

*Edisher Phutkaradze**

意思の刑法及び刑事政策上の意味

葛原力三(訳)

目 次

はじめに

- I. ドイツ法の諸外国の立法への影響
- II. 認識と意欲の間の相互連関について
- III. 犯罪行為を実行する刑罰的意思と犯罪学的意思
- IV. 意思のグレード
- V. 択一的故意における認識と意欲の相互作用
- VI. 意思による認識の現実化
- VII. 意思と可能性
- VIII. 行為の意欲と結果の意欲

ま と め

訳者後書き

はじめに

人間の態度の特殊性を、特に犯罪行為との関係において掘り下げて観察すると、行為者においてまずは、何らかの犯行の意思が成立して、その後この犯行の「法的なメルクマール」の理論的、精神的な理解が始まると言える。意思、意欲は、構成要件及び犯罪のメルクマールに関する認識に一般的に先行するのである。

もちろん、後者はある犯罪を成功裏に行うについてはそれほど重要な意味を持たないというわけではない。しかし、ある犯罪を行うことを欲しない場合に、ある犯罪行為の諸メルクマールを認識することには如何なる意味があるだろうか？そのような意味において、直接故意を以て行われた犯罪においては、意思は認識に比してより重要且つ優先的な地位に立つのである。もちろんこの点については反対説もある。

意思を重視する見解にとっては、行為者がある犯罪行為を行う意思へと導いたものの

* ジョージア *Suchumi* 国立大学教授

確認もゆるがせにはできないものとなる。何が行為者を犯行へと駆り立てる力、動機となったのか？この点において既に我々は、意思形成の原因追及の必要性へと向かっている。即ち、故意にとって重要な意思（願望）の刑法学上の探求が犯罪学的視点を必要とすることになるのである。

故意犯、特に直接故意によって犯される犯罪の場合、ある犯罪行為を遂行する意思は、その最も重要なファクターの一つである。これに、当該犯行の理論的、精神的な理解（意識、認識）が後続し、更にその後、その実現（結果発生、実行行為）がもたらされる。従ってある犯罪を遂行する意思は、犯罪学的、刑法的視点の両方において極めて重要なものなのである。

I. ドイツ法の諸外国の立法への影響

特記すべきは、ドイツ法文献における故意の問題の学問的な取り扱いのレベルが非常に高いことと、そのジョージアの法思想への影響である。その理由の一つは、ロシア法学、ロシア文献の拒否という動機である。このことは、ジョージア独自のオリジナルな学派というものがなかったことに起因するとも言える。独自の理論体系の欠缺とロシア法学の拒否とが、ジョージアの法学者がドイツ法理論の模倣に向ったことに寄与したのである¹⁾。

旧西側諸国の、特にドイツの学問上の業績に親しむことは、極めてよいことであり、歓迎すべきことであるが、それが自己目的であってはならない。ドイツの研究者を貶めることにはならないと願いつつ、言いたいのは、独自の創造性を付け加えることなしにドイツ法の法的思考を模倣し、その諸理論を輸入するだけでは、我がジョージア刑法を正しく発展させることはできないということである。

任意の他国（この場合、ロシアとその刑法典並びに刑法学）を嫌い、そして／あるいは、任意の他国（この場合ドイツとその刑法典並びに解釈学）を模倣するという基盤の上では、独自の学問と特に立法を完成させ、継続的に発展させることは不可能なのである。

私は、諸外国の学問的成果あるいは立法の成果に精通することを拒むものではない。いや、むしろ、意味のあることだと思っている。しかし、だからといって、我々がそれを模倣し、その全てを「盲目的に」輸入しなければならないという訳では決してない。グローバル化と諸国間の法的協働の必要性は、ある他国の法をそこその範囲に

1) Siehe O. Gamkrelidze, Deutscher Einfluss im georgischen Strafrecht, in Buch „Kampf für Rechtsstaatlichkeit“, Tbilisi, 1998

において知るのみならず、その適用をも要求するが、ここで、法規定の共通化については何事も語るつもりはない。それは、また別のテーマであり、本稿において議論すべき事柄ではない。

諸外国の進歩、学問上の新知見を知ることはいつも興味深い。このことを否定するのは難しい。しかし、これは、手段であってゴールでは（自己目的では尚更）ない。

自国独自の、異なるそして根拠ある知見を造り出し、その後これを（読者ないし聴衆に）提示することの方が、そうした思考を世界的に有名な権威者に伝えることよりも常に重要で優先されるのである。とりたてて言うまでもなく広く知られていることではあろうが、ドイツ刑法の成果、ドイツ刑法における故意の問題、そこに存在する学説の数々については、ドイツの研究者に委ねるべきであろう。彼らは当然、私や、私と同様、ドイツに滞在してドイツ刑法学と立法を見聞した、あるいはドイツ文献を渉猟した、またあるいはその他の方法でドイツの研究者と議論する機会を持ったことのある他の非ドイツ諸国の研究者よりも優れた報告ができるであろうからである。

ドイツの同僚達にとってもそして他の諸外国の同僚達にとっても興味深いのは、彼らにとって何か目新しい、そして別の種類の事柄であって、彼らの方が我々よりもいずれにせよよく知っている、あるいは知ることができる事柄ではない。

このように考えるが故に、そして、この問題をドイツモデルに沿う形では知らないか、あるいはこの問題をドイツモデルに従って検討するのはつまらないと考えているからではなく、以下では、この問題をある異なる視点から描写してみようと思う。私個人としても、そしておそらく多くのジョージアの研究者も、ドイツの学者の故意及び他の諸問題に関する古典的業績をかなりよく知っており、興味深いと思っはいるのだが。例えば、H. H. Jescheck, T. Weigend, M. E. Mayer, E. Mezger, G. Radbruch, C. Roxin, H. Welzel, H. Alwart, E. Dreher, R. Frank, J. Goldschmidt, G. Jakobs, E. Schmidhäuser, H. W. Schünemann といった研究者²⁾の諸業績はジョージアでも良く知られている。

II. 認識と意欲の間の相互連関について

構成要件メルクマールに関する最良の認識を有しているのは、研究者、教授、裁判官、検察官、そして刑事弁護人である。そして、十分な教育を受け、刑法及び刑事立法に関する知識を有する者は、全てその認識を有すると言うことができる。そうした人々の方が、犯罪構成要件を実現する、より教育程度の低い、刑法に関する知識を有しない者よ

2) 更に多くの論者を挙げることもできる。

りも構成要件メルクマールに関するより高度の認識を有しているということができ、このことには別途証拠を示す必要すらないかも知れない。

その理由は、後者の人々が（相対的に程度の低い認識であるとはいえ）認識と共に、そうした行為を行う意欲を有し、前者の人々はこれを有しないというところにある。故意には認識よりも意欲の方が重要であることの論証としては、このことだけで充分である。有名な刑法専門家（理論家であれ実務家であれ）は、構成要件に属する事情につき詳しい知識を有しているが、だからといって、彼らがそうした構成要件実行の故意を有しているということにはなり得ない。つまり、彼らは、そうした構成要件を実行する意欲を有していないからこそ、故意をも有しないのである。

即ち、何事か（構成要件）を知ることは、それを行う意思を含まないか、あるいは必ずしも必要としない。しかし、（構成要件を実現する）意思は、その実現のために対応する認識を無条件に必要とするのである。さもないれば、意思は、単なる意思にとどまり刑法の観点からは何の価値も有しない。構成要件を実現する意思を以て初めて、関連する認識を伴う意思の実現を含蓄する故意が成り立つ。ある犯罪事実を実現する意思なくしては、その事実を詳しく認識する必要はなく、何事をも実現することを欲しない時は、対応する認識を獲得することに意を払う必要はない。しかし、何事かを行おうと欲し、それを是とする決断をする（何故そうするかは別個の、しかし同等の重要性を持つ問題である）ときは、まずその何事かの理論的、精神的な理解と計画（即ち認識）が必要となり、対応する行為、即ち実践を要するのはその後のことである。

ある構成要件的行為を行う意思は、その現実化のために対応する認識と行為とを必要とする。しかし、（構成要件の）認識は、それを行う意思がなければ行為を全く必要としない。つまり、意思は、人の行いの駆動力であり、構成要件の理論的認識とこれに対応して実行する行為は、意思の実行の手段である。

重要なのは常に、ある犯罪事実を欲するところとの合致において行う決断である。即ち、その犯罪事実を実現することを意欲するか否かの理解である。何を意欲するかを知る（構成要件メルクマールの認識）か、この事実をそもそも意欲するのか（当該罪を犯す意思）否かを正確に知ることか、いずれがより重要であろうか。

教養ある人物だけではなく、全ての人々は特定の犯罪のメルクマールを認識することができる。しかし、このことは、それを知る人に故意があることを必ずしも確証はしない。そういうことが起こるのは、その人がその認識を実行に移さないからである。認識の現実化は、まさにその意欲があるときに成立するのである。意思は、望む犯行を遂行する

ために認識を導きかつこれを利用する。具体的な行為の実行と対応して、その行為がどこに向けられていたかを言うことができる。ある構成要件実現の意思と認識のみでこれに対応するその表出がなければ、刑法的には興味の対象とはならない。ある構成要件を実現するためには、これを実行する意思が必要である。そうであって初めて、ある具体的且つ実践的な行いが意思の実現のための正しい理論的認識との合致の下に開始されるのである。

人は、もちろん構成要件のメルクマールをも含む全ての問いについて認識を有し、あるいはこれを獲得することができる。しかし、認識はその現実への投入、適用がなければ、それ自体単独では、如何なる帰結をももたらさない。認識を利用するためには（それだけではなく、獲得するためにも）、それを実行に映す意思（願望）と対応する現実的諸条件が必要なのである。認識の獲得も獲得された認識の適用あるいは活性化も、それを行う願望、意欲によってもたらされる。

それ故、人の認識をその実践において望まれる方向へと向ける駆動力は、認識を利用する意思だと言える。私は、このような説明が、故意の証明に際して意思が有する大きな、優先的且つ争いえない意義を根拠づけると考える。もちろん同僚諸氏は、異なる見解に基づいて異なる論拠をお持ちでもあろう。しかし、この問いに関する私見はかようなものである。この問題に関しては他にもいくつかの論証があり得よう。しかし、これに踏み込むことには合目的性を見いだせない。他の論拠も全て、上述の事柄、即ち、意思こそが、犯罪的なものをも含めて、ある行いの第一次的な駆動力であることの根拠として有効だと考えるからである。

Ⅲ. 犯罪行為を実行する刑法的意思と犯罪学的意思

ある犯罪を行う意思は、一般的でも具体的でもあり得る。行為者が何らかの犯罪を犯す意思を有しているときは、彼が何故それを欲するか、何を欲するか、どのように欲するかの確認が重要となる。前二者（「何故」と「何を」）は、犯罪を実行する一般的な意思であり、犯罪学の見地から重要となる。何がその意思の形成をもたらしたのか、そして行為者は如何なる犯行を欲したのかである。例えば、行為者が憎悪に基づいて殺害を決意したという場合、これは、行為者が具体的な犯行に先立って有している一般的な性質の暫定的な意思である。彼がこの意思を実行に移す態様は、その具体的な行為を実行するために必要な対応する認識を必要とする、具体的犯行の意思である。上述のように、この意思は、認識とその適用に先行する。具体的な意思が存在しその現実化がなされた

場合にこそ、犯罪の実行が始まる。これこそが故意にとって重要でありその一部をなす具体的意思である。

ある犯罪を犯す一般的意思（私は何故に、何を欲するのか）は、行為者にとってもそれが具体的な行為を行う意思にまで発展する意思形成過程において重要であるが、刑法の観点からは、即ち故意にとっては重要ではない。

この一般的意思は、具体的な意思にとって必要だが暫定的なものである。行為者が犯罪一般を犯す意思を有しない（例えば、行為者がAを殺害することを欲しない）場合、将来具体的な行為に出る意思もまた有することにはならないし、如何なる行為によって彼の意思を実践するべきかについて思いを巡らすことにもならないとは言える。しかし、まさにこの具体的な行為を遂行する意思こそが、そして、その認識こそが故意にとって重要である。如何に欲するかは、ある具体的な行為を実行する意思を意味し、これはこの犯行のメルクマールを認識することを必要とする。

しかし、行為者が具体的な意思に移行する（如何に欲するか）迄は、そしてある犯行を行う一般的意思を有している限りにおいて（例えば、憎悪からAを殺害するという場合、彼が何故にそれを欲し何を欲するのかは明確に自覚されている）、具体的な構成要件要素を認識している必要はない。何故なら、彼はその構成要件をどのように実現するのかを未だ決断していないからである。このことは、具体的な意思（どのように欲するか）以前に一般的意思（何を、何故に欲するか）がなければならないことを示している。まさにその時点においてこそ、即ち具体的な意思の現実化の以前においてこそ、犯行は妨げられ、防遏され得る。

一般的意思と具体的意思のこのような区別は、実践的な意味も持つ。刑事政策的な見地からは、犯罪を引き起こした原因の探知が、その除去によって犯罪に対処するために重要となる。そのためには、犯罪を遂行する意思の根拠となる事柄を特定することが重要である。我々は、犯罪遂行の意思（何故にそして何を行うことを行為者は欲するか）とは何かを知らなければならない。即ち、犯罪遂行の一般的意思を知らなければならないのである。犯罪者がこの（一般的）意思を有しないときは、彼は、これを実現させ、具体的な意思に移行させるに至ることはない。より詳細に見るならば、この一般的意思は、時として刑法の域を超え、犯罪の原因となった諸事情にまで行き着く。重要なのは、ある犯罪を犯す願望の成立に向かう意思である。それが取り除かれたかあるいは存在しない場合には行為者は具体的な犯行を遂行する（如何に欲するか）意思をもはやおよそ持たないことになる。このことは、独立した検討を要する犯罪学的-刑法学的問

意思の刑法及び刑事政策上の意味

題である。ここでは、犯罪一般を犯す意思（一般的意思、即ち何故に且つ何を欲するか）がない場合には、犯罪を犯す具体的な意思（どのように欲するか）の成立にも至らないということだけを強調しておけば足りるであろう。具体的な意思は一般的意思の存在の帰結であり表現である。それ故、この帰結（具体的意思）に対する対策は、その原因（一般的意思）を考慮に入れずしてはなされ得ない。

一般的意思	何故に欲するか	
	何を欲するか	犯罪学的見地から重要
具体的意思	どのように欲するか	刑法的観点から重要

IV. 意思のグレード

故意犯においては、意思のグレードを区分することができる。このグレードは、非難性のグレードに影響する（しななければならない）。ある構成要件メルクマールの認識のグレードを語ることはできない。構成要件メルクマールについては認識しているかいないか、あるいは錯誤問題に導く錯誤に陥っているか否かしかない。このことは、錯誤と結びついた犯罪構成要件の性質（特徴づけ）の変更をもたらし得る。しかし、意思の中には錯誤は存在し得ない。行為者は、構成要件的行为を実行する意思を有しているかいないかのいずれかでしかあり得ないのである。ある構成要件を実現する意思の力は、故意の種類の違いの基礎となり得る程度に様々である。構成要件を実現する意思が強いほど行為者は理性的且つ意図的に作用する。彼に対する否定的評価、即ち非難性もやはりこれに応じて高くなる。それ故、意思は、構成要件段階で故意を確認するために重要であるのみならず、不法の確認の後に行為者を評価するために、即ち非難性のグレードを決めるためにも重要となる。非難性のグレードは、認識の影響をそれほど受けない。認識は構成要件段階で意義を有するに尽きるからである。

V. 択一的故意における認識と意欲の相互作用

択一的故意の場合、行為者は何が起こるのか、彼の行為の帰結がどのようなものなのかを正確には知らない。しかし、いずれの帰結も彼にとっては望ましいものである。ここでも意思（願望）が、具体的でもなく、行為者が何が起こりうるかについて正確に知るために充分でもない犯罪事実を巡る認識に先行する。彼はしかし、その行いの後に高度の蓋然性を以て不可避免的に生じる事柄の可能的なオプションの一つを意欲しているの

である³⁾。

もちろんここでも意思と認識の間に相互連関が認められる。故意についての択一関係は、期待された帰結の不確実性である（具体的な不知あるいは具体的でない認識）。何が起こることになるのか、事象がどのように進展するのか、そしてその帰結は何かについて正確に認識していない場合、認識は具体的なものでも非具体的なものでもあり得る⁴⁾。しかし、このオプションに対する意欲が、認識と同様に具体的または非具体的であるということとはあり得ない。当該犯罪事実が何をもたらすかの認識とは独立に、当該犯罪を遂行する意思を有しているかいないかなのである。当該犯行が何をもたらすかを認識しており、且つそれを欲するとき、人は行為に出る。当該犯行が何をもたらすかを正確には認識していなくても可能なオプションが受容可能で望ましいものであれば、行為に出ることはある。当該犯罪を遂行する意欲は、行為実行の時点では具体的且つ精密化されたものである。このことが行為者をして、択一的帰結がありうるにも拘わらず行為の遂行へと決意させるのである。

択一的意思の場合、行為者は実際に行為したのとは異なる態様で行為した可能性があったことになる。即ち、彼は彼が得ようとしたものを得るために必要なように行為することを欲したと言えるのである。まさに願望と行為遂行意欲の正確化が行為の遂行を条件づける。獲得が目指された帰結の可能性とそれに到達するために必要な犯罪メルクマールの認識は択一的であり得るが、犯罪遂行の決意は択一的ではあり得ないのである。行為者は、ある犯罪を行う決意をするか、しないかのいずれかである。ある犯罪を行う決意には、常に、それを行う意欲と願望とが先行し、これは再び他方のファクターに回帰し得る。

事象の経過とその認識には、オルタナティブがある場合がある。そしてこのことは異なる結論へと導く。しかし、行為者がそのいずれをも意欲しない場合、この行為は行われないことになる。

行為者がその行為を行うのは、まさに彼がそれぞれの事象経過の詳細を確実に認識しておらず、且つ全ての可能的オプションを彼にとって受容可能で望ましいものと考えからこそなのである。そうでない場合は、ある不都合な帰結をもたらす事実の実行は、

3) L. Maglakelidze, Vorsatzbegriff und Bewusstsein der Rechtswidrigkeit—Eine rechtsvergleichende Analyse zum georgischen und deutschen Strafrecht, Tbilisi, 2013.

4) Siehe E. Phutkaradze, Die Abgrenzung des Eventualvorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit und Irrtümer im Strafrecht, Ankara, 2018.

行為者にとって望ましいものではないはずである。

このことから、構成要件に関する認識が具体的でなく択一的である択一的故意の場合に置いてすら、当該事実を実行する願望（意欲）は具体的に正確であることを導くことができる。行為者は一つの望みを抱いているかいないかのいずれかである。このことに対応して行為者は行為にでるか出ないかである。択一的な、正確化されていない願望しかない場合、行為は、行為者が何を意欲するか－行為に出るかいないかを決意し確定するまでは不可能である。願望、意欲の存在と正確化がない場合、当該行為は意思的になされたものではなく、それ故、刑法上の関心の対象ではない。

しかし、択一的な事象経過の認識または表象に従ってなされた、しかし少なくとも行為者にとって望ましい事象の一つを引き起こした、それ故彼自身の意思に従って実行された行為は、刑法的な関心の対象となる。

VI. 意思による認識の現実化

故意の概念における認識の意味と地位を争う者はいないが、願望（意欲）の意味は、実際に如何なる主張も根拠付けも要求することはない⁵⁾。

犯罪行為も含めて人間の振る舞いの原因の探求は、心理主義に囚われてはならないが、その性質の特定に際して純粋に規範的（法的－評価的）範疇のみを以てすることもやはり充分とは言えない。

もちろん心理学的諸ファクターの考慮は、ある人の意思（願望）の形成過程の解析には不可欠である。この問題はしかし、法心理学においてかなり詳細に研究されているので、ここでは立ち入らない。

ここでは犯罪的なものも含めて一定の行動を様々な理由から取ろうとする意思は、そうした行動に関する決断に先行するというを指摘しておけば足りるであろう。精神的理解、理論的知識の「現実化」、実践への投入のための展開は、ある行動を取るという決断の後に始まる。決断がなされるまでは、そうした知識の適用はもちろん、存在も必要ではない。しかし、ある意思を実現するためには、まず当該行為に関する理論的知識が必要であり、その後、実際の行動に移すことが必要となる。つまり、まず、意思が成立し、その後初めて、この意思が対応する認識によって現実化されあるいは現実化されないということが想定可能となる。望まれていない、即ち意思的でない行いは、刑

5) Siehe *Autorenkollektiv*, Lehrbuch für das Strafrecht, AT, 3. Auflage, Tbilisi, 2018.

法の観点からは意味を持たない。

犯罪的なものをも含めて一定の行いを為すためには、即ちこれを実現するためには、願望（意欲）と同時にこれを行う可能性も必要である。意思はないが可能性はある場合、その者は当該行いを為すことばない。しかし、意思はあるが可能性がない場合、その行いをなさないことができる。

この可能性もまた、その行いの理論的精神的な理解、即ちその認識と共に、この認識を実行に移す能力を内容とする。これを物理的、現実的可能性と呼ぶことができる。人は、理性的な存在であり、個別事例における例外（反射的、激情的、精神病の場合等）はあるが、まずは物事を精神的に理解し、その後行動する。即ち、行為の遂行には、当該行為に関する精神的理解、認識が先行する。そして認識にはその行為を為す意思が先行するのである。願望、意思に従って為される行いは、評価の対象となる。人が様々な理由から彼の行いを操縦し得ないか、あるいは通用している表現によれば、自身の行いを「支配していない」場合、彼に当該行いにつき責を負わせることは妥当ではなく、況んや刑事責任を科することは尚更正当ではない。

人は願望と意欲を以て行為する者でなければならない。そのような行為のみが法的に、刑法的に重要なのである⁶⁾。ある行為を行う願望は、それ自身から始まるが、空疎な願望だけでは充分ではない！願望を充足するためには対応する可能性、理論的且つ実践的可能性を含意する可能性が必要である。

Ⅶ. 意思と可能性

*理論的可能性*は、行いに関する（刑法的観点からは犯罪構成要件メルクマールの）認識であり、*実践的可能性*は、想定された行いを実行に移す能力を内容とする。まさに理論的理解あるいはある行為メルクマールの実現に際して、失策／錯誤が生じることも生じないこともある。即ち行為者は望まれた事実を実現することもしないこともあり得る。ある罪を犯すには認識だけでは足りない。認識を基礎とした実践として現実的行いが必要である。

行為者が如何なる認識を有していたかを判定することは、その認識が表現されていない限り不可能である。このことは対応する行為にも反映される。認識していない事柄は、行うことも為すこともできない。認識に対応する事実の現実化が始まる時に、そうした

6) Siehe *Autorenkollektiv*, Lehrbuch für das Strafrecht, AT, 3. Auflage, Tbilisi, 2018.

事実の刑法的評価も始めることができる。我々が、行為者が実行に移した事実という評価の客体を有しないときに行為者に対して立証することもそれに対応した評価もできないのは、事実の認識のみである。事実自体は、行為者がその事実を支配しているときには、意思なくして実現されることはない。

故意とそのグレードの特定と認定に際して認識が有する意味を否定するわけではないが、願望と意欲とは常に認識の現実化に先行する。

何らかの事実、例えばある人の刃物による、銃撃による、あるいは毒物による殺害に関する認識とはいうものは存在するが、その発動、実践的実行は、意欲、願望がある場合にのみ為される。受動的認識、即ち現実化を伴わない認識は、刑法の関心対象ではない。ある犯罪事実に変換される認識は、刑法的評価の対象となる。そして認識の現実化は、その認識を用いる意思によって為されるのである。

一つの見解は、故意において意欲を優先し（意的故意）、また他の見解は知的要素即ち認識を優先する（知的故意）。この両者を併せて、認識と意欲とを共に含むことを必要としながら、一方に対して他方に優先的地位を与えることのない定義があることは興味深い⁷⁾。

ここでは、認識と意欲を必須要素とする内・外国の文献の検討に時間を割くことはしない。認識も意欲も如何なる種類の故意においては必然的に異なる影響力と基準をもって存在する。

VIII. 行為の意欲と結果の意欲

既に述べたように、行為者はある犯罪を実行することを欲し、それ故にこそ実行する。行為者がある結果を欲し、且つその実現が不可避的であることをも考慮に入れている場合、直接故意がある（ジョージア刑法典によれば）。行為者がある結果を欲しはしないが、認識しながら発生するに任せた場合、あるいはその結果について無関心であった場合、間接故意がある。こちらの諸事例においては、違法な結果の可能性が行為者の認識において考慮されているにすぎない⁸⁾。

7) Siehe *E. Phutkaradze*, Schutz der Menschenrechte im Sinne der Deklaration zum Rechtsgut im Strafrecht, Teil II, „Leben und Gesetz,“ Tbilisi, #2, 2019; *M. Turava*, Strafrecht AT, Band I, die Lehre von der Straftat, Tbilisi, 2011; *G. Nachkebia*, Strafrecht, AT, Tbilisi, 2011.

8) Siehe StGB von Georgien, Art. 9.

人は常に欲する所に従って行為するが、その結果は常に彼の欲するところであるとは限らない。ある行為を行う意思が単独で変更されることはない。意思が変化したときは、行為も変化する。もちろん、可能性、即ち認識と現実の行為形態にはバリエーションがあり、それによって異なる帰結に至ることもある。異なる帰結の成立は必然的に質的な変化をもたらすが、願望と意欲の変更をもたらすわけではないのは、可能性のバリエーションの故である。

一つの意思、例えば誰かを殺害する意思の形成に至るについて人は様々な可能性を有しこれを選択することができる。しかし、一つの可能性、例えば毒物を投与する可能性しかない場合には、我々は、これを用いることを欲するのかこれを欲せず諦めるかの選択肢しか持たない。

意思と可能性（認識とそれに対応する行為）の双方向的な依存関係は、学問的追究の関心対象であったし今後もそうで有続けるであろう。研究者は、理論的に様々な立場を開発し提案することができる。しかし、ある意思あるいはある可能性の優先性を承認することは、刑事政策と結びつくことが多い。この文脈においては、立法政策、法政策が非常に重要となる。全ての理論的問題の存在意義は、まさに立法そして/あるいは裁判実務によって検証されるのである。

ジョージアの立法にも反映された形で定式化された直接故意と間接故意という規範構成を意思の問題との関係において十分に分析するならば、ある行為を行う意思は、いずれの故意形式にも必要であり、さもなくば行為者は行為にでないし、ある結果の成立についての意思は様々であり得る、という結論が導かれることになる。行為者は、具体的な帰結を欲しなくても行為に出ることはできる。何故か。これは本稿の扱うものとはまた別の研究課題である。しかし、行為者がその行為に出ることを欲しない場合、彼は行為に出ることはない。行為の実行には、意思が必須であるのに対して、結果の発生の時点では常にと言うわけではない。構成要件は行為によって始まるのであって結果によって始まるわけではなく、常に行為を考慮の対象とする。

それ故、意思なくして構成要件を実現することはあり得ない。行為者が具体的結果を欲しない構成要件においてすら。逆に、そうした結果をも生ぜしめ得る行為を意欲することはあり得るのである。

ま と め

犯罪に関する他の学説と、いくつかの諸外国でも類似のものが見られる立法が意思に

意思の刑法及び刑事政策上の意味

与える犯罪行為中の意味は異なるものでもあり得る。意思の持つ意味に異なる評価を与えることも可能なのである。犯罪の概念における意思の地位と役割が将来変更されることもあるかもしれない。全て廃止から始まる。意思がなければこれに対応する行為もなされない。行為がなされなければこれを評価する必要も生じない。我々が近代刑法は行為の刑法であると言うとき、全ての行為ではなく、人間の意思（願望）に操縦された行為が刑法にとって重要であるということをつけ加えなければならない。そのような行為のみが刑法的評価の対象となり、否定的評価を受け、非難されるのである。自らの意思によって行動したのではない人に有罪判決を下すことはできない。

認識のみに基づく行為あるいは意欲のみに基づく行為は、完全な答責性に至ることはない。行為実行の時点でそれを行う意思とその精神的理解（認識）が共に存在しなければならない。そうした行為についてのみ行為者の答責を要求することができる。

正しい意欲と認識なしに行われた行為は、人間的、心理学的観点からは完全なものではなく、それ故、法的、規範的観点からの否定的評価を受けることはない。

訳者後書き

ここに訳出したのは、ジョージアは、*Suchumi* 国立大学教授 Edisher Phutkaradze 氏の論説（原題“Die Bedeutung des Willens aus strafrechtlicher und kriminologischer Sicht”, *Kasnai University Review of Law and Politics* No. 44 掲載予定）である。本稿は、2020年に開催される予定であった、刑法上の故意をテーマとするトルコはイスタンブール大学での国際シンポジウムにおける国別報告の原稿として草されたものである。同シンポジウムは、周知の事情により、一年の延期の後、立ち消え状態になった。原著者は、2020年度本学招へい研究者として来日予定であったところ、この計画も同じ理由で、1年の延期後、一旦消滅した。本稿をここに紹介する動機はそこにある。次の機会は不確実であるし、あったとしても内容ないしテーマの変更はほぼ不可避であろうから、少なくともその二つの機会のいずれかにおいて発表される予定であった本稿のスナップショットを撮っておく（取って置く）ことにも意味があると思量するところである。また、ジョージア法の一部が法学論集誌上で紹介されるのはおそらく初めてのことであろう。原語でアプローチするチャンスが、フィジカルにも言語能力的にも、ほぼ誰にもない領域であるから、ドイツ語版があるだけでは、接触機会の設定としては足りないと思われたので、日本語にしてみた次第である。

なお、脚注の文献挙示、出典摘示は翻訳しなかった。ジョージア語による文献名、出

典名の原著者によるドイツ語訳であるから、日本語に直したところで、原典に到達する手がかりにはならないからである。また、原著者名も含めて固有名詞をカタカナ表記に変換しなかった理由は、原音に忠実な表記は少なくともジョージア語に関してはほぼ不可能だという事情にある。

内容的には、論点を故意における意思の地位と機能、重要性に絞り込んだ検討になっているところが興味深い。比較法シンポジウムでの報告としてはかなり思い切った方法で、実定法規定の詳しい紹介も判例の動向の描写もない。同じ機会に向けて訳者が用意した国別報告は法規、判例・学説の概観に尽きているので、ほぼオリジナルな思考が展開されているだけの本稿は、ショッキングであった。

もちろんこのことには理由がある。まずは、本文中にもある通り、ジョージア法学のオリジナリティを示すことが起稿の目的の一つとなっていることである。ジョージアの法体系は全体として大陸（ローマ・ゲルマン）法系に属し、ロシア、ソビエト法の拒絶の対案としてドイツ法、法学を継受している（とのことである）。そこで、故意に必要な認識の程度や限界を取り上げたのでは、ドイツ刑法学における議論の蓄積には敵わない。ドイツ刑法学の知識のある聴衆の関心を引くことは困難である。他方、ジョージア刑法典は、もちろん、それ自体、ドイツ刑法、刑法学の継受の産物ではあるが、故意自体を定義せず、認識が欠ける場合の法律効果を示すことによって故意を裏面から、そして認識の面からのみ記述するドイツ刑法典16条とは異なる規定方式によっている。原著者によるドイツ語訳からの重訳とならざるを得ないところであるが、次のような規定となっているのである。

第9条 故意犯

1. 可罰的であるのは、直接故意または間接故意を以て行われた故意の犯罪行為である。
2. 行為者が自らの違法な行為を認識していたか、自らの行為が違法な結果を生じることとを確実なものとして予見しており、且つこの結果を意欲していたか、またはこの結果の実現が不可避であることを予見していた場合に、当該行為は直接故意によって行われたものである。
3. 行為者が自らの違法な行為を認識していたか、あるいは自らの行為が違法な結果を生じることとを確実なものとして予見しており、且つこの結果を意欲はしなかったが、意識的に生じるに任せたか、または当該違法な結果を無関心に甘受した場合に、当該行為は間接故意によって行われたものである。

ここでは、直接故意、間接故意が定義され、いずれにおいても意欲（意思）が（も）一つの基準となっている。ドイツ法系の、あるいはドイツ刑法学を多かれ少なかれ取り入れている諸国（トルコ、ドイツ、オーストリア、イタリア、ブラジル、韓国、日本）の研究者の参加が予定されていた会合での報告としては、こうした法規を前提としてこの意思の部分に集中することは極めて合理的である。ドイツ、オーストリアは言うに及ばず、これらの諸国では（我が国でも）認識の側面を巡る議論が中心となっていると推測されるからである。

実定法規、判例に言及がないことは、ジョージア刑法学における学説の地位が相対的に高いことから説明できる。もちろん、実定法規に拘束されない訳ではないが、立法も裁判実務も学説がこれを指導する関係にある模様である。そのような状況を前提に、限られた時間でジョージア法の独自性を表現しようとするれば、このようなスタイルも一つの選択肢であると言えよう。

とはいうものの、その論述の運びはかなり思弁的、形式論理的に見え、論証には周辺科学の援用もなく、強調と繰り返しに充ちている。尤もこのあたりには、原著者にとっても訳者にとっても外国語であるドイツ語がメディアとなっていることに起因する、両者にとっての隔靴搔痒という側面もあろう。

そうした瑕瑾（？）にも拘わらず、そして、そしてその主張の当否は措くとして、本稿は、我が国の学説・実務に反省・再検討を迫る力を有していると評することができる。我が国では、「故意は犯罪事実の認識・認容である」という定義が殆ど業界ジャーゴンとして、通俗的と言えるほどに通用しながら、実務は認容要件を宣言するばかりでそれを真摯には受け止めず、学説は、認容の内容につき無関心であるか、その存在を甘受するかで、意思的要素の明確な位置づけすらなされていない。認容の要否についてはそれなりに議論があるものの、それは意思的要素なのか情緒的要素に過ぎないのかを巡る議論は（一方的な論難はあるものの）充分にはなされておらず、また、ドイツ刑法学に倣って「志向無価値」の概念や意思的要素・知的要素の区別が議論に導入されているにも拘わらず、その明確な定義とコンセンサスはない。このような理論状況に鑑みれば、意思と認識と行為の機能的相互関係はどのように理解されているのか、という本稿の問いに現状ではまともに答えることはできない。