被害者は死に至らないであろうと真面目に信じていたであろう、ということに関して、支持することができる根拠が必要である」と示していることから、阻止閾の理論は、故意の主意的要素について、明らかで高度な生命の危険性から推定される是認を妨げる要素となる事情を取り込む、という意味で、故意を否定するために用いられる理論として機能するものと捉えることも可能であるといえる。もっとも、「阻止閾を乗り越えた」という表現が本質的に意味していること、また阻止閾の理論が未必の故意の概念要素とどのように関連するのか、ということについて、本判決でもいまだ明らかにされていないため、基準の不明確性、結論の恣意性という批判は残る。この点については、今後さらなる判例や、また異なる刑事部の見解も示される必要があると思われる。

VI. 本判決の意義

BGHが、殺人の故意を肯定する論拠として、未必の故意と認識ある過失の区別のための判例理論である阻止閾の理論を用いる傾向が低下してきていた近年の状況の中で、本判決がなされたということは、故意の認定に関して大きな意義を持つものである。もっとも、この理論に対する批判は多いものの、これまで、是認という要素の判断に際して、一定の判断基準を示してきたものでもあるといえ、また故意の認定に関する消極的な認定基準としてはいまだ用いられる可能性があるといえる。本判決は、阻止閾の理論を裁判官の心証形成の問題と関連付けた点、および、これまでBGHが用いてきたこの理論をもはや放棄したとも評価される判例である点で、先例としての意義があると思われ、今後のBGHの動向が注目されるであろう¹⁶⁾。

16) 本判決評釈として、Arndt Sinn und Torsten Bohnhorst, StV 2012, 661; Bernd

von Heintschel-Heinegg, JA 2012, 632; Christoph Mandla, NSZ 2012, 695; Ingeborg Puppe, JR 2012, 474; Lorenz Leitmeier, NJW 2012, 2850; Matthias Jahn, JuS 2012, 757; Michael Heghmanns, ZJS 2012, 826; Michael Wojtech, NJW-Spezial, 2012, 312; Thomas Trück, JZ 2013, 179.