

論 説

故意に関する一考察(五)

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, 308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 (以上, 本号)

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

1) 革ひも事件（BGHSt. 7, S.363ff.）.

1 戦後、ドイツにおいて未必の故意に関する議論には2つの契機が存在した。ひとつはBGHSt7, 363判決、いわゆる革ひも事件であり、もうひとつは目的的行為論の登場である。革ひも事件とは次のようなものであった。

事実の概要¹⁾

被告人KとJは、知り合いのMから物を強奪しようと計画し、その際、Kは革ひもでMの首を絞め、手足を縛り、猿ぐつわをはめようと提案した。Jはこれに同意したが、しかし彼等はそのように首を絞めれば、意識不明を超えて重大な傷害を与え、場合によっては殺してしまうことにもなりかねないと思い、この方法を断念した。そこでJは、砂袋（Sandsack）で失神させようと提案した。彼等は、砂袋ならば、Mの頭にさほど大きな衝撃を与えず、従って重大な傷害には至らないだろうと考えたのである。そして、KとJはM宅に押し入ったのであるが、ズボンのポケットに砂袋を携えていた。Kは万が一に備えて、革ひもを携えていた。彼等は計画を実行し、JはKが見ている前で、Mの頭を2回、砂袋で打った。しかし、それは彼らが期待していたような効果をあげず、砂袋は破れた。そこでKは革ひもをとりだし、Mの背後からその革ひもで首を絞めた。彼らは、Mが両腕をだらんとさせ崩れ落ちるまで、力をこめて革ひもの両端を引っ張った。次に彼らはMを縛り始めた。ところが、Mが再び起きようとしたので、Jはこれに襲いかかり、Kは新たにその首を絞めた。その際、Kはひもの両端を留め金に通してMの首に巻きつけた。Mは動かなくなったので、彼

らは縛るのをやめ、家から物を奪った。その際、彼らはMを見て、次のような疑念を思い浮かべた、すなわちMはまだ生きていたのだろうか、と。彼らは蘇生を試みたが、それは徒労に終わった。

判 旨

「その行為から結果が発生するかもしれないことを認識していたこと、およびこの結果を是認していたこととは、未必の故意の二つの独立の要件である。……認定された事実によれば、被告人達にとってMの死は極めて望ましくないものであったことが窺われる。……(そして)ライヒ裁判所(RGSt 72, 36[43]; 76, 115)や連邦通常裁判所(BGH StR 436/51 vom 2. Oktober 1951, mitgeteilt bei Dallinger MDR1952, 16)の判例によれば、結果の是認は確かに未必の故意を認識ある過失から分かつ決定的な区別基準である。しかしながらその事は、結果が行為者の願望(Wünschen)にかなうものでなければならぬ、ということまでも意味するものではない。未必の故意は結果発生が行為者にとって望ましくないものであっても、存在しうるのである。法的意味においては、行為者が、目的を達成するために、場合によっては、すなわち他の方法ではその目的が達成できないときには、彼の行為がそれ自体としては望まない結果を受け入れ、その結果の発生を意欲するような場合には、この結果を是認しているといえるのである(vgl. für einen ähnlich lieenden Fall RGSt 67, 424)。未必の故意においても、行為者はその結果の発生を好ましからぬものと思うことはありうる。そのようなことは、ある者が、目的を達成するためにはある手段をどうしてもつかわなければならないので、その手段を不本意にも選ぶというようなすべての場合について、言えることである。未必の故意は、望まないが結果が必然的にではなく、ただ可能なものとして予見されるにすぎないということによって、確定的故意と区別される。未必の故意と認識ある過失とは以下のようにして区別される。すなわち行為者が結果が発生するかもしれないとは認識していたが、発生しないであろうと信頼し、そのために、そ

の危険を敢えておかして行為した場合は、認識ある過失である。それに対して、行為者が他の方法では自分の目的を達成できないときは不本意な手段に訴えてまでもその目的を達成しようと思っていたがゆえに、その危険を敢えておかして行為した場合は、未必の故意である。……被告人らは、どのようなことがあってもMの占有する客体を奪おうと思っていた。彼らは、Mに対してなるべく軽い傷害を与えるような方法で奪おうとしていた。それゆえ彼らはまず、最も危険の小さい方法から始めた。彼らは、まずMに睡眠薬を盛ろうとしたのである。これがうまくいかなかったので、次に彼らは、彼らの考えでは生命の危険には至らないとはいえ、より危険の大きい、砂袋による攻撃方法を選んだ。この方法も失敗したときに始めて、彼らは首を絞めようと思ったのである。彼らはそのようなことをすれば生命に危険が生じることを事前に認識していたし、それについて話し合ってもいたのである。彼らは、そのときになって前の予想とは反対に、発生するかもしれないと思った結果が発生しないだろうと思ったがゆえに行為したのではない。彼らは、そのときになんとしても達成しようとしていた物の奪取を、たとえ首を絞めた結果Mが死んだとしても遂げようと思ったがゆえに、行為したのである。彼らはそのときでさえも、他の方法がうまくいかないときにのみ、殺そうと思ったのである。彼らはMが失神したと思ったから行為を止めたのである。」

2 エンギッシュ（Karl Engisch）はこの判決の評釈において、この判決の結論、つまり本件において未必の故意を認めることが妥当であるとするのであれば、故意の限界付けに関する新しい議論の出発点になるとする²⁾。というのもこれまでの判例、学説は、行為者が結果発生の可能性を予見しつつ行為する場合、当該結果の発生を「認容」あるいは「是認」していれば故意が認められるとしてきたところ、ここに言う「認容」あるいは「是認」とは文字通り「積極的に好ましい」という意味で用いられ、それゆえ結果発生の「単なる甘受（bloßes Inkaufnehmen）」では未必の故意を肯定

するには不十分であるとしていたからである³⁾。にもかかわらず、本判決は結果発生が好ましくないが、仕方ないあるいは結果を甘受とする場合もまた行為者には「法的意味における是認」が存在するとして故意を肯定したのである。

もっとも学説においては行為者にとって結果発生が好ましくない場合であっても一定の限度で故意を認めるものがあった。例えばヒッペル(Robert von Hippel)は結果発生が行為者にとって好ましくない場合であっても、行為者が自己の利益を放棄し自己の行為を断念するよりは結果の発生するほうが良いために結果が発生することも仕方ないとする場合に未必の故意を認めていたのである。しかしエンギッシュによればこのようなヒッペルの見解もまた本件において故意を認めることは困難であるとする。というのも、ヒッペルは未必の故意と認識ある過失の区別基準を、行為者が行為を行うに際して「結果不発生の希望が決定的であったのかどうか」に求め、これが肯定されれば認識ある過失が認められ、否定されれば未必の故意が認められることになるところ、本件における認定事実からすれば、行為者はまさに結果不発生の希望が決定的であったがために行為したと解するのが相当であると思われるからとするのである⁴⁾。このようにヒッペルの見解に依拠してもなお本判決における結論は説明できず、それゆえ本判決以後の学説は「法的意味における是認」という文言が如何なる内容を有するのかということについて争うことになったのである。

3 戦後に未必の故意に関する議論のもうひとつの契機が目的的行为論の登場であり、その狙いの1つは未必の故意と認識ある過失を情緒的要素によることなく区別することであった。というのも、目的的行为論の観点からすれば故意は違法要素で、構成要件段階に位置づけられることになる以上、戦前の見解のように故意と過失の区別を感情的・情緒的要素という責任要素によっては区別することができないからである⁵⁾。それゆえ、例えばアルミン・カウフマン(Armin Kaufmann)、ギュンター・シュトラテンベルト(Günter Stratenwerth)などの目的的行为論の論者がまずは

この問題において議論を展開したのである。以下ではまず、両目的的行為論者の見解、さらには、シュトラーターテンベルトの見解を目的的行為論からではない立場から支持するクラウス・ロクシン（Claus Roxin）の見解を検討する。というのも、学説上のこの流れが戦後の通説を形成したからである。

2) 学説の展開

（1）アルミン・カウフマンの見解

1 ZStW 誌に掲載された論考においてアルミン・カウフマンは目的的行為論に基づき故意から悪しき故意（dolus malus）の残滓である情緒的要素を取り除かねばならず、それゆえ未必の故意と認識ある過失の区別もまた事実的故意（Tatvorsatz）と事実的過失（Tatfahrlässigkeit）の限界問題として捉えられなければならないと主張した⁶⁾。

2 アルミン・カウフマンは目的的行為論の立場から、故意を法律上の構成要件該当事実に関する目的的な実現意思と捉え、ここにいう実現意思とは「目標達成それ自体だけではなく、統制された意思により包括されている限り、統制活動により起こされるすべての因果経過を含むのである」⁷⁾とする。このような実現意思の把握に対して、例えばエンギッシュやガラスが実現意思をこのように定義すると故意の及ぶ範囲が従来言われるところの認識ある過失にまでいたってしまい、故意の処罰範囲が広すぎると批判した⁸⁾。このような批判に対してカウフマンは、目的的な実現意思によっても認識ある過失領域は確保できるとし、以下でこのことを論証するのである。

3 アルミン・カウフマンは実現意思の自己内在的な限界付けに関して次のように問われなければならないとする。すなわち、実現意思がありうるものとして考慮された付随結果を発生させず、むしろそれを阻止することに向けられているのかどうかというようにである。というのも、行為者の

実現意思は、一方でありうるものとして認識された結果を発生させる事に向けるが、しかし他方でその活動（die Art des Tätigwerdens）によって直接に（gerade）この結果を回避する事を目指すことはできないからである⁹⁾。つまり、ある1つの結果に対しては実現意思と回避意思のどちらか一方のみが存在するのであって、両者がともに存在するという事はありえないのである。それゆえ、行為者によって回避へと向けられている事情や結果は行為者の実現意思から取り除かれる。カウフマンによればこのことは目的操縦の経過から必然的に明らかになるとする。つまり、一般人が一定の目標を立て、その目標に向かって行為をしようとする場合、その目標達成に至る手段を、目標から逆算して選択する。その際、行為者はこのような経過の中で目標達成にとって最も適した手段を選択する、つまり手段それ自体が好ましくなかったり、あるいはその手段を用いることによって好ましくない付随結果を引き起こすということを意識すれば、これを避けつつ目標に至るよう手段を選択するのである。このように避けるよう選択された事情、あるいは結果には実現意思は及ばないのである。

このことを刑法の文脈におくと次のようになる。すなわち、行為者が自己の目標を達成するに際して付随的に犯罪結果が発生する可能性を予見する場合、彼が自己の目標の実現において当該付随結果を回避するよう手段選択しつつ行為する場合には当該行為の実行によって付随的に犯罪結果が生じたとしてもそれは実現意思には含まれておらず、それゆえ故意は否定されるのである¹⁰⁾。

4 カウフマンは以上のような回避意思が存在するため、実現意思に含まれず故意が否定される場合を2つに区別する。1つ目は行為者が自己の行為によって確実に付随結果を回避しうる、結果は発生しないと誤信している場合である。このような場合には、実現意思は付随結果の発生を含まない、なぜなら行為者にはそもそも実現意思の知的要素（intellektuellen Komponente des Verwirklichungswillens）が欠けているからである¹¹⁾。

2つ目は行為者が自己の付随結果回避への措置が十分なのかどうかにつ

いて未だ疑わしい場合、それゆえ行為者が依然として付随結果発生の可能性を考慮している場合である。このような場合でもカウフマンは行為者が付随結果発生を回避しようと信頼していれば故意は排除されるとする。ただし、このような回避意思が認められるのは、現実形成的な意思（*tatmächtigen Willen*）が表される場合、すなわち付随結果回避への反対要因の投入が現実に行われる場合に限られる。というのもこのような回避意思の客観化がなければ、結果回避への単なる願望をも回避意思として認められることになり、回避意思と実現意思が両立しうることになるからである。

例えば、菜園の所有者が花壇の雑草を鍬で除草するところ、その際、球根を傷つける危険を認識していたという場合を想定しよう。この場合に行行為者が、いかなる措置・配慮をもすることなく除草を行い、球根を傷つけた場合、その侵害に対する実現意思は存在するといえる。それに対して、除草の際にできるだけ球根を傷つけないよう配慮しながら鍬を用いて除草する場合にはその実現意思は球根の保護に向けられていたがために、つまり回避意思が存在したがために、行為者に侵害の実現意思は認められない。しかし行為者が単に球根が傷つかないでほしいと願いつつも、球根の保護のためになんら措置をとらず球根を傷つければ、ここでは回避意思ではなく、回避願望が存在するにすぎず、それゆえ侵害の実現意思は認められるのである。すなわち付随結果の回避を目標とし、実現意思のありうる内容としての付随結果の発生を排除する実現意思（結果回避意思）もまた、外部（*im äußeren Geschehen*）において示された統制された意思でなければならぬのである¹²⁾。このような外部において示された統制意思は行為者が自己に固有の適切な能力（*Geschicklichkeit*）を用いて結果回避の現実的な機会を与える場合に認められる¹³⁾。つまり、結果発生の実現可能性を未だ考慮に入れている場合、回避意思が現実に行行為者の信頼にたる行為として表されて始めて故意が排除されるのである。

5 以上がアルミン・カウフマンの見解の概要であるが、彼の見解の特徴

は目的的行為論の立場から故意を構成要件段階に位置づけ、そして故意の内容を目的的な結果実現意思と捉えることで、戦前において重視された感情的・情緒的要素によってではなく、意的要素によって故意と過失を区別することを試みたのである。このように目的的行為論の登場により故意が構成要件段階に位置づけられて以降の学説は故意と過失の区別を感情的・情緒的要素によって区別するのではなく、意的要素（単なる願望とは区別された統制意思あるいは実現意思）、あるいは知的要素によって区別しようと試みるのである。そして、アルミン・カウフマンは実現意思によって故意と過失を区別するのであるが、これは実現意思の自己内在的な限界を結果回避意思に求めることで、認識ある過失領域を確保し、これとの区別基準を結果回避意思が行為に表されたか否かという客観的基準に求めたのである。

6 しかし、以上のカウフマンの回避意思説は同じ目的的行為論に立つギュンター・シュトラーターテンベルトによって批判された。シュトラーターテンベルトによれば例えばラックマンによる射的小屋事例において、行為者が、たとえガラス玉を手に行っている少女に当たらないよう最大限配慮したとしても、少女の身体に弾丸が当たる一定の程度の可能性を認識しつつ発砲し、実際に少女に弾丸が当たったのであれば当該行為者に故意は認められるべきなのである。つまり、行為者が少女の身体侵害を回避するための措置を示してもなお一定程度の残存危険が残されており、このことを行為者が認識しつつ行為すれば、故意が認められるべきなのである。このことからシュトラーターテンベルトは、行為者が回避しようとする結果発生が彼にとってなお可能なものとみなされている限り、未必の故意もまたありうるのであり、このことは回避意思基準が故意と過失の区別にとって不十分であることを示しているとするのである¹⁴⁾。シュトラーターテンベルトはカウフマンを以上のように批判した後、同じ目的的行為論にあってもカウフマンとは異なる試みによって故意を限界付け、過失との区別基準を示そうとした。次にシュトラーターテンベルトの見解を検討する。

(2) ギュンター・シュトラーターテンベルトの見解

1 シュトラーターテンベルトによれば、故意と過失の区別をめぐる問題は過去200年の間、認識と意欲という枠組みの中で様々に争われてきたが、それは堂々巡りをしているのみで、故意と過失に関する適切な区別規準を与えることはできなかった。このことからシュトラーターテンベルトは、認識と意欲と言う枠組みの中ではもはや故意と過失の区別問題は解決が出来ないことを示しているとの現状認識に立ち、この問題は目的的行為論に基づく視点の変更により考察しなければならないとするのである¹⁵⁾。

2 シュトラーターテンベルトによれば、目的性とは「実現しうるものの構想として事態の単なる描写を超えたところの、行為決意において存在する将来の事象経過の先取り (Vorwegnahme)¹⁶⁾」である。このように目的性を理解するならば、実現意思はアルミン・カウフマンが理解したように、行為者が実現可能なものとして認識したすべてのものに及ぶのではなく、そのなかでも行為者によって態度決定 (Stellungnahme) されたものだけに限られるのである。シュトラーターテンベルトはこのような目的性の観点から得られた、「行為者のありうる犯行結果に対する態度決定」を明確化するため、その限界に関する考察を行うのである。

3 シュトラーターテンベルトは、まず次の事例の考察からはじめる。Aが林にタバコを投げ捨てたのだが、その際に林が燃える可能性を認識しつつも、しかしタバコが容易に発火するような木の葉の上などに落ちないだろうし、それゆえ火事が生じることなどないだろうと信頼していたという場合である¹⁷⁾。

この事例に関して知的要素に着目するシュレーダー (Horst Schröder) によれば、行為者が結果発生の危険性をいったんは認識しつつも、その後、自己の意識から完全に取り除いた場合に故意を否定し、行為者が与えられた危険において結果の不発生をことの成り行きにまかせざるべき ("es daraufankommen lassen müsse") という幸運を信頼して行為する場合には故意を肯定する¹⁸⁾。しかしシュトラーターテンベルトによれば、いったんは結

果発生の危険を意識しつつもこれを取り除いたという場合、ここでの心的活動はシュレーダーが考えるような知的活動に尽きるものではない。というのもこの場合、行為者の結果発生の危険性の認識の存在が前提とされているからである。それゆえ、先の事例において行為者がいったんは結果発生の危険を認識したにもかかわらず、これを自己の意識から取り除いたという場合、この作用は認識以外の別の心理的要素によって行われているのである。そしてシュトラテンベルトはこのような心理的要素を、行為者が結果発生の危険を真摯に受け取らなかった、逆にいえば行為者は軽率(leichtsinnig)に行為したという点に求めるのである¹⁹⁾。先の事例で言えば、行為者は林の火事の危険を真摯に受け取らなかったがために、火事が生じるとの危険認識を自己の意識から排除し、それゆえ軽率にも結果が発生しないものとして行為したのであり、このような行為者には認識ある過失が認められることになるのである。

4 このような危険を真摯に受け取る事、あるいは軽率に受け取る事というのは、上述のように、直感的な意識とは異なる次元のものである。なぜなら具体的な行為状況において決意に含まれる可能性は一定の価値的な性格(Wertcharaktern)を伴って現れるからである。そして行為者は、自己の行為遂行に際して、肯定的に評価されている可能性を認識する場合にはその実現を、逆に否定的に評価されている可能性を認識する場合にはその実現を回避を求められるのである²⁰⁾。このことによって行為者は自己の行為遂行に際して否定的に評価されている結果発生の可能性を真摯に受け取る場合には、そのような結果発生を避けるために自己の行為を断念するのか、あるいは犯罪結果よりも自己の目標を重視して行為を実行するのかということについて態度決定を求められることになる。このような場合に行為者が自己の行為目標を重視して行為を実行すれば、行為者は犯罪結果をもその意思形成の中に組み入れた、つまり犯罪結果発生の実現へと態度決定したのであり、故意が認められることになる。それゆえ、シュトラテンベルトによれば、結果発生の危険を真摯に受け取るにもかかわらず行

為遂行へと態度決定する場合、行為者は危険を承認しているものであり、このことは行為者が当該状況要素を自己のものにする事（Aneignung）として示されるのである²¹⁾。以上のことからシュトラーターテンベルトは、行為者が可能なものとして認識した結果すべてに有意な被覆決定が及ぶのではなく、可能なものとして認識された結果の中で、更に自己のものとしたものにのみ有意な被覆決定が及ぶとするのである。

5 最後にシュトラーターテンベルトによれば、このような結果を自己のものにするという行為者態度はその限界事例のみでなく、あらゆる故意形式に共通する要素であるとする。つまり、意図の場合や、意図の実現と必然的に結びつく付随結果においてもまた行為者はそれらの結果を自己のものにするという活動（ein Akt der Aneignung）において理解されるからである。以上のことからあらゆる故意形式にとって決定的なのは、行為者の態度が否定的に評価された結果と自己のものにするという心理的活動を通じて結び付けられたのかどうかなのである²²⁾。

6 以上がシュトラーターテンベルトの（未必の）故意に関する見解であるが、彼の見解の特徴は、カウフマンとは異なり実現可能なすべての結果に実現意思が及ぶのではなく、行為者により可能なものとして認識された結果発生が、真摯に受け取られたものだけに限るとする点である。つまり、カウフマンの見解は実現意思自体は実現可能なすべてのものに及ぶとしつつ、回避意思の存在する場合には実現意思は認められないとする二段構造になっているのに対して、シュトラーターテンベルトは実現可能な結果に対する真摯性を要求することで実現意思それ自体を限定したのである。

そしてこの観点からシュトラーターテンベルトは行為者が結果発生を真摯に受け取った場合には故意を、軽率にも結果不発生を信頼した場合には過失を認め、結果発生を真摯に受け取ったのかどうかによって故意と過失を区別するのである。このような区別基準を目的的行為論ではない立場から基礎付けようとしたのがロクシンであり、これが戦後ドイツの通説とされるのである。以下、ロクシンの見解を検討する。

(3) クラウス・ロクシンの見解

1 ロクシンは、1964年の論文において戦後未必の故意論の議論のきっかけとなったとされる BGHSt7, 363を素材にこれまでの学説を包括的に検討し、(未必の)故意を刑事政策的な観点から根拠付けようと試みた²³⁾。

2 ロクシンはこれまで学説を2つのグループに区別する。その第1グループは「生じた結果に対してどのように対したのか? (Wie steht der Täter zum eingetretenen Erfolge?)」、すなわち「可能なものとして表象された結果発生に対する行為者の態度決定は如何なる性質のものであるのか?」という問題設定をするもので、このグループには結果に対する行為者の内面的な態度、例えば結果発生に対する認容や、無関心などを問題とする立場が属する。それに対して第2グループは、「行為者は結果の可能性を如何に評価するのか?」を問うもので、ここでは行為者が結果発生の可能性を蓋然的と考えたのか、真摯に受け取ったのか、あるいは結果に対する回避意思を示したのかどうかということの問題とする立場が属する。ロクシンによれば以上の両グループはニュアンスの相違を超えて原理的に対立するものであり、その相違は理論上だけでなく実務上も重要な相違であると指摘する²⁴⁾。

3 このように学説を分類した上でロクシンはどちらのグループがより妥当であるかを検討する。その際、出発点としてロクシンは故意と過失の相違は両者の責任の相違に対応しなければならないが、その相違は刑法の目的から導かれなければならないとするのである。すなわちロクシンによれば、刑法は法益の保護をその目的とするのであって、この事から刑法の目的にとって重要なのは特に是認できない内面的態度に基づく法益侵害の阻止ではなく、法益侵害の発生をそもそも阻止することなのである²⁵⁾。このように解する場合に、行為者がありうる構成要件実現に対して決定したのかどうかということに応じて責任形式の基礎的な相違が明らかになる。つまり、行為者がありうる結果のために自己の行為を断念するのか、あるいはそれにもかかわらず行為するのかという問題の前に立たされ、その際、

刑罰により威嚇された法的価値（Rechtswert）に対して肯定的な決定をすれば過失が、否定的な決定をすれば故意が認められる点に決定的な相違が存在するのである²⁶⁾。

以上のことからすると、先の2つのグループのうちで後者の第2グループが妥当ということになる。このグループに共通するのは、「行為者が可罰的な結果を引き起こすという表象によって自己の決意になんらの迷いを生ぜさせず、それによって大抵は好ましくないが、計算に入れられている最悪の場合に、保護されている法的価値に反した態度決定をする」とする点である²⁷⁾。そして未必の故意と認識ある過失の限界づけにとってこのような基準が指導原理として規範の目的、責任原理から妥当であるとロクシンは述べる。ロクシンはまたこの基準に照らせば、BGHSt 7, 363が故意を肯定したことは妥当であるとするのである。

4 最後にロクシンは、未だいつ行為者がありうる法益侵害に対して決定したといえるのかという問題が残されているが、先の指導原理によればシュトラテンベルトによる、ありうる結果発生を真摯に受け取ったのか、不発生を信頼したのかという基準が妥当であるとして故意と過失の区別基準に関してシュトラテンベルトの見解に従うのである²⁸⁾。

5 このようにロクシンは、目的的行為論者が目的的行為論の観点により故意から感情的・情緒的要素を取り除くのに対して、刑事政策的な観点からする故意処罰の根拠によって故意から感情的・情緒的要素を取り除き、意的要素によって故意と過失の区別を試み、その際、故意と過失の区別基準に関してはシュトラテンベルトの見解を支持したのである。

6 以上の経過をたどって、戦後ドイツの通説とされる真摯説（Ernstnahmetheorie）は形成されたのである。ここまでの経緯を簡単にまとめると、革ひも事件をきっかけとして、行為者が結果発生は好ましくないが、しかしそれを受け入れたという場合に行為者に殺人の故意をいかにして認めるのかということが問題となる一方で、目的的行為論の登場によって目的的行為論者とそれに影響を受けた学説は革ひも事件の結論を、

戦前とは異なり感情的・情緒的要素によることなく説明することが求められた。このような実践的、理論的課題にまず最初に答えたのがアルミン・カウフマンであったのだが、彼の示した回避意思説では故意と過失を十分に区別することができないとシュトラテンベルトに批判された。そしてシュトラテンベルトもまた目的的行為論の立場から、故意を実現意思と捉えつつ、故意と過失の区別を結果発生の可能性を真摯に受け取ったのか、結果不発生を軽率にも信頼したのかという基準を打ち立てた。そしてこのシュトラテンベルトの見解を目的的行為論によらない立場からロクシンが根拠付けた。すなわち、故意が過失よりもより重く処罰されるのは行為者がありうる法益侵害へと決断したからであり、この点に故意処罰の根拠を見出し、この立場からシュトラテンベルトによる区別基準を支持したのである。

7 以上の見解に共通するのは故意の要素としての意的要素、すなわち結果発生を決意したという結果との積極的・肯定的関係を重視するという点である。このことはシュトラテンベルトがありうる犯行結果への態度決定を、先に見たように、「結果を自己のものにするという活動」として特徴付けていることから明らかである²⁹⁾。それゆえこれらの見解は、区別基準は異なるものの、戦前のいわゆる積極的・肯定的感情説と同様に故意犯を利己主義者、つまり他の法益を侵害することによって被る不利益と自己の目標達成によって得られる利益とを比較考量した上で、自己の目標達成を意識的に選択した者として特徴づけ、この点に実質的な故意非難の根拠を見出すのである。そして戦後の意的要素を重視する見解は故意と過失の区別をも感情的・情緒的要素ではなく、意的要素によって試みたのである。

8 しかし、このような見解は、3つの点で問題を有する。1つ目は、真摯説によれば、非常に慎重で小心な者が、自己の行為から生ずるありうる可能性を考慮し、結果発生のおそらくな可能性しかないにもかかわらず、それを真摯に受け取るという場合(いわゆる小心者事例)、故意犯が認めら

れるのに対して、自己の行為から生じうる結果発生の可能性を考慮しつつも非常に傲慢で身勝手な解釈から結果発生を真摯に受け取らず、軽率に行為した者がせいぜい過失でしか処罰されないという。戦前において問題とされたのと同形の矛盾が再び問題となるのである³⁰⁾。

9 2つ目は、行為者が結果に対して全く無関心だった場合には危険を真摯に受け取る、あるいはありうる法益侵害に対して決定する事が問題にならず、それゆえこのような場合は常に故意は否定されるという点である³¹⁾。これは、例えば、行為者が、追跡する警官に対して警官の追跡を阻止するために発砲するが、その際、当該発砲によって警官の死の結果の一定の危険を認識しつつも行為者にとってはその結果が生じようがどうでも良かったと言う場合（無関心事例）である。このような場合には、行為者にとって死の結果が発生することはどうでも良いことであり、それゆえ行為者が死の結果発生を真剣に受け取ってはならず、したがって行為者には死の結果発生に対して決意していないため当該行為者に故意は認められず、せいぜい過失が認められるに過ぎないことになる。

しかし通説はこのような場合にも故意が認められるべきとする³²⁾。例えばロクシンは自身の体系書において、「決意」という概念もまた裸の心理的事実としてではなく、規範的基準に基づいて評価されるべきとした上で、生じると認識された結果の発生に無関心な者にとっては、その結果が発生してもしなくてもどちらでも良いのである。このような態度の中にロクシンはありうる法益侵害に対する決意が潜んでいるとし、それゆえこのような場合にも故意が認められるとするのである³³⁾。そしてこのことは全事象経過を判断の基礎におき、個々の事例のあらゆる事情の評価において、行為者態度が保護法益に対する侵害を決断したと解釈できるのか、それとも結果不発生を信頼したことを認めることが説得的なのかを判断するというのである。つまり、行為者が結果発生に対して決断したのかどうかの判断は彼の内心上の決定にとって重要なあらゆる客観的、且つ主観的要素を考慮することでなされなければならないのである³⁴⁾。

このようなロクシンの見解は、故意もまた行為者の態度を事後的に見て規範的基準に応じて当該行為者が保護法益に反する決断をしたと解釈できるのかどうかを問う点では後に見る規範的危険説と共通するが、しかし問題はロクシンがいうところの主観的かつ客観的事情の総合判断によればここで問題となっている結果発生に対する無関心の場合を故意に含めることができるのかという点である。ロクシンによれば、行為者が結果発生の可能性を認識し、これを真摯に受け取ったのかどうか、つまり法益侵害に対する決断を行なったのかどうかを判断するための事情として、行為者の人格や、行為者の犯行動機、行為時の状況、行為以前、行為以後の事情などを考慮するとするが³⁵⁾、しかしこのような事情は、行為者が結果発生を内心上、決断したのかどうかを判断するための事情、つまり立証上の事情であって、実体法上の基準を示すものとは思われない。ここでロクシンは実体法上の基準と立証上の事情とを混同しているのであり、それゆえ主観的事情のみならず客観的事情を考慮したからといって、実体法レベルでは結果発生に対する無関心をも結果発生を真摯に受け取ったのかどうかという基準によって故意に含めることができるとする事のなんら説明になっていないのである。ロクシンと同様の基準を支持するシュトラーターテンベルトもまた結果発生に対して無関心な行為者もまた当該結果発生の可能性を真摯に受け取りうるとするのみで、なぜそういえるのかについてはなんら説明していないのである³⁶⁾。このように真摯説は無関心事例をも故意に含めるべきとするが、しかしその説明には成功していないのである。

10 最後に、行為者が結果発生の可能性を予見しつつ、合理的な根拠なく結果は発生しないだろうとして結果の不発生を信頼したという場合（結果不発生への信頼事例）が問題となる。例えば、結果が発生する危険は高くないが、それを真摯に受け取り、その発生を好ましくないが自己の目的達成のためには仕方ないとして犯罪を実現させた者と、結果発生の高度な危険性を認識しているにもかかわらず、自らの技術と運に根拠のない自信を持っており、それゆえ、結果は発生しないと信じつつ犯罪を実現させた者

とを比較しよう。この場合、真摯説によれば前者には故意が認められ、後者にはせいぜい過失で処罰されうるにすぎないことになるが、はたしてこの両者に非難の程度において大きな相違が存在するのであろうか？また場合によっては、後者のほうが非難の程度が高いともいえなくはないであろう。このように行為者が結果発生に対していかなる内心上の態度を有したかで故意を判断するのは、非常に恣意的で、結論においてバランスを欠く結果に至りうるのである。

11 以上の問題点は、いわゆる真摯説がそもそも故意と過失の区別基準を行為者の心理状態に過度に依存させる点に存在するものと思われる。このような不都合を回避するために新たな認識説あるいは規範的危険説と言われる立場は故意における知的要素の精緻化する方向に向かうのである。以下ではこの説の展開を検討する。

第2節 認識説 新たな展開

1 新たな認識説³⁷⁾あるいは規範的危険説³⁸⁾といわれる立場は大きく2通りに区別される。1つ目が故意と過失の区別を、いわば認識の質とでもいべきものによって区別する立場であり、もう1つは故意と過失の区別を認識の対象あるいはその内容によって区別する立場である。認識の質において区別する代表的論者としてヤコプス(Günther Jakobs)とフリッシュ(Wolfgang Frisch)を、認識対象あるいは内容によって区別する代表的論者としてヘルツベルグ(Rolf Dietrich Herzberg)、プツペ(Ingeborg Puppe)の見解を以下で検討する。

1) 認識の質による区別

(1) ギュンター・ヤコプスの見解

1 ヤコプスは1971年に公刊された『過失結果犯の研究』において未必の故意と認識ある過失の区別について論じている。彼によれば、未必の故意

の処罰範囲に関して様々な解決が提示されているが、この問題においてまず問われなければならないのは方法に関して、である。ヤコブスはこれまでのこの問題における方法に関して、次の3つに整理する。すなわち、1つは例えば目的的行為論のように犯行(Tat)に着目して統制の程度(Steuungsmaß)に応じて故意と過失を区別するものであり(以下の)、2つめは例えばエンギッシュの無関心説のように当罰性の側面に着目して故意と過失を区別するものである(以下の)。3つ目はこの両者の統合形態である(以下の)³⁹⁾。ヤコブスはこの3つを以下のように示す。

故意と過失の区別は責任の程度に応じて区別される。侵害認識は高度の責任段階のメルクマールとして積極的に規定され、それゆえいかなる体系的正当化も必要としない

故意と過失の区別は責任の程度に応じて行われるが、しかし回避可能性の段階が区別される。責任は区別の視点(Aspekt)を与え、統制の程度が区別される素材(Material)を提供する

故意と過失の区別は統制の観点に応じてのみ行われる⁴⁰⁾。

2 ヤコブスは以上の解決の中でいずれが妥当なのかは、条文からは読み取ることができないとする。すなわち、条文上は故意と過失が区別され、故意は過失よりも重く処罰されるという帰結のみが書かれているに過ぎず、それゆえ上記の中でいずれが妥当なのかに関しては合目的性(Zweckmäßigkeit)に着目することによってのみ導き出すことができるとする。

まずヤコブスは の立場から検討する。 の立場からは、例えばアルミン・カウフマンが故意として何が評価されるべきかは、なにが故意であるのかということを知ることなしには決定しえないと主張するが、しかしヤコブスは制裁欲求(Sanktionsbedürfnis)の観点を抜きにして故意と過失は規定しえないとする。というのも、制裁欲求の観点がなければ、提示された統制の相違(Steuerungsdivergenz)(例えば確実なものとしての認識

ありうるものとしての認識，蓋然的なものとしての認識 非蓋然的なものとしての認識，惹起意思 回避意思など）のいずれが妥当なのかを決定しえないからである。このことから の立場は妥当でなく，故意と過失の区別は制裁欲求の観点から規定されなければならない。

それに対して制裁欲求の観点を純粹に貫徹するならば， の立場にいたる。この立場によれば，例えば戦前の感情説のように，より重い処罰に値する心情を故意，より軽い処罰に値する心情を過失とすることで，行為者の心理的事情と制裁欲求を同一視するのである。しかしヤコブスはこのような解決では法的安定性が損なわれるとする。つまり，ある心理的事実がより重い処罰に値するとされれば故意となり，軽い処罰でよいとされれば過失になるが，しかし，このような判断は恣意的なものとなるのである。さらに，故意と過失は制裁欲求を確認するための中間地点（Zwischenstationen）にすぎないということは，例えば，故意ではあっても何らかの減輕事由により軽く処罰されうるように，故意と過失が故意犯と過失犯の法定刑に部分的にのみ一致することから明らかである。それゆえ，故意は常に重い処罰を帰結するのではないし，過失が常に軽い処罰を帰結するでもないのである。このことから の立場もまた妥当でなく，ヤコブスは結局 が妥当であるとするのである⁴¹⁾。

3 の立場が妥当であるとして，ではヤコブスはいかなる観点からいかなる心理的事実によって故意と過失を規定するのであろうか。この点に関してヤコブスは，そもそも法にとって重要なのは，悪しき内心上の態度決定に基づいて法益侵害を行うことを阻止することではなく，そもそも法益侵害が行なわれることを阻止することであるとする。このことに応じて制裁欲求は，行為者が結果阻止に対する自己の力（Macht）をどの程度用いなかったのかということと関係付けられるのである。つまり，行為者は結果発生の一定の危険性を認識していれば，それを回避すべきだし，回避しうる能力を有するにもかかわらず，回避しなかったという意識的な所為力の不使用（Mißbrauchen der Tatmacht）に対して重い制裁が科せられる

のである⁴²⁾。

このことからヤコブスは故意と過失の区別を、結果惹起の回避が容易であったのか、困難であったのかという観点からなされなければならないとする。ただし、ここで注意すべきなのは行為者自身が当該結果発生の回避へと自己の動機付けるのが困難と思ったのかどうか重要なのではなく(さもなければ意図行為者がもっとも結果回避が困難であったということになる)、構成要件実現の回避への動機が優勢であると仮定した場合に結果回避が容易であったのかどうか重要であるということである⁴³⁾。

4 ヤコブスによれば、このような行為者にとって結果回避が容易だったのか困難だったのかということは行為者の認識の正確性(Genauigkeit)にのみ関わるものであるが、ここにいう認識は次のような内容と質を有していなければならないのである。まず、認識内容に関して、構成要件実現回避への優勢な動機があると仮定した場合に、現実の回避へと導く程度に重要な危険を行為者は認識していなければならない。これは具体的には財の重大さおよび危険の密度に依存する。に関してヤコブスは財の重大さの判断(Gewichtung)は行為者の主観によって行われるのではなく、法的な評価によって客観的に判断される。それゆえ、行為者によって認識された危険が、彼が当該財に無関心であることから非常に過小に評価した、あるいは禁止の錯誤において過小評価したがために、決断にとって重要でなかったとしても、法的な判断によれば決断にとって重要な程度のものであれば故意は妨げられないのである⁴⁴⁾。

またに関して、ヤコブスはこれもまた客観的に判断されるとする。すなわち法的に許された危険を越える危険を行為者が認識していれば、それに対して行為者がいかなる態度をとろうとも故意は認められるのである。つまり、例えば行為者が許されない危険を認識しつつも、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場合、あるいはなんら合理的な根拠なく結果不発生を信じる場合であっても故意は認められるのである。ただしヤコブスは許されない危険であってもそれが日常的に遍在す

る場合には、結果連関が否定されるとする。例えば、酔っ払って車を運転する者、あるいは車間距離を守らない者は統計上計算可能な危険を創出しているが、このような危険に慣れている場合、結果との関連において個人的には重要な危険ではないのである。このように統計的に見れば許されない危険を創出しているが、しかしそれが社会的利益のために受け入れざるを得ないものであり、そのような危険が遍在化し、もはやそれが所与のものとして前提とされる場合、行為者はこのような危険に慣れなければならない（さもなければ例えば自動車の運転などはできない）、危険に慣れれば、本来結果関連的であるがために回避しなければならない危険がそのようには受け取られなくなるのである。このような場合には行為者が当該危険を認識しつつ行為し、傷害結果なり殺人結果を発生させたとしても当該結果に対する故意は認められないのである⁴⁵⁾。

以上は行為者に未必の故意が認められるために必要な認識の内容ないし程度であったがこれはしかし故意と過失を区別するものではない。というのもこれは過失にも共通のものであるからである。故意と過失の区別はヤコブスによれば認識の質とでも言うべきものによってなされる。すなわち、ヤコブスによれば、故意が認められるためには行為者は先の許されない危険を意識し、それによって「構成要件実現が非蓋然的ではない」とみなしていることが必要であるとする。これは単に結果発生の可能性について考慮しているというのではなく、結果発生に対する一定の「判断」を行っているものであり、故意にとって必要な認識にはこのような「判断」が伴っていなければならないのである。というのも行為者に結果発生が非蓋然的ではないという判断が伴っておらず、単に即物的に結果発生を考慮するだけでは行為者に当該行為をやめ、結果を回避するよう直接、かつ十分に働きかけることができないからである。このことから故意が認められるのは、行為者が許されない危険を意識し、それによって結果発生が非蓋然的ではないという判断に至ったにもかかわらず、当該行為をやめることなく実行した場合であり、このような場合に故意犯としての重い責任が問われるの

である。それに対して、いわゆる認識ある過失は、上記の意味での許されない危険を単に考慮するのみでそこに結果発生が非蓋然的ではないという判断が伴っていない場合を言うのである。このようにヤコブスによれば故意と過失の区別は上記の意味での許されない危険を前提としつつ、結果発生が「非蓋然的ではない」という判断が伴っているのかいないかということによって行なわれるのである⁴⁶⁾。

5 以上のようにヤコブスは、知的要素に着目し、認識内容には許されない危険の認識を求めることによって、通説において故意を認めざるをえなかったいわゆる小心者事例において故意を否定することが可能となったのである。さらにヤコブスは認識の質を問題とし、これに結果発生が「非蓋然的ではない」という判断を伴わせ、これによって故意と過失を区別したのである。こうすることで、通説が意的要素を必要とすることで過度に行為者の内心上の事実故意の存否を依存させ、それによって行為者が一定程度の結果発生危険を認識しているにもかかわらず、自己の都合の良いように解釈して結果不発生を信頼するという場合、あるいは結果発生に無関心であった場合に故意を排除する結論を一定程度回避するのである。以上のヤコブス見解と問題意識を共有する論者として次にフリッシュの見解を検討する。

(2) ボルフガング・フリッシュの見解

1 フリッシュは1983年に公刊された『故意と危険』と言う著書において故意論に関する包括的な研究を行った。この問題における彼の問題意識は、故意と過失の限界付けに関する見解が様々に論じられているにもかかわらず、より一層不明確になるばかりであるということから、その原因を故意の構成要素のひとつとされる意的要素の不明確さ、さらに故意の知的要素の検討の不充分さに見出す。すなわち に関して、例えば故意の要素として意的要素を必要とする説が行為者にとって結果発生が好ましくないにもかかわらず自己の目的達成のために仕方ない、それを甘受した、ある

いは結果発生が行為者にとって無関心であった場合にまで故意を認めるとすれば、通常の言葉の意味における「意思」という文言からかなりかけ離れたものとなる。この点に関してフリッシュはそのような場合にまで故意を認めるのは意思を擬制しているに過ぎないと批判するのである。さらに通説である真摯説に対しては、真摯説によれば、例えば行為者が結果発生を真摯に受け取りさえすれば結果発生の可能性がかなり低くても故意を認められることになるが、そのような場合にまで故意を認めるのは妥当ではないとするのである⁴⁷⁾。次に に関しては知的要素によって故意を規定する見解によれば、行為者が結果発生を「可能的」、あるいは「蓋然的」とみなした場合に故意が認められるとしてきたが、しかしここでいう「可能性」や「蓋然性」という概念自体が曖昧であり、故意と過失を十分に区別し得ないとするのである⁴⁸⁾。そしてフリッシュは以上の問題点を解決するためには故意処罰の根拠から故意の対象（内容）、さらには故意の心理的基体（psychischen Substrats）をそれぞれ再検討しなければならないとするのである。

2 フリッシュはまず、故意処罰の根拠から検討を始める。彼によれば、故意処罰の根拠を論じる上で重要な視点は、刑法上処罰されるのは原則、故意犯であり、過失犯は例外的にしか処罰されず、しかも故意犯は過失犯よりも重く処罰されると言う事である。この点に関し学説においては、例えば故意は過失よりも責任、つまり非難の程度が高いからとする説明する見解もあれば⁴⁹⁾、意識的に操縦された事態の実現としての故意行為と事態の無意識的な実現としての過失行為との間に本質的な相違を見出す見解もまた存在する⁵⁰⁾。フリッシュはこれらの見解は相対立するものではなく、原理的に考察すれば、この両者は調和するものであるとして、この調和を国家による刑罰行使（Strafeinsatz）の基本思想から導き出すのである。つまり国家は、共同体のある一定の秩序を維持し、共同体の一定の本質的な価値を保護するために、これに反する者を処罰するのである。ただし、このような国家の任務は恣意的に行われてはならず、そのため、このような

権力行使は正当化されることを必要とする。このような刑罰権行使の正当化は、フリッシュによれば、目的合理的根拠と価値合理的根拠に基づかなければならず、そして故意とはこのような2つの根拠を有する事態を把握するという課題を有した機能的概念であるとするのである⁵¹⁾。

目的合理的根拠によれば、刑罰が行使されるのは法益を保護するためであり、それゆえこれを達成するために国家は法益を侵害する者に対してのみ刑罰を科すことができるのである。このよう法益保護には一般予防上の根拠と特別予防上の根拠があり、故意の対象とその心理的基体はこの根拠に適ったものでなければならない。すなわち故意行為は特別な程度において法動搖的な事実としてみなされる程度のものでなければならないのである。これを言い換えると、故意行為は当該状況における行為者の認識によって事前に十分に動機付け可能な主体としてみなされ、かつ犯行の遂行において法益に対する、典型的に高度な危険源としてみなされうるし、またみなされなければならないところのものでなければならないのである⁵²⁾。

しかし、法益保護の要求が存在すれば直ちに刑罰権は行使されて良いというわけではなく、それはさらなる正当化を必要とする。というのも、刑罰は行為者の権利領域への強力な介入であるからである。それゆえ、刑罰は法益保護に資する場合に常に科せられなければならないというわけではなく、その際さらに刑罰が相当な手段(angemessene Mittel)でもなければならないのである。このような価値合理的な根拠からすれば故意概念に対して、行為者と彼の犯行との間に特殊な人的関係(spezifisch personaler Bezug des Täters zu jener Tat)が必要とされるのである⁵³⁾。つまり、当該犯行をその行為者に非難し得なければならないという関係が必要なのであり、このような関係があって始めて刑罰が正当化されるのである。そして、フリッシュはこのような価値合理的な根拠によって、故意犯が過失犯よりも重く処罰されることを説明できるとするのである。つまり、故意犯は通常、その非難の程度において過失犯よりも典型的により重大(typischerweise größer)であるため、過失犯よりもより重く処罰される

のであり、このような観点からはとりわけ故意の知的要素を再検討しなければならないとするのである⁵⁴⁾。以上のように、フリッシュは故意処罰の根拠に基づいて故意概念の基本的な方向付けを行なった後に、故意それ自体の検討に移るのである。

3 一般に、故意とは通常、意的要素と知的要素という2つの要素から構成されるとするが、フリッシュはその中でも知的要素から検討を進める。なぜなら意的要素についてはその要否自体に争いがあるが、故意の構成要素としての知的要素が必要であるということに関してはあらゆる見解が一致しており、また故意が知的要素のみで構成されるとすれば、更に意的要素を検討する必要がなくなるからである。フリッシュは知的要素の内容、すなわち認識すべき対象はなにかという問題から検討する。従来この問題、つまり故意の認識対象とはなにかという問題に関しては客観的構成要件それ自体であると答えられてきた。しかし、客観的構成要件要素のひとつである結果は行為時点において未だ発生しておらず、任意処分可能な対象でない以上、認識対象たりえない。というも行為者に犯行の断念を動機付けるといふ法益保護プログラムからすれば事後的に任意処分可能な認識が問題となるのではなく、犯行を前にしての認識（Wissen vor der Tat）、つまり事前的な認識が問題となるからである。それゆえ故意の対象は客観的構成要件それ自体ではなく、行為者の態度なのであり、しかも構成要件上重要な態度なのである。これをフリッシュは規範論的に次のように説明する、すなわち客観的構成要件は制裁規範として法適用者に向けられるのに対して、行為者に向けられるのが態度規範であって、これが故意の対象なのである⁵⁵⁾。このような態度規範は構成要件上読み取られる行為態様であるため、故意の対象は構成要件に関連した態度となるのである。

この観点から、フリッシュは構成要件に関連した態度の具体的内容に関して詳細に検討し⁵⁶⁾、最終的にそれは次のようなものであるとする。すなわち、当該態度が客観的に特定の結果惹起の危険を備えているものでなければならない。このような危険は法的にもはや許されるべきでないもので

なければならず、このことは危険な行為の現実化の利益と危険にさらされている財の保護利益との間の考量を手がかりにして規定されなければならないのである。そしてこのような故意の対象こそ故意処罰の根拠に応じた適切なものなのである⁵⁷⁾。フリッシュはこのように故意の対象を客観的構成要件ではなく、構成要件上の重要な態度であるとするので、故意における知的要素の対象を、これまでの結果発生「可能性」、あるいは「蓋然性」というように曖昧にしか規定されなかったものが、より厳密に規定することが可能となったとするのである⁵⁸⁾。

4 以上のことを前提に、次にフリッシュは「認識」概念それ自体の検討に移るのである。フリッシュによれば、従来、「認識」と言う概念のもとでは、故意の対象を単に意識において把握するというように解されていたが、上記の故意の処罰根拠からすれば、「認識」概念はそれだけでは不十分であり、それ以上の事が属するのである。つまり、行為者は故意の処罰根拠から導かれた故意の対象、つまり許されない危険を認識していなければならない、そのためには行為者はその事態を単に把握するという以上さらなる意味論上の考慮、すなわちその対象についてある判断を形成していなければならないのである。ここに言う判断とは思考の対象として表象されたものを自己の像(eigenes Bild)として引き受けること、すなわちその後の自己の行為を規定するある一定の態度決定を言うのである⁵⁹⁾。フリッシュはこのように正しく理解された「認識」という概念の下では、行為者による人的な態度決定(persönliche Stellungnahme)という事までが属するとするのであるが、しかしいまだ、そのような態度決定の性質の問題が残されているとする⁶⁰⁾。

すなわち、行為者はある事態を認識する際、その対象を単に具体的に把握するだけでなく、その対象を意味論上においても考慮するのであるが、しかしある事態のその後の成り行きに対しては多様な解釈がありうるため、どのような質(Art)の人的態度決定を求めのかが問題となるのである。この点に関してフリッシュは、いかなる見解もまた「認識」に対して少な

くとも「自身でそのように見る（Für-sich-so-Sehen）」ということを要求しているとする。つまり行為者はある事態の成り行きを主観的に「現にそうなる（So-ist-es）」という判断している場合に、行為者は当該事態を認識しているとするのである。フリッシュはこれを拘束的人的視点（verbindliche persönliche Sicht）とも称している。そしてこのことを刑法上の文脈におくと、行為者に構成要件実現の「認識」が認められるのは、彼がある構成要件上の許されない危険を意識し、そのような危険が実際に実現するだろう、言い換えると当該構成要件に規定されている結果の発生にまでいたるだろうという判断をしている場合なのである。このようにフリッシュは「認識」概念にその質として拘束的人的視点を求めるが、ここで注意すべきなのは、拘束的人的視点は結果発生の確実性の認識とは異なるということである。つまり確定的認識とは異なる意識、結果発生が不可避であろうというような意識が拘束的人的視点にさらに加えられたものなのであって、拘束的人的視点は結果発生が不可避であるということまでを必要しないのである⁶¹⁾。

5 フリッシュはここまでの検討で得られた、正しく理解された「認識」による場合、故意の要素としては知的要素のみで十分であり、さらなる故意の要素はもはや必要ではないとするのである。というのも、行為者が特定の構成要件上もはや許されない危険を有する態度の「認識」を有しつつ、にもかかわらず行為する場合、当該行為者はすでに法秩序から逸脱して法益に反する決断を行なっているのであり、それゆえ、このような価値判断を含む「認識」概念による場合には他の故意の要素、例えば意的要素や感情的要素を求める必要はないからである⁶²⁾。

6 以上がフリッシュの見解の概要であるが、彼は機能主義的な方法論により故意と故意の対象を故意処罰の根拠から基礎付け、故意の要件としては知的要素のみを要求し、意的要素は故意の要件から排除する。そして更に故意の間われる時点はいつかという問いから、故意の対象を構成要件該当態度と解する。フリッシュの見解はこれまでの見解によれば構成要件該

当結果は将来の出来事であり、そのため結果の予見がこれまで認識内容として中核を形成してきたのに対して、認識の対象はまず一義的には行為時点における行為者の現前事情であって、ここでは結果は未だ発生していない以上の認識の対象たりえないとする点でこれまでの見解と重点を異にする。このように解する実益は、非常に小心で臆病な者を故意処罰から排除することである。すなわち行為者の認識内容に許されない危険の認識を求めることで、未だ許されている危険の認識からしかしある犯罪結果が発生すると見なしている行為者は、その認識内容は未だ許された危険の範囲内にある以上、故意は認められないのである。

7 このようなフリッシュの見解とヤコブスの見解は、故意の対象ないし内容を客観的、規範的に規定することで、いわゆる小心者事例において、通説によれば不当にも故意が認められうるにもかかわらず、故意を否定することで、故意の有無を行為者の心理状態に過度に依存させるという通説の問題点を一定克服する点で共通している(このことはさらには以下で検討するヘルツベルグやプッペなども含めたいわゆる新しい認識説あるいは規範的危険説の共通の特徴なのである)。さらに、「認識」概念それ自体を再検討し、結果発生に許されない危険を単に意識したというだけではなく、さらにある一定の「判断」を認識概念に要求し、この有無によって故意と過失を区別する点でもフリッシュはヤコブスと共通するのである。

8 しかし、両者には看過しえない相違もまた存在する。すなわち両見解は認識概念に必要とする「判断」の質に何を求めるのかという点で異なるのである。ヤコブスは「判断」の質を「結果発生は非蓋然的ではない」というように消極的に規定するのに対して、フリッシュはその質を「自己の行為が特定の結果にいたるだろう」というように積極的に規定してするのである。しかし、フリッシュのように「判断」の質を積極的に規定することは理論的に実際的にも問題を有する。すなわち、例えば行為者が行為の遂行時点において結果が発生するだろうと言う判断に至っているにもかかわらず当該行為をやめなければ、未必の故意は当然認められるのであって、

問題はそもそも結果が発生するだろうという判断に至っていない場合であっても故意を認めるべき場合もあれば過失を認めるべき場合もあり、両者をいかに区別するのかという点にあったはずである。にもかかわらず、フリッシュの言うところの拘束的的人的視点はこのような区別問題に解決を与えるのではなく、そもそも問題それ自体を消し去ってしまったのである。

このような理論的な問題点は実際のな帰結においても不都合な結論にいたる。すなわちフリッシュの見解によれば、いわゆる小心者事例においては故意を排除できるが、しかし無関心事例や結果不発生非合理的な信頼事例においては、フリッシュの見解をそのまま適用すれば故意を否定せざるをえず、それを結局のところ通説と結論を同じくするものであり、それゆえその限度で通説と同様の問題点を有することになるのである⁶³⁾。それゆえ、学説はフリッシュの言う拘束的的人的視点とは結局は意的要素の変形ないし機能的等価物に過ぎないと批判するのである⁶⁴⁾。このように、フリッシュの見解は理論的、実際のな問題点を有するのに対して、ヤコプスの見解は、フリッシュのように問題そのものを消し去るものではなく、また無関心事例や結果不発生の非合理的な信頼事例であって、それが知的側面にフィードバックされ、結果発生が非蓋然的ではないという判断に至らない限り、故意は肯定する点で理論的にも実際のにも妥当なものと思われる。

9 しかし、以上の両見解に対しては無関心事例、さらに結果不発生の非合理的な信頼事例においても同様なのだが、無条件に故意が認められるというわけではなく、それゆえ、ヤコプスやフリッシュは未だ自らの考えを徹底していないと批判して、これを徹底するのがヘルツベルグとブッペである。両者は先の2つの事例において無条件に故意を認めるために、認識の対象ないし内容をさらに検討し、フリッシュやヤコプスのように認識の質によってではなく、認識の対象あるいは内容によって故意と過失の区別するよう試みるのである。以下、検討する。

2) 認識内容あるいは対象による区別

(1) ロルフ・ディートリヒ・ヘルツベルグの見解

1 ヘルツベルグは故意と過失の限界づけ問題に関して通説によれば、行為者が重大な危険を認識しているにもかかわらず、行為者が軽率にも合理的根拠なく当該重大な危険は結果発生に至らないであろうと信じる場合に、故意を排除することに異議を唱え、故意と過失の限界基準を客観的構成要件段階、すなわち認識対象のレベルで考慮する事によってこの問題を解決しようと試みている。

2 ヘルツベルグはまず、2つの事例、つまりわずかな危険の種類と重大な危険の種類的事例を挙げ、その事例に近時唱えられている有力な学説を当てはめ、検討することで、各説の問題点を指摘する。

1つ目の事例は職人頭Pが未熟な見習いLを法律上規定された転落防止措置の施されていない、あわただしい現場に行かせ、仕事に従事させたが、その際、見習いLが不運にも転落し死亡したという事例である。ヘルツベルグによればこれは許されてはならないが僅かな危険の種類で、この場合職人頭Pには過失致死は認められても故意による殺人は認められないとする⁶⁵⁾。

次に重大な危険の事例類型として、ロシアンルーレットの事例を挙げている。すなわち2人の友人が回転式拳銃を互いのこめかみに向け、同時に引き金を引く、その際、両当事者は結果危険の確率が5分の1であることを認識しているという事例である。ヘルツベルグはこのような事例において結果が発生した場合、行為者を過失のみの処罰、あるいはまったくの不処罰とするのは受け入れがたいとする⁶⁶⁾。

以上の2つの事例において、通説は妥当な結論を導き出せない。ヘルツベルグによれば、第1事例においては、行為者が結果の発生を真摯に受け取ろうと、是認していようと、あるいはまた意図していようと故意を認めることは説得的ではないし、第2事例においては行為者がたとえ結果発

生を是認しておらず、真摯に受け取らず、結果の不発生を信頼していたとしても故意を否定する事は理解できないとする⁶⁷⁾。このように、通説では以上の事例において妥当な結論を導き出すことはできないとして、上記の2つの事例類型の検討から妥当な結論をもたらす基準を導き出そうとする。

3 ヘルツベルグによれば、両事例類型の共通点は法的に許されている限界を超えているということである。それに対して相違点はその許容性の超過の程度であり、それは僅かな危険と重大な危険ということを示される。しかしこれらの相違は、蓋然性説が言うように単に量的なものではない。例えば、ロシアンルーレットの事例において結果発生の確率がたとえ50分の1に低下しようとも、この事例が第1事例と同じ僅かな危険とはみなされない。つまりそこには質的な相違が存在するのである⁶⁸⁾。このようにヘルツベルグは危険の質の相違に着目し、以下において危険の質について検討する。

ヘルツベルグによれば第1事例を注意深く考察すれば、ここで問題とされている危険の特質が明らかになるとする。つまり第1事例において問題となっている危険はいまだ定着したものと見える。なぜなら見習いは危険を理解し、自らの注意能力を用いることによって施設の欠点を補うことができるからである。言いかえると、危険はいまだ有効な防止措置（hoch-effiziente Reservesicherung）を被害者によって与えられているのである。このような危険は事実上の現象が重要であって、法上の考慮、例えば成年であるとか危殆化された者の自己答責性などは重要ではない。そしてヘルツベルグはこのような理解によれば、通説が第1事例において行為者が結果の不発生を信頼し、結果発生の可能性を真摯に受けとらなかつたということで故意を排除するのは誤っていると見る。なぜなら行為者が結果の不発生を信頼するのは、行為者が当該危険をあらゆる予見に従い、自己のあるいは他人の注意能力（Aufmerksamkeit）により克服しようという自己の事前の経験に基づいて判断しているからであって、決して行為者にとって根拠のない、全くの非合理的な信頼ではないからである⁶⁹⁾。

次にヘルツベルグは第2事例において問題とされている危険については次のように考える。ロシアンルーレットを行う当事者の両方とも自らの注意能力によって自己の危険な行為に防止措置を与えることはできない、つまりこのような事例は結果発生危険を引き起こす行為の以前、あるいはその遂行中において、人間の注意能力によって結果発生を防ぐことがそもそもできない性質のものなのである。したがって、このような事例における侵害結果不発生への信頼は事前の経験に基づく確実な根拠などは持ちえないのであり、そのような信頼は単なる願望にすぎない⁷⁰⁾。

4 このようにヘルツベルグは第1事例と第2事例を検討したのち、前者で問題とされる危険を遮蔽された危険 (abgeschirmte Gefahr) とし、後者において問題とされる危険を遮蔽されない危険 (unabgeschirmte Gefahr) と名づけ、故意と過失の限界づけ問題は両者の危険の相違により区別されるとするのである。前者は結果不発生への信頼が十分根拠のあるものであるのに対して、後者において結果不発生への信頼は非合理的なものであり、それは単なる願望にすぎないものとみなされる点で両者は異なるのである。

さらにヘルツベルグはこの遮蔽されない危険は必ずしも危険の重大性や切迫性 (Nähe) とは結びつかないとしながらも、行為者が創出する遮蔽されない危険がいまだ取るに足らないものの場合、そのような危険に対する認識は故意を意味しないとする。たとえば、行為者が、彼にとって不必要になった重い荷物を処分するために、夜に窓からその荷物を放り投げたのであるが、その際、下を歩く行人に当たり、死にいたる可能性を意識していたという事例において⁷¹⁾、行為者は遮蔽されない危険を創出するが、しかしその危険がいまだ結果から遠くはなれ (entfernt)、結果発生が非蓋然的、あるいは不運な偶然と思わせる場合には、そのような危険創出は第1類型と法的に見て同視されうとする。というのも遮蔽された危険とは、行為者の結果不発生への信頼に十分な理由のある、合理的な危険を言うからである。このような観点からすれば、遮蔽されていないが、しかし

いまだ離れた危険において行為者はなお結果不発生を信頼するに十分な根拠が存在するのである⁷²⁾。

5 以上がヘルツベルグの見解であるが、彼の見解の特徴は故意と過失の区別問題は客観的構成要件の問題であるとする点である⁷³⁾。すなわち故意と過失の区別を客観的な危険の質の相違とすることで、いわゆる小心者事例だけでなく、無関心事例や結果不発生への非合理的な信頼事例においても行為者が遮蔽されない危険を認識していれば、故意犯を認められるとする点で、通説の抱えていた、行為者の心理状態への過度の依存による故意判断の恣意性を克服しようとしたのである。このようなヘルツベルグの見解はフリッシュヤヤコブスと問題意識を共有しつつも、知的要素に「判断的性質」を求めない点で異なるのである。それゆえ、ヘルツベルグの見解においては、「故意にとって重要なのは行為者が認識した危険を真摯に受け取ったことが重要なのではなく、彼が真摯に受け取られるべき危険を認識したこと」なのである⁷⁴⁾。

6 しかしヘルツベルグの見解は次のような問題点を有する。すなわち彼による遮蔽されない危険=故意危険、遮蔽された危険=過失危険という区別基準は故意と過失を十分に区別し得ないのである。というのも、行為者の創出した危険が未だ遮蔽された危険であっても、故意犯を認めるべき場合が存在するからである⁷⁵⁾。例えば、自動車に対する飲酒検問に際して、警察官の停止命令を無視してそのまま突っ込む者は傷害ないし殺人の故意が認められるべきにもかかわらず、このような危険は行為者、あるいは警察官によって未だ遮蔽されているので、ヘルツベルグの基準に従えば、当該行為者が傷害あるいは殺人の危険性を認識している場合であっても故意は認められないのである。このようにヘルツベルグによる故意と過失の区別基準はいまだ不十分であるとして、彼と同様の問題意識を有しつつも彼とは異なる故意と過失の区別基準を提示するのがプッペである。最後に彼女の見解を検討しよう。

(3) インゲボルグ・プッペの見解

1 プッペの問題意識もヘルツベルグと同様に、通説による行為者が一定の客観的危険の存在を正しく認識しているにもかかわらず、行為者の心理状態如何によって故意の排除されうる場合を承認するという帰結に反対し、蓋然性説を再構成することによって、未必の故意と認識ある過失の限界づけ問題を解決しようと試みている⁷⁶⁾。

2 プッペによれば、従来の意思説にしる表象説にしる、同様の誤りを犯してきたとする。すなわち、これまでの学説はこの問題を行為者の内心上の事実だけに着目してきた。しかし、このような内心上事実にとどまっている限り、法秩序にとってなんらかかわりも有さないのである。法共同体は刑法における人間像を、ある体験 (Erlebnisse) を自己の内心上の処理に応じて行為する客体として想定しているのではなく、彼が責任能力者であると認められる限り、格率 (Maximen) に従って行為し、規範の有効性および規範の期待に応じて決定することで、コミュニケーションに基づく社会生活に参加する能力のある理性的・自律的人間として想定している。ここでは事実的・心理主義的人間像 (これは意思説の前提とする功利主義的人間像) から理性的規範的人間像への転換が語られている。そして法秩序は、このように想定された人間が彼の行為によって「結果が生ずべきである、あるいは生じてよい (Der Erfolg soll bzw. darf sein.)」ということを表す場合に故意に行為したとして処罰するのである。つまり行為者の認識と関連した彼の態度が結果に対する意思決定の外界への表れでなければならないのである⁷⁷⁾。

このような行為者態度の表現価値 (Ausdruckswert) が、結果を発生させてはならないという法秩序の評価と直接矛盾する場合、この直接的な矛盾が意図と直接故意を特徴付けるとし、更に行為者の態度を、法秩序と直接矛盾する彼の行為格律の表れとして規範的に解釈することが未必の故意と認識ある過失の正当な区別に対する基準をも形成するとプッペはするのである⁷⁸⁾。

3 では、このような行為者の態度を解釈するに際して、如何なる範囲で行為者の心理状態を考慮すべきなのかとプッペは問い、これは情動犯の検討から明らかになるとする。つまり情動犯の場合、一種の興奮状態において犯罪を行うのであるが、犯行後、行為者は自己の行為を悔やんだり、悲しんだりすることは経験上よくあることであり、このような行為者の内心に基づいて判断すれば、情動にかられて行為する者の行為は行為格律の表れとして受け入れられないという事を示すことになりうる。つまり、このような弁識能力を害する情動の効果を考慮する場合、行為者態度は客観的には明らかに他人の法益に対する侵害の意義を持つが、しかし侵害を意図したとする判断の表れではないということになるのである。仮にこのことを故意の認定において考慮すれば、それは情動の免責的要素を2重に評価することになり妥当でない。したがって、情緒的要素は故意の判断において考慮されるべきでなく、それは責任の段階において評価されるべきなのである⁷⁹⁾。

それゆえプッペは法秩序と矛盾する当為判断の現れとして規範的に方向づけられた行為者態度を解釈するための事実上の基本となる素材（Ausgangsmaterial）としては、行為者の表象内容、つまり行為者が知りつつ創出した侵害危険の性質が残されているとする。そしてプッペはこのような表象内容による区別、すなわち故意危険と過失危険の区別について以下のように述べる。すなわち「危険の創出において、特定の個々の行為者だけでなく、一般的基準に応じて合理的、理性的に行為する者が曖昧でなく真摯に危険が実現しないだろうということを信頼することのできる危険」を過失危険とし、それに対して「合理的な行為者が危険の実現を了解している場合にのみ作り出すような危険」を故意危険とし、これらを区別するのである⁸⁰⁾。

このように危険の内容に応じて故意と過失を区別しようとする見解として蓋然性説があるが、しかしこの見解はその区別基準を量的な蓋然性に求めたがゆえに、そのような基準の恣意性が批判された。しかし危険の重大

さ、つまり故意危険を具体的、直接的に受け入れられる基準に基づかせる場合、蓋然性説は決して合理性の欠けるものではない。ブッペによれば重大な危険という概念は単に結果発生の確率の大小だけではなく、侵害経過の具体的な典型性を備えていなければならないとするのである。このような侵害経過の典型性(Typizität)は、一般的に妥当する理性的な基準に応じて行為する行為者であれば行為を止めるか、あるいは結果を受け入れるかという選択をせまられる程度のものをいい、これは例えば長時間首を絞めることや鈍器で頭部を思いっきり殴ること、あるいは刃物による身体あるいは頭部への刺傷などの場合に当てはまるとするのである。そしてブッペはこのような自己の態度の典型的な侵害意義の提訴機能を無視して行為する者は、たとえ如何なる心理的なメカニズムであっても、故意に行為したものであるとするのである⁸¹⁾。

4 最後にブッペは未必の故意と意図の関係について言及している。ブッペによれば、彼女の加重危険についての認識(Wissen um eine qualifizierte Gefahr)としての未必の故意の構想は直接故意の基本思想を更に発展させたものであるとする。つまり直接故意の第2段階における確知(Wissentlichkeit)が意図されてない結果と意図を結びつける機能を持つように、ここで述べられた故意危険もまた意図と意図されていない結果とを結びつける機能を有するのであり、その結果行為者の態度は構成要件上の特定の規範と矛盾する行為格律の表れとして解釈されるのである。ただし、意図の場合、意思は構成要件上の結果に結び付けられているので、結合要素を必要としない。行為者の事実上の意思との結合が重要とする限りでは故意の意的要素は依然として重要なのである。しかしここで重要なのは意思が存在するというを根拠付けることではなく、意欲されていない結果を意思に基づいて帰属する事であるとブッペはするのである⁸²⁾。

5 以上がブッペの見解であるが、彼女の見解はこれまで検討してきたいわゆる規範的危険説の論者、特にヘルツベルグと問題意識を共有するものであるが、彼女はこれまでの規範的危険説が暗黙のうちに前提としてきた

自律的・理性的人間像を明示化し、これを前提に、故意と過失の区別基準を、次のように規定したのである。すなわち自律的・理性的な人間であれば、当該行為者の行為が結果発生に対する有効な方法であるとみなす程度のものかどうかとし、これが肯定されれば当該行為者に故意が認められ、これが否定されれば過失に過ぎないとしたのである。

6 しかし彼女の提示した故意と過失の区別基準に対しては批判も存在する。ロクシンはプッペの故意危険論は故意の処罰範囲が一方では広がりすぎ、他方では狭すぎるとする。まず、処罰範囲の狭さに関して、例えば、AがBを拳銃で殺そうと意図し発砲しようとするが、Bは命中の現実的な可能性はあるもののBの立ち位置からすればその可能性の低いとみなしている場合にプッペは意図事例においても故意危険を行為者が意識している必要があるとするために故意は否定されるのであるが、しかしこれは妥当ではないとするのである。

次に、処罰範囲の広さに対する批判については、非常に心優しく、しつけであっても子供に対する暴力を断固として拒否していた父親が、彼は空手の有段者であるが、自分の息子の泣き声に腹をたて咄嗟に手刀で後頭部などを殴打し、直後に蘇生措置などを行ったがその甲斐なく、死亡させたという場合、プッペの立場からすれば故意危険は肯定されるにちがいない、故意犯が認められることになる。が、しかしロクシンはこのような場合にまで殺人の故意を認めるのは行き過ぎであり、現にBGHはこのような場合に過失致死を認めているとするのである⁸³⁾。

このようにプッペ、さらにはヘルツベルグにしても、故意と過失の区別を客観的・規範的な危険の相違に基づく認識内容によって試みる見解は認識内容となる危険の質を十分説得的に規定しえていないという点で共通の問題点を有しているように思われる。

7 以上、規範的危険説の展開を概観してきたわけであるが、これらの見解に共通するのは、故意を規定するのは知的要素であって、そのほかにさらに意的要素は必要ではないということである。規範的危険説はさらに行

為者の認識内容を結果発生の客観的・規範的な危険として規定することで、いわゆる小心者事例において通説と異なり故意を無条件に否定する点でも共通するのである。このような見解の背景には戦前の消極的な意的・無関心な感情関係説と同様に刑法は自律的・理性的人間を前提とし、このことから故意犯を、他者の法益(規範)を意識的に尊重しない者、法益侵害(規範違反)に対する意識的な無関心者として特徴付けるという考え方が存在している。すなわち、ブッペが明確に指摘したように、刑法が前提とする人間は理性的・自律的な存在としての人間であり、このような人間は社会生活において自己利益を追求するに際して他の法益を尊重してこれを侵害しない限りにおいて行うのであるが、このように想定された人間であれば一定程度の結果発生危険を認識すれば、他の法益を尊重し、これを侵害しないよう当該行為を回避するし、また回避しなければならないのである。にもかかわらず、そのような場合に行為を遂行したという点に故意犯としての重い責任非難の根拠を見出されるのである。このような故意犯に対する人間像において新たな認識説、あるいは規範的危険説は共通しているのである。

8 しかし、このような見解内部においても相違は存在した。すなわち故意と過失の区別を認識の質によって区別する説と、認識内容によって区別する説に大きく区分されたのである。そして両者は無関心事例、結果不発生への非合理的な信頼事例に対する取り扱いにおいて結論が相違した。前者は、「認識」に判断的性質を求めることで両事例においてそのような判断的性質が存在する(ヤコブス)、あるいは同視しうる(フリッシュ)限りで故意犯を認めるのに対して、後者は行為者が結果発生危険を認識(判断的性質を求めない)していれば、両事例において常に故意が認められるのである。これは例えばある者が激情のもとに相手は死傷したという場合、ヤコブスやフリッシュの見解によれば、結果発生に対する一定の判断を求めるため、そのような判断が結果発生認識に伴っていなければ故意犯は認められないのに対して、ヘルツベルグやブッペの見解

によれば、このような場合であっても行為者は殺人の故意犯として処罰されうるのである。

では、どちらの見解が妥当なのかということ、認識の質を問題とする見解(ヤコブス、フリッシュ)が妥当であるように思われる。というのも、ヘルツベルグ、プッペの見解は、故意と過失の区別基準それ自体の不都合性もさることながら、より本質的な点で問題があるように思われるからである。すなわち、行為者は自己の行為結果を単に意識において把握しているのみならず、それに加えて結果発生の一定の判断をも伴って始めて、当該行為をやめるのか、やめないのかという選択に直面するのであり、それにもかかわらず行為をやめなかったという点に故意犯としての重い責任非難の根拠が見出されるのである。逆に言えば、ヘルツベルグやプッペのように結果発生の一定の判断を「認識」に必要としなければ、行為者は当該発生結果を未だ自ら選択したとは言えず、それゆえ彼に故意犯としての重い責任非難を負わすことは妥当ではないのである。このことから認識の質を問題とする見解が妥当であるが、上述のようにフリッシュの見解には理論的にも実際的にも問題点を有していたため、これを支持することはできず、最終的にはヤコブスの見解が現在の学説においてはもっとも優れているように思われるのである。

小 括

1 以上、戦後ドイツの故意論の展開を検討してきたわけであるが、戦後の議論においても表面的には意思説対表象説の対立を軸に展開されてきたが、しかし実質的に見れば、戦前の議論と同様に、故意犯をいかに特徴付けるのかという点に対立軸を見出すことができたのである。すなわち通説は、故意の本質を意的要素に見出し、それによって行為者心理と結果との積極的・肯定的関係を問題にすることになるが、これが意味するのは犯罪結果の発生はそれが主結果であれ、付随結果であれ、行為者にとって(相

対的であれ)望ましかった,好ましかったという点に故意を見出すということである。この基礎には,犯行行為を行為者自身の視点より捉えることで(この立場によれば,犯罪行為は意思 行為(身体挙動) 結果という思考経過において捉えられる,事前判断),行為(身体挙動)の原因は意思にあり,行為の原因力としての意思こそがより重い責任非難の対象なのである,それゆえ過失との区別もまた行為の原因としての意思によって画されなければならないとする考え方が存在している。この立場は故意を心理主義的・因果主義的に規定するもので,故意非難の根拠を行為者が自己の行為目的(意図)の実現によって得られる利益とその実現過程によって生じうる付随的犯罪結果による不利益を比較考量し,たとえ犯罪結果が発生するとしても自己利益の実現のほうが行為者にとって好ましいとするために,相対的にであれ自己の行為をやめるよりも付随的犯罪結果発生のほうが好ましかったとする行為者の利己主義的な点に見出すのである。このように,この立場は故意犯を利己主義者として捉えるのであるが,このことは刑法の前提とする人間像を功利主義的人間と解していることを意味するのである。

ただし,ロクシンは意的要素を重視するにもかかわらず,行為者の態度の解釈が重要であるとして事後判断説に立ち,これを規範的な思考と事物論理の組み合わせと称するが⁸⁴⁾,両者の関係が説明されていない。意的要素を重視し,結果との積極的・肯定的関係を問題とするのであれば,上記のような立場に至るのが自然であるように思われる。

2 他方で,新たな認識説と称される立場は知的要素を重視し,意的要素に関しては犯罪結果との消極的な関係(つまり行為をやめなかった)を問題とすることで,行為者がある一定の結果発生の危険を認識しているにもかかわらず当該行為をやめなかったという場合に故意を認めるのである。この基礎には,犯罪行為を第3者あるいは社会の側から捉えることで(この立場によれば,犯罪行為は結果 行為(身体挙動) 意思という思考経過において捉えられる,事後判断説),発生した結果を故意犯として行為

者に帰責するにはいかなる心理状態があればよいのかという観点から責任非難の対象は必ずしも意的要素である必要はないとする考え方が存在している。つまり、この考え方は、行為の原因力としての意思と、過失との限界を画するものとしての意思に対して、前者はすでに示されているため（行為をやめなかったという点）重要ではなく、後者に関しても意的要素はその機能を十分に果たしえないとすることで、故意の限界付けに関しては知的要素によって行なわれるべきとするのである。それゆえ、この立場は「認識」それ自体を精緻に分析し、「認識」を客観的あるいは規範的に規定することで、故意犯としてのより重い責任非難の根拠を、客観的あるいは規範的に規定された結果発生の危険性の認識を行為者が有したのであれば、彼は当該行為をやめるべきであったにもかかわらずやめなかったというという行為者の他の法益（規範）を尊重しないその態度、言い換えると、他の法益侵害（規範違反）に対する行為者の無関心な態度に見出すのである。このように、この立場は故意犯を他の法益侵害（規範侵害）に対する意識的な無関心者として特徴づけるのであるが、これは刑法の前提とする人間を自律的・理性的人間と解することを意味しているのである。

3 以上の2つの立場は具体的には、いわゆる小心者事例、無関心事例、結果不発生の非合理的な信頼事例の処理において争われた。故意犯を利己主義者として捉える立場は、いずれの事例においても理論的にも実際的にも満足いく結論を導き出すことはできなかったのに対して、故意犯を法益侵害（規範違反）に対する意識的な無関心者として捉える立場からすれば、内部に相違があるものの比較的妥当な結論を得ることができた。それゆえ本稿においては後者の立場、その中でもとりわけヤコブスの立場が理論的にも結論的にも妥当であるとの結論を下した。

4 最後に、これまでのドイツにおける未必の故意論を歴史的に検討してきたわけであるが、このような検討から日本における同様の問題に対して得られる示唆として、次の3つの点を指摘しておきたい。第1に未必の故意とは付随結果に関する帰責の問題であること、第2に未必の故意と認識

ある過失の区別基準は故意の本質論からというよりもむしろ故意の処罰根拠から規定されるべきこと、最後に故意と過失の区別は知的要素によって行なわれるのが妥当と思われるが、その際、認識内容と認識の質を区別して分析することが有用である、ということである。このような分析視角から、最後に戦後の日本における未必の故意に関する学説判例を検討したい。

- 1) BGHSt 7, S. 363 についての【事実の概要】と【判旨】の日本語訳は、基本的に林幹人「20未必の故意と認識ある過失の限界」『判例によるドイツ刑法(総論)』(昭和62年)121頁以下を参照した。
- 2) Karl Engisch, Entscheidungen-Strafrecht: BGH, NJW, 1955, Heft 45, S. 1688.
- 3) Vgl. RGSt. 72, 36ff., RGSt. 76, 115ff.
- 4) Karl Engisch, a. a. O., S. 1688f. ただし、本判決の認定事実を仔細に検討すればエンギッシュとは異なり、ヒッペルの見解であっても故意を認めることが可能であるようにも思われる。
- 5) Vgl. Günter Stratenwerth, Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit, ZStW71 (1959), S. 51.
- 6) Armin Kaufmann, Der dolus eventualis im Deliktaufbau. Die Auswirkungen der Handlungslehre und Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze, ZStW70 (1958), S. 64.
- 7) Armin Kaufmann, a. a. O., S. 64.
- 8) それゆえ、このような結論を嫌う論者は(たとえば、エンギッシュ、ガラスなど)目的的行為論に一定の理解を示しながらも、この結果を回避する為、すなわち故意と過失の妥当な限界を設定する為に、故意を責任要素ないし責任段階で考慮することが不可欠であると主張するのであるとカウフマンはしている。Armin Kaufmann, a. a. O., S. 65.
- 9) Armin Kaufmann, a. a. O., S. 73.
- 10) Armin Kaufmann, a. a. O., S. 74.
- 11) Armin Kaufmann, a. a. O., S. 74.
- 12) Armin Kaufmann, a. a. O., S. 74ff.
- 13) Armin Kaufmann, a. a. O., S. 76.
- 14) Günter Stratenwerth, a. a. O., S. 61f.、ロクシンは、同種の批判をしつつ、さらにカウフマンの回避意思説は故意を排除するためのひとつの徴表にすぎず、故意の内容を規定するものではないとする。Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil Band I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre 3. Aufl, S. 385. Claus Roxin, a. a. O., S. 385.
- 15) Günter Stratenwerth, a. a. O., S. 53f.
- 16) Günter Stratenwerth, a. a. O., S. 54.
- 17) Günter Stratenwerth, a. a. O., S. 55.
- 18) Horst Schröder, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, Festschrift für W. Sauer, 1949, S. 237f.
- 19) Günter Stratenwerth, a. a. O., S. 55.

故意に関する一考察(五)(玄)

- 20) Günter Stratenwerth, a. a. O., S. 56.
- 21) Günter Stratenwerth, a. a. O., S. 56.
- 22) Günter Stratenwerth, a. a. O., S. 58ff.
- 23) Claus Roxin, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewuter Fahrlässigkeit, Jus 1964, S. 53ff. この論文の詳しい紹介と解説について, 中義勝「未必の故意と認識ある過失」関大法学42巻3・4号2頁以下。
- 24) Claus Roxin, a. a. O., S. 57.
- 25) Claus Roxin, a. a. O., S. 58.
- 26) Claus Roxin, a. a. O., S. 58.
- 27) Claus Roxin, a. a. O., S. 58.
- 28) Claus Roxin, a. a. O., S. 59ff.
- 29) さらにシュトラテンベルトは自身の教科書において未必の故意とは, 行為者が自己の本来の目標のために甘受するあらゆる諸事情ないし結果をいうとするのである。Günter Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 2000, S. 146
- 30) フリッシュは, 真撃説によればわずかな危険性しか存在しないにもかかわらず, 行為者がその危険を真剣に受けとれば故意が肯定されることになるが, それは不当であると批判する。Wolfgang Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 19.
- 31) Vgl. LK-Horst Schröder, § 16 Rn. 93
- 32) Vgl. Günter Stratenwerth, 『Strafrecht』, S. 146.
- 33) Claus Roxin 『Strafrecht』, S. 376f.
- 34) Claus Roxin, Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr, Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi, 2004, S. 244ff
- 35) Claus Roxin, 「Zur Normativierung」, S. 346ff.
- 36) Gnüter Stratenwerth, 『Strafrecht』, S. 146.
- 37) Gnüter Stratenwerth, 『Strafrecht』, S. 144.
- 38) Albin Eser/Burkhardt, Strafrecht I, 4. Auflage, 1992, S. 88f.
- 39) Günther Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgdelikt, 1972, 104ff.
- 40) Günther Jakobs, a. a. O., S. 106.
- 41) Günther Jakobs, a. a. O., S. 106ff.
- 42) Günther Jakobs, a. a. O., S. 113ff.
- 43) Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl, 1991, S. 269f.
- 44) Günther Jakobs, 『Strafrecht』, S. 276f.
- 45) Günther Jakobs, 『Strafrecht』, S. 277f.
- 46) Günther Jakobs, 『Strafrecht』, S. 270f.
- 47) Wolfgang Frisch, a. a. O., S. 4ff., S. 17ff.
- 48) Wolfgang Frisch, a. a. O., S. 15ff., S. 19ff.
- 49) Vgl. Horst Schröder, a. a. O., S. 207ff.
- 50) Vgl. Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, 1969, S. 64f, S. 68ff.

- 51) Wolfgang Frisch, a. a. O., S. 46f.
- 52) Wolfgang Frisch, a. a. O., S. 50.
- 53) Wolfgang Frisch, a. a. O., S. 47ff
- 54) Wolfgang Frisch, a. a. O., S. 51ff.
- 55) フリッシュによれば、態度規範とは「伝統的にはその内容に応じてその態度態様を正しいものあるいは誤ったものとして示し、その目標に応じて人間の行為を一定の操縦へと向けさせる規範」であるとし、それは例えば「他人を殺すな」と言うような命令が典型的であるとするのである。それに対して、構成要件該当結果は制裁規範のカテゴリーに属するもので、ここに言う制裁規範は「如何なる要件の下で特定の制裁が行われるべきか」ということに関して情報を提供する」のものであり、それは「制裁の要件を確定する」ものである。Wolfgang Frisch, a. a. O., S. 56ff., S. 59f.
- 56) Wolfgang Frisch, a. a. O., S. 119ff., S. 138ff.
- 57) Wolfgang Frisch, a. a. O., S. 95f.
- 58) Wolfgang Frisch, a. a. O., S. 115ff.
- 59) Wolfgang Frisch, a. a. O., S. 192ff.
- 60) Wolfgang Frisch, a. a. O., S. 193ff.
- 61) Wolfgang Frisch, a. a. O., S. 194ff.
- 62) Wolfgang Frisch, a. a. O., S. 255ff.
- 63) それゆえフリッシュは無関心事例の場合、自己の認識概念を直接適用できないため、例外的要件を付加することでこの場合を処罰しようと試みている。Wolfgang Frisch, a. a. O., S. 225ff.
- 64) Vgl. Claus Roxin, 『Strafrecht』, S. 388., Rolf Dietrich Herzberg, Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit-ein Problem des objektiven Tatbestandes, Jus 1986 Heft 4, S. 259f., Albin Eser/Burkhardt a. a. O., S. 89.
- 65) Rolf D. Herzberg, a. a. O., S. 249f.
- 66) Rolf D. Herzberg, a. a. O., S. 251f.
- 67) Rolf D. Herzberg, a. a. O., S. 252f.
- 68) Rolf D. Herzberg, a. a. O., S. 253.
- 69) Rolf D. Herzberg, a. a. O., S. 254.
- 70) Rolf D. Herzberg, a. a. O., S. 255.
- 71) RGSt. 21, S. 420, S. 422.
- 72) Rolf D. Herzberg, a. a. O., S. 256.
- 73) ただしヤコブスは自身の教科書の注46aで、これは正確には客観的構成要件による区別ではなく、客観的構成要件の表象による区別であるとする。Günther Jakobs, 『Strafrecht』, S. 276.
- 74) Rolf D. Herzberg, a. a. O., S. 262.
- 75) Günther Jakobs, 『Strafrecht』, S. 276.
- 76) Ingeborg Puppe, Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW 103 (1991) Heft 1, S. 1ff.

故意に関する一考察(五)(玄)

- 77) Ingeborg Puppe, a. a. O., S. 14f.
- 78) Ingeborg Puppe, a. a. O., S. 15.
- 79) Ingeborg Puppe, a. a. O., S. 15f.
- 80) Ingeborg Puppe, a. a. O., S. 17f.
- 81) Ingeborg Puppe, a. a. O., S. 21.
- 82) Ingeborg Puppe, a. a. O., S. 39.
- 83) Claus Roxin, 「Zur Normativierung」, S. 249ff, S. 251, S. 252.
- 84) Claus Roxin, 「Zur Normativierung」, S. 249