

違法性の錯誤に関する一考察（二）

——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（以上一七五号）
- 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 個別的類型
- 第六章 結語（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

違法性の意識の可能性の有無は、どのような基準で判断すべきであろうか。違法性の意識及びその可能性の検討から、一般的には次のようにいうことができよう。すなわち、違法性の意識の可能性の判断にあたっては、犯罪事実の認識が原則として行為の法的性質を検討するための契機となるということを前提として、行為者のおかれた具体的行為状況において、行為者にこのような契機が与えられていたか一般的な基準となる。なお、この点についてわが国においては必ずしも明らかにされていなかったため、西ドイツにおける判例・学説を手がかりとして検討することにする。

一 良心の緊張 (Anspannung des Gewissens) 前述のように、ドイツの判例理論においては、禁止の錯誤の回避可能性の判断基準を、相当に良心を緊張させれば行為の違法性を意識できたかどうかという点に求める⁽¹⁾。そして、良心の緊張とは「特定行為の適法・違法を判断しなければならない場合、行為者はそのすべての精神的認識能力及び倫理的価値表象 (Sittliche Wertvorstellungen) を尽くす義務があるということの意味する⁽²⁾」とされる。

これに対して、学説は次のように批判する。違法性の意識は自己の行為が法的に禁止されているとの意識であり、良心の声の知覚とは異なるものであるから、良心の緊張によって行為の違法性を明らかにすることはできない⁽³⁾。また、秩序刑法 (Ordnungsstrafrecht) の領域においてみられるように、禁止規範が公の秩序維持のために存在するにすぎ

ない場合には、良心の緊張によって正しい認識には至らないから良心の緊張は基準として機能しない。⁽⁴⁾ 同様に、確信犯や常習犯の場合、法秩序と行為者の良心は一致しないから、良心を緊張させても行為の違法性を意識することはできない。⁽⁵⁾ このように、「相当な良心の緊張」という基準では、違法性の意識の可能性を基礎づけることはできないであろう。また、この基準のもとで、禁止の錯誤による行為に対する責任非難の根拠を照会義務違反に求めるときは、違法性を意識することができない場合にも故意責任を認めることになる危険がある。これは責任主義に反するものであり、妥当でないといわなければならない。

二 回避可能性判断の基準

ドイツにおいて、禁止の錯誤の回避可能性の判断基準を示すものとして、ルドルフィとロクシンの見解を掲げることができる。ルドルフィは、前述の回避可能性の本質から、単に自己の行為の違法性を意識する可能性が存在するだけではなく、さらにこの可能性を現実を利用するための契機が行為者に与えられていなければならないとする。⁽⁶⁾ そして、禁止の錯誤が回避可能といえるためには、第一に行為者は行為時に自己の行為の法的性質について検討するための具体的契機を有していたのでなければならない、第二に行為者にとって自己の行為の違法性の認識可能性を現実⁽⁷⁾に持ちえたのでなければならない、第三に与えられた違法性の認識可能性を利用することが行為者に期待できたのでなければならない、という三つの要件を掲げる。⁽⁷⁾

また、ロクシンは、合理的刑事政策の必要性という観点から、第一に、当該状況からみて、行為者に自己の行為の許容性について考えるための契機が与えられていたかどうか、第二に、この前提が肯定された場合、信頼できる専門家(実際上多くは弁護士)に問い合わせれば、それが行為を思いとどまるための契機を与えたであろうか、という基準を設定する。そして、そのいずれかが充たされなければ刑罰は必要ではないとする。⁽⁸⁾

ロクシンのように、処罰の必要性という点を強調するのは、責任の本質との関係において濫用の危険があるとの疑問が示されており問題である。⁽⁹⁾ 可罰性の考慮については、その前提として責任＝非難可能性が確定されるべきである。しかし、ここで注目すべきは、両者ともに回避可能性は抽象的な認識可能性によって決められるべきではないとしている点である。これらを参考にして違法性の意識の可能性が必要とされる根拠から考えれば、まず第一に、具体的行為状況の下で、行為者が自己の行為の法的性質を検討するための契機を有していたのでなければならぬ。第二に、行為者にとって、この契機を利用して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のでなければならぬと思われる。違法性の意識の可能性判断にあたっては、このような契機の存在が基準となるであろう。

三 過失の基準 ドイツでは、禁止の錯誤の回避可能性の判断基準について、行為者に対して要求される注意の程度は、過失（いわゆる事実の過失）の場合より高いといわれることがある。判例は一般にこのように解しているが、⁽¹⁰⁾ 学説においては争いがある。

過失より厳格な基準であるとする見解の根拠は次のようなものである。すなわち、禁止の錯誤の場合、行為者は構成要件的故意をもって違法性が推定される行為を行なうのであり、法的に中立な過失行為より早く「危険領域」に足を踏み入れるものである。⁽¹¹⁾ 通常構成要件的故意は、すでに行為の法的性質の検討のための契機を提供するものである。⁽¹²⁾ このように、禁止の錯誤の場合、行為者の意思は構成要件的结果に向けられているから、過失すなわち無意識のうち⁽¹³⁾ に法益侵害を惹起する場合より危険であり、法益侵害を防止する必要性は過失犯の場合より大きいからであるとされる。これに対して、過失の場合と同じ基準でよいとする見解の根拠は、構成要件の故意は、特に秩序刑法領域では、行為の違法性の検討のための契機を与えるものではないというものである。⁽¹⁴⁾ また、あまりにも厳格な要求は、回避不

可能といえる余地をほとんどなくしてしまうことになる⁽¹⁵⁾とされる。

前述のように、過失の問題と違法性の意識の可能性の問題は、質を異にするというべきである。したがって判断基準を同列に論じることができない。平野博士が「事実の過失の場合は、主として精神の緊張とそれによる認識のプロパビリティーが問題であるが、違法性の意識の可能性の場合は、いわば処罰をする方とその対象になる者との間の緊張関係であって、このような場合に処罰するのが妥当か、相当か、という判断問題なのである⁽¹⁶⁾」とされるのも、両者の質的相違を示すものと理解することができる。要求の程度が事実の過失より高いというのは「単なる程度のちがいか、明らかであるかないかのちがいではない⁽¹⁷⁾」といわなければならない。

(1) 本稿一七五号一〇頁参照。

(2) BGHS. 4,1 (5) (Beschl. v. 23. 12. 1952).

(3) Rudolph, Unrechtsbewußtsein, S. 225.

(4) Cramer, Schönte-Schröder, StGB, § 17 Rnr. 13.

(5) Maurach / Zipf, Strafrecht, All. Teil, Teilband I, 5. Aufl., 1977, S. 573. Vgl. Stratenwerth, Strafrecht, All. Teil, 3. Aufl., 1981, Nr. 584, Blei, Strafrecht I, All. Teil, 17. Aufl., 1977, S. 184, Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967, S. 85, Schünemann, Verbotstittum und faktische Verbotkenntnis, NJW 1980, S. 741. なお、武心の緊張はドイツ Matil, Gewissensanspannung, ZStW 74 (1962), S. 201 ff.

(6) Rudolph, Unrechtsbewußtsein, S. 209.

(7) Rudolph, Unrechtsbewußtsein, S. 217, ders., SK StGB, § 17 Rnr. 30.

(8) Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-Festschr., 1974, S. 188.

その理由は、このような行為者は再社会化の必要はなく、また、そのような錯誤は誰にでも生じうるものであるから、一般予防上の理由から制裁を必要とするほど悪い先例とはならないからだとする。

- (9) 浅田和茂「責任と答責性ーロッキング説の検討ー」平場博士還暦祝賀『現代の刑事法学(上)』二八九頁参照。
- (10) BGHSt. 4, 236 (243) (Urt. v. 23. 4. 1953), BGHSt. 21, 18 (20) (Beschl. v. 27. 1. 1966), BayObLG NJW 1965, S. 163 (Urt. v. 5. 8. 1964), OLG Braunschweig NJW 1976, S. 60 (Urt. v. 14. 7. 1975).
- (11) Maurach / Zipf, a. a. O., S. 573, Schönemann, a. a. O., S. 742.
- (12) Krümpelmann, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, ZStW-Beihft, 1978, S. 33f.
- (13) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 216. Vgl. Cramer, Schönke-Schröder, StGB, § 17 Rnr. 12, Bockelmann, Strafrecht, All. Teil, 3. Aufl., 1979, S. 125, D. Meyer, Vermeidbarkeit des Verbotirrtums und Erkundigungspflicht-KG, JR 1978, 166, JuS 1979, S. 253.
- (14) Wolter, Schuldhafte Verletzung einer Erkundigungspflicht, Typisierung beim Vermeidbarkeitsurteil und qualifizierte Fahrlässigkeit beim Verbotirrtum-OLG Celle NJW 1977, 1644, JuS 1979, S. 487. Vgl. Stratenwerth, a. a. O., Nr. 593, Schmidhäuser, Unrechtsbewußtsein und Schuldgrundrundsatz, NJW 1975, S. 1810.
- (15) Roxin, a. a. O., S. 187., Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, All. Teil, 3. Aufl., 1978, S. 370.
- (16) 平野竜一「違法の意識(つじぎき)ー刑法の基礎⑩」法学セミナー一三六号二七頁。
- (17) 平野・法学セミナー一三六号二八頁。

第二節 判断資料

具体的行為状況の下で、自己の行為の法的性質を検討するための契機の有無を一般的基準として違法性の意識の可能性を判断する場合、どのような事情が考慮されるべきであろうか。判断の基礎となる事情としては、以下のものが掲げられよう。

第一に、行為者の認識した事情が重要である。ここでは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いうことが前提となる。構成要件の故意は、たしかに社会侵害行為を思いとどまるようにとの自覚を促すものではあるが、特に秩序刑法領域では価値中立的な事態の認識にすぎないから、必ずしも行為の違法性の検討のための契機を与えるものではないとの主張もある⁽¹⁾。しかし、本稿の理解によれば、犯罪事実の認識は原則として行為の違法性を検討するための契機を提供するということは、前述したとおりである。なお、このようにいえるためには、全く抽象的に漠然と行為は法秩序により否認されるかもしれないという認識では足りないことはもちろんである⁽²⁾。

第二に、行為の法的性質に関する補充的事情が資料となる。たとえば、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、著しい道徳違反の意識があるという場合には、行為が適法か違法かを検討するための契機が存在が確認できる⁽³⁾。なお、行為の違法性を検討できるのは、少なくとも禁止について「わずかな疑い」があるか、あるいは違法であるかもしれないと考えた場合のみであるとする主張がある⁽⁴⁾。しかし、これに対しては違法性の意識の可能性は「単に心理的に理解すべきではない⁽⁵⁾」との批判が妥当する。犯罪事実の認識ということが可能性の前提とされているのである。

第三に、行為者自身の個人的事情が資料となる。行為者の精神的認識能力、生活環境、法的教養、社会的地位、職業経験などが考慮される⁽⁶⁾。ドイツの判例では、行為者が法律家である場合には特に厳格な良心の緊張が要求されるとした例がある⁽⁷⁾。なお、前述のように、もっぱら客観的に、一般人であれば違法性を意識できたかどうかという判断では足りない。また「良心の緊張」を基準とするときは、個人の能力を考慮することなく、もっぱら一般的に必要な注

意を標準とする点で、一般的、抽象的になり妥当でないと思う⁽⁸⁾。

第四に、行為者が行為の法的性質の検討のためにとった手段が考慮される。行為の適法性について「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」⁽⁹⁾。第二で示した事情や専門家の信頼できる情報を知っていた場合、あるいは行為者自身が法的判断のために必要な知識・能力をそなえている場合は、さらに照会しなくても熟慮によって行為の違法性を意識することが可能といえよう⁽¹⁰⁾。そうでない場合には、第三者に照会する必要がある。照会については、第三者から法的情報を得るにあたって、どのような情報提供者から、どのような内容の情報を得たかが重要な資料となる⁽¹¹⁾。

第五に、法律の遵守を求める国家の側の事情が考慮される。平野博士は、アメリカ模範刑法典二・〇四条三項では「被告人の事情だけが考慮されているわけではなく、国家の側の怠慢や錯誤も考慮されている」ことに注目され、「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、相当な理由があるかどうか⁽¹²⁾が定まる」とされる。行為当時の具体的状況下における法律状態や法規の公知方法が合理的であったかどうかという点は、違法性の意識の可能性判断にあたって重要な資料となろう。

一般的には、以上の観点から違法性の意識の可能性の有無を判断すべきであると思う。実際には、このような一般的基準に立ったうえで、より具体的に違法性の意識の可能性がある場合とない場合を限界づけることが必要である。そこで、次章では特に違法性の意識の可能性の問題が生じると思われる個別的类型を検討して、判断基準の類型化を試みる。

(1) Rudolph, Unrechtsbewusstsein, S. 218f., ders., SK StGB, § 17 Rnr. 31.

- (2) Vgl. Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 220.
- (3) Vgl. Stratenwerth, Strafrecht, All. Teil, 3. Aufl., 1981, Nr. 585, 587, 589, Cramer, Schönke-Schröder, StGB, § 17 Rnr. 14., Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, All. Teil, 3. Aufl., 1978, S. 370., Bockelmann, Strafrecht, All. Teil, 3. Aufl., 1979, S. 125f. (ただし「反倫理性を意識しつゝいふ」必らずしも回避に能わなからざるべし), Rudolphi, SK StGB, § 17 Rnr. 31.
- (4) Horn, Verbotssirtum und Vorwerfbarkeit, 1969, S. 87, 105.
- (5) Stratenwerth, a. a. O., Nr. 588, ders., Literaturbericht, ZStW 85 (1973), S. 483ff., Jescheck, a. a. O., S. 370.
- (6) Vgl. Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 222 f., ders., SK StGB, § 17 Rnr. 33, 44. 判例として BGHSt. 2, 194 (201), 3, 105 (108) (Urt. v. 6. 6. 1952).
- (7) BGHSt. 4, 80 (86) (Urt. v. 20. 11. 1952).
- (8) Vgl. Mauach / Zipf, Strafrecht, All. Teil, Teilband I, 5. Aufl., 1977, S. 573. なお桜木澄和「錯誤と違法の意識」綜合法学五一号(昭和三十年)五九頁以下参照。
- (9) BGHSt. 2, 194 (201), 4, 1 (5).
- (10) Rudolphi, SK StGB, § 17 Rnr. 34. 判例も「豊富な職業経験のある弁護士の場合には」さらに照会する必要はないとする(BGHSt. 15,332 (341) (Urt. v. 24. 6. 1960), BGH NJW 1962, 1831 (Urt. v. 26. 6. 1962))。
- (11) 本稿本号一三八頁以下参照。
- (12) 平野竜一『刑法総論Ⅱ』二六八頁、同・法学セミナー一三六号二七頁。

第五章 若干の個別的考察

第一節 概観

一 立法例 違法性の意識の可能性の有無は、具体的にはいかなる場合に問題となるのであろうか。またその場

合、いかにして違法性の意識の可能性のあるときとないときが限界づけられるのか。具体的な類型における判断基準の明確化が現在の課題であるといえる。そこで、まず参考のために、類型化を試みた立法例をみてみよう。

一九六二年アメリカ模範刑法典は、違法性の認識は犯罪の要素ではないとする二・〇二条九項に対する制限的例外として、行為が法律上罪とならないと信じたことは、次の二つの場合に限定して抗弁となると規定する。⁽¹⁾第一は「行為者がその罪を定めた制定法その他の成文法規の存在を知らず、かつ、訴追された行為の時までにその法令が公布されず、その他知り得べき状況になかったとき」(二・〇四三条三項 a)、第二は「相当の理由に基き、(一)制定法その他の成文法規、(二)裁判所の決定、意見または判決、(三)行政命令または許可、あるいは(四)その罪を定める法律の解釈、運用または執行について法律上の責任を有する公務員または公の機関の公式見解に包含された公の法律見解を信頼して行為したが、後にその法律見解が無効または誤謬とされたとき」(二・〇四三条三項 b)である。そして、これとほぼ同様の規定が、一九六七年ニューヨーク刑法典一五・二〇条二項にある。⁽³⁾違法性の錯誤による行為の免責を、この二つの場合に限定するのは狭すぎるとの指摘はあるが、⁽⁴⁾これらが最も典型的な類型といえることはできる。また「被告人の事情だけが考慮されているわけではなく、むしろ国家の側の事情が正面におし出されている」⁽⁵⁾点で注目される。

また、一九七四年オーストリア刑法九条二項は、「法律の錯誤は、不法が行為者にとっても何人にとっても (Ei den Täter wie für jedermann) 容易に認識しえた場合、または行為者が、その職業上、業務上もしくははその他の事情から当該規定に精通する義務があったにもかかわらず、その規定に精通していなかった場合には、これを非難することができるものとする」と規定する。⁽⁶⁾このような例示規定は、いわば当然のことであり実際上の意義は必ずしも大きくないが、例示規定を設けた立法態度は注目に値するとの指摘がある。⁽⁷⁾違法性の意識の可能性判断の具体的基準を、

このような立法によって例示する方法は、重要な視点を提供するものといえよう。

二 個別類型の概観

違法性の錯誤は、大別して「法の不知」と「法の錯誤」ないし「あてはめの錯誤」に分類することができる。前者は違法かどうかをまったく意識しなかった場合であり、後者はいったんは規範の問題に直面したが、意識して検討した結果、法規範のおよぶ範囲やその効力を錯誤して、違法ではないと考えた場合である。⁽⁸⁾ 個別的には、いかなる場合に違法性の意識の可能性の問題が生じるのであろうか。模範刑法典を参考にして、予想される類型とそこで生じる問題点を概観してみよう。

第一は法の不知の類型である。わが国の判例は、この類型において、法令を知ることができない場合にも処罰している。⁽⁹⁾ たしかに、法の不知に関しては、原則として違法性の意識は可能であるといえる。しかし、何らかの特別の事情があるために法令を知ることができなかった場合には、例外的に違法性の意識の可能性を欠くといえることもありうると思われる。そこでその判断にあたっては、むしろどのような事情を考慮して可能性なしとすべきかが問題となる。

第二は、法規や判決を信頼して行為した場合の類型である。自己の行為が適法であることを示唆する法規や判決を信頼した場合に、違法性の意識の可能性がないということは、一般に承認されているといつてよい。しかし、そのような判決の存在を知らなかった場合、または下級審判決の場合、さらに矛盾する判決があるときにはどのように考えるべきかについては、依然として問題が残る。

第三は、公の機関の見解を信頼して行為した場合の類型である。この類型では、原則として違法性の意識の可能性を欠くとしてよいのではあるが、問題は、模範刑法典のように、違法性の錯誤による行為の免責の可能性を、この類

型に限定すべきかどうかである。

第四は、弁護士・学者などの私人の意見を信じて行為した場合の類型である。この類型において、違法性の意識の可能性を欠くことはあるのであろうか、あるとすればいかなる場合かが問題となる。第三、第四の類型は、情報提供者の問題と、与えられた情報内容の問題が重要となろう。なお、第二から第四の類型は、おもに「法の錯誤」の場合であろう。

第五に、錯誤の類型の観点とは別に問題となるのが、いわゆる行政犯である。従来、行政犯は行為自体倫理的に無色に近いために、事実認識だけでは違法性の意識を喚起することができないといわれてきた。そこから、違法性の錯誤の本当の問題領域は行政犯であるともいわれている。はたして、行政犯の場合、固有の問題が生ずるのであろうか、この点について検討する必要があるであろう。

以下、この区分にしたがって、違法性の意識の可能性判断の基準について、若干の類型化を試みる。

- (1) See, The American Law Institute, Model Penal Code, Tentative Draft No. 4, P. 138 (1955).
- (2) 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。なお本条に掲げられた類型は、それまでの判例が「法の不知は許さず」の原則の下で例外的に免責を認めたものを類型化して規定したものである。英米法における違法性の錯誤については、福田平「アメリカ判例法における法の錯誤」同著『違法性の錯誤』二六六頁以下、木村亀二「英米法における法律の錯誤」同著『刑法の基本問題』(昭和五四年)二八三頁以下、佐藤昌彦「錯誤について(一)―心理的故意論―」東北学院大学論集法律学一〇号(昭和五二年)四七頁以下参照。

(3) 法務資料第四〇〇号『一九六七年ニューヨーク刑法典』〔松尾浩也訳〕(昭和四二年)八頁参照。

(4) 平野竜一『刑法総論Ⅱ』二六八頁、同「違法の意識(つづき)―刑法の基礎⑩」法学セミナー一三六号二七頁、内藤謙「オ

1 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)』四九七頁。

(5) 平野・法学セミナー一三六号二七頁、なお大谷実「無免許でしたレ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一四二頁参照。

(6) 訳文は、内藤・前掲論文四九〇頁による。

(7) 内藤・前掲論文四九七頁。

(8) 平野・前掲書二六八頁参照。

(9) 本稿本号一三七頁参照。

第二節 個別的類型

一 法の不知 法の不知においては、特別の事情がないかぎり、違法性の意識の可能性を欠くことは予想できないといえる。本稿の理解によれば、犯罪事実の認識があれば、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が与えられるのであるから、他の何らかの事情のために違法でないと判断したのでないかぎり違法性の意識の可能性は失われないのである。

では、例外的に違法性の意識の可能性を欠くといえるのはいかなる場合であろうか。それは、自己の行為を禁止する法規範自体を知りえないときであろう。法の不知は、主として行政犯において問題となるが、その判断にあたって参考となるのは、前述のアメリカ模範刑法典二・〇四条三項aの規定である。特に一般人が取締りの対象になる場合は、「国家は、法を国民に周知徹底させる努力をしなければならぬ。それを怠っていながら、その法の違反を処罰するのは、公正なやり方ではない⁽¹⁾」という観点が重要な視点となろう。これに対して、法令が合理的な方法で一般に

知らされている以上、特に自動車運転、風俗営業、建築業、薬店など、法規制があり、あるいは免許・許可を必要とする行為のように、特定の免許取得者や業者を対象とする刑罰法規においては、通常自己の行為を規制する関係法規を知り、行為の適法性を検討すべきであり、またこのことは可能というべきである。⁽²⁾ 法規範の存在が明白であるほど、この可能性も強くなるであろう。

わが国の判例は、(一)刑罰法令が公布即日施行されたが、被告人は公布以前から引き続いて行為しており、公布を知らなかった場合⁽³⁾、(二)法令を掲載した官報が行為者の居住地に到着する以前の行為⁽⁴⁾、(三)関東大震災による交通機関の破壊のために勅令の発布を知らなかったという事例⁽⁵⁾について、不要説の立場から、いずれも有罪としている。これらの場合、特に(三)の事例は、他に法令の公布を知る手段がなければ違法性の意識の可能性を失わせる特別の事情があった場合といえよう。

これに対して、行為者が関税法、経済関係罰則の整備に関する法律、物品税法といった自己の職業に関連する法規を検討しなかった場合に、行為者の知能、地位、職業、生活歴に照らし、関係法規について十分の調査を尽くすべきであり、それによって正しい理解を得ることができたにもかかわらず、特別の注意を払うことなく行為したことを理由として、違法性の意識の欠如について相当の理由なしとした判例がある。⁽⁶⁾ これらは、法令が合理的な方法で知らされている以上、特別の事情がないかぎり違法性の意識の可能性は失われないことを示す例といえよう。

なお、被告人がブランコ製造を単に副業としていただけで、物品製造業の組合にもはいつていなかったため、ブランコが課税物件であることを知らなかった場合に有罪とした判例がある。⁽⁷⁾ 平野博士は、この場合「知らなかったのもっともだといえる事件ではなかったか⁽⁸⁾」とされる。たしかに、「一般的には公知の方法がとられていても、特定の

人にとっては知る機会がなかったという場合⁽⁹⁾もありうるであろう。ただ本件がそういえるかは疑問の残るところである。⁽¹⁰⁾

二 法規・判決への信頼 行為者が、自己の行為の法的性質を検討した結果、当該行為が適法であると示唆している法規や判決を信頼して行為した場合は、一般に違法性の意識の可能性がない類型といふことができる。⁽¹¹⁾

まず、法規への信頼の類型については、行為が適法であると示唆している法規が、一般の国民にとっても認識できるほど無効であることが明らかでないかぎり、法規を信頼してなした行為は免責されてよいといえよう。ルドルフイは、その根拠を、第一に立法者の権威、すなわち客観的に正しい決定をする能力が高いこと、第二に法律の適法性の推定という点に求める。⁽¹²⁾したがって、後に違憲無効とされたとしても、行為者の行為を許容する法規への信頼は保護に値することになる。ただこの場合に、行為を許容する法規と自己の行為との関連性を検討することは要求されるであろう。

次に、判決への信頼が保護される根拠は、法規の場合と同じく、判決に与えられる権威にあるとされる。すなわち、判決に与えられる高度の正義の保障、及び判決が果たすべき具体的な法形成の役割 (Ordnungsaufgabe) に基づいて、正当性が推定できるかぎり、判決が実質的に正しいかどうか、法律に合致しているかどうかを検討することを国民に期待することはできないとされるのである。⁽¹³⁾ ドイツの判例も、行為者が、違反した規定を違憲だとする上級裁判所の判決を信頼して行為したときのように、行為は適法だと示唆する判決を信頼した場合は、禁止の錯誤は責任を阻却するとしている。⁽¹⁴⁾

法規や判決は、最も信頼できる法的根拠であるといふことができよう。したがって、行為者が、自己の行為と類似

した行為を適法だとする判決を信頼して行為した場合には、自己の行為は違法ではないと考えるのも無理はなく、行為者にさらに行為の法的性質について検討せよと要求することはできないから、違法性の意識の可能性はないといえる。なお、このことは、行為者が、行為は適法であるとする判決の存在を知らなかった場合にも同様に認められるであろう。⁽¹⁵⁾ 違法性の錯誤は、単に照会を怠ったが故に非難される（錯誤責任）のではない。相当な手段をとることによって自己の行為の違法性を意識することができたにもかかわらず、これを意識せず行為に出たために非難できるのである。したがって、行為が適法であると示唆する確立した判例が存在するのであれば、相当な照会手段によっても違法性を意識することはできないであろう。⁽¹⁶⁾

このように、確立した最高裁判所の判決の場合には、これを信頼してよいとすることには問題はない。しかし、判決が対立しているときや、下級審判決の場合は問題が残る。ドイツでは、対立する判決がある場合、次の二つの類型に区別されている。第一に、同じ審級の裁判所の判決が対立するときは、行為者は自己に有利な判決への信頼のための適切な基礎を欠き、行為の違法性の危険を負担して行為するのであるから責任は阻却されない。第二に、異なる審級の裁判所の判決が対立するときは、より上級裁判所の判決を優先して信頼すべきであるとされるのである。⁽¹⁷⁾

たしかに、ほぼ一致して行為は違法であるとする判例の中に、たまたま行為は許されるとする判決があったということから、直ちに自己に有利な判決だけを信頼してよいとすることはできない。しかし、判決が対立する場合には、常に自己に不利な見解に従って行為せよと要求することもできないであろう。自己の行為は適法であると示唆する判決が例外的な判決でないかぎり、行為者にとっては同価値といえるのではないだろうか。同じ審級の裁判所の判決の「不一致の責任を行為者に帰することはできない⁽¹⁸⁾」というべきである。そうでなければ、「行為者の見解と対立する

判決はすべて彼の不利益となるが、彼の見解に一致する判決は直ちに責任を阻却することにはならない⁽¹⁹⁾ということになってしまふ。判決が対立する場合にも、違法性の意識の可能性を欠くことがありうると思う⁽²⁰⁾。

なお、行為者が行為の適法性について疑いを持っている場合で、同じ審級の裁判所が矛盾する法律見解を採用していることを知っているときは、未必的な違法性の意識が肯定されることが多いであろう。しかし、この場合にも「事情を考慮して、不可罰に至るまでの解釈論的減輕可能性が生み出されなければならない⁽²¹⁾」であろう。もっとも、これは違法性の意識の可能性の問題と直結するものではなく、行為者に不利な法律見解に従って行為することが期待可能かどうかの問題である。この判断にあたっては、「どちらの見解を優先するかということについての客観的基準がなければ、行為者を非難することはできない⁽²²⁾」という考慮が重要となろう。

下級審判決への信頼の場合、藤木博士は「下級裁判所の判断は、のちに上級の裁判所とくに最高裁判所でくつがえされることが少なくないから」その判決を信じて自分の行為は罪にならないと思ったという弁解は認められないとされる⁽²³⁾。たしかに、唯一の例外といえるような判決は、信頼してよいとはいえない。しかし、上級裁判所の確立した判例がない場合には、その下級審判決が法律上有効に確定した判決であれば、信頼の基礎となりうると思われる。控訴や上告によって係属しているときには、信頼の基礎たりえないのもちろんである⁽²⁴⁾。

三 公の機関の見解への信頼 最も問題となるのは、行為者が第三者に問い合わせ、その結果得た情報を信頼して、行為は違法でないと考えた場合である。今日の膨大な量の刑罰法規やその複雑さのために、専門知識を有する第三者に問い合わせる情報を収集しなければ、法的禁止・命令を知ることが困難なことが多い。そこで、行為者が行為は適法であると示す情報を、どのような情報提供者から得たときに、違法性の意識の可能性がないといえるかが問題

となる。

行為者が、「その罪を定める法律の解釈、運用または執行について法律上の責任を有する公務員または公の機関」(模範刑法典二・〇四条三項b(四))から得られた情報に従って行為したときは、違法性の意識の可能性を欠く場合といえる。⁽²⁵⁾ わが国の学説においては、公の機関の見解に従った場合に免責されるのは、官公庁の権限ある担当者は「少なくとも国民に対して一定の解釈を示す以上、真摯な態度でこれをなすべきであり、それがなされたからにはそれを信頼して行動した国民を可及的に保護する必要があるからである」⁽²⁶⁾といわれている。⁽²⁷⁾ たしかに、「国家機関が法を誤解させるような行動をとりながら、その違反者を処罰するのは公正でない」という考慮が背後で働いているとはいえる。しかし、この場合に責任が阻却されるのは、やはり違法性の意識の可能性がないからだと思う。すなわち、行為者にとっても一般人にとっても信頼に値するといえる権限ある官庁の担当者から得られた情報が当該行為は適法であると示唆している以上、行為者にはさらに行為の法的性質を検討するための契機は与えられていないからである。

わが国の判例では、統制経済法令の解釈についての商工省の回答を信頼した場合、⁽²⁸⁾ 政治活動禁止に関する勅令について検察庁の回答を信頼した場合、⁽²⁹⁾ 火薬取締法について警察官の指示に従った場合に、⁽³⁰⁾ 不要説の立場から有罪としていえる。しかし、これらの事例は、許されていると考えるのも無理はなく、違法性の意識の可能性を欠くといえる場合であったと思われる。これに対して、麻薬取締法につき囂捜査に協力した場合、⁽³¹⁾ 地方公務員法につき公平委員会の解釈に従った場合、⁽³²⁾ 医療法につき保健所所長の指示に従った場合、⁽³³⁾ 風俗営業等取締法につき公安委員会の指示に従った場合、⁽³⁴⁾ 相当の理由ありとして故意責任の阻却を認めている。また最近の判例として、独占禁止法について、通産省の行政指導と公正取引委員会の容認があったことを理由として、違法性の錯誤に相当の理由があった例がある。⁽³⁵⁾

これらの事例は、情報提供者が信頼に値するという点については妥当であろう。なお、公職選挙法につき選挙管理委員会委員長の回答を信じた場合⁽³⁶⁾、出入国管理令につき警察官の黙認を信頼した場合⁽³⁷⁾、相当の理由なしとした判例があるが、これは情報提供者というよりむしろ情報内容が信頼できるものとはいえない場合であったと考えることができよう⁽³⁸⁾。

四 私人の意見への信頼 弁護士や学者など私人の意見を信じた場合に、違法性の意識の可能性を欠くことがあるであろうか。私人の意見を信じて行爲した場合は、責任の阻却は認められないとする見解がある。この場合には「法の価値判断の客観性は貫徹されざるをえない⁽³⁹⁾」とされる。その根拠は、私人の意見を信頼すれば犯罪が成立しないとすると、法制度は私人の意見によって左右されることになりかねない⁽⁴⁰⁾とか、法秩序の主観化を招くことになる、あるいは弁護士は公務員ではないから、その助言に対して国家には責任がないというものである⁽⁴¹⁾。

これに対して、公の機関にかぎらないとする見解は、公的機関「に準じて専門的立場から公平無私の真摯な態度で法についての解釈に関与する者」⁽⁴²⁾、あるいは「一定の権威をもった機関」で「社会一般に通用するだけの客観性」⁽⁴³⁾を有する者も、公の機関の見解に準ずると考えてよいとする。また、ドイツの学説・判例は、私人も信頼に値する情報提供者たりうることを認めている。たとえばルドルフは、情報提供者は「行爲者の行爲の法的性質を正しく判断するために必要な専門知識があり、かつ一般的、客観的にその専門知識に支えられた情報が期待できる場合」には信頼に値する⁽⁴⁴⁾。権限ある官庁が信頼に値する情報提供者といえる根拠は、国家機関に与えられる権威にあるのではなく、行爲の法的性質について、行爲者より「実質的に正しい情報を与える特別の能力」にあるとするのである⁽⁴⁵⁾。したがって、私人であっても必要な能力をそなえているかぎり、公的機関と同じく信頼に値するということになる。判

例上その例として掲げられているのは、弁護士、裁判所所長（Gerichtspräsident）、職務上の上司、ワイン鑑定人、自動車教習所教官、ストライキ指導者、専門団体などである。⁽⁴⁶⁾ ルドルフは、この他に私的利益団体代表者もこれに含まれるとする。⁽⁴⁷⁾ もちろん、各々の専門分野における法律問題についてのみ、信頼に値する情報提供者となりうるということとは当然である。⁽⁴⁸⁾

情報提供者を、公の機関や公務員に限定するのは狭すぎると思われる。行為者の行為の法的性質について、正しく判断するのに必要な専門知識があり、かつ客観的にもその専門知識に基づく情報が期待できるのであれば、信頼できる情報提供者といえよう。このような、一般人にとっても行為者にとっても信頼に値する情報提供者から得られた情報を信頼した場合は、行為者にはさらに自己の行為の法的性質を検討するための契機は与えられておらず、したがって違法性の意識の可能性はないというべきである。

わが国の判例では、行為は罪にならないとの弁護士の意見を信じた場合⁽⁴⁹⁾、価格統制撤廃の新聞記事を信じた場合⁽⁵⁰⁾、公職選挙法につき自派選挙関係者の情報を信じた場合⁽⁵¹⁾に有罪としている。これらの事例において、一律に信頼してはならないとはいえないであろう。新聞記事への信頼の場合に、「新聞記事は往々にして、事実を誤まり伝えることもあることは、社会生活上時折経験されるところである」から相当の理由がないといわれることがある。⁽⁵²⁾ 他方、新聞などの報道機関により法令を知ることができたから相当の理由がないといわれることもある。⁽⁵³⁾ そうなると、自己の行為は許されているという見解は信頼してはならないが、自己の行為は許されていないという見解には従わなければならないことになってしまい、妥当ではないと思う。⁽⁵⁴⁾

これに対して、刑法一七五条に関して、自主規制機関たる映倫管理委員会の審査を通過したために許されていると

考えた場合に、そう信じることに相当の理由があるとして、故意責任の阻却を認めた判例がある⁽⁵⁵⁾。この場合、映倫審査の通過によって、行為者にはさらに自己の行為の法的性質を検討する契機は与えられておらず、違法性の意識の可能性はないといえよう。この判例は解決として妥当であると思う。なお、本判決は映画上映の特殊性や映倫に対する社会的評価という点を強調している⁽⁵⁶⁾。したがって、本判決を一般化して、民間機関の情報を信頼したことを違法性の意識の可能性を欠く根拠として認めたと解することはできない。しかし、民間機関である映倫の審査通過という事情を考慮して故意責任が阻却されうる場合を認めたことは、重要な意義があると思う。

以上のように、違法性の意識の可能性が問題となる事例において、判例は官庁など公の機関の見解・情報を信じた場合には、比較的広く故意責任の阻却を認めるが、弁護士などの私人、新聞などの民間機関の情報の場合には、非常に厳格な態度であるという傾向がみられる⁽⁵⁷⁾。しかし、信頼できる情報提供者から得られた情報を信じたときは、私人による情報であっても違法性の意識の可能性を欠き、責任を阻却すると考えるべきであろう。

なお、第三者から得た情報への信頼の場合、公的機関、私人を問わず共通する問題として、違法性の意識の可能性判断にあたっては、情報内容の信頼性についても考慮すべきである。この点について、ルドルフは、信頼保護のための適切な基礎となるのは、客観的な、かつ必要な専門知識に支えられた情報のみであるとする。そのため要件として次の三点を掲げる。第一に行行為者の行為の法的性質に対する明確な態度決定であること、第二に判断されるべき行為についての正しい包括的な知識に基づくものであること、第三に詳細な法律状態の検討の結果であることが必要であるとする⁽⁵⁸⁾。したがって、不特定、不明確な情報、行為者が情報提供者に対して必要な事情を説明しないで得た情報、単なる黙認、充分検討することなく即座に与えられた情報、明らかに誤りであるとわかる情報などは、信頼に値

するとはいえないことになる。⁽⁵⁹⁾このように、情報内容が信頼のための適切な基礎を欠くことが行為者に認識できたときは、なお自己の行為の法的性質を検討するための契機は失われておらず、違法性の意識の可能性はあるといえよう。以上のことから、次のような結論が導き出される。第一に信頼に値する情報提供者から得た情報が、確立した判例と同様に行為が適法であるということを示唆している場合、第二に法律状態が不明確で確立した判例もない場合で、情報が行為は適法であると示唆したであろうということが排除できない場合は違法性の意識は不可能である。これに對して、信頼に値する情報が行為を違法であると示唆する場合は違法性の意識は可能である。⁽⁶⁰⁾

第三者からの情報への信頼の場合は、違法性の意識の可能性がないといえるためには、信頼に値する情報提供者から与えられた信頼に値する情報内容が行為者の行為は適法であると示唆するものであることが必要である。したがって、行為者が情報提供者や情報内容の不当性を認識できた場合には、違法性の意識の可能性は失われない。また、故意に誤った情報を与えた者については、その情報を信じて行なわれた行為の共犯が成立する余地もある。このように考えれば、私人の意見を信じてよいとすると法秩序の主観化を招くことになるという批判はあたらないと思う。⁽⁶¹⁾

五 行政犯 違法性の意識の可能性の問題は、しばしば、行政犯の場合には刑法犯あるいは自然犯と同様に考えることはできないといわれている。行政犯の場合は、具体的法規の認識をはなれては行為の違法性を意識できないことが多いということを根拠とする。⁽⁶²⁾自然犯法定犯区別説や、行政犯については違法性の意識には形式的違法の認識を要するとの見解の実質的根拠もここにあるといつてよい。

たしかに、裸の事実の認識では行為の違法性の意識の喚起可能性が乏しい場合があろう。しかし、その場合には、犯罪事実の認識が完全ではないのである。犯罪事実の認識の意味は、直接的な行為の違法性の意識の喚起可能性とい

う点にあり、これに足りるだけの内容及び意味の認識が必要なのである。⁽⁶³⁾したがって、この意味での犯罪事実の認識があれば、自然犯の場合と同様に故意責任の原則的条件となり、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よいと思う。

實際上、行政犯といえども行政取締法規制定後長期間経過することにより、その違反の違法性が国民の意識に定着することも⁽⁶⁴⁾ある。また、行政犯の多くは業務者など特定の行為者をその対象としており、可罰行為も詳細に個別化され、明確に規定されているということができであろう。したがって、「行政犯の取締りの対象となる行為は本来無色に近いものとはいっても、現代の社会において、取締りの対象になるような特定の行為をする場合に、それについて法的な規制があるかないかを検討することを要求することは、責任主義という見地からみても、否定できない⁽⁶⁵⁾」といえよう。免許や許可を必要とする営業、活動のように、自己の行なう行為について法規制のある領域においては、犯罪事実の認識があれば関連法規を検討すべきであり、また可能であるといっべき。これに対して、一般人が取締りの対象となる場合には、「国家としても法の周知徹底のための相当の手段をとった⁽⁶⁶⁾」のでなければ、行為の違法性を意識することはできないであろう。違法性の意識の可能性判断にあたっては、法の公知方法が重要な視点となろう。

以上のように、行政犯の特殊性は、むしろ事実認識の側面にあるのではないかと思われる。これは事実の錯誤と違法性の錯誤の区別の問題として現われるのである。⁽⁶⁷⁾事実の認識によって違法性の意識を喚起しえない場合があるとすれば、直接喚起可能となるまで意味の認識によって補充されるべきであり、構成要件的事実として「違法性の推定機能が生ずるまで補充されるべきである⁽⁶⁸⁾」といえよう。犯罪事実の認識が肯定されれば、違法性の意識の可能性の問題において自然犯と行政犯との間で区別する必要はない。両者の相違は、個々の場合の事情に応じて、違法性の意識の

可能性の多少の問題として現われるにとどまると思う。なお、個別的には、第一に構成要件の明確性の問題として、認識を要する構成要件的事実を補完して可罰行為を明確にする方法、第二に特定の犯罪については、犯罪事実の認識と並んで特に違法性の意識を必要とする規定を設けるという解決方法も可能であろう。⁽⁶⁹⁾

(1) 平野竜一『刑法総論Ⅱ』二六八頁。

(2) 平野・前掲書二六一、二六八頁、同「違法の意識(つづき)」—刑法の基礎^⑬—法学セミナー一三六号二八頁参照。

(3) 最判昭和二六年一月三〇日(刑集五卷二号三七四頁)。本判例の評釈として、吉川経夫「取締法規の不知と犯意」刑事判例研究会編・刑事判例評釈集第一三卷(昭和三二年)三九頁以下参照。

(4) 大判昭和一四年二月二八日(刑集一八卷六三頁)。本件では、被告人は新聞によって官報の内容を知ることができた場合であり、少なくとも違法性の意識の可能性はあったということができるとされるのは、福田平『行政法(新版)』一九〇頁。本判例の評釈として、登石登「省令の执行力と官報の到達」刑事判例研究会編・刑事判例評釈集第二卷(昭和一七年)三四頁以下参照。

(5) 大判大正一三年八月五日(刑集三卷六一一頁)。

(6) 関税法につき、鹿児島地判昭和三六年一月一日(判時二五七号三二頁)、経済関係罰則の整備に関する法律につき、長野地裁松本支判昭和三九年二月二一日(下刑集六卷一〇二九頁)、物品税法につき、東京地判昭和四八年二月一三日(刑裁月報五卷二号一二九頁)など。

(7) 最判昭和三四年二月二七日(刑集一三卷二号二五〇頁)。なお、法の不知につき相当の理由があれば犯罪の成立は阻却されるから、法の不知につき過失の有無を審査すべきだとする藤田裁判官の少数意見がある。

(8) 平野・前掲書二六九頁。

(9) 平野・前掲書二六八頁。

(10) 被告人が、木製品の製造販売を行っていたという状況があれば、ブランコが課税物件であるかどうかを検討する契機はあったといえるのではないかと思われる。なお、秋山規雄「事実の錯誤か法令の不知か—物品税法第一八条第一項第一号の無申告製造罪について」法学論叢六六卷六号(昭和三五年)六六一七頁、八木国之「事実の錯誤か法令の不知か—物品税法

第一八条第一項第一号の無申告製造罪について」法学新報六七巻八号(昭和三五年)七二頁参照。

(11) 改正刑法草案説明書も、「確定した判例」に従って行動した場合に「相当の理由がある」といえるとしている(法務省刑事局編『改正刑法草案の解説』六五頁)。

(12) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 236, 240f., ders., SK StGB, § 17 Rnr. 36.

(13) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 241., ders., SK StGB, § 17 Rnr. 37. Vgl. D. Meyer, Vermeidbarkeit des Verbot-sirttums und Erkundigungspflicht-KG, JR 1978, 166, JuS 1979, S. 253.

(14) OLG Köln MDR 1954, S. 374 (Urt. v. 13. 10. 1953), OLG Celle MDR 1956, S. 436 (Beschl. v. 20. 4. 1956).

(15) Vgl. Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 106, 241., Cramer, Schönke-Schröder, StGB, § 17 Rnr. 18.

(16) Vgl. Cramer, Schönke-Schröder, StGB, § 17 Rnr. 18.

(17) Rudolphi, SK StGB, § 17 Rnr. 38, 39., Cramer, Schönke-Schröder, StGB, § 17 Rnr. 19., D. Meyer, a. a. O., S. 253., Krümpelmann, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, ZStW-Beihft., 1978, S. 35. 判例マニヤ OLG Köln MDR 1954, S. 374., OLG Bremen, NJW 1960, S. 163 (Urt. v. 30. 9. 1959).

(18) Maurach / Zipf, Strafrecht, All. Teil, Teilband 1, 5. Aufl., 1977, S. 574.

(19) Stratenwerth, Strafrecht, All. Teil, 3. Aufl., 1981, Nr. 594.

(20) Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 173.

(21) Warda, Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein, Welzel-Festschr., 1974, S. 511.

(22) Warda, a. a. O., S. 510.

(23) 藤木英雄『行政刑法』七九頁。

(24) この意味で、「無罪判決の言渡しを受けていたことの一事をもって、……わいせつ性の認識を欠いていたとも、その認識の欠如に相当の理由があるとも」にわかに断じがたい」とした判例(東京地決昭和五五年一月一日(判例タイムズ四〇二号六〇頁))は、行為者が信頼した判決がまだ確定していないというかぎりでは妥当である。

(25) 改正刑法草案説明書も、「当該法律の実施に責任をもつ官庁の指示に従って行動した場合」は「相当の理由がある」といえるとしている(法務省刑事局編『改正刑法草案の解説』六五頁)。

- (26) 川端博「違法性の錯誤」藤木編・判例と学説7刑法I〔総論〕一七九頁。
- (27) 平野・法学セミナー一三六号二七頁。
- (28) 大判昭和一四年三月二十九日(刑集一八卷一五八頁)。永井検事は、本件被告人らは商工省当局の回答を信じて行動したものでないから、本判決をもって不要説から具体的妥当性を欠く結論が導かれた事例であるとするのは正当でないとされる(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)一四―五頁)。
- (29) 名古屋高判昭和二四年九月二七日(高刑判特三号四二頁)。
- (30) 札幌高裁函館支判昭和二八年七月七日(高刑判特三二号八三頁)。
- (31) 仙台高判昭和二七年九月二〇日(高刑判特二二号一七二頁)。
- (32) 大阪高判昭和三年一月二八日(判時九九号二七頁)。
- (33) 広島高裁岡山支判昭和三年八月二〇日(高刑裁特四卷一八号四五六頁)。
- (34) 高知地判昭和四年四月三日(判時五一七号八九頁)。
- (35) 東京高判昭和五五年九月二六日(刑裁月報一二卷九号八四四頁)。本判決の評釈として、板倉宏「石油やみカルテル事件刑事判決の意義と問題点」ジュリスト七二九号(昭和五五年)三七頁、福田平「石油ヤミカルテル事件判決の問題点―行政法的視点からの検討―」商事法務八九四号(昭和五六年)六四頁など。行政指導と違法性の錯誤について、藤木英雄「行政指導と独禁法違反の罪」ジュリスト五六六号(昭和四九年)五一頁参照。
- (36) 福岡高裁宮崎支判昭和三四年九月一日(下刑集一卷九号一九〇〇頁)。本判決は、理由の一つとして、選管委員長が公選法も検討せずに回答したのであるから、被告人が自ら行って問い合わせたなら、あるいは誤った回答を正しえたかもしれないことを掲げている。
- (37) 広島高裁松江支判昭和四六年四月三日(刑裁月報三卷四号四八三頁)。本判決は、理由として、警察の「黙過的取扱を期待することと法律上許されている(合法的である)」と信ずることとの間には本質的差異があるものというべきである」ということを掲げている。
- (38) 本稿本号一四四―五頁参照。

- (39) 平野・法学セミナー一三六号二八頁。
- (40) 平野・前掲書二六九頁。
- (41) See, Hall and Seligman, *Mistake of Law and Mens Rea*, 8. U. of Chicago Law Review, P. 652 (1941). 改正刑法草案説明書も、「弁護士その他の専門家に相談したというだけで相当の理由があったとみることはできなから」として(法務省刑事局編『改正刑法草案の解説』六五頁)。
- (42) 川端・前掲論文一七九頁。
- (43) 藤木「映倫事件をめぐる法律問題」シヤリスト五〇四号六〇頁。
- (44) Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, S. 244.
- (45) Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, S. 244.
- (46) BGHSt. 20, 342 (Urt. v. 8. 11. 1965), BGHSt. 21, 18 (Beschl. v. 27. 1. 1966), OLG Frankfurt NJW 1964, 508 (Urt. v. 6. 11. 1963), OLG Hamburg JZ 1977, 477 (Beschl. v. 16. 5. 1977) — 本邦弁護士 BGHSt. 5, 111 (Urt. v. 13. 11. 1953) — 裁判所所長 Bay OBLG NJW 1955, 1806 (Urt. v. 7. 10. 1955) — スタランキ指導者 KG JR 1964, 68 (Urt. v. 16. 10. 1963) — 専門団体 (なま) 以下の判例は直接参照しなかつたので Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, S. 245. 以下 (た) BGH VRS 10, 359 (v. 8. 3. 1956) — 職務上の上司 BGH 20. 3. 1956 LStR 498/55 — トンン鑑定人 BGH VRS 14, 31 (v. 31. 10. 1957) — 自動車教習所教官 Vgl. OLG Hamburg NJW 1967, 213 (Urt. v. 12. 10. 1966).
- (47) Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, S. 245.
- (48) Vgl. Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, S. 246, Cramer, Schömke-Schröder, StGB, § 17 Rnr. 16.
- (49) 不要説の立場から有罪とした例として大判昭和八年九月二三日 (刑集一二卷一六一九頁)、東京高判昭和三四年五月二六日 (東京高裁判決時報一〇卷五号二八八頁)、相当の理由なしとした例として、大判昭和九年九月二八日 (刑集一三卷一二三〇頁)。
- (50) 福岡高判昭和二六年一月一六日 (高刑集四卷一号六頁)。
- (51) 東京高判昭和二八年九月九日 (高刑判特三九号九六頁)。
- (52) 注50判例における判決理由。

- (53) 注4・51判例における判決理由。なお福田『行政刑法(新版)』一九〇頁参照。
- (54) 新聞発表を信じた場合に、誤信につき相当の理由があり故意を阻却するとした判例として、函館区判昭和一五年二月一六日(法律新聞四五三七号五頁)。
- (55) 東京高判昭和四四年九月一七日(高刑集二二卷四号五九五頁)。なお、平野博士は本件について、「むしろ、猥褻性という事実の認識がなかった場合として解決する方がよかった」(同『刑法総論I』一七一頁)とされ、田中教授は、「猥褻凶画ではないということが無罪とすべきであった」(同「違法の認識を欠いたことに相当の理由がある場合」刑法判例百選(新版)(昭和四五年)六一頁)とされる。
- (56) 川端・前掲論文一七九頁、植松正「映画『黒い雪』に関する無罪判決」法律のひろば二二卷一二号(昭和四四年)一一頁。なお藤木『刑法講義各論』(昭和五一年)一七一頁参照。
- (57) その他の判例について、福田「事実の錯誤と法律の錯誤」総合判例研究叢書刑法⑩一〇二頁以下参照。
- (58) Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 246f. Vgl. Wolter, Schuldhafte Verletzung einer Erkundigungspflicht, Typisierung beim Vermeidbarkeitsurteil und qualifizierte Fahrlässigkeit beim Verbotsirrtum-OLG Celle, NJW 1977, 1644, JuS 1979, S. 487.
- (59) Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 247f., Wolter, a. a. O., S. 487., Cramer, Schönke-Schröder, StGB, § 17 Rnr. 16., Maurach / Zipf, a. a. O., S. 574. Vgl. Kienapfel, Unrechtsbewusstsein und Verbotsirrtum, ÖJZ, 1976, S. 119.
- (60) Vgl. Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 252., Wolter, a. a. O., S. 486., Cramer, Schönke-Schröder, StGB, § 17 Rnr. 20.
- (61) Vgl. Rudolphi, Die Verbotsirrtumsregelung des § 9 StGB im Widerstreit von Schuld und Prävention, JBl 1981, S. 298.
- (62) 中山研一「行政法規上の禁止事項に関する錯誤」Law School No. 8 一二頁、萩原玉味「事実の錯誤と法律の錯誤の限界」西原他編・現代刑法講座第二卷三四七頁など。
- (63) 本稿一七五号一〇三頁以下参照。
- (64) 福田『行政刑法(新版)』一八八―一九頁、板倉『租税刑法の基本問題』一三七頁参照。

- (65) 平野「違法の意識—刑法の基礎」法学セミナー一三五号一一—二頁。
- (66) 平野・法学セミナー一三六号二八頁。
- (67) 中山教授は、「これまで問題とされてきた大部分の場合は事実の錯誤として処理されるべきものとなるであろう」(同著『刑法総論の基本問題』一八六頁)とされる。
- (68) 中山・前掲書一八五—六頁。
- (69) 平野・法学セミナー一三六号三二頁。Vgl. Welzel, a. a. O., S. 174f., Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts All. Teil, 3. Aufl., 1978, S. 371.

第六章 結 語

本稿は、違法性の錯誤の問題を考えるうえで重要な、違法性の意識の可能性の有無について、一般的判断基準の設定及びその類型化をめざしたものである。ここで、これまでの検討から得られた結論を要約しておきたい。

違法性の錯誤の取り扱いについては、可能性説を軸にして、学説、判例、立法がほぼ同じ方向に進展しつつあるとすることができ。したがって、問題は、故意と違法性の意識をめぐる見解の対立という点から、違法性の意識の可能性の内容いかんという点に移行したといえる。この問題の解明のための前提となる諸問題については、以下のよう
に理解する。まず故意責任の要件としては、違法性の意識の可能性が必要でありかつそれで足りる。故意責任が過失責任より重いのは、犯罪事実を認識すれば、当然そこから違法性の意識が喚起され、違法行為を思いとどまることが期待されるにもかかわらず違法行為に出たからである。違法性の意識の可能性は、行為者の意思形成に作用して、反対動機として機能しうる状況にあるのにもかかわらず行為に出たことについて非難を成り立たせる要素である。しか

し、犯罪事実の認識があれば通常違法性の意識の可能性を伴うものであるから、この犯罪事実の認識が故意責任の原則的条件をなすものである。ここから、違法性の意識の可能性は積極的な責任要素と解すべきではなく、むしろ消極的責任要素として、すなわち違法性の意識の可能性の不存在をもって責任阻却事由と考えるべきである。

次に、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ことを前提とする。第一に犯罪事実の認識とは、それを認識すれば直接違法性の意識の喚起が可能となるような内容及び意味をそなえた事実の認識をいう。第二に違法性の意識とは、具体的な自己の行為が法的に許されないとの意識をいう。この意識によって意思を法規範に従った行為へと動機づける可能性が基礎づけられ、強い責任非難が根拠づけられる。

このような前提から、違法性の錯誤は、違法性の意識の喚起が直接可能となるような事実を認識しながら、違法性を意識せずに行為に出たという点で故意としての責任非難が加えられるのである。犯罪事実の認識に伴う違法性の意識の可能性とは、行為が許されているかどうかについて自己の行為の法的性質を検討するための契機が与えられていることを意味する。この違法性の意識の可能性は、違法性の意識の欠如についての「相当の理由」や「過失」という形で問題にされることがある。しかし、「相当の理由」という場合、注意すべきは客観的責任の危険である。客観的基準だけで判断すべきではなく、行為者がおかれた具体的状況の下で行為者にとっても違法性の意識が可能であったかどうかという側面を看過してはならない。また過失の問題と違法性の意識の可能性の問題とは質を異にするというべきである。さらに、違法性の意識の可能性は、同じく責任の問題である期待可能性に先立つ問題としてこれと区別すべきであり、そしてまたこの問題は、責任の前提として人格的能力の問題である責任能力と重なり合うものではない。

い。

この違法性の意識の可能性判断については、一般的には、自己の行為の法的性質を検討するための契機が与えられていたかどうか、そしてこの契機を利用して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かどうかという基準が設定できる。「相当な良心の緊張」という基準では責任主義に反する恐れがある。また、違法性の意識の可能性の判断基準は、過失の基準とは質を異にするものであり、単なる程度の違いではない。

このような基準に立ったうえで、違法性の意識の可能性判断にあたっては、行為者が認識していた事情、行為時における行為の法的性質に関する補充的事情、法律状態、行為者自身の個人的事情、行為の法的性質の検討のための手段、法の遵守を求める国家の側の事情といった諸事情が、判断資料として考慮される。

以上の観点から、違法性の意識の可能性判断の基準をより明確にするためには、その類型化が必要である。違法性の意識の可能性が問題となる類型は次のようになる。第一に法の不知の類型は、原則として違法性の意識は可能であることを前提として、例外的に可能性がない場合を法の公知方法を重要な視点として判断すべきである。第二に自己の行為は適法だと示唆する法規・判決への信頼の類型は、一般に違法性の意識の可能性を欠く場合として認められる。第三に公の機関の見解への信頼、第四に私人の意見への信頼の類型は、信頼に値する情報提供者から与えられた信頼に値する情報内容が自己の行為の適法性を示唆するものであるかぎり、違法性の意識の可能性はないといえる。第五に行政犯の類型は、犯罪事実を違法性の意識の喚起が直接可能となるような内容及び意味をそなえた事実と考えれば、違法性の意識の可能性の問題について特に自然犯との相違はない。行政取締法規が、特定の活動に従事する者を対象とするか、あるいは広く一般人を対象とするかが、可能性判断にあたって考慮されるべきである。このような視点か

ら、個々の場合の事情に応じて、具体的に違法性の意識の可能性の有無を確定することが、責任主義という点からも必要であろう。以上が、本稿の検討において到達した結論である。

もちろん違法性の錯誤は、多種多様な原因が重なり合って生ずることが多い。したがって、本稿で示した類型にすべてがあてはまるわけではない。具体的に違法性の意識の可能性の有無を確定するためには、行為に至るまでの諸事情を分析しなければならない。この意味で、違法性の錯誤が問題となる犯罪類型、個別的事例、特に判例を通じてより詳細な検討が重要となる。さらに明確な類型化のために、比較法的検討を含めて今後の課題としたい。