

違法性の錯誤と負担の分配（二）

一〇四（一三七〇）

一 原 亜 貴 子

目 次

はじめに

第一章 問題と視座の設定

一 我が国における議論の到達点

二 我が国の議論に欠けているもの

第二章 ドイツにおける前提的議論の概況

一 リーディングケース

二 「法を知る義務」への違反

三 違法性を知るための「契機」（以上本号）

第三章 負担の分配

一 規範の分類

二 法に忠実であるための「心構え」

三 国家の負担

第四章 違法性の認識可能性の判断

一 判断の基準

二 具体的事案の解決

三 残された課題

はじめに

近年、我が国における法規の数は増大する一方であり、特に一九九〇年代以降は「刑事立法の活性化」現象⁽¹⁾が見られる。そこでは、数十年前には存在すらしなかったような法益に刑法上の保護が与えられる、或いは従来であれば法的に全く意味のなかった行為が犯罪化される、といったことも少なくない。それ故、国民が自らの態度に関する法的な評価を知ることが、以前に比べてより困難になってきていると思われる。このような状況下では、「法の不知」及び自らの態度についての法的評価の誤りが、即ち違法性の錯誤が、より生じやすくなることは否定できないであろう。刑法三八条三項は、「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」とする。したがって、違法性の錯誤は故意を阻却しない。しかし、同項但書によれば、「情状により、その刑を減輕することができる」。さらに解釈上は、違法性の認識（可能性）がない場合には（故意）責任が阻却される⁽²⁾と理解されている。では、なぜ違法性の錯誤が（故意）責任を阻却するのであるか。従来は、「事実の錯誤と違法性の錯誤の区別基準」或いは「違法性の認識（可能性）の体系的位置付け」に議論が集中し、この問題はあまり論じられてこなかった。しかし、「規範の洪水」⁽²⁾とも言うべき現状を顧慮すれば、この問題は実務においても重要であると考えられる。最高裁による違法性の認識不要説からの判例変更が待たれる中で、学説には、違法性の認識可能性を判断するための有効な基準を提示することが求められているのではないだろうか。そこで、本稿では、回避不可能な違法性の錯誤のみが責任を阻却するとされる根拠を検討し、違法性の認識可能性の判断基準を示すための手掛かりとしたいと思う。

(1) 井田良「刑事立法の活性化とそのゆくえ 特集『最近の刑事立法の動きとその評価——刑事实体法を中心に』」法律時報 七五卷二号(平成一五年) 四頁。

(2) Löwe, Die Erkundigungspflicht beim Verbotsturtum § 17 StGB, 2002, S. 255.

第一章 問題と視座の設定

一 我が国における従来の議論の到達点

1 判例

大審院以来、わが国の判例は、違法性の錯誤は故意の成否に影響を及ぼさないとして、違法性の認識不要説を採用してきた。例えば、大審院は、勅令が發布されたことを知らずになされた行為について、「勅令の公布を知らず、または知りうべからざる状態にあったとしても、その勅令の内容に該当する行為を認識して実行する場合には、犯意がないとはいえない」とし、⁽³⁾完全な責任を肯定した。最高裁も、「違法性の認識は犯意の成立に関係ない」と明言し、⁽⁴⁾不要説の立場を受け継いでいる。

他方で、違法性の認識の欠如につき「相当の理由」があれば故意を阻却する⁽⁵⁾とするものが、下級審判例にはあるが、多数存在していることも周知のとおりである。⁽⁶⁾例えば、東京高裁は、いわゆる石油やみカルテル生産調整事件⁽⁷⁾において、従来の最高裁判例の趣旨は、「違法であることを知らなかつたとの被告人の主張は通常顧慮することを要しないという一般原則を示したものであるか、あるいは当該事件においてはその主張に理由がないとするものであつて、行為者が行為の違法性を意識せず、しかもそのことについて相当の理由があつて行為者を非難することができな

いような特殊な場合についてまで言及したものではないと解する余地もないではない。右の特殊な場合には行為者は故意を欠き、責任が阻却されると解するのが、責任を重視する刑法の精神に沿い、『罪ヲ犯ス意ナキ行為ハ之ヲ罰セス』という刑法三八条一項本文の文言にも合致する至当な解釈である」、との一般論を述べている。本件は、当時の通産省による行政指導の下で生産調整を行った石油連盟が私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（独占禁止法）違反に問われた事案であるが、東京高裁は、本件における「違法性の意識の不存在を推認させるような事実」として、通産省が石油連盟に対して生産調整を行わせる行政指導を行っていたこと、生産調整廃止後も従来通り規律ある生産を期待して生産動向の監視を強化したこと、その後再び通産省が事実上生産調整を要請し、これが慣行化したこと、石油連盟は生産調整についてしばしば通産省に報告し、その指示・了承の下にこれを行ってきたこと、公正取引委員会が生産調整について何らの措置も執らなかつたこと等々の事実を認定した。この上で、被告人等は、「本件のような生産調整は、業界が通産省に無断で行なう場合には独占禁止法違反になるが、同被告人らは通産省に報告し、その意向に沿つてこれを行なつており、通産省の行政に協力しているのであるから、この場合には同法に違反しないと思つていた」のであり、このように「信じたのも無理からぬことであると思わせる事実が多く存在するのであるから、同被告人が違法性を意識しなかつたことには相当の理由があるというべきである」として、故意の成立を否定したのである。⁽⁸⁾

さらに、最高裁判例にも、違法性の認識不要説からの判例変更の可能性を示していると評価されているものが存在する。いわゆる百円札模造事件決定⁽⁹⁾である。原審は、一般論として、「特別の事情が存在し、その行為者においてその行為が許されたものであると信じ、かつそのように信ずるについて全く無理もないと考えられるような場合には、

刑法の責任主義の原則に従い、もはや法的非難の可能性はないとして、例外的に犯罪の成立が否定されると解すべきである」と論じた上で、本件についてはその例外に当たらないとした。これに対して最高裁は、被告人等が「違法性の意識を欠いていたとしても、それにつきいずれも相当の理由がある場合には当たらないとした原判決の判断は、これを是認することができる」と述べている。本決定では「行為の違法性の意識を欠くにつき相当の理由があれば犯罪は成立しないとの見解の採否についての立ち入った検討」はなされておらず、最高裁は態度決定を留保しているのはあるが、既に「相当の理由」の存否に関する原審の判断を追認している以上、「相当の理由」が存在する場合には犯罪不成立とする余地を残していることは否定できないと思われる⁽¹¹⁾。

では、このような立場に立つ判例は、如何なる場合に行為者が違法性の認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のか。この判断に関する一般的な基準を示しているのは、札幌高裁昭和六〇年三月一二日判決（百円札模造事件控訴審）である。札幌高裁によれば、「法的非難の可能性はないとして、例外的に犯罪の成立が否定されると解すべき」特別の事情が存在するのは、「本件の刑罰法規に關し確立していると考えられる判例や所管官庁の公式の見解又は刑罰法規の解釈運用の職責のある公務員の公の言明などに従つて行動した場合ないしこれに準ずる場合などに限られる」。上述の石油やみカルテル生産調整事件判決も、この場合に当たると見られる。同判決では、生産調整行為が当時の通産省による行政指導若しくは事実上の要請の下で行われていたことを重視して、違法性の認識を欠いたことにつき相当の理由があるとの認定がなされているが、このような判断の背後には、国の行政機関を信頼した場合にまで行為者に処罰のリスクという負担を強いることはできない、との考慮があると思われる。

これに対して、弁護士、学者或いは職業団体等、私人の情報を信頼して行為した場合に「相当の理由」が認められ

た例は殆どない。⁽¹²⁾「弁護士や学者の意見を信じた場合には犯罪が成立しないとすると、結局、法制度はこれらの人の意見によって左右されることにもなりかねない」、⁽¹³⁾というのがその理由であると思われる。しかし、公的機関でないとは言え、例えば国家によって資格を与えられた弁護士の見解を信頼した場合にも、本当に免責の余地はないのであろうか。⁽¹⁴⁾

他方で、相当の理由がないとして故意責任が肯定される場合には、行為者が関係法規を調査ないし第三者に照会しなかったことをその根拠とするものが多い。即ち、行為者の知能或いは職業等に照らして、当該法状況について調査ないし照会すべきであったのにも拘わらず、これを怠って行為に出た、という点で相当の理由を否定するのである。⁽¹⁵⁾

ここでは、行為者の非難可能性が、彼が法を知るための努力を怠ったことによって根拠付けられている。このことは、国民の「法を知る義務」を理由として違法性の認識不要説に立つ判例⁽¹⁶⁾を思い起こさせる。しかし、このような義務は実際に存在し得るのであるか。また、仮にこのような義務が存在するとしても、この義務への違反が、違法性の錯誤に陥った状態で違法行為に出た行為者への非難可能性を根拠付け得るのか、という点は疑問である。

また、判例では、違法性の認識を欠くことにつき「相当の理由」が存在する場合に、なぜ「法的非難の可能性はない」⁽¹⁷⁾のかが説明されていない。上述の札幌高裁判例は「責任主義の原則」をその理由としているが、責任主義からは、違法性の認識の必要性は導かれても、なぜ免責が「相当の理由」の存在する場合に限られるのかを説明し得ない。もっとも、最高裁が違法性の認識不要説を変更していないため、一般的な判例理論の展開が見られないのも止むを得ないだろう。この意味でも、最高裁による判例変更が待たれるのである。

2 学 説

ところで、我が国の学説においては、違法性の認識不要説は既に姿を消しており、厳格故意説がなお強固に主張され続けてはいるものの⁽¹⁸⁾、現在では違法性の認識可能説が多数を占めている状況にある⁽²⁰⁾。この点については、行為者の故意責任を問うためには当該行為者が現実に違法性を認識している必要はなく、その可能性があれば足るとする違法性の意識の可能性説が妥当であると思われる。故意が認められるためには行為者が現実に違法性を認識していなければならぬとする厳格故意説に対しては、激情犯や確信犯、常習犯の処罰や加重処罰を根拠付けられない⁽²¹⁾、過失によつて違法性の意識を欠いた場合でも故意が阻却されることになり刑事政策的に不合理である⁽²²⁾、といった批判がなされているが、いずれも正当であろう。また、刑法三八条三項の解釈としても困難がある。以下では、違法性の認識可能性説を前提として論を進めることとする⁽²³⁾。

違法性の認識可能性説からは、一般に、原則として構成要件の故意があれば違法性の認識に到達し得るのであり、例外的に構成要件の故意があつても違法性を認識することが不可能な場合にのみ、(故意)責任が阻却され得るに過ぎないと考えられている。しかし、如何なる場合に違法性の認識可能性が欠けるのか、そして、そもそもなぜ違法性の認識可能性がない場合には責任が阻却され得るのか、という問題については、未だ議論が尽くされているとは言えない。

無論、従来の議論においても、個別的な事例での解決はある程度示されている。例えば、松原久利は、違法性の認識可能性とは「自己の行為が法的に許されているかどうかについて、行為の法的性格を検討することができた場合である⁽²⁴⁾」との理解から、①行為者に自らの行為の法的性質を検討するための契機が与えられていたか否か、②この契機を利用して自らの意思を法規範に従つた行為へと動機付けることができたか否か、という一般基準を立て、その上⁽²⁵⁾

で、違法性の認識可能性が問題となる場合を五つに類型化し、それぞれの場合に考慮すべき点を挙げている。⁽²⁶⁾ しかし、この見解においては、具体的な基準の是非はともかく、なぜそのような基準が導かれ得るのか、ということには十分な説明が与えられていない。即ち、個別事例のアド・ホックな処理を越えて違法性の認識可能性の合理的且つ一貫した限界設定を可能にする、指導的な観点が欠けているのである。さらに、この見解においても判例と同様に、なぜ違法性の認識を欠いたことにつき相当の理由がある場合には責任が阻却され得るのか、という点が明らかでない。

また、高山佳奈子は、「刑罰が法的非難であることに関連する要件」としての違法性の認識に着目し、⁽²⁷⁾ 国家刑罰権からの個人の行動の自由保障という観点から、「法に従った動機づけ」が行為者に可能だったことが非難可能性の前提であるとする。⁽²⁸⁾ そして、違法性の認識可能性が肯定されるのは、行為者の法的な知的水準に鑑みて合理的に違法評価に到達し得た場合であるとする。⁽²⁹⁾ この見解は、なぜ行為者が違法性の認識を欠いたことにつき相当の理由が認められる場合には責任が阻却されるのか、という問いに対する一応の回答を示している。しかしながら、「合理的に違法評価に到達しえた」という基準は、違法性の認識可能性の単なる言い換えに過ぎず、判断基準としては有用でないと言わざるを得ない。また、いくつかの事案につき具体的な解決が示されているが、その結論の妥当性はさておき、「法に従った動機づけ」という観点と個別的な解決との事実的或いは価値的側面における実質的な繋がりが不明である。

二 我が国の議論に欠けているもの

以上、我が国のこれまでの判例及び学説における議論を簡単に見てきたが、そこでは、なぜ行為者が違法性の認識

を欠いたことにつき相当の理由がある場合には(故意)責任が阻却され得るのか、という根本的な問いに対する答えを見出すことはできず、違法性の認識可能性に関する指導的な観点と個別事例における具体的な基準との関係も、充分には明らかにされていない。

判例においては、行為者が違法性の認識を欠いたことにつき相当の理由がある場合には故意(責任)を阻却するとの立場に立つものが下級審判例に限られていることもあり、各事案毎の結論はともかくとしても、一般的な基準となり得るものは示されておらず、故意(責任)阻却の根拠も明らかでない。他方で、学説においても、違法性の認識可能性を考えるにあたっての指導的観点と、事例解決のための具体的な基準との関係付けが欠けていた。

無論、個別事例処理のための基準提示も不可欠ではあるが、何らの指導的観点にも基づかない基準の乱立には問題がある。ここで一旦、アド・ホックな事例解決を離れ、大局的見地から違法性の認識可能性を捉え直すことが必要であろう。そこで、本稿ではこのような問題意識の下に、国家の規範周知義務と個人の照会義務という観点から、違法性の認識可能性に関する指導的観点と個別基準の理論的なリンクを試みる。

その際、禁止の錯誤の回避可能性に関するドイツでの議論を参考にしたい。ドイツ刑法一七条は、行為者が不法を為す認識を欠いている場合について、当該錯誤が回避し得ない場合には、彼は責任なく行為したのであり、錯誤が回避し得た場合には、四九条一項により刑罰が減輕され得ると規定している。ここでは、禁止の錯誤を「回避し得たか否か」が判断の基準となっている。⁽³⁰⁾即ち、行為者が陥った禁止の錯誤が回避し得ないものであった場合には、行為者は責任なく行為したものと評価される。これに対して、錯誤が回避し得るものであった場合には、刑が減輕され得るに過ぎない。したがって、回避不可能な禁止の錯誤は責任阻却事由、回避可能な禁止の錯誤は任意の責任減少事由で

ある。このように、ドイツ刑法は責任説の採用を明言している点で、未だに違法性の認識（可能性）の体系的地位が争われている我が国とは事情が異なる。

しかし、ドイツの判例は、法共同体の構成員は、自らがまさに為そうとすることが法的な当為命題に合致するか否かを認識しなければならないとの理解から、「良心の緊張」という基準を問題としてきており、この点で、指導的観点と個別基準の関連が意識されていると言える。また、ドイツでは従来から、行為者の「照会義務」が論じられており、このことは上記仮説との関係で参考になる。このように、違法性の認識可能性の問題を考えるにあたり、ドイツにおける禁止の錯誤の回避可能性に関する議論を考察することは有益であると思われる。そこで、次章ではまずドイツにおける議論を概観しておきたい。

(3) 大判大正一三年八月五日刑集三卷六一一頁。この他には例えば、大判大正一四年一月二七日刑集四卷六八〇頁、大判昭和四年三月五日刑集八卷一一五頁。

(4) 最三小判昭和二年六月六日最高裁判所裁判集刑事一八号九七頁。この他には例えば、最大判昭和二三年七月一四日刑集二卷八号八八九頁、最三小判昭和二年一月二八日刑集四卷一二号二四六三頁。

(5) 違法性の認識を欠いたことについて「過失」を問題とするのは、例えば仙台高判昭和二七年九月二〇日判特二二号一七二頁。

(6) 戦後の無罪例については、松原久利『違法性の意識の可能性』（平成四年）九九頁、高山佳奈子『故意と違法性の意識』（平成二年）三〇頁注(70)を見よ。なお、大審院時代にも、「相当の理由」のあるときは故意を阻却するものがある。大判大正一四年六月九日刑集四卷三七八頁（たぬき・むじな事件）、大判昭和七年八月四日刑集一一卷一一五三頁、大判昭和九年二月一〇日刑集一三卷七六頁、大判昭和九年九月二八日刑集一三卷一二三〇頁、大判昭和一三年一〇月二五日刑集一七卷七三五頁、大判昭和一五年一月二六日新聞四五三一号九頁、大判昭和一六年二月一〇日新判例体系刑法（二）二五六ノ五一頁。松原・前掲書九九頁、福田平『違法性の錯誤』（昭和三五年）一一〇頁も参照。

- (7) 東京高判昭和五五年九月二六日高判集三三卷五号三五九頁。
- (8) なお、同じく石油連盟が行った石油の価格協定がに關する石油やみカルテル価格協定事件(最一小判昭和五九年二月二四日刑集二八卷四号二二八七頁)では、当該価格協定は行政指導に基づく行為ではなかったと認定され、違法性の認識の存在が肯定されている。
- (9) 最決昭和六二年七月一六日刑集四一卷五号二三七頁。
- (10) 札幌高判昭和六〇年三月一二日刑集四一卷五号二四七頁。
- (11) この判例の意義については、特に川端博「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「判例セレクト'87三五頁、松原・前掲書一二二頁以下、高山・前掲書二二頁以下を見よ。
- (12) 松原・前掲書一〇七頁以下参照。
- (13) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)二六九頁。但し、「もちろん弁護士の場合は一切免責は認められないというわけではない」とも述べている。
- (14) 東京高判平成五年六月四日判タ八三二号二四八頁(包丁式事件控訴審)は、被告人には、銃刀法の解釈に關して「關係官庁(警察)の助言、指導を求め、又は、弁護士に鑑定を依頼するなどして、自らの判断に誤りのないことを期する周到な用意が必要であった」としている。官庁ではなく弁護士に問い合わせを行った場合でも、その見解を信頼して違法行為に出た行為者には「相当の理由」が認められ得るとする趣旨か。
- (15) 例えば、東京高判平成五年六月四日判タ八三二号二四八頁。
- (16) 大判明治三六年一〇月九日刑録九輯一四六七頁、大判昭和一七年六月一五日新聞四七八三号五頁等。
- (17) 札幌高判昭和六〇年三月一二日刑集四一卷五号二四七頁。
- (18) 厳格故意説を採るのは、瀧川幸辰『犯罪論序説』〔改訂版〕(昭和三二年)一一七頁以下、小野清一郎『新訂刑法講義総論』(昭和二五年)一五四頁、平場安治「法律の錯誤」日本刑法学会編『刑事法講座第二卷』(昭和二七年)三五二頁、同『刑法総論講義』(昭和二七年)九八頁以下、岡野光雄「故意」中山研一他編『現代刑法講座第二卷』(昭和五四年)三〇三頁、植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』(昭和五六年)二四四頁、柏木千秋『刑法総論』(昭和五七年)二二六頁、中山研一『刑法総論』(昭和五七年)三四九頁、大塚仁『犯罪論の基本問題』(昭和五七年)二七〇頁、同『刑法概説(総論)』〔第三版〕

(平成九年) 頁以下、日高義博「違法性の錯誤」植松正他『現代刑法論叢Ⅰ』(昭和五八年) 二二五頁以下、同・『刑法における錯誤論の新展開』(平成三年) 一七五頁以下、浅田和茂・中義勝Ⅱ吉川経夫Ⅱ中山研一編『刑法Ⅰ総論』(昭和五九年) 二二三頁、内田文昭『改訂刑法Ⅰ(総論)』(昭和六一年) 二四四頁、吉川経夫『三訂刑法総論』(平成元年) 一九四頁以下、中野次雄『刑法総論概要』(第三版) (平成四年) 四〇頁以下及び二二七頁以下、莊子邦雄『刑法総論』(第三版) (平成八年) 三三九頁以下及び二七六頁以下、三三三頁以下及び三七二頁、松宮孝明『刑法総論講義』(平成九年) 一八三頁、長井長信『故意概念と錯誤論』(平成一〇年) 九〇頁以下、重井輝忠「違法性の意識と責任非難」阪大法学四九卷一号(平成一年) 三二三頁以下等。

(19) 本稿では、違法性の認識可能性の体系的な位置付け如何に関わらず、行為者への(故意)責任の要件としては違法性を認識する可能性があれば足るとする見解を概括して、仮に「違法性の認識可能性説」と呼ぶこととする。

(20) このうち制限故意説を採用するのは、団藤重光『刑法綱要総論』(第三版) (平成二年) 三一六頁、井上正治『刑法学(総則)』(昭和二六年) 一四四頁、藤木英雄『刑法講義総論』(昭和五〇年) 二二二頁、正田満三郎『刑法体系総論』(昭和五四年) 二七五頁、板倉宏『刑事法教室Ⅰ』(昭和六〇年) 九一頁等。責任説を採用するのは、木村亀二『犯罪論の新構造(上)』(昭和四一年) 三四二頁、大野平吉『概説犯罪総論上巻』(昭和六二年) 二四七頁、平野・前掲書二六三頁、西原春夫『刑法総論』(改訂準備版(下巻)) (平成五年) 四一六頁、中義勝『講述犯罪総論』(昭和五五年) 一七四頁以下、町野朔『違法性』の認識について』上智法学論集二四卷三号(昭和五六年) 二二九頁、福田平『全訂刑法総論』(第三版増補) (平成一三年) 二〇三頁、香川達夫『刑法講義(総論)』(第三版) (平成七年) 二四二頁、大谷實『刑法講義総論』(第四版補正版) (平成八年) 二七五頁、野村稔『刑法総論』(平成二年) 三〇四頁以下、松原・前掲書一九頁以下、青柳文雄『刑法通論Ⅰ総論』(昭和四〇年) 二〇八頁、二八七頁、川端博『刑法総論講義』(平成七年) 四二二頁以下、内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅰ』(平成三年) 八九六頁以下、曾根威彦『刑法総論』(新版補正版) (平成八年) 一六九頁、中森喜彦『錯誤論3・完』法学教室一〇八号(平成元年) 四二頁以下、齋野彦弥『故意概念の再構成』(平成七年) 一八五頁以下、山中敬一『刑法総論Ⅱ』(平成一年) 六一七頁以下、鈴木茂嗣『刑法総論(犯罪論)』(平成一三年) 九七頁、林幹人『刑法総論』(平成一二年) 三三二頁、山口厚『刑法総論』(平成一三年) 二二五頁等。

(21) 西原春夫「違法性の意識の可能性と故意——故意説と責任説——」藤木英雄・板倉宏編『刑法の争点』(新版) (昭和六二年) 違法性の錯誤と負担の分配(一)

年) 八七頁、団藤・前掲書三一六頁、藤木・前掲書二二二頁参照。

(22) 木村・前掲書三三四頁等参照。

(23) なお、本稿ではこれ以上は立ち入らないが、違法性の認識可能性を故意とは独立の責任要素とする責任説が妥当であろう。違法性の認識可能性は、「事実的故意または過失行為意思の形成過程において、その形成を妨げる要因として機能しまたは機能しえたはずであり、したがってこのような行為意思を形成せずにとどまりうる充分な条件が与えられているにもかかわらずこれを形成したことは不当であるとする非難、つまり責任評価をしてなりたさせる要因」である(中・前掲書一七五頁)。

(24) 松原・前掲書四六頁。

(25) 松原・前掲書六四頁以下。

(26) 松原・前掲書七四頁以下。「①法の不知の類型は、原則として違法性の意識は可能であることを前提として、例外的に可能性がない場合を、法の公知方法を重要な視点として判断すべきである。②自己の行為は適法であることを示唆する法規・判例への信頼の類型は、一般に違法性の意識の可能性を欠く場合として認められる。③公の機関の見解への信頼、④友人の意見への信頼の類型は、信頼に値する情状提供者から与えられた信頼に値する情報内容が自己の行為の適法性を示唆するものである限り、違法性の意識の可能性はないといえる。⑤行政犯の類型は、犯罪事実の認識を違法性の意識の喚起が直接可能となるような内容及び意味をそなえた事実の認識と考えれば、違法性の意識の可能性の問題について、特に自然犯との相違はない。行政取締法規が特定の活動に従事する者を対象とするか、あるいは広く一般人を対象とするかが、可能性判断にあたって考慮されるべきである」とする(九五頁)。

(27) 高山・前掲書二五〇頁以下。

(28) 高山・前掲書二六九頁。

(29) 高山・前掲書三四〇頁以下。

(30) Vgl. F. C. Schroeder, Strafaesetzbuch Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1994, § 17 Rn. 4.

第二章 ドイツにおける前提的議論の概況

一 リーディングケース

禁止の錯誤⁽³¹⁾に関するドイツ連邦裁判所（以下、BGHと略記する）判例の指標となるのは、一九五二年三月一八日の決定⁽³²⁾である。本決定が、自らの態度が法的に禁止されていることを認識し得る者だけが有責に行為するものである⁽³³⁾という原則を承認し、責任説を支持する態度を表明したことは、「ドイツ刑法の近時の歴史の中でも画期的な出来事である」と評価されている⁽³⁴⁾。現在でもドイツの判例はこの決定の立場を継承し続けており、本決定は、禁止の錯誤に關するリーディングケースとしてよく知られている。

戦前、ライヒ裁判所（以下、RGと略記する）は、法律の錯誤について「刑罰法規の錯誤は故意を阻却しないが、非刑罰法規の錯誤は故意を阻却する」という立場を貫いていた⁽³⁵⁾。学説からは、刑罰法規の錯誤と非刑罰法規の錯誤とを区別することは論理的に不可能であるため、その適用が恣意的になるとして、ほぼ一致して反対されていたにも拘わらず⁽³⁶⁾、RGがその見解を変えることはなかった。ところが、第二次世界大戦後、裁判所は、ナチス犯罪（例えば、ナチス政府時代に適法であった（或いは命令により行われた）不治の精神病者等の殺害、或いは政府にとって好ましくない者の密告等を行った者が人道に対する罪に問われた）の処理にあたり、自らの態度を適法であると信じて行爲した者の刑事責任の成否をどのように判断すべきかという問題に直面することとなった⁽³⁷⁾。下級裁判所の中には、このような事案においてはRGの「刑罰法規の錯誤は故意を阻却しないが、非刑罰法規の錯誤は故意を阻却する」という立場から妥当な解決を導き得ないと考え、この原則から離脱するものが多く現れるようになり、この問題についての

最高裁判所による態度決定が望まれるようになった。このような情況の中で下されたのが、一九五二年三月一日決定なのである。

本決定⁽³⁸⁾においてBGHは、規範的責任論に基づき、「刑罰は責任を前提とする。責任とは非難可能性である」とした上で、責任非難の根拠を「人間は自由で責任ある倫理的な自己決定をする素質を与えられており、したがって、法に従い不法に反すべく決心し、自らの態度を法的な当為規範に適合させ、法的に禁じられたことを避ける能力があるという点」に求めた。そして、「自分が自由に決心する事柄が違法であるということを知っている者は、それにも拘わらずそれを行う場合には、有責的に行為するものである」とした。このように、責任非難に違法性の認識を要求することによって、「責任主義の完成に至る道がとられることになった」⁽³⁹⁾のである。

しかし、BGHは同時に、禁止規範を知らずに、或いはこれを誤解したために違法性の認識を欠く「禁止の錯誤」の場合に、常に責任非難を阻却するわけではない、とした。即ち、「人は、自由な倫理的自己決定を行う素質を与えられているのであるから、常に法共同体の一員として適法に行動し不法を避けるといふ責任ある決意をなす事を要求される」のであり、その「まさに為そうとする全体的ことについて、それが法的な当為命題に合致するか否かを知」るために「良心の緊張」が必要とされる、とする。そして、「期待されるべき良心の緊張にも拘わらず行為が不法であることを知り得なかったならば」、その錯誤は当該行為者にとって避けられ得なかったものであり、この場合には「その者に対し責任非難を加えることはできない」が、「良心を相当に緊張させたならば、行為の不法を認識しえたであろう場合には禁止の錯誤は責任を阻却しない」が、「良心の緊張を欠いた程度に依じて責任非難は軽減される」として、いわゆる責任説の立場に立つことを明確にしたのである。

さらに、一九七五年に刑法一七条が導入されたことで、本決定の基本的な立場が立法的に追認された⁽⁴⁰⁾。これによつて、ドイツにおける違法性の認識（可能性）の体系的位置付けに関する議論は終局を迎え、議論の中心は、違法性の認識内容及び回避可能性の判断基準へと移っていったのである。以下では、BGHのリーディングケースと、これ以後の判例及び学説における禁止の錯誤の回避可能性判断に関する議論を、回避可能性の本質が如何に理解されているか、という点に着目して概観していく。

二 「法を知る義務」への違反

BGHによる一九五二年三月一八日決定は、「人は、まさに為そうとする全てのことについて、それが法的な当為命題に合致するか否かを知」る義務を有している、ということ⁽⁴²⁾を前提として、「当該事件の諸事情並びに個々人の生活及び職業領域に応じ」て要求される程度に「良心を緊張させたにも拘わらず、自らの行為の不法を認識することができなかつた場合には、当該錯誤は克服し得ず、行為は行為者にとつて避けることができなかつたのであり、「このような場合には、行為者に対して責任非難を加えることはできない」⁽⁴³⁾、とする。これに対して、「行為者が相当に良心を緊張させていれば、自らの行為の不法を認識し得たであろう場合には、禁止の錯誤は責任を阻却しない」が、「良心の緊張を欠いた程度に応じて、責任非難が軽減される」⁽⁴⁴⁾という。

また、本決定は、行為が適法であるか否かについて疑いがある場合には、「熟慮或いは照会によつて取り除かなければならない」⁽⁴⁵⁾とも述べたのであるが、「良心の緊張」、「疑い」、「熟慮」及び「調査」の論理的關係は、後の判例において次のように説明された。即ち、行為者が「自らの態度の法的許容性に疑いを抱かなかつた場合には、照会の

ための契機はなかった」と言えるが、「それが良心の緊張の不足に基づく」場合には、当該禁止の錯誤は回避可能である。⁽⁴⁶⁾ また、照会を行っていれば「如何なる情報を獲得し得たかに関わらず、行為者が期待された照会を義務違反的に怠った場合には、当該禁止の錯誤の責を負う」⁽⁴⁷⁾のである。

BGHによる禁止の錯誤の回避可能性判断の基準は、次のようにまとめることができよう。① 良心を相当に緊張させたにも拘わらず自らの態度の禁止をおよそ認識することができなかった場合には、禁止の錯誤は回避不可能である。② 実際には良心を緊張させなかったが、もし良心を相当に緊張させていたならば禁止を認識することが可能であったと言える場合には、回避可能性が肯定される。③ 良心を緊張させたことにより自らの態度の適法性に疑いが生じた場合には、熟慮ないし照会によってこれを取り除かなければならない。

このように、BGHによる禁止の錯誤の回避可能性判断の基準の中心は、相当に良心を緊張させれば自らの態度の違法性を認識することができたか否か、という点に求められている。そして、この「良心の緊張」とは、「行為者は正しい判断に到達するために「自らの精神的認識力及び倫理的価値表象の全てを投入しなければならぬ」⁽⁴⁸⁾ことだとされている。また、その程度は当該事案の事情や生活領域及び職業領域といった個人的な事情も考慮して判断されるという。⁽⁴⁹⁾ 例えば、ワイン法違反の事案において、BGHは、「注意深いワイン業者」なら当該行為の禁止を認識し得たか否かが問題である、⁽⁵⁰⁾としている。さらに、この場合の注意義務は、過失犯の場合に比べてより厳しく課せられている。⁽⁵¹⁾

しかし、BGHのいう「良心の緊張」という基準は、学説から多数向けられている批判が示すように、禁止の錯誤の回避可能性の判断基準としては適当でないと思われる。まず、違法か否かを判断するのに、「良心」⁽⁵²⁾という倫理

的・道徳的な意識が有用であるのか、という点が疑問である。「良心」とは、その持ち主に何が善であり悪であるかを知らせ、善を命じ悪を退ける道徳意識である。しかし、「良心」はその「根底にある政治的或いは世界観的な信条に依存」しており、可變的である。⁽⁵³⁾ 全ての国民の良心が一致することはあり得ない。もちろん、ある態度についての適法・違法の評価が、道徳的な善・悪と一致する場合も多くあるであろう。特に刑法の中核領域では、道徳的に悪とされる態度が、犯罪化されているとも言える。しかし、道徳とは無関係な、専ら政策的な理由のみによって設けられる法規が増加し続けている中で、自らの態度がこのような規範に違反しているか否かを良心によって判断することは、殆ど不可能である。⁽⁵⁴⁾ 禁止規範が公の秩序維持のために存在するに過ぎない場合には、良心の緊張によって正しい認識には至り得ない。違法性の認識は、自らの態度の法的な性質に関する認識であって、良心の声の知覚とは異なるものであるから、良心を緊張させても自らの態度の違法性の認識が導かれることはないのである。⁽⁵⁵⁾

また、BGHは、確信犯や常習犯といった「法盲目性の事例」⁽⁵⁶⁾は、責任説に拠れば有責的な禁止の錯誤のヴァリエーションでしかなく、処罰することが可能であるとするが、この点にも疑問がある。確信犯人の場合には、法秩序と行為者の良心は一致しないのであるから、良心を緊張させても行為の違法性を認識することはできない。彼の良心は、寧ろ、彼の誤った確信と結びついているのである。⁽⁵⁷⁾ また、BGHに拠れば、「鈍磨した常習犯人は、可罰的な生活態度を通じて道徳的な評価による呼びかけの可能性を失い、そのことで良心の緊張によって違法性の認識に到達する能力を失っている」のであり、この場合の行為者の責任は「行状責任」であるという。⁽⁵⁸⁾ しかし、行状責任という概念自体の問題をさておいても、常習犯の事例は、そもそも禁止の錯誤に当たらないのではないだろうか。⁽⁵⁹⁾ 常習犯人は、規範意識が鈍磨しているとは言え、完全に違法性の認識を欠いて行為しているわけではないからである。

このように、「良心の緊張」という基準には疑問があるが、それは、禁止の錯誤に陥って行為した行為者への非難可能性の根拠は、良心の緊張を欠いたこと、或いは法状況の照会を怠ったことによる「法を知る義務」への違反である、との理解⁽⁶⁰⁾に起因する。確かに、上位的な指導的観点に基づいて「良心の緊張」、「熟慮」及び「照会」といった個別基準を提示している点は、肯定的に評価し得る。だが、その指導的観点自体に疑問があるのである。

ある義務への違反は、この義務違反性それ自体が非難可能である場合にのみ、刑法上重要である⁽⁶¹⁾。したがって、義務Aへの違反を理由として、義務Bへの違反が非難されることはない。しかし、この見解では、「法を知る義務」への違反が当該違法行為についての非難を根拠付けている。違法行為に出たことについての責任が、錯誤に陥ったことへの責任によってすり替えられているのである。⁽⁶²⁾「ここでは、行為責任が錯誤責任にまで縮小されている」。また、犯罪事実とは別に、「規範」ないし「法秩序」そのものに対する行為者の態度を問うことは、個別行為責任の原則に反すると思われる。⁽⁶⁴⁾さらに、この義務の内容及び限界が予防的な考慮に左右されている点は、法治国家的な要請から見て疑わしい⁽⁶⁵⁾との指摘もある。したがって、BGHによる回避可能性の根拠付けは、その出発点において誤っているのである。そもそも、行為者が実際に「法を知る義務」を履行したか否かによって、彼が違法性を認識することが「可能」であったか否かを判断することは不可能であろう。

また、法規が増え続け、法情報が増え続けている今日において、法を知り、全ての活動についてその法的性質を検討しなければならないならば、それは国民にとって過重な負担となる。さらに、このことは国民の行動の自由を著しく制限することに繋がるのであり、⁽⁶⁶⁾余りに非現実的な要求である。国民が「法を知る義務」を負うのではなく、寧ろ、国家の側こそが、国民が特に「良心を緊張させる」までもなく違法性を知り得るよう、法命題の周知を図る責務を

負っているとは言えまいか。もつとも、法を知る「義務」ではないにせよ、事実上は国民にも「法を知る」ことにつき一定の負担が求められていることは確かである。したがって、「法を知る」という点に関しては、国家と国民どちらか一方の負担とするのではなく、両者にこれを適正分配する、という観点もあり得るのではないだろうか。

三 違法性を知るための「契機」

上述のように、ドイツの学説は、禁止の錯誤の回避可能性判断の際に「良心の緊張」を重視する判例に対して一般に批判的であり、⁽⁶⁷⁾「義務違反」という観点から違法性の認識可能性を基礎付けることは不可能であるとしている。そこで、学説における有力な見解は、行為者の「認識能力」に着目する。非難可能性の要件は、「行為者が規範から生じる義務を認識するための自らの能力を利用しなかったという事実」であり、「責任は、錯誤者の認識能力によって決定される」⁽⁶⁸⁾。それ故、行為者は、自らが処分可能な認識手段を利用し尽くさなかった、という点で非難される⁽⁶⁹⁾。回避可能な禁止の錯誤において行為する行為者は、「自らの能力を用いず、それ故、違反された具体的な法的義務から発せられていたはずの義務の呼びかけ (Pflichtauf) に応じなかったが故に、有責的なのである」⁽⁷⁰⁾。

このような観点から、Rudolph⁽⁷¹⁾は次のように主張する。禁止の錯誤の回避可能性を判断するにあたっては、行為者に錯誤を取り除くための可能性があったか否かが重要である。それゆえ、行為者には、単に自らの態度の違法性を認識することが可能性だけでなく、この可能性を実際に利用するための「契機」が与えられていなければならぬ⁽⁷²⁾。したがって、回避可能性があったと言い得るためには、行為者が、①自らの態度の違法性を認識するための可能性を実際に持ち得たこと、②自らの態度の法的性質を検討するための具体的な「契機」を有していたこと、③与

えられた違法性の認識可能性を利用することが行為者に期待され得たこと、が必要である。⁽⁷³⁾ 自らの態度の法的性質を検討するための具体的な「契機」があったと言い得るのは、行為者が、法律或いは意図した態度を違法であると評価する裁判所の判決或いは第三者の態度決定の存在を知っている、若しくは自らの態度が反道徳的或いは反社会的であるという認識を有している場合である。このような場合には、行為者に自らの態度の法的性質を熟慮する、或いは第三者から情報を得るための「契機」が認められる。これに対して、構成要件の故意があるというだけでは「契機」としては不十分であるという。⁽⁷⁴⁾

行為者にこのような「契機」が認められる場合、Rudolphに拠れば、行為者は具体的には「熟慮」及び「照会」によって禁止の錯誤を回避するための手段を講じなければならない。⁽⁷⁵⁾ 行為者がこれらを実行した場合には、彼が自らの専門知識を信頼し得たか否か、或いは照会によって獲得した情報への信頼が保護に値するか否か、が検討され、これが否定される場合には当該禁止の錯誤は回避可能であるという。反対に、行為者が第三者への照会を怠った場合にも、そのことだけを理由として非難可能性が肯定されるわけではない。当該禁止の錯誤が回避可能であるのは、情報を入手することが行為者に期待可能であり、そして、行為者が照会していたならば、自らの行為を違法であると評価する情報を獲得し得た場合のみである。⁽⁷⁷⁾

この見解は、行為時にもはや照会することが不可能であるにも拘わらず、予め行為の適法性を確認しなかった、という過去の懈怠行為を以て責任を肯定することになる。⁽⁷⁸⁾ ここでは、非難可能性が「行状責任」によって基礎付けられている。⁽⁷⁹⁾ しかしながら、行為者が法律状態について博識のある人間にならなかったことを理由として、錯誤に対する責任を認めることは妥当ではない。⁽⁸⁰⁾ B G Hと同様に Rudolphの見解もまた、行為者が錯誤に陥ったことについての

責任を問うているのである。さらに、事前に調査・照会のための契機が存在したことを以て責任を肯定することは、個別行為責任の原則に反することになるとも指摘されている。⁽⁸¹⁾

また、Rudolphy を始め、学説の多くは、判例が「たとえ照会しても当該態度が違法であることを知ることができなかったであろう」という場合にまで責任を肯定することは責任主義に反すると批判し、⁽⁸²⁾「照会していれば違法性を認識することができたであろう」と言える場合にのみ行為者を非難することができる、と主張する。⁽⁸³⁾しかし、この「照会していれば違法性を認識することができたであろう」という要件は、「行為者が実際に照会したならば、如何なる情報を獲得していたか」という事実的な問題⁽⁸⁴⁾と、「専門知識を持つ客観的な人物によって合義務的に与えられた情報に拠れば、行為者の態度は違法であるかそれとも適法であるか」という規範的な問題との二通りに解されている。だが、この「照会していれば違法性を認識することができたであろう」という仮定的判断の根拠は不明である。前節で紹介した義務違反説が、責任主義を考慮してこのような仮定的判断による限定を行うのであれば理解できるのであるが、照会「義務」を否定する見解がこのように主張することは、一貫していないと思われるのである。⁽⁸⁶⁾

実際に行われなかった照会は、違法性の認識可能性判断において何ら意味を持たないと考えるべきである。⁽⁸⁷⁾もっとも、行為者が客観的に見て適切な照会を行ったにも拘わらず、当該違法性を認識し得なかった場合には、これを行為者の有利に考慮することが許されるだろう。国民が、例えば公的機関或いは国家によって法的知識或いは専門知識を保障された民間機関に照会し、そこで得られた誤った情報を信頼して行為した場合には、国民に対して正しい法情報を提供しなかった国家の側が、当該錯誤から生ずる不利益を負担すべきであると考え余地もあろうか。

(31) 主にドイツの議論においては禁止の錯誤、日本の議論においては違法性の錯誤という語を用いるが、その意味するところ

は共に「行為者が、行為時に自らの態度の違法性を認識していないこと」であり、両者を特には区別せずに用いることとする。また、ドイツでは「不法」の意識 (Unrechtsbewusstsein) という用語がよく用いられるが、これは、ドイツ刑法第一七条の「不法を為す認識 (die Einsicht, Unrecht zu tun)」という文言に拠るところが大きいと思われる。しかし、不法内容の認識は故意の要件であり、このような意味にも解され得る「不法の意識」という用語は、あまり適切であると思われない (高山・前掲書二四六頁)。それ故、本稿では「違法性の認識」に統一することにする。なお、違法性の「認識」と「意識」について、林・前掲書三二二頁以下、長井・前掲書一一頁注(一)参照。

- (32) BGHSt 2, 194.
- (33) BGHSt 2, 194, 201.
- (34) Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 452. (野崎和義訳・西原春夫監訳『イエシエック・ヴァイグント ドイツ刑法総論第5版』(平成十一年)三四六頁)
- (35) Z. B. RGSt 2, 269; RGSt 57, 235. RG時代の判例について詳しくは、siehe Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949, S. 46ff.
- (36) ドイツにおける違法性の認識についての学説史的考察については、福田・違法性の錯誤一頁以下を見よ。
- (37) この時代の下級審判例について詳しくは、siehe Arth. Kaufmann, a. a. O., S. 210ff. なお、福田・違法性の錯誤一〇三頁以下も参照。
- (38) 本件の事実の概要は次の通りである。弁護士である被告人が、Wの刑事事件の弁護を報酬額について契約せずに引受けたが、第一回公判後、Wに対して五〇マルクの報酬を要求し、これに応じなければ以後弁護をしないと脅してこれを支払わせ、さらに四〇〇マルクの報酬証書に署名させた。これについて原審は、被告人がそのような行為に出る権利があると信じていたとしても、それは刑罰法規の錯誤に過ぎず、顧慮する必要がない、として強要罪の成立を認めた。
- (39) Jescheck/Weigend, a. a. O., S. 452.
- (40) 立法過程については、Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließenden und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 281ff.; Tischler, Verbotssirtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1984, S. 199ff.; 内藤謙『刑法改正と犯罪論(上)』四七頁以下、松原・前掲書一七八頁以下及び同所の諸文献を見よ。

- (41) 17条の規定は、*「人の行為は、故意又は過失に因るべきものなり」* Langer, GA 1976, S. 193; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl., 1984, § 7, Rn. 68ff. Vgl. *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. neubearbeitete Aufl., 2001, § 17, Rn. 1.
- (42) BGHSt 2, 194, 201. So auch BGHSt 4, 236, 243.
- (43) BGHSt 2, 194, 201.
- (44) BGHSt 2, 194, 201f.
- (45) BGHSt 2, 194, 201.
- (46) BGHSt 5, 284, 289.
- (47) BGHSt 21, 18, 21; zust. *Puppe*, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Bd. 1, 2002, § 33 Rn. 24.
- (48) BGHSt 4, 1, 5.
- (49) BGHSt 2, 294, 201; BGHSt 3, 105, 108; BGHSt 3, 357, 366 u. s. w.
- (50) BGHSt 9, 164, 172.
- (51) BGHSt 4, 236, 242ff.
- (52) BGHの刑事裁判例で用いられる「良心」概念については詳しくは、*Roos*, Die Vermeidbarkeit des Verbotstittums nach § 17 StGB im Spiegel der BGH-Rechtsprechung, 2000, S. 155ff.
- (53) *Löwe*, a. a. O., S. 276.
- (54) *Rudolphi*, a. a. O., S. 278.
- (55) *Rudolphi*, a. a. O., S. 225. *「良心を意図的に緊張させる」*こと自体が不可能ではなからず、この指摘もある。良心の呼びかけを聞き流せるようには受動的な活動であって、「人は、自らの良心を支配するものとせよ」。……。良心の声を聞き流すことはできず、それを黙らせたり喋らせたりするものはなからず」(a. a. O., S. 226; vgl. auch *Roos*, a. a. O., S. 244f.; *Löwe*, a. a. O., S. 280.)。
- (56) BGHSt 2, 194, 208.
- (57) *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Aufl., 1993, S. 532; *Roos*, a. a. O., S. 197ff.

- (58) BGHSt 2, 194, 208.
- (59) *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 3. Aufl., 1997, § 21, Rn47; auch *Roos*, a. a. O., S. 199.
- (60) 上のよびな基礎を持つ判例以外の見解のサマリホームページに「Lewy, a. a. O., S. 70ff.」
- (61) *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 145.; vgl. auch *Löwe*, a. a. O., S. 75.
- (62) *Rudolph*, Unrechtsbewußtsein, Verbotstirtum und Vermeidbarkeit des Verbotstirtums, 1969, S. 197ff.
- (63) *Rudolph*, a. a. O., S. 194.
- (64) 高山・前掲書二五七頁参照。Vgl. auch *Löwe*, a. a. O., S. 77.
- (65) *Löwe*, a. a. O., S. 76.
- (66) *Velten*, Normkenntnis und Normverständnis, 2002, S. 315.
- (67) 但し、例えは *Jeschek/Weigend*, a. a. O., S. 458 (野崎説・前掲書二五三頁) が「行為が法の違反であるから、同時に倫理秩序に対する耐えがたう侵害でもある場合には「粗野なる無知」、禁止の錯誤は、通例、回避可能である。なぜなら、法的な価値判断が直接的に法感情から由来し、それゆえ良心の緊張にによって認識可能だからである」としている。
- (68) *Löwe*, a. a. O., S. 78. Siehe auch BayObLG JR 1989, 386, 387.
- (69) *Ebenda*.
- (70) *Rudolph*, SK, § 17 Rn. 24; auch *ders.*, Unrechtsbewußtsein, S. 193ff m. w. N. So auch *Armin Kaufmann*, a. a. O., S. 144ff.; *ders.*, Schldfähigkeit und Verbotstirtum, Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs 1960, in: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S329ff.; *Grottel*, Norm- und Verbotstirtum: § 17 Satz 2 StGB, 1993, S. 124.
- (71) *Rudolph* の見解は、行為者の認識能力という事実的な問題に着目しながらも、これを規範的に判断するという点では妥当である。純粹に事実的・心理的な考察は、結局、違法性の意識の可能性の限界をどこに設けるかという線引きの問題になつてしまふ(但し、*Löwe* は、規範的な観点は最小限にまで制限されなければならぬとして居る(a. a. O. S. 92)。Vgl. auch *Jakobs*, a. a. O. § 19 Rn. 35.)。
- (72) *Rudolph* (Mitarb.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 1995, § 17 Rn. 30. 我が国での見解を

持たぬのは、松原・前掲書六三頁以下。Rudolphi の他に「梨機」が必監すべきものありて、F. C. Schroeder, a. a. O., Rn. 37, 47. Roxin, a. a. O., § 21 Rn. 49f; auch Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 171. 必監「梨機」の誤性への認識は「5」に「Horn, Vermeidbarkeit und Vorwerfbarkeit, Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie, 1969, S. 84ff.

- (73) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 207.; ders., SK, § 17 Rn. 30.
- (74) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 217ff.; ders., SK, § 17 Rn. 31.
- (75) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 226.; ders., SK, § 17 Rn. 32.
- (76) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 218.
- (77) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 249ff.; ders., SK, § 17 Rn. 41f.
- (78) Stratenwerth, Vermeidbarer Schuldaußschluß, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1990, S. 486f.; 石井徹哉「責任判断としての違法性の認識の可能性」早稲田法学会誌四四卷(平成六年)六〇頁以下、高山・前掲書三三七頁。
- (79) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 254ff.; ders., SK, § 17 Rn. 45.
- (80) 石井・前掲論文六二頁。
- (81) 高山・前掲書三三七頁。
- (82) Wolter, Schuldhafte Verletzung einer Erkundungspflicht, Typisierung beim Vermeidbarkeitsurteil und qualifizierte Fahrlässigkeit beim Verbotstirrturn-OLG Celle NJW 1977, 1644, JuS 1979, S. 484f.; Schünemann, NJW 1980, S. 741f. Vgl. Roos, a. a. O., S. 290ff.
- (83) Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47. Aufl., 1995, § 17 Rn. 9; F. C. Schroeder, a. a. O., Rn. 37, 45; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., 1993, § 19 Rn. 41; OLG Celle NJW 1977, 1644; BayObLG JR 1989, 386, 387 u. s. w. Krit. dazu Puppe, a. a. O., 33/20ff.
- (84) So z. B. Dreher/Tröndle, a. a. O., § 17 Rn. 9; Neumann (Mitarb.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 1995, § 17 Rn. 82; Schönke/Schröder/Cramer, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2001, § 17 Rn. 22; F. C. Schroeder, a. a. O., Rn. 45; auch BayObLG JR 1989, 386, 387.

(85) So z. B. Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 250ff.; ders., SK, § 17 Rn. 42; Roxin, a. a. O., § 21 Rn. 65; OLG NJW 1977, 1645.

(86) 高山・前掲書三三七頁は、「そこには一種の『調査義務』、すなわち外部的な作為義務が想定されている」として批判している。しかし、この見解においては、「照会」は単に回避可能性の判定基準として用いられているに過ぎない。照会のための「契機」すら認められない場合には、およそ照会の努力がなくとも、回避不可能という結論が導かれ得るのであり、果たしてこれを「義務」と呼び得るかは疑問である。

(87) Vgl. Puppe, a. a. O., § 33 Rn. 20.