

「未必の故意」再論

大 谷 實

- 一 はし が き
 - 二 目的的行為論と故意の問題
 - 三 未必の故意と実現意思
 - 四 わたくしの見解
 - 五 む す び
- 一 はし が き

三年前わたくしは、未必の故意に関して、まことに拙ない小論を発表したのであるが、そこでは人格責任論を基礎觀念として故意を構成したばあい、いかなる結論に到達するであろうか、という前提に則しながら一応の試論を展開してみたのであった（「未必の故意について」同志社法学七一号）。ところが、この論文が幸いにも正田判事の眼にふれるところとなり、若干の批判を蒙ることとなった（正田・「自動車事故と未必の故意の法理」(一)、判例時報三二一、三二二号）。そこでわたくしは、潜越とは思いつながら、かなり詳細な反論を試みたのであった（「未必の故意と実現意思」判例時報三

三三三号)。これに対しては、その後同判事から再度御高教を与えられ、今日に至っている次第である（「犯罪論或問」⁽⁴⁾判例時報三五四号）。

時を同じくして中教授のこの問題に関する研究が発表された（「未必の故意と認識ある過失」法学セミナー八二号、「未必の故意」刑法講座⁽³⁾）。同教授の立場は、アルミン・カウフマンおよびウェルツェルの見解を忠実に追いつつ、そこに独自のものを折り込もうとする注目すべきものであったし、また、目的的行為論の側からの、わが国で最初のこの問題に関する本格的研究であったことにかんがみ、一応検討しておく必要があったので、先般、若干の問題点を指摘したのである（「未必の故意に関する若干の問題」綜合法学六五号）。ところが、わたくしの所論に対し中教授は、まことに丁重に拙論の間に答えられるとともに、拙論における誤謬とされるべき点を逐一訂正してくださいとされたのであった（「未必の故意と構成要件の実現意思」綜合法学六九号）。これは、わたくしにとって望外の喜びである。拙論に対して御垂教を賜わった二先学に対して深く感謝するとともに、ここで、改めて、この問題をとりあげ、再度、総合的に論究することは、これら先学の学恩に報いることであると考えて、ここに小論を発表する次第である。

二 目的的行為論と故意の問題

行為とは、人間の目的活動であり、外界の因果の流れを利用して目的達成の手段とすることは、人間行為を動物的活動から区別する特質なのである。因果関係は盲目的な前進過程であり、人間は、この過程を利用して、一定の結果を導来するために既存の要素を結集さえすればよい。それが可能なのは、結果を実現する人間の目的意思のみである。意思は一定の因果的可能性を予見し、それを計算に入れ、結果に向けて支配・統制する機能をもつ。「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、且つ彼の活動をこの目標到達に向け計画的に導くことを意味する、したがって「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」⁽¹⁾。以上要約したウェルツェルの提唱は、人間行為の存在論的特性を明らかにする企図のもとに、価値創造における行為の役割を総合的に、しかも組織的に展開したものとされるが、その行為自体の構造は、目的の設定、手段の有意的撰択、手段（因果関係）の目的へと向ける操縦、目的の実現という過程全体を指すものと解されるのである。かかる見地から、実現意思の客観的機能を明らかにしたウェルツェルが、故意を悪意から解放し、純粹に心理的事実として把握したのは、当然のことであった。従ってまた、アルミン・カウフマンが「従来の故意の限界をめぐる解答は、故意とは何かということからではなしに、責任とは何かという問題から出発しているが、それは本末顛倒である」⁽²⁾としているのも、かような立場にあるのである。

さて、ウェルツェルによる目的的行為は、目的性と因果性という二つの存在論的概念によって成立し、しかも、この人間行動の客観的構造法則は、思想上実現すべき成行を予測することに本質的意味を有つが故に、実現意思は目的性の不可欠の要素となる。かかる一般的行為概念の中樞に置かれるべき「実現意思」は、刑法上「故意」として現れる。存在論的刑法学は、かかる意味での「故意」を行為概念に採用することによって、刑法学史に新たな一ページを加えたのである。ところで、故意を一般的行為概念にとり入れ、故意と実現意思、故意性と目的性が体系的に合致するという見解はウェルツェルの初期の立場である。そして、この段階では、確かに彼は、故意が確定的故意において把握されるべきであることを容認していたのであった。⁽³⁾ けだし、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を意欲するという存在論的行為概念に即し得るためには、確定的故意のみが妥当するに過ぎないからである。それで、一般的行為概念における目的性と、故意性が合致するものとしても、刑法上重要な特定の構成要件の故意を實質的に説明したことにはならない、とメツガーが批判したのは、正当であったといえるであろう。⁽⁴⁾だからウェルツェルが、裸の行為概念の存在論的性格から、構成要件の行為の本質をどのように把握すべきか、いいかえれば、前法学的な一般的行為概念を基礎としながら、構成要件の故意をいかに特性づけるかに関心が移ったことは、当然のことであった。

それにしても、これは皮肉な現象であるといえよう。けだし「犯罪故意、すなわち『刑法上重要な目的性』は——実際には論理的に矛盾したことだが——『前法学的な一般的行為概念に属するものではなく、むしろ、すでに法的な規範化の領域にある特殊な行為概念に属するものである』⁽⁵⁾といえるからである。われわれは、ここで、所謂、客体の無限性と法学的思惟の有限性との矛盾を、いかに把握すべきかについて考察する必要がある。すでに明らかのように、存在論的刑法学の企図は、人間行為の存在論的構造に著目し、それをば犯罪理論の基軸とすることによって刑法学に生命を吹き込もうとする点にあったのである。しかるに刑法的評価の客体は、生物学的に人類学的普遍性を有するのに対して法学的に刑法的評価基準は、有限的な時間的・空間的性格を帯びるものといえるのである。この相反するものを一方に併呑するという前提そのものに、実は、存在論的刑法学の宿命的ジレンマが存するのではないかと考えるのである。もとより刑法解釈学において、刑法規範の故郷となつて存在論的真理を看却してはならないのであつて、たしかにそれは空中に楼を築く類のものとして否定されるべきであるが、他方、法的領域における類型性を無視することも、刑法解釈を誤つた方向に導くことになるであろう。従つて、われわれは、先ず、法的真理を端的に

把握する方法から出発し、その必要限度において、存在論的真理に著目すべきなのである。

さて、如上の観点から、ウェルツェルは、故意性と目的性は合致するものとし、故意をもって構成要件の結果に対する実現意思として把握したのであるが、これはガラスの先の指摘を俟つまでもなく、すでに法的に規範化された領域の問題であって、一般的な行為概念の範疇に属さないところの、特定の構成要件の実現意思を意味していることは疑いなくところである。こうして、やはりウェルツェルの行為論は、刑法学の宿命的人格によって、規範的行為論に転化せざるを得なかったのである。そうした前提が承認されるとするならば、次に、当然に、目的行為論が強調して止まない実現意思の性格そのものにも、疑問点が出てくる筈である。すでに指摘しておいたように、ウェルツェルは、一方では、裸の行為概念を強調しつつ、その軸となっている実現意思の内容を刑法上は確定的故意に相当するものとしていたのである。しかるに一般的行為概念の意義を強調することに消極的となると、それと符を合わせて実現意思の概念を拡大する方向に進んでいったことは、明白な事実である。⁽⁶⁾ そうして、構成要件の実現意思が、すでに規範化された所与に対する実現意思を意味するが故に、価値から自由な存在論的所与を対象とするばあいと異なることは、当然のことといえるであろう。

さて、わたくしは、かかるウェルツェルの理論的変貌を存在論的刑法学の破綻を意味するという視点から把えてみたのであった。⁽⁷⁾ そうして中教授の私見に対する批判の第一点がこの点に向けられているので、やや詳細に検討してみることになろう。

註(1) Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4 Aufl., S. 1~13. Persönlichkeit und Schuld, ZStW. Bd. 60, S. 428-458. Um die finale Handlungslehre (1949), S. 7.

- (2) Armin Kaufmann, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, ZStW, Bd. 70, S. 65.
- (3) Englisch, Probleme der Strafrechtserneuerung, (Festschr.f. Kohlrausch), S. 154f.
- (4) Mezger, Moderne Wege, S. 17.
- (5) Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1955), 齋藤訳「犯罪論の研究」二頁参照。
- (6) Welzel, Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzüge, 2 Aufl., S. 40.
- (7) 拙稿・前掲論文・同志社法学七二号、八六頁以下。

三 未必の故意と實現意思

存在論的概念である「實現意思」は、刑法上の「故意」（ここでは、事実的故意においてのみ使用する）と合致し得るか、というのが本節の課題である。すでに前節においても若干指摘したように、その答は否である。以下、ここでは、中教授の反論に逐一検討を加えながら、その理由を明らかにしてゆくであろう。

實現意思が、目標の決定、手段の撰択、因果関係の統制支配、目標の實現という目的行為構造の中核的地位を占めるものとされたことは前節で述べた通りである。そうして、かかる實現意思が刑法学に採り入れられるとするならば、それは、確定的故意にのみ当て嵌まるのであって、未必的故意には妥当しないというのが、わたくしのこれまでの主張であった。その理由は、實現意思とは、結局、盲目的因果の流れを、目的に向けて前進的に操縦する意思を意味するのであるが故に、「目的を設定し、因果的予見をもとにして行為計画を立て、手段を撰択して結果の實現に向けて操縦する行為の基礎となるものは、結果の實現を認識意欲する確定的故意の概念にのみよく則し得るもの⁽¹⁾」であって、行為手段の行使と単に可能的に結びつく附随的結果にまでは及ぶものでないという点にある。このことは、ウェルツ

エルが、目的行為をもって「眺めながら」(sehend)する行為だとしたことからも論証し得るであろう。すなわち、目的行為の構造からするならば、本来、行為者の目標としない附随的結果は、手段の撰択乃至因果関係の操縦によって回避される筈のものであり、もしそれ等の附随的結果が発生したとするならば、それは、行為者がその発生を意欲したとすべきであって、明らかに、確定的故意に相当するものと考えざるを得ないのである。ところが、ウェルツェルは、行為者が単に発生可能だと表象した附随的結果についても、実現意思は及ぶとしているのである。⁽²⁾このばあいウェルツェルは、その結果の発生を計算に入れていたことを理由にして未必の故意を認め、実現意思の範疇に属せしめようとするのであるが、私見によれば、これは甚しい矛盾である。けだし、結果の発生を計算に入れて目的支配を行なうのであれば、必然的に結果が発生する道理であるから、これは、確定的故意を意味することになる。また、かような標準においては、未必の故意の未遂犯ということは、殆んど存立し得なくなるであろう。従って、単に発生可能であるという表象においては、実現意思の内容にたえ得ないものであると考えるのである。

にもかかわらず、目的行為論において未必の故意の概念が存続せざるを得ないところに、わたくしには、実現意思の本来的性格を脱皮せんとする努力が認められるように思われる。わたくしは、この点に著目して「存在論的行為論の可罰的行為論への脱皮」が、目的行為論に認められるとしたのであった。⁽³⁾この点に関して中教授は、私見に対し、いたく非難されるのであるが、⁽⁴⁾以上の説明で十分であろう。

さて、ウェルツェルが、「行為者が単に発生可能だと思惟しているばあいにも、その発生を計算に入れていなければ、実現意思の存在は認められる」とするばあい、これを分析するならば、「発生が可能である」という表象と、「計算に入れている」という認容に分けて考え得るであろう。ところが「計算に入れていたかどうか」ということは、結局、

因果的予見の内容によって決定されるのではないか、というのが次の問題である。すなわち「発生の可能性が大である」という表象が存すれば「計算に入れていた」ことになるし、そうでないばあいは認識ある過失になるということであろう。そうだとすると、故意の限界を決する基準は、実現意思ではなくして、因果的予見にあるという帰結になりはしまいか。かような私見に対する中教授の解答は「因果的予見は論理上当然に実現意思の構成分子としてこれに含まれるものであり、現実形成的・存在論的実現意思は本質上これを内含してその予見にかかる全因果的効果を包括するものと解せられる⁽⁴⁾」としていたのである。だが、この所論には論理不統一の不備がある。第一に中教授は予見範囲と実現意思の及ぶ領域につき、エンギッシュ、ガラスが、両者合致すると説くのに対応して「自己の行為によりその発生が可能だと考えられるにすぎない望ましからざる附随的結果といえども、いやしくも現実的因果力の奏効圏内にあると知られている以上、意思はまさしくかかる奏効性をめざすから⁽⁵⁾」実現意思に包括されるとしてこれに賛同されている。しかし、実はガラスは、そのばあい、実現意思は認識ある過失にも及ぶとしていたのであって、中教授の如く、実現意思と故意を合致せしめようとするものではないのである。これは、結局、因果的予見の把握の仕方由来するものといえよう。けだし、因果的予見を他の偶発的因素と結合して可能的に発生するにすぎない結果の表象として把えたとすれば、おそらく中教授も、その全体に実現意思が及ぶとはされないであろう、と考えられるからである。では、同教授は、奏効性の認識をいかに理解しているのであろうか。

「現実的因果力の奏効圏内にある」ことの予見は、結局「当該目的意思によって具体的に結果が発生する」ということの表象と解して支障はないようである。そうして、これをもって因果的予見だとされるのである。そうであるとすると、第一に、この立場からは、未必の故意の成立する余地がなくなりはしまいか。何故なら、かかる奏効性の認

識をもって行為することは、明らかに結果の発生を意欲することと同断だからである。第二に、この見解によれば、人間知識の行為時における相対性を無視することになりはしまいか、という疑問が生ずるのである。ところで、中教授は、わたくしが右の因果的予見と、奏効性の認識とは、その実質において異なるところがあるのではないかと指摘したのに対し、両者の区別は「無用のものである」と答えられたのであった。⁽⁶⁾しかし現に、因果的予見内容がすべて実現意思に及ぶのではない、という立場、及び、因果的予見範囲は認識ある過失にまで及ぶという、いわば、因果的予見を相対的に把握しようとする立場がある以上、その区別は明らかにされるべきであったし、現にその相違がはっきりしているのである。

以上を要するに、目的行為論における実現意思の観念は、刑法学上の故意概念として現れる際に、因果的予見を軸として、構成されるようになった、ということができるのであって、わたくしは、そのような傾向をもって、実現意思という観念の不当な拡大であると考えるのである。その際、中教授が奏効性の認識という観念を積極的に打出したことは、ウェルツェルやガラスの見解より、一層、実現意思の構造に合致し得るものと評し得ようが、そうだとすると、最早、未必の故意の領域は、故意概念に存在し得なくなるというのが、わたくしの見解なのである。

さて、実現意思と故意の概念が、不一致に終るかどうかの検討は、一先ず、これ位にしておこう。というのは、その結論が、いずれに落着くにしろ、未必の故意の観念は依然として目的行為論から認められているので、問題は、これまで、この課題をめぐる難問にいかなる解決策を提示したかに尽きるものと思われるからである。

周知のように故意概念をめぐる十八世紀以来の紛争は、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。ところが、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、実は、責任概念の心理主義的構成方法に由来するので、責任を純粹に規範的に構成するならば、両者は、対立すべきものではなく、何等かの形で統一し得る筈のものである、と考えられるにいたった。すなわち、M・E・マイヤーの動機説がこれである。彼は、意思説と表象説の統一の場は、意思形成の過程、すなわち動機であると考え。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るにかかわらず、かくしなかつたというところにある。そこで確定的故意の特徴は、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て、未必の故意は、他に基本的動機があり、当該の結果の違法な認識も決意を促進した場合だといふのである。

ところで、この問題についての従来の考え方は、右のM・E・マイヤーの見解においても明確なように、責任評価が前提に立って、いかなるものが故意責任であるべきかということが前面にあって、それによって故意か過失かを決せんとするのであって、故意、過失の事実的側面を無視した議論にならざるを得ないのである。だが、このように断定してしまつては、問題にならなくなるので、故意の領域を決定する基準として妥当かどうか若干触れておこう。

先ず蓋然性説は、結果発生の可能性の程度、すなわち発生蓋然性が不発生蓋然性を圧倒する程度において表象されたばあい、未必の故意が成立し、しからざるばあいは、認識ある過失だといふのである。これは、大なる蓋然性を表象して行為に出ることは、その結果の発生を認容したことになるという意味で、認容説と共通の視点に立つと見られるが、蓋然性の度合によつて、故意にも過失にもなるというのは、甚だ流動的基準といわざるを得ず、立証の段階においても極めて困難であつてひつきよう、裁判官の恣意によつて決定されることになるであらう。

右に述べたような難点は、認容説についてもいい得ることである。すなわち、表象された結果の発生を、さらに認容したばあいには未必の故意となり、否定したばあいには、認識ある過失となる、という。一体、認容とは、希望、是認、受忍、投やりというように心理的に説明し得るのであるが、かかる内心的態度をいかなる資料によって判定しようというのであろうか。これまた裁判官の恣意による擬制を認めざるを得ぬことになるであらう。なお、M・E・マイヤールの動機説は、違法性の認識という責任要素を度外視しては考えられないので、ここでは、論評を省略することにしよう。⁽⁷⁾

そこで、では、目的行為論は、これまでのこの問題の難点を、どのように解決したであらうか。

すでに述べたように、ウェルツェルは、附随的結果が当該の手段の行使によって単に発生可能だとされる場合にも、行為者がその発生を計算に入れていた (mitrechnen) か、あるいはその不発生を期待していたか (vertrauen) によって未必の故意か認識ある過失かの区別をしようとするのである。ここで注意しなければならないのは (この点、中教授には、重大な誤解があるものと思うのだが) ここに所謂「単に発生可能だという」予見は、因果的确实性の予見ではないということである。なぜなら、それ自体、発生を計算に入れることもできれば、不発生を期待し得るものでもあるのである。従って、いわんや、それを目的的に実現するというものでもない筈である。かかる性質をもつ予見に対しても実現意思を延長することは、概念の濫用であり、従って因果的予見が実現意思の前面に出てくるようになったと指摘したことであつた。⁽⁸⁾

さて、このような不確実な因果的予見 (ということとは、中教授の立場からは、形容矛盾ではあろうが) という領域を認めるとすると、それを計算に入れるか否かということは、結局、その予見内容の量的差異に陥ってしまうことになる。

そうだとするとこれは、かの蓋然性に対する批判が当然に妥当することになるというのが卒直な意見である。そこで、わたくしは、先の中教授の所説に対する批判の中で「教授が発した蓋然性説に対する批判は、移してもって教授に至さねばならない」⁽⁹⁾としたことである。これは同教授が蓋然性説を評して「標準としては些さかも内心的・感情的態度を交えない点では適當であるが、結果発生の可能性のいかなる程度をもつて蓋然的としもしくは可能であるに過ぎぬとするかの判定は往々にして流動的であり確実な判定基準とはなし得ない」⁽¹⁰⁾としたことに対するものである。これに對して中教授がその「旨を説くかに解せられる節ありとすれば、明示されんことを希望する」⁽¹²⁾としてその理由の開陳を迫られるので若干触れておきたい。

叙上の解明でも明らかのように、わたくしは「奏効性の認識」という觀念に疑問を持つのである。すなわち、一定の手段を構じたばあい因果必然的に発生する結果については、たしかに因果的奏効可能性の認識は、認め得るのである。だが、手段の行使と因果的に結びつく結果は「蓋然的」と、はたまた単に可能であるとを問わず、すべて實現意思に包括される⁽¹¹⁾とする説明には当惑せざるを得ない。なぜなら、蓋然的とか、可能的とかという意味は、われわれの日常用語例からするならば、自己の投下する手段と、他の因素が結合して實現する性質のものであって、そうでなければ、自己から離れた自然的な結果とすべきだからである。そうだとすると、蓋然性、可能性の表象のうち、どの程度までが、因果力の奏効圏内に入り得るかということ、結局、その基準の確定において、なお、流動的なものが入らざるを得ないことにならうと考えられる。

以上、わたくしは、目的行為論の所説を追いつつ、中教授への反論を折り混ぜながら、實現意思と未必の故意の問題を論じたのであるが、次に、私の見解を示して、未必の故意の具体的標準を明らかにすることにしたい。

- 註(1) 拙稿・「未必の故意について」(同志社法学七一号)八六頁。
- (2) Welzel, Das deutsche Strafrecht, 7. Aufl., S. 29, S. 61 ff.
- (3) 拙稿・前掲論文、八八頁。
- (4) 中・前掲論文、七三頁。
- (5) 中・講座、七五〜七六頁。
- (6) 中・前掲論文、七三頁。
- (7) この部分の詳細な説明については、拙稿・前掲論文に譲りたい。なお、Armin Kaufmann, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau ZStW. Bd. 70, S. 64 f. 参照。
- (8) 拙稿・前掲論文、九〇頁。
- (9) 拙稿・「未必の故意に関する若干の問題」(綜合法学六五号)、六九頁。
- (10) 中・講座、七七頁。
- (11) 中・前掲論文、七五頁。

四 わたくしの見解

すでに、これまでのこの問題についての拙稿において明らかなのであるが、それについての中教授、および正田判事の批判に対する解答を折り混ぜながら、今までの主張を追補する意味で、わたくしの立場を明らかにしてゆきたいと思う。

わたくしの前稿の前提的命題は、およそ三つのものに区別することができるであろう。

その第一は、わたくしが人格責任論に立脚していることから、人格責任論によって犯罪理論を体系化するばあい、故意が、いかなる体系的地位を持ち得るかということに最大の関心を払っているということである。そうして、結局、

そこで得られた結論は、故意と過失が、先ず第一に構成要件的行為の上で、構造上の差異を示すということであった。次にその第二は、刑法における主観的な犯罪構成要素の立証の問題である。これは、ドイツ、及びわが国の刑法学、とりわけ犯罪論が、共通に陥っていることなのであるが、犯罪論と訴訟理論とを全く別個に構成しているので、例えば、意図とか目的の存否を決するばあい極めて裁判官の恣意が入り易いのである。そのことは、最も典型的に未必の故意の問題において現われる。従って、未必の故意と認識ある過失の問題のカギは、立証の段階を顧慮しつつ、しかも、それに耐え得る故意概念を構成しなければならぬということである。

第三に、未必の故意を論ずる際には、抽象的な論議もさることながら、具体的類型を考察することが重要であるということである。私見は、それをおよそ四種に類型化し、その心理関係を分析することによって、正当な結論に到達し得ると考えている。⁽¹⁾

以上、私見を述べる前に、わたくしの基本的立場を明らかにしておいた訳であるが、これから、右の順序に従って、論述して行くであろう。

一、さて、人格責任論における故意の概念構成を企図するとしても、そもそも多義的な「人格責任論」を、いかにわたくしが理解しているのかが、当然、明らかにされなければならないだろう。そこで、若干、その点を説明することにしたい。(なお詳細は、拙稿「刑罰量定基準と人格責任論」同志社法学八十四号を参照していただきたい。)

わたくしの理解するところによれば、責任の核心は、非難性を前提とした実質的概念でなければならない。だが、責任を非難性として把握するということは、それによって「単に過去に属する事実につき、その惹起者を責め苦めるというだけの意味」⁽²⁾ではない筈である。たしかに刑法は「あたかも性欲に対する結婚と同様、応報感情を保護する」が

「われわれが刑罰の目的を考えると、両親の子に対する制裁と、国家的刑罰とは同様に見える」(P. J. Fitzgerald)⁽³⁾といわれるように、責任非難は、責めを通して将来の規範意識の覚醒と改悛を期待するのであって、ここにわれわれが、責任論の領域で行為者の存在自体 (So-Sein) を考慮しようとする実質的理由が存するわけである。

だが、責任を行為者主義的に把握するとしても、犯罪行為の現実的意義を無視しようとするのではない。刑法規範は、行為類型を通じて行為者威嚇をなしているのであるから、それはまず、行為を媒介とした行為者責任が前提とならなければならない。このテーゼは、規範意識の墮落、法的情操の頹落が、行為という現実活動といかなる有機的関連を有つかの点を解明しなければ、成立しえない。わたくしは、この点を以下のように考えたのであった。すなわち、ポツケルマンも説くように、⁽⁴⁾ 情操頹落は、規範意識の鈍麻として内心的^{||}主観的領域に属すものであり、そのゆえに、犯罪行為に到達する以前においては、行為者は依然として正道への復帰が可能であり、その意味で、情操頹落は、未だ、現実化していないのであるが、一度、人間としての意味ある行為にでた以上、新たな人格形成、すなわち、情操頹落 (Gesinnungsverfall) の完全化をもたらすことになるのである。だから、人格責任論にとって重要なことは、単に可罰的行為の実行が問題となるのではなくして、情操頹落にあっての特徴的行為が問題となる、というのが、わたくしの人格責任論に立脚した行為の理解だということになる。

さて、わたくしは、かような基礎的観点に立脚して、犯罪論における行為概念をば「行為者の人格的所業」ないし「人格の主體的現実化」(団藤)として把握したのであった。ところで、この構想は、すでに団藤教授によって樹立されたものであった。

団藤教授は「行為は人格のあらわれである。しかも、それは、性格の自然必然的な流露といったものではなく、人

格と環境との相互作用のうちに行爲者の主体的態度によって行われるものであり、人格が主体的に現実化されたものである⁽⁵⁾とされたのであった。この提言は、犯罪的結果の帰属性の問題を、人格という媒体を通じて論じたところに特色があるといえるが、問題は、何をもって主体的現実化とするかにある。その点に著眼して、わたくしは、結局、行爲を抽象的に考察したところで、この問題は明らかにならないと考え、故意行爲、過失行爲の帰属根拠を、究明して、初めて、人格的所業の意義が明確になると思うのである⁽⁶⁾。

今、仮りに、故意行爲を、人格の積極的所業として、把握してみることにしよう。この提案は、人格態度の現実變更に対する積極性ということによって、故意を概念規定しようとするのである。すなわち、法的文化は、国民の法的情操によって維持されるのであるが、就中、行爲者の主体的な意思の活動、現実に対する、積極的な、創設的活動によって維持されるものといわなければならない。ウェルツェルもいうように、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、行爲者の「仕業」(Werke)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てよいように考えられる⁽⁷⁾。

さて、人格態度の現実に対する積極性ということは、いかなる素材によって認定されるのであろうか。

わたくしは「人格の現実變更に対する積極的所業としての故意行爲は、とりあえず構成要件の結果に対する実現意思として把握せられる⁽⁸⁾」としたのであった。この思考は、ウェルツェルの所説に由ったのであり、意思是、因果の流れを變更し、外部的に客觀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。こうしてわたくしは、右の意味で意思説が正当だと考えたのである。ところで、構成要件の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確定

的故意において、いわゆる實現意思の存在は、疑う余地がない。これに対し、未必の故意に関しては、ただちに、本来の意義における實現意思に属させ得ないのではなからうか。この疑問に対する解答としては、二つの方法が考えられる。一つはガラスが明らかにしたように、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もかかわらず、その動作を、望んだ目標に向かって操縦する場合は、望まなかった結果も、元来この操縦の領域内にあるものであり、それ故、もしその結果が事実上発生したばあいには、それは行為者の「しわざ」と解して、人格の積極的所業の範囲に入れるという方法である。これは、結果の予見 \parallel 認識があることをもって、故意（しわざ）行為とする結論に達するものである。もう一つは、予見範囲に属する事実について、二つの類型に分け、一方は、推定的意思性を目標として未必的故意となし、他方は、無意思性を目標として、認識ある過失となす仕方である。

ところが、単なる結果発生の子見は、例えば、結果発生の子見はあったが、自己の技倆を尽くし結果回避につとめたにかかわらず、偶然の因素と結合して結果が発生したようなばあい、人格の積極的所業とはなし得ないから妥当性を欠く。そこで、後者の仕方によると、人格の積極的所業を認定する素材として實現意思をとりあげながら、故意と同一範疇に属すべきところの未必の故意を推定的意思性の問題として把握することに論理的矛盾を生ずることはないか、⁹⁰という疑問がでる筈である。だが、この際、注意しておかなければならないことは、確定的故意と認識なき過失との間に介在する中間領域を、二分することは、元来困難なのであり、その困難性をあえて克服するためには、一種の擬制が必要だということである。こうして、實現意思と推定的意思（推定的實現意思）の統一の場として、人格の積極的所業という觀念を提唱したのであった。

二、ところで、拙論における未必の故意を推定的意思とする觀念には、賛意を示されつつ、故意の本質をもって

「人格的態度の積極的所業」とする私見に疑問を持たれるのは、正田判事である。その理由とするところは、「行為の目的性を考えることなしには所業の積極的たるか消極的たるかすら判定困難となるからである」¹¹⁾とすることにある。そこで、この批判が妥当か否か、やや詳細に私見を再説することにした。

さて、推定的意思たる未必の故意が、人格態度の積極的所業であることの地位を有つためには、いかなる論理構成と要件を必要とすべきであろうか。

わたくしは、ここにおいても目的行為論の実現意思の観念を借用したい。すなわち、結果を実現する意思は、結果実現の目的を設定し、目標到達の可能性を検討し、目的実現を可能ならしめる手段を撰択し、因果の流れを目標に向って導く意思をその実体とする。ところが、かかる実現意思には、その前提として必然的に結果発生の子見がある筈であるから、行為者は、自己の行為が、意欲しない附随的結果を惹起する可能性をも子見することになる。そうして、もし附随的結果の不発生を期待するのであれば、他の手段に切り換えることも可能はずである。かくして「目的実現のための行為は、同時に意欲しない附随的結果を回避する方向にも操縦し得る」というテーゼが成り立つ。ところで、予見と実現意思が単に右のような論理で結合し得るとするならば、予見範囲に実現意思は及ぶこととなり、最早、認識と意思を各別に論ずる必要はなくなるから、これからの説明は「無用・有害である」¹²⁾（中教授）し、それはまた「故意犯一般に妥当するのではないか」¹³⁾（正田判事）ということになるのである。しかし、はたしてそうであろうか。もう少し吟味する必要がある。

わたくしの主張を更に述べてみよう。

先のテーゼによってわたくしは、実現意思は、回避意思（Vermeidungswille）によって、その存在を制約される、

とした。この思考は、その前提において「結果発生の子見が存し、その子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、盲目的なものではなく、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⁴⁴の意欲、認容の不在にあるのでなくして、結果回避意思の存否に依存する」ということを予定していることに注意してもらいたいのである。だが、結果の子見があることにおいて、すでに、実現意思の推定を認めるのに、何故、重ねて結果回避意思の観念を持ち込み、実現意思の否定を試みる必要があるのか。これが、おそらく中教授の「無用・有害である」とした点であろう。そうして、中教授と私見が、同一の思考過程を経ながら、意見が対立してくるようになった、そもそもの原因が、右の点に如実に現われていると考えられる。それは、先にも詳述したことであるが、因果的予見の把握の相違に由るものだと思う。わたくしが、ここにいう予見とは、結局、結果発生⁴⁴の必然性、蓋然性、可能性の全体を指すのであり、（蓋然性、可能性の予見の区分は、ウェルツェル、中教授も認めるのであるが、わたくしは、蓋然性とは、結果発生と不発生の可能性の予見が行為者にあり、前者が後者を圧倒する程度のものであるのに対して、可能性の予見は、結果が単に発生するかも知れないということを実質とするものと解する）しかも、その最も外延に属する可能性の予見は、一定の手段と偶発的に、ある因素が結合して発生する結果についても及ぶ性質のものと考えられる。

こうして、わたくしは、このような領域についても実現意思の推定は及ぶものと解するのである。しかしこの推定は、結果回避意思の存在によって破られる。すなわち「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、実現意思の存することが推定され故意が認定されることになる」⁴⁴のである。このばあい、結果回避意思の観念については、特別の説明を必要とする。すな

わち、単に予見した構成要件的结果を回避するという意思が存在したに過ぎないばあいにも、実現意思の推定を破るというのではなく、恰かも、実現意思が外部的な因果関係の統制支配を含めたものとして、目的行為を形成するとされたのと同様にして回避意思もまた、回避行為を伴って初めて、その存在が容認されるといわなければならない。もっとも、これを特に論者が強調する所以は、予見に属する結果については、その認識したこと故に、人格が積極的に現実化し得るのであるが、その予見した結果を回避する方向に行為を支配したことによって、新たな人格を形成したと見るからである。こうして、わたくしは、回避意思の現実化を、実現意思存在の推定を破る要件と解したのであった。

以上の如く解することによって、先に留保しておいた、立証方法の問題が、比較的容易に解決し得るのではなからうか。(もつとも、この点については、わたくしの表現の拙さから、中教授に誤解を生ぜしめたらしく、ここで、お詫び申し上げます⁽⁴⁵⁾)。そこで、かかる一般的故意限界論に立脚して、個別的类型について吟味することとしたい。

三、その第一は、先ず、行為者が一定の結果を実現する意思が存するとされ、他方、意欲しない附随結果を回避する意思が存するとされ、故意が否定されるばあいとしては、二つの類型が考えられであろう。その一に、行為者が結果発生の予見をしつつ、結果回避の可能性の判断において錯誤があるばあいが考えられる。この類型においては、そもそも構成要件的结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から、回避行為の存在を俟つまでもなく、故意は否定される。その二は、行為者の表象において当初結果発生の可能性の認識はあったが、その発生を回避し得ることの確信に基づいて行為に出たばあいであるが、これも、故意は否定される。ところが、これに對しては、中教授から「自己矛盾の説をなすものだといわざるをえない⁽⁴⁶⁾」とする批判があったので、若干、補充して

おきたい。単なる結果発生の可能性の予見を一応はなしたが、結果の不発生を確信して、しかも、それが相当な判断であるならば、認識そのものは、現実には不存在になるのであるから結果回避手段には結びつかないこと、当然の事理ではあるまいか。また、この類型においては、認識ある過失も成立し得ない。何故なら、認識ある過失のばあいは、認識自体が何らかの現実的意味をもつばあいにのみ、問題となるに過ぎないからである。かようにして、右の二つの類型においては、結果回避意思の存否が問われることなしに、故意が否定されるのである。

次に第二の類型を吟味してみよう。この類型においては、行為者に附随的結果発生の表象が存するのにかかわらず、因果の流れを附随結果の回避に向って操縦しなかったばあいを考えて見たい。この類型は、およそ二種に区別することができよう。その第一は、主たる目的の実現が先にたつて、附随結果を回避する余裕がないような場合である。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ばあい、あるいは、附随的結果の惹起に關して無関心なばあいが考えられる。この事例に關しては、ウェルツェルの見解がある。「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¹⁶⁾」としている。そうしてこの見解によれば、目的の実現が附随結果の惹起と必然的関連をもつという行為者の判断が存しなにかぎり故意は認定し得ないことになるが、私見は、上乗の理由により、それでは、狭きに過ぎると考え、右のばあい結果回避意思の不存在により、すべて故意の成立を認むべきものとするのである。従つてこれまた、結果回避意思の客観化ということは、問題となり得ない類型であるといえる。だが、右の二つの類型においても、先に述べた一般的故意概念と同様の論理構造をもっていることは、改めてことわるまでもないであろう。

さて、第三に未必の故意を認定するばあい、最も重要であり、かつ困難なのは、この類型においてであるが、これは「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、構成要件的結果を實現した」という類型である。未必の故意をめぐる学説は、まさに、この類型をいかに解決すべきかに苦悩してきた。そうして、認容説、蓋然説の支持し得ないこと、先に述べたとおりである。そこで、ではわれわれの先に立脚した前提においては、いかに解されるであろうか。

フランクも主張したように⁽¹⁷⁾、故意は、予見とか認容という意思的要素に尽きるものではなく、それが行為の要素となつて初めて問題となるのである。同様に、實現意思も、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のである⁽¹⁸⁾。そうだとすれば、回避意思も、外部的に客観的に現実化されて初めてその存在を容認し得るといえよう。そこで、わたくしは、結果回避の意思が外部に現われているならば、故意の成立が否定され、認識ある過失が問題になるに過ぎないとしたことである。この部分に対しても二先学の貴重な御批判がある⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾。すなわち中教授によれば「右の回避意思が着実に現実面に機能すべきものであるとすれば、その回避措置によって当該の結果が生じないとするのが相当のなりゆきだと解せられる程度のものでないかぎり、なおその成否を運にまかすというものであり、そのかぎりにおける実現意思の存在を否定することにはならぬ」というものである。これは確かに、わたくしが、単に回避意思を、主観的にとらえたり、はたまた、「兎に角、避けようとした」という意味において把えたとするならば、妥当な批判だといわなければならぬ。だが、再三述べているように、回避意思の現実化ということの問題とする以上、附随的結果の回避にとって相当な手段を構じたとすることは、当然のことである。そうして同様に正田判事の批判も、この点に向けられていたとすれば、或いは、わたくしの表現において拙劣な点があったのかも知れ

ない。

いずれにしても、かように解することにより、この類型における、故意の限界設定に関する従来の困難は克服せられ、訴訟上合理的解決に達し得るものと信ずる。

さて、右の第三における類型と関連して、わたくしは、もう一つの類型を付加したのであった。それは、例えば、「ロシアの乞食」の事例の如く、附随結果の回避のために、手段を構じたが、その際、主たる目的を実現するために、附随的結果の回避の成功にとって相当の困難が伴うことを予想しつつ、しかも、回避の成功を祈念して、いわゆる「運を天にまかして」行為したようなばあいである。ウェルツェルは、このばあい「行為者が結果回避の可能性を信じて行為したなら過失であるが、これに対して、幸運を予想しての行為は故意であり」²¹⁾従って、ロシアの乞食の例では、殺人の故意であるとした。わたくしは、右の第三の類型との関係から、回避にとって相当な手段を採らなければ、そもそも回避意思不存在のものとして故意を認定すべきものと解する。ただこれと関連して、例えば、運を天にまかせて行為し、好運にも結果が不発に終るばあいに未必の故意の未遂を認めるべきか、が問題となるであろう。因果的予見を結果発生因果的确实性と解するならば、未必故意行為の未遂を認めることは、疑問とされようが、わたくしは、これを認めてよいように思う。

なお、最後に、「行為の客体等の構成要件の性質につき疑いのあるばあい」のごとき類型を、考えてみよう。

この類型は、元来、第三の類型に属するものであって、例えば、「前方に動いている物を一応熊だと思ったが、あるいは人であるかもしれないという疑いをもって猟銃を発射した」ようなばあいである。わたくしは、このばあいで、右と同一の論理によって、一応、人かも知れぬという予見があるのだから、構成要件の結果の実現意思が推定さ

れ、その推定を破るような手段（例えば、望遠鏡で確かめるといふように）が投ぜられれば、過失が成立する、と考える。

註(1) 前掲論文、参照。

- (2) 佐伯・「刑法における期待可能性の思想」、六一七頁。
- (3) P. J. Fitzgerald, *Criminal law and punishment*, 1962, p. 99.
- (4) Bockelmann, *Studien zum Täterstrafrecht Teil II*, S. 147-151.
- (5) 団藤・「刑法綱要」総論。
- (6) 拙稿・前掲論文、九二頁。
- (7) 平場・「責任と故意」（刑法雑誌十二掲一号）一頁以下参照。
- (8) 拙稿前掲論文、九二頁。
- (9) Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, 斎藤訳「ガラス・犯罪論の研究」、六五頁。 *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1, S. 128.
- (10) 中・前掲論文、七六頁。
- (11) 正田・「犯罪論、或問」(4) (判例時報三五四号) 三頁。
- (12) 中・前掲論文、七五～七六頁。
- (13) 正田・前掲論文、三頁。
- (14) 拙稿・前掲論文、九二頁。
- (15) 中・前掲論文、七七頁。
- (16) Welzel, *Strafrecht*, 6 Aufl., S.
- (17) Frank, 1911, S. 141 ff.
- (18) Armin Kaufmann, a. a. O, S. 73-74.
- (19) 中・前掲論文、七六頁。
- (20) 正田・前掲論文、三頁。同、「自動車事故に因る死傷と未必の故意の法理」(判例時報) 三一〇～三一一号。

五 五 五 五 五

以上の説明によって、わたくしの基本的立場は、明らかになったものと思う。勿論、故意の限界をめぐる問題は、犯罪論の構築にとって、基本的な問題であり、しかく簡単に処理し得るものでないことは、論者も十分承知しているところである。それゆえに、上に述べたことは、一応の試論であり、今後、大いに訂正する必要があるのではないかと、惧れる次第である。

特に、過失の本質についての考察、および、不作為犯における未必の故意の問題をどのように把握するかということは、更に、研究する必要があるかと思われる。そうして、人格責任論と目的行為論の接合に関して、思考を進めることが、最後の論者に課せられた問題であろう。