

# 「無許可」の故意について

南 由 介

- 1 はじめに
- 2 許可制等の存在の認識
  - (1) 無申告製造罪に関する判例
  - (2) 学説の状況
  - (3) 不作為犯の故意の対象
  - (4) 消極的認識
- 3 許可等の存在の積極的な誤信
  - (1) 公衆浴場法違反事件
  - (2) 事実の錯誤とする見解の理論構成
  - (3) 積極的誤信における意味の認識
  - (4) 責任説における意味の認識
  - (5) 許可等の存在を積極的に誤信した事例の検討
- 4 結びにかえて

## 1 はじめに

法定犯・行政犯における故意の主要な問題に、「無許可」、「無免許」、「無申告」などについての故意の成否がある。すなわち、ある行為を行うにあたり、政府等から許可、免許を受けることを、あるいは、政府等に申告することを義務づけられており、その違反行為に罰則が設けられている場合において、故意が認められるとするには、いかなる認識を行為者が有していなければならないのかという問題である。故意が成立するには構成要件該当事実の意味を認識する必要があるとする点で、通説は一致するものの、意味の認識の内容の捉え方が論者により様々であることもあって、この問題は依然として故意論における論争の一つになっている。

「無許可」等の故意が問題となる事例として、大きくは二つに分けることが可能である。一つは、そもそも許可等が必要であることを行為者が認識せずに行為を行った事例であり、もう一つは、許可等が必要であることを行為者は認識していたが、何らかの事情により自己に許可等があるものと誤信して、その結果、許可等を受けずに行為を行った事例である。前者については、許可等が必要であることの認識が故意の成立には不可欠であるとするべきか否かの問題であり、後者は、許可の有無についての誤信が意味の認識にどのような影響を与え得るのかの問題である。以下において順に検討していく。

なお、筆者は既に他の論稿において、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<sup>1</sup>。本稿では、この立場から、「無許可」等の故意につき、いかなる帰結が導かれ得るのかを明らかにしたい。

## 2 許可制等の存在の認識

### (1) 無申告製造罪に関する判例

故意が成立するには、許可あるいは免許を得なければならない、申告しなければならないとの認識、つまり、許可制等の存在の積極的な認識が必要であるかにつき、参考となる判例として、物品税法上の無申告製造罪の成否が問われた、最判昭和34年2月27日刑集13巻2号250頁がある。事案は、被告会社の代表取締役であったXが、被告会社の業務に関し、政府に申告しないで、物品税課税物品である遊戯具のブランコ、歩行器等を製造したというものである。被告会社は従来製材等の物品税に無関係な事業を営んでおり、製材業の副産物である木切れ等を利用して副業的に幼児用木工品である本件各物品を製造するに至ったものであって、同業者の組合に加入していなかったことから、課税物品であることを知る機会を得なかったという事実が認められた。物品税法では、

---

<sup>1</sup> 南由介「意味の認識の内容について」慶應法学37号（2017年）321頁以下参照。

政府に申告せずに課税物品を製造することが処罰の対象とされていた<sup>2,3</sup>。

第1審判決は、Xやその他の従業者に、課税物品であることの認識が欠けていたことから故意がないとして、被告会社も責任を負わないとし、無罪としたのに対し、控訴審判決は、製造申告を要することを知らなかったとしても、それは法令の不知であり法律の錯誤として取り上げるべきものだとし、原判決を破棄し差戻した。最高裁も、「本件製造物品が物品税の課税物品であること従ってその製造につき政府に製造申告をしなければならぬかどうかは物品税法上の問題であり、そして行為者において、単に、その課税物品であり製造申告を要することを知らなかったとの一事は、物品税法に関する法令の不知に過ぎないものであって、犯罪事実自体に関する認識の欠如、すなわち事実の錯誤となるものではない旨の原判決の判断は正当である」として、故意の成立を認めた。

## (2) 学説の状況

本判決に対しては、学説上、評価が分かれている。故意の成立を否定する見解として、以下のものがあげられる。故意を「法令によって禁止された事実の認識」<sup>4</sup>とする立場からは、『政府に申告しないで課税物品を製造する』ことの認識が問題であり、申告しないことの認識とともに課税物品に当たることの

---

<sup>2</sup> 被告人がブランコ等を製造した昭和25年3月15日頃から昭和27年5月28日頃までの当時の物品税法18条1項柱書は「左ノ各号ノ一ニ該当スル者ハ五年以下ノ懲役若ハ五十万円以下ノ罰金ニ処シ又ハ之ヲ併科ス」とされ、1号では「政府ニ申告セズシテ第一種第七十二号ニ掲グル物品ノ小売業ヲ営ミ又ハ第一種若ハ第二種ノ物品（第一種第七十二号ニ掲グル物品ヲ除ク）ヲ製造シタル者」（昭和25年1月1日施行）、「政府ニ申告セズシテ書画及骨董ノ小売業ヲ営ミ又ハ第一種若ハ第二種ノ物品ヲ製造シタル者」（昭和26年1月1日施行）と規定されていた。なお、ブランコ等は、第1条の「第一種丁類四十二」（昭和26年1月1日施行の改正法）における「玩具、遊戯具」が問題となる。

<sup>3</sup> なお、酒税法においては、免許を受けずに酒類、酒母、もろみを製造することが禁じられている（54条1項）一方で、酒税が課せられるのは酒類のみである（1条）ことから、無申告製造の対象となるものは課税物品に限られず、「無申告又は無免許製造即ち密造の対象たる物品が課税物品であるか否かは立法政策の問題であって、課税物品でなければならぬとの論理的必然性がある訳ではない」（足立勝義「事実の錯誤か法令の不知かー物品税法第一八条第一項第一号の無申告製造罪について」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和34年度』（1960年）91頁）との指摘がある。

<sup>4</sup> 中山研一『違法性の錯誤の実体』（2008年）20頁。

認識も、ともに犯罪事実の認識として要求されるものというべき」<sup>5</sup>だとされるほか、構成要件関係の利益侵害性の認識を故意とする見解は、「それ自体いくら観察したところで課税対象であることが演繹されるものではなく、課税されているか否かは、当該物品税法の規定を参照する他はない」として、不申告罪の故意を欠く<sup>6</sup>とし、また、具体的法益侵害（危険）性の認識を故意とする見解<sup>7</sup>では、「当該物件が国の確定・強制徴収権が及ぶ課税対象であることの認識があってはじめて、具体的な納税義務の認識（ないし政府への申告義務）が生じ、と同時に、その具体的な租税債権を侵害ないし危殆化することを理解することができる」から、『課税物品であることの認識』さらに『申告義務の認識』を故意の認識内容として要求すべき<sup>8</sup>だとされる。

以上の見解は、いずれも、「事実的故意は、その表象内容からすくなくとも違法性の意識を可能とするような『提訴機能』<sup>9</sup>を具備するものでなければならないという、故意の提訴機能を要求する見解である。ただし、ここで提訴機能を要求することは、本件で直ちに故意の否定につながるわけではなく、それを要求した上で故意を肯定する見解も見られる。例えば、「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」<sup>10</sup>を故意とする実質的故意論からは、「他の課税物品との比較からブランコが物品税の対象になることの認識は可能だった」<sup>11</sup>とされ、また、「当該構成要件の違法性の意識を喚起し得る事実」<sup>12</sup>の認識を故意とする見解からも、同業者の組合に加入していなかったことが「課税物品であることを知る機会を得なかった」という事情について、「逆に言えば、『同業者の組合』に加入し、当該物件が『課税物品であること』

---

<sup>5</sup> 中山『違法性の錯誤の実体』（前掲注4）36頁。

<sup>6</sup> 齋野彦弥「故意概念の再構成—いわゆる違法性の意識とその錯誤をめぐる—」刑法雑誌28巻3号（1988年）369頁以下。また、齋野彦弥『故意概念の再構成』（1995年）210頁も参照。

<sup>7</sup> 長井長信『故意概念と錯誤論』（1998年）192頁以下。

<sup>8</sup> 長井『故意概念と錯誤論』（前掲注7）205頁。179頁も参照。

<sup>9</sup> 中義勝『講述犯罪総論』（1980年）92頁以下。中義勝『晩近錯誤理論の問題点』（1958年）114頁以下も参照。

<sup>10</sup> 前田雅英『刑法総論講義・第6版』（2015年）157頁。

<sup>11</sup> 前田『刑法総論講義・第6版』（前掲注10）181頁注46。

<sup>12</sup> 洲見光男『『あてはめ』の錯誤と故意—行政犯における事実認識を含めて—』法研論集47号（1988年）121頁。

を知っていることが通常期待できるということを意味するものである」として、「課税物品であることの認識」は故意の成立に不要だとするのである<sup>13</sup>。また、社会的有害性の意識を故意とする修正故意説の立場<sup>14</sup>では、「申告の義務を意識させる要因を行為者が認識していない限り、有害性の意識を認めがたく、故意を認めることは困難」だとした上で、「もっとも課税物品であるとの認識がなくとも、一般的にみて課税物品らしき物（例えば高額商品など）を製造しようとする場合には、申告義務の存在を意識する場合が多く、故意を認める余地があろう」<sup>15</sup>とし、課税物品の認識を不可欠とはしない見解もみられる。ここでは、反対動機の形成可能性は、課税物品であること、申告が必要であることの認識があってはじめて肯定され得ると考えるか否かの違いによって、結論が分かれているといえよう。

他方、故意の提訴機能を否定したとしても、故意の成立が肯定されるわけでもない。意味の認識を法益の侵害・危険の認識だとする見解<sup>16</sup>からは、「この場合の法益は国家の租税徴収権なのであるから、その存在の認識を要すると解すべき」<sup>17</sup>だとされ、また、意味の認識を刑法が着目する属性の認識とする見解<sup>18</sup>は、『第一種物品』のすべてが課税されていたわけではないから、課税物件であるという認識を不要とした限りにおいて判旨は妥当<sup>19</sup>だが、「ある行為を『しない』という認識が必要である（「する」認識の欠如とは異なる）。……そもそも申告制がとられていることを未必的にも認識していない者には、やはり『政府ニ申告セスシテ』の認識が否定されよう」<sup>20</sup>というのである。意味の認識の理解と、その内容及ぶ範囲の各論者の相違により、その内容が変わらなくとも結論に差が生まれ、また、異なっても一致するという状況が

<sup>13</sup> 洲見『『あてはめ』の錯誤と故意』（前掲注12）128頁。

<sup>14</sup> 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）27頁以下。

<sup>15</sup> 石井「故意の内容と『違法性』の意識」（前掲注14）43頁。

<sup>16</sup> 林幹人『刑法総論・第2版』（2008年）237頁。

<sup>17</sup> 林『刑法総論・第2版』（前掲注16）272頁。

<sup>18</sup> 高山佳奈子『故意と違法性の意識』（1999年）184頁以下。

<sup>19</sup> 高山『故意と違法性の意識』（前掲注18）191頁。

<sup>20</sup> 高山『故意と違法性の意識』（前掲注18）191頁以下。

見て取れる<sup>21 22</sup>。

故意論において故意の提訴機能を必要とする見解に対しては、行為者の心理的態度である故意に異質な規範的考慮を混在させる点で批判が可能であるほか、故意の提訴機能を認めた上で、さらに違法性の錯誤の問題として違法性の意識あるいはその可能性を論じる見解は、非難可能性という観点から同じ判断を二度行う点に疑問があり、妥当とは思われない<sup>23 24 25</sup>。また、実質的故意論のように、事実の認識と違法性の意識とを融合させる見解は、事実の認識に違法性の意識の問題を解消した結果、行為者自身ではなく一般人の規範意識が問題とされるにとどまり、行為者自身の反対動機形成可能性を問うものではない点で、また、異質の要素を一つの判断枠組みで解決することにより混乱が生じかねず、故意が不明確となる点で、疑問が生じる<sup>26</sup>。違法性の意識を喚起し得る事実の認識を故意とする立場に対しては、「事実認識の内容を積極的に語っているとはいえない」<sup>27</sup>との指摘も可能であろう<sup>28</sup>。

---

<sup>21</sup> 他に、故意の成立に否定的な見解として、浅田和茂『刑法総論・補正版』（2007年）328頁、山中敬一『刑法総論・第3版』（2015年）716頁、松原芳博『刑法総論・第2版』（2017年）269頁。

<sup>22</sup> ドイツにおいては、ヤコブスは、租税遁脱に関し、故意が成立するには租税債務の存在を認識していることを必要とし、また、許可が必要である行為については、その認識を要求する。Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, S. 293. 同様に、ロクシンも、行為の社会的意味を理解するためには法的評価をともにしなければならない場合では、法的評価と違法性判断が一致するとしても、その法的評価は故意に属するとして、租税債務の存在の錯誤は故意を阻却するとしている。Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4. Aufl. 2006, S. 490.

<sup>23</sup> 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）101頁以下。また、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）30頁以下、高山『故意と違法性の意識』（前掲注18）59頁以下、町野朔「意味の認識について（上）」*警察研究* 61巻11号（1990年）3頁以下参照。

<sup>24</sup> 厳格故意説および構成要件関係の利益侵害性の認識説については、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）176頁以下および193頁以下を参照。

<sup>25</sup> 故意の提訴機能を否定し、故意と反対動機形成可能性とを関連づけない見解に対する反論として、石井徹哉「無免許運転罪の故意」『*交通刑事法の現代的課題* 岡野光雄先生古稀記念』（2007年）139頁以下がある。

<sup>26</sup> 南「故意説の理論構成について」（前掲注24）190頁以下。

<sup>27</sup> 塩見淳『*刑法の道しるべ*』（2015年）85頁。

<sup>28</sup> 以上の批判については、筆者は既に他稿で論じたことから、若干の言及にとどめたい。以下においても同様である。

他方、意味の認識を法益侵害・危険の認識とする見解は、過剰な要求である点<sup>29</sup>および故意は法益侵害・危険の認識にとどまらない点に疑問が生じる<sup>30</sup>。また、刑法が着目する属性の認識とする見解は、その内容が不明確である点に問題がある<sup>31</sup>。同見解と同様と思われるものに、「立法者が禁止の実体として着目した行為事情の属性」<sup>32</sup>を意味の認識とする見解がある。その見解によれば、『無申告で玩具、遊戯具を製造すること』の認識があればよい」として故意を認めた上で、「相当な理由があるとして責任を否定することは可能であった」<sup>33</sup>とする。このことから分かるように、そのような「属性」は判断する者によって大きく変化する余地がある<sup>34</sup>。もちろん、結論が異なること自体は、その主張が妥当でないことの論拠とはなり得ない。しかし、故意を刑法が着目する属性の認識とする見解では、認識すべき内容が「薄い」もので足りるか、「濃い」ものが必要かについても、当該刑罰法規が一般的・抽象的な利益に着目しているか、具体的な危険や侵害の発生に着目しているかによって連動するという<sup>35</sup>が、その判断基準は明瞭ではないのである。法の趣旨に着目して意味の認識の限界を画そうとした方向性は妥当であったが、その曖昧さは否定できないように思われる。

本稿の主張する、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」とする見解からは、申告等の制度の存在を積極的に認識してはじめて違法性が意識され得るか、あるいは、法益侵害の認識が認められるか、という観点からの考察は問題とならない。ブランコ等の製造には政府への申告が必要であるという事実が一般的に知られていようがいまいが、そのような視点は法規の「固有」の属性ではないことから、故意の内容

<sup>29</sup> 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。なお、厳格故意説の立場から同様の指摘をするものとして、日高義博『刑法における錯誤論の新展開』（1991年）195頁。

<sup>30</sup> 南「意味の認識の内容について」（前掲注1）327頁以下。

<sup>31</sup> 南「意味の認識の内容について」（前掲注1）335頁以下。

<sup>32</sup> 西田典之『刑法総論・第2版』（2010年）216頁。

<sup>33</sup> 西田『刑法総論・第2版』（前掲注32）251頁。

<sup>34</sup> 同じことは、違法性の意識を喚起し得る事実の認識を意味の認識とする見解にも妥当しよう。

<sup>35</sup> 高山『故意と違法性の意識』（前掲注18）190頁。

を決するにあたり、考慮すべきではないのである。また、ブランコ等の製造により法益を侵害したというような認識も、要求されるべきは「処罰の根拠とする属性」であることから、過剰な認識の要求である。

それでは、「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」とは、いかなる内容であるのか。「政府二申告セズシテ」ブランコ等を製造する、という構成要件の理解が問題となる。ここでは、「申告しなければならない」という作為義務自体を故意の対象とすべきであるのか、あるいは、作為義務とは区別された、作為義務の基礎となる事実としての「何らかの認識」が必要とされるべきなのか、それとも、ブランコ等を製造するという認識さえあれば法が禁止していることを十分に認識した上で行為を行っており、作為義務を基礎づける事実の認識として不足はないと考えて、故意が成立するとしてもよいのか、ということが論じられなければならない。不作為犯における故意の対象の問題である。以下において、検討を続ける。

### (3) 不作為犯の故意の対象

不作為犯では、作為義務が故意の対象となるのが問題となるが、保証人的地位は構成要件要素であり、故意の対象になる一方で、作為義務はそれに含まれず、その錯誤は違法性の錯誤である（区別説）<sup>36</sup>とするのが学説上一般的であり<sup>37 38</sup>、それは正当であるように思われる<sup>39</sup>。このことは真正不作為犯であつても不真正不作為犯であつても同じであり、「真正不作為犯において、作為義務を基礎づける事情は構成要件要素であり、そこから帰結される作為義務そのものは構成要件要素でないのと同様に、不真正不作為犯においても、結果防止のための法的作為義務を基礎づける事実的・規範的事情は記述されていない構成要件要素であるが、そこから帰結される法的作為義務そのものは構成要

<sup>36</sup> 井田良『講義刑法学・総論』（2008年）385頁、福田平『刑法解釈学の主要問題』（1990年）58頁以下。

<sup>37</sup> 反対、大塚仁『刑法概説（総論）・第4版』（2008年）200頁以下。

<sup>38</sup> 日高『刑法における錯誤論の新展開』（前掲注29）213頁以下は、作為義務の錯誤を構成要件の錯誤とする。

<sup>39</sup> なお、区別説に対しては、保証人的地位と作為義務との区別が困難である等の批判があるが、その反論として、福田『刑法解釈学の主要問題』（前掲注36）64頁以下が詳細である。

件要素でないと思すべき<sup>40</sup>だと考えてよいであろう。ここから、不退去罪における「退去要求を受けていること」の認識や、殺人罪における「我が子が溺れている」との認識は、保証人的地位を基礎づける事実であり、故意の成立には不可欠となるが、それを超えて、「退去義務がある」、「救助すべき義務がある」ことの認識は不要だということになる<sup>41</sup>。本稿の立場では、作為義務は法の命令であるから、「固有の属性」ではないとして、故意の対象ではないということにもなる（また、作為義務それ自身が「法が処罰の根拠とする属性」なのではない）。

では、作為義務を基礎づける事情として、許可制度や申告制度の存在の認識が要求されるべきかが問題となる。この点に関し、福田平は、最高裁昭和34年判決について、「本罪の故意は、『政府に申告しないで玩具、遊戯具を製造する』認識を必要とすると解さなければならない」が、「本罪の故意の成立に製造物品が物品税法にいわゆる課税物件であることの認識を必要としないことももちろんである」として、「本罪の故意には、政府に申告しないで玩具、遊戯具を製造する認識を必要とするが、このばあい、政府に申告しない意識と申告義務が課せられていることの認識とは、密接に関連はしているが区別しなければならない<sup>42</sup>という。ここでの「申告しない意識」と「申告義務が課せられていることの認識」との差は微妙であり、区別がはたして可能であるのか疑問ではあるが、以下のような場合に差が現れるという。すなわち、「作為義務があるのではないかと考えたが、そのような義務はないと判断したばあい（申告しなければならないのではないかと考えたが、なんらかの理由から申告しなくてもよいだろうと考えたばあい）、作為義務（「申告義務」）についての認識は欠いているが、構成要件上の不作為（「申告しないこと」）については認識がある<sup>43</sup>というのである<sup>44</sup>。

<sup>40</sup> 福田『刑法解釈学の主要問題』（前掲注36）71頁。

<sup>41</sup> 井田『講義刑法学・総論』（前掲注36）385頁、福田『刑法解釈学の主要問題』（前掲注36）70頁。

<sup>42</sup> 福田平『総合判例研究叢書刑法（16）』（1961年）69頁。団藤重光編『注釈刑法（2）-II』（1969年）359頁〔福田平〕、福田平『行政刑法・新版』（1978年）173頁以下も参照。

<sup>43</sup> 福田『総合判例研究叢書刑法（16）』（前掲注42）70頁。

<sup>44</sup> 同様の見解として、内藤謙『刑法講義総論（下）I』（1991年）1071頁。もっと

確かに、後ほど検討する公衆浴場法違反事件のように、行為者は許可を得なければならぬ義務を認識したが、その後の行政の対応のまずさによって新たな許可は必要ないと考えるに至り、許可を受ける義務はないと判断した場合に、このような見解からは、作為義務の認識は欠けるが、許可を受けていないから不作為の認識はあるとして、故意が認められるという判断がなされ得るかもしれない<sup>45</sup>。そして、その結論自体は首肯し得るようにも思われる。しかし、申告義務の認識を欠いたならば、不作為（「申告しないこと」）の認識も欠けるということになるのではないだろうか。通常、未必の故意論において、行為者が犯罪の事実を思い浮かべたが、結果発生を否定し、事実を打ち消した場合においては、認識ある過失が問われるにすぎない。「犯罪事実が一旦頭をよぎっても、それをうち消した場合には、行為者は、犯罪事実の『絵』に代わって犯罪事実にならない『絵』を描き直したのであり、故意がない（認識ある過失）。そして、犯罪事実が頭をよぎり、どうなるかわからないと思いつつ行為に出た場合は、犯罪事実の『絵』と犯罪事実にならない『絵』との二枚が描かれたままであり、故意がある（未必の故意）。」<sup>46</sup> 申告義務を否定した後の「申告しない」という認識に、どれほどの価値があるのか疑問である。ここでの「申告しない」という認識は、単なる申告義務の否定の裏面であって、特段重要性をもたないよう思われる<sup>47</sup>。

実際上も、義務の存在を認識したがそれを打ち消し、申告しない認識のみが残る状況は極めて稀であると思われ、義務の認識を故意の成立に要求していることと変わらないのではないかという疑問も生じる。「あえて申告をしないという積極的な認識は、申告すべきことの認識が存在しなければありえないか

---

も、課税物品を製造することの認識がないことは、作為義務を生じさせる事情の認識を欠くとして、事実の錯誤と解する余地があることを認めている（1072頁参照）。

<sup>45</sup> 現に、福田は、公衆浴場法違反事件において、行為者に故意を認めている。福田平『刑法解釈学の諸問題』（2007年）63頁参照。

<sup>46</sup> 高山『故意と違法性の意識』（前掲注18）148頁。

<sup>47</sup> なお、高山『故意と違法性の意識』（前掲注18）192頁では、申告制がとられていることの未必的認識もない者には「政府ニ申告セズシテ」の認識が欠けるとし、それは禁止の認識の要求ではないとする。ここでは申告制の認識を要求することから、福田説と異なり、申告義務を否定した後の「申告しない」認識は、故意の否定を導くことになる。

ら、右のような認識を故意成立につき要求することは、申告義務の認識（作為義務の認識）を故意の成立の要件として要求することになりはしないであろうか<sup>48</sup>ということである。また、申告義務を認識したが、その後それを打ち消し、積極的に「申告しない」という認識を得るに至った場合と、はじめから無意識下で、消極的に「申告しない」と認識している場合とで、結論を異にするほどの大きな差があるようにも思われない。

さらには、福田説では、現実的な問題も生じ得る。すなわち、注意深い者ほど様々な思いを巡らすことから、その際に義務の存在が頭をよぎる可能性が高いのであり、義務の存在を否定した後であっても、頭をよぎった「申告しない」という認識に重要性を認めるとすれば、そのような者ほど故意が認められやすくなるのではないかという懸念である。

以上のように考えるならば、故意の成立に許可制度・申告制度の認識が不可欠と考えるか、作為義務を基礎づける事実の認識として、営業や製造自体の認識のみで十分とするか、いずれかということになる。

#### (4) 消極的認識

営業や製造自体の認識で故意が成立するとすれば、それはいかなる論理から導かれ得るであろうか。この点について、香城敏麿は、「最高裁および二審の判決が、『政府に申告しないで』という要素を構成要件要素とみていないと解するのは妥当でないと思う。すなわち最高裁および二審の判決は、これを構成要件要素と解しつつも、被告人が無申告のまま製造した以上、当然に申告をしていないことの認識があると解しているものと考えられるからである」とし、「申告義務の存在について認識がないときは、必然的に、あえて申告をしないという認識も起こりえないとすれば、前者の錯誤が法律の錯誤であると解する以上、あえて申告をしないという認識を事実の認識として必要であるとするのは妥当でなく、申告をしていないことの認識があること、つまりは申告をしたという認識を有していないことをもって故意があると解すべきである」<sup>49</sup>とい

<sup>48</sup> 香城敏麿『刑法と行政刑法』（2005年）274頁。

<sup>49</sup> 香城『刑法と行政刑法』（前掲注48）274頁以下。

う。

このような主張には批判が根強いと思われる。義務の認識と制度の認識の関係から考えてみたい。高山佳奈子は、許可制・申告制の存在自体の認識を故意の成立に要求した上で、『しない』という認識と『しなければならない』という認識とは異なるから、禁止（あるいは作為義務）の認識を要求することにはならない<sup>50</sup>として、制度と作為義務の認識を区別して論じる。作為義務は故意の対象ではないが、単に営業や製造の認識のみでは足りないとするれば、このような理解に至るであろう。しかし、このような区別が果たして可能であるのかは疑問である。制度と義務とは表裏一体であって、制度の認識が認められるにもかかわらず義務の認識が欠けるという事例は想定できない。

高山は、「一般の不作为犯において、『行為（ここでは不作为）』『結果』『因果関係』の（未必的）認識は必要だが『作為義務がある』という認識は不要である、とされるのと同じである」<sup>51</sup>と指摘しており、不作为犯における認識の対象の理解としては正当だと思われる。だが、「しなければならない」認識を欠いて、積極的な「しない」という認識を獲得することはおよそ考えられない。そうであれば、「しない」という積極的認識は、「行為」の認識の問題だとは直ちに言い切れないように思われる。「作為義務の認識がないときは、作為が要求された時点、すなわち不作为が成立する時点において、不作为であることを自覚的に認識することは通常ないであろう。しかし、作為義務の認識は故意の要件ではないから、そのような場合でも、要求されている作為義務を果たしているという認識がない以上不作为の認識があると解すべきである」<sup>52</sup>。作為義務の認識を故意の対象としない立場からは、営業・製造等を行うという作為義務を基礎づける事実の認識により故意の成立を認めることが、その論理的帰結ということにならないだろうか。申告をしたという認識がないこと、すなわち、消極的な認識をもって故意を認めることは、あながち不当ではないものと思われる。

故意が成立するには不作为の消極的な認識で足りるとすることは、通常の不

---

<sup>50</sup> 高山『故意と違法性の意識』（前掲注18）192頁。

<sup>51</sup> 高山『故意と違法性の意識』（前掲注18）192頁。

<sup>52</sup> 植村一郎「行政犯における故意」小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定（上）』（1992年）135頁。

作為犯の事例と比較しても、突飛な結論ではないであろう。例えば、不作為犯の典型的な例である、子どもが溺れている側でそれを認識した親が助けないという事例において、殺人罪の故意が認められるには、自分の子どもであることの認識、溺れて死に至るであろうことの認識があれば足り、救助しないという積極的な認識は必要ないのではないだろうか。それらの事実を認識した後に、何も考えず、あるいは他のことを考えるので頭がいっぱいになり、「救助しない」という認識を積極的に有しなかったとしても、消極的には「しない」ことの認識があるといえ、故意が認められても差し支えないように思われる。これに対し、死の認識は「救助しない」ことの認識を意味するから、積極的な認識があるとの批判がなされるかもしれない<sup>53</sup>。しかし、救助しないことの積極的な認識と死の認識とは別個の認識であるように思われ、通常、後者の認識の後に前者の認識が生じ得るものであって、両者は区別されるべきではないだろうか。

上記の理解は、「構成要件該当事実の固有の属性」の観点からも導かれる結論である。「法が処罰の根拠とする属性」という視点は、要求されるべき認識について、ある程度拡張方向に動き得る概念なのであり、制度等の認識を要求するという帰結も否定はされない。しかし、そこに事実の錯誤と違法性の錯誤との区別が不明瞭となる要因がうかがわれるのである。「事実」の認識ではなく、「評価」を問題とする禁止の認識は故意の対象ではないとする視点、つまり構成要件該当事実の固有の属性の認識を故意とする立場<sup>54</sup>からは、制度の認識も含め、「義務」の認識は法的評価の認識と考えられるのであり、それらの認識は故意の成立に不要と解すべきである。これ以上の「何らかの認識」の要求は、評価的要素を付け加えるものであって故意の理解に混乱を生じさせるのであり、意味の認識の限界<sup>55</sup>をここに設定することも許容されるであろう。

以上のように、本稿は、無許可・無申告が問題となる事案では、「許可を得た」、「申告した」等の積極的な認識が欠ける<sup>56</sup>と同時に、営業・製造等の作為義務

<sup>53</sup> 故意の成立には常に積極的な認容が必要だとする立場では、よりそのように解されるであろう。

<sup>54</sup> 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）315頁以下、南「意味の認識の内容について」（前掲注1）338頁参照。

<sup>55</sup> 南「意味の認識の限界と禁止の認識」（前掲注54）317頁以下。

<sup>56</sup> 許可を得た等の積極的な認識が直ちに故意の否定を導くかは、また問題となる。

を基礎づける事実の認識があれば、故意は認められると考える<sup>57</sup><sup>58</sup>。それ故、最高裁昭和34年判決の事案では、故意を認めた結論は是認されてよい<sup>59</sup>。行為者にとって酷に感じられるかもしれないが、「国民の側にも、一定の行為に出るに当たっては、法を知る努力を払うべきである」<sup>60</sup>ことは否定できない<sup>61</sup>。違法性の錯誤として、違法性の意識を欠いたことについての相当な理由の有無は別途検討されるべきである<sup>62</sup>から、必罰的との批判もあたらないであろう。

すぐ後に検討する。

<sup>57</sup> 他に本件で故意の成立を認める見解として、足立「事実の錯誤か法令の不知か」(前掲注3)91頁以下、羽瀧清司「租税ほ脱犯における故意」小林充=香城敏磨編『刑事事実認定(上)』(1992年)93頁、藤木英雄『刑法講義総論』(1975年)220頁。なお、中村邦義「わが国の租税刑法における違法性の錯誤」産大法学50巻3=4号(2017年)44頁以下は、納税義務そのものの錯誤は規範的構成要件の錯誤として、故意阻却の余地を認める一方で、作為義務(説明義務や届出義務)は違法性の錯誤であるとし、本件は法令の不知であるとして違法性の錯誤とする。

<sup>58</sup> なお、作為義務および作為を基礎づける事実を認識していたが、日時を誤り、義務の履行期日が到来していないと勘違いしている場合(例えば、3月15日が履行期日であり既に到来していたが、現在の日付を勘違いし今日が3月14日であると認識していた場合)は、私見では、故意を否定してよいが、履行期日を勘違いしている場合(例えば、履行期日は3月31日だと誤信している場合)は、違法性の錯誤ということになる。植村「行政犯における故意」(前掲注52)136頁参照。また、義務の履行の失念・忘却に関しては、南由介「銃砲に実包が装てんされていることを失念・忘却した場合において不法装てん罪の故意が認められた事例」刑事法ジャーナル54号(2017年)171頁以下参照。

<sup>59</sup> 同様に、自己の行為が医師にしかできない医行為であり、医師免許が必要であることを知らなかったとしても、医行為とされている事実を認識していれば(例えば、相手方の身体を侵襲する等の認識があれば)、故意に欠けることはない。レーザー脱毛に関していえば、皮下組織に影響を与える等の認識があれば足りるであろう(他方、レーザー脱毛の仕組みを勘違いし、皮膚表面上の毛を切断する等の認識しかないのであれば不十分ということになる)。許可制・免許制の認識を故意の成立に要求する立場では、このような事例においても故意阻却せざるを得ないのではないかの疑問が生じる。レーザー脱毛の事案で故意犯の成立を認めたものとして、東京地判平成14年10月30日判時1816号164頁。本判決については、林弘正『相当な理由に基づく違法性の錯誤』(2012年)138頁以下参照。

<sup>60</sup> 植村立郎「行政犯の故意」小林充=植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選(上)・補訂版』(2007年)138頁。

<sup>61</sup> 高度に発展した現代社会においては、些細な調査不足により他者の法益を侵害してしまいかねないのであるから、遵法的に行動するよう注意すべき義務が存在すると考えてよい。法を知る義務があるとははいえないが、少なくともその努力は必要であろう。南「意味の認識の限界と禁止の認識」(前掲注54)298頁以下。

<sup>62</sup> 本件につき、相当な理由を認めるものとして、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975年)268頁以下。他方、否定的に解するものとして、松原久利『違法性の錯誤と違法

なお、このような見解に対しては、故意の内容として希薄だとの批判がなされるかもしれない。「行為者の認識内容として、課税物品であることを知っていながら申告しなかったのと、そのことを知らずに申告しなかったのでは、法的非難として同質であるといえるであろうか」とし、これらを同一に扱うのは「政策的理由」からであって、「責任説の予防的考慮の側面が前面にでてくることになる」<sup>63</sup>との指摘がなされている。確かに、責任非難の程度はいずれの場合においても同じであるとすれば、そのような批判は妥当するであろう。しかし、責任説においては、故意は非難可能性の問題と切り離され、行為を統制する意思の問題であり、非難可能性については、動機形成の観点から依然として責任の問題として扱われることから、「故意」単体としてみれば同じであるものの、「故意責任」としては、「同質」ではないと考えることができる。また、故意と違法性の意識の可能性という構造的差異から、非難可能性を故意と切り離したのであって、直ちに「政策的理由」だという批判はあたらないものと思われる<sup>64</sup>。

### 3 許可等の存在の積極的な誤信

#### (1) 公衆浴場法違反事件

許可等を受けたと積極的に誤信して営業等を行ったが、実際には許可等は受けていなかったという事例として、公衆浴場法違反事件（最判平成元年7月18日刑集43巻7号752頁）があげられる<sup>65</sup>。本件は、興味深い経過をたどっていることから若干長くなるが、事案の概要は以下の通りである。

---

性の意識の可能性』（2006年）137頁。

<sup>63</sup> 石井徹哉「租税通脱罪の故意」早稲田法学会誌43巻（1993年）79頁以下。なお、上述のように、石井自身は、故意の認定論の議論だとしつつ、本件で故意成立の余地を認める。

<sup>64</sup> 井田良『犯罪論の現在と目的的行為論』（1995年）30頁以下参照。なお、責任説を批判する近時の論稿として、宗岡嗣郎「故意概念と違法性の意識」『刑事法と歴史的価値とその交錯—内田博文先生古稀祝賀論文集』（2016年）71頁以下がある。

<sup>65</sup> 当時の公衆浴場法2条1項は「業として公衆浴場を営もうとする者は、政令の定める手数料を納めて、都道府県知事の許可を受けなければならない。」と規定されていた。

被告会社は昭和41年6月6日の設立から昭和56年4月26日に至るまで、静岡市内において特殊公衆浴場を経営し、被告人がその経営全般を掌理し従業員等を指揮監督して、本件浴場の経営を担当していたが、被告人の実父が県知事から営業許可を受けており、その名義で営業がなされていた。なお、昭和41年の風俗営業等取締法および条例の改正により、本件浴場のある場所では、現に許可を受けて営んでいる者でない限り、浴場を営むことができなくなり、新たな許可を受けることは不可能となった。昭和42、3年頃に名義変更の検討を顧問弁護士に依頼した被告人は、条例を調査し、県警本部防犯少年課の係官から意見を聞く等した顧問弁護士から、名義を変更することは「不可能」と告げられていた。昭和47年頃、実父の健康が悪化したことから、被告人は、被告会社名義の許可を得ることにつき、県会議員Aに協力を依頼し、Aが県衛生部長Bに働きかけ、その結果、県衛生部公衆衛生課長補佐C、市南保健所長Dらが動き、法律的には不可能である旨を述べる係員らの意見を押しえつけた上、被告人が昭和47年11月18日付で許可の申請者を実父から被告会社に変更する旨の県知事あての公衆浴場営業許可申請事項変更届を保健所に提出し、保健所がそれを受け付け、12月12日に県知事により受理されたことによって、公衆浴場台帳の記載が訂正された。しかし、被告会社に対して許可証の交付はなされなかった。

1 審判決は、被告人が、変更は許可申請事項変更という形式ではなし得ず、変更が無効である旨の認識を有していたとして故意を認め、原審も、「変更届が無効であることについて被告人は認識を有していた」、「変更届が受理されていることなど関係証拠により認められる諸事情を考慮に入れても、被告人にとって被告会社の本件営業が無許可であって違法であることの認識の可能性がなかったといえないことが明らかである」としたこと、被告人側より上告がなされた。最高裁は、「被告人が変更届受理によって被告会社に対する営業許可があったと認識し、以後はその認識のもとに本件浴場の経営を担当していたことは、明らかというべきである。」、「被告人には『無許可』営業の故意が認められないことになり、被告人及び被告会社につき、公衆浴場法上の無許可営業罪は成立しない。」として、被告人らをも無罪とした<sup>66</sup>。

---

<sup>66</sup> 変更届が受理される前については、実父の名義で被告会社が経営をしていた点

判例は、百円札模造事件（最決昭和62年7月16日刑集41巻5号237頁）において、違法性の意識不要説から違法性の意識可能性説への判例変更の可能性を示唆したとされる<sup>67</sup>ことから、本件事案では、事実認識としての故意を認めた上で判例を変更し、違法性の意識を欠いたことにつき相当の理由があるとして、犯罪の成立を否定する論理を採用することも不可能ではなかったものと思われる。それにもかかわらず本判決は故意の成立を否定したが、それは判例の考える故意の理解にあるといえる。

本判決の調査官解説によれば、意味の認識を「判例の立場でこれを定義するとすれば、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であるということができ」<sup>68</sup>、本判決は、「非刑罰法規の誤解などの特異な事情が介在したため、構成要件該当事実を目のあたりにするなどして社会的意味を認識する機会が与えられていながら、その事実の存在を認識することができなかつた場合」<sup>69</sup>であるとの評価がなされている。「判例は、故意を実質的に捉える傾向を明確にしているから、法律の錯誤と事実の錯誤は断絶した問題ではなく、より密接で連続的な問題」<sup>70</sup>だとする見解や、「必ずしも、違法性の意識という概念に頼らなくとも、ある事象の法的意味を認識する可能性がないときは、法的意味を示す特徴たる事実を認識していたとしても法的には無意味な認識ということもでき、その意味で『罪ヲ犯ス意』がないともいえるのではないだろうか」<sup>71</sup>との指摘も、故意の理解につき、同様の趣旨であると思われる。このような理解は、様々な事案に対し

---

につき、公訴時効の完成が認められた。判例によれば、個人名義の許可で会社が経営等を行うことはできず、その錯誤は違法性の錯誤であるとされている。最判昭和35年9月9日刑集14巻11号1477頁参照（たばこ小売人でない会社が小売販売をした点につき、小売人の指定が会社の取締役である個人名義でなされていたため、会社で小売販売ができると信じていたとしても、法律の錯誤であるとした事案）。

<sup>67</sup> 仙波厚「百円紙幣を模造する行為につき違法性の意識の欠如に相当の理由があるとはいえないとされた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和62年度』（1990年）138頁以下参照。

<sup>68</sup> 香城『刑法と行政刑法』（前掲注48）78頁。

<sup>69</sup> 香城『刑法と行政刑法』（前掲注48）86頁。

<sup>70</sup> 植村「行政犯における故意」（前掲注52）111頁。

<sup>71</sup> 古田佑紀「事実の認識と故意・過失をめぐる若干の問題」判例タイムズ542号（1985年）43頁。

て、故意論において相当程度柔軟に対応が可能となるものである。それ故に、判例の理論が一貫していないように感じられ、また、それは、「判例は違法性の意識の可能性を欠く場合に免責することを正面から認めていないため、処罰すべきでない事案については故意を否定するほかないという実際的・便宜的な理由」<sup>72</sup>から生じたものとみることができる<sup>73</sup>。そのような観点から故意を否定したと考えられる事例<sup>74</sup>も散見される。本判決もそれらの事例と同様に故意阻却することが可能であったことから、故意論の問題として解決を図ったとみることができるであろう<sup>75</sup>。

## (2) 事実の錯誤とする見解の理論構成

判例と同様に本件を事実の錯誤と解し、故意の成立を否定することによって犯罪不成立とする学説は多い。構成要件関係的利益侵害性の認識を故意とする立場からは、「無許可営業罪の構成要件関係的利益侵害は、……警察行政規制の対象として、営業の主体等を行政が把握するためのものであると、理解される。このような行政目的は、前法的なものではないから、無許可営業を規定する法規の認識は構成要件関係的利益侵害性の認識としての故意の内容に含まれる」<sup>76</sup>とされ、意味の認識を直接違法性の意識の喚起を期待できる程度の事実の認識とする見解からは、本件は「正規の営業許可はなかったとの自然的事実

---

<sup>72</sup> 山口厚『刑法総論・第3版』（2016年）206頁。

<sup>73</sup> 同旨、伊藤渉＝小林憲太郎＝鎮目征樹＝成瀬幸典＝安田拓人『アクチュアル刑法総論』（2005年）236頁〔安田拓人〕。

<sup>74</sup> 大判大正14年6月9日刑集4巻378頁（たぬき・むじな事件）、最判昭和26年8月17日刑集5巻9号1789頁（ポインター犬撲殺事件）など。なお、最判昭和26年7月10日刑集5巻8号1411頁（公正証書原本不実記載事件）については、それらの判例とは趣を異にすると解する余地がある。井田『講義刑法学・総論』（前掲注36）383頁注（54）は、故意阻却を肯定する。

<sup>75</sup> 他方、齋野彦弥「事実の錯誤と違法性の錯誤の限界」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法の争点』（2007年）73頁は、百円札模造事件が「最高裁の責任説への傾斜」の「ピークであり、それ以降は、意味の認識論による故意論での事案解決に変更されることになる」と指摘する。また、星周一郎「無免許運転罪の故意―最決平成18年2月27日（刑集60巻2号253頁）―」信州大学法学論集12号（2009年）149頁は、公衆浴場法違反事件判決において、「違法性の意識の可能性の有無の判断を、意味の認識をも含めた『犯罪事実の認識』の有無の判断という形で行うことが明らかとされた」とする。

<sup>76</sup> 齋野『故意概念の再構成』（前掲注6）215頁以下。

の認識があったとしても、県知事の変更届受理という特別の事情が介在したために、結局『無許可』の意味の認識を欠くに至った場合であるとしたもの<sup>77</sup>と理解されている。刑法が着目する属性の認識説は、無許可営業罪では許可制の存在の認識を要求した上で<sup>78</sup>、「被告人は自己の営業が『行政庁のコントロールに服している』」と思っていた。ここには『刑法が着目する属性』の認識が欠ける以上、故意を認めるべきではない<sup>79</sup>という。また、『知事の許可なく』の認識は一応あったといってよい。しかし、この認識が変更届の受理等の事情の認識によって打ち消され、被告会社に対する営業許可があったとの認識に到達したとすると、これもやはり事実の錯誤によって『知事の許可なく』という規範的要素の認識を欠いた場合と解される<sup>80</sup>という指摘もなされている<sup>81</sup>。

故意の提訴機能を要求し、その観点から故意を限界づける立場からは、変更届が知事に受理された以上、行為者の反対動機形成可能性は失われるであろうから、故意が欠けるという結論が妥当ということになるであろう。しかし、既に述べたように、そのような視点からの故意阻却は支持できない。刑法が着目する属性の認識説は、制度の存在の認識を要求する点で、上述のように、それ

<sup>77</sup> 松原『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』（前掲注62）32頁以下。松原久利「座席の一部が取り外された大型自動車を普通自動車免許で運転することが許されると思い込んで運転した者に無免許運転の故意が認められた事例」『平成18年度重要判例解説』（2007年）160頁も参照。

<sup>78</sup> 高山『故意と違法性の意識』（前掲注18）192頁。

<sup>79</sup> 高山『故意と違法性の意識』（前掲注18）190頁以下。

<sup>80</sup> 阿部純二「事実の錯誤と法律の錯誤（3）」松尾浩也＝芝原邦爾＝西田典之編『刑法判例百選Ⅰ・第4版』（1997年）97頁。同様の見解として、高橋則夫『刑法総論・第3版』（2016年）378頁。

<sup>81</sup> 他に、故意を否定した本判決を是認するものとして、大谷實『刑法講義総論・新版第4版』（2012年）163頁、川崎一夫「事実の錯誤と法律の錯誤（3）」芝原邦爾＝西田典之＝山口厚編『刑法判例百選Ⅰ・第5版』（2003年）89頁、川端博＝西田典之＝原田國男＝三浦守編『裁判例コンメンタル刑法1巻』（2006年）363頁〔川端博〕、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実の錯誤と違法性の錯誤の区別について－」商学討究（小樽商科大学）67巻4号（2017年）196頁以下、曾根威彦『刑法原論』（2016年）413頁、団藤重光『刑法綱要総論・第3版』（1990年）313頁注（5）、中山『違法性の錯誤の実体』（前掲注4）85頁、西田『刑法総論・第2版』（前掲注32）215頁、星「無免許運転罪の故意」（前掲注75）149頁以下、松尾誠紀「事実の錯誤と法律の錯誤（3）」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ・第7版』（2014年）95頁、松宮孝明『刑法総論講義・第5版』（2017年）202頁。また、重井輝忠「事実の錯誤と法律の錯誤（3）」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ・第6版』（2008年）91頁参照。

は作為義務の認識を要求することになりかねず、妥当とは思われない。それでは、無許可の認識はあったが、何らかの特別な事情により、許可があったとの認識に到達した場合は、無許可の故意が欠けるという理論構成は正当であろうか。このような論理は、本判決の調査官が述べるところでもあり、また、警察規則を誤解した結果、他人所有のポインター犬を撲殺した事案につき、他人所有の認識を欠いていたかもしれないとして、故意を認めた原判決を破棄し差し戻した、最判昭和26年8月17日刑集5巻9号1789頁の判断にも垣間見ることができる。

最終的に到達した「許可がある」という認識によって故意が否定されれば、すべてのあてはめの錯誤は故意不成立という結論に至りかねない。それ故、最終的な認識自体を故意阻却の理由とする理論構成は不可能である。そうすると、このような立場からは、誤解に至る経過も重視され、責任ある官庁等の見解に従った結果、「許可がある」等の認識に至った場合に限り、故意が否定されるということになるものと思われる。もっとも、このような理解では、もはや事実の錯誤と違法性の錯誤の一貫した区別は困難となるであろう。例えば、わいせつ概念につき、事実の認識とともにそれがわいせつだとの意味も認識していたが、警察等の誤った見解により、法的な意味でのわいせつではないと判断するに至った場合も、上記の理解からはわいせつ性の認識が欠けるとして、事実の錯誤とせざるを得ないのではないだろうか<sup>82</sup>。しかし、行為者は事実、そしてその意味を十分に認識しており、これはまさに評価の誤りであって、違法性の錯誤である<sup>83</sup>。

ここから、許可等の存在につき、行為者が積極的に誤信した場合においては、最終的に抱くに至った「無許可でない」等の認識が重要なのではなく、「無許可でない」等の認識に至るまでの経過における事実の認識こそが重要であって、

---

<sup>82</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』(2005年)244頁以下参照。

<sup>83</sup> 刑法が着目する属性の認識を故意とする見解についても、同様の指摘が可能であろう。すなわち、無許可営業罪等では制度の認識を要求することから最終的な結論が故意にとって重要だとしても、制度の認識等を要求する(最終的な結論が重要である)類型とそうではない類型との区別は相対的であると思われ、そうであれば、事実の錯誤と違法性の錯誤の区別も一貫しないのではないかとの疑問が生じるからである。

そこでの認識が、故意を認めるに足る意味を認識しているか、すなわち、法が処罰の根拠とする属性を認識したといえるか、判断しなければならないという結論が導かれる<sup>84</sup>。ただし、最終的な認識が重要でないとすれば、意味の認識レベルでは類似する、あるいは、一致する内容を有するものの、一方にのみ法規制がなされており他方は犯罪とされていない<sup>85</sup>、あるいは、法定刑に差がある<sup>86</sup>場合で問題となり得る。そのような場合を想定すれば、行為者が最終的に抱くに至った判断、すなわち、「無許可でない」等の認識も全く無意味だとすることはできないようにも思われる。もっとも、そこでの最終認識が影響するのは、意味の認識が一致する場合における法定刑に差がある場合であって、一方のみが法規制されているような場合は問題とはならないと考えてよいであろう。というのも、可罰的な行為の意味の認識は、不可罰の行為と区別され得るだけの内容をともなった意味が要求されるべきであり、そのような意味の認識が認められなければ、故意は否定されるべきだからである<sup>87</sup>（なお、薬

<sup>84</sup> 公衆浴場法違反事件やポインター犬撲殺事件は、そう思うに至った理由を考慮に入れつつ、最終的な判断（「許可がある」、「他人の物ではない」）を重視して判断したものと評価することができよう。他方、本稿は、最終的な判断それ自体には重きをおかないとするものである。

<sup>85</sup> トルエンを含有するシンナーの所持のみが処罰の対象であったことから、トルエンを含有しないシンナー所持の認識しか有していなかった被告人につき、故意の成立を否定した裁判例として、東京地判平成3年12月19日判タ795号269頁。塩見淳「シンナー吸引目的所持罪における故意」『判例セレクト'86～'00』（2002年）449頁参照（なお、塩見は「強い毒性をもつシンナーとの認識」が欠けるから故意が否定されると解されるべきだとする）。

<sup>86</sup> コカイン所持の認識で覚せい剤所持を実現した事案が想起される。最決昭和61年6月9日刑集40巻4号269頁参照。

<sup>87</sup> それ故、トルエンを含有するシンナーの所持に関する意味の認識は、トルエンを含有しないシンナー所持の意味を超えた内容が求められることになる。もっとも、このことは、行為者が客体に無頓着で、シンナーが入っているがいがいが所持するという認識があれば、故意の否定を導かない。その際に、行為者が、シンナー入りを意識した「特に有害な」という意味を積極的に認識していなかったとしても、あえて客体を特定していないという点で、シンナー入りのトルエンを除外していない（シンナー入りを取り込んでいる）とすることができ、未必の故意（概括的故意）が認められるからである（この場合、トルエンを含有する、特に有害なシンナーという意味の認識があるとみることができるともされない）。他方、薬物事案につき、そのような包括的な概念によって故意を肯定することに批判的な見解として、中森「麻薬・覚醒剤に関する認識・故意」（前掲注29）75頁。なお、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（2014年）63頁以下は、事実や違法性に対する行為者の無関心につき、間接故意が認められるとして、故意犯

物間の錯誤のように、意味の意識レベルでは一致した内容を有する場合においては、軽い犯罪の認識すなわちコカインの認識しかなければ、「有害性が低い」との意味を認識していたとすることができ、重い犯罪の故意が否定されると考えることができるように思われる)。

### (3) 積極的誤信における意味の認識

それでは、許可等の存在を積極的に誤信している場合において、いかなる認識があれば故意が肯定(否定)されるのであろうか。ここでの意味の認識を明らかにする前に、本件を違法性の錯誤とする見解をみてみたい。

福田平は、「同じ法益を侵害しても、故意犯が過失犯に比べ重く処罰されるのは、故意に構成要件に該当する行為がなされたとされるばあいには、規範の問題が具体的にあたえられているのに、あえて犯罪事実を実現したというところにあるものといえよう。そこで、故意の成立に必要な『事実の認識』の程度は、規範の問題が具体的にあたえられる程度のものであることを要し、かつ、それで足りるということになり、故意に必要な意味の認識としては、法的評価の前提となる事態(Sachverhalt)の意味、性質を知っていれば十分」<sup>88</sup> だとした上で、「被告人は、本件浴場について許可名義の変更が不可能であり、被告会社に対し許可証も交付されていないことを認識していたものとみとめられるので、こうした認識があれば、被告人には、許可なしに営業してはならないという規範の問題が具体的にあたえられていたものとみとめることができるから、無許可営業罪の故意の成立に必要な『事実の認識』は肯定でき、……営業が許可されたものと信じたことは、いわゆる法律の錯誤にあたる」<sup>89</sup> とする。また、「行

---

成立に言及する。例えば、狩猟禁止区域・期間に関し、無関心、「すなわち行為者が禁猟区域内であることまたは禁猟期間内であることを知っていたとしても狩猟を行っていたであろうと考えられる場合」は間接故意が認められ、故意犯として処罰されるとする。本稿の立場からも、このような場合では、違法な事実について、認識に取り込まれているとすることができ、故意は認められると考える。

また、いわゆる危険ドラッグについては、意味の認識は完全に一致するにもかかわらず、一方で法規制され、他方でなされていない状況がみられ、その故意が問題となり得る。福岡高判平成28年6月24日判時2340号125頁参照。

<sup>88</sup> 福田『刑法解釈学の諸問題』(前掲注45) 59頁。

<sup>89</sup> 福田『刑法解釈学の諸問題』(前掲注45) 63頁。39頁も参照。

為者の認識事実から行為規範を一般化した形で引き出すことができ、それが当該の刑罰法規から導かれる行為規範に一致していれば、故意の成立に必要な事実認識はあった<sup>90</sup>と考える井田良は、「法の予定するところでは営業許可を与えることができない事実を認識して行為した以上、事実認識に欠けるところはなく、違法性の錯誤が認められるにすぎない<sup>91</sup>という。同様に、「通常であれば、許可名義の変更があり得ず、しかも、許可証が交付されていない旨の認識もあった以上、……故意は肯定できる<sup>92</sup>とする指摘もある<sup>93</sup>。

福田の見解は、「規範の問題が具体的にあたえられる程度のもの」であるか否かによって、故意の成立に必要な認識を限界づけており、また、責任要素としての故意を認めている<sup>94</sup>ことから、故意の内部に非難の要素を混入させたものであると評価でき<sup>95</sup>、この点については疑問である。他方、いずれの見解にも共通するものとして、行為者は法律上営業許可を得られないという事実を認識していたところに着目し、故意の成立を肯定している点が注目される。

意味の認識が故意の成立には必要であると解する以上、およそ一般人にとって瑕疵の有無等の判別が困難である行政手続きの外形的事実それ自体の認識のみで、故意が認められるとすることはできない。それは、わいせつ概念につき、裸の事実の認識のみで足りるとすることができないのと同じである<sup>96</sup>。例えば、許可の申請を役所の担当窓口で行ったところ、担当者が正式な手続きが面倒であると考え、内規に違反して勝手に許可証を作成し交付したという事例においては、客観的にはその許可が違法であり、申請者がその始終を見ていたとしても、申請者にはそれらの手続きがどのような意味をなすのか理解できない

<sup>90</sup> 井田『刑法総論の理論構造』(前掲注82) 242頁。

<sup>91</sup> 井田『刑法総論の理論構造』(前掲注82) 244頁。井田『講義刑法学・総論』(前掲注36) 384頁も参照。

<sup>92</sup> 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3巻・第3版』(2015年) 133頁〔佐久間修〕。247頁も参照。

<sup>93</sup> 他に、本件事案を違法性の錯誤とするのは、丹羽正夫「事実の錯誤と法律の錯誤(1)」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ・第6版』(2008年) 87頁、安田拓人「錯誤論(下)」法学教室274号(2003年) 95頁。

<sup>94</sup> 福田平『全訂刑法総論・第5版』(2011年) 200頁以下。

<sup>95</sup> 高山『故意と違法性の意識』(前掲注18) 56頁は、故意に二重の体系的地位を与える立場などを二元説と呼び、59頁以下では、それらは故意の提訴機能を要求する見解として批判している。

<sup>96</sup> 川田「規範的構成要件要素の認識」(前掲注23) 34頁参照。

ことから、無許可の認識は欠けると考えてよいであろう。故意を認めるには少なくとも適正な手続きを経ていないという認識は必要だと思われる。それ故、意味の認識を刑法が着目する属性の認識とする見解が、行為者の「行政庁のコントロールに服している」という認識により故意を否定するところには、正当なものが含まれているといえよう。ただし、最終的に到達した「無許可でない」という認識に従って故意を否定した点には疑問が残るのである。

本件では、変更届に関し、申請者の人格に変動があった場合は含まれておらず、名義を実父から被告会社に変更する旨の許可申請事項変更届を提出して受理されたとしても、許可が承継されることはなく、それは被告人も認識していた<sup>97</sup>とのことである。そうであるならば、被告人には正規の手続きでは許可が得られないという認識が認められ、そのような認識に基づいて被告会社が浴場を営業した以上、被告人には「許可を受けなければならない」（公衆浴場法2条1項）に違反するとの認識があったと考えて問題ないのではないだろうか。公衆浴場法は、公衆衛生上および設置場所の配置の適正性の観点から、公衆浴場の経営を許可制にして<sup>98</sup>、行政のコントロール下におくというのが法の趣旨であると考えられる。そうすると、適正な手続きに従った許可を受けていないという認識があれば、「法が処罰の根拠とする属性」を認識しているといえ、故意を認めてもよいように思われるのである<sup>99</sup>。また、県知事が変更届を受理した点は、そのような手続きによる変更が法的には認められていない以上、それは「許可を受けなければならない」という規定には含まれていない属性であり、公衆浴場法から直接導くことは不可能である。意味の認識を「構成要件該当事実の固有の属性」の認識とする立場からは、それは故意の判断に付け加えてはならない事情ということにもなる。違法性の意識を欠いたことにつき、相当な理由が認められるか否かの判断材料にとどまるといえよう。本件

---

<sup>97</sup> 香城『刑法と行政刑法』（前掲注48）63頁。

<sup>98</sup> 公衆浴場法2条2項「都道府県知事は、公衆浴場の設置の場所若しくはその構造設備が、公衆衛生上不適当であると認めるとき又はその設置の場所が配置の適正を欠くと認めるときは、前項の許可を与えないことができる。」

<sup>99</sup> 塩見『刑法の道しるべ』（前掲注27）81頁は、「行政法の見地から一応『許可』といえるもの—無効にせよ『許可証』の交付など—の認識がなければ故意を阻却すべきでない」とする。

は違法性の錯誤の事案であったと思われる。

公衆浴場法違反事件は、事案の構造として、警察規則の誤解により鑑札のない犬は飼犬であっても無主犬とみなされる（他人性が否定される）と勘違いし、他人所有のポインター犬が首環をしていることを認識しつつ撲殺したという、前述の最高裁昭和26年判決と同様とみる事が可能である<sup>100</sup>。いずれも誤った情報により、自己の行為が法律上問題ないと誤信した事案であったと評価できよう<sup>101</sup>。

なお、本件事案が違法性の錯誤だとしても、違法性の意識を欠いたことにつき相当な理由があるとして、責任を阻却する余地は多分にあったように思われる<sup>102</sup>。というのも、変更届が受理された旨が被告人に伝えられ、その後も定期検査を行っていた保健所から何ら問題とされなかったというのであり、責任ある公的機関の言明に従った場合であると考えられることができるからである。

#### (4) 責任説における意味の認識

本稿の立場に対しては、故意阻却であろうが責任阻却であろうが、いずれも犯罪は不成立なのであり、現在の判例の立場を考えるならば、故意論において解決を図る理論の方が、より現実的かつ容易な解決策ではないのかとの批判がなされるかもしれない。そのような見地から、一定の範囲で禁止の認識を故意に取り込むべきだとの指摘もなされている<sup>103</sup>。本稿が意図するのは処罰範囲の拡大ではないことから、なお一層そうではないかとの批判も考えられ得る。しかし、本稿がこのように考えるのには、故意と違法性の意識の可能性のそれぞれの役割の明確化がある。

責任説は現在では通説的地位に至ったといっても過言ではないが、その責任

---

<sup>100</sup> 最高裁昭和26年判決に対する私見からの評価については、南「意味の認識の内容について」（前掲注1）340頁参照。

<sup>101</sup> いずれも判例も、意味の認識を超える評価的認識を故意の要件としていると指摘するのは、中森喜彦「故意の内容」芝原邦爾＝西田典之＝山口厚編『刑法判例百選I・第5版』（2003年）75頁。

<sup>102</sup> 同旨、安田「錯誤論（下）」（前掲注93）95頁。反対、大塚＝河上＝中山＝古田編『大コンメンタール刑法3巻・第3版』（前掲注92）247頁〔佐久間〕。

<sup>103</sup> 菅沼「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」（前掲注81）196頁。

説においては、事実の認識と違法性の意識との区別が重要である。もっとも、「事実の認識と違法性の意識とを区別し、区別するべきだとする通説は、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いない」<sup>104</sup> のであり、「事実の認識と、違法性の意識との間には、事実認識と評価認識という質的な違いがあるのではなく、等しく評価の認識でありながら、その程度の差が存在する相対的な違いがあるにすぎない」<sup>105</sup> のではないかとの疑問も生じ得る。確かに、違法性の意識を喚起し得るような事実の認識を故意とする責任説においては、それは顕著である。また、故意の提訴機能を否定する責任説にあっても、意味の認識の内容は不明瞭であり、評価的要素を意味の認識の内部に取り込んでいるとみることが可能であって<sup>106</sup>、そのような疑問は直ちに不当とはいえないように思われる。

さらには、「事実を『意味の認識』のレベルで捉えたとしても、すべての事例に妥当する明確な区別基準を提示することは不可能であり、結局は各学説が妥当だと考える結論を導き出すために……『トピック論』解決がなされている」<sup>107</sup> という、意味の認識に対する懐疑的な見方も呈されている。そうであれば、厳格故意説や、実質的故意論、修正故意説、構成要件関係的利益侵害性の認識を要求する見解は、両者の区別が困難であることを理解した上で、故意論における解決を目指したものであるとして、再評価されてしかるべき見解であるかもしれない（意味の認識に懐疑的な見方に従えば、厳格故意説が妥当とされることになる）。

しかし、それらの見解には問題があり<sup>108</sup>、また、事実の認識と違法性の意

<sup>104</sup> 齋野「事実の錯誤と違法性の錯誤の限界」（前掲注75）73頁。

<sup>105</sup> 齋野彦弥「事実の錯誤と違法性の錯誤の限界」西田典之＝山口厚編『刑法の争点・第3版』（2000年）72頁。齋野「故意概念の再構成」（前掲注6）362頁以下も参照。

<sup>106</sup> 故意を刑法が着目する属性の認識とする見解も、禁止の認識を取り込んでいるのではないかとの疑問が生じる。南「意味の認識の内容について」（前掲注1）335頁以下参照。

<sup>107</sup> 川口「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」（前掲注87）63頁。

<sup>108</sup> これらの見解に対しては、川口浩一の見解を除き、既に、南「故意説の理論構成について」（前掲注24）175頁以下において批判的に検討を試みた。川口説は、厳格故意説を前提に、事実や違法性につき無関心である場合も故意を認めるべきだとし間接故意を認め、厳格故意説を拡張した試論を展開している。川口「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」（前掲注87）46頁

識とは明確なかたちで区別することが可能であると思われる。両者の区別が不明瞭となり、事実の認識と違法性の意識とが相対的な差でしかないと感じられる理由は、意味の認識に、構成要件に規定された事実がもつ固有の性質を超えた属性を含ませた点にある。私見は、そのような属性を一切排除し、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」とすることで、事実の錯誤と違法性の錯誤の明確な区別を可能にするのである。

私見のような考え方に対しては、「個々の構成要件要素は刑罰法規の文言から一義的に翻訳可能であること、刑罰的評価の前提となる客体の意味ないし性質は一義的に確定しているということ」が前提であるが、それは「人間の行為の意味や物事の意味づけが存在論的に所与のものとするものであり、妥当とはいえない」、「論者が想定している『意味』を一方向的に押しつけているにすぎない」<sup>109</sup>との批判がなされている。確かに、条文上の法概念を日常的概念に翻訳する作業<sup>110</sup>は不明瞭であり、また、事実の有する固有の性質といっても人それぞれである<sup>111</sup>と見得る余地もあることから、その内容の確定は、恣意そのものであるのかもしれない。もともと、私見においても、法規定から自動的に意味が明らかになるとは考えておらず、法が処罰の根拠とするところから確定されるのであり、それのみでは意味の認識の輪郭が不分明となることから、その限界として、評価的要素の付け加えを禁止し、法が禁止する事実の固有の性質であることも要求するのである。私見も、故意が認められるために認識していなければならない事実（意味）を明らかにする作業は当然ではあるが必要であり、その点で「評価的」といえるかもしれないが<sup>112</sup>、法規定（構成要件要素）から離れて、それが社会的にどのように理解されているか、ある

---

以下。

<sup>109</sup> 石井「無免許運転罪の故意」（前掲注25）138頁以下。

<sup>110</sup> 井田『刑法総論の理論構造』（前掲注82）68頁、南「意味の認識の限界と禁止の認識」（前掲注54）318頁。

<sup>111</sup> 石井「無免許運転罪の故意」（前掲注25）146頁注（18）参照。

<sup>112</sup> 法が処罰の根拠とする属性とはいかなるものかを考えるにあたっては、例えば、客体の性質をどの程度認識する必要があるか（薬物事犯において、「身体に有害で依存性の薬理作用のある薬物」でよいのか、「特に有害性の高い物質」まで必要とされるのか等）が問われるのであり、それは「評価的」といえるであろう。

いは、法で禁止されている等の評価的要素を考慮して、故意成立のために認識すべきである事実を確定しないという趣旨で、意味の認識から評価的要素の認識は排除されているといえるのである。

また、私見は、責任説における意味の認識として、相応しい内容であると考ええる。そのような意味の認識を有していれば、法が禁止（命令）する行為を認識しており、行為規範を破って行為したものだといえ、故意を認めるのに十分であり、また、非難可能性の点は、違法性の意識の可能性の問題とするのが責任説であることから、従来の故意論からすれば希薄な内容<sup>113</sup>だと感じられる意味の認識であっても、問題はないのである<sup>114</sup>。

#### (5) 許可等の存在を積極的に誤信した事例の検討

最後に、私見の立場から、何らかの理由により自己に許可等が存在すると誤信した事例につき若干の検討を試みたい。最決平成18年2月27日刑集60巻2号253頁は、座席の一部が取り外されて現実に存在する席が9席となった大型自動車<sup>115</sup>を、被告人は、そのような状況を認識しながら、上司から普通自動車免許で大丈夫であると聞き、また、自動車検査証の自動車の種別欄に「普通」<sup>116</sup>と記載されているのを見たこと等から普通自動車免許で運転することが許されると思ひ込み、運転をした事案であり、最高裁は、席の状況を認識していたことを理由に故意を認めた。本件車両では、運輸支局あるいは自動車検査登録事務所で構造等変更検査を受け、自動車検査証の乗車定員を変更した場合は、普通自動車免許で運転することが可能であった<sup>117</sup>こともあり、本件では、

<sup>113</sup> 杉本一敏「規範的構成要件要素の認識」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ・第6版』（2008年）93頁参照。

<sup>114</sup> 南「責任説の再構成」（前掲注23）114頁以下参照。

<sup>115</sup> 当時の道路交通法施行規則2条によれば、大型特殊自動車等以外の、車両総重量が8000kg以上のもの、最大積載量が5000kg以上のもの、乗車定員が11人以上のものいずれかに該当すれば大型自動車となる。なお、現在は中型自動車の区分が新たに設けられている。

<sup>116</sup> 道路運送車両法上の自動車の種別である。道路運送車両法3条参照。

<sup>117</sup> 上田哲「1 座席の一部が取り外されて現実に存する席が10人以下となったが乗車定員の変更につき自動車検査証の記入を受けていない自動車と道路交通法上の大型自動車 2 座席の一部が取り外されて現実に存する席が10人以下となった大型自動車を普通自動車免許で運転することが許されると思ひ込んで運転した者に無免許運転の故意が認められた事例」『最高裁判所判例解説刑事

座席が9席となっていることの認識が被告人に存在したため、故意が認められ得るのが問題となる。

大型自動車の無免許運転罪における故意は、「運転免許がないにもかかわらず、大型自動車を運転する」というものであり、本件との関係では、「11人以上が乗車できる自動車を運転する」という認識があれば、認められることになる。そして、座席を取り外したとしても、自動車検査証の変更がなされない限り大型自動車であるとした判例の立場<sup>118</sup>を前提にすれば、現在は9席であることの認識のみでは故意は否定されず、大型自動車の外形的な特徴を認識していれば、すなわち、当初は11席以上の座席があり、取り外され10席以下となったこと的事实を認識していれば、大型自動車の意味を認識していたと考えても問題はない。

私見のような見解に対しては、「大型自動車」を固有の性質で判断することは困難であり、故意を認めることができないのではないかと疑問が呈されている<sup>119</sup>。私見においても、単に「大型自動車」のみから固有の属性を考慮するのではなく、道路交通法施行規則で規定された大型自動車の定義や、改造された場合における自動車の区分の解釈から（これらは法で規定され、また、解釈として明らかになったものであり、いずれも「大型自動車」の固有の属性ということになる）、故意にとって必要な法的概念としての事実の認識が明らかとなり、それを翻訳したものとしての日常的概念で事実を認識（意味を認識）していれば、故意は認められるということになる。

ただし、取り外された痕跡がなく、もともと10席以下の自動車であるとの認識しか有していない場合では、「11人以上が乗車できる自動車」の認識が欠けるため、故意は否定されるであろう<sup>120</sup>。座席が11席以上ある（自動車検査証の未変更の場合では、11席以上あった）自動車を大型自動車免許なしに運転することが、法が処罰の根拠とする属性であり、その認識は故意の成立に不可欠

---

篇平成18年度』（2009年）157頁。

<sup>118</sup> 大型自動車が改造され乗車定員が10人以下になった場合において、自動車検査証の記載の変更がなくとも、大型自動車ではなくなるとする見解への批判として、上田「判批」（前掲注117）158頁以下参照。

<sup>119</sup> 石井「無免許運転罪の故意」（前掲注25）141頁以下。

<sup>120</sup> 上田「判批」（前掲注117）176頁参照。

だからである。また、運輸支局等での手続きを経て乗車定員が9人に変更されたとの誤信があった場合も、故意を否定してよいものと思われる<sup>121</sup>。適正な手続きにより普通自動車になったとの認識は、実際にそのような手続きを履践していたならば無免許運転罪は成立し得ないのであり、行為者には適法な事実の認識しか認められず（行為規範に反する事実の認識がない）、大型自動車性の認識を欠くからである。他方、上司から大丈夫と聞かされた点、および、自動車検査証の「普通」という記載の点は、構成要件該事実の固有の属性ではないことから、故意の成否に影響を及ぼさない事情であり、これらの理由で大型自動車ではないと誤信した場合は、違法性の錯誤が問題となるにすぎない<sup>122 123</sup>。

自動車運転免許証を有しない者が、現地に渡航することなく、正規の国際運転免許証を取得し、あるいは、渡航したとしても現地で実地試験等の適性検査を一切受けることなく、正規の国際運転免許証を取得し、日本国内で自動車を運転した事案では、判例は、「適性を有することを実証した上で発給を受けたものでない」ことを理由に、そのような国際運転免許証は道路交通に関する条約上の運転免許証ではないとして、無免許運転罪の成立を認めている<sup>124 125</sup>。行為者の最終的に到達した「無免許でない」という認識それ自体が重要なので

---

<sup>121</sup> 東雪見「無免許運転罪における『大型自動車』の意義とその故意」ジュリスト1369号（2008年）125頁参照。

<sup>122</sup> 他方、東「無免許運転罪における『大型自動車』の意義とその故意」（前掲注121）126頁は、「本決定は……一般論として、とくに大型自動車かを判別しがたいような車両について、種別欄の認識により故意が阻却される事例が存在する余地を排除するものではないと思われる」とする。

<sup>123</sup> 同様に大型自動車を普通自動車と誤信した事案として、福岡高判昭和51年4月28日判タ347号297頁がある。定員14人の乗合自動車で、外形等により一見して普通自動車と異なるものであったが、前所有者から普通自動車であると告げられ、また、自動車検査証に「コガタ」と記載され、「自動車登録番号又は車両番号」欄は普通自動車に与えられる5ナンバーとなっていたという事案について、福岡高裁は故意を認めた。自動車検査証の記載が5ナンバーであった点で、故意に影響を与え得る認識があったとみる余地もあるが、被告人は14席を認識していたことから、故意は肯定され得るものと思われる。なお、本事案で座席が取り外され10席以下となり、自動車検査証の5ナンバーの記載を認識していたならば、故意阻却の可能性は否定できないであろう。

<sup>124</sup> 前者の事案として、最決昭和53年3月8日刑集32巻2号268頁、後者の事案として、仙台高判昭和54年4月26日刑月11巻4号307頁。

<sup>125</sup> 香城『刑法と行政刑法』（前掲注48）571頁以下参照。

はなく、過程における認識が問題とされるべきことから、現地に渡航もせずに取得した場合においては、適正な手続きを経て発給を受けたものではないとの認識が行為者に認められると思われ、「無免許」の故意を認めてよいであろう。

他方、実地試験等の適性検査はないものの、現地で正規の発給機関により発給された国際運転免許証については、若干検討を要する。現地での国際運転免許証の発給は、そのような手続きが正式なものであって、そこに適正な手続きに従って発給された国際運転免許証であるとの認識が、行為者に認められる余地があるからである。

もっとも、道路交通に関する条約24条1項では、「適性を有することを実証した上で」発給を受けた運転免許証を所持する者に、自国の道路で運転することを許容し、道路交通法107条の2では、「道路交通に関する条約……第24条第1項の運転免許証」を所持する者に運転を認めていることからすると、適性検査を経ずに給付を受けた免許証は道路交通法上の国際運転免許証には該当しないことになる。そして、適性の実証がなされていない者に自動車の運転を許容しないというのが、無免許運転罪の処罰の根拠だと考えることができよう。そうであるならば、ここでの無免許の意味の認識は、「適性検査を受けた上で発給された運転免許証をもたないこと」の認識ということになり、そのような事案では、故意は阻却されないという結論が導かれ得ることになる。

#### 4 結びにかえて

無許可等の故意について、本稿では、そもそも許可等の必要性を認識していなかった類型と、許可等の必要性は認識していたが、何らかの理由により許可等を受けたものと誤信していた類型とに分けて検討を行った。前者については、作為義務の認識は故意の対象ではないという観点から、「許可を得ない」、「申告しない」という積極的な認識は故意の成立に不要であり、営業や製造等の認識とともに、許可等を受けたという認識がないこと、つまり消極的な認識で足りるという結論に至った。後者については、故意にとって意味の認識こそが重要であることから、客観的な、外形的な事実の認識（裸の事実の認識）では足りず、無許可の意味、すなわち、「行政の適正な手続きに従って許可を得てい

ないこと」の認識がある場合に故意が認められるが、本来はそのような手続きができないことを認識しつつ行政が違法に受理等をしたことによって、許可を得たと誤信した場合は、そのような事情は、構成要件に規定された事実の固有の属性ではないから、評価的要素であり、付け加えは禁止されるべきであって、違法性の錯誤が問題となるにすぎないということになるのである。

他の論稿における検討と、本稿における無許可等の故意の検討とで、事実の錯誤と違法性の錯誤との区別に関して問題となり得る判例・裁判例につき、私見からの帰結は概ね明らかにすることができたものと思われる<sup>126</sup>。私見が故意論において何らかの問題提起となれば幸いである。

---

<sup>126</sup> また、危険ドラッグに関する前出福岡高判平成28年6月24日について、刑事法ジャーナルに拙稿による評釈が掲載される予定である。