

故意と過失を分かち基準

平 澤 修

- 一 はじめに
- 二 学説の展開
- 三 諸説の検討
- 四 蓋然性説の優位性——結語に代えて——

一 はじめに

刑法は故意犯処罰を原則とする（38条1項）。過失犯が処罰されるのは、生命、身体などの重大法益を侵害する場合のみである。そして、同じ法益を侵害する場合であっても、それが故意でなされたか過失でなされたかで法定刑上極端な隔たりが生じているのは誰もが知るところである。

自動車運転に関する過失犯処罰においては、そのような隔たりをできる限りなくすための工夫を重ねてきている。すなわち、これまで行政犯として処罰していた行為（たとえば飲酒運転）を刑法上の故意犯とすることで（行政犯の自然犯化）、新たな結果的加重犯規定を設け、それまで過失犯として処罰するほかなかった悪質運転事故に対する相応の科刑を実現している。

しかし、刑法全体を見れば、故意犯と過失犯との間の処罰の懸隔は甚だしい。それゆえ、ある行為が故意犯となるか過失犯にすぎないかを見極めること（未必の故意と認識ある過失の相違を明確化すること）はきわめて重

要であり、そのための明確な基準が要求される⁽¹⁾。この点に関しこれまでに行われてきた議論は、故意の中心的要素を行為者の「認識（表象）」と見るか、あるいはさらに「意思」を加味するかという議論に尽きるものと言えよう。この議論は、「実現意思説」の登場によって理論体系的にも本質論的にも議論の余地がなくなったかのごとくであるが、必ずしもそうとは言えないのではなかろうか。以下、これまでなされてきた論争ならびに学説の発展を概観し、ささやかな検討を行うものである。

二 学説の展開

(1) 認識（表象）説

故意の基礎に置かれるべきは構成要件に該当する客観的事実の認識であるという点で各説間に異論はない。また、この認識とは正確には表象（将来発生すべき事実に対する予見を含むという意味）であるという点でも共通の理解がなされている。故意ありとしうる基準を何に求めるかにつき、議論はこの認識説から始まった。認識説の説明は以下の通りである。

故意は確定的故意と不確定的故意に大別されるが、前者は結果に対する認識が確定的な場合であり、後者は結果に対する認識が不確定的な場合である。不確定的故意は更に概括的故意、択一的故意および未必の故意に分類されるが、過失と境を接する「未必の故意」は結果発生の認識そのものが不確定な場合を指す。また、故意と境を接する「認識ある過失」とは、犯罪事実の発生は可能でも、その発生はないであろうと信じている場合をいう。本説において、故意の意的要素としての「決意」は確定的故意と不確定的故意とに共通であり、両者を分かつメルクマールは結果発生の確定性のみであり、故意と過失を分かつメルクマールは、結果発生の認識の有無である⁽²⁾。

(2) 蓋然性説

認識説に対しては以下のような疑問が呈される。すなわち、「この説を一貫させると、認識ある過失の場合、結果発生の見込み（可能性の認識）があるのだから、認識ある過失が故意の中に取り込まれることになろう。しかし、認識ある過失は、結果発生を肯定的に承認していないことから、たとえば『人を殺すな』という行為規範が妥当せず、その点では認識なき過失と共通性がある。したがって、認識ある過失は故意ではなく、過失として扱うのが相当であり、表象説には疑問がある。」⁽³⁾というのがそれである。

そこで、認識説を修正した蓋然性説が主張される。すなわち、行為者が結果発生の蓋然性を高いものと認識したときは故意であり、低いものと認識したときは過失であるとする説がそれである⁽⁴⁾。本説において、認識ある過失とは単に結果発生の可能性を認識する場合であり、未必の故意とは結果発生の可能性よりは高い程度の蓋然性を認識する場合であるとされる。つまり、認識対象となる客観的事実の有する結果発生の可能性の程度とそれに対する認識によって区別がなされることになる。

(3) 認容説

だが、蓋然性説に対して「たしかに、結果発生の蓋然性を高いものと認識している場合に故意をみとめるべきであるが、結果発生の可能性が低くても結果を意図していた場合には、故意は認められるべきであろう。不能犯の場合にも故意は肯定できることから、行為者に結果発生の意図がある場合には故意が肯定できるのである。」との批判が加えられる⁽⁵⁾。つまり、認識的要素のみでは故意の有無を判断しえず、それどころか意思的要素が故意の存立に大きく寄与すると主張されることになる。この意思的要素を加味した認容説は以下のように故意を定義づける。

すなわち、確定的故意とは、①望ましい結果を実現するために行為した「意図」の場合又は②望ましくないが、その必然的結果としてこれを認容

した場合を言い、未必の故意とは、①結果の発生が可能でこれを「積極的」に認容した場合（＝結果の発生を「かまわない」と思った場合）又は②結果の発生が可能でこれを「消極的」に認容した場合（＝結果の発生を「仕方がない」と思った場合）を言う。そして、認識ある過失とは、結果発生の表象はあるが、その認容が欠如する場合である⁽⁶⁾。

この認容説の理論上の特徴は、「結果発生の単なる可能性を認識した場合にも、認容があると認められれば未必の故意があるという点では、蓋然性説よりも故意の成立範囲は広くなり、逆に、結果発生の蓋然性を認識した場合にも認容がないと認められれば認識ある過失にとどまるという点では、故意の成立範囲は狭くなる、というところにある。」とされる⁽⁷⁾。

それはさておき、認容説に対しては、重要な批判がなされている。第一は、「認容」といわれるものは実は「情緒的な付属物」であって、意思的なものではない⁽⁸⁾とし、また「認容」とは行為に表現されない行為者の単なる「内面的感情」にすぎず、意思とは関係がないとする批判⁽⁹⁾である。たしかに、結果が発生しても「かまわない」、「よい」、「仕方がない」、「無関心である」というような「認容」といわれる心理状態ないし人格態度は、故意、すなわち、認識した犯罪事実とくに結果を生じさせると決意するという意思的要素そのものではなく、認識した犯罪事実とくに結果の発生を心の中でどう受け止めるかという情緒的・感情的要素である。そうすると、そのような認容が、故意と過失の限界を画し、故意の成立を認めるために必要かつ適切な意思的要素とは言えないであろう⁽¹⁰⁾。

第二に、「認容」という微妙な心理状態を立証ないし認定することは實際上きわめて困難であるという批判である。ことに激情殺人のような場合に問題とならざるをえない消極的認容となると、その心理的実質はほとんどないから、強いて心理的内容を求めようとすると、結果発生の可能性およびその認識の程度にかかわらず、行為者の心情や人格態度がよくないために故意を認めることになりかねないと指摘される⁽¹¹⁾。その上、この情緒的要素は、犯罪事実とくに結果を発生させる決意という要素（意思的要素）

素)とくらべて、行為者の主観面は情況証拠により判断するほかないとしても、立証上の困難を生じさせるとされる。なぜなら、意思的要素は、客観的な犯罪事実とくに結果発生との認識的・意思的対応関係そのものが問題になるのに対して、情緒的要素は、それ以外の心情(内心の持続的な傾向)や人格態度が問題になるからである。認容の認定に立証上より多くの困難があるということは、その認定が恣意的になるおそれがあるとも言えよう⁽¹²⁾。

第三に、故意を構成要件要素と解する立場からの批判がある。すなわち、故意を構成要件の故意の意味に解する場合は、未必の故意もその枠内で論定される必要があり、これを認識ある過失と区別する規準も、違法性の意識その他の責任要素や単なる感情的要素を混在させてはならないが、認容説が結果発生の可能性(危険性)を認識しつつ「あえて」行うときに未必の故意があるとするのは、実現意思(故意)をその形成過程にからませて理解するもので、構成要件段階の問題を責任段階の問題と混同して処理するものであるとされるのが、それである⁽¹³⁾。

(4) 動機説

この説は、未必の故意と認識ある過失とを結果発生の認識が行為の動機形成過程に与える影響によって区別する見解であり、認識説から発展した蓋然性説と認識面だけでは故意を捉えられないとする認容説との対立を超えて両説を総合しようとするものである。代表的論者の主張するところを示すならば、以下のごとくである。

まず、平野説である。博士は、行為者が結果発生の蓋然性ないし可能性を認識した場合にも、「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、のいずれに到達していたかによって、故意と過失の限界を画することを主張する⁽¹⁴⁾。つまり、結果が発生するであろうという判断(意思)があるにもかかわらず、それを動機として行為を思いとどまらなかった場合に故意があるとする。すな

わち、この見解は、犯罪事実の最終的な認識の有無を問題とするから、認識説の基本的立場からの主張である。これに対し、井上博士は、認識的要素を絶対視するのは疑問だとして、「認容説」を正当とする立場から出発しながら、その「認容」というあいまいな感情的態度そのものを基準とするのではなく、動機過程を重視すべきだとする。そして、「結果発生の表象が動機形成過程において、positiver Motor（促進力—筆者註）であったか否かという心理的事実においてのみ、故意と過失は区別される。」とする⁽¹⁵⁾。このように必ずしも同一とはいえない立場から、ほぼ同じ結論が主張されているところにも、「動機説」の総合的性格が示されているとされる⁽¹⁶⁾。

また、町野説によれば、「確定的故意とは、①故意の知的要素として結果の発生を確実なものとは認識していないが、意的要素としてそれを目的としている『意図』の場合、ないし②結果を積極的に希望してはいないがそれを確実なものとして認識している『確知』の場合」であり、「未必の故意とは、確知でも意図でもないとき、つまり故意の意的要素・知的要素の双方が薄められた場合」であるとされる。なお、認識ある過失については「結果の発生は可能だが結局これを否定した場合」とする点でどの説も共通している。

これらの説は、要するに、「未必の故意と認識ある過失とを結果発生の認識が行為の動機形成過程に与える影響によって区別する見解である。言い換えれば、結果が発生するかもしれないと認識した場合、これを思いとどまる動機としないで行為に出たことに故意責任としての非難が認められるとするものである。（つまり、）この見解も、認容説と同様、故意をもらばら責任要素として位置づける考え方からの主張といえるが、ここでの問題は構成要件的故意の問題であるがゆえに、妥当ではないだろう。」と批判される⁽¹⁷⁾。

(5) 実現意思説

かくて、実現意思説へと到達することになる。すなわち、故意の本質についてそれまでの諸説の欠陥と指摘されるところを克服した形で唱えられており、今では最も有力な説と思われる。ちなみに、ここでいう欠陥とは、認識面だけでは故意と過失の区別がつかないという点と、認識面に意思面を加味するにしてもそれは体系的にみて構成要件段階で行われなければ心情刑法に陥るとされる点である。その説くところは以下のごとくである。

刑法は、法益の侵害・危険を防止するために存在し、法益の侵害・危険が認められる事態を実現しようとする意思がある場合には、特に重い違法評価を下すべきである。その意味において、故意は実現意思であることを本質とする。したがって、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かどうか、確定的故意を含めて故意の全領域をカバーする統一的な基準である。

このような実現意思の有無は、以下のように、意思の強さと、認識された事実実現の確実度とのバランスにより判断されることになる。まず、①当該構成要件該当事実の実現を意図し目的としていたときには、明白に実現意思が認められる（第1類型の確定的故意）。また、②構成要件該当事実が実現されることを確実なものと認識しつつ、その行為に出た場合にも、その事実は実現意思に取り込まれたといえる（第2類型の確定的故意）。さらに、③構成要件該当事実が実現する蓋然性（すなわち、結果の不発生を当てる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、事実の発生は実現意思に取り入れられたといえることから故意が認められる。たとえば、酒に酔って自動車を適切に運転できない状態で、誰か人にぶつかる可能性は大きいと認識しつつ、かなりの高速で運転する行為については、傷害（場合によっては殺人）の未必の故意を肯定できるであろう。これに対し、④低い程度の可能性の認識は、その事実実現が意図的に追求されるのでない限り、故意とはいえない⁽¹⁸⁾。

三 諸説の検討

以下、認識説から始まって意思説へと発展した故意と過失の区別に関する学説について、それぞれの立場からの批判を再考しつつ、よって立つ説はどれであるべきかを検討したい。

(1) 認識説

認識説は、構成要件該当事実の認識（ないし予見）が故意の要件であるとする。つまり、結果発生の可能性の認識があれば常に故意があることになる。しかし、それでは未必の故意と認識ある過失の区別ができないとの批判がなされるのは前述したとおりである。

ただ、行為に出るときには、最終的にどちらかの結論を出すことが多いから、行為者が「結局において結果が発生すると思ったかどうか」で区別することは可能である⁽¹⁹⁾とされるが、可能性が頭をよぎったが「判断停止」のまま行為したとか、成り行きに全く無関心であった場合、故意か過失かの判断ができないという問題がある⁽²⁰⁾。また、この場合、常に故意が成立するとするならば、被告人に不利益な推定を一方的に行うものであり、訴訟の原則に明らかに違反することになる。やはり、単なる認識のみで故意と過失を区別することには無理があると言わざるをえない。

(2) 蓋然性説

蓋然性説に対しては、結果発生の可能性は低いことを知りつつ、結果を積極的に意図して行為した場合（50メートル先の人をぜひ殺したいと願い、当たる確率は低いと思いつつも当たることを心から望んで撃つ場合）に、故意が認められないことになってしまう、と批判される⁽²¹⁾。

だが、そもそも、結果発生の可能性が低いときでも故意ありとされる場合とは具体的にどのような場合を想定しているのであろうか。実行行為の

開始時には結果発生の可能性が低かったが、実行してみたら結果が偶然に近いものではあったが発生してしまった場合を想定するならば、この場合は全体として蓋然性の認識があったと言ってよい。既遂犯の成立を認めることに無理はないであろう。すなわち、50メートル先の相手に向かって、果たしてどれほどの射程距離があるか定かではないとしても、ともあれ殺傷能力のある拳銃を用いて銃弾を発射することが、一般人からしてきわめて危険な事態であると捉えられることに疑問はないであろう。だとすれば、そのような事態の認識（正しくは予見）をして「結果発生 of 蓋然性の認識」とすることは無理なこととは思われない。法の予定する認識とは、客観的科学的事実の認識（確率の認識）ではなくて、一般人の目からどうみえるかが前提となっているはずである。このことは不能犯論における具体的危険説を考えてみればわかるところである。すなわち、「死体殺人事件（広島高判昭和36・7・10高刑集14・5・310）」は、まさに「行為の危険性」ではなく「結果発生 of 危険性」を問題としている。このような事実認識がある以上、これを意思によって補強する必要はないのではないかと思われる。

同様のことが Russian Poker と称される遊び（ピストルに弾丸を入れ、弾倉を回した後、頭に向けて撃つゲーム）にまつわるアメリカの判例にも言えよう⁽²²⁾。「被告人は弾が一発入ったピストルで、被害者の頭を撃った。三発目に弾が出、被害者は死んだ。裁判所は殺人罪の成立を認めた。」という事案である。この場合、仮に初めの一発目に弾が出たとしても、殺人罪の成立を認めるべきであろう。しかしこの場合、弾倉が六個あったとすれば、確率は六分の一だったということになる。では、どのくらいの可能性まで下がれば、故意が阻却されるのであろうか。弾倉が十あったとしても故意を認めるべきだとすれば、もはや「蓋然性」があると思っていたとは言えないのではないかという疑問が生じる。だが、この場合も、蓋然性とは「法的蓋然性」を意味するのであって、自然科学的・確率論的蓋然性をいうものではないと考えるべきである。すなわち、Russian Poker

を何度も繰り返すならばその可能性は高まると考えるのが一般人の感覚である。この場合に故意があるとするに、蓋然性説に立ったとしても支障はないと思われる。

当初の予想通り結果が発生しなかった場合に故意を問題とする実益は未遂犯の成立を論じたい場合に生ずると言えよう。しかし、不能犯論における具体的危険説は結果発生 of 客観的可能性を問題にするものではなく、特殊な事態におけるあくまでも一般人の感じる危険性を前提にして未遂を認めるものにすぎない。通常、結果発生 of 可能性がきわめて低い場合に、いかに積極的意図があったとしても、誰もが思ったとおり結果が発生しなかったときに未遂犯を認めることはできないであろう。未遂犯における蓋然性の判断は、実行行為 of 段階での一般人の感覚をもとになされるのであり、行為者の意思をもとに判断されるものではない。その意味で、「蓋然性の認識」は緩やかに捉えられるといってもよい。とはいえ、結果発生 of 可能性が低い場合でも意思の強さだけをもとに未遂犯の成立を認めることにはならないのが蓋然性説である。つまり、意思を問題にしなくてもこの問題は解決できると思われるのである。

また、次のような批判もなされている。たとえば、ある父親が、他人に脅されて、やむなくその子の頭上のりんごを撃つ場合（ウィリアム・テル事例）、結果発生 of 蓋然性を認識しているであろう。それにもかかわらず、故意の成立を認めるべきでないとすれば、なんらかの意欲的要素・情緒的要素を故意の要件とするほかないであろう、というのがそれである⁽²³⁾。だが、この場合に、故意がないとしてその犯罪性を否定するしか方法がないわけではないと思われる。行為性の否定、違法性の否定、はたまた適法行為 of 期待可能性がないとして責任阻却を認めることも可能な場合と言えるのではなかろうか。

(3) 認容説

認容説は、前述したように、表象説・蓋然性説が認識面のみで故意と過

失を区別しようとするのに対し、意思面を付加することでよりよい区別の基準を提供しようとするものである。しかしながら、この説は、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って、故意を非難すべき心理状態ないし悪い心情と同一視する立場にほかならず、故意を違法要素として位置づけることと矛盾する、と批判される。また、「認容」という概念は幅が広く曖昧な概念であり、とりわけ「意に介さない」「投げやり」「無関心」という場合にまで、直ちに故意ありとするならば行き過ぎである、との批判もなされている⁽²⁴⁾。

なお、上述の点はさておき、判例は認容説をとるとされる。たとえば、贓物故買罪に関する最高裁判例（最判昭和23・3・16刑集2・3・227）は、買受人たる被告人が、売渡人から盗品であることを明らかに告げられた事実がなくても、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「あるいは盗品ではないか」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、未必の故意が認定できるとしているが、これらの列挙された外部的事情は、「あるいは盗品ではないか」と思ったことが根拠あるものであることを示すとともに、盗品であることの蓋然性の程度を認容の心理状態を認定するための間接事実（情況証拠）として位置づけることができよう。殺人罪の故意に関する高裁判例をみても、基本的に認容説に立ちつつも、結果発生の危険性・蓋然性を合わせ考慮しているものが目立つ。つまりここでは、「認容が実体法上の要件であり、結果発生の危険性・蓋然性（の認識）がそれを証拠上認定するための根拠となっていると理解することが可能である。その意味においては、認容説と結果発生の蓋然性の考慮は矛盾しないことになる。」とされる⁽²⁵⁾。

換言すれば、「蓋然性の認識は認容（意思）を推認させる。」とすることである。刑事手続において被疑者・被告人の自白を引き出せたとしても、それには補強証拠が必要である。だがその場合の補強証拠はそれ自体で自白の信用性を担保するものではなくてもよいとされる。自白との相関関係において自白をまさに補強すればよいのである（例：共犯者の自白）。これ

に対し、故意ないし自白という行為者の内心を推認させる客観的事実は、それ自体が強い証明力を有するものでなければならない。そうではあるが、「認識が意思を推認させる」と言えなければ、黙秘権を行使する者はすべて無罪になりかねない裁判の実際があることにも留意しなければならない。

(4) 動機説

この説への批判は、結果発生 of 認識が行為の動機形成過程に与える影響によって故意と過失を区別しようとする点に向けられる。行為動機の形成過程を考慮するということは、故意を責任非難の対象とすることを意味し、構成要件段階での区別の基準となしえないからである。つまり、「故意を構成要件の故意と解する立場からは、動機形成過程は、故意自体の直接の関心事ではない。『結果発生の可能性を真面目にうけとった』かどうかという動機形成ではなく、むしろ、その場合、事実の認識が、法益侵害行為の実現を目指し、制御する行為の中に表れ、それを法益侵害に向けられた実現意思といえるかどうか重要である」⁽²⁶⁾とされるのである。その意味で、この説は認容説から実現意思説への橋渡しの役割を担うものといえよう。

(5) 実現意思説

実現意思説は、実現意思の有無によって故意と過失の区別を行うものである。つまり、結果の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が形成された場合に、未必の故意を認めるとするものである。

しかしながら、先述の井田教授の分類を見るとき払拭しえない疑問が存する。すなわち、第一に「当該構成要件該当事実の実現を意図し目的としていたとき」というが、この場合の意図・目的をいったい何によって認定

するのであろうか。客観的に危険な事実の存在が認定の前提となるべきと思われるが、それが存在しないときでも意図・目的があるというならばいったい何を根拠にその意図・目的を認定するのかがわからない。第二に、結果の発生可能性の高さに対する認識をもとに実現意思を認定するようであるが、それはつまり「認識が意思を推認させる」と言っているにすぎないのではないかという点である。さらに、「低い程度の可能性の認識であっても、その事実実現が意図的に追求されるならば故意がある。」とはどういうことであろうか。「客観的には高い可能性が存在する場合に行者本人は間違っただけ低い可能性を認識したに過ぎない場合であっても、その事実実現が意図的に追求されるならば故意犯としてよい。」という趣旨であるとしても問題である。

ともあれ、実現意思の有無は、意思の強さと認識された事実実現の確実度のバランスにより判断されるのである。そして、この考え方が実はまったく新たな視点から生み出されたものではないことは、「実現意思の認められる場合」の説明を見れば明らかである。すなわち、基本において動機説の主張するところと変わるものではない。ただ、動機説が結果発生の認識が行為の動機形成過程に与える影響によって未必の故意と認識ある過失を区別する点、すなわち、結果が発生するかもしれないと認識した場合、これを思いとどまる動機としないで行為に出たことに故意責任としての非難がみとめられるとする点で、故意を責任故意としてしか捉えない限界ないし不十分さが見られるとされるのである。実現意思説こそが、認識面と意思面との総合を正しく構成要件段階で行うもので体系的に一貫していると主張されるのである。

ともあれ、「実現意思」とは結果の発生に向けて行為を操縦していくものであり、「動機」といった心情要素から区別されることになる。この点、平野博士も「主観的違法要素と区別しなければならないのは心情的要素である。主観的違法要素の場合は、その主観的要素の内容は、法益を侵害するような客観的事実でなければならない。しかし、心情要素は、そういう

ものを内容としない主観的要素である。たとえば、ドイツ刑法典には、『悪意で』、『利己心から』、『冷酷に』、『低級な動機で』等の語が用いられている。このような要素は、行為の法益侵害性には影響がない。ただ、このような動機でなされたときはより強い非難に値する、というだけのことである。したがってこのような要素を刑の加重事由とするのはまだしも、犯罪の成立要件とするのは適当でない。」と説明されていた⁽²⁷⁾。

四 蓋然性説の優位性——結語に代えて——

以上、故意と過失の区別に関する学説の展開を概観してきたが、要は事実の表象のみでは区別がつかず、意思的要素を加味せざるをえないとするのが意思説側からの主張であるといえよう。だが、前田教授は蓋然性説の立場から以下のように反論される。

「認容説、動機説から蓋然性説に対して、そもそも故意責任の重要部分である意思的要素を無視し、客観的責任論につながるものであるとの批判が向けられている。しかし、『結果が確実に起こると認識していたが、起こらないことを希望して実行した場合』には故意の成立を認めるべきである。逆に、『結果発生の確率はないと思ったが強く結果を念じていた場合』に故意非難を向ける必要はない。『殺したい』と思っただけで故意を認めるのは、刑法理論を過度に情動的なものにする危険を有する。やはり、故意の中心は、認識・表象なのである。そして、結果発生の蓋然性の認識がなければ、故意犯の違法性の意識の可能性を欠き、せいぜい過失犯の非難を向け得るにすぎない。結果が起こるかも知れないが敢えて行う場合を処罰すべきだと考えるのは、『敢えて』という言葉から結果の発生が蓋然的な事態を想定するからなのである。」⁽²⁸⁾

つまり、認識面と意思面との相互補完性に疑問がある。認識が行為者の意思ないし違法性の意識の可能性を合理的に推認させるからである。認識

自体が行為者の主観であることは確かだが、一定の状況下におかれた行為者がその客観状況を正しく認識しているのが通常であり、例外的あるいは特殊な場合にのみ認識からもたらされる合理的推認が破られることになるのである⁽²⁹⁾。

認容と言おうと動機と言おうと、はたまた実現意思と言い換えようと、いずれにせよ行為者の内心・主観が故意の存否を決定するというのが、意思説に連なる諸説の共通理解である。しかし、行為者の主観すなわち内心は行為者にしかわからないところであり、それを無理に引き出そうとすれば「自白の強要」となりうる。そこまで行かないとしても、自白法則は自白を裏付ける証拠（補強証拠）を要求する。だが、捜査の現実には被疑者の自白を引き出し、それに見合った補強証拠を揃えることで故意の立証を行うのである。意思説に連なる諸説は、自白を引き出しさえすればこの補強証拠が結果発生の可能性を示すものであれば足りると言っていることになりはしまいか。

しかし、そのような判断方法は明らかに危険である。不能犯との対比で考えてみよう。不能犯とされる場合のうち方法の不能を考えてみるとわかりやすい。方法の不能とはその行為では結果を発生させることが不可能な場合である。この不可能性を判断する基準として「一般人からどう見えたか」を持ち出すとすると可罰的危険性の範囲は拡張される（福岡高判昭和28・11・10判特26・58：警官から奪った弾丸の充填されていないピストルの引き金を引く行為）。この拡張は、そのような特殊な場合に不能未遂を可罰的未遂とするための操作であり、言うまでもなくきわめて限定的に正当化されるに過ぎない。これに対し、意思説に連なる諸説は、意思的な側面が認められるなら、認識の対象となる客観的事実は一般化された結果発生の可能性を有するもので足りるとする（確率がかなり低くても）。つまり、故意未遂犯の成立範囲を、不能犯論における限定性を取り払って過度に拡張する結果をもたらすものと言えよう。

林教授によれば「認容説と動機説とは、いずれも、次のように認識説・

蓋然性説を批判する。すなわち、可能性と蓋然性の区別は困難であり、そのような認識的要素の有無のみによって故意責任の成否を決めるのは妥当でないというのである。しかし、行為者が結果発生の可能性をどの程度のもんとして認識していたかは問題とせざるをえないのであり、また、認識的要素でない、『決意』『意欲』の有無こそ証明が困難であるだけでなく、理論的にも、結果の発生が蓋然的だと思いながら行為して、決意や意欲がなかったというような場合がありうるものか、疑問である。』⁽³⁰⁾と論じられる。つまり、蓋然性説の言わんとするところは、意思面を無視して認識面だけで故意を判断するというのではない。それどころか、蓋然性説も、蓋然性の認識を問題にする以上、行為者の主観を規準とせざるを得ない。しかし、この認識は、行為者が認めるか否かの問題ではなくて、高度の蓋然性が客観的に認められる状況下に行為者がいたかどうかで合理的に推認されるものであろう。もちろん、客観的事実を誤認させるような状況があってこの推認に対し疎明がなされた場合には、推認は破られることになるのであり、行為者がとり立てて不利に扱われるものではない。

行為者の主観面はあらゆる場面で客観的構成要件該当事実から推認するほかはないと思われる。故意のみならず、目的犯における目的や事実の錯誤・違法性の錯誤などの場面において、すべてそうである。そして、推認の根拠は事実をおいてほかにない。事実の前に立たされた者が正しく事実を認識したかどうかは、その立場に置かれた一般人ならどう認識できたかで判断することになるのである。「不能犯の場合も故意は認められる。」というが、それは、低い可能性の認識が意思によって補完されることを意味するものではない。不能犯においては、全体として十分に危険な事実（結果の発生しうる事実）を認識しているとみなされるのである。実行の着手に関する実質的客観説に依拠して、法益侵害の具体的危険が認められる段階で未遂犯となるということは、その段階で未遂犯の故意が認められるということを意味する。この場合も客観的事実から推認しているのである。

私があえてここで声高に言うほどのことでもないと思われるが、刑法の

議論は「刑法が実現される場面」すなわち刑事裁判において役立ちうるものでなければならぬと思われる。そうであるなら、被告人の主観面の立証がいかになされ得るかを考慮せざるをえないであろう。すなわち、刑事裁判における立証方法が、遡って刑法の定義を規定するとも言えよう。さらに付言するなら、「蓋然性の認識」というときの「認識」それ自体がまさに行為者の主観そのものであり、「認識」があるとされるのは、「そのような場面に立たされた一般通常人なら正しく認識すると考えられる状況」の立証がなされてはじめて被告人の内心（故意）を推認することが許されることになると思われる。

- (1) ここでいう故意が構成要件の故意を意味することは、共通の理解であるといつてよい。すなわち、構成要件段階で故意犯と過失犯を区別することに現在では異論はないといえよう。したがって、この後の議論も、構成要件の故意と構成要件の過失がいかに区別されるべきかという展開に沿うものである。
- (2) 西村「故意・過失概念と条件付故意」刑法基本講座第2巻175頁（1994）参照。
- (3) 高橋則夫『刑法総論』174頁（第2版、2013）。
- (4) 前田雅英『刑法総論講義』223頁（第5版、2011）。

なお、蓋然性説の基礎にある認識説に対しては、故意における意思的要素を無視しているという批判がなされているが、「故意とは、犯罪事実の認識として、その主観的反映であるが、犯罪事実に対する認識的対応にとどまるものではなく、犯罪事実を生じさせるとする意思（決意）でもある。犯罪事実を認識しなければ、その犯罪事実を生じさせると決意することはいえぬが、しかしまた、単に犯罪事実を認識しただけでは、犯罪行為に出るといふこともありえないからである。そこで、故意があるというためには、表象という認識的要素と決意という意思的要素とが必要である。ただ、犯罪事実を認識して犯罪行為に出た以上、犯罪事実を生じさせる意思（決意）は当然に存在する。したがって、故意は犯罪事実の認識であるというときの認識とは、犯罪事実を生じさせる意思（決意）を当然に含んでいる。その意味では、故意の概念における意思的要素の有無をめぐる認識説と意思説との間に本質的な対立は存在しないといふことができる。」と

- の見解に留意すべきである。内藤謙『刑法講義総論（下）I』894頁（1991）参照。
- (5) 高橋・前掲書174頁。
 - (6) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』152頁以下（1948）。團藤重光『刑法網要総論』295頁以下（第3版、1990）など。
 - (7) 内藤・前掲書1087頁。
 - (8) 平野龍一『刑法総論I』185頁（1972）。
 - (9) 莊子邦雄『刑法総論』517頁（1981）。
 - (10) 内藤・前掲書1088頁。
 - (11) 平野・前掲書182頁以下。
 - (12) 内藤・前掲書1089頁。
 - (13) 中義勝『刑法総論』112頁以下（1971）。
 - (14) 平野・前掲書187頁。ちなみに、「結果発生の表象をもちながら、『それを否定することなく』行為に出たか否かを基準とし、一応結果発生の可能性を表象しつつも、結局それを否定することなく、それ故その表象が行為動機を抑止しえなかったばあい、未必の故意を認めるべく、しからざるばあい認識ある過失が存する」とする見解も結論は平野説と同様と言えよう。井上正治『過失犯の構造』140頁（1958）参照。
 - (15) 井上・前掲書199頁。
 - (16) 内藤・前掲書1090頁。
 - (17) 町野朔『刑法総論〔講義案〕I』189頁（1990年）。
 - (18) 井田良『講義刑法学・総論』162頁以下（2009）。
 - (19) 平野・前掲書187頁以下。
 - (20) 井田・前掲書163頁。
 - (21) 井田『ケーススタディ刑法【第3版】』116頁（2011）。
 - (22) Commonwealth v. Malone, Supreme Court of Pennsylvania, 354 Pa. 180, 47 A. 2d. 445 (1946). 林幹人『刑法総論』251頁以下（2000）参照。
 - (23) 林幹人・前掲書251頁参照。林教授は、「(こ)の場合、もし、子供を救うという可能性に賭けて行為したときには、客観的に許された危険の範囲内にある行為である、そうでなくとも、行為者は自分の能力を信じてあたらないだろうと思っているからこそ、故意の成立は否定されるのである。」とされるが、このような行為が「許された危険の範囲内にある」とは到底考えられないところであり、「自分の能力を信じたこと」が蓋然性の認識を否定することになるとも思えない。
 - (24) 井田・前掲書164頁。

- (25) 井田・前掲書165頁。
- (26) 山中敬一316頁以下。立石雅彦「故意と過失の区別」中義勝先生古稀祝賀・刑法理論の探求176頁。
- (27) 平野・前掲書128頁。それにもかかわらず、平野博士が動機という心情的要素が故意を決定するとしたのは、故意を責任要素と位置づけるゆえとはいえ、中途半端なことであったと言わざるを得ない。
- (28) 前田雅英『刑法総論講義 [第5版]』223頁以下(2011)。
- (29) このことは、錯誤の場合を考えればわかるころと言えよう。
- (30) 林幹人・前掲書250頁。