

# ドイツ刑事判例研究 (90)

ドイツ刑法研究会  
(代表 曲田 統)\*

極度に危険な暴力行為における殺人の未必の故意  
StGB §§212, 223, 224, 15

樋 笠 堯 士\*\*

確かに、極度に危険な暴力行為において、殺人の未必の故意は、高度の阻止閾の存在にもかかわらず、容易に想定される。しかし、殺人の未必の故意の認定は、故意を疑問視する全ての事情が事実審裁判官の考慮に入れられた場合にのみ法的に誤りのないものとなるのである。

BGH, Beschl. v. 27. 8. 2013 – 2 StR 148/13 (LG Frankfurt a. M.)

## 《事実の概要》

2011年4月25日早朝、後に被害者となるEは、被告人らが守衛として

---

\* 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

勤務しているFというディスクに居座っていた。被告人Gが、暴れ回っていると勘違いされた客をカウンターから引っぱり出そうと試みると、その客がつかづいて被害者に倒れかかり、さらに、被害者の顔を手拳で殴打した。被害者が（彼に）殴り返したのち、被告人Gが被害者を引きずり倒すに至る取っ組み合いに発展した。その後、被告人Gは、被害者の顔に、死因とはならなかった手拳の殴打を幾度も加えた。被害者は床に倒れたままであった。その間に被告人H、SおよびBはこの騒動を知らされ、喧嘩の現場に集まってきた。被告人Bは犯行現場での出来事が見えないように立ちふさがっていた。被告人Hは、床に横たわっている被害者のもとへ階段から飛び降り、被害者の上にひざ打ちをした。隙あらば被害者に介入ができるように被害者の隣に立っていた被告人Sは、被告人Hにつき従っていた。被告人Hは被害者の頭を手拳で幾度も激しく殴打し、その際に被告人Hは被害者の腹部の上にまたがっていた。その一方で被告人Gは、被害者の頭、上半身、腹部を踏みつけた。被告人Sは、止めようとした客の首の部分を2回殴打した。これらG・Hの暴力の結果として被害者の肝臓は破裂してしまった。この肝臓破裂は、被告人Gによる腹部付近への踏みつけ行為によってか、被告人Hが腹部の上にまたがっていた行為かのいずれかによって惹起されたものであった。この激しい内出血により被害者は死亡した。

LGは、被告人G、HおよびSにそれぞれ故殺罪を宣告し、被告人Sには故殺罪と傷害罪が成立し、両者は観念的競合の関係に立つものとした。LGは被告人Gに対して10年6月の自由刑を、被告人Hに対しては9年の自由刑を科した。また、LGは所為の時点で年長少年（18歳以上21歳未満）であった被告人Sに対し、先の宣告刑を算入して5年の（単一の）少年刑を宣告した。そして、LGは被告人Bに対し、危険な傷害罪により2年の自由刑を宣告し、LGはその執行を猶予し、保護観察処分とした。

被告人G、HおよびSによる、事実誤認（Sachrüge）を主張とする上告は認められた。被告人Bによる上告は理由のないものとされた。

《理由》

II 手続法および実体法の違反に基づく被告人 G, H および S による, 事実誤認を主張とする上告は認められた。それゆえ, 主張された手続き上の瑕疵は問題とはならない。

1. LG が殺人の未必の故意を認定した際の証拠考量は, 法的な審査に耐えられないものである。

a) 死の発生を, 自身の行為のあり得る結果として認識し (認識的要素), 是認しつつ甘受した (意思的要素) 者は, 未必の故意を持って行為した者である。殺人の未必の故意の存在を認定しうるか否かの検討に際しては, 事実審は客観的および主観的な所為事情の包括的な全体評価を行わなければならない (参照. Senat Urt. v. 17. 7. 2013 – BGH 2 StR 176/13, NStZ-RR 2013, 341 およびその他参照のこと)。それに加えて, 故意の両要素は事実認定によって裏づけられなければならない (BGH Urt. v. 23. 2. 2012 – BGH 4 StR 608/11, NStZ 2012, 443, 444)。

b) 事実審裁判官に存する評価裁量を考慮に入れても, LG の説明は, 殺人の未必の故意を検討するという要請を満たすものではない。

aa) 自らは暴力行為を行わなかった被告人 S に関して, LG は, もっぱら, 被告人 S が被告人 G および H が暴力を行使しているのを知覚していたという事情のみによって殺人の未必の故意を導き出している。しかしながら, それによれば, 故意の認識的要素のみが裏づけられるだけである。というのも, 暴力行為の知覚だけでは, 少なくとも致死結果を未必的に甘受していたという推論をただちには正当化しないからである (参照 BGH Beschl. v. 24. 8. 1993 – BGH 4 StR 470/93, StV 1994, 13, 14; Beschl. v. 6. 3. 2002 – BGH 4 StR 30/02, BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 54)。

bb) 被告人 G と H に関して, 客観的および主観的な所為事情の包括的な全体評価が欠けているのである。確かに LG は, 適切にも, 極度に危険な暴力行為においては, 人の殺害に関する高度の阻止閾が存在するのにも

かわらず、殺人の未必の故意が容易に想定されるということに基づいてきていた (BGH *Urt. v.* 22. 3. 2012 – BGH 4 *StR* 558/11, *NJW* 2012, 1524, 1525; *Urt. v.* 17. 7. 2013 – BGH 2 *StR* 139/13, *NStZ-RR* 2013, 341)。このことは、とりわけ、行為者が——ここでは被告人 G であるが——自身の敵を地面に打ちのめし、続いて、その結果として無抵抗となった被害者の頭部や腹部のあたりを幾度も踏みつける場合にも妥当する (参照. BGH *Urt. v.* 25. 5. 2007 – BGH 1 *StR* 126/07, *NStZ* 2007, 639, 640)。しかしながら、特に危険な暴力行為から殺人の (未必の) 故意を推論することは、事実審裁判官が個々において問題となっている、故意を疑問視する事情をも自身の考慮に含めた場合にのみ、法的に誤りのないものとなるのである (BGH *Beschl. v.* 10. 7. 2007 – BGH 3 *StR* 233/07, *NStZ-RR* 2007, 307)。このことがここで欠けているのである。

LG は、量刑の範囲内で被告人 G と H に対し、突発的な所為 (*Spontantat*) が問題となっていたことを酌量した。しかしながら、この殺人の未必の故意の存在を妨げ得る事情 (参照. BGH *Urt. v.* 17. 12. 2009 – BGH 4 *StR* 424/09, *NStZ* 2010, 571, 572; *Urt. v.* 17. 7. 2013 – BGH 2 *StR* 139/13, *NStZ-RR* 2013, 341) は、量刑の範囲のみならず、それ以前に主意的 (主観的) な故意要素を検討する際に審議されなければならなかったものである。さらに付け加えると、被告人らが被害者の死を具体的な所為状況において是認しつつ甘受していた (以下も参照. BGH *Beschl. v.* 24. 8. 1990 – BGH 3 *StR* 311/90, *BGHR StGB* § 212 *Abs. 1 Vorsatz, bedingter* 22; *Urt. v.* 30. 11. 2005 – BGH 3 *StR* 344/05, *NStZ-RR* 2006, 317, 318) ことについてのもっともな根拠が欠如しているのである。同様に、(原審) 刑事部は、——少なくとも被告人 B の見地から——被告人 G および H による暴力行為が結局のところ「被害者をディスコから運び出す」という目的を追求するものであったということを認定したのにもかかわらず、(原審) 刑事部はこのことをその全体評価の考慮に入れなかったのである。

差し戻しの事実審に対し所為事情の包括的な新しい評価を扱うことを可能にするため、内的所為側面についての認定とならんで、外的な所為事象

についての認定をも取り上げるべきである。

## 《研究》

### I 阻止閾の理論とは

BGHは、従来より「阻止閾」の理論を用いて殺人の未必の故意の認定を行ってきた<sup>1)</sup>。その際、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している<sup>2)</sup>。「阻止閾」の理論を持ち出すことにより、全事情を評価する必要性を説いているのである。「阻止閾」の理論は、1982年のBGHの判例（警察のバリケード事件）にて初めて登場した。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った。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いるが、その死まで甘受しているとはいえず、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<sup>3)</sup>。その際の阻止閾の定義は、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ということであった<sup>4)</sup>。

1) 阻止閾に関しては、拙稿・樋笠克士「致死的な攻撃の逸脱—方法の錯誤 StGB § § 212, 16 (海外法律事情 ドイツ刑事判例研究(88))」比較法雑誌48巻3号(2014年)408頁以下を参照。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)を参照されたい。

2) Torsten Verrel, (Noch kein)Ende der Hemmschwellentheorie ?, NSTz 2004, S. 309.

3) StV 1982, 509.

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

それ以降 BGH は、「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く、阻止閾を乗り越えたかどうか、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」と判示している<sup>5)</sup>。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とされている<sup>6)</sup>。

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幾度となく逸れている」と批判されている。この批判は、とりわけ危殆化の故意あるいは侵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のかという命題から生じている<sup>7)</sup>。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かにしか明らかとなっていないという批判もある<sup>8)</sup>。さらには、下級審は阻止閾の理論を部分的に考慮不十分のまま用いて、論拠として濫用しているという批判も当時から多く上げられていた<sup>9)</sup>。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固たる地位を築いていたのである<sup>10)</sup>。

## II 問題の所在

以上の経緯を前提とし、本決定の検討に移りたい。本決定の問題点として以下の4点が挙げられよう。まず、後述する判例⑤(2012年)において、阻止閾の理論は、StPO261条【自由心証主義】の中で考慮し尽くされ

---

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。

5) BGH 4 StR 105/94 - Urteil vom 7. 6. 1994.

6) BGH StV 1984, 187.

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

8) Mühlbauer (1999), 4 ff.

9) MK/StGB-Schneider 2. Aufl., Bd. 4, § 212 Rn. 53.

10) Thomas Trück, Die problematik der Rechtsprechung des BGH zum bedingten Tötungsvorsatz, NSTZ 2005, 233.

ており<sup>11)</sup>、未必の故意の認定の際には用いられないと判示され、その評価が定着したのである<sup>12)</sup>。そして、学説においては「阻止閾の理論の終焉」とも評されるようになった<sup>13)</sup>。しかしながら、これらの状況にもかかわらず、本決定は、未必の故意の認定に際して阻止閾の理論に触れ、量刑段階よりも前に阻止閾の理論を前提とした検討が必要である旨の判示をしている。このことから、①阻止閾の理論を未必の故意を認定する際に用いるべきか、という問題が生じるのである。

次に、同様に判例⑤(2012年)において、②上告審として求められる審理方法や、③客観的および主観的な所為事情の包括的な全体評価についての判断が未決定にされたままになっていた<sup>14)</sup>。しかしながら、本決定は、客観的および主観的な所為事情の包括的な全体評価について言及し、そして差し戻し審に対する要求も行っていることから、これら、②上告審として求められる審理方法とは何か、そして③客観的および主観的な所為事情の包括的な全体評価の内実は何かという点の検討が必要と思われる。そして、④原審LGの未必の故意の認定について、本決定が指摘をしていることから、その問題性について検討することが必要だと考えられる。以上の4点について考察するに先立ち、2000年代に入り定着した阻止閾の理論および極度に危険な暴力行為に関する判例を概観したい。

### Ⅲ 阻止閾の理論および極度に危険な暴力行為に関する判例

以下では、阻止閾の理論が確固たるものとなった2000年代の判例の要旨を概観する。

11) ドイツ刑事訴訟法第261条【自由心証主義】「裁判所は、審理の全体から形成された自由な確信に基づいて、証拠調べの結果を判断する」

12) Fischer StGB, 60. Aufl., § 212 Rn.16a.

13) Christian Fahl, Das Ende der Hemmschwellentheorie -Ein Nachruf, JuS 2013, 499 ff.

14) Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 27. 08. 2013, Az.: 2 StR 148/13 von PD/RAin Dr. Anja Schiemann, original erschienen in: NSTZ 2014, 35-36.

① BGH 4 StR 30/02 — Beschl vom 6. 3. 2002 (LG Hildesheim)

「確かに、極度に危険な暴力行為の場合には、『その際被害者が死に至る可能性』をも行為者が考慮に入れていたということが容易に想定される。しかしながら、殺人に対する高度な阻止閾に鑑みて、常に『行為者が死の危険を認識していなかった、あるいは、少なくとも、この結果は発生しないことを信賴していた』という可能性が考慮に入れられなければならない。それゆえ、殺人の未必の故意が存するという帰結は、事実審裁判官が、その結論を疑問視する全ての事情を自身の考慮に入れた場合にのみ法的に誤りのないものとなるのである。」

② BGH 3 StR 233/07 — Beschl. vom 10. 7. 2007 (LG Hannover)

「殺人の故意の前には危殆化あるいは傷害の故意よりも著しく高度な阻止閾が存在するのであるから、判決理由においても同様に、『行為者が殺害結果をあり得ると予想していたか、そしてそれに基づいて、結果が発生しないことを真摯に信賴していたか』が検討されなければならない。このことは、とりわけ人の殺害のような非常に重大な所為に関する納得できる動機が欠けている場合に、妥当するのである。」

③ BGH 4 StR 369/08 — Urteil vom 16. 10. 2008 (LG Essen)

「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。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。」

④ BGH 4 StR 608/11 — Urteil vom 23. 2. 2012 (LG Bielefeld)

「自身の行為のあり得る結果として、死の結果の発生を認識し（認識的要素）、是認しつつ甘受する（意思的要素）者は、殺人の未必の故意を有している。両要素は事実認定に基づかなければならない。全ての客観的および主観的な所為事情の全体的考察（Gesamtbetrachtung）に基づくことに



よってのみ、両要素の肯定ないし否定は導かれうるのである。その際、本質的な指標となるのは、行為者に認識された事情に基づいて、決定されるべき所為行為の客観的危険性である。意思的要素の評価の際には、具体的な攻撃態様と並んで、規則的に、行為者の人格、行為時点における行為者の精神状態およびその動機をも、考慮の中に入れなければならないのである。」

⑤ BGH 4 StR 558/11 — Urteil vom 22. 3. 2012 (LG Saarbrücken)

「行為者が生命に対する危険性を認識しているのにもかかわらず、自身の意図を実行する場合には、是認は容易に認定される。その際には、所為経過に重要な事情——とりわけ、具体的な攻撃態様、所為実行の際の行為者の精神状態、ならびにその動機——が証拠評価に入れられなければならない。……(阻止閾について)……確かに、与えた侵害が当然明白に生命に対する危険性を有していること自体は重要な徴表を意味しているものの、行為者の(未必の)殺人の故意にとって説得力を持った証拠の根拠を意味してはならず、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を疑問視しうる全ての事情を自身の証拠評価に入れることを要求されるべきである。……BGHの理解によれば、阻止閾の理論は、StPO261条【自由心証主義】の中で考慮し尽くされているのである。」

⑥ BGH 3 StR 45/13 — Urteil vom 16. 5. 2013 (LG Hildesheim)

「殺人の未必の故意の検討の際には——かつての証拠評価の際とは異なり——上告法的観点によるものが必要であるが、それは、被告人にとって有利また不利な全ての客観・主観的な個々の事情を一定の個々の全体的考量(Gesamtschau)に含め、かつ評価することで足りるのである。それゆえ、客観的所為事情の重要性を判断することおよび主観的構成要件にとっての意義を評価することは、もっぱら事実審裁判官に留保されていることなのである。このことは被害者の頭部に対して行為者が足蹴をした場合においても、妥当するのである。」

⑦ BGH 2 StR 176/13 — Urteil vom 17. 7 2013 (LG Frankfurt am Main)

「自身の行為のあり得る結果として、死の結果の発生を認識し(認識的要

素)、是認しつつ甘受する(意思的要素)者は、殺人の未必の故意を有している。両要素は事実認定に基づかなければならない。全ての客観的および主観的な所為事情の全体的考察(Gesamtbetrachtung)に基づくことによつてのみ、両要素の肯定ないし否定は導かれうるのである。その際、本質的な指標となるのは、行為者に認識された事情に基づいて、決定されるべき所為行為の客観的危険性である。極度に危険な暴力行為の場合、少なくとも殺人の未必の故意が容易に認定される。(同旨:BGH NStZ 2011, 338)例えば、行為者が自身の行動が生命を危殆化することになることを示すあらゆる事情を認識したのにもかかわらず、行為時に精神障害による能力の減退ないしアルコールの影響の結果として殺人の危険性は、行為者に認識されない。このように、行為者が自身の行動が生命を危殆化することになることを示すあらゆる事情を認識したのにもかかわらず、個々の事実において故意の認識的要素あるいは意思的要素が欠けうる場合があるのである。(同旨:BGH NStZ 2012, 151)」

⑧ 本決定 BGH 2 StR 148/13 — Beschl. vom. 27. 8. 2013(LG Frankfurt a. M.)

⑨ BGH 2 StR 54/14 — Urteil vom 26. 11. 2014 (LG Frankfurt a. M.)

「死の発生を、自身の行為のあり得る結果として認識し(認識的要素)、是認しつつ甘受する(意思的要素)者は、未必の故意を持って行為した者である。殺人の未必の故意の存在を認定しうるか否かの検討に際しては、事実審は客観的および主観的な所為事情の包括的な全体評価を行わなければならない(参照:BGH NStZ-RR 2013, 341, 342(判例⑦))。それに加えて、故意の両要素は事実認定によって裏づけられなければならない(参照:BGH NStZ 2012, 443, 444(判例④))。(ここでは、)客観的および主観的な所為事情の包括的な全体評価が欠けているのである。確かにLGは、適切にも、極度に危険な暴力行為においては、殺人の未必の故意が、人の殺害に関する高度の阻止閾が存在するのにもかかわらず、容易に想定されるということに基づいていた(BGH, Urteil vom 22. 3 2012 – 4 StR 558/11, NJW 2012, 1524, 1525(判例⑤); Beschluss vom 27. 8 2013 – 2 StR 148/13, NStZ

2014, 35, (本決定))。このことはとりわけ行為者が被害者の頭部を幾度も固い地面に打ちつけた場合にも妥当する。しかしながら、ここに極度に危険な暴力行為が存在したというLGの評価は既にして、認定によって支えられてはいないのである。その際、LGは既に、逆方向の徴表となる事情、すなわち被害者Fが実際には著しい侵害を全く受けなかったことを、評価に十分には採り入れていなかったのである。そのうえ、著しい侵害が起きないことが『全くの偶然』に基づいていたという原審刑事部の基礎付けは、専ら自身に帰責されると評価された被告人の、元ボクサーとして自身の行為を手加減することが可能であり得る旨の主張を顧慮していないのである。」

#### Ⅳ 2012判決の評価

以上、本決定までの7つの判例、そして本決定以降の判例1つを概観した。阻止閾の理論に関して契機と成った判例は⑤である。ここで、この判例⑤2012判決の評価を確認したい。2012判決に対しては、Fischer・Christian Fahl・Puppe・Mandlaを始めとし、「阻止閾の理論は終わった」と解する学者が多数であった<sup>15)</sup>。つまり、阻止閾の理論は、StPO261条【自由心証主義】の中で考慮し尽くされており、未必の故意の認定の際には用いられないと解したのである。これら、阻止閾の理論の観点以外のものとしては、①上告審的な審査のあり方、そして②故意の認定に関して事実審へいかなる論拠を要請すべきか、について未決定のままであるという指摘がなされている<sup>16)</sup>。これらの理解を前提に、次章では本決定および原審LGについて検討したい。

15) Jahn, JuS 2012, 757. Jahnは、「主意的な故意要素の検討はまさに、当然に困難をもたらす。なぜなら、主意的な故意要素の認定はしばしば裁判官の心証形成のおぼろげな領域に進展するからである。」と述べ、その際、裁判官の認定に対し上告審的には批判の余地が残されているという。

16) Puppe, Tötungsvorsatz und Affekt - Über die neue Rechtsprechung des BGH zum dolus eventualis in Bezug auf den möglichen Todeserfolg bei

## V 本決定および原審への評価

Puppe は、「阻止閾の理論が、再び殺人の故意に対する独自の論拠として判例の理論に組み込まれた」と述べ、「阻止閾の理論に関して、BGH は、転身につぐ転身をしている」と評価している<sup>17)</sup>。2012年判決で、未必の故意の領域においては阻止閾の理論は用いられないとしておきながら、1年後の本決定においては未必の故意につき阻止閾の理論を用いた判断をなしている点に、転身につぐ転身と批判を強めているのである。また、本決定の原審であるLGは、自らが全く暴力行為を行っていない被告人Sがもたらば第三者の危険性の高い暴力行為の知覚をしていたことのみをもって、殺人の未必の故意を肯定している。これについては、2012年判決が「事実審裁判官は、殺人の未必の故意の証明のための、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。」と述べており、LGはこの「行為の生命に対する明白な危険性」が未必の故意の存在を基礎づける唯一の基準であると誤解したと解されている<sup>18)</sup>。そして、「本決定が指摘する状況証拠事実は、例えば、ある自発的な所為は量刑において初めて考慮されるべきではなく、既に殺人の未必の故意にマイナスの材料を提供し得るのである」とも評されており<sup>19)</sup>、本決定は、「阻止閾の理論は訴訟法上の自由心証主義において用いられるものであり、未必の故意とは関係がないものである。」と解されることとなった判例⑤2012年判決とは、全く異なった判示をしたものと理解されている。

また、本決定は第二刑事部のものであるが、本決定以前の第二刑事部の判例⑦、そして本決定、さらに判例⑨において、全て同様の文言が用いられ、2012年判決以降、この第二刑事部においてはいわば3連続で、「未必の故意において高度の阻止閾が存在する」ということを判示しており、ここから、判例⑤2012年判決とは離れた判断枠組みを強く示しているという

---

offensichtlich lebensgefährlichen Gewalthandlungen, NSTZ 2014, 183–189.

17) Puppe, (o. Fn. 16), S. 185.

18) Anja, (o. Fn. 14), S. 35.

19) Anja, (o. Fn. 14), S. 36.

ことが看取されうる。もちろん、判例⑤2012年判決は第四刑事部のものであるから、同刑事部は第二刑事部とは異なった見解に立脚していると解することも可能と思われる。しかしながら、本決定の後に出了判例⑨において、「高度の阻止閾が存在するのにもかかわらず、殺人の未必の故意が容易に想定されるということに基づいていた」という文言の後に判例⑤2012年判決が引用されていることに鑑みれば、そもそも判例⑤2012年判決も、未必の故意の認定に際し阻止閾の理論を用いていたのではないかと考えられるのである。つまり、ここで、単に、判例が阻止閾の理論に立ち戻ったと結論づけるのは早計であるといえよう。なぜなら、判例⑤2012年判決は、Mandla が述べるように、「そもそも2012年判決が『阻止閾の理論は訴訟法上の自由心証主義において用いられるものであり、未必の故意とは関係がないものである。』といえるのかどうか疑わしい」からである<sup>20)</sup>。行為の生命に対する明白な危険性から容易に推認される「是認」を妨げうる事情をも取り込み、故意を否定する契機を設ける機能を有するのが阻止閾の理論だとすれば、阻止閾の理論は、理論というよりは思考方法の一種として、未必の故意の認定の際にも、量刑の際にも、証拠評価の際にも用いることができるとと思われる。本決定の要旨からは、「極度に危険な暴力行為においては、殺人の未必の故意は、人の殺害に関する高度の阻止閾が存在するのにもかかわらず、容易に想定されるということに基づく」ことは適切であるとされているということが看取できよう。しかしながら、「特に危険な暴力行為から殺人の（未必の）故意を認定することは、事実審裁判官が個々において問題となっている、故意を疑問視する事情をも自身の考慮に含めた場合にのみ、法的に誤りのないものとなるのである」と

20) そのように指摘するものとして、Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22. 03. 2012, Az.: 4 StR 558/11 (Zur “Hemmschwellentheorie” bei Tötungsdelikten) von Christoph Mandla, original erschienen in: NSTZ 2012 Heft 12, 695ff. および菅沼真也子・海外法律事情ドイツ刑事判例研究(85)「未必の故意：殺人における「阻止閾の理論」について StGB § § 15, 211, 212」比較法雑誌47巻2号(2013年) 297頁以下。

本決定が述べていることから、①極度に危険な暴力行為を行う者には、高度の阻止閾が存在し、それを乗り越えて行為をするのであるから、殺人の未必の故意が容易に想定される。②事実審裁判官が故意を疑問視する事情を含めた客観的および主観的な所為事情の包括的な全体評価をした場合に、殺人の未必の故意が認定できる。という2点が認められており、すなわち、極度に危険な暴力行為の際には高度の阻止閾が存在するから、高度の阻止閾を乗り越えたかどうかを検討するには故意を疑問視する事情を含めた客観的および主観的な所為事情の包括的な全体評価がなされる必要があるという論理が読み取れると考えられる。

つまり、行為の生命に対する明白な危険性から容易に推認される「是認」を妨げ得る事情をも取り込み、故意を否定する契機を設ける機能を有するのが阻止閾の理論ではないかと考えられるのである。この仮定を論ずるにあたっては、阻止閾の理論と共に言及されてきた「客観的および主観的な所為事情の包括的な全体評価」そして、「上告審として求められる審理方法」という点が重要だと思われる。したがって、この2点について考察する。

## Ⅵ 上告審としての審理および客観的および主観的な所為事情の包括的な全体評価

判例①に始まり、本決定も、「殺人の未必の故意の存在を認定しうるか否かの検討に際しては、事実審は客観的および主観的な所為事情の包括的な全体評価を行わなければならない」と述べており、従来からBGHは、全事情の包括的な評価というものをLGに対し要求してきた。BGHにおいては、「ひとまとめに (pauschal)」阻止閾の理論を用いて未必の故意の検討をしてはならず、「包括的に (umfassend)」検討すべきであるとされてきた<sup>21)</sup>。しかしながら、本決定に対して、「裁判所が存在する全ての状

---

21) NJW 2012, 1524. ドイツ語の「pauschal」は個々の点を問わずに一括りにするという語義であるが、umfassend はもれなく、網羅的だという語義である。

況証拠事実の証拠評価に取り組むことにより、ますますこの裁判官の心証形成の領域はより明らかなものとなるものの、裁判所が状況証拠事実を包括してその評価に入れる限り、ある判断に対し、上告審的には批判の余地がなくなってしまう。」という批判がなされている<sup>22)</sup>。確かに、事実審裁判官に対して、全事情の包括的な評価を要求した場合、故意を疑問視する事情をも事実審裁判官の考慮に入れることになるため、未必の故意が否定されるという結論を導くことが可能となり、妥当であると考えられるものの、上告審としては、全事情の包括的な評価に対しては、欠陥性の批判が通用しなくなり、上告審として原審を批判する余地がなくなってしまうのである。そして、このように解すれば、上告審としては原則的に主観面について認定することができなくなると考えられる。しかしながら、上告審としては、全事情の包括的な評価がなされたか否かを吟味すればよく、下級審に対して全事情の包括的な評価を要求することが直ちに上告審にとって不利益になるとはいえないだろう。

ここまでを総じて検討すれば、以前から批判のあったように、下級審は阻止閾の理論を自由気ままに用いており、極度に危険な暴力行為の際には、阻止閾の理論により容易に故意が認定される状況があったわけであるが、これを正すという目的でBGHは、「殺人の未必の故意の存在を認定しうるか否かの検討に際しては、事実審は客観的および主観的な所為事情の包括的な全体評価を行わなければならない」と述べてきたのである。そして、極度に危険な暴力行為の際には、ただちに故意が認定されるべきではなく、故意を疑わしいと思わせる客観的および主観的な所為事情の包括的な全体評価を事実審に検討してもらうため、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から、高い阻止閾を乗り越えたかどうかという点を「阻止閾の理論」として考慮するよう要求されると考えられる。つまり、BGHは、故意を疑問視する全ての事情を考慮に入れてもらうために、その手段および根拠として「阻止閾の理論」を用

---

22) Kudlich, JA2013, 152, 154.

いているのだと考えられるのである。

## Ⅶ 本決定の意義

阻止閾の理論を量刑以前に、未必の故意において考慮されるものと再度位置づけたことで、実体法の未必の故意の判断においてなおも阻止閾の理論が通用することが明らかとなった点に意義がある。

また、本決定の後に出た判例⑨をも検討材料とするならば、同判例において、「高度の阻止閾が存在するのにもかかわらず、殺人の未必の故意が容易に想定されるということに基づいていた」という文言の後に判例⑤2012年判決が引用されていることに鑑みれば、そもそも判例⑤2012年判決も未必の故意の認定に際し阻止閾の理論を用いていたのではないかと考えられる点にも意義があろう。

そして、極度に危険な暴力行為の際には、故意を疑わしいと思わせる客観的および主観的な所為事情の包括的な全体評価を事実審に検討するよう求めるため、高い阻止閾を乗り越えたかどうかという点を「阻止閾の理論」として考慮するよう要求していると考えられることから、BGHは、故意を疑問視する全ての事情を考慮することを促すために、その手段および根拠として「阻止閾の理論」を用いているのだと考えることによって、自由心証主義と未必の故意の二カ所において同理論を用いることの説明が可能となる点にも意義があろうと思われる。

なお、阻止閾の理論の去就については、今後の第四刑事部の判断が待たれるところであろう。