

賠償責任保険契約における故意免責（4・完）

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、407号)
 - 3 序 説
 - 4 未必の故意に関するドイツ刑法学説の概要
 - 5 阻止闕 (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
 - 1 刑法における故意の処罰根拠
 - 2 保険法及び保険約款における故意免責の趣旨
 - 3 ドイツ刑法学及び保険法学からの示唆
 - 4 結 論
 - 5 私見からの検討
- VII おわりに (以上、本号)

* 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

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

3 序 説

前稿⁷¹⁾では、未必の故意と認識ある過失の区別に関するドイツ刑法学の基本的な理解を前提に、ドイツ刑法判例のリーディングケースである革ヒモ事件判決を確認した。その上で、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私見（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）がドイツ刑法学およびドイツ保険法学において成り立つ余地があるか否かの問題提起を行った。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⁷²⁾と指摘される⁷²⁾。しかしながら、この指摘の根拠は示されておらず、果たしてそのようにいえるのかは明らかでない。「故意に」(vorsätzlich)という文言は VVG、BGB、StGB において同様に使用されているものの、VVG、BGB、StGB はそれぞれ法の趣旨、目的、機能を異にするのであり、同一の文言を同義に理解することが必然とはいえない。特に故意処罰を原則とする刑法においては、有罪か無罪かを分けることとなる故意概念は激しく論争の対象となってきたが、反面、故意と過失とで法的効果に差がない民法（不法行為法）においては、故意か過失かの判別にはついては「神経質になる必要も実益もない」⁷³⁾とされる。賠償責任保険においては、故意か過失かで保険金が支払われるか否かの結論が分かれるため、刑法同様、その違いがもたらす

71) 拙稿「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——」立命館法学407号（2023年）。

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

73) 幾代通著・徳本伸一補訂『不法行為法』（有斐閣、1993年）26頁。

結果は大きいですが、同一の文言を使用していることと、結果に差が生じることを理由に故意概念を刑法と保険法とで同一に解することができるかと断定することはできない。

そこで、以下では、未必の故意に関するドイツ刑法学の議論を参照し、ドイツ刑法学の議論はドイツ保険法学において援用される基礎を有するか、「故意」という同一の文言に対して、刑法と保険法においてその適用上、どのような差異があるのかについて検討する。そして、同検討によって得られた示唆に基づき私見について述べる。

4 未必の故意に関するドイツ刑法学説の概要

以下では、ドイツにおける判例・通説がいかなる考え方に基づいているか、どの範囲で故意を認めているかを確認し、これに対し、判例・通説では故意の認められる範囲が狭すぎることに、特に極度の興奮状態といった行為者の心理状態で故意が排除される帰結を導く判例・通説を批判する立場としての故意危険説を概観する。これらの判例や学説の検討を通じて、ドイツ刑法判例や刑法学が、故意を認めるか否かについてどこで線を引いているか、そしてそれはいかなる理由によるものかを明らかにし、その価値判断や理由が保険法にも妥当するのかを検討する。

(1) 是認または同意説 (Billigungs oder Einwilligungstheorie)

ライヒ裁判所及び BGH の立場とされる。判例法理は時代によって一様ではないとされるが、判例上は同意説に言及されることが多く、それによれば、行為者は結果を受け入れなければならないとされる⁷⁴⁾。この説は、認識的要素は、結果発生が可能だと思ふことで十分であるとし、それに加えて、結果発生に対して積極的に同意して (zustimmen) いなければならないとする⁷⁵⁾。この見解は、未必の故意に結果の予見とならんで、行為者

74) Münchener Kommentar zum StGB, aa.O., § 16. Rn52 (Joecks/Kulhanek).

75) 積極的な意思を表現する言葉としては、他に billigen (是認する)、einvershehen (同)

が結果を内心的に是認していたことを要求する⁷⁶⁾。この「是認」を言葉通りに受け取れば、行為者にとって結果が好都合であること、彼が結果発生を喜んだことを要求しなければならないため⁷⁷⁾⁷⁸⁾、革ヒモ事例では認識ある過失しか認められないことになる⁷⁹⁾。しかし、「是認」概念は変遷を重ねている。革ヒモ事例において、BGH は、法的な意味における是認 (Billigen) (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い) と述べ、通常用語法によれば否認 (Missbilligen) (望まない結果) とされるものも是認に含ませており、これは、「単なる甘受 (bloßes Inkaufnehmen)」を法的な意味における是認として未必の故意を認めたものであると解される⁸⁰⁾⁸¹⁾⁸²⁾。

↘意する)、billigen in kauf nehmen (是認しつつ受け入れる) 等がある (林・前掲注 64) 124頁)。

- 76) クラウス・ロクシン (山中敬一監訳) 『刑法総論第 1 巻 [基礎・犯罪論の構造]』【第 4 版】 [翻訳第 1 分冊] (葛原力三訳) (信山社、2019年) 587頁。
- 77) 玄・前掲注 68) 180頁は「積極的に好ましい」と表現する。
- 78) ライヒ裁判所は「まさにこの点に……つまり、結果の認容という結果の可能的な発生の予見に追加されるべき、独立の内的事実にこそ、未必の故意の本質的メルクマールがある」(RGSt:33, 4 [6]) と述べており、行為者が結果を内心的に認容していたこと、それに同意していたことを要求するとされる (ロクシン・前掲注 76) 587頁)。
- 79) ロクシン・前掲注 76) 587頁。
- 80) 玄・前掲注 68) 180頁。
- 81) ここでいう法的な意味における是認は、「他の方法では目的を達成できない」場合に結果を望むときに存在するものとされ、行為者が結果を望んだり、無関心であったり、自然的な意味において是認したことを意味しないが、結果の原因となる危険の実現によって自らの行動を思いとどまらせなかったからといって規範的な意味での無関心を非難されるだけでは不十分とされる (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, Nomos Kommentar zum StGB, 6.Aufl. (2023) § 15. Rn232-33 (Puppe).)
- 82) 我が国における認容説のうち、消極的認容説がこれに近いものと考えられる (平野龍一『刑法総論 I』(有斐閣、1988年) 182頁は、消極的認容説を、「『死んでもしかたがない』 (In Kauf nehmen) と思ったこと、あるいは死ぬかどうかに『無関心であったこと』で足りるとする見解としている)。このように、是認ないし同意説は現在においては未必の故意の射程に望ましくない結果の甘受も含む考え方といえ、次に述べる真摯説と結論において違いはないと解される。

(2) 真摯説 (Ernstnahmetheorie)

この説は、行為者が、危険を真摯に受け止めるか、意識から排除するかに応じて故意と過失を区別する⁸³⁾。すなわち、ある構成要件実現を真摯に計算に入れつつ、目指す目標のためにそれにもかかわらず行為し、ありうべき犯罪実現化を受け容れ、甘受するときは未必の故意を肯定できるとする。これに対して、認識ある過失をもって行為したこととなるのは、結果発生の可能性を認識してはいるが、これを真摯に受け止めず、これを甘受するつもりもなく、構成要件実現の不発生を軽率に信じた者であるとする(結果不発生への信頼)。真摯説は戦後ドイツの通説とされる⁸⁴⁾⁸⁵⁾。

(3) 故意危険説

故意危険説は Puppe の主張する見解である。この説は、行為者がその危険を知っていることを前提とした行動が、結果をもたらすための適切な方法である場合に故意が存在するとされ⁸⁶⁾、故意と過失を客観的な危険の程度によって区別する立場とされる⁸⁷⁾。Puppe は、結果発生の「重大な危険」(故意危険)を創出したものは、未必の故意をもって行為をする者であるとし、「故意危険は……理性的な行為者なら、結果の発生を甘受し、あるいはそれを望むなどする場合にしか創出しないような危険」であり、「理性的な者なら、侵害結果が発生すべきであり、あるいは少なくとも発生してよい、という格律の下においてしか冒さないような危険」であるとす。そのような場合、たとえ行為者が危険を真摯に受け止めていなくて

83) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, a.a.O. § 15. Rn48 (Puppe).

84) 玄・前掲注 68) 188~189頁。

85) 前述の判例の立場(是認説)は、望ましくない結果であっても甘受すれば是認があったとし、真摯説は軽率であっても結果不発生を信頼すれば認識ある過失となるとするが、これらは表裏の関係に立つともいえるし、主観的・客観的事情を総合考慮して判断するという点も同じであり、結論としていずれの説に立っても導かれる結論に差異はないと考えられる。

86) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, a.a.O. § 15. Rn70 (Puppe).

87) 玄・前掲注 68) 192頁。

も、そして幸運な成り行きを信じていたとしても、未必の故意はあるとし、決定的なのは、規範的な基準であって、個別行為者の主観的な態度ではないとする⁸⁸⁾⁸⁹⁾。

Puppe は、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、行為者の心理状態いかんによって故意が排除されうるという通説の帰結に反対し、蓋然性説を再構成することで未必の故意と認識ある過失の限界づけの問題の解決を試みている。とりわけ、情動犯⁹⁰⁾の場合、すなわち、一種の興奮状態において犯罪が行われる場合、行為者は犯罪後に自己の行為を悔んだり、悲しんだりすることは経験上よくある。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、行為者の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、侵害を意図したとする判断の表れではないとする。Puppe は、これを故意の認定で考慮すべきでなく、責任の段階で評価されるべきとするのである⁹¹⁾⁹²⁾⁹³⁾。

88) Ingeborg Puppe, ZStW 103 (1991)、ロクシン・前掲注 76) 594。

89) 玄・前掲注 68) 208頁は Puppe の見解を、「危険の創出において、特定の個々の行為者だけではなく、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、「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」、言い換えると「それだけを観察すると、適切な結果惹起方法である危険または理性的な行為者が結果発生と折り合っていないければ惹起しないような危険」、と表現する。

90) 情動犯罪とは、一般に、情動に駆り立てられて、意思による制御が極めて限定的にしか行えない状態で犯罪を行う場合と定義され、極度の興奮状態が行為に重大な影響を与えるような場合をいう。情動を理由に責任が減免されるのは極めて例外的な場合とされる（吉川真理「情動犯罪についての一考察」法政研究13巻3・4号（2009年）1頁）。

91) 玄・前掲注 68) 207～208頁。

92) Puppe の見解に対しては、故意危険といった単一の基準は、故意・過失の可罰性の違いを唯一正当化する両者の責任の差違に対応した判断をするのに適さず、適切な段階づけは、事案のすべての事情を考慮に入れてはじめて可能となるとの批判がある。例えば、行為者が被害者を激しく殴打して殺害した事例（MDR (H), 1977, 458. ロクシン・前掲注 76) 595頁）において、行為者は高度の興奮状態にあり、犯行は人格不相当で、被告人は暴行の後警察と救急車を呼び、被害者の死を是とする決断を、未必的にすら下しておらず、被害者が死なないことを信じていたと推認するならば、激しく殴打することによって創出された危険のみに着目する場合よりも、より適切な評価を下すことができる。この

(4) 小 括

以上、BGH の見解、ドイツ刑法学における通説、そしてこれら判例・通説とは異なり、危険の高さから未必の故意と認識ある過失を区別する故意危険説について概観した。故意危険説を唱える Puppe は、判例・通説は、行為者の主観面を重視するため、行為者が結果発生を是認していなかったり、結果の不発生を軽率に信じた場合に故意処罰できなくなり、行為者の主観面によって処罰範囲が不当に狭められていると批判する。他方で、Puppe の見解に対しては、故意と過失の可罰性の違いは危険の高さという単一の基準によって判断するのは妥当でなく、行為者の主観面を含め、犯罪行為の前後の事情も含めて判断するべきであると批判される。Puppe は極度の興奮状態で犯行を行う情動犯が、犯行後に冷静になって後悔したり悲しんだりすることで処罰を免れることの不当性を主張し、判例・通説は、行為者が加害行為後に救急車を呼ぶなどの救命措置を行っているような場合には死の結果を是とする決断を行っていないと見ることもできるのであり危険の高さだけでは実態に照らして不適切な故意の拡張を来すことになるとする。

このような違いは、結局のところ、行為者を重く処罰する根拠を、行為の危険性や結果の重大性で判断するのか、行為者の主観的な悪性によって判断するかの違いと見ることが出来る。いずれの見解も行き過ぎれば不当な結果となる。例えば、行為の危険性の高さや結果の重大性だけで判断すれば、危険性の高い、重大な結果をもたらす行為であれば故意と過失とで処罰の程度に軽重を設ける理由はなくなるし、他方で、拳銃などの殺傷能力の高い武器を使用して人の身体の枢要部を攻撃しながら、救命措置を行っただけで殺意がないとされれば、殺人罪で処断できる行為はほとんど

↘事例は、Puppe の理論が他のすべての行為事情を捨象することによって、実態に照らして適切でない故意の拡張を来していることを示すもので、妥当でないと批判される。

93) その他、刑法特有の観点から、危険の程度が低い場合に、仮に意図があったとしても故意を認めることができなくなり、処罰範囲を限定してしまうといった批判もある（ロクシン・前掲注 76) 595頁）。

なくなってしまうであろう。

このように、刑法における未必の故意と認識ある過失を分かつ基準は、故意犯として重く処罰する線引きをどこで行うかの問題であるということができ、その前提には故意犯として重く処罰する根拠をどのように考えるか、という議論が存在している。

刑法における故意概念の議論は以上のような背景を有するが、このような背景は保険法における故意の認定の場面においてはほとんど考慮する必要がないのではないか。前述のように、ドイツ保険法学においても未必の故意と認識ある過失を分かつ基準については、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るが、少なくとも、以上のような、ドイツ刑法学における判例・通説と、それに対する反対説を見る限り、保険法学との共通の基礎は見いだせない。したがって、保険法学の観点からは、必ずしも、判例・通説がそのまま妥当するというにはならず、判例通説とは異なり、危険の高さによって未必の故意と認識ある過失を区別する故意危険説の発想は、刑法における議論よりも、保険法における議論の方がより適合的ではないだろうか⁹⁴⁾。

この点の検討には、保険法における故意免責の趣旨と、刑法における故意犯の処罰根拠の違いを考察する必要があるが、その前提として、現在のドイツ刑法判例における故意の認定に対する基本的立場（故意を認定するレ

94) ロクシン・前掲注76) 595頁は、ある連邦裁判所において裁かれた事例を用いて Puppe の故意危険説を批判する。すなわち、行為者は、被害者を激しく殴打して殺害したが、ここで、故意危険があると認定すると、故意の殺人を理由とする有罪判決は不可避となる。しかし、この事例において、行為者は高度の興奮状態にあり、犯行は人格不相当で、被告人は暴行の後警察と救急車を呼び、被害者の死を是とする決断を、未必的にすら下しておらず、被害者が死なないことを信じていたと推認するならば、激しく殴打することによって創出された危険のみに着目する場合よりも、より適切な評価を下すことができる。この事例は、Puppe の理論が他のすべての行為事情を捨象することによって、実態に照らして適切でない故意の拡張を来していることを示すもので、妥当でないとして批判するのである。しかし、このような指摘は刑罰を科す場面である刑事事件では理解できるが、保険金支払に関する故意免責適用の場面では必ずしも妥当しないと解される。

ベル感といっても良いかもしれない)について考察しておくことが有益と考える。現在のドイツ刑法判例は、「阻止閾 (Hemmschwelle)」の理論という独特の概念が使用されている⁹⁵⁾。以下では、阻止閾の理論を考察し、現在のドイツ判例の考え方を分析することで刑法における故意概念と保険法における故意概念の違いを明確にすることを試みる。

5 阻止閾 (Hemmschwelle) の理論

(1) 阻止閾の理論とは

阻止閾の理論は、行為者の内心に存在するものとされ、故意に殺人を行うためにはそれを乗り越えることが必要とされる⁹⁶⁾。BGH は、行為が極めて危険な場合には、被害者を死なせることを行為者は当然認識し是認したといえることを認め、結果発生に至る危険性が高い場合には、通常、結果不発生への信頼は否定される⁹⁷⁾。しかし、BGH は、危険性の高い行為を行っても当該行為者が死の結果を是認していたか否かは慎重に証明されなければならないとし、ここで阻止閾の理論が援用される⁹⁸⁾。行為者が意

95) 我が国の刑法判例上は「阻止閾」といった言葉は見られないが、我が国においては、「特段の事情」が同一の役割を果たしているとも指摘される。我が国の裁判例を分析して、「認識がある場合、特段の事情がない限り、故意が推認される」とか、「特段の事情がない限り、認容が推認され、故意が肯定される」といった裁判所の判決における「特段の事情」がドイツ刑法判例における「阻止閾の理論」と同一の役割を果たしているとは指摘するものとして、樋笠堯士「故意の推認対象と未必の故意の要素——「特段の事情」を素材に——」中央大学大学院研究年報第47号(2018年)76頁参照。

96) 大庭沙織「ドイツ連邦通常裁判所の殺人の故意に関する『抑制をかける心理的障壁論』と故意概念(1)」鳥根法学60巻1号(2016年)11頁。なお、同論文では、阻止閾を「抑制をかける心理的障壁」と呼ぶ。これらの用語の意味するところは同じと解されるが、本稿では原文(Hemmschwelle)に忠実に阻止閾と呼ぶ。

97) 大庭・前掲注96)5~6頁。

98) 大庭・前掲注96)9頁によれば、BGHが最初に心理的障壁論を展開したのは、警察パリケード事例とされる(BGH, Beschl.vom.27.11.1975-4 StR 637/75)。同事例は、被告人が自動車で逃走するにあたり、警察車両と歩道の間に警察官が立っていることを認識しながらそこを通り抜けようとして警察官へ向けて自動車を走らせたというものである。警察官は後ろに飛びのいて無事であった。BGHは、危険にさらされた警察官はたいてい間

識的に危険な行為を行った場合でも現実には被害者が死ぬ可能性は認識していなかった、あるいは被害者が死なないことを信じていた可能性を常に考慮すべきであるとされるのである⁹⁹⁾。

(2) 阻止閾の理論の法的位置付け

このように、阻止閾の理論は、殺人の未必の故意の認定に際し、行為の危険性のみを理由として故意の認定を回避するために用いられているとされる¹⁰⁰⁾。すなわち、危険性の高い行為をする者は被害者が死亡することを認識している、という経験則は重要ではあるが、あくまでも「このような行為を意識的にした者は、一般的には、被害者の死を認識していたと考えられる」と推認させるに過ぎず、被告人本人が実際に殺人の故意を有していたことを根拠づけるには十分ではなく、具体的事情が上記経験則の適用それ自体や適用して導かれる結論に反しないかを確かめるために援用されてきたとされる¹⁰¹⁾。

より具体的にいえば、「行為の生命に対する明白な危険性から容易に推認される『是認』を妨げうる事情をも取り込み、故意を否定する契機を設ける機能を有するのが阻止閾の理論」と考えられ¹⁰²⁾、BGH は、高い阻止閾を乗り越えたか否かを判断する上で、故意を疑問視する客観的および主観的事情の包括的な全体評価を要求しているとされる¹⁰³⁾。

阻止閾の理論は、民事的にいえば、間接反証の理論、すなわち、結果発生の高度な危険という事実に経験則を適用し、事実上の推定により殺人の

一髪で危機を脱することができ、行為者はそのような反応を予想し、殺害は是認しないものである等として阻止閾の理論を援用して原審が認定した殺意を否定したとされる。

99) 大庭・前掲注96) 7頁。

100) 樋笠・前掲95) 74頁。

101) 大庭沙織「ドイツ連邦通常裁判所の殺人の故意に関する『抑制をかける心理的障壁論』と故意概念(2)」鳥根法学62巻2号(2018年)2~3頁。

102) 樋笠堯士「極度に危険な暴力行為における殺人の未必の故意」比較法雑誌49巻3号(2015年)163頁。

103) 樋笠・前掲注102) 164頁、BGH, Beschl. vom. 27.8.2013-2 StR 148/13.

未必の故意を推認させるという作用に対し、これと両立する別個の事実を取り上げることで殺人の未必の故意の推認を妨げる作用ということができよう。もちろん、被告人側が未必の故意の推認を妨げる間接事実を立証するのではなく、裁判所が殺人の未必の故意を認定するに当たり、意思的要素(是認)を否定する方向に働く阻止閾に該当する事実を吟味しなければならない、という意味合いのものと考えられる。

(3) 阻止閾の理論の適用上考慮される要素

阻止閾の理論を援用したBGH判例が、考慮すべき事実として挙げることが多いのは、殺人の動機がなかったこと、突発的にあまり考えずに行為に出たこと、興奮状態にあったこと、アルコールや薬物の影響を受けていたこと等とされる¹⁰⁴⁾。

もっとも、ドイツにおいても近時のBGHは阻止閾の理論を放棄したとの評価もある(ただし、その後再び判例理論に組み込まれたとも評されている)。以下では、阻止閾について言及した代表的なドイツ刑法判例について概観し、現在の未必の故意の認定に関するドイツ刑法判例の姿を確認する。

(4) 阻止閾に関するドイツ刑法判例の検討

① BGH1982年6月18日決定¹⁰⁵⁾

被告人は、約100メートル先の道路の中央に立っている警察官を認識していたが、警察官に向かって時速約70キロメートルで速度を落とさずに強行突破しようと走行してきた。警察官は20メートルほどの距離で横に飛び出し、方向を変えずに走ってくる車両から間一髪で助かった。

このような事実関係において、LGは、被告人は警察官が飛びのくの間に合わない可能性を予想していたとして、警察官の死の結果が生ずることを甘受していたと判断した。しかし、BGHは、今回のように危険にさ

104) 大庭・前掲注101) 3頁。

105) BGH, Beschl. vom. 18.6.1982 - 4 StR 295/82.

らされた警察官は通常、危険から身を守ることができ、行為者は一般的に警察官のそのような反応を期待していることを指摘し、行為者は警察官を危険にさらすことは甘受するが死の結果まで甘受しているとはいえ、殺人の故意の前には高い阻止閾があるとして殺人の故意を否定した。

② BGH2012年3月22日判決¹⁰⁶⁾

被告人は、酒に酔った状態で知らない人物2名と2度にわたり口論を行い、顔面を殴るなどして乱闘になったが、引き離され、一旦はその場から立ち去った。しかし、その後、被告人は再び被害者のところに戻り、被害者の背中を後ろから刃渡り22センチと11センチの両刃のナイフで「死ね、この野郎」といいながら突き刺した。被害者の第8肋骨は切断され、刃は肺にも達した。このときの被告人のアルコール濃度は1.58%であった。

これに対し、LGは、阻止閾の理論に言及して被告人の殺意を否定したが、BGHはLGの判決を破棄し差し戻した。BGHは、極めて危険な暴力行為の場合、加害者が被害者の死亡の可能性を考慮し、それにも関わらず行為を継続するため、結果を是認していることは明らかであるとし、認識していた事象経過が死の結果に非常に近く、幸運な偶然だけがそれを防ぐことができる場合、死の結果が発生しないことへの信頼は通常は否定される。BGHは、殺意の重要な兆候として暴力行為の生命に対する高度で明白な危険性の評価を、法の適用の場面において疑問視したり、相対化したるべきでないと繰り返し強調しているのであり、意思的要素を否定するためには、被害者が死ぬことはないと言明し信じてきたという兆候が必要であるが、本件では欠けている、と判断した。

③ BGH2013年8月27日決定¹⁰⁷⁾

被告人G、H、Sはディスコの用心棒であったが、客をカウンターから引き離そうとしたところ、客がつかずいて被害者に倒れかかり、さらに、被害者の顔面を拳で殴打し、被害者が殴り返してきたため乱闘になった。

106) BGH, Urt. vom. 22.3.2012 - 4 StR 558/11.

107) BGH, Beschl. vom. 27.8.2013 - 2 StR 148/13.

被告人Gが被害者を床に引きずり降ろし顔面を数回殴った。その後、被告人H、S、Bがかけつけ、被告人Bが現場を遮蔽した。被告人Hが被害者に飛び掛かり、被告人Sは被害者の横に立ち、被告人Hは腹部を数回殴り、被告人Gは被害者の頭部、上半身、腹部を蹴った。被告人Sは首を2発殴打した。この結果、被害者は被告人Gの腹部に対する蹴り、被告人Hの攻撃により肝臓破裂を起こし、大量の内出血により死亡した。

LGは、極めて危険な暴力行為の場合、加害者が被害者の死を予期し、またそのような結果を受け入れることは明らかであるとし、結果発生の可能性の認識や是認を疑わせる兆候もないとして、殺意を認定した。これに対し、BGHは、LGは、極めて危険な暴力行為の場合、人の殺害に関して高い阻止閾があるにも関わらず、未必の故意が明白であると正しく仮定した、本件の被告人Gの行為にはこれが当てはまる。しかし、特に危険な暴力行為から未必の殺意を認定するためには、殺意を疑わせるような状況を考慮に入れている場合にのみ法的な誤りがないとし、LGの判断にはこれが欠けているとした。BGHは、LGが被告人GとHの暴力行為は最終的に、被害者をディスコから追い出すという目的を追求したもであると判断した点を総合評価に含めなかった点なども指摘してLGの判断を破棄した。

(5) 考 察

①決定では、危険にさらされた警察官は通常、危険から身を守ることができ、行為者は一般的に警察官のそのような反応を期待している、との理由で殺意を否定し、②判決は、極めて危険な暴力行為の場合、加害者が被害者の死亡の可能性を考慮し、それにも関わらず行為を継続するため、結果を是認していることは明らか、として阻止閾に言及せず殺意を認定し、③決定は、特に危険な暴力行為から未必の殺意を認定するためには、殺意を疑わせるような状況を考慮に入れている場合にのみ法的な誤りがない、として再び阻止閾に言及して殺意を否定している。

これらの BGH の判断に対しては種々の評価が存在するが¹⁰⁸⁾、結果惹起の危険性の高さにより殺意をストレートに推認しているように見える②判決も、幸運な偶然だけがそれを防ぐことができる場合、死の結果が発生しないことへの信頼は通常は否定される、と述べており、行為の危険性の高さだけで判断するとの指針を示しているようには読み取れない。したがって、現在のドイツ刑法判例は、依然として阻止闕の理論を採用しており、故意を疑問視する客観的および主観的事情の包括的な全体評価を要求しているといえるであろう¹⁰⁹⁾。

繰り返し述べるとおり、ドイツ保険法学においては、未必の故意と認識ある過失を分かち基準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指摘されているが、果たしてドイツ刑法判例における阻止闕の理論はドイツ保険法判例において援用されているであろうか。また、援用されるべきであろうか。続いてこれらの点を検討する。

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

(1) 検討の視点

上述のとおり、阻止闕の理論は、未必の故意の認定には是認という意味的要素が必要であることを前提に、「殺人の未必の故意」の認定場面にお

108) 樋笠・前掲注102) 162～163頁は、BGH 内でも、②判決を出した第四刑事部と③決定を出した第二刑事部とは異なる判断枠組みを採用している可能性があることを指摘する。他方、大庭沙織「ドイツ連邦通常裁判所の殺人の故意に関する『抑制をかける心理的障壁論』と故意概念(3)」鳥根法学62巻3・4号(2019年)89～90頁は、③決定も、極めて危険な暴力行為がなされた場合は未必的な殺人の故意が当然に存在することを出発点にしているため、③決定においても、阻止闕(同文献では「心理的障壁」と表現)は従来ほど決定的ではなくなっていると指摘している。

109) この意味で、「認識がある場合、特段の事情がない限り、故意が推認される」とか、「特段の事情がない限り、認容が推認され、故意が肯定される」といった我が国の刑事裁判例における「特段の事情」がドイツ刑法判例における「阻止闕の理論」と同一の役割を担っているとの指摘は適切であると考えられる(樋笠・前掲注95)76頁)。

いて、危険性の高さと両立するそれ以外の要素（動機の不存在、突発性、興奮、アルコールや薬物の影響等）を考慮して「是認」の存否を判断すべきとする理論である。

他方、ドイツ保険法判例を見ると、リーディングケースとなったBGH1971年5月26日判決では阻止闕という言葉は見られず、未必の故意と認識ある過失の区別について判断した下級審判例においても、阻止闕の理論ないしはこれに相当する理論を採用したと解されるものは見られない。そこで以下、上記で検討した刑法判例と類似の事例（飲酒した加害者がパトカーに向けて衝突した事例と加害者が継続的に被害者に激しい暴行を加えた事例）に対する下級審判例2件を通じてドイツ保険法判例の姿を確認する。

① ケルン高等裁判所1977年12月14日判決¹¹⁰⁾

(a) 事案の概要

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。裁判所は、加害者はピストル等で武装していたこと、時速約140キロで赤信号を無視して逃走していたこと、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。

(b) 検 討

同判決には、飲酒により良心や道徳的な抑制効果（hemmende Wirkung）が低下すると指摘している部分があるが、危険の高さからの故意の推認を妨げる文脈での言及ではない。むしろ、飲酒により、その者の本来の性格が明らかとなり、自尊心の高まりや自己保存本能が生じ、同時に良心や道徳的障壁の抑止効果が減少することは科学的知見であるとし、本件の加害者の逃走行為は、彼の犯罪エネルギーの表現であり、それは彼の前科により裏付けら

110) OLG Köln, Urt. vom 14.12.1977, VersR 1978, 265. 拙稿・前掲注71) 364頁も参照。

れ、アルコールの効果によって生じたとして、故意免責を認めた。

本件は被害警察官が死亡したわけではなく、死亡結果に対する故意が争われた事案ではないが、加害者の行為の危険性の高さから、殺人未遂の該当性が問題となる事案と考えられる。しかし裁判所は、阻止闕ないしこれに相当する理論を持ち出すこともなく、むしろ、アルコールにより、加害者の本来の性格が出現し、道徳的障壁が減少した結果、犯罪行為が行われたと評価している。動機の不存在、突発性、興奮等という阻止闕の理論を適用すれば故意を否定する事情になりうる、警察官からの逃走目的（動機）を認定しているが、逃走目的であることは、故意を否定する事情として評価されていない。また、危険にさらされた警察官は通常、危険から身を守ることができ、行為者は一般的に警察官のそのような反応を期待している、といった経験則への言及もない。

よって、本判決では阻止闕ないしこれに相当する理論は採用していないと考えられる。

② ケルン高等裁判所1999年3月16日判決¹¹¹⁾

(a) 事案の概要

祭りに参加していた加害者と同行者が口論になったため、付近にいた被害者が争いをなだめるために加害者に近づいたところ、後述のとおり、加害者が被害者を激しく殴打した。被害者は、加害者の殴打により、動脈破裂を伴う硬膜外血腫を負った。被害者は意識不明で命の危険があったが、緊急手術により一命をとりとめた。加害者の被害者に対する暴力について、加害者は、右手で被害者の左側頭部を殴打し、それにより被害者が倒れ、被害者は身を守ることができない状態であったのに、加害者は被害者の上に立ち複数回の殴打を行ったこと、加害者は被害者の頭部やこめかみ付近を殴打していたこと等から、本件の暴行は自らを守ることができない被害者に対する大規模かつ継続的な暴力行為であると認定されている。ア

111) OLG Köln, Urt. vom 16.3.1999, VersR 1999, 1270. 拙稿・前掲注71) 365頁の注38) も参照。

アルコールに関しては、加害者の血中アルコール濃度の最大値は2.39%と推定されているが(ただしいつの時点かは不明)、暴行が行われた午前3時頃から10時間45分後の午後1時45分に加害者から採取された血液からはアルコールが検出されなかった。その他、加害者はアルコール依存症であると認定されているが、目撃者によれば、加害行為時に加害者は泥酔の兆候は見られなかったと述べられている。以上を前提に、裁判所は、攻撃の激しさと危険性から傷害結果に対する未必の故意を認定した。

(b) 検 討

本判決の事案も被害者が死亡したわけではなく、死亡結果に対する故意が争われた事案ではないが、加害者の行為の危険性の高さから殺人未遂の該当性が問題となる事案と考えられる。しかしながら裁判所は、阻止闕ないしこれに相当する理論を持ち出すこともなく、アルコールの影響は検討しているものの、動機の不存在、突発性、興奮等を故意を否定する事情として考慮していない。加害者と被害者に面識がないことや、突発的な暴行であることにも言及されていない。大規模かつ継続的な暴行が頭部に加えられた事実から未必の故意を認定している。

よって、本判決でも阻止闕ないしこれに相当する理論は採用していないと考えられる。

(2) 考 察

ドイツ保険法判例においてもドイツ刑法判例と同様、未必の故意と認識ある過失の区別は、結果不発生への信頼があるか否かにより区別される(結果不発生への信頼がある場合に認識ある過失となる)と解釈されている¹¹²⁾。しかし、ドイツ保険法判例では、未必の故意と認識ある過失との区別基準について、刑法判例と同様の文言を判決内で使用しつつも、阻止闕の理論は採用していない(阻止闕という言葉自体、判決文に登場しない)。同様に、故

112) 拙稿・前掲注71) 363頁参照。また、上記①ケルン高裁1977年12月14日判決でも同様の判示がなされている。

意の推認を妨げる事情として、動機の不存在や、突発的な行為であること、興奮状態下であること等を考慮することを義務付けていない（ただしアルコールについては別でありこの点は後述する）。このように、ドイツ保険法判例は、未必の故意の認定に当たり、ドイツ刑法判例とは異なる要素で判断しており、これは異なる判断枠組みを採用しているとみることができる。

これまで検討してきた下級審判例のケースで比較してみても、行為者が警察官に向かって自動車を走らせたケースは、刑法判例では、警察車両と歩道の間に警察官が立っていることを認識しながらそこを通り抜けようとして警察官へ向けて自動車を走らせた事例（警察官は後ろに飛びのいて無事であった）で、BGH は、危険にされされた警察官はたいてい間一髪で危機を脱することができ、行為者はそのような反応を予想しているとして殺人の未必の故意を否定している¹¹³⁾。また、阻止闕の理論の際に言及したBGH1982年6月18日決定¹¹⁴⁾は、100メートル先の警察官を認識しつつ時速約70キロメートルで強行突破しようとしたケースで、同様に、警察官は通常、危険から身を守ることができ、行為者は一般に警察官のそのような反応を期待しているとして殺人の未必の故意を否定している。他方、前述の保険法判例①ケルン高裁1977年12月14日判決は、飲酒運転の行為者が停止を求めてきた警察官から逃走する際にパトカーに衝突させたケースで、加害者は赤信号を無視して逃走していた状況を踏まえて、血中アルコール濃度2.4%の泥酔状態であっても未必の故意を認めている。

極度に危険な暴力行為に関しても、刑法判例では殺意を疑わせるような状況を考慮に入れている場合にのみ法的に誤りがないとされるが、保険法判例では、アルコールの影響については一応検討しているものの、動機の内容や突発的か否か、興奮状態か否かには特に言及することなく、攻撃の激しさと危険性の程度で未必の故意を認定している。

このように、ドイツ保険法判例においては、阻止闕ないしそれに相当す

113) BGH, Beschl. vom. 27.11.1975-4 StR 637/75. 前掲注98)も参照。

114) BGH, Beschl. vom. 18.6.1982 - 4 StR 295/82.

る理論は採用されておらず、故意の推認を覆す特段の事情として、動機の不存在、突発性、興奮等の要素の考慮が判例上義務付けられているわけではないといえる。

ただし、飲酒運転の場合、未必の故意は通常は存在しないとの指摘もあるが¹¹⁵⁾、ケースバイケース（アルコール摂取量やアルコール中毒か否か等）であり、飲酒運転である事実から直ちに未必の故意が否定されることにはならないと考えられる。少なくとも、飲酒運転の場合は未必の故意は通常存在しないとの指摘が、阻止閾ないしそれに相当する理論として採用されているものではない。

以上のとおり、ドイツ刑法判例における未必の故意の考え方は、ドイツ保険法判例に影響を与えているものの、ドイツ保険法判例上は、未必の故意を認定する際に、動機の不存在、突発性、興奮、アルコールや薬物の影響等の要素を考慮することを義務付けておらず、ドイツ刑法判例とは異なった判断枠組みに依拠しているものと考えられる。

それでは、このような違いが生ずる理由は何であろうか。次に、この違いを生じさせる理由について、私見と共に述べる。

VI 私 見

これまで検討してきたとおり、ドイツ刑法において発展してきた故意概念の議論は、保険法の議論とは必ずしも共通の基礎を有しているとはいえ、判例における故意の判断枠組みも異なったものを採用していることが明らかになった。この違いは、刑法における故意概念と保険法における故意概念とは異なったものであることを示唆するが、この違いの理由は、以下に述べるとおり、刑法における故意犯の処罰根拠と、保険法における故意免責の根拠の違いによって説明することができる。

115) Prölss/Martin, a.a.O., § 103. Rn6 (Lücke). BGH, Urt. vom 18.10.1952, BGHZ 7, 311, 拙稿・前掲注71) 363頁も参照。

1 刑法における故意の処罰根拠

すでに述べたように、刑法学上、故意には「提訴機能」があるとされる。「提訴機能」とは、犯罪事実を認識すれば、通常、「それを実現する行為にでるべきではない」という反対動機が形成される。過失においては、犯罪事実の認識がないので直接の提訴機能がはたらかず、「まず反対動機形成の前提として犯罪事実を認識すべきである」という間接非難が妥当する、とされる¹¹⁶⁾。

刑法における故意と過失は、犯罪論体系上、かつては責任形式とされ、故意は重い責任、過失は軽い責任のあり方と理解されていた。これは心理的責任論と呼ばれる考え方であるが、心理的責任論は故意と過失を並列的に責任の要素とすることが批判され、その後、期待可能性の理論による規範的責任論が展開された。これは、責任とは適法行為の期待が可能であったのに、それを選択しなかったことへの非難可能性であるとする理解である。もっとも、規範的責任論においても、故意は、適法行為を容易に動機づける期待可能性の前提として理解される。すなわち、故意があればその行為がどのようなものであるかを認識したうえで行動に移したのであるから、容易に反対動機を惹起しうるはずであるのに、安易にそれをはねのけて違法行為を決意したという点に強い責任非難があるとされる。このように、規範的責任論のもとで、故意は、容易に反対動機が形成可能とされ、その結果、違法性の意識（ないしその可能性）が重要視され、故意の提訴機能に重点がおかれる。過失についても、責任非難のためには、違法性の意識可能性から反対動機形成へと至る可能性が必要になると指摘される¹¹⁷⁾¹¹⁸⁾。

116) 高山佳奈子「故意と違法性の意識」（有斐閣、1999年）65頁、前田雅英『刑法総論講義（第7版）』（東京大学出版会、2019年）161頁、175頁。

117) この段落の記述は、前原宏一「犯罪論における故意の意義」札幌大学紀要第1号（2021年）137～139頁によっている。ただし、論者は本文の記述のような多数説的な理解には批判的な立場と解される。

118) 前原・前掲注117) 139頁は、違法性の意識可能性から反対動機形成の可能性があるので、そうならないことに対する非難は過失行為にも認められなければならないと指摘し、過

このように、刑法における故意責任は、犯罪事実を認識したことで違法性の意識が生じ、反対動機が形成されたのにこれ乗り越えて犯罪行為を実行した点に対する責任非難であるが、故意においては、犯罪事実の発生に対する人格態度がみられなければならない、そのためにはかならずしも行為者が事実の発生を意図ないし希望したことは必要でないが、少なくともこれを認容したこと、という情緒的ないし意欲的要素が必要であると指摘される¹¹⁹⁾。過失責任は、反対動機形成の前提となる犯罪事実の認識を欠いたことに対する間接的な責任非難といえることができる。

刑法におけるこのような責任非難は犯罪行為に対する非難可能性を意味し、その結果、行為者には刑罰が与えられる。そして刑罰の目的については議論があるものの、「応報」、「一般予防」、「特別予防」等が指摘される¹²⁰⁾。このように、応報、一般予防、特別予防といった目的を達するための刑罰を根拠付けるための刑法における故意責任においては、反対動機が形成されたのにこれ乗り越えたという責任非難が処罰根拠として必要とされるのである。

2 保険法及び保険約款における故意免責の趣旨

他方、保険法ないし保険約款における故意免責の趣旨は、信義則に反する、公序良俗に反する¹²¹⁾、主観的危険除外¹²²⁾といった複合的な観点から

失行為に対する責任非難のためには、違法性の意識可能性から反対動機形成へと至る可能性が必要となろう、と指摘するが、これは論理的な帰結を述べているだけで、必ずしも論者の見解ではないと解される。なお、過失の責任形式に対する古典的体系論からは、過失は注意義務違反という点に間接的な反規範的人格態度が見られるが、あくまでも不注意であり、無意識的な人格態度であって、故意責任より軽い責任形式であるとされる(団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』(創文社、1989年)335頁)。

119) 団藤・前掲注118)295頁。

120) 団藤・前掲注118)469頁。

121) 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)217~223頁、226~229頁。

122) 竹濱修「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、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』

説明され、行為者に対する責任非難という理由付けは妥当しない。保険法や保険約款が故意免責規定を通じて、「応報」、「一般予防」、「特別予防」を図る必要もないであろう。

さらに、そもそも、賠償責任保険における故意免責の趣旨を考えるにあたり、信義則や公序良俗違反が故意免責の根拠として妥当するのかを検討する必要がある。信義則違反という点については、被保険者は自ら保険事故を発生させることができる地位にあることから、民法130条2項の趣意も参照して、保険者との関係で著しく信義則に反する等と説かれる¹²³⁾。しかし、賠償責任保険において、ケンカの際の興奮状態、情動犯、アルコールや薬物の影響による損害招致や、自殺目的で他者を巻き込んで損害が発生した場合などの未必の故意を認めるかを主たる問題領域とする場合、保険金により行為者が利益を得るわけではなく、あくまでも被害者に対する賠償を保険で補するか否かが問題となることを考えると、保険者の信頼を裏切って自ら保険事故を招致することができる地位にあることを利用して事故を招致したという側面は薄い。したがって、信義則違反はあくまでも損害保険一般に妥当する故意免責の根拠とはいえるが、賠償責任保険の枠組みにおいては主要な免責の根拠にはなりにくいものと解される。損害結果に対する認容の有無が信義則違反の程度に影響するとも解されない。よって、信義則違反は賠償責任保険における故意免責の主たる根拠にはならないと考える。

次に、公序良俗に反するという点は、被保険者の行為そのものに反社会的な性格が認められること、故意の事故招致は保険制度の運営を破壊する行為であること、故意に招致した事故に関して保険給付を受けること自体が社会的に見て不当な利得とされることが理由と考えられるべきと説かれる¹²⁴⁾。

↘問題】（文真堂、1996年）57頁。

123) 山下友信『保険法（下）』（有斐閣、2022年）55～56頁。

124) 山下・前掲注123) 56～57頁。

後者のうち、保険制度の破壊という点については、自賠責保険において、自賠法14条の免責対象となる「悪意」には、未必の故意は含まれないとして運用されているようであること¹²⁵⁾、同じく自賠法16条4項は、被害者が保険会社に直接請求権を行使した場合、保険契約者または被保険者の悪意を免責事由とはせず、支払った損害賠償額について政府に対して補償を求めることができるとしていること等から、未必の故意でも保険金が支払われる場面は存在し、自賠責保険の適用上は、故意の事故招致による保険金の支払いは予定されている。もちろん、これは自賠責保険適用の場面に限った議論であり、保険法17条は故意免責を法定免責事由としていたり、確定的故意の場合には自賠責保険の適用上でも免責とされること等からすれば、原則として保険制度上、賠償責任保険適用の場面において故意の事故招致は予定されていないが、例外が存在すること、被保険者の利得はそのまま被害者救済につながることに鑑みると、賠償責任保険適用の場面では、保険制度の破壊という側面は相対的に薄まるといえる。

また、後者のうち、故意の事故招致により保険給付を受けることが社会的に不当な利得とされる点についても、保険給付により保護されるのは被害者であるから直ちに被保険者が利得するわけではなく（賠償責任の履行を免れるという意味で間接的な利得に過ぎない）、被害者が保険により保護されること自体は、社会的に見て不当ともいえない。

そうすると、公序良俗違反を理由とする故意免責が妥当するのは行為の反社会性という点に求められる。他人に対する加害行為が反社会性を有することは明らかであり、特に人的損害を与える場合は、傷害罪や傷害致死罪、殺人罪、危険運転致死傷罪等の犯罪を構成するため、この意味で、公序良俗違反を理由とする側面は存在する。もっとも、物的損害の場面で

125) 八島宏平「自動車責任保険における悪意免責の意義——自賠法一四条の解釈を中心に——」法学政治学論究23号(1994年)229頁、北河隆之=中西茂=小賀野晶一=八島宏平『逐条解説 自動車損害賠償保障法[第2版]』[八島宏平](弘文堂、2017年)、丸山一朗「保険事故招致免責条項にいう『故意』の解釈について」損保企画525号(1993年)10頁等。

は、器物損壊罪は親告罪であり（刑法261条、264条）、必ずしも処罰されるわけではないから、その意味で、行為の反社会性を理由とする公序良俗違反が妥当する場面も相対的といえる。人的損害に関しても、損害の程度が低ければ不起訴処分になる場合もあり、程度問題という側面もある。よって、他人に対する人的損害を故意に惹起するという行為の反社会性に賠償責任保険における故意免責の根拠の一つを求めることができるが、行為の反社会性は相対的であり、情状酌量により処罰が回避され得ることも考慮すると、これのみで賠償責任保険における故意免責を根拠付けることは妥当でない。

続いて主観的危険除外の点であるが、主観的危険除外説は、保険者が引き受けることを欲しない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、被保険者の主観的な危険の高さに免責の趣旨を求めるものであるが、前述したように、賠償責任保険において未必の故意と認識ある過失の判断が分かれ得るのは、ケンカの際の興奮状態、情動犯、アルコールや薬物の影響による損害招致や、自殺目的で他者を巻き込んで損害が発生した場合などであり、これらはまさに保険者が引き受けることを欲しない被保険者の頭脳の中に存在する主観的危険¹²⁶⁾といえる。前述のように、行為の反社会性に対する公序良俗違反のみを免責の根拠とすると、情状酌量により結論が変わり得るが、主観的危険除外を根拠とすれば、免責の根拠は客観的かつ明確であり、興奮状態により加害行為を行った情動犯が後に後悔して改悛の情を示したり、結果の認容はなかったと主張しても免責の結論に影響はない。

こうして、賠償責任保険における故意免責の根拠は、行為が反社会的であること（公序良俗に反すること）を前提に、主観的危険除外に求められることになる。この観点で、未必の故意に認容という情緒的・意欲的要素が必要かを考えてみると、認容は、人格態度に対する責任非難に過ぎず、認

126) 竹濱修「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）646頁。

容の存在は結果発生との間に因果関係があるとはいえないこと（賠償責任保険が適用される場面においては認容が結果発生の危険を高めているわけではない）、主観的危険は、行為の持つ危険性を認識して行為に出ている時点で既に顕在化しているといえることから、主観的危険除外の見地からは、未必の故意に結果の認容は不要と考えられる¹²⁷⁾。

3 ドイツ刑法学及び保険法学からの示唆

前述のとおり、ドイツ刑法判例における未必の故意の考え方は、ドイツ保険法判例に影響を与えているものの、ドイツ保険法判例上は、ドイツ刑法判例とは異なった判断枠組みに依拠している。阻止闕の理論はドイツ刑法特有の議論であり、ドイツ保険法学では採用されていない。そして、ドイツ保険法学上は、主観的危険除外説が通説であり、故意免責の適用場面において、反対動機の形成や被保険者がこれを乗り越えたという要素は要求されない。

このことは、主観的危険除外説を採用するドイツ保険法学及び判例には、ドイツ刑法学における「故意危険説」と共通点があることを示すのではなかろうか。この共通点は、我が国の保険法ないし保険約款の解釈においても重要な示唆を与えるものとする。

4 結 論

私見は、未必の故意の意義について認容を要しない蓋然性説を前提に、故意の認識対象については原則として原因行為及び損害結果の両方に必要であるとし、例外的に、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、損害結果の認識がなくとも故意免責の効果

127) 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)340頁では、物・財産保険や人保険、賠償責任保険といった保険の種類を区別せずに信義則や公序良俗違反が故意免責の根拠になり得ることを前提とした記述を行っているが、厳密には、物・財産保険や人保険、賠償責任保険とでは、故意免責の趣旨として強調されるべき理由は異なるものと考えられる。

を及ぼすことができる、との仮説を提示した。

この仮説は、「重大な危険」（故意危険）を創出した者は、未必の故意をもって行為をする者であるとする Puppe の見解が、行為者に対する道義的非難を含まない保険法ないし保険約款における故意免責の場面に妥当することから根拠を得たものと考えられる。このことは、賠償責任保険における故意免責の根拠が主観的危険除外に求められることから根拠付けられる。

仮説の後段（損害結果の認識がなくとも未必の故意を認める）についても、自ら高度な危険を創出している以上、情動犯であっても未必の故意が認められると解する。この点は、原因行為の不法性の強さを要求することで故意免責の範囲を限定することができることから妥当性を有するものと考えられる。故意免責の趣旨には、行為の反社会性（公序良俗違反）という側面もあることから原因行為の不法性の程度により故意免責の範囲を限定することが相当である。

刑法においては、危険性の高さとそれに対する認識だけで故意を認定することに対しては異論があるが、保険法ないし保険約款における故意免責の適用上は、行為者に対する責任非難を含まないため、損害発生の高度の蓋然性を自ら作り出した者に対しては、その原因行為の不法性が高い場合に限り、損害結果に認識を必要とせずとも故意免責の適用が可能であると考えられる。

したがって、私見によれば、自動車を使用したあおり運転で他人を死亡させた場合において、刑事上は殺人罪が適用されず、危険運転致死罪や過失運転致死罪が適用される場合や、アルコールや薬物の影響により運転して他人を死亡させた場合であっても、死亡の結果を含めて故意免責の適用が可能な場面が認められる。その他、ケンカの際の興奮状態での加害行為や、情動犯に該当する場合でも故意免責の適用可能性が認められる¹²⁸⁾。

128) ただし、故意免責の適用範囲が広がることと、被害者保護の要請とのバランスをどのように図るかについての考察も必要となる。

5 私見からの検討

(1) 検討の視点

私見に基づき、本論文(1)¹²⁹⁾で言及したケースのうち、被害者が死亡した事案に対する故意免責規定の適用について、いくつかの典型的な事案を対象に検討する。なお、被害者死亡のケースでは、傷害の故意で死亡の結果が発生する場合(損害結果と認識の範囲の不一致)が往々にして生じる。通説的見解では死亡結果に対する故意がないため、傷害部分も含めて保険者有責となると解されているが、私見は既に述べたとおり、傷害部分は保険者免責となり、死亡部分のみ保険者有責とすることで故意の及ぶ範囲を分離するのが妥当と解するため¹³⁰⁾、以下ではこれを前提に検討する。

- ① 仙台高判秋田支部昭和60年7月17日交民18巻4号949頁(原審：秋田地判昭和59年8月21日交民17巻4号1084号)¹³¹⁾

(a) 事案の概要

加害者が加害車両を時速60キロメートルで走行中、被害者が後方からバイクで接近し、加害車両の左側から追い抜いて加害者の前方に出たため、これに憤慨した加害者が被害者に加害車両を接近させ幅寄せした。被害者はこれに怒り、加害者の右側に並列して進行して車を停止するように怒号し、左足で加害車両を蹴りつけるなどした。加害者はこれを見て危害を加えられるおそれがあると危惧し、逃走のため、時速80から90キロメートルまで加速し、いきなりハンドルを右に切ったところ、加害車両が被害車両のバイクに接触し、対向車線にはみ出し、折から対向車線を対面進行してきた車両と衝突して被害者は死亡した。

129) 拙稿・前掲注127)。

130) 拙稿・前掲注71) 371頁。

131) 原審は、「未必的にしろ本件事故つまり被害車が対向車と接触するなどの事故発生について故意・認容までの意思はなかったものと認めるのが相当である」として故意免責の主張を認めなかった。控訴審も、加害者の「本件事故における認識の程度、範囲は、前記刑事判決におけると同様に、加害者を被害者に接近させるという有権力を行使することについての認識を有するに止まったものと認められ」として故意免責を認めなかった。

(b) 私見からの帰結

本件では、被害車両が並走している状態で、時速80から90キロメートルで加速しいきなりハンドルを右に切る行為は非常に危険な行為であり、死亡の結果を惹起する高度の蓋然性があるといえるが、加害者は被害者から停止を求められ危害を加えられるおそれがある状況であったことに鑑みると、原因行為の不法性が高いとはいえず、死亡結果に対する故意免責の効果を認めることはできない。行為の危険性の高さからは、傷害結果の故意は認められるべきであり、傷害結果に対しては故意免責が適用される。ただし、死亡結果には故意免責の適用がないため、私見からは、傷害部分は保険者免責とし、死亡部分のみが保険者有責となる。

② 神戸地尼崎支判平成3年2月19日判時1414号106頁¹³²⁾

(a) 事案の概要

加害者が加害車両を運転中に交差点で被害者（歩行者）と喧嘩となり、酒に酔った（血中アルコール濃度0.29%）被害者が加害者を降車させようとした。加害者が構わず加害車両を前進させたところ被害者が上半身を車内に乗り入れ、右足でステップに立ち、右片手でハンドル右側を左手で加害者のジャンパーの裾をつかんだ。加害者は被害者が落下したら危険であると思い降りてくれと言ったが、被害者は降りなかったため、逃れたい一心で時速20キロメートルで約109.9メートル走行したところで被害者は加害

132) 裁判所は、加害者は、走行に伴う推進力や振動等により、右のような不安定な体勢でいる被害者が車から落下するかもしれないし、落下すれば道路に転倒して負傷し、あるいは自車又は同一方向に走行する他の車両によって轢過される可能性のあることを十分認識しながら逃れたい一心で落下による負傷もやむを得ないものとあえてこれを認容し、走行を継続したものと認められる、と述べ、暴行の確定的故意、傷害の未必の故意を認定した。故意の認識対象については、不法行為法上は自己の違法行為に基づく何らかの権利侵害なる結果の発生で足り、傷害致死の例のように、その結果と因果関係のある加重的権利侵害結果についてはその認識がなくても損害賠償責任を負うとされていることを前提に、保険業界で故意の認識対象は事故発生原因について存在すれば足り、損害発生については不要とされている解釈が確立していることも指摘した上で故意は加重的権利侵害結果までは不要として保険者の免責を認めた。

車両から転落して加害車両の後輪に礫過され死亡した。現場は片側2車線で同一方向に走行する車両が多数あった。

(b) 私見からの帰結

片側2車線の交通量の多い道路で、被害者が運転席に乗り込もうとしている状態で走行すれば、転落して自車や後続車に轢過して死亡に至る危険性が高いといえるが、加害者が走行を継続したのは被害者から逃れるためであり原因行為の不法性が強いとはいえない。よって、損害結果の認識が必要であるが、本件では時速20キロ程度で走行を継続したに過ぎず、傷害結果の認識はあったといえるが、死亡結果の認識があったとまではいえない。よって、私見からは、傷害部分は保険者免責とし、死亡部分のみ保険者有責となる。

③ 最一小判平成5年3月30日民集47巻4号3262号¹³³⁾

(a) 事案の概要

加害者は女性を巡って対立していた被害者から逃れるため、当該女性を乗車させて車を発進させようとしたところ、追いかけてきた被害者が、車のミラーをつかんで強く揺すったり、運転席側のドアノブをつかんで開けようとしたり、ウインドウガラスを手でたたいたり、ドアを蹴るなどしながら「開けろ。出てこい。」などと言って発進を阻止しようとした。被害者は車両を徐々に進行させて十数メートル進行したが、加害者がなおもドアノブをつかみ、ウインドウガラスをたたきながら「おりてこい」などと言って並進してついてくるので、被害者を振り切って逃げるため時速15キロメートルから20キロメートル程度に急加速したところ、被害者は路上に転倒して、頭蓋冠線状骨折等の傷害を負い、3日後に死亡した。

133) 最高裁は、「傷害の故意に基づく行為により予期しなかった死の結果を生じた場合に、本件免責条項により免責の効果が発生するものと解するのは相当でない」、「傷害と死亡とは、通常、その被害の重大性において質的な違いがあり、損害賠償責任の範囲に大きな差異があるから、傷害の故意しかなかったのに予期しなかった死の結果を生じた場合についてまで保険契約者、記名被保険者等が自ら招致した保険事故として免責の効果が及ぶことはない」として故意免責の適用を否定している。

(b) 私見からの帰結

ドアノブをつかみ、ウインドウガラスをたたきながら「おりてこい」などと言って並進してくる被害者がいる状況を認識しながら車両を15キロから20キロに急加速する行為は、死亡結果を生じさせる蓋然性が高いとはいえず、被害者から逃げるために急加速したという目的も不法性が高いとはいえない。よって、損害結果の認識が必要であるが、本件では時速15から20キロ程度に急加速したに過ぎず、傷害結果の認識はあったといえるが死亡結果の認識があったとまではいえない。したがって、私見からは、傷害部分は保険者免責とし、死亡部分のみ保険者有責となる。

- ④ 最二決令和2年7月31日D1-Law28283041（原審：大阪高判令和1年9月11日判時2503号81頁、第1審：大阪地堺支判平成31年1月25日判時2503号86頁）¹³⁴⁾

(a) 事案の概要

普通乗用自動車を運転していた加害者（被告人）が一般道を走行していたところ、大型自動二輪車で走行していた被害者に追い抜かれ、被害者バイクが加害車両の前方に進入した。加害者はこれに立腹し、加速して自車を引き離れた被害者バイクの追跡を開始した。加害者は被害者を追跡しながら前照灯をハイビームにし、被害車両を照射しながら立て続けに何度もクラクションを鳴らした。その後、加害者は、被害車両の走行する車線から車線変更し、前照灯もロービームにしたが、再度、被害車両が加害車両の前方に車線変更してきたことから、加害車両も再び前照灯をハイビームにし、立て続けに何度もクラクションを鳴らした。その後、被害車両は加速して加害車両との距離が離れたが、加害車両の被害車両との車間距離が45メートルの時点で、加害車両は最高で時速110キロメートルまで急加速し、5秒後には両者の距離は10メートルとなった。この時点で加害者はブレーキをかけたが、その約38.4メートル先の地点において加害車両の前部

134) 第1審は未必の故意を認定して殺人罪を適用し、懲役16年の有罪判決を下した。原審は被告人の控訴を棄却し、上告審も上告を棄却したため、懲役16年の刑が確定した。

が被害車両の後部に追突した。このときの加害車両の速度は時速約96から97キロメートルであった。同追突により、被害車両もろとも被害者を転倒させ、被害者はガードロープ支柱に激突した。これにより被害者は頭蓋骨、顔面骨粉碎骨折等の傷害を負い、同日、多発性脳挫傷一部脳欠損により死亡した。加害者は追跡を開始してから終始無言であったが、衝突後に自車を停車させた際に、軽い調子で「はい、終わり。」と言った。

(b) 私見からの帰結

時速100キロ前後であおり運転を行う行為は、被害者に追突する危険が高く、追突して転倒すれば死亡の結果を生じさせる蓋然性が高いといえる。また、自車の前方に進入されたことに立腹して執拗にあおり運転を行うことは原因行為も不法性も強いといえる。よって、本件では故意を認定するのに損害結果の認識は不要であり、傷害結果のみではなく、死亡の結果に対しても故意免責が認められる。

なお、刑事裁判においても未必の故意が認定されているが、刑事裁判における弁護人は、殺意の故意の推認を妨げる事情として、①被告人と被害者には面識がなく殺人の動機がない、②被告人は衝突直前にブレーキをかけている、③被告人は自ら110番通報し、事故現場に戻って救命措置を取ろうとしたなどと主張した。これらはいずれも「認容」の推認を妨げる要素と考えられ、責任非難に関する事情であるから、保険法ないし保険約款における故意免責の認定場面においてはそもそも主張自体失当となる。本件のような、道路上の交通トラブルに起因するあおり運転は一瞬の興奮から犯行に及ぶ情動犯罪¹³⁵⁾の側面が強いといえるが、保険法ないし保険約款における故意免責適用の場面では興奮状態であることは故意を否定する要素にならないと解する。

135) 情動犯罪の意義については吉川・前掲注90)を参照。

(2) ま と め

以上検討したとおり、賠償責任保険契約における被保険者の未必の故意に認容を要しない場合があるという考え方を前提に、危険の高さと原因行為の不法性の強さの観点から損害結果の認識の要否を区別することで、刑法における故意の認定とは異なった、保険法ないし保険約款独自の観点から故意免責の適切な認定が可能になるものとする。

VII おわりに

本稿は、賠償責任保険契約における故意免責について考察した論文の最終稿である。第1稿では我が国における学説・判例の検討の上、仮説を提示し、第2稿では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」の意義の検討を通じて、私見が提示する故意概念が弁護士賠償責任保険においてどのように機能するかを考察した。

そして、第3稿および本稿では、ドイツ保険法学説・判例およびドイツ刑法学説及び判例の検討を通じて、保険法ないし保険約款における故意と刑法における故意の違いを明らかにし、我が国における保険法ないし保険約款上の故意概念の解釈に対する示唆を得た。

私見の骨子は、客観的な危険の高さとこれに対する認識をもって故意免責を認めるという考え方であり、保険法ないし保険約款における故意概念は、刑法における故意概念とは大きく異なるものであることを前提とする。保険法ないし保険約款における故意には行為者に対する責任非難を含まないものと考えている。

この点については、一応の結論にたどり着いたものの、他方で、損害保険一般における故意免責の趣旨に対する考察や、重大な過失と故意の相違、賠償責任保険においては重大な過失は保険者有責とされるが、保険法17条では重大な過失は保険者免責とされてることに対する考察には及んでいない。

さらに、本稿での主たる考察対象は、ケンカや自動車事故、興奮状態、情動犯、アルコールや薬物の影響による傷害や死亡の結果を招致した場合を想定しているが、それ以外の場面、航空機事故、医療事故、薬害、公害といった事故や、現代的な課題として、デジタル技術の発達に伴う情報の発信・漏洩行為から発生する損害、例えば ChatGPT の作成した回答が誤った内容を含んでいる可能性を認識しながら情報を発信したことにより生じた損害や、チャット履歴に残った個人情報や漏洩することで生じた損害、フェイクニュースを流すことによって生じる損害、名誉棄損やプライバシー侵害には至らないような表現行為（インターネット上での表現行為や動画配信行為など）に起因して発生した損害に対して故意免責がどのように適用されるかについての考察には及んでいない。

これらの点の考察は他日を期することとしたい。

【謝辞】 本稿は、「賠償責任保険契約における故意免責」という論題で執筆した論文の最終稿である。甚だ未熟な内容で、これをもって「完」と称して良いのかどうか今もって悩むところであり、果たしてこの論文が先行業績に対してほんのわずかでも寄与する点があるのか心もとない。もっとも、本論文が、わずかでも何かしら寄与するところがあるとすれば、それは、竹瀝修教授のご指導の賜物にほかならない。弁護士実務の傍ら、遅々として執筆が進まない筆者に対して根気よくご指導を頂き、重要な示唆を頂いた。心から感謝申し上げたい。