

# 未必の故意について

大 谷 實

- 一、はし がき
- 二、故意限界の確定方法について
- 三、故意の限界
- 四、む す び

## 一、はし がき

目的行為論の導入以来、故意概念の確定は、新しい論議の対象として再燃しつつあるようである。<sup>①</sup>とりわけ、目的行為論と責任説の調和の問題は、目的行為論を主張する諸家の間においても相当に異論があり、近年、好個の課題としてとりあげられてきている。<sup>②</sup>そして、このことは、単に直接故意の領域においてのみならず、当然のことながら、未必の故意においても論議されるに至り、更に、事実的故意と、事実的過失の限界基準の設定問題にも及んでいるのである。

他方、未必の故意と、行為の目的構造との関係についての問題も、目的行為論者の思考を悩ましてきた。<sup>③</sup>故意をば、実現意思として把握するならば、未必の故意は、実現意思の範疇に属

未必の故意について

するか。此の問題は、目的行為論が犯罪理論の構築にとつて、いかなる意味を持つかという枢要な課題の鍵ともなるものである。此れに対する解答として、最近の目的行為論者は、従来の表象説を借用しているかに見える。<sup>④</sup>

それは兎も角、目的行為論における故意の実体は、なお、明確性を欠くものがあり、その点に関する考察も十分になされていなかった。しかし幸いにして、われわれは、目的行為論の側から、最近二個の貴重な業績を手にすることができた。一つは、アルミン・カウフマンの《Der dolus eventualis im Delikt-aufbau》<sup>⑤</sup>であり、他は、平場教授の「責任と故意」である。私は、此の二先学の業績に啓発されつつ、人格責任論に立脚した場合の故意概念は、いかに把握されるべきかを前提にしながら故意の限界に関する覚書を記す次第である。

八五

- ① Welzel, Das Neue Bild 3 Aufl. S. 10, Gallas, Materialien zur Strafrechtsreform I. S. 128, Maurach, Lehrbuch. I. S. 222., Englisch. Probleme der Strafrechtsrenewerung. (Festschr. f. Kohlrausch) S. 154 f. Bockelmann, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme S. 24.

② 福田教授「違法性の錯誤」八五頁以下参照

- ③ Welzel, Das deutsche Strafrecht 6 Aufl. S. 27 f., Das Neue Bild. 3 Aufl. S. 10 f., Weber, Grundriss des deutschen Strafrecht 2 Aufl., 平場教授「行為の目的性」(法学論叢)六八巻三号一頁以下

④ Gallas, Zum gegenwärtigen Stand Lehre vom Verbrechen. ZStw. 67. 43., Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 9. f., v Weber, Grundris, S. 64.

⑤ Armin. Kaufmann, Der dolus eventualis im Delikttaufbau ZStw Bd. 70. S. 64 f.

⑥ 平場教授、刑法雑誌、一二巻第一号一頁以下

## 一、故意境界の確定方法について

さて、故意の境界はいかにして劃せられるべきかの問題は、故意の本質をいかに把握するかの問題と絡んで、従来、激しい論争が展開されてきたことは、周知のことである。しかし、それ等の学説の対立に関しては詳細な研究があるので、此れ等の学説の検討はしばらく置き、目的行為論の所説を前提にしつ

つ、それと対比する形において、従来の学説の方法論的反省をすることにしよう。

ところでウェルツェルによれば、「行為の目的性は、人がその因果的知識を基礎として、彼の活動の結果を一定の範囲で予見し、それによって種々の目的を設定し且つ彼の活動を此の目標到達に向け計画的に導くことを意味する」のである。だから「目的性は、一定の範囲で因果関係を予見し、かつこの予見に基づいて因果関係を目標の達成に向け計画的に操縦する意思の能力に基づくのであるから、目標を意識し、因果的事実を導く意思は、目的行為の背骨である」<sup>①</sup>。このように目的行為論は、行為の中核に、結果の実現に向けられた意思すなわち実現意思《Verwirkungswille》を置き、行為の結果は、まさに意思の内容が外部的に客観的に実体化されたものと解する。ところで、右の目的々実現意思は、刑法において故意として最も端的に現れる。すなわち、構成要件に該当する事実の惹起に向けられた意思を指す。これはまさに本来の故意を意味するから、目的行為論者は、頭初、行為の目的性が適用し得るのは、単に直接故意に限定されるべきだと主張した<sup>②</sup>。たしかに、目的を設定し、因果的知見をもとにして行為計画を立て、手段を撰択して結果の実現に向けて操縦する行為の基礎となるものは、結果の実現を認識・意欲する直接故意の概念にのみよく則し得るもの、といわなければならない。けだし、目的の設定、手段の撰択、目的々操縦という一連の活動は、結果の実現を予見し意欲する積極的意思のうらうちがあつて初めて可能であるからである。従

つて、従来の蓋然性説・認容説のいずれの立場によっても未必の故意が成立するものとされるような事例、例えば、熊を射止めんとした猟師が発砲する際に、近くを巡回中の森務官に命中する可能性を予見しつつ、熊を命中させることが先に立ち、場合によっては、森務官に命中しても仕方ないと識りつつ発砲した弾丸が森務官に当り、彼が死亡したとき事例については、故意を否定する結果となるわけである。けだし、行為者の目的的实现意思は熊の射殺にあったわけであるから、森務官の死亡に対する積極的意思は、不存在であるということに基く。

このように、行為の目的性概念は、頭初、確定的故意の構造しか裏付し得なかつたのであって、ここに目的行為の構造的限界が指摘され、犯罪理論の構築にとつては重要でないと論難せられたのである。

こうした事情に鑑みガラスは、それを打破するものとして、意思中心の概念構成を離れ、彼は、もっぱら構成要件的事実の表象に重点を置き、行為者が行為の過程において目前に描いている行為像《Tatbild》こそ目的の概念に相当すると主張する。すなわち「意欲された結果と並んで、かかる映像は、更により広い結果、または行為の附随事情をも包含し、それ等は、行為者にとって必然的なものとして、或は、単に可能なものとして、更には、可能的択一関係として映ずるかも知れないが、それ等も行為の目的内容に属するものであり」それを意欲するか否かは、問題にならない。こうして、目的性の概念を認識ある過失にまで延長することは回避し得ない③というのである。かかる見

未必の故意について

解は、エンギッシュによって支持を受けているのであるが、此れに對しては、次のような疑問が向け得るであろう。すなわち、目的行為論の刑法理論への導入は、行為の目的性が、もっぱら犯罪理論上、いかなる意義を有するかという点に限定されていたのである。ところで、目的行為論者は、一応、構成要件の結果の目的々実現と、故意の同似性を主張することによって、此の問題を解決した。此れに對してガラスは、目的性という概念と故意という概念が、完全に合致しないことは、体系上の美的観点からはたしかに見苦しいが、元來、未必の故意は、推定的意思を問題とするから、本來的故意と區別して考察することも、何等、疑義を生じないほどであるとするのである。しかし、認識ある過失と、故意を同一の体系内に包摂することは、構成要件の結果に向けられた意思と故意の同一性を放棄せざるを得なくなり、従つて、行為の目的性を論及することは、犯罪理論の構築に當つて、いかなる意味も有たないことになるであろう。④

右のガラス、エンギッシュの見解に對して、目的行為の実質と故意性は合致し、未必の故意と認識ある過失との間に、實現意思の限界を設定すべきであり、しかも、その限界は、結果の発生を可能なものとして表象した行為事情・および附随的結果の範囲においてなすべきであるとする見解が、ウエルツェル、ウェーバー、マウラッハ、ニーゼ、アルミン・カウフマン等によって主張されている。⑤

では、その提唱するところを、ウエルツェルによって、考察することにしよう。

ウェルツェルによれば、行為の目的的操作は、単に意欲の内容となった結果のみならず、行為の手段および附随的結果にも及ぶものとされた。けだし、附随的結果は、目的の実現と並んで、撰択された手段の適用にも結合するからである。人間の行為支配は、元来、一義的なものでなく、択一的、重疊的支配が考えられるのであって、かかる行為の多面的構造こそが、われわれの行為の計画形成に入り込んでいるのである。従って、附随的結果は、或る場合には容認されるが、或る場合には否定される。前者は、附随的結果の実現が目的の内容とされた場合であるのに対し、後者の場合には、頭初の計画を放棄し、計画を建て直さねばならない。しかも、附随的結果が不幸にして発生すれば、目的的操作の失敗ということになり、認識ある過失が成立することになるのである<sup>⑦</sup>。ところで、右の見解は、後述のごとく、極めて重要な問題を含んでいるのであるが、われわれは、それを詳論する前に、従来の未必の故意をめぐる理論に眼を転じ、そこから、右の理論の意義を明らかにしておく必要がある。

目的行為論の基礎概念は、疑いもなく、行為の存在的構造に対する反省にあった。しかし、故意と過失の限界の問題も存在論的に構成し得る領域においてのみ問題とされるべきなのであった。そこから生ずる帰結は、故意の概念構成に関しては、もっぱら、悪意の残存物を排除すべきであり、事実的故意の確定という点に存することは、当然のことであった。

ところで、故意の概念をめぐる紛争は、十八世紀以来、故意

を悪意として把握しつつ、故意の本質は意欲か表象か、という形でなされたのであった。そうして、未必の故意を概念規定するに当たっては、意思説の立場からは、認容説が、表象説の立場からは、蓋然性説が提唱されるに至ったわけである<sup>⑧</sup>。さて、こうした学説の対立は、故意を責任要素として把握しつつも、なお、責任概念の心理主義的側面が捨象されない段階においては、鋭い対立を示し得たが、責任が純粹に価値的に構成されることになる、実は、両者が、かくも相反すること甚しいものではないことが認識されるようになった。それは、先ず、M・E・マイヤーの動機説に最も明確に現れている、といえるであろう<sup>⑨</sup>。

彼は、意思説と表象説は、元来、統一して理解されるべきであり、その統一の場は、意思形成の過程、すなわち動機である<sup>⑩</sup>と考える。かくて、有責行為の特徴は、違法な結果の表象が行為動機に対する反対動機を形成すべきであったに拘らず、かくしなかつたという点にある。従って、此の特徴を共通分母としながら、それぞれの事実によって類型を区別せざるを得ない。すなわち、直接故意は、違法な結果の表象が主動機になった場合であるのに対し、未必の故意は、他に基本的な動機があり、当該の結果の違法な認識も決意を促進した場合である。このように、M・E・マイヤーによれば、故意の限界は、違法な結果の表象と動機形成との有機的関連によって劃されるわけである。前述のごとく故意が心理主義的に把握されていた時代においては、それは、もっぱら悪意として把握されていたことは、フォイエルバッハ以来、明らか<sup>⑪</sup>なところである。そうして、その立場

は疑いもなく、マイヤーの上記の見解においても貫徹されているのである。すなわちマイヤーにおいては、故意の概念は、主として、心理的構造の評価に重点があったわけであり、その点では、悪意の残存物から解放されていたといえようが、すでに明らか如く、彼の所謂、動機形成は、まさに違法性の認識との関係においてのみ意義を有するといわなければならないのである。要言するならば、違法性の認識が存するかぎり、行為動機に対する反対動機を形成すべきである、という責任評価が前提となっているということである。此のことは、蓋然性説、認容説についてもいえることであるが、しかし、故意概念、とりわけ、故意と過失の限界の問題は、行為の存在論上の構造差の問題であるといわなければならないのであって、その意味で、価値から解放された事実的概念でなければならないのである。すなわち心理的類型の異なるものが、責任評価を前提にして構成することにより故意にも過失にもなるということは許されない。かくて、われわれは、アルミン・カウフマンが「従来此の問題をめぐる解答は、故意とは何かということからではなく、責任とは何かの問題から出発している。それは、本末顛倒である」とする批判に賛成するのである。このように、故意概念の確定に關し、存在論の領域において論ぜんとする目的行為論の方向は、正当であると云わなければならないが、しかし、故意概念をば、純粹に事実に構成しようとすることは、相当に問題を残していることも、十分、反省しなければならないのである。そこで、再び、目的行為論に眼を転ずることにしよう。

未必の故意について

先に、われわれは、頭初の目的行為論が、直接故意の構造に限定して、行為の目的性を適用していたことを見た。しかし、やがて、未必の故意も目的行為であり、更に、過失も目的行為であることを容認したのは、すでに、元来の行為の目的構造を修正したものといわざるを得ないのである。尤も、過失行為は、構成要件に該当しない結果を目的とするわけだから、問題は別であろう。従って、ここでは過失行為は、一応除外して、未必の故意と目的性との関連について考察してみることにする。すでに考察したように、ガラスは、目的性と故意の概念的統一を放棄したのであった。しかし彼によれば、未必の故意は、推定的意思性が問題になるのに対し、行為の目的性は、行為者が、可能ではあるが望んでいない結果を表象したにかかわらず、その動作を望んだ目標に向って操縦する場合は、望まなかった結果も行為者の所業であるが故に、認識ある過失も目的的行為であるということになるのであった。しかし、此のガラスの見解は、目的性概念の不当な拡大であると評せざるを得ない。先にも一言したように、行為の目的的構造は、実現意思を背骨としてのみ成立するのである。従って、構成要件の結果の表象を意欲乃至認容することにおいて、はじめて実現意思の内容になるといわなければならない。実現意思を無視して、目的乃至意図を考えることはできないのである。同様なことは、ウェルツ等の見解に対しても言えるであろう。すなわち、確かに人間の行為支配は、重疊的、または択一的関係で目的に結合する場合があるのであり、一義的必然的に行いうるものではない。

ところで、ここに重疊的というのは、AとBをともに目的とする場合であり、択一的というのは、Aか、またはBを目的とする場合を指すのであるが、ここで注意すべきは、A・Bが並列的なものでなく、主・従の関係にある場合における目的性の有無である。例えば、熊を射止めることを基本的目的とし、附随的に人に命中することを表象していた場合、しかも、人の死は、彼の好まざる結果であるにかかわらず、自己の目的を実現することが先に立って、その二次的結果を回避すべく努力せずに行爲して、人を死に至らしめた場合、行爲者の目的は、明らかに熊の射殺にあり、人の死は、彼の意図の内容ではなかった筈である。しかるに、此れをしも目的の支配の結果であるとするならば、目的行爲の不当な緩和であると評せざるを得ないであろう。

それにも不拘、目的行爲論の主張者が、それを容認せざるを得なかったのは、一体、いかなる理由によるのであろうか。

頭初の目的行爲論は、意思の現実変更力に重点を置いて行爲の目的性を構成していたのであるが、それがやがて、目的的行爲構成において、因果的予見を中核に置くことになった<sup>⑬</sup>。しかして、因果的予見に基いて行爲する場合のみ、目的的上位決定がなされ、その行爲に基いて惹起された結果は、彼が自然から奪った業績なのである。それがまさに、故意として行爲者に帰属せしめられる根拠だといふのである。このように、目的的に決定された範囲において生じた構成要件の結果は、行爲者が自然を変更し自からが齎したもので、いわば仕業であるとするところに、故意行爲の独自の帰属性の根拠を認めんとするのであ

り<sup>⑭</sup>、ここに目的行爲論が、存在的行爲論から可罰的行爲論へ転化しつつあることが窺えるであろう。かかる視点に立って、頭初の目的性の概念を拡大し、未必の故意も目的的行爲である、とするに至ったのである。このことは、実は、帰属性の概念によって、目的的行爲の構造が制約を受け得るということを実証するものといわなければならぬ。かくして、われわれは、故意概念の確定と、行爲の目的性とは、必然的関連を有つものではないという結論に到達せざるを得ないのであり、その意味で目的行爲論における故意概念も亦、純粹に存在論的であるとはいひ難いのであつて、一種の規範的概念であると評し得るであろう。では、故意の限界を劃する方法論的前提はいかに考えるべきであらうか。

故意概念の確定の問題、とりわけ、故意と過失の限界は、評価の対象としての行爲構造の課題として、一般行爲論の問題であるといわなければならない。そうして、その意味で事実的、存在論的場面で処理されなければならないのである。ところで、刑法における行爲概念は、犯罪における最も外側のワクザけをなすものである。かかる行爲概念の属性として違法性、責任性の評価が付着することになる。その際、違法性と責任性は、有機的に結合するのであり、後者が行爲に現実化された行爲者の人格態度の反規範性を個別的に評価する性格を有するのに対し、前者は、人格態度の現実化としての行爲の反社会性を一般的・客観的に判断するものであり、いずれも人格態度を基礎とするが、その評価の方法を異にするに過ぎない。かかる体系のもと

にあつては、行為概念の基礎に人格態度を置くことは、何ら奇異の感を与えるものではない。かくて、行為は人格態度の現実化として一般的に把握される。<sup>⑥</sup>

ところで、かような基礎的観点に立脚して、われわれは、故意と過失は、行為者の人格的所業であり、ある結果が行為者に帰属されるのは、それが彼の人格的所業であるという点に共通性を有することを知るのであるが、それは、しかしながら、行為概念上の類型差を無視するものではない。先ず、われわれは先に、目的行為論において、故意概念が帰属性によって制約されていることを見た。すなわち、目的的に決定された範囲において生じた構成要件の結果は、行為者が惹起したもので、いわば行為者の仕業である、というのである。そうして、故意の内容は、かかる「わざ」的帰属によって決せられる、とすれば、最早、それは、厳密な意味での存在論ではあり得ないのである。むしろ、私は、故意として帰属されるのは、行為者が積極的に現実を変更し、創設したという、自然に対する主体的な活動の人格的態度にあると考える。かように理解することによって、故意の実体がある程度に明確になるのであり、その限界も劃し得るものと思う。尤も、かかる把握の仕方は、人格態度の現実変更に対する積極性ということによって、故意を概念規定せんとするから、もはや存在論ではなく規範的概念構成であるとする批判があろうが、私は、ある結果を行為者に帰することが可能なのは、その結果が行為者の人格から湧出した場合に限定されるというのは、まさに存在の根拠を有するものであると考える。また、一步譲つ

て、右の思考が規範的概念構成の所産であるとしても、それは、目的行為論者に対しても同様に向け得る批判であり、わたくしは、人格責任論に立脚して、一般行為論を考察する場合、かように考えるのが最も妥当であると考えてるのである。

以上、私は、故意概念の確定に当り、先ず悪意の残存物を排除すべきこと、更に、目的行為論の故意概念は、結局、帰属性によって制約されていること、そうして最後に、故意の帰属性は、人格態度の積極的所業ということによって説明されることを論じた。

では、かかる立場にあつて、故意の限界、従つて未必の故意は、いかに確定されるであろうか。

- ① Welzel. Das deutsche Strafrecht 6 Aufl. S. 29. Das Neue Bild, 3 Aufl. 1957. S. 1.
- ② Welzel. ZStw. Bd. 58. S. 502.
- ③ Gallas. a. a. O. S. 42. ④. Englisch Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit. S. 186 ff.
- ⑤ Armin Kaufmann. Der dolus eventualis im Delikt-sanftan. ZStw. Bd. 70. S. 65-66.
- ⑥ v. Weber, Grundriß. S. 63 f. Maurach. Lehrbuch. I. S. 222. ⑦ Welzel. Strafrecht 6 Aufl. S. 32.
- ⑧ 井上正治教授「故意と過失の限界」(刑事法の理論と現実)一二七頁以下参照
- ⑨ M. E. Mayer. Allg. Teil. S. 243. f. ⑩ 平場教授、前掲論文一五頁以下参照。

⑪ 井上前掲書一三〇頁以下参照。

⑫ Armin. Kaufmann. a. a. o. S. 72. ⑬ 平場前掲論

文一〇頁以下参照 ⑭ 同、一四頁以下 ⑮ 団藤教

授は、行為を人格の現実化として把握しつつ、それを責任論の領域で処理されるが、私は、それを行為論の問題として考察するのである。「刑法綱要」一八一頁以下

### 三、故意の限界

人格の現実変更に対する積極的所業としての故意行為は、とりあえず構成要件的結果に対する実現意思として把握せられるであろう。けだし、ウェルツェルも主張するごとく、意思は、因果の流れを変更し、外部的に客観的に自己の目的を創設的に実現する能力を有することから、人格の積極的所業としての故意に最もよく則し得ると考えられるからである。その意味では意思説が正当である、というべきである。

ところで、構成要件的結果の実現を表象し、その実現のために手段を撰択し、予見の内容を実現した場合の如き直接故意において、かかる実現意思の存在は、何等、疑う余地がない。此れに対し、未必の故意は、ガラスも指摘するように、推定的意思の問題として、直接故意とは意思の類型を異にするものなのである。さるからに、われわれは、両者をば、人格の積極的所業として統一的に理解せんとするのである。では、推定的意思を実現意思の範疇に属せしめ、人格の積極的所業であることを論証するには、いかなる論理構成が必要であろうか。

結果を実現する意思は、先ず、結果実現の目的を設定し、目

標到達の可能性が検討され、目的実現に相当する手段が撰択され、因果の流れを目標に向って導く意思をその実体とする。ところで、その前提として、必然的に結果発生の子見がある、と同時に行為者は自己の行為が、意欲しない附随結果を惹起する可能性をも予見するのであって、その場合、彼は、他の手段をも撰択することができるわけである。かようにして、目的実現のための行為は、同時に意欲しない附随結果を回避する方向にも操縦し得る<sup>①</sup>というテーゼが成立するであろう。かくて、実現意思は、回避意思 (Vernehmungswille) によって制約を受け、ということが出来る。このことは、逆に見ると、結果発生の子見が存し、その予見の内容を実現する方向に行為を操縦するかぎり、その結果は盲目的なものでなく、行為者の積極的な現実形成の結果であるという推定がなされ、それが否定されるのは、結果発生の意欲、認容の不在にあるのでなく、結果回避意思の存否に依存することと帰著する。尤も、実現意思と回避意思とを相関的に眺めることによって未必の故意を規定せんとする立場は、すでに目的行為論の採用する立場である<sup>②</sup>が、意欲のない目的行為を承認することは不当であること、先に述べた通りである。

かかる見解に立つかぎり、従来の意思説と表象説の立場は、完全に調和せられる結果となる。即ち、故意の成立要素としては、結果に対する表象が必要であり、表象があるにかかわらず、それを回避すべく努力せずして結果を惹起すれば、実現意思が存することが推定され故意が認定されることになる。



では、未必の故意が認定されるのは、いかなる場合かを、それぞれ構成要件的結果に対する心理的關係の諸類型について検討してみよう。

(一) 先ず行為者がある目的を実現する意思を有ち、他方、意欲しない附随結果を回避する意思を有するとされ、故意が否定される場合として二個の類型を考えることができる。第一は、行為者が結果発生の見込みをなしつつ、結果回避の可能性の判断において錯誤があるばあいは、そもそも、構成要件の結果に対する心理的關係は、無であり、結果に対する認識は否定されるが故に、実現意思は不存となる。次に、行為者の表象において結果発生の可能性があるが、その発生を回避し得ることの確信があるばあいにおいても事情は同一である。すなわち、回避可能性に関する確信的判断は、結果に対する表象を否定したことになる、その表象は無に帰することから、此の場合は認識ある過失も成立し得ないことになる。<sup>③</sup>

(二) 右の場合に対し、次の類型は、やや複雑である。すなわち、行為者が附随結果の発生を表象しているにもかかわらず、手段の撰択を正確になさず、因果の流れを附随結果の回避に向って操縦しなかつたばあいである。此の類型においては、大要三つに区別することができる。第一は、主たる目的の実現が先に立って、附随結果を回避する余裕がないような事例であり、その第二は、結果回避のために手段の変更をなすことが行為者にとって厄介な場合、更に、行為者が附随結果の惹起に関して無関心なばあいが考えられる。かかる事例に関しウェルツェルは、

「行為者にとって、どうでもよいか、あるいは全く意欲せざる結果も、行為者が附随結果の実現においてのみ自己の固有の目的が遂行し得ると考えているかぎり、実現意思に組み入れられる<sup>④</sup>」としてゐる。ところで、此の見解によれば、目的の実現が附随結果の惹起と必然的関連を有するとの行為者の判断が存しないかぎり故意は認定し得ないことになるが、それでは狭きに過ぎる。わたくしは、右の場合、結果回避の意思の不存により、すべて故意の成立を認むべきものと思う。

(三) 次に考え得る類型は、行為者が附随結果の発生の可能性、または、その回避可能性につき疑念を抱きつつ、構成要件の結果を実現したばあいである。此の類型においては、かのエンギッシュ、ガラスの見解が想起されるであろう。エンギッシュによれば「何人も、必然的なものとして、または可能なものとして認識した結果を意識して行為するならば、此のことは、最早盲目的なものでなく意味に満ちた上位決定をなしたのであり」因果的知見に基づく、結果発生が存するかぎり、目的的实现意思が存することになるのである。<sup>⑤</sup>ところで従来、認容説は、このばあい結果の認容をもって故意の成立を認め、蓋然性説は、結果発生の可能性の蓋然性の程度の表象によって故意と過失を区別した。しかし、認容とか、蓋然性の表象という純粹に主観的な感情評価によって故意の概念規定をなすのは正当ではない。フランクも主張することく、故意は、予見とか認容という意思の要素に尽きるものではなく、それを以て行為に出ることによって始めて問題になるのである。<sup>⑥</sup>従ってアルミン・カウフマン

もいうように、実現意思は、因果関係の統制支配という客観的  
行為支配を前提としてのみ意義を有する。<sup>⑦</sup> だとすれば、結果回  
避意思もかような意味で理解されなければならず、結果回避の  
意思は、手段の撰択と行為支配の過程において外部的に客観的  
に実体化されて、初めてその存在を容認される、といわざるを得  
ない。されば、右の類型においては、結果回避の意思が、外部  
に現われている場合、故意の成立が否定され、結果回避の失敗  
ということによって認識ある過失が問題になるに過ぎない。し  
かして、結果回避の意思があり、結果回避目的のために、因果  
の流れを支配・統制しつつ、なお結果を惹起したばあいは、偶  
然、または不可抗力に基くが故に、認識ある過失も問題になら  
ないのである。<sup>⑧</sup>

かように理解することにより、従来の故意の限界設定に関す  
る、行為者の表象、感情、動機、認容、是認、といった主観的  
な考察方法は克服せられ、客観的基準に到達することになって、  
従来の如き主観的要素の証明方法の困難が排除せられ、訴訟上  
合理的な解決策を導き得るものと考えられる。

(四) 未必の故意として、最後に考え得る類型は、附随結果の  
回避のために手段の撰択をなし、行為支配をなしたが、その際、  
主たる目的を実現するためには相当の困難が伴うことを予想し、  
附随結果の惹起は必然のことであることを予見しつつ、「運を  
天にまかせて」行為したとき事例である。此の事例としてい  
つも用いられるのは、かのロシアの乞食の例である。すなわち  
物乞いの道具に使うために貰い受けた子供の手足を折り、やり

そこなつて何人かを死亡せしめたにかかわらず、更に新しい子  
供の手足を折る乞食の実現意思は、子供が死ねば目的は達成で  
きないが故に子を殺すことにあるのではない。此の場合、殺人  
の故意を認めることはできるか。ウェルツェルは、「行為者が結果  
回避の可能性を信じて行為したならば、過失であるが、此れに  
対して、幸運を予想してした行為は故意であり」従つて「ロッ  
アの乞食」の例では殺人の故意であるとした。<sup>⑨</sup> わたくしは、こ  
のばあい、運を天にまかせて行為することは、回避の意思その  
ものが不存在なのであり、また、単なる幸運をねらうことは、  
すでに回避に向ける行為支配を放棄したものといわざるを得ず、  
故意が成立するものと考ええる。ただ、此れと関連して考えられ  
るのは、右の如く、運を天にまかせて行為し、それが成功した  
ばあい、未必故意行為の未遂が成立するか、という問題である。  
この問題は、上記の未必の故意の諸類型に共通の課題であり、  
その成立に疑念を抱く学者もあるようであるが、わたくしは、  
それを肯定してよいものと思う。すなわち、「行為と行為者の  
犯罪的意思、全体的計画、行為者の人格態度を顧慮し、行為の  
主観、客観の諸要素から導き出される総合的危険概念の観念を  
用い、行為の結果発生の現実的、具体的危険性が容認されるか  
ぎり」未遂犯は成立するものだからである。<sup>⑩</sup>

そこで、右の私見のあらましを要約することにしよう。

わたくしは、故意の限界を劃する未必の故意の問題として、  
先ず、構成要件の結果の認識の限界内で問題とすべきこと、し  
かし、故意の本質は意思に存するが故に、推定的意思が論せら

れねばならない。そこで、構成要件の結果の実現意思は、先ず、結果の予見を前提に、予見は、実現の内容のみならず、意欲せざる結果（附随結果）の予見を含む。かかる予見が存するかぎり、意欲せざる結果の回避に出なければならぬ。従って実現意思は結果回避意思の存在によって否定されることになる。

ところで、故意の犯罪論体系上の地位に関しては、なお詳論すべきであるが、評価の対象としての故意は、主観的違法要素であると同時に、ポツケルマンや、福田教授が主張することく、責任の要素であると考えなければならないこと、従って、わたくしは、故意の概念構成においては、一応、違法性の認識を除外して論じ来たのである。

#### 四、むすび

以上、わたくしは、故意の限界を劃するに当り、行為が人格的所業であることを前提としつつ、故意行為の構造は、人格の現実変更に対する積極的所業である点に、その類型的特性を有することを論じながら目的行為論における実現意思の観念を借用することによって、故意の限界、とりわけ未必の故意を論じてみた。さて、かかる観点からは、一般行為論の問題として過失行為の構造、及びその帰属性の問題が論ぜられるべきであろう。私見によれば、過失行為の類型的特性は、人格の現実変更に対する消極的所業にあり、結果回避の失敗にある。しかして、ある結果は、ある人格態度の「せい」であり、その故に、行為者に帰属せしめられるのである。<sup>⑭</sup>

未必の故意について

かくして、私は、人格責任を基礎観念とする、犯罪理論の構成に、最も妥当する行為概念が確定し得ると考えるのである。しかしながら、右の拙論は、単に理論構成のあらましを述べたにすぎず、単なる試論として展開したにすぎない。故意と違法性の認識の問題、故意と過失の限界の問題は、改めて、詳論することにならう。

—完—

- ① Vgl. Armin Kaufmann. a. a. O. S. 73-74.
- ② Welzel. Das Neue Bild. S. 4.
- ③ 木村博士「刑法総論入門」法学セミナー六八号一七頁以下
- ④ Welzel. a. a. O. S. 4.
- ⑤ Engisch. a. a. O. S. 186.
- ⑥ Frank. a. a. O. S. 140.
- ⑦ Armin Kaufmann. a. a. O. S. 76.
- ⑧ 木村前掲論文、三〇頁以下
- ⑨ 井上教授「刑法における主観的要素の証明」(滝川博士還暦論文集下)四四九頁以下
- ⑩ Welzel. Strafrecht, 6. Aufl. S. 62.
- ⑪ 拙稿「予備と未遂の限界」(同志社法学六七号)一〇六頁参照
- ⑫ Boeckelmann Untersuchungen S. 65 ff.
- ⑬ 福田教授「違法性の錯誤」一七七頁以下
- ⑭ 平場教授は、客観的危険の観念を用い「過失の場合の結果が行為者に帰せられるのは、危険が彼の造り出したものである以上、危険の実現即ち結果も亦彼の造り出したものだ」として、過失の法的帰属を論じ、そこに故意との共通性を見出そうとする努力を示されているが、私見によれば危険の造出そのものが、実は、盲目的因果の流れなので、因果性以上の帰属性を認めることは妥当ではないのである。(法学論叢第六八巻第三号一六頁参照)