

違法性の意識の可能性に対する考察

趙 楚文

目次

第一章 序	4
第一節 問題の提示	4
一. 実務の現状	4
二. 法秩序の重視か法益の重視か	
——積極的一般予防論と相対的応報刑論との論争——	5
1. 違法性の意識に関する積極的一般予防論の展開	5
2. 違法性の意識に関する相対的応報刑論の展開	7
三. 国家側の「法周知義務」の内容の変容	8
四. 問題の設定	9
第二節 論文の構成	10
第二章 違法性の意識の可能性に関する議論の現状	11
第一節 日本の議論状況	11
一. 責任説からの展開	11
1. 客観的契機説（多数説）	11
（1）概要	11
（2）多数説の問題点	12
2. 負担の分配説	13
（1）概要	13
（2）負担分配説の問題点	15
3. 自由保障説	18
（1）概要	18
（2）自由保障説の問題点	
二. 故意説からの展開	19
1. 法益保護説	20
（1）概要	20

(2) 法益保護説の問題点	21
2. 違法性の意識の相対性説	22
(1) 概要	22
(2) 違法性の意識の相対性説の問題点	23
三. 小括	24
第二節 ドイツにおける禁止の錯誤の回避可能性の議論	26
一. Rudolphi と Roxin による照会の契機を重視する見解	26
1. 責任内容への予防的必要性の導入	26
2. 照会するための契機と照会の義務	28
3. 事前責任の承認	30
二. 規範遵守の心構えを重視する見解	32
1. Jakobs の見解	32
(1) 機能的責任概念	32
(2) 「管轄」と規範遵守の心構え	33
(3) 基礎的錯誤と処分可能な領域における錯誤	34
(4) 規範知識の残余	36
2. Velten の見解	38
(1) 答責性の出発点：規範遵守への動機付けを示す心構え	38
(2) 規範に対する分類：専門的な活動領域と非専門的な活動領域	38
(3) 行為の方向付けの形態とその作用	39
(4) 禁止の錯誤の回避可能性判断における行為の方向付け	40
(5) 行為の方向付け説の問題点	42
3. Porto の見解	43
(1) 概要	43
(2) 問題点	45
三. 小括と私見への示唆	46
第三章 違法性の意識の可能性の判断について	48
第一節 判断のための理論的前提	48
一. 事実に関する知識と評価に関する知識	48
二. 事実に関する知識に基づく認識結果：意味の認識	50
1. 意味の認識についての日本の議論状況	50
(1) 法律的認識・併行的認識二元説	50

(2) 素人領域における平行評価説	51
(3) 刑法が着目する属性の認識を要求する説	51
2. 私見——社会的意味における利益侵害——	52
三. 評価に関する知識の内容：利益侵害を中心とする基本原理	53
四. 小括	54
第二節 違法性の意識の可能性の一般的判断基準	55
一. 違法性の意識の可能性の一般的判断基準	55
1. 評価に関する知識を有することに対する期待可能性	55
2. 調査・照会の結果について	56
3. 事前責任について	57
二. 事案の解決	58
三. 帰結の一例——中国法への示唆——	58
第四章 結語	61

第一章 序

第一節 問題の提示

一. 実務の現状

日本では、違法性の意識に関する現行法の解釈論として、厳格故意説ではなく、違法性の意識の可能性説が妥当だと一般に思われている。違法性の意識の可能性説からは、原則として構成要件的故意があれば原則として違法性の認識に到達し得るのであり、例外的に構成要件的故意があっても違法性を認識することが不可能な場合にのみ、責任が阻却され得るにすぎないと考えられている。

違法性の意識の可能性に関する最近の裁判例として、平成 21 年 1 月 20 日の大阪高裁の判決がある¹。事案は、アメリカ合衆国に在住して、銃器の愛好家向けに、銃器関連品を日本に輸入販売する事業を営んでいた日本人男性の被告人が、アメリカ国内で真正な拳銃の主要部品に、それぞれ、その一部を切除するなどの加工を施し、拳銃の外観を保ちつつ金属製弾丸を発射する機能を有しない状態にしたものを、日本に輸入したところ、その 8 丁について、「拳銃」とは認められないが、銃刀法 3 条の 2 が規定する「拳銃部品」の一つである「機関部体」に施された加工が不十分で、なお同条にいう「機関部体」に該当するとして、拳銃部品輸入の罪と、これに関連する関税法違反の罪により検挙・起訴されたものである。

被告人は、起訴された行為と同種の輸入事業を始めるに先立ち、警察の担当部署から、合法的に拳銃の加工品を輸入するために各部品に施すべき加工の内容を指導された際、その指導内容が、機関部体の機能を破壊するものとして不十分である旨の認識を有していたので、各部品について、その指導の内容より更に破壊度を大幅に高めた加工を考案・実践していた。また、本件より前の同様の輸入行為の際に、税関や警察から、機関部体自体に関する加工の不備についての指摘は一度も受けなかった。これらのことから、被告人には、起訴された事実にかかる部品がもはや銃刀法上の拳銃部品には該当しないと信じていたという、自己の行為の法律的なあてはめについての錯誤が生じていた事情が存在する。

¹ 判例タイムズ 1300 号 302 頁。

第一審は故意が阻却されないとして、拳銃輸入罪の成立を認めたが、これに対して大阪高裁は、違法性の意識の可能性について、輸入前に警察に照会した事実に対して、「警察の専門部署に対して念入りに合法性の基準を確認した上、その基準を上回る加工を実践した以上、自らの行為が法的にも合法であると確信することには、それなりの根拠があったといえる」とした上、さらに、税関側から機関部体自体に関する問題点の指摘を一切受けることがなかったという事実に対して、「被告人に対し、一度も実質的機會を与えないまま、本件各輸入行為に際して、その適法性に関する客観的かつ冷静な判断を求めることには、實際上、過度の困難を強いる面がある」とし、結論として、「本件各部品の輸入が拳銃部品輸入罪の構成要件に該当する違法な行為である旨の意識がなく、かつ、その意識を欠いたことについて相当な理由があったといえるから、拳銃部品輸入罪の故意を認めることはでき」ないとし、原審の判決を破棄して、被告人に同罪は成立しないと自判した。

下級審裁判例は、違法性の意識を欠いたことについて相当な理由があるとして故意を阻却してきているが、しかし、どのような事情を考慮した上でその違法性の意識の欠缺について「相当な理由」を判断するのかについて、明確な基準を提示していない。実務上、違法性の錯誤に関する事案は決して多いとは言えない。しかし、違法性の認識は犯意の成立に関係ないことを明言した最高裁の判例が変更されていない以上、違法性の意識の欠缺の場合にも処罰の可能性はいつでも抽象的に存在するであろう。そのため、学説には、違法性の意識の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と思われる。従来、違法性の意識の可能性は「法に従った動機づけの可能性」として、それが存在しない場合に非難可能性が認められず、責任が阻却されると説明されている。その際に、多くは、「法に従った動機づけの可能性」がどの程度に客観的に保障されたかについて検討するという立場が、相対的応報刑論の見地から解釈され、違法性の錯誤の責任阻却に関する判断基準と責任阻却範囲もそれによって決定される。しかし、違法性の意識に関して、予防の観点から理解する見解も存在する。特に、ドイツでは主流の見解である積極的一般予防から違法性の意識に関して展開された議論は、日本でも広く支持されている。日本における違法性の意識の可能性の判断をめぐる論争は、その背後に、相対的応報刑論と積極的一般予防論との論争を有しているといえる。

二．法秩序の重視か法益の重視か——積極的一般予防論と相対的応報刑論との論争——

1．違法性の意識に関する積極的一般予防論の展開

積極的一般予防は何よりも法的平和と法的安定性を重視する。この見解の特徴は、法秩

序自体に中心的意義を認め、法益や個人の人権保障などの具体的価値をそれより下位に位置づけることにある。この見解によれば、法的平和と法的安定性は、人間が禁止・命令によって原則的に規範遵守の態度に導かれることへの期待から生じる。それゆえ、人が刑法に違反する場合に、一般的規範意識が動揺し、行為者の処罰によって規範が自身の妥当性を主張できたとき、法的平和と法的安定性が再び回復されることになる。犯罪が全く不可罰なままに放置されれば、規範はその動機づけの力を大きく失い、社会は徐々に無秩序な状態に陥るであろう。それゆえ、行為者において刑法に従った動機づけの可能性が存在しない場合には、これらの者に対する規範に従った動機づけへの期待も存在しないであろう。そして、彼らが実際に刑法に違反しても、社会的な期待は裏切られることなく、一般的規範意識にも動揺が生じない。一般市民の意識の中では、規範の妥当性がこのような行為によって低下させられることはないであろう²。そしてそのような規範遵守の態度自体が、「規範に対する忠誠」と理解される場合もある。より極端的な理解は、規範の安定化を重視し、刑罰の目的を、犯罪行為によって攪乱された秩序への信頼を再び安定化することだとする。そしてその安定化のために、国民に対して刑罰によって一種の「訓練」を行う。その中に、規範を信頼するための規範信頼の訓練や、規範に違反しないようにする規範への忠誠の訓練などが挙げられている³。

そのような理解に基づけば、違法性の意識について、まず、規範遵守の態度を有するためには原則的に規範について知らなければならないことが導かれる。仮に知らない場合には、自らそれを調査するか第三者に照会するかしなければならない。しかし、客観的な状況を鑑みて、或いは行為者の低い能力を考慮して、規範遵守の態度を有していても彼が法知識を獲得することができない場合には、規範は自らの呼び掛けが応答される期待を抱いておらず、国民にもそれを期待していないため、行為者を処罰しても法秩序の安定には繋がらず、むしろ処罰を行った場合にそれへの信頼が低下する。その際には一般的予防の必要性が否定され、行為者は法調査の契機を持たないか、或いはそれを行うべき管轄を有しないという理由で免責される。次に、規範遵守の態度を確認するために、この見解は違法性の意識の可能性の判断基準を展開する。そこでは、行為者が正しい法評価に到達するための努力が考察される。その際に、正しい法評価に到達できなかったとしても、一定の規範遵守の態度が客観的に確認されれば、部分的に或いは完全に予防の必要性が否定される。そして、そのような規範遵守の態度が確認不可能な場合に、この見解は、規範信頼の安定

² Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 19 Rn. 47.

³ Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, § 1 Rn. 15.

化の要請が存在するかどうかによって、行為者に対する処罰の必要性を判断する。ここにおいては、違法性の意識の可能性が客観的に存在するかどうかはもはや重要ではない。

このような積極的一般予防論の理解に対して、まず指摘しうるのは、人は法益を保護するために法秩序を構築しそれを維持しているのであり、法秩序を維持するために法益を犠牲にすべきではないということである。個人の利益保護のために法規範が安定されるべきなのであって、法規範の安定化自体のために個人を道具のように扱ってはならない。刑法において最も重要なのは法益であって規範ではない。そして処罰の必要があるのは、法益に対する尊重の欠缺であり、規範遵守の忠誠の欠如ではない。法益保護を軽視する刑罰論に基づいて違法性の意識の可能性の判断基準を展開しても、その理論は必然的に法益軽視の結果へと導くであろう。従ってこのような立場は支持できず、引き続き、自由保障を重視する相対的応報刑論を検討することとする。

2. 違法性の意識に関する相対的応報刑論の展開

現在日本で有力な相対的応報刑論は、刑罰が害悪賦課であることを前提とする点では「応報刑論」であるが、これを国家の「道義」性から導出するのではなく、刑罰はあくまで「法的」非難にすぎないとする。従って、責任非難が説得性をもって正当化されるかどうかは、当該の国家・社会が犯罪の社会的原因の除去と予防にどの程度取り組んでいるか、つまり市民に対して、犯罪行為に至らない自由をどの程度保障しているかという点にかかっているとされる。違法性の意識の可能性の有無は、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定まるのである。違法性を知る手段が行為者に十分に保障されなかった場合には、責任減少・阻却という形で、国家刑罰権が制限されることになる⁴。

規範信頼の安定化よりも国民の自由保護を重視するこの見解は、基本的に支持できると思われる。しかし、市民の規範遵守に対する態度を一切考慮せず、専ら国家の側の法の周知義務に着眼点を制限し、行為者が客観的に置かれている条件のみを考慮することでは、法益保護の目的を実現できないのではないかという疑問が存在する。何故ならば、「規範」に対する敵対性や、無関心などの態度は、特定の法領域において間接的に「法益」に対する無関心や尊重の欠缺に至るからである。特に刑法の非中核的領域において、行為者に一定の法知識が欠けている場合に、行為者はそこで具体的に保護されている利益の内容について認識すらできなくなる。そのような規範に対する敵対的な態度によって行為者が自ら

⁴ 高山佳奈子『故意と違法性の意識』（1999）268頁。

能力の低下を生じさせた場合に、国家の側から法周知の責務だけが果たされても、行為者の「犯罪に至らない自由」は保障されない。この問題を解決するためには、やはり規範に対する行為者の態度に着目した理論を展開するしかない。しかしそれは、「法益」に対する尊重という理念から逸脱しないことを前提としなければならない。さらに、「刑罰の濫用」によって国家が法を国民に周知させる責務を過度に追求する問題について、検討しなければならない。何故ならば、従来の理解ではもはや実際の問題を解決できなくなっているからである。

三. 国家側の「法周知義務」の内容の変容

従来の法周知義務の実現の内容としては、例えば、マスメディアを利用した法知識の宣伝や、問い合わせに応じる窓口の整備や、法令の解釈運用につき権限のある者による正しい回答が出せるようにする制度などが挙げられている。しかし、「何にでも罰則を設ける」という現在の刑罰積極主義の立法風潮においては、もはや従来の周知義務の内容のままでは法律を国民に周知させる目的を実現できない。例えば、最近、児童買春・児童ポルノ処罰法の改正案で子供の裸体写真などの「単純所持」をも禁止しようとする動きがある(2013年5月の自民党案)。しかし、現行法の児童ポルノの定義自体が不明確であり、その犯罪類型の処罰範囲も安定してないという批判が以前から存在している。そしてその立法趣旨も「児童の権利の擁護」など曖昧な内容で、保護法益も不明確なままである⁵。児童ポルノに関する規制が厳しいイギリスでは、児童ポルノの単純所持に対する処罰規定が不明確であるため、孫が水浴びしている写真をパソコンの中に保存した祖父が、児童ポルノ単純所持の罪で逮捕され起訴されるという事案が生じているという⁶。さらに、改正案が示す方向性通りに、動画や漫画などの実在しないキャラクターの画像も児童ポルノとして単純所持が処罰されることになれば、その保護法益は本当に誰にも理解できないような疑わしいものになるであろう。その際に、法周知義務による「法規定に関する知識を正確に宣伝すること」や、「照会されれば正確に答えること」などの措置はもはや機能しえなくなるであろう。何故ならば、このような規定は知られてもその内容が国民に理解され得ないからである。

そのような現実に対応するためには、国家側からの法周知義務の内容として、まず立法の段階において、その禁止規定がいかなる趣旨を持ち、いかなる利益を保護しようとする

⁵ 島戸純「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律の一部を改正する法律」ジュリスト 1274号(2004) 62頁。

⁶ " barristerswife", Exhibit A - the "Child Pornographer" - <http://abarristerswife.wordpress.com/2013/05/05/exhibit-a-the-child-pornographer/>

のかを明確に規定しなければならない。次に、そのような内容を国民にも理解できるように形を変えて宣伝しなければならない。それは、自由保障からの要請であり、刑罰法規の明確性による要請でもある。

四．問題の設定

以上の検討を踏まえて、本論文は、基本的に相対的応報刑論の立場から、違法性の意識の可能性による責任阻却の根拠、及び一般的な判断基準を検討する。そして主に次の問題を解決したい。

- ①法益に対する尊重に基づいて、規範に対するある程度の忠実を行為者に要求することはできるのか。
- ②できるとした場合、法益に対する尊重という理念から逸脱しないように、一般的基準においていかなる制限が行われなければならないか。

第二節 論文の構成

日本における従来の議論、及び、そこで参照されたドイツの議論は、いずれも、法令や判例に関する情報を比較的容易に入手できる社会的基盤を前提にしていた。しかし、比較法的見地からすれば、このような前提は普遍的なものとは言えない。一方で、刑法の任務が法益保護にあるとする出発点からは、法令自体に対する忠実義務や法令全般を調べる義務を市民に課すことはできない。他方で、法を知らなければ知らないほど得をする、という倫理的矛盾により誰も法を遵守しなくなるという事態は避ける必要がある。だが、刑事政策的な処罰の必要性を強調すれば、前近代的な「法の不知を宥恕せず」という原則に回帰し、事実上、違法性の意識の可能性不要説に至らざるを得なくなる恐れがある。

本論文は、このような両面の要請の中で、違法性の意識の可能性を安定的に判断しうる実効性ある基準の定立を目指すものである。

以下では、まず第二章において、違法性の意識の可能性に関する議論の現状を検討する。第一節では日本の学説を、責任説から展開されたものと故意説から展開されたものに分けて考察するが、従来の議論はいずれも、その理論的な正当化根拠が不十分であるか、或いは刑事政策的に望ましくない帰結を有無という問題性を抱えている。次いで、日本の学説が参照していたドイツの議論と、その近年の展開を第二節で見ることとする。ここでは特に、行為者の前法的な認識と、法的な評価である違法性の意識とをどのように架橋するかが問題となること、違法性の認識に到達するためには規範に関する一定の知識を前提としなければならないこと、及び、行為者における知識の獲得と評価のプロセスに立ち入った分析が必要になることを明らかにする。これらを踏まえて、第三章では、違法性の意識の可能性を判断するための手順の提示を試みる。第一節では、判断のための理論的前提として、事実的故意の内容となる意味の認識をなす利益侵害の認識、利益侵害禁止の総体である基本原理の知識、及び、法的評価に関する知識である違法性の認識、という三段階の観念を区別する。その上で、最終段階に当たる違法性の意識が可能であったと言えるのはどのような場合かについて、第二節で違法性の意識の可能性の一般的判断基準を定立する。ここでは、法益保護という刑罰目的を出発点としつつ、知識獲得への無関心を助長することのないような解決が模索される。最後に、本稿の基準が具体的な事案にいかなる帰結をもたらし、またいかなる汎用性を有するかの方向性を、事例及び現実社会の実情に照らして検討する。

第二章 違法性の意識の可能性に関する議論の現状

第一節 日本の議論状況

違法性の意識の可能性に関して、従来は自然犯と法定犯との区別によって解決する見解が有力に主張されていたが、その区分の基準が不明確であるため、現在においては殆ど支持されなくなった。代わりに、積極的一般予防論の立場からの Roxin の見解に影響を受けていると思われる客観的契機説や、Jakobs の見解に影響されていると思われる負担の分配説、そして相対的応報刑論の立場からの自由保障説が主張されている。また故意説の立場からも、法益保護説や、違法性の意識の相対性説が主張されている。以下ではその具体的な内容について検討したい。

一. 責任説からの展開

1. 客観的契機説（多数説）

(1) 概要

違法性の意識の可能性に関する日本の多数説は、まず、判断の時期について、責任説の立場から、実行行為時においては違法性の意識の可能性がない場合であっても、行為が実行される前の一定の時期に違法性の意識が可能であれば、それを理由として禁止の錯誤の回避可能性が認められ、責任非難が可能になるとする。つまり、実行行為へと至る意思決定の段階において、行為者が自己の行為を違法とする正しい情報に到達できる状況にあれば、それを利用して自己の意思を法規範に従った行為へと動機づけることができ、行為を思いとどまることができたはずである⁷。それにもかかわらず行為に出た場合、その行為について非難が可能になるといえる。意思決定の段階に遡行して違法性の意識の可能性を検討することが認められるのは、責任の判断対象が行為の前にある意思形成過程であり、その意思形成過程の準備段階での行為者の努力が問われるからであるという⁸。それによって、行為決意から行為に至るまでの連続した非難が可能となり、それが、行為遂行時には欠如する責任要素である違法性の意識の可能性を補填するという⁹。

⁷ 松原久利『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』（2006）56頁。

⁸ 安田拓人「回避しえた責任無能力状態における故意の犯行について（二・完）」法学論叢 142 巻 2 号（1997）49頁。

⁹ 松原久利「責任阻却事由と事前責任」『大谷實先生喜寿記念論文集』（2011）267頁

さらに、この見解はドイツでの多数説である契機説に影響を受け、少なくとも行為が予見可能な段階で、第一に、行為者が行為の適法性について自身で正しい情報に到達できる状況にあるかどうか、第二に、行為者がこの状況を利用すれば違法性の意識を獲得しうるかどうか、という一般的な判断基準が設定できるとされる。前者では、まず個人の側に、調査や照会を促す契機があったかどうか、続いて、国家の側に、法令を周知徹底させる努力をどの程度していたのかが検討される。後者においては、行為者が必要な調査や照会をしていたかどうかについても、国家の側の事情と行為者の側の事情を衡量し、合理的な期待が可能な範囲内においてのみ違法性の認識が獲得しえたとの判断を下すべきであるとされる¹⁰。

(2) 多数説の問題点

まず、この説は、間接的に照会義務の存在を前提とする点に問題がある。この見解は、行為の適法性に「疑いがあれば、熟慮、照会により、これを取り除かなければならない」とするため¹¹、調査や照会を促す契機が客観的に存在すれば、そして適切な調査や照会を行えば実現しようとする行為の違法性が明白になる場合、直ちに行為者が法規範に従った行為への動機付けの可能性を肯定することになる。つまり、その照会行為は市民に課されている一種の義務であることを前提とする。確かに、この見解は、照会義務を全面的に肯定する「良心の緊張」説よりは、契機が存在する場合にのみ照会すべきであるとする制限を加えている点で合理的だが、照会義務を間接的に認める以上は、その根拠を説明しなければならない。しかし、このような説明は行われておらず、そして調査義務を想定すること自体が「法の不知を宥恕せず」という格言への逆戻りではないかとの疑問がある。

さらに、契機の内容について、この見解によれば、「犯罪事実の認識は、原則として自己の行為の法的性質を検討するための契機を与える」とされる¹²。それは、いわゆる故意の提訴機能を認める見解である。しかし、構成要件的事実の外形の認識だけでは意味の認識があるとは必ずしも言えず、その際に行為が法規範に違反するかどうかを検討する契機も存在しないことは当然であるが、たとえ意味の認識が存在し、一定の保護利益が侵害されたことについて認識があっても、それ自体は価値中立的な事態であって、その認識以外に法規範に関する知識がない場合でも契機が存在するとは言えない。従って、故意の提訴機能を肯定することによって照会の契機まで原則的に存在すると認めることには疑問があるよ

¹⁰ 安田拓人「錯誤論（下）」（法学教室 274 号）（2003）96 頁。

¹¹ 松原・前掲（7）68 頁。

¹² 松原・前掲（7）67 頁。

うに思われる。逆に、契機の具体的な内容について、この見解は、「自己の行為が法律により規制されていることを知っているとき、あるいは規制されているかもしれないと考えた場合、自己の行為と類似した行為を違法とする判決などの存在を知っている場合、自己の法学的見解が周知の判決や官庁などの見解と対立することを知っている場合、著しい道德違反の意識があるという場合」には、行為の適法性を調査する契機が存在するという¹³。しかし、著しい道德違反の意識はともかく、法規範に違反する可能性についての認識や、類似行為の違法性を判断した判決についての知識まであれば、少なくとも未必的な違法性の意識が存在すると言えよう。契機の内容について、そのようなレベルの法知識まで要求すれば、法状況を照会するための契機の範囲が著しく制限されることになるであろう。

最後に、この見解によれば、調査の契機を利用して自己の意思を法規範に従った行為へと動機づけることができたにもかかわらず、その契機を利用せず行為に出た場合に、違法性の意識の可能性が認められ、行為が非難可能だとされる。つまり、この見解は「責任＝非難可能性」という従来からの責任概念に基づいている¹⁴。しかし、この見解の参照元である Roxin の客観的な契機説は、従来からの責任概念を採っておらず、刑事政策の観点から従来からの責任概念に処罰の必要性を加え、特に法規範を照会する契機が保障されていない場合、又は契機を利用して調査しても行為の違法性が分からなかった場合に、処罰の必要性を完全に又は部分的に否定して、結果的に非難可能性ではなく、行為の答責性について判断することになる。従って、処罰の必要性を重点に置いて構築した契機説を参照し、その理論の一部分だけを切り取って、非難可能性を重視する従来からの責任理論に転用できるかには疑問があるように思われる。

2. 負担の分配説

(1) 概要

一原准教授は、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すべきであるとして、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発想から、法の不知の際の処罰の危険が国民に課され得る負担である場合に、違法性の錯誤が回避可能とされ、行為者に対する責任非難が阻却されないとする¹⁵。これに対して、処罰の危険を国民に負担させれば国民の自由を不当に、或いは過剰に制限することになる場合には、そのリスクは国家に分配されなければならない、

¹³ 松原・前掲 (7) 67 頁。

¹⁴ 松原・前掲 (7) 64 頁。

¹⁵ 一原亜貴子「違法性の錯誤と負担の分配 (二)」関法 54 卷 1 号 (2004) 88 頁。

行為者に対する責任非難が阻却されるとされる。その場合には、違法性の錯誤が回避不可能だとされる¹⁶。

この見解は、法に忠実であるための「心構え」によって、国民に課され得る負担を根拠付ける。その理由は、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ため、規範の呼び掛けに対して、規範の名宛人として法に忠実であろうとする心構えを有しなければならないからである。そして、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止まることができたはずだ、との評価が可能なのであるとされる¹⁷。しかし、この見解によれば、違法性の認識可能性の判断においては、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¹⁸。つまり、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¹⁹、通常、違法性の認識が欠けている場合に、これを理由とする免責は認められない。例外的に、実際に行為者にそのような心構えが存在しなかったが、仮にそれが存在しても、行為者が自らの態度の違法性を認識できなかったであろうという場合には、処罰のリスクが国家の側に負わせられ、行為者に対する責任非難が阻却される。

国家に課されるべき負担として、この見解によれば、第一に、国家は規範を国民に理解可能な形で周知する義務を負うため、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。第二に、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。第三に、規範が行為者にとって内面化を期待し得るものでなければならない²⁰。違法性の錯誤の不利益が国家側に負わされる場合に、行為者の責任が阻却される。その一般的な判断基準として、この見解によれば、①国家が法の周知を図るという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

¹⁶ 一原・前掲 (15) 93 頁。

¹⁷ 一原・前掲 (15) 91 頁。

¹⁸ 一原・前掲 (15) 92 頁。

¹⁹ 一原・前掲 (15) 91 頁。

²⁰ 一原・前掲 (15) 94 頁以下。

報を信頼して行為した場合に²¹、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、行為者に対する非難ができないリスクが国家に負わされ、行為者の責任が阻却され得るとされる。

(2) 負担分配説の問題点

この見解は、リスク分配の立場から、違法性の錯誤に関し、処罰のリスクが規範の名宛人である行為者に課されるべきである理由として、規範に忠実であるための「心構え」の欠如を挙げたのに対して、実際の責任判断においては行為時にそのような「心構え」を要求しないとする点で問題があるように思われる。この見解によると、行為者が法を遵守しなかっ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。従って、違法な態度に出た行為者に対しては、もし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止まることができたはずだとの評価が可能であるという²²。つまり、規範に対して忠実的であるか、それとも規範に対して無関心であるかには関係なく、仮に違法性の錯誤にある行為者が本来は規範に対して忠実的であろうとしていた場合でも、違法行為に出ただけで、**原則として**法に忠実であるための「心構え」が欠けたことを理由に非難されることになる。ただそのようなリスクが行為者にとって過度の負担である場合にのみ、例外的に行為者の責任が阻却される。このような原則・例外の理論構造は、一定の規範について知っていることが、過度の負担でない限り国民に要求されていることを前提としている²³。これは、規範を知る義務の（少なくとも）間接的な承認である。何故ならば、殆どの規範については、個々の市民が日常生活の領域又は職業的な領域でこれに関連する活動を行う抽象的な可能性が存在するのであり、そうだとすると、法に忠実であるための心構えを有すると認めてもらうには、**原則として**あらゆる規範を知らなければならないことになるからである。しかし、規範を知る義務を、この見解は明示的に否定している。この見解によれば、国民は積極的に法を知る必要はなく、必要なのは違法な態度を選択することのないような心掛けだけであるという²⁴。この点についてはやはり矛盾があるように思われる。

さらに、この見解によれば、行為者が規範に忠実であるための「心構え」を有していれば、知らない法的知識についても、調べたり問い合わせたりすることで、行為に関連する

²¹ 一原・前掲（15）95頁以下。

²² 一原・前掲（15）91頁。

²³ 一原・前掲（15）93頁。

²⁴ 一原・前掲（15）92頁。

規範に従うことができたはずであるとされる²⁵。しかし、構成要件的事実を認識しただけでは、行為者は、該当する規範に従って行為を思い止まるか、それとも規範に違反しても行為を実現するかという態度決定を直ちに行うわけではない。行為者はいくら規範に忠実であるための心構えを有していても、規範に対して態度決定をする前に、まず、自己がそのような選択に直面していることを明確に知覚しなければならない。そしてそのような知覚には一定の関連知識が必要である。関連知識が行為者に備わっていない場合には、行為者は規範に対する態度決定を行うことができず、そもそもそのような選択を迫られていることすら認識できない。この点について、同じく「心構え」説を主張している **Jakobs** も指摘するように、現実化可能な且つ具体化可能な規範知識の残余が存在している場合にのみ、想定された規範遵守の心構えは作用しうるのである²⁶。**Jakobs** は規範知識の残余について詳しく述べていないが、少なくともそのような一定の関連知識がない場合には、規範に忠実であるための心構えだけを有していても、行為者は自ら知らない法的知識について照会することはないであろう。結局のところ、規範遵守の心構えを重視するこの見解も、違法性の錯誤に関する責任判断に当たって、行為者の心理的な事実及び法規範に対する態度とは無関係に、ただそのような違法性の錯誤が生じる不利益を行為者に負担させることが過度なことであるか否かについて判断するだけあり、規範遵守の心構えの存否判断はそのリスク分配に関する判断結果の後付けにすぎないと考えられる。そのようなリスク判断は、やはり恣意的に解釈される恐れがあると言わざるを得ない。

最後に、本説にいう規範の内面化の期待可能性の点にも問題があるように思われる。規範の内面化というのは、行為者が規範を知っていることである。この見解によれば、行為者の活動が、行為者に内面化を期待し得ない規範に関するものであるならば、行為者が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ため、その場合には免責の余地が生じるのである²⁷。そしてそのような期待可能性が存在しない場合に行為者を免責するのは、法に忠実であるための心構えを持つ者に対しては特別予防の必要性が認められず、そして一般予防の見地からも、そのような行為者を処罰することは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からである²⁸。規範内面化の期待可能性の判断について、日常生活の領域においては規範の内面化が通常期待できるとされ、それ以外の、行為者にとって馴染みのない活動領域においては、行為者

²⁵ 一原・前掲 (15) 91 頁。

²⁶ **Jakobs** (Anm. 3), § 17, Rn. 36.

²⁷ 一原・前掲 (15) 101 頁。

²⁸ 一原・前掲 (15) 97 頁。

の年齢、教育、生活及び職業に関する経験などを考慮して、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るという²⁹。規範の内面化が行為者に期待できない状況の例として、行為者が別の文化圏において社会化された場合や、当該活動において初心者である場合などが挙げられている。

しかし、この見解を文字通りに解した場合、行為者がおよそ法に忠実であるための心構えを十分に有すれば、たとえ自分にとって馴染みのない活動領域においても、一旦行為に出ることを思い止まって、知らない法規範についても照会・調査することができたことになるはずである。それにもかかわらず（緊急状況以外の場合に）行為に出たのであれば、やはりこの見解が主張したような心構えが足りないことになるのではないかと思われる。例えば、確かに行為者は当該活動において初心者であるが、しかしそれを自覚した上で、もしこの見解が主張したような心構えを十分に持った場合には、自己が初心者である内に一旦活動を停止し、初めから何も知らない規範についての照会・調査を行ってから活動を再開することが必ずしもできないとは言えないであろう。また、行為者が別の文化圏において社会化された場合であっても、例えば外国に行って生活を始めることを自覚し、十分な心構えを持つ者であれば、「もしかしたら今まで生活した環境と違った規定が存在するかもしれない」と思い、外国に入国する前に時間をかけてその国の法規範を調査することも十分可能である。たとえ客観的な状況に鑑みて行為者が規範を知る可能性が存在しなくても、それだからといって行為者がこの見解の主張するような法に忠実であるための心構えを十分に持っていたことにはならないであろう。

その一方で、行為者が法に忠実であるための心構えの不足を明白に表明したときは、客観的な状況を考慮して行為者が規範を知ることは期待できない場合であっても、この見解に従えば特別予防の必要性が認められ、一般予防の見地から見ても心構えが足りない行為者を処罰することが新しい活動領域に参加しようとする国民を萎縮させることもないであろう。それにもかかわらず、この見解は法規範の内面化が期待できないことを理由に、行為者を免責しようとする。しかし、行為者が実際に法に忠実であるための心構えを持つか否かを直接的に考慮しない限り、それに基づく規範の内面化に対する期待可能性は判断できないはずである。行為者の年齢、教育、職業経験などを考慮しても、それは規範の内面化に対する期待可能性の判断ではなく、行為者が置かれた客観的な状況を考慮した処罰の必要性についての判断を行ったことになるにすぎない。この点についても、やはり恣意的

²⁹ 一原・前掲（15）101頁。

な解釈の危険が存在すると言わざるをえないであろう。

3. 自由保障説

(1) 概要

多数説的な立場と異なり、故意と違法性の意識の可能性との関係について、一方では特別予防論の観点から、故意については、刑罰の前提たる責任を行為者の再社会化を志向して根拠づける心理的要素の一つとして捉えられるべきであるとし³⁰、もう一方では、相対的応報刑論の観点から、「法に従った動機づけの可能性」である違法性の意識の可能性について、これが責任の要件であるとしても消極的にしか責任要件となりえないとする見解がある。違法性の意識の可能性の有無は、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定まるとされる³¹。違法性を知る手段が行為者に十分に保障されなかった場合には、責任減少・阻却という形で、国家刑罰権が制限されることになるとされる³²。すなわち、違法性の意識の可能性がない場合は、責任が阻却されるというより、国家刑罰権の発動が阻却されるのである。

違法性の意識の可能性の一般的な判断基準について、この見解は、個別行為原則の観点から、責任段階において重要なのは、実行行為前に行為者が何をすべきだったかではなく、行為時において行為者が禁止を意識しうるだけの情報を与えられていたかであるとする。具体的には以下の二点が考慮される。第一に、行為者の道德観念ではなく、法的な知識水準が判断資料とされ、行為時の事実として考慮される³³。第二は、行為者の知識等に照らして「法に従った動機づけの可能性」が保障されていたかどうかである。前者について、この見解によれば、法的な知識は、条文の認識ではなく、自己の所為についての法的な「禁止」の認識可能性が問題である。行為者の知識水準は、それまでの生活環境や知能等を含む事実的条件であるとされる。後者について、まず、誰を標準として判断すべきなのかについて、法秩序の側に立つ市民が、行為者の立場に自己を置き換えてみたときの非難可能性が判断されなければならないとされる³⁴。続いて、必要な「可能性」の内容は、「合理的に違法評価に到達しえたこと」でなければならないとされる。言い換えれば、「行為時の行為者にとって理解可能な推論により、違法性の意識に到達しうることを要する。すなわ

³⁰ 高山佳奈子『故意と違法性の意識』（1999）127頁。

³¹ 高山・前掲（30）269頁。

³² 高山・前掲（30）273頁以下。

³³ 高山・前掲（30）340頁。

³⁴ 高山・前掲（30）341頁。

ち、一方で、行為者に理解しえないようなプロセスによってしか違法性を認識しえなかった場合には、「法に従った動機づけの可能性」が行為者自身に保障されていたといえず、行為者を非難することはできない。他方、ここでは行為者が現実には理性をはたらかせなかったとしても、それは免責の根拠にはならない。「自己の知的能力を用いない自由」は、刑法的な保障の範囲に入らないからであるという³⁵。

(2) 自由保障説の問題点

この見解について、行為者は、事実の認識があっても直ちに規範に直面するわけではなく、法的知識があつて初めて自己の行為の内容を自らの規範意識にあてはめることができるという指摘は評価できると思われる。しかし、違法性の意識の可能性の判断に当たって、行為者に対しそのような法的知識の獲得に関する努力を一切要求せず、もっぱら行為時に行為者の法的な知識水準だけを判断資料として法に従った動機づけの可能性が保障されたか否かを判断すれば、国家が国民に法を周知させる責務を最大限に果たしていたとしても、法規範を軽視し、意図的に法的知識の獲得を避け続けていた行為者が違法性の錯誤に陥った場合には、この見解によれば、行為者の法的知識水準の不足を理由に責任を阻却させざるをえないであろう。

確かに、この見解によって主張される通り、刑事責任においては、法秩序に対して行為者が敵対的な態度を有していたか否かを問題とすべきではなく、法に対する無関心を非難すべきだとする思想はもはや認められない³⁶。しかし、法によって保護されるべき利益に対して敵対的な態度を有する行為者や、保護法益に対して無関心な行為者は非難されるべきであろう。そのような保護法益に対する敵対的・無関心な態度は、間接的に、又は直接的に法規範に対する敵対的・無関心な態度を惹起する。保護法益が自己の行為によって侵害されても構わないと思う行為者は、法に関する一定の知識がないと当該保護法益が行為によって侵害されることを認識しえない領域、或いはその侵害が認識されたとしても侵害に対する禁止が存在することが行為者によって知覚されえないような領域において、当然、関連する法知識の獲得を怠り、常に法知識の欠如状態に陥るであろう。そしてそのような行為者が違法性の錯誤に陥った場合に、この見解に従えば、その低い法的知識水準に照らせば、たとえ法秩序の側に立つ市民が行為者の立場に立ったとしても合理的に違法評価に到達しえたとは言えないであろう。その際に、法規範に対して敵対的・無関心な態度を採

³⁵ 高山・前掲 (30) 342 頁以下。

³⁶ 高山・前掲 (30) 328 頁。

ただだけでなく、法規範によって保護された利益に対しても敵対的・無関心な態度を採っている行為者に対し、この見解では非難可能性を阻却することになる。

確かに、日本においては、保護法益に対する敵対的な・無関心な態度によって意図的に法規範に関する知識を獲得せず、法知識の水準を低い程度に維持するような行為者は殆どないであろう。しかし、例えば中国においては、国家権力による司法に対する干渉が強いため、国民が法規範に対する不信感を持ち、国家による法を周知させる努力は認められるものの、国民全体の法的知識はなお低い水準にとどまっている。それが原因で、違法性の錯誤に関する判例は今でも違法性の意識の可能性不要説を維持しているとも言われている。そして、もし違法性の意識の可能性がないときに例外的に責任が阻却されるように法律が改正された場合に、行為者の法知識の水準を基準として法に従った動機付けの可能性が判断されれば、行為者自身の法知識の水準があまりにも低いため、殆どの違法性の錯誤において責任が阻却されることになろう。何より重要なのは、そのように違法性の意識の可能性を否定した判例が出れば、それに基づいて、たとえ保護法益を侵害したとしても法知識が少なれば少ないほど免責されやすいという認識に人々が至りかねないことである。そうなれば、もともと低い水準にある国民全体の規範意識がさらに低下し、個々の市民における低い法知識の水準からの脱却はますます困難になるであろう。

二. 故意説からの展開

1. 法益保護説

(1) 概要

石井教授は、責任主義を、応報・法益保護目的の追求に対する法的支配・合法性の内在原理として位置づけた上で、責任非難の原理について、行為者は法益侵害へと決意することで人格の相互承認に基づくコミュニケーション秩序を否定しており、そのため、その内心の態度に否定的な評価が加えられ、刑罰による非難が可能になるとされる。すなわち、個人の自律を危うくするものとしての法益侵害へと決意することが非難可能なものと評価されるとされる³⁷。石井教授によれば、法益侵害への決意は犯行の際の心理状態であり、責任判断は時間的に犯行に関係しなければならぬとされる。

この見解によれば、犯罪事実の認識たる故意は、決意の対象である法益侵害を内容とし

³⁷ 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 44 巻（1994）68 頁。

ていなければならない。さらに、この法益侵害を内容とする故意は、行為者に犯罪行為の決意に関して必要な情報を提供する。それが故意の提訴機能であるという³⁸。そして、行為者が法益侵害を認識することによって、必要な情報が行為者の手に渡り、それによって法益侵害の惹起を否定するように期待することが可能となり、その点に非難可能性の契機となる反対動機の形成可能性があるとする評価が下されるとされる。すなわち、違法性の意識の可能性が存在したかどうかは、直接責任判断に関係するのではなく、間接的に法益侵害へと決意したかどうかを認定する際の資料にとどまる。

一般的な判断基準として、第一に、国家は法を周知徹底させる努力をしなければならないため、その努力が足りない場合に、通常行為者には法益侵害性の認識を認めることはできない。しかし、免許・許可を受けた者には原則として法規の知識が備わっていることを基礎に、故意である法益侵害性の認識が認められる。第二に、第三者への照会に関して、照会行為を怠ったことによって直ちに責任を認めることはできず、そして私人の意見を信賴して違法性の錯誤に陥った場合にも、照会で得た知識を考慮して、実際に行行為者に法益侵害性の認識があったかどうか判断されるとされる³⁹。

(2) 法益保護説の問題点

この見解は、実質的に制限故意説である。そして、構成要件的故意に提訴機能を認めることによって、法益侵害への決意と違法性の意識（ないしその可能性）との関係が不明瞭になる点において疑問があるように思われる。この見解によれば、法益侵害とは、社会において通用する価値を否認し、人間相互のコミュニケーション過程を危険にすることである。そしてそのような法益侵害への決意が故意の内容を形成し、非難に値するものとされる⁴⁰。では、果たして、そのような法益侵害への決意について判断する際に、違法性の意識（ないしその可能性）がどのような役割を演じるのか。もし、法益侵害への決意が存在するかどうかについて判断する際に、違法性の意識（ないしその可能性）が不要だとすれば、仮に、客観的に考察しても実際に違法性の意識（ないしその可能性）が存在しない場合であっても、法規範との関係で行為の意味を認識しなくても社会において通用する価値を否定した以上、法益侵害への決意があったとの判断を下すことができるであろう。違法性の意識（ないしその可能性）が存在しないところでは、仮に法益侵害を認識しても、社会に通用する価値を否定すること以外の情報を行為者が想起することはできない。そして違法

³⁸ 石井・前掲 (37) 74 頁。

³⁹ 石井・前掲 (37) 72 頁以下。

⁴⁰ 石井・前掲 (37) 74 頁。

性の意識（ないしその可能性）がないということは、行為者には価値否定に関する情報しか与えられておらず、「規範」遵守のために行為を思い止まるという反対動機の形成可能性も存在しないことを意味する。これに対して、もし法益侵害への決意を認定する際に、違法性の意識（ないしその可能性）を参考資料にする必要があるとしたら、その認定の前に、予め違法性の意識（ないしその可能性）について判断しなければならない。しかしその場合、故意が存在することによって、社会に通用する価値を否定したという以外に、規範違反の可能性に関する情報も行為者に与えられるのだとすれば、もう一回反対動機の形成可能性について判断する必要はないであろう。そのような矛盾が生じるのは、「社会において通用する価値の否定」という認識だけで、それ以外に関連する法知識が行為者に存在しない場合には、法益侵害に関する認識があったとしても、それは自分の態度が法規範に違反するかどうかについて考える契機を行為者に与えることができないからである。従って、犯罪事実の認識たる故意には、提訴機能が存在しない。そのため、このような故意の提訴機能を中心に構想された見解にも疑問があるように思われる。

2. 違法性の意識の相対性説

(1) 概要

厳格故意説の立場からは、行為に関係する何らかの規範についての事前の知識を有する行為者においては、反対動機の前提となる認識の内容が、直ちに違法性の意識の内容となり、これが故意責任を問うために必要かつ十分であるとする見解が唱えられている。そして、犯罪事実の認識により、反対動機を形成する契機を有した行為者に対しては、当該行為に関する何らかの規範についての事前の知識を前提に、当該行為により侵害しようとしている対象が、法律が保護しようとしているのと同じ方向で保護される対象であるという認識に至って初めて、故意責任を問うことになるという。反対に、行為者に当該行為に関係する規範についての事前の知識が与えられていない場合、又は事前に与えられた規範の評価規範性を失わせしめるだけの具体的事情を行為者が認識し、当該行為に反対動機が生じ得ないと評価しうる場合には、行為者は規範に基づく評価をなしえないとして、当該行為の遂行に対して故意責任を負わせることができないという⁴¹。

この見解は、違法性の意識を、行為者に対する非難可能性の基底、すなわち行為者に対する他行為可能性の担保という形で捉えた上で⁴²、必要な違法性の意識の内容の次元が、犯

⁴¹ 重井輝忠「違法性の意識と責任非難」阪大法学 49 卷 1 号(1999)317 頁。

⁴² 重井輝忠「違法性の意識における重層構造——百円札模造事件を素材として——」阪大法学 49 卷 2 号(1999)248 頁。

罪類型ごとに必ずしも一致する必要はなく、相対的なものでありえ、また、法律違反の意識が必ずしも要求されるのではないとする。つまり、法律の基底をなす前法規的規範の存在を前提とするような犯罪類型にあつては、かような規範に違反するとの認識もまた、違法性の意識たりうるのであつて、法律あるいは前法規的規範に違反するという意識の存在が、行為者の他行為可能性ないし行為者に対する非難可能性を基礎付けることになるという⁴³。すなわち、前法規的規範に関する認識が存在すれば、直ちに、行為者に他行為を選択する可能性が保障されているとの判断を成し得るとする⁴⁴。この見解は、前法規的規範の存否によって法領域を二分し、前法規的規範が存在する犯罪類型と、前法規的規範が存在しない犯罪類型とを区別するとする。前者の場合は、前法規的規範の認識の存在によって直ちに他行為可能性を肯定し、違法性の意識の存在を認めるのに対して、後者の場合は、法律違反の認識がなければ違法性の意識を認めることができないとされる。

(2) 違法性の意識の相対性説の問題点

この見解は、前法規的規範の認識を違法性の意識の内容とし、それが存在すれば直ちに他行為可能性を肯定する点に問題があるように思われる。何故ならば、前法規的規範による評価はたいてい曖昧で、未必的である場合が多いからである。この見解によれば、前法規的規範違反の具体的な内容として、特に社会倫理規範に対する違反が挙げられている⁴⁵。確かに日常生活の領域においては、そのような前法規的規範は法規範と同時に認識される場合が多いが、しかし、前法規的規範による評価は不安定であり、個人の知識水準や生活環境などの要素によって影響されやすく、法規範による評価と一致しない場合も少なくはないであろう。自身の前法規的規範に基づいて判断を行った他人から、行為者が行おうとする行為が「間違っている」と指摘されただけで、直ちにその行為を思い止まるべきであるとしたら、刑法の自由保障機能が実現できなくなる。何故ならば、違法性の意識における認識対象は、少なくとも法律上の禁止・命令でなければならないからである⁴⁶。

また、前法規的規範の存否を基準に法領域を分類する点にも問題があるように思われる。その際にいかなる犯罪類型が前法規的規範を前提としているかを説明しなければならないからである。この見解は、生命・身体・財産・特定の社会的秩序など、一般的に法益として認められている利益に対する直接的な侵害行為を禁止するような犯罪類型にあつては、

⁴³ 重井・前掲(42) 256頁。

⁴⁴ 重井・前掲(42) 254頁。

⁴⁵ 重井・前掲(42)252頁以下。

⁴⁶ 一原・前掲(15)100頁。

前法規的規範の存在を容易に推測することができるとする⁴⁷。しかし、社会生活は変動しやすく、さらに、利益に対する解釈次第では殆どの法益が法によって保護されていると解釈することができるであろう。これに対してこの見解は、前法規的規範の存立に影響を与える社会変動が生じて、当該犯罪類型が予定する保護法益は必ず存在する以上、かかる法益の存在する限度で、前法規的規範の存在を認定すれば足りるとする。そして、前法規的規範と関連性を有する法益すら想定し得なくなった犯罪類型のみ、前法規的規範を失った犯罪として取り扱われることとする⁴⁸。確かに、刑法の非中核的領域における犯罪類型の保護法益は連想され難く、その中には保護法益自体が不明確である場合も存在する。しかし、解釈によってはほぼすべての犯罪類型の保護法益が前法規的規範と関連性を持つこととなるのであり、保護法益に対応する前法規的規範が認識され難い場合は存在しても、絶対に認識されない場合は殆どないであろう。そして、特殊な犯罪類型の保護法益、或いはこの見解がいうところの前法規的規範が認識され難い状況も、法を国民に周知させる責務を負う国家側の努力次第で変わる。結局のところ、前法規的規範の存否という法領域に対する分類基準は、自然犯・法定犯という現在においては殆ど支持されていない分類と同じく、不明瞭で、恣意的に解釈される可能性を有すると言える。

三. 小括

責任説から主張された客観的契機説は、もともと積極的一般予防論の立場から展開された Roxin の契機理論を非難の概念によって説明しようとしたものであるが、契機が客観的に存在する場合の照会義務の根拠について説明できず、成功してないように思われる。

そして、負担の分配説は、法に対し忠実であるための心構えによって、禁止の錯誤が生じた負担を国民に分配することを根拠付けようとするが、想定された、規範に対し忠実であろうとする心構えが作用しうるのは、現実化可能な且つ具体化可能な規範知識の残余が存在している場合のみであるにもかかわらず、この見解はその点について考慮せず、問題があるように思われる。

自由保障説は、違法性の意識の可能性について、専ら行為者の法的な知識水準を参照にする点で問題があるように思われる。この立場では、規範に対する敵対的或いは無関心な

⁴⁷ 重井・前掲 (42) 268 頁。

⁴⁸ 重井・前掲 (42) 268、269 頁。

態度によって自ら生じた法的な知識水準の低下を不可罰とすることになり、そしてそのような態度が保護利益に対する尊重の欠缺を導くことを防止できない。

故意説からの展開として、法益保護説は、故意の提訴機能を中心に展開する点に問題があり、そして違法性の意識の相対性説は、前法規的規範に関する認識が存在すれば直ちに違法性の意識の可能性を肯定する点で、刑法の自由保障機能を害するために、問題があるように思われる。

これらの見解はいずれも、一定程度ドイツの議論を参考にしているが、ドイツの学説が念頭に置いてきた刑罰の正当化根拠にまで立ち入った検討は必ずしも行っていない。しかし、理論的にも政策的にも適切な解決を導くためには、この点に関する基本的な態度決定が必要であると考えられる。そこで、次節では、考察の前提として、ドイツの議論を詳しく見ることにしたい。

第二節 ドイツにおける禁止の錯誤の回避可能性の議論

一. Rudolphi と Roxin による照会の契機を重視する見解

1. 責任内容への予防的必要性の導入

Rudolphi は、「責任の理念」と「刑法解釈学における責任概念」とを明確に区別する必要があるとして、具体的な行為者の個々の他行為可能性という意味での責任を「責任の理念」とし、実定法によって具体的な刻印を受けている「刑法解釈学における責任の概念」とを区別する⁴⁹。その上で、Rudolphi は、責任内容の実質化として、従来独立に検討されていた責任原理に一般予防の考慮を入れるために、彼は、刑法の責任概念の内容的構成に際し、従来の責任概念を放棄し、責任理念と予防的考慮との共同作業が必要を理由に、法益保護の予防的必要性によって刑法解釈学における実質的な責任概念という新しいカテゴリーを導こうとする。その目的は、予防的考慮に基づいて「刑法解釈学における責任の概念」を社会科学的コントロールの下に服させることである⁵⁰。

Roxin も、従来の責任概念について、實際上経験的に検証困難な他行為可能性の探求の問題であるというよりも、原則として科刑の対象となる行為が、異常な人格の状態或いは状況的に制限された状態下にある場合に、なお刑事制裁を必要とするか、また必要だとすればどの程度なのかという規範的問題であるとする⁵¹。その考慮から、Roxin は刑事政策的視点を明確にし、従来の責任概念の中から、刑法的視点から行為者が規範の呼び掛けに対して応答できるかどうかという「答責性」の概念を提示した。彼によれば、答責性は、不法に付け加わらねばならない二つの事項に依存する。すなわち、行為者の責任と、法規範から導かれる刑法的威嚇の予防的処罰の必要性とである⁵²。そして、「予防的処罰の必要性」の位置づけについて、Roxin によれば、ある行為が違法かつ有責であれば、通常、予防的処罰の必要性は特別な理由づけを要せず、責任の存在により、刑法上の答責性が直ちに存在することになる。しかし、予防的処罰の必要性が欠けている場合、責任の欠如と並んで、

⁴⁹ Hans-Joachim Rudolphi, Das virtuelle Unrechtsbewußtsein als Strafbarkeitsvoraussetzung im Widerstreit zwischen Schuld und Prävention, in: W. de Boor u. a. (Hrsg.), Unrechtsbewußtsein. Aus der Sicht des Täters. Aus der Sicht des Richters, 1982, S. 3. 林弘正『相当な理由に基づく違法性の錯誤』(2012) 188 頁参照。

⁵⁰ Rudolphi, a. a. O. (Anm. 49) S. 29.

⁵¹ Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1. Aufl., 1970, S. 15 und S. 33. 林・前掲 (49) 183 頁参照。

⁵² Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 19 Rn. 3.

答責任が阻却されるという⁵³。そして、予防的処罰の必要性は可罰性の付加的要件として位置づけられ、刑罰の介入に対する更なる保護を意味するにすぎず、刑罰は常に責任を前提とするため、予防的処罰の要請が強くても、責任主義に矛盾する刑事制裁を正当化しえないという⁵⁴。

そのような責任内容（Roxinの見解においては答責性）のもとに、禁止の錯誤における行為者の責任（或いは答責性）の存否について、RudolphiもRoxinも、従来の責任内容である非難可能性について判断するのではなく、専らその行為に対して予防的必要性が存在するか否かについて判断する。調査などの手段によって行為に関連する法知識を獲得することができたにもかかわらず、行為者が法を知らずに客観的に見て規範に違反する行為に出た場合、Rudolphiによれば、その際に一般予防上の必要性が考慮されて、予防的な法益保護という根拠が、禁止の錯誤の回避可能性判断に際して行為責任を一般化することになる⁵⁵。Roxinも、客観的に見て禁止の錯誤が回避可能であるにもかかわらず、禁止の錯誤に陥った行為者について、予防上の理由から答責性阻却を是認しないことが必要であるとする⁵⁶。そしてRoxinによれば、行為者が自らの行為は許されていると考えたことについて尤もな理由を有しており、彼の錯誤の中に表れている法に対する態度に鑑みれば処罰が必要とされない場合には、禁止の錯誤は回避不可能であるという⁵⁷。この場合の法に対する態度とはすなわち、通常求められる程度の法に対する忠実（Rechtstreue）である⁵⁸。言い換えると、禁止の錯誤が回避可能である場合には、行為者の錯誤の中に表れている法に対する不忠実な態度に照らして非難可能性が認められるのではなく、予防的処罰の必要性が認められるのである。

責任内容に積極的一般予防論を導入することによって、禁止の錯誤に関する責任判断を予防的処罰の必要性判断に変容させたこの見解に対して、まず指摘できるのは、そのような刑事政策を重視する予防的処罰の必要性判断が恣意に解釈され、それゆえ処罰の範囲が不安定になる恐れが存在することである。自己の行為の違法性を知らずに行為に出た行為者を処罰するのは、もしこれを不処罰にすれば法に対する無関心を表彰することになって、

⁵³ Roxin, a. a. O. (Anm. 52), § 19 Rn. 3.

⁵⁴ Roxin, a. a. O. (Anm. 52), § 19 Rn. 7.

⁵⁵ Rudolphi, Anmerkung zu BayObLG, Urteil v. 8.9.1988, JR 1989, S. 389.

⁵⁶ Roxin, a. a. O. (Anm. 52), § 21 Rn. 52.

⁵⁷ Roxin, a. a. O. (Anm. 52), § 21 Rn. 40.

⁵⁸ Roxin, a. a. O. (Anm. 52), § 21 Rn. 38.

市民による規範の遵守を刑罰で強制できなくなるからだという思惑が、この見解には存在する。つまり、行為者を含めて市民の規範を遵守する動機を強くするために、或いは法秩序の維持のために、予防的処罰の必要性を広く認めることが可能であることになろう。確かに、Roxin は、答責性における予防的処罰の必要性の判断は責任を阻却する方向でしか考慮しないと明言するが、しかし行為者が禁止の錯誤を回避するために努力したことを考慮しても、結果的に彼の法に対する忠実性は足りなかったとして予防上の理由から答責性の阻却を否定した場に、予防的処罰の必要性以外の理由による説明が行われない限り、やはりその行為に対して、予防的処罰の必要性を根拠に有罪を認めることに変わりがない。そして事案の解決において、行為者が法に対する通常の忠実性を有し、類似する事案についての判例によって要求された程度に禁止の錯誤を回避するための努力をしていたとしても、国家側の事情が介入したため、行為者を処罰しなければ法秩序の維持を著しく害する効果を生じさせるかもしれない場合には、常に予防上の理由による処罰の必要性を否定できるとは言えないであろう。国家側の統制の必要性など、行為者自身に直接に関係しない事情を考慮するために刑事政策的な要素を責任判断に持ち込んだ時点で、この見解にいう答責性が恣意的に解釈される抽象的な危険はもはや回避できないであろう。

2. 照会するための契機と照会の義務

Rudolphi は、回避可能な禁止の錯誤における行為者に対する非難の根拠について、行為者が自らの能力を用いず、違反し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掛けに応じなかったがゆえに、有責的なのである⁵⁹とする。Roxin も、行為者が規範に回答しうるにもかかわらず、不法な行為をした場合に、行為者の責任が肯定されると主張する⁶⁰。つまり、規範の名宛人が規範の呼び掛けに応じうるにもかかわらず、客観的に見て規範に違反する行為に出た場合に、法に対する忠実性が確認できず、行為者の責任（或いは答責性）が肯定される。そして、規範の名宛人が規範の呼び掛けに応じようと努力したが、その努力が不十分である場合には、一定の法忠実性が確認されうるため、予防上の理由から責任の軽減は可能であり、十分な努力が投入されても規範の呼び掛けに応じることができなかった場合には、十分な法忠実性が確認され、予防的処罰の必要性が否定されて行為者の答責性が否定される。何より重要なのは、客観的に見て規範の名宛人が初めから規範の呼び掛けに応じることができなかった場合である。そこでは、行為者の規範に敵対する態度を確認することができないとして、責任阻却が是認される。

⁵⁹ Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, S. 193 ff.

⁶⁰ Roxin, a. a. O. (Anm. 52), § 19 Rn. 36.

禁止の錯誤を回避するための行為者の法に対する忠実が確認できるかどうかに関する一般的判断基準について、Rudolphi も Roxin も、①行為者が自らの態度の法的性質を検討するために具体的に与えられている「契機」を有していたこと、及び、②そのような契機を利用して「熟慮」及び「照会」などの手段を駆使すれば正しい法情報へ到達できたことが検討されるとする⁶¹。

「契機」の具体的な内容について、Rudolphi によれば、行為者は自分の行為の適法性に関して僅かな疑いでも感じる必要があるとされる⁶²。そして、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えるのは、行為者が、法律、若しくは意図した態度を違法であると評価する裁判所の判決、若しくは第三者の態度決定の存在を知っている、又は、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⁶³。Roxin は、行為者が自らの行為が違法である可能性について熟慮・照会する契機を有していたと言えるのは、①不法の疑いが存在する場合、②自己の活動しようとする領域が特別な法的規制の下に置かれていることを行為者が知っている場合、③行為者が他人又は社会に損害を与えることを自覚している場合、だとされる⁶⁴。

行為者が自己の態度の違法性を知るために、「熟慮」及び「照会」といった手段をどの程度駆使すれば責任阻却へと繋がるのかについて、Roxin は、専ら行為者が置かれている状況を考慮し、弁護士への相談など、確認のための努力が客観的に見て必要な程度に達していれば、それ以上の手段を駆使することが可能だとしても、行為者の法に対する忠実が確認できるため、行為者を処罰しても刑罰に期待される一般的予防の目的が実現されないとし、答責性の阻却が認められるとする⁶⁵。これに対して、Rudolphi は、契機を利用して「熟慮」及び「照会」すべき程度及びその範囲は、規範的基準により限界づけるべきであるとし、包括的な法益保護の必要性和、間接的に社会に関係する損失の程度とを可能な限り比較衡量して慎重に判断されるべきであるとする⁶⁶。

⁶¹ Rudolphi, a. a. O. (Anm. 59), S. 217ff.; Roxin, a. a. O. (Anm. 29), § 21 Rn. 52 ff.

⁶² Rudolphi, a. a. O. (Anm. 59), S. 202.

⁶³ Rudolphi, a. a. O. (Anm. 59), S. 218.

⁶⁴ Roxin, a. a. O. (Anm. 52), § 21 Rn. 53ff.

⁶⁵ Roxin, a. a. O. (Anm. 52), § 21 Rn. 62.

⁶⁶ Rudolphi, Anmerkung zu BayObLG, Urteil v. 8.9.1988, JR 1989, S. 389.

日本における契機説を検討する際にも指摘したように、これらの見解が、「熟慮」・「照会」する具体的な契機の存在という制限を設けても、単に行為者が規範を知らなかっただけで責任阻却を認めないとするのは、やはり間接的に行為者が規範を知る義務を負うとすることからである。このような、規範を知る義務の間接的な肯定に対しては、行為者が規範を知る義務を認めた上で、行為者が規範を知る義務があることを知らなかった場合に行為者が「規範を知る義務を知る義務」を負うことを理由として免責を否定していけば、このような「義務の塔の構築」は「無限遡及」となり、結局行為者が免責されるか否かを決定することはできないという批判が存在する⁶⁷。そして、これも先に日本の契機説について提示したように、果たしてこのような規範を知る義務が市民の法に対する忠実によって説明されるのかは明らかでない。客観的に見て法を調査・照会する契機が存在していたとしても、行為者が実際にそれを照会の契機として認識できていない場合には、規範からの呼び掛けがあったとしても、行為者が具体的な規範に対する態度を選択するような場面に自己が直面していることを認識できたとは言えないであろう。その際に、行為者が「どんな規範でも従うべきである」と心がけていたとしても、そのような法忠実性だけからは、規範を知るための行動に至ることができない。もし法に対する忠実を拡大解釈するならば、およそ市民は限定された活動領域だけではなくあらゆる領域で活動する抽象的な可能性を有することを理由として、「どんな規範でも従うことができるように」するためにすべての規範を知らなければならないことになる。その結果、市民が規範を知らなかった場合に、直ちに、法に対する忠実が足りないとして処罰されることになる。それは、正に Roxin 自身も否定している⁶⁸「法の不知は害する (error iuris nocet)」という格言への逆戻りである。さらに、そもそも、規範を認識している行為者についても、「規範に従うべきである」という法忠実性を理由に規範に従うのか、それとも「規範に違反すると検挙される」という威嚇による抑止を理由に規範に従うのかという、動機の種類は、本来重要ではなく、刑法は「規範を尊重する動機」までは要求していないというべきであり、「法忠実義務」や「規範認識義務」を独立に想定することはできないとする批判が存在する⁶⁹。

3. 事前責任の承認

Rudolphi は、法的に特に規制された領域で活動する行為者については、禁止の錯誤の回避可能性が行為の時点でもはや存在しない場合でも、事前の調査可能性を考慮する必要があるとする。その場合には、行為時点における責任のない状態での行為を可罰的行為とし、

⁶⁷ 高山・前掲 (30) 258 頁以下。

⁶⁸ Roxin, a. a. O. (Anm. 52), § 21 Rn. 39.

⁶⁹ 高山・前掲 (30) 258 頁。

その状態を回避しえた場合について、事前の調査懈怠をもとにした責任非難を行うことになる。具体的には、法的に規制されている領域と一般的な法領域とを区別し、事前責任の存否の判断を行うとする。Rudolphi によれば、法的に特別に規制された領域での活動の場合には、調査の契機が一個の同じ目的に資する規範から得られるため、調査を怠ればそのような規範の一つに違反するであろうことが予見可能であり、実現する具体的な不法の種類も予見できるとして、事前の調査を怠ったことによる非難が後の具体的な違法行為に対応する非難になるとする⁷⁰。しかし、法的に特に規制されている領域におけるのとは異なり、すべての人に適用される法規範の場合の責任非難は、行為者がそれまでの人生において、法的禁止及び社会で一般的に承認されている法秩序の基本的価値を十分に習得していなかったことにある。この責任非難は、後に生じた違法行為に対する具体的な関連性を欠くから、行為者の処罰を正当化することはできない。このような場合にも処罰を肯定すれば、非難可能性が「行状責任」によって基礎付けられることになるという⁷¹。

この Rudolphi の見解に対し、Roxin は、本来の意味での行状責任を禁止の錯誤の回避可能性を根拠づけるために援用することは許されないとする。何故ならば、ある者がその行為状況の下では自らの行為の不法を認識しえない場合に、「法律問題に明るく感受性の鋭い人間になるべきであった」という理由で禁止の錯誤の回避可能性を認めてはならないからであるという⁷²。しかし、事前責任の存否について、Roxin も、行為時点においてはもはや獲得不可能な法律上の特別な知識を、行為者が前もって習得するのを「怠った」という状況が存在する禁止の錯誤について、答責任を阻却せず、責任非難が可能だとする。Roxin によれば、ここでの責任非難の基礎は、行為者の行状全般や人格形成ではなく、後に生じる法律違反を事前に予測させるような、具体的な不注意だからであるという⁷³。これは、行為の過失における「引受過失」と平行な関係にあり、それゆえ回避可能な禁止の錯誤に内在している「法律の過失」を具体的に示すことのできる事前の不注意と結び付けることが可能なのである。そのような法律の過失は、時間的には結果を直接惹起した行為に先行するが、初めからこれを生じさせる原因となっていた、明確に限定可能な不注意を基礎とするのであれば、行為責任の基本から離れることはないとされる⁷⁴。

⁷⁰ Rudolphi, a. a. O. (Anm. 59), S. 273 ff.

⁷¹ Rudolphi, a. a. O. (Anm. 59), S. 254 ff.

⁷² Roxin, a. a. O. (Anm. 52), § 21 Rn. 51.

⁷³ Roxin, a. a. O. (Anm. 52), § 21 Rn. 49.

⁷⁴ Roxin, a. a. O. (Anm. 52), § 21 Rn. 50.

しかし、Roxin の見解に対しては、過失犯の場合には、注意義務違反が本来の実行行為に含まれ、それゆえに結果発生以前に存在しうるものであり、その時点ですでに過失の違法性が認められるのであって、責任だけが遡るのではないとの指摘がある。これに対して、法律の過失は、行為時点とは無関係であるから、原因において自由な行為の場合とは異なり、初めから構成要件の実現を行為者がなお法律状態について検討できた時点にまで遡らせることはできないというのである⁷⁵。

二. 規範遵守の心構えを重視する見解

1. Jakobs の見解

(1) 機能的責任概念

Jakobs は、責任というカテゴリーを「一般予防の必要性」によって置き換えようとする。彼は、社会学の領域で主張された「システム論」の影響を受けて、責任を一般予防の承認として理解する「機能的責任概念」を展開した。Jakobs によれば、規範に従う動機付けの心構えがいかなる程度に発動されるべきか、そして十分な心構えのなかったことが、いかなる場合に行為者の不利益に判断され得るのかは、刑罰目的、従って一般的な規範承認の訓練のための要請に従って定められる⁷⁶。その規範承認の訓練について、Jakobs によれば、三つの効果が認められる。まず、すべての人間は社会的相互作用に際して、何が予期できるかを知っていなければならないため、この点についての規範信頼の訓練のために刑罰が科されるという⁷⁷。すなわち、犯罪行為によって法秩序への信頼が害されたときは、責任の承認とそれに結びついた処罰によって、規範への信頼の正当性が確認されるべきである。次に、規範に違反する振舞いに負の効果を負わせることは、このような振舞いが一般化する価値のない振舞いの選択肢であると学習される機会を増やすので、この点で刑罰は法に対する忠実の訓練のために科されるという⁷⁸。つまり、他の市民が法規範を害する行為に出ないようにするために行為者の責任を認め、それに対する処罰によってすべての人の規範への忠実を強化する。最後に、たとえ学習されたことを無視して規範が破られたとしても、刑罰を科せば、少なくとも振舞いと負担を負う義務との連関は学習されるため、この点で

⁷⁵ Günter Stratenwerth, Vermeidbarer Schuldausschluss, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 489. 松原久利「責任阻却事由と事前責任」『大谷實先生喜寿記念論文集』(2011) 263 頁参照。

⁷⁶ Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, § 19 Rn. 3.

⁷⁷ Jakobs, a. a. O. (Anm. 76), § 1 Rn. 15.

⁷⁸ Jakobs, a. a. O. (Anm. 76), § 1 Rn. 15.

は帰結の甘受の訓練が認められという⁷⁹。このように、責任を規制する目的に基づいて、Jakobs は責任判断において専ら規範信頼の安定化を重視し、予防上の必要性について判断する。そこでは、行為者個人の心理的事実などが一切考慮されず、行為者個人の事情も規範信頼の安定化に対する影響をもたらすかどうかの判断資料としてのみ扱われる。

Jakobs の見解に対しては、一般予防のために責任主義の処罰限定機能を放棄した点について、同じく一般予防を重視する立場に立つ Roxin から反論が向けられる⁸⁰。Roxin は、責任の有無とその程度とを、行為者がいかなる態度でいかなる行為をなしたかによってではなく、規範への信頼回復に必要であると裁判官に思われることによって定めるならば、その判断が立法者或いは裁判官の裁量と不確実さに委ねられることになって、そのシステムは殆ど安定しえなくなると批判する⁸¹。さらに、法秩序は個人のために存在するのであり、個人が法秩序のために存在するものではないとして、Jakobs のような発想が憲法の理念に反しないかは疑わしいとする指摘が存在する⁸²。

Jakobs の機能的な責任理論によれば、違法な行為が法にかなった動機付けの欠缺を徴表するのみならず、行為者がその欠缺について「管轄」を有する場合に、彼は責任を有する。この管轄は、当該規範に従った動機付けを行う心構えがなく、その欠缺が一般的な規範信頼に影響しないとは考えられない場合に存在するとされる⁸³。すなわち、行為者に責任が認められるのは、①規範遵守の心構えが欠缺していて、行為者がその欠缺に関して管轄を有し、かつ、②規範遵守の心構えの欠缺が一般的な規範信頼に影響する場合である。

(2) 「管轄」と規範遵守の心構え

Jakobs によれば、違法な態度決定を抑える動機付けを欠いたことについてのこのような管轄が責任である⁸⁴。つまり、禁止の錯誤の回避可能性判断において、回避可能性は心理学的問題ではなく、規範的問題である。Jakobs によれば、行為者が錯誤に対して管轄を有するかどうかの判断においては、彼が何に対して自ら責任を持たなければならないかという問題に対する回答が重要である⁸⁵。従って、行為者がどのような禁止の錯誤に対して管轄を

⁷⁹ Jakobs, a. a. O. (Anm. 76), § 1 Rn. 15.

⁸⁰ Roxin, a. a. O. (Anm. 52), § 19 Rn. 34.

⁸¹ Roxin, a. a. O. (Anm. 52), § 19 Rn. 35.

⁸² 高山・前掲 (30) 259 頁。

⁸³ Jakobs, a. a. O. (Anm. 76), § 17 Rn. 1.

⁸⁴ Jakobs, a. a. O. (Anm. 76), § 17 Rn. 1.

⁸⁵ Jakobs, a. a. O. (Anm. 76), § 19 Rn. 35.

有するかが検討されるのではなく、一般的な規範忠実を安定させるために、行為者がいかなる禁止の錯誤に関して処罰されるべきなのかが検討され、処罰の必要性が肯定される場合には、管轄が肯定されてその判断結果を根拠づける。すなわち、禁止の錯誤の回避可能性において、Jakobs は責任という概念を、管轄という概念で置き換えようとする。

管轄が存在するかどうかは、Jakobs によれば、行為者の現実の心理的状态と次に述べる仮定的状態との比較によって確定されうる。行為者が十分な規範遵守の心構えを持っているならば、現実には考慮されなかった規範が彼の意識に持ち込まれて、遵守されたであろう⁸⁶。しかし、そのような理解においては、禁止の錯誤による責任阻却の可能性は殆どないであろう。何故ならば、十分な規範遵守の心構えを有すれば、現に直面していない規範の呼び掛けに対しても、自ら関連知識を調査しそれに従うことが想定される以上、大部分の禁止の錯誤については規範遵守の心構えが足りないことを理由に行為者の管轄を肯定することになるからである。さらに、禁止の錯誤に陥った行為者が実際に規範遵守の心構えを十分に持っていたかどうかは考察の対象とならない。規範遵守の心構えも規範化されるのである。Jakobs によれば、そもそも規範遵守の心理的前提が欠けていたとしても、行為者はその欠乏を援用しえないのである。何故ならば、刑法はそのような欠乏までは計算に入れなくてよいことを保障しなければならない、つまり責任能力のある者なら誰も自らそのような欠乏した状態を生じさせないであろう、という信頼を保護する必要があるからである。このような構想によれば、行為者は規範遵守の心構えをそれ以上持ち得なかったということを受動的に援用しえない。行為者が禁止の錯誤に対して管轄を有したかどうかについて検討する際に、行為者の規範遵守の心構えに重大な欠乏が実際に生じたか否かが考察されるのは、せいぜい病気や狼狽の場合だけである⁸⁷。

そのような理論的前提を踏まえて、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、規範信頼に対する影響を考慮し、行為者が当該禁止の錯誤について管轄を有するか否かについて検討する。

(3) 基礎的錯誤と処分可能な領域における錯誤

Jakobs は、違法性の錯誤の回避可能性の基準となる行為者の管轄に関し、基礎的錯誤と、行為者が処分可能な領域における錯誤との二種類を区別する。基礎的錯誤は、中心的領域、

⁸⁶ Jakobs, a. a. O. (Anm. 76), § 19 Rn. 36.

⁸⁷ Jakobs, a. a. O. (Anm. 76), § 19 Rn. 36.

つまり国家的又は社会的革命という行為によってのみ放棄されうるような、規範の核心領域に関する錯誤である。そのような禁止の錯誤においては、行為者に不法の弁識が欠けていてもそれは考慮されず、行為時点でこの錯誤が回避不可能性であると認められるのは、責任能力のある者であれば、行為者が異質的な社会化を所見として示した場合のみである⁸⁸。何故なら、Jakobs によれば、禁止の錯誤に関する回避可能性は、行為者がその錯誤に対して管轄がある場合には肯定されるのであり、そして中心的規範の中核領域の認識に対しては、すべての責任能力者が原則として自ら管轄を持つからであるとされる⁸⁹。そして、当該禁止の錯誤が基礎的錯誤であるかは、当該規範の内容によってだけでなく、行為者の長い間経験した生活領域に従っても決定されるとされる。これは、特に職業規制的な規範に当てはまるという⁹⁰。

そして、もう一つの領域、規範の処分可能な領域においては、その内容が秩序の基本原則によってはまだ確定されておらず、発展の過程において変遷しうるため、規範の内容が規範の妥当根拠の背後に退く場合が認められるという⁹¹。ここでは、行為者が、そもそも通常の範囲において社会生活に関与しているという前提だけからは自力で規範の内容を推定しえないため、彼がこの錯誤に対して管轄を持つのは、当該規範の妥当根拠によって目的とされるものの実現、すなわち、立法政策によって「変更可能な」法の貫徹が過度に危殆化されるように振る舞った場合のみであるとされる⁹²。

Jakobs によれば、基礎的錯誤と処分可能な領域における錯誤との間の限界は厳密には決められない。後者は免責、前者は責任軽減を導くが、その二つの根拠は並存しうるものであるため、重なることは害にはならないという⁹³。確かに、客観的に見て禁止の錯誤が回避不可能である場合には、いずれの領域に属する錯誤であるとしてもその免責が根拠付けられるとする結論には変わりがないが、基礎的錯誤が免責される余地は処分可能な領域における錯誤の場合よりも明らかに少ないのであるから、行為者を有責とする方向へと考慮する際にそのような法領域に関する区別基準が問題になるであろう。例えば、ある時点での判例が、規範に対する信頼の要保護性の考慮によって、一定の禁止の錯誤を処分可能な領

⁸⁸ Jakobs, a. a. O. (Anm. 76), § 19 Rn. 7.

⁸⁹ Jakobs, a. a. O. (Anm. 76), § 19 Rn. 8.

⁹⁰ Jakobs, a. a. O. (Anm. 76), § 19 Rn. 10.

⁹¹ Jakobs, a. a. O. (Anm. 76), § 19 Rn. 11.

⁹² Jakobs, a. a. O. (Anm. 76), § 19 Rn. 12.

⁹³ Jakobs, a. a. O. (Anm. 76), § 19 Rn. 13.

域における錯誤として行為者の管轄を否定する判断を下したとしても、その後の社会の変遷によって、類似する禁止の錯誤に対して判断する際にもはやその錯誤は規範の処分可能な領域における錯誤に属せず、規範に対する信頼の要保護性の要請から、行為者を処罰する必要があると考えられる場合が生じうる。その場合においてはやはり、基礎的錯誤と処分可能な領域における錯誤との間の明確な限界が求められることになる。さらに、Jakobsの見解に対しては、基礎的錯誤と処分可能な領域における錯誤という規範に対する分類による解決は、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問題に至るのではないかという批判が存在する⁹⁴。結局のところ、そのような法領域に対する分類は形式的な意味しか持たない。実際の管轄判断も、規範信頼の要保護性に重点を置いて行われるのであり、禁止の錯誤の発生原因が法制度以外の他のシステム、或いは場合によっては立法者自身に転嫁される、又は偶然として処理されうるような場合以外、行為者が錯誤に対して管轄を有しえないとされる事案は殆どないであろう⁹⁵。

(4) 規範知識の残余

さらに Jakobs は、規範遵守の心構え自体の規範化によって、行為者が十分な規範遵守の心構えを持っていれば、知らない規範でも調査や照会によってそれを知り、そしてそれを遵守したであろうということを想定する。ただし、Jakobs によれば、想定された規範遵守の心構えが作用しうるのは、現実化可能な且つ具体化可能な規範知識の残余が存在している場合のみである。そして、規範遵守の心構えがあれば現実化され且つ具体化されうるような潜在的な規範知識の残余が行為者にとって欠けていた場合、行為者は管轄を有しないことになる⁹⁶。

Jakobs はそのような規範知識の残余の具体的な内容について説明していないが、しかし、彼の見解によれば、少なくとも、行為者に対する非難を阻却しないような規範知識の残余と非難を阻却する規範知識の残余があることが確認できる。前者について、Jakobs は例を挙げて説明する。放射線医が、もはや自己の研修に関心がないため、これまで完全に無害だと見なされていた放射線による一定の治療方法が、驚くべき最近の研究成果に基づいて抽象的危険を禁じる規定によって禁止されたことについて、今となつては認識しえない。この例について Jakobs は、禁止された治療を実施した状況において行為者は最高の規範遵守の心構えによつては助けられないとする。何故ならば、そもそも知識を得る基礎が欠如

⁹⁴ 一原・前掲 (15) 102 頁。

⁹⁵ Jakobs, a. a. O. (Anm. 76), § 19 Rn. 41.

⁹⁶ Jakobs, a. a. O. (Anm. 76), § 19 Rn. 36.

しているために、心構えは無意味なことになるからである⁹⁷。しかし、やはりその例においても Jakobs は行為者が管轄を有したことを認める。そして、ここでは規範遵守の心構えによる根拠付けができない以上、Jakobs は、刑罰目的論を用いて、管轄の存在を説明する。彼によれば、意思の欠缺は免責せず、それに対して知識の欠缺は常に免責するという想定には説得力がない。標準化された役割への振舞いの同調を安定化させなければならない刑法においては、知識の欠缺も責任に属することになる。すなわち、放射線医は「専門的知識が必要とされる立場」において役割を果たさなかつただけではなく、どこにおいても承認されえない欠缺をも表明したのである。そして後者について、Jakobs は、知識の欠缺はたいてい無能力の徴候であるが、特にその結果が行為者自身に悪影響を及ぼしうる場合には、(自業自得となるため) 法は知識の欠缺に対する非難を適切に放棄することが許されるという。しかし、その場合でも規範信頼の要保護性からの要請による制限が存在する。すなわち、非難を放棄しうるためには、知識の欠落を次第に増幅してしまう態度へと人々が誘惑される危険の存在しないことが前提となる⁹⁸。

Jakobs が管轄の存在を規範遵守の心構えによって根拠付ける際に、潜在的な規範知識の残余が存在しなければならないという制限を認めることは評価すべきであると思われる。前述のように、行為者が規範遵守の心構えを十分に有していても、当該規範に対して自己が態度選択に直面していることを行為者に知覚させる規範知識の残余が存在しなければ、心構えは無意味なことになる。そして、基礎となる知識の欠缺によって心構えが作用しないことを認める Jakobs が、結局のところ管轄の存在を規範信頼の安定化の要請によって根拠付けていることは、規範遵守の心構えに対する判断が形式的なものにすぎず、重要なのは規範信頼による安定化の必要性であることを意味する。しかし、放射線医の例についての、放射線医がどこにおいても承認されえない欠乏を表明したとする Jakobs の説明は、「刑法上の問題に関連するかもしれない医療知識を積極的に獲得する医者になるべきであった」という理由と同じではないかと思われる。Jakobs 自身は明確に否定しているものの⁹⁹、やはり Jakobs の説明には、行状責任による説明と類似する部分が存在すると思われる。さらに、放射線医の例についても、行為者が専門知識の欠缺によってもはや刑法上許されない危険を認識することができなかつたにもかかわらず、標準化された役割への振舞いの同調を安定化させるために、事実の認識状況を無視して行為者を有責とすることができるのかという疑問が残る。

⁹⁷ Jakobs, a. a. O. (Anm. 76), § 19 Rn. 37 aa).

⁹⁸ Jakobs, a. a. O. (Anm. 76), § 19 Rn. 37 bb).

⁹⁹ Jakobs, a. a. O. (Anm. 76), § 19 Rn. 37 bb).

2. Velten の見解

(1) 答責性の出発点：規範遵守への動機付けを示す心構え

Velten は原則的に一般予防の必要性を重視する積極的一般予防論に立っているが、Jakobs のように責任主義の処罰限定機能を完全に放棄し、責任というカテゴリーを一般予防の必要性によって置き換えようとするのではなく、規範遵守への動機付けを示す心構えを答責性の出発点として、Roxin に近い立場を採っている。そして、規範遵守への動機付けを示す心構えについて、Velten は、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規範遵守への動機付けを示す心構えを有していることを要するという¹⁰⁰。すなわち、Jakobs と近い理解から、Velten によれば、行為者が禁止の錯誤を回避して適法行為を選択するような能力を有しているにもかかわらず違法行為に出た場合に、彼は規範遵守への動機付けを示す心構えが足りないとして、当該禁止の錯誤に対して答責的であるとされる。そして Jakobs と同じく Velten も、規範遵守への動機付けを示す心構えに対しては形式的な判断しか行わず、行為者がそのような心構えを具体的に有していたか否かを問題としない¹⁰¹。そして、禁止の錯誤の回避可能性判断においては、法に対する規範遵守への動機付けを示す心構えの程度が次のように考慮される。Velten によれば、どんな法律違反をも回避できる程度の規範遵守への動機付けを示す心構えを国民に要求すれば、国民は常に自分の態度の適法性について調査しなければならず、それが国民の正当な行動の自由を著しく制限し、禁止の錯誤から生じた不利益を一方的に国民に負担させることになる¹⁰²。すなわち、行為時点での禁止の錯誤の回避可能性が存在しない場合に、規範信頼の要保護性によって処罰を根拠付ける Jakobs と違って、Velten は負担分配の観点から免責の理由を説明する。

(2) 規範に対する分類：専門的な活動領域と非専門的な活動領域

この見解は、Jakobs と違って、法規範の種類によって法領域に対する分類を行うのではなく、禁止の錯誤が問題になっている行為が行為者にとって専門的な活動領域で行われたのかそれとも非専門的な領域で行われたかによる区別に基づいて、禁止の錯誤の回避可能性を判断する。そしてその分類の具体的な内容について、Velten によれば、非専門的活動領域は、すべての私的な活動、及び、勤務の遂行や組織化の形態において行われるのでな

¹⁰⁰ Petra Velten, Normkenntnis und Normverständnis, 2002, S. 22 f.

¹⁰¹ Velten, a. a. O. (Anm. 100), S. 22.

¹⁰² Velten, a. a. O. (Anm. 100), S. 315 f.

い社会的な活動を含むとされる¹⁰³。これに対し、専門的な活動領域における回避可能性については、Velten によれば、当該行為の禁止が後で熟慮可能且つ批判可能であることをもって十分である。この後者の場合には、規範の内在的な理解は禁止と処罰に関する期待可能性の前提ではないという¹⁰⁴。このような分類に基づいて、Velten は行為の方向付けに関する規範知識を三つの類型に分け、それぞれが禁止の錯誤の回避可能性判断についてどのような影響を有するかを検討する。

(3) 行為の方向付けの形態とその作用

Velten は、間主観的な基準として、人間による自身の行為の方向付けを三つの類型に形式的に区別する。それらは、シナリオ (Skripten) によって導かれた行為、それ以外の準則 (Regel) によって導かれた行為、及び基本原理 (Prinzip) により方向付けられた行為である¹⁰⁵。そして、実際に行為を方向付ける場合には、この三つの類型が常に同時に作用する可能性が存在する。

シナリオの内容とは、Velten によれば、相互に関係し合ういくつかの典型的なやり方であり、そして（自然に）ルールとしての性質を示す行動パターンのことである。その際には、何人も既定の相互作用のパターンにおいて一定の役割を担う。それ以外に、個々人が日常生活において常に繰り返される一定の状況に対処する中で展開し、そしてその状況において行為者が自動的に結果を実現することを決定する個人のシナリオも考えられるという¹⁰⁶。シナリオは一種の台本のように機能し、市民を熟考によらずに帰結に導く。シナリオはたいていの場合、日常生活を制御する。シナリオは僅かな程度においてしか誤りを起こさないが、しかしシナリオが正しくない場合には、たいてい錯誤も訂正不可能であるという¹⁰⁷。

準則とは、Velten によれば、個々の事例ないし状況に対する行為指示である。抽象化の段階は異なるが、個々の指示が従われる点において、準則を参照した振舞いはシナリオに対する遵守と共通する。ただし、準則は実践によって守られるというより、認識によって守られる傾向にあるという。Velten は、例を挙げて準則の内容を説明する。何人も他人の

¹⁰³ Velten, a. a. O. (Anm. 100), S. 459.

¹⁰⁴ Velten, a. a. O. (Anm. 100), S. 462.

¹⁰⁵ Velten, a. a. O. (Anm. 100), S. 57 f.

¹⁰⁶ Velten, a. a. O. (Anm. 100), S. 58.

¹⁰⁷ Velten, a. a. O. (Anm. 100), S. 71.

物を奪ってはいけない、何人も根拠なしに他人を殴ってはいけない、何人も運転免許証を持っていない場合には車を運転することが禁止されている¹⁰⁸。準則の適用について、Veltenによれば、日常生活において準則を行為の方向付けに用いた場合の誤りやすさは高いとされる。何故ならば、準則は日々実践されているわけではなく、個々人のレベルで準則は記憶の誤りになりやすいからである。これに対して、職業的な領域若しくはそれ以外の営業的な領域における準則は、原則として完全に習得され、かつ精通され得る。そのため、準則に関する回避不可能な錯誤は、法準則の改正の際に通常発生する素人にとっての不明確や、個人の能力の欠乏、特に記憶力の限界及び認知に関する適用問題の限界から生じるものが典型だという¹⁰⁹。

最後の基本原理について、Veltenによれば、基本原理とは、個々の準則の基本的な主旨のことである。これに属するのは、「他者を害するなかれ」といった、多数の者により援用された原理である。基本原理は細かい行為指示を直接与えるものではないため、これによる行為制御の態様は、原則として明白に大きな自由の余地を開くという¹¹⁰。そして、Veltenによれば、基本原理は個々の準則の「根拠」を示すものである点で、準則と区別される。個別的な準則の知識が欠けている状況において、行為指示は基本原理から推論されうる。基本原理は通常は高度に誤りを導きやすい。何故ならば、一方でその大部分はすでに客観的に不明確であり（適用の限界は裁判所によって初めて示される）、他方では相当に高い認知能力の個人的な適用を必要とするからであるという¹¹¹。

そしてVeltenは、これらの方向付けの形態を手掛かりとして、それぞれに典型的な錯誤に陥った場合の回避可能性を検討し、具体的にどのような要素が免責の方向に影響しうるのかの判断基準を提示した。それによれば、まず、①間主観的な基準としてのそれぞれの方向付けが、法準則と比べてそれ自体どのように不明確であるかを検討する。次に、②その不明確さがどの程度、個人の専門知識の欠如によって、また個々人の社会からの分散によってより深められたかを検討する。さらに、③それぞれの行為の方向付けが認めている自由の領域がどの程度のものであるかが、誤りの大きさによって決定的である。

（４）禁止の錯誤の回避可能性判断における行為の方向付け

¹⁰⁸ Velten, a. a. O. (Anm. 100), S. 62.

¹⁰⁹ Velten, a. a. O. (Anm. 100), S. 63.

¹¹⁰ Velten, a. a. O. (Anm. 100), S. 64.

¹¹¹ Velten, a. a. O. (Anm. 100), S. 71.

具体的にはまず、行為者が自己にとって非専門的な領域で活動を行っている場合、シナリオによる方向付けは、通常、回避不可能な禁止の錯誤に至らないとする。これに対して、法令違反が普遍的に定着した、若しくはシナリオの法的な評価が変わったところで、それらの事情がシナリオの障害として明らかになっていないという状況においては、例外的に、錯誤が回避不可能であるとして答責性を阻却しやすい。その理由について、Velten はば、その際に行為者には(法律の視点において)社会的な統合が欠けているからであるという¹¹²。

基本原理による行為方向付けについて、Velten は、その原理を三つに分けて検討する。①人間を分配の対象とすることをタブー視する不可侵性の保護の基本原理(例えば傷害罪及び殺人罪など、或いは人格権に対する保護など)、②分配の手続を含めて、仕事の成果の分配に対する保護の基本原理(財産に対する罪や、無形的法益及び連帯義務に対する保護も含まれる)、③自由及び将来の機会の分配と調整に関する原理(大部分の抽象的危険犯と抽象的規制)である。そして、行為者が具体的に①の基本原理を利用して行為を方向付けた場合には、禁止の錯誤は回避しやすく、ただ社会的又は精神的な不可侵性に関係する場合にのみ、禁止の認識可能性が不確かであるとされる。そして②の基本原理を利用して行為を方向付けた場合には、Velten によれば、回避不可能な錯誤が最も起こりやすい。何故ならば、禁止は一つの基本原理からでは全く推論されえないからだとされる。③の基本原理を利用して行為を方向付けた場合には、関連する基本原理から禁止の錯誤の可能性を推論するために必要な認知の能力、情動の能力、及び社会的能力の個人的な欠如に起因する誤りが生じやすく、錯誤はたいていの場合に回避不可能であるとされる¹¹³。

次に、行為者が自己にとって専門的な活動を行っている場合には、Velten によれば、たいてい、行為者に対し、その活動領域に妥当する個々の準則に習熟すること及び改正について持続的に照会することが自由を享受する前提として期待可能であるとされる。そして、このことは、個々の職業像から生じ、その職業像に典型的に属するあらゆる活動に関するような、専門的活動の準則についてのみ妥当するという¹¹⁴。そしてそこでは、習得されたシナリオ及び既知の準則による方向付けが適切とされ、準則及びシナリオがテーマ的に機能しない場合に、市民は情報を照会しなければならず、照会しなかった場合や、その照会が不十分な場合に、禁止の錯誤の回避可能性が肯定されるという¹¹⁵。

¹¹² Velten, a. a. O. (Anm. 100), S. 459.

¹¹³ Velten, a. a. O. (Anm. 100), S. 460 ff.

¹¹⁴ Velten, a. a. O. (Anm. 100), S. 463.

¹¹⁵ Velten, a. a. O. (Anm. 100), S. 463.

最後に、専門的活動における法知識の欠缺ではなく、専門的知識の欠缺によって生じた禁止の錯誤の回避可能性についても、Velten は行為の方向付け理論による検討を行う。いわゆる「引き受け過失」の場合と同様だとして Jakbos も挙げていた放射線医の例について、Velten は、放射線医が行為時点にその洞察に到達しえたかどうかという問題のみが重要だとして、行為者が本来従うべきであったシナリオから逸脱したかどうかが決定的であるとす。すなわち、放射線医の場合には、侵襲行為を実施している以上、このような逸脱が肯定できるため、答責性の阻却が認められない。しかし、役割への同調の安定化を保護することによって責任阻却の余地を排除した Jakbos の立場と違って、Velten は、放射線医にとっていかなる侵襲も存在しないと思われる場合や、急ぎが要求された場合、或いは、この医者が極度に無批判である場合や僅かな能力しか持っていない場合には、例外が問題になるとして、一定の責任阻却の余地を認めている¹¹⁶。

(5) 行為の方向付け説の問題点

この見解の問題として、まず、準則はともかく、シナリオや基本原理のような間主観的な基準を出発点とし、そのような認識があれば直ちに適法な認識に到達できる可能性があるとするのは、すでに検討した違法性の相対性説と同じく、違法性の認識の内容を前法規的規範の認識で十分だとすることを意味する。法律上の禁止・命令以外の基準によって「行為をやめた方がいい」という不確定な情報を認識しただけで行為を思い止まるべきであるとしたら、刑法の自由保障機能が実現できなくなる。

次に、禁止の錯誤の回避可能性判断において、行為者が法規範以外にどのような方向付けの情報を参照したかによる基準は、それ自体が不明確で、事案解決において有効な判断基準になりえないと思われる。専門的活動における判断はともかく、非専門的活動において、その判断の結果が「たいてい誤りやすい」とか「回避可能性を否定する可能性がある」といった曖昧なものでは、結局のところ、明確な責任帰属を示す行為の方向付けに関する基準が提示されていないように思われる。確かに、禁止の錯誤の回避可能性を検討する際には、行為者が錯誤に至る過程において実際に何を認識し、何を参照したのかは、参考資料としては回避可能性判断において考慮できるかもしれないが、しかしそれは観測の結果になりえても、観測の手引きにはならない。すなわち、市民が非専門的活動を行う際に、例えばどの情報がシナリオになるのか、そしてどの場合にシナリオに従えばいいのかについ

¹¹⁶ Velten, a. a. O. (Anm. 100), S. 464.

て、この見解に従っても適切な判断ができるとは言えないであろう。

さらに、基本原理と準則との区別基準が不明確であることも指摘しうる。Velten によれば、両者は抽象化の程度の違いによって区別され、基本原理は個々の準則の基本的な主旨のことであるとされる¹¹⁷。しかし、具体的な犯罪類型においてその基本原理を考慮する際には、必然的に、一定の具体化を行わなければならないであろう。そうでなければ、「他者を害するなかれ」というだけで殺人罪の基本原理と傷害罪の基本原理とを区別することはできないであろう。しかし、そうだとすれば、具体化された基本原理は抽象化の程度において、すでに準則と同じではないかと思われる。この点についてまさにこの見解自体が想定する批判通り、「行為の方向付けのすべての形態は一種の基本原理による考え方に帰着するのではないか」¹¹⁸と思われる。

ここで注意しなければならないのは、認識した事実を前提にすると、それについての法律上の禁止・命令に関する知識がなく、シナリオ、基本原理など（その分類はともかく）規範関連知識も機能しない場合、行為者にとってその原因を調査する可能性が存在するという発想自体は評価できることである。Roxin や Rudolphi が主張した契機説によれば、契機が客観的に存在すると思われる場合には、たいてい行為者が「それが法に違反するのではないか」という程度の「僅かな疑い」が客観的に存在していたことを要求する。しかし、その際に行為者はすでに未必的な違法性の認識まで有していたのではないかと思われる。実際の判例においては、「法に違反するのではないか」の疑いというより、「やばいのではないか」といった前法規的な評価が存在した場合も多いと思われる。そしてそれはまさに Velten が言った「シナリオや基本原理が機能しない」場合であり、それが法状況の調査・照会に繋がるのではないかと思われる。しかし、Velten はそのような方向への検討を行わず、専らそのような前法規的な規範に従った場合の禁止の錯誤の可能性しか検討していない。そのため、最終的には違法性の相対性説と同じような問題を生じることになる。

3. Porto の見解

(1) 概要

Porto は、禁止の錯誤の回避可能性判断において、規範的な査定だけでは個人の作用を正しく評価することができないとして、規範的な考察に基づく行為者の心理的な所見も重要

¹¹⁷ Velten, a. a. O. (Anm. 100), S. 64.

¹¹⁸ Velten, a. a. O. (Anm. 100), S. 65.

であると主張する¹¹⁹。そして、心理的な事実においては、Portoによれば、法の不知によって禁止の錯誤に陥った場合、そのような心理的な事実自体が重要なのではなく、規範に対する行為者の態度の表明、つまり法に対して忠実であるべきだとの期待を失望させたことこそが重要である¹²⁰。従って、Portoは責任の根拠を、規範に対する忠実性の欠乏によって説明する。ただし、JakbosやVeltenのように規範に対する態度要求について形式的な判断しか行わないのではなく、Portoは、行為者が実際に標準程度の規範に対する忠実性を有していたことを要求する¹²¹。行為者が標準程度の規範に対する忠実性を有していたのであれば、たとえ法を知るためのそれ以上の手段がまだ残されているとしても、それ尽くすことまでを行為者に要求することは行為者の自由に対する著しい制限となる。従って、Portoによれば、そのような場合に錯誤のリスクが行為者に分配されてはならないとされる¹²²。このような理論的前提に基づき、禁止の錯誤の回避可能性について、Portoは次のような一般的な判断基準を提示した。まず、①行為者は、自己の欠如した規範知識に関して、管轄を有しなければならない。②管轄を有しても、規範に対する忠実の欠缺が現実存在したかどうかの問題になる¹²³。管轄について、Portoは、欠缺した知識が行為者の演じる役割に属するものであり、且つ、そのような知識自体が重要なものである場合に、当該知識の欠缺について、行為者は管轄を有するという¹²⁴。

具体的な判断において、Portoは部分的に免責する場合と完全に免責する場合とを分けて検討する。まず、部分的に免責される場合について、Portoは例を挙げて説明する。椎間板の手術を受けた患者が術後治療を受けていたところ、背中痛み及び循環器の問題を起こした。担当の救急医Bは、できるだけ早く診療所に戻るために走行の限界速度である30km/hを超えたが、その際にその行為が正当化されるだろうと誤って考えた。この事例において、Portoによれば、行為者は具体的な健康の危険を排除しようと努力しており、その際にスピード違反による抽象的危険（抽象的自己危険化をも含めて）を無視し、或いはその無視に正当な根拠があるものと見なしてはいるが、行為者は交通命令に対する忠実の根本的な欠如を表明したわけではない。この場合に、個別の状況の規範的評価に対して誤ったにすぎないから、交通命令を遵守する姿勢があればそれだけで免責できるという立場もありうる。しかし、Portoは部

¹¹⁹ Teresa Manso Porto, Normunkenntnis aus belastenden Gründen, 2009, S. 106.

¹²⁰ Porto, a. a. O. (Anm. 119), S. 109.

¹²¹ Porto, a. a. O. (Anm. 119), S. 113.

¹²² Porto, a. a. O. (Anm. 119), S. 114.

¹²³ Porto, a. a. O. (Anm. 119), S. 121.

¹²⁴ Porto, a. a. O. (Anm. 119), S. 121.

分的な免責しか認めない。何故ならば、このような状況は医者という役割において繰り返し発生することであるため、その際にスピード違反をしてはいけないという知識は行為者の管轄に属し、調査や照会の余地がまだ残されているからであるという¹²⁵。

禁止の錯誤の回避可能性がないとして完全な免責が認められる場合に区分される領域について、Porto は、欠缺した知識が行為者の管轄領域に属しない場合、又は行為者がその知識の欠缺について管轄を有しても、規範に対する不忠実に関して客観的な確認のできない場合がこれに当たるとする¹²⁶。Porto は例を挙げて説明する。行為者 A は 1987 年に枕木を買って農場の柵の杭として利用した。八年後、彼は十年以来いつもやっていたようにその枕木の一部を菜園用地に取り付けた。しかし、A は、三年前から個人用途に関する枕木の利用が禁止されていることを知らなかった。この事案においては、A がその知識の欠缺について管轄を有することは認められるが、規範に対する不忠実が客観的に確認できないとして、このような禁止の錯誤について責任の阻却が認められるという¹²⁷。同じ根拠から、Jakobs にも Velten にも取り上げられた放射線医の事案について、Porto は、放射線医が侵害結果を認識できていない以上、たとえ Jakobs が主張したように、放射線医がその知識の欠缺について管轄を有していても、そこでは一般的な法敵対的態度しか存在せず、具体的な法に対する忠実が欠けたことは確認できない。従って、行為者が職業の枠内において通常の再教育を疎かにした、若しくは新たな標準への適合を疎かにしただけでなく、それを根本的に拒んだ場合であったとしても、責任は存在しないとされる¹²⁸。

(2) 問題点

まず、この見解は、社会生活において個人が演じる役割によって、欠缺した知識に対する行為者の管轄を判断する点に問題があるように思われる。職業に関連する領域においては、個人が演じる役割は確かに容易にその職業に関連付けることができるが、しかしそれ以外の、特に日常生活の領域においては、行為者が演じる役割という概念自体が不明確であり、その内容も恣意的に解釈される恐れが存在する。特に、社会通念上という考え方からは、一定の社会的活動を行えばそのような活動に関係するすべてのことについて「役割」が存在し、その際に殆どの知識の欠缺について、行為者は管轄を有することになる。そ

¹²⁵ Porto, a. a. O. (Anm. 119), S. 123.

¹²⁶ Porto, a. a. O. (Anm. 119), S. 127.

¹²⁷ Porto, a. a. O. (Anm. 119), S. 127, S. 15.

¹²⁸ Porto, a. a. O. (Anm. 119), S. 116.

うなれば、もはや Porto がいう上位概念である「管轄」¹²⁹の制限機能は存在しない。

次に、Porto が主張する「規範に対する不忠実」は、客観的に確認しえないのではないかと思われる。特に救急医の例について、B は病人の救助を優先すべきだと思っているが、スピード違反の禁止規定に対して違反したいという態度が確認できなくても、少なくとも違反してもよいという態度が確認できたはずである。Porto の見解から見れば、そのような態度も一種の規範に対する不忠実であることになりうる。行為者が交通命令に対する忠実の根本的欠如を全く表明していないわけではない。だが、すでに述べたように、刑法は「規範を尊重する動機」までを要求するものではなく、規範に違反する具体的な動機も刑法において重要ではないはずである。

三. 小括と私見への示唆

積極的一般予防の立場から、従来の規範的責任概念の本質である他行為可能性の探求を断念し、違法性の錯誤の解決において、「刑事制裁の必要性」というメルクマールを責任概念に取り込むことで、規範的責任概念の刑事政策的拡張として「答責性」に重点を置く Roxin の見解は、警戒すべきであると思われる。そのような刑事政策的考慮を、責任阻却の方向でのみ機能させることが保障されうかは疑問である。確かに、Roxin が主張したように、法の解釈に際し、裁判官はその独自の刑事政策的観念によって無罪の判断を行うことはできない¹³⁰。しかし、例えば現在の中国においては、裁判官の判断に（少なくとも）間接的に影響を及ぼす政治的要素や世論などの法外在的要素が複数存在していて、刑事政策的処罰の必要性による責任概念の拡張が必ずしも恣意的判断を排除しうるとは言えないであろう。また、そもそも刑罰目的論に関して、積極的一般予防論を出発点とすることが合理的かどうか、本来は検証されるべき対象である。何故なら、この理論は、規範内容の正当性や規範妥当の安定性が基本部分において保障された社会において初めて妥当しうるものだからである。例えば中国においては、基本的な規範妥当自体を確保するために刑罰威嚇が必要だとする消極的一般予防論がメインであり、規範遵守の意識や、規範を遵守するための心構えなど積極的一般予防論の理論による解決はなじまない。日本でも、近年の刑罰積極主義的傾向に対する批判的見地から、刑事立法や判例による刑罰法規の拡張的適用に疑問を呈し、積極的一般予防論に反対する見解も有力である。国家の側から見た統制の必要性によって処罰を基礎付ける理論を一般化すべきではないのではないかと思わ

¹²⁹ Porto, a. a. O. (Anm. 119), S. 117.

¹³⁰ Roxin, a. a. O. (Anm. 52), § 19 Rn. 6.

れる。

行き過ぎた規範的責任論に反対し、故意を行為者の再社会化を志向して責任を根拠づける心理的要素の一つとして捉えつつ、自由の保障の見地から、「法に従った動機づけの可能性」である違法性の意識の可能性を消極的責任要素として、国家の側の事情と行為者の側の事情との緊張関係によって判断する自由保障説には同調できると思われる。しかし、この見解が「個別行為責任原則」の素朴な理解を根拠に、違法性の意識の判断を行為時に制限することには疑問がある。市民に対する自由を過度に保障し、判断基準を行為時の行為者の知識水準に限定すれば、意図的に規範的知識を身に付けずに違法性の錯誤に陥った行為者が処罰されえない問題が生じる。そこで次章では、法益に対する尊重の立場から、最大限に市民の自由を保障しつつ、行為者に対し規範的知識に向かう一定の努力を要求しうる解決策を探りたい。

行為者が事実を認識した場合に、直ちに規範に直面するのではなく、一定の法的知識を持って初めて自己の態度が法に適合するか否かという問題に直面するという、故意の提訴機能説に対する批判は適切であると思われる。ここでいう一定の知識とは恐らく **Jakobs** による「潜在的規範知識の残余」と同じ意味である。そのような認識はいかなる内容を持つのか、そしてそのような認識と違法性の意識の内容である法律上の禁止・命令の認識とはどのような関連性を持つのかを、**Velten** の行為の方向付け理論を参考にしつつ検討したい。

第三章 違法性の意識の可能性の判断について

第一節 判断のための理論的前提

一. 事実に関する知識と評価に関する知識

違法性の意識の可能性の判断基準を検討する前に、人が事象を認識し、一定の評価基準に基づいてこれに対する評価を行う際に、それがいかなる過程であるかをまず検討しなければならない。そのような過程にいかなる要素が含まれ、そして正しくない評価に至った場合にどの要素が欠如したのかを解明して初めて、違法性の錯誤において、それがどの要素の欠如によって生じたのかについて判断できることになるからである。

人が現実世界を弁識する際には、経験則の存在が重要である。事象に係る経験則が存在しない場合、つまり認識から評価までのプロセスが脳内に一度も上ったことのないような場合には、事実に関する知識と評価に関する知識が必要である。その際に、事象の本質を弁識するために事実に関する知識が先に作用し、その結果に対して、評価に関する知識に基づいた評価が行われる。そして一度でも一定の評価に達すれば、その場で評価に関する知識が事実に関する知識によって具体化され、共に経験則になる。同じ事象又は類似する事象に直面すれば、直ちにそれに関連する経験則が作用するが、それが機能しない場合、或いは否定された場合には当初の経験則は一旦無効化され、事実に関する新しい知識と評価に関する新しい知識に基づいて同様のプロセスがもう一回行われ、新しい経験則を形成する¹³¹。従って、事実に関する知識は常に評価に関する知識より先に作用するが、事実に関する知識が獲得される前に評価に関する知識が獲得される場合は存在する。しかしその場合には、弁識されるべき事象への直面がなく、また事実に関する知識が欠けているため、それは一種の印象か、或いは抽象化されたままの理念にすぎない。人は事実の認識

¹³¹ ここで注意しなければならないのは、否定評価が下された場合に経験則が必ずしも無効になったわけではないことである。つまり、一定の行為に出ようとする場合に、行為者は、認識した事実に基づいて、自身が有する評価に関する知識によって行為に対する評価を行う。その上で、その行為に出てはいけないという否定評価に達した場合には、直ちに行為を断念するか、それでも行為に出ようとするかに関係なく、「そのような行為に出てはいけない」という経験則が形成される。それにもかかわらず行為に出ようとする場合には、すでに形成した経験則を否定する必要がある。そこでは、より高位の評価基準に基づいてもう一度そのような思考プロセスを行う必要がある。そして新しい経験則が形成される際に、前の経験則は無効化されるか代替される。これに対して、直ちに行為を断念した場合には、経験則は否定されず、同じ事象に直面した場合でもそのまま効果を発揮することになる。

結果を踏まえて初めて、自身の有する評価に関する知識に基づいた評価を行うことができる。

それでは、違法性の錯誤という誤った法的評価に到達した場合の弁識の過程は、具体的にどこで問題が生じたことになるのかについて検討しよう。①事実を認識したが、それがしてはならないことかどうかは分からず、禁止されていることも知らなかった場合には、評価に関する知識が完全に欠落したことになる。②事実を認識し「やばい」と思ったが、禁止されている行為とは知らなかった場合には、評価に関する一定の知識が存在したが、評価するための規範知識、つまり禁止に関する知識が欠けている。②の場合において、行為者はすでに行為を断念する可能性を有したと言えるであろう。しかし、行為者は行為に出ることを断念「すべき」だったのだと認めるだけであれば、それはまさに、違法性の意識の相対性説について指摘したように、禁止・命令以外の評価基準を理由として行為者が行為に出るのをやめさせることであり、それによって刑法の自由保障機能は実現できなくなるであろう。それでもなお、②の場合の行為者にはすでに行為を一旦思い止まる可能性が与えられたと言うべきであろう。事実の認識において、自己の実現しようとする行為が一定の利益を侵害し、そのような利益を侵害することはいけないことかもしれないという疑いが存在すれば、そのような利益に対する尊重により、やはり行為を一旦思い止まるべきである。しかし、利益を侵害したとしても、それは一種の自由であり、法によって許されたことかもしれない。すでに形成した経験則を無効化し、自己の自由を実現するために、調査・照会などの手段によってより高次の評価に関する知識（つまり規範知識）を獲得した上で、もう一度評価を行い、新しい経験則を形成する。そして否定評価が下された場合には、前の経験則が再確認されるが、肯定評価が下された場合には、前の経験則が新しい経験則によって上書きされる。従って、評価に関する一定の知識には、行為者に行為を思い止まらせる効果を有するが、行為が思い止まるべきものであることを認める効果がなくても、より高位の評価に関する知識を獲得するように行為者に呼び掛ける効果を有することは認めるべきであろう。

以上の考察に基づいて、評価に関する一定の知識がいかなる内容を有するかを検討しなければならない。ただし、評価に関する一定の知識について検討する前に、事実に関する知識の内容を先に明らかにしなければならない。何故ならば、事実の認識が欠けている場合には、すでに故意が阻却されて、違法性の意識の存否を検討する必要がないからである。事実に関する知識は評価に関する知識と区別しなければならない。確かに、刑法の中核領域においてはその区別は容易く実現されるかもしれない。だが、刑法の非中核領域におい

ては、事実の実現に関する知識が常に評価に関する知識と混和し、一定の規範知識がないと事実に関する知識も獲得できない場合が多い。その区別基準についての学説も存在する。しかし、ここでは事実に関する知識の獲得プロセスを明確にする必要はないと思われる。何故ならば、評価は認識結果にのみ基づいて下されるため、これにとって重要なのは、事実認識の結果自体であり、一定の認識結果に至る過程ではないからである。従って、以下では認識結果の内容について、すなわち故意が存在すると言えらるための意味の認識の内容についてのみ、検討する。

二. 事実に関する知識に基づく認識結果：意味の認識

1. 意味の認識についての日本の議論状況

(1) 法律的認識・併行的認識二元説

規範的構成要件要素の認識に関するある見解によれば、故意を認めるために必要な行為者による意味の認識は、裁判官の認識（判断）と同一内容であり、いかなる意味においても「併行的」な内容のものとは考えられない（程度の差異もない）。ただ、物の「他人性」の認識などでは例外的に、素人仲間における併行的認識で足りると解する¹³²。すなわち、正しくは、刑法上中心をなす実在的、本質的要素は、それ自体「社会生活における価値もしくは意味をその本質的内容として、社会生活において事実として存在する事実」であり、行為者の「意味の認識」と言われるものも、実はこの「社会生活において事実として存在する意味」の認識でなければならず、両者（行為者と裁判官）によって認識されるべき意味は、その程度において差異がなく同一内容のものなのであるという¹³³。

そして、この見解は構成要件要素について分類を行い、どの類型についてどのような理解が行為者にあれば裁判官の理解と「併行的」になるのかを検討する。具体的には、この見解は第一に、「空気」「男子」など自然的な段階にとどまる要素を自然的要素として「価値要素」に分類する。第二に、自然的事実に対して、社会的規範による意味や法規範による意味が付与されている要素は「量的価値要素」、すなわち、「行為もしくは文書とそれに対して加えられる社会共同体の情緒的価値態度とを記述する要素」であるとされる（例えば、「猥褻物」はこれに当たる）。第三に、「判断的（もしくは主観的）意味要素」とは、「その社会的意味が社会の見解もしくは判断によって明らかにされなくてはならないという意

¹³² 田中久智「事実の錯誤と違法性の錯誤の区別」『八木国之先生古稀祝賀論文集』（1992）164頁。

¹³³ 田中久智『規範的構成要件要素の研究』（1965）520頁。

味で、社会の見解もしくは判断がその内容をなすと考えられる」もの（例えば、「侮辱」「脅迫」）をいう。第四に、「客観的意味要素」とは、「精神的な理解を必要とする文化的社会的意味形成物」である要素であり、その中には、「法技術的に構成された意味（法律の意味）をその本質的内容とする要素」（例えば、公務執行の「適法性」「差押）と、「文化的、社会的意味をその本質的内容とする要素」（例えば、物の「他人性）」と、「概念によって表象されるという社会生活における意味がその本質的内容をなす要素」（例えば、「文書」における「取引上証拠機能を有する書類）」とが属する。さらに第五に「性質要素」があるという¹³⁴。

この見解からは、詳しく分類された要素に応じて記述される素材を違う角度から評価することによって、無限に多様な属性を生じうることになる。社会における意味の構造を具体的に分類しても、その分類の設定規準が明らかにされない以上、そこで選ばれた要素の認識を全面的に要求することは無意味だと思われる。

（2）素人領域における平行評価説

かつて通説的であった見解は、判断の対象が法規的概念ではなく、法規的概念の指し示すものであるとする。そして、意味の認識としては、裁判官と同等の完全な認識までは必要がなく、素人による社会的判断で十分だとする。すなわち、そのような認識は、裁判官による法技術的判断と「平行」すれば足りるのであるという¹³⁵。

この見解において、行為者の素人としての認識が裁判官による評価と平行すれば足りるとする発想は評価できると思われる。しかし、このような「素人による平行評価」の理解はあくまでも認識方法の一つでしかなく、具体的にいかなる内容の認識があれば「平行」になるかの基準は提示されていないように思われる。

（3）刑法が着目する属性の認識を要求する説

これらの説を批判する見解は、意味の認識内容については、法規制の基礎となった事実の属性の認識だけで十分であるとする¹³⁶。この見解によれば、刑法が着目する属性こそが全体として犯罪の当罰性をなし、犯罪の実質を構成する。従って、故意犯の処罰という重い

¹³⁴ 田中・前掲（133）496頁以下。

¹³⁵ 内田文昭『刑法Ⅰ（総論）』（1997）110頁、同旨、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』（1991）105頁。

¹³⁶ 中森喜彦「麻薬・覚醒剤に関する認識・故意」判例タイムズ721号（1990）74頁。

非難を基礎づけるために、故意には、刑法が着目する属性の認識が必要であるという¹³⁷。そして、そのような属性に対する認識の程度について、この見解は、認識すべき属性は、「社会侵害的である」「違法である」などといった抽象的な属性でなく、「社会侵害的である」という評価を根拠づけている、より具体的な属性であるという。さらに、「刑法が着目する属性の認識」は、「事実の認識」と別個に認定されなければならないものではなく、通常は「事実の認識」の内容として認定されている。逐一判示することも、特別の場合以外は不要であるとされる¹³⁸。

この見解が社会侵害的であるという評価を根拠づける属性に注目する発想は評価できると思われる。しかし、論者の責任の理解においては、行為者が法益に対する侵害的な態度を表明したところに非難可能性が認められるため、故意における意味の認識の内容も、法益を中心に展開しなければならないと思われる。しかし、その内容を保護法益に対する侵害ないし危険だとすれば、保護法益が不明確である犯罪類型（特に抽象的危険犯の場合）において、法益の侵害或いは実害の認識を要求すると、故意がほとんど成立しなくなるという批判を免れないであろう。これに対し、「素人による平行評価」や「社会的意味における認識」といった認識の方法に基づけば、保護法益の内容を中心にする場合でも、刑法が着目する属性を参照して意味の認識内容を決定することができるとと思われる。

2. 私見——社会的意味における利益侵害——

本稿は、意味の認識の内容を、社会的意味における利益侵害とする。社会的意味における利益侵害とは、つまり、実質的な違法性である法益侵害、或いは利益侵害に対して、素人領域における並行な評価によって理解されるものである。そのような利益侵害の認識は中立的な意味における認識であり、前法的な評価認識などの価値判断による評価に関する認識を含まない。すなわち、例えば殺人行為に対して、その行為によって人の命が奪われたという認識があれば、社会的意味における利益侵害の認識は存在すると認められ、「奪ってはいけない人の命を奪った」という認識までは要求されない。社会的意味における利益侵害という認識は構成要件該当事実から推測することができ、そのような事実から離れたものではない。もともと、「素人領域における並行な評価」と「社会的意味における認識」とは同じ意味で使われていたが、ここであえて後者を選択したのは、誤解されやすい見解と区別するためである。以下では、その見解を批判的に検討することで、社会的意味にお

¹³⁷ 高山・前掲（30）185頁。

¹³⁸ 高山・前掲（30）187頁。

ける利益侵害の意味をより一層明らかにしたい。

その見解とは、故意とは構成要件関係的利益侵害性の認識であり、それは行為者における前法律的な評価認識であるとするものである。故意の存否は、かかる認識に対し事後的に構成要件関係的な法的評価を行うことによって判断されるという。故意をこのように理解することにより、今日までいわゆる「違法性の意識およびその錯誤」として扱われてきたもののほとんどが、かかる故意概念の下に包摂され、故意の存否の問題として扱われることになるであろうという¹³⁹。この見解は、「日本にいるトルコ人が姦通の相手方を殺害することが『許されるもの』と考えていた場合には、もし、例えば、そうすることが当然の義務であると信じていたときのように、利益侵害性の認識がなければ故意がな」とし、また、「客観的には正当防衛状況になかったのにもかかわらず正当防衛状況にあると誤信した場合には行為者においては利益侵害性の認識を欠く¹⁴⁰」としている。

まず、この見解が挙げた事例については、「相手を殺害する」という認識が存在する以上、「人の命を奪う」認識があったと認定することが可能であり、既に意味の認識があつて故意が認められるのではないかと思われる。次に、このような、法益ないし利益侵害性の認識までも意味の認識に含まれるとする立場に対しては、明らかに評価の対象として構成要件該当事実から離れたもの、すなわち、行為者の規範意識を評価の対象としている¹⁴¹、という批判が存在する。さらに、この見解は、前法的な規範に対する違反の認識を違法性の意識の内容として故意に含めたのと同じことになるのではなかろうか。それは厳格故意説になるであろう。本稿にいう社会的意味における利益侵害とはあくまでも価値中立的な理解であり、意味の認識においては利益が侵害されることを認識すればよく、その利益が法によって守られているという認識は不要である。

三. 評価に関する知識の内容：利益侵害を中心とする基本原理

すでに検討したように、事実の認識結果としての意味の認識の内容は、社会的意味における利益侵害である。そのような認識結果に基づく評価に関する知識も、必然的に社会的意味における利益侵害と関係しなければならぬ。そして、評価に関する知識は、その内容が刑法による禁止・命令以外のものであれば、性質において、一種の前法規的規範であ

¹³⁹ 齋野彦弥『故意概念の再構成』（1995）196頁。

¹⁴⁰ 齋野・前掲（139）195頁。

¹⁴¹ 重井輝忠「事実認識と故意」阪大法学49巻5号（2000）166頁。

ることになる。しかし、違法性の意識の相対性説によって主張されたような社会倫理規範はあまり曖昧で、基準にはできないであろう。そこでここでは、Velten が主張した行為の方向付け理論を参照したい。

第二章第二節二の Velten 説について検討したところによれば、彼女のいう「シナリオ」とは、社会的活動領域において常に繰り返されている、ルールとしての性質を示す行動パターンである。そのような「台本」は、専門的活動においては確かに機能しうるが、日常生活においては誤りを生じる可能性が大きい。そして、Velten 説における「準則」の主旨として行為を方向付ける「基本原理」は、犯罪類型ごとに具体化された場合にはもはや抽象的な主旨ではなく、準則に近い内容になる。そうだとすれば、Velten が主張した三種類の行為の方向付けは、異なる抽象的レベルで理解されていた一種の基本原理であることになり、そこには量的な区別しか存在せず、質的な区別はないと思われる。そして、本稿は、行為の方向付けを与える基本原理について、それが利益侵害を中心として犯罪類型ごとに一定程度具体化されれば、そのような利益侵害を中心とする基本原理の総体は、社会的意味における利益侵害を内容とする認識結果に対してこれを評価するための一定の知識になるのではないかと考える。従って、基本原理に対するそのような理解に基づけば、その内容は Velten が理解したような「他者を害するなかれ」ではなく、例えば殺人罪においては「他人の命を奪ってはいけない」という内容になる。

四. 小括

本節で検討したように、違法性の錯誤の発生過程に関しては、事実に関する知識と評価に関する知識が重要である。事実に関する知識が認識結果を導き、その結果に基づいて評価に関する知識が作用する。そしてそのような評価は、行為を思い止まる結果に繋ぐことも可能であれば、行為者が保護利益を尊重する者ならばより高次の評価知識（つまり法規範）を獲得するように呼び掛けることも可能である。そして法益に対し侵害的な態度を有する行為者のみが非難されるべきであるから、事実に関する知識に基づく認識結果、つまり意味の認識は、社会的意味における利益侵害となる。そして、そのような内容を有する認識結果に基づいて、評価の知識が想定された効果を発揮しうるようにするため、本稿は、違法性の錯誤の問題を解決する際の「評価」に関する知識の内容を、利益侵害の禁止を中心とする基本原理とする。そして、このような理解を踏まえて、違法性の意識の可能性判断における一般的基準がいかなる内容になるかは、次の節で検討したい。

第二節 違法性の意識の可能性の一般的判断基準

一. 違法性の意識の可能性の一般的判断基準

第一節の検討を踏まえ、違法性の意識の可能性の判断にあたって、私見として、以下のような基準を提示したい。

①まず、判断の前提として、行為事実の外形に対する認識以外に、意味の認識が存在しなければならない。意味の認識が存在しない場合には故意が阻却され、違法性の意識の可能性を検討する必要がある。意味の認識の内容は、社会的意味における利益侵害（の危険）である。

②社会的意味における利益侵害を内容とする意味の認識が存在する場合、行為者に対して、利益侵害の禁止を中心とした基本原理を内容とする、評価に関する知識を有することが期待可能であれば、行為者には、自己の態度について、それが利益を侵害するような態度であることを認識し、そしてそのような利益は侵害されてはいけないという評価に至ることが保障されている。そのため、行為者は利益に対する尊重に基づいて、当該行為に関する法規範について調査・照会を行わなければならない。

③照会が適切に行われたならば違法性を認識したであろうという場合には、違法性の意識の可能性が認められる。これに対して、たとえ照会が適切に行われたとしても、違法性を認識することができなかつたであろうという場合には、違法性の意識の可能性が存在せず、責任が阻却される。照会行為の適切性は、照会者の素質と彼が置かれた状態及び環境によって判断される。

つまり、本稿の立場では、三段階の認識が検討の対象となる。まず、評価の要素を含まない、利益侵害性の認識が、事実的な意味の認識として、故意の要素となる。次いで、いわば中間項として、利益侵害の禁止を中心とした基本原理による評価の認識が想定できる。さらにその上に、刑法上の違法性の認識の獲得が問題とされることになる。

1. 評価に関する知識を有することに対する期待可能性

この第二段階において、利益侵害の禁止を中心とした基本原理を内容とする評価に関する知識を、行為者が実際に有したことは必要ではない。当該法規範の立法趣旨及び保護法

益の内容が明確であり、国家側がそのような内容に基づいて、国民にもそれを理解できるような形で宣伝し、国民に周知されることを保障していれば、行為者が実際にそのような知識を獲得しなかったとしても、彼はその知識を獲得することに対して期待可能とされる。その際、行為者は、利益侵害の禁止を中心とする基本原理の不知を理由として、規範調査を怠ったことによる違法性の錯誤について免責されえない。ただし、当該規範の立法趣旨や保護法益の内容が曖昧である場合、或いは国家側が法周知を懈怠した場合、若しくは行為者自身の能力が著しく低下している場合には、実際にそのような知識を獲得できなかった行為者について、それが期待不可能であったとして違法性の錯誤により免責される可能性が存在する。

評価に関する知識を有することに対する期待可能性によって、免責を制限することは、国家が、国民に対し、犯罪行為に至らない自由を最大限に保障しなければならず、且つそれを超える保障の義務を負わないことによって根拠づけられる。何故ならば、国家によって保障されなければならないのは「利益侵害の禁止を中心とした基本原理を知ることができる自由」であり、決して「利益侵害の禁止を中心とした基本原理を知らないでいる自由」を保障するわけではないからである。上に述べたような根拠以外の原因によって利益侵害の禁止を中心とする基本原理に関する無知が発生するのは、たいてい当該利益に対する尊重の欠如による。確かに、対象が保護利益であることを認識した上で、漠然とした、或いは抽象的な無関心や侵害的態度を有していても、それが外部に表明されない限りでは、当該利益に対する尊重の欠如を認めることはできない。そうでなければ、「そのような利益保護に対して熱心な人にならなかった」ことを理由に行為者を非難することになるからである。それは行為責任からの逸脱であり、行状責任以外の何物でもない。しかし、行為者は利益侵害の禁止を中心とする基本原理を獲得できなかった際にも、すでに自分の行為が利益を侵害しようとするものであるという事実を明確に認識している。それによって、利益に対する漠然とした不尊重は、具体化され、行為者は保護利益に対する尊重の欠如を明確に表明することになる。その場合には、法益保護を任務とする刑法の側も、法益に対する尊重の欠如をそのように明確に表明する自由を保障してはならない。そこでは、違法性の錯誤に陥った行為者は免責されず、処罰されることになる。

2. 調査・照会の結果について

法状況に関する調査・照会において、行為者は与えられた能力、置かれた状況、環境に左右されつつも、国家によって保障された手段を最大限に利用して照会を行う必要がある。その際に、実際に生じた照会の結果によって、彼が陥った錯誤の法的な性質は変わりうる。

注意すべきことは、ここで、単に違法性の錯誤の有無が確認されるにとどまらず、場合によって、意味の認識である利益侵害性の認識まで失われるケースも認められることである。具体的には次のようになる。

①調査・照会した結果、行為者は、自己の実現しようとする行為によって利益が侵害されることを認識したが、刑罰的に許される行為だと思ってそれを実現したという場合、利益侵害に関する認識が確認できるため、その錯誤は違法性の錯誤としてしか取り扱われ得ない。

②調査・照会した結果、行為者が照会によって得られた新しい知識に基づいて行為の性質を再検討し、もはや自分の行為が何の利益も侵害しないと思ってそれを実現した場合、行為者は、意思形成の過程において一度獲得できた利益侵害に関する認識を、最終的には失ったため、その錯誤は事実の錯誤として取り扱われる。

3. 事前責任について

行為時において、行為者にもはや違法性の意識を獲得する可能性がない場合、行為が実行される前に行為者がそれを獲得できたことを理由として事前責任を認めうるかどうかという問題について、本稿の立場は、最終的な経験則が形成された時点で行為者が違法性の意識の可能性を獲得できたかどうかによって判断する。つまり、すでに意思形成の過程において行為者が侵害を中心とする基本原理を獲得できなかった場合、或いは照会を怠ったことによって利益に対する尊重の欠如を表明する経験則を形成した場合には、行為時に客観的に見れば、そのような評価に関する知識はもはや行為者によって獲得されえない。しかし、そうであっても、最終的に形成されたのは「利益に対する尊重の欠如を表明した経験則」である。これが無効化され、或いは上書きされたのでない限り、そのような経験則における連続した同一性が認められ、行為者を免責させることはできないと思われる。

そして同じ理由によって、反対に、最終的な経験則が形成された意思形成の過程において行為者に違法性の意識を獲得する可能性がなかったときは、行為者が実際に行為に出た時点で、客観的に見れば違法性の意識の可能性を獲得できる場合であっても、行為者を有責とすることはできない。何故ならば、最終的に形成された経験則が何らかの理由によって無効化されずに行為時まで存在していた限り、行為者は当該問題について、客観的に見れば（一般人にとっては、例えば照会により）誤った経験則を再検討して新しい経験則を形成できるかもしれないが、行為者にとっては行為時において依然としてその時まで残さ

れた経験則に従うほかないからである。最終的な経験則が形成される過程で保障されなかった自由は、行為時に至ってから保障されたとしても、行為者にとってはその自由保障の変化を意識することができない。そのような保障は認識することも利用することもできなかったのであるから、行為時にその自由に対する保障が一般人には認められたとしても、それは行為者にとっては無意味なことになろう。

二. 事案の解決

本稿の冒頭の事案について見ると、まず、拳銃部品の輸入行為について、この罪における意味の認識の内容は、そのような部品の輸入にはその部品が組み立てられて、凶器として使用される危険性が内在することに関する認識である。そして、本件の事実に関して、当初被告人は、照会によって得られた指示では「機関部体の機能を破壊するものとして不十分である旨の認識を有していた」のであるから、その時点では行為者が意味の認識を有していたことを推測できる。しかし、行為者は照会の後、「各部品について、その指導の内容より更に破壊度を大幅に高めた加工を考案・実践し」たとされる。もし、その時点において、行為者に「もはやこのような部品には組み立てられる可能性が存在しないであろう」という認識が存在したのであれば、一度生じた意味の認識が消えて、故意が成立しないことになる。これに対して、もしその時点において、行為者に依然として、そのような部品にはまだ組み立てられる可能性が残されているという認識が存在したのであれば、意味の認識は消えておらず、次いで、違法性の意識の可能性が検討されることになる。本件の場合、行為者の照会行為は適切と評価できるであろう。適切な照会でも正しい違法性の認識に到達できなかったため、違法性の意識の可能性が否定され、責任阻却が認められる。

三. 帰結の一例——中国法への示唆——

中国において、違法性の錯誤についての判例の立場は依然として違法性の意識不要説を維持している。近年、違法性の錯誤に関連する事案は何件も存在したが、たいてい野生動物の保護に関する法といった、あまり社会的には注目されない犯罪に関する事案であって、ほぼすべて一審で有罪とされて判決が確定し、その判決文も公刊物に掲載されない場合が多い。例えば、雀を食べる習慣のある地域の被告人が、雀が保護動物に指定されたことを知らずにそれを大量に捕獲した事案においても、国選弁護人からは、違法性の意識の可能性がないから責任が軽減されるべきといった旨の主張すらなされていなかった。不要説に対して、学説にはこれが責任主義に違反するとして法改正を行うべきだとする見解が存在

する。そこで代案として提示された見解は、日本の多数説である契機説である¹⁴²。この見解の問題点についてはすでに検討した通りである。そして、違法性の意識の可能性判断についても、積極的一般予防論からの展開は中国の社会の現状に合わないと思われる。

では、本論文の見解を中国社会に適用するとどうなるであろうか。まず、相対的応報刑論の立場から、責任の内容を法益に対する侵害的な態度への非難であるとする理解は、中国社会にとっても適切であると思われる。中国においては、国民の法規範遵守意識の水準が低く、その代わりに倫理的意識は強い。そのため、規範を遵守しなければならないという意識よりも、利益を侵害してはいけないという意識の方が国民に受け入れやすいと思われる。次に、評価に関する知識を有することに対する期待可能性について見ると、本稿の立場はそのような知識を実際に有したことを要求しないので、行為者が、規範に対する敵対的な態度によって導かれた保護利益に対する尊重の欠如を表明したにもかかわらず、知識の欠如によって処罰を免れることとなる問題に対処できると思われる¹⁴³。さらに、本論文の見解は、保護利益に対する尊重の呼び掛けにより、調査・照会を怠ったことに対しては厳格な立場を採っており、その一方で、照会のための努力の程度について相対的に緩やかな立場を採っている。これは、ネットカフェやスマートフォンなどが農村まで普及し、個人でパソコンを持っていなくても簡単にインターネットを利用することができ、弁護士達がボランティアとして無料で法律問題に回答するサイトも多くなっているという現状、つまり、日本やドイツのような情報の入手可能性まではないが、一定程度の照会手段は保障されているという中国の現状に対応できると思われる。しかし、法を国民に周知させるという国家側の責務についての本稿の理解は、立法の段階において国家が立法趣旨や保護法益などの内容を明確にし、そして国民にも簡単に理解されるように説明しなければならないとする点で、やはり中国の社会の現状に対応できないと思われる。この点が根本的に改善されない限りでは、本論文が主張した見解を現在の中国社会にそのまま適用することはできないと思われる。この点はむしろ、国家の側からの情報提供に関して、中国の現状が

¹⁴² 張明楷『刑法学（第三版）』（2007）273頁以下。

¹⁴³ このような事案として例えば、中国の農村において村民の前で何度も、「法を勉強しても何の利益にもならない」と宣言したことのあった行為者が、実際にも政府が主催した法勉強会に一度も参加しなかったというものがある。彼は自宅のドアの前に設置されているマンホールカバーが国家の財産であることを認識したが、「国家の財産は自分の財産ではないが盗んでもよい」と思って何度もそれを窃取し、最後は警察の前で堂々とマンホールカバーを盗もうとした際に現行犯逮捕された。ところが行為者は、「何も悪いことをしていない」と本当に思い込んでいる、という理由で送検されていなかった。しかしこの事案の行為者は、もし起訴されれば有罪として処罰されたであろう。本文にいう「対処できる」というのは、法改正によって判例が責任説を採った場合に、このような事案にも対処できるということの意味する。

将来進展する可能性を期したい。

第四章 終わりに

本論文は、行為者に対して、利益侵害の禁止としての基本原理を内容とする評価知識を有することが客観的に見て期待可能であれば、基本原理の知識に基づいて前法規的規範による行為評価を行うことができると認めるものである。この見解は、第一章第一節末尾の問題設定に挙げられた第一の問題について、一定の解決を提示できたと思われる。すなわち、法益に対する尊重に基づいて、規範に対するある程度の忠実を行為者に要求することはできるという解答が得られた。そして、違法性の意識の可能性について判断を行う前提として、意味の認識の理解を援用し、法益を中心にその内容を展開した本稿の見解も、第二の問題に一定の解決を提示できたと思われる。つまり、法益に対する尊重という理念からの逸脱を避けつつ、基本原理の獲得とそれに基づく法的情報の獲得に関して事前責任を一定程度承認することで、法を知らずにいることへの誘因の問題にも対処できたと考える。しかし、利益侵害の禁止を中心とする基本原理という理解も、社会的意味における利益侵害という理解も、具体的な事案解決においてどのように解釈されるべきであるかについては、犯罪類型ごとの検討を要求する。本論文において、それはまだ不十分であり、今後の課題にしたい。

引用文献一覧

【日本語文献】

高山佳奈子『故意と違法性の意識』（1999）

島戸純「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律の一部を改正する法律」ジュリスト 1274 号（2004）

松原久利『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』（2006）

松原久利「責任阻却事由と事前責任」『大谷實先生喜寿記念論文集』（2011）

安田拓人「回避しえた責任無能力状態における故意の犯行について（二・完）」法学論叢 142 卷 2 号（1997）

安田拓人「錯誤論（下）」（法学教室 274 号）（2003）

一原亜貴子「違法性の錯誤と負担の分配（二）」関法 54 卷 1 号（2004）

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 44 卷（1994）

重井輝忠「違法性の意識と責任非難」阪大法学 49 卷 1 号（1999）

重井輝忠「違法性の意識における重層構造——百円札模造事件を素材として——」阪大法学 49 卷 2 号（1999）

重井輝忠「事実認識と故意」阪大法学 49 卷 5 号（2000）

田中久智「事実の錯誤と違法性の錯誤の区別」『八木国之先生古稀祝賀論文集』（1992）

田中久智『規範的構成要件要素の研究』（1965）

内田文昭『刑法 I (総論)』(1997)

内藤謙『刑法講義総論(下) I』(1991)

中森喜彦「麻薬・覚醒剤に関する認識・故意」判例タイムズ 721 号 (1990)

齋野彦弥『故意概念の再構成』(1995)

【欧語文献】

Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006

Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991

Hans-Joachim Rudolphi, Das virtuelle Unrechtsbewußtsein als Strafbarkeitsvoraussetzung im Widerstreit zwischen Schuld und Prävention, in: W. de Boor u. a. (Hrsg.), Unrechtsbewußtsein. Aus der Sicht des Täters. Aus der Sicht des Richters, 1982, S. 3. 林弘正『相当な理由に基づく違法性の錯誤』(2012) 参照

Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1. Aufl., 1970

Rudolphi, Anmerkung zu BayObLG, Urteil v. 8.9.1988, JR 1989

Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969

Günter Stratenwerth, Vermeidbarer Schuldausschluss, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 489. 松原久利「責任阻却事由と事前責任」『大谷實先生喜寿記念論文集』(2011) 参照

Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991

Petra Velten, Normkenntnis und Normverständnis, 2002

Teresa Manso Porto, Normkenntnis aus belastenden Gründen, 2009