

故意に関する一考察(一)

未必の故意と認識ある過失の区別をめぐって

玄 守 道

- 第1章 はじめに
 - 第1節 本論文の課題と問題の所在
 - 第2節 研究方法
 - 第2章 日本における現行法の立場
 - 第1節 旧刑法典成立の経緯
 - 第2節 旧刑法下における学説
 - 第3節 現行法典成立の経緯
 - 第4説 現行刑法典下における刑法改正作業と故意論
 - 第5節 戦前の学説
 - 第6節 戦前の判例
 - 第7節 小 括(以上本号)
 - 第3章 (戦前までの)ドイツにおける未必の故意論の展開
 - 第1節 前 史
 - 第2節 中世ドイツにおける故意論の展開
 - 第3節 啓蒙期以降の(未必の)故意論の展開
 - 第4節 小 括
 - 第4章 戦後ドイツにおける未必の故意論の展開
 - 第1節 通説の形成と展開
 - 第2節 認識説 新たな展開
 - 第3節 小 括
 - 第5章 戦後日本における学説・判例の展開
- 結 び 今後の課題

第1章 はじめに

第1節 本論文の課題と問題の所在

本稿は「未必の故意」と「認識ある過失」の区別基準について扱うものであるが、ここでの課題は二つある。ひとつは、これまでの「未必の故

意」に関する議論の歴史的な展開の検討を通じて、この議論の射程を明らかにし、今後の議論のための枠組みを形成することであり、もうひとつは「未必の故意」と「認識ある過失」との間の、さしあたり適切な区別基準の提供にある。

1) 「未必の故意」の定義に関して

1 検討を始めるにあたって、まず「未必の故意」の定義について確認しておきたい。従来の見解によれば、「未必の故意」とは、結果発生が不確実ないし不確定な場合とされ、例えば「犯罪事実の確定的な認識・予見はないが、その蓋然性を認識・予見している一定の場合¹⁾」とするものや、「結果が発生するかも知れないことを知っており、しかも発生すればしてもよいという認容があるとき²⁾」とされてきた。それぞれの学説上の立場からする、以上のような定義それ自体に対する検討はここでは立ち入らないが、ここでまず確認しておきたいのは 上述の定義からは必ずしも明らかではないのだが、「未必の故意」に関する問題が主結果(あるいは行為目的)に関わるものではなく、付随結果に関わる問題だということである。

このことを、次の事例を用いて説明しよう。行為者が甲の殺害を意図して発砲するが、甲に命中するかどうか不確実で、行為者はその命中の可能性しか認識していなかったのであるが、行為者は実際に行為を実行し甲に命中したという場合に、例えば蓋然性説からは行為者は結果発生の可能性の認識・予見しかないので、故意はないとはしないだろうし、認容説の論者がこの場合に行為者にさらに結果に対して認容が必要だとはいわないであろう。なぜなら行為者は殺害を意図しているからである。つまり行為者が殺害結果を意図していれば、その結果が確実であろうが、不確実であろうが、故意は認められるのである(ただし、このような場合にも願望との区別は残るが)。このことから明らかになるのは意図と「未必の故意」とはその問題とされる領域が異なるということ、すなわち意図は行為目的

(主結果)に関わる問題であり、「未必の故意」は行為目的に付随する結果(付随結果)に関わる問題であるということである。

このような主結果と付随結果の区別に関して、例えばヤコブスによれば、主結果とは、「行為者が認識された構成要件実現ゆえに行為しうる」場合であり、付随結果とは、「行為者が、構成要件実現を認識しつつ行為する」場合であるとする³⁾。また、レッシュによれば、主結果とは「それが発生しなければ、行為者のすべての計画が挫折させられるところの行為結果」であり、付随結果とは、「行為者の行為に左右されるが、しかしその不発生が行為者の計画の実現にとって意味を有さないところの結果⁴⁾」とされる。すなわち前者は構成要件実現が行為者の行為動機ないし目的であるのに対して、後者は構成要件実現それ自体が行為者の行動動機ないし目的ではないが、しかし行為者が自己の意図した結果を実現すれば、それに付随して構成要件が実現するであろうという認識を有しつつ行為した場合である。故意の種類に即して言えば、前者には「意図」が属し、後者には「確定的故意」と「未必の故意」が属するのである。

そして、主結果と付随結果の区別は次のような相違をもたらすとされる。つまり意図された結果(主結果)の場合には、結果発生の可能性がかなり低くともその可能性を認識・予見していれば、故意は認められるとするのに対して⁵⁾、「未必の故意」が問題となる場合には行為者が結果発生の可能性を単に認識・予見してただけでは通常故意は認められず、ある程度高度な認識・予見が求められるのである。ただし、このような、故意を主結果と付随結果に分け、両者の間で行為者の結果発生に対する認識・予見の最低限の程度が異なるとする二元的な理解に対して、主結果と付随結果において行為者の認識・予見する最低限の程度は同様であるとする一元的理解も存在する⁶⁾。この点については「未必の故意」と「認識ある過失」の区別基準に関する議論の検討を経た後に検討するが、一元的な理解に立ったとしても主結果と付随結果の区別がいないということにはならない。というのも背任罪のように故意を意図(ないし確定的故意)の場合に

限定するものがあるからである。

いずれにせよ以上の検討から、「未必の故意」の問題とはドイツにおける歴史的考察によっても示されるように意図された結果（行為目的）を実現する過程において、あるいは実現した場合に、付随的に生じる（だろう）結果に関わる問題、ひとことで言えば、付随結果の帰責に関する問題なのである。

2) 学説の状況

1 このように「未必の故意」は付随結果に関する問題であるが、ではこの問題領域において一体なにが争われてきたのであろうか。それは、一言で言えば、行為者は付随結果に対していかなる心理状態にあれば故意が認められるのかということである。つまり例えば行為者甲が保険金目的で、自己の住居を放火するという事例において、甲は自宅で療養中の祖父を殺害する意図はないが、しかし放火することによって、祖父の死という結果（付随結果）が発生するかもしれないということの認識・予見を有しつつ放火をし、実際に祖父の死という結果（付随結果）が発生した場合に、甲に付随結果に関して、つまり祖父の死に関して故意が認められるためにはどのような要件（例えば、結果発生に対するある程度高度な予見、あるいは結果発生に対する認容など）が必要なのかという問題である。

2 このような問題に対して、学説は様々な基準を与えてきた。この点に関して、故意の本質に関する対立を反映して意思説から認容説（Einwilligungstheorie）が、認識説（表象説 Die Vorstellungstheorie）からは蓋然性説あるいは可能性説が主張され⁷⁾、さらには動機説や実現意思説なども有力に主張されている。各説ともその内部において故意と過失の区別基準については微妙に異なっているのであるが、ここでは特に認容説と動機説内部における相違が重要であると思われる。というのも、認識説に基づく蓋然性説や可能性説における区別基準の相違はそもそも発想を異にするものではないが、動機説や認容説はその内容の相違

もさることながら、そもそも発想を異にする立場から同様の説が主張されているからである。認容説から検討しよう。

3 意思説の立場から認容説を日本において最初に主張したのは小野清一郎であるが、小野によれば、故意が認められるのは「結果の表象が行為者の意思決定において採り入れられ、結局それが認容された⁸⁾」場合であるとし、「未必の故意」とは行為者が結果発生の可能性を予期しつつ、さらにこの可能な結果を「認容」した時であり、ここにいう「認容」には行為者が結果発生の可能性を意に介しない場合も含まれるとする⁹⁾。つまり行為者が結果発生の可能性を表象し、その「結果を積極的または消極的に認容したるとき¹⁰⁾」に「未必の故意」が認められるとする。

このような小野の見解に対して、団藤重光は認容説に立ちつつも、小野とはニュアンスを異にする。すなわち団藤は人格責任論の立場から故意を「直接的な反規範的人格態度」とし、故意が認められるには「行為者が構成要件に該当する客観的事実を表象し、かつその事実の発生を認容したこと¹¹⁾」が必要であるとしたうえで、「未必の故意」と「認識ある過失」の区別に関しては、例えば歩行者の傍らを通り抜けようとする自動車運転手に関して、「うまくすり抜ければそれに越したことはないが、もし轢き殺せば殺してもかまわない」と思っていれば「認容」があり、「轢き殺しては大変だ。しかし、運転に自信があるから、絶対大丈夫だ」と考えていれば「認容」がなく、せいぜい過失が認められるにすぎないとする。青木紀博によれば、団藤のいう「かまわない」という心理状態は積極的認容を意味しているのであって、「仕方ない」などの消極的認容とは異なると解されている¹²⁾。つまり、青木は団藤の見解を小野のように消極的認容までを含むのではなく、積極的認容に限定する見解だと理解しているのである。ただ、「かまわない」という行為者の心理状態が積極的認容を意味するものなのか、むしろ消極的認容を意味するのではないかとも思われるのであるが、団藤は別の個所において故意においては「犯罪事実の発生に対する積極的な人格態度が見られなければならない¹³⁾」ともしていることから、

青木の解するように「認容」の中身を積極的なものに限っているとの理解も理由のあるものと思われる。ただ、以上のことから「認容」という概念が多義的であることが理解される。

小野、団藤の見解に対して藤木は独自の観点から認容説を主張している¹⁴⁾。藤木によれば「未必の故意」とは「自己の行為から法益侵害が発生するところの、社会観念上無視することのできない程度の可能性がある状況を認識しながら、あえて結果発生を容認して行動した場合」をいうとし、故意と過失の区別に関しては「本来、結果発生の可能性が極めて低く、通常社会生活を営んでゆくうえで一般に無視してよい程度のものである、という場合と、第二に、結果の発生の可能性は数量的にはある程度に達するが、社会観念上は、結果回避のための慎重な態度がとられるならば結果が発生しないものと期待し安心してよく、したがって、その行為を行うこと自体は許されてしかるべきだ、という場合との二つの場合においては、結果発生の可能性を認識した場合であっても、故意は認めべきではなく、それ以外の場合には、結果発生の可能性を認識してあえて行為する場合に¹⁵⁾」故意が認められるべきとする。藤木はここで故意の対象を「客観的な利益考量による価値判断」によって規定しているのである。このように故意の対象を規範的に規定している点にこれまでの説に対する藤木説の独自性が存在する。

以上の概観から、認容説内部においても消極的認容をいかに取り扱うかで立場は異なり、それゆえ故意の処罰範囲も異なり、あるいはまた故意の対象を規範化し、その認識・予見の有無によって故意と過失を区別する説も存在するのである。このような認容説内部の基準の相違もさることながら、認容説の内容を考える上で、より重要と思われるのが、小疇伝や勝本勘三郎の見解である。小疇は「観念主義又は予見主義 (Die Vorstellungstheorie)」に立ちつつ、「条件付犯意 (bedingter o. eventueller Vorsatz)」とは「行為者において筆に結果が発生しうべしと意料したとき、すなわち行為者において仮に結果の発生を確信したとするもその行

為を止めざりし場合」であると、さらに言い換えて「行為者が結果の発生を許したとき¹⁶⁾」に「条件付犯意」は認められるとする。この公式はリストに基づくもので¹⁷⁾、小疇のいう「結果発生を許したとき」とは、それは「den Erfolg eingewilligt hat.」を許したものである。勝本もまた予見主義(Die Vorstellungstheorie)の立場から、故意と過失の区別に関する叙述において「甘受(Einwilligung)」という文言を使っている¹⁸⁾。両者とも、故意の本質に関して認識説(観念主義、あるいは予見主義)の立場に立ちつつ「未必の故意」と「認識ある過失」の区別を「認容ないし甘受(Einwilligung)」によって画しているのである。

このことが意味するのは、意思説からは認容説が、認識説からは蓋然性説が主張されているとするのが従来の見方であったわけであるが、小疇や勝本は「予見主義」ないしは「観念主義」の立場からすでに「Einwilligung」ということをいっており、それゆえこれまでの図式がここでは当てはまらないということである。このような、本来発想を異にするはずの立場から故意と過失の区別基準に関して同様の基準が持ち出されているとすれば、「認容」とはいったい何で、認容説とは一体どのような学説なのか、そして、それは意思説や認識説といかなる関係にあるのかという事が問われなければならない。さらにこのこととの関連で意思説とか認識説とはどのような説で、両者の対立は何を意味するのかということが明らかにされなければならないように思われる。

4 動機説においては認容説以上にその内部において内容は異なるのである。日本における動機説を最初に主張したのは瀧川幸辰であるが、瀧川によれば、動機主義は「結果認識の廣狭、強弱が行為動機に対する反対動機を構成する度合いに故意と過失の区別を」求めるとし、「(1) 行為者が結果を認識しこれを欲求する場合、換言すれば、結果認識が行為者を意思表示へと動かし結果が行為者の意図と一致する場合は直接故意である。(2) 行為者が結果を認識しなかったし、従って欲求しなかった場合、換言すれば、結果認識の動機の意味が除外せられる場合は認識なき過失である。

(3) 行為者は結果を認識したがその発生を欲求しなかった場合、換言すれば、意図の実現に伴う危険が認識として生じたが、意思表示を阻止し得なかった場合は、一部分は故意（未必故意）であり、一部分は過失（認識ある過失）である」とし、両者の区別に関して、「結果認識の動機力を拒む条件にまで遡ると、結果に対する無関心（未必故意）または結果不発生への希望（認識ある過失）のうちに決定的理由を見出すことができる¹⁹⁾」とする。瀧川は、このように結果発生 of 認識が主動機である場合と反対動機の場合とに区別し、さらに反対動機が問題となる場合には結果発生 of 認識が反対動機にならなかった理由を、倫理的観点から動機過程に着目することで「未必の故意」と「認識ある過失」の区別を見出すのである。すなわち行為者が結果発生 of 認識に対して無関心であったのか、それとも結果不発生を希望していたのかという行為者の結果に対する感情的ないし情緒的態度に両者の区別を見出している。

平野龍一もまた動機説に分類されるのであるが、「未必の故意」と「認識ある過失」の区別基準については瀧川のそれとは異なる。すなわち平野によれば、「自己の行為の結果として人が死ぬであろうことを予見したときは、これを、行為を思いとどまる動機しなければならない。それにもかかわらず、思いとどまる動機とせず、その行為をした²⁰⁾」場合に故意が認められるとし、「未必の故意」と「認識ある過失」の区別基準に関しては、行為者は、「結局においては」、結果が発生するであろうという判断か、結果は発生しないであろうという判断かのどちらかに到達している²¹⁾」のであって、このような行為者の認識の相違によって「未必の故意」と「認識ある過失」が区別されるとする。

さらに、松宮孝明もまた動機説を採る。松宮によれば、「行為を止める動機とすべき事実を認識しながら行為に出ようとするところこそまさに「罪を犯す意」にほかならない」とし²²⁾、故意と過失の区別に関しては、次のような認識を行為者が有していたかどうかによって決まるとする。すなわち、「結局のところ法が期待するような規範心理を行為者が備えてい

たと仮定したら(つまり、法の期待する『誠実な人』であったらな), そのような結果発生の可能性の認識が、行為を思いとどまる動機となるようなもの²³⁾」を行為者が認識していれば、故意が認められるのである。ここでは故意の対象が藤木と同様に規範化されている。

このように同じ動機説でも瀧川と平野、松宮の「未必の故意」と「認識ある過失」の区別基準を比較すれば、前者は行為者の動機課程、すなわち結果に対する感情的、情緒的態度において区別し、後者は認識レベルで区別するという相違が存在するのである。さらに後者のうちでも平野と松宮では故意の対象を規範化するのかどうかでまた異なるのである。

動機説に関してはさらに、井上正治が意思説の立場から動機過程に着目する。井上によれば、(未必の)故意とは「結果発生の表象を持ちながら

この点、未必の故意も認識ある過失も同様であるが それを否定することなく、ここで、認識ある過失は除外される 行為にでる場合である²⁴⁾」としつつ、最終的に故意と過失の区別は「結果発生の表象が動機形成過程において Positiver Motor であったのか、否かという心理的事実においてのみ²⁵⁾」区別されるとする。「Positiver Motor」とは、そもそも M・E・マイヤーが用いた用語であるが²⁶⁾、井上の説明によれば、「結果発生の表象は、行為者の決意に対したんに促進的(befördernd)に影響を与えるが、決して決定的ではなく、その表象を欠いたとしても行為決意を放棄しないであろうと考えられる場合に²⁷⁾」行為者に認められるとする。つまり「Positiver Motor」とは、行為者にとって結果発生が行為動機ではないが、行為者にとって行為を促進する、ないし好ましい場合をいうのである。

大谷実は、このような井上の見解をさらに推し進めて、「未必の故意」が問題となる場合においても、結果発生の認識を行為動機に組み入れるのである。すなわち「故意は、犯罪事実の認識によって規範の問題が与えられているのにあえて行為にでる意思であることを本質とすることから……故意が成立するためには、認識が行為者の意思に結びついたこと、すなわ

ち行為者が認識を自己の行為動機としたことを要する²⁸⁾」と解するのが動機説とする²⁹⁾。大谷においては、「未必の故意」が問題となる領域においても反対動機ではなく、行為動機が問題とされているのである。

以上のように、動機説も内部において「未必の故意」と「認識ある過失」の区別基準は論者によってさまざまに主張されており、個々の基準の妥当性を検討する必要があるが、そもそも動機説においても故意をどのように見るかによって、上述したように、発想の異なる二つの立場が存在した。すなわち結果に対する反対動機（消極的態度）を問題とする立場と、結果に対する「Positiver Motor」ないし行為動機（積極的態度）を問題とする立場であるが、これらの立場は、前者が認識説、後者が意思説の発想と共通するものと解せられる。このように根本的な発想の相違が存在するにもかかわらず、それらが同じ動機説と称されているのである。このことから、まず動機説とはどのような説であったのかということをはっきりと、何ゆえ発想の異なる立場から動機説が唱えられるようになったのかを明らかにする必要がある。また、そもそも動機説内部における発想の相違がいかなるものであるかをこのことは上述した意思説と認識説の発想の相違を明らかにすることでもある明確にしなければならない。さらに、このような相違が区別基準にいかなる影響を与えているのかもまた検討する必要がある。

5 以上の説のほかに、故意と過失の区別基準に関する学説としては、上述のように、蓋然性説³⁰⁾、またあるいは実現意思説³¹⁾や、鈴木茂嗣による選択意思説³²⁾が有力に主張されており、学説間の争いはまさに百家争鳴のごとくである。しかしこれらの学説による故意と過失の区別基準はおおよそ次の3つに分けられると思われる。すなわち意的基準、知的基準、感情的ないし情緒的基準による場合である。故意と過失における区別基準がこれだけ混乱するのは、おそらく、これら3つの基準における意的要素（意思を心理主義的に捉えるのか、規範主義的に捉えるのか）、知的要素（例えば、結果に対する可能性の認識・予見なのか、蓋然性の認識・予見

なのか)、感情的ないし情緒的要素(例えば、結果に対する積極的感情なのか、消極的感情なのか)それ自体の理解の多様さとこれらの要素の関係を明確に規定していなかったことに基づくと思われる。このことは結局、故意の本質をどのようにみるのか、さらにどのような観点の下で、どのような根拠から故意を規定するのかという問題に関わっている。

本稿では、さしあたりこれらを方法論、本質論、区別基準論に区別し³³⁾、次のように問題点を整理する。まず、方法論においては故意を心理主義的ないし存在論的に規定するのか、あるいは規範的に規定するのかということが問題となり、次に、本質論においては故意の本質は結果に対する意思なのか、結果の認識・予見なのか、あるいは結果に対する特定の感情なのかということが問題となり、最後に区別基準論においては故意の限界を画するのは意的ないし情緒的要素なのか、あるいは知的要素なのか、さらに主観的基準なのか、客観的基準なのかということが問題となる。故意と過失の区別基準に関する議論を以上のように整理することで、これまでさまざまに論じられてきた区別基準に関する議論が見通しの良いものとなると思われる。

第2節 研究方法

1 前節ではこれまでの、「未必の故意」と「認識ある過失」の区別基準に関わる学説を概観し、学説の理解に関する問題点と学説が様々に主張される原因を指摘した。本稿では、これらの問題点の解決するために、この問題に関する歴史的展開を記述することにする。というのも、この問題の議論の経緯を追うことで、各説を歴史的に位置付けることができ、それによって各説の意義、内容を再確認することができ、このことによって錯綜した議論を一定の視点の下に整理・分類できるようになるからである。

2 また本稿では、ドイツ刑法学における「未必の故意」論との比較・検討という比較法的手法をとることにする。というのも、以下の検討で明

らかになることであるが、日本における「未必の故意」に関する議論はそもそもドイツ刑法学に由来するものであり、その議論の展開において常にドイツ刑法学を参照しつつなされてきたからである。それゆえ、以下ではドイツ刑法学における「未必の故意」に関する議論、とりわけ学説を中心に議論の展開をおっていく。そしてこのような歴史的記述において得られた知見をもとに、ドイツと日本における議論を比較・検討し、日本における議論の特徴を明らかにし、それによって「未必の故意」と「認識ある過失」の区別基準に関して一定の示唆をえようと思う。

さて、上述の方法に従いドイツ刑法学における「未必の故意」に関する歴史的展開を検討する前にまず、この問題に関する日本の現行法の立場を確認し、日本における「未必の故意」論がドイツ刑法学の影響をいかに受けて形成されたのかということ、戦前までの学説・判例の歴史的展開を通じて確認しておきたい。

第2章 日本における現行法の立場

第1節 旧刑法典成立の経緯

1 まず旧刑法典第77条の形成過程を追っていくことにしよう。というのも、旧刑法と現行刑法は決して断絶されたものではないからである。例えば小野によれば「旧刑法下において発展した刑法学は決して徒爾ではなかった。新刑法は決して旧刑法と絶縁された立法ではない。むしろ旧刑法の修正であり、補充であるとも見られる。その重要な部分において旧刑法の規定がそのまま踏襲されている³⁴⁾」とする。このことは本稿で問題とする故意に関する現行38条の規定に対して妥当するものと思われる。すなわち旧刑法第77条は次のように規定されていた。

第77条 罪を犯す意なきの所為はその罪を論ぜず。ただし法律規則において別に罪を定めたるものはこの限りに在らず。

罪となるべき事実を知らずして犯したる者はその罪論ぜず。

罪本重かるべくして犯す時知らざる者は重きにしたがって論ずることを得ず。

法律規則を知らざるをもって犯すの意なしと為すことを得ず³⁵⁾。

これを現行刑法と比較すれば、現行刑法は旧刑法の2項を削除し、それに伴って旧刑法38条3項の規定が現行刑法38条2項に、旧刑法38条4項の規定が現行刑法38条3項にうつされ、さらに3項に関して旧刑法38条4項になかった、法律の不知に関して相当の理由があれば刑が減輕されるという文言を補充している点で相違が存在するにすぎない。このことから現行刑法38条は旧刑法77条と基本的には異ならないといえるだろう。木田純一もまた「旧刑法第77条は、現行刑法38条に引き継がれたことは明らかである³⁶⁾」とされている。したがってここではまず旧刑法における故意に関する規定の経緯を考察する。ここでの課題はさしあたり旧刑法が付随結果についてどのように考えていたのか、ということの確認である。

2 旧刑法は、明治に入って新政府が外国との不平等条約の改正の必要性などから西欧の近代刑法に依拠する新しい刑法の制定が要請されたことによるものである³⁷⁾。このような社会的背景の下で最初に編纂された刑法草案は1876(明治9)年に正院に上申された「日本帝国刑法初案」とされている。この草案は司法省が刑法改正草案を起草するために設けた別局、すなわち刑法草案取調掛において日本人を中心に作成されたものである³⁸⁾。本草案において現行38条に関わる規定としては、第二章「刑例」において規定された錯誤に関する27条の「罪本重かるべくして犯す時知らざる者は常律によって処分す」と、第七章「犯罪不論」において規定された過失に関する第54条の「正当なことを為し耳目思慮の及〔ば〕ざるところにおいて人を殺傷するものはその罪を論ぜず」である³⁹⁾。その後作成された「日本刑法草案〔改正刑法名例案〕」においても同様の規定が存在している。「刑法草按編纂日誌抜鈔」によれば、27条の規定をもうけた理由は、次のようなものであった。まず本規定の不要説の立場から、宥恕のすべき場合には酌量減輕が法律上規定されていること、鬪毆などによって尊属を殺害

するものは殺害時に尊属であることを知らなかったとしても知っている場合と同様に処罰すべきことなどから本規定は不要としたが、これに対して必要説の立場から尊属と知らず尊属殺を犯すものを尊属殺の罪で処罰するのは道理に当たらず過酷であること、酌量減輕に関して裁判官の恣意に委ねることになり当該状況において常に減輕されるわけではないことなどから本規定は必要であるとされた⁴⁰⁾。また54条の過失に関しては過失による殺傷の罪を問わないという規定をおくべきとの意見が出され、フランスその他の国において「本邦用ひ来たりのごとき無心の過誤によって人を殺傷したる者」ははじめから罪を問わないとされており、それは当然の前提であるが旧律や英律で規定されていることもあって規定したとされている⁴¹⁾。

このように日本人委員中心の草案においては現行法の38条に相当する規定は27条と54条に分かれて規定されており、27条は量刑に関わる事項として⁴²⁾、54条は犯罪の不成立に関わるものとして規定されていたのである。

3 その後の草案起草作業は日本人委員のみによる作成作業から、ボアソナードも関与することになり、その作業は1876(明治9)年から翌年まで行われた。ここでは次のような作成過程を辿った。すなわち、まずボアソナードがフランス語による草案を作成し、これを日本語に翻訳し、これを基にして編集委員を交えて議論がなされ、その議論を受けて修正が施され、その修正されたものに基づいてボアソナードがさらにフランス語で修正草案を作り、さらにこれを日本語に翻訳して、これをもとにさらに議論していく、というものであった。このような形でボアソナードが関わって最初に作成された草案は、「日本帝国刑法草案」であるが、この草案は規定が60条までしか作成されていないため、現行の38条に相当するような規定はまだ存在していなかった。しかしその次に作成された「大日本刑法草案」では、現行38条に相当する規定が登場することになる。しかもその形式は現行38条にかなり近い形式を持ってである。それは以下の通りである。

第67(75)条 無意にして罪を犯したる者はその罪を論ぜず。ただし法

律において別に定めたる規則に触る(を知らざる)者はこの限りにあらず。

若し有心に出ると雖も罪となるべき事たるを知らず又は(改行 別項)罪本重かるべくして犯す時知らざる者をその罪は論ぜず。

刑法を知らざるを以ってその犯すの意なきと為すことを得ず。

4 故意に関する規定は、これ以後、「日本刑法草案(確定稿)」まで、いくらかの表現の修正などの経過を伴っている⁴³⁾。例えば現行法38条の「罪を犯す意思」に関して「犯すの意」であるとか「罪を犯して害を加える意」などの表現が用いられている。最終的に1877(明治10)年11月に編纂された「日本刑法草案(確定稿)」においては、次のような規定になった。

第89条 無意に出たる所為はその罪を論ぜず。但法律に於いて別に疎慮(愚)懈怠の罪を定めたる規則に違ふ者はこの限りに在らず。

罪と為るべき事実を知らずして犯したる者は其罪を論ぜず。

罪本重かるべくして犯す時知らざる者はその重きにしがって論ずることを得ず。

法律規則を知らざるを以って其犯すの意なきと為すことを得ず。

佐伯・小林によれば、ポアソナードが主導した草案における、このような主観的要件に関する詳細な規定はポアソナードの折衷主義的刑法思想⁴⁴⁾の表れであるとする。すなわち、「草案がフランス刑法とは異なって、未遂犯や従犯の必要的減輕を規定し、また一般的な酌量減輕の規定を設け、また責任、故意や法の不知に関する詳細な規定を提案している」ところにポアソナードの折衷主義的刑法思想がよく表現されているのである⁴⁵⁾。また小野によれば具体的な条文形式はフランス以外の他の国の刑法をも参照して作成されたとする。すなわち「犯意に関するかような規定(旧刑法77条のこと一筆者挿入)はフランス刑法には存在しない。フランスにおける学説を基礎とし、ドイツ刑法その他を参考にしてポアソナードが立案したものの⁴⁶⁾」なのである⁴⁷⁾。

5 では、ポアソナードが関与した刑法草案において故意はいかに解されていたのであろうか。この点を知るためにまずポアソナードが故意に関してどのように考えていたのかを見ておこう⁴⁸⁾。

1877(明治10)年に公刊されている、ポアソナードの講述を井上操が筆記した『刑法提要』において、ポアソナードは「責任の元素たる可き意趣」の項目で次のように問題提起をする。すなわち「重罪或は軽罪について其犯人を刑するにはその所業より発出すべき其悪害を故らに生ぜしめんとするの意趣あるを要するや、將たその有形なる本元の所業を好んで為せしのみにて可なるべきや、或は又引続きの効を生ぜんとするの好みあるを要するや⁴⁹⁾」、と。

ポアソナードはここで、二つのことを問題にしていると思われる。1つは生じた結果に対して行為者に故意犯として負責するためには、「悪害を故らに生ぜしめんとするの意趣」、すなわち「悪害の意図(目的)」が必要なのか、それとも「所業に対する意思」このことが意味する内容は必ずしも明らかではないが、ポアソナードが『刑法提要』において挙げる窃盗事例などからすれば、ここでいう「所業(行為)」には結果も含まれているため、ここを「行為結果意思」として示すで足りるのかということであり、もう一つは付随(加重)結果に対して意思を必要とするのかどうかということである。

まず、第1の点から検討しよう。小野によれば当時フランスにおいてはすべての犯罪において主観的要件として「人を害するの意」が必要であるとされていたとするが⁵⁰⁾、『刑法草按註解』においてポアソナードは、このことについて次のように述べている。すなわち多くの論者がすべての犯罪において「人を害するの意⁵¹⁾」を必要とする説を唱えているが、この説は妥当ではない。この説からは例えば窃盗において故意が認められるには、ただ他人の財産を「掠取する意」を有するのみでは足りず、さらに「人を害するの意」をも必要とすることになるのであるが、しかし窃盗の場合、行為者は通常「人を害する意」を有しておらず、単に他人の財産を「掠取

する意思」を有しているのみである。にもかかわらず、このような場合にも当然、当該行為者は窃盗犯として処罰されなければならない。なぜなら行為者は所有者の許諾なしに略奪して自らのものにしようとする意を有しているからであるとする⁵²⁾。このようにポアソナードはすべての犯罪に対して「人を害する意」は必要ではなく、通常は「罪を犯す意」 窃盗犯においては他人の財産を「掠取する意思」 で足りるとしている。

以上のことを前提に、先の第1の問題をみてみると、「悪害の生ぜさせる意趣」すなわち「悪害の意図(目的)」とはおそらくこの「人を害する意」のことをさし、「行為結果意思」とは「罪を犯す意」のことを述べているものと思われる。というのも、ポアソナードは『刑法提要』において、「悪害の意図(目的)」と「事為を好んで為せし」こと、すなわち「罪を犯す行為に対する意思」との区別を上記と同様に窃盗の事例を用いて説明しているからである⁵³⁾。つまり先の第1の問題は、すべての犯罪に「悪害の意図(目的)」あるいは「人を害する意」を必要とするのか、「罪を犯す意思」で足りるのかという事を問題にしたのだと思われる。

そしてこの点について、上述したように、ポアソナードは「罪を犯す意」で足りるとする。すなわち「一般には有形なる本元の事為を好んで為せしのみにてこれを刑するを得可きなり⁵⁴⁾」、と。このようにポアソナードは発生した結果を行為者に負責する際、基本的には行為者に行為結果意思があれば足りるとするのであるが、ポアソナードはこのことから証明の縮減とでも言うべき事態を帰結する。すなわちポアソナードによれば、例えば窃盗犯に関する主観面に関して、行為者が破壊などを行って他人の品物を盗む場合、行為者の意趣の有無を問う必要はないとするが、その理由は破壊等の行為は窃盗の「生質」を重大にし、またそのような行為を行うことがすでに行為者の決心を表しているからであるとする⁵⁵⁾。

このようにポアソナードが行為者の主観において「行為結果意思」で足りるとする時、行為者が行為を行なっている以上、当該行為に決心は示されているから、さらに行為者の意趣を証明する必要はないとするのである。

ただし、このことはすべての犯罪に妥当するのではなく、犯罪によっては「悪害の意趣（意図）」を必要とするものもあるとする。例えば、誹謗、誣告などの罪については他人を賤辱し、あるいはその面目榮譽を害する意趣がなければ、犯罪は成立しないとす⁵⁶⁾。以上のようにポアソナードは、行為者の故意に関して「人を害する意」、あるいは「悪害の意趣（意図）」が必要な場合と「罪を犯す意」で足りる場合の二つを想定していると言える。

次に、上述の二つ目の問題の付随結果に関するポアソナードの見解を検討しよう。この点につき、ポアソナードは次のように述べる。すなわち「その結果に至っては仮に発者の好みによって生ぜざるもこれ発者の自ずから引き受くべき事なり。なんとすれば発者は結果の必ず生ずべきを知らざるも是れ理において生ずるを得可き事なればなり。且つ結果の生ぜしは、即其の証拠なり⁵⁷⁾」とする。これによれば、ポアソナードは付随結果の負責範囲を、生じた結果が行為者の行為によるものであるということが「理に適っている」場合に限定している。ただ、ここで問題なのは、発生結果が自己の行為より生じたことが「理に適っている」とされる場合、その前提として行為者はその発生結果に対して認識・予見を必要とするのか、あるいは必要としないのかということである。

ここではおそらく3つの場合が考えられる。すなわち、行為者が発生結果を負責されるのは、行為者自身が自己の行為より結果が発生するのが「理にかなっている」と認識・予見している結果に関する場合、行為者自身が認識・予見している結果の中で、その結果発生が「理に適っている」と客観的に判断された結果に関する場合、発生結果に対する、行為者自身の認識・予見は必要でなく、「理に適っている」と客観的に判断された結果に関する場合である。

通常、付随結果に関する負責モデルは大きく二つに分けられる。一つは「故意の拡張モデル」であり、もう一つは「刑の拡張モデル」である。前者は付随結果に関して行為者の何らかの心理が及んでいなければならない

とし、後者は付随結果に関して行為者の心理は及んでいる必要はなく、生じた付随結果と行為との間にある程度の関連性が存在すれば当該結果を負責できるとする。このような「故意の拡張モデル」と「刑の拡張モデル」はさらに各々二つずつに分けられる。まず「故意の拡張モデル」においては付随結果に対して行為者の現実の心理が及んでいなければならないとする場合（未必の故意モデル）と付随結果に対して行為者の現実の心理が及んでいなくても、生じた付随結果と行為とのある程度高度な関連性が存在すれば付随結果に対しても行為者の心理は及んでいたとする場合（間接故意モデル）がある。次に「刑の拡張モデル」においては、生じた付随結果と行為の間である程度の関連性があれば付随結果も負責されるのであるが、科される刑の相違によって区別される。例えば、傷害行為から死の結果が発生し、その際に、行為者には死の結果に対して故意のない場合、この死の結果に対して故意による殺人と同様の刑を科す場合（*Doctrina Bartoli*⁵⁸⁾）と故意による殺人とは同様の刑を科さないが、しかし傷害罪よりも重い刑を科す場合（結果的加重犯モデル）である。付随結果の負責に関しては以上の4類型に区別されるのであるが、先の は「故意の拡張モデル」に属し、 は「刑の拡張モデル」に属する。

では、ボアソナードはこの点についてどのように考えていたのかを、ボアソナードが挙げている次の事例によって考えてみよう。ボアソナードによれば、「殴打折傷」を好んで行ったときは常に軽罪であるが、この軽罪が次の場合には重罪に変わるとする。すなわち「第一、被害者の20日以上職業を為す能はざるにいたりしとき、第二、被害者の疾病不具に至るとき、第三、其死去するときは重罪となるべき」時とし、前2者においては、行為者が「好んでこの結果を生ぜしめしと否とを問わずこの害を生ずるは固より当然の事なり。故に本元の事為を好んで為せし上はこの結果の生ずるを好ざるも発者は之をその身に引き受けざるを得ず」とし、被害者が死に至ったときは行為者が「之を死にいたらしむるの意趣ありしや否や之を区別せざる可からず。若し其の意趣あるにおいては無期の徒に処せられる可

く。若し之に反してこの意趣なき時は有期の徒に処せられる⁵⁹⁾」とする。

まずボアソナードは被害者に殴打した場合、殴打行為は軽罪に当たるとし、その行為から、疾病不具などの特定の傷害結果が生じた場合、このことは当該殴打行為から当然生じることなので、行為者が傷害結果を好んでいなくても当該傷害結果は行為者に負責されるとするのであるが、傷害結果に対して肯定的、あるいは否定的態度を採る場合、その前提として当該結果を認識・予見していることが必要であろう。さもなければ、傷害結果に対して肯定的、ないし否定的感情など持ちようがないからである。そうだとすれば、行為者は自己の行為から当然生じる結果に対して認識・予見を前提としているとすべきであろう。このように考えれば、先の の可能性は否定される。では、 と のどちらであろうか。この点、ボアソナードは明示的にはなにも述べていないので、確定的なことは言えないが、先の事例の説明では傷害結果が生じるのが「固より当然の事なり」とすることからすれば、「理にかなっているか」どうかは客観的判断であると解しうる。それゆえボアソナードは を前提にしていると思われるが、確定できない。あるいは小野が指摘するように、「罪を犯す意」は何処までも「意」(意思)であって、単なる認識ではない」とし⁶⁰⁾、しかも故意を意図として厳格に解し、その他の付随結果に対する認識・予見を重要視しない場合(現にボアソナードは先の引用部分において「発者は結果の必ず生ずべきを知らざるも是れ理において生ずる」場合、その結果は負責されると述べている)、実は、ではなく「刑の拡張モデル」、そのなかでも「Doctrina Bartoli」をとっているとも考えられる。というのも、例えば行為者が単に殴打を意図し実行したのであるが、その際、その殴打行為によって被害者の疾病不具を意図していないにもかかわらず、被害者の疾病不具という加重結果の生じた場合と、行為者がそもそも被害者の疾病不具を意図して行為し、そのとおりの結果が実現した場合の両者とも同様の刑が科されるからである。このようにボアソナードが付随結果の発生が「理にかなっている」場合に「故意の拡張」を認める立場なのか、「刑の拡張」を認める立

場なのかは現在のところ厳密には確定できない。この点、原文に当たってなお研究を要するところである。

これまで特定の傷害結果が殴打行為より生じるのは「理に適っている」とされる場合に関するものであったが、ポアソナードはさらにこの場合と被害者が死に至った場合とを区別している。このことは殴打行為から死の結果が生じるのは通常でなく、「理に適っている」といえないからだろうと思われる。そしてポアソナードは死の結果に対して行為者の「意趣」があるがどうかによって科せられる刑が異なるとする。つまり、殴打行為が殺害の「意趣」で為されたのかどうかをここでは再び検討されなければならないとし、死の結果に関して「意趣」があれば、無期刑、なければ有期刑とするのである。ポアソナードは死の結果（付随結果）において、それが行為より生じたことが「理にかなっていない」場合には結果的加重犯モデルをとっているものと思われる。結局、ポアソナードは付随（加重）結果に関してはそれが当該行為より生じるのが「理に適っている」かどうかによって区別し、「理にかなって」いれば故意犯、ないしは故意犯同様の刑を科し、そうでなければ結果的加重犯として処理するのである。

以上が『刑法提要』におけるポアソナードの見解であるが、ここで明らかになったのは、ポアソナードは二種類の故意を考えていた、すなわち「罪を犯す意」と「悪害の意図」を故意の内容として考えていたということである。そして基本的に「罪を犯す意」で足りるが、「悪害の意図」を必要とする犯罪もあるとしていた。つぎに、付随結果に関しては行為者の行為から「理にかなっている」場合「故意の拡張モデル」ないしは「刑の拡張モデル（Doctrina Bartoli）」で対応し、「理にかなっていない」場合には結果的加重犯モデルで対応していた。以上の事を前提に草案に対するポアソナードの説明を検討しよう。

6 「日本刑法草案会議筆記」の第89条に関するポアソナードの説明によれば「第一項、無意に出てたる所為という語を原文には犯すの意なくして罪を犯したるときという意味に記せり。すなわちその罪となることを知ら

ずして偶然なしたるものなり。故にこれも精神を失いたるものと同じくその罪を論ぜず⁶¹⁾」としている。まずここで問題となるのは、なぜ原文で「犯すの意なくして罪を犯したる」という文言が草案段階で「無意に出たる所為」とされたのかということである。「刑法草案会議筆記」によれば、「無為に出たる所為」と表現されたのは、ボアソナードは、上記のように故意を「人を害す意」と「罪を犯すの意」の2種類が存在すると考えていたのであるが⁶²⁾、「無為に出たる所為」と表現することで両者とも含まれるとする鶴田浩の意見に基づいて草案において「無為に出たる所為」という表現になったとされている⁶³⁾。草案89条に関する議論において付随結果については議論されておらず、上述の付随結果に関してボアソナードの提示した例は草案334条以下の「殴打創傷の罪」において規定された⁶⁴⁾。

334条 故意を以って人を殴打創傷し因って死に致したる者は重懲役に処す。

335条 故意を持って人を殴打創傷しその両目を害し両耳を聾し四肢を折り及び舌を断ち陰陽を毀敗し若くは知覚精神を喪失せしめ篤疾に致したる者は軽懲役に処す。

その一目を害し一耳を壊し又は一足を折りその他身体を殘虧し癱疾に致したる者は二年以上五年以下の重禁固二十円以上五十円以下の罰金に処す。

336条 故意を以って人を殴打創傷し二十日以上時間疾病に罹りまたは職業を営ること能わざるに至らしめたる者は一年以上三年以下の重禁固十円以上三十円以下の罰金に処す。

その疾病休業の時間二十日に至らざる者は一月以上一年以下の重禁固五円以上二十円以下の罰金に処す。

その疾病休業に至らずといえども身体に創傷をたる者は二十一日以上一月以下の重禁固二円以上十円以下の罰金に処す。

「日本刑法草案会議筆記」によれば、334条は故意を持って人を殺す者ではなく、例えば争論などで一時の憤激から人を殴打し、それによって死に至らしめた場合等を想定し、この場合公益を害するのは謀殺・故殺罪と異

ならないが、道徳に対する害は謀殺故殺罪に比べて少ないので謀殺故殺と同列に扱うことはできないとする。そしてこのような場合には故殺罪が無期刑であることとの権衡上重懲役に科すのが妥当であるとされている⁶⁵⁾。ここでは殴打行為から死の結果という意外の(付随)結果に至った場合、「刑の拡張モデル」、そのなかでも「結果的加重犯モデル」が採用されている。「日本刑法草案会議筆記」によれば、殴打行為と特定の傷害結果との関係については議論されていないため、現行法がどのような立場をとっているのか必ずしも明らかではないが、おそらく「刑の拡張モデル(Doctrina Bartoli)」をとっているものと思われる。結局、草案は付随結果に関して、殴打行為から死の結果が発生した場合には結果的加重犯モデルで対応し、殴打行為から特定の加重傷害結果が発生した場合には「刑の拡張モデル(Doctrina Bartoli)」をとったと解してよいように思われる。

7 その後、同草案は刑法草案審査局において審査・修正され、そこで修正された審査修正案が、元老院の審査のもと、ほとんど修正されることなく旧刑法となるのである⁶⁶⁾。旧刑法における故意に関する規定は第77条、殴打創傷に関する罪は299条以下において次のように規定した。

第77条 罪を犯す意なきの所為はその罪を論ぜず。ただし法律規則において別に罪を定めたるものはこの限りに在らず。

罪となるべき事実を知らずして犯したる者はその罪論ぜず。

罪本重かるべくして犯す時知らざる者は重きにしたがって論ずることを得ず。

法律規則を知らざるをもって犯すの意なしと為すことを得ず。

第299条 人を殴打創傷し因って死に致したる者は重懲役に処す。

第300条 人を殴打創傷し其両目を害し両耳を聾し又は両肢を折り及び舌を断ち陰陽を毀敗し若しくは知覚精神を失喪せしめ篤疾に致したる者は輕懲役に処す。

其一目を害し一耳を聾し又は一肢を折り其他身体を殘虧し癱疾に致したる者は二年以上五年以下の重禁固に処す。

第301条 人を殴打創傷し二十日以上の間疾病に罹り又は職業を営むこと能はざるに至らしめたる者は一年以上三年以下の重禁固に処す。

其疾病休業の時間二十日に至らざる者は1月以上一年以下の重禁固に処す。

疾病休業に至らずといえども身体に創傷を成したる者は十一日以上一月以下の重禁固に処す。

先のポアソナード草案89条と旧刑法77条の相違は、第1項においてポアソナード草案によれば「無為に出でたる所為」とされていたのが、「罪を犯す意なき所為」に変更されている点と1項但し書きにおいてポアソナード草案が用いていた「疎慮(愚)懈怠」の文言が削除された点にある。まず、前者に関してであるが、「無為に出たる所為」が「罪を犯す意なき所為」に変更されたのは、当初ポアソナード草案において「無為に出たる所為」と表現されたのは、ポアソナードは、上記のように故意を「人を害す意」と「罪を犯すの意」の2種類が存在すると考えていたのであるが⁶⁷⁾、「無為に出たる所為」と表現することで両者とも含まれるとする鶴田浩の意見に基づいてポアソナード草案において「無為に出たる所為」という表現になったのである⁶⁸⁾。しかしその後のポアソナードの説明によれば、立案関係者が最終的に両者を分ける実益はほとんどなく、「人を害す意」もまた「罪を犯す意」に含まれると考え、「罪を犯す意」という表現にしたのであろうとする⁶⁹⁾。つまり「無為に出たる所為」と「罪を犯すの意なき行為」とはその内容上同一であり、後者がより明確な文言であるということであろう。次に後者に関しては、「疎慮(愚)懈怠」が削除されたのは「疎慮」は今日でいうところの過失であり、「懈怠」は不作為、「為すべきことをなさざる場合」を言うのであるが、例えば租税法においては過失なくして税を納めなかった場合にも処罰する規定があるように、法律規則において例外的に無過失である場合でも処罰する規定の存在するときは法律規則に従って罰すべきであるということによって削除されたものと思われる⁷⁰⁾。次に、付随結果に関しては草案同様に対応した。

以上、ここまでの旧刑法の成立の経緯からわかるのは、まず、「罪を犯す意」という文言には、故意に関する見解の相違を考慮して、「悪害の意図」と「罪を犯す行為(結果)に対する意思」という二つの内容を含みうるものであったということ、つまり旧刑法77条1項に言う「罪を犯す意」の内容を立法者は規定しておらず、さまざまな見解に開かれているということ、次に付随結果に関しては殴打行為において加重傷害結果が発生した場合と死の結果が発生した場合とを区別し、前者には「Doctrina Bartoli」で対応し、死の結果に関しては「結果的加重犯モデル」を採用し、これを明文化することで対応したということである。このように旧刑法においては「故意の拡張」について明確に議論されておらず、とりわけ「未必の故意」に関しては議論されていないため(意識はされていたかもしれないが)、「未必の故意」との関連で故意の内容をいかに考えるのかということとは、学説・判例に委ねられていたと解するのが相当であると思われる。では、学説はこの問題にいかに対応したのであろうか。

第2節 旧刑法下における学説

1 本節では旧刑法下において公刊された注釈書ないし体系書を時系列に沿って検討し⁷¹⁾、学説において「未必の故意」に関する議論がいかに発生し、展開されたのかを明らかにしたいと思う。

旧刑法の成立後、最初に注釈書を公刊したのは井上操と思われる。明治16年に公刊された『刑法述義』において井上操は、意思をもって罪を構成するものが「有意犯」であり、意思が罪を構成しない犯罪が「無意犯」であると、両者は意思の有無によって区別されるとする。そして有意犯は「過失」が重く、刑事責任が問われるが、「無意犯」は悪をなすつもりがないために、「心を用ひず、意を注がざる」ゆえに、通常は刑事責任を負わず民事責任を負うにすぎず、刑事責任を負う場合にも、「悪に心を用い、悪に意を注ぎたる」「有意犯」よりもその刑は軽いとする⁷²⁾。「罪を犯す意」の種類に関しては次の3つに分けている。 犯人の目的を罰する場

合でこの場合には二様の意思が必要であるとする。例えば旧刑法151条において犯人を隠匿する場合に隠匿する意思はあっても、犯人であることを知らない場合、又は犯人であることを知っているが、隠匿する意思のない場合のように犯人であることの認識と隠匿する意思の二つが必要となるような場合である。は結果の軽重の相違がある場合でその原因の所為に意思が存すればよいとする場合、例えば殴打創傷のように殴打行為に意思があれば、両目を害するなどの結果に関して意思がなくとも300条1項によって罰せられるとするような場合である。は原因と結果との組み合わせによって一罪をなす場合でその原因の所為に意思があればよいとする場合、例えば道路橋梁を損壊し(原因行為)、往来を妨害する(結果)罪のように、損壊行為(原因行為)に意思があれば、往来の妨害の意思がなくとも罰せられるとする場合である。以上のように井上は付随結果(ここでは、の場合)に関しては、特定の加重結果が生じた場合は「刑の拡張モデル(Doctrina Bartoli)」を用いているが、故意の拡張に関する議論はなされていない⁷³⁾。その後で公刊された堀田正忠の注釈書もまたこの問題に関しては井上と同様で、故意の拡張に関してはなにも述べられていない⁷⁴⁾。

2次に、宮城浩蔵であるが、宮城は付随結果に関して明文化された「刑の拡張」にくわえ、さらに「故意の拡張」に関しても言及している。すなわち「故意の拡張」が問題となる付随結果に関して3つの場合に分け、次のように述べている。第1に、生じた結果が自己の行為より避けえない結果であるときは、その結果につき犯意なしとは言えないとする。例えば「人の首を斬る時は其人の死するは自然の結果なるを以って首を切るの意ありしも之を殺すの意なしと為すを得ざるが如きはなり」とし、殺害の意思があったとする。第2に生じた結果が偶然の結果であるときはその結果につき犯意があったとはいえないとする。例えば人の住居していないと信頼して放火したが、実は人が住んでおり、その者が焼死したという場合、被害者の殺害に関して犯意はないとする。第3に生じた結果が予想しうべ

き結果であるときはその結果に対して犯意なしとはいえないとする。例えば「幼者または老疾病者を猛獣多き遺棄する如きは遺棄の罪にあらずして謀殺の罪なり」とするのである⁷⁵⁾。

宮城は付随結果に関してこれまでの説とは異なり、明文化された「刑の拡張」に加えて、「故意の拡張」によっても対応している。そして宮城の「故意の拡張モデル」は付随結果に関して、行為者の認識・予見が必要かどうかについて明示的に述べてはいないが、先の事例において生じた結果が自己の目的実現において「避け得ない場合」あるいは「予想しうべき」ものである場合とすることなどの説明からすれば認識・予見が及んでいなくても、犯意を認めるものと思われる。すなわち「故意の拡張モデル」のなかでも「間接故意モデル」を採用しているのである。学説上、宮城においてはじめて付随結果に関して「故意の拡張モデル」が明示的に指摘されたことになる。ただし、それは上述のように「未必の故意モデル」ではなく、「間接故意モデル」であったのである。

高木豊三は付随結果に関する「故意の拡張」についてはなにも述べていないため、おそらく井上、堀田と同様の見解であると思われる⁷⁶⁾。それに対して富井正章⁷⁷⁾は宮城と同様に付随結果に関して「故意の拡張」を認める。すなわち例えば、家屋に放火して人の死を生ぜしめた場合、富井によれば当該人の死に関して「殺意なきことを証明したるも其責任を免がれることを得ざるべし⁷⁸⁾」とし、「間接故意モデル」を採っている。また、富井はこれまでの論者と違ってたとえば旧刑法299条（傷害致死罪）などの「結果的加重犯モデル」においては加重結果に関して過失が必要であるとする⁷⁹⁾。

3 付随結果に関して、宮城がおそらく初めて「故意の拡張」を指摘し、「間接故意モデル」によって対応したのに対して、「未必の故意モデル」による「故意の拡張」を最初に論じたのは、おそらくドイツ刑法学の影響を強く受けた江木衷が明治25年に公開した『現行刑法原論⁸⁰⁾』によってではないかと思われる⁸¹⁾。以下では彼の見解を少し詳しく見ていこう。

江木表はその著書において、「犯意 (Dolus)」という題のもとに「犯意総説」、「決心⁸²⁾」、「故意」、「目的⁸³⁾」、「犯意の証明」と列挙し、今日、「未必の故意」と呼ばれるものは「故意」において扱われている。江木によれば、故意とは「犯罪の結果を生せんとするの意思なれともその所謂故意なるものはあえてその結果を希望するの意たることを要せず。ただその所為よりしてある結果を生すべきことを知りつつ之を行うものは⁸⁴⁾」故意に行為するのであるとする。

そして江木は故意を次の3種類に分ける。第1に、「必定の故意 (Dolus determinatus)」であり、これは例えば甲が乙を殺そうとし、乙に銃口を向け、乙に発砲すれば必ず乙は死ぬと期している場合のように、「必然結果の発生を期する場合」である。第2に、「不定の故意 (Dolus indeterminatus sive oventualis)」は、必然結果の発生を期せざる場合をいうとし、例えば甲が銃口を乙に向け発砲するとき、銃丸が乙を貫きあるいは乙を殺害するか、あるいはまた銃丸がはずれるかもしれないと豫知しつつしかしなお行為する場合で、このような場合に甲に不定の故意が認められるとする。最後に「必定不定併発の故意 (Dolus det. et dolus indet.)」である。これは「同一の所為よりして二三の結果を生し得べき場合において必然一の結果を期し必ずしも他の結果を期せざるとき」であるとし、例えば甲が銃を向け発砲するとき、銃丸は乙を貫き乙を死に至らしめることは期しているが、或は乙の身体を貫通し背後にいた丙にも銃丸が貫通し丙をも殺害することを必ずしも期せずして行為し、実際乙および丙ともに死の結果が生じる場合であり、このような場合もまた両者にそれぞれ必定の故意と不定の故意が認められるとする。そして犯意と疎慮の区別に関しては「甲、若し乙あり狂犬の傍らに立つことを知るも散弾の飛散すべき距離如何を塾察せず必ず狂犬のみを射って乙を傷することなきものと轻信したるときは疎慮なり。若し又はこれに反し甲は或は乙と狂犬とを併せて殺傷することあるべきことを知りつつ乙を害⁸⁵⁾」すれば故意があるとされるのである。

以上の、江木の見解の特徴としてまず挙げられるのは、この故意に関する

る記述を見る限り、これまでのフランス刑法学の影響を受けた論者とは異なり、彼が当時のドイツ刑法学の強い影響を受けていたという点である。このことは彼の注釈書において引用されている文献などを見れば明らかである。次に、故意の定義に関しては故意を認識主義のもとで定義し、意思要素は故意の要素ではなく「決心」の下で考慮されている。このような要素は例えば行為者が殺人を犯す際、それが故殺なのか、あるいは謀殺なのかという区別に関わるものとして位置付けられている。現行法は旧刑法のように故殺や謀殺を区別していないので、江木のような意思要素の位置付けを現行法に基づいて考慮すれば量刑上考慮される事由として捉えられることになるであろう。

故意の分類において江木は、これまでの論者が故意を「意思」と規定し、このことから故意を分類していたのに対して、故意を「結果の予見」とすることから、故意の分類を結果の予見の程度、つまり結果発生が確実なのか、可能なのかという観点から「必定の故意」と「不定の故意」、さらに両者の混合形態である「必定不定併発の故意」の3種類に分類している。そして本稿にいうところの「付随結果としての未必の故意」を江木は「必定不定併発の故意」において問題としている。それに対して「不定の故意」は本稿にいうところの「付随結果としての未必の故意」にはあたらない。なぜならこの「不定の故意」はそれが意図した結果が発生する時に生じる付随結果の発生の程度ではなく、意図した結果それ自体の発生の程度を問うているからである。それゆえ「不定の故意」は本稿にいうところの「未必の故意」とはいえない。

故意と過失の区別に関しては、これまでの論者のように「意思」の有無によるのではなく、結果発生の予見の有無によってなされている。ただしここで注意すべきなのは、故意と過失の区別を単に結果発生の予見の有無によって行っているのではなく、結果発生の可能性を予見しつつ、それを行為者が打ち消したのか(過失)、打ち消さなかったのか(故意)によって故意と過失を区別しているのである。このような区別基準は「認識ある

過失」の領域を認めるが故に為されたのである。つまり、江木は「未必の故意」と「認識ある過失」は、結果発生の可能性を予見している点において同じであるが、しかし両者の相違は最終的に行為者がその結果発生の可能性を打ち消して行為したのか、あるいは打ち消さないままに行為したのかという点に求めているのである。また、江木が「付随結果の発生を知りつつ」結果を発生させれば、故意があるとする場合、それは単なる可能性ではなく、かなり高度な可能性、あるいは蓋然性を行為者が認識・予見することを想定していると思われる。このことは彼の挙げている事例などから推測される。

4 その後に公刊された注釈書には磯部四郎⁸⁶⁾、岡田朝太郎⁸⁷⁾、亀山貞義⁸⁸⁾、古賀廉蔵⁸⁹⁾などのものがある。まず磯部は付随結果に関して「故意の拡張」を認める。すなわち例えばある者を監禁して衣食を与えず、そのことによって死亡させた場合、行為者が死の結果に対して「無意」であったとしても被害者に衣食を与えなければ死の結果が発生するのは当然であるとし、このような付随結果(死の結果)が避けることができない場合には、その結果は「論理上有意と推定される」として「間接故意モデル」をとっている⁹⁰⁾。このように磯部は宮城と同様の立場に立っている。

次に岡田朝太郎は「未必の故意」に言及しているが、それを否定している。岡田によれば、犯意とは「情を知ってその法に犯罪として示されたる所為を実行する決心」であるとしたうえで、「未必の故意」に関しては、「不定の犯意」を肯定する者がいるが⁹¹⁾、犯意とは決心である以上、それは常に一定のものであり、未だ不定のまま行為する者は決心がなく、したがって犯意はないとする。例えば甲が乙に向けて発砲するものの、未だ殺害の決心のない場合には殺意は認められないとし、「未必の故意」の領域を否定するのである⁹²⁾。

亀山貞義は「罪を犯す意」がある場合とは「結果を生ぜしめんことを希望し若しくはその結果の生ずべきことを豫知したときは其意思其結果と相連絡するが故に固より犯罪の意思⁹³⁾」が存在するとし、それに対してこ

のような結果発生の希望ないし豫知のなく、それゆえ犯罪の意思のない場合が過失であるとする。このように亀山においては故意と過失の相違は犯罪の意思の有無によるのであるが、しかしその実質は結果発生の希望のみならず、豫知の有無によっても決せられているのである。亀山が故意の定義の中に豫知、つまり知的要素を取り入れた点はこれまでのフランス刑法学の影響を受けた論者とは異なり、先の江木の見解に近づいている。しかし江木の見解は亀山の見解と異なり、故意の定義の中に結果発生の希望は不要としているので、この点では亀山の見解と異なる。その意味で亀山の見解はこれまでフランス刑法学の影響を受けた論者と江木の見解との中間に位置するものといえよう。

亀山の見解において問題となるのは、亀山がこれまでのフランス刑法学の影響を受けた論者と異なり「罪を犯す意」の定義に関して知的要素をなげ取り入れたのかということである。これはおそらく亀山が「故意の拡張」を意識し、それまでのフランス刑法学に影響を受けた論者と違って、江木と同様に付随結果に心理的基礎を与えようとしたからであると思われる。現に、亀山は犯罪の意思を4つに分類するのであるが⁹⁴⁾、その後さらに犯罪の意思を「特定の意思」と「不特定の意思」、「偶然に委する意思」とに区別し⁹⁵⁾、本稿において問題としている付随結果の領域を「偶然に委する意思」において扱っている。亀山によれば「偶然に委する意思」とは「一所為を行うに当たりその目的以外害悪のあるいは生ずべきことを豫知しながらその所為を行い果たして之が為他の害悪を招致したる」場合であるとし、例えば「人の現在することを知って家屋に放火しつつにその人を焼死に至らしめる」場合がこれに当たるとする⁹⁶⁾。このように亀山は本稿で問題としている「故意の拡張」を認め、付随結果に心理的基礎を与えているのであるが、ここで亀山が付随結果の処罰範囲に関して「未必の故意」の領域まで認めているかは微妙である。すなわち亀山は付随結果を「偶然に委する意思」において扱っているが、挙げられている事例からすれば、故意の処罰範囲は「確定的故意」の領域までしか認めていないとみ

うるからである。それが言いすぎであるとしても、付随結果に関してはかなりの程度高度の蓋然性を亀山は求めていると思われる。

さらに古賀廉蔵もまた「故意の拡張」を認めているが、しかし「未必の故意」の領域までを認めているかは問題である。古賀によれば犯意とは「一定の犯罪行為に対して決心の向かう所を謂う。これを換言すれば不正の行為たることを知りて特にこれを行わんとする自由の決心を為すとき⁹⁷⁾」に犯罪の意思が認められるとする。そして犯意を犯罪結果の観点から、(イ)「目的一定の犯意」、(ロ)「目的未定の犯意」、(ハ)「目的付随の犯意」の3つに分類し、「故意の拡張」は(ハ)の「目的付随の犯意」において扱われている。古賀によれば、「目的付随の犯意」とは「犯人一定の罪を犯さんとするにあたり付随の結果の生ずべきを予見するもこれを生ぜしむることを欲せずして其の犯罪を執行したるときは目的外の犯意を有せしという」とし、例えば婦女が懐胎していることを知りつつ暴行を加えることによって墮胎させたという場合のように当該行為者が婦女の墮胎を豫知するが、しかしこれを欲してしてはならず、行為者にとって目的外であった場合をいうとする。そしてこのような場合にも行為者に犯意が認められるのかを問い、このような付随結果は、行為者の目的とした行為から必然的に生じる結果である以上、行為者がこのような付随結果を豫知している場合には犯意は認められなければならないとする。このように古賀は付随結果の領域も犯意に含まれるべきとするが、しかしその範囲は目的とした結果から必然的に生じる付随結果に限っており、しかも江木、亀山と同様に付随結果を豫知している場合というように付随結果に心理的基礎を与えている。以上のことから、古賀は故意の処罰範囲を明確に今日で言うところの「確定的故意」の領域に限定しており、結果発生の可能性の段階が問題となる「未必の故意」の領域まで認めているとはいえないと思われる。

5 以上、旧刑法の成立以後、現行刑法が成立するまでの学説をほぼ時系列に沿って見てきたわけだが、これまでの考察から明らかになるのは当初フランス刑法学の影響を受けた論者たちによって付随結果の領域は、明

文化された限りでの「刑の拡張モデル」によって処理していたのであるが、宮城の指摘によって付随結果に関してさらに「故意の拡張(間接故意モデル)」が意識されるに至る。その後、ドイツ刑法学の影響を受けた江木によって「未必の故意」が指摘され、その後の学説は付随結果に関して明文化された「刑の拡張モデル」に加えてさらに「故意の拡張モデル」によっても対応する見解が多数を占めるようになった。ただし、付随結果に関して故意の拡張を認める立場においても、上述のように、それに心理的基礎を与えるかどうか、すなわち「間接故意モデル」によるのか「未必の故意モデル」によるのかに関しては相違が存在した。また故意の拡張を何処まで認めるのかに関して、意図した結果が実現した場合に必然的に生じる結果までなのか、あるいはさらなる場合にも故意を認めるのかという点においても学説間において相違が存在した。

次に、本稿第1章において示した、方法論、本質論、区別基準論に従って学説を整理してみよう。

まず、方法論に関してであるが、ここでは故意を心理主義的に解するのかが、規範主義的に解するのかが問題とされていた。このような観点から、これまで検討した学説を整理すると、故意を心理主義的に解している論者は井上操、堀田正忠、高木豊三、江木衷、岡田朝太郎、古賀廉臈であり、それに対して付随結果に関して故意それ自体を規範的に解しているのは宮城浩臈、富井正章、磯部四郎、亀山貞義である。つまり故意を心理主義的に解する論者は故意を意思とするにせよ、あるいは認識・豫知とするにせよ、それらを心理的事実それ自体として捉えているのに対して、宮城、富井、磯部、亀山は、故意の要素を、厳密には意的要素を規範化しているのである。まず宮城であるが、宮城は例えば行為者が自己の目的を実現した際にそこから付随的に生じる結果が「避け得ないもの」、あるいは「予想しうべき」場合には、そのような付随結果自体に現実の意思は及んでいなくても及んでいとみなすとすることによって意思を規範化しており、この点に関して富井や磯部は明確に意思を推定すると述べている。問題は亀

山であるが、亀山もまた付随結果に関しては「意思」を規範化しているのである。というのも、付随結果に関しては行為者がそれを豫知しつつ行為すれば、行為者はその結果を「意思」したとみなすからである。このように宮城、富井、磯部、亀山は付随結果に関して「意思」を規範化する点で共通するが、しかし宮城、富井、磯部と亀山との間では付随結果に対して知的側面が及んでいることが必要なかどうかという点では異なるのである。

次に、本質論においては、故意を結果への意思と解するのか、結果の認識・予見と解するのか、あるいは結果に対する特定の情緒的、感情的態度と解するのかということが問題であった。このような観点のもとに上記の学説を整理すれば、まず、結果に対する特定の情緒的・感情的態度を故意の本質とする学説は旧刑法典下においては存在していない。次に、故意を結果への意思と捉える論者は井上操、堀田正忠、高木豊三、富井正章、宮城浩臈、磯部四郎、岡田朝太郎、古賀廉造らであり、それに対して結果の認識・予見と捉えるのは江木衷であった(ただし、江木においては、「決心」と「故意」がいかなる関係にあるのかという問題は残る)。ここで問題となるのは亀山貞義である。というのも亀山は故意を「意思」と「豫知」というように並列的に解しており、両者の関係が不明確だからである。しかし、意思もまた知的側面を前提とすることからすれば、亀山もまた故意に共通する心理的事実を認識・予見と捉えていると解してよいように思われる。それゆえ亀山もまた江木と同様に故意の本質を結果の認識予見と捉える見解に位置づける。ただ、以上のように、旧刑法のもとでは故意を「犯罪の意思」と捉える見解が圧倒的であった。

区別基準論に関しては、意的要素による区別、知的要素による区別、情緒的・感情的要素による区別、さらには主観的基準なのか、客観的基準なのかの問題とされた。このような観点から上記の学説を見ると、まず情緒的・感情的要素によって故意の処罰範囲を画する見解は存在しなかった。

次に、意的要素によって故意の処罰範囲を画しているのは、井上操、堀田正忠、宮城浩臈、高木豊三、富井正章、磯部四郎、岡田朝太郎である。

ここで問題となるのは宮城、富井、磯部の見解である。というのも、意的要素による場合でも、宮城、富井、磯部以外の論者はそれを主観的・心理主義的に解しているのに対して、宮城、富井、磯部は付随結果においてそれを客観的・規範的に解しているからである。すなわち宮城、富井、磯部以外の論者が意思＝意図と解し、それを心理主義的に解している、つまり主観的基準をとっているのに対して、宮城、富井、磯部は故意＝意思と介しつつも、行為者の意図した結果のみならず、付随結果をも一定の範囲で故意犯として取り込むために、行為者の目的が実現した際に生じた付随結果が、目的が実現するに際して「避けえないもの」、あるいは「予想すべき」であった場合などの客観的基準に合致する場合には、そのような付随結果もまた行為者は意思していたのだとするのである。まとめると、宮城、富井、磯部以外の論者は故意を意図と同視し、付随結果を故意犯に取り込まないのに対して、宮城、磯部は故意を意思と解しつつも、付随結果を故意に取り込むため、その限りで意思を規範的に解しているのである。このように故意の処罰範囲を意的要素によって画す見解も主観的基準によれば、付随結果は故意から除外され、客観的基準によるならば、付随結果もまた故意に取り込まれるのである。

知的基準によって故意の処罰範囲を画す論者は江木、亀山、古賀である。これらの論者は、付随結果を故意に取り込み、しかも付随結果に何らかの心理的事実を及ぼしている点で、同様に付随結果を故意の取り込む宮城、富井、磯部の見解と異なるのである。ただし、このグループの中でも、処罰範囲に関しては「未必の故意」の領域まで認める論者と「確定的故意」の領域までしか認めないものとに区分される。前者は江木、亀山であり、後者が古賀である。ただし、江木、亀山にしても、付随結果に故意を認めるにしてもかなり高度な蓋然性を行為者が認識・予見していることを必要としているように思われる。

旧刑法下の学説は以上のように分類できるのであるが、ではこれらの学説は現行刑法の成立経緯においてどのような影響を与えたのであろうか？

次にこのことを現行刑法の故意に関する規定の沿革を検討することで確認したい。

第3節 現行刑法典成立の経緯

1 旧刑法はその成立直後から改正の動きがあった。その理由に関しては、律の伝統から急激に近代的刑法を取り入れたことによる混乱や戸惑い、個々の規定の不備⁹⁸⁾、旧刑法施行後の犯罪の増加⁹⁹⁾、さらには当時ヨーロッパにおいて古典学派ないし新古典学派の刑法理論が近代学派の台頭とともに批判され、刑法改正運動が展開されていたことに影響されたことなどが挙げられている¹⁰⁰⁾。そしてこのような改正の動きには二つの立場があった。すなわち旧刑法の1部を修正ないし削除する立場¹⁰¹⁾と全面改正の立場である¹⁰²⁾。全面改正の動きとしては、まず司法省が1883(明治16)年に作成した改正案がある。この司法省案、さらに参事院委員による改正案において77条はそのまま維持されている¹⁰³⁾。

また明治政府は旧刑法に関する批評を諸外国の学者に求めているが、77条に関して言及しているのは当時ベルリン大学正教授であったベルナー(Arbert Friedrich Berner)である。旧刑法に関する意見書¹⁰⁴⁾において、ベルナーは旧刑法77条1項の言わんとするところは、「怠慢」は法律規則において定められている場合にかぎり処罰するということであり、第2項は、結局第1項に属するものであるから、77条のような規定を設けるのであれば、当時のドイツ刑法59条のような規定にするのがよいとのべている¹⁰⁵⁾。

2 その後、1892(明治25)年に司法省は司法省刑法改正審査委員会を設けて、立案・審査に当たらせた。その経過を記した刑法改正審査委員会決議録によれば、第77条は57条におかれ、4項までであったのが、2項に削減されている。すなわち

第57条 罪を犯す意なきの所為はその罪を論ぜず。ただし法律において不注意の所為を罰する場合はこの限りにあらず。

法律を知らざるを以って罪を犯すの意なしとなすことを得ず。

とされている¹⁰⁶⁾。そして57条の提案理由によれば、まず57条は現行(旧刑法)77条を修正したものであって、現行(旧刑法)77条の2項、3項は結局1項の適用に過ぎないものであるから削除したとし、さらに1項において「其罪を論ぜず」としたのは「罪を構成しない」という意味であるとする。さらに現行(旧刑法)77条但し書きにあった「規則」という文言を削除したのは規則もまた法律の一種であるからであるとする。

また決議録によれば、現行(旧刑法)77条の修正に関しては4つの説が存在したとする。すなわち、第1説は本条にいう「罪を犯す意」とは単に行為を行う故意のみにとどまらず、さらにその事実につき法律に背いて行うこと、つまり不法であることを知りつつ行為することであるとする。そしてこのような立場から本条はあまりに汎漠に失するので修正する必要があるのだが、しかし事実の認識と法律の認識の両方にまたがって規定するのは困難であるので本条は削除するのがよいとする。第2説は「罪を犯す意」とは事実を行う意思をいうのであって、自己の行為が法律において罰せられることを知る必要はないとする。このような立場からすれば、現行(旧刑法)77条の2項、3項は1項の適用にすぎず、両者とも1項に属するので不用であり、さらにこのような意思は各則において決せられる以上、総則に規定するのは意味がないとして本条は削除すべしとする。第3説によれば、本条の「罪を犯す意なき所為は罰せず」とは法律上罪となることを知りつつ行為するのでなければ処罰しないという事であり、2項は法律を知らなかったという抗弁は許されないとする趣旨だとする。第4説は、単純の意思と罪を犯す意思とは異なるものであり、本条は単に何かを行う意思のほかにさらに罪を犯す意思が必要である事を述べているのであり、このことはすべての罪に必要なために本条は必要であるとする¹⁰⁷⁾。以上の4つの説が存在したが、これらの争いは今日から見れば違法性の意識を故意に含めるのかどうかということとの関連で本条のような規定が必要かどうかという争いであったと言える。そして提案理由によれば以上の争いを折衷して本条を規定する事にしたとしている。

3 その後、明治28年草案、さらに30年草案において同様の規定がおかれている¹⁰⁸⁾。明治33年草案では故意に関する規定は51条にうつされている¹⁰⁹⁾。この明治33年草案とこれまでの草案との相違は2つあり、1つ目は「所為 行為」、「法律において不注意の所為を罰する場合 法律に特別の規定ある場合」というように文言が1部変更されていることであり、2つ目は2項において但し書きが入ったことである。このような変更に関して提案理由によれば、まず本51条は現行(旧刑法)77条に修正を加えたものであり、現行(旧刑法)77条の2項、3項は1項の適用にすぎないので削除したとする先の草案と同様の説明をしたうえで、先の草案との相違点の1つ目に関して、本51条1項は現行(旧刑法)77条1項と同趣旨であるとしている。つまり文言の変更は内容の変更をとまなうものではなく、その内容をより明確するためのものであったのである。次に2つ目の但し書きの挿入に関して本51条第2項は、現行(旧刑法)77条4項と同趣旨の規定で実際の必要性に基づくものであるが、しかし真に法律を知らずに罪を犯し、それゆえ宥恕すべき理由のある者はその情状によって刑を減輕することができることとされたのである¹¹⁰⁾。その後、明治34年の第15回帝国議会に提出された議会提出案においては48条に故意に関する規定がおかれるが¹¹¹⁾、内容は33年草案と同様であり、同時に提出された「刑法改正案参考書」においても先の33年草案と同様の提案理由が記されている¹¹²⁾。さらに明治35年「刑法改正案」においても34年草案と同様に故意に関する規定は48条におかれ¹¹³⁾、提案理由もまた34年草案と同様である¹¹⁴⁾。その後の貴族院の審議においても、若干の議論が特に2項に関して存在したが、原案通り可決されている¹¹⁵⁾。

4 その後、第17回帝国議会に提出された明治35年刑法改正案においては、故意に関する規定は47条におかれているが、内容な同一である¹¹⁶⁾。明治39年刑法改正案の作成過程においては故意に関する規定は40条におかれ、さらに41条に次のような規定が挿入された。

第41条 犯罪事実犯人信じたる所と異りたる場合においては左の例による。

- 一 所犯犯人の信じたる所より重く若しくはこれと等しきときは其の信じたる所に従って処断す。
- 二 所犯犯人信じたる所より軽きときは其の現に犯したる所に従って処断す。

である¹¹⁷⁾。しかし本規定は法律取調委員会委員総会日誌第12回での議論において江木委員より削除が提案され、勝本委員が削除するのであれば40条に「罪本重かるべくして犯すとき知らざる者はその重きにしたがって処断することを得ず」という規定を挿入すべきとし、この提案が可決された¹¹⁸⁾。その後に議会で提出された草案では故意に関する規定は38条におかれており、2項に「罪本重かるべくして犯すとき知らざる者はその重きにしたがって処断することを得ず」という規定が付け加えられている¹¹⁹⁾。この点につき、提案理由書では「第2項は現行第77条第3項と同一趣旨なり¹²⁰⁾」とされている。この39年草案が最終的に現行法となったのである。

このことは現行法の注釈書である田中正身の説明からも明らかである。現行法に関する田中正身による釈義によれば現行38条の沿革として第4案まで示されている¹²¹⁾。すなわち

第1案

第67条 罪を犯すの意なくして行いたる行為は罪として論ぜず。

但し法律において其の規定を遵守せざるのみを罰し又は不注意より存在を生じたる所為を罰する場合は比限りにあらず。

本人相当の注意を欠くことなくして刑を加重すべき事実を知らざるときは其の加重の事実にあたるべき刑を受けざるものとす。

第2案

第48条 罪を犯す意なき行為はこれを罰せず。但し法律に特別の規定ある場合は比限りにあらず。

法律を知らざるを以て罪を犯す意なしと為すことを得ず。但し情状により其の刑を減輕することを得。

第3案

第48条 第二^マ条に同じ

第4案

第47条 同上

である。

そして参照法律として、旧刑法77条、独逸刑法59条、英吉利刑法、墺太利刑法、伊太利刑法、露西亞刑法、印度刑法第80条、第88条、西班牙刑法、カリホルニア刑法、羅馬刑法、唐律、明清律、仮刑律、新律綱領、那威刑法第40条、瑞西刑法典案第14条、墺太利刑法草案第54条、第55条などが挙げられている¹²²⁾。38条の説明については次の通りである。すなわち現行刑法38条は旧刑法77条を修正したものであって、旧刑法77条第2項は第1項の適用に過ぎないので削除し、現行法38条第1項は旧刑法77条第1項と全く同じ趣旨である。そして、現行38条第2項は旧刑法第3項と同じ趣旨であり、現行38条3項は旧刑法77条4項同じく実際上の必要に基づくものであるが、真に法律を知らずに法律に違反する者を救済する規定であると説明している¹²³⁾。

以上、現行刑法における38条の沿革を概観したわけであるが、そこでは故意の定義に関してはほとんど議論されておらず、それゆえ本稿で問題としている「故意の拡張」、とりわけ「未必の故意」に関して現行法がどのように解しているのかは明らかにされていなかった。また田中による現行法に関する説明においても、現行刑法38条1項は旧刑法77条1項と同様の趣旨とされるのみで、故意の内容に関して、特に付随結果の領域には触れられていない。さらに、旧刑法下における学説の、立法への影響も確認できなかった。このことはつまり立法者は故意の定義を明文で規定するのではなく、これを学説・判例に委ねたとみるのが相当であると思われる。このような推測は、その後の刑法改正作業に伴って作成された仮案や草案、準備草案、とりわけ戦後の昭和38年に発足した「法制審議会刑事法特別部

会」における草案作成過程における故意の規定の審議経過からも窺い知ることができる。次に、このことを補足的に確認しておく。

第4節 現行刑法典下における刑法改正作業と故意論

1 以下ではまず、現行刑法典成立以後の刑法改正の動きを概観したうえで、戦後の「法制審議会刑事法特別部会」における故意の規定に関する審議過程を概観する。

刑法改正の動きは1921(大正10)年10月に政府・司法大臣が臨時法制審議会に対して刑法全面改正の可否について諮問したことに端を発するものであったとされる¹²⁴⁾。この諮問は、一方で刑法を日本の伝統的順風美俗に適合させようとする保守主義的要請に基づくものであり、他方では人身、名誉の刑法的保護を完全にし、さらに犯罪対策としての合目的刑法・刑事政策を実現しようとするものでもあった。このような諮問に応じて臨時法制審議会は1926(大正15)年10月に「刑法改正の綱領」を決定答申した。その内容は先の諮問に応じて、日本固有の道徳と美風良俗の観点からの改正項目、人身及び名誉の保護を完全にするための項目、さらに犯罪対策に関する改正項目など40項目にわたるものであった¹²⁵⁾。

ついで、1927(昭和2)年1月に「司法省刑法改正原案起草委員会」によって、「刑法改正の綱領」に基づいた「刑法改正予備草案」が起草され、さらにこれを土台にして「刑法並監獄法改正調査委員会」において審議された結果、1940(昭和15)年に「改正刑法仮案(刑法並監獄法規制調査委員会決議及び留保条項刑法総則及び各則未定稿)」が発表された(総則の発表は1930(昭和5)年であった¹²⁶⁾)。これは先の「刑法改正の綱領」に沿いつつ、内外の学説・判例や立法例を涉獵参酌したものであった。その後、刑法改正作業は戦争状態の激化によって中断を余儀なくされた¹²⁷⁾。

戦後、明治憲法に代わり日本国憲法が制定され、それに伴って現行刑法も1947(昭和22)年に1部改正が行われた¹²⁸⁾。戦後における刑法全面改正の動きは1956年(昭和31)年11月に法務省が小野清一郎を議長とする

「刑法改正準備会」を発足したことに始まる。この準備会は法務省原案の作成に資するための予備草案を作ることが目的で、先の「改正刑法仮案」を基礎としつつ、それに必要な修正を加える形で作業が進められた。そして1960年(昭和35)年4月に刑法改正準備会は375か条からなる「改正刑法準備草案(未定稿)」を作成し、公表した。その後、この準備草案に対して出された、多方面からの批判や意見を参考としつつ最終案が理由書とともに1961(昭和36)年12月20日に「改正刑法準備草案附理由書」として公表されている。この準備草案の公表により、刑法改正問題が注目を集めるようになり、1963(昭和38)年5月に法務大臣が法制審議会に対して刑法の全面改正の必要性の有無と、あるとすればその要綱を示せという諮問を発し、法制審議会はこの試問に答えるために刑事法特別部会を発足させた。この部会は1963(昭和38)年7月に発足し、8年半にわたる審議の末、1971(昭和46)年11月29日に、刑事法特別部会として刑法全面改正の必要があるとし、「法制審議会刑事法特別部会改正刑法草案」が昭和47年(1972年)3月に説明書を付して公表された。その後、刑事法特別部会改正刑法草案は法制審議会の総会において審議されることになるが、その過程において、弁護士関係の4名の委員より修正案(修正及び削除案)が提出され、その後、「改正刑法草案に対する意見書」、さらには1982(昭和57)年12月11日に日弁連刑法改正「阻止」実行委員会による試案が公表されるなど、刑法全面改正に対して非常に激しい批判が起こり、結局全面改正の作業は断念を余儀なくされたのである。

以上、現行刑法の成立以後の全面改正に関する動きを概観したわけであるが、その都度公表された、仮案、準備草案並びに草案において故意に関する規定はほとんど現行刑法とかわりがない¹²⁹⁾。

2 それでは、次に「法制審議会刑事法特別部会」における審議過程において故意に関していかに考えていたのかを概観しよう。故意に関して審議したのは「法制審議会刑事法特別部会第1小委員会」で、第8-9回、第81-82回、第90-91回、第122-125回において故意に関して議論されてい

る。

まず第8回会議(昭和39年3月2日)においては、準備草案第18条において「罪を犯す意思」とし、第19条、第20条¹³⁰⁾が「故意」という表現を用いているが、両者を「故意」に統一すべきではないかという意見が出された。このような意見に対して18条の「罪を犯す意思」は「故意」の定義的な意味があるとする意見、それに対して「故意」を「罪を犯す意思」とすることに反対する意見が出され、ここから故意に定義規定を設けるかという議論に発展し、故意の定義規定を設けることに消極論も存在したが、次回改めて検討することになった¹³¹⁾。

第9回会議(昭和30年4月22日)においては、故意に関する議論は第8回の議論を受けて故意の定義規定に関して議論された。焦点は定義規定を設ける必要があるか、特に「未必の故意」と「認識ある過失」との限界を示唆し、判例を指導するような規定を設けることの当否であったが、最終的には学界、実務家がこの点に関して関心を示していないこと、立法技術的にきわめて難しいことなどから学説・判例にゆだねるのが相当であるという結論に達し、準備草案18条における「罪を犯す意思」はそのままにすることになった¹³²⁾。

その後、第81回会議(昭和43年2月10日)において再び故意に関する議論がなされ、ここでは「罪を犯す意思」という表現を「故意」とすることの当否が再び議論された。「罪を犯す意思」という表現では意思説に傾くという批判もありうるので、「故意」と表現を改めてもよいとする意見が出された。このような意見に対して「罪を犯す意思」にかえて「故意」という表現を用いれば、「未必の故意」に関する定義的な意味がなくなるとする見解、さらに他の条文への影響などが考えられるとし、さらに検討することになった¹³³⁾。

ついで、第82回会議(昭和43年2月24日)において、先の会議を受けて「罪を犯す意思」を「故意」とするかが検討された。変更の利点としては「罪を犯す意思」では認識説の側から意思説に傾くという批判がなされう

るが、「故意」という表現にすればその内容は学説・判例にゆだねることになり、批判をかわせること、18条の但し書規定を「過失による行為……」とする場合、故意と過失が並列され、より適切な表現になること、最後に第19条や第20条との照応関係が明らかになることが挙げられ、それに対して問題点としては故意の定義的意味がなくなること、「罪を犯す意思」を故意とする場合、第19条第1項、第20条第1項と合わせよめば故意の内容としては事実の認識で足りるという感じが強くなり、かえって認識説に傾くおそれのあること、最後に第16条(自ら招いた精神の障害)第1項の「罪を犯す意思」をそのままのこすと、「故意」とは異なるものと解されることになる点などが挙げられた。以上の長所と短所を検討した結果、18条は「罪を犯す意思」のままにすることになった¹³⁴⁾。

122回会議(昭和45年1月24日)では見出しに関する議論がなされ、結局18条の見出しは「故意」とされることになった¹³⁵⁾。

ついで123回会議(昭和45年2月7日)における故意に関する議論は、第16条及び第18条から第20条までの表現に関して議論された。つまり「罪を犯す意思」という表現と「故意」という表現のいずれに統一すべきかという点が検討されている。この点に関して第3案までが作成されている¹³⁶⁾。

第1案

第16条(自ら招いた精神の障害) 罪を犯す意思で、みずから精神の障害を招いて罪となるべき事実を生ぜしめた者には、前条の規定を適用しない。

過失により、みずから精神の障害を招いて罪となるべき事実を生ぜしめた者についても、前項と同じである。

第18条(故意) 罪を犯す意思のない行為は、これを罰しない。但し、法律に特別の規定がある場合はこの限りではない。

第19条(事実の錯誤) 罪となるべき事実を知らないで犯した者は、故意にしたものとはいえない。

故意に関する一考察(一)(玄)

重い罪と「なるべき、なりうる」事実があるのに、犯すときその重い事情を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない。

第20条（法律の錯誤） 法律を知らなかったとしても、そのことによって故意がなかったとはいえない。但し、情状によって、その刑を減輕することができる。

自己の行為が法律上許されないものであることを知らないで犯した者は、そのことについて相当の理由があるときは、これを罰しない。

第2案

第16条（自ら招いた精神の障害） 「故意に、故意で、故意をもって」、みずから精神の障害を招いて罪となるべき事実を生ぜしめた者には、前条の規定を適用しない。

過失により、みずから精神の障害を招いて罪となるべき事実を生ぜしめた者についても、前項と同じである。

第18条（故意） 故意のない行為は、これを罰しない。但し、法律に特別の規定がある場合はこの限りではない。

第19条（事実の錯誤） 罪となるべき事実を知らないで犯した者は、故意にしたものとはいえない。

重い罪と「なるべき、なりうる」事実があるのに、犯すときその重い事情を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない。

第20条（法律の錯誤） 法律を知らなかったとしても、そのことによって故意がなかったとはいえない。但し、情状によって、その刑を減輕することができる。

自己の行為が法律上許されないものであることを知らないで犯した者は、そのことについて相当の理由があるときはこれを罰しない。

第3案

第16条（自ら招いた精神の障害） 罪を犯す意思で、みずから精神の障害を招いて罪となるべき事実を生ぜしめた者には、前条の規定を適用しない。

過失により、みずから精神の障害を招いて罪となるべき事実を生ぜしめた者についても、前項と同じである。

第18条(「故意」 罪を犯す意思) 罪を犯す意思のない行為は、これを罰しない。但し、法律に特別の規定がある場合は、この限りではない。

第19条(事実の錯誤) 罪となるべき事実を知らないで犯した者は、罪を犯す意思をもってしたものとはいえない。

重い罪と「なるべき、なりうる」事実があるのに、犯すときその重い事情を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない。

第20条(法律の錯誤) 法律を知らなかったとしても、そのことによって罪を犯す意思がなかったとはいえない。但し、情状によって、その刑を減輕することができる。

自己の行為が法律上許されないものであることを知らないで犯した者は、そのことについて相当の理由があるときは、これを罰しない。

以上のように第1案においては第16条及び18条は「罪を犯す意思」とし、第19条及び第20条においては「故意」とする案であり、第2案は各条とも「故意」とする案であり、第3案は各条とも「罪を犯す意思」とする案である。これらの案をもとにまず16条1項の文言として「故意」または「罪を犯す意思」のいずれが適当であるかが検討され、「故意」を支持する立場からは、第2項において「過失」を用いていることとの対比の点、「罪を犯す意思」は広狭の解釈が可能であり、理解の仕方によっては第1項と第2項との間に重複ないしギャップが生じること、「罪を犯す意思」はその語感からして「未必の故意」が排除される可能性があることなどが指摘された。それに対して「罪を犯す意思」を支持する立場からは法文として適当な表現にならない、故意ではあまりに抽象的で、一般人に理解しがたい、「罪を犯す意思」は事実的語感を伴うので、精神の障害を招く時点で将来に対する見通ししないし予想をすることを表すのに適している、「罪を犯す意思」は「故意」より狭い語感があり、処罰範囲の限定にふさわしいなどが指摘された。また、「罪を犯す意思」と「罪を犯す意」との関係に

についても言及され、「意思」とすることによって意欲的側面が出過ぎるという指摘、逆に「意志」ではなく「意思」であるから認識的側面が強くなるという指摘がなされたが、両者は同じ趣旨に解すべきとされている。その後、各案の妥当性が検討されたが、結論は次回に持ち越された¹³⁷⁾。

第124回会議(昭和45年2月21日)においては前回の議論を受けて「罪を犯す意思」と「故意」という表現をどう整理するかについて議論されたが、今回は第2案に対する修正案が第18条に関して出されただけ、この問題に関する議論は次回になされることになった。修正案の内容は第18条に新たに第2項を設けるもので、その内容は「故意とは、罪を犯す意思」である。をいう。」というものであった¹³⁸⁾。

125回会議(昭和45年3月28日)では、前回の修正案を提出した提案者から修正案の趣旨説明がなされた。提案者によれば、「罪を犯す意思」あるいは「故意」によって表現を統一する場合、まず「罪を犯す意思」では心理的な事実の認識のみをさすものと解される余地があり、そうすると学問上、故意とされているもののすべてをカバーしないおそれがあること、このこととの関連で、故意を先のように解する学説を公定する結果になること、表現がくどすぎ、19条1項が煩雑になることなどから故意によって統一するのが無難であるが、「故意」という文言は抽象的でその内容の明確性を欠くため、18条2項の定義規定を設けたとした。但し、定義自体の内容については更なる検討が必要であるとしている。このような提案を受けて、検討した結果、定義規定を設けることにはある学説を公定する恐れから反対が多く、18条は第1案のままにし、見出しとあいまって故意の内容を解釈の指針にするのが妥当であるとされた。次に、第16条、第19条、第20条をどうするかが検討された。最終的には第1案が多数を得るも、16条に関して「故意」にあらためる案も加えられ、「故意」にする場合にはその副詞的用法は「故意に」とされることになった。また第19条第2項の「重い罪となるべき事実」を「重い罪となりうる事実」に修正すべきかという点に関しては、最終的に「重い罪となるべき事実」とされた¹³⁹⁾。

以上のように審議過程においては、「故意」と「罪を犯す意思」との関係について議論されていたわけであるが、このことから明らかになるのは、審議関係者は準備草案にいう「罪を犯す意思」は現代用語化される前の「罪を犯す意」と同義であり、この「罪を犯す意思」という表現は故意の本質に関してなんらかの立場決定をするものではないと解していることである。さらにいえば、審議関係者はこのような表現をとることによって特定の立場決定 意思説、あるいは認識説 を回避できるとし、故意の定義規定を設けることに関しては消極的であったのである。このことは、審議関係者もまた現代用語化される前の刑法典38条1項にいう「罪を犯す意」という表現は故意の本質に関する争いについてなんら立場決定していないと見ていたものと解せる。また、このことから審議関係者たちが現代用語化される前の「罪を犯す意」と同趣旨とされる現行刑法典38条1項にいう「罪を犯す意思」という表現もまた特定の立場に立つものではなく、その内容は学説・判例に委ねられていると解していたとするのが相当であると思われる。

第5節 戦前の学説

1 ここではさしあたり、現行刑法典成立以後の戦前の学説を時系列にそって概観し¹⁴⁰⁾、現在の対立軸の基礎が形成されるまでを検討する。学説に関してはこの問題に関して重要と思われる論者の見解をとりあげた。

2 現行法成立後、はじめての体系書を公刊したのは、おそらく泉二新熊であろう。初版が明治41年に公刊されている『日本刑法論』において泉二新熊は、故意(Dolus, Vorsatz, dol, intention)、つまり犯意とは「罪となるべき事実の認識予見¹⁴¹⁾」であるとし、刑法は単に犯意を処罰するのではなく、犯意を有する行為を処罰するものであり、ここにいう犯意に基づく行為とは「罪となるべき事実を認識しながらこれを実現せしむべき意思活動をあえてすることをいう¹⁴²⁾」とする。このように泉二は認識要素によって故意を捉え、意的要素は行為要素に位置づけ、観念主義ない

しは認識主義 (Vorstellungstheorie) の立場から、希望主義 (Willens-oder Hoffnungstheorie) を次のように批判する。すなわち例えば保険金を得る目的で家屋に放火し、他人を死亡させる場合、仮に行為者が死の結果を希望しなかったとしても行為者がその死の結果を予見していれば当該行為者に故意は認められるべきであり、このような場合に希望主義から故意は認められず、妥当ではないとする¹⁴³⁾。つまり泉二の理解によれば希望主義は付随結果の領域における「故意の拡張」を認めず、これが問題となる領域は過失に他ならないとするのである。次に「未必の故意」に関して泉二は、故意を「確定の犯意(直接の犯意)」と「不確定の犯意(間接の犯意)」とに分ち、「未必的犯意(または偶然の犯意)(Dolus eventualis)」を後者に位置付けたうえで、「未必的犯意」について次のように述べる。すなわち「未必的犯意」が認められるのは、行為者が「犯罪事実の存在若しくは発生を確認するにあらずして其の存在もしくは発生を可能なりとする場合」であるとし、それに対して行為者が「熟練又は僥倖を恃み事実の発生せざることを予期したるとき、若しくはその発生すると否とについて疑いを抱きたるも畢竟発生せざるべしと判断したるとき」は過失が存在するとしている¹⁴⁴⁾。

以上が泉二の故意に関する見解であるが、まず注目すべきなのは彼がドイツの議論を参照しつつ、故意の本質に関する議論を示した点である。その際、泉二は希望主義を「故意の拡張」を認めないものと理解し、これを認めるためには故意の本質に関して認識主義を採る必要があるとしている。つまり泉二によれば希望主義 = 「故意の拡張」否定説、認識主義 = 「故意の拡張」肯定説とされ、両者の対立軸は「故意の拡張」の存在領域を認めるかどうかにあると理解され、このような理解から泉二は認識主義ないし観念主義の立場に立つとしているのである。さらに、泉二によれば認識主義は故意を知的要素のみによって把握し、意的要素は故意の要素から排除されるものとして理解されている。この点は江木の見解と類似しているが、しかし江木は意的要素を「決心」に位置づけ、「故意」と「決心」の上位

概念として「犯意」を設定している点で泉二の見解とは異なる。故意と過失の区別に関しては、「結果の予見」を行為者が最終的に打ち消したのかどうかによって区別しており、この点もまた江木の見解と類似している。

3 次に、明治43年に公刊された小疇傳の『新刑法論總則』によれば、犯意(Der Dolus, Vorsatz)とは「意思の実行(die Willensbesthatigung)に因ってあたえられたる又は防止せられざりし結果の予見(die Voraussicht)¹⁴⁵⁾」であるとし、犯意の本質に関して学説において「予見主義又は観念主義(Vorstellungstheorie)」と「希望主義(Willentheorie)」の対立があるが、希望主義は「犯意」と「目的」とを混同しており、自らは前者の立場に立つとしている。

次に「未必の故意」に関しては、故意を「無条件の犯意あるいは直接の犯意(unbedingter o. direkter Vorsatz)」と「条件付き犯意(bedingter o. eventueller Vorsatz)」とに区別したうえで、「未必の故意」を後者に位置付け、次のように述べる。すなわち「条件付犯意」は「行為者において単に結果が発生しうべしと思料したるとき、すなわち行為者において仮に結果の発生を確信したるとするもその行為を止めざりし場合」、換言すれば「行為者が結果の発生を許したるとき¹⁴⁶⁾」に認められるとする。それに対してたとえば行為者が人に向かって矢を射るが射手が自己の技術なり幸運を信じて矢が人にあたらないことを確信する場合は行為者に殺人または傷害の犯意は少なくとも条件付き犯意は「結果の発生を許すことを要するが故¹⁴⁷⁾」に認められないのであるとする。

以上が小疇の故意に関する見解であるが、小疇の故意の本質に関する理解は希望主義に関しては泉二と共通しているが、予見主義に関しては、異なる。すなわち、泉二によれば予見主義は、故意の要素として知的要素のみを必要とし、意的要素は排除するが、小疇によれば、予見主義においても故意の要素として意的要素を必要とするのである。さらに、「未必の故意」と「認識ある過失」の区別基準についてもまた泉二のそれとは異なっている。つまり、泉二によれば、故意が認められるのは、結果発生が可能

性の予見の打消しがなかった場合であったのに対して、小疇のそれは、行為者が結果発生の可能性の予見し、それを打ち消さないまま行為したとしても故意を認めるのではなく、このような場合、さらに行為者が仮に当該結果の発生が確実と見なす場合であっても行為するかどうか、という基準を設定し、これが肯定されれば故意、そうでなければ過失としているのである。この基準はフランクの第一公式と呼ばれるものである。さらにこれを換言して、「結果発生を行為者が許した時」とするが、これは現在認容説と呼ばれているものと同視しうるものになっている。問題は前者と後者の基準を小疇は同様のものと考えているようであるが、果たしてそうなのかということである。小疇のこの見解は、上述したようにドイツの刑法学者であるリストの見解に基づいたものであるので、この点の詳しい検討は後のリストの見解の所で検討したい。さしあたりここで重要なのは、故意と過失の区別基準に関して、彼は認識主義の立場から結果発生の可能性の予見があれば故意が認められるとするのではなく、一定の限定をかけているということ、そしてそれは現在の認容説とも称しうるものになっていることである。

4 勝本は彼の『刑法要論上巻(總則)』¹⁴⁸⁾において、故意(Dolus, Der Vorsatz)とはなにかについて「豫見主義(Die Vorstellungstheorie)」と「意思、意欲、希望もしくは目的主義(Die Willenstheorie)」の対立があるとする。前者によれば故意とは「意思活動したる行為を知り結果を知り随って行為と結果との因果関係を知りたる」ことであるとし、後者では故意とは「ある事実を発生せしめんことを希望すること」つまり「結果を希ふの意思あること(Absicht)¹⁴⁹⁾」であるとする。両者をこのように定義した後、勝本は行為者が自己の行為を知り結果を知り、したがって両者の因果関係を知りつつ行為すれば、行為者には結果発生の希望はあったといえるのであり、両者とも実は同一のものであるとし、後者が前者に対して行為、結果及び両者の因果関係の認識予見では故意として不十分であるとする批判は当たらないとする¹⁵⁰⁾。

次に勝本は故意を「確定又は直接の意思 (Dolus determinatus sive directus)」及び「不確定または間接の意思 (Dolus indeterminatus sive indirectus)」に分類したうえで、「未必の故意」を後者に位置付け、次のように述べる。すなわち「偶然又は未必の意思」とは「例えば或いは人を殺傷するの結果を生ずるの恐あることを知るに拘らず道路に発砲または群集の中に車馬を疾駆せしめるがごとく可能蓋然または或然なりと予見したる結果を避けざる場合」を言うとし、このような場合には「仮に結果の発生することあるも尚且つ行為を敢行するの意思あるが故に結果を知覚してこれを甘受 (Einwilligen)」しているので故意が認められるとする。そして過失との相違については、過失の場合、「犯人は幸運または自己の技量に信頼し万一にも結果の発生することなかるべしと妄信するものなるが故に真にいわゆる結果の知覚なきの点において割然と区別あり¹⁵¹⁾」とするのである。

勝本によれば、故意の本質に関してこれまでの論者は「予見主義」と「希望主義」を対立的に捉えてきたが、しかし結果発生を予見しつつ行為すれば、行為者はその結果を「希望」したといえるのであって、その意味で「希望主義」も「予見主義」とかわらないとする点でこれまでの論者の理解と異なる。つまり、ここで勝本はこれまでの論者と異なり、「希望」を規範的に捉えているのである。このことは「未必の故意」に関する叙述において明確になる。すなわち勝本は結果発生の可能性を知りつつ、敢行する意思がある場合、行為者は当該結果を甘受 (Einwilligen) しているとするが、このことは勝本が「未必の故意」の問題となる場面において「甘受」という要件を行為者の心理的事実として要求していないことを意味するのである。というのも結果発生の可能性を予見しつつ、行為する場合であっても、その結果発生を行為者は現実の心理状態の中で「甘受」していない場合もありうるからである。それゆえ勝本は結果発生の「甘受」を行為者の心理的事実として要求するものではなく、故意と過失の区別基準はあくまで結果発生の予見 (勝本の言葉では「知覚」) の有無にあるのであ

る。つまり勝本は結果発生を知りつつ行為すれば、当該行為者はその結果を「甘受」しているのである。このように勝本は「希望」ないし「甘受」というものを規範的に解している点に、彼の見解の特徴が見出されるのである。

5 大場茂馬¹⁵²⁾によれば、故意とは「犯罪行為たることを観念(認識)しながら之をなさんと欲する意思」であり、故意は「犯罪の客観的要素に属する各要件を観念するの要素とその観念(認識)したところを実現せしめんとするの要素との二者あるにより成立¹⁵³⁾」するとして、故意の要件に「知識要素又は観念要素(Wissen oder Vorstellungsmoment)」と、「意思要素(Willensmoment)」が必要であるとする。そして故意の本質に関する「意思主義」と「観念主義」の対立に関して大場は意思主義の立場に立つとする。大場によれば、両説とも故意の要素として意思および観念を必要としており、両説の相違はどちらを主とするかによる相違でしかないとしつつも、現行刑法典38条1項の「罪を犯す意なき行為はこれを罰せず」という法文から、犯罪の成立は「罪を犯す意思」の有無によって決定されると解するほかなく、現行法は意思主義を採用していると解さざるをえないとする¹⁵⁴⁾。そして、大場は故意の要素である意思要素と動機または目的との区別を強調する。つまり犯罪の意思とは「行為者の観念したる客観的要素を実現せんと欲する意思¹⁵⁵⁾」であり、犯罪の動機または目的とは明確に区別されるのである。それゆえ例えば泉二などが意思主義に関して意思と目的または動機を区別せず、両者を同視し、これを批判するのは誤りであるとする。

次に、「未必の故意」に関しては故意を「確定故意(Dolus determinatus)」または「直接故意(Director Vorsatz)」と「不確定故意」ないしは「可能的故意(Dolus eventualis)」または「間接故意(Indirekter Vorsatz)」とに区別した上で後者に位置付けている。そしてこのような場合に行為者の責任(非難せられるべき心理的動作)は「行為者がある行為を為すの結果として発生することあるべきものを知りながらこれを思いとどまらずして

これをなすべくその意思を決定したる点」に求めたうえで、故意と過失の区別基準に関しては次のように述べる。「懈怠」が認められるのは「懈怠は行為者においてそのなさんとする行為により或は結果が発生すること在于るべしと観念したるも他の理由により其の発生を妨ぐべきものなることを観念したる場合」であり、それに対して「不確定故意」が認められるのは「結果の発生することあるべきことを観念し且つ他にこれが発生を妨ぐべきものあることを観念せざるに拘わらず敢えて其の原因たる行為を為すの意思ある場合」であるとして、両者の相違は「これを要するに懈怠と不確定故意とは結果の発生を可能を観念する点において二者相類似するところありといえども前者は結果を発生せしむるの意思なく後者はこの意思なしと為す能わざる点は両者の区別する唯一の要点なり¹⁵⁶⁾」とする。

以上が大場の見解であるが、彼の見解の特徴はなんといってもこれまでの論者が希望主義ないし意思主義にいう意思ないし希望を目的と同視していたことを批判し、意思主義ないし希望主義の立場から「不確定故意」を認めた点にある。おそらく日本において意思説から「未必の故意」を認めた最初の論者であると思われる。大場が意思主義ないし希望主義を妥当とする根拠は二つあり、一つが法文上の根拠、つまり刑法38条1項が「罪を犯す意」としているが、これは罪を犯す意思と解される以上意思説が妥当であるということ、二つ目は故意が過失より重く処罰される根拠、つまり行為者が結果発生に対して意思決定した点に故意が過失より重く処罰される根拠があるため意思説が妥当であるとしている点である。このような理解は故意と過失の区別基準にも反映されている。つまり故意が過失より重く処罰される根拠が結果発生に対する意思決定にある以上、故意と過失の相違は意思決定の有無にあるとするのである。しかし、このような「意思決定」による区別がこれまでの認識説の論者（特に泉二）の主張した区別基準と異なるものなのかは疑問である。単に認識説の論者が「認識・予見がない」ということで指し示す心理的事実（結果発生を予見しつつ、何らかの理由で行為者が結果は発生しないとした場合）を、大場は「意思決

定がない」と言い換えているに過ぎないともとれるからである。その意味で、特に泉二の区別基準とその実質においては異ならないものと思われる。

6 次に、牧野英一によれば、犯意 (dolus, dol, Vorsatz) とは「犯罪事実の認識、換言すれば、行為の反社会性即ち危険性及び違法性を認識してしかもその行為を敢えてするの決意¹⁵⁷⁾」であるとし、犯意には意的要素と知的要素の二つの要件があるとする。そして犯意の本質に関しては「認識主義(観念主義)」と「希望主義」の対立があるが、これは犯罪事実の認識を動機とするのかどうかの対立であり¹⁵⁸⁾、つまり、希望主義によれば犯罪事実の認識と決意との間に因果関係を要するも、認識主義によればそのような因果関係は不要なのであるとする。

このような対立は具体的には「共発結果」(これは現在で言うところの確定的故意に関する問題)と「未必的犯意」に関わるとする。牧野によれば、「共発結果」に関して「希望主義」においても犯意を認めるが通説であるとし、「希望主義」と「観念主義」における争いはとりわけ「未必的結果」において生じるとする¹⁵⁹⁾。牧野は、希望主義によっても、未必的結果に関して一定の場合に希望が成立することを認めつつも、一般の場合において未必的認識は犯意を構成するものではないとするのに対して、観念主義によれば、結果発生を可能とし、しかも敢えてその行為をする意思があれば犯意にとって十分であるため、自身は観念主義の立場に立つとする¹⁶⁰⁾。このように観念主義の立場から故意と過失の区別に関しては、行為者が犯罪事実の発生を知りつつも「自己の具体的の場合においては必ずその例外たるを信じる場合」には「認識ある過失」であり、「自己の具体的場合がまた一般の例に洩ることなかるべきを知る場合」に「未必的犯意」が認められるのである¹⁶¹⁾。

以上が牧野の見解であるが、牧野は希望主義と観念主義の対立に関してはこれまでの認識主義論者と同様に意思主義が犯罪事実の認識が決意の原因であること、つまり犯罪事実の認識に因る決意を要するのに対して、観念主義はそのような因果関係は不要で、犯意は犯罪事実の認識を伴った決

意で十分と理解している。ただし、牧野によれば、希望主義においても「未必の故意」が認められる場合があることを認めている点でこれまでの認識説論者の理解と異なる。つまり、牧野にとっては大場同様、希望主義と観念主義は両者とも「未必の故意」を認める点では共通しており、両者の相違は「未必の故意」をいかに説明するかという相違として理解されている。ただし、牧野においてはこの説明の相違は「未必の故意」の処罰範囲においても相違をもたらすものとして理解されている。すなわち故意と過失の区別を認諾(Einwilligung)ないし希望の有無によって行う説は結果発生の可能性を認識・予見するだけでは故意を認めず、さらに認諾ないし希望の有無によって限定するのに対して、観念主義の立場からは、故意は犯罪事実の認識、予見である以上、故意と過失の区別は認識の有無によって行われるべきとして前者よりも故意の処罰範囲を広げているのである。

7 小野清一郎において、「罪を犯す意」の内容は道義的責任の観点から次のように考えられている。すなわち「1. 犯罪構成事実を認識し、かつ少なくともその発生を認容して行為にでたこと、2. 行為の違法性を意識したこと、3. 行為の当時における具体的状況上行為者に対し其の行為に出でざることを期待しうべかりし場合なること¹⁶²⁾」である。このように故意の概念を規定したうえで、小野は故意の本質に関して認識説のように結果の表象または認識をもっていたというだけでは故意は認められず、故意が認められるには結果の表象が行為の動機となりたること、又は少なくとも其の意思決定において實際的に顧慮され、認容されたることが必要であると、自身は意思説の立場に立つとする¹⁶³⁾。

このように述べたうえで、小野は故意が認められる場合を3つに区別して論じている¹⁶⁴⁾。第一は、結果の表象それ自体が行為の動機である「意図」の場合、第二が、結果の表象それ自体を行為の動機ではないが、自己の目的達成の手段として、またはその必然の結果としてこれを意思決定において認容、肯定した場合である。最後が結果の発生を確定的ないし蓋然

的なものとして表象せず、ただその発生を可能なものとして表象する場合であるとし、この最後の場合に行為者に故意が認められるのかどうかは、行為者の意欲的態度に関わるとし、次のように述べる。すなわち「行為者がその結果発生をやむを得ないものとし、またはこれを意に介しないで行為した場合、すなわち結果の発生を積極的又は消極的に認容したとき¹⁶⁵⁾」未必の故意が認められるとする。

以上が小野の見解であるが、ここでまず指摘しておくべきなのは、これまで故意と過失を区別するのに「認容」(Einwilligung)を用いたのは認識説の論者であったのに対して、小野は意思説の立場から結果発生に対する「認容」の有無を区別基準にした、日本における最初の論者である。また小野の見解は「認容」の内容に「やむをえない」、「意に介しない」などのいわゆる「消極的認容」を加えることによってこれまでの認識説に基づいて「認容」を必要とした説より故意の処罰範囲を広げている点が特徴的である。ただ、認識説の側からの「認容」を故意と過失の区別基準にする説がある中でなぜ意思説の立場から「認容」を区別基準にする説をとるのかについて、単に結果発生を表象又は認識だけでは故意として足りないとするのみで十分な説明がされていない。おそらく小野は自身の道義的責任論からは故意には結果発生に対する意欲的態度が必要で、その意味で単なる表象・認識では足りない、すなわち結果発生を表象・認識のほかに「認容」という心理状態を加えたと思われるが、しかし「認容」という心理状態の中に「消極的認容(そこには無関心も含まれている)」をも含めたため、結局結論において牧野の言うところの認識説(可能性説)となら異なるのである。しかも牧野自身、上述のように故意には意的要件を必要としているのである。とすれば、ますますなぜ小野がわざわざ意思説から認容説を採ったのか理解しがたいのである。しかしこの小野の見解以降、意思説に基づく認容説が学説上有力になっていくのである¹⁶⁶⁾。

8 滝川幸辰は『犯罪論序説』において、故意行為は「行為者が構成要件に該当する事実及び其の違法性を認識するにも拘らず、したがって行為

者に対し違法行為の代わりに適法行為を期待しうるに関わらず、しかも行為者が期待に反して違法行為を実行したとき¹⁶⁷⁾」に認められるとする。

故意の本質に関して滝川はこれまでの意思説と認識説を次のように批判したうえで、両者の統合するものとして新たに動機説を主張する。すなわち例えばある農夫が藁で一杯の納屋に入ってタバコを吸うのだが、彼はあるいは火事の起こる危険を認識しつつも自己の注意力やこれまでの経験等から大丈夫であると信じたが、たまたま風が強く吹いたため、火の子が落ち藁に火がつき火事が起こってしまった場合(過失)と、同様の状況で農夫が火事の危険性を認識しつつも、その結果発生に対して全く無関心であった場合(故意)を考えると、意思説からすれば両者とも過失が問われるにすぎず、認識説からすれば両者とも故意が問われることになるが、このような結論のどちらも妥当ではないとする¹⁶⁸⁾。瀧川によれば、このような結論の不当性を正し、適切な解決を与えてくれるのが動機説なのである。動機説とは「結果認識の広狭、強弱が行為動機に対する反対動機を構成する度合い如何」によって故意と過失を区別する見解であるとし、故意と過失を次のように区分する。「行為者が結果を認識しこれを欲求する場合」、つまり結果発生が行為者の意図である場合を直接故意とし、それに対して「行為者が結果を認識しなかったし、従って欲求しなかった場合」に認識なき過失が認められるとする。

次に行為者は「結果を認識したがその発生を欲求しなかった場合」、一方が未必の故意であり、他方が認識ある過失であり、両者の区別は意思の有無や認識の有無によって区別されるのではなく、規範的観点から行為者の結果認識に対する動機課程にまでさかのぼって考察しなければならいとする。そして故意と過失の区別基準に関して行為者の動機課程を考察すると、結果に対する無関心あるいは結果不発生への希望のうちに両者の相違が明らかになるとする。つまり前者の場合未必の故意が認められ、後者においては認識ある過失が認められることになるのである¹⁶⁹⁾。滝川はこのように未必の故意と認識ある過失の区別に関して両者は認識や欲求レベル

では同一であるが、認識と欲求に伴う感情(無関心又は希望)などの全動機を検討することによって両者は区別できるとするのである。

以上が滝川の見解であるが、滝川はこれまでの故意の本質に関する意思説あるいは認識説ではなく、動機説という第三の見解を提示した点にその特徴が見出される。ただ、ここで注意すべきなのは滝川の言う動機説は、最近の動機説が言うように結果認識が行為者の反対動機にならなかったから、結果認識が行為者の動機になった、ないしはとり込まれたとするのではない。このことは滝川が未必の故意と認識ある過失の区別において未必の故意が認められる場合は行為者の、結果に対する無関心の点にあるとすることからも明らかである。つまり行為者が結果に対して無関心である以上、それが行為者の行為動機になったとはしえないのである。また故意と過失の区別基準に関して、これまでの学説のように意思ないし認容の有無、あるいは認識の有無によって区別するのではなく、結果発生の可能性の認識していることを前提に結果に対する行為者の情緒的態度によって区別しているのが特徴的である。

9 以上、現行刑罰典の成立から戦前までの主要な学説を概観してきたわけであるが、その特徴はドイツにおける議論を参照しつつ故意に関する本質論から「未必の故意」を認めるかどうか争われていたことである。すなわち現行刑罰典成立当初の学説においては、意思説ないし希望説の側からは「未必の故意」の領域は認められず、認識説ないし観念説の立場からは「未必の故意」の領域が認められると理解されていたのである。このような意思説ないし希望説と認識説ないし観念説の理解から認識説が圧倒的な通説であった。このように現行法制定時から大場が意思説を主張するまで認識説が圧倒的な通説であったわけであるが、ただその内部において、故意の要素に関してと、故意の処罰範囲に関して学説は異なっていた。故意の要素に関しては、泉二は意的要素を故意の要素と見ていなかったのに対して、その他の認識説論者は意的要素もまた故意の要素としていたのである。故意の処罰範囲に関しては、泉二、勝本、牧野の認識説は今日で言

うところの可能性説であり、小疇は今日で言う所の認容説(Einwilligung)であったのであり、前者の方が後者よりも故意の処罰範囲が広がったのである。その後、大場が意思説から意思決定の有無を故意と過失の区別基準に用いるのに対して、小野もまた意思説に依拠しつつも認容説を主張する。さらに認識説と意思説を止揚する目的から滝川が動機説を主張するに至り、現在にまで続く対立軸の基礎が形成されたのである。

次に、ここでもまた方法論、本質論、区別基準論に従って、学説を整理してみる。まず、方法論に関しては、故意を心理主義的に解するのか、規範主義的に解するのが問題とされた。戦前の学説において故意を純粹心理主義的に解する論者は泉二のみである。すなわち泉二は故意を犯罪事実の認識・予見として純粹心理主義的に故意を規定し、意的要素は故意から排除し、行為要素として位置づけている。この点は江木の見解と類似している。それに対して、故意を規範的に規定する立場は二つに分かれる。一つは故意の要素(意的要素)それ自体を規範化する論者と規範的観点から故意を規定する立場である。前者が泉二以外の認識説論者、すなわち小疇、勝本、牧野であり、後者が大場、小野、瀧川である(ただし、大場に関しては問題があり、この点は後に述べる。)

規範的観点から故意を心理主義的に規定するアプローチはおそらく規範的責任論の影響を受けたものと思われる。すなわち、責任を非難(可能性)と解し、非難に値する行為者の心理的事実という観点から故意を規定しようとするのである。それに対して、泉二を除く認識説の論者は、故意の要素として意的要素と知的要素を認めており、決して意的要素を故意の要件から排除していないのであるが、結果発生の一定の認識・予見を有しつつ結果を実現すれば、行為者はその結果を「意思」したのであり、その意味で、行為者の主観面としては行為者の認識・予見のみを考慮すれば足りるとする。ここで問題となるのは大場である。というのも大場は自己の見解を意思説とするが、しかし彼の言う「意思決定」が先にも述べたようにその実質において認識・予見と異ならないのであれば、大場もまた泉二

以外の認識説論者と同様に故意の意的要素それ自体を規範化していることになるからである。このような見方が妥当であるならば、大場は故意それ自体を規範的に規定する立場に分類されることになる。

次に、本質論であるが、ここでは、故意を結果への意思（意思説）と解するのか、結果の認識・予見（認識説）と解するのか、あるいは結果に対する特定の情緒的、感情的態度（感情説）と解するのかということが問題であった。故意を結果への意思と解する論者は大場であり、故意を結果の認識・予見と解するのは泉二、小疇、勝本、牧野であり、結果に対する特定の感情と解するのが、小野、瀧川である。瀧川は故意の本質を結果発生に対する行為者の無関心な態度に求めているのに対して、小野は結果発生に対する（積極的ないし消極的）認容に求めていることからすれば、認容の内容は必ずしも明らかではないが、両者には、根本的な発想の相違が存在する。

最後に区別基準論であるが、意的要素による区別、知的要素による区別、情緒的・感情的要素による区別、さらには主観的基準なのか、客観的基準なのか問題とされた。

意的要素によって区別するのは大場であるが、しかし大場のいう意思決定の内容は上述のように認識説論者と同様、知的基準によって区別しているのである。

次に知的要素によって区別する論者であるが、上記の学説の中では、泉二、小疇、勝本、牧野が挙げられる。上述したように、同じ知的要素によって区別する論者でも泉二、勝本、牧野と小疇では故意の範囲は異なる。前者の論者は結果発生の可能性を認識・予見しつつ行為すれば、故意が認められるのに対して、小疇はそこに一定の限定をかけているのである。問題はその限定方法であるが、この点も上述したようにフランクの公式、あるいは認容という要件によって限定をかけているのである。認容による限定という点では次の感情的要素によって区別する見解、とりわけ小野の見解との関係が問題となる。つまり、「認容」という要件はといったどのよ

うなものなのか、ということが問題となるが、この点はこの説の出身地である、ドイツにおける議論を検討した上で、再度考えてみたい。

以上で、戦前の学説の概観を終え、次に戦前の判例を検討し、その特徴を探ることとする。

第6節 戦前の判例

「未必の故意」に関する判例に関して、筆者の調べた限りでは以下の大審院判例が存在した¹⁷⁰⁾。大審院において最初に「未必の故意」が問題となったのが大正5年8月11日第1刑事部判決であるが、この判決以前に大審院はすでに行為者が犯罪事実を認識しつつ敢えて行為すれば故意が認められるとしていた。例えば、大審院第1刑事部明治35年4月4日判決(判決録第8輯4巻33頁以下)においては、次のように述べられている¹⁷¹⁾。すなわち「……被告らの直接の目的は往来の妨害にあらずといえどもすでに妨害あることを知りながら敢えてこれをなしたる以上は妨害するためにあらずということ能はず。語を換えて之を云えばその妨害たるべきことを知りながらこの行為を敢えてなしたる以上は仮に直接他に目的ありとするもなお間接に妨害するために出でたるものと云わざるべからざる」と。また、大審院第1刑事部大正4年1月26日判決(判決録第21輯21頁以下)でも、大審院は故意について次のように述べている¹⁷²⁾。すなわち「刑法上所謂罪を犯す意ある行為とは犯罪事実を認識してなしたる行為を汎称し、必ずしも犯罪事実を発生せしむる意欲に出でたる行為なることを要せざるは明白なり」としているのである。このように大正5年8月11日第1刑事部判決までの大審院判例は犯罪事実を認識しつつ行為にできれば故意を認めるとしてきたのであるが、しかしこれは当該結果発生が行為者の直接の目的ないし希望となっていることは必ずしも要しないとしたのみで、どの範囲までの付随結果に対して故意を認めるのか、とりわけ未必の故意までを認めるのかは明らかでなかった。実際、上記の二つの事例は意図された結果が生じれば、必然的に生じる付随結果に対する認識、所謂確定的故意の

事例であった。「未必の故意」にはじめてに言及した判例は、上述したようにおそらく以下のものと思われる。

1) 大審院第1刑事部大正5年8月11日判決(刑事判決録22巻1313頁)

[事案]

被告人が甲を殺害しようと思ひ、大正5年2月1日に甲及び甲の妻乙が寝ている部屋に侵入し、甲を呼び起こして2、3語を交わした後突然立ち上がり、所持していた包丁で乙と同寝していた甲に切りつけようとしたが、刃が誤ってBの手指に触れ傷害を負わせたというもので、乙にも殺人未遂罪の成立を認めた。弁護人は、原判決は乙に対する故意を認定していないから過失傷害を認めるべきであると主張し、上告した。

[判旨]

「原判決を査閲するに、所論のごとく「妻乙と同寝し居りたる甲に斬付けんとしたるに、其刃は誤って妻の右手指に触れ、第2指および第4指に切創を負わしめ」とありて、其の文意明確を欠く。或は右の同寝し居りたる甲妻乙の右手指を甲の身体の一部と誤認して傷害したる趣意、又は甲を殺害せんとするに際し前示乙が同寝し居りたるを以って、乙を殺害する虞なきを必せずとの未必の故意を以ってこれを傷害したる趣意なりと解し難きに非ず。若し然りとすれば、原審において前示乙に対する行為を殺害罪に問擬したるは正当なりといえども、或は論旨所論のごとく甲を殺害するに際し過失に因り同人と同寝し居りたる前示乙を傷害したるものと認めたる趣意なりとも解し得べし。若し原判決にして後述の趣意なりとすれば、乙に対する行為は全然認識を欠如する過失傷害なるを以って、同人を甲と誤認したるため傷害したる場合又は同人に対する殺害の未必の故意ありたる場合と異なり、単に過失傷害罪を構成するに過ぎざること明白なるを以って、原判決が之を故意に出でたる殺人罪に問擬したるは失当なりといわざるを得ず」

ここでは「未必の故意」が認められたわけではないが、大審院判例において「未必の故意」という文言が始めて用いられており、大審院が故意の処罰範囲において「未必の故意」を排除していないことが窺われる。

2) 大審院第3刑事部大正11年5月6日判決(刑事判例集1巻255頁)

[事案]

被告人が中国の厦門において土匪のため狙撃され、重要を負った事件につき損害賠償請求を外務省に提出するも不当な扱いを受けた被告人は、当局の取り扱いの不親切さは責任者である甲の誠意がなく同情を欠くことに起因するものと思い、甲に反省を促すべく凶行の手段に訴えることを決意し、大正9年9月4日に被害者に対して殺害結果の生ずべきことを予見しながら発砲し、被害者に重大な傷害を負わしたものである。弁護人は犯意とは犯罪に対する決意であるが、被告人は被害者を殺す目的を持って発砲したのではないとして、上告した。

[判旨]

「およそ犯意は罪となるべき事実の認識予見あるをもって足るものにして、その事実の発生を希望することを必要とせざるのみならず、上述の認識予見は必ずしも確定的のものたるを要することなく、不確定のものたるをもって足るものなることは夙に本院判例の認むるところなり。しかれども法律は犯意のみを罰するにあらずして、犯意ある行為の存在を以て故意犯成立の要件となすこと勿論なりとす。かくして犯意ある行為とは自己の意思活動により罪となるべき事実の発生するに足るべきこと又はその虞のあることを予見してその意思活動を敢えてする決意の実行あることを必要とするは明白なりといえども、この決意は特にある結果を目的としその発生希望するにあらざる場合においても存しうるものなるが故にこれをこの希望と混同すべからざる言を須ひざるところをなりとす。之を殺人罪について観察するに本罪は殺人の意思在り。かくして殺人の行為あるに因りて成立するものにして、即ち殺人罪の成立す

るには犯人が自己の意思活動に因りて被害者に死亡を惹起するに至るべきこと又はその虞のあることを予見しながらその意思活動を敢えてするの決意をなしこれを実行するを要するものとす。従って彼の結果予見ありといえども決意の実行なき場合において本罪の成立を認むること能わざるや疑いを容れず。原判決によれば被告は殺害の結果を予見しながら拳銃の一弾を発射して被害者に負傷せしめたるものなれば原判決は被告が拳銃に因り被害者の死亡を惹起することを予見しながらその発射を敢えてするの決意をなしこれを実行したる事実を認めたるものなること自らに明らか」であるとして上告を棄却した。

本件において、大審院は故意に関しては従来通り、「罪となるべき事実の認識予見」であるとし、上告理由がいうように罪となるべき事実の発生が行為者の目的ないし希望であることが必要なのではないとする。そして、「未必の故意」に関しては「自己の意思活動により罪となるべき事実の発生するに足るべき事又はその虞のあることを予見して」行為すれば故意が認められるとする。ここで大審院が故意の処罰範囲を知的、ないし認識的要素において画しているのは明らかであるが、その際、故意と過失の区別基準は自己の意思活動により、「罪となるべき事実の発生するに足るべきこと」、または「その虞のあること」を予見して行為する場合というように二つの基準を挙げている。この二つの基準はその語感からして前者のほうが後者よりもより高度な危険性を要求しているように思われる。その意味で二つの基準は同じものではないと思われる。つまり、後者によれば、行為者が結果発生の可能性を認識・予見しつつ行為すれば故意があるとする可能性基準によっていると解せるし、前者によれば、結果発生の可能性では足りず蓋然性の認識・予見を必要とする蓋然性を基準としていると解せるのである。大審院が両者の関係をどのように考えているのかは明らかではないが、本件において「未必の故意」が認められる基準を示したという点で重要であると思われる。

3) 大審院第1刑事部大正12年2月16日判決(刑事判例集第2巻97頁)

[事案]

被告人は大正11年8月6日に友人と遊郭に赴くも所持金がなく、退去しようとした際、遊郭の従業員であった被害者が被告人をなじり、胸座をつかんだことに被告人は激怒し、所有していた短刀であるいは死の結果が生じるかもしれないと思いつつも被害者を突き刺し以って死に至らしめたというものであった。弁護人は原判決が、故意の要件である知的要素と意的要素のうち、意的要素 本件においては「深く刺す意思」の証明がなされていない、ないし不十分であるとして上告した。

[判旨]

「殺人罪につき故意ありとするに、殺人の手段たる行為に因りて死の結果を発生せしめうべきことの認識あるを要すといえども、その認識は確定的なることを必要とせず、不確定的なるも殺人罪に付き未必の故意ありというを妨げず。原判決の認定せる事實は、被告人は判示被害者(筆者注)と論争し自己所有の短刀を揮い、或は殺害の結果を生ずることあるべきを予想したるにかかわらず被害者の左側鎖骨中央上部を突き刺し因って鎖骨頸動脈を裁断し多量出血のため、同人を死に至らしめたり、というに在り。被告人は短刀を以って身体中重要部分を刺傷すれば其の結果、あるいはその人を殺害することあるべきを予想し、すなわち確定的にあらざるも不確定的殺人の結果を認識し、判示被害者の身体中器要部に属する左側鎖骨中央上部を突き刺したること明確なれば、被告人の故意ありとして判示所為に対し殺人罪を以って問擬処断したる原判決のごとく擬律錯誤の違法ありというべからず。」

本件における大審院の立場は先の2)の大審院判例と基本的に同様のものである。すなわち上告理由における意的要素の証明の不十分性に関して大審院はそもそも犯意を犯罪事実の認識予見で足り、しかもその認識は確定的なものを必要とせず、不確定的なもので足りるとし、そのような認

識・予見を有しつつ行為を行えば故意があるのであって、問題はこのような認識・予見を行為者が有しているかどうかであるとした。そして、大審院はこのような立場から本件を検討し、肩邊を短刀で深く刺せば、それは身体の器要部分である以上、行為者は死の結果を惹起すべき認識を有していたといえ、それにもかかわらず行為する被告人には故意が認められたのである。ここで大審院が本件において、先の2)の判例において挙げられた二つの基準(蓋然性基準と可能性基準)のうちで、どちらに依拠しているのが問題になるが、本判決が被告人の行為の、死の結果に対する重大な危険性を認定し、このことを被告人もまた認識し、そのことから当然死の結果を予見を有していたとすることからすれば、先の2)の判決において大審院が提示した「未必の故意」に関する二つの基準のうち、蓋然性基準を用いているといえる。

4) 大審院第1刑事部大正13年11月11日判決(刑事判例集第3巻789頁)

[事案]

被告人は謀銀行支店の支配人にして同銀行業務に従事中に、甲に対する手形貸付金43万3千2百円の担保として某紡績会社の新株1900株及び同貸付金45万7千6百円の担保として受け入れた同株券2千株を甲より貸付依頼を受けたところ、同銀行事務規定によれば担保物権は入金ないときに限り重役の許可を受けなければ処分できないとしているにもかかわらず被告人は原審相被告である乙と共謀のうえ大正10年11月21、22日ごろに同支店において甲の利益をはかりその任務に反し当該担保株券二口中各百株宛を残しそのあまりの合計3千7百株時価約百八十万相当のものを入金なくまた重役に認可を受けずに甲に交付し、よってその担保の大部分を喪失させ、銀行に対し財産上の損害を加えことなどによって背任罪に問われたというものである。弁護人は背任罪は行為当時において本人に損害の結果が発生すべきことの認識を持って行為を敢えてする、あるいはしないということをもって成立するが、原審は被告人が返還回

収不能を認識したのかどうかは認定していないなどを理由に上告した。

[判旨]

「背任罪の成立には行為の結果本人に財産上の損害を加ふべきことの認識あるを必要とするは論なしといえどももしかもあるの認識は確定のものなるを要せず。その可能なるべきことの予見あるを以って足れりとすべき。原判決は被告人が所論行為当時この点の認識を有せる旨を明確に判示せずといえども畢竟如上予見のもとに本件行為を決意したるものなることは判文掲記の事実関係上を推知するに足るのみならず原判決援用の各証拠に依ればこの点の事実を推断するに難しからざるを持って原判決には所論のごとき違法ありというべからず……」

本件において大審院は故意の限界を画す基準として結果発生が「可能なるべきことの予見」という表現を用いているが、この基準は、認定された事実からすれば、先の判例と同様に蓋然性基準に対応するものと思われる。その意味でこれまでの判例の基準に沿ったものといえるだろう。ただ、刑法247条は明文で本人に対する損害目的を要求している以上、背任罪において「未必の故意」を認めるのは妥当ではないと思われる。

5) 大審院第1刑事部昭和4年10月15日判決(法律新聞第3059号13頁)

[事案]

本件は赃物故買罪(現在の盗品等譲受罪)が問題となったもので、被告人が、売渡人が品物を持ってきて値段を定める際にその品は確実なものではないのそのつもりで買ってくれと述べ、通常より安い値段で買い、その後も品物を持ってきては筋の通ったものではないと供述し、安い値段で買い受けたことなどを理由に原審が故意を認めたのに対して、弁護人は赃物罪においては赃物であることの確定的認識が必要であるとし、上告した。

[判旨]

「……およそ赃物故買罪（現在の盗品等譲受罪 筆者注）の故意の成立するものにはその目的物が赃物たることの未必的認識のありたることを以ってたり確定的認識ありたることを要」しない

本件において争点は赃物罪の故意に確定的故意が必要なのか、あるいは未必の故意で足りるのかどうかであり、この点に関して大審院は故意を認めるのに「未必的認識」があれば足りるとし、その内容については直接の争点ではなかったので何も語っていないが、原審の認定事実、すなわち被告人に対して売渡人が自己の持ってきた品は確実なものではない、あるいは筋の通らないものであると述べ、そのためあるいは盗品であるかもしれないと思いつつ通常より安い値段で買い受けたという事からすれば、本件において大審院は「未必的認識」の内容をある程度高度の可能性と理解しているものと思われる。このことは例えば、本件と同じく盗品等有償譲受罪が問題となった最高裁昭和23年3月16日判決（刑集2巻3号227頁）における認定事実と比較することで明らかになる。すなわち昭和23年の最高裁判決は「未必の故意」を、衣類を早く処置しろといった事、当時衣類の盗難が多かった事、売りにきた者が人であること等から故意を認定しているが、このような認定事実を本件と比較したとき、筆者にとって決定的に重要と思われるのは昭和4年判決においては売渡人が自己の品を筋のとおらないもの、あるいは不確実なものとして述べているのに対して、昭和23年判決における売渡人は品を早く処置した方がよいとしか言っていない点である。つまり前者において売渡人は自己の持ってきた品が明確に盗品とまでは言わないにしてもそれに類するものである事を自ら述べているのである。このことは被告人に盗品である事のかなり高度な可能性を抱かせるのに十分であると思われる。それに対して後者においてはこのような事は述べられておらず、せいぜい早く処置した方がよい言うことのみで、あとは情況証拠によって故意が認定されている。以上の比較から昭和4年判決が盗品である事のある程度高い可能性の認識において故意を認

めたものと理解するのが適切であると思われる。そして、このような基準はこれまでの大審院判例の蓋然性基準に沿うものである。

6) 大審院第 4 刑事部昭和 9 年 2 月 13 日判決 (刑事判例集第 13 卷 84 頁)

[事案]

被告人は清涼飲料水の製造販売を営業とする合資会社の支配人であるところ、昭和 8 年 6 月 25 日頃富山県にある飲食店乙に対し刷毛の切先 1 個が混入したラムネ一本を販売し、清涼飲料水営業取締り規則第 5 条第 1 項第 2 号違反¹⁷³⁾に問われたものである。弁護人はラムネ瓶に刷毛の切毛が混入するのは何十万本に一本あるかどうかぐらいのもので、被告人はラムネ瓶に関して十分な検査をしていた以上、被告人に故意を認めた原判決は極めて不当であるとして上告した。

[判旨]

「……清涼飲料水営業取締規則にはその規定せる違反行為につき刑法 38 条 1 項本文の適用を除外し犯意の有無を問わずこれを処罰すべき旨の明文なくその趣旨の認むべき規定なきを以って同規則違反行為といえども犯意の有無により犯罪の成否を決すべきものなること洵に所論の如しといえどもその犯意たるや確定の故意たることを要せず、所謂未必の故意もまた故意たることを妨げず。」

本件¹⁷⁴⁾においても大審院は「未必の故意」で足りるとするのみで、その基準についてはなにも述べていないが、原判決が証拠から「未必の故意」を認めたことに関して重大な誤認はないとすることから原判決がいかなる事実によって「未必の故意」を認めたかを確認する事によって本件における大審院の立場が推測されよう。上告理由によれば、原判決は被告人が公判においてブラシの先が切れて瓶の中のゴムと瓶との中間に挟まり付着したりして発見することができず、その後の運搬の際に振動によって瓶の中に現れ発見することがあること、またブラシの切れ先が瓶の中の口ゴ

ムあたりに付着し、後になって現れたものと思われるという供述によって被告人は刷毛の切れ毛が混入したラムネを製造販売しうる事をあらかじめ承知していたとして故意を認めた。これに対して弁護人は上告理由において、ラムネ瓶に刷毛の切れ毛が混入する事は、被告人が会社 年間数百万本を製造している を創業して以来25年間において初めてことであること、また被告人の公判での供述は被告人にとって考えられる混入していた原因と、その場合が絶無ではないとする技術者としての被告人自身の考えを述べたものにすぎないとする。つまり、被告人は瓶の検査に関してこれまで十分注意を払ってやってきたし、今回もこれまでと同じようにやっていたが、しかしそれによって刷毛の切れ毛の混入が完全に防止できるかと言われれば完全とは言えないという被告人の技術者としての考えを誠実に述べたものである。にもかかわらず、このような場合に大審院が原判決を支持し故意の成立を認めるのであれば、その際の基準はこれまでの蓋然性基準によるものではなく、単に結果発生の可能性を予見してさえいれば故意の成立を認めるとする可能性基準に依拠したものと解するのが妥当であろう。蓋然性基準によれば、何百万分の1の確率しかない場合には故意は認められない。以上のことから、本件においては、大審院はこれまでの大審院が用いてきた蓋然性基準ではなく、先の 判決が示したもう一つの基準である単なる可能性の予見で故意を認めたものであるといえる。すなわち本件において大審院はこれまでの蓋然性基準から逸脱し、可能性基準をとっているのである。

7) 大審院第4刑事部昭和9年6月29日判決(刑事判例集第13巻895頁)

[事案]

被告人は某銀行の常務取締役として貸付その他一般銀行業務を処理していたところ、当該業務の執行については善良なる管理者の注意を持つことに当たるべき任務を有するにもかかわらず犯意を持って次の3つ行為を行い、刑法247条の背任罪に問われたものである。すなわち 被

告人は、将来回収不能になり、銀行に財産上の損害を生ぜしめることを予見しながら、経営不振の海運会社に確実な担保をとらず貸付を行い、損害を与えたこと、経営不振の電気鉄道会社に、被告人が、回収の見込みがなく、銀行に財産上の損害を生ぜしめることを予見しながら確実な担保をたらず貸付を行い、銀行に損害を与えたこと、某建築請負業者に対して回収不能を見込みつつ、確実な担保を取らず、貸付を行い銀行に損害を与えたこと、である。

これに対して弁護人は背任罪の成立には損害発生が必ず生じるとの認識が必要であるとして上告した。

[判旨]

「……背任罪における財産上の損害の認識は損害発生 of 必然的なことを認識することを要するものにあらず損害を加えることあるべきことの認識を以って足る。」

本件における争点は損害発生 of 「確定的故意」が必要か、「未必の故意」で足りるかであるため、「未必の故意」がどの範囲で認められるかという基準それ自体に関してはなにも述べていないが、本件における認定事実からすれば、「未必の故意」に関する基準としての蓋然性基準と可能性基準のうち、蓋然性基準によっているものと解してよいように思われる。というのも、被告人が担保も取らずに貸し付けた会社は、いずれも明白に経営不振に陥ったことを被告人自身が認識しており、このことから被告人は損害発生 of かなり高い可能性を予見していたと思われるからである。ただし、4)の判例と同様に背任罪において「未必の故意」を認めるのは条文の文言上妥当でないと思われる。

8) 大審院第一刑事部昭和11年7月9日判決(刑事判例集第15巻980頁)

[事案]

被告人は清涼飲料水製造並び販売を業とするものなるところ昭和10年

8月20日頃某飲食店において刷子の毛の混入したラムネ二本を販売したというものである。被告人はラムネビンを販売するまでに通常4回ほどの検瓶をしており、不良品はそのつどの検瓶において取り除いくのだが、今回刷毛が混入した瓶を販売したのは取り除いた不良品が誤って良品の中に紛れ込んだと思われるとの供述、また検瓶は十分にしているが数が多いので見誤ることもあるかもしれないという供述などから原審は故意を認めた。これに対して弁護人は先の供述などによって「未必の故意」を認めるのは不当で、せいぜい過失が認められるに過ぎないとして上告した。

[判旨]

「清涼飲料水営業取り締まり規則違反の事実においても犯意あることを要するは勿論なりといえども、該犯意たるや確定の犯意あることを要せず未必の故意あるを以って足るものとす。」

本件¹⁷⁵⁾は先の昭和9年判決と類似の事案であり、大審院は昭和9年判決と同様の基準、すなわち可能性基準によって本件被告人に「未必の故意」を認めている。

以上、戦前までの「未必の故意」に関する大審院判例を概観してきたわけであるが、大審院は一貫して故意を「犯罪事実の認識・予見」とし、旧刑法下においてはその範囲は「確定的故意」の領域まで認めていたのに対して、現行刑法の下では判例においては「未必の故意」の領域まで認めるにいたった。その際、「未必の故意」と「認識ある過失」の区別基準は二つのものがあつた。すなわち、可能性基準と蓋然性基準である。但し、大審院の基本的立場は蓋然性基準と見てよいように思われる。というのも、可能性基準をとった二つの判例はいずれも特別法(清涼飲料水営業取締規則)に関わるもので、本規則において過失犯が明文で規定されていなかったという事情の下であつて、このような場合を処罰しえないとすれば製品中の刷毛が混入するほとんどの場合に処罰することができなくなり、本規

則の取り締まり目的が達成できないという点から、大審院は取締り規則の目的を優先させたという特殊事情が存在するからである¹⁷⁶⁾。その意味で本件は非常に特殊な事例であって、大審院の基本的な立場は「未必の故意」と「認識ある過失」の区別基準に関しては蓋然性基準によっていたものと理解してよいように思われる。

第7節 小 括

1 以上、旧刑法並びに現行刑法の成立経緯、および刑法改正作業における故意に関わる議論、さらに「未必の故意」に関する戦前までの学説、判例を見て来たわけであるが、ここではそれぞれの特徴を確認し、それぞれの関係を簡単に検討する事で次章につなげたい。

まず、立法過程における考察から得られた結論は付随結果の領域における「故意の拡張」、とりわけ「未必の故意」の領域に関しては旧刑法典ならびに現行刑法典の立案過程においても問題とされていなかった、少なくとも問題とされた形跡は見当たらなかった。つまり、故意の内容に関して旧刑法、現行刑法の立案関係者は規定しなかったと見てよいように思われる。このことはまた刑法改正における故意の定義に関する議論からも明らかであるように思われる。他方、学説においては旧刑法の成立当初は付随結果の領域は立法によって解決されたため、「故意の拡張」は問題とされていなかったが、宮城の指摘以来、「故意の拡張」が意識され、江木において「未必の故意」の領域が認められるに至り、その後は「未必の故意」の領域を認めるかどうか争われた。江木による「未必の故意」領域の指摘以降、亀山は「未必の故意」の領域を認めたのに対して、岡田、古賀は「未必の故意」の領域を否定している。ただし、古賀は付随結果の領域における「故意の拡張」を否定した訳ではなく、確定的故意の領域は認めていたし、岡田も後には「未必の故意」の領域を認めるに至る。結局、旧刑法下において「故意の拡張」を認める立場の内部において二つの対立点があった。一つは「故意の拡張」を何処まで認めるのかという対立、すなわ

ち「確定的故意」の領域までか、あるいはさらに「未必の故意」の領域までかという点であり、もうひとつは故意の拡張を認めるにしても、付随結果に心理的基礎を与える必要があるのかないのか、つまり「間接故意モデル」と「未必の故意モデル」の対立があったのである。

その後、現行刑法典成立以後の学説は、一転して「未必の故意」を全面的に認めるに至った。すなわち学説は、ドイツの議論を参照しつつ認識説の立場から「未必の故意」を認めていたが、その後、大場や小野が意思説の立場から「未必の故意」の故意を認め、さらに認識説や意思説とは異なる動機説の立場から瀧川が「未必の故意」を認めるようになる。ここにいたって、現在、「未必の故意」において議論されている主要な学説が出揃うことになる。判例においては当初から故意を「犯罪事実の予見」としていたが、旧刑法典下においては「未必の故意」を認めた判例は見当たらなかったのに対して、現行刑法成立以後、「未必の故意」も認めるにいたるのであるが、その基準は二つのものがあつた。すなわち蓋然性基準と可能性基準である。しかし可能性基準は特殊事情の下でとられたにすぎず、基本的には蓋然性基準をとっていたと解するのが妥当である。

2 次に立法、学説、判例の関係であるが、旧刑法下において学説は付随結果の領域における「故意の拡張」を意識していたのであるが、しかしその当否及び程度が争われていたためか、上述したように現行法の立案過程において学説に影響された形跡は見当たらなかった。にもかかわらず、現行刑法典成立以後の学説は一挙に「未必の故意」の領域を認め、判例も「未必の故意」の領域を認めるに至る。ここで問題なのは、なぜ学説がいきなり「未必の故意」を認めるに至ったのかということである。この点に関して、明示的に述べたものがないので、あくまで推測の域を出ないがここで2つの仮説を提示しておく。ひとつは、ドイツ刑法学の影響である。この点は、現行刑法典成立以後の論者がドイツ刑法学を参照しつつ議論していたことから明らかであろう。もうひとつは、それは旧刑法と(一部改正前の)現行刑法の規定形式の相違にあるのではないかというものである。

このことを、旧刑法と（一部改正前の）現行刑法における殺人罪に関する規定を比較しつつ説明しよう。旧刑法と（一部改正前の）現行刑法典における殺人罪の規定は次のようなものであった。

[旧刑法]

- 292条 予め謀って人を殺したる者は謀殺罪の罪と為し死刑に処す
- 293条 毒物を施用して人を殺したる者は謀殺を以って論じ死刑に処す
- 294条 故意を持って人を殺したる者は故殺の罪と為し無期徒刑に処す
- 295条 支解折割其他惨刻の所為を以って人を故殺したる者は死刑に処す
- 296条 重罪軽罪を犯すに便利なる為め又は己に犯して其の罪を免がるため人を故殺したる者は死刑に処す
- 297条 人を殺すの意に出て詐称誘導して危害に陥れ死に致したる者は故殺を以って論じ其の予め謀るものは謀殺を以って論ず
- 298条 謀殺故殺を行い誤って他人を殺したる者は仍お謀殺故殺を以って論ず

[(一部改正前の) 現行刑法]

- 199条 人を殺した者は死刑または無期若しくは三年以上の懲役に処する

ここで、注目してもらいたいのは両法典の法定刑である。旧刑法の292条以下の規定の法定刑の幅はないのに対して、(一部改正前の)現行刑法199条の法定刑は法定刑の幅が非常に広い。このような法定刑の幅に関する相違が意味するのは、前者は非常に形式的・画一的判断に資するが、個々の事案の特殊事情に対応した量刑判断ができないということである。このことは旧刑法改正の理由の一つでもあった(注(102)参照)。つまり、止むに止まれず、予め謀って他人を殺害する場合と、非常に利己的な動機から予め謀って他人を殺害する場合、旧刑法上の規定によればどちらも同じ謀殺罪が成立し、両事案ともに死刑に処せられ、ここでは個々の事案の個別事情を量刑上に反映させる余地はほとんどないのである。このことが意味することは、犯罪成立要件は非常に厳格に規定されなければならない、

犯罪論においてその「有無」のみが問題となり、「程度」を考慮する余地はほとんどないということである。このように、旧刑法上の規定は法定刑の幅がなかったがために、犯罪成立要件においてその「程度」を考慮する余地がほとんどないのであるが、「未必の故意」の問題とはまさに故意の「程度」に関わる問題なのである。そのため、旧刑法下では「故意の拡張」、とりわけ「未必の故意」領域までを故意に含めるのかが争われたのだと推測されるのである。

それに対して(一部改正前の)現行刑法は非常に幅広い法定刑を規定し、それゆえ犯罪成立要件の「程度」や個別事案の特殊性を量刑上に反映させることが可能になったために、「未必の故意」まで故意を拡張することが認められやすくなったと思われる。現に、判例は旧刑法下においては「未必の故意」に関するものは見当たらないが、現行刑法下においては「未必の故意」が認められるにいたったのである。このような推測が成り立つのであれば、旧刑法から現行刑法への移行、とりわけ法定刑の柔軟化が「未必の故意」における学説・判例に影響を与えたものといえると思われる。

このような仮説が正しいかどうかはさらなる検討が必要であるが、ともかくここで確かなのは現行刑法典下において学説は「未必の故意」の領域を全面的に認め、「未必の故意」と「認識ある過失」の区別基準についてさまざまな説が主張されたということである。ただ、このような、現行刑法典以後の「未必の故意」に関する学説の展開において、学説間の相互関係が明らかではない。というのもこれまでの学説の検討は、検討の対象が教科書ないし注釈書レベルのものであったためか、この問題について十分に論じられておらず、どういう理由から、あるいはどういう事例を想定して主張されたものであったのかが明確にされていないからである。したがってなぜわざわざ新たな説を主張するのが明らかではないのである。このことは認識説から認容説が主張され、さらにまた意思説からも認容説が主張されていたり、認識説論者と意思説論者とで結論自体ほとんど変わらないということなどが示している。これらの学説が一体なにを問題とし、何を

解決するために主張された学説なのかを明らかにするためには、各論者達が参照したであろうドイツの学説を検討する必要があるように思われる。次章以降ではドイツにおける(未必の)故意論の学説史を主に検討することにする。

- 1) 山口 厚『刑法総論』(有斐閣,平成13年)179頁。
- 2) 団藤重光『刑法綱要総論(改訂版)』(創文社,昭和59年)274頁以下。
- 3) Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil 2. Aufl., 1993, S. 231.
- 4) Heiko H. Lesch, Dolus directus, indirectus und eventualis, JA 1997, S. 8.
- 5) 平野龍一『刑法 総論』(有斐閣,1972年)187頁。
- 6) たとえば,松宮孝明『刑法総論講義〔第3版〕』(成文堂,2004年)176頁参照。
- 7) 例えば,山口・前掲注(1)179頁以下など。
- 8) 小野清一郎『刑法概論』(法文社,昭和27年)132頁。
- 9) 小野・前掲注(8)148頁。
- 10) 小野清一郎『刑法講義』(有斐閣,昭和9年)164頁。
- 11) 団藤・前掲注(2)270頁以下。
- 12) 青木紀博「未必の故意の一考察」同志社法学三十二巻六号(昭和56年)90頁以下。
- 13) 団藤・前掲中(2)273頁。
- 14) 野村は藤木説を認容説に分類している。野村稔「18 未必の故意」西原春夫,藤木英雄,森下忠編『刑法学2 総論の重要問題』(有斐閣,昭和53年)203頁以下参照。それに対して青木は藤木説を動機説に位置づけている。青木・前掲中(12)105頁以下参照。藤木説がいったいどちらに位置づけられるべきかは,認容説と動機説をいかに理解するかに関わっているが,この点は以下の第3章,第4章の議論を経た上で検討したい。さしあたりここでは藤木自身が「容認」という文言を使っていることから形式的に認容説に分類した。
- 15) 藤木英雄『刑法講義 総論』(弘文堂,昭和52年)143頁。詳細は同『過失犯の理論』(有信堂,1972年)100頁以下。
- 16) 小疇傳『新刑法論總則』(清水書店,明治43年)316頁。
- 17) リストは故意とは「結果の予見(Voraussicht des Erfolges)」であるとし,未必の故意に関して次のように述べている。すなわち「Hier liegt Vorsatz unter der Voraussetzung vor, Daß die Ueberzeugung von dem sicherren Eintritt des Erfolges den Täter von der Begehung der Handlung nicht abgehalten hatte, wenn also der Täter in den Erfolg eingewilligt hat」である。Franz v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Zweiter Band (1892 bis 1904) 1970, S. 252ff. 上記の小疇の見解はこの部分の翻訳とほぼ同一である。
- 18) 勝本勳三郎『刑法要論上巻』(有斐閣,大正2年)195頁以下参照。
- 19) 瀧川幸辰『改訂 犯罪論序説』(有斐閣,1947年)133頁以下。
- 20) 平野・前掲注(5)185頁。
- 21) 平野・前掲注(5)187頁。

故意に関する一考察(一)(玄)

- 22) 松宮・前掲注(6)170頁。
- 23) 松宮・前掲注(6)171頁。
- 24) 井上正治『過失犯の構造』(有斐閣, 昭和52年)197頁。
- 25) 井上・前掲注(24)199頁。
- 26) Max Ernst Mayer, Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901. S. 56.
- 27) 井上・前掲注(24)165頁以下。
- 28) 大谷 実『刑法講義総論(第三版)』(成文堂, 平成5年)190頁。
- 29) 動機説を, 結果発生が行為者の行為動機となることを要すると解する場合は, それは「意図」を意味するものであって, 「未必の故意」の領域は否定されることになると思われる。
- 30) 最近の主張者として, 前田雅英『刑法総論講義〔第2版〕』(東京大学出版会, 1997年)339頁, 斉藤信治『刑法総論〔第三版〕』(有斐閣, 1998年)106頁以下など。
- 31) 実現意思説の代表的論者として, 中義勝が挙げられるであろう。中の未必の故意に関する論考としては, 中義勝「未必の故意」刑法講座三卷(昭和38年)72頁以下, 同「未必の故意と認識ある過失」法学セミナー82号(昭和38年)28頁以下, 同「未必の故意と構成要件実現にし 大谷講師の批判に答える」総合法学69号(昭和39年)71頁以下, 同『未必の故意(贓物)』ジュリスト臨時増刊307号の2・刑法判例百選(昭和39年)48頁以下, 同「未必の故意(再論)」関大法学論集15巻4・5・6合併号(昭和41年), 同『講述犯罪総論』(有斐閣, 昭和56年)109頁以下, 同「未必の故意と認識ある」関大法学論集42巻3・4号(1992)3頁以下がある。さらにその他の論者として, 野村・前掲注(14)198頁以下, 川端博『刑法総論講義』(成文堂, 平成7年)182頁以下, 最近では井田良「故意をめぐる諸問題」現代刑事法1999.9 No. 5, 104頁以下。さらに実現意思形成説を主張する者として山中敬一『刑法総論』(成文堂, 1999年)。
- 32) 鈴木茂嗣「故意と意思」法学論叢142巻5・6号(1998年), 同「故意とはなにか」現代刑事法2001.2・No. 22, 68頁など。
- 33) Vg. Karl Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 2. Neudruck der Ausgabe, 1995. S. 126ff. 同書の翻訳として, 莊子邦雄, 小橋安吉訳『カール・エンギッシュ 刑法における故意・過失の研究』(一粒社, 1989年)154頁以下参照。
- 34) 小野清一郎「旧刑法とポアソナードの刑法学」『刑罰の本質について・その他』(有斐閣, 昭和30年)430頁以下。
- 35) 旧刑法第77条における仮名遣いは, 筆者によって現代風に改めた。以下すべて同様である。
- 36) 木田純一「旧刑法と宮城浩蔵の刑法学」『愛知大学法経学会法経論集法律篇』68号(1972年)41頁。
- 37) 沢登俊雄「ポアソナードと明治初期刑法理論」吉川経夫・内藤謙・中山研一・小田中聰樹・三井誠『刑法理論史の総合的研究』(日本評論社, 1994年)2頁以下参照。
- 38) この間の経緯につき, 吉井蒼生夫「刑法草案取調掛における刑法編集会議と「日本帝国刑法初案」」西原春夫, 吉井蒼生夫, 藤田 正, 新倉 修『旧刑法「明治13年」(1)』(信山社, 1994年)5頁以下参照。さらに旧刑法までの経緯につき, 新井勉「旧刑法の編纂

(一)(二)『法学論叢』98巻1号・4号(1975,1976年)参照。

39) このような両規定に関して井上毅は、初案に対する自身の修正意見の中でまず27条に関しては当該規定を削除し、総則への組み入れを主張した。その理由は、「支那律の一條を挿む。前後の條項と觀照せず。人を目眩ましせしむ」というものであり、当該規定を第13章の総則69条に組み入れ、次のような条文形式にした。すなわち「犯せる罪、本と重かるべしと云「へ」とも犯せる時實に知らざる者は常律によって処分す、本と軽かるべき者は犯せる時知らずといえどもまた本法に従う」と。次に54条に関して井上毅は、第48条に同様の内容の規定をおきつつ、過失殺なり過失殺傷をする者は輕罪でもって論じるべきとだとし、それは当時のフランス刑法を参照しつつ次のような規定になるとする。すなわち「公務に由り正当な事を為し己むことを得ず人を殺傷殴打する者は其罪を論ぜず(佛律三二七条參看)」である。西原他(1)・前掲注(38)80頁。89頁。

40) 西原他(1)・前掲中(38)125頁以下。

41) 西原他(1)・前掲中(38)153頁以下。

42) 本規定は仮刑律においてすでに規定されていたものであり、井上毅も指摘するように、本規定は明・清律に由来する。佐々木和夫「事實の錯誤既定の沿革的考察」『専修大学大学院紀要』第23号(1986年)60頁以下参照。

43) 例えば、「日本刑法教師元稿不定按 第一卷」の第63条においては

犯人犯すの意なくして罪を犯したるときは罪すべからず。ただし法律を以て規律又は規則を単に守らざることを罰するものはこの限りにあらず。

若し犯人犯すの意なく止た犯罪の一個又は二個以上の性質に関し又は犯人の犯したることの一個又は二個以上の模様之の罪となるべき又はその罪重かるべきことを知らずしてなしたるときもまた同じ。

刑法を知らざるを持ってその犯すの意なきとなすことを得ず

あるいは、

犯人犯すの意なくして罪を犯したるときは罪すべからず。ただし法律を以て規律又は規則を単に守らざることを罰するものはこの限りにあらず。

その罪となるべきを知らずしてなしたるときもまた同じ

刑法を知らざるを持ってその犯すの意なきとなすことを得ず

とされている。

また「日本帝國刑法草案 ポアソナード氏草」においては第86条において

犯すの意なくして罪を犯したるとき(または罪を犯して害を加ふる意なきとき)はその罪を論ぜず。ただし、法律を以て単に規律規則に違(遵守せざる)者はこの限りにあらず

若し(犯すとき)罪となるべき事たるを知らざるときもまた同じ

罪に元と重かるべきにして犯す時その重き情状を知らざる者は重きにしたがって論ずることを得ず

法律規則を知らざるを持って犯すの意なきと為すことを得ず

とされた。また、「日本帝國刑法草案 初案の確定(教師原案の確定) ポアソナード氏草」の第73(75)条においては

故意に関する一考察(一)(玄)

犯すの意なくして罪を犯したるときはその刑を免ずべし。但し法律を以て規律又は規則を単に守らざるものはこの限りにあらず

若し罪となるべき情状を知らざるときもまた同じ

若し罪本重かるべき情状の一個又二個以上を知らざるときはその重きに従うことを得ず

刑法を知らざることを以てその犯す意なきと為すことを得ず

とされている。その後、「日本刑法草按 第一稿」においては、第75条において

無意にして罪を犯したる者はその罪を論ぜず。但し法律において別に定めたる規則を守らざる者はこの限りに在らず

若し有心に出ると雖も罪となるべき事たるを知らざる者はその罪を論ぜず

罪本重かるべくして犯す時知らざる者はその重きにしがって論ずることを得ず

刑法を知らざるを以て其犯すの意なきと為すことを得ず

とされ、「校正刑法草案原稿（改正案）日本帝国刑法草案 ポアソナード氏草」の第86（85）条では

犯すの意なくして罪を犯したるとき（または罪を犯して害を加ふる意なきとき）はその罪を論ぜず。ただし、法律を以て単に規律規則に違う（遵守せざる）者はこの限りにあらず

若し（犯すとき）罪となるべき事たるを知らざるときもまた同じ

罪に元と重かるべくして犯す時その重き情状を知らざる者は重きにしがって論ずることを得ず。

西原春夫，吉井蒼生夫，藤田 正，新倉 修『旧刑法「明治13年」(2)』（信山社，1995年）45頁以下。

- 44) ポアソナードの折衷主義に関して、佐伯＝小林の説明によれば折衷主義とは「犯罪を社会的害悪であると同時に道徳的害悪と解することにより、その折衷を実現しようとする」ものであり、「その社会的害悪とは、今日の言葉で言えば法益侵害すなわち違法であり、道徳的悪とは道義的責任を意味し、結局、前者によって功利的目的主義を代表させ、後者によって応報思想を代表せしめる」ものであり、このような考え方からは「行為は、それがいかに大きな社会的害悪であっても、道徳的悪を伴わなければ、刑罰の対象とはならないのであり、逆に道徳的悪性がいかに著しくても、社会的悪を生ぜしめない限り、同じく犯罪とはならない」とするのであり「結局、処罰される行為の範囲と程度を違法にして且つ有責な行為の範囲内に限定しようとする」ものであったとする。佐伯千仞・小林好信「刑法学史」鶴飼信成，福島正夫，川島武宜，辻清明『講座・日本近代法発達史』11巻（頸草書房，1967年）20頁。
- 45) 佐伯・小林・前掲注(44)20頁。
- 46) 小野・前掲注(34)439頁。
- 47) 現に「日本刑法草案会議筆記」によれば、故意に関わる89条の規定に関する議論において当時のドイツ刑法59条が参照されている。西原春夫，吉井蒼生夫，藤田 正，新倉 修『旧刑法「明治13年」(3)』（信山社，1996年）211頁。
- 48) 以下では、ポアソナードや、フランス刑法学の影響を受けた論者達の見解を検討してい

くが、筆者にはフランス語およびフランス刑法学に関する知識にかけるため、以下では日本語に翻訳されている文献のみを対象とせざるをえないし、また当時のフランス刑法学において未必の故意論がどのように議論されていたかは本稿において検討しえない。この点で、本稿の検討は未だ不十分であることは否めない。未必の故意論に関する、当時のフランス刑法学と日本の論者達の影響関係については今後の課題としたい。

- 49) ポアソナード(井上操筆記)『[法国]刑法提要(復刻版)』(信山社,平成3年)156頁以下。
- 50) 小野によれば、当時のフランスにおいて犯意を「害意(人を害する意)と解する考え方は私法的な刑法観念に由来するものと考えられるとしている。小野・前掲注(34)440頁。
- 51) 『刑法草按註解』において「人を害するの悪念」ないしは「人を害するの念」とされている。吉井蒼生夫,藤田 正,新倉 修『旧刑法別冊(1)刑法草按註解上』(信山社,1992年)238頁。
- 52) ポアソナード(森順正訳)『刑法草按註釋上巻(明治19年版復刻)』(信山社,昭和63年)346頁以下。
- 53) ポアソナード・前掲注(49)159頁以下。
- 54) ポアソナード・前掲注(49)157頁。
- 55) ポアソナード・前掲注(49)160頁以下。
- 56) ポアソナード・前掲注(49)163頁以下。
- 57) ポアソナード・前掲注(49)157頁。
- 58) シャフシュタインによれば、この理論は中世イタリア法学において支配的だった故意論であるとする。Vg. Friedrich Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, 1930, S. 109ff. また不破によれば Doctrina Bartoli とは、「本来意図さられた行為から、客観的判断によって必然的に若しくは必然的に生ずべき一切の結果が帰せられるべきもの」であり、この理論は故意概念の拡張ではなく、通常刑の適用範囲の拡張であったとする。不破武夫『刑事責任論』(清水弘文堂書房,昭和43年)52頁参照。
- 59) ポアソナード・前掲注(49)157頁以下。
- 60) 小野・前掲注(34)440頁。
- 61) 西原他((3))・前掲注(47)209頁。
- 62) ポアソナードは自己の草案の第2稿の初案においてに「犯すの意なくして罪を犯したるとき又は罪を犯して害を加ふるの意なき時は其罪を論ぜず」としている。西原他((3))・前掲注(47)216頁。
- 63) 西原他((3))・前掲注(47)216頁以下。
- 64) 西原春夫,吉井蒼生夫,藤田 正,新倉 修『旧刑法「明治13年」(3))』(信山社,1997年)140頁。
- 65) 西原他((3))・前掲注(64)141頁。
- 66) 新井 勉「旧刑法の編纂(二)」『法学論叢』98巻4号(1976年)98頁以下参照。
- 67) それゆえ、ポアソナードは自己の草案の第2稿の初案においてに「犯すの意なくして罪を犯したるとき又は罪を犯して害を加ふるの意なき時は其罪を論ぜず」としている。西原他((3))・前掲注(47)216頁。

故意に関する一考察(一)(玄)

- 68) 西原他(3)・前掲注(47)216頁以下。
- 69) ポアソナード(森順正訳)・前掲注(52)348頁。
- 70) 西原他(3)・前掲注(47)213頁。
- 71) 学説に関して初版本を基準に時系列に沿って検討しているが、しかし本稿において検討された体系書や注釈書、あるいは教科書それ自体は初版本を利用できなかったものもある。それゆえ、「未必の故意」の学説史が必ずしも本稿が描くような形で展開していなかったかもしれない。
- 72) 井上操『刑法〔明治13年〕述義第一編(下)(復刻版)』(信山社、平成11年)909頁以下。
- 73) に関しては旧刑法151条、 に関しては301条、 に関しては162条などを素材に説明されている。井上・前掲注(72)910頁以下。
- 74) 堀田正忠によれば、故意と過失の相違は「罪を犯す意」の有無によって決せられ、罪を犯す意のない場合とは例えば他人の書籍を借りるつもりで持ち去る場合は「盗むの意」がないため罪を犯す意がないとする。堀田正忠『刑法釋義第三巻(復刻版)』(信山社、平成12年)673頁以下。
- 75) 宮城浩蔵『刑法〔明治13年〕講義〔四版〕(復刻版)』(信山社、平成10年)502頁以下。
- 76) 高木豊三によれば「罪を犯す意」とは「罪を犯すの意思」であり、故意と過失の区別を「罪を犯す意思」の有無によって決せられ、それは例えば他人の所有品を誤認して自己の所有品として持ち去る場合、彼には「罪情(キュウルパビリテー)若しくは罪責(レスポンサビリテー)を構成するに必要な罪すべき意思即犯意なき」ものとしている。高木豊三『刑法〔明治13年〕講義録(復刻版)』(信山社平成11年)311頁以下。
- 77) 富井によれば犯意とは「犯意の意は原語の(intention)にして(intention)とは(intendere)なる語より起こり。或目的に意思を向かわしむるの義なり。ゆえに犯意(intention criminelle)とは……罪となるべき所為を行うの意思」であるとし、故意と過失の区別はこの犯意の有無によって決せられる。富井政章『刑法論綱(復刻版)』(信山社、平成11年)175頁以下。
- 78) 富井・前掲注(77)185頁。
- 79) 富井・前掲注(77)186頁。
- 80) 江木 衷『現行刑法言論(再版)』(有斐閣、明治27年)。
- 81) 不破武夫もまたそのように論じている。不破・前掲注(58)72頁。
- 82) 決心とは「所為の実行を為すの直接なる原因たる意思を云う。すなわち……決心は犯罪の所為に対する意思を指す」ものであるとし、これは犯意の浅深軽重、例えば豫謀(Premeditation)や感激(Impetus)などに関わるとされる。江木・前掲注(80)65頁以下。
- 83) 目的とは、例えば復讐のためにある者を殺害する場合の復讐のような「犯人が犯罪の結果より得るところの満足」を言い、このような目的は刑の軽重に関わるに過ぎないとする。江木・前掲注(80)71頁以下。
- 84) 江木・前掲注(80)69頁。
- 85) 江木・前掲注(80)77頁。
- 86) 磯部四郎『改正増補刑法〔明治13年〕講義上巻第二分冊(復刻版)』(信山社、平成11年)835頁以下。

- 87) 岡田朝太郎『日本刑法論(総則之部)(改訂増補三版)(復刻版)』(信山社,平成7年)200頁以下。
- 88) 亀山貞義『刑法[明治13年]講義巻之一(復刻版)』(信山社,平成14年)188頁以下。
- 89) 古賀廉造『刑法新論(増補補訂3版)』(東華堂,明治32年)369頁以下。
- 90) 磯部・前掲注(86)845頁以下。
- 91) もちろん,ここでは江木の見解が想定されているが,江木の言う「不定の故意」は本稿で言うところの「未必の故意」ではないとして,ここで岡田が批判している「不定の犯意」とは江木の言う「不定の故意」だけでなく,「必定不定併発の故意」をも含んでいるのである。岡田・前掲注(87)205頁以下参照。
- 92) しかし,不破によれば,岡田はその後公刊された『刑法講義』においては「未必の故意」の領域を認めるにいたるとされる。不破によれば岡田は『刑法講義』において,犯意とは「犯罪事実の観念を含む。然るにその観念確実なることあり。不確実なことあり」し,「拳動に対する決意は当に確定のものならさるべからず。この意味ならば不定の犯意もまた犯意」であるとし,不定の犯意を認める。そして今日未必の故意と呼ばれるものを「或然的予見」とし,或然的予見を「細別して甲事実の確定認識と乙事実の不確定認識との併合したる場合及び事実全部の認識不定なる場合」にわけ,犯意の認められる場合は例えば「汽車の機関手及び運転手が機関に破損あるを知り危険事実の発生を予想せざりしに非ざるも新橋駅にいたるまでは猶機関の破裂することなかるべしと信じ進行せしめたるに品川において破裂し終に重大なる損害を惹起した」場合に「観念主義の論より之を言へばその機関手運転手がもし途中において破裂するべきと知れば自身之に乗り込みて進行を継続すべきはずなし」とし,通常認識ある過失の典型と見られる事例において犯意を認めるのである。不破・前掲注(58)73頁以下。
- 93) 亀山・前掲注(88)189頁。
- 94) 「通常の意味」、「特別の意味」、「最特別の意味」、「熟考上の意思」である。「通常の意味」とは「単に或る事を行わんとする意思」で,ある犯罪を構成するのに足るものをいい,「特別の意味」とは,例えば殴打総称罪において単に人の身体に殴打する意思だけでは足りず,さらに人に苦痛を与えるという悪意を必要とするが,その際の人を害するという意思を「特別の意味」という。「最特別の意味」は,例えば故殺罪においては単に人に殴打創傷するという特別の意味だけでは足りず,さらに殺意が必要であるがこの際の殺意が「最特別の意味」であるとす。「熟考上の意思」とは謀殺罪のように豫謀つまり熟考があってはじめて成立する犯罪における熟考をいうとする。亀山・前掲注(88)190頁以下。
- 95) 「特定の意味」とは例えば甲を殺害しようとして殺害する場合のようにはじめから行為者の意思が一定している場合を言うとし,「不特定の意味」とは自己の所為より複数の結果が生じることを豫知しつつも一つの結果に特定することなく行為する場合で,例えば行為者が群集に向かって発砲するような場合であるとする。亀山・前掲注(88)193頁。
- 96) 亀山・前掲注(88)193頁。
- 97) 古賀・前掲注(89)370頁。
- 98) 佐伯・小林によれば,刑法改正において主要な争点になったものとして執行猶予,未遂罪,刑罰量定範囲の拡大,死刑存廃論などを挙げている。佐伯・小林・前掲注(44)236頁

故意に関する一考察(一)(玄)

以下参照。

- 99) 1899(明治32)年6月6日における刑法連合会第一回議事速記録における古賀発言。古賀によれば「現行刑法の改正を必要としたものはこれは決して学理上から割り出したものでもなんでもない。實際上これを改めなければ今日の現行刑法では日本における犯罪というものを征伐する力がないものであることを確信して居りますから新たにこれに優る法律をつくりたいと云う考えであります、……けれども日本の今日の有様を言えば今日の刑法はこの犯罪を征伐することはできません、何ぜならば現に明治初年の犯罪と30年の犯罪とを比較すれば30年は倍になって居ります如斯犯罪の数を倍も製造して置いて、それでこの日本の安寧が保てるでございませうか」とする。これに対して長谷川喬、村田保が反論している。とくに村田は「古賀君はこの刑法を以て犯罪を減らすということでございましてが若し、さおうならば刑法の良い所の欧羅巴諸国に一人も犯罪がないとか何とかと決めて、さうでないた刑を厳にすれば宜しいと云うことは間違いと思ひます。ずいぶん幕府時代に酷い刑がありました。……幕府時代で窃盗が盛んで窃盗でも斬罪にしたものであります、それでも止まぬで窃盗を捕まえては直ぐに斬つたものであります、それでも止まぬものであります……それで刑法があれば犯罪を減らすと云うものでない」とする。内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫『刑法〔明治40年〕(2)』(信山社、1993年)287頁以下。また、佐伯・小林によれば、泉二新熊による第9回国際刑務会議における犯罪の増加に関する報告を引用しつつ、このような犯罪の増加が、あたかも旧刑法とその解釈理論の犯罪対策としての無力さを示すものとして受け取られたと指摘している。そして佐伯・小林によれば、このような理解は誤っている、つまり犯罪の増加は明治維新以後の混乱の産物にすぎず、旧刑法やポアソナードらの理論がもたらしたのではないとする。佐伯・小林・前掲注(44)228頁以下。
- 100) 詳しくは、内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫『刑法〔明治40年〕(1)』(信山社、1999年)に収められている諸種の改正案や意見書などを参照。
- 101) 旧刑法施行直後には「刑法中改正増補ノ儀」、「賭博犯処分規則制定ノ儀」、「刑法中追加案」、「刑法中親族例布達案」、「刑法中改正案」の5つの部分改正案が出されている。内田他(1)・前掲注(100)65頁以下。
- 102) 司法省は本格的な改正作業のために1892(明治25)年1月13日に司法省参事官横田国臣、判時龜山貞義、司法大臣秘書官曲木如長、司法省参事官馬場愿治に刑法改正審査委員を命じ、刑法改正の立案審査にあたらせたとされる。内田他(2)・前掲注(99)5頁以下参照。その際、改正の趣旨は大きくは二つあったと横田はする。すなわち第一は国際刑法に関わること、第二は刑の分類と罪の分類が適合しないことであったとする。第一に関しては、当時の不平等条約により外国人は治外法権の故に日本の刑法とほとんどかわりがないが、当時の不平等条約により外国人は治外法権の故に日本の刑法とほとんどかわりがなかったけれども、条約の改正に当たり、それに対応した規定を設けなければならないということ、第二は例えば当時の窃盗罪は単純窃盗の場合4年以下であったが、何度も繰り返し窃盗を行う者やかなりの額のものを盗むものに対して、4年以下の刑ではその犯した罪に見合うだけのものが妥当しないこと、あるいは当時、私生子殺しが田舎などでは慣習になっていたが、これは通常、謀殺であるが、しかしやむにやまれず行う場合は多々あるのであってその場合に謀殺罪として処理すれば、その刑は明らかに重過ぎることなどを挙げ、

旧刑法のように刑の融通が利かないのは妥当ではないことであった。1899 (明治32) 年 6 月 6 日における刑法連合会第一回議事速記録における横田発言。内田他(2)・前掲注(99) 292頁以下。

- 103) 司法省改正案, 参事院委員案については, 内田他((1))・前掲注(100)69頁以下, 256頁以下。
- 104) ベルナーによる, 旧刑法に対する意見書が, 日本の司法省に提出されたのは旧刑法施行直前であるが, 翻訳はその施行直後の1886〔明治19〕年とされている。山火正則「第三章元老院改正儀・刑法改正意見・西欧刑法学舎論評」内田他((1))・前掲注(100)24頁。
- 105) ベルネル氏「日本刑法に関する意見書〔明治19年, 宮島鈴吉約〕」内田他((1))・前掲注(100)481頁。
- 106) 刑法改正審査委員会決議録第一回 第七六回(明治二十五年一月二三日 同二七年一月九日), 内田他(2)・前掲注(99)88頁。
- 107) 同決議録, 内田他(2)・前掲注(99)88頁以下。
- 108) 明治28年草案, 明治30年草案に関しては, 内田他(2)・前掲注(99)138頁。
- 109) 第51条 罪を犯す意なきの行為はこれを罰せず。ただし, 法律に特別の規定ある場合はこの限りにあらず。
法律を知らざるを以て罪を犯すの意なしとなすことを得ず。ただし, 情状により其刑を減輕することを得。明治三十三年「刑法改正案」, 内田他(2)・前掲注(99)473頁。
- 110) 明治三十三年「刑法改正案」理由書, 内田他(2)・前掲注(99)517頁。
- 111) 明治34年「刑法改正案」, 内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫『刑法〔明治40年〕(3)』(信山社, 1994年) 38頁。
- 112) 内田他((3) 1)・前掲注(111)88頁。
- 113) 明治三五年「刑法改正案」, 内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫『刑法〔明治40年〕(4)』(信山社, 1995年) 37頁。
- 114) 明治三十五年第一六回帝国議会提出「刑法改正案」理由書, 内田他(4)・前掲注(113)84頁。
- 115) 明治三五年二月一〇日貴族院刑法改正案特別委員会議事速記録第七号, 内田他(4)・前掲注(113)347頁以下参照。
- 116) 内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫『刑法〔明治40年〕(5)』(信山社, 1995年) 375頁。
- 117) 内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫『刑法〔明治40年〕(6)』(信山社, 1995年) 129頁。
- 118) 法律取調委員会委員総会日誌第一二回(明治三十九年一月二一日)内田他(6)・前掲注(117)173頁。
- 119) 明治三十九年「刑法改正案」内田他(6)・前掲注(117)263頁。
- 120) 明治四〇年代二三回帝国議会提出「刑法改正案」理由書, 内田他(6)・前掲注(117)304頁。
- 121) 田中正身『改正刑法釈義上巻』(信山社, 平成6年) 458頁以下。
- 122) 田中・前掲注(121)459頁以下。
- 123) 田中・前掲注(121)465頁以下。
- 124) 現行刑法成立以後の刑法改正の動きは主に, 佐伯千仞・中川祐夫「現行刑法改正のため

故意に関する一考察(一)(玄)

の諸草案及び諸修正案の対比(1)」龍谷法学第16巻第1号(昭和58年)56頁以下によっている。

- 125) 淳風美俗に関しては、例えば皇室に対する罪のうち天皇に対する罪に独立の規定をおいたり、猥褻、姦淫に関する現行法の不備を補い且つ刑の権衡を正すことなどが上げられ、人身及び名誉の保護を完全にするための提案としては、名誉毀損の刑を重くして生命、身体に対する罪の毛糸の権衡を保つことなどがあげられ、犯罪対策に関しては公権の喪失・停止、居住制限、労働禁忌者、酒精中毒者、精神障害者に対する保安処分などが挙げられている。但し、刑を緩やかにする面でも提案もなされている。例えば執行猶予の拡張、宣告猶予、酌量減輕、法律の錯誤における刑の減免、正当防衛・緊急避難の要件として必要性の代わりに相当性を掲げることなどある。佐伯・中川・前掲注(124)207頁以下参照。
- 126) 発表時期に関して吉井によれば、1931年となっている。吉井蒼生夫「94講 刑法改正ノ綱領・改正刑法仮案」『日本近代法120講』(法律文化社、1992年)233頁。
- 127) 佐伯・中川・前掲注(124)207頁。
- 128) 例えば、皇室に対する罪の削除、外国の元首や使節に対する暴行、脅迫、侮辱の特別規定の削除、戦争放棄に対応して外患罪や国交に関する罪の規定の削除・変更、姦姦罪の廃止などである。佐伯・中川・前掲注(124)207頁以下参照。
- 129) 「改正刑法仮案」
第9条 罪を犯す意なき行為はこれを罰せず。但し法令に特別の規定ある場合はこの限りにあらず。
「改正刑法準備草案」
第18条 罪を犯す意思のない行為はこれを罰しない。但し、法律に特別の規定ある場合は、この限りではない
「法制審議会刑事法特別部会改正刑法草案」
第19条(故意) 罪を犯す意思のない行為は、これを罰しない。但し、法律に特別の規定ある場合は、この限りでない。
「法制審議会改正刑法草案」
第19条(故意) 罪を犯す意思のない行為は、これを罰しない。但し、法律に特別の規定ある場合は、この限りでない。
「日本弁護士連合会刑法「改正」阻止実行委員会現行刑法の現代用語化・委員会試案」
第58条(故意) 罪を犯す意思のない行為は、これを罰しない。ただし、過失による行為を処罰する法律の規定ある場合は、この限りでない。佐伯・中川・前掲注(124)169頁以下。
- 130) 「改正刑法準備草案」における第19条、第20条の規定は以下のとおりである。
第19条(事実の不知・錯誤) 罪となるべき事実を知らないで犯した者は、故意にしたものとはいえない。
重い罪となるべき事実があるのに、犯すときその重い事情を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない。
第20条(法律の不知・錯誤) 法律を知らなかったとしても、そのことによって故意がなかったとはいえない。但し、情状によってその刑を減輕することがで

きる。

自己の行為が法律上許されないものであることを知らないで犯した者は、そのことについて相当の理由があるときは、これを罰しない。佐伯，中川・前掲注(124)169頁以下。

- 131) 法制審議会刑事法特別部会第一小委員会議事要録(一)「第8回会議(昭和39年3月2日)」28頁。
- 132) 「第9回(昭和39年4月22日)」・前掲注(131)29頁以下。
- 133) 「第81回(昭和43年2月10日)」・前掲注(131)413頁以下。
- 134) 「第82回(昭和43年2月24日)」・前掲注(131)415頁以下。
- 135) 「第122回(昭和45年1月24日)」・前掲注(131)642頁以下。
- 136) 「第123回(昭和45年2月7日)」・前掲注(131)646頁以下。
- 137) 「第123回(昭和45年2月7日)」・前掲注(131)648頁以下。
- 138) 「第124回(昭和45年2月21日)」・前掲注(131)653頁以下。
- 139) 「第125回(昭和45年3月28日)」・前掲注(131)658頁以下。
- 140) 学説に関しては初版本を基準に時系列に沿って検討しているが、しかし本稿において検討された体系書や教科書それ自体は初版本を利用できなかったものもある。それゆえ、未必の故意の学説史が必ずしも本稿が描くような形で展開していなかったかもしれない。
- 141) 泉二新熊『日本刑法論上巻(訂正40版)』(有斐閣，昭和2年)452頁。
- 142) 泉二・前掲注(141)456頁。
- 143) 泉二・前掲注(141)456頁。
- 144) 泉二・前掲注(141)459頁以下。
- 145) 小疇・前掲注(16)309頁。
- 146) 小疇・前掲注(16)316頁。
- 147) 小疇・前掲注(16)316頁。
- 148) 勝本・前掲注(18)194頁以下参照。
- 149) 勝本・前掲注(18)194頁以下。
- 150) 勝本・前掲注(18)196頁。
- 151) 勝本・前掲注(18)201頁。
- 152) 大場茂馬『刑法総論(下)(復刻版)』(信山社，平成6年)698頁。
- 153) 大場・前掲注(152)698頁。
- 154) 大場・前掲注(152)702頁。
- 155) 大場・前掲注(152)725頁以下。
- 156) 大場・前掲注(152)750頁。
- 157) 牧野英一『日本刑法(第9版)』(有斐閣，大正8年)101頁。
- 158) 牧野・前掲注(157)102頁以下
- 159) 牧野・前掲注(157)103頁。
- 160) 牧野英一『重訂 日本刑法上巻(64版)』(有斐閣，昭和14年)192頁。
- 161) 牧野・前掲注(157)111頁以下。
- 162) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』(有斐閣，昭和26年)151頁。

故意に関する一考察(一)(玄)

- 163) 小野・前掲注(162)152頁。
- 164) 小野・前掲注(162)152頁以下。
- 165) 小野・前掲注(162)153頁。
- 166) 戦前、あるいは戦後においても「認容説」のもっとも強力な主張者は不破武夫であろう。本節において不破の見解について本来なら扱うべきであるのだが、先にも述べたように、不破は戦後においてももっとも強力な認容説の論者であるため、ドイツにおける未必の故意論の検討を経た、第5章において不破の見解を詳細に検討したい。それゆえ、本節においては不破の見解は扱わなかった。
- 167) 瀧川・前掲注(19)127頁。
- 168) 瀧川・前掲注(19)133頁。
- 169) 瀧川・前掲注(19)133頁以下。
- 170) 以下の判例に関して主に、平川宗信「3 故意」『判例刑法研究3 責任』(有斐閣、昭和55年)75頁以下と不破・前掲注(58)106頁以下を参照した。
- 171) 事案は次のようなものであった。すなわち汽車が軌上の石を割る力があるかどうかを試すことを通謀し、その汽車の往來を妨害することを知りながら重さ30斤あまりの大石を踏み切りの軌上に置き、実際に汽車を進行の際にその石を真二つに割って進行したというものであり、弁護人は165条の趣旨は往來妨害の目的を持って行うことであるが、被告人らはそのような目的を持って当該行為を行ったのではないとして上告した。
- 172) 被告人が、被害者を殺害しようと企て、被害者宅の鑊子にネコイラズを投入した。その鑊子は被害者一家が飲用のためにお茶を沸かすものであって、そのお茶を被告人以外の家族の者も飲むことを被告人は知っていたが、被告人以外の家族までを殺すことを希望していたわけではなかった。原審は、被害者の家族に対して殺人の故意があるとして3個の殺人未遂罪を認めた。これに対して弁護人は被害者以外の家族まで殺そうとしたわけではないので被害者以外の家族にまで故意を認めるのは妥当でないとして上告した。
- 173) 参照：清涼飲料水営業取締規則第5条
清涼飲料水営業者は左の清涼飲料水を販売し又は販売の目的を以て陳列し若しくは貯蔵する事を得ず
二 沈殿物または夾雑物あるもの
同規則12条 左に掲ぐる者は25円以下の罰金に処す
一 認可を受けずして第二条の営業をなしたるもの
二 第三条ないし第五条に違背したる者
- 174) 本件に関する評釈として、瀧川幸辰「五 清涼飲料水営業規則の違反行為と未必的故意」『最近の大審院刑事判例研究』(政経書院、昭和10年)34頁以下がある。ここで、瀧川は本件大審院判決を支持している。
- 175) 本件に関しては不破は詳細な批判をなしている。不破・前掲注(58)110頁以下参照。その他の評釈としては、瀧川幸辰「清涼飲料水営業取締規則違反と故意」『刑事諸判決批評』第二巻、50頁、草野豹一郎「清涼飲料水営業取締規則違反の事実と故意」『刑事判例研究』第四巻、75頁がある。
- 176) 不破・前掲注(58)110頁参照。