

違法性の錯誤に関する一考察

(一)

—違法性の意識可能性の判断基準—

松原久利

目次

- 第一章 序論—問題の所在
- 第二章 本稿の前提—故意責任の本質
- 第一節 違法性の意識不要説
- 第二節 違法性の意識必要説
- 第三節 「違法性の意識可能性」必要説
- 第三章 違法性の意識の可能性の本質
- 第一節 事実の錯誤と違法性の錯誤
- 第二節 違法性の意識
- 第三節 違法性の意識の可能性(以上本号)
- 第四章 「違法性の意識可能性」判断の一般的基準
- 第一節 一般的基準
- 第二節 判断資料
- 第五章 若干の個別的考察
- 第一節 概観
- 第二節 個別の類型
- 第六章 結語

第一章 序論——問題の所在

一　違法性の錯誤とは、犯罪事実の認識がありながら錯誤によつて違法性の意識を欠くことをいう。この違法性の錯誤が刑事責任に及ぼす影響を考えるにあたつては、違法性の意識の問題が重要な意味をもつてくる。ところが、故意責任の要件として違法性の意識を要するかについては学説の対立がある。わが刑法三八条三項は「法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト為スコトヲ得ス但情状ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得」と規定する。この解釈をめぐつてもこの対立を反映して争いがある。しかし現在では、問題の中心は違法性の意識の可能性という点にあるといつてよい。これをめぐつて、違法性の錯誤が故意責任を阻却するのは、錯誤がさけられなかつたときであるとか、違法性の意識を欠いたことについて相当の理由がある場合であるとか、過失がないときであるとか、あるいは違法性の意識の可能性がない場合であるなどの見解が錯綜している。では、違法性の錯誤において、具体的にどのような場合に故意責任があるといえるであろうか。これを明らかにすることが本稿の目的である。

二　故意責任の要件として違法性の意識は必要かという点について、学説は大別して三つに分かれる。第一は違法性の意識必要説（以下必要説と略記する）である。なおここには厳格故意説と法律過失準故意説（以下準故意説と略記する）が含まれる。第二は違法性の意識不要説（以下不要説と略記する）である。なおその修正型として自然犯法定犯区別説（以下区別説と略記する）がある。第三は違法性の意識可能性必要説（以下可能性説と略記する）である。なおここには制限故意説と責任説が含まれる。第一の必要説は、故意の要件として現実的な違法性の意識が必要であるとする。したがつて違法性の錯誤は、事実の錯誤の場合と同様に故意を阻却することになる。このうち厳格故意説は、違法性の

意識を欠いたことに過失がある場合(いわゆる「法律(違法性)の過失」)は、過失処罰規定の存在を前提として過失犯が成立するとし、これに対しても準故意説は、その場合の過失を故意に準じて取り扱うとする。第二の不要説は、故意の要件としては犯罪事実の認識で足りるとする。したがって事実の錯誤は故意を阻却するが違法性の錯誤は故意を阻却しないことになる。区別説は、自然犯については違法性の意識は不要であるが法定犯については必要であるとする。したがって法定犯の場合は、違法性の錯誤は故意を阻却することになる。第三の可能性説は、故意責任の要件として少なくとも違法性の意識の可能性が必要であるとする。したがって違法性の錯誤は、違法性の意識の可能性を欠く場合には故意犯は成立しないことになる。このうち制限故意説は、違法性の意識の可能性を故意の要素であると解し、したがって違法性の意識の可能性を欠く違法性の錯誤は故意が阻却されるとする。⁽¹⁾これに対して責任説は、故意とは犯罪事実の認識をいい、違法性の意識の可能性は故意とは独立別個の責任要素であると解し、したがって違法性の意識の可能性を欠く違法性の錯誤は、故意はあるが責任が阻却されるとする。このように、違法性の意識及びそれが対応する違法性の錯誤の取り扱いについては、理論的には激しい対立があるようみえる。しかし、 實際に対立する点はどこにあるのであろうか。以下ではその具体的な対立点をスケッチしてみるとしよう。

まず、必要説は必ずしもその主張を貫徹しているとは思われない。厳格故意説においても、違法性の意識は顕在化するものではなく、「潜在的なものとしてとらえるべきものである」⁽²⁾とか、確信犯について「自己の行為がその行為の時と所とを支配する法秩序に反すること」は意識しているのだから違法性の意識はあるとされている。⁽³⁾しかしこれは、厳格故意説の本来の主張である「わるいことを『わるいと知りながら』あえて行為にでたからこそ、重い『故意の責任』に値する」という意味での現実的な違法性の意識とは違ったものであろう。また行政犯について、小野博士

は、罰金刑が規定されているなど一定の場合には、過失犯も処罰するものと解すべきだとされる。⁽⁵⁾ 平野博士がいわれるように「これでは、違法の意識が必要だとしても、まさにそれが問題となるときには違法の意識なしに処罰する」ことになろう。このように、現実的違法性の意識の要求という必要説本来の主張は、貫徹されてはいないといえる。⁽⁶⁾

次に、不要説についても同様のことがいえる。学説においては、現在不要説を主張するものはない。⁽⁷⁾ また、わが国の判例は不要説を採るとされているが、すでに大審院時代にも違法性の意識の欠如について「相当の理由」を考慮した判例がある。⁽⁸⁾ 最高裁判所になつてからも、「反社会性の認識」を要するとした判例がある。また最近の注目すべき判例として、違法性の意識を欠いたことについて相当の理由があり、犯罪の成立を阻却するとした原判決を、判例違反としてではなく、「法律上許されないものであることを認識していたと認めるのが相当である」という事実誤認を理由として破棄差戻した例がある。⁽⁹⁾ さらに下級審判例では、違法性の意識の欠如について相当の理由があるとして無罪とした例がかなりみられる。「裁判所および検察官は、事件によつては、違法の意識の可能性がなかつたとして無罪にすることに合理性があることは認めながら、違法の意識の可能性が必要だという原則を正面から認めることを躊躇しているのが現在の法律状態」と評されるゆえんである。

改正刑法草案二一条二項も「自己の行為が法律上許されないものであることを知らないで犯した者は、そのことについて相当の理由があるときは、これを罰しない」と規定する。これは、違法性の錯誤の場合、違法性の意識の可能性がないときには故意責任はないということを規定したものと理解できる。外国の立法においても、一九七五年西ドイツ刑法一七条⁽¹⁴⁾、一九七四年オーストリア刑法九条一項⁽¹⁵⁾、一九六二年アメリカ模範刑法典二・〇四条三項など、違法性の錯誤を免責事由とする規定を設ける傾向にある。学説においても可能性説は有力になってきている。

このように、違法性の錯誤の問題は、可能性説を軸にして「学説、立法、判例三者が機能的にはほぼ同じ方向に進展しつつある」⁽¹⁷⁾ ということができる。したがって問題は、結局違法性の意識の可能性の内容いかんという点に帰着する。そこで、当面の課題として最も重要なのは「違法の意識の可能性の判断規準をできるだけ明確にする」と、あるいは違法性の錯誤についての「『相当の理由』の内容分析や類型化」⁽¹⁸⁾ であるといえよう。

III この違法性の意識の可能性を検討するにあたって生ずる問題は、第一に理論的・体系的問題、すなわち故意と違法性の意識の可能性を体系上いかに位置づけるかの問題、第二に現行法の解釈としての条文根拠の問題、第三に実際上の問題として、違法性の意識の「可能性」の有無は不明確で適用しにくいためことである。特に第三の問題に対しても、従来可能性説においても、必ずしも明確にされているとはいえない。

そこで本稿において筆者は、第一に故意責任にとっての違法性の意識の可能性の意義を明らかにする。第二に事実の錯誤と違法性の錯誤の区別の検討を通じて、違法性の意識の可能性が問題となる範囲を明確にする。第三に違法性の意識の可能性の本質を明らかにしたうえで、いかなる場合に違法性の意識の可能性ありとしてよいのか、この判断の一般的基準を求める。最後に違法性の錯誤が問題となる個別的類型の検討を通じて、判断基準の若干の類型化を試みてみたい。以下、外国文献、特に西ドイツの理論状況を軸にしながら検討するであろう。

(1) ドイツでは、制限故意説 (eingeschränkte Vorsatztheorie) も、メッガーの「法背反性の理論」を指す (Mezger, Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), 8. Aufl., 1957, § 59 Anm. II 17) が、本稿では本文の意味で理解する。

(2) 岡野光雄「故意」中山他編・現代刑法講座第11巻『違法と責任』(昭和五四年) 1105頁。

(3) 植松正『再訂刑法概論I 総論』(昭和四九年) 1146頁。同前、大塚仁『刑法概説(総論) 増補』(昭和五〇年) 11911

頁など。

(4) 内田文昭『刑法 I (総論)』(昭和五一年) 二三二頁。

(5) 小野清一郎「経済刑法と違法の意識」同著『刑罰の本質について・その他』(昭和三〇年) 二四〇—一頁。

(6) 平野竜一『刑法総論 II』(昭和五〇年) 二六一—二頁、同「違法の意識—刑法の基礎^⑯」法学セミナー一三五号(昭和四二年)一一頁。

(7) 準故意説の出現自体、このことをものがたっているともいえる。

(8) 不要説をとられていた莊子教授は必要説に改説された(莊子邦雄『刑法総論〔新版〕』(昭和五六六年) 三一九頁)。

(9) たとえば大判大正一三年八月五日(刑集三卷六一一页)、最判昭和二五年一二月二六日(刑集四卷一一号二六二七頁)、最近の例として最判昭和四六年三月三〇日(刑集二五卷二号三五九頁)、下級審判例として東京高判昭和四九年七月九日(裁判月報六卷七号七九九頁)など。

(10) たとえば大判昭和七年八月四日(刑集一一卷一一五三頁)、大判昭和九年二月一〇日(刑集一三卷七六頁)、大判昭和九年九月二八日(刑集一三卷一二三頁)、大判昭和一三年一〇月二十五日(刑集一七卷七三五頁)、大判昭和一六年一二月一〇日(新判例体系刑法(二五六ノ五一)など。

(11) 最判昭和二四年四月九日(刑集三卷四号五〇一頁)。もつとも、これは全くの例外ではある。

(12) 最判昭和五三年六月二九日(刑集三二卷四号九六七頁)。本判決は、不要説を再確認することをしなかつた点で、判例と学説の距離を一步近づけるものとして評価されている。本判決については、佐藤文哉「最高裁判所判例解説」法曹時報三二卷八号(昭和五五年)一三八頁、前野育三「羽田空港ビル内デモ事件第二次上告審判決」Law School No. 10(昭和五四年)九四頁、曾根威彦「羽田空港デモ事件第二次上告審判決の検討」判例タイムズ三六五号(昭和五三年)一六頁、下村康正「故意と最近の二判例」同著『刑法総論の現代的諸問題』(昭和五四年)一三二頁、西垣道夫・警察研究五二卷三号(昭和五六年)六五頁など参照。

(13) 蹊躇の理由は「一度この原則を認めると、その判断の規準が不明確であるため、不当に広く適用され、多くの無罪を生むおそれがあるとの危惧からであろう」(平野・前掲書二六七頁)とされる。

(14) その前段で「行為の遂行にあたり、不法をなす認識を欠く場合において、犯人がこの錯誤を回避しえなかつたときは責任

なく行為したものである」と規定する(訳文は法務資料第四二一四号『ドイツ刑法典』[宮沢浩一訳](昭和五〇年)による)。

(15) 「法律の錯誤の故により所為の不法を認識しなかつた者は、その錯誤につきその者を非難することができない場合は、有責に行はしたものではない」と規定する(訳文は内藤謙「オーストリア新刑法における『法律の錯誤』」平場博士還暦祝賀

『現代の刑事法学(上)』(昭和五二年)四九〇頁による)。

(16) 「行為が法律上罪となないと信じたことは、次に定める場合(後述一筆者)には、その行為に基づく罪の訴追に対する抗弁となる」と規定する(訳文は、刑事基本法令改正資料第八号『アメリカ法律協会模範刑法典(一九六二年)』[藤木英雄訳](昭和三九年)による)。

(17) 三井誠・同他著『刑法学のあゆみ』(昭和五三年)二一〇五頁。

(18) 平野・前掲書二六七頁。

(19) 三井・前掲書二〇五頁、川端博「違法性の錯誤」藤木編・判例と学説7刑法I総論一七八頁(昭和五二年)など。

第二章 本稿の前提—故意責任の本質

第一節 違法性の意識不要説

責任の本質は非難可能性にあるということ(規範的責任論⁽¹⁾)に関しては、現在ではほとんど異論がない。そこで問題となるのは、この意味で故意責任ありとするためには、犯罪事実の認識だけで足りるかということである。不要説⁽²⁾が、犯罪事実の認識があればそれで故意責任ありとするものであれば、それは心理的責任論に立脚するものであるといふことができる。しかし、不要説が犯罪事実の認識で足りるとすることの理論的根拠は、罪となるべき事実の「認識あるだけで通常抑制感情又は反対動機を起す期待可能性あるが故に法律的責任を認めて、その犯人を非難し処罰す

る」⁽³⁾という点にある。たしかに、特に自然犯では犯罪事実の認識があれば、違法性の意識を伴うのが通常であるといえよう。しかし例外的に違法性の意識の可能性もない場合、すなわち違法性を意識しないことが無理からぬと認められるようなときには、行為者は適法行為を決意することはできないであろう。したがって、このような場合にも故意犯として処罰することになる以上、不要説は規範的責任論とは相容れないものである。

もう一つの理論的根拠は、法的判断能力を有する責任能力者である以上、違法性を意識しうる能力をそなえているのであるから、あらためて違法性の意識の可能性を議論するまでもないというものである。しかし、違法性の意識の問題を、すべて責任能力の問題に還元することはできないであろう。⁽⁴⁾ 責任能力者であっても、具体的な場合には種々の事情から違法性を意識することができないことがある。責任能力の存在と違法性の意識の可能性の存在は全く重なり合うものではない。また同じく違法性を意識できない場合でも、「違法かどうかまったく判断できない精神状態と、違法でないと判断して行なう心理状態との間にはちがいがあ」⁽⁵⁾るというべきであり、両者を同一視するのは妥当でないと思う。このように、不要説によれば、非難することができない場合にも故意責任を追求することになり、責任主義を無視する結果になる。犯罪事実の認識だけでは、理論的に故意責任を基礎づけるには足りないというべきである。⁽⁶⁾

なお区別説⁽⁸⁾に対しても、自然犯と法定犯の区別は相対的なものであって論理的に明確な区別はできないとか、区別の条文根拠を欠くなどの批判がある。一方「行政犯の場合には、裸の事実だけを認識しておりますも反対動機が出てこない、だから違法性の認識を要求するというのはきわめて節の通つた考え方」と評価する見解もある。区別説の基礎には、自然犯と法定犯では、犯罪事実の認識の意味が異なるとの理解があると思われる。たしかに、違法性の意識との関連において故意の要件としての犯罪事実の認識の意義を考えることは重要であるが、後述のように意味の認

識のレベルで理解すれば、違法性の意識の問題において両者を区別する必要はないと思う。

- (1) 規範的責任論に対し批判的なのは莊子邦雄『刑法総論〔新版〕』二八一頁、三五一頁。
- (2) 不要説をとる者として、泉二新熊『日本刑法論上巻(総論)』(昭和二年)四六八頁以下。
- (3) 最判昭和二六年一一月一五日(刑集五巻一二号二三四頁)における、斎藤裁判官の補足意見。
- (4) 莊子邦雄『刑法総論』(昭和四四年)五五二頁、五五七頁。
- (5) この点については、責任能力と違法性の意識の可能性の関係で問題となると思われるので後述する(本稿一二四頁以下)。
- (6) 平野竜一「責任能力—刑法の基礎¹⁹」法学セミナー一三八号(昭和四二年)二一頁。
- (7) それにもかかわらず、判例が正面から不要説を変更しないのは、結局無罪の増加、あるいは法の権威の失墜の危惧といった政策的理由からであろう。可能性説としては、この意味においても違法性の意識可能性の明確な判断基準の定立が必要である。
- (8) 区別説をとる者として、牧野英一『刑法総論下巻〔全訂版〕』(昭和三四年)五九〇頁、八木胖『刑法における法律の錯謬』(昭和二七年)三〇二頁以下など。
- (9) 植松正『再訂刑法概論I 総論』二四九頁。その他に、自然犯でも事実認識はありながら違法性の意識を欠く事例が絶無とはいえない(大塚仁『刑法概説(総論)』二九二頁、香川達夫『刑法講義「総論」』(昭和五五年)二一〇頁)、自然犯の法定犯化を認めるにより、実質的に「相当の理由」を考慮しており、区別の実質的見地を徹底していない(木村亀二・阿部純二増補『刑法総論〔増補版〕』(昭和五三年)三一五頁)、自然犯について違法性の意識を不要とするのは「正に顛倒した理論」である(小野清一郎「経済刑法と違法の意識」同著『刑罰の本質について・その他』二五二頁)などの批判がある。
- (10) 中山研一『口述刑法総論』(昭和五三年)二九六頁。平野博士も、「基本的には妥当な見解」とされる(平野竜一『刑法総論II』二六一頁)。なお区別説を採用した判例として土浦簡判昭和三八年二月二十五日(下刑集五巻一=二号一〇五頁)。
- (11) 本稿一〇三頁以下参照。

厳格故意説は、規範的責任論に立脚するかぎり、単に犯罪事実を認識しただけでは足りず、違法だと思ったにもかかわらず、その規範意識の抵抗を破つてあえて行為に出たときに、はじめて故意犯として非難することができるとする。すなわち、故意責任の本質は法規範に対する意識的な反抗という点にある。犯罪事実の認識は、それ自体に意味があるわけではなく、通常そこから違法性の意識が生じるという意味で故意の要件とされているにすぎない。「違法の意識こそは、故意と過失を分つ分水嶺」⁽¹⁾であるとされる。たしかに、この主張は一応説得的にみえる。しかし、實際上この立場を貫徹することができるであろうか。

厳格故意説に対しても、次のような批判がなされている。第一に、常習犯人は、常習による規範意識の鈍磨のために、規範意識の抵抗を感じないことがある。したがつて違法性の意識はないか、あるいはあつたとしてもその程度は低いために、厳格故意説によれば不可罰とするかあるいは責任を軽くしなければならないことになり、加重責任の根拠が説明できない⁽²⁾。第二に、激情犯は、行為時に禁止を自覚しているとはいはず、責任能力は否定されないが、違法性の意識を持ちながらそれを押し切つてあえて行為に出たという状況は存在しない。したがつて厳格故意説によれば不可罰ということになってしまふ。⁽³⁾第三に、確信犯は、「悪いことをする」という意識を想定することは困難である。したがつて厳格故意説からは、その可罰性が説明できない⁽⁴⁾。第四に、行政犯の多くは過失処罰規定がないため、厳格故意説によれば、違法性の意識を欠けば不可罰としなければならない。これでは取り締り目的を達成することができず、処罰の間隙が生じる。⁽⁵⁾第五に、違法性の意識の存在を立証することは困難である⁽⁶⁾。

これに対して、厳格故意説の論者からは、次のような反論がなされている。第一の点について、常習犯の場合も潜在的な違法性の意識はある⁽⁷⁾。第二の点について、激情犯の場合も同じく潜在的な違法性の意識はあるか、少なくとも

行為以前には違法性を熟知しているのが通例である。⁽⁸⁾ 第三の点について、確信犯にも現行法秩序に反するとの意識はあるのだから、違法性の意識の存在は認められる。⁽⁹⁾ 第四の点について、罰金刑が規定されているなど一定の場合には、過失犯も処罰するものと解すべきである。⁽¹⁰⁾ あるいは罪刑法定主義から、不可罰となるのも立法の規定上やむをえない。⁽¹¹⁾ 第五の点について、犯罪事実の認識により違法性の意識の存在が事実上推定されるから、違法性の意識の不存在を確認させるような特別の事情がないかぎり、その存在を肯定することができる。⁽¹²⁾

思うに、厳格故意説からの第一、第二、第三の反論にみられる違法性の意識は、その本来の主張であるところの、現実的な違法性の意識があつてはじめて反対動機の形成が可能になるという前提に反するのではなかろうか。必要な違法性の意識とは、本来規範的に許されないこと、すなわち悪いことをするという意識であつたはずである。⁽¹³⁾ 反論では違法性の意識の緩和の方向での修正がなされ、擬制的要素が導入されているように思われる。第四の点については、不可罰となつてもやむをえないというのは、有責行為を不当に放免することになる。だからといって過失処罰規定のない場合にも過失犯の処罰を認めるることは、過失犯を不当に広く処罰することになつてしまふであろう。⁽¹⁴⁾ 第五の点については、違法性の意識を故意の要件として要求するかぎり、刑事訴訟法三三五条一項にいう「罪となるべき事実」に属することになる。したがつて検察官による違法性の意識の存在の立証が必要となるが、これは實際上困難である。⁽¹⁵⁾ このように厳格故意説は、實際上その本来の主張を貫徹することはできないと思う。

では、厳格故意説は刑法三八条三項の解釈として妥当であろうか。厳格故意説によれば、本項は違法性の意識についての規定ではなく、いわゆるあてはめの錯誤についての規定である。すなわち同項の「法律」とは「法規」の意味だとされる。⁽¹⁶⁾ しかし、法律の条文を知つていなければならぬとすれば、法律を勉強した人だけが処罰されることに

なるのであって、「このような当然のことを法がことさらに規定しているとするのは、むしろおかしなことである」といえよう。またこの見解によれば、本項但書の「情状」とは、条文の不知に基づく情状をいうことになり、「なぜ、違法だと知りつつ行なった場合に、条文を知らなかつたという理由で刑を軽くするのか、明らかでなくなる」である⁽¹⁸⁾。やはり、本項は「法の不知は許さず」という原則を規定したものと解すべきだと思う。以上のことから、厳格故意説は、実際上、また解釈としても本来の見地を維持することはできないといわざるをえない。

なお、準故意説は、「法律の過失」は過失ではあるが、その責任非難はむしろ故意責任のそれに近いということを根拠とする⁽¹⁹⁾。その結論は、実質的には可能性説とほぼ同一であり、可能性説を「容易に理解しうる素地をつくつたもの」⁽²⁰⁾との評価もある。しかし、結果的にせよ違法性の意識のないものを故意犯として扱うことは、必要説の主張とは相容れないし、また何故に「法律の過失」の場合にだけ、過失を故意と同視するのか明らかでないという点で、理論構成に無理があると思う。

- (1) 小野清一郎『刑法概論（増訂版）』（昭和三十一年）一一六頁。その他厳格故意説をとる者として、滝川幸辰『犯罪論序説（改訂版）』（昭和二三年）一二七頁以下、平場安治『法律の錯誤』日本刑法学会編・刑事法講座第二巻（昭和二七年）三五二頁、宮崎澄夫『刑法総論』（昭和二十五年）一一六頁、吉川経夫『改訂刑法総論』（昭和四七年）一八〇頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔増補〕』二九二頁、植松正『再訂刑法概論 I 総論』二四三頁、内田文昭『刑法 I（総論）』二三二頁、中野次雄『刑法総論概要』（昭和五四年）四〇頁、岡野光雄「故意」中山他編・現代刑法講座第一巻三〇三頁など。なお必要説を採用した判例として、最判昭和二十四年四月九日（刑集三卷四号五〇一頁）、大阪高判昭和二十五年三月七日（高刑判特八号八四頁）、広島高裁岡山支判昭和二十五年一月二三日（高刑判特一四号一五五頁）。

- (2) 団藤重光『刑法綱要総論（改訂版）』（昭和五四年）二九二頁、川端博「違法性の錯誤」藤木編・判例と学説7一七八頁など。

- (3) 西原春夫『刑法総論』(昭和五一年)四一七頁など。
- (4) 西原・前掲書四一七頁、平野竜一『刑法総論II』二五九頁など。
- (5) 西原・前掲書四二六頁、福田平『新版刑法総論「増補」』(昭和五七年)一四九頁、香川達夫『刑法講義(総論)』一一二頁など。
- (6) 平野・前掲書二六一頁、同・法学セミナー一三五号一一頁。
- (7) 岡野・前掲論文三〇五頁など。
- (8) 植松・前掲書二四七頁など。
- (9) 大塚・前掲書二九三頁、平場・前掲論文三五二一三頁など。
- (10) 小野清一郎「経済刑法と違法の意識」同著『刑罰の本質について・その他』一二四〇一一二頁。
- (11) 大塚・前掲書二九三頁など。
- (12) 岡野・前掲論文三〇五頁など。
- (13) 西原・前掲書四一七頁。平野博士は、厳格故意説からの反論によれば、「違法の意識を要求する根拠は、非難可能性の有無ではなく、國家の権威を意識的に無視したかどうかにあることになってしまふ」(平野・前掲書二六〇頁)とされる。
- (14) 厳格故意説をとられる岡野教授が、違法性の意識を潜在的なものとしてとらえるべきであり、「従来の厳格故意説が違法性の意識の理論面における重要性のみを強調し、この点を看過するのであれば、その限りにおいて修正を加える必要があるう」(岡野・前掲論文三〇五頁)とされるのは、このことを端的にあらわしていると思う。永井検事は、「この見解は、実質的には、制限故意説と紙一重のもの」(永井敏雄「違法性の錯誤—石油カルテル生産調整事件第一審判決を契機として—」警察学論集三四卷二号(昭和五六年)一〇頁)とされる。
- (15) 平野博士は、これでは「右で与えた物を左で奪う」ことになり、「一方で責任主義を強調しながら、他方安易にその例外を認める『底のない責任主義』は、責任主義の否定よりもむしろ有害だとさえいえよう」(平野・法学セミナー一三五号一頁)とされる。
- (16) 厳格故意説からは、違法性の意識の存在の立証なしに故意の認定はできないはずである。事実認識の場合は「まだ状況証拠がある。しかし違法の意識の証明には、状況証拠はまれ」(平野・法学セミナー一三五号一一頁)であろう。

(17) 行為者が自己の行為に適用される刑罰法規を知らないことは、その故意を阻却しないとすることを規定したものとするわけである。内田・前掲書二三三頁、大塚・前掲書三〇五頁など。

(18) 平野・前掲書二六四一五頁、同・法学セミナー一三五号一二頁。

(19) 佐伯千仞『三訂刑法講義(総論)』(昭和五二年)二七八頁。その他準故意説をとる者として、宮本英脩『刑法学綱』(昭和六年)三〇三頁、草野豹一郎『刑法要論』(昭和三十一年)八九頁、齊藤金作『刑法総論(改訂版)』(昭和三十一年)一九六頁、下村康正「違法性の過失」日沖憲郎博士還暦祝賀『過失犯(1)』(昭和四十一年)一四九頁など。

(20) 中義勝『講述犯罪総論』(昭和五五年)一七六頁。

(21) 西原・前掲書四二六一七頁参照。

(22) その他、準故意説に対しても、罪刑法定主義に反する(木村亀二『犯罪論の新構造(上)』(昭和四十一年)三七二頁)、故意責任の理論的的前提が政策論的に修正され、不徹底になる(中山研一『口述刑法総論』二九六頁)、刑法三八条三項自体が三八条一項但書にいう「法律に特別の規定ある場合」にあたるとの解釈(佐伯・前掲書二六七頁)は技巧的すぎ不自然である(福田平・团藤編『注釈刑法(2)のII・総則(3)』(昭和四四年)三六八頁)などの批判がある。

第三節 「違法性の意識可能性」必要説

不要説及び必要説の欠陥を回避するために主張されたのが、制限故意説である⁽¹⁾。制限故意説の基礎にあるのは、やはり規範的責任論である。すなわち、犯罪事実を認識すれば、違法性の意識が生じ、その結果反対動機を形成して違法行為をすることが可能になる。それにもかかわらず違法行為に出た行為者に対しては、故意の責任非難が可能である。しかし違法性の意識を欠いたことが無理からぬ場合には、もはや非難ことができないという考え方である。この考え方は、責任説にも共通するものである。⁽²⁾

团藤博士は、人格責任論の立場から、故意責任の本質は、「規範を意識してこれに違反しようという意思ではなく、

人格態度の直接的な反規範性にあるとされ、「犯罪事実を表象している以上、行為者は規範についての問題に直面する。これに正しい答を与えてしかもこれに違反するばあいと、誤った答を与えてその結果違反するばあいとのあいだには本質的な差異はない」⁽³⁾として制限故意説を基礎づけられる。そして、犯罪事実の認識があれば違法性の意識の可能性があるのが通常であるから、違法性の意識を欠いたことに相当の理由があるときにかぎり故意が阻却される⁽⁴⁾ことになる。制限故意説に対しても、次の二つの批判が加えられている。第一に可能性という過失的要素を故意概念に導入するもので、故意と過失を混同するものである。⁽⁵⁾第二に何故に違法性の意識の欠如の場合にのみ人格形成責任を考慮し、事實認識の欠如の場合にはこれを考慮しないのか不明である。⁽⁶⁾

思うに、違法性の意識の「可能性」を故意の要素とするかぎり、この二つの批判は避けられないであろう。理論的に、違法であることを知らなくても、その可能性があれば故意があるというのは無理がある。やはり、「故意に」とは「知つていながら」ということであろう。⁽⁷⁾次に刑法三八条三項の解釈として、あてはめの錯誤の規定と解する点は、厳格故意説に対すると同様の批判が妥当するし、同条一項について、違法であることを知らなくても「犯す」意思ありとするのは、条文の文言と正面から衝突するものであろう。⁽⁸⁾さらに、故意の要件として違法性の意識の可能性を要求すれば、検察官はその可能性の存在を立証しなければならないが、これは實際上困難である。したがって、違法性の意識の可能性を故意の要素とすることはできないと思う。

そこで責任説は、故意とは犯罪事実の認識だけをいい、違法性の意識の可能性は、これとは独立別個の責任要素であるとする。⁽⁹⁾すなわち、犯罪事実の認識（事実的故意あるいは構成要件的故意）は行為を構成する要素であるという理由から、あるいは構成要件の個別化機能の徹底⁽¹⁰⁾という見地から、構成要件要素に属すると考える。これに対しても違

法性の意識の可能性は、行為意思形成過程において反対動機として機能したはずであり、適法行為の可能性を示すものである。それにもかかわらず違法行為に出たために非難が可能となるのであり、したがって違法性の意識の可能性は責任要素である。しかも、この違法性の意識の可能性は、過失犯においても必要とされる責任要素であるから、故意犯・過失犯に共通の責任要素であるというのである。⁽¹²⁾ このように考えることにより、制限故意説と同じ結論に達しながら、故意と過失の混同という制限故意説の欠陥を理論的に克服できるとされる。

しかし、責任説に対しても、理論的に犯罪事実の認識と違法性の意識は不可分一体であり、責任説は「故意犯における行為者の心理過程の統一構造を分断する」⁽¹³⁾ ものである、あるいは体系的に故意・過失を責任から構成要件・違法に移行させるのは、責任概念を空虚にするものであるなどの批判がある。⁽¹⁴⁾ たしかに、犯罪事実の認識と違法性の意識の間には有機的関連があり、その意味で責任の要素である。したがって、犯罪事実の認識を責任の問題としない責任説には疑問がある。この点で注目されるのは、平野博士の見解である。

平野博士は、故意・過失も責任要素であるが、違法性の意識の可能性はこれとは別個の責任要素とされる。⁽¹⁵⁾ では何故に故意も違法性の意識の可能性もともに責任要素としながら、両者は別個の要素とされるのであろうか。この点は、必要とされる違法性の意識の可能性は責任の積極的因素なのか、あるいは責任を阻却する消極的因素なのかという問題に關係すると思われる。平野博士は、違法性の意識の可能性のない場合を責任阻却事由として位置づけられる。⁽¹⁶⁾ これは次のことから正当であると思う。犯罪事實を認識しながら行為に出る者は、積極的意思活動として、違法であると推定される行為を行なうものであるから、通常直接的に違法性の意識の可能性がそなわっているといえる。したがって、その事實を実現したことについて非難が可能となる。すなわち、犯罪事實の認識は、故意という重い責任の原

則的要素である。⁽¹⁷⁾また、犯罪事実の認識可能性があれば、間接的に違法性の意識の可能性がそなわっているといえる。これが過失という軽い責任の原則的要素である。⁽¹⁸⁾しかし、例外的には、違法性の意識の可能性がないために非難することができない場合がある。したがって、違法性の意識の可能性の不存在は、責任阻却事由として位置づけられるのである。違法性の意識の可能性が必要であるということとは、この意味においてであって、積極的な責任要素ではなく、むしろ消極的な責任要素と考えるべきであると思う。

このことを訴訟法的にみると、「故意・過失は刑事訴訟法三三五条一項の『罪となるべき事実』に属し、検察官は常にこれを立証しなければならない」が、責任阻却事由たる違法性の意識の可能性の不存在は、同条二項の「『犯罪の成立を阻却する事由』であつて、これについては、その疑いが生じたとき、すなわち被告人が証拠提出の責任を果たしたとき、検察官はその不存在を立証すれば足りる」⁽¹⁹⁾ということになる。これにより、立証の困難さを免れることができ、違法性の意識の可能性の実体に即したものとなると思う。

刑法三八条三項の解釈についても、この意味での責任説から明らかにすることができる。すなわち、違法性の意識がある場合は非難の程度が最も重いということを前提として、同項本文は伝統的な「法の不知は許さず」の原則を規定したものであり、したがつて違法性の錯誤は故意を阻却しない。但書は、違法性の意識の欠如は非難の程度が軽い場合があり、刑が減輕されうるとの規定と解すべきであり、違法性の意識の可能性もない場合は、現行法上はいわば超法規的に責任が阻却される場合ということになろう。⁽²⁰⁾

以上のように考えることによつて、不要説のように非難できない行為を故意犯として処罰することなく、また、嚴格故意説のような处罚の間隙、及び立証の困難も避けることができると思う。以下、本稿ではこの意味での責任説を

前提とする。なお、制限故意説及び責任説をめぐる争いは、いわば理論的、体系的なものであり、実際上の結論としては、究極的に故意犯として処罰するためには違法性の意識の可能性を必要とする点で共通する。したがって、本稿の目的に関するかぎり、どちらの見解にとっても同様に、違法性の意識の可能性についての判断基準の問題は生じる。⁽²²⁾

(1) 制限故意説をとる者として、団藤重光『刑法綱要(総論)』(改訂版)二九二頁以下、井上正治『刑法学(総則)』(昭和二六年)一四四頁以下、藤木英雄『刑法講義総論』(昭和五〇年)二一一頁、正田満三郎『刑法体系総論』(昭和五四年)二七五頁以下、平出禾『刑法総論』(昭和四八年)一五九頁、板倉宏「経済事犯と過失—違法の認識—」ジユリスト三〇〇号(昭和三九年)三九三頁、日沖憲郎「法律の錯誤」平野他編『判例演習(刑法総論)』(増補版)。(昭和四四年)一二五頁など。

(2) 西原春夫「違法性の意識の可能性と故意—故意説と責任説」藤木編・刑法の争点(昭和五二年)八一頁参照。

(3) 団藤・前掲書二九三頁。なお井上正治「違法性の過失と人格責任の理論」同著『過失犯の構造』(昭和三三年)二四三頁以下参照。

(4) 藤木・前掲書二一一頁。

(5) 木村亀二『犯罪論の新構造(上)』三三四頁、岡野光雄「故意」中山他編・現代刑法講座第二巻三〇八頁など。

(6) 平場安治「法律の錯誤」日本刑法学会編・刑事法講座第二巻三六〇頁、高田卓爾「法律の錯誤に関するドイツ BGH の新判例」法と政治三巻四号(昭和二七年)七一頁など。なお、この点について福田平『違法性の錯誤』(昭和三五年)一一〇二頁以下参照。

(7) 平野龍一『刑法総論II』二六三頁。

(8) 平野・前掲書二六六頁。

(9) 責任説をとる者として、木村・前掲書三四二頁以下、福田平『新版刑法総論』一四六頁、西原春夫『刑法総論』四一六頁、中義勝『講述犯罪総論』一七四頁以下、青柳文雄『刑法通論I総論』(昭和四〇年)二八七頁、香川達夫『刑法講義(総論)』二一五頁以下、平野・前掲書二六三頁、大野平吉「禁止の錯誤に関する一考察」法学二五卷一号(昭和三六年)一五三頁以下、吉田常次郎「法律の錯誤に関する若干の考察」法学新報六三卷七号(昭和三一年)一頁以下など。判例として、鹿児島

地判昭和三六年一月一一日（下刑集三卷一＝一号六五頁）、東京地判昭和三六年三月二七日（判時二五五号七頁）。

- (10) これは、目的的行為論からの主張である。このうち、木村博士は、事実的故意は評価の対象であり、違法性の意識の可能性は対象の評価であるとして両者を区別される（木村・前掲書三四二頁以下）。これに対して福田教授は、これによって区別することはできないとして、事実認識と違法性の意識の把握の仕方の相違という点から、区別を根拠づけられる（福田平「故意説か責任説か」中編『論争刑法』（昭和五一年）一〇五頁以下）。
- (11) 西原・前掲書一五五頁、中義勝「故意の体系的地位」平場安治博士還暦祝賀『現代の刑事法学(上)』一五九頁以下。
- (12) 西原・前掲書四一八頁、平野・前掲書二六三頁など。
- (13) 中山研一『口述刑法総論』二九八頁。
- (14) 団藤・前掲書二四五頁。
- (15) 平野・前掲書二六三頁、同旨、香川・前掲書二一五頁。ただし香川教授は、違法性の意識を積極的な規範的責任要素とされる（同・前掲書二四三頁）点で異なる。
- (16) 平野・前掲書二五八頁。
- (17) 平野龍一『刑法総論I』（昭和四七年）一五九頁参照。
- (18) 平野・前掲総論I一五九頁参照。
- (19) 平野・前掲総論I一六〇頁。
- (20) 平野博士は、「違法を意識しないのに『相当な理由がある』という実体的要件と、違法性を意識していなかつたことを認定するに足りる証拠があるということとの間のギャップは、ほとんどないといってよい」（同・法学セミナー一三五号一一页）とされる。
- (21) 平野・法学セミナー一三五号一二頁参照。
- (22) 違法性の意識の可能性の問題に関するかぎり、「犯罪事実の認識」を体系上どのように構成するかによって相違は生じない。なお、厳格故意説においても、違法性の意識の可能性のない場合には、過失ともいえないという意味で、違法性の意識の可能性の問題が生じる余地はある（香川達夫「違法性の錯誤」刑法の判例〔第二版〕（昭和四八年）七二頁）。

第三章 違法性の意識の可能性の本質

第一節 事実の錯誤と違法性の錯誤

一 区別の基準 故意責任を問うために必要な違法性の意識の可能性の問題は、犯罪事実の認識はあったが違法性の意識を欠いていたということを前提とする。同じく違法性の意識を欠く場合であっても、それが犯罪事実の認識の欠如に基づくときは、過失犯の成否が問題となるにすぎない。したがって、問題の範囲を明確にするために、事実の錯誤と違法性の錯誤の区別が重要となる。そこで、この区別の基準について検討してみよう。

従来、この問題については、「法が故意責任を問うのは、一定の事実を認識した以上、当然それを法規範にあてはめそれが可罰的違法性ありとされる事実に属する旨正しい解答を出しその結論にしたがって行動することを行為者に期待しているのに、その期待に反したからである」との前提から、「ある事実を違法性を帯びた法的事実へあてはめる評価の過程における錯誤」が違法性の錯誤であり、「違法の前提となる事実の認識を欠いたとき」はその法的価値評価を正確に解答するための前提を欠くから事実の錯誤である⁽¹⁾、という基準が示されていた。これは、行為者の錯誤が事実面にあるのか、評価面による区別といえる。目的的行為論からは、「事実の錯誤、法律の錯誤と
いいうばあいの『事実』『法律』の意義が、錯誤の区別の標準としては不正確」であるとして、「事実の錯誤と法律の錯誤という分類に代えて、構成要件の内容たる客観的事実（構成要件の客観的要素）に関する錯誤を構成要件の錯誤、行為が法律上許されない点についての錯誤を禁止の錯誤（違法性の錯誤）⁽²⁾」とする基準が示された。これは、構成要

件か違法性かという犯罪成立要件による区別である。このような区別の基準は、それ自体としては明快である。しかし、形式的、概念的区别にとどまり、具体的な事案の解決を容易にするとはいえないものであった。

そこで、故意責任の実質という点に着目して、区別の基準を実質化するという方向が示されるようになった。西原教授は、「どのような事実の誤認について故意の阻却を認めるのが相当か」を出発点とされ、「そもそも法律が故意責任を過失責任にくらべて非常に重いものとしているのは、故意の場合には犯罪事実の認識があるのでから、法律としては行為者に対し、その認識を基礎として行為の違法性を意識し、その違法性の意識にもとづいて違法行為をやめるよう期待することができるからである」との前提から、「法律が直接違法性の意識およびそれにもとづく違法行為の避止を期待できるよう犯罪事実の認識を完成させるべきだとの期待しかできない場合にはじめて、事実の錯誤として故意の阻却が認められる⁽³⁾」という基準を示された。藤木博士が「事実の錯誤は、その認識内容では、およそ一般人が、本来違法の意識をもつはずがない、といえる場合であって、いわば、災難による被害惹起にすぎぬと認められる場合であるのに対し、法律の錯誤は、本来なら違法性の意識が喚起されることが期待されるだけの事実認識をそなえていながら、錯誤により違法でないと思った、というだけのことで、そのような錯誤による被害惹起は、偶発事故とは考えられない、というのが両者を区別する実体⁽⁴⁾」と改めて、基準を示されたのも、同様の方向を示すものであろう。

このようない、基準の実質化の方向は妥当であると思う。犯罪事実の認識の意味は、それ自体にあるのではなく、通常そこから直接違法性の意識の喚起が可能となるという点にある。犯罪事実の認識にいう「事実」とは、通常その認識から違法性の意識が喚起され、反対動機を形成し、行為を思いとどまることが期待できるような事実を意味するの

である。したがつて、そのような事実を認識しながら、錯誤により違法でないと考えた場合が違法性の錯誤であり、⁽⁵⁾その認識からは直接違法性の意識の喚起を期待できない場合が事実の錯誤であると理解することができる。このことからも、違法性の意識の可能性を欠く場合を責任阻却事由として位置づけることは説明できるであろう。このような区別の実質的基準にとつては、ある事実認識が、違法性の意識を直接喚起できるものとして十分かどうかの判断が重要となる。そこで、この実質的基準から、特に区別が問題となる個別的事例について検討してみよう。

二 規範的構成要件要素の錯誤 構成要件要素が記述的なものではなく、規範的なものを含む場合、事実の錯誤か違法性の錯誤か区別することが困難な場合がある。⁽⁶⁾ 実質的基準からは、どのような場合に犯罪事実の認識ありといえるのであろうか。

一般に、犯罪事実の認識には、法的あてはめは不要であるが、意味の認識は必要だと理解されている。規範的構成要件要素については、法律的判断は必要ではないが、その一応の規範的意味、一般的・社会的意味の理解が必要とされる。⁽⁷⁾これを違法性の意識との関係でいえば、その認識から違法性の意識が直接に喚起可能となるような事実の意味内容の理解をもつて、意味の認識とすることができます。「素人間の平行評価」⁽⁸⁾というのも、この意味で理解できる。したがって、一般的には、ある事実を一定の法的概念にあてはめる前段階として、その社会的・一般的意味を誤解している場合は、そもそも犯罪事実の認識を欠き、事実の錯誤ということになる。⁽⁹⁾しばしば問題となるのは、文書の「猥亵性」、物の「他人性」、職務行為の「適法性」などである。これらの社会的意味の認識を欠く場合が事実の錯誤であることは、学説においては承認されている。判例は、犯罪事実の認識としていわば裸の事実の認識で足りるとすると思われるものと、意味の認識を考慮したと思われるものに分かれる。⁽¹⁰⁾判例に対する学説の評価は一致していな

(12) いが、違法性の意識の直接的喚起可能性という点で意味の認識をとらえ、必要なのはどの程度の認識かという観点から犯罪事実の認識の有無を判断すべきであろう。

三 行政法規の禁止事項の錯誤 行政取締法規の場合、単に外形的な事実の認識では違法性の意識を喚起する可能性がなく、行為の社会的意味の認識が、法規による禁止あるいは禁止事項への具体的な「あてはめ」と不可分に結合しているため、明確な区別がつけがたいといわれている⁽¹³⁾。では、犯罪事実の認識とはどこまで及ぶのであろうか。

この場合にも「『意味の認識』のレベルで処理することが基本的に妥当」であると思う。すなわち、その認識から違法性の意識を喚起することが直接可能となるような意味の認識の有無という点から区別すべきである。判例で注目されるのは「たぬき・むじな」、「まささび・もま」⁽¹⁴⁾両事件である。判例は前者を事実の錯誤、後者を違法性の錯誤とした。これに対する学説の評価は分かれている。⁽¹⁵⁾従来の形式的基準からすれば、両者ともに違法性の錯誤ということになろう。「たぬき」すなわち「むじな」を「むじな」として、「まささび」すなわち「もま」を「もま」として認識している以上、事実の認識として欠けるところはなく、あてはめの錯誤とされるわけである。⁽¹⁶⁾しかし実質的基準からすれば、判例の結論に賛成して、「むじな」の認識だけでは違法性の意識を喚起することはできず、意味の認識を欠くが、「もま」の認識があれば意味の認識として十分であると理解することができる。

また、道路交通法の追越禁止区域、狩猟法の禁猟区域などについて、禁止区域であることの認識が、犯罪事実の認識として必要であるとした判例がある⁽¹⁷⁾。これらも、禁止自体の認識を要求するものではなく、その認識から違法性の意識の喚起が直接可能となるような意味の認識を必要としたものと理解することができる。

行政犯の場合には、犯罪事実の認識として必要な意味の認識の幅が考慮されるのである。この意味で「事実 자체の

認識が違法性の認識可能性を生み出さないとすれば、それは構成要件事実としては不完全であり、違法性の推定機能が生ずるまで補充されるべきである⁽²²⁾」ということができる。この点で、行政犯の場合には、意味の認識が外形的事実の認識のうちにそなわっている自然犯の場合と異なるということはできる。しかし、犯罪事実の認識の意義は同一である。なお、禁止と禁止された事実が一体となっているといわれる場合、禁止そのものが事実だというよりも、むしろその規定の解釈として違法性の意識が要求されているという観点から、個別的解決の可能性を示す見解がある。⁽²³⁾立法的に、個々の場合に違法性の意識を要求することが可能であることはもちろんである。

四 違法性阻却事由の錯誤

違法性阻却事由の錯誤が事実の錯誤か違法性の錯誤かが問題となるのは、違法性阻却事由の事実的的前提の誤認の場合である⁽²⁴⁾。その特殊性は、錯誤が行為の違法性に関する事実について生じる点にある。すなわち、一定の事実が違法であるかどうかという評価なし規範についての判断とは性質を異にする点で、純粹な違法性の錯誤とはいえない⁽²⁵⁾。他方、構成要件的事実の認識はあるという点で、純粹な事実の錯誤ともいえない。違法性阻却事由の錯誤はいずれにも属さず、第三の独自の錯誤であるとする見解⁽²⁶⁾が主張されるゆえんでもある。

わが国の通説・判例は、これを事実の錯誤であるとする。その基礎には、認識を要する犯罪事実には、構成要件該当事実ばかりではなく、違法性阻却事由の前提たる事実も含まれるという考えがある。違法性阻却事由たる事実を認識して行為する者には、違法性を意識するための手がかりは与えられておらず、規範的抑止力は期待できないというのである⁽²⁷⁾。これに対して、違法性の錯誤とする見解は、犯罪事実とは構成要件該当事実のみを指すのであって、したがって違法性阻却事由の錯誤の場合は、犯罪事実の認識はあるとする。では認識を要する犯罪「事実」とはいざれをいうのであろうか。

たしかに、違法性阻却事由の錯誤は「事実」についての錯誤ではある。しかし、構成要件該当事実と違法性阻却を基礎づける事実とは性質を異にすると思われる。構成要件該当事実の錯誤の場合は、違法性が推定される事実の認識を欠くのであるから、行為者には違法性を意識するための手がかりは与えられていない。これに対して、違法性阻却を基礎づける事実の誤認の場合は、構成要件該当事実の認識はあるのだから、自己の行為が許されているか否かの判断を迫られているといえる。すなわち、いったんは規範の問題に直面したが、誤認のためにこれを違法でないと考えたものといえる。⁽³¹⁾ このように、故意として認識を要する犯罪事実とは、構成要件該当事実を指すのであり、したがつて違法性阻却事由の錯誤は、違法性の錯誤であると思う。⁽³²⁾

五 期待可能性の錯誤 期待可能性の錯誤は、正確には事実の錯誤か違法性の錯誤かという問題ではない。期待可能性の不存在を基礎づける事実は、故意として認識を要する犯罪事実には属さないからである。期待可能性が問題となるのは、行為者に犯罪事実の認識及び違法性の意識（の可能性）があつた場合である。期待可能性の不存在を基礎づける事実がないのにすると誤認した場合は、故意の成否とは無関係であり、その錯誤が不可避であつたときに、期待可能性を欠くことを理由に責任が阻却されることになると思う。⁽³³⁾

なお、責任説によれば、以上の意味で事実の錯誤とされる場合は、それについて過失があれば、処罰規定の存在を前提として過失犯の成立の余地があるが、違法性の錯誤とされる場合は、故意犯として処罰されるか犯罪不成立かであつて、もはや過失犯の成立の余地はない。⁽³⁴⁾

(1) 藤木英雄「事実の錯誤と法律の錯誤との限界」日本刑法学会編・刑法講座3（昭和三八年）九八頁。同旨、団藤重光『刑法綱要総論（改訂版）』二九〇頁。

(2) 福田平『新版刑法総論』八七頁。同旨、木村亀一『犯罪論の新構造上』一七〇頁。なお大塚仁『刑法概説（総論）』一五二頁参照。

(3) 西原春夫『刑法総論』四二一一一頁。

(4) 藤木『刑法講義総論』一一七頁。

(5) 事実の錯誤と違法性の錯誤の区別について、実質的基準の方向を示すものとして、墨谷葵「事実の錯誤と法律の錯誤との区別」藤木編・判例と学説7一〇一頁、中山研一「行政法規上の禁止事項に関する錯誤」Law School No. 8 一七頁、萩原玉味「事実の錯誤と法律の錯誤の限界」中山他編・現代刑法講座第二巻三四二頁、仲地哲哉「事実の錯誤か法律の錯誤か」藤木編・刑法の争点八三頁、川端博「事実の錯誤と法律の錯誤の区別の基準」西原他編・刑法学2（昭和五三年）一三九頁など。

(6) この場合には、錯誤が事実面にあるのか評価面にあるのかがはっきりしないことが多い。従来の基準からは、明確な解答は得られないであろう。

(7) 大塚・前掲書一四八頁、田藤・前掲書一七三頁、平野竜一『刑法総論I』一六八頁以下など。この点については一般に承認されてくるところである。なお田中久智「規範的構成要件要素の研究」法政研究三一巻五号（昭和四〇年）一一五頁以下参照。

(8) Mezger, Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), 8. Aufl., 1957, S. 477.

(9) 西原・前掲書四二二頁。同じく「あてはめ」の錯誤といわれる場合でも、法律へのあてはめの錯誤の場合と、その前段階としての社会的意味へのあてはめの錯誤の場合とがあるものである（内田文昭『刑法I（総論）』一四五頁参照）。

(10) 猥亵性について、最判昭和三二年三月一三日（刑集一卷二号九九七頁）（いわゆるチャタレー事件判決）は、犯意の成立には問題となる記載の存在の認識で足りるとする。この点で意味の認識を不要とするものとして学説では批判されている（仲地「わいせつ性の認識」刑法判例百選I総論一三二一三頁参照）。なお西原教授は、「されば、本件が意味の認識が問題とならない事案だったためであって、この概念を積極的に否認したものではない」（西原・前掲書一五八一九頁）とされる。公務の適法性について、大判昭和六年一〇月八日（評論二一諸法六九）は、「これに関する錯誤は故意を阻却しないとする。」の点について、村井敏邦「公務執行妨害罪における職務行為の適法性の錯誤」Law School No. 9 一七頁以下参照。

(11) 物の他人性について、最判昭和二六年八月一七日（刑集五卷九号一七八九頁）は、犬が他人所有に属する事実について認識を欠いていたかもしないとの理由で、原審有罪判決を破棄した。本件の評釈として、江口三角「非刑罰法規の錯誤」刑法判例百選I総論一二六頁、小田中聰樹「事実の錯誤と違法性の錯誤—法令の誤解と事実の錯誤—」刑法の判例（第二版）六六頁など参照。

その他に、大決大正一五年二月二三日（刑集五卷九七頁）、最判昭和二六年七月一〇日（刑集五卷八号一四一一页）、下級審判例として、東京高判昭和三四年一〇月一日（東京高判時報一〇卷一〇号三九二頁）、大津地判昭和三五年六月一日（下刑集二卷五〇六号ハ七七頁）などがある。

(12) 中山「規範的構成要件要素の錯誤」Law School No. 8 一一一頁以下参照。

(13) 中山・前掲論文一二一三頁、萩原・前掲論文三四七頁。

(14) 中山・前掲論文一七頁。

(15) 中義勝「道路交通法違反と故意」内藤・西原編『刑法を学ぶ』（昭和四八年）一四五頁、同著『輓近錯誤理論の問題点』（昭和三三年）一一一頁以下参照。

(16) 大判大正一四年六月九日（刑集四卷三七八頁）。

(17) 大判大正一三年四月二十五日（刑集三卷三六四頁）。

(18) 両者ともに違法性の錯誤とするのは、团藤・前掲書二九八頁、木村・阿部『刑法総論（増補版）』三二〇頁、福田・前掲書一五八一九頁、香川『刑法講義（総論）』一三一九頁、植松『再訂刑法概論I総論』二六七頁、吉川『改訂刑法総論』一九〇一一页など。両者ともに事実の錯誤とするのは、西原・前掲書四二二頁、墨谷・前掲論文二〇二頁、萩原・前掲論文三四九頁。判例と同じく、前者は事実の錯誤、後者は違法性の錯誤とするのは、藤木・前掲書三二一頁、内田・前掲書二四五頁、大塚・前掲書三〇三頁、平野・前掲書一七三頁、中『講述犯罪総論』一八〇頁、日沖憲郎「法律の錯誤」平野他編・判例演習刑法総論一二四頁など。

(19) 福田「事実の錯誤と法律の錯誤」総合判例研究叢書刑法(16)（昭和三六年）六四頁、藤木・前掲論文九九頁。

(20) 追越禁止について、東京高判昭和三〇年四月一八日（高刑集八卷三号三二五頁）、銃猟禁止について、東京高判昭和三五年五月二四日（高刑集一三卷四号三三五頁）。なお、火薬投棄禁止水域について、大阪高判昭和三八年七月一九日（高刑集

一六卷六号四五五頁)。

(21) 意味の認識として禁止区域であるとの認識を要するとするのは、田中・前掲論文一六三頁以下。平野博士は、禁止の標示・標識の認識は事実の認識であるが、「銃猟禁止区域で銃猟する」という認識は違法性の意識の問題だとされる(同・前掲書一七二一三頁)。追越禁止について、法定禁止の場合は追越の場所の認識で足りるが、公安委員会による指定禁止の場合は、禁止区域の認識が必要だとするのは福田『行政刑法』(新版)(昭和五二年)一七七頁。

(22) 中山『刑法総論の基本問題』(昭和四九年)一八五一六頁。

(23) 平野「違法の意識(けいゆう)——刑法の基礎⁽¹⁶⁾」法学セミナー一三六号三三一頁参照。なお ドイツのヘルム Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 174f.

(24) 承認われてゐない違法阻却事由を承認されてゐると誤信する場合、及び承認されてゐる違法性阻却事由の法的限界を誤信する場合が違法性の錯謬であるといは争いがない。

(25) 大塚・前掲書三〇一頁。平野博士は、「立法論としてせんかんにでも決定である」(同「故意——刑法の基礎⁽¹⁷⁾」法学セミナー一三〇号一四四頁)とされる。

(26) わが国では、構成要件的錯謬との類似性から、責任形式としての故意を阻却あるとの見解(大塚・前掲書三〇一頁)、刑法三八条二項の事実の錯謬に入れねばならないとの見解(西村克彦「違法性阻却事由の錯謬(誤想防衛を中心)」一事実の錯謬説からの主張) Law School No. 9 四頁⁽¹⁸⁾)、誤信に合理的な根拠がある場合は、正当防衛の一種として違法性が阻却されるとの見解(藤木「誤想防衛と違法性の阻却」法学協会雑誌八九卷七号(昭和四七年)七四七頁以下)がある。

なお、ドイツでは、正当化事情の誤認は「許容構成要件の錯謬(Erlaubnistatbestandsirrtum)」として、構成要件的故意はあるが、責任形式としての故意が阻却されるべき見解がある(Dreher, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Heinrich, 1972, S. 207ff., Krümpelmann, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum X. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, Budapest, 1978, S. 40ff.)。この点に於て、川端「正当化事情の錯謬は第三の錯謬か——ノーノー、クローハンブルグの所説の批判的検討」⁽¹⁹⁾ 警察研究五一卷(昭和五五年)六号四五頁以下・七号四五頁以下、佐久間修「正ねむる正当化事由に関する錯謬——とに誤想防を中心とした(1)——(4)」法政論集八九号(昭和五六年)七六頁以下、九〇号(昭和五七年)三〇三頁以下、九一号四八頁以下、

違法性の錯誤に関する一考察(一)

九二号三三二二頁以下参照。

(27) 厳格故意説から、植松・前掲書一七四頁、準故意説から佐伯千仞『三訂刑法講義(総論)』二八〇頁、制限故意説から団藤・前掲書二八五頁、責任説から平野・前掲書一六四頁、青柳文雄『刑法通論I 総編』二六一頁、中『誤想防衛論』(昭和四六年)二五一頁以下—制限責任説など。判例として大判昭和八年六月二九日(刑集一二卷一〇〇一頁)、広島高判昭和三年五月六月九日(高刑集一三卷五号三九九頁)など。

(28) 故意の要件として認識を要する事実とは「違法な事実」であり、この点で構成要件該当事実も違法性阻却事由たる事実も異なるところはないとされるわけである(植松・前掲書一七五頁以下、団藤・前掲書二八四頁以下、墨谷・前掲論文二〇三頁参照)。

(29) 厳格故意説から、小野清一郎『新訂刑法講義総論』(昭和二三年)一六二頁、準故意説から草野豹一郎『刑法要論』六二頁、制限故意説から井上正治『刑法学(総則)』一三七以下頁、責任説から福田・前掲書一五七頁、木村・阿部・前掲総論三三四一五頁、西原・前掲書四二二一三頁、香川・前掲書一六一一二頁—厳格責任説など。

(30) 福田教授は、「構成要件の内容たる事実は、刑法上意味のある行態を類型化する機能をもつが、違法性阻却事由の内容たる事実は、その存在が構成要件該当事実を適法ならしめるもので、非類型的な許容状態の記述であつて類型化の機能をもたないものである」(前掲書一五七頁)とされる。なお福田「違法阻却事由についての錯誤」同著『違法性の錯誤』二一八頁以下参照。

(31) 西原・前掲書四二二一三頁、福田・前掲総論一五八頁参照。

(32) この問題は、構成要件と違法性の本質にかかるものであり、本稿の問題の範囲を超えるものである。したがつて、こゝでは、一応の考え方を示すにとどめ、結論はなお留保しておきたい。

(33) 福田・前掲総論一六六頁、西原・前掲書四三二頁、香川・前掲書二四八頁、中・前掲総論一八九頁など参照。団藤・前掲書三〇七一八頁、大塚・前掲書三〇六頁は、この場合に故意が阻却されるとする。これは、期待可能性の体系的位置づけの相違によるものである。なお、平野・前掲書一六七頁、佐伯『刑法における期待可能性の思想』(昭和二七年)四五三頁以下、中山「責任阻却事由の錯誤(期待可能性の錯誤)」Law School No. 8 一一五頁以下参照。

(34) 制限故意説によれば、理論的には、なおこの場合にも過失犯の成否が問題となる余地があろう(川端「違法性の錯誤」藤

第二節 違法性の意識

違法性の意識の可能性の有無は、当然違法性の意識が存在する場合には問題とならない。そこで、違法性の意識の可能性の問題を検討するに先だって、違法性の意識とは何かを明確にしておく必要がある。違法性の意識は、責任非難の中核をなすものである。⁽¹⁾ すなわち、違法性の意識は、行為意思形成に作用して、反対動機を形成し規範に従つた行動へと動機づけることを可能にする。したがつて、違法性の意識がありながら違法行為に出ることを決意することが、強い責任非難を可能にするのである。このようにいえるためには、違法性の意識とは具体的にどのようなものでなければならぬのであろうか。この点、従来わが国では必ずしも明らかにされていいるとはいえない。そこで、西ドイツの学説・判例をあわせて参考にしながら検討することにする。

一般に、違法性の意識とは、自己の行為が法的に許されない、あるいは実質的に違法であるという意識であるといわれている。⁽²⁾ この点では、ドイツの学説・判例も同様である。⁽³⁾ 問題は、その具体的な内容である。

第一に、違法性の意識の対象は、行為者の具体的な行為の「実質的違法性」である。この点について、わが国の学説では、違法性の意識にいう違法性とは「反条理性」、「国民的道義違反」、「道徳則に反する不正」といった前法的規範違反として理解されてきた。⁽⁴⁾ 判例にも「反社会性の認識」とした例がある。⁽⁵⁾ これに対してドイツでは、「義務違反」、「社会侵害性 (Sozialschädlichkeit)」⁽⁶⁾ とする見解もあつたが、現在では「行為が法的に禁止されていること」、「行為の実質的無価値性」⁽⁸⁾ とするのが支配的である。判例も、「違法性の意識とは、行為者が自己のなす」とは法的に許

それでおらず禁止されている」とを知っている」とをいう」として、「倫理的に非難すべきものであるとの認識では足りない」としている。違法性の意識の存在が強い責任非難を可能にするのは、それが意思を法規範に従つた行為へと動機づけることを可能にするからである。そのためには「違反した規範の法的性格」を意識していなければならぬ⁽⁹⁾。したがって、「良心の声の知覚 (Vernehmen der Stimme des Gewissens)」、単なる道徳違反、社会倫理的非難性、社会侵害性などの前法的規範違反の意識では、法的非難可能性を基礎づけるには足りないといわなければならぬ⁽¹⁰⁾。「実質的違法性」とは、少なくとも⁽¹¹⁾の意味として理解すべきである。

他方、形式的な法規に違反するとの意識までは必要としない。⁽¹²⁾この点、わが国では、自然犯の場合は実質的違法性の意識で足りるが、行政犯の場合は形式的な法規違反の認識を要するとの見解⁽¹³⁾がある。しかし、行政犯も実質的違法性を含むものであり、この点自然犯と同様であろう。⁽¹⁴⁾したがって、行政犯においても、実質的違法性の意識で足りるといえる。むしろ行政犯の特殊性は事実認識の側面にある。これを違法性の意識の喚起が直接可能となる事実の認識と理解すれば、違法性の意識の問題で自然犯と区別する必要はなく、両者の相違は、違法性の意識について「事实上の可能性の多少の問題」⁽¹⁵⁾として現われる場合があることどまると思う。

第一に、「実質的違法性」は刑法上の違法性や可罰性である必要はない。私法、行政法上の違法性たるとを問わない⁽¹⁶⁾。この点に関し、町野教授は「可罰的刑法違反」の認識を要するとされる。⁽¹⁷⁾たしかに、強い責任非難を根拠づけるものとしての違法性の意識という観点から考へることとは重要であるが、実質的違法性の意識があれば、意思を法規範に従つた行為へと動機づけることが可能となり、法的非難性が基礎づけられると思われる。

第三に、違法性の意識は、何らかの違法な行為を行なうというような抽象的な意識では足りない。まさに当該構成

要件に關係づけられ、具体化された違法性を意識するのでなければならぬ。この場合にははじめて当該行為について意思を法規範に従つた行為へと動機づけることができ、したがつて責任非難が可能となるからである。このことは、特に複数の構成要件を実現する場合や加重関係のある構成要件の場合に重要な意義があると思われる。⁽¹⁸⁾ ちなみにこれは、ドイツの学説がいう「違法性の意識の可分性」⁽¹⁹⁾である。

第四に、違法性の意識は、正確に法律上の技術的、専門的判断を理解する必要はない。反対動機形成を可能にするような意識であればよい。行為者の意識における法的評価あるいは「素人的な意識」⁽²⁰⁾で足りるといえよう。

第五に、違法性の意識は、行為の違法性を積極的、確實に意識する必要はない。⁽²¹⁾ この点わが国ばかりでなくドイツにおいても、未必的な違法性の意識で足りるとそれでいて⁽²²⁾、特にドイツでは、未必的な違法性の意識の有無の基準について、未必の故意と同様に争いがある。⁽²³⁾ なお、未必的にしか違法性を意識していない場合、非難の程度において完全に現実的な違法性の意識がある場合と同視できるかということが問題となる。⁽²⁴⁾ 具体的には、矛盾する判決や情報の一方を信頼して行為した場合のように、行為の違法性の疑いが除去できない場合に問題となるので、後に検討する」とにしたい。⁽²⁵⁾

第六に、ドイツでは、違法性の意識は「同時認識 (Mitbewußtsein)」の形式で存在しうるといわれている。⁽²⁶⁾ すなわち、行為時に明確に意識していなくても、「行為の違法性を、特別な記憶のための努力をしなくともいつでも現実に知ることができる場合、したがつて、」の認識が行為者の血となり肉となつてゐる場合⁽²⁷⁾である。この場合には「行為者の意識において、外形的、感覺的に知覚・表象された行為事象は、その社会倫理的、法的意味から切り離すことはできないから」、外形的行為事象の意識とその違法性の意識は「不可分一体」として存在する。⁽²⁷⁾ そして「行為者は、

法の要求と対決し、法的禁止・命令に従うか否かの決定を迫られていふ」⁽²⁷⁾ われるわけである。しかし、同時認識の形式でのみ違法性の意識が存在する場合、完全に現実的な違法性の意識のある場合と同様に、意図を法規範に従つた行為と動機では可能性があるといえるかにつけば、疑問の残るところである。

以上の意味で違法性の意識が存在する場合は、故意犯として強い責任非難が可能である。⁽²⁸⁾ のよほど、犯罪事実の認識がありながら、違法性の意識を欠く場合にせじめ、違法性の意識の可能性といつゝのが問題となるのである。

- (1) Vgl. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, All. Teil, 3. Aufl., 1978, S. 365.
- (2) 団藤重光『刑法綱要(総論)〔改訂版〕』11丸1頁、平野龍一『刑法綱論』11六五頁、内田文留『刑法』(総論)』111111頁、吉川経夫『改訂刑法綱論』110頁など。改正刑法草案111条11項も「血口の行為が法律上許されざるものであらむ」と規定している。
- (3) Vgl. Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, All. Teil, 2. Aufl., 1977, § 17 Rnr. 3. (ムト) Rudolphi, SK StGB ム監犯法), Cramer, Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 20. Aufl., 1980, § 17 Rnr. 6. (ムト) Cramer, Schönke-Schröder, StGB ム監犯法), Jescheck, a. a. O., S. 366. 平野も「違法性の意識ありば、行為者が、血口の行為は法的と詰れねば離出れぬべし」と知りてゐるが、(BGHSt. 2, 194(196), 4, 1(3), 21, 18(20))。
- (4) 滝川幸辰『犯罪論序説』117頁、小野清一郎『新編刑法講義総論』1154頁、同「經濟刑法の違法の意識」同著『刑法の本質』117頁、その他118頁以下、安平政吉「違法の認識と責任要素」木村博士遷歿祝賀『刑事法学の基本問題上』(昭和111年)544頁。なお大塚仁『刑法概説』11911頁、莊子邦雄『刑法総論(新版)』1150頁参照。
- (5) 最判昭和11四年四月九日(刑集三卷四号501頁)。この点については町野朔「『違法性』の認識について」上智法学論集115卷11号(昭和56年)1105頁参照。
- (6) M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915, S. 234ff., Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewus-

stsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949, S. 142ff. Vgl. Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, S. 57ff., 70ff. (→ Rudolphi, Unrechtsbewußtsein 人間行動)

(17) Jescheck, a. a. O., S. 366.

(18) Rudolphi, SK StGB, § 17 Rn. 4., Cramer, Schönke-Schröder, StGB, § 17 Rn. 6. Vgl. Schmidhäuser, Strafrecht, All. Teil, 2. Aufl., 1975, S. 423 Anm. 50.

(19) BGHSt, 2, 194(202), 19, 295(299), BGHGA 1969, 61.

(20) Stratenwerth, Strafrecht, All. Teil, 3. Aufl., 1981, Nr. 564.

(21) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 35ff., Stratenwerth, a. a. O., Nr. 565, Jescheck, a. a. O., S. 366., Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 171. たゞ、三澤伸「憲法上の違憲立場」憲法叢書第7編11号(昭和40年)べ九頁以下参照。

(22) 我が国の改正刑法草案¹¹ 111条1項の新設によるかかる規定は、同条1項の「法律を知らなかつてしらず、又のりるに故意がなかつたむせざれな」の規定にて、法律を知らぬ者に對する「法律を知ら」の條文の認識を無効にするためか、又のりるに規定が必要でなく、修正・削除すべきである旨平野・前掲書11六五頁、同昭純11「西レーヴ新刑法總則における禁止の錯謬」植松博士還暦祝賀『刑法と科刑』(法建編) (昭和四六年) 11六一七頁、内藤謙「法律の錯謬」平場・平野編『刑法改正の研究I 概論・総観』(昭和四七年) 11一九頁以下参照)。

(23) 滝川幸辰「経済事犯の死生」同著『刑事責任の諸問題』(昭和1111年) 111九一110頁、平場安治「法律の錯謬」日本刑法学全編・刑事法講座第1巻11五八頁。

(24) 福田平『行政刑法(新版)』1一八八頁、板倉宏「租税犯の憲法性の意識」同著『租税刑法の基本問題』(昭和34年) 111六頁参照。

(25) 板倉・前掲書111六八頁、たゞ、人間行動の認識の回避に罷免判断にて、本属刑法、租税刑法の場合は同原貞が適用されねばならぬとする。Vgl. Jescheck, a. a. O., S. 371.

(26) Rudolphi, SK StGB, § 17 Rn. 5., Cramer, Schönke-Schröder, StGB, § 17 Rn. 6., Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967, S. 85., Schünemann, Verbotsirrtum und faktische Verbotskenntnis, NJW 1980,

S. 738., Baumann, Strafrecht, All. Teil, 7. Aufl., 1975, S. 436. 「紀撫潤区のK類 (Disziplinarunrecht)」の憲鑑
ド取る所をハレトササニヤル (此の事は) Cramer, Schönke-Schröder, StGB, § 17 Rnr. 6, 云々ナムラニ
セ Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 63f.)。

17 町野・前掲論文二二七頁。

(18) 行為の一端に於て違法性の意識があり、他の部分にては違法性の意識が生じない場合が生じ得る。たゞ BG HSt. 15,377(383) せる 加重構成要件の場合ば、基本的構成要件の「特別の法益侵害 (spezifische Rechtsgutverletzung)」の意識に足るべからず、いふべきは学説の批判を聽く。Vgl. Rudolphi, SK StGB, § 17 Rhr. 9., Maurach-Zipf, Strafrecht, All. Teil, Bd. 1, 5. Aufl., 1977, S. 575.

(19) ドイツの判例は、BGHSt. 3, 342 により、違法性の意識は「不回収」ではなく「回収」を肯定し、現在では確立している。争議も一致しておりえない限りは、Vgl. Jescheck, a. a. O., S. 367f., Wessels, Strafrecht, All. Teil, 11. Aufl., 1981, S. 94., Cramer, Schönke-Schröder, StGB, § 17 Rhr. 8.

(20) Vgl. BGHSt. 2, 194(202), *Stratenwerth*, a. a. O., Nr. 559.

(21) BGHSt. 10, 35(41), Jescheck, a. a. O., S. 366., Bockelmann, Strafrecht, All. Teil, 3. Aufl., 1979, S. 126.
 (22) エジ国ドゼ、シテ・前掲書 | 五回貞 売三・前掲書 | ベ | 回 平野・前掲書・11K丸貞なス。罪例ムソウトシテ裁固ニテ
罪證保 | 五年 | 一月11日 (前掲書特 | 四時 | 五五回)。エヘドゼ、だルベツ。Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 118ff., Jescheck a. a. O. 367. 参照シテ BGHJR 1952, 285. BGHSt. 27, 202.

(23) Vgl. Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 118ff.

(24) Vgl. Warda, Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein, Festschrift für Welzel, 1974, S. 499ff.

(25) 本稿第五章第一節二參照。

(26) 回^{アラタ}誌識の興奮は、Platzsummer, Bewußtseinsform des Vorsatzes, 1964. にせん)あり、現在では広く承認われてゐる。なお、ハッセンクンマー^{マーハー}誌識は、興奮の意識のうへたが、ロクシソ^{ロクシソ}ンが、同時認識は違法性の意識にひいてゐる所であるとした(Roxin, Literaturbericht, ZStW 78(1966), S. 257)。回^{アラタ}誌識のうへたが、斎藤誠^{セイツウ・セイ}「ふわふわ『回^{アラタ}誌識』」。

時認識』 二二二頁」 警察研究五〇卷一〇号（昭和五四年）三一頁以下、青木紀博「『同時認識』と故意の認識形式—未必の故意認識の解明のために—」 同志社法学一六七号（昭和五六）一一五頁以下参照。

(27) Rudolphi, SK StGB, § 17 Rnr. 14. ハ „シテボイザーが、事物思考的な違法性の意識 (sachgedankliches Unrechtsbewußtsein) よりも同様である。Vgl. Schmidhäuser, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, H. Mayer-Festschr., 1966, S. 329.

(28) Vgl. Schünemann, a. a. O., S. 741.

第三節 違法性の意識の可能性

前述のように、違法性の錯誤の場合は、原則として故意責任があるといえる。犯罪事実、すなわちそこから直接違法性の意識の喚起が可能となるような事実を認識したのであるから、当然違法性を意識すべきであり、また意識でもたにもかかわらず、これを意識することなく違法行為に出たという点で故意犯として重い責任非難が加えられるのである。つまり、責任要素として必要な違法性の意識の可能性があつたからである。

前節の検討から、違法性の意識の可能性とは、自己の行為が法的に許されているかどうかについて、行為の法的性格を検討することができた場合と、それができない場合には、非難の基礎を欠き、責任が阻却されるに至る。そこで問題となるのは、違法性の意識の「可能性」とは何かである。これまで、違法性の錯誤が免責されるのは、違法性の意識を欠いたことに相当の理由がある場合とか、過失がない場合とか、錯誤が避けられなかつたときとかいわれてきた。では違法性の意識の可能性がないとは、いかなる場合をいうのであらうか。また関連する問題として、責任能力や期待可能性と違法性の意識の可能性は、どのような

関係にあるのであろうか。違法性の意識の「可能性」の実質を明らかにするために、順次検討することにしたい。

一 「相当の理由」と違法性の意識の可能性 違法性の錯誤が免責されるのは、違法性の意識を欠いたことについて「相当の理由」がある場合であるといわれることがある。わが国の改正刑法草案二二条二項も、「相当の理由があるときはこれを罰しない」と規定する。犯罪事実の認識があれば、違法性の意識の可能性がそなわっているのが通常であるから、違法性の意識を欠いたことについて相当の理由がある場合にかぎり免責されるというのである。⁽¹⁾ 「相当の理由」があるとは、「自己の行為が適法であると誤信したことについて行為者を非難することができないと認められる事由があること」をいい、その判断は「行為者のかわりにおなじ条件のもとに一般人をおきかえてみたとき、おなじく違法性を意識することが可能か否かによって判断すべきである」とされる。⁽²⁾

たしかに、法秩序の客觀性という点から考えて、行為者の單なる主觀的判断や適法性への盲目的信頼だけでは、違法性の意識の可能性がないとはいえないであろう。「相当の理由があるとき」とは、客觀的な立場から判断されるということを示そうとしたものといえる。⁽³⁾しかし、あまりにもこの点を強調して、一般人ならば、通常ならば違法性を意識することができたかどうかという客觀的基準だけで判断することは、客觀的責任の危険があり問題である。⁽⁴⁾通常客觀的に可能であれば、行為者にとっても違法性を意識することができたといえる場合が多いであろうが、何らかの特別の事情が存在することもあるであろう。やはり、行為者にとっても行為の違法性の意識の可能性があつた場合に責任非難を加えることができるというべきである。オーストリア刑法九条二項が、「不法が行為者にとっても何人にとっても容易に認識した場合」と規定しているのは、この意味で理解することができよう。⁽⁵⁾

二 過失と違法性の意識の可能性 違法性の錯誤が免責されるのは、違法性の意識を欠いたことに過失のない場

合であるといわれることもある。⁽⁶⁾ 判例においても、このように述べているものがある。これに対し、改正刑法準備草案理由書は、「『相当の理由があるとき』とは過失がないときと同義ではない。違法性を知らないについて、厳密にいえば、過失はあるとしても、その知らないことを非難することが酷に失すると認められる場合なども、やはり相当の理由があるときといえるであろう」としている。⁽⁷⁾ また、植松博士は、違法性の意識の可能性がある場合は、過失により違法性の意識を欠く場合よりも広いとされる。⁽⁸⁾

このような対立はあるが、本来過失行為と違法性の錯誤による行為は、犯罪事実の認識の有無という点で決定的に異なるといえる。犯罪事実の認識がある場合と、その認識を欠く場合とでは、規範に対する対応の仕方として全く異なると思われる。したがって、過失の問題と故意行為の違法性の意識の可能性の問題は、いわば質を異にするものであり、同一レベルで論じることは妥当ではない。違法性の意識の欠如についての過失ではなく、違法性の意識の可能性の有無が判断されるべきであると思う。

三 違法性の錯誤の回避可能性と違法性の意識の可能性　違法性の錯誤が免責されるのは、その錯誤が回避しえなかつた場合であるといわれることもある。その例として、ドイツにおける学説・判例を概観してみよう。

一九五二年三月一八日、ドイツ連邦通常裁判所は、刑事連合部決定⁽⁹⁾で、それまでの不要説に立つライヒ裁判所の見解⁽¹⁰⁾を斥け、責任説を採用した。事案は、弁護士である被告人は、ある女性Aの刑事事件の弁護を、当初報酬契約をせずに引き受けたが、第一回公判後Aに対して五〇マルク支払うことを要求し、支払わなければ今後弁護しないと脅してこれを支払わせ、さらに同様にして四〇〇マルクの報酬契約書に署名するように強要したが、被告人は、右のような行動に出る権利があると信じていたというもので、これが強要罪に問われたものである。問題は、右のように違法

性の意識を欠く場合、どのように取り扱うべきかにある。決定は「人間は……常に法共同体の一員として、そのなんとする」とすべてについて、それが法規範 (rechtlichen Sollen) に合致するか否かを知らなければならない」ということを前提として、「疑いは熟慮・照会によりこれを取り除かなければならない」としたうえで、「行為者に期待されるべき良心の緊張にもかかわらず、行為の不法を知りえなかつたならば、その錯誤は克服できず、行為は行為者にとって避けられなかつたのであって、この場合は彼に対しても責任非難を加えることはできない」、これに対して「良心を相当に緊張させたならば行為の不法を認識できたであろう場合は、禁止の錯誤は責任を阻却しない」とした。⁽¹²⁾

本決定は、第一に行為者は常に行行為の不法を意識すべきであるとの包括的な法的義務の存在を肯定し、第二に禁止の錯誤による行為の責任非難の根拠をこの義務違反という点に求め、第三に違法性の意識の可能性の判断基準を、相当な良心の緊張によつて意識できたかどうかという点に求めるものといつ」とができる。その後の判例も、このような考え方を維持している。弁護士である被告人の、当事者に対する背信行為 (Parteiverrat-§ 356 StGB a. F.) が問題となつた事案で、連邦裁判所は、「たしかに自己の行為の許容性について全く疑わなかつた場合、照会のための契機はなかつたであろう。しかしそれは……良心の緊張が不十分だつたためである」⁽¹³⁾として禁止の錯誤は回避可能だとした。また行為者が義務に反して照会を怠つた場合は「照会によつてどのような情報が得られたであろうかにかかわらず、その禁止の錯誤は責に帰すべきものである。……誤つた情報を得たであろうかどうかは重要ではない」としている。⁽¹⁴⁾このように、判例は、検討・照会義務を前提として、行為の法的性質の検討のための契機の存在とは無関係に、「相当な良心の緊張」を基準として回避可能性判断をする。そして照会の懈怠は義務違反であり責に帰すべきものであるから、たとえ照会したとしても錯誤を取り除くことはできなかつたであろうという場合でも、禁止の錯誤は回避

可能とされるわけである。

学説は、このような判例に対し批判的である。その理由は以下のようなものである。判例のような考え方⁽¹⁵⁾は錯誤についての責任によって行為責任ありとするものであり、照会義務による可能性のすりかえである。⁽¹⁶⁾たとえ照会の懈怠が非難すべきものであっても、それは行為者の具体的行為の非難可能性を基礎づけるものではない。照会したとしても正しい情報が得られず錯誤を取り除くことができなかつた場合にも責任を認めるることは、責任主義に反する。⁽¹⁷⁾禁止の錯誤による行為の責任非難は、不真正不作為犯の責任非難と類似するという点から、結果防止に役立つ行為をなしえない者には責任はないという見解⁽¹⁸⁾も同様の趣旨であろう。

やはり、行為者が行為の適法・違法についての検討を怠ったただけでは、直ちに責任を基礎づけることはできないと思う。責任非難は「行為時に關係づけられ」ていなければならない。⁽¹⁹⁾まさに違法性の錯誤のために、違法行為に出たのでなければならない。⁽²⁰⁾照会義務違反ではなく、違法性の意識の可能性が問われるべきであろう。したがつて、照会により正しい情報が得られた場合にのみ回避可能といえるとする見解⁽²¹⁾は、正当であると思われる。なお最近、判例においてもこのように理解するものが現われていることは注目に値する。⁽²²⁾

刑法改正過程において、一九六二年ドイツ刑法草案二一条は、「錯誤が非難すべきでないときは」責任を阻却する規定した。理由書によれば、この場合にあたるのは、「行為者が、事態に応じて客観的に要求され且つその個人的関係においても可能な注意をつくしても、不法を行なっていることを認識できなかつた場合」である。この規定に対しては、ただ錯誤自体が何らかの責任に基づくというだけで、禁止の錯誤による行為の責任を認めることになる危険があると批判されている。⁽²³⁾たしかに、非難できるかどうかは、責任の有無を決定する基準ではあるが、それは錯誤に

よる行為についての非難でなければならぬであろう。したがつて問題は、いかなる場合に違法性の錯誤による行為について非難することができないかにあるのであって、それを明らかにしないかぎりは明確とはいえない。

一九七五年ドイツ新刑法一七条は、錯誤が「避けられなかつたとき」責任はないと規定する。この規定は、草案にくらべて、何故に錯誤が非難すべきでないかを明示しており、また草案より裁判官による道徳化の危険が少ない点ですぐれていると説明されている。⁽²⁷⁾ イエシエックは、「禁止の錯誤の回避可能性は、単に心理的に理解すべきではなく、むしろ不知について行為者に非難を加えることができるかが問題である」とする。⁽²⁸⁾ すなわち、禁止の錯誤の回避可能性は、その錯誤による行為についての非難性を確定するものとして理解する。では、この「回避可能性」とはどういうことなのであろうか。

ルドルフィは、「回避可能性の本質は、自己の行為の具体的違法性の認識可能性にある」として、回避可能な禁止の錯誤に対する責任非難の根拠を「行為の違法性を認識する能力を利用せず、認識した法的義務に従つて行為を決定する可能性を自ら放棄したが故に有責なのである」とする。⁽²⁹⁾ これに対してロクシンは、答責性理論に基づいて、回避可能性を刑事政策的観点から理解する。すなわち「回避可能性は、抽象的な可能性の限界によってではなく、合理的な刑事政策の要求によつて決定される」とする。⁽³⁰⁾ しかし、責任の有無は、やはり非難のために必要な違法性の意識の可能性によつて限界づけられるべきであろう。このように、ドイツでは、禁止の錯誤の回避性判断について明確な基準の定立が課題とされており、これを違法性の意識の可能性という点から考えると、わが国と問題状況は同じであるといえよう。

四 期待可能性と違法性の意識の可能性

違法性の意識の可能性の問題は、期待可能性の一場面であるとする見

解がある。正田教授は、「違法性の意識可能性の問題は期待可能性の一場面にすぎずその裡に解消して条件としての独自性を失い、従つて事実的故意、違法性の意識、意思形成、意思実現という行為の全過程を通じて、適法行為の期待可能性を論ずれば足りる」とされる。⁽³²⁾ また団藤博士は、違法性の意識そのものを期待することができない場合にも、もはや非難を加える根拠がないという点で「これもまた、期待可能性の理論だといつてもよい」とされる。⁽³³⁾ 判例においても、違法性の意識を欠いたことを判断資料として期待可能性なしとした例がある。⁽³⁴⁾ では、両者は、どのような関係にあるのであろうか。この問題は、期待可能性の体系的位置づけとの関連で差異が生ずる。たとえば、期待可能性は意思形成の外部的事情（意思的要素）であり、違法性の意識の可能性は意思形成の内部的事情（認識的要素）であるとする見解⁽³⁵⁾、あるいは期待可能性は消極的な規範的責任要素であり、違法性の意識の可能性は積極的な規範的責任要素であるとする見解⁽³⁶⁾などがある。

たしかに違法性の意識の可能性も、広い意味では適法行為の期待可能性を基礎づけるものであるといえよう。しかし、本来期待可能性とは、違法性の意識（の可能性）があつてもなお違法行為に出ないことが行為者に期待できたかどうかの問題であろう。期待可能性とは、犯罪事実の認識、違法性の意識の可能性とは別個に責任の有無を確定するものである。⁽³⁷⁾ 違法性の意識の可能性を左右する事情と期待可能性を左右する事情とは、「一応その次元を異にする」⁽³⁸⁾のである。特に両者が密接にかかわってくるのは、行為の違法性に疑いがあるときで、同種行為についての判決や第三者的情報が矛盾する場合である。この場合、違法性の意識の可能性の欠如を示す事情とはいえないが、期待可能性の欠如を示す事情といえることがある。このような場合には、未必的な違法性の意識が認められことが多いが、違法性の意識を欠くとしても、その可能性まで欠くとはいえない。しかし、それでも行為を思いとどまるこことを期待

できないという観点から責任が阻却されることがありうるのである。判例において期待可能性なしとされたものの中には、むしろ違法性の意識の可能性の問題と思われるものもみられる。⁽³⁹⁾ 「違法性の認識の可能性がなければ期待可能なしとする論理は『適用限界』のあいまいさをより拡大する結果になり」妥当でないといわなければならない。⁽⁴⁰⁾ したがって、違法性の意識の可能性と期待可能性は、二つの異なった問題であり、明確に区別すべきであると思う。

五 責任能力と違法性の意識の可能性

責任能力とは、行為の是非弁別及びそれに従つて行為する能力であると解されている。このうち、「是非弁別能力」とは実質的違法性を意識する能力をいうとすると、責任能力は、違法性の意識の可能性と同じことになるのではないかという問題がある。責任能力については、それが責任要素なのか責任の前提なのかに関して対立がある。責任能力を責任要素として、行為の属性であり、自己の具体的行為の実質的違法性を意識する能力とすると、責任能力と違法性の意識の可能性は同一のものとなろう。両者は、責任無能力が生物学的原因による場合であり、違法性の意識の可能性の不存在はそれ以外の原因による場合という、単に原因の違いによる「分類」にすぎず、責任要素としての内容は同じということになる。⁽⁴¹⁾ したがって、責任能力は、違法性の意識の可能性に解消してしまうことになろう。⁽⁴²⁾

このことは、西ドイツにおいて、より明らかとなる。先に掲げた連邦通常裁判所刑事連合部決定が出た後、判例・学説による禁止の錯誤の取り扱いについての展開の結果、責任能力のうち弁識能力を定めた旧刑法五一条一項前段は不要になると指摘された。すなわち、五一条は違法性の意識のない場合にのみ適用される。とすると禁止の錯誤は、違法性の意識を欠くに至つた原因は問題とならないのであるから、五一条一項前段は回避不可能な（責に帰すべきでない）禁止の錯誤の一種にすぎないというのである。⁽⁴³⁾ アルミニン・カウフマンは、規範に従つた動機づけの能力が責任

非難の決定的な要素であるとして、五一一条一項と禁止の錯誤はこの同一の能力の種類 (Unterfall) にすぎないとした。⁽⁴⁶⁾

さらに、新刑法において、禁止の錯誤を定めた一七条は、違法性の意識を示すのに、不法を行なうという「弁識 (Einsicht)」と規定し、責任能力を定めた二〇条・二一条は、行為の不法を「弁識する (einsehen) 能力」と規定する。理由書によれば、両規定は統一原理の表現であり、したがって、用語を統一する必要があつたとされている。⁽⁴⁷⁾ 学説においては、二〇条は、不法の弁識能力を欠けば責任が阻却されるというかぎりで、禁止の錯誤規定の特別な適用領域と解されている。⁽⁴⁸⁾ すなわち、二〇条で挙げられている精神障害のために不法の弁識能力を欠く場合は、常に一七条の意味での回避不可能な禁止の錯誤である。したがって、行為者の免責にとって、二〇条は独自の意義は有しないということになる。⁽⁴⁹⁾

これに対して、責任能力を責任の前提とする見解からは、責任能力はおよそ行為の実質的違法性を意識できる一般的精神能力であるのに対しても、違法性の意識の可能性は自己の具体的行為についての問題であるとして区別される。⁽⁵⁰⁾ やはり、責任能力とは行為に対して非難を向けるための「人格的適性」であり、人格の統一性・持続性という点から、当の行為についての能力をはなれて、その前提となる一般的能力であると思う。⁽⁵¹⁾ したがって、責任能力は、行為者人格にかかる人格的能力の問題である。⁽⁵²⁾ また、責任能力を責任要素として違法性の意識の可能性と重なり合うとすると、「責任判断を二重に行なうという思考の不経済をおかしている」点、さらにこの立場では心理学的要素を強調して精神病者に過度に責任能力を認めることになりやすい点を考へても、責任能力を責任要素として違法性の意識の可能性と重なり合うとする見解には疑問がある。⁽⁵³⁾ 同じく違法性を意識できないという場合でも、「違法かどうかまつたく判断できない精神状態と、違法でないと判断して行なう心理状態との間にはちがいがあ」るというべきである。⁽⁵⁴⁾ こ

のように、責任能力の問題と違法性の意識の可能性の問題は区別すべきであり、両者を同一視するのは妥当でないと思ふ。

以上の検討を通じて、故意犯としての責任非難のために必要な違法性の意識の可能性とは、一般的には自己の行為が法的に許されて居るかどうか、その行為の法的性格を検討することができたことを意味するということが明らかにされたと思ふ。」の違法性の意識の可能性は、犯罪事実を認識すれば原則としてそなわって居るものであるから、問題となるのは、違法性の錯誤で、例外的に違法性の意識の可能性なしとして責任が阻却されるのはいかなる場合なのかどうかである。違法性の意識の可能性の有無について、その判断基準を定立する必要がある。次章以下では、「」の点について検討することにある。

- (1) 藤木英雄『刑法講義総論』一一一頁。
- (2) 法務省刑事局編『改正刑法草案の解説』（昭和五〇年）六五頁、藤木「映倫事件をめぐる法律問題」ジユリスト五〇四号（昭和四七年）五九頁。
- (3) 前掲『改正刑法草案の解説』六四頁。なお、内藤謙『刑法改正と犯罪論上』（昭和四九年）一六頁参照。
- (4) なお、「相当の理由」という表現は、通常違法性に関して用いられるものであり、適当ではないとの指摘もある（内藤・前掲書一六頁、福田平『目的的行為論と犯罪理論』（昭和三九年）一一一六一七頁、平野竜一「草案と責任主義」平場・平野編『刑法改正の研究 I 概論・総則』一九頁など）。
- (5) 「」の点について、キーナップ・ホールは「刑法典は客観的—主観的な二重の基準を維持した」として、これによれば「何人にとっても不法を容易に認識できたであろう」と「」とは、行為者にとっても不法を容易に認識できたりとの状況証拠となる。すなわち、裁判所は、特別の事情がなければ一般的な不法の弁護から、行為者の不法の認識の存在をも認定してよい」とす（Kienapfel, Unrechtsbewußtsein und Verbotssirrturn, ÖJZ 1976, S. 117. Vgl. Rudolphi, Die Verbotssirrturnsregelung des § 9 StGB im Widerstreit von Schuld und Prävention, JBl 1981, S. 289ff.）。

(6) 齋川達夫「違法性の鑑識」刑法の判例〔第1版〕711頁。なお、「規制の理由」の欄は「福田『田舎的行為論と犯罪理論』1116頁、小泉英一「違法性の鑑識と判例推移の考察」同著『刑事法判例研究』(昭和51年) 1111頁、木村龜二『刑法改正と世界思潮』(昭和50年) 1119頁以下参照。

(7) 仙台高判昭和17年9月110日(高刑判特111号 1711頁)。違法性の意識を欠いたりして何ら過失のない場合、あるべき相当の理由がある場合には故意を阻却するべしと判例として、東京高判昭和18年9月9日(高刑判特39号96頁)、広島高裁岡山支判昭和111年8月110日(高刑裁特4卷18号456頁)、福岡高裁宮崎支判昭和114年9月11日(大刑集1卷9号19100頁)など。

(8) 刑法改正準備委『改正刑法準備草案附回理由書』(昭和116年) 1107頁。

(9) 植松正『再訂刑法概論—総論』11511頁。

(10) BGHSt. 2, 194ff. 本決定にいじては高田卓爾「法律の鑑識に関するマニナ BGH の新判例」法と政治11卷1号59頁、佐伯千絵「法律の鑑識に関するマニナの新判例について」同著『刑事裁判と人権』(昭和111年) 11116頁、福田「敗戦後の西ドイツにおける法律の鑑識に関する判例の概観」同著『違法性の鑑識』1111頁に詳しく述べられてる。

(11) 事実の鑑識(Tatirrtum) と法律の鑑識(Rechtsirrtum) を区別し、後者のうち、刑罰法規の鑑識は故意を阻却しながら、非刑罰法規の鑑識は故意を阻却しないとした。例えば RGSt. 2, 269., 57, 235., 72, 305. など。

(12) BGHSt. 2, 201.

(13) BGHSt. 5, 284(289) (Urt. v. 2. 2. 1954).

(14) BGHSt. 21, 18(21) (Beschl. v. 27. 1. 1966). 同種辨論として Bay ObLG NJW 1960, S. 504 (Vorlegungsbeschl. v. 12. 2. 1960), Bay ObLG NJW 1965, S. 1924 (Urt. v. 25. 5. 1965).

(15) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 197ff., ders., SK StGB, § 17 Rn. 25.

(16) Hassemer, Rechtsprechungsübersicht, JuS 1978, S. 59.

(17) Wolter, Schuldhafte Verletzung einer Erkundigungspflicht, Typisierung beim Vermeidbarkeitsurteil und qualifizierte Fahrlässigkeit beim Verbotsirrtum—OLG Celle, NJW 1977, 1644, JuS 1979, S. 484f.

(18) Strauß, Verbotsirrtum und Erkundigungspflicht, NJW 1969, S. 1419., Eser, Strafrecht I, 2. Aufl., 1976, S. 150.

- (29) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 209. 小さな子供が「責任非難せ」齟齬の範囲に何をもどすか? ト
トアスレーヴスルタスルノアトノ。 Vgl. H. Mayer, Der Bundesgerichtshof über 'das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit
zu BGH GSSt v. 18. 3. 1952, MDR 1952, S. 393., Baumann, Strafrecht, All. Teil, 7. Aufl., 1975, S. 445.
- (30) Vgl. Strauß, a. a. O., S. 1420., Wolter, a. a. O., S. 485., Cramer, Schönke-Schröder, StGB, § 17 Rnr. 20.
- (31) Vgl. Armin Kaufmann, Schulpflichtigkeit und Verbotsirrtum, E. Schmidt-Festschr., 1961, S. 329f., Horn, Verbotsirrtum
und Vorwerfbarkeit, 1969, S. 69ff., Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 196ff., Krümpelmann, Die strafrechtliche
Behandlung des Irrtums, ZStW-Beif, 1978, S. 34f.
- (32) チューリッヒ「Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, All. Teil, 3. Aufl., S. 370., Bockelmann, Strafrecht, All. Teil,
3. Aufl., 1979, S. 126., Blei, Strafrecht I, All. Teil, 17. Aufl., 1977, S. 184., vgl. Welzel, Das neue Bild des Strafre-
chtssystems, 4. Aufl., 1961, S. 74.
- (33) OLG Celle NJW 1977, S. 1644 (Urt. v. 13. 12. 1976) は、「義務と違反との齟齬を解いたが、既存の判例は判決の根柢
を解消するにあらず。」と記載。この齟齬を回避不能と解かざるを得ない。回種判例として、BGH JZ
1977, S. 653 (Urt. v. 12. 8. 1976).
- (34) Entwurf eines Strafgesetzbuch (StGB) mit Begründung, S. 135. 法務省刑事局・刑事基本法令改正資料第10号『1
九七一年度版新刑法草案(案)一編(少罪)』(昭和41年) 11K-7頁参照。
- (35) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 194., vgl. Armin Kaufmann, a. a. O., S. 328ff.
- (36) 半崎『刑法総論』11K-7頁参照。昭和41年秋バーネット刑法九条一項の「齟齬が「非難されない」場合
に」責任せなとする規定が、ヨーロッパでは「眞理的(virtuelle) 駭法性の意識」が「非難されない」禁止の別名
とされる。Kienapfel, a. a. O., S. 113 Anm. 4)。
- (37) 国部編11「西ドイツ新刑法総論における禁止の齟齬」植松博士還暦祝賀『刑法と科学(法律編)』111頁、内藤・前掲書
六九頁参照。半崎博士「今」の齟齬の対応を語るかと云ふが、一步前進である。(回・前掲書11K-7頁) と
ある。
- (38) Jescheck, a. a. O., S. 370 Anm. 20.

- (29) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 195., ders., SK StGB, § 17 Rn. 24.
- (30) ローハンの答責性理論について 中川祐夫「責任と可罰的評価」 浅田和茂「責任と答責性」（共に平場博士還暦祝賀『現代の刑事法学』^上所収）に詳しく述べられる。
- (31) Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-Festschr., 1974, S. 188.
- (32) 正田満三郎「違法性の意識と刑事責任」法曹時報 111巻8号（昭和31年）151-16頁。
- (33) 団藤重光『刑法綱要総論（改訂版）』1194頁。
- (34) 東金簡判昭和三五年七月十五日（下刑集1巻7=8号1066頁）など。なお佐伯千仞・米田泰邦「期待可能性」総合判例研究叢書刑法²²（昭和三九年）180頁以下、前田雅英「期待可能性」西原他編『判例刑法研究3責任』（昭和五五年）183頁以下参照。
- (35) 木村亀二『犯罪論の新構造』^上 四三五頁以下。
- (36) 香川『刑法講義（総論）』1115、1143頁。なお、川端博「期待可能性」中山他編・現代刑法講座第1巻1150頁参照。
- (37) 大谷実「無免許でしたメントゲン撮影業務と期待可能性」昭和四九年度重要判例解説 141頁、藤木・前掲書1114頁、福田『新版刑法総論』160頁参照。
- (38) 佐伯・米田・前掲書 184頁。
- (39) 本稿第五章第二節参考。
- (40) 松江地裁浜田支判昭和三八年一二月一一日（下刑集5巻1=12号1160頁）、一宮簡判昭和四八年一一月二一日（判時739号137頁）など。おひむ、「違法性の認識の可能性を不要とする最高裁判例の立場からは、期待可能性を援用しないかぎり免責の道は閉ざされてしまうところ配慮もありうる」（大谷・前掲論文 151頁）とするべきである。
- (41) 大谷・前掲論文 141頁。同じく官庁の默認がある場合に、違法性の意識の欠如に相当の理由ありとした判例（高松高判昭和二九年八月三一日（高刑裁特1巻5号1-1頁））があり、他方期待可能性の問題とした判例（名古屋高判昭和三五年八月三一日（下刑集2巻7=8号1024頁））があるのは、何のためのものかたってある。
- (42) 団藤「責任能力の本質」日本刑法学会編・刑法講座3三六一七頁、西原春夫『刑法総論』四〇五頁以下など。
- (43) 平野「責任能力—刑法の基礎」¹⁹ 法学セミナー 138号（昭和四一年）211頁参照。

- (44) 大谷康『民事責任の基礎』(昭和11年) 1頁〇同 平野・前掲書118-1頁^o
- (45) Dreher, Verbotsirrtum und § 51 StGB, GA 1957, S. 97ff. Vgl. Schröder, Verbotsirrtum, Zurechnungsfähigkeit, *actio libera in causa*, GA 1957, S. 297ff.
- (46) Armin Kaufmann, Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum, E. Schmidt-Festschr., 1961, S. 321ff.
- (47) 回船・前掲書111〇丸貢云ト参照^o
- (48) Lenckner, Schönke-Schröder, StGB, § 20 Rn. 4., Busse, Unklare Doppelregelung des Verbotsirrtums im 2. StrRG, MDR 1971, S. 985., Blei, Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum, JA 1970, S. 666f., Jescheck, a. a. O., S. 357. Vgl. Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 200ff.
- (49) Lenckner, Schönke-Schröder, StGB, § 20 Rn. 27.
- (50) 小野清一監「責任能力の人間学的解説Ⅲ」シラバヌ116九印(昭和11年)九八頁以下。松原豊穂「憲法の認識を欠く
ナリスニ押忍の理由があらゆ仕合」宮沢・大野編『判例演習講座刑法I』(総論)(昭和47年)1丸印-15頁^o
- (51) 大谷・前掲書115〇頁、回「責任能力論の現状」法学教室〈第11期〉2(昭和四八年)111頁参照^o
- (52) 平野「人格責任と行為責任」日本刑法学系編・刑法講座3-7頁、墨谷慈『責任能力基準の研究』(昭和五五年)111H
—6頁^o
- (53) 大谷・前掲書115-1頁^o
- (54) 平野・前掲書118-11頁、墨谷・前掲書1115頁、中川謙一『口述刑法総論』11回1-111頁^o
- (55) 平野・法学セミナー1118号111頁^o