

未必の故意

高山佳奈子

序

- 一 故意の体系的地位をめぐる議論
 - 二 未必の故意
 - 三 主観的違法要素としての行為意思
- 結語

序

別稿において、犯罪事実の認識としての故意が責任要素であり、これを違法性の意識から区別しなければならぬことを主張した。違法性の意識ないしその可能性は、行為者が反対動機を形成しうるかどうかにかかわるが、法に従った動機づけは抽象的ではなく、具体的な犯罪事実に関して初めて問題にしうるものである。もし責任論において、単に「やめることができただろうか」だけを問題とするのであれば、責任の内容はすべての犯罪で同質であることになってしまう。たとえば、自己の行為が違法だとわかっている殺人犯人と、同じく自己の行為が違法だ

とわかつている窃盗犯人とでは、反対動機を形成しようという点では同じである。しかし、殺人の責任と窃盗の責任を同じとすべきではなく、責任の内容は具体的な犯罪事実在即して観念されなければならない。そして、具体的な犯罪事実を行為者の主観的な責任内容へと反映させるものは、犯罪事実の認識である故意を以てほかにない。故意は、不法に応じた責任を基礎づける要素である。これに対し違法性の意識（の可能性）は、当該違法行為「について」、反対の動機づけの可能性を問う要件である。それは故意があることよって基礎づけられる責任を、一定の場合に阻却する方向で検討される⁽¹⁾。

故意を「責任要素」ないし「責任評価の対象」とするのは多数説の立場でもある。そして多数説は同時に、故意を構成要件要素でもあるとしている。すなわち、故意に「二重の体系的地位」を認める⁽²⁾。しかし、このような二重評価は、ひいては構成要件と責任との混同に至らないだろうか。本稿の問題関心は、故意の体系的地位をどのように理解するかにある。とりわけここで問題としたいのは、故意が違法要素か否かである⁽³⁾。

故意の体系的地位を明らかにすることは一定の帰結をもたらす。故意の体系的地位づけは、故意の内容をどのように理解するかにかかわっており、従って故意と故意でないものとの区別にも影響する。いわゆる「未必の故意と認識ある過失の区別」に関する見解の対立の背後には、体系論の対立がある。また、故意を違法要素とすることは主観的違法要素の承認を意味する。たとえば、未遂犯の実行の着手時期の判断において主観的要素を考慮することは、故意を違法要素とする見解からは容易に肯定されよう。

以下では、まず一で、故意を違法要素とする体系と、そうでない体系とを簡単に比較する。次いで二において、未必の故意の内容を検討することよって、故意を違法要素とする見解を批判する。これを受けて三では、故意が違法要素ではないとした場合でも、主観的違法要素を全面的に否定すべきではないことを主張する。最後に、二および三で得られた結論を具体例において示すこととする。

(1) 拙稿「違法性の意識」(二)「法学協会雑誌一一四卷二号(一九九七)一九〇頁。「事実の錯誤と違法性の錯誤の区別」は拙稿「故意の構造」(一)(二)「完」「法学協会雑誌一一〇卷二号(一九九三)一八八頁以下、一一一卷四号(一九九四)五三七頁以下で検討した。

(2) 福田平「故意の体系的地位について」東海法学九号(一九九三)一四二頁以下参照。

(3) 故意を構成要件要素とする立場の中には、構成要件が違法要素と責任要素とから成り、故意は責任要素としての構成要件要素とする見解もあり、そこでは故意は違法要素ではない。この体系を支持するかどうかは構成要件論の問題なので、本稿では検討しない。

一 故意の体系的地位をめぐる議論

1 古典的犯罪論

心理的責任論の時代、とりわけ因果的行為論を起点とする自然主義的な犯罪論の体系においては、故意は責任そのものと考えられた。故意犯、過失犯という分類は責任形式の違いによるものである。違法性の意識や、適法行為の期待可能性はまだ十分に考慮されておらず、責任能力も責任の前提、すなわち故意・過失をもつための前提とされた。さらに客観的違法論の立場では、犯罪の客観面は違法性、主観面は責任に対応する。⁽¹⁾

ここでの故意は、認識および意思から成るとされる場合が多かった。故意の概念は歴史的に、意図ないし意思を中心として発展してきたのである。⁽²⁾

今世紀前半の刑法学では、一方で規範的責任論が支配的となり、故意は責任そのものではなくなった。違法性の意識や期待可能性が責任論における地位を獲得し、責任とは「非難可能性」だとされる。

他方で、主観的違法要素が承認されるに至った。しかしそれらは体系全体の中では例外的な存在にすぎず、客観

の違法論は自然主義を脱却した後もなお前提とされていた。⁽³⁾

2 故意を違法要素とする体系

(1) 目的的行為論

戦後有力となった目的的行為論は、全く新しい体系を打ち出した⁽⁴⁾。人間の行為は、目的に向かって統制されていくことを特徴とする。たとえば殺人行為は、人を殺そうという目的のもとにその実現へと向かっていくものであつて、一定の方向性を有する。これはたとえば、不注意によつて人を死亡させる場合の過失行為とは全く性質を異にする。ここでの故意は目的的行為意思として、客観的要素とともに行為の内容を形成し、構成要件段階に位置づけられる。従つて故意は違法要素である。

これに対し、違法性を阻却する事実、たとえば被害者が行為者に対し急迫不正の侵害を行つてくるというような事實は、行為者の意思方向とはいわば逆向きに起こる。行為者はこれを統制する立場にない。そこで、違法性を阻却する事実の認識は目的的行為意思たる故意とは無関係なものであることになる。ゆえにこれを誤信したとしても故意は阻却されない(厳格責任説)。そのような錯誤は、違法性の意識の可能性を判断する際に考慮されるにすぎない。故意から切り離された違法性の意識の可能性こそが、この体系において規範的責任概念を担う中心的な要素となる。

(2) 故意に二重の体系的地位を認める見解

現在の多数説は、故意に二重の体系的地位を認める。故意が主観的構成要件要素とされるのは、行為無価値としての違法性を基礎づけるからである。このような理解は目的的行為論の影響を受けている。しかし目的的行為論の

行為概念は必ずしも支持されていない。故意が違法要素であるのは、目的的行為意思だからではなく、故意がある
とないとは社会的評価（相当性）が異なるからである。

故意は同時に、行為者の主観的な事情として責任要素ないし責任評価の対象にもなるとされる。そして多数説は、
違法性を阻却する事実を誤信した場合に直ちに故意犯の成立を否定する効果を認める。この結論は責任説の論者か
らも、構成要件の故意のほかに責任故意という別の責任要件を認める故意説の論者からも支持されている。他方、
目的的行為論において豊富な内容を与えられていた行為概念は、あまり論じられなくなった。⁽⁵⁾

3 故意を責任要素とする体系

現在も、故意は違法要素でなく責任要素だとする古典的な体系論はいまだ有力である。違法性の意識を故意の要
件とする故意説がこのような体系に立つことは当然であるが、違法性の意識と故意とを別の要件とする責任説の中
にも、同様の見解がみられる。

故意が違法要素でないとする学説はさらに二つに分かれる。一つは、一定の範囲で主観的違法要素の存在を認め
る立場であり、もう一つは、主観的違法要素を全面的に否定する立場である。

(1) 主観的違法要素一部肯定説

主観的違法要素を肯定する説は、とりわけ「後の行為を目的とする場合」には主観的違法要素を認めるべきだと
する。たとえば通貨偽造罪における「行使の目的」は主観的違法要素である。それは、偽造通貨が流通することに
よって生じる法益侵害の危険を高めるものだからだとされる。同様に、着手未遂における故意も主観的違法要素で
あって、実行の着手時期を判断する際に考慮されるとする。行為者が被害者に向けてピストルを構えている場合に、

殺人の故意で構えるのと脅迫の故意で構えるのとは、被害者の生命に対する危険の程度が異なるからだとい⁽⁶⁾のである。ただし、実行未遂や既遂に至れば、故意はもっぱら責任要素に戻る⁽⁷⁾。

(2) 主観的違法要素全面否定説

これに対し、客観的違法論を徹底させる論者は、主観的違法要素を一切認めない。「行使の目的」のような要件も、責任要素であるとするか、または、客観面のみから判断される危険(違法性)と、その認識(責任)とに還元されるのである。この説は、未遂の故意を違法要素とする説に対して、既遂のとき責任要素であるものが未遂のときだけ違法要素でもあるとする⁽⁸⁾ことはできないという批判を向ける。

- (1) 以下の体系論の発展に「*ne*」 vgl. Bernd Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 8ff. II ヘルント・シューンマン「刑法上の体系思考に関する序論」(松生光正訳) 中山研一・浅田和茂監訳・現代刑法体系の基本問題(一九九〇)二〇頁以下。
- (2) Dazu Alexander Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, 1895.
- (3) Z.B. Edmund Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924), 207ff.
- (4) Vgl. Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, II. Aufl., 1969, 163, 60f.
- (5) Vgl. Jürgen Baumann, Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion?, in: Armin Kaufmann-GS, 1989, 181ff. II 中山研一「アルミン・カウフマン追悼論文集の紹介(三) ユルゲン・パウマン」[行為概念は何らかの機能を有するか、または有したか] 関西学院大学法と政治四二巻四号(一九九二)七五六頁以下。
- (6) これに関連して、堀内捷三「行為意思と故意の関係について―実行の着手時期への一つの視座」警察研究五五巻八号(一九八四)一三頁以下参照。
- (7) 平野龍一・刑法総論Ⅰ(一九七二)二二四頁以下、同・刑法総論Ⅱ(一九七五)三二四頁。
- (8) 中山研一・刑法の論争問題(一九九二)一〇頁以下。

二 未必の故意

1 問題点

故意が違法要素であるならば、故意犯と過失犯とは違法性が異なることになる。しかし、目的的行爲論以降の、故意を違法要素とする試みは結局において成功していないのではないか。違法と責任との区別を維持しつつ、なおかつ故意に二重の体系的地位を認める多数説の立場には疑問を提起したい。その手段として、いわゆる「未必の故意と認識ある過失との区別」に関する議論に着目する。なぜなら、故意と過失とを区別する基準が両者の違法性の差を根拠づけうるものであれば、それは同時に故意を違法要素としたことの正当性の論証となるのに対し、そのような基準が与えられないならば、それはそのまま故意を違法要素とすることへの疑問となりうるからである。⁽¹⁾

結論を先に述べると、「故意と過失の区別」は、故意を違法要素とする見解の難点が最もよくあらわれる場面⁽²⁾ではないかと思われる。以下では、未必の故意と過失との区別はいわゆる表象説によるべきことを論じる。

「未必の故意と認識ある過失の区別」の問題は、具体的な事案の解決においては争いを見ず、議論しても「原理的に新しいものは何も出てこない」⁽³⁾といわれる⁽⁴⁾。どの学説も、「遠くから狙って人を撃つ」者には故意があり、「極めて危険な無謀運転をする」者には通常過失しかないと認める。もし統計的な数値を論ずることが可能だとすれば、前者は結果発生の確率が低く、後者は高い。従って一方で、「確率がx%である」というような認識の有無を区別の基準とすることはできない。前者でなく後者に故意があることになってしまふからである。他方、結果に對する「是認」や「意欲」といった積極的な心情を要求する見解も、現在では主張されない。

説が分かれるのは、これを超える部分についての理論的な説明である。学説は大きく、「意思説」のグループと

「表象説」のグループとに分かれて対立する。「意思説」のグループは、故意を純粋な認識ではなく「認識プラス意思」として捉えるものをいい、多数説である。この「意思」は学説上、「認容」「実現意思」「法益侵害へ向けた意思決定」等の用語で表される。また、認識を自己の行為への「積極的動機づけ」としたことを重視する説もこのグループである。この立場によれば、今の二つの事例は意思的な要素を考慮することによって初めて解決しうるとされる。これに対し「表象説」のグループは、故意が基本的に認識にとどまるものとし、認識説あるいは可能性説と呼ばれる見解に対応する。蓋然性説もこの仲間である。また、認識しながらそれを行為を思いとどまる「動機としなかった」という意味での「消極的な」動機説も、認識以上のものを要求しないので、こちらに含まれる⁽⁵⁾。この説では、先の二つの事例は、結果が「結局においては発生すると思つた」か否かを基準として解決しうるとされる。認識ある過失は、「一応、結果の発生が可能だと考えたが、結局は否定した」という場合にすぎず、認識があるように見えて実はなかつた場合だといわれる。

ここでいう意思説と表象説との対立は、故意を違法要素とするか否かに関係する。学説の分布を見る限り、故意を違法要素とする場合には意思説をとらざるをえないと考えられているようである。対偶は、表象説が、故意をもつば責任要素とする体系としか結合しないということである⁽⁶⁾。このような理解は正当であると考えられる。なぜなら、行為者の単なる表象だけで過失よりも違法性が大きいとすることは、外部的事象に結びついていかない心情そのものを違法要素とすることになってしまい、まさしく違法と責任との混同に至るからである。従つて故意を違法要素とするのであれば、これに単なる表象以上のものを含ませることが必要となる⁽⁷⁾。少なくとも意思説が成功しなければ、故意を違法要素とする立場にも問題があることになる。

2 意思説

(1) 体系論との関係

故意を違法要素とする立場からは、意思説が主張される。典型的なのはむろん目的行為論である。目的行為論は「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」ものとされる⁽⁸⁾。故意説であつても、構成要件の故意と責任故意とを分ける説は、構成要件の故意の捉え方においてこれと差がない。「犯罪事実に対して単に表象があつただけでは、まだ、その犯罪に向かつての、故意と呼ばれるのにふさわしい行為者の積極的な人格態度はうかがわれないであろう。故意の要件としては、犯罪事実の表象という内心の知的要素とともにこれをあえて行おうとする情緒的・意思的要素も必要とされるべきである」。「故意においては犯罪事実の発生に対する積極的な人格態度がみられなければならない」⁽¹⁰⁾。

さらに、故意が体系的に二重の地位を占めるといふ説もほぼ同様に、「故意は、犯罪事実を認識・予見し、その認識・予見された犯罪事実を実現しようとする意思、すなわち、実現意思であるから、故意の本質は、認識的要素と意思的要素との総合的統一にもとめられるべきである」とする⁽¹¹⁾。問題は、このような見解が維持しうるか否かである。

(2) 認容説

学説においては「意思」の内容を「認容」にまで薄める認容説が多数であるが、これに対しては従来から批判が向けられてきた。「認容」のような微妙な心理状態は、実務上認定が困難であるばかりでなく、理論上、「可能性の觀念が存する場合には、行為者が行為に出でしかもそれを認容しなかつたということは、一般的には考えられず、認識」に附け加えて「要求されるものは何もない」⁽¹²⁾。「認容」の基準は確かに、先の、遠くからの射撃や無謀運転の事案についてはよく説明しうる。しかしそれは結果が望ましい場合に故意があることになり、望ましくない場合に

故意の未必未

故意が否定されるためであろう。これに対し、結果が発生してほしくないと思いつながら行為に出る場合には、「可能性を觀念しながら認容という積極的な態度決定がなかったために故意を認めることができない、という奇妙な結果になる」¹³⁾。これを示す好例がいわゆる「射的小屋の事例」である¹⁴⁾。行為者は、射撃が成功すれば賭けに勝ち、失敗すると人にけがを負わせてしまう。行為者としては傷害の結果を発生させたくないのであり、積極的認容はない。だが、結果が発生するかもしれないと思っていた場合には故意があるといわざるをえないのではないか。もしこの場合にも故意があるのだとすると、「認容」の内実はほとんど觀念しえないものになってしまう。そのようなものが違法要素たりうるのであろうか。

(3) 客観化された意思説

意思説の内部からも、多数説に対する疑問が提起された。「主観的な意思」によって故意と過失とを区別することは、認定の困難な情緒的態度を基準とすることにほかならず、故意と過失との区別を極めてあいまいにする¹⁵⁾。より重大なのは、そうした心情によっては、故意不法と過失不法との程度の差がおよそ根拠づけられないことである¹⁶⁾。

そこで、主観的な心情を問題とする多数説に代わり、意思説を客観化する見解が唱えられた。その要点は、ある心理状態が故意か過失かの区別は客観的に判断されるというものである。それによれば、「結果が故意に惹起されたとみなしうるのは、客観的に評価して、結果が行為者の計画に合致している場合である」¹⁶⁾。たとえば、わざと事故を起こし、その場合に第三者を巻き込むかもしれないことを認識していた者には、第三者への加害が望ましくなかったとしても故意があり、他方、ベッドでタバコを吸った者には、危険なことがわかっていたとしても故意が認められない。

このような基準は、「許された危険」の法理を違法要素としての故意にも適用したものである。「行為者が予見した結果発生の危険性が同程度であつても、行為の社会的相当性・有益性が高度であればあるだけ許容される危険性も大となり、逆に行為が社会的に全く無益かまたは有害であるときには、いかに小さな危険性であつてもそれをおかすことが許されない―すなわち未必の故意が認められる―ということになるであろう。この際行為者が表象した結果発生の可能性がどの程度の強度のものであるかは、行為者自らの判断によるのではなく、行為者が表象した事実関係を基礎として、通常の思慮分別をそなえた人ならば当該危険性をどのように評価するかによって定められなければならない⁽¹⁷⁾」。故意不法を認めるためには、「行為者の認識した事情が、理性的に判断したならば、構成要件を十分実現しうる手段の行使である」といいうることが必要であり、このように「客観化された意思」として故意を捉えるならば、単なる願望は排除され、低い程度の危険を基礎づける認識しかない場合は過失犯になる。そして、構成要件実現の理性的な手段かどうかという基準は、まさに人間行為の目的性を前提としたものだとするのである。⁽¹⁸⁾この見解は、主観的な蓋然性を問題にした古い蓋然性説とは異なり、「新しい蓋然性説」とも称される。⁽¹⁹⁾

しかしこれらの説は、「故意と過失の区別」の問題を、「故意の対象」の議論で代えようとするものではないかと疑われる。故意の対象となる事実の範囲の問題と、事実が行為者の心理に取り込まれているか否かの問題とは別である。故意には犯罪事実の認識が必要であり、故意があるというためには、行為者の認識した事実が構成要件を実現しうるような内容でなければならぬ。だがそれは故意を違法要素とするか責任要素とするかにはかわらず要求されることである。たとえば、いわゆる迷信犯や幻覚犯には故意が認められないが、それは行為者の認識内容が犯罪事実とはいえないからである。認識された内容が「許されない危険」を含むかどうかは、「許されない危険」そのものの範囲をどのように画定するかにかかっている。これは客観的な犯罪事実の問題であつて、故意論で決定すべきものではない。故意の領域に残されているのは、客観的な犯罪事実の範囲が画定されていることを前提

に、これを認識していたかどうかの問題だけである。そうした認識は、客観的な違法性に対して何もつけ加えるところが無い。従って、客観化の提案によっては意思説は救済されていないことになる。故意を違法要素であるとする場合には、「意思的・感情的な故意の要素を完全に排除しようとする努力は、挫折する運命にある」⁽²⁰⁾。

(4) 回避意思説

一方で「意思」を客観化する試みはうまくいかず、他方、行為者の心情や情緒にすぎない「認容」や「無頓着性」を基準とすることもできない。故意を違法要素とする場合、やはり「意思」を要求せざるをえないが、故意を積極的意図の場合に限定することはできない。そこで、「実現意思」を基準とする見解がある。それによると、行為者はある目的を実現する際に、一定の付随結果の発生可能性も表象している。その付随結果が望ましくない場合には、行為者は手段を変更するであろう。付随結果が発生しないようにコントロールされた行為は、その付随結果の「実現」でなく「回避」に向けられており、そこには実現意思は認められない。これに対して、そのようなコントロールなしに行為に出る者には故意が肯定される。結論として、行為者が付随結果の発生可能性や行為状況の存在可能性を考慮に入れている場合には、そのすべてに実現意思が及んでおり、実現意思が否定されるのは、付随結果の回避に向けて行為がコントロールされた場合のみである。行為状況については回避がありえない以上、常に実現意思がある⁽²¹⁾。

この見解は、故意を違法要素とする前提に最も整合的で、かつ精緻なものであると思われる。しかし、以下のような問題点がある。

第一に、回避意思のある場合に故意を否定する結論に疑問がある。「射的小屋の事例」では、行為者は賭けに勝とうとしている以上、行為は常に傷害結果の回避へと向けられているはずである。精一杯神経を集中して狙いを定

めているとすれば、行為のコントロールの点から両者を区別することは不可能である。従つて実現意思を基準にすると、結果発生の高度の危険が認識されても、結果回避のための努力があれば、故意を否定せざるをえない。結果が望ましくないときは、それを避けようとする人が多いと思われる。その場合に実現意思でなく回避意思を認めざるをえないとすれば、故意が否定されてしまう。

論者は射的小屋の事例について、結果発生を「偶然に委ねた」場合には故意があるとすることが、困難であろう。その程度の「偶然」ならば、通常故意がないとされるような行為にも伴つていゝといゝからである。逆に、「うまくやろう」と思つていたとしても、「うまくやれる」と思つていたのでなければ、故意を否定すべきではない。「実現（回避）意思は前者に尽きる。」「うまくやれる」と思ふか「失敗するかもしれない」と思ふかは認識の問題でしかなく、行為のコントロールとは関係がない。

第二に、回避意思のないことをもつて実現意思ありとしている点の問題である。この見解は、可能性が表象されれば原則として故意を認め、回避行為のあつた場合にのみ例外的に故意を否定する。だが、回避意思も実現意思もない場合がありうる以上、回避意思がないときは実現意思があるとすることはできない。実現意思を基準とするならば、実現意思が積極的に問題とされなければならないが、その結論をとるわけにはいかないのである。

そもそも、「実現意思」をどの範囲で観念しうるかは問題である。少なくとも、構成要件要素のうち、行為の時点で既に存在する事情については意思説の基準はあてはまらない。客体の性質や行為状況などは、意思することができない⁽²²⁾。論者は、これらの事情については、その回避へ向けたコントロールがありえない以上、実現意思が及んでいゝとするが、回避を観念しえないものについては実現も観念しえないはずである。観念しうるのは、単に知る（ありうると思ふ）か知らないかである⁽²³⁾。

このことは、結果の発生についてですらあてはまる。たとえば、「殺人の意思」の中から「客体が生きていゝ人

である」という事情の認識を取り去ってしまえば、それはもはや結果を発生させる意思とはいえないであろう。しかし、そのことが違法性を減少させるとはいえないように思われる。故意には外形的事実ばかりでなく、客体の性質のような意味の認識も必要であるが、実現意思という点からは、なぜ外形的事実を実現する意思のほかに意味まで「実現」する意思が必要なのかも明らかでない。

3 表象説

意思説には、故意を違法要素として維持するだけの内容がないように思われる。故意と過失との区別に関する議論は、目的的行為論を経験することによって進歩しなかったのではなからうか。

(1) 犯罪事実の認識

別稿において、故意は犯罪事実の主観面における反映であると主張した²⁴。ここでは、事実の認識を「形」、意味の認識を「色」になぞらえた。それは行為者の心理における「像」ないし「絵」のようなものである。未必的故意が認められるかどうか、犯罪事実が行為者の主観面において反映されていたかどうかによる。そのような「絵」は、あったかなかったかのいずれかである。これに対して、激情行為・共在意識などの、意識の明確性に関する議論は、「絵」が鮮明であるかぼやけた状態かを問題とするものであって、程度を観念することができる。

故意と過失との区別は、この反映の有無の問題である。つまり、第一に、そもそも犯罪事実が頭をよぎらなかつた場合には「絵」は描かれておらず、犯罪事実の主観面における反映がないので、故意がない（いわゆる認識なき過失）。次に、犯罪事実がいったん頭をよぎっても、それを打ち消した場合には、行為者は、犯罪事実の「絵」に代わって犯罪事実にならない「絵」を描き直したのであり、故意がない（認識ある過失）。そして、犯罪事実が頭

をよぎり、どうなるかわからないと思いつつ行為に出た場合は、犯罪事実の「絵」と犯罪事実にならない「絵」との二枚が描かれたままであり、故意がある（未必の故意）。犯罪事実が頭をよぎり、その「絵」だけが心理において描かれた場合には、故意がある（確定的故意）。

未必の故意の事例の解決について結論がほぼ一致するのは、こうした簡単な判断枠組みが暗黙の前提とされているからだと思われる。行為者の心理が結局、結果が発生すると思つたかしないと思つたかのいずれかに帰着するという点は、表象説の従来指摘するところであった。犯罪事実の主観面における反映の有無に着目すれば、「結果が発生するかしないかわからない」という場合にも故意を認めてよい。⁽²⁶⁾

(2) 認識の個人依存性

しかしながらなお、先の二つの例が説明できないという疑問があるかもしれない。すなわち、たとえば仮に、射撃が当たる確率が10%、事故の確率が90%であるとして、行為者もそのことを知っている場合、いかに処理されるのかという問題である。これに対しては、「x%である」という知識は、表象の「有無」にとつて決定的な意味をもたない、と解答しよう。人間の心理作用は個人的であり、不合理なこともある。⁽²⁶⁾ 次のような例を考えよう。朝の天気予報で、「雨の降る確率は40%」と言っていたとする。A、B、Cはそれぞれ鉢植えを表に出して出勤した。三人とも雨の確率が40%であることを知っており、しかも全く同一の行動に出ている。しかし、Aは晴れると思つて日に当てようとし、Bは雨が降ると思ひ雨に当てようとし、Cは降るかもしれないし降らないかもしれないと思いつつ外気に当てようとしたのであった。宝くじなども、期待値からいうと損をしそうであるが、買う人はあたるかもしれないと思つて買うのである。

未必の故意

犯罪事実に関しても同様に考えることができる。自動車前方の人に向かって直進した。運転者が、ぶつかるか

もしれないと思っていたのであれば、傷害または殺人の故意を肯定しうる。しかし、まっすぐ走れば相手がよけてくれるだろうと思っていたときには、故意はない。射的小屋の事例では、うまくいくだろうと思った場合には故意がなく、もしかしたら失敗するかもしれないと思えば故意があるということが出来る。「確率が $x\%$ である」という知識自体は、故意の有無を決定する基準とはならない。事故の起きる確率が90%であることを知って「あえて」無謀運転に出る者の心理状態も、それだけで故意だとはいえない。 x の数値が高く、かつそのことを認識していても、「大丈夫だろう」と軽信した場合には故意が認められないのである。

もつとも、危険犯の故意においては、まさにこのような認識内容が重要となろう。逆にこの点において、侵害犯の故意と危険犯の故意との区別も可能となる。

(1) 藤木英雄・過失犯の理論(一九六九)一〇五頁は故意を違法要素とする立場から次のように述べていた。「近時の目的的行為論による犯罪論体系は、故意を行為・構成要件ないし違法性の要素とするから、そこから故意論についてあたらしい立場が提案されることが期待されるのであるが、現状では通説において責任要素とされた心理的事実がそのまま構成要件ないし違法性の要素に移しかえられたに止まっている。しかしわれわれはこのような解決には満足できない。故意犯の構成要件該当性ないし違法性ということから問題をとりあげる以上、いかなる心理状態が故意の犯罪行為としての類型的な違法性・有責性を根拠づけるかということを考えなければならぬ。」

(2) 故意と過失とが異質のものではなく、その境を接するものであることについては、拙稿「違法性の意識(三)」法学協会雑誌一一四卷三号(一九九七)二九一頁以下で論じた。

(3) Claus Roxin, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit - BGHSt. 7,363, in: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, 233.

(4) 判例および学説の検討は青木紀博「未必の故意の一考察」同志社法学一六六(三三卷上)号(一九八二)八三頁以下、中義勝「未必の故意と認識ある過失」関西大学法学論集四二卷三・四号(一九九二)一頁以下、関根徹「ドイツにおける未必の故意と認識ある過失の限界づけについて」中央大学大学院研究年報二五号(一九九六)八五頁以下、立石雅彦

「故意と過失の区別」中古稀（一九九二）一六三頁以下に委ねる。歴史的展開につき、桂（木村）靜子「故意と過失との限界について」刑法雜誌五卷四号（一九五五）五四一頁以下参照。

- (5) 「動機説」の語の意味は論者によって異なる。本文にいう「積極的動機説」の例として、大谷實・刑法講義総論（第四版）（一九九二）一九六、一九八頁、「消極的動機説」の例として、平野龍一・刑法総論Ⅰ（一九九二）一八五頁（以下の引用は同・一八九頁）。

- (6) 意思説と責任要素説の組み合わせの例として、町野朔・刑法総論講義案Ⅰ（第二版）（一九九五）一九七頁。

- (7) 例外として、表象説に立ちながら、故意を全面的に不法要素であるとする中教授の見解がある。しかし、一方で「附随的結果発生の具体的危険性のあることを知りながら、こうした危険性を含む行為をする者は未必の故意をもって行為する者」であり、故意は具体的危険の表象に尽きるものとしつつ（前掲注（4）五八頁）、同時に他方で故意が「結果に向けて因果的経過を支配・操縦する実現意思であり、この意味では、故意は単なる内心的予見といったものにとどまるものではなく、またすぐれて外界に向って働きかける客観的機能をも具備するものであるといわねばならない。ここに、未遂犯においては故意が主観的違法要素とされる実質的理由があり、法益侵害の危険度が非故意行為にくらべてより高いとされるゆえんがある」とする（「故意の体系的地位」平場暹曆（上）（一九七七）一五六頁）のは無理だと思われる。

- (8) 木村亀二・刑法総論（一九五九）二二〇頁（認容説）。同旨、野村稔・刑法総論（一九九〇）一七〇頁（実現意思説）。

- (9) 大塚仁・刑法概説（総論）（第三版）（一九九七）一九九頁。

- (10) 団藤重光・刑法綱要総論（第三版）（一九九〇）二九五頁。

- (11) 福田平・全訂刑法総論（第三版）（一九九六）一〇五頁（認容説）。同旨、大谷・前掲注（5）一九二頁（積極的動機説）。

- (12) 桂（木村）・前掲注（4）五四五頁、平野・前掲注（5）一八六頁。

- (13) 桂（木村）・前掲注（4）五四五頁。

- (14) W. Lachmann, Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, ZStW 31 (1911), 159. 福岡高判昭和四五年五月一六日判時六一二一号一〇六頁を参照。

- (15) Vgl. Ingeborg Puppe, Vorsatz und Zurechnung, 1992, 35f.; dies, Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW 103

- (1991), 14ff.
- (16) Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. I, 3. Aufl., 1997, § 12/6.
- (17) 藤木・前掲注(一)一〇九頁、同旨・刑法総論(一九七五)一四三頁以下。
- (18) Puppe (Ann. 15 Vorsatz), 39ff., 70.
- (19) Vgl. Walter Kargl, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, 1993, 69f. ベッケの見解に
おき伊藤肇「未必の故意に関する若干の考察」森下古稀(上)(一九九五)一七〇頁以下参照。
- (20) Roxin (Ann. 16), § 12/66.
- (21) Armin Kaufmann, *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau - Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die
Vorsatzgrenze*, ZSNW 70 (1958), 69ff., 73ff., 79f. Neuerlich Ulrich Schroth, *Vorsatz als Aneignung der unrechtkonstituierenden
Merkmale*, 1994, 64ff., 120f.
- (22) 多数説も「盗品であるかもしれないと思いつながらしかもあえてこれを買受ける意思」などと表現することによって、
故意の内容の全体を統一的な基準に取り込もうとする(最判昭和三年三月一六日刑集二卷三号二二七頁)。しかし、行
為者は客体が贓物であることを「あえて」実現しようとしているのではない。
- (23) Puppe (Ann. 15 Vorsatz), 46ff.; Günter Warda, *Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein*, in:
Welzel-FS, 1974, 518.
- (24) 拙稿「故意の構造(二・完)」法学協会雑誌一一二卷四号(一九九四)五六八頁。
- (25) 桂(木村)・前掲注(4)五五二頁参照。
- (26) Roxin (Ann. 16), § 12/66.
- (27) 大津地判昭和三十九年九月八日下刑集六卷九・一〇号一〇一六頁。

三 主観的違法要素としての行為意思

故意を違法要素とすることの問題性は、未必の故意に着目することによって明確化する。だが、同じ問題は、未必の故意以外の故意の場合にもあてはまる⁽¹⁾。以下でまず論じるように、一般に、故意を違法要素とすべきではない。故意がある場合とない場合とでは、社会的評価が異なるかもしれない。しかし、それは責任が違ふと解すれば足りることである。違法要素であるというためには、それがあつたことによつて法益侵害の危険が高まるのでなければならぬ。「意思」を故意の要件とする見解は、このような説明の試みとしても理解しうるが、成功していない。故意とは認識であり、責任要素であると解さざるをえない。

そうだとすると、意思説が故意に含めていた「意思」の要素は故意の内容から除かれることになる。それでは、それは犯罪論から一切排除されてしまうのだろうか。それともどこかに生き残るのか。これが次の問題である。結論としては、意思が法益侵害の危険性に影響を及ぼすことを認めるべきである。つまり、故意は違法要素でないが、意思は違法要素たりうる。意思の有無は、故意の有無にかかわらず論じうるものである。すなわち、過失の場合にも共通して考えることができる。

では、それは犯罪論のどこに位置づけられるか。

学説では、主観的違法要素を全面的に否定する立場も有力である。客観的違法論からは、構成要件該当性および違法性の段階から主観的要素をできるだけ排除し、これを責任段階で考慮すべきだとする見解にはなお説得力がある。しかしそのような方向性を追求するときは、場合によつて、逆に「悪しき客観主義」に陥つてしまうおそれはないだろうか。一定の範囲では、構成要件該当性および違法性の段階で主観的要素を考慮すべきだと思われるのである。

2 故意と行為意思

(1) 故意と意思

確かに、人間の活動には目的志向的な面がある。だからこそ、刑法は人間にはたらきかけ、犯罪を防止しようとする。その意味では、人間行為の目的性は刑法が存在する前提であるとさえいえる。だが、それを「故意」概念において捉えることが適切かどうかは別問題である。

たとえば、Aが、Bを狙ってまさに発砲しようとしているとする。Aが、客体を人だと思っていれば殺人または傷害の故意があり、クマだと思っていたならば故意がない。しかし、いずれの場合にもBに対する危険があることは否定しがたい。重要なのは故意の有無ではなく、狙って撃とうとしているかどうかである。そのような意思是、故意と重なる部分もありうるが、故意とは別のものである。⁽²⁾ 両者が区別されることは、故意の態様が未必の故意であるか確定的故意であるかにも関係がない。

従って、着手未遂における故意は、行為の危険性とは区別すべきである。「かまえた拳銃の引き金に指をあてている行為（殺人罪の着手未遂）は、行為者に引き金を引く意思があれば、銃口の向かっている人の生命が失われる危険性が高まる。この意味では、着手未遂においては既遂故意が主観的違法要素だということは不正確である。法益侵害に向けられた第二の行為（引き金を引く）を行う意思が法益侵害性を高めるのであり、既遂故意がそのようなではないからである」。⁽³⁾

このように、故意と行為の意思とを区別すれば、故意を既遂犯と未遂犯とのいずれにおいても責任要素として維持することができる。⁽⁴⁾

(2) 過失と意思

二の末尾で述べたように、たとえば、自動車が前方の人に向かって直進した場合、ぶつかるとは思っていないのであれば故意があり、相手がよけてくれると思っていたときには故意はない。「射的小屋の事例」では、

うまくいくだろうと思つた場合には故意がなく、もしかしたら失敗するかもしれないと思えば故意がある。それぞれにおいて、前方の人に向かつて直進する意思、また標的に向けて射撃を行う意思は、故意のある場合とない場合とで異なるものではない。つまり故意がなく、せいぜい過失が認められるにすぎない場合であつても、行為の意思という点は同様に考えることができる。

意思説からはしばしば、故意犯が、結果が発生するかもしれないと思ひながら「あえて」行為に出る場合だといわれるが、その意味では実は過失犯も「あえて」行為する場合である。たとえば、赤信号なのに「あえて」走行する行為や、注意書きにもかかわらず「あえて」寝タバコするなどの行為である。故意犯が「認識」と「行為意思」を要素とするのであれば、過失犯は「認識可能性」と「行為意思」を要素とする。行為意思の点からは故意と過失とを区別することができないのである。

なお、過失犯においては「実質的で許されない危険をもつた行為」が必要だとされることがあるが、それはそのような要件が違法要素としての行為意思を一部補完する機能を有するからだと思われる。たとえば、行為者がピストルを手にしているとき、被害者を撃ち殺そうとする場合の危険よりも、暴発して死なせる場合の危険のほうが小さいと考えられる。そこで後者では、「被害者が近くにいる」など、危険性を高める他の事情が必要とされることになるのである。⁽⁶⁾

3 主観的違法要素

意思という主観的要素は、責任要素である故意に固有のものではなく、故意犯と過失犯とに共通して含まれていゝる。それは、責任よりも前の段階に位置づけられるという意味では主観的違法要素と考えるべきである。しかし、これを犯罪の成立要件とすべきではないという考え方もある。故意を違法要素としない立場の内部においては、主

観的違法要素を肯定する説と否定する説とが対立している。主観的違法要素を全面的に否定する説には、大別して、主観的要素をすべて責任要素とする説と、主観的要素を客観的要素に還元する説とがある。

とりわけ争点となっているのは、「後の行為を目的とする犯罪」といわれるものの解釈である。これには、目的犯の一部と、いわゆる着手未遂とが含まれる。

(1) 主観的要素を責任要素とする見解

前者の「責任要素」説は、ペーリング流の古典的な犯罪体系に最も忠実な考え方である。この見解の論者は以下のように主張している。「XがAの方向に向けてピストルを構えているが、目標から50cmずれた位置に狙いがつけられているという事例を想定してみよう。そのとき、Xが殺意を持って引金を引こうとしている場合と、威嚇射撃をしようとする暴行(ないしは脅迫)の故意の場合で、死の結果発生危険性に差があるのであるか。……やはり、死の確率は原則として客観的に決定されているのである」。確かに、客観的には50cmずれている状態を、行為者が殺人(未遂)として認識しているか、威嚇として認識しているかは危険に関係ない。故意は危険性に直結するものではないからである。狙いがずれていれば当たらないし、反対に、被害者の方向に狙いがつけられていれば、たとえ威嚇射撃の故意であったとしても危険である。⁽⁸⁾

しかしそれは、いづれにしても行為者に撃つつもりがあり、かつ狙っている位置が故意の有無にかかわらず一定であることを前提としているからである。故意以外の行為者の主観によつては、そうでない事態も生じうる。第一に、威嚇射撃は近くを狙わなければ意味がないのかもしれないが、その場合にも行為者は被害者を外して撃とうとしている。そうだとすれば、少なくとも一般的なには、当てようと思つている場合にはそれよりも危険だといえないだろうか。より問題があるのは、第二に、そもそも行為者に撃つつもりがない場合(これでも脅迫たりうる)との

比較である。論者は、「行為者の行為の危険性は」殺意なのか脅す意思なのかという「主観には関係ない」とする。⁽⁹⁾ その場合には殺人の危険があるのか、それとも脅迫にとどまるのであろうか。もし前者だとすると、脅迫の意思で引き金に手をかけている場合でも殺人の危険が肯定され、主観的違法要素肯定説を批判した意味がない。従って論者は脅迫にとどまるとされるのであろう。それでは、どの時点で実行の着手を認めるのであろうか。この見解は、着手未遂となるのは「射殺しようと引金に指を懸けたが弾丸は発射されなかつた場合」だとする。⁽¹⁰⁾ だが、脅迫のつもりで指をかけることもある以上、厳密には指をかけただけでは足りず、引き金を引く指を動かす瞬間まで殺人未遂が成立しないことになってしまう。

(2) 客観的危険に還元する見解

もう一つの考え方は、目的犯の目的を、超過的責任要素ではなく「客観的危険プラスその認識」に分解・還元して解釈する。⁽¹¹⁾ この説も、危険を客観的要素のみによって判断するため、犯罪の成立を著しく限定することになる。たとえば偽造罪では、偽造の時点で、「行使の危険」が客観的事情のみから肯定されない限り、不可罰となる。⁽¹²⁾

またこの見解は、未遂犯における危険をも、すべて客観的な事実還元しようとする。殺人未遂と脅迫とは、ピストルの向けられた部位では区別できない場合があるが、論者は次のように述べる。「もし事実認定の過程で殺人の故意が認められるにいたるときは、自白に依存しない限り、すでに客観的事実の認定に変化があり、生命に危険があること（殺人未遂の違法「構成要件」にあたること）が客観的に判別しうるように変っているはずである」。⁽¹³⁾ 「故意を推知させるような客観的危険の存在こそが違法を決するモメントだといわなければならない」。⁽¹⁴⁾

しかし、この議論は、要件論と認定論を混同していると批判される。⁽¹⁵⁾ 行為者の主観が危険と無関係な責任要素にすぎないとした以上、それが客観的証拠によって認定されたところで、客観的危険があつたことになるはずがない

からである。故意が認定されるような客観的な証拠があるときは客観的な危険も認定されるとすることは、要件論に引き直せば、行為者の主観が危険に影響することの承認にほかならない。しかもこの説だと、客観的危険の認定がほとんど同時に故意の認定をも意味することになり、違法と責任とがかえって区別されなくなるおそれがある。主観的違法要素を否定したとしても、故意の認定が必要であることには変わりがない。事実認定を客観的証拠によって行うべきことは、客観的要件についても主観的要件についてもあてはまることである。

(3) 主観的違法要素の必要性

そうだとすると、「後の行為を目的とする犯罪」において主観的違法要素を否定することはできないように思われる。たとえば偽造罪の「行使の目的」は、単ににせの通貨が造られたこと以上に、これが流通に置かれることによる法益侵害の危険が典型的にとりわけ大きいと考えられる場合に限り、犯罪を成立させる趣旨で置かれている要件だと解される。そこで、行為者がいかなる行為を意図したかが危険性の判断にとり重要となってくる。

芝居の小道具として「行使」する目的で造つても、それは「行使の目的」にあたらぬ。それは、行為者の認識内容が法益侵害の危険を基礎づけないようなものだからである。小道具として行使した場合には、行使罪も成立しない。従つて「目的」を認めるためには、「少なくとも」行使概念にあたるような事実が念頭に置かれていたことが必要である。この点では、故意の内容として構成要件該当事実の認識を要するのと同じである。¹⁶⁾

そしてさらに、そのような事実を認識しているだけでなく、実行しようとする意思が必要である。行為者の頭の中にある認識は、それだけでは外部的な危険へと結実していかないからである。ここでは実行の着手の場合の「引き金を引く意思」のように、行為に出る意思があることよつて、「目的」が違法要素としての意味をもつてくるのである。¹⁷⁾

なお、行為者の考えた事実は客観的にも現実性のあるものでなければならぬ。たとえば行為者が刑務所で服役中の場合、自分の手で偽造通貨を直接に流通に置こうとしてもそれはほとんど実現困難であろう。この範囲では、客観的な事情も考慮されなければならない。しかしその場合でも、客観的事実によって「実行の着手」ほどの高度な危険が基礎づけられることまでは必要ないと考えられる。

4 行為

(1) 行為と責任の同時存在の原則

以上のように、主観的違法要素の存在は否定できない。3ではこれを、特に「後の行為を目的とする場合」について論じた。しかし、意思的要素は、犯罪論においてより一般的に考慮しようと思われる。既に述べたように、故意から区別された意思は、行為の内容として理解されるべきである。

行為に意思が要求される理由は、そもそも意思決定が不可能な場合には結果回避可能性がないからである。そのような人の状態について、結果との間の因果関係を検討する意味はない。また反対動機に従って自己の状態をコントロールすることもできない以上、責任をその時点で問題にする意味もない。刑法は人の意思にはたつきかけることによって法益侵害を防止しようとするものだとすれば、意思がすべての犯罪の成立要件であることはその論理的帰結であるとさえいえる。近年では、行為概念はさしたる重要性をもたないとする見解が増加しているが、行為は「意思に基づく身体の動静」でなければならぬ。「身体の動静以外の主観的要素は、行為概念においてではなく、故意・過失あるいは責任能力という責任の段階で検討すれば足りる」とはいえないと思われる⁽¹⁸⁾。

犯罪論における判断プロセスは以下のようなものであるべきである。まず客観的な結果がある。そして、誰がどうしていれば結果を回避しえたかをさかのぼって検討する。これは、結果との間に因果関係のある行為を選び出す作業で

ある。行為は、因果関係の起点としての意味をもつ。そしてその行為について、行為の時点での責任が問われることになる。行為と責任とが同時に存在した場合でなければ刑事責任を問うことはできない。意思によつてコントロールしえないものについて責任を問題にしても意味がないからである。

従つて、いわゆる忘却犯や睡眠中の場合などでは、意思に基づく行為のない時点で責任を問題とすることはできない。その時点で「法に従つた動機づけ」を命ずることはできないからである。そのような場合は、有意的行為のあるところまでさかのぼらなければならない。結果からさかのぼれば行為性を認めることは容易になるが、結果から遠ざかるほど責任は認められにくくなる。

有意的行為と責任とはあくまで区別されなければならない。行為性の有無は、意思に基づいて身体の動静をコントロールしうるかの問題である。これがある場合に限つて、違法行為に出ないよう動機づけえたかという責任の有無を検討しうる。

(2) 意思に基づく行為

有意的行為は、およそ抑止可能な対象を選びだすための要件である。それは故意犯と過失犯とに共通の要素たりうる。反対に、故意および過失はそれぞれ、認識および認識可能性という責任要素として純化される。

しかし、「有意的」という場合の意思の内容はさまざまでありうる。「意思」が故意を意味しないことは既に述べたが、では「意思」に統一的な内容はあるのだろうか。伝統的な因果的行為論に対しては、具体的な認識内容を責任の要素としてしまうと、行為意思が抽象的・観念的なものにすぎなくなるとの批判があった。たとえば「人を殺す意思」の中から、「客体が人であることの認識」「死ぬであろうことの認識」などの「認識」を取り去っていくと結局最後には「意思」のみが残る。だが、何の認識とも結びつかない意思というものは問題にしえないし、問題に

する必要もない。ここで重要なのは、意思の内容が故意とは異なりうるということだけである。「抽象的意思」が確定されない限り行為性を認めえないというのではない。具体的な意思を要求しつつ、これを故意と区別することも十分可能である。結論からいえば、行為の内容は故意の内容とは異なり、「伸縮自在」である。

哲学の理論⁽¹⁹⁾の影響を受け、既に刑法上も「意思に基づく行為」の理論がいくつか主張されており、その基本的な部分は支持すべきだと思われる。それらによれば、行為のその内容的特徴として刑法理論上重要なものは、行為の「有意性」(何をしているか・なぜそうするのかを即座に答えられること)と、「その記述依存性」との二点である。すなわち、第一に、反射運動や腸のぜん動は有意的でないので除かれる。第二に、同じ動作について「右手を上げる」「タクシーの運転手に合図する」等の異なる記述が与えられ、一方について意思があり他方にはない場合のありうることも認めうる。なお、意思行為が「首を回す」「右手を上げる」等、特に基本的な身体の動静によって記述されている場合を「基礎行為」と呼ぶ場合がある。同じ動作でも「タクシーの運転手に合図する」は基礎行為ではない。⁽²⁰⁾

ある論者は、刑法上「行為とは、意思決定可能な身体動静であり、行為者がそれによって何らかの結果を惹起することのできるものをいう」としている。行為の記述がもし構成要件の記述に限定されるのであれば「構成要件該当事実を実現する意思」は常に故意を含んでいることになるが、行為の記述にそのような限定はない以上、故意は行為の要素でなく責任要素である。そしてこのような行為概念が、統一機能・限定機能・結合機能を最もよく果たしうるのだとされる。⁽²¹⁾

(3) 行為の内容

このように、行為は意思に基づくものであるという点では限定性をもつとしても、「Aする」「Bする」など、それを記述する仕方は無限に多様であつて、特定されないことになる。それでは、犯罪論においてはそれらの多様な

記述のうちのどれが重要なのであろうか。先に述べたように、有意的行為は因果関係の起点となる。そうだとすれば、ここでは、一つの動作を記述する無限の可能性を追求するのではなく、「結果が回避されるような行為」の記述を選び出せば足りることになる。⁽²²⁾ 行為者の意思によって、結果を回避しようようにコントロールできたといえることだけが重要なのである。

その場合確かに、行為の記述に結果の発生まで含めてしまうことは、「行為」「結果」「因果関係」を別々に要件とするためには適切でないが、しかし行為の内容を「右手の人さし指を事前に引く」というような身体動作にまで限定する必要はない。⁽²³⁾ 刑法の世界では、行為者が意思に基づいて結果を回避することができたであろう、ということが、誤解のない程度に厳密に認定できれば足りるとすべきである。たとえば「ピストルを撃つ」でも通常は十分であり、⁽²⁴⁾ 物理的強制によるような場合にのみ例外的に行為性が否定されることになる。なおこれに対し、心理的強制は、有意的行為はあることを前提とした内心的な動機づけの問題であるから、適法行為の期待可能性の要件において考慮されるべきである。⁽²⁵⁾

(1) 鈴木茂嗣「刑法と目的的行為」福田Ⅱ大塚古稀(上)(一九九三)五—六頁参照。

(2) 鈴木左斗志「方法の錯誤について—故意犯における主観的結果帰責の構造—」金沢法学三七巻一号(一九九五)九—頁以下は、行為者は威嚇射撃する意思であったが実は銃口は被害者の方に向いていた、という場合に生命に対する危険を肯定し、危険性にとって重要なのは殺人の故意ではなく引き金を引く意思であるとする。関根徹「特に重い放火の場合の未必の故意(ドイツ刑事判例研究)」比較法雑誌三〇巻三号(一九九六)一八三頁以下も参照。

(3) 町野朔「現代刑事法学の視点—中山研一『主観的違法要素の再検討(1)』(3)完」法律時報六一巻一〇号(一九八九)一三四頁、同旨、刑法総論講義案(第二版)(一九九五)一八八—一八九頁。なお、後掲注(17)参照。

(4) この考え方は故意説と必然的に結びつくものではない。拙稿「違法性の意識(二)」法学協会雑誌一一四巻二号(一九九七)一六四頁以下参照。

- (5) 堀内捷三「行為意思と故意の関係について—実行の着手時期への一つの視座」警察研究五五巻八号（一九八四）一一頁以下は、故意を「犯罪事実の認識プラス決意」と捉える。
- (6) これに対し、行為無価値論に立つアルミン・カウフマンは、過失犯における目的性は結果発生に関係づけられているわけではないので、結果惹起を、行為を中心とする不法の中に整合的に位置づけることは不可能だとする。Armin Kaufmann, *Das fahrlässige Delikt*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1964, 44.
- (7) 前田雅英・刑法総論講義（第二版）（一九九四）一九八頁。同旨、曾根威彦「主観的違法要素」中山古稀（第三巻）（一九九七）一四九頁。
- (8) 前掲注（2）参照。
- (9) 前田・前掲注（7）一九八頁注（9）。
- (10) 前田・前掲注（7）一八九頁。
- (11) たとえば中山研一・刑法の論争問題（一九九二）三八頁以下。
- (12) 木村靜子教授はこの結論を不当とし主観面の考慮を肯定されるが、着手未遂の場合には否定される。「未遂犯における既遂故意と主観的違法要素」福田・大塚古稀（上）（一九九三）一一八頁以下。
- (13) 内藤謙・刑法講義総論（上）（一九八三）一一二頁。
- (14) 中山・前掲注（11）九頁。
- (15) 鈴木茂嗣「行為の目的性・違法性・有责性」京大法学論叢二二三巻一・二・三号（一九九二）二七頁以下の批判が説得的である。また「責任要素」説からの批判もある。前田・前掲注（7）一九七頁。
- (16) 「還元」説の論者は、これが「行為無価値論（抽象的危険説）への接近をすら思わせる」と懸念する（中山（町野・前掲注（3）（現代刑事法学の視点）「原著者コメント」法律時報六一巻一〇号一三三六頁）のであるが、本文に述べたことはまさに抽象的危険説と同一である。しかし、抽象的危険説はこれだけで未遂犯の実行の着手まで一般に肯定してしまうところに問題がある。
- (17) 町野・前掲注（3）（現代刑事法学の視点）一三四頁が「未遂犯の成立要件たる法益侵害の危険性は、行為者の『行為計画』を考慮に入れることによって決せられる」とし、主観的違法要素を「行為計画」の語で表現することには疑問がある。「計画」は単に行為者の頭の中にあるだけではまだ違法性を高めるとはいいがたく、さらにそれが外部の事象に

結実していく契機を要すると思われるからである。ただ町野教授がここで「行為意思」の語を用いないのは、既に故意の内容を「認識および意思」としておられるためであろう(前掲注(3))。……行為の危険性を高めようのは行為者の「計画」なのであり、故意そのものではない。付言すれば、町野教授は抽象的事実の錯誤においては「不法・責任符合説」を主張され、他方、方法の錯誤においては具体的法定符合説を支持される。もし、構成要件該当事実の認識が故意の要件でないならば、ある人を殺す認識で別人を死亡させた場合に抽象的法定符合説の結論に至りうるのであるが、町野教授は故意に「意思の方向性」の要素を要求することによって、この場合の故意を否定されるのである(因果関係論と錯誤理論)北海道大学法学研究二九卷一号(一九九二)一三〇頁。

(18) 町野・前掲注(3)(講義案)一一四頁。同旨、内藤・前掲注(13)一五九頁。

(19) 代表的なものは、ヴィトゲンシュタインの弟子エリザベス・アンスコムによる「意志行為(intentional act)」の理論である(G. E. M. Anscombe, *Intention*, 2. ed., 1963)菅豊彦・インテンション—実践知の考察—(一九八四)。アンスコムの説は反因果主義の立場から主張されたが、因果主義者からも一部援用されるに至った。

(20) Eberhard Schmidauser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, 2. Aufl., 1984, 5/5ff.

(21) Urs Konrad Kindhäuser, *Intentionale Handlung*, 1980, 175, 214, 202ff. シュミットホイザーにおいては、意思に導かれた行為としての因果性が強調されており、キントホイザーとは異なって不作為が別個に扱われている。Schmidauser (Ann. 20), 5/6ff., 12/15. 行為の三つの機能につき内藤・前掲注(13)一四六一—四七頁参照。

(22) 林幹人「『条件関係』について」法学教室一八五号(一九九二)一四頁参照。

(23) キントホイザーは行為論における因果主義に反対し、行為の内部に因果的要素を含めると結果まで行為の内容それ自体になってしまい妥当でないという。そして行為の記述を、基礎行為の記述(たとえば人さし指を前に出す)と、それと論理的に同時に起こる事象による記述(電気スイッチの状態を変える)に限定し、そこからあと(電流が流れて明かりがつく)は結果との因果関係の問題だとする。Kindhäuser (Ann. 21), 87f., 159ff. だが、行為を結果と区別しなればならないとしても、ここまで限定する必要はないと思われる。今の例では「明かりをつける」という記述も意思行為の記述として承認すべきである。明かりがつくことは、スイッチを押す行為と論理必然的な関係にはないが、法律学で問題になるレベルで経験的に必然的だからである。

(24) 黒田巨・行為と規範(一九九二)一七二頁以下参照。

(25) 強制による行為を検討したものととして橋田久「強制による行為の法的性質(一)(二・完)」京都大学法学論叢一三二卷一号九〇頁以下、四号九一頁以下(一九九二)。

結語

本稿は、主観的違法要素を認めつつ、これを責任要素としての故意(過失)と峻別することを試みたものである。意思是、故意犯にも過失犯にも共通の行為の要素であり、主観的違法要素である。これに対し、故意は、犯罪事実の認識であり、責任要素である。両者を区別する必要性は、未必の故意と過失との区別が問題となる事案において特に顕著になるように思われるが、実際にはすべての犯罪に伴うものでもある。行為意思是、行為が因果関係の起点であることから、結果回避可能性を問題にしようる行為を刑法上の評価の対象として選び出すために不可欠なものである。そしてそのような有意的行為について初めて、責任を検討しようることになる。

犯罪論におけるこうした判断過程を例証しよう。「京踏切事件」は、列車の運転手が、走行中、踏切上にいた一歳の幼児を轢死させた事案に関するものである。幼児が自分で逃げ出すことができなかったという事実認定のもとでは、運転手が列車を止めることができたかどうかが問題になる。むろん、結果発生から大きくさかのぼった時点では、地点では、意思に基づいて列車を止めることができた。ここで列車を走行させた行為と、結果発生との間には因果関係がある。しかしその時点では結果を認識することが不可能であったとすると、責任がない。他方、問題となる時点では、結果を予見しうるところまで遅らせるならば、今度は予見可能性はあるが行為が欠ける。すなわち、その時点では行為者は仮に列車を止めようと思っても止められないのであるから、意思に基づいて列車を止めないのではない。結局、この事案では、行為と責任の同時存在の原則が満たされる時点がどこにも存在しないことになり、

未 必 の 故 意

犯罪は成立しない。

もう一つ、スキーヤーが暴走して止まれなくなり、リフト待ちの行列に突っ込んでリフト客に傷害を負わせたという事例を考えてみよう。もしぶつかる直前の滑走を取り除けば傷害結果は生じないのであるから、この「滑落」状態は傷害結果との間に因果関係を有するであろう。そしてその時点で行為者が「ぶつかる！」と思っていたとすると、故意も違法性の意識も責任能力もあることになってしまう。しかし実際には故意の傷害でなくせいぜい過失傷害を認むべきである。止まれなくなった時点では有意的な行為がなく、結果回避が不可能だからである。それ以前の有意的な加速行為について、因果関係と予見可能性とを問題にすべきである。

この事例で、どの時点まで有意的行為を認めうるかは、行為者のスキーの技術によって異なる。プロスキーヤーならば直前でもよけたり止まったりできるであろうが、初心者はその時点ではもはや結果を回避できない。初心者の刑事責任を問題にするには、行為の時点をかかざる必要がある。このような判断は、犯罪事実の認識または認識可能性という責任の有無を判断するのに先立って行われなければならない。すなわち、構成要件該当性および違法性の判断においても、行為者を標準としなければならない。

このことはとりわけ、過失犯や不作為犯で意味をもつてくることになる。⁽²⁾ 技術や身体的能力の違いによって、「どこまでさかのぼれば結果回避可能か」が異なってくるからである。たとえば技術の程度が低い者には、そうでない者よりも時間的にさかのぼらなければ行為性を認められないのであり、そのようにさかのぼった時点でもなお犯罪事実の認識可能性が肯定されれば刑事責任を問われる(いわゆる引き受け過失)。不作為犯における作為可能性も、適法行為の期待可能性以前に、行為性の問題である。泳げない親は、おぼれる子を助けるかどうかを自己の意思に基づいて左右しえず、結果回避可能性がないのである。また、過失犯や不作為犯に限らず、違法性段階でも行為者を標準とした判断が必要になる。たとえば緊急避難の補充性の要件においては、高い技術をもつ者ならば自

己にふりかかる危難を少ない被害で避けることができるが、そうでない者にとっての最低限の手段はより大きな法益侵害となつてしまう場合があるといえる。

このように、違法判断において行為者の事情を標準とすることは、否定しえないのみならず否定すべきでないといえる。学説の中には、平均人ならば結果を回避できた場合に、違法性は否定されず責任のみ欠けるとする説が多い。しかし「違法判断は一般人標準、責任判断は行為者標準」と割り切るわけにはいかない。身体障害のため、平均人ならばとれる措置がとれずに事故になった場合、その者にとって結果回避が不可能であるにもかかわらず「違法である」とすることは許されない。また、期待可能性の要件のみによる救済の方法は、外部的な結果回避可能性の問題を内心的動機づけの要件に無理に押し込めるものであつて、理論的にも妥当でない。

主観的要素を構成要件該当性および違法性の段階で考慮することは、故意を犯罪事実の認識、過失を犯罪事実の認識可能性としての責任要素と解する限り、違法と責任との不当な混同にはならない。そのみならず、違法と責任とを明確に区別するためには、むしろ主観的要素をこの両者へとの確に振り分けることこそが必要だと思われるのである。

(1) 大判昭和四年四月一日法律新聞三〇〇六号一五頁。

(2) 林幹人・刑法の基礎理論(一九九五)一六頁参照。

(たかやま・かなこ) 法学専任講師

