

平成 2 9 年 6 月 1 3 日現在

機関番号：1 5 2 0 1

研究種目：研究活動スタート支援

研究期間：2015～2016

課題番号：1 5 H 0 6 4 1 5

研究課題名（和文）故意の概念とその認定方法の相互関係について

研究課題名（英文）The Relation between Concept of Criminal Intent and the Approach of Finding

研究代表者

大庭 沙織（Oba, Saori）

島根大学・法文学部・講師

研究者番号：1 0 7 5 8 4 4 4

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 1,000,000 円

研究成果の概要（和文）：ドイツ連邦通常裁判所（BGH）は殺人の故意を認定する際に「抑制をかける心理的障壁論」という理論を用いて、特に慎重な認定を要求する。これは、人間は殺人行為に出ることについては大きな葛藤を生じ、より高い障壁を超えなければ意図的に人を殺害することはないという理解であり、故意を行為者が犯行時に実際に有した心理状態であると理解する見解に基づくものである。本研究では、この理論の登場から近年の傾向までを分析することで、故意を行為者の実際の心理状態として理解することの限界や、行為の危険性などの客観面から故意を理解する見解との相違点を検討した。

研究成果の概要（英文）：Federal Court of Germany considers ''die Hemmschwelle vor Totung'', when it finds killing intent. This idea is based on the understand that killing causes trouble, and man must overcome the barrier to killing intentionally. This idea also comes from understand that criminal intent is mental state that a criminal really had at criminal act. I analyzed the tendency of this theory from its advent to late years, and invetigated the threschold of this theory, the difference between this theory und the opinion that understands criminal intention from the perspective of objectify, from the objective danger of criminal act.

研究分野：刑法学

キーワード：故意 規範化 殺意 殺人

1. 研究開始当初の背景

(1) わが国においては、故意は結果発生認識で足りるか、結果発生認識に加えて認容や実現意思を要求するかという問題は未だ決着を見ていない。他方で、故意を認定する際に、どのような事実を重視するかについて分析が進んでおり、行為の客観的危険性、自身の行為に対する行為者による認識、動機、行為前後の態度等が挙げられる。しかし、その認定方法は、故意は結果発生認識で足りるとしても、認容や実現意思をも要求するとしても、共通であるように思われ、概念定義と認定方法とがどのように連関するかはなお不明である。

(2) 故意概念についてわが国と同様の議論が行われているドイツでは、たとえば殺人の故意を「被害者が死ぬかもしれないと思った」「被害者が死んでも良いと思った」などの心理的事実として定義することをやめ、故意を認めるための間接事実となる客観的事実(たとえば、ナイフで胸を刺したこと、行為時に被告人が被害者に対して「死ぬ」といったこと)を列挙して故意の定義として十分であるとし、概念定義の問題と認定の問題とを区別せず、いわば、故意を客観化する見解も主張されている。しかしながら、このような見解に対しては多くの批判が向けられており、ドイツにおいてもわが国においても、心理的事実としての故意概念の定義は放棄すべきでないとの見方が一般的である。ドイツ連邦通常裁判所(BGH)も故意を心理的事実として理解し、判決の中で、行為の客観的危険性のみによって故意を認定することに対して否定的である。この認定方法は上述の故意の規範化説に共通するところがあり、これを否定するBGHは、故意を心理的事実として理解する立場を認定の場面においても貫徹しようとしていると評価できる。そのため、BGHの故意の認定方法について研究を進めることで、故意概念と故意の認定方法との連関を明らかにするうえで重要な示唆を得ることができると思われる。

2. 研究の目的

(1) ドイツ連邦通常裁判所(BGH)は故意を実際の心理状態として理解し、それを貫徹した形で「抑制をかける心理的障壁論」を故意の認定において用いてきた。その一方で「抑制をかける心理的障壁論」はBGH自身近年では放棄しようとする動きがみられる。そこで、「抑制をかける心理的障壁論」の登場から近年の傾向までを追うことで、故意を実際の心理状態として理解することの妥当性や限界を明らかにすることが目的であった。

(2) BGHの「抑制をかける心理的障壁論」の援用は殺人の故意に特化しているため、一般論としての故意概念と認定の関係を考え

るためには、他の犯罪類型についても検討することが必要である。そこで、詐欺罪などの財産犯を題材に選んだ。なぜ財産犯かという点、客体となる財産の多寡によって心理的障壁の高低(もしくは有無)に変化がありそうだと予想されることと、わが国の実務上、財産犯においては故意の規範化が認定のレベルで行われる可能性があるのではないかという疑問があったからである。

3. 研究の方法

(1) まず、BGH判例と、「抑制をかける心理的障壁論」に関するドイツの学術論文や書籍を研究対象とした。心理的障壁が初めて登場したのは1975年の判例であるが、それ以前とそれ以降とを比較するために、1950年代から2016年までの殺人の故意が問題となった判例を逐一チェックし、どのような間接事実から故意が認定されているかを調べた。そして、この理論について、提唱者であるBGHはその根拠等を述べていないが、多数の学術論文において研究が進んでいることから、この理論の内実や根拠、問題点についてはドイツの学術論文や判例評釈を参考に分析を加えた。

(2) さらに、この理論は故意を行為者の現実の心理状態として理解する立場に立っていることから、行為者の心理状態を徴憑する間接事実を重視して故意の認定が行われているかを分析するために、参照判例一つ一つについて、「心理的障壁」のもとでどのような間接事実が顧慮されているかリストアップした。

(3) そして、故意を行為者の実際の心理状態ではなく、行為の危険性などの客観面から理解しようとする故意の規範化説と、BGHの故意理解とを比較するために、代表的な規範化説主張者であるIngeborg Puppeが「抑制をかける心理的障壁論」についてどのような分析を加えているかを重点的に検討した。

(4) 殺人以外の犯罪類型における故意概念と認定方法の関係については、現在の実務において研究の需要が高まっている、振り込め詐欺の受け子の故意を素材に検討した。振り込め詐欺の受け子は、被害者から詐欺被害金を受け取ることにのみに関与し、その受取物の詳細や詐欺行為について実際に知らされていないことが多い。また、その一方で、そのように弁解して詐欺の故意がなかったように主張することが少なくないため、自己の受け取り行為が詐欺行為であると認識していたと認定することには困難を伴う。そこで、適切な処罰を実現するため、受け子の故意の認定方法について再考すべきであると指摘されているのである。それは、行為者の実際の心理状態としての故意理解に基づく認定方法では故意の認定が困難であるという指

摘であり、新しい認定方法は、認定の段階で故意の規範化説を取り入れているように見えるものである。そこで、従来の認定方法と新たな認定方法とを比較し、詐欺罪における故意概念と認定方法との関連を分析することにした。振り込め詐欺の判例の検討はもちろん、受け子と類似している、覚せい剤輸入事案の運び屋の故意とを比較して検討した。

4. 研究成果

(1) 「抑制をかける心理的障壁論」について、これを援用している判例やこれについて分析している学説等を網羅的に、そして詳細に検討することができた。それによって以下のような「抑制をかける心理的障壁論」の実体を明らかにすることができた。まず、BGHは、「抑制をかける心理的障壁論」登場後も、殺人行為の客観的な危険性を重要な間接事実として扱っている点に変わりはないが、この客観的危険性のみで故意を認めることには否定的である。BGHは、行為者の行為時の精神状態や、行為前後の態度、被害者の関係など、当該事案の具体的状況における事実で、行為者の主観を徴憑する事実をすべて総合的に判断して故意を認定するよう要求している。そのため、地裁が行為の客観的危険性のみを根拠に故意を認めた場合は、BGHは「抑制をかける心理的障壁論」を援用して、地裁の有罪判決を覆し、BGH独自の判断を下すことがある。

(2) この点で、「抑制をかける心理的障壁論」は、ドイツ刑事訴訟法 261 条が規定する自由心証主義に違反しているのではないかと疑問が生じる。これについては、学説上も盛んに議論されたが、「抑制をかける心理的障壁論」を顧慮しない認定は経験則違反であり、そのような事実審の判断には法的瑕疵があることになるから上告審である BGH が介入することが可能な場合であり、刑訴法 261 条違反ではないということで結論が出ている。

(3) したがって、「抑制をかける心理的障壁論」に手続き上の違反はないとされているものの、不作為犯の場合はこの理論が援用されないため故意が不作為の殺人の場合には故意が認められやすく、反対に、アルコールの影響下や興奮状態での殺人行為の場合にはこの理論が援用されて故意が認められにくくなるために、この理論の援用による結論の妥当性が疑問視されている。

(4) 上述のように、「抑制をかける心理的障壁論」は行為の危険性のみによって故意を認定することを否定するものであり、特に行為者が興奮状態にあったりアルコールや薬物の影響下にあるなど正常な精神状態になかったことや、行為後の驚愕や悔悟の態度も重視して故意を認定するよう要求している。

さらには、従前の行為者の被害者に対する態度や関係も故意を認定するうえで考慮されるべきであるとされる。

(5) しかし、「抑制をかける心理的障壁論」は提唱者である BGH がその実態や根拠を明らかにしないまま用いてきたという状況にあり、近年、BGH 自身が援用を控えるという現状にある。行為の危険性以外の、故意の有無に影響を与える主観的客観的事実の総合評価は、あいまいさの残る「抑制をかける心理的障壁論」をわざわざ援用しなくても実行できるというのである。しかしながら、心理的障壁論を放棄することは、殺人に対して人間が覚える心理的葛藤について触れないということになり、人の心理状態に深く入り込まずに故意を認定することを可能にする道へもつながるように考えられる。

(6) そして、「抑制をかける心理的障壁論」は、故意を実際の行為者の心理状態と理解する立場を認定の段階においても貫徹するものであったという理解のもと、故意の規範化説と比較した。両者は一見正反対の見解であるように見えるが、前者は「殺人に対して葛藤を覚える人間」、後者は「自律的理性的な人間」という、一定の人間像を前提として故意を理解している点で共通していることが指摘できるように思われる。

(7) 振り込め詐欺の受け子の故意は、とりわけその認定の困難さが指摘されている。従来は、詐欺の認識を認定するために、受け取り物が現金であることの認識と、それが詐欺を含む違法行為に基づくことの認識とを立証するという方法が多くとられてきた。しかし、このような方法では、受け子の「受け取り物が現金だとは思わなかった」「詐欺以外の仕事だと思った」などという弁解に対応できず適切に故意を認定できないことから、「何らかの違法な行為である」という認識を認定し、その「何らかの違法な行為」から詐欺が除外されていなければ故意を認める方法によって認定した方がよいのではないかという疑問が提起される。これは、覚せい剤密輸入事案の運び屋との類似性から提起された方法である。すなわち、覚せい剤については概括的な認識で足りるとする見解があるが、詐欺罪の場合も同様に、「何らかの違法な行為」という概括的認識でもって詐欺罪の故意としてよいのではないかというのである。しかし、「何らかの違法な行為」ではあまりに無限定であるため、そのような概括的認識では詐欺罪の故意として不十分である。

(8) したがって、やはり従来通り詐欺の認識を要求することになる。しかし、受け子の故意の認定の困難さを克服しようとする見解が主張するように、振り込め詐欺について

認識が広まっている現代社会では、「違法な行為かもしれない」と認識すれば詐欺であることが容易に認識できるから故意を認めるのは、故意を行為者の実際の心理状態として理解するわが国の故意論からすると不十分である。振り込め詐欺の知識があることと、具体的状況かで自身の行為を詐欺行為であると評価することは別であるし、一般的に振り込め詐欺であると認識できる状態であったから故意を認めるというのは、過失犯に対する責任との区別を無にするものである。これは、認定論において故意の規範化説を取り入れている恐れがあるといえよう。したがって、詐欺罪においても故意を行為者の実際の心理状態として理解するわが国においては、従来の故意の認定方法が妥当である。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計 1 件)

大庭沙織、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)、島大法学 60 巻 1・2 号、2016 年、1 頁、査読無。 <http://ir.lib.shimane-u.ac.jp/38219>

〔学会発表〕(計 2 件)

大庭沙織、詐欺罪における受け子の故意の認定について 規範化説の観点から、関東刑事研究会、2016 年 1 月 21 日、「早稲田奉仕園(東京都)」

大庭沙織、BGH における「抑制をかける心理的障壁論」と故意概念、瀬戸内刑事法研究会、2015 年 12 月 19 日、「松山大学文京キャンパス(愛媛県)」

〔図書〕(計 件)

〔産業財産権〕

出願状況(計 件)

名称：
発明者：
権利者：
種類：
番号：
出願年月日：
国内外の別：

取得状況(計 件)

名称：
発明者：
権利者：
種類：
番号：

取得年月日：
国内外の別：

〔その他〕
ホームページ等

6. 研究組織

(1) 研究代表者

大庭 沙織 (Oba Saori)
島根大学・法文学部・講師
研究者番号：10758444

(2) 研究分担者

()

研究者番号：

(3) 連携研究者

()

研究者番号：

(4) 研究協力者

()