慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	意味の認識の内容について
Sub Title	Zum Inhalt der Bedeutungskenntnis beim Vorsatz
Author	南, 由介(Minami, Yusuke)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2017
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.37 (2017. 2) ,p.321- 342
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	井田良教授退職記念号#論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20170224-0321

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

意味の認識の内容について

南　　由　介

1　はじめに
2　意味の認識の内実
3　意味の認識の再構成
4　結びにかえて

1　はじめに

故意が成立するには、構成要件該当事実の意味を認識していなければならない、とするのが通説である[1)]。もっとも、その内容として、何が求められるかは学説の一致を見ていない。その原因として、故意とは何かにつき、論者により捉え方に大きな相違が存在するからであると指摘することができる。すなわち、故意において伝統的な観点である非難可能性を考慮すれば、意味の認識の内容は、違法性の意識を喚起し得るような事実を認識することである[2)]（故意の提訴機能を要求する）との結論に至る傾向があり、そのような事実の認識が

1）故意の成立に意味の認識が必要であることおよび意味の認識不要説に対する批判については、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（2001 年）417 頁以下を参照。

2）洲見光男「意味の認識―法的意味と社会的意味との関係―」法研論集 30 号（1983 年）218 頁以下、曽根威彦『刑法原論』（2016 年）408 頁以下、西原春夫『刑法総論・改訂準備版（下巻）』（1993 年）471 頁、松原久利『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』（2006 年）28 頁以下。

なければ、行為者に反対動機の形成可能性が認められないことから、故意は否定されるべきということになるのに対し、非難可能性を考慮することに否定的な見解も有力である、という具合にである。

もっとも、故意の成立に提訴機能を要求することには疑問があり[3)]、また、違法性の意識を喚起し得るような事実の認識という、実質的に理解した意味の認識の要求は、基準として不明確であり、故意の成否につき不安定をもたらしてきたものと思われる[4) 5)]。それ故、本稿は、故意説[6)]、および、責任説のうち、故意（意味の認識）の内容として、違法性の意識を喚起し得るような事実の認識を要求する見解に対し、否定的な立場に立つものである[7)]。

他方、故意の提訴機能に否定的な立場からは、違法性の意識の喚起可能性とは異なった視点で意味の認識の内実が明らかにされなければならない。現在、主張されている代表的な見解として、法益侵害・危殆化の視点、および、刑法が着目する属性の視点から解決を目指すものがあげられる。本稿は、これらの見解を検討した上で一定の結論を得ることを目的とするものであるが、それは、故意論の不明確さを解消する、事実の錯誤と違法性の錯誤の限界についての曖昧さを排除した判断基準を有する意味の認識の提示である。

3）故意の提訴機能を要求することについて、詳しくは、南由介「故意説の理論構成について」法学政治学論究 54 号（2002 年）179 頁以下、および、南由介「責任説の再構成―意味の認識の視点から―」桃山法学 7 号（2006 年）100 頁以下を参照。

4）町野朔「意味の認識について（上）」警察研究 61 巻 11 号（1990 年）3 頁以下は、意味の認識に違法性の意識の要素を取り込んだことにより、多くの混乱をもたらしたと指摘する。

5）同様の問題意識に立つと思われる論稿に、川田泰之「規範的構成要件要素の認識」法学研究論集（明治大学）36 号（2012 年）23 頁以下がある。

6）故意説の立場からは、故意の提訴機能を要求することは自然の流れである。しかし、故意説の理論構成自体に疑問があるほか、故意説においても提訴機能を要求することには問題がある。南「故意説の理論構成について」（前掲注 3））175 頁以下参照。

7）これらの見解に対しては、筆者はすでに前掲の論文で検討を加えており、本稿では立ち入らないことにする。

2　意味の認識の内実

⑴　いわゆる「平行評価」という概念

意味の認識の内実を考えるにあたって、いわゆる「素人仲間における平行評価（Parallelwertung in der Laiensphäre）」[8] についてまずは考えてみたい。これは、故意が成立するには、法的・専門家的認識は必要ではなく、「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があれば、十分である」[9] とするものであり、一般的に支持されている。もっとも、それが意味するところは明確ではなく、結論から述べると、意味の認識の内容を探る上での手掛かりとはならない。

平行評価という語は、様々に解することが可能であるが、まずは、「法規上の表現の〈有権的〉意味にパラレルに対応する〈日常言語的〉意味（社会的意味）を理解している場合にのみ行為者に故意を認定する理論として捉えられるとするならば、法規が抽象的な上位概念や非日常的な表現を使用している場合」などには「そもそも〈有権的〉意味に対応する〈日常言語的〉意味など考えられないため、この理論は不適切なものとなる」[10] という批判があげられる。法的概念に平行する概念が日常言語に存在しなければ、「平行」を考えることは不可能ということになり、故意は常に否定されかねない。

次に、平行評価を、概念自体ではなく、構成要件概念の指し示すものと日常言語的意味とが平行していれば、故意が認められるとする理論だと考えたとしても [11]、たぬき・むじな事件 [12] では解決できないとの指摘がなされている。

8）Edmund Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1949, S. 328. 他方、ヴェルツェルは、より正しくは「行為者の意識における平行判断（Parallelbeurteilung im Täterbewußtsein）」（Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 76.）とする（ヤコブスも同様に述べている。Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, S. 288.）。もっとも、考え方は実質的に同じであり、「ちがいを強調することは、あまり意味がない」との指摘（福田平『刑法解釈学の諸問題』（2007 年）32 頁）がなされている。

9）福田平『全訂刑法総論・第 5 版』（2011 年）110 頁。

10）増田豊『語用論的意味理論と法解釈方法論』（2008 年）409 頁。

すなわち、「動物学的意味と日常言語的意味とが当該対象についてはパラレルに対応しているどころかまさに相反するものであるから、そもそも『パラレル評価の理論』を適用すべき前提が欠けているといえよう。したがって、ただ単に『社会的意味』を認識しているから故意を認めるべきであるか、それともそうした意味が有権的な意味にパラレルに対応していないから故意を否定すべきであるかについて、『パラレル評価の理論』は何も決定することができない。そこでは、素直に〈刑法に先行する〉動物学上の意味の認識を故意帰責のために要求すべきであるか否かが問題にされなければならない」[13] というのである。法的概念・動物学的意味においては、たぬきとむじなは同じ動物であったが、日常言語的意味においては、両者は別物であると考えられていたのであり、やはりここでも法的概念の指し示すものに適切に平行する概念が日常言語に存在しないといえるのである[14]。

なお、「意味の認識は、法的評価に平行する（対応する）社会的評価（意味）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」[15] とした上で、法的評価であるたぬきと社会的評価であるむじなは平行していないことを理由に事実の錯誤とする[16] 見解がある。この見解の平行評価は、社会的意味を確定した上で、それと法的概念との「平行」を問題としていることから、上述の、法的概念に「平行」する一般人の理解とはニュアンスを異にしており、そのような意味での「平行評価」は意義を有するかもしれない[17]。もっとも、その「社会的意味」の捉え方に問題があるといえよう。と

11）髙山佳奈子『故意と違法性の意識』（1999 年）180 頁以下参照。
12）大判大正 14 年 6 月 9 日刑集 4 巻 378 頁。
13）増田『語用論的意味理論と法解釈方法論』（前掲注 10））419 頁。
14）髙山『故意と違法性の意識』（前掲注 11））180 頁以下も参照。
15）高橋則夫『刑法総論・第 3 版』（2016 年）175 頁注 16。
16）高橋『刑法総論・第 3 版』（前掲注 15））176 頁以下。
17）なお、町野朔「意味の認識について（下）」警察研究 61 巻 12 号（1990 年）10 頁参照（「平行的」であるのは「法律的概念と行為者の概念との間」とする）。

いうのも、「社会的意味」とは、法文の社会的意味、すなわち、「『文書』という言葉の社会的意味」と、具体的な行為の社会的意味、すなわち、「行為者が偽造した書類が現実に有する社会的機能（証明力など）」のいずれであるかが問われるが、「故意に必要な社会的意味の認識は前者の認識ではなく、後者のような事態の認識」[18] だからである。

素人仲間における平行評価という概念は、故意が成立するのに法的・専門家的概念を認識する必要はなく、素人的に理解していれば足りるという一般的な了解を表す有用な表現ではあるが、それ以上のものではないということになろう[19]。

また、「平行評価」と同様に、素人的理解に着目したものとして、「故意の成立を認めるためには、意味の認識が必要で、かつそれで十分とされる理由」は、故意の問題が「行為規範レベルの問題である」からだとし、条文上の概念と日常的概念との間にギャップがあるときには「条文上の概念の日常的概念への翻訳が必要となり、もし行為者が日常的世界において対応する概念にあてはめて事実を認識していれば、それで故意の成立が認められる」とする見解[20] がある。本稿もこのような考えに立つものである。

しかし、日常的概念へ翻訳したものが行為規範であり意味の認識であると解したとしても、それのみでは故意の成立には素人的理解で足りると述べているにすぎず、意味の認識の内容を十分に明らかにしたとはいえないであろう。確かに、この見解では、行為規範違反は違法の本質的部分と理解され、他方、「違法性の意識は動機づけの制御に関わる責任の問題であり、違法要素としての故意とは無関係」[21] とされることから、違法性の意識を喚起し得るような事実の認識を故意の内容とする結論は否定されることになり、それは支持され

18）町野「意味の認識について（下）」（前掲注 17））5 頁。

19）ヤコブスは、「厳格すぎる平行判断および平行判断の欠落は、決して刑罰を科さない（belasten nie）」とする。Jakobs, Strafrecht AT（Anm. 8）, S. 295.

20）井田良『刑法総論の理論構造』（2005 年）68 頁。井田良『講義刑法学・総論』（2008 年）159 頁以下も参照。

21）井田『刑法総論の理論構造』（前掲注 20））70 頁。

るべきである。だが、意味の認識の内容として何が求められるべきかについてはなお不明瞭である。さらに具体的な判断基準が示されなければならないように思われる。

⑵ 法益侵害・危殆化に着目する見解

近年、法益侵害・危殆化に着目して意味の認識の内容を明らかにしようとする見解が有力に主張されている。例えば、林幹人によれば、「故意の成立には、問題の犯罪によって保護しようとしている法益の侵害・危険の認識がなければならない。というのも、構成要件の規定する不法内容のいわば核は、法益の侵害・危険にあるのであり、その認識が欠けるとき、故意の核もまた欠けることとなるからである」[22]、「規範的要素も構成要件要素であり、法益の侵害・危険もまた構成要件要素である以上、意味の認識が必要だということは、構成要件該当事実の認識が必要だということからの当然の帰結」[23] だとするのである[24]。

同様に、長井長信も、「行為者に違法性の意識を喚起し当該犯罪行為を抑止させるためには、故意は、立法者が禁止・命令規範を設定することによって保護しようとしている法益に対する侵害・危殆化行為の規範的意味を行為者に理解させるための心理的動因」として機能しなければならないとして、故意とは「具体的法益侵害（危険）性の意味認識」[25][26] だとする[27]。

法益に着目して意味の認識を検討する方向性自体は正しいものと思われる。

22）林幹人『刑法の基礎理論』（1995 年）65 頁。

23）林『刑法の基礎理論』（前掲注 22））66 頁。

24）なお、林『刑法の基礎理論』（前掲注 22））93 頁は、「構成要件は不法内容の基本的部分を類型化したものであって、不法内容の実質は法益侵害・危険にあるとすれば、構成要件該当事実を認識する者は、当然に法益の侵害・危険を認識している。それ以上に違法性の意識の提訴機能をもつ事実を認識する必要はない」というが、林説はたぬき・むじな事件で「希少動物」の認識を要求していることから、これは提訴機能の是非との関係でのみ述べられたものであると思われる。

25）長井長信『故意概念と錯誤論』（1998 年）177 頁。また、192 頁以下も参照。なお、長井は厳格故意説の主張者であり、故意の提訴機能も要求する。

というのも、法益を保護するために刑罰法規が存在するのであり、刑法が禁止の対象とするものを十分に理解して行為に出ることが故意であると考えるならば、それは法の趣旨や保護法益に関係してくるのは必然的だからである。例えば、ぜんそくや風邪薬の成分として一般的であるが覚せい剤の原料でもある塩酸エフェドリン[28]を所持していた場合において、それを風邪薬だと認識し、覚せい剤原料であることを知らない者は、覚せい剤原料所持（覚せい剤取締法30条の7、41条の4）の故意を否定すべきである[29]。覚せい剤取締法の目的は「覚せい剤の濫用による保健衛生上の危害を防止するため」（覚せい剤取締法1条）にあり、風邪薬の認識しかもたない者は、自身の健康を回復したいのみであって、覚せい剤を濫用し、保健衛生上害を生じさせるとの認識が全くないからである。ここでは、故意が成立するには、薬物を濫用する（「身体に有害で依存性のある薬物」[30]である）という意味を認識する必要があろう。このように、法の趣旨や法益は、意味の認識の内容を確定するにあたって重要である。しかし、意味の認識を「法益侵害・危険の認識」だと定義づけることは難しいように思われる。以下において検討したい。

法益侵害・危険の認識説に対する第一の疑問は、故意の成立に法益侵害・危

26）また、「行為者が当該行為の法益侵害ないし危険性を意識しながら敢えて行為に出る点に、故意の行為規範違反性が認められる」（長井『故意概念と錯誤論』（前掲注25））193頁）とするが、そのような認識がなくとも行為規範違反は肯定され得るであろう。

27）意味の認識を「類型的な不法・責任内容の認識」とする見解も、これらの見解と同一の方向にあるものと思われる。町野「意味の認識について（下）」（前掲注17））6頁、町野朔「法定的符合について（下）」警察研究54巻5号（1983年）8頁以下参照。

28）覚せい剤取締法2条5項および別表により、覚せい剤原料として規定されている「1―フェニル―2―メチルアミノプロパノール―1」の一般名「エフェドリン」の塩酸塩のことであり、鎮咳剤などの市販薬に含まれている。

29）南「意味の認識をめぐる一考察」（前掲注1））422頁以下参照。

30）覚せい剤の意味の認識を、多数の見解は、「有害で違法な依存性のある薬物」の認識とするものと思われるが、違法性の認識を要求すべきではなく、また、特に有害な薬物であることの認識も不要であると思われることから、本文のように理解すべきである。同旨、福田『刑法解釈学の諸問題』（前掲注8））40頁。大塚仁＝河上和雄＝中山善房＝古田佑紀編『大コンメンタール刑法第3巻・第3版』（2015年）133頁以下〔佐久間修〕も参照。

殆化の認識を常に要求するのは過剰ではないかという点である。例えば、鳥獣は狩猟可能区域で狩猟期間内に限り捕獲することが可能である[31]が、ある動物は2月15日までが狩猟期間であった場合において、その動物を2月16日に捕獲する認識さえあれば故意を認めてもよいように思われるのである[32]。

もっとも、このような主張には批判が多いかもしれない。法益侵害・危険の認識説では、たぬき・むじな事件について、「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なのである。……少なくとも、それらの動物が希少となっているとの認識が必要と解するべきであろう」[33]とされる。また、狩猟禁止期間が繁殖期ゆえの法的規制であれば、「繁殖の阻害」というような認識が要求されるものと思われる。「禁狩獣であるか否かの認識が決定的である」[34]との指摘もなされている。このような立場からは、「その動物を2月16日に捕獲する」という認識のみでは故意として不十分だということになろう。では、対象となる動物および捕獲禁止期間の認識はあるが、「希少動物」や「繁殖の阻害」などの法益を害する認識がなかった場合は、それらの見解からはどのように解されるのであろうか。禁止の認識があるから故意を認めるというのであれば、意味の認識は、法益侵害・危殆化の認識または禁止の認識のいずれかがあれば充たされるということになるであろうが、それは意味の認識の内容を統一的に理解することの放棄にほかならない[35]。逆に、法益侵害・危険の認識がないから故意が欠けるとすれば、あまりにも犯罪の成立範囲が狭くなり過ぎるのではない

31）鳥獣の保護及び管理並びに狩猟の適正化に関する法律8条、11条参照。

32）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（2003年）304頁以下参照。

33）林幹人『刑法総論・第2版』（2008年）274頁。

34）長井『故意概念と錯誤論』（前掲注25））178頁。

35）法益侵害・危険の認識説からは、法益侵害性を抽象化して捉え（素人的理解で足りるとして）、対象となる動物の認識があれば意味の認識を肯定することも可能であるかもしれない。もっとも、対象動物の捕獲の認識のみで足りるとすれば、それは、一般人から見れば法益侵害を認識するであろう事実の認識をもって意味の認識とするものであり、もはや法益侵害・危険の認識とはいえないであろう。

だろうか。

過剰である点について、「社会的有害性とか法益侵害性に関わる一定の評価まで要求すると、より反社会的な規範意識・通常人とはかけ離れた規範意識をもつ者ほど、故意が阻却されてしまう」[36] という問題も生じる。長井説は、174 条、175 条のわいせつ性の認識について、「保護法益を『見たくない人の性的自由』と解する立場からは、行為者が当該行為ないし客体がわいせつであるとの認識をもっていた場合も、それが見たい人の要求に適うものだと誤信していたような場合には、法益侵害性の認識なしとして、わいせつ罪の故意を阻却する余地がある」[37] とするが、行為者がわいせつを認識しているならば、故意を否定する理由はないように思われる。わいせつの認識については、「性的にいやらしいもの」という認識があれば意味の認識として十分であり、また、「『わいせつ物』というに値するだけの刺激の存否という法的な評価ないし当てはめ」は不要であり[38]、教育上好ましくないという認識も必要ない[39]。行政刑罰法規では、何故処罰規定が存在するのか、一般人には分かりにくいものが多々あるが、法の趣旨・法益（そしてその侵害・危殆化）を認識していない者であっても、法の趣旨・法益に対応した意味での構成要件該当事実の認識がある者には故意を認めるべきである。

次に疑問が生じるのは、構成要件は、「一定の法益（客体）の侵害ないしその危殆化のみを構成的要素とするのではなく、他の要素、例えば特別の行為状況（さらに身分犯における身分）などの要素も含んでいる」[40] という点である。例えば、名誉毀損罪の公然性は「一般的に名誉侵害の生じる危険が大きい『状

36）井田『刑法総論の理論構造』（前掲注 20））71 頁。続けて、井田は、「当該犯罪を抽象的危険犯として規定した立法者の意図を無視して、これを具体的危険犯として扱うことになってしまう」（71 頁）と批判する。松原久利「違法性の意識」『理論刑法学の探究 2』（2009 年）112 頁以下も参照。

37）長井『故意概念と錯誤論』（前掲注 25））199 頁。

38）伊東研祐『刑法講義総論』（2010 年）111 頁。

39）Jakobs, Strafrecht AT（Anm. 8）, S. 292.

40）増田『語用論的意味理論と法解釈方法論』（前掲注 10））459 頁以下。

況』を示しているのであり、危険それ自体を示すわけではない。もし故意を法益侵害（危殆化）の認識に尽きるものとするならば、……この『公然性』という要件（従ってそのような状況）には全く認識が及ばなくてよいことになってしまう」[41] のである。また、「財産犯においては法益は同一であり、詐欺も恐喝も同様に財産侵害を内容とする犯罪であるから、故意を単に法益侵害の認識で十分であるとするならば、詐欺の故意と恐喝の故意とは全く区別できないことになる」[42]。犯罪の成立は法益侵害・危殆化に尽きるわけではないことから、故意の対象もそれに限定されるべきではない[43]。

さらには、「法益侵害性ないし危険性の認識と違法性の意識との限界があいまいなものとならざるをえず、事実的故意における意味の認識と違法性の意識とが同質的にとらえられることとなり、故意の成立要件として、犯罪事実の認識と違法性の意識とを並列的に要求する、厳格故意説の主張に帰一する」[44] との指摘もなされている。もっとも、法益侵害・危殆化の認識は直ちに禁止の認識に結びつくわけでもない。特に行政刑罰法規においては、何らかの利益を侵害することの認識と、違法性の意識があることとは別であろう（ただし、違法性の意識を前法律的規範違反の認識とすれば、侵害・危殆化の認識で違法性の意識は肯定され得るであろう）。しかし、法益侵害・危険の認識説は、故意の提訴機能を要求する見解と親和的であり[45]、仮に提訴機能を否定したとしても、故意と違法性の意識の限界が流動的になることは否定できないように思われる[46]。「侵害あるいは害悪かどうかは評価の問題であり、事実の認識を超える」[47] と

41）髙山『故意と違法性の意識』（前掲注 11））183 頁。

42）増田『語用論的意味理論と法解釈方法論』（前掲注 10））460 頁。

43）同旨、山口厚『刑法総論・第 3 版』（2016 年）206 頁。

44）福田『刑法解釈学の諸問題』（前掲注 8））35 頁。

45）長井の見解のほか、後述する齋野彦弥、石井徹哉の見解も提訴機能を要求している。

46）齋野彦弥「事実の錯誤と違法性の錯誤の限界」刑法の争点（2007 年）72 頁以下は、事実の認識と違法性の認識を「実際に区別することができるかは、はなはだ疑わしい」とし、「通説は、その両者を明解に区別する基準を提示すべきことになるはずであるが、実際にはそのようにはなってはいない」として、「故意とは単に事実の認識に限定されず、意味の認識・違法性の認識を含めた価値的認識を含む概念」であることを指摘する。

の批判もなされている。この点で、「厳格故意説の主張に帰一する」との指摘は、あながち不当ということでもないであろう。

意味の認識の内実を探るにあたってその侵害・危殆化の認識を要求することは、意味の認識と違法性の意識の可能性の役割を不明確にさせ、また過剰な認識を要求するものであり、特に提訴機能を否定する立場からは、否定的に解すべきである。

上記の法益侵害・危険の認識説と同一の方向にあるものとして、構成要件関係的利益侵害性の認識や社会的有害性の意識を意味の認識とする見解があげられる。齋野彦弥によれば、「構成要件とは、構成要件を定めた法規によって保護されている利益に対する侵害類型に他ならない。もっとも、『利益』といっても個人の主観的な価値体系に基づくものではなくして、社会的な『価値』体系に基づくものである。それ故、この『利益』概念は前法的な存在ではあるが歴史的文化的制約を負うているものでもある。かかる前法的評価として行為者において認識された利益侵害が、事後的な構成要件関係的な評価が可能である程度に特定化されているものである場合には故意としての必要条件を満足する」[48] とし、構成要件関係的利益侵害性の認識が故意とされる。また、石井徹哉は、「法益侵害は犯罪行為の結果として理解されるから、構成要件要素としての結果を認識している者は、同時に自己の行為が法益侵害行為であることをも認識しているということができよう。この場合、法益侵害の認識は自己の行為の法的意味の理解・認識と考えることができる。この意味の認識は、法的なものである必要はなく、行為者の『素人領域における平行評価』に基づくもので足りるであろう。このような形での法益侵害性の認識は社会的有害性の意識と理解することができる」[49] として、修正故意説を展開する。

47）中森喜彦「麻薬・覚醒剤に関する認識・故意」判例タイムズ 721 号（1990 年）74 頁。

48）齋野彦弥『故意概念の再構成』（1995 年）188 頁。

49）石井徹哉「故意の内容と『違法性』の意識―行政取締法規違反における問題を中心に―」早稲田法学会誌 39 巻（1989 年）5 頁。また、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 巻（1988 年）1 頁以下、石井徹哉「故意責任の再構成」刑法雑誌 43 巻 2 号（2004 年）226 頁以下も参照。

いずれの見解も、前法的な「利益侵害性」、「社会的有害性」を意味の認識とする点で共通する。また、齋野説は「『利益侵害』とは構成要件関係的な特定化を必ずしも保障しないところの『保護法益侵害』とは原則的に異なるもの」[50]だとしており、故意は法益侵害・危殆化の認識に尽きるものではないとの上述の批判は回避されるかもしれない[51]。しかし、これらの見解には以下の点で問題があるように思われる。

第一に、やはり故意の成立範囲が狭くなり過ぎるのではないかという点である。これらの見解は、わいせつの故意について、「善良な性風俗の保護と解するか、或いは、個人の性感情の保護と解するかについて争いがあるものの、いずれにせよ本罪の構成要件関係的利益侵害性の認識とは『猥褻な文書を頒布することによりこれらの保護法益の侵害ないし危殆化をなすことの認識』」[52]だと、また、たぬき・むじな事件、むささび・もま事件[53]について、「狩猟法では、鳥獣の保護のために当該規定を定立していると解されるから、保護されているたぬきとは全く別ものと考えた以上、故意を認めることはできないが、そうとは言い切れないむささび・もま事件では故意を認めうる可能性が残ることは否めない。問題は、『むじな』という認識で、あるいは『もま』という認識で、自己の行為が鳥獣の保護を害するという認識といえるかという点にある」[54]とする。しかし、「善良な性風俗」、「個人の性感情」を害する認識がなくとも、わいせつの認識さえあれば意味の認識として十分であり、また、「鳥獣の保護」を害する認識も、論者がどの程度のレベルで要求するのか定かではないが、何らかの意味で保護の侵害を考慮するのであれば、過剰であるといえ

50）齋野『故意概念の再構成』（前掲注 48））207 頁。

51）塩見淳『刑法の道しるべ』（2015 年）86 頁は、文言という形式から離れ、社会的有害性、利益侵害性としてこれを実質化したことにより、故意が構成要件に該当する客観的事実という手がかりを失った、任意に設定可能な不明確なものになるとの批判を向けている。また、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』（1991 年）980 頁も参照。

52）齋野『故意概念の再構成』（前掲注 48））208 頁。

53）大判大正 13 年 4 月 25 日刑集 3 巻 364 頁。

54）石井「故意の内容と『違法性』の意識」（前掲注 49））40 頁。

よう[55]。このような侵害の認識を要求すれば、軽率な者ほど故意が否定されかねない。

次に、そもそもこれらの見解が故意の提訴機能を要求し、前法的な侵害、有害の認識を故意とする点に問題がある。前法的な侵害・有害の認識が法的責任を基礎づけることはできない。そのことは、齋野説も自覚しており、可罰的評価の認識可能性を要求して責任阻却の余地を残す[56]が、そうであるならば、何故、反対動機形成可能性が故意と責任とで二重に判断される必要があるのかが問われることになる。他方、石井説は、「故意の認定は、他行為可能性・期待可能性に疑念がもたれる場合を除いて、有責性の判断を兼ねる」[57]、「違法性の意識の可能性は、行為時により強い反対動機形成の可能性があったかどうかという期待可能性の問題の一部として理解するのが妥当」[58]だとしており、より問題が大きい。この見解は違法性の意識不要説であるとの批判[59]は妥当であろう[60][61]。

⑶ 刑法が着目する属性の認識

近時、注目を集めるものに、刑法が着目する属性を認識することが故意だとする見解がある。その主張者である髙山佳奈子によれば、「ある事実には無限

55）なお、修正故意説は、もまがむささびの俗称である点を捉えて、社会的有害性の認識があり、故意を認め得る可能性があることも指摘しており（石井「故意の内容と『違法性』の意識」（前掲注 49））40 頁）、ここでの社会的有害性の認識はかなり稀薄であるのかもしれない。

56）齋野『故意概念の再構成』（前掲注 48））193 頁。

57）石井徹哉「故意の認識内容とその認定―薬物事犯における対象物の認識を例に―」早稲田法学会誌 42 巻（1992 年）19 頁。

58）石井「故意責任の構造について」（前掲注 49））43 頁。

59）髙山『故意と違法性の意識』（前掲注 11））86 頁。

60）また、松原『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』（前掲注 2））30 頁以下、松原「違法性の意識」（前掲注 36））112 頁以下参照。

61）本稿は意味の認識の内容を明らかにすることが目的であるため、両説についてはこれ以上立ち入らない。構成要件関係的利益侵害性説に対する批判として、南「故意説の理論構成について」（前掲注 3））193 頁以下参照。

に多様な属性があるが、刑法はそうした属性（主として機能や効果）のうちでもさらに一定の属性に着目し、その属性を理由として、当該事実を構成要件要素によって規定しようとするのである。これらの属性こそが全体として犯罪の当罰性をなし、『犯罪の実質』を構成する」、「つまり、あらゆる構成要件要素は何らかの理由によって構成要件要素となっている。……故意にとって必要な『意味の認識』の内容もここから導かれるはずである。すべての要素が独自の存在意義をもって刑罰法規の中に規定されている以上、これに該当する事実もまた刑法が着目した意味において認識されなければならない」[62] というのである[63]。そして、「このような属性は、刑罰法規に論理的に先行」し、「禁止自体が行為の当罰性をなさない以上、禁止の認識や『あてはめ』」は不要とされ[64]、「規範的要素と記述的要素とを特に区別する必要はなくなり」[65]、また、自然犯と法定犯との厳密な区別も必要ない[66] としている。

これらの主張は、本稿も基本的に是認するところである。結局のところ、意味の認識とは、その法律が何故そのような行為を禁止し処罰の対象としたのかという理由に合致して事実を認識している場合には、まさに法が禁止（命令）しようとした行為を認識して実行に出たといえるから、故意の成立を認めるべきだという理論である。「法規制の基礎となった事実の属性」[67] の認識が問われなければならない。そうであるならば、刑法が着目する属性の認識も、法の趣旨に着目して意味の認識の限界を画そうとする点で妥当である。また、それは禁止の認識を含まないとする点、規範的要素と記述的要素の区別、自然犯と

62）髙山『故意と違法性の意識』（前掲注 11））184 頁以下。

63）「『意味の認識』は、処罰に値する行為の内実を示すため、立法者が着目した属性の認識である」とする山口『刑法総論・第 3 版』（前掲注 43））206 頁、「法規制の根拠となった意味・属性」とする塩見『刑法の道しるべ』（前掲注 51））87 頁も、同様の趣旨であろう。また、松原芳博『刑法総論』（2013 年）245 頁以下参照。

64）髙山『故意と違法性の意識』（前掲注 11））185 頁。

65）髙山『故意と違法性の意識』（前掲注 11））187 頁。

66）髙山『故意と違法性の意識』（前掲注 11））189 頁。

67）中森「麻薬・覚醒剤に関する認識・故意」（前掲注 47））74 頁。

法定犯の区別を必要としない点で正当である[68]。もっとも、刑法が着目する属性の内容が明瞭でない点は否めない。そして、そこには事実の錯誤と違法性の錯誤の区別に不安定さを残す、看過できない曖昧さがあるように思われるのである。

道路交通法上の通行区分違反の罪について、高山説は、「日本では左側通行の制度があることによって、道路交通の秩序と安全が確保されている。それは右側通行を『禁止』することに論理的に先行する利益である。左側通行の制度があるからこそ右側通行が処罰される。従ってこのような『制度的事実』の認識がなければ、行為者は『意味の認識』を欠く」とするが、この場合の意味の認識は禁止の認識と同じではない[69]という。この立場に従えば、日本の交通制度を知らない外国人が右側通行を行った場合、制度の事実認識が欠けるため、通行区分違反の罪は成立しないことになるが、では、賭博罪やわいせつ図画頒布罪において、日本ではそれが禁止されていることを知らない外国人が賭博行為やわいせつ図画頒布を行った場合、故意が欠けるとせざるを得なくなるのではないだろうか。それらの犯罪も、前提には、明示的ではないにしろ賭博やわいせつ図画頒布をしてはならないという制度が存在し、その上で刑罰が規定されていると考えられるからである。これに対し、罰則の他に禁止規定が別途設けられているような法規にのみ制度があるとの反論がなされるかもしれない。しかし、そうであるならばあまりにも形式的であろう。いずれの事例も同じ結論にすべきであるが、この場合に故意を否定するのは、日本の法規に無関心な者ほど有利に扱うことになり、妥当ではない。

また、そもそも制度的事実の認識は禁止の認識ではないと、はたしていえるのか疑問である。左側通行制度は、その反面として右側通行の禁止を意味するものであり、それはまさに禁止の認識であって、左側通行制度の認識と右側通行の禁止・その罰則は一体化しているように思うのである。ここで制度的認識

68）意味の認識は規範的要素に限られないという点につき、福田平『目的的行為論と犯罪理論』（1964 年）158 頁参照。

69）高山『故意と違法性の意識』（前掲注 11））190 頁。

を考慮する姿勢は、暗黙裡に自然犯と法定犯を区別することにならないだろうか。右側通行の認識があれば、法が禁止している事実を十分に認識しているといえ、故意は肯定され、制度の不知は違法性の意識の可能性の問題に解消されるべきである。

干ばつのため洗車禁止を定めたところに来た旅行者が、それを知らずに洗車をしたという事例では、刑法が着目する属性の認識は、「洗車行為が人々の生活をおびやかすことまでは認識していない」ことを理由に意味の認識が欠けるとする[70]。しかし、法が禁止するのは、洗車のために水を使ってはならないということであり、行為者は洗車を認識していることから、単なる法の不知であって、故意は否定できないであろう。人々の生活がおびやかされないことは、法の趣旨・法益であって、その認識を要求することは過剰であり、故意の成立には不要である。

他方、たぬき・むじな事件においては、「狩猟法が環境保護法であるとすると、そのような野生動物であることを知っていれば、『刑法が着目する属性』の認識はある。……『十文字むじな』の外形も認識されていた以上、構成要件の『枠』に入る事実の認識もあるので、結局狩猟法違反の故意を阻却すべきではないことになる」[71]とする。「野生動物」である、との認識が意図するところは定かではないが、故意が認められていることから、「鳥獣の保護を害する」との認識は要求していないものと思われる。そうであれば、洗車事例では「人々の生活をおびやかす」ことの認識を必要とする一方、こちらでは「野生動物」の認識で足りるとするのは矛盾するのではないだろうか[72]。

以上のように、何が刑法が着目する属性であるのか不明確であるといわざるを得ず、事実の錯誤と違法性の錯誤とを区別するにあたっても、基準として十

70）髙山『故意と違法性の意識』（前掲注 11））192 頁。

71）髙山『故意と違法性の意識』（前掲注 11））193 頁。

72）たぬきは、狩猟期には捕獲が可能である以上、野生動物という認識のみでは、洗車事例において要求された、「人々の生活をおびやかす」という認識と同様の認識は認められないように思われるのである。

分に機能を果たさないように思われる。このように曖昧さが残る理由は、刑法が着目する属性の認識が、意味の認識を確定するにあたり、法の趣旨や法益の観点から、認識すべき意味を付加している点にあるように思われる。つまり、通行区分違反の罪については、法律は、「車両は、道路……の中央……から左の部分……を通行しなければならない」（道路交通法 17 条 4 項）とするのみで、通行区分制度の認識を要求する文言があるわけではない。それにもかかわらず制度の認識を要求しており、それは構成要件に存在しない事実を意味の認識として付け加えたものといえるのである[73)]。

意味の付け加えが許されるのであれば、故意の成立に相応しい内実は論者によって様々であることから、求められる意味の認識は千差万別となろう。従来、主張されてきた見解の多くは、意味の付加を許容するものであったと思われる。それが、事実の錯誤と違法性の錯誤との区別が不明瞭であったことの最大の原因であると思われるのである。

3　意味の認識の再構成

⑴　構成要件該当事実の固有の属性の認識

本稿の検討および筆者の別稿における検討から、私見は、以下のようになる。

第一に、故意と違法性の意識およびその可能性は、存在論的に構造を異にし、「故意は、客観的な行為の過程を統制する意思として、規範ないし法義務との関係で、いいかえれば法益侵害・危殆化との関係で否定的な価値判断を受けるものであるのに対し、違法性の意識の存否はそのような行為統制・支配とは無

73）松原『刑法総論』（前掲注 63））245 頁以下では、意味の認識を「刑法の着目した属性であり、特に法益侵害説からは法益侵害性を基礎づける属性」とした上で、たぬき・むじな事件では、「『一定期間猟獣を禁じられている』という属性の認識を必要とすべきかもしれない」としつつ、積極的にたぬきとは別種の動物と認識していたことを理由に、故意を否定する。「一定期間猟獣を禁じられている」という属性は、意味の付け加えといえよう。また、結論として故意の成立を否定しており、高山説と結論が異なっている点が注目される。

関係で、ただ、そのような意思的行為に出るように動機が形成される際にこの形成を困難にしまたは容易にするという形で関係するもの」[74] であり、反対動機形成可能性は規範意識の問題であるため、故意には要求されるべきではないということになる。第二に、禁止の認識を意味の認識に含ませるべきではない。禁止の認識は、事実の認識ではなく評価（違法性）の認識であって、故意の内容として相応しくないと思われるのである。第三に、法の趣旨・保護法益から、意味の認識の内容は検討されるべきであり、それに対応した事実の認識が要求されなければならないが、法の趣旨・法益自体を認識する必要はない。最後に、ある犯罪の意味の認識を確定するにあたり、構成要件に規定されている事実そのものから導かれない意味は、故意を認めるに相応しい内実を有するか否かという評価をともなったものであり、そのような意味は付け加えられるべきではない[75]。意味の認識は、構成要件該当事実自体から抽出可能な固有の属性の認識とすべきである。評価である禁止の認識は、この点からも意味の認識に含ませるべきではないことになる。

以上に従い定義づけるならば、意味の認識とは、法が処罰の根拠とする属性であって、構成要件該当事実の固有の属性の認識ということになるであろう。

⑵ 私見からの帰結

私見で特徴的であるのは、意味の認識として「事実の固有の属性」の認識を要求する点にあると思われる。以下においてこの点を中心に、私見からの帰結を述べたい。

まずは上述の塩酸エフェドリンの例では、覚せい剤原料という意味は塩酸エフェドリンに含まれる属性であり、意味の認識として「覚せい剤原料であるこ

74）井田良『犯罪論の現在と目的的行為論』（1995 年）31 頁。なお、論者は目的的行為論の主張にあたって本文のように述べており、さらには、責任説は目的的行為論によってのみ理論的基礎づけを獲得する（32 頁）としているが、本稿は目的的行為論の正当性までを主張するものではない。

75）川田「規範的構成要件要素の認識」（前掲注 5））34 頁以下参照。

と」を要求するのは問題ないが、「所持が禁じられている」との意味は、塩酸エフェドリン固有の意味ではないため、意味の認識に相応しくはないということになる。また、たぬき・むじな事件では、「たぬき」の捕獲が禁じられているが、たぬきとむじなは同一動物であるから、たぬきの属性にむじなが含まれるため、むじなの認識があれば故意が認められることになる。社会一般では両者は同一動物ではないと考えられていた事情は、「たぬき」自体から導かれる固有の性質ではないため、考慮されるべきではないことになる[76)]。むじなをむじなと認識して捕獲した以上、法が禁止の対象とする行為を認識して実行に出たものといえ、行為規範違反は認められ、故意が肯定されるのである。

有毒飲食物等取締令の事案では、飲用すれば失明のほか死に至る危険性のあるメタノールを、「メタノール」とは認識せずに、「メチルアルコール」と、あるいは、「飲用に供すると身体に有害である」と認識していた場合に、故意が認められ得るかが問題となった[77)]。ここでは通常の酒類の意味しか有していない者を処罰の対象とすべきではないことから、単にアルコール性の液体をではなく、身体に有害なアルコール性の液体を販売等することが本法の処罰の根拠であると考えられる。それ故、「身体に有害なアルコール性の液体」の認識[78)]があれば、法が処罰の根拠とする属性が肯定され、また、それはメタノールの固有の属性であるから、意味の認識として十分である。他方、メチルアルコールやメタノールという名称の認識はあるが、その意味を飲用に供するエタノールの属性でしか（つまり、通常の酒としか）認識していなかった者は、塩酸エ

76）なお、たぬきとむじなは同一動物であるという点は、たぬき固有の性質に含まれるため、俗称（むじな）の認識の場合では同一性の認識を要求すべきという結論が導かれ得るかもしれない。しかし、そうであるならば、むささびともまが同一動物であることの認識や、覚せい剤とシャブ、スピード、エスなどが同一物質であることの認識も必要となってしまい（覚せい剤とは異なった他の合法物質であると積極的に認識していなかったとしても）、妥当とは思われない。

77）最大判昭和 23 年 7 月 14 日刑集 2 巻 8 号 889 頁、最判昭和 24 年 2 月 22 日刑集 3 巻 2 号 206 頁など。南「意味の認識をめぐる一考察」（前掲注 1））427 頁以下参照。

78）福田『目的的行為論と犯罪理論』（前掲注 68））165 頁以下。大塚ほか編『大コンメンタール刑法第 3 巻・第 3 版』（前掲注 30））130 頁以下〔佐久間〕参照。

フェドリンを風邪薬と考えていた者と同じであり、故意が欠けることになる[79]。なお、このような結論につき、たぬき・むじな事件、むささび・もま事件の考え方と一貫しないとの疑問が呈されている[80]。しかし、たぬき・むじな事件、むささび・もま事件では、たぬき、むささびの固有の属性を認識しているのに対し、メタノールでは、名称の認識（裸の事実の認識）しか有しておらず、法が処罰の根拠とするメタノール固有の属性の認識が欠けることから、矛盾はしない。

物の他人性の故意が問題となった、最判昭和 26 年 8 月 17 日刑集 5 巻 9 号 1789 頁は、飼犬証票がなく、飼主が分明でない犬は無主犬とみなす旨の警察規則を誤解した結果、他人所有の犬が首環をつけていたものの鑑札をつけていなかったため、他人の飼犬であっても無主犬とみなされると信じて撲殺した事案であり、最高裁は、「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ったかも知れない」として、故意を認めた原判決を破棄し、差し戻した。警察規則は、私人が無主犬とみなされた犬を殺すことを容認したものではないことから、所有権関係に全く影響を及ぼさない規定である。そうすると、私見からは、「他人の物」という事実の固有の属性に、警察規則に関する事情は含まれないのであり、仮にそれが一般人にとって誤解されやすいという事実があったとしても[81]、違法性の意識の可能性の問題ということになる。事実の固有の属性の認識としては、他人の飼犬であることの認識があれば足りるため、本件では、被告人に、犬が首環をしていることの認識があり、他人の飼犬の認識があったといえ、意味の認識を認めても差し支えなかったように思われる[82][83]。

公安委員会規則がサンダルでの自動車の運転を禁止している場合[84]に、そ

79）わいせつの故意について、他の理由で、例えば、無神論の内容ゆえにポルノだと考えていた場合は、わいせつの固有の属性の認識が欠けるため、故意を否定してよい。名称の認識のみ有している場合と同じである。Vgl. Jakobs, Strafrecht AT（Anm. 8）, S. 294.

80）石井「故意の内容と『違法性』の意識」（前掲注 49））50 頁注（16）。

81）本件では、被告人は、以前に警察から、鑑札のない犬は野犬とみなすという旨を聞いていたという事情があったようである。

れを知らずにサンダルで運転した者については、たとえ規則で禁止されていることの認識が困難であっても、故意にとってはサンダルで運転することの認識があれば十分である。サンダル（の姿形）の認識があれば、事実の固有の属性の認識が肯定されるのであり、それが禁止されているということは、構成要件該当事実の固有の属性ではなく、その事実に対する評価の問題だからである。

禁止区域の認識についても、禁止は評価の問題であるため、故意を事実の固有の属性の認識とする立場からは、意味の認識としてはその区域の認識があれば足り、「禁止区域」であることは違法性の錯誤の問題と解することになる[85)]。これに対し、例えば、追越し禁止区域に関して、道路交通法30条は、「車両は、道路標識等により追越しが禁止されている道路の部分及び次に掲げるその他の道路の部分においては、他の車両（軽車両を除く。）を追い越すため、進路を変更し、又は前車の側方を通過してはならない」と規定しており、「禁止されている道路の部分」の認識が要求されているのではないかとの批判がなされるかもしれない。しかし、事実の認識と評価の認識は区別されるべきこと、および、

82）物の他人性は民法に関係することから、その錯誤は法的評価の誤り（法律の錯誤）であり、それ故、法律の錯誤は常にあてはめの錯誤、禁止の錯誤とし、構成要件の錯誤とはなり得ないというのは正しくはないとの指摘がある（Claus Roxin, Strafrecht AT Ⅰ, 4. Aufl. 2006, S. 489.）。もっとも、他人の傘を自分の傘と勘違いして持って帰った場合では、確かに「物の他人性」に誤りはあるが、それは民法の評価を誤ったのではなく事実を誤ったに過ぎない。このような場合に法律の錯誤という必要はないであろう。

83）なお、最決昭和61年7月18日刑集40巻5号438頁が、他人の建造物につき、「他人の所有権が将来民事訴訟等において否定される可能性がないということまでは要しない」としたことを是認するならば、物の他人性は、民法上の概念に多分に影響を受けるとしても、最終的には刑法独自の立場で判断され得ることになり、それ故、意味の認識として要求される内容も刑法独自に判断されることになろう。

84）東京高判昭和38年12月11日高刑集16巻9号787頁は、犯意の成立に違法性の意識は必要ないことを理由に、故意を認めている。なお、当時の道路交通法71条7号に基づき、福島県道路交通規則11条3号は、「運転の妨げとなるような服装をし、又は下駄、スリッパ、サンダルその他これらに類するものをはいて自動車又は原動機付自転車を運転しないこと」と規定していた。

85）南「意味の認識の限界と禁止の認識」（前掲注32））309頁以下も参照。

条文上、禁止の認識は故意の成立に不可欠であるとの解釈は必然ではないように思われることから、それは意味の認識に含まれないと理解することも不可能ではないように思われる[86)]。

4　結びにかえて

本稿は、意味の認識を、法が処罰の根拠とする属性であって、構成要件該当事実の固有の属性の認識と定義づけた。事実についての社会的な評価や禁止を含ませるべきではない（「付け加え」の禁止）との考慮から、意味の認識の内容に限界を設けたものである。このような立場からは、事実の錯誤と違法性の錯誤の限界もかなり明確になるものと思われる。そして、そのような認識があれば、行為者には行為規範に反した行為が認められるのであり、故意行為としての実質も備えているものと思われる。

しかし、意味の認識を明らかにするという本稿の目的は、説得力をもってなされたのかは大変心許なく、紙幅の制約もあり検討が不十分であったことも否めない。次稿においてさらに研究を深めたい[87)]。

86）なお、条文上、禁止の認識を特に要求していると解される場合においては、私見からも故意の対象になり得ることを否定するものではない。

87）残された重要な課題に、許可の故意（最判平成元年 7 月 18 日刑集 43 巻 7 号 752 頁参照）および脱税の故意がある。