

# 賠償責任保険契約における故意免責（3）

——ドイツ保険契約法との比較——

山 田 拓 広\*

## 目 次

- I はじめに
- II 現行 VVG、BGB 及び StGB 各の規定
- III BGH のリーディングケースの検討
- IV 学説の検討
  - 1 故意の意義
  - 2 VVG103条の法的性質
  - 3 未必の故意
  - 4 故意の認識対象について
- V 未必の故意に関するドイツ刑法学説及びドイツ刑法判例の検討
  - 1 ドイツ刑法学における故意についての基本的理解
  - 2 BGH1955年4月22日判決 (以上、本号)
  - 3 未必の故意に関するドイツ刑法学説の概要
  - 4 未必の故意に関するドイツ刑法学説の現状分析
  - 5 阻止閾 (Hemmschwelle) の理論
  - 6 ドイツ刑法判例とドイツ保険法判例の判断枠組みの相違
- VI 私見について
- VII おわりに

## I はじめに

本論文（1）（「賠償責任保険契約における故意免責（1）」）では自動車保険における賠償責任条項に規定された故意免責条項と我が国におけるリー

---

\* やまだ・たくひろ 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程 弁護士

ディングケースである最三小判平成5年3月30日民集47巻4号3262号を中心に検討を行い、本論文(2)〔「賠償責任保険契約における故意免責(2)」〕では、専門家責任保険の一つである弁護士賠償責任保険における「他人に損害を与えることを予見しながら行った行為」を免責とする規定とこれに関する裁判例を中心に検討した。本稿ではドイツ保険契約法(Versicherungsvertragsgesetz 以下、現行法を単に「VVG」という)における学説・判例を検討し、本論文(1)で示した仮説を検証して、私見について述べる。

## II 現行 VVG、BGB 及び StGB 各の規定

1 VVG は、損害保険における総則に次のような規定を置いている。

### § 81 保険事故の招致

(1) 保険契約者が、故意に保険事故を招致したときは、保険者は、給付義務を負わない。(Der Versicherer ist nicht zur Leistung verpflichtet, wenn der Versicherungsnehmer vorsätzlich den Versicherungsfall herbeiführt.)<sup>1)</sup>

また、責任保険に関する総則には以下の規定がある。

### § 103 保険事故の招致

保険契約者が、故意かつ違法に第三者に生じた損害を招致したときは、保険者は、給付義務を負わない。(Der Versicherer ist nicht zur Leistung verpflichtet, wenn der Versicherungsnehmer vorsätzlich und widerrechtlich den bei dem Dritten eingetretenen Schaden herbeigeführt hat.)

---

1) 旧保険契約法(Gesetz über den Versicherungsvertrag、以下「旧法」という。)では、同様の規定が61条に置かれていた。§ 61 (Schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalls) 「Der Versicherer ist von der Verpflichtung zur Leistung frei, wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeiführt.」。このように、旧法では、重大な過失も免責事由とされているが、現行法では割合的減額原則(プロ・ラタ主義)が導入されこの点の改正が行われている。

改正前 VVG において103条に対応するのは152条であるが、次のような規定であった。

#### § 152 保険事故の故意招致

保険契約者が、第三者に責任を負う事実を故意かつ違法に招致したときは、保険者は、責任を負わない。(Der Versicherer haftet nicht, wenn der Versicherungsnehmer vorsätzlich den Eintritt der Tatsache, für die er dem Dritten verantwortlich ist, widerrechtlich herbeigeführt hat.)

このように、81条は故意の対象を「保険事故」と規定しているが、103条は故意の対象を「第三者に生じた損害」と規定し、文言上の違いが生じている。なお、103条に対応する旧152条では、「損害」の文言がなく、103条で新たに加えられているが、これは、変更ではなく、明確化とされている<sup>2)</sup>。

## 2 ドイツ民法 (Bürgerliches Gesetzbuch、以下「BGB」という) の規定

(1) 不法行為に関する BGB § 823 は次のように規定されている。

#### § 823 損害賠償義務

故意または過失によって、他人の生命、身体、健康、自由、所有権、またはその他の権利を違法に侵害した者は、他人に対し、これによって生じた損害の賠償義務を負う。(Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.)

このように、文言上は故意の対象に損害結果を含めていないかに見える。もっとも、故意の定義については、「行為の結果を意識し、かつ行為の違法性を認識しつつ、自らの意思で結果を引き受けた者は、故意的に行

---

2) Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 31. Aufl. (2021) § 103.Rn.4 (Lücke).

為している。故意の最低要件は、結果をありうることと行為者が観念し、そして、結果発生について認容していることである。」との指摘<sup>3)</sup>もあり、この定義に従えば、損害結果発生に対する未必の故意 (bedingter Vorsatz) は必要となる。

(2) また、BGB § 826 は次のように規定する。

#### § 826 公序良俗に反する故意の侵害

善良な風俗に反する方法で他人に対し、故意に損害を加えた者は、その他人に対し、損害を賠償する義務を負う。(Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.)

(3) 善良な風俗に反する方法での加害行為の場合には故意の対象に損害が含まれることが明確にされている。BGB826条の存在理由は、不法行為における一般条項としての役割、すなわち、BGB823条のように法益、権利、あるいは保護法規の侵害に限るような制限を設けず、善良な風俗に反する方法で故意に加えられたすべての損害が賠償されることを示す点にあるとされ、故意には未必の故意 (bedingter Vorsatz) も含むとされる<sup>4)</sup>。

こうしてみると、BGB においては、不法行為の成立要件としての故意の対象には損害の認識も必要と考える余地があるということができそうである。

### 3 ドイツ刑法 (Strafgesetzbuch、以下「StGB」という) の規定

StGB § 15 は次のように規定する。

#### § 15 故意及び過失行為

法律が、過失行為を明示的に処罰しない限り、故意行為のみが処罰され

---

3) E. ドイチュ=H.-J. アーレンス (浦川道太郎訳) 『ドイツ不法行為法』(日本評論社、2008年) 75頁。

4) ドイチュ=アーレンス (浦川訳)・前掲注 3) 149頁。

る。(Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht.)

この規定は、主観的構成要件について、刑法は原則として故意 (Vorsatz) を要件とし、過失行為を罰するのは例外であることを明らかにしたもので、故意行為だけが可罰的であり、過失行為は明文の規定がない限り不処罰である<sup>5)</sup>。よって、ドイツ刑法学においても、故意と過失を分かち基準、すなわち、未必の故意と認識ある過失の区別に関して激しい論争が存在する。この点は後述する。

### Ⅲ BGH のリーディングケースの検討

#### 1 連邦通常裁判所1971年5月26日判決 (BGH, Urt.vom 26.5.1971 VersR 1971, 806)

連邦通常裁判所1971年5月26日判決 (以下「BGH1971年判決」ということがある) は、賠償責任保険における被保険者の故意の認識対象について判断したドイツのリーディングケースである。我が国の最判平成5年3月30日判決が出されるまでの過程において、学説上指摘されていた判例であり<sup>6)</sup>、最判平成5年判決の最高裁判例解説<sup>7)</sup>でも言及されている。改めてその詳細についてここで確認する。

#### (1) 事案の概要

原告は、Hが経営するレストランで給仕として勤めていたが、Hと被告との間で締結された賠償責任保険の共同被保険者として、次の事件に対し

---

5) ハンス-ハインリッヒ・イエシェック=トーマス・ヴァイгент (西原春夫監訳) 『ドイツ刑法総論 [第5版]』(成文堂、1999年) 215~216頁。

6) 石田満「自動車保険約款の保険事故招致免責条項にいう『故意』」ジュリ909号 (1988年) 54頁。

7) 倉吉敬「最高裁判例解説 民事篇」平成5年度 (上) (1996年) 568頁。

て保険金を請求した。

1966年1月20日の午前、原告が経営する飲食店に、ほろ酔い状態の道具研ぎ師Rが来た。Rはアルコール飲料を注文し、原告と、その他の客である仲間と一緒にサイコロ賭博を行っていた。原告とRとの間で、飲食代の支払いについて争いになり、その際、Rは原告を「不快な豚」または「不潔な奴」と侮辱した。原告は、Rに店を出ることを要求し、出口の方に彼を押しやった。しかし、Rは再び元の場所に戻った。原告は、もし、彼がいい加減に落ち着かないのであれば、今度はビンタを食らわせることになるぞ、と脅した。しかし、そうなる気配がないことから、原告は、Rの服の前をつかんで彼の顔面に打撃を加えた。その際、Rは、向かい側に倒れ、後頭部を強く床に打ちつけた。意識を失った彼は横になったままであった。原告によって呼ばれた救急車がRを病院に連れて行った。彼は、転倒により被ったケガの結果、3日後に死亡した。

被告は、賠償責任保険普通保険約款(以下「AHB」という)4条2項1号の免責規定により、原告が損害を故意に招致したとして、保険金の支払いを拒否した。

第1審は、原告の請求を棄却したが、原審は請求を認容した。そこで、被告が上告して、第1審判決の回復を求めた。

## (2) 判 旨

「控訴審裁判所は、AHB4条2項1号の免責条項の適用可能性について、損害賠償請求訴訟の拘束力は及ばないとしたことについても同意する。被告が原告に対し、保険保護を認めるか否かは、継続中の保険金請求訴訟において独立して判断されることであり、損害賠償請求訴訟において、危険除外規定の合意に対して決定されることはない。前述のとおり、損害賠償請求訴訟においては、原告が、故意に傷害を犯し、この傷害による致死の結果に対して責任を負うことのみを確定する。しかしながら、AHB4条2項1号の免責条項は、実際に発生した損害が、故意に招致さ

れたことを要件とする。BGB823条1項の規定における責任を根拠づける故意の対象は、AHB4条2項1号における故意の対象とは同一ではない。

法律上の争いの結果は、専ら、AHB4条2項1号の要件を認めるか否かにかかっている。免責条項は次のように記載されている。『以下は保険から除外される。故意に損害を招致したすべての者の保険金請求』

控訴審裁判所は詳述している。この規定の意味における損害は、法益保護義務の違反を通じて生じた損害である。法益侵害は、Rの死である。免責条項は、VVG152条と同一の意味内容を有している。このことから、故意は、責任を根拠づける要件の発生のみを含むことを必要とする。しかし、故意は、責任が根拠づけられる法律上の要件に属するすべての行為事情に及ばなければならない。決定的な問題は、故意の傷害——少なくとも原告が故意に招致した限りにおいては——だけではなく、その次の問題として、すなわち、傷害によって招致されたRの死が、AHB4条2項1号という故意の損害招致としてみなされることができるか否か、である。これには次の場合は妥当しない。すなわち、身体及び生命の2つが無傷であることは、BGB823条1項において保護された法益であり、これは段階ではなく、法律上、特に強調された本質的な相違するものとして取り扱われている。それゆえ、故意の傷害の確定は、未だ後の死の結果を証明するものではなく、故意または未必の故意による招致は独立した事情である。

むしろ原告は、酔っ払ったRが転倒により死亡する可能性を認識し、甘受していなければならない。そのような仮定は、いずれも根拠を欠いているので、Rの死の故意の招致は認められない。この結果に賛成する。当審においても、酔っ払ったRの転倒が致死的な頭蓋骨の受傷と因果関係のあることは認められなければならないが、このような場合平手打ちの因果関係はRの死にとっては問題ではなく、むしろ、故意の内容とその範囲が問題である。問題は、AHB4条2項1号に関する判断にあたりBGH823条1項に左右されないことである。この場合、もし原審が、AHB4条2項1号の故意は損害原因のみで、損害結果を含む必要がないと解釈したなら

ば、当審は従うことはできない。このような見解が、VVG152条に当てはまるかどうかは（それに関し、ヨハンセンは、故意は、損害に向けられていなければならないとする。Johansen in Bruck-Möller, VVG 8.Aufl.IV G 222 参照）不確定といえるが、AHB 4 条 2 項 1 号は、いずれにせよ、損害が故意に招致された場合は免責となることを前提としている。認識と意欲は（少なくとも未必的に）、損害結果についても及んでいる必要がある。被保険者は、それに従い、被保険者の行為が有害な結果になるであろうことの故意を有していなければならない（文献略）。原告が平手打ちによって、Rの死の結果の招致を表象し、死の結果発生を是認していた場合にのみ、未必の故意による損害招致が問題となる。しかしながら、そのような原告の表象については、控訴審裁判所が適法に確定したところによれば、いずれも根拠を欠くものである。それに対し、当審は、先行する損害賠償請求訴訟の確定判断も、VersR68, 438 で公刊されているデュッセルドルフ地裁の判決も援用しない。損害賠償請求訴訟では、裁判所は、不法行為の客観的帰責性についての認定として、Rの死の結果について平手打ちの相当因果関係のみを必要とし、その後、不法行為の有責性を認定することができる。これは、BGB823条 1 項の賠償責任を根拠づけるには十分である——故意と過失行為によって責任の範囲に区別がないからである。これに対し、AHB 4 条 2 項 1 号は、損害が——ここではRの死——故意に招致された場合に限って、保険保護を免責とする。故意免責は、実際の事件の様々な形に基づき、故意がある場合、故意が欠ける場合がそれぞれ存在する。それゆえ、デュッセルドルフ地裁判決とは全く別の性質のものであり、継続中の当審に対してデュッセルドルフ地裁判決が影響を与えることはない。」

### (3) 検 討

ア 本件は、AHB の被保険者である原告が、酒に酔った客（R）である被害者と飲食代をめぐって口論となり、原告が被害者の服をつかんで顔面に平手打ちで打撃を加えたところ、被害者が転倒し、後頭部を強く床



に打ちつけたことに起因して死亡した事案である。原告が保険者（被告）に保険金を請求したところ、保険者が、AHB 4条2項1号に基づき故意免責を主張した。

イ 本件当時の AHB 4条2項1号は次のように規定している。

「以下は保険から除外される。故意に損害を招致したすべての者の保険金請求」(Ausgeschlossen von der Versicherung bleiben:Versicherungsansprüche aller Personen, die den Schaden vorsätzlich herbeigeführt haben.)

なお、現在確認できる最新の AHB (2016年版)<sup>8)</sup>は、条文の位置が4条2項1号から7条1号に変更となり、4条2項柱書部分の「Ausgeschlossen von der Versicherung bleiben:」が7条柱書に移動している。7条柱書の文言は「保険証券またはその補足に別段の定めが明記されていない限り、以下は保険から除外される。」(Falls im Versicherungsschein oder seinen Nachträgen nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, sind von der Versicherung ausgeschlossen:.)となっているが、文言に特段の変更はない。

本文の文言は“Versicherungsansprüche aller Personen, die den Schaden vorsätzlich herbeigeführt haben.”であり、当時と全く同じである。よって、本件判決は現在の AHB 7条1号の解釈に対しても射程が及ぶものと解される。

ウ 次に、本判決は、VVG152条と AHB 4条2項1号（以下、現行の AHB 7条1号も含め、「本件免責条項」という）の関係については、VVG152条と同一の意味内容を有しているものと判断しているが、理由については明らかにされていない。しかし、前述したように、旧法152条はもともと故意の対象に損害を含める趣旨であると理解されており、改正により VVG103条でそれを明確化したという経緯を考えれば、VVG152条と本件免責条項の意味内容が同一であるとの点は異論はないであろう。そして、VVG103条は旧法152条を明確化したもので内容的に維持されてい

---

8) Prölss/Martin, a.a.O., Ziff.7 AHB, S.1710 (Lücke).

ることからすれば、本判決の射程はVVG103条にも及ぶことになる。

エ 次に、本判決は未必的にであっても、死の結果に対して故意が存在しなければならぬと判示しているが、その理由として、本件免責条項は、損害が故意に招致された場合に免責となることを前提としている、と指摘している。この指摘は約款の文理解釈に基づくものといえることができる。

また、本判決は、身体及び生命は、BGB823条1項においてそれぞれ個別に保護された法益であり、これらの法益は段階的なもの(身体傷害の先に生命侵害がある)ではなく、本質的な相違を有するものとして取り扱われていることを指摘している。それゆえ、傷害の故意があったからといって、死の結果の故意があることにはならないとする。故意の認識対象として、法が個別に設定した法益ごとの認識を要するとするが、その理由はBGBの規定ぶりに求めるのみで、それ以上の理由は述べていない。

さらに、本判決は、原告の行為と被害者の死亡との間には因果関係があり、原告は被害者に対し、死亡の結果に対する損害賠償責任があることを承認しつつ、不法行為の成立と故意免責の適用上の故意の内容と範囲は別問題であり、本件免責条項の解釈は、BGH823条1項には左右されず、本件免責条項の故意の対象を原因行為のみで足りるとする解釈には従うことができないと述べる。この点は、我が国の学説でも主張されている、故意は原因行為にあれば足り、原因行為と相当因果関係にある損害について保険者は免責となる、とする見解は採用しないことを明確にしたものといえる。

オ 本判決の基本的な理解は以上のとおりであり、我が国の最判平成5年3月30日判決に大きな影響を与えたものと考えられるが、この判決に対しては(我が国の平成5年判決に対しても)、被害者は死亡に至らなかったものの、重篤な後遺障害が残ったという場合には傷害の故意があるが故に免責となり、被害者が死亡した場合には死の結果に対する故意がないため、傷害部分も含めてすべて有責となるのはバランスを失するのでは

ないか、との批判がある。この批判に対して、意図した傷害と質的に異なる過剰な傷害結果が発生した場合に、傷害結果のなかで故意の有無を分離するという方法が考えられるが、そのような分離は可能かが問題となる。

後者の批判に対しては、技術的に不可能ではないが困難を伴う。例えば、加害者が被害者の頭部を殴打した場合に、加害者において、被害者の脳内でどのような傷害が生じ、どのような後遺障害が生じるかを認識・認容していたかを認定することは相当に困難であるし、現実的ではない<sup>9)10)</sup>。

このように、現在の通説的な故意概念や、我が国の最判平成 5 年 3 月 30 日判決及び上記 BGH1971 年 5 月 26 日判決に従えば、損害結果に対する故意の有無およびその範囲の認定を避けて通ることはできないが、被保険者の内心に関わる部分であり判断には困難を伴う。そこで、以下では、ドイツ保険契約法における故意の意義及び故意の認識対象は何か、についての学説・判例<sup>11)</sup>を検討し、このような困難を解決し得る故意概念や判例の集積による故意概念の現在の形について考察する。

#### IV 学説の検討

VVG103条における故意の意義及びその範囲に関する学説は概ね次の通

9) 例えば、脳損傷により高次脳機能障害が発生した場合、自賠責保険における後遺障害等級は、最も重いもので別表第 1 第 1 級 1 号、反対に軽いものであれば別表第 2 第 9 級 10 号と非常に幅があるが、このような後遺障害の程度にまで認識を求めるのは不可能であろう。

10) あらかじめ約款で故意免責の及ぶ範囲（不支払の範囲）を割合的に定めておくという方法も考えられるが（拙稿「賠償責任保険契約における故意免責（1）——保険契約における故意免責条項の序論的考察——」立命館法学 395 号（2021 年）348 頁参照）、いずれにしても何らかの損害結果に対する故意の認定は必要である。

11) BGH1971 年 5 月 26 日判決は、故意（Vorsatz）を「認識及び意欲」（Wissen und Wollen）と表現し、未必の故意（bedingt vorsätzliche）については、結果を承認（billigen）していることが必要と指摘している。

りである。

## 1 故意の意義<sup>12)</sup>

VVG は故意の定義を置いていないため、民法における故意が前提となり、民法学において展開された原則が VVG103条においても妥当する<sup>13)</sup>。そこでの故意の定義は、「認識及び意欲」(wissentlich und willentlich)であるとされる<sup>14)</sup>。VVG103条における故意は、VVG81条とは異なり、損害賠償責任の招致と関連している必要があり、保険契約者が結果を予見し、かつ、彼の意思において結果を受け入れて (aufnehmen) いなければならない (この状態を「通常の意味における故意」という) が、それでは足りないと言われる。結果は、客観的な義務違反または違法状態でなければならない、保険契約者は、客観的な義務違反または違法状態であることを予見し、かつ、彼の意思において受け入れていなければならない (この状態を「法的な意味における故意」という)。それゆえ、保険契約者が通常の意味における故意をもって、適法に行動した場合 (例えば、正当防衛や民法上の緊急避難)、103条の保険保護は消滅しないし、正当防衛行為の要件があると誤って認識した場合 (誤想防衛) は、民法の意味における故意概念と同様に故意行為は存在しない。もし、被保険者が、民法827条<sup>15)</sup>、828条<sup>16)</sup>の意味における責任能力がない場合も、民法の意味における故意行為はない。

---

12) ここでの説明は原則として Bruck/Möller, *Versicherungsvertragsgesetz*, 10. Aufl., Bd4 (2021) § 103.Rn31 (Koch) に依拠している。

13) BGH, Urt. vom 28.04.1958, VersR 1958, 361. 同判例は旧法152条に関する判断であるが、同判例によれば、民法上の故意の一般的概念は、AHB 4 条 2 項 1 号にも適用されるとする。

14) 前述の BGH1971年 5 月 26 日判決と同様、“Wissen und Wollen” とも表現される。Vgl. Prölss/Martin, a.a.O., § 103.Rn5 (Lücke), Langheid/Wandt, *Münchener Kommentar zum VVG*, 2. Aufl., Bd2 (2017) § 103.Rn22 (Littbarski).

15) ドイツ民法827条は、無意識の状態または自由な意思決定を妨げる病的な精神障害の状態で他人に損害を与えた場合に責任を負わな旨を定めている。

16) ドイツ民法828条は、未成年者の責任について定めている。

## 2 VVG103条の法的性質

VVG103条は、主観的危険除外 (subjektiven Risikoausschluss) であるとされる<sup>17)</sup>。主観的危険除外は、「保険者は保険契約者の側に存する異常な危険を引き受けることを欲せず、そこで、保険者は保険契約者の悪意または重過失による事故招致という、一定の主観的危険事情を契約の当初から除外したうえで保険の引き受けを行う」<sup>18)</sup>とか、「通常、被保険利益と事実上密接な関係を有する被保険者自身において存在する故意・重過失による保険事故招致の危険は、保険者の引受けることを欲しない主観的な高度な危険であるため、法律がそれを除外している」<sup>19)</sup>などと説明される。保険事故が発生する主観的な異常危険を保険保護から除外するという考え方であり、ドイツでは通説・判例<sup>20)21)</sup>であるが、「現に存在する法定または約定の法則の叙述の説明にすぎない。」との指摘もある<sup>22)</sup>。

## 3 未必の故意<sup>23)</sup>

### (1) 故意に未必の故意を含むか

結果の発生を確実だと認識していれば確定的故意 (direkter Vorsatz) であり、結果発生の可能性があることを予見し、これを是認 (billigen) した場合が未必の故意 (bedingter Vorsatz) である<sup>24)</sup>。保険契約者にとって結

---

17) Bruck/Möller, a.a.O., § 103.Rn13 (koch); Prölss/Martin, a.a.O., § 103.Rn1 (Lücke); Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 3.Auflage (2015) § 24Rn49.

18) 坂口光男「保険事故の招致と保険者免責」『保険契約法の基本問題』(文眞堂、1996年) 57頁。

19) 竹瀆修「保険事故招致免責規定の法的性質と第三者の保険事故招致 (一)」立命館法学 170号 (1984年) 526頁。

20) BGH, Urt. vom 15.12.1970, VersR 1971, 239.

21) 竹瀆修「保険事故招致免責規定の法的性質と第三者の保険事故招致 (二)・完」立命館法学 171号 (1984年) 649頁。

22) 大森忠夫「被保険者の保険事故招致」『保険契約の法的構造』(有斐閣、1952年) 208頁。

23) 前述のとおり、AHB 7条1号における故意もVVG103条の故意と同一のものと考えられるため、ここでの検討は、AHB 7条1号における故意にも妥当することを前提とする。

24) Bruck/Möller, a.a.O., § 103.Rn32 (koch).

果発生が好ましくなかったことは未必の故意の認定に影響しない。

わが国の学説上はわずかに故意免責条項の故意に未必の故意は含まれないとする見解が存在するが<sup>25)</sup>、ドイツ保険契約法における学説上は、故意に未必の故意を含まないとする学説は見当たらない。VVG103条の故意には未必の故意を含むとするのが確立した通説<sup>26)</sup>・判例<sup>27)</sup>とあって良いと思われる。

## (2) 認識ある過失 (bewusste Fahrlässigkeit) との区別

認識ある過失は、結果発生の予見可能性を有する加害者が、結果の発生に同意せず、結果が発生しないであろうと真摯に(漠然とではなく)信頼した場合をいい、この点で未必の故意と区別される<sup>28)</sup>。もっとも、未必の故意と認識ある過失の区別は常に困難を伴う<sup>29)</sup>。飲酒運転の場合は未必の故意は通常は存在しないとされる<sup>30)</sup>。

---

25) 東谷隆夫「保険約款における各種免責事由」判タ644号(1987年)42頁。

26) Bruck/Möller, a.a.O. § 103.Rn32 (Koch); Prölss/Martin, a.a.O. § 103.Rn5 (Lücke); Langheid/Wandt, a.a.O. § 103.Rn22 (Littbarski); Ruffer/Halbach/Schimikowski, Versicherungsvertragsgesetz, 4.Aufl. (2020) § 103.Rn1 (Schimikowski); Langheid/Rixecker, Versicherungsvertragsgesetz, 7.Aufl. (2022) § 103.Rn3 (Langheid); Stiefel/Maier, K-raftfahrtversicherung:AKB, 19.Aufl. (2017), § 103.Rn20 (Jahnke); Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 27. Aufl. (2022), § 103.Rn13a (Jahnke); Beckmann/Matusche-Beckmann, a.a.O § 24.Rn49 (Schneider); A.Bruns, Privatversicherungsrecht, (2015) § 22, Rn23; Schwintowski/Brömmelmeyer, Praxis-kommentar zum Versicherungsvertragsrecht 4.Aufl., (2021) § 103.Rn4 (Retter), 旧法152条に関し、H. Honsell, Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, (1998) § 152. Rn16 (Dallmayr).

27) Vgl. BGH, Urt. vom 18.10.1952, VersR 1952, 223.

28) Bruck/Möller, a.a.O. § 103.Rn32 (Koch), Koch は、Vgl. として、BGH, Urt. vom 5.11.2015 - 4 StR 124/14 を引用している。同判例は刑事事件に関する判例であるが、麻薬成分の含まれている合成ハーブを販売した被告人について、被告人は麻薬成分が含まれている可能性を認識したが、当該商品には麻薬成分は含まれていないと信頼して取引をしたという事案において、認識ある過失を、行為者が可能性として認識している犯罪結果に同意せず、犯罪結果が起らないことを真摯に信頼している場合 (ernsthaft -nicht nur vage - darauf vertraut) と判示している (結論として故意を否定)。VVG の解釈において刑法における解釈が援用されていることの一例といえる。

29) Langheid/Wandt, a.a.O. § 103.Rn25 (Littbarski).

30) Prölss/Martin, a.a.O. § 103.Rn6 (Lücke). BGH, Urt. vom 18.10.1952, BGHZ 7, 311.

以下、認識ある過失に関する下級審判例について若干触れることとする。

① ケルン高等裁判所1977年12月14日判決<sup>31)</sup>

本件は、飲酒運転をして警察官に停止を求められた加害者が警察官から逃走した際にパトカーに衝突し、パトカーを損傷させ、警察官に人的損害を与えたという事案である。加害者はピストル等で武装していたこと、交通渋滞のなか赤信号無視で逃走していたこと、殺人未遂で逮捕状が出されていたこと等から、加害者が泥酔状態（血中アルコール濃度2.4%）であったことや、警察官からの逃走目的であったことを踏まえても加害者には未必の故意があると判断した。

② ハム高等裁判所1985年9月25日判決<sup>32)</sup>

本件は、トラックが歩行者しか通ることのできないタイルの道路を走行した際に、タイルが破損したとしてトラック運転手の故意の有無が争われた事案である。トラックの運転手は、当該道路がトラックの走行する道ではないことを認識していたが、損害の発生を是認していたことはなく、裁判所は未必の故意があったとはいえないと判断した。

③ ケルン高等裁判所1993年11月11日判決<sup>33)</sup>

本件は、泥酔状態（血中アルコール濃度1.98%）の加害者が自らを拘束しようとした警察官に対し、逮捕を免れるために、警察官を引き離そうとしたところ警察官が転倒し、右大腿部や右足首等を負傷した事案である。裁判所は、加害者には、警察官に対する攻撃の意図はなく、警察官からの血液の採取を妨げようとしたに過ぎないので、未必の故意は認められないと判断した。

上記①と③はいずれも泥酔事例であり、かつ警察官からの逃走の場面であるが結論が異なっている。未必の故意と認識ある過失の区別として、結

---

31) OLG Köln, Urt. vom 14.12.1977, VersR1978, 265.

32) OLG Hamm, Urt. vom 25.09.1985, VersR1987, 88.

33) OLG Köln, Urt. vom 11.11.1993, r+s1994, 373.

果が発生しないであろうと真摯に信頼したことが必要とされているが、行為態様の危険性の高さから結論が異なったように解される(ただし、後述の刑事判例では、①に近い事例で未必の故意が否定されたケースもあり注意が必要である)。②はトラックが走行する道ではない(歩行者用の道)であることを認識していたにすぎず、道路が損傷する可能性の認識まではなかったようであり、大丈夫であろう、との心理状態で走行したものと解されるため未必の故意がないとの判断は妥当である。

②については比較的判断は容易であるが、①と③のようなケースでは未必の故意の考え方によって結論が分かれ得るといえるであろう。

### (3) 証明責任

故意の証明責任は保険者が負っているとされる<sup>34)35)</sup>。しかし、経験則によって裏付けられる典型的な行為が認められないため、一応の証明の理論の適用は否定されている<sup>36)</sup>。したがって、行為者の自白が無い限り、状況証拠を積み上げていく方法で故意の証明を行う必要があるが<sup>37)</sup>、行為者の内心に関する主観的事実であり、かつ、未必の故意と認識ある過失という極めて微妙な違いの証明は困難を伴うといわざるを得ない<sup>38)</sup>。保険契約者

---

34) Prölss/Martin, a.a.O., § 103.Rn7 (Lücke).

35) OLG Köln, Beschluss vom 3.5.2018, r+s2018, 594. 同決定は、証明の程度について、単なる憶測では足りないが、他の事件経過であった可能性を排除し、誰も疑うことのない数学的確実性は不要とする。

36) BGH, Urt. vom 4.5.1988, VersR1988, 683. 同判決は賃借物件における営業設備と商品在庫に火災保険を付保していた保険契約者の故意の放火か否かが争われた事案であるが、裁判所は、そのような犯罪行為が、個々の保険契約者によるものと認められるかはその人の人格や価値観、道徳感に依存するため、そのような行為に対する典型性からの推認は否定される、と判示している。

37) OLG Köln, Urt. vom 14.12.1977 は、未必の故意と認識ある過失の区別は、加害者の意識の中で起こったことにより決定されるため、自白が無い場合には状況証拠によってのみ証明される、と指摘している。

38) OLG Köln, Urt. vom 16.3.1999, VersR1999, 1270 判決は、攻撃の激しさや危険性という外形的事実から加害者の主観的な考えについて結論を出すことが可能とするが、同判決



が行為時に責任無能力であったことについては、保険契約者が証明責任を負う(BGB827条第1文の類推適用)<sup>39)</sup>。

#### 4 故意の認識対象について

##### (1) 損害結果に対する認識と発生した結果の不一致

VVG103条が明文で定めるとおり、損害発生に対する故意が必要とされる<sup>40)</sup>。具体的に発生した損害結果に対する故意が必要であるが、損害の細部までは不要とされ、保険契約者は、加害行為の結果の概略に対する故意があれば足りる<sup>41)</sup>。

ただし、発生した損害が、その種類と重さや予見される、または、予見可能な経過に関して、保険契約者の認識と本質的に相違(wesentlich abweicht)する場合には、この要件を欠くことになる<sup>42)</sup>。

##### (2) 損害結果と認識の不一致

傷害の故意で死亡の結果を生じさせた場合、故意免責は適用されない<sup>43)</sup>。冒頭で検討したBGH1971年判決も同趣旨である。このような場合は、発生した死亡結果が認識と質的に異なっており(法益が異なる)、死亡結果に対する故意は認められない。

ハム高裁1973年8月24日判決<sup>44)</sup>は、原告が被害者の顔面を激しく4発殴

---

ゝの事例は相当激しい攻撃がなされた事例であり比較的容易に故意を推認することができる事案だったことに注意が必要である。

39) Beckmann/Matusche-Beckmann, a.a.O § 24.Rn51 (Schneider).

40) Prölss/Martin, a.a.O. § 103.Rn6 (Lücke); Langheid/Wandt, a.a.O. § 103.Rn26 (Littbarski).

41) Bruck/Möller, a.a.O. § 103.Rn33 (Koch).

42) Bruck/Möller, a.a.O. § 103.Rn33 (Koch) は、主観的要件は、個々のケースの具体的な事情に関連しており、保険契約者各人毎に確認されなければならないことから、行為に対する認識から本質的または非本質的な乖離が存在するか否かを区別することは困難を伴うとする。さらに、評価の困難性と不確実性かつ測定不能性は必然的な結果であり、恣意的で感覚的な判断を排除することはできないとも指摘している。

43) Prölss/Martin, a.a.O. § 103.Rn6 (Lücke). 前掲BGH1971年5月26日判決も同旨。

44) OLG Hamm, Urt. vom 24.8.1973, VersR1973, 1133.

打し、その後被害者が死亡した事案において、行為者の認識には、実際に発生した損害の種類(死亡、身体損害、財産損害)が含まれている必要があると指摘し、本件では原告に被害者の死の結果の故意はなかったとして保険者有責判断を行っている。同裁判所は判決において、本件で被害者が死亡していなければ、相当深刻な身体傷害から生じる可能性のある損害が発生し、この場合には故意免責となるため、不満が生じるであろうが、被保険者の不利に解釈することはできないと指摘している。

同判決が指摘するとおり、意図していない結果(死亡)が生じた場合には保険保護が与えられることとなり、意図した結果にとどまった場合に保険保護が与えられないこととのアンバランスが問題視されている。このことは、傷害の故意で行為し、発生した傷害結果が想定していた結果を大きく逸脱した場合に、想定外の傷害結果に故意免責が及ぶかという問題でもある。

Langheid は、この点を強調し、保険契約者が意図せずに起こした損害(想定外で予見できない損害)についてのみ保険てん補がなされるべきであると主張している<sup>45)46)</sup>。Langheid の主張の根拠は、意図せずに意図を超える結果を招致した加害者は、意図した結果のみを招致した加害者よりも有利になってしまうというものである(意図せずに意図した結果を超える損害を招致した場合は全部有責、意図した結果のみを招致した場合は全部免責となりバランスを失するという趣旨と解される)。しかし、これに対して、学説の多くは単一の行為と複数の行為に分けて考えるべきであり、単一の行為による一連の事実に対して、行為者の意思の方向で保険保護が及ぶ部分と及ばない部分を分けることは妥当でなく、「オールオアナッシング原則」(Alles-oder-Nichts-Prinzip)を維持すべきであるとする<sup>47)</sup>。また、Lorenz は、被

45) Langheid/Rixecker, a.a.O., § 103.Rn11 (Langheid); Langheid/Wandt, a.a.O., § 103.Rn54 (Littbarski); Langheid, NversR1999, 253.

46) Ulrich Knappmann, Alkoholbeeinträchtigung und Versicherungsschutz, VersR2000, 11. も、Langheid の見解は説得力があるとする。

47) Langheid/Wandt, a.a.O., § 103.Rn54 (Littbarski). 旧法152条の適用に際して、被保険者

害者を死亡させた不法行為者は、身体障害を与えたに過ぎない不法行為者よりも有利な立場に立つこと（死亡の場合に保険保護を与えること）は妥当であること（被害者保護に資するという趣旨と解される）として Langheid に反論している<sup>48)</sup>。Langheid は、Lorenz の主張は損害賠償法の観点での論拠であり、保険でん補法 (deckungsrechtliche) からの論拠ではないと再反論している<sup>49)</sup>。

この点について、4つの下級審判例を検討する。①判例は、加害行為の態様や継続性から発生した傷害結果に対する故意を認めたものであり、加害行為者の認識と発生した結果に乖離がある事例ではないが、行為の外形から発生した損害結果に対する故意を認めており、乖離の有無を判断する上で念頭に置いておくことが有用と思われるため、最初に紹介する。

① ケルン高裁1999年3月16日判決<sup>50)</sup>

アルコール依存症であったとされる原告が、口論の相手方である被害者を殴打し、被害者の左のこめかみ部分等の頭部を殴打したことで被害者が地面に倒れた後も、仰向けで抵抗できない被害者を殴り続け、その際も頭部を殴打した結果、被害者が動脈破裂を伴う硬膜外血腫の傷害を負った事案である。原告からはアルコール依存症の主張がなされているが、行為後の原告の血液からはアルコール成分は検出されていない。裁判所は、抵抗できない被害者に対して継続的に過大な暴行を加えたことから、原告には被害者の硬膜外血腫の傷害に対する故意があったと認めた。

---

↘に有利にオールオアナッシング原則を維持すべきと判断したものとして、LG Bonn, Urt. vom 8.10.2004, NJW-RR 2005, 822.

48) Egon Lorenz, Der subjektive Risikoausschluss durch § 61 VVG und die Sonderregelung in § 152 VVG, VersR2000, 2.

49) Langheid/Rixecker, a.a.O., § 103.Rn11 (Langheid).

50) OLG Köln, Urt. vom 16.3.1999, VersR1999, 1270. 前掲注 35) で指摘した判決である。攻撃の激しさや継続性を理由に動脈破裂を伴う硬膜外血腫等の重篤な障害についても故意免責を認めている。

② ハム高裁2000年8月18日判決<sup>51)</sup>

アルコールで酩酊した状態の原告がアパート内で被害者を殴打し、その後路上に突き飛ばして床に倒れている被害者を蹴ったという事案において、擦過傷や打撲については故意を認めたが、より重篤な足首の骨折については故意を認めなかった(足首の骨折の原因は明らかでないとされている)。その上で、認定された損害額35,000マルクのうち、故意に加えられた傷害(擦過傷や打撲)部分の損害を5,000マルクと認定して、同額を損害額から控除した。本件は、故意に基づく行為とそうでない行為という複数の行為が存在する場合であるが、同判決は最後に、単一の行為の場合にこのような判断は可能かという点について、Langheid は肯定すると指摘しつつ、ここで判断する必要はないとして判断は示さなかった。

③ ハム高裁1998年10月16日判決<sup>52)</sup>

上記②判例と同じくアルコールで酩酊した状態の原告が、被害者の顔面を1発殴打し、被害者が鼻骨骨折などの傷害を負った事案に関し原告が行為時にアルコールの影響を強く受けていたことを認定し、アルコールの影響により行為時の認識能力や行動制御能力が低下していたことが推認され、傷害結果に対する予見可能性や承認に影響を及ぼしていることから、故意はないと判断した。1発の殴打で重篤な傷害結果が生じた事案であるが、アルコールの影響を受けていた点が大きく評価されている点にも注意が必要である。

④ デュッセルドルフ高裁1977年1月18日判決<sup>53)</sup>

原告が被害者の顔面を殴打したところ、被害者は目を受傷するだけでなく、転倒して中足骨を骨折したという事案において、裁判所は、目の部分の損害については故意免責を適用したが、中足骨骨折部分については原告に予見し得たかが確実ではないとして、故意免責を認めなかった。

---

51) OLG Hamm, Urt. vom 18.8.2000, NversZ2001, 134.

52) OLG Hamm, Urt. vom 16.10.1998, NversZ1999, 289.

53) OLG Düsseldorf, Urt. vom 18.1.1977, VersR 1977, 745.

①判決は加害行為の程度が大きく、加害行為が継続的であったことから故意を推認しているが、特に加害者の認識と発生した損害結果の乖離は問題とされていない。この水準であれば、重篤な頭部外傷による傷害に対する認識の乖離はないと判断されることになる。

②判決と③判決について<sup>54)</sup>、②判決は複数行為があった事例について故意の及ぶ範囲を保険契約者が意図した範囲に限定し、意図せずに起こした損害(想定外で予見できない損害)については保険でん補がなされるべきと判断し、③判決は、単一の行為(1発の殴打)について、意図しない結果が生じた場合には全体として保険保護が及ぶとしている。②判決はLangheidの指摘には答えていないが、③判決は多数説の見解と同一である。ただし、アルコールの影響により、1発の殴打行為から意図していた傷害についても故意がないと判断した可能性もあり注意が必要である。

④判決は、顔面に対する1発の殴打で転倒した被害者に対し、目(顔面)の傷害については保険保護が及ばないが、その後転倒したことで生じた中足骨の骨折部分については保険保護が及ぶとしており、Langheidの見解と同様の結論となっている。多数説に従えば、目(顔面)の損害にも保険保護を及ぼすべきであったことになる<sup>55)</sup>。

果たしてどのように解すべきであるか。分析的に考えるならば、Langheidが指摘するとおり、1個の行為であっても、意図していた結果と意図していない予想外の結果を分離することは可能であり、これを基準に故意の及ぶ範囲を画することは可能である。

私見が仮説として提示している考え方(損害結果発生の高度の蓋然性があり、かつ、原因行為の不法性が強い場合には、故意の認定に損害結果の認識を要しない)からは、明らかに危険性が高く、かつ、不法性の強い行為に対して

---

54) ②判決と③判決の原告はいずれもアルコールで酩酊状態であったが、アルコールが故意の判断に与える影響について異なる判断となっており興味深い。この点は酩酊度が認識能力・行動制御能力に対して与える影響の評価の問題でありここでは論じない。

55) ただし、この判決は1977年のものであり、Langheidの指摘に基づく議論状況は反映していないと思われる。

は損害結果に対する認識を必要としないため、そもそも損害結果に関して故意の及ぶ範囲を確定する必要は生じない。もちろん、危険性及び不法性が低い行為の場合には損害結果に対する認識が必要であるが、その場合でも、私見が前提とする蓋然性説からは、認識があれば足りる（認容は不要）ため、故意の及ぶ損害範囲の確定は比較的容易である。

意図していない結果（死亡）が生じた場合には全体として保険保護が与えられることとなり、意図した結果にとどまった場合に全く保険保護が与えられないというアンバランスも問題である。

この考え方の問題点は、故意免責の対象となる損害を厳格に特定することができるか、という点と、被害者保護の観点から、オールオアナッシング原則を維持すべきではないか、という点である。前者の問題は技術的な問題であり、訴訟以外の通常の保険実務では負担となるが、既に素因減額や既往症減額等で損害の範囲を確定する実務は行われているため、故意免責の及ぶ範囲と損害の算定は可能であろう。後者の問題は、意図していない結果が生じた場合に、故意の及ぶ範囲にまで保険金が支払われること自体が異例のことであり、これを免責としても任意保険として対応する以上は特に被害者に酷ということもなく、仮にこの点を問題視するならば、故意免責の及ぶ部分については被保険者への求償権の行使を可能とするといった別の仕組みで被害者保護を図るべきである。故意免責を主観的危険除外と捉えるドイツにおける通説の観点からも故意の及ぶ損害については保険保護から除外するのが論理的である。よって、ここでは Langheid の見解を支持したい。

### (3) 発生した結果が認識と量的に異なる場合

では、発生した結果が認識と質的には異ならないが、量的に異なる場合はどのように解するべきであろうか。以下の2つの判例をベースに検討する。

① コブレンツ高裁2007年7月6日判決<sup>56)</sup>

加害行為当時13歳だった少年が友人と飲酒した後で教会に行き、6キロの消化器を作動させ、教会内部の広い範囲(床やオルガン、美術品等)を汚損した事案に関し、裁判所は、少年が加害当時13歳であることを考慮し、少年が消火器を使用する際に、消火器の中身が粉であることを認識していた証拠はなく、消火器を使用し、教会室を汚損する故意は推認できるが、消火器の使用が教会全体を汚損するような重大な結果を是認していたとは認められない、として、損害全体について故意免責を認めなかった。

② シュレスヴィッヒ高裁2007年11月22日判決<sup>57)</sup>

行為当時15歳の少年が教会内で消火器を噴射した事案に関し、裁判所は、少年が消火器を使用した際に粉を発生させ、その除去が困難であることを認識していなかったこと、消火器の作動は一般的な知識には含まれないこと等から愚かないたずらに過ぎないとして、少年は消火器の使用により部屋が汚れるということの認識はあったかもしれないが、発生した損害に対する故意は認められないとして、損害全体について故意免責を認めなかった。同判決は、結果の発生に対して故意が認められる部分の損害を控除すべきとする Langheid の意見については、特段の理由を示すことなく説得力がないとし、また、上記①コブレンツ判決を引用し、上記①判決でもこの問題に触れられていない、と指摘している。

上記①、②判決は、いずれも教会内で消火器を噴射した事例で、物損の範囲について意図した範囲を超えて損害が発生した場合に全部有責となっている。

ここでも上記①、②判決はオールオアナッシング原則を維持しているようである。Weitzel は、この点について、故意に行為する保険契約者には意図した損害結果に過失で追加の損害を加えることを勧める、と痛烈に批

---

56) OLG Koblenz, Urt. vom 6.7.2007, VersR2007, 1506.

57) OLG Schleswig, Urt. vom 22.11.2007, r+s2008, 67.

判し(そうすれば保険の対象から除外されるはずであった損害にも保険が適用される)、故意の及ぶ範囲とそうでない過失による損害の区別は、専門家の意見に基づきZPO287条により認定可能であること、2008年にVVGが導入された際にオールオアナッシング原則は放棄されていることを理由に故意の及ぶ範囲とそうでない過失の範囲を区別すべきと指摘している<sup>58)</sup>。

上記①、②判決のケースでも、加害者が、「そこまで粉が広がるとは思わなかった」と主張したら、すべての損害が保険保護の対象となってしまうこととなりやはり妥当でない。損害の量がわずかに想定を上回った場合にもオールオアナッシング原則が適用されるとの結論は、主観的危険を除外する趣旨と整合しないというべきであろう。量的相違の場合も、前述の質的相違の場合と同様、故意の及ぶ範囲と及ばない範囲を分離し、意図しなかった損害結果にのみ保険保護を与えるとするべきである。

#### (4) 小 括

VVGにおける故意の意義、故意の認識対象、故意免責の及ぶ範囲について検討してきた。未必の故意(bedingter Vorsatz)は、故意の結果発生の可能性のあることを予見し、これを是認(billigen)した場合をいい、是認の有無によって認識ある過失(bewusste Fahrlässigkeit)と区別される。通説的見解によれば、未必の故意と認識ある過失を分かち基準については、刑法と同様の枠組みであり、刑法により発展した基準を援用することができる<sup>59)</sup>。そこで、以下では、ドイツ刑法における未必の故意と認識ある過失の区別基準について検討を試みることにする。

---

58) Mike Weitzel, Kein Leistungsausschluss wegen vorsätzlicher Schadensherbeiführung bei mutwilliger Betätigung eines Feuerlöschers durch einen 13-Jährigen. VersR2008, 954.

59) Bruck/Möller, a.a.O., § 103.Rn35 (Koch).



## V 未必の故意に関するドイツ刑法学説及び ドイツ刑法判例の検討

### 1 ドイツ刑法学における故意についての基本的理解<sup>60)</sup>

#### (1) 故意の意義

故意とは、法律上の構成要件に属する客観的要素の認識および意欲を意味するとされる<sup>61)</sup>。正確には結果惹起を狙う意思は、後述の意図の場合にのみ故意の構成要素となり、直接的故意および未必の故意は、行為者が結果を狙っているのではなく、意思的に行われた行為とその結果が必然的に結びつくか、または結びつく可能性があるかを認識しているにすぎない場合とされる。一般的には故意は3種類あり、知的要素と意思的要素が異なった態様で属しているとされるが、この点がドイツ刑法学においても大きな論争となっている。

#### (2) 故意の種類

ドイツ刑法学上、故意は、意図 (absicht)、直接的故意 (dolus directus) および未必の故意 (dolus eventualis または bedingter Vorsatz) の3種類に区別される。意図が意味するのは、行為者が構成要件に該当する行為あるいは構成要件が前提としている結果を、またはその両者を追求しているということであり、ゆえに、意図の場合は意思的要素が優勢となるとされる。

直接的故意とは、一定の構成要件が存在すること、または行為中に構成要件要素が充足されるということを行為者が確実に認識していること、とりわけ行為者が構成要件に該当する結果の発生を確実なものとして予見し

---

60) この項の記述は、イエシエック=ヴァイгент (西原監訳)・前掲注 5) 220~226頁に依拠している。

61) BGH, Urt. vom 25.11.1987, NStZ1988, 175 は、故意の意義について、構成要件実現のための認識と意欲という2つの要素を含むと判示している。

ていることを意味するとされ、ここで中心となるのは故意の知的要素となる。ここでは行為を決定する目標表象という意図にとって特徴的な要素が欠けているが、いずれにせよ、構成要件が実現するという確実性があるため、直接的故意は、不法内容および責任内容において意図と同じと解されている。また、行為者が構成要件結果が発生する蓋然性が極めて高いとみなしている場合も確実性がある場合と同様に扱われる。

未必の故意とは、行為者が法律上の構成要件の実現が可能なものと本気に考え、かつその法律上の構成要件の実現を甘受している (sich abfinden) ということの意味する。未必の故意の不法の量は他の二つの故意形式より少ないとされる。なぜなら、未必の故意では、結果は追求されていないし、確実なものとして認識されてもおらず、保護法益が危険にさらされていることが意識され、結果が事態の経過に委ねられているだけだからである。しかし、法律は、未必の故意を直接的故意と一般的に同様に扱っており、それは、行為者に構成要件が実現することの意識があり、この危険を行為者が真摯に受け入れているからである。危険を真摯に受け入れているということから、行為者は、構成要件実現の危険性を相対的に高度なものと評価していることを意味し、行為者は危険の重大性と切迫性を認識していなければならない。加えて、行為者は構成要件実現を甘受している必要がある(故意の意思的要素)。これは、行為者が自己の追求した行為目標を実現するために、構成要件の(不確実な)実現を甘受することを決意していることを意味する。このように、可罰的行為の構成要件が実現される危険を承知して行為する者は、保護法益を無視する点に非難されるべきものがあり、保護法益の価値を尊重せよとの要請に対する心情の欠陥を理由に認識ある過失より強く非難されるのである(認識ある過失は、行為者は危険を認識しているが、構成要件結果は発生しないであろうと信頼している点で異なる)。

未必の故意の概念は、境界を接している<sup>62)</sup> 認識ある過失 (bewusste

---

62) BGH, Urt. vom 23.6.1983, NStZ1984, 19. 同判決は、認識ある過失と未必の故意の責任形態の境界は密接に並んでいると述べている。なお、同判決は、認識ある過失について、

Fahrlässigkeit) の定義によって同時に定まる。認識ある過失とは、行為者は、確かに危険を認識してはいるが、危険の程度または自己の能力を評価する際に必要な注意義務に違反しているため、行為客体を具体的に危殆化していることを否定しているか、あるいは、この危険を確かに真摯に受け取っているのだが、それにもかかわらず義務に違反して侵害結果の不発生を信頼していることを意味する。未必の故意の特徴は「一か八かやってみる」であるのに対し、認識ある過失の特徴は軽率 (Leichtsinn) という点にある。1962年刑法草案18条 2項<sup>63)</sup>は、「義務に違反して非難可能な形で〔法律上の構成要件〕を実現しないであろうと信頼しつつ行為する者」は、認識ある過失で行為しているものである、という。結果の発生を甘受することと、不発生を信頼することはすき間なく互いに連続するように解釈される相互補完的概念であり、結果の不発生を信頼して行為している者は結果を甘受していないのであり、結果の発生を甘受する者は結果の不発生を信頼して行為していないということである。

### (3) 小 括

以上がドイツ刑法学における故意の意義、未必の故意と認識ある過失の区別に関する標準的 (教科書的) 理解と解される。故意は知的要素と意思的要素から構成される点や、未必の故意の意思的要素として、是認している (billigen) や、甘受している (sich abfinden) といった要素が必要とされている。これらの意思的要素の意味内容や、これらの意思的要素は保険法上の故意概念を検討する上で果たして必要なのが検討の対象となる。

故意概念や未必の故意と認識ある過失の区別について、ドイツでは長く、そして複雑な議論の歴史がある。そのような議論に深く分け入っていくこと

---

↘結果が発生しないと漠然とではなく真摯に信じた場合と述べている。

63) 原文は次のとおりである。「(2) Fahrlässig handelt auch, wer es für möglich hält, daß er den gesetzlichen Tatbestand verwirklicht, jedoch pflichtwidrig und vorwerfbar im Vertrauen darauf handelt, daß er ihn nicht verwirklichen werden.» 法務省刑事局「一九六二年ドイツ刑法草案 刑事基本法令改正資料 第二号」(昭和38年7月) 原文12頁。

は本稿の目的ではないが、上記の標準的理解をベースに、まずはBGHのリーディングケース(革ヒモ事件)について確認した上で、我が国の保険法における解釈に示唆を得る観点から、ドイツ刑法学における故意概念や未必の故意と認識ある過失の区別に関する議論について検討することとする。

## 2 BGH1955年4月22日判決<sup>64)</sup>

### (1) 事案の概要

被告人KとJは、知り合いのMから物を強奪しようと相談し、そのため、まずはMに睡眠薬を飲ませて抗拒不能に陥れようとした。しかしこの計画は失敗に終わったため、Kは革ヒモでMの首を絞め、手足を縛り、猿ぐつわをはめようと提案し、Jはこれに同意した。彼ら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、と思った。ある日彼らはMを訪ねたがこのような危険な方法でMを襲う勇氣はなかった。そのためこの方法も断念し、今度はJが砂袋(Sandsack)で失神させようと提案した。Kもこれに同意し、彼らは、砂袋ならばMの頭にさほど大きな衝撃を与えず、重大な傷害には至らないだろうと考えた。その後、彼らは再びMを訪れた。Jはズボンのポケットに砂袋を携えていた。Kが万が一に備えて革ヒモを携えていた。そのことをJは知らなかった。彼らは計画を実行し、JはKが見ている前でMの頭を二回砂袋で打った。しかし、それは彼らが期待していたほどの効果を上げず、砂袋は破れた。そこでKは革ヒモを取り出し、Mの背後から革ヒモをMの頭上から体に巻き付けた。Jもその行為を手伝った。革ヒモはMの首にかかった。ヒモの両端は首に十文字に絞められた。彼らはMが両腕をだらんとさせずれ落ちるまで、力をこめて革ヒモの両端を引っばった。次に彼らはMを縛り始めた。ところがMは再び起き上がろうとし

---

64) BGH, Urt. vom 22.4.1955, BGHSt7, 363. 事案の概要と判旨の訳は、林幹人「20 未必の故意と認識ある過失の限界」、堀内捷三＝町野朔＝西田典之編『判例によるドイツ刑法(総論)』(良書普及会、1987年)121～123頁を引用している。

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。その際は、Kはヒモの両端を留め金に通してMの首に巻き付けた。Mは動かなくなったので、彼らは縛るのを止め、家の中から物を奪った。その後、彼らはMがまだ生きているかどうか不安になって、蘇生措置を試みたが無駄に終わった。

## (2) 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 (Billigung) とは、未必の故意の二つの独立の要件である。……高等弁護人 (Oberbundesanwalt) は、諸々の認定された事情からすれば、行為者が結果を是認していたとは到底認め難いので、この (故意) の意思的な側面の確定は単に形式的のもので、実際上はただ結果発生の可能性の認識から導き出しているという疑いがあると主張するが、賛成できない。なるほど認定された事実によれば、被告人にとってMの死は極めて望ましくないものであったことがうかがわれる。…… [そして] ライヒ裁判所 (RGSt 72, 36 [43]; 76, 115) や連邦通常裁判所 (BGH 1 StR 436/51 vom 2. Oktober 1951, mitgeteilt bei Dallinger MDR 1952, 16) の判例によれば、結果の是認は確かに未必の故意と認識ある過失とを分かち決定的な区別の基準である。しかしながらそのことは、結果が行為者の希望 (Wünschen) にかなうものでなければならない、ということまでも意味するものではない。未必の故意は、結果の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。法的な意味においては、行為者が、目的を達成するためには、事情によっては、すなわち他の方法ではその目的を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惹き起こしてもしかたがないと思ひ (abfinden)、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<sup>65)</sup>

---

65) 下線部は筆者による。

(vgl. für einen ähnlich liegenden 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 (unangenehm) と思うことはありうる。そのようなことは、ある者が、目的を達するためにはある手段をどうしても使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全ての場合について、いえることである。未必の故意は、希望しない結果が必然的 (notwendig) にではなく、ただ可能的 (möglich) に予見されたにすぎないということによって、確定的な故意と区別される。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当てこんで (※筆者注、原文は "vertraut")、そのために、その危険を敢えて冒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故に、その危険を敢えて冒して行為した場合は、未必の故意である<sup>66)</sup>。…… [本件の場合] 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。それ故彼らは先ず、最も危険の小さい方法から始めた。彼らは、先ず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初めて、彼らは首を絞めようとしたのである、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故に行為したのではない。彼らは、そのときに何としても達成しようとしていた物の奪取を、たとい首を絞めた結果Mが死んだとしても逃げようと思ったが故に、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

66) 下線は筆者による。なお「発生しないであろうと当てこんで」の部分の原文は "vertraut" であり、発生しないであろうと「信頼して」とニュアンスが強いと解される。

ないときにのみ、殺そうと思っていたのである。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。」

### (3) 分析の視点

本判決は、結論として、被告人KとJの両名について未必の故意を認定しているが、これに対して Engisch は、故意の限界に関する新たな議論の出発点になる可能性があると指摘している。なぜなら、従来の RG や BGH の判決では、可能性のある結果を甘受しただけでは未必の故意は肯定するには不十分であり、行為者が、この結果を内心で是認し、結果の発生を望んでいたことが必要であると強調されてきたからである<sup>67)</sup>。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 (Inkaufnehmen) する場合も行為者には法的な意味における是認が存在するとして故意を肯定している<sup>68)</sup>。これは本判決が是認の要件を排除し、単なる甘受で未必の故意を認めるとの判断を示したものと指摘されている<sup>69)</sup>。

さて、ドイツにおける未必の故意に関する議論は、本判決を契機として新たな展開を迎え、現在のドイツ刑法学における通説の形成に至るが<sup>70)</sup>、上記革ヒモ事件判決とその後展開されたドイツ刑法学における議論はドイツ保険法学にどのような影響を与えているであろうか。

また、ドイツ保険法学における通説的見解によれば、未必の故意と認識ある過失を分かち基準については、刑法と同様の枠組みであり、刑法により発展した基準を援用することができると指摘されているが、刑事裁判における BGH の判断は、保険法に関する BGH の判断と同じ基準に基づいているのであろうか。

さらに、私見が仮説として提示する考え方 (損害結果発生の高度の蓋然

---

67) Karl Engisch, Entscheidungen-Strafrecht: BGH, NJW. 1955 Heft 45, S.1688.

68) 玄守道『刑法における未必の故意日・独比較法史研究』(法律文化社、2021年) 180頁。

69) 他方、望ましくない結果も認容や是認の対象となり得る、との指摘もある (Engisch, aa.O, S.1688f.)

70) 玄・前掲注 68) 178頁、181～188頁。

性があり、かつ、原因行為の不法性が強い場合には、故意の認定に損害結果の認識を要しない)は、明らかに危険性が高く、かつ、不法性の強い行為の場合は、損害結果に対する認識を必要としないが、このような危険性の高さに着目して未必の故意と認識ある過失を区別する考え方は、ドイツ刑法学及びドイツ保険法学の観点からは成り立ちえないものであろうか。

以下では、上記のような問題意識のもとで、ドイツ刑法学における未必の故意の学説及び判例を概観し、ドイツ保険法学に対する影響を検討した上で、私見について論じることとする。