

ミヒャエル・パヴリック

『市民の不法』(15)

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. 正当防衛と防御的緊急避難 (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 (以上, 66巻4号)
  - 3. 狭義の禁止の錯誤 (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)

##### 3. 狭義の禁止の錯誤

##### a) 禁止の錯誤の関連対象

一般的犯罪論にいう錯誤とは、「意識と現実との不一致」<sup>413)</sup>を意味する。錯誤は誤った表象に因ることも、表象の完全な欠如に因ることもある<sup>414)</sup>。つまり、決定的であるのは、錯誤者の意識状態が「『真実』、実際の状況、対象に合致しない」<sup>415)</sup>ことである。

413) *Jescheck/Weigend*, AT, § 29 V 1 a (S. 307).

414) *MK-Joocks*, § 16 Rn. 2; *NK-Puppe*, § 16 Rn. 2; *Bringewat*, Grundbegriffe, Rn. 656; *Jescheck/Weigend*, AT, § 29 V 1 a (S. 307); *Kindhäuser*, AT, § 26 Rn. 3; *Kühl*, AT, § 13 Rn. 7 f.

415) *Schischkoff*, Wörterbuch, S. 345.

禁止の錯誤の事例においてこの対象となるのは、具体的な行為の状況において標準となる刑法上の行為規範である。もっとも、法規範はしばしば多義的である。それらはいかなる内容でもって上述のような諸事例に妥当するのであろうか。この問いへの回答は、禁止の錯誤規定の適用範囲に重大な影響を持つ。行為者の法解釈が「本来の」規範内容から逸脱する限りでのみ、およそ行為者には免責が必要である。これに対して、既に客観的な逸脱が欠ける場合には、それ以上のあらゆる問いは無用である。従来の刑法解釈論は自明のこのように、個別事例において判断を行う権限を有する裁判所が正しいものとみなす解釈に合わせてきた。裁判所の解釈を正しく予想することに失敗した市民は、自身に禁止の錯誤が認められて、それが回避不可能であることが明らかにされるのを期待することしかできない。この見解の背景には伝統的な法学方法論の立場が存在しているが、これに拠ると、裁判所はその判決活動において「生きた法律」や「魂を与えられた正義」<sup>416)</sup>として法を創造するのではなく、法律の文言の中にいわば覆い隠されている所与の法状況を<sup>417)</sup>見極めるに過ぎない<sup>417)</sup>。

重要な行為規範の正確な内容に関する問いに体系的に後置されるのは、行為者がどれほど強く法に関する自らの逸脱した見解を確信していれば、それが錯誤であると評価されるか、という問題である。従来の刑法解釈論は、行為者が自らの行為が違法である可能性がある<sup>418)</sup>と真摯に受け止めている場合には、それだけでその者には(いわゆる未必の)不法意識があると<sup>418)</sup>する。しかし、これを厳格に行うと、行為に出ようとする市民に、——不明確な法律の定式化や不統一な裁判例のように——その者の影響や責任の範囲外にあるものも含めた、法のリスク全体を負わせることになる。このような一方的なリスク分配はせいぜいのところ、さほど複雑ではなく、それに応じて法的争点が少ない法秩序においてのみ受け入れられ得る。しかし、高い科学技術的・社会的ダイナミズム、極めて広範囲に及ぶ規範の産出、そしてこれに応じて急激に増大する数々の法的に疑わしい事例によって特徴付けられる今日の法現実に鑑みれば、そのようなリスク分配は維持し得ないことが明

416) *Michelet*, *Naturrecht*, S. 97.

417) 例えば, *Bockelmann*, *Ndschr.* Bd. 3, S. 289.

418) クンツ (*Kunz*, GA 1983, 461) の論述は、この危険がどの程度にまで及ぶのかを説明する。これによると、専門筋から入手した法情報ですら、存在している不法の疑いを取り除くには適さない。「なぜなら、鑑定は、助言者の法的見解によれば行為計画には問題が無いということを意味するに過ぎないからである。つまり、その計画が実際に実定法秩序と調和するか否かは、拘束力を持つ決定について管轄を有する機関 (Instanz) による判断がなされるまで、不確かなままなのである。」

らかになる<sup>419)</sup>。これによれば、行為は「ともかく危険」であるから<sup>420)</sup>、刑法上の争いを

419) 同旨, NK-Neumann, § 17 Rn. 51; *ders.*, JuS 1993, 795 f.; Köhler, AT, S. 407, 415; Puppe, AT, §§ 8 Rn. 26; 19 Rn. 15; *dies.*; FS Rudolphi, S. 234 ff.; Löw, Erkundigungspflicht, S. 255 ff.; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 13 f.; *ders.*, JurBl 1981, 293 f.; Velten, Normkenntnis, S. 10 f.; 314 ff.; Zabel, Schuldtypisierung, S. 282, 381 f., 518; *ders.*, GA 2008, 42; H.-W. Schönemann, NJW 1980, 739. ザッファリンク (Safferling, Vorsatz, S. 221) はこのことを過小評価する (「原則を厳格に維持することは、時折……不当な結果に至るように思われる」)。判例及び文献では、確かに未必の不法意識という形象が原則的に認められている (BGHSt 4, 1, 4; BGH JR 1952, 285; BGH NSTZ 1996, 338; S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, § 17 Rn. 5; SK-Rudolphi, § 17 Rn. 12; Baumann/Weber, AT, § 21 Rn. 46; Jescheck/Weigend, AT § 41 I 3 b [S. 455]; Krey/Esner, AT, Rn. 721; Kühl, AT, § 11 Rn. 30, § 13 Rn. 59a; Maurach/Zipf, AT 1, § 38 Rn. 34; Otto, AT, § 13 Rn. 45; Kienapfel, ÖJZ 1976, 116; D. Meyer, JuS 1979, 253 f.; Warda, FS Welzel, S. 504 f.; より以前の文献としては, Hammerer, Einfluss, S. 55 ff.)。しかしながら、通説は、未必の不法意識という形象から生ずる危険を意識しており、様々な方法でその危険を和らげようとする。幾人かの論者は、行為者が自らの行為の適法性は可能であるか、或いは少なくとも蓋然性が勝っていると考える場合に (Frister, AT, § 19 Rn. 5; Dimakis, Zweifel, S. 120 f., 135, 155), また、行為者が、自らが行動に出る前に残された法の不確実性を取り除くための期待可能な機会を有していなかった場合に (Puppe, AT, § 19 Rn. 6, 14), それだけで禁止の錯誤を肯定することを支持する。その他の論者は、これらの場合にいずれにせよ刑法第17条を類推適用しようとする (Rengier, AT, § 31 Rn. 25; Roxin, AT 1, § 21 Rn. 34; Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 10 Rn. 84; Armin Kaufmann, Strafrechtsdogmatik, S. 78; Paeffgen, JZ 1978, 745 f.; 結論的に同じものとして, Jakobs, AT, 19/30; Lesch, JA 1996, 504; Timpe, GA 1984, 67 f.)。両アプローチは、「(未必の) 不法意識」という心理的な知見を規範的に理解された回避可能性という基準によって評価することを可能にする。これによって、法的に期待される範囲で法状況の調査に努力した者は、その者が特別な良心の呵責に基づき依然として自らの行為の適法性への疑いに悩まされている場合であっても、帰属の遮断を享受する。第3の見解のグループは、行為者に正当に期待し得る行為の問題を刑法第17条の文脈から取り出して、それを期待不可能性の観点の下で取り扱うことに賛成を表明する (MK-Joecks, § 17 Rn. 36; NK-Neumann, § 17 Rn. 34; *ders.*, JuS 1993, 796; S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, § 17 Rn. 21; SK-Rudolphi, § 1 Rn. 13; *ders.*, JurBl 1981, 294; *ders.*, JR 1989, 389; T. Walter, Kern, S. 324; Krümpelmann, Behandlung, S. 28; Warda, aaO, S. 526 ff.)。この見解は、その基本的な目的の方向——帰属の問題を心理的な事実から切り離すこと——において、先に述べた見解のグループと一致する。

420) Velten, Normkenntnis, S. 316.

避けることに留意する行為者は、——例えば、これに関する裁判所の判決が未だ存在しないために、或いは判例が未だ統一的な方針を見出していないために——自分の企図する行為が許されているという前提から確実に出発できない限り、自らの計画の遂行を断念するほかない。このような防御的な方針を強いる解釈は、「原則として一般的な行動の自由の核心」<sup>421)</sup>に抵触する。つまり、この解釈はその革新的でない性質の点で、個々の行為者を結果答責性から解放することで新しいものを創り出す過程に貢献するという目的を心得るべき管轄論とは相容れないのである<sup>422)</sup>。

より一方的でない負担分配のための鍵は、錯誤の対象、つまり刑法上重要な行為規範の適切な理解に存する。——極端に言えば——解釈者達がその真の意味を明らかにすることを期待する、観念的な意味形象という従来通りの行為規範に関する理解は、方法論的な理由からだけでなく、とりわけ純粋に刑法理論的な理由からも批判に値する。自由性の現存状態を維持することへの共働を怠る市民だけが刑罰を受けるに値するのであるから<sup>423)</sup>、処罰の基礎をなす行為規範は現実的に影響力を持つ(wirklichkeitsmächtig)ものでなければならない。すなわち、市民には、彼らが生活の計画を立てる際に実際にそれを信頼することができるような方向付けを与えなければならないのである<sup>424)</sup>。

421) *Velten*, Normkenntnis, S. 347. 同旨, *Frister*, AT, § 19 Rn. 5; *Puppe*, FS Rudolphi, S. 235 (「疑わしきは自由の不利益に (in dubio contra libertate)」)。

422) この点については上述 S. 179 f. クンツ (*Kunz*, GA 1983, 467) は確かに本文で述べた危険を認識しているが、「法に不利なリスク分配は……その行為統制効果にとって致命的」であるから、それを甘受しなければならないと考えている。「法的な疑いのある場合に行為計画の実現を放棄することは、有効な法益保護という利益において個々人に要求されるべき対価である」(aaO, 468)。クンツがそれによって自由論の問題点をいわば半減させるところの自明の事柄——行為に出ようとする市民の自由という利益は除外されている——は、抽象的な法益保護思想の不十分さに関するわかりやすい例を提供する(この点について詳しくは上述 S. 137 ff)。

423) 上述 S. 99 ff.

424) 禁止の錯誤規定を刑法の任務を規定すること全体に結びつけることで、自らの行為を可罰的であるとは評価していないが民法或いは秩序違反法にはおそらく反すると評価している行為者に、刑法17条の意味で禁止の錯誤が認められ得るか否かという、よく議論される問題についても答えが得られる。立法者がその行為に刑事制裁を科すほどに重要であると評価していることを行為者が知らない場合には、その行為者は刑法的に重大な態様で自らの(誤った)行為の無価値に関して錯誤に陥っている(同旨, *MK-Joecks*, § 17 Rn. 15; *NK-Neumann*, § 17 Rn. 21; *ders.*, JuS 1993, 795; *Köhler*, AT, S. 403; *Otto*, AT, 13/41; *ders.*, ZStW 87 [1975], 595; *ders.*, Jura 1990, 647; *Greco*, Lebendiges, S. 508; *Groteguth*, Verbots(un)kenntnis, S. 7

この意味で、施行されたばかりの刑法典上の新しい条項は現実的に影響力を持つのであろうか。刑事訴追機関が機能している国家においては、答えは然りより他にないであろう。すなわち、市民は自らの計画に際して原則として、管轄を有する官庁が新しい法律に対する違反を義務に合った裁量に従って追求して適切な方法で制裁を加える、という前提から始めることができるし、また、そうしなければならないのである。しかし、当該規則はその時点でいかなる内容を有するのであろうか。一見すると、この問いは月並みなもののように見えるが、法律の文言から明らかになる内容の他に、何かあるのであろうか。しかし、既に述べたように、法律の文言にはしばしば多数の解釈の余地がある。それらのうちのいずれが、市民の規範知識の対象として、また万一の場合の禁止の錯誤の基準として考慮されるべきなのであろうか。

答えは、たった今思い起こされた刑法の任務を規定することから明らかになる。刑法は、市民に信頼できる指針を与えることを可能にする、現実的に影響力を持つ自由秩序の維持に資する。この意味で方向付けの効果を発揮するのは、とりわけ判例であ

---

↘114: *Kretschmer*, Parteiverrat, S. 291 f.; *Ransiek*, Gesetz, S. 29; *Zabel*, Schuldtypisierung, S. 429; *ders.*, GA 2008, 45; *Koriath*, Jura 1996, 114; *Laubental/Baier*, GA 2000, 207; *Mattil*, ZStW 74 [1962], 229; これに近い見解として, *Jakobs*, AT, 19/23)。行為の行政法上或いは民法上の修正可能性 (Korrigierbarkeit) とその刑法上の制裁可能性との間には (NK-Neumann, § 17 Rn. 21 の用語法に由来する)、段階的な差異のみならず質的な差異が存在する (上述 S. 90 f.)。この相違は、何らかの法的に重要な不法を実現するという行為者の信念が刑法上の不法意識を認めるのに十分である場合には無視される (通説はこのように主張する。BGHSt 2, 194, 202; 10, 35, 41; 15, 377, 383; 45, 97, 100 f.; BGH NStZ 1996, 236 f.; *Fischer*, § 17 Rn. 3; HK-GS-Duttge, § 17 Rn. 5; *Lackner/Kühl*, § 17 Rn. 2; *Kühl*, AT, § 11 Rn. 28; LK-Vogel, § 17 Rn. 19; S/S-Cramer-Sternberg-Lieben, § 17 Rn. 4; SK-Rudolphi, § 17 Rn. 3, 5; *Baumann/Weber*, AT, § 1 Rn. 48; *Bringewat*, Grundbegriffe, Rn. 668; *Ebert*, AT S. 104 f.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 41 I 3 a [S. 453]; *Krey/Esser*, AT, Rn. 714; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 38 Rn. 11 f.; *Rengier*, AT, § 31 Rn. 5; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 461; *Safferling*, Vorsatz, S. 216; 基本的には *T. Walter*, Kern, S. 304 もそのようにいう)。本書が支持する見解は、特記すべき可罰性の間隙を招かない。すなわち、自らの企図する行為が民法上ないし行政法上の反応の対象であることをはっきりと認識する者には、通常、それが刑法的に禁止されているか否かという問題を調べるよう期待することができるのであるから、彼のこの問題に関する錯誤は全く回避不可能 [原文は vermeidbar であるが, unvermeidbar の誤りであると思われる: 訳者記す] でないに等しいのである (同旨, MK-Joecks 及び NK-Neumann のそれぞれ上述箇所)。

る<sup>425)</sup>。判例の機能は、同等に成り立ち得る法解釈が併存することから生ずる不安定性を克服する点にある<sup>426)</sup>。確かに、裁判所の判断は通常、直接的な法律効果を当事者間(inter partes)にしか認めないが、その判断に由来する方向付け機能は——特に刑法のように体系的思考を義務付けられた法領域では——それを越えて広く及ぶ<sup>427)</sup>。他人が自らと同様に、解釈に管轄を有する権威ある独立した同じ機関に準拠するであろうという信頼は、個々の市民に、現実の自由の秩序を具現するという法秩序の要請に最善の方法で適合する程度での期待の安定性を可能にする。裁判所が法律の文言のアンビバレンスを未だ特定の解釈に有利な形で解決していない限り、実際に影響力を持つのは、裁判所によって将来的に初めて作られるべき具体的な規範の集積(Korpus)ではなく<sup>428)</sup>、市民が目下利用することのできる抽象的な法律上の規範のみである。支配的な見解は、この状況を無視することで、国際刑法の無批判な支持者達が大きな点で犯したのと同じ誤りを小さな点で繰り返している<sup>429)</sup>。すなわち、現存する法状態を確認するよう行為者に要求することと、ようやく生じつつある規範秩序を確立する経過の中で彼に制裁を加えることとの間にある相違をぼやかしているのである。

しかし、法律上の規定が無からの創造(creatio ex nihilo)であることは極めて稀でしかない。大抵の場合、それは追加的な構成要素として、現存する規範構造の中に組み入れられる。このことは通常、判例が隣接分野で発展させてきた解釈の実践は新たな規範にも及ぼされるであろうとの想定の下で、市民に認識可能な形で行われる。それゆえ、法規定の公布のように、比較的新しい始まりの状況においてすら、決して、何らかの形

425) *Mattil*, ZStW 74 (1962), 22 f.; *Schultz*, FS Spendel, S. 316. これは裁判所自身の主張にも合致する。簡にして要を得たものとして、例えば BGHSt 15, 156, 158 は「刑罰法規は……独自に存在しているわけではないのであるから、権限を有する裁判所によるその解釈及び恒常的な適用実務が標準となる」とする。

426) 近代の政治哲学では、このことが一様に承認されている。差しあたり *Locke*, *Abhandlung*, S. 253; *Kant*, MS, § 44 参照。

427) *Duttge*, *Bestimmtheit*, S. 257 f.; *Buchner*, GS Dietz, S. 180; *Neumann*, ZStW 103 (1991), 350; *ders.*, *Recht*, S. 156; *Schlüchter*, *Mittlerfunktion*, S. 113. この「遠隔作用(Fernwirkung)」(*Neumann* aaO, 349)の実定法上の表れは、提示義務制度(裁判所構成法第121条第2項, 第132条第2項)である。加えて、この効果が単に偶然的な性質であるだけでなく意図されたものでもあることは、何らかの形で重要な裁判所の判断を全て公表する実務を通じて確認される。

428) 裁判所の判断の規範としての性格に関する基本的な文献としては *Kelsen*, *RR*<sup>2</sup>, S. 242 ff.

429) 上述 S. 124 ff.

で主張し得る解釈の全てが同等というわけではない<sup>430)</sup>。そのような同等性はむしろ、「実践されている法秩序」<sup>431)</sup>が解釈の余地を残す限りでのみ——そして、その場合には実際にも！——妥当する。市民が支配的な学説に添う方法でその余地を埋める場合<sup>432)</sup>、若しくは学説が確実には認められない限りで法律専門職の技術的規則に十分であるような方法でその余地を埋める場合には、彼の行為は既に客観的にも行為時において重要な禁止に違反しておらず、禁止の錯誤の問題は最初から生じない<sup>433)</sup>。もっとも、裁判所が十分に安定した解釈実践に至っている場合には<sup>434)</sup>、個々の市民はそれに沿っ

430) 異なる見解として、S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, § 17 Rn. 19.

431) Jakobs, AT, 19/25.

432) Roxin, AT 1, § 21 Rn. 65. この背後には率直な蓋然性の考慮がある。すなわち、議論参加者の多数を納得させた立場が、法廷においても認められる最も高い見込みを有するかは疑わしい。

433) 大体において本書と同様の主張をするのは、NK-Neumann, § 17 Rn. 51; ders., JuS 1993, 798 f.; Köhler, AT, 404, 406, 415; Puppe, AT, §§ 8 Rn. 16; 19 Rn. 7 f., 18, 40; Groteguth, Verbots(un)kenntnis, S. 106 ff.; Löw, Erkundigungspflicht, S. 232 f.; Manso Porto, Normkenntnis, S. 119 f.; Schroth, Vorsatz, S. 46 f.; Zabel, Schuldtypisierung, S. 440 f.; ders., GA 2008, 48; Lüderssen, wistra 1983, 229 f.; Naucke, 1. FS Roxin, S. 516 f.; Puppe, FS Rudolphi, S. 234. 異なる見解としては例えば、Dimakis, Zweifel, S. 43 ff. しかし、彼はその直前には (aaO, S. 35)、行為者の頭に何が浮かんでいたかは問題でない、つまり問題はむしろ客観面にあると適切にも明示していた。ドーナツチュ (Donatsch, SchZStr 102 [1985], 40 f.) は、それを回避不可能な禁止の錯誤であるとする。フェルテン (Velten, Normkenntnis, S. 108) は、不法意識の対象を「刑法的行為規範の解釈に関する調査時に獲得されたコンセンサスを瞬間的に捉えたものの一種である、手続的に理解された法状況」であるとする。この限りで、彼女は本書の立場に近い。しかし、彼女は本書が主張する行動の自由と禁止の関係を逆にして、「従来の立場から保護されていると見なされ得る自由のみが、事実上の妥当を獲得する」(aaO, S. 106; 結論において同旨、Kretschmer, Parteiverrat, S. 307) と言う。だが、リベラルな国家は、そこでは推定が行動の自由の有利に働くという点で際立たされているのではなからうか。

434) 同級の裁判所が相反する解釈を主張する限りでは、必須となる安定化が欠ける (同旨、NK-Neumann, § 17 Rn. 72; S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, § 17 Rn. 21; Jakobs, AT 19/44; Köhler, AT, S. 415; Groteguth, Verbots(un)kenntnis, S. 106; Kretschmer, Parteiverrat, S. 306; Safferling, Vorsatz, S. 230 f.; Naucke, 1. FS Roxin, S. 516; 結論においては Jäger, AT, Rn. 189; Warda, FS Welzel, S. 510 f. もそのように言う)。T. ヴァルター (T. Walter, Kern, S. 319) は結論においてさらに広く、行為者の考えでは極端な誤りのない裁判所の全ての判断は禁止の錯誤の非難可能性を失わせる、とする。これに対して、禁止の錯誤の回避可能性を支持す



て行動しなければならぬ<sup>435)</sup>。諸制度の優越性<sup>436)</sup>が市民に追いついたのである。

但し、このような、国家の裁判制度の存在が個々の事例において潜在的に負担を課す側面は、負担を軽減する裏面を持っている。確立された裁判実務に合わせて行為する以上のことを、いかなる市民にも期待することはできない<sup>437)</sup>。それゆえ、自らの行為を是認する判例が存在するにもかかわらず、その違法性を前提とする行為者は、規範的に重要な不法意識を有していない<sup>438)</sup>。すなわち、行為者が自らの法的な行動の余地を調

---

ゝるのは、SK-*Rudolphi*, § 17 Rn. 38; *ders.*, Unrechtsbewußtsein, S. 109 f.; *Roxin*, AT 1, § 21 Rn. 65. LK-*Vogel*, § 17 Rn. 69; MK-*Joecks*, § 17 Rn. 50; *Kienapfel*, ÖJZ 1976, 119 も、個別事例における考量を留保するが、基本的には同旨である。D. マイヤー (*D. Meyer*, JuS 1979, 253) は、刑罰法規の解釈について判例が対立する事案において、もはや見解が異なる裁判所の審審に関わりなく行為者に処罰のリスクを負わせる。

435) 十分でないのは、市民が、法解釈のルールからは確かに主張可能であるが、とりわけ裁判所の実務において取り立てて支持されていない法解釈を自らのものにする場合である。規範知識の獲得に努めるという個々の市民の責務は、既に見たように、さもなくば同胞たる市民からの不可侵性の尊重の要求に信頼に足る形で応えることができない、という点にその正当性の根拠を有する。しかし、努力の期待が、法的見解の市場に提案された見解の一つに有利になるように自らの判断で決定することを個人に許してしまうならば、一般的な生活の安全性 (*Daseinssicherheit*) を確立するという目標を大きく外れることになろう。技術的には正しいが実務上は影響のない法的な判断の提案の理由付けは、個々の市民に対して彼の行為者という役割において代償として要求される、現実の自由性の秩序への寄与とはいささか異なっている。

436) この点については既に S. 244, 250 f. で述べた。

437) それゆえ、確立された判例を可罰性の範囲が拡張するよう変更することは、基準となる行為規範を新たに規定することを意味する。一見すると、このことは憲法上の遡及効の禁止の適用を支持する (例えば *Puppe*, AT, § 19 Rn. 32 がこのように言う)。しかしながら、基本法103条2項のこのような拡張は、議会の決定作用と最高裁判所のそれとの間の相違を隠蔽するであろう (上述 S. 49)。それゆえ、結局のところ適切であるのは、この事例群を解釈論上は回避不可能な禁止の錯誤と同様に扱うことである (このように言うのは例えば、MK-*Joecks*, § 17 Rn. 45; NK-*Neumann*, § 17 Rn. 68; *Hoffmann-Holland*, AT, Rn. 433; *Krey/Esser*, AT, Rn. 727; *Jäger*, AT, Rn. 189; *Dimakis*, Zweifel, S. 34 f.; *Kretschmer*, Parteiverrat, S. 305; *Kienapfel*, ÖJZ 1976, 118)。保護に値する信頼の限界については、BVerfG HRRS 2011, Nr. 737。

438) 類似の見解は、*Manso Porto*, Normunkenntnis, S. 113; 異なる見解としては *Roxin*, AT 1, § 21 Rn. 14; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, S. 105。

べようとする場合、彼は裁判所よりよく知ることはできないし、裁判所よりよく知る必要もないのである<sup>439)</sup>。さらに、行為者の同胞たる市民が彼の行為と実務との一致以上のことを信頼する必要がないのであれば、行為者がその実務を知っていたか否か、或いは彼が多かれ少なかれ偶然に実務によって正しいとみなされることと一致して振る舞ったか否かは、問題になり得ない。それゆえ、行為者がその照会責務に違反したという事情は<sup>440)</sup>、彼が結局のところ、然るべく情報を与えられた市民ならば行い得たであろうことと同じことを行う限りでは、重要でない。この場合の責務違反は効果を生じさせないのであるから、行為者の不利になるようにそれを考慮に入れることには理由がないのである<sup>441)</sup>。

b) 法照会責務の限界

フェルテンの所見に拠れば、錯誤の回避可能性は「いわば動機付けのひとつの変数」であり、人間がいかなる場合に認知的な失敗を避けることができるのかは、内容的に、その者がいかなる動機付けに基づいていたかに依る<sup>442)</sup>。この理解に従えば、回避可能な禁止の錯誤は「法的に咎められるべき錯誤」<sup>443)</sup>、つまり行為者がそれについて管轄を有する錯誤である。したがって、特定の法知識の心理的な獲得可能性の限界に関する問

439) 適切にもキュッヘンホフ (*Küchenhoff*, FS Stock, S. 85) は、その他のあらゆる原則が、国家は自身の行動に反して振る舞っている (*venire contra factum proprium*) と疑わせるであろうと述べている。「国家が処罰しようとするならば、それは国家自身の機関の振る舞い、すわなち裁判官の判決と矛盾するであろうからである」。

440) 照会責務の範囲については直ちに本文で述べる。

441) 比較的新しい判例 (BGHSt 37, 55, 67; BayObLG NJW 1989, 1744; KG NSTZ 1990, 185, 186) 及び支配的な学説 (HK-GS-*Duttge*, § 17 Rn. 20; LK-*Vogel*, § 17 Rn. 46; MK-*Joecks*, § 17 Rn. 60; NK-*Neumann*, § 17 Rn. 81; *ders.*, JuS 1993, 798; SK-*Rudolphi*, § 17 Rn. 42; *ders.*, JR 1989, 388; *Jakobs*, AT, 19/45; *Kindhäuser*, AT, § 28 Rn. 16; *Krey/Esser*, AT, Rn. 730; *Rengier*, AT, § 31 Rn. 26; *Roxin*, AT 1, § 21 Rn. 69; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 10 Rn. 92; *Groteguth*, Verbots(un)kenntnis, S. 126 f.; *T. Walter*, Kern, S. 308; *Otto*, Jura 1990, 650; *H.-W. Schönemann*, NJW 1980, 741; *Wolter*, JuS 1977, 483 ff.) もこのように言う。以前の判例は、法を調査する責務の懈怠は行為者を不法意識の欠如について非難するに足る、との立場に立っていた (BGHSt 21, 18, 21; BayObLG NJW 1960, 504; 1340; 1965, 1926; OLG Köln NJW 1974, 1831)。

442) *Velten*, Normkenntnis, S. 78. 同旨, *Puppe*, AT, § 19 Rn. 4.

443) *Freund*, AT, § 7 Rn. 21.

題は、適切なりスク分配の基準に関する問題によって代替されなければならない<sup>444)</sup>。これにとって重要であるのは、ここでもまた、具体的で現実的な自由性の状態を維持するという刑法の任務である。そのような状態においては、法的に誤った侵害の潜在的な被害者の保護という利益と並んで、行動の自由の行使に関心を持つ市民の利益もまた極めて重要である。特に連邦裁判所が支持するように<sup>445)</sup>、免責基準を厳格に理解することは、一方では、確かに管轄違反行為の潜在的な被害者に予期の確実性を獲得させる。他方でそれは、法状況の調査に関する負担を厭う、法に忠実で慎重な (sicherheitsbewußt) 市民に、適法な行為すらも思い止まらせることができってしまう<sup>446)</sup>。この矛盾した利益は、その都度いかに評価され得るのであろうか。

予期の確実性という観点の射程を具体化することは、比較的容易である。すなわち、その重要性は、行為者によって誤認された規範が現実の自由性という状態に対して有する意義に伴って増すのである。規範が主要なものであればあるほど、行為者の免責はより困難である<sup>447)</sup>。これに対して、法調査のコストの潜在的な阻害作用 (die potentiell prohibitive Wirkung) が問題である限りでは、その枠内で規範が重要となるころの法的関係の性質が決定的に重要である。積極的な義務は、消極的な義務よりもさらに限られるだけでなく<sup>448)</sup>、それを負う者に義務を履行するためのさらなる努力をも要求す

444) これに関する文献は上述 S. 300 Fn. 283 で示した。

445) これに拠ると、人は「彼がまさに為そうとする全てのことについて、それが法的な当為の命題に合致するか否かを意識しておかなければならない」(BGHSt 2, 194, 201)。この要求は、今日の文献では一致して厳格すぎるとみなされている (HK-GS-Duttge, § 17 Rn. 16; MK-Duttge, § 15 Rn. 25; ders., Bestimmtheit, S. 383; Bringewat, Grundbegriffe, R. 675; Frister, AT, § 19 Rn. 8; Kühl, AT § 13 Rn. 61; Roxin, AT 1, § 21 Rn. 53; Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 10 Rn. 82; Stratenwerth, GS Armin Kaufmann, S. 488; Löw, Erkundigungspflicht, S. 69, 157 f.; Roos, Vermeidbarkeit, S. 196 f., 286; Velten, Normkenntnis, S. 112 ff.)。

446) Roxin, AT 1, § 21 Rn. 33; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 135; ders., Strafbarkeitsvoraussetzung, S. 13. 刑法第17条の規定を責任主義に帰すること (基本的には BGHSt 2, 194, 201) は、緊急の葛藤状況に焦点を当てることで、回避可能性基準の市民の生活の仕方全体 (die Gesamt-Lebensführung) への影響をなおざりにしている (Velten, Normkenntnis, S. 112 f., 445)。

447) Jakobs, AT, 19/7 f.; Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 10 Rn. 82; Zabel, Schuldtypisierung, S. 435; ders., GA 2008, 47; Hruschka, FS Welzel, S. 148; Timpe, GA 1984, 53.

448) この点については上述 S. 162 ff.

る<sup>449)</sup>。加えて、消極的義務の場合には、義務を負う者が自らの同胞たる市民をいかなる性質の危険に晒すのかが問題となる。自らの法領域の危険な組織化によって、又は特定の活動の引き受けによって他人に対して特別な危険を創出する者は、自らが、法が当該状況について定める安全のためのあらゆる予防対策を執ることができるよう配慮しなければならない<sup>450)</sup>。上記の基準を結び付けるならば、もちろん理念型的に単純化したものではあるが、4つの考え得る事例群に行き着く。すなわち、行為者は刑法秩序の主要な規範又は周辺の規範を誤認する可能性があり<sup>451)</sup>、そしてそれを法的な特別関係の内部で、又は特別でない (unqualifiziert) 消極的な法的関係の枠内で誤認することがあり得るのである<sup>452)</sup>。

基礎となる法的関係の種類により特別な専門知識を必要とする活動領域で決定を行う者は、その都度必要となる法状況に関する知識を信頼して利用できるよう保障する、情報体制を整えることに配慮しなければならない。つまり、確かに当事者は初めから自分自身で全てを知っている必要はないが、しかし、例えば必要な法的助言や警告を確実に受けとめるよう努めなければならないのである<sup>453)</sup>。その基礎には、既に管轄の根拠付

449) 同旨, *Kindhäuser*, GA 1994, 212 ff.

450) *Kindhäuser*, GA 1994, 214; *ders.*, FS Hruschka, S. 536.

451) これは最も伝統的な区別である。自然の道理 (*naturali ratione*) を既に許されざるものとみなすとされる万民法上の犯罪 (*delicta juris gentium*) と、特定の国家の特別な法律によってのみ刑法上禁止されているとされる市民法上の犯罪 (*delicta juris civilis*) とに区別するという形で、それはローマ法にまで遡る (古い文献としては *Roßhirt*, NACrim 9 [1827], 506 ff.; 近時の文献としては *Burkhardt*, Kommentar, S. 411 ff.)。比較的近時の文献では、類似の限界付けが多く見られる。例えば、「基礎領域」と「処分可能な領域」(*Jakobs*, AT, 19/7 ff., 11 ff.; *Lesch*, JA 1996, 608 ff.; *Timpe*, GA 1984, 52 ff.)、若しくは「中核領域」と「周辺領域」(*SSW-Momsen*, § 17 Rn. 48; *Löw*, Erkundigungspflicht, S. 261)における法的素材の下位区分がそうである。もっともレーヴは、最初に挙げた領域を主観的権利の保護に制限することで、その領域をあまりにも狭く限定する (*Löw*, aaO, S. 272 f.)。レーヴがこのアプローチを徹底し得ないことは、彼女がわずか数行後に (*aaO*, S. 273), 「興味深いことに」(*SSW-Momsen*, § 17 Rn. 51) 国家の保護に関する犯罪を当然のように中核領域に含めている点で明らかである。

452) 本書の区別は結局のところ、一方は特別な役割ない特別な生活領域、他方はその者の特別な法的知識を特に検討することなく全ての者に対して開かれている生活領域というヤコブスの区別に類似している (*Jakobs*, AT, 19/38; 同旨 *SSW-Momsen*, § 17 Rn. 52 f.; *Lesch*, JA 1996, 610)。

453) *SSW-Momsen*, § 17 Rn. 52; *Puppe*, AT, § 19 Rn. 3; *Velten*, Normkenntnis, ↗

けの一般的な形象から明らかになった自己拘束の考え<sup>454)</sup>がある。すなわち、私は、他者がその行動の際に基準とする、信頼を構成する要素に自らを適合させなければならないのである。自らの自己記述において特別な専門知識を自身のために必要とするにもかかわらず、その後専門知識の不足を示唆して免責されようと試みる者は、矛盾に陥っている<sup>455)</sup>。もっとも、行為者の法的評価の誤りが、その者の情報体制内部での彼が責めを負うべきでない障害に由来する場合には、帰属の遮断が問題となる。彼は、然るべき問い——「私が計画している行為は、確立された法実務に抛れば禁止されていると考えられているか」<sup>456)</sup>——を然るべき人物——すなわち、専門知識を有し、信頼に値すると思われる者<sup>457)</sup>——に投げかけ、その結果として誤った情報を受け取ったのでなければならぬ<sup>458)</sup>。これら2つの前提が充たされている場合には、行為者はそれに基づ

↘S. 353; *Lesch*, JA 1996, 609 f.

454) 上述 S. 185 以下。

455) それゆえ正当にも、職業活動は特に広範な照会責務を生じさせる、という命題は一般に承認を得ている(古い文献としては、*Stübel*, NACrim 8 (1825), 288; *Gebler*, Begriff, S. 259; *ders.*, GS 10 [1858], 334; *Hammerer*, Einfluss, S. 25; *P. Merkel*, Grundriß, S. 130; *Roeder*, Schuld, S. 146 ff.; 今日の文献としては、MK-*Joecks*, § 17 Rn. 65; NK-*Neumann*, § 17 Rn. 59; *Bringewat*, Grundbegriffe, Rn. 676; *Roxin*, AT 1, § 21 Rn. 57; *Neumann*, FG BGH, S. 101; *Ransiek* Gesetz, S. 31; *Velten*, Normkenntnis, S. 62 f., 352 f., 463; *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 219; 結論においては *Groteguth*, Verbots(un)kenntnis, S. 119 も同旨)。

456) これに対してフェルテン (*Velten*, Normkenntnis, S. 379 f.) は、禁止が主張可能な解釈の結論として考慮に入れられ得ることで足る、とする。これは彼女自身が認めるように、「疑いのある事例の全てにおいて……市民の自由の負担となるよう判断する」ことを意味する (aaO, S. 380)。この立場への批判については上述 S. 327 Fn. 433。

457) 例えば、BGHSt 40, 257, 264; LK-*Vogel*, § 17 Rn. 79; MK-*Joecks*, § 17 Rn. 53; NK-*Neumann*, § 17 Rn. 74; S/S-*Cramer/Sternberg-Lieben*, § 17 Rn. 18; SK-*Rudolphi*, § 17 Rn. 40; *Jescheck/Weigend*, AT, § 41 II 2b (S. 459); *Kindhäuser*, AT, § 28 Rn. 16; *Krey/Esser*, AT, Rn. 728 参照。

458) 今日の完全に支配的な見解も同様に言う。BGHSt 40, 257, 264; LK-*Vogel*, § 17 Rn. 76; MK-*Joecks*, § 17 Rn. 53; NK-*Neumann*, § 17 Rn. 74; *ders.*, FG BGH, S. 105 f.; S/S-*Cramer/Sternberg-Lieben*, § 17 Rn. 18; SK-*Rudolphi*, § 17 Rn. 35, 40; *ders.*, JurBl 1981, 298; *ders.*, Unrechtsbewußtsein, S. 243 ff.; *Bringewat*, Grundbegriffe, Rn. 677; *Ebert*, AT S. 152; *Frister*, AT § 19 Rn. 1; *Haft*, AT, S. 262; *Jakobs*, AT, 19/44; *Köhler*, AT, S. 414; *Rengier*, AT, § 31 Rn. 22; *Roxin*, AT 1, § 21 Rn. 62; *Safferling*, Vorsatz, S. 228 f.; *T. Walter*, Kern, S. 313; *Zabel*, Schuldtypisierung, S. 437; *Timpe*, ↗

いて行われた自らの振る舞いについて答責性を免除され得るのである<sup>459)</sup>。

専門知識が必要でない消極的な法的関係の領域では多少事情が異なる。中核規範に関する錯誤は、確かにこの場合にも限定された諸条件の下でのみ帰属を遮断する効果を持つ。現実の自由の秩序に対するこれらの規範の意義は大きい、他方で、通常、標準的に社会化された市民にとってはその照会の負担は僅かである。それゆえ、全く異なる文化的環境の出身で、当地の（二次的な）社会化に管轄を有する審級（Instanz）、とりわけ学校制度と接触してこなかったために、一度もある程度規則適合的な社会化のための法制度的に保障された機会を持たなかったような行為者についてのみ、免責が問題となる<sup>460)</sup>。これに対して、周辺規範の場合は異なるように見える。その自由実践的な重要

↘GA 1984, 67; *Zaczyk*, JuS 1990, 894.

459) 実質的には、行為事情の過失の領域で知られる信頼の原則がそこに転用されている（適切にもそのように言うのは *Manso Porto*, Normkenntnis, S. 120 f.）。

460) 「異文化人（Kulturfremden）」（*Berg*, Stand, S. 48）の免責の可能性は以前から認められている（*Berg*, aaO が挙げる諸文献を参照せよ；今日の文献としては例えば、*Jakobs*, AT, 19/7; *ders.*, *Zurechnung*, S. 70; *Lesch*, JA 1996, 608; *Saliger*, StV 2003, 25; *Timpe*, GA 1984, 54; *Valerius*, JZ 2008, 918）。ヘップ（*Hepp*, *Theorie*, S. 35）及び v. パル（*v. Bar*, GS 38 [1886], 264）は、未だポリティカル・コレクトネスの言語規則の下になかったが、確かに、「完全な野生の状態で、或いはあらゆる人間的扱いから隔離されて育った違反者の場合」（ヘップ）、若しくは「全く異なる低い文化レベルに属する」（v. パル）場合にのみ、そのような帰属の遮断を可能であると考え。今日の社会の諸条件の下では、このようにカスパー・ハウザーのような人物、黒人の酋長（*Negerhäuptlinge*）、或いは「ヘリコプターでクーアフュルステンダム通りに連れて来られた、南アメリカ原生林の原住民」（*Geerds*, *Jura* 1990, 430）に限定するのが狭すぎるとしても、このことは、異文化性に基づく帰属の排除が稀有な例外事例に限定されたままでなければならぬことを何ら変更しない。すなわち、ある人が法共同体の構成員となるべく統合することは、原則として同化義務的な（*ausgleichspflichtig*）負担ではない（*LK-Vogel*, § 17 Rn. 100 f.; *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben*, § 17 Rn. 17; *Jakobs*, *ZStW* 118 [2006], 848 f.; *Lesch*, JA 1996, 609 もこの趣旨で述べる；より寛大な傾向を示すのは、*Velten*, *Normkenntnis*, S. 232 f.; *Fabricius*, *JuS* 1991, 398; *Saliger*, aaO）。とりわけ、行為者が、法共同体によって彼に開かれた社会化の機会を利用したか否かは問題ではない。その構成員が彼らの私的領域を彼ら自身の表象に従って作り上げる権利を保障する自由な国家は、その限りで、彼らが完全に閉鎖された並行世界に自らを順応させるのを妨げることができないのである。しかし、そうするとその反面、このような国家は、そこから生ずる社会化の欠如を免責的に考慮する契機をも持たない。自由な国家においては、人は、自らの自由のためのコストを負担することに対する

性は、類型的には中核規範のそれに比べて僅かである。加えて、「現代社会の大量の法に鑑みれば、法に忠実な市民にとって、適切な注意を以て法交渉 (Rechtsverkehr) に関与する市民が規範の内容を常に自ら推論することはできない、というのはもっともなこと」<sup>461)</sup>である。それゆえ、いずれにせよ、行為に出ようとする市民に照会のコストを通じてこれらの場合に中核規範の領域における場合よりも重い負担を課すことは許されない。それゆえここでもまた、彼が計画した行為の法的な疑わしさが、平均的に情報を有している同時代人にとって、まさしく明白でなければならないのである<sup>462)</sup>。そのような明白性は、周辺規範の領域ではしばしば欠けることになろう。これらの場合には帰属を遮断することが適切である。

(一原亜貴子 訳)

---

↘答責性を免れないのである——この代替となり得るのは善意の (wohlmeinend) 専制政治であろう (同旨, *Jakobs*, ZStW 118 [2006], 843 f., 852)。

461) *Timpe*, GA 1984, 54.

462) 結論においては, *Jakobs*, AT, 19/38; *Lesch*, JA 1996, 610 も本書とほぼ同様である。