

故意にとって必要な「結果発生の可能性の認識」の程度

— 特殊詐欺における受け子の故意の認定構造と殺意の認定構造を比較して —

菅 沼 真也子

I. はじめに

平成30年から令和元年にかけて、特殊詐欺に関与した受け子の故意に関する最高裁判例が3件立て続けに現れている。それらの事案においては、詐欺の故意があったというためには、「自己の行為が詐欺に関わるものであることの可能性」の認識が要求され、具体的には、特殊詐欺であることを示すような事実の認識や、相手方が錯誤に陥っていることを示す事実の認識があったことを根拠として故意が肯定されている。そこでは、行為者の関与した特異な受領行為の態様から詐欺ないし特殊詐欺の可能性を想起しうることをもって、詐欺に関わる可能性の認識があった、と結論付けられているが、各判例における「詐欺に関わる可能性の認識」が詐欺の故意を肯定するために十分な程度であったのか、という点には議論の余地がある¹⁾。

詐欺の3判例では、間接事実から行為者の認識を推認するという手法が採られているところ、「詐欺を含む何らかの犯罪に関わる行為かもしれない」との

1) 本稿では、「結果発生の可能性の認識の程度」に焦点を当てているため、その判断の基礎に入れられている各間接事実の内容や妥当性については検討の対象としない。どのような間接事実が判断の基礎に入れられるべきかについては、加藤経将「いわゆる受け子の故意に関する捜査とその立証」高嶋智光他編『新時代における刑事実務』（立花書房、2017年）91頁、大庭沙織「特殊詐欺の受け子の故意の認定方法」島大法学63巻2号1頁、江見健一「特殊詐欺の受け子の罪責に関する諸問題——特殊詐欺の現状と近時の最高裁判例を踏まえて——（下）」警察学論集72巻12号25頁、半田靖史「受け子の故意と共謀の認定」法律時報92巻12号15頁等で詳細に分析されている。

認識を薬物事犯における故意の認定構造と対比させて検討を加える論稿は多いが²⁾、間接事実からの故意の認定というのは、特に裁判員裁判の導入以降、「殺意の認定」に関して、裁判員に向けて適切に法的概念を説明・実践することを主眼として分析の対象となってきたように思われる。

殺人罪と詐欺罪は、訴因変更を経ずに認定可能な減輕類型の犯罪が規定されているか否かという点で相違があり、その相違ゆえに次のような疑念が導かれる。殺人罪の場合、殺意が認められなかったとしても傷害致死の認定がありうるが³⁾、詐欺罪の場合、詐欺の事実で公訴提起がなされていれば、詐欺の故意が認定されなかったときには、訴因変更がなされない限り犯罪は不成立となる。そこで、詐欺の故意がなければ犯罪が成立しない詐欺罪においては、殺意の認定基準よりも低い程度の可能性の認識であっても故意が肯定されるのではないかと、この疑念である。仮に、殺意の認定と詐欺の故意の認定に際して行為者の認識の認定基準に相違があることが認められれば、このことは詐欺の受け子の故意に関する各判例での認識の推認構造の妥当性にも影響を及ぼすと考えられる。それゆえ、最高裁で示された詐欺の故意の認定手法が殺意の認定手法と同じ判断構造であるか分析することは、詐欺の故意に関する3判例の妥当性を検討するために有益であるといえる。

また、詐欺の故意が問題となった事案のほとんどで、もっぱら認識という観

2) 薬物輸入罪が裁判員裁判対象事件となっていることから、違法薬物の認識の認定の基礎にある裁判官の「常識」をいかに一般市民に説明するべきか、という視点で、具体的事案における間接事実からの違法薬物の認識の推認構造を分析する論稿として、芥川正洋「裁判員裁判と違法薬物の認識——薬物密輸事案における故意の関する状況証拠と推認構造——」がある。右論稿では、判例・裁判例において挙げられた各間接事実が行為者の認識の推認にとってどのような役割を果たしているか、その推認はどのような経験則に基づいているのか、ということが検討されており、その検討を通じて、認識の推認過程自体は一般の社会常識に裏打ちされたものであって一般市民にも了解可能なものであるから、その推認の基礎にある経験則を一般市民に適切に説明することが求められることを明らかにしている。また、薬物事犯の中でも危険ドラッグの認識に焦点を当てて検討したものとして、明照博章「故意の認定(1)——危険ドラッグの場合——」松山大学論集第31巻第7号139頁がある。

3) 池田修・前田雅英『刑事訴訟法講義〔第6版〕』（東京大学出版会、2018年）314頁。

点からのみ故意の有無が検討されており、認容の有無には明確には言及されていない。争点として認容の有無が挙げられていなければこれに言及されないのは当然ではあるが、実務は認容説を採用しているといわれているから、詐欺罪の故意が問題となる事案でも認容が不要とされているわけではないであろう。ではなぜ詐欺の故意に関する判例では認容について言及されていないのだろうか。これについても、殺意の認定と関連付けて検討可能であると思われる。以上のような問題意識から、本稿では、殺意の認定構造に関する議論が詐欺罪の故意の認定の場面にも妥当するのかが検討を加える。

Ⅱ. 詐欺の故意の推認手法

1. 特殊詐欺における受け子の故意に関する3判例

受け子において詐欺の故意の有無が問題となり、これが肯定された近年の最高裁判例として、最高裁平成30年12月11日判決刑集72巻6号672頁（以下、「判例Ⅰ」とする）⁴⁾、最高裁平成30年12月14日判決刑集72巻6号737頁（以下、「判例Ⅱ」とする）⁵⁾、最高裁令和1年9月27日判決刑集73巻4号47頁（以下、「判例Ⅲ」とする）⁶⁾がある。これら3判例は、いずれも現金送付型の特殊詐欺事案におけ

4) 評釈として、蛭田円香「判解」法曹時報第73巻1号195頁、河津博史・銀行法務21 837号69頁、大塚雄毅・警察学論集第72巻第2号154頁、高倉新喜・法学セミナー772号122頁、角田正紀・刑事法ジャーナル60号160頁、中谷仁亮・上智法学論集63巻3号109頁、前田雅英・捜査研究824号14頁、拙稿・法学新報第126巻9・10号167頁。判例Ⅰ・Ⅱの評釈として、丹崎弘「現金送付型の特殊詐欺事案において、受け子の故意・共謀を否定した原審を事実誤認であるとして破棄自判した2件の最高裁判決について」研修851号33頁、高橋則夫「特殊詐欺をめぐる犯罪論状の諸問題」判例秘書ジャーナル文献番号HJ200015、江見健一「特殊詐欺の送付型事案における受け子について、詐欺罪の故意及び共謀があるとされた事例」論究ジュリスト33号170頁。

5) 評釈として、蛭田円香「判解」法曹時報第73巻1号207頁、成瀬幸典・法学教室462号156頁、石川さおり・警察学論集第72巻第1号75頁。

6) 評釈として、大庭沙織・刑事法ジャーナル第64巻95頁、玄守道・新判例解説watch（2020年4月）刑法No.149、品田智史・法学セミナー781号123頁、十河太郎・法学教室473号131頁、高橋朋・警察公論74巻12号87頁、前田雅英・捜査研究

る受け子の詐欺の故意が問題となり、行為態様からこれが肯定されたという点では共通しているが、行為態様としては判例Ⅰ・Ⅱと判例Ⅲで相違点が多く、これに伴って行為者の認識の推認手法もこの両者で異なっていると考えられるため⁷⁾、以下でも上記3判例を2つに大別して各判例の推認手法を整理する。

2. 判例Ⅰ・Ⅱの判決要旨と推認構造

(1) 判例Ⅰ

本事案は、被告人が、かつての同僚から、高額の報酬の約束で、同人らが指示したマンションの空室に行き、そこに宅配便で届く荷物を部屋の住人を装って受け取り、別の指示した場所まで運ぶという「仕事」を依頼されて引き受け、犯罪行為に加担していると認識しつつ、右行為を3回にわたりこれを行なった（うち1回は未遂）というものである。右事案について、最高裁は次のように述べて、詐欺の故意を肯定した。「以上の事実は、荷物が詐欺を含む犯罪に基づき送付されたことを十分に想起させるものであり、本件手口の報道等がより広く社会に周知されている状況の有無にかかわらず、それ自体から、被告人が自己の行為が詐欺に当たる可能性を認識していたことを強く推認させるものというべきである」。かつ、「荷物の中身が拳銃や薬物であることを確認したわけでもなく、詐欺の可能性があると認識が排除されたことをうかがわせる事情は見当たらない」ことから、「被告人は、自己の行為が詐欺に当たるかもしれないと認識しながら荷物を受領したと認められ、詐欺の故意に欠けることなく、共犯者らとの共謀も認められる」。

(2) 判例Ⅱ

判例Ⅰと事実関係が類似している判例Ⅱは、被告人が、夫の知人である暴力団員Aから、荷物を自宅で受け取ってバイク便に受け渡す仕事に誘われてこれ

832号2頁、吉田誠・研修第859号49頁、拙稿・商学討究第71巻2・3号187頁。

7) 3判例の推認手法をこのように区別して捉える理解の詳細は、拙稿・前掲注(6)187頁以下を参照。

を引き受け、それが犯罪である可能性を考えたものの、Aの指示通りに、自宅宛てに届けられた他人名義の荷物をその他人になりすまして受け取り、その後バイク便に引き渡す、という行為を6回繰り返し、報酬を受け取ったという事案である。ここでも、最高裁は、以上の事実だけでも「詐欺等の犯罪に基づいて送付された荷物を受け取るものであることを十分に想起させるものであり、被告人は自己の行為が詐欺に当たる可能性を認識していたことを強く推認させる」ものであって、かつ、「詐欺の可能性があると認識が排除されたことをうかがわせる事情も見当たらない」ことから、「被告人は自己の行為が詐欺に当たるかもしれないと認識しながら荷物を受領したと認められ」として、詐欺の故意および共謀を肯定した。

(3) 判例Ⅰ・Ⅱの推認構造

判例Ⅰ・Ⅱはともに、知人等に指示されて空室ないし自宅に配達される荷物を名宛人になりすまして受け取り回収役に渡す、という仕事を複数回繰り返し、報酬を得ている、という事実をもって、この受領行為が①「荷物が詐欺を含む犯罪に基づき送付されたことを十分に想起させる（判例Ⅰ）」「詐欺等の犯罪に基づいて送付された荷物を受け取るものであることを十分に想起させる（判例Ⅱ）」がゆえに、行為自体から②「自己の行為が詐欺に当たる可能性」を認識していたことが強く推認され、かつ、③そこから詐欺を排除する事情も存在しないことを理由として、詐欺の故意を肯定している。ここでは、自己の行為が特殊詐欺に関わるものであるかもしれないことを基礎づける事実の認識があれば、詐欺の故意が肯定されている。

受け子の故意の認定手法の理解としては、次の2つの考え方があり得る⁸⁾。

① 1つは、受領行為の特異性から行為者において「詐欺を含む何らかの犯罪に関与する可能性の認識」があったことを推認し、そこから詐欺を排除する事情

8) 受け子の故意の認定手法として2つの考え方があり得るという理解は、富川雅満「特殊詐欺における受け子の故意の認定」法律セミナー793号29頁を参考にしたものである。

がない限り詐欺の故意が肯定されるとして、受け子の故意の認定の問題にも薬物事犯の故意の事案で用いられる認識の推認手法が適用される、という理解である⁹⁾。判例Ⅰ・Ⅱでは、ともに被告人において、「自身が犯罪に加担している可能性」の認識があった旨の供述をしているが、故意に構成要件関連性を必要とする伝統的な故意概念からは、このような認識では特定の犯罪を認識していることにはならないから、詐欺の故意が認められない。それゆえ、行為態様から行為者が「詐欺等の犯罪」「詐欺を含む犯罪」に関わる荷物の受領行為である可能性を認識していたことを推認し、詐欺の故意を認定する、というプロセスが考えられる。

この「詐欺等の犯罪」「詐欺を含む犯罪」の認識は、薬物事犯の場合の「身体に有害で違法な薬物」の認識に対応するものであり、概括的認識にあたる。ここでは、「詐欺等」に含まれる犯罪がどの程度限定されているかが問題となるところであるが、判例Ⅰ・Ⅱのような行為態様で財産的価値のある物の授受が行われうる組織的な犯罪の中でも、荷物の送付者と最終受領者が直接荷物を授受せず、送付者に対して、他人（受け子）を介在させる事実を秘匿して荷物の授受を行なう必要がある犯罪と捉えれば¹⁰⁾、特殊詐欺（ここには窃盗、恐喝も含まれる）に限定されると考えることができ、行為者の認識としてもこの限度で限定されていると捉えることができる。この理解からは、判例Ⅰ・Ⅱでは、行為態様が「詐欺を含む犯罪（詐欺等の犯罪）に基づいて送付された荷物の受領」であることを想起させるということを理由として、行為者においてもこの

9) このように理解するものとして、江見・前掲注(1)31頁、大庭・前掲注(1)10頁、拙稿「特殊詐欺事案における受け子の故意として必要な認識」商学討究70巻4号108頁がある。

10) 江見・前掲注(1)33頁では、他人から財産的価値のある物を受領する行為から想起しうる違法行為の中で、詐欺罪と他の犯罪（規制薬物の授受やわいせつ動画等の記録媒体の授受、犯罪収益の授受など）では、このような「荷物の送付者（交付者）側の違法行為の認識の有無」という点に相違があり、交付者に向けられた事実秘匿（受け子が介在しているという事実）があれば、そこから受け子たる行為者が交付者の誤信（交付すべき事情がないのにあると誤信して荷物を送付していること）を想起しうると思えられうる、と説明されている。

認識があったことが推認され、そこから詐欺を排除する事情がなければ、行為者の脳裏には詐欺の可能性がよぎったことになるから、詐欺の故意が肯定される、という推認過程が採られていると考えられることになる。

② 2つ目は、各間接事実から直接詐欺の認識を推認する、という推認手法である¹¹⁾。すなわち、判例Ⅰ・Ⅱで挙げられた①の部分について、これは行為者の関与した上記受領行為が「一般に」これらのことを想起させる、ということ述べた部分であって②の推認を支える経験則に当たる、として、判例Ⅰ・Ⅱでは各間接事実から①の経験則を介して直接詐欺の認識が推認された、と捉える。1つ目の推認手法とは異なり、行為者が「詐欺等の犯罪／詐欺を含む犯罪の可能性の認識」という形で概括的認識を有していたことは推認されない。この理解によれば、判例Ⅰ・Ⅱでは、何らかの犯罪に関与する行為である可能性を認識している行為者において、受領行為の特異性を基礎づける各間接事実の認識があれば、①の経験則から特殊詐欺の可能性も認識していたことが推認されるから、そこから特殊詐欺の可能性を排除する事情が認められない限り、詐欺の故意を認めることができる、という推認過程で、詐欺の故意が肯定されたと捉えることになる。①でも「『詐欺を含む』何らかの犯罪の認識」を推認する点で具体的に詐欺を想起していることを必要としているため、①と②の推認手法は排他的なものではなく説明方法の違いともいえるが¹²⁾、①の見解では薬物事犯の故意の推認構造と判例Ⅰ・Ⅱの推認構造に共通性が見いだされ、②の見解はそうではないという点、ならびに、詐欺を排除する事情の有無をどの推認段階で考慮するかという点で、理解の仕方に相違があると考えられる。

判例Ⅰ・Ⅱの推認構造としては上記のような理解がありうるが、いずれにしても問題となるのは、受領行為の特異性を基礎づける各間接事実から、①の認識の推認を経て、あるいは①の経験則に基づいて、行為者が詐欺の可能性を認識していたと推認することの合理性であろう。特に判例Ⅰ・Ⅱの推認構造を前

11) このように理解するものとして、半田・前掲注(1)17頁。

12) 富川・前掲注(8)35頁でこの点が指摘されている。

者のように理解する場合、判決文において①から②を推認する過程が説明されていなかったことから、このような判断枠組みでは、場合によっては行為者に現実に詐欺の認識があったか否かとは無関係に経験則のみに基づいて詐欺の故意が認められる危険性があることや¹³⁾、間接事実から認識を推認するとしても、判例Ⅰ・Ⅱの各行為は詐欺の故意のない行為としてもなお合理的に説明できるがゆえに、詐欺の故意につき合理的疑いを超えて証明できたといえるか疑問であると指摘される¹⁴⁾。これらの見解からは、行為者において現実に詐欺の可能性の認識があったことを立証するための事情として、各間接事実から①を導くために「当該行為類型の特殊詐欺が社会一般に周知されている」といった事情が必要とされることになろう。なお、当該行為類型の社会一般における周知性に関しては、判例Ⅰの調査官解説において、「当該手口について報道がされていたからといって、これを被告人が認識したことを意味しない」として、特殊詐欺では多数人が関与し細分化された役割分担をしている、ということが広く知られている状況があれば、「被告人も本件において多数人が関与していることを認識した上で、指示された他人になりすまして荷物を受け取っていることからすれば、本件が組織的に役割分担された詐欺である可能性についても認識していたと認められる」と説明されている¹⁵⁾。

13) 大庭・前掲注(1)10頁。

14) 玄・前掲注(6)4頁。

15) 蛭田・前掲注(4)204頁。

図1 例I・IIの推認構造①

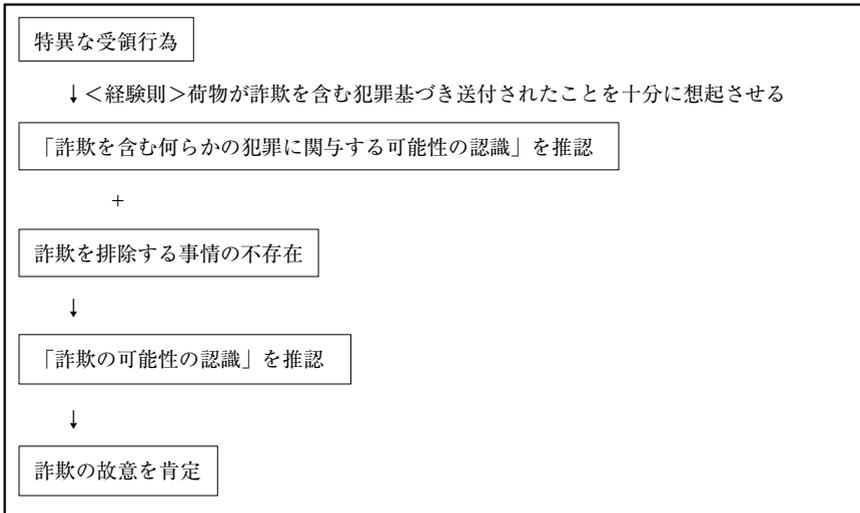
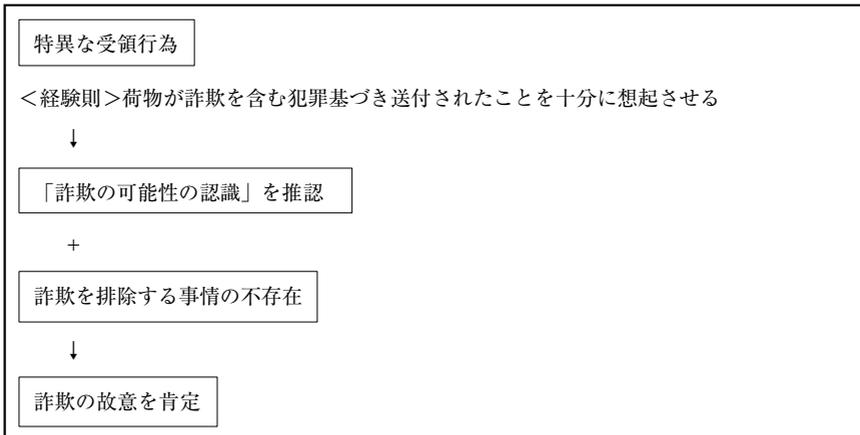


図2 判例I・IIの推認構造②



3. 判例Ⅲの判決要旨と推認構造

(1) 事実の概要

本事案は、被告人が、荷物受取の依頼を受けて、指示されたマンションのエントランス内、オートロックの外側にある郵便ポストの投入口側から宅配便の不在連絡票を取り出し、そこに記載された暗証番号を入力して、オートロックの外側に配置された配達ボックスから荷物を取り出し、それを回収役に渡す、という行為を2回行なった（うち1回は未遂）、という事案である。最高裁は、これらの事実に基づいて、「本件マンションの居住者が、わざわざ第三者である被告人に対し……上記のような方法で荷物を受け取らせることは考え難い」として、このような著しく不自然な方法での荷物の受領に関与した被告人においては、「依頼者が本件マンションの居住者ではないにもかかわらず、居住者を名宛人として送付された荷物を受け取ろうとしていることを認識していた」と合理的に推認することができ、そうだとすると、被告人は「送り主は本件マンションに居住する名宛人が荷物を受け取るなどと誤信して荷物を送付したものであって、自己が受け取る荷物が詐欺に基づいて送付されたものである可能性を認識していたこと」も推認することができ、それゆえに「自己の行為が詐欺に関与するものかもしれない」と認識していたと認められる、と判示し、かつ、「詐欺の可能性を排除する理由は見当たらない」として、詐欺の故意を肯定した。

(2) 推認構造

判例Ⅲは、被告人が荷物受取の依頼を受けて指示通りに荷物を受領し、回収役に渡したという点では判例Ⅰ・Ⅱと共通しているが、荷物の名宛人になりすまして宅配された荷物を受け取るといった行為がなく、また報酬の存在が間接事実として挙げられていない点で、判例Ⅰ・Ⅱとは事実関係が異なっており、その相違が詐欺の故意の認定構造にも影響を及ぼしている。

判例Ⅲで著しく不自然な受領方法から第一に推認されているのは、「依頼者は居住者でないかもしれない」という認識である。この推認は、「居住者が第三者に本件のような荷物の受領方法を依頼するとは考え難い」という経験則に

支えられている。そして、一般に荷物の送り主は送り先住所の居住者に宛てて荷物を送付するのであるから、行為者は「送り主は居住者が受領するとの錯誤に陥って荷物を送付している」と認識していたことが推認され、「荷物が詐欺に基づいて送付されたものである可能性」の認識を推認できる、という過程で、詐欺の故意が肯定されている。前者の推認から後者の推認を導く過程は判決文からは明らかではないが、依頼者が居住者でない可能性があるならば、居住者ではない者が居住者宛ての荷物を受け取ろうとしている可能性があることになり、これは通常荷物の送り主が想定する事態ではないので、行為者は送り主が錯誤に陥っているとの考えに思い至る、という判断が導かれると考えられる。

不自然な受領行為から推認されるのが「居住者でない者からの依頼かもしれない」という認識であるならば、受領行為の特異性を基礎づける事情であるところの、報酬の有無や名義の偽り行為、複数回の関与という事情は不可欠ではないこととなる。これと並んで、Xが自己の行為について「何らかの犯罪に関わるものである可能性」を認識していたか否かというのも、依頼者が居住者でないことの認識の推認とは無関係の事情といえることができる¹⁶⁾。また、行為態様から「被害者が錯誤に陥って荷物を送付している可能性」の認識が推認されるのであれば、当該行為が特殊詐欺の一種であるか否かは問題ではないこととなるから、組織性の認識や、特殊詐欺に関する知識の有無も問題とならない¹⁷⁾。このように、判例Ⅲは、行為態様から、詐欺の構成要件たる「欺罔行為により被害者が錯誤に陥って財物を交付している可能性」の認識が推認されて詐欺の故意が肯定された点で、判例Ⅰ・Ⅱとは異なる判断構造であると考えられる。判例Ⅰ・Ⅱの場合にも、自身が名宛人になりすまして荷物を受領してい

16) もっとも、判例Ⅲでは「何らかの犯罪に関わるものである可能性」の認識の有無自体が問題となっていないことから、行為者が詐欺以外の犯罪として薬物や拳銃取引の可能性を想起していたか否かは検討の対象とされず、端的に詐欺の可能性の認識が推認されたと考えられる。

17) 判例Ⅱの調査官解説でも、判例Ⅲは判例Ⅰ・Ⅱとは異なる事情に着目して詐欺の未必の故意が認定されていることに留意が必要である旨指摘されている（蛭田・前掲注(5)215頁）。

るという点で「荷物の送付者が受取人について錯誤に陥っている可能性の認識」を推認することはできるといえるが¹⁸⁾、判例Ⅰ・Ⅱではこのような認識に関する言及はなく、あくまでも判例Ⅰ・Ⅱでは行為態様が特殊詐欺を想起させるものであるか否かに焦点が当てられている。それゆえ、推認構造としては判例Ⅰ・Ⅱと判例Ⅲは異なると理解するのが妥当と思われる。

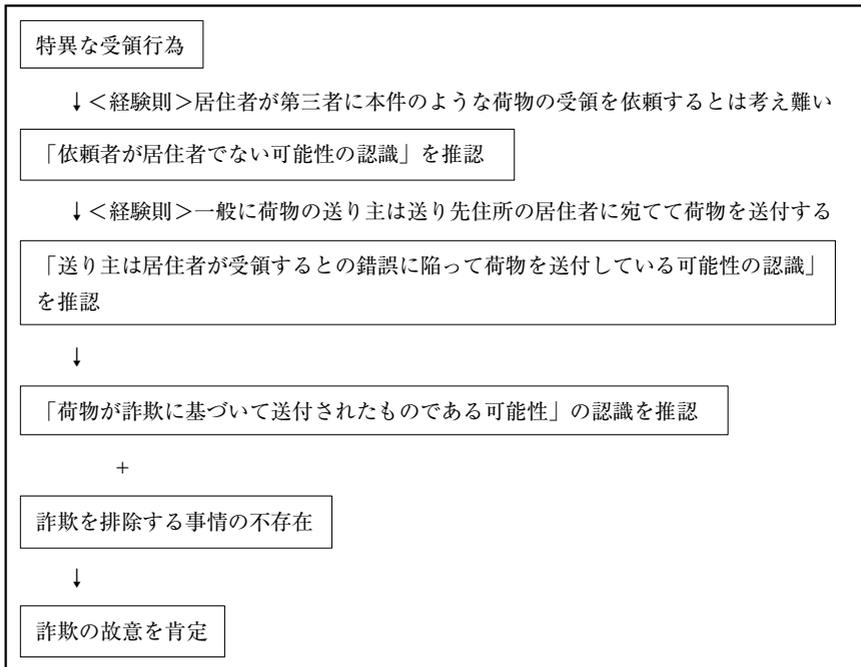
このような推認過程に関しては、依頼者が居住者でないことを認識した行為者において、その認識から送り主が錯誤に陥っているという認識を推認することに合理性はあるか、という点が問題となりうる。この点に対しては、判例Ⅲのような受領方法で偽の宛名を用いてやり取りが行われる犯罪としては違法薬物や銃器の取引も想定することができるがゆえに、依頼者が居住者ではないとの認識から詐欺を基礎づける事実の認識があったことを導くには根拠として乏しく¹⁹⁾、また詐欺の故意があったことを合理的疑いを超えて証明できているとは言い難いと指摘される²⁰⁾。判例Ⅲの受領態様では詐欺の故意を認めることが困難であると理解する考え方からは、受領態様以外の事情として、たとえば行為者が過去に同じような取り出し行為をしているといった事情や（判例Ⅲの原判決ではこのような事情が要求されている）、当該行為と同種の詐欺が社会的に周知されているといった事情が必要とされることになろう。

18) 判例Ⅲの推認構造を判例Ⅰ・Ⅱに当てはめる見解として、半田・前掲注(1)18頁。

19) 大庭・前掲注(6)395頁。

20) 玄・前掲注(6)4頁。

図3 判例Ⅲの推認構造



4. 間接事実からの行為者の認識の推認とそのために必要な立証の程度

判例から読み取れる詐欺の故意の認定構造は以上の通りであるが、いずれの判例に対しても、間接事実の推認力の程度を疑問視し、行為者に詐欺の可能性の認識があったことを推認するためには、さらなる間接事実がなければならないという批判が見られるところ、これらの批判的見解と裁判所の見解では、故意を肯定するために行為者が認識すべき「結果発生の可能性」の程度に差があるのではないかと考えられる。

詐欺の3判例では情況証拠から間接事実が認定され、その認定された間接事実から要証事実たる行為者の認識を推認し、故意を認定するというプロセスが採られており、このプロセス自体は情況証拠による事実認定の基本的構造であ

る²¹⁾。その推認過程としては次の2段階に分けられる。たとえば違法薬物の認識を推認する場合には、第一に客観的な情況証拠から違法薬物の認識が認められるかが判断され、ここで客観的情況証拠から違法薬物の認識が一応推認されれば(これを「一応の推認」という)、次に被告人の犯罪を否認する弁解などが合理的であるかが問題とされ、被告人の弁解を考慮しても、違法薬物の認識の一応の推認が維持できるかが焦点となる²²⁾。ここで一応の推認が維持できると判断されれば、違法薬物の認識があったと認められることになる。

このようなプロセスで間接事実から各犯罪構成要件に該当する事実の認識の有無が推認されるときには、行為者の認識していた結果発生の可能性の程度も問題となり、認定された間接事実の推認力の有無・程度を経験則・論理則に基づいて総合的に判断して、行為者において構成要件該当事実の認識があったことを合理的疑いを超えて証明できなければならない²³⁾。有罪の認定に必要な「合理的な疑いをさしはさむ余地がない程度の立証」としては、被告人と犯人の同一性が問題となった事案(最決平成19年10月16日刑集61巻7号677頁)において、直接証拠による事実認定の場合でも情況証拠による事実認定の場合でも、「反対事実が存在する疑いを全く残さない場合をいうものではなく、抽象的な可能性としては反対事実が存在するとの疑いをいれる余地があっても、健全な社会常識に照らして、その疑いに合理性がないと一般的に判断される場合」には有罪を認定することができるといわれる。

これを詐欺の認識の推認に当てはめると、行為態様から想起される犯罪として詐欺の可能性も詐欺以外の犯罪の可能性もあるという場合であっても、行為者の一連の行為に基づいて、「当該受領行為について、健全な社会常識に照らし

21) 中里智美「情況証拠による事実認定——犯人と被告人の同一性をめぐって——」木谷明編『刑事事実認定の基本問題〔第3版〕』(成文堂, 2015年) 337頁。

22) 違法薬物の認識に関して、芥川・前掲注(3)5頁、渡邊英敬=飯島英貴「覚せい剤を中心とする違法薬物の営利目的輸入事件における違法薬物の地上性の推認について」『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) 103頁。

23) 高倉・前掲注(4)法学セミナー772号122頁。

て、詐欺の認識がないとすれば説明がつかない行動をしている」と一般的に判断できれば²⁴⁾、詐欺の認識が推認されることになる。この場合、行為者の行為が健全な社会常識に照らして「(特殊)詐欺かもしれないし、窃盗かもしれないし、薬物取引かもしれない」などと並列して具体的に想起しうるものであったならば、そこから詐欺を排除するような事情が存在しない限り、「詐欺とは思わなかった」との弁解では説明がつかないという判断が導かれ、行為者は詐欺の可能性を思い浮かべたまま行為に及んでいたとして詐欺の可能性の認識が推認されてよいはずである。この場合に詐欺の認識を推認できないとするのであれば、詐欺以外の犯罪である可能性が考えられないほどに詐欺の可能性が高い行為であることが必要となると考えられる²⁵⁾。これは詐欺の3判例に対する各評釈からの推測にすぎないが、3判例のような事案について詐欺の故意を肯定してよいという見解とこれに疑問を呈する見解の間には、このような考え方の相違があるのではないだろうか²⁶⁾。そして、詐欺以外の犯罪の可能性が考えられないほど詐欺の可能性が高いことまで裁判所が必要としていないとすると、この可能性の程度というのは、詐欺の受け子の故意の場合に特有の基準なのか、それとも他の犯罪においても同様なのか、という疑問が生じる。このような観点から、以下では、これまでの判例・裁判例における殺意の認定に際して、行為者にどの程度の結果発生の可能性の認識があれば殺意が推認されているのか概観する。

24) 玄・前掲注(10)3頁。

25) このような結果発生の可能性の認識の程度の相違は、未必の故意の学説における認容説と蓋然性説の対立に対応しており、蓋然性説からは、結果発生の可能性としてある程度高い可能性の認識が要求されることになると考えられる(同旨の理解を示すものとして、橋爪隆「故意の認定をめぐる問題」警察学論集第70巻1号129頁、132頁)。

26) このことを指摘するものとして、富川・前掲注(8)36頁。なお、このような考え方の相違は、「合理的疑いを超える証明」がなされたか否かの判断における「合理性」の捉え方にも左右されるものであると考えられるが、村瀬均『「合理的疑いを超える証明」について』植村立郎判事退官記念論文集・現代刑事法の諸問題〔第1巻第1編・理論編・少年法編〕(立花書房、2011年)355頁では、疑いの合理性の有無に対する判断は、判断者(主に裁判官)の有する「健全な社会常識」の概念の捉え方の違いによって変わってくるものであり、経験豊富な裁判官の間でもその判断が分かれる場合もあると説明されている。

Ⅲ. 殺意の認定構造

1. 間接事実からの殺意の認定

冒頭で述べた通り、受け子の故意の認定構造は薬物事犯の故意が問題となった事案と対比されることが多く、それ以外の犯罪との対比はあまりなされていない。これは、先に挙げた詐欺の3判例が、薬物事犯の故意の事案において示された故意の認定手法を意識した判決文であるように見受けられることに起因するものであるが、間接事実からの行為者の認識の推認は、近年では、裁判員裁判の導入に伴って一般人たる裁判員に向けて殺意の概念を適切に説明する必要性が生じたことに端を発して、殺意の認定に関して分析の対象となってきた。殺意の認定の場合にも、間接事実から死亡結果発生 of 認識の有無が推認されるときには、行為者の認識していた死亡結果発生 of 可能性の程度も問題となるから、故意の有無を判断する際には、まず行為自体の結果発生 of 危険性の程度を評価したうえで、それに対する行為者の認識の有無・程度が検討される。そして、行為者の現実の認識としての殺意を認定するにあたっても客観的な情況証拠が重視され、これらの積み重ねによる総合的判断によって殺意が認定される傾向にあるとされており²⁷⁾、自白の有無にかかわらず、一連の情況証拠から、「健全な社会常識に照らして、人が死亡することを認識していないとすれば説明が見つからない行動をしている」と判断することができるかが検討される。

実務においては、裁判例の集積に基づいて殺意の認定における経験則を類型化したものとして²⁸⁾、殺意の6要素といわれる①創傷の部位、②創傷の程度、③凶器の種類、④凶器の用法、⑤動機、犯行に至る経緯等、⑥犯行後の行動（その他事情を含む）、という要素が行為者の心理状態を認定する証拠として総合的に考慮

27) 橋爪・前掲注(25)139頁、原田保孝「殺意」小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選・上〔第2版〕』（立花書房、2013年）277頁。

28) 下津健司「殺意の認定における『要件事実的思考』」『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）234頁。

され²⁹⁾、このうち、①ないし④の各事情は、これらを統合して「行為時の事情」又は「行為態様」を1つの間接事実と捉え、その行為態様の内包する危険性を評価したうえで、行為者においてその危険性の認識があったか否かに関わる事情として考慮され、⑤と⑥の事情はおもに認容に関わる事情として考慮される傾向にあるといわれている³⁰⁾。

殺意の6要素として挙げられている要素はいずれも客観的に存在する生の事実であり、他方で故意は行為者の心理状態であるため、これらの事実からどのように故意を認定するかが問題となる。裁判においては、故意に関係する積極・消極の根拠事実全般から、結果に対する何らかの心理的事実（死ぬかもしれない、死んでも構わない等）を推認し、その心理的事実が故意犯に必要な「認識」「認容」に該当するという法的評価を経て、故意犯の法令が適用される、という判断過程がとられている³¹⁾。結果発生の危険性についても、これが「高い」「低い」という認識は行為者の認識に基づく評価であって、行為者自身が当該行為の危険性を「高い」「低い」と評価していることは必要ではなく、これらの危険性を基礎づける事実の認識に基づいて、行為者の行為が「人が死亡する可能性を認識していない者の行動としては説明がつかない」と評価されるかが検討され、行為者の心理状態として殺意を肯定するに十分な認識・認容があったか判断されることとなる。

29) 実務において殺意の6要素が具体的事案においてどのように積極・消極に作用するかについては、大野市太郎「殺意」小林充＝香川敏磨編『刑事事実認定——裁判例の総合的研究——（上）』（判例タイムズ社、1992年）2頁以下、原田・前掲注27278頁以下を参照。

30) 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（以下、「司法研究」とする。）72頁、下津・前掲注28243頁、田村政喜・田中昭行「殺意、総合認定」判例タイムズ1437号44頁、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・現代刑事法の諸問題〔第2巻第2編・実践編〕』（立花書房、2011年）213頁。

31) 下津・前掲注28239頁、半田靖史「故意の認定——故意概念と法的評価の観点から——」木谷明編『刑事事実認定の基本問題〔第3版〕』（成文堂、2015年）49頁。

2. 行為自体の危険性の程度と行為者の認識の関係

行為自体の結果発生の危険性がどの程度であったか、ということ为基础として行為者の認識が推認されることに鑑みると、故意の認定は、第一に客観的な結果発生の危険性の程度に左右されることになる。殺人罪の成否が問題となる事案では、行為自体の死亡結果発生の危険性が明らかに高い場合と、行為自体の危険性が高いといえるか一見して分からない場合がありうる。

たとえば、サバイバルナイフで頸部を狙って切りつける場合や、致死量を超える毒薬を飲ませる場合であれば、人体の枢要部を狙ったり、致死量の毒薬であること自体が人の死という結果発生の危険性の高い行為であるから、行為者が自己の行為を認識していれば、特段の事情がない限り、「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行なった（以下、これを「司法研究型殺意認定」とする。）」といえるして³²⁾、死亡結果の惹起についても認識・認容は推認されるといえる³³⁾。このような推認の基礎には、「被害者を死亡させる危険性の高い行為を、そのような危険な行為であると分かって行った場合には、自らの行為によって、被害者が死亡する具体的・現実的危険性を認識・認容していたといえる」という経験則がある³⁴⁾。どのような状況をもって人が死亡する可能性が高いと判断するかは人によって感じ方に差のあるところであり、また何らかの事情によって行為者がその危険性を認識していないこともありうるため、行為自体の結果発生の危険性が高い評価されるとしても行為者の認識がいかなる内容であったかは慎重に判断されるべきではあるが、人は通常自分の行為の内容を認識して行動しており、客観的に危険な行為を行なった場

32) 司法研究12頁。これは主に激情犯を念頭に置いた説明であるが、それ以外の場合でも同様に妥当する。

33) 橋爪隆「裁判員裁判と刑法」井上正仁＝酒巻匡『刑事訴訟法の争点』（2013年、有斐閣）214頁、半田靖史「殺人の故意の認定——（続）裁判員裁判の判決書からみた『殺意』概念——」刑事法ジャーナル53号8頁。

34) 鹿児島地判平成24・2・7裁判所ウェブサイト掲載。この経験則を妥当とする見解として、橋爪・前掲注33)214頁、半田・前掲注33)8頁。

合には、それを認識しているのが通常であるといえるから³⁵⁾、この経験則自体は合理性があると考えられる。また、未必の故意に関する学説のいずれの見解からも、結果発生の高い可能性を認識しながら行為に出た以上故意が認められることは否定されない³⁶⁾。それゆえ、この場合に故意が否定されるのは例外的事情がある場合に限られることになろう³⁷⁾。

これに対して、たとえば致死量に満たない量の毒薬を飲ませるような場合や、長期間にわたって虐待をして最終的に被害者を自殺に至らしめた場合を想定してみると、その行為が死亡結果を惹起する危険性としては、死亡の危険性が「高い」・「十分あり得る」・「場合によってはあり得る」・「低い」まで考えられ、その危険性の程度には幅がある。殺人罪の成否が争点となった場合、客観的な死亡結果発生危険性があれば殺人の実行行為性は否定されないが³⁸⁾、危険性が低ければ、その程度の危険性の認識では不十分として殺意が否定されるか、あるいは意図や意欲の有無に左右される（この場合には未必の故意ではなく通常の意味での「殺すつもり」があったかが問題となる³⁹⁾）。他方で、先に述べた「人は通常自分の行為の内容を認識して行動しており、客観的に危険な行為を行なった場合には、それを認識しているのが通常である」という観点はこの場合

35) 河本雅也・林直弘「刑事事実認定重要事例研究ノート・第39回殺意の認定について」警察学論集第71巻5号162頁。

36) 佐伯仁志「故意論(1)」『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）253頁、橋爪・前掲注25）131頁。

37) 行為自体の結果発生危険性は高いが行為者の殺意が否定されうる場合としては、たとえば被害者ともみ合う中で手に持っていた刃物が被害者の左胸に刺さってしまった場合が考えられるが、このような場合でも、手に刃物をもって被害者ともみ合う行為から結果発生可能性を認識することが可能であったならば、殺意の認定は認容の有無に左右されることもありうる。田村・田中前掲注30）46頁では、このような事案で行為危険性の認識が問題となった裁判例について、実務家が検討を加えている。

38) このことは、いわゆる空気注射事件（最決昭和37年3月23日刑集16巻3号305頁）において、致死量に至らない程度の空気注射であっても被害者の体調等次第で死亡することもありうるとして殺人の実行行為性が肯定されていることから明らかである。

39) 司法研究11頁、13頁。

でも妥当するから、サバイバルナイフで人体の枢要部を刺突する行為よりも危険性の程度が低くとも、客観的に見て一定程度の結果発生の危険性がある行為を意識的に行なった行為者において、自己の行為自体を認識していたことをもって殺意が肯定される場合もありうる。それゆえ、当該行為の結果発生の危険性がどの程度あれば、そのような危険性を有する行為を認識している行為者において、故意として十分な程度の危険性を認識していたと推認されるか、ということが問題となる⁴⁰⁾。

3. 殺意の認定に関する近時の判例——最高裁令和3年1月29日判決

(1) 事実の概要と判決要旨

行為者の認識した死亡結果発生の危険性の程度と殺意の認定に関連する近時の判例として、最高裁令和3年1月29日判決裁時1761号1頁（以下、これを「令和3年判決」とする。）が挙げられる。これは、被告人Xが、同僚である被害者Aが自動車通勤であることを知りながらAに致死量に満たない量の睡眠導入剤をひそかに摂取させ、その影響で意識障害を生じた状態でAが車の運転をして単独で物損事故を起こした後、XがAになおも運転を促し、Aが運転を継続した結果、B運転の他車と衝突事故を起こしてAが死亡、Bが傷害を負い（これを第1事件とする。）、この約3か月後、睡眠導入剤を同僚Cとその夫Dにひそかに摂取させて、その影響で意識障害を生じた状態でDが自動車を運転し、

40) これに関連して、実務家からは、殺意が問題となった裁判例を分類するに際して、殺意を意図型殺意と認識型殺意とに分け、認識型殺意に妥当する事案には「結果発生の蓋然性（確実性を含む）を認識している場合」と「結果発生の可能性が低いとはいえないが必ずしも高くないと認識している場合」があると区別する見解が示されている（遠藤・前掲注30）201頁）。このような分類を指示する見解として、原田・前掲注27383頁）。このように分類するとしても、前者の場合にはどの学説からも故意は否定されないし、後者は「低くもないが高くもない」という認識が認められたとしても、結局のところ具体的な結果発生の危険性の程度とそれに対する行為者の認識が個別に検討されることになるから、理論的にはこれを区別することに大きな意義はないように思われるが、このような分類は、裁判員裁判において、特に後者に当たる場合には認識の内容・程度と併せて認容の内容・有無も重要となるということを裁判員に説明するには有用であるといえる。

他車と衝突事故を起こしてC、D及び他車の運転者Eに傷害を負わせた（これを第2事件とする。）、という事案である。この事案では特に第1事件でのAおよびBに対する殺意が問題となった。第一審判決（千葉地判平成30・12・4判時2434号113頁）も原判決（東京高判令和1・12・17裁判所ウェブサイト掲載⁴¹⁾も「運転者に睡眠導入剤を摂取させたうえで、その影響下にある状態の人を運転するように仕向け、交通事故を起こさせて人を死亡させようとする」というXの行為を実行行為とする点では一致していたが、Xの行為の危険性評価および殺意の認定の問題として、「認識の対象となる行為をどのように規定すべきか」、「殺意が認められる時点での結果発生の危険性はどの程度であったか」、「意思的要素としてどのような事情が必要か」、「第三者Bに対する殺意を認めることができるか」といった点に対する判断が異なったために、最高裁においてもこれらの点が争点となった。

原判決は、Xの行為を①睡眠導入剤を摂取させてAに運転を促した時点と②物損事故後にAに再度運転を促した時点に分け、①の時点では「結果が傷害や物損事故等にとどまる可能性もかなりあり、死亡の危険性が高いとまではいえない」がゆえに、この行為は「人が死亡する危険が高いとはいえない行為」とした。そしてこのような場合には、「被害者の置かれたそれぞれの状況に応じて、実行行為の結果としてその人が死亡する危険性の程度の認識や、その結果を被告人が期待していたことなどといった意思的要素等の諸事情に基づいて、被告人がその死亡の結果を認容していたかを検討する必要がある」と述べて、①の時点では、「Aの死亡する危険性の認識に加えて、死亡を期待する意思的要素も有していたとはいえず、Aの物損事故の状況を目の当たりにして「Aの死亡を現実的なものとして期待するに至った可能性も十分に考えられる」として、①の時点でのAに対する殺意は肯定しがたいが、遅くとも②の時点での殺意は認められる（それゆえ結論としては第一審判決を是認）、と結論付けている。

41) 原判決の評釈として、松宮孝明・新・判例解説Watch27号169頁、大庭沙織・季刊刑事弁護103号115頁、玄守道・刑事法ジャーナル65巻101頁。

他方、AとBでは結果発生の危険性の程度が異なるとして、Bに対する殺意をAに対する殺意とは別個に検討し、交通事故の相手方はAの運転する車両をよけることが可能であって「死亡の可能性はAと比較しても低かった」がゆえに、Xの認識としても「事故の結果としてその相手方が死亡することまで必ずしも想起しうるとはいえない」こと、およびBの死を期待するような事情はなく意思の要素も認められないことを理由として、Bに対する殺意を否定した。

これに対して、最高裁は、原判決での①の行為の危険性評価が妥当でないと指摘し、結論として、殺意を肯定した第一審の判断を採用している。その理由としては、睡眠導入剤を摂取させた後にAが運転を取りやめる可能性は低かったことが挙げられ、それゆえにAが「自宅までの道路を走行すれば、死亡事故を引き起こすことは十分考えられ」、原判決は「第一審判決の危険性の評価が不合理であるとするだけの説得的な論拠を示しているとはいえない」と判示している。Bに対する殺意に関しても、対向車の運転者が現実には原判決の観念した回避手段を採るとは限らないことから、「事故の相手方が死亡することも十分あり得る」として結果発生の危険性が低いとの原判決の判断を否定し、結論として、Xは「自己の行為の危険性を十分認識していたということができ、交通事故の態様次第では事故の相手方が死亡することも想定しており、B及びEはその想定範囲内に含まれていたというべきである」として、Bに対する殺意も肯定している。

(2) 令和3年判決から読み取れる危険性の認識の程度

この事案において故意との関連で重要となるのは、AおよびBの死亡事故発生の危険性の程度とその認識である。原判決が①の時点でAの「死亡の危険性が高いとはいえない」と判示し、Bについては死亡結果発生の可能性が低いと評価したのに対して、令和3年判決は、①の時点か②の時点かは言及されていないものの、結論としてXの行為がAの死亡事故を引き起こすことは「十分に考えられる」、またBの死亡の危険性が「十分あり得る」と述べており、原判決と令和3年判決では結果発生の危険性について異なる評価がなされている。

「(死亡事故惹起が) 十分考えられる」「(死亡することも) 十分あり得る」という評価と、「死亡の危険性が高いとはいえない」という原判決の評価が同程度であるのか異なるのかは判決文からは明らかではないが、原判決から推察すると、原判決の評価は「傷害の危険性が多分にあるが死亡の危険性もある(傷害の危険性のほうが高いが死亡の危険性もある)」という趣旨だと考えられ、そうだとすれば、「(死亡の危険性が) 十分考えられる・あり得る」としている本判決のほうが結果発生の危険性の程度を高く捉えていると考えられる。

Xの行為の危険性の程度としては、交通事故は自車が傷つく程度のものから複数台の自動車や交通関与者が関与する規模のものまで被害の程度が幅広く想定され、事故の態様次第で傷害の危険性も死亡の危険性もあると考えれば⁴²⁾、原判決のいう「死亡の危険性が高いとはいえない」行為に当たるという判断が著しく不合理なものとはとはいえない。しかし、Aが運転を取りやめる可能性が低かったことも考慮に入れば、睡眠導入剤をひそかに摂取させた被害者に運転を促す行為により、睡眠導入剤を摂取させられたことを認識していない被害者が自動車を運転するという事態が生じる可能性が高まることになり、睡眠導入剤を摂取した人が普段と同じ体調であると誤信して(あるいは単に疲労による眠気であると誤信して) 普段と同じように運転すれば、死亡事故発生の危険性はかなり高くなると思われる。また、Aが死亡しうのような衝突事故が生じれば、当然衝突の相手方も死亡しうることになるから、BについてもAと同程度の死亡の危険性があるといえる。このように考えると、AおよびBの「死亡を引き起こすことは十分考えられる・十分あり得る」として第一審判決の危険性評価を採用した最高裁の判断には合理性があるといえる。

そして、令和3年判決は、死亡事故発生が「十分考えられる」という程度の危険性がある行為について、行為者がその程度の危険性を有する行為を認識していれば、原判決で要求された「被害者の死亡を期待する」といった事情がな

42) 大野・前掲注②9頁では、情況証拠による殺意認定に際して、自動車の利用による殺人の場合には他の方法(刺殺、絞殺など)とは異なる要素が情況証拠として考慮されうるとして、独立して考察が加えられている。

くとも殺意が認められる、と結論付けている。このことに鑑みると、最高裁は、殺意の認定の基礎となる結果発生危険性として、「被害者や第三者の死亡が十分考えられる」程度で足り、かつ、故意としても、この程度の結果発生危険性を基礎づける事実を認識して行為した者においては、「自己の行為の危険性を十分認識していた」と推認され、「被害者や事故の相手方の死亡が想定範囲に含まれていた」といえるがゆえに、殺意が認められると考えていると捉えられる。

前述の通り、行為者の認識としては、行為者自身が当該行為の危険性を「高い」「低い」と評価していることは必要ではなく、これらの危険性を基礎づける事実の認識があればよい。実務における殺意の認定に関しては、近年では司法研究型殺意認定に収束してきているといわれており、このような認定手法に従って、結果発生高度危険性が認められる行為について、行為者がそのような高度危険性を有する行為を認識していれば殺意が肯定される一方、高度危険性を基礎づける事実の認識が否定された結果、高度危険性の認識が否定された場合や、死亡する高度危険性の認識も積極的認容も否定された場合には、殺意が否定されると分析されている⁴³⁾。

このような殺意認定の近年の状況と令和3年判決での推認手法を併せ考えると、裁判所は、結果発生危険性が「十分考えられる・十分あり得る」行為の場合でも、「高度危険性がある」行為の場合と同様に、この程度の危険性のある行為を行なった者には、例外的な事情がない限り、殺意を肯定するに十分な認識があったことが推認されるという立場にあると考えられる。結果発生危険性が「高い」「十分あり得る」「低い」というのは程度の問題であって、それぞれの間で明確に線引きできるものではないが、被害者の死が十分あり得るような行為を行なう者において、「死亡の可能性は低く傷害の可能性のほうが高い」と考えていたとは考え難いといえよう。それゆえ、客観的にみて傷害結果にとどまる可能性もあるが死亡結果発生可能性も考えられるような行為で

43) 半田・前掲注3311頁。なお、右論稿で分析の対象になっている事例のほとんどが公刊物未搭載の裁判例であり、判決文に接することができない事案が多数であるため、この分析の詳細については右論稿を参照されたい。

あれば、通常そのような行為を行なう者は「人を死亡させるかもしれない」ことを具体的に想定することができ、それゆえに「死なないと思った」「殺意はなかった」という弁解には説明がつかないと判断が導かれて、結果発生の危険性の認識があったことが推認されることになる⁴⁴⁾。

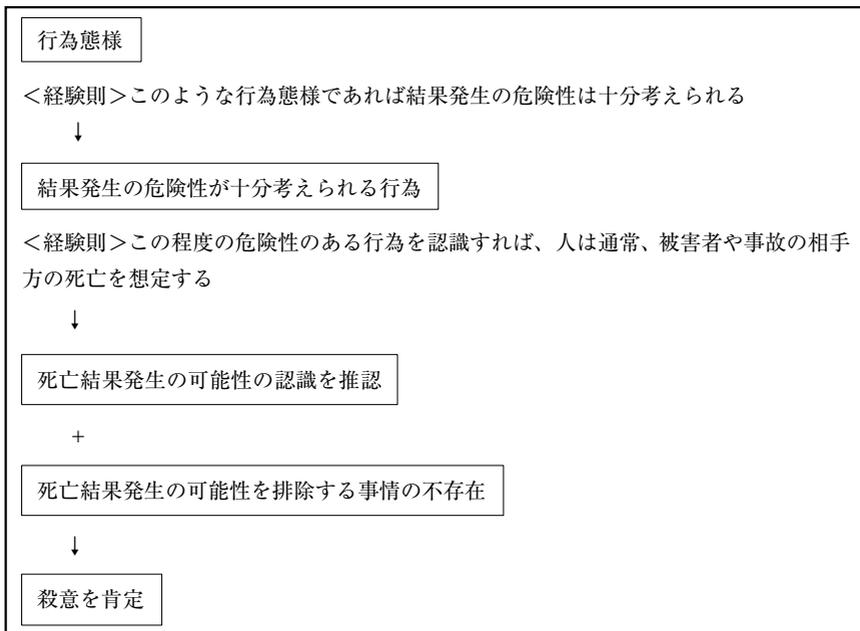
ただし、結果発生の危険性の高さゆえに一般的に人の死亡を想定することができるとしても、これは単に経験則であって、行為者がこれを認識していない場合というのは当然あり得る⁴⁵⁾。それゆえ、死亡結果発生の可能性を排除する事情の有無は、行為者の現実の認識として死亡結果発生の危険性の認識があったことを肯定するために、必ず検討されなければならない⁴⁶⁾。令和3年判決の第一審判決では、「仮に行為者が被害者の死を望んでいなかったとしたら」という想定のもと、^㉑もしXの目的がAへの嫌がらせであれば物損事故発生の時点でその目的は達しており、そこでやめてもよかったはずなのにそうではなかったことや、^㉒Aの死亡後に第2事件で同種の行為に及んでいることを根拠として、「Aの死亡がXにとって予想外のものであったとは考えにくい」と判示されており、これは、死亡結果発生の可能性を排除する事情が存在しないことを説明したものと解される。このような事情の有無を検討することによって行為者において殺意があったことが適切に評価されていると考えられる。

44) 「死亡する結果が発生する可能性が高い」と認識がある場合について、「認識している危険性が、被害者が被害者が死亡するということを具体的に想定するのが通常である程度の危険性があれば、結果発生の危険性が高いと認識していると評価してよい」と説明するものとして、遠藤・前掲注30214頁。

45) 遠藤・前掲注30215頁。

46) なお、私見としてこの事情を認容に関わる事情と解することも可能であると考えているが、少なくとも令和3年判決やその第一審判決からはそのようには読み取ることはできないため、この点については機会を改めて検討したい。

図4 令和3年判決の推認構造



4. 危険性の認識の程度と認容の関係

「結果発生の危険性が十分考えられる行為」の故意を「結果発生の危険性が高い行為」の故意と同様の手法で認定するとしても、判例の立場といわれる認容説からは、危険性の認識の程度と併せて認容の有無も検討されなければならない。実務では、認識的要素と意思的要素は相補関係あるいは相関関係にあり、両者を総合考慮して、殺人の主観的要件として十分な強い非難が妥当する心理状態といえるかどうか判断されるとして、結果発生の可能性が高いと認識していれば意思的要素が希薄なものでも構わないが、認識している結果発生の可能性の程度が低ければ意思的要素がより強く求められると考えられている⁴⁷⁾。

47) 遠藤・前掲注30200頁（相補関係とする理解）、原田・前掲注27381頁（相関関係とする理解）。

他方で、行為者が結果発生の際極めて低い可能性しか認識していない場合には、意思的要素として意図が要求されることとなり、この場合は未必の故意の問題ではなくなる。

認識的要素と意思的要素が相補関係ないし相関関係にあるならば、令和3年判決の原判決で示された「結果発生の高度の危険性まで認められない場合には積極的認容が必要とされる」という説示自体はこれまでの実務の考え方を踏襲したものである⁴⁸⁾、結果発生が十分考えられるような危険性を有する行為の故意を結果発生の高危険性行為の故意と同じ手法で認定するならば、この程度の危険性が認められる行為の場合には積極的認容までは要求されないことになる。また、積極的認容とは一般に「結果が発生してもよい」「望ましい」という心理状態であると理解されているから⁴⁹⁾、「死を期待する」という事情はこれには当たらず、原判決がこのような事情を要求することには根拠がない。令和3年判決が、結果発生の高危険性行為の場合には積極的認容が必要である、という考え方自体は否定していないことは、「原判決のいう……被害者が死亡することを期待していたという事情は、本件において殺意を認定するために必要なものではない」という判示からも読み取ることができる。

令和3年判決ではそれ以外に認容については何も言及されていないが、第一審判決について「認識・認容していたと判断した」と述べていることから、認容という要素も故意の要素として必要とされているといえよう。認容の認定について第一審判決を参照すると、ここでは、①の時点で「死亡事故を含む交通事故を引

48) 死亡結果発生の高危険性がそれほど高いとはいえない行為について、結果発生の高危険性の認識と併せて積極的認容が必要であることが判示された事案としては、被告人が刃渡り約74.8cmの日本刀を被害者の背中に約2cm刺して傷害を負わせた事案（福岡地裁小倉地判平成28年8月2日、結果発生の高危険性が低いことに加えて積極的認容の不存在を認定して殺意否定）や、裁判員裁判施行前の事案ではあるが、父親である被告人が娘に対して約3m背後から出刃包丁を投げつけ、それが後頭部に刺さって死亡した事案（横浜地判平成10年4月16日判タ895号300頁、死亡してもかまわないと認容していたとまではいえないとして殺意を否定）が挙げられる。

49) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』296頁（創文社、1990年）、青木紀博「未必の故意の一考察」同志社法学32巻6号90頁。

き起こす危険性が現実的にも高まったことを認識しながら、あえてAが車を運転して帰宅するよう仕向け」たことをもって、「死亡事故を含む交通事故を引き起こすかもしれないがそれでもやむを得ない」と認定されており、未必の故意の伝統的な表現が用いて認容が肯定されている⁵⁰⁾。ここでは「あえて」・「それでもやむを得ない」という表現以外に具体的に認容に関係する事情が検討されているわけではないが、判例の立場に従えば、結果発生危険性が「十分考えられる・十分あり得る行為」の場合も結果発生危険性が高い場合と同様の手法で故意を認定するとすれば、本事案においては、認識が推認されれば特段の事情がない限り認容も推認され、故意が肯定されることになる⁵¹⁾。

Ⅳ. 殺意の推認構造と詐欺の故意の推認構造

1. 必要とされる結果発生危険性の認識の程度

実務における殺意の認定手法が以上のようなものだとすると、この認定手法は、少なくとも詐欺の故意に関する判例Ⅰ・Ⅱとは共通しているように思われる。判例Ⅰ・Ⅱで用いられた、行為者の関与した受領行為が「荷物が詐欺を含む犯罪に基づき送付された可能性」＝「詐欺の結果発生危険性」を「十分想起させる」行為であることを認定し、それに基づいて、このような危険性を基礎づける事実の認識があれば詐欺の可能性の認識が推認される、という推認手法は、死亡結果発生危険性が「十分考えられる・あり得る」行為について、それを基礎づける事実の認識があれば死亡危険性の認識が推認される、という殺意の推認プロセスと同じ構造であるからである。「(詐欺の危険性が)十分想起される」,「(死亡の危険性が)十分考えられる」程度の危険性の認識をもつ

50) 「被害者が死亡するかもしれないことを認識しながら、あえて……」という表現を「未必の殺意の伝統的表現と定義するものとして、半田・前掲注(28)5頁。

51) 玄・前掲注(41)では、令和3年判決の第一審も原審も「認容説を前提に、当該危険性を認識しつつ行為すれば、認容もまた認められると考えている」と理解したうえで、このような認容の認定方法に疑問が呈されている。

て結果発生の可能性の認識を肯定している点でも、同程度の危険性の認識が認められていると考えられる。殺人罪の場合の結果発生の危険性には、「当該行為によって被害者が死亡する危険性が高いか低い」という、被害者が死亡する確率も含まれると思われるが、これも傷害の可能性と死亡の可能性の程度が検討されていると捉えることができ、詐欺罪の場合、詐欺の可能性と詐欺以外の犯罪の可能性の程度の検討と共通しているといえる。

判例Ⅰ・Ⅱでの認定手法が殺意の認定手法と同じであるならば、判例Ⅰ・Ⅱでは具体的にどのようなプロセスで故意が推認されたのか推測することができる。前述の通り、判例Ⅰ・Ⅱの判決文から読み取られる受け子の故意の認定プロセスとしては、①受領行為の特異性から行為者において「詐欺を含む何らかの犯罪に関与する可能性の認識」という形で概括的認識があったことを推認し、そこから詐欺を排除する事情がない限り、詐欺の故意が肯定される構造と理解する見方(薬物事犯の故意の推認手法を受け子の故意にも適用するという理解)と、②各間接事実から直接詐欺の認識を推認する構造と理解する見方とが考えられるところ、殺意の認定においては、当該事案において具体的な被害者の死亡が十分考えられることを基礎づける事実の認識から直接被害者が死亡する危険性の認識が推認されていることから、詐欺の故意の認定においても、②の推認手法が採られていると考えられる。前述のように①と②の推認手法は説明方法の違いともいえるため、①の見解の可能性が完全に排除されるわけではないものの、殺意の認定構造を詐欺の故意の認定にも適用すれば、ここでは②の推認構造が採用されていると捉えるのが素直な理解であると思われる。裁判所は、結果発生の危険性が十分想起できるような行為の場合には、それを基礎づける事実の認識があれば当該犯罪の認識が推認され、そこから当該犯罪を排除する例外的事情がない限り当該犯罪の故意が肯定される、という推認構造を、殺意の認定にも特殊詐欺の故意の認定にも一貫して用いているといえることができる。

判例Ⅲでは、行為態様が「自己の行為が詐欺である可能性」を十分想起させるものであるか否かは問題とされず、行為態様から「依頼者が居住者ではない可能性」の認識を推認し、それに基づいて「被害者が受取人に関して錯誤に陥っ

て（居住者でない者が受け取るのに居住者が受け取ると誤信して）荷物を送付している可能性」の認識が推認されているが、ここでは前者の推認から後者の推認を導く過程が明らかではないことから、判例Ⅲにおいて、「被害者が錯誤に陥って荷物を送付している可能性」がどの程度ありうる行為と考えられているのかについては検討を要する。この点、判例Ⅲでは、判例Ⅰ・Ⅱとは異なり「何らかの犯罪である可能性の認識」が争点になっていないために、詐欺以外の犯罪の可能性については言及されていないが、居住者でない者が宅配ボックスを介して荷物を取得する行為としては、現金送付型特殊詐欺の他に、窃盗や違法薬物等の取引も可能性の1つとしてはあり得るため⁵²⁾、依頼者が居住者ではない可能性を認識した者において、自己の行為が詐欺である可能性も詐欺以外の犯罪である可能性も想起しうることは否定できないであろう。もっとも、そうだとすると、行為態様に鑑みれば、特に詐欺以外の犯罪を強く想起させうる事情がない限りは、詐欺以外の犯罪である可能性のほうが高いとまではいえないと思われる。そして、仮に複数の犯罪が同程度の可能性で想起されうるとしても、詐欺を排除する事情がない限り詐欺の可能性の認識が推認されるならば、判例Ⅲと判例Ⅰ・Ⅱでは、推認構造は異なるものの詐欺の可能性の認識の認定基準は共通しているといえる。これを「詐欺の可能性が十分考えられる」と表現するか否かは別として、被害者が錯誤に陥っていることを想起させるような行為を行なった者には詐欺の可能性の認識が推認されるとすれば、認識の推認構造としては、殺意の認定の場合と変わらないと考えられる。

2. 受け子の故意における認容

このようにして認識が推認されるとしても、認容説を採る場合には、認容の有無が問題となる。詐欺の3判例では認容には一切言及されていないが、裁判所が認容説を採用しているならば、特殊詐欺の受け子の故意の場合でも認容という要素は必要となろう。詐欺の事案で認容に言及されている裁判例は少ない

52) 大庭・前掲注(6)99頁、玄・前掲注(6)4頁。

が、例えば認容が肯定された事案では、単に「未必的に詐欺の一端に加担することを認識・認容して、共謀の上行っている」（福岡高判平成28年12月20日判時2338号112頁）、「受け子として加担するものであることを認識しながら、それでも構わないと考えて現金の受取役を引き受けた」（名古屋高金沢支判平成28年1月21日LEX/DB 25542138）と述べられているにとどまり、それ以上の具体的な検討はされていない。この点でも殺意に関する令和3年判決と同様の判断構造が採られており、詐欺の故意の場合でも、結果発生の可能性が十分考えられる行為であれば、積極的認容までは不要であり、認識が推認されれば特段の事情がない限り認容も推認されることとなるといえよう。

なお、詐欺事案において認識は推認されるが認容は推認できない、とされた事案をみると、結果発生危険性の程度次第では認容の有無が重要となりうる、という考え方は、詐欺罪の場合でも維持されているようにも見受けられる。郵便受け取りサービスを営んでいた被告人が、特殊詐欺の現金の送付先として被告人の賃借するマンションを利用させたことについて、詐欺幫助の成否が争われた事案（東京高判平成27年11月11日東高刑時報66巻11～12号112頁）では、原判決において、被告人が、警察からの照会により複数の顧客が郵便受け取りサービスを詐欺に利用していることを認識したことにより、照会を受けた顧客以外にも詐欺に利用されているかもしれないことを認識していたと認められるが、それにもかかわらず顧客について関係法令で義務付けられている適法な本人確認を怠っていたといった事情から、「特段の事情がない限り……詐欺に用いられるかもしれないことを認識しながら、これを認容していたことが推認される」とされたのに対して、東京高裁では、被告人が顧問弁護士の助言を受けていたことや詐欺に加担する動機が明らかでないこと等を挙げて、「特段の事情がない限り……認容していたと推認することには飛躍がある」と判示され、原判決の判断は是認できないとして詐欺の故意が否定されている。この事案は受け子の故意の事案とは事情が大きく異なるものの、詐欺罪において認容が問

題となりうることを示す事案として参考になると思われる⁵³⁾。

V. おわりに

以上のように、本稿では詐欺の故意の認定手法と殺意の認定手法を比較して検討を加えた。冒頭で述べた通り、殺人罪の場合には殺意が認められなくても傷害致死での認定があり得る一方、詐欺罪の場合には詐欺の故意が認められなければ犯罪不成立となるという点で、特定された訴因から認定可能な犯罪事実に相違があり、それゆえに故意の認定基準に関して詐欺罪と殺人罪は比較の対象とはならないとも考えられるが、間接事実から「結果発生の可能性」の認識を推認し、故意を認定するという事実認定は、詐欺罪や薬物事犯に限った問題ではなく、あらゆる犯罪に等しく妥当するものである。そして、故意の認定はいかなる犯罪でも一貫した基準によって行われるべきものであり、その認定基準について詐欺の故意と殺意を区別する理由はないから、判例・裁判例における詐欺の故意の認定手法と殺意の認定手法は比較可能であり、また裁判所が一貫した立場を採っているといえるか確認するためにも比較する意義があるということができる。

殺意が争点となる事案では、行為自体が人を死亡させる危険性が高い行為であるか、逆にその危険性が低い場合が多く、また詐欺以外の犯罪の可能性もあり得る特殊詐欺事案とは異なって、公刊物で接することができる事件で殺人以外の犯罪の可能性があり得ることが問題となった事案が少ないため、ここでは検討対象としてわずかな事例しか取り上げることができなかつた。それでも、両者の認定手法をそれぞれ分析してみると、裁判所は、行為者の認識の推認に関して詐欺の場合も殺人の場合も同じ基準を用いていると考えられる。すなわち、危険性の程度として結果発生（殺人罪の場合には死亡結果発生、詐欺罪の

53) もっとも、殺意の認定の場合と同様に、ここで認容の存否判断の基礎に入れられている事情を「詐欺の可能性を排除する例外的事情」と捉えるか、認容に関わる事情と捉えるかには検討の余地があると思われる。

場合には当該行為が詐欺に関わるものであること)が十分考えられる行為の場合には、仮に行為態様から複数の犯罪(殺人・傷害/詐欺・窃盗・薬物取引)の可能性が並列的に想起されとしても、そのような行為自体を認識して行為する者においては、そこから当該犯罪を排除するような事情が存在しない限り、「詐欺とっていなかった」「人が死亡すると思わなかった」という説明の合理性が否定されて、当該犯罪の認識・認容が推認され、故意が肯定されることになる。

最高裁が示した認識の推認基準に問題があるとすれば、故意にとって必要な認識の程度として結果発生が「十分考えられる」との認識で十分なのかという点や、これを結果発生の可能性が高い行為における故意の認定と同様に扱うことの妥当性である。また、「そこから当該犯罪(詐欺ないし殺人)を排除するような事情がないかぎり故意が肯定される」という点について、この事情によって行為者の現実の認識を推認することができるのか、ということも問題となる。これらの点を疑問視する場合には、故意を肯定するためには結果発生の高度の可能性を認識していることが必要ということになり、間接事実としてさらなる事情が要求されることになろう。

また、認容説の立場から、認識的要素と意思的要素が相補関係ないし相関関係にあり、認識の程度に応じて積極的認容が必要とされる場合と消極的認容で足りる場合があると考えとしても、行為の危険性の程度として「結果発生の危険性が高い」場合と「結果発生が十分考えられる」場合を区別しないのであれば、認容という要素は故意の認定にとってどのような役割を果たすのか、ということにも疑問が残るといえる。実際、殺意が争点となる事案では、一定の客観的事実に基づいて認識と認容が一括に判断される傾向が強く、殺意を否定する場合には、認容の存否を独立で問題とするのではなく、そもそも結果発生の可能性の認識が十分でなかったことを理由とするものが多いといわれ⁵⁴⁾、基本的には各学説に基づく具体的な事例の帰結について大きな違いが生じな

54) 司法研究10頁、橋爪・前掲注25)140頁。

い⁵⁵⁾。これらの課題は未必の故意に関する学説の争いとも関連するところであり、いずれの見解が妥当であるかという点と併せて、今後の検討課題としたい。

[追記] なお、本稿脱稿後に、令和3年判決の評釈として、前田雅英・捜査研究845号42頁に、また関連する文献として、小池健治「特殊詐欺の事案における受け子らの認識等について」判例タイムズ1483号35頁に接した。

本研究はJSPS科研費17K13627の助成を受けたものです。

55) 裁判実務上、作為犯の場合には、認容していなければ通常そのような行為に出ることはないといえるがゆえに、実行行為の遂行過程から通常、認容的態度が肯定されるが、不作為犯の場合には認容的態度が重視される傾向にある、との分析もある(中川博之=真鍋秀永=末広陽一「殺意(下)」判例タイムズ1364号46頁、橋爪・前掲注25134頁)。