

## 未必の故意（一）

不破，武夫

<https://doi.org/10.15017/14398>

---

出版情報：法政研究. 14 (1), pp.1-36, 1944-11. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

# 未必の故意 (一)

不破武夫

一 緒 言

二 歴史的考察

三 吾が國に於ける學說の概要 (以上本號)

四 故意の本質—故意の限界としての未必の故意

五 判例研究

六 立法問題

## 一 緒 言

故意の一種として『未必の故意』といふものがあることについては、吾が國の學說の汎く之を認めて疑はないところであつて、判例も亦夙に此の問題に觸れ、興味ある事例を提供してゐる。<sup>(1)</sup>然し、其の本質を如何に解するか、殊に未必の故意を認識ある過失と區別すべき契機如何については、學說甚だ區々に岐れ、格別の反省を試みられてゐない結果、實際に適用してどうなるのか判らない場合や、其の適用の結果は何としても健全なる社會意識と乖離してしまふ場合も屢々存するのである。實際、故意と過失の限界の問題は甚だ六ヶ敷い。試みに、二三の事例を擧げてみよう。

例へば、獨逸の學者が好んで問題とする、*Telichuss* <sup>(1)</sup>や *Russischer Bettlersfall* <sup>(2)</sup>を考へ、故意が

未必の故意

あるのか過失があるのか。必ずしも、其の例を外國に求める必要はない。澤山なラムネ瓶清掃中たまたま其の數本に刷子の毛の混入したものを検瓶の際見落して販賣した場合、吾が判例の如く、之を未必の故意によるものとみるのが、果して正當であるか。有名な第五柏島丸事件<sup>(五)</sup>について、瀧川教授は「この事案は過失として取扱はれて居るが、實は故意である。」<sup>(六)</sup>とせられるが、果してさうか。等等。

私は、本稿に於いて何も特に新しい提案を試みようとするのではない。結論を先に謂へば、私の立場は、結局極めて平凡なる認容説に外ならないのであるが、唯、『結果の認容』といふ事柄の意味内容について若干の検討と反省を試み、これによつて故意論一般、殊に此の問題に關する多少の寄與を爲さんとするものに過ぎない。

(一) 未必の故意に關する判例の重要なものについては、別に款を改めて研究することにした。

(二) これは、シラーの戯曲「ウィルヘルム・テル」に關聯する *Schubert'spiel* である。義民テルは、逮捕せられて、愛兒の頭に戴せた林檎を射ることを命ぜられた際、二本の矢を用意してゐた。其の一本は、林檎を射そなたの場合には、代官ゲスレルにむける心組であつたことに徴すれば、テルは愛兒の頭に戴せた林檎を狙ふに當り、「矢は林檎に當らないかも知れぬ、或は愛兒を射殺することになるかも知れぬ。」といふ認識があつたことは、疑ひを容れないであらう。現に、テル自身が事件の直後に「萬一、可愛い坊にあたりでもしたら貴方を此の二の矢で射抜くつもりでした。」と謂つてゐる(第三幕第三場、櫻井政隆氏譯による)。さて、斯くの如き認識のもとに、林檎を狙ふ場合には故意があるのではないか、といふのが問題の要点である。

(三) これは、レフラーの問題として有名である。ロシア人の乞食が物乞ひをする道具に使ふ貰ひ兒の手や足を折ることがあるといふ。何回かやりそなたつて子供を死なした経験があるに拘らず、またやつて子供を殺した場合、殺人の責任を認めてよいか、それとも傷害致死になるに過ぎないか、といふのが問題の要点である。

(四) 昭和十一年七月九日大審院第一刑事部判決(判例集第十五卷八〇頁以下)。

(五) 昭和八年十一月二十一日大審院第四刑事部判決(判例集第十二卷二〇七二頁以下)。本件に關し差當り重要な事實を摘記すれば次の如くである。

昭和七年九月十三日朝、廣島縣吳市の沖合で第五柏島丸といふ九噸の小汽船が沈没して、乗客二十八名が溺死し數名の疾病者を出すに至つた。そこで該汽船の船長は、業務上船舶覆没及業務上過失致死傷罪によつて起訴せられた譯であるが、審理の結果、第五柏島丸の定員は二十四名なるに拘らず、椿事の際には實に百二十八名の乗客を満載して航行してゐたのであつて、たまたま追越していく發動機船の追波の飛沫を避けんとした乗客の動搖と移動により沈没したのであることが判明した。其上、船長は夙に此の種の危険の發生の可能性を豫知して、既に再三船主に注意をしてゐたのであるが、船主は採算の關係から船長の注意を聽かなかつたことも判明した。

そこで瀧川教授は『船の沈没に伴うて發生する乗客及び船員の生命の危険は始めから被告人にわかつて居た。被告人は殺人罪または傷害罪の構成要件に該當する事實及びその反條理性を認識しながら危険な航行を企てたのであつて、責任條件の心理的要素は過失のそれではなく、未必的故意のそれであるといはねばならない。』(刑事法判決批評 第一卷、九一頁)とせられるのである。

尙、本件の被告人たる第五柏島丸船長に對して原審廣島控訴院で禁錮六月の言渡があつたのを、大審院は事實審理の上原判決を破毀して、罰金三百圓に減輕した。其の減輕理由としては、前記の如く、多數の乗客を搭載せしめたのは、當時「第五柏島丸ノ運航經費ハ定員ニ數倍スル乗客ノ賃金ヲ以テ漸ク其ノ收入ヲ償フ實情」であつたため、船主が船長の注意を聽かなかつたことに重大な原因があること、及び本件發生當時の乗客は、吳市海軍工廠に通勤する職工が夥しかつたが、「交通機關タル船舶少ク職工ハ、執レモ出勤時刻ニ遅ルルヲ厭ヒ先ヲ争ヒテ乗船シ、船員ノ制止ヲ肯セサルハ勿論、之カ取締ノ任ニアル警官亦出航時刻ノ勵行ノミニ專念シ、定員ニ對スル乗客數ノ取締ハ職工通勤ノ關係上寛ニ失セサルヲ得サリシ事情」のあつたこと、其の他被告人の資産乏しく収入僅少な事情等が斟酌せられた。そこで、瀧川教授は前記判決批評に於いて、この判決によつて「大審院が期待可能性を中軸とする責任理論の有力な支持者であることを行動によつて示した」とものと解し、「本件判決において大審院が期待可能性の理論を根據として刑の減輕を認めた以上、同一の理論に基く責任の阻却へはもはや一步の歩みを殘

して居るに過ぎない。」とせられるのである（瀧川教授・前掲書、九四頁）。未必の故意と直接関係のある事柄ではないが、ついでながら書添える。

（六）瀧川教授、刑事法判決批評、第一卷（昭和十二年）九三頁。同教授、犯罪論序説（昭和十三年）一四七頁。

## 二 歴史的考察

一 未必の故意（*dolus eventualis*）の概念は、寺院法を経て伊太利法學によつて形成せられた、間接故意（*dolus indirectus*）の理論に由來し、特に獨逸普通法時代に誕生したところである。然らば、其の間接故意とは何であるか。此の概念の變遷をあとづけることは、同時に、故意學說史の一斑をうかがふことである。私は、出来るだけ叙述の煩瑣にわたることを警戒しつつ、學說發展の跡をたどることにしようと思ふ。<sup>(1)</sup>

（一）特に参照した一般的な文献として、Löfller: Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung Bd. I. Abt. I (1895) S. 59 ff. Schaftstein: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts (1930) S. 107ff. 元來、此の種の問題は、羅典語を自由に驅使し得る者が親しく重要な原本を涉獵して考察することにより、はじめて本格的な研究を進めることが出来る。私には其の資格がないのみならず、實は、前記のレフラーやシャツフシュタインの著書の隨所に引用せられてゐる數行の羅典語の原文さへ甚だ負擔な場合が多いのであつて、わからない部分は大學院岳野彌吉君の助力を得てからうじて理解してゐる状態である。唯、從來、吾が國には、此の程度の紹介さへも試みられてゐないので、此處に事柄の概要をたどりつつ、遼豕の誥を甘受することにしようと考へる。

二 元來、羅馬法に於ける故意（*dolus*）の概念は、法技術的意味では、法規違反の結果を實現せしめんとする意思、即ち、今日の通常的用語例で「ふところの、結果を發生せしむる意圖（Absicht）」を指した。通常、ド

トルスといふ語それ自身非難の意味をもつけけれども、屢々、*dolus malus* と謂はれ、更らに、違法性の認識を指す意味に於て *sciens* としふ語が附け加へられ、*sciens dolo malo* としふのが共和制時代の立法に於ける慣用的表現であつたとす<sup>(1)</sup>。

(1) Löffler: a. a. O. S. 78. Mommsen: Römische Strafrecht. 1899. S. 86. ff.

三 間接故意の理論は、斯くの如き羅馬法傳來の故意の概念を擴張せんとする學的努力のうちに形成せられたものである。蓋し、從來の故意の概念を擴張する必要ある所以は、刑事政策的には、故意を狭く結果を意圖する場合に限ることにより、意圖以外にして而も其の心理構造に於ては意圖と同様に取扱ふ値打ある場合の處置に窮し、訴訟的には、證據手續の發達に伴ひ、法定證據の原則に拘束せられ、具躰の場合に本來の意味の故意を證明することが著るしく困難となつて來たからであつた。

此の訴訟法上の困難を救済するために、先づ推定故意 (*dolus praesumptus*) の理論が生じた。<sup>(1)</sup> 推定故意は現實故意 (*dolus verus*) と對立する觀念であつて、現實故意が當時の訴訟法の意味に於いて完全に證明せられた故意であるのに對し、推定故意は、一定の徵憑<sup>(1)</sup>によつて其の存在を推定せられた故意に外ならない。そして之を否定するためには、行爲者に於いて反對證據を提出しなければならぬのであつて、當時の學說では、如何なる徵憑が故意の推定について十分であるか、を甚だ詳細に且つ形式的に論じたものであつたらし。

然し、斯くの如き推定故意の理論によつて、一切が解決せられた譯ではないこと、を注意しなくてはならぬ。

蓋し、既に伊太利法學に於いては、通常刑 (*poena ordinaria*) の科せられるためには現實故意の存在を必要とし、推定故意によつては、唯、輕き特別刑 (*poena extraordinaria*) が科せられるに過ぎない、といふ原則が確立して居たからである。固より推定故意の認められる場合には、適法なる探證手續として拷問が許されてゐたけれども、拷問によつてもなほ被告が自白しないときには、如何にしても通常刑を科することは出来なかつたのである。

(一) Löffler: a. a. O. S. 152 ff. insbes. 156.

(二) 當時の徵憑の意味は、今日吾々の用ゐる用語例と餘程相異するものであることを、注意しなければならぬ。一人の證人の證言、裁判外の自白、管轄權なき裁判官の面前に於ける自白等の如き、總て徵憑に數へられる (Löffler: a. a. O. S. 153 參照)

四　そこで羅馬法傳來の故意概念の擴張は、次の三方向に於いて試みられた。<sup>(1)</sup> 其の第一は、バルトルスの權威によつて代表せられ *Doctrina Bartori* とよばれる學說、第二は概括的故意 (*dolus in genere*) の理論、第三は、最も重要な間接故意 (*dolus indirectus*) の理論である。以下其の概略を述ぶるに、先づ、第一の *Doctrina Bartori* によれば、故意のうちには、本來意圖せられた行爲から、客觀的判斷によつて必然的に若くは蓋然的に生ずべき一切の結果が歸せらるべきものと解せられた。即ち、一定の意圖に基づく行爲の結果は、其れが必然性又は蓋然性あるものと認められる限り、意圖せられざりし場合若くは意圖せられたことが證明せられざる場合にも、悉く本人に歸せしむることを得て、通常刑を科することとなる。かくて、此の理論は、眞實には故意概念の擴張ではなくて、通常刑の適用範圍の擴張といふことなることを知り得る。

第二の概括的故意の理論は、十三世紀に確立した、寺院法に於ける *Versari in re illicita* の原則の遺素とみるべきものである。此の原則は、本来、違法行為又は不道德行為に基づいて他人を死に致らしめた場合には僧侶たる資格を剝奪する、となすものであるが、其れが一般的に擴張せられて、ひろく不法行為を企行する者は自己の行為より生じたる一切の結果に對して責任を負はねばならぬ、となすに至つたのである。寺院法學者ヨハネス・アンドレーは、他人の妻と肉射關係を結ぶものは其の婚姻してゐることを知らざる場合にも姦通の責任あり、と解したといふ。シャッフシュタインは、之を以て概括的故意の典型的な場合として説明してゐる。(三)即ち、行為者は唯何等かの犯罪的意思を以て行為すれば足りる。責任はそれによつて生じた一切の結果にまで及ぶのである。然し、此の學説は、伊太利法學ではあまり重んぜられなかつたといふ。

第三、最も重要なのは間接故意の理論で、其れは、トマス・アキナスの思想に依據しつつ、スペインの法學者コヴァルヴィアス (*Covarruvias*) によつて大成せられたところである。(四) 聖トマスは、人間の行為の道德的價值を其の意思のうちに求め、結果を直接に意思する場合と間接に意思する場合とを區別するのであるが、此の考へ方はコヴァルヴィアスによつて、其の儻故意論に導入せられた。即ち、彼は、原因に關する意思の中には、間接に、通常生すべき結果に關する意思が内在することを論じて、此處に間接故意の理論を構成したのである。間接故意の理論も亦、 *Versari in re illicita* の原則を思想的背景とする点に於ては、前掲の概括的故意の理論と同様であるが、之と相異なる点についてみれば、概括的故意にあつては、犯罪的意思を以て行為する場合には、



其の行爲より生じたる一切の結果にまで故意責任が認められるのであるのに對し、間接故意の理論は、發生した結果と行爲者の特殊なる故意内容との間の密接なる牽連關係を必須條件とし、唯、通常生ずべき結果についてのみ、故意責任があるに過ぎない、となすのである。其の *Doctrina Bartori* と相異する点は、寧ろ理論構成の方法にある。間接故意の理論は、あくまでも故意概念の擴張であつて、發生したる結果は間接にもせよ意思せられたところ、と解するのに對し、*Doctrina Bartori* は、或る場合責任條件としての故意の存在を端的に拋棄するもの、といふことができる。唯、實際上には、コツアルヴィアスは、間接故意によつては輕き特別刑が科せらるるに過ぎぬ、と考へたのに對し、*Doctrina Bartori* によれば、既述の如く、擴張せられた一切の場合に、通常刑が科せられることになるのである。

(1) Schafstein a. a. O. S. 109. ff. Boldt: J. S. F. von Böhmner und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft 1936. S. 191 ff. Löffler: a. a. O. S. 139 ff. 147 ff.

(11) *„Intra reus vel Versari in peiijicia* の原則がはじめて文献であらはれたのは十二世紀末の Bernardus Papiensis の *Summa decretalium* であるといふ (Löffler: a. a. O. S. 139)。此の原則は、當時の一般的な責任原則とみる見解であるからであるが、通説は、本文掲記の如き僧侶の資格を剝奪する場合のみ適用せられるものと解してゐる (Boldt: a. a. O. S. 192 Anm. 65 参照)

(111) Schafstein: a. a. O. S. 110.

(112) Löffler: a. a. O. S. 158 ff.

五 伊太利法學は、第十五世紀及び第十六世紀の頃、獨逸に於いて廣範圍に繼受せられた。其れによつて、刑

法理論も重大なる影響を受けたのであるが、羅馬法傳來の故意概念の擴張は、當初、概して容易に理解せられなかつたところの如くである。<sup>(一)</sup>然し、其れが、ひとたび、カルプツォフ(Benedict Carpov 1595-1664)<sup>(11)</sup>によつて承認せられ、殊に間接故意の理論が力強く支持せられて、爾後普通法時代の學說に決定的な影響をもたらすことになつた。カルプツォフは、既に、その主著 *Practica Nova* の第一問に於いて、故意の限界の問題を取扱ひ、殺害の意思(Animus occidendi)なくして殺人罪の通常刑を科することが出来るか否か、を問題としてゐる。そもそも、カルプツォフの故意論を正當に理解する鍵は、彼が刑法學者たると同時に、四十年間をライプツヒの裁判官として終始した練達なる實際家であつた点に求めなければならぬ。洵に、彼にとつては、殺人罪に於ける直接故意の立證は甚だ困難であることから、殺害の意圖ある場合のみならず、故意による傷害の結果必然的に被害者を死に致らしむるが如き場合にも、通常刑を科する必要あり、といふのは、當初からの動かさざる確信であつた。<sup>(三)</sup>そこで彼はあらゆる論據によつて其の確信を裏付けようとし、第一に *Doctrina Bartori* を採用する。カルプツォフは云ふ。「一般に死をもたらずに適するが如き侵害を他人に與ふる者は、假令、殺害の意圖なかりし場合でも、あたかも殺害の意圖があつた如く、通常刑を以て處罰せられねばならぬ。<sup>(四)</sup>」然し、彼は、同時に實質的に故意概念を擴張するところの、前掲の概括的故意や間接故意の理論を擧げて自己の主張を支持せんとするのである。既に *Doctrina Bartori* によつて通常刑の適用範圍が擴張せられるならば、必ずしも故意概念の擴張は必要としないし、また概括的故意の理論によつて故意行爲の結果は行爲當時意識せられたと否とに拘らずひろく行爲者の故意責任

に歸せしめるならば、間接故意の問題はあらためて論究せられる必要がない筈である。而も、辨<sup>(五)</sup>の如く、自己の主張を維持するために互に矛盾する根拠を並列させて格別意としないのは、當時の一般の學風であつたと云ふ。そこでレフラーは謂ふ。『自分は、カルプツォフの論議に關する詳細な批判は省略して差支へない、と信ずる。

其の新しき部分は、大躰に於いてよろしくない。如何に、彼自身がみづから論證するところを尊重すること尠く、且つ如何に、自己の先入見を當時行なはれた仕方をもつて飾り立てるために論議してゐるか、といふことは、彼自身が其の著述中の矛盾に於いて既に明白に告白してゐるのである。』<sup>(六)</sup>

カルプツォフの故意論は、以上述ぶる如く、決してすぐれたものではないに拘らず、當時に於いて其の占めてゐた權威と、何よりも、純粹なる殺人の故意を立證する困難を救済して、實際の要求に應ずるのに甚だ便宜であつたために、廣汎なる支持を受けるに至つたのである。

- (一) Schaffstein: a. a. O. S. 116.
- (二) カルプツォフの生涯と其の獨逸法學に對した影響に關し、Stintzing: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. Bd. I (1884) S. 55-S. 100. 刑法上の名著は Practica nova imperialis Saxonica rerum Criminalium (1638).
- (三) Schaffstein: a. a. O. S. 118. Sitzung: a. a. O. S. 77.
- (四) Practica: Questio I. Nr. 28. z. nach Grünhut: Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtliche Zurechnung (1722) S. 133.
- (五) Schaffstein: a. a. O. S. 119. (六) Löffler: a. a. O. S. 170.

六 カルプツォフ以後、故意論殊に間接故意の概念の發展に寄與せるは、ライキッサー(Augustin Leyser + 1752)の

學說である。彼は、傷害の意圖のみあつて殺害の意圖なきときに被害者が死亡した場合、如何に處罰せらるべきであるか、といふ疑問に對し、行爲者は間接に殺害の意圖を有するが故に通常刑を科せられてよい、と答へる。其の結論はカルプツォフと同様であるが、其の根據は全く相異するのであつて、ライザーは、此の場合には行爲者は結果の發生を認容 (Einhwilligung) するものと解する。此の『認容』はうたがひもなく擬制であるが、斯くの如く結果の發生を認容するものと解せられることが、ライザーによれば、行爲によつて發生した意圖せざる結果についても、行爲者が責任を負はざるべからざる所以となる。斯くの如き考へ方は、必然的に故意概念の擴張を制約する方向にむかふのであつて、殺人の間接故意ありとするには、從來考へられて居る如く、違法行爲によつて死の結果を生じ、而して之を豫見し得べかりし場合といふ條件のみでは足りないとして、實例を擧げて説明してゐる。(一) 即ち、安息日を守らずに樹を切りたほしたり又は禁止の場所でデイスカスを投げたりして過つて人を殺した場合、假令其の結果が豫見し得べかりしときであつても故意の殺人を認めるのは不合理であるとなし、其れ故に殺人の間接故意 (animus occidendi indirectus) は、侵害故意 (animus nocendi) をもつて、置き換へることを要する、と考へるのである。

そこで結局どうなるのか。ポールトは、錯雜せるライザーの故意論を次の如くに要約する。(二) 即ち『推定せられた結果發生の可能性に關する認識と侵害の意思は、故意責任の最低條件である。其の存する場合には、結果に關する行爲者の認容があるものとして責任の基礎となる。』

(1) Schaffstein: a. a. O. S. 122.

(11) Böldt: a. a. O. B. 206.

七 間接故意の理論は、ヘーマー (J. S. F. von Böhmner 1704-1772)<sup>(1)</sup> の晩年の著作により、著るしき轉換を示した。

ヘーマーによれば、一切の責任の基礎となるものは意思である。而して故意は、常に特殊化せられた故意 (*Jus specialis*) であつて、殺人の故意は特に殺害にむけられた行爲者の意思である。従つて、從來考へられた如き概括的故意 (*dolus in genere*) は認めることは出来ない譯となる。

更らに、ヘーマーは傳統に従つて、直接故意と間接故意とを區別した。然し、其の間接故意の内容は、今や從來のそれとは全く相異して、意圖せられざりし結果を未必的に認容 (*eventuelle Einwilligung*) する場合を意味する。未必的に認容するとは、其の發生した場合を豫想しつゝ之を承認することである。かくて、吾々はヘーマーに於いてはじめて未必の故意 (*dolus eventualis*) といふ表現を見出すこととなる。即ち、ヘーマーに於いては、間接故意は未必の故意なのである。<sup>(11)</sup>

然し、ヘーマーは、間接故意 (未必の故意) を認めるための要件として次の五項を擧げてゐる。即ち<sup>(11)</sup> (一) 違法行爲のなされたること (*das Versehen in re illicita*) 此の要件を必要とすることは、洵にレフラーの指摘する如く、間接故意の歴史的殘滓であるが、ヘーマーは、其の行爲が、當然に且つ絶對的に違法なるものたることを要件とすることによつて、間接故意の範圍を適當に制限し得るもの、と考へた。(二) 侵害の意思 (*der animus*

ledendi vel nocendi) のあること。(三)被害者に對する憎惡 (das odium contra laesum) の存在すること。(四)侵害が挑發に基づく場合にありやること (die laesis ultronea)。(五)其れは行爲の當然の結果たると共に、其の結果は行爲者により豫見せられたるものなること (die per-se-Folgen der Tat)。

ヘーマーは間接故意を以上の如く規定することによつて、實際上には特に次の二点に於いて重要な寄與をもたらしてゐると解せられる。(四)第一には、從來直接故意は、せまぐ結果を意圖する場合のみに限定せられてゐたのであるが、ヘーマーによれば、間接故意が未必的なる結果の容認たることより、行爲者により豫見せられてゐたところの行爲より必然的に發生する意圖せられざりし結果も亦、直接故意の領域に屬することとなつた。第二には、結果發生の可能性を現實に認識することは、ヘーマーによれば、間接故意を認定するために、必要缺くべからざる要件であつた。蓋し、從來の如く結果發生の可能性の認識を推定し得るのみでは足らないのである。然し、他面ヘーマーは、結果發生の可能性を豫見したる場合は、直ちに之を以て結果を未必的に認容したものと解する点に於いて、現代の所謂 Einwilligungstheorie とは相異するものであること、を注意しなければならぬ。

- (一)ヘーマーの經歷や學説は、前掲の Boldt: J. S. F. von Böhmern und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft. 1936 に詳細せらる。其の主著は、Elementa iurisprudentiae criminalis (1732), Observationes selectae ad Bened. Carpovii Practicum Novam Rerum Criminalium (1759), Meditationes in Constitutionem Criminalium Carolinam (1770) であるが、間接故意の問題については、Observationes de casu proprio et de casu alieno in Constitutionem Criminalium Carolinam (1770) に於いて、依據しつつ實際の結果を十分に顧慮して更に考察が深められたること、を (Boldt: a. a. O. S. 191) (11) Löffler: a. a. O. 172. Schäfflein: a. a. O. 124.

(三) *Foldt: a. a. O. S. 237 ff.* (四) *Schafsteden: a. a. O. S. 124.*

ハ ベーマーと前後して、當時の間接故意の學說に重大な影響をもたらしたのは、自然法學者ネットルブラット (*Nettelbladt*) の論文『間接故意に基づく殺人』 (*De homicidii ex intentione indirecta commissis. 1756*) であつた。<sup>(1)</sup> 其の影響の廣汎であつたのは、主として彼の論述がヴォルフに依據しつつ爲されたためであつたと云ふ。<sup>(2)</sup> ヴォルフ哲學が當時の思想界を風靡した状態は、洵に、今日吾々にとつて想像外のものがあつたらしい。ネットルブラットによれば、直接故意に於ける責任非難は、行爲者が可罰的なる結果を可能なるものとして豫見したか故に、行爲した点に在る。間接故意に於ける責任非難は、行爲者が可罰的な結果を可能なるものとして豫見したに拘らず、行爲した点に見出される。實際の適用としては、結果の發生が意圖せられはしなかつたが必然的な避け難きものとして豫見せられた場合には、ベーマーに従へば直接故意が認められるのであるが、ネットルブラットに従へば間接故意が存することとなる。而して、ベーマーによるもネットルブラットによるも、間接故意は直接故意に比較して、より輕き責任條件と考へられてゐる。蓋し『間接故意により殺人をなす者は、死なぬことをより望む、之に對し直接故意により殺人をなす者は、死の生ずることを一層のぞむ』<sup>(3)</sup> が故である。斯くて、間接故意論に於けるネットルブラットの最も重要な功績は、ベーマーと同様に、行爲者は結果發生の可能性を現實に豫見したことを必要とする、單に、豫見せねばならぬこと (*Voraussehen-Müssen*) のみでは足らぬことを、極めて明確に論じた点である。

ネットルブラットは、間接故意の要件として、ベーマーの如く、*Versari in re illicita*を必要としない。然しベーマーと共に *Animus nocendi* は之を必要と考へた。斯く解することによつて、故意概念の不當なる擴大を防止せんとしたのであつた。

(一) Scharfstein: a. O. S. 126-128.

(二) Scharfstein: a. O. S. 126. Löffler: a. O. S. 177-179.

(三) Scharfstein: a. O. S. 127

九 上來縷述する如く、伊太利法學を繼受した間接故意の概念は、カルブツォフによつて力強く基礎づけられて以來、十七世紀より十八世紀にかけて、何の疑問も投ぜられることがなかつた。もとより、ライザー、ベーマー、ネットルブラットと次第に内容上著るしき變貌を受けたけれども、なほ概念そのものとしては、肯定せられてゐたのである。それが十八世紀の終りの四半世紀に於いて最後のな檢討を受ることとなつた。刑法理論全躰のうちで、故意論、就中、間接故意の理論に關するもの以上に啓蒙思潮がするとき理論的批判をむけた領域は他にないと謂はれて居る。其れは何故であるか。理由は甚だ簡單といはねばならぬ。蓋し、其の普通法時代に支持せられてゐた根據は、専ら證明の困難を救濟せんとする意圖を含む刑事政策的な要請であつた。之れはおよそ啓蒙思潮の基底をなす人權尊重の要求とは正反對のものである。『百人の罪人を免れしむるとも一人の無辜を罰するなかれ。』といふスローガンが、間接故意の理論を否定する方向を、力強く指すものであることは、言を用ひぬであらう。



此の時期に於いて、間接故意の概念を否定する有力なる學説としては、グラーフ・ゾーデン、クリスチアニ、ビュトマン、クライン、クラインシュロート等のそれを擧げることが出来る。<sup>(11)</sup>

(一) グラーフ・ゾーデン (Graf Soden) は、其の著 *Geist der peinlichen Gesetzgebung Teutschlands* (Frankfurt, 1 Aufl. 1782 83) に於いて、間接故意を否定し、從來の如く責任條件を故意と過失に岐つ傳統に従はず、故意 (Vorsatz) 同意責任 (einwilligender Schuld) 及び過失 (Fahrlässigkeit) に三分して、同意責任を以て其の否定したる間接故意に置き換えんとしたのである。<sup>(11)</sup> 此の責任條件三分の構想は、當面の問題たる未必の故意を否定しつつ、レフラーやミリチカを経て一九二六年のチェッコスロワキヤ刑法豫備草案に於いて結實することとなつた。後に款を改めて若干の考察を試みることにしたい。

(二) ゴーデンに續いて、クリスチアニ (Christiani) は、有名なる論文 *Die Chünäre eines Totschlags aus indirekten Vorsatz* に於いて、間接故意の概念に對し苛辣なる攻撃の刃を向け、其の結語に於いて『刑法が本來定むるところ以上に峻嚴に解釋せられることがやめになり、モンテスキューやベッカリヤ等によりて唱道せられてゐる賢明なる寛大が、ひとり哲學を講ずる教室で讚美せられるにとどまらず、現實の法廷で適用せられることになるならば、獨逸人は如何に幸福であらうか。』と述べてゐる。<sup>(三)</sup> 而して、其の未必の故意と認識ある過失との區別の標準として考へてゐるところは、現代のそれと本質的に格段の差異がないといふ。然し、クリスチアニが重点を置いたのは、間接故意を排撃する消極的側面であつたために、故意の限界の問題を深く論ずることはして

ぬをいらしす。

クリスチアニの議論に應へるエッシュェンバッハ (Eschenbach) の勞作は、傳統的な立場から、間接故意の概念を擁護する最後の重要な文献と考へられてゐる。然し、それは何等新しきものを加ふることを得ず、唯、直接故意の立證の困難を救済することが、間接故意の概念の最も重要な長所たることを論じ得たに過ぎなかつた。<sup>(四)</sup>

(三) ヴーデンの構想を繼承し、類似の態度を以て間接故意を否定するものとして、クラインの説を擧げることが出来る。<sup>(五)</sup> クラインは、(Klein) 故意・過失を以て一元的に意思の瑕疵に基づくものと解するのであるが、此の場合に意思とは、意思決定によつて行爲にまで行爲者を規定する精神力、を意味し、故意は、積極的な悪しき意思 (Positive-böser Wille)、過失は、違法行爲を回避するために必要なる能力と注意とを構成する善良なる意思の欠缺、即ち消極的な悪しき意思 (Negativ-böser Wille) と考へられる。而して、積極的な悪しき意思が、クラインの Vorsatz である。Absicht と區別せられる。意圖 (Absicht) と是ふ概念は、必ずしも明確でないが、結果の意欲以外に法を侵害するための侵害といふ意味があるらしす。一般の犯罪では、意圖を必要せず、故意 (Vorsatz) を以て足り、其の概念は、『次第に消えてゆく Versari in re illicita の要求を暗黙のうちに取り去つた間接故意』によつて構成せられ、即ち違法なる結果の發生する可能性を知らながら何事かを企圖することを指し、意圖よりも一段低き責任として取扱はれる。

(四) クラインシュロート (Kleinschrod) は論じて、從來間接故意とせられた場合は、或は故意に、或は過失

に、若くは純然たる出來事に歸せしめられる、と謂ふ。<sup>(六)</sup> 先づ、從來間接故意として取扱はれてゐたもので、實は過失とみるべきは、行爲者の行爲は故意的ではあるが、熟慮によらず憤激に基づくのであつて、結果が内面に於いて行爲と結びつかざる場合、並びに、熟慮をもつて行爲した者が、豫見せられたる結果を防止すべくあらゆる努力を拂ふ場合である。之に對して、結果が行爲と極めて密接に結びつき、其の結果は通常の因果の進展に於いて生ずるところで、且つ、如何なる理性を具へた人も之を洞察しなければならぬ如き場合には、其の發生した結果に對して故意が存し、之が未必の故意である、と説明する。此の未必の故意の説明は、必ずしも、行爲當時に於いて行爲者が現實に結果發生の可能性を豫見してゐたことを要件とせぬが如くに解せられ、吾々が今日考ふるところと稍々乖離する如くであるが、然しクラインシュルート自身は、故意の本質を以て結果にむけられた意思に求めて、今日普通の意味の未必の故意を、觀念してゐたらしい。其れは、次の如き説明からも窺ふことが出来る。『他人に健康侵害の目的で毒を與ふる場合に、其の毒が致死の結果を齎らすであらうといふ考へが去り難いことがあり得る。此の考へが行爲者を控制せぬ限り、被害者が死んでも、其れは行爲者の考へ通りだつた譯である。即ち、此の場合には、行爲者は、第一に而して主として、健康侵害と致死と双方にむけられて居る。』然らば、斯くの如き未必の故意と過失との區別は何處に在るか。『結果の發生を可能なるものとして豫見しながら、其れを意思することなく、其の結果を發生せしめぬやうに行爲を鹽梅することが出來ると考へてゐた場合、處れてゐた結果が實際に發生しても、行爲者に故意の責任を歸せしむることを得ない。かやうな場合には過失がある

にとどまる。』即ち、其の故意と過失の限界を定むる基準は、現代の意思主義の論者の述べるところと殆んど相異はなしのべし。

(一) Schaffstein: a. a. O. S. 128 ff (11) Löfller: a. a. O. S. 207. Schaffstein: a. a. O. S. 129.

(三) Schaffstein: a. a. O. S. 129. (E) Schaffstein: a. a. O. S. 130.

(四) Löfller: a. a. O. 208-S. 210.

(六) Kleinschrod: Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundannahmen des Penitenten Rechts nach der Natur der Sache und der Positiven Gesetzgebung (1799). Löfller: a. a. O. S. 180. Anm. 103 以下に、メンンシホローの本書に於ける責任論は混亂を以て論じられてゐると云ふ。私は專ら Schloss: Der Dolus eventualis im geltenden Strafrecht (1911) S. IIIff. の要約に従つて叙述を進めてゐる。

一〇 フォイエルバッハの故意論は、其の心理強制主義の刑法學說を基調として展開せられる。即ち『故意とは自己の Begehren の違法性を意識しつゝ目的としたる権利侵害の意思決定なり。』と定義せられる。(1) 即ち、此の概念規定によれば、故意は、もとより犯罪たる結果を意圖し目的とする場合にのみ限られ、而も、所謂違法性の意識は、フォイエルバッハによれば、可罰性の意識であるために、其の本來の故意概念は極めて狭まいものになつてしまふ。然し、フォイエルバッハは、其の初期の理論に於いては、『違法なる自由意思に基づく行爲の結果は、例外たる一定の根據が明白になるまで、意思の目的とせるものとして認められねばならぬ。』と論じて故意の推定を許すために、實際上は、甚だ廣範圍に故意責任の認められることとなるのである。(三)(四)

次に、故意の種類としては、確定故意 (dolus determinatus) と不確定故意 (dolus indeterminatus) との二

種類が認められる。而して、確定故意は『生じたる違法なる結果が、意思の直接的な且つ専らなる目的である』場合に認められ、不確定故意は『犯人の意圖が一定の種類の幾多の權利侵害に對し、擇一的にむけられる』場合に存する。此の不確定故意が、フォイエルバッハの『未必の故意』(dolus eventualis)なのであつて、其の實例として、『復讐の意圖をもつて人を射撃する場合』『必ずしも犯人は相手を殺害するつもりもないが、傷害を與へるだけのつもりでもない。唯、相手をやつつける、(Schaden)といふ一般的な不確定な意圖を以て實行する』とがあり得る。其の行爲から如何なる結果が発生しようと犯人にはどうでもよい。唯、殺害か傷害か何れかの結果が實現すればよしとする場合』を掲げてゐる。(五)

斯くてフォイエルバッハは、以上述べる以外の故意の存在を否定し、就中、間接故意(dolus indirectus)を認めない。即ち、『犯人が一定の違法なる結果を目的として行爲し、それによつて他の違法なる結果を發生せしめたるに拘らず、其の發生したる結果を自己の行爲より生ずる可能性あるものとして豫見もしなかつたし、豫見することも出来なかつた』場合、即ちこれは從來間接故意として説明せられてゐたところであるが、『此の場合には、犯人が現實に意思した目的に關して故意があり、犯人の意圖に基づく他の違法なる目的にむけられた行爲より生じた其の結果に關聯して過失がある。人は斯くの如き侵害の基礎に存する意思決定を、故意によつて規定せられた過失(Ulpa dolo determinata)と云ふことが出来る。間接故意(Indireceter Dolus)と云ふものは考へられな(六)』然し、フォイエルバッハは、晩年、『立法上、此のUlpa dolo determinataはdolus indeterminatus』

inatus よりも軽く罰すべき根拠があり得るか。余は他の機會に於て完全に其の然らざる所以を説明したいと思ふ。』と述べて、結局、曩に、理論上正當に否定した間接故意を、實際上再び承認するが如き語調を洩らしてゐるのであるが、右に約束せられた『他の機會に於ける説明』は、結局果されることなくして終つたらしむ。(八)

(一) Feuerbach: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 9 Aufl. (1826) 54節. Hippel: Verbleibende Darstellung A. M. S. 454 以下れば、即ち、その Lehrbuch 2 Aufl. 53節。に於て故意に關する全く同様の定義が掲げられてゐる。以下、尙ほ、フイエルバッハの Beselzen 又は Begehungsvermögen は Willensvermögen の意味に解せられる。即ち、行爲を決定すべき意思的契機の意味である (Löffler: a. a. O. S. 212. Arm. 25. 参照)。又、フイエルバッハによれば犯罪はすべて權利侵害として理解せられ、今日の法益概念は未だ明白にされし居らなかつたこと、特に説明するまでもないことである。

(二) Feuerbach: Lehrbuch, 2 Aufl. S. 60. z. n. Hippel: Vergleichende Darstellung, Allg. Teil, II. S. 455.

(三) Löffler: a. a. O. S. 243. Anm. 7. 以下れば、フイエルバッハは、Lehrbuch, 9 Aufl. 以來、推定故意を拋棄してゐるからである。

(四) フイエルバッハの推定故意の理論は、フイエルバッハの刑法として有名な、一八一三年のバイエルン刑法第四十四條に於て、成文化せられてゐる。難肋として掲げておくことにする。『確實なる意圖を以て行爲をなし、之によつて一般の經驗上一定の違法なる結果が直接且つ必然的に生ずることを常とする場合には、明白なる證據により其の然らざることが證明せられざる限り、其の行爲の結果は意圖せられたることが證明せられたるものとして取扱はれる。』

(五) Feuerbach: Lehrbuch, 9 Aufl. 59節。 (六) Feuerbach: Lehrbuch, 9 Aufl. 60節。

(七) Feuerbach: a. a. O. Anm. b (八) Löffler: a. a. O. S. 218 Anm. 44.

一、斯くの如く、啓蒙思潮の洗禮を経て、クライン、クラインシュロート及びフイエルバッハに至り、此處に傳統的な間接故意の概念は全く清算せられ、トルソとしての未必の故意の觀念が生れることになつた。而して、

眞の彫琢は、十九世紀の學說に委ねられる。今、其の重要なるものをたどれば、

(1) ヴェーバーは、<sup>(11)</sup> フォイエルバッハを祖述しつつ、未必の故意を以て擇一的故意と並んで不確定故意の一分

肢たることを明確にしつつ、行爲者は、第一に若くは主として、輕き可罰的な結果を追及するに當り重き結果の容易に發生する可能性を豫見しながら、主たる目的のために其の發生を認容する場合である、と説明した。かくて、違法なる結果發生の可能性の豫見と其の事前の認容は、ヴェーバー以來、未必の故意の一般的性格として考へられることになり、爾來、其の重き結果の認容については、<sup>(12)</sup> *einwilligen genehmigen, billigen, zustimmen, Eufelissen, einstimmen, willigen in* 等、種々の表現が用ひられてゐる。

(二) 元來、未必の故意の觀念は間接故意より發展したものであるためであらう、從來、殆んど當然のこととして、其れは最初から違法行爲を企圖する場合にのみ存する如く考へられてゐた。之に對して、<sup>(13)</sup> ヴェヒターは、適法なる目的を追及する場合にも亦存することを指摘して、概略、吾々が今日考へる如き未必の故意の觀念が形成せられるに到つたのである。

(三) 斯くの如きヴェヒターの見解に關聯つつ、<sup>(14)</sup> ベルナーは、通常未必の故意と稱せられるのは確定故意と未必の故意の競合である、と説明する。蓋し、其れは、より輕き違法なる結果を意圖して行爲せられ、而もより重き結果が未必的に認容せられる場合に外ならない。其れ故に、行爲者は第一の結果を確定的に意圖し此の部分について確定故意を持つ。第二の結果に對しては、唯發生の可能性を認容するものであるから、此の部分について

未必の故意が存する譯となる。純粹なる未必の故意は、行爲者が適法なる結果を意思しながら未必的に生ずることあるべき違法なる結果を豫め認容する場合に於てのみ存する、と考へた。

(四) 他面、いろいろな意味に於いて、未必の故意を否定し、若くはオルソドックスの概念構成を修正せんとする學説も脈々として存する。グロールマン<sup>(六)</sup>、ルーデン<sup>(七)</sup>、ヘルシュナー<sup>(八)</sup>、パール<sup>(九)</sup>、シュトース<sup>(一〇)</sup>、レフラー<sup>(一一)</sup>、ミリチカ<sup>(一二)</sup>等は其の主なるものであるが、一八七〇年現行獨逸刑法の成立以來、獨逸大審院の判例によつて通説(意思説)が力強く支持せられ、更らに數次の草案に於いて未必の故意の立法化がくはだてられてゐる。其の重要な判例と立法問題については、別に款を改めて考察することにした。

- (一) Löffler: a. a. O. S. 204-S. 240. Hemmen: Über den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus. Nach der strafrechtlichen Literatur von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch (1909) S. 54-S. 62.
- (二) Weber: Über die verschiedenen Arten dolus (Archiv des Criminalrechts Bd. 7. 1842) z. n. Schloss: a. a. O. S. 14.
- (三) Hemmen: a. a. O. S. 56.
- (四) Wächter: Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts. Bd. I (1824) 78節 Anm. 53.
- (五) Renner: Grundlinien der Kriminalistischen Imputationslehre (1845) z. n. Hemmen: a. a. O. S. 56.
- (六) Grolman: Grundsätze der Kriminalwissenschaft (1798) 45節 z. n. Schloss: a. a. O. S. 30 ff.
- (七) Linden: Handbuch des teutschen gemeinen und Partikulären Strafrechts (1842) 36節 z. n. Schloss: a. a. O. S. 36 ff.
- (八) Hülshner: Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. I. (1881) S. 303 ff.
- (九) Bar: Gesetz und Schuld im strafrecht. Bd. II. (1907) S. 322 ff.
- (一〇) Stoos: Lehrbuch des österreichischen Strafrechts (1910) S. 26 ff. Derselbe: Dolus eventualis und Gefährdung. Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft Bd. 15. S. 199 ff.



(11) Köfler : a. O. S. 5ff. Derselbe : Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit (Die österreichische Zeitschrift für Strafrecht Bd. I. S. 132 ff.)

(111) Miricka : Die Formen der Strafschuld (1903) S. 103. ff.

### 三 吾が國に於ける學說の概要

一 吾が國に於ける今日の學說及び判例は、既に冒頭に述べた如く、未必の故意といふ觀念を認めることについて異論はない。然し、如何なる場合に未必の故意ありとなすか、殊に、其の認識ある過失との區別については、其の標準とするところ甚だ區々たるものがある。以下重要な學說をうかゞふことにしたいと思ふ。

そもそも未必の故意といふ觀念が、吾が刑法學上問題とせられることになつたのは、何時頃からであつたらうか。吾々の書庫には、殊に明治時代の刑法關係の文献に乏しく、遺憾ながら時代を追ふて考察を進めることが不可能であるが、其れは、おそらく獨逸刑法學が廣汎に攝取せられ、其の強き影響を受けるやうになつて以降のことと考へて、大體、あやまりないのではあるまいか。<sup>(11)</sup>私の披見するところでは、江木衷博士・現行刑法原論(再版、明治二十七年)が此の問題に觸れる最も古いもので、『必然結果ノ發生ヲ期セサル故意ヲ不定ノ故意 (Dolus indeterminatus sive eventualis) ト云フ』として設例によつて説明し(七〇頁)、認識ある過失と認識なき過失の區別を明確に認めて『疎虞トハ意外ノ結果ノ生スルコトアルヘキコトヲ覺ラサルニアラサルモ充分ノ注意ヲ用キス此結果ヲ來サ、ルヘシト信スル所ノ過怠ヲ云フ』(七六頁)『懈怠トハ不注意ニ依リ全ク意外ノ結

果テ生スルコトアルヘキヲ覺ラサル所ノ過意ヲ云フ』(七七頁)と定義し、更らに所謂不定の故意と疎虞との區別を説明して、『甲若シ乙アリ狂犬ノ傍ニ立ツコトヲ知ルモ散彈ノ飛散スヘキ距離如何ヲ熟察セス必ス狂犬ノミヲ射テ乙ヲ傷スルコトナキモノト輕信シタルトキハ疎虞ナリ。若シ又之ニ反シ甲ハ或ハ乙ト狂犬トヲ併セテ殺傷スルコトアルヘキコトヲ知りツム乙ヲ害シタルトキハ故意ニシテ過意ニアラサルナリ』(七七頁)と論じてゐられる。

岡田朝太郎博士の浩瀚なる日本刑法論・總則之部(再版、明治二十八年)では、『故意ニ一定ノモノト不定ノモノトアリトスル學說アルモ否也』(二〇六頁)とせられるのであるが、其の刑法講義(再版、明治三十八年)では、『犯意ハ犯罪事實ノ觀念ヲ含ム然ルニ其觀念確實ナルコトアリ不確實ナルコトアリ甲を確定ノ犯意ト名ケ乙ヲ不確定ノ犯意ト名ク然レトモ舉動ニ對スル決意ハ當ニ確定ノモノナラサル可カラズ此意味ナラハ不定ノ犯意モ亦犯意アリト云フコトヲ得』(一一七頁)と論じ、今日吾々が未必の故意と云ふところを、或然的豫見と名づけ、『或然的豫見ヲ細別シテ甲事實ノ確定認識ト乙事實ノ不確定認識トノ併合シタル場合及ヒ事實全部ノ認識不定ナル場合』とに岐も、夫々設例によつて説明せられてゐる(一一二頁)。然らば、或然的豫見と過失とは如何なる点で區別せられるか。之は問題となる餘地がない。蓋し、徹底せる認識主義の立場からは、認識ある過失といふのは、矛盾概念であるからである。即ち、『犯罪事實ノ存在ヲ知リタル場合ニ於テモ過失ヲ認ムル說多シ』、然しながら例へば『茲ニ汽車ノ機關手及ヒ運轉手カ機關ニ破損アルヲ知リ危險事實ノ發生ヲ豫想セサリシニ非サ

ルモ新橋驛ニ到ルマテハ尙機關ノ破裂スルコトナカル可シト信シ進行セシメタルニ品川ニ於テ破裂シ終ニ重大ナル損害ヲ惹起シタリト假定セン。』これは通常認識ある過失とせられる典型的な場合であるが、『觀念主義ノ論ヨリ之ヲ謂ヘハ其機關手運轉手カ若シ途中ニ於テ破裂スヘシト知レハ自身之ニ乗込ミテ進行ヲ繼續ス可キ管ナシ故ニ破裂セサル可シトノ豫想ヲ以テ事ニ從ヒタルモノニシテ事實ノ認識ヲ缺如ス』るものとみななければならぬ(一四七頁)。岡田博士の此の考へ方は二十年後の、刑法總論(大正十三年)に至るも變更せられてゐない(三)。

泉二博士は、既に、日本刑法論(十六版、大正二年)に於て『刑法上ニ於ケル故意ハ犯罪構成事實ノ認識ナリ』(二六四頁)となし、未必の故意は『本人カ犯罪事實ノ存在若クハ發生ヲ可能ナリトスル場合殊ニ數多ノ犯罪事實中一ハ必ス存在シ得ヘシト爲ス場合ニ於テ存ス若シ本人カ自己ノ熟練又ハ僥倖等ヲ恃ミ事實ノ發生セサルコトヲ豫期シタルトキ若クハ其發生スルト否トニ付テ疑ヲ抱キタルモ畢竟發生セサルヘシト判斷シタルトキハ過失ヲ存シ得ルモ故意ヲ存スルコトナシ』(二七一頁)。と説明せられる。然らば、認識ある過失と未必の故意との區別は何に求むべきであるか。『疎虞ノ過失ハ所謂未必ノ故意ト相距ルコト遠カラズ然レトモ決シテ之ヲ混同ス可キアラズ未必ノ故意ニ在リテハ犯人カ事情ノ存在シ若クハ發生シ得ルコトヲ承認スルモノニシテ疎虞ノ場合ニ於テハ事情ノ存在若ク、發生ヲ否認スルモノナリ故ニ故意ト過失トノ本質上ノ差異ハ認識ノ有無ニ在リ』(二七六頁)。(四)

泉二博士は爾來全く同様な意見を以て終始せられ、其の説明の字句に至るまで殆んど變つてゐない。

勝本博士。刑法要論總則(大正二年)も亦同様な説明を試みられる。『偶然又ハ未必ノ意思(Dolus eventualis)

例へハ或ハ人ヲ殺傷スルノ結果を生スルノ恐アルコトヲ知ルニ拘ハラス道路ニ發砲シ又ハ群集ノ中ニ軍馬ヲ疾驅セシムルカ如ク可能蓋然又ハ或然ナリト豫見シタル結果ヲ避ケサル場合ヲ云フ、然ラハ兒童ニ銅錢ヲ持タシメテ之ヲ射撃シ又ハ脱線ノ恐アル電車ヲ使用シ因テ兒童若クハ乘客ヲ殺傷シタル場合等所謂結果ヲ豫見シタルカ如キ過失トノ區別如何、二者其形骸ニ於テハ甚々相類スルモノアリト雖モ本場合ニ於テハ犯人ハ假令結果ノ發生スルコトアルモ尙ホ且ツ行爲ヲ敢行スルノ意思アルカ故ニ結果ヲ知覺シテ之レヲ甘諾 (Einwilligen) スルニ反シ過失ノ場合ニ於テハ犯人ハ幸運又ハ自己ノ技量ニ信賴シ萬一ニモ結果ノ發生スルコトナカルヘシト妄信スルモノナルカ故ニ眞ニ所謂結果ノ知覺ナキノ点ニ於テ劃然タル區別アリトス。』(二〇〇頁)

(五)  
牧野博士は、故意論に於ける希望主義と認識主義との差異は『フランクノ指示スルガ如ク單ニ形式的ナルモノト謂フコトヲ得ヘシ。』と爲シ『犯意ハ一定ノ事實ヲ認識シ且一定ノ行爲ヲ爲スノ決意ナリ』とせられるのであるが、尙、其の立場は認識主義の範疇に屬せられるのであつて、當面の未必の故意に關する説明としては『如何ナル場合ニ犯罪事實ノ未必的認識カ犯意ヲ成立セシムルカ』につき『其ノ豫見カ決意ヲ防止セサリシ点ニ於テ反社會的性格ノ表現アリト爲スニ十分ナリト考フコトヲ得ヘシ』と論じ、進んで『希望主義を採ルトキハ、未必的認識ハ、少クトモ一般ノ場合ニ於テ、犯意ヲ構成スルモノニ非スト謂ハサルヘカラス。而シテ、認識主義ヲ採ルニ於テハ、未必的認識ト過失(認識アル過失)トノ如何ナル點ニ於テ兩者ヲ區別スヘキカニ付疑ヲ免カレサルナリ。惟フニ、結果ノ發生ヲ未必的ナリトシ、行爲カ獨リ一般ノ場合ニ於テ其ノ危険アルニ止マラス、自己ノ具體的場

合ニ於テモ尙然リトシ、而モ其ノ行爲ヲ敢テスルハ、犯意アルモノト解スヘシ。』とせられる。即ち、其の認識ある過失との區別についてみれば、『認識アル過失トハ、行爲者カ其ノ行爲及事情ノ一般ノ場合ニ於テハ犯罪事實ノ發生ノ可能ナルコトヲ知ルモ自己ノ具体的ノ場合ニ於テハ必ス其ノ例外タルコトヲ信スル場合ナリ。之ニ對シテ、未必的犯意ハ、自己ノ具体的ノ場合モ亦一般ノ例ニ洩ルルコトナカルヘキヲ知ル場合ナリトス。』

最も徹底した認識主義の立場からは、既に岡田博士の説について考察した如く、苟くも結果發生の可能性を表象する限り故意ありと解せられることとなるのであつて、瀧川教授が、會て、『結果の豫見は原則として條理違反の認識を伴ふ。この場合は更らに二つに分ち得る。その一は豫見があるにも拘らず、結果の發生につき無關心の場合である。責任の程度は第一の場合〔目的ある場合〕よりも低いがやはり故意といはねばならない。……他の一は豫見はあつたが、當該の場合は例外として結果が生じないと確信する場合である。……ここで述べた二つのものが未必的故意（或は間接故意ともいふ）である。通説は前の場合だけを未必的故意とし後の場合を認識ある過失として、種類の異つた責任條件と見て居る。しかし兩者とも故意であつて、ただ實際上、刑の量定の際に斟酌されるに過ぎないと解すべきである』と論せられたのは、其の代表的なものであるが、宮本博士も『思フニ責任ハ規範（法益）ニ對スル無關心ナリ。故意ト過失トハ此無關心ノ各段階ニ於テ其距離ノ最モ大ナルモノニシテ、此見地ヨリ謂ヘハ、類型事實ヲ豫見シテ尙且無關心ナル場合ト豫見セズシテ無關心ナル場合トノ區別ヲ以テ故意過失ノ區別ニ充ツルヲ以テ最モ當ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス。從テ斯カル見解ニ於テハ、行爲者カ類

事實ヲ意欲シタリヤ又ハ承認シタリヤノ如キハ單ニ故意ニ於ケル情狀ノ問題ニ過キス。』と論ぜられるのに徴すれば、おそらく同様の見解と考へられる。近く、江家教授も岡田博士を繼承する立場に於いて次の如くに論じられる。即ち、未必の故意とは『或る事實が発生するやも知れずと認識し、而も敢えて其の行爲をなすべく決意したる場合』で、通常『認識ある過失』とせられるのは、『犯罪事實の一部たる自己の行爲及其の對象を認識し一應は其の行爲と對象との間に於ける因果關係の成立を懸念したが、結局は其の成立を否定せる（認識せざる）場合に外ならぬ。之に對し未必の犯意に於ては因果關係の成立を不正確ながらも認識せるものである。』此の見解は、實際の適用上は蓋然性説と結果を同じくするものと考へる。

(一) 私は、更らにひろく明治時代の文献を涉獵して、本稿の此の部分に關する補充と訂正をなす機會を得たいと考へてゐる。尙、一應取調べたところを附記すれば、有名な富井政章博士『刑法論綱』（明治二十二年）では、『犯意ノ意ハ或目的ニ意志ヲ向ハシムルノ義』即ち『罪トナルヘキ所爲ヲ行フノ意志』とし、（一七五頁以下）論ぜられるところ甚だ詳細であるが、未必の故意の觀念は未だ取扱はれてゐない。宮城浩藏氏『刑法正義』（明治二十六年）も亦然り。大部なる古賀廉造氏『刑法新論』（再版・明治三十二年）に於いても、犯意を岐つて、目的一定の犯意・目的未定の犯意・目的附隨の犯意となし、説明せられるのであるが（三八七頁以下）、未必の故意の問題は論じられてゐない。

(二) 然し、日本刑法論では、認識ある過失と認識なき過失の區別は、懈怠と疎虞として認められてゐるから附記しておく。曰はく『懈怠ハ草案第百五十三條ノ不精巧(Maladro)ト云フ語ヲ譯出シタルモノニシテ將ニ行ハントスル所爲ハ意外ノ結果ヲ生スル危險アルヲ知ルモ自己ノ用心ハ之ヲ防クニ足ルト輕信シタルノ類ヲ謂フ……疎虞ハ草案第百五十三條不用心(Imprudence)ノ譯語ニシテ全く意外ノ結果ヲ生シ得ヘキ狀況ニアルヲ覺ラサルヲ謂フ』（二一七頁）。

(三) 岡田博士、刑法總論、九一頁、九四頁、九五頁、參照。

(四) 泉二博士、刑法大要(第三十七版昭和十四年)一六四頁、一六七頁、一七七頁參照。尙、泉二博士の「疎虞と懈怠」は、岡田博士や大場博士(後掲)と正反對の意味に用ひられてゐることを注意しておき度い。

(五) 牧野博士・日本刑法、上巻(第六十二版、昭和十三年)一九〇頁註九、一九四頁、一九〇頁、一九七頁—一九八頁。牧野博士は、既に、日本刑法(第二十四版、大正十五年)一四九頁、一五三頁、一六三頁に於いて本文と同趣旨の説明を試みて居られる。其の舊著刑法通義は參看することを得なかつた。

(六) 瀧川教授・刑法總論(現代法學全集第十卷所載、昭和四年)一二〇頁

(七) 宮本博士・刑法學粹(第五版、昭和五年)三〇六頁。宮本博士は引續き次の如くに述べられる「然レトモ觀念主義ニ於テモ豫見アリタルヤ否ヤハ意思表動の際即チ右ノ場合(銃獵家が田圃にて鳥を打つ際散彈が附近の農夫に中るやも知れずと豫見しつゝ發砲して負傷せしめた場合)ニハ獵銃ノ引金ヲ引ク際ニ付テ論スヘキモノナルカ故ニ、危險ヲ虞リ躊躇シツツアル際、俄ニ鳥ノ飛ヒ立ツニ釣リ込マレテ發砲シタル場合ニハ、其瞬間ニハ豫見ナキカ故ニ意犯ニアラス。」(三〇七頁註一)刑法大綱(第三版、昭和十年)一五〇頁に於いて簡潔に示されてゐる見解も本文に掲記したところと格段の相違はない。

(八) 江家教授・刑法講義總則篇(昭和十五年)二四二頁、二四九頁—二五〇頁。

二 以上述ぶるが如く、從來、吾が國の學說に於いては認識主義の故意論が壓倒的な多數を占め、判例も亦これに追隨する傾向があつて、洵に佐伯教授の謂はれる通り『我國では判例、通説共にむしろ認識ある過失の範疇を否定せんが爲めに觀念説を徹底せしめる觀』<sup>(一)</sup>さへあつたのである。其の中で、舊く敢然として意思主義の立場にたち、『觀念主義ニ依ルトキハ』<sup>(二)</sup>未必の故意と認識ある過失の『區別ノ標準ハ之ヲ求ムルコト能ハサルヘシ。』とせられたのが大場博士であつた。大場博士によれば、吾々の未必の故意は不確定故意で『犯罪構成ノ要件タル結果ヲ發生スルコトアルヘキ行爲ヲ爲ス場合』<sup>(三)</sup>なのであるが、『此ノ場合ニ於ケル行爲者ノ責任(非難セラルヘ

キ心理的動作）ハ行爲者カ或ル行爲ヲ爲スノ結果トシテ犯罪構成要件タル結果ノ發生スルコトアルヘキヲ知りナガラ之ヲ思ヒ止マラスシテ之ヲ爲スヘク其ノ意思ヲ決定シタル点』に求められる。然らば、其の認識ある過失と區別すべき契機は何か。『懈怠ノ場合ニ於テハ行爲者カ可能ナリト觀念シタル結果ノ發生ハ斷シテ之ヲ發生セシムルノ意思ナキ場合ニシテ換言スレハ懈怠ハ行爲者ニ於テ其ノ爲サントスル行爲ニヨリ或ハ結果カ發生スルコトアルヘシト觀念シタルモ他ノ理由ニヨリ其ノ發生ヲ妨クヘキモノアルコトヲ觀念シタル場合ニ限り存スヘキモノナリ。之ニ反シテ不確定故意ノ場合ニ於テ發生可能ナリト觀念シタル結果ハ必スシモ發生セシムルノ意ナシト爲ス能ハサル場合ニシテ換言スレハ結果ノ發生スルコトアルヘキコトヲ觀念シ且他ニ之カ發生ヲ妨クヘキモノアルコトヲ觀念セサルニ拘ラス敢テ其原因タル行爲ヲ爲スノ意思アル場合』に認められることとなる。

意思主義の立場からする故意論は、吾が國に於いては昭和期に入つて勃興したものと云ふべく、其の代表的なものとして、小野教授の説明を擧げるべきであらう。即ち、故意ありとなすがためには『行爲者がその結果を希望したること、即ち其の結果の表象が行爲の動機と爲りたることは必要でない。』『しかし行爲者に於て單に結果の表象又は認識をもつてゐたといふだけでは足らぬ。其の表象又は認識が行爲者の意思決定に對して或る實際的關係を有したることを必要とする。即ち其の結果の表象が行爲の動機となりたること又は少くとも其の意思決定に於て實際的に顧慮され認容されたることを必要とする。』のである。従つて『結果の發生を確定的なるものとして表象（認識）せず、單に其の發生を可能なるものとして表象する場合』に於いて『故意ありと爲すべき



や否は行爲者の意欲的態度如何に關係するものと考へる。行爲者が其の結果の發生を己むを得ざるものとし又は全く之を意に介せずして行爲したる場合、即ち結果を積極的又は消極的に認容したるときは犯意あるものである。此は謂ゆる未必の故意である。然らざる場合は認識ある過失に過ぎぬ。』佐伯教授も『結果の發生が不確實なるものとして豫見せられる場合』、意思説によれば、『故意ありとするには行爲者が其の違法事實の發生を意欲希望したか、少くともそれを認容したこと（生じても構はないと思つたこと）を要し、さうでない限り……所謂認識ある過失が成立するとされるのである。』『私は意思説に従つて未必的故意の外に認識ある過失といふ範疇を認めることが、理論上並びに刑法の具體的適用上必要であると信するものである』とせられる。同じ系列に屬する學説として、尙、齋藤教授、小泉判事、佐瀬判事のそれを擧げることが出来る。草野判事と安平博士も大體同様  
 に考へて居られると解してよいのであらう。但、草野判事は、未必の故意と認識ある過失との區別については、  
 一般と異つた見解をもち『之を事實認識の点に求むるよりも、むしろ違法性の意識の点に求むべきもの』とせられるのである。  
 (10)

- (一) 佐伯教授・刑法總論（昭和十九年）二二九頁註二。
- (二) 大場茂馬博士・刑法總論下卷（大正六年）七五二頁、七三四頁參照。
- (三) 小野教授・刑法講義（昭和七年）一四四頁、一六四頁。
- (四) 佐伯教授・前掲書・二二七頁、二二八頁。
- (五) 齋藤教授・刑法總則大意（昭和十七年）一七〇頁以下
- (六) 小泉判事・刑法要論（昭和十四年）一五七頁、一六一頁。

(七) 佐瀬判事・刑法大意、第一分冊(昭和十七年)一七一頁。

(八) 安平博士・日本刑法總論(昭和十九年)四七三頁以下

(九) 草野判事・刑法總則講義(昭和十年)一四三頁以下

(一〇) 草野判事 全上、一四四頁

三 右に述べた小野教授の所説が、故意の要件として『結果の表象が行為の動機となつたか又は少くとも其の意思決定に於て實際的に顧慮され認容されたこと』を必要とするものとなし、進んで行為者の意欲的態度を重要視せられる点に於いて、普通に意思主義とせられるところを越ゆるものが見出されるのであるが、更らに明瞭に、より総合的なるものを以て故意の要素とする學説に、瀧川教授の輓近の主張と島田教授の説がある。即ち、瀧川教授は、犯罪論序説(昭和十三年)に於いて、おそらくは認識主義と意思主義とを綜合止揚するものとして、動機主義を提唱せられ『動機主義は結果の認識の廣狹・強弱が行為動機に對する反對動機を構成する度合いかんに故意と過失との區別を求める。』ものとなし、『行為者は結果を認識したがその發生を欲求しなかつた場合、換言すれば意圖の實現に伴う危険が認識として生じたが、意志表現を阻止し得なかつた場合は、一部分は故意(未必故意)であり、一部分は過失(認識ある過失)である。心理的考察にとつて統一的な要素も規範的考察にとつては段階を含むからである。結果認識の動機力を拒む條件にまで遡ると、結果に對する無關心(未必故意)または結果不發生への希望(認識ある過失)の中に決定的理由を見出すことが出来る。二つの場合は結果に關する認識と欲求とだけを斟酌する限りにおいて同じ性質のものであるが、認識を欲求に伴う感情(無關心または希望)そ

の他構成要件に該當しない事情に關する認識と欲求即ち全動機を吟味すれば直ちにその間の區別がつく。この隠れた心理的區別の中に規範的段階が含まれて居ると解すべきである。』(一七六頁—一七七頁)と論ぜられる。而して、此處に動機主義とせられるのは『單に結果認識の動機の意味によつて責任條件を區別することにのみ關心をもつものではなく、更に刑罰量定の基礎となる責任程度が豊富な認識と感情従つて全動機が構成の視野に入ることによつてのみ成就せらるることを要求する』(一七六頁)のであるから、私も深き感銘と同感の意を表する次第なのであつて、後に縷述する私見も其の根本に於いては此處に巧妙に表現せられるところ以外には出でない。然し、私の解するところによれば、認容説を掘り下げて検討する場合、結局行爲の裏にひそむ全躰的なものを考察せざるを得ない結果に歸する譯なのであるが、瀧川教授の立場は依然甚だ認識主義にちかひやうに思はれる。最後に、同じく総合的なるもの考察を主張する學説として、島田教授の説明を聽かなければならぬ。

『人類ノ凡ユル心理現象ヲ意思又ハ認識ナル限界サレタル觀念ニヨリテ之ヲ律セントスルハ事實ニ反シ到底満足ナル解決ヲ爲シ得ヘキモノニアラス。……吾人ハ連續不斷ノ心理現象ヲ法律的倫理的觀察ニ基キ批難セラルヘキ心理狀態トシテ評價ヲ爲スナリ……未必ノ故意ト認識アル遇失トノ區別ハ複雑ナル心理狀態ノ全部ニ付キ之ヲ考ヘ結果ノ到來ヲ許容スルコトカ終局的意思決定ナリシトキハ未必ノ故意ニシテ、之ニ反シテ結果ノ到來セサルコトカ終局的意思決定ヲ爲シタルトキハ認識アル過失ナリ。』

(一) 島田教授・日本刑法新論、總論(大正十三年)二七四頁—二七四頁。

四 以上は、未必の故意に關する吾が國の重要な學說の概要であるが、之に對する吟味と檢討を試みることは、しばらく差控えることにしたい。其の重要なものについては、次款に私見を述べるに當つて觸れることになるであらう。讀者、幸にして其の勢を措しむことなくば、此處に掲げた諸説を、冒頭掲記の諸例に適用して夫如何なる結果に到達するかを試みられたい。其れは、また、おのづから手厳しき諸説批判の役割を演ずることになるであらう。

(未完)

(附 記)

本稿の校正中に、岳野彌吉君の訃を聞いて愕然とした。此處に深き哀悼の意を表する。既に述べてゐるやうに、私は、本稿の第二款歴史的考察をまとめるに當つても、同君に負ふところが尠くない(四頁註一參照)。岳野君は、昨年、佐野教授より羅典語の造詣の深い學生として紹介せられ、爾來、お互に差支へのない限り、殆んど毎週定期的に研究室に来ては、わからない羅典語を讀んでもらつてゐたのである。少年時代からのカソリツタ教育により、岳野君にとつては、羅典語は英語や獨逸語よりも讀みやすかつたらしい。随分畑違ひの領域であるにも拘らず、大多數の質問はもちまへのおだやかな調子で即答して呉れ、小うるさい立入つた疑問に對してもいつかういやな類もせず、たんねんに取調べて來て呉れたのであつた。本稿の隨所に引用してゐるシャツフシユタインの書讀みながら、あれこれと教示を受けてゐたのが、丁度一年前の今頃であつたことを想ひ起す。同君は卒業後大學院に入學せられたので、引續き厄介になれると考へ、餘暇を得て根本的な個人教授をおたのみしたい、などと話合つてゐたのも、今日となつては全く水泡に歸してしまつた。あんな好い人は、もう滅多にみつからないであらう。岳野君の想ひもよらぬ長逝は、同君に對し、心からの指導にたづさはられた佐野教授の最も残念とせられるところであらうと思ふ。其れは、私にとつて叙上の如き意味から甚だ遺憾であるのみならず、其の人柄と才能は、全く、惜みてもあまりあることである。洵に痛恨に堪へない。此處に、改めて、岳野君の在世中の厚誼に對し深き感謝の意を表しつつ、其の在天の靈のやすらかならんことを祈る次第である(昭和十九年十月十五日)。