

ドイツ刑法における Absicht 概念の歴史的展開

—— 1871 年ドイツ帝国刑法典以前 ——

伊 藤 亮 吉

目次

- 一 はじめに
- 二 Absicht 概念に関する立法の状況
- 三 Absicht 概念に関する学説の状況
- 四 若干の検討 - 結びにかえて

一 はじめに

ドイツ刑法において現在では「Absicht」という用語は、故意の一部を形成する第一級の直接的故意 (dolus directus 1. Grades) としての意図 (Absicht) と目的犯 (Absichtsdelikt) における目的 (Absicht) の 2 つの場面において使用される (「absichtlich」や「um ~ zu」などの Absicht に類似の表現が使用される場合もあるが、本稿では特にことわりのない限りこれらを含めて全て Absicht や beabsichtigen で統一する)。そして、現行ドイツ刑法典は Absicht 概念について定義するところがなく、その意味内容は全て解釈に委ねられている。判例通説は特に後者の目的を表す Absicht について一義的にとらえることはできないとして、意図を要する類型と意図のみならず確定的認識でも足りる類型の 2 つにわけ¹⁾。

1 伊藤亮吉『目的犯の研究序説』(平成 29 年) 14 - 26 頁を参照。

Absicht がこのように意図と目的の両方の意味を有し、その解釈に困難を伴うことはわが国においてもすでに指摘されているところである²が、わが国の刑法典もまた意図や目的といった概念について定義規定をおいておらず、その画定はいずれも解釈に委ねられていることからすると、事情はわが国においても同様といえる。

その一方で、ドイツの過去の立法においては目的犯の目的としてではなく Absicht を規定するものが存在した³。これは) プロイセン一般ラント法 (1794 年) に始まったとされ (「犯罪と刑罰」と題する第 2 部第 20 章が刑法に相当する)⁴、その 26 条は、「刑法規定に反して誰かを害することを absichtlich に行うまたは行わない者は、故意による (vorsätzlich) 犯罪を遂行したものである。」と規定する。しかし、そこでの Absicht は故意 (Vorsatz、Dolus) と同一の条文のもとに規定されてはいるものの、Absicht について何らかの定義がなされているわけではない。このように故意と Absicht が同一の条文の中で規定されることについては、故意と Absicht の「不明確な関係」と評される⁵こともあるが、「Absicht と故意とは同じように使用されていた」⁶、「Absicht 概念は…故意概念にとって、

2 内田文昭『犯罪構成要件該当性の理論』(平成 4 年) 227 - 245 頁。特に、故意と意図、故意と目的の関係が詳細に論じられている。

3 そこで規定される Absicht の地位と意味からすると、「目的」というよりは「意図」と訳す方が理解しやすいとおもわれる (ただし、意図といっても、第一級の直接的故意が表す意図とは重複するところはあるとしても、全く別個の存在たりうる可能性もあると考えるべきであろう)。

4 内田・前掲注 (2) 229 頁。なお、プロイセン一般ラント法にはいわゆる目的犯の規定も存在する。例えば、806 条 (故殺)、830 条 (謀殺)、1095 条 (誘拐)、1110 条 (窃盗)、1384 条 (文書偽造)、1453 条 (詐欺破産)、1512 条 (放火) 等である。さらに、その邦訳として、足立昌勝他「プロイセン一般ラント法第二部第二〇章 (刑法) 試訳 (一) ~ (6・完)」法経論集 51 号 (昭和 58 年) 1 - 32 頁、52 号 (昭和 58 年) 15 - 35 頁、関東学院法学 2 巻 1 = 2 号 (平成 5 年) 127 - 172 頁、3 巻 1 号 (平成 5 年) 133 - 170 頁、23 巻 1 号 (平成 25 年) 151 - 182 頁、2 号 (平成 25 年) 163 - 203 頁、3 号 (平成 26 年) 49 - 68 頁、4 号 (平成 26 年) 223 - 258 頁。

5 内田・前掲注 (2) 229 頁。

6 Friedrich Sprang, Zur Auslegung der Absichtsmerkmale im deutschen Strafrecht, 1960, S.19.

しかもその現象形態全てにおいて、有益であった⁷ という表現はまさしく、故意と Absicht の間に何らかの関係性があることを示すものといえよう⁸。

現行法に規定される Absicht や目的、また解釈に際して要請される意図をどのように解釈すべきかが第一に重要なのはもちろんだが、その前提としてこれらの用語が過去においてどのように使用されてきたのかを知ることが、現在の法制度のあり方を考えるうえで大いに有益であることに疑いはないであろう。

以上の問題意識から、本稿は現行ドイツ刑法典への改正前のドイツ帝国刑法典（1871年）制定までの段階において Absicht 概念が歴史的にどのように展開・解釈されてきたかについて、その過程を概観するものである。

二 Absicht 概念に関する立法の状況

(1) Absicht という概念は、18世紀になって発生したものとされる⁹。そうはいっても、19世紀の各ラントで制定された刑法典においては、先に示したプロイセン一般ラント法のように、Absicht と故意を表す Vorsatz (dolus) とが同一条文のもとに規定されることがしばしばであった。これに類似するものとしては以下の法典を例としてあげることができる。

) バイエルン刑法典（1813年）39条「自己の行為から発生する犯罪の惹起を自己の行為の目的 (Zweck) や Absicht として企行し、またはその決心の違法性を意識していた者は、違法な故意 (dolus) でもって犯罪を遂行したものである。」

) ザクセン王国刑事法典（1838年）46条「刑罰を科される行為が違

7 Klaus Gehrig, Der Absichtsbegriffs in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB, 1986, S.18.

8 さらに、Sprang, a.a.O. (Anm.6), S.19.は、「しばしば一方の語が他方の語を説明するのに役立っていた」として、両者の関連性を指摘する。なお、Gehrig, a.a.O. (Anm.7), S.18.においてもこれと同様の表現が用いられている。

9 Gehrig, a.a.O. (Anm.7), S.18.

法故意 (Vorsatz) で遂行されたこと、また問題となる犯罪の概念に一定の結果が前提とされる場合に当該結果が犯罪者に beabsichtigen されたことは、犯罪の一般要件に属するものである。」

）ブラウンシュヴァイク公国刑法典（1840年）27条「刑法が関与する作為または不作為を Absicht でもって決意した者は、故意による (vorsätzlich) による犯罪者として処罰される。」

）ダルムシュタット刑法典（1841年）58条「行為者が absichtlich に決意をした刑法に反する行為と、その Absicht に向けられた可罰的な結果は、いずれも行為者に対して故意 (Vorsatz) として帰属される。」

）テューリンゲン刑法典（1850年）29条「刑法が関与する作為または不作為を Absicht でもって決意した者は、故意による (vorsätzlich) 犯罪者として処罰される。」

）パーデン大公国刑法典（1845年）97条「行為者が absichtlich に決意をした刑法に反する行為と、その行為が向けられた可罰的な結果は、いずれも行為者に対して故意 (Vorsatz) として帰属される。」

）ザクセン王国刑法典（1855年）46条「刑罰を科される行為が違法故意 (Vorsatz) で遂行されたこと、また問題となる犯罪の概念に一定の結果が前提とされる場合に当該結果が犯罪者に beabsichtigen されたことは、犯罪の一般要件に属するものである。」

以上のとおりである。

(2) これらの Absicht と故意を併記する規定は、それぞれ文言上および内容上の相違はみられるものの、概ね、Absicht を有する行為（作為、不作為）の遂行（およびその結果）を故意による犯罪であると規定する類型（第一類型： 、 、 、 、 ）と、故意による遂行と Absicht による遂行をいずれも犯罪の一般要件であると規定する類型（第二類型： 、 ）とに分類することができる。

ここで故意と Absicht の意味に何らかの相違を見出そうとするのであれば、第一類型は、 Absicht によってなされた行為は故意行為とすることを指摘することから、Absicht は故意の一部に属し、Absicht によらな

い行為であっても故意行為に属することがあるとの見方、 Absicht と故意とは同列、すなわち Absicht は故意そのものであり、Absicht によらない行為は故意行為から除外されるとの見方、 Absicht は故意とは全く別個の存在概念であるが、Absicht でもって遂行された行為は故意行為と犯罪価値としては等価値であるとの見方、のいずれも可能であるとおもわれる。これに対して、第二類型は、故意と Absicht を同列に並べ、いずれの場合による行為の遂行も犯罪価値的には等しいとしていると考えられる。これは逆に言えば、故意と Absicht との間の何らかの相違を明確にしたうえで、両者の等価値性に言及するものといえよう。第一類型での見方を採用すれば、第二類型との違いはほとんどないこととなる。

(3) このような状況において、現行のドイツ刑法典の前身といえるプロイセン刑法典（1851年）では、裁判官に不明確な概念の定義で負担を与えることは明文でもって回避された、すなわち、「Vorsatz（故意）」「Absicht」「wissentlich（確知して）」「wider besseres Wissen（確知に反して）」「um zu（ために）」等の表現は、外界における様々な現象の Dolus を特徴づけるために規定するにすぎないものとなったのである¹⁰。そして、ドイツ帝国刑法典（1871年）も同様にこのような立場を継承したのである¹¹。

三 Absicht 概念に関する学説の状況

(1) 1871年ドイツ帝国刑法典が制定される以前には、Absicht に関する様々な議論が展開された。この時代における故意と意図（Absicht）の関係を巡る学説の大要としては、各論者は故意と意図の区別を前提として、その相違を明確化しようとしたと評価される¹²。

10 Sprang, a.a.O. (Anm.6), S.21.

11 この点については、伊藤・前掲注(1) 27頁を参照。

12 内田・前掲注(2) 230頁。さらに、本稿で話題とする諸学説との関係では、玄守道「故意に関する一考察(三)」立命館法学 306号(平成18年) 95-127頁

まず、Berner は故意と Absicht の区別を初めて意味あるものとして行うことに成功したと評される¹³。Berner は一般的な人間の内心の動きに着目し、行為主体は行為での外界への侵害に至る前に、内面的に十分な検討を加える。意思と行為が出発点とできるのは思考しかないからである。この内心の熟慮 (Berathung) は故意によって完了する。これに対して、決心 (Beschluß) は、意思が力をもって外界に対して開かれること、すなわち、確定 (Entschluß) によって完成する¹⁴。Berner は、故意を所為に先立って主体に存する行為であるとし、行為に際しては事前に考慮、検討がなされることから、第一段階の熟慮が導き出される。熟慮は決心によって終わるが、この決心が本来的な故意である。決心により、行為はその者に存することとなる。これが第二段階である。そして、現実の行為は、行為主体が客観的側面に心を開かなければならない。これが確定であって第三段階であり、主観的な法の客観的側面への移行である。例えば、X が A を殺害しようとしたという事例で、その実行を明日に行うことを決めると初めて確定がなされたこととなる¹⁵。

このような理論展開によると、行為主体の内心における Dolus の成立は、目的 (Zweck) から Absicht へ、Absicht から故意へという過程を辿る。すなわち、行為主体が何かあることを満たしたいという要請を感じ取ることによって、意思は行動へと至る。この要請を満足させること (例えば、強欲心、嫉妬心、復讐心) が、行為主体の動機 (Motiv)、目的 (Zweck) である。そして、それを満足させるためには、意思は、考えたことの遂行、結果の惹起に向けられていなければならない (例えば、他人の財産の領得、嫌いな者の傷害や死)。この関係における意思が Absicht である。意思が

が、特に、Berner、Herrmann、Bekker の故意論について詳細に論じられている。

13 Sprang, a.a.O. (Anm.6), S.19.

14 Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1891, S.120f.

15 Albert Friedrich Berner, Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre, 1843, S.180f.

必要とされる力をもって外界に現れることによって、すなわち何らかの形で確たる故意によって、Absicht は現実化する¹⁶。

故意と Absicht の相違については、故意は現実の動機としての意思であり、犯罪意思の強さと決意が重要であるのに対して、Absicht は犯罪結果へと方向づける意思のことをいう。Absicht としては、Dolus determinatus (確定的 Dolus : 結果の現実の可能性に向けられた Dolus、あるいは、行為者が条件なしに結果の発生を beabsichtigen する場合の Absicht) と、Dolus indeterminatus seu eventualis あるいは Dolus indeterminatus sive eventualis (不確定的 Dolus : 結果の単なる可能性に向けられた Dolus、あるいは、行為者が結果を条件つきに (未必的に) beabsichtigen する場合の Absicht) の2つが考えられる。この点について、Berner は、Dolus は何らかの形で実現させようとするものであり、実現の要素を偶然性、可能性、必然性の3つのカテゴリーに分類し、実現されるものは全て、まずは可能でなければならず、可能にすぎないのであればそれは偶然であり、現実に可能であればそれは必然であるとの考察から、実現に向けられた Dolus が現実の可能性に向けられているのか、それとも、単なる抽象的な可能性に向けられているのかを識別することができるということを前提とする。Dolus determinatus としては、行為者が結果の現実の可能性を意思する場合には、結果が発生することを行為者は意思しているものであり、Absicht は、行為者にとって結果が重要である場合だけでなく、行為者が結果を避けたいとおもったが、行為の際に発生の必然性を予見した場合にも存在する。例えば、X が A を殺害するために A に対して弾丸の入ったピストルを構え、A の死亡を意思した場合である。この場合は、現実の可能性、必然性を意思している。また、自分自身の家に放火し、それによって隣人の家が焼損しなければならないことを予見した者に対しては、隣人への火事が自己の行為の必然的な帰結となっ

16 Berner, a.a.O. (Anm.14), S.119.

てほしくないと思ふとしても、この十分に避けられる結果に関しては Dolus determinatus を帰属させることができる。これに対して、Dolus indeterminatus の例としてあげられるのは次の事例である。すなわち、X は、納屋の近くでタバコに火をつけ、燃え残りを納屋の近くに置かれた干し草の山に投げ捨てた。納屋が焼損するかもしれないことを X は予見したが、未必的にこれに同意を与えた。しかし、燃え残りは、それだけでは大火事を引き起こすものではなく、火事のいくつかの諸条件の 1 つにすぎない。この実際の結果をもたらすためには、別の条件が付け加わらなければならない。こうしたさらなる放火の要請が実現するかどうかを認識することなしに、X は、自分を嫌疑から免れさせるためにその場を離れて別の場所に行こうとして、これを急いだ。この場合に現実の可能性は X によって設定されていないので、行為主体の意思の外部にある、いまだ予測しえない偶然性が付け加わらなければならないので、この場合は Dolus は単なる可能性に向けられていたことになる。そして、条件なしと条件つきで beabsichtigen される同一行為の複数の結果が併存するときには、Dolus determinatus と Dolus indeterminatus は重なり合い、Dolus determinatus と Dolus indeterminatus の相違は、構成要件上は完全にどうでもよく、量刑においてのみ考慮しうるのである¹⁷。

さらに Berner は目的 (Zweck) という用語にも言及する。すなわち、目的とは行為主体が結果からえようとする求められた自己の満足感をいう。目的と Absicht の違いについては、Absicht は結果の中に具現化される、

17 Berner, a.a.O. (Anm.15), S.185ff; Berner, a.a.O. (Anm.14), S.122. なお、ここで Berner は、Dolus alternativus (択一的 Dolus) という概念にも言及する。alternativ が、2 つあるいはいくつかの可能性の間で 1 つが少なくとも必然的であり、1 つが少なくとも発生することを意味することから、Dolus alternativus はいかなる結果が発生するであろうかを知らないが、何らかの必然性については知っているものだが、この不安定で決定されない必然性は偶然性に委ねられており、そのため、どのような結果を偶然性が設定しようと、設定された結果は偶然ではなく、偶然性を手段として設定される主体が意図した必然性ということになる。したがって、Dolus alternativus は Dolus determinatus の類型に属する。

すなわち、Absicht は行為主体の内心から離れて、非個人的・一般的という特徴を有する。Absicht は同一の外部結果であればどのような行為者が意図しても変わりはないからである。そして、Absicht は、客観的な要素の中に現れるので、客観的に証明可能である。これに対して、目的は完全に内心的なものであり、個人的なもの、不可視的なものである。法的判断においては Absicht が、道徳的判断においては目的が重要となる。法は外部的に表明された意思に、道徳は行為者の内心の動機に関係する。したがって、Absicht という表現は、刑法上の Dolus を特徴づけるのには、他のどの表現よりも適している¹⁸。こうして Berner は Absicht と Dolus を重ねるのである。

これを殺人について換言すれば、X が A に侮辱された場合においては、復讐心が X 自身の主観的な満足感を充足する目的として位置づけられる。X がその目的を実現するために A を殺害する意思を生じると、この意思の方向性が Absicht である。そして、A を殺害するには身体の個々の部位を侵害する必要があるところ、その個々の部位への行為の方向性が故意である¹⁹。

Berner の見解の特色としては、目的・手段の関係から、目的のための一般的思考としての意図 (Absicht) と、個別的な部分に向けられた故意を区別しようとしたものである²⁰、Absicht は故意の特殊な種類ではなく、故意と Absicht はむしろ様々な基準点を有し、意思形成の様々な段階とみられることになる²¹、同様に、Absicht と故意を意思形成の段階であり、一般計画の特殊化によって初めて Absicht は故意へと発展することとなる²²、

18 Berner, a.a.O. (Anm.14), S.122f.

19 Albert Friedrich Berner, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa, 1847, S.66.

20 内田・前掲注 (2) 230 頁。

21 Gehrig, a.a.O. (Anm.7), S.19.

22 Reinhard Frank, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, ZStW, Bd.10, 1890, S.187.

と評価がなされている。

(2) Köstlin は、Berner に引き続いてその思想を受け入れてより明確なものとしたと評される²³。Köstlin によれば、Absicht を Dolus と同一視したうえで、Absicht 概念において行為の主観的側面と客観的側面が統一される²⁴。そして、Absicht (Dolus) 概念は、認識 (Wissen) と意図 (Wollen) の不均衡を両者の同価値的一致ゆえに止揚する機能を有し、行為それ自体の客観的性格によって決定される故意、行為の惹起に向けられる故意を意味する。そして、Absicht の特徴として3つの事項をあげる。

Absicht は故意的なものであり、認識は積極的に意思され、意思は明確に認識されなければならない。その審査は主観的恣意ではなく、行為の客観的性質を適切に有するものである。つまり、責任能力者は熟慮して行為に及ぶときには、行為を有機的統一体として認識・意思しなければならない。Absicht 概念は、主体の権能が事物の性質の権能とともに調整・均一化されたものとして現れ、それゆえに、Absicht は主観的側面における責任の形式にすぎない²⁵。

そして、Absicht の形式においては、意思が所為要素を全体的に捉えるという事態が生じており、意思によって決定されるものとしての両側面の統一としては3つの形式が考えられる。直接的 Absicht の形式であり、これは故意と同一のものである。そこでは、行為者が熟慮して感覚的個人としてではなく行為に及んだ場合が問題となる。間接的 Absicht の形式であり、これは意思と全体としての所為の統一が、所為の客観的存在の中に反映されている、というものである。そこでは、行為者の行為が故意でも単なる過失でもないことを前提とすることから、間接的 Absicht は、Absicht すなわちその本来の性質からは犯罪的な行為の遂行の確定

23 Sprang, a.a.O. (Anm.6), S.22.

24 Reinhold Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S.250, 333.

25 Reinhold Köstlin, System des deutschen Strafrechts, 1855, S.190f.

(Entschluß) が要請されるとともに、直接的に行為するという意識が存在してはならない。したがって、間接的 Absicht は熟慮することなく行為することを前提とするが、それには、興奮から熟慮せずに確定してしまったという場合（はずみ）、不遜な無分別でもって行為した行為者が、自己の行為の犯罪的性質を考えてはいたが、法侵害結果の発生を直接的または未必的に意図してはいなかった (wollen) という場合（無節操）が考えられ、その責任の程度は直接的 Absicht と過失の間にある。実質的 Absicht または目的 (Zweck) の形式であり、これは行為の主観的側面と客観的側面の媒介の中で決定的なものが形成された意思がこの統一から撤回され、自らが原則すなわち行為それ自体を決定するものとして反映することが決定される、というものである。そこでは、行為の外側と内心を統一へとまとめる機能を有する Absicht 概念が、行為者に自己の行為の責任を負わせる形式的 Absicht に対して、行為の両要素のまとまりの中で主観的側面が優越的となり、行為それ自体の全体性を越えて支配するものとして、実質的 Absicht (Zweck) という概念が示される。ここでの意思は、特殊なものであり、行為に特有な目的を行為の内心として妥当させる。このような目的は道徳の領域に落ち、法はこれに対しては否定的な態度をとるのである²⁶。

こうして Köstlin は、まさしく Absicht を Dolus であるとし、刑法における進展全体がこの概念を中心として回っているということを認める²⁷ ものであるが、例えば、X が A の心臓を刺すことを企て、この故意を遂行して X が A を殺害すると、心臓への刺突が故意行為であって、殺害は故意行為ではないとして、Absicht は外部事情をばらばらの集合体として

26 Köstlin, a.a.O. (Anm.24), S.250f, 293f, 333f. なお、内田・前掲注 (2) 230 頁も同様に、Köstlin が Absicht を故意と一体化する直接的意図 (Absicht)、故意と過失の中間的な間接的意図、法の世界というよりはモラルの世界に属する実質的意図 (目的) の三者を分析しようとしたことを指摘する。

27 Frank, a.a.O. (Anm.22), S.188.

把握するものではなく、外部事情を本質的全体へとまとめるものである²⁸。

ところで、Berner、Köstlin、それと後述する Hälschner はヘーゲル学派に属する²⁹。ヘーゲル学派は、故意は本質的に手段すなわち実務的必要性の意図 (Wollen) であり、Absicht は結果の目論見であると特徴づける。しかしながら、何かをしようとするのであれば、手段を設定するときにそれがもたらす結果のことを誰もが考えるのであるから、ヘーゲル学派の言語上話される Absicht のない故意というものは全くもって考えることができない。ヘーゲル学派は、Absicht を目標、結果にのみ向けられていると考えるので、Absicht を違法な所為の意思側面から消し去り、結果が発生することの行為者の純粋な希望へ、したがって、違法な所為の心理的な付随要素へ変えること、そして、それによって純粋な量刑事由という地位に貶めることとなった、との評価・批判がなされている³⁰。

(3) Berner と Köstlin の理論は、Absicht 概念に大きな価値を置き、Absicht 概念と故意概念を強く分離しようとする点に共通性を有し、この点に当時の学者たちははたがい³¹、そして、両者の理論は Osenbrüggen によってさらなる発展を遂げることとなった³²。

Osenbrüggen によると、故意、Absicht、目的 (Zweck) は行為の分析が行われる場合には最も密接な関係に立つものの、それ自体は3つの独立した概念である。目的としては例えば、藁の塊へ放火する場合の、家屋所有者を驚かせる目的や復讐する目的が妥当する。目的が重要でないというわけではないが、法的問題にはまずは関係することのないものである。

28 Frank, a.a.O. (Anm.22), S.188.

29 Gehrig, a.a.O. (Anm.7), S.18f.によると、行為の直接的存在という形式における行為の一般的形式的法 (主観的意思である故意の本質) と行為の内容、一般的特性、一般的価値と言う形式における行為の特殊性 (Absicht の本質) の間のヘーゲルの区別がヘーゲル学派に影響を与えたものとされる。

30 Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. , Half.2, 1916, S.1154ff.

31 Frank, a.a.O. (Anm.22), S.188.

32 Gehrig, a.a.O. (Anm.7), S.20.

そして、故意と Absicht の概念、すなわち、故意と行為、Absicht と結果との関係性を確定することが試みられる。故意と Absicht は実際には一致することはないが、それは、行為の作用である結果が客観的領域に属するのに対して、故意と行為は純粹に主観的領域に属するからである。すなわち、故意と行為は自分自身から生じる自身そのものであるのに対して、Absicht が向けられている結果が発生するかどうかは不確実性の領域にあるからである。こうして、故意は行為者が行為をなすことを決心しているか否かによって決定される。犯罪の問題についていえば、行為者が違法であると認識された行為をなすことを決心しているか否かが問題となるところ、藁の塊に放火するに際して他人所有の納屋にまで放火する故意を有していれば、この違法と認識された行為に出ていることとなる³³。

これに対して、Absicht は当該行為に際して行為の作用すなわち結果へと向けられているものである。行為の結果には様々なものがありうる。すなわち、藁の塊が焼損した、あるいは、その火が広まって納屋や住居といった建造物までもを焼損した、というものである。行為者が前者と後者のいずれの結果を望んだのか、あるいは前者と後者の両方の結果を望んだのか、行為者は結果を自己の意思の中に受け入れたのか、受け入れなかったのかによって、Absicht は決定される³⁴。

より理解しやすいのは次のような説明であろう。すなわち、Osenbrüggen は、X は自ら利得をするために盤上の目標物に当てることを beabsichtigen して発砲した、X は自ら利得をするために人を殺害することを beabsichtigen して発砲した、との 2 つの事例をあげ、動機、故意、行為は両事例で同一だが、Absicht は事例 でのみ違法であるとする。刑法は人の殺害を禁じていることから、Absicht が事例 を刑法の領域に持ち込み、Absicht によって故意、行為、動機全体というそれ以外の要素は別個の意味を有することとなる。故意、行為、動機はそれ自体では

33 Eduard Osenbrüggen, Brandstiftung, 1854, S.196f.

34 Osenbrüggen, a.a.O. (Anm.33), S.197.

刑法的に意味があるわけではなく、犯罪を特徴づけるものではない。Absichtによってこれらは犯罪との関係を有する³⁵。

さらに、行為者が行為を行うに際して住居の放火を beabsichtigen せず、また、人の死を beabsichtigen しなければ、その結果を行為者の Absicht とすることはできない。しかし、その際に beabsichtigen されていない結果が行為者に対して罰を科さなければならない責任を負担させることはできるであろう。行為者が悪い結果の発生を予見することができたのであれば、行為者が理性的人間と国民に要求されうる注意を欠いていた場合、行為者が必要な注意をもって自己の行動とその結果を考慮していない場合には、それは行為者の責任といえるからである。これが過失処罰ということになる³⁶。

Osenbrüggen の見解は、それ以前の学者が Absicht の本質を行為の一般の意味とみるのに対して、目標に向けて求められた行為の構成要件該当結果とする³⁷ものと評価されており、次の Hermann による異論にもかかわらず、Bekker や Hälschner によって支持され、19 世紀後半の刑法理論を支配した³⁸。

(4) これらの理論に対して異を唱えたのが Herrmann である³⁹。Absicht を目標に向けて求められた行為の中でとらえる従来の見解は、Absicht の意思的側面を強調するのに対して、Herrmann は Absicht を知的要素を特徴づける要素としてとらえる。すなわち、Absicht の語源である Absehen は狙ったものの目標に向けられた視線の方向であるという意味を元来有していたが、それが達成されるべきものとしての対象に向けられた内心の方向へと意味が拡大されて Absicht が用いられていること

35 Eduard Osenbrüggen, *Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht* Bd.1, 1857, S.17.

36 Osenbrüggen, a.a.O. (Anm.33), S.197.

37 Gehrig, a.a.O. (Anm.7), S.20.

38 Sprang, a.a.O. (Anm.6), S.24.

39 Sprang, a.a.O. (Anm.6), S.22.

を前提として、Absicht は見ること、眺めること、理論的機能を表し、故意は設定すること、意思活動、実務的機能を表す。両者は、理性活動と意思活動の密接な関連性によって基礎づけられる一般的関連性を表すだけでなく、両者の各機能は行為の要素と考えられるという、また、行為に属する内心の機能、すなわち、Absicht では認識や理性、故意では自発性や意思、によって引き起こされるという特別かつ詳細な関連性をも表している。Absicht は人をして自己の行為の範囲において自分が何を意思しているかを知り、故意は自分が何を知っているかを意思する。両者によって知的な意思が存在することになる。Absicht は意思にとっての一定の思考であり、故意は思考に役立つ意思である。Absicht においては意思に向けられた意識を確認するために理性が活発化し、故意においては意識の内容を実現するために意思活動に現れる。そうすると、両者は行為の領域に属するとしても、Absicht は故意よりも前の段階に位置し、そこでは、故意とは異なり、人はいまだ必然的に実現へと動く意思の力を活動へと歩ませてはいない。こうして Absicht は意思活動の入り口の前にあり、故意は現実的性格に直接的に作用し、現実の具体的な行為を出現させることで決定される⁴⁰。

Herrmann の見解に対しては、Absicht が意図 (Wollen) の意識内容であるのに対して故意が特殊な意思要素であり、故意が表象の実現のために決定される意思の自発性として決意の面で機能するのであれば、Absicht と故意はあらゆる意思活動の際に存在しなければならないこと、意思と Dolus の多様性は、故意の多様性からではなく Absicht の多様性から導き出されることは明白であるが、それは、決意としての故意は常に同じでなければならず、異なりうるのは表象の全体すなわち Absicht だけだからである⁴¹、また、意思の側面 (故意) と意識の表象の側面 (Absicht)

40 E. Herrmann, Ueber Absicht und Vorsatz überhaupt und über unbestimmte und indirekte Absicht insbesondere, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1856, S.10ff.

41 Frank, a.a.O. (Anm.22), S.188f.

に分けることでヘーゲル学派の誤りを最も明確に認識し取り除こうとした試みは、非常に明確な分配であり学説にとっても快適で大いに重要であろうと評価しながらも、しかし、この提案は浸透しておらず、また学説上そのような言語使用が Absicht の起源に矛盾しており、結局は疑わしいものとなることに議論の余地はないであろう⁴²、との評価がなされている。

(5) Bekker は、Osenbrüggen における一部不十分な理論的基礎づけを発展させ、人間行為の分析を手掛かりとして支配的見解にまで高めた⁴³。Bekker によると、故意と Absicht は日常用語上では強く区別されることはなく、同じものとして使用されているが、刑法上は両概念は厳格に区別されるべきである。すなわち、故意においては平穩でない活動が前面に現れる。故意は直接に目標を求めるものではなく、純粋な行為に限定される。これに対して、Absicht においては目標の実現や手段を超えて行き着く熟慮が存在する。Absicht は何か将来の事柄を目指す行動が問題であり、行為の結果を目指している⁴⁴。そして、Absicht は一定の行為の可能な結果の認識、認識者をして当該行為を決意させる認識、行為へと決意させる結果の見通しであり、この表現のもとで行為者の意思に作用して行為を惹起するもの全てを把握している場合には、Absicht は動機に属するのである⁴⁵。

Bekker の見解に対する評価としては、Absicht を動機と把握すると、Absicht は大抵の場合は犯罪の結果を超えることになり、動機によってこの場合は明らかに目標に向けられた行為は本来の意味において付随結果の算入なしに考えられているが、その意味で Bekker は Absicht を超過的意思傾向の場合において理解する⁴⁶、とされている。

(6) Hälschner は、Bekker の理論と全面的に同一である⁴⁷。Hälschner

42 Binding, a.a.O. (Anm.30), S.1157f.

43 Sprang, a.a.O. (Anm.6), S.24.

44 Ernst Immanuel Bekker, Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, 1859, S.291ff.

45 Bekker, a.a.O. (Anm.44), S.286.

46 Gehrig, a.a.O. (Anm.7), S.20.

47 Sprang, a.a.O. (Anm.6), S.26.

によると、問題解決のために何らかの動機が出て、熟慮 (Berathung) がなされ、熟慮は決心 (Beschluß) に到達して Absicht が形成される。Absicht は実現されるべきものとして設定される思考でもあることから、この関係において故意として現れる。すなわち、Absicht でもって即座に必然的に故意が与えられる。そして、Absicht は結果に関係し、故意は Absicht を実現させる行為に関係することから、Absicht と故意は異なった内容を有する。他面において、行為がそれ自体として行われるだけではなく beabsichtigen された結果の原因として行われることによって、そして、結果が事態としてだけではなく行為によって実現されるものとして beabsichtigen されることによって、故意と Absicht は必然的に相互に関係する⁴⁸。

Hälschner は、動機づけられた意図 (Absicht) が故意となることを前提としながら、意図は行為と結果に及ぶのに対して、故意は行為のみにかかわるとした⁴⁹ものである。

(7) Geßler も Osenbrüggen の理論を出発点とする⁵⁰。Geßler によると、故意とは意思が行為の実現に向けられている場合であり、Absicht は意思が外部的效果の実現に向けられている場合である。Absicht は個別に存する一般性と全体それ自体に関係し、故意は Absicht を実現させる行為に関係することから、故意と Absicht は対象において異なるが、それと同時に、個々の行為が beabsichtigen された全体的手段として行われ、全体が個々の行為によって実現されるべきものとして beabsichtigen されることから、故意と Absicht は相互に必然的な関係に立つ。さらに、個々の行為はそれ自体様々な結果を惹起しうることから、故意が様々な Absicht によって実現へと向かうこともありうること、結果は様々な種類の行為によってもたらされうることから、Absicht は様々な故意に通じう

48 Hugo Hälschner, System des Preußischen Strafrechts, 1858, S.122f.

49 内田・前掲注 (2) 230 頁。

50 Sprang, a.a.O. (Anm.6), S.22.

ることがあり、その結果、行為においては Absicht のない故意はありえず、また、故意のない Absicht もありえないのであり、したがって両者は分けることのできない関係に立っている⁵¹。

こうして、Geßler は、一般・全体と具体・個別の区別から、具体的な行為・結果の一般的な意味での認識・意思としての意図 (Absicht) と、具体的な結果を伴う具体的な行為意思としての故意を構成しようとした⁵²ものである。

(8) 1871 年ドイツ帝国刑法典制定の前後にまたがって Absicht に関する研究を行った Ortloff もまた、Absicht を目標に向けられた行為としてとらえる。Ortloff によると、故意は、自ら自由に決定する意思や能力との関係で使用され、目的 (Zweck)、動機 (Motiv)、目標 (Ziel)、行為の結果を考慮せずに、その発生や行為の主体や原因に帰することを考慮することだけで、当該行為に対する人間の自由な自己決定を指摘するだけでよい。「故意を有する」とは、行為を行う固い決意がなされたことである⁵³。

これに対して、「Absicht を有する」とは、熱望や思考の一定の目標への方向性である。「Absicht」という用語は、対象に対する内心の方向性を意味する。例えば、「本を買う Absicht を有する」とは、目的としてその本を所有することへの求めを示すものであり、実際にその決意がなされたことは問わない。これについて考えられうるだけの考慮がなされ、肯否の意思決定がなされ、決意に至ると、Absicht の実現を手段とする行為を遂行するという故意を有することとなる。つまり、Absicht は、意思活動の段階であり故意の特別な内容である。故意は決意であり、動機や目的の考慮とは無関係であるのに対して、Absicht は目論み、求めであって、目的や目標は考慮の対象となる⁵⁴。

51 Th. Geßler, Ueber den Begriff und die Arten des Dolus, 1860, S.88f.

52 内田・前掲注 (2) 230 頁。

53 Hermann Ortloff, Die Unterscheidung von Vorsatz und Absicht, GS, Bd.16, 1864, S.74f.

54 Ortloff, a.a.O. (Anm.53), S.75, 111f.

故意は、方向への意図 (Wollen)、方向性への注意、不注意、偶然というものに一般的に対立する。したがって、広く行為の原因が求められる。故意行為は一般的な、射程を認識した結果や出来事であり、それは、意図されず不注意に惹起された結果や偶然な出来事とは反対のものである。これに対して、Absicht は、主観的構成要件をその特殊化の中で登場させる場合、類似の故意による犯罪が犯行の特別な方向性によって相互に識別される場合、行為者と行為の対象、行為者と目的との関係を確定する場合、つまり、所為の当初目的、最終目的、動機を認識して特に所為にとって可罰性の決定が著しく重要となりうるものを行う場合に使用される。Absicht は、その実現が意思によって確定 (Entschluß) へと高められたり故意となると、刑法上の帰属の対象となる⁵⁵。

Ortloff はさらに後年、故意を意図から惹起された所為決意のことをいい、個々の可罰的な行為の全てにおいて常に同一かつ反復的な心理的活動ないしは意思活動である自由な決定であるとする。このような決定は帰属にとって不完全で責任あるものとして、悪い行為の責任付与の当罰性の判断に際して帰せられるべき要素として特徴づけられることから、故意は一般的な責任の種類に位置づけられる。故意はこれに起因する全ての行為の際に存在する表象と行為の間の一般的手段であり、この手段によって欲求から出される個々の Absicht は、その実行とその目標や目的の達成へと進められる。Absicht は故意の特別な内容であり、故意を行為へと走らせ、故意を育て上げるものである⁵⁶。

「故意」という名称の使用に際しては、どのような特殊な内容を故意はその発生と機能にしたがって有しているか、どのような Absicht が故意を満たすのか、どのような目標が故意によって達成されるのかは、全くもって決定されていないままである。したがって、責任に属するものとしての行為の可罰性は、多くの刑事立法において一般的に「故意的に……行われ

55 Ortloff, a.a.O. (Anm.53), S.113f.

56 Hermann Ortloff, Die Schuldaren im Strafrecht, GS, Bd.34, 1883, S.412f.

る」という表現によって、過失的、偶然的と対照的に、使用されている。これによって、この種の責任付与の最も広い範囲が限界づけられる⁵⁷。

こうして Ortloff によると、Absicht について熱望、求め、思想の方向が意思の内容として強調されるものをみ、自己の求めの対象を目的として追求する者は、absichtlich に行動するものである⁵⁸。

Ortloff の見解に対する評価としては、故意を自由な決定に基づく決意にとつての積極性や消極性と特徴づけることに対しては、行為者が自由意思でもって行為に及んだのか否かを発見するために、我々は行為者の内心に必要以上に深く食い込まなければならないのだということはいまだ明確ではないがゆえに、反対である⁵⁹、Ortloff の研究は、その一部はドイツ帝国刑法典の発効後ですでに時宜に遅れており、また、この研究をもつてしても最終的かつ一般的な故意と Absicht 概念の明確化をもたらすことはなかった⁶⁰、とされている⁶¹。

四 若干の検討 - 結びにかえて

(1) 以上のように、この時代の立法が故意と Absicht を併記して規定することからであろう、この時代の学者は故意、Absicht、さらには目的 (Zweck) の区別に尽力してきたことをみてとることができる。これについては、Herrmann が Absicht を認知的側面で把握するのに対して、それ以外の学者は Absicht を意思的側面で把握すると概ね区分することができる。また、故意を行為关系的、Absicht を結果关系的に捉えることもこの時代の学者の特徴でもある⁶²。

しかし、後世の学者はこのような議論の展開に対して概して批判的であ

57 Ortloff, a.a.O. (Anm.56), S.413.

58 Sprang, a.a.O. (Anm.6), S.26.

59 Frank, a.a.O. (Anm.22), S.190f.

60 Gehrig, a.a.O. (Anm.7), S.26.

61 さらに、内田・前掲注 (2) 235 - 236 頁を参照。

62 なお、この時代においても未必の故意すなわち故意と過失の議論が展開されている。特に、玄・前掲注 (12) 120 - 121 頁を参照。

る。例えば、Frank は、『Absicht』が『故意』の同義語として使用されることについては Orloff と同様に、考えられないものとするはできない。立法者はかなり高次の存在であると考えたいけれども、立法者もまた人間であり、日常生活において『Absicht』という用語がいかにかなりの程度様々な意味で用いられているのか、このことに立法者は遭遇したのであり、そうして Absicht 概念が理論では決して確定されないことからすれば、それはなおさらのことである。その他にも、歴史的視点が完全に抜け落ちている。19 世紀に、部分的には 18 世紀にすでに刑法の編纂に着手されたとき、それまで通用していた専門的表現のドイツ語化の必要が生じた。古い Dolus については次第に『故意』というドイツ語表現が定着したが、このことは特に重要な意味を有するのであり、決して即座にそのような事態になったわけではない。故意の他には間もなく『Absicht』が同等のものとして現れた。例えば、プロイセンラント法は absichtlich な作為・不作為、absichtlich な公的・私的な安全の侵害を問題とし、またブラウンシュヴァイク刑法典は刑法典に反する作為・不作為による absichtlich な規定を問題とする。両者がローマ法上の Dolus に対応する表現を使用しているという見解のもとにあるのは明らかであるが、それは、『故意』という用語を使用する諸法規も同じことである。それでもなお心理的に Absicht と故意を強く識別したいというのであれば、解釈学者の視点からは、2 つの表現はローマ法上の Dolus のドイツ語化のための均一化に役立ったのであり、部分的には今なお役立っているという推量が決定的である。言及した語について全てを語源調査することは方法論的には全くもって許容できないものである。」⁶³、と批判する。

Binding もまた、「ドイツ刑法典においては故意と Absicht の関係は、刑法がこの 2 つの用語を相互に使用し始めた時代以来本質的に全く異なるところはなかったのに対して、学説は、当時の哲学と心理学から影響を受

63 Frank, a.a.O. (Anm.22), S.191.

けていないとはいえ、このように言うことが許されるのであれば、それ以来何回かに渡って故意と Absicht は対立させられてきたが、その結果、故意を学問的に格下げするだけでなく、その法的な妥当領域を最も不適切なものに限界づけることとなった。現行法の解釈においても、Absicht については過度に悪く扱われており、これに関してまさしく信じられないほどの偏見に対処することになるので、このような不都合な状況の克服は、現行法における Absicht の最も正確な立証によっても十分な結果を約束することはできない。」「1751 年から 1869 年までの立法は、2 つの用語をまずは『悪い』次に『違法な』という形容詞の付加のもとで Dolus の用語として、交代してそして一貫して同一のものと理解して用いた。我々は『Absicht』でもって『故意』を、『故意』でもって『Absicht』を定義する。」、そして、プロイセン一般ラント法第 2 部第 20 章第 26 条を引用したうえで、「2 つの言葉の完全なる同一性、その言語的に完全に同一のことを意味していたことから容易に説明することができる。」⁶⁴、と批判を加える。

(2) そこで、この時代の Absicht 解釈についていくつかコメントを加えることとする。

第一に、法律の解釈としては様々な方向性が考えられるところ、当時の立法形式から判断すれば、故意と Absicht の区別化の試みは、特に第二類型においては勿論、第一類型においても本稿で提示した可能性が 1 つの解決策として考えられることは否定できないことから、個々の点で異論はありうるものの、それが誤りであるとは決して断言することはできず、可能性のある解釈、方向性としては可能な解釈であるといえる。この問題の解決は、いずれの解釈を採用するかにかかっている。

そうは言っても、Herrmann の理解は採用しがたいと考えられる。Absicht の言語的意味からすると、認識的要素の強調よりは意思的要素を

64 Binding, a.a.O. (Anm.30), S.1151ff.

強調せざるをえないからであり、この点は、目的犯の目的 (Absicht) の内容として未必的認識認容を排除する理由として、Absicht の言語上の意味を理由としてあげる現在のドイツ刑法学の潮流にも沿うところといえる⁶⁵。したがって、多くの学者が主張するように、Absicht は意思的要素を強調することの方が、言語的要素に立脚した Absicht の解釈の妥当な方向性を示しているものと考えられる。

(3) こうした多くの学者の見解についてみると、第二の問題として、行為者心理の形成過程として、前段階の Absicht から後段階の故意へと通じるという見解がある (Berner、Ortloff)。このような見解は、Absicht を動機 (広い意味での目的) と解し、一定の動機の場合だけを目的犯として処罰の対象とする、という現在一部で主張される目的犯構成にとっては、Absicht から故意が発生するとの段階づけは理解しうるところといえる。しかし、Absicht を動機と解することには疑問も提示されているところであり⁶⁶、ここで問題とされる Absicht が目的としての Absicht と果たして同一の意味で考えることができるのかにも疑問が付されざるをえないであろう。さらには、この時代の学者の多くは Absicht を動機の意味では解していない。

そうは言っても、動機と故意の中間に何らかの心理的形態を設け、この中間要素を Absicht と名づけることは考えられないことではない。しかし、そのような構成に立脚するとしても、犯罪の成否にとって重要な主観的側面はあくまでも故意であるはずであり、故意が存在すれば、基本的には動機はひとまず除外して、犯罪成立を肯定する方向に向かうこととなる。故意の前段階にある Absicht でもそのことは変わらないはずである、すなわち、犯罪の成否に故意の他に Absicht まで考慮する必要はなく、Absicht は動機とともにせいぜい量刑事情として考慮すれば足りるはずである。本稿で話題とするこの時代の学者は Absicht にかかなりの重きを置

65 この点については、伊藤・前掲注 (1) 69 - 70、101 - 102 頁を参照。

66 伊藤・前掲注 (1) 79 - 90 頁を参照。

く傾向があるが、故意の前段階の主観的要素にどれほどの必要性があるかには疑問を投げかけざるをえないであろう。

(4) 第三に、故意を行為関係的に、Absicht を結果関係的に捉える見解がある (Berner、Osenbrüggen、Bekker、Hälschner、Geßler)。ただし、第二の問題と第三の問題は独立した疑問として提起するものではない。前段階の Absicht が何かの結果発生に向けられた意思であるのに対して、後段階の故意がその結果発生のための行為に向けられた意思として機能するから、相互に関係するものと位置づけることができるであろう。

第二の問題と第三の問題については、Osenbrüggen の掲げる 2 事例をもとにすると、目標物に当てるか人を殺害するかとは無関係に、発砲という行為に対応する意思が故意ということになり、両事例の故意は同一ということになる。しかし、発砲することそれ自体に対応する意思を故意として把握するのであれば、それは現行法のあり方とは相容れないものである。また、両事例からも明らかなように、結果のない行為それ自体を意思することは観念できないわけではない。しかし、そのような意思を考慮することが刑法上一体どれほどの意味を有するのかは疑問と言わざるをえない。Osenbrüggen も指摘するように、発砲それ自体は刑法上何の意味もないからである。また、人を殺害する結果と目標物に当てる結果の意味はもちろん異なるものである。しかし、この時代にはあくまでもそれは Absicht に属する要素であり、故意犯成立のための故意とは無関係の要素とされているから、故意の内容をなす行為自体に伴って生じうる結果を考慮しないこと、すなわち、行為を無視した結果という概念に果たしてどれほどの意味があるかも疑問とせざるをえない。

この点については、当時の立法が、Absicht があれば故意があるとするというように規定することを考慮すれば、Absicht と故意の両概念を分離して、結果への Absicht が行為への故意に通じるとの見方も可能であるから、規定がこの点を補填する機能を有することで、行為を無視した結果という概念もそれほど奇妙なものではないかもしれない。しかしながら、両者の関連性を前提としたうえで差別化を図るとすれば、そのことにどれ

ほどの意義を見出せるかが改めて疑問として提起されうることとなろう。

(5) 第四に、Köstlin に代表される、Absicht を広範に捉える見解は、Absicht にそのような広範な意味が元来備わっていることの当否および行為者の主観的側面を故意と Absicht のいずれに担わせるべきかの議論はともかく、そのような論理展開は結局故意を肯定し、したがって犯罪の成立を肯定することになるので、こうした広範な犯罪成立という構成の妥当性には疑問を提起しうるであろう。はずみや無節操を故意行為に含めることは現代の刑法理論においては問題はないとおもわれるが（責任能力の問題は存在するかもしれない）、この時代における故意概念があまりに抽象的すぎる観を免れえないものとおもわれる。

また、このような見解は、その一方で、例えば、故意に熟慮の要素を取り入れるなどとし、故意を狭くとらえることにも通じる。このような故意概念は、現代の故意論とは大きくかけ離れたものと評価することができようし、この時代にも展開されていた未必の故意論においても、純粹な故意概念というよりも、Absicht 概念の方が決定的な役割を果たし、これに依存しているとの観が否めない。この点について、Köstlin は故意と過失の中間形態としての Absicht を認めるが、果たしてそのような Absicht 概念が故意過失論においてどのような役割を果たしうるのかは疑問であり、たとえ何らかの役割を果たすとしても、それは故意概念において考慮すべき事項ではないだろうか。つまり、故意と Absicht の役割とが逆転していると考えられる。

(6) このように、Absicht の理論構成には苦労のみが伴うこともあってか、この時代の刑法学者が問題の解決のために熱心に取り組んだとしても、ドイツ帝国刑法典の立法者は、長年続けられた努力の成果のなさを目の当たりにして、賢くも控えめに、なお不明確な故意と Absicht 概念の定義づけにさらに取り組むことを度外視したと評される⁶⁷。そして、故意と

67 Gehrig, a.a.O. (Anm.7), S.26.

論 説

Absicht の関係は、ドイツ帝国刑法典制定以降は、これとは別の解釈が展開されることとなったのである。

附記 本稿は、平成 27、28 年度の名城大学現代国際・比較刑事法学研究センターにおける研究成果の一部である。