

故意に関する一考察(三)

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, 302号)
 - 第3節 啓蒙期以降の(未必の)故意論の展開
 - 1) 啓蒙期における間接故意批判
 - 2) 未必の故意の定式化 (以上, 本号)
 - 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節 啓蒙期以降の(未必の)故意論の展開

1) 啓蒙期における間接故意批判

(1) フォイエルバッハにいたるまで

- 1 第3章第1節, 第2節において, カルプツォフ (Benedikt Carp-

zov)以前の故意論の展開とカルプツォフ以降の間接故意論の流れについて概観したが、そこでは間接故意には処罰範囲を拡張するという機能と証明の困難を緩和するという機能が存在したのであった。そしてこのような間接故意(ないし未必の故意)はその後、コッホ、ピュットマンらに引き継がれていったのだが¹⁾、啓蒙期にはいつの間接故意(ないし未必の故意)は非常に激しい批判にあう。批判は間接故意(ないし未必の故意)の持つ2つの機能、つまり処罰拡張機能と証明の緩和機能のそれぞれに対して向けられた。

2 まず、処罰拡張的機能に対しては、行為者の意思を客観的に判断する間接故意(ないし未必の故意)は行為者の意思を推定し、不当に処罰を拡大するものであり、過酷な処罰を招くものとされた²⁾。この点に関して、例えばクリスティアーナは当時影響力を持ち始めた心理学の知見を用いて、間接故意は心理学的に誤っているとした。というのも、行為者が付随結果を予見しつつ行為したからといって、そのような場合は常に付随結果もまた認容しているというわけではなく、行為者が付随結果を予見していたとしても、その発生を望んでいる場合もあれば、望んでいない場合もまたあるからである。そして行為者が現に付随結果の発生を望んでいない場合にも故意を認める間接故意は妥当ではなく、行為者が付随結果の発生を望んでいない場合には故意は排除されるべきと主張したのである³⁾。つまりクリスティアーナは客観面に対する主観面の独自性を主張し、それに基づいて外形的には故意による殺人と見える場合であっても故意を否定すべき場合が存在することを指摘したのである。

次に、証明の緩和機能に関して、シャフシュタイン(Friedrich Schaffstein)によれば、啓蒙期において百人の犯罪者に刑罰を科すよりも一人の無辜の者を処罰しないようにすることが重要であるとする考え方が支配的となり、このような考え方と客観的な間接故意(ないし未必の故意)は抵触すると批判されたのである⁴⁾。というのも、間接故意(ないし未必の故意)は行為者の内心を客観的に判断するため、場合によっては犯罪意思

のない無事の者をも故意犯として処罰しかねなかったからである。以上の点から、その後の学説は故意をあくまで行為者の内心に即して規定しようとする方向に向かったのである。

3 このような観点から故意を規定しようとする論者として、まずゾーデン (Julius Soden) があげられる。ゾーデンによれば、間接故意は故意 (ドルス) の特徴である「特定の意図 (bestimmte Absicht)」を欠いているため、故意の一種ではなく、それゆえ間接故意は故意ではないとしたのである⁵⁾。そして、ゾーデンは新たに認容責任 (einwilligende Schuld) というカテゴリーを故意と過失の間に設け、従来、間接故意と言われてきたものをここに位置づけ、故意、認容責任、過失という三分説を採り⁶⁾、認容責任という新たなカテゴリーに対する刑罰は故意犯に科せられる刑に直近の刑罰で処せられるべきとしたのである⁷⁾。

またフランク (Reinhard Frank) によれば、スチューベル (Christoph Carl Stübel) は故意 (ドルス) とは「行為の法律違反的作用が犯罪者にその惹起へと動機付ける」場合であるとし、故意が認められる場合を次のように規定する。すなわち故意が認められる第1の場合は、結果の表象を動因的な動機 (treibendes Motiv) とする場合であり、第2の場合は行為者が、結果が発生するに違いないとの確信を有している場合である。第3の場合は、行為者が結果発生を蓋然的とみなしている場合であるが、この場合、結果を望んでいれば故意であり、望んでいなければ過失 (クルパ) であるとする。そして最後に行為者が結果発生を可能なものとしかみなしていない場合には故意も過失も存在しないとするのである⁸⁾。

さらに、クライン (Ernst Ferdinand Klein) によれば、行為への帰責はすべて意思の瑕疵を前提とするという原則を掲げる。そしてこのような意思の瑕疵を積極的 悪しき意思 (positivbösen Willen) と、消極的 悪しき意思 (negativbösen Willen) とに区別し、前者が故意で、後者が過失であるとした上で、前者は許されない作用を引き起こす、あるいは命じられた作用を引き起こさないという決意であり、後者は違法な行為の回避のた

めに必要な能力と注意を注ぐ、あるいは働かせる意思の欠如する場合を言うのであるとする⁹⁾。そして、クラインは両者をさらに次のように分類する。すなわち、行為の違法な作用が行為の必然的結果として明確に考慮され、かつ意欲されている場合、違法な作用が行為の必然的結果として不明確にしか考慮されておらず、あるいは意欲されているのではなく、ただ許容されているに過ぎない場合、違法な作用がありうる結果として明確に考慮されている場合、行為者が結果を明確に意識せず、いかなる結果に対しても無関心で行為する場合、消極的な悪しき意思が存在する場合である¹⁰⁾。そして、クラインは、以上の分類において から までが故意犯となるのであるが、 は 、 より可罰性の程度が一段低いものとみなされている。つまり、 に対しては通常刑を、 には「通常刑に直近の刑罰 (die nächste Strafe nach der ordentlichen)」が科されるべきとしたのである¹¹⁾。

4 以上のように、クリスティアーニによる間接故意(ないし未必の故意)に対する批判以降、学説は間接故意(ないし未必の故意)を行為者の心理に即して規定しようと試みたのであった。その際、心理主義的に規定された間接故意(ないし未必の故意)は意図ないし結果発生を確信している場合よりも刑罰の程度は一段軽いものとして位置づけられたのである。そしてその後、以上のような故意の心理主義化をより徹底し、行為者の心理に即して基礎付けられた間接故意それ自体をも批判したのはフォイエルバッハ(Paul Johann Anselm von Feuerbach)であった¹²⁾。

(2) フォイエルバッハの故意論とその批判

1 フォイエルバッハは彼の心理強制説から演繹して故意を規定しようとした。すなわち、刑罰の目的は犯罪を抑止することであり、それゆえあらゆる現存する刑罰法規は潜在的犯罪者の心理に働きかけることが必要であるとしたうえで¹³⁾、このことが具体的に可能であるための条件として次の3つを挙げる。 刑罰法規の意識と認識。というのも、行為を行わな

いように拘束する法律とその動機付け根拠としての刑罰の表象がなければ、それらの表象を媒介してのみ作用しうる威嚇が心情へと働きえないからである。なされた犯行の、刑罰法規への包摂。というのも、ある法規はその法規の表象によって行為者の行為を阻止するのであるが、その際、行為者は自己の行為がどの法規に当てはまるのかを認識して初めてこれが可能になるからである。事実(Factum)が主体の欲求に基づかなければならない、すなわち犯行(Tat)でなければならぬということ。ここに言う主体の欲求とは、主体が望むもの、すなわち主体の意図を指している¹⁴⁾。そしてフォイエルバッハによれば、なぜ犯行が主体の意図に基づいていなければならないかといえ、犯行が主体の欲求に基づかなければ、刑罰法規は潜在的犯罪者の心理に働きかけることができず、それゆえその実効性を失うからである¹⁵⁾。以上のことを前提にして、フォイエルバッハは、故意を「人の欲求能力(意思)が、目的としての権利侵害にむけて、それが違法であるとの意識を有しつつ決定する¹⁶⁾」ことと定義するのである。つまり、行為者が何らかの刑罰法規に規定された権利侵害を意図し、これがある刑罰法規に含まれること、すなわち違法であることを意識している場合に故意が認められるのである。

故意をこのように定義した後、フォイエルバッハは故意の種類について、故意一般を直接故意と間接故意とに分ける分類の仕方に反対し、特定の故意(bestimmte Dolus,あるいはdolus determinatus)と不特定の故意(unbestimmte Dolus,あるいはdolus indeterminatus s. eventualis)という分類枠組みを提起する。特定の故意とは、違法な結果がもたら行為者の目的であったという場合を言う。これは現在の言うところの意図を意味する。次に不特定の故意とは、犯人の意図が、単一の権利侵害ではなく、複数の権利侵害に向けられていて、行為者はそのどれが実現してもよいと考えている場合である。例えば、AがBに恨みを抱き復讐を試みるに際して、AはBに危害を加えればよいとだけ考えている、すなわち単なる傷害でも殺害でもよいと考えている場合のように行為目的を1つに限定し

ていない場合には、死の結果が生じても殺人の故意は認められるとするのである¹⁷⁾。このようにフォイエルバッハによる特定の故意と不特定の故意という分類はそれが単一の意図なのか、複数の意図なのかという相違であり、彼は故意があくまで意図であるという点はゆずらないのである¹⁸⁾。そして、フォイエルバッハはこのような不特定の故意こそが未必の故意であると考えてたのである¹⁹⁾。それゆえ、ここではもはや未必の故意は付随結果に対する帰責という意味を失っているのである。

以上の観点から、フォイエルバッハは付随結果としての間接故意に対して次の4つの点で批判する。第1に、間接故意が問題となる場合、行為者は付随結果をそもそも意欲しておらず、これを故意と称することはできない。にもかかわらず、この場合に故意を認めるのであれば、それは故意の推定に過ぎないとする。第2は、間接故意を主張する者が、間接故意を認める前提として、まず行為者の直接故意、つまり意図それ自体が違法な結果を目指すものであることを必要とするのは妥当ではないとするものである。すなわち、例えば行為者の意図それ自体は適法であるが、しかしそこから生じる付随結果が違法な結果である場合、間接故意論者によれば、間接故意は認められないとするが、付随結果との関係で言えば、これは間接故意が認められる場合と構造は同一なのであって、にもかかわらず間接故意論者がこの場合に間接故意を否定することで、間接故意の肯定を意図それ自体の適法・違法に関わらせるのはおかしいとする。第3は、フォイエルバッハによれば、故意とはあくまでも意図であって、意図されていない付随結果に対して、間接的にではあれ意図が存在するというのは概念矛盾である。最後に、間接故意論者は、間接故意を上記の不特定の故意と混同しているというものである²⁰⁾。このような批判をした後、フォイエルバッハは、間接故意とは結局のところ故意によって基礎付けられた過失(culpa dolo determinata)にすぎず、それはあくまで過失の一種であると結論付けたのである²¹⁾。

2 このようなフォイエルバッハの故意論がその後の学者に多大な影響

を与え、フォイエルバッハ以後、故意の分類は直接故意、間接故意にかわって特定の故意、不特定の故意という分類枠組みが学説において徐々に採用されていくことになる。しかしこのようなフォエルバッハの故意の分類枠組みの中身、特に不特定の故意の内容に関してはそれが多義的であったため、学説はこれを択一的故意、未必の故意、概括的故意へとさらに細分化していくことになる。そして未必の故意に関しては不特定の故意の理解との関連でその内容がおおよそ2通りに理解されていくことになるのである。すなわち、不特定の故意を複数の結果に対するものであるという観点から未必の故意を付随結果に関するものとして理解するものと、不特定の故意を意図した結果の発生が不確実な場合であるという観点(ここでは *dolus indeterminatus* は不確定の故意と称されるべきであろう)から未必の故意を結果発生の不確実な場合と理解するものである。前者はヘンケ(Eduard Henke)に代表される学説であり、後者はベルナー(Albert Friedrich Berner)を代表とするものである。ただし、これらの理解以前にフォイエルバッハによる不特定の故意の理解では付随結果が考慮されず、妥当ではないと批判されたのである。

例えば、クラインは上記のフォイエルバッハの論考の直後に発表された論考において、フォイエルバッハの故意の枠組みに一定の賛意を示しつつも²²⁾、その内容に関して、特に付随結果の帰責に関してはフォイエルバッハの見解と自身の見解は異なるとし、次のように述べる。すなわち「意図されていないが、甘受された作用が行為の必然的結果で、その必然性が行為者によって予見されていた場合、それが好ましくなかったという事情は故意概念を阻却しない」のである。というのも、「例えばおいが叔父を他の方法では叔父の財産を得られないために毒殺する場合であっても、おいには叔父に対する殺人の故意は認められるべきだからである。すなわち、違法な結果が生じるにちがいないと認識しつつ行為する者もまた故意犯で処罰されなければならないのである²³⁾」として、フォイエルバッハの枠組みではこのような場合、故意によって基礎付けられた過失に分類されるほ

かないが、それはこのような事例を正当に評価していないと批判し、上述のクラインによる故意の分類の正当性を再度強調していた。

また、マイスター (F. Fr. Eh. Meister) は故意を意図としてのみ捉えるのであれば、例えば多くの殺人罪を過失犯として処理せざるを得ず、それは過度の寛刑にいたるとして、この不都合を回避し、故意=意図からさらにその処罰範囲を拡張するために、故意の分類枠組みとして特定の故意/不特定の故意ではなく、直接故意/間接故意の分類枠組みをとることの必要性を主張するし²⁴⁾、さらにミッターマイヤー (Karl Jeseoph Anton Mittermaier) によれば、故意の本質を「違法な効果の積極的な欲求 (positive Begehren des rechtswirigen Effects)」, すなわち違法な結果の意図として捉える場合、故意の処罰範囲は過度に制限されるとして、その本質は「違法な結果の認容 (Einwilligung)」にあるのであって、故意をこのように捉える場合、行為者が付随結果の発生がありうると予見し、承認している場合である、いわゆる間接故意もまた故意に含まれるとするのである²⁵⁾。ただし間接故意は意図の場合よりも刑の程度はより低いものでなければならない²⁶⁾。

3 以上のように、学説は付随結果の観点からフォイエルバッハの故意論を批判するが、ただし付随結果の領域をいかなる概念で捉えるのかには争いがあった。しかしヘンメン (Heinrich Hemmen) によれば、フォイエルバッハ以降、ヘンケによってはじめて付随結果の領域が未必の故意において捉えられるようになり、ヘンケによる定義がその後の学説において定着することになったとされる²⁷⁾。次にヘンケ以降の学説を検討しよう。

2) 未必の故意の定式化

(1) 意的要素を重視する見解

1 ヘンケは当初、故意の分類においてフォイエルバッハに従い、付随結果の領域を故意によって基礎付けられた過失 (culpa dolo determinata)

として把握していたのであるが²⁸⁾、その後の彼の教科書において、同様の行為から生じる故意と過失の競合というのは、故意と過失が相互排他的な関係にあるために思考不可能であるとする結論に達する²⁹⁾。それゆえ、ヘンケは故意によって基礎付けられた過失という概念を放棄し、そこで問題となっていた事例を故意、または過失にそれぞれ振り分けるのである。そして、故意が問題となる場合が未必の故意(dolus eventualis)であるとして、それは次の場合に認められるとする。すなわち、行為者が犯罪行為を行ったが、しかし実際に生じた結果を目的としておらず、ただ予見していたに過ぎないところ、行為者はまずもって(zunächst)意図した作用をいかなる犠牲を払ってでも引き起こそうとするために、現に生じた結果を認容し甘受していた場合である³⁰⁾。

ヘンケによれば、このような未必の故意はフォイエルバッハの言う不特定の故意とは次の点で異なる。すなわち、フォイエルバッハの言う不特定の故意は、自己の行為から生じる複数の結果を予見し、その複数のうちのどれか1つのみをもつぱら意図しているわけではなく、行為者の意図は複数の結果のそれぞれに向けられており、それゆえいずれの結果発生もまた行為者にとっては等価値である、つまり無関心な場合であるのに対して、ヘンケの言う未必の故意においては、行為者は単一の結果をまずもって意図しているが、しかしその意図した結果の実現に際して付随的に生じると予見されている結果に対しても故意を認める場合であり、ここでは、先のフォイエルバッハの言う不特定の故意とは違って行為者にとって複数の結果の中で優劣が存在しているのである³¹⁾。

このようにヘンケは未必の故意の、不特定の故意に対する独自性を主張し、このような未必の故意が 未必の故意と不特定の故意との関係に関しては理解の相違はあるものの 後の学説に継承されていったのである。

2 例えば、ウェーバー(v. Weber)は故意を特定の故意(bestimmten Dolus)と不特定の故意(unbestimmten Dolus)に区別する点でフォイエルバッハに従いしつつも、不特定の故意をさらに択一的な故意と未必の故

意とに区別し、後者が狭義の、あるいは本来の意味での未必の故意であるとする。そして狭義の、あるいは本来の意味での未必の故意とは、行為者が優先的に(vorzugsweise)複数のありうる可罰の結果のひとつを意欲し、かつ別の結果をも認容していた場合を言うとする³²⁾。より厳密に言えば、行為者がまずあるいは優先的にある一定の可罰性の程度の低い結果を意欲していたところ、実際には行為者の意図した結果より重い結果が発生したのであるが、行為者はこのより重い結果を意図した結果の発生と同時に容易にありうるものとして予見し、かつ自己の主目的のために自己の意思へと組み入れていた場合、より重い結果をも行為者は意欲していたとし、これが狭義のあるいは本来の意味での未必の故意であるとする。そして、このような狭義の、あるいは本来の意味での未必の故意は、ウェーバーによれば、一定の場合、特定の故意よりも刑罰の程度はより軽いとされるのである³³⁾。

3 その後、ウェヒター(Carl Georg Wachter)³⁴⁾、ヘフター(August Wilhelm Heffter)³⁵⁾、アーベック(Friedrich Heinrich Abegg)³⁶⁾、パウアー(Anton Bauer)³⁷⁾などもまた上記の定義に基本的に従っているのだが、しかし、これらの論者において故意の処罰範囲、さらに過失との区別基準に関する考え方は大別して2つに分かれる。1つは「意図との同視」に着目する見解であり、もう1つは「結果回避の意思」に着目する見解である。前者から検討しよう。

4 前者に属するのはウェーバー、ヘフター、アーベックらである。例えば、ウェーバーによれば、狭義の、あるいは本来の未必の故意と過失(muthwillige Culpa)の区別に関して、行為者が自己の意図した結果の実現に際して必然的に生じる付随結果の場合には、行為者はそれを認識・予見しつつ行為すれば、行為者には当該付随結果の発生を阻止しえない以上もはや結果不発生の意欲は認められず、逆に結果発生の意欲が認められるのに対して、単にありうるものとしてあるいは蓋然的なものとしてみなしている場合には自己の技術、あるいは幸運を信じて付随結果の不発生を望

みつつ行為する場合も存在するのであって、このような場合には過失が認められるとする³⁸⁾。つまりウェーバーにおいて、自己の意図した結果を実現する場合、付随結果の発生をもはや防止できない、つまり必然的に生じるのだと認識している場合には行為者は付随結果もまた意欲しており、未必の故意が認められるのである³⁹⁾。

またヘフターによれば、未必の故意とは、「ある者が、ある犯罪に際して刑法によって前提とされている作用あるいは結果をなるほど直接には意図していないが、しかしそのような作用あるいは結果が、自らの意思によって阻止しなければ、自己の犯行によって引き起こされうることを意識し、しかもこれに適した行動であることをほとんど承認しつつ、生じうることを是認している場合であるとし⁴⁰⁾、他方で過失による犯罪を *luxuria* ないしは *lascivia* と *negligentia* ないしは *ignorantia* の2つに分け、前者について、ある者が彼によって認識された可能、あるいは蓋然的だがしかし必然的ではない違法な結果に注意することなく、しかも先の結果を意図することなしに、それでもなお自由な決断から先の結果が実際に生じるところの行為態様を行った場合に認められるとする⁴¹⁾。このことから、ヘフターによれば意図した結果から必然的に生じる付随結果を予見しつつ行為すれば、当該付随結果はもはや阻止しえないことを行為者は認識している以上、(付随)結果発生の意欲は認められることになり、それゆえ未必の故意は、彼によれば行為者が付随結果を必然的なものとみなしている場合に認められるのである。

さらに、アーベックによれば未必の故意とは、複数の結果のなかでまずもってある1つの程度の軽い結果を意図するが、しかしまたより程度の重い結果の発生を予見し、これを条件つきで自己の意思に受け入れることによって行為を遂行する場合であるとする⁴²⁾。つまり故意と過失は行為者が法侵害を意欲したか否かによって区別されるのだが、その区別基準は行為者がある結果を意図してはいないが、しかし自己の行為から当該結果が必然的に生じるものと予見しつつ行為したかどうかであるとするのである⁴³⁾。

5 以上のように、必然的付随結果までを故意に含める見解に共通するのは、故意をア・プリオリに「結果への意欲」と捉え、(付随)結果をも意欲したと言える場合はどのような場合かという点に関して、意図を故意の典型と捉えた上で意図と同視できるのはどのような場合かという観点から、その限界を画する点である。すなわち行為者が意図した結果の実現から必然的に生じる付随結果までは意図と同視できるものとして、この場合までは「結果の意欲」、すなわち故意が認められるとしたのである。というのも、付随結果が自己の意図した結果と必然的に結びついている場合、自己の意図を実現すれば付随結果も同時に発生するのであって、行為者が付随結果の発生を阻止したければ、自己の意図を放棄し、当該行為をやめるほかないことを認識しているにもかかわらず行為する場合には、行為者は意図した結果とともに付随結果もまた意欲していたといえるからである。

6 以上の見解が、故意の処罰範囲を「意図との同視」から規定しようとするのに対して、次に検討する「結果回避意思」に着目する見解は故意をア・プリオリに「結果への意欲」として把握する点では先の諸見解と共通するが、しかしその存在証明を先の諸見解とは逆に故意の認められない場合から規定しようとするのである。すなわち行為者の結果発生の予見を前提に、さらにその「結果への意欲」がない場合でなければ、「結果への意欲」は存在するとする。そして、ここにいう「結果の意欲」のない場合とは行為者が結果の不発生を意欲している場合であり、このような結果不発生の意欲がない場合には故意が認められるとするのである。

例えば、ウェヒターによれば、行為者が一定の違法な結果を、それがたとえ自己の行為のありうる結果としてであっても予見されていることを前提に、行為者は確かにその結果を意図していないが(will)、しかし内心上それを回避しないと考えた場合には、行為者はその結果を「明確に事前に是認している(bestimmt vorher billigt)」として、未必的な故意が認められるとする⁴⁴⁾。

またパウアーは、ウェヒターの「回避意思」の考え方を受け継ぎつつ、

さらに推し進めるのである。パウアーによれば⁴⁵⁾、故意と過失の区別基準について、「行為者が意図されていない別の結果を、自己の行為の、ありうる、あるいは蓋然的な結果として認識している」ことを前提に、行為者がそのような付随結果を「事前に明確に是認した(voraus bestimmt billigte)」場合に未必の故意は認められるとするのであるが、それは具体的には行為者が結果の発生を防止するための努力を行ったのか、行わなかったのかによって区別する⁴⁶⁾。つまりパウアーは可能なもの、ないしは蓋然的なものとして認識された付随結果を回避するための現実の措置を行為者に要求し、行為者が付随結果に対する回避措置を行えば過失が認められ、行わなかった場合には「付随結果の是認」、すなわち未必的な故意が認められるとするのである。パウアーのこのような区別基準は、ウェヒター⁴⁷⁾の考え方をさらに推し進め故意と過失を客観的な基準で区別しようとするものである。(ウェヒターの見解は、アルミン・カウフマンの見解と類似しており、それゆえアルミン・カウフマンと同様の問題点を抱えている。アルミン・カウフマンの見解については第4章第1節において、検討する。)

この見解は、先の「結果の意欲」を積極的に規定しようとする見解において、必然的付随結果をも「結果の意欲」に含める根拠として、自己の意図した結果を実現すれば、付随結果をもはや回避できないことを認識しているにもかかわらず行為した場合、付随結果もまた意欲したといえる、つまり「付随結果が必然的に生じると認識しつつ行為をやめなかった 付随結果を回避するつもりがなかった 意図と必然的付随結果は行為者にとって同価値 付随結果をも意欲した」といえる点に着目し、このような論理関係をさらに必然的でない、蓋然的、あるいは可能的付随結果に対しても推し及ぼし、付随結果の発生が可能、あるいは蓋然的な場合であっても行為者に回避意思がなければ付随結果を意欲したといえるとする点に特徴を有するものである。ただし、これらの論者においては、必然的付随結果までを故意に認める見解よりの故意の処罰範囲は広がっているのだが、主張者自身がこの点に気づいているのかどうかは明らかではない。

また回避意思に着目する点ではウェヒター、パウアーとも共通するのが、その捉え方に関してウェヒターは回避意思をあくまで主観的なレベルで捉えるのに対して、パウアーは実際に回避行動にでたのかどうかという客観的な基準として理解している点で両者は異なるのである。

7 以上、フォイエルバッハ以降の見解は心理主義の観点から故意を「結果への意欲」と捉え、意的要素によって故意と過失との区別を試みてきたが、その後の学説において表象あるいは予見の程度によって故意を分類する見解も現れた。次にそのよう見解の系譜を検討する。

(2) 知的要素を重視する見解

ベルナーの見解

1 これまでの見解においてはドルス(dolus)を故意(Vorsatz)あるいは意図(Absicht)として示してきたが、そこでは故意と意図の相違は十分に意識されず、それゆえ異なるものとしては考えられてこなかった⁴⁷⁾。それに対して、レフラーによれば、ヘーゲルは故意と意図を異なるものとして区別し、故意は個別的なもの(etwas Einzelnes)として行為に向けられるのに対して、意図は一般的なもの部分(Stück eines Allgemeinen)としての行為、すなわち行為の内容に向けられているとした⁴⁸⁾。

2 ベルナーは、このようなヘーゲルの故意と意図の区別をうけつぎ、さらにヘーゲル哲学に依拠した独自の方法論からドルスを考察する。ベルナーによれば、ドルスはあらかじめ見出されるもの(Vorgefundenes)としてではなく、それは意思(Will)と犯行(Tat)との展開、すなわち行為の全体性(Die Totalität der Handlung)から明らかになるものであるとして、このことは次のような公式において示されるとする。つまり、生じたことは意欲されたものであり、意欲されたものは生じたことである(das Geschehene ist ein Gewolltes, das Gewollte ist ein Geschehene)⁴⁹⁾、と。

ベルナーは、このような意思と犯行との均衡関係(Gleichgewicht)か

らドルス概念を考察するのであるが、彼はまず行為者の内心それ自体を考察し、そこから *Impetus* と *Prämeditation* の概念を導き出し⁵⁰⁾、これらを故意に位置づけ、次に、ドルスの分類に関しては意図に位置づけ、これを犯行の側面、つまり客観的側面との関係の考察から導き出すのである。

ベルナーは、ドルスと犯行、つまり現実化 (*Wirklichkeit*) との関係を示すためにはまず論理法則に依じて現実化のファクターを明らかにする必要があるとした上で、そのようなファクターとは偶然性、可能性、必然性であるとする。現実化するためにはまずそれが可能でなければならないのだが、それが単に可能にすぎないのであれば、それは偶然であるし、現実的に (*real*) 可能であれば必然なのである。つまり、偶然性と必然性は可能性の2つの異なる形式なのである。そして、現実可能である場合は現実化のあらゆる条件が存在する場合、言い換えるとある可能性が事態の通常経過によれば、現実へと必然的に移行する場合であり、それに対して条件の一部のみしか存在していない場合が単なる可能である場合で、この場合に現実になるためにはさらなる条件が揃わなければならないが、それはその他の偶然に依存するのである⁵¹⁾。

以上の分析から、ベルナーは意図を現実化との関係で2つに区別する。すなわち、意思が現実的な可能性 (必然性) に向けられているのか、あるいは単なる可能性 (偶然性) に向けられているのかである。そして現実的可能性に向けられている場合が、特定のドルス (*dolus determinatus*) であり、単なる可能性に向けられている場合が不特定のドルス (*dolus indeterminatus*) あるいは未必のドルスなのである。

特定のドルスは、例えば行為者が被害者を殺害するために彼の胸がけて拳銃を発砲する場合のように行為者が結果発生のすべての条件を作り出すことによって、行為者は結果が発生するはず (*es eintreten soll*) と認識している場合に認められる。それに対して不特定のドルスは、次のような場合に認められる。すなわち例えば納屋の近くでパイプに火をつけ、火のついたマッチを納屋のそばにある干し草の山に放り投げ、それによって納

屋が燃えてしまった場合のように行為者は結果発生すべての条件を作り出すわけではなく、あくまで1つ、あるいは複数の条件を作り出すのであるが、しかし結果発生にはさらなる条件が必要な場合に 例え先の場合であれば、干し草が燃えている際にさらに強風が吹いたという条件が付加されることによって納屋に火が燃え移る場合、行為者が自己の行為によって納屋が燃えてしまう可能性を認識しつつ、にもかかわらずそのような結果が行為者にとって非常に歓迎すべきものであったのであれば、行為者はその放火に対して未必的に同意を与えたのであり、このような場合に不特定のドルスが認められるとする⁵²⁾。

ベルナーは不特定のドルスあるいは未必のドルスを以上のように定義するのであるが、このような定義はこれまで見た未必の故意の定義とは異なっていることに注意を要する。これまでの未必の故意の定義は付随結果に対するものであったのに対して(ただしフォイエルバッハを除く)、ベルナーにおいては主結果が問題となっているのである。このことは例えば、人間めがけて発砲するがしかし当たるかどうかはわからないという場合もまた未必の故意の事例としていることから明らかである。ベルナーによればこのような不特定のドルスこそがフォイエルバッハの言う不特定の故意ないしは未必の故意なのであって、これまで未必の故意とされてきたもの、すなわち付随結果に関して故意が認められるとされる場合とは特定のドルスと不特定のドルスの競合した場合なのである。ベルナーによれば、これらの異なるものを一緒にするこれまでの未必の故意概念は混乱を引き起こすものであり、妥当ではないのである⁵³⁾。

ベルナーは、以上のように未必のドルスを理解したうえで、未必のドルスと culpa (過失) との区別基準に関して、次のように述べる。過失を結果発生の可能性の意識のある場合 (Frevelfähigkeit, Luxuria) とない場合 (Unvorsichtigkeit) とに区別したうえで、結果発生の可能性の意識のある過失と未必のドルスとの間で行為者に結果発生の可能性を意識しているという点では本質的な相違は存在しないとする。しかし、ベルナーによれば

両者は次の点で異なるのである。すなわち、行為者は仮に悲惨な結果が確実に生じるとされるような場合であっても当該行為を実行する場合が未必のドルスであるのに対して、同様の状況におかれれば自己の行為を放棄するであろう場合が過失であり、この点で両者は異なるのである⁵⁴⁾。つまりベルナーは未必のドルスと culpa の区別基準を仮に結果発生が確実にあっても行為者が行為したのかどうかという仮定的基準に求めているのである⁵⁵⁾。

3 以上がベルナーの見解であるが、彼の見解において重要なのはこれまでの論者が故意を心理的に所与のものという前提のもとに議論を展開するのに対して、ベルナーはヘーゲル哲学に依拠した独自の的方法論から帰責の根拠を行為に見出し、行為概念からドルスをも考察しているである。彼はこのような方法論に基づいて、これまでのようにドルスを事前的観点(意思それ自体の発生論的分析=故意)からだけでなく、事後的観点(犯行との関係からの分析=意図)からも考察する点で特徴的であり、さらに事後的に考察することの帰結として、意的要素それ自体は重視されず(というも、事後的観点からすれば、犯行がなされた以上、意的要素の有無はその内容、つまり知的要素を検討すれば足りるからである)、知的要素、すなわち結果の予見が重視され、結果の予見の程度に応じてドルスを分類し⁵⁶⁾、それによって未必のドルスを結果発生の不確実な場合と定義した点でこれまでの論者の見解と異なるのである。それゆえ、*dolus determinatus* と *dolus indeterminatus* の実質的内容は結果が特定されているか(結果の単一性)、不特定なのか(結果の複数性)という区別ではなく、結果の発生が確実なのか、あるいは不確実なのかというものであり、その実質的内容にあった訳語にするならば、*dolus determinatus* は確定のドルス、*dolus indeterminatus* は不確定のドルスとでも訳されるべきことになる。

以上のベルナーの見解を受け継ぎ、さらに展開するのはケストリン(Christian Reinhold Köstlin)⁵⁷⁾、ブライデンバッハ(Moritz Wilhelm August Breidenbach)⁵⁸⁾、ヘルマン(Hermann)、ベッカー(Ernst Immanuel

Bekker)らであるが、ベルナーのドルスの分類における意図の部分、すなわち知的要素の部分重視して議論を展開するのがヘルマン、ベッカーである。以下では特に、ヘルマン、ベッカーの知的要素を重視した議論を検討する。

ヘルマンの見解

1 ヘルマンはベルナーの見解を基本的に受け継ぎつつもその不十分な点をさらに展開する。まずヘルマンによれば、ヘーゲル、ベルナーに従いドルスを意図と故意に区別するのであるが、両者の相違に関してヘルマンはその語源に着目して議論を進める。彼によれば、両者の語源に着目する場合、意図は見ること(Sehen)、眺めること(Schauen)という理論的機能に関わるものであるのに対して、故意(Vorsatz)は創出(Setzen)、意思活動(Willenstätigkeit)という実践的機能に関わるものである。このことからヘルマンは、意図とは意思によって規定された思考(für Willen bestimmter Gedanke)であり、それゆえ理論的機能が重視されるのに対して、故意とは思考に従属した意思(dem Gedanken dienstbarer Wille)で、実践的機能が重視されるとする。前者は主として意思活動以前において問題となるのに対して、後者はこの世の実体的自然(die irdische materielle Natur)に直接的に働きかけ、実際の具体的な行為が生じるように動機付けるのである。すなわち故意において思考は直接的に実践化され、意識されたものを実行へと移す決意へと高められるのである⁵⁹⁾。このような意図と故意の関係をヘルマンは次のように表現する、すなわち人間は意図によって自己の行動領域において自己の意欲するものを知り、故意によって人間は自己の知るものを意欲するのである、と⁶⁰⁾。

ただしヘルマンによれば意図 = 思考、故意 = 意欲というふうに両者は厳密に区別されるものではなく、故意が問題となる場合であっても理論的機能は問題となるし、意図が問題となっている場合であっても実践的機能は問題となるのであるのであって、これは連続的あるいは同時的に生じるの

である。ただ、意図においては主に悟性（Verstand）が活動し、これが意欲にその意識ファクターを提供するのであり、故意においては主に意思が活動し、これが悟性による判断を決断へと移行させるのである⁶¹⁾。

以上のような故意と意図の相違を前提に、ヘルマンはドルスの不特定性は故意にではなく、意図においてのみ問題となりうるとする。というのも、故意が、表象されたものの実現へと動機付ける（*sich zur Verwirklichung einer Vorstellung bestimmt*）という決意の側面に関わるのであれば、不特定（*unbestimmt*）の故意は考えられないからである⁶²⁾。それゆえ、ベルナーなどはドルスの特定性、不特定性を意図において考慮しているのであり、この点に関してヘルマンもベルナーに従うのである。しかしヘルマンは、ベルナーが特定の意図を結果発生の必然性の認識と結びつけ、それに対して不特定の意図を結果発生の抽象的な可能性（偶然性）の認識に結びつけることについては、このような特定性と不特定性の分類は満足し得るものではないとする。というのも、人間は外界を完全に支配することはできず、それゆえ結果の発生・不発生を確実にコントロールすることはできないため、常に結果不発生の可能性が存在する以上、人間は必然性を認識しえず、それゆえ必然性の認識を特定の意図の内容とするのは妥当ではないからである。そしてそうであれば、行為者が結果不発生の可能性を認識している場合であっても特定の意図が存在しうるのである⁶³⁾。

では、ヘルマンは特定の意図をどのように捉えるのであろうか？この点に関して彼は次のように述べる。すなわち、行為者が自ら引き起こした犯罪結果に関して、その結果が現実化（*Wirklichkeit*）すると表象している場合に特定の意図は認められる。ここで言うところの現実化の表象とは、ベルナーとは異なって結果発生が必然的に（他にありえたことの不可能性）に生じるという表象ではないが、しかし単なる可能性（偶然）の表象にとどまるものでもなく、行為者が犯罪結果が発生するだろう（*sie wird (nicht muß) eintreten*）という判断を有している場合である。ヘルマンによれば、このような判断は、行為者が、彼によって認識された事態とその

因果連関が、彼の経験からすれば現象の現実的な発生を示す場合に至るとする。そして、このような意味での結果発生の現実化を行為者が表象しつつそのような事態が生じれば、このような事態を行為者は肯定したのであり、特定の意図が認められるのである⁶⁴⁾。

それに対して、不特定の意図は行為者の意識内容が可能性の意識、つまり犯罪現象が生じうる (die Erscheinung kann eintreten) という意識を有する場合を言うとする。このような可能性の意識は現実化の認識の欠如、すなわち行為者が結果の不発生を表象している点にあるのではなく、結果発生にいたる事象経過を行為者が支配しえず、それゆえ表象された結果が現実に生じるとは認識しておらず、結果それ自体の発生によって始めて彼の目指していたものが示されると考えている点にある。このように、犯罪結果の発生が行為者の活動以外の外部的事情に左右されるということの認識が不特定の意図の内容であり、ヘルマンによれば、これがこれまで未必の故意と呼ばれてきたものなのである。ただし、ヘルマンによれば、通常、未必の故意とは未必的に意欲されたものということの意味するが、しかし意欲それ自体が未必的ということはありません、それゆえヘルマンは未必の故意という表現は妥当ではないとして、仮定的 (hypothetische) ないし条件付き意図と称するのである⁶⁵⁾。そしてヘルマンはこのような仮定的ないし条件付意図を有しつつ犯罪を実現すればドルスは認められることなのであり、意図と過失の区別基準は仮定的ないし条件付意図の有無によるのである。

2 以上がヘルマンの見解であるが、ヘルマンもまたベルナー同様ヘーゲル哲学に依拠し、ドルスを故意と意図に区別するのであるが、しかしその内容はベルナーの見解をさらに推し進め、意図に思考、認識という理論的機能を、故意に思考と犯行とを橋渡しする意思活動、決意という実践的機能を見出す点に特徴がある。このような観点からヘルマンはドルスの分類に関して、故意はそれが決意に関わるものである以上、不特定の決意はありえないとして、ドルスの特定性、不特定性を悟性という理論的機能が

主として問題となる意図に位置づけるのである。

そしてヘルマンもまたベルナーと同様に、このような意図の分類を犯行との関係(事後的観点)から導きだしている。すなわちベルナーが犯行との関係を論理法則から特定の故意を結果発生の必然性(現実的可能性)の認識に結びつけ、結果発生 of 偶然性(単なる可能性)の認識を不特定の故意に結びつけるのに対して、ヘルマンは犯行との関係を論理法則ではなく、経験法則から導きだし、それゆえ特定の故意を結果発生 of 必然性の認識と結び付けるのではなく、特定の故意とは経験法則によれば結果が発生するとの認識を行為者が有している場合であり、それに対して不特定の故意とは行為者が結果の発生が一定の条件に左右されるとの認識を有しつつ行為する場合なのである。このような分類は、主結果、付随結果の分類ではなく、結果発生 of 予見の内容による分類であるが、ヘルマンは事実認識の問題において結果の複数性は問題とならず、主結果、付随結果という区別はベルナーがそれは特定のドルスと不特定のドルスの競合事例と見たのに対して、単にドルスの証明問題において重要であるに過ぎないとするのである⁶⁶⁾。

ベッカーの見解

1 ベッカーは、ベルナー、ヘルマンによる結果発生 of 予見を中心とした故意(ドルス)論に賛意を示しつつも、ベルナー、ヘルマンの不十分な点を批判し、独自の見解を展開する⁶⁷⁾。

2 まず、簡単にベッカーによるベルナー、ヘルマンの批判を見ておこう。まずベルナーに関してであるが、これは大きくは2つあり、1つはヘルマンによるベルナー批判と同様のもので、特定のドルスの認識内容に必然性の認識を対応させるのは人間の認識能力の限界からいって不可能であるということ、もう1つはベルナーによるドルスと culpa の区別基準である仮定的基準が使用不可能であることである⁶⁸⁾。次に、ヘルマンに対しては、ヘルマンが故意と意図を区別し、前者に意思活動と言う実践的機能を、

後者に思考、認識という理論的機能に対応させていることに関して、以下で見るように、ヘルマンの言う実践的機能と理論的機能は故意においても問題となるのであって、ヘルマンの言う理論的機能と実践的機能は故意の内部における意的要素と知的要素というように区別されるべきで、そうであればヘルマンの故意と意図の区別はその基礎を失うとする⁶⁹⁾。

以上のことを前提に、ベッカーは自説を展開する。ベッカーによれば、犯罪の主観面はその客観面に対応するものが必要であるとして、犯罪の客観面において行為と結果が必要であるので、主観面においてもそれに対応するものが必要になるとする。ベッカーはまず行為に対応するものから考察し、行為に対応するものが意欲であるとする。というのも行為とは、意思に由来する身体の挙動であるからである。このことからベッカーはあらゆる犯罪には行為が必要であるのと同時にその意欲もまたあらゆる犯罪に必要なのであり、それが欠ければ行為者を処罰しえないとする⁷⁰⁾。

次にベッカーは結果に対応するものを考察するのであるが、ここでベッカーは次のような問いから考察を始める。すなわち、結果を意欲することはできるのか？ と。結論から言えば、ベッカーはこれを否定する、すなわち結果を意欲することはできないのである。というのも、結果とは、行為者の行為（身体の挙動）を含む複数の原因の競合による外界の変更であり、行為者の意思とそれに基づく行為は結果との関係においては複数の共働原因のひとつにすぎないのであって、このような複数の共働原因のすべてを行為者の意思に還元することはできないからである⁷¹⁾。

このように、ベッカーは刑法上の責任のあらゆる基礎を意思に求めつつも、意欲されるのは行為（身体の挙動）のみであり、結果と意思とのつながりを否定し、一般用語上「結果の意欲」と言われるのは、大抵は結果の予見と是認に還元されるものなのであるとする。そしてベッカーは、結果を予見しつつ行為すれば、是認は認められるので、故意を認めるにあたって結果の是認を特に考慮することは不要であり、故意において決定的に重要なのは結果の予見であるとするのである⁷²⁾。

ベッカーは、故意にとって決定的に重要なのは予見であるとするが、では行為者はどの程度結果を予見している必要があるのか？それは必然的なものまでを必要とするのか、それとも可能性の予見で足りるのかという問いを立てる。そして、彼は予見の程度を必然的なものまで要求する場合から考察し、このような見解は次のような不都合が生じるとする。例えば、XがYを至近距離から彼の心臓めがけて発砲し、それによってYが死亡したという場合、行為者が自らの発砲によって死亡する可能性は予見していたが、勝手な思い込みから必然的だとは思わなければ、予見の程度に必然性を求める見解では行為者に故意は認められないことになり、これは不当であるとする。それゆえ、予見の程度は可能性の程度で足りるとするのであるが、しかしこれでは今度は逆に通常故意を認めるべきでない場合にまで故意を認めることになってしまい、これまた妥当ではないとする⁷³⁾。そこでベッカーは、「国家利益に反する損害結果のあらゆる予見が可罰的責任を条件付けるのではなく、諸事情と諸関係の状況によれば行為者にとって行為をやめるべきとされる程度の予見だけが可罰性を条件付ける⁷⁴⁾」のであるとして、単なる結果の予見のみでは故意は認められないと述べる。

そしてベッカーは、これがどのような場合に認められるのかという事に関する確実な基準(Regel)は存在しないとしつつも、過失論から示唆を受け、故意の認められる基準については次のように述べる。すなわち故意ゆえに処罰されるのは、行為者が、「善良かつ誠実な国家市民(gute und getreue Staatsbürger)であれば当該行為をやめる程度の予見」を有していたにもかかわらず行為する場合である。ここで言う「善良かつ誠実な国家市民」という概念は観念的なものではなく、現実の人間に期待しうる義務への忠誠(Pflichttreue)を問題とするものである。そしてベッカーによれば、このような、現実の人間によって履行される義務の侵害だけが、国家に反する犯行として処罰されるのである⁷⁵⁾。

以上がベッカーの見解であるが、彼の見解からは未必の故意はいかに考

えられるのであろうか？この点についてベッカーによれば、例えば特定の故意／不特定の故意，あるいは直接故意／間接故意などの分類枠組みは故意を意図として特徴付ける場合にはじめて意味を有するものであって，故意を意図と同視せず，結果の予見こそが重要だとする見解によれば，これまでの分類枠組みは重要ではないのである⁷⁶⁾。ただし，ベッカーは意図それ自体を否定するわけではなく，それは量刑上重要であり，さらにはいくつかの抽象的な犯罪においては結果の予見では足りず，意図を必要とする犯罪が存在するのであって，この場合に意図は意義を有するとする⁷⁷⁾。

3 以上のようにベッカーは責任の基礎を意思に求めつつも，事後的な考察から故意にとって決定的なのは結果の予見であるとし，さらに結果の予見というだけでは故意の処罰範囲が広がりすぎることから，予見の程度を規範的に規定することで故意の処罰範囲を限定しようとしたのである。ベッカーの見解はこれまでの論者が故意をアプリアリに結果の意欲として心理主義的に捉えたのに，ベルナー，ヘルマンとともに故意を事後的に考察し，故意を法的概念として捉えることで，さらに認識・予見の内容ないし対象を規範的に捉える点で特徴的なのである。

4 ここまで知的要素を重視する見解を概観してきたが，これらの論者において共通するのは意的要素（故意）と知的要素（意図）を区別する点である。このような区別がなされるのは，責任の基礎を行為者の意思に見る意思責任の観点から過失犯をも説明するためであった。すなわちこれらの論者において意思は行為（身体挙動）結果の対する因果の起点であり，これが行為者に対する倫理的判断の基礎であるため，意的要素（故意）は故意犯だけでなく，過失犯においても必要な共通の要素である。このような意思責任論から故意犯だけでなく過失犯をも説明するためには，意的要素を結果から切り離す必要があったのである（さまなければ意思責任論から過失犯を説明できない）。そのため，意的要素は身体の挙動においてのみ意味を有し，結果と行為者との心理的連関は知的要素において考慮されることになったのである⁷⁸⁾。

このように知的要素を重視する論者は、上記の理由で意的要素と知的要素を区別するのであるが、ドルスの分類・判断において知的要素のみが考慮されるのは、上記の理由に加えて、ドルスの判断を結果から、すなわち事後的な観点から判断しているためである。というのも、事後的判断においては、因果の起点としての意思は、身体挙動による結果が発生している以上すでに示されているため考慮する必要はなく、さらに故意と過失を区別するものとしての意思もまた結果との関係を否定されているので故意と過失の区別基準たりえないため、行為者の内心上の事情において残されたのは行為者の結果に対する認識・予見のみだからである。つまり、事後的判断において決定的なのは、発生した結果を行為者に帰責するにはどの程度の結果に対する認識・予見が行為者に存在すればよいのかということだけなのである。

この点、ベルナーは予見の内容を必然性・偶然性に分類し、偶然性の予見があれば故意を認め(当初はさらに仮定的基準を付加していたが、その後、放棄されている)、ヘルマンは結果予見の内容を蓋然性、条件性と分類し、後者の認識があれば故意を認めた(ただしこのような認識は意図においてのみ問題となり、付随結果は問題とならない)。そしてベッカーは、予見の内容をこれまでの論者のように区別せず、またベルナー、ヘルマンが結果発生認識の有無によって、故意か過失かを決定していたのに対して、ベッカーは行為者が結果発生認識・予見があれば故意が認められるとするのは、故意の処罰範囲が過度に広がることから、結果発生認識・予見がある場合であっても故意となる場合もあれば、過失になる場合もあるとし、その区別基準を、誠実な市民であれば当該行為をやめる程度の予見を行為者が有したのかどうかに求め、そのような予見を有しつつ行為すれば故意が、そうでなければ過失が認められるとしたのである。

5 以上、ここまで啓蒙期における間接故意批判から、ライヒ刑法定典制定以前の主要な学説を概観してきたわけだが、簡単にまとめておこう。まず、啓蒙期にはいつの間接故意が批判されたのであるが、それは間接故意

の、処罰拡張機能と証明の緩和機能という2つの機能に対してであった。前者に対して、それは意思の推定であるという批判がなされ、後者に対しては犯罪者を逃せども無辜の者を1人として処罰するなという考え方に抵触するというものであった。

このような批判から故意を行為者の心理に即して規定しようとする方向へと学説は流れていった。そしてこのような方向を徹底化したのがフォイエエルバッハであった。フォイエエルバッハによれば、故意(ドルス)とはあくまで意図なのであって、これに基づいた故意の分類を行い、付随結果を予見しつつ行為する場合、それは故意ではなく故意に基礎付けられた過失であるとしたのである。しかし後の学説はこれでは故意の処罰範囲がかなり狭くなるということで、行為者の心理に即した形で故意=意図からの処罰範囲の拡張を試みていくことになる。

このような試みから、付随結果を故意に取り込もうとする学説は大きく2つの方向が提示された。1つは、ヘンケを始めとする意的要素を中心にドルス(故意)を考慮する立場であり、もう1つはベルナーを始めとする知的要素を中心にドルスを考慮する立場である。前者においては、付随結果は未必の故意において考慮される。すなわち未必の故意とは意図した結果から生じる付随結果という意味で用いられたのである。

それに対して、後者においてはまず意的要素と知的要素を区別し(ベルナー、ヘルマンは意的要素を故意に、知的要素を意図に振り分け、ベッカーは故意の中で意的要素と知的要素を区別する)、知的要素においてドルス(故意)の分類をし、ここに未必の故意を位置づけたのである。そして未必のドルスを結果発生の不確実性の予見という意味で用いることで、ここでは主結果であろうが付随結果であろうが、結果の予見の程度が決定的であったのである(ただし、ヘルマンは事実認識において複数の結果の認識・予見を問題としない)。

以上のように、故意(ドルス)において結果の意欲を重視する見解と結果の予見を重視する見解との間で、未必の故意の意味内容が異なるのだが、

このような相違は故意へのアプローチの相違に由来するものと思われる。つまり、故意を結果への意欲と捉える立場は故意をア・プリオリに「結果への意欲」であるということを前提にし、このような観点からどの範囲の付随結果までを意欲したといえるのかというように考察を進めるのに対して(心理的アプローチ)、故意を「結果の予見」を中心に捉える立場からは故意はあくまで法的概念なのであって、犯罪結果との関係から故意を規定しようとするのである(法的アプローチ)。このような相違は故意の判断構造にも影響を及ぼす。すなわち心理的アプローチにおいては、行為(身体の挙動) 結果という時間軸で故意を規定しようとし、それゆえ因果力としての意思が決定的に重要になるのに対して(事前的判断)、法的アプローチでは結果 行為(身体の挙動)という時間軸で故意を規定しようとし、それゆえ因果力としての意思は重要ではなく、結果の予見が決定的に重要になるのである(事後的判断)。

そしてこのような相違は、故意と過失の区別基準にも影響を及ぼす。故意を「結果への意欲」と捉える立場からは意図と同視できるかどうかという基準とさらにそれを推し進めた回避意思基準が提起され、故意を結果の予見を中心に捉える立場からは、故意と過失の区別基準を予見の有無に求め、上述のように、その内容の精緻化が進められたのである。ベルナー、ヘルマンは、それぞれ内容は異なるものの認識・予見の有無によって故意と過失を区別していたが、ベッカーは結果発生の可能性を行為者が予見している場合であっても故意を認めるべき場合と過失を認めるべき場合が存在し、これをいかに区別するのかという問題を提起し、彼はこれを規範的基準によって解決する。このようなベッカーの提起した問題が後にフランク以降の学説にも受け継がれていくことになる。

最後に言及しておかなければならないことは、意的要素を重視する見解にしる知的要素を重視する見解にしる故意と過失の区別基準を「認容」あるいは「是認」に求めていたという点である。すなわち現在で言うところの「認容」あるいは「是認」か、結果の予見かという対立ではなく、結果

への「認容」あるいは「是認」がどのような場合にあったといえるのかという点をめぐって、意的要素を重視する見解は、事前的な観点から行為者の内心上の事情として知的要素に加え、さらに意的要素を考慮することで判断し、それに対して知的要素を重視する見解は事後的な観点から結果が発生している以上、行為者の内心上の事情として結果発生の予見のみを考慮することで、「認容」あるいは「是認」の有無を判断したのである。

- 1) Friedrich Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, 2. Neudruck der Ausgabe 1930-1932, S. 128.
- 2) Hans Grosman, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1924, S. 55.
- 3) Vgl. Hans Grosman, a. a. O., S.55f., Alexander Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, 1895, S. 206.
- 4) Friedrich Schaffstein, a. a. O., S. 129.
- 5) Julius Soden, Geist der peinlichen Gesetzgebung Teuschlands, 1782, S. 17.
- 6) Julius Soden, a. a. O., S. 17ff.
- 7) たとえば、ある犯罪の故意犯が死刑であれば、同様の犯罪の間接故意、すなわち認容責任に当たるとは終身刑が科せられるべきとするのである。Soden, a. a. O., S. 28.
- 8) Reinhard Frank, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, ZStW Bd. 10, S. 173f., Vgl. Alexander Löffler, a. a. O., S. 210f.
- 9) Ernst Ferdinand Klein, Grundsätze des deutschen und preussischen peinlichen Rechts, 1796, S. 91f.
- 10) クラインによれば、ゾーデンの言う「認容責任」はクラインによる故意の分類における , , に含まれるとする。Ernst Ferdinand Klein, 『Grundsätze』, S. 92f.
- 11) Ernst Ferdinand Klein, Über dolus und culpa, ein Nachtrag zu Nr. 7. St. II. B. I. und Nr. 9. St. I. B. II. S. 326ff., Archiv des Criminalrechts, 1800, S. 129. 当時の1794年プロイセン一般ラント法によれば、故意とその法効果に関して次のように規定されていた。

第26条 意図的に刑罰法規に反してことを行う、または行わない者は故意の犯罪を行ったものとする。

第27条 行為が、一般的または特に行為者に既知の物事の自然法則により違法な結果が必然的に生ずる性質を有するときは、犯罪は故意に行われたものと推測される。

第31条 犯罪の法律で定められた刑罰は、通常刑と称する。それは一般的に犯罪を故意で行った者のみに適用される。

第32条 通常刑に直近の刑罰は、悪しき故意は証明されないが、しかし犯行以前または犯行に際して自己の行為の直接的結果として違法な効果を認識し得なくなかった者に宣告される。Arno Buschmann, Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 276. プロイセン一般ラント法の日本語訳については、足立昌勝の試訳に基本的に従いつつ、一部修正した。足立昌勝「プロイセン一般ラント法第二部第二十章(刑法)試訳() 付、

故意に関する一考察(三)(玄)

- プロイセン刑法史研究の意義と課題」静岡大学法経短期大学部研究紀要, No. 51 (1983年) 9頁以下参照。プロイセン一般ラント法の基本構造に関しては、足立昌勝『近代刑法の実像』における第一部第二章「近代刑法の基本構造」75頁以下を参照されたい。
- 12) フォイエルバッハは、刑法上の故意・過失に関する問題において心理学の重要性を指摘している。Paul Johann Anselm von Feuerbach, *Betrachtungen Über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere*, Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde Zweiter Theil, 1804, S. 194f. この論文の翻訳として、西村克彦「フォイエルバッハ「故意・過失考」(1800年)」(一)(二・完), 警察研究第59巻第12号56頁以下, 第60巻第3号61頁以下がある。
 - 13) Paul Johann Anselm von Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriff des peinlichen Rechts*, Zweiter Theil, 1800 (Nachdruck 1966), S. 21f.
 - 14) Ernst Immanuel Bekker, *Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts*, 1859, S. 403.
 - 15) Paul Johann Anselm von Feuerbach, 『Revision』, S. 43.
 - 16) Paul Johann Anselm von Feuerbach, *Lehrbuch, des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, herausgegeben von Karl Jesech Anton Mittermaier, 14. Aufl., 1847 (1973), S. 99.
 - 17) Paul Johann Anselm von Feuerbach, 「Betrachtungen」, S. 229ff.
 - 18) Paul Johann Anselm von Feuerbach, 「Betrachtungen」, S. 233, Vgl. Ernst Immanuel Bekker, a. a. O., S. 404.
 - 19) Paul Johann Anselm von Feuerbach, 「Betrachtungen」, S. 231f., der, 『Lehrbuch』, S. 113.
 - 20) Paul Johann Anselm von Feuerbach, 「Betrachtungen」, S. 233ff.
 - 21) Paul Johann Anselm von Feuerbach, 「Betrachtungen」, S. 239ff.
 - 22) クラインによれば、特定の故意と不特定の故意の区別を明確(deutlich)に考慮された行為目的と不明確(undeutlich)に考慮された行為目的の相違に対応させるのであれば、このような区別は有益であるとする。Ernst Ferdinand Klein, 「Über dolus und culpa」, S. 127.
 - 23) Ernst Ferdinand Klein, 「Über dolus und culpa」, S. 127f. ただし、ここでクラインが挙げている事例が付随結果に対する事例として適切かどうかについては疑問の余地がある。というのも、主結果と付随結果との区別に関するレッシュの区別基準によれば、先の事例は主結果に分類されるからである。Vgl. Heiko Hartmut Lesch, *Dolus directus, indirectus, und eventualis*, JA, 1997, S. 8.
 - 24) もっとも、ここでいう間接故意とは最悪の結果(付随結果)に対する未必的甘受であるとしつつも、それは心理主義的に基礎付けられたものではなく、ペーマーなどの古い間接故意とほぼ同様の内容となっていることには注意を要する。F. Fr. Eh. Meister, *Über den criminalistischen Begriff: Dolus indirectus, unter der beschränktern Rücksicht auf Homicidien*, Neuse Archiv des Criminalrechts, Bd. 1, 1817, 107ff.
 - 25) Karl Jesech Anton Mittermaier, *den Begriff und die Merkmale des bösen Vorsatz*, Neuse Archiv des Criminalrechts, Bd. 2, 1818, S. 525f.
 - 26) Karl Jesech Anton Mittermaier, a. a. O., S. 526. その後、ミッターマイヤーはフォイエル

バツハの教科書における注釈において、間接故意について次のように述べている。間接故意は複数の問題が競合したものであり、それは純粋な未必の故意、純粋な過失、故意と過失の競合のそれぞれに区別しなければならない、と。Paul Johann Anselm von Feuerbach, 『Lehrbuch』, S. 117.

- 27) Heinrich Hemmen, Über den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus, nach der strafrechtlichen Literatur von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch, 1909(1977), S. 54f.
- 28) ヘンケは1813年の時点ではフォイエルバツハの見解に従い、故意犯には唯一の違法な結果 (Effect) を目的とする場合 (dolus determinatus) と、行為者の意図が複数の結果に向けられている場合 (dolus indeterminatus s. eventualis) の2つがあるとしていた。そして、後者の例として、ある母親が自分の子供に対する憎しみから虐待行為を繰り返し、その結果自己の子供が死亡するに至った場合で、その際母親は自己の子供を殺害する単一の意図は有していなかったものの、自己の虐待行為によっていかなる結果が生じようと良いと考えていた場合には殺人の不特定の故意が認められるとする。また、付随結果が問題となる故意によって基礎付けられた過失 (culpa dolo determinata) では、行為者の意図した範囲内で責任を負うべきとした。Eduard Henke, Beytrage zur Criminalgesetzgebung, 1813, S. 158f., 164f.
- 29) Eduard Henke, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, 1823 (1996), S. 362.
- 30) Eduard Henke, 『Handbuch』, S. 363.
- 31) Eduard Henke, 『Handbuch』, S. 364ff.
- 32) v. Weber, Über die verschiedenen Arten des Dolus, Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 7, 1825, S. 562f.
- 33) v. Weber, a. a. O., S. 571.
- 34) ただし、ヴェヒターは故意を、 特定の故意 (bestimmter Vorsatz, dolus determinatus s. specialis) 不特定の故意 (unbestimmter Vorsatz, dolus indeterminatus s. generalis, 未必の故意 (bedingter Vorsatz, dolus eventualis) の3つに区別している。Carl Georg Wachter, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts, 1825, S. 125f.
- 35) ヘフターによれば、故意による犯罪とは可罰的な意思表出 (strafbaren Willens = Aeusserungen) であるとし、これは直接的故意、あるいは択一的故意 (dolus directus-alternatives) と未必の故意 (dolus eventualis) に区別する。August Wilhelm Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts, 1833, S. 86.
- 36) アーベックは違法な故意 (ドルス) を、「違法なものとして認識された結果を惹起することへの決意である」と定義した上で、故意を特定故意と不特定故意に分類し、後者をさらに択一的故意と未必の故意に分類する。Julius Friedrich Heinrich Abegg, Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, 1836, S. 132.
- 37) パウアーによれば、故意とは「刑法上違法であるということを知りつつ、当該行為を決意すること」、あるいは「犯罪と認識された行為遂行の決意」であると定義する。そして故意を、特定の故意と不特定の故意に区別し、さらに後者を択一的な故意と未必の故意に区別する。Anton Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte und Strafprozesse, Bd. 1, 1840, S. 265.

故意に関する一考察(三)(玄)

- 38) v. Weber, a. a. O., S. 572ff.
- 39) v. Weber, a. a. O., S. 574.
- 40) August Wilhelm Heffter, a. a. O., S. 85.
- 41) August Wilhelm Heffter, a. a. O., S. 87.
- 42) Friedrich Heinrich Abegg, a. a. O., S. 134.
- 43) Friedrich Heinrich Abegg, a. a. O., S. 135f
- 44) Carl Georg Wächter, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts, 1825, S. 125ff.
- 45) パウアーは未必の故意をこれまでの論者とほぼ同様に捉えている。すなわち、未必の故意とは「行為者が、まずもって主に（zunächst und hauptsächlich）ある1つの結果を意図するが、しかし彼が予見しているところの、自己の行為から生じうる別の（可罰的）結果をいかなる場合であっても承認している（willigt）」場合であるとする。Anton Bauer, a. a. O., S. 272f.
- 46) Anton Bauer, a. a. O., S. 272ff, 296f.
- 47) 例えば、1794年プロイセン一般ラント法26条は表題を「故意（Vorsatz）」とし、条文の中で「意図（Absicht）」を使用している。条文に関しては注（11）参照。
- 48) Alexander Löffler, a. a. O., S. 221
- 49) Albert Friedrich Berner, Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre, 1840 (1968), S. 174f.
- 50) ベルナーによれば、主体が行為しつつ外界に働きかける前に、主体は内心上、一定の完結に至っていないなければならない。これが故意であり、言い換えると、故意とは犯行に対して主体が創出する行為であるとする。このような故意は、備え（Berathen）を前提とする。つまり行為は事前に自己の実現する事態を慎重に考慮し、調査し、研究することを前提とする。そしてこのような備えは決意（Beschluss）によって終結する。ベルナーによれば、この決意が本来の故意である。行為者がこのような決意を有すれば、行為が彼の中で創出されるのである。このように創出された行為、すなわち決意が現実のものとなる場合、すなわち客観化された場合に決断（Entschluss）となるのである。決断と犯行との関係は原因と作用の関係と同様のものである。また決断と決意との関係は、決意ははまだ後戻りができるのに対して、決断はもはや後戻りができない点で相違が存在する。以上の故意の発生論的な分析からベルナーは、Impetus と Præmeditation の概念を明らかにする。すなわち Impetus とは、備えの段階が情動によって消去され、決意と決断が同時に展開する場合であるのに対して、Præmeditation においては、備え 決意 決断という通常のプロセスを辿る場合を言うのである。Albert Friedrich Berner a. a. O., S. 178ff.
- 51) Albert Friedrich Berner a. a. O., S. 184f.
- 52) Albert Friedrich Berner a. a. O., S. 185ff.
- 53) Albert Friedrich Berner a. a. O., S. 187f.
- 54) Albert Friedrich Berner a. a. O., S. 248.
- 55) ただし、その後のベルナーの教科書では、故意と過失の区別において仮定的基準には言及されておらず、両者の区別は純粹な事実問題に過ぎないとされている。Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1857, S. 147.

- 56) Vgl. Alexander Löffler, a. a. O., S.224.
- 57) ケストリンによる、故意、過失論は大要以下のとおりである。ケストリンはまず意図と過失 (Versehen) を区別する。次に、ケストリンは意図内部において直接的意図と間接的意図を区別し、直接的意図は、これは故意 (Vorsatz) に対応するものであるが、慎重さと熟慮をもって行為する場合で、これは特定の場合と不特定、あるいは未必的な場合に区別されるとする。そしてケストリンはこの分類をベルナー同様に結果発生認識・予見の程度に応じて現実的可能性と単なる抽象的可能性を区別し、行為者が違法な結果の必然性を自己の行為の不可避の結果として認識・予見している場合が特定の意図であり、それに対して行為者が違法な結果の単なる可能性を認識・予見し、かつそれが実際に発生することを未必的に同意する場合が不特定の意図あるいは未必の意図とし、付随結果に関しての特定の意図と不特定の意図 (未必の意図) の競合した事例と解するのである。つぎに間接的意図とは、直接意図と純粋な過失との中間に位置するもので、それは「その本質的な性質によれば犯罪である行為を決意すること、すなわち意図」を必要とする。そしてケストリンはこのような間接的意図をさらに *impetus* と *luxuria* に区別し、前者は熟慮なく行為する場合、すなわち情動によって行為する場合を意味し、後者は行為者が違法な結果の発生を直接的あるいは未必的に意欲することなく自己の行為の犯罪的性質、つまり客観的危険性を認識しつつ行為する場合を意味する。Christian Reinhold Köstlin, *Neue Revision der Grundgegriffe des Kriminalrechts*, 1845 (1970), S. 227, S. 251, S. 259. 以上がケストリンにおける故意、過失論の概要であるが、これまで論じられてきた未必の故意と過失の区別に関してケストリンにおいては直接的意図における不特定あるいは未必の意図と *luxuria* との区別に対応する。そしてケストリンは両者の区別に関して、結果発生認識の抽象的可能性を認識予見しつつも、その発生を望んでいる場合が未必的意図であり、それに対してその結果の不発生を望んでいる場合が *luxuria* で、これは行為者が結果を阻止しようとした、あるいは少なくとも結果を回避しようとする関心を有していたということが示される場合に認められるとする。Christian Reinhold Köstlin, *System des deutschen Strafrechts*, 1855 (1978) S. 183.
- 58) ブライデンバッハはヘッセン公国刑法典60条の規定の注釈において未必の故意に関して、「ある一定の、程度のより低い可罰的結果のみを意欲するが、しかしまたより悪しき結果発生の可能性を予見し、かつ彼が条件付でより悪しき結果をも自己の意思へと受け入れることによって、彼の活動が示された」場合であるとし、過失の区別に関しては行為者が付随結果の発生の可能性を予見していることが必要であるが、しかしこれだけでは不十分であるとして、次のように述べる。すなわち「常にではないにしろ多くの場合、認識ある過失、あるいは不特定故意が存在するかの確実な証明は、次のようになされる、すなわち択一的、あるいは未必的なものすべてを観念の中に投げ捨て、超人的な力が行為者に、かれが問題となる行為を遂行するときに、それを行えばいかなる結果が実際に発生するのかわからず述べたと想定しなさい。生じる事態が明らかの場合に行為者は何を行ったであろうかと問い、行為者は当該行為を止めなかったであろうと答えることができる場合には行為者には生じた結果が帰責されなければならない」と。ちなみに60条は以下のとおりである。「行為者の意図がもたらした特定の結果に向けられたのではなく、複数の結果の中の

故意に関する一考察(三)(玄)

あるひとつの、あるいは別のありうる結果に不特定に向けられていた場合、そのうちの、現に生じた結果が行為者の故意へと帰責される」とするものであった。Moritz Wilhelm August Breidenbach, Commentar über das Großherzoglich hessische Strafgesetzbuch, Bd. 1, 1844 (2000), S. 55., 57f., Vgl. Frank, a. a. O. S.211., 井上正治『過失犯の構造』(1977年)135頁。

- 59) Herrmann, Über Absicht und Vorsatz überhaupt und über unbestimmte und indirecte Absicht insbesondere, Archiv des Criminalrechts, 1856, S. 11f.
- 60) Herrmann, a. a. O., 1856, S. 12.
- 61) Herrmann, a. a. O., 1856, S. 13.
- 62) Herrmann, a. a. O., 1856, S. 21f.
- 63) Herrmann, a. a. O., 1856, S. 25f.
- 64) Herrmann, a. a. O., 1856, S. 26f.
- 65) Herrmann, a. a. O., 1856, S. 27ff.
- 66) Herrmann, a. a. O., 1856, S. 34f.
- 67) Ernst Immanuel Bekker, a. a. O., S. 431f.
- 68) Ernst Immanuel Bekker, a. a. O., S. 424ff.
- 69) Ernst Immanuel Bekker, a. a. O., S. 445f.
- 70) Ernst Immanuel Bekker, a. a. O., S. 251f.
- 71) Ernst Immanuel Bekker, a. a. O., S. 252ff.
- 72) Ernst Immanuel Bekker, a. a. O., S. 254.
- 73) Ernst Immanuel Bekker, a. a. O., S. 258ff.
- 74) Ernst Immanuel Bekker, a. a. O., S. 272.
- 75) Ernst Immanuel Bekker, a. a. O., S. 272.
- 76) Ernst Immanuel Bekker, a. a. O., S. 309ff.
- 77) Ernst Immanuel Bekker, a. a. O., S. 309ff., S. 328.
- 78) 意思責任と過失との関係については, Vgl. Franz Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit. 1910, S. 46ff., 62ff.