

〔論 説〕

主観的帰属の問題としての択一的故意と重疊的故意の区別¹⁾

ヤン C. ・ イェルデン*

佐伯和也(訳)**

I. 重疊的故意

通常、刑法における行為者は、構成要件該当行為を実行する場合、自らの表象を1個の犯罪実現に関係づけている。例えば、AがBの腕を故意に殴るような場合がそうである。この場合、Aは、傷害の構成要件(ドイツ刑法第223条)を充足する事情を実現することを表象している。その他の諸構成要件、及びそれらの実現は、このような事例において問題とはならない。

しかし、行為者Aが、同一の行為を実行する場合に、1個の構成要件のみではなく、2個の、あるいはそれより多くの構成要件を充足する事情を認識している場合も存在する。本報告、そして以下では、紙幅等の諸理由から、まさに2個の構成要件の実現が問題となる事例状況に限定したい。例えば、次のような場合がそうである²⁾。Aは散弾銃でもってBとCに向けて1発の銃弾を撃ち、そのとき、行為者は1発の銃弾でもってBもCも撃ち殺すことを確信していた。この場合、言い換えれば、行為者は、自らの1個の行為によって、殺人の構成要件(ドイツ刑法第212条)を充足する事情を2度実現することを、つまり、重疊的に、すなわち、同時にまさに同一行為によって、認識している。

ところで、これらの場合において故意の帰属が問題であるとしても、周知の如く、それは刑法において重要な問題ではない。行為者Aには、単純に2個の故意が帰属される。つまり、上述の事例においては、殺人の故意が、2度帰属される。その上で、その者の処罰は、実際に、故意が

編集部注 * ドイツ・ヴィアドリナ欧州大学教授。

** 関西大学法学部教授

- 1) 本稿は、私が、山中敬一教授(関西大学大学院法務研究科)の招待に基づいて、2012年10月3日、大阪の関西大学において行った報告の原稿に若干の脚注を補足したものである。私は、同輩の山中敬一教授に対して、招待、手厚いもてなし、並びに講演会、さらにその後の有意義な討論に参加してくれたことに感謝致します。そのときの報告様式は、ほぼそのまま維持されている。原稿は、部分的に、次の私の2件の公表論文を基礎にしている。Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz. Zugleich eine Grundlegung zum Problem des dolus alternativus, ZStW 95 (1983), 565 ff. und Logik im Recht, 2. Aufl., Heidelberg 2010, S. 31 ff. 最後に、私は、本報告の日本語への翻訳について、佐伯和也教授に感謝致します。
- 2) もちろん、問題となっている犯罪構成要件の一方に関して、あるいは両方に関して直接的故意が存在せず、むしろ未必の故意のみしか存在しないことによって、これらの事例状況と区別される別の重疊的故意の事例状況も考える。この点について詳しくは、Joerden, Logik im Recht, a. a. O. (前掲注1), S. 48 ff. 及び第8章以下。

実現されたかどうかによる。行為者がBとCを撃ち殺した場合、(同種の)観念的競合(ドイツ刑法52条)の関係にある2個の殺人罪のかどでその者は有罪とされなければならない。行為者が2人の被害者のうち1人のみを撃ち殺した場合、殺人既遂と殺人未遂の責任をその者は負う。そして、行為者が完全に撃ち損ねた場合、2個の殺人未遂のかどでのみその者は責任を負う。すべての場合において、それぞれ再び観念的競合の関係にある。

II. 問題としての択一的故意

重疊的故意の事例状況には、通常の帰属の原則が妥当するだけで、特に問題はない。しかし、択一的故意の場合は、争われており、状況は異なっている。この場合も、行為者は、2個の犯罪の実現に自らの表象を関係づけているが、もはや重疊的ではなく、むしろ択一的に関連づけている。

例えば、次のような場合がそうである。ハイジャック犯人Lが、国内便飛行機をハイジャックし、他国に飛行させようとした。そこで、彼は、操縦士Pと副操縦士Kをピストルで脅し、その者たちに強制的に航路変更をさせようとしたときに、—自動操縦に切り替えて—これら2人の者が突然席から立ち上がって、Lを取り押さえようとLに近づいた。それ故、Lは、Pか、あるいはKを撃ち殺そうという認識において、2人に向けて銃弾を発射した。彼は、自らの発砲によって2人が死ぬ可能性があることを排除していた。彼は、そうするつもりも全くなかった。なぜなら、そうでなければ、飛行機には操縦できる専門家がいない状態となり、飛行機は無事に着陸することができなくなり、彼自身も命を失うことになるからである。

この場合に、Lに2個の殺人の故意が帰属されなければならないと言うことは、重疊的故意の場合ほどそう容易なことではない。なぜなら、Lは、2人の者(操縦士、かつ副操縦士)を殺害することをまさに排除しているからである。むしろ、彼は、2人のうちの1人のみを殺そうとしている。当然、この場合に、彼が表象していたことと異なったことも起こりうる。例えば、行為者が銃弾を発射したとき、PとKが偶然にも相前後して立っていて、2人が—Lの予期に反して—殺害される可能性も生じうる。また、Lが撃ち損じて、PもKも死亡しないということもありうる。したがって、全部で、次の4つの考え得る事例のバリエーションとかわりをもつことになる。つまり、(1)PとKが死亡した場合。(2)Pのみが死亡し、Kは生き残った場合。(3)Kのみが死亡し、Pは生き残った場合。(4)PもKも生き残った場合。

III. 択一的故意事例を解決するための2つのテーゼ

さて、それぞれ4つのバリエーションをもった択一的故意のこれらの事例について、どのような故意帰属が行われるべきなのかが、争われている。その場合、2つの主たる見解グループが、本報告では、「第1テーゼ」と「第2テーゼ」と呼んで、区別されうる。第1テーゼは、それぞれの場合において、行為者に2個の故意が帰属されなければならないことを主張する。それに対し

て、第2テーゼは、1個の故意のみが行為者に帰属されてもよいという見解である。なぜなら、その者は、最大でも1個の犯罪のみを実現しようとしていたからである。

1. 第1テーゼについて：2個の故意が帰属されなければならない

最初に、2個の故意が行為者に帰属されなければならないとする第1テーゼを検討しよう。このことは、上述のハイジャック犯人事例における第1のバリエーションにおいて、つまり、PもKも殺害された場合において、行為者は2個の殺人のかどで責任を負うことになるであろう。第2のバリエーションにおいて、つまり、Pのみが死亡し、Kは死亡しなかった場合において、Lは、殺人既遂と殺人未遂のかどで処罰されることになるだろう。第3のバリエーションにおいて、つまり、Kのみが死亡した場合もこの場合と同様である。最後に、第4のバリエーションにおいて、PとKに対する責任として2個の殺人未遂罪が認められる。これらすべては、択一的故意の場合、2個の故意が帰属されなければならないというテーゼの帰結である。

しかし、このテーゼに賛成しえないところが存在することは、行為者が重疊的故意をもって行為した類似事例の解決と比較すれば、認識することができる。なぜなら、この場合も、まさに、2個の故意が帰属され、その結果、本報告で上述した択一的故意の事例の4つのバリエーションに対する判断結果は、重疊的故意の場合と完全に一致するからである。このことは、重疊的故意の場合における行為者が、2人（Bと同時にC）を撃ち殺すつもりであるのに対して、択一的故意の場合における行為者は、2人のうちの1人（PあるいはK）のみを殺害しようとしているという理由から既にほとんど納得のいくものではない。

ところで、択一的故意の場合に2個の故意を帰属しようとする学説のある見解は、この問題を完全に認め、そして重疊的故意の事例との区別において、択一的故意の場合には（単に）2個の未必の故意を帰属すべきことを提唱している³⁾。このことは、（例えば、上述のハイジャック犯人事例における）行為者は、いずれにせよ、Pが死ぬことをあり得ると考えていたし、また行為者はKが死ぬことをあり得るとみなしていたがゆえに、正当でもあるという。さらに、未必の故意の帰属にとっては、周知の如くおそらく通説的な見解によれば、行為者が構成要件実現をあり得ると考え、その結果発生を甘受しているということ十分だからである。

しかし、この見解は説得的でない。なぜなら、この見解は、択一的故意内部における2個の未必の故意が「相互依存的に条件づけられていること（wechselseitige Bedingtheit）」を考慮していないからである。ハイジャック犯人事例における行為者が、Pに当たることがあり得ると考えているときには、行為者は、この瞬間において、Kを殺害することを認識しておらず、逆の場合もそうである。したがって、2個の未必の故意の帰属によっても、択一的故意をもって行為する者は、結局、2個の行為客体のうちの1個のみを殺害しようとしており、2個の行為客体を殺害しようとしているわけではない——さらに、2個の行為客体を殺害することをあり得るとも考えて

3) 例えば、Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., Berlin 1991, 8/33参照せよ。

いない——という批判から逃れることはできない⁴⁾。このことは、ハイジャック犯人事例においても、ハイジャック犯人の利益事情をもう1度詳細に考えるならば、まったくもって明らかであろう。確かに、彼はPが死に至ることを是認しているし、また、(代わりに) Kが死に至ることも是認しているとは言い得るが、彼は、Pと同時にKを死に至らすことを是認しているとは決して言えない。なぜなら、飛行機を安全に着陸させることができる技能のある者が完全に居なくなれば、彼自身も生き延びることができないことになるからである。

ところで、択一的故意の場合に2個の故意が帰属されるべきとする上述の見解を主張する者の中には、上述の問題——特に、行為者の予期に反して、1度で、実際に2個の犯罪が客観的に実現された場合——について、競合の段階において結論の修正を提唱する見解が存在する⁵⁾。その場合、行為者に対して、2個のうちの1個の殺人罪のかどでのみ有罪判決が下されることになる。

しかしながら、この見解は、明らかに主観的構成要件の段階での帰属問題を、競合の段階へ、最終的には、量刑の段階へ先送りするという理由から既に否定されなければならない。この見解のように考えるならば、犯罪体系の異なった段階に位置付けられるすべての問題は、本来的に等しく、量刑の問題であると宣言することができるであろう。構成要件該当性、違法性、そして責任の段階における非常に骨の折れる区別作業は、このようにして、量刑の問題となるであろう。

このようなやり方は、とても簡単なように思えるかもしれない。それにもかかわらず、この場合、量刑に対する詳細な基準を展開しなければならず、そして択一的故意の問題は、——単に異なった装いにおいて——回避できない緊急性をもって再び生じることになるであろう。したがって、択一的故意の問題は主観的な帰属の問題として、真剣に取り組みなければならないもので、例えば、納得のいかない帰属の決定をそこで——体系的に適切でない場所で——修正するために、競合のところに簡単に先送りしてはならない。

それ故、択一的故意の場合に2個の故意を帰属する解決提案は、そうすることによって重疊的故意との差異が不当にも失われるという理由から説得的ではない、と要約することができる。ところで、連邦裁判所も、次のような事案に関係した時に、直感的にそのことを認識した⁶⁾。自動車運転者が、本報告では特に重要ではない諸理由から、複数の歩行者の集団に向けて、これらの者を「散らす (auseinanderspritzen)」ために、突っ込んでいった。その際、行為者は、1人(そして、1人だけ)を傷害する可能性があるということを出発点としており、実際もそのことが起こ

4) この点に関して、*Jakobs* は、a. a. O. (前掲3), 注73において、そのような場合、「量的錯誤の一般原則が負責 (Haftung) を限定する」と述べてはいるが、妥当でない。なぜなら、「量的錯誤に関する一般原則」の適用は、少なくとも、あるもの、すなわち「量的錯誤」の存在を前提としているからである。しかし、2個の未必の故意が帰属されるべきとするテーゼの主張者は、このことをもはや確定することはできない。なぜなら、その者は、両方の構成要件の実現に関する行為者の故意を既に帰属しており、そしてまさにこの構成要件実現は客観的にも生じているからである。したがって、錯誤の概念をまさしく構成する、実際の事情と認識された事情との齟齬という条件が、最初から欠けることになる。

5) 例えば、*Sternberg-Lieben*, *Schönke/Schröder*, StGB, 28, Aufl., München 2010, § 15, Rn. 91 及びそこに挙げられている文献を参照せよ。

6) BGH JZ 1990, 297 (*Joerden* の批評付き) 参照。

った。いずれにせよ、集団のどの者を傷害するかを、その者は考えていなかった。

連邦裁判所は、「択一的故意」という表現を用いしなかったが、この場合に、択一的故意の構造をもった場合が問題となっているということは明らかである。なぜなら、自動車運転者は、明らかに、P1か、P2か、あるいはP3等を傷害しようとしているが、しかしこれらの者すべてをまとめて傷害しようとはしておらず、まさに最大でそれらの者の1人のみを傷害しようとしていたからである。連邦裁判所は、それ故、この決定において、ドイツ刑法第223条、224条による1個の故意による危険な傷害のみを出発点としている。択一的に表象された2個の犯罪の場合には、2個の故意が帰属されるという上述の見解に連邦裁判所が従うならば、連邦裁判所は、この場合には、それに応じて、行為者が傷害する可能性を認識していた集団にいた人々、その人数と同じだけの、非常に多くの故意を帰属しなければならなかったであろう。したがって、100人の場合、連邦裁判所は、1個の故意による既遂の危険な傷害と99個の危険な傷害未遂という刑法上の帰結に至らなければならなかったであろう。正当にも、連邦裁判所は、1個の故意による既遂の危険な傷害のみを有罪判決の基礎に置くことにより、このとんでもない結論を採用しなかった⁷⁾。

2. 第2テーゼについて：1個の故意のみが帰属されなければならない

以上によって、上述において論じられた第1テーゼに反対する見解がより優れているように思われる。この第2テーゼは、重疊的故意の諸事例との正当化しえない平等な取扱いを回避するために、択一的故意の場合に対して、2個の考慮に値する故意のうちの1個のみを行為者に帰属することを主張する。そのことにより、では、2個の故意のうちのどちらが考慮されるべきなのかという問いが、当然にも、直ちに提起されうる。この問題に答えることは、—例えば、上述のハイジャック犯人事例のように—2個の同価値の故意が問題である場合、比較的容易である⁸⁾。この場合、私は、同一犯罪に向けられている故意、例えば、ハイジャック犯人事例におけるそれぞれドイツ刑法第212条による殺人（一方では、操縦士Pに対する罪、他方では、副操縦士Qに対する罪）に向けられている故意というものを想定している⁹⁾。なぜなら、このような事例において、2個の殺人故意のどちらが帰属されるかは、刑法上の結論にとって等しく妥当なことだから

7) その他、このことは、択一的故意の諸事例において、結果が生じている側にそれぞれ故意が帰属されるということの意味しない(このテーゼへの批判について、後述のVのところを参照せよ)。むしろ、判決は、「より重い刑法上のパースペクティブ」に相当する故意の方が行為者に帰属されうる原則を(暗黙のうちに)適用していることを意味する。そして、同じ犯罪構成要件に関する複数の未遂犯と1個の既遂犯との間での「選択」の場合には、そのことはもちろん後者である。

8) その他、そのような状況において、行為者に(未必の故意のみではなく)直接的故意を帰属することに何の問題もない。なぜなら、行為者はドイツ刑法典第212条による犯罪を実現することをまさに確信しているからである。この点について詳しくは、Joerden, *Dyadische Fallsysteme*, Berlin 1986, S. 133, Fn.66; Schmitz, *ZStW* 112 (2000), 301 ff.; S. 324 ff.

9) 同様のことは、問題となっている構成要件は確かに同一ではないが、非常に類似の犯罪(例えば、一方では、ドイツ刑法典第249条の強盗、他方では、ドイツ刑法典第253条、255条の強盜的恐喝)に関係している諸事例において存在する。

らである。

それに対して、行為者によって認識された2個の犯罪が刑法上異なって評価されている択一的故意の事例が問題である場合、困難となる。まず、次のような事例がそこに属する。非常に騒音に神経質な家主Hは、隣の庭の茂みにおいてたまたま騒音を耳にした。その者は憤激して、ちょうど散弾銃を携帯していたので、隣人の息子を撃ち殺すか、あるいはその者の犬を撃ち殺すかという表象において、茂みに向けて1発の銃弾を発射した。両方(子供とともに犬)が茂みに居て、両者を撃ち殺す可能性があることを、Hは銃での発砲の時に認識していなかった。再び4つの事例のバリエーションが考えられる。(1)隣人の息子と犬が偶然にも一緒に茂みの中に座っていて、銃撃によって両者が死亡した。(2)隣人の息子のみが殺害され、犬はそこにおらず、それ故生き残った。(3)犬のみが殺害され、隣人の息子はそうならなかった。(4)両者は全くそこに居なかったので、茂みにおける騒音は、隣人の息子によって惹き起こされたものでも、犬によって惹き起こされたでもなく、それ故、息子も犬も生き残った。

この例で明らかになるのは、刑法的評価において択一性が著しく異なっている択一的故意の事例状況が存在していることである。この事例において、一方では、ドイツ刑法第212条における殺人、すなわち隣人の息子の殺害に関しての殺人と関係している。そして、他方では、隣人の犬の殺害との関係において、ドイツ刑法第303条における単純な器物損壊が問題となっている。これらの2個の犯罪は、刑法上の評価において著しく異なっている。ドイツ刑法第212条による殺人は、最低刑が5年であるのに対して、ドイツ刑法第303条による器物損壊は、最高刑が2年であるにすぎない。したがって、今論じている、択一的故意に関する第2テーゼに対しては、この見解がまさに主張していることではあるが、考慮に値する2個の故意のうちの1個のみが帰属される場合、では一体どちらの故意が帰属されるべきなのか、という厄介な問題が提起される。殺人の故意なのか、あるいは器物損壊の故意なのか。

IV. どちらの故意が帰属されるべきか。第2テーゼに関する3つのサブテーゼ

この問いに答えるために、文献において3つの異なる提案がなされている(本報告では、「サブテーゼ」と呼ぶ)。

1. 第1サブテーゼについて：結果依存的な故意帰属

1個の故意のみを帰属するというテーゼに関する第1サブテーゼは、結果が生じた、ないしは、正確には、当該犯罪の客観的構成要件が充足されている側の故意が帰属されなければならないというものである¹⁰⁾。このことは、事例における隣人の息子のみが殺害された、第2の事例バリエーションでは、殺人の故意が帰属されなければならないということの意味する。したがって、故意による既遂の殺人罪のかどでのみ処罰される。それに対して、第3のバリエーションにおけるよ

10) 例えば、Metzger, LK, 8. Aufl., Berlin 1957, § 99, 21e 参照せよ。

うに、隣人の犬のみが殺害された限りでは、したがって、器物損壊の故意のみが帰属されなければならず、そして行為者は、故意による既遂の器物損壊のかどでのみ処罰されるにすぎない。この最後の結論は、Hが隣人の息子を殺害する可能性をもいづれにせよ計算に入れていたことを、その場合完全に考慮しないという理由からも、問題であるように思える。

この見解の価値的な問題性を度外視するとしても、しかし、この見解は体系的観点においても説得的ではない。なぜなら、両行為が客体が、それ故、隣人の息子と犬が死亡に至った事例の第1のバリエーションにおいて、どのように決定されるべきか、この見解は何も言うことができないからである。なぜなら、一方で、1個の故意のみが帰属されるべきだとし、そしてこのことはどの結果が生ぜしめられたのかに依存しているとするならば、第1の事例バリエーションにおいて、両方の犯罪が結果に至った場合に、どちらの故意が帰属されなければならないのか、この問題から決定を下すことはできないからである。同様に、第4の事例バリエーションにおいて、隣人の息子も犬も殺害されなかったという理由で、まったく結果が生ぜしめられなかった場合も、ほとんど決定基準をもたない。さて、この場合、殺人未遂、あるいは器物損壊未遂が存在するのだろうか、それとも何の未遂も存在しないのだろうか。

このサブテーゼによって説得することができないことは、実際、第1及び第4の事例バリエーションのための決定基準をもたないという点にのみあるというわけではない。むしろ、それは古典的な欠陥であって、主観的な帰属の問題を客観的な構成要件の実現に依存させるという点に存在する。主観的構成要件該当性は、行為者の表象の世界によって満たされ、それに対して、客観的構成要件該当性は、客観的な世界を表している。両者は一致しうる、すなわち故意による既遂の場合がそうであるが、しかし行為者の錯誤の場合がそうであるように、必ずしも一致するとは限らない。消極的な錯誤（不認識）は、場合によって、過失犯に導き、積極的な錯誤（誤った認識）は、場合によって、未遂になる。しかしいづれにしても、客観的世界と主観的世界は、一方が他方によって決定されるというように相互に依存していない。同様に、したがって、2つの帰属判断も、すなわち客観的、及び主観的な帰属判断も、相互にほとんど左右されてはならない。

2. 第2サブテーゼについて：より軽い非難に関する故意帰属

以上により、問題解決のための第1サブテーゼは、適当でないものとして除外される場合、択一的故意の場合には、1個の、しかも1個のみの故意が帰属されうるとする第2テーゼのうちの2つのサブテーゼが、まだ残っている。ところで、この2つのサブテーゼの一方は、常により軽い刑法上の非難が基礎に置かれなければならない（「第2サブテーゼ」）と主張するのに対して、他方の残りのサブテーゼ（「第3サブテーゼ」）は、常により重い刑法上の非難の方を適用することを提案している。

騒音に神経質な家主の事例では、常により軽い非難（この場合、それ故、器物損壊の非難）を基礎に置くサブテーゼは¹¹⁾、4つの事例バリエーションにおいて、次のような結果となる。第1の

11) この意味において、例えば、Lampe, NJW 1958, 352 f.

バリエーションにおいて、つまり、隣人の息子とともに犬が殺害された場合、故意による既遂の器物損壊が前提とされるであろう。息子の殺害は、それとともに、ドイツ刑法第222条による過失致死としてのみ考慮されうる可能性がある。隣人の息子のみが殺害された第2のバリエーションでは、犬に対する未遂の器物損壊、そして場合によっては息子の過失致死のかどで処罰しうるのである。犬のみが殺害された第3のバリエーションでは、それらに準じて、故意による器物損壊によってのみ、そして、両行為客体に全く当たらなかった第4のバリエーションでは、行為者は未遂の器物損壊によってのみ、処罰されるであろう。

3. 第3サブテーゼについて：より重い非難に関する故意帰属

これに対して、その他の残ったサブテーゼは、より重い刑法上の非難（ここでは、それ故、殺人のそれ）を意味する故意のみを、それぞれの場合に帰属する故に、次のような帰結に至るであろう¹²⁾。第1のバリエーションにおいて、つまり、息子も犬も死亡した場合、このサブテーゼにより、Hを故意による既遂の殺人のかどで処罰することになろう。構造的に、さらに加えて、過失の器物損壊が考慮に値するが、—少なくともドイツ法によれば—これは処罰されていない。隣人の息子のみが死亡した、第2の事例バリエーションでは、故意による殺人既遂のかどで処罰されるであろう。犬のみが死亡した第3のバリエーションでは、Hは未遂の殺人のかどで処罰されよう。それと並んで、—処罰される限りで—構造的には、過失の器物損壊での処罰が考慮に値するであろう。最後に、第4のバリエーションにおいて、つまり息子も犬も殺害されなかった場合、Hは未遂の殺人のかどで処罰されうるであろう。

V. より軽い、あるいはより重い非難に関する故意帰属？

さて、この2つのサブテーゼのうちのどちらが優位に値するのか、まだ明らかにされていないままである。より軽い非難を基礎に置くサブテーゼなのか、あるいはより重い非難を優遇するサブテーゼなのか？この問いに答えるためには、もう一度、体系的な努力が必要である。このために、私は、行為者の表象が1個の犯罪構成要件に関するにすぎない、私の説明の本当に冒頭の所で既に挙げたレベルにまで立ち戻って、議論を始めたい。私は、このレベルを「モノダのレベル (monadische Ebene)」と呼んでいる。なぜなら、ここでは、行為者の表象は、ある意味、1項関係的なもの (einstellig = monadisch) であり、まさしく行為者の表象は1個の構成要件にのみ関係しているからである。後に、私は、2項関係的な (zweistellig) 行為者表象に対して、言い換えれば、2個の構成要件が関係づけられている場合に、「ダイアダのレベル (dyadische Ebene)」という表現を用いるつもりである。しかし、まずは、行為者表象のモノダのレベルにつ

12) 基本的に、この第3のサブテーゼを支持しているのは、例えば、Schneider, GA 1956, 264; Schroeder, LK, 10. Aufl., Berlin 1980; Kühl, Strafrecht AT, 6. Aufl., München 2008, § 5 Rdn. 27a, b; Silva Sánchez, ZStW 101 (1989), 352ff.; Schmitz, ZStW 112 (2000), 301 ff.; さらに、Joerden, a. a. O. (前掲注1) も参照のこと。

いて。このことは、以下のように、図表で表すことができる。

1. 故意帰属のモナドのレベルについて

モナドのレベルの表

事態 A	1	2	3	4
有	+	+	-	-
無	+	-	+	-

この表において、+記号は、行為者が当該刑法上の事態 A、ないしは、この事態によって実現される犯罪構成要件の有・無を、あり得ると考えたことを意味している。それに対して、-記号は、行為者がこれをあり得ないと考えたことを意味している。したがって、この表の2の欄は、行為者が1個の犯罪構成要件の事情を実現することを確かなことと考えている直接的故意 (dolus directus) を表していることが明らかになる。なぜなら、ここでは、行為者は、A という事態の存在をあり得ると考えているが、同時にそれが存在しないことを行為者はまったく考えていないからである。要約すれば、行為者は犯罪構成要件が存在するであろうことを確信しているということはこのことは意味している。その際、確かに、直接的故意の第1段階と第2段階との通常なされる区別は、度外視される。なぜなら、ここでは、故意の認知的 (kognitiv) 要素のみが問題であり、意欲的 (voluntativ) 要素は問題とされるべきではないからである。

したがって、3の欄は、故意でないこと (Nicht-Vorsatz) を表している。なぜなら、行為者は、この場合、構成要件が充足されないことを確信しているからである。このような場合には、行為者に過失行為の非難がなされうる可能性がある。4の欄は、当該関係において、無視されうる。それは、論理矛盾を表している。なぜなら、この場合、行為者は、刑法的に重要な事態の有無を同時に排除しているからである——論理的に不可能である——。

それに対して、当該報告との関係において特に重要なのは、1の欄の所である。なぜなら、ここでは、一方で、行為者は犯罪構成要件の存在をあり得ると考えており、他方で、その不存在をもあり得ると考えているからである (それぞれが、+記号によって表記されている)。したがって、これは、行為者が犯罪構成要件の存在を単にあり得ると考えたにすぎず、しかし確かであると考えていない場合である。なぜなら、行為者はその反対の部分 (すなわち、不存在) もあり得るとみなしているからである。多くの者によって必要と考えられている意欲的な故意要素が与えられていると判断できる限りで、この状況において、未必の故意 (Eventualvorsatz (bzw. des dolus eventualis)) の事例として問題となる。

ところで、この1の欄の所で注目すべきは、刑法上の判断をする場合、明らかに2の欄の場合と評価結果において同置されるということである。なぜなら、1の欄の場合にも、2の欄の場合にも、故意が帰属されるからである——一方は、未必の故意で (1の欄)、他方は、直接的故意

(2の欄)。ところで、しかし1の欄の状況は、同時に、疑念をもっている (Zweifel) 状況でもある。なぜなら、この場合、行為者は、何が起るか確信しておらず、むしろ行為者は、結果が生じるか否かについて、疑わしい状況の中にいるからである。したがって、未必の故意の状況とは、当該刑法上重要な事態の存在について、行為者が疑いをもっている状況をいう。そして、行為者が疑念をもっている場合に、純粹に構造的に見れば故意を否定することも、すなわち3の欄の状況との同一視も考えられるのだが、刑法は、故意の帰属でもって対処している。

未必の故意としての1の欄における故意帰属の実質的な根拠は、行為者にその者が疑いをもっていること(も)それ自体責任を負わせるという点に認められうる。自らの行為によって犯罪構成要件を充足するか否かについて疑いの中にいる者は、状況が実際にどのような様子であるのか、自ら情報収集しなければならない。それにもかかわらず、その者が疑いをはっきりさせることなしに行為した場合、構成要件が実現されることを認識していた限り、行為者はそのことについて責任を負う。行為者には、故意が帰属される。法律上明示的に規定されている場合においてのみ、未必の故意と直接的故意の同一視は、例外的に、行われなことがある(例えば、ドイツ刑法第258条)。しかしながら、この例外的な場合について、本報告では、これ以上取り扱わない。

したがって、故意を帰属する場合のこの方法は、裁判手続における事実確定の場合における疑念を刑法上考慮する場合と構造上も異なっている。そこでは、周知の如く、「疑わしきは、被告人の利益に」(in dubio pro reo) という命題が妥当する。刑事手続の場合、疑わしい場合には被告人の有利に決定がなされるのは、この場合、憲法によって保障された無罪推定の故に、事実を解明する義務は国家の側にあるのであって、被告人の側にあるのではないからである。故意の帰属の場合、状況は異なっている。この場合、自らの行為事情に関する行為者の疑いは、その者の責任となる。なぜなら、行為者は、自ら行為する前にそれらを取り除き得たからである。

以上によって、ようやく択一的故意に関するどのテーゼが正当か、という問いへの決定に対する基本的準備が整った。より軽い刑法上の非難を基礎とするテーゼか、あるいは、より重い刑法上の非難を基礎とするテーゼか。さて、このために、択一的故意の構造に少し注目してみなければならない。択一的故意の場合も、疑いを抱いている構造がある。単なる(未必の故意の場合のように)刑法上重要な事態Aの有無間における疑いの構造ではなく、Aという事態の存在とBという事態の存在間における疑いの構造がある。

2. 故意帰属のダイアドのレベルについて

行為者の表象が2個の刑法上重要な事態に関係している、すべての考え得る事例状況を包括する表を用いることによって、最も良く、このことを明らかにすることができる。この表は、行為者の2項関係的な(zweistellig)、すなわちダイアドの表象を包括しているので、「ダイアドのレベルの表」と呼ぶべきものである。ところで、これは、哲学者ルートヴィヒ・ウィトゲンシュタインによって初めてこのような形態において『論理哲学論考』(1921)の中で要約されたのだが¹³⁾、

13) Wittgenstein, Tractatus logico-philosophicus, 1921, Nr. 5. 101.

命題論理（Aussagenlogik）の結合の表に基づいて描かれたものである。

ダイアドのレベルの表

事態 A	事態 B	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16
有	有	+	+	+	+	+	+	+	+	-	-	-	-	-	-	-	-
有	無	+	+	+	+	-	-	-	-	+	+	+	+	-	-	-	-
無	有	+	+	-	-	+	+	-	-	+	+	-	-	+	+	-	-
無	無	+	-	+	-	+	-	+	-	+	-	+	-	+	-	+	-

この表における関連点は、分かると思うが、刑法上重要な事態 A と B の有・無である。これらは、2 個の異なった犯罪構成要件 A と B を充足する。再び、+ 記号は、行為者が当該事態の有無をあり得ると考えていることを意味し、それに対して、- 記号は、行為者がこのことをあり得ないと考えていることを意味している。その場合、本報告ではすべてが重要というわけではないが、すべて意味があるものとして注釈を加えうる、それぞれが全く刑法上重要な、異なって構造化される事例を形成しうる、16 の異なる事例状況が純粋な組み合わせとして生じる¹⁴⁾。

例えば、8 の欄は、2 個の犯罪 A と B が実現されるということを行為者が確信している重疊的故意の場合を表現している。なぜなら、行為者はすべての他の可能性を排除しているからである。この場合、2 度、直接的故意が帰属されうる。さらに、1 の欄から 8 の欄までのすべての事例状況は、重疊的故意の場合であると確定しうる。すなわち、この場合、行為者は表の第 1 段における + 記号に基づき、2 個の犯罪 A と B が実現されることをそれぞれ少なくともあり得ると考えているからである。というのは、最初の 8 個の欄は、単に、それぞれ A ないしは B に関して直接的故意あるいは未必の故意が帰属されうるのでどうか、という点において区別されるにすぎないからである。いずれにしても、それぞれ 2 個の故意が帰属されうる——通常の重疊的故意の場合のように（例えば、1 の欄においては、2 度の未必の故意）。

本報告が詳細に考察してきた、争われている択一的故意の事例状況は、表の 10 の欄において見いだすことができる。これは、犯罪 A と犯罪 B 間におけるあれかこれか（Entweder-Oder）を表している。なぜなら、この場合、行為者は、表の 1 段目の - 記号に基づいて、2 個の犯罪が実現されることを排除しているからである。2 段目および 3 段目における + 記号に基づいて、しかしそれぞれの犯罪 A ないしは B は、単独で、それぞれ他の犯罪に関わりなく実現されることを行為者はあり得ると考えている。そして、4 段目における - 記号は、最終的に、行為者が 2 個の犯罪のどちらも実現しないことを排除していることを意味している（行為者がこのことをいずれにしろあり得ると考えている場合、択一的故意の場合をも表している 9 の欄の場合が存在する）。

さて、その場合、決定的なのは、10 の欄の 1 段目における - 記号である。なぜなら、これらの

14) この点について詳しくは、Joerden, a. a. O. (前掲注1)。

場合に、行為者は2個の犯罪を実現することをあり得るとはまったく考えていないことが明らかであるからである。同時に、したがって、択一的故意の事例状況も疑念の状況、詳しく言うと、行為者が疑いをもっている事例状況にあることが明らかになる。それ故、択一的故意の状況は、行為者が当該犯罪Aが実現されるのか否かについて疑いを抱いている未必の故意の状況と比較可能である。択一的故意の諸事例では、行為者の疑念が2個の異なる犯罪に関係しているにすぎない。つまり、行為者は、犯罪Aか、あるいは犯罪Bのどちらかを実現すると考えているが、両者を同時に実現するとは考えていない。

今となつては、未必の故意と択一的故意との間のこの構造的な共通性、まさに行為者の疑念に関する共通性を背景として、択一的故意の事例における行為者に2個の故意を帰属することはできず、むしろ1個の故意のみが帰属されうることも明らかとなる。さらに、行為者は自らの疑念に対して自ら責任を負うがゆえに、それぞれの場合のより軽い非難が基礎におかれてはならず、むしろそれぞれの場合のより重い非難が帰属の基礎とされなければならない。このことは、未必の故意と直接的故意とを故意の場合であるとして同一の評価をすることによって、この疑いを抱いている状況に対して、刑法がその時々より重いパースペクティブを同様に基礎においている未必の故意の場合と完全に一致している。それ故、結論として、1個の故意のみを択一的故意の場合に帰属する第2テーゼの3つのサブテーゼのうちのどれに優位が与えられるのかという問いにも答えることができる。すなわち、それは、より重い刑法上の非難に関しての故意の帰属を適切と考えるサブテーゼである。

以 上