

## 講演

# ドイツにおける未必の故意と認識ある過失の 限界をめぐる新たな議論

(トリアー大学法学部教授)

ティル・ツインマーマン\*

訳：小島秀夫

## 目次

- I. はじめに
- II. 法的基準
- III. 解釈論の根拠——一致点と論争点
  1. 一致点
  2. 論争点
- IV. 未必の故意と認識ある過失の限界
  1. 判例：心的事実としての意思的要素
  2. 学説：断念
  3. 認識的意思説
  4. 故意危険説（危険説）

---

\* 本稿は、2021年3月11日に大東文化大学大学院法学研究科講演会において実施された講演を翻訳したものである。ティル・ツインマーマンは、トリアー大学の刑事法講座を率いる新進気鋭の刑法学者であり、緊急権や汚職犯罪を中心に厚重な研究活動を展開している。近年では、新型コロナウイルスの爆発的感染状況下におけるトリアージを契約論の観点から考察しており（*Till Zimmermann*, Kontraktualistische Überlegungen: Auf welche Zuteilungskriterien würden wir uns unter dem „Schleier des Nichtwissens“ einigen?, Tatjana Hörnle/ Stefan Huster/ Ralf Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2021, S.221ff.）、そこでは単なる解釈論にとどまらない法哲学的プロジェクトの重要性が示されている。

## I. はじめに

ドイツ刑法には、2つの責任形式のみ存在します。すなわち、故意と過失です。個々の事例において故意が存在するか、それとも過失のみが存在するかによって、一般的には、実際の結論に大きな違いが見られます。ドイツ刑法典15条には、過失があくまで例外的に、立法者による明文規定がある場合にのみ処罰されると規定されているため、過失による結果の惹起は、しばしば不可罰となります。その例としては、器物損壊罪や詐欺罪、背任罪などが挙げられるでしょう。しかし、故意の場合も過失の場合も処罰されるような法益侵害でも、過失行為に対する刑罰については明らかに軽いのが原則です。例えば、故意による傷害罪は、15年以下の自由刑であるのに対して（ドイツ刑法典226条2項）、過失傷害罪については、最高でも3年の自由刑が科されるに過ぎません（ドイツ刑法典229条）。実際に重要な2つ目の例は、租税遁脱罪です。租税遁脱罪は、故意の場合10年以下の自由刑で処罰されるのに対して（租税通則法370条3項）、単なる過失の場合は、せいぜい秩序違反として最高50000ユーロの罰金が科されるに過ぎません（租税通則法378条）。故意行為と過失行為が同一の刑で処罰されるのはごくわずかなケースであって、ドイツ刑法典316条に規定されている、道路交通における結果発生なき酩酊運転は、その例です。しかし一般的には、故意と過失の限界は、法律効果に極めて大きな相違をもたらします。したがって、このような限界線をどこで引くか、どのようにして故意と過失を詳細に区別しうるのがかを正確に理解することは、意義があるといえるでしょう。

限界をめぐる問題は容易ではなく、新しい問題でもありません。実際、ドイツ刑法の解釈論では、何百年もこのテーマについて論じられてきました。もっとも、近時の議論は、刑法の解釈論において注目的となっています。注目的となった契機は、ベルリン地方裁判所が下した次のような事例でした。それは、2人の若者が、夜中ベルリンの中心部でスポーツカーに乗って

暴走レースを繰り広げた、というものです。その際、若者らは、許容されている最高速度を大幅に超え一法定速度時速50キロのところを時速170キロで走行し、交通量の多い道路で「赤色」を示していた信号機を10か所無視しました。そして11か所目の赤色信号機を無視しようとした時、2人の若者のうち1人が、対面する青色信号に従って交差点に進出した高齢者の運転するジープに衝突し、その影響で高齢者の車は70メートル飛ばされ、高齢者は即死しました。その一方、事故を起こした運転手は無傷で、その助手席に乗っていた彼女が軽傷を負う程度でした。

こうした生命を脅かす「暴走者事例」は、いつしかドイツの大都市において、比較的多く発生しています。しかし、ベルリンでの事件まで、被告人となる運転手は常に、過失致死にとどまるか、場合によっては道路交通の危殆化との観念的競合により有罪となるに過ぎませんでした。その最高刑は、5年の自由刑です。こうした状況に、国民の大半からは、不当に軽い処罰であると受け止められてきました。それゆえ、ベルリン地裁の判決は衝撃を与えるものでした。というのも、2人の若者を、故殺の共同正犯により無期自由刑に処したからです。この判決以来、ドイツでは、暴走者事例のみならず、一般的に故意と過失がどのように区別されるのかをめぐって、インテンスィヴな議論が続けられています。

## II. 法的基準

ドイツ刑法典は、「故意」と「過失」の概念に関して、驚くほど沈黙を貫いており、ほとんど何も示しておりません。この2つの概念は、ドイツ語圏における「同胞的規定」とされるスイス刑法典やオーストリア刑法典とは異なり、ドイツ刑法典では定義されていないのです。

故意については、行為事情に対する錯誤の規定（ドイツ刑法典16条1項）を反対解釈すると、少なくとも「行為事情の認識」が故意に含まれることだけは導き出されます。しかし、認識的要素に加えて意思的要素も故意に含ま

れるかどうかについて、法は態度を明らかにしていません。

過失概念の内容については、ドイツ刑法典から全く読み取ることができません。<sup>1)</sup>しかし、少なくともドイツ民法典の規定にヒントを得ると、過失とは「取引上要求される注意をしないこと」（ドイツ民法典276条2項）、すなわち不注意であると定義することができます。

### Ⅲ. 解釈論的根拠——一致点と論争点

「故意」と「過失」の核となる概念が法規に書かれていないため、学説では、一致点よりも論争点の方が多く見られますが、そうした状況は、何ら不思議なことではありません。

#### 1. 一致点

しかし、少なくともいくつかの点で基本的に受け入れられているということについては、大方の支持を得ています。例えば、故意が3つに細分化され、過失が2つないし3つに細分化される点については、ほとんど争いなく認められています。

まず、故意についてお話しします。故意には3つの種類が存在することについては、ほとんど争いがありません。その3つとは、意図（第1級の直接的故意）、直接的故意（確知または第2級の直接的故意）、未必の故意（条件付き故意）です。基本的には、これらの故意形態のうちいずれかが認められれば、法規の上では十分であるとされています。もっとも、一定数の構成要件は、ある特定の故意形態が認められる場合にのみ、充足されます。例えば、行為者が被害者に対して未必の故意で目を突き刺して失明させた場合、ドイツ刑法典18条と関連して226条1項に基づき、故意による犯情の重い傷害罪が成立し、10年以下の自由刑で処罰されます。しかし、行為者が「意図

1) 明確性の原則との関係から批判する論者として、Schmitz, Samson-FS, 2010, S. 181 ff.

的にまたは事情を知りながら」、すなわち第1級または第2級の直接的故意で行為に及んだ場合には、ドイツ刑法典226条2項の加重構成要件により、量刑は、15年まで引き上げられます。

過失については、ほとんどの裁判官も研究者も、認識ある過失 (luxuria) と認識なき過失 (neglegentia) が存在することを認めています<sup>2)</sup>。行為者に対する非難が向けられるのは、認識していた危険を取り払わなかった (= 認識ある過失) か、あるいは不注意により危険を全く認識していなかった場合であるとされています。

すでに述べましたように、答責の程度が異なるこれら5段階の体系は、ほとんど争いがありません。これまでの抽象的な説明を多少なりとも具体的にお示しするため、ここで皆さんに、具体例を提示したいと思います。その際、とりわけ影響力をもつドイツ連邦通常裁判所の判事を経験され、ドイツ刑法典の注釈者であるトーマス・フィッシャーの言葉を借りますが、フィッシャーは、多くの読者が目にする新聞のコラムの中で、先に述べました5段階を「一般市民」にも理解してもらえるよう、次のように説明しております<sup>3)</sup>。

「あなたは、高層ビルの10階にある窓辺に立っていて、レンガを手に持っているとしましよう。

—**一意図**：あなたの敵Fが下を通り過ぎようとしていて、あなたがFに向けてレンガを投げた場合です。

—**直接的故意**：あなたは、レンガを窓から投げて、(残念ではあるものの) 下にいる誰かにレンガが当たるだろうと思っている場合です。

—**未必の故意**：あなたは、レンガを窓から投げて、あとは運に任せよう、

2) Kindhäuser/Zimmermann, AT, 9. Aufl., § 33 Rn. 69; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 50. Aufl. 2020, Rn. 1106.

3) Fischer, Zeit-Online v. 7.3.2017. (<https://www.zeit.de/gesellschaft/2017-03/sicherheit-raser-moerder-kommissare-fischer-im-recht/komplettansicht>).

すなわち誰にも当たらないかもしれないし、当たるかもしれないし、どちらでもよいと思っている場合です。

—認識ある過失：あなたは、レンガを投げたものの、誰にも当たらないだろうと思っている場合です。

—認識なき過失：あなたは、レンガを窓台に置こうとして、滑り落としてしまった場合です。」

私は、こうした説明が、簡潔であるにもかかわらず正確なものであると捉えています。補足するならば、過失については、もう1つカテゴリーが存在します。それは、「軽率性」です（例えば、ドイツ刑法典251条における死亡結果を伴う強盗罪の要件が挙げられます）。しかし、軽率性は、認識ある過失や認識なき過失と並ぶ独立したカテゴリーではありません。むしろ軽率性は、一認識ある過失によって生じるにせよ、認識なき過失によって生じるにせよ—とりわけ重大な不注意を意味するものです<sup>4)</sup>。言い換えると、過失を一段高めた等級が、もっぱら問題になります<sup>5)</sup>。

## 2. 論争点

見解の一致点は以上です。しかし、その他の詳細については自明ではなく、その多くは議論の対象になっています。残念ながら、私がここでドイツにおいて議論されている内容全てに立ち入ることは叶いませんので、講演のタイトルにあります通り、中心となる問題に限定させていただきます。その前に、さらにいくつかの基本的な問題について、ごく簡潔に取り上げたいと思います。

まず、故意と過失の一般的な関係は、明らかにされていません。通説は、故意と過失の関係を排他的関係として構成し、故意を過失とは異なるものとして捉える一方<sup>6)</sup>、近時広まりつつある見解によれば、包摂関係として捉えら

4) OLG München NSTZ-RR 2011, 247, 248.

5) Kindhäuser/Zimmermann, AT, 9. Aufl., 2020, § 33 Rn. 71.

れています。後者の見解によれば、故意行為は、許されない危険創出の特に重大な形態であり、不注意であると理解されることとなります<sup>7)</sup>。この争いは、事実関係が不明確な場合に少なくとも過失による処罰が可能かといった問題などにも影響をもたらします。もちろんこうした問題は、過失未遂<sup>8)</sup>や過失共同正犯<sup>9)</sup>の解釈論的構造といった、その他の基本的な問題についても、間接的に意味をもつでしょう。

さらに、量刑の領域についても明らかにされていません。過失行為に対して、場合によっては最も重い刑罰—すなわち無期自由刑—を科しても良いかという議論の余地ある問題に加えて、異なる故意の種類の間には不法内容も段階関係が存在するのかもしれないかという点について激しく争われています。近時、ドイツ連邦通常裁判所は、この問題を確認手続の中で立ち入り、次のように決定しました。すなわち、少なくとも意図的な故殺には、単なる未必の故意による故殺よりも高度の不法内容が内在している、と述べたので<sup>10)</sup>す。

#### IV. 未必の故意と認識ある過失の限界

しかし、やはり中心的な問題は、未必の故意と認識ある過失の限界です。先に紹介した暴走者事例において、被告人が過失致死罪により最高5年の自由刑が科されうるか、それとも故意による謀殺罪により終身刑が科されうるかという問題も、その限界をいかに解するかによって結論が変わってきま

6) BGHSt 4, 340, 341; MüKo-StGB/Duttge, § 15 Rn. 101 ff.; Dehne-Niemann, GA 2012, S. 89 ff.

7) Puppe, AT, 4. Aufl., 2019, § 7 Rn. 1 f.; Kindhäuser/Zimmermann AT, 9. Aufl., 2020, § 33 Rn. 5も参照。

8) この点については、Kindhäuser/Zimmermann AT, 9. Aufl., 2020, § 30 Rn. 20。

9) 過失共同正犯を支持する論者として、Renzikowski, ZIS 2021, 92。これに反対する論者として、Hsu, ZIS 2021, 100。ドイツの議論状況については、Kindhäuser/Zimmermann, AT, 9. Aufl., 2020, § 38 Rn. 57 ff。日本での議論については、Utsumi, ZIS 2021, 108。

10) ケット・シュトラウブによるBGH NSStZ 2018, 533の評釈。

す。

未必の故意と認識ある過失の限界をめぐる問題に答えるにあたっては、ドイツ刑法典16条から導き出される知的要素—行為が法益を侵害することになりうるという危険の認識—に加えて意思的要素も必要か、という解釈論の基礎をどのように解するか、態度決定しなければなりません。

### 1. 判例：心的事実としての意思的要素

従来ドイツの通説は、意思的要素も必要であると解してきました—つまり、故意を構成要件実現の認識 (Wissen) と意欲 (Wollen) であると定義しています—。こうした見解によれば、意思的要素は、未必の故意と認識ある過失との限界も画することになります。この2つが揃うことにより、行為者は行為の危険性を知っていると判断されるのです。すなわち、行為者が構成要件を実現しようと意欲している場合にのみ、故意で行動していると判断されます。とりわけ、ドイツ連邦通常裁判所によれば、この「意欲」とは、心理的・記述的に理解され、行為に向けられた行為者の「心的表明」として構成されます。このようなモデルによれば、限界事例では、いかなる行為者もまさに3つの可能性が存在するでしょう<sup>11)</sup>。まずは、認識していた危険の実現を語義の枠内で是認する、すなわち結果を日常言語的な意味で意欲する場合に故意が存在します。しかし、故意が存在するといえるためには、第2の可能性、つまり行為者が認識していた危険を法的な意味で是認するに過ぎない場合でも十分です。このような場合に当たるのは、ドイツ連邦通常裁判所によれば、行為者が意欲していなかったり、起こらないことを期待して漫然と信じているに過ぎなかったりするような結果を受け入れることであるとされています。これに対して—第3のヴァリエーションですが—行為者が、危険を認識していたにもかかわらず、結果が発生しないと本気で信じていた場

11) この点については、Hörnle, NJW 2018, 1576。



合には、認識ある過失が存在するに過ぎません。

こうした理論的分類は、少なくとも以下の2つの点で議論の余地があります。第1に、認識された危険について内心的な態度を決定しない行為者が存在する、という点です。そのようなカテゴリーが存在しないようにするためには、そうしたカテゴリーがフィクションに過ぎないとして切り抜けるしかありません。しかし、このような理解は、意思の要素が心的事実であるとしていた出発点と矛盾します<sup>12)</sup>。第2の批判は、心理学的構想としての法的意味における是認が極めて不明確で、過失と評価される良き結果への無思慮な願望と論理的に矛盾なく区別することができない、という点です<sup>13)</sup>。

判例は、法的意味における是認というカテゴリーから必然的に生じる実際の問題を、訴訟における帰属的解決によって処理しています。この点、ドイツ連邦通常裁判所は、故殺罪を手がかりに、判断の余地を残しつつも価値的な全体的考察を行う柔軟な手法を取り入れ、フィクションである心的状態を再構成すべく、結果を受け入れたかどうか慎重に考慮するファクターとして無数の徴憑に焦点を置いています。しかし、こうした方法によって導かれた結論は、「証明論」と称されるには値しないほど恣意的です<sup>14)</sup>。とりわけ、徴憑とそうでない事実が伯仲するほど行動にブレが見られる軽率な行為者は、このモデルに多くの問題を突きつけます。それは、議論が積み重ねられている暴走者事例にもあてはまります。確かに、行為者が結果の不発生を信じていたとする重要な根拠が見られます。事故を起こしたケースでは、自らの生命や彼女、自動車に対する危険が生じてほしくないと思っていました。しかし他方で、なぜ運転者が良き結果を当てにできたのか、信じがたいほど運転手の行為は明らかに危険を伴うものでした。

12) Hörnle, NJW 2018, 1576, 1577; Leitmeier, HRRS 2016, 243, 244 f.

13) 詳細については、NK-StGB/Puppe, 5. Aufl. 2017, § 15 Rn. 88 ff.

14) Puppe, ZIS 2014, 66とFischer, ZIS 2014, 97 ff. との間に見られる矛盾を参照せよ。

## 2. 学説：断念

こうした困難を踏まえて、学説では、故意と過失の区別が部分的に不可能であるとの主張も見られます<sup>15)</sup>。ダイテルスは、未必の故意というカテゴリーは、現行法上もはや故意の形式として認めるべきでない<sup>15)</sup>と提唱しています。また、ヘルンレは、英米圏における無謀を手がかりに、認識ある過失と未必の故意を立法論的に統合し、故意と過失にまたがる固有の第3の帰属形態を設けるべきである、と提唱しています。しかし、こうした提唱に賛同するためには、ドイツ刑法典の大部分を「再構築」する必要があるため、実現の見込みがない夢物語であるといえるでしょう。

## 3. 認識的意思説

いわゆる「認識的意思説」の主張者は、別の方法を提唱しています。その主張者には、例えばヤコブスやブंकが挙げられます。このモデルは、故意には原則的に意思的要素が必要であるとの立場を堅持します。もっとも、意思的要素はもはや心理的ではなく、規範的に解されるべきであるとしています。というのも、ヤコブスらによれば、危険を認識している行為が、法的意味における意欲として純粹に定義されるからです。こうした理解は、原則的には特段新しいものではありません。なぜなら、第2級の直接的故意は、そうした行動態様を従来認めてきたからです。すなわち、自らの行動が結果を惹き起こすことを確信している者は、結果を意欲していなかったとは主張できません。

ベルリン地裁も、自動車を暴走させた者を謀殺罪とした有罪判決の中で認識的意思説を採用しています。詳しく述べますと、裁判所は、法的意味における是認を一ドイツ連邦通常裁判所のように一心理的・記述的ではなく、純粹に規範的に理解したのです。つまり、理性的な人間であれば良き結果をも

15) Walter, NJW 2017, 1350, 1351 f. を参照。

はや当てにできないほど高度の危険を引き受けていた者は、結果を法的意味において是認しているとされ<sup>16)</sup>ます。それゆえ、地裁にとっては、具体的行為者の内面的態度が重要なのではなく、受け入れた危険の重さが重要であるとされたのです。こうした理解は、本質的には認識的意思説と合致します。

認識的意思説は、その結論において通説よりも説得力を有するように思われます。しかし、危険の認識のみが決定的に重要であるとされる場合になぜ意思概念に立ち返らなければならないのか、疑問が残ります。少なくとも法規の文言は、こうした理解を迫るものではありません。

#### 4. 故意危険説（危険説）

それゆえ、プッペ、キントホイザー、クビチエールのようなとりわけ分析的な解釈論者は、いかなる意思的要素も放棄し、純粹に認識的な限界モデルを支持しています。故意が認められるのは、行為者が故意危険の認識をもって行動している、すなわち思慮深く考えて行動する人間が行為者の側に立って、結果を実際に意欲し、または日常言語的な意味において是認したであろう場合にのみ行動することができたに違いない程度の危険の認識をもって行動している場合であると主張されています<sup>17)</sup>。かつての蓋然性説を発展したものと捉えられるべきこうしたモデルは、実際に行為者の内面的態度を問題としないことから、規範的なものであるといえます。重要なのは、認識された危険の量的かつ質的程度のみです。したがって、このような危険の程度が個々の事例に存在するか否かは、評価の問題です。ベルリンの暴走者事例

16) プッペによる LG Berlin, NStZ 2017, 471, ZIS 2017, 439 ff. の評釈。ベルリン地裁と同様に、オーストリアの学説も、オーストリア刑法典 5 条に合致する態度を示している。詳細については、Wiener Kommentar-StGB/Reindl-Krauskopf, § 5 Rn. 41; Schwaighofer, ZIS 2019, 407。

17) NK-StGB/Puppe, 5. Aufl., 2017, § 15 Rn. 68; Kubiciel/Hoven, NStZ 2017, 439, 441 f. (ドイツ刑法典 16 条の文言に反するとの) 批判を展開する論者として、Frister, ZIS 2019, 381, 384。

では、そのような故意危険が認められるでしょう。

実際、ドイツ連邦通常裁判所も、故意を認定する際にたびたび、認識された危険の程度や蓋然性にのみ基づくことで、暴走者事例においてベルリン地裁が示した方式や故意危険説に親和的な立場から論拠を示しています。こうした面は、第1に、殺人の故意に関する多くの事例で見られ、<sup>18)</sup>次いで経済刑法でも見られます。例えば、信頼関係の破壊を決定する際、「銀行の支店長が信用貸しによって銀行の存続を危険にさらすことについて認識していた場合」、危険の損害を法的意味において常に是認していたことになり<sup>19)</sup>ます。ここでは実際、ドイツ連邦通常裁判所は、意思的要素から離れて<sup>20)</sup>います。さらに、いわゆるブドウ園経営者判決に至っては、脱税の故意に関する意思的要素は、きっぱり「重要でない」と説明しています<sup>21)</sup>。この判決も、認識説へ大きな一歩を踏み出したものであるといえるでしょう。

こうした背景に鑑みると、近時の認識説から発展した基準—故意危険—は、限界問題において今後ますます重要な意味をもちうることになるだろうと推察しています。もっとも判例は、認識的意思説を採用することで、古典的な意思説が受け継いできた解釈からの決別を専門用語によって覆い隠している状況です。

18) Kindhäuser/Zimmermann, AT, 9. Aufl., 2020, § 14 Rn. 23a, 24.

19) BGHSt 47, 148, 157.

20) 例えば、NK-StGB/Puppe, 5. Aufl., 2017 も。

21) BGH NSTz 2012, 160 Rn. 26 (租税債権の存在との関係で)。同様に、KG NZWiSt 2017, 355 Tz. 19。