

## 未必的違法性の意識

——違法性の意識の可能性と期待可能性に関連して——

松 原 久 利

### 一 問題の所在

違法性の意識の存否は、故意の成立には違法性の意識が必要であるとする違法性の意識必要説（厳格故意説）にあっては、故意と過失とを分ける基準として重要な意味がある。これに対して、故意犯が成立するためには違法性の意識の可能性で足りるとする可能性説（責任説ないし制限故意説）にとつては、故意犯の成否のためには違法性の意識の可能性の有無が重要であり、違法性の意識とその可能性は責任非難の量的相違にとどまることから、違法性の意識の存否自体は重要ではない。そのためもあつてか、未必的違法性の意識と違法性の錯誤との区別の問題と違法性の意識の可能性の問題とは、明確に区別して議論されてきたとはいえない。しかし、違法性の意識が存在する場合には刑法三三条三項但書による刑の減輕の可能性はなく、違法性の意識の可能性判断は違法性の意識の欠如を前提とするの

であるから、違法性の意識の存否（違法性の錯誤の有無）を確定することには重要な意味がある。

違法性の意識は、未必的なもので足りるとされている。<sup>①</sup>ここでは、まず、未必的違法性の意識と違法性の錯誤との区別が問題となる。具体的には、行為者が自己の行為の違法性に疑いを抱いたが、法律状態が明らかでなく、明確な法律情報がなかったり、判例やその他の法律情報が対立しているために、適法か違法かを確定的に判断できないまま行為した場合に、違法性の意識があるといえるのか、あるいは違法性の錯誤であるのか、この両者の区別の基準は、未必の故意と認識ある過失との区別の基準と同様であるのかという問題が生じる。次に、未必的な違法性の意識をもって行われた行為は、確実な違法性の意識をもって行われた行為の場合と同様に処罰すべきであるとされてきたが、近年、ドイツにおいては、刑の減輕ないし責任を阻却すべき場合があるとの見解が有力に主張されている。<sup>②</sup>ここでは、刑の軽減、責任阻却は可能か、可能であるとすれば、その理論的根拠、基準、範囲はどのようなものが問題となる。そこで、本稿では、未必的違法性の意識をもって行われた行為について、特に、判例等の法律情報が対立するために行為の違法性の疑いが除去できない場合を中心に、違法性の意識の可能性と期待可能性との関係を視野に入れて検討することとする。

## 二 未必的違法性の意識と違法性の錯誤

### 1 違法性の意識の限界

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。違法性の錯

誤とは、犯罪事実の認識がありながら違法性の意識を欠くことをいう。違法性の意識の限界は、その対象、構成要件  
関連性、心理状態の観点から画される。違法性の意識は、責任要素として、行為意思形成に作用して反対動機を形成  
し、法規範に従った行動へと動機づけることを可能にするものでなければならない。そのためには、第一に、少なく  
とも違法性の意識の対象は、前法的規範違反では足りず、行為者の具体的行為が法的に許されていないこと、すなわ  
ち実質的違法性であることが必要である<sup>③</sup>。これに対しては、刑法的非難という観点から、刑法的違法性ないし可罰的  
刑法違反とする見解が有力に主張されている<sup>④</sup>。この見解は、違法の相対性ないし可罰的違法性論を違法性の意識の問  
題に反映させようとするものであるが、過剰な要求であると思われる。反対動機の形成は刑罰威嚇によつてのみ可能  
となるわけではなく、法的に許されないことの意識（の可能性）があれば、反対動機を形成し自己の意思を法規範に  
従った行為へと動機づけることは可能といえるからである。また、刑罰という法的効果は違法性の帰結であつて、違  
法性の内容ではないのであり、その認識の有無は責任非難の量的相違にとどまるといえるからである<sup>⑤</sup>。なお、この点  
は、本稿との関係では、未必的違法性の意識をもつて行われた行為と違法性の錯誤の範囲の相違となつて現れる。第  
二に、違法性の意識は、何らかの違法な行為を行うというような抽象的な意識では足りず、まさに当該構成要件に関  
係づけられ、具体化された行為の違法性を意識するものでなければならない<sup>⑥</sup>。第三に、違法性の意識は、自己の行為の  
違法性を確定的に意識している必要はなく、未必的な違法性の意識で足りるとされている。ただし、確定的でない違  
法性に対して、どのような心理状態の場合に法規範に従った行動へと動機づけることができるかといえるかについて  
は、わが国においてはあまり議論されていないが、ドイツにおいては未必の故意の場合と同様に争いがある<sup>⑦</sup>。

## 2 未必の故意と未必的違法性の意識

(1) 同一の区別基準 ドイツでは、未必的違法性の意識と禁止の錯誤との区別の基準は、未必の故意と認識ある過失との区別の基準と同一であるとする見解が多数である。<sup>(8)</sup>したがって、認識的要素を重視するか意思的要素を重視するかにより、可能性説、蓋然性説、是認説、無関心説、真摯説など対立している。可能性説は、行為は違法であるかもしれないという違法性の可能性の認識があれば、行為を思いとどまるよう動機づけることができるから、違法性の意識があるとす。<sup>(9)</sup>この考え方によれば、行為の違法性をおよそ疑わない場合にのみ禁止の錯誤が認められることになり、違法性の意識の成立範囲が最も広く捉えられる。蓋然性説は、行為の違法性を（圧倒的に）蓋然的と考える場合には違法性の意識があるとす。<sup>(10)</sup>是認説は、行為の違法性の可能性を考慮に入れ、かつその可能性を是認する場合に違法性の意識があるとす。<sup>(11)</sup>無関心説は、行為の違法性の可能性を認識したが、その可能性に対して無関心である場合に違法性の意識があるとす。<sup>(12)</sup>真摯説ないし甘受説は、行為の違法性の可能性を真剣に考え、その可能性にもかかわらず行為の許容性を信頼せず、あるいは違法性を甘受する場合に違法性の意識があるとす。<sup>(13)</sup>判例は、違法に行為するかもしれないとの認識があり、その可能性を自己の意思に受け入れる場合には違法性の意識があるとす。<sup>(14)</sup>

故意説によれば、故意の認識対象に行為の違法性も含まれるために、未必の故意の場合と同一の心理状態の基準で未必的違法性の意識の存否を判断することになる。責任説においても、次のような根拠から同一の基準が導き出される。責任非難は行為者によって実現された不法に関連するものであるから、責任非難の重大性は不法の重大性によ

つても規定される。構成要件の故意は最高度の違法段階を基礎づける要素であり、違法性の意識は最高度の責任段階を基礎づける責任要素である。したがって、最高度の責任段階を基礎づける責任非難は、故意による構成要件実現である最高度の違法段階に関連してのみ可能であるから、故意と違法性の意識は同一の基準で規定されなければならない<sup>15)</sup>。あるいは、不法と責任との均衡を保つためには、主観的側面は同じレベルを示すものでなければならないとされる<sup>16)</sup>。

しかし、このような根拠は、故意を違法要素とする立場においてのみ妥当するものであって、故意と違法性の意識は二つの独立別個の責任要素であるとする立場においては妥当しない。故意は構成要件の結果の実現意思であり、意思形成について責任判断の対象となるという意味で責任要素となる心理的活動形式である。これに対して、違法性の意識は、意思形成過程において反対動機形成可能性が問題とされる規範的な意識である。したがって、両者は、このように問題の所在、把握の仕方、機能が異なるところから、別個の責任要素と解される<sup>17)</sup>。また、構成要件の実現意思としての故意は、犯罪事実の認識という認識的要素と、認識した事実を実現しようとする意思という意思的要素からなるとする立場からは、認識ある過失との区別は認識的要素でなく意思的要素に求めるべきであるとされる<sup>18)</sup>が、規範に従った行為へと動機づけることを可能にするものとしての違法性の意識の本質は知的・認識的側面にあると解される<sup>19)</sup>。この立場においては、未必の故意と認識ある過失との区別の基準を、そのまま違法性の意識と禁止の錯誤との区別に転用することはできず、故意の存否の判断基準と違法性の意識の存否の判断基準は同一である必然性はないといえよう。したがって、未必的違法性の意識と違法性の錯誤とは、違法性の意識の本質である認識的側面から区別す

べきであろう。

(2) 異なる區別基準 認識的側面からの區別の基準については、第一に、違法性の意識がある場合を確実な認識がある場合に限定し、違法性に疑いがある場合を禁止の錯誤とする見解がある。法律状態が不明確な場合には、禁止の認識が法規範への方向づけを可能にすることが困難な場合があるということが根拠とされる<sup>(20)</sup>。また、故意の場合には心理的事実が重要であるが、違法性の意識の限界づけの場合、重要なものは答責性であり、認識という心理的事実と規範的に規定される回避可能性との相違からも根拠づけられる<sup>(21)</sup>。さらには、故意と違法性の意識は別個の責任要素であること、違法性に疑いがある場合をすべて違法性の意識があるとすれば、市民の自由領域は著しい制限を甘受しなければならなくなること、未必の故意と認識ある過失との場合の區別の場合には、故意責任と過失責任という大きな相違があるのとは異なり、除去できない違法性の疑いと禁止の錯誤を同視しても、錯誤が回避可能な場合には故意責任が認められ、具体的状況において責任主義と合致させるという刑事政策的に望ましい可能性を開くにすぎないことが根拠とされる<sup>(22)</sup>。しかし、法規範に従った動機づけの可能性という責任の段階の観点からは、確実な認識と違法かもしれないとの認識との間の相違より、違法かもしれないとの認識と違法性の不知との相違の方がはるかに大きいというべきであろう<sup>(23)</sup>。

第二に、可能性説がある<sup>(24)</sup>。第三に、蓋然性ないしより高度な蓋然性を要求する見解がある<sup>(25)</sup>。第四に、違法性の疑いが重大であるために、行為決意にあたってそれを考慮しないわけにはいかない場合には違法性の意識があるといえるが、重大性の程度に達しない場合は禁止の錯誤とする見解がある<sup>(26)</sup>。蓋然性説については、未必の故意の場合と同様に

蓋然性の基準が具体化できないとの批判が妥当する。また、疑いの重大性の程度による区別にも、同様の問題がある。意思を法規範に従った行為へと動機づけることができるという観点からは、行為は違法かもしれないとの認識があれば足りるというべきであろう。これに対しては、違法性の意識の領域をあまりにも広く捉えることになるとの批判があるが、いったんは行為の違法性を疑ったが、何らかの事情で適法性を信頼したというように、疑いを排除した場合には違法性の意識は欠けることになるのであり、違法性の可能性を排除しなかった場合には、違法性の意識は存在するといつてよいと思われる。<sup>27)</sup>

### 三 未必的違法性の意識をもって行われた行為の処罰

#### 1 不処罰・刑の減輕を認めない見解

未必的違法性の意識の問題を未必の故意の場合と同様に考える立場からは、未必の故意で行われた行為の場合に、確定的故意で行われた行為の場合と異ならないのと同様に、未必的違法性の意識をもって行われた行為も、確実な違法性の意識をもって行われた行為と質的な相違はなく、禁止の錯誤は否定されるのであるから、同様に完全な故意犯として処罰されると主張される。法律状態の不明確さは、せいぜい量刑上の意味をもつにすぎず、その危険性は行為者が負担すべきことになる。これは、違法かもしれないとの認識がある以上、法規範に従った動機づけは可能であるという根拠から、完全な責任が認められるとするものである。<sup>28)</sup>

これに対して、一定の未必的違法性の意識の場合に禁止の錯誤を認める立場からは、次のような批判が加えられて

いる。第一に、この場合に完全な責任を認めることは、市民の自由領域を不当に制限することを意味する。法律状態が不明確な場合、行動の自由は、法律によってではなく、自己に不利益な法律見解により限界づけられることになつてしまう<sup>(29)</sup>。第二に、未必の故意か過失かは無罪ないしは大きな刑の減輕につながるが、未必的違法性の意識の場合には必ずしもそのようなことにはならず、具体的状況において行為者の処罰を責任主義と一致させるといふ刑事政策的に望ましい可能性を開くにすぎない<sup>(30)</sup>。禁止の錯誤は認められないが、不処罰あるいは刑の軽減を認めるべきであるとする立場からは、第三に、確実な法律情報が対立する場合に、自己の行為を適法とする情報を信頼した場合には禁止の錯誤として免責ないし刑の軽減が可能であるのに、より慎重に対立する情報を考慮して自己の行為の違法性を疑う場合に完全な責任ありとするのは不均衡であり、公正な刑罰の要請に反するとの批判<sup>(31)</sup>、第四に、法律状態の不明確さの危険を一律に行為者に負担させることは責任主義あるいは法治国家原理に違反するとの批判<sup>(32)</sup>が加えられている。違法性の意識は、存在するだけで完全な責任が肯定されるわけではなく、それに基づい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ることが重要であるから、未必的違法性の意識の存在は、それ自体が完全な責任を基礎づけるわけではない<sup>(33)</sup>。したがって、責任主義の観点からは、未必的違法性の意識をもって行われた行為であっても、責任を阻却すべき場合がありうるというべきである<sup>(34)</sup>。問題は、その根拠を示して、どのような場合に責任を阻却すべきかを明らかにすることにある。



## 2 不処罰・刑の減輕を認める見解

(1) 禁止の錯誤 前述のように、一定の未必的違法性の意識の場合を禁止の錯誤とする見解によれば、法律状態が不明確な場合は、違法性の意識があっても法規範への方向づけを可能にすることが困難なことがあり、この場合を禁止の錯誤とすることにより、非難可能性が減少ないし消滅する行為の刑の減輕ないし免責のための法律上の根拠が示される<sup>(35)</sup>。これに対しては、違法性の意識の欠如を前提とする刑法一七条の適用領域を逸脱するとの批判がある<sup>(36)</sup>。そこで、刑法一七条を類推適用すべきであると主張される<sup>(37)</sup>。取り除くことができない違法性の疑いの場合は、行為者は未必的違法性の意識をもってしか行為し得なかつたのであり、その行為について非難を加えることはできない<sup>(38)</sup>。禁止の錯誤であれば回避不可能あるいは回避可能であらうという場合には、同様の事態について、それでも行為の違法性に疑いをもつ慎重な者も免責あるいは刑が減輕されるのでなければならぬ。禁止の錯誤であっても刑の減輕を生じさせなかつたであらうという場合には、未必的違法性の意識は責任に影響を及ぼさない<sup>(39)</sup>。このようにして、一定の未必的違法性の意識をもって行われた行為は禁止の錯誤の原則に基づいて判断すべきであり、行為の違法性の疑いの除去可能性の基準と禁止の錯誤の回避可能性の基準とは同一であるとされる<sup>(40)</sup>。ただし、この見解においても、禁止の錯誤であれば回避可能であらうという場合の責任阻却・減少については、期待可能性が考慮されている<sup>(41)</sup>。しかし、客観的に法律状態が不明確で、判例などの法律情報に見解の対立がある場合、対立する見解を知っている行為者は行為時の法律状態を正しく認識しており、行為者の側に情報の不足はなく、自己の行為の違法性の可能性を認識しているのであり、ただ、将来の裁判所の判断について予測を誤つたにすぎないといえる。したがって、そこには

禁止の錯誤は存在しないのではないか。<sup>(42)</sup> そうであれば、違法性の意識の可能性あるいは禁止の錯誤の回避可能性は、違法性の意識の欠如を前提とするものであるから、未必的とはいえ違法性の意識が存在する場合に、不処罰ないし刑の減輕を認めるために、禁止の錯誤を肯定することには無理があるように思われる。<sup>(43)</sup> 法律状態の不明確性を根拠として禁止の錯誤を認め、違法性の疑いの除去可能性と錯誤の回避可能性とを同視するのであれば、未必的違法性の意識の場合に限らず、確定的な違法性の意識がある場合にも回避不可能な禁止の錯誤を認めなければならないことになる。<sup>(44)</sup> そうであるとすれば、これは、その場合の責任阻却の根拠は、違法性の意識の可能性の不在にあるのではないことを示すものであるう。

(2) 期待可能性 (a) 錯誤の回避可能性判断としての期待可能性 一定の未必的違法性の意識の場合に禁止の錯誤の原則を適用し、錯誤の回避可能性判断に当たって期待可能性を利用する見解がある。たとえば、ある事業に関連する新たな法規範の解釈に関して取り除くことができな疑いが残る場合で、不利益な解釈に従うことは事業経営者に事業の放棄を強いることになるときは、法律状態が明らかになるまで行為を思いとどまることを事業経営者に期待することはできないとの理由で、回避不可能な禁止の錯誤を肯定すべきであるとされる。<sup>(45)</sup> この見解においては、錯誤の回避可能性と期待可能性との関係は必ずしも明らかではない。禁止の錯誤の回避可能性判断の中で期待可能性を用いる場合、違法性の認識の可能性が存在する場合に、それを利用して、照会・情報収集をすることが行為者に期待できたかというように、期待可能性が回避可能性の判断基準を具体化する規範的要因として用いられることがある。<sup>(46)</sup> この場合は、用語として適切かどうかの問題は別として、期待可能性に特別な意味はなく、回避可能性の限界を画する規範的

要素ないし判断資料の一つとして理解することもできる。<sup>(47)</sup> 問題なのは、行為を思いとどまることの期待可能性と禁止の錯誤の回避可能性とを結びつけ、回避可能性の問題全体を期待可能性の基準で解決しようとする場合である。<sup>(48)</sup> 他方、わが国においては、逆に、違法性の意識の可能性の問題は期待可能性の問題の一場面として、行為全体の期待可能性論に包含して考えるべきであるとする見解がある。<sup>(49)</sup>

しかし、いずれの見解に対しても、違法性の意識の可能性ないし禁止の錯誤の回避可能性と期待可能性とは、区別すべき二つの独立別個の責任要素であり、この二つを結びつけることは、両者を混同するものであるとの批判が妥当する。<sup>(50)</sup> 両者の関係については、期待可能性は意思形成の外部的事情であり、違法性の意識の可能性は意思形成の内部的事情とする見解<sup>(51)</sup>、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<sup>(52)</sup>、期待可能性は責任の程度に関連するにとどまるのに対して、禁止の錯誤の回避可能性は非難可能性それ自体に関連し、行為の非難可能性を基礎づけ、あるいは否定するものであるとする見解<sup>(53)</sup>などがある。たしかに、違法性の意識の可能性も、広い意味において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）があっても、なお違法行為に出ないことが行為者に期待できたか否かの問題であろう。期待可能性は、故意、違法性の意識の可能性とは独立別個に責任の有無を確定するものである。<sup>(54)</sup> したがって、自己の行為の実質的違法性を意識することができたか否かという違法性の意識の可能性の問題と、違法性の意識（の可能性）があっても、付随事情の異常性のために、なお違法行為を思いとどまることを期待することができたか否かという期待可能性の問題は、二つの異なった問題であり、明確に区別すべきである。期待可能

性がなければ違法性の意識の可能性なしとする論理も、違法性の意識の可能性があれば期待可能性なしとする論理も、ともに両者の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ぬ。

(b) 錯誤の回避可能性とは別個の責任阻却事由としての期待可能性 客観的に法律状態が不明確で争いがあり、未必的違法性の意識がある場合には、行為者に、自己の利益の重大性を考慮して、法律状態が解明されるまで行為を思いとどまることを期待することができたか否かを問い、期待できない場合には期待可能性の欠如を理由として責任が阻却されるとする見解がある<sup>(55)</sup>。ここで重要となるのは、自己の行為の違法性を意識することができたか否かではなく、行為を違法とする見解に従って行為を思いとどまることが期待できたか否かである。したがって、行為者が行為の違法性の問題に対してどのような認識をもっていかとは無関係に、期待不可能を理由として責任が阻却される場合がありうることになる<sup>(56)</sup>。これに対しては、一般的な超法規的責任阻却事由を認めるものであるとの批判が加えられている<sup>(57)</sup>。ドイツでは、一般的な超法規的責任阻却事由は承認されおらず、期待可能性の不存在は、法律の規定なしその解釈によってのみ認められる法律上の特殊な責任阻却事由と解されている<sup>(58)</sup>。期待可能性を禁止の錯誤の回避可能性判断の中で考慮する見解の背景にも、このような事情が影響していると思われる。そのために、未必的違法性の意識をもって行われた行為の場合には、自己の重大な不利益のおそれのために抵抗力が低減する精神的葛藤や緊急状況の考慮という、狭義の期待可能性の基準では捉えられない要因によっても規定されるとして、包括的な非難可能性の概念により修正すべきであるとの見解<sup>(59)</sup>、あるいは、問題解決の可能性は立法によるほかはないとして、新たな法律上の責任阻却事由を導入すべきであるとの見解も主張されている<sup>(60)</sup>。

これに対して、わが国においては、刑法の規制的機能の弱体化、刑法的秩序の弛緩のおそれから、故意犯については法律上責任阻却・減輕事由として規定され、または解釈により認められる場合に限って期待不可能・期待可能性減少による責任阻却・減輕事由を承認するとの見解は少数にとどまり、<sup>61)</sup>通説は、期待可能性の不存在・減少を一般的な超法規的責任阻却・減輕事由と解している。責任判断は、その性質上具体的、非類型的なものであるから、法律が、責任を阻却すべき場合をすべて網羅的に規定しているとは考えられない。特に、回避不可能な禁止の錯誤、錯乱・恐怖・驚愕による過剰防衛、免責的緊急避難について規定するドイツとは異なり、一般的な責任阻却事由を定めた規定をもたないわが国においては、期待可能性の不存在による超法規的責任阻却事由を認める必要性はより大きいといえる。<sup>62)</sup>したがって、超法規的責任阻却事由を排除する理由はなく、未必的違法性の意識をもって行われた行為の責任阻却ないし刑の減輕は、違法性の意識の可能性の問題とは区別された、独立別個の超法規的責任阻却・減輕事由としての期待可能性の問題として解決すべきである。問題は、その要件を嚴格にして、責任が阻却される場合とされない場合とを明かにすることにありと思われる。

#### 四 責任阻却・刑の減輕の範囲とその基準

##### 1 法律状態の明確性と違法性の疑いの除去可能性

(1) 違法性の疑いが除去可能な場合 法律状態が明確であり、行為の違法性に争いが無い場合、何らかの事情で行為者が当該行為の違法性に疑いをもっていない、それだけでは責任は減少しない。未必的違法性の意識自体が責任減

少を示すわけではないのである。<sup>(63)</sup> このことは、未必的違法性の意識を禁止の錯誤と同視する見解においても承認されている。この場合は照会等により違法性の疑いを取り除くことは可能であるから、それをしない者は刑の減輕に値しないとされる。<sup>(64)</sup> この立場からは、禁止の錯誤の回避可能性と違法性の疑いの除去可能性とは同一視されることから、<sup>(65)</sup> 違法性の疑いを取り除くことができる場合も、刑の減輕の可能性は否定されなくても考えられるが、この場合は禁止の錯誤から除かれ、違法性の意識がある場合と同様に扱われるのである。このことから、未必的違法性の意識を禁止の錯誤と同視する考え方には無理があることが明らかになるといえよう。

(2) 違法性の疑いが除去不可能な場合 (a) 二つの相互に排他的な義務の存在 二つの相互に排他的な義務が存在するために、行為するのも違法かもしれないし、行為をしないのも違法かもしれないと考えた場合、特定の交通状況においては、道路中央車線への進入が禁止されているかもしれないと命じられているかもしれないと考えた場合、行為者は、いずれにせよ可罰的な二つの行為の間での選択をするしかなく、結果的に誤った選択をした行為者に非難を加えることはできないであろう。<sup>(66)</sup> この場合は、違法性の疑いを取り除くことはできず、未必的違法性の意識をもってしか行為しえなかったために回避不可能な禁止の錯誤が認められるのではなく、違法性の意識があっても、即座に選択しなければならぬ状況において、いずれを優先すべきかを判断するための客観的な基準がない限り、後に違法とされた行為に出ないことを期待することはできず、期待可能性の不存在を理由として責任が阻却されると考えるべきである。<sup>(67)</sup>

(b) 重大な不利益の危険 違法かもしれないと認識した行為を回避するためには重大な不利益が生じる場合、たとえ

ば、特定の商品の製造・販売により主たる収入を得ていた者が、関連法規の改正により、当該商品の販売が引き続き許されるのか否かについて疑いが生じ、これについて照会したが確定的な情報が得られず、主たる収入を失わないために、行為の違法性に関する確定的な情報が得られるまで当該商品の製造・販売を継続し、後に当該行為が違法であることが判明した場合<sup>(68)</sup>、法律状態が不明確であり、行為を断念することにより重大な利益を喪失することになるにもかかわらず、法律状態が明らかになるまで、許されているかもしれない行為を思いとどまるように期待することはできないというべきである<sup>(69)</sup>。この場合は、疑いの除去可能性だけで責任を判断することはできない。行為者が計画していた行為の違法性の重大性、どのような利益が危険にさらされるか、行為を思いとどまることにより生じる不利益の重大性、明確な情報が得られるまで行為を延期することができるかを考慮して期待可能性の有無を判断すべきであり、その結果として責任が阻却される場合がありうる。したがって、行為の違法性が重大であり、行為を思いとどまることにより生じる不利益が重大でなく、法律状態が解明されるまで行為を延期することができる場合には、それまで行為を思いとどまることを期待することができるのであり、違法性の疑いをもっている場合であっても責任は減少しないというべきであろう<sup>(70)</sup>。

(c) 違法性を阻却する緊急状態の認識 違法性阻却事由の事実的前提あるいは法的限界について疑いがある場合、違法性阻却事由の事実的前提を故意の対象とする通説によれば、前者については未必の故意の問題となるのに対して、後者については未必の違法性の意識の問題となる。厳格責任説によれば、いずれの場合についても未必の違法性の意識の問題となる。たとえば、暗闇で襲われると思つて防衛行為に出たが、急迫不正の侵害ではないかもしれないとの疑

いをもっていた場合が前者の例であり、窃盗犯人だと思つて現行犯逮捕したが、現行犯人とはいえないかもしれない、それでも逮捕してよいかについて疑いをもつていた場合が後者の例である。この場合も、疑いの除去可能性だけで責任を判断することはできない。(b)の類型と同様に、事態の緊急性、行為の違法性の重大性、実際に侵害があつた場合に危険にさらされる利益、行為に出ないことにより被る不利益の重大性を考慮して、行為に出ないことを期待できない場合がありうるであろう。<sup>17)</sup>

## 2 法律状態の不明確性と矛盾する法律情報

(1) 信頼性の異なる法律情報の対立 客観的に法律状態が不明確で、判例等の法律情報に見解の対立がある場合、見解の対立を知つていながら行為に出る者は、行為時の法律状態を正しく認識しており、行為者の側に情報の不足はなく、違法性の可能性を認識している。ただ、将来の裁判所の判断の予測を誤つたとはいえるが、これは違法性の意識の対象ではない。したがつて、未必的違法性の意識が認められる場合が多いであろう。しかし、この場合に責任阻却・刑の減輕をまつたく認めないのは不当である。行為者が自己の行為と同種の行為を適法とする法律情報を信頼して行為した場合、あるいは違法とする判例を知らなかつた場合には違法性の錯誤が認められ、責任阻却・減少の可能性がある。法律情報が対立する場合、たとえば判例が対立する場合には、同種の行為を適法とするより上級審の確定判例を信頼した場合には、違法性の意識の可能性がないとして責任が阻却される。客観的には同じ状況において、対立する法律情報の存在から、より慎重に考え、行為は違法であるかもしれないとの疑いを取り除けなまま行為した



場合に、完全な故意犯が成立し責任阻却・減少が認められないとするのは不均衡であろう。<sup>72</sup> 一方で、不合理な憶測によらなければ違法判断に至らない場合には責任は認められないものとして、行為者の一定の信頼は保護しなければならぬとしながら、他方で、違法性の意識が現実にある場合には、それが不合理な根拠に基づくものであっても足りるとして、非難可能性はなくなるとするのは一貫しないように思われる。行為者に違法性の意識がある場合であっても、国家の側が当該行為について不適切な教示をして、あるいは適切な教示をせず、自ら行為者の適法行為への動機づけの条件を奪っている場合には、同様に非難の資格は失われるはずだからである。<sup>73</sup> したがって、法律状態が不正確な場合に、処罰の危険を一律に行為者に負担させ、つねに自己に不利益な見解に従って行動せよと要求することは否定すべきである。<sup>74</sup> ただし、法律情報に見解の対立がある以上、つねに行為者の責任阻却ないし減少を肯定すべきであるとするのも妥当でない。

(a)判例とそれ以外の情報の対立 法律情報の提供者としては、判例、公の機関、弁護士等の私人があるが、これらの法律情報が対立する場合は、判例を優先すべきであるとされている。行為の適法・違法は、最終的には裁判所が判断する権限を有するのであり、判例は、具体的事件の解決に向けられた裁判所の法律見解であるとはいえ、法律の意味内容を補完し具体化・明確化するものである。そこから、判例には一定の権威と法秩序形成力が認められる。また、裁判官は、当該行為に関する法的性質を正しく判断するために必要な専門知識を有し、客観的にそれに基づく信頼できる内容の情報を提供できるのであるから、判例は行為者にとっては最も信頼できる法律情報ともいえる。したがって、判例とそれ以外の法律情報との間で見解の対立がある場合には、判例を信頼すべきであり、自己の行為と同

様の行為を適法とする判例を信頼して、行為は適法であると信じた場合には、違法性の意識の可能性はないから責任が阻却される。<sup>(17)</sup> このような状況において、何らかの事情で違法性の意識がある場合、二重の禁止の錯誤の場合には禁止の錯誤の回避可能性の問題となるが、そうでなければ、相当な照会手段と違法性の意識の獲得との間に因果関係を必要とする立場からは、照会しても行為を違法性とする判例情報に到達することはできなかったことになり、それも違法とする見解に従って行為することが期待できたか否かの観点から、特別な事情がなければ責任が阻却されることになろう。

(b)判例の対立 異なる審級の判例が対立する場合は、より上級審の判例を信頼すべきであるとされている。<sup>(18)</sup> 下級審判例は上級審により変更される可能性があるとの理由からである。また、法律の素人にとっては、上級審の法律見解が判断の基準になるであろうということから、より強い信頼性が認められてよいであろう。したがって、自己の行為と同様の行為を適法とする上級審判例を信頼して、行為は適法であると信じた場合には、(a)の場合と同様に違法性の意識の可能性はない。<sup>(19)</sup> 自己の行為と同様の行為を適法とする上級審判例を知らずに、行為は違法であると考えた場合は、期待可能性の問題となる。

(c)判例変更 自己の行為と同様の行為を適法とする確立した判例を信頼して行為したが、後にその行為を違法とするというように判例が変更された場合は、回避不可能な禁止の錯誤であるとする見解が有力である。<sup>(21)</sup> しかし、事実上の先例としての拘束力を有する最高裁判所の判例は、一般的・普遍的性格を有する行為規範として機能するものといえる。したがって、少なくとも確立した最高裁判所の判例の不利益変更の場合は、法規範の効力が問題となるのであ

り、その範囲で法律と同様に遡及処罰禁止の原則が及ぶと考えるべきである。すなわち、この場合は、特定の行為の適法性に対する行為者個人の主観的信頼を超えて、それまで処罰されていなかった行為を遡って処罰することを排除するという国家の公正さへの一般的な信頼保護の問題であるから、個々の行為者側の事情は、判例に対する信頼保護に影響を与えるものではない。こうして、行為者が違法性の意識をもっていたか否かにかかわらず、判例の不遡及的変更の手法が用いられるべきことになる。<sup>82)</sup> 最高裁判所の判例が存在しない場合には、下級審判例に対する信頼が、違法性の錯誤あるいは期待可能性の問題となる。

(d)公の機関の情報と私人の情報の対立 判例が存在しない場合で、行政官庁等の公の機関の情報と私人の情報とが対立する場合、公の機関が信頼できる情報提供者といえる根拠が、国家機関に与えられる権威にあるのではなく、行為者の行為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ことにあるとすると、公の機関の一般的優位は認められないことになる。<sup>83)</sup> たしかに、この根拠から、私人も信頼に値する情報提供者たりうることは認められる。しかし、公の機関の情報への信頼保護の背景には、法律の解釈・運用・執行について責任のある公の機関が法律情報を提供する以上、誤った情報の危険は国家が負担すべきであるとの考慮があるといえよう。<sup>84)</sup> したがって、一般的には公の機関の情報の信頼性を優先すべきであろう。そうすると、自己の行為を適法とする公の機関の情報を信頼して、自己の行為は適法であると信じた場合には違法性の意識の可能性はない。自己の行為を適法とする公の機関の情報を知らずに、行為は違法であると考えた場合は、期待可能性の問題となる。

(2) 同じ信頼性のある法律情報の対立 (a)同一審級の判例の対立 同一審級の下級審判例が対立する場合、時間的に最新の判例を信頼すべきであるといわれることがある。<sup>(86)</sup>しかし、裁判官の独立の原則により、裁判官は他の裁判所の決定に拘束されないものであり、また法律とは異なり、「新法は旧法を破る」とはいえないから、時間的な相違は重要ではなく、判例は同価値といふべきであろう。<sup>(87)</sup>したがって、この場合には(1)で示された原則によって問題を解決することはできない。この問題については、第一に、いずれの判例も信頼することはできず、行為は非難可能であるとして、回避可能な禁止の錯誤を認める見解がある。<sup>(88)</sup>これに対しては、判例が対立する場合にはつねに自己に不利な見解に従って行為せよと要求することはできないとの批判が加えられる。判例の不一致の責任を行為者に帰することはできない。<sup>(89)</sup>そうでなければ、行為者の見解と対立する判例はすべて行為者の不利益となるが、行為者に有利な見解は直ちに責任を阻却するわけではないことになるからである。<sup>(90)</sup>そこから、第二に、つねに回避不可能な禁止の錯誤を認める見解が主張される。<sup>(91)</sup>第一説も、例外的に法律状態が解明されるまで行為を思いとどまることが期待できない場合には、回避不可能な禁止の錯誤を認める。<sup>(92)</sup>しかし、多くの場合は未必的違法性の意識の存在が認められるであろうから、前述のように、この場合を禁止の錯誤と同視するのは適切ではない。

そこで、第三に、当該状況において行為を思いとどまることを行為者に期待することができたか否かという期待可能性の問題とする見解が主張される。<sup>(93)</sup>期待可能性の有無については、いずれの見解を優先すべきであるか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という考慮が重要となる。<sup>(94)</sup>なお、同一審級の判例の対立の場合には、行為者の利益を考慮することなく期待可能性を否定するべきであるとの見解がある。<sup>(95)</sup>本来刑事司法に責任

のある規範の混沌が原因であるにもかかわらず、可罰性の危険のために行為者の行動の余地が制限されることになる。とすれば、それは自由の保障および法治国家的理由から容認できない、あるいは、矛盾する判例という形で自己矛盾する国家の行為の場合、その危険は国家に配分されるという根拠からである。<sup>97</sup>しかし、それでは、処罰を免れるために自己に有利な法律情報を探し出して行為を遂行しようとする場合まで免責されることになり、妥当でないであろう。<sup>98</sup>やはり、行為者が計画していた行為の違法性の重大性、どのような利益が危険にさらされるか、行為を思いとどまることにより生じる不利益の重大性、明確な情報が得られるまで行為を延期することができるかを考慮して、期待可能性の有無を判断すべきであると思われる。

(b)判例が存在しない場合における法律情報の対立 行政官庁等の公の機関の間で法律情報が対立する場合、私人の情報に優位する信頼性を認める立場からは、同一審級の判例の対立の場合と同様の問題が生じることになる。これに対して、私人の情報と同様の信頼性にとどまるとする立場からは、個々の情報内容の信頼性の問題ということになる。<sup>99</sup>

(c)情報の不存在 立法直後で行政実務もなく、学説・判例でも扱われていないというように法律情報がなく、様々な解釈の可能性がある場合には、行為者が合理的に主張可能な解釈に基づいて行為するであれば、責任が阻却されるであろう。<sup>100</sup>

## 3 権限ある官庁の黙認

違法性が疑われる行為について権限ある官庁による黙認があり、これを信頼して行為したが後に違法とされた場合、第一に、自己の行為を適法とする情報として信頼してよいとして、回避不可能な禁止の錯誤を認める見解がある。その根拠は、国家機関が違法性を認識できない場合に、行為者に違法性の認識を要求することはできない、黙認により行為者には自己の行為の適法性を疑う契機がない、継続的な黙認は市民の法意識から規範の拘束力の表象を失わせる、法治国家原理から、国家の矛盾する行為から生じる危険を市民に負担させてはならず、黙認も特定の法的・事実的状态に対する官庁の決定である以上、市民はその一貫性を信頼してよく、後の撤回により行為を非難することはできないとされる。第二に、黙認は信頼に値する情報内容とはいえないとして、回避可能な禁止の錯誤を認める見解がある。与えられた情報が信頼に値するといえるためには、その情報が行為者の行為に対する明確な態度決定であること、必要な専門知識に基づくものであること、詳細な法律状態の検討結果であることが必要であるから、単なる黙認では足りないという理由からである。第三に、行為者には未必的違法性の意識があるととして、禁止の錯誤を否定する見解がある。黙認からは、行為の適法・違法に関する言明を導き出すことはできないとされるのである。

違法性の意識の対象を刑法上の違法性ないし可罰的刑法違反とする立場からは、黙認により逮捕・訴追・処罰されることはないと考えたのであれば、違法性の錯誤が認められ、違法性の意識の可能性もないとされやすいであろう。これに対して、違法性の意識の対象を実質的違法性とする立場からは、法的に許されないという意識と、違法ではあるが逮捕・訴追・処罰されることはないとの意識とは異なるのであるから、黙認を信頼して行為した場合には、原則

として未必的違法性の意識があり、違法性の錯誤は認められないことが多いであろう。違法ではあるが刑事政策的な考慮から黙認される場合もあるからである。また、黙認が、行為者の行為に関する官庁による適法性判断を推認させるようなものであり、違法性の錯誤が認められるとしても、黙認は行為の適法・違法に関する明確な態度決定とはいえず、情報内容の信頼性を欠くために、違法性の意識の可能性がないともいえない場合が多いであろう。したがって、黙認の場合、その多くは違法性の錯誤の問題ではなく、期待可能性の問題であるということになる。違法性の錯誤は否定されても、なお期待可能性がないとして責任が阻却される場合はあり得るのである。<sup>(10)</sup>

## 五 おわりに

以上の検討から、第一に、犯罪実現意思としての故意と、法規範に従った行為への動機づけを可能にするものとして認識的要素を本質とする違法性の意識との相違から、未必的違法性の意識と違法性の錯誤との区別については、未必の故意と認識ある過失との区別の基準と同一とする必然性はなく、認識的側面で区別すべきである。第二に、未必的違法性の意識をもって行われた行為の処罰については、具体的事情によっては責任を阻却、あるいは刑を減輕すべき場合がある。ただし、責任阻却の根拠は、違法性の意識の不存在にあるのではなく、これとは区別された期待可能性の不存在にあると考えるべきである。なお、判例に対する信頼は、事実上の先例としての拘束力のある最高裁判所の判例の場合は罪刑法定主義の問題として、下級審判例の場合には通常は違法性の錯誤の問題として、対立する同一審級の判例の場合は期待可能性の問題として解決すべきである。このように考えることにより、それぞれの

場面で解決すべき課題も明らかになるように思われる。

- (1) 小野清一郎・新訂刑法講義総論(昭和二三年) 一五四頁、柏木千秋・刑法総論(昭和五七年) 二二七頁、吉川経夫・三訂刑法総論補訂版(平成八年) 一九六頁、中野次雄・刑法総論概要第三版補訂版(平成九年) 四一頁、平野龍一・刑法総論Ⅱ(昭和五〇年) 二六九頁等。判例として、広島高岡山支判昭和二五年一月三日判特一四号一五五頁。
- (2) 長井長信・故意概念と錯誤論(平成一〇年) 一二九頁以下、高山佳奈子・故意と違法性の意識(平成一一年) 三六五頁以下、野崎和義「未必的不法の意識―誤った法情報への信頼と禁止の錯誤」中央大学大学院研究年報一五号Ⅰ―Ⅱ(昭和六一年) 一二九頁以下参照。
- (3) 大谷實・新版刑法講義総論追補版(平成一六年) 三五八頁、山中敬一・刑法総論Ⅱ(平成一一年) 六三三頁、長井・前掲註(2) 九〇頁以下、松原久利・違法性の意識の可能性(平成四年) 三九頁等。
- (4) 可罰的刑法違反とするのは、町野朔『違法性』の認識について」上智法学論集二四卷三号(昭和五六年) 二二七頁、内藤謙・刑法講義総論(下)Ⅰ(平成三年) 一〇三四頁、米田泰邦「違法性の錯誤と刑事責任」中義勝先生古稀祝賀 刑法理論の探究(平成四年) 二二〇頁。刑法的違法性とするのは、野村稔・刑法総論補訂版(平成一〇年) 三〇一頁、林幹人・刑法総論(平成一二年) 三二〇頁、井田良・ケーススタディ刑法第二版(平成一六年) 二二五頁、堀内捷三・刑法総論第二版(平成一六年) 一九七頁、山口厚・刑法総論(平成一三年) 二二六頁、高山・前掲註(2) 二九五頁以下。
- (5) 中森喜彦「錯誤論三・完」法学教室一〇八号(平成一年) 四三頁、日高義博・刑法における錯誤論の新展開(平成三年) 一八四頁、福田平二・大塚仁・対談刑法総論(下)(昭和六二年) 五六頁、長井・前掲註(2) 八九頁以下、林幹人・刑法の基礎理論(平成八年) 八七頁、曾根威彦・刑法の重要問題総論補訂版(平成八年) 一八八頁、佐久間修・刑法講義総論(平成九年) 二六三頁、山中・前掲註(3) 六二二頁、松原久利「違法性の意識」刑法の争点第三版(平成一二年) 七一頁。
- (6) 高山・前掲註(2) 三〇六頁以下参照。
- (7) 長井・前掲註(2) 一〇九頁以下参照。



- (8) Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Aufl., 2001, §17 Rn.4, Cramer/Sternberg-Lieben, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., 2001[SS], §17 Rn.5, Schroeder, StGB Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1994[UK], §17 Rn.23, Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51. Aufl., 2003, §17 Rn.5, Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil Teilbd. 1, 8. Aufl., 1992, §38 Rn.34, Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, §41 I 3b, Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1995, §21 Rn.46, Otto, Der Verbotsirrtum, Jura 1990 S.648, Groteguth, Norm- und Verbots(irr)kenntnis, 1993, S.72. Vgl. Dinakis, Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat, 1992, S.46ff.
- (9) Schröder, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriff, Festschrift für Sauer, 1949, S. 246, Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, 10/70. Vgl. Dinakis, aa.O. (Anm. 8), S.91ff.
- (10) H. Mayer, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1967, S.121, Dinakis, aa.O.(Anm.8), S.112ff.
- (11) Tröndle/Fischer, aa.O.(Anm.8), §17 Rn.5, Schroeder, LK § 17 Rn.23. Vgl. Dinakis, aa.O.(Anm.8), S.117ff.
- (12) Englisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S.238 (ファーネ・ハンキントン・屈茨ワグネル著・譯者の解説(平成一年) 一一九頁以下参照)。Armin Kaufmann, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, ZStW 70(1958), S.86. Vgl. Dinakis, aa.O. (Anm.8), S.81ff.
- (13) Jeschek/Weigend, aa.O.(Anm.8), §41 I 3b, Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 19/29f., Kienapfel, Grundriss österreichischen Strafrechts Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 1996, S.199, Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2000[SK], §17 Rn.12, ders., Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Verneidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969[Unrechtsbewusstsein], S.129, Krümpelmann, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, in: Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum X. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, Budapest 1978, Beiheft zur ZStW, 1978, S.28. Vgl. Dinakis, aa.O.(Anm.8), S.63ff., 127ff.
- (14) BGH JR 1952, S.285(Urt. v. 20.5.1952), BGHSt. 4, I(Beschl. v. 23.12.1952), BGHSt. 27, 197(Kartellsenat. Beschl. v. 1.6.1977), BGH NStZ 1996 S.338(Urt. v. 7. 3. 1996).

- (15) Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S.129ff.
- (16) Küpper, Grenzen der normativerenden Strafrechtsdogmatik, 1990, S.173.
- (17) 福田平「故意説か責任説か」中義勝編・論争刑法(昭和五一年)一〇六頁以下、内藤・前掲註(4)一〇一七頁以下参照。
- (18) 大谷・前掲註(8)一八〇頁、一八二頁。
- (19) Arm-Kaufmann, a.a.O.(Ann.12), ZStW 70 S.84ff., W. Schneider, Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1964, S.71, Horn, Verbotirrtum und Vorwertbarkeit, 1969, S.35, Warda, Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein, Festschrift für Weizel, 1974, S.501, 517ff, Lüderssen, Die Parteispenderproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht- Vorsatz und Irrtum, wistra 1983, S.225, Dinnaks, a.a.O.(Ann.8), S.47ff., 74ff., Joecks, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.1, 2002 [MK], §17 Rn.23, 長井・前掲註(8)一一二頁以下参照。
- (20) Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2000, §10 Rn.84.
- (21) Jakobs, a.a.O.(Ann.13), 19/30.
- (22) Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd.1, 3. Aufl., 1997, §21 Rn.32, Kienapfel, a.a.O.(Ann.13), S.199.
- (23) Warda, a.a.O.(Ann.19), S.506.
- (24) Warda, a.a.O.(Ann.19), S.524, Kunz, Strafausschluss oder -milderung bei Tatveranlassung durch falsche Rechtsauskunft?, GA 1983, S.464ff., Neumann, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1995 [NK], §17 Rn.33.
- (25) H. Mayer, a.a.O.(Ann.10), S.121, Dinnaks, a.a.O.(Ann.8), S.118ff. 若原克幸「未必の不法の意識と禁止の錯誤の限界付け」中央大学大学院研究年報二五号(平成七年)九七頁以下参照。
- (26) Platzgummer, Probleme des Rechtsirrtums, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart 13, 1985, S.19.
- (27) 長井・前掲註(8)一一二頁参照。
- (28) Weizel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S.171, Jeschek/Weigend, a.a.O. (Ann.8), §41 I 3b, Lackner/Kühl, a.a.O.(Ann.8), §17 Rn.4, Maurach/Zipf, a.a.O.(Ann.8), §38 Rn.34, Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl, 2000, §13 Rn.59a, Kunz, a.a.O.(Ann.24),

- S.463, Groteguth, a.a.O.(Anm.8), S.71, Zaczyk, Der verschuldete Verbotsirrtum- BayObLG, NJW 1989, 1744, Jus 1990 S.891, Lesch, Unrechtheitsicht und Erscheinungsformen des Verbotsirrtums, JA 1996, S.504, 判例と法律- BGH MDR 1955, 528(r. 3.5.1955). 高山・前掲註(2)三四五頁、安田拓人「判例の不利益変更と過及処罰の禁止」大野真義先生古稀祝賀 刑事法学の潮流と展望(平成一年)六一頁。
- (29) Roxin, a.a.O.(Anm.22), §21 Rn.32, Kienapfel, a.a.O.(Anm.13), S.199.
- (30) Eberda.
- (31) Warda, a.a.O.(Anm.19), S.516. Vgl. Roxin, a.a.O.(Anm.22), §21 Rn.33.
- (32) Rengier, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2.Aufl., 2000[KK-OWiG], §11 Rn.54, Velten, Normkenntnis und Normverständnis, 2002, S.89, 315, Neumann, NK §17 Rn.72. 434 一原重貴子「違法性の錯誤と負担の分配(一・完)」関西大学法学論集五四卷一号(平成一六年)九二頁參照。
- (33) Horn, a.a.O.(Anm.19), S.35, Dinakts, a.a.O.(Anm.8), S.141.
- (34) 長井・前掲註(2)一三二頁參照。
- (35) Stratenwerth, a.a.O.(Anm.20), §10 Rn.84, Seier, Strafrecht: Die unnötige Rettungsfahrt, Jus 1986, S.221, Paefgen, Fotografieren von Demonstranten durch die Polizei und Rechtfertigungsirrtum. Zu BGH JZ 1976, 31f. und BGH JZ 1978, 762, in: JZ 1978, S.745, Jakobs, a.a.O.(Anm.13), 19/30, Joecks, MK §17 Rn.24, H. Mayer, a.a.O.(Anm.10), S.128.
- (36) Neumann, NK §17 Rn.34.
- (37) Roxin, a.a.O.(Anm.22), §21 Rn.33, ders., Ungelöste Probleme beim Verbotsirrtum, in: Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium 1986, 1987, S.86, Paefgen, a.a.O.(Anm.35), S.746, Dinakts, a.a.O.(Anm.8), S.43ff., 139ff., Glandien, Der Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht und im Nebenstrafrecht, 2000, S.94.
- (38) Roxin, a.a.O.(Anm.22), §21 Rn.30, Glandien, a.a.O.(Anm.37), S.93.
- (39) Roxin, a.a.O.(Anm.22), §21 Rn.33, Timpe, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot,

- 1983, S.256, Jakobs, a.a.O.(Ann.13), 19/30, Veltien, a.a.O.(Ann.32), S.90f.
- (40) Roxin, a.a.O.(Ann.22), §21 Rn.30, 33, Dinakts, a.a.O.(Ann.8), S.145, これに対して、違法性の意識を欠いた場合に問われるのは、違法性の意識の可能性であって、錯誤の回避可能性ではないとあり、違法性の意識の可能性と疑いを払拭する可能性を等置するべきではないとするのは、高山・前掲註(2)三六八頁、三七一頁。
- (41) Roxin, a.a.O.(Ann.22), §21 Rn.33.
- (42) Naucke, Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1973, S.24, ders., Staatslehre und Verbotsirrtum, in: Festschrift für Roxin, 2001, S.516, Lüderssen, a.a.O.(Ann.19), S.231, Neumann, NK §17 Rn.33, 51, Löw, Die Erkundungspflicht beim Verbotsirrtum nach §17 StGB, 2002, S.138, 192ff.
- (43) Warda, a.a.O.(Ann.19), S.522ff., Lüderssen, a.a.O.(Ann.19), S.225, Kunz, a.a.O.(Ann.24), S.463, 464, 高山・前掲註(2)三四四頁參照。
- (44) Dinakts, a.a.O.(Ann.8), S.45f.
- (45) Rudolph, Unrechtsbewusstsein, S.111f, S.139, ders., SK §17 Rn.13, 38, 39, Schroeder, LK §17 Rn.27, 38, Cramer/Sternberg-Lieben, SS §17 Rn.5, 19, 21, Rengier, KK-OWiG, §11 Rn.54, Joecks, MK §17 Rn.24, 50, Paeflgen, a.a.O.(Ann.35), S.745, Timpe, Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums, GA 1984, S.64ff., Schlüchter, Zur Irrtumstheorie im Steuerstrafrecht, wistra 1985, S.96, Dinakts, a.a.O.(Ann.8), S.148, 判例タイムズ OLG Bremen NJW 1960, S. 163 (Urt.v.30.9.1959), 434, 回避可能性判断における罰的責任を考慮すべきであるのは、山中・前掲註(2)六二七頁。
- (46) Rudolph, Unrechtsbewusstsein, S.211, Schroeder, LK §17 Rn.29, 内藤・前掲註(4)一〇三六頁。
- (47) Vgl. Dinakts, a.a.O.(Ann.8), S.148.
- (48) Rudolph, Unrechtsbewusstsein, S.238ff., 249ff., Küpper, a.a.O.(Ann.16), S.176, Timpe, a.a.O.(Ann.45), S.64ff, 判例タイムズ OLG Bremen, NJW 1960, S.163(Urt. v. 30.9.1959), OLG Stuttgart, MDR 1967, S.63(Urt. v. 7.9.1966).
- (49) 正田満三郎「違法性の意識と刑事責任(一)」法曹時報二三卷八号(昭和三十六年)一五頁、団藤重光・刑法綱要総論第三版(平成

- 二年) 三二八頁、前田雅英・刑法総論講義第三版(平成一〇年)三〇一頁。これに対する批判として、町野朔「意味の認識について(上)」警察研究六二巻一一号(平成二年)五頁。判例として、東金簡判昭和三五年七月一五日下刑集一卷七七八号一〇六六頁。
- (50) Warda, a.a.O.(Anm.19), S.527 Anm.53, Dimakis, a.a.O.(Anm.8), S.153; Löw, a.a.O.(Anm.42), S.72.
- (51) 木村亀二・犯罪論の新構造(上)(昭和四一年)四三五頁以下。
- (52) 香川達夫・刑法講義総論第三版(平成七年)一四二頁、一七五頁。
- (53) Löw, a.a.O.(Anm.42), S.72, 196. なお、川端博「期待可能性」現代刑法講座第二卷(昭和五四年)二五〇頁参照。
- (54) 大谷實「無許可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(昭和五〇年)一四一頁、藤木英雄・刑法講義総論(昭和五〇年)二二四頁、内藤・前掲註(4)二〇五頁、曾根・前掲註(5)一九二頁、山中・前掲註(3)六一三頁、同「可罰的責任論について」西原春夫先生古稀祝賀論文集第二卷(平成一〇年)一七一頁、林・前掲註(4)三一九頁、佐伯千仞||米田泰邦・総合判例研究叢書刑法(22)(昭和三九年)一八四頁。なお、中森喜彦「期待可能性」刑法基本講座第三卷(平成六年)二八六頁(註七)は、故意が未必的か確定的かという認識内容の問題と、行為の自由度に関する期待可能性との間には必然的なつながりはないとする。
- (55) Blei, Strafrecht I Allgemeiner Teil, 18.Aufl., 1983, S.199, Paeflgen, a.a.O.(Anm.35), S.745, H.-W. Schünemann, Verbotstirtum und faktische Verbotkenntnis, NJW 1980 S.739, Neumann, NK §17 Rn.34, ders., Der Verbotstirtum(§17 StGB), JuS 1993 S.796, Joecks, MK §17 Rn.24, Rudolphi, SK §17 Rn.13, Cramer/Sternberg-Lieben, SS §17 Rn.21, Krümpelmann, a.a.O.(Anm.13), S.28, Kunz, a.a.O.(Anm.24), S.469ff., Lüderssen, a.a.O.(Anm.19), S.225, 高山・前掲註(2)三二二頁以下、長井・前掲註(2)一三八頁。
- (56) Warda, a.a.O.(Anm.19), S.520.
- (57) Dimakis, a.a.O.(Anm.8), S.150ff., Löw, a.a.O.(Anm.42), S.196f.
- (58) Jescheck/Weigend, a.a.O.(Anm.8), §47II2, Lendker, SS Vorbem. §§32ff. Rn.123, 山中・前掲註(54)一四四頁以下参照。
- (59) Warda, a.a.O.(Anm.19), S.529f. それに対して「一般的な超法規的責任阻却事由の承認に至る点では同様であると批判するのは、Dimakis, a.a.O.(Anm.8), S.161.

- (60) Löw, a.a.O.(Anm.42), S.200f.
- (61) 木村・前掲註(51)四五二頁。
- (62) 平野・前掲註(1)二七八頁、内藤・前掲註(4)一一九〇頁、中森・前掲註(54)二七九頁、山中・前掲註(3)六四七頁。
- (63) Arm. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S.221, ders., a.a.O.(Anm.12), ZStW 70 S.86, Warda, a.a.O.(Anm.19), S.504ff.
- (64) Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S.139, Roxin, a.a.O.(Anm.37), S.85, Rengier, KK-OWiG §11 Rn.54, Glandien, a.a.O.(Anm.37), S.93, 責任の観点から Jakobs, a.a.O.(Anm.13), 1930, Timpe, a.a.O.(Anm.39), S.274, Lersch, a.a.O.(Anm.28), JA 1996, S.504.
- (65) Dimakis, S.145.
- (66) Warda, a.a.O.(Anm.19), S.510, 520, 529f, Roxin, a.a.O.(Anm.22), §21 Rn.30, Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S.139, ders., SK §17 Rn.13, Glandien, a.a.O.(Anm.37), S.93, Vgl. Timpe, a.a.O.(Anm.39), S.258, Kunz, a.a.O.(Anm.24), S.469, Dimakis, a.a.O.(Anm.8), S.159f.
- (67) 高山・前掲註(2)三十二頁參照。
- (68) OLG Bremen NJW 1960 S.163(Urt. v. 30.9.1959).
- (69) Warda, a.a.O.(Anm.19), S.506ff, Rudolphi, SK §17 Rn.13, Schroeder, LK §17 Rn.38, Cramer/Stemberg-Lieben, SS §17 Rn.21, Rengier, KK-OWiG §11 Rn.87, Joecks, MK §17 Rn.24, Glandien, a.a.O.(Anm.37), S.94, Kunz, a.a.O.(Anm.24), S.470, Roxin, a.a.O.(Anm.22), §21 Rn.31, 33, Straatenwerth, a.a.O.(Anm.20), §10 Rn.84, 高山・前掲註(2)三十三頁。Vgl. Timpe, a.a.O.(Anm.39), S.259, 判例の通り OLG Stuttgart MDR 1967 S.63(Urt. v. 7.9.1966)。
- (70) Vgl. Roxin, a.a.O.(Anm.22), §21 Rn.33.
- (71) Warda, a.a.O.(Anm.19), S.514ff, 高山・前掲註(2)三十四頁。Vgl. Roxin, a.a.O.(Anm.37), S.87, Dimakis, a.a.O.(Anm.8), S.160.
- (72) Warda, a.a.O.(Anm.19), S.512.
- (73) 高山・前掲註(2)三四四頁、三四八頁、三七五頁。
- (74) 高山・前掲註(2)三四八頁參照。

- (75) Warda, a.a.O.(Anm.19), S.512, 516; Neumann, NK § 17 Rn. 72; Rengier, KK-OWiG, §11 Rn.54; Löw, a.a.O.(Anm.42), S.198.
- (76) Cramer/Stemberg-Lieben, SS §17 Rn.21; Schroeder, LK §17 Rn.35ff.; Rudolphi, SK §17 Rn.39; Rengier, KK-OWiG §11 Rn.85; Neumann, NK §17 Rn.69; Roxin, a.a.O.(Anm.22), §21 Rn.64.
- (77) この場合に、別の情報源から違法性を意識することができた場合には錯誤は回避可能であり、非難可能性は肯定されるとするは、安田・前掲註(28)六一頁。これでは、自己の行為を違法とする何らかの法律情報がある以上、それに従って行動せよと要求することに、妥当でないであろう。
- (78) ドイツにおいては支配的な見解であるが、これに対する批判として、高山・前掲註(2)三三三六頁以下、一原亜貴子「違法性の錯誤と負担の分配(一)」関西大学法学論集五三巻六号(平成一六年)一二五頁参照。
- (79) Cramer/Stemberg-Lieben, SS §17 Rn.21; Schroeder, LK §17 Rn.35ff.; Rudolphi, SK §17 Rn.39; Rengier, KK-OWiG §11 Rn.85; Neumann, NK §17 Rn.69.これに対し、裁判所の独立の原則から、裁判所は他の裁判所の決定に拘束されないのであるから、いかなる審級にかかわらず、判例の不変性を信頼してはならないとするのは、D. Meyer, Vermeidbarkeit des Verbotsrruns und Erkundigungspflicht- KG, JR 1987, 166; Jus 1979 S.253.
- (80) 行為を適法とする判決だけを知っている場合は回避不可能とするのは、Neumann, NK §17 Rn.73.
- (81) Neumann, NK §17 Rn.68; Rudolphi, SK §17 Rn.37; Roxin, a.a.O.(Anm.22), §21 Rn.64.判例変更を知るべきでない場合に限定するのは、Tröndle/Fischer, a.a.O.(Anm.8), §17 Rn.9.
- (82) 松原久利「判例の不利変更と判例への信頼保護」産大法学三四巻三号(平成二二年)二七九頁以下、奥村正雄「判例の不遡及の変更」現代刑事法三巻一号(平成一三年)四四頁以下。なお、中山研一・判例変更と遡及処罰(平成一五年)四三頁以下参照。
- (83) Rudolphi, Urrechtsbewußsein, S.244.
- (84) Neumann, NK §17 Rn.78; Löw, a.a.O.(Anm.42), S.137.
- (85) 川端博・正当化事情の錯誤(昭和六三年)五九頁、高山・前掲註(2)三四八頁。Loré, Aspekte des Vertrauensschutzes im Strafrecht, 1997, S.64f.

- (86) Rengier, KK-OWiG §11 Rn.87, Cramer/Stemberg-Lieben, SS §17 Rn.21.
- (87) Löw, a.a.O. (Anm.42), S.198.
- (88) Rudolph, SK §17 Rn.38, Cramer/Stemberg-Lieben, SS §17 Rn.21, Roxin, a.a.O. (Anm.22), §21 Rn.64, Schroeder, LK §17 Rn.38. 一適法な判例しか知らなかった場合には回避不可能な禁止の錯誤とする。
- (89) Maurach/Zipf, a.a.O. (Anm.8), §38 Rn.36.
- (90) Stratenwerth, a.a.O. (Anm.20), §10 Rn.91.
- (91) Dinakis, a.a.O. (Anm.8), S.46.
- (92) Rudolph, Unrechtsbewußtsein, S.111, Schroeder, LK §17 Rn.38, Rengier, KK-OWiG §11 Rn.87, Joecks, MK §17 Rn.50.
- (93) Warda, a.a.O. (Anm.19), S.528ff.
- (94) Warda, a.a.O. (Anm.19), S.510.
- (95) Neumann, NK§17 Rn.72. Vgl. Löw, a.a.O. (Anm.42), S.200f.
- (96) Neumann, NK § 17 Rn.72; Löw, a.a.O. (Anm.42), S.198.
- (97) Loré, a.a.O. (Anm.85), S.69. 矛盾する判例の場合、矛盾が除去されるまで禁止は存在しないとして、違法性を否定するのは、Grotguth, a.a.O. (Anm.8), S.106ff.
- (98) Joecks, MK §17 Rn.51.
- (99) Grotguth, a.a.O. (Anm.8), S.108, Rengier, KK-OWiG §11 Rn.80. 判例の場合と同様に、法律上の責任阻却事由を導入すべきであるが、判例の場合では異なり、誤った情報が認識される場合には責任阻却は否定されるとするのは、Löw, a.a.O. (Anm.42), S.293.
- (100) Rengier, KK-OWiG §11 Rn.90, 91. Vgl. Lenckner, Vertauslungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nullum crimen sine lege", Jus 1968 S.308ff. Vgl. Dinakis, a.a.O. (Anm.8), S.40ff.
- (101) 黙認が行政法上有効な許可とされれば、構成要件該当性ないしは違法性が阻却されることになろうが、ここで問題となるのは、事実を認識した官庁による甘受ないし不作為という意味での消極的な黙認である。



- (102) Schroeder, LK §17 Rn. 43.
- (103) Neumann, NK §17 Rn. 66.
- (104) Rengier, KK-OWiG §11 Rn. 74.
- (105) Löw, aa.O. (Anm. 42), S. 129f.
- (106) Raddoppi, Unrechtsbewußtsein, S. 247.
- (107) LG Dortmund GA 1959, S. 255ff. 高山・前掲註(2) 二九八頁、林・前掲註(4) 三三三頁、松宮孝明・刑法総論講義第三版(平成一六年) 一九〇頁。
- (108) 町野・前掲註(4) 二二二頁、内藤・前掲註(4) 一〇三〇頁参照。
- (109) この意味で、違法性の意識があったとしても期待可能性がないとする、松江地浜田支判昭和三八年一月一日下刑集五卷一一二二号一一一六頁の判断構造は妥当である。なお、黙認の場合を期待可能性の問題としたものとして、松山地判昭和三〇年三月七日労働関係刑事判決集六輯六一九頁、名古屋高判昭和三五年八月三十一日下刑集二卷七七八号一〇二四頁、一宮簡判昭和四八年二月一二日判時七三九号一三七頁等がある。