

ミヒャエル・パヴリック

『市民の不法』(14)

飯島 暢・川口浩一 (監訳)

一原亜貴子 (訳)

目 次

監訳者まえがき	
文 献	(以上、63巻2号)
導 入	
第1章 犯罪の概念	
A. 刑法学と実践哲学	
I. 刑罰強制の不快さ	
II. 実践哲学と法の実定性	
III. 実践哲学に替わる法政策?	(以上、63巻4号)
IV. 出発点としての刑罰論	
B. 予防の道具としての刑罰?	
C. 協働義務違反に対する応答としての刑罰	
I. 予防思想の危険と応報理論のルネサンス	
II. 協働義務の正当化根拠：自由であるという状態の維持	(以上、63巻5号)
1. 政治共同体に奉仕する刑法?	
2. 自由の理念と市民の地位	(以上、63巻6号)
3. フーゴ・ヘルシュナーの犯罪概念	
III. 応報理論と刑罰賦課	
IV. 市民と外部者	
V. 法益侵害としての犯罪?	
1. 「啓蒙の最も豊かな成果」としての法益概念?	
2. 法益概念の批判能力?	(以上、64巻2号)
3. 法益から法的人格へ	
VI. 犯罪概念から一般的犯罪論へ	
第2章 市民の管轄	
A. 管轄の体系	
I. 不作為犯の特別財?	
II. 保障人的地位の理論の系譜学について	(以上、64巻5号)
III. 管轄の体系	
1. 法の任務と管轄の根拠づけの諸形象	
2. 他の人格の尊重	

3. 人格的存在の基本的現実条件の保証

B. 被侵害者の優先的管轄

- I. 罪体から実質的構成要件概念へ (以上, 65巻1号)
- II. 構成要件と違法性の関係 (以上, 65巻2号)
- III. 被侵害者の管轄の体系
 - 1. 統一的な評価問題としての管轄分配
 - 2. 自己答責的な自己侵害及び同意 (以上, 65巻4号)
 - 3. 正当防衛と防衛的緊急避難 (以上, 65巻5号)
 - 4. 攻撃的緊急避難

第3章 刑法的協働義務の違反

A. 帰属可能的・管轄違反的行為としての刑事不法

- I. 刑事不法の概念と帰属論の機能
- II. 基本的なシステムカテゴリーとしての不法と責任か? (以上, 65巻6号)
- III. 市民の不法としての犯罪
- IV. 不法帰属の前提 (以上, 66巻2号)

B. 帰属可能性の限界

- I. 管轄問題としての限界問題
- II. 帰属を阻却する禁止の錯誤
 - 1. 錯誤を回避する責務 (Obliegenheit) (以上, 66巻3号)
 - 2. 禁止の錯誤のあらゆる現象形態の同価値性 (一原亜貴子) (以上, 本号)

C. 義務違反の範囲

第3章 刑法的協働義務の違反

B. 帰属可能性の限界

II. 帰属を阻却する禁止の錯誤 (承前)

2. 禁止の錯誤のあらゆる現象形態の同価値性

「行為を法的に認識するために必要な事前の検討が適切に行われる場合、それは行為が為される状況について、その行為にとって重要な構成要素を正しく知覚すること、行為がその状況に与えるであろう効果を正しく思考的に見積もること、及び行為を法との関係におけるその行為の効果を含めて正しく表象することから成る。すなわち、その3つの要素とは、可能な限り正確な知覚、経験と想像とに基づく見積り、及びそれらによって把握されたことの法的な包摂である。」³⁴⁵⁾それゆえ一方では、当該市民は、決定的な規則を知らないがために、もしくは自分の直面する状況がその規則の事例であることを認識していないがために、具体的に決定的となる行為規範の内容に関する錯誤に陥

345) *Binding, Normen*, Bd. IV, S. 530 f.

ることがある³⁴⁶⁾。他方では、彼の禁止の錯誤が、当該行為規範の基準によれば構成要件的に重要な事情を彼が誤って知覚するかあるいは誤って分類し、このような「源泉的錯誤 (Quellirrtum)」³⁴⁷⁾の結果、規範が適用可能ではないと考えることに基づく場合がある³⁴⁸⁾。「法的に重要である」のは、いずれの場合においても「帰結的錯誤 (Folgeirrtum) のみ」である³⁴⁹⁾。

両グループの錯誤の事例の効果が等しいことは、一見したところ、帰属の遮断の承認を決定する回避可能性の基準をも相互に同一化することを支持する。もっとも、解釈論の歴史は異なる様相を呈する。永らく、刑罰法規の錯誤は害する (error juris

346) イェルデン (Joerden, Abweichungen, S. 311) は、分かりやすく規則の錯誤ないし分類の錯誤という。

347) *Binding*, Normen, Bd. IV, S. 352.

348) 第2の類型である誤った表象の場合にも禁止の錯誤が問題となることが、今日では広く認められている (MK-Joecks, § 17 Rn. 3; NK-Neumann, § 17 Rn. 3; ders., JuSt 1993, 793; NK-Puppe, § 16 Rn. 65; Gropp, AT, § 13 Rn. 10, 136; Kindhäuser, AT, § 27 Rn. 36; ders., Gefährdung, S. 105; Roxin, AT I, § 21 Rn. 3; Schmidhäuser, AT, 10/84; Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 10 Rn. 65; Hardwig, Zurechnung, S. 131; Horn, Verbotsirrtum, S. 19; Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 78 f.; ders., FS Lackner, S. 190; Kretschmer, Parteiverrat, S. 289; Stuckenberg, Vorstudien, S. 332, 441; T. Walter, Kern, S. 117 f., 246, 397; Arzt, ZStW 91 (1979), 83 f.; Geerds, Jura 1990, 430; Hall, FS Hellmuth Mayer, S. 40; Herzberg, FS Otto, S. 265, 273; Koriath, Jura 1996, 116; Lang-Hinrichsen, JR 1952, 192, 357; Lesch, JA 1996, 508; Mattil, ZStW 74 [1962], 201; Otto, Jura 1990, 646; ders., GS Meyer, S. 584; Platzgummer, Vorsatz, S. 38. 古い文献からは, Temme, Lehrbuch, S. 184 f.; Binding, Normen, Bd. IV, S. 352; ders., Schuld, S. 66; ders., GS 87 [1920], 126; Dohna, Recht, S. 18, 25 f.; Engelmann, Rechtsbeachtungspflicht, S. 19, 27 f.; A. Köhler, AT, S. 293)。もっとも、ノイマンは近時、このことをもっぱら現象学的な考え方とみなそうとし、体系的に重要な考え方とはみなそうとしない。すなわち、行為事情の錯誤の場合には「現象学的にひとつの錯誤しか存在しない」にもかかわらず、「これを事実に関する錯誤であると記述することができるのと同時に、行為の禁止に関する錯誤であると記述することもできる」(Neumann, FS Puppe, S. 178) というのである。——個別的に限界付けが困難であることは別として——そうすることが可能であることは否定されないという。これに対して、犯罪論的に決定的——且つ、ここでの考察の対象——であるのは、このような分析的な区別から規範的な帰結が導かれるべきか否かである。その解答は、ノイマン自身が強調するように、「言うまでもなく、構造的な差異に評価の相違を説得的に組み込むことを論証する方法で行われ」なければならない (Neumann, aaO, S. 187)。

349) *Binding*, Normen, Bd. IV, S. 352.

criminalis nocet) という命題を引き合いに出して、禁止の錯誤の帰属の遮断効果は一般に否定されていた(a)。判例は今日まで、狭義の禁止の錯誤の回避可能性を検討する際に、行為事情の過失の領域における注意の査定の場合よりも厳格な基準を当てはめている(b)。以下では、これらの不均衡な取扱いには説得力がないことを示す。

a) 刑罰法規の錯誤は害する？

ドイツ普通法の教義は、イタリアの刑事法学者³⁵⁰⁾に倣って法の知識を故意の要素とみなした³⁵¹⁾。その結果、重要な法律の錯誤の場合には(現実の)故意(dolus (verus))がなくなる。もっとも、この一見すると最も行為者に有利な錯誤の規則は、一般的な法知識の推定(Vermutung)によって相殺されたため、大抵の事例において実践的には効果がなかった³⁵²⁾。フォイエルバッハも法律の錯誤をこのように取り扱った。消極的一般予防という彼の刑罰論は、彼を悪意(dolus malus)に固執することへと縛り付けた。つまり、威嚇が機能し得るのは、いかなる行為態様が刑罰を以て禁じられているのかを市民が知っている場合のみなのである。フォイエルバッハによれば、これに応じて、あらゆる刑罰は犯罪者の側において一方で刑罰法規の認識、他方で行われた行為の法律への包摂を前提条件とする³⁵³⁾。「行為の欲求が法規の内容に含まれており、その法規によって威嚇されていることを主体が知らない場合には、刑罰法規の表象がその欲求を打ち消すことは不可能である。」³⁵⁴⁾しかし、法廷の被告人が、自分は問題となる法規定を実際に全く知らなかったと言明する場合はどうであろうか。このような事例においてフォイエルバッハは、法知識の一般的な推定(Präsumtion)という「やぶれかぶれの回答」³⁵⁵⁾によって裁判官を助けた。「分別を備えた全ての人格について、一般に、その者が刑罰法規を知っていることが法的に確実であると認められる。」³⁵⁶⁾

350) この点について詳しくは、Engelmann, Schuldlehre, S. 39, 41 ff.

351) 18世紀末から19世紀初頭の文献による証明は、後述 S. 397 Fn. 822.

352) Stuckenberg, Vorstudien, S. 578 m. w. N.

353) Feuerbach, Revision, Bd. II, S. 43 ff.

354) Feuerbach, Revision, Bd. II, S. 44.

355) Bekker, Theorie, S. 404.

356) Feuerbach, Lehrbuch, § 86 (S. 159); 同旨, Bauer, Abhandlungen, S. 252; v. Savigny, System, S. 389; 基本的に Birnbaum, ACrim (N. F.) 25 (1837), 483, 514 も同旨である。フォイエルバッハは、自らが起草した1813年バイエルン刑法典でも同じ立法技術を用いた。その第39条は、故意の成立に違法性及び可罰性の意識を要求していた。しかし、ハイネマン(Heinemanns, ZStW 13 [1893], 439)の注釈に

手続的な方法で、実体刑法の原則に反する戦略から初めて離れたのはヘーゲルである。彼は当時の法学に同調して、事実の錯誤と法律の錯誤とを区別した。ヘーゲルによれば、その認識を行為者に期待することができない行為事情及び行為結果は、その者には帰属され得ない³⁵⁷⁾。これに対して、法律の錯誤については異なるとする。市民に関わる諸法律の知識が国家市民に要求されるのである³⁵⁸⁾。「客観的な法に従って行為するのではなく、自分が知っている法に従って行為する人は、彼自身の知識と意欲を行為に関する最高の決定根拠にしている。したがって彼は、全世界に反して自分自身を出発点にして、何が権利であり義務であるかを知らうとしている、と言っているのである。それゆえ、その間違いはここでは全く許されないものである。」³⁵⁹⁾ 錯誤が減輕事由として考慮され得る圏域は、「法の圏域以外の圏域、すなわち恩赦の圏域」³⁶⁰⁾であるという。

推定説の背後にもヘーゲルの見解の背後にも、さほど複雑ではなく規定の密度もそれほどではないことによって特徴付けられた刑法像があった³⁶¹⁾。このような前提の下でのみ、真に罪を犯した者の不法は「全てその者の心の中に書かれ」ている³⁶²⁾か、ある

よれば、この規定は「フォイエルバッハが非常に好んだ推定の一つによって、あらゆる法律上の効果を奪われ」た。つまり、第71条で、犯罪者が法の不知を申し立てても、「その口実が痴呆 (Blödsinn), 重大な愚鈍 (große Dummheit) やその他のこのような気質上の欠陥 (Gemüthsfehler) に基づく場合には」、その言い分を聞き入れてはもらえないことが明らかにされていたのである。これらの規定の矛盾は、同時代の文献において既に強調されていた (Arnold, ACrim [N. F.] 32 [1843], 523 f.)。フォイエルバッハの構想に批判的であるのは, *Heinemann*, Schuldlehre, S. 95; *ders.*, ZStW 13 (1893), 395; *Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewußtsein, S. 39; *Klee*, Lehre, S. 60; *Maurach*, FS Eb. Schmidt, S. 309 f.; *Oetker*, GS 93 (1926), 51; *Pietsch*, Gesichtspunkt, S. 36 ff.; *Westerkamp*, Verschuldung, S. 27; 近時の文献からは, *Löw*, Erkundigungspflicht, S. 26 f., 64, 66.

357) 上述 S. 302 ff.

358) *Hegel*, Vorlesungen, Bd. 3, S. 414 (Nachschrift Hotho).

359) *Hegel*, Philosophie des Rechts (Vorlesung 1819/20), S. 111. [中村浩爾／牧野広義／形野清貴／田中幸世 (訳) 『ヘーゲル法哲学講義録 1819/20』65頁参照：訳者記す。]

360) *Hegel*, Grundlinien, § 132 A, Werke Bd. 7, S. 248. [上妻精／佐藤康邦／山田忠彰 (訳) 『法の哲学 (上) ヘーゲル全集 9a』210頁：訳者記す。]

361) *Basedow*, Verschuldung, S. 52; *Grimm*, Rechtswissenschaft, S. 15; *Arthur Kaufmann*, Parallelwertung, S. 18 f.

362) *Gönnner*, Revision, S. 40. 類似の見解として, *Heinze*, GS 13 (1861), 448.

はいずれにせよ「最も簡単な教示」によって認識できる³⁶³⁾、と説得力をもって主張され得た。つまり、刑罰法規は「自然と理性そのものに基づいて」いる³⁶⁴⁾か、もしくは——歴史法学派の用語で——その中に「あらゆる個々人の中で共通して (gemeinschaftlich) 息づいており、また作用する民族精神」が現れる³⁶⁵⁾というのである。しかし、この考えはますます非現実的であると批判された。すなわち、正義という理念が刑法にとって基準となる規範であることを認める場合ですら、「刑罰を科され得る行為の総数や性質を決定することが、その理念からは少なくとも直接的には導き出され得ない」ということが考慮されなければならないというのである³⁶⁶⁾。とりわけ、国家意思は「法律において、そして刑罰法規においてもしばしば」ある種の実験を行う (experimentieren)³⁶⁷⁾。「至るところで個人を取り囲む無限に大量の規範」³⁶⁸⁾に鑑みれば、「古代ローマ人が未熟で身分が低い者の場合にはそれについて法の不知の可能性が高いとみなした市民法上の不法行為 (delicta juris civilis) が、近代刑法ではより増えて」³⁶⁹⁾おり、刑法規範の大部分は常に素人には知られないままになるというのである³⁷⁰⁾。

法実務は、この懸念の影響を受けずにいたわけではなかった。確かに、19世紀半ばに

363) *Heffter*, Lehrbuch, § 55 (S. 70).

364) 例えば, *Dorn*, Versuch, § 35 (S. 80), 類似の見解として, *Stübel*, System, Bd. II, § 253 (S. 49).

365) *Geßler*, GS 10 (1858), 329.

366) *Henke*, Handbuch, S. 557. 同旨, *Borst*, NACrim 2 (1818), 442; *Osenbrüggen*, Abhandlungen, Bd. I, S. 31.

367) *Osenbrüggen*, Abhandlungen, Bd. I, S. 26. 同旨, *Mittermaier*, NACrim 2 (1818), 523.

368) *Allfeld*, Bedeutung, S. 4.

369) *Lucas*, Verschuldung, S. 78.

370) 既に19世紀初めにこの趣旨で述べていたのは, *Gerstäker*, NACrim 7 (1825), 373. 帝国の建国から数十年間の文献としては, *Frank*, Aufbau, S. 540; *Heinemann*, Schuldlehre, S. 71. その際, 特に警察罰法規 (Polizeistrafgesetze) が参照されている。これらは, 法や道德の諸原則に従えば許されるが, そこから生ずる公共の福祉に対する危険を理由に禁じられる行為を禁止しているというのである (例えば, *Dalke*, GA 6 [1858], 67 ff.)。「川や池のどこで水浴びをすることが許されているか, どのような遊びが禁じられているか等々をアプリアリに知っているという驚嘆すべき警察的感覚を誰もが生得している」わけではないのであるから (*Geyer*, Erörterungen, S. 27), この場合には時に違反者がそのような法律を知らないことが大いにあり得るとする。「なぜなら, 立法者はそれを紙の上に書くことはできたが, 人の心の中に書くことはできなかったからである。」(*Borst*, NACrim 2 [1818], 442)

はまだ、「学説では盛んに法律の錯誤が論じられているのに、実務においてはあまり顧慮されない」³⁷¹⁾とされていた。しかしながら、この時点で既に、「刑法においては擬制及び推定は無効である」³⁷²⁾との確信が貫かれていた。加えてライヒ裁判所は、法の錯誤は害するという命題を刑罰法規の不知に限定した。これに対して、非刑罰法規の錯誤は故意を阻却する効果を持つとされたのである³⁷³⁾。この区別は、非刑罰法規がしばしば偶然的な性質のものであり、合目的性の配慮から規定されているのに対して、刑罰法規は全ての者の良心に息づいており、それゆえその意識の中にも存在するはずの道德規範、部分的には宗教の規範ですらあることに基づくものとされた³⁷⁴⁾。

371) *Heinze*, GS 13 (1861), 401. *Drenkmann*, GA 8 (1860), 163 ff. もこの趣旨で述べる。

372) *Osenbrüggen*, Abhandlungen, Bd. 1, S. 31. ハイネマン (*Heinemann*, Schulddlehre, S. 51) は1889年には、推定が許されないことについては「今日、おそらく刑法学においてはもはや疑いがない」とするのが支配的である、とあっさりと断言することができた。ペーリング (*Beling*, Unschuld, S. 27) は1910年に、推定を「蛮行であり無能の証拠」とさえ呼んだ。但し、この言明の射程を過大評価すべきではないであろう。ベッカー (*Bekker*, Theorie S. 282) は1859年には既に、「刑法における一定の種類推定」は、とりわけ「精神状態の判断」領域では「決して廃れない」であろうと予言していた。バゼドゥ (*Basedow*, Verschuldung, S. 78) が述べたように、裁判官に対して「何が自明であるかを確定するよう期待することは」おそらくはでき「ない」であろう。確かに、過去の法定証拠システムにおける証拠法則に取って代わった証拠判断規準は、そのシステムの硬直性を示すものではない (*Stuckenberg*, Vorstudien, S. 393)。しかし、裁判所は今日に至るまで一般に当然のこととして、行為者が自らの行為の不法を認識していたことを前提とする (*LK-Vogel*, § 17 Rn. 10; *MK-Joecks*, § 17 Rn. 89; *Jescheck/Weigend*, AT, § 41 I 4 [S. 456]; *Rudolphi*, Strafbarkeitsvoraussetzung, S. 25 参照)。自分の行為が適法であると思っていた、との行為者の主張はせいぜいのところ、行為者の評価が行為全体の文脈から外部者にも理解可能な態様で納得させられ得る場合にのみ、単なる言い逃れとして退けられない。その限りで、不法の認識の存在は「結局のところ経験的に確認されるのではなく、回顧的に後付け可能な意味付けという方法でコミュニケーション的に決定」されるのである (*Endruweit/Kerner*, Unrechtsbewußtsein, S. 102; 同旨, *Stuckenberg*, aaO, S. 386)。

373) 判例の要約的な記述が見られるのは、*Frank*, StGB, S. 182 ff. ライヒ裁判所の錯誤論の起源について教えてくれるのは、*Preiser*, Herkunft, S. 29 ff.

374) 例えば、RGSt 57, 404, 408 参照。詳しくは、NK-*Puppe*, § 16 Rn. 66; *Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewußtsein, S. 51; *ders.*, Parallelwertung, S. 13; *Rinck*, Delikttaufbau, S. 337; *Zabel*, Schuldtypisierung, S. 360; *Endruweit/Kerner*, Unrechtsbewußtsein, S. 112; *Jähnke*, Zeitgeist, S. 232; *Küchenhoff*, FS Stock, S. 78; *Naucke*, 1. FS Roxin, S. 507 f.

もつとも、このような規制内容の權威の程度と法技術的な規制箇所との平行化は脆いものであることが次第に明らかとなった³⁷⁵⁾。そこで、連邦裁判所は確かに、ライヒ裁判所の判例を否定した自身の有名な判決において、このような比較は、「19世紀後半という政策的及び社会的に均質な時代には」——産業革命の全盛期における社会状況の、社会史的に大胆な描写である！——「若干の正当性を有していた」のかも知れない、と認めた³⁷⁶⁾。しかし、「立法者が、対象がますます拡大していく、社会生活の一定領域に関する行政法上の諸規定の命令又は禁止を大きく強調するために、それらに付け加えることに慣れている刑罰法規については」、誰もが刑罰法規を知っているという推定は、当時には既に誤りであったとする。すなわち、このような禁止はしばしば一般的な道德観にではなく、社会的な、あるいは純粹に国家的な合目的性の衡量に基づいていたのである。「このような特別刑法の数は、ずっと以前から本来の刑罰法規の数を何倍も上回っていた。」³⁷⁷⁾それゆえ、個人を刑法秩序へ包含するための社会統合は、もはや指導的機能を担わない。つまり、「個人は部分的に統合され、それによって一般的な服従の要請がそれと衝突する。」³⁷⁸⁾この状況は、「それゆえに禁止の錯誤が可能となる広い領域」³⁷⁹⁾を与えるのである。

したがって、それにもかかわらず刑罰法規の錯誤は害するという「古いほろほろの命題」³⁸⁰⁾を引き続き擁護するためには、補充的な考察が必要であった。それは刑法理論的にとりよりも、むしろ国家政策的に方向付けられたものであった。禁止の錯誤の制裁なき甘受が規範を制定する国家の權威を弱めるかも知れない³⁸¹⁾、ということが懸念さ

375) 差しあたり、*v. Hippel*, *Strafrecht*, Bd. II, S. 343 f.; *Arthur Kaufmann*, *Unrechtsbewußtsein*, S 51 f.; *dems.*, *Parallelwertung*, S. 13 f.; *Zabel*, *Schuldtypisierung*, S. 362 の批判を参照。

376) BGHSt 2, 194, 202.

377) BGHSt 2, 194, 203.

378) *Velten*, *Normkenntnis*, S. 340.

379) BGHSt 2, 194, 203.

380) *Binding*, GS 87 (1920), 113.

381) 時折この理由から、錯誤は害するという命題を、判例によれば原則的に免責的に (entlastend) 作用する刑法外の法律の錯誤へと拡張することすら要求された (*Drenkmann*, GA 8 [1860], 170 ff.)。国家の權威への憂慮という点で、全く異なる刑法学派の主張者達は一致した。例えば、ベルナー (*Berner*, *Wirkungskreis*, S. 21 ff., 45 ff.) とヘンケ (*Henke*, *Handbuch*, S. 354 f.) は、ヘーゲル学派の前提から刑法の錯誤の非重要性を根拠付けた。この見解に独自の、特に先鋭化された表現を与えたカール・クレーも、型通りに硬直したヘーゲル学派のレトリックを用

いた。彼の説明によると、「明白であるのは、より高次の認識の産物、つまり個々の意思を超越した一般的意思の表れである法は、個々人の感情面 (Gefühlsleben) 及び悟性面 (Verstandesleben) にはおよそ依存しないのであり、個人の道徳的判断はその法的判断と同様に、その前で客観的な法規が自らを正当化しなければならないような場ではあり得ない、ということは明白である」(Klee, Lehre, S. 49)。

「国家がその意思として、しかと表明したことについての判断を個人の評価や批評に委ねるならば」(aaO, S. 50)、それは権威関係を逆転させることを意味するであろう。行為者の可罰性が、彼の行為の違法性が彼の意識の中に息づいているか否かにも左右されるならば、法律は空疎な言葉、つまり幻影に成り下がるであろう。実際に作用し得るためには、「いわば行為者の側の連署に頼らざるを得ない……。その場合には個人が立法者なのであって、国家がそうなのではない。」(aaO, S. 24) クレーによれば、回避不可能な禁止の錯誤ですら行為者を免責することができなかった。確かに、彼が認めるように、法の錯誤は害するという命題は個人を横暴に扱うが、「その代わり、過小評価すべきでない倫理的な性質のものを個人に獲得させもする。それは、反対の立場が支持する人間性よりも、人間にとってはるかに有用で教育的効果のある人間性の表現である。すなわち、これは個人に対して、事物の秩序において彼に相応しい地位を割り当て、わきまえることを教える。」(aaO, S. 55) 1935年にクレーの弟子であるシュミット＝ライヒナーが彼の説明を引き継いだ。「新しい反自由主義的な時代」は、行為者から「自らの行為を評価する権利を再び完全に奪い取り、それに唯一相応しい者に、すなわち国家に返還する」ことになるとする (Schmidt-Leichner, Unrechtsbewusstsein, S. 9 f.)。民族共同体の確実な保護という最上の原理に対して、個人の不法意識は取るに足りないものであるというのである (aaO, S. 68)。「なぜなら、犯された不法を擁護すること、及びその行為の結果を引き受けることは、ドイツ人のものの方見方及び男性英雄的な心情に適合するからである。」(aaO, S. 76) リストの弟子であるフーゴ・ハイネマンの態度決定は、クレー及びシュミット＝ライヒナーの権威主義的、若しくは全体主義的に歪曲されたヘーゲル主義と同じくらい明確である。法益保護論の現代的であると考えられている基礎及び「社会的責任」というカテゴリーから論証すると、ハイネマンが結論に達したように、決定的であるのは、「法秩序が行為者も含めた全ての者のためにその保護を与える法益のひとつが、認識及び意欲をもって侵害されたか否か」のみであるというのである。「これに対して、彼の行為を法的に考察した評価についての行為者の知識は、この立場からは全く重要でない。」(Heinemann, ZStW 13 [1893], 403 f.) 法律の錯誤の免責可能性への支持には、全体に対する非人間性が存在するという。つまり、この原理の厳格な貫徹と不可避的に結び付いた厳格さもまた、その結果を何ら変更することができないとするのである (aaO, 411)。「個人の全体との感情の一体化から、つまり大きな全体利益のための感情の強化から、我々の問題の正しい解決が……得られるはずである。」(aaO, 452; 同旨, ders., Schuldlehre, S. 57 ff.; Lucas, Verschuldung, S. 78 ff.; ders., GS 36 [1884], 426) 禁止の錯誤の寛容な是認は法規範の効力を損ないかねないという考えは、

れたのである。しかし、この根拠もまた激しい反論に遭った。批判者³⁸²⁾の見解によれば、「自然な感情が……そのような国家の全能の誇張」に抗う。つまり、ついに、「より高度の正義という政策的配慮を進歩する人間性の精神において犠牲にする」³⁸³⁾時が来たというのである。類似の意見は、ワイマール時代³⁸⁴⁾や国家社会主義³⁸⁵⁾の支配下においてすら見られた。官治国家と決別したことで、このように権威思考を盛り上げることは、その国家論的な——むしろ、そのイデオロギー上の、と言えよう——基礎を失った³⁸⁶⁾。

↘ 今日まで広まっている。差しあたり、MK-Joecks, § 17 Rn. 6; NK-Neumann, § 17 Rn. 5; Puppe, AT, § 8 Rn. 17; Ida, Ergebnisse, S. 140; Schroth, 2. FS Roxin, S. 721 参照。この考え方の論理は、まさにライヒ裁判所による（過度に）調和的な社会像へと逆行する。クラウス (Krauß, Unrechtsbewußtsein, S. 53) は極端ではあるが、しかし本質を突いて次のように述べる。「法状況それ自体あるいは規範の承認が特定の社会領域において不安定であればあるほど、それだけ判決における一般予防の強調への圧力はより強まる。個人の行為責任への疑いは、法の一般的方針を維持する必要性に劣後しなければならないのである。」このような傾向に批判的であるのは、特に Kölbl, ZRSoz 26 (2005), 252 ff.; Löw, Erkundigungspflicht, S. 162, 239 ff., 296; Naucke, 1. FS Roxin, S. 507 ff.; Roos, Vermeidbarkeit, S. 318 ff., 349 ff. 刑事司法は、伝統的な価値表象及び規範表象の強まっていく侵食と、独自の価値による多数の下位システムの形成とに直面して、上述のうち最後の見解に従って、まさに反対に被告人により多くの「錯誤する自由 (Irrtumsfreiheit)」を認めるべきであるという (aaO, S. 363)。類似の見解として、Löw aaO, S. 272; Lüderssen, wistra 1983, 231; Manso Porto, Normunkenntnis, S. 65; Zabel, GA 2008, 40 f., 55.

382) Allfeld, Bedeutung, S. 4. Basedow, Verschuldung, S. 93 (「国家は自己目的ではない。つまり、国家はそれ自身のためではなく、市民のために存在するのである。」) 並びに Beling, Unschuld, S. 24 ff., 71 ff. も否定的である。

383) Ortloff, Strafbarkeits-Erkenntnis, S. 128.

384) 例えば、ドーナ (Dohna, Aufbau, S. 50) は「不当な有罪宣告ほど、法律への尊重を低下させ、また対立的な風潮を作り出すものはないのである」から、何人も法律を知っているという擬制が国家秩序の権威の保護に役立つという見解は「奇妙な考え」である、と言う。

385) 例えば、レーダーは1938年に、「共同体の保護を個人の保護の上位に位置付ける反自由主義的な権威主義的刑法を基礎としても」、不法意識の必要性が放棄されてはならない、と要求した。「法の不知は害する (ignorantia iuris nocet) という暴君の支配を打破する」ことが必要であるとしていた (Roeder, Schuld, S. 88 f.)。

386) 「……それは以前の時代に属する」、とヴァインベルク (Weinberg, Verbotsirrtum, S. 45) は既に1928年に断言しているが、すぐに明らかになるように性急な判断である。今日の文献からは、Stuckenberg, Vorstudien, S. 480 f. もちろん、時折、古

国家は、その後はより控え目になり³⁸⁷⁾、刑罰法規が顧慮されるべきであるのは、それ自体あるいは抽象的な国家の權威のゆえにではなく、それが現実の自由性という状態に不可欠に貢献するからである³⁸⁸⁾、ということ学んだのである。これにより、刑罰法規の錯誤は害するという格言の根拠のリソースは汲み尽くされた。それ以来、禁止の錯誤が刑法上承認に値するか否かではなく、いかなる範囲で認められるか、ということのみが問題なのである。

b) 狭義の禁止の錯誤におけるより厳格な免責基準？

「法は、それが必ずしも認識可能ではないことを刑法第17条で認めている。これは、法の理性性に対する相対主義の勝利である。つまり、法は自らを操作可能なものとして扱い、それゆえ、「そこで作り出されたものが何であるかを知り得ない者には……責任を問わない」³⁸⁹⁾のである。もっとも判例は今日まで、これに賛成する学説の一部と共に、行為者は行為事情に関する自らの知識に対して答責的である範囲に比べてより大きな範囲で、刑罰法規に関する自らの知識に対して答責的である、という考えに固執している。裁判所が行為者に回避不可能な禁止の錯誤(刑法第17条第1文)を認めるための前提条件は、行為事情の過失の領域で適用される免責の基準よりも厳格であり³⁹⁰⁾、時に文献の中で、現在では任意的な刑の減輕が法律上認められている(刑法第17条第2文)ことを除けば、連邦裁判所の判例とライヒ裁判所の判例との間に大差はな

ゝい考え方の遺物が露見する。例えば、井田 (*Ida*, FS Hirsch, S. 228) は、「規範を市民に定着させ、規範承認を教え込むことがまさに刑法の任務なのであるから」、刑法は行為者の規範知識の欠如や逸脱した規範理解を認めてはならない、と考える。現代的な用語は、それが内容的にはヴィルヘルム 2 世治下の検察官の立場に一致することを忘れさせることができないのである。

387) *Küchenhoff*, FS Stock, S. 86.

388) 上述 S. 90 ff.

389) *Jakobs*, Schuld, S. 18.

390) 基本的なものとして、BGHSt 3, 105, 107; 4, 236, 237, 243; 21, 18, 20; S/S-*Lenckner/Eisele*, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 120/121; SSW-*Momsen*, § 17 Rn. 11; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 38 Rn. 34; *Groteguth*, Verbots (un) kenntnis, S. 124; *Herzberg*, Verantwortung, S. 193; *Boldt*, ZStW 68 (1956), 366; *D. Meyer*, JuS 1979, 253; *Schlüchter*, JuS 1993, 19. 学説の一部は、中核刑法の領域についてのみ (SK-*Rudolphi*, § 17 Rn. 30a), もしくは行為者が法益を侵害することを意識している事例についてのみ (MK-*Joecks*, § 17 Rn. 37; NK-*Neumann*, § 17 Rn. 61), この立場に賛成する。

い、と評価されるに至った³⁹¹⁾。

この限定的な立場はまず、刑法の錯誤は行為事情の錯誤よりも容易に回避することができる³⁹²⁾、との考えによって根拠付けられる。「行為事情に関する不知は様々であり、振る舞いの因果的な意味に関する錯誤にまとめることができる、ありとあらゆる源泉の錯誤から生ずる。しかし、禁止の不知は常に同じであって、国家の法規範を熟知するという一般的な義務への違反のみをその原因とする。」³⁹³⁾このように論証することは、行為事情の錯誤の領域を知覚的錯誤というカテゴリーに縮小し、それによって事実の錯誤と法律の錯誤という古い区別を擁護することを意味するだけのものではない³⁹⁴⁾——このような区別は「歴史上完全に後退した」立場であり³⁹⁵⁾、遅くとも規範的構成要件要素が発見され、また白地犯罪構成要件が普及してからは廃れてしまったものである³⁹⁶⁾。とりわけ、この論拠は推定説やライヒ裁判所の錯誤に関する判例と同様に、刑法は全体的にそれ自体において悪いこと (mala in se) のみを処罰の対象としており、いずれに

391) *Lackner/Kühl*, § 16 Rn. 1; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 21Rn. 63; *Gropp*, AT, § 13 Rn. 40; *Bachmann*, Vorsatz, S. 68; *Kuhlen*, Unterscheidung, S. 339 ff.; *Löw*, Erkundigungspflicht, S. 242; *T. Walter*, Kern, S. 417; *Arzt*, ZStW 91 (1979), 861; *Lang-Hinrichsen*, 43. DJT, S. 94 f.; *Mattil*, ZStW 74 (1962), 211; *Tiedemann*, FS Lenckner, S. 433; 類似の見解として, *Jescheck/Weigend*, AT, § 41 I 1 (S. 452). ゼーバス (*Seebaß*, FS Mittelstraß, S. 375) は専門外の者の爽快な無遠慮さでもって、限定的な回避可能性の判例に鑑れば「我々もまた、責任刑法への公的なりっサービスと同じくらい、動物裁判 (Tierprozess) という先祖返りした実務からそれほど隔たっていない」ことを認める。

392) この趣旨で述べるのは、例えば BGHSt 3, 105, 107; 4, 236, 243; *Rinck*, Deliktsaufbau, S. 339 f., 351 f.; *Hardwig*, Zurechnung, S. 194 f.; *ders.*, GA 1956, 372 f. 類似の見解として, *Puppe*, GA 1990, 180 f.

393) *Boldt*, ZStW 55 (1936), 74.

394) 連邦憲法裁判所は明らかにこの趣旨で論証している。刑法第16条及び第17条の合憲性について、同裁判所は次のように説明した。「立法者は、回避可能な構成要件の錯誤及び禁止の錯誤のそれぞれ異なる規定に関する判断に際して、とりわけ事実についての錯誤は不法性に関する錯誤よりも軽い処罰に値する、との刑事政策的な考えに導かれ得たのである。」(BVerfGE 41, 121 125; 傍点は筆者。)今日の刑法学においても、行為事情の錯誤と事実の錯誤、禁止の錯誤と法律の錯誤との同一視を支持する者がお幾人か見られる (例えば, *Rinck*, Deliktsaufbau, S. 340, 346; *B. Heinrich*, 2. FS Roxin, S. 456 ff.)。

395) 適切にもこのように主張するのは, *Tiedemann*, Tatbestandfunktionen, S. 309.

396) *T. Walter*, Kern, S. 398.

せよそれが禁止されていることは市民の心の中に刻み込まれているのである³⁹⁷⁾、という考えに活路を見出す。それゆえ、この論拠はこともあろうに、禁止の錯誤が今日、実務的に重要となり得る領域、つまり中核領域の規範の周縁に加えて、とりわけ特別刑法や秩序違反法の無数の規範には当てはまらないのである。誰も、この場合に自然の光(lumen naturale)が信頼できる明かりである、と真剣には主張しないであろう³⁹⁸⁾。しかし、このことを措いても、この前提は上記の推論の基礎とはならない³⁹⁹⁾。実際に、行為事情の知識が通常は行為者に容易に違法性の認識を得させるのであれば、その観点からは、自らの行為の不法を認識するために特別な注意は必要ないであろうし、それゆえ、注意の基準を厳格化するのは無駄であろう。

回避可能性の論拠のヴァリエーションのひとつは、ヘーゲルが概略を示した根拠付けである。これによれば、自らの行為権限の限界を誤って自らに有利に判断することによって、「全世界に反して自分自身を出発点にし、何が権利であり義務であるかを知ろうとした」⁴⁰⁰⁾行為者は、行為事情の錯誤に陥った行為者よりも厳しい処遇を受けて当然である。すなわち、ロクシンが述べたように、前者が「態度構造及び価値構造の誤った考え」を示すのに対して、後者は「法と不法とに関して立法者と意見が一致」しており、「単なる不注意」が咎められるべきであるとするのである⁴⁰¹⁾。この考察は先の考慮と

397) 「……義務とは、その不知が意思に対する他人性によってこれを許すところの個々の事情ではなく、彼が知らなければならぬことと同一の実体である」、とする *Michelet*, System, S. 26 f. 参照。50年代の文献からは、「刑法典上のほとんどの犯罪は十戒に基づいている。これらは『人が』知っているものである」、とする *Hardwig*, Zurechnung, S. 195。今日の文献からは、「一般的に認められた行為規範の中核的存立であり、その認識は法共同体の全ての構成員の社会化に属する」とする *Puppe*, GA 1990, 181。

398) *Stuckenberg*, Vorstudien, S. 453, 464。同旨, *LK-Vogel*, § 16 Rn. 3; *Enderle*, Blankettstrafgesetze, S. 329, 344; *Arthur Kaufmann*, Parallelwertung, S. 14; *Roos*, Vermeidbarkeit, S. 290 f.; *Zabel*, Schuldtypisierung, S. 434; *Mattil*, ZStW 74 (1962), 216; *Schöne*, GS Hilde Kaufmann, S. 670; *H.-W. Schünemann*, NJW 1980, 742; *Wolter*, JuS 1977, 487。

399) *MK-Duttge*, § 15 Rn. 25; *ders.*, Bestimmtheit, S. 383 f.; *Roxin*, AT 1, § 21 Rn. 45; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 10 Rn. 90。

400) *Hegel*, Philosophie des Rechts (Vorlesung 1819/20), S. 111。[中村浩爾／牧野広義／形野清貴／田中幸世(訳)『ヘーゲル法哲学講義録 1819/20』65頁を参考にした：訳者記す。]

401) *Roxin*, ZStW 76 (1964), 604。実質的に類似する見解として, *Arthur Kaufmann*, ↗

同様に、より詳細な検討に耐えられない⁴⁰²⁾。それが前提とする、非難可能性の程度と錯誤の種類との間の相互関係は存在しないのである⁴⁰³⁾。「許しがたいという点で無比の、狭義の犯罪行為の行為メルクマールに関する多数の錯誤を発見するために必要であるのは、そして反対に、全く或いは相対的に非常に許しがたい程度の、それ以外は正しく認識された行為についての禁止の存在に関する数多くの錯誤を発見するために必要であるのは、簡潔な考察のみである。」⁴⁰⁴⁾一方では、行為者の一般的な規範的に誤った態度から生ずる、行為事情の錯誤が存在する。例えば、行為者は、推測される行為結果の評価にとって重要な事実を認識するための努力すらしめないほど、自らの同胞たる市民の利益に関心がない場合がある⁴⁰⁵⁾。他方で、禁止の錯誤は決して、常に行為者の評価構造における一般的な欠陥を指すわけではない。確かに、行為者が中核刑法の領域で明らかかな誤った評価を行う場合には、しばしばそのような事情が認められるであろう。しかし、行為者が特別刑法や秩序違反法の禁止のひとつを見過ごした、或いは誤って解釈した、という実務上重要な事例においては、大抵、情報の入手における不注意又は瑕疵についてしか彼を非難することができない⁴⁰⁶⁾。ここでは、ヘーゲルやロクシンの無価値のパスは場違いなのである。

第3の根拠付けのアプローチが考慮されるべきである⁴⁰⁷⁾。これによると、刑法は典

↘ Unrechtsbewußtsein, S. 79; 「社会的本能」の不全について述べるものとして *Weinberg, Verbotsirrtum*, S. 48 ff.; 禁止の錯誤の場合に高められた反復の危険があるとみなすものとして *Lang, ZStW* 63 [1951], 342 がある。もっともラングは、この危険はより確実で改善的な処分を正当化するに過ぎず、錯誤者のより厳しい刑法上の取扱いを正当化するわけではないとする (aaO, 347 f.)。

402) そうこうするうちにロクシンもこの見解とは一線を画するようになった。確かに彼は最近の刊行物で再びそれをテーマとして採り上げたが、実質的にはそれを中核刑法の領域に限定している (*Roxin, FS Tiedemann*, S. 375 f.)。

403) 適切にも、既に *Binding, Normen*, Bd. IV, S. 478 f.; *Köhler, GS* 95 (1927), 107 f. 近時の文献からは、*Manso Porto, Normunkenntnis*, S. 59 f.; *Tischler, Verbotsirrtum*, S. 146; *T. Walter, Kern*, S. 397; *Mattil, ZStW* 74 (1962) 232 f.; *Otto, GS Meyer*, S. 599; *Tiedemann, FS Geerds*, S. 103 f.

404) *Binding, Normen*, Bd. IV, S. 479.

405) *Timpe, GA* 1984, 66.

406) この点について詳しくは、後述 S. 409f.

407) このアプローチは、ヤコプスが展開した考察の帰結である (*Jakobs, AT*, 8/5; *ders. ZStW* 101 [1989], 532; *ders., Zurechnung*, S. 59 ff.; *ders., RW* 2010, 304 ff.; *ders., System*, S. 58 f.)。

型的な行為事情の錯誤の領域ではより寛容であり得る。なぜなら、認知的に認識可能な現実に関する誤った表象に基づいて行動する者は、自然罰 (poena naturalis) によって威嚇される——すなわち、彼は自らの錯誤によって明らかになった能力の欠如のため、遅かれ早かれ自らの生活設計にも失敗するであろうからである。これに対して禁止の錯誤の場合には、錯誤者は確固たる事実と衝突するのではなく実定法立法者の偶然的な意思と衝突するに過ぎないため、それと対比されるような法以外の制裁によって威嚇されることはない。それゆえ、刑法はこの場合にはもっぱらそれに特有の方法で——すなわち、注意の要求をより厳しくすることで——適切な注意深さを獲得しなければならないというのである。しかし、この思考過程もまた議論の余地があることは明らかである。これは、行為事情の錯誤を事実の錯誤と同一視することに基づいてはだけではない。さらに、行為過失の典型が「不器用なこと (Tolpatschigkeit) ではなく、平均的な市民がそうであってもなお上手く困難を切り抜けることができるような日常的な不注意 [である]」⁴⁰⁸⁾ ことも付け加わる。加えて、「他者の危険についてのみ無頓着で、自らに対しては十分に注意を払う」ような者が、「場合によっては非常に増えて」⁴⁰⁹⁾ いる。それゆえ、決して、個別の行為事情を認識していなかったに過ぎない者が自らの生活設計全体について失敗しそうになるのが確実である、ということはないのである。したがって、この領域における法的な根拠から一般的により小さな権限を説明するのは困難であろう⁴¹⁰⁾。

したがって、具体的に重要な行為規範の内容に関する誤表象に対する答責性について行為者を免責するに際して、狭義の禁止の錯誤に行為事情の錯誤よりも厳しい基準を当てはめる見解には、根拠がない。両グループの錯誤には、むしろ統一的な免責の基準が妥当する⁴¹¹⁾。それらが個々にどのような性質を持つものであるか、以下ではまず狭義

408) *Stuckenberg, Vorstudien*, S. 427.

409) *Stuckenberg, Vorstudien*, S. 428.

410) 同旨, *Lesch*, JA 1996, 611.

411) そうこうするうちに、判断基準の統一を支持する見解が支配的となった。HK-GS-Duttge, § 17 Rn. 16; MK-Duttge, § 15 Rn. 12, 23, 27; *ders.*, Bestimmtheit, S. 385 f.; *Lackner/Kühl*, § 17 Rn. 7; MK-Freund, Vor §§ 13 ff. Rn. 247; *ders.*, AT, § 4 Rn. 67; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 21 Rn. 42; *Jescheck/Weigend*, AT, § 41 II 2 b (S. 458); *Krey/Esser*, AT, Rn. 726; *Roxin*, AT 1, § 21 Rn. 45; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 10 Rn. 90 f.; *Schmidhäuser*, NJW 1975, 1810; *Küpper*, Grenzen, S. 174 f.; *T. Walter*, Kern, S. 309; *Neumann*, JuS 1993, 798; *ders.*, FG BGH, S. 104; *Schöne*, GS Hilde Kaufmann, S. 669; *H.-W. Schünemann*, NJW 1980, 742; *Wolter*, ↗

の禁止の錯誤について論じ (3.), 続けて広義の禁止の錯誤, すなわちいわゆる行為事情の錯誤について論ずることとする (4.)⁴¹²⁾。

(一原亜貴子 訳)

↘ JuS 1979, 487 f.; *Zaczyk*, JuS 1990, 892 f.

412) 免責されない禁止の錯誤及び行為事情の錯誤の取扱いについては, 後述 S. 408 ff.