

# 違法性の錯誤と負担の分配 (二・完)

八二 (八二)

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」 (以上五三卷六号)

第三章 負担の分配 (以下本号)

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

### 第三章 負担の分配

前章での検討の結果、禁止の錯誤の回避可能性の本質を「法を知る義務」への違反であるとする見解も、また行為者の認識能力を重視する見解も、違法性の認識「可能性」の本質を説明し得ないことが明らかになった。それでは、禁止の錯誤が回避不可能である、或いは違法性を認識することが不可能であるということは、刑法上如何なる意味を有するのであろうか。本章では、引き続きドイツにおける議論を参考にしながら、回避不可能な違法性の錯誤が責任を阻却する根拠を探求していきたい。

#### 一 規範の分類

##### 1 Jakobs の見解

責任とは行為者の適法な動機付けの欠缺についての管轄である<sup>(1)</sup>、とする Jakobs は、禁止の錯誤をその対象となる規範の領域によって二つに分ける<sup>(2)</sup>。Jakobs に拠れば、基礎的錯誤 (Grundlagenirrtum) は「国家的或いは社会的革命という行為によってのみ犠牲にされ得るような規範」の核心領域に関する錯誤である。「全ての責任能力者は、原則として中心的規範の核心領域の認識について管轄を有する」ため、責任能力者による基礎的錯誤は通常、回避可能であり、例外的に責任阻却が認められ得るのは、行為者が他の文化に属している場合に限られる<sup>(3)</sup>。これに対して、規範の処分可能領域 (der verfügbare Bereich) においては「その内容が秩序の基本原則によって未だ確定されておらず、発展の過程において変遷し得る」ため、「規範の内容は規範の妥当根拠の背後に退いてしまう」。行為者は、通

常の範囲内で社会生活に参加しているというだけでは、このような規範の内容を推定することができない。それゆえ、行為者が規範の処分可能領域に関する錯誤に対して管轄を有するのは、「行為者がそのように振る舞った結果、この妥当根拠を以て目指されたものの実現、つまり変更可能な法の貫徹が著しく危殆化されている場合のみである」<sup>(4)</sup>。このような規範の基礎的領域と処分可能領域の区別は、当該規範だけでなく、特に職業規則的な規範については、「比較的長期間に亘って行為者が実際に遂行した生活領域によっても規定される」<sup>(5)</sup>という。そして、当該錯誤が規範の処分可能領域に関するものであれば、法状態を検討するための契機が存在するか否かが検討され、これが存する場合に回避可能性が肯定されるという<sup>(6)</sup>。

Jakobs は、行為者個人の能力や行為の際の事情を考慮することなしに、禁止の錯誤をその対象となった規範の種類によって形式的に処理する。それゆえ、刑法典の領域においては、(外国人を除いて)禁止の錯誤による責任阻却を引き合いに出す可能性が最初から奪われている。しかし、外国人でなくとも、中核領域の規範について容易には違法性を認識し得ない場合があるのではないだろうか<sup>(7)</sup>。確かに、Jakobs が職業規則的な規範については行為者が遂行した生活領域によっても規定されるとしている点は正当であるが、職務に関する規範以外にも、当該行為者の能力或いは教育の程度、文化的な生活領域についても考慮することは可能であろう。行為者の知識及び能力を考慮せず、規範の中核領域に関する禁止の錯誤は外国人等のごく例外的な場合を除いて常に回避可能である、とすることは適当でないと思われる<sup>(8)</sup>。このような規範の形式的な分類を支持することはできない。

ところで、Jakobs (Jakobs による)のような規範の区別に対して、Lew は次のように批判する。このような区別が管轄理論を基盤とする限りにおいて、規範の基礎的領域(中核領域)と処分可能領域(周辺領域)との区分が流動的となる

だけでなく、その時々<sup>10</sup>の社会の形態或いは国内政治の要求の影響を受けることになる。なぜなら、管轄理論による回避可能性判断は、民主主義或いは社会主義といった社会形態において市民はどの程度の知識に管轄を有するのか、という問題に左右されるからである。中核領域が容易に変動するものならば、国民にとって、如何なる規範がこの領域に属するのかが判り難くなり、法的安定性が害される<sup>10</sup>、とするのである。然るに、この批判は有効でない。その参加者に対して内面化が期待される規範が、当該社会に拠って異なるのは当然である。しかし、このことを以て「当該」社会或いは法秩序における中核領域が変動し易い、とは言えないであろう。また、国民が、自らの態度に関連する規範がいずれの領域に属するの<sup>11</sup>か、ということを知る必要はない。重要なのは、中核領域に分類される規範が、その名宛人にとって容易に理解し得るものであるか否かである。

さて、このような Jakobs の立場は、以下の意味において支持し得る。このような区分の基礎となっているのは、責任に関する次のような理解である。すなわち、責任の内容を規定するにあたっては、どの程度の社会的強制が行為者に課せられ得るか、そして行為者の侵害的な特性がどの程度国家及び裁判所によって受容され、或いは第三者ないし被害者によって負担されなければならないか、が決定されなければならない<sup>11</sup>、とする点である。Jakobs が提唱する機能的責任概念自体の妥当性はさておき、行為者及び国家（或いは第三者）<sup>12</sup>にはそれぞれの程度の負担を課し得るか、との視点は示唆に富む。とは言え、Jakobs による規範の分類には上述のような困難があり、この見解をそのまま受け容れることはできない。そこで、Jakobs と同じく規範を二つに区分する Low の見解を試みることにする。

2 Löw の見解

Löw もまた、違法性の錯誤の処理における規範の区分を受け容れ、法を中核領域と周辺領域とに分類する<sup>(13)</sup>。その上で、刑法の中核領域においては、行為者が自らの認識力を総動員して熟慮したか否かが問われなければならない、行為者が熟慮を怠った場合には、当該錯誤は通常、回避可能であるとする<sup>(14)</sup>。これに対して、周辺領域においては、①行為者に照会のための契機があったか否か、②行為者が照会のために行った努力が適切であったか否か、そして行為者による照会が適切でなかった場合には③適切な照会の努力と禁止の錯誤の回避との仮定的因果関係が検討されなければならない<sup>(15)</sup>。但し、上述の Jakobs の見解に対する批判からも明らかであるように、Löw は従来の規範の分類を否定し、新たな区分の基準を設けている。

Löw に拠れば、中核領域は市民にとって容易に理解可能で、「人間若しくはその平和な共同生活にとって極めて重要な意味を持つ権利」、すなわち「主観的権利 (das subjektive Recht)」を保護するものに制限されなければならない<sup>(16)</sup>。この領域に属する犯罪としては、殺人罪、傷害罪、放火罪、性的自己決定に対する罪、強盗罪、窃盗罪並びに国防に対する罪が挙げられている<sup>(17)</sup>。Löw は、このような規範は国民によって既に内面化されているので、熟慮することと容易に再現され得るとする<sup>(18)</sup>。

他方で、主観的権利の保護を含まない、すなわち利益のみを保護する規範は周辺領域に分類される。Löw に拠れば、ある利益に刑法上の保護を与えるか否かは国家の選択に依存しているので、国民には、国家が如何なる利益を刑法によって保護しようとするのかを確認することが可能でなければならない<sup>(19)</sup>。それゆえ、周辺領域に属する「法の不知のリスクは、もはや国民には割り当てられない」。Löw はこのような理解に基づき、周辺領域においては、照会のた

めの契機があったと認められるには自分が法的に特別に規定された領域で活動していることを認識していただだけでは不十分であり、客観的には不法の認識過程を準備しうるような事情（例えば、新聞記事、第三者からの指示など）が存在していなければならない、主観的には、行為者が自らの態度の適法性についての彼に固有でない疑いを抱いていなければならない、とする。ここでは個々人の認識能力が重要となるが、その際には彼が受けた教育や職業的活動が考慮されるという。<sup>(20)</sup> 調査・照会のための契機が認められる場合、次に、行為者が行った調査・照会のための努力が適切であったか否か、が検討される。法律家、当該分野の専門知識を持つ者或いは特に造詣の深い者に照会を行った場合には、照会によって得られた情報が客観的な会話の文脈から明らかに信頼に値しないものでない限り、当該情報は信頼に値するものと評価され得る。さらに、行為者が調査・照会のための契機を有しており、且つ彼が行った調査・照会の努力が錯誤の回避にとって適切でなかった場合には、適切な調査・照会の努力と錯誤の回避との仮定的な因果経過が検討されなければならないとし、行為者が適切に照会を行っていたとしても不法を認識することができなかったと考えられる場合には、錯誤は回避不可能であるという。<sup>(21)</sup>

Low の見解は、第二章で検討した行為者の認識能力を重視する見解を基礎としており、また照会を義務と捉えている点で、上述の見解に対するのと同じ批判が妥当する。また、Low の区分に従えば、例えば麻薬の使用に関する罪は周辺領域に分類されるが、麻薬の使用が禁止されていることは日本では（恐らくドイツにおいても）ほぼ常識的に知られている。刑法上の責任年齢に満たない少年の中にも、この規範を知っている者は多いと思われる。これ程に周知されている規範を、強いて周辺領域に分類することに意味があるとは考えられない。<sup>(22)</sup> Low が、違法性の認識手段としての「熟慮」によって国民が再現し得るのは「国民によって内面化された規範のみ」であるとする点は妥当だ<sup>(23)</sup>

と思われるが、このような規範は、Low が列挙する「殺人罪、傷害罪、放火罪、性的自己決定に対する罪、強盗罪、窃盗罪並びに国防に対する罪」以外にも存在し得るのであり、それらを排除する根拠は存しない。<sup>(24)</sup> 確かに、主観的権利は人間若しくはその平和な共同生活にとって極めて重要な意味を持つものであるが、そうであるからといって、人はこれらの権利しか内面化できないわけではない。それゆえ、このような中核領域は余りにも狭小であると言わざるを得ないのである。

しかしながら、Low が規範を分類する際に、国民による内面化に着目する点は注目し得る。この発想は、次のような認識に基づいている。すなわち、法規が増え続けている現状において実定法の数を制限することは事実上不可能であり、且つ国民に対して確実に法を仲介するためのシステムが存在し得ない以上、法の不知の際の処罰の危険を一方的に国民に負担させることのない構想が必要である。<sup>(25)</sup> ということである。

頻繁に刑法典が改正され、次々に新たな規定が設けられるドイツには及ばないが、我が国においても法規の数は増え続けており、「規範の洪水」<sup>(26)</sup>とも言うべき現象は存在している。また、我が国では新しい規範を刑法典に組み入れることが少なく、<sup>(27)</sup> 新しい法益はその殆どが特別刑法によって保護されている。このような現状の下では寧ろ、国民は法を知ることについてドイツ国民よりも大きな負担を強いられると言えよう。それゆえ、でき得る限り違法な態度を回避しようと心掛けていても、違法性を認識することが困難なケースも多いと思われる。したがって、我が国においても、法を知ることについて国民に過重な負担を強いることのないような違法性の認識可能性に関する判断枠組みを策定しなければならぬ。このような意味において、国民と国家との間における負担・リスクの適切な分配という Low の基本的な発想はこれを受け容れることができる。国民の自由を不当に、或いは過剰に制限することのない

よう、国家もまた、国民が法を知ることに関して一定のリスクを負わなければならないのである。

また、次のようにも考えることができる。規範的責任論における行動モデル、つまり「規範からの遵守提訴、反対動機の形成及びそれを乗り越えて違法へと決断する自由な人格」というモデルを承認する以上、本来ならば、現実的に違法性の認識があったことが確認され、そこから生じる反対動機を乗り越えたことが故意責任の要件とされるべきであろう。<sup>(28)</sup>ところが、我が国の刑法三八条三項に拠れば、「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」。すなわち、法秩序は、現実の違法性の認識は不要であるとしている。しかし、これは現実の違法性の認識を故意責任の要件とする場合に生ずる、刑事政策的な欠陥を補うための方策であると考えられる。<sup>(29)</sup>三八条三項においては、国家側の政策的な必要性が優先されていることは否めないのである。<sup>(30)</sup>そこで、違法性の認識可能性判断においては、このような国家側の都合を後退させるという意味においても、国民の法知識について国家にリスクの負担を求めると考えられるのである。

## 二 法に忠実であるための「心構え」

さて、国民及び国家への「適切な」負担の分配とは如何なるものであろうか。本節ではまず、国民に課され得る負担について検討する。

行為者が自らの態度についての法的評価を正しく認識するためには、その基準となる規範を知っており、且つこれを理解していることが必要である。規範に関する知識或いは理解が欠けている場合には、違法性を認識することはできない。しかし、本稿が前提とする違法性の認識「可能性」説においては、行為者にこのような規範に関する知識或

いは理解が欠けている場合であっても、必ずしも違法性の認識可能性が否定されるわけではない。事実的故意を有する行為者であれば、通常は反対動機を形成して当該態度を思い留まることが可能であると考えられるため、規範に関する知識或いは理解の不足は、行為者に対する責任非難に影響を与えないのである。では、なぜ規範を知らない行為者に違法性の認識可能性を肯定することができるのであろうか。<sup>(32)</sup>

Velten に拠れば、規範の存在及び内容を知らない者がその規範を遵守するためには、規範の名宛人として法に忠実であろうとする「心構え (Bereitschaft)」を有していることが必要であるという。<sup>(33)</sup> この「心構え」について、Velten は次のような例を挙げて説明している。数学の課題についての生徒の努力を評価する場合には、予め模範解答が提供されることにより課題が生徒に解き得るものであったことを前提とした上で、彼の能力及び知識に鑑みて通常は当該課題を解くことが可能であったにも拘わらず、彼が課題を解かなかった或いは誤って解答した場合には、彼には課題を解く「心構え」がなかったためにこれを解かなかったのだ、ということが推論され得る。この場合、生徒にはこの間違いを回避することが可能であったはずであり、彼は間違いの張本人 (Urhäber) である。「心構え」の不足は「答責性の出発点」であるという。<sup>(34)</sup>

これを違法性の錯誤の事例に置き換えてみると、違法行為を回避して適法行為を選択するための能力を有しているにも拘わらず違法な態度に出た行為者は、法に従うための「心構え」を欠いていたのであり、それゆえ違法行為に出るといふ意思決定は彼に帰属する、ということになる。Velten に拠れば、この法に忠実であるための「心構え」は、これを有する行為者が自らの態度をめぐる法的状況に疑念を抱くことを可能にするものであり、「私は法に忠実な態度を取るつもりである」との具体的な認識である必要はない。そして、このような「心構え」を有する者のみが、

知らない規範にも従うことができるという。<sup>(35)</sup>

すなわち、規範の名宛人である国民は、法を遵守することを求められていると言える。法秩序は、規範の名宛人に對して法の遵守を呼びかけている。刑法の機能を専ら裁判規範ないし制裁規範としてのそれに求めるのでない限り、<sup>(36)</sup>法は規範の名宛人たる国民に對してその遵守を要請する、ということをお否定し得ないはずである。

確かに、法を遵守するつもりがなくとも結果的に適法な態度を選択していた、ということはあり得る。しかし、法に従う準備のある者が、これを欠く者に比してより高い確率で違法行為を回避し得ることは否定できない。一般に、法に従うつもりがなければこれを遵守することはできない、とすることができよう。これを裏返せば、法を遵守しなかつた場合には原則として法に従うための準備が欠けていたという評価を下し得る、ということになる。それゆえ、違法な態度に出た行為者には、法に忠実であるための「心構え」を有していれば、自らの態度の違法性を認識し当該行為を思い留まることができたはずだ、との評価が可能なのである。<sup>(37)</sup>例えば、行為者の職務に関する規範について、行為者は具体的な規範の存在については知らなかつたが、自らの職務について規制する法令が存在することは知つていた場合には、当該行為者には一旦行為を思い留まることが可能であるし、調べたり問い合わせたりすることも充分に期待し得るのであり、当該規範に従うことはできたはずである。具体的な規範に関する知識或いは理解を欠いていない場合であっても、法に忠実であるための「心構え」を有していれば適法行為を選択し得たはずであると言えるならば、彼に對する非難可能性を肯定することができることになるのである。

但し、実際の違法性の認識可能性判断においては、当該行為者が法に忠実であるための「心構え」を實際に有していたか否かは重要でない。無論、この法に忠実であるための「心構え」は、国民に「法を知る義務」があることを意

味するものでもなく、またドイツ連邦裁判所（以下、BGHと略記する）が重視する「良心の緊張」とも異なるものである。法に忠実であるための「心構え」の要請は、刑法の行為規範性から導かれるが、<sup>(38)</sup>これは、国民は積極的に法を知る必要はないが、違法な態度を選択することのないよう心掛けるよう要請されている、<sup>(39)</sup>ということを意味するに過ぎない。違法性の錯誤に陥って行為した者が規範を遵守し得たか否かは、当該行為者が法に忠実であるための「心構え」を有していたことを前提として問われるのである。<sup>(40)</sup>

しかしながら、国民に対してこのような「心構え」を無制限に要求することはできない。Veltanに拠れば、国民がある態度に出る際に、当該態度が適法か否かについて瞬間的に知らせてくれるような機関（Instanz）は存在しない。<sup>(41)</sup>にも拘わらず、刑法の威嚇効果は客観的に刑法に違反する態度にだけでなく、規範の名宛人の観点から見れば「違法かも知れない」態度の全てに及んでいる。それゆえ、国民が法律違反を無条件に回避しようとすれば、客観的には適法な態度であっても常にこれを思い留まらなければならなくなり、広範囲に亘って行動の自由を制限されることになる。<sup>(42)</sup>正当な行動の自由を放棄してまで法に忠実であるよう要求することは、違法性の錯誤から生じる不利益を一方的に国民に負担させることになるのである。<sup>(43)</sup>

また、法に忠実であるための「心構え」を持っていてもなお適法行為を選択することが不可能な場合もあろう。例えば、道路交通法上の一時停止義務があるにも拘わらず、自動車教習所の教官及び地元の警察官も、優先通行権があるものと誤信して行為していたという場合には、<sup>(44)</sup>たとえ照会したとしても違法性の疑いは生じ得ないであろう。或いは、行為者が自らの態度の適法性につき疑いを抱き、公的機関に問い合わせたが、得られた情報が誤っていた、という場合も考えられる。これらの場合には、行為者にとって違法性を認識することが「可能であったはずだ」とは言え

ない。換言すれば、法に忠実であるための「心構え」を有していたとしてもなお違法性を認識し得なかった場合にのみ、違法性の認識可能性が否定され、責任阻却が導かれ得るのである。<sup>(45)</sup> それゆえ、上述の Jakobs 及び Low が主張するような規範の分類を支持することはできない。「刑法典と特別刑法」による区分であれ、「主観的権利を保護する規範と利益のみを保護する規範」による区分であれ、規範の分類自体に意味はない。重要なのは、一定の規範については知っていることを国民に要求することが過度の負担となる場合がある、ということのみである。

ところで、「法秩序に対する行為者の態度」を重視する積極的一般予防論<sup>(46)</sup>に対して、次のような指摘がある。すなわち、行為者の規範に対する態度を問題とするならば、行為者が規範を知らなかったというだけでは免責されないのは規範を知る義務を負うからであり、その際に規範を知る義務があることを知らなかったというだけでは免責されないのは規範を知る義務を知る義務を負うからであるということになり、「義務の塔の構築」が無限に遡及されることになる、<sup>(47)</sup> というのである。これは、少なくとも本稿の立場には当てはまらない。なぜなら、既に述べたように、行為者に「心構え」が欠けていたとしても違法性の認識可能性が否定される場合は存在し得るのであり、法に忠実であるための「心構え」を持つ「義務」が想定されているわけではないからである。このような「心構え」は、一般予防的な観点から要請されるものではない。法に忠実であるための「心構え」は、このような「心構え」を有していれば適法行為を選択し得たはずであるという状況であれば非難可能性がある、という仮定的判断のための前提に過ぎず、行為者がこの「心構え」を実際に有していたか否かは問題とならない。そもそも、違法性の認識「可能性」説に立つ限りにおいて、いずれの見解もこのような前提を認めているのではないだろうか。行為者が実際には違法性を認識していなかったにも拘わらず、これを「可能であったはずだ」と評価する場合には、多かれ少なかれこのような「擬制」

が働いていると考えられるのである。法に忠実であるための「心構え」は、積極的一般予防を重視する立場が主張する「法的忠誠 (Rechtstreue)<sup>(48)</sup>」或いは「規範意思」<sup>(49)</sup>とは異なるものである。

### 三 国家の負担

#### 1 法の周知

以上に見たように、国民は法に忠実であるための「心構え」を欠く場合には刑罰という不利益を被るのであり、このような意味において「法を知る」ことについての負担を課せられていると言える。では、国民の自由を保障し、一方的な負担を強いることのないようこれを適切に分配する場合、国家に課せられるべき負担とは如何なるものなのであろうか。

行為者が違法性を認識し得たと言い得るためには、当該規範が国民にアクセス可能且つ理解可能でなければならぬ。すなわち、行為者には、意思決定の段階で違法性を認識するための機会が与えられていなければならない<sup>(50)</sup>。裏返して言えば、このような機会を与えられていなければ、たとえ行為者が法に忠実であるための心構えを有していたとしても、違法性を認識することは不可能か、或いは非常に困難だということになる。そして、このような機会を国民に提供することは国家の責務である。「国家は、法を国民に周知徹底させる努力をしなければならない」<sup>(51)</sup>のである。

規範が国民にアクセス可能且つ理解可能である場合には、規範の名宛人は、自らの法的知識及び認識能力を投入することを要求される。この場合には通常、違法性の錯誤は重要でない。これに対して、国民が規範を知り得ない場合、或いは規範が国民にとって理解不能である場合には、当該規範に関する錯誤を国民に帰属することはできない。法に

忠実であるための「心構え」は、国家が法を周知徹底していることを前提としてのみ国民に対して要請され得る。例えば、行為時には法令を掲載した官報が未だ行為者の居住地に到着していなかった<sup>(52)</sup>、というような場合には、行為者に対して当該法令を遵守するよう要請することはできないであろう<sup>(53)</sup>。

したがって、国家は、規範を国民に理解可能な形で周知する義務を負い、さらに、これを怠った場合には法に違反した国民に対してこれを非難することができない、というリスクを負っていると言いうことができよう。違法性の認識可能性は、「国家の側の事情と行為者の側の事情との、いわば緊張関係によって」<sup>(54)</sup>決定されるのである。

## 2 行為者による照会行為

では、「負担の適切な分配」という観点から違法性の認識可能性を捉え直した場合、行為者が行った照会は、その判断において如何なる意味を持ち得るのであろうか。

第二章での検討から、次のことが明らかになった。まず、BGHの判例に見られるような照会「義務」の存在は否定されなければならない。また、学説の殆どは回避可能性にとって「照会行為と錯誤回避との仮定的因果関係」が必要であるとするが、このような要件の根拠も不明であった。それゆえ、違法性の認識可能性判断においては、実際に行われなかった照会は何ら意味を持たないと考えるべきである<sup>(55)</sup>。

これに対して、行為者が実際に行った照会行為は、行為者の有利に取り扱っても良いと考えられる。照会の結果、自らの企図した態度は違法でないとの結論を得た者に、当該態度を思い留まるよう期待することは不可能である。確かに、行為者は当初、自らの態度について違法ではないかとの疑いを抱いたのであるから、この時点では当該行為者に違法性の認識可能性を肯定することができる。しかし、違法行為を回避するべく適切に努力した者になお処罰の危

險を負わせることは、余りにも大きな負担である。そこで、照会を、規範の名宛人が自らの自由な行動の余地を拡大するための手段と解する Veltén の見解が参考になると思われる。<sup>(56)</sup>

照会は、提供された情報が誤っているかも知れないというリスクを伴う。情報提供者に対して常に正しい助言を期待することができないだけでなく、法状態が不明確であるために情報提供者自身が正しい情報を持ち得ないことも考えられる。<sup>(57)</sup> このようなりスクが高まれば高まるほど、国民は自らの行為計画を放棄せざるを得なくなり、その分、国民の自由な活動も制限されることになる。<sup>(58)</sup> そこで Veltén は、国家がこのような照会のリスクを負うべきであるとするのである。<sup>(59)</sup> 公的機関の担当者が誤った情報を提供した場合、国家がこれに対する答責性を有することは、我が国においても比較的広範に認められている。<sup>(60)</sup> しかし、Veltén に拠れば、公的機関だけでなく、例えば弁護士のように国からその資格を与えられている者についても同様であるという。国家は、公的機関の担当者や弁護士が誤った情報を国民に示すことがないように、教育を徹底したり、許可を制限したりする責務を負っているというのである。<sup>(61)</sup>

民間の機関への照会については、これを行為者の負担を軽減するための資料としては意味を持たないとする見解もある。<sup>(62)</sup> しかし、法的な素人には情報提供者の判断能力を判定することはできないのであるから、素人が当該情報提供者につき専門知識を有しており公正であると考えることができたとすべきである。<sup>(63)</sup> 弁護士或いは税理士といった国家資格には、国家が他の国民に対してその専門知識を保障する、という意味合いも含まれているのではなからうか。また、このような資格者の業務は法律で規定されており、彼らによる情報は、その濫用或いは不注意から保護されている、<sup>(64)</sup> という事情も考慮できよう。民間の機関であっても、少なくとも公的に資格或いは許可を与えられている者については、公的機関と同様に形式的に照会者の信頼を保護すべきである。国民はその資格を信頼して助言を

求めるのであるから、資格を与える以上、国家にはその者の専門知識及び業務について一定の答責性を有すると考えられるのである。

国家は、行為者が適切に照会しさえすれば正しい法情報を入手し得るような環境を整えなければならない。それゆえ、これもまた、国民が「法を知る」ことに關して国家に課せられるべき負担なのである。国家の側が法を知るための機会を奪っている場合には、国家が行為者を非難することは許され<sup>(65)</sup>ない。このことを国民の側から見ると、行為者が自らの態度の法的な評価を知り得ない場合には、情報を提供する能力があると形式的に認められる機関に問い合わせをすることによって、自らの負担を軽減することができる、ということになる。適切な照会は、行為者の免責される余地を拡大する効果を持つのである。

### 3 規範の内面化

さて、これらの場合以外にも、法に忠実であるための「心構え」を有していてもなお行為者には違法性を認識して行為を思い留まることができなかった、と考えられる場合は存在する。例えば、文化的に全く異なる社会で育つたために、当該社会では一般に知られている規範を知らない、或いは当該活動における経験が乏しいために、当該職務従事者であれば知り得たであろう規範を知らず、自らの態度が違法であるとは思いつかない場合がある。然るに、このような行為者に完全な責任を認め、処罰することは妥当でない。法に忠実であるための「心構え」を持つ者に対しては、当該態度が違法であることを知らしめれば足り、敢えて刑罰を以て対処するまでもないのであって、特別予防の必要性は認められない。また、このような行為者に対する処罰は行きすぎた一般予防であり、新しい活動領域に参加しようとする国民を萎縮させてしまう<sup>(66)</sup>。それゆえ、このような場合にも違法性の錯誤を国家の負担において解決

することが許されると考えられるのである。

では、如何なる場合にこのような事情が認められるのであろうか。ここで、再び *Velten* の見解を見てみることにする。

*Velten* は、禁止の錯誤の回避可能性判断において、まず、当該構成要件該当行為が行為者の非職業的な活動領域においてなされたのか、或いは職業的な活動領域においてなされたのかを区分する。その上で、それぞれの領域において行為者は如何なるルールに従っていれば良いか、という観点から基準を立てる。この区分は、規範の種類にはなく行為者の活動領域に従って行われるという点で、上述の *Jakobs* 及び *Low* による規範の分類とは異なる。*Velten* に拠れば、非職業的な活動領域には、全ての私的な活動、及び職務の遂行として或いは組織化された形態で行われるものを除く社会的な活動が含まれる。<sup>(67)</sup>

そして、*Velten* は、人が参照し得るルールには、シナリオ (*Skript*)、法準則 (*Regel*)、基本原理 (*Prinzip*) があるとす。シナリオとは、日常生活における行動パターンであり、通常はそれに従って行動すべきモデルのようなものである。例えば、買い物の際の「パンを二つ欲しいのですが」という所望は、日常生活においてはおよそ贈り物の要請とは考えられない。<sup>(68)</sup> また、住民登録課の役人が住民登録を行う際に従う一定の型通りの手順のようなものもシナリオであるという。したがって、シナリオとは、人が成長の過程において、或いは社会生活において習得していく慣習或いは共通理解のようなものを指すと考えられよう。*Velten* に拠れば、このようなシナリオは日常生活を支配しており、ごく例外的な場合を除いて法に合致しているという。<sup>(69)</sup> 人々は、経験的に獲得されたシナリオに従って行動している限り、日常生活において具体的な法規に触れることは殆ど考えられない。したがって、職業的な活動

領域においても、また非職業的な活動領域においても、日常的な活動であれば、人はシナリオに従って行動すれば良いことになる<sup>(70)</sup>。違反が社会的に広く定着している場合には、シナリオが具体的な法規に違反していることもあり得るが、この違反は、「一般的な有効性の欠如及び回避不可能な誤りの現れ」であり、このようなシナリオに従った場合の禁止の錯誤は回避不可能であるという<sup>(71)</sup>。

これに対して、法準則に従って行動することが求められるのは、日常的な活動を除く職業的な活動領域である。この領域においては、原則として法準則は完全に習得され、かつ精通され得る<sup>(72)</sup>。人が自らの職務に関連する新しい法準則に関する情報を得た場合、或いは少なくともそのような法準則が存在することを知っている場合には、具体的な法準則を参照することが求められるという<sup>(73)</sup>。

基本原理は、個々の法準則の根底に存在し、その根拠を示すものであるという<sup>(74)</sup>。基本原理に従った態度は、誤りを生じさせやすい<sup>(75)</sup>。しかし、Valten は、非職業的領域においてシナリオに従うことができない場合には、これに依拠することが可能であるとする<sup>(76)</sup>。この領域において基本原理に従って行為したが、具体的な法規には違反していたという場合には、行為者は免責され得るのである。

Valten に拠れば、各活動領域において行為者がこれらの適切な種類のルールに従った場合には、錯誤は回避不可能である。これに対して、行為者が適切なルールに従っていないなかった場合には、①従うべきルールを適切に選択していれば正しい結論を導き得たか否か、そして②これに従うことが可能であったか否かを検討し、これらが肯定される場合には錯誤は回避可能である<sup>(77)</sup>。また、いずれの領域においても、シナリオ或いは基本原理が機能しない場合には調査或いは照会を行うことができるという。

この見解に対しては、「違法性」の認識可能性判断において、なぜシナリオ及び基本原理といった法規以外のものを援用し得るのか、ということを描し得る。確かに、日常生活におけるシナリオは、実際には殆どが法規と一致しているであろう。基本原理もまた、法規の根拠を示すものである。したがって、事実として、シナリオ或いは基本原理に従っていけば違法性を認識し得たであろうと考えられる場合も存在すると思われる。しかし、このことを以て違法性の認識可能性を肯定することはできない。なぜなら、違法性の認識対象は、少なくとも法律上の禁止・命令でなければならぬからである。<sup>(78)</sup> この見解からは、違法性の認識の内容を前法律的な規範違反の認識で足るとすることになり、このような基準は支持し得ない。

ところで、適切な負担の分配という観点から、「行為者による規範の内面化」に着目し得ることは既に述べた。<sup>(79)</sup> Velten の見解は、当該構成要件該当行為が行為者にとってどのような意味を持つ活動であるかという点に着目し得るのではないか、との示唆を与えてくれる。すなわち、規範の内面化を行為者に期待し得るか否かは、当該規範が何を保護しているかといった規範自体の性質ではなく、当該規範に違反する態度が行為者のどのような活動であるのかによって判断し得ると考えられるのである。

規範の内面化を期待し得るのは、まず、日常生活における活動の場合である。家庭及び学校での教育、或いはマスメディアを通じて得られる情報から獲得され得るような規範に関する活動がこれにあたりと考えられる。例えば、買い物の際に正当な理由なく代金を支払わないことが違法であるという認識は、生活経験上獲得され得る。確かに、このように内面化が期待され得るのは、刑法の中核領域に属する規範が多い。しかし、拳銃或いは麻薬の所持のように本来は中核領域に属しない場合でも、その禁止が社会に広く認識されているならば、当該社会の参加者に対して、そ

の内面化を期待することができる。また、特に職業に関する経験も考慮に値する。一般人にとっては馴染みのない活動であっても、当該行為者が経験を積んだ活動領域であるならば、このような活動に関する規範について内面化を期待し得るのである。したがって、注意しなければならないのは、規範の内面化は誰に対しても一律に期待し得るものではない、ということである。つまり、行為者の年齢、教育、生活及び職業領域等を考慮して、その規範の内面化が「当該行為者にとって」期待し得るものであるか否かが判断されなければならないのである。<sup>(80)</sup>

他方で、行為者にとって馴染みのない活動領域においては、規範の内面化を期待し得ない場合がある。例えば、当該社会に属する者にとっては日常の活動であっても、行為者が別の文化圏において社会化されたために、そのような活動には馴染みがない、という場合がある。<sup>(81)</sup> また、当該活動において初心者であるために、行為者に対して規範を知っていることを期待し得ない場合も考えられる。

規範が行為者にとって内面化を期待し得るものである場合、通常は法に忠実であるための「心構え」を有していれば違法性を認識し、適法な態度を選択することが可能であったと考えられるため、行為者には完全な責任が認められる。これに対して、行為者の活動が内面化を期待し得ない規範に関するものであるならば、法に忠実であるための「心構え」を有していてもなお違法性を認識することが困難であると考えられる。したがって、この場合には免責の余地が生じるのである。

- (1) *Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., 1993, § 17 Rn. 1, 18ff.
- (2) *Jakobs, a. a. O.*, § 19 Rn. 6ff.; so auch *Lesch, Die Vermeidbarkeit des Verbotstittums*, JA 1996, 607ff.
- (3) *Jakobs, a. a. O.*, § 19 Rn. 7f., 38f.
- (4) *Jakobs, a. a. O.*, § 19 Rn. 11f., 38f.

- (5) *Jakobs, a. a. O., § 19 Rn. 10.*
- (6) *Jakobs, a. a. O., § 19 Rn. 40.* 規範の周辺領域に関する錯誤において「行為者の態度が実定法の妥当を相容れず、錯誤が偶然にも、他のシステムにも帰せられ得ない場合」には、照会のための契機が存在するという (a. a. O., § 19 Rn. 40f.)。なお、石井徹哉「責任判断としての違法性の意識の可能性」早稲田法学会誌四四卷 (平成六年) 五六頁以下参照。
- (7) 例えば、ドイツ連邦裁判所は一九七六年八月一二日半決において、刑法二二三条の単純身体傷害罪につき禁止の錯誤の回避可能性を否定している (BGH JZ1977, 653ff.)。本判決については、林弘正「禁止の錯誤の回避可能性の判断基準——西ドイツにおける近時の判例について——」常葉学園富士短期大学研究紀要創刊号 (平成三年) 五頁参照。
- (8) *Jakobs* の見解は結局、違法性の認識に関する自然犯・法定犯区別説とほぼ同様の結論に至ると考えられる。我が国で自然犯・法定犯区別説を採用するのは、牧野英一『刑法総論下巻』(全訂版) (昭和三四年) 五九〇頁、八木胖『刑法における法律の錯誤』(昭和二十七年) 三〇二頁、八木國之『新派刑法学の現代的展開』(昭和五九年) 九〇頁。林弘正「違法性の意識に関する自然犯法定犯区別説についての一考察」八木國之先生古稀祝賀・刑事法学の現代的展開〔上〕一八二頁以下も参照。
- (9) このような区別を行う見解については、siehe *Löw, a. a. O., S. 261 Anm. 1251*。
- (10) *Löw, a. a. O., S. 58.* なお、これは直接的には *Jakobs* と同様の見解を主張する *Lesch* に向けられた批判である。管轄理論自体については、siehe a. a. O., S. 59ff.
- (11) *Jakobs, a. a. O., § 17 Rn. 21.*
- (12) 機能的責任概念に対する批判については、vgl. *Rozin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 3. Aufl., 1997, 19 Rn. 33ff., usw.*
- (13) *Löw, Die Erkundigungspflicht beim Verboisirtum § 17StGB, 2002, S. 260f., 272f.*
- (14) *Löw, a. a. O., S. 269, 282f.*
- (15) *Löw, a. a. O., S. 284.*
- (16) *Löw, a. a. O., S. 273.*
- (17) *Ebenda.*
- (18) ここで言う「熟慮」はBGHが採用しているメルクマールの一つであるが、*Löw*はこれを「良心の緊張」に代えて用いる

べきだと主張する。なぜなら、良心から認識が生じることはあり得ず、人は精神的な認識活動である「熟慮」によってのみ、自らの態度が法秩序に合致するか否かとの問いに対する答えを導くことができるからである、という (a. a. O., S. 282)。

- (19) Löw, a. a. O., S. 272.
- (20) Löw, a. a. O., S. 286.
- (21) Löw, a. a. O., S. 288f.
- (22) 例えば行政法規であっても、その制定後長期間が経過することにより、当該禁止が国民の意識に定着することもある (福田平『行政刑法』〔新版〕(昭和五三年)一八八頁、板倉宏『租税刑法の基本問題』(昭和三六年)一三七頁、松原久利『違法性の意識の可能性』(平成四年)八四頁)。
- (23) Löw, a. a. O., S. 282.
- (24) したがって、日本における規範の中核領域とドイツにおけるそれとが異なっていることも考えられる。
- (25) Löw, a. a. O., S. 261.
- (26) Löw, a. a. O., S. 255.
- (27) 平成一三年に「支払用カード電磁的記録に関する罪(刑法一六三条の二―一六三条の五)」が刑法典内に新設されたが、これは一つの例外であると言えよう。
- (28) Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, II-2, S. 52ff. なお、規範的責任論の展開と違法性の認識との関連について、福田平『違法性の錯誤』(昭和三五年)二九頁以下、四七頁以下及び五三頁以下参照。
- (29) Binding の見解に反対して違法性の認識を不要とする立場に立つ Lucas、Heinemann 及び Kie は、一方で規範説を批判しながら、他方では違法性の意識を故意の要件でないとすることの政策的意義を主張しており (福田・違法性の錯誤四一頁)、また、違法性の認識可能性説に立つ Hippel も、「この問題の解決は、ただ実質的、刑事政策的見地からのみなされるものである」と述べているという (八三頁)。
- (30) Frisch はドイツ刑法一七条一文につき、処罰の間隙、非常に軽率に規範を誤認した行為者、或いは違法性の認識の立証といった諸事情に鑑みれば、立法者にとっては責任説が故意説よりも魅力的であったに過ぎないとして、理論的には嚴格故意説が正しいと主張する (第二一回特別研究会「不法の主観化と錯誤論」ノモス (関西大学法学研究所) No. 八 (平成九年))。

年)二一九頁以下の報告・ヴォルフガンク・フリッシュ「ドイツにおける錯誤論の発展と現状」及び質疑応答、特に二三六頁、二三八頁、二四一頁参照)。

(31) 中義勝『講述犯罪総論』(昭和五五年)一七五頁。

(32) ここで注意しなければならないのは、違法性の認識可能性に言う「可能性」とは、「可能であった」という事実的言明ではなく、「可能であったはずだ」という規範的言明である、ということである(高山佳奈子『故意と違法性の意識』(平成一年)二七三頁参照)。行為者にとって違法性を認識することが純粹に事実的に「可能であったか否か」を問うことはできない。実際に違法性を認識することができなかったからこそ、行為者は違法性の錯誤に陥ったのである。問題となるのは、規範に関する知識及び理解を欠く行為者が「違法性を認識し得たか否か」ではなく、このような行為者に対して「それでもなお適法行為を選択し得たはずである」と言い得るか否かである。

(33) Velten, Normkenntnis und Normverständnis, 2002, S. 22f.

(34) Ebenda.

(35) Velten, a. a. O., S. 22.

(36) 石井・前掲論文五一頁は、刑法の行為規範性を重視する立場と積極的一般予防論との親和性を指摘し、消極的一般予防論の立場から、「刑法法規から導出される刑法規範は裁判規範性ないし制裁規範性を有するものとすべきであ」とする。吉岡一男「刑法の機能と犯罪論の課題」福田平博士・大塚仁博士古稀祝賀・刑法学の総合的検討〔下〕(平成五年)四五頁以下も参照。

(37) Velten, a. a. O., S. 449f.

(38) 無論、刑法規範の裁判規範性を否定する趣旨ではない。

(39) Vgl. Kunz, Strafausschluss oder Milderung bei Tatveranlassung durch falsche Rechtsauskunft?, GA1983, 463, 466. 鈴木茂嗣『刑法総論〔犯罪論〕』(平成一三年)八八頁以下に言う「順法努力」も同旨であると思われる。

(40) Velten, a. a. O., S. 447.

(41) Vgl. auch Kunz, a. a. O., 467.

(42) Velten, a. a. O., S. 315.

- (43) Ebenda.
- (44) BGH VRS14 (1958), 30.
- (45) *Velten*, a. a. O., S. 449.
- (46) *Roxin*, *Ungeklärte Probleme beim Verbotssittum*, in: *Hirsch*(Hrsg.), *Deutsche-spanisches Strafrechtslehrekolloquium 1986, 1987, 83; ders.*, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, in: *Festschrift für Henkel*, 1974, 183; 林幹人『刑法の基礎理論』(平成七年)一四頁及び二二頁以下。
- (47) *Armin Kaufmann*, *Schuldfähigkeit und Verbotssittum*, *Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs 1960*, in: *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, 329f.; 石井・前掲論文六六頁、高山・前掲書二五八頁及び二七九頁注(三九)の諸文献参照。
- (48) *Jakobs*, a. a. O., § 17 Rn. 1.
- (49) 林・前掲書一頁以下、同『刑法総論』(平成一二年)四四頁。
- (50) 高山・前掲書二六八頁参照。
- (51) 一九六二年アメリカ模範刑法典二・〇四条三項aは、違法性の認識は犯罪の要素ではないとする二・〇二条九項に対する制限的例外の一つとして、「行為者がその罪を定めた制定法その他の成文法規の存在を知らず、かつ、訴追された行為の時にまでにその法令が公布されず、その他知りうべき状況になかったとき」には、自らの行為が法律上罪にならないと信じたことが抗弁となり得るとしている(訳文は、藤木英雄訳・刑事基本法令改正資料第八号「アメリカ法律協会 模範刑法典(一九六二年)」による)。これについては、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)二六八頁、松原・前掲書七一頁、七四頁注(二)を見よ。なお、石井・前掲論文七二頁、内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅰ』(平成三年)一〇三八頁以下、林(幹)・総論三三三頁も参照。
- (52) 大判昭和一四年二月二八日刑集一八卷六三頁。本判例の評釈には、登石登「省令の施工力と官報の到達」刑事判例評釈集第二卷(昭和一七年)三四頁以下がある。
- (53) 福田・行政刑法一九〇頁、内藤・前掲書一〇三八頁は、本件においては被告人は新聞によって官報の内容を知ることができたのであり、少なくともこの違法性の認識可能性を肯定しうる場合である、とする。
- (54) 平野・前掲書二六八頁。

- (55) *Puppe*, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Bd. 1, 2002, § 33 Rn. 24.; 石井・前掲論文七二頁以下、高山・前掲書三三六頁以下。
- (56) *Velten*, a. a. O., S. 382f., 456.
- (57) *Velten*, a. a. O., S. 378.
- (58) *Velten*, a. a. O., S. 392.
- (59) *Velten*, a. a. O., S. 395.
- (60) 例えば、松原・前掲書七九頁、齋野彦弥『故意概念の再構成』(平成七年)二一六頁、高山・前掲書三四八頁、清水真「事前法令照会制度と経済刑法犯における違法性の錯誤」東亜法学論叢第八号(平成一五年)五頁、山中敬一『刑法総論Ⅱ』(平成一二年)六二八頁、山口厚『刑法総論』(平成一三年)二一七頁。判例においても、この場合には行為者の責任阻却が比較的広く認められている。例えば、大判昭和一四年三月二九日刑集一八卷二五八頁、大阪公判昭和三年一月二八日判時九九号二七頁、東京高判昭和五五年九月二六日高刑集三三卷五号三五九頁(石油ヤミカルテル事件)。なお、上述の一九六二年アメリカ模範刑法典は、二・〇四条三項 a に定める場合と並んで、「相当の理由に基づき、(I) 制定法その他の成文法規、(II) 裁判所の決定、意見または判決、(III) 行政命令または許可、あるいは、(IV) その罪を定める法律の解釈、運用または執行について法律上の責任を有する公務員または公の機関の公式見解に包含された公の法律見解を信頼して行為したが、後にその法律見解が無効または誤謬とされたとき」にも、自らの行為が法律上罪にならないと信じたことが抗弁となり得るとしている(二・〇四条三項 b)。これについては、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)二六八頁、松原久利『違法性の意識の可能性』(平成四年)七一頁、七四頁注(二)を見よ。
- (61) *Velten*, a. a. O., S. 393, 395, 457.
- (62) 平野・前掲書二六九頁、内藤・前掲書一〇四一頁。これに対して、ドイツの判例・学説は一般に、私人もまた信頼に値する情報提供者となり得ることを認めている。
- (63) *Neumann*, *Die Schuldlehre des Bundesgerichtshofs — Grundlagen, Schuldfähigkeit, Verbotstatum*, in: Roxin und Widmaier (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. 4. *Strafrecht, Strafprozessrecht*, 2000, S. 105
- (64) *Velten*, a. a. O., S. 395.

- (65) 高山・前掲書三一九頁参照。
- (66) *Velten*, a. a. O., S. 315f.; *Kunz*, a. a. O., 467.
- (67) *Velten*, a. a. O., S. 459.
- (68) *Velten*, a. a. O., S. 58f.
- (69) *Velten*, a. a. O., S. 71.
- (70) *Velten*, a. a. O., S. 59.
- (71) *Velten*, a. a. O., S. 61.
- (72) *Velten*, a. a. O., S. 63.
- (73) *Velten*, a. a. O., S. 463.
- (74) *Velten*, a. a. O., S. 64. 法準則と基本原理の相違について *Deorquin*, Taking rights seriously, 1977, pp. 24-28 (木下毅他訳『権利論』一七頁以下)を参照。

- (75) *Velten*, a. a. O., S. 68.
- (76) *Velten*, a. a. O., S. 460.
- (77) *Velten*, a. a. O., S. 464f.
- (78) ドイツ及び我が国の通説とも。例えばドイツでは *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Aufl., 1993, S. 540; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. neubearbeitete Aufl., 2001, § 17, Rn. 2; *Roxin*, a. a. O., Rdn. 13; auch BGHSt 2, 194, 196 u. 202; BGHSt 4, 236, 243. 日本では *木村亀一*『刑法総論』〔阿部純一増補〕(昭和

四八年)三〇八頁、川端博『刑法総論講義』(平成七年)四一四頁他。

この点は本稿の検討課題とするところではないが、近時、我が国において主張されている、「可罰性の認識」までには必要ではないが「刑法的禁止の認識」が必要であるとの見解(高山・前掲書一九七頁以下、山口・前掲書二一六頁)につき若干のコメントを付しておきたい。高山は、違法性の認識の内容を論じる際には、ドイツでは違法性一元論が支配的であるのに対して、日本では違法性が相対的に理解されている点を考慮しなければならず、両国における議論を容易に同視すべきでない」と指摘する。その上でドイツの通説が体系上の「違法性」が法秩序一般に亘るものとし、違法性の認識の対象を「一般的

な法的禁止」とする場合には、両者の「違法性」の内容を同一のものと考えることができるが、日本の多数説のように体系上の「違法性」について相対性論を採るならば、違法性の認識の内容を犯罪論体系上の「違法性」に満たない内容で足りるとするものであるとする(二八六頁以下)。しかし、これら二つの「違法性」は別の次元において論じられるべき問題であろう。違法性の認識(可能性)の問題は、行為者が犯罪成立の要件である行為の「違法性」を認識している(し得る)か否かという問題ではない。違法性の認識にいう「違法性」の内容は、「どのような内容を持つ対象の認識あるいは認識可能性が、行為者の責任非難を十分なものとするか」という観点から「明らかにされるべきである(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)二〇六頁以下)。それゆえ、日本において違法の相対性を肯定しても、「法律によって禁止されていること」の認識(の可能性)があればその行為を思いとどまることができたとするならば、なおドイツの通説と同様に「一般的な法的禁止の認識」で足りるとすることは可能なように思われる。また、そもそも日本において「違法性の相対性」説が支配的であるかについて疑問がある(佐伯千仞『刑法における違法性の理論』(昭和四九年)一二頁、山中・前掲書四〇〇頁以下参照)。さらに高山は、体系上の『違法性』について『可罰的違法性』論をとる場合にも、違法性の意識を「刑法的禁止」の認識とすることが可能であるとしている(二九七頁)。だが、一般に「可罰的違法性」とは刑罰という強力な対策を必要とし、且つまたそれに適するような質と量とを有する違法性を言う(佐伯・前掲書一六頁)。このような「可罰的違法性」を認識することが、高山のいう「刑法的禁止の認識」と一致するとは思われない。また、たとえ犯罪論体系上の「違法性」と違法性の認識対象である「違法性」が一致するとしても、法律的素人である一般人がそのような「違法性」の認識を持ちうるかという問題が生ずる。高山は、日本では『法律による禁止』といえ、その大部分は刑法によるものを意味することになり、「素人にとっては『違法』といえは多くは刑法(条例を含む)のそれであり、刑法上の違法性の認識を基準とすることは、実体的にも認定の上でも、さほど多くの問題を生じないのではないか」としている(二八九頁以下)。しかし、そうであれば、逆に「一般的な法的禁止の認識」で足りるとすることも可能ではないだろうか。

(79) 本章一の2。

(80) したがって、規範の性質による分類を行う見解からは、外国人或いは職務の初心者による、中核領域の規範に関する違法性の錯誤は「例外的に」責任阻却を導くのに対して、私見によれば、彼らの活動は初めから「内面化を期待し得ない」として責任を阻却し得ることになる。

(8) Vgl. LG Mannheim NJW 1990, 2212. なお、特に外国人による禁止の錯誤に「*ius*」 vgl. *Laubenthal u. Baier, Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotstrümmen und Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung*, GA 2000, 205ff. (翻訳として、葛原力三・一原亜貴子〔共訳〕「外国人という属性によって条件付けられた禁止の錯誤とヨーロッパにおける法的統一の展望」関西大学法学論集第五一卷第四号(平成一三年)一五九頁以下がある。)

#### 第四章 違法性の認識可能性の判断

##### 一 判断の基準

以上の検討から、違法性の認識可能性判断においては国民と国家への「適切な負担の分配」という視座が有効であることが確認された。そして、このような観点から、違法性の認識可能性は次のように理解される。国民は法に忠実であるための「心構え」を持ち、法を遵守することを要請されている。それゆえ、通常は、行為者が構成要件の故意を有していれば違法性の意識の可能性があったことが認められる。単に法律を知らなかったというだけでは免責され得ない。

しかし、法に忠実であるための「心構え」を有していてもなお行為者には違法性を認識して行為を思い留まることのできなかった、と考えられる場合にまで処罰のリスクを負わせることは、過度の負担である。国家は規範を明確にし、これを国民に知らしめる責務を負っている。したがって、負担の分配の観点からは、規範の内容が不明確で国民に理解不可能な場合或いは国家自身が規範の周知を怠っている場合には、違法性の錯誤を国民の負担において解決することが許されない。このような事実が認められる場合には、即時に、形式的に責任阻却が導かれるべきである。

国家が法を周知していることを前提とし得る場合には、規範が当該行為者にとって内面化を期待し得るものか否か

が検討される。ここでは、当該構成要件該当行為が行為者のどのような活動においてなされたものであるかが問われなければならない。行為者に対して内面化を期待し得るのは、私的及び職業的な日常生活における活動の場合である。これに関連する規範には、まず、主に傷害罪或いは窃盗罪、薬物に関する罪、銃刀法上の罪のように当該社会において成長する過程で習得されるものが挙げられる。また、新しい法律であっても、特にマスコミ等において話題になっているものであれば、一般には法知識を期待し得るであろう。職業上の活動においては、経験豊富な場合、或いは当該活動に関して資格或いは許可を受けている場合などが考えられる。反対に、行為者の活動がこのようなものでない場合には、当該規範の内面化を期待し得ない。

規範の内面化は、行為者の年齢、教育の程度或いは職業等の事情を考慮して、行為者毎に判断されなければならない。とは言え、行為者の立場に置かれた一般人・平均人を標準とせざるを得ないであろう。<sup>(82)</sup>そして、当該規範が行為者にとって内面化を期待し得ないものである場合には、行為者が法に忠実であるための「心構え」を有していても違法性を認識することはできなかったであろうと考えられるため、これを行為者の負担とすることはできず、責任阻却の余地が認められるのである。

また、行為者が一旦自らの態度の適法性につき疑いを抱いたが、これを解消すべく照会した場合にも、免責の可能性がある。適切な情報提供者としては、当該問題に所轄を有する公的機関の他に、弁護士或いは税理士等、国家から当該問題につきその専門能力を保障されている民間機関が挙げられる。無論、同じ官庁の職員であっても、或いは弁護士同士を比較してみても、各人の専門知識及び能力に差異があることは否めない。また、中には職務に熱心でない者もいるかも知れない。しかし、このような事情は重要でない。国家は、適切に照会しさえすれば正しい法情報を入

手し得るような状況を国民に与えると共に、客観的に見て適切な情報提供者に対する照会者の信頼を保護しなければならぬのである。<sup>(83)</sup>

したがって、私見によれば、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、責任が阻却され得るのは次の場合である。

- ① 国家が法の周知を図るといふ責務を怠っているために行為者が当該規範を知り得なかった、或いは理解し得なかった場合。
- ② 行為者が認識していなかった規範が、その者にとって内面化を期待し得ないものである場合。
- ③ 行為者が自らの態度の適法性に疑いを抱いたために照会を行い、客観的に見て適切な機関から得られた情報を信頼して行為した場合。

## 二 具体的事案の解決

### 1 包丁式事件

以上の判断基準を具体的事案に当てはめると、どのような結論に至るのであろうか。まずは、いわゆる包丁式事件<sup>(84)</sup>を見てみよう。事案の概要は次のとおりである。

業務用刃物、はさみ、包丁等の製作・販売を行う有限会社の代表取締役であった被告人は、調理師Sから見本を示されて、これと同じ儀式包丁を製作してほしいとの注文を受け、これに応じて注文どおりの刃物一本を製作して販売したところ、銃砲刀剣類所持等取締法違反に問われた。儀式包丁とは、日本料理の世界で古来行われている「包丁式」

という儀式において使用される刃物のことである。被告人は、「本件刃物を四條心流の包丁式に使用するものとして製作し、所持したのであって、右所持が違法であるとの意識はなく、包丁式及び儀式包丁に関する被告人の知識からすれば、被告人が違法性の意識を持たなかったのは誠にもつともなことである」と主張した。

まず、刀の所持が禁止されていることは、我が国においては一般に内面化を期待し得るものであると言えよう。さらに、被告人が刃物の製造・販売業を営んでいるという事情を顧慮すれば、被告人には、一般人以上に銃刀法に精通していることが求められる。このような意味で、裁判所が、「被告人は、刃物の製作、販売を業とする者であるから、前記のような素材、形態及び性能をもつ危険な刃物を製作、販売するに当っては、右刃物が銃刀法上の刀（脇差）に当るか否かについて、特に慎重な検討と判断を求められる立場にあったといわなければならない」としたことは妥当であると考えられる。そして、私見によれば、この点のみを以て被告人に違法性の認識可能性を肯定することができ

る。  
なお、東京高裁は、「関係官庁（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。これは、かかる照会を行った場合には免責の余地を認めうる、という趣旨であれば是認し得る。

## 2 百円札模造事件

上述の百円札模造事件<sup>(85)</sup>は、表面が百円札に似たサービス券を作成しようとした被告人が、警察官の助言を受けた後にサービス券を作成し、さらにこれを警察署に持参したところ、特に違法性を指摘されなかったため当該行為を違法ではないと考えたことにつき、相当の理由があるか否かが争われた、という事案である。裁判所は、第一審から上告

審まで一貫してこれを否定している。当該事案では、被告人の行為を警察官の助言を得て当該サービス券の作成を開始した第一行為と、作成したサービス券を警察署に持参し、警察官等の好意的な態度に安心してさらにサービス券を増刷した第二行為に分けて考えなければならないであろう。

まず第一行為であるが、被告人は、当該サービス券の印刷を依頼した写真製版所から、「片面が百円紙幣の表面とほぼ同一のサービス券を作成することはまずいのではないか」と指摘されている。一度目に警察署に赴いた際には、通貨及証券模造取締法の条文を示されたうえ、紙幣と紛らわしいものを作るとは同法に違反することを告げられている。さらには、警察官からサービス券の寸法を変える、「見本」或いは「サービス券」という大きな文字を入れたりして紛らわしくないようにすればよいのではないか、との助言も受けている。この場合、製版所側から違法性の疑いを指摘された時点で、既に違法性の意識の可能性を認めて良いと思われる。

しかし、第二行為については若干事情が異なる。被告人が印刷されたサービス券を警察署に持参した際、警察官からこれを特に非難されたり、頒布を禁止されたりはしておらず、それどころか、警察官は被告人の持参したサービス券を所内で配布するなどしている。このような事情の下では、被告人が自らの行為を違法でないと考えても無理はないと言えるのではないであろうか。たとえ第一行為の際に違法性の認識が生じていたとしても、警察官の態度に接した被告人が、これを打ち消すことは十分に考えられるのである。<sup>(86)</sup>

最高裁は、被告人の「サービス券の警察署への持参行為は、署員の来店を促す宣伝活動の点に主たる狙いがあり」、「サービス券の適否について改めて判断を仰いだ趣旨」が認められない、と述べている。しかし、相手方が警察官である以上、その態度を信頼しないよう国民に要求することはできない。仮に、警察官が通貨及び証券模造取締法違反

の疑いを抱いたのであれば、その場で被告人のその旨を告知し、当該サービス券を頒布しないよう指示した上で、違法性を検討することが可能だったのではないであろうか。しかし、このような措置を執らずにサービス券を所内で配布すらしている点は、被告人に対して誤った法情報を提供した場合に等しいと考えられる。したがって、少なくとも第二行為に関しては、違法性の意識の可能性がなかったとして責任を阻却することが可能であったと思われるのである。<sup>(87)</sup>

### 3 マジックマッシュルーム事件

本事案は、いわゆるマジックマッシュルームを所持、施用した被告人が、麻薬及び向精神薬取締法（以下、「麻薬取締法」と略記する）違反に問われたというものである。<sup>(88)</sup>

マジックマッシュルームはサイロシピン、サイロシンを含有するきのこ類であるが、従来は麻薬取締法別表第一第七六号但書口によって同法二条一号にいう「麻薬」から除かれていたため処罰の対象とはならず、いわゆる合法ドラッグとしてその乱用が問題視されていた。しかし、麻薬取締法別表第二第四号に基づき平成一四年六月六日から施行されている「麻薬、麻薬原料植物、向精神薬及び麻薬向精神薬原料を指定する政令」（以下、「政令」と略記する）により同法二条四号にいう「麻薬原料植物」に指定され、マジックマッシュルーム自体が「麻薬」として扱われることとなったという経緯がある。<sup>(89)</sup>

本件において被告人は、平成一四年六月六日以降、マジックマッシュルームの所持、施用が違法となることを知らなかったと主張した。これに対して、横浜地裁は、①被告人が本件のマジックマッシュルームを購入する前日に、友人からマジックマッシュルームが同年六月六日以降違法薬物になると告げられていること、②被告人がマジック

マッシュルームを購入した店では、その所持及び施用が同年六月六日以降違法になる旨を警告する内容の貼り紙が掲示され、店員も販売の際には客にその点の注意をしていたこと、③ 本件の数か月前からマジックマッシュルームの所持、施用が違法になる旨の報道が繰り返しなされていたこと、④ 被告人は以前から合法ドラッグ等に興味があり、これに関する雑誌を購読したり、インターネットで情報を検索するなどしていたことを考慮して、「被告人が違法性の認識を有した上で本件各犯行に及んだことが合理的に推認される」と判断した。

裁判所が認定した事実のうち特に①は、被告人が違法性の認識を持ち得たことを示す有力な証拠となり得よう。また、②③④の事実を併せ考えれば、被告人は平成一四年六月六日以降マジックマッシュルームの所持、施用が違法となる旨の情報に容易に接し得たと言える。たとえ被告人が政令の施行日を知らず、よって本件マジックマッシュルームの施用時（同年六月一日）にこれが違法であることを実際に認識していなかったとしても、上記の事実から被告人には当該規範の内面化が可能であったと考えられるから、違法性の認識可能性を肯定することができる。

但し、仮に上記のような事実がなく、「マジックマッシュルームに幻覚作用があるのを知りながら所持及び施用」していたに過ぎない場合には、この点のみを以て直ちに違法性の認識可能性を肯定することはできないだろう。マジックマッシュルームは従来、「合法」ドラッグとして知られていたものであり、行為者がその所持及び施用を違法でないと感じていた場合には、これに幻覚作用があることを認識していたという点のみを以て、違法性を認識し得たと判断することはできないと思われるのである。

### 三 残された課題

以上の考察は、違法性の錯誤において、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責任が阻却され得るのかを焦点としているため、相当の理由の存否に関する判断基準については検討が粗略であることを認めない。これについては稿を改めて詳しく検討したい。

また、残された課題も多いが、まずは本稿の考察で得られた「適切な負担の分配」という観点が責任論一般に及ぼす影響について検討しなければならぬであろう。<sup>(90)</sup> 違法性の認識可能性の体系的位置付け或いは違法性の認識の内容といった諸問題についても、今後の検討課題とする。

(82) これに対しては、行為者「本人」にとって不可能を強いることになる、との批判もあり得るが、違法性の認識可能性説を採る限り、行為者本人を基準とすることはできない。また、仮に厳格故意説を採ったとしても、行為者自身が「適法だと思っていた」というだけでは故意責任は阻却されず、行為者が現実に違法性を認識していたか否かが客観的に判断されるのであり、ここでも何らかの規範的な評価がなされるのである。

(83) Kunz は、「適法か或いは違法か」という最終的な判断は裁判所によってしかなされ得ないのであるから、違法性の疑いが専門家への照会によって完全に払拭されることはない、との理由から、形式的に信頼に値する専門家への照会で足る、と *foro* (a. a. O., S. 461f.)。

(84) 東京高判平成五年六月四日判例タイムズ八三一号二四八頁。評釈には、川崎一夫・平成五年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊一〇四六号・平成六年）一八三頁以下、野口元郎・研修五七九号（平成八年）六五頁以下がある。

(85) 最決昭和六二年七月一六日刑集四一卷五号二三七頁。

(86) 清水・前掲論文七頁は、警察官には法令を解釈する権限及び能力がないとして、行為者の責任阻却を否定する。

(87) 同様の結論を導くのは、高山・前掲書三四九頁。

(88) 横浜地判平成一四年九月六日判例時報一八〇四号一六〇頁。

(89) 麻薬及び向精神薬取締法

第二条 この法律において次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

一 麻薬 別表第一に掲げる物をいう。

四 麻薬原料植物 別表第二に掲げる植物をいう。

別表第一

七十六 前各号に掲げる物のいずれかを含有する物であつて、あへん以外のもの。ただし、次に掲げるものを除く。

ロ 麻薬原料植物以外の植物（その一部を含む。）

別表第二

四 その他政令で定める植物

麻薬、麻薬原料植物、向精神薬及び麻薬向精神薬原料を指定する政令（旧麻薬、向精神薬及び麻薬、麻薬向精神薬原料を指定する政令）

第二条 法別表第二第四号の規定に基づき、次に掲げる植物を麻薬原料植物に指定する。

一 三—インドール—四—イルリン酸エステル（別名サイロシピン）及びその塩類を含有するきのこ類（厚生労働大臣が指定するものを除く。）

二 三—インドール—四—オール（別名サイロシン）及びその塩類を含有するきのこ類（厚生労働大臣が指定するものを除く。）

(90) 責任実践を「負担の分配・帰属」という理念から解釈することについて、瀧川裕英「責任の意味と制度（三）」法学協会雑誌一一九卷二号（平成一四年）一一五頁以下参照。瀧川に拠れば、目的刑論においては「何らかの目的を達するため科される負担」が、応報刑論においては「応報律に従って加害者に科される負担」が刑罰という責任であり、何れの立場も、責任を専ら負担として捉えている（一一七頁）。瀧川は、このような責任解釈からは、負担責任なき責任実践の意義を説明し得ず、また、制裁と責任との差異も説明し得ない（一二三頁以下）として批判する。