

## 科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 28 年 6 月 14 日現在

機関番号：32621

研究種目：研究活動スタート支援

研究期間：2014～2015

課題番号：26885001

研究課題名(和文) 刑法における故意概念の明確化 「未必の故意」の再検討を通して

研究課題名(英文) A research for clarifying the concept of intention in criminal law :By reconsidering Doles Eventualis

研究代表者

佐藤 結美 (SATO, Yumi)

上智大学・法学部・准教授

研究者番号：50733119

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,700,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、刑法における未必の故意を再検討することにより、故意の概念の明確化を行うものである。責任主義の原則に鑑みれば、故意犯として重く処罰することを肯定するには刑法規範に違反するという積極的な心理的態度が必要であると考えられる。したがって、本研究では故意を肯定するには結果発生の可能性を(未必的にではなく)確定的に認識していることが必要であると解した。また、未必の故意は結果発生に対する無頓着・無配慮であるという点において認識ある過失と同視される。

研究成果の概要(英文)：In this research, I clarified the concept of intention by reconsidering Doles Eventualis in criminal law. In view of Principle of Blameworthiness, I think that the active state of mind for violation criminal law is necessary in order to justify a severe penalty as intentional crime. Therefore, I concluded that sure prediction of results is necessary to recognize intention and Doles Eventualis is equivalent to recklessness from view of indifference to result.

研究分野：刑法学

キーワード：刑法 故意概念 未必の故意 処罰範囲の明確化

## 1. 研究開始当初の背景

### (1) 本研究課題の着想に至った経緯

本研究課題に着手する前までは、刑法学では従来あまり議論されてこなかった個人情報(不正競争防止法における営業秘密とは区別される)の刑法的保護の妥当なあり方について、解釈論と立法論を行ってきた。

個人情報の不正取得や売却といった侵害行為を直接処罰するための規定の内容について立法的提言を行うにあたり、各種犯罪類型の構成要件と正当化事由、そして故意や目的などの主観的要素という観点から検討を行ったが、これらの犯罪成立要素の中で、処罰範囲を最も左右するのは故意や過失、目的といった主観的要素であることに思い至った。特に、近年では新たな刑事立法が頻繁に行われており、処罰範囲の拡張が懸念されているが、主観的要素は全ての犯罪類型に共通する概念であり、刑罰規定は「故意犯処罰の原則」のもとで成り立っていることから、刑法における故意の概念を再検討する必要があると考えた。

### (2) 本研究課題の背景

本研究は故意の概念、特に「未必の故意」の概念を再検討するものである。

日本の刑法学では、結果発生の可能性を確定的に認識している場合(確定的故意)のみならず、結果発生の可能性について確定的には認識しておらず、「結果が発生するかもしれない」という心理状態で結果を発生させたという「未必の故意」の場合にも刑法上の故意を肯定し、故意犯を成立させる。しかし、「未必の故意」の意義や内実については学説上の一致は見られず、そもそも、「結果が発生するかもしれない」という曖昧な心理状態に対して、重い処罰に値する反規範的態度を肯定して差し支えないのか、という疑問を抱くに至った。

また、「未必の故意」という概念は裁判員裁判における「難解な法律概念」の1つであり、「未必の故意」を一般市民にわかりやすく説明することの重要性も指摘されている。裁判員裁判において、裁判員は量刑のみならず事実認定や法令の適用といった、犯罪の成否の問題にも関与することになっており、特に故意犯のみが処罰対象となる犯罪では、故意の有無は有罪か無罪かを左右するからである。

このように、「未必の故意」という概念の明確化という研究課題には理論刑法学の文脈のみならず、社会からの要請もあるものと思われる。

## 2. 研究の目的

(1) 「1. 研究開始当初の背景」を前提に、本研究では「未必の故意」の概念の再検討を試みることで、刑法における故意概念の明確化を図る。

(2) 故意の概念について、日本の刑法学では結果発生の可能性・蓋然性を認識または予見した上で、それを認容した場合に故意が肯定されるとする「認容説」と、結果発生の可能性・蓋然性を認識または予見すれば故意を肯定するに足りるとする「認識説」が対立してきた。判例では、盗品等有償譲受罪の故意の有無が問題となった最判昭和23・3・16刑集2巻3号227頁は、未必の故意の意義を示すものとして学説で言及されることが多い。

昭和23年判決では、盗品であるかもしれないと思いながら、「敢えてこれを買ってやる意思」があれば故意が認められると判示されたが、認容説は判例における「あえて」の語を、結果発生の可能性の認識以上の意思的な要素を表すものとして解釈する。一方で、犯罪事実の発生を予見して犯行をした場合は「あえて」当該行為を選択したことになるのであるから、犯罪事実の認識があれば通常は未必の故意が肯定されるという指摘もなされており、昭和23年判決を認識説に親和的なものとして解釈することも可能である。

認容説には、結果発生に対する認容を要求するのであれば、他人のことを意に介さないという悪しき性格を根拠に故意を肯定することになり、妥当ではないという批判がある。そして、認識説にも、結果発生の可能性・蓋然性の基準が不明確だという批判がある。

(3) 認識説によれば、結果発生の可能性・蓋然性を一度は認識したが、それを否定して行為に及んだ場合は「認識ある過失」として扱い、結果発生の可能性・蓋然性を認識した上で行為に及んだ場合は「未必の故意」が肯定される。そして認容説によれば、結果が発生するかもしれないことを認識しつつ、それでも構わないと認容した上で結果を発生させれば「未必の故意」が肯定される。

しかし、刑法における責任主義の原則に鑑みれば(たとえ事実の認識の中に結果発生のある程度の認容が織り込み済みであると解したとしても)、犯罪結果が発生するかもしれないことを認識するのみで故意犯として処罰することは、果たして妥当なのか。故意を肯定して重く処罰することを正当化するには、刑法規範に違反するという積極的な心理的態度が必要なのではないだろうか。

(4) 以上の問題意識に基づき、本研究では「未必の故意」は故意犯処罰に足りる心的態度であるといえるのかという観点から、「未必の故意」の法的位置づけの再検討を行う。

## 3. 研究の方法

故意論に関する文献を通して、比較法研究を行う。

日本刑法はドイツ刑法を母法としていることから、日本の刑法学における認識説と認

容説の対立もドイツ刑法学説の影響を受けている。そこで、「確定的故意」と並んで「未必の故意」を故意として肯定することが自明とされてきた日独刑法学説を相対化するために、「未必の故意」を「認識ある過失」と同視するフランス刑法学説を参照することで、理論構成を試みる。

#### 4. 研究成果

(1) 日本刑法学における未必の故意の概念を再検討するにあたり、本研究ではフランス刑法学説を比較対象とした。

(2) まず、フランス刑法においても、罪を犯す意思がなければ犯罪が成立しないという故意犯処罰の原則が刑法典に定められている(121-3条1項)。

続いて、過失については「法律の定めによる場合、軽率、怠慢、または法律もしくは規則によって定められた注意義務、もしくは安全義務に違反するという過失によるときは、行為主体がその任務または職務の性質、権限、同じく当該行為主体が有する能力と手段から導かれる通常の注意をしなかったことが証明された場合、同じく軽罪が成立する」と規定されている。

フランス刑法における過失も「認識ある過失」と「認識なき過失」に分かれているが、フランス刑法における故意は「罪を犯す意思(意欲)」であると解されていることから、結果に対する意思・意欲を欠いている未必の故意は「損害結果が発生し得ることを予見しつつ、結果の発生を意に介さず、または結果発生を甘受することにより、慎重であるべきとする義務に意図的に違反すること」とされており、「未必の故意」と「認識ある過失」が同視されている。

(3) 日独刑法学では、故意を肯定するには結果発生の可能性・蓋然性の認識で十分であるとする見解が有力に主張されているのに対して、フランスでは認識以上の意的要素を要求する見解が通説であるといえる。そして、フランスではそもそも未必の故意の定義として、「結果発生を意に介さない(受け入れる)」という心的態度が含まれている。このことから、フランス刑法学説においては、「未必の故意」と「認識ある過失」は刑法規範に対する軽視という観点から同列のものと考えられているように思われる。

(4) 以上の知見から、日本における未必の故意の再検討を試みた。

まず、故意を肯定するためには結果に対する意思・意欲を必要とするか否かが問題となる。故意犯としての重い処罰を正当化するには、事実の認識を超えた積極的な心理的態度が必要ではないかとの本研究の問題意識からは、意欲を必要とすることも考えられる。

しかし、結果発生を意欲している場合の多くは、結果発生の可能性を確定的に認識している場合であると解することが可能であり、意欲は確定的な認識に解消され得ると思われる。そのように解すれば、故意を肯定するには結果発生の可能性を(未必的ではなく)確定的に認識していることが必要であり、未必的な認識に留まる場合は、いずれも結果発生に対する無頓着・無思慮であるという点で、「認識ある過失」と同視し得るのではないかと考えられる。

(5) 本研究には次のような課題もある。本研究では故意を「結果発生の可能性の確定的な認識」と解するに至ったが、この故意概念を前提とすると、目的犯における目的の意義がさらなる問題となる。そして、本研究では「未必の故意」と「認識ある過失」を同視するという結論に至ったが、それを前提とすると「重大な過失」の意義も同様に問題となり得る。

(6) また、故意概念とは直接の関係にはないが、重度の知的障害者である被告人の常習累犯窃盗行為につき、心神喪失が心神耗弱が問題となった判例の検討を行った。ここでは事理弁識能力の内容について判示されている。第1審は、被告人は窃盗が悪い行為であることは認識しているものの、その認識が極めて表面的・形式的なものとどまっており、それが社会的に許されない理由を全く理解しておらず、違法であることを真に理解できていないため、規範に直面して反対動機を形成することがほぼ不可能であるといえるような場合は、弁識能力はないに等しいことから心神喪失と評価するべきであるとして、無罪を言い渡した。

これに対して控訴審は、健全な違法性の意識を備えているといえるためには、行為が被害者に対して与える苦痛や社会的影響等までも理解していることが必要であると解されるが、自己の行為が露見すれば刑務所に入れられることになるといった程度の認識を有していれば反対動機を形成し、行為を思いとどまることは十分可能であるから、前記程度にまで理解できる能力があれば行為の違法性を認識する能力を肯定できるとして心神耗弱に留まると判示した。

当該判例は事理弁識能力の判断基準について一定の見解を示すものか、それとも事例判断にとどまるのかという疑問はあるものの、結果発生の可能性の確定的な認識が故意であると解するならば、責任能力における事理弁識能力の有無の判断基準も左右されるので、こちらも今後の課題としたい。

#### 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔学会発表〕(計2件)

佐藤結美「刑事判例研究 重度の知的障害を有する者の常習累犯窃盗行為につき、心神喪失か心神耗弱かが問題となった最決平成27年3月3日について」

(心神喪失であると判断した第1審の京都地判平成25年8月30日判時2204号149頁と、心神耗弱であると判断した第2審の大阪高判平成26年8月12日 LEX/DB 25505532を併せて検討した)  
北海道大学刑事法研究会(2015年7月1日)、北海道大学(北海道札幌市北区)

佐藤結美「刑事判例研究 重度の知的障害を有する者の常習累犯窃盗行為につき、心神喪失か心神耗弱かが問題となった最決平成27年3月3日について」

(心神喪失であると判断した第1審の京都地判平成25年8月30日判時2204号149頁と、心神耗弱であると判断した第2審の大阪高判平成26年8月12日 LEX/DB 25505532を併せて検討した)  
上智大学刑事法研究会(2015年6月17日)、上智大学(東京都千代田区)

## 6. 研究組織

### (1) 研究代表者

佐藤 結美 (SATO, Yumi)  
上智大学・法学部・准教授  
研究者番号: 50733119