HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|---|---|
| Title | 西ドイツにおける違法性の意識の限界論 |
| Author(s) | 長井, 長信 |
| Citation | 北大法学論集, 36(5-6), 71-129 |
| Issue Date | 1986-03-28 |
| Doc URL | http://hdl.handle.net/2115/16511 |
| Type | bulletin (article) |
| File Information | 36(5-6)_p71-129.pdf |

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

# 西ドイツにおける違法性の意識の限界論

長井長信

目次

序説　問題の所在
第一章　未必の違法意識
第一節　未必の違法意識の限界基準
第一款　認容説
第二款　無関心説（感情説）
第三款　蓋然性説
第四款　可能性説
第五款　真摯説ないし甘受説
第六款　小括
第二節　未必の違法意識における責任と処罰
第一款　いわゆる良心犯と実質的責任概念

第二款　未必の違法意識の具体的事例
第三款　小括
第二章　違法性の意識の「現実性」
第一節　西ドイツにおける心理学的考察の展開
第一款　前史
第二款　同時意識説
第三款　事物思考説
第四款　ゲシュタルト関係説
第二節　心理学的考察の意義と限界
第一款　その意義
第二款　批判的考察
結びにかえて

## 序　説　問題の所在

一　違法性の意識は、当該法益侵害（危殆化）行為が客観的に妥当している（刑）法規範によって否認され禁止されていることを行為者に媒介し、彼が自分の行為を具体的な法的当為（義務）に従って適法行為へと動機づける可能性を行為者に与えるものである。彼が違法性の意識を持ちながらも禁止された法益侵害（危殆化）行為へと自らを動機づけた点に、直接的・意識的な反規範的態度、法的に否認さるべき誤まった法的心情がみとめられるのであり、これが完全な責任非難（故意責任）を基礎づけるのである。これに対して行為者に違法性の意識が欠ける場合（違法性の錯誤ないし禁止の錯誤）には、彼には直接的・意識的な反規範的態度はみられず、減軽された責任非難（減軽された故意責任あるいは過失責任）を基礎づけるにすぎない。[1] 違法性の意識は故意の要素か否かの問題につき厳格故意説、制限故意説あるいは責任説のいずれをとるにしても、違法性の意識が行為者にみとめられる場合とそれを欠く場合とを明確に区別することは、故意（責任）か過失（責任）かを、あるいは故意（責任）を減軽し得るか否かを判断するうえで、重要な課題であると思われる。これは、違法性の意識の存否を判断するための具体的基準を探求するという意味で、違法性の意識の限界論であるといってよい。

従来は違法性の意識は故意の要素か否かについての理論的対立が論議の中心であり、具体的に行為者がいかなる内心的態度あるいは心理状態にあるときに違法性の意識がみとめられるのかという点は、少なくとも我が国では、ほとんど注目されてこなかったのではあるまいか。我々は違法性の意識の心理的実体についても目を向けるべきように思われる。本稿はこの点についての西ドイツの最近の議論を紹介しこれに検討を加えようとするものである。そこで、違法性の意識の限界論として論議されているいわゆる「未必の違法意識」と「違法性の意識の『現実性』」についての問題点を明らかにし、解決の糸口を探ることにしたい。

二　さて、行為者が当該具体的行為の違法性を「確定的に」認識している場合に完全な責任非難が肯定されることに疑いはない。ところが、違法性の意識は「未必的な」ものでもよい、と言われることがある。すなわち、行為者が当該行為を「あるいは違法かもしれない」と思いながらも違法行為へと自らを動機づけ、意思決定した場合にも、原則として完全な責任非難が肯定されるのである。何故なら、この「違法の可能性」の認識（予見）によってすでに、行為者に具体的な法的義務が届いているからである、とされているので

ある。[2]

本稿での課題は、まずこのいわゆる「未必の違法意識」は行為者が当該行為の違法性についてどのような心理状態にあるときに肯定されるのかという基準を解明し、さらに、この「未必の違法意識」が存する場合にも、一定の例外的な事情のもとでは行為者に対する責任非難が減弱しあるいは阻却される場合があり得るのではないかという問題を具体的事例を通して検討することである。前者が未必の違法意識の「限界基準」の問題であり、後者が未必の違法意識における行為者の「責任ないし処罰」の問題であるといってよい。これらの問題は、従来我が国ではまったく言ってよいほど等閑に付されてきた。それは、事実認識としての「未必の故意」論が故意（責任）と過失（責任）との限界の問題としてより実践的な意義を有しており、未必の違法意識の問題性はその背後に押しやられてきたためであり、あるいは、いわゆる法律の錯誤ないし違法性の錯誤との関連で、違法性の意識を欠くについての「相当の理由」（禁止の錯誤の回避可能性）の判断基準の問題にもっぱら判例・学説の関心が注がれてきたためでもあると思われる。[3] そこでは、故意（責任）の成否に関して違法性の意識（ないしその可能性）が認められるか否か、あるいは違法性の意識を欠くについて相当な理由があるか否かという、いわば違法性の意識（可能性）の成否（Ob）の問題が大きな比重を占めているのである。これに対して、かりに行為者に違法性の意識が認められるとしても、彼に他の適法行為を期待することが法秩序の過大な要求となり、「実質的責任概念」の観点からは、この場合責任非難の程度が減軽ないし阻却し得るのではないかという、いわば未必の違法認識における責任非難の程度（Wie）の問題性は、従来十分に自覚されてこなかったように思われる。近時「実質的責任論」ないし「可罰的責任論」の論議が活性化しつつある中で、[4] 違法性の意識についても、このような観点から具体的事例に即して検討することが重要な課題の一つとなろう。

## 三　次に、故意説（厳格故意説）は、行為者が行為の違法性を意識しつつ敢えて違法な行為を行う点に重い責任非難としての故意責任を認める。行為者が当該法益侵害行為が法的に許されないことを意識しながらも敢えてこれを遂行するという法規範的心情に対し、故意責任の非難の根拠を求める。行為者が行為の違法性を「現実に」(aktuell) 意識していることが必要である。「現実的な違法性の意識」が故意の構成要素である、[5] とされるわけである。これに対して、故意説がその理論を貫徹することは実際上まったく不可能であるとの批判がなされた。たとえば責任説の主唱者であるヴェルツェルは次のように述べた。すなわち、行為者が行為の違法性に関して現実的・現在的な意識を伴うことは極めて稀れなことにすぎず、しかも、極

度に興奮した情動行為（ないし激情行為）や瞬間的反射行為ではこうした意識は全く欠如している。故意説によればこの場合故意犯としては処罰し得ないことになるが、その結論が実際上承認できないことは明白である。違法性の意識については、非現実的な、何時でも現実化しうる「認識」（Wissen）で満足せざるをえない、と。[6]

故意説の支持者達が、かような欠陥を回避すべく、あるいは「法律の過失」（Rechtsfahrlässigkeit）の理論により、あるいは「法盲目性ないし法敵対性」（Rechtsblindheit od. Rechtsfeindlichkeit）の理論により、理論の適用範囲の拡張を試みたことはよく知られているところである。しかしながら、これらの理論に対しても、「法律の過失」といういわば窮余の策の構成要件を設けることは罪刑法定主義に反し、また「法敵対性」の概念が曖昧で恣意的・権威主義的な法解釈を許す危険性を孕み責任主義に違背する、[7]といった批判が加えられたのである。

ドイツにおいては、従来ライヒ裁判所は違法性の意識は顧慮しないとの立場を堅持していた[8]が、第二次世界大戦後、西ドイツ連邦裁判所刑事連合部の決定[9]は、上述の理論状況を踏まえ刑事政策的配慮をしつつ、責任主義へのより大きな前進を示し責任説を採用するに至ったことは周知のとおりである。その後責任説は西ドイツの支配的見解となり、立法上も責任説が採用されたものと理解されている。[10]

これに対して我が国においては、大審院、最高裁は一貫して違法性の意識不要説を維持しているのに反し、下級審の判例には可能性説に依拠すると思われるものが近時多く見うけられ、また故意説も依然有力に主張されている。かようにして、彼我両国において問題状況に相異はあるものの、上記西ドイツ連邦裁判所刑事連合部決定は、違法性の意識の「現実性」（Akualität）の問題が奈辺にあるかを的確に反映していると思われ、参考に値しよう。すなわち決定は、情動行為や瞬間的行為では違法性の意識を伴わないのが通常であり、まさに重大犯罪にはこのような精神状態で犯される事例が少なくないとして、次のように言う。

「かような精神状態のもとでは、平常熟知している禁止が意識に上らないことがしばしばであり、場合によっては自己の行為が違法か否かの問題を熟考することがより困難である。それにも拘らず責任非難ありとされるのは、行為者が決意する以前に、行為の違法性を意識せしめるような相当な良心の緊張を（die zumutbare Gewissensanspannung）怠ったからである。故殺（Totschlag）は、行為者が被害者により激昂せしめられ、ためにその場で思わず行動へと駆り立てられたときにも、やはり故意の殺人である（〔西独〕刑法二一三条）。裁判官が故意説の要求に忠実たらんとすれば、過失犯処罰が可能でない限り無罪を言い渡さなければならない。裁判

官がかような立法者の望まぬ刑事政策上堪え難い帰結を避けようと思うなら、明白な心理的事実と矛盾する、行為者は行為の違法性を意識していたという認定をすべきこととなり、従って責任の領域において許すべからざる想定（擬制）に訴えなければならない。同様に、確信犯や、倫理的刺激に鈍感だが〔旧〕第五一条にいう責任能力ありとされる常習犯に対しても、故意責任を問うことはできないであろう。何故なら、彼らはいずれも法敵対的な態度にもとづき自己の行為の違法性を意識していないからである。それ故この場合、違法性の意識を想定することは排除される。[11]」

かような理解を前提とするなら、確かに故意説は克服し難い欠陥を有することになる。したがって、責任説が故意を事実的故意に限定し、違法性の意識の可能性を独立の責任要素としたことは、刑事政策的観点からすれば容易に理解し得るところであろう。だがしかし、これは実際果してそうであろうか。激情行為などにおいて行為者は、決定の言うように、常に良心の緊張によって違法性の意識に到達し得るものであろうか、そこでは違法性の意識の可能性すら失われる場合がありはしないか、といった問題が改めて問われなければならないように思われる。決定自身の言うように、かような場合に行為の違法性につき熟慮することが困難であるにも拘らず、「相当な良心の緊張」という概念を媒介にして責任を認めることは、違法性の意識の可能性を肯定することとどの様に調和するのであろうか。故意説が違法性の意識の「現実性」を擬制せざるを得ないとして批判されるのとまさに逆の意味で、責任説は違法性の意識の「可能性」を擬制するものではなかろうか。[12] むしろ違法性の意識の「現実性」の具体的意味内容を明らかにし、違法性の錯誤との限界を弁えたうえで、違法性の意識の「可能性」を問題とすべきではあるまいか。

**四**　そこで本稿では、まず第一章において、未必の違法意識の「限界基準」およびその「責任と処罰」の問題を考察し、第二章において、広く故意の意識形式（ないし心理的存在形態）について展開された西ドイツの心理学的分析を紹介し、違法性の意識の「現実性」の問題を考えてみたい。

（1）責任非難の対象としての「誤まった法的心情」とその価値論的評価（とくに心情倫理と責任倫理の関係）の問題につき、拙稿「違法性の意識に関する一考察――その認識内容を中心として――」北大法学論集三六巻三号（昭和六〇年）一四六頁以下参照。

（2）我が国で違法性の意識は未必的なもので足りると明言するものとして、広島高岡山支判昭和二五年一一月二二日高裁刑事判

決特報一四号一五五頁、東京高判昭和四九年七月九日刑裁月報六巻七号七九九頁、小野清一郎『新訂刑法講義総論』（昭和二三年）一五四頁および一六四頁、中野次雄『刑法総論概要』（昭和五四年）四〇頁、佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（昭和五六年）二五五頁、柏木千秋『刑法総論』（昭和五七年）二二七頁等。

西ドイツではこの点は広く認められている。BGHST 4, 1ff(4); 27, 197ff(202); BGH JR 1952, S.285; BGH JZ 1978, S.762f. (763); BayObLG, GA 1956, S.124ff.(127); Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch, 41. Aufl. 1983, §17 Rdnr.5; Günther Jakobs, Strafrecht, AT, 1983, S.457f.; Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 3.Aufl.1978 [=Lehrbuch], S.367; Lackner, Strafgesetzbuch, 14.Aufl.1981, §17 Anm. 2c; Hans-Ullrich Paeffgen, Fotografieren von Demonstranten durch die Polizei und Rechtfertigungsirrtum, JZ 1978, S.738ff.(745); Hans-Joachim Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums[=Unrechtsbewußtsein], 1969, S.118ff.(120); ders., Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, AT, 4. Aufl.1984 [=SK], §17 Rdnr. 12; Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht, AT, Lehrbuch, 2. Aufl. 1975 [=Lehrbuch], 10/70(S.421); ders., Strafrecht, AT, Studienbuch, 2.Aufl.1984 [=Studienbuch], 7/73(S.216); Friedrich-Christian Schroeder, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar [=LK], 10.Aufl.1980, §17 Rdnr.12; Schönke/Schröder (Cramer), Strafgesetzbuch, Kommentar, 21. Aufl. 1982 [=Cramer, Schönke/Schröder], §17 Rdnr.6a; Günther Warda, Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein, Festschrift für Hans Welzel zum 70 Geburtstag, 1974, S.504.f; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl.1969, S. 170f.; Jürgen Wolter, Schuldhafte Verletzung einer Erkundigungspflicht etc—OLG Celle, NJW 1977, 1644—, JuS 1979, S. 482ff. (484); auch Diethelm Kienapfel, Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum, ÖJZ 1976, S. 113ff.(116).

もっとも、未必の違法意識が例外なく確定的違法意識と同様に取り扱われるべきかどうかについては争われており、この点の検討がまさに本稿の課題のひとつである。

（3）違法性の意識をめぐる問題状況については、拙稿（前註1）一三五頁以下参照。

（4）例えば、佐伯千仞・前掲書、一三三頁、内田文昭『刑法Ⅰ（総論）』（昭和五二年）二〇八頁および二一〇頁註（10）。佐伯説につき、大山弘「責任と予防に関する一考察——可罰的責任評価をめぐって——」関西大学法学論集三二巻一号（昭和五七年）六六頁以下とくに九四頁以下、佐伯、内田両説につき、林美月子「情動行為と刑事責任(一)」神奈川法学一八巻二号（昭和五八年）一頁以下とくに一八頁以下および二一頁註（13）参照。さらに、米田泰邦『犯罰と可罰的評価』（昭和五八年）八一頁以下、町野朔「犯罪論と刑罪論」長尾龍一・田中成明編『現代法哲学第三巻　実定法の基礎理論』（昭和五八年）一三三頁以下。弁

護実務からの反応として、佐藤興治郎「刑事責任論の活性化と刑法理論の再構成——可罰的責任と保安処分を中心として——」判例タイムズ四九八号（昭和五八年）五六頁以下がある。

(5) 近時これを明言する者として、西ドイツでは例えば、Schönke/Schröder, 17.Aufl. 1974, §59 Rdnr. 76; Schmidhäuser, Lehrbuch, S.419f.; 我が国では、内田・前掲書二三二頁、大塚『犯罪論の基本問題』二七〇頁以下、荘子『刑法総論〔新版〕』〔昭和五六年〕三五一頁以下等。

荘子教授は、違法事実の認識予見と行為の違法性の意識とを一体不可分のものとして把握した故意そのものの実体として、「現実」の違法性の意識を問題にされる。しかるに他方で「故意の本質は行為の違法性を意識しないことに在る」（傍点——引用者）との立言に出られる（荘子・前掲書三五二頁）。ここでは行為者固有の規範的価値意識としての違法性の意識が考えられているのであろうか。この場合には、責任軽減の事情として、違法性を意識し得る「可能性」が考慮されるのであり、故意の要件としての違法性の意識の「可能性」ではない、とされる。

(6) Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4.Aufl.,1961, S. 62 ff.〔福田平・大塚仁訳『目的的行為論序説』（昭和三七年）八八頁以下〕; ders., Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S.159ff.; ferner Hellmuth Mayer, Strafrecht, AT, 1953, S.258f.

(7) Welezel, Das neue Bild, S.63〔邦訳八九—九〇頁〕、木村『刑法総論』三一〇頁註（二）および(三)、同「故意説と責任説——刑法解釈学の論点一一——」法学セミナー一五二号（昭和四三年）四三頁以下等。

(8) ライヒ裁判所の実務につき詳しくは、vgl. Robert von Hippel, Vergleichende Darstellung des Deutschen and Ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil[=, VDA], Bd. Ⅲ, 1908, S.541ff.; Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des strafrechts, 1949[Neudruck 1985], S.46ff.

(9) GroBer Senat für Strafsachen, Beschl. vom 18. März 1952: BGHSt 2, 194ff. これにつき、福田『違法性の錯誤』（昭和　年）一一一頁以下、高田卓爾「法律の錯誤に関するドイツBGHの新判例」法と政治三巻四号（昭和二七年）五九頁以下、佐伯千仞「法律の錯誤に関するドイツの新判例について」『刑事裁判と人権』（昭和三二年）一三六頁以下参照。

(10) Vgl. Schroeder, LK,§17 Rdnr. 3; Cramer, Schönke/Schröder, §17 Rdnr. 3.

(11) BGHSt 2, 205f.

(12) このような批判としてたとえば、Schmidhäuser, E., Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966, S.320f.

# 第一章　未必の違法意識

## 第一節　未必の違法意識の限界基準

ここでの問題は、「未必の違法意識」は行為者が当該行為の違法性についてどのような心理状態にあるときに肯定されるのかについての判断基準を解明することである。違法性の意識と違法性の錯誤（ないし禁止の錯誤）との限界の問題である。この問題は、故意（責任）には違法性の意識を要するとする厳格故意説では故意と過失を分かつ意味において、その可能性で足りるとする制限故意説ないし責任説では完全な故意責任と減軽された故意責任（禁止の錯誤）とを分かつ意味において、それぞれ重要な課題となる。[1]

事実認識としての「未必の故意」の問題に関しては、ドイツ及び我が国で古くから華々しい論争が展開されてきたが、それは故意の本質をめぐる認識主義（表象説ないし認識説）と意思主義（意思説ないし希望説）の対立を反映したものであった。この点に関する対立は今や克服されたと言ってよいであろうが、故意と認識ある過失を分かつ基準は何か、行為者のいかなる心理的態度をもって未必の故意ありと言えるかについては、依然として対立がある。[2] 我が国では「認容説」が通説であるとされるが、「認識説ないし蓋然性説」、「動機説」、「実現意思説」あるいは「客観的動機説（客観的認容説）」等も有力に主張されている。[3] 西ドイツにおいても、「是認説ないし認容説」、「蓋然性説」、「無関心説（感情説）」あるいは「（具体的）可能性説」等に加えて、最近では、「回避意思表示説（回避措置説）」あるいはニュアンスに差はあるものの「甘受説」ないし「真摯説」と呼ばれるもの等が主張されているのである。[4] これらの基準設定の試みがそのままの形で「未必の違法意識」論に転用し得るとは必ずしも言えないが、ここでは、未必の違法意識の問題にも言及している（西）ドイツの論者達がこの問題をどのような射程で捉えているかを検討しつつ、未必の違法意識の妥当な限界基準を探ってみたい。

(1) もっとも、後説では故意責任が減軽され得るか否かというい わば量的差異が問題となるにすぎないのに対して、前説では故意か過失かという（場合によっては有罪か無罪かという）質的差異が問題になることからより重要な意味をもつといえる。

(2) この点の指摘につきたとえば、阿部純二「未必の故意の意義とその範囲」藤木英雄編『刑法の争点（増補）』（昭和五九年）七六頁。

(3) 我が国の学説の対立状況について最近のものとして、野村稔「未必の故意」西原春夫他編『刑法学2』（昭和五三年）一九

八頁以下、青木紀博「未必の故意の一考察」同志社法学三二巻六号（昭和五六年）八三頁以下、阿部・前掲論文等参照。

(4) 西ドイツにおける最近の動向につき、vgl. Jürgen Ambrosius, Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, 1966, S.31ff.; Hans-Joachim Behrendt, Vorsatzgrenze und verfassungsrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz, in:(hrsg.) J. Schwarze und W. G. Vitzthum, Grundrechtsschutz in nationalen und internationalen Recht, Werner von Simson zum 75.Geburtztag, 1983, S.11ff; 斉藤誠二「未必の故意と認識ある過失の区別（一）～（三・完）」判例時報六九三号一〇頁以下、七〇五号一八頁以下、七〇七号二二頁以下（ともに昭和四八年）、青木・前掲論文一〇九頁以下等参照。

## 第一款　認容説

一　認容説は[1]、故意の本質につき意思説に立ち、行為者が構成要件の実現を可能なものと考え結果発生の可能性を「認容し」(billigen)、「是認しつつ甘受し」(billigend in Kauf nehmen) あるいは「それに同意し」(mit ihm einverstanden) た場合に未必の故意を認める。行為者が法益侵害を「内心で拒否し」それが発生することを望ましくないと考えていた場合には、ただ認識ある過失が問題とされる。この説においては、結果発生の可能性に対する単なる認識（表象）だけでは足りず、さらに認容という内心的態度が要求される。行為が違法であっても「やむをえない」と行為者が考えた場合には未必の違法性の意識があると言える。

二　この説は故意の本質をその内心的態度において捉える点では正しいものをもつ。結果を認容することなしにその実現を「決意」し、行為に出ることは考えられないからである[2]。しかし、認容説に対しては次のような批判がなされる。すなわち、認容というような行為者の内心的感情はいかなるかたちにおいても行為に表現されておらず、このような微妙な心理状態を立証することは実際上不可能であり[3]、また、認容という情緒的な要素を故意の本質上要求することは妥当でなく、意思決定がどのような感情的理由から生じたかということは未必の故意の限界づけには重要ではない[4]、という点である。実際上の理由にもとづく批判は、決定的なものとは思われない。行為者の主観的態度はいずれにせよ情況証拠に拠らざるを得ず、一定の行為があれば認容ありと認定することは必ずしも不合理ではないからである[5]。また情緒的な要素は故意とは直接関係はないとする批判も、認容という情緒的態度が「実現意思」へと結びつくのであって、本説も実は意思的（意欲的）要素を目ざしているのではないか、との理解も可能であろう[6]。蓋然性説と対比するなら、蓋然性説が量的基準で区別するに対して、認容説が結果の発生ないし違法の実現を意に介さない態度の有無という質的基準によって区別する点で優

れていると言える。

問題は、たとえば、行為者が法益侵害の単なる可能性を認識した（違法性の意識に関して言えば、まさか違法だとは思わないがその可能性もあり得る、と考えた）にすぎないが、それでも「やむをえない」と考えた場合、認容的側面を強調することによって故意あるいは違法性の意識を肯定することになるのではないか、という点である。[7] しかしながら、認容説の論者もそこまで徹底するとは思われず、一般には蓋然性ないし可能性の程度が高ければ認容があり、逆にその程度が低ければ認容も認められないという対応関係が認められよう。[8] 結果発生ないし違法性の可能性がかなり低いと考えられる場合にも行為者はなおこれを意欲し得るが、この場合に未必の故意を認めるか否かは、仮設的認容、積極的認容あるいは、「やむをえない」とか「仕方がない」とかさらに次款でみるような「無関心」といった消極的認容のいずれを判断基準とするかによって、結論は異なってくる。[9]

(1)この説は、ドイツのライヒ裁判所の判例において支配的であった。たとえば、RGSt 26, 243; RGSt 33, 6; RGSt 59, 3; RGSt 72, 44;RGSt 77, 229; noch BGHSt 7,363; BGHSt 19, 105; BGHSt 21, 283; BGH, NJW 1968, S.660. 学説として、Jürgen Baumann/Ulrich Weber, Strafrecht, AT,9 Aufl. 1985, S.402.; Hermann Blei, Strafrecht I, AT, 18. Aufl 1983, S.116f.; Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Teilband 1, 6. Aufl.1983, S.298. 我が国では、小野清一郎『新訂刑法講義（総論）』（昭和二三年）一五三頁、木村亀二『刑法総論』（昭和三四年）二一〇頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔増補〕』（昭和五〇年）一四九頁、内田・前掲書一一一頁、西原春夫『刑法総論』（昭和五二年）一六一頁、団藤重光『刑法綱要総論〔改訂版〕』（昭和五四年）二七三頁、香川達夫『刑法講義〔総論〕』（昭和五五年）二〇六―七頁、福田平『全訂刑法総論』（昭和五九年）一〇五頁等、多数説である。さらに、青木・前掲論文九一頁註（3）も参照。

(2) 内田・前掲書一一一頁。

(3) 荘子邦雄『刑法総論』（昭和四四年）五一五頁、平野龍一『刑法総論I』（昭和四七年）一八二頁以下。

(4) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S.122. 平野・前掲書一八五頁。なお中教授は、構成要件的故意の体系的地位およびその機能といった観点から、認容説は構成要件的故意を「責任要素の助けをかりて認めようとするものではないか」と批判される。中義勝『刑法総論』（昭和四六年）一一三頁註（6）、同『講述犯罪総論』（昭和五五年）一一〇頁以下。この点につきさらに、青木・前掲論文九三―四頁参照。

さらに荘子教授は、行為者が「内面的に」認容したか、拒否したかという行為者の情緒的・感情的関係、感情の動きによっ

て故意の存否が決定されると解することは、いかにも恣意的であるとして、感情説（認容説）は、可能性の量的差別を根拠とした蓋然性説にも増して恣意的要因に支配されるものであると批判される。荘子邦雄『刑法総論〔新版〕』（昭和五六年）三二四頁。

（5）たとえば、鈴木享子「刑事法における主観的要素と情況証拠をめぐる問題」綜合法学六一号二七頁以下、森岡茂「情況証拠による認定」証拠法大系Ⅰ証明（昭和四五年）二五七頁等参照。なお、宗岡嗣郎「客観的未遂論と故意の体系的地位」九大法学三〇号（昭和五三年）九三頁以下も参照。

（6）団藤・前掲書二七三―四頁は、認容という情緒的ないし意欲的要素が必要であるとされる。また内田・前掲書一一一頁、西原・前掲書一六一頁、平川宗信・大塚編『判例コンメンタール8刑法Ⅰ』（昭和五一年）三〇四頁等参照。

（7）実際上本文のような設例が意味をもつかどうか若干疑問である。なぜならわずかな可能性に対する認容など考えにくいからである。単なる可能性はむしろ考慮に入れないのが普通であろう。しかし、荘子教授は、認容説を徹底するならばそれ自体禁じられていない行為の場合であっても、または単なる過失行為にすぎない場合であっても、故意となりかねないとして批判し、認容の動機づけ過程において認識がどの程度の役割を果したかは認容説では不明であると指摘される（前掲書〔旧版〕五一七頁）。

（8）佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（昭和五六年）二五五―六頁、中山研一『刑法総論』（昭和五七年）三五五―六頁。

（9）なお、フランクの第一公式（仮設定認容説）から第二公式（積極的認容説）への発展につき、井上正治『過失犯の構造』（昭和三三年）一三四頁以下、一五七頁以下参照。

なお、我が国では「無関心」をも含めた消極的認容を「認容説」に算入するのが通常である。この点につきたとえば、中山・前掲書三五六頁および三五八頁註（3）、青木・前掲論文九〇―一頁参照。

### 第二款　無関心説（感情説）

エンギッシュ（Karl Engisch）は、意思説を批判的に考察し、基本的には表象説に立ちながらもその修正的見解を示した。[1] すなわち一方において、行為者が少なくとも結果の発生を「極めて高い蓋然性のあるものとして」（als höchstwahrscheinlich）考えた場合には、行為者がこの結果を是認していなくとも故意があるとされるのである。なぜならば、極めて高度の蓋然性は、実際上は、確実性と同様に評価しうるものだからである。[2] しかし他方、これ以外の場合には行為者の内心的態度が考慮されるが、故意と過失との違いは行為者の一定の無謀な態度の段階にのみ見い出される。すなわち、行為者の無関心な態度（Gleichgültigkeit）を基準として故意と過失とが区別されるのである。

エンギッシュによれば、行為者にとって構成要件実現が無関心な

ものであったために、行為者が構成要件実現の表象によって構成要件該当の行為を思い止まらなかった場合には、故意が存在する。[3] つまり、行為者が単に可能な附随結果を積極的に是認し、あるいはそれに対して「どちらでもよい」と無関心に受けとめ（gleichgültig hinnehmen）た場合には、未必の故意であり、行為者が附随結果を望ましくない（unerwünscht）と考えそれが発生しないことを望んだ場合には、認識ある過失が認められるのである。[4] 構成要件実現の表象によっては行為を思い止まらなかったという定式は、認識ある過失にもあてはまるのであり、故意と過失の区別のためにその定式をより完全なものにするためには、「無関心」といった感情的要素によって補完せざるをえないのである。その意味でエンギャッシュは、表象説と感情説の結合を目ざしているのである。故意の本質は、行為者が構成要件実現に対する高度の無関心から、構成要件実現の表象を通して、自らを適法行為へと向け、あるいはその違法な行為を思い止まらなかった点にある、と言うのである。[5]

二　彼はこのような基準を未必の違法性の意識と禁止の錯誤との限界づけの基準にも用いている。彼によれば、行為者が行為の違法性を極めて高度の蓋然性のあるものと考えしかもそれを是認していない場合、あるいは彼は行為の違法性を単に可能なものと考えたがそれに対して無関心であった場合には、未必の違法性の意識がある。[6]

エンギッシュにとっては、可能な違法性に対する無関心という行為者の内心的態度が重要なのである。換言すれば、彼にとっては、行為者の一定の感情的体験ないし心情が決定的な要素とされる。[7]

このような違法性の意識と禁止の錯誤の限界に関するいわゆる無関心説に対して、アルミン・カウフマン（Armin Kaufmann）も同意したことであった。[8] 彼は次のように言う。違法性の意識に関して行為者の「心情」を問題とすることはまさに正当なことである。むしろ「法益侵害」ないし「違法性」に対する行為者の内心的態度こそ問題にしなければならないのである。なぜなら、非難可能性の程度及び量刑にとってはこのような行為者の無関心な態度はともに決定的なものだからである。未必の故意の限界のために展開された感情説（emotionale Lehre）は、責任非難の領域においてこそその正当性を主張するものである。責任非難のより深い意義を考えるならば、責任非難の基盤である責任倫理（Verantwortungsethik）によって必然的に限界づけられたその枠内で、まさに責任非難の程度を付するために心情倫理的要素（gesinnungsethisches Moment）が是非とも顧慮される必要があるのだ、と。[9]

三　このように、エンギッシュおよびカウフマンは、行為者の無関心という心情的・情操的な限界メルクマールを基準として未必の違法性の意識を限界づける。これに対して、ルドルフィは、刑法の

規範目的としての法益保護思想および行為責任の観点からすれば、行為者のこのような心情の無価値性自体は未必の違法性の意識の成否にとって決定的なものではない、としてこれを批判する。法的義務の呼びかけに対する態度決定をなすべき状況におかれるのでなければ違法性の意識は生じえないとする彼は、無関心という心情は単に法益侵害への意思決定の動因（Grund）としての意味しかもたずそれ自体は決定的なものではない、とするのである。[10] たしかに、心情自体は、違法性の意識の限界づけの問題にとっては、決定的なものとは思われない。それが個々の具体的な行為と結びつくときにはじめて一定の意思形成・意思決定へと働きかけるのであり、最終的には意思的要素に還元さるべきものと思われる。[11] 行為者が具体的な意思決定の時点において結果発生ないし違法性に対する自らの無関心さを自覚しているのであれば、蓋然性にまでは至らなくとも少なくとも結果発生ないし違法性の単なる可能性は、その無関心さとも、その意思に受け入れられていると考えられる。[12] 無関心という心情的要素それ自体が決定的なのではなく、それが具体的行為の動機形成過程ないし意思形成過程においてどのような役割を果したのかを問題とせざるをえないように思われるのである。

(1) Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit in Strafrecht, 1930[=Untersuchungen], S.175ff. Vgl. Ambrosisus, a.a.O., S.42ff. 斉藤・前掲論文(一)判例時報六九三号一二頁、青木・前掲論文一〇九頁以下。

(2) Engisch, Anmerkung zu Urteil des BGH St. 7, 363 (NJW 1955, 1688), NJW 1955, S.1689

(3) Engisch, Untersuchungen, S.233. und 219f.

(4) Ebenda, S.186ff.; auch ders., NJW 1955, S.1689.

(5) Engish, Untersuchungen, S.232ff. エンギッシュは、構成要件実現と行為ないし目指した結果との間に必然的あるいは高度に蓋然的な結びつきを表象している場合には、「相対的無関心」でも充分であろうが、「低い蓋然性あるいは可能性の場合には、故意への帰責がなされるためには、「絶対的無関心」な態度が必要である、と言う（S.233）。

(6) Engisch, Untersuchungen, S.238 und 219f.

(7) Vgl. Rudolphi, a.a.O.,S. 118.

(8) Armin Kaufmann, Der dolus eventualis in Deliktsaufbau, ZStW 70, 1958, S.64ff. insbes. S.83ff. [auch in: ders., Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, S.59ff. insbes. S.76ff.]

もっともカウフマンは、未必の故意に関しては、目的的行為論の立場から故意を実現意思として理解し、回避意思が附随結果回避のための反対要素（回避措置）の創出という形で客観的に認められる場合には故意なしとする客観的な基準を設定した

(a.a.O., S.73ff.; auch ders., Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S.66ff.)。Vgl. noch Ambrosius, a.a.O., S.37ff. 中・前掲「未必の故意」八二頁以下、斉藤・前掲論文(一)判例時報七〇五号一八頁、青木・前掲論文一一四頁参照。

(9) Kaufmann, ZStW 70, S.85 [S.77]

(10) Rudolphi, a.a.O., S.122f. なお違法性の意識に関するルドルフィの見解につき詳しくは、拙稿「違法性の意識に関する一考察」北大法学論集三六巻三号一八九頁以下参照。

(11) Vgl. Ambrosius, a.a.O., S.43.

(12) 結果ないし違法性に対する無謀あるいは無関心な態度は、それらの危険（リスク）を真摯に受け止めるためのきっかけであるというより、むしろ、それを意思に受け入れたにも拘らず、すなわちそれから反対動機が生ずるにも拘らず、或る行為へと決心したことの理由を示すものであろう（Ambrosius, a.a.O.,S.69; Vgl auch Franz Pallin, ZSIW 84, 1972, S.201)。

### 第三款　蓋然性説

一　蓋然性説[1]は故意の本質に関する認識主義（表象説）の立場に立ち、従来の認識説によると故意の範囲が不当に拡大することになりかねないので、それを避けるべく結果発生の単なる可能性の認識では足りず、蓋然性の程度の認識を要求する。ここでは、行為者の「結果に対する内心的態度」(die innere Einstellung zum Erforg) は問題とされず、「行為者が禁止された結果ないし決定的な附随的事情を蓋然的なものとして表象したかどうか[2]」が重要である。蓋然性というのは程度を付するための概念[3]であるが、H・マイヤーによれば、蓋然性説で問題とされるのは「単なる可能性より程度が高く、極めて高い蓋然性より低い程度」の蓋然性である[4]。行為者が結果発生の単なる可能性を表象したにすぎない場合は認識ある過失であり、その蓋然性を表象して行為するならば未必の故意とされる[5]。

結果の発生ないし構成要件的事実に関する認識には、単にそういうことも可能だという段階から、そうらしいという蓋然性の段階を経て、ほとんどまちがいないであろうという確実性の段階まで、程度の差がありうる。蓋然性説はまさにこの蓋然的な程度において、故意と過失とを分かつのである。その際問題とされるのは、一定の結果発生ないし重要な犯罪事実の客観的な蓋然性ではなく、まさに行為者がそれを蓋然的であると判断するところの主観的な蓋然性の判断（表象）である。蓋然性の客観的な程度は、可能な法益侵害に対する行為者の内心的態度についての情況証拠として顧慮されうるにすぎない。蓋然性説はそのような客観的基準を目ざしているものではない。行為者の主観的な蓋然性の表象があくまでも決定的なものなのである[6]。

蓋然性説に対しては故意と過失との質的判断を量的判断に転化す

るものであり、また蓋然性という基準は流動的なもので確実な判断基準となりえない、との批判がなされている。[7]

二　違法性の意識に関して言うならば、蓋然性説によれば、行為者が行為の違法性を蓋然的に表象していたならば違法性の意識があり、単に可能的に表象していたにすぎない場合には禁止の錯誤となるはずである。しかしこれに対しては、構成要件的故意に関すると同様の批判が可能であろう。[8]さらに、違法性に関する蓋然的な認識というものがそもそも思考可能かどうか疑わしい。[9]蓋然性を「確からしい」という意味に理解するならば、それは後述する「真摯説」(Ernstnehmen 説) に実質的に一致することになろう。その相異は、蓋然性説が量的限界であるのに対し、真摯説は真摯にその可能性を受けとめたか否かの質的限界である点にある。その意味では、違法性の意識に関するかぎり、蓋然性説と真摯説はニュアンスの差にすぎない、と言ってよいように思われる。

(1) 蓋然性説をとる者として、Hellmuth Mayer, Strafrecht, AT, 1953 [=Lehrbuch], S.250f.; ders., Strafrecht, AT, 1967 [=Grundrip], S.121; Wilhelm Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 3.Aufl. 1955, S.177ff. 我が国では、牧野英一『刑法総論下巻(全訂版)』(昭和三四年)二六七頁、荘子・前掲書〔旧版〕五一三頁、中野次雄『刑法総論概要』(昭和五四年)四五頁など。さらに、青木・前掲論文九八頁以下および一〇〇頁註(1)参照。

(2) Mayer, Lehrbuch, S.250; vgl. auch Ambrosius, a.a.O., S.31f.

(3) 平野・前掲書一八一頁参照。

なお、ここで問題とされるのは、自然科学的・統計学的な確率的判断ではなく、行為者自身の直観的判断であることは言うまでもない(もっとも直観的判断は理性的なものを排除するわけではない)。この概念の問題性につき、例えば、A・J・エイヤー(竹尾治一郎訳)『哲学の中心問題』(法政大学出版局、昭和五一年)二五一頁以下参照。

(4) Mayer, Lehrbuch, S.251. 荘子・前掲書〔旧版〕五一五頁。もっとも荘子教授は、『刑法総論』〔新版〕三二三頁以下では、蓋然性説と認容説(感情説)を綜合した動機控制説に拠らなければならない、とされる。

(5) ヴェルツェルは附随結果については蓋然性説が意味をもつとする。Welzel, a.a.O., S.70.

(6) Vgl. Ambrosius, a.a.O., S.31

イェシェックは、蓋然性説は客観的基準を使用する限界づけの試みであるとしていた(Jescheck, Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes in Verbrechensbegriff, Festschrift für E.Wolf, 1962, S.483)が、その限りで不正確であろう(vgl. Ambrosius, a.a.O., S.32 Anm.4)。また、従来の蓋然性説が故意の「認定論」として議論されたのだとしたら、そのような蓋然

性説は故意の本質論として妥当でない（内田・前掲書一一一頁および一一二頁註（10））。

（7）Ambrosius, a.a.O., S.62ff. 井上正治「未必の故意」刑事法講座第二巻（昭和二七年）三一九頁、中義勝「未必の故意」刑法講座第三巻（昭和三八年）七七頁。

（8）Vgl. Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S.127f.

（9）事実に関する判断においては蓋然性の概念は使用しやすいが、価値評価については不適切ではないか、との疑問がある。しかし、事実に関しても、結果は発生するか否かのどちらかであり、「蓋然的に発生する」ものではない。「蓋然性の言明」は一定の知られていない事態あるいは将来の事態についての信頼性の言明なのである（エイヤー・前掲書二六六頁以下参照）。この点で、イェシックは、蓋然性の程度は、行為者が危険を本気に受けとめたことの徴憑（ein Indiz für das Ernstnehmen der Gefahr）にすぎないと言う（Jescheck, Lehrbuch, S.242.）。

### 第四款　可能性説

一　故意説を信奉するH・シュレーダー（Horst Schröder）とシュミットホイザー（Eberhard Schmidhäuser）[1]によれば、行為者が行為へと意思決定する時点において「法違反の可能性の表象」を持っていたならば、すでに故意（悪意 dolus malus）は認められる。行為者が、禁止された法益侵害の具体的可能性（危険性）を予見し、かつその認知的判断を法益侵害の可能性はないだろうという判断へと改めて変更することなく行為した場合には、違法性の意識は既に未必的に存在することになる。

その理由につきシュレーダーは次のように言う。行為者が彼の行為の可能な結果として犯罪結果を予見しているならば、彼はそのことによって既にかような可能性に対する内心的態度決定を強いられている。彼はその際、かような可能性の表象によって生ずる動機づけ（すなわち、かような事情のもとでは行為すべきではないという動機づけ）を受け入れることも、あるいはそれを拒絶しそれに逆らって（trotzdem）行為を実行することも可能なのである。その場合には、他の積極的な強調（すなわちこの不都合な可能性の認容）は必要ではなく、彼は未必の故意をもって行為するものである。なぜならば、故意にとって決定的な要素（すなわち法違反の可能性の表象によって示された警告動機を無視すること）は認容したか否かということとは直接には関係しないからである。あるいは、場合によっては、行為者は――必要な注意義務を怠ることによって――不都合な結果は生じないだろうという判断に達することもある。この場合には、現実の事態を軽率に誤解したことに対する過失責任が問題となるにすぎない、と。[2]

彼は、故意と過失との本質的相異は行為者において不法をなすと

いう意識があるか否かという点にあるとする立場から、認識ある過失と認識なき過失との間には、本質的な相異はないとする。むしろすべての過失は、その本質において、不法をなすという意識を欠いている点において特徴的なのである。その意味において「すべての過失は認識なき過失である」。規範の表象が法秩序に従い行為を抑止するための動機となるはずである。故意論においては、個々の構成要件的事実の認識は、それがまさに反対動機（法的禁止）を徴憑しているがゆえに必要とされる。その意味で個々の構成要件事実の認識は第二次的意義しかもたない。土台となり出発点となるのは法的規範と行為による規範侵害の表象である。可能な法益侵害の意識をもって行為するものは規範侵害の意識をもつがゆえに故意犯としての非難が加えられるのである。[3]

シュミットホイザーも、故意と過失との区別は一定の表象を持っていたか否かによってなされるのであり、行為者の「知的な」《intellektuelle》意識体験に還元される、として同様の結論に達する。[4] 彼はその際、結果発生の「抽象的危険」と「具体的危険」とを区別し、認識ある過失では、行為者は確かに抽象的危険は認識している（für-möglich-halten）が、最終的には、それが非理性的で根拠のないものであれ、あるいは瞬時になされる事物思考的考慮の形式においてであれ、決定的瞬間には行為者はその意識の中で具体的可能性を否定し（doch-nicht-für-möglich-halten）結果の不発生をあてにしているのである。そしてここに具体的危険とは、「ここ、今、そしてこの行為態様」に関わる現実的・具体的な判断内容である。[5] そしてシュレーダーも、実はこのような具体的な可能性の表現を限界基準としているように思われるのである。[6]

違法性の意識に関して言うならば、行為者が当該行為があるいは違法であるかもしれないとの具体的可能性を意識しており、かつこの認知的判断を最終的に、意思決定の時点において否認しないのであれば、彼には未必の違法意識があることになる。

## 二　（具体的）可能性説は未必の故意ないし未必の違法意識の限界基準を認識的要素に求めるものである。[7] その意味で蓋然性説と共通のものがある。しかも、未必の故意ないし未必の違法意識を肯定するための可能性の認識は、抽象的な可能性ではなく、意思決定の決定的時点における具体的・現実的な可能性の認識である。それは意思形成の最終段階における犯罪結果発生の可能性についてのまじめな判断を要件とするものであり、結論的には後述する「真摯説」と大差ないのではあるまいか。[8]

（1）H.Schröder, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, Fest-

schrift für W.Sauer, 1949, S.207ff.; E.Schmidhäuser, Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit, GA 1957, S.305ff.; ders., Der Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuesten Rechtsprechung des BGH und in §16 Komm. Entw. StGB Allg. Teil 1958, GA 1958, S.161ff.; ders., Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat, JuS 1980, S.241ff; ders., Lehrbuch, 10/51 (S.407f) und 10/88ff. (S.435ff.); ders., Studienbuch, 7/100f. (S.227ff.).

(2) Schröder, a.a.O., S.232f.

(3) Ebenda, S.245ff.

(4) Schmidhäuser, GA 1958, S.180.

(5) Schmidhäuser, GA 1957, S. 312f. ; der. , GA 1958, S. 178ff. ; ders., JuS. 1980, S.250. 尚「事物思考」(Sachdenken) については、本稿第二章第三款参照。

(6) Vgl. Schmidhäuser, GA 1957, S.313 Fußn.27. 桂静子「故意と過失との限界について」刑法雑誌五巻四号（昭和三〇年）五五三―四頁も参照。

(7) シュミットホイザーは、独自の目的犯罪論体系の構成から責任構成要件要素として、従来の概念法学的な「故意」「過失」概念に替えて、意思的要素を排除し、認識的要素から構成される「故意性」(Vorsätzlichkeit)「過失性」(Fahrlässigkeit) の概念を使用する。故意と過失は認識的要素によってのみ区別されるのである。Schmidhäuser,Vorsatzbegriff and Begriffsjurisprudenz in Strafrecht, 1968〔紹介として、上田健二「エーベルハルト・シュミットホイザー『刑法における故意概念と概念法学』」判例タイムズ二四一号（昭和四五年）四二―五頁がある〕; ders., Lehrbuch, 615ff. (S.141ff.) ,6/9 (S.144) ,6/25 (S.154f.) und 10/32ff. (S.394ff.) ; ders.,Studienbuch, 419f. (S.61) ,4/26 (S.66) und 7/35ff. (S.199ff.) 前掲拙稿・北大法学論集三六巻三号一六七頁以下とくに一七一頁註（五）も参照。

(8) Vgl. Rudolphi, SK. §16 Rdnr.41

## 第五款　真摯説ないし甘受説

一　ドイツの判例はさきにみたように一般に、是認説ないし認容説をとっているとされていたが、一九五五年に西ドイツ連邦裁判所は、「行為者が、目ざした目的のためにやむを得ず、つまり他の方法ではその目的を実現できない限り、その行為がそれ自体望ましくない結果を惹起することに甘んじ (sich abfinden)、それと同時に行為に入る際に望ましくない結果を意図しているならば、彼は法的意味においてその結果を是認したことになる」と判示した。[1] この判決は、「行為者はそれ自体望ましくない（単に可能と表象された）結果をも是認しうる」とするもので従来の諸判例との関連が疑問視され、エンギッシュは、本判決は「是認」という要件を暗に放棄し、単なる甘受 (Inkaufnehmen) で足りるとするものであると評釈している。[2] その後判例は再び是認説をとっているようであるが、連邦裁

判所の判例は両説の間を動揺し、その態度ははっきりしないと言われている。[3] この間にあって西ドイツの学説は、故意を構成要件要素とする立場から、その限界基準について認識的要素と意思的要素の両者を考慮して、未必の故意に関する諸説を展開しているのである。以下ではこれらの見解について考察し、未必の違法意識との関係を含めて検討することにしよう。

さて、シュトラーテンヴェルト（Günter Stratenwerth）は、結果に対する行為者の内心的態度に目を向ける。[4] 彼は、シュレーダーおよびシュミットホイザーの意味での具体的危険の認識を行為者が持っている事例について、彼らとは別の限界基準を設定するのである。シュトラーテンヴェルトによれば、具体的な危険を意識している行為者についても、さらに、未必の故意かあるいは認識ある過失かが問題になりうる一定の心理的態度を考えることができる。すなわち、行為者は認識された具体的危険を「真摯に受けとめる」（Ernstnehmen）か、あるいはそれを「真摯に受けとめない」といった態度をとる余地があるのである。危険を「真摯に受けとめない」ということは、それが意識されていないということを意味するものではない。結果を「真摯に受けとめる」という表現によって示される態度は意思決定をする際に非常に重要な意味をもつ。すなわち意図した行為をそれでもなお実現すべきか否かを決定する際に重要な意義を持っているのである。[5]

彼は次のように言う。行為者が具体的な状況（たとえば危険）から生ずる要求（Anspruch）を真摯に受けとめるならば、可能な無価値的結果自体に対して態度決定しなければならない。彼はこのような具体的危険と結びついた意図した行為をその危険を考慮して思い止まるか、あるいは、やむを得ない場合には――より高次の目的のために――その結果を受け入れるか否かについて自己決定しなければならないのである。具体的状況から生ずる要求は、この場合いずれにせよ、行為決定以前の段階で彼の意思形成に重要な役割を果たすのである。[6]

シュトラーテンヴェルトは意思形成と意思決定を同じものと理解している。[7] 意思決定の内容となるのは、意思形成の過程で真摯に受けとめられた危険に対する判断内容である。彼は最終的には実現意思を目ざしそれを故意と把握する。[8] 望ましくない結果が「実現意思」に含まれるか否かは、まさに一定の意思形成過程におけるその内容に依存している。このように彼は、意思形成過程の中で結果発生の可能性を「真摯に受けとめていたか」否かによって故意・過失を限界づけるのである。

ゲルマン（Oskar Adolf Germann）も、シュトラーテンヴェルトに類似した考え方を示している。ゲルマンによれば、[9] シュトラーテ

ンヴェルトは意思形成の『第一段階』(Vorstufe) を問題とするものであるが、むしろ、行為決定の時点の方がより重要である。すなわち、行為者があるいはその行為によって犯罪構成要件が実現されるかも知れないと意識していた場合に、彼がかような事情をその行為にとって決定的な意思決定の中へと取り入れた (einbeziehen) ならば、彼は未必の故意をもって行為するものである。[10] 換言すれば、行為者が望ましくない結果発生の可能性を重大なもの (ernsthaft) と考え、それにも拘らずその行為を断念することなく彼の追求する目標を達成すべく行為へと決意した場合には未必の故意が認められる。[11]

このように、ゲルマンは行為者が意思決定の時点において結果発生の可能性をどのように受けとめていたかという点を問題にする。

二　目的的行為論に立つヴェルツェルは、故意を「実現意思」として理解する。実現意思は目標及び目標達成のための行為手段に対して第一次的・直接的に向けられている。これに対して附随結果は実現意思にとって第二次的・間接的なものにすぎない。[12] 行為者が附随結果の発生を単に可能なものと考えたにすぎない場合には、彼がその発生を計算に入れていた (mitrechnen) か、あるいは反対に、それが起こらぬことをあてにしていた (vertrauen) かどうかが問題となる。すなわち、結果発生の可能性を計算に入れて行為したなら未必の故意、結果の不発生をあてこんだ場合には認識ある過失にすぎないことになる。[13]

マウラッハは、ヴェルツェルのこの考え方は蓋然性説に近いものとする。[14] たしかにヴェルツェルは、単なる可能性の認識の段階ではなく、蓋然性の認識の段階に至ってはじめて、結果発生の可能性を計画に入れるとか、その不発生をあてにするといった意思的態度が見られるとするので、[15] 蓋然性説に近いものと言えよう。しかしながら、最終的には実現意思に故意の本質を見る彼の立場にあっては、蓋然性の認識にもとづいてどのような意思的態度に出たかを問題にするのであり、彼の所説は意思的要素をも含めて限界メルクマールを考えるものといってよい。

三　同様の考え方は、必ずしも目的的行為論に立たない論者によっても示されている。たとえば、イェシェックは「構成要件実現を甘受する (Sich-Abfinden)」とか「よい結果をあてにして行為する (Handeln im Vertrauen auf einen guten Ausgang)」といった基準によって、未必の故意と認識ある過失とを区別しようとする。[16] さらに、一九六二年西独刑法草案もその一六条で、「故意に行為する者とは、……(法定構成要件の) 実現を可能と考え且つこれを甘受した (sich mit ihr abfindet) 者をいう」と規定していた。[17] 対案もその一七条二項で、構成要件実現を「真摯に可能と考えかつ甘受す

る者（wer die Verwirklichung der Tatbestände ernstlich für möglich hält und in Kauf nimmt）」は故意に行為すると規定した。[18]

これに対してロクシン（Claus Roxin）は刑法の規範目的にもとづく法益保護思想の観点から、責任形式の相違は、行為者がいかなる感情や期待あるいは希望をもっていようとも、可能な構成要件実現に対して決意した（sich entscheiden）か否かという点にあるとし、従来の限界基準についての諸説を相補的なものとして綜合したかたちで、「可能な法益侵害への決意」（die Entscheidung für die mögliche Rechtsgüterverletzung）が故意を基礎づけると主張した。[19] そして「真摯に受けとる」という基準と「甘受する」という基準が結びついた見解が、現在西ドイツで有力に主張されているのである。[20]

**四**　これらの基準は、行為者の意思形成過程・意思決定段階で最終的に結果に対して「どのような表象を持っていたか」ということに集約されるのではなかろうか。すなわち行為者は意思決定の段階で、「結局においては」結果が発生するだろうという判断か、あるいは、結果は発生しないだろうという判断のいずれかに到達しているものと考えられるのである。ヴェルツェルが述べるように、通常は、結果発生の蓋然性の認識の程度に至ってはじめて結果発生の可能性を「計算に入れる」ものだとすれば、結果発生の可能性につき真剣に考慮したすえに、最終的に、結果は発生するだろうとの判断に至ったものと考えられるのである。また行為者が結果の発生の可能性につき無関心である場合にも、その意思決定の段階では結果発生の可能性の表象を打ち消してはいないのである。すなわち、真摯説ないし甘受説も未必の故意と認識ある過失との限界につき、最終的な意思決定段階における行為者の表象（認識的要素）を限界基準とするものではないか、と考えられるのである。そこでは実質的には行為者の動機形成過程ないし意思形成過程が問題にされているのではあるまいか。

（1）BGHSt 7, 363 (369). 本判決につき、斉藤・前掲論文（三・完）判例時報七〇七号一二頁以下、青木・前掲論文一一一頁参照。
（2）Engisch, NJW 1955, S.1688.
（3）この点につき、斉藤・前掲論文一三―四頁参照。
（4）Stratenwerth, Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit, ZStW 71, 1959, S.51ff.
（5）Ebenda, S.54ff.
（6）Ebenda, S.56.
（7）Vgl. Ambrosius, a.a.O., S.25u 41.
（8）Stratewerth, ZStW 71, S.54; vgl. auch ders., Strafrecht, AT, 1, Die Straftat, 3 Aufl. 1981, Rdnr. 308 (S.110).
（9）Germann, Vorsatzprobleme, SchwZStr 77, 1961, S.345ff. in-

sbes. S.374ff.

(10) Ebenda, S.374.

(11) Ebenda, S.379.

(12) Welzel, Das deutsche Strafrecht, 7. Aufl. 1960, S.61; ders. Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S.66ff.

(13) Welzel, a.a.O., 7. Aufl., S.62; ders, a.a.O., 11. Aufl., S.68.

(14) Maurach, Deutsches Strafrecht, AT, 4. Aufl. 1971, S.263.; Vgl, Maurach/Zipf, Strafrecht, AT. 1, S.298.

(15) Welezel, a.a.O., 11. Aufl., S.68.

(16) Jescheck, Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes in Verbrechenbegriff, Festschrift für E.Wolf, 1962, S.485f.; ders., Schweizerisches Strafrecht und deutsches Strafrechtsreform, SchwZStr 78, 1962, S.188.

(17) 訳文は、「一九六二年ドイツ刑法草案」刑事基本法令改正資料第二号（昭和三八年）による。

(18) Jürgen Baumann u.a.,Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1969, S.56f.

なお、Sich-Abfinden 説と In-Kauf-Nehmen 説とのニュアンスの相異について、青木・前掲論文一一六頁以下参照。Vgl. doch Behrendt, a.a.O., S.18ff.

(19) Roxin, Zur Abgrenzung von bedingten Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit ——— BGHSt. 7, 363, JuS 1964, S.53ff. [auch in: ders., Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S.209ff.].

(20) Vgl. Rudolphi, SK, §16 Rdnr.43.

さらに、無関心をも含ましめる者としてたとえば、Cramer, Schönke/Schröder, §15 Rdnr.78; Schroeder, LK, §16 Rdnr. 93.

ちなみに一九七四年オーストラリア刑法典は、故意に関する第五条一項において「法定の所為像と一致する事実関係を実現しようとした者は、故意に行為したものである。その為には、行為者が、その実現を真摯に可能と考え（ernstlich für möglich hält）かつこれに満足すれば（sich mit ihr abfindet）、もって足りる。」〔訳文は『一九七四年オーストリア刑法典』法務資料四二三号（昭和五〇年）による〕として、真摯説と甘受説を結合した形で規定している。

## 第六款　小括

一　事実認識としての故意の本質には認識的要素と意思的要素とはともに不可欠である。その意味で表象説と意思説との対立は本来解消さるべきものであった。しかしながら、未必の故意と認識ある過失との限界基準をどのように設定するかという点では、この対立はなお意味があった。蓋然性説と認容説の対立があり、それを修正するかたちで無関心説が主張された。西ドイツでは近時、認識的要素を限界基準とする（具体的）可能性説が主張され、さらには真摯説ないし甘受説も主張されるに至り、今やこの真摯説と甘受説が結びついて支配的見解となっているのである。未必の違法意識についても西ドイツの支配的見解は未必の故意とパラレルに考えている。

すなわち、行為者が許されない法益侵害の可能性を表象し、そしてこの可能性を単に抽象的な意味においてでなく、当該行為が実際に禁止されているかもしれないという事実を「真摯に受けとめ」かつ「それを甘受した」ならば、未必の違法意識があることになる。これに対して、行為者が当該行為が禁止されていないことを「あてにした」場合には、彼は禁止の錯誤にある。ここでは、行為者が行為の違法性の可能性を「真摯に受けとめ」、それにも拘らずこの可能性を「甘受する」、あるいは、その可能性を「計算に入れ」かつその実現を「意欲する」というように、認識的要素と意思的要素の双方によって限界基準を定式化しているのである。[1]これに対して、判例には、積極的認容説に拠っていると思われるもの、[2]あるいは内心的態度には重要性をおかず可能性を計算に入れたにも拘らず行為した点に未必の違法意識を根拠づけるもの[3]などがある。

我が国においては認容説が通説とされているが、判例はむしろ認識の有無に実質的基準をおいていると考えられるものが多数を占めている。[4]これに対しては、故意を実現意思と捉える立場から、行為者の内心的・感情的態度を故意論から排除しようとする実現意思説、[5]あるいは客観的動機説、[6]そして認容説と蓋然性説を綜合しようとしていわゆる動機説[7]が有力に主張されているのである。未必の違法意識についてもこれらの見解の基準がパラレルに適用されるのであろうか。事実認識としての未必の故意と法規範上の価値認識としての違法性の意識とでは、その本質上あるいは体系的機能の面からも、そこに相異はないのであろうか。

## 二　故意を構成要件該当結果の実現意思と捉え、構成要件要素として理解する立場

では、未必の故意と認識ある過失を区別するにあたって、違法性の意識などの責任要素や動機形成過程は責任論に属し、行為者の内心的・感情的態度も未必の故意論から排斥されるべきことになる。このことからすれば未必の違法意識と未必の故意の限界基準は必ずしも同一である必要はないことになるのかもしれない。しかし西ドイツの学説の多くは両者をパラレルに考えていることはすでに見たとおりである。犯罪行為の主観的要素（故意、違法性の意識、目的、動機など）を犯罪論体系上それぞれどこに位置づけるかにかかわらず、行為者の主観的心理作用は一体不可分のものであり、未必の故意論を純粋に意思的要素のみから捉えることは、事柄の本質を見誤まるものではあるまいか。たしかに認容説や無関心説のように行為者の情緒的ないし感情的態度を決定基準にすることは、その内容を無内容にし「行為者の心情や人格をよくないために故意を認めることになりかね」ず、倫理的な判断を持ち込み恣意に流れるおそれがあるようにも思われる。[8]しかしながら、むしろこ

れらの所説も実は行為者の動機形成過程を問題にするためにこれらの判断基準を提示したのではあるまいか。すでに見たように最近の真摯説ないし甘受説も、行為者の動機形成過程を目指しているものと理解しうると考えられる。[9] ロクシンが「可能な法益侵害への決意」と規定したのもかような意味で理解しうるのではあるまいか。[10] 未必の故意の問題は、結果発生の認識が動機過程に取り込まれたにも拘らず、それが反対動機とならずに、逆に行為意思と結びつくことによって構成要件該当事実が積極的な意思活動によって実現されたことにある。行為者自身の、具体的行為の決意へと向けた動機過程を考慮して故意と過失の限界が論じられなければならないのである。

ところでこのように行為者の動機過程を考慮に入れるならば、具体的行為へと決意するための動機性は、単なる裸の事実の認識ではなく、客観的に妥当して強制力を有している法秩序における当該行為の価値内容の認識（すなわち違法性の意識）の方が、より強度なものであろう。事実認識としての故意も、このような当該行為の法的価値を媒介し得るものである限りで、意味をもつのである（構成要件的故意のもつ違法性の意識の提訴（ないし喚起）機能）。まさに違法性の意識は動機形成過程において中心的役割を果しているのである。このような違法性の意識は、それが特定の規範的価値に関わるものである限り、行為者に何らかの感情的・情緒的態度を伴うのが通常である。自己の固有の価値判断ないし規範意識と衝突し、あるいは調和することにより、違法性の意識は単なる認知的なものから、より情緒的・感情的色彩を帯びることは否定できない。[11] だがしかし行為者が当該行為を適法行為へと動機づけ得たか否かを判断するに際しては、このような情緒的・感情的要素は決定的なものとは思われない。行為者が、意思決定の最終段階において、行為の違法性を可能なものと認識しているならば、彼は自らを適法行為へと動機づけ得るのであって、当該行為の無価値性の表象そのものが行為者を動機づけうるのである。この意味で未必の違法意識の限界基準は認識的要素のみで足りるというべきである。シュミットホイザーのように、違法性の意識から意思的要素を排除するのでなくとも、違法性の意識の存否（Ob）は、行為者が意思決定の最終段階において行為の違法性の可能性の表象を排除しなかったという認識的要素によって画されると考える。[12]

(1) Jescheck, Lehrbuch, S.367; Diethelm Kienapfel, Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum, ÖJZ 1926, S.116; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S.118ff.; ders., SK, §17 Rdnr. 12; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S.171.

(2) たとえば、BGHSt 4, 1 (4); vgl. auch Rudolphi, Unrechtsbewußt-

sein, S. 119.

(3) BGH Hochverrat nud Staatsgefährdung, Bd. 1, S. 105 (noch ungesehen, zitiert nach Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S.119).

(4) 我が国の判例につきたとえば、平川宗信「故意」西原春夫他編『判例刑法研究第三巻　責任』（昭和五五年）七五頁以下とくに九七頁以下、青木・前掲論文一〇七頁以下および一二五頁以下参照。

(5) 中・前掲「未必の故意」七二頁以下、阿部・前掲論文七六頁以下、野村・前掲論文一九八頁以下。なお本章第一款註（4）の中教授の批判も参照

(6) 藤木英雄『過失犯の理論』（昭和四四年）一〇七頁以下、同『刑法講義総論』（昭和五〇年）一四二―四頁。

(7) 滝川幸辰『刑法の諸問題』（昭和二三年）一二六頁、井上・前掲『過失犯の構造』一三〇頁以下、桂・前掲論文五四三頁、平野・前掲『刑法総論Ⅰ』一八五頁以下、大谷実「未必の故意」藤木英雄編『判例と学説7　刑法Ⅰ』（昭和五二年）一六八頁以下、青木・前掲論文一二〇頁以下、荘子・前掲書〔新版〕三二三頁以下、中山研一『刑法総論』三五六頁。

(8) 平野・前掲書一八四頁。認容説への批判につき詳しくは、青木・前掲論文九二頁以下参照。

(9) もっとも、真摯説は、結果発生の可能性を真摯に受けとめたか否かという意思決定の前提条件を問題にするにすぎず、それは決意そのものではないし、またこの概念はなお感情的色彩を残していると指摘されている（Behrendt, a.a.O., S.22）。

(10) もっとも、このように抽象的に規定することによって、限界基準としてはかえって曖昧なものとなる側面は否定できない（Behrendt, a.a.O., S.21）。

(11) 前掲拙稿・北大法学論集三六巻三号一四〇頁註（1）参照。

(12) Vgl. noch Warda, Festschrift für H.Welzel, S.517ff.

## 第二節　未必の違法意識における責任と処罰

前節でみたように、未必の違法意識は、行為者が、法的に許されない法益侵害の可能性を意思決定の最終段階においても否定せず、これを表象している限り、肯定されざるを得ないものと思われる。だがしかし、行為者にこの未必的な違法性の意識がある場合にも、一定の例外的な行為事情のもとでは、行為者に対する責任非難の程度が減少し、あるいは阻却することも考えられるのではあるまいか。例えば内田教授は、極めて軽微な過失については、社会秩序維持の観点ないし刑罰目的の観点にてらして刑法から排除さるべきではないかとされるが[1]、このような「実質的責任概念」ないし「可罰的責任概念」の観点は、違法性の意識の問題に関しても妥当すべきではあるまいか。違法性の意識の存在を前提としたうえで、いわば実質的責任の程度（Wie）の問題を検討するのがここでの課題だといってよい。

（1）内田・前掲書二〇八頁、二一〇頁註(10)。

### 第一款　いわゆる良心犯と実質的責任概念

一　未必の違法意識における行為者の刑事責任を判断するにあたって実質的責任概念がどのように機能し得るのかという問題を検討する準備作業として、ここでは、いわゆる良心犯（Gewissenstäter）に関する西ドイツ連邦憲法裁判所の一九七一年一〇月一九日決定[1]に見られる考え方を考察することにしたい。それは直ちに未必の違法意識の問題と結びつくわけではないが、そこに示されている刑事政策的観点ないし刑罰目的論にもとづく責任非難可能性の否定の論理は、責任概念の中に予防的観点も導入しようとする最近の動向と符合するものであり、未必の違法意識の問題にも十分参考になると考えられるからである。

さて、連邦憲法裁判所に提訴された事案は次のようなものであった。抗告人（被告人）である夫はその妻と共にプロテスタントの同胞教会（Evangelischer Brüderverein）に所属していたが、妻が自宅で助産婦の手助けを得て第四子を出産した際、産後の経過が思わしくなく、医師が呼ばれ、病院に移して輸血をしなければ生命の危険があると診断されたが、妻は宗教上の理由からこれを拒絶した。彼女は信仰にもとづく祈りを捧げることによって病気が治癒すると信じていたのである。同じ宗派に属する夫は、その決断を妻の自由

に任せていたが、またその医師に対して、妻が信仰に厚い者であるなら病院での治療がなくとも再び健康を回復するはずであり、それゆえ病院での治療には反対であるとほのめかしており、妻にもその旨を明らかにしていた。妻は祈りを行ったが程なく死亡するに至った。ガイスリンゲン＝シュタイゲ参審裁判所は一九六二年九月二五日の判決でこの夫を過失殺人の軽罪として八月の軽懲役に処した。夫の控訴を受けたウルム地方裁判所一九六三年一一月七日判決は、妻の死が病院への移転の不作為によってもたらされたかどうかにつき十分明らかではなく、また妻の固有の決意にもとづいた輸血の拒絶の意思表明を夫は無視すべきではないとして、無罪とした。検察官の上告にもとづき、シュトゥットガルト高等裁判所は一九六四年七月六日判決で、地方裁判所は刑法二三〇条Cの要件を誤解しており、夫は担当医が必要と考える措置を承諾するように妻を説得すべき義務があったとして、原判決を破棄し、事件を原審に差戻した。これを受けてウルム地方裁判所一九六五年一月一四日判決は、不救助罪として夫に一〇日の軽懲役、代替刑として二〇〇ドイツ・マルクの罰金刑を言い渡した。夫の再上告を受けたシュトゥットガルト高等裁判所一九六五年六月九日決定は、理由なしとしてこれを棄却した。

夫はこれに対して、有罪の判断を下したこれらの判決ないし決定は、基本法二条一項〔人格の自由な発展のための権利〕および同四条一項〔信仰、良心の自由、宗教および世界観の告白の自由〕に違反するとして、連邦憲法裁判所に提訴した。同裁判所第一法廷は、シュトゥットガルト高等裁判所一九六四年一月六日判決をはじめとする三つの判決・決定は基本法四条一項から生ずる抗告人の基本権を侵害するものであるとして、事件をシュトゥットガルト高等裁判所に差し戻したが、その理由の中で、基本法の価値体系の一部として、信仰の自由は、寛容の命令、そしてとりわけ基本法一条一項に保障されている人間の尊厳に関わるものであると判断し、更に次のように判示した。

〔宗教的確信から犯罪を犯すに至った――筆者注〕このような行為者は、欠陥のある法的心情（mangelnde Rechtsgesinnung）から国家的法秩序に反抗しているわけではない。彼も刑罰威嚇によって保護されている法益を守ろうとしているのである。彼はしかし、一般的法秩序と個人的な宗教的戒律が矛盾しているような限界状況に立たされていると考えており、かつ、ここではより高次の信仰上の戒律に従うべきであるという義務を感じているのである。この決断が、客観的には、社会において一般に支配的な価値観念によって否認されるべきものであるとしても、社会が用い得る最強の武器である刑法でもって行為者に対処することを正当化し得るほど、その決断は非

難可能なものではない。刑事罰は――その程度がどうあれ――このような事例においては、（応報、予防、行為者の再社会化等の）いかなる観点からも、適切な制裁とはいえない。真摯な宗教的確信を最大限に尊重すべきであるという、基本法四条一項から生ずるすべての公権力に課せられた義務は、一般的見解によって認められる法的義務と宗教的戒律との間の具体的な葛藤が行為者を心理苦悩へともたらし、それに対して彼に法違反者としての烙印を押すような刑事罰を課すことが、過度の、それ故人間の尊厳を侵す社会的反作用であると思われるような場合には、いずれにせよ、刑法〔の適用〕を差し控えさせることになる。[2]

連邦憲法裁判所はこのようにして、抗告人（夫）の主張を支持したのである。

## 二　西ドイツでは確信犯の問題は、政治的な確信犯（politischer Überzeugungstäter）の問題から、エホバの証人による良心的兵役（ないし非軍事的役務）拒否とか、宗教的理由にもとづく特定の治療措置の拒否（例えば、患者自身ないしその家族が輸血を拒否する場合、あるいは旧教の医師が母親の生命の危険を妊娠中絶手術によって除くことを拒否する場合など）のようないわゆる良心犯（Gewissenstäter）の問題へと重点が移ってきており、[3]後者の事例に対しては、量刑事情として減軽的に考慮するとか、[4]あるいは期待不可能性の理論などによってできるだけこれを救済しようとする方向にあるといってよい。[5]上記連邦憲法裁判所の判例もこの方向に添うものであるが、そこでは刑法解釈論上の理論構成が直接適用されているわけではない。しかしながらこの判例は、その理由に見られたように、夫の不処罰の根拠を、正当化事由にではなく、責任阻却事由に求めていると思われる。ロクシン（Claus Roxin）はこの判例について、それは「責任」を肯定しながらも刑事政策的な刑罰目的を論拠にして刑法上の「答責性」（Verantwortlichkeit）を否定したものであるとして、予防をも考慮に入れた自らの「答責性」論ないし実質的責任概念の観点から積極的に援用している。[6]「答責性」概念を受け入れるか否かはともかく、ここでは西独刑法三五条〔免責的緊急避難〕の程度にまで及ぶあるいはそれを超えるような葛藤状況が生じた場合には、法律は期待可能性の要求を取り下げ、一般予防ないし特別予防の見地からして意味のない刑罰を放棄することが示されている。[7]

ここでは、行為者の尊重に値する内心的動機にもとづき法秩序との葛藤状況に陥ったいわゆる良心犯について、法秩序の妥当要求と信仰の自由に対する寛容の命令との調和をはかる意味で、刑罰の予防目的（一般予防ないし特別予防）をも考慮に入れたうえで、行為者に対する非難可能性を実質的に判断し、その責任を阻却せしめて

いる点で注目に値すると思われる。それは、処罰に値する程に行為者の非難可能性が強く、しかもその刑罰を受けるに適するような性質のものでなければならないとする「実質的責任概念」ないし「可罰的責任概念」に他ならない。他行為可能性という意味での「責任」は否定し得ないにしても、具体的事情に応じて、一般予防ないし特別予防の観点からなお処罰を免れうるとする考え方である。そしてこのような考え方は、いわゆる未必の違法意識の事例についても適用し得るものと思われるのである。

(1) BVerfGE 32, 98ff.
(2) Ebenda, 109.
(3) Vgl. Schroeder, LK, §17 Rdnr. 20.
なお、比嘉康光「確信犯人論史序説——ドイツにおける学説史を中心として」立命館法学一〇五・一〇六号（昭和四八年）二六頁以下とくに七五頁以下も参照。
(4) Heinitz, Überzeugungstäter im Strafrecht, ZStW 78, 1966, S.632.; Baumann/Weber, Stoafrecht, AT, S.365.
(5) Baumann/Weber, Strafrecht, AT, S.456; Blei, Strafrecht, AT, S.214; Jakobs, Strafrecht, AT, 20/20ff. (S.477ff.)
(6) Roxin,„Schuld" und „Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Festschrift für H.Henkel, S.195ff.〔高橋則夫訳「刑法上の体系カテゴリーとしての『責任』と『答責性』」宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』（昭和五九年）一〇七頁以下〕
(7) Baumann/Weber, Strafrecht, AT, S.456; Blei, Strafrecht, AT, S.214. 免責を認め得る具体的事案につき、vgl. Jakobs, Strafrecht, AT, 20/24ff. (S.479ff.).

## 第二款　未必の違法意識の具体的事例

一　行為者が未必的な違法意識をもって行為する場合に、常に完全な責任非難が肯定されるのであろうか。一定の例外的な行為事情が存在する場合には適法行為の期待不可能性あるいは予防的観点から「実質的責任」ないし「可罰的責任」が阻却あるいは少なくとも減軽され得るのではないか、という問題を具体的事例に即して検討するのがここでの課題である。この問題は、我が国では未だ十分に論議されておらず、西ドイツでもヴァルダ（Günter Warda）[1]がやや詳しく論じているにすぎないので、ここでは彼の議論を手懸かりにこの問題を考えてみたい。

ヴァルダが問題にしている事案は次のようなものである。まずこれは実際の裁判で争われた事案[2]をパラフレーズしたものだが、(a)或る自営業者Gが特定の商品（食肉加工用添加剤）の製造・販売により生計を立てていたが、関連法規の改正により、当該商品の販売が

引き続き許されるのかどうかにつき疑念を生じ、これにつき照会したが当局から確定的な情報を得られず、更に下級裁判所の判決においても未だ見解が確立されておらず、Gはその営業からの主たる収入を失わないために、当該行為の違法性についての確定的な認識が得られるまで商品の製造・販売を継続した。同様の事件に関する他の裁判所の判決と異なり、Gの行為は最終的に違法とされた。ヴァルダはこれにつき、Gが、当該行為は違法であるとする法情報を不適切なものと考えていたとすれば、彼は禁止の錯誤により刑罰が免除される場合さえあるのに、本件のような場合に減刑の可能性が全く排除されるのであろうか、と問うのである。[3]

次に、一種の緊急状態にある場合として、次の三つの事例が挙げられる。(b)宝石商であるJがショーウィンドーにあった非常に高価な宝石が紛失しているのに気付き、その状況から推して犯人はその場に居合わせた客A・B・Cのいずれかに違いないと考えたが、彼らは誰も犯行を認めず、捜索されることを拒絶したので、Jは警官を呼びにやっている約二〇分の間、彼らをその場に監禁した。その際Jは、三人のうちの一人しか真犯人ではなくその他の容疑者に対してこのような措置があるいは違法であるかもしれないと考えたが、宝石を失うまいとしてこの危険を引き受けたのであり、それが違法な自由剝奪であると確信していたなら、自ら犯罪を犯さないために、その監禁を断念していたであろう、という事例である。[4](c)重大犯罪を犯したと思われる者を追跡している私人Pが、威嚇射撃の後で、犯人を逮捕するには他の手段がない以上傷害を負わせても為されなければならないかもしれないと思ったが確信はなかった。Pは犯罪人の逮捕に関する公共の利益と違法な身体傷害の可能性とを考量し、後者の危険を引き受け、犯人の脚を目掛けて発抱し逃亡を阻止した。その際、Pは当該傷害行為が違法であると確定的に認識していたならば、その行為を思い止まったであろうという状況にあった。[5](d)出動中の警察官が、犯人が国外逃亡するのを阻止するには、(例えば相当性を欠いた重大な、あるいは予め威嚇せずに発砲して生じた身体傷害といった)禁止されている追跡方法によってしかできないと思ったが、その際彼はそのような処置が適法かどうかについて確実でなかった。彼は、あるいは不法を為すかもしれないと思ってその行為を思い止まるならば、それは同時に不作為による職務上の犯罪庇護(〔旧〕刑法三四六条＝現行刑法二五八条a参照)の罪に問われるというジレンマに陥っているのである。[6]

これらの事例においては、違法性についての疑念を例えば照会などによって払拭することは、その緊急状態からして不可能である。彼はその場における決断を強いられているのであり、危険にさらされている財あるいは利益は、彼が即座に特定の行為へと決断する場

合にのみ保持され得るのである。このような事情のもとに、当該行為が違法とされる危険を自ら引き受けた者に対しては、刑法規範はその抑止効果を持たず、法社会の期待もその資格を失い、違法性の意識の「通常の場合」に比して減軽された責任判断がなさるべきでないか、とヴァルダは主張するのである。[7]

類似の問題は、(e)同じ審級の裁判所の間で、一方では或る行為の実行が禁じられており、他方ではその不作為が禁じられているような場合にも生ずる。例えば道路交通法の領域において、特定の交通状況の中で、X高等裁判所の判決によれば、自動車運転者は道路中央へ進入しなければならない（あるいは他の特定の行為をしなければならない）とされているのに、Y高等裁判所の判決によれば、これとは逆にそれをしてはならないとされているような場合である。この場合、彼には双方の法見解のいずれが優先すべきかについての客観的基準が欠けており、裁判所の法見解の対立は法に服する市民の負担とされてはならないという原則は、当該行為者が双方の（ないしそれ以上の）法見解を知っているということによって、その妥当性を奪われるものではないとの理由から、ヴァルダは、解釈論上不可罰にまで至りうる責任減軽の可能性が認められるとするのである。[8]

更にヴァルダは、例えば、(f)行為者が、当該行為の違法性の可能性について上述の事例のようにジレンマに陥っているのではなく、違法とされている当該行為が、他の裁判所の判決、法情報あるいはその他の法見解によれば許されているということから、違法性に疑念を持ったり、あるいは錯誤に陥った場合には、少なくとも減軽された非難可能性が問題となり得ると言う。[9] また(g)正当化事由の事実的前提の存在について疑念がある場合にも、故意説ないし制限責任説では未必の故意についての基準によって故意刑を否定する可能性が大きいが、厳格責任説では正当化事由となる行為事情の存在について行為者が疑念を持っていてもそこでは未必の故意の限界は問題とならず、完全な故意刑を否定する可能性はより小さいものとなる。この場合には、正当化事由の存在についての確定的認識がある場合に比べて、責任内容が軽減された事例を認めることができる点で見解の一致が見られるのであり、未必の違法意識における責任減軽ないし阻却の刑法解釈論上の可能性を考えるべきだと言うのである。[10]

二　このような事例についてヴァルダは、未必の違法意識は完全な責任非難の徴憑にすぎず、解釈論上直接、適法行為の期待不可能性ないし限定的期待可能性を理由として行為者の責任・処罰の阻却ないし減軽を認めるべきだと主張する。もっともこの期待可能性の基準も期待可能性の考慮を精神的抵抗力が減弱するような葛藤状況とか緊急状態に限定するような狭い意味で理解さるべきでなく、そ

れは一般予防及び特別予防の観点をも考慮に入れた実質的な責任判断として、非難可能性そのものが減弱ないし阻却されるものと考えるべきであるとする。[11]行為者が責任非難に値しないとされる理由は、彼が何が正しいかを知らずまた知り得ず、しかもそのいずれかの行為可能性を即座に決定しなければならないような葛藤状況に追い込まれているからである。[12]事例(e)の場合のように行為者自身の責に帰すべからざる理由により二つの法見解のいずれが優先すべきか判断するための客観的基準が欠けている場合には、法規範（命令）の二義性は、行為者の動機づけの一部分を形成しており、法規範は行為者に対し過度の期待をするを得ないのである。また(a)の場合のように、従来適法とされていたものがその適法性に疑念が生じ、しかも違法かもしれない行為によって守ろうとした行為者の利益が、行為者の生計を営む上で重要な位置を占めているものである場合にも期待可能性は減弱するものと言うべきであろう。また(b)、(c)および(d)においても、行為者があるいは違法かもしれないと思って侵害した利益ないし法益と、彼が保護しようとした利益ないし法益とを較量し、またその緊急性をも顧慮して、期待可能性の減弱ないし阻却を判断すべきであろう。とくに事例(d)においては、当該状況について適確な判断を為し得るよう普段から教育・訓練を積んでいたか、あるいはその状況で義務にかなった注意を尽くしたか否かという要素をも加味して非難可能性の阻却ないし減弱を判断すべきことになろう。[13]

(1) Warda, Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem UnrechtsbewuBtsein, Festschrift für Hans Welzel, 1974, S.499ff.
(2) OLG Bremen, NJW 1960, S. 163.
(3) Warda, Festschrift f. Welzel, S.506f.
(4) Ebenda, S.507.
(5) Ebenda, S.507f.
(6) Ebenda, S.508ff.
(7) Ebenda, S.508.
(8) Ebenda, S.510f.
(9) Ebenda, S.511ff. ヴァルダは、禁止の錯誤として判断された事例の中にも、行為者が必ずしも行為の違法性の可能性を完全に排除したものとは言えないような事案があり、このことは実務上においても、未必の違法性の意識について、禁止の錯誤と同様に刑の減免の必要性が感じられていることの証左であるという（S.512ff.)。
(10) Ebenda, S.514ff.
(11) Ebenda, S.528ff.
(12) Ebenda, S.529f.; auch Jakobs, Strafrecht, AT, 19/31 (S.458); Rudolphi, UnrechtsbewuBtsein, S.139; ders., SK, §17 Rdnr. 13.

(13) Ebenda, S.530.

## 第三款　小括

一　このように行為者において未必の違法意識が肯定される場合にもなお、例外的ではあるが一定の行為事情のもとでは、適法行為の期待可能性あるいはより包括的には非難可能性そのものが阻却ないし少なくとも減弱するとする見解が、現在西ドイツにおいて有力に主張されているのである。[1] そこでは程度を付し得る実質的概念としての責任（非難）が問題となっているのであり、責任の程度および量刑を考量するにあたって一般予防的ないし特別予防的観点も導入されているのである。それは、いわゆる良心犯に関する前記連邦憲法裁判所決定の考え方に共通するものであるといってよい。このような考え方は我が国刑法の解釈論上も充分に顧慮されてよいように思われる。

我が国の判例においても、未必の違法意識が問題となったと考えられる事案があり、この問題を考えるうえで参考に値しよう。事案は、飲食店の経営者ら（A・B）が店の宣伝のために百円紙幣に模したサービス券を印刷し、通貨及証券模造取締法一条・二条違反の罪に問われたものである。被告人Aは印刷する前に知り合いの警察官に相談しある程度具体的な助言を得ていたが、サービス券の宣伝効果の追求に急であって、自らの希望的観測も加わって、それを無視しあるいは無関心な態度をとり「銀行紙幣ニ紛ハシキ外観ヲ有スルモノ」にあたるサービス券を印刷し（判示第一の一）、さらに警察署員らに来店を促すため完成したサービス券若干を交付し、とりたてて注意等を受けることがなかったので再び同じようなサービス券を印刷した（判示第一の二）。被告人Bは、上記被告人Aの話を全面的に信頼し、同様のサービス券を印刷した（判示第二）。被告人らは違法性の錯誤を主張したが札幌地方裁判所および札幌高等裁判所は、違法性の錯誤に関する相当の理由なしとしてこれを斥けた。[2] 札幌地裁判決は被告人Aの行為につき次のように述べている。

「結局、被告人Aは、判示第一の一の犯行に際し、違法性の意識がやや希薄であり、判示第一の二の犯行に際しては、違法性の意識が一層希薄となり、これを欠いたとも見得るような状態にあったものとは認められるが、……違法性の意識の可能性を有していたことはそれぞれ明らかであって、違法性の錯誤に関する相当の理由はないものと言わざるを得ない。」（傍点引用者）

判旨は、被告人Aが警察官らの助言を無視し、あるいは無関心であったとして違法性の意識が「やや希薄」であったと認定したが、これはまさに未必の違法意識を意味するものではあるまいか。もっとも本件では、サービス券が同法にいわゆる通貨に「紛わしき外観」

を有するものであるか否かといった規範的要素に関する行為者自身の認識ないし錯誤がまず第一に問題となり得るのであって、かような規範的構成要件要素の認識・錯誤と密接に結びついたかたちで、さらに未必の違法意識が問題になるものと考えられる。そして行為者において違法性の意識が「やや希薄」であったという点が、他の諸事情とも相まって、量刑上の判断材料となっていると思われるのである。[3]

二　上述のごとく、行為者に未必の違法意識が認められる場合にもなお、法的疑念解消のための客観的基準の存否、相当な照会義務を尽くしたか否か、保護しようとした利益ないし法益と侵害された利益ないし法益との均衡、当該行為状況の緊急性さらには行為者の動機等の諸点を顧慮し、解釈論上、適法行為の期待可能性が阻却ないし少なくとも減弱されるとして、量刑事情に反映してもよいように思われる。

もっとも、このように期待可能性の概念を援用し、あるいは責任非難の程度を量定することは必ずしも容易ではない。というのは、期待可能性は程度の問題であり、しかもそれはすべての犯罪、すべての状況を通じて量的に一律のものではなく、多分に可罰的違法性の問題と共通性をもっており、[4]また責任判断に刑罰目的（一般予防・特別予防）の観点を加味するにしても、我々は未だ刑罰の予防機能についての経験科学的基礎づけを手にしているわけでなく、[5]責任非難の程度に関する判断は、いきおい裁判官の直観的・規範的判断に頼らざるを得ないからである。加えて、責任判断に予防目的を考慮することが、予防効果あれば処罰ありとする積極目的主義へ赴く危険があることから、我々は消極的責任主義に立脚した消極的目的主義の立場から、論理構成しなければならないであろう。[6]これらの点を弁えたうえで、上記のような具体的な量刑事情をさらに精密・具体化してゆくことが今後の課題となるであろう。

（1）期待不可能性を理由とする者としてたとえば、Blei, Strafrecht I, AT, 18. Aufl, S.198f.und 214 ; Cramer, Schönke/Schröder,§17 Rdnr. 7 und 19; Rudolphi,§ 17 Rdnr.13. さらに非難可能性そのものを問題とする者として、本文でも述べたように、Warda, Festschrift für H. Welzel, S.530. Vgl. noch Jakobs, Strafrecht, AT, 19/29ff.(S.457f.); Gerhard Timpe, Strafmildemungen des Allgeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983, S.253ff.

（2）札幌地裁昭和五九年九月三日判決・判例タイムズ五四一号二七四頁（判例時報一一四七号一六四〇一）および札幌高裁昭和六〇年三月一二日判決・判例タイムズ五五四号三〇四頁。

（3）もっとも本件では違法性の錯誤の「相当性」が争われたこと

もあって、未必の違法意識が前面に出ているわけではないが。

(4) 平野『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)二七八—九頁。

さらに、未必の違法意識における責任・処罰の問題は、例えばいわゆる羽田空港ビル内デモ事件にみられるように、可罰的違法性、違法性の錯誤の問題とも密接にかかわっている。(この点につき、内田文昭「違法と責任——関連問題」西原春夫他編『刑法学2』(昭和五三年)一二頁、神山敏雄「違法性の意識」平野・松尾編『刑法判例百選Ⅰ総論(第二版)』(昭和五九年)一二三頁、前掲拙稿・北大法学論集三六巻三号二二三頁および二二九頁以下参照)。つまり第二次上告審のように被告人に違法性の意識を肯定するにしても、警察官による警告・制止もなかったような具体的事情のもとでは、未必の違法意識における減刑事情とすることも可能なのではあるまいか。

(5) Günter Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S.45. さらに、小暮得雄・吉田敏雄「現代社会と刑法改正(1)」原一彦他編『現代刑罰法大系 第一巻 現代社会における刑罰の理論』(昭和五九年)二三三頁以下とくに二四〇頁以下参照。

(6) 真鍋毅「戦後刑事責任論の軌跡——道義の立場から——」刑法雑誌二四巻一号(昭和五五年)六六頁、大山弘「責任と予防に関する一考察——可罰的責任評価をめぐって——」関西大学法学論集三一巻五号(昭和五七年)八四—五頁および一一四頁以下参照。

## 第二章 違法性の意識の「現実性」

### 第一節 西ドイツにおける心理学的考察の展開

#### 第一款 前史

一 フランク(Reinhard Frank)は、一九〇七年の論文『責任概念の構成について』[1]において、従来顧みられることのなかった問題、すなわち故意ありとするためには、犯罪事実は注意を向けられている(gedacht werden)ことを要するのか、あるいは、単に認識されている(gewußt werden)だけで足りるのかという問題につき、心理学者リップス(Theodor Lipps)の見解に依拠し、次のような提案をした。すなわち、フランクは「暫定的な」解決であるとしながらも、故意ありとするには、結果については注意が向けられていることを要するが、その他の構成要件要素については単なる認識で足りると主張した。[2]これは、リップスが心理学で用いた意識の「対象」(Gegenstand)とその「内容」(Inhalt)という対概念にもとづくものである。リップスは、「精神的な」(geistig)意識現象と単なる「心理的な」(seelisch)それとを区別するためにこの対概念を用いたのである。彼によれば、「思考」(Denken)とは、精神的視野におい

て「対象」を動かし、把握しあるいは注意を向ける精神活動である。対象は、現実に意識され、注意を向けられており、人間の精神活動の中央に位置している。リップスは、このように理解された思考を、「内容及び心像（イメージ）の把持」（Haben von Inhalten und Bildern）から区別する。彼は、内容及び心像の把持を直接には注意が向けられていない、それ故明瞭には意識されていない感情とか知覚・表象として理解したのである。内容は注意の及んでいない意識ではあるが、確かに心の中に存在しているものである。[3]

リップスのこのような「対象と内容」という対概念に忠実に従がうならば、本来、故意にあって犯罪構成事実の諸要素は意識の対象でなければならないのか、あるいはそれらの中のいずれかは意識の内容であるにすぎないのかという問題が設定さるべきであった。しかしながらフランクは、リップスの対概念を基礎にしながらも、「思考」に対して「単なる認識」という通俗的な心理学用語を使用したため、混乱を招くことになった。「認識」という表現は、現実的な意識にとどまらず、「潜在的な記憶」をも包含するものとして使用されることがあるため、フランクの所説は故意につき潜在的な意識を認めるものだ、との解釈を許す余地があったのである。[4]

ツインマール（Leopold Zimmerl）、ゴールドシュミット（James Goldschmidt）、レーディヒ（Gerhard Ledig）、エンギッシュ（Karl Engisch）など[5]は、フランクの所説に基本的な同意を示したが、ヒッペル（Robert von Hippel）、ビンディング（Karl Binding）、ケーラー（Augst Köhler）など[6]は、フランクは「思考」と「内容ないし心像の把持」とを対置させるのでなく、「思考」と「潜在的認識」とを対置させているとして、これを批判したのであった。例えばヒッペルはフランクの提案を批判して次のように言う。

「故意は行為の瞬間に存在していなければならない。そして故意には全犯罪要素の表象（die Vorstellung sämtlicher Deliktsmerkmale）が含まれる。すなわち故意には、行為者が行為の瞬間には思考していないような認識（Kenntnisse）を持つだけでは決して十分でないことは疑いなく、全犯罪要素の現実的な表象が必要である」[7]と。

ここに見られるように、当時の学説の多くは、行為者が対象に注意を向けているか否かという基準で意識の「現実性」と「潜在性」を区別したが、リップスの見解にみられたように、当時の心理学は既に、「視点」（Blickpunkt）と「視野」（Blickfeld）、意識の「対象」と「内容」、あるいは「思考」と「内容ないし心像の把持」という区別による第三の可能性を示唆していたのである。[8]

二　この第三の道は、古くは既にクレー（K.Klee）によって開かれていた。彼は、ヴィンマー（August Wimmer）との衝動的行為に関する論争の中で、故意には「意識閾にあるぼんやりとした心像」

で充分だとした。[9] 更に第二次大戦後、従来の「現実的な対象思考」と「潜在的認識」の区別が事態を見誤ったものであるとして、「認識の現実性」自体の問題に反省を促したのは、メッガー（Edmund Mezger）であった。彼は、『ライプツィガーコンメンタール〔第七版〕』（一九五四年）の中で、故意を肯定するには――常に明瞭な意識内容ないし「表象」内容であることを要しないが、少なくとも現実的な「感情」の警告（"Gefühls"-Wahrnung）を受けた――現実的な認識が行為時に必要である、と述べる。裁判官は、故意を肯定しようとするなら行為時におけるこのような現実的な認識を認定しなければならない、と主張するのである。[10] これは深層心理学の知見に基づくものであり、メッガーは、ヤスパース（Karl Jaspers）、フロイト（Sigmund Freud）あるいはアードラー（Alfred Adler）などの見解を検討して、「無意識的なるもの」（das Unbewußte）もその「感情的色調」（Gefühlstöne）も人間行為の中で「現実性」を持つものであると考えた。[11] そこから、ヴェルツェルが激情行為や瞬間的行為に関連して故意説に加えた批判に対して、メッガーは、上述の感情警告を含む意味での「現実的認識」は事実の認識についても事実の評価ないし行為の不法の意識についても認めることができるのであり、激情行為や瞬間的行為においてはかような「現実的な」感情的態度は一般に事実認識よりは不法の意識についてより容易に証明し得るもので、ヴェルツェルはこの点を看過したものであると答えている。[12] このようにして、メッガーは、「現実的認識（意識）」の中に、感情警告という「意識の周辺」にある心理的現象を取り込んだのである。

バウマン（Jürgen Bauman）とブライ（Hermann Blei）も、違法性の意識に関してこれと類似した考えを示した。バウマンは、厳格故意説に対する批判に答えて言う。

人間の良心が極度の感情の揺さぶり（Gemütserregung）によって全く沈黙せしめられるとは考えられない。社会的共同生活上の基本的な規範に違反する者は、どんなに興奮している時でもそのことを認識している。人間の良心は情動によって死ぬものではない。人間の中にある神性の閃光（der göttliche Funke）は人間の良心と魂の中で常に仄光っているのである。それがたとえ微かなものであれ「良心の声の語りかけ」（Sprechen der Stimme des Gewissens）があれば、それ以上は必要ない。問題は、この声が興奮とか行為者の感情によって圧倒される点にある。[13] バウマンは、これは錯誤の問題ではなく、限定責任能力あるいは責任無能力に関わる問題だと言う。また、いわゆる確信犯についても、大抵の場合確信犯は自己の確信が妥当する社会秩序に相応していないことを正確に認識しているのであり、確信犯人の法秩序と異なる見解は、倫理的にはともかく、法的領域

では意味を持たない、と言う。しかして、自己の行動が法共同体の要求と一致していると考えている真の確信犯人は、極めて稀にしか認められず、その場合にはむしろ責任が認められないのであり、刑務所へ送るよりむしろ治療施設へ送るべきなのだ。メッガーのいう「法敵対性」が認められる行為者についても、その法敵対性を自ら認識している者は何ら禁止の錯誤にあるものではなく、それに反して、自らの法敵対性につき何ら認識を持たない者は、彼の心情やそれに至った行状について責められることはあっても、処罰さるべきではない、と主張した[14]。プライもバウマンに同意して、違法性の意識は、行為者の明瞭な価値表象の形式でなくとも、通常は行為者の特定の価値感情によって行為時の存在が認められる、と述べた[15]。

このような前史の後、オーストリアのプラッツグンマーのより心理学的研究に根ざした論文が公表されるに及び、西ドイツにおいても故意ないし違法性の意識に関する心理学的考察が重ねられる至ったのである。以下ではこの点について概観することにしよう。

(1) Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen zum Unversität-Jubiläum, 1907, S.519ff.

(2) Ebenda., S.547.

(3) Theodor Lipps, Leitfaden der Psychologie, 2. Aufl., S.5ff., 9, 14. und 15 (zitiert nach Frank, a.a.O., S.547; auch Platzgummer, W., Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, 1964, S.2)

(4) Platzgummer, a.a.O., S.2f.

(5) Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand. Übersehene und vernachlässigte Probleme, Strafrechtliche Abh., Ht.237, 1928, S.85ff.; Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff, Festgabe für Reinhard Frank, Bd.I, 1930, S.445f.; Ledig, „Wissen" oder "attentionale Zuwendung" als Kriterium des Vorsatz?, ZStW 51, 1931, S.184ff.; Engisch, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgrunden, ZStW 70, 1958, S.598.

(6) Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. Ⅱ, 1930, S.306; Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. Ⅱ 1, 2. Aufl., 1914, S.320; Köhler, Die Schuld als Grundlage des Strafrechts, GS 95, 1927, S.95 Anm. 2; vgl. ferner Platzgummer, a.a.O., S.10–21; Schewe, G., Bewußtsein und Vorsatz, 1967, S.37–42.

(7) Hippel, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, VDA, Bd. Ⅲ, 1908, S.523, Anm. 2.

(8) Platzgummer, a.a.O., S.63.

(9) Klee, Vorsatz und Triebhaftigkeit der Handlung, ZStW 48, 1927, S.4; vgl. Platzgummer, a.a.O., S.13.

(10) Mezger, LK, 7. Aufl., 1954, §59 Anm. Ⅱ, 9 (S.439); auch ders., LK, 8. Aufl., 1957, §59 Anm. Ⅱ, 9 (S.482)

(11) Mezger, Das Verstehen als Grundlage der Zurechnung, 1951, S.10ff.
(12) Mezger, LK, 8. Aufl., §59 Anm. II 9 (S.482)
(13) Baumann, Strafrecht, AT, 2. Aufl. 1961, S.339f. バウマンは後に、「良心の微かな語りかけ」と「行為に内在する同時認識」と同置している（Baumann, Strafrecht, AT, 5. Aufl., 1968, S.421f.）が、プラッツグンマーが批判しているように（本節第二款二参照）両者は決して同じものではない。バウマンのこのような理解は少なくとも誤解を招く表現である（Rudolphi, a.a.O., S.151 Anm. 37）。
(14) Baumann, a.a.O., (2. Aufl.), S.340.
(15) Mezger-Blei, Strafrecht. I, AT, 11. Aufl. 1965, S.190.

## 第二款　同時意識説

一　オーストリアのプラッツグンマー（Winfried Platzgummer）は一九六四年にその教授資格論文『故意の意識形式』[1]を公刊し、主としてローラッハー（Hubert Rohracher）[2]の知覚心理学に依拠してフランクの提起した故意の意識形式の問題に関する解答を試みた。プラッツグンマーは、「確かに明瞭に注意を向けられてはいないが、他の意識内容と同時に意識され（mitbewußt ist）、かつ暗黙に（*implicite*）必然的に同時に注意も向けられているはず（mitbeachtet werden muß）の意識」すなわち「同時意識」（Das Mitbewußtsein）という概念を提示した[3]。彼によれば、同時意識は、知覚心理学の法則に基づき、一定の行為事情を示すような二類型の構成要件要素に認められるという。それは、(1)「感覚的に知覚しうる要素で意味的な内容を示している」構成要件要素[4]と、(2)「行為者の資格や、多かれ少なかれ継続的な特殊な義務関係を示し、あるいは、行為者にとり生活上意味あるその時々の一般的な状況を示す」要素であり、「継続的な随伴認識」（dauerndes Begleitwissen）に属するような構成要件要素[5]である。前者の例として「尊属」傷害、「教会」内の窃盗といった加重的要素や、猥褻罪の被害者の年齢[6]、後者の例としては、「公務員」といった身分犯の構成要素が挙げられる[7]。彼の「同時意識」の理論についてはすでに我が国でも的確な紹介[8]がなされているので詳細はそれに譲り、ここでは違法性の意識の「現実性」の問題に関連する限りでこれを検討することにしたい。

二　プラッツグンマーの考察は、もっぱら犯罪事実の認識という側面での故意概念の新たな理解およびその拡張に限定されていたが、違法性の意識の問題についても重要な意義が認められる。違法性の意識に関しては、「感情警告」とか「良心の声」という意識の周辺にあるいわば潜在的意識に近接した意識が認められ易い傾向があったのであるが、プラッツグンマーは、故意にはあくまでも現実的な意識が必要であり、「感情警告」とか「良心の声」では行為者

に対して法規範との対決を可能とするような「価値の呼びかけ」（Wertanruf）が未だ不十分であるとして、「同時意識」の理論を主張したことであった。[9]

この「同時意識」の考え方を違法性の意識の問題に自覚的に転用する契機を与えたのは、ロクシン（Claus Roxin）であった。彼はプラッツグンマーの著書に対する書評の中で次のように述べた。

強盗犯人とか窃盗犯人は、その行為が許されないことを直接的には考えていないときにも、それを同時に意識している。プラッツグンマーはかような場合については明言しておらず、もっぱら知覚に条件づけられた同時意識ないし継続的な随伴認識といった心理状態を取り扱っている。しかしながら、私見によれば、更にこの他に同時意識として特徴づけられる第三の形式を問題にし得るように思われる。すなわち、我々の文化圏で幼年時代から窃盗とか強盗のような行為は禁じられているということを学んだ者は、彼がこのような行為へと決意する際には、それにつき何ら熟慮しなくとも、当該行為が禁じられていることを必然的に同時に思考している（mitdenken）はずである。我々が外界からの感覚的印象をその意味によって抽象化し得ないならば、行為とその社会的・倫理的判断は意識の中で分裂してしまうことになろう、と。[10]

「同時意識」の考えを違法性の意識の問題に適用するなら、次のような帰結が得られよう。すなわち、行為者が自己の行為の違法性につき明瞭に注意を向けていなくとも、通常はともかくも暗黙のうちに行為の違法性を同時意識しているはず[11]であり、その限りで行為者は何ら特別の努力を要せず当該行為が違法であるとの認識を「現実化」し得る。このような認識は既に行為者自身の中で血肉となって内在化しているのである。犯罪事実の認識とその違法性についての同時意識は分かち得ない一個の統一体を形成しており、知覚・意識心理学の知見によれば、一定の条件下では感覚的に知覚・表象された犯罪事実とその社会倫理的ないし法的意味を意識の中で分裂させることは不可能なのである。[12]

三　この「同時意識」の考え方は、プラッツグンマーによれば、実務の従来の運用の正当性を心理学的側面から基礎づけるものである。実務は上述の二つの類型に属するような構成要件要素については、自明のこととして行為者の認識を肯定しており、これらの要素が現実に「明確に認識していたかどうか」を改めて問うことなく、結果などの重要な事実的要素を認識していたことを確定することで満足してきたのである。[13]このことは、いわゆる自然犯のような行為者にその行為の違法性がいわば血肉となって知られているような場合にとりわけ妥当すると思われる。すなわち、実務において違法性の意識についても行為者が「明確に認識していたかどうか」が改め

て問われることは例外的なこととされている。「同時意識」の概念は、違法性の意識のこのような実務の運用をも心理学的に説明し正当化する機能を果しているものといえよう。[14]

さらに、プラックグンマーは激情行為や瞬間的行為についても「同時意識」の考え方を適用しているが、[15] これは犯罪事実の事実的認識にとどまらず、その違法性の意識についても妥当することになろう。かくして、激情行為や瞬間的行為における違法性の意識の問題についても、「同時意識」の概念を導入することにより、何ら擬制に堕することなく行為者の「現実的な意法性の意識」が肯定される、と言われるようになったのである。

(1) Platzgummer, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage, 1964.

(2) 一九〇三年生まれのオーストリアの心理学者で、インスブルック大学の心理学講師を経てウィーン大学教授、同時に同大学心理学研究所主任を兼任した。哲学・法学の博士号をもち、オーストリアアカデミー会員。ヨーロッパでは広くその名が知られているようである。ローラッヘル（宮本忠雄訳）『性格学入門』（みすず書房、昭和四一年）二七七頁参照。

(3) Ebenda, S.83ff.

(4) Ebenda, S.83.

(5) Ebenda, S.87.

(6) Ebenda, S.85ff.

(7) Ebenda, S.89.

(8) 斉藤誠二「いわゆる『同時認識』をめぐって」警察研究五〇巻一〇号（昭和五四年）三頁以下、青木紀博「『同時認識』と故意の認識形式」同志社法学一六七号（昭和五六年）一二五頁以下、前原宏一「同時認識の理論について」明治大学院紀要22集（1）法学篇（昭和六〇年）二五一頁以下。

なお、本稿では「同時意識」の用語を使用したい。プラックグンマーは故意の心理学的な意識形態を考察し、どのような意識形態が「現実的な認識」として故意に含まれるかを問題にしたのであり、むしろより広義の心理作用として、「同時意識」の訳語を当てる方が≪Bewußtsein≫の語感にも合致しているように思われるからである。

(9) Platzgummer, a.a.O., S.69 プラッツグンマーは、「感情警告」という現象の意味するところは、単に「不明瞭で分析されていない曖昧な表象」すなわち「不安」、「息苦しさ」、「不快」、「内心的な不安定」あるいは「言葉にならない漠然とした罪責感」などといった「不快を催す感情体験」(unlustbetontes Erlebnis) というべきものであるが、これは、何よりもまず行為者の注意及び思考を行為の価値・無価値内容へと向けさせるような心理的刺激を行為者に与えるにすぎない (S.69, 80)、と言う。また、

このような行為者の感情的色調を故意の限界とすることは、そもそも裁判官の認定対象としても大いに疑問の生ずるものである（S.81）とも言う。Vgl. ferner Rudolphi, a.a.O., S.150f.

(10) Roxin, Literaturbericht, Allgemeiner Teil, ZStW 78, 1966, S.257

(11) Platzgummer, a.a.O., S.84f. 彼は、行為者が犯罪事実を思い浮かべ思考ないし意思に関係づける際、行為者は常に必然的に行為の法的意味内容をも同時思考し同時意欲しているはずである、と言う。同時意識は単に感情的に経験されるものではなく、行為者がそれに対して決意を形成すべき「決意の場」（Entscheidungslage）を与えるものである（S.93）。換言すれば、行為者の決意は同時意識された不法に対する決意をも含意しているのである（Rudolphi, a.a.O., S.153）。

(12) Rudolphi, a.a.O., S.153.

(13) Platzgummer, a.a.O., S.91.

(14) 斉藤・前掲論文一六頁、青木・前掲論文一三五頁。

(15) Platzgummer, a.a.O., S.92ff.

### 第三款　事物思考説

一　シュミットホイザー（Eberhard Schmidhäuser）も、一九六六年のH・マイヤーの古稀祝賀論文集に寄せた論文「違法性の意識の現実性と潜在性について」[1]において「事物思考」（Sachdenken）という概念を提示して、同時意識説と同様の結論に到達している。彼は言語心理学における「言語思考」（Sprachdenken）と「事物思考」の区別[2]を違法性の意識の現実性の問題に取り込んだのである。彼は次のように説明した。

言語思考と事物思考を区別するには、言語の精神的本質を前提とすることが重要である。言語は言語共同体の共有財産だが、その実在はこの共同体の個々人の主観的精神によって担われている。主観的精神（すなわち個々人）が客観的精神としての言語に関わるということは、語るという物理的・心理的現象を意味するのではない。それはむしろ、我々が言葉と結びつけそしてその言葉の中で当該の物事（die Dinge）を把握しているようなその概念に関わることである。それは、主観的精神としての人間が、我々が概念によって対象を「思考」しているその概念に言語的に関わることである。人間は他者もまた思考し得るようなものを言語的に思考することができる。二人の人間が或るものについて考える場合、彼らは、たとえ彼らの話が行き違いになったとしても、同一の対象を考えているのである（彼らがそれを別異に判断し、それについて異った考えを持つことがあるかもしれないが）。はじめて思考を可能にするものが言語である。言語が我々に、我々が思考し得るような物事を把握することを教える。また同時に、思考されたものについての理解を可能にするのも言語である。言語は思考を発語（Sprechen）へと移し、

他者の言語を聴取することによりそれを再び思考へと移す。心理学では人間のこのような能力を言語能力の運動的側面（die motorische Seite）と感覚的側面（die sensorische Seite）として区別する。すなわち運動的能力とは思考を言語的表現に移す能力であり、感覚的能力とは言語的表現を再び思考へ移す能力をいう。言語によって我々は思考された現実的世界の物事を認識することを教えられる。一度物事を認識した者は、思考されたものを他者に伝達しようと欲しないのであれば、物事について「考える」ためにもはや言語を必要としない。ただ熟考しようとする者が、事物が不明瞭な場合に、独り言を言うにすぎない。言語と言語的表出はいずれにせよ、自らを明確にし、あるいは思考されたものを他者に伝達するための心理的・物理的乗物（Vehikel）にすぎず、それによって他者は同一の対象を思考し会話が可能となるのである[3]、と。

シュミットホイザーは、言語を離れた物事自体との思考関係を「事物思考」と呼ぶ。それは、最初に言語を通して体験された物事を言語と離れた思考領域へと引き受けた、いわば具象的な想起に基づいた物事との直接的体験の中で生ずる。それに対して、「言語思考」とは思考者が他者あるいは自己と語ることによって生ずる思考である。音声を発しない静かな独り言も言語思考である。事物思考は言語思考に比して瞬間的なものである。多くの場合、それは時間を要せず一瞬にして個々の物事ないし全体的な事実関係を把握する。事物思考は驚くほど広範であり、言語思考では一定時間要することを瞬時に為すことができる。例えば、対象に驚いて瞬間的に反応する場合には言語思考でなく事物思考のみが可能なのである[4]。

このような理由からシュミットホイザーは、彼独自の用語法にかかる「故意性」（Vorsätzlichkeit）の事実的認識の局面を意味する「事実意識」（Tatbewußtsein）に関して、事物思考的な形式での現実的な意識が認められるとし、例えば瞬間的に反応した身体傷害について行為者にこの所為事情の事物思考的意識が確定し得る限り、故意的身体傷害を肯定できると言うのである[5]。

## 二　事実意識の現実性に関するこのような知見は、違法性の意識の現実性の問題にとっても以下のごとき重要な結論をもたらす。すなわち行為者は言語思考的な違法性の意識が欠ける時でも、まさに事物思考的な形式で当該行為の実質的違法性を行為時に意識していることがあり得る。しかるにシュミットホイザーは、この事物思考的な違法性の意識が如何なる形態で生ずるかにつき次のように説明する。すなわち、まず行為者が当該行為の不法を表象したことが第一条件であるが、この表象とは、単に禁止・命令された行為を知的に理解するだけでなく、かような行為の無価値性ないし非難可能性を追体験（Nacherleben）することを意味しているのである。我々

は或る概念――例えば或る行為と結びついた無価値性の概念――を言語思考的にのみ知り得る。しかしながら、その無価値性の概念によって把握された無価値な行為の表象は、言語思考的に再生する（すなわち言語化する）だけでなく、むしろ直観的な行為のイメージと結びついて事物思考的に思考することをも可能にする。それぞれの状況に応じて、行為のイメージは事実意識と違法性の意識を共に包含した事物思考的な全体を意識の中に形成するのである。[6]

それ故、事物思考的な違法性の意識は、独り言のような反省的なものではないにせよ、行為の無価値性の明瞭なイメージによって行為者に「現実的な」違法性の意識をもたらすものである。単に事物思考的な違法性の意識しか持たない場合であっても、行為者は法的禁止・命令を意識的に無視するものである。[7]

このようにしてシュミットホイザーは、「同時意識」説と同様に、「事物思考」的な違法性の意識は「現実的な」違法性の意識である、と主張したのであった。[8]

(1) Schmidhäuser, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966, S.317ff.

(2) シュミットホイザーは主としてフライタークーレーリングホフの論文（Freytag-Löringhoff, Über einige Wesenzüge des Gesprachs, Studium Generale, 1955, S.549ff）に依拠して論述している

(3) Schmidhäuser, a.a.O., S.325f.

(4) Ebenda, S.326f.

(5) Ebenda, S.327.

(6) Ebenda, S.329f.

(7) Ebenda, S.331; auch Rudolphi, a.a.O., S.155.

(8) Auch Schmidhäuser, Lehrbuch, 10/54 (S.409f.) und 10/74 (S.424f.); ders., Studienbuch, 7/65ff. (S.213f.) und 7/76 (S.217).

## 第四款　ゲシュタルト関係説

### 一

違法性の意識の現実性につき、ゲシュタルト心理学の立場から、行為時には必ずしも行為の違法性につき行為者が明確に思考していることは必要ではないと主張したのは、シェーヴェ（Günther Schewe）であった。彼は従来の刑法学が古い原子論的な要素心理学の影響を色濃く受けていたと批判して、それがゲシュタルト心理学によって克服されていったように、刑法学における「原子論的」思考も克服さるべきものであるという基本的視座[1]を示し、以下のように主張した。

ゲシュタルト心理学[2]の理解によれば、物理的世界におけると同様、人間の「体験野」（Erlebnisfeld）においても「自発的な自己体制化」

(spontane Selbstgliederung) が生ずる。我々の体験において、広範な意識の中からゲシュタルト（形態）が形成され取り出されるのである。個々のゲシュタルトは意識全体の一般的な「地」(Grund) から図形化して現れるものであり、このようなゲシュタルトはあらゆる感覚領域でみられる。例えば、海に浮かぶ船とか、群集の中で顔見知りを見る場合（視覚的ゲシュタルト）、オーケストラの演奏で或るメロディーが特に際立って聞こえる場合（メロディーゲシュタルト）あるいは数学の問題を解く場合（思考ゲシュタルト）などが一般によく知られている。これは「図・地関係」(Figur-Grund-Verhältnis) と呼ばれる関係にある。[3] すなわち意識の中に「図」として浮かび上がった要素と、その背景としての一般的な「地」とは区別されるのである。この「地」はまさに或る意味では「意識されざる」(unbewußt) ものであるが、[4] これは「地」がそもそも心理的に現実的所与のものではない、つまり単なる潜在的認識にすぎないということを意味するものでは決してない。何故なら「図」は完全に孤立したいわば背景から抜き出された背景のない像として現れるものではなく、むしろ図と地との間には「ゲシュタルト関係」(Gestaltzusammenhang) と呼ばれる相互依存関係がある。いずれにせよ、図と地が合わさってはじめて「現実的な意識野」が生ずるのである。[5]

「図・地関係」はあらゆる心理領域に妥当する関係を視覚的に表現したもので、より一般的には「図」の代わりに「主題」(Thema)、「地」の代わりに「主題野」(thematisches Feld) あるいは「基準系」(Bezugssystem) という用語が使用される。「地」、「主題野」あるいは「基準系」とは、そこでゲシュタルト像が形成される特定の領域 (das Gebiet) を意味し、その領域の中で個々のゲシュタルトが存在し、動いたり場所を占めたり特定の方向と大きさを保有したりするのである。それらは直観的な知覚対象として現われることはなく、完全な意識性からは離れているが、現実的な体験野を構成しているのである。[6] ゲシュタルト心理学が「地」ないし「基準系」をその独自の意味で「無意識的」なものと表現している場合にも、それは「自明であるが故に注意が向けられていない」ということを意味するにすぎない。[7]

シェーヴェはこれが現実的な意識であることを「定位」(Orientierung) という概念を用いて説明する。すなわち定位とは主体が生活し、行為し、思考しあるいは活動する一般的・基礎的な内的ないし外的諸関係 (Bezüge) と主体との関係を意味する。我々は「地」「基準系」に対して定位されている (Orientiert-Sein) のである。それ故、「基準系」「主題野」はあらゆる意識活動の基点として顧慮されているのであり、特別に注意を向けられる必要のないも

のである。[8]「基準系」は体験あるいは行為の際に現れる現実のゲシュタルトに包含されており、――明瞭に注意が向けられなくとも――我々がゲシュタルト的知覚に影響され制約される限りで、それは実際現実的な意識の中にあるのである。

二　このようなゲシュタルト心理学の知見から、刑法上の故意ないし違法性の意識の問題につきシューヴェは以下のような帰結を導き出した。

立法者が法律上の構成要件において可罰的行為を具体的に記述するのは、市民が何を為しあるいは思い止めるべきかを知ることができ、かつ裁判官が何をどのように処罰すべきかについての指標を得ることができるという法的安定性の要請に基づくものであり、一般条項や恣意的な構成要件の記述は許されないものである。故意行為に関する法律上の構成要件には、恣意的に特定されるのではなく、全法秩序から個有の法律に応じて分離されかつ多かれ少なかれはっきりとした所与のゲシュタルト性（*vorgegebene* Gestaltqualität）を持つような「類型的な行為ゲシュタルト」（typische Handlungsgestalt）が記述されているのである。個々の可罰的行為は、刑法上重要でない≪通常の≫（normal）行為という一般的な「地」の中から≪形態的に≫（gestalthaft）浮き上がった行為ゲシュタルトである。違法行為と法秩序の間にはゲシュタルト心理学でいう「図・地関係」があるのだ。[9]

行為者が当該行為の違法性をあらかじめ認識しておりかつこの認識がいつでも使用可能な知識の要素であるなら、違法行為すなわち行為ゲシュタルトの知覚と同時に、常にかような知覚が「基準系」すなわち「法秩序」の中で秩序づけ位置づけられているのである。「図」としての違法行為の知覚と同時に、その「基準系」としての法秩序における地位につき定位づけられており、[10]その地位の認識は（自明であるがゆえに明瞭には現在化されていないとしても）現実的なものである。[11]行為者のこのような違法性の認識は「現実的な体験野」を構成している。[12]そしてシューヴェによれば、このような認識は行為時には心理学的な障害物（Schranken, Barrieren）として機能する。それゆえ法違反とは、比喩的に言うなら、この意味での障害物を突破し（Durchbrechung）、突き崩し（Abbau）あるいは無視する（Hinwegsetzen）ことを意味する。[13]一般的には、責任能力ある行為者の犯罪については、行為者の法的・社会的秩序との関係がなお認められ、行為者は≪法的・社会的秩序に対して一定の態度をとる≫ものである、つまり≪現実的な違法性の意識≫をもって行為するものであるとの徴候が通常認められるのである。[14]

三　さてシューヴェは、常習犯人、衝動犯人および激情犯人における違法性の意識の問題について、その問題の要点は、行為者に既

に与えられている不法についての知識要素の「現実化」(Aktualisierung) ないし「再生」(Reproduktion) が可能であったか否かという点にあると言う。これに対して真正の禁止の錯誤では、当該行為の違法性に関する知識要素自体がそもそも行為以前に存在していたのか否かという点が問題となっているのである。[15] 激情犯などと真正な禁止の錯誤とでは問題の局面が異なると言うのである。

常習犯において重要なことは、法敵対的な意図的態度が習慣化ないし常習化され法的価値ないし規範に対する常習的な「倒錯」(Pervertierung) が固定化された点であり、法規範に対する「現実的な」規範関係 (ein≫aktueller≪Normbezug) が欠けているわけではない。[16] また衝動犯においても行為者に「抑制がきかなくなること」(Hemmungslosigkeit) がそのままその衝動を抑止する心理的障害物の不存在を意味するものではなく、病的な状況を除けば、通常は「現実的な」規範関係が認められ、行為者は規範に反するような意図的態度をとっているのである。[17]

最後に激情犯についても、シェーヴェは、行為者が当該法規範に対して「現実的な」関係にある限りで責任能力が阻却されることはないと主張する。彼によれば、行為者の実際の心理体験は、知覚された行為ゲシュタルト (すなわち違法な行為) の構成要件該当性と違法性を共に包含するものである。[18] 行為者が当該行為の違法性を行為前に既に熟知しているならば、行為者は行為時にもなお当該行為の違法性について定位されている。激情行為にみられる葛藤の負荷 (Aufladen)、鬱積 (Sichanstauen)、特殊な刺激によるエネルギーの爆発 (Energieüberdruck) といった現象は、それに抵抗する心理的・制度的障害物を前提としており、これを突破して行為へと駆り立てられるのである。激情行為者も「法秩序と現実に関わって、つまり法秩序と無関係にではなくまさに法秩序に反して」行為するのだ。[19]

このようにして、シェーヴェは連邦裁判所刑事連合部決定 (BGHSt. 2, 196ff) が定立した原則は誤まりであるとし、激情犯、衝動犯ないし常習犯にあっては、行為者に以前に与えられた知識要素の「現実化」ないし「再生」、すなわち現実の体験・刺激と彼自身のもつ知識要素との統合 (Integration) が問題となるのであり、不法についての認識が存在することに疑いはない、と主張したのである。これに対して、真正な禁止の錯誤では、そもそも予め与えられた知識要素が存在しないのであり、行為者は行為の不法につき「認識」していなかったのである。[20]

(1) Schewe, Bewußtsein und Vorsatz, 1967, S.73ff.

(2) Ebenda, S.86ff. 尚、ゲシュタルト心理学に関する邦語の文献として、ケーレル（佐久間鼎訳）『ゲシュタルト心理学』（内田老鶴圃、昭和五年）、佐久間鼎『ゲシュタルト理学の立場』（内田老鶴圃、昭和八年）、W・ケーラー（田中良久・上村保子訳）『ゲシタルト心理学入門』（東大出版会、昭和四八年）、P・ギョーム（八木晃訳）『ゲシタルト理学』（岩波書店、昭和二七年）、ダヴィッド・カッツ（武政太郎・浅野千鶴子訳）『ゲシタルト心理学』（新書館、昭和三七年）など参照。

(3) Schewe, a.a.O., S.90

(4) Ebenda, S.109ff.

(5) Ebenda, S.111f.

(6) Ebenda, S.112.

(7) Ebenda, S.115.

(8) Ebenda, S.115. 定位は心理的基準系すなわちコンラート（Conrad, K.）が「統覚的無意識」(das Apperzeptive UnbewuBte) として示したような諸要素に基づいて形成されるものである。人は一般にこのような包括的な諸関係（die umfassenden Bezüge）に対して定位されており、それらは意識的活動の基盤ないし出発点となるものである。

(9) Ebenda, S.97 und 124f.

(10) Ebenda, S.139. シェーヴェは次のように言う。結局、外界の知覚的、認識的あるいは体験的把握は全て、同時に既に手許にあるものすなわち再生され現実化された記憶要素に還元すること（Rückführung）である。机が机として、人が人として、窃盗が窃盗として、殺人が殺人として、不法が不法として認識されるなら、その認識過程に常に再生行為が与っている。認識するとは常に、《或るものを或るものとして認識する》（etwas als etwas erkennen）ことを意味している。感覚的知覚というも《再生された成分がなければ、それは知覚ではなく、ゲシュタルト化されていないカオス》（シュナイダー）であろう（S.139）、と。更に言う。記憶素材の《現実化》や、特別の判断ないし包摂過程に類似のものとして知覚物を記憶要素の中へと編入することが、知覚に更に加わるのではなく、記憶素材の再生と、外的に知覚された情報と再生物との統合が知覚自体の構成的な要素なのである（S.140）、と。

(11) Ebenda, S.118f. und 135ff.

(12) Ebenda, S.148.

(13) Ebenda, S.147.

(14) Ebenda, S.149.

(15) Ebenda, S.159.

(16) Ebenda, S.150f.

(17) Ebenda, S.151f.

(18) シェーヴェによれば、特定の客体とか衝動目標へ意識を集中する場合、他の心理的要素（記憶内容など）がその「現実性」を失ったりあるいは現実化されないことがある。すなわち集中による「意識の狭窄」によって鈍化した記憶内容は、そもそも注意を向けられず知覚されない外界の諸要素と同じように、心理的にはその「現実性」の希薄なものである。しかしながら、

特定の客体に意識が集中された場合、構成要件該当性と違法性は、「原子論的」見解の考えるように、行為の相異なる二つの「成分」(Elemente)として「連言的(並列的)関係」(Und-Verbindung)にあるものではない(Schewe, a.a.O., S.153f.)。

(19) Schewe, a.a.O., S.157.

(20) Ebenda, S.159.

## 第二節　心理学的考察の意義と限界

プラッツグンマー、シュミットホイザーおよびシューヴェの以上の論証は、「現実的な」故意あるいは違法性の意識について、心理学的考察を通してその心理的な存在形式を明らかにし、従来意識の周縁にある事実認識として故意に算入することが疑問視されてきた事例について、あるいは違法性の意識に関していうなら、責任説がこれまでしばしば禁止の錯誤とし、故意説がこれを認めるために証拠法上の自衛策を講ぜざるを得なかった事例について、これを現実的な意識体験としてそれぞれ故意ないし違法性の意識に算入することを可能ならしめた。それは故意概念ないし違法性の意識概念の拡張の理論であるといってよい[1]。

それではこのような理論は、刑法解釈論上あるいは証拠法則上いかなる意義を有するのであろうか。このような故意ないし違法性の意識の成立範囲を拡張する論理に問題はないのであろうか。以下ではこの点について若干検討することにしたい。

(1) Vgl. Jakobs, Strafrecht, AT, 19/26 (S.456); auch Michael Köhler, Vorsatzbegriff und Bewußtseinsform des Vorsatzes, GA 1981, S.285ff. insbes.295f.

## 第一款　その意義

一　西ドイツの通説・判例は、プラッツグンマーとシュミットホイザーの理論を「事物思考的な同時意識」（"sachgedankliches Mitbewußtsein"）として定式化し、継続的な随伴認識や違法性の意識について一般にこれを受け入れている。[1] 例えば、西ドイツ軍刑法三〇条一項（部下に対する傷害罪）の故意が問題とされた事案についてバイエルン高等裁判所は次のように判示した。[2]

「しかし、行為者が行為の時に、全ての行為事情を『それを明確に認識すること』（Daran-Denken）という意味ではっきりと考慮に入れている場合、つまり行為時に行為者の意識の全注意が全ての行為事情に向けられている場合にのみ故意を肯定しようとするならば、それは故意概念を誇張するものであろう。おそらく構成要件要素の認識は、行為者の意思形成においてともかく有効に作用し、そして『事物思考的な同時意識』として、行為者の表象形象に伴っていることで足りるであろう。そのためには、現実に注意を向けたものからはずれた、明瞭性の程度の低い、弱い認識で十分である。」

かような定式に従うならば、行為の客体が「自分の部下である」とか、猥褻行為の相手方が「一四歳未満の少女である」といった認識は、それがたとえ行為時には明瞭に意識されていなくとも、かような認識が行為以前にあらかじめ行為者に与えられている限り、故意に算入されることになる。このような認識は行為者に暗黙のうちにそして必然的に与えられていることになるのである。[3]

このことは、違法性の意識に関してより強く妥当するように思われる。というのは、故意の認識対象としての自然的・社会的事実は、行為者が具体的行為を行なうその都度、行為者の知覚作用を通して外界から意識の中に取り込まれ、あるいは具体的客体と関係づけられなければならないが、当該行為の違法性ないし無価値性は、ロクシンやシェーヴェが述べたごとく、行為者自身の中にその社会化を通していわば血となり肉となって内在化しているからである。[4] かつてメッガーが、感情の警告という心理的事実は、一般に事実認識より不法の意識についてより証明し易いと述べたことは、[5] この意味で理解できるように思われる。もっとも、この点は後述するように、限界的事例においては個別的に判断さるべきであり、留保を要する。

二　いわゆる確信犯、常習犯あるいは激情犯ないし瞬間的行為における違法性の意識についてはどうであろうか。まず確信犯について言うなら、そもそも「違法性の意識」とは、客観的に存在する規範秩序と自己の行為との「符合意識」であり、行為者固有の価値意識と同一ではないのであって、[6] そこでの問題の要点はむしろ適法行為の期待可能性、あるいは量刑・処遇上の問題である。[7] 常習犯にお

いては、行為者は「違法性の意識」をもちながらも、自己の固有の規範意識が鈍磨していることにより、適法行為へと自らを動機づけ得ないのであって、ここでも、違法性の意識の存在自体は問題とならないように思われる。[8] これに対して激情行為ないし瞬間的行為の問題性はむしろ責任能力の問題にその重点がある。すなわちここでは、行為者が当該行為の違法性のついての、通常であれば何時でも現実化し得る知識が、激情的興奮という異常な心理的・物理的状態によって、違法性の意識を欠いたのかどうか、あるいはそれに従って行為する能力が、欠けたり著しく低減したのか、という点が問題となるのである。[9]

このように事物思考的な同時意識の理論を適用することによって、一般的には、故意ないし違法性の意識の成立範囲が拡張されることになろう。

(1) Baumann/Weber, Strafrecht, AT, S.389f.; Dreher/Tröndle, StGB, §15 Rdnr.3; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S.159; ders., SK, §16 Rdnr.24f. und §17 Rdnr. 14; Cramer, Schönke/ Schröder, §15 Rdnr. 49ff. und §17 Rdnr. 9; Schroeder, LK, §16 Rdnr. 99 und §17 Rdnr. 26; Stratenwerth, Strafrecht, AT I, Rdnr. 264; Wessels, Strafrecht AT, S.61. 尚、斉藤・前掲論文三頁以下とくに六頁註（1）も参照。

(2) Bay OLG Urt. v. 28. 6. 1977, NJW 1977, S.1974f. 事案の詳細については、青木・前掲論文一二八頁以下参照。

(3) この点の指摘につき、vgl. Köhler, GA 1981, S.288ff.

(4) 本章第一節第二款二参照。

(5) 本章第一節第一款二参照。

(6) 拙稿「違法性の意識に関する一考察」北大法学論集三六巻三号一五二―三頁参照。

(7) 本稿第一章第一款参照。

(8) 植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』（昭和四九年）二四六―七頁、内田・前掲『刑法Ⅰ（総論）』一三四頁、

(9) Vgl. Rudolphi, SK,§ 17 Rdnr. 16.; ders., Unrechtsbewußtsein, S. 167f.激情行為と責任能力の問題につき詳しくは、vgl. Krümpelmann, Motivation und Handlung in Affekt, Festschrift für H. Welzel, 1974, S. 338ff.; ders., Vorsatz und Motivation, 植松正「激情行動と責任能力」佐伯千仞博士還暦祝賀『犯罪と刑罰㈠』（昭和四三年）四二二頁以下、林美月子「情動行為と刑事責任（一）～（三）」神奈川法学一八巻二号、三号（昭和五七年）、一九巻一号（昭和五九年）参照。また上田健二「激情行動の行為性と故意（上）――G・シェーヴェの所説を中心として――」同志社法学三〇巻二・三号（昭和五三年）七三頁以下も参照。

## 第二款　批判的考察

### 一　「事物思考的な同時意識」の理論は、かような意識を、行為

者において暗黙のうちにかつ必然的に受け入れられたものとして肯定しようとする点にその特徴があるといってよい。それは一定の心理学的法則性を主張するものであって、これが何の疑いもなく肯定されるのであれば、それは証拠法則として刑事裁判実務上も重要な意義を有することになろう。

だがしかし、同時意識の理論も必ずしも西ドイツの心理学界において統一的に理解されているわけではなく、これを「無意識」の領域に算入する見解も見うけられるのである。[1] 心理学的法則の記述は一つの心理学的仮説であり一般的法則性を表わそうとするものではあるが、それは決して必然性を伴なうものではない。[2] すなわち同時意識説が言うような、特定の構成要素の認識が必然的にそれに附随する構成要件要素の認識をも伴なうものであるという心理学的法則が確立されているわけではないのである。例えば、性的乱用の客体である児童の年令について抽象的には「以前から」知っていたとしても、具体的状況（例えば、衝動ないし誘惑に駆り立てられているような状況）によっては軽率にもそのことに思いが至らないことも、我々の経験上あり得ることであり、限界事例においては、必ずしも常に同時意識が肯定されるわけではない。我々の知識は、例えば自分の誕生日とか自分が公務員であるといった知識のように、ちょっと注意を向ければそれ以上に知的努力を要することなく容易に想起し得るものから、自分の息子の遊び友達の年令についてよく知らず、一定の記憶とつなぎ合わせてはじめて大体何歳であるか思い出せるようなものまで、その強度は様々である。[3] 人間の個別的で有限な生活経験は、その具体的状況あるいはその反省能力に応じて多様であり得、事物思考的な同時意識の理論を限界事例についても一般的に妥当すべきものとするならば、それは「主観的帰責概念の、とりわけ事実的故意概念の実態に反した客観主義的還元[4]」を意味するものであろう。他人の内心に生起する事象については、我々はただ外界から内観ないし感情移入を通して評価し得るにすぎず、認識論上は閉ざされているのである。事物思考的な同時意識は、人間の意識作用の一般的傾向を示す「情況証拠」（Indiz）としての意味を有するにすぎず、[5] シュミットホイザー自身が述べるように、行為者の意識内容を判断するに際し、彼が問題となっている構成要件要素ないし行為の違法性について事物思考的な同時意識を持っていたか否かを、その都度（jeweils）具体的事案に即して、心理的・精神的感情移入（seelisch-geistiges Einfühlen）による追体験を通して認定しなければならないと考えられる。[6]

二　違法性の意識に関してもこのことは同様であり、ロクシンの言うように、「行為者が適法性の限度を踏み越える際に、確かに良くない感じがしたがそれでも違法性の意識を欠くような適法性の限

界領域」が存在するのであり、この場合には、違法性についての事物思考的な同時意識が具体的に認定し得ない場合もあり得るのであって、禁止の錯誤の成立範囲をあまり厳格に限定してしまうことには問題があるように思われる。[7] ヤコブスはこの点で、いわゆる中心刑法（Kernstrafrecht）の領域でも同時意識が認められない可能性のある事例として、例えば、保護を命じられた者に対する虐待（西独刑法二二三条b）、養護・教育義務違反（同一七〇条a）侮辱（同一八五条以下）、売春婦幇助（同一八一条a）、同性愛行為（同一七五条）、親族間の性交（同一七三条）、背任（同二六六条）、暴利（同三〇二条a）、そして不作為犯の多く、さらには情動的興奮状態での犯罪などを挙げている。これらの事例は、あるいは、当該行為の違法性についての一致した社会倫理的コンセンサスが得られていなかったり、適法な経済活動と違法行為との限界が曖昧であったり、あるいは、不作為犯における作為義務のような規範的構成要件要素についての認識・判断が行為の違法性の認識・判断に影響を及ぼしたりすることによって、違法性の錯誤が生じ得るような場合であろう。我が国でも、例えば内田教授は、脅迫罪、名誉侵害罪、背任罪、横領罪、公然猥褻罪などについて違法性の意識が欠けることが十分ありうると指摘されている。[8] これらの場合には当該行為の違法性についての事物思考的な同時意識の存在を安易に推定するのではなく、その都度、当該行為事情のもとで、具体的に認定されなければならないのである。

このように事物思考的な同時意識の理論も行為者の特定の構成要件要素ないし違法性に関する心理的な存在形式を示す心理学的仮説として、実務上、故意ないし違法性の意識の成立範囲を拡張する方向で機能しているものといってよい。しかしながらこのことは、限界事例においても一般的にあるいは必然的に妥当しうるものではなく、情況証拠としての意味を持ちうるにすぎず、その安易な適用は慎まねばならぬように思われる。またこのような心理学的考察方法による故意概念あるいは違法性の意識概念は、故意概念の規範的基礎づけ[9]、あるいは訴訟における認定過程[10]においてどのような意味を持つのかといった問題も、今度解明さるべきことのように思われる。

さらに付言するなら、そもそも違法性の意識の「可能性」についても二様の理解があり得ることに注意すべきである。一つは、行為者自身が当該行為事情ないし行為の違法性についての知識を、行為以前に既に経験し持ち合わせているが、いまだ意識の表層には現実化していないという意味での「潜在的な」（latent）ものであり、他の一つは、「現実的」（wirklich）の反意語であり、行為者が違法性を意識することが、平均的な通常一般人を基準にするなら可能であったはずであるというように、「あり得る」ないし「起こり得る」

といった意味での「可能な」(potentiell) ものである。前者は違法性の意識（ないし認識）の主観的な現実化ないし再生の「可能性」の問題であり、後者は、例えば過失犯における結果の予見可能性とパラレルな問題性をもつものであろう。かような理解によれば、違法性の意識の問題に関連して、それが「現実的」なものと「潜在的」なもの、さらには単に「可能的」なものというように、心理学的な存在形態についても三分しうることになる。そして「事物思考的な同時意識」やゲシュタルト心理学的な「定位」の関係は、実は潜在的なものという意味での「可能性」に算入されることになろう。[11]

(1) Vgl. dazu Wolfgang Frisch, Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes, 1983, S.182 Fn.78 und S.184 Fn.82 und 83.

(2) 心理学における実験的方法における一般化の問題につき、例えば、ポノル・フレス「実験的方法」波多野完治・南博監訳『現代心理学I』（白水社・昭和四六年）一七二頁以下参照。知覚心理学上の「法則」が仮説的な図式にとどまることを簡潔に指摘するものとして例えば、柿崎祐一・牧野達郎編『心理学I 知覚・認知』（昭和五一年）二一九頁以下参照。

(3) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 165f. Roxin, ZStW Bd.78, S.255; Köhler, GA 1981, S.290f.; Jakobs, Strafrecht AT, §8/12 (S.216); vgl. auch Blei, Strafrecht AT, S.126.

(4) Köhler, GA 1981, S.291 ケーラーはさらに、外的世界の意味連関を主観的に逆に判断したり、錯誤したりあるいは軽率にも忘れたりするのは、実際的状況が多義的であったり、主観的な経験的知識が不確かであったりあるいは主体の反省能力が（それが潜在的であれ現実的であれ）多様であったりするためだが、そのことは、全ての認識作用が――論理的に明確な形であれ、暗黙的・不明確な形であれ――主体の自律的・範疇的綜合の中で実現されるという基本的事実にもとづいているのであり、このことを無視して事態を単純化することは許されず、故意を構成する意味認識の要素を客観主義的に削減することは、故意の推定の危険を孕むものであるという。そして事物思考的な同時意識説は、故意概念を実質的に縮減するものであり、その意味で故意の成立範囲を逆に拡張するものであるとしてこれを批判している (S.292–6)。

(5) Ellen Schlüchter, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983, S.30.

(6) Schmidhäuser, Lehrbuch, 10/54(S.409f.) und 10/74 (S.424f.); vgl. auch ders., Studienbuch, 7/66 (S.213) und 7/76 (S.127)

なお我が国の判例には、「意識の深層における殺意」とか「潜在意識下における認識・予見」あるいは「意識の根底における認容」といった用語によって故意を肯定するものがある。（例えば、高松高判昭和三一年一〇月一六日高裁刑事裁判特報三巻

二〇号九八四頁、大津地判昭和三七年五月一七日下刑集四巻五＝六号四四八頁、大津地判昭和三九年九月八日下刑集六巻九＝一〇号一〇一六頁、東京高判昭和四一年四月一八日東京高裁判決時報（刑事）一七巻四号六〇頁、名古屋地判昭和四六年一月二八日判例時報六三五号一六〇頁）。これらの判例も、心理学上の「無意識」ではなく、実は「意識の辺域（ないし周縁）」における認識を問題にしているものと思われ（この点につき、平川宗信「故意」西原春夫他編『判例刑法研究　第三巻　責任』（昭和五五年）九〇頁以下参照）、その用語法の適否はともかく、現実的な意識作用としての「事物思考的な同時意識」説と共通のものがあると考えられる。

(7) Roxin, ZStW 78, S.258; auch Horn, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969 S.48; Schroeder, LK, §17 Rdnr. 26.

(8) 内田『刑法各論〔第二版〕』（昭和五九年）一一四頁、二一六頁、三三五―六頁、三五三―四頁、三七〇頁、三五三―四頁、五〇四頁等。

(9) 故意の認識内容としてどの程度具体的な要素を求めるかについて、見解が対立し得る。つまり、例えば事実の錯誤、とりわけ客体の錯誤と方法の錯誤の区別の問題に関連して、故意の認識対象を個々の構成要件要素ないし行為客体に求めるのか、あるいは、保護法益の面から、さらには構成要件的評価という規範的視点からその対象の範囲をある程度抽象化しそれにより故意の成立範囲を拡張してゆくのかによって、事実の錯誤についての取り扱いが異なるのである。前者の立場は、行為者の自然的ないし具体的な行為意思を重視するもので、いわば自然主義的・具体的故意概念を目ざすものである。西ドイツの「具体化説」ないし我が国の「具体的（法定）符合説」はこの方向にあるといってよい。これに対して後者の立場は、錯誤論を構成要件的評価の問題として、あるいは行為者の自然的意思の客観的発生事態への帰属の問題として捉え、刑法上の故意をいわば規範化・抽象化された一般的故意概念として理解するものである。西ドイツの最近の「実質的等価値説」や「目標達成説」ないし我が国の「法定的符合説」などはこの方向にあるといってよい。問題はいかにして統一的な故意概念ないし錯誤論を展開し、明確な限界基準を設定するかにかかっているように思われる（この点につき詳しくは、佐久間修「ドイツにおける事実の錯誤論について」名古屋大学法政論集一〇一号（昭和五九年）七五頁以下、同「事実の錯誤の理論と故意の観念」名古屋大学法政論集一〇二号（昭和五九年）五七頁以下参照、なお、州見光男「具体的事実における方法の錯誤について」早稲田大学大学院法研論集三五号（昭和六〇年）二〇五頁以下、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）～（四）」慶応義塾大学法学研究五八巻九号～一二号（昭和六〇年）も参照）。このことはいわゆる規範的構成要件要素の錯誤の問題についても同様であろう（さしあたり、前掲拙稿・北大法学論集三六巻三号二二八註(36)および(37)参照）。ここでは問題点の指摘にとどめたい。

(10) この点につきさしあたり西ドイツのものとして、vgl. Haffke,

B., Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, GA 1978, S. 33ff.; Jäger, H., Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung, Mschr Krim 61, 1978, S. 297ff.; Hetzer, W., Wahrheitsfindung im strafprozeß, S.79 ff.

(11) このような三分法につき、vgl. Otto Triffterer, Optisches Strafrecht, AT, 1. Halbband, 1981, S. 115f.

## 結びにかえて

一　本稿の問題は、「違法性の意識」と「違法性の錯誤」とを分かつ具体的基準は何か、行為者がいかなる心理状態にあるとき違法性の意識があると言えるかという点を具体的に解明しようとすることであった。西ドイツではこれらの問題は、いわゆる「未必の違法意識」あるいは「違法性の意識の現実性（心理学的な存在形態）」の問題として議論されてきたが、我が国ではこの点はほとんど論議の対象となっていなかったように思われる。ここでは、西ドイツにおける議論についての考察を通して得られた結論をまとめ、残された問題点を指摘し、結びとしたい。

まず「未必の違法意識」の限界基準については、未必の故意に関する諸説とパラレルに問題が捉えられており、最近では真摯説ないし甘受説が通説的見解となっている。この説によれば、行為者が当該行為の違法性の可能性を真摯に受けとめ、かつそれを甘受したなら、彼は未必の違法意識をもって行為するものである。この説は、違法性の意識の認識的要素と意思的要素の双方を結合したかたちで限界基準を定式化しているが、それは実質的には、行為者の動機形成過程を問題にしているものと思われる。行為者の動機形成過程を考慮するならば、（法）規範上の価値内容の認識としての違法性の意識の性質上、あるいは違法であるかもしれないという表象を意思決定の最終段階においても打ち消さずに行為へと決意するならば、未必の違法意識をもって行為するものである。未必の違法意識の成否を判断する限界基準は、意思決定の最終段階における認識的要素を問題にすれば足り、情緒的・感情的要素ないし意思的要素は量刑において顧慮さるべきことがらである。

そして行為者が未必の違法意識をもっている場合にも、当該行為の違法性についての法状況が客観的に確定し得ず、しかも行為者がその場でいずれかの行為可能性を選択すべき一種の緊急状態に追い込まれているような場合には、行為者に対して適法行為を期待することが法秩序の過度の要求となり、行為者に刑罰を課すことが一般

予防ないし特別予防の観点から許されない、あるいは少なくとも責任非難が減弱されるものと言うべきである（第一章）。

次に、現実的な違法性の意識は確信犯、常習犯、激情犯あるいは瞬間的な反射行為などでは欠けるのではないか、とする責任説の批判に答えて、心理学的考察の成果を取り入れたかたちで、違法性の意識は同時意識ないし事物思考の形式で存在しうるとする見解、あるいは我々は社会秩序に対して定位されており、ゲシュタルト関係にある対象の地の部分についても、たとえそれが明瞭に意識が向けられていなくとも、現実的な体験野を構成するとして現実的な違法性の意識を肯定する見解が主張された。西ドイツの通説・判例はこれを「事物思考的な同時意識」と定式化している。これらの所説は、従来の刑事裁判実務を心理学的な説明によって補強するものである。しかしながらこれらの見解は、心理学上の法則性ないし必然性までも意味するものではない。必ずしも一致した社会倫理的基盤に支えられていない行為（例えば同性愛行為など）や、適法な経済活動と違法行為との区別が微妙な場合、あるいは不作為犯などの限界的な事例については、構成要件の規範的要素の認識の問題とも関連して、その定式の適用に慎重にならざるを得ない。その定式は情況証拠としての意味しかもたず、裁判官の自由な評拠評価のもとで、当該行為者について、その行為の性質、法的規制の対象として広く知られたものかどうか、行為者の判断能力などを綜合して、その都度、かような心理的事実が行為者にみとめられるか否かにつき、具体的に認定さるべきである（第二章）。

二　しかしながら残された問題も少なくない。まず、未必の違法意識の責任と処罰に関していうなら予防目的をも加味して行為者の責任の程度ないし量刑を考慮するとしても、当該行為者に刑罰を課すことが一般予防ないし特別予防の上からどの程度具体的な効果を期待できるのかについて我々は経験的な資料を持ち合わせておらず、刑罰の予防目的を強調することは、とりわけ責任の段階で予防目的を考慮することは、予防の必要性あれば刑罰ありとすることにつながる危険はないのか、この意味で、予防目的は責任・処罰を消極的に限定する方向でのみ機能させるべきではないのかといった点についての検討を欠くことはできない。実質的責任概念が解釈論上いかなる局面で機能しうるのか、あるいは責任の存否だけでなくその程度をも画定しようとするなら、そこにどのような判断資料を盛り込むのかといった主として量刑上の問題についても、我々は目を向けなければならない。

また、事物思考的な同時意識の理論も心理学上、必ずしも確立された学説ではなく、我々は今後も、より説得的な心理学的・精神医

学的な仮説的図式を探求しなければならない。さらには違法性の意識の問題に限らず、一般に犯罪成立の主観的要件（故意、目的、動機、心情など）あるいは責任能力を刑事裁判実務において問題とするに際して、心理学・精神医学はどのような寄与をなし得るのか、といった点についても、困難な問題が横たわっている。

これらの点についてさらに考察を探めることを今後の課題として、このノートを閉じることにする。

# Über die Abgrenzungsprobleme des Unrechtbewußtseins in der BRD

Choshin NAGAI*

Einleitung Fragestellung

§. 1 Das bedingte Unrechtsbewußtsein

I. Abgrenzungskriterium des bedingten Unrechtsbewußtseins

1. Die Einwilligungstheorie
2. Die Gleichgültigkeitstheorie
3. Die Wahrscheinlichkeitstheorie
4. Die Möglichkeitstheorie
5. Die Ernstnehmenstheorie bzw. die Sich-Abfindenstheorie
6. Zwischenergebnis

II. Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein

1. Der sog. Gewissenstäter und der materielle Schuldbegriff
2. Die einzelnen Fälle des bedingten Unrechtsbewußtseins
3. Zwischenergebnis

§. 2 Die "Aktualität" des Unrechtsbewußtseins

I. Entwicklung der psychologischen Betrachtungsweise in der BRD

1. Die Vorgeschichte
2. Die Lehre vom Mitbewußtsein
3. Die Lehre vom Sachdenken
4. Die Lehre vom Gestaltzusammenhang

II. Bedeutung und Grenze der psychologischen Betrachtungsweise

1. Bedeutung
2. Kritische Bemerkung

Schluß

---

* Assistent an der juristischen Fakultät der Universität Hokkaido