

未必の故意（再論）

中 義 勝

目 次

- 一 はし が き
- 二 構成要件の故意の有無を認容にからしめるわが国の学説
- 三 構成要件の実現意思の存否をめぐる目的的行為論者内部での異見
- 四 私見と若干の問題点

一

さきにわたしは、故意と過失の限界づけ問題について執筆する機会を与えられ、そのさい、従来の諸説によって認識ある過失が成立するにすぎぬとされる諸事例の大部分は、実は、附随的結果について構成要件の実現意思が認められるのであり、かつこの意思の存否をもって故意と過失を区分する原理とするなら、それらはみな未必の故意に配属されるべき事例だとした。⁽¹⁾そして、かような見解に達するにいたった前提として、なによりもまず、故意を違法性の意識その他の責任要素から解放され、また現実形成にいささかの影響をも与えない内心的感情

未必の故意

一八九

要素をことごとく払拭した構成要件の実現意思として把握すべき方針を徹頭徹尾堅持すべきものとした。⁽⁸⁾

ところが、本問をめぐる最近におけるドイツの学説を検討するに、故意を、私見と同様、構成要件の実現意思として把握しながら、その内容規定において徹底を欠き、無意識のうちはその成否を感情的要素にからしめ、ときには責任要素の援用によって窮地からの脱出を図り、ついにそれまで堅持されてきた感情的ないし責任要素から解放された故意をふたたび自己偽瞞的に放棄するものと思われる見解がみうけられる。他面、構成要件の故意の概念を額面どおり適用・徹底すれば、ある意図 (Absicht) を実現するにあたって発生可能なものと知られていた附随的・構成要件の結果は、その蓋然性の程度を問わず、またそれが希望されもしくは認容されていたか否かを論ぜず、その他いかなる動機にもとづいて行為にでたかを問わず、すべて実現意思によって包括されるものとしながら、いまだかような実現意思の存在をもってしては刑法上故意ありとなすことをえないとする見解も案外に多いのである。

ひるがえって、この点に関するわが国の学説をみるに、右の構成要件の実現意思——同時にそれが責任要素でもあるとする点はこの点では論外のこととして——をすくなくとも故意犯にとつての一般的な主観的構成要件要素とする見解が次第に行なわれるにいたり、かつこの前提を維持しつつも未必の故意と認識ある過失の限界づけを附随的結果の認容の有無にかからしめる若干の諸家が認められる。⁽⁹⁾そこで、このばあいにおける認容とは果して何事を意味するのか、つまり構成要件の実現意思の中に氷解されるべきものなのか、それとも、これあることを前提として別に加えられるべき要件なのかということが当然問題とされねばならぬ。

そこで、本稿では、以上のような問題意識に沿いつつ、かさねて本問について考察してみたいと思う。もっと

も、問題の性質上、すでに部分的には前稿においてふれた事項の再論であることを免がれたい点も多いが、そのさいにもやや詳細にわたって論じうるものと思う。説明の便宜上、まず上記わが国の学説の検討からはじめ、ついで構成要件の実現意思をもって故意と解する見解内部における異見を考察し、最後に私見とこれをめぐる若干の問題点について論じてみたい。なお、本稿では、論点をもっぱら附随的構成要件の結果の発生そのものが不確定だとされるばかりにかぎり、行為客体の構成要件の性質について確定的な認識なきばあい、その他の事例については、すべて前稿での論述にゆずることにしたい。

(1) 拙稿『未必の故意』刑法講座三卷七二頁以下、同『未必の故意と認識ある過失』法学セミナー八二号二八頁以下。私見に対する批判としては、大谷実『未必の故意に関する若干の問題』綜合法学六五号六七頁以下。これは私見と同様、構成要件の実現意思の存否をもって故意と過失を分つ原理とするものであるが、その実現意思の把握のしかたについて私見と相違し、むしろ私見によって排されたアルミン・カウフマン説に依拠するものである。これに対する再批判として、拙稿『未必の故意と構成要件の実現意思』綜合法学六九号七一頁以下。このほか、本問の考察にさいして私見にふれられ、批判的見解を示すものとしては、内田文昭『未必の故意（自動車事故）』刑判例百選五〇頁以下。

(2) 拙稿・刑法講座三卷七六頁以下、同・法学セミナー八二号一九頁以下。

(3) 木村亀二『刑法総論』二〇四頁以下、二〇九頁以下、団藤重光『刑法綱要』総論八九頁以下、二二六頁以下、大塚仁『刑法概説』総論一三三頁以下、一四九頁以下、一六五頁以下。なお、小野清一郎『刑法概論』六五頁、一一三頁、一二五頁以下もこれに属する。

二

一 周知のように、木村博士はつとに目的的行為論をその犯罪論体系に導入され、したがって故意をもっぱら構成要件の実現意思として把握されるが、未必の故意と認識ある過失の区分に関しては以下のごとく説かれる。

『蓋然説は』未必の故意を、結果発生が一般に可能であり、『自己の場合も一般の例に漏れないとして結果の発

生を否定しない場合だとするが、その判断は単に結果の発生を客観的に肯定する事実判断を意味するか、又は、結果の発生を意思的に認容するかが明白でない。もし意思的に認容する意味であれば蓋然説は認容説と同一に帰するが、事実的に肯定する意味であるとすると、蓋然説は故意における意思的面を没却するものとして妥当とはい得ない。これに対して、認容説は故意における意思的面を明かにし、実現意思が未必の結果に志向する場合も故意があるとする意味において妥当と解すべきである。⁽⁴⁾ここでは、右にいう『意思的面』、つまり『認容』をもって何事が意味されているかの検討が重要である。それは、まず、蓋然性説に対する批判によって知られるごとく、『単に結果の発生を客観的に肯定する事実判断』でないことは明白である。さりとて、発生のおそれある結果の価値(法益)に当面して、その発生、つまり法益侵害(違法性)もまたやむをえないと認容・肯定する意味でもありえぬことは、同博士が抛られる責任説に照して明瞭であるとせねばならぬ。それでは、この両者いずれにも属しない次元においてなおかつ説かれる認容とは果していかなる内容のものであろうか。この点に関して注意すべきは、右に『もし意思的に認容する意味であれば蓋然説は認容説と同一に帰する』とされ、かつ蓋然性説に抛られる牧野博士が『苟モ結果ノ発生ヲ可能ナリトシ、而モ其ノ行為ヲ敢テスルノ意思アル』ばあいには未必的故意の成立を認められるが、『その行為を「敢テスルノ意思」は、結局、「認容」に外ならないから』、右の蓋然性説の主張内容は『認容説と同一に帰する』とされる点である。⁽⁵⁾いうまでもなく、牧野博士は原則として故意説を排せられるのであるから、右に『敢テスルノ意思』は違法性の意識とかかわりなき単純な現実形成的意思の意味に解せねばならず、⁽⁴⁾木村博士もこれを前提としたうえでその認容説と同一に帰する旨を説かれたものと考えねばならぬ。そうすると、ここにいう認容とは、故意における意思的側面として、一定の具体的行為をなすなら附随

的・構成要件的结果の発生が可能であるとする単なる表象につきるものでなく、この表象をもちながら表象にかかると同時に結果の発生可能性をも含めた行為をなす意思の意味に解せられ、構成要件の実現意思以外の何事をも説くものではないと考えられる。博士が『認容説は故意における意思的面を明かにし、実現意思が未必の結果に志向する場合も故意があるとする意味において妥当と解すべきである』（傍点筆者）とされる趣旨もこの意味に理解されるべきである。

もし、このばあいの認容を、違法性の意識とかかわらしめることなく、さりとてこれを実現意思の中に氷解してしまうこともなく、ある行為の遂行によって一定の附随的・構成要件の結果の発生可能性を知りつつ、なおその行為を遂行するにあたって附随的结果の発生可能性を認容するというように用いるとすれば、果してそれはいかなることを意味すべきものであろうか。別言すれば、認容を法益侵害に対する一切の人格的態度から解放された意味において使用し、かつ一定範囲の（必然的ないし可能的）現実形成的効力をもつ行為におよぼうと意思しながら、この現実形成的効力の中に含まれる特定の附随的结果の発生可能性を認容しまたは認容しないということ⁽⁵⁾は一体いかなる意味をもつべきであろうか。それは、おそらく、当該の附随的结果の発生が右の現実形成的効力の範囲内に含まれているということのほか、ことさらその発生が願望されている（*Erwünschsein*）か否かに関する感情的態度を表明するものである以外には存しえないであろう。しかし、かような感情的要素の混入はもともと構成要件の実現意思にとって厳に排斥されていたはずのものであることのほか、附随的结果の発生がはじめから願望ないし希望されぬところから未必の故意と認識ある過失の限界問題も出発するものであったということが想起されねばならないであろう。つまり、認識ある過失においてはもとより、未必の故意にあっても附

随的結果の発生は願望ないし希望されているものではないことに注意せねばならぬ。かようにして、実現意思とは別に認容を説くとすれば、その内容は責任ないし感情的要素になわれた人格的態度を説く以外にはないこととなつて、元來の出発的見解にとつての背理を意味し、また実現意思の中に氷解されるべきものとしてこれを説くのであれば、まぎらわしい誤解を誘発するだけで、とくに意義あるものだとはなしえぬこととならう。

(1) 木村・前掲書二〇九―一〇頁。

(2) 木村・前掲書三一八頁以下。

(3) 木村・前掲書二一〇頁註(2)。

(4) もっとも、この『敢テスルノ意思』が法益毀害に直面しながら、しかもなおこれを強行するという意味以外には理解不可能とする批判も可能であらう。のちにふれるシュレーダー等の見解(表象説)はまさにこの趣旨のものであるが、ここでは一応これを論外のこととして置く。

(5) Ebenso Armin Kaufmann, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, ZStW. Bd. 70, S. 70ff.

二 つぎに、団藤、大塚の両家も、犯罪論体系における構成要件の故意の独立の意義を認められ、未必の故意の成否を構成要件の故意の存立内部において論定しようとしてされているように解せられる。⁽⁴⁾ 団藤教授によれば、刑法上故意ありとするためには、『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、少くともこれを認容したことが必要である』⁽⁵⁾とされ、『かような認容がある以上、犯罪事実ことに結果の発生を確定的なものとして表象することは必要でなく、単に可能なものとして表象すれば足りる。すなわち、結果が発生するかも知れないということを知っており、しかも発生すればよいという認容があるときは、故意が成立するのである』とされる。これが未必の故意である。『これに反して、結果発生の可能性を表象していても、認容を欠くときは(中略)意識的過失にすぎない』⁽⁶⁾。ここでも、認容の意義・内容が重要である。自己のなそうとする行為か

ら一定の附随的・構成要件的結果の発生可能性を知り、発生するならしてもよいと思つて行為にでようとする意思あるばあいに認容があり、その結果が発生しては困ると思いつつも行為におよぼうとする意思あるばあいに認容なしとする趣旨であらうか。もし認容をこの趣旨に理解すべきであるとすれば、それは、結局、認容を現実形成にはいささかも影響するところなき行為者の純主観的感情にかからしめるものといわざるをえない。けだし、結果の発生を歓迎せず、これを困つたことだと考えるとしても、この結果の発生可能性を排除しえないような現実形成力を行使しようとするときには、実現意思はこの結果をも包括せざるをえないからである。同様にして、未必の故意ありとされるばあいにおいても、それは結果が発生するならしてもよいとする感情的評価に由来するのでなく、当該の結果の発生可能性をも含めた実現意思の存在にもとづくものと解すべきであらう。

けれども、団藤教授が認容をもつばら右のような意味に用いられているとすることはやや早計のようである。教授が示される認容の存否についての具体例によつて、いますこしこの点につき考察することにしよう。『たとえば、自動車を運転して歩行者のそばをすり抜けようとしたところ、これを轢き殺してしまった。』「うまくすり抜ければそれに越したことはないが、もし轢き殺せば殺してもかまわない」とおもつていたとすれば、それは——結果発生⁽⁴⁾の認容があるから——未必の故意である。「轢き殺しては大変だ。しかし、運転に自信があるから絶対に大丈夫だ」とおもつていたのであれば——結果発生⁽⁴⁾の認容がないから——意識的過失にとどまる。ここに認容の存否につき対照的に摘示される心理的ないし意思的態度は、『結果が発生してもかまわない』とするのと『運転が自信があるから、絶対に結果は発生しない』とすることであらう。一般に、結果が発生してもかまわない、発生してもよいとする心理的態度に対立するものは、結果が発生しては困るといった態度であらう。けれ

ども、自己のなす具体的操縦によれば当該の結果の発生を絶対にさけうる、したがって結果の発生することはないと考えてする運転意思にはこの結果の発生は含まれていず、これに対立する態度はこの結果の発生を排除しない運転意思、つまり附随的結果の発生可能性をも含む実現意思である。そうすると、団藤教授が右の例につきそれぞれ認容の存否を示されたのは、実は、附随的・構成要件の結果についての実現意思の有無を論ぜられたものと解して支障ないのではなからうか。教授が未必の故意ありとされるばあいについても、その理由はひとえに実現意思の存在ありとされるからであり、これとは別に（責任ないし感情的要素を含む）認容の存在を理由とされるからではないとすべきであろう。すくなくとも、団藤説はかように理解せられることを許す発展可能性を含むものと考えられる。そうだとすれば、ここで認容を要件とされる趣旨はもっぱら実現意思あるかぎりにおいて故意を認めようとする趣旨にはかならず、認容自体が特別の要件とされているわけではないと解せねばならぬ。

- (1) この点はとくに大塚教授において明白であり、未必の故意と認識ある過失をそれぞれ構成要件の故意および構成要件の過失の項で論ぜられている（大塚・前掲書一四五頁以下、一六〇頁以下参照）。団藤教授が未必の故意を『構成要件に該当する事実の表象および認容』の項で論ぜられる趣旨もこれと同様に解して妨げないものと思われる（団藤・前掲書二二四頁以下参照）。
- (2) 団藤・前掲書二二六頁、同頁、大塚・前掲書一四九頁。
- (3) 団藤・前掲書二二七頁、同頁、大塚・前掲書一五〇頁、一六五頁。
- (4) 団藤・前掲書二二八頁註四、同頁の例、大塚・前掲書一六五頁。
- (5) したがって、団藤教授がこのばあいを認識ある過失とされているが、後述のように、むしろ認識なき過失とすべきだと考える。

三

一 右によって、われわれは、故意をまず構成要件の故意としてとらえるわが国の学説において、その存否を認

容の有無にかからしめる見解を検討したが、そこにいう認容とは責任ないし感情的要素と関係づけて把握される人格的態度を意味するものとは解せられず、むしろ実現意思そのものを表明するものにほかならず、したがってこれとは別個の要件として認容を説くものではないとする帰結に達した。もともと、論旨そのものから明白にかような帰結をひきだすことにはなお多少の疑問を禁じえぬものもないが、諸家がすべて構成要件の故意の犯罪論体系上独立の意義を認められるものである以上、かつ論旨から右の帰結に積極的に対立する趣旨を汲みとりえぬものである以上、かような帰結ないしこの方向への発展可能性を断定することは支障ないものと思われる。ところで、構成要件の実現意思をもって故意と解することは、すぐれて目的的行為論の主張するところであるから、本説が、故意と過失の限界づけ問題という、構成要件の実現意思の具体的適用限界をあらわならしめずにはおかぬ問題をどのように処理するものであるかを究明することは、ひとしく構成要件の故意の概念を認めるわれわれとして看過することのできぬ関心事だといわねばならぬ。もし、本説が、この極限地域において、構成要件の実現意思の存否をこれとは別個の要件にかからしめ、もしくは別個の要件を混入することによって構成要件の実現意思の存否を偽装しようとするものであるときには、それはただに九仞の功を一簣にかくことを意味するばかりでなく、本説からする他説への批判をことごとくみずからに甘受せねばならぬ自己矛盾の説をなすことを意味するであろう。

二 アルミン・カウフマンによれば、⁽¹⁾ 行為者がその行為によって発生可能なものと計算にいられた (rechnen mit) すべての結果は実現意思に包括される。その行為によって発生可能だと計算された諸結果のうち、特定のものだけは意思されていないとすべしとせば、意思 (Wollen) と意図 (Wünschen) とをとりちがえるというもの

だ。けれども、実現意思はこれによって発生可能だとみつもられている結果の回避意思を介在せしめつつ存在することも可能であり、この回避意思が存するかぎりにおいて当該の結果に対する実現意思は否定されう。このことが可能なのは、ひとえに目的的操縦の具体的方法が技術的構造をそなえるものであるからだ。すなわち、行為がもともと欲していた結果達成のための手段を講じるときには、これと同時に、望ましくない附随的結果の発生がおそれられることがあるが、このばあいにも、行為者は、本来の目的を達成しつつ望ましくない附随的結果の発生を回避しようるように手段行使の技術を按配することができる。このばあい、もし行為者が望ましくない附随的結果の回避をもめざして行なわれる具体的操縦により、所期のとおり、この結果を確実に回避しようものと誤信していたものとすれば、彼の実現意思の中にはこの結果の可能的発生はもはや含まれていず、この点に関する知能的要素 (intellektuelle Komponente) が欠如するのであるから、結局、この結果に対する実現意思の存在は否定されよう。⁽²⁾ つぎに、行為者が附随的結果を回避するために施す措置が所期のとおり進行するために充分であるか否かについて疑問をいだいているときにも、したがって、前後を通じて彼がこの結果発生の可能性を計算にいれているときにも、もし彼の実現意思が同時にこの結果の回避にもむけられており、かつこれを回避するための現実的手段が講ぜられているときには、やはりこれに対する実現意思の存在は否定される。⁽³⁾ けだし、回避意思 (Vermeidungswille) の存在は誘発意思 (Herbeiführungswille) の存在を認めしめないからである。もともと、回避意思とらっても、現実には回避のための要因を投入しようとする実際的な効力のある意思 (Tatmächiger Wille) のみが問題なのであって、かような現実形成をはなれて単に結果の発生を望ましくないと思うだけで、そのためになんらの労をもとらないような意思は単なる願望たるにすぎない。

しかし、これに対しては以下のような批判が可能である。まず、行為者にとってその発生が望ましくない附随的結果の回避をもめざしてとられる具体的操縦措置により、確実にこの結果の発生が回避できるものと信じて行為する意思にとっては、この結果の発生は計算にいれられていず、したがってこの結果に関して実現意思はおよぼされていないとすることはきわめて正当である。けれども、同一のばあいにおいて、たとえ附随的結果の発生を回避するための具体的操縦措置が施されるとしても、それをもってしてははまだ確実に回避の効をあげうるか否かについて自信をもちえぬばあいにおいて、単に結果の回避をねがうだけで、この回避を確実にするためにそれ以上なんらの措置をも講じないときには、一応の結果回避的努力のすえ、結局、このなりゆきを運にまかすというものであり、そのかぎりにおいて実現意思の存在を否定しえないであろう。のみならず、カウフマンが、このばあいに、附随的結果に関する実現意思の不存在を右のような不確実な回避措置意思にからしめるときは、回避措置あるにもかかわらずなおその不発生があやぶまれていることとなりゆきを、しいて回避の希望に託するものといわざるをえない。けだし、結果の回避を確実なものとして信じることをえないとは、裏面からいって、当該の結果発生の可能性をおそれねばならぬということの意味し、そのかぎりにおいては実現意思はこの結果の可能的発生を含むものでありながら、なおあえてこれに対する実現意思の存在を否定することは、一応の回避的努力のすえについて運命にまかせられた結果の回避を—現実的な回避措置によって確保するものではなく—この運命が回避へとつながる幸運をあてにすることにほかならず、ひっきょうは附随的結果不発生の希望によって実現意思の存在を否定することにはかならないからである。しかも、かように、幸運をあてにし、結果不発生の希望の存することによって実現意思の存否を決することは、カウフマン自身によって蔽に戒められていたところ

でもあったのである。⁽⁴⁾

(1) Armin Kaufmann, a. a. O. S. 73ff.

(2) カウフマンは、これを認識なき過失に配するものと解せられる。

(3) カウフマンは、これを認識ある過失に配するものと解せられる。

(4) Vgl. Kaufmann, a. a. O. S. 76. 以上の批判は、拙稿・刑法講座三卷八三頁以下、同・法学セミナー八二号三二頁に記したところと同趣旨である。なお、カウフマン説に対する批判として、Stratenwerth, Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit, ZStW. Bd. 71, S. 61ff.; Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1961, S. 169; Roxin, Täterschaft und Täterschaft, 1963, S. 186ff. 等がある。

三 シュトラーターテンヴェルトによっても、⁽¹⁾ 発生可能なものと知られていた附随的・構成要件の結果はかならずしもすべて実現意思によって包括されるものではない。この結果の発生を真面目にうけとったか(Ernstnehmen)、それとも軽視したか(Leichtnehmen)とどうかが実現意思の存否を決定せしめる。軽視するばあいにも軽視の客体の認識が前提となるのであるから、附随的結果の発生可能性が知られていなければならぬ。ところで、右の真面目にうけとるとか軽視するとかいうことは合理的・觀察的意識(theoretisch-anschauendes Bewußtsein)とはまた別個の次元に存するものである。けだし、ある結果発生の可能性の表象は行為者に対してつねに一定の価値的性格をもってたちあらわれ、彼が自分にとって積極的価値ある可能性の実現をめざし、もしくは消極的価値ある可能性の回避をめざして自己の態度を操縦するような要求となって現前するものであるが、結果発生の危険を真面目にうけとるとか軽視するとかいう心構えはまさしくかような要求に即応する意思にとって不可欠の前提をなすものだからである。そこで、もし彼が一定の消極的価値ある結果の発生可能性を真面目にうけとったとすれば、この危険と結びつけられている所期の行為をとりやめるか、それとも、より高く評価されている別個の目標を達成するために、この結果の発生をやむなく忍ぼうとするかを決定せねばならぬ。かようにして、真面目

にうけとるといふことは意思形成にとっての不可欠の要素として採用されることになり、したがって真面目にうけとられた結果発生の可能性はこの意思によって領得 (Aneignung) やれ、この意思の所業 (Werk) としてこれに包括されることになる。これに反し、もし行為者が結果発生の可能性を真面目にうけとらないとすれば、その意思形成の中にこの結果の可能的発生はとりいれられていない。彼はこの結果発生を括弧の中にくくりこみ、度外視する。もっとも、上記したように、さればといって行為者がこの危険を知らなかったというのではない。ただそれが彼の実現意思によって勘定にいれられて (in Rechnung stellen) いないということの意味するにすぎない。かくして、結果発生を真面目にうけとらぬ者にとっては、その危険は括弧にくくりこまれているのであるから、彼の実現意思にとってこの消極的価値ある結果の発生を運にまかせようとすることは含まれていず、単にこれを真面目にうけとらなかつたという軽率が問題とされるにすぎない。

ところで、シュトラテンヴェルトの再三の弁明にもかかわらず、一定の結果発生を真面目にうけとらず、これを括弧にくくりこむということは、一般的にはおそれられる結果の発生も、当該の具体的なその行為を所定のように遂行するときには発生することがないとする表象を意味するものではなからうか。もとより、シュトラテンヴェルトもいふごとく、軽視するばあいにも何を軽視すべきかという対象が与えられていなければならぬのであるから、附随的結果の発生可能性は一応知られているものとしても支障ない。けれども、かような表象は一般的・抽象的危険の認識であるにとどまり、当該の具体的行為遂行に当面するばあいには―結果発生の可能性は括弧の中にくくりこまれ―もはや危惧するに足らぬものである。しかも、故意・過失の限界問題としてとりあげられる危険はもっぱらこの具体的危険に関するものであるから、シュトラテンヴェルトによって認識

ある過失とされるものは、実は、認識なき過失たるにすぎない。⁽²⁾ いま一步をゆずって、未必の故意も認識ある過失もともに附随的結果発生に関する具体的危険の認識をもちながら、なおこれに対する行為者の特別の心構えによって区分されるものと解するとすれば、その内容は果していかなるものとして規定されるべきであろうか。それは、おそらくは、附随的結果の発生を真面目にうけとることに、それが実現意思形成にわたる動機過程の中にとりこまれるということの意味するものであろう。けれども、右の意思形成が法益侵害その他いかなる価値関係をめぐる動機過程をへて行なわれるものであるとしても、現実形成にあずかって力のあるのはよって形成された実現意思の遂行であって、この意思がいかなる動機過程のあげく成るものであるかは関係なきものであるとせねばならぬ。同様にして、結果の発生が真面目にうけとられていないときにも、もし行為者が結果発生の具体的危険を知りつつ、この危険をも内含する行為におよぼうとするときには、その動機過程のいかんを問わず、やはり実現意思はこの結果発生の可能性を包括するものだといわねばならない。このことを否定できるのは、ただかだか、現実形成とは関係なき、感情ないし動機のうえでのみであるにすぎない。⁽³⁾ 以上によれば、シュトラーターンヴェルトによって提案されている限界基準は、およそ結果発生 of 具体的危険を知りつつ行為するにすぎず、て故意ありとするか（私見によってもこの帰結は是認される）、もしくはこの帰結をきらってその内部に限界を求めようとするときには現実形成とは関係なき責任ないし感情的要素の導入をもって両者を区分しようとするか、二途その一をいざないこととなるであろう。

(1) Stratenwerth, a. a. O. S. 55ff., 60, 64ff.

(2) Arthur Kaufmann, a. a. O. S. 170. 同様の批評を Johnson.

(3) Roxin, a. a. O. S. 187. 同様の批評がみられる。

四 ウェルツェルは以上兩者の見解を部分的に自説に採用しているようにみえる。彼によれば、行為者が附随的結果の発生を可能だと考えたにすぎぬばあいには、彼がその発生を計算にしていたか (rechnen mit) ともその不発生をあてにしていたか (vertrauen auf) によって未必の故意の成否が決められる。ここに、附随的結果の発生を計算に入れることの端緒は、行為者が結果の発生に『単なる可能性以上のものを、そして、優勢なる蓋然性以下のものを』付与するときに認められる。また、結果の不発生をあてにすることは、行為者が結果の発生を可能なものとは考えないということの意味するものではない。かえって、危険の表象はことがらのよきなりゆき (不発生) をあてにすることしばしば共存しうる。というのは、兩者は、一は知能的平面に、他は意欲的平面に、それぞれ異なる精神的平面に立脚するものだからである。軽卒 (Leichsinn) ということがこのことをよく証明する。すなわち、軽卒に行為する者は危険をよく意識しているが、なおその危険が現実化せぬということをあてにするものだ。『それゆえ、「結果の不発生をあてにする」ということは、知能的には危険の表象を含むが、意欲的には (決意にさいしては) 危険の現実化を括弧の中にくくりこむ、行為にさいしての独立の意欲的な心構えである』。しかし、行為者が危険の発生を計算にしているときには、もはやその不発生を、希望することができて、あてにしない。この、結果の発生を計算にしていることとその不発生をあてにするということは、相互に排斥しあう補充概念 (Komplementärbegriff) であって、兩者いずれにも属しない中間領域は原則として存在しえない。ただし、これにはひとつだけ例外が存する。すなわち、結果の発生を単純に可能だと考えるばあいにおいて、行為者が結果の発生を計算にいれもしなければその不発生をあてにもせぬといったことが思考可能である。しかし、実現意思にとつてはすくなくとも附随的結果の発生を計算にいれていると

いうことが本質的である以上、このばあいには認識ある過失が問題になるにすぎない。

さて、右によれば、結果発生の可能性を計算にいられていることは、結果が発生するか否かが実現意思にとつて單純に疑問視されている以上の可能性をもっておそれられているばあいに肯定されるものと解せられる。かようなばあいにあつては、実現意思は單純に疑問視されている以上におよぶ結果発生の可能性をもその効果として包括せねばならぬのであるから、当然この結果に対して未必の故意ありとする趣旨であろう。問題なのは、右の計算にいれるという概念の外延をこえるばあい、つまり、行為者が附随的結果の発生を單純に可能だと考えたばあいである。このばあいは、さらに結果の不発生をあてにするとともにせぬときに分けられるが、ともに実現意思がこの結果におよばせれないとする点では同一である。そして、兩者のうち、結果の不発生をあてにするという意欲的心構えが加わるばあいの方がこれなきときに比し、一層実現意思から疎隔するものだと考えられるから、まずこのばあいについて考察しよう。ここでも、上記シチュエーションヴェルトに対する批判が妥当するであろう。まず、知能的には結果発生の可能性を表象しながら、意欲的には、つまり決意にさいしては、その危険の現実化が括弧の中にくくられるという心構えの内容がやや理解に困難である。もしその内容が、現実的な行為意思にとっては、さきに一応おそれられた結果発生の可能性も、具体的にはおそれるに足らぬということの意味するのであれば、この行為意思にとっては結果発生 of 具体的危険はもはや含まれていず、むしろ認識なき過失のばあいを説くものにすぎぬと解せられる。そうではなく、依然として結果発生 of 具体的危険を表象しつつも、なおその不発生をあてにするというのであれば、現実形成にはいささかも影響をおよぼしえない単に内心的な希望・願望等の感情的要素によって実現意思の存在を否定するものであるにすぎない。⁽²⁾ 結果を回避すべく沈

着に技術をつくしたすえ、なお結果の不発生をあてにするばあいであっても、依然として結果発生 of 具体的危険の存在がおそれられている以上、さきにアルミン・カウフマン説に対して批判したように、それは、結局、回避的努力のすえにことの成否を運にまかすというものである。そうすると、結果の不発生をあてにもせぬとされているばあいであっても—このばあいには、決意にさいして結果発生 of 可能性の現実化が括弧にくくりこまれるということがないと解すべきであるから—いやしくも当該の結果発生 of 具体的危険を知りながら、この危険をも内含する因果力を發揮すべき行為意思が存する以上、この結果の発生もまた当該の実現意思に包括されているものと解すべきであり、結果の発生はこの意思によって計算にいれられていないのではなく、逆に計算にいれられているものと考えるべきである。

- (1) Welzel, Das deutsche Strafrecht, 7. Aufl., S. 62ff. など、ウエルツヘル説については拙稿・刑法講座三卷八〇頁以下にやや詳しく述べた。本稿執筆後、ウエルツヘルの新版を披見する機会を得たが、本文に記載するところと変更がなく (9. Aufl., 1965, S. 59ff.)。
- (2) かなりないわゆる感情説 (Gefühlsheorie) をウエルツヘル自身によっても敢て反対されているところである (Welzel, a. a. O. S. 63~64.)。
- (3) Welzel, a. a. O. S. 63.

三

一 かくして、私見によれば、⁽¹⁾ 附随的・構成要件の結果の発生が単に可能であると考えられるにすぎぬばあいであって、しかもその回避が自己の施す因果力の具体的操縦に依拠すると思われるときには、沈着な技倆の發揮と注意深い操縦措置によってこの結果が回避されるのが相当なりゆきであると考えられ、かつかような注意

深い操縦措置がとられるかぎり、実現意思はこの結果を包括するものではなく、未必の故意はもとより過失もまた存するものではない。過失もまた存するものではないとするゆえんは、過失が成立するための前提たる注意義務違反も認められぬからである。ただし、このさい、自己の技倆を過信し、もしくはその操縦措置によって結果が回避されることが相当なりゆきだと軽卒に考えたとすれば、もはや過失なしとはなしえない。しかし、たとえ誤信にもせよ、その技倆の發揮によって附随的結果が発生することがないと考えたのであるから、彼の実現意思によってはこの結果発生 of 具体的危険は包括されていず、その過失は認識ある過失であるというより、むしろ認識なき過失であろう。⁽⁵⁾これに対して、たとえ結果回避の希望があってもこれがためになんらの現実的措置をとらぬばあい、結果回避のための具体的操縦にはじめから自信がなく、なりゆきを運にまかせるばあい、比較的高度の回避措置を施すものであるが、これによっていまだ結果回避を相当なりゆきだと考えるにいたらず、結局ことの成否を運にまかせるばあいには、すべて未必の故意が認められねばならぬ。

そうすると、私見によれば、本来意図された結果を達成するために選ばれた手段の具体的行使により、なおかつその発生 of 具体的危険を因果的予見の中から終局的にとり除くことをえない附随的・構成要件的结果は、すべてこの手段を行使しようとする意思（実現意思）に包括されるということになり、従来の諸説によって認識ある過失とされたものはみな未必の故意に配せられ、認識ある過失の成立余地をほとんど認めえないということになる。そして、上記の目的的行為論者により、なおかつ認識ある過失が成立するものとされる諸事例につき、実は、認識にかかる附随的・構成要件的结果について実現意思（目的性）の存在が否認されないと説く諸家も案外に多く、エンギッシュ、⁽⁶⁾ ガラス、ノヴァコヴスキー、⁽⁶⁾ アルツール・カウフマン、⁽⁶⁾ ロクシン等の名をあげることができる。⁽⁷⁾

にもかかわらず、これらの諸家は、右の事例をすべて未必の故意に配属するとはかぎらず、故意の存否を構成要件の実現意思にのみからしめることをせず、これあることを前提として、別に特定の責任ないし情緒的要素の有無によらしめようとしている。⁽⁶⁾ もしこれらの諸家がすべて故意説に依拠するものだとすれば、故意の成否を責任要素にかからしめることは、それはそれなりに首尾一貫せるもので、責任説からする超越的批判の余地はあつても、すくなくともその体系内部での自己矛盾は存しない。しかし、いやしくも責任説をとりながら、故意成立の最外延部においてにわかにならぬ成否を責任要素の有無にかからしめるガラスおよびロクシンにおいては、自説内部における矛盾もきまるといふべきであらう。したがつて、責任説をとる以上、いやしくも構成要件の実現意思ありと考えられる附随的結果については例外なく故意の成立をみとめるべきことはもちろん、故意説をとるばあいにおいても、これとは別に構成要件の故意の独立の存在を是認するかぎり、たとえ同時に違法性の意識を欠くばあいであっても、すくなくとも故意による構成要件実現を認めねばならず、のちほど責任論の領域においていわば責任故意なしとして過失責任に任せしめることがあるとすれば、構成要件としてはたとえ殺人（一九九条）を実現しておきながら、終局的責任としては過失致死（二〇〇条）を犯したものとすべし、体系的矛盾の構成を強行せねばならぬ。

(1) 拙稿・刑法講座三巻八五頁、同・法学セミナー八二号三〇頁以下参照。

(2) このかぎりにおいて前説を訂正する。

(3) Engisch, Probleme der Strafrechtsrennung, Kohlrusch-Festschrift, 1944, S. 155ff. (ただ「これは直接原文にあたる」ことができなかった)。「何人かが必然的なものとしてもしくは可能なものとして認識された結果に直面して行為するならば、これはいかなるばあいにも盲目的に惹起されたものではなくして、たとえ意図された (bezeichnet) ものでないとはいへ、意味ある「統理」の中にとりいられたいものである。(中略) 行為の構造からみれば、未必の故意と認識ある過失とは同属する」。

- (4) Gallus, Zum Gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, 1956, S. 43. 『もし行為者が可能に欲せられりし結果の表象にもかかわらず、欲せられた目標にむかひつゝの行為を操縦するならば、この欲せられりし結果もはじめからこの操縦の領域の中に存したかといつても、これが事実上発生するものは、それは行為者の「所業」であつて、盲目的な惹起の結果たるにすぎぬものではなり』。
- (5) Nowakowski, Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ, 1968, S. 338ff. 『条件的故意と認識ある過失とが今日相互に限界づけられるようになつて、それらは目的性によつては明かに一般に区別されなかつた。このため、行為者は附随の結果(より以上の結果)の発生の可能性を彼の態度と結びつける。彼はこれが可能性の意識をもつて行為する。このため、両事例において目的「統理」、意思に及べば行為過程の支配をまつた同一行為』。
- (6) Arthur Kaufmann, a. a. O. S. 170. 『かくいへば、目的性をなせんと未必の故意にも推及するが、認識ある過失にはしからずとするあらゆる試みは坐擁せざるものとみなされてはなかつた。目的性を意図にかきらざる者は、認識ある過失も目的的行為意思によつてもうとにも包括されるよう帰結を回避することができなかつた。けれども、このことは、認識ある過失はその構造上故意行為であるといふことを意味する』。
- (7) Roxin, a. a. O. S. 189. 『行為者が彼の操縦的行為の可能な結果として具体的に表象していかん結果も目的の連鎖の領域中に存しては、行為支配に包括される』。なぜ、最近、Welzel, Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft, 1964, S. 9, Anm. 17. 44, 右のヘンキッシュとロクシンによる目的性の概念に反対している。しかし、その要点は、人間の予見にはかきりがあることであるから、行為者は既知および未知の結果発生の可能性を不確定的に発生せぬものとあてにしようし、またあてにせねばならず、かつその不発生をあてにして居る附随の結果は目的の操縦といふことから排除される、とすることである。なぜ排除されるのかの理由については、この中に明かではない。
- (8) ヘンキッシュは、依然として、未必の故意を法益侵害に対する無関心性の程度的大小によつて過失から分かつとするものようである (Vgl. Englisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 186ff.)。カラスも本説とならう。なお、彼が『かくして目的性と故意の概念には相敵わなかつたことは、たしかに正にキチ (Schonheitsfehler) である。けれどもこのことから特別の体系的困難性が与えられているとするにはおよばない。』といふのは、故意は、未必の故意におけるように目的性、したがつて不法構成要件の領域をこえるかぎりにおつても、いつも責任構成要件、したがつて故意犯の犯罪類型に所屬しているからである』としている (Gallas, a. a. O. S. 43~4)。ノヴァコウスキは、未必の故意と認識ある過失の区別を、決意をささえる心情、法令が不当視するなりゆきに対する錯情的な心構えの差に求める (Nowakowski, a. a. O. S. 339)。マルツール・カウフマンは感情的ないし責任要素の導入によつて与えられる認識説を認めない (Arthur Kaufmann, a. a. O. S. 155)。ロクシンは、両者の差異を道義的に非難すべき心情の差異と求め、その間にカラス (Roxin, a. a. O. S. 189) が、ロクシンに本問の「統一」 Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, Jus, 1964, なるを引用するが、これは参照するに値しなかつた。

二 以上の私見は、その理論構成において多少の差異はあっても、およそ附随的・構成要件的结果の発生可能性を表象しながら、それにもかかわらずなおかつこの可能性を含む行為をなす意思あるべき(「Trotzdem-Wollen」)、この結果に関してはすべて未必の故意ありとするシュレーダーの帰結⁽¹⁾、および、附随的・構成要件的结果発生の抽象的危険性が知られるべき(「いには認識ある過失が成立するにすぎぬとする点はともかく」)私見ではむしろ認識なき過失⁽²⁾、この結果発生の具体的危険が知られているときにはすべて未必の故意が成立するものとするシュミット・ホイザーの見解⁽³⁾とほぼ一致するものである。

この私見に対してもっとも疑問視されるのは、上記の目的的行為論者が認識ある過失の成立を認めうるにすぎないとした事例、つまり、附随的・構成要件的结果発生の単純な可能性は知られているが、行為者がなおこの結果の不発生をあてにし、もしくは自信がないままにその回避をめざして努力するといった事例が私見では未必の故意ありとされる点であろう。しかし、不発生をあてにするといつても、その不発生を相当なりゆきと考えるにいたらぬときには、反面においていまだその発生に対する危惧の念から解放されず、結果が不発生に終るといふ幸運をたのみにするにすぎないのであって、結局は結果不発生の希望の存在に未必の故意の成否をかからしめていることにほかならない。また、いかほど結果を回避すべき措置がとられているとしても、この措置によって結果の回避を相当なりゆきとすることにつき疑問をもっているときには、行為者は、結局、回避的操作のすえにこのなりゆきを運にまかせるといふものであり、かつまかせられた幸運が生ぜぬかぎり結果の発生を危惧せねばならぬといった因果力を施すものであるから、やはりこの結果に対する実現意思の存在は否定すべくもないといわねばならぬ。さらに、右の私見は、責任説によって予定されている責任の理論とも一層緊密に相

即するものと考えられる。けだし、行為者がその不発生をあてにし、ないしは回避的措置をとるものであっても、終局においてはいまだこの措置の成功、つまり結果の不発生を相当なりゆきだと信じえぬときには、結果の未必的発生の表象もまた否定できないのであるから、彼は直接的に規範の問題に当面しているものとせねばならぬからである。⁽⁴⁾すなわち、違法性の意識を可能ならしめる資料は、附随的・構成要件の結果発生の具体的危険の表象あることにより、直接、行為者に与えられている。このことから、逆に、結果発生の具体的危険を表象しながら行為する者は、その危険が単純に可能な程度として知られているものであっても、つねにすくなくとも未必の故意をもって行為するものだといわねばならぬ。

つぎに、われわれの見解によれば、細心に検討した結果、附随的・構成要件の結果発生の可能性を表象して行為におよぶ者にはつねにすくなくとも未必の故意が認められ、これに反して、不注意にも右の表象にも達せずして行為する者は単なる過失とされることになるが、これは権衡をえた処理ではないとする批判が予想される。けれども、結果発生のあらゆる可能性を周到に検討し、これによって結果発生の具体的危険の存在に気づく者は、ひるがえって行使しようとしていた手段を変更し、もしくはその手段を慎重に操縦することによって、おそれられていた結果発生の回避を相当なりゆきとなしうる措置をとる機会を与えられているというものである。もしかような措置をとるときは、当初おそれられていた結果発生の危険はすでに否定されたうえで行為であると解することができるから、実現意思はもはやこの結果の発生を包括するものではないとされるにいたるであろう。このばあい、もし行為者が結果表象によって手段の行使方法につき特別の影響をこうむらず、もしくは影響されてその具体的行使方法につき工夫をこらしたとしても、これをもってしてもいまだ結果の回避を相当なりゆき

と考えるにいたらぬときは、実現意思はやはり表象されたこの結果を包括するものというべきである。それゆえこのばあいには未必の故意を認むべしとするのは、結果表象の欠如によって行為を断念しないし結果の回避を相当なりゆきとするような手段の行使をなすべき現実的機会の存在にも気づかなかつた過失者に比し、いささかも不権衡なことではないといわねばならぬ。⁽⁵⁾

最後に、たとえば、即刻切開手術をすることが患者の生命をとりとめる唯一の途であると過失もなく診断せられたが、すではなはだしく衰弱している患者の体力がこれに耐えず、かえって手術によって患者が死亡する蓋然性が予想されるばあい、われわれの見解によれば医師に殺人に關する未必の故意を認めねばならぬのではないかとする批判が予想される。ただし、このばあい、医師は技術をつくしての手術のすえ、ことの成否を幸運にゆだねるものと解せられるからである。しかし、事案はまさしく一種の緊急避難として適法視されるばあいである。というのは、即刻手術をしなければ患者の死は不可避であるとされるばあい、たとえ手術による死の蓋然性はまぬがれがたいものであるとしても、それはなお生への一縷の可能性につながる措置だからである。そして、およそ構成要件的故意なるものは、同時に正当化事由をなしたしめる前提的諸事実の認識あるかぎり阻却されるべきものだとする私見(いわゆる消極的構成要件要素の理論、制限責任説)によれば、このばあいにももとより故意はなく、したがってまた未必の故意も当然に認められぬということになる。⁽⁶⁾

- (1) Schröder, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, Sauer-Festschrift, 1949, S. 213. 彼がその「Trotzdem-Wollen」を規範の要求に順応せよの意思(Unboughtigkeit)として把握してゐる。平場安治『責任と故意』刑法雑誌二卷一号二頁以下。木村幹子『故意と過失の限界について』刑法雑誌五卷四号五五七頁も本説に依拠されるものとして支障ないと思う。
- (2) Arthur Kaufmann, a. a. O. S. 155. も、これを私見と同様、むしろ認識なき過失だとする。

- (3) Schmidhäuser, Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit, G. A., 1957, S. 313.
- (4) 規範の問題に直面しているか否かにより故意責任と過失責任の特質を明かにするものには、団藤・前掲書二三五頁註(4)、福田平『違法性の錯誤』二四三頁以下、拙稿『厳格責任説と制限責任説』本誌二三卷四・五・六合併号三〇八頁以下がある。ただし、その具体的適用については、とくに正当化事由の事実的前提を誤認するばあいにおいて一致せず、故意責任なしとする見解(団藤・中)とこれを肯定する見解(福田)に分れるが、この相違は(二)では関係がない。
- (5) Ebenso Schröder, a. a. O. S. 241. 同旨、拙稿・法字セミナー八二号三三頁。
- (6) Ebenso Stratenwerth, a. a. O. S. 66ff. 同旨、拙稿・法字セミナー八二号三三頁。なお、内田・前掲論文五一頁は、このばあいに未必の故意ありとなすべきでない」とされる点では私見と異なるが、わざわざ消極的構成要件要素の理論をもちだすまでもない」とされるようである。むしろ、この理論に依拠せぬかぎりこの事例を未必の故意となさざるをえぬ私見を非とされるものと解して大過ないようにはみうけられない。そして、同助教授の立場から、このばあいに未必の故意なしとされる『根拠は、単に、死に対する主観的、是認がないというだけではない。可能な限りの手段を尽くして死を回避しようという、死の認容とは正反対の態度、すなわち、「認容」の否定が客観的にも重大な意味をもつところの实体、を看取しうるからである』とされ、『このように、認容説―特に、行為者が結果を「認容」したかどうかの判定を、単に本人の主観に依存させることなく、その態度の客観的通用性に訴えて決定しようとする認容説―は、新しい学説の批判にも十分耐えることができるように思われる』とされる。もとより、いま一層の詳説をまたなければにわかにはその内容を誤りなく把握することができないが、さしあたっての疑問を述べることが許されるとすれば、この見解によれば、結果回避的努力が行われ、そのさい行為者がこれをもって結果が発生することがあるまいと誤信したとしても、つまり、結果発生の上具体的危険の表象がないばあいにおいても、さような措置の客観的意味ないし価値がまだ回避的努力となすに足らぬときにはもはや過失ではなく、未必の故意が認められることにならないか。そうだとすれば、それは故意の推定ないし擬制に通じることにならないか。

附記 大谷実「未必の故意」再論・同志社法学九二号一頁以下を拜見したのは本稿執筆後のことであった。この論文には私見に対する多くの批判が含まれているが、これに対する再批判はまた別の機会にゆずりたいと思う。