

故意に関する一考察(六・完)

未必の故意と認識ある過失の区別をめぐって

玄 守 道

- 第1章 はじめに
 - 第1節 本論文の課題と問題の所在
 - 第2節 研究方法
- 第2章 日本における現行法の立場
 - 第1節 旧刑法典成立の経緯
 - 第2節 旧刑法下における学説
 - 第3節 現行法典成立の経緯
 - 第4節 現行刑法典下における刑法改正作業と故意論
 - 第5節 戦前の学説
 - 第6節 戦前の判例
 - 第7節 小 括 (以上, 299号)
- 第3章 戦前までのドイツにおける未必の故意論の展開
 - 第1節 前 史
 - 第2節 中世ドイツにおける故意論の展開 (以上, 302号)
 - 第3節 啓蒙期以降の(未必の)故意論の展開
 - 1) 啓蒙期における間接故意批判
 - 2) 未必の故意の定式化 (以上, 306号)
 - 3) 1871年刑法典成立以降の学説の展開
 - 第4節 小 括 (以上, 308号)
- 第4章 戦後ドイツにおける未必の故意論の展開
 - 第1節 通説の形成と展開
 - 第2節 認 識 説 新たな展開
 - 第3節 小 括 (以上, 309号)
- 第5章 戦後日本における学説・判例の展開
- 結 び 今後の課題 (以上, 本号)

第5章 戦後日本における学説・判例の展開

1 本章ではこれまで検討してきた戦前までの日本における未必の故意に関する議論，さらにはドイツにおける議論から得られた知見をもとに，戦後日本における未必の故意と認識ある過失の限界づけに関する学説判例を概観し，検討したいと思う。学説の検討に際して，ドイツにおける議論の検討から得られた，「行為者は結果が発生するが故に行為する場合」と「行為者は結果が発生するにもかかわらず行為した場合」という故意に対する2つの異なる観点に基づき，日本のこれまでの学説を1) 結果との積極的・肯定的心理関係を問題とするものと2) 結果との消極的・無関心な心理関係を問題とするものに区別した。前者には(1) 認容説，(2) 実現意思説，(3) 積極的動機説¹⁾が属し，後者には(1) 可能性説・蓋然性説，(2) 消極的動機説が属する。以下，順に検討する。

1) 結果との積極的・肯定的な心理関係を問題とする見解

(1) 認容説

1 認容説は戦後，日本において通説とされている²⁾。「認容」という文言は，第2章第5節において言及したようにそもそもは小疇伝がリストに従い故意の本質に関する認識説の立場から故意と過失の区別基準に関して述べたものだが，その後，小野清一郎が意思説の立場から認容説を主張し，これが後の学説において支持を受け，今日にいたるまで通説とされているのである³⁾。

2 認容説は，行為者が結果発生の可能性を認識・予見しつつ当該結果発生を「認容」した場合に故意を認める見解である。ここで問題となるのは「認容」という文言の中身である。というのも「認容」という文言の中身は論者によって異なって理解されているからである。ここでは処罰範囲

の相違に基づいて、次の2つに区別しよう。第1はいわゆる積極的認容のみを「認容」の内容とするものであり、第2は積極的認容のみならずいわゆる消極的認容⁴⁾をも「認容」の内容とすることで、前者よりもその処罰範囲を広げる見解である。

前者は団藤重光によるものである。団藤によれば、未必の故意と認識ある過失の区別に関しては、例えば歩行者の傍らを通り抜けようとする自動車運転手に関して、「うまくすり抜ければそれに越したことはないが、もし轢き殺せば殺してもかまわない」と思っていれば「認容」があるとする⁵⁾。このような、団藤がいうところの「かまわない」という心理状態を青木は、「仕方ない」、「やむをえない」という心理状態と区別し、前者を積極的認容と解するのである⁶⁾。つまり、団藤が言うところの「認容」は結果発生が行為者にとって好ましい、望ましいと言う場合に限定されるのである。これは「認容」という文言にもっとも素直な解釈であるように思われる。

それに対して「認容」に消極的認容をも含む見解は、小野清一郎に代表されるもので、認容説内部での通説であろう⁷⁾。小野は道義的責任論の観点から付随結果に対する故意の有無が問題となる場合、「行為者その結果発生をやむを得ないものとし、またはこれを意に介しないで行為した場合、すなわち結果の発生を積極的又は消極的に認容したとき⁸⁾」に(未必の)故意が認められるとする。

3 以上のように認容説内部において処罰範囲に関して相違が存在するのであるが、認容説においてまず確認しておかなければならないことは、しばしば指摘されていることだが、「認容」という心理状態は意的要素とは区別された情緒的・感情的要素であるということであり、このような感情的・情緒的要素がなぜ故意を基礎付けるのかということである。つまり意思説によりつつ「意欲」を厳格に解すると、それは意図を意味することになり、付随結果を故意処罰の範囲に取り込むことができない。それゆえ、それを拡張するものとして認容説が主張されることになるのであるが、問

題はなぜ感情的・情緒的要素が意的要素に代わって故意を基礎づけることができるのかである。

4 この点に関して、例えばヒッペルは、すでに検討したように、M・E・マイヤーの見解を批判的に継承し、意思説に言う「意思」あるいは「意欲」を次のように解した。すなわち、何かを「意欲する」ということの本質は、その対象への積極的・肯定的感情価値を有するという点にあり、このように解すれば、意図の場合のみならず付随結果においても行為者がそれに対して積極的・肯定的感情を有していれば、それを意欲したと言えるとするのである。そして、ヒッペルはこのことを前提に、では付随結果のどの範囲まで行為者は積極的肯定的な感情価値を有したと言えるのかを検討したのである。その際、ヒッペルはあくまで故意をア・プリアリに「結果の意欲」と規定し、自身の示した限界は心理的に同一の範囲内であるとしたのであるが、すでに検討したように、それはヒッペルの意図とは異なり、実質的には心理的同一性の範囲を超え、価値的に同一の範囲内にあったのであり、このことから故意処罰の根拠を規定していたのである⁹⁾。

それに対して日本の認容説論者は、端的に故意処罰の根拠から認容説を基礎付けている。例えば団藤は故意処罰の根拠を「直接的に反規範的な人格態度」に見出し¹⁰⁾、このことから故意において結果発生在意図までは必要ないが、認容していることが必要であるとして¹¹⁾、積極的認容説を基礎付けるのである。

また消極的認容説からも、未だ最も強力な認容説の主張者と思われる不破武夫が次のように述べている。すなわち不破によれば故意行為が重い責任非難に値するのは、「消極的に法益侵害に関し無関心に行われたものたるにとどまらず、積極的に法秩序を蹂躪しながら敢えて意に介さざるが如き行為者の反道義的な態度」を示したからであり、「このような法秩序に敵対する積極的なものが見出される」場合に（未必の）故意は認められる。このような観点からすれば未必の故意の基調をなすのは、「道義を蔑視し社会秩序を無視する利己心」であるとするのである¹²⁾。このような

不破の故意処罰の根拠に関する理解は、故意犯を利己主義者として捉えるヒッペルのそれと同様のものと言えるがそれはともかく、認容説論者は、規範あるいは法秩序に反する直接的・積極的な態度に故意処罰の根拠を見出す点で共通しており、このことから故意を、行為者の犯罪結果発生に対する積極的・肯定的な感情として把握し、よって犯罪結果に対する「認容」という心理状態を故意の要素とみなすのである。

5 ここで問題となるのは、このような故意処罰の根拠の理解と先の「認容」という文言の理解が合致するのなのである。この点、積極的認容説においては問題なく合致していると思われるが、消極的認容説の場合にはそれは疑わしい。すなわち、「認容」という文言それ自体から、結果発生を仕方ない、やむをえないという心理状態や、さらには結果発生に対する無関心までもが含まれるとすることに無理があるように思われるのであり¹³⁾、それゆえ、消極的認容説は、とりわけ無関心という心理状態をも「認容」という心理状態になぜ含まれるのか、そしてそれは認容説の前提とする故意処罰の根拠と整合性を有するののかという点を示す必要がある。

このことに関して、認容説論者はあまり意識していないのかほとんど言及がないが、例外的に不破は言及している。不破は、「認容」には「結果が発生しても差し支えない、若しくは、発生してもやむをえない」場合と結果発生を「意に介することなく漫然と成り行きにまかせる態度」の両方が含まれるとし、後者の「無関心」の場合が「認容」に含まれるのは、両者の間には「心理的には相当に差異が存するところであるけれども、法秩序を無視して意に介さざる点において径庭なく、且つ等しく道義的に非難せられるべき行為者人格の顕現」であるためとする。このような不破の説明は、はたして無関心もまた「認容」という心理状態に含まれるとすることの理由になっているのであろうか。この点を明らかにするために、不破の故意処罰の根拠と実質的には同様の前提をとるヒッペルにおける無関心に対する理解を対比しよう。

まず、ヒッペルによれば、自己の行為目標の追及によって得られる快と

それに伴い付随的生じうる犯罪結果の発生による不快を比較考量し、自己の行為目的によって得られる快が犯罪結果発生によって生じる不快を上回るため、自己の行為目標を優先し、それゆえ付随的に犯罪結果が発生してもやむなし、あるいはどうでもよい(この場合をエンギッシュは「相対的無関心」と称した)とする場合に行為者に結果発生に対する「認容」が認められるとする。つまり行為を断念することで自己の目的実現を放棄するのに比べればまだ犯罪結果発生の方が好ましいという意味で行為者にとって結果発生は好ましいのであって、それゆえここにいう「相対的無関心」とはあくまで結果発生が好ましいと言う心理状態の一種とみなされているのである。さもなければ、故意を結果発生に対する積極的・肯定的感情を有する場合とし、故意犯を利己主義者として特徴付けたことと矛盾するからである。

それに対して、不破の言うところの「無関心」はヒッペルの言うところの「相対的無関心」ではなく、エンギッシュが言うところの「絶対的無関心」を意味するものと思われる。というのも不破は結果が発生しても構わない、つまり結果発生が好ましいと言う心理状態と結果発生時の「無関心」という心理状態は異なるものであることを認めているからである。それに対してヒッペルはあくまで結果発生に対する「無関心」もまた結果発生が好ましいとする心理状態と同様のものなのである。このようなヒッペルの見解は、彼の見解が成功しているかどうかはさておくも(本稿では失敗していると結論付けたが)、故意処罰の根拠から一貫してその限界付けを導こうとしているのに対して、同じ前提をとる不破は故意処罰の根拠は法秩序に敵対する積極的なものとしつつ、その限界付けにおいては積極的でないものまで故意に含めており、彼においては両者は一貫していないのである。

不破の見解が一貫していないことはいわゆる「ロシアの乞食」事例¹⁴⁾に関する彼の説明からも明らかである。この「ロシアの乞食」事例はヒッペルを批判するため、レフラーが用いたもので、この事例からすれば当然

故意が認められてしかるべきであるにもかかわらず、ヒッペル説からは故意を否定する結果に至るとしてレフラーはヒッペルを批判したのである¹⁵⁾。しかし、不破はヒッペルと同じ故意処罰の根拠をとるにもかかわらず、自身の見解からすればこの場合でも故意は肯定できるとする。不破によれば、そもそも行為者が結果発生を認容していない場合に故意が否定されるのは、結果発生を認容しないという心理状態が倫理的な観点から肯定されるからであり、裏から言うと結果発生を認容において故意が認められるのはそれが倫理的に否定される態度であるからであるとする。そして、このような前提からすれば、「ロシヤの乞食」事例における行為者は死の結果発生を認容していないものの、子どもを物乞いのための道具として使用するために手足を折るのであってこのような行為をする行為者の人格は倫理的に否定されるべきもので、行為者は結果発生に対して極度に無関心であるため、この場合行為者には消極的な認容が認められるとするのである¹⁶⁾。

このような不破の説明は結局のところ、「認容」の有無と当罰性の間に齟齬をきたす場合、当罰性の観点を優先させよといっているのであって、そうであれば「認容」という心理状態を基準とする意味はなく、これはつまるところ処罰に値するものは処罰すると言うのに等しく、故意の有無の判断における法的安定性を損ない、妥当なものとは思われない。結局、不破説、ひいては消極的認容説は「(絶対的)無関心」(あるいは「相対的無関心」であったとしてもヒッペル説と同様の批判が当てはまる)を「認容」に含めることに成功していないのである。

6 ここまでの検討からすれば消極的認容説には問題があることが明らかになったように思われるが、では積極的認容説はどうであろうか。積極的認容説は、消極的認容説とは異なり、「認容」という文言に忠実で、故意処罰の根拠からしても一貫していると思われるが、積極的認容説も問題なしとはしない。例えば、ある男が保険金目的で自宅を放火するに際して、家の中に足の不自由な息子がいることを認識しており、自己の放火行為によって当該息子が逃げ遅れ焼死するかなり高度な可能性を認識し、そのよ

うな結果は好ましくないとしつつも当該行為を遂行し、よって息子を死亡させたという場合に、積極的認容説からは当該男に殺人の故意は認められないことになる。それに対して、結果発生の可能性は低いがしかし行為者は認容していたと言う場合には積極的認容説からすれば故意は認められることになる。このように積極的認容説は未必の故意と認識ある過失の区別に関して妥当な帰結を提供しえないのである。

7 以上、結果発生との積極的・肯定的な感情関係を問題とする説のひとつである認容説を検討してきたが、認容説に存在する本質的な問題点は、ドイツにおける学説の検討においてもすでに明らかにしたように、次の点にある。すなわち、結果発生との積極的・肯定的な感情関係を問題とする場合、結果発生に対していかなる感情関係を有するのかは行為者の恣意にゆだねられることになり¹⁷⁾、それは結局行為者の性格によって故意の有無を判断することであって、それゆえ妥当な結論を導き出せないという点にある。このことは故意を過度に行為者の心理状態に依存させていることに起因しているのである¹⁸⁾。

(2) 実現意思説

1 ここで検討される見解は、上記の見解と同様に、犯罪結果との積極的・肯定的心理関係を問題とするが、しかし目的的行為論の影響の下、故意を実現意思と捉え、現実形成的・因果的要因によって故意を把握することを試み、それゆえ現実形成力とは無関係な感情的・情緒的要素は故意の有無の判断とは無関係であるとして故意から排除するのである¹⁹⁾。以下ではまず目的的行為論者である井田良の見解、次に目的的行為論によらない立場から山中敬一の見解を検討する。

2 近時、目的的行為論の立場から井田良が実現意思説を主張する。井田によれば、故意とは実現意思、言い換えると「法益侵害または危殆化実現への意思決定」であり、「構成要件該当事実が全体として意思的実現の対象に取り込まれたのかどうか」が故意の限界付けにとって決定的である

とする²⁰⁾。このことを前提に、未必の故意と認識ある過失の区別基準に関して、行為者が「かなりの程度の可能性、すなわち蓋然性（結果不発生を当てにすることが不合理な程度の可能性）を認識したときには、回避措置がとられない限り」²¹⁾、そのような結果発生は実現意思に取り入れられたのであり、故意は認められるとする。さらに、「低い程度の可能性（それでも社会生活上のリスクを超えるものであることが必要である）の認識は、その事実の実現が意図的に追及されるのでない限り」、故意とはいえないとする。

以上の井田の見解は目的的行為論の観点から故意を実現意思と捉え、故意と過失の区別に関しては、まず、結果発生の蓋然性の場合と単なる可能性の場合を区別し、後者では未必の故意は問題とならず、前者においてのみ問題とし、その際の認識ある過失との区別基準は回避措置を施したのかという客観的基準に求めるものであった。このような井田の見解は、同じ目的的行為論者であるアルミン・カウフマンの見解と類似しているが、アルミン・カウフマンの見解は結果発生の可能性の程度を問わず（ただし、実現可能なものに限られる）、実現可能な結果に対して回避措置をとる限り、故意から排除されるとするのに対して、井田の場合、結果発生の可能性を蓋然性と可能性に区別し、未必の故意と認識ある過失の区別はもっぱら前者においてのみ問題となるとする点で、カウフマンの見解をさらに限定したものといえる。

両者の間にこのような相違があるにしても、井田説はアルミン・カウフマンの見解と同様の問題点を抱えているように思われる。すなわち、行為者が結果発生の蓋然性を認識し、それに対する回避措置をとったにもかかわらず、未だ結果発生にとって十分な残存危険（それゆえ結果発生の蓋然性）が存在し、このような残存危険を行為者が認識している場合、この説からすれば故意は排除されるのに対して²²⁾、先の残存危険と同様の結果発生の危険を認識しつつ回避措置を施さず行為する者には故意が認められることになってしまう²³⁾。このように同様の結果発生の程度を認識している

にもかかわらず結論に相違が生じるのはいかにも恣意的な帰結であろう。

3 井田と同様に実現意思説を支持するが、井田とは異なり、故意処罰の根拠から実現意思説を支持するのが山中敬一である。山中によれば、行為者が「不法を根拠付ける事実を知りつつ、ないし意欲しつつ実現」する場合、当該行為には、「法益を尊重することのない、違法な行為であることを意識するきっかけが直接的に与えられている」のであり、そのような行為に故意犯としてのより強い責任非難が向けられるのである²⁴⁾。この観点から、実現意思説を支持し、実現意思とは「結果発生に向けて因果経過を予見し、意図した結果を実現し、意図しない付随結果を回避するために適切な手段を投入し自らの行為を操縦する意思」であるとし、その有無の判断に関して、行為者が結果発生の「客観的危険の認識を行為形成にどこまで真摯に計算に入れ、法益侵害結果の回避をどこまで信頼したのか」によって判断されるとする²⁵⁾。

この山中による、結果発生の客観的危険性を真摯に受け取ったのかあるいは結果の不発生を信頼したのかどうかにより故意と過失を区別する見解はドイツにおいて通説とされる真摯説と共通するものがあり、それゆえ、その部分に関してはドイツにおける通説と同様の問題点を有するが、しかし真摯説と異なる点も存在する。異なる点から確認しよう。

真摯説と山中説で異なるのは認識内容あるいは対象を客観的に規定するかどうかという点である。真摯説はこれを主観的に規定し、それに対して山中説は上記のように客観的に規定しているのである。このように客観的に規定する実益は真摯説に投げかけられている批判の一つをかわせる点である。すなわち、ドイツにおける通説が抱えている問題点の1つとして行為者が結果発生のわずかな危険性しか認識していないにも関わらず、それを真摯に受け取る場合には故意が認められることになり、それは故意処罰の範囲を過度に広げるもので妥当ではないと言うものがある。しかし、このような批判は山中説にはあたらない。というのも、山中は認識内容あるいは対象を「結果発生の客観的危険」と規定することで、行為者が結果

発生のおずかな危険性しか認識していない場合には、そもそも故意犯から除かれるからである。このような認識内容の規定は、後に検討する客観的危険説と同様の方向性であり、妥当なものであると言える。この点がドイツにおける通説と異なる点であり、この点はドイツにおける通説よりも優れていると思われる。

しかし、未必の故意と認識ある過失を結果発生危険を真摯に受け取ったのか、あるいはその不発生を信頼したのかということで区別する点は真摯説とまさに同様のものであり、それゆえ次のような批判が妥当する。すなわち、結果発生客観的危険性を認識しつつ、結果発生に対してまったく無関心であった場合にはこの説から故意は認められず、さらに高度な結果発生危険性を認識しているにもかかわらず、自己への不合理な信頼から結果不発生を信頼している場合に故意犯は認められないのである。

このような真摯説に対する批判は、山中説にも妥当するものであり、このことは結局、知的要素とは異なる意的要素によって未必の故意と認識ある過失を区別する見解に内在する本質的な問題点に由来するものである。すなわち山中説（あるいは真摯説）は、認容説と同様に、故意の有無を行為者の心理に過度に依存させるため、故意の判断が行為者の恣意にゆだねられてしまい、妥当な結論が得られないのである。

(3) 積極的動機説

1 犯罪結果との積極的・肯定的関係によって故意と過失を区別しようとする見解の最後としていわゆる積極的動機説を検討する。ここに言う積極的動機説とは、大雑把に言えば、結果発生「認識を自己の行為への積極的な動機付け」²⁶⁾とした、すなわち結果発生認識が自己の行為の主たる動機となった、あるいは促進する要素となった場合に故意を認める見解を言う。ただし、この見解の内部でもおおよそ次の2つの見解に区別することができる。1つは結果発生認識と積極的・肯定的感情との結びつきを問題とする見解であり、これは井上正治の見解に代表されるものである。

もう1つは、結果発生との認識と行為意思との結びつきを問題とするもので本稿では特にこの点を詳細に論じた青木紀博の見解を検討する²⁷⁾。

2 まず、井上の見解から検討しよう。井上は上述の不破と同様人格責任論の立場に立ち、故意の処罰根拠を行為者の「法秩序に対し積極的に敵対する姿態構造」に見出すのであるが²⁸⁾、不破が認容説を支持するのとは異なり、動機説に立脚するとする。井上はM・E・マイヤーの見解を参照しつつ、「結果の表象を否定することなく、いわば、意識的にその表象が positiver Motor となる」²⁹⁾場合に故意を認めるのが動機説であるとす。そしてこのような動機説の観点から故意と過失の区別に関して次のように述べる。すなわち、(未必の)故意は、「結果発生との表象を持ちながらこの点未必の故意も認識ある過失も同様であるが、それを否定することなくここで、認識ある過失は除外される 行為に出る場合」³⁰⁾に認められるのである、と。つまり井上によれば、行為者が行為の遂行に際して結果発生との可能生を表象する場合、この結果表象をなんらかの理由で打ち消す、つまり結果は発生しないとの判断に達すれば、故意は否定され過失が問題となるのに対して、行為者が結果を表象しているにもかかわらず、それを否定せず、そのような表象を有しつつ行為する場合には、当該行為者には故意が認められるのである。というのも、このような場合に行為者が結果表象を否定しなかったのは、「表象された結果が反対動機となるべきにもかかわらず、却って positiver Motor となった」³¹⁾からであり、ここに法秩序に敵対する積極的な態度が見出されるとするのである。

このように井上は、動機説の観点から故意処罰の根拠を不破と同様に法秩序に積極的に敵対する行為者態度に見出しつつも、区別基準に関しては行為者が結果発生との可能性を表象しつつ、それは否定しないままに行為すれば、行為者には故意が認められる、というのも結果不発生との表象が positiver Motor にならず、逆に結果発生との表象が positiver Motor となったからであるとす。しかし井上のこのような見解は問題を含んでいるように思われる。

井上がここで用いている *positiver Motor* とは、M・E・マイヤーに依拠し、「結果発生の表象に対し優越的で促進的な役割を果たす」³²⁾ 心理状態を言うのであるが、これはつまり行為者が行為を遂行するに当たってその実現が主たる動機ではないが、好ましい、望ましい場合を言う。それゆえ、行為者の行為遂行に当たって、結果発生の表象が促進的な役割を果たすのである。もっとも *positiver Motor* をこのように理解する場合、結果発生の表象を否定しないままに行為すれば、常に結果発生の表象が *positiver Motor* であったとは言えない。というのも、行為者は結果発生の表象を否定しなかったのは、当該結果発生が好ましいわけではなく単にどうでもよかった、つまり無関心であったからという場合もあるからである。このように井上の提示した基準は、*positiver Motor* という行為者の現実の心理状態の基礎付けを欠いているのであり、論理の飛躍があるように思われる。

このことは無関心に関する井上の次のような理解からも見てとれる。すなわち、行為者が結果発生に対して無関心な場合、「行為動機に対する制止動機は生じないであろうが、結果の表象を否定することなく、その表象を *positiver Motor*」たらしめたという心理構造においては故意の特有の心理構造を有している。この場合、「結果に関心を持ち、それを *positiver Motor* たらしめたとはいえない」が、しかし「結果発生の表象を否定することなく、それを意識しつつ行為したがために、その表象が *positiver Motor* であった」と考えれば、結果発生の無関心の場合もまた故意に含めることができるのである³³⁾。このような井上の、結果発生に無関心な場合に対する説明は、結果発生の可能性を表象しつつ行為すれば、当該行為者は結果発生に対して *positiver Motor* であったのだとしているにすぎず、そうであれば井上は、結局のところ行為者の内心上は知的要素のみを顧慮するものであり、それゆえ *positiver Motor* は行為者の現実の心理状態を示すものではなく、故意の要件としての実質的な内容を備えていないのである³⁴⁾。

このような理解が正しいとする場合、井上が前提としていた故意処罰の根拠と故意の要素とは合致していないことになる。このことが意味するのは、これは不破の場合もそうであったが、故意処罰の根拠を法秩序に敵対する積極的な心情態度に求めつつ、他方で故意の処罰範囲において結果発生に無関心な場合（絶対的な場合であれ、相対的な場合であれ）を含めるということには無理があるということなのである。

さらに井上説は、以上のような理論的な問題を有するとともに、実際の帰結においてもいわゆる可能性説とほぼ同様の帰結に至るのであり、その処罰範囲は広範にすぎ、妥当でない。

3 次に、青木紀博の見解を検討する。青木の問題意識はこれまでの意思説対認識説という対立軸は適切ではなく、問題は認識と意思という2つの要素をいかに関係付けるかであるとした上で、この観点から動機説を主張する。すなわち「認識と意思との連結環」として動機課程を捉え、結果発生時の認識を反対動機とせず、かえってそれを行為意思の中に取り入れて行為に出た点に故意としての重い責任非難を見出すのであり、それゆえ故意は、「構成要件実現の可能性を認識しながら、行為に出る決意を行い、そのような意思に基づく行為によって構成要件を実現した」場合に認められるとするのである。このことを前提に故意と過失の区別に関して、まず認識概念を検討し、認識とは「行為者の主観的判断を含み、社会的に意味づけられて理解された構成要件実現の具体的危険の認識」であるとする。そして、このような認識が動機課程に取り入れられる場合、それは反対動機として作用し、その際行為者は当該行為を行うのか、それともやめるかの判断を迫られ、にもかかわらず行為する場合その認識は行為意思と結びつく。つまり未必の故意と認識ある過失の区別において決定的なのは、結果発生時の認識が動機過程に取り入れられることによって、行為意思と結びついたかどうかにあるとするのである。

このように、青木の見解は故意の要素として知的要素と意的要素の両者が必要であり、問題の焦点は両者をいかに関係付けるかという問題意識か

ら、まず各要素をそれぞれ分析し、次いで両者を積極的に結びつけることを試みたのである。そして、未必の故意と認識ある過失は結果発生認識が動機過程に取り入れられ、行為意思と結びついたかのかどうかによって区別されるのである。このような青木の見解は、これまでの積極的・肯定的な心理関係を問題とする見解が知的要素に関して十分な考察を行ってこなかった点を問題として、この点を分析し、「行為者の主観的判断を含み、社会的に意味づけられて理解された構成要件実現の具体的危険の認識」と定義した点は評価に値する。

しかし、青木がそのような結果発生認識が「動機過程に取り入れられた」という点を強調することは未必の故意を否定するものであるとの誤解を生む³⁵⁾。というのもある一定の表象が動機となって行為すればそれは意図なのであって、それゆえ、青木の表現をそのまま受け取れば、付随結果が問題となる場合、特に未必の故意が問題となる場合をその定義上排除していることになるからである。これを回避するため、M・E・マイヤーは Motiv と Motor を区別し、未必の故意においては Motor が問題となとしたのである。しかしこのような結論は青木の意図することではあるまい。事実、青木はどのような場合に結果発生認識が動機過程に取り入れられたといえるのか、さらに行為意思と結びついたといえるのかについて意図していない場合、未必の故意が問題となる場合をも想定しているのである。そして、青木によれば、意図でない場合、つまり付随結果に関しては結果発生認識が行為と結びついたと一般的に言えるのは、結果発生認識の確実性の認識や高度の蓋然性、つまり行為者によって意味論上把握された結果発生認識の具体的危険を認識しつつ行為する場合に、そのような認識と意思は結びついたと言え、それに対して結果発生認識の危険性を漠然とのみ抱いた場合やわずかな可能性を認識したに過ぎない場合には結果不発生認識が意思に結びついたとも言う以上、故意を認めることができないとするのである³⁶⁾。

このような青木の区別基準は、先に検討した井上説と同様に、結局のと

ころ知的要素によって故意と過失を区別している。つまり、青木は行為者が結果発生の具体的な危険を認識しつつ行為すれば、当該結果発生の認識は行為意思と結びつけられ、それゆえ故意は認められるとするのであって、そうであれば結果発生の認識が「動機過程に取り入れられ、行為意思と結びついたかどうか」という基準は実質的にはなにも述べていないのである。このような理解が正しければ、青木が問題とした「認識と意思の積極的な結びつき」というのは、結局のところ結果発生を認識しつつ当該行為を止めなかったと言うことを意味するにすぎず、それは認識と意思の積極的な結びつきではなく、消極的な結びつきを問題としているのである。

4 以上、積極的動機説の代表的な論者を検討したが、両者に共通するのは、表面上両者とも結果との積極的な意的・肯定的な感情関係を重視しているが、実質的には未必の故意と認識ある過失の区別は知的要素のみによって行なわれており、故意において決定的な要素は知的要素であったのである。このような理解が正しいとすれば、積極的動機説という構想は成功していないのであり、動機説は以下で検討する消極的動機説の意味において理解されるべきなのである。

2) 結果との消極的・無関心な心理関係を問題とする見解

(1) 可能性説・蓋然性説

1 近時、純粋に結果発生の認識・予見の有無のみで故意の有無を判断するいわゆる可能性説を支持するのが高山佳奈子である。高山は、故意を「刑罰の前提たる責任を、行為者の再社会化を志向して根拠付ける、心理的要素のひとつ」³⁷⁾として捉えるべきとし、このことを前提に故意の要素として意的要素が必要かを検討する。そして、意的要素は主観的違法要素としての行為意思であって、責任要素としての故意の要素ではないとした上で、未必の故意と認識ある過失の区別基準に関していわゆる可能性説を採るのである³⁸⁾。すなわち「故意は犯罪事実の主観面における反映」であ

り、「故意と過失との区別はこの反映の有無の問題」とした上で次のように述べる。行為者が「そもそも犯罪事実が頭をよぎらなかった場合には『絵』が描かれておらず、犯罪事実の主観面における反映がない」ので、この場合は認識なき過失であり、「犯罪事実がいったん頭をよぎっても、それを打ち消した場合には、行為者は、犯罪事実の『絵』に代わって犯罪事実にならない『絵』を書き直した」のであり、この場合には認識ある過失がみとめられるとする。さらに、「犯罪事実が頭をよぎり、どうなるかわからないと思いつつ行為に出た場合は、犯罪事実の『絵』と犯罪事実にならない『絵』との2枚が描かれたまま」であるために未必の故意が認められ、「犯罪事実が頭をよぎり、その『絵』だけが心理において描かれた場合には」確定的故意が存在するとされるのである³⁹⁾。高山による以上の基準は、以下の考慮による。つまり「故意は犯罪事実の認識であり、責任を基礎付ける要素であると考えられるが、それは故意が行為者の犯罪性を示すためのものである」ことから導きだされるのである⁴⁰⁾。

以上の高山の見解は知的要素と意的要素を完全に分離し、故意を知的要素のみによって構成し、意的要素を故意の要素から排除する。このような高山の見解はフランクら初期の表象説が主張した見解（フランクはこの立場を後に放棄している）を思い起こさせる。すなわち、フランクによれば意欲できるのは行為（身体挙動）のみであって、結果は意欲できない以上、結果と心理的連関を有するのは知的要素のみであるとして故意の要素において知的要素を重視した。しかし、フランクは意的要素を故意の要素から排除したわけではない。事実、フランクは故意の定義中に意的要素を加えているからである⁴¹⁾。この点に高山説の独自性があるが、故意から意的要素を排除し、知的要素のみによって定義するならば、それは表象説に対して繰り返しなされてきた「認識」のみによって重い故意責任を認めるものであり妥当でないとの批判がそのまま当てはまることになる。それゆえフランクはその定義中に意的要素を加えているのである。

このような理論的な問題と同時に実際の帰結においても高山の見解は

問題を有する。すなわち、高山の見解は行為者が結果発生の可能性さえ認識していれば故意を認めるものであり、それゆえ、故意の処罰範囲が過度に広がるのである。さらに高山説によれば、慎重な者ほど結果発生の可能性の考慮し、その可能性を否定しないため故意が認められやすく、横柄なものほど結果の発生など考慮しないため、故意が否定されることになり、当罰性の観点から矛盾が生じるのである。

2 このような、可能性説に対して向けられた批判、とりわけ故意の処罰範囲が広すぎると言う批判を真摯に受け止め、これを限定するのが蓋然性説である⁴²⁾。近時の蓋然性説の代表的な主張者である前田雅英は、「国民の規範意識から見て、故意犯として科される重い刑罰効果に見合うだけの非難を向けうる主観的事情」が故意であって、これはすなわち「一般人ならばその罪の違法性の意識を持ちうる犯罪事実の認識」であるとす。このような前提から未必の故意と認識ある過失の限界付けに関して、結果発生蓋然性の認識があれば故意を認める蓋然性説を支持するのである。

しかし、蓋然性説に対しては、周知のように、行為者の認識した、結果発生蓋然性という量的基準によるのみでは質的に異なる故意と過失を区別することはできないという批判、またこのような量的な限界基準による場合その基準はあいまいになり⁴³⁾、結局、故意と過失の区別が恣意的になされる恐れが存在するという批判が存在する。そして、さらには結果発生が蓋然的であるとの評価は行為者を基準とする以上、先の可能性説と同様に、過度に慎重な者ならば結果発生の実質的な危険はわずかであるにもかかわらず、行為者自身は蓋然的と見なす場合には故意が認められることになるし、それに対して無思慮で横柄な者が重大な危険が存在しているにもかかわらず不合理にも結果発生の可能性はほんのわずかであるとする場合には当該行為者に過失が認められるに過ぎなくなるが、これはやはり不合理であろうと思われる⁴⁴⁾。

この矛盾を解消するためには、戦後ドイツの有力説である新たな認識説、あるいは規範的危険説がそうであったように、認識内容を客観的・規範的

に規定する必要があるのである。学説の検討の最後に日本において認識内容を客観的、規範的に規定することを試みている見解を検討しよう。

(2)消極的動機説

1 上述の問題点を明確に意識し、これを解消しようと試みる代表的な論者として藤木英雄、松宮孝明が挙げられよう⁴⁵⁾。以下では両者の見解を検討する。

2 まず、藤木によれば、故意と過失の限界基準を行為者の内心において区別する見解は「比較的思慮深い慎重な人が不利に扱われ、他人の安全に対しておよそ無頓着、無関心、あるいは横着な者のほうがかえって有利に扱われるという不公平な結果を導き出す」ことになり、このような見解が「論理的にいくら筋が通っていると言っても、正直な者が損をし、不正直、横着な者が得をするような結果を導く法律論は社会常識の支持を受けることが出来ない」とし、それまでの認容説、蓋然性を批判する⁴⁶⁾。

このような問題意識から藤木は未必の故意を、「自己の所為からその意図しない違法な犯罪事実の発生すべきことを認識しつつあえて行為する」場合と解し、ここにいう認識内容に関して「許された危険」論を援用して、次のように述べる。すなわち、まず行為者が結果発生の可能性を認識するが、しかしそのような結果発生の可能性が極めて低いものであり、通常の世界生活を営んでいく上で一般に無視してよいものである場合、故意は否定される。

どの程度の危険ならば無視してよいかは、当該行為の必要性、有益性、結果発生の危険性に応じて具体的に決定されるのである。つまり「行為者が表象した結果発生の可能性がどの程度の強度のものであるのかは、行為者自らの判断によるのではなく、行為者が表象した事実関係を基礎として、通常の世界生活を備えた人ならば当該危険性をどのように評価するか」によって規定されるとするのである⁴⁷⁾。それゆえ行為者に未必の故意が認められるのは、行為者が結果発生の可能性を認識している場合、その認識が、

通常人が同程度の認識を持っていたならば、当然そのような結果を発生させてはならず、それゆえ当該行為をやめるべきだと判断する程度のものであるにもかかわらず行為した場合なのである⁴⁸⁾。このように藤木は、行為者に結果発生認識があった場合、その認識を基礎にして行為者の立場におかれた一般人ならばどのような態度が期待されるのかという観点に依拠して未必の故意と認識ある過失の区別基準を提示したのである。

このような藤木の見解に対しては、次のような批判がなされている。すなわち、藤木説は故意の客観化を認めるものであり、そうであれば犯罪の主観的要件を必要とすることの刑法的意義を没却することになるのである⁴⁹⁾。しかし、これは誤解であろう。なにも藤木は行為者の現実の認識がいらないと言っている訳ではない。先の藤木説の紹介においても示されているように、藤木は行為者が結果発生許されない危険を現に認識していたことを求めているのであって、ただ、ここで言う許されない危険がどの程度のものかを行為者個人ではなく(さもなければ行為者が恣意的に判断できることになり、当初の問題意識と矛盾する)、一般人に基づいて判断するものなのである。それゆえ、藤木説の問題点は故意の客観化という点にあるのではない。そうではなくて、藤木説の問題点は彼の提示する「一般人」標準の妥当性如何にあるのである。この点を明らかにするために、藤木の見解を、彼と問題意識を共有しつつ異なる基準を提示する松宮孝明の見解と比較しよう。

3 松宮によれば「行為を止める動機とすべき事実を認識しながら行為に出ようとするところこそまさに「罪を犯す意」にほかならない」として動機説を支持しつつ⁵⁰⁾、故意と過失の限界に関して「結局のところ法が期待するような規範心理を行為者が備えていたと仮定したら(つまり、法の期待する『誠実な人』であったなら)、そのような結果発生の可能性の認識が、行為を思いとどまる動機となるようなものであったか⁵¹⁾」と決まる」とする。

このような松宮の見解と藤木の見解の相違は、当該行為者の認識内容を

「一般人なら思いとどまる程度のもの」とするのか(藤木),それとも「法の期待する規範心理を備えた者なら思いとどまる程度のもの」とするのか(松宮)という点にある。この相違は基準を一般人の側からみるのか,それとも法の側からみるのかという根本的な見方の相違なのである。

4 両者にはこのような相違が存在するのであるが,ではどちらの基準が妥当であるのかという点について,未必の故意の戦後のリーディングケースとされる最高裁昭和23年3月16日第3小法廷判決(刑集2巻3号227頁以下)を用いて示そう。本件において最高裁は盗品等有償譲受罪(口語化以前の赃物故買罪)の未必の故意を以下のことから認めた。すなわち, 売渡人が衣類を早く処置しないといけなかったこと, 近頃衣類の盗難が各地であり殊に 売りに来たのが朝鮮人であるとの事実が,「人をして「赃物ではないか」との推量をなさしむるに足る事情」であり,このことを当該行為者が認識しており,そしてこのことから行為者は当該衣類が盗品であるかもしれないと思ったと自供していることからある。

本判決においてこれまでの議論との関係で問題となるのは本判決が言うところ「人をして」の「人」とは誰か,どのような「人」を想定しているのかということである。藤木説によるならば,本判決の言う「人」は「一般人」を言うことになり,そうであれば故意の判断は,上記の行為者が認識していたとされる3つの事実が「一般人」ならば当該行為をやめるべきとされる程度のものであるかどうかによってなされることになる⁵²⁾。ところで,本件最高裁判決が盗品であるという認識を判断する基礎として,当該物を持ってきたのが「朝鮮人である」ということを挙げていることから推測すれば,当時の当該行為者,裁判官の属していた社会では朝鮮人であれば,そのような犯罪を行なってもおかしくないとの見方があったのだろうと思われる。であるならば,藤木説の言う「一般人」によれば先の事実だけからであっても故意が認められうることになる。

それに対して,松宮の言う「法の期待する誠実な人」とは,自己の振る

舞いの帰結に関して十分な根拠を持って慎重かつ合理的に判断する自律的・理性的な者と解されるところ、このような者が想定される場合、先の事案における当該物が盗品であるかどうかに関する判断において、3つの事実のなかでも特に売りにきたのが「朝鮮人である」という民族的偏見に基づく事実は(いくらそれが一般的な見方であっても)、故意を判断する際の事実として考慮されない。法の期待する者(自律的・理性的な者)がそのような差別的偏見を有する者とは想定し得ないからである。そうであれば自律的・理性的基準による場合、先のリーディングケースとされる事件において、その他の2つの事実に基づいて盗品の認識の有無が判断されることになるが、2つの事実のみによっては盗品の認識を認めるのに十分とは言いがたく、それゆえ本件において故意は否定されうる。藤木説と松宮説ではこのような相違が存在するのであるが、以上のことからすれば理論的にも実際の帰結においても松宮説が優れているように思われる。

5 もっとも、松宮説に問題がないわけではない。例えば、憤激のあまり近くにあったナイフを持ち出して被害者の腹部にそのナイフを突き刺し、よって被害者を死に至らしめたのであるが、その際、行為者は被害者が死亡するかもしれないとの意識が頭によぎったにすぎなかったという事例を考えてみよう。このような場合、おそらく松宮の言うところの「法の期待する誠実な人」という基準によるならば、当該行為をやめる程度の認識を行為者が有していたと言え、それゆえこのような場合殺人の故意が認められうる。事実、認識の質を問題としないブツペは自律的・理性的人間を前提にこのような場合に故意は認めているのである。

しかし、この事例において殺人の故意を認めるのは妥当でないように思われる。というのも、そもそも故意犯に重い責任非難が加えられるのは、ドイツにおける議論で明らかにしたように、行為者は自己の行為結果を単に意識において把握しているのみならず、それに加えて結果発生の一定の判断を有しつつ行為した、結果を発生させたからである。つまり、行為者は結果発生に対して一定の判断を伴った認識を有して始めて、当該行

為をやめるのか、やめないのかという選択に直面し、それにもかかわらず行為をやめなかったという点に重い故意非難の根拠が見出されるのである⁵³⁾。それゆえ、結果が発生するのかどうかに関して行為者は一定の判断を下しておらず、未だ発生するのかどうかに関して迷い、揺らぎつつも行為する場合、行為者は当該発生結果を未だ自ら選択したとは言えず、彼に故意犯としての重い責任非難を負わすことはできないのである。

したがって、上述のような激情犯ではなるほど認識内容は十分であるが、しかし行為者は結果発生の一一定の判断を下しておらず、それゆえ認識の質において問題を有しているため、殺人の故意を認めることはできないのである。ただし、松宮もまたこの点は意識している。というのも松宮は認識ある過失について、「認識ある過失でも、その認識の内容は、故意の場合と同じものではない」とすることで、両者はその「認識内容」が異なるとしているからである⁵⁴⁾。松宮の言う「認識内容」とはおそらく本稿で言うところの認識の質に関するものと思われるが、しかしその質がどのようなものであるのかに関して松宮はなにも述べていない。

それゆえ、認識の質をいかに規定すべきかが問題となるが、この点、すでに平野龍一が行為者の認識に一定の判断を要求し、それによって故意と過失を区別する見解を主張していた。平野は動機説を支持しつつ、故意と過失の区別基準に関して、「『結局においては』、結果が発生するであろうという判断か、結果は発生しないであろうという判断かのどちらかに到達しているものと考えることが出来る」とし、「このような意味での犯罪事実の認識の有無が、故意と過失との限界を為すのである」⁵⁵⁾とした。このように平野は認識概念に判断要素をも求め、それによって故意と過失を区別した点は妥当な方向性を示しているが、しかしその内容に関して問題を有している。確かに判断とは一定の決定を下すことを言うであり、その意味では結果が発生するのかもしれないのどちらかである。しかし、結果発生の可能性を意識した者が、結果が発生するとの判断に至っていない場合をすべて故意から取り除くというのは結論として妥当なものとは思われない

い。つまり行為者が、結果が発生するという判断に至っていない場合であっても故意が認められるべき場合はあるのである⁵⁶⁾。

では認識概念に判断要素を求めつつ、故意の妥当な処罰範囲を確保するためには判断要素をいかに規定すればよいのであろうか。この点で参考となるのがドイツのヤコプスの見解である。ヤコプスは認識概念において判断要素が必要であるとしつつ、その判断の内容を、平野（ドイツで言えばフリッシュ）のように結果との積極的な関係として規定するのではなく、消極的な関係として規定していた。すなわち、行為者が、結果の発生が「非蓋然的ではない」との判断を下しているにも関わらず、行為すれば故意は認められるとするのである。このようにヤコプスは判断要素を結果との消極的な関係として規定することで、平野説では故意として取り込めなかった場合を取り込むことができるのである。

しかし、問題はこれで解決しない。というのも、判断要素を結果との消極的な関係として規定するのが妥当であるにしても、例えば「結果発生が不可能ではない」あるいは「不確実ではない」とも規定しうるように、必ずしも「非蓋然的でない」と規定する必要はないからである。しかしそもそも認識に判断要素が必要なのは、行為者が特定の結果発生を選択したと言えなければならないからであった。このような観点からすれば、ここに言う判断の内容は、自己の振る舞いを遂行するに際して、自己のこれまでの経験に照らしこれからの振る舞いを規定し、影響を与える程度に結果発生が現実化・具体化するという内容を有するべきであろう。そうであれば、ヤコプスの言う「非蓋然的でない」との規定はこのことを示すのに最も適したものであると思われるのである。

以上、これまでの議論を踏まえるならば故意は次のような場合に認められることになる。すなわち、行為者が、法の期待する自律的・理性的な者であれば当該行為はやめるとされる程度の特定の犯罪事実を意識し、かつそれによって当該行為者は犯罪結果の発生が非蓋然的でない判断したにもかかわらず、当該行為をやめなかった場合である。

3) 判例の概観

1 最後に戦後の未必の故意に関する判例を概観し、その特徴を指摘しておきたい。

戦後、未必の故意に関するリーディングケースとなったのは、上述のように、最高裁昭和23年3月16日第3小法廷判決(刑集2巻3号227頁以下)である。事案は、盗品等有償譲受罪に関するもので、争点は、被告人が売渡人から衣類を買受けた際に、その衣類が盗品であることを知っていたかどうかであった。最高裁は次のように述べてこれを肯定した。

「赃物故買罪は赃物であることを知りながらこれを買受けることによつて成立するものであるが、その故意が成立する爲めには必ずしも買受くべき物が赃物であることを確定的に知つて居ることを必要としない或は赃物であるかも知れないと思ひながらしかも敢てこれを買受ける意思(いわゆる未必の故意)があれば足りるものと解すべきである。故にたとえ買受人が売渡人から赃物であることを明に告げられた事実がなくても苟くも買受物品の性質、数量、売渡人の属性、態度等諸般の事情から「あるいは赃物ではないか」との疑いをもちながらこれを買受けた事実が認められれば赃物故買罪が成立するものと見て差し支ない(大審昭和二年(れ)第一〇〇七号號昭和二年十一月十五日言渡判決参照)。本件において……(1)衣類は が早く処置せねばいけんといったが(2)近頃衣類の盗難が各地であり殊に(3)売りに来たのが朝鮮人であることから などが盗んで売りにきたのではなからうかと思つた」旨自供したことがわかる。右(1)乃至(3)の事実は充分人をして「赃物ではないか」との推量をなさしむるに足る事情であるから被告人がこれらの事情によつて「盗んできたものではなからうかと思つた」旨供述して居る以上この供述により前記未必の故意を認定するのは相當である。」

2 本判決に関する理解は2つに別れている。1つは認容説の立場から

本判決が故意の有無は被告人が盗品の可能性を認識しつつ、「敢えて」これを買受ける意思があれば足りとする際の「敢えて」という文言に着目して、この文言は実質的には認容を示すものであるとして、本判決は認容説に立つものであると理解するのである⁵⁷⁾。本判決のこのような理解を最初に示したのは団藤重光と思われるが、その理由は次のようなものであった。すなわち本判決が、同種の事件において故意を認めるのに「容認」という文言を用いた大審院判決（大審院昭和2年11月15日判決）をわざわざ引用しているという点、ただし本判決は判決文において「容認」という文言を用いていないが、判決文の「……しかも敢えてこれを買受ける意思」における「あえて」という文言が実質的に「容認」を意味していると解することができる点から、本判決は認容説によるものとしたのである⁵⁸⁾。

しかし、団藤のこのような理解は少々安易にすぎるように思われる。というのも本判決が引用する大審院判決が、「容認」という文言を用いているからといって当該大審院判決が故意の要件として行為者の認識のほかに認容という心理状態を必要としているとは必ずしも言えないからである。すなわち、大審院昭和2年11月15日判決（法律新聞2780号14頁）によれば、「あるいは赃物たるやも知れずと考えしかも敢えてこれが買受を辞せざりしこと（容認）をもって足るものとす」とするが、当該大審院判決の書き方からすれば、ここに言う「容認」とは行為をやめなかったこと、つまり「買い受けた」という行為を意味するものであって、行為者の心理状態として「容認」を要求したものではないというようにも解することができるからである⁵⁹⁾。このような理解が正当であるならば、本判決が大審院判決を引用しているからといって、本判決が行為者の心理において結果発生の可能性の認識だけでなく「認容」をも要件とするものであると解することはできないのである。

では、本判決の判決文それ自体から、本判決が故意の要件として、知的要素のほかに「認容」という心理状態を要求していると解することは可能であろうか。とりわけ、「あえて」という判決の文言が、認容説が言うよ

うに「認容」という行為者の心理状態を示すものと言えるであろうか。この点に関して、例えば、平野は「結果の発生を認識しながら、「あえてでなく」行為に出るということはありません」であり、それゆえ「あえて」という文言は知的要素のほかに行為者の心理状態を要求するものではなく、この点は本判決が認めるところであるとする⁶⁰⁾。さらに仮に故意を認めるに当たって知的要素だけでなく、「認容」という意的・情緒的要素をも必要とするのであれば、本判決は知的要素とは別個にこれを立証しなければならないはずであるが、しかし本判決において知的要素とは別にそのような心理状態は立証されていないのである。それゆえ本判決が故意を認めるに際して用いている「あえて」という文言は行為者の心理状態としての「認容」という、知的要素とは別の独自の要件を示しているとは思われず⁶¹⁾、「あえて」という文言は裁判官の評価であると解するのが妥当であるように思われる⁶²⁾。

以上のことからすれば、本判決の理解としては、故意の有無によって行為者の「認識」こそが決定的であり、それゆえ本判決は認容説の立場に立っていると解すべき理由はない⁶³⁾。またその後の他の最高裁判例においても行為者の「認識」が故意を認めるにあたって決定的な役割を果たしているのである⁶⁴⁾。例えば最高裁昭和28年1月23日判決(刑集7巻1号46頁)によれば、「誣告罪が成立するためには、その主観的要件として申告者がその申告した事実につき、その虚偽たることを確定的に認識していたことを必要とするものではなく、未必的な認識があれば足りるものと解するを相当する」と判示しているし、最高裁昭和23年7月29日判決(刑集2巻9号1076頁)もまた「所持の認識ありながら所持している場合」に故意を認めているのである⁶⁵⁾。これらのことからすれば最高裁判例は故意の有無を判断するにあたって行為者の「認識」を重視していると解するのが相当であるように思われる。

本件最高裁判決を以上のように解する場合、次に問題となるのは、では行為者にはどのような「認識」があれば故意が認められるのかということか

いうことである。この点に関して、これまでの学説の検討からの帰結を踏まえて、認識概念を認識内容と認識の質に区別して検討しよう。まず認識内容に関してであるが、本判決は故意を認めるにあたって、(1) 衣類はAが早く処置しないといけないといったこと、(2) 近頃衣類の盗難が各地であり殊に(3) 売りに来たのが朝鮮人であったということから、行為者には当該衣類は盗品であるかもしれないとの予見があったとする。しかし、すでに上述のように、これらの事実認識では、法の期待する誠実な者ならば当該行為をやめる程度の実事認識とすることはできない。というのも、売りに来たものが当該衣類を早く売った方がいいといったからといってそれが盗品であるとは限らないし、また最近盗難が多いということが持ち込まれたものは盗品であると直接推測させる事情にはならないし、ましてや弁護人の趣意書にもあるように売りに来た者が朝鮮人だからといって、当該衣類が盗品だと考えなければならぬわけではまったくない。仮にこの程度の実事認識が故意にとって十分であるとすれば、買い手は売りに来た者の素性まで把握しなければいけなくなるだろうし、買い手は不審な点のある者の売る物は一切買わなくなるだろう。そうなれば見知らぬ者との売買は非常に困難となり、現代社会にとって重要である匿名同士の日常的な取引が非常に限定されたものとなるであろう。

このように本判決は認識内容の点ですでに問題を有するものであるが、さらに認識の質に関しても問題を有している。すなわち本判決は、諸般の事情から行為者が「あるいは赃物ではないかとの疑を持ちながらこれを買った」場合に故意が認められるとするが、しかし、例えば町野朔が批判するように、行為者が単に「疑い」を抱いただけでは故意を肯定しえない⁶⁶⁾。つまり本件における行為者は買い受けた品物が盗品かどうかの疑いを有してはいたが、未だ当該品物が盗品であることの（非蓋然的でないと）判断に至っていないのであり、それゆえこれまでの検討から明らかになった故意を認めるにあたって必要な認識の質に関して本件行為者のそれは未だ不十分なのである⁶⁷⁾。以上のことからすれば、本判決は盗品等有償

譲受罪の故意に関してその認識内容と認識の質の両者とも不十分であり、このような場合に故意を認めたのは非常に問題を含むものと考えられるのである。

3 次に下級審の判例を検討しよう。平川宗信によれば、戦後の下級審判例は認容説的な判例が増大しているとする。すなわち先の最高裁の判例中に用いられた「敢えて」という文言が下級審判例において一般的に用いられるようになり、また、判決文中において故意を認めるに当たって表象および認容があることによって故意を認めた判例、さらには故意を認めるには行為者の認容が必要とする判例、または認容がないことから故意を否定した判例が存在するというのである⁶⁸⁾。しかし、「敢えて」という文言を用いているからといってそれが直ちに「認容」という行為者の心理状態を示すものではないということは上述の通りであり、さらに結果発生を「認容した」、「やむをえない」、「意に介しない」などの文言を用いている判例が、それらを実際の行為者の心理状態として考慮しているのかどうかもまた検討の余地があるように思われる⁶⁹⁾。以下では下級審判例において「認容あるいは容認」、「やむを得ない」、「意に介しない」という文言を用いて故意を肯定、あるいは否定した判例を検討し、「認容」などの行為者の情緒的感情的要素が実質的に故意の要件となっているのかどうかを検討したい。

4 おそらく 筆者の調べた限りでは 「認容あるいは容認」という文言を用いて未必の故意を認めた最初の下級審判例は名古屋高等裁判所昭和31年4月19日判決(高等裁判所刑事判例集9巻5号411頁)⁷⁰⁾と思われる(それに対して、最初に「容認」という文言を用いて故意を否定した判例は福岡高等裁判所昭和25年9月26日判決と思われる)。これはいわゆる原因において自由な行為に関するもので、当該判決は、覚せい剤を注射するに際して、当該注射によって精神異常を招来し、他人に暴行を加えることがあるかもしれないと予想しながらあえてこれを容認して覚せい剤を注射し、心神喪失状態に陥り短刀でもって人を殺害したという事案に対し

て、暴行の未必の故意を肯定し、よって傷害致死罪を認めた。

さらに原因において自由な行為が問題となった事例において故意を肯定した判例として大阪地方裁判所昭和51年3月4日判決（判例時報822号109頁）がある。事案は飲酒酩酊すると他人に暴力を振るう性向を有する者が、飲酒によって病的酩酊に陥り、よってタクシー運転手に暴行脅迫を加えたというもので、当該判決によれば行為者は飲酒時にこのまま飲み続ければ酩酊に陥り他人に暴行脅迫を加えるかもしれないことを認識予見しながらこれを認容したものであり、この点に暴行脅迫の故意が認められるとした。これらの事例は原因行為時における認識の範囲内で故意が認められている。

これに対して、同じ原因において自由な行為が問題となった事例ではあるが、「認容がない」として故意を否定したものに福岡高等裁判所昭和25年9月26日判決（高等裁判所刑事判例集3巻3号438頁）がある。事案は飲酒酩酊した行為者が心神喪失状態に陥り被害者を殴打し、よって死亡させたもので、福岡高裁は判決中において「行為者が平素酩酊すれば他人に暴行を加える習癖があるとしても、単にその習癖を認識しながら過度に飲酒しただけでは暴行の未必の故意があるとはいえない。かような場合に未必の故意があるとするには、飲酒すれば酩酊してあるいは他人に暴行を加えることがあるかもしれないことを予想しながら敢えてこれを容認したことが必要である」とし、本件において行為者には暴行の未必の故意が認められないとした。

本判決は行為者に暴行に対する容認がなかった理由として、行為者の飲酒が仕事先などで勧められてたまたま飲酒したもので、それゆえ酩酊状態に陥ったのは偶然の事情によるものであることから行為者には暴行の認容が認められないとしたのである。

以上のいわゆる原因において自由な行為の事例において、故意が認められた場合と否定された場合を比較すると、肯定された事例では、行為者は自ら進んで飲酒あるいは覚せい剤注射を行っているのに対して、故意が否定された事例においては、自ら進んで飲酒した訳ではなく勧められて飲酒

したものであるという点に相違があり、認容のあるなしはこの両者の相違を表したものと解することができる。というのも後者の場合、認容の否定は行為者自身の内心の心理状態によって判断されているのではなく、自己以外の者から勧められて飲酒したという点によって認められているからである。そうであるならば、ここで言う「認容」とは行為者の飲酒ないし注射行為が、自己によるものなのか(認容あり)、それとも他者等の外部的条件によるものなのか(認容なし)という客観的な状況を示すものと解することができるように思われる。つまり、これらの判決では「認容」とは行為者の内心状態を示すものではなく、特定の事態の客観的な評価を示しているものと解することができるのである。

5 次に検討する下級審判例は、自動車事故に関するもので、これは3つの類型に分類が可能である。すなわち 引きずり・轢過類型、 衝突類型、 振り落とし類型である。まず、それぞれの典型的な判例を概観しよう。

引きずり・轢過類型としては新潟地方裁判所長岡支部昭和37年9月27日判決(下級裁判刑事判例集第4巻第9・10号882頁)がある。事案は被告人が被害者を自車に衝突させ、被害者を引き摺ったまま進行し、よって被害者を死亡させたというもので、当該判決は「自動車が加速進行し直進状態に入った直後ころ、被害者のうめき声を聞き、自動車の運転操作に異常なものを知覚し、さらにそのころ、被害者の夫が左側扉につかまって「停めろ、停めろ」と再三停車を命じていたのであるから、被害者が車体の下に引っかかっているかもしれないと認識したことは充分これを認めることができる。右の状態のまま時速30キロで道路上を引き摺ればあるいは被害者が死亡するかもしれないということは通常経験に照らして充分予見しうところであり、あえて時速30^キに加速して300^キもの間そのまま進行した行為は、死の結果に対する認容の心理的態度を窺うに充分である」とした⁷¹⁾。

衝突事例としては福岡高等裁判所昭和56年7月13日判決(判例時報

1035号152頁）がある。事案は自動二輪車に乗った暴走族の一員が、前方車道に左右に移動しながら暴走族の取締に当たっていた警察官2名が停止を命じているのを認めながら時速60キロから約70キロに加速して、しかも顔を伏せ前方をよくみないで通抜けようとし、その際右警察官のうちの1名をはね飛ばしたというもので、当該判決によれば行為者は被害者を自車に衝突させ、その結果被害者を負傷させるに至るかもしれないが、逃走するためにはそれをやむを得ないとして当該行為を行ったとして傷害の未必的故意があったものと認めた。

振り落とし事例としては、東京地方裁判所昭和45年10月31日判決（判例時報620号104頁）がある。当該判決によれば、行為者は被害者が自車の左前部の窓と屋根の方向指示燈に両手を掛けしがみ付くという不安定な姿勢にあることを認識し、それによって車から転落し死亡する可能性を認識しながらそれを意に介することなくあえて自車の速度を時速60キロに加速して被害者を転落させ傷害を負わせたときは、殺人の未必の故意があったとした⁷²⁾。

以上が、自動4輪車、あるいは2輪車について結果発生に対する情緒的感情的要素に言及して故意を認めた判例であるが、これらの判例に共通するのは、まず行為者の行為の結果発生に対する客観的に高度な危険が存在することを確認した上で、行為者がその危険を認識しつつ行為する場合、行為者には死の結果発生に対して認容がある、あるいは結果発生を意に介しなかった、やむをえないものであったとしている点である。つまり、これらの判例で故意を認めるにあたって決定的な要素は、結果発生 of 客観的な危険の存在とその危険性の認識であり、これらが存在するにも関わらず行為すれば、行為者には結果発生に対する認容などの情緒的要素が認められているのである。そうであれば、ここでもまた「認容」とは故意の有無を判断するにあたって、行為者の内心上の心理状態を示すものではないのである。

6 このことはさらに不作為犯において殺人の故意が認められる事例に

も当てはまる。例えば、東京地方裁判所昭和40年9月30日判決（下級裁判所刑事裁判例集第7巻第9号64頁）⁷³⁾によれば、交通事故を起こした行為者が、被害者を病院に搬送するべく自車に同乗させ、病院に向かっていたが、途中で発覚を恐れるあまり病院に向かわず、同車内で被害者が死亡したと言う事案に関して、行為者が被告人の状態などの認識から被害者の死の結果の可能性を認識していたことは明らかであるとし、このような認識を有しているにもかかわらず、行為者は病院に搬送せずに自車の走行を続けたのであり、このような行為によって行為者の被害者の死に対する認容もまた認められるとした⁷⁴⁾。本判決もまた殺人結果発生の高度な危険が存在することを前提に、行為者にその客観的事情の認識とそれに基づく行為の存在によって結果発生に対する「認容」を認めており、このような判断構造は先の自動車事故に関する判例と同様である。

7 次に放火の事案を検討しよう。放火の事案で認容という文言を用いて故意を認めた判例として福岡高等裁判所昭和45年5月16日判決（判例時報621号106頁）がある⁷⁵⁾。

事案は被告人が自己の勤務先の診療所を放火し、その際、入院中の患者をも死傷させたというもので、原審は被告人に殺人、傷害の故意を否定したが、福岡高裁は以下の理由でこれを肯定した。すなわち「被告人は犯行前患者らを戸外に避難させようという努力は試みてはいるものの、患者らが被告人の意図を察知せず戸外に出ようとしなかったにもかかわらず、多量のガソリンをまいて放火しているのであるから、被告人は死傷結果の発生を認容したものであって、被告人には殺人および傷害の未必の犯意があったものといわざるを得ない」とした。

本件では行為者は被害者らを戸外に出よう試みているのであり、このことからすれば行為者は被害者らの死の結果を内心上は「認容」していないと解するのが素直な解釈であると思われるが、にもかかわらず本判決は行為者が自己の行為によって高度な危険性が発生することを認識しつつ行為したのであり、それゆえ行為者には結果発生の際の認容があったとしたので

ある。このように本判決は行為者の、認容などの心理的事実は重視しておらず、客観的に高度な危険性の存在とその認識によって故意を認めているのであり、ここでも認容は内心上の心理状態としての要件としては機能していないのである⁷⁶⁾。

8 以上、ここまで「認容」、「やむをえない」、「意に介しない」という文言を用いて故意を認める下級審判例を 簡単にではあるが 概観してきたが、それらにおおよそ共通する判断構造は、まず行為者の行為による結果発生 of 客観的に高度な危険性の存在を確認し、次に行為者のこれまでの供述と客観的状況とを比較対照しつつ行為者の当該事態に対する認識の有無を確認し、それが認められる場合には行為者に認容があった、やむをえないでしたなど心理状態があるとされていることである⁷⁷⁾。そしてここでの認容がある、あるいはやむをえないでしたということは、これまでの検討から明らかなように、それ自体独自の要件というよりも、結局のところ行為者が結果発生 of 高度な危険を認識しつつ行為したと言う事態全体に対する裁判官の側の評価であるように思われるのである。

このことは、認容がないということで故意を否定した判例がそもそも当該結果発生 of 客観的危険性が存在しない場合でもあることから窺えるのである⁷⁸⁾。この点に関するもので、例えば高松高等裁判所昭和32年3月11日判決（高等裁判所刑事裁判特報4巻5号99頁）が挙げられよう。

事案は海上保安官を海中に投げ込んだ行為について殺人の未必の故意が認められないとしたものであるが、高松高裁によれば「未必の故意とは結果発生 of 可能性すなわち結果発生 of 蓋然の大なることを認識しながらしかもその発生を認容する心的状態である。従ってその結果発生 of 可能性を認識しなかった場合はもちろんのこと、これを一応認識したにしてもその結果発生を認容したわけではなかった場合にも未必の故意が認めることができない」としたうえで、被告人は、その場から逃げたいばかりに前後の考えなく、保安官を海中に突き落としたものの、同人が早く現場付近にいた別の海上保安官に見つかり無事救助されることを念願しこれを期待し

ながら逃げ去ったことから行為者には殺意は認められないとしたのである。

本件は一見すると、行為者が結果発生の可能性を認識しつつもその発生を認容せず、それゆえ故意が否定された事例とも解せるが、しかし本件は、投げ出された保安官の死の結果発生危険性がそもそも低かったと言えるものであった。たしかに、行為者は確かに海上保安官を深夜の海中に突き落としてはいるが、しかし行為者の船舶の近辺に巡視船が停泊して、行為者の船舶の動向を監視していたのであり、行為者の船舶上で異変があれば直ちにそれに対応するだろうことは行為者もまた認識していたのである。このような事情があって、本件では故意が否定されたものと解されるのである。このような事情がなければ、先の放火に関する判例と同様に行為者がいかに結果の不発生を願っていたとしてもおそらく故意は肯定されていたと思われる。

9 以上の検討から明らかになったことは、下級審判例においても故意を認めるにあたって重要なのは、結果発生客観的に高度な危険性の存在とその認識であって、その他の行為者の心理状態は、形式的には行為者の感情的情緒的な心理状態を表す文言が用いられているとしても、實際上故意の有無の判断にとって重要ではないということである。それゆえ今後、判例においても、故意の有無の判断にあたっては端的に「認識」概念のみを問題とし、本稿のこれまでの検討において示したように、認識概念をより精緻化することが望ましい。というのも、行為者の認識に関して十分な検討がなされずそれゆえ不当に故意が認められてしまった判例がいくつか出されているからである⁷⁹⁾。

このような判例として例えば大津地方裁判所昭和39年9月8日判決(下級裁判所刑事裁判例集第6巻第9・10号38頁)がある⁸⁰⁾。事案は無免許運転などの発覚を恐れる被告人が逃走したいとの一心から停車を命じている警察官に自己の大型4輪特殊自動車を時速約47キロのスピードで突進し、よって当該警察官を死亡させたというもので、当該判決は被告人の行動と供述から被告人が意識上あるいは潜在意識下に自車が同警察官に衝突し、

重傷を与えるかまたは死に致す危険性を充分認識しつつも、あえて同巡査めがけて自車を突進させたことが認められるから当該巡査に対する殺人の未必の故意が認められるとした。

本件においてまず被告人の行為は客観的・高度な死の結果発生・の危険が存在したことが確認されている。このことを前提に、次に判決は、被告人が自己の行為によって被害者に衝突し、よってあるいは死に至かもしれないと思ったという供述、また自車が被害者にあたるかもしれないとは思ったとの供述から被告人には意識上、あるいは潜在意識下において死の結果発生・の認識を有していたとしたのである。しかし、被告人は供述において一貫して逃走したい一心であって、その他のこと、すなわち死の結果が発生することまでは頭になかったとも供述しており、この点は当該判決も認めているところである、それゆえ、判決では「意識上、あるいは潜在意識下」という文言を用いたものと思われる。そうであれば、被告人には死の結果の予見、さらには被害者の死の結果発生に対する判断にまで未だ至っていない、少なくともその点が十分に認定されていないのである。その意味では本判決は殺人の故意を認めるには未だ不十分なものであり、行為者の認識に関して更なる検討の必要があったように思われる。

結 び 今後の課題

1 以上、未必の故意に関する日本およびドイツに関する議論を概観してきたわけであるが、最後にここまでの検討で明らかになったことをまとめ、次の課題を提示することで本稿を閉じることにしたい。

2 まず、未必の故意に関する問題とは、故意の処罰範囲はどこまでなのか、つまり付随結果のどの範囲までが故意といえるのかという問題であった。この点で過失との区別が問題となったのである。

この点について、学説は何百年もの間様々に争ってきたわけであるが、本稿の検討から明らかになったのは、これまでの様々に主張された学説が、

刑法の前提とする人間像にまでさかのぼる、以下の2つの異なる立場にまとめることができるということであった。

ひとつは刑法における人間像を功利主義的な人間として想定し、故意犯を利己主義者として特徴づける立場である。この立場は故意の本質を行為者心理と結果との積極的・肯定的関係に見出す。つまり、犯罪結果の発生が、それが主結果であれ、付随結果であれ、行為者にとって(相対的であれ)望ましかった、好ましかった場合に故意が認められるのである。このような立場の基礎には、犯罪行為を行為者自身の視点より捉えることで(この立場によれば、犯罪行為は意思 行為(身体挙動) 結果という経過において捉えられる、事前判断)、行為(身体挙動)の原因は意思にあり、行為の原因力としての意思こそがより重い責任非難の対象なのであり、それゆえ過失との区別もまた行為の原因としての意思によって画されなければならないとする考え方が存在しているのである。ここでは故意は心理主義的・因果主義的に規定され、それゆえ意思と認識は一致するのである。そしてこの立場による場合、故意非難の根拠は行為者が自己の行為目的(意図)の実現によって得られる利益とその実現過程によって生じうる付随的犯罪結果による不利益を比較考量し、たとえ犯罪結果が発生するとしても自己利益の実現のほうが行為者にとって好ましいとするために、相対的にであれ自己の行為をやめるよりも付随的犯罪結果発生のほうが好ましかったという行為者の態度に見出されるのである。これがこれまで意思説とよばれてきたものなのである。

それに対して、もうひとつの立場は刑法における人間像を理性的自律的な人間として捉えることで、故意犯を法益侵害(規範違反)を認識しつつも無関心に振舞う者として特徴付ける。この立場は故意の本質を、行為者が結果発生を認識したにもかかわらず行為したと言う点に見出す、つまりこの立場は知的要素を重視し、意的要素に関しては犯罪結果との消極的な関係(つまり行為をやめなかった)のみを問題とするのである。このような立場の基礎には、犯罪行為を第三者あるいは社会の側から捉えることで、

（それゆえこの立場によれば、犯罪行為は結果 行為（身体挙動） 意思という経過において捉えられる、事後判断説）、発生した結果を故意犯として行為者に帰責するにはいかなる心理状態があればよいのかという観点から責任非難の対象は必ずしも意的要素である必要はないとする考え方が存在している。つまり、この考え方は、意思の2つの機能である行為の原因力としての意思と過失との限界を画するものとしての意思に対して、前者はすでに示されているため（行為をやめなかったという点）重要ではなく、後者に関しても意的要素はその機能を十分に果たしえないとすることで、故意の限界付けに関しては知的要素によって行なわれるべきとするのである。ここでは意思と認識は一致しないのである。そしてこの立場による場合、故意処罰の根拠は、結果発生の危険性を認識しているにもかかわらずやめなかったという行為者の他の法益（規範）を意識的に尊重しなかったというその態度、言い換えると他の法益侵害（規範違反）に対する行為者の無関心な態度に見出されるのである。これがこれまで認識説と呼ばれてきたものなのである。

3 次に本稿の検討で明らかになったのは、故意の本質に関して意思説をとったからといって、未必の故意と認識ある過失の区別が論理必然に意的ないし情緒的感情的要素によって行われなければならないということではないということである。これは例えばグロスマンが故意の本質に関しては結果との肯定的感情関係を問題としつつ、未必の故意と認識ある過失の区別基準に関して蓋然性説を主張していたことから明らかである。未必の故意と過失の区別基準は故意の本質ではなく、故意処罰の根拠を手がかりとして規定されなければならないのである。

4 最後に、区別基準に関してであるが、未必の故意と認識ある過失の区別基準はこれまでの学説の概観からもわかる通り実に様々な基準が提起された。そこでの争点は、小心者事例、無関心事例、結果不発生への非合理的信頼事例に関してであった。故意犯を利己主義者として捉える立場から提起された基準はそのいずれも、先の3の事例に対して十分な解決を示

することができなかった。というのもこの立場は、故意の有無を行為者の心理に過度に依存させることによって、故意の判断が恣意的になり、それは結局のところ故意の有無を行為者の性格によって判断することになるという本質的な問題点を有していたからである。

それに対して故意犯を法益(規範)に対する意識的な不尊重・無関心として特徴付ける立場からは、知的要素を重視し、これによって未必の故意と認識ある過失の区別を行うのであるが、このような学説として可能性説、蓋然性説などがあつた。しかし、いずれもとりわけ小心者事例において説得的な解決を示すことができなかった。それゆえ本稿ではドイツにおける議論を参照して、知的要素を分析し、認識内容と認識の質に区別した。そして認識内容に関しては、行為者が認識すべき事実を、法の期待する自律的・理性的な者であれば自己の行為をやめる程度の実事として規範化した。こうすることで、可能性説、蓋然性説においても十分な解決を示すことができなかった小心者事例において説得的な解決を示すことができた。しかし本稿はこれだけでは未必の故意と認識ある過失の区別にとつては不十分であるとことを指摘して、認識の質に関して検討した。そして本稿では、故意の処罰根拠から行為者は先の事実から結果発生が非蓋然的ではないとの判断に至つてはじめて行為者に故意が認められると指摘した。そして、この結果発生が「非蓋然的でない」との判断の有無によって未必の故意と認識ある過失が区別されるのである。

以上のことをまとめると故意は次のように判断すべきことになる。すなわち、法の期待する自律的・理性的な者であれば当該行為をやめる程度の特定の犯罪事実を意識し、かつそれによってその犯罪結果の発生が非蓋然的でないと判断したにもかかわらず、当該行為をやめなかった場合に故意は認められるのである。

5 以上が本稿におけるさしあたりの結論であるが、このような立場に立った場合に課題は2つある。ひとつは、近時、ヤコブスが主張している間接故意に関するもので⁸¹⁾、本稿の立場からヤコブスの主張する間接故意

論をいかに取り扱うべきかということである。というのも、本稿の立場はその基本的な考え方においてヤコブスと共通するものであり、それゆえ本稿の立場を理論的に推し進めていけば、ヤコブスの主張する間接故意論へと至りうるからである。そしてこのことは、これまでの学説が一致して認めていた故意には構成要件該当事実の認識は必要とする前提を揺さぶるものであり、責任型式としての故意・過失という区別自体の妥当性について再度問い直しを迫るものなのである。

もうひとつは、本稿で示した認識の内容に関する「法の期待する自律的・理性的な者」基準に従う場合、ここにいう「法の期待する自律的・理性的な者」とは誰か、ここには異なる文化・社会の出身者も含まれるのかということが問題となる。例えば、ある者が自国文化においてはいわゆる略奪婚が認められているところ、これが禁止され、それを行えば強姦罪で処罰されている日本でこれを行ったという場合、先の「法の期待する自律的・理性的な者」を行為者自身の文化・社会を基準にすれば、行為者は、それは許されているために行為をやめるべき事実を認識していないことになり、強姦罪の故意を有していないことになるのに対して、日本社会における「法の期待する理性的・自律的な者」を基準とすれば、当該行為者は行為者はやめる程度の実事を認識していたといえ、強姦罪の故意が認められることになる。つまり、「法の期待する自律的・理性的な者」基準に従う場合、異なる文化圏において許される行為を日本において行ったところ、日本においてはこれが犯罪として評価される場合、当該行為者はいかに取り扱われるべきかということが問題となるのである⁸²⁾。このような場合に当然のごとく日本における「理性的な者」を基準にして処罰すべきなのだろうか。意味の解釈において文化的相違が存在し、しかもその評価が対立する場合に、これを問答無用に処罰するのは刑法がそれ自体すでに文化的なものである以上、当該行為の処罰は行為者に対して自国の文化を押し付けること(同化)を意味するがこれが果たして許されるのだろうか。次回では、このような課題を考えてみたい。

- 1) 動機説を積極的動機説と消極的動機説に区別したのは高山可奈子であり、本稿もこの分類に従った。高山可奈子『故意と違法性の意識』(有斐閣, 1999年)142頁。さらに163頁の注(81)も参照。
- 2) 川端博『刑法総論講義』(成文堂, 平成7年)179頁, 斉藤信治『刑法総論〔第三版〕』(有斐閣, 1998年)106頁以下, 山中敬一『刑法総論』(成文堂, 1999年)298頁, 福田平『全訂刑法総論(第四版)』(有斐閣, 平成16年)112頁, 西田典之『刑法総論』(弘文堂, 平成18年)203頁, 浅田和茂『刑法総論』(成文堂, 2005年)303頁, 青木紀博「未必の故意に関する一考察」同志社法学33巻6号(昭和56年)94(1060)頁など。ただし内藤, 山口は多数説とする。内藤謙『刑法講義総論(下)』(有斐閣, 1991年)1086頁, 山口厚『刑法総論』(有斐閣, 平成13年)180頁。
- 3) 認容説を支持するものとして, 団藤重光『刑法綱要総論』(創文社, 昭和59年)273頁以下, 植松正『刑法総論』(青林書院, 昭和33年)213頁以下, 大塚仁, 『刑法概説(総論)』(有斐閣, 2005年)198頁以下, 福田・前掲注(2)112頁, 吉川経夫『三訂刑法総論』(法律文化社, 1996年)188頁以下, 阿部純二『刑法総論』(日本評論社, 2003年)103頁など。
- 4) 「消極的認容」という文言は注意を要する。ドイツでは認容あるいは是認説という場合, 結果発生が行為者にとって好ましかった場合を言うのであって, 結果が発生するものも仕方なかった, あるいは結果発生に対して無関心であったという心理状態まで含むものではない。それゆえ, 戦後のBGHst 7, 363は結果が発生しても仕方なかったという心理状態をわざわざ「法的意味における是認」と称したのである。本稿第4章第1節参照。日本において「消極的認容」を最初に用いたのは小野清一郎だと思われるが, 仮に小野が当時のドイツで用いられていた「negative Einwilligung」という用語を「消極的認容」と翻訳したものであるとすれば, それは誤解を招くものである。というのも当時のドイツで「negative Einwilligung」とはフランクの提唱したいわゆるフランクの第1公式を意味したのであり, それは「結果が発生しても仕方ない」などの現実の心理状態を表すものではなく, 仮に行為者が結果発生が確実であると思った場合にも行為するか, 行為すれば当該結果に対して認容があると言うことを意味するものであったからである。つまりここでの「positiv-negativ」という対は日本語で言うところの「積極的 消極的」という対で理解されるべきでなく, 「現実的 仮定的」という対で理解されるべきものなのである。それゆえ「negative Einwilligung」とは, 「仮定的認容」とでも訳されるべきものであったのである。井上正治『過失犯の構造』(有斐閣, 昭和52年)134頁以下, 153頁以下, 157頁以下, 桂静子「故意と過失の限界について」刑法雑誌第5巻第4号543頁以下, 松宮孝明『ブチゼミ刑法総論』(法学書院, 2006年)34頁以下参照。
- 5) 団藤・前掲注(3)276頁。
- 6) 青木・前掲注(2)90頁以下。さらには平野龍一『刑法総論1』(有斐閣, 1972年)182頁, 川端・前掲注(2)179頁参照。それに対して野村は, 結果発生が実現してもかまわないという心理状態は消極的に甘受したという心理状態であるとする。野村稔「18未必の故意」西原春夫, 藤木英雄, 森下忠編『刑法学2《総論の重要問題》』(有斐閣, 昭和53年)202頁。
- 7) 植松・前掲注(3)113頁以下, 福田・前掲注(2)112頁以下, 吉川・前掲注(3)189頁,

故意に関する一考察(六・完)(玄)

さらに西田・前掲注(2)203頁参照。ただし、いわゆる消極的認容に無関心までは含まない者として、例えば佐伯千仞『改訂刑法講義(総論)』(有斐閣,昭和51年)255頁。

- 8) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』(昭和32年)153頁。
- 9) 本稿第3章ヒッペルの見解参照
- 10) 団藤・前掲注(3)250頁。
- 11) 団藤・前掲注(3)273頁以下。
- 12) 不破武夫『刑事責任論』(弘文堂,昭和29年)97頁以下。
- 13) 事実、このような見解に対しては「無関心さの反規範性を強調して積極的認容と等価視することは、現実に存在する相違に目を閉じるものであるとの批判が存在する。青木・前掲注(2)91(1057)頁参照。
- 14) 「ロシアの乞食」事例とは、乞食が物乞いの道具に使うために貧しい家庭から子どもを貰い受け、当該子どもの手足を折り、体に障害を与えることでそれを見た行人の同情を誘い、物乞いをしやすくしようとするのであるが、やり損なって当該子どもを死亡させたというもので、このような場合、当該乞食は子どもが死んでしまっただけでは物乞いの道具にならないために、死の結果発生を望んでいないのである。本稿第3章第3節3)1871年刑法典成立以降の学説の展開におけるヒッペルの見解の部分、さらに不破・前掲注(12)101頁以下参照。
- 15) 本稿第3章第3節3)1871年刑法典成立以降の学説の展開におけるヒッペルの見解参照。
- 16) 不破・前掲注(12)101頁以下。
- 17) 桂・前掲注(4)544頁、莊子邦雄『刑法総論〔新版〕』(青林書院,1985年)324頁参照。
- 18) 前田雅英は、意思的要素の強調は心情刑法に至ると批判し、町野朔は「認容」、「人格各態度」などは行為者人格の反社会性、悪性の徴表に過ぎないとする。前田雅英『刑法総論講義(第4版)』(東京大学出版会,2006年)207頁、町野朔『刑法総論講義案〔第2版)』(信山社,1998年)197頁。
- 19) 実現意思説の支持者としては、中義勝『講述犯罪総論』(有斐閣,昭和56年)109頁以下、野村・前掲注(6)198頁以下、川端・前掲注(2)182頁以下など。
- 20) 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂,2005年)77頁。
- 21) 井田良・前掲注(20)78頁。
- 22) 井田の見解によれば、東京高等裁判所昭和37年11月6日判決(東京高等裁判所刑事判決時報13巻11号2頁)における事案において、傷害の未必の故意を否定すべきことになるが、妥当とは思われない。
- 23) 同種の批判として、中・前掲注(19)112頁以下、山中・前掲注(2)229頁、高山は、回避措置を投入しても残存危険が残る場合の問題のほかにさらに回避意思説に対して、回避意思説が「回避意思がないことをもって実現意思あり」とする点を問題とし、「回避意思も実現意思もない場合がありうる以上、回避意思がないときは実現意思があるとするはできない」とする。高山・前掲注(1)146頁以下。
- 24) 山中・前掲注(2)296頁。
- 25) このような見解を山中自身は、実現意思形成説と称している。山中・前掲注(2)300頁以下。

- 26) 高山・前掲注(1)142頁参照。
- 27) 類似の見解として内藤らの見解がある。内藤・前掲注(2)1089頁以下。
- 28) 井上正治『過失犯の構造』(有斐閣,昭和52年)199頁,208頁。
- 29) 井上・前掲注(28)207頁。
- 30) 井上・前掲注(28)197頁。
- 31) 井上・前掲注(28)199頁。
- 32) 井上・前掲注(28)187頁。
- 33) 井上・前掲注(28)200頁。
- 34) 井上の見解をこのように評価するものとして,浅田・前掲注(2)305頁。
- 35) 例えば,大谷実は,「認識が行為者の意思に結びついたこと,すなわち行為者が認識を自己の行為動機としたこと」を要するのが動機説であると解するが,しかしこのように動機説を定義する場合,付随結果としての未必の故意はその定義上排除されるのである。しかし未必の故意を否定はすることは大谷の意図するところではないであろう。大谷実『刑法講義総論第三版』(成文堂,平成5年)190頁以下参照。なお,奥村もまた,消極的動機説の定義として,「行為者が結果発生の認識を否定しないでそれを自己の行為の動機付けとしたかどうかを基準とする説」と定義するが,大谷と同様の誤りを犯している。奥村正雄「29 未必の故意と条件付故意」『刑法の争点(第3版)』(有斐閣,2000年)60頁。このような定義が誤解を生むと指摘するものとして,松宮孝明『刑法総論講義(第3版)』(成文堂,2004年)171頁。
- 36) 内藤によれば,さらに「可能と認識した結果について単に「無関心である」ととどまるときは,行為決意との結びつきがあるといえないから,未必の故意の成立を否定すべき」とする。内藤・前掲注(2)1091頁。
- 37) 高山・前掲注(1)127頁。
- 38) このような高山説を支持する論者として佐伯仁志「故意論(1)」法学教室298号(有斐閣,2005年)43頁以下。
- 39) 高山・前掲注(1)148頁。
- 40) 高山・前掲注(1)159頁。
- 41) この点は日本における認識説論者である牧野英一もまた同様である。つまり,牧野もまた故意の定義を認識と決意としているのである。さらに,近時では前田は蓋然性の立場から,「蓋然性説は「認識の要素に着目すべきである」とするのみで,故意における意思的要素を積極的に一切排除すべきだとしているのではない」とする。前田・前掲注(18)339頁。さらに佐伯仁志・前掲注(38)以下も参照。
- 42) 故意と過失の区別に関して蓋然性説の最近の支持者に,浅田和茂,西田典之がいる。浅田によれば,「反対動機となりうるような蓋然性の認識」を有しつつ行為すれば故意が認められることになるのである。浅田・前掲注(2)305頁。また西田によれば,未必の故意は,「結果発生の蓋然性の認識が必要と解した上で,その認識を反対動機としなかった」場合に認められるとする。西田・前掲注(2)203頁。
- 43) このような蓋然性概念に対する批判に対して前田は認容説に言う意的要素の認定よりも「客観的事情をも加味して『誤差』が少ない形で認定しうるようにも思われる」とされて

故意に関する一考察(六・完)(玄)

いる。前田・前掲注(18)340頁。

- 44) 藤木英雄『過失犯の理論』(有信堂, 1972年)104頁。
- 45) 藤木, 松宮以外にこの問題点を意識していた論者として桂静子, 莊子邦雄がいる。桂は, 故意と過失の区別基準に関して可能性説を支持するが, この説に対してなされる次のような批判, すなわち注意深く疑う者は故意の非難を, 漫然と生活している者は過失の非難を受けることになり, 注意深い者に不当に重い責任を負わせることになるという批判について, この問題は違法性の問題であって, 故意の問題ではないとする。すなわちこの問題は, 個々人が違法な結果の可能性に対していかなる態度をとるべきかの問題であって, それゆえ行為者が許された法侵害の結果の可能性を観念して行為したということは意味をもたず, ここで問題とする“可能性”には含まれないとしていたのである。桂・前掲注(4)556頁以下。また莊子によれば, 故意の本質は「自分の行動が構成要件実現に発展するという蓋然性を認識予見した「にもかかわらず」, この認識予見を反対動機とすることなく自己の意思活動を制御しなかった行為者の主観的態度」に認められるとし, ここに言う「蓋然性」とは, 客観的に規定されるべきとしたのである。莊子・前掲注(17)325頁。
- 46) 藤木英雄「刑法理論と常識 第11講故意」法学セミナー269号(日本評論社, 1977年)97頁。
- 47) 藤木・前掲注(44)108頁以下。
- 48) 藤木・前掲注(46)98頁。
- 49) 野村・前掲注(6)204頁以下。
- 50) 松宮・前掲注(35)170頁。
- 51) 松宮・前掲注(35)171頁。
- 52) もっとも, ここで問題とされているのは本稿で言うところの「認識対象ないし内容」に関するものであって, これが十分であると判断されたとしても, さらに行為者自身が結果が発生すると判断していたか(つまり本稿で言うことの「認識の質」)を別個検討する必要があることに注意を要する。
- 53) 近時, 鈴木は故意の本質に関して, 意思説に基づき行為選択意思説を主張する。鈴木茂嗣「故意と意思 選択意思説試論」法学論叢142巻5・6号37頁以下参照。
- 54) 松宮・前掲注(35)214頁。
- 55) 平野・前掲注(6)187頁
- 56) 佐伯仁志・前掲注(38)48頁, 浅田・前掲注(2)305頁。
- 57) このような理解に立つものとして, 例えば, 中義勝「24 未必の故意(赃物)」『刑法判例百選(新版)』(有斐閣, 1970年)55頁, 日高義博「38 未必の故意」『刑法判例百選第5版』(有斐閣, 2003年)79頁など。
- 58) 団藤重光「赃物罪と未必の故意」刑事判例評釈集8巻135頁以下。
- 59) 平川宗信「故意」西原春夫等編『判例刑法研究3責任』(有斐閣, 1980年)78頁。
- 60) 平野・前掲注(6)186頁。
- 61) 佐伯仁志・前掲注(38)47頁参照。
- 62) 松宮・前掲注(35)171頁参照。
- 63) 莊子もまた, 「最高裁が「敢えて」という文言を使用した一事を以て認容説に立脚し

たと解することは、余りに形式的である」と批判する。莊子・前掲注(17)328頁。

- 64) その他にも、最高裁判所昭和23年7月29日判決(最高裁判所刑事判例集2巻6号1076頁),最高裁判所昭和25年10月5日判決(最高裁判所刑事判例集4巻10号1889頁),最高裁判所昭和32年10月3日判決(最高裁判所刑事判例集11巻10号2413頁),最最高裁判所46年12月23日判決(最高裁判所刑事判例集25巻9号1100頁),最高裁判所52年9月19日判決(最高裁判所31巻5号1003頁)などがある。平川・前掲注(59)81頁以下参照。
- 65) 莊子・前掲注(17)328頁参照。
- 66) 町野・前掲注(18)201頁。
- 67) 同様の問題を抱える判例として、例えば最判昭25年10月10日(最高裁判所刑事判例集4巻10号1964頁)がある。本判決では、盗品性の認識に関して、タバコの代金が非常に安かったこと、売りにきた相手方が売淫屋の客であったということの2点に関する事実認識から盗品性の認識を肯定している。
- 68) 平川・前掲注(59)参照。
- 69) 福田平によれば、判例は認容説を基調とするとする。団藤重光編『注釈刑法(2)総則(3)』(有斐閣,昭和44年)328頁(福田執筆)。
- 70) 本件の評釈として、下村康正「原因において自由な行為」『刑法判例百選総論第二版』(有斐閣,1984年)98頁以下,中山研一「原因において自由な行為と未必の故意」法学論叢65巻3号84頁以下などがある。
- 71) その他の事例としては、例えば、山形地方裁判所昭和38年9月30日判決(下級裁判所刑事判例集5巻9・10号72頁)や、札幌地方裁判所小樽支部昭和40年2月16日判決(下級裁判所刑事判例集第7巻2号105頁)などがある。
- 72) その他の振り落とし事例としては、名古屋高等裁判所金沢支部昭和48年6月7日(刑事裁判月報5巻6号1009頁)などがある。
- 73) 本件に関する評釈として、大野平吉「ひき逃げと殺人」『刑法判例百選 総論』(有斐閣,1978年)44頁。
- 74) 類似の事案で、高度な結果発生との認識と行為者の行為によって、「やむを得ない」等の心理状態を認定したものとして、例えば浦和地方裁判所昭和45年10月23日判決(高等裁判所刑事判例集24巻1号175頁),東京高等裁判所昭和46年3月4日判決(判例タイムズ265号220頁)や、前橋地方裁判所高崎支部昭和46年9月17日判決(判例時報645号105頁)などがある。
- 75) 同じ放火の事案で、客観的に高度な結果発生との認識を有しつつ、どうなってもかまわないうとして火を放った行為者に殺人の故意を認めた最近の判例として、青森地方裁判所平成15年2月12日判決(判例タイムズ1123号285頁)がある。
- 76) 本件の評釈として平川宗信「50未必の故意(1)」『刑法判例百選 総論』(有斐閣,1978年)112頁がある。
- 77) 以上の類型以外でも、客観的に高度な結果発生との危険性故に、行為者に認容などがあるとして故意を認めたものとして、以下の判例などがある。例えば文化包丁で被害者の前胸部左側を一回突き刺した場合に故意を認めた東京高等裁判所昭和43年7月23日(判例タイムズ228号222頁),泥酔した被害者を欄干上端から水面まで約6.1ないし6.7メートルの橋上

故意に関する一考察（六・完）（玄）

から川に投込み溺死させた場合に、殺人の未必の故意があったとした東京高等裁判所昭和60年5月28日判決（判例時報1174号160頁）などである。それに対して、結果発生の客観的に高度な危険とまでは言えない場合であるにもかかわらず、認容があるとして故意を認めたものとして札幌地方裁判所平成14年3月28日判決（LEX/DB 判例データベース、文献番号28075189）がある。

- 78) 結果発生の客観的危険性がないがために、認容なしとして故意を否定したものと思われる判例として例えば、大阪高等裁判所昭和29年6月10日判決（高等裁判所刑事判例集7巻6号887頁）、東京地方裁判所昭和40年12月24日判決（判例時報440号57頁）、横浜地方裁判所川崎支部昭和56年5月19日判決（判例時報1010号142頁）、横浜地方裁判所平成10年4月16日判決（判例タイムズ985号300頁）、東京家庭裁判所平成14年9月4日決定（家庭裁判月報55巻2号182頁）などがある。
- 79) この点に関して詳細に検討したものとして、小野寺一浩「意識の明瞭性の欠落と未必の故意」内田文昭古稀祝賀論文集（青林書院、2007）225頁以下がある。
- 80) 意識の根底や潜在意識下における故意を認める判例として他に、高松高等裁判所昭和31年10月16日判決、東京高等裁判所判決昭和41年4月18日（東京高等裁判所刑事判決時報17巻4号60頁）、名古屋地方裁判所46年1月28日判決（判例時報635号160頁）、東京地方裁判所昭和47年12月13日判決などがある。
- 81) Günther Jakobs, Gleichgültigkeit als dolus indirectus, ZStW 114, S. 584ff.
- 82) これはアメリカでは cultural defense として議論されているものである。近時のアメリカにおける文献として、Alison Dundes Renteln, The Cultural Defense, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2004 がある。cultural defense に関する議論の日本への紹介として、奈良俊夫「刑事責任論の診断面 外国人の違法性の意識」西原春夫先生古稀祝賀論文集第2巻（成文堂、1998年）263頁以下がある。