

1 前回までの想起と、今日の問い

短答・論文共通

これまでの到達点——今日の問いは、その先にある

|これまでの到達点

- 認容があれば**故意**
- 対象は**客観的構成要件要素に該当する事実**
- 規範的構成要件要素は、**素人的認識で足りる**

|今日の問い

- 故意が**消えるぎりぎりの線**は、どこにあるのか
- ①結果を受け入れる態度が消える線、②対象が何かの認識が消える線——**2か所**で引く

図：これまでの到達点——今日の問いは、その先にある

ここまで3回にわたって、故意の判定の仕組みを組み立ててきました。認識・認容の対象は、客観的構成要件要素に該当する事実だと確認しました。物体を認識していても、意味の認識に結びつかないことがありました。だから、素人的な認識で足りる、という話でしたね。今日は、視点を変えます。故意が消えるぎりぎりの線は、どこにあるのでしょうか。前回までに組み立てた「認容があれば故意」——その故意が消えるのは、どこからでしょうか。「まだ故意」と「もう故意ではない」の境目です。今日は、その境目を2か所で引きます。

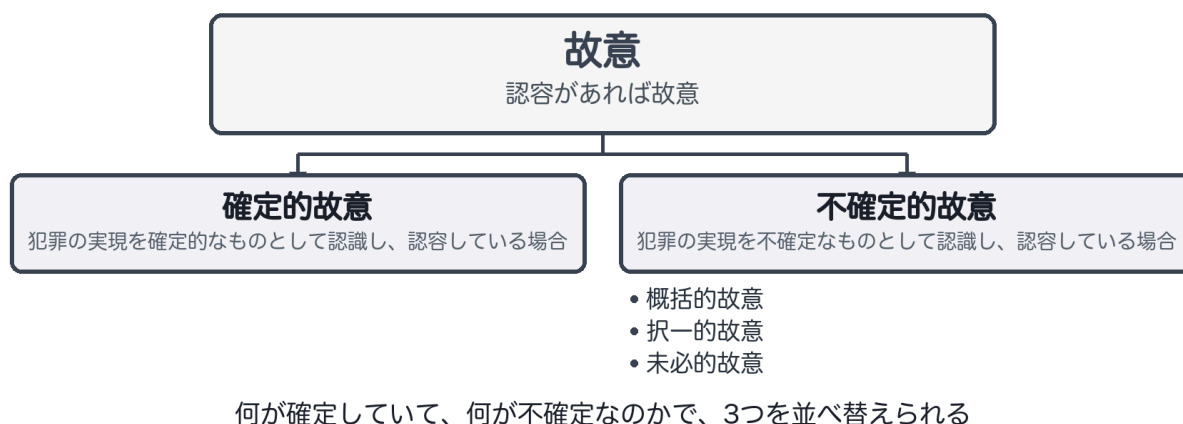
★ 論文で書く規範：今日の問い これまでの3回で、認容があれば**故意**、という判定の形を組み立てた。今日の問い：その故意が**消えるぎりぎりの線**は、どこにあるのか。①結果を受け入れる態度が消える線、②対象が何かの認識が消える線——**2か所**で引く。（今日の出発点）

この問いを、2つの場面で確かめていきます。1つは、結果を受け入れる態度そのものが薄くなる場面。もう1つは、対象が何であるかの認識が、薄くなる場面です。どちらの場面でも、見る場所は1つだけです。前に渡した、反対動機のものさし——思いとどまる火種が、まだ残っているかどうか。今日は、その火種が消える、ぎりぎりの場所を2つ、確かめにいきます。まず、足場から作っていきましょう。

2 分類の全体像——確定的故意と不確定的故意

短答・論文共通

故意は、まず2つに分かれる



図：故意は、まず2つに分かれる

故意には、大きく分けて2種類あります。一言でいうと、「はっきり決まっているか、まだぼんやりしているか」の違いです。はっきり決まっている方を、確定的故意と呼びます。犯罪の実現を確定的なものとして認識し、認容している場合です。たとえば、目の前にいる相手ひとりをねらって、その人に石を投げつける。誰に、どんな結果が起きるか——投げる側の頭の中では、はじめから1つに決まっています。もう一方、まだぼんやりしている方を、不確定的故意と呼びます。犯罪の実現を不確定なものとして認識し、認容している場合です。実は、この不確定的故意は、さらに3つに分かれます。概括的故意、択一的故意、未必的故意——この3つです。

3つとも「不確定」という同じ箱に入っていますが——実は、何が不確定なのかという軸が、2つのグループで違います。そこを、次から具体的な場面で確かめていきましょう。

Pの2つの場面——概括的故意と択一的故意

	概括的故意（爆竹）	択一的故意（下剤）
設例	後夜祭で、観客が密集する広場に爆竹の束を投げ込んだ	打ち上げで、Q・Rどちらかの飲み物に下剤を混ぜたが、どちらか分からなくなった
確定なのは	誰かが被害に遭うこと	QかRのどちらかが体調を崩すこと
不確定なのは	広場のどこの、何人か	QとRのどちらか

どちらも「結果が起きること」自体は確定——不確定なのは客体の個数・対象だけ

図：Pの2つの場面——概括的故意と択一的故意

文化祭の実行委員Pを、主人公にしましょう。後夜祭で、Pが観客の密集する広場に、火薬量の多い爆竹の束を投げ込みました。誰かが火傷を負うことは、ほぼ確定です。でも、広場のどのあたりの、何人が被害に遭うかは、Pには分かりません。これが、概括的故意です。一定範囲内のどれかの客体に、結果が発生することは確定だが、個数や対象を不確定なものと認識し、認容している場合をいいます。では、打ち上げの場面です。Pは、自分をのけ者にした同級生QとRの、どちらかの飲み物に下剤を混ぜようとしてしました。暗い中で作業したため、QとRのどちらのコップに入れたか、Pにも分からなくなってしまいました。

QかRのどちらかが体調を崩すことは、ほぼ確定です。でも、どちらに起こるかは、不確定です。これが、択一的故意です。数個の客体のうちどれかに、結果が発生することは確定だが、どれに発生するかを不確定なものと認識し、認容している場合をいいます。そこが、大事なポイントです。この2つの共通点を、覚えておいてください。

弁別——確定なのは結果か、それとも結果が起きること自体か

	概括的故意・択一的故意	未必的故意
結果発生自体は	確定	不確定（純粋な不確定的故意）

未必的故意だけが、結果が起きるかどうかが自体を、まだ確定できていない

図：弁別——確定なのは結果か、それとも結果が起きること自体か

では、ここで質問です。今の2つの場面、「結果が起きること」自体は、確定でしょうか、不確定でしょうか。さっき確認しました。誰かに結果が起きること自体は、確定でした。概括的故意も択一的故意も、結果発生そのものは確定しています。不確定なのは、客体の個数や、どちらに起きるか、という部分だけです。それが、3つ目の未必的故意です。未必的故意だけは、犯罪的結果の発生それ自体が不確定です。だから、未必的故意は「純粋な不確定的故意」と呼ばれます。概括的故意・択一的故意は、結果発生そのものは確定していて、客体側だけが不確定でした。未必的故意は、結果発生それ自体が、不確定なんです。

ここを取り違えると、3つの違いが全部ばやけてしまいます。

未必的故意の定義——結果が起きるかどうかが自体、不確定

| 未必的故意（未必の故意）の定義

- 犯罪的結果の**発生自体**を不確定なものとして認識し、**認容**している場合をいう

| 定義を分けて読むと

- 認識の対象——結果の**発生自体**が不確定であること
- 態度——その不確定な結果発生を、**認容**していること

図：未必的故意の定義——結果が起きるかどうかが自体、不確定

では、その未必的故意を、定義の言葉で確認しましょう。

★ **論文で書く規範**：未必的故意（未必の故意）の定義 犯罪的結果の**発生自体**を不確定なものとして認識し、**認容**している場合をいう。
（規範（通説で立てる））

「定義は分かるが、実際の場面でどう見分けるか」——まさにそこが、今日いちばんの山場です。

6 山場①：未必の故意と認識ある過失の分水嶺——設例Cで選ぶ

運転者Cの2つの心の中——どちらが故意か

	Ca	Cb
共通の認識	対向車が来るかもしれない	対向車が来るかもしれない
Cの心の中	来なければラッキーだし、 来てぶつかっても仕方ない	自分の運転技術なら間に合 わせられる

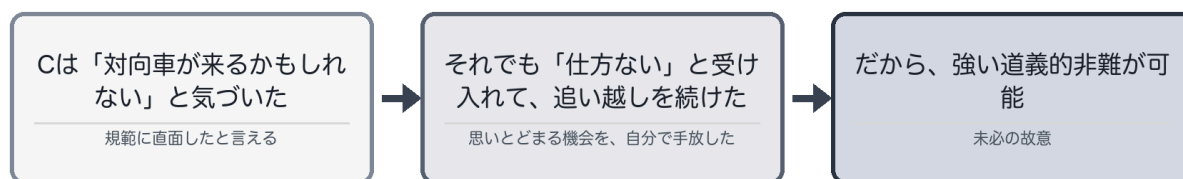
CaとCbは、どちらも同じことに気づいている——それでも、一方だけが故意になるとしたら？

図：運転者Cの2つの心の中——どちらが故意か

見通しの悪いカーブに差し掛かった、運転者Cを考えます。後続車に追い立てられて苛立ったCは、対向車線にはみ出して、無理な追い越しをかけた。ここで、Cの心の中だけが違う、2つのパターンを考えます。パターンCaは、こう考えていました。「対向車が来るかもしれないが、来なければラッキーだし、万一来てぶつかっても、それは仕方ない」。パターンCbは、「対向車が来るかもしれないが、自分の運転技術なら間に合わせられる」と思っていました。さて、CaとCbは、どちらも「対向車が来るかもしれない」と気づいています。それでも、一方だけが故意になるとしたら——その違いは、どこにあるのでしょうか。

うーん……認識している中身は、同じですね。だとすると、認識だけでは、区別できない気がします。答えは、認容の有無だけにあります。Caは、故意——未必の故意です。Cbは、故意にならず、認識ある過失として扱われます。ここでは、実際にどんな罪名になるかには、立ち入りません。認容の有無という考え方そのものだけを、確認してください。

なぜ、Caだけが故意なのか——反対動機のものさし



Cbは、同じように気づいてはいるが、結果を「間に合う」と拒んでいる——受け入れてはいない。だから、認識ある過失にとどまる

図：なぜ、Caだけが故意なのか——反対動機のものさし

なぜ、認容の有無だけで結論が分かれるのか——理由を、最初に立てたものさしに戻って考えましょう。規範に直面し、反対動機の形成が可能だったのに、あえて行為に及んだ——それが、故意の本質でした。Caは、「対向車が来るかもしれない」と気づいていました。それだけで、規範に直面したと言えます。気づいていた以上、思いとどまる機会も、あったはずですが。それなのにCaは、「仕方ない」と受け入れて、追い越しを続けました。だから、強い道義的非難が可能——未必の故意です。Cbも、同じように「対向車が来るかもしれない」と気づいてはいます。でも、「自分の技術なら間に合う」と考えて、結果そのものを拒んでいます。

規範に直面してはいますが、それを「受け入れて、あえてやった」とまでは言えません。だから、認識ある過失にとどまります。前に見た、解体工事の現場の、二つ目のパターンを覚えていますか。あちらは、結果が起きること自体を、「いないだろう」と否定する型でした。今日のCbは、起きるかもしれないと認めたうえで、「自分の技術なら避けられる」と信じる型です。Caには火種が残っていて、Cbでは消えていた。今日の山場①は、これで決着です。

8 山場②：ヘルマンの概括的故意——設例W、問題の所在

短答・論文共通／論文の骨格

設例W——具体的な中身は知らなくても、故意はあるか

|設例W

- 知人から「詳しい種類は分からないが、輸入が禁止されている希少な猛禽類の卵を運んでほしい」と頼まれ、海外から持ち帰った
- Wは、具体的にどの絶滅危惧種かは知らなかった
- でも、「何らかの規制対象になっている猛禽類の卵らしい」とは分かっていた

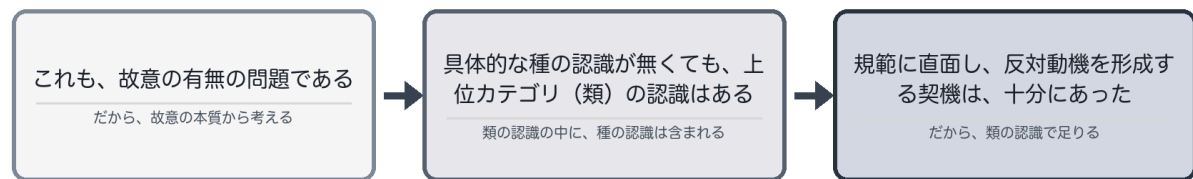
※ 具体的な中身（種）の認識が無ければ、いつも故意を否定してよいのか

図：設例W——具体的な中身は知らなくても、故意はあるか

では、話題を変えます。もう1つの山場に入りましょう。今度は、対象が何であるかについての認識が、薄くなる場面です。Wは、知人からこう頼まれました。「詳しい種類は分からないが、輸入が禁止されている、希少な猛禽類の卵を運んでほしい」。Wは、海外からその卵を持ち帰りました。Wは、それが具体的にどの絶滅危惧種かまでは、知りませんでした。たとえば、イヌワシなのか、別の種類なのか、ということです。でも、「何らかの規制対象になっている猛禽類の卵らしい」ということは、分かっていた。ここで、問題が生まれます。具体的な中身の認識が無ければ、いつも故意を否定してよいのでしょうか。

もし、それで良いとすると、どうなるでしょう。密輸する側は、「詳しくは知らない」とさえ言えば、いつでも故意を否定できてしまいます。それでは、法律が守ろうとしているものが、守れなくなってしまいます。この問題を、故意の本質から、もう一度考えてみましょう。

「類」の認識で足りる理由——反対動機の火種は消えていない



種の名前まで知らなくても、規範に直面する火種は残っている——だから、類の認識で足りる

図：「類」の認識で足りる理由——反対動機の火種は消えていない

この問題も、結局は故意の有無の問題です。だから、故意の本質から考えます。Wは、具体的な種——イヌワシなのか別の鳥なのか——までは、認識していません。でも、「規制対象になっている猛禽類らしい」という、上位カテゴリの認識はあります。猛禽類という大きなグループの中に、イヌワシという具体的な種が含まれています。この大きな箱、つまり類の認識さえあれば、小さな箱、つまり種の認識も、その中に含まれていると言えます。だから、それだけで、規範に直面し、反対動機を形成する契機は、十分にありました。だから、類の認識で足りる。これが、ヘルマンの概括的故意と呼ばれる考え方です。

限界——「これだけは違うはずだ」と考えていたら

	類の認識で足りる場合	限界——排除の認識がある場合
Wの心の中	「何らかの規制対象の猛禽類の卵らしい」	「規制対象ではあるが、まさにイヌワシの卵ではないはずだ」
結論	構成要件的故意あり	イヌワシの卵についての認識は空白——故意なし

類の認識があっても、特定の種を積極的に排除していれば、その部分の火種は消える

図：限界——「これだけは違うはずだ」と考えていたら

ただし、ここには、大事な限界があります。もし、Wが、こう考えていたら、どうでしょう。「これは規制対象の猛禽類の卵ではあるかもしれないが、まさか一番規制の厳しいイヌワシの卵ではないはずだ」。この場合、イヌワシの卵についての認識だけが、空白になります。積極的に「これだけは違うはずだ」と排除している以上、その部分については、規範に直面する材料そのものが欠けています。だから、イヌワシの卵についての構成要件的故意は、否定されます。今日の冒頭で確認しましたね。認識・認容の対象は、客観的構成要件要素に該当する事実でした。それがそろっているか、を見る段階の故意です。3回前に二段に分けた、その一段目——第一関門のほうです。

この限界を外すと、「類の認識さえあれば何でも故意になる」という、誤った理解になってしまいます。類の認識で足りる、ただし、特定の種を積極的に排除する認識があれば否定される——この2つは、必ずセットです。類の認識があるうちは、火種はまだ残っています。その種だけを排除した瞬間に、火種が消える——山場②も、同じ一点で決まりました。

★ 論文で書く規範：ヘルマンの概括的故意 具体的な種の認識が無くても、上位カテゴリである類の認識があれば、構成要件的故意は認められる。ただし、特定の種を積極的に排除する認識がある場合は、その部分の認識が空白になり、故意は認められない。（規範（学説＝ヘルマンの概括的故意。「足りる」側は最決平成2・2・9も同旨））

実際にあった事件——同じ構造の判断

|実際にあった事件

- 海外で「何らかの違法薬物らしい白い粉」の運搬を依頼され、覚せい剤とは知らずに日本へ持ち込んだ
- 覚せい剤を含む、身体に有害で違法な薬物類であるとの認識があった
- **覚せい剤輸入罪・同所持罪の故意に欠けるところはない**

※ 最決平成2・2・9（最高裁判所第二小法廷・決定）——判例時報1341号157頁

図：実際にあった事件——同じ構造の判断

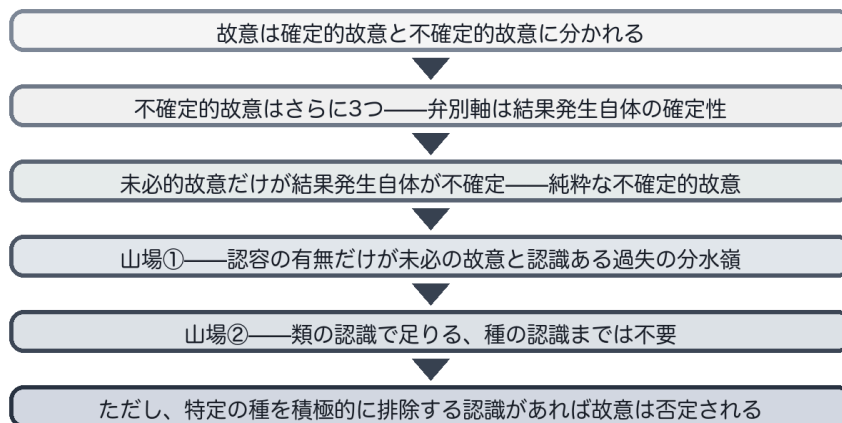
今の考え方は、学説の中だけの話ではありません。実際にあった事件でも、最高裁が、同じ構造の判断をしています。海外で、「何らかの違法薬物らしい白い粉」の運搬を依頼され、それを日本へ持ち込んだ事件がありました。持ち込んだ本人は、それが覚せい剤だとは、はっきりとは知りませんでした。そこで、覚せい剤の輸入罪や所持罪の、故意が争われました。

★ 論文で書く規範：最高裁の判断（判旨・要旨） 被告人には、覚せい剤を含む**身体に有害で違法な薬物類**であるとの認識があった。だから、**覚せい剤輸入罪、同所持罪の故意に欠けるところはない**。（最高裁判所第二小法廷・決定（判例時報1341号157頁））

具体的に覚せい剤だと分かっていなくても、それで故意に欠けるところはない、という判断です。設例Wは、この実際の事件と同じ形で作っています。学説の考え方が、実際の裁判所の判断とも一致していることを、確認できました。ひとつ、押さえておきましょう。この事件で争われたのは、「何の薬物かまでは知らなかった」という側です。「これだけは違うはずだ」と積極的に排除していた場合まで、この事件が答えているわけではありません。

◆ 今日の地図（保存版）

今日の地図



図：今日の地図

では、今日の内容を、1本の地図にして振り返りましょう。まず、故意は、確定的故意と不確定的故意に分かれました。概括的故意、択一的故意、未必的故意——3つの弁別軸は、結果発生自体の確定性でした。「純粋な不確定的故意」でしたね。そして、山場①。未必の故意と、認識ある過失の分水嶺は、認容の有無だけでした。そして、山場②。ヘルマンの概括的故意です。具体的な種の認識が無くても、上位カテゴリーの類の認識があれば、構成要件の故意は認められました。特定の種を積極的に排除する認識があれば、その部分の故意は否定されます。この2つは、必ずセットで押さえてください。

今日は、その火種が消えるぎりぎりの場所を、2つ確かめました。この先、いくつか、送っておく話があります。今日は「認容の有無」という向きだけを扱いましたが、行為者が思っていたことと、実際に起きたことがズレる場面もあります。そのズレをどう処理するのか——ここから先は、その話が続きます。それから、過失として扱われる場合の、過失そのものの中身は、この先まとまった回で扱います。今日出てきた「概括的故意」という言葉、実はもう一つ別の文脈でも登場します。それは、事実の錯誤のところ、あらためて扱います。1つずつ、積み上げていきましょう。