

意味の認識——規範的構成要件要素と「素人的認識」

ゼロから司法試験 復習ノート / ゼロから刑法#23 / 動画: <https://youtu.be/QVc1tL46jJ4>

第4章 故意と錯誤 ①／動画の内容を見返し用にまとめたものです（動画には含みません）。

1

前回・前々回の想起と、今日の問い

短答・論文共通

前回・前々回の到達点——今日の問いは、その中身について

| 前々回の到達点

- 認容があれば故意

| 前回の到達点

- 対象は客観的構成要件要素に該当する事実

| 今日の問い

- 見えているのに、意味が分かっていない。それでも、故意と言えるのか

図：前回・前々回の到達点——今日の問いは、その中身について

前々回、故意と過失のあいだに、認容の有無で線を引きましたね。前回は、その形に、何を入れるかを確定しました。認識・認容の対象は、客観的構成要件要素に該当する事実だと確認しましたね。では、前回確定したその対象は、いつも同じ性質のものでしょうか？実は、対象の中に、性質のちがう部品が混じっています。今日は、そこを扱います。物は見えているのに、その意味が分かっていない——そんな状態を、故意はどう評価するのか。今日の問いは、そこにあります。

★ 論文で書く規範：前回・前々回の到達点と、今日の問い 認容があれば**故意**——前々回、判定の形を作った。対象は**客観的構成要件要素に該当する事実**——前回、その中身を確定した。今日の問い：**見えているのに、意味が分かっていない**。それでも、故意と言えるのか。（今日の出発点）

2 38条1項を、もう一度開く

短答・論文共通

38条1項——今日も、ここから出発する

|38条1項の核

• 罪を犯す意思がない行為は、罰しない

※ 今日は、この「意思」の中の「意味」の部分に入る

図：38条1項——今日も、ここから出発する

出発点は、今日も同じです。刑法38条1項を、もう一度開きます。

条文 刑法38条1項

刑法38条1項（故意）

罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りでない。

今日は、この「意思」の中でも、意味を分かっていたかどうか、という部分に入っていきます。一緒に見ていきましょう。

3

部品の中の異物——記述的要素と規範的要素

短答・論文共通

2種類の部品——記述的要素と規範的要素の違い

	記述的要素	規範的要素
具体例	人・物・行為	わいせつ性など
性質	見れば分かる	評価を経て決まる（価値判断が要る）

「人」は見れば決まる／「わいせつな」は評価を経て決まる

図：2種類の部品——記述的要素と規範的要素の違い

ここで、少しだけ、前に作った道具を思い出してください。構成要件要素——犯罪成立の部品のことでしたね。それを、評価が要るかどうかで仕分けた回で、2種類に分けましたね。記述的要素は、見れば分かる部品——人、物、行為です。規範的要素は、評価を経

ないと、当てはまるかどうかが決まらない部品でした。わいせつ性のように、裁判官の価値判断が要るものが、その代表です。たとえば、人を殺した、という条文の「人」。これは、見れば分かる要素の代表格で、目の前の相手が人かどうかは、ふつう、その場で決まります。ところが「わいせつな」は、物を見

ただけでは決まりません。誰かが評価して、はじめて決まります。

見分け方そのものは、前に作った回に譲ります。今日は、あのとき仕分けた部品が、故意の側で、特別な扱いを受ける——ということだけ、押さえてください。

4

175条1項の実物——「わいせつな」という言葉が条文にある

短答・論文共通

175条1項——「わいせつな」という言葉の実物

|175条1項の核

- **わいせつな**文書、図画、電磁的記録に係る記録媒体その他の物を頒布し、又は公然と陳列した者は
- **わいせつ性**は、**裁判官の価値判断**で決まる部品

※ わいせつの意味を定めた判例——最判昭26・5・10（中身は各論で扱う）

図：175条1項——「わいせつな」という言葉の実物

では、規範的構成要件要素の実物を、条文で見ましょう。

条文 刑法175条1項

刑法175条1項（わいせつ物頒布等）

わいせつな文書、図画、電磁的記録に係る記録媒体その他の物を頒布し、又は公然と陳列した者は、二年以下の**拘禁刑**若しくは二百五十万円以下の罰金若しくは科料に処し、又は拘禁刑及び罰金を併科する。電気通信の送信により**わいせつな**電磁的記録その他の記録を頒布した者も、同様とする。

この罪の名前は、わいせつ物頒布等です。現行の条文に、販売という言葉はありません。以前は「販売」という言い方をしていましたが、法律の改正で「頒布」に統合されました。有償で頒布する目的で持っているだけの

場合は、2項が別に用意されています。今日は、1項だけを見ます。では、この175条を使って、1つの場面を考えてみましょう。Xは、海外のオークションサイトで、古い版画100枚のセットを落札しました。届いた段ボールの中身を仕分けずに、そのまま国内のフリマアプリで、海外アンティーク版画セットとして出品しました。

実は、その中に、性的な描写を含む版画が、数枚混じっていました。この設定を使って、次から、Xの頭の中身だけを変えた、何人かのXを見ていきます。

5

特殊性——物体を認識していても、意味の認識に結びつかない

短答・論文共通／論文の骨格

特殊性——見えているのに、意味は分からない

- 記述的要素は、その物を認識すれば、意味も一緒に分かる
- しかし規範的構成要件要素は、**物体を認識していても、意味の認識に結びつかないことがある**
- だから、規範的構成要件要素については、**特に意味の認識が必要になる**

|X (a) の状態

- 版画という「物」は認識している／わいせつという「意味」は認識していない

図：特殊性——見えているのに、意味は分からない

まず、規範的構成要件要素の特殊性を、確認します。

★ **論文で書く規範**：規範的構成要件要素の特殊性 記述的要素は、その物を認識すれば、意味も一緒に分かる。しかし規範的構成要件要素は、**物体を認識していても、意味の認識に結びつかないことがある**。だから、規範的構成要件要素については、**特に意味の認識が必要になる**。
(規範的構成要件要素の特殊性)

1人目のXで、確かめてみましょう。X (a) は、梱包を開けて中身を一枚も確認せず、届

いた箱をそのまま出品しました。版画という物は、認識しています。でも、それがわいせつな内容だという意味は、まったく認識していません。では、Xは、いったい何を認識していれば、故意があると言えるのでしょうか。版画という"物"を認識していれば、それで十分でしょうか？

6

山場①：程度の物差し——X (a) (b) (c) で選ぶ

短答・論文共通／論文の骨格

X (a) (b) (c) ——どこから故意か

X (a)	X (b)	X (c)
物体の認識だけ (中身を確認せず出品)	素人的な意味の認識 (中身は見た・「芸術だ」と思い込み)	裁判官レベルの評価 (3要件を検討し、結論に達した)

この3人のうち、どこから故意があると言えるか

図：X (a) (b) (c) ——どこから故意か

では、Xの頭の中身だけを、3段階に分けてみます。一緒に、考えてみてください。X (a)

は、さっき見たとおり、梱包を開けずに出品した人でした。物体の認識だけ、です。X (b)

は、梱包を開けて中身を確認し、性的な描写のある版画が混じっていることは分かっていました。でも、「これは芸術性の高いアンティーク版画だから、わいせつ物には当たらない」と、思っていました。そしてX〔c〕は、中身を確認した上で、判例が定めるわいせつの3要件を、実際に検討しました。その結果、「これはわいせつ物に当たる」という、正確な法的結論に達していました。

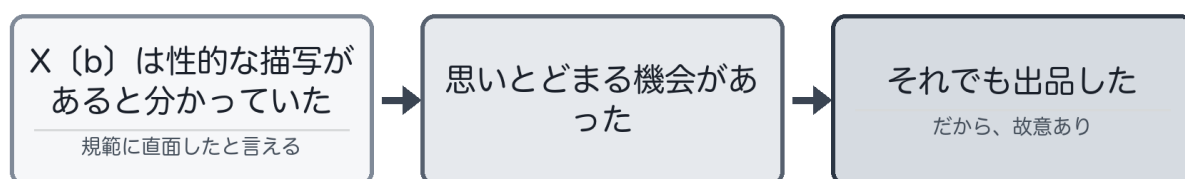
さて、この3人のうち、どこから故意があると言えるでしょうか——考えてみてください。実は、答えは、〔b〕からです。

7

なぜ〔b〕からなのか——故意の本質に戻る

論文の骨格

なぜ〔b〕からか——反対動機のものさし



X〔a〕＝気づく材料が無いから規範に直面できていない——だから故意なし
X〔c〕＝そこまで求めなくても、反対動機の形成には十分

図：なぜ〔b〕からか——反対動機のものさし

なぜ、〔b〕から故意があると言えるのか——理由を、前々回のものさしに戻って考えましょう。故意の本質は、規範に直面して、反対動機の形成が可能だったのに、あえて行為に及んだことへの、強い道義的非難でした。X〔b〕は、性的な描写があると分かっていました。それだけで、規範に直面したと言えます。気づいていた以上、思いとどまる機会も、あったはずです。だから、X〔b〕には、強い道義的非難が可能——故意ありです。〔a〕は、意味が、まったく分かっていません。だから、やってはいけない、という規範に、そもそも直面できていない。気づく材料が無い以上、思いとどまる機会も、ありません。だ

から、強い道義的非難ができない——故意なしです。

X〔c〕まで求めなくていい理由も、同じものさしです。裁判官レベルの正確な評価まで求めなくても、反対動機を形成することは、もう十分に可能でした。それ以上を要求する理由が、ありません。最後に決めるのは裁判官です。ただ、行為者に、その裁判官と同じ判断まで求めているわけではありません。素人的認識があれば、それで足ります。

8

通説の定式——素人的認識で足りる

短答・論文共通／論文の骨格

通説の定式——素人的認識で足りる

|意味の認識の程度（通説）

- 反対動機の形成には、裁判官レベルの認識は要らない
- **一般通常人が知っているような意味・性質の認識、すなわち素人的認識で足りると解するのが、通説である**

図：通説の定式——素人的認識で足りる

ここで、今日の核心を、1つの言葉にまとめます。

★ **論文で書く規範**：意味の認識の程度（通説） 反対動機の形成には、裁判官レベルの認識は要らない。 **一般通常人が知っているような意味・性質の認識、すなわち素人的認識で足りると解するのが、通説である。**（意味の認識の程度）

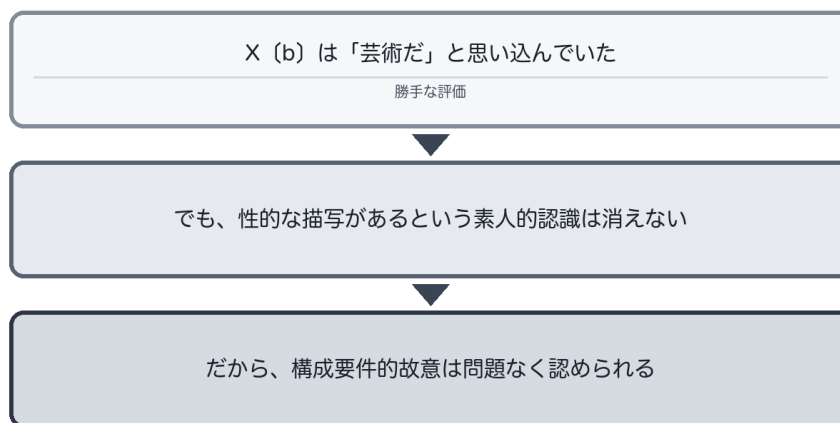
X〔b〕は、性的な描写があると、一般の人が分かる程度には、分かっていました。それで、十分なんです。

9

山場②：「芸術だと思っていた」は通用するか

短答・論文共通／論文の骨格

「芸術だと思っていた」は通用するか



図：「芸術だと思っていた」は通用するか

では、ここで、少し意地悪な質問をします。X〔b〕は、「芸術だ」と思い込んでいました。それでも、Xに故意は認められるのでしょうか？実は、その言い分は通用しません。理由を、部品ごとに、指差してみましょう。Xが持っていた「勝手な評価」は、「芸術性の高いアンティー

ク版画だ」という、Xなりの法的な結論です。でも、その評価をしていたとしても、性的な描写があると分かっていて、という素人的な意味の認識そのものは、消えていません。故意の対象は、Xの法的な評価が正しいかどうかではなく、素人的な意味の認識があったかど

うかです。なお、ここでいう故意は、前々回に分けた2つのうち、型に当たる事実を分かっていたか——構成要件的故意のほうです。もう一方は、責任故意です。そちらは、責任を学ぶ章で、あらためて扱います。だから、"芸術だと思っていた"という言い分があっても、構成要件的故意は、問題なく認められます。

10

山場③：1つの言葉が、3つの問いに答えている

短答・論文共通／論文の骨格

1つの言葉が、3つの問いに答えている

	内容	対応するX
①	意味の認識は 必要	X (a) がアウトな理由
②	程度は裁判官レベル 不要	X (c) まで求めない理由
③	勝手な解釈をしているだけなら故意は 認められる	X (b) の言い訳が通らない理由

1つの言葉が、3つの別々の質問に、一度に答えている

図：1つの言葉が、3つの問いに答えている

ここまで来ると、"素人的認識で足りる"という言葉が、実は、3つの別々の質問への答えを、一度に言っている、と気づきます。どんな3つの質問だと思いますか？1つ目は、そもそも意味の認識は要るのか、という質問です。X (a) がアウトだった理由——意味の認識は必要、という答えです。2つ目は、程度は裁判官レベルまで不要、という答えです。X (c) まで求めない理由でした。3つ目の質問は——意味は分かっていたけれど、自分では違う評価をしていた。そういうときは、どうなるのか、です。答えは、勝手な解釈をしているだけな

ら、故意は認められる。X (b) の"芸術だ"という言い分が、通用しなかった理由です。

ここは、受験生が実際に、つまずきやすいところですよ。3つに分けて理解しておくと、随分とすっきりします。

11

一線を引いて帰る——意味の認識と、してはいけないと知っていたか

短答・論文共通

意味の認識と、してはいけないと知っていたか

	今日	別の回
問い	わいせつだと分かっていたか	配ってはいけないと知っていたか
呼び名	意味の認識	違法性の意識
階層	構成要件的故意	責任

同じ言い分でも、階層が違えば扱いが変わる

図：意味の認識と、してはいけないと知っていたか

もう1つ、ここではっきりさせておきたいことがあります。もし、X (b) が、さらにこう言い出したら、どうでしょうか。「そもそも、こういう版画を配っても、罪になるとは思わなかった」。実は、別の話なんです。今日ずっと見てきたのは、「わいせつな内容だと分かっていたか」という、意味の認識の問題でした。それに対して、いまの言い分は、「配ってはいけないと知っていたかどうか」——別の問題です。これは、法律の世界で、違法性の意識と呼ばれる問題です。犯罪は、型に当たるか、違法か、責任があるか——3つの関門で順に見ましたね。今日の意味の認識とは、別の階層——責任という段階で、扱われます。今日の話に、その先の話が混ざらないように、条文だけ、先に見ておきましょう。

条文 刑法38条3項（違法性の意識・予告）

刑法38条3項（故意）

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。ただし、情状により、その刑を減輕することができる。

この条文の扱い方だけを、正面から扱う回を、この先に用意しています。今日は、階層が違うと分かれば十分です。

12

山場④：同じ物差しが作為義務にも効く——体系的地位

短答・論文共通／論文の骨格

作為義務は、どの箱か——違法性説と保障人説

	違法性説 (団藤)	保障人説・通説 (大塚仁・大谷など)
結論	作為義務は 違法要素	作為義務は 構成要件要素
理由・批判	批判：すべての者の不作為が 構成要件に該当してしまう	理由：構成要件の 違法性 推定機能 を維持すべき

作為義務が、どの箱に入るかで、この先の話が変わる

図：作為義務は、どの箱か——違法性説と保障人説

では、話題を変えます。同じ物差しが、まったく別に見える論点にも、そのまま効くことを、見てもらいます。不真正不作為犯の、作為義務です。今日扱うのは、その義務がどうやって発生するかではありません。作為義務は、そもそも構成要件要素なののでしょうか、それとも違法要素なののでしょうか——この位置づけの違いが、何を変えるのでしょうか？まず、1つの場面で考えます。登山初心者3人を誘って山に入った、リーダー格のYがいます。同行者の1人が、高山病で動けなくなりました。Yは、「自分は雇われたガイドではないから、助ける義務は無い」と思って、その人を残したまま、先に下山しました。

法的には、Yが率先して仲間を誘い、山に連れて入った、という経緯から、作為義務が認められうる事案です。義務がどう発生するかは、前に扱った回に譲ります。今日は、この作為義務が、どの箱に入るのか、を考えます。1つ目の考え方——違法性説です。作為義務は、違法要素だとする考え方です。犯罪の型に当たるかを見る、第一の関門ではなく——その次の、違法性の関門で見る要素だ、という意味です。すると、型の側には、義務という絞りが、残らなくなります。この考え方を採ると、どうなるか、実際に見てみましょう。たとえば、この場に、たまたま居合わせた見ず知らずの通行人がいたとします。そ

の人が何もしなかったとしても——作為義務を違法要素だと考えると、その人の不作為まで、構成要件に該当してしまいます。

それでは、構成要件というふるいが、機能しなくなってしまいます。構成要件に該当すれば、違法性は推定される——これが、構成要件の違法性推定機能でした。誰の不作為でも構成要件に当たってしまうなら、この推定機能が、意味をなさなくなります。そこで、通説は、こう考えます。作為義務は、構成要件要素である。

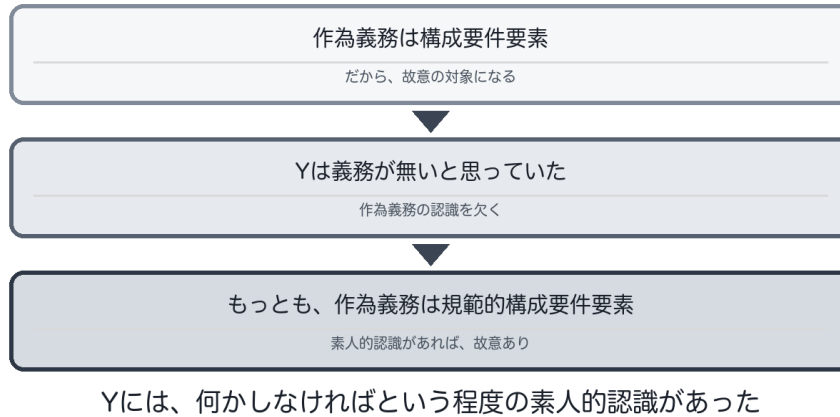
★ **論文で書く規範**：作為義務の体系的地位（保障人説・通説） 作為義務を違法要素とすると、すべての者の不作為が構成要件に該当し、構成要件の違法性推定機能を害する。だから、作為義務は**構成要件要素**であると解する（**保障人説・通説**）。作為義務を負う者（**保障人**）の不作為だけが、構成要件に該当しうる。（作為義務の体系的地位）

保障人とは、作為義務を負う人のことです。Yのように、自分から仲間を誘って山に連れて入った人が、まさに保障人です。保障人の不作為だけが、構成要件に該当します。だから、Yの不作為は構成要件に当たりますが、通りすがりの人の不作為は、当たりません。

三段の落ち——理論の位置づけが、答えを決めていた

論文の骨格

三段の落ち——位置づけが、故意の結論を決める



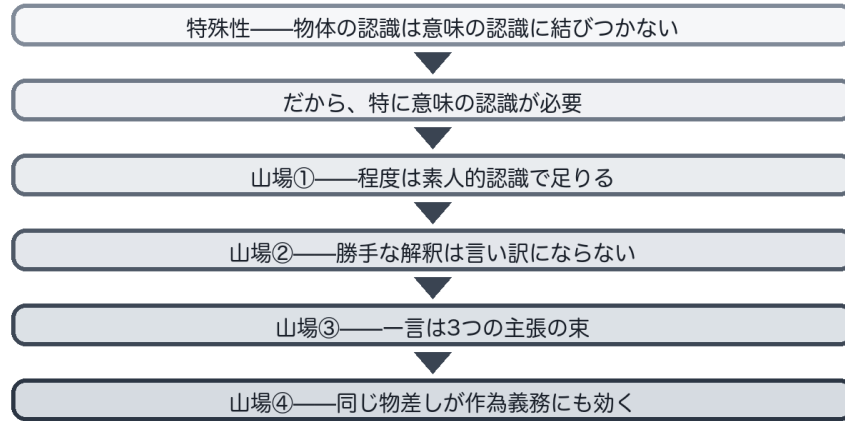
図：三段の落ち——位置づけが、故意の結論を決める

では、Yに、今日の物差しを当ててみましょう。Yは、「自分には義務が無い」と思っていました。それでも、Yに故意は認められるでしょうか——今日の物差しを、もう一度使ってみましょう。構成要件要素である以上、作為義務は、構成要件の故意の対象になります。Yは作為義務の認識を欠いていた——ここまでなら、構成要件の故意は無い、という結論になりそうです。もっとも、ここで、今日ずっと見てきた物差しが、もう一度、効いてきます。作為義務があるかどうかは、見て分かることではありません。その人の立場や経緯を、法的に評価して、はじめて決まります。

だから、素人的認識があれば、構成要件の故意は認められます。Yは、自分がリーダー格として仲間を連れてきた以上、何かしなければならぬ責任があるかもしれない——その程度の認識は、持っていました。だから、Yには、構成要件の故意が認められます。作為義務を構成要件要素と位置づけたからこそ、故意の対象になり、そこに今日の同じ物差しが、効いてくる。理論の位置づけが、答えを決めていたんです。

◆ 今日の地図（保存版）

今日の地図



図：今日の地図

では、今日の内容を、1本の地図にして振り返りましょう。出発点は、規範的構成要件要素の特殊性でした。だから、特に意味の認識が必要でした。ただし、これは、認識・認容という要件が、新しく増えたわけではありません。認識の中身の解像度を、上げただけです。その程度は、山場①で確かめました。物体の認識だけでは足りず、裁判官レベルまでも要らない。次に、山場②。勝手な解釈をしていても、素人的な意味の認識は消えない——だから、"芸術だと思っていた"は、通用しませんでした。そして、山場③。"素人的認識で足りる"という一言は、意味の認識の要否・程度・錯誤の処理という、3つの答えを一度に言っている、多義的な命題でした。

そのあと、意味の認識と、違法性の意識を、はっきり分けました。今日は、あくまで意味

の認識のほうです。そして、山場④。同じ物差しが、作為義務の錯誤にも、そのまま効きました。それが、理論の位置づけが答えを決めていた、という今日の締めです。この先、いくつか、送っておく話があります。"知らなかった"という言い分には、もう一段、別の階層があります。それだけを扱う回を、この先に用意しています。正当防衛だと思い込んでいた、というタイプの思い違いも、また別の場所で扱います。どこからがわいせつなのか、という中身の線引きは、各論に入ってから、正面から扱います。どこまでの心持ちなら「認容した」と言えるのか——その線の引き方だけを扱う回も、この先にあります。

思っていたことと、実際に起きたことがズレたとき、どう処理するのか——ここから先は、その話が続きます。1つずつ、積み上げていきましょう。