

故意の推認対象と未必の故意の要素

——「特段の事情」を素材に——

樋 笠 克 士*

要 旨

従来、未必の故意の議論は、故意の本質論から出発するものであった。しかし、本稿では、裁判例における故意の事実認定、とりわけ「特段の事情」が問題となった事案の分析を基礎とし、そこから遡って、未必の故意に必要な要素とは何か、を検討する。つまり、未必の故意がどう在るべきか、ではなく、どう在るのかを明確にすることを試みる。

そして、本稿は、特段の事情に関する裁判例の考察を基に未必の故意の成立要件について、A説【故意＝認識（結果発生への認識）のみ】、B説【故意＝認識（結果発生への認識＋結果発生否定意思の不存在）】、C説【故意＝認識（結果発生への認識）＋意思（結果発生否定意思の不存在）】、D説【故意＝認識（結果発生への認識）＋意思（認容）】の四つの構成が考えられることを示す。また、認容説よりも認識説の方が、裁判例における未必の故意の認定を相対的に説明可能であるとの帰結を得る。

さらに、本稿の理解によれば、ドイツで用いられている殺人の未必の故意における阻止閾の理論と「特段の事情」は、同一の役割を果たしていることになる。すなわち、行為の危険性から故意が推認されるのを妨げる働きである。このように解すれば、裁判員裁判において司法研究所の提言を活用する場合に、とりわけ、危険の認識のみで未必の故意を認める「殺意の客観化」の危惧がなされている現状において、阻止閾の理論は、客観的故意への歯止めとして大いに寄与し得るであろうと思われる。

目 次

- I はじめに
- II 「特段の事情」に関する判例及び裁判例
- III 未必の故意において必要な認識と特段の事情
- IV 未必の故意を巡る議論
- V 特段の事情と阻止閾の理論の関係
- VI 未必の故意の要素
- VII おわりに

I はじめに

実務上の故意の認定において、間接証拠の積み重ね¹⁾、経験則や論理則等により故意が推認される場合がある²⁾。裁判例の中では、「認識がある場合、特段の事情がない限り故意が推認される」とするものや、「特段の事情がない限り、認容が推認され、故意が肯定される」、「特段の事情がない限り、認識・認容が推認され、故意が肯定される」、「特段の事情がない限り、認識が推認され、故意が肯定される」とするものが見受けられる³⁾。

「認識がある場合、特段の事情がない限り故意が推認される」際には、特段の事情は故意の推認を妨げる役割を有する。そして、「特段の事情がない

* ひかさ たかし 法学研究科刑事法専攻博士
課程後期課程

2017年10月6日 推薦査読審査終了

第1推薦査読者 鈴木 彰雄

第2推薦査読者 曲田 統

限り、認容が推認され、故意が肯定される」際には、特段の事情は認容を否定する働きをもつ。また、「特段の事情がない限り、認識・認容が推認され、故意が肯定される」際には、特段の事情は認識及び認容の推認を妨げる役割であるといえ、「特段の事情がない限り、認識が推認され、故意が肯定される」際には、特段の事情は認識の推認を妨げる役割であると看取される。判決文におけるこれらの文言に実質的な差異は存するのだろうか。いずれも終局的には故意を否定し得る効果を有していることは明らかである。

だが、「故意そのものが否定されること」、「認容が認められず故意が否定されること」、「認識が認められず故意が否定されること」、「認識・認容が認められず故意が否定されること」、もたらされる結果は同一であっても、これらはそれぞれ異なる次元の問題であると思われる⁴⁾。認識こそが故意の本質であるとするならば、認識が推認できないことは直ちに故意の否定に至るだろう。同様に、認識と認容の両要素が故意の要件と解する立場によっても、特段の事情により認識・認容が推認されないことは、故意の否定を意味する。しかしながら、認識に加え、「何らかの要素の存在または不存在」が故意の充足に必要なとするならば、「認識がある場合、特段の事情がない限り故意が推認される」とする裁判例は、特段の事情の内部において、「何らかの要素の存在または不存在」を検討していることになる。

従来、故意の事実認定と、故意に必要な要素は何かという理論的問題とは、切り離されて論じられることが多かった⁵⁾。しかし、判例実務が、故意の事実認定において、未必の故意の成立に必要な要件の「何を」推認しているのか、また、特段の事情の存否は何に影響するのか、という問題は、遡れば、故意に必要な要素は何か、という問題に他ならないと思われる⁶⁾。

それゆえ、本稿では、裁判例における故意の事実認定、とりわけ特段の事情が判決文に表れた事

案の分析を基礎とし、そこから遡って、未必の故意に必要な要素とは何か、を検討する。つまり、未必の故意がどう在るべきか、ではなく、どう在るのかを明確にすることを試みる⁷⁾。もっとも、本稿では、未必の故意に関する諸学説に若干触れ、検討するものの、あえて深入りはしない。というのも、本稿の関心事は、故意の事実認定において、「何を」推認しているのか、また、特段の事情の存否は何に影響するのかという点を明らかにすることであり、いずれの説が妥当かを検討するものではないからである。むしろ、本稿は、学説の立場を研究の端緒とするのではなく、判例実務の分析により、故意の要素として何が要求されているかを帰納法的に考察することで、故意の本質に迫ろうと試みるものである。

本稿では薬物事犯を中心に、様々な態様の犯罪に関する裁判例を扱う。確かに、裁判例は、犯罪類型、時代、背景、学説等の状況によって変容し得る。しかし、未必の故意の要素が何であるか、という点は故意の本質論として揺るがないものであるはずである。未必の故意を間接事実等により推認するという事実認定の手法という点では、殺人罪、詐欺罪も薬物事犯も同様である。したがって、本稿においては、あえて犯罪類型や判決の時期・時代の考慮を捨象し、未必の故意を立証するに際し、裁判所が何を推認するのか、という点のみを抽出し検討する。

II 「特段の事情」に関する判例及び裁判例

実務において未必の故意を認定するにあたり、行為者の認識に関わる種々の間接事実から行為者の認識内容を推認していくことが重要だとされている⁸⁾。もっとも、間接（情況）証拠による認定においては、個々の間接事実が単独で最終的な要証事実を推認させることは、普通はあり得ず、多くの場合は、全体の間接事実を総合的に判断して、要証事実が認定できるか否かが決められる⁹⁾。このように、間接事実から要証事実を推認する際に

用いられるのは、経験則・論理則である¹⁰⁾。

裁判例において用いられている経験則による推認が成立するには、①当該経験則が経験則と呼ぶにふさわしい経験上合理的な内容のものであること、②当該経験則を事案に当てはめることが相当であること、③推認を妨げるような特段の事情が認められないこと、が必要とされており、特段の事情は推認障害事由とされている¹¹⁾。経験則を用いた推認は特段の事情が存する場合には成り立たず、推認が妨げられる。したがって、被告人側は、反対方向の間接事実（消極的間接事実）を主張して積極的間接事実からの推認を争うか¹²⁾、あるいは、推認に用いられる経験則・論理則自体やこれらの適用を争うことになる¹³⁾。

このような機能を有する特段の事情が、実際に裁判例においてどのように用いられているか、以下概観する。もっとも、裁判例において、被告人が認識や認容を自白している場合には、これに従った判示がなされるのであるから¹⁴⁾、「認容」が認定されているかどうかは、被告人の自白次第であるとみることもできる。しかし、このような自白が存在しない事案、すなわち、間接事実により故意を推認する事案においては、故意の要素として何が推認の対象であるかを検討する利益は大いに存在すると思われる。その際、本稿の対象である特段の事情と認識・故意との関係を検討するため、裁判例を、「特段の事情が存すれば、認識が否定されると解するもの」と、「特段の事情が存すれば、認容が否定されると解するもの」、「特段の事情が存すれば、故意が否定されると解するもの」、「特段の事情が存すれば、認識・認容が否定されるもの」に分類する。

なお、本稿では、判決文に表れる「特段の事情」、「特異な状況」、「特段の状況」を一括して、「特段の事情」と表すこととする。推認の成否を決する機能という点ではこれらは同一視し得る文言であるからである。また、以下の裁判例においては紙幅の都合上、事案の詳細は割愛し、判決文の該当

箇所のみを引用する¹⁵⁾。

1. 特段の事情が存すれば、認識が否定されると解するもの

[裁判例1-1] 長野地判平成16年3月4日（裁判所ウェブサイト）

「このように自らの殴打行為により被害者に上記のような擦過打撲傷を負わせて衰弱させた上、ガムテープで全く身動きのとれないようにすることで救出可能性を奪っている被告人の行為は、被害者の生命に多大な危険を及ぼすものであることは客観的に明らかである上、一般人においても、死亡する蓋然性が高いことは容易に分かることであり、被告人がそのような死の結果の予見ができないような特段の事情は認め難い。そして、……被害者の死亡の蓋然性の認識を肯定しているのである。」

[裁判例1-2] 山形地判平成19年9月10日（裁判所ウェブサイト）

「本件犯行当時の本件道路上の状況は、被告人の進行車線及び対向車線のいずれもその交通量が多い上、片側1車線であり、その幅員も約6.8メートルに過ぎず、被告人は、本件道路をクラウンで走行し、かような状況やE運転の軽自動車に対向車線を走行していたことを十分に認識し、とりわけ、対向車の存在を認識していたからこそ、追い越し走行には及ばずに、時速120キロメートルという高速度でクラウンを軽自動車に衝突させているのであるから、かような客観的状況に鑑みれば、特段の事情のない限り、被告人にはE車両との衝突に関する未必の認識が存したことが推認される。」

[裁判例1-3] 東京高判平成22年6月21日（判タ1345号133頁）

「被告人自身、密輸しようとする物品が、本件スーツケース内の通常の収納部分以外の箇所に隠匿できる程度の量及び形状のものであり、かつ、被告人の報酬等を支払っても依頼人に相当な利益が残るほどの利益率の高いものであることは当然に

理解していたと考えられるところであり、そのようなものとしてまず想定されるのは覚せい剤を含む違法薬物であるといえるから、被告人には、他に特段の事情が認められない限り、違法薬物を密輸するとの認識があったことが推認される。」

〔裁判例1-4〕東京地判平成24年4月26日（判タ1386号376頁）

「覚せい剤が厳しく取り締まられている禁制品であって、通常、通常の社会生活の過程で体内に摂取されることはあり得ないことからすると、被告人の尿中から覚せい剤成分が検出された場合、特段の事情がない限り、その検出が可能な期間内に、被告人が覚せい剤をそれと認識して身体に摂取した事実（その主観面を以下「本件故意」ともいう。）を推認することができる。……本件故意の推認については、推認を妨げる特段の事情があり、被告人を有罪と認めることには合理的疑いが残る。」

〔裁判例1-5〕最決平成25年4月16日（刑集67巻4号549頁）（田原裁判官補足意見）

「他方、受領権者が禁制品であることを認識している場合、通常、発送者は発送品の内容を認識したうえで発送するものであるから、特段の事情のない限り、発送者において禁制品であることを認識したうえで発送したものと推定が働く。」

〔裁判例1-6〕東京地判平成28年9月6日（2016WLJPCA09066008）

「対象物の中身について、人の死体である可能性はないと認識するような特段の事情はうかがえず、前記認定した事実関係に照らすと、被告人は、本件犯行当時、本件遺棄対象物の中身について、少なくとも人の死体かもしれないという認識を有していたと認められ、死体遺棄罪の故意が認定できる。」

〔裁判例1-7〕広島高裁岡山支部判平成28年10月19日（裁判所ウェブサイト）

「一般的に、危険ドラッグの販売業者は、特段の事情がない限り、自己が扱う商品の中に指定薬物が含まれている可能性を認識しているものと推認

することができる。そこで上記推認を妨げる特段の事情が窺われるか（原判決が故意を否定する事情とする判断の当否）を検討する。……危険ドラッグに対する規制経過及び販売の実情からするならば、その販売業者が商品として危険ドラッグを所持しているとの認識により指定薬物所持の故意が推認され、特段の事情がない限り違法薬物所持の認識を認めるべきである。」

〔裁判例1-8〕福岡高裁宮崎支部判平成28年11月10日（2016WLJPCA11106007）

「そのような状況下で、約1か月間にわたり約20回も当該行為を繰り返したという事実があれば、特段の事情のない限り、その間にその行為が空室利用送付型詐欺の受取行為に該当すること、あるいは、少なくともその可能性があることを当然に認識していたはずであると断定できるものというべきである。」

〔裁判例1-9〕福岡高判平成28年12月20日（2016WLJPCA12206003）

「本件受領行為のように、特異な状況において荷物を受領する場合、そのような行為態様から通常想定される違法行為の類型には、本件のような特殊詐欺が当然に含まれるというべきであり、したがって、本件受領行為につき『何らかの違法な行為に関わるという認識』さえあれば、特段の事情がない限り、本件のような特殊詐欺につき規範に直面するのに必要十分な事実の認識があったものと解され、同行為が『詐欺に関与するものかもしれないとの認識』があったと評価するのが社会通念に適い相当だからである。」

2. 特段の事情が存すれば、認容が否定されると解するもの

〔裁判例2-1〕福岡地裁小倉支部判平成26年7月18日（LEX/DB25504573）

「検察官は……覚せい剤使用の認識、認容があったと言え、前記特段の事情は認められない旨主張する。……Bから覚せい剤を注射されることを『消

極的に』受け入れたにすぎない可能性を否定できないから、覚せい剤使用の認容、すなわち、覚せい剤を使用してその薬効を得ようとする意思ないし覚せい剤を注射してもらおうという主体的な意思まであったと断定することはできない。」

〔裁判例 2-2〕東京高判平成27年11月11日 (LEX/DB25542449)

「原審は……本人確認とその記録化が法令上義務づけられていることを認識しながら、義務づけられている本人確認を怠り、虚偽の記載を記録に残しているのであるから、特段の事情がない限り、本人確認を適切に行って詐欺に利用されないようにしようとする意思を欠いていたものであると推認される。……特段の事情がないとし、前記認容があったとの結論を導いた原判決……是認できない。」

3. 特段の事情が存すれば、認識・認容が否定されると解するもの

〔裁判例 3-1〕東京地判平成28年6月7日 (2016WLJPCA06076010)

「被告人が男性Bとぶつかった後、舌打ちをし、Aのいる方向に斜めに進行したこと、被告人は、いったん左肩を引き、体をねじるようにしてAに衝突しており、その際、左肘が曲げられた状態でAの上半身に向けて張り出していたこと、Aに加わった衝撃の強さ、衝突後、被告人が現場から立ち去った状況などを総合すれば、被告人がAの左上半身に、自分の上半身（左肩から左腕付近）をぶつけたことが認められる。したがって、被告人の内心においても、このような行為に対応する意思があり、人の身体に向けて不法な有形力を加える旨認識認容していたことは、特段の事情のない限り、優に推認することができる。」

〔裁判例 3-2〕宇都宮地判平成29年3月24日 (裁判所ウェブサイト)

「本件において問題となるのは、定期的なインスリン投与がなければAが死亡する現実的な危険性

があることを被告人が少なくとも認識し、認容していたかという未必の故意なのであるから、被告人の上記主張は本件で問題となっている殺意を否定する理由とはならない。したがって、特段の事情がない限り、被告人は、定期的なインスリン投与がなければAが死亡する現実的な危険性がある、と認識し、かつ、Aを病院に行かせようとしななどしてその危険性が実現することを認容していたものと推認される。……遅かれ早かれ両親がAを病院へ連れて行くなどして治療を受けさせて一命を取り留めるであろうとの期待については、そもそもそれ自体がインスリン不投与の持つ死亡の現実的危険性を前提とする期待である。……推認を妨げる特段の事情は認められず、そうだとすれば、被告人は、インスリンの不投与にはAが死亡する現実的危険性があると知りながら、インスリンを投与しないよう指示をし、かつこれを継続したのであるから、インスリン不投与によるAの死亡を認識し認容していたものと認められる。」

4. 特段の事情が存すれば、故意が否定されると解するもの

〔裁判例 4-1〕最決平成25年4月16日 (刑集67巻4号549頁) 判決本文

「被告人は、輸入貨物に覚せい剤が隠匿されている可能性を認識しながら、犯罪組織関係者から輸入貨物の受取を依頼され、これを引き受け、覚せい剤輸入における重要な行為をして、これに加担することになったといえることができるのであるから、犯罪組織関係者と共同して覚せい剤を輸入するという意思を暗黙のうちに通じ合っていたものと推認されるのであって、特段の事情がない限り、覚せい剤輸入の故意だけでなく共謀をも認定するのが相当である。」

〔裁判例 4-2〕福岡高判平成28年6月24日 (高刑69巻1号1頁)

「しかし、当該薬物が処罰の対象とされている違法の実質を十分認識している以上、当該薬物には

指定薬物として指定されていない薬物しか含有されていないと信じたことに十分合理的な理由があるなど、特異な状況が肯定できる場合でなければ、故意が否定されることはないというべきである。……そうすると、本件の事実関係の下では、被告人が本件植物片には指定薬物として指定されている薬物が含有されていないと信じたことに合理的な理由があったことなど、被告人の故意を否定するに足りる特異な状況も認められないというべきである。」

〔裁判例 4-3〕名古屋高判平成16年 3月15日
(裁判所ウェブサイト)

「弾が逸れたり、ねらいどおりであっても被害者が予測し難い行動をとったりすることがあることからすると、弾丸が身体の枢要部や大腿部の動脈部分に命中しその結果死亡するかもしれないことが予想できるから、確定的な故意はないものの、特段の事情のない限り未必の殺意があると判示した上、特段の事情はないとして両名に対する未必の殺意を認定している。……そうすると、被告人は、膝下ないし下腿部をねらって射撃しており、しかも、被告人が相当高度の射撃能力を有する疑いを否定できず、現に弾道もねらった位置からわずかしか逸れていない以上、被告人には傷害の故意は優に認められるものの、未必の殺意を認めるには合理的な疑いが残るといふべきである。」

5. 小 括

裁判例 1 (特段の事情が存すれば、認識が否定されると解するもの) について、認識の程度として蓋然的である認識を推認しているものとして、〔裁判例 1-1〕〔裁判例 1-4〕〔裁判例 1-5〕が挙げられる。蓋然性または可能性のいずれかが推認されるとしているのが〔裁判例 1-3〕〔裁判例 1-8〕であると思われ、可能性の程度の認識を推認するものは、〔裁判例 1-6〕〔裁判例 1-7〕〔裁判例 1-9〕である。要求される認識の程度は、事案・犯罪類型・実際の行為態様に応じるものでも

あるが、ここでは少なくとも、いわゆる認識要素における認識の程度が「可能性」であっても未必の故意に足りるということは看取できよう。これらの裁判例では、特段の事情が存した場合には、認識が推認されず、故意が否定されるとの枠組みで未必の故意の有無が判断されている。

裁判例 2 (特段の事情が存すれば、認容が否定されると解するもの) について、〔裁判例 2-1〕では、覚せい剤を自分で注射したのではなく、他人に注射してもらっているという点が特筆される。見方によっては、「不作為」に対して認容が認められなかった事案といえることにも留意したい。〔裁判例 2-2〕では、特段の事情として、①被告人の供述、②顧問弁護士の助言、③動機等が考慮されないまま故意を推認した点について、論理則・経験則に反した不合理なものであると判示されている。同事案は、行為者が振り込め詐欺に用いられるかもしれないと思いつつ本人確認を怠り虚偽の事実を記載し、郵便物の受け取りサービスを提供したことで詐欺罪の幫助が問われたものである。本人確認を怠り虚偽の事実を記載することは作為であり、また、既に契約していた郵便の受領場所の提供を続けている状態を止めなかった点はたしかに消極的な行為態様であると評価できるが、〔裁判例 2-1〕のように「不作為」に対して認容が認められなかった事案とまではいえないかもしれない。

しかしながら、幫助という犯罪特性に鑑みて、正犯を援助する積極的な作為態様をとらないケースでは、意思的な側面が未必の故意認定に有益であると考えられる。これらの裁判例では、特段の事情が存した場合には、認容が推認されず、故意が否定されるとの枠組みで未必の故意の有無が判断されている。

裁判例 3 (特段の事情が存すれば、認識・認容が否定されると解するもの) について、〔裁判例 3-1〕では、「行為に対応する意思」があると説示されており、客観的な行為に対して、認容の意

味づけを与えている、あるいは、客観的な行為に内在する意思として「認容」を看取しているように思われる。[裁判例3-2]では、結果不発生への「期待」の存在が、結果発生認識を基礎づけるものとの評価がなされている。このことは、危険ドラッグ事案において、行為者が、「当該薬物が合法であるとの期待」と「当該薬物が違法であるかもしれないとの不安」が併存するのが通常であるとの判示と符合する¹⁶⁾。

裁判例4（特段の事情が存すれば、故意が否定されると解するもの）について、[裁判例4-1]は、輸入貨物の受け取り行為に共謀共同正犯が認められたものである。受け取り行為は「輸入」に該当しないため、送り主との共謀が認められれば、送り主に輸入の実行行為が存する以上、それを受け取る重要な役割を果たす行為者にも共同正犯としての責任が問われることになる。したがって、行為者において共謀が認められるために、「共同して覚せい剤を輸入するという意思」が認定されている。同判決は認識が認められた後に共同実行の意思に言及しているから、かかる共同実行の意思を故意の要素において評価するならば、「認容」にあたるものと考えられる¹⁷⁾。

[裁判例4-2]では、判決文の「違法の実質を十分認識している以上」との文言から、行為者が十分に違法の実質を認識しているにもかかわらず、「特異な状況」によりその「認識」が否定されるとする帰結は論理的ではない。また、これが認識を否定する事情であるならば、同じ「認識」に関する判決文の箇所において検討されるべきことであり、「故意を否定する」か否かの文脈で「特異な状況」が存するならば、最終的に故意が否定されるということが本判決から看取される。したがって、文言をそのまま解釈すれば、「特異な状況」の存在は「行為者の認識から故意を推定することを否定するもの」である。

拳銃を用いて人に発砲する事件においては、通例殺意が容易に認められてきたものの、[裁判例

4-3]では、行為者の射撃の能力と狙った箇所を鑑みて、殺人の未必の故意が否定されている。被告人は約5.3ないし7.2メートルの距離から、被害者の下腿部に向けて、両手で拳銃を持って発砲しており、「被告人のほぼねらった部位ないしこれに極めて近接する部位に着弾している」ことが認められている。ここでは、行為者による危険性の認識を実質的に判断している点が特筆されよう。

以上の四分類の分析を前提に、次章では、未必の故意の要素と特段の事情を検討する。

Ⅲ 未必の故意において必要な認識と特段の事情

Ⅱ章では、裁判例において、特段の事情との関係で、何が推認されているか、すなわち、未必の故意における推認の対象を分類、考察した。「認識」、「認容」、「認識・認容」、「故意」が推認の対象とされているという分析を得たことを前提に、以下では、これらの推認対象を未必の故意の「要素」として要件化した場合の構成を検討する。

まず、未必の故意において対立している認識説・意思説も前提として犯罪構成要件に該当する認識を要求するので、故意において、「認識」が必要なこと自体については、争いはない。したがって、未必の故意には、必ず認識要素が必要である。なお、特段の事情の中身には、結果発生を否定する意思と思われるものが考慮されている。結果発生を否定する意思は、単に行為者が希望的な心理状態であっただけでは認められない。[裁判例1-1]では、「被告人の認識は希望的観測にすぎず」と評価されており、主観面で「結果が発生しないと思っている」としても、法的評価の上では、そのような認定はなされないことがある。ここにいう「否定」とは、結果不発生を決定的に希望していることを指すことになる¹⁸⁾。そして、それは客観的に判断される。革ベルトで首を絞めた事件において「行為者が自己の行為の危険性を十分認識しつつも、自身は幸運の星のもとに生まれたので、革ベルトで被害者の首を絞めても、失神に止めること

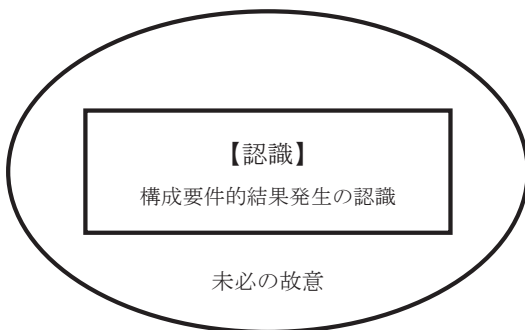
ができ、死の結果は発生しないと信じていたという場合」には、結果発生を否定する意思は認められないだろう¹⁹⁾。かかる理解を前提に、未必の故意の要件につき考えられ得る構成を挙げる。

1. A説【故意=認識（結果発生 of 認識）】

〔裁判例1-4〕の「被告人が覚せい剤をそれと認識して身体に摂取した事実（その主観面を以下「本件故意」ともいう。）」の文言からも、認識=故意と読み取れ、また、特段の事情がなければ故意が認められるという部分からも、特段の事情の存在が故意を否定、すなわち、認識の存在を否定することになる。〔裁判例1-9〕でも、「特段の事情がない限り、本件のような特殊詐欺につき規範に直面するのに必要十分な事実の認識があったものと解され」と判示され、未必の故意が認められている。同判決からは、行為者が規範に直面するにあたり、「認識」のみで「必要十分」とであると読み取れる。したがって、やはり、認識=故意と解していることになろう。

A説は、認識要素のみが故意の要件であるとする。したがって、特段の事情の存在によって、認識そのものが推認できず、故意が否定されることになる（図1参照）。行為者において結果発生を否定する意思が存在する場合には、故意自体が否定されることになる。特段の事情が存在する場合のA説による帰結は、「故意が否定される」となる。

図1 A説



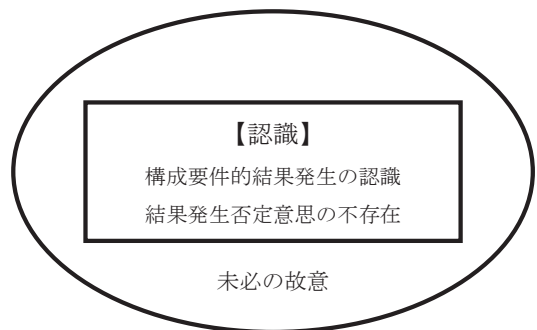
出所：筆者作成

2. B説【故意=認識（結果発生 of 認識+結果発生否定意思の不存在）】

しかし、同じ裁判例グループである、〔裁判例1-7〕では、「認識により指定薬物所持の故意が推認される」とされており、A説のように、認識=故意と一律に解しているようには読めない。最低限の結果発生 of 「認識」に加えて、何らかの要素の存在あるいは不存在があることによって、故意が充足されると考えられ得る。しかし、その何らかの要素（結果発生を否定する意思等）の検討も、認識を前提にしつつ論ぜられ、最終的に認識の問題とされているのである。したがって、認識に何かが足される、というよりは、「認識」の中に、構成要件的结果発生 of 認識と、何らかの要素が存することになる。したがって、用語の上では、「認識」と表現しつつ、認識の中において二段階の検討をしているように思われる。

つまり、B説は、認識要素のみを故意の要件とするが、認識要素が充足されるためには、①構成要件的结果発生 of 認識の存在に加え、同時に結果発生を否定する意思が存在しないこと（結果発生否定意思の不存在）を要求する（図2参照）。意思要素を故意の要件とするのではなく、結果発生を否定する意思が存在する場合には、認識が否定されるとするのである。学説によれば、下限の認識（すなわち、類の認識）があれば、原則として故意が認められるものの、その枠内ではあるが、「種

図2 B説



出所：筆者作成

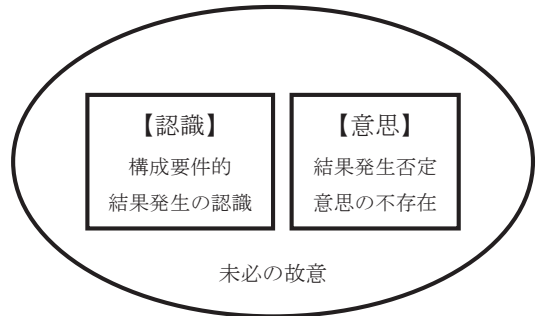
の認識がない場合に故意が阻却される場合があるとし、この意味において、二段階で故意を判断するとされる。かかる二段階目においては、下限の認識により一応基礎づけられた「限定された範囲の本来の認識対象についての認識」が打ち消されるか否かが判断される²⁰⁾。それゆえ、「特段の事情」により、「種」の認識がなくなると判断された場合には、下限の認識により一応基礎づけられた「限定された範囲の本来の認識対象についての認識」が打ち消されるか否かを検討することになるので、「認識」が認められた後にその「認識」を否定することになり得る。「認識」が認められた後にその「認識」を否定するという、認識の二段階検討は可能である。本稿の理解では、最初に認められる「認識」は、「構成要件的结果発生の認識」であり、否定される「認識」とは、「結果発生を否定する意思」であり、かかる意思が存する以上、全体として「認識」が否定されることになる。特段の事情が存する場合のB説による帰結は、「認識が認定されず、故意が否定される」となる。

3. C説【故意=認識（結果発生の認識）+意思（結果発生否定意思の不存在）】

〔裁判例4-2〕は、「認識」が十分認められつつも、特段の事情の存在により故意が否定されるとの枠組みを採用している。したがって、認識以外の要素を未必の故意において検討していることになる。結果発生を否定する意思が認められるような行為や主観が認定されていることから、明示されてはいないが、未必の故意において、認識とは別に、結果発生を否定する意思のような「意思要素」が存しないことが要件とされているように思われる。

C説は、認識要素と意思要素を故意の要件とする。しかし、意思要素においては、認容などの構成要件的结果へ向けられた内容の意思ではなく、結果発生を否定する意思がないことが要求される(図3参照)。特段の事情の存在により、結果発生

図3 C説



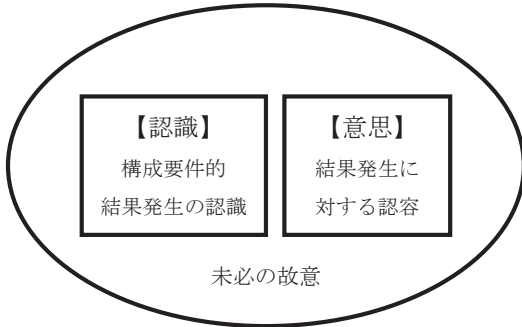
出所：筆者作成

を否定する意思が存在することになり、意思要素の要件が充足されず、故意が否定される。この理解は、「違法で有害な薬物などの属性や類との認識があっても、特別な事情があれば故意を否定する」という判例に対する理解と一致する²¹⁾。また、実務においても、対象薬物について有害で違法な薬物類であるとの認識があったとしても、特別な事情が認められるときには、故意があるとはいえないとする見解は存する²²⁾。学説においても、「最低限そのような認識さえあれば、原則として当該犯罪の故意非難が可能となる」という故意の下限の認識をまず認めた上で、「厳格な法規制の対象となっており、依存性の薬理作用を有する心身に有害な薬物の認識」があれば故意非難が可能となり、他に特段の事情がない限り故意が認められるとする見解も有力である²³⁾。特段の事情が存する場合のC説による帰結は、「認識は認定されるが、故意は否定される」となる。

4. D説【故意=認識（結果発生の認識）+意思（認容）】

〔裁判例3-1〕・〔裁判例3-2〕のように特段の事情により認識・認容を否定するものはもちろん、〔裁判例2-1〕・〔裁判例2-2〕のように認容自体を否定する枠組みには、未必の故意において認識要素と意思要素（認容）が必要だとの前提が存する。D説は、認識要素と意思要素を故意の要件と

図4 D説



出所：筆者作成

する(図4参照)。そして、意思要素においては、結果発生に対する認容を要求する。もっとも、かかる認容には、消極的認容も含まれる。特段の事情が存する場合のD説による帰結は、「認識は認定されるが、認容は認められず、故意が否定される。」となる。

以上、裁判例において特段の事情が推認を否定する対象は何かという分析から、未必の故意の要素としてA～D説の四つの未必の故意の構成を導いた。かりに、かかる構成の分析が適切であるとするならば、事実認定の実務が四つの構成を用いて未必の故意を認定している以上、解釈学的理論としては、かかる四つの構成全てを矛盾なく、故意の本質論(とりわけ未必の故意)から説明できなければならない。実務の認定自体を問題にすることも可能ではあるが、解釈学的理論が理論たるには、その理論が実務に活用できるものでなければならない²⁴⁾。したがって、以下では、未必の故意に関する学説の分析ののち、未必の故意の要素をどのように解釈・要件化するかという点を論じる。

IV 未必の故意を巡る議論

「特段の事情」と「未必の故意」との関係の検討に入る前提として、未必の故意に必要な要素に関する学説を概観し、認識要素と意思要素の関係を検討する。

1. 日本の学説

故意の本質については、かねてから、意思主義と表象主義の対立がある²⁵⁾。意思主義からは意欲的要素が、表象主義からは知的要素が故意の本質として必要と解されている。意思主義は今や認容説となり、表象主義は蓋然性説や可能性説に分化している。

認容説は、行為者が結果の発生を表象した上で、さらにその結果を認容していた場合を未必の故意とする考え方である。行為者が結果発生をやむを得ないもの、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に未必の故意を認めるのである²⁶⁾。

蓋然性説は、単に結果が発生する可能性があると考えただけでは故意を認めるに不十分であり、結果発生の可能性が「高い＝蓋然性」と考えた場合に故意を認めるものである²⁷⁾。

その蓋然性が「可能性」でよいとするのが可能性説である。同説は、結果発生の可能性を具体的に認識したのにもかかわらず行為に出た場合に故意を認めるものである²⁸⁾。

積極的動機説は、結果発生の「認識を自己の行為への積極的な動機付け」とした、すなわち結果発生の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である。行為者が行為の遂行に際して結果発生の可能性を表象する場合、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ことになる²⁹⁾。

消極的動機説は、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がまさに「罪を犯す意」にほかならないとする。未必の故意と認識ある過失の区別基準については、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で決まるとされている³⁰⁾。

実現意思説では、故意とは実現意思、すなわち「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し、未必の故意と認識ある過失の区別基準については、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」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³¹⁾。同説に立った別の見解もある。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「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いう見解である³²⁾。

相関関係説は、認識要素と意思要素によって相関的に形成された心理状態が故意に相当するものであれば故意を認める。認識要素は、犯罪実現の確実性の認識、蓋然性の認識、単なる可能性の認識、極めて低い可能性の認識などに分けられ、意思要素は、意図、積極的認容、消極的認容、無関心、否定など、に分類される。そして、認識要素と意思要素の組み合わせにおいて、どの組み合わせまでを故意とするかが問題とされる。そして、一方の要素が低かったとしても、他方の要素が強ければ故意が認められ、認識要素と意思要素とが補完し合う関係であると解するのである³³⁾。

実務でも、故意の認識要素と意思要素の相関関係説に立ち、行為者が意図を有していた場合には、

意思的要素が高度であるため結果が生じる可能性に対する認識は実行行為性が満たされる程度であれば十分である一方で、行為者が、結果が確実に生じることに對する認識を有していた場合には、認識的要素が高度であるため、意思的要素に対する要求としては行為意思が充足される程度のものであればよいとする見解もある³⁴⁾。

2. 日本の判例及び裁判例

認容説を採ったと解されてきたリーディングケースは、最判昭和23年3月16日（刑集2巻3号277頁）である。同判例では、被告人がXから盗品である衣類を買い受け、盗品等有償譲受け罪（当時は赃物故買罪）の成否に際し、その衣類が盗品（赃物）であることについての故意が争われた。最高裁は「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って成立するものであるが、その故意が成立する為めには必ずしも買受べき物が赃物であることを確定的に知っ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無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『或は赃物ではないか』との疑を持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支ない」と判示している。

認容説なのか蓋然性説なのかが判然としないものとして、福岡高判昭和45年5月16日（判時621号106頁）がある。「被告人にはその意図するような方法で放火すれば、身体の不自由な患者らの中に死傷者が出るかも知れないことの認識のあったことは明らかであり、とくに重症患者で放火地点の真上の病室にいたAおよびBについてはそのおそれが強いことの認識もあったものと認められる。しかして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を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点火するという危険性の高い方法で放火しているのであるから、被告人は死傷の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。被告人が患者らに死傷の結果の発生することを避けたいという気持のあったことは明らかであるが、放火によって死傷の結果が不可避免的に発生することが予見され、右結果の発生を防止すべき特別の措置を確実に講じないままに放火したとすれば、右死傷の結果につき責任を負うべきは当然である。」と判示されている。同判決は、認容説の立場を採っているとされつつも、蓋然性説を採ったものとも解しようと指摘されている³⁵⁾。

また、認識と認容を対置させ、どちらも未必の故意において認定するものとして、たとえば、東京地判平成22年7月7日(判時2111号138頁)がある。これは、被告人が酪酸を船内に飛散させ、その臭気等により乗組員の業務を妨害することを企図して発射したという事案である。東京地裁は「ガラス瓶そのもの、あるいは、飛散したガラス片及び酪酸の物理的、化学的作用により、その者の人体の生理的機能に障害を生じさせる蓋然性を認識し、かつ、そのような障害が生じてもかまわないとの認容、すなわち傷害の未必的故意をも有していたと認められる。」と判示している。同判決は、蓋然性と認容を「かつ」という文言を用いて対置させており、未必的故意の充足に二つの要素が必要であると解しているように思われる。さらに、認識要素における認識の程度を蓋然性であるとしたものとして、高松高判昭和32年3月11日(高刑特4巻5号99頁)がある。これは、海上保安官を海中に投げ込んだ行為について未必の殺意が認められないとした事例である。「未然の故意とは結果発生の蓋然大なることを認識しながら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の可能性を認識しなかつた場合は勿論のこと、

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(その結果は発生しないものとしてその行為に及んだのであって、その結果発生が確実であったと仮定したら、その行為をしなかつた場合)にも未必の故意を認めることができないのである。」と判示している。同判決では、未必の故意の定義として「結果発生の蓋然大なることを認識しながらその発生を認容する心的状態である。」とされ、①認識が蓋然性であること、②未必の故意は心理状態であることを明示した点に意義がある。また、被害者が落とされ、海の近くに船もあったことから、被告人に結果発生を否定する意思(ここでは、救助を期待する意思)が認められ、意思要素が否定されたのではないかと思われる。もっとも、救助の蓋然性を認識した上で、結果発生の低い可能性しか認識していなかったから故意が否定されたのではないかとする見解もある³⁶⁾。ただ、そうだとすると、可能性の程度によっては、結果を否定する意思自体の検討はなされるだろう。

ここで、同判決が、未必の故意は心理状態であると説示したからといって、直ちに未必の故意に意思要素(認容)が必要とされるわけではないことに注意したい。というのも、故意に関する事実認定とは、法令の解釈によって定められた「故意」に該当しうる心理状態を行為者が有していたことが証拠によって認められるかどうかを判断することとされているからである³⁷⁾。未必の故意が心理状態であることと、未必の故意に意思要素が必要であることとは別の問題である。

3. ドイツの学説

ドイツにおいても、未必の故意(dolus eventualisあるいはBedingter Vorsatz)と、認識ある過失(Bewusste Fahrlässigkeit)を区別することについては日本と同様の議論がある。学説も、意思説(Willenstheorie)と表象説(Vorstellungstheorie)とが対立している。

意思説の中でも、是認説 (Billigungstheorie) と同意説 (Einwilligungstheorie) は、結果の予見のほかに行為者がこれを内心で是認 (billigen) していたこと、あるいは結果に同意 (zustimmen) していたことを要求するものであって、判例も基本的にこの見解に従っている³⁸⁾。表象説の中では、結果発生の可能性さえ表象していれば未必の故意を認めるという可能性説 (Möglichkeitstheorie) や、その「可能性」以上のものを表象する場合に未必の故意を認める蓋然性説 (Wahrscheinlichkeitstheorie) がある。

また、意思説と表象説の問題点を指摘して、未必の故意の独自の発展的な基準を掲げる者の中で特徴的なのは、主にEngisch, Jakobs, Puppe, Roxinである。

Engischは、認識説を基本としつつ、結果に対する無関心な心情の有無を基準として未必の故意を画定する。結果発生に対する、法を尊重する感情が十分に存すれば行為をやめる動機となるところの認識が行為者に存していたにもかかわらず、行為者が無関心な心情を原因として行為に出た場合に未必の故意が認められるとする³⁹⁾。

Jakobsは、前提として、故意は主たる結果 (Die Hauptfolgen) と随伴する結果 (Die Nebenfolgen) に分類されるとし、随伴する結果に関する認識が問題となるのが未必の故意であるという。随伴する結果について必要とされる認識は、構成要件結果の実現回避への動機が優勢である者を、実際に回避へと導く程度に重大な危険であるとする。故意が認められるためには行為者は重大な危険を認識し、それによって「構成要件の実現に蓋然性がないとはいえない」と判断することが必要であるとする。認識内容・対象を規範的に規定し、さらに構成要件結果の実現の判断的性質を伴った認識を行為者が有していたかどうかによって未必の故意と認識ある過失を区別するのである⁴⁰⁾。

Puppeは、結果を発生させることを目的に行為者が惹起する高度な危険のことを故意危険 (Die

Vorsatzgefahr) と呼んでいる。たとえば、殺人において行為者の用いた手段が、絞殺や拳銃による頭部への発砲といった、通常一般的な経験則に照らして結果発生にとって典型的なものである場合には、行為者の行為が有効な結果惹起の戦略であるといえ、故意危険が存在するとする。行為者がこのような故意危険を意識していれば、当該結果発生についていかなる心理を有していようとも、故意が認められることになるという⁴¹⁾。

Roxinは、意思説をベースに「あり得る法益侵害に対する決断 (Die Entscheidung für die mögliche Rechtsgutsverletzung)」によって未必の故意の有無を判断する。Roxinによれば、刑法の任務にとって重要なのは、とりわけ是認できない情緒的な態度に基づく法益侵害の阻止ではなく、法益侵害の発生をそもそも阻止することであると、この観点から、行為者が実現可能な構成要件に対して決断したのかどうかによって、故意と過失の相違が明らかになるとする⁴²⁾。つまり、未必の故意が存する場合は、他の方法では自分の計画を実行できないと考えた行為者が、保護されるべき法益に対する決断をしているのに対して、認識ある過失が存する場合は、そのような決断がないのである。このような実現可能な構成要件に対して法益に反する決断をしたか否かを判断するに際して、結果発生の可能性を真剣に受け取ったのかどうかという基準を用いるのである⁴³⁾。そして、かかる決断は、規範的な基準によって確定されるものであるから、結果発生の可能性を認識しながらも結果に無関心であるような者も法益に対する決断をしていると評価されることになる⁴⁴⁾。

4. ドイツの判例及び裁判例

ライヒ裁判所時代には、「故意とは、構成要件実現の認識と意欲を意味する」とされていた⁴⁵⁾。判例において是認説が台頭する契機となったのは、いわゆる革ひも事例である。当該事例では、行為者がある家に忍び込み、窃盗を行なうつもりで

あったが、侵入した際に家人に見つかったため、念のため持参していた革ひもによって当該家人を絞殺した行為につき殺人の故意が争われた。行為者自身は被害者の首を革ひもで絞める際、確かに死の結果を予見はしていたが、しかし単に気を失わせるだけで、殺害する意図はなく、しかも殺害結果を望ましくないと考えていたという場合に行為者に対して殺人の故意が認められるのか、ということが問題となった。BGHは、被告人に故意の謀殺罪を成立させるにあたり、「結果の是認は……認識ある過失から未必の故意を決定的に区別する要素であるが、結果が行為者の持つ願望に適していなければならない、ということまでも意味していない。未必の故意は、結果の発生が行為者にとって望ましくない場合でも認められるものである。行為者が別の方法では自身の目標を達成できない以上、その目的を達成するために、自身の行為によってそれ自体望ましくない結果が惹起されることも受け入れて、たとえ結果が発生したとしても、これを意欲しているような場合には、行為者は、この結果を法的な意味 (im Rechtssinne) で是認しているのである。未必の故意においても、行為者はその結果の発生を好ましくないと思うことはあり得る。そのようなことは、ある者が、目的を達成するためには当該手段をどうしてもとらなければならないので、その手段を不本意にも選ぶというようなすべての場合についていえることである。……行為者が、他の方法では自分の目的を達成できないときには不本意な手段を講じてまでもその目的を達成しようと思っていたことによって、その危険をあえて冒して行為した場合は、未必の故意なのである」と判示している。同判示により是認説が明確に打ち出された⁴⁶⁾。しかし、「それ自体望ましくない」と行為者が思っている、「法的な意味で」是認しているとの判断は、行為者の心理状態において結果の「是認」を要求する従来の是認説とは異なっている。BGHは、是認を要件としながらも、その是認は、心理的内容ではなく、

法的な評価であると看取される。

かかる是認は、行為の危険性からも認められることになる。たとえば、NSStZ 2000, 583は⁴⁷⁾、「行為者が構成要件該当結果の発生を可能であると思いつつ、それでもなお行為を続けた場合、それが極めて危険な行為であるときには、行為者が結果発生を是認したと推認するのは当然である」とし、被害者の死を被告人が望ましくないと思いつつ、それは殺人の未必の故意の認定を妨げないとした⁴⁸⁾。危険な行為を継続するという客観面から、是認が推認されている。この際、「被害者の死を被告人が望ましくないと思いつつ」という事情は、結果発生を否定する意思としての客観的証明を具備していないと判断されているように思われる。

是認説に立ちつつ、未必の故意の要素に言及しているものとして、NSStZ 2012, 443がある⁴⁹⁾。同判決は「自身の行為のあり得る結果として、死の結果の発生を認識し(認識的要素)、是認しつつ甘受する(意思的要素)者は、殺人の未必の故意を有している。両要素は事実認定に基づかなければならない。全ての客観的および主観的な所為事情の全体的考察に基づくことによるのみ、両要素の肯定ないし否定は導かれうるのである。その際、本質的な指標となるのは、行為者に認識された事情に基づいて、決定されるべき所為行為の客観的危険性である。意思的要素の評価の際には、具体的な攻撃態様と並んで、規則的に、行為者の人格、行為時点における行為者の精神状態およびその動機をも、考慮の中に入れなければならないのである。」としており、未必の故意の要素として、明確に認識要素と意思要素を要求している⁵⁰⁾。さらに、両要素が事実認定されなければならないとし、行為の危険性が本質的な指標であるとしつつ、意思要素においては主観面も併せて検討するよう判示している。

その他、判例における「是認」たる文言としては、「是認しつつ甘受する (billigend in Kauf

nehmen)」という文言以外に、「たとえ、行為者にとって結果の発生が望ましくないもの(unerwünscht)であっても」という文言も散見される⁵¹⁾。さらに、「結果が発生してもしかたがない(sich abfinden)と思う」とするものや⁵²⁾、「結果をどうでもよい(gleichgültig)と思う」という消極的な意思要素を必要とするものもある⁵³⁾。

5. 小 括

以上のようにドイツの判例実務は、認識的要素と意思的要素の両方を未必の故意に要求している。一方、日本でも、判例に対して、故意の有無について認識的要素と意思的要素の相関関係という枠組みを用いているとの評価もある⁵⁴⁾。実務の一部でも、どのような判示をするかは別に、故意犯には「認識」「認容」が必要であり、それが故意概念であるとする見解もある⁵⁵⁾。また、学説上も、認識的要素と意思的要素の両方がなければ故意は認定できないとする見解も有力である⁵⁶⁾。

Jakobsは、認識、意欲、どちらが欠けても方向付けを失うのであり、認識と意欲の結びつきは、一つの概念の発展型とされるべきものを「和」(Die Addition)として表現しているという⁵⁷⁾。この点、東京高判昭和61年12月15日(高刑39巻4号511頁)は、爆発物取締罰則の身体加害目的に関して、「故意におけると同様、その対象となる事象に対する認識(将来の事象については予見)という知覚的要素と、その実現へ向けての意図ないしは認容という心情的要素との複合したもの」と判示している。認識と認容が複合的であるということについては、Jakobsも「意欲から切り離された認識と認識から切り離された意欲は、刑法上の『始まり(anfangen)』とはなり得ないために、認識と意欲は1つの概念として統一(vereinigen)されなければならない」と述べている⁵⁸⁾。

しかしながら、認識と意思(意欲)要素が混ざり合っていると解しても、直ちに両者が要件化されるわけではない。両者を必要とする主張の筆頭

は認容説である。ここで、日本の判例が認容説を採っているか否かを検討する。前述の「認容説」のリーディングケースである最判昭和23年3月16日における「敢て」という文言から、判例は未必の故意について認容説をとったものと考えられてきた。しかし、「あえて」とは、未必の故意の要件ではないという見解や⁵⁹⁾、そもそも、「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の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」との指摘がなされている⁶⁰⁾。たしかに、「敢て(あえて)」そして「消極的ながら」等の文言を、単なる裁判官の心証の表明であり、副詞として用いられ、認容の程度に関する意味を加える程度でしかないと解することは可能である。その意味では、「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」という指摘も射ていると思われる。ただ、この場合、認容説からは、「あえて」の文言ではなく、「容認・意に介する・辞さぬ・認容」という動詞の部分から「認容」を看取することになるだろう⁶¹⁾。

この点につき、『裁判員のためのよく分かる法律用語解説』では、「相手を死なせていけないと思えば、鉄の棒で相手の頭を強打することをやめようと思うでしょう。相手が死ぬかもしれないと考えたにもかかわらず、あえて強打するという行為に及んだ場合には相手が死んでも構わないと思った、すなわち殺人罪の未必の故意があったと言える」と記述されている⁶²⁾。同記述の「あえて」には意味があるのだろうか。同説明によれば、行為の危険性の認識を重視しているように思われ、「あえて」に認容の要素を取り込んでいるとまではいえないかもしれない。さらに、司法研修所編『刑事判決書起案の手引き』においても、「憤激の余り、同人が死亡するかもしれないことを認識しながら、あえて」と記載されており、「あえて」との文言が用いられている。実際に裁判員裁判でも、たとえば、横浜地判平成26年1月20日(LLI/DB06950027)で

は、「被告人は、被害者が死亡に至る危険性の高いことを認識しながら、あえて本件ナイフで」と判示されている。「あえて」が単に裁判官側の評価だとするならば、それは「手引き」の未必の故意の記載例に書かれるほど通例な「評価」であると考えられる。これに対して、裁判官の具体的な一評価をわざわざ「手引き」に記載しないと考えるならば、認容説を採っているとみることもできよう⁶³⁾。

これに関して、静岡地判平成22年1月29日（裁判所ウェブサイト）は、「故意とは、不当な行為をしてはならないという壁に直面していながら、あえて、その壁を乗り越えたことが非難に値する、という点に本質がある。したがって、不当な行為だと認識していない人は壁に直面していないし、そもそも、壁に直面する可能性のなかった人を、非難することもできない。しかしながら、通常は誰もがその壁に直面できる状況にあり、かつ、被告人も、壁に直面する可能性が十分にあったにもかかわらず、被告人が勝手に目をつぶっていたために、その壁に気付かなかっただけの場合は、やはり、被告人が壁に直面する機会を自ら無駄にしまったその人格態度自体を、非難することができるものと解すべきである。」と判示しており、結果発生に無関心な者についても故意を認定している。したがって、「あえて」との文言は規範において見受けられるものの、実際には結果発生に無関心である心理状態の行為者に故意が認められているのである。一般的に、無関心は認容とはいえないことからすると、「あえて」には認容のニュアンスが含まれていないように思われる。

畢竟、裁判例からは「あえて」が認容たる意味を有するか否かが判然としないのである⁶⁴⁾。このような理解のもと、次章では、認識説・意思説を巡る問題について文献において多く取り上げられている裁判員裁判に関する司法研修所の提言を検討したい。

V 特段の事情と阻止閾の理論の関係

1. 司法研修所の提言

司法研究において、「被害者が死ぬ危険性の高い行為と分かっているがそれでも（あえて）行為に及んだことが認められるならば、それは死んでも構わないという気持ちを持つことがその者の人格的な態度であって、裁判例ではそのような態度をもって殺意と評価すべきものが認められると判断してきたといえよう。それは、具体的な気持ちや心情を認定するものではなく、裁判所による殺意についての規範的な解釈（理解）をした上でその存在を認定したものであるべきであろう」とされている⁶⁵⁾。未必的殺意が争われる事例において、模擬裁判員にとっては、学説上よく言われるような「相手が死ぬかもしれないが、それでも構わない」と思い、あえて行為に及んだかどうか」という認容説による判断の仕方の説明だけでは足りず、「人が死ぬ危険性の高い行為をそのような行為であると分かっているかどうか」という補足的な説明（＝提言）が加わってはじめて、混乱を招かず殺意の認定・判断ができるとされている⁶⁶⁾。

提言に則って判示をしていると思われるものとして、鹿児島地判平成24年2月7日（裁判所ウェブサイト）がある。同判決では「被告人は、被害者を死亡させる危険性が高い行為を、それと分かっているものといえるから、被告人には殺意があった」と判示されており、行為の危険性から未必的な殺意を認定している。

もっとも、かかる提言については、侵害犯の場合、行為の危険性のみで故意を肯定してはならないとの批判や⁶⁷⁾、人が死ぬ危険性の高い行為との認識だけでは殺人罪と傷害致死罪の区別ができないとの批判がある⁶⁸⁾。また、結果に対する構成要件関連性が失われてしまうとの指摘もある⁶⁹⁾。加えて、動機説に近くなったという評価もなされている⁷⁰⁾。実務では、本人が殺意を否定したとしても、相手の頭にけん銃を突き付けて発射したとき

のように、客観的状況その他の情況証拠から殺意が認められる場合はもちろん存在する⁷¹⁾。なぜなら、殺意は事実ではあるものの、刑法上の概念であるから、その認定は、生の心理状態を規範的に評価して、人の死亡という結果発生に対する認識・認容があったといえるかを判断するものだからである⁷²⁾。この意味で、実務では故意とは、行為者の持つ意識というよりも、行為者の一定の行為に対して外から与えられる意味であるといえる⁷³⁾。

そのように解すれば、とりわけ、行為者が故意を否認している事案などでは、行為者の有する危険性の認識だけで未必の故意が判断されることになる。かといって、Puppeのいう故意危険の認識だけで故意が認められてしまうとすれば、心理状態を全く認定する必要がなくなってしまう点で、判例の実情にそぐわないと思われる。

したがって、意思要素と認識要素が複合的なものであるならば、認容ではないにしても、何らかの形で行為者の意思を未必の故意において考慮する必要があるのではなからうか。というのも、実務的にみて、「特段の事情」のように、主観的な側面の事実を拾うことになるのであるから、要証事実が増加し、検察側・弁護側の両者にとって有益となるはずだからである⁷⁴⁾。

もっとも、危険性の認識のみで未必の故意を認める認識説も、行為者に「行為に出る意思（意思的要素）」が伴っていることを否定できない⁷⁵⁾。Bungは、「故意の本質は、行為に出る決断の点にある。」という⁷⁶⁾。Hassemerも、ある行為に出る「決断」の中には、その行為によって確実あるいは可能的に惹起される結果に対する意思的な関係も常に存在しているという⁷⁷⁾。この決断をなすには、一定程度の時間が必要である。激情犯のように、結果発生の危険性が一瞬だけ頭をよぎった場合に、認識のみで故意犯としての重い責任を問うのは妥当ではない⁷⁸⁾。玄教授は、「故意を認めるためには行為者が構成要件実現に対して一定の判断を下していることが必要となるが、この判断とは対象に

対する評価をいう」とし、判断には一定の時間を要するという⁷⁹⁾。認識に加え、一定の判断を要求する点については、前述Jakobs説と同様に正当であると思われる。また、Roxin説の、「保護されるべき法益に対する決断」も、行為者の認識だけでなく、決断を認定する点、結果発生の可能性を真剣に受け取ったか否かの判断に際して、規範的な評価を加える点で、判例実務と整合的である。橋爪教授は、認容説の立場からも、たとえば、結果発生の高度の蓋然性の認識がある場合には事実上、消極的認容が認められるのであるから、あえて認容の存否を問題にする必要がないという⁸⁰⁾。Roxinも、「こういった蓋然性の認識があるのにもかかわらず、行為者が行為をするとき、法益侵害の決意が見られるのが普通である。」とする⁸¹⁾。

以上の検討に照らせば、何らかの行為をする時点において行為者には必ず「意思」が存することになる。もっとも、作為と不作為では「意思」の度合いや認定方法が変化し得る。作為においては、作為に出た以上、行為に出る決断・判断が存するので、意思が認容か否かはさておき、作為には「意思」の発現がある⁸²⁾。しかしながら、不作為の場合には、「すべきことをやらない」という決断・判断が不作為自体から看取り難い。したがって不作為犯においては、認識だけでなく、認容を明示的に認定する必要があると思われる⁸³⁾。また、前述(Ⅱ5)の通り、幫助などの共犯類型にも同じことがいえるだろう。

したがって、提言のいう「死亡させる危険性が高い行為を、それと分かって行った」場合には、その行為自体から、殺害へ向けた「意思」が看取されることになる。

半田判事は、司法研修所の提言の枠組みについて、「最も決定的な間接事実によって殺意すなわち死亡結果に対する認識（・認容）を事実上推定する道筋を呈示したものと解すべきであり、特段の例外的事情がない場合に殺意が認定できる。この例外的事情としては、検問の警察官が並んでいる

ところを自動車で突っ切ったとき、それが警察官を跳ねて死亡させる危険性の高い行為であるとは分かっていたが、警察官はギリギリ身をかかわすだろうから、衝突しないで済むと信じたというケースが考えられる（無鉄砲事例と違い、結果発生 of 蓋然性の認識がない）」とする⁸⁴⁾。ここで同判事により挙げられた設例は、ドイツの阻止閾の理論の判例である。次項では、特段の事情との関連で、阻止閾の理論について考察する。

2. 阻止閾の理論

BGHは、従来「阻止閾の理論」を用いて殺人の未必の故意の認定を行ってきた⁸⁵⁾。その際、BGHは阻止閾の理論によって、行為の危険性のみを理由とした故意の認定を回避している⁸⁶⁾。阻止閾の理論を持ち出すことにより、主観を含めた全事情を評価する必要性を説いているのである。阻止閾の理論は、1982年のBGHの判例にて初めて登場した。これは、警察が100メートル先でバリケードを張っているのを認識した行為者が、停止せずに車でバリケードを突破しようと考え、時速70kmの速度を維持したまま走行し、警察官はなんとか行為者の車両を避けることができたという事案であった。LGは、自動車を停止させずに強行突破しようとする警察官へ向かったという事情から殺人の未必の故意を認定した。これに対しBGHは、「行為者は警察官を危殆化することを甘受しているが、その死まで甘受しているとはいえず、殺人の故意の前には、危殆化する故意よりも非常に高い阻止閾がある」ことを明らかにした⁸⁷⁾。その際の阻止閾の定義は、行為者が行為をする際に、致死結果を惹起し得ることを行為者に警告し、その行為に出ることを思いとどまらせる働きを有するというものであった⁸⁸⁾。

同判決以降BGHは、「危険な暴力行為が、それ自体として未必の故意の徴表となるわけではなく、阻止閾を乗り越えたかどうか、個々の事例において未必の故意が実際に存在するか否かが検討され

なければならない」と判示している⁸⁹⁾。つまり、殺人の未必の故意には、危険な行為の存在と併せて、阻止閾を乗り越えたことが必要とされているのである⁹⁰⁾。

このように阻止閾の理論は、殺人の未必の故意の認定において、BGHによって用いられてきた⁹¹⁾。たとえば、openJur 2010, 4626では、「確かに、極度に危険な暴力行為の場合には、『その際被害者が死に至る可能性』をも行為者が考慮に入れていたということが容易に想定される。しかしながら、殺人に対する高度な阻止閾に鑑みて、常に『行為者が死の危険を認識していなかった、あるいは、少なくとも、この結果は発生しないことを信頼していた』という可能性が考慮に入れられなければならない。それゆえ、殺人の未必の故意が存するという帰結は、事実審裁判官が、その結論を疑問視する全ての事情を自身の考慮に入れた場合にのみ法的に誤りのないものとなるのである。」と判示されている。原則として、危険な暴力行為自体から、殺人の未必の故意が認められるが、阻止閾の理論により、①危険性の認識がない場合、②発生しないことを信頼していた場合、を検討することが求められている。①危険性の認識がない場合は、「認識」、②発生しないことを信頼していた場合は、「結果発生を否定する意思」が判断されている。そして、①と②が並列に置かれていることから、本稿の分類によれば、C説【故意＝認識（結果発生 of 認識）＋意思（結果発生否定意思の不存在）】やD説【故意＝認識（結果発生 of 認識）＋意思（認容）】の構成を採っていると評価できる。

さらに、NStZ 2007, 307では、「殺人の故意の前には危殆化あるいは傷害の故意よりも著しく高度な阻止閾が存在するのであるから、判決理由においても同様に、『行為者が殺害結果をあり得ると予想していたか、そしてそれに基づいて、結果が発生しないことを真摯に信頼していたか』が検討されなければならない。このことは、とりわけ人の殺害のような非常に重大な所為に関する納得でき

る動機が欠けている場合に、妥当するのである。」と判示されており、結果が発生しないことの信頼は、真摯なものでなければならないとされている。この真摯性は、客観的に規範的になされているので、その点では、本稿の理解（上述Ⅲ）と合致する。

客観的な危険性と意思要素の関係を明示したのは、NStZ 2009, 210である。同判決では、「意思要素についても、危険な暴力行為の生命への危険性が、重大な証拠である。しかしながら、高度な、殺人に対する阻止閾に鑑みれば、個々の事態のあらゆる事情を考慮して、致命的な傷害の可能性を考慮しているのにもかかわらず、その危険な行為を実行する行為者が、被害者の死を是認しつつ甘受していたかどうかは、注意深く吟味されなければならない。この吟味にあたって、とりわけ具体的な攻撃方法、行為遂行時の行為者の精神状態、ならびにその動機が考慮に入れられなければならない。」とされ、危険性が意思要素の証拠とされている。危険性を認識して行為をする者には、その行為から意思（是認）が推認できると解されている。この点は、司法研究所の提言と一致する。ここでいう「吟味」においては、「特段の事情」と同様、行為者の主観や動機等、結果発生を否定する意思たりうるものが検討されている。また、阻止閾の理論が、意思要素である是認の推認を妨げる役割を担っている点は、本稿のD説【故意＝認識（結果発生）の認識）＋意思（認容）】と合致する。

もっとも、2012年の判決において、阻止閾の理論は、StPO261条【自由心証主義】の中で考慮し尽くされており、殺人の未必の故意の認定の際には用いられないと判示されたが⁹²⁾、その後、2013年の決定以降⁹³⁾、ふたたび未必の故意の認定において同理論への言及があった⁹⁴⁾。NStZ-RR 2013, 341-342では、「自身の行為のあり得る結果として、死の結果の発生を認識し（認識的要素）、是認しつつ甘受する（意思的要素）者は、殺人の未必の故意を有している。両要素は事実認定に基づかなければ

ならない。全ての客観的及び主観的な所為事情の全体的考察に基づくことによるのみ、両要素の肯定ないし否定は導かれ得るのである。その際、本質的な指標となるのは、行為者に認識された事情に基づいて決定されるべき所為行為の客観的危険性である。極度に危険な暴力行為の場合、少なくとも殺人の未必の故意が容易に認定される。しかし、例えば、行為者が、自身の行動が生命を危殆化することになることを示すあらゆる事情を認識したのにもかかわらず、行為時に精神障害による能力の減退ないしアルコールの影響の結果として殺人の危険性が、行為者に認識されない場合がある。このように、行為者が自身の行動が生命を危殆化することになることを示すあらゆる事情を認識したのにもかかわらず、個々の事実において故意の認識的要素あるいは意思的要素が欠ける場合があるのである。」と判示されている。一旦、「認識」が認められた上で、認識要素あるいは意思要素が欠けることにより、未必の故意が否定されるとの枠組みは、本稿のC説【故意＝認識（結果発生）の認識）＋意思（結果発生否定意思の不存在）】あるいはD説【故意＝認識（結果発生）の認識）＋意思（認容）】と合致する。

また、阻止閾の理論において検討されるべき内容が明らかにされた事案として、NStZ 2014, 35がある。同決定では「自らは暴力行為を行わなかった被告人Sに関して、LGは、もっぱら、被告人Sが被告人G及びHが暴力を行使しているのを知覚していたという事情のみによって殺人の未必の故意を導き出している。しかしながら、それによれば、故意の認識的要素のみが裏付けられるだけである。というのも、暴力行為の知覚だけでは、少なくとも致死結果を未必的に甘受していたという推認を直ちには正当化しないからである。確かにLGは、適切にも、極度に危険な暴力行為においては、人の殺害に関する高度の阻止閾が存在するのにもかかわらず、殺人の未必の故意が容易に想定されるということに基づいてきていた。この

ことは、とりわけ、行為者が—ここでは被告人Gであるが—自身の敵を地面に打ちのめし、続いて、その結果として無抵抗となった被害者の頭部や腹部のあたりを幾度も踏みつける場合にも妥当する。しかしながら、特に危険な暴力行為から殺人の(未必の)故意を推認することは、事実審裁判官が個々において問題となっている、故意を疑問視する事情をも自身の考慮に含めた場合にのみ、法的に誤りのないものとなるのである。このことがここで欠けているのである。」と判示されている。

ここで、危険な暴力行為から殺人の未必の故意を推認するためには、故意を疑問視する事情をも考慮に入れることが要求されている。そして、同事案では、「被害者をディスクから運び出す」目的が考慮の対象となっている。同目的は、殺人という結果発生と相容れないものであるから、「結果発生を否定する意思」に関する考慮が、殺人の未必の故意において必要だと解されていることになる。

つまり、行為の生命に対する明白な危険性から容易に推認される「認識」・「是認」・「未必の故意」を妨げ得る事情をも取り込み、故意を否定する契機を設ける機能を有するのが阻止閾の理論ではないかと考えられるのである⁹⁵⁾。

この限りでは、(殺人の未必の故意における)阻止閾の理論と特段の事情は、同一の役割を果たしていると考えられる。すなわち、行為の危険性から故意が推認されるのを妨げる働きである。このように解すれば、司法研究所の提言を裁判員裁判において活用するに際して、とりわけ、危険の認識のみで未必の故意を認める「殺意の客観化」の危惧がなされている現状において⁹⁶⁾、阻止閾の理論は、客観的故意への歯止めとして大いに寄与しうるであろう。

VI 未必の故意の要素

前章までの考察を基に、解釈学的理論として、四つの構成(A～D説)全てを矛盾なく、故意の本質論(とりわけ未必の故意)から説明すること

を試みる。まず、上で得た考察を以下に示す。

①未必の故意に認識と意思は必要である。

②判例・裁判例には「認識」・「認容」どちらも散見される。

③判例・裁判例において、特段の事情により、「認識」、「認容」、「認識・認容」、「故意」それぞれが否定されることがある。

④不作為犯や共犯の事案では、意思要素としての「認容」が認定されている。

⑤故意の認定とは、心理状態に法的な評価をあたえることである。

⑥結果が発生しないように期待をすることや、結果が発生しないことを信頼することは、客観的・規範的に認定されるものであり、この存在が認められることより故意が否定され得る。

⑥「あえて」の文言から直ちに「認容説」は導かれない。

⑦意思において、無関心な心理状態の者にも故意が認められている。

⑧危険な行為自体から、行為者の意思が看取される。

⑨司法研修所の提言は、殺人の未必の故意の推認の一方法を示したものである。

⑩殺人の未必の故意の検討において、阻止閾の理論と特段の事情は同じ役割を有する。

これら、①～⑩を前提とし、A説【故意＝認識(結果発生の認識)のみ】、B説【故意＝認識(結果発生の認識＋結果発生否定意思の不存在)】、C説【故意＝認識(結果発生の認識)＋意思(結果発生否定意思の不存在)】、D説【故意＝認識(結果発生の認識)＋意思(認容)】の四つの構成を、主たる学説である認識説(蓋然性説)と意思説(認容説)を用いて検討する。

まず、認容説にとって、D説の構成はもっとも整合的である。C説の構成は、意思要素を要件とする点においては整合的であるものの、結果発生を否定する意思の不存在を示すようなのであれば、⑦のように無関心であってもよいのであるか

図5 未必の故意の要素の構成と認容説・認識説

未必の故意の要素の構成	認容説	認識説
A説【故意＝認識（結果発生の認識）のみ】	×	◎
B説【故意＝認識（結果発生の認識＋結果発生否定意思の不存在）】	×	◎
C説【故意＝認識（結果発生の認識）＋意思（結果発生否定意思の不存在）】	△	○
D説【故意＝認識（結果発生の認識）＋意思（認容）】	◎	△

出所：筆者作成

ら、厳密には「認容」ではなくなるという側面がある⁹⁷⁾。B説およびA説の構成は、意思要素を未必の故意の要件としない以上、認容説とは合致しない。

次に、認識説にとって、A説の構成はもっとも整合的である。B説の構成は、認識のみを要素におく点では整合的だが、認識が充足されるか否かの検討において、結果発生を否定する意思の不存在を吟味する点で、意思要素を考慮に入れていることになる。もっとも、要件としてではなく、認識が認められるか否か、における証拠判断の一つの材料と解することも可能である。C説の構成は、意思要素を要件としている点は一見すると認識説と整合しない。しかし、認識が存すれば原則、未必の故意が認められ、特段の事情（結果発生を否定する意思）があれば、「認識は認定されるが、故意は否定される」との帰結になるのであり、終局的には、「認識」こそが未必の故意の核たる要素となっているので、認識説とC説は矛盾しない。そして、D説の構成は、確かに、意思要素、とりわけ認容を要件とする構成であるので、認識説とは相容れないように思われる。しかし、⑧のように危険な行為から、行為者の意思が看取されるとするならば、認識説によっても、認識した結果として、常に、結果的に意思は存すると解し得る。あるいは、認識に対して与えられる法的な評価としての意思要素が顕在化するときがあると解することも可能かもしれない。そして、不作為犯や共犯の場合には、行為自体から意思が読み取れないので、認識要素の充足から生じた結果である「意思

（認容）」を認定しているとも考えられ得る（図5参照）。

以上の考察によれば、判例及び裁判例における未必の故意の判断枠組みを説明するには、少なくとも相対的には認識説が妥当であることが明らかとなった。ここにいう認識説とは、可能性説、蓋然性説、動機説等である⁹⁸⁾。また、相関関係説（及び実現意思説）は、認識と認容を両方考慮するものであるから、認識の程度は問題になるものの、事案によっては、全ての構成（A・B・C・D）に対応し得るものといえるだろう。

Ⅶ おわりに

従来、未必の故意の議論は、故意の本質論から出発するものであった。しかし、本稿では、裁判例における故意の事実認定、とりわけ「特段の事情」が問題となった事案の分析を基礎とし、そこから遡って、未必の故意に必要な要素とは何か、を検討した。つまり、どう在るべきか、ではなく、どう在るのかを明確にすることを試みた。

そして、本稿は、特段の事情に関する裁判例の考察を基に未必の故意の成立要件について、A説【故意＝認識（結果発生の認識）のみ】、B説【故意＝認識（結果発生の認識＋結果発生否定意思の不存在）】、C説【故意＝認識（結果発生の認識）＋意思（結果発生否定意思の不存在）】、D説【故意＝認識（結果発生の認識）＋意思（認容）】の四つの構成が考えられることを示した。また、認容説よりも認識説の方が、相対的に裁判例における

未必の故意の認定を説明可能であるとの帰結を得た。

さらに、本稿の理解によれば、ドイツで用いられている殺人の未必の故意における阻止閾の理論と特段の事情は、同一の役割を果たしていることになる。すなわち、行為の危険性から故意が推認されるのを妨げる働きである。このように解すれば、司法研究所の提言を裁判員裁判において活用するに際して、とりわけ、危険の認識のみで未必の故意を認める「殺意の客観化」の危惧がなされている現状において、阻止閾の理論は、客観的故意への歯止めとして大いに寄与しうるのであろう。

もっとも、本稿は故意の本質論の入口を示したにすぎず、本稿で得た結論がなぜ故意の本質となるのかという、理由は明らかではない。これについては他日を期したい。

- 1) 植村一郎『実践的刑事事実認定と情況証拠〔第3版〕』（立花書房、2016年）246頁。
- 2) 村岡啓一「情況証拠による事実認定論の現在」『村井敏邦先生古稀記念論文集』（日本評論社、2011年）674頁以下。
- 3) 植村一郎「故意とその認定—行政犯における故意を中心に」『刑法雑誌34巻3号』（1995年）375頁。
- 4) 主要事実の差異が判決文に表れているとも考えられ得るが、本稿が検討対象とするのは、間接事実の総合判定によって故意を推認する文脈のみである。総合判定と間接事実については、豊崎七絵「間接事実の証明と総合評価—情況証拠による刑事事実認定論（1）」『法政研究76巻4号』（2010年）66頁以下。
- 5) 実践的三段論法を用いて、実体法的要件論と事実認定論の架橋を試みる先行研究として、増田豊著『刑事手続における事実認定の推論構造と真実発見』（勁草書房、2004年）104頁以下。
- 6) もっとも、証明の対象である主要事実を推認するための間接事実と、故意の認識対象論は分けて検討されるべきである。本稿は、未必の故意に必要な要素のうちの「認識」と「特段の事情」の關係に着目し、主要事実と故意の要素が対応する部分を考察するものである。
- 7) 事実認定においても、規範的な考察の視点が不可

- 避的に介在することがある。植村一郎「行政犯の故意」植村一郎・小林充編『刑事事実認定重要判決50選〔第2版〕（上）』（立花書房、2013年）125頁。
- 8) 染谷武宣「薬物事犯における薬物の認識の認定について」『警察学論集67巻8号』（2014年）123頁。
 - 9) 石井一正『刑事事実認定入門〔第二版〕』（判例タイムズ社、2010年）62頁。
 - 10) 植村・前掲注1）59頁。
 - 11) 岡本章「覚せい剤密輸入事件における故意及び共謀の認定」『捜査研究62巻8号』（2013年）19頁。
 - 12) 中里智美「情況証拠による認定」木谷明編『刑事事実認定の基本問題〔第2版〕』（成文堂、2010年）340頁。
 - 13) 田中和夫『新版証拠法〔増補第三版〕』（有斐閣、1971年）76頁。
 - 14) 半田靖史「故意の認定—故意概念と法的評価の観点から—」木谷編・前掲注12）71頁。
 - 15) 認識・認容・故意のいずれが争点となるかは事案との関係および当事者の主張如何によって変容し得るが、本稿では結論部分の論法（方法論）のみを扱うため、事案の割愛についてはご容赦頂くことにする。
 - 16) 大阪高判平成27年7月30日（LEX/DB 25541084）である。詳しくは、拙稿「判批」『法学新報123巻8号』（2017年）415頁以下。
 - 17) 拙稿「共謀の射程の判断—行為計画に基づいた故意—」中央大学大学院研究年報法学研究科篇第45号（2016年）203頁以下。
 - 18) Hippel, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1903, S.132ff.
 - 19) 玄守道「裁判員制度のもとにおける未必の故意—それはいかに説明され、認定されるべきなのか—」『龍谷法学42巻3号』（2010年）604頁。
 - 20) 前田雅英「故意の認識対象と違法性の意識」『刑法雑誌34巻3号』（1995年）389頁。
 - 21) 平城文啓「薬物事犯における故意の認定について」木谷編・前掲注12）436頁。
 - 22) 植村・前掲注7）131頁。
 - 23) 前田・前掲注20）383頁。
 - 24) 日高義博「刑法の理論的対立軸とわが刑法学」『専修ロー—12巻』（2016年）3頁。
 - 25) 学説分類と未必の故意の系譜に詳細なものとして、玄守道「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」『立命館法学313号

- (2007年) 54頁以下。
- 26) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』（有斐閣，1948年）153頁。
- 27) 前田雅英『刑法総論講義（第3版）』（東京大学出版会，1998年）282頁。
- 28) 高山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣，1999年）148頁。
- 29) 井上正治『過失犯の構造』（有斐閣，1958年）199頁，208頁以下。
- 30) 松宮孝明『刑法総論講義（第5版）』（成文堂，2017年）182頁。
- 31) 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂，2005年）77頁以下。
- 32) 山中敬一『刑法総論Ⅰ』（成文堂，1999年）297頁以下。
- 33) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣，2013年）248頁。
- 34) 遠藤邦彦「殺意の概念と証拠構造に関する覚書」〔植村立郎判事退官記念論文集〕編集委員会編『植村立郎判事退官記念論文集：現代刑事法の諸問題〔第2巻第2編実践編〕』（立花書房，2011年）203頁以下。
- 35) 内田文昭「百選47事件：未必の故意1」『刑法判例百選Ⅰ総論〔第二版〕』82号（1984年）105頁。
- 36) 橋爪隆「裁判員制度のもとにおける刑法理論」曹時60巻6号（2008年）44頁。
- 37) 半田・前掲注14）47頁。
- 38) RGSt 33, 4, 6では「……未必の故意の本質的な要素は……結果を是認することの内に見受けられるのである……」と述べられている。
- 39) Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S.231ff.
- 40) Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, S.261.
- 41) Puppe, Strafrecht AT im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Aufl., 2016, S.123f.
- 42) Roxin, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, - BGHSt 7, 363. (Besprechung des Urteils des BGH vom 22.4.1955 - 5 StR 35/55) Jus 1964, S.58.
- 43) Roxinの用いる基準は，もともとStratenwerthが主張していた基準である。Stratenwerthの実現意思説の基準を基礎とし，目的的行為論を用いずに未必の故意を判断するのがRoxinである。詳しくは，Günter Stratenwerth, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2000, S.126.
- 44) Roxin, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S.231.
- 45) RGSt 51, 305.; BGHSt 36, 1.
- 46) BGHSt 7, 363.
- 47) BGH 4 StR 162/00 - Urteil v. 20. Juni 2000 (LG Dortmund).
- 48) NStZ 2000, 583. 同様の判示をしたものとして，NStZ 1999, 507, 508.
- 49) BGH 4 StR 608/11 — Urteil vom 23. 2. 2012 (LG Bielefeld).
- 50) NStZ 2012, 443.
- 51) NStZ 1989, 144; NJW 2011, 2895; NStZ 2012, 86.
- 52) NStZ-RR 2009, 372.
- 53) LG Frankfurt, Urt.V.14.4.1988.
- 54) 高橋則夫「杉本論文へのコメント」高橋則夫・杉本一敏・仲道祐樹編『理論刑法学入門 刑法理論の味わい方』（日本評論社，2014年）173頁。
- 55) 半田・前掲注14）49頁。
- 56) 佐伯・前掲注33）248頁。
- 57) Jakobs, Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff, Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung, Juli 2010/Heft 3 S.285.
- 58) Jakobs, (o.Fn.57) S. 286.
- 59) 佐伯仁志「故意論（1）」法学教室298号（有斐閣，2005年）43頁以下。
- 60) 玄・前掲注25）87頁。
- 61) 拙稿「薬物事犯における未必の故意—ドイツ麻薬法の観点も踏まえて—」中央大学大学院研究年報法学研究科篇第44号（2015年）261頁。
- 62) 前田雅英『裁判員のためのよく分かる法律用語解説』（立花書房，2006年）206頁。
- 63) 中川博之・真鍋秀永・末弘陽一（大阪刑事実務研究会）「殺意（上）」判タ1362号（2012年）50頁。
- 64) 半田・前掲注14）61頁。
- 65) 司法研究・司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹会，2009年）16頁。
- 66) 司法研究・前掲注65）14頁。
- 67) 高山佳奈子「薬物輸入の故意」法時85巻1号（2013年）7頁。
- 68) 半田靖史「裁判員裁判の判決書からみた『殺意』概念」法時83巻1号（2011年）93頁。
- 69) 高橋則夫「裁判員裁判と刑法解釈—司法研究報告書を素材に—」刑ジャ18号（2009年）4頁。
- 70) 浅田和茂ほか「裁判員制度によって刑法理論はど

う変わるのか」刑弁56号（2008年）31頁。

- 71) 半田・前掲注14) 40頁。
- 72) 原田保孝「殺意」小林＝植村編・前掲注7) 381頁。
- 73) 小倉正三「暴行・傷害の有無(2)一故意の有無」小林＝植村編・前掲注7) 405頁。
- 74) 大庭沙織「故意の意的要素の必要性」早稲田法学会誌65巻1号（2014年）169頁。
- 75) 杉本一敏「故意はどこまで客観化されるべきか」高橋・杉本・仲道編・前掲注54) 171頁。
- 76) Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S.168.
- 77) Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S.289ff.
- 78) 玄守道「未必の故意とは何か？一概念，学説，司法研究報告書基準の検討」法時83巻1号（2011年）87頁。
- 79) 玄守道「判批」（高松高判平27・9・15）『新・判例解説 Watch 刑法No.110』（2016年）3頁。
- 80) 橋爪・前掲注36) 43頁（注103）。もっとも、橋爪教授は認容説を否定しているわけではない。
- 81) Roxin, Strafrecht.AT I, 4.Aufl., 2006, §12 Rn. 46.
- 82) 最判昭和62年9月22日（刑集41巻6号255頁）。
- 83) 半田・前掲注14) 59頁。
- 84) 半田・前掲注14) 72頁。
- 85) 拙稿「致命的な攻撃の逸脱一方法の錯誤」比較法雑誌48巻3号（2014年）408頁以下。
- 86) Torsten Verrel, (Noch kein) Ende der Hemmschwellentheorie ?, NSTZ 2004, S.309.
- 87) BGH, 29.01.1982 - 3 StR 496/81 ; StV 1982, 509.
- 88) 大庭沙織「未必的な殺人の故意と連邦通常裁判所の『抑制をかける心理的障壁論』」早稲田法学 88巻2号（2013年）329頁。
- 89) BGH 4 StR 105/94 - Urteil vom7.6.1994.
- 90) BGH StV 1984, 187.
- 91) Thomas Trück, Die problematik der Rechtsprechung des BGH zum bedingten Tötungsvorsatz, NSTZ 2005, 233.
- 92) Fischer StGB, 64.Aufl., 2017, §212 Rn.16a.
- 93) BGH, Beschl. v. 27. 8. 2013 - 2 StR 148/13 (LG Frankfurt a. M.).
- 94) Puppe, Tötungsvorsatz und Affekt - Über die neue Rechtsprechung des BGH zum dolus eventualis in Bezug auf den möglichen Todeserfolg bei offensichtlich lebensgefährlichen Gewalthandlungen, NSTZ 2014, S.183ff.
- 95) 拙稿「極度に危険な暴力行為における殺人の未必の故意」比較法雑誌49巻3号（2015年）151頁。
- 96) 個別事情を抽象化し、心理状態の認定を曖昧にしたまま生命に危険な行為として客観化してしまう裁判例が存在し得る。また、そのような殺意の客観化は、事実上、客観的故意を認めることにつながる恐れがある。笠井治「問題点の抽出と解決の方向性について」法時83巻1号（2011年）100頁。
- 97) 無関心と、結果発生を認容している心理状態が、ともに等しく「認容」にあたるするのは文言解釈上、無理であろう。玄守道「裁判員裁判と未必の故意」犯罪と刑罰21号（2011年）16頁。
- 98) もっとも、結果発生認識については、少なくとも可能性以上が要求されるべきである。玄・前掲注19) 607頁。