

# 故意に関する一考察(四)

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, 306号)
    - 3) 1871年刑法典成立以降の学説の展開
  - 第4節 小 括 (以上, 本号)
- 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

### 3) 1871年刑法典成立以降の学説の展開

#### (1) 未必の故意の定義に関して

1 これまでの議論によれば未必の故意には2つの定義が存在した。すなわち意図した結果から生じる付随結果をいう場合と結果発生の不確実な場

合であった。このような2つの定義に関してフランク(Reinhard Frank)は、両者とも(構成要件該当)結果にのみ着目する見解であって、一面的にすぎると批判した。というのも故意はすべての構成要件該当事実に及んでいなければならないからである。それゆえ、フランクは未必の故意を結果にのみ関わらせて定義するのではなく、未必の故意は行為者が犯行事情(Tatumstand)を確実ではないとみなしているという意味において理解されるべきとしたのである<sup>1)</sup>。ここでは、主結果であれ、付随結果であれ、行為者が構成要件該当事実を不確実なものとみなしている場合が未必の故意として理解されているのである。ただし、その後の学説において未必の故意において問題とされたのは、とりわけ付随結果に関してであった。というもどの立場の学説であれ主結果、すなわち行為者の意図が存在すればそれだけで故意は認められるとしていたため<sup>2)</sup>(ただし願望とは区別される)、問題は付随結果をどの範囲で故意に含めることができるのかということにあったからである。それゆえ、学説が未必の故意において問題としたのはもっぱら付随結果に対していかなる心理状態があれば故意が認められるのかということであり、そして認識ある過失とを区別する基準はなんなのかということであった。

2 以下では1871年刑法典成立以降のドイツ刑法学における未必の故意に関する主要な学説を概観する。その際、冗長にはなるが採り上げる論者ごとにその学説の概要を紹介することとする。というのも、各論者の見解を正確に理解しつつ、学説の流れを知るためには論者ごとの学説の概要を、少し詳しく紹介することが有益であると思われるからである。

## (2) 議論の出発点としてのフランクの見解

1 フランクは1890年に「現代故意論における表象と意思」という論文においてこれまでの学説を意思説と表象説という対立を軸に整理し、提示した<sup>3)</sup>。この論文におけるフランクの課題は2つあった。1つは理論的課題であり、もう1つは実践的課題である。理論的課題においては意思概念を

いかに捉えるのかということが問題とされ、意思説と表象説という対立軸はこの課題に関わるものであった。それに対して実践的課題とは、当時の判例において未必の故意概念が揺れ動き、時にはその処罰範囲がかなり広く解されていたためこれを限定し、適切な基準を与えることであった。

2 まず理論的課題から検討しよう。フランクの提示した意思説と表象説の対置は意思概念をいかに捉えるかということに関わるものだと述べたが、具体的には意思は結果に及ぶのかどうかという問いをめぐるのであった。フランクによれば意思説の論者はこれを肯定し、故意の本質を意思に見出すのに対して、意思が結果に及ぶことを否定する見解をフランクは表象説と呼び、表象説の論者によれば意思は結果には及ばず、結果に関わるのは行為者の予見ないし表象のみであるとして故意の本質を予見ないし表象に見出すのである。

フランクはこのような対立軸を示したうえで、以下の理由から表象説が妥当であるとする。第1に、意思概念は心理学において様々に理解され、その内容が非常に争われており、これをそのまま用いることはできないということ、第2に日常生活の用語法において「意欲する」という表現が用いられるが、その内容が不明確であること、第3に意思あるいは意欲を意図という意味において用いるならば、その内容は明確にはなるが、しかし意思(故意)を意図と理解する場合、故意の処罰範囲が非常に狭まり妥当でないということであり、以上の3つから、意思ないし意欲という概念は結果との関係において使用不可能であるとする<sup>4)</sup>。そしてフランクはベッカー(Ernst Immanuel Bekker)に依拠しつつ、意思ないし意欲は人間の心的活動であってそれは外界に及ばず、このことから意欲されるのは結果ではなく、あくまで身体の挙動であるとし、したがって意欲は結果に及ばず、結果に関わるのは行為者の表象のみであるとして表象説が妥当であるとするのである<sup>5)</sup>。

3 このようにフランクは表象説が妥当であるとした上で、次に表象説における表象内容について検討する。フランクは表象説による場合、表象な

いし予見の内容は将来の出来事に関するものになるとし、これをフランクは行為者が結果発生を必然的・確実なもののみなしている場合と<sup>6)</sup>、可能的なもののみなしている場合とに分け、後者において未必の故意と認識ある過失との区別基準に関する問題を扱っている。

表象説による場合、それをそのまま受け取れば、行為者に結果発生の可能性の表象さえあれば故意が認められることになるが、しかしフランクは、結果発生の可能性の表象のみで故意が認められるとする場合、2つ点で問題となるとする。1つは、結果発生の可能性の表象のみで故意を認めるのは、認識ある過失領域を否定し、これをも故意の処罰範囲に含めることになり、それゆえ故意の処罰範囲が不当に広がるというものである。この点に関し、現に当時のいくつかの判例において単に結果の予見のみで故意を認めたものがあった。例えば、ライヒ裁判所は、少女との猥褻行為に関する当時のドイツ刑法典173条の故意について、明確に14歳未満ではないとの認識のみが故意を排除するとするし<sup>7)</sup>、類似の事案における別の判例においても、173条の故意には行為者に14歳未満でありうるとの意識で十分であるとしたものがあった<sup>8)</sup>。このような判例に対してフランクは故意の処罰範囲が広すぎると批判している<sup>9)</sup>。

もう1つは、結果発生の可能性の予見のみで故意が認められるとすれば、例えばベットでタバコを吸うが、しかし灰が落ちてホテルが燃えるということをもまったく考えない者は、現実の火災が発生した場合、せいぜい失火で処罰されうるに過ぎないのに対して、不幸にもその可能性を考慮する者は故意による放火で処罰されうるということになってしまう。すなわち、結果発生の可能性の予見のみで故意を認めるとすれば、自己の行為結果を慎重に考慮する者ほどさまざまな可能性を考えるため故意が認められやすくなり、それに対して非常に横柄な者ほど自己の行為結果の様々な可能性を考慮しないため、せいぜいのところ過失で処罰されうるに過ぎないということになり、当罰性の観点からすれば、前者より後者のほうがより当罰性の程度が高いにもかかわらず、しかし結論において逆になるという矛盾

した結果にいたるのである<sup>10)</sup>。

フランクはこのような矛盾した結論を回避するには、結果発生が可能なものと予見される場合の中でも故意が認められるべき場合と過失が認められるべき場合があるのであって、結果発生の可能性の予見の中でこの両者を区別しなければならないとする。このように、表象説に依拠して結果発生の可能性の予見のみで故意を認めるには問題があり、この場合にいかなる基準で故意の処罰範囲の限定を行うのかということがフランクにとっての解くべき実践的課題であったのである。

そして、フランクはこの問題に関して次のように述べる。例えば自己のピストルの射程距離を確かめるため、かなり距離の離れた人間に発砲する殺し屋が当該人間の死の結果が発生しうると予見している場合、仮に発砲によってその者が確実に死亡すると意識していたとしても、自己の行動をやめないであろうが、それに対してベット上で喫煙する者は自己の喫煙によってホテルが火事になる可能性を予見している場合、仮に自己の喫煙によって確実に火災が発生するということを意識すれば当該行動をやめるであろう。このような場合、両者は同様に結果発生の可能性を予見していたとしても前者は後者よりもより重い非難に値するであろう。このことからフランクは、結果発生単なる可能性の予見しかなくともより重い非難に値する場合を「仮に結果が確実なものとして予見される場合であっても、行為者が行為を止めず、それが決定的な反対動機の意味を有しない場合」<sup>11)</sup>に見出し、それに対して行為者が結果が確実に発生するならば行為をやめたであろうという場合には行為者に重い非難は妥当せず、過失非難が可能となるに過ぎないのであって、ここに故意と過失の相違が存在するとするのである。これは後にフランクの第1公式と呼ばれるものであるが、フランクによればこの公式が肯定される場合がこれまで「結果の認容(Einwilligung)」と称された事態であるとしたのである<sup>12)</sup>。

4 以上のように1890年の論文において、フランクは1890年以前の学説を意思説対表象説という対立を軸に整理した上で自身は表象説の側に立ち、

表象説の立場から未必の故意と認識ある過失の区別基準を提示したわけであるが<sup>13)</sup>、表象説に対しては、次のような批判がなされた。すなわち、表象説は故意から意的要素を排除しているというものである<sup>14)</sup>。このような批判に対してフランクは、表象説によれば「行為者が自己の行為結果を予見しているにもかかわらず彼が自らの意思を表したがために（seinen Willen bethätigte）彼は有責に行為した」<sup>15)</sup>のであり、故意概念から意的要素を排除しているわけではないとした。このことが意味するのは、表象説は故意から意的要素を故意から排除しているのではなく、行為者が結果を予見しつつ行為すれば、意的要素は当該行為においてすでに示されているために改めて意的要素を検討する必要はないのであり、それゆえこのような事後的な観点から故意を規定しようとする立場からすれば、故意を規定する際の内心上の事実として意的要素は重要ではなく、決定的なのは結果の表象だということである。このようなフランクの見解はすでに検討したベッカーの見解をその問題意識も含めて受け継いだものであるが、ただしフランクは故意と過失を区別する基準においては、ベッカーによる基準を不明確かつ流動的なものであると批判して<sup>16)</sup>、自らいわゆるフランクの公式（第1公式）といわれる基準を提示したのである。

しかしフランクの立てた公式（第1公式）は、周知のように後の学説からそれは行為者の行為時における具体的な心理的事実を判断するのではなく、当該行為とは無関係な行為者の性格を判断するものであると批判された<sup>17)</sup>。それゆえ、フランクは、第1公式に対する批判に答えて自身のコメントールにおいて、新たな公式を提示するにいたる。これはフランクの第2公式と呼ばれるもので、未必の故意として認められる行為者の心理状態を次のように規定するのである。すなわち「事態がどうあり、どうあろうとも、いずれにせよ私は行為する（mag es so oder anders sein, so oder anders werden, auf jeden Fall handle ich.）」<sup>18)</sup>と。フランクは自身のコメントールの第1版では第1公式と第2公式の関係について、これらは同じ心理状態を言い換えたものに過ぎないとするのであるが、しかし、周知

のように、その後のコンメンタールにおいて第1公式と第2公式の関係は揺れ動き、最終的には第1公式は第2公式の認識手段であるとしたのである<sup>19)</sup>。

5 また、学説においても以上のようなフランクの公式、特に第1公式をいかに理解するのかということが問題となった。

なぜ問題となったのかということを知るためにまず理解しておかなければならないのは、フランクが1890年の論文において提示した意思説対表象説という対立の意味はなんなのかということである。フランク自身はこの対立は実質的なものではなく形式的なものであるとするが<sup>20)</sup>、この意味はあらゆる故意に共通する要素、つまり故意の本質は結果の意欲なのか(意思説)、結果の表象なのか(表象説)ということだけを問題とするものであって、この問題の立場決定が故意の限界付けをいかなる要素で、いかなる範囲まで行うのかを決定するものではないということである<sup>21)</sup>。つまり故意の本質を結果の意欲と見るならば、その限界をも結果の意欲によって画され、他方で結果の表象と見るならば、その限界は結果の表象によって画されるというわけではないである。というのも故意=結果の意欲とし、これを厳密に規定すれば、意図と必然的に結びついた付随結果までしかせいぜい故意に含めることができず、それゆえ意思説はそこからさらに故意の処罰範囲を拡張する必要があったし、それに対して表象説によってもまた、結果発生の予見だけで故意を認めるのであれば、今度は意思説とは逆に故意の処罰範囲が広がりすぎるためこれを一定程度限定する必要があったからである。

それゆえその後の学説は、以下で検討するように、意思説対表象説という対立軸をもとに展開するが、しかし故意の妥当な処罰範囲を確保するため、実質的には意思や表象とは別の要素、つまり「感情あるいは情緒」に着目し、これを故意処罰の根拠、さらには責任の本質に遡って基礎付けようとしたのである。その際、学説は「感情」に着目する点では共通するも、以下で示されるように、結果に関する「感情」の異なる側面に着目してお

り、これは大きくは2つに区別することができる。1つが結果との積極的な意的・肯定感情関係を問題とするものであり、もう1つが結果との消極的な意的・無関心な感情関係を問題とするものである。

このような観点から学説はフランクの第1公式をあくまで表象によって故意と過失を区別するとするフランクの意図とは異なっており、結果の表象によって故意と過失を区別するものと理解せず、これを実質的に検討し、結果に対する感情的・情緒的な関係によって故意を規定するものと理解し、上述のように、感情関係を問題とする2つの立場からそれぞれフランクの第1公式の理解が示されたのである。まず、結果との積極的な意的・肯定的感情関係を問題とする立場からはこの立場はヒッペル（Robert von Hippel）に代表されるものであるが、第1公式は結果発生を意欲した、あるいは結果発生が行為者にとって相対的にであれ好ましかった、つまり行為者にとって可罰的行為の回避よりも自己の目的達成のほうをより重視したということを判断するものとして理解された<sup>22)</sup>。フランク自身もまたこのような立場を自身のコンメンタールの第2版以降とっていたが<sup>23)</sup>、第11版以降この立場は放棄されている<sup>24)</sup>。

それに対して結果に対する消極的な意的・無関心な感情関係を問題とする立場からはエンギッシュ（Karl Engisch）を代表とするものであるが第1公式を行為者が結果を発生させる行為をやめなかった、結果発生に対して無関心であったということを判断するためのものとして理解されたのである（ここで言う消極的な意的・無関心な感情関係というのは、結果発生を受け入れた、甘受したなどの日本で言われるところの「消極的認容」を問題とするものではないことに注意を要する）。

6 以下での学説の検討は、以上の区別に基づいて、まず結果に対する積極的な意的・肯定的感情関係を問題とする論者から検討し、ついで結果に対する消極的な意的・無関心な感情関係を問題とする論者を検討する。その際、すべての論者に共有されている問題意識は、フランクの示した、結果発生の可能性を行為者が予見している場合、一方では故意とすべき場合

があり、他方では過失とすべき場合があるということ、そしてそれはいかなる根拠からいかなる心理的事実で区別するのかということである。

### (3) 積極的な意的・肯定的感情関係を問題とする立場

#### M・E・マイヤーの見解

1 M・E・マイヤー(Max Ernst Mayer)は、意思説によれば故意の処罰範囲は狭くなり、表象説によれば故意の処罰範囲は逆に広がるとして、両者の統合としての動機説を主張する。

2 まず、M・E・マイヤーは故意・過失が刑法上の責任の種類(die Arten der Schuld)としての意味を有する以上、両者は法律的・技術的概念であるとする。ただ、このことによって故意・過失から心理主義的な基礎が奪われるわけではなく、心理主義的な基礎は法的な考慮の範囲内で問題とされるのである。つまり、法的な考慮によって故意と過失を規定するのに有用な心理的基準が提示されるのであって、法的な考慮とは無関係にあらかじめ故意・過失が存在しているのではないのである<sup>25)</sup>。問題はどのような法的考慮からどのような心理的基準が示されるのかであるが、この点に関してM・E・マイヤーは刑法が「結果責任」ではなく、「有責な行為」のみを処罰対象としていることから、「有責な行為」とは何かということを明らかにすることによって責任を規定するのに有用な心理的事実を導き出すのである。

M・E・マイヤーによれば、「有責な行為」とは、違法な結果に作用した、義務違反的意思活動(Willensbetätigung)であり、これは行為者の性格と犯行動機の産物である。このように義務違反的意思活動は行為者の性格と犯行の動機からなるため、責任を規定し、その程度に応じて区別するための心理的事実としては行為者の性格と犯行の動機が考えられることになるが、M・E・マイヤーによれば、性格はあらゆる犯行において同じように問題となるため、責任を規定し、区別するには適していないのに対して、行為者に法秩序の否定を決定付けた根拠、すなわち行為者の犯行の

動機こそは責任を規定し、区別するのに最も適したものであるとする<sup>26)</sup>。そしてM・E・マイヤーは動機概念に着目することの妥当性を、例えば故意を規定するに際して意思説や表象説では不十分で、行為者の動機に着目することではじめて満足に行く規定を行えるとすることで示すのである。

3 M・E・マイヤーによれば、上述の「有責な行為」を前提にした故意概念は2つの要請を満たしていなければならない。すなわち1つは違法な結果と行為者の心理とを関係付けなければならないということであり、もう1つは犯行の責任を行為者に帰させる特殊な心理的事実を示さなければならないということである。表象説による場合、故意とは結果の表象となるが、これを純粹心理的に捉えると、受動的なもので、善悪判断の対象たりえず、それゆえ倫理的基礎を欠くことによって第2の要請を満たすことができない。それに対して、意思説によれば、意思は積極的なもので、これは倫理的判断の対象たりえるが、しかし結果の意欲の及ばない付随結果をも処罰すべきとする場合、意欲は付随結果に及ばないため、第1の要請を満たすことができない<sup>27)</sup>。このように意思説や表象説では故意概念の2つの要請を満たすことができないのであり、この2つの要請は行為者の動機に着目することではじめて満たされるのである。

M・E・マイヤーによれば、動機とは、意思に働きかける表象である。それゆえそのような表象は外界の変更、すなわち結果をその内容とする。これによって故意の第1の要請が満たされる。次に、M・E・マイヤーは、ではなぜ表象が意思（活動）に働きかけることができるのか、つまりなぜ表象がそのような作用力あるいは因果力を有するのかということについては、その表象が感情を伴っているからであるとする。すなわち外界の変更を内容とする表象は快・不快という感情を伴うことによって単に受動的なものから積極的なもの、つまり意思活動の拳動理由（Beweggründe）となるのである。このようにM・E・マイヤーは動機を表象に伴う感情と解した上で、これを論理的観点から<sup>28)</sup>、次のように分類する。すなわち主動機、反対動機、積極的動機、消極的動機の4つに区別し<sup>29)</sup>、それぞれ主動

機 反対動機，積極的動機 消極的動機というように対として捉え，両者の関係を一方がなければ他方が存在するという排他的択一関係として把握するのである。

4 M・E・マイヤーは以上のように意思と表象を統合するものとして動機概念を捉え，その際，論理的観点から動機概念を分類した上で，このような動機概念を刑法の文脈に位置づける。すなわち刑罰法規は犯罪行為（有責な行為）に対する反対動機の1徴表に他ならないため，犯罪行為は行為者が違法な結果の表象を反対動機とすべきであり，かつ可能であったにもかかわらず，それを反対動機とせずになされた行為として特徴づけられるとし，このような前提から故意と過失は行為者にとって違法な結果の表象がなぜ反対動機にならなかったのかという観点から規定されるべきとした<sup>30)</sup>。

この観点からM・E・マイヤーは，まず行為者が違法な結果を表象したが，これが行為者の行為を発動させる原因，つまり主動機であったため，反対動機とならなかった場合を，意図ないし直接故意であるとし，それに対して，行為者にそもそも結果表象が存在しないために，それが反対動機とならなかった場合が，認識なき過失であるとする。問題は行為者が結果を表象したけれども，その表象が行為者の行為を発動させる原因，つまり主動機ではなく，また行為を控えさせるものでもなかったという場合である。

このような場合に関してM・E・マイヤーは，まず違法な結果表象が「消極的推進力（negativer Motor）」だった場合に認識ある過失が存在するとする。ここにいう「消極的推進力」とは，先の動機の分類における消極的動機を刑法の文脈に位置づけたもので，違法な結果表象が当該行為を控えさせるように行行為者の意思に決定的に働きかけたのではないが，しかし予見された違法な結果を阻むことに寄与したことを意味する<sup>31)</sup>。このような場合，論理的にみれば，まったく逆の表象（違法な結果が生じないという表象）が行為遂行の積極的推進力，つまりひとつの理由以上のもの

(ein Grund mehr)であったがために行為者には過失が認められるのである<sup>32)</sup>。

これに対して、違法な結果表象が行為を控える動機にならなかったがゆえに、反対動機にならなかった場合が未必の故意である。これはさらに2つに区別される。1つは違法な結果表象が行為を行う積極的推進力、つまりひとつの理由以上のものであった場合である。もう1つが未必の故意が認められる場合として違法な結果表象が確かに存在するが、しかしそもそも動機(主動機、あるいは積極的推進力)ではない場合(結果に対する無関心)である。ただし、M・E・マイヤーによれば、先にあげた論理関係からすれば結果発生の可能性の表象は積極的推進力が消極的推進力のどちらかしか存在しないのであって、結果に対する無関心というのは幻想にすぎず、この場合もまた結果発生の表象が消極的推進力でなかった以上、それは積極的推進力であったのである<sup>33)</sup>。

このように、M・E・マイヤーは結果に対する認識に発動を促す力を拒む理由となる要件にまで遡って観察するとき、行為者の法敵対的心情が、結果が発生しないだろうという希望のなかに決定的原因がある場合に分けることができ、前者が故意であり、後者が過失であるとした。

5 以上がM・E・マイヤーの見解であるが、彼の見解の特徴は故意・過失は法的概念であることを前提に、そのような法的概念としての故意・過失にふさわしい心理的事実として動機に着目し、ここでは行為の挙動原因を、これまでの論者が意思と見ていたのに対して動機へと転換されている、動機概念の論理的関係から、主動機、反対動機、積極的推進力、消極的推進力の4つに区別し、この枠組みによって故意、過失をもれなく説明しようとした点である。

6 このようなM・E・マイヤーの見解に対して特にヒッペルが一定支持しつつも、詳細に批判した。ヒッペルによるM・E・マイヤー批判を一言で言えば、M・E・マイヤーによる動機の分類枠組みと故意、過失とは必ずしも対応しないというものである。

M・E・マイヤーの積極的推進力、消極的推進力の区別は付随結果に関するもので、違法な結果表象が積極的推進力であった場合を未必の故意に、消極的推進力であった場合を認識ある過失に分類する。しかしヒッペルはこの両者とも瑕疵を有しているとする。後者から検討する。ヒッペルはM・E・マイヤーが違法な結果表象が行為者にとって消極的推進力である場合には認識ある過失であるとするが、しかしこの場合でも故意を認めるべき場合があるとするのである。すなわち、行為者が意図した結果と必然的に結びついている付随結果の場合は行為者が違法な結果表象を好ましくないとみなしていた、つまり消極的推進力であった場合であっても、行為者が実行し、結果が発生したのであれば、故意が認められるべきであり、このことは大方の学説が認めるところであるにもかかわらず、M・E・マイヤーの分類によればこの場合をも認識ある過失になってしまう<sup>34)</sup>。違法な(付随)結果表象が消極的推進力であった=認識ある過失ではないのである。

次に、未必の故意が認められるとする類型である。ここでは、M・E・マイヤーは違法な結果表象が積極的推進力であった場合に未必の故意を認めるのであるが、この類型には結果発生 of 表象が行為者にとって無関心であった場合もまた含まれるとする。しかし、違法な結果表象が行為者にとって無関心であったのであれば、確かにこのような態度は法秩序に対する否定的な心情ではあるが、このことは行為者にとって動機的な意味を有さないはずであり、積極的推進力であるとはいえないのである<sup>35)</sup>。ヒッペルはM・E・マイヤーが結果発生に対する無関心は実は幻想で、この場合もまた行為者は自己の利益追求を諦めることなく、法秩序の命令よりも自己の願望を高く評価しているのであり<sup>36)</sup>、それゆえ結果発生に対して無関心な場合とは違法な(付随)結果表象が行為者にとって積極的推進力であった場合であるとするに関して支持し、ヒッペルもまた故意犯を他の法益を保護するより自己利益の追求を重視する利己主義者としてみなすのであるが、しかしM・E・マイヤーの見解ではこの点に関する心理的根

拠付けに欠けているとするのである<sup>37)</sup>。それゆえ、ヒッペルは、M・E・マイヤーの動機への着目は非常に有益であるとしつつも、動機の区別によっては故意と過失を十分に満足のいく形で区別しえないのであって、これは意思概念によって行われなければならないとするのである。次に、M・E・マイヤーの見解を批判的に継承するヒッペルの見解を検討する。

### ヒッペルの見解

1 ヒッペルは、1903年に公刊された『故意と過失の限界』というモノグラフィーにおいてM・E・マイヤーの動機説を批判的に受け継ぎつつ、意思説の立場から表象説を徹底的に批判し、意思説の妥当性を示そうとした。ヒッペルはまず表象説の検討からはじめるのであるが、表象説の論拠を結果の表象によってのみ故意と過失を十分に区別しようという積極的側面と意欲は結果に及ばないという消極的側面の2つに分け、消極的側面から検討する。

2 ヒッペルによれば、表象説が自説を妥当とする際の消極的根拠はおおよそ3つに集約される。第1に、「結果の意欲」というのは心理学上誤っており、意欲されるのは結果ではなく身体挙動だけだというものである<sup>38)</sup>。このような主張は、その内部においていくつかのバリエーションがあるが、代表的なのは先に見たベッカーによるところの、意思は身体挙動の唯一の原因であるが、結果に対する唯一の原因ではないとするものである<sup>39)</sup>。ヒッペルはベッカーの見解における「意思あるいは意欲は身体挙動の唯一の原因である」という点に関して、意思あるいは意欲は身体挙動の唯一の原因ではない、というのも例えば無意識的な挙動のように意欲されていない身体挙動も存在するからであると批判し、さらに、「意思あるいは意欲は結果に対する唯一の原因ではなく他の複数の原因との共働原因である」という点に関しては、意思支配が身体挙動よりも結果に対してその支配程度が低いとしても日常的な多くの場面で結果が身体挙動と同程度に確実に発生するという判断が行われているのであって、このことは日常生活の経

験からすれば正当化されるとしてベッカーの見解は妥当ではないとする<sup>40)</sup>。

第2に、仮に意思あるいは意欲が結果に及ぶということを認めても、その場合に言う「結果の意欲」とは意図を意味するのであるが、しかしほとんどの論者は意図よりもその内容を拡張しており、そうだとすれば故意の処罰範囲は予見と一致するとするものである<sup>41)</sup>。例えばレフラーはこのような見解を心理学に依拠して主張するのであるが、これに対してヒッペルは心理学においても「結果の意欲」は意図した場合に限られるのではなく、例えば意図した結果と必然的に結びついた付随結果に対しても意欲したというのであって、このような用法は心理学におけるだけでなく、通常用語例にも合致するとして上記の批判を誤っているとする<sup>42)</sup>。問題は「結果の意欲」のさらなる拡張であるが、この点は以下の意思説の積極的な根拠付けにおいてなされる。

第3に、「結果の意欲」という概念は不明確で、それゆえ法的に危険で使用不可能な概念であるとする批判である<sup>43)</sup>。ここでヒッペルは、フランクが意欲という場合、なにが意欲されるのかは明確ではないという批判に対して、その用語法上、目的とされた最終結果とその達成のために必然的に結びつくものとして表象された手段が意欲されるのであって、非常に明瞭であるとする<sup>44)</sup>。ただし、更なる限界事例において多少不明確な点は残るが、しかしそれは非難されるほどのものではなく、さらなる考察でその点は明確化するとする。

以上が表象説の消極的側面に関してであるが、次にヒッペルは表象説の積極的側面に関して検討する。表象説によれば、故意とは結果の予見であるが、しかし表象説の論者は結果の予見さえあれば故意を認めるというわけではなく、例えば上述のフランクやリストのように、これに一定の限定を加えている。しかしヒッペルによれば表象説によるいかなる限定も成功しておらず、これは「結果の意欲」を考慮する場合にのみ達せられるのである<sup>45)</sup>。

3 ヒッペルは以上のように表象説を批判した後に意思説の立場からその

限界，すなわち過失との区別基準を検討する。まず，ヒッペルによれば，「結果の意欲」とは，行為者が結果発生に対して積極的な感情価値を有した場合であるとして，これは大きくは次の2つの場合に区別される。すなわち当該結果発生が行為者にとって決定的な意義を有した場合と，決定的意義を有していない付随的な結果発生の表象が行為者の意思決定に対して促進的な影響を与えるか，それが意思決定に対してなんら影響を及ぼさなかった場合の2つの場合である。ヒッペルによれば，これらはM・E・マイヤーの言う主動機（Hauptmotiv）と，積極的推進力（positive Motoren）の場合に対応する。

このような観点からヒッペルは故意を次のように分類する。まず，違法な結果の発生が行為者にとって決定的な意義を有する場合，つまり違法な結果発生を自己の犯行目的とする場合が意図であり，このような場合に結果が意欲されたとするのに問題はないとする。ここでは結果発生が単に可能であると認識・予見している場合であっても故意は認められる<sup>46)</sup>。

次に，ヒッペルによれば行為者が意図した結果と必然的関連性を有すると表象された付随結果もまた，仮に行為者が好ましく思っていない，あるいは無関心であったとしても意図された結果とともに意欲されている。というのも，ヒッペルによれば，確かに必然的付随結果の発生は行為者にとって決定的意義を有さず，それゆえ積極的感情価値も有さないが，しかし必然的付随結果の発生の表象は行為者にとって意図した結果と具体的に分離不可能な表象複合体（Vorstellungskomplex）として形成されており，このような全体の表象複合体の中で，積極的感情価値を有する側面を消極的感情価値の側面より重視する場合，全体複合体の表象は犯行の動機となり，それゆえ全体複合体の現実化，つまり必然的付随結果の発生もまた意欲されているからである<sup>47)</sup>。

問題は，行為者にとって意図された結果と必然的に結びついておらず可能的にしか結びついていないと表象されている場合で，さらに行為者が当該付随結果をどうでも良いあるいは好ましくないとみなしている場合であ

る。ヒッペルはこのような場合でも必然的付随結果における考察に基づいて、一定の要件のもとで「意欲した」と言えるとする。すなわち可能的付随結果もまた「意欲した」といえる場合とは、そのような可能的付随結果の表象が行為者の決意にとって必然的付随結果の表象と同様の実践的意義を有したといえる場合である。そしてヒッペルによれば、このことは次の場合に確認できるとする。すなわち行為者が可能的付随結果を表象している場合に、仮にそれが必然的付随結果の表象であっても行為したといえれば、当該行為者の表象は必然的付随結果の表象と実践的な同価値性を有する。このような思考方法はフランクの第 1 公式と同様のものであるが、フランクの第 1 公式はこのような心理状態を確認するものとして使用する場合にはそれは適切なものとなるとする。ただしヒッペルは、先の公式は論理的な推論からの帰結にすぎないため、さらにこれを行為者の具体的心理的事実として基礎付けようとする。

ヒッペルによれば可能的付随結果が必然的付随結果と心理学上同価値性を有する場合とは、行為者にとって当該結果不発生の願望が犯行の決定的な動機にならなかった場合である。つまり当該結果の不発生の願望が具体的に行為者の決定的な犯行動機ではなければ自己の意図した結果と共に (zusammen) 生じうる違法な結果が実現することのほうが自己の行為の放棄よりも好ましいのかという問いに直面し、これを肯定し行為に出る場合には、行為者には必然的付随結果と同様の心理的状态があったのである。逆に言えば、行為者が結果発生の可能性を表象し、その発生を希望していないのだが、しかし自己の目的を放棄する (行為を断念する) よりむしろ結果が発生するほうがよいとするために、「結果不発生に対する行為者の希望が行為を止めさせる決定的理由にならなかった」という場合なのである<sup>48)</sup>。以上の考察からヒッペルは、結局のところ故意は次の 4 つの場合に認められることになるとする。

結果発生を望ましいものとして追求する場合。

望ましいものとして追求する結果と必然的に結びついているものと

考慮されている結果。

行為者にとってその発生がどうでもよい結果。

結果発生が行為者にとって単に可能なものとして表象され、しかもその結果発生が行為者にとって好ましくない場合は、行為者にとって結果発生が自己の利益追求の放棄より常に好ましかった場合に限って故意が認められる<sup>49)</sup>。

このように解した後にヒッペルによれば、先に検討したM・E・マイヤーと同様に結局故意犯とは自己の利益・関心の追求を法秩序のそれよりも意識的に優先・重視する利己主義者であるとして<sup>50)</sup>、この点に故意犯の処罰根拠を見出しているのである。

4 以上がヒッペルの見解であるが、これをM・E・マイヤーの見解と比較しつつ、検討しよう。まず両者とも故意犯を意識的な利己主義者として特徴づける点では共通するが、しかし次の2つの点で異なる。

1つはM・E・マイヤーは故意・過失は法的概念であるとみなし、法的観点から故意・過失を規定したのに対して、ヒッペルは故意とは「結果の意欲」であることをア・プリオリに前提し、故意を法的観点とは無関係に心理主義的に規定している点である。このようなヒッペルの見解に関してはエクスナー(Franz Exner)が鋭い批判を投げかけている。エクスナーによれば、ヒッペルは故意を「結果の意欲」とであるとア・プリオリに前提し、これが論点先取りなのはともかく、故意の限界をもこの「結果の意欲」という心理学上同一のものによって規定しようとするが、しかしその方法論はヒッペル自身が前提とした心理学上同一の意味における「結果の意欲」を逸脱したものとなっている。すなわちヒッペルは故意と過失の限界付けに関して、「結果の意欲」として典型的な意図の検討から出発して、最終的に未必の故意が問題となる可能的付随結果領域において心理学上同一のものではなく、必然的付随結果と価値的に同等のもの、すなわち「実践的同価値性」を有するものまでを意欲概念に含めることによって、ヒッペルがア・プリオリに前提としていた心理学的に同一の意味における

「結果の意欲」が故意であるという点から逸脱しているのである。このことからエクスナーは「結果の意欲」を心理学的に理解するのではなく、それは法的なものとして理解すべきであるとするのである<sup>51)</sup>。

次に、M・E・マイヤーが違法な付随結果表象を好ましくない、つまり消極的推進力であった場合にすべて認識ある過失に分類するのに対して、ヒッペルはこれを意思説の観点から必然的付随結果、可能的付随結果に区別することでM・E・マイヤーの見解をより洗練させ、それぞれの類型において行為者が自己利益の追求を放棄するよりは結果発生が好ましかったといえる場合に故意を認めることで、M・E・マイヤーに欠けていた心理的な基礎付けを与えた点である。

しかし、この点に関しても批判がなされている。必然的付随結果に関しては、大多数の学説が、行為者がいかなる態度をとってしようともそれを認識・予見しつつ行為すれば故意を認めるのであるが、しかしそのことがはたして可能的付随結果にまで言えるのかということである。

ヒッペルは可能的付随結果の場合には行為者にとって結果不発生の希望が決定的でなければ、行為者は、自己の意図した結果と「共に(zusammen)」生じうる違法な結果が実現することのほうが自己の行為の放棄よりも好ましいかどうかという判断に迫られ、にもかかわらず行為に出る場合には行為者には必然的付随結果と同様の心理的状态があったとするのであるが、このようなヒッペルの見解に対しては2つの点で批判がなされている。1つは結論の妥当性に関するものであり、もう1つは理論的な妥当性に関するものである。前者はレフラー(Alexander Löffler)によってなされているのであるが、レフラーは次のような事例を用いて批判する。すなわち、例えば同情・憐れみの対象とするために子どもの身体に死の結果の予見を有しつつも重大な傷害を負わず物乞いが当該行為を繰り返し、子どもを死亡させてしまったという事例において、ヒッペルの基準によれば、この物乞いに対して殺人の故意犯が認められなくなってしまう。というのも当該物乞いにとって、子供が死んでしまっただけでは同情・憐れみの対象にならない

ために、子供の死の不発生の願望が当該傷害行為を行うに際して決定的なものであったからである。しかし、このような場合に物乞いに殺人の故意が認められないのは妥当ではないとするのである<sup>52)</sup>。

次に理論的な妥当性に関してであるが、これはエンギッシュによってなされている。すなわち、ヒッペルの言う「結果不発生の希望が行為者にとって決定的だったのかどうか」ということは行為者の性格を考慮することなしには確定できないとする。すなわちヒッペルが結果不発生の希望が行為者にとって決定的でないにもかかわらず行為する場合、行為者は自己の意図した結果と「共に」違法な付随結果の実現をも選択したのだとする場合、ここに言う「共に」とはエンギッシュによれば意図した結果が実現すれば「必ず」違法な付随結果もまた実現するという意味に解されるところ（つまり「共に」＝「必ず」と解する）、しかし可能的付随結果における行為者の心理状態は単に結果発生が好ましくなく、その不発生を希望したということのみであり、行為者が結果不発生の希望が決定的でなかったからといって、意図した結果と違法な付随結果が必然的なものとして結びつくわけではない。にもかかわらず、このような場合に行為者にとって自己の行為目的の実現と共に必然的に生じる違法な（付随）結果のほうが当該行為を断念するよりも好ましかったのか、つまり違法な付随結果の発生が確実であったとしても行為したのかということを判断するためには行為者の性格を考慮することなしには判断できないのである<sup>53)</sup>。

5 以上のようにヒッペルの見解は、その帰結が妥当でないのと同時に、行為者の行為時の具体的な心理的事実を問題とするのではなく、行為者の性格を問題とするものであり、それゆえ行為者の具体的な心理を基礎付けることにも成功していないのである。そのためグロースマン（Hans Großmann）は故意犯を利己主義者として捉える点を支持しつつも、上記の欠点を修正するために蓋然性説を主張したのである。以下ではグロースマンの見解を検討する。

## グロースマンの見解

1 グロースマンによれば、法益侵害は有責な心情に基づく場合に犯罪となるとするが、これは有責な心情が犯行において現われた限り、すなわち客観化された限りで問題となるのである。ここに言う有責な心情とは法益の軽視 (Geringwertung des Rechtsgutes) であり、これは次のような場合に認められる。すなわち、行為者が自己の行為によって追求される目的と比較して他の法益を不当に評価する場合、逆に言えば、他の法益よりも自己の追求する目的をより高く評価した心情を有している場合に認められるのである<sup>54)</sup>。この意味において法益の軽視は常に相対的なものなのである。そして行為者が法益と自己の利益が対立する場合にいかに関係したのかということは、違法な結果表象ならびに目標表象とそれに付随する(快・不快)感情の強さとの関係から明らかになるとするのである。

グロースマンは、結果表象と感情との関係をティーレンに依拠しつつ、次のように説明する。すなわち単なる結果表象と結びついた感情がこの表象の原動力、つまり表象が決意形成に働きかける力と同一のではなく、その働きかけの有無・程度は行為者がどの程度結果発生を蓋然的とみなしたのかに依存する。例えば、ある者が結果発生を不可能なものとみなせば、その表象と結びついた感情の、意思形成への働きかけは等しくゼロであるのに対して、彼が結果発生を確実とみなせば、結果表象に結びついた感情評価が意思形成に強力に作用する。つまり、自己の好ましい結果発生の蓋然性が高ければ高いほど、それに応じて当該結果表象は行為の原動力へとなるし、逆に自己の好ましくない結果発生の蓋然性が高ければ高いほど、当該結果表象は行為者にとって当該行為を抑制させる方向で働くのである<sup>55)</sup>。

2 以上のように、結果表象と感情との関係を規定した上で、グロースマンは故意と過失の区別に関して検討するのであるが、その際、まず彼は故意を次の3つに区別する。

意図における行為 (Handeln in Absicht) : 行為者が違法な結果を引

き起こすことを意図する場合。

確実性における行為 (Handeln in Gewißheit) : 行為者が違法な結果を意図していないが, しかしそれを自己の行為の必然的な結果, あるいは追求された結果と必然的に結びついた結果として予見している場合。

疑念における行為 (Handeln in Zweifel) : 行為者が違法な結果を引き起こすことを意図していないが, しかしそれを, 疑念を抱きつつもありうるものとして予見している場合<sup>56)</sup>。

グロースマンの観点からすれば, 意図の場合は, 違法な結果が行為者の行為目的であり, それゆえ行為者は他の法益よりも自己利益を重視しているのは明らかであり, それゆえ重い責任に属する。

次に, 付随結果が問題となる 確実性における行為と, 疑念における行為においては, 上記結果表象と感情との関係を前提に行為者の意図した結果表象と付随結果表象との関係から明らかにする。すなわち行為者が自分自身にとって利益となる目的追求に際して, 不快感情を伴った違法な結果が結びついているという表象は先の観点に従えば, 違法な結果発生の蓋然性が大きければ大きいほど, それだけ不快感情も高まり, それゆえ行為の決意形成に対する反対動機として力も増してくる。にもかかわらず, 行為者が違法な付随結果の蓋然性表象を有しつつ行為する場合, 違法な結果表象に結びつく不快感情が行為への決意を抑制しえず, 違法な付随結果表象に伴う不快感情は行為者の決意形成に対して作用しなかったことになる。グロースマンによれば, このような場合に違法な結果表象が行為者の決意形成に対して作用しなかったのは違法な結果を表象しているにもかかわらず, 不快感情が弱められたことによるとする。すなわち行為者は, 違法な結果発生の蓋然性が高いと表象しているにもかかわらず, 彼にとって違法な付随結果の発生に伴う不快感情よりも自己の目的達成による快感のほうがより大きかったがために付随結果に伴う不快感情が弱められたのである。つまり, 行為者はここで, 他の法益よりも自己の利益を重視する

ことで他の法益を軽視したのである。

この点からすれば、 確実性における行為において行為者により重い責任が問題なく認められ、また 疑念のある行為においても行為者が違法な付随結果発生の蓋然性表象を有しつつ行為すれば、違法な結果発生に伴う不快感情が自己の利益の実現に伴う快感情よりも劣ったといえ、それゆえこのような場合には故意が認められるのである<sup>57)</sup>。

3 以上のグロースマンの見解は故意犯を利己主義者と捉える観点から、故意と過失の区別基準に関して、ヒッペルの見解のように行為者の性格判断にいたらないように、結果発生の蓋然性に着目し、行為者が蓋然性表象を有しつつ行為すれば、行為者は他の法益よりも自己利益を追求したといえんとするのである。

4 しかしこのようなグロースマンの見解に対しては、周知のように蓋然性という概念それ自体が不明確ないしは多義的であるとする批判のほか、エンギシュも指摘するように<sup>58)</sup>、蓋然性思想とそれを基礎付ける利己主義的説明は内的関連を有さないとする批判が可能である。すなわち行為者が結果発生の一定程度の蓋然性、例えば50パーセントを超える蓋然性を認識しつつ行為し、結果が発生したという場合、行為者に対して常に他の法益よりも自己利益を重視していたとは言えないである。というのも蓋然的付随結果が問題となる場合、必然的付随結果の場合のように自己利益の実現 = 付随的犯罪結果の発生ではないために、なるほど行為者は自己利益を他の法益よりも重視したがために、行為したという場合もあるが、しかし他の法益を尊重しつつ、すなわち付随的犯罪結果の不発生を望みつつ、行為したという場合も考えられるからである。

また、逆に、行為者がある行為を行うに際して違法な付随結果発生の蓋然性表象ではなく、単なる可能性表象しか有していない場合であっても、当該行為者の現実の心理において他の法益よりも自己利益の実現のみを追求しているという場合もまたありうるのである。つまり蓋然的付随結果の伴う行為を行うに際して、自己利益の追求と他の法益の尊重することは

必ずしも排他的関係にあるのではなく両立可能なのである。それゆえ、蓋然性表象と行為者の利己主義的心情とはグロスマンが考えるようには必ずしも関連しないのである。

5 以上、結果との積極的・感情関係を問題とし、故意犯を利己主義者として特徴付ける見解を検討してきたわけであるが、これらの見解に共通するのは、その判断方法は各論者によって異なるものの、行為者が自己利益の追求とそれに伴う他の法益侵害を比較考慮し、他の法益の侵害が発生するとしても自己利益の追求のほうを意識的に優先したといえる場合に故意を認めるという点にあった。しかし、この構想によれば、学説が一般に認めている故意処罰の範囲にまで処罰範囲を広げようとする場合、M・E・マイヤーの見解によれば、その心理的基礎付けが欠けていたのであり、それを補おうとしたヒッペルの見解においては、行為者の具体的な心理に基づくものではなく、犯行時の具体的な心理状態とは無関係な行為者の性格判断にいたるものとなり、さらにこのような不都合を回避しようとして、グロスマンは結果発生の際の蓋然性表象に着目したのであるが、しかし違法な付随結果の蓋然性表象と行為者の利己主義的な心理的事実の間には必ずしも関連性は存在しなかったのである。

6 以上のことから、積極的な意的・肯定的感情関係を問題とする立場では、故意の処罰範囲を十分基礎付けることに成功しているとは思われないのである。それゆえ、次にこれまでの積極的な意的・肯定的な感情関係を問題とする構想とは異なって、結果との消極的な意的・無関心な感情関係を問題とする構想を検討する。以下では結果との消極的な意的・感情関係を問題とする主な論者として特にレフラー、エクスマー、エンギッシュの見解を検討する。

#### (4) 消極的な意的・無関心な感情関係を問題とする立場

##### レフラーの見解

1 レフラーはまずフランクの立てた故意の本質に関する意思説対象説

という対置に関して、両者の正当な核心を取り出し、行為者の心理的事実を歪曲することなく、法的な評価に服させることが重要であるとする<sup>59)</sup>。このように述べたあと、レフラーはまず行為者と結果との心理的な関係を検討し、次の3つに区別する。

第1の結果に対する心理状態は意欲である。レフラーはこれを意図と同義に解する。レフラーによれば、人間はその本性上、快を求め、不快を避けるのであるが、人間が快と結び付ける事態(外界の変更)が願望(Wunsch)の対象となる。そして人間がそのような事態に働きかけようことを意識し、それに応じて身体挙動を遂行する場合、願望が意欲へと結びつくのである。つまり意欲は行為に現われた願望(tätiger Wunsch)なのである。このことからあらゆる願望は意欲ではないが、しかしあらゆる意欲は同時に願望なのである。願望と同様意欲の対象が外界における一定の状態であり、この意欲の因果的な帰結として把握される状態が結果なのである。つまり結果は意欲されるのである<sup>60)</sup>。

レフラーによれば、このことを指摘する意思説は正しく、これを否定する表象説は妥当ではない。しかし、彼は意思説、特にヒッペルが、結果の意欲を意図の意味においてだけでなく、意図した結果と結びついた付随結果をも意欲しうとする点には反対する。というのも、結果の意欲とは、行為者が当該結果を予見し、それを実現するために行為する場合であるのに対して、付随結果においては行為者が付随結果を予見したにもかかわらず思いとどまらずに行為する場合で、この場合に意欲は当該行為を思いとどまらなかったという消極的な形でしか結果と関わることができず、それゆえ両者間には存在構造上の相違が存在するからである<sup>61)</sup>。それゆえ付随結果は次の認識性(Wissentlichkeit)において考慮される。

第2の結果に対する心理状態は認識性である。レフラーによれば、認識性とは、行為者は結果を意欲していないがしかし予見しており、この結果の予見を反対動機とすべきであったにもかかわらずしなかった場合を言う。このような結果の予見は、人間の身体挙動による将来の結果が主観的には

一定の蓋然性の下でのみ現われ、そしてこれは確実性から不可能性まで連続したものであるので、心理学的に1つのものであって、認識性内部において自然的な限界はないとする。

第3の結果に対する心理状態は過失である。これは行為者が結果を予見しえ、かつ回避しえたし、すべきであったにもかかわらず、意欲も予見もしていなかった場合である。これは一般には認識なき過失と呼ばれているものである<sup>62)</sup>。

レフラーは行為者の心理状態と結果との関係を以上のように分類した上で、これをさらに法的評価の観点に即して区別しなおすのである。その際、法的観点とは次のようなものである。すなわち自己の行為によって発生しうる反社会的結果の表象を行為者が有しながら、にもかかわらず行為した、つまりそのような表象を行為者が決定的な反対動機にまで高めなかったという点に行為者の責任を求める立場である。これによって、行為者は社会の利益を尊重しない人間だと特徴付けられることになる<sup>63)</sup>。レフラーはこのように表象説に基づいた故意処罰の根拠から、先の心理状態を次のように区別する

2 まず、先に区別した第1の意図の場合が故意処罰の根拠からして最も重い責任を負うことに争いはないとする。というのも、この場合犯罪結果の表象を反対動機としなかっただけでなく、さらに行為動機としたからである。それに対して、第3の認識なき過失が最も軽い責任を負うのも同様に争いはない<sup>64)</sup>。

問題は第2の認識性であるが、これをレフラーは高度な蓋然性、中間的蓋然性、低度の蓋然性に区別する。というのも反対動機としてのありうる結果表象の作用はその蓋然性の程度に依存するからである。このことは例えば医者が患者の治療において不幸な結果の発生が最も少ない治療方法を選択するように、人間は生活のいたる場面で蓋然性判断に応じて行為することからも明らかであるとした上で、このような反対動機は、結果発生の蓋然性が低ければ低いほど、反対動機としての作用もまた低くなり、それ

によって責任の程度も低くなる。ただし、この表象内容は量的なものであってこれはおおよその線は引けるが、しかし質的な相違は存在しないのである<sup>65)</sup>。

それゆえ、レフラーは上記のように大まかに高度な蓋然性、中程度の蓋然性、低度の蓋然性と区別し、上記の処罰根拠に応じて、高度な蓋然性は意図と同程度に当罰的であるため、高度な蓋然性を有しつつ行為者が行為する場合は意図と同様に処罰してよいとする。それに対して、低度の蓋然性は認識なき過失と同程度の当罰性であり、それゆえ最も軽い責任に含まれるとする。そして中程度の蓋然性は独自の責任を構成し、これに対してその責任に見合った法定刑が形成されるべきとする。つまり最も重い責任には意図と高度の蓋然性表象が、中間的な責任には中程度の蓋然性表象が、最も軽い責任には低度の蓋然性表象と認識なき過失が含まれるのである。レフラーによれば、このような3分説はこれまでの故意か過失かという2分説に比べてより適切な行為者の責任評価を可能にし、裁判官に対して限界事例における過誤をより少なくする点で実践的な意義を有するとするのである<sup>66)</sup>。

3 以上がレフラーの見解であるが、レフラーは意思説と表象説という対立をM・E・マイヤーとは異り、以下のような形で調停しようとした点に彼の見解の特徴がある。レフラーはまず、表象説が意思説に投げかけた批判、つまり意思は結果に及ばず、意欲しうるのは身体の挙動のみであるという批判は誤りであり、それゆえ意思もまた結果に及ぶことを認めるのである。この点に関してフランク自身もまたコンメンタールの第1版では、行為者の心理は身体挙動それ自体との関係と、さらにそれによって働きかけられる結果との関係とでは異なるとしていたが<sup>67)</sup>、第2版以降は当該記述を削除しており<sup>68)</sup>、第5-7版以降においては、意思は結果と消極的な関係を有するとするにいたる。すなわち、フランクによれば、故意は「行為者が一定の表象を決定的な反対動機にまで高めなかった」ことによって特徴付けられるとし、消極的な意思決定の観点から意図と付随結果を区別し

ているのである<sup>69)</sup>。

それゆえ、表象説が言うように結果は意欲されず、身体挙動のみが意欲されるとするのは誤りなのであるが、では、意思説が正しいかということそうではなく、なるほど意図の場合、積極的な意思是結果に関係するが、しかし付随結果においては積極的な意思是結果に及ばず、意思是消極的にのみ結果と関わるので、故意と過失の区別基準たり得ない。その限りでは表象説の言い分が正しいのであり、故意と過失の限界を画するのは表象によってということになるのである。ただし表象による区別もまたその内部において未必の故意と認識ある過失を区別し得ないという問題点を有していた。それゆえレフラーは従来の故意・過失の2分説に代り、3分説を主張するに至ったのである。

4 以上のレフラーの3分説に対してエクスナーは否定し得ない長所を有するが、しかし個々の犯罪へと目を向ける場合、その不都合さが明らかになるとする。すなわちエクスナーは、レフラーのいう重い責任、中程度責任、軽い責任にはそれぞれ、意図と直接故意(これはおそらく必然的付随結果のことと思われる)、中程度の責任には未必の故意と認識ある過失のより重い場合、軽い責任には認識ある過失の軽い場合と認識なき過失が属するとの前提の下に<sup>70)</sup>、このような3分説による場合、過失犯を処罰していない犯罪において、重い責任、中程度の責任、軽い責任のうちでどこまでを処罰するのかということを決めなければならないところ、重い責任に限るのであれば処罰範囲は過度に狭まり、逆に中程度の責任領域まで含まるのであれば逆に広がりすぎことになり、過失犯が処罰されていない犯罪では3分説による場合、その当罰性に見合った区別ができないとするのである<sup>71)</sup>。それゆえエクスナーはレフラーの基本的な考え方を支持しつつも、レフラーのような3分説による区別は拒否するのである。では、エクスナーはレフラーを支持しつつも、故意と過失の区別基準をいかに考えているのかに関して次に検討する。

## エクスナーの見解

1 エクスナーは『過失の本質』というモノグラフィーで、故意と過失の区別基準に関して言及している。まず、エクスナーは故意の本質に関する意思説対表象説という争いに関して独自の見解を述べる。彼によれば、意思説と表象説はそもそも矛盾するものではなく、両者は両立可能なものである。すなわち意思説は行為者と結果との心理的関係の本質を提示しているのに対して、表象説は行為者と結果との心理的関係をどのような要素で認識するのかということに関する基準を示すもので、両者は異なる観点を前提とするものであり、したがって両者は矛盾しないとするのである<sup>72)</sup>。

2 しかしエクスナーは未必の故意と認識ある過失の区別問題においては、意思説はその理由付けを誤っているとする。意思説、とりわけヒッペルは、故意とは「結果の意欲」であるということをア・プリオリに前提とし、このことから付随結果をも故意に取り込もうとする。そしてその限界に関してヒッペルは、ありうるものとして表象された結果が意思決定に対して必然的なものとして表象された結果と同様の実践的意義を有する場合に故意は認められるとするのであるが、これは実質的に見れば、上述のように、故意の限界づけを「結果の意欲」という心理学上同一のものによっては行っておらず、価値的な同一性によって行っているのである。このことは意思説の前提を逸脱しており、それゆえエクスナーは付随結果は心理学的にみれば意欲されておらず、それは意欲されたものとみなされているのであり、したがって「結果の意欲」は心理学的なものとして理解するのではなく、それは法的なものとして理解すべきであるとするのである<sup>73)</sup>。

そしてエクスナーは次に法的に理解された「結果の意欲」の内実を検討する。すなわちありうる結果発生の表象が意思決定に対して必然的結果発生の表象と同様の意義を有したという場合に故意が認められるのであれば、ありうる結果表象が行為者にとって必然的結果表象と同じ感情関係を有している場合に故意が認められることになるところ、必然的結果表象において認められる感情関係とは、エクスナーによれば必然的結果発生

の表象が意思決定に対して不快感情を引き起こさなかった、つまり反対動機として作用しなかったという場合をいうのであり、これがありうる結果発生 の表象においても認められれば故意が認められるのである。このような感情関係はあらゆる故意事例に共通の特徴であり、この場合の責任を、エクスナーは法侵害に対する考慮が自己固有の利益を放棄させるように決定させないほどに不快感情を引き起こさなかった、すなわち法侵害に対する行為者の無関心な心情の中に見出すのである<sup>74)</sup>。このような考え方は表象説をその基礎におくものとエクスナーはする。

ただし、表象説による場合、故意犯とされるすべての事例に存在構造論上同一の要素として結果表象が挙げられるが、しかし単なる結果の表象では認識ある過失までも含むことになる。それゆえ、表象説においては結果の表象内部で先の故意処罰の根拠に応じて故意の場合と過失の場合を区別しなければならないのだが、これはレフラーが指摘するように心理学上、結果発生の実確性から不可能性までの表象は量的に連続しており、これを心理学上質的に区別するのは困難であるとする。

そこでエクスナーは、この問題を考えるにあたってフランクの第1公式を持ち出す。すなわちエクスナーによれば、フランクの公式の正当な点は、結果発生が必然的とみなされた付随結果表象と、ありうるものとみなされた付随結果表象との間に同様の感情的関係が存在する場合には、両者は同様の取り扱いをしてもよい、すなわち同程度の責任があるとする考え方の下で、ありうる付随結果表象に際して行為者が必然的付随結果と同様の感情関係を有したのかどうかということを確認する点にあるとする。ここでいう感情関係とは、ヒッペルのごとく結果発生が行為者にとって相対的にであれ好ましかったという肯定的な感情ではなく、上述のように、当該結果が確実に発生することを認識していてもこのことが行為者になら影響を与えないほどに、当該結果が行為者に対して不快感情を引き起こさなかった、すなわち法侵害に対する無関心な心情なのである。両場合に共通するのは心理学的に理解された結果の意欲ではなく、まさに「結果に対す

る無関心と義務動機の弱体化」という感情関係なのであり、この点に重い責任非難の根拠があるのである<sup>75)</sup>。そしてフランクの第1公式はこのことを確認するものであり、それは法的に見て意欲されたものと同等のものとして、それと類似した取り扱いがなされなければならないということを示すものなのである<sup>76)</sup>。

3 このようなエクスナーによるフランクの第1公式の評価はエンギッシュによって引き継がれ、エンギッシュは未必の故意と認識ある過失の区別基準をさらに詳細に検討する。最後にエンギッシュの見解を検討しよう。

### エンギッシュの見解

1 エンギッシュはこれまで意思説対表象説の意味が様々に語られてきたが、これを包括的に検討し、その上でエンギッシュは両者の対立は少なくとも3つの異なるレベルで存在するとする。第1に、故意の本質に関するもの、第2に故意の限界付けに関するもの、第3に方法論に関するものである。エンギッシュは第1の故意の本質に関する問題には意思説、表象説だけでなく、さらに感情説も加えなければならず、これらのうちでいずれが正当かは第2の故意の限界付けに関する検討によって始めて明らかになるとする。それゆえ、エンギッシュは故意の限界付けに関する検討を行うのであるが、その前にエンギッシュは方法論に関して意思説や表象説の採る方法論を批判して、それとはまったく逆の方法論を取る。エンギッシュはここで、表象説の代表としてフランク、意思説の代表としてヒッペルを挙げ、両者とも疑問の余地のない故意の典型例から出発し、このことから故意の責任内容を導き出しているが、このような演繹的方法是誤っているとする。これに対して、エンギッシュは帰納的方法を採るのである。つまり、故意とされる各類型が故意犯としてのより重い責任非難に値するかどうかということを目論みなく検討した上で、これに当たるとされたものから故意の本質が導き出されなければならないとするのである。

2 このような観点からエンギッシュは、故意が認められる場合を、

意図， 自己の行為から確実に発生すると表象された結果の場合，あるいは意図した結果と必然的に結びつくものとして表象された付随結果の場合， 自己の行為ないし意図した結果と蓋然的に結びつく表象された付随結果の場合， 蓋然的な，あるいは，単にありうるとみなされる構成要件実現の場合に分け，それぞれ重い責任非難に当たるかどうかを検討する。そして，エンギッシュは の意図が故意としての重い責任非難が科せられることについて学説上争いはなく，意図の場合に故意は認められるとする<sup>77)</sup>。

次に の場合であるが，エンギッシュはここで問題となる事例に共通する特徴は，行為者が違法な結果表象によって行為へと意思決定したのではなく，違法な結果表象によって行為を思いとどまらなかったという場合であるとした上で，この場合が結果を意図した場合と，他の事情が等しいとする場合に同じ重さの責任非難が適切なのかと問い，これを肯定する。すなわち，例えば船にかけた保険金を獲得するために船の爆破を意図していたが，しかし，そのため乗客を必然的に死に至らしめることを認識している場合と，同様の目的で船を爆破するが，それに乗じて乗客の死をも意図していた場合とで，法感情に照らして責任非難の程度は区別し得ないとする。それゆえこの場合もまた の場合と同様の重い責任非難が値するのである<sup>78)</sup>。このことを前提に，エンギッシュはさらに においても， の場合と同様の重い責任非難に値するという事は認められるべきとする<sup>79)</sup>。

問題は の場合であるが，ここでエンギッシュはこのような場合にまで故意の処罰範囲を拡張することは妥当か，それはいかなる範囲で妥当なのかという問題を設定する。そしてエンギッシュは，当時の通説と同じく，この類型において一定の限度において故意犯を認めることが妥当であるとし，これは例えば次のような場合であるとする。すなわち，ある者が怒りから被害者を短刀で突き刺し，殺害したのであるが，その際，行為者は殺害結果を予見していたが，しかしそれを意図したわけでも，その高度な蓋

然性表象を有しているわけでもなかったという場合である。このような場合に、これまでの、<sup>79)</sup>と同様の重い責任非難が認められるのは、行為者が結果発生に対して「無関心な態度、あるいは義務による動機付けの弱さ」を示したからであるとする。エンギッシュはこのようにの類型においては、行為者が結果発生に対して無関心であった場合に故意は認められるべきとするのである<sup>80)</sup>。

ただし、ここで注意すべきなのはエンギッシュの言う無関心な態度とはヒッペルの言う無関心な態度とは異なるということである。エンギッシュはヒッペルが故意に含める無関心な態度を、結果発生に対する「相対的な無関心」の場合であるとし、それに対して自身の言う無関心な態度とは「絶対的な無関心」の場合であると区別した上で、両者は次の点で異なるとするのである。すなわちヒッペルは行為者の行為目的との関連で付随結果に対する無関心を規定するのに対して、エンギッシュは行為者の行為目的とは無関係に、端的に付随結果が行為者にとって無関心であったのかどうかを問題とするのである。例えば上記の例に関して、ヒッペル説によれば、行為者が自己の怒りの充足のための刺傷という行為目的と、その実行に伴う被害者のありうる死の結果発生を比較考慮し、行為目的を放棄するよりは被害者の死の結果が発生するほうが良いために、死の結果発生が行為者にとってどうでもよかった、あるいはその不発生が望ましいにしてもその発生を受け入れたとする場合には故意が認められることになる。

それに対して、エンギッシュの「絶対的な無関心」においては、同様の例で行為者が結果の不発生を望んでいる場合には故意は認められず、死の結果に対しては過失が認められることになり、それに対して行為者が当該付随結果(死の結果)を自己目的と関連付けることなく、そもそも無関心であった場合には、死の結果が発生すれば故意は認められるのである。このように、エンギッシュは蓋然的な、あるいは、単にありうるものとみなされる構成要件実現の場合において、行為者が結果発生を好ましいとする場合、あるいはまったくの無関心であった場合に付随結果に対する故意を

認めるのである<sup>81)</sup>。そして、このような「絶対的無関心」の判断基準としてのみ、フランクの第1公式は行為者の性格判断にいたるのではなく、行為者の具体的な心理的事実を判断するものとして機能するとするのである。

すなわち、エンギッシュによれば、フランクの第1公式は行為者が構成要件実現の単なる可能性があるという事情から、動機形成過程で法侵害を(結果不発生の希望などの形での)法親和的な意味において(rechtfreundlichen Sinne)考慮する契機を具体的に見取らなかったということの意味するのである<sup>82)</sup>。このような場合には行為者にとって結果発生が確実なのか、あるいは単に可能に過ぎないのかということの相違は重要ではないのであり、それゆえこのような心情を判断するためのものとしてフランクの第1公式を用いる場合にのみ、それは行為者の性格判断にいたるのではなく具体的な心理的事実を判断するものとして機能するのである。

3 以上のように、故意の処罰範囲を検討した上でエンギッシュは、これらの故意の認められるすべての場合において共通する心理的事実は、行為者の結果発生に対する無関心な態度であるとする。それゆえ、エンギッシュによれば、故意の本質に関して感情説が妥当であり、この立場からすれば故意とは、次のように解されることになる。すなわち行為者が構成要件を表象したけれども、その構成要件実現に対し一定の意味において無関心な態度であったため、構成要件該当行為を思いとどまらなかったという場合である、と<sup>83)</sup>。このようなエンギッシュの見解はこれまでの見解を批判的に統合したものとして、彼の見解によっていったんは未必の故意論は完成したとみなされたのであった。

#### 第4節 小 括

1 以上、ドイツ刑法学における故意論の歴史的展開を追ってきたが、ここでこれまでの経緯を簡単にまとめておこう。

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、その端緒となる学説はカルプツォフの故意論、特に間接故意論であった。ただ、

カルプツォフの故意論は、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ず、その内容を見てみると、ゲルマン法系のものと、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が存在した。それゆえ、まず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ローマ法系とゲルマン法系に区別して概観した。

3 ここで明らかになったのは、ローマ法系の故意論の歴史においては、ドルスとは意図であるという見解に対して、このように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、ドルスの処罰範囲を意図からさらに拡張するため様々な学説が唱えられたのである。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、本章では、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、その客観的な観点から、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、謀殺や予謀のある殺人などの加重殺人と単純殺人(故殺)の2つに区別し、それぞれに異なる法効果を与えた。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。

4 カルプツォフは以上の両法系の影響を受けて、自身の故意論を展開した。彼の故意論とは故意=意図からさらに付随結果をも故意に取り込もうとするもので、そのためローマ法系の意図からの処罰範囲の拡張論やゲルマン法系の客観的な観点からの故意を規定するという観点を自身の故意論に取り入れたのであるが、このような主張の背景には2つの要請が存在した。1つは当時、殺人を犯した場合、行為者に通常刑が科されるのはドル

スによる殺人の場合のみで、ここに言うドルスは、ローマ法以来の伝統を受け継ぎ意図と同義として理解されていたため、危険な手段を用いて殺人結果を引き起こしたにもかかわらず、当該行為者が単に傷害の意図しか有していなかった場合、当該行為者に通常刑を科すことができなかつたのである。カルプツォフはこれを不当であるとして、このような場合にも当該行為者に殺人のドルスを認めるべきとし、そのための理屈として様々な処罰範囲の拡張論が用いられたのである。

もう1つは、仮に行為者が殺人の意図を有し行為を行ったとしても、殺人の意図を有していたのかどうかは外形的には明らかではなく、その証明は困難であった。このような証明の困難を回避するためにドルスの有無を外形的に判断するための理論が主張される必要があつたのである。

このようなカルプツォフの種々の拡張論、その中でもとりわけ間接故意論を受け継ぎ、さらにこれを未必の故意論へと発展させたのが、ペーマーであった。ペーマーによれば、カルプツォフとは異なり、行為者が間接意思を有した場合のすべてに故意を認めるのは処罰範囲が広すぎ妥当ではないとして、それを一定限定しようとした。すなわち、間接意思が存在するとされる場合であっても、故意が認められる場合もあれば、過失が認められる場合もあるとしたうえで、故意が認められる場合とは、付随結果に対して行為者が未必的に認容している場合であるとする。そして、付随結果に対して認容があつたのかどうかを「予見の蓋然性」、すなわち行為者が付随結果の発生を予見した、あるいは予見しえたし、かつ予見していなければならなかつたということを中心に、その他の要件によって判断するのである。

5 しかし、このような間接故意論あるいは客観的な未必の故意論は、その後、啓蒙期にはいって、間接故意論ないし客観的な未必の故意論の持つ処罰拡張機能と証明の緩和機能という2つの機能のそれぞれに対して批判がなされた。すなわち前者に対して、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したのがフォイエルバッハであった。フォイエルバッハによれば、ドルス(故意)とはあくまで意図であるとし、付随結果はドルスには含まれないとしたのである。しかし後の学説はこれではドルスの処罰範囲が過度に狭くなるということで、カルプツォフやペーマーらなどとは異なり、行為者の心理に即した形でドルス=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、付随結果をドルス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(故意。ただし、ベッカー)を考慮する立場である。前者においては、付随結果はドルス(=故意)において考慮される。そして未必の故意とは意図した結果の実現過程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、知的要素においてドルスの分類を行い、ここに未必のドルス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。

このような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、未必のドルスの意味内容が異なるのはドルスへのアプローチの相違に由来した。つまり、ドルスを結果への意欲と捉える立場はドルスをア・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)、ドルスを結果の予見を中心に捉える立場からはドルス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)。

このような相違はドルス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ドルスを規定しようとし、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）という時間軸でドルスを規定しようとし、それゆえ因果力としての意思はすでに示されているために重要ではなく、結果の予見が決定的に重要になるのである（事後的判断）。前者では意思に行為の因果力としての機能と故意と過失の区別機能の両者を求めるのに対して、後者では因果力としての機能は意思に求めるものの、区別機能は予見に求めることで意的要素と知的要素を切り離すのである。

それゆえこのような相違は、ドルスと過失の区別基準にも影響を及ぼしたのである。ドルス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、ドルスを結果の予見を中心に捉える立場からは、ドルス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ドルスと過失を区別していたが、ベッカーにおいて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ドルス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が提起され、ベッカーは両者の区別基準に関して「善良かつ誠実な国民であれば当該行為をやめる程度の結果予見を行為者が有しているかどうか」という基準を立てたのである。ベッカーによるこのような問題意識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。

6 ライヒ刑法典成立以降の主要な学説は、先の展開をフランクが意思説対象象説という形にまとめ、ベッカーの見解を引き継ぐ形で次のような問題を提起した。すなわち、ある者が例えば非常に思慮深く、小心なため自己の行為予測において様々な結果の発生を予測し、その中のひとつの可能性として犯罪結果の発生をも考慮したという場合に故意（＝ドルス）を認

めるのは妥当ではなく、それゆえこの場合を故意ではなくせいぜい(認識ある)過失で処罰すべきであるが、その際にいかなる基準によって両者を区別すべきなのかというものであった。この点に関し学説において実に様々な基準が提起されたが、当初は故意の本質論から、表象説は意思は結果に及ばず、それは身体挙動意思に過ぎないとするのに対して、意思説は意思もまた結果に及ぶのであるとし、このような対立軸からそれぞれ故意の限界付けをも規定しようと試みられたのであるが、表象説は後に意思は結果に及ばないという命題を放棄するに至るのである。すなわち表象説の言う身体挙動意思は盲目的な意思を認めるものであり、そのような意思は無意味であり、また意思はつねに認識を前提としているのであって、その意味では意思もまた結果に及ぶとするのである<sup>84)</sup>。

このように表象説もまた意思は結果に及ぶということを認め、それゆえ、先の対立軸はその意味を失い、新たな対立軸が生じたのである。つまり、意思説と表象説で意思の結果に及ぶということを認める点では共通しているものの、付随結果においてその関わり方が異なり(意図においては共通しているが)、意思説では「結果を意欲した」というように積極的な関わり方をするのにに対して、表象説では「結果を思いとどまらなかった」というように結果に対して消極的な関わり方をするのである。ただし、表象説からすれば、意的要素を上記のように解したとしても故意を規定するのに決定的に重要なのは結果の表象である。というのも「思いとどまらなかった」ということはすなわち「行為した(結果を発生させた)」ことであり、結果発生を認識しつつ行為すれば、このような消極的な意思決定は示されているためである。

このように、フランクの提起した、「意思は結果に及ぶのか」という意味での意思説表象説の対立は意味を失い、新たな対立軸が生じたのであるが、しかし、いかなる要素によって故意と過失を区別するのかという点に関しては意思説表象説の間での対立はなお残されていたのである。もっとも、意的要素や知的要素によっては故意と過失をうまく区別することがで

きないことから、学説は、実質的に見れば、いかなる故意処罰の根拠からいかなる基準で故意と過失を区別するのかということの問題とするようになり、故意処罰の根拠について次の2つの考え方を提示した。1つが故意犯を利己主義者と捉えるものであり、もう1つが他の法益侵害に関する意識的な無関心者として捉えるものであった。前者の立場からは、犯罪結果(主目的であれ、付随結果であれ)との積極的な意的・肯定的感情的関係、つまり自己の目標達成によって得られる利益とその達成によって生じる他の法益侵害という不利益を比較考慮し、たとえ他の法益侵害が発生するとしても自己利益の実現を重視したという関係が問題とされた。これまで意思説と称されてきた見解の実質的内容は以上のものであったのである。本稿ではこのように故意犯を理解する代表的な論者として、M・E・マイヤー、ヒッペル、グロスマンの見解を検討した。

このような立場からは故意を規定する方法に関して法的なアプローチと心理主義的なアプローチの双方が存在した。前者は、M・E・マイヤー、グロスマンであり、後者はヒッペルであった。しかしヒッペルの見解もまた故意を結果の意欲としてア・プリオリに規定しえず、エクスナーが指摘したように、行為者にいかなる心理的事実があればより重い非難に値するかという観点から故意を規定していたのである。その意味ではヒッペルの見解もまた実質的には法的観点から故意を規定しているといえる。

次に故意の本質論に関しても、結果に対する積極的・肯定的な感情関係が問題とされていた点で共通しているのだが、これを動機(積極的推進力も含む)と称したり、あるいは意思と称したり、感情と称したのである。しかし、その内実は同様のものであり、これらの論者は故意の本質を積極的意的・肯定的感情として理解していたのである。

しかし、上記のように、これらの論者において未必の故意と認識ある過失の基準は様々であった。M・E・マイヤーは付随結果に対して行為者が積極的推進力を有していれば故意が認められるとし、ヒッペルは付随結果の不発生が行為の決定的な動機であったのかどうかを問い、これが否定さ

れば故意を認め、グロスマンは付随結果発生 of 蓋然性の認識があれば、故意は認められるとしたのである。しかし、このような構想による場合、上述のように、故意と過失の妥当な区別基準を提示しえなかったのである。

それに対して、他の法益侵害に対する意識的な無関心者として故意犯を特徴付ける立場からは犯罪結果との消極的な意的・無関心な感情関係が問題となった。つまり行為者が犯罪結果を認識していたにもかかわらず、結果発生に対して無関心であったために当該行為をやめなかったという関係が問題とされたのである。このような立場として、フランク(ただし、前期と後期で立場は異なる)、レフラー、エクスナー、エンギッシュの見解を検討した。このような立場からは故意の規定方法に関して、法的なアプローチをとる点では共通している。その際、これらの見解においては故意の処罰根拠を結果発生に対する無関心な態度に見出すのである。しかし、未必の故意と認識ある過失の区別基準に関してはフランクがフランクの公式(最終的には、第1公式が故意の認識手段とされた)を提示し、レフラーは結果発生 of 認識・予見は量的なものなので質的に区別できないとの立場から蓋然性の程度を3分する3分説を、エクスナーは行為者の結果に対する無関心な態度を確認するためのものとしてフランクの第1公式を支持したのである。これらの論者において故意と過失(ないし3分)の区別はあくまで結果の表象によって行なわれているが、しかしエンギッシュは故意と過失の区別基準を端的に行行為者の付随結果に対する無関心な心情としたのである。

7 以上、ドイツにおける故意論の歴史的展開を概観したわけであるが、以上の検討から明らかになった中で特に重要な次の点である。まず、フランク以降(正確にはベッカー以降)、学説は結果発生 of 可能性表象を行行為者が有しつつ行為し、付随的に犯罪結果が生じた場合、未必の故意とすべき場合と認識ある過失とすべき場合があるという共通認識の下で(さもなければ非常に慎重で小心な者ほど故意が認められやすくなるのに対して、横柄な者ほどせいぜい過失しか認められなくなるからである)、両者を適切

に区別する基準を提示することが課題であったのである。そのために学説は故意の本質から区別基準を演繹したのではなく、実質的には故意の処罰根拠を手がかりにして区別基準を導き出そうとしていたのである。その際、故意の処罰根拠には2つの考え方が存在し、双方の立場から様々な基準が提示されたのである。戦後の有力な議論は故意と過失の区別基準に関して故意の本質論ではなく、明示的に故意の処罰根拠論から規定する方向に向かうのである。次に、戦後の議論を検討しよう。

- 1) つまりフランクは、例えば性交する相手の年齢のように構成要件該当結果ではない構成要件該当事実に対しても行為者の認識の程度は問題となるのであって、これも含めうるものとして未必の故意を定義すべきとしたのである。Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze, 1897, S. 90. (以下では、コメントールの第1版に関しては Das Strafgesetzbuch 1897 として示し、第2版以降は何版であるかのみを示す。)
- 2) Franz von Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Zweiter Band, 1905 (1970), S. 252.
- 3) Reinhard Frank, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, ZStW10, 1890, S. 170. 以下では Vorstellung und Wille として示す。
- 4) Reinhard Frank, Vorstellung und Wille, S. 198ff, S. 212f.
- 5) Reinhard Frank, Vorstellung und Wille, S. 204ff.
- 6) フランクによれば、行為者が結果発生を必然的なものとみなしつつ行為すれば、当然故意は認められる。なるほど人間の認識能力の限界から行為者は結果発生にいたる経過のすべてを認識・予見することはできず、厳密な意味において結果発生を必然的なものとして表象したとはいえないが、しかし事実として人間は結果が必ず発生すると確信する場合はあるのであって、このような場合に行為者に故意を認めることに問題はないとする。ただし、フランクによれば、このような結果発生の必然性の予見の場合にのみ故意を認めるのは妥当ではない。というのも、行為者の教養の程度が高ければ高いほど、様々な可能性を考慮するために、通常なら結果が必ず発生すると思われる場合であっても、自己の行為に由来する結果を必然とはほとんど思わないからである。したがってフランクは、結果発生の必然的な場合にだけ故意を限るのは妥当ではなく、結果発生の可能性にまで故意の処罰範囲を広げるべきとする。Reinhard Frank, Vorstellung und Wille, S. 208ff.
- 7) RG 1884, S. 337ff.
- 8) RG 1885, S. 337ff.
- 9) Reinhard Frank, Vorstellung und Wille, S. 226.
- 10) Reinhard Frank, Vorstellung und Wille, S. 210.
- 11) フランクによればこの公式はブライデンバッハの公式を範としたとする。Frank, Vorstellung und Wille, S. 211. ブライデンバッハの見解に関しては、本稿の「故意に関する一考察(三)」注(58)参照。ちなみに、このような仮定的な公式は、ブライデンバッハ以

前にすでにベルナー(ただしその後放棄)が用いていたし、エクスナーによれば、さらに遡ってクットラー(Kudler)が1824年に刊行された自著で用いていたとする。Vgl. Franz Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, S. 127.

- 12) ここで注意すべきなのは、フランクはこの表現はその不明確性ゆえに使用不可能であるとし、自説を認容説だとは称していないということである。Reinhard Frank, Vorstellung und Wille, S. 211. フランクの第1公式と「結果の認容」という文言を結びつけたのは、リストである。リストによれば、故意概念は結果の惹起としての行為、外界の具体的な変更(sinnfälligen Veränderung in der Aussenwelt)と結びつくものであるとし、このような前提から故意を結果の予見(Voraussicht der Erfolg)であるとする。そして、故意が認められる場合としてリストは次の3つをあげる。第1は行為者が結果発生を意図した場合である。第2は、行為者が結果発生を確実なもの(sicher)、必然的なもの(notwendig)としてみなした場合である。以上の場合は問題なく故意が認められるが、問題なのは第3の、行為者が結果発生を可能とみなしている場合である。というのも結果発生をなんら考慮することなく無鉄砲に行為し、実際に結果が発生した場合に過失で処罰されるのに対して、非常に用心深い性格からあらゆる可能性を考慮する者が、結果を発生させた場合には故意犯で処罰されるのは不当であるからである。それゆえリストはこの場合に故意が認められるのは、仮に行為者にとって結果発生が確実であると確信しても行為の遂行を止めなかったという場合であり、ここでリストはフランクの第1公式を採用するのである。そしてリストはフランクの第1公式を言い換えてこれは行為者が結果発生を認容した(in den Erfolg eingewilligt hat)場合であるとして、フランクと異なり、フランクの第1公式と結果発生を認容は同様のものであるとしたのである。Franz von Liszt, a. a. O., 252ff.
- 13) フランクは人間の将来の出来事に関して下す判断は、以上の必然的予見と可能的予見のほかにヘルマンに依拠して第3の場合が存在するとする。例えば、ある者が目の前のガラスを鉄の棒で粉々に打ち砕こうとする場合、彼は、「私はガラスを必ず割る(ich muss den Spiegel zertrümmern.)」、あるいは「割りうる(ich kann den Spiegel zertrümmern.)」とも判断しているのではなく、ただ「割るだろう(ich werde ihn zertrümmern.)」と判断しているのである。これはフランクによれば、行為者の表象した因果連鎖が事態の通常経過に対応し、行為者にはもはや別の事態が生じるとは考慮されない場合を言うのである。Reinhard Frank, a. a. O., S. 214ff. そして以上のことを前提に、フランクは故意とは「自己の行為を可罰的にするところの諸事情の認識と結び付けられた、自己の行為結果の予見」とであると定義し、これを以下のように分類する。

結果が生じるだろうという判断において。ここでは異なるものになる可能性に関してそもそも考慮していない、もしくは事態の日常経過、自己の能力、技術に関する信頼において結果発生を検討が拒否されている(ある一定(eines gewissen)のものとしての結果の予見)。

結果が必ず生じるという判断において。ここでは異なるものになるという可能性が考慮されているが、消極的な意味において決断されているのである(必然的なものとしての結果の予見)。

結果が生じうるという判断において。ここでは異なるものになる可能性が考慮されて

#### 故意に関する一考察(四)(玄)

いるが、しかしまだ決定されていない(可能なものとしての結果の予見)。この判断における行為者の予見が表明される場合、故意は以下の場合のみ存在する、すなわち仮にある一定のもの、もしくは必然的なものとしての結果の予見を行為者が有していたとしても当該行為をやめないとされる場合である。Reinhard Frank, Vorstellung und Wille, S. 217.

- 14) Vgl. Reinhard Frank, 2., Aufl 1901, S. 96.
- 15) Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch 1897, S. 96.
- 16) Reinhard Frank, Vorstellung und Wille, S. 187.
- 17) 例えば, L. von Bar, Dolus eventualis?, ZStW18, S. 550f.
- 18) Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch 1897, S. 99. 第2公式に対する批判として、特にエンギッシュによるものが詳細である。Karl Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 202ff. このモノグラフィーに関する翻訳書として荘子邦雄・小橋安吉訳、カール・エンギッシュ『刑法における故意・過失の研究』(一粒社、1989年)がある。翻訳書における該当箇所は243頁以下参照。
- 19) 第2版においては第1版と異なり第1公式は第2公式の認識手段とされている。Reinhard Frank, 2., 1901, Aufl, S. 99f. 3-4版では、フランクの第1公式と第2公式との関係に関して、両者は同様のものの単なる言い換えに過ぎないとして第1版の考えに戻っている。3. und 4., Aufl, 1903, S. 99, 101 104. 5-7版では、3-4版と同様である。5. und 7., Aufl, 1908, S.132. 8-10版では、第1公式は第2公式の認識手段とするようになり、その後、11-14版, 15版, 17版でも同様である。8. und 10., Aufl, 1912, S. 142., 11. und 14., Aufl, 1915, S. 143., 15., Aufl. 1924, S. 176., 17., Aufl., 1926, S. 183., 18., Aufl., 1931, S. 190. とところで、フランクは第1公式と第2公式の関係に関してそれが同じ心理状態を単に異なって表現したものなのか、あるいは第1公式が第2公式の認識手段なのかという点で彼自身の考えに変遷があるのであるが、後にグロースマンはフランクの第1公式と第2公式の関係について、フランクとは異なり、両公式は相互に独立した別個のものであるとした。すなわちグロースマンは、自身のモノグラフィーにおいて未必の故意に関する学説の歴史的な検討を行い、認容説には2つの類型が存在するとした。1つは仮定的認容説であり、これは行為者が違法な結果が確実に発生する場合であっても行為したのかどうかを問い、これが肯定されれば故意が認められるというものである。それに対してもう1つが積極的認容説であり、これは行為者が結果の不発生を望んでいた、あるいは自己慰安した(sich eingeredet hat)という場合には故意は否定されるというものである。そしてグロースマンはフランクの第1公式を前者に、第2公式を後者に対応させるのである。Vgl Hans Großmann, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1924, S. 58., S. 70ff, さらに、井上正治『過失犯の構造』(有斐閣、昭和52年)157頁以下参照。
- 20) Reinhard Frank, Vorstellung und Wille, S. 170.
- 21) エンギッシュによれば、意思説と表象説の対立は、本質論、区別基準論、方法論の3つの異なるレベルで議論されているが、真に対立するのは本質論のみであり、本質論の立場決定が区別基準や方法論を規定するものではないとする。Karl Engisch, a. a. O., S. 126ff, S. 220ff. エンギッシュ, 154頁以下, 268頁以下。
- 22) Robert von Hippel, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1903, S. 121.

- 23) Reinhard Frank, 2., Aufl, 1901, S. 100.
- 24) Reinhard Frank, 11 und 14., Aufl, 1915, S. 134.
- 25) Max Ernst Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901, S. 137ff
- 26) Max Ernst Mayer, a. a. O., S. 142f.
- 27) Max Ernst Mayer, a. a. O., S. 145ff.
- 28) Max Ernst Mayer, a. a. O., S. 47.
- 29) それぞれの概念は以下のとおりである。 主動機：予定された行為（die in Aussicht genommene Handlung）を決定的に促進し、それゆえ最終的に引き起こす表象。 反対動機：予定された行為を決定的に阻止し、それゆえ最終的に控えさせる表象。 積極的動機：表象が予定された行為を促進するが、しかし表象それ自体が当該行為を引き起こしうるものがない場合。 消極的動機：表象が予定された行為を妨害するが、表象それ自体が当該行為を最終的に抑制しうるものがない場合。 Max Ernst Mayer, a. a. O., S. 55.
- 30) Max Ernst Mayer, a. a. O., S. 150ff.
- 31) M・E・マイヤーは消極的推進力の例として次の場合を挙げている。例えば、ある者が予定された散歩をやめたのであるが、主動機としては手紙を書かなければならなかったためであり、それに加えてさらに今にも夕立が降りそうだと思ったからでもあるとする場合、夕立が降りそうだという表象が消極的推進力なのである。 Max Ernst Mayer, a. a. O., S. 153.
- 32) ここにいうひとつの理由以上のもの（ein Grund mehr）とは当該表象が決定的な理由（主動機ではない）ではなく、別のモメントとならんで決意に影響を与える更なる理由であるということを表している。 Max Ernst Mayer, a. a. O., S. 154.
- 33) Max Ernst Mayer, a. a. O., S. 155f.
- 34) Robert von Hippel, a. a. O., S.129ff.
- 35) Robert von Hippel, a. a. O., S. 128f.
- 36) Max Ernst Mayer, a. a. O., S. 167
- 37) Robert von Hippel, a. a. O., S. 132.
- 38) このような見解の主張者としてヒッペルは、ベッカー、ティッテルマン、リスト、フランク、トレーガーなどを挙げている。 Robert von Hippel, a. a. O., S. 14.
- 39) Ernst Immanuel Bekker, Theorie des heutigen Deutschen Strafrecht, 1859, S. 252ff.
- 40) Robert von Hippel, a. a. O., S. 17f.
- 41) このような批判は、その内部において相違があるもののレフラー、トレーガー、ティッテルマン、ハーゲンなどが行っている。 Vgl. Robert von Hippel, a. a. O., S. 30ff., 37.
- 42) Robert von Hippel, a. a. O., S. 37.
- 43) このような見解は、リストやフランクらによって主張されている。 Vgl. Robert von Hippel, a. a. O., S.39ff.
- 44) Robert von Hippel, a. a. O., S. 41f.
- 45) Robert von Hippel, a. a. O., S. 43ff.
- 46) Robert von Hippel, a. a. O., S. 76f.
- 47) Robert von Hippel, a. a. O., S. 82ff.
- 48) Robert von Hippel, a. a. O., S. 132ff.

故意に関する一考察(四)(玄)

- 49) Robert von Hippel, a. a. O., S. 140f
- 50) 故意犯を利己主義者として特徴付ける見解は、先に見たようにM・E・マイヤーまた実質的には同様なのであるが、しかし利己主義者(der Egoismus)として明示的に特徴付けたのは筆者の知る限りヒッベルが始めてであろう。Robert von Hippel, a. a. O., S. 142.
- 51) Franz Exner, a. a. O., S. 127f.
- 52) Alexander Löffler, Die Abgrenzung von Vorsatz und Fährlässigkeit, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, 1911, S. 144f.
- 53) Karl Engisch, a. a. O., S. 194ff., エンギッシュ, 236頁。グロースマンもまた同様の批判をしている。Hans Großmann, a. a. O., S. 75ff.
- 54) このような利己主義的心情はヒッベルにおいては故意の処罰根拠であったのに対して、グロースマンにおいては故意と過失に共通する責任の本質として捉えられている。Hans Großmann, a. a. O., S. 5f, S. 83f.
- 55) Hans Großmann, a. a. O., S. 33.
- 56) Hans Großmann, a. a. O., S. 17.
- 57) Hans Grosman, a. a. O., S. 34ff.
- 58) この点、エンギッシュは明確に蓋然性表象の有無とグロースマンの言う法益の軽視との間にはなんらの関係もないと述べている。Karl Engisch, a. a. O., S. 212ff, S. 217., エンギッシュ, 253頁以下, 257頁以下。
- 59) Alexander Löffler, a. a. O., S. 161f.
- 60) Alexander Löffler, a. a. O., S. 134.
- 61) Alexander Löffler, a. a. O., S. 138f.
- 62) Alexander Löffler, a. a. O., S. 162.
- 63) Alexander Löffler, a. a. O., S. 150.
- 64) Alexander Löffler, a. a. O., S. 162.
- 65) Alexander Löffler, a. a. O., S. 164ff.
- 66) Alexander Löffler, a. a. O., S. 167.
- 67) Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch 1897, S. 88.
- 68) Reinhard Frank, 2., Aufl, 1901 S. 96.
- 69) Reinhard Frank, 5. und 7., 1908, S. 127.
- 70) Franz Exner, Bemerkungen zur Theorie der Wissentlichkeit und des dolus eventualis, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, 1911, S. 425.
- 71) Franz Exner, Bemerkungen, S. 427f.
- 72) Franz Exner, Das Wesen der Fährlässigkeit, 1910, S. 124f.
- 73) Franz Exner, a. a. O., S. 126f.
- 74) Franz Exner, a. a. O., S. 129f.
- 75) Franz Exner, a. a. O., S. 131.
- 76) Franz Exner, a. a. O., S. 132f.
- 77) Karl Engisch a. a. O., S. 141ff., エンギッシュ, 173頁以下。
- 78) Karl Engisch a. a. O., S. 170., エンギッシュ, 207頁以下。

- 79) Karl Engisch a. a. O., S. 175., エンギッシュ, 213頁以下。
- 80) Karl Engisch a. a. O., S. 186., エンギッシュ, 228頁以下。
- 81) Karl Engisch a. a. O., S. 190., エンギッシュ, 232頁以下。
- 82) Karl Engisch a. a. O., S. 198ff., エンギッシュ, 239頁以下。
- 83) Karl Engisch a. a. O., S. 220., S. 234., エンギッシュ, 268頁以下, 282頁。
- 84) Karl Engisch a. a. O., S.130ff., エンギッシュ, 157頁以下。