

# 意味の認識

## ——記述的要素と規範的要素の区別に基づく試論——

2021年4月入学

小杉麟太郎

### I. はじめに

- 1 問題の所在
- 2 本稿の概略

### II. 国内の状況

- 1 「意味の認識」をめぐる議論
  - (1) 初期段階の説明
  - (2) 素人的認識説
  - (3) 法益侵害の認識説
  - (4) 刑法が着目する属性の認識説
  - (5) 小括
- 2 「意味の認識」をめぐる実務
  - (1) 国内学説への実務的対応——亀山説・香城説
  - (2) 「意味の認識」に言及する判例
    - a 大阪高判昭和55年10月31日（刑月12巻10号1121頁）
    - b 東京地判平成23年4月26日（LEX/DB文献番号25471735）
  - 3 ドイツ学説・判例の紹介と検討へ向けて

### III. ドイツ学説・判例の紹介と検討

- 1 故意の定義と責任説の採用
- 2 「意味の認識」の機能場面——記述的要素と規範的要素の区別
- 3 「意味の認識」の意義
- 4 「意味の認識」の機能態様
  - (1) 必要十分条件としての「意味の認識」
  - (2) 2つのBGH判例の検討
    - a BGHSt 48, 322ff. (2003年8月7日)
    - b BGHSt 3, 248ff. (1952年10月28日)
- 5 小括

### IV. 私見

- 1 「意味の認識」の機能場面
  - (1) 記述的要素と規範的要素の区別
    - a 「感覚的に知覚」できる記述的要素
    - b 「感覚的に知覚」することが困難な記述的要素
    - c 発展的問題——道路上の規制区域と「指定」
  - 2 「意味の認識」の意義
    - (1) 「評価」としての「意味の認識」
      - a 「わいせつ性」の認識
      - b 「公務の適法性」の認識
    - (2) 「評価」の仕方——総合評価としての「意味の認識」
      - a 最判平成30年3月19日（刑集72巻1号1頁）——事実の総合評価
      - b 最判昭和26年8月17日（刑集5巻9号1789頁）——法規を含めた総合評価
  - 3 「意味の認識」の機能態様
    - (1) 「意味の認識」による故意の成立
    - (2) 更なる試論——技術的・専門的要素の認識
      - a 技術的・専門的要素
      - b 「評価」の先取り——「酒気帯び」の認識
      - c 立法技術による調整とその限界——「指定薬物」の認識

### V. おわりに

## I. はじめに

### 1 問題の所在

刑法 38 条 1 項は「罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律の特別の規定がある場合は、この限りでない」として故意犯処罰の原則を定めている。ここで通説的見解によれば、故意とは犯罪事実の認識・予見であり、犯罪事実とは行為の違法性を基礎付ける事実、つまり構成要件に該当する客観的事実である<sup>1)</sup>。構成要件該当事実を認識・予見しながらあえて行為に及ぶことは、行為者の規範意識が欠如していたことを示し、それゆえに、その行為についての責任が認められ、重い処罰が基礎づけられるのである（責任説<sup>2)</sup>。そして、構成要件該当事実を認識・予見しているならば、行為者としては自ら規範意識を働かせて、行為を思いとどまるべきであって、それが刑罰法規の適用対象であることを知らなかったからといって、行為者の規範意識の欠如は否定されない。そこで同条 3 項本文は、「法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない」として、法律の不知によっては故意が阻却されないことを明らかにしている。

以上を前提に、学説では、違法性の意識又はその可能性が、故意の要件として、あるいは責任要素として要求されるかが争われてきた。違法性の意識が（構成要件の故意と区別

した）責任故意に必要であるとする厳格故意説は、「徹底した意味での道義的非難は、行為者が、単に犯罪事実を表象してただけでは足りず、それが法的に許されないことを知りつつ行為した場合に、初めてなし得る」と主張した<sup>3)</sup>。しかしながら、近時の通説的見解である責任説は、故意の要件に違法性の意識を含めない。なぜなら厳格故意説によれば、同じ違法行為についてその違法性を考慮しつつこれを行う者を、その違法性を全く考慮することなくこれを行う者よりも重く処罰することとなるが、かかる軽率を保護する如き帰結は妥当と言い難く、また 38 条 3 項「法律を知らなかった」の解釈としても、ただ具体的な法規の不知のみ指すのではなく、違法性の意識を欠いた場合を指すと解するのが自然と思われるからである<sup>4)</sup>。本稿もこれに従い、責任説を採る<sup>5)</sup>。

責任説を採る場合、行為者の錯誤につき、それが構成要件該当事実の存否に関する錯誤（事実の錯誤）であるか、行為の違法性に関する錯誤（法律の錯誤・違法性の錯誤）に過ぎないかは、故意の成否に直結する重要論点だということになる。本稿の主題である「意味の認識」は、通説的見解によれば、この事実の錯誤と違法性の錯誤の限界を画する問題である。すなわち、行為者が構成要件に該当する外形的事実を認識しているものの、その「意味の認識」を欠く場合には、それはもはや単なる違法性の錯誤または当てはめの錯誤ではなく、事実の錯誤として故意を否定すべきであるとされる<sup>6)</sup>。

1) 山口厚『刑法総論（第3版）』200頁（有斐閣、2016）、井田良『講義刑法学・総論（第2版）』169頁（有斐閣、2018）、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論（第3版）』226頁（弘文堂、2019）、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（第3版）第3巻（第38条～第42条）』91頁〔大塚仁〕（青林書院、2015）。

2) 山口・前掲注1)200-201頁。

3) 大塚ほか編・前掲注1)99頁〔大塚仁〕より引用。同旨の見解として、中山研一『刑法総論』370-372頁（成文堂、1982）、内田文昭『刑法概要 中巻（犯罪論(2)）』269-271頁（青林書院、1999）など。

4) 山口・前掲注1)265-266頁、西田（橋爪補訂）・前掲注1)254-257頁、井田・前掲注1)406-411頁など。なお、厳格故意説のうちにはこれらの批判に対応して、違法性の意識としては「自己の行為が法規規範の基礎におかれている国家・社会的倫理規範上許されないものであること」の漠然たる意識で足ると主張するものがある（大塚ほか編・前掲注1)101頁〔大塚仁〕）。しかし、そのような見解はむしろ、法以前の道義的・倫理的責任を故意責任という法的な責任と結びつけるものであって、やはり妥当でない（山口・前掲注1)266頁）。

5) ただし、違法性の意識の可能性が全くない場合は、もはや行為者に「自ら規範意識を働かせて、行為を思いとどまる」ことを法的に要求することは不当であるため、違法性の意識の可能性は責任要素として要求されると解する（山口・前掲注1)267-268頁を参照。制限責任説）。

6) 山口・前掲注1)205-208頁、西田（橋爪補訂）・前掲注1)227-229頁、井田・前掲注1)171-173頁など。

しかし、後述する通り「意味の認識」の意義についていまだ学説において見解の一致はみられず、判例における「意味の認識」への実質的言及もほとんどなされないため、単純な判例分析によることも困難という現状にある。本稿の目的は、ドイツの学説・判例を参照することを通じてかかる錯綜状況を整理する視点を獲得し、「意味の認識」の機能場面を特定したうえで、その一つの視点から、「意味の認識」の意義及びそれが故意の成否とどのように関わるかという機能態様についても試論を展開することである。

## 2 本稿の概略

本稿は、国内の状況を踏まえて比較法的検討を行い、その検討で得た視点から再び国内の事案の再整理を試みるという順で進む。

Ⅱ（国内の状況）では、まず国内の学説における「意味の認識」の意義をめぐる議論を概観し、また判例における「意味の認識」への実質的な言及の乏しさを確認する。そこでは、学説の議論が集中する「意味の認識」の意義をめぐる議論には、その前提となるはずの「意味の認識」の機能場面を構成要件要素の分類という視点から特定するという視点が欠けており、そのことが「意味の認識」の意義をめぐる議論が錯綜する一原因であることを指摘するほか、判例の言及の乏しさについても、裁判実務が学説の錯綜に応じて「意味の認識」を各種刑罰法規の構成要件の解釈と連動した事実認定プロセスに還元することを通じて対処してきたという視点から説明し、学説と判例のこのようなすれ違いにより、ますます構成要件の性質に則した理論的検討が遠のいていることへの問題意識を確認する。

国内の状況整理から浮かび上がるのは、構成要件要素の分類を始点とする概念分析の必要性である。そこでⅢ（ドイツ学説・判例の紹介と検討）では、国内の学説も多く参照してきたところの、ドイツにおける故意論を参照し、ドイツの学説及び判例から、記述的要素と規範的要素の区別という基本枠組みを確認する。そして、この枠組みの設定から「意味の認識」の機能場面が特定され、「意味の

認識」の機能態様の整理もより明晰になっていることを示す。

そして、Ⅳ（私見）において記述的要素と規範的要素の区別という枠組みによる整理を、「意味の認識」に直接言及する判例のみならず、事実の錯誤と法律の錯誤の限界に関連する多くの事案類型を取り上げつつ、試論として試みる。第一に、法的・社会的意味内容の認識としての「意味の認識」が要求されるのは規範的要素に対してのみであることを論じ、第二に、規範的要素に対する「意味の認識」は行為者の内心における「平行評価」そのものであって、その評価の根拠となる事実の認識ではないことを各種事案類型に触れつつ述べる。そして第三に、「意味の認識」は規範的要素に対する故意の認識の必要条件ではなく必要十分条件として機能すると考える立場から、「意味の認識」により故意を基礎付ける事例を紹介したうえで、更なる試論として、記述的要素と規範的要素のいずれに対しての認識の議論も直ちに当てはめることができない、特殊な形式の構成要件要素として、技術的・専門的要素に対する認識について検討する。

## Ⅱ. 国内の状況

ここでは、「意味の認識」をめぐる国内の議論及び判例の状況について整理・確認する。まず1では、国内の学説における議論状況を概観するとともに、その問題を指摘する。次いで2では実務家の理論的検討と「意味の認識」に言及する判例を概観して、実務に見出される特徴について述べる。

### 1 「意味の認識」をめぐる議論

#### (1) 初期段階の説明

構成要件的故意の要件としての「意味の認識」についての初期段階の説明として、佐伯千仞『刑法総論』（弘文堂書房、1944年）が挙げられる<sup>7)</sup>。佐伯は、「可罰的違法類型が規範的要素を包含する場合には、行為者は其の意味を認識していなければ」ならないと述べる<sup>8)</sup>。ここにおいて「規範的要素」とは、

刑法における犯罪類型を規範的・価値的概念により構成するものであり、裁判官は規範的要素を包含する犯罪類型を解釈する場合、当該概念の了解もしくは補充を、自身の評価を以って行わなければならない。佐伯はこのような規範的要素として、「他人の財物」(135条)、「文書」(155条)などの「刑法以外の法律上の価値概念」、「猥褻」(174条)、「名誉」(230条)などの「法律以外の社会的文化的なる評価を予想する概念」、及び「(殺人罪の客体としての)人」(199条)の始期などの「質的相違の依存すべき量的評価が裁判官に委ねられている譯」を挙げている<sup>9)</sup>。

規範的要素が規範的・価値的概念であり、その概念が法的な評価あるいは裁判官による評価により形作られる以上、規範的要素については「行為者自身の抱いた意味の理解」とそれらの評価との内容的合致がない場合には、故意を欠くことになる。これが構成要件の故意の要件としての「意味の認識」である。もっともこの内容的合致とは厳密なものではなく、「行為者は必ずしも法律家ではないから彼に対して厳密な法律的思想を求むることは不可能であって、むしろ法的評価と平行する世間一般の評価、或いは裁判官のなす評価と其の方向を同じくする行為者の所属する仲間内の価値判断があればよい」とされる。先の例に当てはめるならば、「猥褻」性についてその刑法上の定義を知る必要はなく、ただ「其の行為が性的関係において社会的に非難せられるものであるということを知ってをれば十分」であるということになる<sup>10)</sup>。

上記の議論は、後述するドイツにおける基本的な「意味の認識」論をほぼそのまま移入したもので、「意味の認識」に関する複雑な

議論は、いまだ表に出ていなかったように思われる。これに対してその後の学説は、佐伯のように機能場面の特定を意識しつつ「意味の認識」について叙述するという方向性ではなく、「意味の認識」一般についてその意義を論じるという方向へと進んでいる。以下、(2)から(4)では、そのような学説が、「意味の認識」の意義について、どのような見解を示しているのかということを見てゆくこととしたい。

## (2) 素人的認識説

国内学説における「意味の認識」の意義をめぐる議論展開の基盤となっている伝統的通説は、「素人的認識説」である。同説は、後述するドイツにおいて「意味の認識」を指す定着した用語である「素人領域における平行評価」を引きつつ、「意味の認識」とは「行為者が属する社会の一般人の判断において理解されている程度の意味の理解」であると解する<sup>11)</sup>。

素人的認識説の特徴は、異なる構成要件について要求される「認識」の水準の違いを、「社会の一般人」という変数を導入することで説明しやすくすることにある。例えば、著名な事例である大判大正13年4月25日(大刑集3巻364頁、むささび・もま事件)及び大判大正14年6月9日(大刑集4巻378頁、たぬき・むじな事件)の説明がそうである。これら2つの事件の事案の内容はよく似ており、「むささび=もま」、「たぬき=むじな」という別名称だが同一種の動物が狩猟法及び同施行規則で捕獲を禁止されていたが、規則に記載されたのはその一方のみ(むささび、たぬき)であって、被告人は他方(もま、むじな)の認識のみを有しながらこれを捕獲し

7) なお、その後に著された佐伯千仞『刑法総論』(有斐閣, 1967)においても佐伯は以下同旨の記述を維持している。本文では、初期段階の説明として1944年の文献を掲げている。

8) 佐伯千仞『刑法総論』223頁(弘文堂書房, 1944)。

9) 佐伯・前掲注8)164-165頁。

10) 佐伯・前掲注8)223頁。

11) 福田平『全訂刑法総論(第5版)』110頁(有斐閣, 2011)より引用。また同旨の見解として、木村亀二『刑法(総論)』149-150頁(青林書院, 1962)、平野龍一『刑法総論I』169頁(有斐閣, 1972)、中山・前掲注3)365-367頁、内藤謙『刑法講義総論(下)I』1054頁(有斐閣, 2001)、大塚仁『刑法概説(総論)(第4版)』200頁(有斐閣, 2008)、斉藤信治『刑法総論(第6版)』100頁(有斐閣, 2008)、立石二六『刑法総論(第4版)』225頁(成文堂, 2015)、高橋則夫『刑法総論(第3版)』175頁(成文堂, 2016)、前田雅英『刑法総論講義(第7版)』182-185頁(東京大学出版会, 2019)、大谷實『刑法講義総論(新版第5版)』150-152頁(成文堂, 2019)など。

たというものである。それにも関わらず、前者で故意が認められ、後者で故意が否定されたという結論の相違が問題を提起している。ここで素人的認識説は「社会の一般人の判断」では、「むささび＝もま」（「もま」は「むささび」の俗称に過ぎない）ではあるが、「たぬき＝むじな」ではなく、前者では「もま」の認識で「むささび」の意味の認識として十分であるが、後者には同じ議論を当てはめられないという説明を提供することができる<sup>12)</sup>。

しかし素人的認識説は、行為者の認識すべき「意味」を刑罰法規ではなく「社会の一般人」に委ねてしまう点で、理論的弱点を抱えている。まず、「行為者が属する社会の一般人の判断」を構成要件ごとに明確にすることは、困難である。むささび・もま事件及びたぬき・むじな事件についての素人的認識説の説明が示すように、「行為者が属する社会の一般人の判断」とは、問題となる構成要件要素についての正式な（有権的）解釈ではなく、その当時におけるいわゆる一般常識である。しかし、素人的認識説内部においても「一般常識」というのが真に全国的な認識を指すのか、一地方において（或いは、行為者の仲間内において）通用している認識で足るのかは明らかでなく<sup>13)</sup>、事案ごとの解決に曖昧さやブレを生ずる<sup>14)</sup>。また、刑罰法規の文言が示している構成要件要素の「意味」と、「社会の一般人」が理解する「意味」とはそもそも異なる（たぬき・むじな事件がまさにそうである）のであって、行為者が「社会の一般人」と同じ誤解に基づいて当てはめの錯誤に陥った場合にも、故意を否定すべきかという問題につきあたる<sup>15)</sup>。

素人的認識説は、構成要件の故意の要件た

る「意味の認識」に構成要件の「意味」についての法的・専門的理解は不要であり、「素人的認識」で足りることを改めて示した点で意義を有する<sup>16)</sup>。しかし、行為者の認識すべき「意味」の確定を「社会の一般人」に委ねられるかという点には疑問がある。そこで、「意味の認識」の意義をめぐっては、構成要件を定める刑罰法規自体から行為者が認識すべき「意味」を定義づける議論にも目を向ける必要がある。

### (3) 法益侵害の認識説

刑罰法規自体から「意味」を定義づける議論としてまず挙げられるのは、当該刑罰法規の保護法益を侵害していることの認識が「意味の認識」だとする見解である（以下、法益侵害の認識説）。法益侵害の認識説によれば、故意犯への重い非難の実質的根拠は「犯罪の実質」を認識しながら反対動機を形成せずに行為に及んだことであり、「犯罪の実質」とは刑罰法規の保護法益を侵害することである。よって、刑罰法規の保護法益を侵害するという認識の有無が決定的となる<sup>17)</sup>。刑罰法規の保護法益は立法者の意思決定によるものであるから、「社会の一般人」が「意味」の定義づけに介在することはなく、素人的認識説と袂を分つ。

他方、法益侵害の認識説に対しても批判は存在する。まず、同説のいうように刑罰法規の保護法益の侵害こそが「犯罪の実質」であるとしても、刑罰法規は保護法益を侵害する行為の全てを対象とするわけではなく、ある特定の種類の行為に限り犯罪と定めるものであって、保護法益の侵害のみから犯罪が成立するわけではない<sup>18)</sup>。法益侵害の認識説にはそのような要件に対応する「意味の認識」を捨象してしまう危険があるといえる。ま

12) 平野・前掲注 11)173 頁。

13) 例えば高橋則夫は、「意味の認識は、法的評価に平行する（対応する）社会的評価についての認識であるが、『平行する』評価が何であるかを確定するためには、その一地方における一般人がどのように理解しているかを確定する必要がある」という（高橋・前掲注 11)175-176 頁注 16）。

14) 町野朔「意味の認識について（下）」警研 61 卷 11 号 3 頁、13-14 頁注 9（1989）を参照。

15) 高山佳奈子「故意の構造（一）」法協 110 卷 12 号 1888 頁、1929 頁（1993）、町野・前掲注 14)4-5 頁。

16) 南由介「意味の認識の内容について」慶應法学 37 号 321 頁、325 頁（2017）。

17) 石井徹哉「故意責任の構造について——「素人領域における平行評価」と違法性の意識——」早稲田法学会誌 38 卷 1 頁、41-44 頁（1988）、林幹人『刑法総論（第 2 版）』267 頁（東京大学出版会、2008）など。

18) 高山佳奈子「故意の構造（二）」法協 111 卷 4 号 537 頁、538-539 頁（1994）。

た、法益侵害の認識説には、あらゆる犯罪について法益侵害の認識を要求した場合、故意の成立範囲を狭めすぎるという指摘もある。例えば、先述したたぬき・むじな事件について法益侵害の認識説からは、「たぬきとかむじなは、個体がそれ自体として法益だというのではない。それらの動物は、希少となり、絶滅の危機にあるという理由で保護されているのだとすれば、それらの種の保存が法益」であると解しつつ、たぬき（むじな）の希少性の認識が必要と主張される<sup>19)</sup>。しかし、行為者においてそのような認識が欠けていることはむしろ通常であるうえ、そのような認識は違法性の意識に極めて接近しており、それを欠くことが故意を否定すべき根拠とはならないのではないかという疑問が呈されるのである<sup>20)</sup>。

#### (4) 刑法が着目する属性の認識説

刑罰法規自体から「意味」を定義づける議論の第二は、刑法が着目する属性の認識説である。同説は、故意責任の基盤である責任主義に立ち戻って「認識・予見された違法事実についてだけ故意責任を問うことができる」ことを確認し、そのうえで「違法事実」とは構成要件に該当する「事実」であり、かつ行為の違法を基礎付ける「意味」を有するものとする<sup>21)</sup>。そうすると、故意責任は「違法事実」の認識・予見であるから故意の認識が「意味」をその対象とすることに疑いはなく、さらにここでいう「意味」の意義は、構成要件該当事実を他の事実から括り出して違法との評価を与えるときに、問題となる刑罰

法規が（あるいは、当該刑罰法規の立法者が）着目した、構成要件該当事実の属性であるということになる<sup>22)</sup>。刑法が着目する属性の認識説も、法益侵害の認識説と同じく刑罰法規自体に「意味」の特定の軸足をおくことで、素人的認識説の問題点を回避している。また、刑法が着目する属性は必ずしも保護法益のみに限られないため、法益侵害の認識説と異なり、保護法益に直接関連しない構成要件への認識を取りこぼすこともない<sup>23)</sup>。

しかし、刑法が着目する属性の認識説も、法益侵害の認識説と共通の問題につきあっている。というのも「刑法が着目する属性」の解釈において、しばしば刑罰法規自体から遡り、行為者の構成要件該当行為が有する危険性や有害性といった当該刑罰法規が定められた理由をも「刑法が着目する属性」に含んで、その認識を「意味の認識」として故意の要件とするからである。例えば、同説の論者は、ある地域で「干ばつ」を理由とする「洗車禁止」が定められた場合には「洗車行為が人々の生活をおびやかす」認識を必要とし、また「メタノールの販売、譲渡、製造又は所持」が禁止された場合にも<sup>24)</sup>、メタノールの「有毒性」の認識が必要と主張する<sup>25)</sup>。これらは最早、刑罰法規の保護法益の侵害の認識を要求するに等しいといえよう。論者は帰結の妥当性を担保するために、当該刑罰法規が着目する利益が、一般的・抽象的であるか、具体的に特定されたそれであるかという視点を導入するが<sup>26)</sup>、そのような弁別にも曖昧さが残るように思われる<sup>27)</sup>。

19) 林・前掲注17)274頁。

20) 南・前掲注16)327-329頁。

21) 山口・前掲注1)200-201頁。

22) 高山・前掲注18)568-569頁。さらに、山口・前掲注1)206頁や松原芳博『刑法総論（第2版）』268頁（日本評論社、2017）は、高山の説を援用する。なお、高山は同じ箇所において、ここでいう事実を「形」、意味を「色」とそれぞれ表現して、「形」と「色」の双方が行為者の表象にのぼることが、故意の成立のために不可欠であるとする。

23) 高山佳奈子『故意と違法性の意識』167頁（有斐閣、1999）。

24) 「メタノール」の「販売、譲渡、製造又は所持」を禁ずる有毒飲食物等取締令1条（当時）に違反した事例に言及している。後述。

25) 高山・前掲注18)570頁。

26) 高山・前掲注23)190頁。

27) 高山は、たぬき・むじな事件についてはこの理由の認識まで要求せずに、たぬき・むじな外形を有する野生動物である認識で足としている（高山・前掲注23)193頁）。しかし、「メタノール」についてその有害性は具体的に特定された保護法益の問題であるが、「たぬき・むじな」についてその要保護性は一般的・抽象的である

### (5) 小括

「意味の認識」に関する国内学説の展開では、「意味の認識」は「素人的認識」か「法益侵害の認識」か、それとも「刑法の着目する属性」かというような、「意味の認識」の意義をめぐる議論の展開が中心であった。伝統的通説である素人的認識説は今も多くの文献において維持されているが、故意の成立範囲を行為者とも刑罰法規とも直接関係しない「社会の一般人」「素人」に委ねることに対しては理論的批判がなされており、構成要件を定める刑罰法規自体から行為者が認識すべき「意味」を定義づける法益侵害の認識説や刑法の着目する属性説が有力化しつつあるように思われる。もっとも先述した通り、これらの説はいずれも、ある刑罰法規・構成要件要素が定められた理由の認識をも「意味の認識」として要求することに帰着してしまい、現実の事案に当てはめると画然と妥当な帰結を導いているとは言い難い。

さらに、これまでの学説の展開では、少なくとも二つの重要な問題が置き去りになっている。一つは「意味の認識」はいかなる構成要件要素への認識について要求されるのかという「意味の認識」の機能場面をめぐる議論であり、これは「意味の認識」の意義をめぐる議論の前提となる。そしてもう一つは、「意味の認識」が故意の成否といかなる関係に立つのか、必要条件なのか十分条件なのか、またそれは対応する構成要件要素の性質ごとに異なるかという、「意味の認識」の機能態様をめぐる議論である。

「意味の認識」の機能場面をめぐる議論の手がかりは、初期段階の説明として挙げた佐伯千仞の文献には見出される。佐伯は、規範的要素についての故意の認識が「意味の認識」

の機能場面であることを示した。さらに規範的要素に含まれる構成要件要素の類型についても、「刑法以外の法律上の価値概念」、「法律以外の社会的文化的なる評価を予想する概念」、及び「質的相違の依存すべき量的評価が裁判官に委ねられている譯」であると明確にもしているのである。しかし、意義をめぐる議論の進展ほどには、機能場面をめぐる議論は進展していない。実際、「意味の認識」の意義に関してどのような見解を採るかに関わらず、多くの文献ではそもそも機能場面を議論することなしに「意味の認識」の意義を論じるか<sup>28)</sup>、規範的要素の認識の問題として「意味の認識」を扱いつつも、「意味の認識」の意義についての議論を適用すべき具体的事案の列挙において機能場面の特定を有耶無耶にするかであり<sup>29)</sup>、機能場面について明言するいくつかの文献は、限定するよりもむしろ、全ての構成要件要素について意味の認識が必要だとする立場をとっている<sup>30)</sup>。

そして「意味の認識」の機能場面をめぐる議論以上に強力な前提が共有されているように思われるのが、「意味の認識」の機能態様をめぐる議論である。ほとんどの文献において、構成要件の故意の要件としての「意味の認識」の機能態様は、「故意には、外形的事実の認識（表象）『に加えて』意味の認識が必要である」というように説明されている<sup>31)</sup>。すなわち、認識の対象となる構成要件要素の性質に関わらず、外形的事実の認識が故意の要件であることは当然の前提であって、「意味の認識」の機能態様は、これに追加すべき必要条件だとされているのである。

しかし、全ての構成要件要素について①「意味の認識」が故意の要件であり、②外形的事実の認識に加えて意味の認識が必要であ

というのは、少なくとも直観的な区別ではないと思われる。

28) 植村一郎「行政犯の故意」小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定——裁判例の総合的研究——(上)』102頁、134頁(判例タイムズ社、1992)、林・前掲注17)267-274頁、高橋・前掲注11)174-177頁、松原・前掲注22)268-271頁、西田(橋爪補訂)・前掲注1)227-229頁など。

29) 立石・前掲注11)225-227頁、齊藤・前掲注11)100-101頁、中山・前掲注3)365-368頁、平野・前掲注11)168-173頁、山口・前掲注1)200-208頁、前田・前掲注11)182-187頁など。

30) 大塚ほか編・前掲注1)126-127頁〔佐久間修〕、団藤重光『刑法綱要総論(第3版)』294-295頁(創文社、1990)、福田・前掲注11)111頁注4)、高山・前掲注18)542頁など。

31) これを明示する文献として、西田(橋爪補訂)・前掲注1)227-229頁、大塚ほか編・前掲注1)126頁〔佐久間修〕、福田・前掲注11)110頁、団藤・前掲注30)394頁、高橋・前掲注11)175頁など。

るとするとき、構成要件要素ごとの柔軟な対応の余地はなくなり、現実の事案に対して結論の妥当性を欠きやすい。刑罰法規自体から「意味の認識」の意義を導くアプローチが理論的には有力化しつつあるにも関わらず、素人的認識説が伝統的通説として多くの文献において維持されている理由は、素人的認識説が「社会の一般人」という事案外の変数の導入によって、柔軟な対応の余地を残せることにあるのではないかと。先に述べた通り、これは同説の理論的弱点と表裏一体であるが、素人的認識説が伝統的通説として維持されていること自体が、柔軟な対応が実務のため必要であることを示唆している。これを念頭に以下、実務における「意味の認識」の位置付けについて、実務家による理論的検討として亀山継夫と香城敏磨による議論を取り上げ、また「意味の認識」に言及する若干数の判例を整理したうえで、ドイツ学説・判例の紹介と検討に進む。

## 2 「意味の認識」をめぐる実務

### (1) 国内学説への実務的対応——亀山説・香城説

学説の多くが「意味の認識」が故意の要件であることを前提に、その意義について議論を深めたのに対し、実務的には「意味の認識」を要求することで適切な処罰範囲を確保できなくなる事態を回避するという問題意識が存在した。とりわけ、いわゆる行政犯のように技術的・専門的事項を客観的構成要件要素として内包する刑罰法規の適用が、行為者がその意味を理解していないことによって妨げられるとすれば、それは実質的には違法性の意識や法規の存在の認識を要求することと同じになってしまい、そのような刑罰法規の実効性を大きく損なうように思われた<sup>32)</sup>。

このような観点から亀山継夫は、故意の成

立のために必要であるのは「当該問題とされる構成要件を他のそれから区別し、特定するに足りるだけの事実の認識」にとどまるとした。これを超える「意味の認識」は違法性の意識や法規の存在の認識を要求するに等しい過剰な要求であるということになり、例えば、先述の「猥褻」についてもその社会的・一般的評価の認識すら不要であり、「客観的にわいせつと目される文書あるいは図画そのものを認識していれば足り」とされる<sup>33)</sup>。

亀山説は「意味の認識」を故意から完全に排除するものではないが、構成要件を識別可能になる「事実の認識」を超えて「意味の認識」を要求することに慎重であったことは疑いないため、学説からは意味の認識不要説と呼称されており<sup>34)</sup>、後述するチャタレー事件判旨と共に批判の対象となった。そこで、実務的には、「意味の認識」を要件として認めつつ、「意味の認識」を刑罰法規の実効性を損なわないように認定するための説明が必要とされる。これに代える例として、香城敏磨の見解・整理が挙げられる。

香城はまず、「構成要件要素である種概念が故意の対象であるということは、故意の成立には、構成要件に該当する自然的事実を認識しているだけでは足りず、それが構成要件に該当するとの判断を下しうるだけの社会的意味を認識していなければならないことを意味する」と述べて、意味の認識不要説を採らないことを明確に示している。しかし「意味の認識」の意義については「刑罰規定を理解していることを前提としたうえで、その要件に当たることを識別しうる程度の意味の認識」と、亀山の延長線的言い回しを用いている<sup>35)</sup>。これは、香城の議論が学説と裁判実務との調整局面に位置することをよく表しているといえよう。

そして香城は、「意味の認識」の意義についてこれ以上の議論はせずに、「意味の認識」

32) 南由介「意味の認識をめぐる一考察——薬物・有毒飲食物事犯に関する判例の検討を中心として——」法学政治学論究48号417頁、421頁(2001)。

33) 亀山継夫「薬物乱用取締法上の諸問題(五・完)」警察学論集33巻1号103頁、108頁(1980)。

34) 南・前掲注32)419-421頁、高山・前掲注15)1915-1916頁など。

35) 香城敏磨「公衆浴場無許可営業罪の故意に関する最高裁判例」『刑法と行政刑法』59頁、78頁(信山社、2005)。

を認定するための推認過程の整理に移行する。例えば、「覚せい剤」に該当する粉末の認識では「通常人がその物を目のあたりにしても、覚せい剤という意味を認識することのできない場合が多いので」、「覚せい剤である」という「意味の認識」の認定には、当該行為者が覚せい剤を日頃取り扱っていたなど特別の事情を要する一方で、薬物の名称（「シャブ」などの隠語を含む）の認識があれば、当該名称が「覚せい剤取締法に規制されている薬物という意味に広く認識されている」ことも踏まえれば、原則として、名称の認識のみでも「意味の認識」が認められるという整理である<sup>36)</sup>。

香城の議論において、行為者のいかなる認識が「意味の認識」であるかという問題はほとんど個別法規の解釈に委ねられ、「意味の認識」という概念についての深掘りはなされない。香城にとって（実務家にとって）重要なことは「意味の認識」必要説の採用と故意の認定実務とを調和させることであり、その問題意識から、行為者を離れて仮想される「通常人」であれば「意味の認識」ができる事実を行為者が認識したことにより、当該行為者には「意味の認識」があったと認定できるという認定実務のための示唆が導出されるのである。つまり、香城の試みたことは、亀山の有した実務的関心を維持しながら、通説的見解である「意味の認識」必要説も取り入れるという折衷を、テクニカルな事実認定において遂げるというものであった<sup>37)</sup>。

香城説的な整理に従う場合、「意味の認識」の認定実務は各種刑罰法規の客観的構成要件の解釈と連動した各別の事実認定プロセスに還元される。そうすると、各種刑罰法規の構成要件要素に関する故意が成立するための要件事実は「意味の認識」の意義をめぐる議論を必ずしも経ずに確立される。そして、そのように確立された要件事実が「意味の認識」とどのような対応関係にあるかということは、実務上必須の問題意識ではない。裁判実

務の任務は、各種刑罰法規の客観的構成要件を解釈し、具体的事案の事実関係に客観的構成要件を当てはめて、当該構成要件に対応する故意の成否を検討することであり、「意味の認識」の成否を検討することでは必ずしもないからである。おそらくかかる理由から、国内の判例での「意味の認識」への言及は非常に少ない。そのことを次項において確認する。

## (2) 「意味の認識」に言及する判例

判例における「意味の認識」の扱いを検討するうえで初めに気がつくのは、故意の要件としての「意味の認識」に実質的に言及する判例の乏しさである。LEX/DBにおいて「意味の認識」をキーワードとして刑事事件を検索すると、34件がヒットする（2022年3月17日現在）。しかし、その殆どは判旨が取り上げていない（弁護人の控訴趣意又は上告趣意のみで言及されている）、又は責任能力の成否に関して言及されている事案であり、故意（錯誤）の成否に関して判旨で言及するのは、僅かに以下8件である。(1)大阪高判昭和55年10月31日（刑月12巻10号1121頁）、(2)最判平成18年2月27日（刑集60巻2号253頁）、(3)東京地判平成23年4月26日（LEX/DB 25471735。リサパートナーズ事件）、(4)函館地判平成26年4月30日（裁判所ウェブサイト）、(5)東京地判平成28年5月9日（刑集74巻4号410頁、ろくでなし子事件一審）、(6)福岡高判平成28年6月24日（高刑集69巻1号1頁）、(7)東京高判平成29年4月13日（刑集74巻4号432頁。ろくでなし子事件控訴審）、(8)東京高判令和2年2月7日（判時2446号71頁。コインハイブ事件控訴審）。

しかも、(5)及び(7)は、「意味の認識」に関する議論を含めた弁護人の主張を排斥する限度で弁護人の主張を引用しているに過ぎない（ろくでなし子事件で争点の一つとなった「わいせつ性」の認識については、後述する）。また、(4)は殺意の有無に関する事実認定の間

36) 香城敏磨「覚せい剤取締法の罰則の構造と特徴」『刑法と行政刑法』303頁、319-322頁（信山社、2005）。

37) 亀山説を「意味の認識」不要説に分類する論者は、このような香城の議論も、実質的にはなお不要説に近いものと分類している（南・前掲注32）424-427頁、高山・前掲注15）1915-1916頁）。その一方で、西田（橋爪補訂）・前掲注1）227-229頁、262頁は、「意味の認識」必要説を採りつつ香城説の整理を支持している。

題であり、(8)は近時の最判において客観的構成要件該当性の段階で判断の変更がなされたため、やはりいずれも本稿の検討対象から除外すべきである。なお、(2)及び(6)は、故意の対象となるべき構成要件要素に特殊な性質があるため、IV(私見)において後述する。よって、ここでは、残った(1)、(3)について、それぞれの事案及び判旨における「意味の認識」の扱われ方をまとめておくにとどめる。

**a 大阪高判昭和55年10月31日(刑月12巻10号1121頁)**

被告人は歯科医院に勤務する歯科衛生士であったところ、歯科医師たる院長の指示を受けて、窩洞形成、根管治療、抜髄などの行為を継続して行っていたため、これらの行為が歯科医師法17条が歯科医師以外に禁止している「歯科医業」に該当するとして、同条違反(罰則は同法29条1項1号)により起訴された。第一審は有罪判決を下し、弁護側は控訴して、「歯科医業」該当性の段階で争うと同時に、被告人はこれらの行為が違法な歯科医業に当たるという意識がなかったとも主張した。

控訴審は、歯科衛生士法及び歯科医師法の趣旨の解釈から「歯科医業」該当性を認めたとうえで、弁護側の後者の主張について「歯科医業に当たるか否かの認識は、当該行為の自然的意味の認識をもつて足り、その行為の違法性の意識までを必要とするものではない」と判示した。

ここで「自然的意味の認識」の内容が同判旨において具体的に説明されているわけではないが、「違法な歯科医業に当たるという意識」がなければ犯罪が成立しないとの趣旨に読める弁護側の主張に、「違法性の意識」は不要と応じたことの裏返しで、自己の行為が「窩洞形成、根管治療、抜髄など」という歯科用語が指示する行為類型であることの認識で足りることを示したものであろう。判旨が「自然的」と付け加えているのは、それらの行為が歯科医師法にいう「歯科医業」を「意味」するという認識を欠いたことは、単に当

てはめの錯誤であるため故意を阻却しないことや、「窩洞形成、根管治療、抜髄など」の歯科用語の知識に基づいて自己の行為を明確に定義づけている必要もないということを示したものと考えられる。

**b 東京地判平成23年4月26日(LEX/DB文献番号25471735)**

被告人は銀行のシニア・クレジット・マネージャーとして、融資案件の審査業務等に従事していたが、上場株式会社リサパートナーズの代表取締役から、彼への個人融資を担当していた被告人の部下を経由して、財務状況が悪化していた同社へ他行を主幹事とするシンジケートローン(複数の金融機関が協調して行う資金調達手法の一種)が組成されるという情報を入手した。同社の大規模な資金調達が確実と知った被告人は、当該事実の公表前に同社の株式を買い付けた。この行為が、金融商品取引法166条の禁止するインサイダー取引に該当するとして同条違反(罰則は同法197条の2第13号)により起訴された(判示「第4の所為」)。同所為に関する争点は、被告人が入手した情報が同法166条2項4号「前三号に掲げる事実を除き、当該上場会社等の運営、業務又は財産に関する重要な事実であって投資者の投資判断に著しい影響を及ぼすもの」(いわゆるバスケット条項であり、以下そのように呼称する)に該当するかという点、また該当するとしても、被告人の認識事情から故意が成立するかという点であった。

判旨は、バスケット条項とほぼ同義の定めをおく東京証券取引所の有価証券上場規程につき具体的な基準を定めたものである「会社情報適時開示ガイドブック」に被告人が入手した情報の類型が掲げられていることなどを根拠にバスケット条項該当性を認めて<sup>38)</sup>、さらに被告人の認識事情と故意の成否につき、次のように判示した。「被告人は、被告人が得た情報が、バスケット条項にいう「投資者の投資判断に著しい影響を及ぼすもの」に該当するかどうかについては明確な認識が

38) 本事件の評釈として、戸嶋浩二「インサイダー取引におけるバスケット条項」木目田裕=佐伯仁志編『実務に効く 企業犯罪とコンプライアンス判例精選』ジュリ増刊160頁、167-168頁(2016)も参照。

なく、本件がインサイダー取引に該当するとは思わなかったとも弁解しているが、「投資判断に著しい影響を及ぼすもの」であることにつき、正しい当てはめの認識が不要であることは先に述べたところと同様である。加えて、これは規範的構成要件要素であるから、被告人は「投資判断に著しい影響を及ぼす」との判断を可能とする事実（評価の根拠となる事実）を認識しさえすれば、意味の認識はあるのであり、仮に被告人が「投資判断に著しい影響を及ぼさない」と思いこんでいたとしても、故意の有無を左右するものではない。本件についてこれをみれば、被告人は、不動産業界に対する融資の状況、本件の融資規模など前記関係者とほぼ同様の評価の根拠となる事実を被告人は認識していたのであるから、被告人の故意は阻却されない。

この判旨において特徴的な点は、まず第一にバスケット条項における「投資判断に著しい影響を及ぼす」という要件が規範的要素であること、そして規範的要素に対して「意味の認識」が故意の要件となることを前提としている点である。一方で第二に、意味の認識として「投資判断に著しい影響を及ぼす」という認識あるいは評価は不要であり、その評価に結びつく評価根拠事実を認識すれば足るとした点も注目に値する。確かに、いずれにせよ、本件の被告人の属性等に鑑みれば、判旨に列挙されている評価根拠事実の認識から「投資判断に著しい影響を及ぼす」ことの認識を推認できそうである。しかしながら、「評価根拠事実を認識していさえすれば意味の認識はある」という一般論の妥当性については、別途検討の必要があると思われる。

### (3) 小括

「意味の認識」が故意の要件となることを前提に「意味の認識」の意義をめぐる議論を展開している学説に対し、裁判実務の問題意識はあくまで、各種刑罰法規の構成要件要素に応じた適切な処罰範囲を確保することにある。構成要件を識別できる程度の実事の認識さえあればそれ以上の「意味の認識」は不要

とする亀山説と、外形的事実の認識のみならず構成要件を識別できる程度の「意味の認識」が必要だとする香城説とでは、もちろん「意味の認識」を故意の要件とする通説的見解の採否において異なる。しかし、上記の問題意識のために「意味の認識」を各種刑罰法規の構成要件要素ごとに、故意の成立に必要な事実の認識というレベルにまで還元するという点において両者はやはり一致している。亀山・香城の方針を採るならば、裁判実務の認定において「意味の認識」の有無は論点として際立つことなく、故意の成否という大枠の認定のための、要件事実に戻される。「意味の認識」への言及裁判例が非常に少ないことも、その帰結であろう。

確かに、「意味の認識」の成否を検討することは、必ずしも裁判実務の任務ではない。しかし、かかる実務的対処によって、事実の錯誤と違法性の錯誤に関する事例はその統一的な理解が困難な錯綜状況にあり、理論的検討への道はますます遠のいている<sup>39)</sup>。先述の通り「意味の認識」は事実の錯誤と違法性の錯誤を画する論点であり、少なくともそのことは、現在の学説及び実務の主潮流が承認するところでもあるのだから、その「意味の認識」の機能場面及び機能態様についての検討の手掛かりたるべき言及が判例に現れず、錯綜するままとなっていることは、望ましいことではない。そこで本稿は、ドイツ学説・判例の紹介と検討を経て、前掲2つの判例に限らず事実の錯誤と違法性の錯誤に関する判例を広く扱いながら、改めて「意味の認識」という視点で事実の錯誤と違法性の錯誤に関する事例群の理論的整理・検討を目指すこととする。

従って、IV（私見）においてする事例検討は(2)で検討した2つの判例に限らない。もっとも、これら2つの判例は「意味の認識」に直接言及する貴重な例であり、本稿における理論的検討の端緒を見出すことが可能である。第一に、前掲大阪高判昭和55年10月31日で示されている「自然的意味の認識」

39) 事実の錯誤と違法性の錯誤についての裁判例の全体的な錯綜状況については、山口・前掲注1)206-208頁を参照。

という語彙は、「意味の認識」にも複数の形態があることを示唆している。本件では「歯科医業」という法的概念が、「窩洞形成、根管治療、抜髄」を含む歯科用語に定義のある行為を指示しており、被告人が自己の行為を、それら歯科用語に定義された行為類型として認識していることが「自然的意味の認識」であったと考えられる。これに対し、規範的要素に対する「意味の認識」は、このような「自然的意味の認識」ではあり得ない。規範的要素とは、外形的事実に対する法概念上の又は社会的・文化的な評価そのものであって、定義づけられた客観的な事実類型ではないからである。つまり検討の端緒の第一は、規範的要素に対する「意味の認識」を「自然的意味の認識」とは異なるものとして括り出すことができるかという、「意味の認識」の機能場面に関わる問いである。第二に、前掲東京地判平成23年4月26日における評価根拠事実の認識で「意味の認識」として足るといふ言明は、亀山・香城の方針であった要件事実レベルへの還元の帰結を明らかにしたものといえる。この判決において、規範的要素の故意の認識のために「意味の認識」が要件となることは前提となっている(その意味で、通説の見解と一致する)にも関わらず、その内実は評価根拠事実の認識であり、「投資判断に著しい影響を及ぼす」という評価に対応する認識は、事実上不要とされている。そこで、第二の検討の端緒は、法的・社会的又は文化的な評価を含んで成り立つ規範的要素に対する「意味の認識」も結局は「評価根拠事実の認識」であって、そのような意味での「事実の認識」が必要十分条件であるとして良いかという、「意味の認識」の意義と機能態様に関わる問いである。

Ⅲ(ドイツ学説・判例の紹介と検討)へと進むにあたり、これらの問いに応答するための視点あるいは起点について、次節で確認しておく。

### 3 ドイツ学説・判例の紹介と検討 へ向けて

事実の錯誤と違法性の錯誤の限界を画する

「意味の認識」という概念の意義について、国内の学説は見解の一致をみていない。これに対し実務の対応は「意味の認識」の要求が、その機能場面によっては処罰範囲を不当に狭めてしまうという問題意識から各種刑罰法規の構成要件ごとの事実認定へ「意味の認識」の問題を還元しており、規範的要素に対する「意味の認識」もその評価根拠事実の認識と同一視されている。

このような錯綜状況の原因は、Ⅱ2(5)で指摘した通り、学説の「意味の認識」の意義をめぐる議論が、全ての構成要件要素について妥当すべき議論として展開しており、構成要件要素の分類に基づいて機能場面を特定することが前提として堅持されなかったことである。確かに全ての構成要件要素は何らかの意味を内包しているから、「意味の認識」の機能場面を特定することは困難もしくはすべきでないと考えられることにも理由がある。しかし、構成要件要素にも様々な性質の違いがある以上は、その全てに一律に妥当する「意味の認識」の意義を議論することも、やはり困難と考えられる。加えて、「意味の認識」の機能態様の議論においても機能場面の議論と同様に、構成要件要素ごとの性質の違いを意識すべきである。構成要件要素のなかには「猥褻」(174条)のようにある外見的事実への評価そのものを構成要件要素とするものや、刑法以外の刑罰法規に多く見られる、「成分 $\alpha$ の含有量がX mg以上」のような形により専門的に指定された構成要件要素がある。これらの外形的事実を指示しないあるいは外形的事実として認識し難い要素に対しても、「外形的事実の認識」が前提要件となるのかは疑問であって、「外形的事実の認識に加えて意味の認識が必要」との定式も、構成要件要素の分類を起点に見直しが必要と思われる。

そこで本稿は「意味の認識」に関する議論を、①「事実の認識」ではなく「意味の認識」が必要となるのはどういう場面で、②その場面における「意味の認識」にはどのような意義があり、③そのような意義である「意味の認識」は故意の成否に対してどのように機能するかという順序で再整理することを試み

る。そしてその全ての背後には、構成要件要素の性質に応じた分類という視点をおくことになる。本稿の目的を達するためにはこの概念分析が必要となるところ、その手掛かりは、国内の学説の継受元である、ドイツにおける議論に存在すると考える。そこで次節において、「意味の認識」をめぐるドイツ学説・判例の紹介と検討を行う。

### Ⅲ. ドイツ学説・判例の紹介と検討

#### 1 故意の定義と責任説の採用

ドイツにおける故意犯の主観的不法構成要件は構成要件の故意及びその他の主観的構成要件要素からなり、構成要件の故意とは「ある犯罪構成要件について、その全ての客観的犯罪事実を認識した上で、これを実現しようとする意欲である」<sup>40)</sup>。つまり構成要件の故意には認識的要素 (Wissenselement) と意欲的要素 (Willenselement) とがある。

そしてドイツ刑法典 (以下、StGB) 16 条 1 項 1 文は「犯罪遂行の際に、法律上の構成要件に属する事実を認識していなかった者は、故意に行為をしたものではない」と規定する一方、StGB17 条 1 文は「犯罪遂行の際に、行為者に不法を行う認識が欠けていた場合において、その者がこの錯誤を回避し得なかったときは、責任なく行為をしたものである」と規定するから<sup>41)</sup>、故意の要件に禁止の認識は含まれず、禁止の認識の可能性は故意と独立の責任要素であること、すなわち、責任説が採用されていることが分かる<sup>42)</sup>。

よって、ドイツにおいてもわが国と同様に、構成要件の故意の認識的要素に関して、可罰性を排除する事実の錯誤と、回避不可能でない限り可罰のままである禁止の錯誤との区別が問題となる<sup>43)</sup>。

#### 2 「意味の認識」の機能場面——記述的要素と規範的要素の区別

StGB16 条 1 項 1 文から、ドイツにおける事実の錯誤の問題は、行為者 (Täter) のいかなる認識で、「法律上の構成要件に属する事実を認識」したといえるかという問題になる。なお、「法律上の構成要件 (gesetzlichen Tatbestand)」とは、各則編 (Besonderen Teils) と特別刑法 (Nebenstrafrechts) にある刑罰規定 (Strafvorschrift) の客観的構成要件である<sup>44)</sup>。

ここでドイツの通説は、認識すべき客観的構成要件を記述的要素 (deskriptive Merkmale) と規範的要素 (normative Merkmale) に分けて捉える。記述的要素とは構成要件の禁止又は義務に属する事実を単純な記述により表現するものであって、StGB242 条 (窃盗罪) を例にとるなら、動産 (bewegliche Sache) や奪取 (wegnehmen) といった要素がこれに当たる<sup>45)</sup>。他方で、規範的要素はある規範を論理的前提条件として (unter logischer Voraussetzung einer Norm) 初めて表象されまた思考される、裁判官による評価を追加的に経なければならぬ要素であり、同じ StGB242 条では動産の他人性 (fremdheit) がこれに当たる<sup>46)</sup>。もちろんこの区別は客観的構成要件の文言から卒然と

40) Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 51. Aufl., 2021 Rn.313.

41) いずれも、法務省刑事局『ドイツ刑法典』(2021)より。なお、「犯罪遂行の際 (bei Begehung der Tat)」については、StGB8 条が規定する。

42) ドイツにおいても、故意説が存在しないわけではない。もっとも、少なくとも現行 StGB の解釈としては無理があると考えられる (南由介「意味の認識の限界と禁止の認識」法学政治学論究 59 号 293 頁, 295-297 頁 (2003))。

43) なお、ドイツにおける用語法としては、構成要件の錯誤 (Tatbestandsirrtum) と禁止の錯誤 (Verbotsirrtum) が一般的である。「事実の錯誤」と「構成要件の錯誤」の実質的な差異が現れるのは、「構成要件の錯誤」という用語法が、違法性阻却事由を故意の対象としないことを前提する場合である。もっとも、ドイツの判例・通説も違法性阻却事由の錯誤を直ちに禁止の錯誤に振り分けるわけではない (内藤・前掲注 11)1052 頁)。

44) Joecks/Kulhanek, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 1, 4. Aufl., 2020, §16 Rn. 68.

45) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O.(Anm.40), Rn.195; Vogel/Bülte, in: *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Band 1, 13. Aufl., 2020, §16 Rn.21.

46) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.196; Vogel/Bülte, a.a.O.(Anm. 45), §16 Rn.25.

明らかになるものではないから（例えば人間（Mensch）は記述的要素であるが、始期・終期の問題などにおいて、規範的考慮を背景に有すともいえる）、このような区別自体への批判も存在する。それでも通説は、記述的要素についてはその自然的性質（natürlichen Eigenschaften）のみが法律家の言語使用準則（juristischen Sprachverwendungsregel）において要求されるのに対して、規範的要素については法的・社会的・道徳的規範又は慣習という（法）実務上の原則を参照することが上乘せられているという意味で、なおこの区別を維持でき、また維持すべきと考えている<sup>47)</sup>。

そして、記述的要素に対する認識は、記述的要素が自然的性質のみにより基礎付けられる以上、自然的性質に対応する事実の感覚的知覚（sinnliche Wahrnehmung）で足る<sup>48)</sup>。そうだとすれば、記述的要素に関して故意を阻却する錯誤は、当該事実の感覚的知覚を欠いたことよってのみ成立するから、当該事実についての「意味の認識（Bedeutungskennntnis）」は介在の余地なく、故意の要件にならない。

他方で、規範的要素に対する認識は、規範的要素がそれを基礎付ける所為事情（Tatumstände）のみならず法知識・法概念を参照することによって特定される以上、単なる所為事情の知覚ではその認識とならない<sup>49)</sup>。しかし、行為者に法知識・法概念の正確な知識を要求すれば、規範的要素に対する認識はおよそ成立しない。そこで、規範的要素に対する構成要件の故意を認めるため最小限必要とされる認識として、「意味の認識」が要求される。

### 3 「意味の認識」の意義

ドイツにおいて「意味の認識」は、「素人領域における平行評価（Parallelwertung in der Laiensphäre）」という用語で表現される<sup>50)</sup>。すなわち行為者が、法律家の言語使用準則によれば規範的要素に包摂される事実を、「その不法を基礎付けるため不可欠な（Unrechtsbegründung wesentlichen）法的・社会的意味内容（rechtlich-sozialen Bedeutungsgelalt）」において、把握<sup>51)</sup>することが「意味の認識」である。この「法的・社会的意味内容における把握」は、事実の認識とは異なって、行為者による評価である。とはいえ、「法知識・法概念の正確な知識」は必要ではなく、素人理解（Laienverständnisses）で十分とされている。例えば、StGB267条（文書偽造罪）における「文書（Urkunde）」は規範的要素であるから、ある「文字がメモされた紙片」が、法律家の言語使用準則によれば文書に包摂されるとしても、「文字がメモされた紙」を知覚していたのみでは、文書の認識があったとは認められ得ない。しかし、その紙が文書に包摂されることの認識までは要求されず、「文字がメモされた紙」が、「法的取引（Rechtsverkehr）において重要な証拠となる特定人の思想の表示（Gedankenerklärung）が化体（Verkörperung）したものであることさえ理解していれば足るのである<sup>52)</sup>。

もっとも、「素人領域」・「素人理解」の「素人」が何を指すのかは必ずしも明らかではなく、「素人領域における平行評価」の内実について、「立法府の基本決定（Grundscheidungscheidung）」が行為者の理解水準（Verständnishorizont）において反映されていることで

47) Vogel/Bülte, a.a.O. (Anm.45), §16 Rn.23-24.

48) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.360; Vogel/Bülte, a.a.O. (Anm.45), §16 Rn.21.

49) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.361; Vogel/Bülte, a.a.O. (Anm.45), §16 Rn.26.

50) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.361; Vogel/Bülte, a.a.O. (Anm.45), §16 Rn.26; Joecks/Kulhanek, a.a.O. (Anm.44), §16 Rn.70.

51) Joecks/Kulhanek, a.a.O. (Anm.44), §16 Rn.71.

52) Vogel/Bülte, a.a.O. (Anm.45), §16 Rn.30; Joecks/Kulhanek, a.a.O. (Anm.44), §16 Rn.71.

あるとする主張が有力である<sup>53)</sup>。クラウス・ロクシンが「行為者が、少なくともその素人領域において、立法者をしてその評価をするに至らせたものを認識している」ことを求めるのも同旨であると考えられる<sup>54)</sup>。ただし、定着した用語としては依然として「素人領域における平行評価」が維持されている<sup>55)</sup>。

#### 4 「意味の認識」の機能態様

##### (1) 必要十分条件としての「意味の認識」

意味の認識は、規範的要素の認識のための必要十分条件である。

まず、行為者が規範的要素に対して意味の認識（「平行評価」）を欠いた場合には、その内実・原因が法律の錯誤（Rechtsirrtum）を含む評価の錯誤（Bewertungsirrtum）であっても、また行為者が全ての所為事情を認識していたとしても、StGB16条1項1文にいう事実の錯誤が認められる。例えば、ある動産について不成立の売買契約を成立したと誤信し、もはや自分の所有物であって動産の他人性が無いと誤信した行為者についても、評価の錯誤に基づいて規範的要素についての意味の認識を欠いたとして、事実の錯誤が認められる<sup>56)</sup>。

反対に、行為者が規範的要素についての意味の認識を有していた場合には、その意味の認識を基礎付ける事実については全く表象していなかったとしても、規範的要素に対する認識としては十分であるとされる。例えば、行為者がある動産について、それが「他人の所有物である」という認識を有していさえすれば、「他人の所有物である」ことを基礎付ける個々の所為事情の認識を欠いていたことは、もはや「他人性」の認識に影響しな

い<sup>57)</sup>。

以下では、「意味の認識」の機能態様についての理解をさらに深めるために、ドイツ連邦最高裁判所（Bundesgerichtshof。以下、BGH）の判例を2件参照する。まず1つは規範的要素に対する意味の認識とは所為事情それ自体の認識ではなくそれに対する評価であることを前提に、そのような評価こそが所為事情の認識とは別に故意の認識に要求されることを示したもので、もう1つは、不能未遂（untauglicher Versuch）と幻覚犯（Wahndelikt）との境界事例で、所為事情それ自体の認識を欠いてもなお、意味の認識が認められることにより故意の成立が認められる実例を示したものである。

##### (2) 2つのBGH判例の検討

BGHSt 48, 322ff. (2003年8月7

a 日)<sup>58)</sup>

##### ア) 事案

被告人らは麻薬の売人であり、買主Uに250ユーロでハシッシュ（Haschisch）<sup>59)</sup>を提供した。Uは服用後、別日の代金支払を約束したが、実際には支払わないまま被告人らと連絡を断った。後日被告人らは偶然Uと遭遇して、Uに代金の支払を要求した。しかしUはこの要求に応じず、立腹した被告人らは、「もうお前の命は長くないから、遺書を書け」など申し向けてUを脅迫するとともに、Uに対し暴行を加えた。そして、恐怖したUを被告人らの住居へと連れ込み、更なる暴行・脅迫に及んだうえで、Uに物品を引き渡させた。そこで、被告人らは、StGB239条a（恐喝的な人の強取罪）、StGB253条（恐喝罪）、StGB255条（強盜的恐喝罪）及びその幫助の罪により各々訴追された。

しかし地方裁判所（Landgericht）は、上

53) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.361; Vogel/Bülte, a.a.O. (Anm.45), §16 Rn.26. いわゆる、WGVT Formel (“Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Verständnishorizont des Täters”).

54) 平野龍一監訳『ロクシン刑法総論・第1巻 [基礎・犯罪論の構造] (第3版)』524頁 (信山社, 2003)。

55) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.361; Joecks/Kulhanek, a.a.O. (Anm.44), §16 Rn.71.

56) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.361; Vogel/Bülte, a.a.O. (Anm.45), §16 Rn.26a.

57) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.361; Vogel/Bülte, a.a.O. (Anm.45), §16 Rn.27.

58) このBGH判例を取り上げる国内の文献として、樋口亮介「ドイツ財産犯講義ノート」東京大学法科大学院ローレビュー8巻144頁, 203-204頁 (2013) を参照。

59) 大麻の樹脂を固めた麻薬のこと。

記各罪の構成要件である「正犯に意図された利得の違法性 (Unrechtmäßigkeit der von den Haupttätern beabsichtigten Bereicherung)」が欠けると解し、罪の成立を否定した<sup>60)</sup>。その理由は、Uの本件麻薬取引 (Betäubungsmittelgeschäfts) の際の振舞いが詐欺に該当するため、被告人らはUに対して、StGB263条 (詐欺罪) 及びドイツ民法典 (以下、BGB) 823条2項<sup>61)</sup>に基づく正当な損害賠償請求権を有し、被告人らの行為は、その行使に当たるというものであった。

#### イ) 判決内容

BGH判旨は、まず客観的構成要件の段階で地方裁判所を覆して利得の違法性を肯定した。本件麻薬取引は、麻薬法 (BtMG) 3条1項1号が禁止する、連邦医薬医療機器研究所 (Bundesinstitutes für Arzneimittel und Medizinprodukte) の許可を得ない取引であるため、売買契約として無効であり (BGB134条)、被告人らのUに対する代金支払請求権は成立しない (不当利得返還請求も、BGB817条2文により阻まれる)。そして、それにも関わらず被告人らに StGB263条、BGB823条2項に基づく損害賠償請求権を認めるならば、それは立法者が麻薬の無許可取引を禁止した趣旨を没却する法的結果をもたらすことになるため、やはり認められないのである。

もっとも、意図された利得の違法性は規範的要素であるため、故意の対象となる。地裁はこの段階以前に意図された利得の違法性を否定していたため、さらに進んで故意の有無を検討する必要がある。すなわち、被告人らが、「実際には存在しない追求された利得の請求権を〔誤って〕表象した場合、彼らには、StGB16条1項1文という事実の錯誤がある」。反対から言うならば、行為者が、「自分の債権が〔そもそも〕存在しないか、強要目的の内に存在しないか、あるいは法秩序によ

り保護されないことを、ありうると考え、認容した」場合には、その行為者はすでに「主観的見地において、StGB253条1項の意味での違法な利得を追求した」といえる。そして判旨はこれに続けて、その判断のため決定的であるのは、行為者が「自分が民事法上の請求権を有しないということを導く事実的事情を認識していた」か否かではなく、「当該状況に対しての素人なりの評価 (laienhafter Bewertung) の結果、〔自分が、〕追求した給付の請求権を有しない、あるいは疑わしいと考えた」か否か、具体的に言えば、「その請求権が法秩序により認められ、またそれに応じて、民事訴訟において司法的救済を得て自分の債権を行使できると表象していた」か否かであると述べる。

本件被告人らは、「先行する薬物取引による請求権を行使する法的可能性は……存しない」と応訴 (Einlassung) しており、上記の表象を有していたとは考え難い。よって本件被告人らに、利得の違法性についての事実の錯誤は認められないため、故意の成立にも欠くところはないと判断された。

#### ウ) 検討

本件被告人らが訴追された各罪において、基盤となるのは StGB253条 (恐喝罪) である。StGB255条 (強盜的恐喝罪) は恐喝罪の加重類型であり<sup>62)</sup>、StGB239条 a (恐喝的な人の強取罪) にも「恐喝 (第253条) に利用するため (zu einer Erpressung ( § 253) auszunutzen)」の強取であることが要件として課されている。つまり、恐喝罪の主観的超過要素である「意図された利得の違法性」が欠ける場合には、訴追された各罪の全体が成立しないことになる。ここで、この「違法性」は自然的性質のみにより基礎付けられる記述的要素ではなく、裁判官が法知識・法概念などの規範を参照して行う評価を経てはじめて立ち現れる、規範的要素である。従って、こ

60) 利得目的及び利得の違法性は恐喝罪の主観的超過要素であって、利得の違法性とは、行為による財産の増加が財産秩序に違反していることである。具体的には、弁済期が到来して抗弁のない請求権を実現する場合、利得の違法性が否定される (樋口・前掲注 58)178頁, 203-204頁)。

61) 他人の保護を目的とする法律 (ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz) に違反した者の、損害賠償責任 (Schadensersatzpflicht) について規定している。

62) 樋口・前掲注 58)200頁。

の「違法性」に対する「意味の認識」が、故意の要件となる。

上記のBGH判決は、以上を前提に、上記「違法性」に対する「意味の認識」を「素人なりの評価 (laienhafter Bewertung) の結果、〔自分が、〕 追求した給付の請求権を有しない、あるいは疑わしいと考え」ることであるとした。これは、規範的要素に対する「意味の認識」について、「素人領域における平行評価」の定式を採用したものと解される。ここで、「素人領域における平行評価」とは、裁判官の評価を経て「違法性」を認定されるような所為事情の認識ではなく、行為者自身がした評価である。もっとも、行為者が直接に「違法」という評価をしたことまでは必要でなく、「素人なりの」評価で足る。「意図された利得の違法性」とは「当該利得がそもそも権利として存在しないか、強要目的の範囲内でないか、あるいは法秩序の保護を受けないこと」であるが、それを「素人なりに」言い換えれば、「訴えても認められない」ということである。よって、本件被告人らが「訴えても認められない」ことを認識していたと認定できる以上、本件被告人らには「意図された利得の違法性」についての「意味の認識」があり、故意が成立する。

BGHSt 3, 248ff. (1952年10月28日)<sup>63)</sup>

#### ア) 事案

被告人らはジプシーであり、(ナチス・ドイツ政権下のジプシー迫害により) 1944年3月から1945年4月の約1年間、強制収容所に収容されていた。大戦後に強制収容に対する賠償手続が始まると、被告人らは区裁判所(Amtsgericht)において「宣誓(Eid)」のうえで尋問を受け、その際、強制収容所に収容されていた期間について1943年3月から1945年4月の約2年間と虚偽の証言をした<sup>64)</sup>。そこで被告人らは「法廷において、又は宣誓をさせることを管轄するその他の機関において、虚偽の宣誓をした者」として

StGB154条(虚偽宣誓罪)により訴追され、地方裁判所は有罪判決を下した。

#### イ) 判決内容

BGH判旨はまず、賠償手続の根拠法令である特別基金法(Sonderfondsgesetz)の解釈から、賠償手続の当事者である被告人らに法廷において宣誓をさせる権限は、そもそも区裁判所には無かったとして、地方裁判所の有罪判決を覆した。

もっとも虚偽宣誓罪は下限1年の自由刑を課す重罪であるところ(StGB12条1項)、重罪の未遂は可罰である(StGB23条1項)。地裁はこの前段階で宣誓をさせる権限の存在を肯定したため、さらに進んで未遂の検討を行わなければならない。そして、虚偽宣誓罪における「宣誓をさせる権限(管轄)の存在」が(構成要件の外部に位置づけられる客観的処罰条件ではなく、)規範的構成要件要素であることをまず明らかにして、この規範的構成要件要素が実際には存在しないとしても、「存在すると誤信した行為者は、刑法154条の他の要件が満たされている限り、虚偽宣誓未遂で処罰される」とした。

そして、この「権限」の認識にとって決定的であるのは、「管轄ある官庁という概念の内容をなす事実を表象すること(BGHSt 1, 13ff.)ではない。なぜならば、規範的要素については、「法に精通した者(Rechtskundig)(最終的には裁判官)が一定の方法で法的に評価する事実の認識」如何ではなく、「外部的な所為像(Bild der Tat)が行為者の内面に完全に反映されている場合にのみ、故意が問題となりうる」のであって、「法律に相応する評価、すなわち『行為者の素人領域における平行評価』が、その種の事例においては故意に属する」からである。そして、その意味での「行為者の素人領域における平行評価」が欠けた場合、行為者の故意は成立しない。一方で、「それがあって、その他の要件も満たしている場合、ただし法律は事実を〔行為者と〕同じように評価していない場合、未遂

63) このBGH判例を取り上げている国内の文献として、樋口亮介「ドイツ刑法各論講義ノート：国家的法益に対する罪」(東京大学法科大学院ローレビュー11巻275頁, 291頁(2016)), 増田豊「指示概念と錯誤」法律論叢62巻4・5・6号151頁, 161-164頁(1990)を参照。

64) 賠償金を過大に得るためと思われる。

を理由とする処罰は妨げられない」。すなわち、「行為者の素人領域における平行評価」さえあれば、裁判官の法的な評価において処罰を基礎付ける個々の事実を表象していないとしても、不能未遂が成立して可罰なのである。

以上を踏まえると、本件被告人らは区裁判所に宣誓をさせる権限があると信じた上で意図的に虚偽の証言をしたのであるから、区裁判所の宣誓をさせる権限を基礎付ける事実が存在しない（従って、表象もしていない）としても、虚偽宣誓罪の（不能）未遂に該当して、可罰である。

#### ウ) 検討

ドイツ刑法下で、行為者が実際には存在しない客観的構成要件要素の存在を誤信して行為に及んだ不能未遂（*untauglicher Versuch*）は可罰であり<sup>65)</sup>、行為者が事実を正しく認識し、しかし、規範の存在又は範囲について誤解した結果、可罰的と誤信して行為に及んだ幻覚犯（*Wahndelikt*）は不可罰とされる<sup>66)</sup>。すなわち、不能未遂と幻覚犯は事実の錯誤と禁止の錯誤の裏返しであって、その境界は行為者の錯誤が事実の錯誤であるか禁止の錯誤であるかの境界と、同一である<sup>67)</sup>。

上記のBGH判決は、規範的要素におけるその境界について「素人領域における平行評価」の定式を採用した上で、「平行評価」さえあれば事実の表象が欠けても故意の成立に影響しないという発想を貫徹している。ヘルツベルクはこの判決を評して<sup>68)</sup>、StGB154条における「基本決定」とは「権限ある機関において宣誓のうへ虚偽の証言をしてはならない」というものであって、本件の被告人らは「権限ある機関において宣誓のうへ虚偽の証言をする」という上記の「基本決定」と平行的な表象に沿って行為に及んでいるから、

「平行評価」の存在及び不能未遂の成立を認めた判決は正当とした。他方で、交通警察官に「権限がない」と思いつつ、「権限がなくとも交通警察官に対する虚偽の供述は可罰的であろう」との行為者の誤信は、StGB154条における「基本決定」ともはや平行的ではなく、規範の範囲について誤解した幻覚犯であるという。ここではドイツにおける有力説が主張する意味の認識の内実が、行為者の規範的要素についての故意を直接基礎付けているのである。

## 5 小括

以上のドイツ学説・判例の紹介と検討を踏まえると、「意味の認識」に関してまず重要となる特徴は、構成要件の故意の「認識」の対象となる客観的構成要件要素について、（異論はあるものの）記述的要素と規範的要素の区別を堅持することである。記述的要素は予め定義づけられたある類型の自然的性質により成り立つため、法律家による当てはめにおいて「法的・社会的意味内容」が介在することは原則あり得ない。これに対し、規範的要素は法的・社会的（又は文化的）規範を前提として、所為事情を評価することにより成り立つため、法律家による当てはめにおいても所為事情の「法的・社会的意味内容」が、判断もしくは評価されなければならない。

ドイツにおける構成要件の故意の一内容としての「意味の認識（*Bedeutungkenntnis*）」は、この「法的・社会的意味内容」の表象である。よって「意味の認識」の機能場面は、規範的要素に対する認識に限られる。記述的要素は構成要件要素として「法的・社会的意味内容」を有しないため、「意味の認識」の対象にはなり得ず、その指示する自然的性質

65) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.979-980.

66) Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.40), Rn.990.

67) ドイツで不能未遂が可罰的であるのは、StGB22条が、（行為者が）「犯罪についての自らの表象に従って、直接、構成要件の実現を開始した」ことにより未遂が成立すると規定し、またStGB23条3項が、不能未遂の処罰を予定していると解されるためであるから、ドイツに特有の処罰枠組みである。しかし先述の通り、不能未遂と幻覚犯との境界が、事実の錯誤と禁止の錯誤との境界と同一である以上は、不能未遂の限界に言及する判例を事実の錯誤の限界の考察へ応用することは可能であると考える。

68) Herzberg, *Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH*, JuS 1980, S.469 ff. より。さらに、増田・前掲注63)161-164頁も参照。

を感覚的に知覚することで足る。

そして、規範的要素に対する「意味の認識」の意義は、規範的要素が存在するという評価の事実的基礎の認識ではなく、行為者自身がしたそのような評価である。もっとも、規範的要素について法律家と一致する評価を行為者に要求することは不可能かつ不要であり、ただ「素人領域における平行評価」があれば足る。このことの意義は、法文上では抽象的文言によって示される規範的要素の「素人なりの」言い換えである。ただし、「素人」の内実は明晰でないから、「立法府の基本決定(Grundentscheidung)」を基軸に据える説が有力である。

さらに、規範的要素に対する「意味の認識」は、規範的要素に対する故意の認識の必要十分条件である。「法的・社会的(又は文化的)規範を前提として、所為事情を評価することにより成り立つ」規範的要素の認識は、当該所為事情(事実的基礎)の認識ではなく、あくまで評価としての「意味の認識」が必要である(前掲BGHSt 48, 322ff. (①))。また同時に、「意味の認識」がありさえすれば、事実的基礎の表象を欠いたとしても故意が成立する。前掲BGHSt 3, 248ff. (②)は、虚偽宣誓の規範的要素である「権限を基礎付ける事実の認識」に加えて「権限という規範的要素に対する意味の認識」が必要という構成をしているわけではない。むしろ、「権限という規範的要素への意味の認識」が故意の成立の核心であって、「権限を基礎付ける事実の認識」は無関係である。ここでは、「意味の認識」の機能態様に関して、「外形的事実の認識に加えて意味の認識が必要」との定式を破る可能性が示唆されているのである。

## IV. 私見

### 1 「意味の認識」の機能場面

#### (1) 記述的要素と規範的要素の区別

「意味の認識」という問題の所在について、

国内の議論において、記述的要素と規範的要素の区別が意識されていないわけではない。しかし先述の通り、この区別を意識している文献においても「意味の認識」の問題として具体的事案を列挙する際にはこの区別は有耶無耶になっており、むしろ、この意識を示した上で、全ての構成要件要素について意味の認識が必要だとする立場をとる文献も存在する(本稿Ⅱ1を参照のこと)。こうした傾向の背景にあるのは、「構成要件に該当する事実とは、意味に充ちたものである」<sup>69)</sup>、あるいは「記述的要素と規範的要素は、相対的な区分が可能となるにすぎ」ない<sup>70)</sup>、という見解である。確かに、記述的要素と規範的要素の区別は常に判然とするわけではなく、この区別の導入により問題が全て解決するわけではない。しかしなお、方針としては、ドイツと同様に両要素の区別を堅持し、規範的要素に対する構成要件の故意の問題として「意味の認識」を捉えるべきと考える。

記述的要素とは、構成要件の禁止又は義務に属する事実を単純な記述により表現するものであって、その記述の指示している外形的事実の自然的性質によって成り立つ。ある外形的事実が、ある記述的要素に該当することは、原則として、法的・社会的又は文化的評価を介することなく判断できる。従って、仮に記述的要素について法的・社会的又は文化的な背景が参照されとしてもそれは構成要件要素たる記述的要素の内容ではない。構成要件の故意の一内容であって「法的・社会的意味内容」の表象としての「意味の認識」は、それゆえに、記述的要素に対しては不要なのである。

学説の「意味の認識」の意義をめぐる議論は、先述した背景から、記述的要素についても「法的・社会的意味内容」を想定して、その認識を要求する方向に進んできたと思われる。しかし、その結果、法益侵害の認識説及び刑法が着目する属性の認識説についてみたように、記述的要素が指示する外形的事実の危険性や有害性といった、適用される刑罰法

69) 団藤・前掲注30)294頁、福田・前掲注11)110頁。

70) 大塚ほか編・前掲注1)126頁〔佐久間修〕、前田・前掲注11)182頁注39など。

規が定められた理由まで認識対象として要求することになり、違法性の意識を要求するのとはほぼ変わらないほど、故意の成立範囲を狭めてしまうことになる。具体的事案に対して妥当な解決を図るためには、構成要件要素の性質に応じた「意味の認識」の機能場面の特定が必要であり、そのための第一歩は、「構成要件に該当する事実は、意味に充ちたものである」というところの「意味」を、記述的要素の「自然的性質」と規範的要素の「法的・社会的意味内容」とに区別することである。次項にて詳述する通り、「自然的性質」に対しては行為者の評価ではなく感覚的な知覚の仕方こそが問題となるからである。そして、「記述的要素と規範的要素は、相対的な区分が可能となるにすぎ」ないとしても、その内容として「法的・社会的意味内容」を含まない構成要件要素が存在しないとは到底言えない以上、この区分自体は堅持しつつ「意味の認識」の機能場面の特定を図ることは可能であり、またそうすることが、(次節以降で詳述する)「意味の認識」の意義及び機能態様の分析を明晰化するために、望ましいと考える。

## (2) 記述的要素の認識

記述的要素の内容は外形的事実の自然的性質であり、そこに「法的・社会的意味内容」は存しないため、記述的要素について「法的・社会的意味内容」の表象としての「意味の認識」の問題は存在しない。そして自然的性質の把握は、原則として外形的事実の「感覚的な知覚」で足る。ここでいう把握を「自然的意味の認識」(前掲大阪高判昭和55年10月31日参照)と呼ぶとしてもそれは規範的要素に対する「意味の認識」とは異なり、あくまで外形的事実の「感覚的な知覚」と同

時に充足される程度の要素にとどまる。ただし、記述的要素のうちには、それ自体が姿形などに徴憑を有して自然的性質を「感覚的に知覚」できるものと、そのままでは外界の中で際立たず、その自然的性質を「感覚的に知覚」することが困難なものがあるため注意を要する。

### a 「感覚的に知覚」できる記述的要素

前者の例としては、先述した「むささび・もま事件」及び「たぬき・むじな事件」が挙げられるであろう。前提として、「むささび」や「たぬき」は「法的・社会的意味内容」を介することなしにその内容が確定する記述的要素である(たとえ日本中が「むじな」と誤解していようと、「たぬき」が「たぬき」でなくなるわけではないし、刑罰法規の制定後に「むささび」の希少性が失われたとしても、「むささび」が「むささび」でなくなるわけではない)。そして「むささび」や「たぬき」は動物として姿形に徴憑を有するのであるから、「たぬき」や「むささび」の姿形という外形的事実の感覚的な知覚により、その認識を認めるべきである。行為者が偶々「むささび」・「たぬき」を「もま」・「むじな」と解していたとしても、それは故意を阻却しない当てはめの錯誤に過ぎない。すなわち、両事件のいずれにおいても被告人は「むささび＝たぬき」の自然的性質を認識していたことによって、狩猟法及び同施行規則が捕獲を禁止する「むささび＝たぬき」の故意の認識が認められるのであって、たぬき・むじな事件において被告人の故意を否定した最判は、不当である。被告人の最終的な当罰性の有無については、(制限責任説によれば)故意と独立の責任要素である、違法性の意識の可能性の問題として検討すべきであった<sup>71)</sup>。

71) 違法性の意識の可能性が責任要素として必要であることも、判例において定着した理解では必ずしもない。しかし下級審には確かに、東京高判昭和44年9月17日高刑集22巻4号595頁(黒い雪事件控訴審判決)や、大阪高判平成21年1月20日判タ1300号302頁など、違法性の意識を欠いたことに「相当の理由」があるとして被告人の故意責任の成立を否定したものが存在する。これらの判例は審査機関や警察職員など、行為者がその見解を信頼すべき公的主体が不適切な対応をしたという特殊な事情によって、行為者にとって違法性を意識する具体的な契機が奪われた事案であるから、たぬき・むじな事件においても直接的に違法性の意識の可能性が無かったと言える根拠になるとは言えない(なお、ドイツにおいては、弁護士、職務上の上司、医師などの私人の法律見解を信頼して禁止の錯誤に陥った場合であっても、禁止の錯誤の回避不可能性を認め責任阻却の余地があることが判例上確立されており、我が国よりこの論点に基づく責任阻却の範囲が広汎である(松原久利『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』276-279頁(成文堂、2006))。とはいえ、たぬき・むじな事件の「狸、貉ノ名称ハ古

## b 「感覚的に知覚」することが困難な記述的要素

これに対し、後者の例として適するのは「メタノール」の認識に関する3件の最判である。有毒飲食物等取締令1条(当時)は「メタノール」の「販売、譲渡、製造又は所持」を禁止していたところ、i 最判昭和23年3月20日(刑集2巻3号256頁)の被告人は、「メタノール」の認識をもって、しかし、その有害性については認識することなくこれを譲渡し、ii 最判昭和23年7月14日(刑集2巻8号889頁)の被告人は、「メタノール」と同義である「メチルアルコール」の認識で、しかし「メタノールとメチルアルコールとが同義であること」は認識することなくこれを所持し、iii 最判昭和24年2月22日(刑集3巻2号206頁)の被告人は、「身体に有害であるかも知れない」と思いつつ、しかし「メタノール」であると認識することなくこれを販売した。そして、iの判旨は「すなわち被告人は本件メタノールヲメタノールであることを知つて譲渡したのであるから、原判決が、被告人の右の所為を前記勅令第一条の違反罪に問擬したのは、まことに正当」として故意を肯定し、iiの判旨は「メチルアルコール」であることを知つて之を飲用に供する目的で所持し又は譲渡した以上は、仮令「メチルアルコール」が法律上その所持又は譲渡を禁ぜられている「メタノール」と同一のものであることを知らなかつたとしても、それは単なる法律の不知に過ぎないのであつて、犯罪構成に必要な事実の認識に何等欠くところがないから、犯意があつたものと認むるに妨げない」として故意を肯定し、iiiの判旨は「……身体に有害であるかも知れないと思つただけで(メタノールであるかも知れないと思つたのではなく)はたして同令第一条違反の犯罪についての未必の故意があつたと言

得るであらうか。何となれば身体に有害であるものは同令第一条に規定したメタノール又は四エチル鉛だけではなく他にも有害な物は沢山あるからである。従つてただ身体に有害であるかも知れないと思つただけで同令第一条違反の犯罪に対する未必の故意ありとはい得ない道理」として故意を否定した。

前提として、「メタノール」も化学物質であつて「法的・社会的意味内容」を介することなしにその内容が確定する記述的要素である。もっとも、「メタノール」は無色透明な液体で、臭いもいわゆるアルコール臭であるから、そのままでは外界の中で際立つ徴憑を有しない。この点が「むささび」や「たぬき」との違いであり、それゆえに、その液体の名称が、自然的性質を「感覚的に知覚」するための手掛かりとして決定的に重要となる。3件の最判がすべて「名称の認識」を故意の成否の判断基準としているのはそのためである。加えて、「メタノール」の「販売、譲渡、製造又は所持」を法的に禁止する理由である「有害性」が、故意の成否を全く左右しないことも、記述的要素に対する故意の認識の規律として妥当である(i・iii)。さらに、「メタノール」の場合も、同義語内の錯誤は当てはめの錯誤に過ぎず、故意を阻却しない(ii)。必要なのはあくまで無色・無臭の液体である「メタノール」の自然的性質を感覚的に知覚する(際立たせる)ための手掛かりとしての名称であつて、「メタノール」を用語として知っていることは故意の認識の要件ではないのである。

## c 発展的問題——道路上の規制区域と「指定」

複数の文献において「意味の認識」の問題として論じられる道路上の規制区域の認識の有無についても<sup>72)</sup>、私見によれば、基本的には記述的要素の認識の問題に分類される。

來並存シ我國ノ習俗亦此ノ二者ヲ區別シ毫モ怪マサル所ナルヲ以テ狩獵法中ニ於テ狸ナル名称中ニハ貉ヲモ包含スルコトヲ明ニシ國民ヲシテ適歸スル所ヲ知ラシムルノ注意ヲ取ルヲ當然トスヘク單ニ狸ナル名称ヲ掲ケテ其ノ内ニ當然貉ヲ包含セシメ我國古來ノ習俗上ノ觀念ニ從ヒ貉ヲ以テ狸ト別物ナリト思惟シ之ヲ捕獲シタル者ニ對シ刑罰ノ制裁ヲ以テ之ヲ臨ムカ如キハ決シテ其ノ當ヲ得タルモノト謂フヲ得ス」という判旨を、我國の習俗において「たぬき=むじな」であるとは考えられなかつた以上、少なくとも公的主体において「たぬき=むじな」であることについて何らかの表示しておくべきであつたという意味で「公的主体の不適切な対応」を摘示しているものと解するならば、違法性の意識の可能性が無かつたとして責任阻却する余地はあつた事案と思われる。

72) 菅沼真也子「故意における「事実の認識」の意義に関する近年の議論状況——ドイツ特別刑法における事

「追越禁止」、「転回禁止」、「一時停止」などが定められている道路上の区域は、道路の一部という自然的性質により成立しているからである<sup>73)</sup>。この点、東京高判昭和37年10月18日（高刑15巻7号591頁）が、踏切の直前での「一時停止」義務違反（道交法33条1項）の事案で「被告人が踏切の存在を認識してこれを通過しようとした際一時停止をしなかつた以上直ちに右道路交通法第三十三条第一項に違反する故意犯が成立」としたのは、踏切の存在が自然的性質であることを踏まえ、記述的要素に対する認識を認定したものとして正確な判示といえる。

ただし道路上の規制区域には、規制区域の区分が「踏切の直前」のような道交法が指示する場所的な特徴によるものでなく、公安委員会等の指定による交通規制（道交法4条1項参照）に依存するものも存在する。この場合、「指定」と「指定された区域」という事実とは一体をなすため<sup>74)</sup>、「指定」自体が違法を基礎付ける事実となると言わざるを得ない。

そこで、複数の下級審判例が、指定による規制区域の認識については「標識・標示の認識」を基準に「指定の認識」の有無を判断し、「指定の認識」の有無により故意の成否を判断している<sup>75)</sup>。確かに、「指定」自体が違法を基礎付ける事実である以上は、「指定の認識」によって故意の認識が成立する。もっとも私見としては、「指定の認識」は違法性の認識と同義であるため、「指定の認識」が故意の認識の必要条件であるとまでは言えないと解する余地もあると考える<sup>76)</sup>。そうした場合には、あくまで「指定された区域」の自然的性質こそが認識対象であることを基本としつつ、継ぎ目なく連続する道路において、どこからどこまでが「指定された区域」なのか、そのままでは「感覚的に知覚」することが困難であることを踏まえ、「指定された区域」を際立たせる手掛かりとして、「メタノール」の場合における「名称」と同様に「標識・標示」が決定的に重要になると説明することが妥当であろう<sup>77)</sup>。従って結局、

実の錯誤と違法性の錯誤の区別について——」商学討究67巻4号177頁、194頁（2017）、川口浩一「白地刑罰法規の錯誤における事実の錯誤と違法性の錯誤の区別」関西大学法学論集64巻2号370頁、382-383頁（2014）など。

73) なお厳密には、「道路」は道交法2条1項1号が「道路法（昭和二十七年法律第八十号）第二条第一項に規定する道路、道路運送法（昭和二十六年法律第八十三号）第二条第八項に規定する自動車道及び一般交通の用に供するその他の場所」と定義する法的概念であるため、その限りで、規範的要素と解する余地がある。しかし、ここで問題としたい行為者の認識は、行為地が「道路」であることの認識ではなく、「道路のうちの規制区域」であることの認識である（行為者の弁解としても、「道路」であるとの認識を欠いていたとの弁解は通常考えられないであろう）。

74) 平野龍一「刑法の基礎 責任阻却事由」法セ136号27頁、31-32頁（1967）。

75) そのような下級審における判示の例として、「……被告人が右連絡所横に横断禁止の標識のあるのを知りながらも強いてこれを無視してまで横断行為を敢行せんとする意図を有したものでなく寧ろ右標識の存在を認識しなかつた即ち横断禁止の事実を知らなかつたがためにその挙に出たものと認めるのを相当とするから被告人のこの点の弁解は措信すべく同人には本件犯罪構成要件たる禁止事実の認識を欠き故意なきものと断ぜざるを得ない。」（大阪高判昭和28年4月28日判時28号21頁）、「……単に他の自動車を追い越すという認識だけではならず、公安委員会の定める場所、すなわち、追越禁止区域内で他の自動車を追い越すという認識を意味するものと解するのが相当である。」（東京高判昭和30年4月18日高刑集8巻3号325頁）、「そもそも、道路交通法四三条にいう公安委員会が行う一時停止の指定は同法九条、同法施行令七条の規定に照らし、その処分の内容を標示する道路標識の設置によってなされなければ法的効力を生じないと解される（道路交通取締法に関する昭和三七年四月二〇日最高裁判決参照）ことから、当該交差点の指定場所が道路標識の設置によって一時停止を命ぜられた場所であることは同法四三条、一一九条一項二号違反の罪の構成要件の内容をなす事実であるとみるべきであり、同条二項には右罪の過失犯も規定されているのであるから、右罪の故意犯を認めるには右のような道路標識を現認することまでは必ずしも必要でないとしても、少なくともその存在を認識して一時停止すべく指定された場所であることを知つていなければならぬと解せられる」（大阪高判昭和43年1月30日下刑集10巻1号50頁）など。

76) 亀山継夫「覚せい剤原料譲渡罪の成立に必要とされる故意の内容（下）」研修324号53頁、58-59頁（1975）、南・前掲注42）310-314頁。

77) 道交法4条1項は公安委員会の交通規制につき信号機及び道路標識等の設定及び管理を求めており、その見やすさを担保するため、同法施行令1条の2が、これらの設備の様式や数、設置場所等について規定している（平野龍一ほか編『注解特別刑法1交通編(1)（第2版）』88頁（青林書院、1992）。よって「指定された区域」を際立たせる手掛かり」として「標識・標示」に着目することは、法の建て付けとも整合する。

指定による規制区域の認識は、「指定」を（未必的にでも）直接に認識することと、「標識・標示」という「感覚的な知覚」の手掛かりの認識とのいずれからでも成立することになる<sup>78)</sup>。

なお、道路上の指定による規制区域については「標識・標示」という手掛かりの存在によって「指定の認識」を必ずしも要求せず故意を認められるとしても、構成要件要素の性質によってはそのような手掛かりを予め設けること自体が困難である。そのような場合には立法技術による対応が考えられるが、問題が複雑になるため、私見の最後において改めて触れることとする。

## 2 「意味の認識」の意義

「意味の認識」の意義をめぐる国内学説の議論は、ドイツから移入された「素人領域における平行評価」という概念について、軸足を「素人（社会の一般人）」においていた素人的認識説に対し、軸足を刑罰法規（又は立法者）が意図した法益保護もしくは着目した属性への「平行評価」に移そうとする有力説が批判してゆくという構図で進展してきた。この構図は、ドイツでの議論が「素人領域における平行評価」を定着した用語として受け入れつつ、その内実については「立法者の基本決定」と解する説が有力化していることと同型である。そして、私見としても、「素人領域における平行評価」の解釈の力点を「素人」に置くべきではないと考える（素人的認識説の理論的な弱点については、すでに指摘した通りである）。すなわち、「平行評価」の対象は、（最終的には裁判所が解釈することになる）当該刑罰法規における「基本決定」であって、行為者が自らの表象する事実について、「素人なりに」言い換えた形での概念把握によって）当該刑罰法規における「基本決定」との平行評価に至っていれば、当該行

為者は規範的要素に対する故意の認識を有するといえる。刑法が着目する属性の認識説は、この限りで正鵠を射ている。そして規範的要素に対する故意の認識の問題として「意味の認識」の機能場面を特定することによって、記述的要素についてまで刑法が着目する属性の認識を要求するような処罰範囲の混乱も、回避できるのである。

もともと、私見でも「意味の認識」を行為者による「評価」と解することになるため、国内の裁判実務と衝突する部分が出てくることは避け難い。先述した通り、国内の裁判実務には、「意味の認識」が要件となることを認める場合であっても、行為者の「評価」レベルの議論はせずに、行為者が認識した事実のレベルに議論を還元する傾向が存在するからである（前掲東京地判平成23年4月26日もその一例である）。

以下では、(1)評価根拠事実の認識ではなく「評価」自体が「意味の認識」であること、(2)「評価」は評価根拠事実の認識のみならず関連する全ての事情の総合評価として成り立つことを、それぞれ事例を挙げつつ主張・説明する。

### (1) 「評価」としての「意味の認識」

「意味の認識」とは、法律家のする当てはめによれば規範的要素に包摂される外形的事実を、その違法を基礎付ける法的・社会的意味内容において、把握することである。そして、ここでいう把握とは、行為者が問題となる刑罰法規における「基本決定」と（素人なりの言い換えにおける）平行的な評価をすることであり、その評価根拠となる外形的事実の認識ではない。評価自体と評価根拠事実の認識とをこのように区別することは、ドイツにおける議論を踏まえた理論的帰結である。

しかし、先述した通り、国内の裁判実務は「意味の認識」についても議論を構成要件を識別できる程度の事実の認識、すなわち評価根拠事実の認識に還元することで対応してい

78) ここで仮に香城説的な処理手順を採るならば、「社会の一般人」は「標識・標示の認識」があれば「指定」を認識できるのだから、「標識・標示の認識」により「指定の認識」という「意味の認識」があると認定できる理屈になる。下級審の判例が、「標識・標示の認識」と「指定の認識」とを同一視するかのような記述をする背景には、おそらく、このような発想がある。しかし実際は、「標識・標示の認識」が直ちに「指定の認識」に結びつくわけではないのであるから、このような過剰な擬制を取って採るべきとは思われない。

るため、上記の理論的帰結と激しく衝突する。そこで以下では、まず学説からも判例の批判が多くなされている「わいせつ性」の認識を題材に「意味の認識」を行使者の「評価」と捉えることの意義を示し、またさらに進んで、通説的見解においても評価根拠事実の認識への還元が承認されつつある「公務の適法性」の認識についても、上記の理論的帰結に従えば「わいせつ性」の認識と同型の結論が導かれることを試論的に主張する。

#### a 「わいせつ性」の認識

刑法 175 条（わいせつ物頒布罪）の「わいせつ性」の認識について議論を呼んだ著名な判例が、最判昭和 32 年 3 月 13 日（形集 11 巻 3 号 997 頁，チャタレー事件）である<sup>79)</sup>。事案は出版会社社長である被告人 X が D・H・ロレンス著『チャタレー夫人の恋人』という小説の翻訳出版を企図し、同じく被告人 Y にその翻訳を依頼して、その内容に性的描写のあることを知りながらこれを出版したというものであり、被告人らは刑法 175 条を被疑事実に、起訴された。

被告人らは、本件小説の翻訳出版は「警世的意図」に出たものであり、刑法 175 条にいう「わいせつ」の故意を欠くと主張した。それに対し本件判旨は、以下のように述べて故意の成立を肯定した。「刑法 175 条の罪における犯意の成立については問題となる記載の存在の認識とこれを頒布販売することの認識があれば足り、かかる記載のある文書が同条所定の猥褻性を具備するかどうかの認識まで必要としているものではない。かりに主観的には刑法 175 条の猥褻文書にあたらぬものと信じてある文書を販売しても、それが客観的に猥褻性を有するならば、法律の錯誤として犯意を阻却しないものといわなければならない」。本判決は、その判旨を素朴に読むなら、頒布する文書の「わいせつ性」の認識の

ために必要であるのは「問題となる記載の存在の認識」のみであって、当該記載の「意味の認識」は必要でないとして述べているようである。

上記の判旨に対しては、学説から多くの批判が寄せられた。それらを要約すれば、もし判旨の趣旨が「わいせつ性」の認識として要求すべきは「文書あるいは図画」という外形的事実の認識のみであるということならば、それは、明らかに処罰価値のない行為者（例えば、そこに何が書かれまた描かれているか理解できない者）までを処罰する不当な線引きである、「わいせつ性」という構成要件要素は、「文書あるいは図画」のみで成り立つのではなく、そこに込めた「意味」が肝心なのであるから、行為者の認識についても「意味の認識」が要求されるというものであった<sup>80)</sup>。思うに、チャタレー事件判旨は差し当たり「同条所定の猥褻性を具備するかどうかの認識」は不要であることを（弁護側所論を排斥するため）述べたのみであり、一部の学説が批判するほど厳格に「意味の認識」を排除したわけではない<sup>81)</sup>。実際、文書あるいは図画に何が書かれまた描かれているかは「わいせつ性」という構成要件を識別するための要素にあたる事実であって、判旨を擁護する亀山説によるとしてもなお認識すべき要素と考えられるからである。

しかし、私見では「そこに何が書かれまた描かれているか」という以上の「意味の認識」が必要である。というのも、判旨が「……本被告事件において問題となつている「チャタレー夫人の恋人」が刑法一七五条の猥褻文書に該当するか否か。これについて前提問題としてまず明瞭にしておかなければならないことは、この判断が法解釈すなわち法的価値判断に関係しており事実認定の問題でないということである」と述べるとおり、刑法 175 条

79) 以下の説明は、松原久利「判批」佐伯仁志＝橋爪隆編『刑法判例百選 I 総論（第 8 版）』96 頁、97 頁（2020）を参照。

80) このような視角から刑法 175 条の「わいせつ」性の認識に言及する文献として、団藤・前掲注 30)294-295 頁、高山・前掲注 15)1916 頁、内藤・前掲注 11)1052-1054 頁（有斐閣，2001）、林・前掲注 17)269-270 頁、山口・前掲注 1)205 頁、高橋・前掲注 11)175-176 頁など。

81) 前田・前掲注 11)184 頁を参照。なお香城敏磨も、この点について前田と同様に解して判旨を擁護する（香城・前掲注 35)83 頁）。

は「性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持する」(判旨)という保護法益を侵害する性的表現を「わいせつ」と評価するのであって、この「わいせつ性」は裁判官によるこの法的・社会的又は文化的な価値判断を介して初めて成立する規範的要素だからである。規範的要素に対する「意味の認識」は「文書あるいは図画に何が書かれまた描かれているか」という評価根拠事実の認識ではなく、それが立法者の基本決定である「性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持する」ことに反し得るといふ、素人なりの言い換えにおける評価である。従って、「問題となる記載の存在の認識」で足るとする判旨の説明はやはり不十分で、一例に過ぎないものの「家庭の団欒においてはもちろん、世間の集会などで朗読を憚る程度に羞恥感情を害する」(判旨)という程度の評価が、行為者自身にあったことは必要であると言わざるを得ない<sup>82)</sup>。この意味において、多くの学説がチャタレー事件の判旨に対して指摘してきたことは正当である。

「わいせつ性」の認識という論点は、評価根拠事実の認識と「意味の認識」を区別することの意義を示す好例であり、学説の多数とも整合する。しかし、この区別を徹底することで、通説的見解と衝突する場合も存在する。その一例が次に扱う「公務の適法性」の認識である。

#### b 「公務の適法性」の認識

刑法 95 条(公務執行妨害罪)における「公務の適法性」は、通説的見解によれば、同罪の書かれざる構成要件要素である。同罪は、公務員ではなく公務の執行を保護するものであるから(最判昭和 28 年 10 月 2 日刑集 7 卷 10 号 1883 頁参照)、公務が適法であって初めて刑法上の保護価値が生ずるといえるためである<sup>83)</sup>。そこで、「公務の適法性」に対する認識の要否が問題となる。

判例は、「適法性」それ自体の錯誤と「適

法性」を基礎付ける事実の錯誤とを区別して、後者の錯誤にのみ故意の阻却を認める傾向がある。まず、前者の錯誤の事例としては大判昭和 7 年 3 月 24 日(大刑集 11 卷 296 頁)があり、市議会において議事進行を誤った議長が暴行を加えられた事案において、当該議事進行は「其ノ公務員ノ抽象的職務権限ニ屬スル事項ニ該リ該公務員トシテ眞實其ノ職務ノ執行ト信シテ之ヲ爲シタル」ものであって「一應其ノ公務員ノ適法ナル職務執行行爲ト認メラルヘキモノ」と判断した上で、被告人は議長の議事進行について事実としては認識していた以上、「……當時被告人カ右議長ノ措置ヲ以テ適法ナラスト判断シ從テ議長ノ職務執行行爲ニ妨害ヲ爲スモノニアラスト思惟シタリトスルモ右ハ被告人ノ該行爲ニ對スル法律上ノ判断ニ過キス其ノ如何ハ毫モ被告人ノ犯意ヲ左右」しないとされた。これに対して、後者の錯誤の事例としては大阪地判昭和 47 年 9 月 6 日(判タ 306 号 298 頁)があり、被告人が傷害の準現行犯として警察官に逮捕される際、自らが「傷害の準現行犯として」逮捕されるということをその事実的基礎(傷害行為、被害者の警察官への指示)を含めて認識しておらず、「何故かわからぬままに両巡查から車に乗せられようとしたため……両巡查の職務行為を違法と考え抵抗」した事案について、「被告人の認識事情のもとにおいては両巡查の逮捕行為は違法なものとなるから、本件におけるその職務行為の適法性についての錯誤は事実の錯誤があった場合に当たる」と判示した。そして、近時は学説の通説的見解も、判例の二分論的アプローチを支持している<sup>84)</sup>。

しかし、私見を貫徹する限り、「公務の適法性」への「意味の認識」も必要であって、それは「適法性」を基礎付ける事実の認識ではなく、「適法性」についての行為者の評価そのものである。「公務の適法性」も、裁判官による法的・規範的評価があつて初めて明

82) 他方で、この内容の「意味の認識」が行為者にあるならば、その上で行為者が当該文字列や絵図には刑法 175 条の「わいせつ」性がないと考えたことは、単に当てはめの錯誤であつて故意を阻却しない。

83) 小田直樹「公務執行妨害罪における職務の適法性」西田典之ほか編『刑法の争点』246 頁、246 頁(有斐閣、2007)。

84) 内藤・前掲注 11)1058-1061 頁、山口厚『刑法各論(第 2 版)』546 頁(有斐閣、2010)など。

らかになる要素であるため、構成要件要素であるならば、規範的要素だからである<sup>85)</sup>。判例及び近時の通説が採る二分論的アプローチは、行為者の独断での妨害行為を阻止しなければならないという刑事政策的な配慮を背景に、「社会の一般人であれば『適法性』を認識できる事実の認識」があれば「意味の認識」を認めるという裁判実務上のアプローチを、故意の理論として前面に出してしまっただけのきらいがある。もちろん、上記の刑事政策的配慮から「独断での妨害行為は一切許容せず、適式な不服申立て手続きに拠らせる」という建て付けを採った条文として公務執行妨害罪を解釈するという各論からの理論構成は直ちに排除されず、裁判所においてそのような理論構成に基づいた対応をすることの妥当性も直ちに否定されない。私見はあくまでドイツの議論をもとに「意味の認識」という総論的観点から「公務の適法性」の認識を論じるものであって、そのような解釈・対応に対する評価がドイツと異なることまでを否定できるものでもない（その意味で、以上述べてきたことは「試論」である）。しかし、そのような解釈・対応の妥当性を飲み込むとしても、「意味の認識」についての議論としては、（特別な規定が無い限り<sup>86)</sup>）あくまで「適法性」に対する「意味の認識」は必要であり、それは原則として適法性の評価根拠事実の認識で

はなく、それに対する行為者の評価であるということ、一旦認めるべきではないだろうか<sup>87)</sup>。

(2) 「評価」の仕方——総合評価としての「意味の認識」

「意味の認識」が行為者の「評価」であるという以上、行為者がある所為事情を認識すれば（しなければ）直ちに「意味の認識」あり（なし）ということとはできない。「評価」とは様々な事情を勘案した末に行為者の内心に浮上するものであって、その観点からすれば「意味の認識」とは行為者による関連する全ての事情の「総合評価」である。以下では、「意味の認識」におけるそのような「評価」の仕方について、2件の最判を題材に試論を展開する。

最判平成30年3月19日（刑集72巻  
a 1号1頁）——事実の総合評価

本件は、低栄養に起因する衰弱によって死亡した被告人の子（以下、Aという。全身の筋肉が痩せる症状を伴う先天性の難病である、乳児重症型先天性ミオパチー（以下、ミオパチー）に罹患していた）についての保護責任者遺棄致死被告事件であって、刑法219条の構成要件要素である「要保護状況」を、被告人である母親が認識していたといえるか否かが問題となった<sup>88)</sup>。原判決は、Aの痩せ方が顕著であって、その外見等の状況につ

85) 利得の「違法性」に関する前掲BGHSt 48, 322ff.も参照。

86) 参考としてドイツは、StGB113条（執行担当官に対する抵抗）に第4項を特別に設けて「〔執行行為が違法であるとの〕錯誤を回避することができず、行為者の認識した事情によれば、違法と誤信した職務行為に対して不服申立てにより争うことを行為者に期待することもできなかったとき」のみ不可罰とされることを明文で定めている（同項第2文。法務省刑事局『ドイツ刑法典』（2021）の訳出を参照）。同項の制定趣旨は「市民と執行担当官の利益状況を考慮して、執行行為が違法であると行為者が誤信している場合、自力救済に出る前にまずは法的救済の可能性を尽くすこと」を求めることにあったようだが（樋口・前掲注58）306頁）、筆者の調査不足により、詳細については他日の検討に委ねざるを得ない。

87) 小田・前掲注77)247頁も参照。なお、二分論的アプローチを支持する内藤謙は、「職務行為の適法性を規範的構成要件要素とする場合にも、どのような事実認識があれば、その構成要件要素の認識があったといえるかが問題になる。そこで、職務行為の適法性を、これを基礎付ける前提事実とその事実に対する価値判断としての適法性の評価そのものとに区別して、事実認識として故意の対象となる前者の誤認は事実の錯誤であり、評価そのものである後者の誤認は違法性の錯誤であると解することができる」（内藤・前掲注11)1061頁）という。しかしこれは、「どのような事実認識があれば規範的構成要件要素の認識があったといえるか」という認定実務の問題と、「どのような認識が規範的構成要件要素の認識であるか」という意義の問題とを混同したように思われる。前者について、職務行為の適法性を基礎付ける前提事実の認識から公務の適法性の認識を推認することは、確かに可能である。しかしその場合にも、前提事実の認識によって、「公務の適法性」の「素人領域における平行評価」が行為者の内心に浮上したと推認できるがゆえに、公務の適法性の認識が認定できるというべきである。加えて後述する通り、「意味の認識」は総合評価であるから、前提事実の認識の有無のみで決するものではないと考える。

88) 本件は、主観的構成要件を検討する以前に、Aの生存に必要な保護行為の特定について下級審における錯綜

いて被告人も認識していたことから、「特段の事情がない限り、被告人において、Aが生存に必要な保護として、より栄養を与えられるなどの保護を必要とする状態にあると認識していたと強力に推認できる」とした上で、ミオパチーのためにAが通常よりも痩せやすいことを被告人が認識していたことは上記特段の事情にあたらぬとして、「要保護状況」の認識を認めた<sup>89)</sup>。

最判の「要保護状況」の認識に関する判旨は原判決への応答・批判の形式をとっているが、かいつまんで論理展開を解釈すると、以下ようになる。まず、「……Aの体格等の変化や痩せ方は、客観的には明らかに異常なものであったと認められる。しかし、本件では、被告人が、Aの体格等の変化や痩せ方について、それまで被告人の認識していたAの特性に照らし、さほど異常ではないと誤解していた可能性の有無が問題とされている」。これはすなわち、「要保護状況」の認識の中核が、Aの「体格等の変化や痩せ方」という事実の認識ではなく、「Aの状態が（生存に必要な保護を必要とするほど）異常だ」という評価であるということを示しており、判旨は「要保護状況」を規範的要素と解したと考えられる<sup>90)</sup>。次に、「Aの状態が異常だ」という評価に相応する認識として判旨が挙げているのは、「Aが継続的に栄養不良状態にある」（もしくは「重度の栄養不良状態」という評価的な認識である<sup>91)</sup>。すなわちそれが、「要保護状況」という規範的要素に対する、本件事案を踏まえた、「素人領域における平行評価」としての「意味の認識」なのである。そして本件では、確かに被告人たる母親は、上記の評価的な認識のための評価根拠事情である「Aの（顕著な）痩せ方」という外見等

の状況を認識していたが、その一方で評価障害事情である「子がミオパチーに罹患している」という事実も認識していた。判旨はこの全てを踏まえ、「……原判決の判断は、第1審判決とは別の見方もあり得ることを示したにとどまっただけで、これらを総合考慮しても、原判決は、Aが本件保護行為を必要とする状態にあることを被告人が認識していたとするには合理的な疑いがあるとした第1審判決の判断が不合理であることを十分に示したものとはいえない」として被告人の故意を否定した（原判決破棄・控訴棄却）。

保護責任者遺棄の構成要件要素としての「要保護状況」は、医学的知見に基づく法的・規範的評価により成り立つ規範的要素である。よって「要保護状況」の認識は行為者の評価としての「意味の認識」であり、本件では「継続的もしくは重度の栄養不良状態」であるという評価がこれにあたる。そして、その評価は、「顕著な痩せ」という評価根拠事実の認識により即座に肯定されるものでも、「ミオパチー」という評価障害事実の認識により即座に否定されるものでもなく、それらを総合して被告人の内心に当該評価が浮上するか（当該評価が浮上したはずだと合理的な疑いを入れないほど強固に推認できるか）という問題なのである<sup>92)</sup>。「意味の認識」の機能場面を規範的要素に対する認識に限定し、「意味の認識」の意義が評価根拠事情の認識ではなく評価そのものであることを明確にすることにより、本判決のように種々の事情への被告人の認識を総合評価して規範的要素に対する認識の有無を判断すべき事案についての分析も、さらに明晰になるように思われる。

があった。最判判旨は、この点について、「Aは、……平成26年5月23日には、客観的に重度の栄養不良状態にあったことが明らかであり、ミオパチーに罹患していることを前提としても、遅くともその時点までには、監護者において、適切な栄養摂取方法について医師等の助言を受けるか又は適切な医療措置をAに受けさせることが、Aの生存に必要な保護行為であった」と判示する。

89) 大阪高判平成28年9月28日刑集72巻1号66頁。

90) 池田直人「判批」論ジュリ30号194頁、197-199頁（2019）参照。

91) 向井香津子「判解」最判解刑事篇平成30年度1頁、38頁（2021）。

92) 他方で、「Aが継続的に栄養不良状態にある」（もしくは「重度の栄養不良状態」という評価的な認識さえあれば、それが最終的に「要保護状況」に当たらないと被告人が確信していたとしても、それは故意を阻却しない当てはめの錯誤に過ぎない。

最判昭和26年8月17日（刑集5巻  
b 9号1789頁）——法規を含めた総合  
評価

行為者の内心に「意味の認識」たる「評価」を浮上させる「事情」は、必ずしも事実的事情に限られない。本件（いわゆる、無鑑札犬事件）の判旨は、このことを明確に示している。

本件被告人は、他人の飼犬を撲殺し、その皮を剥いだ。器物損壊罪（261条）の客観的構成要件は「他人の物」の損壊、窃盗罪（235条）の客観的構成要件は「他人の物」の窃取であり、他人のペットは「他人の物」であるため、被告人の行為は両罪の客観的構成要件を充足する。ところが被告人は、「警察規則等を誤解した結果鑑札をつけていない犬はたとい他人の飼犬であっても直ちに無主犬と看做されるものと誤信していた」ため<sup>93)</sup>、（被害犬が）「首環はつけていたが鑑札をつけていなかったところからそれが他人の飼犬ではあつても無主の犬と看做されるものである」と誤信していた。

そこで、被害犬が両条における「他人の物」にあたることの認識の有無が問題となるところ、判旨は「被告人の前記供述によれば同人は右警察規則等を誤解した結果鑑札をつけていない犬はたとい他人の飼犬であっても直ちに無主犬と看做されるものと誤信していたというのであるから、本件は被告人において右錯誤の結果判示の犬が他人所有に属する事実について認識を欠いていたものと認むべき場合であつたかも知れない。されば原判決が被

告人の判示の犬が他人の飼犬であることは判っていた旨の供述をもつて直ちに被告人は判示の犬が他人の所有に属することを認識しており本件について犯意があつたものと断定したことは結局刑法三十八条一項の解釈適用を誤った結果犯意を認定するについて審理不尽の違法があるものといはざるを得ない」と述べて原審<sup>94)</sup>の故意の認定に審理不尽の違法を認め、原判決を破棄差戻した。

前提として、物の「他人性」は法的評価を介して成り立つ規範的要素の典型である。従って「他人性」に対する「意味の認識」が故意の要件となる<sup>95)</sup>。被告人は、「他人性」の評価根拠事情として「被害犬が首輪をつけていたこと」を認識していた<sup>96)</sup>。他方で被告人が誤ったのは「警察規則」という法規の解釈のみである。法規の錯誤は故意を阻却しないという基本テーゼをここにも及ぼすならば、警察規則の誤解を「意味の認識」の評価障害事情に算入することはできない。しかし、そのような解釈は妥当ではない。「意味の認識」たる評価に至らないことはその時点で規範的要素に対する故意の認識の欠落であるため、その原因段階の被告人の認識が事実にも属するものか法規（またはそれ以外の評価）にも属するものかは、もはや問題とはならないからである。本件判旨は、警察規則の誤解を「他人性」の「意味の認識」への評価障害事情に算入して、総合評価により「他人性」の認識を欠いて故意が否定される可能性を指摘しているという意味で、正当である<sup>97)</sup>。

ただし本件被告人は、さらに複雑なこと

93) 本件判旨は、被告人の警察規則等の解釈が誤解であることについても説明している。曰く、「明治三四年五月一四日大分県令第二七号飼犬取締規則第一条には飼犬証票なく且つ飼主分明ならざる犬は無主犬と看做す旨の規定があるが同条は同令第七条の警察官吏又は町村長は獣疫其の他危害予防の為必要の時期に於て無主犬の撲殺を行ふ旨の規定との関係上設けられたに過ぎないものであつて同規則においても私人が擅に前記無主犬と看做される犬を撲殺することを容認していたものではない」。

94) 福岡高判昭和25年5月24日刑集5巻9号1796頁。

95) 法的要素たる「他人性」は法的評価を必要とする規範的要素であるが、「他人の物である」というのはすでに日常語彙であるため、「他人性」という規範的要素について「素人領域における平行評価」のための「素人なりの言い換え」を考える実益は乏しい。

96) 井田良は、この認識から「その犬が他人の飼犬であり、他人に帰属することについての認識があつた」として被告人の故意を認めるべきであつたと主張する（井田・前掲注1）418頁）。しかし、後述の通りかかる判断は早計である。

97) 金子博「判批」佐伯仁志＝橋爪隆編『刑法判例百選Ⅰ総論（第8版）』90頁、90-91頁（2020）。なお、同論文は、記述的要素と規範的要素を区別し、意味の認識が規範的要素の問題であることを明示している点においても私見と一致する。

に、被害犬が「他人の飼犬」であるという認識は維持しつつも、警察規則上「無主犬と看做される」と誤信したものである。よって、「無主犬と看做される」との誤信が単に「他人の飼犬だが殺してもよい」という錯誤に結びつくのであれば、それは結局当てはめの錯誤であって、対して「他人の飼犬であることが例外として否定される」という錯誤に結びつくのであれば、規範的要素に関する事実の錯誤である<sup>98)</sup>。これは、被告人の内心における総合評価について改めて事実認定を行うべき問題であるから、差戻しの結論を採ったことについても本件判旨は正当である。

### 3 「意味の認識」の機能態様

#### (1) 「意味の認識」による故意の成立

「意味の認識」は、規範的要素に対する故意の認識の必要十分条件である。「意味の認識」を規範的要素に対する故意の認識の問題とし、「意味の認識」の意義を行為者による関連する全ての事情を総合した「評価」であるとする以上、「評価」はもはや「意味の認識」そのものであり、当然に必要十分条件という機能態様が導出される。「外形的事実の認識に加えて意味の認識が必要」という定式は、外形的事実の自然的性質により成り立つ記述的要素にまで「意味の認識」の機能場面を(意識的にせよ無意識的にせよ) 広げてきたことに対応する帰結と思われるが、私見によれば、その機能場面を規範的要素に特定しておくべきであった。

「意味の認識」の必要条件としての機能については、すでにここまで述べた私見において、複数の事案を取り上げつつ説明してきた。そこで、本節では「意味の認識」の十分条件としての機能、すなわち、「外形的事実の認識」を前提せず、「意味の認識」によ

って規範的要素に対する故意の認識を直接成り立たせるという機能について論じたい。もっとも、人間は、外形的事実を認識することを前提にその外形的事実への評価を獲得するのであるから、ドイツのように不能未遂の可罰性を認めることもない我が国においては、評価根拠事実にあたる外形的事実の認識を欠いてもなお「意味の認識」によって規範的要素に対する故意の認識が認められるという意味での「十分条件としての機能」が見出される事案の発見は、困難といわざるを得ない<sup>99)</sup>。そこで、ひとまず本項においては「意味の認識」により故意を成立させたと解される事案を扱い、次項では構成要件が技術的・専門的に規定されているために違法を基礎付ける外形的事実の認識が困難である類型について、「意味の認識」による故意の成立という説明が可能か、更なる試論として触れてゆくことにする。

規範的要素に対する「意味の認識」により故意を成立させたと解される事例としては、仙台高判昭和54年4月26日(刑月11巻4号307頁)が挙げられる。被告人は、フィリピンにおいて、「道路交通に関する条約」24条3項が定めている、「適性を有することを実証」する実地試験等一切の適性検査を受けることなく取得した「国際運転免許証」を、実際にはそのような国際運転免許証は無効であるにも関わらず<sup>100)</sup>、有効であると誤信して携帯し、普通用自動車運転したことにより、道交法64条1項が定める無免許運転の禁止違反の罪で起訴された。

判旨は、被告人が国際運転免許証の有効性を誤信していたこと自体は排斥できないしつつ、次のように述べて故意の成立を認めた。「……しかしながら、被告人が無効な国際運転免許証を一応有効なものとし、これを所持すれば無免許運転に当たらないと誤信し

98) 藤木英雄「事実の錯誤と法律の錯誤との境界」日本刑法学会編『刑法講座(3)』88頁、103頁(有斐閣、1963)、阿部純二「事実の錯誤と法律の錯誤の区別」法セ335号130頁、131頁(1983)。

99) 裁判実務が、規範的要素の認識についても問題を事実認定論に回収して、行為者が認識したとされる所為事情から事実認定を進めることも、その一因と思われる。

100) 道路交通に関する条約24条1項にいう運転免許証(道交法107条の7第1項の国外運転免許証を除く)であって、条約附属書9又は条約附属書10に定める様式に合致したものが、有効な「国際運転免許証」である(道交法107条の2第1項)。

たとしても、右国際運転免許証が適性を有することの実証をした上で発給を受けたものでないことを十分認識していた以上、右の誤信は法律の不知となるにすぎず、右の誤信がやむを得ない事情のもとになされたとも認められない本件においては、これが故意を阻却するものではないと解するのが相当である。

本件において、国際運転免許証を所持していることは国内の運転免許を有しなくとも例外的に自動車等を運転することが許されるようになる処罰除外事由であり（道交法 107 条の 2 第 1 項）、その意味で「国際運転免許証（を所持していないこと）」が道交法 64 条 1 項の構成要件要素である。ここで、「国際運転免許証」は「わいせつ性」のような評価そのものというべき概念ではなく、外形を有する物であるから、記述的要素であるようにも思われるが、「国際運転免許証」については当然その「有効性」が前提となるため、その意味において規範的要素たる性質を有するといえる。従って、「国際運転免許証の有効性」の「意味の認識」が要件となる。「意味の認識」とは、立法者の基本決定に対する「素人領域における平行評価」である。本件では、「国際運転免許証の有効性」についての基本決定は、国際運転免許証を所持することの効果（道交法 64 条（無免許運転の禁止）の特則として、免許を受けなくても自動車等を運転することができる）から考えるべきであろう。免許を受けなくても自動車等を運転することができるというのは、免許を受ける前提である、運転について必要な適性・技能・知識に関する運転免許試験（道交法 97 条 1 項各号参照）を経ず自動車等を運転することが

できるということである。従って、運転免許試験に代わる「適性を有することを実証」する試験（あるいは検査）を受けていることは、「国際運転免許証の有効性」についての基本決定だと解されるのである。この故に、「適性を有することの実証をした上で発給を受けたものでないことを十分認識していた」被告人は、その時点で上記の基本決定に対する「素人領域における平行評価」を有していたことになって、「意味の認識」が認められ、それにより故意の認識が成立するのである<sup>101)</sup>。

本件は「意味の認識」により故意が成立するという説明が適する事案である。もっとも、本件の被告人はその「意味の認識」に関連する外形的事実についても問題なく認識していただろう。よって、「外形的事実の認識」を前提としないところまで踏み込んだ「意味の認識」の十分条件としての機能を説明できたとは言い難い。そこで次項では、特殊な規定振りによりこの機能が顕出する局面について、更なる試論を展開する。

## (2) 更なる試論——技術的・専門的要素の認識

### a 技術的・専門的要素

ここまでの私見では、記述的要素と規範的要素の区別を基盤として試論を展開してきた。IV 1(1)で述べた通り、その意義は「意味の認識」の機能場面の特定であって、記述的要素は「意味の認識」の機能場面ではなく、その自然的性質の「感覚的な知覚」で足る。しかし一方で、IV 1(2)b・cでは「感覚的に知覚」し難い記述的要素にも言及した。もっとも、そこで扱った事例は名称や標識・標示

101) 被告人は、「フィリピン共和国のフィリピン自動車協会発給名義の被告人宛国際運転免許証」を交付されたという形式及び「外国の特殊事情で不正手段でも容易に有効な免許がとれる」という誤解に基づき、交付された「国際運転免許証」が有効であると誤信した。しかしこの形式及び誤解を、「国際運転免許証の有効性」の認識という「意味の認識」を障害する評価障害事実（の認識）と解して、「適性を有することを実証」する試験（あるいは検査）を受けていないという評価根拠事実（の認識）との総合評価を行うのは誤りである。まず、「国際運転免許証の有効性」は最終的に当てはめの対象となる規範的要素であり、「有効性の認識」は「意味の認識」ではない（前掲最判平成 30 年 3 月 19 日において、「要保護状況の認識」が「意味の認識」ではないのと同じである）。「適性を有することを実証」する試験（あるいは検査）を受けていないという認識こそ「国際運転免許証の有効性」に対する「意味の認識」そのものというべき「国際運転免許証が有効でない」ことの行為者における平行評価であって、関連する全ての事情についての総合評価が問題となるのは、その認識に至る過程においてのみである。その認識を有しながら、それでも「国際運転免許証の有効性」について誤信していたとしても、それは単に当てはめの錯誤であって故意を阻却しない（前掲最判平成 30 年 3 月 19 日において、「継続的あるいは重度の栄養不良状態」の認識（評価）があれば、その上で「要保護状況の認識」を欠いたことは当てはめの錯誤に過ぎないことと同じである）。

などの手掛かりから「感覚的な知覚」に至るという説明が可能であった。

しかし、cで最後に触れたが、その手掛かりを想定することも困難な構成要件要素も存在する。例えば、「成分αの含有量がX mg以上」というように技術的・専門的根拠で特定された数値により成り立つ構成要件要素がそうである。この構成要件要素は、その当てはめに法的・社会的又は文化的評価が介在しないため、記述的要素へと振り分けられる。しかし、「成分αの含有量がX mg以上」であると行為者が「感覚的に知覚」することは通常あり得ず、名称や標識・標示といった手掛かりが予め設けられることも考え難い。これは、構成要件要素が「化学式βの成分を含む物質」などであっても同様である。「化学式βの成分を含む物質」のバリエーションは無数にあり、その全てを名称等の手掛かりにより予め括り出すことは困難だからである。

これらの「感覚的に知覚」することが困難な自然的性質を指示する構成要件要素について、記述的要素に対する故意の認識を原則通りに検討してゆくことには限界がある。とはいえ、「成分αの含有量がX mg以上」「化学式βの成分を含む物質」と規範的要素とは、少なくともそのままでは明らかに隔たっている。そこで以下では、技術的・専門的根拠により定まるこれらの構成要件要素を差し当たり「技術的・専門的要素」と呼称して、技術的・専門的要素に対する故意の認識という問題において「意味の認識」の十分条件としての機能が顕出するメカニズムについて、試論として説明する。

#### b 「評価」の先取り——「酒気帯び」の認識

「成分αの含有量がX mg以上」のように指定されている技術的・専門的要素の例として、改正前道交法の酒酔い運転罪（同法117条の2第1号、同65条1項）における、「酒気帯び」要件が存在する。65条1項は「酒気を帯び」ることを「身体に政令で定める程度以上にアルコールを保有する状態にあるこ

と」とカッコ書きで定義しており、道交法施行令26条の2第1項（当時）が「法第65条の政令で定める身体に保有するアルコールの程度は、血液1ミリリットルにつき0.5ミリグラム又は呼気1リットルにつき0.25ミリグラムとする」と、基準値を規定していた。ここで「酒気帯び」＝「身体に政令で定める程度以上にアルコールを保有する状態」＝「血液1ミリリットルにつき0.5ミリグラム又は呼気1リットルにつき0.25ミリグラム〔以上のアルコールを身体に保有する状態〕」は、酒酔い運転罪の構成要件要素である。しかし、行き着いた先の数値は、行為者が呼気検査をしていたなど特段の事情がない限り、「感覚的な知覚」の対象とならない。そこで、「酒気帯び」の認識をどのように認定するかが問題となる。

この問題に応答した判例として、最判昭和46年12月23日（刑集25巻9号1100頁）がある。被告人は、飲酒により「酒気を帯び」て酒酔い運転し、業務上過失致死等事件を起こしたが、酒酔いの自覚が無かった。判旨は以下のように述べて「酒気帯び」の認識を肯定した。「酒酔い運転の罪が成立するために必要な故意の内容としては、行為者において、飲酒によりアルコールを自己の身体に保有しながら車両等の運転をすることの認識があれば足りるものと解すべきであつて、アルコールの影響により「正常な運転ができないおそれがある状態」に達しているかどうかは、客観的に判断されるべきことがらであり、行為者においてそこまで認識していることは必要でないものといわなければならない」。つまり、道交法施行令が定める数値の認識はもちろん、「大量に飲んだ」というような概括的な認識にすら言及せず、故意の認識を成立させたのである。上記の判旨は、道交法改正後の最判昭和52年9月19日（刑集31巻5号1003頁）においても「アルコールを自己の身体に保有していること」の認識で足りるという同旨の判示がなされており、維持されている<sup>102)</sup>。

102) 両判決の間に、道交法は改正された。改正後の道交法は「酒気を帯びて」（65条1項）に政令への参照を付していない。そして、117条の2第1号が「……〔酒気帯び運転〕をした場合において酒に酔った状態（アルコールの影響により正常な運転ができないおそれがある状態をいう）にあつたもの」を、119条1項7号の2が「……

「酒気帯び」要件についてその指示する技術的・専門的要素の認識を故意の要件としない判例法理の説明は、すでに試みられている。まず、町野朔は、「構成要件の意味の完全な認識がなくても、その重要部分の認識があれば故意犯として処罰しても不当でないときもある」といい、付け加えて「法技術的に構成された概念についてはこれと完全に一致した認識まで必要でない」と解されるのもこのためである。……これらにおいては、意味の認識たる「平行的判断」は、構成要件要素の意味と「平行的」であり、これと必ずしも一致する必要がないのである<sup>103)</sup>。また、阿部純二は「0.5プロミル以上のアルコールを身体に保有していることという構成要件要素は、記述的要素であるが、技術的用語が用いられており、これに該当する事実を一般人が正確に認識することはきわめて困難である。こうした場合は、その事実の「意味」の認識があれば」足るといふ<sup>104)</sup>。つまり、両者はともに、「酒気帯び」という技術的・専門的要素について「意味の認識」に関する議論を援用することで、判例法理を説明しているのである。ここで「酒気帯び」要件は道交法施行令の規定する数値として具体化されており、その当てはめに法的・社会的又は文化的評価の介在する余地はないため、規範的要素にあたるとはいえない。そうすると上に引用してきた議論はいずれも、規範的要素に対する「意味の認識」に関する議論を、規範的要素でない要素へと拡張する可能性を示唆するものといえる。

私見からは原則として許容されないこの拡張を、なお私見から基礎付けるための手掛か

りは、「酒気帯び」要件の規定振りにある。すなわち、まず法が「酒気帯び」という概念により構成要件要素を立てたうえで、その定義として政令に、(技術的・専門的根拠に基づく)数値による構成要件要素を立てるといふ、段階的な規定振りが、「意味の認識」を十分条件として顕出させる突破口となる。

そもそも、規範的要素における「意味の認識」とは「素人領域における平行評価」であり、その背後には立法者の「基本決定」があった。これを応用して考えるに、技術的・専門的要素も全くの無から客観的構成要件要素として出現するわけではなく、必ず「基本決定」及び「基本決定に対応する概念語彙」が先立つ。そして、当該語彙を具体化したものが技術的・専門的要素が設定する基準である。例えば、縷々論じてきた道交法の「酒気帯び」要件は、「飲酒した結果が、車両の運転の上に、何がしかの悪影響を與える」場合にはそのような飲酒運転を禁止するという「基本決定」、及びその「基本決定」に対応する「酒気帯び(改正後は、酒酔い)」という概念語彙が先立ち、それを具体化するため実験から技術的・専門的知見を得たうえで「その数値が、血液1ミリリットルにつき0.5ミリグラム、又は呼気1リットルにつき0.25ミリグラムということになった」と、制定経緯を踏まえて解釈することができる<sup>105)</sup>。ここでは、「酒気帯び」という、それ自体を見れば(「わいせつ性」などと同様に)規範的要素に振り分けられ得る要素について、もしそのままであれば裁判所が立法者の「基本決定」を解釈して行わなければならない外形的事実への評価の、立法技術における先取りがなされ

[酒気帯び運転]をした場合において身体に政令で定める程度以上にアルコールを保有する状態にあつたもの」をそれぞれ処罰対象としていた(ただし、法定刑に差がある)。この改正の趣旨は「酒気帯びの事実のみを認識していればよく、政令で定める程度以上にアルコールを保有するという事実を認識することまでは必要とされないことを明確」にすることだったようである(堀籠幸男「判解」最判解刑事事篇昭和52年度283頁、286頁(1980)の引用部)。しかし、可罰と不可罰との境目が「身体に政令で定める程度以上にアルコールを保有する状態にあつたこと」であること自体は改正の前後で変わっておらず、また「酒気帯び」という基盤は同じでも、それに追加して「身体に政令で定める程度以上にアルコールを保有する状態にあつた」か「酒に酔った状態にあつた」かによって法定刑に差があることも踏まえると、上記事情は結局のところ、客観的処罰条件でも結果的加重犯の加重要素でもなく、客観的構成要件要素であると解さざるを得ない(阿部純二「判批」判例評論231号153頁、155頁(1978))。

103) 町野・前掲注14)9-10頁、12頁。

104) 阿部・前掲注102)156頁。

105) 内海倫「道路交通法の概要(上)」警研31巻11号3頁、13-16頁(1960)。

ているのである。これと、「意味の認識」が規範的要素に対する故意の認識の十分条件として機能するという原理を踏まえると、行為者の認識は「酒気帯び」の「意味の認識」で十分であって、それを技術的・専門的根拠に基づき具体化した技術的・専門的要素への認識は欠いても構わないということになる。以上を踏まえて「酒気帯び」の例に戻るならば、行為者には「酒気帯び」の「素人なりの」言い換えとして「一定量のアルコールを自己の身体に保有している（「ほろ酔いの一步手前」）」という程度の認識さえあれば足り<sup>106)</sup>、具体的なアルコール保有量の認識は不要ということになる。

以上に述べたことが規範的要素に対する「意味の認識」の議論の、技術的・専門的要素への拡張であり、それは「意味の認識」の十分条件としての機能の顕出として説明できる。ただし、注意すべきこととして、段階的な規定振りによって「意味の認識」が故意の認識の十分条件となる技術的・専門的要素については、規範的要素の認識と異なり、具体化された事実要件に対応する認識もまた、役割を失わないと考えられる。なぜなら、この規定振りにより刑罰法規の文言上に(例えば、「0.5プロミル以上のアルコールを身体に保有していること」という)外形的事実が記述的要素として現れている以上は、行為者がこれを直接「感覚的に知覚」したのであれば、それも構成要件要素の認識として十分だといえるからである。もちろん、これまで述べたよ

うに、技術的・専門的要素は「感覚的な知覚」が困難である。しかし、特段の事情によって技術的・専門的要素の具体化された事実要件を、直接「感覚的に知覚」する可能性がないとはいえない。「酒酔い」のアルコール保有量についても、運転前に自ら呼気検査をした場合は「感覚的に知覚」することがあり得る。そして、そのような知覚は、「記述的要素として現れている」技術的・専門的要素への直接の認識であり、それも故意の認識として欠くところはないのである<sup>107)</sup>。

以上の試論的検討の結論は、故意の認識を記述的要素の認識と規範的要素の認識の両面から認定できる、技術的・専門的要素が存在するということである。そして、そのような要素が出現する条件は、刑罰法規の規定振りが「基本決定に対応する概念語彙」から「技術的・専門的根拠に基づき具体化された事実」への、段階的なものになっていることである。つまり、「両面から認定できる」という果実は立法技術に依存する。もし法文に現れている構成要件が後者の「事実」のみであれば、それは単に記述的要素となるため、「意味の認識」を十分条件として顕出させることはできないはずであるし、もし法文に現れている構成要件が前者の「概念」のみであれば、それは単に規範的要素となるため、「具体化された事実」の認識とは評価根拠事実の認識であり、改めて「評価」としての「意味の認識」が要求されるはずなのである。この、立法技術によって要求される故意の認識の内容

106) なお、本文で紹介した両判決は「一定量」や「ほろ酔いの一步手前」の限定すら付すことなく「アルコールを自己の身体に保有」する認識のみで故意を認めているが、「基本決定」においても「〔車両の運転の上に〕全く影響のない状態の飲酒」をして運転することまでは、禁止の射程に収めていなかったのであるから(内海・前掲注105)14頁)、これは言葉の綾でないとするれば行き過ぎな判示であったといえる。

107) なお、技術的・専門的要素における「感覚的な知覚」の困難さは、必ずしも複雑な単位や化学式によらないということを示唆する判例が、本稿Ⅱ2(2)で列挙した一である最判平成18年2月27日刑集60巻2号253頁である。同事件では、無免許運転の罪との関係で道交法3条にいう「大型車両性」の認識が問題となったところ、「大型車両性」については道交法施行規則2条で「車両総重量が八、〇〇〇キログラム以上のもの、最大積載量が五、〇〇〇キログラム以上普通自動車のもの又は乗車定員が一人以上のもの」と定義されていた。複雑な単位や化学式は一切ないけれども、これを「感覚的に知覚」することも、自動車検査証等の徴憑なしでは困難だろう。実際、同事件の調査官解説は補説として、「大型車両性」に関する「意味の認識」(すなわち普通自動車の運転経験では運転できないような「大型さ」)があれば、それを基礎付ける事実の認識がなくとも、「意味の認識」があるとして故意の認識を認め得るとの指摘をしており(上田哲「判解」最判解刑事篇平成18年度145頁、176-177頁(2009))、下級審判例にも、「型式や諸元又は外形等により一見して普通自動車と異なる」ということから、被告人側が主張する「大型車両性」の不認識は、当てはめの錯誤に過ぎないとしたものがある(福岡高判昭和51年4月28日判タ347号297頁)。

が変動するという現象とその限界について、本稿における最後の試論として、「危険ドラッグ」の認識と先述した「メタノール」の認識の対比において取り上げる。

#### 立法技術による調整とその限界——

##### ○ 「指定薬物」の認識

すでにIV 1(2)cで取り上げた「指定の認識」は、違法性の認識とほぼ同義になってしまうとはいえ、違法を基礎付ける事実の認識たる側面を有していた。ここで「指定」という事実を敢えて分類するならば、それが法規に定めのある行為であったとしても、法的・社会的又は文化的評価による解釈の余地はほとんどなく、しかし「感覚的に知覚」することは困難という意味で、以上に述べてきた技術的・専門的要素に類似する。このような「指定」については、標識・標示などのそれを「感覚的に知覚」させる手掛かりを設けることが考えられるが、常にそれが可能とは限らない。

福岡高判平成28年6月24日高刑集69巻1号1頁は、そのような「指定」の認識に関連する判例である。被告人は、「i 中枢神経系の興奮若しくは抑制又は幻覚の作用(当該作用の維持又は強化の作用を含む。)を有する蓋然性が高く、かつ、ii 人の身体に使用された場合に保健衛生上の危害が発生するおそれがある物……として、iii 厚生労働大臣が薬事・食品衛生審議会の意見を聴いて指定」(薬事法2条14項(当時)、番号は筆者が追加した)した「指定薬物」であるとの認識なく、「指定薬物」に該当する乾燥植物片を使用したことで、同法76条の4が定める指定薬物の使用禁止違反(罰則は同法84条20号)により起訴された。被告人側は、本件乾燥植物片が違法な薬物を包含するとの認識がないため、故意が成立しないと主張した。

ここでもし本件乾燥植物片に通用している名称等の手掛かりがあれば、「メタノール」

の認識(IV 1(2)b)や「道路上の規制区域」(IV 1(2)c)と同様の議論になる。しかし、「指定薬物は、覚せい剤等の規制薬物のように、属性が分かる周知された名称があるわけではなく、指定薬物を指定する厚生労働省令でも、その化学的な成分が規定されているにすぎない上、危険ドラッグを使用する者は、厚生労働省令を参照しても、自分の使用する薬物が指定薬物を含有するかどうかを明確に把握することは困難な実情」(判旨)にあるため、そのような手掛かりを欠く。

そこで判旨は、「指定薬物」規制の立法趣旨が、「新たな薬物の出現とそれに対する規制が繰り返されるいたちごっこの状況にある、いわゆる「危険ドラッグ」を射程に収めることにあることを指摘したうえで、「……指定薬物の実態とそれを規制する趣旨に照らして、指定薬物の所持、販売、譲り受け等が犯罪に当たると判断できる社会的な意味を考えると、その違法性を客観面から根拠付ける事実、当該薬物の薬理作用が規制の趣旨に合致しているかどうか、換言すると、当該薬物が規制されるに足りる薬理作用を有するかどうかに尽きるというべきである。そうすると、当該薬物の薬理作用を認識し、そのような薬理作用があるために当該薬物が指定薬物として指定されている薬物と同様に規制され得る同種の物であることを認識していれば、当該薬物を所持し、販売し、譲り受けなどが犯罪に該当すると判断できる社会的な意味の認識、すなわち故意の存在を認めるに足りる事実の認識に欠けるところはない」とした<sup>108)</sup>。すなわち本件判旨は、i 特徴的な薬理作用とii 保健衛生上の危害が発生するおそれの認識が「社会的な意味の認識」であるとして、厚生労働大臣の「指定」という事実の認識を、故意の要件から排除したものと解釈できる<sup>109)</sup>。

厚生労働大臣の「指定」を故意の認識の要

108) 判旨は続けて、本件被告人にはこれらの認識があったと認定して、「被告人は、法が本件薬物を違法なものとして処罰の対象としたところの違法の実質は十分に認識していた」として故意を成立させている。

109) いわゆる薬物犯罪の故意に関しては、「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」という概括的故意の概念により故意を認める方向性を打ち出した、最決平成2年2月9日判時1341号157頁が著名である。しかし、本件は「指定薬物を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識」によって故意の認識を成立させたのではなく、むしろ「指定」を故意の要件から排除しているのであるから、概括的故意ではなく、意味の認

件としないことを「意味の認識」の議論を介して説明すると、以下ようになる。まず、「指定薬物」であるということ自体は、特定の薬物の自然的性質によって成り立つ記述的要素である。しかし、「指定」と「指定薬物」であることは事実として一体をなすため、「指定」自体が違法を基礎付ける事実となる(IV 1(2)c参照)。もっとも、この「指定」の徴憑を薬物に設けることはできず、「感覚的な知覚」は依然として困難である。そこで薬事法2条14項(当時)の規定に立ち戻れば、立法者の「基本決定」は、i 特徴的な薬理作用と ii 保健衛生上の危害が発生するおそれを有する「危険ドラッグ」の一括規制にあり、厚生労働大臣の「指定」はその「危険ドラッグ」概念の事実として存在する薬物に対する具体化であると解することができる。すなわち、ここでいう「指定」は、もしその要件がなかったならば、裁判所が規範的見地から個別に遂行したであろう「危険ドラッグ」該当性の評価の、行政における先取りを立法において定めたものである。そしてそうだとすれば、「意味の認識」が規範的要素に対する故意の認識の十分条件として機能するという原理を踏まえ、行為者の認識は前記2要件に対応する「意味の認識」で十分であり、それを具体化する「指定」への認識は不要であると言い得ることになる(IV 3(2)b)<sup>110)</sup>。

本件の判旨をこのように解釈して肯定するならば、「指定薬物」の認識と、先述した「メタノール」の認識(IV 1(2)b)とは、有害性を根拠にして特定の薬品・飲料を規制するという意味で規制の趣旨・対象・態様が非常に類似しているにも関わらず、その成立要件が大きく異なることになる。そして、その差異の出処は、有毒飲食物等取締令1条が「メタノール」を規制するのみでそれを包括する概念(あるいは規範)を法文に設けなかったの

に対して、薬事法2条14項は「危険ドラッグ」概念(に対応する前記2要件)をおいたうえで「指定薬物」を定義したという、立法の仕方の差異に求めるしかないであろう。

しかし、このように立法技術で故意の認識の成立範囲を調整することが無限定に許容されるかについては、疑問が残る。アルコール保有量と「酒気帯び」という具体的かつ限定的な対応関係においてかかる「先取り」をすることはまだしも、「危険ドラッグ」という抽象的で広範な概念についてまでこのような「先取り」を認めれば、それはもはや「有害性」の認識のみで薬物事犯に関する故意を認める方向へと舵を切るに等しく<sup>111)</sup>、そのことは、例え「有害」物であっても、個別の法令等により(少なくとも典型的に)特定された種概念のみを刑事罰による規制の対象とするという、「有害」物規制の基本体系との均衡を失うことになる可能性があるためである。

ある構成要件要素につき、その要素を単に記述的要素又は規範的要素として立てるのではなく、「基本決定」を背景に概念から事実へと段階的に規定していくという立法技術は可能であって、また、それが望ましい場面も存在するであろう。しかしながら、この「更なる試論」によって明らかとなった本稿に残された課題は、そうして故意の認識の成立範囲を調整するとき、その規定振りを選択するという立法技術の正当性や整合性もまた問い返されないのか、裁判所も、単に規定振りに即応して「故意の認識を記述的要素の認識と規範的要素の認識の両面から認定できる」とするのみならず、関連する規制法規の全体を俯瞰して、それが当該領域において法体系と整合する正当な故意処罰のあり方かということまで検討すべきではないか、という新たな疑問である。こうして、記述的要素と規範的要素の区別を基盤に展開してきた筆者の「試

識による解決を採ったと評価できる(南由介「指定薬物の故意」刑事法ジャーナル56号141頁, 144頁(2018)参照)。

110) 南・前掲注109)148頁も、「客観的に指定薬物であり、薬理作用(意味)の認識が認められるのであれば、具体的に、未だ指定薬物とされていない物質の化学構造を認識し、その物質だと誤信していた場合でない限り、単に自己の行為を合法であると信じていた場合と変わらないように思われる」と本件判旨を肯定的に評価する。

111) 実際、南・前掲注109)148頁注51は「特に有害性が強い等の覚せい剤の薬理作用を完全に理解しているのであれば」覚せい剤の故意の認識が認められるという方向性を示唆している。

論」は限界に突き当たって、技術的・専門的要素の認識に対し「意味の認識」を十分条件として機能させることの可能性（あるいは限界）については、議論の方向性を変えて、立法と司法の処罰範囲の設定についてのあるべき役割分担という大きな観点からのアプローチや、問題となる規制領域ごとに分割した個別的なアプローチを行う必要性が示唆されるのである。

## V. おわりに

本稿は、責任説を前提に、故意を阻却する事実の錯誤と故意を阻却しない法律の錯誤の限界を画する「意味の認識」という概念について、ドイツ学説・判例を参照して、記述的要素と規範的要素の区別を起点に理解する方向性を提唱し、試論を展開した。私見において展開した試論を簡潔にまとめ直すと、まず第一に、国内の従前の議論は「意味の認識」の意義をめぐる議論に集中しており、その土台である機能場面の特定が十分でない。外形的事実の自然的性質からなる記述的要素については「法的・社会的意味内容」の参照は当てはめに不要であり、従って構成要件の故意の一内容たる「意味の認識」の機能場面ではない。他方で、法的・社会的又は文化的な評価によって成り立ち、裁判官による当てはめにも「法的・社会的意味内容」への参照を要する規範的要素に対する故意の認識こそ、「意味の認識」の機能場面となる。第二に、規範的要素に対する「意味の認識」の意義とは、規範的要素に包摂される外形的事実を、その事実の違法を基礎付ける法的・社会的意味内容において把握することであり、その把握の仕方は刑罰法規における「基本決定」への行為者の「素人領域における平行評価」に他ならない。この評価は、評価根拠事実の認識とは区別すべきである。「意味の認識」は、法規を含めた関連する全事情についての認識・不認識あるいは錯誤の総合によって行為者に立ち現れる、評価的な認識である。そして第三に、「意味の認識」は規範的要素に対する故意の認識の必要十分条件である。不能未遂を処罰しない我が国において「意味の認

識」の十分条件としての機能が顕出することは多くない。しかし、本稿では更なる試論として、「感覚的な知覚」が困難な事実を指示する技術的・専門的要素について、立法技術により記述的要素と規範的要素の両面から認識できるようにする可能性と限界についても論じた。

ただし本稿は、「意味の認識」について、またその関連領域について、語るべきことを多く残している。「意味の認識」自体についてはIV（私見）の最後に述べた通り、「意味の認識」自体についての基本的な枠組みと「意味の認識」が具体的に問題となる個別領域からのアプローチとの統合・調整が必要である。また、「意味の認識」の関連領域としては、いわゆる白地刑罰法規の認識の理論や、許可または不許可の認識の問題、さらに違法性阻却事由の錯誤との関連付けが存在する。しかし、これらの問題については残された課題として、他日を期すこととする。

本稿が、従来から数多論じられてきたも関わらずいまだ困難な論点である「意味の認識」について、記述的要素と規範的要素の区別に基づいてその機能場面を限定することを起点にその意義・機能態様についてもより明晰に検討する道筋をつけ、錯綜する事実の錯誤と違法性の錯誤の限界に関する判例群の理論的整理と批判的検討に資する視点を提供できたのであれば、望外の喜びである。

### \* 謝辞

本稿は、筆者が2021年度Aセメスターに執筆したリサーチペーパーに加筆・修正を加えたものである。本稿の執筆にあたっては、多くの先生方、また先輩・同輩にお力添えいただいた。とりわけ、リサーチペーパーの指導教員である樋口亮介教授には、本稿の着想のきっかけとなった演習を含め何度となくお時間を割いていただき、構想から表現面まで、手厚くご指導を賜った。また、佐藤輝幸准教授（法政大学）、佐野文彦准教授（法政大学）、池田直人助教（同志社大学）には、未だ海のものとも山のものともつかぬ段階から、本稿についての的確かつ真摯なご指摘を多数いただいた。さらに、川島享祐准教授（立

教大学), 樋口拓磨さん, 吉原潤さんには, 独語文献の訳出について適宜添削・コメントをいただいた。

本稿において, 「意味の認識」という長く論じられてきたテーマについて, その全体を分析し尽くすことはなお叶わなかった。その責めは全て, 筆者の負うところである。多くの方々のご支援に重ねて御礼申し上げるとともに, 本稿が僅かなりとも故意論の発展に資することを祈る。

(こすぎ・りんたろう)