

タイトル	故意と構成要件的錯誤（上）
著者	吉田，敏雄
引用	北海学園大学法学研究，46(3)：557-596
発行日	2010-12-31

故意と構成要件的錯誤（上）

吉
田
敏
雄

I 故意総説

1 定義

刑法第三八条は、「罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りでない」と定め、犯罪は原則として故意がある場合にだけ可罰的であることを明らかにしている。しかし、同条は故意の定義を定めていないので、その定義は学説・判例に委ねられている。

ドイツ刑法第一五条（故意行為と過失行為）も、「法律が過失行為に明文をもつて、刑罰を科していない場合、故意の行為のみが可罰的である」と定めるに過ぎない。これに対して、オーストリア刑法第五条（故意）は故意の概念を明文をもつて明らかにしている。「①客観的構成要件に相応する事態を実現しようとする者は、故意に行為したものである。そのためには、行為者が、その実現を本気に可能と考え且つこれを甘受することをもつて足りる。②法律が目的的行為を前提としている事情又は結果を実現することが行為者にとつて問題となつた場合には、行為者は、目的的行為したものである。③法律が確定的認識を前提としている事情又は結果を単に可能と考えたのではなく、その存在又は発生を確実なものと考へた場合には、行為者は確定的に行為したものである」。同条第一項一文は直接的故意を、同二文は未必の故意を、同条第二項は目的の故意を、同条第三項は確定的故意を規定したものと理解されている。スイス刑法第一二条（故意と過失。概念）は、「①法律が明文をもつて特別の規定をしていない限り、重罪又は軽罪を故意で犯した者しか可罰的でない。②所為を認識と意欲をもつて実行する者は、重罪又は軽罪を故意で行なつたものである。所為の実現を可能と考え、甘受する者はすでに故意で行為をしたものである。③（省略）」と定めている。同条第二項一文は直接的故意を、同条第二項二文は未必の故意を規定したものと理解されている。

故意とは客観的構成要件に対応する事態を実現する意欲である（意思説。Willenstheorie）。故意は、認識の要素と意欲の要素から成る^①。認識の要素は事象の精神的表象に関係する。認識の要素は、意欲の要素、つまり、表象された事態を実現するための行為エネルギーへの転換のための礎石であり、出立点である。認識のない意欲というものは存在しない^②。かかる意思説によると、故意の重点は決意、つまり、「構成要件実現の意欲」にあり、これにより、故意と過失を正確に区別することができる。

これに対して、客観的構成要件要素の行為者認識に重点をおく**表象説** (Vorstellungstheorie) が主張される。行為者が行為事情を認識しながら思いとどまらずに行為をすれば、故意が認められるというのである。⁽⁵⁾ 表象説に近いのが、行為者の認識が故意の本質であり、行為者の認識は特定の結果とは関係しないとして、故意の規準を行為関係性自体に見る学説である。例えば、「自己の行為を禁止された且つ構成要件該当行為にする、行為に内在する危険を認識した者は、相応の危険を創出するべきでないという規範命令に、まさにこの危険性をまだ認識していない者よりも、はるかに簡単に従うことができるものである」と論じて、行為に内在する危険の認識だけが故意犯の重い処罰を正当化するとの説、故意とは、「もはや容認されない危険の意識的惹起、構成要件実現の可能性の認識」であるとの説、故意とは「まさに行為中における一定の、構成要件実現に関係する認識」であるとの説がある。⁽⁶⁾

しかし、先ず、故意の行為関係性と結果関係性に関して見ると、故意を行為関係的に縮減することは、結果を故意から駆逐することになり、故意が本来的な結果無価値関係の分だけ減らされることを意味し、この点に問題がある。⁽⁷⁾

次に、故意を専ら認識的現象と捉え、意欲を故意の独立の要素とは見ない学説は、これが責任故意としての「悪意 (Dolus malus)」からの決別であり、人的不法論の帰結であると論ずる。⁽⁸⁾ しかし、行為者が法益侵害のありうることを認識し、その決意をするということこそが故意の決定的意味内容である。このことは、未必の故意において明確になる。行為から結果の生ずることはない信頼するか、又は、結果の発生に答責を引き受けるか、つまり、認識された危険への行為者の内的態度が決定的意味を有し、認識のある過失との区別を可能にする。もとより、意欲的要素は、行為者の情意的心理、例えば、結果を是認して賛成すること、希望そして故意の基底にある動機とは関係がない。こ

ういったものは不法故意とは両立せず、人的不法論と矛盾する。確定的故意であっても、意欲の要素を放棄することはできない。確実な認識で行為をする者は、行為の結果を認識しているばかりか、これも招来しようとしている。確定的故意の場合、意欲は常に認められるからと云って、かかる要素は理論的に不要だということにはならない。証明の問題と理論の問題を混交してはならない。⁽⁹⁾

2 故意と不法の意識

長らく支配的だった故意説(Vorsatztheorie)によれば、故意と不法の意識は一体をなしている。故意説は、普通法時代から知られている「悪意(dolus malus)」という二重概念から続いて、評価の認識が外的事象の認識と分かちがたく結びついている。神又は自然が不法の認識を人々の頭脳に植え付けたと云われ、それ故、人々は如何なる行為であってもともかく常に不法を認識しているか、認識すべきであるというのがその理由である。故意説によれば、不法の意識は故意の構成要素である。事実の認識があっても、不法の認識が欠如しているということはありうる。この場合、不法の認識が故意と結びついているため、故意も脱落する。その論理的帰結として、過失犯規定の存在を前提として、過失犯の可罰性だけが残ることになる。⁽¹⁰⁾ ドイツでは、一九五二年に連邦通常裁判所が責任説を採用し、一九七五年のオーストリア刑法第九条も責任説を採用したため、ドイツ語圏では、故意説は実践的意義を失い、学説で散発的に主張されているに過ぎない。⁽¹¹⁾

責任説(Schuldtheorie)によれば、故意と不法の意識は切り離されるべきものである。存在ないし構成要件に関する錯誤と当為ないし不法としての法的評価は心理的には異なった領域に属する。自分が行なっていることを知ってい

る者は、それだからといって、必ずしも自分の行為が法的にどのようなに評価されるのかを知っているわけではない。なるほど、行為者は教養のある市民として存在も当為も知っているのが普通であるが、しかし、存在と当為の認識は概念的には別の領域に属する。したがって、禁止の錯誤があっても、故意がなくなることはなく、場合によって、責任が阻却される。故意を責任要素と見るべきか、構成要件要素と見るべきかは本質的問題ではない。本質的なのは、不法の意識が責任内の独立した一要素だということである。¹³⁾ 故意は、二〇世紀前半の古典的犯罪概念に対応して責任に属するか、又は、今日一般に承認されているように、不法構成要件に属する。もとより、責任説が初めて、故意を構成要件に位置づけることを可能にし、事実の錯誤も構成要件で処理することを可能にしたのである。なぜなら、さもなければ、故意はこれと密接に結合していた不法の意識によって責任に緊縛されていたことになるからである。¹⁴⁾

3 故意の二重の位置

故意は主観的構成要件要素である（人的不法論）。故意は行為意思を実行に移すのである。いわゆる故意の二重の位置ということで問題となっているのは、行為者の意識現象を理論的に分割するということである。認識心理学的には、いかなる意思活動も行為者に原因があり、行為者はこれを大なり小なり認識している。ここから出発して、行為操縦と動因（衝動）操縦が分けられる。行為操縦（Handlungssteuerung）は外に向けられた意思活動の現象であり、その発生源からは区別できる（「何を行為者は意欲しているのか？」）。これに対して、動因操縦（Antriebssteuerung）というのは意思活動を導いた原因、つまり、動因、動機に関係する（「なぜ行為者はそれを意欲したのか？」）。故意の二重の位置はこの区別に基づく。行為操縦は、客観的構成要件要素の認識、意欲に関係し、内容的には不法構成要件要素としての故意と一致する。これに対して、動因操縦は、行為者の価値態度（心情）に関係し、行為の期待（免責）

可能性のための判断基底として、責任で検証される。故意の発生（意思形成への動因）はその発生の社会倫理的理解度に照らして検証されるのである。動因操縦は、不法構成要件における故意の認定には関係ないが、故意の証明の緒を与えるという点でも、犯罪捜査上重要な意味を有する。¹⁶⁾

故意の二重の位置というのは、故意を犯罪概念の異なった領域に分割したり、それどころか二重の検証をしたりする、つまり、人的不法論の意味で構成要件において、古典的又は新古典的犯罪概念の意味で責任において検証することを意味するのではない。新古典的犯罪概念が故意を責任に、超過的内心傾向を構成要件に割り振るのはこういった二重の位置を意味するのではなく、その理論の首尾一貫性の無さを露呈しているにすぎない。¹⁷⁾

II 認識の要素

1 故意の基準点

故意は客観的構成要件に属する要素に関係する。故意は客観的構成要件の対応物つまり鏡像である。それ故、構成要件は、客観的構成要件にとり法的に重要な要素を包括しなければならぬ。¹⁸⁾

これに対して、故意は責任要素であり、責任非難の観点から故意の内容を規定しようとする立場から、構成要件事実の認識は不要であり、「不法・責任内容」の認識があれば足りるとする見解¹⁹⁾、故意は、「処罰に値する故意非難を基礎付けるだけの認識」であり、「故意の成立に必要な実質的認識とは、当該犯罪が予定する違法（法益侵害）内容を中

心とした構成要件の重要部分の認識であり、一般人ならば当該犯罪の違法性を意識しうる認識である」とする見解（実質的故意論²⁰）があるが、構成要件は犯罪個別化機能を有し、故意は主観的構成要件要素としてその認識を要するのであり、構成要件該当事実の認識のない「不法・責任内容」の認識（可能性）はありえない。これらの学説は、故意を実質化することで、覚せい剤だと思つて麻薬を所持した場合、実現した麻薬所持につき故意犯の成立を認めることができる」と主張するのである。しかし、このように故意の範囲を拡張することは適切でなく、故意の成立には構成要件該当事実の認識が必要である。

結果犯では結果の発生が客観的構成要件要素である。行為と結びつく因果関係も客観的構成要件の一部であるが、因果関係の検証のためには、行為者が結果を招来したということと十分である。すなわち、行為が結果を招来したか否かだけが問題であり（存否）、結果にいたる具体的経路（様態）は問題外であるから、故意の認定に当たっても、行為者が結果の発生それ自体を意欲している（存否）ということと十分である。具体的因果経路（様態）は、その重要な輪郭であっても、故意によって包括される必要はない。²¹

その外にも、故意の認識対象でない要素がある。結果的加重犯における結果的加重は認識を要しない。傷害致死罪（刑法第二〇五条）について見れば、加重結果である死亡結果は故意の対象でなく、死亡結果について認識・意欲があれば、故意の殺人罪が成立する。客観的処罰条件、例えば、破産犯罪における破産手続開始決定の確定（破産法第二六五条）、事前収賄罪（刑法第一九七条第二項）における公務員になったこと等である。行為自体は違法であるが、処罰範囲を限定するために条件が付されているにすぎず、その認識は不要である。

2 記述的構成要件要素と規範的構成要件要素

a 記述的構成要件要素というのはその意味が自ずから分かる構成要件要素のことを云う。その概念は、たいいていの場合、日常用語から来ており、特別の知的努力が無くとも理解されうる。記述的構成要件要素では、知的努力は事実の認識(存在面)に尽くされており、認識と理解が一つになっている。しかし、記述的概念でも、特別な場合には、規範的な要素が混入する。例えば、「人」は通常は明白な記述的概念であるが、「人」の始期と終期という境界領域では規範の色合いが強くなる。逆に、規範的要素も、安定した解釈と明確性の命令に合致するために必要な、確固たる記述的内容(概念核)を有している。⁽²²⁾

b 規範的構成要件要素というのは即座に自ずから理解できるといえるものではない。規範的構成要件要素は評価を含んでおり、その理解が初めてその意味を明らかにする。この評価は特殊刑法的な評価のこともあり(例えば、「文書」、「猥褻」、他の法領域に由来する評価のこともある(例えば、「他人」の物)。規範的構成要件要素は行為者から知的努力を要求する。行為者は事実を認識するばかりか、規範的構成要件要素に含まれている評価と法的问题を理解しなければならぬ。規範的要素の意味が行為者にも明らかになって初めて、行為者は故意に行為をしていると云える。意味の誤解は故意の否定に繋がる。⁽²³⁾

意味の認識が必要だという考えの根底には、刑法規範は規範の名宛人に社会適合的の行為へ促したいという考えがある。それ故、それにそむくということは、行為者が規範と認識心理学的に対決した後の否定的所産である。それ故、

前もって、行為者は規範の内容を理解していたということでは、予防指向の刑法においては、自分の行為の射程距離を十分に理解していたにもかかわらず、他行為をする気のなかった者だけが故意犯の廉で処罰されるべきなのである。²⁴⁾

評価の問題では、行為者は法律学の解釈の意味での正確な意味を知っている必要はない。行為者が、素人的に評価の本質的意味を理解していることで十分である。この限りで、素人圏の相等的しい（平行的）判断（Parallelbeurteilung in der Laiensphäre）で十分である。単に包摂に関して錯誤があるというのは可罰性の錯誤と同じく法的に重要でない。素人圏の「相等的しい判断」という表現の方が、素人圏の「相等的しい評価（Parallelwertung）」という表現よりも正確である。法律の評価は行為者自身の評価と一致する必要はない。行為者がこれを共感しつつ理解すること十分である。そのためには、行為者が概念の普通の社会的意味を理解しておればそれで足りる。例えば、「文書」については、法取引における証明のための思想内容がそこに含まれているという認識があれば足りる。²⁵⁾

3 故意の具体化

客観的構成要件の抽象的規定とは異なり、故意は常に具体的生活事態に関係する。生活事態がどの程度詳しくなければならぬかは、犯罪時の犯行計画に左右される。結果犯では、行為者は行為客体を確定しなければならない。殺人罪では、「他人」という構成要件要素につき、行為者は現実被害者を選択するのであるが、選択のためには被害者を知覚するというような外的規程が指針となる。行為者は、知覚すらしなかったものを、的として狙うことはできず、過失で侵害できるに過ぎない。選択は直接的知覚によって確定されるのが普通である（視覚接触）。この点で、故意の

具体化は結果の帰属に影響する。既遂責任には、行為者が知覚した、したがって、具体化された客体を的にしているか否かが重要であるからである。⁽²⁶⁾

選択には、知覚の精密性とか強度は問題とならない。行為者が夜、暗い形態しか認識していなくても、これが求めていた被害者であると考えているなら、それで故意には十分である。これに対して、被害者を具体化するための行為者の表象の幅は、直接知覚している場合であっても、その強度において多様である。例えば、前もって考慮に入れられた行為の作用範囲の中にある者も行為者の表象によって十分に具体化される。被害者の具体化が行為者意思によりますます漠然とする、したがって、被害者の範囲がますます定まらない場合にもこの事は云える。例えば、行為者が群衆の中で特定の人を選択しない、行為者にとつて誰が被害者でもよいといった場合（概括的故意とも呼ばれる。いわゆるヴェーバーの概括的故意とは異なる）、行為者は自分の目的をどの人にも向けており、その限りで、そこに居合わせている者すべてに向けている（例えば、群集への乱射、自動車爆弾による襲撃）。しかし、この場合でも、行為者は、類概念としての人の生命を殲滅したからでなく、その行為の特殊性に基づき、外的に定まった形態を的にしており、実際にもそれを実現したから処罰されるのである。⁽²⁷⁾

これに対して、直接的接触がないとき、間接的具体化に頼らざるを得ない。例えば、甲が、乙のいつも利用している自動車に爆弾を仕掛け、翌日、その発進時に爆発するようにしたが、実際には、予期に反して、丙がそれを利用して爆死したという場合、被害者は所在の時、場所といった決定子、つまり、時間的、場所的明確性によってしか人として確定されない。しかし、この被害者を間接的にしか選択しない具体化でも十分である。丙が爆死したときでも、殺

人計画の時間と外的事情はほぼ行為者の表象と一致しているからである。同様のことは、甲が乙を殺す意図で開封したら爆発する仕掛けの小包爆弾を送ったが、乙の妻である丙がそれを開封し、死亡したという場合にも云える。しかし、行為者が小包爆弾が輸送引き受け所で爆発したとか、輸送中に爆発して、第三者が爆死したときは別である。⁽²⁸⁾

4 認識の明晰性

認識の種類 客観的構成要件要素に対応する認識は現実存在しなければならぬ。その程度に応じて、活動的認識と潜在性認識に分けられる。行為者が行為に当たって明確に一定の事態を考えているとき、**活動的認識** (aktuelles Bewusstsein, Aktualwissen) がある。これに対して、行為者は明確に一定の事態を考えているわけではないが、しかし、いつでも呼び出すことができるほど、したがって、活動させうるほど、相応の認識が自分の意識中に固定化されてくるとき、**付随認識** (Begleitwissen)、『**共意識** (Mitbewusstsein) あるいは**潜在性認識** (latentes Bewusstsein, virtuelles Wissen)』と呼ばれる認識がある。⁽²⁹⁾

例えば、付随認識は状況から存在しうる場合がある。構成要件が、一定の客体を定め、これを認識すると一般に意味の認識が生ずるような場合、例えば、百貨店で商品を窃取する者は、基本的には、所有状況を仔細に考えなくとも、その他人性を認識する。これは**知覚に伴う付随認識**とも呼ばれる。構成要件に特別の主体地位が定められている場合(例えば、公務員)、その主体は自分の地位について**共意識**を有しうる。このような認識は**恒常的付随認識**と呼ばれる。⁽³¹⁾

情動行為においても共意識はある。情動的に行動に出る者もその目的を達成するべく動作を操縦した反作用に出て

いる。行為操縦を支配できる、「覚醒しているが、必ずしも熟慮されてはいない共同体験」であっても相応の共意識には十分である。⁽³²⁾ 同様のことは、自動化された行為、つまり、深く考えることなく行なわれる動作過程にも云える。⁽³³⁾

潜在的認識 (potentielles Wissen) は潜伏性認識ではない。何かを認識できたということは認識していないということである。客観的構成要件に対応する認識が行為者に可能であったとか期待可能だったということから、現実の認識が導かれるものではない。⁽³⁴⁾

III 意欲の要素

1 条件付行為意思

行為者の故意行為に必要な行為意思は無条件でなければならない。無条件の意欲があるといえるためには、結果犯では一定の行為客体への具体化も必要である。そうして初めて、行為者は行為をする最終的決意をすることができる。そうでない場合、条件付行為意思があるに過ぎない。未必の故意には認識と意欲があるが、これに対して、行為意思が条件付きの場合には、行為者はまだ行為の決意をしていない場合であるから、この段階で、未遂で処罰されることもない。例えば、行為者が銃をつかむが、相手に撃つつもりなのか、脅迫に用いるのかまだ決めていないとき、相手を殺傷する無条件の行為意思をまだ有していない。この場合、暴発して相手に当たっても、過失犯の成否が問題となるに過ぎない。⁽³⁵⁾

行為者が、既に自分の意思とは関係のない一定の条件の存在又は発生がある場合に、客観的構成要件に対応する行為を実現する決意をしたとき、**無条件の行為意思**がある。この場合の条件付というのは、故意の否定に繋がる意思決意の問題ではなく、行為が既遂に足しうるか否かの認識の問題である。認識自体が条件付きであるいし結果の発生が不確かであるという限度で、意思は条件付けられているにすぎないからである。行為者がこの段階で、条件が発生するか否かを単に待つために、場合によっては行為に出るために、犯行現場近くに赴くとき、「実行行為に接した行為」があれば、未遂で処罰が可能である。行為者には決意があつた、つまり、故意があつたのであり、したがつて、主観的構成要件は完全に充足されていたが、客観的構成要件がまだ充足されていなかったのである。例えば、売り場の商品棚の前にいる行為者が、店員が他の客と話している隙に、何かを盗もうと決意している場合である。³⁶⁾

条件付行為意思は、行為をするか否かの決断をなお最終的な決意に依存せしめている場合である。例えば、甲は、百貨店のお菓子売り場に行くとき「失敬する」氣に駆られることを知りながら、百貨店に行つて、お菓子売り場の前に立つても、それだけではまだ故意があるとは云えず、お菓子を「つかむ」決意があつて初めて、故意があると云える。³⁷⁾

2 意欲の時点

故意は時間的には常に実行行為のときに存在しなければならない（**同時原則**）。行為者が、因果経路を手放す瞬間に故意があればそれで足りる。故意は現実に行行をするために最後の抑制閾を克服することを意味する。とつさの行為を別とすれば、故意には犯行計画が先行するのが普通である。犯行計画は故意自体と取り違えてはならない。又、

行為者が事象を手放した後で結果の発生に至るまで結果のことを考えていないとしても（例えば、小包爆弾の発送）、そのことで故意が無くなるものではない。³⁸⁾

行為者がいつか客観的構成要件を実現しようと考えているが、行為自体の時には犯行計画の実現を考えていないとか（事前の故意。dolus antecedens）、故意を有せず客観的構成要件を実現したが、これを事後に容認する（事後の故意。dolus subsequens）場合、犯行時点における故意は認められない。例えば、甲が乙殺害の決意を固めていたところ、銃の手入れをしているときに、乙を誤って撃ってしまった場合、甲には故意殺人ではなく、過失犯の成否が問われる。甲は、銃の手入れ中に乙を誤って撃った後で、乙を殺すつもりだったと云っても、現実には誤射したのであるから、過失犯しか問えない。³⁹⁾

多行為犯罪では、全体的故意が、次の行為をする故意も含めて、既に最初の実行行為段階に存在しなければならぬ。例えば、他人に殴られて意識を失っている者から現金を窃取する者は、他人の暴行行為を利用してはいるが、強盗ではなく、窃盗を負責される。行為者自身が暴行をしたが、そのとき、窃取の故意は無かったものの、後になって被害者から物を奪う決意をした場合も、強盗罪は成立しない。行為者が被害者を過失で重傷を負わせ、そのまま放置して死なせるつもりでも、事後的殺害の意思が先行した過失犯を故意犯にするわけではなく、事後の不救助は故意の不作為犯として可罰的である。故意が多行為犯罪の最初の行為にしか無いとき、中止犯の成立が考えられる。⁴⁰⁾

継続犯では、違法状態の維持も構成要件を充足する。その間に生じた故意も同時原則からして故意犯を成立させる。

例えば、行為者が被害者を知らずに監禁したが、後にこれに気づきながら、解放しないとき、監禁罪が成立する⁽¹¹⁾。

行為者が計画的に行為をしたか(計画的故意。dolus praemediatus)、とっさに行為したか(自発的故意。dolus repentinus)は故意の存否に影響を与えない⁽¹²⁾。

3 択一的故意

択一的故意 (Alternativvorsatz, dolus alternativus) というのは、行為者は一個の行為を行なうが、故意が複数の構成要件実現の中から択一的に一つだけを充足することに向けられている場合のことを云う。重疊的故意 (Kumulativvorsatz, dolus cumulativus) とは異なり、行為者は複数の結果を同時に招来するつもりはない。

択一的故意はおおよそ次の三群に分けられる。第一群は、故意は、同一客体に向けられているが、異なった行為を把握している場合である。例えば、領得の意思で放置自転車をもって行くつもりだが、それが被害者の占有下にあるのか否か行為者には分からないとき、客観的に既遂となった犯罪で処罰可能である。故意は窃盗罪(盗取行為)と占有離脱物横領罪(横領行為)の両方に向けられているが、客観的には存在しない行為で処罰することはできない⁽¹³⁾。領得の意思を二重に評価することはできないからである⁽¹⁴⁾。第二群は、故意が同一客体に向けられているが、異なった客体的法的性質を把握している場合である。例えば、自分の腕前を試したい行為者が、森の外れにある物体が、立て看板なのか人なのか分からないまま、物でも人でもよいと考えて、拳銃で撃つ場合である⁽¹⁵⁾。第三群は、選択的故意が知覚された複数の客体のどれにでも向けられている場合である。例えば、犯行現場を目撃された密猟者が追ってくる狩

猟者とその狩猟犬を目がけて撃つが、どちらに当たっても追跡を振り切れると考えて、どちらに当たってもよいと思っている場合である。⁽⁴⁵⁾

第二群と第三群においては、人身犯罪が実現しているとき、他の軽い未遂犯は共罰的随伴行為として前者に吸収される。しかし、軽い犯罪が実現しているとき、重い犯罪の未遂が前者に吸収されることはない。⁽⁴⁶⁾

IV 故意の種類

A 認識と意欲の強度

故意は認識の要素と意欲の要素からなるが、それぞれの要素の中で段階付けができる。

1 認識の強度

行為者は構成要件の実現を蓋然的と評価するが、蓋然性の強度には差異がある。この蓋然性の程度は認識面での意識の明晰性と混同してはならない。行為者が構成要件の実現を確実と考えていても、共意識が見られるに過ぎないことももあるし(例えば、身分関係)、行為者が構成要件の実現を低いと考えていても、現実の意識が見られることがある。⁽⁴⁷⁾

a 最高度の蓋然性は「**確実に可能だと考える**」場合に認められる。但し、「**絶対的現実性**」は既に存在している行為事情にしか存在し得ない。例えば、行為者はいつでも知覚により眼前の客体が人なのか、かかしのかが分かる。

この種の場合、確実性は人の認識能力の一般的限界によってしか相対化されない。⁽⁴⁸⁾

これに対して、将来やつと発生する行為事情一般の「絶対的に確実な」予見はできない。この種の事情の実現は行為者の意思ばかりでなく、常に、その他の（自然法則的）条件に依存しているからである。これらの条件を行為者が見通すことはできない。この点で、将来の行為事情については、「主観的確信」があればそれで足りる。⁽⁴⁹⁾

b 次の中間強度は、行為者が構成要件の実現を少なくとも「蓋然的と考える」場合に認められる。この強度は、行為者が、具体的拠り所を基に（例えば、生活経験）、かなりの又はそれどころか高い蓋然性で構成要件が実現すると予期する場合に認められる。⁽⁵⁰⁾

c 最低度の認識は、行為者が「本気で可能と考える」場合である。これは、単に客観的蓋然性の程度に依存するのではない。人によって、同じ程度の蓋然性に異なった評価が下されうるのである。「本気で考える」というのは、行為者が構成要件の実現の可能性を認識し、その実現が「自然に」思えたということだけではない。すなわち、行為者は、結果の発生が、決意に際して考慮に入れられねばならないほどの蓋然性を有する現実的可能性を認識しなければならぬ。五〇％以下の蓋然性でも足りる。⁽⁵¹⁾

行為者が構成要件の実現を単に「可能と考えた」にすぎず、本気で考えたのでない場合には、故意は認めらず、認識のある過失が認められる。行為者が構成要件の実現を「可能と考えない」場合、行為者は客観的構成要件の実現の

危険をおよそ認識しなかったということであり、認識のない過失が問題となる。⁽³²⁾

2 意欲の強度

意欲の面では、行為者の目的指向の程度によって区別される。行為が目的的に直接構成要件実現に向けられているほど、それだけ意欲の要素は強くなる。⁽³³⁾

d 行為者には構成要件を実現することが重要である、つまり、必要である場合に、最強度の意欲が認められる。行為者は目的指向的に結果に向けて行為をする、つまり、それを「意図」する。構成要件の実現が行為の「最終目的」ではなく、(別の、場合によっては刑法外の目的の実現に向けられた)「中間目的」にすぎないときでも、行為者には構成要件実現は重要である。行為者にとり、中間目的を実現するのが極めて望ましくないということはありうるが、それでも、最終目的を達成するための中間目的として構成要件を実現するとき、やはり最強度の意欲が認められる。⁽³⁴⁾

e 「意欲する」又は「単に意欲する」は「重要である」(目的指向的に意欲する)と「甘受する」(限定的意欲)との間にある中間的意欲である。すなわち、行為者には、構成要件の実現が重要ではないし、構成要件の実現に「甘受する」わけでもないが、構成要件実現に向けられたただそれだけの意思がある。⁽³⁵⁾

f 「甘受する」という最低度の意欲は限定的意欲である。この意欲が認められるためには、結果発生に対して行為の用意があるに過ぎないとか決意していないとか意識的無関心では十分でない。「甘受する」というのは常に積極的決

意を要する。結果の発生が行為者に望まれているということは必要でない。⁽⁵⁶⁾

B 故意の種類

故意の種類は、様々な強度の認識と意欲の組み合わせで定まり、一般に、強度順に目的故意、確定的故意及び未必の故意の三種類に分けられる。しかし、認識の面で、「確実と考える」認識と「本気で可能だと考える」認識との間に「普通の蓋然性」の認識があり、こういう場合が一般に多く見られるのではないかと思われるので、故意の強度を次の四段階に分けられるのが妥当である。意欲の最大強度の形態としての目的故意、確実な認識形態としての確定的故意、普通の認識と意欲の無条件的故意及び最小強度の認識と意欲にみられ、過失と境を接する未必の故意。⁽⁵⁷⁾

1 目的故意

(1) 定義

目的故意ないし意図 (Absicht) は意欲の要素が最大強度の故意である (特に高度の形態の直接的故意と呼ばれることもある。dolus directus specialis)。行為者の眼目は法定の事情や結果を実現することにある。行為者は結果の発生を目的として行為をする、つまり、不法の実現を直接の目的とする。行為者の目的を指す意思と特別の関心の故に、目的故意には極めて高い行為無価値が認められる。これに対して、認識の面では、「確実である」とか、「蓋然的である」とかの認識は不要であり、最小限の認識、つまり、「本気で可能だと考える」で十分である。⁽⁵⁸⁾ 例えば、犯行目撃者を銃の床尾で殴り殺そうとするが、意図したとおり殺せるか否か確信がもてないときでも、目的故意は認められる。⁽⁵⁹⁾

刑法上の結果は行為者の最終目的あるいは唯一の目的である必要はない。行為者が別の目的を追求している、つまり、得ようと努める刑法上の結果が全体計画の中間段階に過ぎない場合でも、目的の故意は認められる。⁽⁶⁰⁾

目的の故意は、内的障壁ないし抑制心の克服後の行為、特に、激情行為においても存在しうる。例えば、遺産を相続するために、おばを殺害しようとする者は、同時に、おばを殺さねばならないことを遺憾に思うかもしれない。というのは、行為者には、自然な方法で遺産を得られるなら、その方がずっといいからである。それにもかかわらず、行為者は遺産を得るという直接の目的のために、反対動機を押し切って、おばを殺害するのであるから、行為者は意図的に殺害行為をしている。殺害行為がうまくいかないなら、行為者は遺産相続という目的も達成できない。⁽⁶¹⁾

(2) 目的の故意と動機

行為者の目的の故意と動機は、犯罪捜査上も犯罪証明上も密接に結びついてはいるが、理論的には区別されなければならぬ。例えば、攻撃欲という犯行動機は被害者を恐れさせ、不安にさせるという意図と矛盾しない。憤激、怒りの発作といった比肩しうる情動も目的の故意を排斥するものではない。⁽⁶²⁾

さらに、目的の故意は、得ようと努める目的を達成することが行為者にはそれ自体として望ましくないということによって、排斥されない。⁽⁶³⁾

結局、目的の故意は認識面の a、b、c と意欲面の d の組み合わせで可能である。⁽⁶⁴⁾

2 確定的故意

確定的故意 (Wissenlichkeit. 基本的故意とも呼ばれる。dolus principalis) では、認識の面で最大強度が要求される、つまり、行為者は、特定の事情が存在しないし特定の結果が発生するのが「確実」ないし「極めて蓋然的」と考える。確定的故意の行為不法は目的の故意より少ない。というのは、目的の故意の方が行為者の確実性の認識の場合よりも多い犯罪エネルギーを要するからである。⁽⁶⁵⁾

確定的故意の認識はすべての行為事情にわたって等しいというわけではない。絶対的確定性というのは既に存在している行為事情にしか存在しない。行為者は常に自己の知覚によって、眼前にある客体が、「人」か「物」か、「他人の」物か否かの確信を得ることができる。⁽⁶⁶⁾

これに対して、将来発生する事情に関しては、このような絶対確定な予測というのは存在し得ない。将来の出来事は、行為者の影響力から外れた、行為者の予測できない様々な（自然法則的）条件に左右されるからである。しかし、確定的故意は絶対的確定を前提とするものではない。将来の行為事情に関しては、行為者が、自分の認識し、計画に組み込んだ事情に基づき考え、主観的確定（実際の確定）に至ったというだけで十分である。⁽⁶⁷⁾

故意というのは個人的、人格に関係した要素であるから、無知のあるいは早まった行動をする者が、思慮深い、懐疑的なあるいは疑念を抱く人よりも容易に確定的故意をもって行為することも否定されない。⁽⁶⁸⁾

行為者が構成要件の実現を意図し、且つ、それを確定的に認識している場合、目的の故意と確定的故意は並立する⁽⁶⁹⁾。行為者が構成要件の実現を確実に認識して行為をするが、目的が認められない場合、一般的に、意欲の面で、その実現を甘受することにとどまっているとは考えられず、普通の意欲が認められよう⁽⁷⁰⁾。

結局、確定的故意は、認識面の a と意欲面の d、e、f の組み合わせで可能である⁽⁷¹⁾。

3 「単純」故意

「単純」(無条件的)故意(Einfacher (unbedingter) Vorsatz)は、意欲の面と認識の面で目的の故意と確定的故意から区別される。未必の故意は、認識の面で「本気で可能と考える」ことと、意欲の面で構成要件の実現を「甘受する」ことを要求する。したがって、「普通の」の(無条件的)故意は、目的の故意、確定的故意、未必の故意が成立する場合を除外した認識と意欲の組み合わせによって定まる。すなわち、①行為者が構成要件の実現を蓋然的と考え、それを意欲する場合(b、e)、②行為者が構成要件の実現を本気で可能と考え、それを意欲する場合(c、e)、③行為者が構成要件の実現を蓋然的と考え、それを甘受する場合(b、f)の三通りがある⁽⁷²⁾。「単純」(無条件的)故意も未必の故意も、行為無価値、心情無価値の点でも近似しているので、量刑に重要な違いをもたらすことはない⁽⁷³⁾。

4 未必の故意

(1) 未必の故意 (Eventualvorsatz, dolus eventualis) の定義

未必の故意は、行為者が構成要件の実現を本気で可能だと考え、それを甘受する場合に認められる。認識の面でも

意欲の面でも最も弱い形態の故意である。未必の故意は認識のある過失と境を接する。それに対応して、すべての種類の故意の中で、未必の故意の不法内実は最も小さい。未必の故意は、その認識の面でどうしても不確実さが伴うことと意欲の面での内面的相克（行為者には構成要件の実現それ自体が望ましくない）の故に、条件付故意（Bedingter Vorsatz）とも呼ばれるが、適切な名称とはいえない。行為者は無条件の行為意思を有している、つまり、結果の発生は一定の条件に依存しているものの、行為者の故意は無条件であるからである。意思説の意味で、決定的なのは積極的意思決定である。⁽⁷⁴⁾

（2）認識の要素

「本気で可能だと考える」は故意の認識面での最低の要素である。行為者は、結果ないし構成要件要素の実現に確信がないが、しかし、相応の危険を認識し、危険の発生が「自然だと」思われる場合がある。⁽⁷⁵⁾

その際、行為者は法益侵害の危険の直接的時間的重要性も認識していなければならない、つまり、危険が急迫ないし具体的に迫っているものと認識しなければならない。不真正不作為犯にあつては、行為者は、この意味で、結果の回避が可能であると認識し、且つ、不作為にとどまる決意をしなければならない。⁽⁷⁶⁾

「本気」という要素は構成要件実現の蓋然性に関係する。行為者が目の当たりに浮かべる可能性の程度が問題となるが、認識のある過失の場合の「単に可能と考える」よりも高い蓋然性が必要であろう。⁽⁷⁷⁾ 行為者が構成要件要素の実現を単に可能だと考えているに過ぎない場合、すなわち、行為者がこの危険を本気で考えていない場合、行為者に故意

説
は認められない。⁽⁷⁸⁾

論

(3) 意欲の要素

「甘受する」という意欲の要素は未必の故意の意欲面の最低要件である。この要素によって、故意と認識のある過失が区別される。⁽⁷⁹⁾

「甘受する」というのは、行為者の積極的意思決定、最後の抑制閾を乗り越えることないし結果に対する個人的答責の引き受けを要求する。この意思活動はありえることだと認識された危険に基づいている。状況の認識の本気度も意思決定に影響を及ぼす。未必の故意の行為者は意思形成に当たって構成要件実現の可能性を計算に入れ、それにもかかわらず、究極的には、結果が発生したなら、結果を意欲するが故に行為する。不真正不作為犯では、この意味で、行為者は、結果回避のために実際にできることをしない決意をしなければならぬ。⁽⁸⁰⁾

(4) 過失との区別

未必の故意と認識のある過失の区別はとりわけ意欲の面で区別される。相応の意思決定をしない者、軽率にも結果の不発生を信頼する者は認識のある過失が認められるに過ぎない。結果の不発生を信頼していない者は結果の発生を甘受している。これに対して、結果の発生を甘受している者は結果の不発生を信頼していない。⁽⁸¹⁾

行為者が行為事情の実現を情意的に肯定するかあるいは否定するかを選択肢の間に、一方で、こういった態度決定

にまったく至らない領域と、他方で、無関心の意味での態度決定(「私からすれば、どうでもいい」の可能性がある⁽⁸²⁾)。こういった態度に、「甘受する」といった意欲を見ることができかねるかが問題となる。基本的には否定されるべきである。行為者が単に無関心であることから故意を基礎付けるのは無理である。というのも、軽率に物事を成り行きに任せる者は自己の態度決定をしていると感じていないからである⁽⁸³⁾。これに対して、行為者が事象に関してよく考え、内的に反芻しているほど情意的に極めて強く事象に組み込まれており、したがって、行為者の反応が「その(思索的)態度決定の意識的結果」に等しい場合には、未必の故意が肯定される。行為者は構成要件の実現を甘受している、つまり、積極的決意をしている⁽⁸⁴⁾。

(5) その他の理論

a 認容説 (Billigungs- oder Einwilligungstheorie)

認容説は、決意を特に高い情意的態度と結びつけるので、強度の意思説である。行為者は結果の発生を意欲しているだけでなく、これを内的にも認容している。ライヒ裁判所の採用した説である。「結果のありえる発生の見込みに付け加わる、独自の内的事実としての結果の認容に、未必の故意の本質的要素がある⁽⁸⁵⁾」。「認容」という言葉を文字通り受け止めると、結果の発生が行為者には好ましい、嬉しいということになるが、このような意味での認容説は支持しがたい。第一に、行為者が結果の発生をまさに容認しているなら、目的の故意が存在するのであり、そうすると、認容説では未必の故意の存在余地はないことになる。第二に、意識的に計算に入れられた法益侵害を、どういう情意的態度で犯されるのかとは関係なく、阻止することが故意犯の構成要件の任務であり、そうすると、計算に入れられた結果を容認しているか、どうでもよいのか、遺憾に思うのかといった事情は量刑には重要であるが、故意には関係が

ない。故意には結果の発生を意欲することが重要であり、それを超える心情無価値は不要である⁽⁸⁶⁾。

オーストリアでは、刑法第五条が未必の故意には積極的決意があれば足りることから、認容説は支持されて⁽⁸⁷⁾いない。ドイツでは、ドイツ連邦通常裁判所が「容認」を「甘受する」意味で限定的に解釈して以来、⁽⁸⁸⁾認容説は結論的には意思説と異ならない⁽⁸⁹⁾。

b 無関心説 (Gleichgültigkeitstheorie)

エンギツシユの主唱する無関心説によると、行為者が、「可能に過ぎない不快な副次的結果を積極的には認するか、どうでもよいとして甘受する」場合、未必の故意が肯定されるが、「行為者が副次的結果を望ましくないとはい、したがって、それは生じないと期待する」場合は、未必の故意が否定される⁽⁹⁰⁾。たしかに、意識的無関心は、行為者が結果を甘受している、したがって、故意行為をしていることの確かな徴表である。しかし、結果の発生を望まない、つまり、意識的無関心が見られないからといって、故意が否定されるものではない。行為者は、意識的に計算に入れられた行為の結果を、自分自身信頼していない単なる希望によって免れることはできない。決定的に重要なのは、結果の発生を意欲したのか否かということであって、行為者がどういう希望、期待を抱いて行為をしたかではない⁽⁹¹⁾。

c 表象説 (Vorstellungstheorie)

意思説と異なり、認識の側面に重点を置くのが表象説である。その一つである可能性説 (Möglichkeitstheorie) によれば、行為者が法益侵害の具体的可能性を認識し、行為に出るとき、既に未必の故意が認められる。意欲の要素を

完全に放棄する説もあり、それによれば、結果発生のためなる可能性さえあれば故意を認めるに十分である。⁽⁹²⁾

認識面を重視する説の背後には、法益侵害の可能性を認識しただけでも行為者が行為に出ることを控えさせるべきという思考がある。⁽⁹³⁾しかし、この思考には、危険を発生させるおそれのある行為をする者はもうそれだけで法益侵害の決意をし、結果発生を決意をしているとする点に問題がある。このような行為から直ちに積極的意思活動があつたと見ることは許されない。さもなくば、認識のある過失との区別ができなくなる。もつとも、本説は、「過失はすべて認識のない過失」⁽⁹⁴⁾である、「故意と過失は認識の有無の違い」⁽⁹⁵⁾であるとして、認識のある過失を否定する。

しかし、可能性説と意思説の違いは見かけほど大きくない。というのは、行為者に可能性の表象があるのにもかかわらず、うまくいくだろうと確信して安堵する場合、「結果惹起の可能性についての現実の表象がそもそも欠如している」⁽⁹⁶⁾から、過失が認められるに過ぎないとか、軽率な追い越して事故を惹起した場合、運転者は事故惹起の可能性の認識をもとと有していたが、追い越しの瞬間にこの認識をまったく消失するほど抑圧してしまった、つまり、行為者は結果発生の際「抽象的」可能性を認識しているが、「決定的瞬間に自分の認識において具体的可能性」を否定するので、過失しか認められないとされるからである。⁽⁹⁷⁾「現実の」表象とか、結果招来の「具体的」可能性の認識ということ、意思説という「結果発生を本気で考える」あるいは「甘受する」と同じことが問題となっているのである。そうすると、結局、可能性説も意欲的要素を考慮していることになる。⁽⁹⁸⁾

表象説の中でも限定的なのが未必の故意を高度の認識水準、つまり、「蓋然的と考える」で基礎付ける蓋然性説

(Wahrscheinlichkeitstheorie) である。ここに蓋然性とは、単なる可能性以上で高度の蓋然性以下を意味する⁽⁹⁹⁾。認識面が高くともそこから意思活動を補充することはできないという点は別として、実際上の結論としては、「本気で可能だと考える」と異ならない。行為者が、程度の差はあれ結果の発生を蓋然的と考えるとき、それは行為者が結果の発生の可能性を本気で考えている徴表である。こういった蓋然性の認識があるのにもかかわらず、行為者が行為をするとき、法益侵害の決意が見られるのが普通である。⁽¹⁰⁰⁾

d 回避意思の不実行説

目的的行為論者であるアルミン・カオフマンが主唱する回避意思の不実行説 (Theorie vom nicht betätigten Vermeidewillen) によると、行為者が、なるほど、結果発生の可能性を表象したが、しかし、行為者の操縦意思が結果回避に向けられていた、つまり、結果に向かつて影響を及ぼす行為をする際に、「同時に、對抗要因を投入し、その助けを借りて、可能と表象された副次的結果が発生しないように流れを操縦するとき、但し、行為者が自分の技量を現実 に当てにしている場合」にだけ、未必の故意は否定される。⁽¹⁰¹⁾

本説も故意の存在の徴表を提供する。行為者が對抗措置を採らず事柄を成り行きに任せるとき、行為者は結果を甘受するものと推定できる。行為者が結果回避の努力をするとき、行為者は結果の不発生を信頼しているものと推定できる。しかし、これらの事実は反駁可能な徴表以上のものではない。本説は、一方で、人は、對抗措置を採らなくとも結果の発生はないものと信頼することが多いこと、つまり、軽率な行為が故意の存在を徴表するに過ぎないことを見過ごしているし、他方で、結果発生の防止努力があっても、行為者自身がその効果を信頼していない場合には、故

意は排斥されないことを見過⁽¹⁶⁾している。

e フランクの公式

フランクの公式（Frank'sche Formeln）というのは、直接的に故意を定義しているのではなく、未必の故意を推定可能にする補助手段である。⁽¹⁶⁾第一公式・行為者が、自分には可能だと思われることを、もし確実だと思つたなら、どういふ行動をとつただろうか。行為をしていたといえるなら、故意が認められ、そうでないなら、過失しか認められない。しかし、この公式には、行為者の現実の意欲ではなく、仮定的意欲を問題としており、したがって、行為者の心理を特徴づけているのではなく、せいぜい行為者心理の「認識手段」に過ぎないと批判される。⁽¹⁶⁾この公式が実質的に見て機能しないのは次のような場合である。行為者が、刑法的には無関係な結果（名誉、賞賛）を追求しているが、うまくいかない構成要件の結果が発生するという場合、例えば、曲芸團の手裏剣投げが標的「すれすれ」に投げつけたいとき、構成要件実現を（止むを得ないとき）甘受するといった場合である。行為者は結果の発生が確実だと思つたなら、手裏剣を投げつけることは無かつたと云えても、やはり、未必の故意は認められる。⁽¹⁶⁾

第二の公式は「何であれ、どうなるのであれ、いずれにせよ私は行為する」という場合に故意を認めるもので、本来、第一公式を補充するものとして提案されたのであるが、今日、大方の支持を得ている。⁽¹⁶⁾

(6) 判例

判例には、犯罪事実の認識があれば故意があるとして、表象説にしたがったのではないか見られるものもあるが（大

判大正四・一・二六刑録二一・二一、大判大正一一・五・六刑集一・二五五)、「あえて」行なう意思という表現を用いて、意思説(修正認容説)にしたがったのではないかと思われるものもある。後者の判例として、大判大正一一・五・六刑集一・二五五「犯意アル行為トハ自己ノ意思活動ニ因リ罪ト為ルヘキ事実ノ發生スルニ至ルヘキコト又ハ其ノ虞アルコトヲ予見シテ其ノ意思活動ヲ敢テスル決意ノ実行アルコトヲ必要トスルハ明白ナリト雖此ノ決意ハ特ニ或結果ヲ目的トシ其ノ發生ヲ希望スルニ非サル場合ニ於テモ存シ得ルモノナルカ故ニ之ヲ此ノ希望ト混同スヘカラサルハ言ヲ須ヒサル所ナリ」、最判昭和二三・三・一六刑集二・三・二二七「贓物故買罪は贓物であることを知りながらこれを買受けることによつて成立するものであるがその故意が成立する為めには必ずしも買受くべき物が贓物であることを確定的に知つて居ることを必要としない或は贓物であるかもしれないと思ひながらしかも敢えてこれを買受ける意思(いわゆる未必の故意)があれば足りる」、広島高等判昭和三六・八・二五高刑集一四・五・三三三(酩酊運転者が歩行者を跳ね飛ばした事案。傷害、傷害致死罪が成立)「被告人は既にそれまでの飲酒のため相当に酔が廻つており、そのことだけでも最早前方注視が覚束ないため正常な運転ができない虞があつたばかりでなく、前照燈の故障により無燈火で暗夜の道路上を運転するのであるから、前方注視が殆ど不可能であつて、到底正常な運転ができない状態であつたため、折柄帰宅の途上にある益踊り帰りの多数歩行者に自動車を突き当てて同人等を転倒させたり跳ね飛ばしたりする危険のあることを十分認識しながら、酒の勢に駆られ、そのような結果の発生を何等意に介することなく、敢て……貨物自動車を運転して……正常な運転ができなかつたことから……国道右側を同一方向に歩行していた益踊り帰りの……被害者等に右自動車を次ぎ次に突き当て、被害者Aを除きその余の者等を附近に転倒させ或るいは跳ね飛ばし、因つて同人等に……各傷害を負わせ、うちB・C・Dの三名を右傷害により……死亡するに至らしめた……かかる事態の推移に鑑みれば、被告人には……いわゆる未必の犯意があつた」、福岡高判昭和四五・五・一六判時六二

一・一〇六（病院に放火すれば入院患者に死傷の結果が生じることを認識しながら、これを避けるために患者を戸外に出そうと試みたという事案について、結果回避の気持ちがあっただけで、被告人は死傷の結果の発生を認容したものととして、未必の故意がある）、東京高判昭和六二・九・二二判タ六六一・二五二（不作為の殺人に関して、自車のトランクに重傷の被害者を押し込んで走行中に死亡させたという事案について、第一審が殺人の未必の故意を認めたのに対して、控訴審は、被害者が重症で死亡するかもしれないことを察知したものの、死亡することを認容していたとは認めがたいとして、故意を否定した）がある。

注

- (1) P. Gruner, D. Strenberg-Lieben, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 15 Rn 9.; O. Trifflerer, Österreichisches Strafrecht. AT., 2. Aufl., 1994, 9. Kap Rn 12.; E. Steininger, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Lfg., § 5 Rn 2.
 ロンストーン (C. Roxin, Strafrecht. AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn 6) は故意を「犯行計画の実現」と表現するが、これは熟慮の上での行為には適するものの、不意に生じた故意には適さぬ表現である。
- (2) Steininger, (Fn. 1), § 5 Rn 3.
- (3) R. Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Juristische Fakultät Gießen-Festschrift, 1907, 519 ff.
- (4) W. Fricsh, Vorsatz und Risiko, 1983, 97 ff. 但し、*「主観的に見て」* 危険のない行為を「*具体的危険の表象の後*」に「*あれこれの根拠からなにも生ずるはずがない*」と考えるとき、*「(主観的に見て) 危険のない行為を決定」*しているのであり、故意が認められない（一九七頁）、つまり、危険の表象があっても、「行為者がうまくいくことを信頼している場合」、故意は認められない（四八二頁）、故意の下限を画する規準としては「*危険を本気で考える*」という通説的見解が有用だと論ずる（四八四頁）。
- (5) B. Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentar und des Wiener Kommentars, 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1985, 341 ff., 361.
- (6) K. Schmoller, Das voluntative Vorsatzelement, ÖJZ 1982, 259 ff., 260, 262.

- (7) Steininger, (Fn. 1), § 5 Rn 7; Cramer/Stenberg-Lieben, (Fn. 1), Rn 16.
- (8) Schimmann, (Fn. 5), 361; Schmoller, (Fn. 6), 260.
- (9) F. Nauhaus, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1984, § 5 Rn 2; Steininger (Fn. 1), § 5 Rn 9. Vgl. Cramer/Stenberg-Lieben, (Fn. 1), § 15 Rn. 7, 11.
- なお、認識に重点をおく説が意思説から見かけほど大きな違いのないことが指摘されている。故意の定義にあたって実質的に意欲の面も考慮されているからである。例えば、ヤコブス (G. Jakobs, Strafrecht. AT, 2. Aufl., 1991, 8. Kap.) 「行為者が行為時に、構成要件実現が行為の結果として非蓋然的ではない」と判断すること」(Rn 23)「未必の故意がある」と論じて、認識の面だけに触れているが、同時に、「認識行為の諸条件は認識的なものばかりでない」(Rn 22)「軽率にもうまくいくと信頼する者は、まさにそれ故に結果の発生を非蓋然的に考えており、未必の故意は認められなくと論ずるからである」。
- (10) R. Moos, Die Irrtumsproblematik im Finanzstrafrecht, in: R. Leimer (Hrsg.), Aktuelles zum Finanzstrafrecht, 1998, 101 ff., 106.
- (11) BGHSt 2, 194 ff., 201.; H.-H. Jeschek, Th. Wiegend, Lehrbuch des Strafrechts. AT, 5. Aufl., 1996, 452 「正時のドイツ刑法史の画期的出来事」。
- (12) 故意説を支持する学説として J. Baumann, U. Weber u. W. Misch, Strafrecht. AT, 11. Aufl., 2003, § 21 Rn 40. わが国では「責任故意に不法の意識を要するとする厳格故意説に、小野清一郎『刑法概論』(増訂新版)一九六〇年・一一六頁、大塚仁『刑法概説(総論)』(第四版)二〇〇八年・四六一頁、内田文昭『刑法概要上巻』一九九五年・二四四頁、浅田和茂『刑法総論』二〇〇五年・三二八頁、長井長信「故意概念と錯誤論」一九九八年。不法の意識は必要でないが、その可能性を要するとする制限故意説に、團藤重光『刑法綱要総論』(第三版)一九九〇年・三一六頁以下。しかし、判例は「ほぼ一貫して、不法の意識は不要としている。最判昭和一五・一一・二八刑集四・一一・二四六三」所謂自然犯たると行政犯たるを問わず、犯意の成立に違法の認識を必要としないうことは当該判所の判例とするところである」最判昭和二六・一一・一五刑集五・一一・二三五四「犯意があるとするためには犯罪構成要件に該当する具体的事実を認識すれば足り、その行為の違法を認識することを要しない」。
- (13) Moos, (Fn. 10), 104 f.
- (14) 新古典的犯罪概念の主張者であるキーンツベル／クンツベル (D. Kienpfeil, F. Höpfel, Grundriss des Strafrechts. AT, 12. Aufl., 2007, Z 8 Rn 20ff., Z 15 Rn 1, 21, 24) は「らわゆる「拡張された故意」(超過的内心傾向)を主観的構成要件という名称の下に不法

- 構成要件に属させるが、普通の故意を「所為故意」という名称の下に責任に属させる。ここでは故意概念が分裂している。次いで、キーナップル／ヘッペルによれば、責任能力の後に故意が検証される。しかし、故意は内容的には不法の意識とは関係はないはずである。故意が責任能力とは独立しているとすれば、故意は責任の要素とはなりえ得ない。最後に、キーナップル／ヘッペルによると、未遂では、価値自由の故意は、構成要件の不法を刻印するが、意欲された結果が発生すると、故意は責任に移行し、関係のない不法の意識と並列させられる。ここに矛盾をはらむ体系が明らかとなる。故意の犯罪概念上の位置が偶然に左右される。Moos, (Fn. 10), 104 f FN 9.
- (15) Moos, (Fn. 10), 105.
- (16) E. Steininger, *Stratfrecht*. AT, Bd. 1, 2008, 8. Kap Rn 4; ders., (Fn. 1), § 5 Rn 13 f.; R. Moos, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., 2002, § 75 Rn 13; Triffler, (Fn. 1), 9. Kap Rn 8.
- (17) Steininger, (Fn. 16), 8. Kap Rn 4.
- (18) Steininger, (Fn. 16), 8. Kap Rn 9.
- カントン (Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normtheorie*, 1954, 142, 149 ff.) は、表現意思としての故意は、行為者の属性には向けられないから、公務員とか医師といった客観的正犯者要素には及ばないのであって、この属性についてはその認識可能性で足りると主張する。しかし、行為者の属性の他にも物の他人性とか偽造客体の文書性に見られるように、行為者の意欲とは関係のない要素もある。刑法は行為の不法を行為者の属性によって共決定しているのだから、故意者属性は故意の認識要素の対象とならなければならない。Cramer/Sternberg/Lieben, (Fn. 1), § 15 Rn 42.; G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *Stratfrecht*. AT, 5. Aufl., 2004, § 8 Rn 77.
- (19) 町野朔『刑法総論講義案一』（第二版）一九九五年・二〇九頁、一一三〇頁。
- (20) 前田雅英『刑法総論講義』（第四版）二二五頁以下。同「故意の認識対象と違法性の意識」刑法雑誌三四・三（一九九五年）四二頁以下、四七頁。
- (21) Triffler, (Fn. 1), 9. Kap Rn 88.; Moos, (Fn. 16), § 75 Rn 19.; Roxin, (Fn. 1), § 12 Rn 151 ff.; Steininger, (Fn. 16), 8. Kap Rn 9. 大谷實『刑法総論』（第三版）二〇〇六年・九一頁、前田（注20）二一九頁、堀内捷三『刑法総論』（第二版）二〇〇四年・一一四頁。これに対して、因果関係の重要な輪郭についての認識必要説は、Cramer/Sternberg-Lieben, (Fn. 1), § 15 Rn 54.
- (22) Steininger, (Fn. 16), 8. Kap Rn 11.

- (23) *Steininger*, (Fn. 16), 8. Kap Rn 12.
- (24) *Cramer/Sternberg-Lieben*, (Fn. 1), § 15 Rn. 43; *Steininger*, (Fn. 16), 8. Kap Rn 12.
- (25) *Trifflerer*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 76; *Moos*, (Fn. 10), 124; *Steininger*, (Fn. 16), 8. Kap Rn 13; *Cramer/Sternberg-Lieben*, (Fn. 1), § 15 Rn 43a.
- (26) *Steininger*, (Fn. 16), 8. Kap Rn 14.
- (27) *R. Moos*, *Annale und der Kräuterküör*, in: *D. Kienmpfel* (Hrsg.), *Fälle und Lösungen zum Strafrecht*, 1982, 38 ff., 45; *Trifflerer*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 79; *Steininger*, (Fn. 16), 8. Kap Rn 14.
 大判大正六・一一・九刑録三三・一二六一「被告人は、甲の殺害を決意し、甲の留守中その妾である乙方に赴き、鉄瓶の沸湯の中に毒薬昇汞を投入した。甲、乙、丙、丁がその沸湯を飲んだが、味の異変に気づき少量で止めたため、死亡するに至らなかつた」所論昇汞ヲ投入シタル鉄瓶沸湯ハ被告カ之レヲ甲及ヒ其ノ家人ノ必然飲用スヘキ状態ニ提供セルモノニシテ甲及其家人ノ之ヲ飲用スルニ因リ始メテ致死ノ結果を発生スルモノナレハ其ノ家人ノ何人カ之ヲ飲用スルヤ未定ニ属スルヲ以テ原判決ニ於テハ単ニ家人等ノ生命ニ危害アル可キコトヲ予見シナカラ云云ト説示シタルモノトス故ニ右家人ノ不明且不特定ナルモ妨ケス而シテ右ノ場合ニハ被告カ致死ノ結果を予想ス可キモノト論スルヲ得ヘク随テ右飲用者ノ数ニ応スル殺人罪存ス可キモノナレハ即チ一行為ニシテ数個ノ殺人罪名ニ触ルモノトス」。
- (28) *Moos*, (Fn. 16), § 75 Rn 18; *Roxin*, (Fn. 1), § 12 Rn 194, 197; *Steininger*, (Fn. 16), 8. Kap Rn 15; *Cramer/Sternberg-Lieben*, (Fn. 1), § 15 Rn 59. 参照 井田良『刑法総論の理論構造』二〇〇五年・九〇頁「いずれかの同種の客体に結果が生じることか(ある程度の蓋然性をもって)保証された状況がある以上、発生結果はその危険が実現するハリエーションの一つにすぎないのであって、その範囲内での行為者による客体の特定にまで重要性を認めて故意を否定する理由はなご」。
- (29) *W. Platzgummer*, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage*, 1964, 81 ff.
- (30) *Steininger*, (Fn. 16), 8. Kap Rn 17.
- (31) *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 41.
- (32) *J. Krümpelmann*, *Motivation und Handlung im Affekt*, in: *Welzel-Festschrift*, 1974, 327 ff., 337 f.; *Roxin*, (Fn. 1), § 12 Rn 129; *Steininger*, (Fn. 16), 8. Kap Rn 18. 高松高判昭和三一・一〇・一六高刑裁特三・二〇・九八四「殺人罪の犯意即ち殺意は、必ずしも

それが犯人の意識の表面に明確に現れたことを要するものではない。殺意が意識の深層にあって、犯行時夢中で人体の重要部分にそれを対象として重大な傷害を与えた場合には、たとえ犯人の意識の表面に殺意が現れていなかったとしてもなお殺人罪の殺意を認めなければならない場合もある。憤激の余り夢中で日本刀を以て人の首をねらって切り付け又は刺身包丁でその胸板をめぐけて突き刺し、よってそれらの部位に大損傷を与えて死亡させた場合には、その犯人がその犯行の終わった瞬間平静に帰り、こんな筈ではなかった、殺す意思はなかったと真実反省したとしても、同犯人に精神上の欠陥がなかった以上、それは意識の表面の問題に過ぎないのであって、その意識の深層における殺意を認めて殺人罪の成立を認めざるを得ない。

(33) *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 41.

(34) *Moos*, (Fn. 10), 125; *Steininger*, (Fn. 16), 8. Kap Rn 19.

(35) *Steininger*, (Fn. 16), 8. Kap Rn 20. 平野龍一『刑法総論一』一九七二年・一八九頁注一はこれを「未確定的故意」と呼ぶ。

(36) *Tryfverer*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 97; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 46; *Roxin*, (Fn. 1), § 12 Rn 24.

最決昭和五六・一一・二一刑集三五・九・九一一（甲）（暴力団幹部）は、配下の乙などとの間で、かねて抗争関係にあった暴力団組員丙に対し、ことと次第によっては同人を殺害することも止むを得ないという謀議をなし、乙に拳銃を交付したが、現場に赴いた乙は、結局、丙を殺害した。「謀議された計画の内容においては被害者の殺害を一定の事態の発生にかからせていたとしても、そのような殺害計画を遂行しようとする被告人の意思そのものは確定的であったのであり、被告人は被害者の殺害の結果を認容していたのであるから、被告人の故意の成立に欠けることはない」。最決昭和五九・三・六刑集三八・五・一九六一「原判決は、被告人は、甲、乙及び丙との間で、被害者から貸金問題について明確な回答が得られないときは、決着をつけるために、暴力的手段に訴えてでも同人を強制的に連行しようとして、当初は、被害者と貸金問題についていまだ一度話し合ってみる余地もあると考えていたものの、一方では、このような緩慢な態度に終始していると舎弟頭として最後の責任をとる羽目にもなりかねないとも考え、また、本件犯行現場に向かう自動車内等での甲らの言動から、同人らが被害者の抵抗いかんによってはこれを殺害することも辞さないとの覚悟でいるの行動に委ねる旨の意思を表明していること、その後犯行現場に到着した際には、同人らに対し、被害者の応対が悪いときは、その後の進展を同人らの行動に委ねる旨の意思を表明していること、その後犯行現場において甲及び乙が刺身包丁で被害者の左前胸部を突き刺したうえ転倒した同人を自動車後部座席に押し込む際、『早よ足を入れんかい』などと指示し、さらに右自動車内において、乙が刺身包丁で被害者の大腿部を突き刺したのに対しなら制止することなく容認していたこと等の事実を認定したうえで……被告人は、未必の故意のもとに、実行行為者である甲らと共に謀のうえ被害者を殺害した旨判示している……原判決は、指揮者の地位にあった被告人が、犯行

現場において事態の進展を甲らの行動に委ねた時点までには、謀議の内容においては甲らによる殺害が被害者の抵抗という事態の発生にかかっていたにせよ、甲らによって実行行為を遂行させようという被告人の意思そのものは確定していたとして、被告人につき殺人の未必の故意を肯定したものであると理解することが出来る」。

- (37) *Tryfner*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 97.
- (38) *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 47; *ders.*, (Fn. 16), 8. Kap Rn 21.
- (39) *Tryfner*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 11. 内田 (注2) 二四三頁以下。
- (40) *H. Fuchs*, Österreichisches Strafrecht. AT., 7. Aufl., 2008, 14. Kap Rn 32; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 48.
- (41) *Fuchs*, (Fn. 40), 14. Kap Rn 31.
- (42) *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 48.
- (43) *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 53. 内田 (注12) 二四四頁は、このような場合、占有離脱物横領の故意と窃盗の故意が、どちらとも未必の故意の形であるが、*「必ずしも甲らというかたちで「概括的」に存在するので、「択一的故意」と呼ぶべきでなく、むしろ、「く」ルマンの概括的故意」と呼ぶべきことを提唱する。Hermann, Ueber Absicht und Vorsatz überhaupt und über unbestimmte und indirecte Absicht insbesondere, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1856.*
- (44) *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 54; *Jescheck/Wegand*, (Fn. 11), 304; *Roxin*, (Fn. 1), § 12 Rn 93.
 最決平成二・二・九判時一三四一・一五七判タ七二二・二三四「原判決の認定によれば、被告人は、本件物件を密輸入して所持した際、覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識があったというのであるから、覚せい剤かもしれないし、その他の身体に有害で違法な薬物かもしれないとの認識はあったことに帰することになる。そうすると、覚せい剤輸入罪、同所持罪の故意に欠けるというのではないから、これと同旨と解される原判決の判断は「正当である」。
- (45) *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 55; *Roxin*, (Fn. 1), § 12 Rn 93.
- (46) *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 56; *Roxin*, (Fn. 1), § 12 Rn 94.
- (47) *Tryfner*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 27.
- (48) *Tryfner*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 28.
- (49) *Tryfner*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 29; *Noukouski*, (Fn. 9), § 5 Rn 10 「予測に際してありさうもない突発的出来事や障害を『まったく理論的』可能性として無視する。刑法第五條第三項の意味では、さういった実際の確信が十分である」。H.-H. Jescheck, Lehrbuch

- des Strafrechts. AT., 4. Aufl., 1988, 268.
- (50) *Triffterer*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 30.
 - (51) *Triffterer*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 31.; *Jescheck*, (Fn. 49), 269.
 - (52) *Triffterer*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 34 f.
 - (53) *Triffterer*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 36.
 - (54) *Triffterer*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 37 f.
- これらについて、シムホラーは行為者の情意的態度を強調する。行為事情が「目的」となれているのは、行為者が「意欲」しているばかりか（故意）「それ以上」の「希望もしている」とも、行為者が自分の認識において「希望」を自分の行為と結び付けている場合に限定される。Schmoller, (Fn. 6), 285 f.
- (55) *Triffterer*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 40.
 - (56) *Nowakowski*, (Fn. 9), § 5 Rn 14.; *Moos*, (Fn. 16), § 75 Rn 14.; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 85.
 - (57) *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 64 ff.
 - (58) *Triffterer*, (Fn. 1), 9. Kap. Rn 56.; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 67.
 - (59) BGHSt 21, 283 ff.; *Roxin*, (Fn. 1), § 12 Rn 8 ff.; *Jescheck*, (Fn. 49), 267.; *J. Wessels*, Strafrecht. AT., 25. Aufl., 1995, Rn 211.
 - (60) *Triffterer*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 38.; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 67.
 - (61) *Nowakowski*, (Fn. 1), § 5 Rn 6.; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 69.
 - (62) *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 70.; *Nowakowski*, (Fn. 9), § 5 Rn 8.
 - (63) *Nowakowski*, (Fn. 9), § 5 Rn 6.; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 70.
 - (64) 背任罪（刑法第二四七条）における加害目的は目的的目的を要求している。これは、超過的内心傾向としての目的（例えば、通貨偽造罪の行使の目的）と異なり、既遂の要件である損害の発生を目的としていなければならない。参照『山中敬一』『刑法総論』（第二版）二〇〇八年・三〇六頁。
 - (65) *Triffterer*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 60.; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 76.
 - (66) *Triffterer*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 28.; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 77.
 - (67) *Triffterer*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 29.; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 77.

- (68) *Nowakowski*, (Fn. 9), § 5 Rn 10; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 77.
- (69) *Triffterer*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 62.
- (70) *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 84; *Triffterer*, (fn. 1), 9. Kap Rn 63.
- (71) 現行刑法は確定的故意を要求する規定を設けている。死者の名誉毀損罪(第二三〇条第二項)の定める「虚偽の事実を摘示する」は摘示した事実が虚偽であることの確定的認識を要求している。虚偽告訴罪(第一七二条)も「虚偽の告訴」等について確定的認識を要求している。確定的認識を要しないとすれば、「正当な」告訴が大幅に妨げられることになろう。但し、判例は「未必的な認識」で足りるとしている(大判昭和二二・二・二七刑集一六・一四〇、最判昭和二八・一・二三刑集七・一・四六)。
- (72) *Triffterer*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 66; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 106 ff.
- (73) *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 109.
- (74) *Moos*, (Fn. 16), § 75 Rn 14; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 85; *Triffterer*, (Fn. 1), 9. Kap Rn 68.
- (75) *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 90.
- (76) *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 90.
- (77) *Nowakowski*, (Fn. 9), § 5 Rn 13; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 90.
- (78) *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 91.
- 最判昭和二四・二・二二刑集三・二・二〇六〔被告人は、品物がメタノールであるとはつきりした認識がなかったが、これを飲用すると身体に有害であるかもしれないと思ったにもかかわらず、それを所持又は販売したとして、原審は有毒飲食物等取締令違反の故意犯の成立を認めた事案〕「身体に有害であるかも知れないと思っただけで(メタノールであるかも知れないと思っただけ)ではなく)はたして同令第一条違反の犯罪について未必の故意があったと言いつ得るであろうか。何となれば身体に有害であるものは同令第一条に規定したメタノール又は四エチル鉛だけでなく他に有害な物は沢山あるからである。従ってただ身体に有害であるかも知れないと思っただけで同令第一条違反に犯罪に対する未必の故意ありとはいい得ない。」
- (79) *Moos*, (Fn. 16), § 75 Rn 14; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 92.
- (80) *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 93.
- (81) *Jescheck*, (Fn. 49), 270; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 94 f.
- (82) *Nowakowski*, (Fn. 9), § 5 Rn 15; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 97

- (83) *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 97; *Moos*, (Fn. 16), § 75 Rn 14.
- (84) *Nauckowski*, (Fn. 9), § 5 Rn 15; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 98.
- (85) RGSt 33, 4, 6.
- (86) *Roxin*, (Fn. 1), § 12 Rn 37; 平野（注35）一八二—一八三頁は、認容説を、認容の存否の判断に際して、合理的判断や悪しき人格態度といった情緒的な要素が介入することによって、行為者の現実的認識とその程度、及び、それが行為動機に及ぼした影響という中心的な論点が曖昧にされてしまうと批判する。堀内（注21）九五頁。
- (87) *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 86.
- (88) BGHSt 7, 363 ff., 369 「未必の故意を認識のある過失から区別する決定的要素である結果の認容とは、結果の発生が行為者の希望に沿わなければならないということを決して意味しない。未必の故意というのは、行為者に結果の発生が好ましくない場合でも存在しうる。行為者が、追求めている目的のために、つまり、その目的を他の方法では達成し得ない限り、自分の行為がそれ自体望まない結果を招来することも甘受し、したがって、実際に生じた場合に結果を意欲するとき、行為者はそれにもかかわらず法的意味での結果を認容している」。
- (89) *Roxin*, (Fn. 1), § 12 Rn 39; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 86.
我が国では、「結果が発生するかもしれないことを知っており、しかも発生すればしてもよいという認容があるときは、故意が成立する」として、積極的認容を要求する説（團藤（註12）二九六頁）と「行為者がその結果の発生を已むを得ないものとし、又はこれを意に介しないで行為した場合、即ち結果の発生を積極的又は消極的に認識したときは故意あるものである」として、消極的認容で足りるとする説（小野清一郎『新訂刑法講義総論（増補版）』一九五〇年・一五三頁）がある。さらに、藤木英雄『刑法講義総論』一九七五年・一四〇頁以下は、「自己の行為から犯罪事実が発生する可能性があり、かつ一般常人ならば、そのような法益に対する加害の可能性を無視してそのまま行動することが許されないと判断する程度のものである場合に、あえてその行為を行う」ときに未必の故意を認める「客観的認容説」を主張する。
- (90) *K. Engisch*, Anmerkungen zu BGHSt 7, 363, NJW 1955, 1689; *ders.* Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, 186 ff.
- (91) *Roxin*, (Fn. 1), § 12 Rn 40; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 86.
- (92) *H. Schröder*, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, in: Sauer-Festschrift, 1949, 207 ff.; *E. Schmidhäuser*, Zum Begriff der

- bewußten Fahrlässigkeit, GA 1957, 305 ff. 泉三新熊『日本刑法論上巻総論』〔第三七版〕一九二四年・四五二頁以下、宮本英脩『刑法大綱』一九三五年・一四〇頁。
- (93) 我が国では、**動機説**(平野(注35)一八五頁以下)が、故意の本質を、結果発生の認識が行為を思いとどまらせる動機とならずに行為に出たところに求め、結果が発生すると認識しながら、結局において結果発生の認識を否定しないで行為した場合に未必の故意を認める。同旨、内藤謙『刑法講義総論(下)I』一九九一年・一〇九一頁、松宮孝明『刑法総論講義』〔第四版〕二〇〇九年・一七九頁、浅田(注12)三〇五頁。しかし、故意を構成要件要素と捉える立場からは、行為者の動機形成過程を構成要件の故意において問題とする必要はない。
- (94) Schröder, (Fn. 92), 245.
- (95) Schmüllauer, (Fn. 92), 312.
- (96) Schröder, (Fn. 92), 231.
- (97) E. Schmüllauer, Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat („dolus eventualis“ und „bewußter Fahrlässigkeit“), Jus 1980, 250.
- (98) Roxin, (Fn. 1), § 12 Rn 43; Steininger, (Fn. 1), § 5 Rn 87.
- (99) H. Meyer, Strafrecht. AT, 1953, 250 ff. Vgl. H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, 68. 我が国では、牧野英一『刑法総論下巻』一九五四年・五六六頁、荏子邦雄『刑法総論』〔旧版〕一九六九年・五一五頁、齊藤信治『刑法総論』〔第五版〕二〇〇三年・一〇七頁以下、前田雅英(注20)二〇七頁以下、林幹人『刑法総論』〔第二版〕二〇〇八年・二五一頁。
- (100) Roxin, (Fn. 1), § 12 Rn 46; Steininger, (Fn. 1), § 5 Rn 87.
- (101) Arn. Kaufmann, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze, ZStW 70 (1958), 64 ff.
- (102) Roxin, (Fn. 1), § 12 Rn 54; Steininger, (Fn. 1), § 5 Rn 88.
- (103) R. Frank, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 18. Aufl., § 59 Anm. V.
- (104) 7h. Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Bd. I, 2. Aufl., 1954, 187 f mit Fn. 2.
- (105) Trifflerer, (Fn. 1), 9. Kap Rn 45; Roxin, (Fn. 1), § 12 Rn 55.
- (106) Trifflerer, (Fn. 1), 9. Kap Rn 45; Roxin, (Fn. 1), § 12 Rn 56.