

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

川 口 浩 一

目 次

- 1 本論文執筆の経緯
- 2 白地刑罰法規の錯誤
- 3 わが国の判例の諸事例とその評価

1 本論文執筆の経緯

(1) 狩猟禁止区域・期間（日時）の不知・錯誤

私は、以前本誌において「狩猟禁止区域・期間（日時）の不知・錯誤」に関する日本とドイツの判例を紹介し、「鳥獣の保護及び狩猟の適正化に関する法律」（鳥獣保護法）違反犯罪における錯誤問題の一領域である狩猟禁止区域・期間に関する錯誤についての問題提起を行った¹⁾が、その後諸般の事情により、この論文の後半部分の執筆が滞り、5年以上が経過してしまっただ。その間、特にスペインの Fakhouri Gómez がこの問題と密接に関連した白地刑罰法規の錯誤に関して私と方向性を同じくする優れた論文²⁾を公表したことによって禁猟区域・期間の錯誤の問題を白地刑罰法規の錯誤として捉える必要性、さらには、事実の錯誤と違法性の錯誤（禁止の錯誤）の関係をいわば「コペルニクスの的に」転換したともいえる Pawlik の新著『市民の不法』³⁾に接し、この問題を

1) 拙稿「狩猟禁止区域・期間（日時）の不知・錯誤（上）」法学論集58巻1号（2008年）51頁以下。

2) Fakhouri Gómez, Vorsatztheorie vs. Schuldtheorie — Zum Umgang mit der Irrtumsproblematik bei normativen Tatbestandsmerkmalen und Blankettstrafgesetzen, GA 2010, 259 ff.

3) Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012（同書の書評として Engländer, JZ 2014, ↗

もっと根本的な犯罪概念と結合させて論じる必要性を痛感した。このような観点から見て鳥獣保護法における錯誤論の問題として狩猟禁止区域・期間の錯誤以外に、典型事例として挙げられる禁猟獣の錯誤（これも一種の白地刑罰法規の錯誤といえよう）についても合わせて考察したい。

(2) 食品刑法における白地刑罰法規の錯誤

またドイツにおいて狩猟法以外で錯誤問題がよく議論されている領域として、経済刑法、特に租税刑法といわゆる食品刑法 (Lebensmittelstrafrecht)⁴⁾ の分

↘38 f.; 拙稿・理論刑法学の探究⑦ [2014年] 267頁以下)。現在本誌63巻2号以下で飯島暢・川口浩一監訳「ミヒヤエル・パヴリック『市民の不法』」として同書の翻訳が連載中である。

- 4) 最近わが国でこの分野において特に問題となっているがいわゆる食品偽装問題である（これに関しては北健一「食品表示をめぐる消費者問題の沿革」現代消費者法21号 [2013年] 4頁以下）。この食品偽装問題に言及するわが国の刑法学者の論文としては齋藤豊治「刑法各則の犯罪類型と経済刑法」新経済刑法入門（第2版2013年）13頁以下、18～20頁、前嶋匡「欠陥商品・不当表示をめぐる犯罪」前掲・新経済刑法入門295頁以下、301～307頁、同「不当表示の規制——刑法的視点も加味して」奈良法学会雑誌20巻3・4号（2007年）、173頁以下くらいしかないが、ドイツにおいては、多くの刑法学者がこれを論じている。例えば *Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht* BT 3. Aufl. 2011, Rn. 523 ff. は、この食品偽装関連犯罪を含めたドイツ食品刑法 (Lebensmittelstrafrechts) の犯罪を商品の偽造・偽装 (Warenfälschung) の問題に位置づけ、さらにそれを ① 健康保護 (Gesundheitsschutz)、② 欺罔からの保護 (Täuschungsschutz)、③ 情報保護 (Informationsschutz) の三つの観点に分類して論じている。日本の食品表示法もこれらの三つの観点と関連しており、今後比較法的観点からの検討も進めていくことが必要であろう。ドイツ法においては、この（消費者）情報保護のための規範としては「食品の表示 (Bezeichnung)、包装 (Aufmachung)、ラベル (Etikettierung) および広告 (Werbung)」、すなわち「経済的関与者への通知 (Unterrichtung der Wirtschaftsbeteiligten) に関する規定が挙げられる。この分野における中心的法律である「食品および飼料法」(Lebens- und Futtermittelgesetzbuch=LFGB) 11条1項には、欺罔からの保護に関する規定があり同59条1項7号で欺罔的表示等が、同11条2項2号で十分な表示のない商品の流通行為が禁止され、同59条1項9号で1年以下の自由刑または罰金刑で処罰される (LFGB §§ 58, 59 の罰則については *Sackreuther, LFGB Vor §§ 58-61 in: Graf/ Jäger/ Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2011; Pfohl, Lebensmittel- und Gesundheitswesen, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011 § 72 (S. 2277 ff.). Vgl. auch Dannecker/Bütte,* ↗

野があるが、この後者の問題について台湾国立高雄大学で開催われたシンポジウムで報告する機会を得た⁵⁾ので、解釈論的問題として、この分野における錯誤論の問題について若干の検討を加えた。その報告の中で私は、例として昨年(2013年)に立法され、2015年に施行予定の食品表示法の罰則を挙げた。この食品表示法では、いわゆる直罰規定として18条・19条の二つの規定を置いてい

↳ Lebensmittelstrafrecht, in: Achenbach/ Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, S. 115 ff.). また食品偽装に関連した産地偽装に関しては商標法 (Markengesetz) 144条により2年以下の自由刑または罰金刑で処罰される。同条は次のように規定している。

§ 144 Strafbare Benutzung geographischer Herkunftsangaben.

- (1) Wer im geschäftlichen Verkehr widerrechtlich eine geographische Herkunftsangabe, einen Namen, eine Angabe oder ein Zeichen.
 1. entgegen § 127 Abs. 1 oder 2, jeweils auch in Verbindung mit Abs. 4 oder einer Rechtsverordnung nach § 137 Abs. 1, benutzt oder.
 2. entgegen § 127 Abs. 3, auch in Verbindung mit Abs. 4 oder einer Rechtsverordnung nach § 137 Abs. 1, in der Absicht benutzt, den Ruf oder die Unterscheidungskraft einer geographischen Herkunftsangabe auszunutzen oder zu beeinträchtigen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
 - (2) Ebenso wird bestraft, wer entgegen Artikel 13 Abs. 1 Buchstabe a oder Buchstabe b der Verordnung (EG) Nr. 510/2006 des Rates vom 20. März 2006 zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel (ABl. EU Nr. L 93 S. 12) im geschäftlichen Verkehr.
 1. eine eingetragene Bezeichnung für ein dort genanntes Erzeugnis verwendet oder.
 2. sich eine eingetragene Bezeichnung aneignet oder sie nachahmt.
 - (3) Der Versuch ist strafbar.
 - (4) Bei einer Verurteilung bestimmt das Gericht, daß die widerrechtliche Kennzeichnung der im Besitz des Verurteilten befindlichen Gegenstände beseitigt wird oder, wenn dies nicht möglich ist, die Gegenstände vernichtet werden.
 - (5) Wird auf Strafe erkannt, so ist, wenn das öffentliche Interesse dies erfordert, anzuordnen, daß die Verurteilung öffentlich bekanntgemacht wird. Die Art der Bekanntmachung ist im Urteil zu bestimmen
- 5) 拙稿「食品偽装に対する刑事規制——特にメニュー表示の偽装について」全球風険社會刑法新議匙國際學術研討會2014年3月18日報告(同報告集227頁以下)。

るが、① 18条は、同法6条8項⁶⁾の内閣府令で定める事項⁷⁾、即ち「食品関連事業者等が、アレルギー、消費期限、食品を安全に摂取するために加熱を要するかどうかの別その他の食品を摂取する際の安全性に重要な影響を及ぼす事項」について、同法4条1項⁸⁾によって内閣府令で定められる食品表示基準に従った表示がされていない食品の販売をした者は、2年以下の懲役若しくは200万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。」と規定し、② 19条は「食品表示基準において表示されるべきこととされている原産地（原材料の原産地を含む。）について虚偽の表示がされた食品の販売をした者は、2年以下の懲役又は200万円以下の罰金に処する。」と規定するが、表示すべき内容は内閣府例によって定められる事項及びそれによって定められる食品表示基準によることになっている。これもいわゆる白地刑罰法規であり、ここにおいても表示基準の不知や誤解に基づく場合にも故意が認められるかという問題が実務上生じることが予測される。

ドイツにおいてもこの分野における錯誤問題が白地刑罰法規の錯誤の例としてよく挙げられているので、その例としてBGHが白地刑罰法規の錯誤の問題としている⁹⁾判例を紹介しておきたい。

-
- 6) 「内閣総理大臣は、食品関連事業者等が、アレルギー、消費期限、食品を安全に摂取するために加熱を要するかどうかの別その他の食品を摂取する際の安全性に重要な影響を及ぼす事項として内閣府令で定めるものについて食品表示基準に従った表示がされていない食品の販売をし、又は販売をしようとする場合において、消費者の生命又は身体に対する危害の発生又は拡大の防止を図るため緊急の必要があると認めるときは、当該食品関連事業者等に対し、食品の回収その他必要な措置をとるべきことを命じ、又は期間を定めてその業務の全部若しくは一部を停止すべきことを命ずることができる。」
- 7) 同項における「……食品関連事業者等が、アレルギー、消費期限、食品を安全に摂取するために加熱を要するかどうかの別その他の食品を摂取する際の安全性に重要な影響を及ぼす事項として内閣府令で定めるもの……」を指す。
- 8) 「内閣総理大臣は、内閣府令で、食品及び食品関連事業者等の区分ごとに、次に掲げる事項のうち当該区分に属する食品を消費者が安全に摂取し、及び自主的かつ合理的に選択するために必要と認められる事項を内容とする販売の用に供する食品に関する表示の基準を定めなければならない。(以下略)」
- 9) 但し Tiedemann は、後述の Binding の見解に依拠して、BGHがこの事例を

(3) 粉末ココア事件 (BGH GA 1962, 25)

(事案) 被告人の洋菓子職人はチョコレートを製造していたが、それに自ら製造した粉末ココアを使用していた。その際、被告人はその製造が「何らかのかたちで (irgendwie)」法律の規定に違反しているかもしれないと思っていた。

(判旨) BGH は、このような認識では、食品偽造罪 (旧食品法 4 条) の故意を肯定するには十分でないとした。すなわち、ここでは白地刑罰法規が問題となっており、そこから「この故意は真正のまたは完全に摂取に適した食品についての規範 (法律, 規則または社会通念 [Verkehrsauffassung]) の認識が必要となる」¹⁰⁾

この事例を Tiedemann は、その責任説に対する批判における重要判例の一つ¹¹⁾として挙げ、詳細に検討している。すなわち責任説を採用する¹²⁾ BGH の判例は「心理学的・規範的衝動 (der psychologisch-normative Impulse) ないし提訴 (Appell)」が既に行為事象の認識によって与えられるとするが、本件のような場合には「むしろ行為者は、法によって追究される規範状態からの逸脱から、そのような規範状態の変更を抑止する衝動を感じるためには、そのような規範状態事態を認識していなければならないのである。それゆえ行為者は、個別事例において法命令を導く当該の法的、非法的評価基準を認識し、正しく把握しなければならない。この法命令は、食品法 4 条に関しては、食品を規定された (『通常の』) 態様でのみ製造するという命令 (Gebot) としての規範の行政法的形式に対応して定立される」¹³⁾としている。この事例は食品刑法における錯誤問題における責任説の問題点を示すものであるといえよう。

↘ 白地刑罰法規の錯誤しているのは不当だと批判している (Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und AT, 4. Aufl. 2014, Rn. 351)。

10) BGH GA 1962, 25.

11) 他には認可義務に関する BGHSt. 9, 358 mit Anm. Welzel, JZ 1957, 129 なども挙げられている (a.a.O. S. 321 ff.)。

12) BGHSt. 2, 194.

13) Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 320.

以上のような契機に基づく以下の考察の目標は、最終的には、わが国で従来「事実の錯誤と違法性の錯誤の区別」問題とされてきた問題を、故意・過失論（主観的帰属論）のより広い文脈に位置づけて解決することであるが、今回は、中断していた上述の論文「狩猟禁止区域・期間（日時）の不知・錯誤（上）」の「下」にあたる部分を、考察対象を拡張して（特に上で挙げた食品刑法も含めた）鳥獣保護法以外のものも含めた白地刑罰法規の錯誤一般の問題として再定位し、それに関する一応の解決案を提示することを試みることにする。

2 白地刑罰法規の錯誤

(1) 白地刑罰法規の定義

わが国では「白地刑罰法規」とは、「法律の中には犯罪構成要件の細目を政令、規則、告示などの法律以下の下位規範に委ねている場合がある」が、「このように、構成要件の具体的内容の全部または一部を下位規範に委ねる刑罰法規を下位規範に委ねる刑罰法規」¹⁴⁾、あるいはより端的に「犯罪の成立要件の一部が行政機関の決定に委ねられている」¹⁵⁾ ような規定をいうと定義されている¹⁶⁾。これに対し、ドイツにおける白地刑罰法規（Blankettstrafgesetz）においては、必ずしも補充規範が「法律以下の下位規範」や「行政機関の決定」に限定されず、法律（非刑罰法規）も含むとされる場合が多い¹⁷⁾。例えば、おそらく実務で最もよく使われていると思われる刑法注釈書の著者である Fischer は、刑罰法規においては刑種と刑の範囲（法定刑）だけが規定され、その他の

14) 山中敬一・刑法総論（第2版・2008年）110頁。

15) 松宮孝明・刑法総論講義（第4版・2009年）20頁。

16) 白地刑罰法規に関するわが国における最近の論文として松宮孝明「白地刑罰法規の規範補充を私人に委ねることと罪刑法定の原則」立命館法学321・322号（2008年）438頁以下。

17) なお Binding は、このような現在の通説とは異なり、いわゆる「外部指示（Außenverweisung）」すなわち白地の補充が立法者以外の審級に委ねられている場合であると定義していた（*Binding, Die Normen und ihre Übertretung* Bd. I, 4. Aufl. 1922, S. 161 ff.）。これに対する批判として *Enderle, Blankettsstrafgesetze*, 2000, S. 110.

事項，すなわちその刑が誰に課されるかは，「補充規範（法律，政令）または行政行為」に委ねられているとしている¹⁸⁾。わが国においてはこの白地刑罰法規の問題は，錯誤問題ではなく，主に罪刑法定主義における法律主義との関連や，刑の廃止の問題との関連において議論されているので，行政機関の決定に委ねられている場合に限定されているのであろうが，錯誤論との関係においては，後述の非刑罰法規の錯誤も重要な問題となるので，この場合も合わせて議論することが有用であると考えられる。そこで白地刑罰法規を補充規範が行政機関による場合を「狭義の白地刑罰規範」と呼び，錯誤論においては補充規範が法律（非刑罰法規）である場合を含む「広義の白地刑罰法規」の錯誤が問題となるとしてみてはどうだろうか。いずれにせよ本稿では，補充規範が政令等の行政機関の命令による場合のみならず，非刑罰法規である場合も含めて論じることとする。

(2) 経済刑法および行政刑法における白地刑罰法規の意義と機能

ところでこのような白地刑罰法規（特に狭義の白地刑罰法規）は，刑法典においては例外的に（わが国においては唯一刑法94条の中立命令違反罪¹⁹⁾だけが）存在するのに対して，行政刑法や経済刑法の領域においてはむしろこの規定形式が典型的（typisch）である²⁰⁾。この領域においては「処罰されるべき行為の範囲や程度が，① 他の法領域における評価との関係で総合的に定められた方がよい場合があること，② 社会の情勢により変動する可能性があり，その都度，法律を改正することが適切でない場合がある」²¹⁾ ことが，その理由として挙げられ，

18) *Fischer StBG* 61. Aufl. (2014) § 1, Rn. 5a.

19) 同条では「外国が交戦している際に，局外中立命令に違反した者」が処罰されているが，この命令の根拠となる法律も制定されていないという問題が指摘されており（平野龍一・刑法概説293頁），さらに「憲法9条の下で『中立命令』を発する権限が，およそ国の機関に与えられているかどうかは疑わしい」という批判（松宮・総論 [前掲注15] 20頁）もある。

20) *Tiedemann, EAT* (o. Fn. 9), Rn. 197.

21) 山中・総論（前掲注14）110頁。

22) *Tiedemann, EAT* (o. Fn. 9), Rn. 197 (S. 87 f.).

歴史的には特に経済的危機状態における立法に由来するとされる²²⁾。このような立法においては、その反面において行為者にとって禁止されている行為の内容が分かりにくく、その参照規範自体を知らなかったりする事例が生じやすく、特にドイツにおいては次にみるように、この白地刑罰法規における錯誤問題が盛んに議論されている²³⁾。

(3) 白地刑罰法規の錯誤

この白地刑罰法規の錯誤の問題についてはわが国ではあまり議論がなされていないので²⁴⁾、主にドイツの見解を中心に検討する。その際、白地法規を充足する規範の内容 (Inhalt der das Blankett ausfüllenden Norm) が白地刑罰法規の対象に属し、故意の対象になることについては争いはない²⁵⁾。これに対して見解が分かれているのは、充足規範の存在 (Existenz) 自体が構成要件に属し、故意の認識対象になるかどうかである。責任説によれば白地充足規範の存在に関する錯誤 (Irrtum über die Existenz der blankettausfüllenden Norm) は、禁止の錯誤とされる。例えば Roxin は禁猟期の錯誤の事例を例に挙げ、禁猟期間を定めた法規 (規則) の存在の不知の場合は、禁止の錯誤であり、その存在は知っていたが、内容 (期間, 区域など) について錯誤があった場合は構成要件的事実の錯誤であるとする²⁶⁾。

しかし学説の一部、特に Kuhlen²⁷⁾ は、例外的に充足規範の存在の意識を要求し、その限りで故意説を基礎におく²⁸⁾。その背後には、責任説を正当化する

23) MK-Joecks, § 16 Rn. 73. 原則的批判として *Fakhouri Gómez* (o. Fn. 2), GA 2010, 259 ff. Vgl. auch *Safferling*, Vorsatz und Schuld, 2008, S. 143 ff.

24) 租税刑法に関してこの問題を扱うものとして石井徹哉「租税遁脱罪の故意」早稲田法学会誌43巻 (1993年) 49頁以下。

25) *Warda*, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955, S. 36 ff.; MK-Joecks § 16 Rn. 74 m.w.N.

26) *Roxin*, Strafrecht AT I 4. Aufl. 2006, § 21 Rn. 39 ff.

27) *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum 1987, S. 385 ff., 421 ff. und passim.

28) *R. Lange*, Der Gesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956, 73 ff.; *ders.*, Nur eine Ordnungswidrigkeit? JZ 1957, 233 ff., 234; *Puppe*, Tatirrtum, Rechtsirrtum, 7

行為状況の認識の所謂提訴機能 (Appellfunktion)²⁹⁾ が、ここでは働かないという考慮がある³⁰⁾。Tiedemann は、特に経済刑法においてはこのことは特に当て嵌まるとして³¹⁾、そこでは当為規範 (Sollensnorm) (義務) が不法中立的

↳ Subsumtionsirrtum, GA 1990, 145 ff., 166 (auch in: *dies.*, Strafrechtsdogmatische Analysen, 2006, S. 265 ff [これに関しては *Neumann*, Rezension, GA 2008, 463]); *dies.*, Vorsatz und Rechtsirrtum, Herzberg-FS 2008, S. 275 ff.; NK-*Puppe* § 16 Rn 65 ff.; 同様に批判的なものとして LK-*Vogel* § 16 Rn 38 ff.

29) *Naka*, Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes, JZ 1961, 210.

30) MK-*Joecks* § 16 Rn. 44; NK-*Neumann* § 17 Rn. 94; Schönke/Schröder/Cramer/*Sternberg-Lieben* § 15 Rn. 99 等は、この解決はドイツ法の規定 (刑法典 16・17条) と調和しないと批判するが、日本やアジア諸国においては同様の錯誤規定はいまだ存在しない。なお冒頭に述べたシンポジウムの準備の際に中華民国 (台湾) 刑法における故意・過失関連規定の中に「間接故意」を処罰する規定があるのを知ったが、それと後述の *dolus indirectus* の異同は、興味深いテーマであり、機会があれば検討してみたい。中華民国刑法の関連規定は次のようなものである。

第一編 總則／第二章 刑事責任

第12條 (犯罪之責任要件—故意, 過失)

- ① 行為非出於故意或過失者, 不罰。
- ② 過失行為之處罰, 以有特別規定者, 為限。

第13條 (直接故意與間接故意)

- ① 行為人對於構成犯罪之事實, 明知並有意使其發生者, 為故意。
- ② 行為人對於構成犯罪之事實, 預見其發生而其發生並不違背其本意者, 以故意論。

第14條 (有認識之過失與無認識之過失)

- ① 行為人雖非故意, 但按其情節應注意, 並能注意, 而不注意者, 為過失。
- ② 行為人對於構成犯罪之事實, 雖預見其能發生而確信其不發生者, 以過失論。

第16條 (法律之不知與減刑)

除有正當理由而無法避免者外, 不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節, 得減輕其刑。

31) *Tiedemann*, EAT (o. Fn. 9), S. 148 ff.; *ders.*, Wirtschaftsstrafrecht — Einführung und Übersicht, JuS 1989, 689. 租稅刑法との関係で同様の批判を行う者として *Schlüchter*, Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht, wistra 1985, 43 ff., 45 (*Bachmann*, Vorsatz und Rechtsirrtum im Allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht 1993, S. 158 ff. も参照) より原則的な批判として *Walter*, Der Kern des Strafrechts 2006, S. 253 ff., 358 ff. (これに関しては *Kuhlen*, Buchbesprechung, ZStW 120 [2008], 140 ff 参照).

または社会相当である場合には、構成要件に属し、故意の認識対象であるとする³²⁾。私見も同様に責任説を批判し、故意犯と Jakobs³³⁾ 説の意味における *dolus indirectus* 論を結合させる理論構成を提唱したが³⁴⁾、この問題についてもこの説は適用可能であると考ええる。すなわち充足規範の存在に関する錯誤についても故意は阻却されるが、それがその規範への無関心に基づく場合、すなわち当該規範の存在を知っていたとしても、当該行為、例えば産地偽装行為を行っていたであろうといえる場合には、間接故意犯として処罰できるとするものである。最近 Pawlik は、その上述の『市民の不法』においてよりラディカルな見解を提唱している。即ち彼は「構成要件的錯誤——故意阻却／禁止の錯誤——故意不阻却」という図式を否定し、行為状況の錯誤 (*Tatumstandsirrtrum*) は禁止の錯誤の下位事例に過ぎないとする³⁵⁾ (広義の禁止の錯誤 *Verbotsirrtrum im weiteren Sinne*³⁶⁾)。その際 Pawlik は、規範化的に (*normativierend*) *dolus indirectus* と *dolus malus*³⁷⁾ を結合させ、基準とされるのは、行為者の事実に認識ではなく、理性的な市民の認識 (*das Wissen eines vernünftigen Bürgers*) であり、行為者が無関心 (*Gleichgültigkeit*) または無配慮 (*Rücksichtslosigkeit*) から、行為に出た場合には故意犯としての処罰が可能であるとする³⁸⁾。また従来責任説がその故意犯としての処罰を疑ってこなかったいわゆる「禁止に関す

32) *Tiedemann*, Tatbestandfunktionen (o. Fn. 13), S. 388 ff., 399; *ders.*, Verfassung und Strafrecht, 1991, S. 57 f. 類似の見解として *Lackner/Kühl*, StGB 27. Aufl. 2011, § 16 Rn. 22. 回避不可能性を寛容的に広く認めることによって類似の結論を導き出すものとして *Roxin* (o. Fn. 25), § 21 Rn. 39 ff.; *ders.*, Über Tatbestands- und Verbotsirrtrum, Tiedemann-FS, 2008, S. 375 ff., 389.

33) *Jakobs*, Gleichgültigkeit als *dolus indirectus*, ZStW 114 (2002), 584 ff. Vgl. auch *Hsu* „Doppelindividualisierung“ und Irrtum, 2007, S. 140 ff., 190 ff.

34) *Kawaguchi*, *Dolus indirectus* im Spiegel der japanischen Rechtsprechung, *Jakobs-FS*, 2007, S. 259 ff.

35) *Pawlik* (o. Fn. 3), S. 311 f.

36) これについては *ders.* (o. Fn. 3), S. 333 ff. Vgl. *Jakobs*, *Dolus Malus*, *Rudolphi-FS*, 2004, S. 107 ff.

37) *Pawlik* (o. Fn. 3), S. 382 ff.

38) この点に関する批判として *Engländer* (o. Fn. 3), JZ 2014, 39.

る過失 (Verbotshahrlässigkeit)」についても、すべてを故意犯として処罰するのではなく³⁹⁾、故意犯のメルクマールである「法敵対性」があるかどうかによる区別が提唱される⁴⁰⁾。この見解については、その犯罪論全体の基本構想を含めて、詳細な検討が必要であり、私見もその方向性を同じくするものであるが、従来の犯罪論・錯誤論全体の構成に根本的変更を加えるものであり、現時点においてはその評価は留保しておきたい。

3 わが国の判例の諸事例とその評価

(1) 判例の類型化

以下では、必ずしも白地刑罰法規の錯誤だけに限定されていないが、わが国で「事実の錯誤と違法性の錯誤の区別」の問題⁴¹⁾に関する判例として重要とされるものを見ておこう。結論的に言えば判例においてこの問題において統一的な立場が採られていたかどうかは非常に疑問であり、「理論的」ではなく事例ごとに「直観的」または「トピック論的」あるいは「問題志向的に」解決されてきたとあってよいと思われる。山口教授⁴²⁾も「判例の態度は必ずしも一貫していないように思われる。それは、認識されるべき『意味』は当該犯罪構成要件の解釈により決まることにも理由があるが、さらには、判例は違法性の意識の可能性を欠く場合の免責を正面から肯定していないため、処罰すべきでないものについて故意を否定するという便宜的な対応を行うことが必要だった

39) Pawlik (o. Fn. 3), S. 408 ff.

40) Pawlik (o. Fn. 3), S. 374 ff

41) 山口厚・刑法総論 (第2版・2007年) 190頁以下, 井田良・講義刑法学総論 (2008年) 380頁以下, 山中・総論 (前掲注14) 664頁以下など参照。なおこの問題を論じた最近のモノグラフィーとして高山加奈子・故意と違法性の意識 (1999年) 84頁以下, 松原久利・違法性の錯誤と違法性の意識の可能性 (2006年) 27頁以下も参照。

42) なお山口教授は「故意を認めるためには、『法概念への当てはめ』とも、『裸の自然的事実の認識』とも異なる、『意味の認識』が要求される」(山口・総論 [前掲注41] 190頁) とされた上で、「こうした『意味の認識』がなく故意がないのか、『意味の認識』はあり、単に『違法性の意識』がないにすぎず、故意犯が成立しうるのか」という問題が、従来「事実の錯誤と違法性の錯誤の区別」の問題と呼ばれてきた問題であるとされる (山口・総論 [前掲注41] 191頁)。

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

からであるとも解される」⁴³⁾とし、判例を次のように整理される⁴⁴⁾。

(ア) 類似事例について判断が分かれるもの：

(a) 禁猟獣の錯誤⁴⁵⁾：

- ① 大判大 13・4・25 刑集 3 卷364頁（禁猟獣である「むささび」を「もま」だと思い捕獲した場合に故意肯定 [むささび・もま事件]）
- ② 大判大正 14・6・9 刑集 4 卷378頁（禁猟獣である「たぬき」を「むじな」だと思って捕獲した場合に故意否定 [たぬき・むじな事件]）

(b) 封印破棄事例：

- ③ 大決大正 15・2・22 刑集 5 卷97頁（債務の弁済がなされたため封印を破棄してもよいと思っただけで破棄した場合には、差押えがなくなったか、又は封印を破棄する権利があると誤信した場合に故意否定）
- ④ 最判昭和 32・10・3 刑集 11 卷10号2413頁（裁判所執行吏がすでに適法になされていた差押えを仮装の処分であり無効だと誤信して破棄した場合には、公務員の施した差押えの標示であることの認識があれば故意肯定）

(イ) 故意肯定事例⁴⁶⁾：

43) 山口・総論（前掲注41）191頁。これらの判例について井田教授も「判例は、違法性の錯誤を理由とする免責の可能性を正面から承認していないため、刑事責任を追及することがためられるケースにおいては、事実認識を欠いていたという理由で故意を否定しているという評価が可能である」と同様の評価をされているが、そこからさらに「むしろ違法性の錯誤に相当の理由がある場合には責任が阻却されることを肯定した上で、どのような場合に相当な理由ありといえるかについての具体的基準を明らかにしていくべきであろう。さもなくば、事実の錯誤と違法性の錯誤との区別が、理論的な首尾一貫性を欠くものになってしまうおそれがある」と判例の立場を批判され、特に下記の故意否定判例については、その殆どを違法性の錯誤の事例として捉え、故意を肯定される（井田・総論 [前掲注41] 380頁以下）。

44) なお山口厚・刑法（第2版・2011年）106頁以下も参照。

45) 現行の「鳥獣の保護及び狩猟の適正化に関する法律」における禁猟獣の規定については拙稿『『鳥獣の保護及び狩猟の適正化に関する法律』の注釈（上）』法学論集 57巻3号（2007年）105頁以下参照。

46) これは『『裸の事実』の認識があれば故意を認めるのに十分であり、それに対

- ⑤ 大判昭和7・3・24 刑集11巻296頁（市会議長の職務行為を不適法と考え妨害した事案について、不適法であるとの誤信は法律上の判断にすぎないとして公務執行妨害罪の成立肯定）、
 - ⑥ 最大判昭和23・7・14 刑集2巻8号889頁（「メチルアルコール」であることを知っている以上「メタノール」の故意があり、その同一性の不知は法律の不知にすぎないとした）
 - ⑦ 最大判昭和32・3・13 刑集11巻3号997頁（わいせつ文書であることの故意があるというためには、「問題となる記載の存在の認識」があれば足り、わいせつでないと思っても、故意を阻却しない法律の錯誤にすぎないとした [チャタレー事件]）
 - ⑧ 最判昭和34・2・27 刑集13巻2号250頁（無申告で物品税の課税物件を製造した事案において、課税物件であり製造申告を要することの不知は法令の不知にすぎず、故意肯定）、
 - ⑨ 東京高判昭和38・12・11 高刑集16巻9号787頁（サンダル履きで自動車を運転した事案において、それを罰する県道路交通規則が存在することの不知は法の不知にすぎず、故意肯定）
- (ウ) 故意否定事例：
- (a) 一定の地域・区域内でのみある行為が禁止・処罰されている場合には、当該行為が区域内で行われたことの認識を要求する判例：
 - ⑩ 大決昭和12・3・31 刑集16巻447頁（要塞地域内で許可なく写真撮影を行う罪が成立するためには、禁止区域内であることの認識が必要だとして故意否定）
 - ⑪ 東京高判昭和30・4・18 高刑集8巻3号325頁（不注意により追い越し禁止区域であることの標示を見落として自動車を追い越した事案についても、追い越し禁止区域内であることの認識が故意の要件であ

ゝする法律上の評価は故意の有無とは無関係であることを強調するもの」であるとされる（山口・総論 [前掲注41] 192頁）。

るとして故意否定)

- ⑫ 東京高判昭和 35・5・24 高刑集13巻 4 号335頁 (銃猟禁止区域内で銃猟を行ったという事案において、銃猟禁止区域内であることの認識が欠ける場合には故意が阻却されるとして故意否定)

(b) その他の故意否定判例：

- ⑬ 最判昭和 26・7・10 刑集 5 巻 8 号1411頁寺院規則が失効したと誤信して、その手続によらずに総代を選任して登記したという事案において、登記事項が虚偽不実であることの認識が欠けるとして、公正証書原本不実記載罪の故意否定 [寺院規則事件])
- ⑭ 最判昭和 26・8・17 刑集 5 巻 9 号1789頁 (飼犬取締規則の無鑑札犬は無主犬とみなす旨の規定を誤解して、他人の犬でも鑑札を付けていない犬は無主犬とみなされると誤信して撲殺したという事案において、他人所有に属する事実の認識が欠けていることの可能性を認めた [無鑑札犬事件])
- ⑮ 最判平成 元・7・18 刑集43巻 7 号752頁 (浴場の無許可営業の事案において、許可申請事項変更届の受理により営業許可があったと認識していたとして、無許可営業罪の故意否定 [無許可浴場営業事件])

(2) 学説による評価

まず著しく学説が分かれているのは、①②のむささび・もま／たぬき・むじな事件の評価に関してであり、共に判例に賛成して(ア)①を違法性の錯誤、②を事実の錯誤とする見解、(イ)両者とも事実の錯誤とする見解、(ウ)両者とも違法性の錯誤とする見解の3つがある⁴⁷⁾。現在でも通説はおそらく(ア)の見解であ

47) 松原(前掲注41)39頁注31も学説を(1)両者ともに違法性の錯誤とする説(団藤、木村、大塚、福田、香川、植松、吉川、町野、中野、堀内、林、井田、西田、日高、高山など)、(2)両者ともに事実の錯誤とする説(西原、浅田、岡野、墨谷、萩原[玉味]、州見、川端、田中[久智]、中山など)、(3)判例と同様に①を違法性の錯誤、②を事実の錯誤とする説(藤木、内田、平野、中、大谷、内藤、前田、野村、曾根、山中、木村[光江]、日沖、古田、小倉、大沼、安田など)に分類し、自

る⁴⁸⁾が、最近では(イ)か(ウ)のように統一的に解釈すべきであるとする見解が有力化している。(イ)の見解にもっとも徹底した論拠を提示されるのが本誌でも紹介した⁴⁹⁾中山説である。同説は当初は(ア)説を採っていた⁵⁰⁾が、「禁止された事実の認識」(本件においては「禁制のある動物」)を必要とする立場を徹底する立場から(イ)説に改説された⁵¹⁾。これに対して(ウ)説に詳細な論拠を提示されるのがするのが井田説⁵²⁾である。同説はまず前提として刑法の目的から次のように述べる。「刑法は、法益保護のために定立された行為規範を守らせるために存在するのであるから、規範にあたる事実の実現を意思内容とする行為を

→らは(3)説に賛成している(同32頁)。

- 48) 最近の学説として高橋則夫・刑法総論(第2版・2013年)172頁以下は、意味の認識における平行評価との一致を基準とされ、②については「法的評価である『たぬき』と社会的評価である『むじな』は並行しておらず、事実の錯誤であり」、①については「法的評価である『むささび』と社会的評価である『もま』は並行しており、違法性の錯誤である」とされる。なお松原芝博・刑法総論(2013年)247頁は「いずれにせよ、たぬき・むじな事件では、積極的に『たぬき』とは別種の動物であると認識していたことから、構成要件該当事実の認識を欠くと考えることができよう」とする。
- 49) 拙稿「書評・中山研一著『違法性の錯誤の実体』」法学論集58巻2号(2008年)167頁以下。
- 50) 中山研一・刑法総論(1982年)367頁。
- 51) 中山研一・違法性の錯誤の実体(2008年)88頁。
- 52) 井田良・総論(前掲注41)380頁以下、同・刑法総論の理論構造(2005年)242頁以下。なおこの井田説に依拠して詳細な議論を展開するものとして、南由介「意味の認識をめぐる一考察——薬物・有毒飲食物事犯に関する判例の検討を中心として」法学政治学論究48号(2001年)417-445頁、同「故意説の理論構成について」法学政治学論究54号175-206頁(2002)、同「意味の認識の限界と禁止の認識」法学政治学論究59号293-326頁(2003)、同「責任説の再構成——意味の認識の視点から」桃山法学7号97-123頁(2006)、同「違法性の意識——責任説の立場から」桃山法学8号19頁以下(2006)。なお同「赤色信号を無視し対向車線に進出して、自車を、左折してきた自動車に衝突させた行為が、危険運転致死傷罪にあたりとされた事例」桃山法学15号53-66頁(2007)、同「危険運転致死傷罪における赤色信号を『殊更に無視し』の意義」刑事法ジャーナル16号92-97頁(2009)、同「違法性の意識の可能性がなく故意が否定された事例」判例セレクト2009 I(法学教室353号別冊付録)29頁(2010)、同「けん銃部品の輸入について、違法性の意識の可能性がなく、故意の成立が認められないとされた事例」桃山法学15号385-406頁(2010)も参照。

行った者は重く処罰する必要がある、これを認識していなかった者は過失犯としてしか処罰することができない。そこで、各刑罰法規の解釈を通じて行為規範を具体化し、これにあたる事実が行為者によって認識されていれば、故意の成立に必要な事実認識はあったことになる。⁵³⁾「いいかえれば、行為者が一定の行為規範にあたる事実を認識しており、それが、当該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ことになる⁵⁴⁾」として、②のたぬき・むじな事件についても①のむささび・もま事件と同様に「本質的な問題は、捕獲が禁止されている動物の属性（すなわち、禁猟漁獣を、そうでないものと差別化して特徴づける外形的特色）が行為者に意識されていたかどうかであり、「仮に、行為者においてそれが認識されていたのであれば、故意が阻却されないと考え」られるので「行為者が『むじな』の名の下に、その客体の属性ないし外形的特色を認識していたのであれば、事実認識に欠けるところはなく、故意は阻却されない」とされ、②も違法性の錯誤の事例だとされた上で「ただ、『むじな』は『たぬき』とは別物と考えるのが一般であったという事情は、違法性の意識を欠いたことの相当の理由となりえよう」とされるのである。

そして井田教授はその他の故意否定判例についても以下のような批判を展開される。まず⑭の無鑑札犬撲殺事件については、多くの学説が支持する「法令を誤解し、無鑑札犬は他人の飼犬であっても無主犬とみなされると信じ、結局、客体を無主犬と思ったのであれば、事実の錯誤」、⁵⁵⁾「法令の誤解の結果、他人の飼犬であっても、鑑札を付けていないなら撲殺してもかまわないと思ったのなら、違法性の錯誤」という区別⁵⁵⁾は、「そのような心理状態の相違は紙一重の違いであり、前者であれば、どれほど軽はずみな誤信でも故意を阻却し、後者

53) 井田・総論（前掲注41）382頁。

54) 井田・総論（前掲注41）382頁注47。

55) 本件についても学説上評価が分かれている。学説について松原（前掲注41）38頁注23は①判例の見解を支持する学説（大谷，川端，浅田，香城，中空，立石，阿部）と②違法性の錯誤とすべきであったとする見解（中野，井田，安田，中森）が対立しているとする。

であれば、相当の理由がなければ刑事責任を免れないとするのは妥当な取扱いとはいえない」とされ、本件の「行為者には、その犬が他人の飼犬であり、他人に帰属することについての認識があった」ので「その認識した事実から『他人に帰属する物をきずつけるな』という行為規範を引き出すことは可能である（そして、その行為規範は器物損壊罪の規範を具体化したものと一致する）から、器物損壊罪の事実認識として十分であり、その錯誤は違法性の錯誤にすぎないと考えられる」として故意は肯定するが当時「大分県では『飼犬取締規則』があったため、猟師仲間のみならず一般に、無鑑札犬は撲殺されてもやむをえないとする考え方が広まっていた」ので「違法性の錯誤に陥ったことに相当の理由があった場合として免責が認められるべきかどうかを検討」する余地があるとされる⁵⁶⁾。また⑮の無許可浴場営業事件については「たとえ公務所において営業許可があったように処理されていたとしても、それが違法であったことには変わりはなく、行為者も、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いた。したがって、事実認識に欠けることなく、せいぜい違法性の錯誤が認められる（相当の理由があるとされる限りで責任阻却が認められる）にすぎない」とされる⁵⁷⁾。これに対してこれらの事例のうち唯一故意の阻却を認めるのが、⑬の寺院規則事件である。すなわち「構成要件が『不実』『虚偽』を要求している場合であるときには、行為者がそれを「真実」と思っている限り故意は阻却されざるをえない」とされ、⑬においては「被告人に変更登記事項が虚偽不実であることの認識が欠けるときには、

56) 井田・総論（前掲注41）383頁。

57) 福田平・刑法解釈学の諸問題（2007年）39頁，63頁以下も参照。さらに井田教授は「このような場合にも事実認識に欠けるとするのであれば、たとえば、わいせつ図画販売罪（175条）が問題となるケースで、行為者が一応「わいせつ」図画にあたると考えたものの、弁護士に相談したところ、大丈夫といわれたので、安心して販売したというようなときでも故意を否定すべきことになってしまう。そのような形での故意の阻却を認めれば、事実認識の問題と違法性の錯誤の問題とは区別が不可能になってしまうであろう」（井田・総論 [注41] 384頁）、「しかも、それにより判断基準は二元化し、事実認識の問題とされれば直ちに故意が否定され、違法性の錯誤の問題とされれば容易には免責が認められないということになってしまう」（同・総論 [注41] 382頁注58）と批判される。

錯誤についての相当の理由の有無を問わず、公正証書原本不実記載罪（157条1項）の故意は阻却される」とするが「たしかに、このケースにおいては、変更登記の内容の虚偽性に関し未必の故意を認定できない限り、故意犯の成立を認めることはできないであろう」とされるのである⁵⁸⁾。

以上の学説における評価を総括すれば、判例においても学説においても、たとえ最近の有力説のように事実を「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上述の Roxin 説のような「トピック論」解決がなされているといえ、その最も典型的なものは井田説であるといえよう。そして、このような解決がなされる背景としては、（特に責任説的解決によれば）事実の錯誤においては、「どれほど軽はずみな誤信でも故意を阻却」されてしまうのに対し、違法性の錯誤だとすれば「相当の理由がなければ刑事責任を免れない」のでそのような「軽はずみな誤信」があった場合でも（故意犯として）処罰できるという「利点」があるので、なるべく違法性の錯誤の領域を拡張しておいた方が妥当な解決を導きだしやすい（と考えられている）ことがあろう。中山説のような厳格故意説への批判も、違法性の錯誤においてもそのような違法性に関する「軽はずみな誤信」や法に関する無関心・無配慮によって違法性の意識を持たない行為者が不可罰になってしまうという結論が不当であるということが最大の論拠といえよう。しかし、まさに事実に関する「軽はずみな誤信」とは過失犯の場合であり（したがって過失とは、Jakobs が指摘するように、錯誤の一種である⁵⁹⁾）、解釈による解決よりも、ドイツの食品・飼料法のように過失犯の処罰規定（同法において過失の場合は秩序違反法によるので正確には刑法による「処罰」規定ではないが）を置くなどして立法的に解決すべきである。その過失（錯誤）の程度がいかに重大なものであれ、それは刑法211条1項におけるように「重過失」として重く処罰すべきかもしれないが、そのことによって故意に転嫁させるべきではないと考える。

58) 井田・総論（前掲注41）383頁。

59) *Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 57.

これに対して事実の不認識においても、そのような錯誤によるのではなく事実に対する無関心（危険な行為に出た行為者が、確かに一定の事実を認識していなかったが、その事実について関心がなく、たとえそのような事実を知っていたとしても同じ行為に出ているであろうと考えられる場合）についても故意を認めるべきではないかという問題が生じる。また、それとは逆に責任説によれば前述のようないわゆる「違法性に関する過失」については過失犯ではなくすべて故意犯として処罰するのが果たして本当に妥当かという問題が生じ、ここにおいても法規に関する無関心・無配慮の場合とそれ以外の場合について区別する必要があるのではないかということが問題となりうるのである。これを図式化すると、次のようになろう（アミかけの部分が故意）。

厳格故意説

| | | 事実 | 違法性 |
|-----|-----|----|-----|
| 認識 | | ① | ② |
| 不認識 | 無関心 | ③ | ④ |
| | 錯誤 | ⑤ | ⑥ |

責任説

| | | 事実 | 違法性 |
|-----|-----|----|-----|
| 認識 | | ① | ② |
| 不認識 | 無関心 | ③ | ④ |
| | 錯誤 | ⑤ | ⑥ |

この図でみるとわかるように厳格故意説は一貫した立場であるが無関心の場合（③④）を故意で処罰する必要はないのかという問題が生じ、責任説は違法性に関する無関心（④）を故意に算入することによって調整しようとするが、事実の無関心の場合（③）との不統一と違法性の錯誤（過失）に基づく不認識の場合（④）も故意に算入してしまってもよいかという問題が生じる。これに対して前述の私見は、錯誤に基づく不認識（⑤⑥）は過失犯とするが無関心の場合（③④）を共に故意犯にすることによって解決を試みるものである。前述のように、故意説／責任説の枠組みで捉えるべきかどうかという問題があるが、従来の枠組みで一応考えた場合、暫定的に「修正故意説」⁶⁰⁾と名付けて

60) この学説はわが国で有力に主張されている「制限故意説」とはまったく異なるものである（同説については山中・総論〔前掲注14〕649頁以下参照）。制限故意説は故意を認めるために違法性の認識ではなくその可能性で足りるとするものなので、

修正故意説（私見）

| | | 事実 | 違法性 |
|-----|-----|----|-----|
| 認 | 識 | ① | ② |
| 不認識 | 無関心 | ③ | ④ |
| | 錯誤 | ⑤ | ⑥ |

おきたい。

(3) 私見の事例への適用

最後に、冒頭で挙げた諸事例への私見の適用を示して本論文の総括としたい。まず「狩猟禁止区域・期間（日時）の不知・錯誤」に関する日本の判例⁶¹⁾とドイツの判例⁶²⁾に関しては、行為者が原則として狩猟禁止区域・期間の認識を欠く場合には故意処罰は認められないが、例外的にそれがそのような規則に関する無関心に基づく場合、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いわゆる「間接故意 (dolus indirectus)」が認められ、故意犯として処罰されうる。またドイツ食品刑法の領域における錯誤事例である粉末ココア事件⁶³⁾においても何らかの法規に触れるかもしれないという認識だけでは、故意として不十分であり、この事例においては行為者がもし当該規則を知っていたとしても行為を行っていたであろうという事情は認定できないように思えるので、間接故意も認められず、過失行為として秩序違反法上の過料 (Bußgeld) の対象となりうるのみであると考えられる。

↘上の図式でいうと故意が認められる範囲については責任説とあまり変わらないものだからである。

61) 大判大正11年11月28日（拙稿・前掲注1，52頁以下），東京高判昭和35年5月24日（同・54頁以下）＝前掲判例⑫，八日市簡判昭和47年1月24日（同・59頁以下）。

62) OLG Celle, NJW 1954, 1618（同・65頁以下）；OLG Koblenz, NuR 1987, 348（同・68頁以下）。

63) BGH GA 1962, 25.