

松 山 大 学 論 集  
第 32 卷 第 3 号 抜 刷  
2 0 2 0 年 8 月 発 行

# 故 意 の 認 定(2)

—— 危険ドラッグの場合 ——

明 照 博 章

# 故意の認定(2)

——危険ドラッグの場合——

明 照 博 章

## 目 次

- 一 本稿の目的
- 二 危険ドラッグの社会問題化の経緯と現状
- 三 現時点で危険ドラッグの事例判断を検討する意義
- 四 平成 28 年福岡高裁判決において処罰の対象となった行為が  
実行された時点での社会状況（以上、松山大学論集 31 巻 7 号）
- 五 福岡高裁の判断内容
- 六 薬物事犯における故意の存否を認定するための視点  
(以上、 本号)
- 七 福岡高裁の判断基準の位置づけその当否
- 八 結論

## 五 福岡高裁の判断内容

### 1. 福岡高裁の判断内容

平 28 年福岡高裁判決は、被告人が危険ドラッグを所持していた事例において、被告人から事実誤認等の主張に対して、「論旨は理由がない。」という判断を下している<sup>31)</sup> 長くなるが、行為者（及び社会）における行動規範が変化する過渡期の判断であるから、「事実誤認」に関する福岡高裁の判断部分を全て引用する。

#### 「1 事実誤認の主張について

論旨は、要するに、被告人は、原判示の乾燥植物片（以下『本件植物片』と

いう)が違法な薬物を含有するという認識はなく、未必的にも故意はなかったから、被告人の故意を肯定して、被告人が原判示の指定薬物(以下『本件薬物』という)を含有する本件植物片を所持したと認定した原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実の誤認がある、というのである。

そこで記録を調査して検討するに、被告人には本件薬物を含有する本件植物片を所持した故意を肯認することができるから、原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな事実の誤認は存しない。以下その理由を説明する。

(1) 原審で取り調べた各証拠によれば、平成26年8月19日、被告人に対する脅迫の被疑事実による被告人方居室の搜索差押許可状が執行され、その際本件植物片が発見され、被告人は、自身で購入したことを自認して、それを任意提出し…、その後、本件植物片が鑑定され、本件薬物の成分が検出されたことが認められるから…、被告人が本件薬物を含有する本件植物片を所持していたことは明らかである。

また、本件薬物は、平成26年7月15日公布、同月25日施行の厚生労働省令第79号により、当時の薬事法(平成25年法律第84号による改正前のもの、現在は法律名が『医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律』と改正されており、同法において同じ規制がされている)2条14項に規定する薬物に指定された(以下『指定薬物』という)ものである。

(2) 被告人は、検察官調書…において、任意提出当日の平成26年8月19日、北九州市甲区内のハーブ販売店『A』で本件植物片を購入したが、その際、販売員に合法かどうかを確認し、合法で規制がかかっていないと言われたから、合法なものとして信じていた旨供述する。

当時の薬事法は、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、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薬物を厚生労働省令で指定して規制し、その販売、所持、譲り受け等を禁止しており、現在もそのような規制の仕組みに変わりはない。しかし、これらのいわゆる危険ドラッグと

称される薬物は、市中で公然と販売されており、実際、本件薬物は、平成 26 年 6 月 24 日の東京都豊島区で発生した交通事故の容疑者から検出されたことを端緒に、同年 7 月 15 日に厚生労働省令で指定薬物に指定されたものであって、本件薬物が本件当時相応に蔓延していた可能性は否定できない。

そして、違法とされる指定薬物を公然と販売することには相応のリスクを伴うから、規制回避のために同じような薬理作用がありながら成分が異なる薬物が次々に出現していたのであり、そのため、通常は、規制の対象外の同様の薬理作用のある薬物を販売し、指定薬物をことさら販売することは避けるものと考えられる。また、本件薬物が指定薬物として指定されてから被告人が購入して任意提出するまでは短期間であり、本件植物片の外観から本件薬物の含有を判断することはできないことを踏まえれば、被告人が購入した販売店も、本件植物片が本件薬物等の指定薬物を含有していたことを確知してはいなかった可能性は否定できないし、たとえ販売員が本件薬物等の指定薬物を含有する可能性を認識していたとしても、日常的に取締りや監視が行われる中、客に対して違法である可能性を説明することは考え難い。さらには、前記東京都豊島区での交通事故のように、危険ドラッグの危険性がしばしば報道される中、購入者が合法性を確認しようとするのが不自然であるともいえない。

これらを併せみれば、本件植物片を公然と販売する店舗で購入し、その際、販売員から合法であると聞いた、という被告人の弁解を直ちに排斥することはできない。

(3) 違法な薬物の所持、使用等を処罰する場合に対象物について求められる故意は、当該薬物の薬理作用を認識しているだけでは足りず、通常は当該薬物の名称によって示されることになる、当該薬物を所持し、使用することが犯罪に当たると判断できる社会的な意味を認識することが必要であり、そのような認識があつて初めて、故意の存在を認めるに足る事実認識を肯認することができる。

この点、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にあった。

しかしながら、指定薬物は、有害な薬理作用の蓋然性と保健衛生上の危険のおそれから規制されているのであり、規制に反した所持、販売、譲り受け等が規制薬物ほど重い刑罰の対象とされていなかった上、薬物が指定薬物に指定されると、類似した薬理作用を有する規制の対象外の新たな薬物が取引されるようになり、その新たな薬物が改めて規制の対象とされるなど、新たな薬物の出現とそれに対する規制が繰り返され、そのことは危険ドラッグの使用の間で十分周知されていた。

このような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、譲り受けること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る事実の認識に欠けるところはないといえることができる。

これを本件についてみると、被告人は、危険ドラッグである脱法ハーブを吸引して相手に傷害を負わせた別件傷害被告事件の公判において、嫌なことが重なりイライラして、どうしていいかわからないとき、現実逃避のため脱法ハーブを吸っており、暴力的になるのは脱法ハーブが原因ではないかと思う旨供述している。また、検察官調書…においては、本件植物片のことをハーブと称した上、ハーブを吸うと、身体が一気に硬直して物凄く重く感じ、気持ちも身体

も強力な力で引っ張られて持っていられる感じがして、引っ張られていく感じを我慢していると、体がフワーンと楽になったり、気持ちがグラーンと良く感じたり、嫌なことが忘れられたり、味覚や聴覚が冴えるように感じる旨供述し、体がフワーンとなるので、自動車の運転には危なく、交通事故を起こしかねないため、ハーブを吸った後には自動車は運転しないようにしていた旨供述している。そして、自動車を運転するとき吸いを控えていたというのは、東京都豊島区での交通事故等の事件や事故を意識した供述と理解できる。

そうすると、被告人は、本件植物片が、中枢神経系の興奮若しくは抑制又は幻覚の作用や当該作用の維持又は強化の作用を有する蓋然性が高く、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薬物を含有していること、すなわち、当時の薬事法によって規制しようとしていた薬理作用やその薬理作用による危険性を十分認識するとともに、その薬理作用を期待して本件植物片を購入し所持していたことができる。そして、被告人は、本件植物片がいわゆる危険ドラッグであることを前提に、それを購入して所持していた上、危険ドラッグの危険性や取締りの強化は十分承知しており、そのため販売員に本件植物片の規制の有無を確認しているのであるから、本件植物片の含有する本件薬物が、他の指定薬物と同様に規制され得るそれらと同種の物であり、指定薬物として取締りの対象に入る可能性を認識していたものというべきである。

したがって、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ことは明らかである。被告人に誤認があったとしても、その誤認は、指定薬物としての指定の有無に尽きる。

(4) 本件植物片の外見や使用感等からは、危険な薬物であるという認識自体は可能であっても、指定薬物とは指定されていない同様の薬理作用のある薬物が蔓延している状況下では、指定の事実自体を認識することには困難を伴う。しかし、当該薬物が処罰の対象とされている違法の実質を十分認識している以上、当該薬物には指定薬物として指定されていない薬物しか含有されていない

と信じたことに十分合理的な理由があるなど、特異な状況が肯定できる場合でなければ、故意が否定されることはないというべきである。

被告人は、原審公判において、販売員から『だんだん規制され、危ない物が入りだしているの、これを使ってから運転はしないでください』と注意を受けたことがあり、購入した店舗が一時閉店していたが、再度オープンした後は新しくなってオーナーが変わったから安全だと説明されたというのであり、さらには、過去にその店舗から出たところを警察官から職務質問され、そのとき所持している薬物を見せたところ、今は規制されていないから自己責任だと言われた旨供述している。

被告人は、販売員から合法だと告げられるなどしたから合法だと信じたというのであるが、販売員でしかない者が違法か合法かを適切に判断できる立場にないことも、その言葉が信頼に足る状況にないことも、いずれも明らかであるし、取締りの対象となって閉店した店が、再度オープンしたからといって、販売店で取り扱う商品が合法的なものと推認できないこともまた明らかである。そうすると、本件の事実関係の下では、被告人が本件植物片には指定薬物として指定されている薬物が含有されていないと信じたことに合理的な理由があったことなど、被告人の故意を否定するに足る特異な状況も認められないというべきである。

被告人が、弁解するように、指定薬物が含有されていない合法的なものと誤信して本件植物片を購入して所持していたとしても、被告人は、違法の実質を承知していたというべきであり、違法なものを違法だと思わなかったというにすぎず、故意の存在が否定されることにはならない。

以上のとおりであって、原判示事実を認定した原判決の判断は結論において相当であるというべきであり、他に所論が縷々主張するところを踏まえて検討しても、原判決に所論の事実誤認は存しない。」

## 注

31) なお、本件では、被告人から量刑不当の主張もなされているが、福岡高裁は「論旨は理由がない」とした。

## 六 薬物事犯における故意の存否を認定するための視点<sup>32)</sup>

この点に関して、平成2年最高裁決定及びその下級審判決が重要であるから、ここで詳しく検討する。

### 1. 平成2年最高裁決定までの経緯

平成2年最高裁決定の第一審は、覚せい剤取締法違反の罪の故意としては「日本に持ち込むことを禁止されており、密輸により膨大な利益を上げられるような違法な薬物」であるという認識があれば足りるとして、本件事案を解決しようとした。

ところが、原判決である東京高裁<sup>33)</sup>は、これを「不十分の誹りを免れず、判示方法として適切さを欠く」きらいがあるとし、むしろ「不確定的故意」特に「概括的故意」の問題として捉え直した。そして、平成2年最高裁決定<sup>34)</sup>は、概括的故意という用語は用いていないが、原判決である東京高裁の判断は正当であるとして是認している<sup>35)</sup>。

### 2. 平成2年最高裁決定の原判決である東京高裁判決と第1審判決の関係

上記の経緯によれば、平成2年決定の原判決である東京高裁判決は、第1審判決の一部が不適切であるとする。そこで、東京高裁判決を分析した上で、第1審に対する批判を考察する。

#### (一) 分析

東京高裁は、まず、(構成要件的)故意が成立するための行為者の認識内容と程度について言及する。すなわち、「覚せい剤輸入罪・所持罪が成立するた



めには、輸入・所持の対象物が覚せい剤であることを認識していることを要する」とし（説示A）、「その場合の対象物に対する認識は、その対象物が覚せい剤であることを確定的なものとして認識するまでの必要はなく、法規制の対象となっている違法有害な薬物として、覚せい剤を含む数種の薬物を認識予見したが、具体的には、その中のいずれの一種であるか不確定で、特定した薬物として認識することなく、確定すべきその対象物につき概括的認識予見を有するにとどまるものであっても足り、いわゆる概括的故意が成立する」（説示B）とした。

次に「概括的故意」の成立可能な状況として「（覚せい剤は）行為者が、認識予見した数種の違法有害な薬物のうちの一種であるが、その中のいずれとも決し難い場合であっても、その概括的認識対象の中に覚せい剤が含まれている以上、これを認容した上、あえて対象物の輸入・所持の各行為に及んだときは、実際に輸入・所持された対象物の客観的な薬物の種類に従い、すなわち、それが覚せい剤であれば覚せい剤の輸入罪・所持罪が成立すると解するのが相当である」（説示C）とする。そして、概括的故意の成立に「必要な過程」として次のように説示する。すなわち「上記の意味における覚せい剤輸入罪・所持罪の概括的故意が成立するための対象物に対する認識予見は、単に抽象的になんらかの違法な薬物類を漠然と認識予見していたという程度では足りず、麻薬、覚せい剤、大麻等法規制の対象となっている具体的な違法有害な薬物の認識予見とその中に覚せい剤が含まれていることが必要である。」（説示D）「言葉を換えていえば」、「確定すべき対象物に対して、具体的な違法有害な薬物を概括的に認識予見する際に、認識予見の対象から覚せい剤が除外されていないことが必要である」（説示E）とした。

最後に、第1審判決の問題点として次のように指摘した。すなわち「被告人が、本件対象物につき、『少なくとも、それが、日本に持ち込むことを禁止されている違法な薬物である、との認識まで持ったものと認めざるをえないのである。そして、被告人が対象物に関する右の程度の認識の下に、現実に覚せい

剤の隠匿されているベスト（私製腹巻）を着用して本邦に上陸し、覚せい剤を輸入した以上、被告人に右薬物が覚せい剤取締法二条にいう覚せい剤に当たるとの明確な認識がなかったとしても、被告人において覚せい剤取締法違反（覚せい剤輸入）罪の故意の成立に欠けるところはないものというべきである。』と説示するところ、原判決の右説示は、所論の指摘するように理解される余地がある点で、いささか不十分の誹りを免れず、判示方法として適切さを欠きらいがないではない」（説示F）とした。

## （二）考察

東京高裁は、覚せい剤輸入罪・所持罪の主観的要件（故意）として必要となる「犯罪事実」（客観的構成要件要素）の「認識」として、「輸入・所持の対象物が覚せい剤であること」の「認識」を必要とするが（説示A）、「対象物が覚せい剤であることを確定的なものとして認識するまでの必要はなく、法規制の対象となっている違法有害な薬物として、覚せい剤を含む数種の薬物を認識予見したが、具体的には、その中のいずれの一種であるか不確定で、特定した薬物として認識することなく、確定すべきその対象物につき概括的認識予見を有するにとどまるものであっても足り」とし、これをもって「概括的故意が成立する」（説示B）とした<sup>36)</sup>。それゆえ、説示Bでは「対象物が覚せい剤であること」を「認識」しているという評価が可能となる限界を示したものである<sup>37), 38)</sup>。

次に、概括的故意の成立を肯定できる「状況」に言及し（説示C）、概括的故意の成立に「必要な過程」として、「概括的故意が成立するための対象物に対する認識予見」は「麻薬、覚せい剤、大麻等法規制の対象となっている具体的な違法有害な薬物の認識予見」と「その中に覚せい剤が含まれている」ことが必要であり（説示D）、「言葉を換えていえば」、「確定すべき対象物に対して、具体的な違法有害な薬物を概括的に認識予見する際に、認識予見の対象から覚せい剤が除外されていない」ことが必要である（説示E）とした。

説示Dと説示Eは、「言葉を換えていえば」という接続詞でつながっているから、東京高裁は、説示Dと説示Eを「表裏の関係にある」と捉えている。ただし、説示Eは、被告人が最低限度「認識予見の対象から覚せい剤が除外されていない」ことが立証できれば、覚せい剤輸入罪・所持罪の故意を認定できるとするから、「麻薬、覚せい剤、大麻等法規制の対象となっている具体的な違法有害な薬物の認識予見とその中に覚せい剤が含まれていること」の立証を要求する説示Dの認定方法よりも説示Eに従った認定方法の方が事実上容易に故意の存在を肯定できるといえるであろう。

その上で、第1審判決のような基準を前提とした場合「被告人が自分の搬入した物について『違法な薬物』であるとの認識を有していたと認定するにとどまり、それ以上に、当該物が覚せい剤である旨の認識を有していたとは認定していない。しかし、覚せい剤取締法違反罪が成立するとされるためには、対象物が同法にいう覚せい剤に当たるという認識を有していることが必要であって、『違法な薬物』であるとの認識を有していただだけでは、覚せい剤取締法違反罪の故意として不十分である。日本への持込みが禁止されている違法な薬物には多数の種類があるから、なんらかの『違法な薬物』であるとの認識があるとの抽象的な認識によって、違法な薬物のうちの覚せい剤である旨の認識があった、あるいは覚せい剤取締法違反罪を構成する故意が成立するとみるべきではない」という被告人側からの批判<sup>39)</sup>に対して十分に答えられない点を率直に認める(説示F)<sup>40)</sup>。そして、覚せい剤輸入罪・所持罪の故意を認定するためには、同罪が成立するのに必要な対象物の認識として、少なくとも対象物が「覚せい剤」(核心部分)であるという認識を除外していない場合に限り、故意の成立を肯定することを明示し(説示A～E、特に説示E)、これをもって、被告人側からの批判に対して「論理的」に応答したのである<sup>41)</sup>。

### 3. 平成2年最高裁決定の位置づけ

平成2年最高裁決定は、東京高裁が示した「概括的故意」という用語を使用

していないが、同決定と「同旨と解される原判決の判断は、正当である」とし、原判決である東京高裁の判断を是認していることは前述の通りである。

#### 4. 平成2年最高裁決定における故意の認定方法（枠組み）

以下では、最高裁の判断方法に関して、東京高裁と最高裁の文言を比較した上で考察する。

##### （一）最高裁の文言

最高裁は、「被告人は、本件物件を密輸入して所持した際、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があった」（説示G）と認定した上で、「覚せい剤かもしれないし、その他の身体に有害で違法な薬物かもしれないとの認識はあったことに帰することになる」（説示H）とし、「そうすると」、「覚せい剤輸入罪、同所持罪の故意に欠けるところはない」（説示I）とした。

##### （二）東京高裁の文言

一方で、東京高裁は、「概括的故意」の成立可能な状況として「(覚せい剤は)行為者が、認識予見した数種の違法有害な薬物のうちの一種であるが、その中のいずれとも決し難い場合であっても、その概括的認識対象の中に覚せい剤が含まれている」（説示C）ことに言及し、概括的故意の成立に「必要な過程」としては「概括的故意が成立するための対象物に対する認識予見」は「麻薬、覚せい剤、大麻等法規制の対象となっている具体的な違法有害な薬物の認識予見」と「その中に覚せい剤が含まれている」ことが必要であると（説示D）、「言葉を換えていえば」、「確定すべき対象物に対して、具体的な違法有害な薬物を概括的に認識予見する際に、認識予見の対象から覚せい剤が除外されていない」ことが必要である（説示E）とした。

### (三) 最高裁と東京高裁の比較

まず、最高裁の説示Gは、「概括的故意」の成立可能な状況に関する東京高裁の説示Cを前提とするものと考えられるが、説示Gの状況があれば、「概括的故意」の成立可能な状況になっているといえる。「被告人は、本件物件を密輸入して所持した際、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があった」（説示G）場合、「（覚せい剤は）行為者が、認識予見した数種の違法有害な薬物のうちの一種であるが、その中のいずれとも決し難い場合であっても、その概括的認識対象の中に覚せい剤が含まれている」（説示C）からである。

次に、最高裁は、「覚せい剤かもしれないし、その他の身体に有害で違法な薬物かもしれないとの認識はあったことに帰することになる」（説示H）とし、「そうすると」、「覚せい剤輸入罪、同所持罪の故意に欠けるところはない」（説示I）とした。これは、説示Gの状況が「説示Hの状況にある」ことを經由して、「覚せい剤輸入罪、同所持罪の故意に欠けるところはない」（故意の成立を肯定する）（説示I）に至ることを示すものである。

最後に、最高裁説示Hは、説示Gの状況を認定するために必要となる過程を示すが、これに対応する東京高裁の説示は、説示Dと説示Eがある。そして、説示Hは、「その他の身体に有害で違法な薬物かもしれない」との認識でもよいとするから、「麻薬、覚せい剤、大麻等法規制の対象となっている具体的な違法有害な薬物の認識予見」と「その中に覚せい剤が含まれている」（説示D）のレベルまで要求しているものではない。しかし、説示Hは、「覚せい剤かもしれない」との認識を要求するから、「確定すべき対象物に対して、具体的な違法有害な薬物を概括的に認識予見する際に、認識予見の対象から覚せい剤が除外されていない」（説示E）レベルまでは要求しているといえる。

### (四) 小括

以上から、最高裁は、「概括的故意」を明言していないが、東京高裁が示し

た「概括的故意」の成立可能な状況（説示C）を前提とし、これを肯定できる「被告人の認識」を示す（説示G）。そして、最高裁説示Gの状況が「最高裁説示Hの状況にある」ことを經由して、<sup>42)</sup>「故意の成立を肯定する」（説示I）ことになるが、最高裁説示Hは、東京高裁説示Eレベルまでを要求していると評価できる。<sup>43)</sup>

## 5. 平成2年最高裁決定の枠組みの考察

### （一）平成2年最高裁決定における要証事実

裁判における事実認定は「一定の証拠手続に基づいた両当事者の主張・立証活動によって、多数の関連する歴史的事実のなかから当該事件の法的解決にとって重要な意味のある事実を選び出し、法的に分析・構成して、法規範の規定する法律要件に該当する事実を確定する作業」であり、<sup>44)</sup>「原告の主張する事実－刑事でいえば公訴犯罪事実－の存否をめぐり、当事者の攻撃・防禦によって、双方が持ち出す証拠－証人や証拠物、書証など－が取り調べられるにしたがって、事実の真否が次第に明らかになって行く」過程である。<sup>45), 46)</sup>そして、刑事事実認定における（主要な）「要証事実」は「起訴状に記載された公訴犯罪事実（構成要件に該当し、違法・有責な事実）」である。<sup>47)</sup>故意は犯罪成立要件であるから、これを推認させる事実が要証事実になる。そして、対象となる要件が「規範的評価概念」である場合、その法的評価をもたらす「評価根拠事実」が「要証事実」となる。<sup>48)</sup>

平成2年最高裁決定に関して、元判事である香城教授は、「どのような場合に覚せい剤の認識があったか」というのかを検討すると、判例は、当該構成要件に該当する事実（覚せい剤であること）をそれとして認識していることを要し、その一部である違法性の意識を喚起しうる範囲の事実を認識していること（例えば、『シャブ』という隠語や違法な薬物であるという認識）は故意特に未必的故意の存在を認めるうえでの証拠にとどまると解している。つまり、故意の成立を認めるには、当該構成要件にあたる種概念としての事実そのものを認

識していることを要し、これを含む類概念を認識していることは種概念を認識していることの証拠にとどまると解している」とする<sup>49)</sup>

そうすると、「当該構成要件に該当する事実（覚せい剤であること）をそれとして認識している」（当該構成要件にあたる種概念としての事実そのものを認識している）[という事実]<sup>50)</sup>が「評価根拠事実」つまり「要証事実」ということになる。

## （二）平成2年最高裁決定の枠組み

### （1）要証事実の推認構造

最高裁は、「概括的故意」を明言していないが、東京高裁が示した「概括的故意」の成立可能な状況（説示C）を前提とし、これを肯定できる「被告人の認識」を示す（説示G）。そして、最高裁説示Gの状況が「最高裁説示Hの状況にある」ことを経由して、「故意の認定を肯定する」（説示I）ことになるが、最高裁説示Hは、東京高裁説示Eレベルまでを要求していると評価できるとしたが、香城教授の見解に従って、さらに分析すると以下ようになる。

まず、教授は「これ（覚せい剤）を含む類概念を認識していることは種概念を認識していることの証拠にとどまる」と指摘するが、これは、「類概念」の認識[という事実]が「種概念」の認識[という事実：要証事実]を推認させる関係を示していると解される。そして、覚せい剤を含む「類概念」の認識は、「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」（最高裁説示G）を指すと解されるが、最高裁説示Gは、前述の通り、概括的故意の認定が可能な状況（東京高裁説示C）が存在し、これを肯定できる状況である。

次に「『シャブ』という隠語や違法な薬物であるという認識」は「故意特に未必的故意の存在を認めるうえでの証拠にとどまる」と指摘するが、これは、覚せい剤を含む「類概念」の認識[という事実]を介して、「種概念」の認識[という事実]を推認させることになり、この「類概念」の認識[という事実]を推認させる事実として「『シャブ』という隠語や違法な薬物であるという認



識」[という事実]があることを示していると解される。<sup>51), 52)</sup>

以上から、最高裁の推認過程は、「『シャブ』という隠語や違法な薬物であるという認識」[という事実]から、覚せい剤を含む「類概念」の「認識」[という事実]を推認し、さらに「類概念」の認識[という事実]から「種概念」の認識[という事実]を推認する構造になっているものと解される。<sup>53)</sup>

## (2) 推認を破る場面の存在

最高裁は、故意の成立を肯定するためには「説示Hの状況にある」を要求するが、説示Hは、上記の通り「確定すべき対象物に対して、具体的な違法有害な薬物を概括的に認識予見する際に、認識予見の対象から覚せい剤が除外されていない」(東京高裁説示E)レベルまで要求していると評価した。説示Eによれば、認識予見の対象から「覚せい剤」が「除外されている」場合、類概念の認識[という事実](最高裁説示G)の推認を破ることになると解することができる。<sup>54)</sup>

## (三) 故意の体系論上の地位と「類概念の認識」の内容

### (1) 故意の犯罪体系論上の地位

刑法解釈学の意義は、刑法上の原則を前提として、犯罪成立要件の輪郭を明示することにある。<sup>55)</sup> 故意の体系論上の地位も、上記のような視点から非常に重要な議論であるが、大別すると、構成要件要素とする見解<sup>56)</sup>と責任要素とする見解<sup>57)</sup>がある。<sup>58)</sup>

故意を構成要件要素とする見解(α)を前提とすると、故意は、行為の類別化機能を有することになる。<sup>59)</sup> これを前提とすると、故意概念と行為の類別化機能を結びつけた解釈になりやすいであろう。これに対して、故意を責任要素とする見解(β)を前提とすると、提訴機能を有し、責任主義の観点から根拠づけを行うことになる。<sup>60)</sup> これを前提とすると、故意の概念と提訴機能を結びつけた解釈になりやすくなるであろう。<sup>61), 62)</sup>



## (2) 故意の体系上の地位と「類概念の認識」の内容の関係

いずれの見解が、「類概念の認識」の内容を明確に根拠づけ得るかが問題となるが、この点に関して、香城教授は、「判例は、当該構成要件に該当する事実（覚せい剤であること）をそれとして認識していることを要し、その一部である違法性の意識を喚起しうる範囲の事実を認識していること（例えば、『シャブ』という隠語や違法な薬物であるという認識）は故意特に未必的故意の存在を認めるうえでの証拠にとどまると解している。つまり、故意の成立を認めるには、当該構成要件にあたる種概念としての事実そのものを認識していることを要し、これを含む類概念を認識していることは種概念を認識していることの証拠にとどまると解している」とする。<sup>63)</sup>

そうすると、香城教授が捉える判例は、故意の提訴機能を認め、これを前提として故意の有無を判断していることになる。<sup>64)</sup>

香城教授が捉える判例の見地を基礎づけるものとして、例えば、前田教授の所説がある。教授は、責任主義から「非難可能なだけの事実の認識」を想定した上で、故意非難を基礎づける主観的事情として「一般人ならばその罪の違法性の意識を持ち得る犯罪事実の認識」を同定する。<sup>65)</sup>しかし、前田教授の想定から故意の内容として「一般人ならばその罪の違法性の意識を持ち得る犯罪事実の認識」を導出することには、疑問の余地がある。<sup>66)</sup>

仮に、上記の導出が可能であるとしても、香城教授が指摘するように「当該構成要件に該当する事実（覚せい剤であること）をそれとして認識していることを要し、その一部である違法性の意識を喚起しうる範囲の事実を認識していること…は故意特に未必的故意の存在を認めるうえでの証拠にとどまる」の言い換えとして「故意の成立を認めるには、当該構成要件にあたる種概念としての事実そのものを認識していることを要し、これを含む類概念を認識していることは種概念を認識していることの証拠にとどまる」ととらえることの必然性には、疑問がある。核心部分としての「覚せい剤」の認識（種概念の認識）がなくても、「違法性の意識を喚起しうる範囲の事実」の「認識」／「一般人なら

ばその罪の違法性の意識を持ち得る犯罪事実の認識」は生じ得るからである。これと問題意識を同じくする東京高裁における弁護人の主張に対する対応として示された東京高裁説示A～Eは、概括的であってもなお「覚せい剤」の認識[という事実]を不可欠であるとし、少なくとも「確定すべき対象物に対して、具体的な違法有害な薬物を概括的に認識予見する際に、認識予見の対象から覚せい剤が除外されていない」(説示E)というレベルの「覚せい剤」の認識[という事実]を要求する。そうすると、(β)を前提として、故意の内容を「違法性の意識を喚起する範囲の事実」の「認識」/「一般人ならばその罪の違法性の意識を持ち得る犯罪事実の認識」と捉える見地から、東京高裁判決及びこれを是認する平成2年最高裁決定を根拠づけることはできないであろう。仮に根拠づけを行う場合は、さらに別の説明が必要になる。<sup>67)</sup>

覚せい剤輸入罪・所持罪の故意の成立にとって「覚せい剤」の認識(種概念の認識)[という事実]の認定において、概括的であってもなお「覚せい剤」の認識[という事実]を不可欠である点に関する根拠づけは、(α)の見地に立ち、「故意が存在することによって、行為者の行為の法的意味づけが可能となる」という「故意に類別化機能を肯定する」視点から行われることが<sup>68)</sup>基準の可視化において、より合理的であろう<sup>69)</sup>。故意の存在にとって核心部分である「種概念」の認識があつて初めて、「行為者は何を行っているか」について、意味づけることができる(この場合、行為者は「覚せい剤」輸入罪・所持罪などの「覚せい剤事犯を行っている」という「意味づけ」が「可能」になる)からである<sup>70)</sup>。逆に「覚せい剤」が認識予見対象から完全に「除外されている」場合、行為者は「覚せい剤」輸入罪・所持罪などの「覚せい剤事犯を行っている」という「意味づけ」が「不可能」になる。したがって、覚せい剤輸入罪・所持罪の故意の成立にとって「覚せい剤」の認識(種概念の認識)[という事実]の認定において、概括的であってもなお「覚せい剤」の認識[という事実]は不可欠なのである。<sup>71)</sup>

#### (四) 種概念の認定と意味の認識

香城教授は、「判例は…種概念としての事実を認識しているというためには、その事実が構成要件にあたることを意味を認識していることを要するものと解している。そして、このような意味の認識は、対象物(例えば覚せい剤の粉末)を目のあたりにするなどの方法でその自然的事実を認識することから間接的に生じる場合と、対象物が何であるかを知らされるなどの方法で直接にその意味を認識することから生じる場合がある。…覚せい剤のような場合には、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、右の自然的事実の認識から故意の存在を認定するには、その者が日ごろ覚せい剤を取扱っていたことなどの特別の事情が必要であろう。意味の認識に関しても、事情は同じであって、薬物の法令名、一般名、隠語などを認識していることから覚せい剤の故意の存在を認定することができるか否かという問題は、右のような事実の認識から覚せい剤という意味の認識の存在を認定することができるか否かの問題ということになる」とする<sup>72)</sup>

裁判上、殺意に関して「『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った』と認めることができれば、殺意と法的に評価し得る心理状態があると認定できる」と指摘されている<sup>73)</sup> 対象となる要件が「規範的評価概念」(殺意)である場合、その法的評価をもたらす「評価根拠事実」が要証事実となるが、殺意の評価根拠事実は、「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った」という事実であり、この事実があれば、「殺意」と「法的に評価し得る心理状態がある」と認定できる。

殺人罪の場合、行為者の認識は次のような段階がある。①ピストルを胸に撃ち込むことの認識(裸の事実の認識)、②それが「殺すこと」を意味することの認識(社会的・規範的意味の認識)、さらに、③殺すことが悪いことであることの認識(違法性の認識)、最後に、④刑法199条に該当することの認識(具体的条文の認識)である<sup>74)</sup> 「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った」という事実があれば、「通常は」①及び②の認識を肯定

できると解されるので、その結果として、「殺意」と「法的に評価し得る心理状態がある」と認定できるという経路をたどる。これに対して、覚せい剤輸入罪・所持罪などの覚せい剤事犯の場合、「覚せい剤の粉末」を見ただけでは、それが「覚せい剤」という「意味」を「認識している」とはいえないこともあり、また、「シャブ」という隠語を聞いただけでは、「覚せい剤」という「意味」を「認識している」とはいえないこともある（②レベルの認識の不存在）。それゆえ、上記の香城教授の見解は次の文脈を踏まえて理解する必要がある。すなわち、「覚せい剤の粉末」を見たり、「シャブ」という隠語を聞いた[という事実]が覚せい剤を含む「類概念」の認識[という事実]を推認させ、これを踏まえてさらに「類概念」の認識[という事実]から覚せい剤という「種概念」の認識[という事実]を推認させるためには、「覚せい剤の粉末」を見たり、「シャブ」という隠語を聞いたときに、行為者が「それが覚せい剤である」という点に「社会的・規範的意味の認識」を有している必要がある。そして、この結論は、「故意が存在することによって、行為者の行為の法的意味づけが可能となる」という「故意に類別化機能を肯定する」本稿の見地からも根拠づけることができる。行為者に「社会的・規範的意味の認識」がなければ、行為者の行為の意味づけが不可能だからである。

## 注

- 32) 田中教授は「裁判における事実認定は、歴史学のように、ナマの具体的な歴史的事実を客観的に認識し再現する作業ではなく、一定の証拠手続に基づいた両当事者の主張・立証活動によって、多数の関連する歴史的事実のなかから当該事件の法的解決にとって重要な意味のある事実を選び出し、法的に分析・構成して、法規範の規定する法律要件に該当する事実を確定する作業である」とする（田中成明『現代法理学』（平23年・2011年）459頁）。また、団藤博士は、事実認定に関して「原告の主張する事実－刑事でいえば公訴犯罪事実－の存否をめぐり、当事者の攻撃・防禦によって、双方が持ち出す証拠－証人や証拠物、書証など－が取り調べられるにしたがって、事実の真否が次第に明らかになって行く」過程であるとする（団藤重光『法学の基礎』第2版（平19年・2007年）215-6頁）。そして、井田教授は、刑罰法規の適用過程を分析することを通じて、「法令の解釈」「事実の認定」「法令の適用」の関係を指摘する。すなわち、教授は「刑罰法規は、①法規から

法解釈を介して規範命題を具体化すること、②法規（規範命題）の予定する事実を認定すること、③認定された事実を規範命題に包摂すること（いいかえれば、法の規定から導かれる規範命題を認定された事実関係に『あてはめる』こと）という3つの異なった作業から成る」とする（井田良「法令の解釈・事実の認定・法令の適用」『研修』848号（平31年・2019年）3-4頁）。ただし、田中教授は「事実認定は、法的評価と不可分にあり…裁判で争われるような事実認定については、どこまでが事実認識でどこからがその法的評価かを明確に区別することが難しい事例が多いのが現実である」とする（田中・注(32) 459頁）。さらに、井田教授は「多くのケースにおいては、法解釈がそれ自体として独立かつ完結的に行われるものではなく、具体的な事例との関わりにおいて、まさに包摂（あてはめ）の判断の過程で一緒に行われ、他方で、包摂と並行して同時に事実認定も行われる（その過程で、認定事実との関わりで法解釈が修正されたり、修正された法解釈にしたがって認定事実にも変化が生じたりすることも起こる）ことになる」と指摘する（井田・注(32) 9頁）。そして、教授は、「事実関係の把握と記述が、適用されるべき法規範の解釈とさきわめて密接な相互関係をもつ」とし、「事実の確認（認定）と法の解釈とは、前者が第1ステップ、後者が第2ステップという形でそれぞれ無関係に行われるのではなく、一方で、適用が予定される法規範の求めるところに応じて事実を抽出して確定し、他方で、刑罰法規の抽象的表現を事実に向けて具体化するという作業が行われる」（「法と事実との間の視線の往復」）とする（井田良＝佐渡島紗織＝山野目章夫〔井田良〕『法を学ぶ人のための文章作法』第2版（令元年・2019年）52頁）。その上で、「法適用過程を特徴づける思考方法」を「種々の作業の間の相互作用であり、相互作用を通じての仮説形成とその検証、仮説の修正と修正された仮説の検証、そしてそのくり返し」と定義し（井田・注(32) 12頁）、このような「循環構造」（「循環性ないし相互作用」）は、法適用過程の全体においていたるところで見出される、つまり、エンギッシュが「視線の往復」で予定した「法規と生活事実の間の関係」ばかりではなく、「事実認定の判断の内部にも存在し」、「法解釈の内部においても存在する」とする（井田・注(32) 12頁）。

- 33) 東京高判平元・7・31判タ716号248頁（平2年最高裁決定の原判決）は、「二 故意の成立についての当裁判所の法律的見解」において、「覚せい剤輸入罪・所持罪が成立するためには、輸入・所持の対象物が覚せい剤であることを認識していることを要するが、その場合の対象物に対する認識は、その対象物が覚せい剤であることを確定的なものとして認識するまでの必要はなく、法規制の対象となっている違法有害な薬物として、覚せい剤を含む数種の薬物を認識予見したが、具体的には、その中のいずれの一種であるか不確定で、特定した薬物として認識することなく、確定すべきその対象物につき概括的認識予見を有するにとどまるものであっても足り、いわゆる概括的故意が成立する。したがって、行為者が、認識予見した数種の違法有害な薬物のうちの一種であるが、その中のいずれとも決し難い場合であっても、その概括的認識対象の中に覚せい剤が含まれている以上、これを認容した上、あえて対象物の輸入・所持の各行為に及んだときは、実際に輸入・所持

された対象物の客観的な薬物の種類に従い、すなわち、それが覚せい剤であれば覚せい剤の輸入罪・所持罪が成立すると解するのが相当である」とする。そして、「上記の意味における覚せい剤輸入罪・所持罪の概括的故意が成立するための対象物に対する認識予見は、単に抽象的になんらかの違法な薬物類を漠然と認識予見していたという程度では足りず、麻薬、覚せい剤、大麻等法規制の対象となっている具体的な違法有害な薬物の認識予見とその中に覚せい剤が含まれていることが必要である。言葉を換えていえば、確定すべき対象物に対して、具体的な違法有害な薬物を概括的に認識予見する際に、認識予見の対象から覚せい剤が除外されていないことが必要である」とした上で、「原判決は、罪となるべき事実において、故意の点を含め、覚せい剤の輸入・所持の各事実を認めた上、その補足説明の中で、被告人が、本件対象物につき、『少なくとも、それが、日本に持ち込むことを禁止されている違法な薬物である、との認識まで持ったものと認めざるをえないのである。そして、被告人が対象物に関する右の程度の認識の下に、現実に覚せい剤の隠匿されているベスト（私製腹巻）を着用して本邦に上陸し、覚せい剤を輸入した以上、被告人に右薬物が覚せい剤取締法二条にいう覚せい剤に当たるとの明確な認識がなかったとしても、被告人において覚せい剤取締法違反（覚せい剤輸入）罪の故意の成立に欠けるところはないものというべきである。』と説示するところ、原判決の右説示は、所論の指摘するように理解される余地がある点で、いささか不十分の誹りを免れず、判示方法として適切さを欠くくらいがないではない」と評価する。さらに、「所論の錯誤論は、行為者が認識予見していたところと、実際がくい違う場合の問題であって、本件で問題となる概括的故意の場合には、行為者が一定範囲内の物を概括的に認識し、実際においてもその物がその概括的認識内の物であったのであるから、錯誤の問題は生ぜず、實際上その物がその概括的認識外の物であった場合にはじめて錯誤の問題が生ずるに過ぎない」とした。「三本件覚せい剤輸入罪・所持罪の故意の成否についての当裁判所の判断」において、「本件は、覚せい剤についての概括的故意の存否が問題となる事案であり、本件の核心は…被告人が認識していた『日本に持ち込むことが禁止されている違法な薬物』の中に、概括的にしろ覚せい剤の類を認識予見していたか否かということである。すなわち、言葉を換えていえば、本件において確定すべき対象物に対して、被告人が違法有害な薬物を概括的にしろ認識予見するに際して、覚せい剤が認識予見対象から除外されていたのかどうかということである」とし、「そこで、検討するに、原判決挙示の関係証拠によれば、本件において確定すべき対象物に対して、被告人が概括的に認識予見していた違法有害な薬物類の中に覚せい剤が含まれていたこと、すなわち、その際の認識予見対象から覚せい剤が除外されていなかったことが優に認められ、原審で取り調べたその余の証拠及び当裁判所の実事取調べの結果を加えて検討してみても、右認定を左右するに足りない」とした。そして、このように結論するために、詳細に事案を検討した。そして、「以上、被告人の麻薬、覚せい剤に対する知識と経験・見聞・依頼主のCが素性・行状の怪しい台湾マフィアとのつながりも窺われる人物であること、依頼された運搬物の内容について一般人が当然不審を



抱かざるを得ないような状況が存在したこと、本件物の隠匿搬入の態様、本件物の性状についての被告人の感触、被告人が本件物についてHと交わした話の内容、詰め替え作業を手伝ったり、Hと行動を共にした際の被告人の態度等を総合すると、遅くとも、被告人が飛行機内でベストを着用する段階では、本件物を覚せい剤であると特定して認識していたとまでは認め難いものの、本件物が覚せい剤を含む叙上の身体に有害な違法薬物類であることを概括的なものとして認識予見しつつ、本邦への運搬行為に出たことが認められるのであって（大麻をパイプを用いたり、大麻煙草にして吸ったことが何回かある被告人としては、本件物に対する感触からして、飛行機内で前記のベストを身に着けた以後は、本件物が大麻草あるいは大麻樹脂等の大麻に属する物ではないことを認識していたものと認められる。また、被告人は、ホテルニューオータニで本件物を詰め直した際にこぼれ落ちた本件物を舐めてみて、苦い味がしてコカインではないと思ったというのであり、それ以後は本件物をコカイン以外の叙上の被告人のいう麻薬類と認識していたことが認められる。）、少なくとも覚せい剤取締法の規制対象である覚せい剤に対する概括的故意があったものと認めるのが相当である。したがって、被告人が本件対象物が覚せい剤を含む叙上の違法で有害な薬物である可能性を認識予見しつつ、これを認容し、あえて現実覚せい剤を輸入したり、所持していた以上、その対象薬物の客観的な薬物の種類にしたがって、覚せい剤取締法違反罪が成立するものというべく、原判示第一の覚せい剤輸入罪及び同第二の覚せい剤所持罪の成立を認めた原判決の事実認定に誤りは認められない」とした。

34) 最判平2・2・9・前掲注(1)は「所論にかんがみ、職権により検討する。原判決の認定によれば、被告人は、本件物件を密輸入して所持した際、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があったというのであるから、覚せい剤かもしれないし、その他の身体に有害で違法な薬物かもしれないとの認識はあったことに帰することになる。そうすると、覚せい剤輸入罪、同所持罪の故意に欠けるところはないから、これと同旨と解される原判決の判断は、正当である」とする。

35) 井田良「判批」『判例評論』384号（平3年・1991年）52頁。

36) なお、東京高裁の判決文における「概括的故意」の意味は、従来、刑法総論等の教科書で用いられている「概括的故意」とは異なる。ここで用いられている「概括的」の意味は、「複数の対象を区別することなく、包括して」といった意味である（小西秀宣「違法薬物であることの認識と概括的故意」『小林充先生 佐藤文哉先生 古稀祝賀刑事裁判論集上巻』（平18年・2006年）44頁注(4)）。言い換えると、「覚せい剤であることの『種として』の認識がなくとも、覚せい剤を含む違法な薬物類であるとの『類として』の認識があれば足りるものである」とされる（原田國男「判批」『最高裁 時の判例Ⅳ』（平16年・2004年）40頁。原田教授は、内田教授の見解を前提として基準を提示しておられる）。内田教授は、これを「ヘルマンの概括的故意」とされ、次のように指摘される。すなわち「ヘルマンの概括的故意」は『「法的側面」における不確定的意図』と結びついて現れ、「行為者にとって、自己の実行する行為が、現行法上、いかなる犯罪を構成するのか、その個別

化・特徴化ができない場合、犯罪の分別がはっきりしない場合があるが、このような不確定的意図は、『概括的意図』と呼ぶべきであり、その場合の故意は『概括的故意』と呼ぶべきである」とする（内田文昭「覚せい剤輸入・所持罪と概括的故意」『判例タイムズ』726号（平2年・1990年）64-5頁。詳細は、内田文昭「もう一つの『概括的故意』について（二・完）」『警察研究』61巻1号（平2年・1990年）3頁以下参照）。

- 37) 行為者が「対象物が覚せい剤であること」を「認識」しているという評価が可能となる限界は、故意を肯定するための事実認定の場面にも関連するといえるであろう（香城敏磨『刑法と行政刑法 香城敏磨著作集Ⅲ』（平17年・2005年）319-20頁参照）。
- 38) 東京高裁が「麻薬、覚せい剤、大麻等法規制の対象となっている具体的な違法有害な薬物の認識予見とその中に覚せい剤が含まれていることが必要である」と説示する点に関して、「未必の故意の問題」と「錯誤の問題」を「混同している嫌い」があるという指摘がある（野口元郎「判批」『研修』580号（平8年・1996年）62頁）。
- 39) この批判は、被告人側の控訴趣意における主張である。すなわち、「原判決は、被告人が自分の搬入した物について『違法な薬物』であるとの認識を有していたと認定するにとどまり、それ以上に、当該物が覚せい剤である旨の認識を有していたとは認定していない。しかし、覚せい剤取締法違反罪が成立するとされるためには、対象物が同法にいう覚せい剤に当たるという認識を有していることが必要であって、『違法な薬物』であるとの認識を有しただけでは、覚せい剤取締法違反罪の故意として不十分である。日本への持込みが禁止されている違法な薬物には多数の種類があるから、なんらかの『違法な薬物』であるとの認識があるとの抽象的な認識によって、違法な薬物のうちの覚せい剤である旨の認識があった、あるいは覚せい剤取締法違反罪を構成する故意が成立するとみるべきではない」としたのである。
- 40) 東京高裁は「原判決の右説示は、所論の指摘するように理解される余地がある点で、いささか不十分の誹りを免れず、判示方法として適切さを欠くきらいがないではない」とする。
- 41) 東京高裁における弁護人の主張とそれに対する東京高裁からの応答を成立させるためには、その前提として、故意の提訴機能を肯定する視点だけでは不十分であり、故意に類別化機能を肯定する視点が不可欠になると考えられる。
- 42) ただし、最高裁は、説示Gにおいて「概括的故意」の成立可能な状況の存在を肯定するから、説示Hは、「思考過程として」言及するにとどまり、東京高裁説示D及びEの「過程」を経て東京高裁説示Cの存在を認定する構造になっていないと解される。
- 43) 最近、特殊詐欺の「受け子」に故意の成立を肯定する場合に、最判平2・2・9・前掲注(1)を前提とするものと解される判例がある（最判平30・12・11刑集72巻6号672頁、最判平30・12・14刑集72巻6号737頁及び最判令元・9・27刑集73巻4号47頁）。
- 44) 田中・前掲注(32) 459頁。
- 45) 団藤・前掲注(32) 215-6頁。



- 46) 事実認定に関しては、さらに、井田・前掲注(32) 3頁以下、細田啓介「間接事実による推認過程」『これからの刑事司法の在り方』（令2年・2020年）254頁以下、佐藤弘規「事実認定の言語化」『これからの刑事司法の在り方』（令2年・2020年）269頁以下、井田良＝細田啓介＝関根澄子＝宗像雄＝北村由妃＝星長夕貴「座談会 論理的に伝える」『法学教室』448号（平30年・2018年）10頁以下参照。
- 47) 高橋和之＝伊藤眞＝小早川光郎＝能見善久＝山口厚編集代表『法律学小辞典』第5版（平28年・2016年）1305頁。
- 48) 細田・前掲注(46) 254頁注(1) 参照。司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（平21年・2009年）14-5頁は、殺意に関して「『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った』と認めることができれば、殺意と法的に評価し得る心理状態があると認定できる」とし、裁判員裁判において、「相手が死ぬかもしれないが、それでも構わないと思い、あえて行為に及んだかどうか」といった説明を示す方法よりも、「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った」と認めることができるかを「直接の立証の対象」として示す方法の方が「裁判員にとっては問題の所在を明確に意識して審理に臨むことができ、より分かりやすく適切な方法ではないかと考える」とする。そうすると、「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った」という事実が「評価根拠事実」であり「要証事実」ということになるのであろう。
- 49) 香城・前掲注(37) 319-20頁。
- 50) これは東京高裁説示Aに対応する。
- 51) この点に関して、原田教授は、端的に「概括的な認識」は「俗に言えば、やばい薬だとの認識」とする（原田・前掲注(36) 40頁）。
- 52) 上述の通り、最高裁説示Hは、東京高裁説示Eレベルまでを要求すると解しているが、常に東京高裁説示Dレベルまで要求すると解するのであれば、「種概念」の認識[という事実]を推認するためには、「手にしている当該薬物について、少なくともそれが覚せい剤であるかもしれないとの意識が現実に行行為者の脳裏をよぎった場合」でなければならない（曾根威彦「判批」『法学セミナー』428号（平2年・1990年）116頁）ことになるであろう。しかし、説示Dを要求する場合、「やばい薬だとの認識」[という事実]から「概括的な認識」[という事実]を推認するという方式をとることが困難になるであろう。
- 53) 覚せい剤等輸入罪の故意の成否を検討するに当たって問題とされた間接事実に関しては、石倉広修＝小松本卓＝三村三緒「覚せい剤輸入罪における故意」『判例タイムズ』1350号（平23年・2011年）55頁以下参照。推認力を有する間接事実から要証事実の存在を推認する方式を定式化するものが経験則といえるが、経験則の危険性については、植村立郎「裁判員裁判における事実認定の充実を目指して」『季刊刑事弁護』79号（平26年・2014年）122-3頁、豊崎七絵「判批」『法学セミナー』703号（平25年・2013年）148頁、中谷雄二郎「控訴審における事実誤認の審査について」安廣文夫編著『裁判員裁判時代の刑事裁判』（平27年・2015年）312-3頁、長瀬敬昭＝太田寅彦「覚せい剤密輸事件における

故意の認定について』『判例タイムズ』1422号(平28年・2016年)13-4頁等を参照。

54) 植村教授は、種の認識を推認させる類の認識があってもなおこの推認を否定する「特別な事情」が存在する場合には「故意が否定される」とする(植村立郎「故意とその認定」『刑法雑誌』34巻3号(平7年・1995年)39頁。故意を否定した事例として、東京地平3・12・19判タ795号269頁をあげる)。安東判事は、「覚せい剤を全く知らない者であっても、例えば覚せい剤と同程度に身体に有害な違法薬物をも排除しない形で違法薬物の概括的な認識を有しつつ輸入行為に及んだ場合」には、「覚せい剤の意味の認識」も、実質的故意論における「違法性の意識可能性」もあるから、「覚せい剤輸入罪の故意が認められると解すべきであろう」とする(安東章「薬物輸入罪の故意、事実の錯誤」池田修=杉田宗久編『新実例刑法〔総論〕』(平26年・2014年)186頁)。そして、「バッグに隠して密輸する」事例において「輸入の対象物がひょっとして『やばい薬かもしれない』と思っていた」場合、「この『やばい薬』には、覚せい剤等の違法薬物類が含まれていると解される」から、『やばい薬』とはいっても、覚せい剤であったなら決して運び役を引き受けなかったというような特段の事情がない限り、覚せい剤を含む違法薬物類の概括的かつ未必的な認識があったと認められる」とする(安東・注(54)192頁)。ただし、合田判事は、覚せい剤営利目的輸入罪における故意(知性情)の認定について『警察学論集』70巻12号(平29年・2017年)55頁)。

55) 井田教授は、前述の通り、「法適用過程を特徴づける思考方法」を「種々の作業の間の相互作用であり、相互作用を通じての仮説形成とその検証、仮説の修正と修正された仮説の検証、そしてそのくり返し」と定義し、このような「循環構造」(「循環性ないし相互作用」)は、「法規と生活事実の間の関係」ばかりではなく、「事実認定の判断の内部にも存在し」、「法解釈の内部においても存在する」とする(井田・前掲注(32)12頁)。この「循環構造」に関連して、盛山教授の「制度」に関する指摘が非常に示唆的であり、「刑法解釈学の意義は、刑法上の原則を前提として、犯罪成立要件の輪郭を明示することにある」の意味を説明する上でも重要であるので、ここで詳細に検討する。

盛山教授は、「制度」(規範を含む)とは、「具体的な個々人を越えた存在であり、その拘束は等しく人々に適用される、という了解である」とする(盛山和夫『制度論の構図』(平7年・1995年)262頁)。そして、この了解が「理念的实在」であって、制度は「人びとの思念のうちに存在する」と主張する(盛山和夫『社会学的方法的立場』(平25年・2013年)26頁)。さらに、教授によれば、このような「思念を支える人びとの意味世界」(盛山・注(55)社会学26頁)、言い換えれば、「行為者自身が自らをとりまく世界について抱いている了解の内容」(盛山・注(55)制度論179頁)が「一次理論」であり、「人々は一次理論レベルでかかる『集合的实在』を想定」している(盛山・注(55)制度論262頁)。つまり、「制度という現象には、人々における一次理論のレベルでのある種の基本的共同了解が成立している」のである(盛山・注(55)制度論262頁)。それゆえ、このような構造をもつ

「制度や規範」は、「超越的で普遍的な性質を持った集会的実在の観念」が「ある人においてそうした観念が存在する限り」、その内容がどんなものであれ、それは「その人自身を何らかの形で」「内的に拘束する」ものである（盛山・注(55) 制度論 262 頁）。

さらに、盛山教授は、制度に関して次のように説明する。

「(1) 制度知識所属の主観性：『Yという制度が存在する』という知識は、究極的にはあくまで『個人の主観的知識』にすぎない。その知識が、他者と共有されているという保証はないし、共有されていなければ、個人の知識が成立しないということもない。

(2) 制度知識の客観的妥当性の主観的前提：同時に、『Yという制度が存在する』という知識を抱く個人にとっては、この知識は『一人自分だけに妥当するものでなく、社会全体に妥当すべきもの』である。つまり、この知識は『客観的に正しい』と主観的に見なされている。

(3) 観察とコミュニケーションを通じての妥当性確認：次に、『Yという制度が存在する』という知識を抱いている個人は、当然、その知識に基づいて行動するし、他者もまたそのように行動することを期待している。それだけではなく、その知識について他者とコミュニケーションし、少なくない場合において、『他者もやはり同じ知識を抱いている』というふうに理解する。より正確に言えば、『他者もまた同じYという制度を生きている』と理解する。いつもこうなるとは限らないが、こうした妥当性確認が成立する度合いにおいて、制度は成立する。これは文脈は異なるが、ロールズ（Rawls 1971）の言葉を借りて『反照的均衡 reflexive equilibrium』と呼ぶことにする。

(4) 制度知識の揺らぎ：最後に、『Yという制度が存在する』という知識は、時として、それが『他者が同じように理解していないものである』とか、『制度としての理解が間違っていた』とかと気づかされることがある。言語という制度では、そうしたことがよく起こる。たとえば、ことわざの理解の間違いとか、漢字の読みの間違いとか、あるいは、『自分は、憲法九条は自衛隊のような軍隊を認めていないと考えるのに、そうは考えない人がある』とか、である。こうした制度知識の揺らぎも起こりうる。」（盛山・注(55) 社会学 26-7 頁）。

盛山教授は、「(1)~(4)」で特徴づけたような性質を、まとめて「主客反照性」と呼ぶとされた上で、「主客反照性」は、「主観と客観」又は「個人と共同的なもの」との「反照的」(reflexive)な関係性を意味すると指摘する（盛山・注(55) 社会学 29 頁）。そして、「制度という現象はこのようにして、基本的にはあくまで個人的な意味世界に帰せられるものでありながら、同時に、共同的なものとして成立することができる」とした上で（盛山・注(55) 社会学 27 頁）、個人と社会の関係を例として、敷衍される。すなわち、「もともと『社会』そのものが当初から主客反照的性を基礎にして構成された存在である」が、そうすると、「個人と社会」の関係に関して提出された「個人だけしか存在しないところにどうやって社会という集会的なものが存在することになるのか」という問いに対する回答が明瞭になる。それは「各個人が『個人を超えた社会』というものの存在を信じて生きている」と

いうことである。「社会は基本的には人びとの個人的な信念の中にしか存在しないが、人びとがその信念のもとで行動することで、行動やその結果という『実体的なもの』が生まれ、そうした実体的なものは『社会の存在の証拠』として機能するのである」ということである（盛山・注(55) 社会学 29 頁）。このような主客反照的な関係において重要な点は「社会の存在は、他者のふるまいや発話で『検証される』』という契機が存在しているということである（盛山・注(55) 社会学 29-30 頁）。つまり、制度は、「人々の思念のうちに存在する」「理念的実在」であるから、「何が制度であるか」についての知識が人々の間で完全に一致する保証はない。それゆえ、「法解釈」という営みに意味があることになる（盛山・注(55) 制度論 262 頁）。

盛山教授の主張する「制度」と（学説が主張する）法解釈の関係について敷衍すると次のようになる。

法解釈とは「法規範の規範的な意味内容を突きとめること」（団藤・前掲注(32) 345 頁）、又は「実定法規範の意味内容を一定の問題事例と相關的に解明し特定化する作業」と定義されている（田中・前掲注(32) 463 頁）。したがって、法解釈の前提として（実定）法規範が必要である。法規範（の一つ）である法律は、「国民相互の関係において、または国家もしくは地方公共団体と国民との関係において、権利・権限を付与し、または義務を課することによって利害関係を調整し、社会統制の手段として現実機能している」ものである（川端博『法学・刑法学を学ぶ』（平 10 年・1998 年）8 頁参照）。それゆえ、法律は「公的な強制を伴い公権力によって強行されうる社会規範」でなければならない（団藤・前掲注(32) 24 頁参照）。「社会規範」とは、「社会における人々の行動を規律することにより社会秩序を形成するルール」とされるが（井田良『講義刑法学・総論』第 2 版（平 30 年・2018 年）2 頁）、現在、日本は、法治社会へと移行しているので、法人格間において問題が生じたとき、「最終的」には「憲法と法律に基づいて処理される」つまり「裁判を通じて処理される」という社会秩序を「形成」（創造／想像）しているのである。

法人格を「権利」という視点から見た場合、次のように言い換えることができるであろう。すなわち、「権利」とは、「『特定の行為をする資格』が束になったもの」つまり「特定の行為をする資格がパッケージ化されたもの」という見方である（飯田高「資源配分システムの『権利』の形成」『法律時報』89 巻 2 号（平 29 年・2017 年）23 頁）。これを前提として、飯田教授は次のように指摘される。すなわち、教授は「パッケージ化された資格が共有知識となったときに、その資格は『権利』となる」とするが（飯田・注(55) 23-4 頁）、ここでいう「共有知識」とは、「資格の内容や配置を各メンバーがそれを知っており、かつ、『メンバーがそれを知っていること』をそれぞれのメンバーが知っている」関係が成立している「状況」をいうものとされる（飯田・注(55) 23 頁）。ある制度が共通知識として存在していれば、それが「具体的な個々人を超えた存在であり、その拘束は等しく人々に適用される、という了解」（盛山・注(55) 制度論 262 頁）が（少なくとも、間主観的に）共通化していることになる。そして「もし資格が共有知識になっていけば、逸脱行動をとっ

人々に対し、人々が足並みを揃えて反作用を及ぼす…ことがしやすくなる。共有知識性は、資格が実効化される確率を大幅に高める」ので（飯田・注(55) 23 頁）、権利が十分に実効化されるためには、「行為の資格について人々が知っている」ことを「擬制」する仕組みが必要である（飯田・注(55) 25 頁。共有知識の促進に関して、飯田教授は、Michael S.-Y. Chwe の所説を引用しつつ、次のように指摘する。「何らかの仕掛けがあれば、共有知識の形成は促進されるであろう。共通体験を提供するメディア、掲示、儀式、祭典、教育、伝承などが人々の生活の中で存在感を保っていれば、そういうものが一切ない場合と比べて、共通知識は形成されやすくなる」とする（飯田・注(55) 24 頁）。さらに、服部良久『中世のコミュニケーションと秩序 紛争・平和・儀礼』（令2年・2020年）2頁参照）。

「何が制度であるか」（『理念的实在』／『共通知識』）の「擬制」を行う「仕組み」の一つが「裁判所による判断」であるが、このような「仕組み」は、「基本的」には、あくまで「個人的な意味世界に帰せられるもの」でありながら、「同時に」、「共同的なものとして成立することができる」「制度」の「理念的实在性を担保する機能」を有するものである。「資格の内容や配置を各メンバーがそれを知っており、かつ、『メンバーがそれを知っていること』をそれぞれのメンバーが知っている」関係が成立している「状況」（共有知識）が存在すれば、その「制度」が「完璧」な「共同的なものとして成立する」といえるであろう。この点に関して、「裁判所による判断」という「仕組み」は「共有知識化を促す要素にすぎない」という指摘がある（飯田・注(55) 25 頁）。もし、「制度」が「共同的なものとして成立する」ために「完璧」な「共有知識」の確定を要求するならば、外部から他人の認識を確認しなければならないであろう。しかし、そのような意味での確定はできないし（飯田・注(55) 25 頁は「完璧な共有知識というものはおそらく存在しない」とする）、内心の自由を尊重する国家体制においては、確定すべきでもない。ここにも「裁判所による判断」という「仕組み」により「共有知識」の「擬制」が行われる意義があるであろう。

次に、「裁判所による判断」という「仕組み」は「国家」が「裁判」によって紛争を処理する「機構」であるが（飯田教授の文脈では（飯田・注(55) 25 頁）、この仕組みは「国家が裁判によって『権利／資格』を保障するという機構」になるであろう）、法化社会では、紛争は最終的に「裁判を通じて処理される」ので、裁判上の紛争に耐えるだけの証拠を日々の活動において収集管理しておく必要があり、このような活動を通じて、裁判所による判断が「威嚇点・参照点」として社会的に認知されるようになる（拙稿「法化社会とその在り方」『松山大学論集』30巻1号（平30年・2018年）241頁）。「裁判所による判断」が「紛争の最終的終結」となる法化社会では、「裁判所による判断」が「威嚇点・参照点」となる「人間関係（社会）」を「創造／想像」することになる。そして、このような「社会」では、各個人が個人的に「裁判所による判断」という「仕組み」の存在を「信じる」現象が生じ、この現象が（主客反照的な過程を経て）当該「仕組み」の信憑性増進を通じて、上記の「仕組み」が「共同的」なものとして「成立」し、「制度」の「理念的实在性を担保する機能」の一翼を担うことがより明確となる。

さらに、「裁判所による判断」という「仕組み」は「国家」が「裁判」によって紛争を処理する「機構」であるが、このような「仕組み」それ自体だけでなく、紛争を処理するための具体的な「裁判所による判断（基準）」（「制度」）も「個人的な意味世界に帰せられるものでありながら、同時に、共同的なものとして成立することができる」という性格を有している。しかし、制度は、「人々の思念のうちに存在する」「理念的实在」であるから、「何が制度であるか」についての知識が人々の間で完全に一致する保証はない。それゆえ、学説が主張する「法解釈」という営みに意味があることになる。すなわち、制度は、主客反照的な過程を経て、つまり「制度知識所属の主観性」→「制度知識の客観的妥当性の主観的前提」→「観察とコミュニケーションを通じての妥当性確認」という過程を経て、「反照的均衡」に至れば「理念的实在」になるが、「裁判所による判断（基準）」が主客反照的な過程を経て「反照的均衡」に至る「一要素」として、学説が主張する「法解釈」を位置づけることができる（この点に関しては、さらに、拙著『積極的加害意思とその射程』（平29年・2017年）333頁以下参照）。さらに言い換えると、学説が主張する「法解釈」は、「裁判所による判断」という「仕組み」を前提として、その「枠組み」（根拠づけを含む）を形成（「創造／想像」）するが、ここで提示された「法解釈」を裁判当事者が主張することを通じて、又は、裁判所が直接その解釈に触れることを通じて、「（従来の）裁判所による判断（基準）」を形成する（より強固な根拠を提示する）ことになり、その判断が「共有知識化を促す要素」になることを経て、個人的な意味世界が同時に共同的なものとして成立し、「制度」の「理念的实在性を担保する機能」の一翼を担う。逆に、学説が主張する「法解釈」を裁判当事者が主張することを通じて、又は、裁判所が直接その解釈に触れることを通じて、「（従来の）裁判所による判断（基準）」とは「異なる判断（基準）」を形成することになり、（従来の）裁判所とは異なる判断（基準）が「共有知識化を促す要素」になる（「可能性」つまり判例変更後の判断（基準）が「共有知識化を促す要素」になる）ことを経て、個人的な意味世界が同時に共同的なものとして成立し、「制度」の「理念的实在性を担保する機能」の一翼を担うこともある（最近、学説の方向性に関する対立点を改めて確認するものとして、浅田和茂「刑事法における立法・判例と学説」『立命館法学』375=376号（平29年・2017年）475頁参照）。

学説が主張する「法解釈」が「従来の裁判所の判断基準を形成する」／「それとは異なる判断基準を形成する」という（ある種矛盾するようにも見える）現象は、「制度」が主客反照的な過程を経て「反照的均衡」に至った後に（早ければ、その瞬間から）生じる。「その」時点から「制度の知識の揺らぎ」が発生するからであるが、その原因は、「裁判所」が判断基準を示すことが「反照的均衡」に至ったこと（社会の「威嚇点・参照点」となること）を示すという「仕組み」は、「擬制」にすぎない点に存する。「石の实在性」と「制度の实在性」は同一の形式ではない。「石の实在性」は、「外部から観察する」（例えば「手に触れる」）方法を通じて正確に認識できるが、制度の实在性はそのような方法では認識できないからである。これと連動して、「制度の（理念的）实在」にとって重要な事項で



ある「反照的均衡化」やある事項に対する「共有知識化」は、「外部から観察する」方法では正確に認識できないのである（飯田教授は、「共通知識」が「多かれ少なかれフィクションに依存している」（飯田・注(55) 25 頁）と指摘する。また、制度／秩序と虚構の関係に関して、小坂井准教授は次のように指摘する。すなわち、准教授は、「社会制度」は「虚構抜きには成立しない」。「社会秩序を支える根拠は存在しない。だが、それにもかかわらず人間を超越する〈外部〉が仮象し、人間世界を根拠づける」（小坂井敏晶『増補責任という虚構』（令2年・2020年）321 頁）とする）。したがって、学説が主張する「法解釈」が「従来の裁判所の判断基準を形成する」／「それとは異なる判断基準を形成する」という（ある種矛盾するようにも見える）現象は、「制度の実在性が主客反照的な過程（運動）を経て反照的均衡に至った結果として生じる」という性格に内在する必然的な結果である。さらに付言すれば、小坂井准教授は、「世界は夥しい関係の網から成り立ち、究極的な本質はどこにも見つけれられない。だが、その関係こそが堅固な現実を作り出す」とし、「どんなモノも出来事も自存せず、他の原因に依って生ずる。本質や実体は存在せず、関係だけが現れる」とする（小坂井・注(55) 439-40 頁）。このような「関係」を対象として、一定の視点（価値観）から「本質」を措定し、この「本質」から実在する「関係」を意味づけるのが、「法解釈」ということになるが、これが「刑法解釈学の意義は、刑法上の原則を前提として、犯罪成立要件の輪郭を明示することにある」との意味でもある（視点又は価値観の構築の在り方に関しては、仲正昌樹『法の共同体』（平14年・2002年）38 頁以下、盛山和夫「公共社会学は何をめざすか」『社会学評論』68 巻1号（平29年・2017年）12-4 頁参照）。

- 56) これは、構成要件を違法類型と解する見解と違法類型・責任類型と解する見解から導かれる。
- 57) これは、構成要件を違法類型・責任類型と責任類型と解する見解から導かれる。
- 58) 学説の分類は、川端博『刑法総論講義』第3版（平25年・2013年）175 頁以下を参照。
- 59) 類別化機能に関して、「違法行為としての法的意味づけ機能」と「有責行為としての法的意味づけ機能」があるが、ここでは前者を前提として議論を進める。「違法行為を類型化した構成要件該当行為を他の構成要件該当行為と区別する機能を有する」を肯定する見解は、人的不法論を前提とする場合が多い。しかし、物的不法論においても、違法性を基礎づける「法益侵害」という「結果」が発生しない未遂犯の場合、故意が違法性の有無を決するとされるが（平野龍一『刑法の機能的考察』（昭59年・1984年）30 頁参照）、これは、「故意を考慮に入れてはじめて、犯罪としての未遂犯たるべき行為の法的意味が明らかになる」ことを意味する（川端・前掲注(58) 179 頁）。
- 60) 物的不法論を前提とする場合が多い。ただし、故意を責任要素であると解しつつ、構成要件が有責行為類型でもあるから、故意は主観的構成要件要素でもあるとし、その限りで犯罪個別化機能を果たす「構成要件の故意」の概念を認める見解もある。
- 61) ただし、高山教授は『犯罪事実の認識』としての故意を認めるためには、二つの条件

がある。…故意には『刑法が着目する属性の認識』が必要である。すなわち行為者は、各要件該当事実の、刑法が規制を及ぼす根拠となっている意味を認識しなければならない。そうでなければ、行為者の主観的な犯罪性を認めることができないためである。そして…『故意の構成要件関連性』も必要である。すなわち行為者は、客観的に構成要件に該当するような事実を認識していなければならない。そうでなければ、犯罪の客観面におけると同様に主観面においても罪刑法定主義の要請が満たされたとはいえないからである」とする(高山佳奈子『故意と違法性の意識』(平11年・1999年)242-3頁)。また、松宮教授は『『規範は構成要件の形で与えられる』から、ここにいう『反対動機』は、構成要件ごとに個別化して考えなければならない』とする(松宮孝明『『裁判員裁判と未必の故意』を問題とする視点』『法律時報』83巻1号(平23年・2011年)83頁)。

62) 藤木博士は「故意は、ひき起こされた犯罪事実の認識、その犯罪事実発生に向かう意思およびその他の情緒的な要素を複合した概念としてとらえられてきた。同一被害の惹起が、惹起の態様によって、実質的な違法性の度合を異にし、社会的な行動のタイプとして異なるとされる場合に、その差異を根拠づけるのは、故意のうち結果を認識しながらその結果惹起の可能性ある行為をする、という部分であって、いわば、外形から推測される範囲の意思方向である。内心に隠された部分、とくに、反対動機、道義的抑制力を押し切った、という部分は、依然、責任要素としての役割をもつものと考えらるべきである」とする(藤木英雄『刑法講義総論』(昭50・1975年)138頁)。これは、故意を構成要件要素と位置づける見解をとれば、故意が行為の類別化機能を肯定することになること及び故意を責任要素と位置づける見解をとれば、故意の提訴機能を肯定することになることを指摘しているものと考えられる。

63) 香城・前掲注(37)319-20頁。

64) 香城教授によれば、判例も、故意の提訴機能を肯定する見解ということになる。

65) 前田雅英『刑法総論講義』第7版(平31年・2019年)161頁。

66) この点に関して、山口教授は、「故意の有無は、その認識の対象となる事実が該当すべき構成要件の解釈の問題として議論されるべきで、必ずしもはっきりとしない故意非難固有の問題として議論されるべきではないように思われる。構成要件の解釈として、具体的に十分な議論を尽くすべきである」と指摘する(山口厚『抽象的事実の錯誤』『刑法雑誌』34巻3号(平7年・1995年)69頁)。

67) この点に関する「別の説明」として、例えば、高山・前掲注(61)242-3頁参照。

68) 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(昭50年・1975年)57頁は、通説が「事実の認識-故意」を責任要素であると同時に構成要件要素と解していることを前提として、「構成要件要素としての故意の役割は、行為者がある特定の罪を犯すことを知っていたといえるか」にあり、「行為者の主観に映じたところのもののみをもって客観的にある特定の構成要件を識別しうるかどうか」と言い換えることができるとし、したがって、「構成要件要素としての事実の認識」としては、上



に示した程度で、つまり「行為者の認識した限りの事実によって当該構成要件を客観的に特定・識別し得れば足りる」とする。ただし、中森教授は、亀山元検事の見解に対して、「法適用者の便宜に偏重した議論であって、妥当でない」と批判する（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（平2年・1990年）74頁）。

- 69) 小坂井准教授は「集団の価値観を離れて合理性は判断できない」とする（小坂井敏晶『神の亡霊－近代という物語』（平30年・2018年）384頁）。したがって、いずれの枠組みの方が「合理的」であるかについては、主張された枠組みの論理一貫性のみで決まるわけではない。この論理一貫性は、主張者が認識する「集合の価値観」を前提とした場合に生じる論理一貫性だからである。そして、「集合の価値観」は、主客反照的な過程を経て「反照的均衡」に至ったときに実在性が肯定される。

この点に関して、川端教授は、「客観化された時間」に関連して、次のように指摘する（川端博『刑事時間論序説』（令2年・2020年）68頁）。すなわち、教授は「客観化された時間」を「時代や地域によって異なる時間を計測方法の『統一』に基づいて確定される時間」と定義された上で、「このような『客観化』は、社会生活の規整を円滑にするためになされるものであり、『統一的な基準』を設定することによって可能となる」とする。そして「その統一的基準の確定は、別の観点から見ると、社会的合意に基づく『制度』化と解され得るとおもわれる」とし、「それは、社会構成員によって合理的なものとして承認された『制度』にほかならない。それが『法律』によって実定化されたものこそ、『制度』化された時間」なのである。ここにおいて、法律上の『時間』と『制度』との結び付きが明らかになる」と指摘する。以上の川端教授の指摘は、上で述べた「集合の価値観」の実在性を肯定する過程を前提とすれば、この「社会的合意に基づく『制度』化」は、主客反照的な過程を経て「反照的均衡」に至ったときに、「合理的」なものとして「承認」されることになるものと思われる。

- 70) この点に関して、実務家から「覚せい剤」の「認識を肯定するために認識されることが必要かつ十分な属性の認識を挙げることが困難であるが、行為者の認識自体を基礎としてその構成要件を特定し得るかどうか、又は、裁判官ならばその構成要件に当てはめるような事実認識があったかどうかの問題とされるべきである」という指摘がある（石倉＝小松＝三村・前掲注(53) 50頁注(8)）。なお、上記の主張は、高山教授の見解を前提としている（高山・前掲注(61) 127頁, 184頁, 188頁, 242-3頁）。この思考は、「特定の構成要件」を前提として、ある事案において行為者が行った行為の属性を認定していくことが前提となっていると解されるが、そうすると、この思考の論理的な前提として「故意に類別化機能を肯定する」「機能」を認める見地に立つことが妥当であると考えられる。そうすると、刑法解釈学としては、「故意」に「類型化機能を肯定する」「機能」を肯定するための理論的根拠を提供する必要がある、その一つが、ここで提示し、故意の体系論上の地位に関する議論において(α)の見地を採用し、その見地から「故意が存在することによって、行為者の行為の法的意味づけが可能となる」という「故意の類別化機能」を肯定する解釈で

ある（なお、井田＝佐渡島＝山野目〔井田〕・前掲注(32) 52 頁参照）。

- 71) 司法研修所編・前掲注(48) 14 頁は、殺意に関して『『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った』と認めることができれば、殺意と法的に評価し得る心理状態があると認定できる』とする。これは「ある事実が認定できれば、故意の成立を肯定できる『法的に評価し得る心理状態』がある」と指摘するが、故意に「行為者の行為の法的意味づけ」機能（「故意の類別化機能」）を肯定する見解を前提とすれば、ある事実が存在すれば「行為者の行為の法的意味づけが可能となる」となる心理状態となり、これをもって故意の成立を肯定できる「法的に評価し得る心理状態」を認定できたことにするのであろう（なお、植村立郎『実践的刑事事実認定と情況証拠』第3版（平28年・2016年）50-1 頁参照）。そうすると、刑法解釈学は「ある事実が認定できれば、故意の成立を肯定できる『法的に評価し得る心理状態』がある」といえるための視点を提供することになる。そして、「故意の類別化機能」を肯定する見解を前提とすると、ある事実が、故意が存在すると「法的に評価し得る心理状態」になる過程を検討する際に、ある事実があれば「行為者の行為の法的意味づけ」が可能となるかを検討すればよいことになる（なお、井田＝佐渡島＝山野目〔井田〕・前掲注(32) 52 頁参照）。

72) 香城・前掲注(37) 320 頁。

73) 司法研修所編・前掲注(48) 14 頁。

74) 前田・前掲注(65) 182 頁。