

故意の概念構想について

——規範主義的故意概念の意義——

玄 守 道*

目 次

- 1 問題の所在
- 2 心理主義的故意概念の諸構想
 - 2.1 原因としての故意
 - 2.2 「目的」としての故意
 - 2.3 「計画実現」としての故意
 - 2.4 小 括——心理主義的故意概念構想の問題点
- 3 規範主義的故意概念の諸構想
 - 3.1 「認識」としての故意
 - 3.2 「認識的意欲」としての故意
- 4 まとめと結論

1 問題の所在

本稿は、行為者が犯罪実現の危険性を認識する一方で、事態（の進展）を自己に都合のよいように解釈することで、自己の行為は犯罪を実現するものではないと認識する場合に、行為者に故意は認められるのか、という問いを通じて故意の概念規定のあり方について検討するものである。このような問いは、ドイツでは、結果不発生への（不合理な）信頼事例として論じられているもので、通説はこのような場合を認識ある過失の問題とし、故意を否定する¹⁾。一方、日本では、上記の問題について学説上、こ

* ヒョン・スト 龍谷大学法学部教授

1) 例えば、*Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1 Grundlagen* ↗

れまでほとんど議論がなかった。その理由は、ドイツの通説と同様に上記の場合に当然に故意は否定されると考えられている点にあると思われる。

もっとも、裁判例に目を向けると、事態は異なってみえる。すなわち、裁判例では上記の問いに対して必ずしも故意を否定していないのである。例えば、津地判令和3年11月24日（LEX/DB25591423）は、被告人が同居の養子である被害者に対して小学3年生の時点から継続的に性的虐待を行い、このことから被害者は抗拒不能状態に陥っていることに乗じて、被害者を性交したという事案で、被害者が抗拒不能状態に陥っていたのかどうか、そのことを被告人が認識していたのかどうか、さらに被告人に被害者の同意がなかったことの認識があったのかどうかという争点につき、これらのすべてを認めて、被告人に準強制性交罪を肯定した。このような津地裁の判断について、本稿の問題との関連で関心を引くのは、津地裁が被告人の故意を肯定している点である。すなわち、本件弁護人は、①被告人と被害者の関係が仲睦まじかったこと、②性交に際して暴行や脅迫を加えた事実のないこと、③被害者が性交に際して抵抗しなかったこと、④被害者が性交を受け入れる意味の発言をするなどの愛情表現をとっていたことなどから、被害者は性交に同意しており、「抗拒不能」状態にあるとは認識していなかったと主張したのに対して、本件津地裁は、①被告人の養育失くしては生活自体ができない状況下にあったこと、②幼少期の体罰の経験から被告人に対して恐怖心を抱いていたこと、③幼少期から継続的に性交を繰り返され、抵抗しても仕方ないと諦めの気持ちになっていたこと、④以上のことから性交を受け入れるようになっていたことを認定したうえで、「被害者が「抗拒不能」の状態にあることを基礎づける重要な事実（上記の①ないし④の事実：筆者注）を認識していたことは明らかで、そうである以上、準強制性交等罪の故意又は責任に欠けることはない」とし、「弁護人の主張は、単なる当てはめの錯誤をいうものであつ

↳Der Aufbau der Verbrechenslehre 5., vollständig neu bearbeitete Auflage, 2020, S. 548.

て、故意又は責任の阻却を導くものと評価できない」としたのである。

ここで津地裁は、被告人に同意を基礎づける事実の認識があったことを否定しているわけではないので、被告人に同意を基礎づける事実の認識があったことは認めている。そのうえで、津地裁は、そのような認識があったとしても、抗拒不能を基礎づける事実の認識があれば、抗拒不能の認識が認められるのであり、その際、被告人の同意を基礎づける事実の認識という点は「あてはめの錯誤」であって、抗拒不能であることの認識、ひいては故意の成否にとって重要ではないとしているのである。しかし、同意を基礎づける認識が被告人にあったにもかかわらず、その点を問題とすることがなぜ「あてはめの錯誤」なのだろうか。ここで津地裁が「あてはめの錯誤」というのは、おそらく、被告人の同意を基礎づける事実の認識は故意の成否にとって重要ではないということであると思われる。しかし、被告人に同意を基礎づける認識があるのであれば、その認識ゆえに、被告人は被害者が性交に同意をしていると認識するであろうから、同意を基礎づける認識は故意の成否にとって重要なはずである。そうであれば、本件津地裁が言うところの抗拒不能状態を基礎づける事実の認識があるにしても、それに加えて同意を基礎づける事実があり、その事実の認識によって現に被告人が被害者は性交に同意していると認識すれば、被告人には犯罪実現の認識がないということになるのではないのだろうか。にもかかわらず、本件で被告人の同意を基礎づける事実の認識が重要ではないとすれば、それはなぜなのであろうか。この問いは、故意をいかに規定するのかという故意の概念規定のあり方に関わるものである。それゆえ、以下では、故意の本質に関する意思説、認識説、動機説の代表的論者をはじめとする故意の規定に関して重要な知見を明らかにしている論者の見解を検討することによって、先の問いに答えたい。その際、日本の故意論に大きな影響を与えたドイツの見解を取り上げる。

2 心理主義的故意概念の諸構想

従来、故意をいかに概念規定するのかについて、意思説、認識説、さらに動機説が主張されている。以下では、まず動機説から検討しよう。

2.1 原因としての故意

①「動機」としての故意

動機説の理解にも、複数のものがあるが、そもそも動機説を最初に主張したのがマックス・エルンスト・マイヤー（Max Ernst Mayer）である。マイヤーは、犯罪とは行為であるという命題から出発し、行為の構成部分に「意思の表動（Willensbestätigung）及び結果」が属するとする。そのうえで、マイヤーは、意思の表動を分析すると、外部的な行動（Akt）と内心上の出来事すなわち意欲、しかも何らかの対象に意識的に関連付けられ、動機付けられる意欲（motiviertes Wollen）とが明確に区別されるとする。ここでいう動機とは、意思に働きかける表象をいう。ただし、表象はそれ自体では意思に働きかけるものではなく、表象が感情に彩られることによって意思に働きかける表象となるのである。これがマイヤーの言う動機である²⁾。

以上を踏まえると、マイヤーによれば、この内心の世界から外部の世界へと移行する因果的な順序は、挙動根拠（動機）→内心上の意思活動→身体挙動（作為）あるいは身体抑制（不作為）における意思行動の表出（Äußerung）→この意思表動の結果（結果）となる。犯罪実現の経過をこのように捉えることで、マイヤーは、行為とは結果及び動機づけられた意思の表動であると規定するのである³⁾。

以上のことを前提に、マイヤーによれば、責任は行為者と構成要件該当

2) *Max Ernst Mayer*, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1923, S. 101ff.

3) *Mayer*, a. a. O. (Fn. 2), S. 101f.

性ととの関係(心理主義的あるいは存在論的責任要素)及び行為者と違法性との関係(倫理的あるいは規範的責任要素)にその本質がある。そして、心理的責任要素において、行為者と結果との関係が問題となるところ、この結果と行為者の心理を結びつける糸が認識と意欲である⁴⁾。もっとも、マイヤーによれば、認識においても意欲においても、故意と過失をうまく区別することができない。すなわち、認識のみでは認識ある過失が故意に含まれることで処罰範囲が広がりすぎる一方、意欲のみでは付随結果が故意に含まれず、処罰範囲が狭すぎるのである。それゆえ、マイヤーは、認識と意欲をより高次のレベルで統合する動機(感情に彩られた表象)に着目し、この動機によって故意と過失を区別する。つまり、感情に彩られた結果表象が行為に対していかなる影響を与えたのか、それが挙動根拠(動機あるいは動因)であったのかどうかによって故意と過失が区別されるのである⁵⁾。

以上がマイヤーによる故意の概念規定の概要であるが、その特徴は、犯罪を行為と理解し、評価の対象たる行為の存在論的分析から、行為に関する心理的事実を析出し、それを踏まえ、そのような心理的事実の中で、行為を駆動し、かつ結果に関連付けられる心理的事実として「動機」に着目したのである。ここでは、故意を行為(及び結果)の原因として捉えることで、その心理的・因果的な解明が目指されている。このことと関連して、故意の条件として、心理的事実が結果を惹起する行為を駆動し、かつ(経過も含めて)結果に関連付けられることが求められている。この条件が満たされることによって、生じた結果に対する故意犯として行為者に帰責することができるのである。言い換えると、このような条件を満たさない心理的事実は故意とは無関係である。

もっとも、マイヤーは故意を行為の内心上の原因として捉えたがために、結果発生を認識しているが、しかしその発生に無関心な場合を故意に含めることに成功しなかった。加えて、そもそも、動機の種類枠組みと故

4) *Mayer*, a. a. O. (Fn. 2), S. 238.

5) *Mayer*, a. a. O. (Fn. 2), S. 238ff.

意・過失とが対応していないとロバート・フォン・ヒッペル（Robert von Hippel）によって批判された⁶⁾。結局、マイヤーは故意の適切な概念規定に成功しなかった。

② 「意思」としての故意

マイヤーの動機説を意思説の観点から乗り越えようとしたのが、ヒッペルである。意思説は古くから主張されている見解であるが、それを最も自覚的かつ強力に主張した一人が、ヒッペルである。

ヒッペルもまた、犯罪は行為であることから出発する。そのうえで、「責任とは、行為者に彼の行為ゆえに非難することを正当化する行為者の精神的（心理的）性質である」であり、「責任を基礎づける、行為と行為者の精神的関係は因果的な関係」であるとする。つまり、行為者の精神的性質によって、行為が引き起こされ、結果が発生したがゆえに行為者をその行為ゆえに非難することができる⁷⁾。

もっとも、ヒッペルによれば、行為者のいかなる精神的性質が犯罪の要素となるのかは、その時々の実定法によって決まるとする。そのうえで、ヒッペルは、このことを歴史的、比較法的な観点さらに学説、裁判例などの検討から、故意は犯罪意思であるとの結論に達する⁸⁾。そして、ヒッペルは、この意思、つまり意思決定がどのような場合に存在したといえるのかを問い、「意思決定は自己の態度によって達成可能な将来の状態、しかも行為者にとって現状と比較して相対的により良いと思われる将来の状態の表象に基づいて行われる」とするのである⁹⁾。ここで意思決定は、表象された状態が行為者にとって好ましい状態であるがために、行為を駆動するつまり意思決定がなされると理解することで、意思決定が行為を引き起

6) この点に関する詳細は、拙著『刑法における未必の故意』（法律文化社、2021年）146頁以下参照。

7) *Robert von Hippel*, *Deutsches Strafrecht*, 1930, S. 270f.

8) *Hippel*, a. a. O. (Fn. 7), S. 300f.

9) *Hippel*, a. a. O. (Fn. 7), S. 308.

こす原因と捉えられている。このような「意思」理解を前提に、ヒッペルは、故意とは犯罪構成要件の実現に向けられた意欲であり、それに対して過失は犯罪構成要件の実現を意欲しなかった場合とするのである¹⁰⁾。このように故意と過失の相違を彼は結果に対する意欲(意思決定)の有無に求めたのである。

以上がヒッペルによる故意の概念規定の概要である。この見解の特徴は、法的観点から、結果と行為者心理を結びつける心理的事実を意思に求め、この意思を行為及び結果の原因と捉える点にある。このように故意を行為の原因として捉え、心理的・因果的に解明することを試みている点でマイヤーと共通する。それに対してこのような原因としての意思が犯罪行為を駆動し、さらに当該行為による結果にまで及んでいるがゆえに、当該結果の発生が行為者に故意犯として帰責されるとすることで、ヒッペルによれば意思は付随結果にも及ぶのである。この点でマイヤーと理解を異する。以上のように、ヒッペルは、意思を行為の内心上の原因と捉え、この意思が犯罪構成要件、とりわけ行為及び結果に及んでいることを故意の帰責条件としたのである。

このようなヒッペルの見解は、その限界規定における基準が批判された。すなわち、ヒッペルは、行為者が付随結果につき好ましいとする意思決定を行ったといえるのかどうかにつき、結果不発生への願望が行為の遂行にとって決定的だったのかどうかという基準によって判断することを主張するのだが¹¹⁾、この基準によれば、故意の成否が行為者の心理に依存することで故意の判断が恣意的になり、不当な結論に至ることが批判された¹²⁾。また、マイヤーと同様に、結果を認識しつつそれに対して無関心な場合を、結局、故意に取り込むことができなかった。というのも、故意を行為(さらに結果)の原因として捉える以上、無関心のような行為の原因

10) *Hippel*, a. a. O. (Fn. 7), S. 358.

11) *Hippel*, a. a. O. (Fn. 7), S. 359.

12) 詳細は、拙著・前掲注 6) 152頁以下参照。

とはなりえない心理的事実を、故意に取り込むことはできないからである。

最後に、ヒッペルの意思説、さらにはマイヤーの動機説は、故意に相応しい心理的事実としてそれぞれ「意思」または「動機」に着目する点で一見すると異なるものの、意思または動機の内容を実質的に見れば「感情」すなわち「結果の発生が（相対的にであれ）好ましい」という「感情」に着目し、これを行為の内心上の原因として捉えている点で共通している。しかし、このような故意を実質的に感情として捉える点が後の学説によって批判された。目的的行為論である。

2.2 「目的」としての故意

以上のヒッペルの意思説及びマイヤーの動機説は、着目する心理的事実は一見、異なるものの、上述の通り、故意を行為の内心上の原因として捉えるもので、故意を心理的・因果的なものとして解明することを試みた。しかしこのような心理的・因果的なものとして故意を捉える立場に対して、因果性のみでは、刑法上妥当な対象を選別できないとして因果性に代わる（と並ぶ）存在上の基礎を探求すること、すなわち自然科学から独自の精神科学における存在論的基礎の探求が必要だとして、思考心理学あるいは現象学（意味志向性）、さらにはニコライ・ハルトマンの行為構造分析（目的性）の考え方を刑法の対象へ導入することで、内心的活動の因果的ではない経過形式、つまり行為とは、因果的事象の目的的な被覆決定として理解する見解が主張されることになる¹³⁾。すなわち、ハンス・ヴェルツェル（Hans Welzel）の目的的行為論である。

ヴェルツェルによれば、このような目的的行為は主観と客観の統一体であり、「目的は、一定の範囲において因果的な介入（Eingreifen）の結果を予見し、その介入を目的達成のために計画に応じて操縦するという意思能

13) Hans Welzel, Kausalität und Handlung, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 7ff.

力に基づくために、目的を意識し因果的事象を操縦する意思」が目的的行為論の骨格となる¹⁴⁾。このような意味での行為は、刑法の前に先置されるものであり、刑法学の課題は、刑法に前置された行為概念を基礎として刑法上の法規定の内容をその内的連関において、即ち体系的に展開し解釈することに見出される。このことによって、法適用に際して偶然と恣意を排除することができるのである¹⁵⁾。

そのうえで、ヴェルツェルは「犯罪とは所為 (Tat) において実現される悪しき意思」であり、「あらゆる犯罪の現実的基礎は外部に表出された意思の客観化」であるとする¹⁶⁾。このような意識的行為は行為決意に担われており、ここでいう行為決意とは、意欲している対象の意識 (知的要素) 及び実行しようとする決意 (意的要素) の二つからなる。そして、現実の構成要件該当行為を形成する要因としてのこの二つの要素が故意を形成するとされる。もっとも単なる所為への決意は刑法上重要ではなく、現実の所為へと至りかつそれを支配する場合のみ刑法上重要となる。この意味での構成要件実現への認識と意欲が故意なのである¹⁷⁾。

このようなヴェルツェルの故意理解は、これまでの論者と同様に行為を存在論的に分析することで、行為に関連する内心状態を故意として理解しようとする点で共通するものである。他方で異なるのは、その存在論的基礎を、これまでの論者のように行為の客観面と区別された内心上の原因として捉えるのではなく、主観的なものの客観化、すなわち内心上の目的的なものの外部における行為の現れとして意味論的に捉える点である。このように捉えることで、故意を行為以前の因果的・心理的事象として (だけ) 解明するのではなく、故意を行為の構成要素とし、目的的事象として意味的に解明することが目指されたのである。この点が、ヴェルツェルの

14) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, Elfte neudearbeitete und erweiterte Auflage, 1969, S. 34.

15) Welzel, a. a. O. (Fn. 14), S. 1.

16) Welzel, a. a. O. (Fn. 14), S. 62.

17) Welzel, a. a. O. (Fn. 14), S. 64.

見解の1つ目の特徴である。

このことと関連して、2つ目の特徴は、故意を目的的事象として捉えることで、故意の構造は行為の心理的な目的的構造として捉えられることになり、これまでの見解が意思ないし動機を行為の原因として行為の駆動面にのみ着目していたのに対して、その操縦面をも意思の下に考慮する道を開いた点である。その帰結として、行為が主観と客観の統一と理解されることになった。このような意思の理解は、いわゆる実現意思として、戦後のドイツの学説において受け入れられたのである。

3つ目の特徴は、故意行為の条件についてである。ヴェルツェルの実現意思において、故意の条件は行為を駆動し操縦する意思及びその意思（目的）内容が構成要件該当事実に及んでいることとなる。このように、意思に行為操縦の側面を加えることによって、行為の実現が問題とされ、その実現過程に無関係な感情などの心理的事実は意思から切り離されることになったのである。

このような特徴を有するヴェルツェルの見解に対しては、その方法論、つまり、行為を刑法に先置し、行為の存在論的構造を規定した上で法的評価を行うという、評価の事実（存在）拘束性が批判された。すなわち、何が刑法にとって重要な事実なのかは、刑法上の評価の観点抜きには行うことはできないとされたのである（事実（存在）の評価拘束性）。また、これまでの論者と同様に、その限界規定、すなわち未必の故意と認識ある過失の限界基準に関して、適切な基準を与えることができなかった。最後に、ギュンター・ヤコプス（Günther Jakobs）は、行為の意味を問題とした点でヴェルツェルの見解は評価できるものの、その意味が行為者の主観のみによって与えられる点を批判した¹⁸⁾。結局、ヴェルツェルもまた故意の概念規定に成功しなかったのである。

18) Günther Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 20.

2.3 「計画実現」としての故意

ヒッペルが、戦前の意思説の最も強力な主張者だとすれば、戦後の意思説の最も強力な主張者はクラウス・ロクシン (Claus Roxin) であろう。ロクシンは、故意もまた法学的概念である以上、法的評価の観点から規定されるべきであるとする。すなわち、刑法は、法益に資するものであり、その目的は、そもそも法益が侵害されないよう法益侵害行為を防止することである。このような観点を前提にすると、故意の限界規定にとって、行為者が起こりうる構成要件の実現へと決断したのかどうかは重要であり、その決断の有無が故意と過失の不法内容 (反価値性) の相違に合致し、責任主義にも合致するとする¹⁹⁾。そして、このように故意の限界を規定するうえで、故意の種類に共通する本質を「計画実現」に見出すのである。すなわち、結果が行為者の計画に対応する場合かつそれゆえに結果は故意に惹起されたものとみなされるのである²⁰⁾。

このようなロクシンの意思概念、つまり計画実現は、基本的にヴェルツェル他の目的的行為論が言うところの実現意思の考えを受け継いでいる。それゆえ、故意の構造及び条件はヴェルツェルらと共通するのに対して、同じ意思説を主張するヒッペルとは異なる。もっとも、ロクシンのいう計画実現が、ヴェルツェルと同様に故意を目的的事象として意味的な説明を目指す点でも共通するのは明らかではない。それに対して、ヴェルツェルとロクシンで明確に異なるのは、その方法論である。目的的行為論が行為の存在構造から、故意の構造を規定しようとしたのに対して、ロクシンは、刑法の目的の観点から故意に相応しい、すなわち、過失と比較して不法及び責任内容の点でより重く処罰する根拠として相応しい心理的事実として決意に着目したのである。この点に、ロクシン説の特徴があるといえよう。

もっとも、ロクシン説は、故意の限界規定における基準の恣意性が批判

19) *Claus Roxin*, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, S. 224.

20) *Roxin/Greco*, a. a. O. (Fn. 1), S. 542.

された。すなわち、ロクシンは、故意と過失の区別基準につき、行為者が結果発生の可能性を真摯に受け取ったのかどうかに求めるのだが、このように区別基準を行為自身の心理にゆだねる場合、故意の成否が行為者自身がどのように認識・意欲したかに依存するためその成否の恣意性を免れず、そのため行為者が事態（の成り行き）を自己に都合のよい不合理な解釈によって認識する場合に故意が否定されるという不当な結論に至る。

このような問題の原因は、故意の内容を規定するに際して行為者自身を基準とする方法論的な誤りにある。というのも、基準は客観的なものでなければ基準たりえないからである。そして、このような誤りは、故意を心理主義的に規定することの帰結である。それゆえ、この問題は、ロクシン説のみに妥当するものではなく、上記の見解も含めて故意を心理主義的に規定するすべての見解に妥当するのである。

2.4 小 括——心理主義的故意概念構想の問題点

以上、故意を心理主義的に規定する代表的論者の故意構想を検討してきた。これらの論者に共通するのは、故意の内容を規定する際の基準を行為者自身に求めることで、故意の成否が恣意的となり、事態を不合理に認識する場合であっても故意が否定されるという不当な結論に至る点にある。この点につき、ミハヤエル・パブリック（Michael Pawlik）は、心理主義的な故意構想は現実否定（Wirklichkeitsverweigerung）と無思慮（Rücksichtslosigkeit）の特権化へと帰結すると批判する²¹⁾。それゆえ、故意は規範的に規定されなければならない。規範主義的な故意構想は、いわゆる認識説によって口火が切られ、展開された。本来、規範主義的な故意構想（認識説）の狙いは、法共同体の構成員間での平等・公正な取り扱いの要請に資することにあった²²⁾。

21) Michael Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 380.

22) Pawlik, a. a. O. (Fn. 21), S. 390.

3 規範主義的故意概念の諸構想

3.1 「認識」としての故意

認識説の最初の主張者は、エルンスト・イマヌエル・ベッカー (Ernst Immanuel Bekker) である。ベッカーは、まず犯罪は行為であることから出発する。ここでいう行為とは意思の表出 (Willensäußerungen) であり、ここでいう「意思」の下で、「自己決定に応じて人間のあらゆる諸動力 (Kräfte) を用いる精神能力」が理解され、この意味での意思が、動力の挙動原理であるとする。ベッカーによれば、このような意味での行為によって、国家目的に違反する場合は犯罪なのである。もっとも、国家はそれ自体、純粋な精神的性格ではないために、国家の目的に反することもまた、何らかの程度、知覚世界 (Sinnwelt) に影響を及ぼしうるものでなければならない。すなわち犯罪は常に一定の外部的な結果を有さなければならないのである²³⁾。

このことから、犯罪には行為及び結果が属することになるところ、ここでベッカーは、行為と結果との間にどのような精神的関係が必要なのかを問う。この問いにつき、彼は、結果は意欲できず、それゆえ結果に意思は及ばないとする。というのも、意思は行為の唯一の原因であるのに対して、結果は様々な原因の競合によって生じるので、意思が結果に対する唯一の原因ではありえないからである²⁴⁾。他方で、認識は結果に関係する、つまり犯罪結果を予見することができるのであり、それゆえ、この認識つまり犯罪結果の予見が行為を生み出す意欲と並んで犯罪の第二の主観的要素として必要であるとする。以上によれば、故意 (Dolus) の核心は、行為者が自己の行為から生じる犯罪結果を予見したにもかかわらず意欲する点にある²⁵⁾。

23) Ernst Immanuel Bekker, Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts, 1859, S. 86f.

24) Bekker, a. a. O. (Fn. 23), S. 252.

25) Bekker, a. a. O. (Fn. 23), S. 331.

もっとも、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²⁶⁾」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する。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の市民 (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の市民」という概念は観念的なものではなく、現実の人間に期待する義務への忠誠 (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²⁷⁾。以上のことから、ベッカーによれば、故意は、行為者が国家の意思と関心に違反して行為をすることを認識しているにもかかわらずやめなかった、自己のエゴイスティックな目的を追求するものと理解される²⁸⁾。

以上が、ベッカーの故意の概念構想の概要であるが、彼の議論の特徴は、行為の駆動面を意思に認めつつ、故意の内容・限界づけ機能を結果の予見に求めることで、意思説のように原因力機能と限界づけ機能を「意思 (内容)」に一致させるのではなく、両者を切り離す点にある。

2つ目の特徴は、認識内容を規範的に規定した点である。すなわち、ベッカーは意思と認識を切り離れたがために、故意の限界について、意思の及ぶ範囲という形で限界づけることができなくなった。それゆえ、認識それ自体で、その限界を規定しなければならないのであるが、単なる予見

26) Bekker, a. a. O. (Fn. 23), S. 272.

27) Bekker, a. a. O. (Fn. 23), S. 272.

28) Bekker, a. a. O. (Fn. 23), S. 331.

のみでは故意の処罰範囲が広がりすぎることから、一定の限定を必要とした。そこで、ベッカーは、故意の処罰根拠論から認識内容を客観的・規範的に規定したのである。ここに、おそらく、歴史上はじめて故意それ自体を規範的に規定する道が開かれたのである。

3つ目の特徴は、故意の構造である。ベッカー以前の議論は、意思と認識を一体のものとして、すなわち「認識ゆえに意欲した」(意思説)と理解するのに対して、ベッカーは、「認識にも拘らず意欲(行為)した」という構造として理解した。ここでは、意思と認識は消極的に関連付けられている。

このようなベッカーの故意の構造理解は、故意としての認識をいかなる基準で限界づけるのかについてフランクの仮定的基準(いわゆるフランクの公式)²⁹⁾や蓋然性³⁰⁾などのように様々な基準が主張されることになるが、認識説において共有されていくことになった。

もっとも、このような認識説において共有されていた故意の構造理解に対して、近時、ヤコブスは、認識のみでは無力ゆえに世界の形成に至らず、意欲のみでは空虚で方向付けを失うとし、それゆえ、認識と意欲を一つ概念に纏めなければならないとし、認識説から出発しつつ、意思と認識を一つ概念として纏めることが必要だと主張した。すなわち、認識的意欲(wissendes Wollen)である³¹⁾。最後に、このヤコブスの見解を検討しよう。

3.2 「認識的意欲」としての故意

ヤコブスによれば、犯罪は「意味」のレベルで捉えられなければならない

29) Reinhard Frank, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, ZStW 10, 1890, S. 169ff.

30) 例えば, Hans Großmann, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1924 など。

31) Günther Jakobs, Strafrechtswissenschaftliche Beiträge. Zu den Grundlagen des Strafrechts und zur Zurechnungslehre, Hrsgg. von Michael Pawlik, 2017, S. Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff, Rechtswissenschaft 2010, S. 609.

い。というのも、犯罪という現象を意味レベルで捉えなければ、ナイフで人を殺害することも雷に打たれて人が死ぬことも同じ自然現象として捉えられることになってしまうからである。それゆえ、刑法学の課題の一つは、犯罪の意味を解明することとなる。もっとも、ヤコブスによれば、マックス・ウェーバーのいう脱魔術化された近代世界では、自然とその成り行きはそれ自体としてもはや意味を有さず、意味は、人間の行為によって、つまりある一定の態様において帰属可能な形で振る舞うことによって作り出されることになる。このように、ヤコブスは世界を自然と意味に二分し、意味は人間（正確には、法的意味のレベルで「人間」を捉える人格）の行為によって作り出されるものとの世界像を提示する。この点、ヴェルツェルもまた、上述の通り、人間の行為を意味表出として捉えていたが、しかし、その意味表出は、個人的な出来事としてしか捉えられていなかった。しかし、意味は、行為する者によって、長きにわたって、言語や法、文化などを通じて意味形成のパターンで満たされた世界、とりわけ法的に構造化された世界において形成されるものである。つまり、この法的構造が、態度の法的意味を規定するのである³²⁾。

ところで、規範は精神的な形成物であり、規範もまた意味を有する。つまり規範もまたある一定の世界形成でなければならない。それゆえ、規範は事実によって違反することはできず、それとは逆方向の有意味な形成によってのみ違反することができる。近代では、意味は人格の行為によって作り出されるので³³⁾、所為（Tat）もまた人格による意味創出的な事象として、つまり規範矛盾を意味するものとして理解されなければならない³⁴⁾。

以上を踏まえると、犯罪とは、人格による刑法上の規範に反する意味を

32) *Jakobs*, a. a. O. (Fn. 18), S. 21f.

33) ヤコブスのいう人格概念については、*Günther Jakobs*, *Zum Begriff der Person im Recht*, Koriath u. a. (Hrsg.), *Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung*, 2010, S. 69ff. 参照。

34) *Jakobs*, a. a. O. (Fn. 18), S. 22.

有する(規範の妥当性の否認を意味する)所為である³⁵⁾。その際、所為と規範の関係は、コミュニケーション上の連続として理解される。すなわち、規範は、悪しき結果の惹起を意味する態度を遂行するなどいい、それに対して、所為は社会的なコミュニケーションにおいて悪しき結果の惹起として理解される態度を意味するものとなる³⁶⁾。それゆえ、社会的コミュニケーションにおいて意味があるとは思えない態度、例えば人を殺そうと呪いをかける行為などはここでいう人を殺す態度と理解されない。このように個人的な主観的意味付けが、社会において意味のあるものとみなされなければ、当該意味付けは犯罪の評価において考慮されないのである。

もっとも、ヤコブスによれば、客観的なだけの態度の意味というのは存在しない。このことが意味するのは、行為者が自己の好みによって自己の態度の意味を規定することができるということではなく、それは客観的に規定されるが、しかし人格によって形成されるものとして生じることである。人格の形成力なしには、その態度の意味は生じない³⁷⁾。それゆえ、態度の意味を生じさせるためには、人格が態度の意味を認識し、意味を作り出す力、形成力を行使することが必要となる。このような形成力を有する認識をヤコブスは認識的意欲と規定するのである。そして、この認識的意欲の内容が、自己の態度が刑法上の規範に反する意味を有していることである場合、刑法上の故意と評価される。それゆえ、故意の対象は、刑法上の規範に反する態度、しかも当該態度が社会において意味のあるものとしてみなされる態度となる。このように故意の内容を理解する場合、故意の概念規定における課題は、刑法上の規範と社会をその内容に適切に取り込むことなのである。

以上を踏まえ、ヤコブスは、故意を次のように定義する。すなわち、

35) Vgl. *Günther Jakobs*, Kritik des Vorsatzbegriffs, 2020, S. 2ff.

36) *Günther Jakobs*, Bemerkungen zur Kausalität als Vorsatzgegenstand, in: Hilgendorf (Hrsg.), Festschrift für Marcello Sancinetti, 2020, S. 489.

37) *Jakobs*, a. a. O. (Fn. 18), S. 53.

「故意とは、自己の態度が許されたりリスクを超過し、結果に有効に作用するという一般的判断の認識」³⁸⁾である。ここでいう「一般的判断」ということで意味するのは、その判断の基準が行為者自身ではなく、つまり、社会生活において物事を理性的に判断する能力を有する者、すなわち「人格」による客観的・規範的判断であるということである³⁹⁾。というのも、故意の内容は、上述の通り、社会的に意味のある内容でなければならないからである。このように故意の内容の判断基準を人格に置く場合、社会生活を営む上で重要ではない、あるいは意味を有さない個人の勝手な思い込みは故意の内容として重要ではなく、故意の成否において考慮されない。

以上が、ヤコブスの故意の概念構想の概要であるが、その特徴はなんといっても、従来の故意概念が故意それ自体をあくまで心理的主義的に規定していたのに対して、ベッカーの議論をさらに洗練させることで、規範的観点を徹底し、故意を規範的に規定し、故意を法的概念として構成した点にある⁴⁰⁾。このことは、これまでの議論の一つの到達点として高い評価に値するものと思われる。

二つ目の特徴は意思と認識を一つの概念に纏めた点である。この意思を（意味）形成力として捉える点は、ヴェルツェルもまた意味形成を問題としていたことから、基本的に実現意思説を受け継いでいるものといえる。他方で、ヴェルツェルと異なるのは、ヤコブスは認識説から出発しつつ、認識と意思を一つに統合することで、意図と未必の故意（付随結果）の区別を放棄する点である。このことによって、従来、付随結果は意図の範囲を超えるものとして定義されていたものが、付随結果もまた意図に含まれる、言い換えると、従来、付随結果と位置付けられていた対象を含むように意図概念が拡大されたのである。

38) *Jakobs*, a. a. O. (Fn. 35), S. 52.

39) さしあたり, *Günther Jakobs*, *Dolus eventualis*, *Bemerkungen zur Lehre von Puppe*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, 2022, S. 576f. 参照。

40) Vgl. *Jakobs*, a. a. O. (Fn. 18), Vorwort.

しかし、意図概念の拡大は、意図(目的)の言葉の自然な意味の範囲を超えるもので、文言解釈として無理があること、意図と未必の故意の区別は未だ意義を有すると思われることから⁴¹⁾、意図と未必の故意の区別の放棄については疑問が残る。もっとも、この点に問題があるにしても、故意を規範的に一貫して規定するヤコブスの故意概念の構想は、基本的に支持しうるものである。

4 まとめと結論

以上、ここまで主要な故意構想を概観・検討してきたが、これまでの議論を纏めると、次のようになる。

① 故意概念の解明には、故意を心理的・因果的な事象として解する立場と意味的な事象として解する二つの立場が存在した。前者は故意を心理主義的に規定するものであり、後者は心理主義的に規定する立場(ヴェルツェル)と規範的に規定する立場が存在した。そして、本稿では、故意を意味的な事象として捉え、規範的に規定する立場が妥当であるとした。というのも、故意を心理主義的に規定する立場は、行為者心理を特権化し、不当な結論に至りうるからである。なお、この二つの立場は、故意の本質に関する意思説、認識説及び動機説に対応するものではない。また、従来の本質論は本稿における故意構想の概観からも明らかのように、故意の本質的な対立軸を示すものではない。故意における本質的な対立は、故意を心理主義的に規定するのか、規範的主義的に規定するのかという点にある。

② 故意の条件として、心理的事実が、行為に関連し(駆動し、さらには操縦すること)、かつ構成要件該当事実に及んでいなければならない。この

41) この点につき、拙稿「いわゆる目的犯にいう「目的」の範囲に関する覚書——目的の機能的考察」赤池一将ほか編『刑事司法と社会的援助の交錯』(現代人文社、2022年)605頁参照。

条件は、認識の行為への関連のあり方に相違があるものの、基本的にどの立場にも共通するものであった。このことからすると、結果発生を受け入れた、甘受した、仕方がない、やむを得ないなどの心理状態は行為の駆動面に関連せず、それゆえ帰責性に関する故意の条件を満たさない。これらの心情は単なる非難に値する心情でしかない。

③ 故意の構造は、「認識ゆえに意欲した」という場合と「認識にも拘らず意欲（行為）した」という場合があり、前者は認識と意思の積極的な結びつきを問題とし、後者は消極的な結びつきを問題とするものである。本稿は、上述の通り、現時点では、後者を妥当なものと考えている。

④ 意思概念は、行為の原因力として捉えるもの（行為の駆動面を重視するもの）と行為の意味形成力として捉えるもの（行為の操縦面を重視するもの）の2つの場合が存在した。なお、意思概念をいかに理解するのかについては、本稿で扱えなかった見解もあるので、改めて検討したい。

以上を踏まえ、冒頭の問いを検討しよう。まず、故意を心理主義的に規定する故意構想では、冒頭の問いにつき、故意を認めることはできない。というのも、故意の内容につき行為者自身の心理を基準とすれば、行為者自身は、そのような考えがいかに自分勝手に不合理なものであれ、被害者の同意があると思っている以上、当該行為者に犯罪実現の認識は認められないからである。それに対して、故意を規範的に規定する立場によれば、故意の内容は社会生活を営む上で意味のあるもののみが対象となり、もっぱら行為者自身の不合理な思い込みは故意の成否とは無関係と考えることになるので、津地裁が本件において被告人に故意を肯定したことも正当化可能となる。すなわち、本件における被告人の、被害者は同意しているとの認識は、不合理な行為者個人の思い込みであって故意の成否には関係なく、他方で、被告人は抗拒不能を基礎づける社会的に意味のある事実を認識していた（と認定された）のであり、それゆえ、本件において被告人に故意が肯定されうるのである。