



# 未必の故意(殺意)

本庄 武 一橋大学准教授

山下幸夫 弁護士

ほんじょう・たけし／一橋大学准教授。共著書に、『危険運転致死傷罪の総合的研究』（日本評論社、2005年）、『被告人の事情／弁護人の主張——裁判員になるあなたへ』（法律文化社、2009年）などがある。

やました・ゆきお／弁護士（東京弁護士会）。共著として、日本弁護士連合会編『法廷弁護技術〔第2版〕』（日本評論社、2009年）などがある。

## 本件事案

Xは、一人娘であり日頃大変にかわいがっていた高校生A子が、無断外泊を繰り返すようになったため再三注意していた。Xは、本件1カ月前くらいから飲酒をしては、妻に暴力を振るったり出刃包丁を投げつけたりするようになり、A子にも出刃包丁を振りかざすことがあった。

A子は事件前々夜にXから外泊しないよう強く注意を受けたにもかかわらず、事件前夜も行き先を告げずに外出し帰らなかった。これを知ったXは、怒って妻に当たり散らすなどしたうえ、焼酎を飲んで眠った。

翌朝、Xは起きてすぐ残りの焼酎1合分を飲んだ。Xは帰宅したA子に対し、「お前どこに行っていたんだ。お前なんか出て行け。ぶっ殺してやる」などと激怒して怒鳴りつけたところ、A子が「くそじい」などと口答えをして口論となった。Xは、台所から出刃包丁を持ち出して振りかざしたが、これを見た妻がXから包丁を奪い取り、A子に逃げるように言ったので、A子は玄関から屋外に逃げ出した。

次いで、Xは、今度はたんすからA子の衣類を

取り出し、「出て行け」などと怒鳴りながらこれらを次々に玄関から外に投げつけた。そして、Xは再び台所から出刃包丁（刃体の長さ約13.2cm、重さ約178g）を持ち出し、「殺してやる」とつぶやきながら外に出た。その際、妻は再び外に向かって「逃げろ」と叫んだ。

A子は自宅団地の出入口階段の途中に腰を下ろしていた。前記母の声を聞いたためと思われるが、立ち上がって歩いて降りかけたとき、Xが部屋から外に出てきた。Xは、階段の降り際に立ち止まり、右手に持った前記出刃包丁を頭部右側付近に振り上げて、階段を降りつつあったA子のほうに投げつけた。そのとき、A子の頭部はおおむね被告人の膝上の高さにあつて、両者の水平距離は約1.5mであった。Xが投げた出刃包丁はA子の後頭部に突き刺さり、その後階段上に落下した。

A子は、出刃包丁が当たった後、両手を後頭部にあてがい、そのまま階段を降りて道路を歩いて行った。Xも、階段を降り、包丁を拾って、A子の後ろをしばらく歩いてついて行った。A子は近くのそば屋付近まで歩いて行ったが、Xは、A子を立ち止まらせて見ており、その後引き返した。



A子は、左後頭部に刺創を負い、同日午後、収容先の病院で死亡した(横浜地判平10・4・16判タ985号300頁の事案を一部改変)。

## 未必の故意の刑法理論・概説

### 1 はじめに

今回は未必の故意を取り上げるが、裁判員制度実施前後から盛んに論じられるようになった殺意を専ら念頭に置く。

故意論においては知的要素を重視する**認識説**と意思的要素を重視する**意思説**の基本的対立がある。しかしいずれの立場にあっても、意思と認識のいずれかの要素が明確である場合、すなわち結果発生を意図した場合および結果発生の確実性を認識した場合は確定的故意として争いなく故意が認められるとされる。未必の故意が問題となるのはそのいずれもが欠ける場合、すなわち結果発生を不確実なものと認識しつつ、かつその結果発生を意図して行動しているわけではない場合ということになる<sup>1</sup>。

未必の故意を認める基準について、判例は、リーディングケースとされる**最判昭23・3・16刑集2巻3号227頁**が、「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」という判示をしたことから、認容説をとるとされてきた。

しかし、**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)11頁)**は、従来の判例を分析した結果、「人が死ぬ危険性(可能性)が高い行為をそのような行為であると分かちて行った」と言えれば**未必の殺意**が認められるとして、**認識説**をベースとしたか**に見える裁判員への説明概念**を提案した。この説明は実際の裁判でも活用が広がっているとされる<sup>2</sup>。これに対し弁護人の立場から、従来の認容説を否定するものであるとの批判が寄せられている状況にある<sup>3</sup>。

他方、学説では、結果発生の認識を必要とする**認識説**、認識の程度を限定した**蓋然性説**、認識に加えて認容という意思的要素を必要とする**認容説**、認識の質を限定し結果回避のための**反対動機**を形成すべきであるような**認識を要求する動機説**、**認識が法益に対する否認たる実現意思に取り込まれるこ**

とを要求する**実現意思説**など多様なものが主張されている。このうち意思説から派生した**認容説**以外は、**認識説**をベースとする**見解**といってよく、総じて近時は後者の立場からの**認容説批判**が目につく状況にある。注意すべきは、**司法研究**の提案を批判する学説も**認容説**を支持していないことである。

このように、近時の判例実務と学説が大きく同じ方向を向きつつあるように見える状況で、刑事弁護はいかなるスタンスで臨むべきだろうか。

### 2 認容説

まず、学説の**認容説**批判には根拠があると考えられる。認容とは一般に、結果発生が「好ましい」とする積極的認容だけでなく、「仕方がない」という消極的認容、さらには「意に介さない」「無関心」といったものまで含むとされている。認容説は法に反する事態を内心において是認する人格態度の有無を基準とするものであり、もはや行為に表れた意思ではなく情緒的要素を問題にするものとなってしまっている。

しかも、「意に介さない」「無関心」には心理的実態がほとんどなく、外部に表れた意思活動である情況証拠から推認することは困難である。無理に認定しようとするれば、「被告人の被害者を転落させてでも逃げようという意識の根底には転落から生ずる……危険な結果の発生をも辞さぬという程度の認容が包蔵されていたといっても決して不自然ではない」(**名古屋地判昭46・1・28判時635号160頁**)というように、形骸化した認容が認定され、認識から独立して認容の認定を要求することに意義が失われかねない。

それどころか、「殺意が意識の深層にあつて、**実行時夢中**で人体の重要部分にそれを対象として**重大な傷害**を与えた場合には、たとえ犯人の意識の表面に殺意が現われていなかつたとしても**なお殺人罪の殺意**を認めなければならない場合もある」(**高松高判昭31・10・16裁特3巻20号984頁**)として殺意が安易に認定されてしまい、その反面として**認識の認定**がおろそかになる可能性も否定できない。このように故意の成立を拡大する方向に作用する可能性もあるのである。さらに、裁判員制度を念頭に置く場合、裁判員による認容の認定には大きなばらつきが生じかねない。

### 3 認識説および認識をベースとする見解

次に**認識説**はどうだろうか。認識説の中には、行為者の心理において、犯罪事実が頭をよぎったがこれを打ち消した場合が認識ある過失で、どうなるかわからないと思いつつ行為に出た場合は未必の故意であるとの主張がある<sup>4</sup>。しかしこれでは、被害者を視認した瞬間に求められる的確な判断をし損なったがために発生した交通事故など、過失犯であることが疑われていない事案が故意犯に取り込まれかねないという問題があるだろう。

そこで、行為者が、「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として、犯罪事実の認識の有無が故意と過失の限界をなすとの主張がある<sup>5</sup>。

しかし、未必の故意が典型的に問題となる激情犯のように冷静さを欠いている状態では、判断に到達することが難しい場合があることは否定できないであろう。そのような場合でも、結果発生**の認識が一瞬であっても頭をよぎっており、故意が認められるとの指摘もあるが**<sup>6</sup>、次の一瞬には消えてしまうかもしれないような細かい認識をもって殺意を認めてよいかは疑問であろう。

そこで、結果発生**の単なる可能性ではなく蓋然性まで認識すべきという蓋然性説**が注目されることになる<sup>7</sup>。蓋然性説に対しては、蓋然性という確率判断は曖昧であるとか、程度問題で故意と過失を区別するのは不適切であるという批判が寄せられる。しかし未遂犯成立の基準である危険性も確率判断であるし<sup>8</sup>、区別する根拠が明確であれば程度問題による判断もかまわないといえるであろう。

認識説・蓋然性説をベースに故意というより重い主観的評価を与える根拠を明らかにしようとするのが**動機説**や**実現意思説**である。**動機説**は、結果発生**の認識を反対動機としなかった点に責任非難の根拠を見出す。その実質は法益を尊重せず、それを軽視する態度に対して向けられた非難である**<sup>9</sup>。故意を認める重点が認識という心理的実態から人格的態度に対する評価に移行する結果、結果発生**の低い可能性しか認識していない場合でも故意を認めることがありうることになり、認識説と同様の問題を抱**

えることになる。そこで動機説の中には、前提となる結果発生**の認識を蓋然性の程度まで要求する主張もある。**

**実現意思説**は、結果発生**の認識が犯罪を実現する意思に取り込まれたかを見る見解で、意思的要素を重視する立場からの主張である**<sup>10</sup>。しかし実際上は、蓋然性の認識があったかどうかを決定的な基準としており、蓋然性の認識を要求する動機説とほぼ同じ結論に至る。

以上に概観したように、近時の学説では認識、とりわけ蓋然性の認識を重視する立場が有力化しているのである。

### 4 司法研究の立場

司法研究は、殺害の意欲が認められる場合を別として、行為の危険性の高さを認識していれば、殺意が認められるとの説明概念を提案する。これは、行為態様を重視した殺意の認定を確保することで、裁判員が混乱したり被告人の供述内容を過大視したりすることを防止することを意図している(15頁)。

この提案に対しては、結果の認識を不要とし、行為の認識だけで故意を認めることになり、殺人と傷害致死の区別ができなくなるとの批判が強<sup>11</sup>、裁判官の論者からも、この概念が殺意を法的に定義したという理解はとれないと言われている<sup>12</sup>。しかし、司法研究は結果発生**の蓋然性の認識があれば殺意を認めるというのが学説の共通理解であるという理由でこの説明を提案している**のであるから(11頁)、この概念においても結果発生**の蓋然性の認識は必要であることが当然の前提になっている**ともいえる<sup>13</sup>。

批判論が依拠しているのは、司法研究における「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というべきであろう」(16頁)というくだりである。

しかし、このくだりは、この概念で殺意が認定で



きることに十分には納得しない裁判員に対して、その根拠は「死んでも構わない」という認容を認定できるという規範的判断が裁判例を通じて確立されたことにあると説明するためのものである。

したがって、司法研究の主張は、従来の認容説を認識説（蓋然性説）に変更するものではなく、認容説を維持したうえで、行為の危険性の高さの認識があれば規範的に認容（およびその前提となる結果発生（の認識））は認められるとするものであると思われる<sup>14</sup>。

## 5 司法研究の提案の問題点

司法研究が従来の認容説のままでは殺意の認定が不安定になると危惧するのは正当であり、客観的事実からの推認を基本とすべきとの発想は基本的には妥当であろう。また、単なる認識ではなく高い危険性（蓋然性）の認識まで要求する点も、慎重な認定を確保することに資するもので適切である。そもそも行為態様の危険性が高くなければ、殺意を認めるべきでない<sup>15</sup>。

問題はその先にある。司法研究によれば、認容説の説明が併用されなければ、裁判員には上記説明概念のみが提示されることになる。しかしそれでは、行為の危険性の高さの認識があれば直ちに殺意を認定して構わないのだと理解する裁判員がでてくることは否定できない。説明概念と実体法解釈は区別すべきといわれるが、裁判員には両者の区別はそれぞれ「難解」であろう。

ここには3つの問題がある。第1に、批判論が指摘するように、この説明を提示された裁判員は、結果発生（の認識）の有無自体の検討はしなくてもよいと誤解するおそれがある。確かに、死ぬ危険性が高い行為であるとの認識の存在は、死の結果を認識していたことの有力な状況証拠ではあるが、前者が肯定されても後者が否定される場合がないとはいえない。結果発生（の認識）について検討する必要性を意識させる必要がある。

第2に、司法研究は認容説の立場を維持しつつ、一定の認識があれば自動的に認容が認定できるという主張を行っている。確かに裁判例で認識を肯定しつつ認容を否定したものは、不作為の共犯や非実行者である共犯者の事例に限られているようであり、通常は認識があれば認容もあるとされているが、故

意を認定した事案で認容を認識とは別に詳しく判示する裁判例も存在しており<sup>16</sup>、心理的実態としての認容が認定される場合もあったということになる。認容が常に心理的実態を欠く規範的評価であったのかは疑問である。また職業裁判官の多くが認容を純粋な評価と捉えているとしても、それは事実上の推定に関する慣行にすぎず、裁判員を拘束する法の解釈とは言えないのではないだろうか。司法研究の提案は裁判員の自由心証を阻害するおそれがある<sup>17</sup>。確かに、認容説には前述のような問題があるため、従来のまま裁判員裁判で用いることは望ましくないが、そうであれば後述のように使用に耐えうる形で認容説を運用するか、認容説自体を放棄すべきであろう。

第3に、従来の判例が要求してきた認容が名目上のものにすぎないという司法研究の立場を前提にしても、認識と並んで認容を要求してきたことには、認容があると評価してもおかしくないほどの認識という形で、認識の質を規定するという意味があったと考えられる<sup>18</sup>。それは認識の慎重な認定を促す効果を有するであろう。認容説的な視点を有しない裁判員にはそのような認定姿勢は期待できないこととなる。

以上3つの懸念は、司法研究が、激情犯で被害者が死亡した場合、客観的な行為態様の危険性と行為時における危険性の認識が認められるのであれば原則として殺意があると判断されたとし、動機、犯行に至る経緯、犯行後の行動などには副次的な位置づけしか与えていないことにおいて（17頁）、現実化する。確かに司法研究はこれらの事情が、行為の危険性の大小やその認識の有無の判断に影響することを認めている<sup>19</sup>。しかし、司法研究の提案が、行為態様を中心とした殺意の認定を裁判員に行わせるためのものである以上<sup>20</sup>、動機等の位置づけは低くならざるをえない。

実際に、司法研究の提案に即した判示を行う裁判員裁判例には、死ぬ危険性の高い行為態様およびその認識を認定した後に、それを踏まえて動機・経緯・犯行後の行動などの弁解を評価したうえで、殺意を否定する理由にならないとするものがある<sup>21</sup>。

このような認定手法には問題があるといわざるをえない。危険な行為であると認識していても、動機

等の事情から例外的に死の結果発生<sup>22</sup>の認識が否定される場合はありうるし<sup>22</sup>、そもそも認容があると評価できるほど危険な行為であると認識していたか、認識があっても意思的要素たる認容が否定される場合ではないかを慎重に検討するためには、まず客観的な態様の危険性を認定した後にその認識があったかを問うのではなく、動機や犯行の経緯等を踏まえたうえでどこまで客観的な態様の危険性が認識できていたかを問うべきであろう。主観的要素は犯人性などと異なり、時系列上の事情の積み重ねにより要求される認識（・認容）が存在するかが問われるのであるから、その認定を断片的に行うべきではない。

なお、司法研究は蓋然性の認識までを要求しており、動機等を重視しても、行為態様の危険性が客観的に高くない場合に動機等を決め手に故意を認定することを認めることにはならないであろう。

## 未必の故意事案におけるポイント

以上述べてきたことからすれば、未必の故意が争いになる場合、まず行為態様の危険性の高さを慎重に検討しなければならない。それが肯定される場合、結果発生<sup>23</sup>の十分な認識が存在したかを慎重に検討させることが必要になる。死ぬ危険性が高い行為であるとの認識はあくまで結果発生<sup>23</sup>の蓋然性の認識を推認するためのものであることを、蓋然性説をベースとする動機説や実現意思説などの立場から導かれる、故意犯が重く処罰される根拠と関連づけて強調することが必要であろう。

次に、行為の危険性や結果発生<sup>23</sup>の危険性の認識を検討するうえでは、動機等の事情についても行為態様と同等の資格で総合評価に参入させることの重要性を強調したり、認容説の説明を行ったうえで認容と評価できるほどの認識があったかを検討するよう求めることで、慎重な認定を促すことが必要であろう。

さらに、意思的要素としての認容の存在を要求することもありうるかもしれない。「罪を犯す意思」（刑法38条1項）という文言や、殺意の典型的意味が司法研究も指摘するとおり意欲がある場合であることからすれば、未必の故意が問題となる場合にもなお意思的要素が認定されなければならないという考え

方自体は十分に成り立つ<sup>23</sup>。

しかし、認容説において情緒的要素を取り込むことには前述のような問題がある。そこで、意思的要素としての認容の心理的実態を証拠により認定することを要求するのである。具体的には、現に存在した法益を尊重しない態度が必要とされることになる。

なお、その際には、行為者が法益に対する態度を決定するのに必要な時間的余裕が重要な要素となり、激情犯の多くは事実上故意が認められないという結果になるかもしれない。この立場には故意を認める範囲が狭すぎるとの批判が向けられるが<sup>24</sup>、ことに殺意に関する限り、それは割り切りの問題に思える<sup>25</sup>。

## 弁論要旨案

1 Xさんには殺意は認められません。

Xさんの行為は、娘を殺そうとしたものとはいえません。

Xさんは、娘さんをいきなり刺すこともできたはずですが、刺していません。包丁を投げつけた後も、また包丁を拾って追いかけることもできたでしょう。しかし、追いかけていませんでした。

Xさんは、娘さんを殺そうとしていないのです。

2 では、私たちは、Xさんの行為をどのように理解すればいいのでしょうか。

ここで、Xさんの行為を振り返ってみましょう。

Xさんは、「くそじい」と言われて、出刃包丁を持ち出しました。しかし、奥さんに取りあげられています。取りあげられたのは、なぜでしょうか。

Xさんは、娘さんの衣類を次々と投げ捨てています。投げ捨てたのは、なぜでしょうか。

Xさんは、また包丁を持ち出して、玄関のほうに向かいました。「殺してやる」とも言ったようです。でも、娘さんを走って追いかけていたりしていません。刺そうとしていません。なぜでしょうか。

包丁を持ち出したのも、衣類を投げ捨てたのも、包丁を投げつけたのも、Xさんの大きな怒りを表しています。しかし、怒り以上のものではありません。

Xさんは、日頃かわいがっている娘さんに、しかし、言うことを聞かなくなった娘さんに、自分が本当に怒っていることを示したかったのです。なぜか。それ



は、娘さんのことが心配だったからです。

3 Xさんの行為は確かに行き過ぎでした。怪我をさせるどころか、娘さんを死なせてしまったのですから。危険性は、否定できません。

しかし、Xさんは怒りを示したかっただけです。娘さんを大切に思う気持ちが高ぶって包丁を投げつけてしまったときも、そのことがどれほど危険かについて冷静に判断していたわけではありません。仮に危険だと思っていたとしても、そのことで大切な娘さんを死なせてしまうことまでわかっていたとは考えられません。まして、娘さんが死んでもいいと思っていたなどということは考えられないのです。

Xさんは、怒りを示したかっただけです。それ以上ではありません。

Xさんには、殺意は認められません。

1 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣、2008年)162頁。これに対して、自己の目的とする結果を実現する過程で伴って生じた犯罪結果に関する問題であるとの定義もある。玄守道「未必の故意とは何か?」法律時報83巻1号(2011年)84頁。

2 半田靖史「裁判員裁判の判決書からみた『殺意』概念」法律時報83巻1号(2011年)90頁。

3 西村健・秋田真志・間光洋・玄守道「故意——とくに殺意の認定をめぐる」季刊刑事弁護56号(2008年)60頁〔西村・秋田・間執筆部分〕。なお、笠井治「裁判員裁判と刑法解釈」刑事法ジャーナル18号(2009年)11頁も参照。

4 高山佳奈子「故意と違法性の意識」(有斐閣、1999年)148頁。

5 平野龍一『刑法総論I』(有斐閣、1972年)187頁。

6 橋爪隆「裁判員制度のもとにおける刑法理論」法曹時報60巻5号(2008年)48頁。

7 動機説の前提として蓋然性の認識を要求するものとして、西田典之『刑法総論(第2版)』(弘文堂、2010年)219頁、浅田和茂『刑法総論(補正版)』(成文堂、2007年)305頁。玄守道「故意に関する一考察(6・完)」立命館法学313号(2007年)77頁は、行為者が結果の発生が「非蓋然的でない」との判断を下していることが必要だとする。

8 佐伯仁志「故意論(1)」法学教室298号(2005年)45頁。

9 玄・前掲注1論文87頁。

10 井田・前掲注1書165頁、内藤謙『刑法講義総論(下)I』(有斐閣、1991年)1090頁。

11 高橋則夫「裁判員裁判と刑法解釈」刑事法ジャーナル18号(2009年)4頁、笠井・前掲注3論文11頁、浅田和茂「裁判員裁判と刑法」立命館法学328号(2009年)6頁、玄守道「裁判員制度のもとにおける未必の故意」龍谷法学42巻3号(2010年)620頁。

12 半田・前掲注2論文93頁

13 佐伯仁志「裁判員裁判と刑法解釈の在り方」ジュリスト1417号(2011年)112頁は、司法研究へのオブザーバー参加者の立場から、結果発生への認識は当然必要であることが前提となっていたとする。

14 その証拠に、司法研究では、この説明概念を用いる場合、「同時に、この場合の殺意というのは、相手が死んでもかまわないという程度のものである旨の補足説明をすることは考えられる」(15頁)としている。そのように解するものとして、山口厚ほか「座談会・裁判員裁判と刑法解釈の在り方」ジュリスト1417号(2011年)123頁〔井田良発言・中谷雄二郎発言〕。

15 青木孝之「裁判員裁判における犯罪事実の認定(上)」判例時報2103号(2011年)11頁以下が詳細に紹介する、裁判員裁判で殺意が否定された5件の裁判例でも、行為態様の危険性が否定されることが決め手とされている。ただし、同13頁の水戸地判平22・5・28(公判物未登載)は「殺してやろうという動機を抱くだけの理由は見当たらない」ことも重視している。この事件については、谷萩陽一「裁判員裁判で殺意が否定された事例」自由と正義61巻11号(2010年)67頁も参照。

16 具体的な裁判例については、半田靖史「故意の認定」木谷明編『刑事事実認定の基本問題(第2版)』(成文堂、2010年)53頁を参照。

17 未必の故意を認定するのに懐疑的な裁判員が存在することは、概念の難解さのためでなく、裁判官の感覚と市民感覚の違いが現れているにすぎないという指摘もある。笠井・前掲注3論文12頁注(17)。

18 浅田和茂ほか「座談会・裁判員制度によって刑法理論はどう変わるのか」季刊刑事弁護56号(2008年)33頁〔後藤昭発言〕。

19 最高裁判所事務総局刑事局「模擬裁判の成果と課題」判例タイムズ1287号(2009年)18頁は、司法研究の提案によっても、動機についての主張の関連性が否定されることはないと言明する。

20 最高裁判所事務総局刑事局・前掲注19論文17頁。

21 大分地判平22・3・24LEX/DB文献番号25442106、松山地判平22・9・8LEX/DB文献番号25442716。

22 半田・前掲注2論文93頁。

23 山口ほか・前掲注14座談会123頁〔井田良発言〕。

24 佐伯・前掲注8論文47頁。

25 中山隆夫「模擬裁判を通してみた裁判員制度に関する若干の覚書」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀・刑事裁判論集(下巻)』(判例タイムズ社、2006年)512頁参照。

