

〔論
説〕

刑法総論覚書(6)

——「錯誤論及び故意論」についての検討——

伊藤 司

一 はじめに

二 「錯誤論及び故意論」についての検討

(1) 「錯誤論」についての検討

(2) 「故意論」についての検討

三 おわりに

一 はじめに

「刑法覚書」シリーズ二回目の今回は、「刑法総論」のテーマの六回目として、^①まず、日本の現行刑法典に至る旧刑法典の学説における「錯誤論」を検討し、つぎに、特に一八・一九世紀ドイツ刑法学説における「故意論」を概

観し、関連的に日本刑法の「錯誤論」の学説・判例についても検討することを通じて、「錯誤論及び故意論」についての理解を深めることにしたい。

(1) 「刑法覚書」シリーズ二回目とは成蹊大学に着任後の回数であるが、一回目は「成蹊法学」68・69合併号(平成二〇年)四三一九頁、二回目は同72号(同二二年)一一五―二四頁、三回目は同76号(同二四年)七七―八八頁、四回目は同84号(同二八年)八一―〇九頁、五回目は同88号(同三〇年)六九―九五頁、六回目は同90号(令和一年)三七―四〇二頁、七回目は同91号(同年)三〇―三一三頁、八回目は同92号(同二年)四三八―五八頁、九回目は同93号(同三年)三二―七―四二頁、一〇回目は同94号(同年)三六九―九六頁、一一回目は同95号(同年)二五―一八八頁である。「刑法総論覚書」については、三・四・五・六ないし七・八ないし一〇回目に違うテーマで書いているので、テーマとしては六回目ということになる。

二 「錯誤論及び故意論」についての検討

(1) 「錯誤論」についての検討

(ア) 現行刑法典に至る状況

① 本稿では、さしあたりいわゆる「具体的事実の錯誤」について取り上げることにはしたい。大塚博士は、「客体の錯誤(error in objecto)」とは「行為者が、行為の客体を取り違え、本来の意図とは別の客体を攻撃した場合」であるとし、「方法の錯誤(打撃の錯誤)(aberratio ictus; Abirring)」とは「行為者の攻撃の結果が、その意図した客体とは別個の客体に生じた場合」であるとされる²⁾。いずれも「別の客体」ないし「別個の客体」が出て来はするが、

前者が「取り違え」すなわち人の誤認の場合であることから、後者は「取り違え」の場合以外の・当該意図した「行為の客体」の外に、他の「行為の客体」の存在が前提とされていることは、具体例からも窺えるところである。後者の場合の刑法上の処理につき、いわゆる「具体的符合説」^③の立場からは、当該客体に対する「故意」に依りて「故意犯」が、「故意」がない客体に対しては「過失犯」が認められることになる^④。

② 他方、旧刑法典においては、周知のように、「第三編身体財産ニ対スル重罪軽罪 第一章身体ニ対スル罪 第一節謀殺故殺ノ罪」中に、「第二百九十八条謀殺故殺ヲ行ヒ誤テ他人ヲ殺シタル者ハ仍ホ謀殺故殺ヲ以テ論ス」との規定があり、同「第二節殴打創傷ノ罪」中に、「第三百四条殴打ニ因リ誤テ他人ヲ創傷シタル者ハ仍ホ殴打創傷ノ本刑ヲ科ス」との規定があつた^⑤(常用漢字化)。いわゆる誤殺・誤傷の規定であるが、このような規定が「各則(罪)」中に置かれたことは、旧刑法典の特徴の一つでもあらう。

現行刑法典ではこれらの規定の取扱いはどうなつたかという点、「刑法改正政府提案理由書」によると、「現行法第二九八条は誤殺の規定なりと雖も、学説上当然の法理たるを以て敢て之を規定する必要なきのみならず、之が為め却て疑義の基因と為る虞あるを以て、改正案は之を削除したり。」とあり、「現行第三〇四条は誤殺の規定と同じく、其必要なきを以て、之を削除したり。」とある^⑥。従つて、「誤殺・誤傷」についても本来の場合と同様に扱われることが当然の前提として、現行刑法典上は削除された形になるとの趣旨にも思われる^⑦が、何が「学説上当然の法理」なのか、この説明だけでは直ちに断定できないことも確かである^⑧。

(イ) 旧刑法典の学説における「錯誤論」の検討

- ① それでは、旧刑法典の学説はどのように理解していたかについて見てみよう^⑧。ア 村田保『刑法註釋 卷六』

(明治一三年) 五頁以下 (『刑法註釋』^{卷五、卷八}(下卷) 日本立法資料全集別巻894) (平成二七年復刻版) 五九三頁以下所収) は、旧刑法二九八条につき、「本条は、人を謀殺せんとして図らず別人を殺したることを云う。例えば、甲を殺さんと欲し毒藥を設くるに、乙之を吞で死し、又は甲と忿争し一時の激怒に堪えず之を殺さんとして発砲したるに、却て乙を殺したるが如きは、其所行過錯に出で其目的を達せざれども、固より人を殺さんと欲するの意あれば、仮令甲を殺さんとして乙を殺したるも即ち甲を殺したると同じ。謀殺を行いたる時は死刑に処し、故殺を行いたる時は無期徒刑に処す可し。」(現代用語化、加點・加丸) と述べられた。⁹⁾

ここで注目すべきことは、「具体的事実の錯誤」としての「客体の錯誤」と「方法(打撃)の錯誤」とが理論的に區別されていないことである。後年理論的に厳密にはこのような區別がなされ得るとされたものであろうが、素朴な理解ながら、意図した甲ではなく乙に結果が発生してしまったという意味では違いはなく、それでも「人」殺害の「故意」をもって「人」殺害の「結果」を遂げた以上、結論に違いはないという理解ということになろう。

① 織田純一郎『刑法註釋』(明治一四年三版) 三六五頁以下(日本立法資料全集別巻690、平成二三年復刻版)は、旧刑法二九八条につき、「本条は間違にて人を殺したる場合を云うものにて、其人を殺す心なきゆえ其罪の軽かる可きに、やはり本人を殺す罪と同様なるわけは、人を間違えしは己れの粗想にて到底其者は人を殺すを本意とすれば、何れとも謀殺なり故殺なりの罪を犯すものなればなり。」(現代用語化、加點・加丸) と述べられた。

若干理由が付けられてはいるが、やはり「人を殺すを本意とす」る点が強調されているものと言えよう。また、同三〇四条については、「係合のなき他人を疵付たる」(現代用語化) 点が強調されており、¹⁰⁾ 意図した相手方ではない他の無関係な人に対し傷害の「故意」をもって傷害の「結果」を発生させた以上、本人に対する以上の処罰に値するの

は「当然の理」であるとの趣旨が窺える。

㊦ 立野胤政編輯『刑法註解』(明治一五年改正増補再版)三三四頁(日本立法資料全集別巻689、平成二三年復刻版)も、「本条は人を謀殺若くは故殺せんと欲し、其手段所行の錯誤より目的に非ざる他人を殺したるを云。是れは仮令錯誤すと雖ども、人を殺すに於て殊別なきゆえ、乃ち謀殺或は故殺を以て論じ、其刑を当つるなり。何となれば、甲を殺さんとして所行の錯誤より之を殺したりとも、同じく人を殺害したるなれば謀故殺を以て論ずる者と為す。例えば、他人を故殺せんとして誤て子を殺したるときは、子を故殺したるに同じ。又親を故殺せんとして他人を殺したるときは、乃ち他人を故殺したるに同じきの類なり。」(現代用語化、加點・加丸)と述べられた。

ここでは、「親を故殺せんとして他人を殺したるとき」という、いわゆる尊属殺(旧刑法三六二条一項)の故意をもつて普通殺(同二九四条)を遂げた場合、つまり「抽象的事実の錯誤」としての「客体の錯誤」ないし「方法(打撃)の錯誤」の場合が例として挙げられているのが特徴的である。¹⁾

㊧ 高木豊三『校訂刑法義解』(明治一五年再版)(『校訂刑法義解』第三編 日本立法資料全集別巻73(平成八年復刻版)八二二頁以下は、まず、「註解」として、「甲者乙者を殺すの意あり。丙者を誤認して乙者と為し之を殺したると、乙者を狙撃し誤て丙者を殺したるとを問わず、其予謀の有無に従い謀殺若くは故殺を以て之を論じ、各其本刑に処するなり。)(現代用語化、加點・加丸)と述べられた。

ここにおいては、旧刑法二九八条中には、「客体の錯誤」と「方法(打撃)の錯誤」の二種類あることが、自覚的に論じられているものと言えよう。しかし、逆に言うと、この二種類とも同種のものとの理解ということになろう。つぎに、「理由」の部分で興味深いことは、「茲に此条の設けあるものは他無し。此誤殺の罪たる本邦の旧律及び清

律に在ては謀殺故殺を分たず、一に之を故殺とせり。又仏蘭西の如き明文無きを以て、或は過失殺とし、或は故殺とし、而して謀殺あること無しと為す等、議論百出其処分亦從て一定せず。是れ我が立法者の此に見る所ありて、此条を設けたる所以なり。」(八二四頁。現代用語化、加點・加丸)との認識が披瀝されており、しかし明文がなければ解釈が一定せず、処分も一定しない恐れがあるがゆえに本条を設けたのである、とある訳である。

④ 堀田正忠『刑法釋義第三篇 刑法附則第四篇』(明治一八年)六〇頁以下(日本立法資料全集別卷178、平成一二年復刻版)において、⑤高木説を引き合いに出しつつ、しかし結局、「誤殺とは人を誤認して殺したると傍人を殺したるとを問わ

ざるものなれば、其予謀の有無に因り謀殺故殺を以て之を論ずる」(六三三四頁。現代用語化、加點・加丸)と述べられた。

この段階では、旧刑法二九八条に対する異説があることを認識しつつも、本条の趣旨はそうではないことを敢えて明確にしている訳である。

⑦ これに対し、磯部四郎『改正増補刑法講義下卷』(明治二六年)八五二頁以下(『改正増補刑法講義下卷 日本立法資料全集別卷141』(平成一二年復刻版)も、「客体の錯誤」と「方法(打撃)の錯誤」とを区別し、後者の場合も「其目的外の人を殺したるは亦是れ謀殺故殺を行いたる結果に係るを以て、此場合に於てのみ謀殺の性質を有せずと云うを得ず。」(現代用語化、加點・加丸)と旧刑法二九八条の理解をしつつも、立法論的には、一発の銃丸を以て二人を貫殺したような場合は、目的外の人については「過失殺」と解する方が妥当であるとしつつ、「改正草案者は本条の所為を過失殺として、此規定を全廃せんとす。」(八五三頁。現代用語化、加點・加丸)と述べられた。

ここでは、旧刑法二九八条自体の趣旨と、現行刑法典の立法趣旨とは異なる旨が述べられていることになる。前掲

「刑法改正政府提出案理由書」における「学説上当然の法理」とは何か、が不分明になる所以である。

⑤ 勝本勘三郎『刑法各論 全』（刊行年不明）六五五頁以下は、旧刑法二九八条は「客体の錯誤」即ち「人違殺人罪」を規定したのではなく、「方法（打撃）の錯誤」の場合につき、謀故殺の行為に伴いて併発したる「過失致死」の場合を規定したものと述べられた。¹²⁾

ボアソナード博士が起草した仏文日本刑法第一草案（明治一〇年八月司法卿より元老院に提出されたもの）の註解を、旧刑法発布の当時、司法省より各裁判所に頒布したものとされる・『刑法草案註解』¹³⁾（勝本六五六、六六〇頁）によると、「本条に論ずる場合は、正条あるに非れば之を決すること甚だ難かる可し。抑々此場合に在ては、一般の原則に於て更に寛なる見解を下すに似たり。何となれば、該犯其撃殺せんと欲せし所の人を殺さずして、意外の人を殺したるが故に、其第一の犯罪は多くも着手に止まり又は行つて遂げざりし罪として罰す可きが如く、又第二の犯罪は過失殺に止まるものに似たるを以てなり。仏国に於ては此の如き障害なかる可し。何となれば、重罪に着手し又は重罪を行つて遂げざる者は既遂犯罪の如くに之を罰すればなり。然るに、本邦の如き重罪を行つて遂げざる者を罰するに、一等又は二等を減ずるの法に於ては、右の疑惑を生ずるも其理なきに非ざる可し。故に本法は、更に条理に適し且つ更に嚴なる所の意義を以て、此疑惑を斷定したり。」（現代用語化、加點・加丸）とあり、この説明によれば、旧刑法二九八条はこれなくしては適切な量刑と言えなくなる可能性があるための・必須の規定であつたということになり、逆に言うと、現行刑法典ではこのような明示の規定が削除されたことにより、「具体的符合説」へも道を開いたという理解も出て來得ることにはなろう。

また、勝本博士は、旧刑法二九八条の「誤テ」というのは、「人を害するの意思ある場合に於ける過失を、・・意

味する」として、「人を害するの意思なき場合に於ける過失」に対応して捉えられた¹⁵⁾(六六五頁。現代用語化、加点。前者はいずれかと言うと「故意犯」の範疇に入れられ得る場合であるとすると、「故意+過失≠故意犯」という場合も広義の「故意犯」の一環ということになる。いずれにせよ、この段階に至り、旧刑法二九八条は必須の規定であり、これなくしては「故意犯」と同一処罰はあり得ないとの説も有力化したものと言えよう。

㊦ 宮城浩藏『刑法正義 下巻』(明治二六年三版)六三〇頁以下が、㊧勝本博士の批判した説に当たるようである。宮城学士は、旧刑法二九八条は「客体の錯誤」について規定したものであり、「例えば、甲者常に乙者を殺さんと欲す。偶々途に乙者の弟丙者に遭う。丙者の状貌甚だ乙者に肖たるを以て、乙者と誤信して之を殺したるが如きは、本条の適例なり。是れ甲者の所為たる其目的とする乙者を殺したるに非ずと雖も、丙者を乙者として殺したる者なれば、実に乙者を殺したると其間毫も差異あること無く、即ち故意に人を殺したる者なるに因り、謀故殺を以て之を論ずることと為したるなり。」「謀殺を以て謀故殺と為すは則ち可なり。然れども、是れ当然の事にして特に之を規定するの必要なし。」と述べられた(六三〇—一、六三二頁。原文傍点あり。現代用語化、加点・加丸)。

これに対し、「方法(打撃)の錯誤」については、「甲者乙者を銃殺せんと欲し、弾丸を放ちたるに失中して乙者の傍側を通行したる丙者を殺したるが如きは、本条の想像する所に非ず。蓋し、其過誤の結果人をして死に至らしめたるは、其罪軽からずと雖も、然れども実に過失に出づ。」(六三二頁。原文傍点あり。現代用語化、加点・加丸)とある。従って、後年の最三小判昭和五三年七月二八日集三三卷五号一〇六八頁(東京高判昭和五二年三月八日高集三〇卷一〇号一五〇頁、東京地判昭和五〇年六月五日同一六五頁)のような事例については、宮城説によると、行人人に対しては「過失」ベースで考えることになる¹⁷⁾(もつとも、強盗罪の場合は「強盗致死罪」ということになるか)。い

ずれにせよ、宮城学士の理解によれば、「方法（打撃）の錯誤」は旧刑法二九八条の規定対象外の事例ということになり、「責任主義」を強調したものと言うことになる。

⑦ 龜山貞義『刑法講義 卷之二（明治三二年）』（日本立法資料全集別巻252、平成一四年復刻版）四一九頁以下も、旧刑法二九八条Ⅱ「人違殺人罪」説のようであり、従って、本条は「客体の錯誤」の場合に限るものと解され、「方法（打撃）の錯誤」の場合は「謀故殺未遂」と「過失殺」との理解のようである。このような形で、学説上、「具体的符合説」が有力化したものとも言えよう。

⑧ 岡田朝太郎『刑法各論』同『刑法講義 全』（明治三六年）二二五頁以下は、④勝本説に反対の立場からの立論のようである。すなわち、「第一 仮令他の一個の謀殺又は故殺の既遂又は未遂と時及び場所を同うして犯したりとするも、過失殺即ち殺意なき殺人挙動を謀故殺に準じたるものと云う如き、不条理なる法文と解することを得ず。第二 本条は恰も刑法学理の沿革上物体の錯誤（Irrtum in objecto）と刑事責任との関係如何と云う有名なる議論の遺物なることは、全く疑を容れず。・・・甲某が乙某を殺さんと欲し偶丙某を乙某なりと誤信して殺したる場合は、之を客観的に觀察すれば甲某は丙某を殺すの意思なく、従て此関係の下に於て甲某は犯意なきものなり。然れども特に之を殺人罪として論ずるなりと。是れ有罪論の一端なりと雖も、・・・今日の刑法論よりすれば其誤れること明なり。即ち、殺人罪の成立するには其犯意及び挙動あるを以て足り、犯罪の物体たる人に関する錯誤の如きは毫も問う所に非ざればなり。」（二二六―七頁。現代用語化、加号・加丸）と述べられた。

岡田博士は、「過失殺」説はかえって「責任主義」に反するとともに、「法定的符合説」の立場からは旧刑法二九八条の規定は「当然の理」であるとして、現行刑法典においては敢えて規定する必要はないとの帰結に至ったのである

うと思われる。

さらに続けて、「第三 反対論者が謀故殺に伴いたる過失殺として示す処を見るに、子を背負いたる親の頭を打たんとして偶其兇器が子に触れたるが為め死に致したる場合を指して、過失殺なりと云えり。然れども、親若くは子を殺すと云うの点は殺人罪の成立要素に非ず。而して、殺意に出でたる殺人的挙動の為に人が生命を失いたる以上は、総て殺人罪なりと云うことを得べく、此場合も正に尋常一様の謀故殺なりとす。」(二二七頁。現代用語化、加^点)とも述べられており、これは「数故意犯説」の妥当性を主張するものでもあろう。結論として、「本条立法上の価値は今日の進歩したる学理よりすれば、全く無用なる規定と云わざる可からず。」(二二八頁。現代用語化、加^点・加^丸)と。

② 以上のように、刑法理論の深化とともに、旧刑法二九八条・三〇四条の理解についても多様化しつつあったことが窺え、「学説上当然の法理」とは「具体的符合説」化していた可能性もあるが、これらの条文の文言が一般的・抽象的であるがゆえに、「法定的符合説」的な理解も有力に唱えられたものとも言えよう。従って、これらの条文が削除された以上、「方法(打撃)の錯誤」等の事態にどのように対応するかは、「解釈論」に委ねられたものとも言えよう。⁽¹⁸⁾

(2) 大塚仁『刑法概説(総論)(第四版)』(平成二〇年)一九〇頁以下参照。

(3) 具体的符合説・法定的符合説・抽象的符合説という三分類は、牧野博士の創意になるものであろうとされる(内田文昭「第三編構成要件の錯誤の諸問題 第三章法定的符合説」(昭和五八年)同『犯罪構成要件該当性の理論』(平成四年)二六一以下、二六三頁注(1)―(3)、牧野英一「第七 刑法第五四条及び第五五条と主観説(判例批評)」(明治四三年。常用漢字化)同『刑

- 法研究 第一卷(大正八年初版、昭和十三年一〇版)一四二以下、一五九頁以下、草野豹一郎「一事実の錯誤に関する抽象的符合説に就いて」(常用漢字化) 同『刑事判例研究 卷三(昭和十五年四版) 四八一頁参照。』
- (4) 例えば、内田文昭『現代法法律学講座26 改訂刑法I(総論)(補訂版)(平成九年) 一六一頁以下、同『刑法概要上巻』(基礎理論)「犯罪論(1)」(同七年) 四三九頁以下参照。しかして、本説の理論的な裏付けとしては、「殺人の故意は「およそ」人を殺す意思ではなく、「一人の」人を殺す意思なのであるから、」(平野龍一「刑法 総論I」(昭和四七年一刷、同五年七刷) 一七六頁参照)ともされ、行為者・被告人自身の主観面を尊重すれば、このように言うこともできよう(この点、井田良「故意における客体の特定および「個数」の特定に関する一考察(一)」慶應義塾大学法学研究五八巻九号(同六〇年) 四八頁も参照)。
- (5) 倉富勇三郎ほか監修、高橋治俊ほか編、松尾浩也増補解題「増補刑法沿革総覧 日本立法資料全集別巻2」(大正一二年、平成二年増補復刻版) 四三、四四頁、「第二部旧刑法立法資料―刑法草案審査局の審査修正・元老院の審議・刑法の公布― Ⅲ 刑法の公布」(資料22) 刑法(明治二十三年七月一七日、太政官布告第三六号)「西原春夫ほか編著『日本立法資料全集』^{36-II} 旧刑法(明治十三年)⁴⁾」(平成二八年) 四六七下段、四六八頁上段参照。
- (6) 倉富ほか監修、高橋ほか編、松尾増補解題・前掲注(5) 沿革総覧二一九八、二二〇〇頁、山火正則「第一部第二一回帝國議會および第二三回帝國議會(貴族院審議まで)」(明治三八年―四〇年) 第二章第二一回帝國議會および第二三回帝國議會における審議の内容 第六節第二三回帝國議會提出案の内容「第二部刑法(明治四〇年) 立法資料(明治三八年―四〇年) 一 第二一回帝國議會(貴族院審議まで) 関係資料(5) 第二三回帝國議會提出案の審議(資料65) 明治四〇年第二三回帝國議會提出「刑法改正案」理由書」内田文昭ほか編著『日本立法資料全集26 刑法(明治40年)』(6) (平成七年) 三五一下段、三五三頁上段参照。もっとも、「明治二三年改正刑法草案」中には、「人ノ身體又ハ財産ニ關スル罪ヲ犯シタル者其人又ハ財産ニ錯誤アリト雖モ罪ヲ犯スノ意ナシト爲スコトヲ得ス」(六八条)との規定があった(「第三分冊」(9) 明治二三年改正刑法草案と第一回帝國議會の審議(資料44) 明治二三年改正刑法草案」内田ほか編著『日本立法資料全集20³ 刑法(明治40年)』(1) (同二年) 一六六頁上段、倉富ほか監修、高橋ほか編、松尾増補解題・前掲注(5) 沿革総覧八二頁参照)。
- (7) 泉二新熊『日本刑法論各論』(明治四一年初版、昭和六年四二版) 五〇八頁によると、泉二博士が倉富勇三郎博士に質されたところ、「誤殺は学理上当然謀殺に外ならず。然るに、仍お之が明文を置くものとせば、誤盜、誤横領、誤毀棄等の明文を要するなきやの疑義を生ずるに至る可きが故に、之を削除したるなり」と、答えられたようである(現代用語化、加點・加丸。同旨の叙述は、泉二「新刑法施行後十年」杉山直治郎編著『富井先生遺稿祝賀法律論文集』(大正七年) 一二三頁にも見えている(この点、前掲注(6)「明治二三年改正刑法草案」六八条のほか、草野豹一郎「第一部 五 打撃の齟齬」同『刑事判例研究 第一卷』(昭

- 和九年)三五頁以下も参照。これに対し、佐々木和夫「方法の錯誤における判例理論」専修大学法学研究所編「刑事法の諸問題V 紀要23」(平成一〇年)一七五頁参照。
- (8) 本稿で取り上げた著者も含め、先行論稿として、佐々木「旧刑法下における方法の錯誤」経済と法二二号(昭和六〇年)二五頁以下がある。
- (9) 三〇四条についても同旨となっている(村田・前掲註釋一〇頁(同六〇三頁所収))。
- (10) 織田・前掲註釋三七三頁。
- (11) 「日本刑法草案」のいわゆる「第一稿」(吉井着生夫「第一部『日本刑法草案会議筆記』の編纂および資料解題 第一章『日本刑法草案』(確定稿)の編纂過程と『日本刑法草案会議筆記』」藤田正「同 第二章資料解題」西原ほか編著「日本立法資料全集32 旧刑法(明治13年)」^{③I}(平成八年)五以下、一二頁以下参照)の審議においても、同様な議論が見られた(「第二部日本刑法草案会議筆記(つづき)」(資料16) 卷一四(自三三七条至三五二条) 第三編人ノ身體財産ニ對スル重罪輕罪 第一章身體ニ對スル罪 第一節謀殺毒殺故殺ノ罪(第一稿)第三編人ニ對シタル重罪輕罪 第一章謀殺毒殺及ヒ故殺ノ罪 第三五九条(殺害對象の錯誤)「西原ほか編著『日本立法資料全集34 旧刑法(明治13年)」^{③II}(同九年)三六頁下段参照)。
- (12) 現行刑法典制定後の勝本勘三郎「刑法要論 総則」(大正二年)二二二頁も、「打撃又ハ攻撃ノ錯誤」(原文傍点あり。常用漢字化)の場合につき、殺人未遂犯と過失(致死)犯との観念的競合と解するのが「通説」とされた。
- (13) もっとも、「日本刑法草案」の「確定稿」は明治一〇年一月に出されているようであり、この「確定稿」に対するポアソナー博士の注釈書の翻訳が、「刑法草按注解」のようである(吉井「第一部明治一三年刑法の編纂経過 第一章旧刑法の編纂経過はじめに 一旧刑法の編纂過程」、藤田「同 二旧刑法の編纂とポアソナー」同第二章「刑法草按注解」資料解題 一「刑法草按注解」(上・下)について」吉井ほか編著「日本立法資料全集8 刑法草按注解上」(旧刑法別冊1)「(平成四年)三、七、八、一四、三三頁以下参照)。
- (14) 「第二部旧刑法立法資料―刑法草按注解上・下― 別冊(2)仏国人ポアソナー博士講義 元老院譯述」吉井ほか編「日本立法資料全集9 刑法草按注解下」(平成四年)九二〇頁以下参照。
- (15) この点については、浅野豊三郎「誤殺論 法律新聞四四五号(明治四〇年)一頁(常用漢字化)、同「誤殺罪に就て」同四五三号(同年)一頁(同)、同「誤殺未遂に就て」同四五五号(同年)三頁(同)、山内香「読判事浅野君誤殺論」同四四九号(同年)四頁(同)―そこでは、いわゆる「客体の錯誤」の場合「錯誤」があるとは言えないのではないかと論じられている(この点、齊藤信宰「第一章錯誤論の基礎 第五節判例の動向とその検討」同「刑法における錯誤論の研究」(平成一年)三四頁も

参照)、榊崎生「誤殺未遂を論ず」同四五〇号(同年)二頁(同)、玉澤庄次郎「誤殺論」同四五五号(同年)四頁参照。

(16) 同旨の説明として、内田・前掲注(4)改訂一五九頁参照。

(17) 内田・前掲注(4)改訂一六一頁以下参照。

(18) これに対し、佐々木「事実の錯誤規定の沿革的考察」経済と法三三号(昭和六一年)九六頁以下は、方法の錯誤について故意犯を成立させる見解は大審院においても確定した判例になっていたが、「具体的符合説」に立ち原判決を破毀・移送した大刑判大正五年八月一日録二二輯一三三頁を、判例変更した大一二三刑連判同六年一月四日録二三輯一三六二頁において、泉二郎事が「法定的符合説」を主導したものとされており、直接的にはその通りかもしれないが、通説ではなくとも少数説的に学説上も「法定的符合説」も有力に唱えられていたことにはなろう(なお、能勢弘之「一七 事実の錯誤」中山研一ほか編「現代刑法講座 第二巻違法と責任」(昭和五四年)三二五頁は、「法定的符合説が従来からの通説といえる。」とされていた。大谷實「法定的符合説弁護」西山富夫ほか編著『刑事法学の諸相(下)井上正治博士還暦祝賀』(同五八年)一、二頁も参照。このほか、前掲注(7)、牧野「第十五 方法の錯誤と傷害罪(判例批評)」(大正七年)同・前掲注(3)刑法研究二五二頁、佐々木「判例の総合的考察による錯誤理論の再検討(一)」(経済と法二四号(昭和六一年)一一九以下、一二二頁以下、同「大正六年一月二日四日大審院刑事聯合部判決における法定的符合説の判例理論史的省察」専修法研論集四号(平成一年)九二頁以下も参照。

(2) 「故意論」についての検討

① 「故意犯」については「故意」を要することは、日本刑法典三八条一項本文にも明規されているところである。¹⁹⁾ しかれば、そもそも「故意」＝「罪を犯す意思」は、どのように理解したら良いものであろうか。比較的古い時代のドイツの刑法学説をしてみることにしよう。²⁰⁾

② グロールマン教授は教科書中において、「客観的に非合法的な (illegale) 行為は主観的にも非合法的であると判断」たる「責任 (Schuld)」の概念が、「関係の違つた(に)応つた (nach Verschiedenheit des Verhältnisses)」異なる

ものであるとの観点から、四つの場合に分けて検討を加えている。⁽²¹⁾「1) 行為者は、その目的 (Zweck) を実現するために、非合法性が必然的に (nothwendig) 実現されなければならない」ということを「予見して見る (sieht voraus)」。彼の目的は従って、非合法そのものと結び付いた利益 (Vorteil) である。2) 彼の行為の目的は彼にとって本来的には (eigenlich) 非合法性の実現なしに達成され得るが、彼はしかし、目的実現のための志向性 (Streben) はまた、彼がそのことを意欲する (wünscht) ということがなくても、非合法性をもたらさし得ることを、予見している。3) 彼は、自己の目的を達成するために、非合法性がもたらされざるを得ない (bewirkt werden müsse) ということを「予見し得たであろう (hatte voraussehen können)」。4) 彼は、自己の目的実現のための志向性が非合法的な結果をも持ち得る (haben könne) ことを「予見し得たであろう」。この中の第一の場合のみが「悪しき決意 (böser Entschluß)」「悪しき故意 (böser Vorsatz)」となり、後の三つの場合は「単なる責任 (過失 [culpa])」に過ぎない。

この分類においては、「故意」が極めて限定的であり、「過失」の部分が非常に広がっていることがわかる。1) ないし2)の範疇がいわゆる「未必の故意」をも包含し得るものであるか、が検討されなければならないことになろう。1)は「非合法性が必然的に実現されなければならない」場合ということであり、「必然的」とまでは言えなくとも、「蓋然的」「可能的」な場合はどうであろうかということがあるところ、2)の場合においては「本来的には非合法性の実現なしに達成され得る」との前提であるから、はじめから「故意」は念頭に置かれていないとなると、やはり1)の場合を細分することが必要となろう。もっとも、2)の場合も「非合法性」の「可能性」を「予見」しているということになると、それでもなお「行為」に出た以上、「未必の故意」を包含し得る場合もあると解することもできることになろう。

③ 当時テュービンゲン大学の副学長であったフォン・ヴェーバー氏は、「未必の故意 (der eventuelle Dolus)」と「重過失 (die muthwillige Culpa,grobe Culpa)」とを、かなり近い範疇と捉え、一八一三年バイエルン刑法典六五条一項「重過失」を引き合いに出しつつ、「違法な目的」がない場合に「重過失」が成立し得るものであるが、「違法な目的」がある場合、「故意 (dolus)」は「重過失」と競合するもの、つまり「故意によって規定された過失 (Culpado lo determinata)」となると解したのである。そして、「重過失」と「故意によって規定された過失」とは、犯罪結果発生の可能性若しくは蓋然性の予見に止まらず、必然的なものとして予見したかに係わるという点では、同様なものとされた。⁽²⁵⁾

「違法な目的」がない場合に「重過失」となるというのは、日常的・有益的・適法的な目的のために行動したが、極めて不注意であった場合「重過失」が成立し得るという形で、今日的にも通用し得る視座と言えようが、「違法な目的」があった場合に端的に「未必の故意」が成立するというのではなく、「故意によって規定された過失」という範疇を設けていたということにもなるであろう。「故意」と「過失」という区別からは紛らわしい混合形態ではあるが、このように「故意」と「重過失」が競合するという発想は、並列的な競合のみならず、縦列的な競合の場合も、いずれかと言うと「(未必の) 故意」の範疇に入れるべきであるということを示唆してくれるものであるようにも思われる。

いずれにせよ、「過失」と「重過失」ないし「未必の故意」が結果発生の際「必然性」の認識によって区別されるべきだとの視座は、客観的に極めて明確な基準を提示するものとも言えようが、「違法な目的」があった場合でも蓋然性程度だと考えたに過ぎない場合、「(未必の) 故意」を根拠付けるには足りないとする⁽³¹⁾、そもそも「違法な目的」

の有無によって「故意」と「過失」を分ける分類法に疑問が投げられることにもなる。また、常に必然性まで要求する⁽³²⁾となると、「未必の」故意」を狭め過ぎることにもなりかねまいから、「蓋然性+認容Ⅱ（未必の）故意」という線が出て来る所以でもあろう。もつとも、後掲⑤で検討するところであるが、「蓋然性」までも要求するのは疑問の余地があろう。

フォイエルバハ教授の解説によると、「間接故意(dolus indirectus)」とは、「犯罪者がある特定の法律違反の効果(gesetzwidrigen Effect)をもたらそうとしたが、その効果をもたらすはずであった行為から、その犯罪者が行為の蓋然的な若しくは容易に可能な結果(Folge)として予見し得たし予見しなければならなかったところの・別のもつと可罰的な行為が生じた」場合を意味するものとされ、前掲(1)(イ)①②で参照した最三小判昭和五三年七月二八日の一・二審は通行人Kに対する「過失」の存在を強調していたが、最高裁は端的に「故意犯」の適用を認めたのであった。一・二審は「責任主義」を強調しなかったであろうが、最高裁としても「因果関係」によって「責任主義」に答えている積もりであるのであろう。「因果関係」と「責任主義」は刑法理論上別概念であるとの反論があるが、「折衷的相当因果関係説」に即して捉えると、内実としては「過失」があるような場合を含んでの「故意犯」ということなのであろう。⁽³³⁾ そうだとすると、刑法理論上の表向きの表現としては「故意犯」になるのであると理解することもできるように思われる。⁽³⁶⁾ この場合、一旦「故意」に出た以上、あらゆる「結果」の責任を負わなければならないという程の強い意味を有するとまでは言えず、少なくとも自己の「故意」の及んだ「結果」については責任を負わなければならないとの趣旨に解されよう。⁽³⁷⁾ 「錯誤論」においては、「故意犯+過失犯」は「故意犯」になるとの理解と言えよう。「故意」がないにも係わらず「間接故意」との理解から「故意」ありとするのは、「擬制」であり「責任主義」に反す

るとの批判を受けるのであろうが、「構成要件の故意」の範囲内であるとの視座からは、その「錯誤」は「故意」を「阻却」しないとの帰結になるであろう。ここに、「構成要件論」の意義があるとも言えよう。⁽³⁸⁾

この時点では、フォイエルバハ教授は、「故意によって根拠付けられた(durch Dolus begründet)」「過失(Culpa)」との観点から理論付けようとしたものと言えよう。⁽³⁹⁾

④ これに対し、クラインシユロート教授も、「間接の意図(Die indirecte Absicht)」と云うことで、「未必の故意」を考えられていたようである。「主として(hauptsächlich) 悪しき結果を意欲している(will) 訳ではなく、そのような結果が生じるときには、付随的にのみ(nur beifällig) それに同意している(willigt) こと」は必要と解しているからである。⁽⁴⁰⁾ 従って、近時の有力説のように、「故意論」の通常理解をしていたことになろう。しかし、「あらゆる過失(Culpa)において、誤り(Irrthum)が基礎となる。」と論じられているように、「過失」は為損ねとしていわば「錯誤」的な色彩を有していると言えようが、はじめから「故意」に行われたか否かに、「故意」と「過失」の大きな違いがあるものと言えよう。「故意があった」で押して行けば「法定的符合説」になり、行為者・被告人の「直接・具体的な故意」を強調すれば「具体的符合説」になるものと言えよう。確かに具体的に認識した「人」は「A」であったが、条文・構成要件的にこの「A」という特定は重要ではなく、「人」に対する「故意」をもって殺害行為に及んだところ、結果としては具体的に認識した「A」ではなく「B」に当たり若しくは「A」を突き抜けて「B」にも当たってしまったという場合、その「人」に当てるつもりがその「人」に当たり若しくは「A」に当たり若しくはその「人」に当たって突き抜けるとともに他の「人」にも当たってしまったということになり、大局的には「人」殺害の意思で「人」の殺害を遂げ若しくは二個遂げたと見るのが、「法定的符合説」の理解ということになろう。この

場合、条文・構成要件上は「人」とあるのみであるから、たとえ行為者・被告人が一人の「人」に対する「故意」しか有していなかったとしても、⁽⁴³⁾「構成要件」上の「行為の客体」としての「人」を殺す「故意」をもって「人」を侵害し又はその可能性があった以上、当該行為との関係でのあらゆる「人」が「故意」の対象たり得るものと言えよう。⁽⁴⁴⁾ と言うのも、一旦「故意の行為」に出た場合、その「故意の行為」の性質いかんによっては、いかなる「結果」が発生するかも知れない場合もあり、そのような「結果」も当該行為者・被告人の元々の「故意の行為」によるものと言わざるを得ないであろうからである。この限り、「その人」を狙って「その人」に当たった場合と、「その人」を狙って「その人」には当たらず「他の人」に当たり若しくは「その人」とともに「他の人」にも当たった場合とで、確かに行為者・被告人の「故意」が向けられた先は異なるにせよ、当該行為者・被告人の「故意の行為」の及ぶ範囲内であるということにはなるであろう。⁽⁴⁵⁾ 従って、当該行為者・被告人としては、当該「行為の客体」を「認識」していなければならぬことは勿論であるが、他の「行為の客体」との関係では、自己の「行為の性質」を「認識」していれば足りるということにもなる。これが「方法（打撃）の錯誤」に対する「法定的符合説」的理解の「故意」の「実体」ということになる。⁽⁴⁶⁾ 従って、「同種」の「行為の客体」については「符合」を認める形になるので、例えば、一個の教唆行為による場合であっても、教唆と「因果関係」がある限り、⁽⁴⁷⁾二個以上の正犯行為に対する観念的競合になり得ることになる。

これに対し、刑法五四条一項前段の「一個の行為が二個以上の罪名に触れ」という文言の意義をめぐり、平野博士はこの条文においては「一個の行為」と規定されている訳であるから、確かに「行為」が「二個以上の罪名」に触れた場合は「観念的競合」とされ得るであろうが、「故意」については一個しかない以上「二個以上の罪名」との関係

ですべて「故意犯」とすることはできないであろうと論じられた。⁴⁸⁾ 五四条一項前段の解釈論としてはこのような理解も成り立ち得るであろうが、「行為」は「故意犯」の場合は「故意」に担われているので、「一個の行為」とは言っても「故意犯」の場合は「一個の故意行為」と同義となり、従って、「一個の故意行為」が「二個以上の罪名」に触れた場合も「観念的競合」になり得るところ、「故意」が一個しかなかったことを強調すれば平野説になるであろうし、「故意」が「二個以上の罪名」に及んでいることを強調すれば「抽象的法定符合説」になり得るであろうから、結局、五四条一項前段からはいずれの説が妥当かは一義的には決められないということになる。⁴⁹⁾ ここで、行為者・被告人の具体的な「故意」を尊重するか否か、に問題の帰趨が係ってくることになろう。「人を殺した者」(一九九条)ないし「強盗が、人を……死亡させたとき」(二四〇条後段)という場合の「殺人の故意」ないし「強盗殺人の故意」については、条文上はおおよそ「人」を「殺す意思」ないし「人」の「強盗殺人の意思」がありさえすれば足りる形になっているので、大枠的にはそのような「故意」をもって当該「結果」を発生させれば、行為者・被告人の具体的な「故意」の個数いかに係わらず、包含し得ると解することはできるであろう。他方、行為者・被告人がはじめからAとBを殺害するつもりで順次AとBに発砲した場合、AとB殺人の併合罪とされるであろうが、この場合は行為者・被告人の具体的な「故意」の個数を前提にしていながら、観念的競合の場合は「故意」の個数を軽視するのは論理一貫しないのではないかとこの反論があり得よう。⁵⁰⁾ 「人の生命」は「個人的法益」としてそれぞれ刑法的評価の対象になり得るので、併合罪の場合はAとBのそれぞれの「結果」との関係で行為者・被告人の「故意」が二個あったこともあり、その「結果」に相応する「故意」として問題にしているのであるのに対し、観念的競合の場合は「一個の行為」でありかつ「一個の故意行為」である以上、この限り、行為者・被告人の「故意」に基づく罪数関係を認める形

になっているのであり、その際、その一つの「故意」がAとB両方に及んだか否かを問題にしているためであろうと思われる。「結果」的には二個の「人の生命」剥奪が生じており、それは行為者・被告人の一個の「故意」によるものであったとしても、刑法の条文上その「故意」はいずれの「結果」にも及んでいると解し得るということであろう。この意味で、行為者・被告人が一個の「故意」しか有していなかったということは、「観念的競合」という形で尊重されていることにはなるのである。⁽⁵¹⁾

このほか、「構成要件は、本来、一罪の類型なのであり」、「構成要件に一回該当すれば二罪である」ところ、「殺傷罪のような一身専属的法益の罪では、「人」とは、本来、「一人の人」という意味であると解さなければならぬ。」との理由付けも見られ、⁽⁵²⁾確かに、「構成要件」はさしあたり既遂の単独犯を想定したものであろう（＝限縮的正犯概念）が、今問題となっているのは「行為の客体」との関係での擬律・罪数関係であるので、「観念的競合」の観点から二人以上の「人」に対する「故意犯」の競合という理解もあり得るところであろうと思われる。それは、「構成要件」の充足自体に問題はないからという理由付けにもなる。⁽⁵³⁾

⑤ これに対し、クライン教授は、「結果発生の可能性認識説」とでも言うべき説に立たれていたようである。⁽⁵⁵⁾すなわち、「意思(Wille)」を悪しき決意(Entschluss)はないものの、良い決意も欠けている場合たる「消極的(negativ)」悪しき意思と、「積極的(positiv)」悪しき意思とに分け、後者は、行為者が自己の行為が法律違反の効果(gesetz-widrige Wirkung)を惹起することになる若しくは惹起し得ることを知っている場合に、その行為を行う故意(Vorsatz)によって表明された意思であり、そして、後者の悪性(Boshheit)は、行為者が法律違反の効果が必然的(nothwendig)であることを知っている場合の方が、単に可能的(möglich)と思つたに過ぎない場合よりも、より

大であることは疑いない。そして、可能的な場合についても、蓋然的 (Wahrscheinlichkeit) な場合と単なる可能的な場合とを区別しなければならぬであろう。そして、上述の二つの意思についても、法律違反の結果 (Erfolg) が起こらないであろうとの希望 (Wunsch) は、大いに考え得るところであり、希望の存在・不存在が、悪しき意思の程度において大きな違いとなることは、疑いない。しかし、積極的悪しき意思の場合、法律違反の結果は起こらないであろうとの希望にも係わらず、消極的悪しき意思とは異なり、法律違反の効果が生じ得ることを知っていた以上、その効果が発生しないであろうことを希望していたとしても、その意思を認めることはできるのである。報酬目当ての殺し屋がその者の死をいかに望んでいなくとも、謀殺であることに変わりはないであろうと。

ここでは、「故意」と「積極的悪しき意思」と「悪しき決意」とが同義となつていられるものと言えようが、やはり結果発生の必然性・蓋然性・可能性という三段階に分けつつも、「積極的悪しき意思」の場合は、少なくとも「結果」の発生が「可能的」であることを「認識」しつつ、「行為」に出たことが問題とされておられ、そこにはいわば「認容」的態度を読み取れることもできるであろう。もつとも、「結果」発生の「可能性」を「認識」していたとしても、常に「結果」が発生するとも限らないので、最低限そのような性質の「行為」であることを「認識」して「行為」をすることのできることに成り、行為者・被告人の認識面としてはそのような性質の「行為」であることの「認識」で足りるということにもなる。 「未遂」の場合も当該犯罪の「故意」ありとされる所以である。「希望」についての具体例が適切か否かはまた別論であろうが、我々は「行為」それ自体の「認容」を問題としなければならぬ訳である。従つて、手に持った玉を射撃した場合、たまたま玉に命中したとしても、元々このような危険な行為を許容することがおかしいと考えられるところから、個別事例ごとの結論はともかく、一般論的に言つと、「殺人ないし傷害の未遂」は否定

されないことにもなる⁽⁹⁶⁾。

(19) 故意・過失を責任の基礎とする心理的責任論と、いわゆる規範的責任論との異同・批判につき、植田重正「期待可能性」日本刑法学会(代表者団藤重光)編『刑法講座』責任(昭和三八年一刷、同五三年一八刷)一九頁以下、堀内捷三「責任主義の現代的意義」警察研究六一巻一〇号(平成二年)一一頁、川端博「第二章刑事責任の本質 第三節責任の実質 第四款心理的責任論、規範的責任論と実質的責任論」(同一三年)「第七章期待可能性論の検討 第一節期待可能性論の意義と問題状況」(昭和五四年)「同 第四節(補論)期待可能性の理論の再検討」同『責任の理論 刑事法研究第13巻』(平成二四年)四〇頁以下、一九五以下、二〇八頁以下参照。さらに、故意と過失の理解の仕方につき、高山佳奈子「第三章故意 第三節故意と過失との関係(一)問題点」同『故意と違法性の意識』(同一一年一刷、同二年三刷)一三七頁参照。このほか、「道義的責任」意思および行為の自由」そして「故意・過失」の関係につき、小野清一郎「道義的責任について—倫理学としての刑法学、その二—五行爲責任と性格責任」(昭和二五年)同『刑罰の本質について・その他』(同一〇年一刷、同四四年二刷)九八頁参照(常用漢字化)。なお、刑罰構成要件の禁止(ないし例外的には命令)規範性の観点からは、故意・過失は「禁止の素材(Verbotsmaterie)」であるとの理解にもなり得よう。(Vgl. Volker Krey, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil Band I Grundlagen, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld 3. Aufl. (2008) SS 122-Rn. 333, 243-649)。

しかして、「刑事責任能力」(刑法三九条)がある以上、「規範的責任論」「期待可能性論」については、「一般的な」観点からも許容し得るような「客観的な事情」でなければならぬことになろう(この点、莊子邦雄「第七章 過失犯の理論」第八章 規範的責任論の矛盾と期待可能性論の変質」同『刑法の基礎理論』(昭和四六年一刷、同五三年三刷)一三三頁以下、一五四頁以下も参照。これに対し、団藤重光「責任能力の本質」前掲刑法講座三五頁以下)。これに対し、西台助手・講師(当時)は「期待可能性」は主観的責任要素であると解していたようである(西台満「期待可能性」について—その標準からの考察—」秋田大学教育学部研究紀要人文科学・社会科学二八集(同五三年)八三頁以下、同「結果的加重犯と責任主義」同三二集(同五六年)二七上段、二八頁下段注(3)参照。大塚仁「二二 期待可能性論」同『刑法論集』(一)同五一年一刷、同五四年五刷)二三五頁以下も参照)が、その後、いわゆる「暴れ馬(Leinenfänger)事件」(Vgl. RG, IV, Strafsenat, Urt. 23. März 1897, RGS. Bd. 30 S. 25; 佐伯千仞「第一章期待可能性思想の史的発展 第二節フランクの責任概念の新構成と附随事情論(常用漢字化)」同『刑法に於ける期待可能性思想』(昭和二年一刷、同六〇年復刻版一刷)二九頁以下、板倉宏「62 期待可能性—あばれ馬事件—」、我妻栄

編集代表「別冊ジュリスト23ドイツ判例百選 重要判例の集大成」(同三五年)一七四頁、中森喜彦「第18講期待可能性」阿部純二ほか編著「刑法基本講座第3巻 違法論」(平成六年)二七七頁、藤木英雄ほか「第一章 期待可能性」同「◎ 勁草法学 案内シリーズ 刑法案内2」(同三三年)三頁)との関連で、「期待可能性」を過失論に解消されているようである(同「理論刑法」(同三三年)四五頁参照)。確かに、「錯誤」による「誤信」の場合をも念頭に置くと「期待可能性」についても一貫して「主観的」に捉えるのが妥当であるようでもあるが、現実には「作為」に出ている場合「主観的」に「期待可能性」がなかったとはいえないであろうから(これに対し、失業保険法三二条・五三条二号の不納付罪につき、構成要件不該当とした事例として、最一小判昭和三年七月一〇日集一二卷一一号二四七一頁がある)、その後の改説の方が妥当なものであるもの、「探縦不可能」だから「無過失」と言い得るかとなると、現場ではその通りであろうが、従って、そもそも探縦自体を見合わせるか、さもないければ馬を取り換えてもらうかしなければならなかったところ、いずれもできなかったというところに「期待可能性」の理論の適用が看取されたものと言えよう(なお、八木國之「第一編新派刑法学が現代犯罪論に直面する問題 第二章期待可能性論の台頭とその対応 第二節期待可能性論の批判的考察―強制を媒介として」(昭和三四年)同「新派刑法学の現代的展開」(同五九年)七九頁以下も参照)。もともと、このような事例の場合、むしろ雇主の「過失不作為犯」の責任(=一種の管理責任)を問う方が妥当ではあるまいか。

(20) 本稿に先行する論稿として、木村静子「2 責任論の一考察―故意と過失との区別について」(昭和二九年)「3 故意と過失との限界について」(同三〇年)「4 主観的犯罪構成要素としての故意」(同三三年)「7 責任理論の或る史的考察」(同三七年)同「犯罪論集 犯罪構成と故意・過失」(平成二八年)二三頁以下、四三頁以下、六三頁以下、一三五頁以下がある。この第一論文四二頁注(26)の認識に基づく責任、認識のないことの責任」という区別(第二論文五二頁以下も参照)は一つの卓見かと思われる(この点、齊藤信幸「故意犯・過失犯・犯意」川端博ほか編著「立石二六先生古稀祝賀論文集」(同二二年)三八八、三九一、三九二以下、三九七以下、四〇〇以下、四〇一以下、四〇六頁以下、同「故意・過失・錯誤」井田良ほか編著「山中敬一先生古稀祝賀論文集」上巻」(同二九年)三五六、三五九以下、三六二、三六四頁以下も参照、もともと、結局、「認容説」支持のようでもある(前者三九八頁)が、例えば、法定速度で走行していれば急ブレーキにより轢き殺さずに済んだであろうという場合(なお、この点、正田満三郎「自動車の指定制限速度違反運転に因る死傷事故と刑事責任(1)」「(2)」判例時報六九三号(昭和四八年)三頁以下、同六九五号(同年)三頁以下も参照)、無理に横断しようとする歩行者を認識していた場合と認識していなかった場合とで、結論に違いがないとすると、無理に横断する歩行者などは轢き殺しても構わないと考えた場合とでは、前者はやはり「過失」ということではあるまいか。前者は轢く気がなかったのに対し、後者は轢く気があつ

たということになろうからである（なお、最二小決昭和三三年九月八日集二二卷一三三二八七三頁も参照）。従って、「認容」といった情動的な意識に還元され得るとしても、当該刑罰法規に該当する行為・結果であることを認識しつつ（抑制しないで）「行為」に出た、ことが問題であり、そのような（抑制しないで）「行為」に出る「意識状態」の「なかみ」が問われていることになろう（後掲三①も参照）。

また、ドイツの学説・判例の紹介として、斉藤誠二「未必の故意と認識のある過失の区別（一）——西ドイツの学説・判例を中心として」判例時報六九三号（昭和四八年）一〇頁以下、同「同（二）——同」同七〇五号（同年）一八頁以下、同「同（三）——同」同七〇七号（同年）一二頁以下がある。

なお、拙稿「刑法総論覚書（4）のI—過失犯の体系と特に自動車運転上の過失——」成蹊法学90号（令和一年）四〇〇頁以下、同「同（4）のII—同」同91号（同年）三二三頁は、「故意犯」と「過失犯」の関係についての「理念型」を示したことになる。このほか、藤木ほか「第一章 故意」同・前掲注（19）刑法案内1（同年）一九〇頁も参照。

- (21) Vgl. Karl (Ludwig) Wilhelm von Grolmann, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze, (1798 [Verlag Detlev Auvermann KG Gashütten im Taunus 1970]) SS172ff. グローマン氏は一七九八年に員外教授 (außerordentlicher Professor) 一八〇〇年に正教授になつていようである（インターネットによる）。なお、フリードリッヒ大王の刑法理論のグロールマン教授達に対する影響につき、佐伯千仞「第一編 刑事法の歴史と思想 4 フリードリッヒ大王と刑法」（昭和一四年）中川祐夫監修、浅田和茂ほか編『刑事法の歴史と思想、陪審制 佐伯千仞著作選集第四巻』（平成二七年）一二五頁注（6）参照。
- (22) 中川祐夫「一八一三年のバイエルン刑法典（I）」龍谷法学二卷二・三・四号（昭和四五年）二四四頁下段参照。 Auch vgl. Anmerkungen zum Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, Nach den Protokollen des königlichen geheimen Raths, Erster Band, (1813 [Nachdruck 1986, Keib Verlag, Frankfurt/Main]) S.192ff.-Art.65.

- (23) Vgl. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Penitlichen Rechts, (1801) S.521-§.67. 不破武夫「第二章 故意論 第三節 未必の故意」（昭和一九年）同「刑事責任論」（同二三年）六八頁、平場安治「責任と故意——事実的故意の体系的地位——第一部」刑法雑誌二二卷一号（同三六年）三五頁以下、森井暉「結果的加重犯の立法問題——改正刑法準備草案の批判的考察——」佐伯千仞ほか編著『刑法改正の諸問題 植田直平博士 還暦祝賀』（同四二年）三五頁、同「結果的加重犯」法學論叢六九卷二号（同三六年）七四以下、七八頁以下、玄守道「第4章 近代以降のドイツにおける（未必の）故意の展開」（平成一八年）同「刑法における未必の故意 日・独比較法史研究」（令和三年）一一四頁も参照。江木衷「現行刑法原論卷之二」（明治二七

- 年再版) (日本立法資料全集別巻475、平成一九年復刻版) 七九頁は、「故意ニ基キタル過失」と、小名木明宏「フォイエールバツハの婦責論」宮澤浩一先生古稀祝賀論文編集委員会編『同論文集 第二卷刑法理論の現代的展開』(平成二二年) 一三三頁は、「故意によつて引き起こされた過失」とそれぞれ訳された(もつとも、後者の一四六頁注(92)参照)。
- (24) Vgl. Herrn Vice-Director von Weber in Tübingen, Ueber die verschiedenen Arten des Dolus, Neues Archiv des Criminalrechts Siebenten Bandes vieres Stück, (1825) S571ff.
- (25) v. Weber a.O., (Ann.24) Archiv, S572ff.・前掲注(23) 未必の故意一一五頁以下参照。
- (26) 玄・前掲注(23) 未必の故意一一四頁参照。
- (27) ヴェーバー氏の「未必の故意」の意義については、内田「第三章 もう一つの「概括的故意」について」(平成一年) 同・前掲注(3) 犯罪構成要件一八九頁参照。
- (28) 実際、v. Weber a.O., (Ann.24) Archiv, S574 は、「未必の故意と故意によつて規定された過失という新たな概念規定によつて、間接故意という漠然とした概念は全く無用となつた」と評している。
- (29) 例えば、日本刑法においても今日「強盜殺人の故意」がある場合端的に二四〇条後段を適用するという理解が判例となつてゐるのである(大正五・三刑連判大正一二年二月二二日集一卷八一五(八一八、八一九以下)頁、大一刑判昭和八年一月三〇日集二卷二七七(二七八二以下)頁、最二小判同二四年五月二八日集三卷六号八七三頁、最一小判同三二年八月一日集一一卷八号二〇六五頁参照。もつとも、大三刑判同二八年四月二三日集三卷九六(二〇一)頁。学説としては、岡田庄作「刑法原論各論」(大正五年発行、昭和四年二〇版)五七八頁以下、草野豹一郎「第一刑法第二百四十条の解釈」同「刑事法上の諸問題(I)」(昭和二六年)二八〇頁以下(常用漢字化)、木村亀二「結果的加重犯の未遂―強盜殺人罪を中心として」(同三年)同「刑法の基本問題」(同五四年)三三〇頁以下(但し、判例とは理由付けを異にする)参照。このほか、中野次雄「強盜致死傷罪・強盜強姦罪」小野清一郎ほか編集代表、佐伯千仞ほか編「総合判例研究叢書刑法(10)」(同三三年)二〇一頁以下も参照。が、かつては二四〇条後段のほかに一九九条も競合的に成立し得ると捉えられていた(大一刑判明治四年五月三日録一六輯一〇二二以下、一〇二二以下、一〇二四)頁、大二刑判同年一〇月二七日録一六輯一七六四(一七六七以下、一七六九)頁、大一刑判大正四年二月二六日録二二輯一六四(一六六)頁、大三刑判昭和六年一月一八日新聞三三五三三三〇一頁、などのほか、香川達夫「第三章 結果的加重犯」(昭和三八年)同「刑法解釈学の基本問題」(同五七年)二八頁、佐伯和也「結果的加重犯の未遂―ドイッの議論を中心に」關西大學法學論集五六卷五〇六号(平成一九年)一六一頁も参照。強姦致死・殺人については、大三刑判大正四年二月一日録二二輯二〇八(二〇九〇)頁、最一小判昭和二年一月二五日集一〇卷一〇号一

- 四五五(一四五六、一四八一、一四八九以下)頁参照。これに対し、中森喜彦『刑法各論 第4版』(平成二七年)七〇頁)と
ころ、取り敢えず「故意によって規定された過失」類型としての二四〇後段が成立すると考えた上で(なお、内田浩「第3章
結果的加重犯の歴史的考察」同「結果的加重犯の構造」(平成一七年)四以下、五〇以下、七四頁以下参照)、余分な故意は別
個に付け加えられると解し得る点で、理論的には分析的に厳密に捉える仕方であると言えなくもなからうと思われる。実際、「二
四〇条後段が殺人の故意ある場合とない場合とを同一法条に一括して規定し、同じ法定刑でのぞんでいるとする点に基本的な
疑問がある。殺人の故意ある場合とない場合とは、刑法上は本質的にその評価を異にすべきものだからである(二八八条参照)。」
(竹内正「強盗殺人をめぐる擬律」法学セミナー二一六号(昭和四八年)二二四頁四段参照)との批判も見られたところである。
(30) もっとも、フオイエルバハ教授自身も、この類型は通常故意の一種として取り扱われており、間接故意(dolus indirectus)
と称されていることを認められていた(Vgl. Feuerbach, a. O., (Anm. 23) Lehrbuch § 67) が、Anselm Ritter v. Feuerbach, Leh-
rbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Penitlichen Rechts, herausgegeben von C. J. A. Mittermaier, 14. Aufl., (1847
[SCIENTIA VERLAG AALEN 1973]) § 60 では、間接故意は考えられな」とう表現になっっている(不破・前掲注(23) 刑
事責任論六八頁も参照)。この点、内田「序章 問題の所在」第3章 同「前掲注(29) 結果的加重犯四以下、五〇以下、
七四頁以下参照。
- (31) Carl Georg Wachter, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts Erster Theil, (1825) S.127-§.78 Anm. 53) も、「結果が避
けられなごであるうケース」を念頭に置かれていたようである。
- (32) この点、Dan W. Morkei, Abgrenzung zwischen vorsätzlichen und fahrlässiger Straftat, NSZ1981, Heft 5 S.176 (rechts) H. 1,「
」刑法上の非難は、行為者がその行為の結果を志向し若しくは必然的なものとすることを予見した(entweder anstrebe oder sie als
notwendig voraussah) 場合に、その行為者に課せられることは、明らかである(直接の故意(direkter Vorsatz))。」「と解され
ており、このように今日的にも「直接の故意」との関係で、「必然性」まで定義中に取り込む見解も見られる。この見解は、「行
為者の(主観的)「心情(Gesinnung)」に着目する「故意論」のようである。「過失行為者が非難されるのは、状況下で必要な
注意(Sorgfalt)を犯した」とである。」ともあり、「注意」ということで主観性を免れている訳でもあるまいが、「故意」の方
は「選択している(wählt)」ことを重視する趣旨のようである。この点、木村亀二「刑法総論 法律学全集40」(昭和三四年)
五八頁以下も参照。
- (33) 玄・前掲注(23) 未必の故意二二六頁参照。
- (34) Vgl. P. J. A. Feuerbach, A. Abhandlungen. V. Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus

- insbesondere: L. H. von Almindingen u. a. Bibliothek des peinlichen Rechts der peinlichen Gesetzgebung und Gesetzkunde Zweiter Theil (1804 [Nachdruck 1985 Keib Verlag Frankfurt/Main]) S. 234. 前掲注 (15) のほか、内田文昭「第三編過失犯論の史的展開について」第二章 中世イタリア法学の「過失犯」からカロリナ刑法典の「過失犯」へ、三カルプツォフ・バーマーの「過失犯」論(昭和四九年)同「犯罪概念と犯罪論の体系」(平成二年)二四四頁以下、大庭沙織「認識形成プロセスとしての故意」高橋剛夫ほか編著『曾根威彦先生 田口守一先生 古稀祝賀論文集「上巻」」(同一六年) 五二七頁参照。
- (35) かつて莊子博士は「法定的符合説」に対し、「甲を殺す犯意のもとに発砲したところ乙を殺したという事例につき、乙は甲に対する銃撃に驚いて電柱から墜落死した電線工夫であった(莊子邦雄「法定的符合説」日本刑法学会編・前掲注(19) 刑法講座一―一頁参照。同旨、福田平「方法の錯誤に関する覚書―法定的符合説についての再考―」(昭和五六年) 同「刑法解釈学の主要問題」(平成二年) 一〇〇頁)。「電線工夫」は通常「命綱」を付けているとすれば、驚いたとしても「墜落死」することとは考え難いではあるまいか(同旨、大谷・前掲注(18) 井上還暦九頁。「天井で昼寝をしていた泥棒」については、その後実例のような判例が出ており(最二小決平成一四年二月一四日集五六卷二号八六頁参照。なお、小出錫一「¹² 打撃の錯誤」大塚仁ほか編『新実例刑法「総論」」(平成一三年一刷、同一九年三刷) 一五九頁も参照)、従って、前者は否定的、後者は肯定的との結論が妥当ではあるまいか。
- (36) 実際、今日のドイツ刑法典においても、いわゆる結果的加重犯は「故意に (Vorsätzlich) 行われた範疇として、取り扱われているようである(一一一条二項。四條北斗「結果的加重犯の未遂について」桐蔭論叢17号(平成一九年) 二六頁左参照、もっとも、二七右以下、二九頁左)。
- (37) この点、いわゆるヴェルサリの原則上導き出され得る帰結につき、鈴木憲一「ヴェルサリの原則と錯誤概念―方法の錯誤を中心として―」東北学院大学法学研究年誌 号(昭和五八年) 一四頁参照。
- (38) このほか、徹頭徹尾「故意行為」によらなければ「故意犯」が成立し得ない訳でもないということもあり(例えば、横浜地判昭和五八年七月二〇日判時一一〇八号一三八頁、村瀬均「第2編罪 第9章放火及び失火の罪 第108条(現任建造物等放火) III 行為 2 実行の着手(2) 実行の着手の具体例(b) ガソリン撒布等」大塚仁ほか編「大コンメンタル刑法」^{第3版}第7巻(第108条) 第147条(平成二六年) 五二頁以下、前田雅英編集代表『^{第7版}刑法」(令和二年) 三五八頁、最一小決平成一六年三月二日集五八卷三号一八七頁、同判同三〇年三月二日集七二卷一八二頁、大二刑判大正一二年四月三〇日集二卷三七八頁、木村・前掲注(32) 総論二二五頁注(11)、福田平「第7章犯罪の不成立及び刑の減免(故意・過失) 第38条」団藤重光責任編集『注釈刑

- 法⁽²⁾ 総則(3) 8838 ~ 72 (昭和四四年一刷、同四八年六刷) 三四一頁、同ほか「第一九話」錯誤論をめぐる諸問題⁽²⁾ 同ほか「対談刑法総論(中) 法学教室選書」(同六一年) 一五八頁以下、植松正「訂刑法概論I 総論」(同四九年) 二六〇頁、山口厚「刑法総論^(脚)」(平成二八年) 一三二一頁、野野朔「法律学の森 刑法総論」(令和一年) 一四五頁参照。 Auch vgl. ROBERT VON HIPPEL, DEUTSCHES STRAFRECHT Band2 Das Verbrechen Allgemeine Lehren (1930) (SCIENTIA VERLAG AALEN · 1971) S.337 FuBn.1 齊藤誠二「いわゆる概括的故意をめぐる(上) (二・完)」警察研究五〇巻一二号(昭和五四年) 一五頁、五一巻二号(同五五年) 二九頁参照、すなわち、「故意行為」に出でたまま「過失」的に結果が発生した場合も、「故意犯」の成立を認め得ることである。「故意行為」によって「実行の着手」となり「未遂」の段階に至った以上、その後の経過は「因果関係」の範囲内か否かによって決せられることにもなるからである(この点、西村秀二「17 概括的故意、因果関係の錯誤」堀内捷三ほか編著「判例によるドイツ刑法(総論)」(昭和六二年) 九七頁以下も参照)。
- (39) Vgl. P.J.A.Feuerbach a.O. (Ann.34) Betrachtungen, S.242ff.
- (40) Vgl. Gallus Aloys Kleinschrods systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung Erster Theil 3. Ausg. (1805) (Nachdruck 1985 Keip Verlag Frankfurt/Main) S.41ff. 不破・前掲注(23) 刑事責任論六五頁以下、玄「序章 本書の目的」第三章 近代までのドイツにおける故意論の展開(平成一七年) 同・前掲注(23) 未必の故意二以下、六四、八〇、八四以下、八九以下、九一以下、九三以下、一四以下、一八以下、二二九、一六六以下、二二六、二六一頁以下参照。
- (41) 前掲注(4) のほか、Peter Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit : Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW Bd.77, (1965) S.5; Ingeborg Puppe, Zur Revision der Lehre von »konkreten« Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberatio iuris, GA 1981 S.1ff. 参照。
- (42) Vgl. Kleinschrod, a.O. (Ann.40) systematische E., S.60; auch Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, (1857) (Nachdruck 1985 Keip Verlag Frankfurt/Main) S.146B. -§97; 18. Aufl. (1898) (SCIENTIA VERLAG AALEN) S.129B. -§71.
- (43) 大塚仁「10」構成要件の錯誤(1) 同ほか編著『習刑法総論 新演習法律学講座15』(昭和五八年) 六八頁はこの点を強調され、「B」に対しては、過失致傷罪がみとめられるべきである。」とされる(同旨、福田平「判批」(同五五年) 同・前掲注(35) 主要問題二二三頁)。このような理解はある意味では常識的とも言えようが、刑法条文の一般的・抽象的規定形式からすると、「数故意犯説」も成り立たない訳ではなからうと思われる。

- (44) この点、中山研一「第9講故意の構造 4 同一構成要件内の錯誤と具体的符合説および法定的符合説」同『大塚刑法学の検討』(昭和六〇年)二五四頁参照。これに対し、大阪高判平成一四年九月四日判タ一―一四号二九三頁は、「構成要件の評価の観点からみて法的に人として同価値である」か否かとの観点から、「兄」でありかつ「救助すべき」「人」である「ケースにつき」、「および故意の符合を認める根拠に欠けると」結論付けている(二九七頁一段。小出・前掲注(35)新実例刑法一五八頁も参照。この論理を貫くと、「客体の錯誤」についても「故意」を認められないことにもなりはしないであろうか(この点、齊藤彩子「判批」金沢法学四七巻一号(平成一六年)三五―三五八頁注(39)参照。なお、樋笠堯士「同一構成要件間における方法の錯誤の取り扱い―修正された行為計画説の立場から―」中央大学大学院研究年報43号法学研究科篇2013(同二六年)二四六、二四八頁左のほか、佐伯仁志「刑法判例の動き」JurEジュリスト平成15年度重要判例解説 2004・6・10臨時増刊号No.1269一四九頁左も参照)。あるいは、「誤想過剰防衛」として「刑の免除」の判断をする(刑法三六条二項)方が無難だったのかもしれないであろう(この点、齊藤・前掲三五三頁注(7)のほか、百合草浩治「判批」名古屋大学法政論集二〇五号(同二六年)二九四頁以下も参照)。
- (45) 大谷・前掲注(18)井上還暦九以下、一二頁参照。
- (46) いわゆる概括的故意の事例(例えば、東京高判昭和四五年八月一日高集二三巻三号五二四頁参照)も、「行為の性質」についての「認識」面が大きいものと言えようし、いわゆる離隔犯などについても同様に考え得る面がある(井田良「故意における客体の特定および「個数」の特定について」刑法雑誌二七巻三号(昭和六一年)三九頁以下、小田直樹「具体的」予見可能性について」廣島法学一四巻四号(平成三年)一八四以下、二〇五頁参照)。確かに「概括的」には「故意」を認め得ると言えなくもなからう(この点、香川達夫「第六講 錯誤論の諸問題」同『ゼミナル』刑法の解釈(昭和六〇年)八五頁、曾根威彦「第二部総論 4 過失犯と事実の錯誤(平成二年)同『刑法における**実行・危険・錯誤**」(同三年)八〇頁以下参照)が、その実体はかなり希薄化したものとなることも否めまい。
- (47) この点、最三小判昭和二五年七月二一日集四巻七号二二六一(二二六四以下)頁のほか、大一刑判大正九年三月二六日録二六輯一八五(一八九以下)頁も参照。
- (48) 平野龍一「八 具体的法定符合説について」(昭和五五年)同『犯罪論の諸問題(上)総論 刑事法研究第2巻I』(同五六年)七一頁のほか、香川「第五講 錯誤をめぐる若干の問題」同・前掲注(46)刑法の解釈七〇頁以下も参照。
- (49) 大谷・前掲注(18)井上還暦一頁以下参照。
- (50) 例えば、福田平「方法の錯誤と故意の個数についての覚書」(平成九年)同『刑法解釈学の諸問題』(同一九年)五〇頁参照。

このほか、同・前掲注(43) 主要問題二二三頁以下も参照。

- (51) なお、この点、中野次雄「方法の錯誤といわゆる故意の個数」平場安治ほか編著『團藤重光博士古稀祝賀論文集 第二卷』(昭和五九年)二〇七以下、二一〇、二二六頁、大谷實「第一部責任論の展望 八事実の錯誤と故意の個数」(同五七年)同「刑事責任論の展望 刑事法学研究第二卷」(同五八年)九〇頁参照。さらに、東京高判平成六年六月六日高集四七卷二二二(二六六)頁、同一四年一月二五日判タ一一六八号三〇六(三〇九左) 頁のほか、ALEXANDER LÖFFLER 88 Das gemeine römische-germanische Recht von der Glosse bis gegen Ende des 18.Jahrhunderts, III Die Theorie von Carpov bis zum Ende des 18.Jahrhunderts, derselbe, DIE SCHULDFORMEN DES STRAFRECHTS IN VERGLEICHEND-HISTORISCHER UND DOGMATISCHER DARSTELLUNG, (1895) S.169ff.長井長信「事実の錯誤に関する学説史的考察(三)——方法の錯誤」をめぐる議論を中心として——南山法学14巻2・3・4合併号(平成三年)一一二頁以下、内田「第三編同 第二章同 一イタリヤ法学における「クルバ」三同」同・前掲注(34) 犯罪概念二二三、二二五、二四八、二四九注(3)、二五一、二五六、二七七頁も参照。これに対し、城下裕二「数故意犯説と責任主義」井田ほか編著・前掲注(20) 山中古稀三九〇頁は、前掲東京高判平成一四年一月二五日との関連で、法定的符合説の数故意犯説につき、故意犯としての事実認定にもかかわらず量刑における「過失犯」的評価の不自然さを指摘されており(安田拓人「講座 刑法総論の基礎にあるもの 第3回故意と錯誤(2)」法学教室四八九号(令和三年)一三五頁右以下も参照)、確かにそのようにも言い得るようにも見えようが、「犯罪」として何罪が成立するかという問題と、「量刑」上どの程度の刑にするか、その際の考慮要素としてどのような事由を考慮するかとはいずれも一致するとも限らないということではあるまいか。また、樋笠・前掲注(44) 研究年報二三一頁右以下は、(1)①②及び(2)③で参照した最三小判昭和五三年七月二八日につき、通行人を認識した上で発砲しただけでは、通行人に対しては殺人未遂罪が成立するに過ぎないのではないかとされるが、「強盗の機会」である以上、「強盗殺人未遂罪」が成立し得るのではあるまいか。

- (52) 柏木千秋「法定的符合説と罪数——具体的符合説の基礎づけ試論——」平場ほか編著・前掲注(51) 團藤古稀二五九頁参照。
- (53) Vgl.UDO JANISZEWSKI Zur Problematik der aberration icus,MDR7/1985 S.534 (links) は、「純粹な「故意の問題」(Vorsatzproblem)」ではなく、「帰責可能性(Zurechenbarkeit)」の問題として取り上げられなければならない、とされる。このような理解は、行為者・被告人自身の「故意」を刑法上常に尊重しなければならぬか、についての見解の相違に帰せられることにもなる(なお、藤木ほか「第一章 責任主義と責任論の基礎」同・前掲注(20) 刑法案内一七二頁、井田・前掲注(4)「同(二)」同五八巻一〇号(同年)六五頁も参照。この点、さらに、大塚博士は、「法定的符合説は、「故意がない場合に、故意があると評価する」ものでは決してなく、故意を認定しうる実態が備わっている場合に、その事実を踏まえつつ、故意があると

いう評価をするものだと述べている(大塚仁「事実の錯誤について」月刊法学教室一三三号(昭和五六年)一三三頁三段参照)が、「故意」の対象のうち「行為の客体」については同じ「人」であるとしながら、「数」については同じ「人」に向けられているにも係わらず観念的競合と考えないというのは、「法定的符合説」を一貫していないようにも思われる(橋爪隆「第7章 事実の錯誤について」同「法学教室 刑法総論の悩みどころ」(令和二年一四八頁参照)。一個の「故意」行為による「人」に対する「結果(実害)」発生ないしその可能性という意味で、違いはなからうからである。

(54) クライン教授は、一七九一年から一八〇〇年まで、ハレ大学長兼法学部長であられたようである(Vgl. Ernst Ferdinand Klein, Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben(1797)(Scriber Verlag, Königstein/Ts, 1979)). Franz v. Liszt, 19. E. F. Klein und die unbestimmte Verurteilung. Ein Beitrag zur preussischen Kriminalpolitik des 19. Jahrhunderts, derselbe, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Zweiter Band, (1905(Walter de Gruyter&Co., Berlin1970)). S. 133)。

(55) Vgl. E. F. Klein, Vom Unterschied zwischen dolus und culpa in Beziehung auf Verbrechen und Strafe, Archiv des Criminalrechts Bd.1, (1799)SS56ff. 61ff. わたくしは、奇しくも本論文発行の二〇〇年後に、ハレ大学を訪問する機会に恵まれた(拙稿「ドイツ刑法典の「横領罪」に関する予備的考察」九州大学法政研究六六卷二号(平成十一年)一九四頁注(16)参照)。なお、ハレ大学については、日高義博「刑法総論」(同二十七年)五五頁も参照。

(56) もっとも、中義勝「未必の故意」日本刑法学会編・前掲注(19)「刑法講座八二、八三頁以下、伊藤寧「未必の故意に関する若干の考察」齊藤誠二ほか編著「変動期の刑事法学 森下忠先生古稀祝賀」(平成七年)一七二頁以下のほか、堀内捷三「刑法総論(解説)」(同一六年)九四頁以下も参照。

三 おわりに

① 以上の検討から、刑事裁判上認定される「故意」とは、そもそも行為者が「行為の客体」に対する「結果」発生の「可能性」を「現実」に「認識」しなかった場合はともかく、その「可能性」を「現実」に「認識」しつつ「行為」に出た(若しくは出なかった)ことを前提に、実際的には特にその「行為」に包蔵されている「意味内容」を「認識」

していたという「意識状態」を指すものであり、その際、「認容」的態度も認定できることが多いであろうと思われる。⁵⁸⁾ 論者が指摘されるように、「表象はそれ自体では（即ち意思を介しなければ）何らの原因力を持たない」とも言えようが、そのような意味合いの「行為」であることを「現実」に「認識」しつつ取えて「行為」に出る（若しくは出ない）ことよって、「故意」を認めることができるものと言えよう。⁶¹⁾ いわゆる「認識ある過失」との違いについては、例えば、自動車の走行の場合、相手車という「行為の客体」を「認識」してはいたものの、距離が遠いためにまだ切迫感が薄い場合などはそのまま走行してしまうこともあり、その「認識」した段階では「現実」性が充足されていないという理由付けにもなる。もっとも、自動車の場合スピードが速いので、「現実」に危ないと思った段階では遅過ぎるということにもなる。この場合「相手方が止まるであろう」との意識があることよって、「衝突」の「可能性」で走行することにもなる。この場合「相手方が止まるであろう」との意識があることよって、「衝突」の「可能性」の「現実」の「認識」を有していなかったとも言える訳である。⁶²⁾ しかして、「衝突」が脳裏を掠めたとしても、このような「意識状態」で走行する限り、結局「衝突」を否定していることになり、「過失」の範疇に止まることになろう。

この点、特に離れた「行為の客体」に対して「犯罪行為」に及ぶ場合は当該意図した「結果」を発生させられるとも限らないので、「行為」の側面に着目せざるを得ないとともに、不測の「結果」が発生する「可能性」は常にあり得ること、換言すれば、直接の「行為の客体」との関係では「認容」が看取できるとともに、当該「犯罪行為」が他の「同種」の「行為の客体」の侵害・危殆化を発生させる「可能性」がありかつ行為者が自己の「行為の性質」を「認識」している以上、他の「同種」の「行為の客体」との関係でも「故意」が認定できるということになろう。このような場合をも念頭に置くときには、「法定的符合説」の「教故意犯説」が妥当な理解であるとの帰結になろう。

「責任主義」の観点からは、行為者・被告人の「主観」を重視することが必要かつ重要であるように見えようが、「刑法」は「国家法」でありかつ「公法」であるとの立場からは、刑事責任が余りに行為者・被告人の「主観」に左右され過ぎるのは妥当とは言い難く、不当・不正に渡らない程度に「刑法」のこのような性質は重視されるべきものと言え、⁽⁶⁵⁾ 具体的には個々の解釈論のレベルで「法定的符合説」による「数故意犯説」が妥当であるとの帰結に至るものと言えよう。「国家法・公法」たる「刑法」は、「国家・社会」の構成員たる個々の「被害者」に成り代わり、国民・住民全体の観点から対処するための法であるからである。⁽⁶⁶⁾

②一八・一九世紀ドイツにおいても、フランス革命後の混乱に対処するためにも、啓蒙主義的な立法そして実務を推進するために、刑法研究者なども努力したものであろうし、そのような努力の跡が「故意論」「錯誤論」にも反映されているものと言えよう。⁽⁶⁷⁾ そのような努力の成果を、日本刑法も受け継いでいる訳である。⁽⁶⁸⁾

しかし、その後も「刑法理論」は進化し続けたのであり、ベーリング教授の「構成要件論」、そしてヴェルツェル教授の「目的的行為論」、その後の「客観的目的的行為論」は、このような啓蒙主義の成果を若干揺り戻しつつ、「故意論」「錯誤論」においても責任の幅を若干広げる形で、「法定的符合説」「数故意犯説」の妥当性を正当化する余地を与えてくれるものと言えよう。⁽⁷⁰⁾⁽⁷¹⁾

すなわち、「構成要件」における「枠組み」構成要素としての「構成要件の故意」の性質上、当該「行為の客体」に対する「故意」がありさえすれば、その「故意行為」が及ぶ「可能性」がある範囲内については、他の「同種」の「行為の客体」に対しても「故意」が認め得るとの帰結になるものと言えよう（Ⅱ「構成要件の故意」の「枠組み内機能」⁽⁷²⁾⁽⁷³⁾）。換言すれば、刑法上の「故意」というものはもともと包括的に事態を捕捉する余地を有するものであり、結果的に生

起した事象までカバーし得るものであって、後は量刑論として勘案すべきということになる。⁽⁷⁴⁾しかしそうになると、「結果的加重犯」が刑法典に規定されている点をどのように考えるのか、が問われることにもなる。「責任主義」のみならず「罪刑法定主義」にも反することになりはしないであろうか。「結果的加重犯」(例えば、一一一条、一二四条二項、一二六条三項、一八一条、一九六条、二〇五条、二二三条後段、二一九条、二二一条、二四〇条、二四一条一・三項など)は「故意犯+過失犯」というそれぞれの「法定刑」の総和では説明が付かない程重い「法定刑」が予告されているのが、特徴的である。⁽⁷⁵⁾そうなると、少なくとも立法的には「故意犯」の一類型との理解が窺えるを見て、差し支えないのではあるまいか。例えば、ナポレオン刑法においては、「傷害」によって「致死」に至った場合、「殺人罪」の「未必の故意」ありとされていたのが、その後「傷害致死罪」の規定が考えられたものようであり、理論的に厳密にはそれぞれの犯罪の「故意」が異なることは明らかであるが、しかし場合によっては「殺人の故意」と「傷害の故意」は微妙で区別が付き難い面もあり、結果的に「致死」に至ったとなれば、「殺人罪」に匹敵する場合であると解されたのも無理からぬところであろう。かくして、「結果的加重犯」の場合立法的に細分化された例ということになるが、⁽⁷⁶⁾後は解釈論に委ねられているところもあり、はじめに「殺人の故意」によった以上、直接的に「認識」していなかった「同種」の「行為の客体」との関係でも、その「故意」の発現であるとの見方はあり得るところであろう。直接的な条文上の根拠としては、刑法五四条一項前段が引き合いに出されることにもなる。

なお、「法定的符合説」による理解は刑法三八条二項に抵触するのではないかとの疑問もないではなからうが、⁽⁷⁸⁾確かに「結果」の側面から見れば「予想外」の「行為の客体」に対しても「故意」を認める形になるもの、この規定ははじめから当該犯罪の「故意」なканずく重い「故意」がなかった場合の規定であり、さしあたり当該犯罪の「故

意」があった場合の理論構成たる「法定的符合説」とは同じ場合ではないことが看取できよう。もつとも、この場合も、「結果」的に発生した事象に対する直接的な「故意」はなかったことは確かであるが、「構成要件の故意」がカバーし得る範囲内の「同種の犯罪」ということであろう。²⁹⁾

もつとも、いわゆる「具体的符合説」によれば、「認識」していなかった「行為の客体」との関係では「故意」はなく「過失」責任を認めておけば足りるということにもなり、それがむしろ常識的な見方とも言えなくもなからうが、直接的な「行為の客体」との関係での「故意」があった以上、「同種」の「行為の客体」との関係では当該「構成要件の故意」の一般的な性質上、包含し得ると解することもできるのではあるまいか。「人を殺す意思」によって、「人の死の結果」を発生させたということにならうからである（＝「故意致死類型」としての「殺人罪」）。

(57) 「現実」性は、行為者の「行為の客体」の「認識」の有無、それとの「距離」の程度のほか、「行為の危険度」の違い、あるいは行為者が置かれた状況に伴う「法規範上の認識」などの考慮要素によっても認定され得るものと言えよう。

(58) Vgl. Weßenborn, 6. Der unbestimmte eventuelle Dolus, Der Gerichtssaal Band 50, (1895) S. 196; noch Konrad Hagen, 7. Der Vor-satz und seine Feststellung, ZStW 19 Bd. (1907) SS. 161, 165; 中義勝「未必の故意(再論)」關西大學法學論集一五卷四・五・六号(昭和四一年)一九七・二〇二頁、同「未必の故意と認識ある過失」同四二卷三・四号(平成四年)五〇頁以下、大庭沙織「ルト・リッシングファン・ザーン」未必的な殺人の故意と連邦通常裁判所の『抑制をかける心理的障壁論』早稲田法学八八巻二号(同二五年)三三四以下、三三六頁。BGH, Bechl. v. 7. 4. 1983, NSZ 1983, Heft 8 S. 365; Bg. I, Strafsenat, Urt. vom 4. August 1987, BGHS 35, BAND, (1989) S. 21 [25f.]; BGH, Urt. v. 28. 2. 1989, NJW 1989, Heft 47 S. 3027 [links]; BGH, Urt. v. 28. 4. 1994, NSZ 1994, Heft 10 S. 483 [484]; BGH, Urt. v. 14. 7. 1994, NSZ 1994, Heft 12 S. 584 [rechts]; BGH, 2. Strafsenat, Urt. vom 2. November 1994, BGHS 40, BAND, (1995) S. 304 [306]; BGH, Beschl. v. 7. 7. 1999, NSZ 1999, Heft 10 S. 507 [rechts]; ff. BGH, Urt. v. 20. 6. 2000, NSZ 2000, Heft 11 S. 583 [rechts]; ff. BGH, Urt. v. 25. 5. 2007, NSZ 2007, Heft 11 S. 639; BGH, Urt. v. 26. 7. 2007, NSZ 2007, Heft 12 S. 701 [links]; BGH, Urt. v. 18. 10. 2007, NSZ 2008, Heft 2 S. 93

[rechts]ff:BGH Urt.v.13.1.2015,NStZ/2015 S.216(217 (links)). $\rho\ \rho\ \nu\ \rho$ BGH Beschl.v.23.4.2003,NStZ2003,Heft11 S.603ff. $\rho\ \rho$ 「未必の故意 (bedingten Vorsatzes)」が認められるためには、「知的要素 (Wissenselement)」のほか、「意欲的要素 (voluntative Vorsetzelement)」 ρ 必要 $\rho\ \rho\ \rho$ 。auch Gerhard Altvater,Rechtssprechung des BGH zu den Tötungsdelikten,NStZ 2003,Heft1 S.21 (rechts);derselbe,Rechtssprechungsbüchersicht Tötungsdelikte,NStZ2006,Heft2 S.86 (rechts)ff;Michael Kubicic/Elisa Hoven,Die Strafbarkeit illegaler Straßenerennen mit Todesfolge,NStZ8/2017 S.441 (rechts);BGH Urt.v.25.11.1987,NStZ 1988,Heft4 S.175;BGH Beschl.v.23.6.1983,NStZ1984,Heft1 S.19;BGH Beschl.v.7.7.1992,NStZ1992,Heft2 S.587(588);BGH Urt.v.25.3.1999,NJW1999,Heft34 S.2533 (2534 (rechts)ff);BGH Beschl.v.8.5.2001,NStZ2001,Heft9 S.475(476 (links));BGH Urt.v.18.10.2006,NStZ2007,Heft3 S.151;BGH Beschl.v.8.5.2008,NStZ2009,Heft2 S.91;BGH Urt.v.23.6.2009,NStZ2009,Heft1 S.629 (630);BGH Beschl.v.2.2.2010,NStZ2010,Heft9 S.511 (512 (links));BGH Urt.v.27.1.2001,NStZ2011,Heft12 S.699 (701ff.);BGH Beschl.v.6.12.2011,NStZ2012,Heft7 S.384;BGH Urt.v.23.2.2012,NStZ2012,Heft8 S.443 (444 (rechts)ff);BGH 4. Strafsenat, Urteil vom 22. März 2012, BGHSt57, BAND (2013) S.186ff.;BGH Urt.v.16.5.2013,NStZ10/2013 S.581 (582 (rechts)ff);BGH Urt.v.16.9.2015,NStZ1/2016 S.25. $\rho\ \rho\ \rho$ 」牧野英一『刑法総論 下巻』(昭和四一年一六版)五五六頁(常用漢字化)。林幹人「20 未必の故意と認識ある過失の限界」堀内ほか編著・前掲注(38)ドイツ刑法111頁以下、長井長信「第一編故意と違法性の意識 第三章違法性の意識の限界 第二節未必の違法意識 第二款未必の違法意識の限界基準」(昭和六一年)同「故意概念と錯誤論」(平成一〇年)110頁以下、日高義博「判批」芝原邦爾ほか編著「別冊ジュリスト刑法判例百選Ⅰ総論」【第五版】No.166 2002/4】七八(七九)頁、川端博『刑法総論講義 第3版』(平成二五年)一九五頁も参照。なお、ドイツ刑法典においては、「故意殺」か「過失致死」かという区別のほか、日本の旧刑法典第三編第一章第一節も「謀殺故殺ノ罪」という表題であったが、「謀殺 (Mord)」「(111条)」「故殺 (Totschlag)」「(112条)」とそう区別に応じて、それぞれの条文上の要件の解釈も重要な論点となつてくる点に、留意した。(vgl. begründet von Johannes Wessels, fortgeführt von Michael Heitingger, Strafrecht Besonderer Teil/1 Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte 31.Aufl.(2007) S.23-Rn.68ff.)。

(59) 例えば、「未必の故意」が肯定された事例として、最三小判昭和三十三年三月一六日集二卷三号二二七頁(贓物故買)、同一二月七日集二卷一三三〇二頁(有毒飲食物等取締令)、最一小判同二十四年二月二四日裁判集七号五七五頁(殺人)、最三小判同年一月八日同一四号四七七頁(同)、最二小判同二十八年一月二三日集七卷一号四六頁(誣告)、同決平成二年二月九日判時一三四一五七(一五八頁二段)頁(覚せい剤輸入ノ所持)、同一十七年七月四日集五九卷六号四〇三(四〇五、四三六、四三九、五〇二、五〇三、五〇八)頁(殺人)(もっとも、松宮孝明「■小特集Ⅱ裁判員裁判と未必の故意」裁判員裁判と未必の故意」

を問題とする視点」法律時報83巻1号(平成三年)八二頁注12)参照、最三小判同三〇年二月一日集七二巻六号六七二(六七七、六八二以下、六八六以下、六九九以下、七二〇、七二六以下、七三二以下、七三四)頁(詐欺、最二小判同一四日同七三七(七四〇以下、七五〇、七五四、七六六以下、七八一以下、七八四、七八八)頁(同)、同令和一年九月二七日集七三巻四号四七(五二、六四、七六、八一以下、九九以下、一〇九、一一六以下、一二〇以下、一二三)頁(同)、同三年一月二九日集七五巻一号一(五、一六、一七、一九、二〇以下、二三、二四、三八、四三、四八以下、五六以下、五九、六三以下、七一、七二、九五、九七、九九、一〇一、一〇八、一〇九、一一一以下、一一四以下)頁(殺人、同決同二年七月三十一日判例秘書107510089一頁・大阪高判同一年九月一日同0720333一頁(同)、東京地判昭和五年二月一六日判時五八五号三一(三二頁三段以下)頁(同)、同一〇月三日同六二〇号一〇四(一〇五頁四段、一〇六)頁(同)、名古屋地判同四六年一月二八日同六三五号一六〇(一六三)頁(同)(なお、小野寺一浩「意識の明瞭性の欠落と未必の故意」内田文昭先生古稀祝賀論文集編集委員会編『同論文集』(平成四年)一二五頁以下も参照、福岡高判同五六年七月一日同一〇三五号一五二頁(傷害、同六二年二月八日同二六五号一五七頁(不動産侵奪)、東京高判同六〇年五月二八日同一一七四号一六〇頁(殺人、否定された事例として、最三小判同二四年二月二日集三巻二号二〇頁(有毒飲食物等取締令)(なお、大庭沙織「メタノールの認識」成瀬幸典ほか編著『判例ブラクティス刑法I総論 第2版』(令和二年)七一頁参照)、岡山地判同四六年三月一〇日判時六四五号一二二(一一四頁四段以下)頁(殺人、大阪高判同五四年七月一日同九七四号一三五頁(同)、横浜地判同支判同五六年五月一九日同一〇一〇号一四二頁(同)、をそれぞれ参照。

学説としては、藤木ほか・前掲注(20) 刑法案内一九〇頁以下、橋爪隆「裁判員制度のもとにおける刑法理論」法曹時報六〇巻五号(平成二〇年)四五頁以下、(協力) 研究員佐伯仁志ほか「司法研究報告書 第六一輯 難解な法律概念と裁判員裁判」(同二一年)一一以下、七〇頁、大庭沙織「故意の意的要素の必要性」早稲田法学会誌六五巻一号(同二六年)一五六、一七八頁以下参照。もつとも、大庭論文一八七・一九七頁注(91) の具体的適用は、適用基準が一貫していないようにも思われる。

(60) 平場・前掲注(23) 刑雑六〇頁参照。

(61) この点、福田平「第三部現代刑法学の課題 目的的行為論」木村龜二編著『刑法学入門』(昭和三二年一刷、同三三年二刷)三六三頁以下、同「第一部総論の諸問題 現代責任理論の問題点」(同四〇年)同『刑法解釈学の基本問題』(同五〇年)八八頁、鈴木茂嗣「15 故意と意思―選択意思説試論―」(平成一〇年)「16 刑事責任の構造」(同二一年)同「犯罪論の基本構造」(同二四年)二九四頁以下、三〇六頁以下も参照。なお、「故意(Vorsatz)は、. . . 決断上重要な時点におけるある特定の行態(Verhalten)による構成要件実現の回避可能性(Vermeldbarkeit)の意識(Bewusstsein)である。」(vgl. Urs Kindhäuser, IX.

- Subjektive Zurechnung: Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung (1994), X-Irrtum und Versuch: Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum (1990), Zur Abgrenzung des Irrtums über Tatumsstände vom Verbotirrtum (2019), derselbe, Analytische Strafrechtswissenschaft, Band2 (2021) SS.932. noch 954ff. 977ff. 991ff.) との近時の理解については(この点、鈴木茂嗣『刑法総論^{第2版}』(平成二三年)九五頁以下も参照)、行為者のいわば理性に着目し、犯罪抑止的な側面に目を向けつつ、より客観的な「故意」概念を目指すものとも言え、また「過失犯」と共通的に捉え得るといふ点で魅力的な理解ではあるが、やはり「犯罪」は一定の「意思」のもとで現実的に「行為」する(若しくは「行為」しない)ことが問題となるとの観点からは、「激情犯」的な場合もあることにも鑑み、「回避可能性」を前面に出すことは「犯罪」というものの「本質」を説明し切れないのではあるまいか。「思い止まらなかったこと(若しくは思い止まったこと)」よりも、むしろ「行為したこと(若しくは行為しなかったこと)」が「犯罪」の「本質」をなすものであるうから、この側面を取り込んで「故意」についても定義付けなければならないのではあるまいか(この点、拙稿・前掲注(20)成蹊法学90号三九四、四〇〇頁同91号三二三、三二二頁のほか、吉岡一男「6 犯罪現象と刑事法」長尾龍一ほか編著『現代法哲学 3 実定法の基礎理論』(昭和五八年初版、同五九年二刷)一六五頁も参照)。
- (62) この点、江家義男『刑法(総論)』(昭和三七年一一版)一三七頁も参照。
- (63) 例えば、松原芳博『刑法総論^{第2版}』(平成二九年)二二八頁の例を参照。
- (64) これに対し、末道康之「フランス犯罪論体系の素描」宮澤古稀編集委員会編・前掲注(23)宮澤古稀一五一頁以下参照。もっとも、江口三角「オルトランの刑法学―その思想と方法―」齊藤ほか編著・前掲注(56)森下古稀四九頁。Auch vgl.R.V. HIPPEL, aa.O. (Anm.38) Band1 Allgemeine Grundlagen (1925/SCIENTIA VERLAG AALEN・1971) SS.4.308. 木村亀一「クーゲルの刑法理論の現代的意義」(昭和六年)同「刑法解釈の諸問題 第一巻」(同一四年)三四頁。
- (65) なお、この点、藤木ほか「第二章 錯誤」同・前掲注(20)刑法案内二〇四頁以下、大庭・前掲注(34)曾根・田口古稀五一―四頁以下も参照。しかして、「故意」の行為によって客観的には「法益」の侵害・危殆化が発生している場合、「責任」の段階で最終的にそのような「行為」をどのように「刑法的」に評価し、結局、「刑事責任」をどのようにまとめ上げるか、に係って来ることもなろう(なお、この点、拙稿「刑法総論算書(3)―「刑罰」についての考察―」成蹊法学88号(平成三〇年)七〇、八四以下、九五頁注(56)のほか、木村「刑事責任の本質」(昭和二四年)同・前掲注(29)基本問題二六八以下、二七七頁以下も参照)。結局、行為者・被告人の「主観」を考慮に入れつつも(vgl.R.V. HIPPEL, aa.O. (Anm.38) Band2, S.276)、裁判官が自由心証主義の観点から合理的・適切に判断することである、ということになろう(なお、この点、杉本一敏「第6講主観的

要素 I 故意はどこまで客観化されるべきか」高橋則夫ほか『理論刑法学入門刑法理論の味わい方』（平成二六年）一六二頁以下も参照。 auch BGH, Beschv. 25.11.2010, NStZ 2011, Heft 6 S. 338 (links))), (66) なお、この点、拙稿・前掲注 (65) 成蹊法学七二以下、八六頁参照。「刑罰の任務は、社会的なコンタクトのための・・・規範の維持である。」(vgl. Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch 2, Aufl. (1991) S. 10-Rn. 11) とどう理解からは、必ずしも「刑罰」「刑法」の役割は見えて来ないのではあるまいか。

(67) 真鍋毅「第二章 一九世紀における過失の理論状況」同『現代刑事責任論序説』（昭和五八年）六三頁は、この時代につき「道的啓蒙」と称される。この点、内藤謙「第一編目的的行為論・法益論・戦後刑法学 第二章刑法における法益概念の歴史的发展 一 法益概念の形成過程 二 ハーゲル学派刑法学と「法的な財」の概念」（同四一・二年）同『刑法理論の史的展開』（平成一九年）七〇、七二、八一以下、九四頁以下も参照。さらに、フオイエルバハ教授とクライン教授の対決の歴史的・理論的意義については、莊子邦雄『近代刑法思想史序説』（昭和五八年）四一、五二、九六頁以下参照。これに対し、伊東研祐「第一章法の財概念の成立と法益概念の確立基盤 第一節法益概念前史」同『法益概念史研究』（同五九年）一七頁以下も参照。

なお、バイエルンがナポレオンと同盟したことにより、一八〇五年一月二六日のプレスブルクの講和で得られた領土・地位と、その後の経緯・状況を前提としたフオイエルバハ氏の様子につき、E・キッパ（西村克彦訳）『近代刑法学の父 フオイエルバハ伝』（昭和五四年）五七以下、六三以下、七一以下、八七以下、九四以下、九七以下、一〇八以下、一四一以下、一四四以下、二〇七頁以下参照。また、クライン氏の「啓蒙」に関する論稿とカント氏との類似性・共通性そして政治的相違につき、西村稔「6 啓蒙期法思想と知識社会―カントと啓蒙官僚」長尾ほか編・前掲注（61）現代法哲学 2 法思想（同五八年）一八二、一八八以下、二〇三頁注（四）参照。

(68) なお、この点、小名木・前掲注（23）宮澤古稀「四九頁参照」。

(69) ベーリング教授に先行する論者ではあるが、「故意 (Dolus) は、その主体の意思 (der Wille) が向けられる・法律によって保護される財 (Gut) が、犯罪の構成要件 (Tatbestand) を構成しつゝる場合に、存在する」(vgl. C. (arl.) G. (eorg.) v. (on) Wächter, III Zur näheren Bestimmung des Dolus-Begriffs, Der Gerichtssaal Sechszehnter Jahrgang, (1864) S. 56, ウェヒター氏は、一八五八年から六〇年までライプツィヒ大学の学長を務め、一八六〇年からはドイツ法律学協会会長であられたようである（インターネットによる）との定義も見られるところであるが、「構成要件」概念をどのように構成するかによって、「故意」概念についても必ずしも単一の結論しか得られない訳でもなからうとは思われる。なお、本稿においては、「構成要件」とは、刑法上の条文を前提とした・「同種犯罪」についての「枠組み」、と解しておきたい。例えば、「故意の殺人」という場合は、その「枠組み」

に該当するあらゆる行為・結果が含まれることになるものである。

(70) 米田泰邦「第三章法概念としての行為―純粋な社会的行為概念― 二行為概念と行為の社会的意味 三客観的目的的行為概念」(昭和四三年)「第四章主観的目的的行為論と体系的行為概念―行為論の倫理的意義― 一行為論の体系的位づけ 二主観的目的的行為論と社会的行為論」(同四六年)「第六章刑法的行為論の三〇年 八社会的「任意的」行為概念の限界 二任意性の規定を除く行為概念」同「行為論と刑法理論 刑事法研究第二卷」(同六一年) 六二頁以下、八四頁以下、二二六頁参照。

もともと、「客観的目的的行為論」に立ち、「構成要件の故意」を認める内田博士は、「方法(打撃)の錯誤」において「具体的符合説」を支持されるので(内田・前掲注(4) 改訂八三、一一二以下、一六一頁以下、同・概要一三九、二一三以下、四三八頁以下参照)、本文のような理解が論理的に唯一・自明のものという訳ではない。これに対し、「構成要件の故意」を認めず、「責任故意」だけを認める見解の場合、その「故意」理解はより主観的・個別的になる可能性がある。この点、山火正則「第1講 構成要件の意義と機能」阿部純二ほか編「刑法基本講座 第2巻構成要件論 錯誤・過失」(平成六年)二五頁注(91)は、内田説につき、構成要件段階では「法定的符合説的のものによることで満足」すべきで、「行為者の具体的な認識を基礎とする修正は、責任の問題である。旨、論評されており、確かに、山火博士のような理解の方が論理一貫するようでもあるが、「故意」についての一般的な理解を前提に、「錯誤論」においてもそのような一般的な理解の範囲内での理論と解すれば、齟齬はないのではあるまいか。なお、「客観・主観面を共に支配する」指導形象(Leitbild)と「理解」(Vg; Ernst Beling Grundzüge des Strafrechts II, Aufl. (1930) S.24ff.)は、「客観的目的的行為論」的「構成要件論」に近いとも言えよう(なお、木村「構成要件」と型概念」(昭和一八年)同・前掲注(29) 基本問題一〇二頁のほか、同「結果的加重犯」同三三〇頁、宮澤浩一「四開かれた構成要件と法義務のメルクマール 三構成要件の諸機能と開かれた構成要件 1 最近の構成要件論について」同「刑法の思考と論理 刑事法論集第一巻」(同五〇年)二二四頁参照。正確には、「構成要件」そのものではなく、「行為の構成要件該当性」が現実的な「犯罪」認定の粗上に供せられるということになる(平場安治「構成要件理論の再構成」(同三〇年)同「刑法における行為概念の研究」(同四一年一刷、同五四年四刷)一一六頁以下、佐伯千似「4 タートベスタント序論―いわゆる構成要件の理論のために―」(同八年)同「刑法における違法性の理論」(同四九年一刷、同六三年三刷)一一四以下、一一六頁参照、なお、一一七頁以下)。もともと、「目的的行為論」における「目的」を強調すると、当該「行為の客体」以外の「故意」の適用などは考えようもないことにもなり兼ねない(例えば、浅田和茂「教唆犯と具体的事実の錯誤」西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員会編「同論文集 第二巻」(平成一〇年)四一〇頁参照。もともと、四〇六頁以下のほか、藤本ほか・前掲注(65) 刑法案内二〇七頁も参照)が、さしあたり「目的」としていたとしても、誤認や為損ねなどもまあり得ることを考えると、「目

的」を余りに「主観的」に捉え過ぎることは疑問とされなければなるまい。というのも、「目的的行為論」は「行為」を人間関係的に捉えたという点で、見るべき点がある(竹田直平「第二章行為概念の構造 五目的的行為概念の帰結とその批判」(昭和三年)同『刑法と近代法秩序』(同六三年)九〇頁以下、井田良「目的的行為論と犯罪論の現在」(平成五年)同『犯罪論の現在と目的的行為論』(同七年)三、一二、一三、一四、一八以下、二四頁参照)としても、「目的」「意図」というのはやはり本来「故意」に特化した理論であろうから、「過失」についても犯罪として捉えるための理論としては無理な面があるからである。もっとも、この点、藤木ほか「第五章 目的的行為論と犯罪論体系」同・前掲注(20)「刑法案内七六頁以下を参照されたいが、そこにおいて、「故意犯」と「過失犯」は必ずしも同様な視点から捉え切れないことを吐露されている点に、因らざる私見による批判が当てはまること示されているのではあるまいか(この点は、つとに、小野清一郎「犯罪構成要件の理論四構成要件と行為論」同『犯罪構成要件の理論』(昭和二年一刷、同五六年一六刷)五三頁以下において、指摘されていたところであるが、井田・前掲五、二四頁、同「過失犯と目的的行為論―過失行為の行為性に関する一考察―」(同六三年)前掲目的的行為論三六、三八、五七頁以下、福田「第一部過失犯と目的的行為論―過失犯の目的的行為性についての覚書―」(同四一年)同・前掲注(61)基本問題二四頁も参照。もっとも、後者の二七頁以下を参照されたいが、やはり「過失犯」においては「目的」は必ずしも「犯罪」とは関係がないということであろう。しかしそうすると、「故意犯」においても通常必ずしも「目的」まで問題にする必要はないとすると、前述のように、人間関係的に「故意・過失」を「構成要件」に位置付けたことが、「目的的行為論」の功績ということにもなる。もっとも、この点、藤木「犯罪論 第一部犯罪論の基礎 第一章犯罪論の体系 二犯罪論構成の方向」同『刑法講義総論』(同五〇年一刷、同五二年五刷)六九頁以下のほか、米田「第四章同 二有意的行為概念と体系的行為概念 一有意的行為概念と刑法の中心問題」同 六ウェルツェル「福田体系の上位概念の非存在論性 二行態という名の任意的行為概念」同・前掲行為論八七以下、一一五頁のほか、石堂功卓「結果的加重犯と責任」平場ほか編著・前掲注(51)團藤古稀第三卷(同年)六一頁以下を参照。なお、前掲注(61)Kindhäuser説のほか、福田「第一部 過失犯の構造について」(同四六年)同・前掲注(61)基本問題四八頁以下、拙稿・前掲注(61)も参照。

(71)これに対し、「目的的行為論」の立場から、「故意・・・は不法に・・・属する。」との理解につき、Ulrich Schroth Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale (1994) S.13ff.参照。この点、平場・前掲注(23)刑雑三頁、TAIRA FUKUDA, Die finale Handlungslehre Welzels und die Japanische Strafrechtsdogmatik, Herausgegeben von Günter Stratenwerth ua. FESTSCHRIFT FÜR HANS WELZEL am 25. März 1974 (1974) S.257ff.参照。しかし「犯罪は行為者の行為である」との観点からは(一)この点、拙稿・前掲注(65)成蹊法学八四頁以下も参照、「不法」においても「行為者の故意」を考慮

に入れるのはある意味では当然ということにもなるが、犯罪論体系上はさしあたり「行為者の故意の犯罪行為」↓「行為者の故意の犯罪行為による法益の侵害・危殆化」↓「行為者の犯罪故意の意義」という形で、捉えることも可能であろう。

- (72) 「故意 (Vorsatz)」は、……構成要件を構成する要素である。」(Vgl. Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht Eine systematische Darstellung II. Aufl. (1969) S. 61) 以下、当該「故意犯」が成立することになるとともに、その「故意」が及ぶ範囲内での「同種の犯罪」についても「故意構成要件」中に取り込まれる形になるものと言えよう。なお、この点、長島敦「第二部刑法論考―判例・外国法などに示唆されて 第六章事実の錯誤と故意の個数―刑法解釈における比喩とフィクション」(昭和五八年)「第四部終章―序章のはじまり 第一章刑法の解釈における価値的評価・判断―事実の認定とフィクションの利用」(同五九年)同「刑法における実存と法解釈」(同六一年)二七二頁、三四七頁以下参照。これに対し、齋野彦弥「徹底して具体化された故意の概念と故意の認定について」芝原邦爾ほか編著「松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻」(平成一〇年)二七九頁以下。なお、長島判事(当時)の補足意見について取り上げた拙稿「判例による法形成―「水俣病事件」の場合―」九州大学法政研究五八巻二号(同四年)一二四頁以下の論述については、「法定的符合説」の当否はともかく、今日においても基本的に妥当ではないかと考える。この点、松宮孝明「判批」判例評論五七一(判時一九三四)号(同一年)四四頁中段も「水俣病事件」を引き合いに出しつつ、最三小決平成一六年一〇月一九日集五八巻七号六四五頁の事例につき、「刑法二〇四条の傷害罪や刑法二〇五条の傷害致死罪に当たることとなる事態ではないのであろうか」と批判されているが、被告人はAに暴行・傷害を加えてはいるが、その暴行・傷害が他の人に及んでいる訳ではないから、本事例全体において「因果関係」が認められるとしても、「法定的符合説」を適用すべき場合ではないということであろう。

- (73) なお、西原春夫「第一部構成要件・行為・危険性 1 犯罪論における定型的思考の限界」(昭和三八年)同「犯罪実行行為論」(平成一〇年)三〇頁以下、吉田敏雄「第9講 主観的構成要件要素と主観的違法要素」阿部ほか編・前掲注(70)基本講座一四〇頁以下、同「特集」「構成要件論の再生」●違法性・責任と構成要件」現代刑事法六六号(同一六年)三六頁左参照。

- (74) Vgl. ERNST BELING, Vierter Abschnitt. Das einzelne Verbrechen (der Verbrechenfall) als konkrete tatbestandsmäßige Handlung, §32. A. Im allgemeinen, derselbe, DIE LEHRE VOM VERBRECHEN, (1906 [1964 SCIENTA VERLAG AALEN]) S. 326. のほか、中野・前掲注(51)團藤古稀、井田良「講義刑法学・総論編」(平成三〇年)一九四頁、同・前掲注(53)法学研究六五頁、拙稿「刑法総論覚書(1)―過剰防衛の質と量―」成蹊法学76号(同二四年)八七頁も参照。

- (75) 丸山雅夫「序章本書の概要と「結果的加重犯」概念 第一節本書の概要」同「結果的加重犯」(平成二年)二頁以下のほか、井上宜裕「結果的加重犯と責任主義」九州大学法政研究七八巻三号(同二三年)二一、七頁も参照。

(76) 牧野英一「結果的加重犯」(昭和一三年)同『刑法研究 第八卷』(同一四年)四四三頁以下、森井・前掲注(23)竹田・植田還曆三五頁参照。具体的には、井上宣裕「フランス刑法における未必の故意」九州大学法政研究七六卷四号(平成二二年)五〇、五一頁以下参照、もつとも、四八、四五以下、五七、六一頁以下注(45)(51)。同・前掲注(75)法政研究一〇、一七頁注(33)(34)(35)参照、もつとも、九以下、一一頁以下。さらに、西台・前掲注(19)紀要三一集三一頁も参照。Auch vgl. PHILIPP ALPFELD, LEHRBUCH DES DEUTSCHEN STRAFRECHTS, ALLGEMEINER TEIL, 9. Aufl. (1934) (SCIENTIA VERLAG AALEN・1978) S.162ff.不破・前掲注(23)刑事責任論五五、五七、五九、六九頁。なお、中村義孝編訳「17 1810年刑法典」同「ナポレオン刑事法典史料集成」(平成一八年)二六三頁以下参照。

(77) 丸山「第一編結果的加重犯の構造 第六章危険性を基盤とする過失説―結果的加重犯の不法内容(三)―第一節結果的加重犯と過失 第二款結果的加重犯における「過失」同・前掲注(75)結果的加重犯二三〇頁、内田「終章 結論と今後の展望」同・前掲注(29)結果的加重犯三二六頁、四條・前掲注(36)桐蔭二六頁左のほか、香川達夫「第二章結果的加重犯の本質 第二節危険犯と結果的加重犯 二危険性説」同「結果的加重犯の本質」(昭和五三年)九八頁を参照されたいが、山口教授(当時)も、「観念的競合の場合と比較して結果的加重犯の刑が重いのは、現行法において観念的競合の処理の仕方が軽いことによるにすぎない面があるのではないかと」指摘されており(山口厚「6 結果的加重犯論の現状と課題」川端博『川端博対談集現代刑法理論の現状と課題』(平成一七年)一〇四頁下段参照)、「減輕」規定はかなり寛容な定めになっている一方、「法定刑」は幅が広くかつかなり重く設定されているのが、日本刑法典の特徴とも言えよう。また、刑法三八条一項との関連では、「過失」的部分についての「特別の規定」という位置付けにもなる(小池直希「故意の認識対象と符合の限界(1)―構成要件の故意規制機能を手がかりに―」早稲田法学九五巻四号(令和二年)二五一頁注116)参照。

(78) 只木誠「錯誤論をめぐる周辺問題」研修八一五号(平成二八年)五頁、内藤謙「刑法講義総論(下I)」(同三年)九二四頁参照。なお、松原・前掲注(63)総論二二六頁。

(79) 刑法三八条二項は、「抽象的事実の錯誤に関する条文」ということになろう(日高義博「第一編抽象的事実の錯誤における合一的評価説の展開 第一章抽象的事実の錯誤と適条 第一節問題の所在」同『刑法における錯誤論の新展開』(平成三年)一四頁、川端博「第六章 抽象的事実の錯誤と刑法第三八条第二項の意義」同『錯誤論の諸相 刑事法研究第三卷』(同六年)一八五頁以下参照)。この点「教唆」については前掲注(47)で言及したところであるが、旧刑法典時代の判例として大・二刑連判明治三七年四月一五日録一〇輯八〇一頁があり、強盗を教唆したところ正犯が強盗殺人罪を行ったことに対し、その教唆まで認めた原判決を破毀・移送したものである。旧刑法典時代には現行刑法典三八条二項に相当する七七条三項のほか、

教唆の規定中に特別規定として一〇八条という規定もあったようである。後者の規定は現行刑法典では規定がないので、前者の規定に一本化された形になるうが、前掲大審院判決は教唆者に正犯が強盗殺人罪まで犯すことの「予見」がなかったことを理由としているようである（八一〇頁参照）。旧刑法典七七条三項（現行刑法典三八条二項）をそのまま当てはめれば、大審院のような結論になるうが、大審院も「予見」があつた場合は別異に解される余地を認めていたように、最高裁の「共同正犯」及び「強盗殺人罪・致死罪」に関する判例の動向（例えば、最一小判昭和二三年一月四日集二卷一二号一四五二頁、同決同五四年四月一三日集三三卷三号一七九頁。なお、「幫助」については、最三小判同二五年一〇月一〇日集四卷一〇号一九六五頁参照）からすると、今日的には「強盗致死罪」の「教唆」とされる可能性はあるのではあるまいか。