

クラウス・ロクシン 『刑法総論』第一卷（第一版）〔七〕

野崎 和義

第十二節 故意と構成要件の錯誤、因果に逸脱が生じた場合の故意への帰属

I 故意の基礎および現象形態

法律 (§15) によれば、各則の個々の規定が明文をもつて過失行為に対しても刑罰を科している場合を除いて、構成要件を故意に実現した場合のみが可罰的である。すでに確認したように、構成要件の実現に向けられた故意（構成要件の故意）は、主観的部分として構成要件それ自体に属する (§10, Rn. 62 以下参照)。しかし、多くの場合、故意の成否によって処罰されるかどうかが決まり、あるいは少なくともどの程度処罰されるかが決まるのであるから、「故意」

の詳細をどう理解すべきかについてはさらに立ち入った説明が必要となる。

一般に故意は三つの異なった形態に区別される。すなわち、意図(第一段階の *dolus directus*)、直接的故意(第二段階の *dolus directus*)、そして未必の故意(*dolus eventualis*)がこれである。これらは、過失に認識ある過失と認識なき過失という二つの形態があることと対比される。標語にまとめてみると、行為者の追求していることから意図という概念に含まれ、追求してはいないが確実に発生すると予見している帰結はすべて直接的故意に包摂される。さらに、未必の故意をもって行為している者は、結果を追求してはいないし、しかもこれが確実に発生すると予見してもいない。むしろ、ことによると結果が発生するかもしれないと予見しているだけであるが、その結果が発生する場合にはこれをみずからの意思に受け容れているのである。

この故意の三つの形態を区別し、その概念をさらに厳密に規定することが重要である。なぜなら、立法者はおよそ故意行為であれば常に処罰するとしていっているわけではなく、ある一定の「意図」を要求するか(たとえば、§§ 142 III 2; 164 I; 167 I Nr. 1; 242; 257 I; 258 I; 263)「それと同じ意味の言い回しを用いることがあり(たとえば、§ 252: “……するために……”; § 267: “欺罔するため”)、またほかには「情を知りつつ行なう行為」という要件とか(たとえば、§§ 87 I, 109e II, 134, 344 I)「熟知に反する」行為という要件で(たとえば、§§ 164 II, 187)「少なくとも未必の故意を排除している場合もあるからである。それに加えて、未必の故意は、その他の故意形態との境界を設けるためだけでなく、とりわけ認識ある過失との区別を行なうためにも、できるだけ精確に記述されなければならない。なぜなら、この区別が、たいいていの場合、可罰性にとって決定的な意味をもつからである。

故意の三つの形態すべてに統一的な性格を与えるために、多くの場合、故意は法律上の構成要件に属するあらゆる事情についての「知識および意欲」とされている。その際、知っている(「知識」という前提と欲している(「意欲」)

という前提は、互いを比べてみると、そのつど異なつて形成されている。意図については、知識の面では結果を惹起する可能性がごくわずかしかなない場合であつても、これを想定していることで十分である。たとえば、はるか遠くに向けて射撃する場合がそうである。結果を追求しており、それゆえ「意欲」が強くあらわれている以上、命中すれば故意行為の既遂となるのである。これに対して、直接的故意については、「知識」はできるだけ精確でなければならぬ。暗殺者が、狙つた被害者を爆死させようとしてつくつた爆弾で周囲の人々も死亡することを確実に知っている場合を考えてみよう。この暗殺者が周囲の人々の死を望んでおらず、それゆえ意思的要素が意図の場合ほど強くなくても、その死は「意欲されたもの」となりうる。最後に未必の故意 (dolus eventualis) についていえば、知識と意欲が互いにどのような関係にあるのが、根本的に争われている（詳しくは、Rn. 21 以下を参照）。しかしいづれにせよ、結果が追求されておらず、それゆえ意思的側面の形成が意図よりも弱いという点で、未必の故意は意図と区別される。その一方で、直接的故意 (dolus directus) との関係では、結果惹起についての知識もずっとわずかであるという点で区別される。このように知的要素も意欲的要素もわずかでよいとされているため故意の実体が色あせたものとなつており、限界事例では、未必の故意は認識ある過失と紙一重でほとんど区別できないものとなっている。

そうはいつても、しばしば意図と直接的故意は、第一段階および第二段階の直接的故意 (dolus directus) としてひとまとめにされ、ともに未必の故意と対比される。法律が明示していたりあるいは法律を解釈することで、直接的故意にのみ罰性が認められる場合がある。この場合には常に、直接的故意に意図が含まれているため、未必の故意だけが刑罰から解放される。その限りで、上述のことは正当であり重要である。他方、意図という概念は、法律で用いられる場合にはしばしば第二段階の直接的故意をも包括するため (Rn. 14 以下)、こうした観点からも両方の故意形態をひとまとめにすることが意味をもちうるのである。

認識ある過失あるいは認識なき過失は「軽率さ」とか「義務に違反した不注意」として具体的に記述しうるのに対して、「知識と意欲」という形式的な特徴にとどまらず故意の三つの形態がもつ共通性を実質的に具体化する試みは、これまでほとんど行なわれてこなかった。こうした状況で、「計画の実現」が故意の本質であるという見解が主張されている。結果を客観的に評価すると行為者の計画に合致している場合には、それを理由として、結果を故意に惹起したとみなしうるのである。このことは意図や直接的故意について明白であるし、さらに未必の故意と認識ある過失との限界づけにあたってもガイドラインとして役立つ。たとえば、意図的に人に車をぶつけた者が、第三者にまで傷害を負わせるかもしれないと認識していたとしよう。この運転者は、それを計算に入れていた以上、ことによると第三者に傷害を負わせるということをみずからの計画に入れていたのである。そこで、第三者に傷害が発生した場合は、彼にとつてもともと好ましくないことであっても、これを故意に惹起したことになる。これに対して、ガールフレンドが注意したにもかかわらずベッドでタバコを吸い続けて火災を起こした者は、(認識ある)過失による出火の責任を負うだけであって、故意による出火の責任を負わない。なぜなら、たとえ親切心からの注意を聞き流してタバコを吸ったのだとしても、その結果は放火の計画を実現したものとは解釈できないからである。因果経過の逸脱という困難な問題にあたっては、計画実現という基準は構成要件の故意への帰属にとつて決定的な意義をもってくる(詳細は、Rn. 135 以下を参照)。

1 意図

意図 (Absicht) が「目標を定めて、構成要件該当結果を追求すること」だという点については、誰もが賛同している。しかし、構成要件を個別にみたとき、このメルクマールを具体的にどのように解釈すべきかについては、激し

く争われている。一九六二年草案が一つの定義を試みた（17条）。『法律上、意図的な行為を前提とする事情の実現に
関心をもつ者は、意図に基づいて行為したものである。』しかし、意図という概念には曖昧さがつきまとうため、また
支配的見解によれば構成要件ごとにその意味が変わることもあるため、右の定義は法律に取り入れられなかった。判
例も、意図という概念は『可罰的な行為の法的性質に基づいて、また罰則が追求する立法目的』にと（BGHSt 4, 108）、
しばしば異なる解釈をせざるをえないと認めている（BGHSt 9, 144; 13, 221; 16, 3も同様である）。しかし、これまで、
中核部分を概念的な共通性に基づいて練り上げること成功してはおらず、そもそも意図を総論の対象として評価で
きるまでには至っていない。また、さまざまな目的設定を納得のいくものとするにも成功していないので、各論
で大きく異なる解釈を正当化するにも至っていない。包括的な研究はほとんどみられない。とはいえ、通例考えられ
ているよりも広くこの概念に共通の分母を設定することが可能であろう。

はじめに確かなことは、行為者が結果を目指しこれに関心をもつところでは、たとえ結果発生を確実なものとして
ではなく、可能なものとしてしか表象していない場合であっても、意図があるということである。

例 1 (BGHSt 21, 283)：強盗犯人が、告発を阻止するため、銃の床尾で殴打して二人の女性目撃証人を殺害したが、
この結果がその殴打によって達成されるかどうかは確信していなかった。

たとえ結果発生が確実ではなかったとしても、謀殺（あるいは謀殺未遂）の前提となる隠蔽する意図がここにはみ
られる。たんに未必の故意が存在しているというわけではない。未必の故意だけであれば、§ 211の成立に十分とはい
えないであろう。いうまでもなく、可能性を表象していれば、法的に重要な危険の実現を可能とする程度に、それゆ
え結果の帰属を可能とする程度に達しているにちがいない。このことは、殺害を意図した発砲が、かなり遠い距離か
らのものだったとしても、通例、あてはまるであろう。これに対して、落雷で死亡することを期待して雷の鳴るなか

を散歩に行くよう勧めるといった周知の講壇事例では、殺害の意図が欠けている（この場合には、およそ殺害の故意が欠けている）。なぜなら、追求されたことは、そもそも構成要件に該当する殺害として客観的に帰属されえないからである（詳細は、§ 11, Rn. 36, 45 ff.）。

さらに、立法者が意図というものを要求するところでは、それぞれの結果だけは意図に包摂されていなければならぬが、法律上その結果に付随する事情までもが意図に包摂されるには及ばないということも、疑いはない。それゆえ、§ 242 の不法に領得する意図の場合、領得さえ目指されていればよいのである。領得が違法であるためには、未必の故意があれば十分である (RGSt 49, 142)。同じことは、詐欺における利得の意図の違法性にもあてはまる (RGSt 55, 261)。

近時次第に広まってきた見解として、行為者の動機つまり最終目的を意図と呼ぶべきではなく、目指した結果がその先にある行為者の別の目標のためのものであるときにも構成要件上の意図が存在するということがいわれている。そうすると、行為者が欺罔により財産を侵害して利得を得た場合、最終的に彼の関心が財産上の利益ではなく、たとえば、みずからの職業上の野心 (RGSt 27, 217) や資本主義との闘争であったとしても、不法な利得の意図は存在するのであり、したがって詐欺が成立するのである。つまり、いずれのケースでも、その先にある目的のための手段として望みどおり惹起されたこともまた、意図されたものなのである。構成要件上の意図が行為者を駆り立てる唯一の目的である必要もない。財布を盗もうとしたところ捕まりそうになり、はじめは逮捕を免れるために、次いで盗品を保持するために暴行を加えた者は、盗んだ財物の占有を保持する (BGHSt 13, 64) という理由だけで行為しているのではないとしても、§ 252 で要求される意図をもっているのである。

それゆえ、次のようにいうこともできよう。結果を意識的に惹起しこれを望んでいたときは、その結果の発生が確

実ではなく、また行為者の最終目的（動因、動機）や唯一の目的ではなくても、常にこの結果を意図していたことになる。他方、行為者が結果発生を確実と考えてはおらず、たんに可能なものと考えているか蓋然的なものと考えていたにすぎないときは、その結果が望まれていなかった以上、せいぜい未必の故意をもって惹起されたものとみなされるべきである。こうして意図という概念をめぐる争いについては、次のような中間的なグループだけが残ることになる。すなわち、行為者が構成要件該当結果を確実に惹起するにちがいないが、この結果を望んではおらず、これに無関心であるか遺憾に思っているようなケースがこれである。このようなケースは、結果の発生が確実であるため、少なくとも直接的故意（第二段階の *dolus directus*）の事例となる。しかし、そうしたケースは「意図」までもあるといえるのだろうか。

例 2 (BGHSt 16, 1) : A は、列車が発車する直前、自分の「6枚綴りの回数券」を家に忘れたことに気づいた。乗車前あるいは下車後に乗車券を買うとあまりに時間がかかるし、どうしても講習に間に合いたかったので、A は有効な乗車券をもたないで改札を抜けようとした。詐欺 (§ 263) となるだろうか。

例 3 : 受刑者が、ほかに着るものもなかったため、やむをえず施設の衣服を着用したまま逃走し、後で着替えたときこれを捨てた。施設の衣服についての窃盗 (§ 242) となるだろうか。

例 4 (BGHSt 4, 107) : タクシーの運転手が、盗品を所持している犯人を家まで送り、正規の運賃の支払いを得た。そうすることで、彼が窃盗犯人に行為の利益を確保させることになるということは、彼にとつてどちらでもよいことであり、むしろ不快なことでさえあった。犯罪庇護 (§ 257) となるであろうか。

例 5 (BGHSt 13, 219) : A 女は、自分の友人を結婚に踏み切らせようと、彼女の親戚が不法にも財産を渡してくれないと嘘をついた。友人は、A 女に親戚を訴えるよう迫った。A 女は、嘘が明らかとなって友人を失いたくないため、

自分が正しくないと思いつつも訴えた。誣告 (§ 164) となるだろうか。

以上の例から分かるように、意図犯 (Absichtsdelikt) の事例は二つの大きなグループに区別することができる。それについては、今後の議論として、意図という概念をそれぞれ異なって解釈することが促される。例 2 および例 3 に示される第一のグループでは、利得あるいは領得の意図が犯罪類型を構成しており、この犯罪類型は意識的に他人に損害を与える以上のこと、つまりまさに意図的に他人に損害を与えることまでも前提としているのである。欺罔により (たとえば、他人を怒らせるために) その他人に損害を与える者が、ただちに詐欺をはたらいているわけではなく、不法な利得を意図してこのことを行なう者だけが、詐欺を行なうのである。詐欺は利得犯なのであって、狡猾な財産侵害一般を指すのではない。しかし、この犯罪類型が利得の意図により決定的に特徴づけられている以上、別の動機で行為する者の願望にも意思にも反してこの利得がもたらされるところでは、利得の意図を否定するのが一貫するように思われる。例 2 についていえば、このことは、運賃を支払わなかったことが、他の目標を動機とする彼の欺罔行為に伴う現象であり、それが彼には心苦しいが避けられないと思われていた場合にあってはまる。こうした場合、価値的にみると、状況は不法な利得という類型よりも他人に対し損害を与えるという類型に近いのである。これに対して、さらに運賃の節約までできるといことが A にとって歓迎すべきことであつた場合には、利得が (独立したものでないにせよ) 彼の行為に伴う目的であり、詐欺として処罰されうることになる。こうした解決は、BGH の解決にも一致している。ペルリンの警察官が出張の際に禁止されていたのに自動車で DDR を通り抜け、その後、みずからの職務違反が発覚しないように、空の旅をしたと申告した場合も、同じ方法で解決されなければならない (結論的には、KG NJW 1957, 882 も同様である)。詐欺における利得の意図と同じく、窃盗における領得の意図も犯罪を構成するものである。他人の所有と占有を奪うことそれ自体は不可罰であり、これが犯罪類型を特徴づけているわけではなく、

領得を目指すことによってはじめに犯罪類型が特徴づけられるのである。それゆえ、通例、例3のように、みずからの逃走目的を追求するに際して、その事情のもとでは行為者にとって物の獲得がやむをえず強いられている場合には、その行動は物を奪うという類型に近く、不処罰にとどまるべきである（支配的見解もそう解している）。囚人が施設の鍵を奪取して、それをもったまま逃走したときは、事情が異なる（BGH MDR 1960, 689）。というのは、ここでは、鍵の窃取が、解放という最終目的を達成するために好都合で不可欠な手段だからである。

これに対して、例4および例5に示される第二のグループの場合には、犯罪類型がもつばら構成要件に該当する法益侵害によって特徴づけられている。犯罪庇護や誣告においては、司法作用の侵害と個人的利益の侵害について、競合の仕方がそれぞれ異なる。ここで立法者が、利益を確保させる「意図」（§25）あるいは官庁の手続を……招来する「意図」（§164）を要求しているのは、そのことで犯罪類型を変更しようとしているのではなく、結果に対しリスクを負うにすぎない行為（つまりたんなる未必の故意）だけを処罰から除こうとしているのである。それゆえ、例4では、運賃を得るために窃盗犯人に犯罪行為の利益を確保させることが、タクシー運転手にとって望ましいことではなく、どちらでもよいか苦痛でさえあったとしても、この運転手は犯罪庇護のかどで処罰されなければならない（BGHSt 4, 107は一部に異なっているが、結論においては同じである）。というのは、犯罪による利益の確保が避けられないと明確に意識されている場合、行為者もつばら利己的に動機づけられていたという理由だけで、そうした確保をもたらすことが不可罰にとどまらざるをえないということは、目的論的にみて理解しがたいからである。同じように、例5でも行為者は、たとえ不承不承刑事手続を招来したのだとしても、誣告を理由として処罰されなければならない（BGHSt 13, 219も同様である）。というのは、行為者の動機の悪辣さではなくて、官庁を誤らせたことおよび偽りの嫌疑をかけられた者に害の及んだことが §164 の処罰根拠として挙げられるからである。

それゆえ、犯罪類型を特徴づける意味が意図に与えられていないケースでは、意図が直接的故意(第二段階の *dolus directus*)の全領域を包摂する。意図した結果が確実に発生することを意識して行った行為は、いずれも構成要件を充足するのであり、意図した結果が行為者に望まれていたかどうかはどちらでもよい。これに対して、意図が犯罪類型を構成するところでは、意図した結果の惹起が行為の最終目的ないし主たる目的であるということは、なるほど構成要件充足にとつて必要ではない。しかし、その結果は少なくとも副次的な目的として望まれていなければならない。このようにして、ここで行なうことのできなかった個々のあらゆる構成要件の解釈にとつてのガイドラインが、ともかくも得られる。その例としてさらに次のことが指摘されよう。たとえば文書偽造 (§267) の場合、法律上の取引において欺罔するため⁴ というメルクマールが犯罪類型を変更することはない。この犯罪類型は、証明取引の真正さが害されてはならないという点に特徴をもっており、欺罔という意図もまさにこの点に向けられているのである。構成要件の主観的メルクマールがあれば、それだけで既遂犯の刑をもつて処断されることになる。それゆえ、純粋に私的な理由から(自己の面目を保つために) 手形上に署名を偽造した者が、そのことにより引受人を法的に意味のある行動へと仕向けることになる⁵と知っていた場合には、そう仕向けることが行為者にとつて問題にならないとしても、§267により処罰されなければならない。§89(連邦国防軍および公共の保安機関に対する憲法敵対的な干渉)のケースにいう「義務にかなった心構えを」覆す意図⁶が、(連邦議会の法務委員会に賛同して、BGHSt 18, 151, 155 が考えているように) この犯罪類型を特徴づけ、行為者の「決定的な動機」となっているかどうかは、大いに疑わしい。というのは、この規定は、国家に敵対的な心情を処罰しようとしているのではなく、保安機関の機能を保護しようとしているのであり、報酬をもらった要員がみずからの破壊活動をもつばら金銭のために行なうとき、まさにこの機能が危殆化されるからである。

他の文献も、各則で意図という概念を規定するにあたって一般的な基準を得ようとしている以上、上述の区別の延長線上にある。Lencknerは、意図というメルクマールが法益の保護を強化しようとしているのか、それとも反対に、法益の保護を制約しようとしているのかを問題にしている。第一のケースは、(§§ 164, 267, 267, 288 のように)既遂で処断される場合である。ここでは、意図が確実な知識を包摂しており、それゆえ第一段階の直接的故意(dolus directus)を包摂している。これに対して、第二のケースは、法益そのものが守られているのではなく、もっぱら行為者の一定の動機を前提にして法益が守られる場合である。§ 263では、財産侵害と並んで利得の意図が要求されており、§ 242では所有権侵害および占有侵害と並んで副次的に領得の意図が要求されている。§§ 249, 253, 259にも同じことがいえる。ここでLencknerは、第一段階の直接的故意、つまり「それに関心をもつこと(Daraufankommen)」を要求している。同様にGehrigは、「保護法益の範囲外にある事情に関係するメルクマール」としての意図 (§§ 242, 263 など)と「保護法益に関係したメルクマールとしての意図 (§§ 164, 267 など)とを区別している。彼は、第一のグループで狭義の意図を要求し、第二のグループでは直接的故意で足りるとしている。Samsonもまた、このような分類を本質的な「解釈の視座」と呼んでいる。「意図が法益侵害に関係するのではなく、大多数の生じた法益侵害から、とくに動機づけられた若干の法益侵害を可罰的なものとして取り上げる機能を有する場合には、必ず、意図は第一段階の直接的故意(dolus directus)の形態でしかあらわれない」というのである。

これに対して、立法者が意図を構成要件の主観的メルクマールとしてではなく、故意の現象形態として用いている場合には、解釈の一般的な基準を挙げることができない。しかし、立法者が(たとえば、§ 258のように)「意図的にまたは情を知りつつ」という言い回しでしばしば意図と直接的故意とを等置している以上、純粋な意図を規定する構成要件としては、§§ 142 III 2, 225 しか残されていない。それゆえ、この問題の実践的意義はわずかである。§ 142 III 2

では、多くのことが、第一段階の直接的故意という意味で意図というメルクマールを狭く解釈するよう求めている。これに対して、§ 226 を考慮に入れると、§ 225 には直接的故意が取り込まなければならない。

2 直接的故意

すでにみたように (Rn. 5)、意図も広い意味では直接的故意に属する。狭い意味で直接的故意というときは、行為者が結果や〔行為〕事情の実現を意図してはいないが、その実現が確実であると認識しこれを意識的にもたらず場合を包摂する。講壇事例として殺人鬼トーマスのケースがある。トーマスは、保険金詐欺の目的で船を爆破しようとしたが、その際、乗組員の死が確実であると予見していた。しかし、直接的故意は、こうしたケースにとどまらない。必ずしも確実に付随結果が発生するとまではいえないが、付随結果の発生が主たる結果と確実に結びついているような場合にも、直接的故意を認めることができる。それゆえ、トーマスのケースでいうと、その行為者が、みずからの仕掛けた爆弾が爆発するかどうかに確信をもっていたわけではないとしても、乗組員の確実な死を想定していた以上、その場合にも直接的故意が認められるのである。立法者は、「情を知りつつ」 (§ 258) とか「熟知に反して」 (§§ 164, 187) という文言で直接的故意を示している。

直接的故意がある場合、行為者にとって結果が好ましくないとしても、構成要件を充足する「意欲」が認められる。「行為から必然的に生じるもの」として認識された結果は、この結果が行為者には全く関心がないとしても、彼らの意思へと取り込まれている。(RGSt 5, 314 ff. 317)。それゆえ、トーマスが乗組員の死を後悔しており、むしろ避けたかったのだとしても、その死を意欲していたのである。乗組員の死は彼の行為計画の構成要素だったのであり、故意を認めるにはそれで十分である。

直接的故意を未必の故意から区別することは、容易である。意図が欠けており、しかも、一定の行為事情の存在あるいは構成要件の結果の発生に行為者が確信をもっていないとき、どのみち直接的故意(dolus directus)は存在せず、せいぜい未必の故意しかない。そして、この未必の故意がさらに認識ある過失から区別されなければならないことは、いうまでもない。その際、蓋然性の上限は確実性と同じであるとみなされなければならないであろう。それゆえ、名誉にかかわる事実を他人を介して流布するとき、99%の蓋然性をもってその事実が虚偽であると想定した者は、そう考えたとおり虚偽だったときは、悪評の流布 (§186) にとどまらず、不実の誹謗 (§187) で処罰されなければならない。

3 未必の故意 (dolus eventualis)

(a) 起こりうる法益侵害に向けられた決意としての未必の故意

未必の故意をどのように規定し、これを（認識ある）過失からどのように区別するかという問題は、実務上も極めて重要であるが、さらに、刑法の最も重要で最も争われている問題の一つともいわれている。戦後の議論に重大な影響を及ぼしたケースから、この問題にアプローチしてみよう。

例 6 (BGHSt 7, 363) : KとJは、Mから金品を強奪しようとした。彼らは、革紐でMの意識がなくなるまで首を絞め、彼の所持品を奪い取ろうと考えていたのである。彼らは、首を絞めると事情によってはMを死なせるかもしれないと認識していたが、できればその結果を避けたいとも思っていた。しかし、彼らは砂袋でMの頭を殴打し、これによりMを気絶させようと決意した。実行の際に砂袋が破れ、Mと取っ組み合いとなった。KとJは、念のために携行

していた革紐を手にとった。彼らは、その紐を M の首に巻き付け、M が動かなくなるまで両端を引いた。次いで、彼らは M の所持品を奪った。その後、彼らは、M がまだ生きていないのかとの疑いをもった。彼らは蘇生を試みた。しかし、この試みは徒勞に終わった。

本件は未必の故意による死の惹起つまり謀殺 (§211) といえるのだろうか、それとも過失による死の惹起 (§223) にすぎないのだろうか。この問題に答えるためには、故意と過失との間にある実質的な区別に立ち戻らなければならぬ。つまり、先に明らかにしたように (Rn. 6)、故意が「計画の実現」であるのに対して、認識ある過失は「軽率なこと」であるにすぎないという点に立ち戻ることが求められるのである。この指標となる観点から出発すると、本件は限界事例にあたる問題ではあるが、(やはり) 未必の故意に属するものであることが認識される。というのは、行為者は不注意で行為したわけではなく、また無思慮に行為したわけでもないからである。むしろ行為者は、自分たちの行為が当然 M の死をもたらしことを明白に認識していたのであり、そうだからこそ当初はこの計画を思いとどまっていたのである。代わりの案が失敗に終わった後、彼らが始めの企てに立ち戻ったとき、彼らは M の死を意識して成り行きに任せていたのであり、たとえその結果が彼らにとって好ましくないものであつたとしても、これを意識していたことに変わりはない。彼らは、被害者が——場合によっては——死亡することを「計算に入れ」、みずからの計画の構成要素としていたのであり、その限りで「意欲していた」のである。

このように限界を定めることが適切である。なぜなら、そうした限界設定が、未必の故意と認識ある過失との間にみられる顕著な可罰性の相違に最もよく対応しているからである。起こりうるとみずから認識した構成要件の実現を計算に入れ、計画を思いとどまることなくその構成要件を実現する者は、当該構成要件によって保護されている法益を侵害しようという決意を——ことによると生じうるケースであるにすぎないといえ、また回避したいという彼本

来の希望に反してではあっても——意識的に行っているのである。起りうる法益侵害に向けられたこの決意こそが、未必の故意をその反価値的内容の点で認識ある過失から際立たせ、より厳しい処罰をもたらすのである。たとえば、同乗者が警告したにもかかわらず危険な仕方で追い越しをして事故を招いた者がいるとする。この事故は、行為者が起りうる結果を知っていた——その限りでは革紐のケースと同様である——だけでなく、それを指摘すらされていたとしても、通例、故意によつてではなく認識ある過失によつて惹起されたものにすぎない。しかし、革紐のケースとの相違は、そのような状況にあるドライバーは、危険を認識していたにもかかわらず、みずからの運転技術で結果を回避できると通常当てにしている点にある。というのは、それが当てにできないとすると、そのドライバー自身、みずからの行動の最初の犠牲者となるため、彼はその行為を思いとどまるからである。このように上首尾を当てにすることは、むなししい希望にすぎないとしても、保護される法益を侵害しようという決意をもたらずものではない。たしかに、行為者の思慮を欠いた軽率さを非難し、それを理由に彼を処罰することはできる。しかし、彼が構成要件上保護されるべき法的価値（ここではたとえば、生命、身体の不可侵性、物に対する他人の所有権）を侵害しようという決意を行っていない以上、この非難はより軽減されたものであり、もっぱら過失犯の刑に相当するのである。

我々が行った限界づけから示されることは、一般にも承認されているように、*Bedingter Vorsatz*〔未必の故意、条件付き故意〕という呼称が正しくないということである。というのは、計画を実現する行為意思としての故意は「未必（条件付き）」ではなく、行為者が構成要件実現という対価を支払つても（それゆえ、*„どのような条件においても”*）みずからの企てを遂行しようとしている以上、むしろ無条件な（*unbedingt*）ものだからである。故意が不確かな条件に依存しているのではなく、たんに結果の発生が不確かな条件に依存しているにすぎない。それゆえ、より正確にいえば、意識の上で不確実な事実的基礎をもつ故意という言葉を用いるべきであろう。それにもかかわらず、

ここでは伝統に配慮して、*未必の故意*という定着した概念を保持しておく。そのようにしても、より厳密に言葉を用いたとき条件付き行為意思を意味する条件付き故意が、そもそも刑法上意味のある故意ではないということさえ明確にしておけば、実害は生じないのである。いまだ決意しておらず、*行為に向かう傾向をもつ*にすぎない者は、故意をもって行為してはいない。たとえば、弾丸の装填されたピストルを抜いたが、それを発砲するか威嚇にとどめるかなお不確実なときは、いまだ故意は存在せず、したがって可罰的な未遂も存在しない。その際、ピストルが暴発して相手方を死に致したとしても、*過失致死 (S229)* が考慮されるにすぎない。いずれの故意にも前提とされる、*無条件の行為決意* という要求は、とりわけ未遂犯論で重要な役割を果たすので、より詳細な議論はそで行なうことにする。

故意と過失とのこうした区別は不法類型に基づいて限界を定めたものであり、そのことで、構成要件の故意を構成要件そのものに組み入れることが確認される (S10, Rn. 69)。計画にしたがって構成要件該当結果を惹起した者は、結果を計算に入れておらず軽率に惹起したにすぎない者とは別個の犯罪類型を實現している。目的的行為論者が試みているように、*目的的な*ものとしての未必的な故意行為を、*非目的的な*行為としての認識ある過失行為から区別しうるかどうかは、目的性という概念をどのように解するかによる。規範的な目的性概念から出発して、犯罪類型の實現が計画にかなっていることが目的性であるとするならば、このことは、本書で主張されている理論と合致している。これに対して、因果に関する純粹な知識を問題にする存在論的な目的性概念を基礎にするならば、認識ある過失をも目的的行為とみなさなければならぬであろう。

しかし、故意と過失との区別は、不法における差異であるだけでなく、責任における重大な差異でもあり、そのことが、両行為態様に異なった処罰をもたらす。というのは、ことによると生じるかもしれないケースについてであれ、

保護法益を侵害しようという決意をする者は、結果が発生しないことを——軽率にはあるが——当てにしている者よりも、さらに法敵的な態度を示しているからである。このように故意が不法という観点でも責任という観点でも重要であるということは、すでに先に獲得された認識（§7, Rn. 76 f.; §10, Rn. 69 参照）、つまり、刑法上の事実が異なった犯罪カテゴリーの観点でしばしば重要となりうるという認識を新たにさせるものである。

結果やその他の行為事情が行為者の意思に取り込まれて、起こりうる法益侵害に向けられた決意を通じて行為計画の構成要素とされたといえるためには、さまざまな前提が存在していなければならぬ。その前提を拘り定規に描こうとすれば、心理的に極めて微妙な状態を言葉で適切に再現するという困難を自覚せざるをえない。こうした状態はしばしば行為者の努力によって制御されるのであるが、その努力は非合理的で多かれ少なかれ意識的にすぎないものだからである。言葉で書き留めようとしても、ここでは近づくことができるにすぎない。こうした留保の上で、次のようにいうことができる。行為者が構成要件実現の可能性を真剣に考慮に入れていながら、それにもかかわらず目標達成のために行為を続行し、それにより、ことによると犯罪を実現するかもしれない——それが好ましいものであれば不快なものであれ——ということを受け容れ（sich abfinden）、その実現を甘受している（im Kauf nehmen）ときは、未必の故意を肯定することができる。これに対して、なるほど結果が発生するかもしれないと分かっているが、これを真剣に受けとめて（ernst nehmen）はおらず、したがって方に一つもこの可能性を受け容れるわけではないが、構成要件が充足されないのであると軽率にも当てにしていた者は、認識ある過失で行為している。その際、当てにしている（Vertrauen）“ということ”は、たんなる“希望”と区別されなければならない。首尾よくいくことを——自己の状況克服能力をしばしば過大評価して——当てにする者は、犯罪結果を真剣に考慮に入れてはおらず、それゆえ、故意をもって行為してはいない。しかし、犯罪結果の可能性を真剣に考慮に入れ、万事がうまくいくことを当てにし

ていない者も、自分には運が味方しており何事も起こらないと希望することができる。この希望は、それと同時に「成りに行きに任せよう」としている以上、故意を阻却するものではない。

以上に述べた区別は、實際上最もしばしば生ずるケース、つまり行為者が構成要件上の行為客体の侵害を回避するかどうか知らないケースについてあてはまるだけでなく、他の行為事情について疑いのあるケースについてもあてはまる。たとえば、ある者が少女を誘惑したが、その少女の年齢が16歳以上であるかどうかは正確に認識していなかったとする。ところが、その少女が現実には15歳になったばかりだとすると、これを誘惑した者は、相手方が年齢に満たないことを真剣に考慮しながらも自分の行動を思いとどまらなかったという前提のもとで、故意による可罰的な誘惑 (§182) の責任を負う。これに対して、たとえば、その若い女性の身体的な発育状況を考慮に入れて、それ以上仔細に調べることなく年齢に達していると軽率に信じた場合、彼は、認識ある過失で行為しているのであり、可罰的ではない。

「真剣に受け取る」と——軽率 (Ernstnehmen——Leichtsinn)、「受け容れること——当てること (Sich-Abfinden mit——Vertrauen auf)」という対概念による区別は、今日文献上に広く行き渡っている。その際、結果を真剣に受け取ることおよび結果を受け容れることと並んで、結果を「計算に入れること」および結果を「甘受すること (Inkaufnehmen)」が、未必の故意の基準として挙げられる。このような組み合わせやニュアンスの差は、個々の論者がこうした標語的な呼称を用いる際に示されるものであるが、それは事実的な性質によるというよりも言語上の性質によるのである。一九六二年草案は、「(法律上の構成要件の) 実現を可能なものと考え、それを受け容れる」(16条) 者に未必の故意を認めたが、それは、今日支配的なこうした理論の意味においてである。それに対して、対案によれば——事実上同義であるが——「行為事情の実現を真剣に可能なものと考え、これを甘受する者」(17条2項) は、未必の故意

で行為するとされる。しかし、立法者は、結局のところ法律上明文の規定を設けることを放棄した。というのは、*「意図」*、*「知っていること」* (*Wissentlichkeit*)、*「過失」* および *「軽率」* といった概念についての立法者のもともとの定義も、そこで多様な問題が争われたため再び削除されたのであり、未必の故意についてののみ孤立した規定を設けることは、立法者にとって *「あまりに断片的」* と思われたからである。

この区別の提案に対して、次のように主張されることもある。すなわち、行為者が結果に全く無関心で、それゆえ精神的態度決定がみられないところでは、*「起こりうる法益侵害に向けられた決意」* あるいは危険を *「真剣に受け取ること」* が問題となりえないのではないか、というのである。しかしながら、あらゆる法概念と同じく決意という概念も、裸の精神的状態として評価されるべきではなく、規範的な基準に基づいて評価されるべきである。起こりうる認識された結果の発生に全く無関心な者にとって、その結果は、発生してもしなくても納得のいくところである。そのような態度のなかに、起こりうる法益侵害に向けられた決意がすでに潜んでいるからである。つまり、ここで考えられている *「決意」* は、*「決心 (Beschluß)」* のような熟考された意思活動である必要はないのである。構成要件該当結果を計算に入れ、それにもかかわらず自分の企てを思いとどまろうとしない者は、そのことで、保護法益を侵害しようという決意を——それに基づく行為を通じて、ある意味で——行っているのである。*「真剣に受け取ること」* および *「軽率さ」* は行為者の不法の意識を前提とするものであり、それゆえ、不法の意識は故意に属さないとする責任説に矛盾する、との異議もみられる。しかし、この異議にも確固たる論拠はみられない。なぜなら、法益侵害の意識が構成要件の故意から生じるが、通常の場合、すでにこの意識によって行為者は決意する状況に置かれるからである。そうでない場合がときおり特別刑法にみられるが、そのときは責任説それ自体が疑わしくなるのである（それについては、§ 21, Rn. 10, 39 ff.)。

もう一つの異議として、このような見解によると、表象されたあらゆる可能性を真剣に受け取っているため、その限りでは少なくとも慎重な者を、思慮を欠き軽率な者に比べて不利に扱うことになる、といわれる。しかし、この異議は正しくない。結果発生の可能性を認識しこれを真剣に受け取る者は、みずからの行為を思いとどまるよう命じる根拠をはつきりと知っているため、そうでない者と比べて有利な立場にある。軽率な者と比べて高い当罰性を基礎づけるのは、あらゆる可能性への疑念ではなく、帰結を冷静に計算に入れながらもさらに続行することなのである。もちろん根本的な疑問として、真剣に受け取ることという公式やこれに類する公式が、とくに危険な行為者(すなわち、〔危険から〕目をそらそうとする極めて強い心理的力をもつ者)に対して不当に特権を与えるのではないか、ともいえる。しかしながら、計算された法違反は、みずからの目標設定にしたがって法に誠実であろうとする者の〔危険から〕目をそらそうとする力〕よりも法敵対性の程度は高いのである。たしかに、並外れた軽率さ〕という例外的なケースについては、とくに軽率な行為は故意による行為と同様に処罰することができる〕という規定の創設を議論する余地はある。しかし、それは立法者による刑事政策上の決定であり、その決定によつたとしても、未必の故意で行為する者が通常高い当罰性の評価を受けることについては何ら変わりがなく、例外として任意に同じ刑罰枠とするケースにおいてすら、両者の行為形態の犯罪類型上の相違は除去されないであろう。

(b) 類似した解決および異なる解決

「真剣に受け取ること」あるいは「受け容れること」といった概念が、ここでは限界を設定するために用いられているが、そうした概念は、未必の故意を概念規定するものではなく、未必の故意の存在を示すに足る徴表、つまり起こりうる法益侵害に向けられた決意を推論しうる事情なのである。これとは別個のアプローチも多くの場合特別な理

論”として文献に登場しているが、それも多分に〔故意の存在を示すに足る〕証拠を徴表しているにすぎず、それ自体ここで主張されている見解にかなり近いものである。

(aa) 是認説あるいは同意説

従来の文献では、意思説 (Willenstheorie) と表象説 (Vorstellungstheorie) の対立が支配していた。前者は限界づけの重点を未必の故意の意欲的要素に置き、これに対して、後者はその重点を知的要素に置いていた。意思説の最も強い影響下にあるのは、是認説 (Billigungstheorie) ないし同意説 (Einwilligungstheorie) であり、これはとりわけRGの判例にあらわれていた。この説は、未必の故意に対して、結果の予見のほかに、行為者がこれを内心で是認していたこと、つまり結果に同意していたことを要求するのである。結果の是認とは、結果が発生するかもしれないという予見に加わる独立した内心の事実であるが、未必の故意の本質的なメルクマールは、まさに、……そうした是認の内にみられるのである” (RGSt 33, 4, 6)。「是認」という基準を言葉どおりに受け取ると、行為者にとって結果が望ましいということ、つまり行為者が結果を歓迎するということを要求しなければならぬ。そうなると、冒頭の設例 (Rn. 21) においては認識ある過失しか認められないであろう。なぜなら、両行為者にとって、被害者の死は明らかに歓迎されなかったからである。そうでなければ、彼らは穏やかなほうの手段をはじめに選択することはなかったであろうし、後に蘇生の試みを行なうこともなかったであろう。

したがって、是認説をこのように厳格に解するならば、この説は、本書で主張されている理論とは異なる帰結になる。そうだとすると、この説は否定されなければならない。すなわち、まず第一に、行為者が結果の発生をまさに是認している以上、多くの場合すでに「意図」が存在しているのであり、その結果、この見解によれば未必の故意を論

じる余地はほとんど何も残らないことになる。第二に、故意犯の構成要件の任務は、意識的に計算された法益侵害がどのような情緒的態度で遂行されるものであれ、これを阻止することにあるが、この見解はそうした洞察を看過させている。ある者が、みずから計算に入れた結果を是認するのか、それに無関心な態度をとるのか、それどころか、それを遺憾に思うのかは、量刑にとつては重要であっても、故意性には影響を及ぼしえない。故意の意欲的要素としては、行為者が結果をみずからの計画に算入し、それにより、法的価値に反する決意という意味で「意欲した」のであれば、それだけで十分なのである。それ以上の心情無価値は必要とされない。

反対説は、次のような事例を繰り返し指摘してきた。すなわち、医師が、致死に至ることもありうる我真剣に考えながらも、しかるべき手術を行なうという事例、あるいは、ある者が友人を救うために攻撃者に向けて発砲するのであるが、その際友人にも命中するかもしれないと明確に意識しているという事例が、これである。論者は、未必の故意で行なわれた殺害を、行為者が結果を内心では認していなかったという理由だけで、否定しうる場合もあると考えた。しかし、それは誤りである。なぜなら、手術および発砲が、それを行なわないときに生じる確実な死から救済する唯一の手段であった場合には、いずれの行為も、もともと客観的に適法であり（同意に基づくのであれ、推定的同意に基づくのであれ、正当化する緊急避難に基づくのであれ）、そのため、故意の問題はそもそも起こりようがないからである。

しかしながら、「是認」という概念を当初からさまざまに理解してきた是認説は、戦後に至り制限的に解釈され、結論においては本書で主張される立場となった。このような展開は、BGHSt 7, 363 (Bsp. 6, Rn. 21.) で極めて明確に表現された最近の判例については、さらには Rn. 64 ff. を参照)。この事案で BGH は、謀殺を理由に二人の行為者に有罪判決を下し、未必の故意を次のように基礎づけた (aaO., 369)。

「結果の是認は、……認識ある過失から未必の故意を決定的に区別するメルクマールであるが、結果が行為者の願望にかなうものでなければならぬ、ということまでも意味してはいない。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場合でも認められる。行為者が、別の仕方ではみずからの目標に到達しえない以上、目的を達成するために、みずからの行為によってそれ自体望ましくない結果が惹起されることをも受け容れ、たとえ結果が発生したとしてもこれを意欲しているような場合には、行為者は、この結果を法的な意味で是認しているのである。」

たしかに、「法的意味における是認」が、通常使用される言葉の意味では否認でもありうることは、紛らわしいものである。しかし、受け容れることとの明確な関連が示すように、BGHは、事実上、支配的見解へと傾いている。「是認」が意味するのは、行為者が起こりうる結果を行為計画のなかに算入し、その限りでみずからの意思に取り込むということにほかならないとすると、たしかに用語上の一致はみられないものの、未必の故意の事実上の射程については一致するのである。文献においても是認はしばしばこのような意味で主張されており、そのため、是認説は今日なお支配的見解のヴァリエーションとして認められるのである。

(bb) 無関心説

是認説は、これを厳格にいうと、Engischによって展開された「無関心説 (Gleichgültigkeitstheorie)」と親密な関係にある。それによれば、「行為者が起こりうる好ましくない副次的結果を肯定的に是認するか無関心で受けとめる場合には未必の故意が認められるが、副次的結果を望ましくないものとみなし、それが起こらないことを希望する場合には未必の故意は認められない。」行為者が結果を受け容れ、したがって故意に基づき行為したことを示す確実な徴表として無関心を挙げる限りで、この説には賛同しうる。しかし反対に、無関心でないことが、結果を望んでいないと

いう意味で常に故意を排除すると考えている点で、この説は適切とはいえない。Engisch は、革紐の事例(例 6、Rn. 2)でたんなる過失を認めざるをえなくなる。それには納得できない。なぜなら、みずからの行為がもたらす結果を意識的に計算に入れていた以上、自分自身も信じていない希望だけでは、その結果の責めを免れることはできないからである。この点で、是認説を厳格に遵守した場合と同じ異議が向けられる。つまり、決定的なことは、起こりうる事態を前にして、決意するにあたり何に賛成し何に反対するかであって、どのような願望や希望でこれを行なうかではないのである。

(cc) 表象説ないし可能性説

意思説の特徴とことごとく対極をなすのは表象説 (Vorstellungstheorie) であり、この説は、故意を限界づけるにあたってもつばら知的要素だけを考慮に入れようとする。表象説はとくに今日支持者を回復しているが、それは、意欲的要素が全くなくても結果発生の可能性を表象さえしていれば未必の故意は基礎づけられる(「可能性説 (Möglichkeitstheorie)」) という徹底した形においてである。表象説を戦後はじめに展開したのは Schröder であり、後に多くの研究において、とりわけ Schmidhäuser によつて深められた。表象説がとくに根拠としている考え方は、可能性の表象さえあれば行為者は行為の続行を思いとどまるにちがいないということ、結果の不発生を当てにしている以上、結果が発生する可能性の否定も含まれているということである。表象説によれば、従来の意味での認識ある過失を否定するという結論になる。「過失はすべて認識なき過失である」と Schröder はいい、Schmidhäuser によると、「これまでの意味での認識ある過失について『語ることはできないのであって、』故意と過失は、知っているかどうかという点で截然と『区別されなければならない』とされる。この理論が、革紐の事例(例 6、Rn. 2)で、未必の故意を認める

にちがいないのは明らかである。

行為者が構成要件の実現される可能性に気づいているにもかかわらず行為を続行することがすでに、結果発生を計算に入れ保護法益を侵害する決意だとしてみよう。それが実際に適切だとすると、その構想は賛成に値する。しかし、そうはいえない。警告を受けたにもかかわらず危険を冒して追い越す者や、まだ火がついているタバコを投げ捨てる者は、法益侵害の可能性を十分に認識しているが、それにもかかわらず、法益侵害が発生しないことを当てにしているのである。可能性を明確に念頭においているが、（軽率に信頼したためであれ）その現実化を真剣に計算に入れることはないという状況が、心理学上頻繁にみられる。行為者が、自分の行為から起こりうる帰結について思い浮かぶことを脇に押しやり、うまくいくだろうなどという、ほとんど合理的基礎をもちえないことを考えて態度決定を避ける場合が、これにあたる。そうした場合には、まさにそれゆえに、もっぱら認識ある過失のみが認められるべきなのである。かりにある者が遠距離からXに向けて発砲し、10%の確率で命中すると確信していたとしよう。その場合、彼は、Xの死を意図し実際にXに命中させた以上、たしかに故意行為者として処罰されるべきである。しかし、他の事情は同じで、猟獣を仕留めようとしている行為者が、勢子Xに命中するかもしれないという可能性をそれ自体は認識したが、この可能性を軽率にも真剣に受け取らなかつたときは、Xに命中したとしても認識ある過失で惹起された事故であるにすぎない。つまり、知識が同じ状態であつたとしても、未必の故意が認められるケースもあれば、認識ある過失が認められるケースもある。故意をもつばら知的要素へと縮減する解釈は、あまりに主知主義的である。

しかし、そのように解釈したところで、可能性説が（その理論的な敵対者、つまり最近の是認説と同様に）実践的な帰結において本書で主張された見解とほとんど異ならないということに変わりはない。なぜなら、たとえば、Schrüderも、ある者が可能性を表象しているにもかかわらず、ともかくうまくいくだろうと確信して安心している場

合には、もつぱら認識ある過失を認めるからである。Schröder は、「そもそも結果惹起の可能性についての現実的な表象」が欠けていると考えるのである。同様に Schmidhäuser も、軽率な追い越しのケースでもつぱら過失のみを認めようとする。彼がもつぱら出发点とするのは、運転者は事故を起こすかもしれないという当初の認識から目をそらし、追い越しの瞬間には完全にその認識を欠いていたということである。行為者は結果発生 of 抽象的な「可能性に気づいてはいたものの、決意した瞬間において彼の意識のなかでは具体的な可能性」を否定していた、というのである。Schröder が「現実の」表象と呼び、Schmidhäuser が結果惹起の「具体的」可能性の意識と呼ぶものの背後には、本書で結果発生の可能性を「真剣に受け取ること」あるいはそれを「受け容れること」として示したこととほぼ同じものが潜んでいるのである。したがって、可能性説は、実質的に異なる判断をしているのではなく、別の解釈と用語を提供しているにすぎないのである。

Schmidhäuser が頑なまでに可能性説に固執するのは、「故意性」について原則的に異なった構想を基礎としているからである。すなわち彼は、その故意性を「およそ意欲的要素を伴わない……責任メルクマールとして」理解しており、こうした理解は、そもそも「意思的態度」を不法に限定し、法益を侵害する精神的態度として責任を理解しようとすることに由来しているのである。しかしながら、まさに Rn. 23, 39 f. で述べた例から示されるように、故意からあらゆる意欲的要素を取り去ると、そこに掲げた現象が歪曲されてしまうのである。

(dd) 蓋然性説

表象説の別のヴァリエーションに「蓋然性説 (Wahrscheinlichkeitstheorie)」がある。この説は「近時」H. Mayer がとくに主張している。「蓋然性とは、たんなる可能性よりも高く、圧倒的な蓋然性より低いことを意味する。」Welzel

が、Mayerのいう蓋然性の表象に依拠して、結果を「計算に入れること」は故意を基礎づけると規定するとき、彼もまたMayerに親近性を示している。Rossはさらに先を進み、行為者が犯罪構成要件の実現を計算に入れた（つまり、圧倒的に蓋然的なもののみなした）かどうか故意を依存させている。Schumannは、「蓋然性説のヴァリエーションに依拠しながらも修正を加えて」、「真剣に受けとめるべき結果発生危険をもたらずに足る因果要因を意識していること」を重視する。Joerdenは、「当該法益に対する具体的な危険の惹起を表象する者は、（未必の）故意で行為する」という。

このような蓋然性説はいずれも、本書で主張する理論と帰結においてそれほどかけ離れてはいない。なぜなら、行為者が結果発生を多かれ少なかれ蓋然的と考える場合、それは、現に彼がこの可能性を真剣に受けとめて計算に入れていることの本質的な徴表だからである。故意犯のケースで、行為者が「たんなる可能性以上のものを」表象しなければならず、それどころか結果発生「の」圧倒的な蓋然性」を表象しなければならぬとすると、このような表象に反してさらに行為を続ける点に、起こりうる法益侵害に向けられた決意が通常認められるのである。したがって、冒頭の革紐の事例（例6、Rn.21）において、おそらく蓋然性説も未必の故意を肯定するであろう。いうまでもなく、結果を真剣に計算に入れるについて純粹に知的な蓋然性予測が常に決定的であるとすることには、争いの余地がある。蓋然性の一定の段階を熟慮する行為者はほとんどいないということからも、そうはいえない。

(ee) 行為にあらわれない回避意思の理論

意思説と表象説の両者が（外見上）対立しているが、そのほかにも目的的行為という概念から展開されたArmin Kaufmannの構想がある。彼は、行為者が結果発生の可能性を表象していたとき、行為者の制御する意思が結果回避

に向けられていた場合にのみ（またその場合は常に）未必の故意を否定しようとする。それによれば、認識ある過失とされるのは、行為者が結果を目指して行為するにあたり、同時に反対要因を投入する場合である。つまり、起こりうる表象された付随結果が生じないように経過を制御しようとする場合である。その際的前提は、行為者が「自分自身の巧みさを現実に見込んでいる」ことである。このような「行為にあらわれない回避意思の理論」は、蓋然性説と同様に、本書で主張する立場からも、故意を決定する重要な手がかりを提供する。行為者が、押しとどめる努力をすることなく、物事の成り行きに任せる場合、彼が結果を受け容れたということ推測できることが多い。逆に、結果回避の努力があれば、多くの場合、その成果を当てにしているものであり、もはや故意をもって行為してはいない。しかし、Kaufmann の基準をもってしても（反論可能な）手がかり以上のものは得られない。なぜなら、一方で、軽率な人間は特別な予防措置を講ずることなく自己の幸運を当てにする傾向をもつことも稀でないからである（火のついているタバコの吸殻が火災の危険のある方向に投げ捨てられるケースについて考えよ！）。そして他方では、回避の努力も、行為者みずからその努力の成果を当てにせず、行為を続行するところでは、故意を阻却しえないからである。たとえば、冒頭の事例（例 6、Rn. 21）がこれにあたる。行為者らは、首を絞める「度合いを加減し」、そうすれば、依然として真剣に計算に入れていた被害者の死を回避できると希望していた。とはいえ、彼らは、故意行為の非難から解放されえない。反対の要因を投入したにもかかわらずなお 50% の確率で失敗を計算に入れる者は、当初から構成要件が実現される見込みを 50% と見積もりながらみずからの企図をやめようとしないうと別個の取り扱いを受ける理由はないのである。

(ff) フランクの公式

未必の故意を検証するために、いわゆるフランクの公式が今日まで多く用いられてきているが、創唱者としては、その公式が、正当にも未必の故意を直接に特徴づけるものとしてではなく、未必の故意を確定するための「認識手段」として理解されることを望んでいた。第一公式は、行為者にとって構成要件実現という結果の発生が当初から確実であったならば、行為者がどのように行為したであろうか、ということの問題とする。「一定の知識があつてもなお行為者は行為に出たといえる場合、……故意は……肯定されるべきである。一定の知識があれば行為者が思いとどまったといえる場合には、故意は否定されるべきである。行為者が結果発生を確実と意識していながらも行為した場合には常に故意が認められるべきである、という点は正当である。なぜなら、この場合、彼は結果惹起に向けて決意し、それを受け容れていたともいえるからである。しかし、結果が確実であれば行為者は行為に出なかつたという逆の場合には、Frankと異なり未必の故意は極めて不確実な推論においてのみ否定されうる。有名なLacmannの射的小屋の事例 (Schiesbudenfall) が、そのことを証明する。

例7. ある青年が、確かな証拠もなしに、縁日で射的小屋の女店員の手からガラス玉を射落とすほうに20DMを賭けた。失敗した場合に、彼は、まんまと縁日のごった返しのかなかに姿を消しようと思つていた。彼は、その娘の手に当てる。

ここで、行為者が失敗するものと確実に認識していれば行為しなかつたであろうということが確認される。なぜなら、その場合、彼は自分の一撃から生じるリスクのみを負い、いかなる利益ももつてはいなかつたであろうからである。それにもかかわらず、未必の故意が認められるべきである。行為者の計画には失敗も計算に入つていた。というのは、彼にとつて成功の見込みは誤射のリスク以上に価値があつたからである。

行為者が、そうなるうがなるまいが、いずれにせよ私は行為に出ると心のなかで思う場合、彼には故意責任があ

る”というフランクの第二公式のほうは、あまり異議が唱えられていない。なぜなら、行為者が結果発生をやむをえず受け容れたにすぎないとしても、故意で行為したという意味で、この第二公式は理解されるからである。もつとも、この点、Frank 自身は第一公式との違いを表現するつもりはなかったであろう。

(gg) 統合説

こうしてみると、さまざまなアプローチを組み合わせる未必の故意を記述する試みも稀ではない。Schroeder は次のようにいう。『行為者が構成要件実現をありうるものと考えてこれを是認したり、蓋然的なものと考えあるいはそれに對して全く無関心な態度をとる場合に未必の故意が……ある』と。Pittwitz は、『刑事手続の観点からみた徴表説』を展開する。この説は、とりわけリスクが実現される蓋然性およびその実現の是認を、故意を認めるための徴表として挙げ、行為にあらわれた回避意思、結果発生に対する影響力また危険の遮断を、故意を否定するための徴表として挙げている。Schünemann は、故意の認知的要素と情緒的要素を多少なりとも強調し、『起りうる』と考えられた法益侵害を望まない者については故意を否定する。なぜなら、この場合、行為者は『明確に法に敵対する』態度をとっていなかった、というのである。このように故意のさまざまな徴表に目を向けると、多くの場合正当な帰結に至る。ここでは次の点を明らかにするとどめておこう。そのような徴表は、とうてい故意そのものとはいえない。それらのおのの働き方に応じて正しく評価されうるのは、故意一般の指導原理（計画実現）を背景として、またとくに未必の故意の指導原理（起りうる法益侵害に向けられた決意）を背景として、そうした徴表を考察する場合のみである。

(hh) Frisch の危険説

Frisch は“Vorsatz und Risiko”(1983)というモノグラフィイーで、故意の解釈論に、とりわけ未必の故意と認識ある過失の限界づけに、新たな基礎を与えようと試みている。彼によれば、客観的構成要件に属するメルクマールは故意の認識対象ではない。なぜなら、構成要件該当結果が行為の時点でまだ発生していない以上、行為者の「認識」は、これに関係づけることができない、というのである。むしろ故意の対象は、もつぱら「構成要件該当行為」であり、たとえば§212のケースでは許されない死のリスクを伴う行為であるとする。したがって、未必の故意の成立には許されないリスクを知っていれば十分であるとされる。意欲的な要素は、未必の故意の成立には何ら必要ない。リスクを知っていさえすれば、故意を重く処罰することが正当化される、というのである。ある態度を構成要件に該当する禁じられたものにするリスクがその態度に特有のものであった場合、そのリスクを認識した者は、このようなリスクを伴う危険性を全く理解していなかった者よりも、当該リスクを冒してはならないという規範の命令を、はるかに容易に遵守しうるのが通常である。”

構成要件に該当するリスクを意識しつつ行為に出ることを決意する者は、「法益を侵害する決意」をしたことになる。いうまでもなく、故意を基礎づけるこのような決意は、行為者も事態を「そのようなものとして理解している」ということを前提とする。行為者が「具体的危険の表象に基づいて」「さまざまなる理由から何も起こりえない」と考えた場合、彼は、「(主観的に)危険のない態度に向けて「決意し、故意で行為したものではない」とされる。したがって、Frisch もまた、「行為者が事なきを得る」ものと当てにしていた場合には、危険の表象があつても故意を阻却しようとする。実際にも彼は、「今日示されている」諸見解のなかでは、「故意について……「危険を真剣に受け取ること」を要求する説が、故意の限界を示すのにおそらく最も有益だろう」と一貫して述べている。

こうした要約からすでに示されるように、Frisch が、新たなアプローチを追求しているとしても、三つのポイント

では本書で主張する構想と一致している。まず、未必の故意と認識ある過失の限界を刑事政策的に基礎づけようとする点、すなわち、さまざまな刑罰要求から説明しようとする点、次に、法益を侵害する決意を重視する点、そして、このような決意を明らかにするために、「真剣に受け取ること」および「当てにすること」という基準を用いる点が、これである。Frisch が、行為者自身の態度決定にみられる意欲的要素それ自体を認めようというのではなく、——可能性説 Rn. 38 ff. の主張者と同様に——リスクの知覚という彼の概念にその要素を取り入れる場合、このことは、(技巧的な) 概念の変形にすぎず、この問題について一致していることには変わりがない。

どの点で Frisch が本書で主張する理論を離れているかを、区別しておかなければならない。構成要件上重要なリスクを重視することをもって、彼は、客観的帰属の理論から望ましい帰結を引き出す。つまり、刑法上重要でないリスクを意味する事態を——誤ってであれ——想定する者の行為は、故意とはいえない。それに対して、リスクを基礎づける諸要因を誤認した者は、(不能)未遂である。これは、それ自体自明のことである。しかし、個々の構成要件的状况および各構成要件ごとにリスクの重要性について極めて緻密に分析した点に、本質的な進歩が認められる。それに対して、Frisch が規範にとつて重要なリスクしか故意の対象とせず、さらに行為事情の認識を問題にしようとする点では、彼に賛成できない。なぜなら、当然、彼は危険の知覚という概念のなかにこのような認識を取り入れなければならないので、この問題においては旧態依然としてゐるからである。結果に関する「認識」の場合に、将来の結果に關係づけられた予測的な認識が問題であるという点では、たしかに正しい。しかし、その認識は、その他の点では「目的」および「故意」という概念の意味内容からすでに明らかとされていることとは異なつて理解されてはゐないのである。

(ii) 結果発生の蓋然性がないとはいえない場合とリスクの慣れに関する Jakobs の理論

Jakobs は、真剣に受け取ることを故意の成立要件とする理論 (Ernstnahme-Theorie) (本書の立場——訳者注) に蓋然性説の要素を結びつける。彼は、構成要件実現の蓋然性が行為の帰結としてないとはいえない (nicht unwahrscheinlich) と行為者が行為の時点で判断した場合に、未必の故意を成立させる。その限りで、彼は、もっぱら故意の知的要素を重視するのであるが、認識活動の諸条件は知的な性質のものに限られるわけではない」ということを認める。すべてうまくいくだろうと軽率にも当てにする者は、まさにそれゆえに結果の発生を蓋然性がないものと考えている。したがって、Jakobs は、真剣に受け取ることという基準それ自体に反対するのではなく、軽率さ、排除などからもたらされる効果を知的側面で過小評価すること”に対して警告するにとどまっている。

この理論の特色は、蓋然性が欠けているとの想定に認識ある過失を結びつけようと試みることにある。Jakobs によれば、結果が発生しようという表象が、取るに足らないとして、行為者の動機に影響を与えていない場合、蓋然性の下限にすら至っていない。たとえば、リスクに慣れる (Risikogewöhnung) 場合がとくに挙げられる。Jakobs は、たしかに統計的には存在するが、個人の体験においてはもはや認められないリスクがあるとする。ほろ酔いかげんで車を運転する者は、統計上計算可能なリスクを設定しているが、ある程度慣れている場合には、結果との関連で……個人的には重大でないリスクを設定している。最高速度に違反した場合あるいは安全な車間距離を保持しない場合も同様であるとする。それに対して、坂の頂上の手前の狭い道路で追い越したり、あるいは赤信号を無視して通過する者には、侵害故意があるとされる。そのような状況は、危ないものと体験されることも稀ではないであろう。さらに Jakobs によれば、決意の重要性は、侵害される利益の重大さおよびリスクの程度”に依存する。

そうした状況は注目に値する手がかりではあるが、結果発生が起こりそうもないという判断をその手がかりに結び

つけようとすると、それはあまりに硬直したものとなる。たとえば、なぜ飲酒運転が全く未必の故意を基礎づけず、またなぜ赤信号を無視して通過することが常に未必の故意を基礎づけることになるのかは、理解できない。どちらの行為態様も厳しく禁止されており、タブー視されている。ある者がその状況をどの程度「危険な」と感じ、どの程度危険を真剣に受け取るかは、個々の事例の状況によるのであり、一律に図式化することはできないのである。「侵害される利益の重大さ」に着目することも、とくに重大な価値をもつ法益（身体および生命！）を危殆化する場合は、より低次の法益が問題となる場合よりも未必の故意が認められやすくなるということになるならば、説得力がない。そうだとすると、蓋然性が同じであると評価される場合、たとえば、殺人の故意は認められるが器物損壊の故意は否定されなければならないであろう。しかし、それは Jakobs の出発点に矛盾するし、誤った帰結になることも少なくない。なぜなら、殺人の規範的障害 (Hemmschwelle) はとくに大きいのであるから、危殆化の表象は、それよりも価値の低い利益と比べて容易に排除され、むしろ認識ある過失が認められるからである。したがって、赤信号を無視すること、坂の頂上で追い越しをすることなども、通常、過失を基礎づけるにとどまるであろう。

(ii) Herzberg の遮蔽されない危険の理論

近時思い切った新たな解決を試みるのは、Herzberg である。彼は、一定の基準が存在すればすでにして客観的帰属を拒却することで、こうした限界づけの問題を完全に客観的構成要件に移そうと試みている。その際に決定的な役割を演じているのは、「遮蔽されない危険 (unabgeschirmte Gefahr)」という概念である。Herzberg は、「行為者が行為する際にあるいはその行為後に、幸運や偶然がそこにもつばらあるいは大きく介入したので構成要件が充足されない場合」、危険は「遮蔽されていない」という。それに対して、「過失により行為する者自身、危険に曝される者、ある

いは第三者が、注意すればことによると結果発生を回避しうる場合、遮蔽された危険が認められる。したがって、職人頭が、未熟な見習いを所定の転落防止措置（手摺りおよび間の横木）の施されていない建築現場に行かせる場合、そして、禁止標識板の警告があるにもかかわらず教師が危険な川に入ることを生徒に許す場合、致死の結果が生じたとしても、行為者の主観的評価に関係なく過失致死しか認められない。なぜなら、危険は「遮蔽されて」いたからである。というのは、被害者が予見し注意すればみずからの死を回避しえたからである。坂の頂上での追い越しや赤信号の無視についても同様であろう。それに対して、ロシアンルーレットを行なう者（二人の友人が回転式拳銃を互いのこめかみに向け、五分の一の確率で結果が発生するリスクをもって同時に引金を引く）、まだ14歳でないだろうと思った娘に性的行為を行なう者（§176 I）、歩行者を自動車で建物の壁に押しつける者（BGH NZSt 1984, 19）、強盗の際に被害者の首を意識がなくなるまで絞める者（BGH StV 1984, 187）は、遮蔽されない危険を設定している。行為者は、たとえ結果が発生しないことを当てにしていたとしても、未必の故意を有している。

さらに、Herzbergは、遮蔽されない危険の場合も、行為者が「かけ離れた危険」を創りだしたにすぎない場合は故意を否定しようとする（あるいは、そうするのもかもしれない）。たとえば、RGの認定したケース（RGSt 21, 420, 422）、つまり、ある者が「夜、重い不要な物を片付けるためこれを窓から投げ捨てたのであるが、その際……通行人に当たったり死亡させる可能性を意識していた」という事例、あるいは、調理台に置き忘れた薬剤を子供が飲み、それにより中毒になるかもしれないということが突如母親の脳裡に浮かんだにもかかわらず、彼女は買物を続けるというような状況である。HIV感染者が、自分が感染していることを相手に明かすことなく無防備の性交を行なうという今日的な問題に対して Herzbergは独特の態度をとった。遮蔽されていない危険が問題となっていることから、Herzbergは 233条 a に関する傷害の故意を肯定する。しかし彼は、論理を一貫させようとすれば、謀殺未遂あるいは故殺未遂を認

めるはずなのだが、多分に感情的理由から躊躇し、客観的構成要件への帰属を否定しようとする。というのは、その行為は「社会的相当性がいまだ残っている」とするからである。

Herzberg の理論は、真剣に受け取ることを故意の成立要件とする理論に矛盾するのではなく、かえって、意思的要素を除去してその説を具体化し、遮蔽することという基準へと本質的に限定しようとする試みなのである。「真剣に受け取る」という基準を不要とすることではなく、それを移動すること、すなわち、客観的構成要件へとその基準を移すこと」が必要だと彼自身考えている。重要なのは、行為者が「認識した危険を真剣に受け取ったかどうかということではなく、……真剣に受け取るべき危険を認識したかということである。」彼は「真剣に受け取る」という基準を客観化した理論」という言葉を用いている。

結果発生の可能性を真剣に受け取ることが、あらゆる内心的なメルクマールと同じく、客観的な事実から演繹されるという点、また、「遮蔽されて」いないことがその際に拠り所であるという点は正当である。しかしながら、このような観点を絶対視することには賛成できない。重大なリスクが依然として存在すると行為者がはっきり認識している場合でも、「遮蔽された」危険は決して未必の故意を基礎づけないのに対して、同じ程度の遮蔽されないリスクがあれば常に未必の故意が認められることは理解できない。たしかに Herzberg は、折にふれて、遮蔽の「効率が高く」「しっかりと」ものでなければならぬと述べる。しかし、そのことでもってほんのわずかな危険を表象した場合だけが故意を阻却するにすぎないと考えられているというならば、蓋然性説へ回帰し、遮蔽という基準は不要なものとなろう。さらに被害者あるいは第三者が遮蔽に配慮せよという場合にも、これらの者にどの程度遮蔽する能力があり、遮蔽する意欲があるのかは、行為者にとって不明確であり、その限界づけも不安定になる。Herzberg 自身もみずからの基準が「かなりの程度評価を必要とし、限界領域において疑念の余地のない決定を保障しえない」と認めて

いる。非合理的な信頼によって故意を否定するが代わりに明確な客観的限界線を見つけようという目標は、挫折するのである。

故意から意欲的要素を完全に排除しようという目標も、ほかと同様に、達成できるものではないし、追求する価値もない。すなわち、行為者が効率的な遮蔽を表象するかどうかは、（行為者、被害者あるいは第三者の）慎重さが結果を回避するだろうとの非合理的な信頼、（少なくとも部分的には）非合理的な信頼に常に左右されるのである。行為者がこのような信頼をもっていない場合、行為者に効率的な遮蔽の信念さえも認めることはできないであろう。危険が「遮蔽」されている場合には、（意欲のなかでも最も強い形式である）目的があつても故意は基礎づけられない、ということも理解できない。ある者が、立ちほだかつている警察官に向かつて高速で車を走行させても謀殺未遂ではない、とするのが通常である。というのは、行為者は、（生活経験に照らせば正当にも）警察官がうまく脇によけるだろうと当てにするからである（Herzbergによれば危険が遮蔽されているからだという）。しかし、他の事情が同じでも、行為者が殺人の意図をもつて警察官へと突進する場合、目的の達成が確実ではなく、警察官が間一髪で脇によけることもあるという理由だけで、これが謀殺未遂にならないというのは納得できない。

(kk) 要約的考察

以上にみてきたように、未必の故意をめぐる最近の努力は、「真剣に受け取ることを故意の成立要件とする理論（Ernsnahmetheorie）」を拒絶するというよりも、むしろこの理論を客観化しようという試みによって特徴づけられる。しかしながら、故意の意思的—情緒的要素を完全に排除しようという努力は、失敗する運命にある。たしかに、行為者が結果を望ましいものと思わなければならないという意味での「是認」は、故意の要件ではない。結果発生に

対する「絶対的な無関心」という感情的態度もまた必要ではない。しかし、起こりうる法益侵害に向けての決意に入り込む「予測的—非合理的な要素」や、危険を「真剣に受け取っている」のか、それともうまくいくことを「当てにしている」のかを区別する「予測的—非合理的」要素を払拭することはできない。純粹に認知的な故意概念を主張する多くの論者のように、その要素を知識概念に取り込まざるをえないが、とはいえ本質的には何ら変わりはないのである。あるいは、その要素を取り込まないとすると、実在する現象をその知的要素への縮減により歪曲せざるをえないのである。

他方において、故意を限界づける際の客観的要素と主観的要素をめぐる争い、知的要素と意思的要素をめぐる争いは、今日その意義が過大評価されている。争っているすべての理論がその具体的帰結において互いに似通っているのは、偶然ではない。なぜなら、「真剣に受け取ること」や「当てにすること」といった意思的特徴をもった要素も、もっぱら客観的な手がかりから説明されるが、そうした手がかりの下で訴訟戦術上の被告人の応訴は決定的な意義をもたないのが通常だからである。認識された危険の程度および行為者の立場からみて結果を甘受する契機があつたかどうかという事情が、そこでは極めて重要な役割を果たすであろう。リスクへの慣れ、回避への努力および遮蔽されることといった別の基準は、危険を評価するときの代表的な意義が大きい。危険を真剣に受け取ったのか法益侵害の不発生を当てにしていたのかを示す手がかりを用いて行なう合理的にコントロールされた包括的な衡量によって、この理論は、その批判者の懸念する恣意を排除するのである。それに対して、知識（どのような種類の知識であれ）に限定する純粹に客観主義的とされた理論は、硬直した画一主義へと容易に陥る。未解決のまま「不安定さが残る」のは避けられない。とりわけ意思的要素のなかに故意と過失の責任の差異もあらわれているのであるから、数学的に峻別することは、責任を決定するほかの事情と同じくここでも不可能なのである。

(II) 未必の故意と認識ある過失の同等の取り扱い

Eser は、未必の故意と認識ある過失の限界づけが困難であるため、立法論的には故意と過失との間に特別な第三の責任形式を設け、未必の故意と認識ある過失を包括しようと考へた。Weigend は、アングロ・アメリカの“無謀 (Tracklessness)” という法形態に依拠してこうした思考を詳細に基礎づけるが、それも同様の解決に至るものである。こうした処理は、各則全体の修正を前提とし、それゆゑ実現可能性に乏しいものではあるが、法適用の簡略化を同時にもたらずの確かであろう。しかし、その処理は、保護法益の侵害に向けられた決意と保護法益の維持に向けられた軽率な信頼との間にある質的な相違をなくすため、薦められない。解釈論上および用語上の違いにもかかわらず、今日主張されているさまざまな学説が驚くほど同じ帰結に至るということは、未必の故意と認識ある過失との限界づけが可能であることを示しているのである。

(c) 近時の判例の展開について

一九五五年に判示された革紐の事例 (例 6, Rn. 21) 以来、判例は次第に次のような傾向を示している。すなわち、結果を真剣に受け取り結果を受け容れてさえないれば、未必の故意を認めるに足りる。つまり“是認”とは、もはや望ましいこととして理解されるのではなく、たんになお行為者が可能なものと表象した結果を——必要に迫られてであれ——みずからの意思に取り込まなければならないという意味で理解されるのである。たしかに、行為者が結果を“望んだ”場合にのみ未必の故意があるとすする判決も、当初はときおりみられた。矛盾する別の判決もある。しかし、主として統一的な方針が確固たる地位を占めているのである。

例 8 (BGH NJW 1968, 660) : 被告人は、追跡してきた警察車両に自分の大型車を衝突させ、走行できないようにすることで振り切ろうとした。彼は、警察官が事故で死ぬ可能性を認識していた。彼は、それを望まなかったにもかかわらず、自分の計画にしたがって行為した。というのは、彼はなんとしても逮捕を免れたからである。

本件で、BGH は、未必の故意を認めた。決定的なのは、……可能であり、ありえないものではないと考えた有害な結果がまさにその行為から発生しうるといふことを……行為者が意識して受けとめたか否かである……。被告人において、警察官が……衝突事故で死亡するかもしれないといふことを予見していたならば、彼は、そうならないだろうといふことを当てにしたはずはない。たしかに、そうした重大な事故は発生しないだろうといふことを希望し願っていたかもしれない。しかし、そのことは、故殺の未必の故意を認める妨げにはならない。この本質によれば、この判決は、まさに本書で主張する趣旨で、起こりうる法益侵害に向けられた決意に故意を依存させているのである。

例 9 (BGH VRS 59 [1980], 183) : 被告人は、バリケードをつくって停止を命じている警察官に向かって車を走行させ突破しようとした。その警察官は、間一髪で脇に飛びのくことができた。

BGH は蓋然性説に立ち、結果発生の可能性が全くないとはいえないという表象があればただちに未必の故意を認定しようとしていると、例 8 の判示を解釈する余地もある。しかしながら、BGH は、例 9 のようなしほば起こりうる状況では、受け容れるという意欲的要素を考慮せずに、このような結論を出すことはできないといふことを明らかにした。つまり、事実審判官は、「行為および行為者人格にみられる特別な事情と……個別的に取り組まなければならぬ」とされる。未必の故意と認識ある過失の相違は以下の点にしかみられない。すなわち、認識ある過失により行為した者は起こりうる認識された結果に同意しておらず、それゆえ結果が発生しないことを当てにしていたのに対して、未必の故意で行為した者は、有害な結果を是認しつつ甘受したか、あるいは少なくとも構成要件の実現を受

け容れたという意味で有害な結果の発生に同意していたのである。〃この二つの責任形式は互いに境を接しているのであるから、責任形式の判断は、決して図式的に行なわれるのではなく、行為者ごとの極めて個別的状况を究明してはじめて行なわれるとされ。このことは、事例の形態が異なっても再三強調されている。

例10 (BGH MDR [H] 1980, 812)：被告人Aは、みずからの行く手を遮る警察官Xの頭部を登山ナイフで意識しかつ意欲して刺し、障害となっているXを排除しようとした。その警察官は、頭を左に傾けた。Xは首に深さ1cmの傷を負った。

他方において、BGHは、多くの客観的徴表により個別的な事情の評価を容易にしようとしており、その際、近時の判決は、蓋然性（〃明白な危険性〃）および成り行きに任せることという基準を前面に押し出している。たとえば、例10の事例では、次第に多く用いられるようになってきた定式において次のように述べられている。すなわち、〃行為者が、構成要件の結果の発生を起こりうるものであつて全くありえないわけではないと認識し、そしてその発生を是認しているとき、未必の故意が認められる。明白な危険性があるにもかかわらず、行為者がみずからの企てを実行し、幸運な結果を当てにする余地すらない場合、そして、彼の認識した危険が実現されるのかどうかを偶然に委ねる場合、是認が認められるのは当然だと思われる。また、たとえ結果が行為者にとつて元来望ましくないとしても、行為者が、被害者を極めて危険な状態に曝すにもかかわらず、いかなる代償を払つてもみずからの直接の目標を追求することに固執する場合にも、是認が考慮される。……おそらく本件もそのような事情であつた〃と。そのほかに、ここでBGHは、行為にあらわれなかつた回避意思というArmin Kaufmannの基準(Rn. 44 f.)を援用している。つまり、〃Aはいかなる事前の措置も講じなかつたが、それを講じていればXが死なないと当てにできたであろう〃と。個々の理論が主張する絶対性を排除しつつも、未必の故意を究明するためにこれらの理論の徴表的価値を承認しようとする努力に

よって、判例は、まさしく正当な途をとっているのである。言語の使い方に反した要約や誤解されやすい要約によつて是認という概念を空虚なものにするのをやめて、未必の故意の実質的内容に即した構想を採用することが望ましいであろう。

例 11 (BGH NZStZ 1982, 506) : K および S は、E を殴り倒し金品を奪った。そして S は、K を被害者から引き離し、E を水路の縁の生け垣の上に寝かせておいた。E は水路に落ちた。彼らは E を助けるべきかどうか考えた。彼らは、暗闇のなかで E を探す気はなく、きつと E は泳ぐことができるだろうと安心して、そこから立ち去った。E は助かった。

文献では故意の意欲的要素をなくしていこうと努力されているのに対して、80年代の判例は、これと正反対の傾向を示している。つまり、故意は、たとえ行為者が自分の態度を著しく危険であると認識し、事態をその経過に委ねたとしても、「意欲」が欠けているため否定される。たとえ、ある者が他の者を明白な危険に陥れ、死に至る可能性を計算に入れていても、行為者は事なきを得るということをたんに漠然と信頼したにとどまらず、真剣に信頼していたので、認識ある過失で行為したにすぎないということは、否定されない (GaO, 506 f.)。本件でも BGH が認識ある過失を認めることは当然のように思われる。「殺人の故意」の前には「危殆化故意よりもずっと高い障壁」があると、しばしば理由づけのために指摘されている (例 11 では、そうした指摘はない)。

刑事訴追機関は故殺の故意を性急に認めがちであるが、BGH は、故意の意欲的要素を用いて、この故殺の故意を認めないようにしている。このことは、歓迎すべき傾向であるが、次のようになると極端にすぎる。すなわち、行為者が被害者を意識的に明白な危険に曝し、その上、結果が発生しないという信頼を呼び起こすに足る事情が明らかに存在していない場合がこれである。例 11 で故意を否定するのはもつともなように思われる。というのは、ほとんどの人

は泳ぐことができるからである。しかし、被告人が、被害者の背中に刺し傷を負わせた場合(BGH NJW 1983, 2268)´、被害者を乗用車で建物の壁に押しつける場合(BGH NSStZ 1984, 19)´、登山ナイフで被害者の左胸部を突き刺す場合(BGH NJW 1985, 2428)´、被害者を刺して腹壁および小腸に穴を開けた場合(BGH MDR 1985, 794)´、サッカーボールのように……かなりの勢いで乳児の頭を蹴った場合(BGH NSStZ 1986, 549)´、被害者を23回ハンマーで殴って殺した場合(BGH MDR 1987, 92)´、2歳の幼児に対しひどく虐待を加えた後、空手の達人として手刀で頭部を殴り生命に危険を及ぼした場合(BGH NSStZ 1988, 175)´、84歳の女性の頭を重い燭台で殴打した場合(BGH StV 1988, 93)´、意識を失うまで妻の首を絞め、意識を失った同女の頭部を2回硬い廊下につつけて、警察に「私は妻を殺したかった」といった場合(BGH NSStZ 1988, 362)´、このようにしばしば直接的故意にまで達するような事態について、事なきを得るといふ信頼の根拠が何かは明らかではない。とくにたんなる願望という意味での「漠然とした信頼」が故意を阻却するのに十分でないというのは正当であるから、なおさらのことである。

BGHは、多くのケースで故意の存否に疑念を示しているが、それは、行為者が激情していたか、あるいはあらかじめアルコールを摂取していたことに基づく。たしかに、自制心を失わせるこうした事情は行為者の責任能力を限定する(そして、そうである以上、刑の減輕へと至るのは正当である)。しかし、なにゆえにそうした事情が、重大な結果が発生しないことに対する「真剣な信頼」を基礎づけることになるのかは明らかでない。むしろ、多くの場合、障壁を除去すること(Entnemung)によって、行為者はその行為の瞬間には結果発生に少なくとも無関心となっていたと考えるほうが当然と思われる。それゆえ、殺人の故意の肯否にあたって、近時の判例は恣意的なきらいがあるという非難を必ずしも否定するわけにはいかない。しかし、この非難は、真剣に受け取ることを故意の成立要件とする理論(Ernsnahmetheorie)にではなく、その理論の適用方法に向けられている。さらに、これまで引用してきた判例か

ら明らかになるように、純粹に知的な故意概念に立ち返ったとしても、裁判にあたって裁判官に広範な判断の余地を残すことになるであろう。なぜなら、BGH は、行為者が結果の可能性をそもそも認識していたこと自体、多くのケースで疑っているからである。

例 12 (BGHSt 36, 1)：被告人は、自分が HIV に感染していることを知っていた。それにもかかわらず、彼は自分が感染していることを知らせないで、同性愛の相手方と 2 回性交を行なった。いずれの場合も、彼はまずコンドームを装着せずにアナル・セックスを行ない、次にこれを中断し、そして今度はコンドームを装着してアナル・セックスを継続し射精にまで至った。知らされていなかった相手方が感染したかどうかは、確認できなかった。

故意の有無を検討するにあたって、はじめに BGH は、“AIDS の場合に刑法上の責任を負わせるにあたって、確定した判例のなかで展開された限界づけの原則を、一般的にあるいは特別に放棄するいかなる理由もない”と強調する (aaO. 10)。次いで BGH は、被告人が危険な傷害の未遂を行ったという原審の認定を、“必然的”とはいえないまでも、“容れる余地があり、追認しうる”ものと考え、その限りで有罪判決を確認した。これに対して、殺人の未必の故意は——すでに LG においてなされたように——否定されている。殺人の未必の故意の前には“ずっと高い障害”があるというのである。これを否定する論拠は、潜伏期間が長いために、“AIDS に対する治療方法がそのうち発見されるだろうという多くの HIV 感染者が抱く希望を被告人ももっていたのではないか”という点にある (aaO. 15)。

多くの論議を招いている本判決は説得力をもちえない。このことはまず、傷害の故意を肯定したことにあてはまる。傷害の故意が一般的に（あらゆる類似の事案について）ではなく、個別的なケースについてのみ認定されている。ところが、そこで認定されている曖昧な間接証拠は、感染のリスクが客観的にみても被告人の見解によっても“取るに足らないものにすぎなかった”という事情と比べると重要ではない (aaO. 11)。その上、そのリスクは“被告人の行為

にあらわれた回避意思”（最後の段階でのコンドームの使用）によってさらに減少した。その結果、被告人は、感染させないだろうと信ずるに足る十分な根拠をもっていた。その他のケースでどの程度の蓋然性があればBGHは——例11についての説明を参照——未必の故意を否定するつもりなのかをみてみると、なにゆえに、本件で未必の故意を認めることが“容れる余地があり、追認しうる”のかは理解しがたいのである。

しかし、ひとたび傷害の故意を認めれば、殺人の故意を否定することは一貫しない。殺人の故意の前にあるずっと高い障害を引き合いに出したところで (aaO.15)‘ここでは功を奏しない。’というのは、HIVに感染すれば常に死に至ると思われ、その結果、傷害の故意および殺人の故意は實際上重なり合うからである。これに対して、被告人はAIDSに対する治療法の発見を希望していたのかもしれないとBGHが考えていたところで、それは、目下の研究状況のもとではかなり曖昧な希望であろうし、その希望は、判例のこれまでの原則によれば故意を阻却しないであろう。また、そのような希望を理由に被告人を有利に扱うことも、本件で明らかのように、彼が一度もそのことを引き合いに出していなかったので、不可能である。

このように批判したからといって、BGHが正当にも殺人の故意がないと認めた点については、何も変わらない。適切に理由づけるとすれば、次のようなものに限られる。すなわち、感染しないだろうと被告人が軽率に当てにしていた以上、傷害の故意は否定されなければならないのである。このような帰結は、知らされていない相手方とHIV感染者との無防備な性交を処罰する必要があるのか否かという問いに対する答えを先取りするものではない。なぜなら、何百もの性的接触の内、一度でも感染が生じれば、それだけで十分だからである。もちろん、刑法という手段でもってAIDSの予防を果たしうるかどうかは、争いが多い。しかし、立法者が予防を促すつもりならば、知らされていない相手方とAIDS感染者との無防備な性交を抽象的危険犯としてとくに刑罰の下に置くべきであろう。

4 故意の時間的な次元 (dolus antecedens und dolus subsequens)

故意は、計画実現の基礎として、実行行為の際、すなわち実行それ自体の際に存在しなければならない。事前の故意 (dolus antecedens) すなわち実行に先行して予備の際に存在する故意では足りない。口論の際、一方が弾丸を装填したりボルバーを殺人の故意で取り出したが、いよいよ決着がつかなくなったときはじめて被害者を射殺しようと思っていた。実行の着手前に誤って弾丸が発射され被害者を死なせてしまった場合、行為者は過失致死罪となるにすぎない。なぜなら、予備段階における故意は、それ自体まだ可罰的ではないからである。行為者が実際に実行の段階に入ったかどうかは誰も分からない以上、予備段階ですでに結果が惹起された場合、故意の既遂により責任を問おうとすることは法的評価と矛盾するであろう。

他方、実行行為の間中、故意が存在する必要はない。行為者が結果惹起に接着する行為を開始し、因果経過を手放す瞬間に故意が存在していれば足りる。飛行機のなかに爆弾を隠したことにより未遂段階に至った暗殺者は、後に爆発した際、そのことをもはや考えておらず、あるいは眠っていたとしても、殺人既遂により処罰される。行為計画を維持しようという意味での「潜在的な」故意ですら、後の段階ではもはや必要ない。暗殺者が爆弾を預けた後みずからの行動を後悔し、無線連絡で飛行機をすみやかに着陸させて乗客を救助しようとしたとしても、その努力が実らなかった場合、彼は殺人既遂により処罰される。このことは刑法 24 条 1 項第 2 文からも疑う余地がない。同条項は、行為の完成を自由意思で妨げる場合にのみ中止未遂により無罪を認めるのである (故意が欠けているからではない)。

事前の故意と同様に、事後の故意 (dolus subsequens) つまり後に生じた故意も刑法の意味での故意ではない。ある者が、自分の仇敵を不注意から死に至らしめた。その後これを歓迎しその事態を意識的にみずからの意思に受け容れ

たとしても、その者は過失致死により処罰されるにすぎず、故意の殺人により処罰されるものでないことはいうまでもない。なぜなら、計画の実現が問題たりうるのは、実行行為を行なう際にその計画が存在していた場合だけだからである。行為者が、過失で傷害を負わせた被害者の死亡する前に、医師を呼ばないで被害者を死なせるという計画を立てた場合、後に生じた故意は不作為による新たな殺害を基礎づけるのであって、過失行為を故意行為に変えるものではない。二行為犯 (zweiaktige Delikte) の場合、故意は両方の実行行為の間中存在しなければならず、その内的一方についてのみ事後的に取り上げてはならない。他の者が暴行を用いて縛った被害者から物を奪取する者は、暴行を事後的にみずからの行為計画のために利用し、その限りでみずからの意思に受け容れてはいるが、たんに窃盗 (§242条) を行ったのであって、強盗 (§249条) を行ったのではない。判例は、いわゆる承継的共同正犯のケースをその例外にしようとする。すなわち、暴行後に加わった奪取者が、そこで強盗を行った者と協力する場合、彼は強盗 (§249) の共同正犯として有罪だという。というのは、共同正犯者による故意の暴行は、奪取者にも帰属されるべきだとするからである (BGH MDR 1969, 533)。しかし、この見解には賛同できない。つまり、共同正犯も固有の正犯であり、それに固有の故意が及ぶ範囲に限られるからである。

5 故意の構成要件関連性と択一的故意

故意は構成要件が実現されるであろうと知っていることおよびこれを実現したいと思うことであるから、故意は常に具体的な構成要件に関係づけられ、両者をそれぞれ個別に吟味しなければならぬ。たとえば、行為者は、結果を惹起することで（たとえば、平手打ちをすることで）複数の構成要件（ここでは §185 の侮辱および §223 の傷害）を故意で実現しうる。同様に、ある者が一個の行為によってさまざまな結果を——故意の形態が異なっていたにせよ

——惹起した場合には、故意により複数の構成要件が実現されている。ある者が石を投げて隣家の窓ガラスを割ろうと意図するとともに、部屋にいる隣人自身にも命中することを真剣に計算に入れていた場合、その者は、この結果が発生した以上、故意の器物損壊および（未必の故意による）故意の傷害として処罰されうる。一方の結果しか発生しなかった場合（たとえば、隣人には当たらなかつた場合）、実現しなかつた結果についてなお故意の未遂としての可罰性（このケースでは § 233 a による可罰性）が残ることもある。刑罰それ自体は、こうしたケースすべてにおいて、後に議論する刑法上の競合理論の原則に基づいて決定される（ここでは § 52）。

行為者が、どちらか一方の構成要件の実現を意図しているか、またはそれを計算に入れている場合については争いがある（**択一的故意** *dolus alternativus*）。この種の事例の一つのグループは、事実関係について構成要件にかかわる重大な疑念がある場合に生じる。道路端に意識を失って倒れている交通事故の被害者をみた者が、その被害者は意識を失っているのか死んでいるのか分からないままにそのジャケットから札入れを抜き取る場合、前者の場合であれば窃盗、後者の場合であれば横領となる。したがって、行為者が両方の可能性を計算に入れている場合、いずれの故意も有している。行為者が自己のものにしようとする他人の物が、紛失物なのか（その場合は横領）、それともたんに置き忘れた物にすぎないのか（その場合は窃盗）をはっきりと分かっていない場合も同様である。ある者が、他人の狩猟区で鴨を撃つた場合、この鴨が野鳥なのか個人の飼育場から逃げ出してきたのか知らなかつたのであれば、§ 292 と § 246 の択一的故意がある。密猟者が茂みのなかにいる客体を狙ったところ、その客体が狩猟獣なのか散歩中の人なのか迷いをもつた場合、§ 292 および § 211、§ 212 等の故意を有している。第二のグループは、行為者が一方の客体あるいは他方の客体に命中するかどうか迷いをもつた事例に関係する。たとえば、行為者は狩猟獣を狙っているが、かわらの人にあたるかもしれないと真剣に計算に入れていた場合である。

ある見解によれば、そのような状況では、択一的構成要件のそれぞれで処罰され、その際、実現された方の構成要件は既遂犯として、充足されなかった方の構成要件は未遂犯として帰属される。全く結果の発生しなかった場合(Rn. 6)で挙げた例で、銃弾が野獣にも人間にも命中しなかった場合、二重の未遂となる。それには賛成することができる。なぜなら、択一的故意の内の一方が、少なくとも未必の故意の形態であらわれていれば、それらはたやすく併存しうるからである。たしかに、これに反対する見解によれば、行為者は常に一個の構成要件だけを実現しようとしているのであって(彼はその構成要件がどれであるかを知らないだけである)、彼をいくえにも処罰することは是認できないとも主張されている。しかし、もっぱら実現された構成要件の方でだけ常に有罪宣告を下すという提案は、何の解決にもならない。それは、第二の事例グループで狩猟獣に向けて発砲した者の例で示されている。なぜなら、いずれの結果も発生しなかった場合、どのような構成要件で処罰されるべきかが不明確だからである。そして、狩猟獣に命中した場合、行為者が密猟の既遂まで達したという理由だけで、未遂に終わった殺人を不処罰にすべきだというのは不可解であろう。当該事案の最も重大な犯罪でのみ処罰するという考えが容易に思い浮かぶ。しかし、その場合も——我々の例でいえば——第一次的に目標とされた狩猟獣に命中したとき、明白に密猟が意図され、実行されたにもかかわらず、殺人未遂にしなければならないとするのは、意外である。択一的故意の場合には刑罰が加重される点で不当であるが、この不当性を回避するには、§ 52 I, IIによって所為の単一となる本件で、具体的な刑がいずれにせよ一つの罰条により、しかも最も重い刑罰を定めている罰条によることで足りるのである。それ以上に、行為者が故意の実行行為を行なって刑罰法規に違反したのに、その刑罰法規による有罪宣告を思いとどまるのは納得がいかない。

（のざき かずよし・明治学院大学法学部非常勤講師）