

# 故意に関する一考察(二)

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節 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, 299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 (以上, 本号)
  - 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

1 第1章において未必の故意の問題というのは、行為者が意図した(行為)結果から付随的に生じる結果に関する負責の問題、つまり付随結

果の帰責に関する問題であると規定した。このように定義した際に問題となるのは、意図した結果から生じる付随結果に対して、どの範囲までが「罪を犯す意思」、つまり故意の範囲とされるのかということである。この問題に関する、現行日本刑法典上の展開は、第2章において指摘したように、ドイツの議論を参照しつつなされてきた。それゆえ、以下では、ドイツにおけるこの問題の歴史的経緯を概観するわけであるが、第3章第2節まででは、行為者が、危険な手段を用いて行った意図的な傷害行為(意図的行為)から生じた付随結果をいかにして故意の中に取り込むかという問題を通じて未必の故意(dolus eventualis)が主張されるようになったことが明らかにされる。

2 ドイツ刑法学史において故意論、特に未必の故意との関係で、その端緒となる最も重要な学説はカルプツォフ(Benedikt Carpvov)の故意論であろう。ただ、カルプツォフの故意論は、第2節において検討されるように、彼のオリジナルな見解というよりは、むしろ、それまでの立法や学説などのさまざまなものを彼の問題関心にそって集めたものの集合体にすぎない。そしてその内容を見てみると、カルプツォフの故意論において、ゲルマン法系の伝統と、古代ローマ法、教会法、中世イタリア刑法学というようにローマ法系の立法ないし学説の影響が見て取れる<sup>1)</sup>。それゆえ、以下では、カルプツォフの故意論に大なり小なり影響を与えたと思われる、以上の立法ないし学説を概観する。まずはローマ法、教会法、中世イタリア刑法学の流れを時系列にそって概観し、その次に、ゲルマン法系の流れを時系列にそって検討する。

## 1) ローマ法

1 古代ローマ刑法によれば、公的な刑罰を科すことが許されたのはドルス(dolus)による犯罪に対してであり<sup>2)</sup>、ここいうドルスとは、原則的には今日に言うところの意図(Absicht)として理解されていた<sup>3)</sup>。ドル

スの内容を原則、意図とみなすことは後の中世イタリア刑法学にまで及ぶものである。ただし、すでにローマ法において、ドルスの、意図への限定は貫徹することができなかった。例えば、シャフシュタイン (Friedrich Schaffstein) によれば、ローマ刑法においても例外的に意図されていないが、自己の行為から蓋然的に生じる結果に関しては意図された結果と同様に処罰されていたとするし<sup>4)</sup>、クレー (Karl Klee) は、ローマ法において行為者の意識的な危険行為から生じた、意欲されていない結果もまた処罰されていたとするのである<sup>5)</sup>。さらにクルーク (August Otto Krug) によれば、ローマ刑法はドルスを意図と同視していたのであるが、その証明に関しては、剣、毒薬などの死に至る一般的危険性を有するものを用いていれば、殺害意図 (animus occidendi) があったとされたように、殺害意図の証明は形式的なもので足りるとされていたのである<sup>6)</sup>。

## 2) 教会法

1 教会法における結果負責の原則は、いわゆるベルサリ (versari in re illicita) 原則とされるが、これは「versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto (不正な状態におかれている者には、その犯罪から生じてくる一切の事柄が歸される)<sup>7)</sup>」を略したものである。この原則は、一般的には、ある者が自らを不正な状態におく場合には、その者に故意や過失などの責任なく偶然に生じた場合であっても、そこから生じるすべての結果がその者に負責されるということをその意味内容とするものとされている<sup>8)</sup>。そしてこのベルサリ原則は、カルプツォフの故意論に影響を与えた中世イタリア刑法学における3つの学説、「Gefährdungsdolus der Bartolinischen Doktrin (doctrina Bartoli)」、「dolus in genere」、「indirekten Dolus (voluntas indirecta)」の淵源をなしているのである<sup>9)</sup>。

2 このようなベルサリ原則は、12世紀の終わりごろか、13世紀の初頭に、ベルナルドゥス・パピエンシス (Bernardus Papiensis) の「Summa

Decretalium<sup>10)</sup>」における次のような箇所においてははっきりと確認されるとする。すなわち「偶然で行われることに関しては、偶然に殺してしまったものが正当な行為をしていたかどうか、そして払うべき注意を払ったかどうかということとを区別せよ……第一の場合には、(殺人が) 帰されない。しかしそうでないときは、すなわち不正な行為をしていたならば、……自分自身に帰される」<sup>11)</sup>のである。

3 レフラー (Alexander Löffler) によれば、このようなベルサリ原則に対する批判は過剰なものとなっているとする。つまり、ベルサリ原則によれば、行為者は自ら禁じられたことを行ったためだけで、当該行為から生じた偶然の結果をも負責されるのではないとし<sup>12)</sup>、またエンゲルマン (Woldemar Engelmann) によれば、許されない行為から生じた偶然結果の行為者への負責は、禁じられたことへの意欲において明らかになる、一般的な悪しき意欲が認められる場合に認められたとするのである<sup>13)</sup>。

クレーはこのような見方を教令の分析から展開し、次のように結論付けている。つまりベルサリ原則は責任原理を否定するものではなく、犯罪意思の客観的分析に基づいて責任原理をより洗練化するものであったとするのである<sup>14)</sup>。クレーによればベルサリ原則は単に禁じられている行為から生じたすべての結果に対して行為者が責任を負うのではなく、禁じられている行為が当該結果を引き起こす危険性を有するものであったにもかかわらず、必要な注意を怠った場合にその結果を行為者に負責するという原則であったとするのである<sup>15)</sup>。つまりクレーは、「自らを不正な状態におく」ということを、単に不正なことを行うということだけを意味するのではなく、さらなる付随結果 (例えば、死の結果) を生じさせる、そのような内在的な危険を有する意図的行為 (例えば傷害行為) を行うことと解し、意図的行為 (傷害行為) からさらなる付随結果 (死の結果) が生じた場合、その結果は行為者がそのような行為 (傷害行為) をすれば当然予見できたにもかかわらず、必要な注意を怠った点に負責根拠があると解しているのである。

ヨンパルトもまた、類似の見解を指摘している。すなわち教会法においてベルサリ原則が認められた事例のほとんどが、行為者が自らを不正な状態においたがゆえにのみ責任を問われるのではなく、その際に、行為者が払うべき注意を払わなかったがために責任を問われているというのである<sup>16)</sup>。ただし、ヨンパルトは、文字通りの意味でのベルサリ原則の適用がなかったわけではないとする。しかしその際、注意すべきなのは、ヨンパルトによれば、教会法には、生じた結果に対処するものとして、教会法上の刑罰と、さらにそれとは異なる処置(いわゆる *irregularitas ex defectu* = 無資格による不適格)<sup>17)</sup>があり、前者は行為者の道義的責任を前提とするのに対して、後者はそれを前提としておらず、両者の関係は現在で言うところの刑罰と保安処分の関係に類似するもので、文字通りの意味でのベルサリ原則は後者の場合に適用されていたとするのである<sup>18)</sup>。

4 以上のことから明らかになるのは、ベルサリ原則は少なくとも二つの内容を有していたということである。1つは、一般に理解されているベルサリ原則、つまり自らを不正な状態に置くものは、そこから生じるあらゆる結果に対して責任を負うとするものであり<sup>19)</sup>、もう1つは、自らを不正な状態におくことが、同時にさらなる付随結果を生じさせる危険な行為でもあり、その際、行為者は、生じうる付随結果に対して生じないようにするための必要な注意を怠ったためにその結果が負責されるという原則であった。そして、前者の場合には不適格性の処分が科され、後者においては教会法上の刑罰が科されたのである(この後者は、のちに検討する、*doctrina Bartoli* とほぼ同内容である)。しかし、以上のような両者の相違は十分に意識されず、一般的には、ベルサリ原則は前者の意味で理解された。そのため中世イタリ刑法学においては、一方でローマ刑法におけるドルス = 意図とみなす責任思想とベルサリ原則との非両立性、他方ではドルス = 意図とみなすことによる処罰範囲の狭さ、さらに証明の困難さが意識され、これらを解決するための理屈が模索されることになる<sup>20)</sup>。次に、中世イタリア刑法学における学説を、カルプツォフの故意論と関わるものの

みをとりあげ、概観する。

### 3) 中世イタリア刑法学

1 レフラーによれば、ローマ法の影響を受けた中世イタリア法学において、ドルス=意図からその内容を拡張するためにさまざまな学説が唱えられたとする<sup>21)</sup>。シャフシュタインによれば、ドルス=意図とすることの問題点は主に2つ存在したとする<sup>22)</sup>。それは、上述したように、ドルス=意図と解した場合の処罰範囲の狭さと証明の困難さであった。そこで、中世イタリア刑法学は証明の困難さを軽減するために、「dolus praesumptus」論を展開した<sup>23)</sup>。「dolus praesumptus」とは個々の徴表に基づいて推定されたドルスで、しかも行為者がこのことに対して反証を示していない場合を言う。このようなドルスの推定の際に特に重要な役割を果たしたのは、用いられた武器の性質や種類であった<sup>24)</sup>。しかし「dolus praesumptus」論では問題の解決にとっては不十分であった。というのも、注釈学派以降、通常刑(poena ordinaria)は厳格に証明されたドルスのみに科されるべきとされ、推定されたに過ぎないドルスには特別刑(poena extraordinaria)が科されるべきとされたため処罰範囲の狭さの解決にならなかった。さらには被告人が黙秘し続ければ、いかなる十分な嫌疑があろうとも通常刑は科しえなかったため証明の困難さの解決にもならなかった。ここにドルスの内容を意図からさらに拡大することに対する内的動機が存在したのである<sup>25)</sup>。

2 以下では、ドルス=意図よりその処罰範囲の拡大を試みる学説において後のカルプツォフの故意論との関係において重要と思われるもののみをエンゲルマンの著作によりつつ概観する。

まず、カルプツォフの故意論との関係で重要なのは「dolus in genere」である。「dolus in genere」は、エンゲルマンによれば、そもそもヨハネス・アンドレア(Johannes Andrea)が用いた「dolosus in genere」という

表現に示唆をうけたバルドス (Baldus) が、ある一定の事例に対して「*dolus in genere*」という表現を用い、その後、いくつかの内容の変遷を経たとされる<sup>26)</sup>。

ヨハネス・アンドレアは、ある者がある女性と、彼女が結婚していることを知らずに性交を行った (*konkumbiert*) という事例に関して、当該行為者は一般的に (*überhaupt*) 故意が存在する、なぜなら彼は意識的に不正に振舞ったからであるとして (*weil er bewusst illicitam rem agit*)、この際に、「*dolosus in genere*」という表現を用いたのである<sup>27)</sup>。

これに対してバルドスは、客体の錯誤、あるいは犯罪構成要件にとって重要ではない客体の性質に関する錯誤に対して「*dolus in genere*」を用いた。すなわち、バルドスによれば、行為者が当該犯罪の、その本質的メルクマールのすべてを「一般的 (*überhaupt*)」に意図していれば、ドルスは認められるとし、例えば、行為者が A を B だと思って殺害した場合でも、行為者の当該犯罪の本質的なメルクマールは意図しており、それゆえそのような錯誤は重要ではなく、A に対するドルスは認められるとする<sup>28)</sup>。つまり、バルドスは同種同一の客体、先の事例で言えば、同じ種としての人間で、かつ特定の個人 (*bestimmtes Individuum des genus Mensch*) に対する錯誤は重要ではなく、ドルスを認めるのである。

このようにバルドスにおける「*dolus in genere*」は客体、ないし客体の性質に関する錯誤は重要ではないとして、ドルスへの帰責を認める議論であったのだが、エンゲルマンによれば、これを後にヤーソン (Jason de Mayno) が採り上げ、方法の錯誤事例 (*Aberrationsfällen*) にまでその適用範囲を広げたのではないかとする。ヤーソンは、方法の錯誤 (*aberratio ictus*) に関して、行為者が自己の行為によって生じた犯罪と同様の犯罪を一般的に意図していれば、つまり行為者が客体を特定せずに犯罪結果を意図していればドルスが認められるとし、例えば、死の結果が、彼が自己の行為を向けていた客体とは異なる客体に生じた場合であっても、行為者は当該結果を一般的に意図していたのであるとする<sup>29)</sup>。というのも行為者

はおおよそ人を殺そうとして現に人を殺しており、その限りで客体は一致しているからである。エンゲルマンによればここでは、いわゆる「*dolus generalis*」の思想が表されているとし、ヤーソンにおいては「*dolus in genere*」は「*dolus generalis*」と結び付けて考えられたのではないかとする<sup>30)</sup>。

エンゲルマンによれば、ボジウス (*Angidius Bossius*) によって、「*dolus in genere*」が方法の錯誤事例 (*Aberrationsfällen*) に明確に適用されたとする。すなわちボジウスによれば、犯罪の客体は個人それ自身 (*individuum als solches*) ではなく、その種の代表 (*Repräsentant des Genus*) であると見るのである<sup>31)</sup>。しかしながらボジウスはさらに、次のような場合にも結果の、ドルスへの帰責を肯定する。すなわち行為者が特定の結果を表象せず、そもそもこれを予見しえたのかどうかに関して無関心であった場合である。

エンゲルマンによれば、このような帰結は先の思考過程、つまり「*dolus generalis*」から導かれる帰結から逸脱しており、ここでは「*dolus in genere*」の中に、さらにバルトリのドルス論 (*Gefährdungsdolus der Bartolinischen Doktrin*, あるいは *Doctorina Bartoli*) が組み込まれているとする<sup>32)</sup>。バルトリのドルス論とは、次のようなものである。すなわち、バルトルスによれば、行為者の意図的行為が、その性質によれば、意図的行為から生じる付随結果を引き起こすのに適したものであり、且つ、明白にその惹起を目指すのに適したものである場合には、当該行為から生じた付随結果は行為者に帰責されなければならないとし、例えば、ある家に放火する者は、当該行為によって延焼した、隣接するその他の家に対しても責任を負わなければならないとする。それに対して、当該故意行為が、更なる結果を惹き起こす傾向を有さない場合は、そのような行為から生じた結果は行為者に帰責されないとして、例えば、ある息子や妻に対する侮辱が同時にその父親や夫に対する侮辱を含んでいたような場合には、後者(父親ないし夫)に対する責任は排除されるとする<sup>33)</sup>。というのも、この

場合には、息子ないし妻への侮辱が、同時その父親や夫の侮辱をも意味するということが典型的であるとはみなされないがために、このような場合には後者に対する侮辱は帰責されないのである。ここで注意すべきなのは、バルトリのドルス論は、意図した結果から生じた付随結果に対しては意思関係を求めているということである<sup>34)</sup>。この点で、「*dolus in genere*」とバルトリのドルス論との間には発想の相違が存在する。つまり、「*dolus in genere*」では生じた結果に対して、おおよその犯罪意思があればよいとして意思を抽象的に捉えるものの、あくまで結果との意思関係を問題するのに対して、バルトリのドルス論は特定の結果（傷害）に対する意図が存在し、当該結果を発生させる行為（傷害行為）がさらに付随結果（死の結果）を生じさせる一般的危険性を有していれば、付随結果は行為者に負責されるのであり、ここでは付随結果との意思関係を放棄しているという点で異なるのである。このような相違が存在するにもかかわらず、バルトリのドルス論と結びついた形で、ボジウスは、「*dolus in genere*」を理解したのである。

以上のような、「*dolus in genere*」の変遷過程は、次のような形でその処罰範囲を広げていったのである。すなわちバルドス説（＝現在で言うところの具体的符合説、ないし具体的法定符合説にほぼ対応） ヤーソン説（＝*dolus generalis*、つまり現在で言うところの概括的故意に対応） ボジウス説（＝バルトリのドルス論との融合形）というように、である。そして、エンゲルマンによれば、ボジウス以降、「*dolus in genere*」はバルトリのドルス論と結びつけられた形での理解が一般的になり、このような意味での「*dolus in genere*」がドイツ刑法学に輸入されたのであった<sup>35)</sup>。

3 さらにドイツ刑法学との関係で重要な、中世イタリア刑法学における学説に間接故意論がある。ただし、これは、以下に見るように、イタリア刑法学においてはほとんど支持者を見出せなかったのに対して、スペイン刑法学において、間接故意論は全面的に展開され、スペイン刑法学を介して、ドイツ刑法学に、特にカルプツォフの故意論に取り入れられたので

ある。次に間接故意論を検討しよう。

エンゲルマンによれば、間接故意(indirekten Dolus)は、「直接的な(direkt oder unmittelbar)意思方向によって条件付けられた、間接的な(indirect oder mittelbar)意思方向を承認する場合に認められる」とし、それは、具体的には「行為に直接的に向けられた結果と、それゆえその結果から生じる当然の結果だけを間接的に向けられた意図として考えることができる」<sup>36)</sup>とする。このような間接故意の発想の核心は、「原因の意欲の中に間接的に作用(Wirkung)の意欲が含まれている」<sup>37)</sup>というものである。

エンゲルマンによれば、イタリアの学説において、間接故意論を最初に主張したのは、カエポラ(Caepola)であるとしている。彼によれば、例えば、行為者が被害者に負傷を与えること(Verwundung)、つまり原因を意欲することで、暗黙のうちに(tacite)殺害結果、つまり作用をも意欲しているのであるとする<sup>38)</sup>。さらにボジウスもまたドルスを直接的なものと間接的なものに区別しているが<sup>39)</sup>、しかしイタリア学説においてはこのような間接故意論は一般的に承認されるまでには至らなかった。

それに対して、間接故意論はスペイン刑法学において支持を得た。スペインにおいてはまずゴメス(Gomez)がバルトルスに依拠しつつ、独自に間接故意論を主張し、さらにこれを詳細に根拠付けたのはコバルビアス(Covarruvias)である<sup>40)</sup>。コバルビアスは、トマス・フォン・アキナスの哲学に依拠して<sup>41)</sup>、人間の行為に対する倫理的評価は行為者の意思(Will)に基づかなければならないということを前提に<sup>42)</sup>、このような意思を、今日でいうところの過失事例の中にまで見出している<sup>43)</sup>。コバルビアスによれば、意思には2種類あり、1つは「直接かつそれ自身において(directe et per se)」結果に向けられる場合であり、もう1つは「間接かつ思いがけずに(indirecte per accidens)」結果に向けられる場合であり、今日でいうところの過失において見出されるのはこの後者の場合である。前者は、例えば、殺人意思(vuloluntarium homicidium)においては、行為

者の意思がもっぱら殺人に向けられた場合に存在し、後者は、意思が、死を直接的に惹き起こす行為に向けられている場合に存在する<sup>44)</sup>。つまり、間接意思においては、行為者が意欲した行為から、直接的に死の結果が生じた場合に、当該死の結果に対して自己の意欲した行為を通じて間接的に意思が及んでいるとするのである<sup>45)</sup>。言い換えると、間接意思が認められるのは、行為者の意思が、行為者の行為それ自体の直接的な付随結果を生じさせた行為に向けられている場合なのである<sup>46)</sup>。

ただし、ここで注意すべきなのは、コバルピアスは、この間接的な意思によって犯罪が行われた場合に、当該行為者に直接意思に対して科されるのと同様の通常刑を科すのではなく、より軽い刑（*poena extraordinaria*）で対処すべきとしていることである<sup>47)</sup>。というも通常刑は現実の殺人意思（*verus animus occidendi*）、すなわち完全なドルス（*perfectus dolus*）に対してのみ科しうるものであるが、それに対して、間接意思はいまだ不完全な意思（*imperfectiorem voluntarii*）だからである<sup>48)</sup>。このようにコバルピアスは、直接意思と間接意思とを区別し、前者には通常刑で対応し、後者には特別刑で対応している。このような、コバルピアスによる直接意思と間接意思の区別形式は、今日で言うところの故意と過失の区別形式に対応しているものと思われる（ただし、それぞれの処罰範囲は異なるが）。以上のように、コバルピアスの見解は、行為の倫理的評価の対象を行為者の意思に見るトマス・フォン・アキナスの考え方に従って、両者を意思責任という統一的観点から把握しているのである<sup>49)</sup>。

4 以上、検討してきた学説の関係をシャフシュタインによりつつ、まとめると次のようになる。シャフシュタインによれば、「*Bartolinischen Doktrin*」、「*dolus in genere*」<sup>50)</sup>と「*dolus indirectus*」について、まず「*Bartolinischen Doktrin*」は結果と意思との関係を放棄し、ドルス = 意図の拡張ではなく刑の拡張を行っており、ここでは実践的な帰結が重視される<sup>51)</sup>。それに対して、後二者は、あくまで結果と意思の結びつきを問題にし、それゆえドルス = 意図からの拡張を意図するのであるが、後二者の違い

は、「dolus in genere」が意思と特定の結果との関係を問題とするのではなく、行為者が一般的に(überhaupt)故意で行為していること、つまり「一般的な意思」を問題とするのに対して、「dolus indirectus」は特定の結果と意思との関係、つまり「特定の意思」を問題にする点で異なるのである<sup>52)</sup>。また、法効果の側面から見れば、「Bartolinischen Doktrin」と「dolus in genere」は通常刑が科されるのに対して、コバルビアスの主張した「dolus indirectus」は特別刑が科されるにすぎず、この点で前二者と後者は異なるのである<sup>53)</sup>。

これら3つの学説が、後のカルプツォフの故意論に多大な影響を与えることになるのであるが、次に、カルプツォフの故意論に影響を与えたもう一つの潮流、つまりゲルマン法系の故意論の展開を概観しよう。

#### 4) ゲルマン法

1 ゲルマン刑法(フランク時代も含めて)<sup>54)</sup>では、犯罪の成立において結果が決定的であったとされるが<sup>55)</sup>、このことを、人の何らかの挙動から結果が生じただけで、その結果に対して責任を負わなければならないという意味での結果責任としてのみ捉えるのは適切ではないと思われる<sup>56)</sup>。ヒッペルによれば、いくつかの犯罪、例えば謀殺や窃盗における秘密性(Heimlichkeit bei Mord und Diebstahl)や放火においては意図が構成要件に属していたとするし<sup>57)</sup>、クレーによれば、ゲルマン刑法は、何らかの主観的要件を不要としているのではなく、結果が生じれば故意(意図)は一般的に推定されていたとするのである<sup>58)</sup>。すなわち、「生じた害悪から、個別の状況を検討することなく、際立った一貫性をもって、犯罪意思が推定された」<sup>59)</sup>のである。このことは、例えば故殺者が、死体を隠すことによって自己の犯行を隠蔽しようとする謀殺(秘密殺人)や強盗、放火など当該犯罪にとって悪しき意図が本質的メルクマールである場合には、その結果の発生によって犯罪意思が認められたことなどが示しているとされて

いる<sup>60)</sup>。さらにピンディングに至っては、文字通りの意味での結果責任はゲルマン法において存在しなかったとまでする<sup>61)</sup>。以上のことから、すくなくとも以下の点は確認しようと思われる。すなわち、文字通りの意味での結果責任は貫徹されてはならず、(少なくとも)一定の犯罪において行為者の責任も問題とされたが、しかしそれは外形的行為から推論されていたということである。

2 さらにゲルマン刑法においても、ある一定の犯罪において、外形的行為、すなわち結果が生じただけで、その結果に対する犯罪意思が推定されたわけではない。例えば、ある者が殺人結果を惹き起こした場合でも、それが犯罪意思を有するものなのか、あるいはそうではないのかということが区別されていたのである。すなわち、ゲルマン刑法において意図的行為と非意図的行為の区別はなされていたのである<sup>62)</sup>。この区別にとって重要な役割を果たしたのが、「意思なき所業(Ungefahrswerk)」<sup>63)</sup>である。ブルナー(Heinrich Brunner)によれば、「意思なき所業」とは、ある一定の典型的な場合、例えば伐木によって人が死亡した場合や、石に跳ね返った矢によって人が死亡した場合のように、客観的に見て偶然の(ohngefähr),あるいは危険のない(ungefährliche)犯行によって結果が生じた場合には行為者にはそもそも犯罪意思は認められないとするものであった<sup>64)</sup>。このような「意思なき所業」には現在で言うところの過失だけでなく偶然をも含まれていた<sup>65)</sup>。

ブルナーによれば、このような主観的要件の形式的な取り扱いは、意図の類型が存在したにもかかわらず、個別的には意図が欠ける場合や、その逆に意図が存在するにもかかわらず、「意思なき所業」とされる場合が存在することになるとする<sup>66)</sup>。これを防止するために、一定の場合、あるいは一定の地域においては、外形的には「意思なき所業」に当たる場合であっても、行為者は、当該行為において悪しき意図がなかったことを明らかにすること(Verklärung)が求められた<sup>67)</sup>。この「Verklärung」は、訴訟外で、且つそもそも、行為者に意図がなかったことを述べる宣誓を必

要とした<sup>68)</sup>。しかしこのような手続きを経て、「意思なき所業」が認められたからといってまったくなんらの制裁が科されなかったわけではない。「意思なき所業」は、確かに一般平和に反するものとは捉えられず、平和金（Friedensgeld）<sup>69)</sup>や刑事罰（peinliche Strafe）は科されず、さらに、フェーデ<sup>70)</sup>も禁止されたが、しかし贖罪金ないしは人命金（Wergeld）は、科されていたのである。というのも、被害者にとっては当該行為が意図的なのかそうではないのかはどうでもいいことだったからである<sup>71)</sup>。

このように、「意思なき所業」に対しても制裁が科されていたことから、ゲルマン刑法は結果刑法なのかではないかとする主張もなされているが<sup>72)</sup>、「意思なき所業」に対する制裁、すなわち贖罪金ないしは人名金は、その機能が主として損害賠償的なものであったとして、このような制裁は、刑法上の原理に基づくものではなく、私法上の原理に基づくものであるとする見解もある<sup>73)</sup>。この点に関して、内田によれば、贖罪金（人命金）の性格が公的なものであるか<sup>74)</sup>、私的なものであるかは、贖罪金（人命金）から損害賠償的な機能をのぞくことはできないこと、この点に公刑罰との差異が存在すること、ザクセンシュピーゲルにおいて故意行為 刑罰、非故意行為 贖罪金という体系が予定されていることから、贖罪金の性格は私的なものであるとして、ゲルマン法は、故意 意思責任 平和喪失（公刑罰、例えば平和金や刑事罰）の体系と、非故意 結果責任 贖罪金（私的刑罰、例えば人命金など）の体系が並存していたのであり、「意思なき所業」はもっぱら後者の対象であったとする<sup>75)</sup>。

3 クレーによれば、以上のような「意思なき所業」という概念は、「行為者が彼によってなるほど意図されたが、しかし「意思なき所業」によって結果が生じたとされる場合、この結果は具体的に一般的経験によれば予測可能ではなく、行為者の意思力（Willensmacht）に服するものでもない」として、公的刑罰の対象としての故意責任を根拠付けるものではないとするものであり、このような考え方は現代の考え方とも一致するものであるとする<sup>76)</sup>。ここでのクレーの指摘は、おそらく行為者の行為が当該

社会において、結果を惹き起こしうるものとみなされていないものである場合には、当該行為から結果が生じたとしても、行為者に故意責任を問えないということであろう<sup>77)</sup>。このような発想は今日でいう評された危険論、ないしは社会的相当性論に通じるものがあるように思われる。すなわち、「意思なき所業」は当該行為がその社会で日常的に相当な行為、もしくは当該行為がその社会の中で意図的に犯罪を引き起こすという文脈においてはそもそも考えられない行為なのかどうかを検討することによって、一定の場合に、行為者が結果を惹起したとしても彼を刑事罰から解放する機能を有していたのである。ただし、当時のゲルマン刑法の「意思なき所業」と今日の許された危険論、ないしは社会相当性論の間には、前者が意図的行為なのか、非意図的なのかということの客観的な区別基準であるのに対して、後者はそもそも結果の帰属が阻却されるのかどうかということに関する基準であるという点で相違は存在する。

4 以上の検討から、ゲルマン刑法においても意図的行為と非意図的行為は区別されていたこと、そしてその区別は行為の外形的側面によって判断され、その際、「意思なき所業」が重要な役割を果たしていたということが確認された。そして、「意思なき所業」は当該行為の社会的意味を問題とし、それが認められれば、行為者を刑事罰から解放する機能を有していたのである。

## 第2節 中世ドイツにおける故意論

### 1) カロリーナ刑法典に至るまで

1 これまでに概観したように、古代ゲルマン刑法からフランクの時代を通じて、意図的行為と非意図的行為とは区別されていた。その際の区別基準は、当該行為を外形的に見て「意思なき所業」にあたるかどうかを判断するという客観的なものであった。中世においても、このような意図的行為と非意図的行為の区別は維持された。

2 このような中世ドイツの刑法において、犯罪意思はさまざまな文言で表現されていた。例えば、ヒスによれば、行為者が結果を予見し、「dankes, von willen, mit wllen, mutwillen, mutwillig」でもって行為すれば、これらはすべて「犯罪の意思(Willen)」を示したとされる<sup>78)</sup>。また「frevell, mit frevelmut」などの表現が、例えば高地(南部)ドイツ(Oberdeutschland)の法において用いられ、13世紀以降は、頻繁にはないにしろ「Arglist (argelist)」,さらには侵害行為とともに示す際には「Feindseligkeit」や「Zorn」など行為者の敵対的心情を示す表現が用いられていたとされる。また「Aufsatz (opset, opsat, upsat, ufsatz)」や「Vorsatz (propositum, vorsat, vürsatz)」という表現も用いられているが、それは、古くは「dolus praemeditatus (Vorbedacht)」を意味したのが、低地ドイツ(Niederdeutschland)においては13世紀終わりに、高地(南部)ドイツにおいては16世紀以降、今日的な意味で用いられるようになったとされている<sup>79)</sup>。

3 このように、犯罪意思を示す文言はさまざまなものが用いられたのであるが、ヒスによれば、これらの文言は、しばしば2段階に区別されていたとする<sup>80)</sup>。すなわち、それは予謀(Vorbedacht)のある行為と予謀(Vorbedacht)のない行為というように、である。そして中世においては、前者は后者よりも重く処罰されたのであるが、ヒスによれば、このような区別はすでにLex Wisigotorumで見出されものであり、法効果の相違が生じたのは、一般的には13世紀以降になってであろうとしている<sup>81)</sup>。ただ、殺人罪においては、加重殺人罪として予謀による行為などのほかに謀殺による殺人も存在した<sup>82)</sup>。故殺(予謀のない殺人)と加重殺人の区別とそれに伴う効果の相違は、中世の法書の中でもきわめて重要なザクセンシュピーゲル第2巻13節4節、5節においても見出される。規定は次のとおりである。

2・13・4 「すべての謀殺犯人、鋤を強奪したまたは水車場、教会堂もしくは墓地に強奪を加えた者、裏切り者及び放火謀殺犯人、またはこ

これらの任務の実行〔彼ら（自己）の利益のために〕した者、これらの者はいずれも、車裂きにされるべきである。」

2・13・5 「人を打ち殺し、もしくは捕え、もしくは強奪し、もしくは放火謀殺でなし焼き殺し、または婦女もしくは娘を強姦した者、平和破壊者、姦通において捕らえられた者は、その首を刎ねられるべきである。」<sup>83)</sup>

このようにザクセンシュピーゲルでは、加重殺人、特に謀殺に対しては車裂き刑を科し、故殺に関しては斬首刑が科せられており、謀殺罪が故殺罪よりも重く処罰されている。謀殺と故殺の内容に関しては、リューピングによれば、ザクセンシュピーゲルにおける謀殺と故殺の各規定は、それぞれ明示的な定義をおこなっていないものの、謀殺は「意図的な秘密の殺人」を意味し、それに対して、故殺は「死の結果を伴う傷害」を意味したとする<sup>84)</sup>。

中世以前の法によれば謀殺という場合、それは「死体を隠匿すること」を意味したのであるが<sup>85)</sup>、リューピングの言う「意図的な秘密の殺人」がこれまでのように「死体の隠匿」を意味するのか、あるいはミュージックが述べるように、殺人行為そのものの秘密性をも意味するものなのかは明らかではない。また、さらに中世におけるその他の法によれば、謀殺の内容は、秘密性に加えてさらに行為者の非難的心情などを表すようになったとされる<sup>86)</sup>。このように中世において「謀殺」の内容には様々な意味が附加されていたのである。

それに対して予謀のない行為とは、おおよそ情動行為（Tat im Affekt）的なものを意味していたものと思われる。このことは上記のザクセンシュピーゲルだけでなく、例えば、東フランク法（Ostfränkische Rechte）やアレマン法（alemannische Rechte）が「怒りに任せた（in einem gehen zorn）侮辱」と「熟慮された（überlegte）侮辱」を対置し、後者を重く処罰していることなど、ヒスの挙げているさまざま事例から窺える<sup>87)</sup>。

4 ミュージックによれば、以上のような加重殺人（予謀のある行為）

と故殺（予謀のない行為）という対置は、心理主義的に厳格に区別されていたのではなく、両者の区別にとってむしろ犯行の誘因（Tatveranlassung）というモメントが重要であったとし<sup>88)</sup>、さらにヘルシュナーによれば、「予謀の欠如、すなわち古代法（älteren Rechtes）の astus animus は言葉の厳格な意味において情動として把握されているのではなく、被殺者（Getödtete）が先に犯行へのきっかけを与えていた場合には、予謀が現にある場合であっても、すべて予謀の欠如が認められる<sup>89)</sup>」としているのである。つまり、ミュージックやヘルシュナーが述べているのは、中世における刑法もまた、これまでのゲルマン刑法の有していた犯罪の成立を客観的に規定するという伝統を引き継ぎ、加重殺人（予謀のある行為と謀殺）と故殺の区別に関しても、当該行為者の行為の全体を外部的に観察し、そこから当該行為が加重要素をもって行為した場合と、加重要素を抱かず、その場の状況において殺意が生じた場合とにそれぞれ類型化していたということである。このことは例えば、ミュージックが加重殺人のメルクマールとして挙げている「殺害行為の秘密性や強盗謀殺における利欲性（Cewinnsucht）、不名誉な（unehrlichen）武器による殺人、待ち伏せ（Hinterhalt）による殺人<sup>90)</sup>」などから窺い知れるのである。このように理解することによって、ヘルシュナーが述べるように現に行為者に予謀がある場合であっても、予謀がないと述べていることの意味も理解されるのである。すなわち行為者の心理的事実として予謀があったとしても、それが予謀が存在するとされる客観的な類型に当てはまらなければ加重殺人罪は認められないのである。それに対して故殺においては「予謀のないこと（情動）」がメルクマールとされているが、これは、上述のように、加重要素を有するのではなく殺意が生じたと客観的判断できる場合に認められるのである。このような故殺に関する内容をより明確にするために、次に、中世において非意図的な行為に関していかに考えられていたかを検討する。

5 中世において、非意図的行為は、これまでと同様に、一般的には、一定の類型化された「意思なき所業」に当てはまるかどうかによって判断

された。そしてその中には、これまでと同様に過失だけでなく偶然も含まれていたのだが、例えば、13世紀以降、「hinlaezec (hinlassig)」という表現や、15世紀の終わりには、無関心、怠惰などを意味する表現も見られるようになったとされている<sup>91)</sup>。しかし、これらも、ヒスによれば、フランクの時代と同様に、非意図的行為を外形的に判断する以上のものではなかったのである。例えば、グロニンガーの都市帳簿(1425年)には、行為者がある者をひいた場合、馬に座ったり車とならんで歩いているときは、「意思なき所業」とみなし、それに対して、彼が車に座ったり立ったりしているときは、その殺害は意図的であるとしているように、これまでどおり外形的行為によって当該行為が意図的かどうかを判断していたのである<sup>92)</sup>。しかし、ヒスによればザクセンシュピーゲルにおいては、過失と偶然を厳格に区別し、偶然に対する責任は否定されたとする<sup>93)</sup>。ザクセンシュピーゲルにおける非意図的行為に関する規定として挙げられるのは第2巻38章であるが、それは以下のとおりである。

「人は不注意 (van siner warlose) から他の人々に生じた損害を償うべきである、それが火災によるものであるにせよ、また彼が地上膝の高さに垣をめぐらせなかった泉によるものであるにせよ、あるいはまた、彼が鳥を狙ったのに(誤って)人もしくは家畜を射もしくは投げ(当て)た場合にせよ。(ただし)このために、たといその人(被害者)が死亡しても、彼は、判決によって彼の生命をもまた彼の健康をも奪われることはなく、ただ、彼(被害者)の人命金の額に従って、彼(被害者)を償わなくてはならない」<sup>94)</sup>

ヒスは、この規定における「パールローゼ (warlose)」という表現は、偶然とは区別された「過失」を指すものであるとする<sup>95)</sup>。ただし、この「パールローゼ」もまた、外形的、形式的に判断されたため、実際には「パールローゼ」がなく、偶然で結果が生じたとして、それがパールローゼの典型的な場合とされれば、当該発生結果が行為者に負責される可能性が存在した<sup>96)</sup>。次に法効果について、「パールローゼ」に対しては、上記

のように、人命金が科されており、このことから「パールローゼ」は公的刑罰(刑事罰)の対象ではなかったのであり、この点は「意思なき所業」と変わりなかったのである。以上のことから、ザクセンシュピーゲルにおいては、いまだ公的刑罰の対象は、意図的犯罪のみであり、いわゆる過失犯罪、つまり公的刑罰の対象としての過失犯というものは存在しなかったのである<sup>97)</sup>。ただし、意図的犯罪に現在で言うところの過失犯罪の一部が含まれていた。それは上記したように、意図的犯罪かどうかという判断が客観的に行われていることや、リューピングが故殺を「死の結果を伴う傷害」としていることから推察される。

6 このようなザクセンシュピーゲルに対して、内田文昭によれば、ザクセンシュピーゲルと並び称せられるシュパーベンシュピーゲルにおいては、前者とは非常に際立った対照をなしているとされる。すなわち、内田によれば、シュパーベンシュピーゲルは、ローマ法の影響の下、過失と偶然を厳格に区別し、偶然に対する責任は否定する一方で(ここまでザクセンシュピーゲルと同じ)、過失を故意(意図、ないしは *Algist*)による犯行と同置していると解されるのである<sup>98)</sup>。つまり、過失(の一部)を故意と同置することで、刑罰の対象にしたというのである。この点に関する規定として、ペンディングは182節、183節、184節を挙げている。182節によれば、通常は人が通らない路上や木の上の鳥を射ち、人を殺した場合、行為者は自らの生命や身体によって償う必要はないとし、それとは逆に呼び声によって警告を受け、人を認識したにもかかわらず鳥を撃ち、人を殺した場合には、当該行為者は自らの手で殺したもとして、すなわち故殺として扱われるとし、183節によれば、道路のそばにある木を伐木する際にその木によって人を殺した場合、行為者は、刑罰として頭部が切断され、184節によれば、車の転覆とその積荷が投げ出されることによって人が死亡した場合にも先の規定と同様に扱われるのである<sup>99)</sup>。

しかし、以上のような規定は内田が述べるようにザクセンシュピーゲルと際立った対照をなしているとは思われない。むしろ、両者の類似性、な

いし共通性が見て取れるのである。すなわち両者に共通するのは、意図的な危険行為から付随結果が発生した場合に両者ともその付随結果に対する故意犯として処罰しようとしている点である。このことはザクセンシュピーゲルにおいては、上述したように、これまでのゲルマン法の伝統を受け継ぎ、意図的行為かそうでないかを客観的に判断し、そのためルーピングが故殺を「死の結果を伴った傷害」と見ていたということから伺えるし、シュバーベンシュピーゲルにおいては先の182節、183節、184節の事例からうかがえるのである。このように解することができれば、ザクセンシュピーゲルとシュバーベンシュピーゲルは、両者とも実質的には今日で言うところの過失を一定程度、公刑罰によって処罰していたことになるのである<sup>100)</sup>。

7 以上のことをまとめると、おおよそ次ぎようになると思われる。中世ドイツの刑法において、故意 意思責任 平和喪失（公刑罰，例えば平和金や刑事罰）の体系と非故意 結果責任 贖罪金（私刑罰，例えば人命金など）の体系は、これまでと同様に基本的に維持されていたこと、ただし意図的な殺人において謀殺や予謀などに基づく加重殺人と故殺との区別がなされ、両者の内容はそれぞれ多義的であるが、加重殺人と故殺との間に異なる法効果が与えられたこと、そして両者ともこれまでのゲルマン法の伝統を受け継ぎ、客観的に判断されたのである。最後に、故殺においては、一定程度、その中に現在でいうところの過失犯罪が含まれていたのである。それは、具体的には、意図的な危険行為から付随結果が発生した場合であった。

## 2) カロリーナ刑法典

1 1532年に成立したカール5世刑事裁判令（以下ではカロリーナ、ないしはカロリーナ刑法典と略す）は、ヒッペルによれば、非常に卓越した、最初の統一的なドイツ帝国刑事法典であり、それはドイツ固有の法と諸外

国の法、つまり、これまで検討してきたローマ法、教会法、中世イタリア刑法学を融合したものであるとする<sup>101)</sup>。このようなカロリーナ刑法典における責任に関して、まず確認しておくべきことは、ヒッペルが述べるように、原則故意犯のみが処罰されるということが明文化されたこと<sup>102)</sup>、さらに故意と偶然の間に過失の概念を認め、これを明文上規定したことである<sup>103)</sup>。

2 このようなカロリーナ刑法典の責任、特に殺人罪の故意に関する137条の淵源をめぐっては、これをローマ法に範をとったものであるとする見解と、ドイツ伝来の法に基づくものであるとする見解の対立が存在している。まずはカロリーナ刑法典137条をみてみよう。

「完全なる免責事由を有しえざる謀殺者及び故殺者に対する刑罰  
137条 さらに謀殺者（mörder）及び故殺者（todtschläger）にして、それにつきての適法なる免責事由を立証しえざる者は、すべて、生命を奪われ來たれり。されど、若干の地方の慣習に従わば、予謀をもってする謀殺者（fürsetzlichen mörder）及び、故殺者はならびて均しく車輪をもって処刑せらるるも、この間には区別が劃さるべきなり。すなわち、慣習に従わば、予謀を持ってする邪念の謀殺者（fürsetzlicher mutwilliger mörder）は、車輪をもって、しかして短氣と激怒より（gecheyt und zorn）故殺をなしたるも後述のごとき免責事由を有せざる者は、劔をもって、生より死へと罰せらるべし。しかして高貴なる人物に対し、または犯人自身の主君に対して、または夫婦の間にて、若しくは近親者の間にて、予謀をもってする謀殺が行われるときは、その大いなる脅威のゆえに、最終的なる死刑に先立ちて、火挟みをもっての引裂き、または曳き摺りのごとき若干の身体刑によりて、刑を加重するをう」<sup>104)</sup>。

カロリーナ刑法典がゲルマン法の伝統を破り、ローマ法を受け継いだものだとするレフラーは、上記137条において謀殺と故殺が区別されているが、これはローマ法の「Delinquitur aut proposito, aut impetus, aut casu」

に基づいたもので、137条の「fürsatz」という文言は、「propositum」のドイツ語訳であり、「impetus」は、同条の「Jähheit」と「Zorn」によって対応させているとする<sup>105)</sup>。これに対して、ミューシックによれば、ダームやコーラの先行研究を援用しつつ、謀殺と故殺の区別はイタリアの都市国家の法において示されていないとし、ローマ法における「ex propositio」と「impetus」の対置は、殺人罪内部での区別ではなく、殺人罪と身体侵害罪の区別に対応するもので、その限りでは、前者は「vorbedachten Handeln」を、後者は「Verhalten bei Streit (rixa) oder Angriff (insultus)」を意味したとする<sup>106)</sup>。さらに、ヒッペルもまた137条に触れつつ、当該規定はドイツ的な慣習 (Gewohnheit) に依拠するものであるとする。すなわち「fürsatz」は「予謀 (Vorbedacht)」,あるいは「熟慮 (Überlegung)」を意味し、「mutwillig」は「意図的 (absichtlich)」と同義であるとされ、「gecheyt oder zorn」は「予謀 (Vorbedacht) のない行為」を示しているものであり、このような表現はすでにバンベルグ法の中に見出されるとするのである<sup>107)</sup>。

3 では、カロリーナ刑法典は、この点に関してローマ法の影響を受けていないのであろうか？ ミューシックは、カロリーナ刑法典における殺人罪の領域において、次の点では中世イタリア刑法学を介したローマ法の影響が確認可能であるとする。すなわち、カロリーナ刑法典は殺人罪の領域において、これまでのドイツ法よりも明確に主観的な帰責要件を設定している点、さらに謀殺と故殺の区別を主観的なレベルで行っている点であるとしている<sup>108)</sup>。これまでのゲルマン刑法の伝統によれば、謀殺と故殺の区別は被害者の側に犯行の誘因 (Tatveranlassung) (例えば被害者が挑発したなど) があるのかどうかという客観的な基準によって行われていたのだが、カロリーナ刑法典では、客観的な基準ではなく、それらを行為者の主観に基づいて (例えば故殺だと、被害者に何らかの犯行の誘因があった場合ではなく、決定的なのは、行為者が実際に殺害の意思決定を行ったということ、つまり行為者の主観的側面)、判断するようになったのであ

る。

4 ではこのような主観的基準に基づく場合、故殺の内容はいかに解されるだろうか？ カロリーナ刑法典において、故殺に関して「短気と激情」のメルクマールしか挙げておらず、行為者の意思が結果に向けられている必要があるのかどうか、さらに必要であるとした場合、そこに言う行為者の意思がいかなる内容を有するのかについてはこの規定からだけでは明らかではない。それゆえ、カロリーナ刑法典のその他の規定、特に過失として挙げられて事例との対比からその内容を確認したい。例えば、カロリーナ刑法典146条においては、例えば、理髪師が、通常とは異なる場所で何びとかを剃ることを企行し、その者を殺害する場合、または射手が、通常とは異なる場所で、しかも人々が往来していることを認識しているにもかかわらず、発砲し、人を殺害する場合には、行為者は完全に免責されないが、しかし謀殺ないし故殺よりも多くの憐憫がえられると規定している<sup>109)</sup>。内田によればこれらの事例は今日でいえば通常は未必の故意に組み入れられるべきものであり、その意味でカロリーナ刑法典における過失の中には未必の故意も含まれていたとする<sup>110)</sup>。さらにビンディングは146条が過失を「行為者の意思に反して行われるかかる殺害の場合」とし、それに対するものとして「悪意をもって、かつ意思を持って (arglistig und mit willen)」惹起されたものとしていることから、「故意」は「直接かつ特定の結果への意欲」と解されるとする<sup>111)</sup>。

5 以上のことから、明らかになるのは、カロリーナ刑法典はドイツ法伝来の、殺人罪における謀殺と故殺の区別という枠組みと、区別メルクマールを維持しながら、両者の判断基準は、イタリア刑法学を介したローマ法の影響を受けて、客観的ではなく、主観的なレベルにおいて行われているのである。つまり、これまでのゲルマン刑法が客観的判断によって現在で言うところの傷害致死をも故殺として組み入れていたのに対して、カロリーナ刑法典における「故意」は、行為者の主観に基づいて判断されるため、謀殺、故殺に関わらず、結果への直接的な意思(意図)に限定さ

れたのである<sup>112)</sup>。このような転換をヴェルテンベルガー(Würtenberger)は次のように述べている。すなわち「カロリーナ以来、評価の重点は、内部的な事象の明白性(Sinnfälligkeit)にかわって、行為者と彼の犯罪行為との主観的關係にもとづいているのである」<sup>113)</sup>、と。

### 3) カルプツォフの故意論とその承継者たち

#### (1) カルプツォフの見解

1 普通法時代の故意論に決定的な影響を与えたのは、カルプツォフであるといわれている<sup>114)</sup>。彼の見解を検討する前にまず、これまでの流れを確認し、その後にカルプツォフの見解を検討しよう。

2 これまでの議論では、以下に見るように、カルプツォフの故意論が、中世イタリア刑法学を通じたローマ法系の考え方と、ゲルマン法系の考え方の集合体であることから、両法系をそれぞれ時系列に即して検討してきた。ここで明らかになったのは、ローマ法系における故意論の歴史は、ドルス=意図と解することからくる不都合さ(処罰範囲の狭さと証明の困難さ)を回避し、ドルスの内容を意図からさらに拡大していく過程であった。そして、その過程では様々な見解が主張されたのであるが、前節では、特にベルサリ原則に淵源を持つ3つの学説を検討し、それぞれの関係を明らかにしておいた。

他方で、ゲルマン法系においては、その客観的傾向から、意図的行為と非意図的行為(意思なき所業)を区別し、それぞれに異なる法効果を与えていたのであるが、中世にいたって、意図的行為をさらに2分割し、特に殺人罪においては、謀殺や予謀のある殺人などの加重殺人と単純殺人(故殺)に分類し、それぞれに異なる法効果を与えた。そして加重殺人、単純殺人(故殺)においてもその判断は客観的になされたのである。以上のような、ローマ法系とゲルマン法系を、それぞれあえて一言で特徴付けるならローマ法系は主観的要素、つまり意思要素を重視し、ゲルマン法系では、

客観的要素，つまり行為要素を重視したものであったのである。

そしてこのような両法系は，カロリーナ刑法典において融合されることになる。つまり，加重殺人と単純殺人，つまり謀殺，故殺という枠組みを維持しつつ（ゲルマン法系），その判断基準は主観的に行われるため（ローマ法系），カロリーナ刑法典における故意概念はローマ法におけるドルスと同様に意図と解されたのである。

3 このような流れの中で，カルプツォフの故意論が登場することになった。つまり彼の問題意識は，ドルス＝意図と解し，通常刑（*poena ordinaria*）が科せられる対象を，ドルス＝意図を有した者のみに限定する立場から，意図された結果を超えて，そこから生じる付随結果に対しても一定範囲内で通常刑の対象に取り込もうとするものであった<sup>115)</sup>。すなわち，カルプツォフによれば，当該行為者が意思（Will）と殺害意図（Absicht）を持って行われる殺人に対してのみ通常刑が科せられるのではなく，例えばある者が剣などのそれ自体殺害結果を引き起こすのに十分な危険性を有する手段を用いて他人を刺傷し，死の結果が生じるが，しかしその際，行為者は刺傷する意図を有しているのみで，殺害の意図は有していなかったという場合にも通常刑は科されるべきとする。なぜなら，「剣で死傷する者は，当該剣あるいはそれに類する武器が殺害にとって相当なものであるために，当該武器による刺傷を行ってはならないということを知っていた，若しくは少なくとも知らなければならなかった」<sup>116)</sup>がためであるとしたのである。

以上のような，カルプツォフが通常刑の科刑対象を拡大した背景には，カルプツォフの同時代認識とそれに基づく刑罰論が存在した。すなわち，カルプツォフは，彼の生きた時代が，さまざまな争いが絶えず，非常に忌まわしい，残酷な殺人が頻繁に起きているという認識のもと，犯罪を抑止するためには他人の死の結果を引き起こした者には最も重い刑，すなわち死刑が科されるべきであり，それゆえ，死の結果が生じれば，殺人の意図を有したものだけでなく，その他の場合にも死刑が科されるべきとしたの

である<sup>117)</sup>。

4 このように、カルプツォフは当時の社会認識とそれに基づく刑罰論のもと、殺人意図を有していない者にまで通常刑の拡張を意図したのであるが<sup>118)</sup>、このような自説の根拠づけのために、様々な学説や法などを挙げている。以下では、カルプツォフの挙げている、主な根拠について概観する。

立法上の主な根拠としてカルプツォフが挙げているのは、ローマ法、カロリーナ法である。ローマ法に関して、カルプツォフはそのテキストにおいて、例えばある者が他人に第三者を殴打するよう依頼するが、被教唆者(直接行為者)が依頼の内容を超えて被害者を殺害してしまったという場合に、教唆者は、その殺害結果に対しても責任を有するということが明らかにされているとし、このことをゴメスに基づいて、次のように説明している。すなわち、「生じた結果が、それが意図、あるいは意思によって特定されえない、あるいは制限されえないような場合であっても、その生じた結果が意図した結果から蓋然的に生じる場合には行為者はその結果に対して責任を有するのである」<sup>119)</sup>、と。このようにカルプツォフはローマ法においても、自己の意図した行為(結果)から蓋然的に生じる(付随)結果にまで行為者は負責されていたと解し、このことを自説の根拠にしている<sup>120)</sup>。

次にカルプツォフはカロリーナ刑法典137条、148条を挙げている。カルプツォフによれば、カロリーナ刑法典137条に言う「あらゆる謀殺者」とは、殺人の意図を有するものも有していないものも含まれるとして、137条はこのような謀殺者が適法な免責事由がなければ死刑で処罰されるということを示したものであるとする。そして、このことはさらに148条が明確に示しているとする。すなわち148条<sup>121)</sup>によれば「……されど、ある者どもが、打ち合いなし格闘に偶々居合わせて相互に助力し、かくして、何人かが十分なる事由なくして撃ち殺されるときは、その殺害が生ずるに際し手を下したる真の犯人が知らるる場合、この者は、故殺者として、

剣をもって、死へと罰せられるべし……」とする。この規定では、乱闘行為における場合など予謀を持たない行為から相手方に死の結果が生じた場合、行為者は故殺者として処罰するとしていることから、当該行為者の意図した傷害行為（意図的行為）から死の結果（付随結果）が生じた場合をもこの規定は含んでいるとも解しうる。カルプツォフが137条の謀殺の内容をいかに考えていたのか、果たして上記のように解しうるかは問題であるが、148条の故殺に関していえば、問題は、上記のように解するための理論構成である。この点に関してカルプツォフがドルスの範囲を意図から拡大するために依拠している主要な理論的根拠としては3つある<sup>122)</sup>。

第1に、カルプツォフはいわゆる「*Doctorina Bartoli*（*Bartolinischen Doktrin*）」を根拠にする。すなわち、カルプツォフによれば、「禁じられた犯行を行う者は、少なくとも原因（*Grund*）が意図され、かつそこから生じる犯罪に向けられている場合、自己の意図あるいは意思を超えたすべてのことを予期していなければならず、したがって、行為者は少なくともこのことから容易に結果が生じうることを蓋然的に考え、あるいは考慮することができたし、かつ考慮しなければならなかった<sup>123)</sup>」のである。この見解は、上記のように、中世イタリアの法学者であるバルトルスに基づくもので、この学説において重要な点は、いわゆる意図的行為（例えば殴打行為）が、行為者の意図されていない付随結果（例えば、殺害）を必然的、もしくは蓋然的に引き起こしうるような行為である場合に、発生した、必然的ないし蓋然的付随結果が行為者に負責されるというもので、その際、付随結果と行為者との間の意思関係は放棄されているということである。

第2に、カルプツォフは、いわゆる「一般的故意論（*allgemeine Vorsatz, dolus in genere*）」を根拠に挙げる。すなわち「他人を負傷させる意図のみを有して剣で他人を突き刺す者は、彼が自己の侵害を正確に把握しえず、かつ自己の行為から頻繁に他人の死の結果が生じていることを認識している場合には」、彼に死の結果が負責されるとする。ここではカルプツォフは行為者が、加害意思を有して許されない加害行為を行うが、

その加害行為から生じる結果を正確に把握しておらず、その加害行為からさらなる付随結果が頻繁に生じることを知っている場合に、行為者の故意には原因行為(意図的行為)から生じた付随結果をも含んでいるのであるとする<sup>124)</sup>。

第3に、いわゆる間接故意論を根拠にあげる。すなわち、カルプツォフによれば故意殺人には2通りあり、1つ目は、行為者の意思がそれ自体を通じて直接的に殺害行為へといたる場合であり、2つ目は、事象の成り行きを通じて間接的に至る場合であるとしたうえで、前者に関しては、当該死が直接に殺害へと至るのは、ある者が殺人意図を有し、それが殺害における本来の悪意性の実現である場合であるのに対して、後者に関しては、死の結果が生じるのは「事象の成り行きを通じてであって、このこと(原因となる行為・筆者注)から直接的に、諸事情が付け加わることなく死が生じる場合である」とし、例えば、過度の飲酒をする者は、間接的に酩酊の意思をも有しているのであるとする<sup>125)</sup>。このような間接故意論は、コバルピアスに由来するものであるが、ただし、注意すべきなのは、上述のように、コバルピアスは間接意思の場合を直接意思の場合と同様に処罰したわけではないということである。コバルピアスは、「殺人が意思的に生じたが、しかし間接意思による場合、通常刑は免除され、他の刑に変更されなければならない。というのも当該違反行為(Vergehen)は間接意思に関わり、且つ不完全な意思性ゆえに減輕されるからである」<sup>126)</sup>としており、この点で、間接意思をも通常刑の対象としたカルプツォフの見解とは異なるのである。

最後に、カルプツォフは、殺人意図の証明が困難であることを挙げている。すなわち意思というものを傷害の意思あるいは意図でなく、殺害の意思ないし意図までも求める場合、謀殺者は常に自分には殺害の意図がなかったと主張することになるだろうし、そうなれば裁判は長引き、真実は隠蔽されることになるとする<sup>127)</sup>。

5 以上が、カルプツォフの故意論の概要であるが、カルプツォフの挙

げる各理論的根拠はシャフシュタイなどが主張するように、その淵源においては同じでも、それぞれ異なり、相互排他的なものである。にもかかわらず、カルプツォフは自説の根拠付けのためにそれらを持ち出しているのであるが、その理由は、ゼラート・リュープिंग（Wolfgang Sellert-Hinrich Rüping.）によれば、可能な限りの論拠を挙げ通常刑の適用を拡大したかったというもっぱら刑事政策的な欲求に求められるとする<sup>128)</sup>。さらにシャフシュタイによれば、先の雑多な理論的根拠が持ち出されたのは、行為者の主観の証明の困難さを克服するためであったとされている<sup>129)</sup>。もちろんカルプツォフにそのような狙いがあったことは否定できないと思われるが、しかし忘れてはならないのは、カルプツォフが意図的行為から生じる付随結果を無限定に行為者に負責させようとしていたわけではなく、主にイタリア刑法学の学説に依拠しつつ、一定の、負責の限定を課していたという点である。カルプツォフによれば、それは2つある。1つ目は、行為者が後の付随結果をはじめから必然的・通常のものとして認識しえない場合である。これは、例えば、行為者の意図的行為から、後の付随結果が発生することがまれであるにもかかわらず結果が発生したというような場合で、この場合には行為者に当該付随結果は負責できないとする。つまりカルプツォフはここで、行為者に付随結果が負責されるには、意図的行為と付随結果との間に客観的に蓋然的な関係が存在していることが必要であるとしているのである<sup>130)</sup>。2つ目は、意図的行為から付随結果の発生が偶然に生じたのではないことである。例えば、剣で他人を突き刺すが、被害者は突き刺され、倒れた際に首の骨を折って死んだという場合には、当該行為者には死の結果が負責されないとするのである<sup>131)</sup>。

6 以上のカルプツォフの見解をまとめるとおおよそ次のようになるであろう。すなわち、カルプツォフにおいて、殺人罪において故意が認められるには、2通りあって、1つ目は行為者が殺人意図を有している場合、2つ目は行為者が 意図的行為（例えば、傷害行為）を行い、 当該意図的行為が付随結果（例えば、殺人結果）を生じさせる一般的危険性を

有しており、さらに その意図的行為から付随結果が直接生じ、偶然ではない場合なのである。

## (2) ライザーの見解

1 カルプツォフ以後の学説において、カルプツォフの問題意識、すなわち非意図的な殺人に対して通常刑を科すことができるのかということを受け継ぎつつ、故意論を展開した重要な論者としてライザー (Augustin Leyser) がいる<sup>132)</sup>。

2 ライザーの狙いは、カルプツォフと同様にドルス = 意図と解する見解を批判し、ドルスの処罰範囲の、意図からの拡大を主張する一方で、カルプツォフの見解は、意思を推定しているものであって妥当ではなく、そうではない仕方、ドルスの処罰範囲を意図から拡大することにあつた<sup>133)</sup>。

3 ライザーは、意図された結果からの付随結果の処罰範囲の限界に関して、まず実体法上問題と証明上の問題に区別し、実体法上の問題としては、予見された結果への認容 (Einwilligung in den vorausgesehenen Erfolg) ということとその限界を根拠付けようとした<sup>134)</sup>。ライザーによれば、実体法上の要件としての付随結果への認容が認められるには、その(付随)結果の予見が必要であるとし、付随結果への行為者の心理的事実が及ぼされていなければならないとする。しかしライザーはその後の著作において、先の基準では過失との区別が十分ではないことを意識するに至り、さらなる要件を付け加えたとされる<sup>135)</sup>。すなわち、「侵害意思 (voluntas nocendi)」である。この要件は殺人意図を有する場合と、例えば殴打行為にのみ意図を有し、そこから生じた付随的殺人結果に対する責任をおこなう場合の両者に共通する内在的な構成部分であるとされる<sup>136)</sup>。つまり、この相手方にならんかの害を与えるという「侵害意思」が間接的な殺人意思をも含んでいるとするのである。ポルトによれば、この要件は実質的には「dolus generalis」であり、最終的に、ライザーにおいて、行為者が殺

人意図を有していないにも関わらず、故意が認められる場合とは、当該行為者が、（死の）結果発生の可能性の意識と損害意思（Schädigungswill）が存在する場合であるとされるのである<sup>137)</sup>。

4 このようにライザーは、カルプツォフの見解が付随結果に対して意思の推定に他ならないとする批判から出発し、自身は実体法上の要件として、付随結果の予見と「侵害意思」を要求し、これらがあれば行為者に認容が認められるとするが、ではそれがどのような場合に認められるのかについては次のように述べている。すなわち、健全な人間理性（gesundem Menschenverstand）を持つ者であれば、ある行為を行おうとする際、そこからさらなる付随結果の発生を予見するだろうとされる場合に、にもかかわらず行為者が当該行為を行えば付随結果に対する認容は認められるとするのである<sup>138)</sup>。ここでは、行為者の、現に有した具体的な心理的事実が判断されているのではなく、健全な理性を持った人間を想定し、そのような人間ならば、当該行為を行う際に、その行為から生じる付随結果をも当然予見しており、にもかかわらず行為すれば付随結果に対する認容を当該行為者は有していたとされるのである。つまり、行為者が実際に先のライザーの挙げた実体法上の予見を有していなくても、先の判断基準が肯定されれば、行為者には付随結果に対する認容は肯定されるのである。

5 以上がライザーの見解であるが、カルプツォフが実体法上の要件と証明の問題に共通の基準の立てたのに対して、ライザーは実体法上の要件と証明の問題を区別し、実体法上の要件としては、付随結果に対して予見と「侵害意思」が必要であるとして、心理的事実が及ぼしている点でカルプツォフの議論からの前進が見て取れる。しかし、ライザーは、証明の対象を当該行為者の現実の心理的事実としていないため、その実質は心理的事実の推定に他ならないのである<sup>139)</sup>。

### （3）ヴォルフの見解

1 ボルトによれば、間接故意論は1760年代に入り、新たな、第二期を

迎えることになったとする<sup>140)</sup>。第二期の、新たな展開の担い手になったのは、ネットェルブラット(Daniel Nettelbladt)、ベーマー(Johann Samuel Friedrich von Böhmér)<sup>141)</sup>であるが、彼らがそれ以前の見解、特にカルプツォフ、ライザーらと区別されるのは、後者がもっぱら刑事政策的な欲求に基づいて故意論を展開したのに対して、前者においてはクリスティアン・ヴォルフ(Christian Wolff)の自然法論に影響を受けつつ、故意を概念的に規定しようと試みた点であるとされる<sup>142)</sup>。以下ではネットェルブラット、ベーマーの見解を検討するが、その前に両者に影響を与えたとされるクリスティアン・ヴォルフの見解を簡単に概観する。

2 ヴォルフは、その帰責論において、まず意図(intentio)の分析から始める。ヴォルフによれば、「意図」とは意思活動であると定義した上で、その構成部分は意思的側面と認識的側面の2つがあることを指摘した。そして、このような意図は2種類あるとし、1つ目は、直接的な場合で、行為者が当該結果それ自体を目的として行為した場合であり、2つ目は、行為者が結果それ自体を目的としたわけではないが、しかし自己の望む結果を実現する際にともに生じるであろう事が容易に意識されるにもかかわらず行為した場合とする。そして、このような「間接的意図」が認められるのは、行為者が自己の目的とした結果とは異なる(付随)結果を阻止することができない場合、つまり自己の意図した結果を実現させれば、そこから生じる付随結果についてはもはや行為者自身によっては防ぎようがないということを行為者が認識しており、そのような認識を行為者が有せば、行為者は自己の行為をやめるかどうかの判断を迫られることになるが、それにもかかわらず行為者が当該行為を行った場合には行為者は当該付随結果を間接的に意図したとするのである<sup>143)</sup>。

3 このヴォルフの見解においては重要なのは、意図の概念分析から故意には意的側面と知的側面の2つがあることを指摘した点である。さらに付随結果において、ヴォルフは自己の目的が実現すれば行為者にはもはや当該付随結果は防止できない場合に「間接的な意図」が認められるとする

が、これは、おそらく、意図された結果から必然的に結びついた付随結果の場合であろう。なぜなら、必然的付随結果の場合、意図した結果が生じれば必ず生じるため、意図した結果が実現した場合、行為者にはもはや何もできないからである。ヴォルフは、意図された結果と必然的に結びついた結果に関してまでは、その付随結果に対して行為者が予見しつつ行為する場合には、この必然的付随結果に対しても行為者に意欲は認められるとし、付随結果が間接的にであれ意欲に取り込まれるのは必然的付随結果までに限定しているのである。このようなヴォルフの見解はネットルブラット、ペーマーにおいて異なった形で受け継がれていくことになる。まずネットルブラットの見解から検討しよう。

#### （４） ネットルブラットの見解

１ ネットルブラットは、ヴォルフの帰責論を受け継ぎつつも、理論の中心点をヴォルフがあくまで「結果意思」を問題としたのに対して「結果の予見」においた<sup>144)</sup>。すなわち「意欲はそのうちに認識を含んでいる」のである<sup>145)</sup>。このような前提から、ネットルブラットはヴォルフに従い、行為者の意欲には直接的なものと間接的なものが存在するとする。ここで言う直接的なものとは、結果が行為者の行為理由となるもの、つまり意図のことであり、それに対して間接的なものとは行為者が直接当該結果を望んだわけではないが、しかし自己の望む結果を実現する際にも生じるであろう事が容易に意識される結果に関するもの、つまり意図された結果から生じる付随結果の事なのである。そして、ネットルブラットによれば、前者において行為者は可罰的な結果を予見し、その実現のために行為した点に責任非難の根拠があるのに対して、後者では、行為者が当該結果を予見したにもかかわらず行為した点に責任非難の根拠が求められているとする<sup>146)</sup>。後者において問題となるのは、では、どの程度の予見があれば、間接故意とされるのかということであるが、この点に関してネットルブラットは、ヴォルフの見解より付随結果の処罰範囲を一步進め、

自己の望んだ結果が実現した際に生じる付随結果の発生が行為者にとって蓋然的なものとして予見されていることが必要としたとされている<sup>147)</sup>。

2 以上のネットルブラットの見解の特徴は、付随結果に対する故意を表象によって基礎付けた点にある。つまり、ネットルブラットは、ヴォルフの意図に関する分析を受け継ぎつつも、自己の理論の出発点をヴォルフとは異なり知的側面に置くことで、ヴォルフがあくまで付随結果をも「結果意思」から一元的に説明しようとしたのに対して、「結果の予見」が行為者にとって行為理由になったのか、そうではなく行為理由に付随するものなのかで区別し、それぞれに異なる非難の根拠を与えることで二元的に説明したのである。しかもこのような二元的説明は実践的な意味をも有していたのである。2つある。1つは、付随結果の処罰範囲をヴォルフの見解よりも広げることである。つまり、必然的付随結果から蓋然的付随結果に、である。もう1つは、直接故意と間接故意とで責任の軽重の相違をもたらしたという点である。つまり、間接故意は直接故意よりもその責任が一段軽いのである。

最後に、ネットルブラットの見解において注意すべきは、ネットルブラットの見解もまた、ライザーと同様に実体法上の要件としては付随結果に対して予見が必要であるとしつつ、故意の証明の場面においては、行為者が結果を予見しえ、かつ予見しなければならなかった場合に故意が認められるとして、実質的には行為者が実際に結果の予見を有していなくても結果の予見があったとされうる点である<sup>148)</sup>。

#### (5) ベーマーの見解

1 次にベーマーの見解を検討しよう。ベーマーによれば<sup>149)</sup>、刑法上の帰責 (Imputation) の基礎は意思であるとして、この観点から故意、過失を統一的に説明しようとしたとされている<sup>150)</sup>。ここでいう意思とは、特定の犯罪に向けられた意思、すなわち例えば殺人罪が問題となる場合には、行為者の意思は殺人へ向けられていることが必要であり、それゆえ、カル

プツォフが自説の根拠としてあげた「一般的故意」では、故意として不十分なのである<sup>151)</sup>。そして、このような特定の意思は、ペーマーによれば、直接的なものと間接的なものに区別され、間接的な意思には、故意に分類されるべきものと過失に分類されるべきものが存在するとする<sup>152)</sup>。そして、間接意思において、場合によってはドルスとなる場合が「dolus eventualis」なのである<sup>153)</sup>。

2 このように意思を理解する際に問題となるのが、間接的な意思において、故意に分類されるべきものがいかなる場合に認められ、それと過失とされるものとはいかに区別されるか、である。この点に関して、ペーマーは、「故意殺人の本質は、死を引き起こすという特別な意思にあり、これはしかし留保なしに、あるいは未必的（bedingt）にありうるのである」<sup>154)</sup>として、意図されていない結果（間接意思が問題となる場合）に対して故意が認められるには、行為者がその付随結果に対して未必的に認容していなければならないとするのである。

3 そしてペーマーは、付随結果に対して、未必的な認容が認められるとする場合の要件として5つを挙げたとされている<sup>155)</sup>。第1の要件は、「versari in re illicita」である。この要件においてペーマーは、例えば剣を用いた刺傷によって死の結果が発生した場合のように、意図的行為がそれ自体法律に反し、かつ当該意図的行為が付随結果を発生させる一般的危険性を備えていることを求めている。この要件は、ポルトによれば未必の故意の実体的形成とは無関連であり、ただ帰責の明白性と証明の緩和に役立つものにすぎないとされている<sup>156)</sup>。

第2の要件として、ペーマーが挙げているのは、「侵害志向意思（aminus laendi vel nocendi）」<sup>157)</sup>である。故意には一般に、結果を含んだ犯罪メルクマールの認識とならんで意欲を必要するが、犯罪メルクマールに含まれる結果は、意図された結果のみならず、因果的に結びついた、さらなる（付随的な）犯罪結果をも含んでいるのであり、原因行為の意欲が、行為者の意思とさらなる（付随的）結果にとって必要な特別の関係に対す

る一般的基礎を形成するとしている<sup>158)</sup>。シャフシュタインによれば、この要件は間接故意の適用領域の本質的な限定に機能しているとされる<sup>159)</sup>。

第3の要件は「加害に際しての敵対性 (odium contra laesum)」である。この要件は、行為者が相手方に対して敵対性を有していたのかどうかというものであるが<sup>160)</sup>、シャフシュタインによれば、この基準はもっぱら証明上の意義しか有さないとする<sup>161)</sup>。すなわち、例えば、ある者が飲み屋で、店の主人がふざけてお酒を出さないことに腹をたて、近くにあったナイフで主人の肩のあたりを突き刺したら、店の主人が死んでしまったという場合、行為者と被害者との関係が敵対的な関係であれば、行為者に殺人の(未必の)故意が認められ、友好的な関係にあれば、死の結果に対しては過失が認められるとされるのである<sup>162)</sup>。

第4の要件として「自発的な故意傷害 (laesio ultrone)」<sup>163)</sup>を挙げている。これは、行為者の行為が自由意志によって行われたものであるのかどうかを判断するための要件で、例えば、被害者が行為者に抗いがたいほどの怒りや激情を引き起こされ、それによって行為者が被害者に対して傷害行為を行い、それに付随して被害者が死に至った場合、この死の結果に対する未必的な認容は認められないことになる<sup>164)</sup>。この要件もまた最終的には証明上の意義を有するものでしかないであろう<sup>165)</sup>。

最後の要件が「犯行それ自体からの結果 (per-se-Folgen der Tat)」である<sup>166)</sup>。ポルトによれば、この要件は未必的認容の構成を担うもっとも重要な要件であるとされる。すなわち、この要件は客観的側面と主観的側面に区別され、客観的側面においては、直接意図された原因行為と付随結果との関連の性質が問題とされ、主観的側面においてはこの客観的な関連に対する行為者の内心態度が問題とされているとする<sup>167)</sup>。客観的側面においては、意図的行為と付随結果との因果的な結合が問題とされるのであるが、ここで、ペーマーは意図的原因行為と付随結果との客観的な因果的結合を3つに区別しているとされる。すなわち、当該原因行為から付随結果が 必然的・絶対的に生じる場合、 通常・蓋然的に生じる場合、

例外的・偶然的に生じる場合である<sup>168)</sup>。そして、ペーマーはこの分類を行為者の主観的側面に対応させ、必然的・絶対的付随結果を直接故意に、通常・蓋然的結果を未必の故意に、例外的・偶然的結果を過失へと分類する<sup>169)</sup>。シャフシュタインなどによれば、ペーマーは直接故意が問題となる必然的・絶対的付随結果だけでなく、未必の故意が問題となる通常・蓋然的付随結果に対しても行為者の現実の予見が必要としたとするが<sup>170)</sup>、ポルトによれば、未必の故意が問題となる通常・蓋然的付随結果において、ペーマーは必ずしもそれに対応する予見を要求していたとはいえないとする。というのも、ペーマーにとって実体法上の問題として予見が必要かどうかということに関して関心を有しておらず、彼にとって重要だったのは、理論的な概念の実践的使用可能性と証明の安定性であったからである。それゆえ、ペーマーにとって決定的に重要なのは、行為者の予見でも予見可能性でもなく、結果の予見が蓋然的であったかどうかであるとしている<sup>171)</sup>。

4 以上がペーマーの見解であるが、ペーマーの見解の理論的意義としては故意・過失に共通の意思責任という観点から、間接意思が問題となる付随結果において、故意になる場合と過失になる場合があり、故意となる場合が未必の故意であるとして、過失との区別を付随結果に対する未必的認容という基準で行おうとした点である。この点はペーマーが、付随結果に対してあくまで「結果意思」を問題にしている点でヴォルフ(さらにはライザー)と同様であるが、ペーマーがヴォルフよりもさらに進んでいるのは、故意の処罰範囲を必然的付随結果から蓋然的付随結果にまで広げた点である。つまりペーマーは、ヴォルフが、間接故意としていた必然的付随結果を直接故意に組み入れることで、間接故意が問題となる局面を1段階、下にずらしたのである。シャフシュタインによれば、このようなペーマーの見解は、これまでは直接故意=意図と考えられてきたのに対して、意図的行為から生じる必然的結果を直接故意に組み入れた点に彼の見解の独自性があるとする<sup>172)</sup>。

そして、このような分類は単に理論的な説明の相違にとどまらず、実践的意義を有する。すなわちミュージックによれば、ペーマーは故意殺人に関する科刑において、直接故意を謀殺(車裂き刑)に、間接故意ないし未必の故意を故殺(斬首刑)に対応させ、間接故意が認められる場合には直接故意より軽い刑を科しているのであるが、必然的・絶対的結果をも直接故意に組み入れることで、付随結果であっても、それは意図と同様に処罰されることになったのである<sup>173)</sup>。

5 以上、カルプツォフ以降の論者の見解を見てきたが、これらの論者に共通するのは、ドルス=意図からの故意の処罰範囲の拡大である。すなわち意図的行為から生じた付随結果をいかに故意の中に取り込むのかということで、その際の典型例は、行為者が、危険な手段を用いて行った意図的な傷害行為(意図的行為)から生じた付随的な死の結果をいかにして故意の中に取り込むかであった。このような問題に対して、カルプツォフは、この問題に対処しうるいくつかの学説を唱えたのであるが、その中でも間接故意論が後世の論者、特にライザー、ネットルブラット、ペーマーに引き継がれていったのである。ただし、ライザー、ネットルブラットは、間接故意論の有した処罰拡張的側面と証明の緩和という二つの側面を区別し、実体法上の問題としてはドルス=意図からの処罰拡張的側面のみを間接故意論に見出したのである。すなわち、カルプツォフとは異なり、間接故意が問題となる付随結果に対しても、心理的事実が及ぼされていないとしないとして、付随結果に対する行為者の予見を必要としたのである。これらの論者に対して、ペーマーは、カルプツォフと同様に間接故意論の持つ処罰拡張的側面とともに証明の緩和をも意識していたため、必ずしも行為者に付随結果の予見を必要とするのではなく、「予見の蓋然性」で足りるとするのであるが、ただし、このように解することでカルプツォフの間接故意論よりもその処罰範囲は限定されたのである。

以上のように、間接故意のもつ処罰拡張的側面と証明の緩和という側面に関して、両者を意識するカルプツォフ、ペーマーと、処罰拡張的側面の

みを受け継ぐライザ - , ネットルブラットというように分けられるのであるが、これらの論者に共通するのは、間接故意を直接故意よりも一段軽い責任であるとなししている点である（ただしカルプツォフは明確ではないが<sup>174)</sup>）。

これに対して、これらの論者の間では相違もまた存在する。すなわち、カルプツォフ、ライザー、ネットルブラットは直接故意を意図と解し、意図から生じる付随結果を間接故意に分類するのに対して、ペーマーは、直接故意に意図だけでなく、意図した結果と必然的に結びつく結果をも直接故意に分類するのである。これは、上述のように単なる理論的な意義を有するだけでなく、加重殺人の処罰範囲の拡大という実践的な意義をも有したのである。

最後に、指摘されるべきなのは、ペーマーは間接意思が問題となる場合において故意が認められる場合と過失が認められる場合が存在し、意図された結果から生じる蓋然的な付随結果に対して行為者に未必的な認容があるものとし、これを未必の故意（*dolus eventualis*）と称したという点である。レフラーによれば、ペーマーがドイツの文献において最初に未必の故意を主張したとする。このように未必の故意はそもそも（蓋然のないし可能的）付随結果に関する帰責の問題であったのである。

- 1) Benedikt Carpzov, *Strafrecht nach neuer Kurfürstlich-Sächsischer Praxis*, I. Teil, davon die tötungsdelikte, die den allgemeinen teil enthalten, aus der ersten Auflage von 1635 und der vorletzten Auflage von 1739, Übersetzt und mit einer Einführung versehen von Dr. jur. Dietrich Oehler, S. 9.（以下では本書を Benedikt Carpzov (Dr. jur. Dietrich Oehler) として示す）。
- 2) Robert von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, Bd. I, 1925, S72ff. さらにローマ、ゲルマン時代の刑法における、このような犯罪の原則型の理解と「結果責任主義」との関係につき、内田文昭「過失犯論の史的展開について（一）」上智法学論集第16巻第1号（1972）5頁以下、井上正治『過失犯の構造』（有斐閣、昭和52年）131頁以下参照。
- 3) Friedrich Schaffstein, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, 2. Neudruck der Ausgabe 1930-1932, S. 107., さらに、不破武夫『刑事責任論』（清水弘文堂書房、昭和43年）50頁参照。
- 4) Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 107.

- 5) Karl Klee, Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld 1906, S. 4f.
- 6) August Otto Krug, Über Dolus und Culpa, und insbesondere über den Begriff der unbestimmten Absicht, 1854, S. 8f.
- 7) このラテン語の訳は、ホセ・ヨンバルトに従った。ホセ・ヨンバルト「古代刑法における *versari in re illicita* の認否と現代刑法における偶然的役割」上智法学第24巻3号(1981)235頁。
- 8) Alexander Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, 1895, S. 139.
- 9) Vgl. Gottfried Boldt, Johann Samuel Friedrich von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft, 1936, S. 192.
- 10) レフラーによれば、1191年から1198年の間に生じたとされる。Alexander Löffler, a. a. O. S. 139f.
- 11) ヨンバルト・前掲注(7)247頁。
- 12) Alexander Löffler, a. a. O. S. 141.
- 13) Woldemar Engelmann, die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung, 2., verbesserte Auflage, 1965, S. 105.
- 14) Karl Klee, a. a. O. S. 8.
- 15) この点に関するクレーの詳細な論証については、Vgl. Karl Klee, a. a. O. S. 8ff.
- 16) ヨンバルト・前掲注(7)248頁。
- 17) ヨンバルトによれば、カトリック教会の現行法には、精神病を患った司祭は、それが治るまで司祭職に従事してはならないという規定があり、これが *irregularitas ex defectu* の場合の1事例とされている。ヨンバルト・前掲注(7)248頁。
- 18) ヨンバルト・前掲注(7)248頁以下。クレーは、刑罰と不適格性においてベルサリ原則の内容が異なるとは見ておらず、上記の議論はもっぱら不適格性を前提にしている。Karl Klee, a. a. O. S. 8ff. ボルトもまた、ベルサリ原則の主題は不適格性 (*Irregularität*) にあつたとする。Gottfried Boldt, a. a. O., S. 192.
- 19) ただし、ボルトによれば、不適格性に関わるベルサリ原則において、2段階の検討が必要であったとしている。すなわち、第1に、発生結果が行為者の禁じられた犯行から生じたものなのかどうかという点が検討され、これが肯定されれば、その結果は行為者に負責される。第2に、第1の基準が否定された場合、さらに行為者が許された犯行を行う際に、必要な注意を払わなかったのかどうかを検討とされ、それが肯定されれば、発生結果に対して行為者は責任を負うとする。Gottfried Boldt, a. a. O. S. 192f.
- 20) Gottfried Boldt, a. a. O., S. 193ff., さらに、井上・前掲注(2)131頁以下参照。
- 21) Alexander Löffler, a. a. O., S. 146ff., さらに、不破・前掲注(3)50頁以下参照。
- 22) Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 108.
- 23) Vgl. Woldemar Engelmann, die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung, 2., verbesserte Auflage, 1965, S. 49ff.
- 24) Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 108.
- 25) Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 109.
- 26) Woldemar Engelmann, a. a. O., S. 64.

## 故意に関する一考察(二)(玄)

- 27) Woldemar Engelmann, a. a. O., S. 64f.
- 28) Woldemar Engelmann, a. a. O., S. 65f.
- 29) Woldemar Engelmann, a. a. O., S. 66f.
- 30) Woldemar Engelmann, a. a. O., S. 67f.
- 31) Woldemar Engelmann, a. a. O., S. 68.
- 32) Woldemar Engelmann, a. a. O., S. 69.
- 33) Woldemar Engelmann, a. a. O., S. 58f.
- 34) Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 110. このような、付随結果との意思関係の放棄という理解に対して、バルトはバルトリのドルス論は二段階の検討が必要であったとする。すなわち、第1が、原因行為( Vorverhalten )の不許容性(ここでいう原因行為とは例えば、傷害行為から死の結果が発生した場合の傷害行為のことをいう)であり、第二が、重大な(付随)結果を発生させる傾向を有する、客観的かつ主観的蓋然性が存在する場合に行為者の付随結果の責任が認められるとし、付随結果に対しても主観的なつながりが必要であったとしている。Gottfried Boldt, a. a. O., S. 193f.
- 35) Woldemar Engelmann, a. a. O., S. 69f.
- 36) Woldemar Engelmann, a. a. O., S. 104.
- 37) Woldemar Engelmann, a. a. O., S. 105.
- 38) Woldemar Engelmann, a. a. O., S. 106.
- 39) Woldemar Engelmann, a. a. O., S. 106f.
- 40) Woldemar Engelmann, a. a. O., S. 107.
- 41) ヨンバルトによれば、トマス・アキナスは(神学上の)「罪」が結果によって重くなるのかという問題を検討し、結果が意図されていれば罪は重くなるが、意図されていないければ、直接には重くならないが、しかし当該行為が不正であれば、「生じ得る被害を考慮しなかったという不注意(negligentia)のゆえに」故意がなくとも結果は当該行為者に帰責されるとしている。ヨンバルト・前掲注(7)251頁以下。
- 42) Alexander Löffler, a. a. O., S. 158.
- 43) Woldemar Engelmann, a. a. O., S. 107f.
- 44) Wolfgang Sellert-Hinrich Ruping, Studienbuch und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Band 1, 1989, S. 281f.
- 45) Woldemar Engelmann, a. a. O., S. 108f.
- 46) Gottfried Boldt, a. a. O., S. 196.
- 47) Wolfgang Sellert-Hinrich Ruping, a. a. O., S. 282.
- 48) Woldemar Engelmann, a. a. O., S. 109f.
- 49) Woldemar Engelmann, a. a. O., S. 110.
- 50) ここで、シャフシュタインは *dolus in genere* を *dolus generalis* として捉えている。しかしその内容はバルトリのドルス論と結びついた形で理解されている。Vgl. Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 110.
- 51) Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 109f. 不破・前掲注(3)52頁以下参照。
- 52) Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 110f.

- 53) Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 111.
- 54) ブルンナーによれば, 旧ゲルマン刑法とフランク時代における刑法の相違は, 後者においてより行為者の主観的側面を考慮する犯罪が増えたこと(例えば Meineid など), さらに典型的な「意思なき所業(Ungefahrswerk)」の数が増えたことをあげているが, この相違は両方に関する本質的な相違ではないため, 本稿では両者をひとまとめにして記述した。Heinrich Brunner, Claudius Freiherrn von Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte. 2. Band, 1927, S. 719f.
- 55) ミッタイス=リーベリッヒによれば, 最古の法においては, 常に結果の惹起のみが問題となり, 行為者の責任は問われなかった, すなわち「行為が人を殺す(Die Tat tötet den Mann)」のであり, この諺の意味は「犯意が犯人の有責の根拠なのではなく, 犯意の有無に関わらず彼の行為が犯人を有責たらしめる」であるとする。ミッタイス=リーベリッヒ著(世良晃志郎訳)『ドイツ法史概説(改訂版)』(創文社, 昭和61年)62頁以下参照。さらに Vgl. Robert von Hippel, a. a. O., S. 117.
- 56) Hinrich Rüping, Grunriß der Strafrechtsgeschichte, 3. Auflage., 1998, S. 6(本書の初版本に関する日本語訳として, H. リューピング著(川端博, 曾根威彦訳)『ドイツ刑法史綱要』(成文堂, 1984年)4頁(以下では『訳書』として示す))。
- 57) Robert von Hippel, a. a. O., S. 117.
- 58) Karl Klee, a. a. O., S. 5, Hinrich Rüping, a. a. O., S. 6(『訳書』4頁)。
- 59) Alexander Löffler, a. a. O., S. 42., Heinrich Brunner, Claudius Freiherrn von Schwerin, a. a. O., S. 715.
- 60) Heinrich Brunner, Claudius Freiherrn von Schwerin, a. a. O., S. 716.
- 61) Karl Binding, die Normen und ihre Übertretung, Band 4, 1991 (Neudruck der Ausgabe Leipzig 1919), S. 12.
- 62) Rudolf His, Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina, 1967, S. 9。(以下では同著者の他の著書と区別するため, 同書を『Geschichte』として示す。), Hinrich Rüping, a. a. O., S. 6(『訳書』4頁。), Robert von Hippel, a. a. O., S. 117f.
- 63) この「Ungefahrswerk」の訳語は内田・前掲注(2)10頁においては「意思なき所業」とされ, 世良晃志郎によれば「故意なき行為」と訳されている。ミッタイス=リーベリッヒ著(世良晃志郎訳)・前掲注(55)62頁。本稿ではさしあたり, 「意思なき所業」という内田の訳に従った。というのも, 「故意なき行為」という場合, 「故意」の内容が今日で言うところの「故意」と同様にとられる恐れがあるためである。それゆえ, 内田の訳に従ったが, 「意思なき所業」という訳語もまた十分にその意味を表しているとはおもわれない。正確には「犯罪意思(意図)がないとみなされる行為」とでもいうべきであろう。
- 64) Karl Klee, a. a. O., S. 5. Heinrich Brunner, Claudius Freiherrn von Schwerin, a. a. O., S. 715f. f.
- 65) Robert von Hippel, a. a. O., S. 117., Hinrich Rüping, a. a. O., S. 6.(『訳書』4頁), Heinrich Brunner, Claudius Freiherrn von Schwerin, a. a. O., S. 716., ミッタイス=リーベリッヒ著(世良晃志郎訳)・前掲注(55)63頁。
- 66) Heinrich Brunner, Claudius Freiherrn von Schwerin, a. a. O., S. 546

故意に関する一考察(二)(玄)

- 67) このような場合は「条件付きの意思なき所業」といわれ、北欧法(nordischen Recht)においては必要とされたが、ドイツ法においては若干の事例にとどまったとされる。Heinrich Brunner, Claudius Freiherrn von Schwerin, a. a. O., S. 717f., Vgl. Rudolf His, a. a. O., S. 10f.
- 68) Heinrich Brunner, Claudius Freiherrn von Schwerin, a. a. O., S. 718.
- 69) 「侵害された法と破壊された平和とを回復するという目的のために人民全体の機関が提供されたという事情によって」国家が徴収する贖罪金のことを平和金という。ミッタイス=リーベリッヒ著(世良晃志郎訳)・前掲注(55)66頁。
- 70) フェーデとは、自力救済を通じてジッペの名誉を回復することを目的とする、ジッペによる組織的な復讐である。ただし、ウルフェーデ(Urfehde, 和解)によって終了しうる。和解に際しては、多くの場合、贖罪金(Buße)が支払われた。贖罪金はジッペの栄光が損なわれたことに対する贖罪を意味するものであり、贖罪金においては最も重要なものが、殺人に対する贖罪金、すなわち人命金であるとされる。ミッタイス=リーベリッヒ著(世良晃志郎訳)・前掲注(55)57頁以下参照。贖罪金に関してはさらに、実質的には侮辱に対する損害賠償と名誉回復を意味していたとする見解もある。Hinrich Rüping, a. a. O., S. 8(『訳書』7頁)。
- 71) Heinrich Brunner, Claudius Freiherrn von Schwerin, a. a. O., S. 718f., ミッタイス=リーベリッヒ著(世良晃志郎訳)・前掲注(55)頁以下参照。
- 72) 例えば、ミッタイス=リーベリッヒ著(世良晃志郎訳)・前掲注(55)62頁。
- 73) Vgl. Wolfgang Sellert-Hinrich Ruping, aa.O., S. 59f. さらに内田・前掲注(2)10頁参照。
- 74) E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege, 3. Auflage. 1965, S. 25. さらに前掲注(70)における贖罪金の説明参照。
- 75) 内田・前掲注(2)6頁, 8頁, 10頁参照。このことは、「意思なき所業」が、フランクの時代には、生じた結果に対する原状回復のための損害賠償に限定される傾向にあったとする見解(Heinrich Brunner, Claudius Freiherrn von Schwerin, a. a. O., S. 718f.), これに対して、フランク時代以前より「意思なき所業」の場合には原状回復のための贖罪金が科せられていたとする見解(ミッタイス=リーベリッヒ著(世良晃志郎訳)・前掲注(55)63頁)からも推測される。
- 76) Karl Klee, a. a. O., S. 5f.
- 77) クレーはここで、例えば、雷雨の日にAがBに、雷に撃たれて死ぬことを目論んで、森に散歩に行くよう勧め、現のAの意図した結果が生じた場合との平行さを指摘している。Karl Klee, a. a. O., S. 6.
- 78) Rudolf His, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Erster Teil: Die Verbrechen und ihre Folgen im allgemeinen, 1920, S. 69. (以下では本書を『Strafrecht』として示す)
- 79) Rudolf His, 『Geschichte』, S. 9f.
- 80) Rudolf His, 『Strafrecht』, S. 74.,
- 81) Rudolf His, 『Geschichte』, S. 14., ミュースィックによれば、謀殺などのメルクマールが刑罰加重要素となった背景に刑法の道具化があったとする。すなわち特定の住民(いわゆるschadlichen Leuten)に対する闘争のための手段であったのである。Bernd Müssig, Mord

und Totschlag-Vorüberlegungen zu einem Differenzierungsansatz im Bereich des Tötungsunrechts, 2005, 21f.

- 82) 加重殺人のうち、謀殺とその他の加重殺人との概念的な関係は明確ではない。例えば、山本は、ヒスに依拠しつつ、中世ドイツの都市法や部族法における殺人罪は、単純殺人(einfache Tötung)、重い殺人(schwere Tötung)、謀殺(Mord)の3種類に区別されていたとし、加重殺人においても、重い殺人と謀殺を区別していたが、その後、重い殺人の要素とされていた、予謀による殺人や禁止された武器による殺人なども謀殺を示すものとされるようになったとしている。さしあたり、本稿では、故殺という場合は予謀のない殺人、(単純殺人)を、加重殺人という場合、主に謀殺や予謀による行為を指して用いることにする。それぞれの詳細な内容に関しては、山本光英『ドイツ謀殺罪研究』(尚学社、1998年)196頁以下参照。
- 83) 久保正幡、石川武、直居淳訳『ザクセンシュビーゲル・ラント法』(創文社、昭和52年)152頁以下。なお、ザクセンシュビーゲルの翻訳は全面的に本書に負っている。
- 84) Hinlich Rüping, a. a. O., S. 20 (『訳書』21頁)。
- 85) 山本によれば「謀殺(Mord)」という概念はノルド語の「myrda」に由来し、もともとの意味は死体の隠匿を意味していたのであるが、その後さらに、殺人それ自体の秘密性にも認められるようになったとする。山本・前掲注(82)196頁、200頁。
- 86) Bernd Müssig, a. a. O., S. 20, S. 21., さらに山本・前掲注(82)200頁参照。
- 87) Rudolf His, 『Strafrecht』, S. 74ff.
- 88) Bernd Müssig, a. a. O., S. 20.
- 89) Hugo Hälschner, Das preußische Strafrecht Teil 3, 1975 (Neudruck der Ausgabe 1868), S. 44f.
- 90) Bernd Müssig, a. a. O., S. 19., S. 21.
- 91) Rudolf His, 『Geschichte』, S. 12f.
- 92) Rudolf His, 『Geschichte』, S. 13., der 『Strafrecht』, S. 93., Hinlich Rüping, a. a. O., S. 21 (『訳書』22頁)。
- 93) Rudolf His, 『Geschichte』, S. 13.
- 94) 久保正幡、石川武、直居淳訳・前掲注(82)185頁。
- 95) パールローゼの内容に関する詳細な検討は、内田・前掲注(2)32頁以下参照。
- 96) Rudolf His, 『Strafrecht』, S. 94f.
- 97) Karl Binding, a. a. O., S. 90f.
- 98) Rudolf His, 『Geschichte』, S. 13f., der 『Geschichte』, S. 99f., Karl Klee, a. a. O., S. 6., さらに、内田・前掲注(2)38頁以下参照。
- 99) Karl Binding, a. a. O., S. 93f., Karl Klee, a. a. O., S. 6., 内田・前掲注(2)38頁。
- 100) 内田によれば、シュバーベンシュビーゲルが現在で言うところの過失を(公)刑罰の対象にしていたかに対しては慎重であるが、アウグスブルグ都市法では「過失に対する刑罰」が見られたとするピンディングを援用しつつ、中世において、一部では非故意行為に対しても(公)刑罰が科されていたとする。内田・前掲注(2)39頁以下。
- 101) Robert von Hippel, a. a. O., S. 213.

## 故意に関する一考察(二)(玄)

- 102) カロリーナ刑法典において、「boßhaftig」、「geverlich」、「arklichstiglich」、「fürsetzlich」、「williglich」などの表現が用いられている。
- 103) Robert von Hippel, a. a. O., S. 205f.
- 104) 塙浩「カルル五世刑事裁判令(カロリーナ)」神戸法学雑誌第18巻2号(1968年)265頁。  
カロリーナ刑法典の翻訳は、もっぱら塙浩の業績によっている。
- 105) Alexander Löffler, a. a. O., S. 162ff.
- 106) Bernd Müssig, a. a. O., S. 25.
- 107) Robert von Hippel, a. a. O., S. 188f.
- 108) Bernd Müssig, a. a. O., S. 29.
- 109) 146条は次のとおりである。

「正当防衛のほか、行為者の意に反して生ずる、故意なき殺害につきて

第146条 さらに、ある者が、ある適当なる禁止せられるざる行為をかかるとして行為が行われるべきが相応なるところにてなし、しかし、これによりて、偶然のまったく故意ならざる仕方で、行為者の意に反して何人かを殺害するときは、当人は、適切には名づけらるべからざる多くの仕方で、免責せらる。しかし、この場合がさらによく理解せられむがために、われらは、この例をあぐることとす。ある理髪師が鬚髯を剃るをつねとせるごとき彼の店にて、ある人の鬚髯を剃りいたるところ、何ものかにより衝かるか投げらるるかし、このために、彼が、彼が剃りてある人の咽喉を、彼の意に反して切る場合のごとし。他の例を挙げむ。ある慣用の射的にて、ある射手が立ち入るか、または座りいるかして、慣用の標的を射たるところ、彼が正しく狙いを定め、かつ、発射する以前に、射程内にいる何びとかのもとに、その標的が動くか、または、故意ならずしてかつ射手の意に反して彼の小銃または弩が当たるかし、かくて何びとかを射殺するに至る場合のごとし。しかし、両者は免責せらるるものなり。然れども、理髪師が、街路にて、またはその他の常ならざる場所にて、何びとかを剃るを企行し、または、射手が、右と同じごとき常ならざる場所にして、しかも人々が往来せることがわかりいる場所にて射るを企行するか、あるいは、射手が射的にて軽率に振舞えるかし、かくて、その理髪師によりまたはその射手によりて、前述のごとく何人かが殺害せらるる場合は、その行為者は、完全には免責せらるることなかるべし。されど、故意ならずして、過失よりまたは軽率より、行為者の意思に反して行われるかかる殺害の場合には、悪意を持ってかつ意思を持って惹起せらるるその場合に比し、多くの憐憫が得られるべし。しかし、かかる殺人が行われる場合においては、判決発見人たちは、その事件が責めを負わすべく彼の面前にもたらさるときは、その刑罰につきて、法に精通せる人びとに、訴訟記録送付による鑑定を求むべし。これら右に示されたる諸例よりして、理解力ある人は、それ以外の、ここに述べられざりし諸場合につきて、故意なき殺人とは何ぞや、いかにして免責がそれに関して生ずるやを、よく注目し、認識しうべし。しかし、この諸事件は、ともすると、しばしば〔行為者に〕責めを負わしむるにいたり、しかも、これに際しては、法に通ぜざる人々によりて、まったく無統一に処刑されているがゆえに、これにつきての、前に掲げられたる短き説明と警告とは、一般の人々が諸法に対する理解をいくぶんなりともそれより汲みえむとの、良き理由より行われたるものなり。然れども、これらの事件には、時として、き

わめて微妙なる差異ありて、刑事裁判所に座する一般の人々には、この差異は理解せられまたは把握せらるべからず。さればこのため、判決発見人たちは、これら前述の諸事件のすべてに際して(責めを負わしむべきときは)、右に示されたる説明あるがゆえに、前述せられたるごとき法に精通せる人々の訴訟記録送付による鑑定を軽視すべからずして、それをうべきなり。堀浩・前掲注(104)269頁以下。

- 110) 内田はさらに、134条、136条に挙げられている事例もまた今日で言うところの未必の故意を含んでいるとする。内田・前掲注(2)68頁以下。ピンディングもまたカロリーナ刑法典134条、136条は未必の故意を含んでいるとする。Karl Binding, a. a. O., S. 140. ちなみにカロリーナ刑法典134条、136条は以下のとおりである。

「医師が彼の医術によりて殺害する時に蒙る刑罰

第134条 さらに、医師が不熱心または不器用により、されど予謀をもってせずして、何びとかを彼の医術を持って殺害するときは、医術の取得者にして精通者たる人びとによりて、彼が医術を軽率に、かつ、無思慮に用い誤れること、または、彼は、基礎なき、許されざる、彼には不相応なる医術を解するにすぎざること、しかしてこのために何びとかに死への原因を与えたる事が確定せらるるときは、彼は、事の形態と状況に応じて、かつ、法に精通せる人々への訴訟記録送付による鑑定に従いて、罰せられるべし。しかして、この場合には、医術を解するもしかも基礎は学ばざりし軽率なる人びとにた対し、最大の注意が向けられるべし。されど、意思がかかる殺人を意思して行いたるときは、彼は、予謀をもってする殺人者として罰せられるべし。」

「ある者が、何びとかを殺害する加害動物を有するときは

第136条 さらに、ある者がある動物を有して、しかもこの動物が、人々の身体または生命を加害することありうる事が、明らかなるか、しからずしても、かかる種及び特性のものなりて、このゆえに配慮せらるべきものたるときは、その動物の主人は、かかる動物を放棄すべし。しかして、もし、かかる動物が何びとかをかが意思または殺害する場合、その動物の主人は、そのために、事件の状況と形態に応じ、かつ、法に精通せる人々への、または、のちに述べられるごとき地への訴訟記録送付による鑑定に従いて、罰せられるべし。しかして、かくは、彼が、裁判官またはその他の司直によりて、以前に、その動物につきて訓戒せられまたは警告せられたる場合には、いよいよよかり。堀浩・前掲注(104)264頁以下。

- 111) Karl Binding, a. a. O., S. 140f. 内田もまたカロリーナ刑法典において「故意」は、違法性の意識に関して争いあるものの、「一定の結果に直接向けられた意思」であるとする。内田・前掲注(2)68頁以下。

- 112) このように理解するのは、あるいは早計かもしれない。しかし、少なくともこのように解さなければ、後のカルプツォフがドルス=意図からの、故意の処罰範囲の拡大を主張したことが理解できない。

- 113) Thomas Würtenberger, Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafrechtsgebung seit 1532 (Neudruck der Ausgabe) 1973, S. 30.

- 114) Wolfgang Sellert-Hinrich Ruping, a. a. O., S. 247.

- 115) Benedikt Carpvov (Dr. jur. Dietrich Oehler), a. a. O., S. 6f., S. 7ff., Vgl. Friedrich

## 故意に関する一考察(二)(玄)

Schaffstein, a. a. O., S. 118., Wolfgang Sellert-Hinrich Rüping, a. a. O., S. 248., Theodor von Geßler. Über den Begriff und die Arten des Dolus, 1860, S. 26.

- 116) Benedikt Carpzov (Dr. jur. Dietrich Oehler), a. a. O., S. 7ff.
- 117) Benedikt Carpzov (Dr. jur. Dietrich Oehler), a. a. O., S. 4ff. カルプツォフの刑罰論については、Vgl. Wolfgang Sellert-Hinrich Rüping, a. a. O., S. 253ff.
- 118) このようなカルプツォフの、意図ないし通常刑の拡大にするという見解に対して、否定的な見解も存在した。否定説によれば先の事例においては、通常刑は科されず、より軽い特別刑 (extraordentliche Strafe) で行為者は処罰されなければならないとする。その主要な根拠は、犯罪にとって意図かつ意思が決定的であるということである。というのも、犯罪は行為であり、行為それ自体を意味づけるのは当該行為者の意思であるので、当該行為が犯罪であるのかどうか、さらにはいかなる犯罪であるのかは、行為者の有していた意図と意思によって決定されなければならないからである。つまり行為者が殺害結果を引き起こした場合、行為者がいかなる意図かつ意思を有していたかによって当該殺害が、故意を有するのか、あるいはせいぜい過失に過ぎないかが決定されるとする。カルプツォフはこのような否定説の根拠を7つほど挙げている。Vgl. Benedikt Carpzov (Dr. jur. Dietrich Oehler), a. a. O., S. 6ff.
- 119) ただし、カルプツォフはこの典に関するローマ法上の典拠を示していない。
- 120) Benedikt Carpzov (Dr. jur. Dietrich Oehler), a. a. O., S. 10.
- 121) 「人を謀殺し、または人と格闘するに際して、予謀をもって、または予防をもってせずして、相互に援助を与え合う者どもに対する刑罰
- 148条 さらに、ある者どもが、予謀を持ってかつ合意して、何びとかを悪意を持って殺害するに相互に助力または援助をなすときは、その班員どもはすべて、生命を奪われ来たれり。されど、あるものどもが、打ち合いないし格闘に偶々居合わせて相互に助力し、かくして、何人かが十分な事由なくして撃ち殺されたるときは、その殺害が生ずるに際し手を下したる真の犯人が知らるる場合、この者は、故殺者として、剣をもって、死へと罰せられるべし。されど、殺害せられたる者が、一名ならずして多数の、判明しいる者どもよりて、故意に、死亡するほどに、打ち、投げ、または傷つけられて、しかも、特に何者の手および仕業によりて、彼が死亡せるやが立証せられえざる場合は、前述のごとくに危害を加えたる者どもはすべて、故殺者として、前述のごとくに死へと罰せられるべし。しかれども、例えば、ある人が、暴動において、または打ち合いにおいて、殺害せらるる場合のごとく、援助者、助力者および惹起者ありて、しかもこの者どもの手によりては、被害者が前述のごとく死亡するに至るまでの危害を加えられざりし時、その者どもが蒙るべき刑罰につきては、次のごとし。すなわち判決発見人たちは、法に精通せる人々のもとに、かつ、後述せらるるごとき(第219条)地に、訴訟記録送付による鑑定を求むべし。これに際しては、彼らは、彼らが、探知しうる限りの、かかる事件につきての情況および事態をすべて開陳すべし。なぜならば、かかる諸事件においては、すべてを記述しえざるほどに情況は多種多様にして、これらは衡量によりて、さまざまに判決せらるるべければなり。」 鳩浩・前掲注(104)271頁。
- 122) Benedikt Carpzov (Dr. jur. Dietrich Oehler), a. a. O., S. 9ff. 内田文昭「過失犯論の史的

展開について(二)」上智法学論集第17巻第1号(1974)6頁以下、不破・前掲注(3)54頁以下参照。

- 123) Benedikt Carpzov (Dr. jur. Dietrich Oehler), a. a. O., S. 9. あるいは Wolfgang Sellert-Hinrich Ruping によれば、次の文言が、Doctorina Bartoli を示しているとする。すなわち、「殺すつもりなく、他人を剣で刺傷し、その結果、自己の意思に反して死傷結果が生じる場合には、あたかも殺人意図を有していたかのように、通常刑で処罰されなければならない」としている箇所である。Wolfgang Sellert-Hinrich Rüping, a. a. O., S. 279.
- 124) Benedikt Carpzov (Dr. jur. Dietrich Oehler), a. a. O., S. 9.
- 125) Benedikt Carpzov (Dr. jur. Dietrich Oehler), a. a. O., S. 9.
- 126) Wolfgang Sellert-Hinrich Ruping, a. a. O., S. 282.
- 127) Benedikt Carpzov (Dr. jur. Dietrich Oehler), a. a. O., S. 11f.
- 128) Wolfgang Sellert-Hinrich Ruping a. a. O., S. 251
- 129) Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 121.
- 130) Benedikt Carpzov (Dr. jur. Dietrich Oehler), a. a. O., S. 15.
- 131) Benedikt Carpzov (Dr. jur. Dietrich Oehler), a. a. O., S. 15f.
- 132) ライザーの著作に直接参照し得なかったので、彼の見解はボルト、シャフシュタイン、内田の研究に依拠している。Vgl. Gottfried Boldt, a. a. O., S. 201ff., Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 122f. 内田・前掲注(122)43頁以下参照。さらに、不破・前掲注(3)57頁以下参照。
- 133) Gottfried Boldt, a. a. O., S. 201f.
- 134) シャフシュタインによれば、ライザーによってはじめて意図されていない、犯行の重大な結果に対する責任の根拠として「Einwilligung」ということが、ドイツの文献で主張されたとしている。Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 122.
- 135) Vgl. Gottfried Boldt, a. a. O., S. 204f., 内田・前掲注(122)43頁, 高橋直人「近代刑法の形成とバイエルン刑事法典(1751年) 啓蒙と伝統との交錯の中で」同志社法学47巻6号(1996年)435頁参照。
- 136) Gottfried Boldt, a. a. O., S. 204.
- 137) Gottfried Boldt, a. a. O., S. 206.
- 138) Gottfried Boldt, a. a. O., S. 202.
- 139) Gottfried Boldt, a. a. O., S. 202.
- 140) Vgl. Gottfried Boldt, a. a. O., S. 209., さらに内田・前掲注(122)44頁参照。
- 141) 本稿で扱うペーマーの著作はもっぱら後期のものである。Vgl. Gottfried Boldt, a. a. O., S. 215ff.
- 142) Gottfried Boldt, a. a. O., S. 209.
- 143) ヴォルフの見解に関して、彼の著作を直接参照しえなかったため、もっぱらボルトの研究に依拠した。Gottfried Boldt, a. a. O., 209ff.
- 144) ネットルブラットの見解もまた直接著作を参照し得なかったために、ボルト、シャフシュタイン、レフラー、内田、不破らの研究に依拠した。Gottfried Boldt, a. a. O., S. 212., Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 126ff. Alexander Löffler, a. a. O., S. 179f. 内田・前掲注(122)44頁以下、不破・前掲注(3)60頁以下参照。

故意に関する一考察(二)(玄)

- 145) Vgl. Reinhard von Frank, Vorstellung und Wille in der modernen Dolus Lehre, ZStW 10 (1890), S. 173.
- 146) Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 127.
- 147) Vgl. Gottfried Boldt, a. a. O., S. 214., このようなボルトの見解に対してシャフシュタインは, ネットルブラットは可能的結果までを認めていたとする。Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 127. さらに不破・前掲注(3)61頁参照。
- 148) ゲスラーによれば, 結果発生の意識という要件は見かけ上のものに過ぎないとする。Theodor von Geßler, a. a. O., S. 30., Alexander Löffler, a. a. O., S. 179., さらに Vgl. Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 128.
- 149) ベーマーに関する以下の記述は, ベーマーの著作を直接, 参照し得なかったがために, 主に, シャフシュタイン, レフラー, ボルト, ゼラート・リュウピング, 内田文昭, 不破武夫らに負っている。Vgl. Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 123ff., Alexander Löffler, a. a. O., S. 171ff., Gottfried Boldt, a. a. O., S. 206ff., S. 215ff., Wolfgang Sellert-Hinrich Rüping a. a. O., S. 252., 内田・前掲注(122)31頁以下, 47頁以下, 不破・前掲注(3)58頁以下参照。
- 150) Vgl. Gottfried Boldt, a. a. O., S. 215., Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 123., 内田・前掲注(122)33頁以下。
- 151) Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 123.
- 152) Alexander Löffler, a. a. O., S. 172., さらに内田・前掲注(122)47頁以下参照。
- 153) レフラーによれば, ベーマーが「dolus eventualis」という表現を始めて用いたとされる。Alexander Löffler, a. a. O., S. 172., Vgl. Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 124., Sellert-Hinrich Rüping a. a. O., S. 252.
- 154) Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 284f
- 155) Gottfried Boldt, a. a. O., S. 237ff.
- 156) Gottfried Boldt, a. a. O., S. 238f., さらにレフラーによれば, それは歴史的なお荷物(Ballast)であり, ベーマーにおいてはその独自の意義を失っているとされる。Alexander Löffler, a. a. O., S. 170.
- 157) この「aminus laendi vel nocendi」に対する訳語は内田に従った。内田・前掲注(122)49頁。
- 158) Gottfried Boldt, a. a. O., S. 242f.
- 159) Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 125.
- 160) 内田によれば, この要件は宥恕しえない動機に基づいて行為が行われる場合であるとす。内田・前掲注(122)50頁。
- 161) Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 125., それに対して, ボルトはこの要件は証明上の意義だけでなく, 実体法上の意義をも有するとしている。つまり, 先の第2の「侵害志向意思」要件をよりいっそう明確にする機能を有するとするのである。Gottfried Boldt, a. a. O., S. 246f.
- 162) Gottfried Boldt, a. a. O., S. 246.
- 163) 内田によれば, この4つ目の要件は「激情その他の衝動的動作ではなしに, 自由な意思決定に基づいて行為が行われる」こととされている。内田・前掲注(122)50頁。

- 164) ベーラーは、ここでは過剰防衛における殺人と情動による殺人を念頭においているとされる。Gottfried Boldt, a. a. O., S. 248., Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 125f.
- 165) ボルトはこの要件にも一定の実体的な意義を認めている。つまり、この要件は行為者の内心的な態度を特徴付けるものであり、間接故意の領域を限定する機能を担っているとされるのである。Gottfried Boldt, a. a. O., S. 247f.
- 166) 内田によれば、この要件は、「行為それ自体の結果」とされている。内田・前掲注(122)50頁。
- 167) Gottfried Boldt, a. a. O., S. 249f.
- 168) Gottfried Boldt, a. a. O., S. 251.
- 169) 内田・前掲注(122)50頁。
- 170) Vgl. Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 125f., Alexander Löffler, a. a. O. S. 172.
- 171) Gottfried Boldt, a. a. O., S. 257ff., S. 260., さらに, Vgl. Theodor von Gesler, a. a. O., S. 32f.
- 172) Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 124f.
- 173) Bernd Müssig, a. a. O., S. 32.
- 174) Vgl. Bernd Müssig, a. a. O., S. 31f.