

ドイツ刑事判例研究 (88)

ドイツ刑法研究会
(代表 曲田 統)*

責任能力の減少—その理由づけに対して要求されるもの
StPO § 261; StGB § 20, 21

箭野 章五郎**

事実審裁判官が、鑑定人による鑑定を求めた後、被告人における行為の不法を認識する能力やその認識に従って行動する能力が、その行為の遂行の際に、刑法20条にあげられた原因の一つによって著しく減じていたかどうかに関して判定しなければならない場合に、判決理由に要求されるものについて

BGH, Urteil vom 17. 4. 2012–1StR 15/12(LG München I)
NStZ 2013, 53

《事実》

LG は、微量ならざる不法な麻酔剤取引 (unerlaubtes Handeltreiben mit

* 所員・中央大学法学部教授

** 嘱託研究所員・獨協大学大学院法務研究科特任助教

Betäubungsmittel) の幫助と所為単一の関係にある微量ならざる不法な麻醉剤輸入 (unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmittel) を理由に、被告人に対して3年の自由刑に処すという有罪判決を下していた。さらに、同裁判所は、1500ユーロの追徴も命じていた。

また、同裁判所は、刑法21条、49条1項によって減じた麻醉剤法 (Betäubungsmittelgesetz) 30条1項4号の法定刑を量刑において基礎としていた。その際、被告人の行為遂行時の制御能力が、コカイン摂取に起因する急性の中毒 (Intoxikation) ゆえに著しく減少していたことは、排除できないということが前提とされていた。

検察は、追徴命令を除いた法的効果の宣告部分に有効に限定された、事実誤認にもとづく上告によって、とりわけ、刑法21条の適用における法的な誤りに対して異議を唱えていた。

検察によるかかる上訴は認められたのであった。

《理由》

[23] III . 行為遂行時の被告人の責任能力の評価に対しては、事実面においても、法的な側面においても、強い疑念が生じる。

[24] a) 行為の不法を認識し、またはその認識に従って行動する能力が、被告人において、刑法20条にあげられた原因の一つから行為遂行時に著しく減じていたかどうか、という裁判官による判断は、複数の段階から成る方法において行われる。ただし、このような方法における各段階を履践していないことは、法的基準にもとづくこと、必ずしも欠陥を有することになるわけではない (vgl. BGH Urt. v. 21. 1. 2004-1 StR 346/03, BGHSt49, 45, 51f.; Beschl. v. 12. 6. 2008-3 StR 154/08 Rn 7; Boetticher/Nedopil/Bosinski/Saß Mindestanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten, NStZ 2005, 57ff.)。まず、被告人において、刑法20条の第一段階要素としてあげられた原因の一つに包摂されるような精神障害が認められるという認定が必要となる。次に、その精神障害が顕著である程度やその精神障害が被告人の社会的適応能力に対して及ぼす影響が調査されなければならない。つまり

は、精神障害が被告人の行動に影響を及ぼしたのか、また、どのように、どの範囲で影響を及ぼしたのかを確定することが必要となるのである。

[25] 精神障害の診断と関連する医学的・精神医学的な事実、精神障害の重大さの程度、精神障害と当該行為との精神面での影響関係について、裁判官は、自身の専門知識にもとづくのでは判定できない限りでは、これについて伝えてもらうために鑑定人の助力を必要とすることになるであろう (Vgl. BGH Beschl. v. 6. 11. 2003-1 StR 406/03, BGHR StGB § 21 BtM-Auswirkungen 15, mwN)。その際、4つの第一段階要素にもとづいて障害を説明したり、また、認識・制御能力が専門の学問的な視点から、どの程度行為の際に損なわれていたのかについて説明することが必要となる。この場合に鑑定人に期待されるのは、法的、規範的言明ではなく、例えば標準人や他の犯罪行為者との比較における、行為者の精神面での損傷の程度に関する経験的、対比的言明である。というのは、刑法20条の第一段階要素の一つを肯定したり、責任能力の減少を認めたりする場合、——とりわけ、規範的な性質をもつ認識・制御能力の減少の「著しさ」の判断の場合 (Vgl. BGH Beschl. v. 17. 3. 2009-1 StR 627/08, BGHSt 53, 221, 223 Rn 15ff.; Urt. v. 19. 10. 2011-2 StR 172/11 Rn4) ——法的問題が問われているからである。認識・制御能力に関する最終的な判断は、裁判官の専権事項である (BGH Urt. v. 26. 4. 1955-5 StR 86/55, BGHSt 8, 113, 124; v. 10. 9. 2003-1 StR 147/03, BGHR StGB § 21 BtM-Auswirkungen 14; und v. 21. 1. 2004-1 StR 346/03, BGHSt 49, 45, 53; SSW-StGB-Schöch § 20 Rn 13)。このため、事実審裁判官は、鑑定人の説明を調査し、法的に評価しなければならない。さらに、事実審裁判官は、上告裁判所にとって事後的に調査が可能な方法で、自身の判断を理由づける義務を負うのである。

[26] 単なる薬物依存は、それが身体的な依存ゆえに「病的な精神障害」(外因性の精神病)にあたらぬ限りにおいて、(重大な)「その他の精神的偏倚」となりうる。しかしながら、単なる依存というだけでは、制御能力に影響は生じないのである。制御能力への影響は、長期間にわたる酩酊作用のある薬物の濫用によってきわめて重大な人格の変化にまで至ってい

る場合にはじめて考慮されうるのである（BGH Urt. v. 13. 12. 1995-3 StR 276/95, BGHR StGB § 21 BtM-Auswirkungen 12; SSW- StGB-Schöch § 20, Rn 46）。また、この場合には、通常は同時に器質的所見および「病的な精神障害」が認められるのである。急性の酩酊状態（Rausch）の場合にも、制御能力の喪失ないしは著しい減少ということはありうるのである。

〔27〕 重い離脱症状は、例えば、人格の変化とむすびついた、まれな例外的な場合にのみ、調達犯罪において制御能力を喪失させることになりうるのである（BGH Urt. v. 23. 8. 2000-3 StR 224/00; und v. 19. 9. 2001 2 StR 240/01, V. 1.）。また、間近に迫っている離脱症状が、次のような場合には、調達のための犯罪行為への衝動を非常に強力なものとするのは、時にはありうるのである。すなわち、行為者が以前にきわめて不快なもの（「おぞましいもの」）として経験したことがあり、かつ、間近に迫っていると考えた離脱症状に対する不安が、行為者の抑制能力を著しく減じる場合である。とりわけヘロイン摂取においては、このような場合であることが理由となり、刑法21条の要件を満たすということはありうるのである。しかしながら、たとえ様々な薬物において異なる離脱による効果があるとしても、コカインの場合にも、こうしたことは、頭から否定されてきたとはいえないのである（Vgl. BGH Urt. v. 2. 11. 2005-2 StR 389/05, BGHR StGB § 21 BtM-Auswirkungen 16）。

〔28〕 血液、尿、毛髪中の薬物やその代謝産物の——定量もされた——証拠の証明力だけでは、行為者の制御能力の問題との関係では、それは限られたものでしかない（vgl. SSW-StGB-Schöch § 20 Rn 47）。全体的な考察において、精神診断学上の判断指標にもとづきつつ、さらに、（酩酊作用のある薬物や（本件では）アルコールの摂取に関する）血液、尿、毛髪の調査結果の評価を補充的に行いつつ、行為者の行為時の精神状態へと向けて逆の推理がなされなければならないのである。

〔29〕 b) そうすると、原審判決理由は、制御能力の著しい減少を認定するための説明に対して向けられる要求にとっては、十分とはいえないのである。

〔30〕異議を唱えられた原判決は、本質においては、鑑定の結論を報告するにとどまっており、また、細部にわたるまでその鑑定の結論に一括して従ってはいるが、その鑑定との相違する点については、さらに検討するといったことはなされていないのである。本事案においては、これでは十分ではないのである。

〔31〕鑑定人の言明の調査と評価に関して裁判所が判決の中で行う説明に対して要求されるものは、つねに同じというわけではない。それ自体で矛盾しておらず、裁判所の認定や判断において容易に追思考可能な鑑定が存在するのであれば、その鑑定の記述に従った、簡潔な説明、とりわけ次のような内容が読みとれる簡潔な説明をもってして足るということが多いであろう。すなわち、裁判所が鑑定人の見解に最後に全面的に従う場合にも、認識・制御能力に関する最終的な規範的判断を行うのはただ裁判所のみのものであるということ、はっきりと意識しており、また、これに従って判断を下していた、との内容である。ここでも、不必要な繰り返しは避けることができるのである。

〔32〕だが、制御能力に関して鑑定人が行った言明の内容が、容易に追思考可能ではなく、あるいは、不備を示していたり、その他の点での裁判所による認定や評価と矛盾するものであったりする場合には、別である。本件は、——判決理由中の鑑定についての記述を前提とするならば——このような場合といえる。

〔33〕被告人が、数時間にわたる行為のすべての間——少なくとも麻酔剤取引の幫助に関して——急性の中毒の結果として制御能力の著しい減少状態にあったということは、判決理由にもとづく追思考可能ではなく、また、そのことによって、上訴裁判所の調査にとって利用可能でもないのである。このようなことは、確かに大きな意味をもつが、——息子とともに過ごした週末には被告人が酩酊作用のある薬物なしで済ませていたため——コントロールもされていた酩酊作用のある薬物摂取であったという事実だけでは、証明されてはいないのである。きわめて重大な人格の変化も、原審が刑法64条に関して認定したように、認められないのである。

[34] 定期的にコカインを摂取していた被告人が逮捕される前に行った最後の摂取が、被告人にとって異常なものであって、制御能力を著しく減じる程度の中毒 (Vergiftung) をもたらしたということは、証明されていない。この点では、被告人のアルコール摂取 (日中に、当該犯罪行為に至るまでに2本のポートワイン) がどのような影響を及ぼしたのかも検討されていない (コカインとアルコールの共同作用については、vgl. BGH Beschl. v. 26. 5. 2000-4 StR 131/00, BGHR StGB § 21 Ursachen, mehrere 15)。採血時の血中アルコール濃度でさえ報告されていない。血漿において確定されたその他の作用物質の有する意義がどのような可能性をもつのかも考察されていない。その他の点では、原審の認定からは、被告人が逮捕される前の最後のコカイン摂取は、運び屋としての行為の開始後初めて、とりわけ、(アウトバーンの駐車場での逮捕前に受領した) 酩酊作用のある薬物をもって国境を通過した後になって行われており、したがって、本件行為の重要部分にはそもそも影響を与えていないということが示されているといえる。

[35] 重要な精神診断学上の判断指標、つまりは、逮捕の際に被告人が人目を引くような態度ではなかったことに関して、鑑定人は検討を加えていないのである。これに関しては、鑑定人は、ただ、酩酊作用のある薬物摂取が被告人において常習化していたとの指摘にとどまっている。

[36] 鑑定人は、制御能力の著しい減少を認めるにあたって、ただ急性の中毒だけを根拠とするのではなく、手に入れた運び屋の報酬が過去の被告人自身が摂取するための酩酊作用のある薬物購入から生じた借金返済に使われており、その借金返済は、さらなる酩酊作用のある薬物入手にとって必要条件となっていたということをも根拠としていた。確かに、原審は、この点についても一括して鑑定人に従っていた。にもかかわらず、原審の犯罪行為の認定においては、制御能力の減少の理由は、急性の中毒に限られており、その他の理由づけはなされていないのである。もっとも、LGは、結局のところ適切にも、——さらなる酩酊作用のある薬物入手の必要条件となる借金返済のための——金銭調達という意図に、制御能力が

損なわれていることを認める根拠を見出しはなかった。この点に関してなされてきた認定では、せいぜいのところ行為の動機は記述されているが、例外的な場合に制御能力を著しく減じうるような強力な摂取衝動（被告人が以前にきわめて強力なものとして経験している離脱症状がすぐ間近に迫っていることに対する不安）は、記述されていないのである。しかしながら、このような例外的な精神状態（離脱の効果に対する不安）の中での行為者にとって、そもそも、数時間にわたる運び屋としての行為や逮捕の際にまったく人目につかない態度であることが可能であったか否かは、場合によっては、——こうした入手衝動の指摘に際しては——検討されなければならなかったであろう。

〔37〕 いずれにせよ、鑑定人の説明と原審のそれが異なることになる場合は、ただそのこと自体で、鑑定人の言明に対して全体にわたって批判的に検討を加えるという契機にされなければならなかったであろう。

〔38〕 c) このようなことから、量刑や——これと密接に関連するため——禁絶施設における収容に関しては、新たに判定されなければならない。禁絶施設における収容が問題とされる場合には、刑事訴訟法246条 a 2 文が考慮されなければならない。刑法64条の意味での酩酊作用のある薬物を過度に摂取する「傾向 (Hang)」の要件については、vgl. BGH Beschl. v. 27. 3. 2008-3 StR 38/08, Rn 8ff. (vgl. auch BGH Beschl. v. 30. 1. 2001-1 StR 542/00; und v. 7. 2. 2012 5 StR 505/11, Rn 8ff., und v. 9. 2. 2012-3 StR 2/12, Rn 3)。

《研究》

1 本件は、責任能力が問題とされた被告人につき、事実審裁判官が、制御能力の著しい減少を認めた鑑定に基本的に従って、刑法21条（限定責任能力）の適用を認めた場合に、その判決の中での理由づけについて不十分であるとし、かつ、事案に即して検討の不十分な点を示したものである¹⁾。

1) なお、本件は差戻し判決である。この点およびLGの事実認定の補足として、

すなわち、定期的にコカインを摂取し、薬物依存の傾向のある被告人が不法な麻酔剤輸入等の罪にあたる行為を行ったが、その被告人の責任能力が問題となった事案において、薬物依存や薬物摂取の責任能力の有無・程度に対して及ぼす影響に関する基準や、精神鑑定がなされその鑑定が提示された場合の判決理由のあり方に関する基準などを示しつつ、事実関係や鑑定の内容をふまえて、原審の責任能力判断についての検討の不十分な部分や疑問点を指摘し、原審が制御能力の著しい減少を認めたことに対して否定的な判断を下したものが本件判決ということになる。

以下、より具体的に、本件判決において示された主要な内容を確認しながら、責任能力判断に関する判決の中での理由づけ、とりわけ精神鑑定がなされ鑑定が存在している場合のそれについて、本件判決において提示された要求内容を見ていくことにする。

2 まず、薬物依存の責任能力（とくに制御能力）に対する影響については、単なる薬物依存は、責任能力規定があげる責任無能力・責任能力の著しい減少の原因たる第一段階要素のいずれかという点では、身体的な原因があるか、あるいはそれが想定されるような「病的な精神障害」にあたらぬ限りは、「その他の重大な精神的偏倚」になりうるものが前提とされている²⁾。

その上で、①単なる薬物依存というだけでは制御能力に影響は生じず、制御能力への影響が考慮されるのは、長期にわたる薬物濫用によってきわめて重大な人格の変化にまで至っている場合であること（そして、この

BGH Urteil vom 17. 04. 2012-1 StR 15/12 BeckRS 2012, 10465.

2) Weber Betäubungsmittelgesetz Kommentar 4. Aufl. 2013, Vorbemerkungen zu den §§ 29ff. Rdn. 464f. でも、器質的所見（organischer Befund）をともなう酩酊作用のある薬物への依存は、「病的な精神障害」に分類され、器質的所見が欠ければ、「その他の重大な精神的偏倚」に分類されるとされている。さらに、vgl. Perron, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 20 Rdn. 19ff.; Fischer, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 60. Aufl. 2013, § 20, Rdn. 41.; Kaspar, Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 20, Rdn. 76. など。

場合は「病的な精神障害」にあたるのが通常であること³⁾、また、②重い離脱症状では、人格の変化とむすびついたような例外的な場合のみ、薬物や薬物入手資金獲得のための調達犯罪において制御能力の喪失がありうること、さらに、③間近に迫っている離脱症状への不安では、行為者が以前にきわめて不快なものとして経験したことがあり、かつ、間近に迫っているとも考えた離脱症状に対する不安であれば、調達犯罪においてはそれへの衝動が強くなり、制御能力が減じることがありうること（そして、これはコカインにもあてはまりうること⁴⁾）、があげられている。またこれらに加えて、④薬物摂取の影響についても、急性の中毒の場合に、制御能力の喪失ないし著しい減少に至りうるものがあげられている⁵⁾。

薬物依存、薬物摂取の責任能力に対する影響についての判断基準ないし考慮要素として、このようなものがあげられ、本件のような、薬物依存や

-
- 3) ただし、この点については、(社会的存在として人間に生活をおくることが可能にするような人格層の変容である) 墮落 (Depravation) の意味で、強力な人格の変化が生じていれば、「その他の重大な精神的偏倚」にあたるといった指摘もあり (vgl. Werner Theune, Auswirkungen der Drogenabhängigkeit auf die Schuldfähigkeit und die Zumessung von Strafe und Maßregeln, NStZ 1997, S. 57f.), 「強力な人格の変化」の場合に、いずれの第一段階要素にあたるのか、やや判断に困難をとまなうような場合も考えられる。しかし、上述の定義からすると、「人格の変化」でも結局のところ、器質的所見の有無ということになるであろう。
- 4) この基準は、主として、身体的依存が認められるヘロインにつき展開されてきたが、今日、BGHは、コカインについても妥当するとの立場をとっている。この点については、拙稿「クラックに依存した行為者の制御能力の減少」(ドイツ刑事判例研究) 比較法雑誌44巻1号189頁以下も参照。
- 5) 薬物摂取による急性の中毒は、今日では、「病的な精神障害」に分類されるのが通常とされる。Vgl. Weber, a. a. O., Vorbemerkungen zu den §§ 29ff. Rdn. 477. (注2), さらに, vgl. Hans-Ludwig Schreiber/Henning Rosenau, in Venzlaff/Foerster (Hrsg.) Psychiatrische Begutachtung, 5. Aufl. 2009, S. 89.; Fischer, a. a. O., § 20 Rdn. 11. (注2); Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 20 Rdn. 4.; Verrel/Linke, Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht StGB/StPO/Nebengesetze, NomosKommentar, 3. Aufl. 2013, § 20, Rdn. 6. など。

薬物摂取による精神面への作用が疑われる被告人に関して、責任能力判断を行うにあたって、これらが検討されなければならないことが示されているといえる。

もっとも、このような判断基準ないし考慮要素は、すでに複数のBGH判例において示されているところである。

例えば、「酩酊作用のある薬物への依存は、ただそれ自体では責任能力の喪失ないし著しい減少を基礎づけるものではない。酩酊作用のある薬物に依存する者であって、このような結果は、次のような場合にただ例外的に認められる。例えば、酩酊作用のある薬物を長期的に摂取することによって、きわめて重大な人格の変化が生じている場合や、行為者が強い離脱症状に陥っており、これによって、犯罪行為を手段として薬物を入手することへと駆り立てられている場合、さらには、事情によっては、行為者が急性の酩酊状態において犯罪を行っている場合である」⁶⁾とされたり、あるいは、「薬物依存者の調達犯罪における責任能力の著しい減少は、次のような場合にただ例外的に問題となる。酩酊作用のある薬物を長期的に摂取することによって、きわめて重大な人格の変化が生じている場合、行為者が強い離脱症状に陥っている場合、薬物依存者が、以前にきわめて不快なものとして体験したことがあり、かつ、間近に迫っているとも考えた離脱症状に対する不安から行為を行った場合、さらに事情によっては、行為者が急性の酩酊状態において行為を行っている場合である」⁷⁾とされたり、あるいは、さらに、「以前にきわめて不快なもの（「おぞましいもの」）として体験したことがあり、かつ間近に迫っているとも考えた離脱症状に対する行為者の不安が、抑制能力を著しく害しうることは否定できない」との考え方は、ヘロイン依存の場合においてははっきりと認められてきたが、BGHは、コカインやアンフェタミンの依存の場合にも、このような考え方の適用を頭から否定してきたわけではないとして、コカインの純度の高

6) BGH NJW 1981, 1221, 1221.; BGH Urteil vom 27. 05. 1986-1 StR 182/86 BeckRS 1986, 31092970.; BGH NSZ 1987, 17, 17.

7) BGH NSZ 2002, 31, 32.

いものであるクラック依存者につき制御能力の著しい減少を否定できないとした原審の判断が妥当である⁸⁾、とされたものなどがある。

したがって本件判決も、これらのBGH判例の態度を踏襲するものといえる。

3 次に、精神鑑定が存在している場合の責任能力判断に関する判決の中での理由づけについては、まず、認識・制御能力に関する最終的な判断は裁判官が行う事項であるとの考え方⁹⁾を前提とした上で、事実審裁判官は、鑑定人の説明を調査し、法的に評価しなければならず、さらに、上訴裁判所にとって事後的に調査が可能な方法で自身の判断を理由づける義務を負う、とされている。だが、このような鑑定との関係での事実審裁判官による説明や自身の判断についての理由づけの内容は、必ずしも一律ではないことも示されている。

すなわち、鑑定それ自体に矛盾がなく、裁判所の認定や判断において容易に追思考可能な鑑定が存在しているのであれば、その鑑定の記述に従った簡潔な説明で足り、その説明から、裁判所が最終的な判断を行ったことが読み取れるようなものであればかまわない、といったことが示されているのである。しかし、またさらに他方において、鑑定人の行った言明の内容が、容易に追思考可能でなかったり、不備を示していたり、裁判所の認定や評価と矛盾したりする場合には、別であって、その際には、上記のような簡潔な説明では足りないとの内容も示されているのである。

つまりは、鑑定そのものに矛盾や検討不足がないなど合理性のある鑑定が存在しているならば、その鑑定を再現する形で簡潔な説明を行うので足りるが、そうではない場合は、このような鑑定に沿った簡潔な説明では、最終的な責任能力判断を支えるに足りる検討や説明として不十分であり、追思考可能ではなく、破棄されることになりうるとの考え方が示されてい

8) BGH NStZ 2006, 151, 152. さらに, vgl. BGH NStZ 2013, 346, 347.

9) なお、この点については、拙稿「事実審裁判官の鑑定とは異なる判断、無警戒で無防備であることの利用」(ドイツ刑事判例研究)比較法雑誌45巻2号310頁以下参照。

るということになる。

そして、このような考え方もすでにこれまでのBGH判例において採られているものと思われる。すなわち、事実審裁判官は、専門的な問題についても、その判断を自ら獲得し、その理由づけを自ら考えぬかなければならない¹⁰⁾、のであって、裁判官が鑑定人の見解に全面的に従う場合にも、「鑑定人による説明が、上告裁判所において鑑定の内容を理解するため、およびその鑑定が説得力を有するものであることを判断するために必要な限りにおいて、判決の中で再現されなければならない」¹¹⁾のであり、他方、裁判官が鑑定人の見解と異なる判断を行う場合にも、裁判官は、「鑑定人による重要な説明を再現しなければならず、かつ、このような鑑定人による説明に対して検討を加えながら、これに反する自身の見解を理由づけなければならない」¹²⁾、というのがBGHの基本的な立場と解されるのである。

本件判決も、このような立場から、かつ、先に示した薬物依存、薬物摂取の責任能力への影響の判断基準（①から④の内容）をふまえて、具体的に、事案に沿って、責任能力判断を支えるに足りる理由づけがなされているか否かを判定したものである¹³⁾。

4 その具体的な判断内容は、概ね次のようなものである。

まず、こうした判断の前提として、精神診断学上の判断指標や薬物検査の結果の評価などを考慮して、全体的な考察において、行為者の行為時の精神状態を推し測るべく逆の推論がなされるべきことが示されている。いわゆる全体的考察、すなわち、責任能力を肯定する方向に働く事情とそれ

10) Vgl. BGHSt 8, 113, 117f.

11) BGHSt 7, 238, 240, さらにvgl. BGHSt 12, 311, 314; NStZ 2003, 307, 308; NStZ-RR 2009, 45, 45など。

12) BGH, NStZ 2009, 571, 571など。

13) このような意味で、本判決では、まさに上訴裁判所として、「理由づけ」の要求の機能としての追思考可能性の有無に従って、事後的に原審の責任能力判断の「理由づけ」が審査されているということになる。

を否定する方向に働く事情を慎重に比較検討しながら、行為者の行為時の精神状態を判定していくという方法が採られるべきことが示されているということになるかと思われる¹⁴⁾。

その上で、具体的な判断としては、第一に、逮捕前の最後のコカイン摂取が行為者にとって異常なものであって制御能力を著しく減じる程度の中毒をもたらしていたかについては、(A)行為前にアルコールを摂取しているが、その影響が検討されていないこと、採血時の血中アルコール濃度も報告されていないこと、その他の作用物質の影響の可能性も考察されていないこと、原審の認定からすると、最後のコカイン摂取は本件行為の重要部分に影響を与えていないと解されること、週末には薬物なしで過ごしていたことなどから、薬物摂取行為はコントロールされたものでもあったこと、が検討不足および肯定することへの疑問点としてあげられている。第二に、きわめて重大な人格の変化があったのかについては、(B)原審の認定から、このような人格の変化は認められないとされている。第三に、制御能力を著しく減じうるような強力な摂取衝動ないしは離脱の効果に対する不安といった例外的な精神状態があったのかについては、(C)原審の認定からは、行為の動機がせいぜい示されているにすぎず、このような例外的な精神状態は示されていないとされ、また、この点では、逮捕の際にまったく人目につかない態度であることや数時間にわたる運び屋としての行為が可能であったのかも検討されていないことも指摘されている。第四に、鑑定では、制御能力の著しい減少を認めることにつき、急性の中毒であることに加えて、さらなる薬物入手の必要条件となっている借金返済のために、運び屋の報酬が使われていることを根拠としているが、原審は、この後者の点を、制御能力が損なわれる根拠としておらず、両者には齟齬があることが指摘され、そして、このことについての説明がなされていないこ

14) 多くの判例において採られている方法といえるが、精神鑑定の手法としてもこのような方法は、近時推奨されてもいる。これについては、vgl. Boetticher/Nedopil/Bosinski/Saß, Mindestanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten, NSStZ 2005, S57ff.

とも指摘されている。

以上のような諸点から、本件判決は、鑑定に基本的に従って責任能力の著しい減少を認めた原審におけるその理由づけを不十分であると判断したものといえる¹⁵⁾。本件判決に示された内容を見る限りでは、妥当な判断ということになろうかと思われる。

5 ひるがえって、わが国においても、責任能力が問題となりうる場合、通常、精神鑑定が行われることになるが、その際、提示された鑑定が公正さや能力の面でとくに疑いのない鑑定人によってなされている場合に、最終的な判断者である裁判官（場合によっては裁判員も含む）がその内容を調査することなく、ただ形式的にその内容を反復する形で責任能力判断を行うのであれば、やはり問題であるといえる。だが他方で、精神医学等の専門知識を有する者が行った鑑定を、裁判官がただ安易に素人的な視点から内容が不当であるとして、鑑定と異なる判断を行うのであれば、やはりこれも問題であるといえる。

いずれの側面が、より関心を引き、深刻な問題として意識されるのかは、ドイツとわが国では、やや異なるようにも思われるが¹⁶⁾、ともかく重要なことは、最終的な責任能力判断が合理性のある根拠に支えられているということになるであろう。

ケースごとに生じる多様で複雑な事情は置くとして、精神鑑定が存在している場合の責任能力判断についていえば、要するに、一方で、合理性のない鑑定を責任能力判断の基礎とすることは許されず、他方で、能力等に問題のない鑑定人による鑑定を合理性ある説明なくして簡単に否定し、身

15) なお、本文の(A), (B), (C)の内容により、判断基準の①から④が満たされえないことが示されていると考えられるであろう。

16) この点、ドイツでは、鑑定人の見解に裁判官がただ従う場合に対して問題意識が強いと思われる。このようなドイツの事情を紹介するものとして、安田拓人「法的手段としての責任能力判断の事実的基礎—精神鑑定に求められるもの」『岩井宣子先生古稀祝賀論文集 刑法・刑事政策と福祉』町野朔・岩瀬徹・日高義博・安部哲夫・山本輝之・渡邊一弘編（2011）38頁以下。

勝手な判断を行うことも許されないということである。このような、精神鑑定と最終的な責任能力判断との関係を確保することを可能にするものが、合理性を主導原理とする「理由づけ」の要求ということになるであろう。

もっとも、このような「理由づけ」の要求に応じることを実際に迫られる場面においては、責任能力を肯定する方向に働くのではないかと考えられる事情や反対に責任能力を否定する方向に働くのではないかと考えられる事情といった責任能力の有無・程度に関わる事情として具体的事案において着目される諸事情につき、その評価をめぐって、精神医学等の専門知識にもとづく分析・意味づけという視点からの帰結と非専門的・一般的な考え方にもとづく納得のいく説明という視点からの帰結とが対立するということも、時には、起こることが想定されるところであり、また、このような対立を本質的に解消するには、鑑定人と最終判断者である裁判官や裁判員に、少なからぬ負担を負わせることになることも予想されるところである。

ともあれ、本件判決は、責任能力判断における理由づけにつき、いかなる要求がなされるのかに関して、具体的事案に沿って、判断を下した一例であり、わが国における、責任能力判断における「理由づけ」の要求やその適切な内容という問題を考えるにあたっても参考になるものと思われる。

児童ポルノ文書の自己調達および所持
StGB §§ 184b IV, 52, 53

高 良 幸 哉*

児童ポルノ文書の所持(184b条4項2文)は、当該文書の自己調達の構成要件に劣後する「受け皿構成要件」である。それゆえ、所持という補足的犯罪による、数個の独立した調達行為を結び付ける、かすがい作用は認められない。

BGH, Beschluss vom 10. 7. 2008-3 StR 215/08 (LG Flensburg)

NStZ 2009, 208

《事実の概要》

LGは被告人を、1件の被後見人に対する性的虐待と所為単一の関係にある、児童に対する重大な性的虐待、および、2件の児童ポルノ文書の所持を理由として3年9月の自由刑を言い渡し、保安拘禁における収容を指示した。それに対し、一般的事実誤認を理由とした上告が被告人により提起された。当該判決の再検討の結果、被告人に不利となる法的誤りがないことが明らかとなった。この再検討により、児童ポルノ文書の取り扱いの部分において、有罪宣告の変更のみがなされたのである。

《理由》

LGの認定によれば、被告人は2007年6月インターネット上で児童ポルノのサイトを閲覧した。その際に、自ら保存行為をしてはいないが、それと知りつつ、児童ポルノに相応する画像データファイルが被告人のコンピ

* 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

ュータのハードディスク上に記憶された。一月後、被告人は児童に対する重大な性的虐待を描写した2つのビデオデータファイルを、同様にインターネット上から自身のコンピュータにダウンロードした。そのデータファイルの状態は不完全なままであったが、そのビデオデータは再生することが可能であった。

それによって、被告人は2つの事件において、現実の事象を描写した児童ポルノ文書を調達 (StGB184b 条4項1文) したのである。その際、被告人がインターネットに接続している間に、そのつといくつかのデータファイルを自身のコンピュータ上にダウンロードしたという点で、それぞれに法的意味における1つの所為だけが存在している。それに対し、時間的に明らかにそれぞれ別個に存在する、そのつと別個の所為決定に基づいて生じた調達事件を共に併合罪としたのである。

これに対し、—LGによって認定された—当該文書の所持を理由とした1つの可罰性は、ここでは問題にはならない。所持の際には、1つの受け皿構成要件が問題となるのである。確かに文書の所持は必然的に自己調達に後続するのである—すなわち、184b 条4項2文に基づく企行犯の成功した実行形態である—。しかし、所持調達は児童ポルノの違法なマーケットにおいて、危険性が強度な犯罪である。それゆえ、その文書の所持は所持調達に劣後するのである (MünchKomm-StGB-Hörnle § 184b Rn. 35)。このような考慮は麻醉剤刑法における所持に妥当する。そこでも所持は受け皿構成要件である。麻醉剤との可罰的な取扱いについて、その他の包括的な行為形態が証明されえない場合に、1つの処罰がなされるのみなのである (vgl. Weber BtMG, 2. Aufl., § 29 Rn 801, 897 mwN)。

このことは、自己調達の二重の所為の間の競合に関する判断に対して影響を与えている。すなわち、行為者がいくつかの行為を通じて、そのつと児童ポルノ的画像データファイルの所持作出し、かかる画像データファイルを自身のコンピュータ上に保存する場合、所持という補足的な犯罪によって、自己調達行為とともに1つの所為に結び付けることはできないのである (結論において同様のものとして BayObLG NJW 2003, 839, 840, もつ

とも、これは所持と自己調達のと所為単一を、そのつど1つの行為を通じて調達されたデータファイルに関して認めている)。

当刑事部が、NSTZ 2005, 444の判断において、調達行為とそれとは異なる提供行為の大半が、これらと結びついた児童ポルノ的データファイルの所持によって、単一の犯罪行為として結び付けられる、とした判断部分については次のような考え方となる。すなわち、先行する自己調達とそれに続く第三者調達に関する、1つのデータファイルの所持が有するかすがい作用は、法状況が変更されて以降は(2003年12月27日の法律, BGBl I, 3007, 2004年4月1日施行)、もはや問題とはならないのである。というのも、StGB184b条2項において第三者調達に科される刑の上限が5年に引き上げられているからである(以下に同様。MünchKomm-StGB-Hörnle aaO; S/S-Lenckner/Perron/Eisele 27. Aufl., § 184b Rn 19)。—当刑事部が麻酔剂的な考慮に依拠して、これまですでにそうしてきたように—所持を補足的なものとしてのみ見るのであれば、数個の児童ポルノ的データファイルを合算した単一の所持によって、数個の自己調達を所為単一と解する余地はもはやないのである。

《研究》

1 本件は、被告人がインターネットを通じて、数度にわたり児童ポルノサイトを閲覧し、児童ポルノ文書を自ら保存行為してはいないが、それと知りつつ自身のコンピュータ上に記憶させ、また、その一ヶ月後、再生可能な児童ポルノ的な映像データをダウンロードし自身のコンピュータ上に保管したものである。これについて、LGは所持罪のかすがい作用によって、各調達罪を所為単一としたのに対し、BGHは、所持罪を受け皿構成要件であるとし、調達罪が成立する際の所持罪の成立を否定し、それによって所持罪のかすがい作用を否定したものである。

2 本件においては、次の2点が問題となる。第一に、所為と所為とを結びつけるかすがい効果は、それらの所為に共通する部分についても犯罪が成立する必要があるため、複数の調達行為の共通の結果である所持が、

児童ポルノの自己所持罪に当るかが問題となる。第二に、キャッシュデータの所持については、それ自体に児童ポルノの再生性がない場合があり、かつ、その所持においても自動で保存される断片的なデータの所持であるため、所持罪におけるキャッシュデータの客体性が問題となる。

3 本件の検討に際し、先例となる裁判例について概観する。まず、本件以前の下級審の裁判例として、Schleswig 高等裁判所2005年9月15日判決¹⁾がある。これは、被告人がインターネット上で児童ポルノ的な文書に当たる内容のウェブサイトを開覧した事案につき、少なくともインターネット上で児童ポルノ的内容を検索した者、かかる内容のウェブサイトを呼び出した者、コンピュータのディスプレイ上で見た当該サイトの単なる閲覧者も、184b 条の意味における所持調達として可罰的になるとする。次に、BGH の判例として、BGH2005年4月5日決定²⁾は、改正前 StGB184 条5項に基づく他人調達が競合する事案において、調達行為と所為単一である所持行為がそれぞれとも所為単一であることをもって、かすが的に、これらを所為単一のものとした事案である。当該事案に関しては、法益侵害性の高い他人調達行為の法定刑が184条各号の犯罪と同等の処罰が科されていたことから、これらを観念的競合とすることで刑の加重をしている。その後の裁判例としては、BGH2006年10月10日決定³⁾がある。これは、被告人が異なる日に数度にわたり児童ポルノ的内容を含むウェブページを検索し、一方では自ら児童ポルノ的内容のデータファイルを自身のラップトップのハードディスク内にダウンロードして保存し、一方では閲覧により、自動的に児童ポルノ的ウェブサイトのデータのキャッシュデータが同ハードディスク上に保存されたという事案につき、BGH は、システム上自動的にキャッシュデータがハードディスク上から削除されるまでの間、何時でも児童ポルノ的データファイルを検索することが可能である点を指摘して、単なるキャッシュデータの保存であっても児童ポルノの所持

1) NStZ-RR 2007, 41.
2) NStZ 2005, 444.
3) NStZ 2007, 95.

に当たる旨明示している。この点について明示したのは、このBGH2006年決定が初めての裁判例である⁴⁾。

4 以上の裁判例をふまえ、第一に、所持罪の受け皿構成要件としての性質について検討する。184b条2項と4項は、共に調達及び所持に関する規定である。ここにいう所持においては、184b条1項の頒布型陳列型犯罪のための所持、つまりは同条1項3号の目的所持罪とは異なり、後続の行為をおこなうための所持ではなく、先立つ調達行為の実現結果としての所持である。そして、いくつかの調達行為によってその所持という態様が形成されたとしても、それぞれ別個の所持ではなく、全体として1つの所持であるとみなされる⁵⁾のであり、本件においてもかかる立場は崩されていない。そこで、当該所持が数個の調達行為を結び付け、所為単一とするかすがい作用の問題が生じる。とすれば、当該所持が不可罰のものであるとすれば、当該各調達行為は独立した別個の行為となる。

児童ポルノの所持に関しては、すでに、その先行行為としての調達行為が可罰的なのであって、すでに当該行為は所持がなされた時点で、可罰的なものとして評価の対象となっている。同様の考慮は麻酔剤法の29条において、調達罪のような、所持罪を包括する他の犯罪が処罰されない場合に、補足的に所持罪が処罰されるということにもみられる⁶⁾。ここで、所持罪が成立する場合は、例えば児童ポルノの製造者がその後、特に目的無く所持を継続するような場合や、調達罪が立証困難な場合のような例外的な事例に限られることになる。このような所持罪の補足的性格を考慮すれば、調達行為が立証され成立する以上、本件BGHのように所持罪は不成

4) なお、頒布・陳列型事案につき、データの一時的な保存も児童ポルノデータの保存に当たるとして、インターネット上での頒布・陳列型的事案におけるデータの客体性を、ハードディスク等の記憶媒体への化体によって認めた、BGHSt 47,55もある。データの保存について、一時的な保存も認める点、両者には共通性があると思われる。

5) NStZ 2005, 444.

6) Weber, BtMG, 2. Aufl., §29 Rn. 801, 897.

立であるとするのが妥当であると思われる⁷⁾。

BGH2005年決定において、それぞれの他人のための調達の事案を所為単一とするかすがい作用を所持罪に認めていたのは、当該所持罪の性質としてではなく、本来、法益侵害性が自己調達よりも高い他人調達行為が、改正前 StGB184条5項において、刑の上限1年の罪とされていた点を考慮し、ある種の刑事政策的考慮の下、刑の加重のために、所持罪と調達罪の両者の成立を認めていたといえる。しかも、BGH2005年判決については、適用条文は旧184条5項であるが、すでにBGHの判決時点では当該罪の処罰が引き上げられていたことを考慮すると、かかる判断を行ったことも理解できる。しかし、2003年改正で、他人のための調達が184b条2項において184条から独立して規定され、その刑の上限も引き上げられたことから、当該加重の必要性も低下し、所持罪と調達罪の関係はむしろ現在、適正な関係となったといえよう。

5 次に、キャッシュデータの保存という形態で児童ポルノの庄司がなされた場合の可罰性について検討する。キャッシュデータとはインターネットにアクセスした際、コンピュータ上に保存される断片的なデータを指し、それ自体では再生性がないものもある。これについて、BGHの見解は、その後いつでも児童ポルノサイトへのアクセスが可能である点を理由として、児童ポルノのキャッシュデータをも児童ポルノ文書に該当するデータファイルであると認めている。この点については、これを初めて示したBGH2006年決定の前後の判例に関しても共通する⁸⁾。この点、児童ポ

7) 所持罪は調達罪の補足的犯罪であるが、所持罪においても、所持それ自体が児童ポルノマーケットに影響を与えるような場合もあり、「児童ポルノマーケットの撲滅」という184b条の目的を、所持罪自体の保護法益として観念できる。Vgl. Eisele, Schönke/Schröder-StGB, § 184b, Rn. 15; 児童ポルノマーケットへの影響を児童ポルノ単純所持罪の成否の基準とするものに Walter Gropp, *Besitzdelikte und periphere Beteiligung - Zur Strafbarkeit der Beteiligung an Musikausbörsen und des Besitzes von Kinderpornographie*, Festschrift für Harro Otto, S. 259 fがある。

8) ただし、一時的な保存にすぎないキャッシュの保存は所持に当たらないとする

ルノの頒布等に関連して、一瞬当該データが介在したに過ぎないネットワーク上のコンピュータをも、児童ポルノ文書と認める点と同様、ドイツにおいては児童の保護と児童ポルノマーケットへの影響を考慮し、児童ポルノ犯罪の客体性が拡大している⁹⁾。この点、キャッシュデータの保存を児童ポルノ所持に当たる記録とする点もまた、児童ポルノマーケットの撲滅という目的を優先した法解釈の下で、所持の客体を拡大したものである。キャッシュデータはブラウザの機能上、一定期間経過すれば自動で削除されるものであるが、当該キャッシュデータがコンピュータ上から削除されていない以上、児童ポルノへのアクセスの可能性は継続するのである¹⁰⁾。このような児童ポルノへのアクセスによる危殆化という側面を重視すれば、少なくとも再生が可能なキャッシュデータについては児童ポルノの所持の対象とする点、理解できるものである。

また、本件においてはキャッシュデータの保存を被告人が認識しているため、特に問題とはならないが、児童ポルノサイトの閲覧後自身のコンピュータ上にキャッシュデータが保存されることの認識が必要かどうかについても争いがある。この点、キャッシュデータの所持を184b条の所持に当たるとするBGHの裁判例においては、被告人のキャッシュデータ保存の認識は存し、また学説上も、通常、コンピュータの素人であればキャッシュデータの保存についてまで認識していないとして、キャッシュデータの保存を児童ポルノの所持とするためには、キャッシュデータが保存されることの認識が必要であるとされる¹¹⁾。しかし、この点について下級審の判断の中には、キャッシュデータの保存の認識は必要ないとするものも

見解もある。Hörnle, NSTZ 2010, 704.

9) BGH NSTZ 2001, 596. これは改正前の184条5項における頒布・公然陳列にかかる事案である。本件の評釈としては、大杉一之「判批」比較法雑誌36巻4号107頁がある。

10) NSTZ 2007, 95.

11) Sven Harms, Ist das „bloße“ Anschauen von kinderpornographischen Bildern im Internet nach geltendem Recht strafbar?, NSTZ 2003, 646, 649; Annette Marberth-Kubicki, Computer- und Internetstrafrecht, 2005, S. 74.

あり¹²⁾、今後の動向が注目される。

6 以上の本件の検討をふまえ、我が国の児童ポルノ単純所持罪¹³⁾について検討を加える。わが国における児童ポルノ規制については、児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律（以下児童ポルノ法）によって、頒布型犯罪である提供・販売罪、公然陳列罪、作成罪のような、児童ポルノマーケットの発信側の犯罪であり、受領者側の行為については不処罰であった。所持罪についてもその発信者側の予備的行為としての所持罪のみが処罰されていたが、児童ポルノがなおも流通する中、児童の性的搾取を撲滅し、児童ポルノによって被害を受ける児童の保護のために、第186回国会において、児童ポルノ法に児童ポルノの受領者側の行為として単純所持罪を規定する改正法が成立した¹⁴⁾。

所持は、その後の頒布目的などが無い以上、受領者側の関与行為としては最終行為であり、購入などの受領行為を判断するに際しては、その立証を補助する行為形態である。しかしながら、わが国においては、その前段階としての受領型の行為については何ら規定が無く、児童ポルノマーケットにおいてもっとも影響の小さい自己所持が規定されるという規定状況である。この点については刑事立法も視野に入れた検討が必要であろう。

わが国においては、「自己の性的好奇心を満たす目的で、児童ポルノを所持した者」が処罰の対象となり、ここでは自己の意思に基づいて所持に至ったことが所持の要件として、改正法案中では示されている。また、表現の自由をはじめとした自由を不当に害しないようにすることが、改正法案中では言及されている¹⁵⁾。ただ、ここで問題となるのが、当該所持が本法の掲げる、児童を性的搾取から保護するという目的にかなうか、とい

12) OLG Hamburg, Urteil vom 15. 02. 2010- 2 -27/09.

13) 近時の文献で、ドイツ・スイス・日本の単純所持規制について詳細な検討を加える文献として、深町深夜「児童ポルノの単純所持規制について—刑事立法学による点検・整備」『刑事法・医事法の新たな展開上巻（町野朔先生古稀記念）』（成文堂、2014年）453頁以下がある。

14) 186回国会衆法28号。

15) 186回国会衆法28号3条関連。

う点である。というのも、本法においては、すでに所持している児童ポルノであっても、自己の性的好奇心を満たす目的による所持であれば、所持罪の対象となりうるのである。当該所持が児童に対する性的搾取となるか、なるとしても、それが法的規制を科すほどに重大なものであるかには問題が残る。なぜなら、当該所持が外部に表明されなければ、それはその後の児童ポルノマーケットの拡大にもつながらず、自身にその後の頒布目的も無ければ、さらなる性的搾取を生じさせないからである。たしかに、所持罪は継続犯であり、その所持状況のみをもって違法であると断じることとも可能である¹⁶⁾。しかしながら、本規制の目的の外にある所持に関しては、本法の保護法益から可罰性を根拠付けることは困難である¹⁷⁾。

そのような問題がある以上、むしろ所持罪以前の受領行為についてその可罰性を検討すべきであって、所持罪は児童の性的搾取に直接的に結びつく場合、つまりは、その後の受領行為・調達行為といったマーケットへの影響のある行為に結びつく場合の処罰に限るべきである。児童ポルノの所持規制があるとしても、それを「自己の性的好奇心を満たす目的」という主観的な点にのみその処罰根拠を求め、このような目的に基づく所持を一律に禁止するのであれば、思想犯罪・道徳犯罪となる可能性も否定できない。その点、ドイツにおいても指摘のあるところである¹⁸⁾。この点、児童の性的搾取と児童ポルノマーケットの撲滅という立法目的を重視し、マーケットへの影響を考慮し、マーケットに影響しない所持を犯罪不成立とする見解が参考となる¹⁹⁾。児童の性的搾取からの保護という点、わが国の児童ポルノ法も目的は同じであり、児童ポルノマーケットへの影響を考慮する見解が、児童ポルノ規制の本来の目的に沿うものであると思われる

16) その場合、これを所持している児童ポルノを処分しないことをもって真正不作為犯となる。Hörnle, MünchKomm-StGB, 2. Aufl., § 184b Rn. 36.

17) 児童ポルノの所持者がその後の児童虐待を行うという実証的研究はドイツにおいても存しない。Eisele, a. a. O. Anm. 7, Aufl. § 184b, Rn. 15.

18) Vgl. Hörnle, a. a. O. Anm. 16, § 184b Rn. 45.

19) Gropp, a. a. O. Anm. 7, S. 251f.

る。これにより、法益侵害性のない所持を所持罪から除外することが可能となり、処罰範囲の不当な拡大を防止できるものと思われる。

ただし、かかる考慮が可能となるのは、ドイツにおいて、所持に優先する調達罪が定められていることがあるにはほかならない。ここで、調達行為や受領・購入行為といった受領者側の所持に先行する行為の可罰性について注目するに、本来、販売行為が処罰対象である以上、その購入者側の可罰性は、自ら児童ポルノマーケットの拡大に積極的に寄与する販売者ら提供者側に比べ小さい。しかし、インターネットを通じた電磁的記録の売買の拡大により児童ポルノマーケットに関与する者の規制の必要性は拡大している上、自らの嗜好を消費者情報としてマーケットサイドに蓄積させることにより、更なる児童ポルノの作成・提供に寄与することが容易となっている現状をふまえれば、このような調達行為は当罰的であり、その結果である所持は正当な所持とみることは困難である。

なお、試論ではあるが、わが国の児童ポルノ法上、所持を不当な調達行為の結果として限定を加えるとすれば、3条2として新たに規定された「みだりに」所持等を行うことを禁止する条文における、「みだりに」との文言をもって、その所持が本法の目的に反するものであるかという点で、一定の限定を加えることは可能であると思われる。しかし、なおも児童ポルノ所持の前提行為が禁止されていないことを考慮するに、刑事立法を含めさらなる検討の余地があるものと思われる。

所持罪の性質を以上のように考えるとしても、本件に見られるようなキャッシュデータについてわが国において規制対象とすることには電磁的記録の客体性概念の問題からなおも疑問が残る。当該データにはそれ自体に再生性が無く、児童ポルノ的な文書であるとそれ自体を見なすことには問題があるデータも存する。当該キャッシュデータのうち、簡易な操作によってそれを閲覧ないし別個のファイルに再生可能な形で保存できるものは別であるが、そうではない、そこに児童ポルノ的な内容を再現できない情報は、その後の調達罪を捕捉するための補足的な情報としてみるべきである。

いずれにせよ、所持罪の補足的性格を考慮すれば、むしろ本罪の主たる犯罪である、調達・受領行為について検討すべき問題であると思われる。

7 以上、BGHが所持罪を受け皿構成要件であるとして、各調達行為を結び付けるかすがい作用を否定した決定について、キャッシュデータの所持の可罰性、および、これらと関連して我が国の児童ポルノ所持罪規制について検討した。本件は、BGHが所持罪を受け皿構成要件として、調達行為に劣後するものとして、初めて明示したことに意義がある。本来所持罪は、児童ポルノの取引にかかる罪の中でマーケットへの影響は最も低い罪であり、他罪によって補足できない場合の、受け皿的な規定である。我が国においては、所持罪が規定されたが、調達行為のような受領者側の先行する行為についての言及がない。そのため、以前から学説上議論のある児童ポルノ受領行為の可罰性の問題とも関連して、改正児童ポルノ法における単純所持罪規定の可否について考察する参照となるどころ、実務上、また刑事政策上参照価値があると思われるため、ここに紹介した次第である。

致命的な攻撃の逸脱——方法の錯誤

StGB §§ 212, 16

樋 笠 堯 士*

暴力行為の結果が、攻撃客体を取り違えることなく他の者に生じる場合、意図していなかった被害者への攻撃の結果が問題となる限りで、このような結果が生じ得ることを行為者が認識し、そしてこの可

* 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

能性を是認しつつ甘受している場合にのみ、確かに故意構成要件充足の非難が行為者に対しなされうるのである。

BGH, Urteil vom 16. 10. 2008-4 StR 369/08 (LG Essen)

(NStZ 2009, 210-211)

《事実の概要》

2007年11月3日土曜日、被告人とその妻、そして男性Fは夕方から夜にかけて居間で飲んでいた。同年11月4日日曜日、被告人は午前中に数時間の睡眠から目覚めて、妻が、前のはだけているモーニングガウンのみを羽織って横になっているのを見た。男性Fは少しズボンを下ろした状態で妻にもたれかかっていた。被告人は、妻が男性Fと性交をしたものと思った。妻と男性Fの親密な関係は既に被告人の知るところであったが、被告人は、親友と妻の恥知らずな裏切りによって、自尊心を傷つけられて激昂し、男性Fをこらしめてやろうと決心した。被告人は、男性Fを殴るのについてつねな物を探した。被告人は玄関にある作り付け戸棚から、金属の刃と木製の握り手がある斧を取り出した。被告人はそれを持って居間に行き、ソファベッドの横に立った。未だにそこで重なり合っている妻と男性Fはそのことに気づいていなかった。被告人は男性Fに殴りかかろうと斧を激しい勢いで振りかぶった。その際、被告人は少なくとも男性Fの下で横になっている妻の頭に当たってもよいと是認しつつ甘受さえていた。被告人は、妻が被告人の目の前でその親友と性交をしたことから、妻に対してもひどく怒っていた。頭に対して斧で重い一撃を加えたならば、生命の危険を惹起しうるということを意識していた。被告人は、攻撃の際に、妻にも致命的な傷害をすることを甘受していた。

強烈な一撃は、男性Fの頭すれすれのところで外れ、妻の頭に当たった。金属の刃は、左の額と頭頂骨の辺りの頭蓋骨を砕き、脳膜である硬膜と軟膜を切り裂いた。その時、斧の刃は折れて、大きな弧を描いて居間の棚の方へ飛んでいった。男性Fはソファベッドから飛び降り、家から

逃げた。妻ではなく、男性Fの後頭部に当たったと思った被告人は、怒りに任せて斧の柄で妻を打ちつけた。傷から激しく出血が始まったのにもかかわらず、斧の一撃に起因する頭の傷の重大さを、被告人も、妻自身さえも、見誤っていた。被告人は、妻に斧の柄でもって軽傷を負わせたと考えた。妻は、重大な頭の傷害により、2007年11月5日早朝に死亡した。

LGは故殺により、被告人に8年の自由刑を言い渡した。上告は棄却された。

《理由》

事実誤認の主張に基づき判決を審査した結果、被告人の有罪を方向づける法律上の誤りは全くないと証明された。

1 有罪判決については、上告と連邦検事総長によって上告に対して申し立てられた抗弁を考慮に入れても、法的に異議を唱えられ得ない。

被告人が斧の一撃をもって妻ではなく男性Fを殺そうと意欲していたことは、被告人を有罪にすることの妨げとはならない。行為の結果が、このように、攻撃客体を取り違えることなく他の者に生じる場合（方法の錯誤、攻撃の逸脱）、意図していなかった被害者への攻撃の結果が問題となる限りで、このような結果が生じ得ることを行為者が認識していて、そしてこの可能性を是認しつつ甘受している場合にのみ、確かに故意構成要件充足の非難が行為者に対しなされ得る。（通説：BGHSt 34, 53, 55）認定によれば、本件はまさにその事実の通りである。その認定が被告人の行為の主観面や責任能力にかかわる限りのものであったとしても、認定の基礎にある証拠判断において、被告人の不利益になる法律上の誤りは全く示されていないのである。

a) 被告人は男性Fの頭に振り下ろされる斧による重い一撃によって、自分の妻にも致命傷を与えるという可能性を考慮していたというLGの認定は、認定された行為事情によって十分に裏づけされている。それによると、斧の刃による重い一撃は、それによって致命的な傷害に至らしめ得た、そして被告人によって意欲されたように、男性Fのみならずその下

で横になっている被告人の妻にも結果が生じ得た、極めて危険な暴力行為であった。被告人は、妻の頭が「すぐ」男性Fの隣に、あるいはその下にあることを意識していて、その上、妻と男性Fが密着していることに気がついていて、斧による攻撃が、このような事情のもとで逸れて、そして攻撃の(第一の)目標ではない者に結果が生じ得るということは、重い物を使った強烈な一撃は、細かいところではおよそ支配可能ではないのであるからなおさら、明白なのである。(参照・BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 51)

確かに、事案の諸事情次第では、極めて危険な暴力行為の場合でも、行為者が死の危険があるかもしれないことについて必要な知識を持っていたかどうか疑わしいということもあり得る。(参照・BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 26, 37) しかしながらLGは、被告人は男性Fを狙っていたという状況の下で行為の危険性を妻に関しても認識していたという、後から見ても納得がいくような理由をもって説得力のある結論を得たのである。

b) 結局のところ、被告人がその妻に致命傷を与える可能性を是認しつつ甘受していたというLGの認定は、法律上の誤りなく、裏づけられている。意思要素についても、危険な暴力行為の生命への危険性が、重大な証拠である。しかしながら、高度な、殺人に対する阻止閾に鑑みれば、個々の事態のあらゆる事情を考慮して、致命的な傷害の可能性を考慮しているのにもかかわらず、その危険な行為を実行する行為者が、被害者の死を是認しつつ甘受していたかどうかは、注意深く吟味されなければならない。(参照・BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 3, 5, 33, 35 und 38 - 適宜他も参照のこと) この吟味にあたって、とりわけ具体的な攻撃方法、行為遂行時の行為者の精神状態、ならびにその動機が考慮に入れられなければならない。(参照・BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 39) しかしながら、その点をLGは、未必の故意の意思要素を是認する際においても考慮した。その際、とりわけ、連邦検事総長の見解とは異なって、被告人の犯行後の行為態様を考慮したのである。被告人が斧の刃が弾け飛んだ後、その

攻撃的な態様を今度は斧の柄を用いて殴打することによって、妻に向けていたことから、LGは、被告人は既にして最初の斧の一撃の際に、（少なくとも）殺人の未必の故意をもって、妻に関しても行為したのであるという結論を導きだしてもよかったと思われる。

被告人には、斧を用いた一撃による生命への危険性の認識があったにもかかわらず、妻に対しても本気で、単に、曖昧なものではなく（参照・BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 51）、それが妻を死なすことはないであろうということを信頼し得たのでであろうということにつき法的に能力のある手がかりは認定されず、それは所為経過と乖離しているのである。

2 LGによって取り組まれた、刑の上限と下限と、刑の量定も、法的な審査に耐え得るのである。

《研究》

I. はじめに

本件は、未必の故意の認定が争われた事案である。従来、未必の故意に関しては意思説と表象説の対立があったが、BGHが「結果の是認は……認識ある過失から未必の故意を決定的に区別する要素であるが、結果が行為者の持つ願望に適してなければならない、ということまでもは意味していない。未必の故意は、結果の発生が行為者にとって望ましくない場合でも認められる。行為者が別の方法では自身の目標を達成できない以上、その目的を達成するために、自身の行為によってそれ自体望ましくない結果が惹起されることも受け入れて、たとえ結果が発生したとしても、これを意欲しているような場合には、行為者は、この結果を法的な意味で是認しているのである。」と述べ¹⁾、現在は「構成要件該当事実の実現を是認し

1) BGH St 7, 363.

つつ甘受する (billigend in Kauf nehmen)」ことが未必の故意を充足するとする是認説が通説的地位を占めている。BGHは、行為の危険性ならびに構成要件該当事実の認識があったとしても、行為者が結果が発生しないことについて単に曖昧ではなく、真剣に信頼していた場合には、故意を阻却している。その際、とりわけBGHは、近年「阻止閾」の理論を用いて殺人の未必の故意の認定を行なっている²⁾。BGHは、「阻止閾」の理論によって、行為の危険性のみを理由とした故意の認定を回避する³⁾。本件において、BGHは、LGの結論に異を唱えていないものの、阻止閾の判断方法、及び未必の故意の認定方法に疑問を投じているのである。

II. 「阻止閾」の理論

行為者が行為をする際に、致死結果を惹起しうることを行為者に警告し、その行為に出ることを思いとどまらせる働きを有するものを阻止閾という⁴⁾。この阻止閾という概念が初めて登場したのは、警察のバリケード事例である。これは、警察が100m先でバリケードを張っているのを認識した行為者が、停止せずに車でバリケードを突破しようと考え、時速70kmの速度を維持したまま走行し、警察官はなんとか行為者の車両を避けることができたという事案である。LGは、自動車を停止させずに強行突破しようと警察官へ向かったという事情から、殺人の未必の故意を認定した。これに対しBGHは、行為者は警察官を危殆化することを甘受して

2) 阻止閾に関して詳細な検討を加えるものとして、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」比較法雑誌第45巻3号314頁(2011年)がある。

3) Torsten Verrel, (Noch kein) Ende der Hemmschwellentheorie?, NSTZ 2004, S. 309.

4) 大庭沙織によるルト・リッシング・ファン・ザーンの外国文献紹介「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329頁(2013年)では、「阻止閾」を「抑制をかける心理的障壁」と呼んでいる。

いるが、その死まで甘受しているとはいえ、殺人の故意の前には、危殆化する故意よりも非常に高い阻止閾があることを明らかにしたのである⁵⁾。

それゆえ、危険な暴力行為が、それ自体として未必の故意の徴表となるわけではないのである。BGHは、「人が居住している家が放火されるならば、殺人の未必の故意は、有り得ないものとは判断され得ない。個々の事例において未必の故意が実際に存在するか否かが検討されなければならない。」⁶⁾と判示している。つまり、未必の故意には、危険な行為の存在と併せて、阻止閾を乗り越えたことが必要なのである。しかしながら、逆方向からの推論ともいえるのであるが、殺人の故意の存在を示すものとして、また、それとともに、BGHによって要求された阻止閾を乗り越えたことの徴表としても、非常に危険な暴力行為の存在がとりわけ検討されるのである⁷⁾。したがって、危険な暴力行為と、阻止閾を乗り越えたか否かということは密接な関係にあり、同時に判断がなされる場合もあるということになる。

この阻止閾の理論に関して、BGHは殺人の構成要件の領域において強調されてきた未必の故意と過失の限界付けから逸れていると幾度となく批判されている。この批判は、とりわけ、危殆化の故意あるいは傷害の故意の前よりも、殺人の故意の前に非常に高い阻止閾が、本当に存在するのかという命題から生じている⁸⁾。換言するならば、殺人の禁忌というものを特別視することについての批判なのである。また、阻止閾の理論に対して、その論理的・体系的な位置が未だに僅にしか明らかとなっていないという批判もある⁹⁾。しかしながら、これらの批判を受けつつも、阻止閾の理論は判例の理論として確立されてきており、本判決においても用いられ

5) StV 1982, 509.

6) BGH, 07. 06. 1994-4 StR 105/94.

7) BGH NSTZ 2007, 150.

8) Rising-van Saan Geppert-FS (2011), 506.

9) Mühlbauer (1999), 4 ff.

ているのである。

III. 本判決への批判及びその検討

本判決に対し、結論において正当であるとしつつも有意義な批判と問題提起をなす者としてPuppeが挙げられる。Puppeは、「BGHは、この結論を基礎づけるために大きな困難を抱えており、我々が見る限り、その際、行為者の責任を想定する事なく判断を済ませているのである。本来ならば古典的な方法の錯誤が問題となるのであり、方法の錯誤の通説によれば、『過失致死罪と殺人未遂罪の観念的競合になる』はずである。判例は、妻の頭に当たる危険の大きさを理由として、故意の帰属を基礎づけており、結果が行為者にとって正しいものであったか否かを問うていないのである。しかしながら、故意の通説によれば、『妻にも当てて死に至らしめるという大きな危険を基礎づけている』行為者の認識は、故意の成立に十分ではない。むしろ判例で言われるように、行為者はこの可能性を是認して甘受していたに違いないのである。しかし、ここで行為者はこれを故意に行なったのではなく、あるいは、仮に結果について無配慮であったとしても、行為者は斧が恋敵に当たり、妻には当たらないであろうことを信頼していたのであり、故意の通説によれば、そして一般的な方法の錯誤の通説によれば、妻の過失致死のみが問題となるのである。しかし、BGHがこの考えと折り合う事はなかった。そしてそのことは理解できる。」と述べている。つまり、Puppeは、危険の認識のみでは未必の故意の要件は充足されず、それゆえ本件では未必の故意が存在しないこととなり、本件は方法の錯誤の事案になるというのである。そして、方法の錯誤についての通説・判例（共犯については異なる）である具体化説（Konkretisierungstheorie）によれば、狙った客体である男性Fについて殺人未遂罪が、実際に当たってしまった妻には過失致死罪が成立し、両者は観念的競合の關係に立つとされているのである。

Puppeはさらに、「BGHは、『斧を用いた一撃の生命への危険性の認識

があったにもかかわらず、妻に対しても本気で、単に曖昧なのではなく、それが妻を死なすことはないであろうということを信頼し得たのであろうということ』を認定しなかった。このことはBGHが未必の故意の認定の際に用いていた基準を満たさない。それは、『高度な、殺人に対する阻止閾に鑑みて、個々の事態のあらゆる事情を考慮して、致命的な傷害の可能性を考慮してもなお、その危険な行為を実行する行為者が、被害者の死を是認しつつ甘受していたかどうかは、注意深く吟味されなければならない。』という基準である。仮にBGHが、行為者がその妻の死を是認して甘受したのかどうかを入念に検討したならば、このような結論にはならなかったであろう。確かに、一見すると、被告人は斧が最初の一撃でくだけた後に、その柄で妻を殴打しているのであるが、それは結局のところ、身体傷害の故意にしか覆われていないのである。なぜならば、そもそも、行為者は、最初の一撃が恋敵にあらず、妻に当たった事に気づいていないからである。ここで妻の殺人を『是認して甘受している』と肯定することは、BGHには容易なことではないのである。』¹⁰⁾と述べている。

このようにPuppeはBGHを批判しているが、その結論については賛成している。PuppeがBGHの結論に賛同する理由は、彼女の故意概念にあると思われる。Puppeは、結果を発生させることを目的として創出される高度な危険のことを故意危険と呼んでいる。例えば、殺人において行為者の用いた手段が、絞殺や拳銃による頭部への発砲などのような、通常一般的な経験則に照らして、結果発生に対する典型的な手段である場合に、かつ行為者の行為が有効な結果惹起の戦略であるといえる場合に故意危険が存在するとする。行為者がこのような故意危険を意識していれば、当該結果発生についていかなる心理を有していようとも、故意が認められることになるという¹¹⁾。Puppeによれば、本件において行為者にこの故意危険が

10) Puppe, *Aberratio ictus und dolus alternativus*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16. 10. 2008-4 StR 369/08 (HRRS 2008 Nr. 949).

11) Ingeborg Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Band 1, 2002, S. 314f.

認められるため、殺人の故意を認定できるのである。また、Puppe は等価値説 (Gleichwertigkeitstheorie) の主張者であり、我が国の法定的符合説と同様の見解に立っていることから、男性 F に対する殺人の故意が存する時点で、妻に対しても故意を認めることができるのである。したがって、Puppe からすれば、このような未必の故意の認定の困難性に立ち向かうよりも、従来通りの方法の錯誤論、とりわけ等価値説によれば難なく解決ができる事案であったということになる。

Puppe の批判に鑑みるに、危険な暴力行為のみで未必の故意が充足されるものでないことは明らかであるし、とりわけ BGH も同様に考えているはずである。問題は、行為者が結果の不発生を信頼していたか否かである。行為者が結果の不発生を信頼していたのならば、阻止閾を乗り越えたとはいえないであろう。そして、阻止閾の理論に基づいて、行為者が結果の発生を是認しつつ甘受していたか否かを判断する際に、行為後の事情 (妻への殴打) を考慮することはできないはずである。行為者は、殺人をしてはならないと警告する阻止閾を乗り越えたことにより、当該行為の実行に至ったわけであり、当該行為後の別の行為からは、阻止閾を乗り越えていたことを推認できないはずである。その限りでは、少なくとも未必の故意を検討する際に致死結果の原因となる行為よりも後の行為態様、すなわち怒りに任せて斧の柄で妻を打ちつけた行為を考慮した LG の認定方法は適切ではなかったということになる。しかしながら、このことに関しては BGH も言及するところであるから、つまるところ、Puppe の指摘は、「行為者が、最初の一撃が妻に当たった事に気づかず妻を柄で殴打していることから、行為者には、妻に対しては身体傷害の故意しかなかった」という点に尽きるのである。これについては、事実認定の問題とも考えられるが、行為者が妻に対する傷害の故意を有していたと仮定し、Puppe の問題提起を検討することとする。

IV. 方法の錯誤と択一的故意

Puppeの指摘通りに把握するとすれば、本件は、男性Fに対しては殺人の故意を、妻に対しては傷害の故意を有していた被告人が、斧による攻撃を行ない、妻を死亡させてしまったという事案となる。傷害の故意しか向けられていない妻については、結果的加重犯により、被告人が傷害致死罪を負うことになろう。男性Fに対する殺人未遂罪も成立しうるのであるから、両罪は観念的競合となろう¹²⁾。その上で、Puppeは本事案を択一的故意の事案であると位置づけるが、それは妥当ではないと思われる。択一的故意の事案は、一方の構成要件結果が現実化した場合、他方の構成要件結果は現実化しないという排他的な関係にあるはずである。本事案には、択一的故意ではなく、第一行為で恋敵を殺し、第二行為で妻を傷害するという単なる二つの故意と二つの行為があると考えられる。仮に第一行為時に、行為者が男性Fに対しては殺人の故意を、妻に対しては傷害の故意を有しており、そのどちらかが達成できれば良いと思って斧を投げていたならば、択一的故意の事案と言い得るだろう。しかしながら、本件において、殺人が可能であり、かつ傷害も可能である1つの攻撃というものが観念できるのかは疑問である。ただし、このように殺人の故意と傷害の故意をそれぞれ別の客体に対して有しているような二重の択一的故意の場合に、方法の錯誤が発生し、一方の客体に対して意図していた結果が、もう一方の客体に現実化された事案がどう処理されるのかという設例は、学術的な価値を有すると思われる。等価値説および法定的符合説での解決を試みた場合、もともと有する故意の上に別の故意を擬制することになるだろう。果たして故意の上塗りとは可能なものなのか、そして許容されるものなのか、という問題が生じるのである。これらの議論の端緒としても、本

12) Puppeによる通説の適切な解釈通りならば、この結論になるが、Puppe自身は等価値説により被告人に殺人既遂罪を成立させるであろう。

判決に対する Puppe の批判は非常に重要であろうと思われる。また、阻止閾を考察する際に、いかなる事情を取り込むべきかという議論にも影響があると考えられよう。

V. 本判決の意義

LG は、未必の故意を検討する際に、致死結果の原因となる行為よりも後の行為態様、すなわち怒りに任せて斧の柄で妻を打ちつけた行為を考慮したのである。阻止閾の理論に鑑みれば、具体的な攻撃方法、行為遂行時の行為者の精神状態、ならびにその動機を考慮しなければならないとされるところ、行為後の事情を考慮に入れてしまったのである。この LG の認定に対し、BGH が「被告人は既にして最初の斧の一撃の際に、少なくとも殺人の未必の故意をもって、妻に関しても行為したのであるという結論を導きだしてもよかつたのである。」と述べていることから、BGH が、阻止閾の理論に基づいて行為者が結果の発生を是認しつつ甘受していたか否かを判断するためには、行為後の事情を考慮することはできないと考えていることが看取できよう。そして、阻止閾の理論を基礎とする未必の故意の認定の適切な在り方を提示したものと考えられる。また、危険な暴力行為が生命への危険性を有する場合、それが未必の故意の意思要素の前提となるものであること、そして阻止閾の理論に鑑みて、具体的な攻撃方法、行為遂行時の行為者の精神状態、ならびにその動機を考慮した上で、是認しつつ甘受していたかどうかを検討されねばならないということを具体的な内容を示しつつ、改めて確認した点に意義があろう。

なお、本判決以降に、阻止閾の理論は刑事訴訟法上 (StPO261条) の自由心証主義で考慮されるものとしたものがある¹³⁾。阻止閾の理論が裁判官の心証形成に関わる理論とされるならば、未必の故意との関連性について改めてその体系的位置と内実についての検討が問題となろう。この点に

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

比較法雑誌第48巻第3号（2014）

ついても、今後の BGH の判例の集積が待たれるところである。