

## 《論文》

## 犯罪論における故意の意義

前原 宏一

## 1. はじめに

ドイツにおいて、背任罪（StGB266条）の成立のために「信任関係に基づいて行為者が負っている、他者の財産上の利益を保護する義務」に反することが求められているところ、そうした義務に反しているにもかかわらず、その義務違反はしていないと誤解していた場合<sup>(1)</sup>、それは事実の錯誤なのか、違法性の錯誤かをめぐって議論がなされ、ドイツ刑法が採っているとされる責任説において（StGB16条、17条）、事実の錯誤と違法性の錯誤がどのように区別されるのかという問題が再燃されるに至ったという<sup>(2)</sup>。それを受けて、我が国においても、我が国でも通説とされうる責任説において事実の錯誤と違法性の錯誤がどのように区別されるべきかが今一度問い直されるようになった。この場合、責任説では事実の錯誤の場合は、故意が阻却されることになるものの、違法性の意識は故意の要素とされないことになるから、その錯誤は故意の阻却に至らず、責任の要素である違法性の意識可能性の観点から責任が減少することが考えられることになる。そうであれば、どのような認識があれば故意があるということになるのか、今一度確認されなければならないことになる。

---

(1) いわゆる Mannesmann 事例であり（NJW 2006, 522, 529 (Rn. 81-)), これに関する BGH の判示内容やこうした状況については、菅沼真也子「故意における『事実の認識』の意義に関する近年の議論状況—ドイツ特別刑法における事実の錯誤と違法性の錯誤の区別について—」商学討究 67 巻 4 号 181 頁以下、特に註 9) に詳しい。

(2) 菅沼真也子、前掲論文、商学討究 67 巻 4 号 177 頁以下、180 頁。

本稿は、こうした状況を踏まえて、そもそも故意をどのようなものとしてとらえるべきか、すなわち犯罪論における故意の意義を、刑法規範のあり方を基礎として明らかにしていこうとするものである。その上で事実の錯誤と違法性の錯誤をどう区別するべきか、を確認しておこうとするものである。そこでまず刑法規範の観点から故意がどう理解されるべきかについて考察を展開していくことにしよう。

## 2. 刑法規範と故意

刑法は一定の法益を守ろうとして、法益を侵害する行為を禁止・命令する<sup>(3)</sup>。その法益侵害をもたらす行為が規範質量（抽象的思考形式である規範に質量を与える、規範的命令の内容）として示されているのである。その行為をなすというのは規範違反であり法益侵害行為なのであるが、自己の行動を規範質量たるその行為として行っているというのは、いわば直接的な反規範的行為であり、法益に対する侵害または危険を高める行為であるので、規範によりそれを抑制するための作用が強く示されることになる。これがすなわち故意行為であり、規範が禁止している行為をそれと認識しつつ行うことだと理解できることになる。

しかし、規範によって「不注意な行為」（過失行為）が禁止されている場合は、その禁止に正面から反することを認識しつつ行動しているということは本来あり得ないことになるから、直接的な反規範的行為とは言えないことになる（それゆえ規範が守ろうとしている法益に対する侵害や危険を故意行為の場合ほど高める行為とは言えないことになる）。というのも、規範が禁止している「不注意な行為」を行っているとすることは、規範質量たる「不注意な行為」を実行しているということになるから、それと分かりつつ行っていると言うのであれば、禁止されているような「不注意な行為」と認

---

(3) Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, Bd. 1, 4. Aufl., 1922.S. 54, Armin Kaufmann, Lebendiges und Toetes in Normentheorie,1954, S. 10ff., E. Horn, Konkrete Gefaehrdungsdelikte, 1978. S. 65ff.

識しつつ（いわば注意深くそれとして）行為をなすという矛盾した状況を生み出すことになってしまうからである（そこに認識ある過失と未必的故意との限界の問題が生ずる余地がでてくることになる）。それゆえ、直接的な反規範的行為ではないがゆえに、そうした行為に対する制裁的抑制作用は必ずしも示されなくともよいし、それがなされるとしても、より軽微なものでよいことになる。

刑法規範の観点から故意行為の原則処罰を説明するとすると以上のようになる。

こうした観点からすると、故意とは、その行っている行為が規範の禁止している規範質量としての行為であることを意味づけるものであるということになる。過失行為も法益に対する侵害やその危険性があるが故に禁止されるのであるから、故意のみが法益に対する危険を表すものとはいえない。故意そのものが法益に対する危険をあらわしているのではなく、（規範の禁止命令する質量である）故意行為が法益に対する侵害や危険を表しているのであり、それは過失行為も表しているのである<sup>(4)</sup>。

### 3. 責任と故意

周知のように、かつて故意と過失は責任形式とされていた<sup>(5)</sup>。故意は重

---

(4) それ故、事実の認識と違法性の意識との区別の観点においてではあるが、責任説における事実の認識について、『事実の認識』とは『行為の違法性を基礎づける事実』の認識（西田典之『刑法総論[第2版]』（弘文堂、2010年）238頁など）、『法益侵害の発生する蓋然性があることを基礎づける具体的な事実の認識』（山中敬一『刑法総論[第3版]』（成文堂、2015年）319頁）、『行為規範（およびそれと関係する制裁規範）としての内容をなす事実』（高橋則夫『刑法総論[第3版]』（成文堂、2016年）164頁）の認識などとされるとしてこの三者を一括りにして説明するのは（菅沼真也子、前掲論文、商学討究67巻4号180頁）いささか不十分であるように思われる。第一の見解は、違法性を導く前提として故意や事実の認識を理解しているのに対し、第二の見解は法益侵害性を導くものとして故意や事実の認識をとらえているのである。それ故、実際の認識が故意といえる認識といえるかどうかの判断基準は異なるものになるのであり、第一の見解では違法性との関連性が、そして第二の見解では法益侵害との関連性が問われることになるのである。本稿は第三の見解に近い理解を示しているものである。

(5) Vgl. Engisch, Untersuchungen ueber Vorsatz und Fahrlaessigkeit im Strafrecht, 1930, S. 27f., Mezger, Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, in: NJW 1953, S.4.

い責任のあり方として理解され、過失は軽い責任のあり方と理解されていた。

そうした心理的事実をもって責任と理解されたことから、心理的責任論と呼ばれた。しかし、そうした心理的責任論は規範的責任論によって克服されることになる。そもそも正反対の心理的事実である故意と過失が並列的に責任の要素とされ、それこそが責任のあり方とされることが批判されたのである。そこで、期待可能性の理論による規範的責任論が展開されたのである。すなわち、責任とは適法行為の期待が可能であったのに、それを選択しなかったことについての非難可能性であるとして、期待可能性を基礎においた理解がなされるようになったのである<sup>(6)</sup>。

しかし、このような状況においても、故意は重い責任非難を基礎づけるものとして、適法行為を容易に動機づける期待可能性の前提として理解されることが多い。つまり、故意があれば、その行為がどのようなものであるかを認識した上で行動に移したのであるから、その行為が違法であるということを容易に認識し得たはずであり、容易に反対動機が惹起しうるはずなのに、安易にそれをはねのけて違法行為を決意したという点に強い責任非難が導かれるというのである<sup>(7)</sup>。

---

(6) 期待可能性の理論全体については、もはやこれに関する古典と言うべき、佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想』（有斐閣、1970年）などを参照のこと。

(7) 例えば、古くは藤木英雄「事実の錯誤と法律の錯誤の限界」日本刑法学会編『刑法講座3責任』（1963年）97頁は、「元来、故意が行為者に対する責任非難を根拠づけるものとされる根拠は、自己の行為が犯罪事実を構成すべき旨認識したときには、それによって当然違法性の意識が生じ、それに基づく行為をなすについての道徳的抑止力にしたがうべきところであるのにこれを、押し切ってあえて行為をしたというところに存する」とし、「この立場を徹底させる時は違法性の意識こそ故意責任の核心をなすとの理論に到達する」と明言しているし、中山研一『刑法総論』（成文堂、1982年）353頁も「理論的にいうならば、犯罪事実を認識したとしても、違法性を認識しなければ反対動機が生ずるはずがなく、故意としての重い非難を課すことは出来ないとするのが最も一貫した立場ではないかと思われる」としている。これらは故意を重い責任非難を導く一端として、それが故意によって違法性の認識が生じて反対動機が形成される状況になったということと理解しているのであり、逆に言えば、故意とはそうした違法性の認識が生じうるものであり、やがては反対動機形成に資するような認識であるというものとして理解されているのである。

こうした考え方では、(故意・過失そのものを責任とするのではないから) 確かに心理的責任論は克服され、(期待可能性の考え方を基礎にする) 規範的責任論に基づいて、責任は理解されることになるが、故意は、その認識があることによって、反対動機がより容易に生じやすくなるものとして理解されることになる。それ故反対動機が形成しやすくなる認識として、違法性の意識(ないしその可能性)が重要視されることになる。そうした理解からすれば、やはり故意の本籍地は責任にあり、故意によってより重い責任非難が基礎づけられるとされ、それを導く違法性の意識が責任故意として(責任の段階に)、事実認識を主な内容とする認識が事実的故意として(構成要件段階に)並列的に配置されることになる。こうした流れにおいては、直接的な心理的責任論は採られないとしても、故意の提訴機能(違法性の意識を生じ反対動機の形成に導きうるという機能)に重点が置かれるのである。

しかし、違法性の意識可能性から反対動機形成の可能性があるのに、そうならないことに対する非難可能性は、過失行為においても認められなければならないのではないだろうか。そもそも反対動機の形成可能性が無いのにその行為をなしたことを非難できるのであろうか。やはり、過失行為においても、その責任非難のためには、違法性の意識可能性から反対動機形成へと至る可能性が必要となるというべきであろう(特に責任説からはそう捉えられることになる)。しかも事実の認識があっても違法性の意識可能性が無い場合があると認めるのであれば、故意を違法性の意識可能性を導くところに意味があるものとは言えないことになる。そうであるとする、画一的に故意はそうした非難可能性を高める要素であるとして、違法性の意識可能性に直結する要素として重要視するのは故意を責任形式とする理解の残滓であるにすぎないと言わざるを得ないだろう。

#### 4. 規範質量の認識としての故意

実際に行われている行動が、規範の禁止している行為であるかどうかを判断するためには、それがどういう行動として行われているかを見なくてはな

らない。例えば、ボタンを押す行動が、それによって人に電気が流れ死に至らしめる行為であり、それと分かってなされているのであれば、それは人を殺す行為であり、刑法規範が禁止する殺人行為であるということが分かるのである。実際の人間の行動が何の意味も無く行われているということは殆ど無く、何らかの行為として行われていることの方が多く、それは、その行為をどのような行為として行っているかという認識によって意味づけられるのである。構成要件が規範質量を示すものであるとすると、当該行為がなされているかどうかは、その行為者の認識が意味づけるのである。よく構成要件的要素として故意が必要だとされる例として、猟銃を手元に置いて触っていたところで、それから弾丸が発射されて人が死んだと言う場合、それが殺人の構成要件に該当する行為と解するか、過失致死の構成要件に該当する行為なのかを判断するには、行為者の認識を要素として判断しなければならないということが主張されるが、それと同様で行為者の認識がその行為がどのような行為であるかを意味づけるのである。

ただ注意すべきは、故意は行為者の行動の意味を明らかにするものであり、あくまで行為者の認識がその行動の意味づけをするというものであり、行為者がその行動を認識していたから故意として重い責任非難を根拠づけるというものではないのである。故意は、行為者の行動の意味づけをするものであり、それによってその行動が特定の規範質量たる構成要件上の実行行為でることが明らかにされるものなのである<sup>(8)</sup>。特定の行為規範に該当する

---

(8) こうした点は、意味の認識をめぐるメツガーとヴェルツェルの理解の違いに表れている。構成要件の文言の指示対象の意味認識について、ある程度の幅を持たせ、それが文言の有権解釈による意味と一定程度の類似性をもたせることで当該構成要件事実についての故意を認めようとして、メツガーは、「素人仲間における並行評価 (Parallelwertung in der Laiensphaere)」であれば足りるとし (Mezger, Strafrecht, ein Lehrbuch, 1949., S. 328)、ヴェルツェルは「行為者認識における並行的判断 (Parallelbeurteilung im Taeterbewusstsein)」で足りるとする (Welzel, das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969., S. 76.)。両者は一般に同趣旨であると理解されているが (福田平『行政刑法【新版】』(有斐閣、1978年) 169頁、註(3)など)、メツガーは (その素人仲間にいる者であれば当然、抑止されるような認識といえる) 抑止機能を基礎づける程度の認識でよいとする一方で、ヴェルツェルは、不法を明確に類別するために必要な行為者認識を要求している (Vgl. Welzel, Der Parteiverrat und Irrtumsprobleme, JZ 1954, S. 279)。この両者の違いについては、拙稿「故意論における『意味の認識』の理論的基礎付け」明治大学大学院紀要第26集法学篇 (1989年) 207頁以下、特に215頁以下参照。

行為であるということが確定されてから、その行動が実質的に違法といえるかが判断され、行為者にその行動をなす際に違法性の意識が生じ得たかどうか、それによってどれほど反対動機が形成され得たのか、それにもかかわらず、不法の決意により行動がなされ非難されうる状況であったのか、が判断されるのである。それ故、違法性の意識が生じうるかどうかで、故意の事実的認識があったといえるかどうかを判断するというのは本末転倒の論理といわざるを得ない。

## 5. 事実の認識と違法性の意識

故意というものが規範が命ずる行為を意味づけるものであったとしても無価値的なものであるとは限らないし、評価と無関係な認識であるとは限らない。もともと事実は何らかの評価と関連して認識されることが多いのであって、それが評価と関連しない完全に没価値的な事実的認識であるとは言い切れない。厳密に見れば、それは程度問題ということになる。とはいえ刑法的な関心からすれば、構成要件該当事実の認識とその禁止である法的評価の意識とに分け、その錯誤が何の錯誤かを分けることが体系的に重要になってくる。故意がその行為が規範の命ずる行為であるかどうかを意味づけるものであるとすると、その命じられた行為事実の認識であって、その評価の意識とは異なるものであるということになる。

しかし、規範が禁止等を命ずる行為を示す場合に、法的評価が含まれる行為を示す場合もある。かねてより事実と評価が密接に絡み合っている場合があるとされ、それを誤った場合は、事実を間違ったのか法的評価を間違ったのかが問題となり、事実の錯誤と法律の錯誤をどのように区別するかということが問題とされていた。

ある行為を規範が禁止する際に、その行為の定義に際して法的評価をもって定義される場合があり得ることは知られており、それは白地刑罰法規や規範的構成要件要素としても示されている。白地刑罰法規は、構成要件該当行為（規範が禁止する行為）を示す場合に、その詳細が他の下位規範など

に委ねられており、その内容を踏まえた行為こそが刑法規範が禁止する行為であるということが出来るから、場合によっては、その法的評価を認識した上での行為であってこそ刑法上の行為規範に反する構成要件該当行為といえることになる。

これはあくまで、刑法規範が禁止・命令する行為を確定するためにその法的評価などが必要か否かの問題であり、それが必要であれば（たとえば刑法規範によって禁止された行為であるといえるためにはその要素が必要というのであれば）、その認識があつて初めてその行為がなされたといふことなのである。それ故、違法性の意識可能性を肯定するためとか、反対動機形成可能性を肯定して故意としての重い責任非難を肯定しうるために、その認識が必要かという判断などとは全く別の問題なのである。

したがって、刑法規範の命令対象として確定するために必要な要素である事実は、それが法的評価に関わるものであつても（あるいは、むしろ法的評価そのもののだとしても）構成要件を確定する事実であり、それと分かつた上で行ったということが、それを故意行為としてなしたということになるのであるから、その認識があつて初めて故意があつたということになる。つまり、評価に関わる事実の錯誤が、事実の錯誤か法律の錯誤かという区別は、その評価的事実が規範対象を限定する上でどの程度必要な事柄であるかということによるといえることになる。その要素がなければ、禁止対象たる行為をなしているといえない（あるいは命令対象たる行為をなしていないといえない）というのであれば、その錯誤は事実の錯誤なのである。たとえば、他人の財物を窃取してこそ窃盗行為といえるのであり、それでこそ規範によって禁止されるものといえるのであれば、その錯誤は（つまりそれを自分の財物と誤認していたというのであれば）、事実の錯誤であり、窃盗の故意を阻却するということになる。それは、その錯誤によってその行為を（規範の禁止対象たる）窃盗行為と意味づけられないということになるからである。

したがって、法的評価に関わる事実の錯誤が、事実の錯誤か違法性の錯誤かの区別は、それが法的評価であるか否かではなく、規範の禁止質量を限定するのに必要な要素の錯誤か否かという観点で決せられることになるのであつて、その錯誤が違法性の意識を生じうるような（反対動機を形成



しうるような) 事実の認識に関わる錯誤かどうかという観点から<sup>(9)</sup>、その錯誤であれば事実の錯誤であって故意阻却される、と判断されるべきものではないのである<sup>(10)</sup>。それ故、その法的評価が規範質量たる構成要件該当行為を限定するのに必要な要素であるかどうかが重要になるのである。その意味では単に構成要件要素であるというだけではなく（これは構成要件というものの理解にもよるが）、実質的な構成要件解釈（行為規範理解）によることになるのである。すなわち、その規範質量たる構成要件該当行為を限定するのに何が必要不可欠な要素であるのか、ということの検討が必要なのである。その上で、ある程度の幅の範囲（認められる意味の認識の範囲）で、ど

- 
- (9) 判例も、基本的には事実と評価で両者を区別する見解に近い説明を示しているようにもみえるが、むしろその結論を先取りして、故意責任（故意犯としての重い処罰）を肯定すべき場合には法律の錯誤の場合とし、故意責任を否定すべき場合は事実の錯誤であると具体的事案ごとに判断しているようにも思われる。

たとえば、俗称「十文字むじな」といわれる動物を、これは禁猟獣たる「たぬき」とは別のものであると誤解して捕獲したといった事件（いわゆる「たぬき・むじな事件」）においては、狩猟法の禁止する「たぬき」を捕獲する認識を欠くから故意が阻却されるとしておきながら（大判大 14・6・9 刑集 4・378）、当該地方で「もま」と呼ばれる動物をこれは禁猟獣たる「むささび」とは別のものであると誤解して捕獲したといった事件（いわゆる「むささび・もま事件」）では、「むささび」すなわち「もま」を「もま」として認識していたのだから故意があるとしている（大判大 13・4・25 刑集 3・364）。

また、判例は、民事訴訟法などの解釈を誤り、差し押さえの効力がないから差し押さえは存在しないと誤信して封印などを損壊したといった場合でも、事実の錯誤として96条の故意の阻却を認め（大決大 15・2・22 刑集 5・97）、警察規則を誤解し、鑑札のない犬は無主犬とみなされると誤信して他人の犬を殺した場合も、動物傷害の故意が阻却されるとしているが（最判昭 26・8・17 刑集 5・9・1789）、文書の猥褻性に関して誤り、猥褻文書を頒布した場合には、問題となる記載の存在とその頒布販売の認識があれば猥褻物頒布罪の故意が認められるとしている（最判昭 32・3・13 刑集 11・3・997）。

- (10) かつての自然犯・法定犯区別説も本文で示したような観点で両者を分けるものであって、事実の認識を違法性の意識を生み出す前提としてこそ理解していたからこそ、その事実の認識から当然違法性の意識を生み出す自然犯においては、あえて違法性の意識の存在を必要とせず、その錯誤があっても故意の存在に問題は無いとし、逆に、その事実の認識から違法性の意識が当然には生じ得ない法定犯においては、別個に違法性の意識が必要とされ、違法性の錯誤の場合には故意が阻却されるということになったのである。それ故、自然犯においては違法性の錯誤は問題とされず、法定犯において違法性の錯誤が問題とされることになる。なお自然犯・法定犯区別説については、その主唱者である牧野博士の見解を解説した、佐藤昌彦『牧野刑法学説の研究』（良書普及会、1981年）36頁以下、八木胖『刑法における法律の錯誤』（有斐閣、1952年）を参照のこと。

のような認識が必要とされるのかが確定され、その認識が故意の認識として求められることになるのである。

## 6. 結びに代えて

責任説を採っても、違法性の意識（可能性）を通じて、反対動機形成可能性を基礎づけうるところが、事實的認識としての故意の本質的意義であると理解するのであれば、それは、故意とは重い責任非難を基礎づけるものであると理解することになる。そうすると故意を重い責任非難を基礎づけるものであって、故意を責任要素であると理解する見解と本質的に変わらないということになる。故意説は、違法性の意識（可能性）を故意の要素とすることによって故意があることにより重い責任非難を基礎づけうると考えるものであるが、責任説を採ったとしても、故意の本質が先のように責任非難を基礎づけるものと理解するなら、基本的に故意説と同様のものとなってしまい、本来の責任説の故意の理解の仕方とは全く異なるものと言わざるを得ないのではなかろうか。

また、法的評価に関わる要素であっても、刑法規範がその禁止・命令の対象を限定するのに必要な要素であれば、規範質量たる構成要件該当行為の要素なのであり、それを実行したということの意味づけられるものが故意であるとすれば、当然その認識がなされていなければならないことになる。事実の錯誤か禁止の錯誤かの区別は法的評価か否かなどということではなく、規範質量たる構成要件該当行為を特定するのに必要な要素であるかどうかという、規範質量の理解、すなわち構成要件の解釈が重要になるのである。ただ、それは構成要件要素であるかどうかというだけの問題では無く、どの程度の意味の認識が必要なのかという、規範質量たる構成要件該当行為といえるためにはどの程度の意味づけが必要なのかという認識の仕方の問題にも関わることになる。これについては、他日を期すことにしたい。

※本稿は令和元年度札幌大学研究助成の成果である。