

〈資 料〉

オーストリア犯罪論（3）

金 子 正 昭

目 次

はじめに

第1章 犯罪論、犯罪概念および犯罪構成

第1節 総則上の犯罪論と統一的な犯罪概念の意義と使命

第2節 基本的なシェーマ：故意作為犯の犯罪構成（以上25卷3・4合併号）

第2章 刑法上の行為概念

I. 規範の名宛人と刑法上の構成要件との結合点

II. 刑法上の行為概念の機能

III. 行為概念の内容

第3章 行為と結果の結びつき—因果関係と客観的帰属性

I. 犯罪構成における「因果関係」の意義とその地位

II. 公式と学説

III. 具体的な行為と結果の結びつき

（以上26卷1号）

第4章 故意—故意の概念、種類及び過失との限界

I. 総 説

1. 故意と過失—主観的観点下における人的態度

（1）ただ唯一の（主観的）実行形式としての故意と過失

（2）実務上の意味

（3）故意と過失の関係

2. 人的不法の柱石としての故意

3. 客観的構成要件の主観的「映像」としての故意

II. 故意の概念と種類—過失との限界

1. 「認識」と「意欲」

（1）基礎および歴史的な展開

（2）所為像のメルクマールの過去、現在および将来における
概念内容

（3）「認識」と「意欲」の関係

2. 強弱の程度（Intensitätsgrade）

（1）知的領域

(2) 主意的領域

3. 故意の種類

(1) 個数 (Anzahl)

(2) 個々の故意の種類

(3) 法規が要求する故意の種類

Ⅲ. 故意の基準点

1. 客観的構成要件 (所為像) の主観的映像としての故意

(1) 個々の所為像のメルクマール

(2) 故意と所為像のメルクマールの客観的な実現との間の同一性の欠如

2. 超過的内心的傾向としての故意

Ⅳ. 特殊な問題

1. 概括的故意 (Dolus generalis)

2. 条件付き行為意思 (Bedingter Handlungswille)

3. 択一的故意 (Alternativer Vorsatz)

4. 特別な所為事情に関する故意

第5章 可罰性の客観的条件—概念、意義および解釈論的整序

Ⅰ. 基礎

1. 概念と限界

2. 許容性

Ⅱ. 犯罪構成における意義とその他位

1. 二面性

2. 責任連関から切り離された帰結

(以上本号)

第6章 違法性—内容と阻却の可能性 (正当化事由)

(以下次号)

第4章 故意—故意の概念、種類および過失との限界

Ⅰ. 総説

1. 故意と過失—主観域観点下における人的態様の分類

「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」(5条1項前段)。それに対して、具体的な事案において客観的に命じられ、自己に対し人的にも可能でありかつ期待されるべき注意を怠り、(その結果においてのみ)「法定の所為像と一致する」事実関係を實現した者は、過失で行為したものである(6条)。

それによれば、故意に行為することと過失で行為することは、主観的観点（目標設定、志向性）に基づいて区別される人的態様の二つのカテゴリーである。故意犯では、法益の意欲的な侵害が特徴的なものであるのに対し、過失犯の本質は、意欲されていないが義務に違反した法益の侵害にある。

(1) ただ唯一の（主観的な）実行形式（Begehungsformen）としての故意と過失

主観的な観点下では、故意と過失は、法規が可罰性を結びつける人的態度の唯一のカテゴリーである。それ故に、故意的に実行可能な犯罪と過失で実行可能な犯罪だけが存在する。

「法規に別段の規定の存しない限り、故意の行動のみを罰する」（7条1項）。したがって、刑法典は、通常の場合、個々の犯罪構成要件はもっぱら故意に実現されるということを前提とする。法規が過失の行動に限って明白に刑を科している場合にのみ、過失の行動を（も）罰することができる。

この原則・例外の関係で、刑法各則における故意犯の「優位（Übergewicht）」が明らかになる。刑を予告する229ヶ条全部の規定のうち、215ヶ条は故意犯に携わり、14ヶ条だけが過失犯に携わるのである。ただし、過失犯が数字の上でこのように極端に劣っているという事実は、この二つの犯罪グループの実践的な意味と即応しない。

7条1項の原則から、7条2項では一律して例外が定められている。それによれば、法規が重い刑を「所為の特別の結果」に結びつける諸事案においては、この特別の結果が少なくとも過失で招来された、ということで足りるのである。その都度刑法各則の個々の規定で、この特別な規定を表現することができたのに、実際には表現されていないのである。しかし、この特別な規定は、7条2項で、この種のすべての犯罪類型に対して共通するものとして規定されているのである。

刑法7条1項で定められている故意と過失との間の原則・例外の関係の真正な転換（eine echte Umkehrung）は、行政刑法5条1項前段（§5 Abs 1 Satz

1 VStG) である。この規定によれば、行政刑法では、法規に別段の規定の存しない限り、過失の態度の可罰性で足りるのである。

(2) 実務上の意味

過失犯は、故意犯に比べて、実務上ますます重要になっている。生命・身体に対する可罰的行為の領域で公になっている過失犯の数値は、故意犯のそれよりも若干高い。

1983年の治安白書によれば、生命・身体に対する可罰的行為の領域では、故意犯32,821件に対し、過失犯49,739件である（1983年の警察の犯罪統計—1983年の治安白書付録10頁；89条による有罪判決は、その間に統計学的に故意の実行方法と過失の実行方法が区別されていないために、この数字に含まれていない）。*）

*第2版では、次のように改訂されている。「1991年の治安白書によれば、生命・身体に対する可罰的行為の領域では、故意犯27,804件に対し、過失犯47,017件である。（1991年の警察の犯罪統計—1991年の治安白書付録10頁；89条による有罪判決は、その間に統計学的に故意の実行方法と過失の実行方法が区別されていないために、この数字には含まれていない）」。

経済的な面から考えれば、過失の犯罪行為によって招来された損害は、たとえその時その時の実際の数値（Dunkelziffern）を含んでいるにせよ、故意的な所為によって生じた損害を遥かに上回っているのである。その範囲内で示されるのは、交通犯罪（Verkehrsdelikte）や業務上の事故および家庭内の事故（Betriebs-und Haushaltsunfälle）だけである。ただし、最近、かかる傾向は、すでに具体的な事件において損害額の程度が100万に達し得るような故意をもって実行された経済犯罪によって幾らか弱まっている。

過失犯の実務上の意味は、まず第一に、交通犯罪にある。さらに、経済犯罪や環境刑法（die Wirtschaftskriminalität und das Umweltstrafrecht）の分野における最近の発展もまた重要である。これに関しては、補助金に関する新しい犯罪（die neuartige Subventionskriminalität）、特に159条の過失によ

る違法破産 (fahrlässigen Krida) の構成要件が拡大された第二次腐敗防止法 (das Zweite Antikorrupsionsgesetz) および181条の「水又は大気の汚染による過失の危害行為」*) が想起されるだろう。

*第2犯では、「181条及び183条の環境刑法の過失構成要件 (die Fahrlässigkeits-tatbestände des Umweltstrafrechts) が想起されるだろう」に改訂されている。

故意犯では、「他人の財産に対する可罰的行為」が多数を占める。次に故意犯は、平均値を上回る高い増加率をもっている。警察の犯罪統計によれば、1978年には故意の犯罪行為は208,582件認められていたが、1982年にはすでに266,779件になり、1983年には263,108件になっている*)。

*第2版では、次のように改訂されている。「警察の犯罪統計によれば、1989年には故意の犯罪行為は292,792件認められていたが、1990年にはすでに320,596件になり、1991年には324,438件になっている」。

(3) 故意と過失の関係について

次に、法律上の規定と反比例するこの展開を左右するのは、行為者にとっては過失だけが実証されればよいのに、故意の行動は実証されなくてよいという事実である。なる程、故意と過失の不法内容と責任内容は、人的非難可能性の観点では「プラスとマイナス」の関係に相対して存立するのではなくて、その都度異なった実行形式に関連して「別のもの (aliud)」である (キーナップフェル、ウェクシャイダー、マウラッハ=ツィツプ)。それにもかかわらず、具体的な事件においては、故意の実行が実証されないとき、しばしば (少なくとも) 過失の態度が実証され、その実証の故に、過失で処罰される場合がある。通説のいうこの原則的な可能性 (例えば、ブルクスタラー) は、不法内容と責任内容が異なっているにもかかわらず過失の個々の犯罪要素は (理論的には) 故意に含まれるということにある。この法理論的な観点の下で (すなわち、不法内容と責任内容を切り離れた観点の下で)、故意と過失は、「程度の差はあれともかくも (Mehr oder Weniger)」という意味での「段階関係 (Stufenverhältnis)」

としても理解することができる（通説、例えば、ブルクスタラー）。したがって、故意犯、例えば75条の謀殺は、一方で人的非難可能性の観点の下では80条の過失殺人と比較して別のもの（*ein aliud*）である。しかし、他方で個々の犯罪要素の現存在という観点の下では「超過分（Mehr）」である。

2. 人的不法の柱石（Träger）としての故意

支配的な人的不法論によれば、故意はすでに所為の不法に影響を与えている。したがって、故意は、主観的構成要件で検討されるのである。しかし、不法の実現は「責任」によって行為者に人的に非難されるので、（あらゆる他の不法のメルクマールと同様に）故意は責任にも影響を及ぼすのである。それに応じて、行為者に対して唱えられた人的非難は、行為者が行為したのは故意にか過失でかに従って区別されるのである。

通常、人が他人を殺害しようとするとき（5条と関連する75条）、あたかも彼が客観的・主観的に共同社会が各人に期待したような態度をとらなかったために、例えば、雨で濡れた路上でスピードを出しすぎていたために、はじめて人を殺害したという場合（6条と関連する80条）、事態はかなり深刻である。ただし、具体的な事案では、それにもかかわらず、例えば、故意の殺人は過失の殺人よりも減輕して処罰される可能性がある。そのような事案の情況は、例えば、一方で故意の行為者に41条の特別の減輕が適用され、地方で過失の行為者は、重大な交通違反をなし粗暴な運転をなすことによって、例えば、市域内で私的なレースを行う場合に、スクールゾーンという標識のついた路上で子どもを死を引き起こした場合である（81条）。

ここで主張する見解によれば、故意や過失だけでなく、5条で区別されている故意の種類もまた行為不法（*Handlungsunrecht*）に影響を与えるのである。ただし、ノヴァコフスキーはこれと別のことを重視した。5条で触れられている故意の種類の中から、目的（*die Absicht*）だけが「特別の無価値たる性質を有する（*miteiner besonderen Unwertqualität belastet*）」という。特に、認識ある過失は、行為無価値の点では条件付き故意と区別がつかないという。

むしろ、この二つの実行形式に存する主意的領域 (im voluntativen Bereich) での差異は、「非難の程度 (das Maß des Vorwurfs)」だけに關係し、その限りに於いて責任に属するのである。ただし、この見解は、ノヴァコフスキーと同じように、故意の「二重の地位 (Doppelstellung)」を認めるときにはじめて主張することができるのである。

3. 客観的構成要件の主観的「映像 (Spiegelbild)」としての故意

故意は、具象的には客観的構成要件の「映像」と呼ばれる。何故なら、所為像のあらゆる個々のメルクマールは故意に包含される、すなわち行為者の表象のなかに反映しなければならないからである。

刑法各則の諸規定並びにそれ以外の様々な法規においては、外部的な態様が記述され、その実現に対しては制裁が予告されている。この犯罪構成要件は、程度の差こそあれ大多数の客観的メルクマールすべてを含んでいる。それに対して、所為像には、不法に該当しかつ立法者の決定により故意が及ばなければならない客観的前提条件だけが属する。客観的メルクマールには故意を含ませてはならないが、この客観的なメルクマールには、例えば、可罰性の客観的条件や客観的に理解された責任の要素がある。

4. 現存する時点 (Zeitpunkt des Vorliegens)

(事前の故意及び事後の故意 (dolus abtcedens und subsequens))

決定的なことは、行為者は、検討の対象たる態度によって、同時に法定の所為像を明らかにする全く特定のメルクマールの実現を意欲するということである。その結果、行為者はいつかある時に一度はこのメルクマールを実現しようとしたが、行為するに際しては自らの計画の実現を顧慮しなかった、ということでは十分でない (事前の故意)。たとえ人が故意なくして所為像を実現し、後になつてはじめて故意を「承認した」にせよ (事後の故意)、故意の所為 (eine Vorsatztat) は存在しない。したがって、故意は所為の時点に現存しなければならない。

それに従って、AはBを殺害しようと「固く決意して」いる、というだけで

は不十分である。例えば、その時、AがBを謀殺するために準備した鉄砲を掃除していた際に、うっかりして銃が爆発し、それによってBが殺害されたという場合、Aは故意の殺人ではなくて、せいぜい過失の殺人で処罰されるだけである。このことは、たとえAは確かに自己の鉄砲を掃除する際に「うっかりして」銃の爆発に見せかけようとしただけであるが、しかしその時、実際には落度から銃の爆発にすぎない場合にも、当てはまるからである。

II. 故意の概念と種類—過失との限界

1. 「認識 (Wissen)」と「意欲 (wollen)」

(1) 基礎および歴史的な展開

今日、故意概念を決定しその輪郭をはっきりさせようと努力する場合、故意は二つの構成要素、すなわち知的要素 (intellektuellen Komponente) と主意的要素 (voluntativen Komponente) から構成される、ということについては基本的な見解の一致を見る。それに従って、故意は、所為像を実現するための「認識と意欲」という「標識 (Merkformel)」を用いて定義づけることができる (通説、キーナツプフェル、ノヴァコフスキー、シェーンケ=シュレダー、ルドルフィー、ヤコプス、シュモラー、以上と異なった見解として、シュミットホイザー、フリッシュ、キントホイザー)。

5条1項後段 (§ 5 Abs 1 zweiter Halbsatz) によれば、故意に行為したというためには、行為者が「法定の所為像と一致する」事実関係の実現を「真摯に可能と考えかつこれに満足すれば」足りる。すなわち未必の故意 (dolus eventualis) をこのように定義づける場合、知的構成要素と主意的構成要素は明白に区別されるのである。

故意の二つの構成要素を分けて列挙することは、刑罰法規1条にもあった。それによれば、「犯罪に伴う悪行 (Übel) を直接的に考えかつ決意した」者は、故意に行為したものである。

この二つの構成要素の正確な概念内容は、今日に至るまで完全に解明されて

いるとはいえない。

表象説 (Vorstellungstheorie) は、所為像と一致する具体的な事実関係の要素に関して、行為者の表象に故意の本質を認める。行為者には、自分が行ったり引き起こしたりしたが故に刑罰を受けるのだということが、実際に「はっきりとわかっている (vor Augen)」のである (マウラッハ=ツィツプ、ブラッツグンマー)。

それに対して、今日の支配的な意思説 (Willenstheorie) は、自らの態度を通して所為像と一致するメルクマールを実現しようとする行為者の意思に重点を置く。第二次世界大戦後の一時期、意思説の代表的な主張者は、オーストリアでは、リットラーであった。意思説を基礎づけるために、リットラーは、この主意的要素を用いてのみ故意と過失を正確に識別できると指摘したのである。

5 条 1 項前段 (§ 5 Abs 1 erster Halbsatz) によれば、「…実現しようとした者」は、故意に行為したものである。すなわち、ここでは、もっぱら故意の主意的要素だけに触れられているのである。その点で、この規定は意思説に有利な証拠となる。

「認識」と「意欲」を概念的に区別することは、方法論的に故意の情況すべての共通性をはっきりと正確に明示し、かつ認識ある過失との識別基準として役に立つものであるかどうか、については依然として争いがある。ごく最近の試論は、「認識」と「意欲」を故意の二つの分離された要素と考えるのではなくて、特に、故意の種類を識別するに際して正確な結論を得るために、結論において故意というものを肯定しようとする複雑な「認識内容 (Bewußtseinsinhalte)」をできる限り正確に記述しようとする (シュモラー)。最近、シュモラーに対して提起したノヴァコフスキーの批判は、基本的には、故意と過失の識別を責任の領域だけで行うノヴァコフスキーが主意的構成要素を解釈する場合にシュモラーよりも情緒的な基準 (emotionale Kriterien) を考慮に入れている、ということにある。したがって、ノヴァコフスキーの批判はシュモラーの基本的な関心事 (das Grundanliegen) と相対立するものではない。

フリッシュやキントホイザーもまた、「認識」や「意欲」の概念に関係なく故意を規定する。故意に行為したものは、「それ自体みずからの態度に特有な規範的に重要な（これ以上容認されない）危険を前提とする」者（フリッシュ）若しくは「自らの所為を通して法定の構成要件を実行できるということから出発する」者（キントホイザー）である。しかし、オーストリアの法律事情によれば、この故意の構成要素には、それが法規に予定されている「意欲」の概念から引き離されるか若しくはこの概念を否定するという点で、納得させることができない（とりわけフリッシュ）。故意の内容を詳細に規定する場合、「認識」と「意欲」という概念を拒否するのではなく、それらをより正確に規定し、それらの関係をそれぞれ解明するという方法が優れているはずである。

（2）所為像のメルクマールの過去、現在及び将来における概念内容

故意の二つの構成要素（認識と意欲）は、所為像のメルクマールに関する特定のグループ化に関して、必ずしも同一の密度の濃さで構成されているわけではない。むしろ、二つの故意の構成要素のいずれか一つの所為事情の過去、現在及び将来に分類するのが主流である。例えば、なる程行為者は自分が直面しているのは人間であって案山子（Vogelscheuche）ではないということを認識している。しかし（一般的な用語例によれば）、彼は、このメルクマール自体を「意欲」せず若しくは「実現しようとも意欲」していないのである。彼が意欲したのは、特定の結果すなわち将来の所為事情はこの（所為像のメルクマールを具体化する）行為客体に生じなければならないということである。

（1）知的な構成要素（die intellektuelle Komponente）

① 定 義

「認識」とは、所為像のメルクマールを具体化する事実関係の要素に関して、「知的に把握する（intellektuell erfassen）」とか、「気づく（zur Kenntnis nehmen）」あるいは「意識している（sich bewußt sein）」ということの意味する。そのような要素は、感覚知覚（例えば、特定の構成要件の客体が現に存在するということ）を通してのみ観念的に受け入れられる（理解される）か—

一般的な生活経験（例えば、行為は特定の結果を招来することができるということ）に関連して受け入れられる（理解される）かのいずれかである。次に、事実関係の要素は、その社会的意味もまた正しく評価されるときにはじめて認められるのである。その場合、当該知覚（die betreffenden Wahrnehmungen）は、それが程度の差こそあれ大いに努力して短期間に又は長期間にわたって再生できるように、脳に記録されるということが重要である。

具体的には、所為事情の現在若しくは過去に関する「認識」とその将来に関する「認識」の間には差異がある。人が行為者と向かい合っているということは、一見して又は人の声を聞くことによってこれに気づくことができる。すなわち、所為事情は感覚知覚を通して意識のなかに至るのである。しかし、この人間が標的とされた発砲を通して殺害されたということは、同じ意味でただ「気づいているはずだ」ということではなくて、専ら因果法則に関する一般的な経験知識に基づいて多少蓋然的なものとして（wahrscheinlich）「予想される（vorausgesehen）」にすぎない。したがって、将来の事情に関しては、いづれにしても「気づく」という表現は知的構成要素を表示するのにふさわしくない。ここでは、その実現の可能性を「予想する」とか「期待する」とか「意識する」とかいうのが正しいだろう。

そこで、要約すると、知的構成要素は、過去及び現在の所為像のメルクマールの認識として若しくは将来のメルクマールに際してその発生の可能性の意識として規定することができるのである。

② 附随意識（Mitbewußtsein=Begleitwissen）

故意の知的構成要素は、通説によれば、二つの異なった意識の程度（Bewußtseinsgrade）に、すなわち現実的な意識と附随意識（aktuelles Bewußtsein und Mitbewußtsein）に区別される。行為者が、所為を行う際に、はっきりと特定の事実関係の要素を「考えていた（gedacht）」とき、その限りにおいて、彼は現実的な意識（aktuelles Bewußtsein=Aktualwissen）を持っていたことになる。しかし、この時期に特定の事実関係の要素を「現在の（gegenwärtig）」持っていないとき、すなわち彼がそれをはっきりと考えていないと

き、それでもなお知的側面は、このメルクマールの実現が少なくとも彼に潜在的に意識された (latent bewußt)、すなわち付随的に意識された (mitbewußt) とき、肯定されることになる (Mitbewußtsein, virtuelles Bewußtsein, Begleit-wissen) (プラッツグンマー、ノヴァコフスキー、キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、マウラッハ＝ツィツプ、ヤコプス)。

行為者は事情に応じて所為の時点ではなる程はっきりと分かっていたが、行為当時努力しなくてもその存在を即座に再生する、すなわち自ら現実的に意識することができたという点で、それを「知っている (kennt)」とき、所為像のメルクマールは行為者に附随的に意識されるのである (同旨、プラッツグンマー、シュモラー)。

服務中に自己の所属する軍の上官を殺害した者は、自分は所為の時点で一般に被害者は自分の上官でありまた自分は服務中であるということを考えていなかったということを引き合いに出す必要はない。むしろ、二つのメルクマールについては、軍刑法22条に関して故意が肯定されるのである。

同じことは、婚姻の存在とか親族関係の存在に当てはまり、あるいは行為者はその年令を知っていたが、所為を行う瞬間にそれを考えなかったという場合の被害者が未成年であることに当てはまる (プラッツグンマー)。

「付随意識」の刑法上の概念は、プラッツグンマーに起因する。その場合、この概念は、とりわけ古典学派の「周辺意識」論 (die ältere Lehre vom "Bewußtsein am Rande") に基礎を置き、特に、ローラッシャーの現代的な心理学的認識で周辺意識論を補ったのである。

通説によれば、単なる付随意識だけでは故意を一括して代用することはできないのである。具体的な所為像のメルクマールに関する現実的な想起 (aktuelles Daran-Denken) 及び単なる付随意識は、所為像を実現するための「心的統合 (psychischen Synthese)」に合体するときにはじめて、故意が存在することになる。特別な所為像のメルクマールに対しては付随意識で足りるのかどうかは、刑法各則の当該規定を解釈することによって突き止めなければならない。

(2) 主意的構成要素 (die voluntative Komponente)

主意的構成要素の領域においても、一方で所為像のメルクマールの過去のも
のと現在のものが区別され、他方で将来の所為像のメルクマールとの間が区別
される。過去と現在のメルクマールをそれ自体として観察しようと「意欲する」
のではなく、ただ心に留めるだけである。意思は将来の変更（現在の諸事情）
だけに向けられることになる。

例えば、「奪うに値するもの (beraubenswert)」と考えた者が突然強盗に立
ち向かうとき、強盗にとってはそれが非常に都合がよかったといえる場合であ
る。そのような偶然の出合が存したとき、「人」という所為像のメルクマール
に関して意欲したのではなくて、故意に対して決定的な要因たるこのメルクマ
ールを認識していたのである。

それに対して、通常、将来の所為事情に関する意欲は、例えば、行為者が人
を射殺しようと欲するとき、よりはっきりと構成される。将来の所為事情にお
いては、行為者はまさしくこの将来のメルクマールに関して自らの行動を達成
することができるのである。

したがって、意思は故意の動的要素 (das dynamische Element) としても
特徴づけられるのに対し、知的構成要素はどちらかといえば静的構成要素
(eher als das statische Element) として特徴づけられるのである。

(3) 「認識」と「意欲」の関係

たとえ故意を縮小して「すべての所為像のメルクマールの認識と意欲」とし
て定義づけるにせよ、故意は所為に際して行為者の非常に複合した認識の一部
にすぎない、ということ明かである。この点で、この概念は特定の認識内容を
具体化する。すでに以上のことから、知的構成要素と主意的構成要素を単に加
えて並列させただけのものが行為者の内心における現実的な事象を十分に顧慮
するといえるのかどうかが問題となる。したがって、今日の通説は、すでに所
為像を実現するための意思は概念的には個々の所為像のメルクマールの認識を
前提とする、ということから出発する (ロイカウフ＝シュタイニンガー、キー
ナップフェル、ロエーダー、マウラッハ＝ツイツプ)。その結果、故意は「認

識に支配された意欲 (das vom Wissen beherrschte Wollen)」(マウラッハ＝ツィツプ) としてあるいは「その客観的な所為事情全てを認識して犯罪構成要件を実現しようとする意思 (Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände)」(ウェッセルス) として規定されるのである。

しかし、この定義を用いても、二つの構成要素を厳格に切り離すことから生ずる不快感 (das Unbehagen) はまだ完全に一掃されてはいない。何故かという、すでに異なった故意の種類を比較してみると、非常に様々な認識内容が「故意」という上位概念に集約されているからである。この個々の認識内容を詳細に分析してみると、知的な構成要素と主意的な構成要素の間の境界が定まらないのが普通である。

例えば、知情 (Wissentlichkeit) という故意の形式に対しては、5条3項により、行為者が所為像の実現を「確実なものと考えた (für gewiß gehalten)」ということの認識で足りるのである。すなわち、この認識内容を用いて、「認識」だけでなく、同じく「意欲」もまた認識されるのである。二つの構成要素は切り離せないのである。むしろ、所為像のメルクマールの実現を確実に認識して行動することから、主意的な要素が現に存在するということを推論させるのは「否定できない」のである (マウラッハ＝ツィツプ、ウェッセルス、クラマー)。故意と過失の間の限界部分においてもまた区別するのはあいまいである。通説は、故意については「意識的な無関心 (bewußte Gleichgültigkeit)」で足りるのに対し、「内心的な無関心という意味での単なる無関心 (bloße Gleichgültigkeit iS innerer Teilnahmeslosigkeit)」では足りない、ということをも前提とする。しかし、行為者の認識におけるこの差異は、二つの構成要素のいずれか一つだけでは説明することができず、またそのうちの一つに位置づけることもできないのである。

さらに、意欲という刑法上の概念に対する限界は、少なくとも一般的な用語例から一義的に導くことはできないのである。心理学においては、「意欲という概念は多様な意味に」用いられる (プラッツゲンマー)。刑法においては、

その概念は「5条の解釈を通して突き止め」なければならない（ノヴァコフスキー、シュモラー）。しかし、5条の故意の種類の範囲内で意欲という概念はいかなる統一的な内容をも持っていないので、すでにこれを理由としてこの概念をさらに正確化する必要がある（シュモラー）。キントホイザーもまた、「決して解決することのできない意味論上の問題点 (kaum lösbares semantisches Problem)」を意欲という概念の「玉中色の意味 (changierenden Sinn)」に見たのである。

故意の二つの構成要素の概念において、非常に明白な定義づけをなさずまたそれぞれ限界設定しないとすれば、法的安定性は侵害されることになる。しかし、そのような危険が存在するのは、故意として捉えられるべき行為者の内心における事象を規定するために二つの構成要素が常に必要なかがはつきりしない場合だけである。したがって、「認識」と「意欲」を概念的にのみ切り離す代わりに、その都度含有した認識内容を出来るだけ正確に規定する方向で努力すべきことになる。そのような「全体的な観点 (Gesamtschau)」のなかで、所為像実現の可能性が行為者の認識に迫っているのかどうか、また場合によってはいかなる形式で迫っているのかが検討されるならば、おそらくこれまで以上に個々の故意の種類をよく定義づけることができ、またそれぞれ識別することもできるのである。たとえ知的構成要素と主意的構成要素の両要素の段階を用いてのみあるいは両構成要素のいずれかの要素の段階を用いてのみ区別することができたにせよ、故意と過失を正確に区別することもできるのである。

以上の出発点から、シュモラーは故意を新たに定義づけようとしたのである。通説と異なって、彼は、所為像のメルクマールが存在するか若しくは充足されているのかどうかを行為者が確実に知らなかった領域については、所為像のメルクマールの実現の可能性が行為者に付随的のみ意識されていたのかどうか若しくは行為者の行為の時点で考えていたのはその実現だけなのか、非実現だけなのかあるいはさらに現実的には二つの可能性だけなのかに従って区別することを提案するのである。結論において、シュモラーは、「故意」という上位概

念のもとで通説が要約する意識内容を厳格に規定することによって、通説のように固有の主意的構成要素を引っ張り出さなくても、故意を定義づけたり故意と過失を識別したりするのである。ただし、彼もまた、目的 (absicht) や未必の故意 (dolus even tualis) を定義づける場合、独立した主意的構成要素を完全に放棄するわけではない。しかし、彼は、そこで故意を構成する「意欲」と異なった内容を有する「欲望 (Wünschen)」という概念に関してこれらを定義づけている。通説の出発点と比べて精密化され、シュモラーが学説と実務に対して等しく用いることのできる提案で根拠づけたこの出発点は、ノヴァコフスキーの反論にもかかわらず、押し通して欲しいものである。

ただし、次に、出発点としての教授法上の諸理由から、故意の知的構成要素と主意的構成要素を切り離すこと並びにその段階づけを維持しなければならない。

2. 強弱の程度 (Intensitätsgrade)

5条では、故意という概念の下で多数の「故意の種類 (Vorsatzarten)」を定義づけている。これらの定義にあたって、知的な前提条件の内部において及び主意的な前提条件の内部において様々な段階を認めることができる。それらは、時として上昇関係において (in einem Steigerungsverhältnis) 相対し、また「渾然一体となって (nahtlos)」、すなわち中間段階なしに入り交じって移行する。様々な過失の形式についても、5条1項前段と関連する6条から明らかになるように、同じことがいえるのである。

(1) 知的領域

知的構成要素の場合、行為者が所為像のメルクマールの実現を蓋然的なものと評価した (als wahrscheinlich eingeschätzt) 程度に従って、様々な強弱の段階が区別される。

この差異のある蓋然性の程度は、異なった意識形式と混同してはならない (現在の意識若しくは付随意識)。それにもかかわらず、行為者が確実なものと考えたこともまた、例えば、すでに触れた上官としての地位若しくは親族関

係も彼にとっては付随意識といえるかも知れないし、また所為像実現の蓋然性が非常に低いということを彼が現在的に意識しているともいえるだろう。

(1) 蓋然性の最も高い段階は、5条3項において「確実なものと考えた (für gewiß halten)」ということによって規定される。ただし、「絶対的な確実性 (eine absolute Sicherheit)」はすでに現存する所為事情に関してのみ存在するといえる。行為者は何時でもコントロールすべき感覚知覚 (例えば、自分の面前にいるのは人なのか案山子なのか) を通してそれを手に入れることができるのである。この種の諸事案において、確実性 (Gewißheit) は人間の認識能力を一般的に限定することによってのみ相対化される。

それに対して、将来においてはじめて生じる所為事情の「絶対に確実な (absolut sichere)」予測は、すでにこの種の諸事情の現実化が行為者の意思だけでなく、それ以降の (自然法則的な) 条件の個数にも関係するために、一般的には不可能である。これらのことは、その多様性の故に行為者が見通すことはできないのが普通である。したがって、将来の事象は、最終的な、絶対的確定性をもって事前に考量されるものではなく、同時に予見されるものでもない。この点で、将来の所為事情については「主観的な確定性」をもって十分なものと考えざるを得ない (ノヴァコフスキー、イエシェック)。

(2) 知的構成要素の次の段階は、行為者が所為像の実現を少なくとも「蓋然性なものと考えた (für wahrscheinlich hält)」ときに存在する。この段階は、行為者が具体的な根拠に基づいて (例えば、生活経験に基づいて) 所為像の当該メルクマールを主たる蓋然性あるいはさらに高い蓋然性をもって実現するんだ、ということを期待したときに肯定される。

この中間段階は、確かに5条でははっきりと触れられていない。しかし、この段階は、すでに一般的な用語例により5条1項後段の (単に) 「真摯に可能と考えた (erstlich für möglich halten)」段階と5条3項の (さらに) 「確実なものと考えた」段階との中間形式として生じるのである。

(3) 5条1項後段の「真摯に可能と考えた」ということは、故意を (まだ) 肯定してもよい最も低い知的段階である。この段階は、行為者は所為像の実現

の可能性に気づかなければならないということ、及び、この段階が彼にとって「自然に思いつくもの (als naheliegend)」と見なしたという程度に高く評価したものであるということを意味する (ロイカウフ＝シュタイニンガー、キーナップフェル、フォレッガー＝セリーニ、ウェッセルス、イエシェック)。だから、例えば、行為者は、「犯罪の結果の発生を、それが決定的な状況のなかで考慮に入れるべき蓋然性の現実的な可能性として認識していた」はずである。

それに対して、「真摯に可能と考えた」ことを主たる蓋然性が現存する場合にのみ肯定するポエールの見解は、あまりにも狭すぎるのではないか。すなわち、より低い程度の蓋然性もまた50%程度の蓋然性として信用される場合がある。

この段階の定義について決定的なものは、「真摯に (ernstlich)」というメルクマールをどう決定するかである。本来的には故意の主意的領域に位置づけられ、後になってはじめて現行法規の基礎となっている「満足する (sich abfinden)」というメルクマールから切り離され、知的構成要素に付け加えられたのである。今日、少なくともオーストリアでは、「真摯に」ということは所為像実現の蓋然性の程度だけに関係する。ただし、何かあるものを「真摯に可能と考える」のかどうかは、客観的な蓋然性の程度だけに関係するのではない。むしろ、様々な人間が同一の程度のものを別々に重視する場合もある、すなわちそれを真に受ける場合もあればそうでない場合もあるのである (ノヴァコフスキー、シュトラーターテンヴェルト、シュモラー)。

このメルクマールと並んで、すでに5条1項後段の文言によれば、必ず「満足する」という主意的構成要素もまた検討しなければならない。しかし、まさしくこの二つの構成要素の相互関係は、「認識」と「意欲」を完全に満足のいくように厳格に切り離すことはできないということである。だから、例えば、ノヴァコフスキーは、真摯性 (Ernstlichkeit) について「行為者は… 満足していたということを明らかにする」蓋然性の程度を考慮している (それに対して、シュトラーターテンヴェルトは真に受けること (Ernstnahme) と「満足する」ということを同一視する)。

(4) 所為像のメルクマールの実現を（単に）「可能と考えた」けれども、この可能性を真に受けようとししない者は、故意に行為したものではない。むしろ、その点には、6条2項による認識ある過失（bewußte Fahrlässigkeit）に対して予定されている程度が存在し、認識ある過失に対しては同じく付随意識で足りるのである。

(5) 同じく、「可能と考えない（nicht für möglich halten）」ことは、もはや故意の領域には属しない段階である。その段階は、行為者が法定の所為像の実現の危険を一般に知らなかった、ということの内容とする。この知的な構成要素の場合、もっぱら認識なき過失が問題となるにすぎない。

(2) 主意的領域

主意的領域では、態度を設定することのできる「目的志向性（目的性）（Zielgerichtetheit (Finalität)）」の程度に従って様々な強弱の段階が区別される。行為が直接当該所為事情を目的的に志向すればするほど、それだけ主意的構成要素は「強烈になる（intensiver)」。通説は、故意的な行動の基礎となっている主意的な構成要素の構成すべてを「意欲」という上位概念のもとに集約している。

(1) 所為事情を実現することが5条2項により行為者にとって「問題となる（darauf ankommt）」とき、主意的要素は最も強烈に構成される。彼は結果に向かってひたむきに努力しながら行為する、すなわち結果を「意図した」のである（同旨、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ノヴァコフスキー、マイエルホッフアー＝リーダー）。その点で、ノヴァコフスキーは「目的性の古典的な原型」を話題にしている。

その場合、オーストリアの古典学派は、とりわけ特定の所為事情に関する行為者の情緒的な態度（die emotionale Einstellung）を大いに強調する。リットラーによれば、犯罪的悪行を「追求し、切望し、企てる者は目的をもって行為するものである。結果の招来は、…それを望んだ自己（行為者）に対する積極的な価値感情を伴っている」と。マラニウクは、「構成要件の実現が行為者

にとって都合がよかったかあるいは駆り立てられたということ及び彼はこの目的に向けて活動化していた」という点に目的の基準を認めた。

シュモラーは、最近、この見解を受け継いだ。彼は、行為者が所為事情を「意欲し (will)」ただけでなく (故意)、さらにまた「切望した」とき、及び彼が自らの意識において「この切望」を自分固有の活動化に結びつけることを強調するときにはじめて所為事情は「意図されたもの」になる、と結論づけている。

所為像の実現が行為者の態度の「終局目標 (Endziel)」を現すのではなく、彼が (以降の、場合によってはさらに刑法以外の目標を招来するための) 中間目標としてのみこの実現を利用したにせよ、行為者にとっては所為像のメルクマールが重要である (ノヴァコフスキー、ロイカウフ＝シュタイニンガー、フォレッガー＝セリーニ)。なる程終局目標から切り離して考えれば、そのような中間結果は、行為者が場合によっては「切望した」ものではなく、それどころか全く「切望した」ものではないのである。しかし、行為者がそれを自ら終局目標を達成するための中間段階として設定した場合、彼はそれを必然的に「待ち望んで」もいたのである。

したがって、行為者が純粋な悪意から (aus purer Bosheit) 24日を越える就業不能な重い傷害を被害者に与えたときにはじめて、行為者は87条の意味での重い傷害を意図したものであると考えてはならない。むしろ、そのような目的は、行為者が被害者の代わりに「いかなる犠牲を払っても (um jeden Preis)」就業不能中に代役として採用されようとするが故にのみ、行為者が同一の行為を設定するときにも、存在するのである。

主意的構成要素の最も強烈な構成としての目的は、すでに現存する所為事情の存在にも将来の所為事情の発生にも関係するのである。例えば、行為者が特定の団体の所有にある物 (現在の所為事情としての他人の物) だけを横領する目的を立てたり、他人を侵害するあらゆる状況に移したりあるいは将来146条の意味での違法な財産的利益、例えば、放火による保険金が自分のふところに入るように努力する場合である。

(2)「意欲する (Wollen)」とか「意欲しただけである (bloß wollen)」ということは、主意的な故意の構成要素の最も強烈な構成としての「問題となる (darauf ankommen)」(＝目的に向かってひたむきに努力しようとすること (zielstrebig wollen))ということと、その最も弱い構成としての「満足する (sich abfinden)」(＝限定しようすること (begrenzt wollen))ということの間に位置する。法規では、この基本形式ははっきり触れられていない。しかし、この基本形式は、5条1項前段の故意の全体的な規定に含まれており、それによって5条2項の刑を加重する主意的要素にも5条1項後段の減輕する主意的要素にも整序されない諸事案をも包括する。したがって、「意欲しただけである」ということは、消極的には、行為者にとっては所為像のメルクマールの実現が問題となるのではなく、彼は所為像の実現だけに満足したわけでもないというように、最も容易に定義することができるのである。

文献や判例においては、主意的構成要素のこの形式は疎かにされているのが普通である。なる程「問題となること (Darauf-Ankommens)」や満足することの下限に (Zur Untergrenze des Sich-Abfindens) 関しては詳論されている (例えば、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ノヴァコフスキー)。しかし、通常、満足することの上限と問題になることの下限との間にはいかなる領域があるのか、という問題にアプローチしてここで詳細に立ち入るわけにはいかない。

(3) 5条1項後段の意味での「満足する」ということは、二つの主意的段階の最初の段階と比較してみると、限定された意欲にすぎない (ein nur begrenztes Wollen)。それは、主意的領域については、故意を肯定するための最低限の要件を特徴づけるのである。すなわち、このメルクマールの下限は、(主意的領域については) 故意が存在するかどうかを決定する。その点で、このメルクマールの下限は、(知的領域で故意に対する最低限の要件を肯定する場合) 同時に6条2項の意味での認識ある過失との限界を示すのである。

① 判例によれば、満足するということの下限を明らかにするのは、行為者が当該所為事情の実現を「受け入れようと意欲した」ということである (OGH EvBI 1983/58, RZ 1979/20; それ以外の判例については、マイエルホッ

ファー＝リーダー、フォレッガー＝セリーニを参照。この定義の構成を批判するのに、ノヴァコフスキー、シュモラー)。この内心的態度は、行為者が所為像実現の可能性を「意思形成に際してあらかじめ考慮にいられておく」ときに存在する（プラッツゲンマー）。

それに対して、行為者が所為事情の不発生を信頼したとき、この限界は下回ることになる（ロイカウフ＝シュタイニンガー、キーナップフェル、ノヴァコフスキー、マウラッハ＝ゲエセル＝ツイツプ、ウェッセルス、イエシュック、シュモラー、EBRV 1971, 67f ; OGH EvBI 1975/282 ; それ以外の判例については、マイエルホッフ＝リーダー参照）。このことは、そのような信頼が全く理解できない「軽信 (Leichtgläubigkeit)」に依拠しようが「確信に満ちたもの (Zuversicht lichkeit)」に依拠しようが、ともかくも当てはまるのである。

さらに、行為者が全く思考力なく（軽率にあるいは軽はずみに）行為したとき（SSt 46/70）あるいは「内心的無関心という意味での単なる無頓着」が行為者に対して非難されるとき、満足するということは否認される（ロイカウフ＝シュタイニンガー、キーナップフェル、フォレッガー＝セリーニ、シュモラー、OGH ÖJZ-LSK 1978/160 ; それ以外の判例については、マイエルホッフ＝リーダー参照）。基礎づけるために引用されているのは、この種の事案において、行為者は認識していた可能性を「自らの決定の基礎に含めていなかった」ということである（EBRV 1971, 68 I Sp）。それに対して、行為者が内心的無関心さからではなく、意識的な無頓着さから行為したとき、行為者は所為像の実現で満足するのである（パリン、ロイカウフ＝シュタイニンガー、フォレッガー＝セリーニ、シュモラー、ノヴァコフスキー。ただし、これを批判するのはモースである）。

具体的な事案において識別するための補助手段として、今日もまだ「フランクの第二の公式 (Zweite Frank'sche Formel)」が使用されている。それによれば、「何がなんでもとにかくやるんだ！ (Mag es so oder anders sein, so oder anders werden, auf jeden Fall handle ich !)」という者は、故意に行

為したものである（フランク、フォレッガー＝セリーニ、プラッツグンマー、ノウラッハ＝ツィツプ。この批判者はノヴァコフスキーである）。キーナップフェルはまだ簡単な標識を提案した。この提案によれば、行為者が「それだっ
てかまうものか (Na, wenn schon!)」というときには、故意が肯定されるの
に対し、彼が「もはやどうすることもできないだろう! (Es wird schon
nicht!)」というときには、認識ある過失だけが問題となると。

「フランクの第一公式 (Erste Frank'sche Formel)」という。曰く、「行為
者が自分にとって可能と思ったものを確実なものと表象したとき、行為者はど
のような態度をとったであろうか」と。この公式の短所は、それがほとんど行
為者の現実的な意欲を述べているのではなくて、むしろ仮説的な意欲を述べて
いる、という点にある。したがって、この公式は、行為者の心 (Täterpsyche)
の特徴づけではなくて、場合によってはこの行為者の心に対する「認識手段
(Erkenntnismittel)」として援用されるだけである (リットラー)。しかしな
がら、さらに、行為者が刑法上重要でない結果を目指したけれども、これが失
敗しても所為像は実現されるのだということをはっきり認識しているとき、例
えば、ナイフ投げがサーカスで「すれすれ (haarscharf)」で命中し損なっ
たらいのにというとき、この公式は役に立たないのである。その場合、彼はそ
のように「すれすれ」に狙いをつけたとき、なる程 (やむをえないときには)
所為像の実現で満足している。しかし、彼がこれを確実なものと予見したとす
れば、少なくともそのようには行為しなかったことになる。(そのように容赦
なく狙いをつけなかったであろう)。何故かという、その場合、彼は自ら固
有の行為目標 (例えば、拍手喝采を受けるとか定職につくとかの行為目標
(Applaus oder eine Daueranstellung)) を達成することができないからであ
る。

② 満足するということの上限をどのように決定するかということは、下限
をどう決定するかということに比べて実践的な意味は低い。すなわち、満足す
るということの上限を越えているとき、別種の故意、通常は (条件付き) 故意
が存在する。

アルトマン＝ヤコプス、ホロウ及びマウラッハ＝ツイツプは、未必の故意の場合には「都合の悪い結果の発生 (nicht erwünshten Erfolgseintritt)」、「直接には望んでいなかった結果の発生 (nicht gerade gewünschten Erfolgseintritt)」若しくは「望ましくない結果の発生 (au sich unerwünschten … Erfolgseintritt)」を考慮する。しかし、この出発点は、すでに欲望という観点下で中立的な内心的態度が単純故意の領域に属する、ということを意味する。

シュモラーはこの限界づけを引き継いだ。満足したに「すぎない (nur)」者は、所為像の非実現自体を「望んで」いるのである。その場合、行為者が嫌悪の感情をその現実化と結びつけるすべてのものが望まれたわけではない。したがって、「満足する」とは、行為者が所為事情の実現をな程「法律的には意欲している」が、同時にこのメルクマールの不発生を「望んだ」ということを意味する。

自分と親しくなった者は早めに安全な場所に避難することはできないという可能性を覚悟したにもかかわらず、保険詐欺を実行するために、建造物に放火したとき、それでもなお行為したときには、その者の死を自ら意欲していることになる。しかし、彼は死を望んでいないので、彼は死という事実「だけ」に満足するのである。

③ ただし、この出発点に従うならば、通説とは反対に、一貫して意識的な無頓着を満足するという領域から「上に向かって (nach oben)」取り出さなければならない。何故なら、この種の事案においては、行為者は結果の不発生を望んだのではなくて、その実現についてはどうでもよかったのである。

すなわち、「無頓着 (Gleichgültigkeit)」という表現は、欲望の領域では中立性を示す (シュモラー)。それ故に、意識的な無頓着は、満足しただけの領域を越えた意欲の状況を現す (異説、パリンは「満足すること」と意識的な無頓着を同一視する。ロイカウフ＝シュタイニンガー、フォレッガー＝セリーニ、ノヴァコフスキー、マウラッハ＝ツイツプ)。すなわち、意識的な無頓着は、ここで支持した出発点によれば、問題となるものと満足するものとの間に存する特別な (単なる意欲の) 領域の下限を特徴づけるのに役立つのである。

(4) 人が所為事情の実現で満足しないとき、これは故意の領域の外にある。通説によれば、この前提条件が満たされるのは、人が所為像のメルクマールの不存在若しくはその不発生を信頼して、軽率に行為するとき、あるいは内心的無関心という意味での単なる無頓着が存在するときである。

この種の事案においては、故意の主意的構成要素を欠くのである。したがって、場合によっては過失犯 (fahrlässiger Begehung) で処罰されることになる。

3. 故意の種類

(1) 個 数

知的構成要素の個々の段階は、その構想からして、主意的領域における様々な程度に任意に結合されることになる。ただし、二つの領域においてのみ、故意に対する最下限(「真摯に可能と考える」及び「満足する」という程度)を下回らない限りにおいてである。考えられ得る結合すべては、同じように故意を規定する。その点で、故意は上位概念である。様々な結合から5条で分類された故意の種類が明らかになる。

- 5条2項の目的 (Absicht) = 「問題となる (darauf ankommen)」
- 5条3項の知情 (Wissentlichkeit) = 「確実なものと考えた (für gewiß halten)」
- 5条1項前段の単純な (絶対的) 故意 = 単なる「意欲 (Wollen)」
- 5条1項後段の未必の故意 = 「真摯に可能と考え (ernstlich für möglich hält)」かつこれに「満足する (sich abfinden)」こと

5条にはこの4つの異なった種類の故意が規定されているのかどうか、あるいは目的、知情及び未必の故意の三分類だけがそこで保証されているのかどうか、争いがある。ここで注目した四分類を支持するのは、すでに一般的な用例によれば、「真摯に可能と考える」と「確実なものと考え」ことの間に中間段階が存在するということである。この中間段階は、何かを「蓋然的な

ものと考えた」ということによって特徴づけられる。同じことは、「満足する」ということや「問題となる」ということにも当てはまる。何故かという、何かに満足さえしなかった者は、例えば、自分にとって全くといっていいほど好都合であったために、自分にとってこの事情をもはや問題とする必要はないからである。その点で、すでに5条の文言は、未必の故意は直接的には目的あるいは知情と境を接していないということに有利な証拠となる。

文献で四分類を支持するのは、フォレッガー、フォレッガー＝セリーニ、マイエルホーファー＝リーダー及びシュモラーである。それに対して、すでに触れた三分類の立場に立つのは、ロйкаウフ＝シュタイニンガー、キーナップフェル、ノヴァコフスキー及びプラッツグンマーである。しかし、5条1項前段の規定に独立した故意の形式としての意味を付与してはならないのは何故なのか、彼らは十分なる説明を与えていない。

判例もまた、5条1項前段の規定を目的、知情及び未必の故意と並んで固有の故意の種類として解釈している（例えば、OGH JBI 1984, 48）。ただし、5条1項前段は、時折、広い意味で故意の種類すべてを包括する「上位概念」とも考えられている（例えば、OGH EvBI 1983/18）。

四分類に対しては、すでに刑法各則で単純な（絶対的）故意がいかなる個所でも独自に要求されていないために、四分類は必要ないんだと反論されてはいない。刑法各則で目的とか知情とかが要求されていない点で、5条1項後段（「そのためには、… もって足りる」）と関連する7条1項により必然的に未必の故意で足りることになる。すなわち、この指摘には、具体的な事案においてそのようなものが存在するとき、未必の故意で足りる所為像のメルクマールに対してより強い故意の形式を確認しなければならないために、説得性がない（キーナップフェル）。

マイエルホーファー＝リーダーや最高裁判所は、5条1項前段の単純故意を「直接故意（direkten Vorsatz）」と呼び、フォレッガーは「確定的故意（dolus directus）」と呼んでいる。しかし、この用語は誤解を招きやすい。何故なら、時折、目的も「特別な確定的故意（dolus directus specialis）」と呼ばれ、知

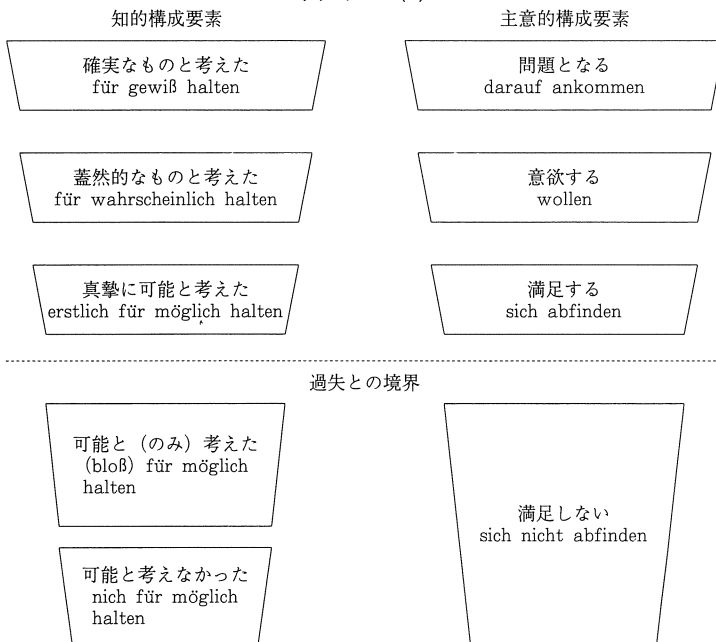
情は「原則的な確定的故意 (dolus directus principalis)」と呼ばれるからである。さらに、ドイツの文献では、確定的故意という概念が知情と同一視されたり、目的と知情に対する上位概念としても用いられているのである(マウラッハ＝ツィツプ)。それに対して、単純故意については、フォレッガー＝セリーニが用いた「絶対的 (unbedingter)」故意という名称もまた適当と思われる。

(2) 個々の故意の種類

次の図表 4 (1) は、故意に対して重要な知的領域と主意的領域における要素を示す。結合の可能性は、個々の故意の要素の結びつきを通して明らかになり、四種類の故意を論ずる際にその都度現されるのである。

同時に、図表 4 (1) は、過失の種類に対して故意の種類を限定する。個々の過失の種類については、第 8 章第 1 節Ⅱ及び図表 8 (1) を参照されたい。

図 表 4 (1)

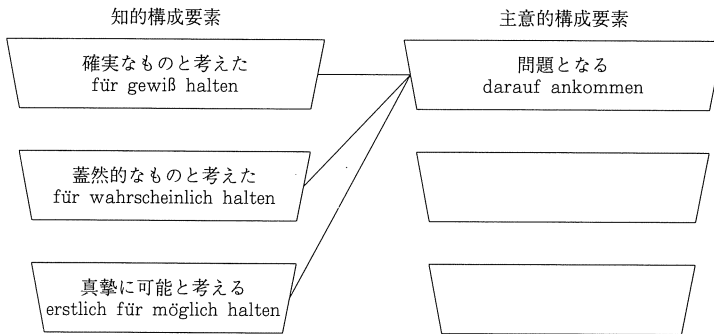


(1) 目的 (Absicht)

故意の最も強い形式は、5条2項の意味での目的である。その場合、法規で目的が要求されているまさにこの所為像（あるいはこの所為像のメルクマール）の実現が行為者にとって問題とならなければならない。所為事象に関するかかる行為者の内心的態度は、たとえ行為者がこの実現を确实なものと考えたのではなくて、非常に蓋然的なものと考えたかあるいはさらに真摯に可能と考えたにすぎないにせよ、存在することになる（ノヴァコフスキー）。すなわち、知的構成要素は、構成要件の実現だけが一般にまだ真摯に可能と考えられた範囲内で、考えられ得る三段階のうちのいずれかの段階に存在する場合がある。その点で、目的に際しては、特別に強い主意的構成要素は、この故意の種類の不法内容を構成する決定的な基準である。

個々の考えられ得る結合については、次の図表4（2）を参照されたい。

図 表 4（2）
目的（3つの選択可能性）



刑法典は、法定の所為像全体を実現するために目的が存在しなければならない事案に限って、87条の意図した重い傷害（die absichtliche schwere Körperverletzung）を認める。ただ個々の所為像のメルクマールに対して目的が要求されている諸事案がよくある。例えば、108条の欺罔により損害を招来することに対してあるいは276条の不安に陥れる虚偽の風評の伝播に対して、それぞれ目的が要求されているのである。この種の事案においては、通説によれば、

残りの所為像のメルクマールに対しては未必の故意で足りることになる（ロイカウフ＝シュタイニンガー、キーナップフェル）。

ただし、この見解に無条件で従うべきかどうかは、すでに108条に関連して問題があると思われる。何故かという、最終結果に関して目的が存在するとき、終局目標を達成するために必然的に組み込むべき中間結果は目的によって包括されるからである。例えば、108条では、行為、忍従又は不作為をさせることは、損害を招来するための必然的な中間結果を現し、それ故に、損害を与えるべく努力するとき、同じように「ほとんど自動的に (quasi automatisch)」意図的に実現されてしまうことになるからである。まさしくこの設例は、損害が意図的に招来される事案は基本的には全く考えられないが、招来することに対して法規があらかじめ規定している方途は未必の故意を伴ってのみ行なうことを示している。

(2) 知情 (Wissentlichkeit)

① 5条3項の知情は、知的構成要素が最も内向的な形式（「確実なものと考える」）に存することによって特徴づけられる。知情の場合、所為の不法内容は、目的の場合よりも低い。何故かという、目的に対して特徴的な目的志向性は、所為像のメルクマールの実現を「認識しただけ (bloßes Wissen)」というよりも高度の行為者の犯罪的エネルギーを現すからである（キーナップフェル）。

法規は、知情という故意の段階をも個々の所為像のメルクマールにも所為像全体の実現にもそれぞれ認める。例えば、297条を実現する場合、嫌疑を偽ること (Falschverdächtigung) に関して知情が要求されている。これに対して、それによって生じた他人を官庁による訴追の危険にさらすことに関しては未必の故意で足りる。それに対して、274条の治安妨害や298条の刑を科されている行為の虚構の場合、所為像全体はそれと知りながら (wissentlich) 実現されねばならない。

② 知情の場合に、主意的構成要素はどの程度強く構成されねばならないのかについて、どのように言っているのか5条3項自体から何も推定することは

できない。ロイカウフ＝シュタイニンガーやロエーダーは、なる程知情は「行為者にとってこの結果を招来させることは重要でない、ということによって特徴づけられる」という見解を支持する。その見解は通常の事案については当てはまるが、目的は知情を排除するという結論にならないのではないか。むしろ、ある人が所為像の現実化を意図したり確実なものとも考えたとき、目的と知情は同時に考慮されるのである（結論における賛同者はフォレグラー＝セリーニである。次のようにいう。曰く、それと知って行為する行為者にとって実現を問題とするのは「必然的なものではない」と）。

この見解が優れているのは、すでに法規の文言によれば知情という故意の形式だけが要求されている諸事案は、もしそれが要求されていなかったならば、十分に解釈することはできなかったといえるからである。何故かというと、行為者がこのメルクマールを問題とする必要はなかったといえるならば、そのようなメルクマールは、行為者が同時にこの実現をも追い求めようとしたときには、「それと知って」実現されたものとみなされることになるからである。

③ 知情の場合、故意が存在する他の二つの主意的構成要素もまた考慮に値するかどうか、まだ検討しなければならない。それにもかかわらず、所為事情の実現を確実なものと考えた者は、その非実現を望むこともできるのである。その点で、それと知って行為する行為者は「満足したにすぎない」と考えることができる（同旨、シュモラー）。しかしながら、そのとき、それと知って行為する者は、所為像の実現をもますます意欲したことになる。

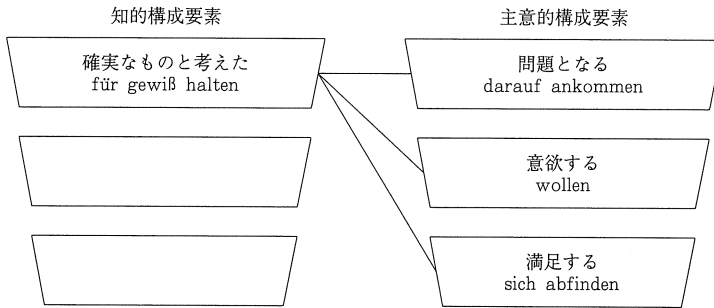
5条1項後段は、「真摯に可能と考えた」ことと関連してはじめて「満足する」という最も弱い主意的構成要素について述べている。したがって、立法者が前提としているのは、「より確実な認識」と単に「満足する」ということの結びつきは知情を基礎づけることはできないということである、との見解を主張することも可能となる。しかしこの見解に対して、5条1項前段で重要なことは二つの構成要素に関して最低限度の要件を決定することだけである、と弁解することができる。さらに、この定義づけは、より確実な認識と単に「満足する」こととの事物論理的に可能な結合に反対しない。何故かということ、単に

満足することだけをそれを越えた意欲から区別する基準は、知的構成要素の強弱 (Intensität) と関係ないからである。

④ 要約すると、それと知って所為を実行することに対する可能な結びつきは、次のように現すことができる。

図 表 4 (3)

知情 (3つの選択可能性)



(3) 「単純な」(絶対的) 故意 (Einfacher (unbedingter) Versatz)

5 条 1 項前段の故意は、主意的領域でも知的領域でも目的と知情を区別する。行為者は法定の所為像の実現を確実なものと考えする必要はなかった。そうでなければ、知情が存在するのに対し、所為像の実現を問題にする必要はなかっただろうし、さもないと目的も存在したことになろう。下方との識別に関して (hinsichtlich der Abgrenzung nach unten)、単純故意は、5 条 1 項後段で規定された未必の故意の弱まった形式が存在するときにはじめて、認められることになる。それ故に、単純故意は、行為者が所為像のメルクマールだけの実現を真摯に可能と考えかつこれで (単に) 満足したにすぎないとき、除外される。

未必の故意は知的構成要素も主意的構成要素もそれらの最も弱い構成で存在することによって特徴づけられるので、5 条 1 項前段の故意は、すでに二つの構成要素のいずれか一つがより高い強弱の程度において現れるとき、肯定されることになる。個々の可能な結びつきについては、図表 4 (4) を参照。

図表 4 (4) から明らかなように、この故意の種類の三つの基本的な状況は、次のように特徴づけられる。

— 行為者は所為像の実現を蓋然的なものと考えかつこれで満足したのではなく、それを意欲した場合である。

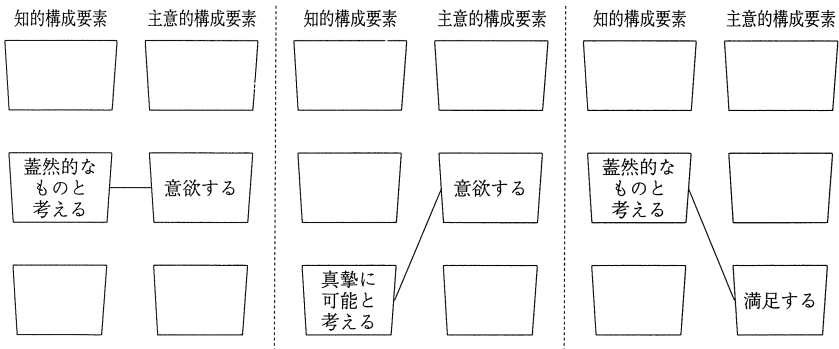
— 行為者は実現を真摯に可能とのみ考えた、しかし、彼にとって実現は決して望んでいたものではなく、それどころかひょっとしてタイミングがよかっただけでも知れない場合である。すなわち、彼は実現で満足しただけでなく、主意的構成要素の間接的な構成という意味で実現をも意欲した場合である。

— 行為者は、なる程所為像の実現で単に満足しただけである、すなわち彼自身にとって実現は望んだものではなかったのである。ただし、彼は実現を未必の故意の意味で真摯に可能と考えただけでなく、さらに（十分に）蓋然的なものとも考えた場合である。

実務においては、知情、目的あるいは未必の故意という事案において、この主観的構成要件を、場合によっては5条1項前段の単純故意の場合と同じように、簡単に証明している場合がある。

図 表4 (4)

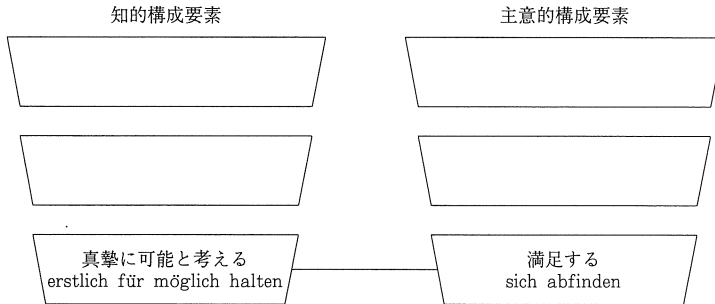
単純な（絶対的）故意（三つの選択可能性）



(4) 未必の故意（条件つき故意）(Dolus eventualis (bedingter Vorsatz))

① 未必の故意は、すでに5条1項後段の文言により、弱められた故意の形式ある。行為者が所為像のメルクマール（だけ）の実現を「真摯に可能と考えかつこれで満足した」とき、未必の故意が存在する。すなわち、図表4（5）から明らかになる結合の可能性だけが存在する。

図 表 4 (5)
未必の故意 (Dolus eventualis)



未必の故意の場合、知的領域におけるこの必然的な不確実性の故に、また、主意的領域（実現を行為者が「自ら望んでいなかった (au sich unerwünscht)」領域）における内的矛盾 (Zwiespältigkeit) の故に、「条件つき故意」とも主張される（ロイカウフ＝シュタイニンガー、キーナップフェル、フォレッガー＝セリーニ、マイエルホッフアー＝リーダー）。けれども、この名称は、「条件つき行為意思 (bedingten Handlungswillen)」と混同される危険が全く存在しないときにはじめて、使用したほうがよい。

② 実務においては、未必の故意と（認識ある）過失を識別することが重要である。その識別は二つの故意の構成要素の下限を通して決定される。それらの要素の一つだけでも下回っているならば、未必の故意はもはや肯定するわけにはいかない。正確な境界線については、知的構成要素若しくは主意的構成要素のいずれかにおける二つの強弱の程度を論及しているところを参照されたい。

この識別の歴史かつ理論的背景、とりわけ蓋然性説と認容説については、アンプロズイウスとクラマー及びトゥリフテラーの視覚的な対置を参照されたい。5条1項後段の起源史は、その規定に関して長く争われたが、ロエーダー及び1968年と1971年政府案解説書で調べて下さい。

(3) 法規が要求する故意の種類

全く特定の所為像のメルクマールに対していかなる種類の故意が要求されて

いるのかということは、一部刑法総則の規定から明らかになり、一部刑法各則自体の規定から明らかになる。

(1) 所為像に関連した故意（所為の故意（Tatvorsatz））については、5条1項と関連する7条1項により、法規が目的も知情も要求していない限り、未必の故意で足りるという規定が当てはまる。

法規が個々のメルクマールに対してあるいは所為像全体の實現に対して目的を前提とするならば、これは「意図して（absichtlich）」という定義で表現される（例えば、87条、108条及び276条）。法規により知情が要求されている諸事案は、「それと知って」という定義を通して（例えば、153条1項、274条及び302条）、あるいは「…であることを知って（wenn er weiß… daß）」という定義を通して特徴づけられている（例えば、276条、297条。その都度5条3項をはっきりと引用している）。

(2) 超過的内心的傾向（法規で要求された、客観的構成要件ではいかなる適合性をも示さない意思方向）もまた、原則上、4種類の故意のそれぞれに現れる可能性がある。通常、ここでもまた未必の故意で足りる。その場合、重要なのは単なる「拡大故意（erweiten Vorsatz）」である。この拡大故意は、通常、法規では、例えば、127条、134条、146条、223条、232条及び311条の「…を認識しながら（mit dem Vorsatz…）」という定義を通して表現されている。ただし、時折、法文上そうにはっきりしていないものもある。例えば、231条の他人の証明書の行使に関して、拡大故意は、「自己のために発行されたかのように（als wäre er für ihn ausgestellt）」ということと同じであると錯覚させるかのように規定されている。

けれども、法規によれば、時には、超過的内心的に対しては専ら5条2項の意味での目的だけが前提とされている場合がある。その場合、これは「…の意図で（in der Absicht…）」（例えば、119条、175条、252条2項及び321条）とか「…するために（um… zu）」（例えば、100条以下、131条、207条及び212条）とかの言葉で表現されている。これに関しては、それ以外には、マイエルホッフアー＝リーダー編、StGB²、§ 5 Rz 3 及び 4 を参照して下さい。

Ⅲ. 故意の基点 (Bezugspunkte des Vorsatzes)

1. 客観的構成要件 (所為像) の主観的映像としての故意

故意は、客観的構成要件のメルクマールすべての主観的映像である。それ故に、故意は、所為像のメルクマールと一致する外部的所為事情 (事実関係の要素) すべてを包括しなければならない。

法定の所為像に属する唯一の事実関係の要素さえも含んでいないならば、例えば、125条あるいは127条の物の他人性が故意に包括されないならば、行為者はこの所為像を故意に実行したという理由で処罰されることにはならない。ただし、それと同時に、過失の実行が一般に刑を予告されているときには、過失の犯行を排除するものではない。

(1) 個々の所為像のメルクマール

(1) 行為と結果

結果犯の場合、故意は行為に関係したり、結果に関係したり、また行為と結果の結びつきに関係しなければならない。所為像における行為が行為事情 (die Handlungssituation) に従ってあるいは行為様相 (eine Handlungsmodalität) を通して詳細に規定されている限り、行為者自体 (主体たる資格 (Subjektqualifikation)) の詳細な規定と同様に、行為のこの特別な特徴 (Kennzeichen) もまた故意に包括されねばならない。さらに、故意には、必要に応じて要求された構成要件の客体の特別な性質 (besondere Beschaffenheit des Tatbestandsobjektes) 並びに所為像に正確に規定された結果の形態 (Ausgestaltung des Erfolges) が取り入れられねばならないだろう。

フリッシュによれば、故意は結果に関係する必要はないことになる。けれども、オーストリアでは、この構想は支持されてはいない。何故なら、5条1項前段の故意は、明らかに法定の所為像と一致する事実関係に及ばなければならないからである。しかし、所為像には、法的に否認された危険の招来のみならず、所為像に該当する結果も属するのである。

(2) 記述的な所為像のメルクマール及び規範的な所為像のメルクマール

所為像のメルクマールは、これを記述的なメルクマールと規範的なメルクマールに分類することができる。記述的なメルクマールの知的な把握は、通常、行為者の感覚知覚を通して難なく行うことができる。それに対して、規範的なメルクマールの場合、故意を肯定するために感覚知覚だけでは足りないのが普通である。何故かという、この種のメルクマールは、例えば、223条若しくは203条及び204条*) という「文書」あるいは「わいせつ」というメルクマールのように、法律的な概念構成を通してはっきりと形成されるからである。ただし、行為者はこの法律的な概念構成を実感として理解する必要はない。むしろ、通説によれば、規範的なメルクマールに関して故意を肯定するためには、行為者はその事実的な核心を感覚知覚し、この記述的な要素をその社会的「意味内容」のなかで理解していたということでも足りるとする。後者の事象については、「素人間の平行な評価 (Parallelwertung in der Laiensphäre)」という名称がつくられたのである。その名称は、規範的なメルクマールに関する故意は法概念に関して法律上正確な表象を全く前提としない、ということをはっきりさせなければならない (ロイカウフ＝シュタイニンガー、ノヴァコフスキー、プラッツゲンマー、ウェークシャイダー、マウラッハ＝ツィツプ)。

*第2版では、「203条及び204条」の例示規定を「205条及び207条」の規定に変更している。

この規定は、(たいていの場合法律的な教育を受けていない) 犯罪行為者はすでにこの種の概念を法律的には厳密に理解し、場合によっては目的論的な解釈を通じてはじめて理解する状態にないであろう、という経験に基づいている。したがって、すでに行行為者がそのような規範的なメルクマールを形成する外部的な事情をその社会的意味のなかで正しく認識していたときには、故意犯で処罰されることになる。

すなわち、規範的なメルクマールに関して故意がほとんど肯定されるのは、次の場合である。行為者が、

- すべての事実を、すなわちそのようなメルクマールの記述的な核心を（感覚的に）正しく知覚し、
- この事実の社会的意味を少なくとも素人間の平行な評価を通じて理解していた場合である。

ウェークシャイダーは、規範的な構成要件のメルクマールの場合には、知覚心理学（Wahrnehmungspsychologie）を考慮したほうがよいという。規範的な構成要件のメルクマールについて、所為像における客観的規定は「分析的、原子論的、分類化的かつ客観化的なもの（analytisch, atomistisch, klassifizierend und objektivierend）」である。これに対して、事実関係に関する人間の主観的表象は「全体的、類型化的、個別化的な知覚」であるという。特に、規範的なメルクマールにおいて所為像と故意の合致が肯定されるためには、原子論的に捉えられた所為像と行為者の全体的な表象を互いに接近させなければならないだろう。所為像は、その目的に関しては全体的に考察されなければならないが、主観的構成要件においては、「目的志向性における行為者の表象全体は所為像の類型的な目的と」合致するのかどうかを考慮しなければならない。この出発点は、確かに素人間の平行な評価に対する基準を正確に示す可能性がある。しかし、そのように正確に示した後にはじめて、通説の出発点に比べて、この出発点を通じて法的安定性の方向をますます達成することができるようになる*)。

*第2版では、「このような考察方法は、例えば、行政法規違反に関して示されている」ということを付け加えている。

(3) 故意の具体化について

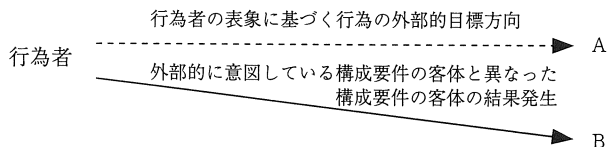
故意は、所為像のメルクマールを通してあらかじめ規定されている限り、必ず具体化されねばならない。例えば、125条の器物損壊では「他人の物」を破壊することと理解されるので、故意についてもまた重要なのは、行為者が他人の物を破壊しよう意欲した、ということである。それに対して、例えば、物は誰の所有物であるのか、あるいは物はモーターバイクかオートバイかを行為者

が表象することは必要ではない。

故意が具体化されねばならないということは、必ず行為者は特定の構成要件の客体を選択していなければならないということではない。例えば、「盲目的に」群衆に発砲する狙撃マニア (der Amokschütze) は、自分が標的としたあらゆるものを故意に殺害したものである。彼の故意が関係したのは、特定の人間ではなく、自分の銃器の射程範囲にいる任意のすべての人間である。

① ただし、行為者が特定の構成要件の客体を選択したとき、彼の故意はそれ以外の構成要件の客体には関係しない。けれども、具体的な事案で、彼が別の構成要件の客体に命中させたとき、これにたいして故意は存在しない。例えば、行為者はAを狙ったのだが、実際にはAの背後にいるBに命中させたという場合、Bは構成要件の客体として注目されてはいなかったのである。

図 表 4 (6)



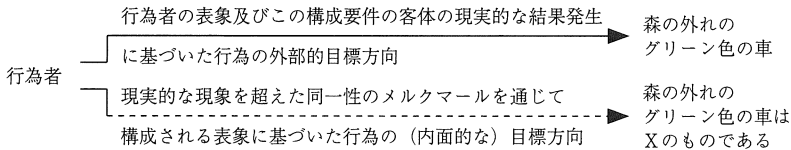
この状況は打撃の錯誤 (aberratio ictus) の事案である。通説によれば、行為者はAに対する謀殺未遂で処罰され、場合によってはBに対する過失殺人でも処罰されることになる。

② 故意を肯定するために、構成要件の客体をその外部的な性状を越えて具体化する、すなわち補充的なメルクマールあるいは属性をも通して個別化するということは必要ではない (モース、ロイカウフ=シュタイニンガー、キーナップフェル、メヴァコフスキー、マウラッハ=ツイツプ)。行為者が注視した目標たる客体 (Zielobjekt) が達成されれば、たとえ行為者の表象に反して構成要件の客体における特定の同一性のメルクマールが存在しなかったにせよ、故意は与えられるのである (客体の錯誤 (error objecto))。行為者は、自ら「目標とした (anvisiert)」客体をも達成したのである。彼の行動の動機がこの行為を通じて実現されなかっただけである。したがって、この事案の状況は、

刑法上重要でない「動機の錯誤 (Motivirrtum)」とも呼ばれるのである。

この形象は図表 4 (7) と同じように視覚的に現すことができる。

図 表 4 (7)



例えば、行為者がこの車は当時自分の気分を害した者の所有物であると信じたために、森のはずれにあるグリーン色の車を損壊しようとした場合、125条は、たとえ実際にはこの車の所有者が別人であったとしても、実現されるのである。何故かという、所為客体 (Tatobjekt) (森のはずれのグリーン色の車) の外部的な外観によれば、故意は十分に具体化されたからである。

通常、この種の「混同 (Verwechslung)」の場合もまた、同種のもの、すなわち同一の行為客体の類 (Gattung nach gleiche Handlungsobjekte) が問題になるだろう。そうでなければ、真正な「混同」は決して存在しなくてもよいからである。しかし、例えば、行為者が、森のはずれには案山子がいたにすぎないのに、実際には人間が立っていると信じたために、行為者が一度でもこの異種性を誤認して異種の行為客体を自己の行動の目標としたとき、侵害した行為客体に関しては、必ず錯誤が存在し、それによって故意は全く存在しないのに対し、表象した行為客体に関しては未遂が問題となるのである。

(4) 行為と結果の結びつきに関する故意

行為と結果の結びつきは、結果犯すべてに (暗黙のうちに示された) 所為像のメルクマールである。したがって、その結びつきは、原則上、同じように行為者の故意に包含されるべきものである。ただし、その場合、自然科学的な因果関係すなわちこの因果関係を確認するための因果経過と、この連関の規範的評価すなわち客観的帰属性とは必ず区別しなければならない。

① 因果関係それ自体は故意に包含されるべきものである、ということについては広く認められている。すなわち、行為者は、自分の態度が「結果」に対

して原因となるのではないか、ということを少なくとも真摯に可能と考えかつこれに満足したものでなければならぬ。ここで、基準点は因果関係それ自体である。すなわち、まさにこの行為が所為像の意味での結果 (Erfolg) と一致する帰結 (Folge) と具体的に結びついているということである。

その場合、故意の内容は、経験に基づく思考のカテゴリーとしての因果関係だけである。思考のカテゴリーとしての因果関係は、「AからBが生ずる」とか「AからBになる」と言われるものである。論理の表現手段を用いると、この思考のカテゴリーは、Aであれば必ずBになる、という含意 (Implikation) の結びつきとして現されるものである (シュモラー)。すなわち、具体的な事案に関連づければ、行為者は、自分が行為を設定したとき、その行為から決定した何か (daraus etwas Bestimmtes) が生ずるということを真摯に可能と考えこれに満足したものでなければならぬ。それに対して、故意を肯定するために、行為者がさらにその必然的な結果を裏付ける自然法則が存在するのかどうか考えることは必要ではない。その結果、自然法則が存在している限り、必然的な結果が故意に吸収されるとはいえないのである。

② 自然法則的因果関係は、行為から結果に至るまでの出来事の経過を個々の断片において分析し、その都度二つのそれぞれ境をなす「連鎖部分 (Zwischenglider)」が自然法則的に結びついているかどうかを検討するときにはじめて、確認されることになる。それが肯定されるとき、そのことから因果連鎖の最初の部分と後の部分との間の自然法則的な結びつきを推論することができるのである。事象をこのように分類することによって、正確な因果経過が描き出されるのである。この因果経過もまた故意が及ぶべき所為像のメルクマールであるのかどうかは、まだ解決されていない。

(i) 通説はこれを肯定する。しかし、自然科学的な事象経過は「100パーセント (hundertprozentig)」支配することができないのが一般的なので、具体的な事案においてもまた、自然科学的に事象経過を正確に予見することはできない。したがって、通説によれば、「因果経過の概略 (groben Umriss des Kausalverlaufs)」若しくは「その本質的な特徴における (in seinen wesent-

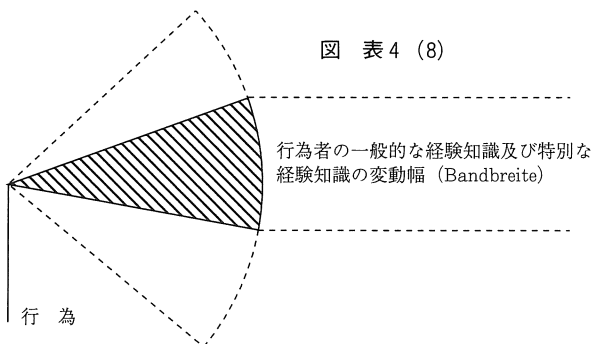
lichen Zügen)」因果経過が故意に包含されているということで足りることになる（ロイカウフ＝シュタイニンガー、フックス、マウラッハ＝ツイツプ、イエシェック、クラマー、シェーンケ＝シュレダー）。

すなわち、この種の事案において、通説は、因果経過に関して、この経過が行為者の一般的な経験知識あるいはそれを越えた特別な経験知識の「変動幅 (Bandbreite)」の内部に存し、故意が少なくともこの可能性の一つを捉えているという点で、故意を「擬制する (fingiert)」のである。

それ故に、殺人の故意をもって架橋から人を突き落とした者は、被害者が期待に反して溺死したのではなくて、橋脚にぶつかって死に至ったとしても、謀殺既遂の責任を負うのである。同じことは、殺人の故意をもって人が被害者を侵害した「だけ」なのに、被害者は病院で感染して死に至ったという事案にも当てはまるのである。爆破によって公共の危険を招来させようとする者もまた、行為者の表象に反して爆薬が予定より早く爆破したとしても、既遂犯の責任を負うのである（OGH EvBI 1981/140；OGH JBI 1984, 326、これを認めない見解として、フックス）。

（ここでは、分かれていない）通説のこの擬制は、その中心に行為を定着させ結果はその周辺部に定着させる扇形として視覚的に現すことができる。あらゆる活動範囲は構成要件に該当する結果への考えられ得る方途である。しかし、行為者の一般的な経験知識やそれを越えた特別な経験知識の内部には、ここで（任意に）ほぼ30度の角度内に集約される方途があるにすぎない（図表4 (8)）。

図 表 4 (8)



(ii) 故意がその内部で擬制されねばならない「変動幅」を決定するための基準は、因果経過の客観的帰属性に対しても基準となるものと同じである、と通説はいうが、これは奇妙である。このように二重に考慮することは、経験知識の「変動幅」の外にあり、これに関して故意をもはや「擬制」してはならない因果経過は、すでに客観的に帰属不可能なものとして排除される、という結論になる。したがって、通説よりも優れている新たな見解は、行為者の表象と異なった因果経過をもはや故意の問題と考えるのではなく、客観的帰属性の問題としてのみ考えるものである（同旨として、ブルクスター、モース、ルドルフィー、プッペ、ヴォルター、トゥリフテラー、シュモラー）。

この見解は、（通説と異なって）故意を「変動幅」の内部でも擬制する必要はないんだという長所をもっている。すなわち、行為者の故意は実際に発生した因果経過を「その本質的な特徴において」包含しているのかどうかは、もはや問題ではないのである。むしろ、因果経過は客観的に帰属可能なものであり、故意は構成要件に該当する結果に関係しかつ因果関係それ自体に関係する、ということで十分である。正確に因果経過を描き出すことは、客観的構成要件における自然法則性を確認するために必要だというだけであり、その点で、客観的帰属性の問題でもある。それに対して、主観的構成要件における因果経過は、故意を検討する場合には無視してもかまわない。

(iii) 「行為と結果の結びつき」は、客観的構成要件において行為と結果の結びつきを肯定することが客観的帰属性という法的評価を前提とする限り、規範的な所為像のメルクマールと同じである。それ以外の所為像のメルクマールの場合と同様に、行為者の故意にはこの法的評価が反映しなくてもよいのである。

殺人の目的をもって架橋から他人を突き落とす者は、彼が溺死とは異なった因果経過が非定型的なものであり、それ故に自分に客観的に帰属されないと意図したとしても、謀殺既遂の責任を負うことになる。同じことは、病院内の感染によってはじめて生じた殺人はあらゆる生活経験の外部にある、ということを受け入れる場合にも当てはまるのである。

はっきりさせるためにまだ指摘しておくべきことは、行為者の表象と客観的

帰属性とのこの種の相違は特別な帰属性に関係するだけである、ということである。これに対して、一般的な客観的帰属性（所為像実現の危険性）は、行為者が所為像の実現それ自体だけを自らの故意に受け入れていたという点で、必ず「自動的に」故意に包含されるのである。何故かという、所為像の実現は、その招来の単なる危険性に関連して「余分なもの（Mehr）」だからである。

（2）故意と所為像のメルクマールの客観的な実現との間の同一性の欠如

(Fehlende Identität zwischen Vorsatz und objektiver Verwirklichung der Tatbildmerkmale)

故意と（所為が法定の所為像を実現する限りにおいて）所為の客観的外観との間に「合同性（Deckungsgleichheit）」が存在しないにもかかわらず、刑法上非難しなければならないとすれば、特別な法律上の基礎を必要とする。この種の事案に対して問題となるのは、犯罪行為の「特別な現象形式」すなわち過失若しくは未遂である。

（1）故意の欠如—所為像の錯誤（Mangelnder Vorsatz - Tatbildirrtum）

一個の所為像のメルクマールに関してさえも故意が存在しないとき、所為は一括して故意に実行されたものとはいえない。この帰結は、直接（すなわち、はじめから反対解釈によらなくても（nicht erst argumento e contrario）5条1項前段から明らかになり、その場合、5条1項前段の要件は充足されていないのである。

その場合、一個あるいは数個の所為像のメルクマールに関して故意が存在しないということは、知的構成要素における欠如に基づくのか主意的構成要素における欠如に基づくのかはどうでもいいのである。行為者が少なくとも所為像のメルクマールの実現を真摯に可能と考えなかったために、故意の知的構成要素を欠く事案は、錯誤とも呼ばれているのである。何故かという、所為事情を知的に理解していない者は、所為事情を知らなかった、すなわち所為事情が現に存在しているということを「思い違い（irrt）」したものだからである。

5条では、行為者が当該所為事情に関して一般に何も表象しなかった事案が、

特定の所為事情に関する誤った表象（falsche Vorstellung）が行為者に存した事案から区別されていないのである。すなわち、行為者が、自分が射殺したのが人間であると全く気づいていなかったとき、彼は、あたかも自分はなる程人物を狙っていたが、この人物を間違えて立像だと考えた場合と同様に処遇されるのである。このような錯誤は所為像のメルクマールに関係するので、その錯誤は所為像の錯誤あるいは構成要件の錯誤と呼ばれるのである。

個々の所為像のメルクマールに関して故意が存在しないということは、図表1の基本的なシェーマを前提とし、所為像を4つの客観的なメルクマールで推定するとき、視覚的には、次のように現すことができるのである。

図 表4 (9)

I 構成要件

1. 客観的構成要件 ＝所為像	2. 主観的構成要件 (故意)
+	+
+	+
+	+
+	—

プラス記号は所為像のメルクマール若しくはそれに相当する故意の存在を具体化し、マイナス記号はその不存在を具体化したものである。図表4 (9)で、所為像は一括して故意に実現されたものとはいえない、何故なら、4つの所為像のメルクマールの一つに関して故意は存在しないからである。

所為像の錯誤の場合、少なくともマイナス記号が主観的構成要件に存在していなければならない。マイナス記号は、ここでは、それ以外の合同性に関して明らかにされているために、4つのメルクマールに対してはじめて組み込まれるのである。しかし、この合同性がすでに最初の所為像のメルクマールに関して存在しないとすれば、検討することは同時に打ち切られるのである。行為者は、過失による実行が刑を科されかつ過失が実証されたとき、場合によっては過失犯で処罰されることになる。

(2) 未遂犯

なる程故意は所為像のメルクマールすべてを包括していたが、このメルクマールは客観的に存在していないし又このメルクマールすべてが存在していないときもまた、「合同性」は存在しない。この種の状況は、例えば、行為者の期待に反して、発砲が被害者に命中せず、その結果、侵害にも至らないとき、与えられる。この種の事案において、実行行為あるいは実行に直接先行する行為が既遂に至らないとき、場合によっては未遂犯が問題となり、その場合、未遂犯に対しては違法性と責任が別々に検討されねばならない。

図 表 4 (10)

I 構成要件

1. 客観的構成要件 = 所為像	2. 主観的構成要件 (故意)
+	+
+	+
+	+
—	+

図表 4 (10) における未遂犯の視覚的な描出は、図表 4 (9) における所為像の錯誤のそれと映像的に一致する。所為像の錯誤の場合、右側に少なくともマイナス記号があり左側は完全に肯定されねばならないのに対し、未遂犯は左側に少なくともマイナス記号があり右側は「全部そろって (komplett)」いなければならない。それ以外に、図表 4 (9) で述べたことは、未遂犯に対しても相応に当てはまる。

2. 超過的内心的傾向としての故意

故意の基準点には所為像のメルクマールだけがあるのではない。むしろ、法規により所為の既遂に対してその実現を問題としない事情もまた考慮しなければならない。

IV. 特別な問題

1. 概括的故意 (Dolus generalis)

概括的故意という法形態の下で、所為像に該当する結果を実現しようとし、最終的にも招来せしめたけれども、行為者が表象したのとは異なった行為を通じてであった諸事案がすべて捉えられる。

Aは殺人の故意をもってBを殴打し絞殺したとしよう。AがBを殺そうと考えたとき、自分の所為の痕跡を隠滅するために、犯行現場で大火を招来せしめた。Bは、実際には、火災を通じてはじめて命を落としたものであった。

当初、この種の事案は、「包括的な (umspannenden)」故意とか、「一般的な (generellen)」故意という概念を用いて解釈されていたのである (例えば、リットラー、ノヴァコフスキー、マラニウク)。それに対して、今日では、「概括的故意」を認めることは法治国家的要請を満たすことにはならない、という見解が主張されている。したがって、この種の事案は、今日、もはや故意の問題としてではなく、客観的帰属性の問題と考えられているのである (例えば、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ノヴァコフスキー、モース)。

客観的帰属性の場合、この事案のグループについては、結果発生が行為者の以降の「事後的な」行為を通じてはじめて痕跡を取り除くために招来せしめられたとしても、結果発生は帰属され得るのかどうか、という問題が提起されている。この第二の行為は、最初の行為と結果との間の因果関係を理由づける因果連鎖における連結部分 (Zwischenglied) である。それ故に、第二の行為は、その行為自体が一般的な生活経験の範囲内にあるのかどうかを検討しなければならない。これを検討する場合には、痕跡を取り除くための行為は非定型的なものというよりも定型的なものであり、その点で、第二の行為は最初の行為に帰属されるのが普通である、ということを前提としなければならない。これと反対に、ノヴァコフスキーは、この種の事案において、「第二の行為は新たに独立した危険を招来する場合が…しばしばある」ということを認める。その場合、最初の行為に存する未遂だけが行為者に負わされることになり、「場合

によっては、第二の犯罪の過失による実現との現実的競合において負わされることになる」と。ただ例外的な事案においてのみ、すでに最初の行為に始まった危険が実現される場合がある。例えば、痕跡を取り除くために、(侵害したために) 痕跡をわざわざ取り除かなくても滑り落ちるであろう河川に、死んだと思った被害者を投げ込む場合である。しかし、この見解は、痕跡を取り除くために行われた行為が一般的な生活経験の範囲外にはないということに関連して、極端に狭すぎると思われる。

ただし、とりわけ結果がすでに第二の行為に客観的に帰属されないとき、最初の行為に関する結果の帰属性は排除されるのである。例えば、死んだと思った被害者の「死体を隠す (Leichenversteck)」ためにトランクに入れて走行中、その被害者が交通事故により死に至らしめられた場合がこれである。

2. 条件付き行為意思 (Bedingter Handlungswille)

条件付き行為意思は、とりわけ未必の故意から区別される。未必の故意の場合、たとえ行為者が自らの行為を通じて所為像を実現したにせよ、行為者は自らの行為を設定しようと意欲するものである。すなわち、彼は15条2項の意味での「決意 (Entschluß)」をしていたものである。それに対して、条件付き行為意思の場合、行為者はまだ所為を決意していないものである。すなわち、彼はまだいかなる決心をもしていなかった (noch keinen Vorsatz gefaßt) ために、(まだ) 未遂犯でも処罰されることにはならないのである。特に、行為者が自らの決意若しくはその実行を条件に関係させる事案においては、どのようにに限界づけるか困難である。

行為者が、自らの意思に関係のない特定の条件が存在するかあるいは生じる事案に対して、法定の所為像と一致する態度を実現させようとすでに決心していたならば、この場合には絶対的行為意思 (unbedingter Handlungswille) が存在する。この局面では、ただ条件が生じるのかしないのかだけをまだ期待し、場合によっては行動に移すために、犯行現場に直接接近する状態にあったとすれば、この態度のなかに15条2項の意味での「実行に直接先行する行為」

が存するとき、彼は未遂犯で処罰されることになる。彼は所為を決意していた、すなわちすでに決心していたために、主観的構成要件は完全に存在し、客観的構成要件だけがまだ存在しないだけである。このような状況は、例えば、女店員が後ろに向きを変え少しばかり離れたところにいる第三者と話し合っているとき、カウンターの前に立っていた行為者が何かあるものを奪い取ろうと決心した場合である。

条件付き行為意思は、行為者が所為を実行するかどうかの決定を自ら最終的な決意に関係させているときにはじめて、存在するのである。この状況は、例えば、Bが、自分は（ほぼ確実に）菓子類の売り場で品物を「くすねよう（mitgehen）」との欲望にどうしても勝てないということをはっきり知っているにもかかわらず、デパートに赴く場合である。そのような事案において、行為者は、実際に自分が直接菓子類の売り場に立っているときではなくて、手ののばして取ろうと決心したときにはじめて、未遂犯で処罰されることになる。

3. 択一的故意 (Alternativer Vorsatz)

「択一的故意 (alternativer Vorsatz)」 ((Alternativvorsatz oder dolus alternativus)) という名称の下に、行為者が（ただ一個の）態度を設定したところ、その態度が二個あるいは数個の構成要件を実現する場合に、択一的にその内の一個だけは充足するだろう、という内容の故意を有する事案が統一されるのである（ノヴァコフスキー、マウラッハ＝ツイツプ）。その場合、選択したものすべてに対して同じ種類の故意が存在するのか異なった種類の故意が存在するのかはどうでもよいのである。

択一的故意は、古い文献では詳細に論じられ、多数の実例によって裏付けられている。けれども、上で与えた定義によれば、本質的には次のグループに分けることができる。

一 行為者は自分の確実な命中度を試そうとしたが、森のはずれに佇んでいるのは立像か人間か知らなかった。したがって、彼は、故意をもって器物損壊を実行するか場合によっては殺人をも実行しようと決意していた。ここでは、

行為の客体（人間か立像か）だけが存在するのである。

－ 現場を押さえられた密猟者が、自分の後を追う猟者や猟者に追走する猟犬を狙って発砲した。誰に命中させるかは彼にとってどうでもよいことである。何故なら、彼が両者のうちの一つに命中させたとき、いずれにしても彼は追いかけてくるのを即座に止めるのを期待したからである。ここでは、二つの異なった行為客体（異なった法益を具体化するもの）の択一性が問題となり、行為者の択一的故意は、この行為客体のすべてに向けられるのである。

－ 誰かがある人を殺害しようとしている。彼は、特定の人間を狙うつもりではなく、ほぼ20人からなる群衆に向けてピストル射撃を放ち、その場合、これらの人間うち一人だけは殺害するであろうということから出発した。ここで、行為者の故意は択一的に集団の構成員すべてに向けられるのである。

択一的故意を解釈する場合、3つの方途が提出される

－ ある見解によれば、現実に完成した犯罪を理由としてのみ処罰すべきだということになる（マウラッハ＝ツイツプ、メッツガー、ウエッセルス）。ただし、ウエッセルスは、この一般的な規定の例外として、「他の未遂犯が不法内容において故意の既遂犯よりも本質的に重いつき」、他の未遂犯との真正な競争を認めようとする。未遂犯に二つの可能性があるとき、選択可能なもののうち、現実の可能性を通じて法益が具体的な危険にさらされているものに従ってのみ処罰すべきことになる。

けれども、この解釈の出発点は、第二の事案のグループには役に立たない。何故なら、そこでは、例えば、営林署員や犬が同じように危険にさらされているからである。すべての択一的可能性において（相対的な）不能未遂だけが存在するときもまた、この解釈は、受け入れられる解釈を全く示さないからである。この種の事案で選択可能なものうちより軽い可能性により処罰するということは、実現された不法の一部を無視してもよいということである。そのことは選択可能なものの同価値性においてはまだましであろうが、同価値性がない場合には刑事政策的に不十分である（同旨として、ヤコブス）。弾丸は立像か人間のいずれかに命中するはずだとの故意をもって何かに向けて発砲する者

は、自らの発砲は立像に命中するか外れるか (treffe entweder eine Statue oder gehe daneben) を信じた者以上に不法を一括して実現したものである。すでにウエッセルスが限定したように、立像に命中した場合もまた器物損壊の既遂で処罰し、謀殺未遂を考慮せずにおくということは、支持されていないのである。

さらに、この見解は、極端な事案においてはさらに徹底して完全に無罪の判決を言い渡さざるを得ないのではないかということになる。すなわち、クラマーは、例えば、猟獣を狙って発砲したが、勢子に命中しても犬に命中してもかわまないという可能性を真摯に考慮に入れている（そしてそれに満足した）猟師は、この見解によれば、彼が猟獣に命中させたとき、無罪の判決を言い渡さざるを得ないのではないか、ということをも指摘した。

— 第二の見解によれば、選択可能なもののうち重い可能性を通じて実現された刑罰規定だけが必ず適用されねばならないという。選択可能なもののうちより軽いものだけが既遂に至ったとき、これを重い犯罪の未遂で処罰することによって、償還されることになる（マラニック、シュレーダー、リットラー）。しかし、この解釈の短所は、同じように実現された不法の分量（Maß）は完全に汲み尽くされていないという点にある。

— 第三の解決策が優れている。故意はすべての択一的な可能性に関して必ず同じように存在するので、行為者が注視したすべての事案において、少なくとも未遂犯で処罰されるということになる。択一的なものが既遂に至ったとき、その限りにおいて既遂犯の可罰性が未遂犯の可罰性の代わりを引き受けるのである（ノヴァコフスキー、イエシエック、ヤコプス、クラマー、シュトラテンヴェルト）。この視座から、故意の択一性は、「両者ともに既遂に至らない不相当な補充的意思だけ」である（シュレーダー、ただし、シュレーダーは、上で述べた第二の解決策の可能性を支持する）。

行為者は少なくとも犯罪のあるものだけを実現すると信じていた、という事実は、刑の量定の範囲内で十分に考慮されることになる。この択一性の帰結は、例えば、33条1号（数個の可罰的行為の実行）の加重事由は適用されないとい

うことである（ノヴァコフスキー）。

4. 特別な所為事情に関する故意

時折、法規で類型化された犯罪規定は、特別な所為事情によって修正を受ける。特別な所為事情が存在するとき、ある固有の刑の範囲（例えば、128条の重い窃盗や141条の盗取）が当てはまる。結果的加重犯（7条2項）を別として、そのようなメルクマール（このメルクマールは責任だけに関係しないとき）は法定の所為像に属し、それ故に故意に実現されねばならない、という規定が当てはまる。この特別な所為事情は、量刑加重的なメルクマールと特権を与えられたメルクマールに（in qualifizierende und privilegierende Merkmale）区別することができる。

(1) 刑罰規定において、特定の前提条件の下で基本犯に比べて重い刑罰を科さなければならないと定められている場合、（7条2項の外に）故意はこの量刑加重的なメルクマールにも及ばなければならない（ロйкаウフ＝シュタイニンガー、フォレッガー＝セリーニ）。

ただし、可罰性を高めた客観的条件もまた存在する。例えば、223条（文書偽造）の基本犯に比べて2倍になっている224条（特別に保護されている文書の偽造）の法定刑は、客観的条件に結びつけられているのである。すなわち、法規又は国際協定により内国の文書と同等とされている場合の「外国の公文書」である。224条で処罰するためには、行為者がこの事情を自らの故意に受け入れていたのかどうかということも、彼がその事情を一般に知り得たのかどうかということも問題ではない。

故意に包含されねばならない量刑加重的な事情には、通説によれば、例えば、126条1項7号並びに2項及び128条1項4号と2項のような財産犯の重い事案における限定された価値（Wertgrenzen）も含まれる（キーナツプフェル、ベルテル、ロйкаウフ＝シュタイニンガー、フォレッガー＝セリーニ、OGH EvBI 1966/248、それ以外の判例については、マイエルホッフアー＝リーダー、反対の判例としては、OGH JBI 1977,213だけである。けれどもこれを拒否す

るのは、リープッシャーである)。

故意を肯定するためには、行為者ができるだけ高い価値を盗もうと意欲したということで足りる (ベルテル, OGH ÖJZ-LSK 1979/377)。けれども、高い価値に関して故意は、「そのような手荷物を横領し、できるだけ大量の盗品をおのずから期待したものにおいて、…すべての価値を甘受することを徹底して覚悟している」ということによって基礎づけられるとき、疑問がでてくる (OGH EvBI 19656/458)。外部的な諸事情は、なる程重要な証拠価値をもっている。しかし、それが存在するということは、具体的な事案において故意は実証されている (キーナップフェル、ベルテル) が、「それを覚悟していた」わけではないということを確認することに外ならない。

自分はより高い価値を故意のなかに受け入れているということを行為者に証明させる判例 (OGH EvBI 1971/202; 同旨として、ロイカウフ＝シュタイニンガー) もまた、疑問である。そのような挙証責任の転換 (Umkehr der Beweislast) は、疑わしきは被告人の利益にという原則 (Grundsatz in dubio pro reo) に反する (同旨として、キーナップフェル、マイエルホッフアー＝リーダー)。

(2) 所為の不法にかかわり、刑の範囲を減輕するメルクマールもまた所為像に属する。例えば、141条の盜取における些細な物 (die Geringwertigkeit der Sache) がこれである。したがって、そのようなメルクマールは、原則上、故意に包含されねばならない (キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ベルテル)。ただし、特権の付与に関して、特に141条の盜取に関しては、次のような特殊な問題が生ずる。

「窃盜の故意 (Diebstahlsvorsatz)」は、「盜取の故意 (Entwendungsvorsatz)」との関係で量的に「超過 (Mehr)」する。しかし、その場合、盜取の客觀的構成要件を実現する者は窃盜の故意をもって行為したものである。すなわち、141条の盜取を実行しただけでなく、15条と関連する127条の窃盜未遂をも実行し、この二つの犯罪の競合関係に基づいて、後者の規定だけにより処罰されるのである。しかし、この状況において、141条を實際に適用するためには、行為者

は盗取以外に窃盗の故意を全く持っていない、という事案が残っているにすぎない。だから、141条に関する故意は、行為者は些細な物を少なくとも真摯に可能と考えかつこれで満足していなければならない、というように理解してはならない。むしろ、実際に物は単に些細な価値以上の価値を持っているんだ、ということを行為者が真摯に可能と考えずかつこれで満足したとき、「盗取の故意」は必ず存在することになる。

第5章 可罰性の客観的条件—概念、意義及び解釈論的な制序

I. 基礎

1974年12月31日まで通用した刑罰法規は、若干の純粋な結果責任の事案をまだ認めていた。例えば、刑罰法規140条、152条、335条及び356条がこれである(詳細は、マラニウク「刑法I」106頁以下、リットラー「刑法総論」第2版、192頁)。刑法典の施行により、この種の犯罪構成は全体的に一掃された。すなわち、この種の犯罪構成は、4条に根拠をおく責任主義 (Schuldprinzip) に関連して、憂慮すべきものだからである。

1. 概念と限界

ただし、今日もまだ可罰性の客観的条件が存在する。それらに共通するのは、可罰性は当該事情が存在するかどうかだけに関係するということである。したがって、故意と過失及び不法の意識を含めた行為者の責任はこの条件に及ぶ必要はないのである。すなわち、この種のメルクマールの特性 (Charakteristikum) は、たとえば行為者がそれらを実現しようと意欲しなかったにせよ、また、彼が客観的にはそれらの存在あるいは発生を具体的に事案において予見する状態になかったにせよ、それでもなお彼は処罰される場合があるということである。したがって、可罰性の客観的条件は、当該犯罪の所為像には属しない。

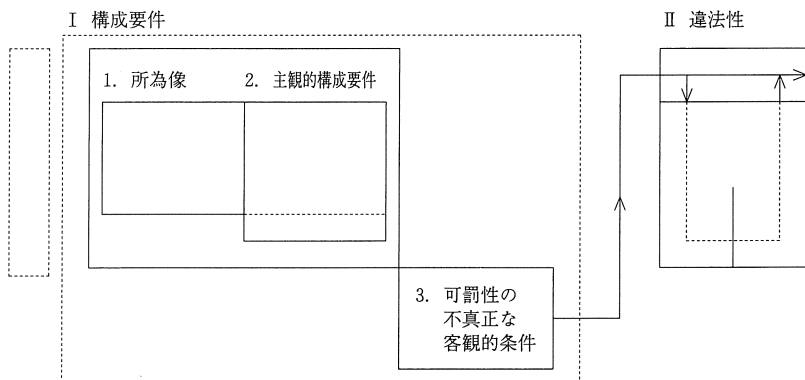
可罰性の客観的条件に共通するものは、次の図表5で、すべての条件は構成

要件、違法性及び責任を具体化する四角形の下部に位置づけられる、ということによって明らかになる。それによって、すでにそれらは責任連関の範囲内にはない、ということが明らかになる。

可罰性の実体的条件が問題になっているので、その条件は、それが公判 (die Hauptverhandlung) の段階で存在しないとき、手続 (Verfahren) が形式判決 (Formalurteil) を通じてではなく、刑事訴訟法259条の実体的無罪の判決を通じて締め出されることによって、訴訟条件 (Prozeßvoraussetzung) から区別されるのである。この点で、可罰性の客観的条件は、犯罪構成におけるその機能及びその効果に関しては、少なくともこれを含む真正の構成技術的なシェーマを基本的シェーマのIVで論じるような、処罰阻却事由に類似しているのである。

なる程可罰性を高める大部分の条件は、1975年1月1日以降、一掃され、責任連関に関係づけられている。すなわち、7条2項によれば、法規が「所為の特別な結果」に結びつけているより重い刑罰は、「行為者がこの結果を少なくとも過失で招来した場合」に限り、その者に科さなければならない。これに反して、可罰性の客観的条件は、例えば、91条の喧嘩における重い傷害又は死亡、

図 表5



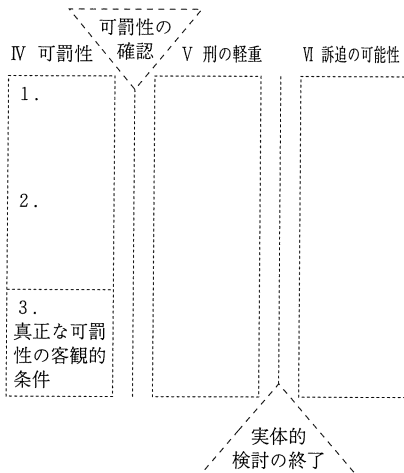
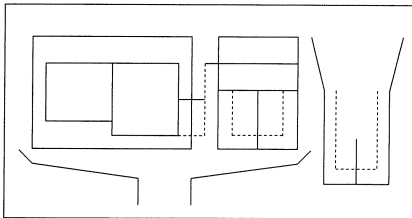
103条の外国勢力への引き渡しにおけるオーストリア国民やオーストリア国内に滞在しているもの、178条の伝染病による人に対する故意の危害行為における届出義務又は通知義務、274条の治安妨害において示されている暴行が為されるに至った事実及び287条の「酩酊行為 (Rauschtat)」の遂行のように、もはや散発的にしか存在しない。

その背後には、特定の態様はその抽象的危険性の故に刑を科す、ただし、特定の態様が侵害に具体化した場合に限定してのみ刑を科すのだという考え方(例えば、287条のように)、あるいは、例えば、318条のように、さらに可罰性は一般的に(限定的に)特定の外部的事情が存在するかどうかに関係するんだという考え方のいずれかがある。

2. 許容性 (Zulässigkeit)

可罰性の客観的条件を適用することに対して提起された反論、すなわちこれは責任主義を侵害するのではないかとの反論は、今日、通説が特別な事案にだけ限定して適用するため、もはや当てはまらない。この種の非難は、場合によってはそのような条件が刑を基礎づける性格あるいは刑を加重する性格を有する

III 責任



とき、正当といえるだろう。それに対して、それらが限定的に作用する限り、解釈論的に疑問はなく法政策的に意味がある（イエシエック、ロイカウフ＝シュタイニンガー、なお、ロイカウフ＝シュタイニンガーは、すべての客観的条件を「純粋な刑の限定事由（reine Strafeinschränkungsgründe）」と考えている）。しかし、可罰性の客観的条件は刑の限定に役立つにすぎないという見解は、（ここでも同じように）可罰性の客観的条件の一部が不法を構成するものと考えられるとき、詳細に基礎づけることができるのである。何故かという、その場合、責任非難はこの条件の発生に及ぶ必要はないということは、すぐに理解できないからである。

これを基礎づけるための出発点は、原則的には、どのような態様を罰するかを決める立法者の無制限な権限であり、また特定の指導原理を通じてのみ限定された権限である。したがって、可罰性の客観的条件が法規に根拠をもっている事案において、立法者がこれらの規定を成立させるにあたって、立法者は態様それ自体を罰するか、可罰性の特定の客観的条件が生じている事案に対してのみこれを限定して罰するかの選択をしたのである。立法者が後者の可能性を決定した場合、そこに責任主義違反は全く見られなかったはずである。したがって、287条では、故意又は過失により自ら招いた酩酊（Sich-Berauschen）すべてに刑が科されているのではなく、行為者が（さらに）帰責無能力の状態になれば「重罪又は軽罪としての責を負わされたであろう」以降の行為を招いた酩酊（Rausch）だけに（限定して）刑が科されているのである。

すなわち、立法者が関係者（Betroffen）の利益を図って限定を決定したということに関して、責任主義からでてくる疑問は少なくとも相当に和らぐのである。ただ問題点は、例えば、完全なる酩酊のように、当該犯罪行為は法の支配下にある者（Rechtsunterworfenen）が客観的条件を発生させなければ一般的に当罰的なものとは考えられていないということである（マウラッハ＝ツイップ）。したがって、イエシエックは、この種の条件を「ヴェールで覆われた刑罰を基礎づける所為事情（verschleierte strafbegründende Tatumstände）」あるいは「偽装された刑の加重事由（verkappte Strafschärfungsgründe）」

と名づけた。

II. 犯罪構成における意義及びその地位

1. 二面性

犯罪構成において可罰性の客観的条件すべてを統一的に制序することは、この条件が同種の成員によって構成されているグループを全く形成しないために、困難である。むしろ、それらの条件は真正なものと不真正なものに分類される。何故なら、それらのうち若干の条件だけは所為の不法に対して全く重要でないものであり、したがって、この条件だけが可罰性の真正な条件を具体化するからである。それに対応して、客観的条件は、犯罪構成上、様々な個所で制序される。不法とともに構成する不真正な条件は、付属物として (als Annex) 構成要件に属する。何故なら、それを確認するのであれば、違法制判断を下すことはできないからである (キーナップフェル、ウェッセルス)。それに対して、可罰性の問題だけが関係する真正な条件は、体系上、処罰阻却事由に属する。けれども、ノヴァコフスキーやクラウゼは、「責任の後に (hinter der Schuld)」可罰性の客観的条件を制序する。

(1) 可罰性の真正な客観的条件は、刑法典にはごく僅かしかない。そのような条件は、例えば、318条2項の外交関係の維持及び相互主義の保障並びに318条3項のオーストリア共和国が当該国際組織に属していることである。224条の特別に保護されている文書の偽造の場合、可罰性を高める真正な客観的条件は、法規又は国際協定により内国の公文書と同等とされている場合の外国の公文書である。

(1) 可罰性の真正な客観的条件は、独自の不法内容も責任内容も有せず、立法者が予定する可罰性だけを制限するのである。したがって、その条件は、図表5では、犯罪構成における最初の三つの検討段階の後にある、すなわち所為像に該当し、違法でかつ有責な態度を前提とするのである。しかし、立法者の明示的な意思によれば、それだけで可罰性を満たすこの態度は、次の前提条件

すなわち客観的条件が存在する場合に限って、罰しなければならないことになる。

すなわち、たとえ318条2項及び3項の前提条件が処罰するために存在しない場合でも、所為は、構成要件に該当し、違法でかつ有責な他国に対する反逆罪的な攻撃である。ただし、その場合には、所為を罰してはならない。

それに対して、特別に保護されている文書の偽造の場合、なる程所為は224条では罰されないが、223条では罰される場合がある。何故なら、ここでは、条件は、処罰範囲を高くした (nach einem erhöhten Straffrahmen) 処罰するための前提条件にすぎないからである。

(2) 可罰性の真正な客観的条件と訴訟条件との相違は、訴訟条件は可罰性の実体的前提条件ではなくて、訴追可能性の形式的な前提条件を現すという点にある。可罰性の真正な条件は、犯罪構成上、その側で「消極的に定義づけられる可罰性の客観的条件 (negativ formulierte objektive Bedingungen der Strafbarkeit)」だけを現す処罰阻却事由と同等とされているのである。処罰阻却事由の内部で、可罰性の真正な条件は物的処罰阻却事由に数えられる (ロイカウフ＝シュタイニンガー)。何故なら、その条件が存在しないならば、関与者全員を無罪とするのに対し、人的処罰阻却事由は、そのような事由が存在する行為者にだけ刑を免除 (Straffreiheit) するからである。

(2) 第二のグループは、可罰性の不真正な客観的条件を構成する。なる程オーストリアの文献では、この分類は用いられていない。しかし、ドイツ連邦共和国では、一部の学説は、所為の不法を (ともに) 決定する条件も存在する、とここで同じように主張している見解を前提としている (例えば、イエシェック、ティーデマン)。

刑法典における可罰性の最も重要な不真正条件には、次のようなものがある。

- 91条の喧嘩における他人の重い傷害又は死亡
- 274条の治安妨害における法規に詳細に示されている暴行
- 286条の意味での「刑を科されている行為の阻止の懈怠」における1年を

超える自由刑が科されている犯罪の未遂又は既遂

- 287条の自ら招いた完全酩酊における「このような状態になれば重罪又は軽罪としての責を負わされる」行為を行うこと

(1) この種の事案において、客観的条件を実現することが不法を（同時に）構成するという見解について、二つの理由をあげることができる。

① 法律上の若干の規定では、可罰性の客観的条件と当該犯罪のそれ以外の所為像のメルクマール（特に、行為及び場合によっては結果）との間に物的関連が存在しなければならない、ということを確認することができる。したがって、これらの事案においては、条件が存在するだけでなく、さらにその条件とそれ以外の所為像のメルクマールとの間の因果的結びつきもまた要求されるのである。

例えば、91条の喧嘩の場合、（行為者がそれに参加していなくても）攻撃若しくは殴り合い自体が重い傷害あるいは死亡に対して原因とならなければならないことになる（ロイカウフ＝シュタイニンガー）。287条の場合、この関連は、所為の時点での帰責能力が酩酊によるのと同じように排除される必要があるという点にある（ロイカウフ＝シュタイニンガー）。

この種の事案において、（別の）不法のメルクマールと密接に結びついているために、そのような客観的条件の意味は所為の不法内容に対して最初から否認してはならないのである。

② 客観的条件を含んでいる多くの規定は、刑法上の不法にとっては客観的条件それだけで十分であるとは考えられない態度を規定するのである。なる程自ら招いた酩酊と同様に喧嘩に参加することには、91条若しくは287条の法定の所為像でそれを規範化しているために、一定の無価値たる性質（gewisser Unwertcharakter）があるのである。けれども、これらの態様は、それだけでは、当罰的不法の領域でその態様に現れる無価値を高めるのに適当ではない。さらに、自ら招いた酩酊の場合、態度の社会的無価値だけでは解決出来ないものである。

例えば、喧嘩に参加する場合、当罰的な不法を最初に基礎づける不真正な客

観的条件の機能は、実際に、殴り合いそれ自体は必ずしも犯罪構成要件を充足するものではないということから明らかになる。通常、それに参加した者は、なる程83条若しくは88条の意味での故意による傷害又は少なくとも過失による傷害を実行していることになる。しかし、91条は、刑事政策的諸理由から、まさしくこれらの人物の範囲を超えて、83条若しくは88条により処罰される態様の限界下にある態様もまた刑法的に捉えなければならないのである。おまけに、91条は殴り合いの危険性を高めているために、重い傷害あるいは死亡を引き起こしたのは参加者のうちの誰なのか解明することのできない事案もまた捉えようとしているのである。

287条の場合、酩酊することだけ (das Berauschen allein) を一法の支配下にある多数の者の法意識と反対に一法律的に不法を理由づけるものとして根拠づけるのは疑問である。なる程、立法者がある態度を可罰的なものと宣言するのを命じられているものと考えるとき、この態度を可罰的なものと宣言することは立法者にとっては原則上自由である。しかし、287条の事案では、立法者がこの可能性を使用しようとしたならば、彼は間違った知識を与えられていたことになる。何故かという、犯罪的不法の前段階でアルコールの濫用を阻止すべき一般的な酒類製造販売禁止規定 (Prohibitionsregelung) は、社会秩序にとって有益であるというよりもそれを乱すことになろう。

③ さらに、部分的に処罰範囲は、何によって客観的条件は具体的に実現されるのかという解答しだいであるということによって、不法に対する不真正な条件の意義は明らかになる。

だから、287条による有罪の言い渡しの場合の上限は、酩酊状態において行われる犯罪にに対する法定刑 (Strafdrohung) により定まるのである (その上限が287条の下に存在する限りにおいてである)。次に、実務は、(例えば、酩酊中に行われた謀殺の場合のように) この本来的な処罰範囲が287条の処罰範囲の相当上にあるとき、287条の処罰範囲をできるだけ利用する傾向にある。しかし、刑の量定は行為者の責任に即応し、さらに所為を通じて実現されている不法に即応していなければならないので、より高い刑は不法の高い分量 (ein

höheres Strafe an Unrecht) を示唆する。それ故に、287条1項後段 (§ 287 Abs 1 zweiter Satz) 及び上で述べた実務は、可罰性の不真正な客観的条件を不法に制序するときに限って、正当化されることになる。

(2) 可罰性の不真正な客観的条件を不法に制序することは、これを図表5においてIのナンバー3として位置づけることであり、また、構成要件該当性と同様に、その条件に現れる不法部分は違法性に関して徴表作用 (Indizwirkung) をなすということである。

(3) 可罰性の不真正な客観的条件は、ある一定の意味で、超過的内心的傾向と対をなすものである。すなわち両者は所為の不法に影響を与えるのである。客観的条件は不法を純粹に客観的に構成する。したがって、特に、客観的条件はこれを故意に包含する必要はない。逆に、超過的内心的傾向は純粹に主観的なメルクマールであり、行為者の表象に関係づけられたものである。したがって、超過的内心的傾向の場合、この表象がすでに(客観的に)現実化していたかどうかは重要でない。

(4) すでに上で述べたように、可罰性の不真正な客観的条件のある種の実現は、刑の量定の段階でも重要となる。この点で、刑の量定(V)に対する長方形もまたそれ相応に長くしなければならなかった。

2. 責任連関から切り離された帰結

(1) 行為者の帰責能力は、(不真正な条件が責任の前で検討されるにもかかわらず) 一般的に可罰性の客観的条件に及ぶ必要はない。実践的には、この規定、例えば、91条に関する規定は、喧嘩に参加した者が自ら参加した後にはじめて帰責無能力になったが、それは条件が発生する前であったとき、可罰性は認められる (die Strafbarkeit nicht entfällt) ということである。

(2) 通常的事案で、行為者は自ら不法の意識をもって所為の不法全体を一括して把握しているかあるいは少なくとも把握することができなければならない。それに対して、立法者の明示的な意思によれば、真正な客観的条件と同様に不真正な客観的条件は、不真正な客観的条件が所為の不法を同時に構成するにも

かかわらず、これを不法の意識によって把握してはならないのである。したがって、不法の意識に反映する長方形ⅠとⅡ（構成要件該当性と違法性）は、この特殊性を特徴づけるために、構成要件に関する付属物として特徴づけられる不真正な客観的条件の正方形（Quadrat）に拡大しなくてもよかったのである。

（以下次号）