

# 違法性の錯誤と刑法改正（三）完

松 原 久 利

## 目 次

### 一 問題の所在

### 二 刑法改正作業と違法性の錯誤

#### (1) 概 観

#### (2) 改正刑法仮案

#### (3) 改正刑法準備草案

#### (4) 改正刑法草案

#### (5) 改正刑法草案以後

### 三 現状における問題

#### (1) 草案二一条と学説との関係

### 四 外国の立法例

#### (2) 草案二一条の規定内容に関する諸見解

#### (3) 判例・学説への影響（以上二〇六号）

#### (1) 概 観

#### (2) 西ドイツ

#### (3) スイス

#### (4) オーストリア（以上二〇七号）

#### (5) アメリカ

### 五 若干の展望（以上本号）

#### (5) アメリカ

(a) 法律の錯誤は抗弁とならないというのが英米法におけるコモンローの原則である。これによ

ると、行為者にとって苛酷な結論になる場合もあるが、(1)法律の認識の推定、(2)立証の困難、(3)公共の利益は個人に

違法性の錯誤と刑法改正（三）完

同志社法学 四一巻二号

一〇五（二五五）

対する正義という利益に優先すること、(4)刑法の教育的機能、(5)法の主観化の危険などの根拠から、この原則は維持されている。<sup>(1)</sup>しかし、例外的に、法律の錯誤を抗弁として認める判例、立法も存在するのである。<sup>(2)</sup>一九五〇年代になって、従来のコモンローを基礎とした判例法および成文法には欠陥が多く、断片的であり、適用範囲が恣意的であることなどから、刑法の全面改正の動きが本格化した<sup>(3)</sup>が、法律の錯誤も解決が必要な問題の一つとされたのであった。

(b) 模範刑法典 一九五二年に起草作業を開始したアメリカ法律協会は、一九五五年に試案四号を<sup>(4)</sup>発表し、一九六二年には模範刑法典成案を<sup>(5)</sup>発表した。その二・〇二条九項は、「行為が罪となること、又は犯罪の成立要件を定める法律の存在、意味もしくは適用に関する故意、軽率及び過失は、犯罪の成立要件ではない。但し、その犯罪を定義する法律又はこの法典に特別の定めがあるときは、この限りでない。」と規定する。これは、従来の伝統的立場を規定したもので、犯罪性の意識は犯罪要素ではないとするものである。この原則には二つの例外がある。その一つは二・〇四条一項であり、「事実又は法律に関する不知又は錯誤は、次に定める場合には抗弁となる。(a)その不知又は錯誤が犯罪の基礎的要件の立証に必要な目的、認識、確信、軽率又は過失を否定するものであるとき、又は、(b)その不知又は錯誤によって立証される心理状態が抗弁になることを法律で規定しているとき」というものである。いま一つは同条三項であり、「行為が法律上罪とならないと信じたことは、次に定める場合には、その行為に基づく罪の訴追に対する抗弁となる。(a)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、又は、(b)相当の理由に基づき、(I)制定法その他の成文法規、(II)裁判所の決定、意見又は判決、(III)行政命令又は許可、あるいは、(IV)その罪を定める法律の解釈、運用又は執行について法律上の責任を有する公務員又は公の機関の公式解釈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又は誤謬とされたとき」というものである。これらの抗弁が認められるためには、被告人が証拠の優越をもって立証しなければならない（同条四項）。二・〇四条一項は、行為の犯罪性の認識や、意識的に（willfully）、悪意で（maliciously）などの特別の主観的要素を法律が要求している場合、窃盗罪等における特別故意（specific intent）の場合など、いずれも我が国における違法性の錯誤の問題とは範囲を異にするものであるので、本稿では二・〇四条三項についてのみ検討することとする。

二・〇四条三項は、二・〇二条九項の原則に対する制限的な例外として、積極的抗弁を定めるものである。その根拠は、説明書によれば、二・〇四条三項により抗弁が認められるのは、(1)行為者が法を知りその法を遵守しようと努力した場合であり、(2)情報提供者との通謀（collusion）の可能性が小さく、(3)適法性の確信に関する合理性の判断が困難でなく、(4)有罪とすることによってどのような目的に役立つのか理解することが困難な場合だからである。(5)このような抗弁を支持する先例、法令の存在も抗弁を認める根拠の一つに加えられる。(8)

三項(a)は、法令の不知の場合である。行為者が違反した法令の存在を知らず、かつその法令が公布（publish）されておらず、その他合理的に知ることができなかった場合には、処罰しても意味がないという理由から抗弁が認められる。三項(b)は、誤ってはいいるが、権限ある公務員等の公式の解釈に含まれた公式の法律見解を信頼した場合である。国家が積極的に国民を誤らせておいて、それを処罰するのは不公正であり、またこのような抗弁を認めることによって、法を知りそれに従って行動させるといふ健全な政策を促進することができるといふ考え方に基づいていると説明される。(9)

四項は、この抗弁について、被告人が証拠の優越による立証責任を負うとする。これは、抗弁を基礎づける事実

被告人の認識の内にあり、これまでこの種の抗弁の発展を阻害してきたのは、情報提供者との共謀、証拠の捏造の危険であり、被告人に証拠の優越による立証を要求することによって、その危険を減少させることができると説明されている。<sup>(10)</sup>

模範刑法典二・〇四条三項の特徴は、第一に、これまで法律の錯誤は抗弁とならないとの原則が支配していた中で、例外的に抗弁を認めた判例法を成文化し、若干それを拡大したものができ、必ずしも判例法から離れるものではないということである。<sup>(11)</sup> 第二に、一般的な免責基準を定めるのではなく、抗弁が認められる状況を具体的、個別的に規定しているということである。<sup>(12)</sup> 第三に、信頼してよい情報提供者を一定の権限のある公務員等に限定していることである。<sup>(13)</sup> 模範刑法典は、その後の州および連邦刑法の改正に大きな影響を及ぼし、多くの州で法律の錯誤の抗弁を認める立法がなされることになる。

(c) 州刑法 現在、何らかの形で法律の錯誤の抗弁の規定を有する州刑法は、模範刑法典以前に成立したルイジアナ州<sup>(14)</sup>を含めると、一八の州に及ぶ。<sup>(15)</sup> その規定の仕方は様々であり、模範刑法典と全く同一のものはない。抗弁が認められる範囲についてみると、そのほとんどが模範刑法典を修正して、より制限しており、模範刑法典より広い範囲で抗弁を認めると思われるのはニュージャージー州<sup>(16)</sup>のみである。また、法令の不知および誤った公式の法律見解への信頼の双方の場合に抗弁を認めるのは、イリノイ、カンザス、メイン、ミズーリ、モンタナ、ニュージャージーの六州にとどまる。<sup>(17)</sup> アラバマ、アーカンソー、コロラド、コネチカット、ハワイ、ケンタッキー、ルイジアナ、ニューハンプシャー、ニューヨーク、ノースダコタの各州は、誤った公式の法律見解への信頼の抗弁のみを規定する。<sup>(18)</sup> なお、テキサス州は、明文で法令の不知の抗弁を否定しており、<sup>(19)</sup> ユタ州は、不知が公式の法律見解への合理的信頼の結果生じ

た場合にのみ抗弁を認める。<sup>(20)</sup>

模範刑法典二・〇四条三項(a)に最も近いのは、メイン州とニュージャージー州であり、相違は、不知の対象を「制定法 (statute)」に限定することである。<sup>(21)</sup> イリノイ、カンザス、ミズーリ、モンタナの各州は、不知の対象を行政規則または命令に限定し、合理的に知り得る状況になかったという要件に、行為者の認識した事実に従い十分な努力を尽くしてもなおその認識を得ることができなかったという要件を加える。<sup>(22)</sup>

公式の法律見解への信頼について、模範刑法典二・〇四条三項(b)と同様に、法令、判例、行政命令、許可、公務員の公式解釈の場合に抗弁を認めるのは、コロラド、コネチカット、ハワイ、ケンタッキー、メイン、ニューハンプシャー、ニュージャージー、ニューヨーク、ノースダコタの各州である。<sup>(23)</sup> 法令を除くのは、テキサスとユタの二州である。<sup>(24)</sup> 行政命令・許可を除くのは、アラバマ、アーカンソー、イリノイ、カンザス、ルイジアナ、ミズーリ、モンタナの各州である。<sup>(25)</sup> 公務員の公式解釈を除くのは、アラバマ、ルイジアナの二州である。<sup>(26)</sup>

(Ⅰ)法令への信頼については、模範刑法典と同様に、制定法その他の成文法規とするもの、条例を加えるもの、制定法に限定するもの、州内で拘束力を有する制定法および条例とするものがある。<sup>(27)</sup> (Ⅱ)判例への信頼については、模範刑法典と同様に、裁判所の決定、意見、判決とするもの、下級審裁判所を除き州および連邦最高裁に限定するもの、最新の判例に限定するもの、意見・命令に限定するものなどがある。<sup>(28)</sup> (Ⅲ)行政命令・許可への信頼については、模範刑法典と同様のもの、命令・許可を与える権限を有する機関に限定するもの、文書による命令・許可に限定するものがある。<sup>(29)</sup> (Ⅳ)公務員の公式解釈への信頼については、模範刑法典と同様のもの、その罪に「関連する」制定法・成文法規の公式解釈とするもの、執行・運用する権限を除き解釈の権限を有する公務員に限定するもの、文書による公式

解釈に限定するものがある。<sup>(30)</sup>

なお、ニュージャージー州刑法は、「その他に、誠実に、犯罪の意義、自己の行為へのその適用を確認するために利用できる限りのあらゆる手段を尽くして、善意かつ誠実に、法を遵守し、理性的な者でも同様の結論に達したであろうような状況において、自己の行為は罪とならないと結論した場合」にも抗弁を認める。<sup>(31)</sup>これは、前記の各類型に当たらない場合にも抗弁が認められることを規定したものであり、模範刑法典より広い範囲で抗弁を認めるものである。挙証責任については、模範刑法典と同様に、被告人が証拠の優越をもって立証しなければならぬとするもの、争点を提出する責任は被告人にあるが、挙証責任を転換するものではないとするもの、被告人が明白かつ説得的な証拠をもって立証しなければならぬとするものがある。<sup>(32)</sup>

このように、州刑法も、行為が罪とならないと信じたことは犯罪の要素ではないことを原則とし、その例外として、個別的、具体的に抗弁となる場合を規定する点では、模範刑法典に従っている。また、ニュージャージー州を除いて、信頼してよい情報提供者を一定の権限のある公務員等に限定していることも、模範刑法典と同様である。しかし、模範刑法典と異なる特徴もみられる。第一に、法令の不知の抗弁を否定する立法例が多いことである。その理由は、この抗弁を否定するのがコモンロー上の原則であり、模範刑法典はこれを修正するものであるが、多くの州が、不知と錯誤を区別し、抗弁が認められるためには、市民が法を知るために積極的措置を採ったことが必要であると考えたためであろう。すなわち、法律の錯誤の抗弁が認められるのは、それにより市民が法を知りその法に従うよう努力することを促進する点に根拠があるのであり、単なる不知の抗弁を認めるのは、法の不知を助長する危険があるとされるのである。第二に、行政命令・許可への信頼の抗弁を認めない立法例が多いことである。この理由は明らかではない

が、この抗弁を認めることは、司法審査によってのみ制限されうる立法府の立法権を行政府が侵害することになるという理由を指摘するものがある。<sup>(33)</sup> 第三に、抗弁が認められる範囲を模範刑法典よりさらに限定する立法例が多いことである。これは、信頼に値する公的権威の範囲を限定することにより、一方で法律の錯誤は抗弁とならずとの原則の適用から生ずる苛酷な結果を回避しながら、他方で抗弁の濫用を回避するという考慮から導き出されたものであろう。この点から、模範刑法典より広い範囲で抗弁を認めることになると思われるニュージャージー州刑法に対しては、抗弁の濫用の危険が指摘されている。<sup>(34)</sup>

(d) 連邦刑法 一九六六年に設置された「連邦刑事法の改正に関する全国委員会(ブラウン委員会)」は、一九七〇年に研究草案(study draft)およびワーキングペーパーズを発表し、<sup>(35)</sup> 一九七一年には最終報告書を提出した。最終案の六〇九条は、「別段の明文の定めがない限り、行為は罪とならないと誠実に信じたことは、(a)制定法その他の成文法規、(b)裁判所の決定、意見、命令または判決、(c)行政命令または許可、(d)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解釈に包含された法律見解を合理的に信頼して行なった場合は、積極的抗弁となる」と規定する。<sup>(36)</sup> これは、実質的に模範刑法典二・〇四条三項(b)に従ったものである。最終案に至る過程においては、より広く弁護士の助言についても抗弁を認める提案もなされたが、口実、濫用、法律家の共犯、助言の混乱などの理由から、結局採用されなかった。<sup>(37)</sup> 他方、抗弁は法の不知を助長するという観点から、法律の認識が犯罪の要素である場合にのみ抗弁を限定する提案もあったが、明確に信頼できる情報獲得のための誠実な努力が要求されており、被告人に拳証責任が課されていることから、不知を助長することにはならないとして、これも採用されなかった。<sup>(38)</sup> この抗弁が認められるための要件は、第一に、自己の行為が法律に違反しないことを確認す

るために積極的な措置を講じ、かつ、第二に、そのような措置の結果として得た情報を信頼して、行為は法律に違反しないと合理的に信じることである。「誠実に」とは、関連する必要な事実をすべて情報提供者に知らせなければならないことを意味するものである。

一九七三年には、上院法案第一号が提出された。その一条三項C 6(b)は、(1)制定法、連邦最高裁判所の判決、連邦控訴裁判所の判決に包含された公式の法律見解に実際に従ったが、後にその法律見解が無効または誤謬とされた場合、(2)被告人が当事者であった手続において下された裁判上の決定、行政上の決定、被告人に対する行政上の許可、認可、法律上その罪を定める法律の運用の責任を有する政府機関の長またはその代理人の文書による公式解釈に包含された公式の法律見解に実際に従ったが、後にその法律見解が無効または誤謬とされた場合は、その法律見解を合理的に信頼し、かつ、善意に自己の行為は罪とならないと信じたことは、積極的抗弁となると規定する<sup>(39)</sup>。同年上院法案第一四〇〇号五三二条<sup>(40)</sup>、一九七五年上院法案第一号五五二条<sup>(41)</sup>も、ほぼ同様の規定であった。

しかし、一九七七年に提出された上院法案第一四三七号五〇一条では、このような規定は姿を消し、「妨訴抗弁(Bar) および積極的抗弁の存在に関する一般原則」として、憲法および連邦法により別段の要件が必要な場合を除いて、法律の錯誤、誤った公式の法律見解等を含む、連邦法の下での訴追に対する妨訴抗弁および積極的抗弁の存在は、理性と経験の観点から解釈されるコモンローの原則に従って、合衆国裁判所によって決定されると規定され<sup>(42)</sup>、問題の解決は、裁判所に委ねられることになった。

ブラウン委員会ワーキングペーパーズでは、法律、判例、政府の公式声明等と一致する弁護士の助言を、信頼してよい情報源として排除しない規定になっていたの<sup>(43)</sup>に対して、各上院法案では、「公式の」法律見解への現実の信頼に



限定して、私人を排除することを明確にしている点で、法律の錯誤の抗弁の拡大には慎重であり、できる限り限定し、客観的に明確なものに制限していこうとする傾向がみてとれるように思われる。

しかし、このような条項も、一九七八年の段階で規定されないことになり、<sup>(44)</sup>一九八四年に成立した包括的犯罪規制法<sup>(45)</sup>には、法律の錯誤等の積極的抗弁の規定はない。したがって、結局、現在は、法律の錯誤の抗弁を認める連邦刑法は存在していないことになる。

(e) 学説においては、伝統的立場から、法律の錯誤の抗弁を認めることに反対する見解もあった。<sup>(46)</sup>しかし、法律の認識の推定、立証の困難という根拠は、擬制にすぎず現在では根拠がないものとして斥けられている。<sup>(47)</sup>また、適用される法律を確認するよう促すという公共政策は個人に対する正義に優先するものであり、抗弁を認めれば法の不知を助長することになるという根拠に対しても、合理的なものに限定して抗弁を認める限り、かえって健全な政策にとつて有用であるとされている。<sup>(48)</sup>さらに、法の主観化を招くという根拠に対しては、これは正当化と免責を混同するものであり、抗弁を認めることにより、行為は違法であることを宣言するのであるから、規範を変更することにはならないとされている。<sup>(49)</sup>このように、法律の錯誤の抗弁を全く認めない見解は、現在では少数である。

法律の錯誤の抗弁を認める根拠としては、(1)公正な告知、事後法の禁止、残虐な刑罰の禁止といったデュープロセス<sup>(50)</sup>、(2)行為について非難すべきでない者を処罰してはならないという責任非難の原則<sup>(51)</sup>、(3)国家が行為者を誤らせておきながら、それまで表明してきたことを否定して彼を処罰するのは不公正であるというエストップルの原則<sup>(52)</sup>、(4)抗弁の肯定により、公的権威を尊重するよう促すという功利主義的根拠<sup>(53)</sup>、(5)刑法の抑止機能、刑罰の効果といった政策的根拠<sup>(54)</sup>などが示されている。これらの根拠のうちのいずれを強調するかによって、抗弁が認められる範囲に相違が出て

くる。エストツペルを重視する見解は、情報提供者が国家を代弁すると認められることを重要視し、抗弁の拡大には消極的である。具体的には、単なる不知では足りず、法を知るために積極的に努力した結果として錯誤が生じたことを要求する。また、情報提供者を一定の権限のある公務員ないし公の機関に限定し、「公式」の法律見解を要求して弁護士などの私人の情報を排除する<sup>(55)</sup>。その背後には、抗弁を拡大すれば、口実を招き、法発見の契機を弱めるという政策的考慮がある。これに対して、責任非難の原則を重視する見解は、当該状況下における信頼の合理性を重要視し、信頼できるのであれば、錯誤の対象を「制定法」に限定せず、情報源として下級審判例を排除しない。また、情報提供者を公の機関に限定せず、法律見解の「公式」性を要求しない。抗弁の濫用の危険については、信頼の合理性の要求で足りるとする傾向がみられる<sup>(56)</sup>。この考え方の相違が、州刑法の規定の相違に反映しているように思われる。

なお、法律の錯誤の抗弁の限界について、未解決の問題としては、第一に、法律や公の機関の法律見解が不明確なために錯誤が生じた場合がある。この場合は、抗弁を認めるべきであるという主張が強いようである<sup>(57)</sup>。第二に、外観上権限を有する公務員が、その権限を超えて提供した法律見解を信頼した場合がある。これは模範刑法典においてもその解決を学説・判例に委ねたとされる問題である<sup>(58)</sup>。この場合は、公的助言を信頼したといえるから、抗弁を認めるべきであるという見解と、権限を有する公務員とはいえず、抗弁を認めれば濫用を許し公務員の違法行為の道を開くことになるから、抗弁を認めるべきではないという見解が対立している状況である<sup>(60)</sup>。

(f) それでは、具体的に、判例はどのような場合に法律の錯誤の抗弁を認めているのであろうか。模範刑法典が抗弁として認めている法律の錯誤の類型は、その根拠の一つとして先例の存在が掲げられていることもあって、全体として判例が抗弁を認めている範囲は、模範刑法典の前後でそれ程大きな相違は見られない。ここでは、模範刑法典の

類型の順に従って判例を概観することとする。

第一に、法令の不知については、この抗弁を認めた判例はない。そのためもあってか、州刑法においては、この抗弁を認めない立法も少なくない。わずかに、統一麻薬法 (Uniform Narcotic Drug Act) に基づく没収に関して、イリノイ州刑法三八章四―八条(b)(1)を引用して、没収命令を無効とした例があるにとどまる<sup>(61)</sup>。なお、ランバート対カリフォルニア事件<sup>(62)</sup>では、被告人は、重罪で有罪判決を受けた者が警察に登録せずに滞留することを犯罪とするロサンジェルス市条例違反で起訴されたが、(1)可罰的とされているのが単なる不作為であること、(2)登録義務がその地位に基づいて課せられていること、(3)その義務を照会するのに役立つ他の状況がなかったことから、デュープロセスの公正な告知の要件を強調して、登録義務の認識ないしその可能性が必要であり、これを欠く場合は有罪としてはならないとした。これによれば、法令の不知が免責されるのは、必ずしも模範刑法典二・〇四条三項(a)の要件を満たす場合に<sup>(63)</sup>限られないことにもなりうる。

第二に、法令への信頼については、公務員が一定の職務を遂行しないことを犯罪とする法律を廃止する法律を信頼してその職務を遂行しなかったが、後に廃止する法律が違憲とされた場合、行為者が議会より賢明でなければならぬとするのは正義に反し、法律が違憲とされるまで、被告人はその法律を信頼してよいとされた<sup>(64)</sup>。なお、最近、武器所持罪について、連邦矯正局職員である被告人は、除外規定にいう「治安官 (Peace Officer)」に当たるから許されると信じていた場合、抗弁の要件は、信頼した法律がその行為を許容し、かつ後に無効・誤謬とされたことであり、本件はいずれの要件をも満たさないから抗弁は認められないとした例がある<sup>(65)</sup>。

第三に、判例への信頼については、ある刑罰法規が州最高裁により違憲とされ、これを信頼して行為したが、後に

合憲とされた場合は、抗弁を認めることは正義を促進するものであり、公共の利益に反しないとされる。<sup>(66)</sup> 以前の判決を変更する行為後の判決により処罰するのは実質的事後法となるとするものや、当該状況下では残虐かつ異常な刑罰となるとするもの、判例変更に将来的効力のみを与えるべきであるとの見解を採る判例もある。<sup>(67)</sup> これに対して、下級審判例への信頼の場合は、抗弁とならないとするものと、どの裁判所であれ一般的管轄権があり当該問題について判断を下す権限を有する裁判所の判決は信頼してよいとするものがある。<sup>(68)</sup> 命令については、訴訟に参加する素人に、裁判官以上に法律を知ることが要求されるとは考えられないから、命令を受けた場合は、それを信頼してよいとされている。<sup>(69)</sup>

第四に、行政命令・許可への信頼については、虚偽の選挙人登録、違法投票に関して、重窃盗や故殺で有罪とされ公民権を失った被告人が、釈放されるにあたって恩赦状として受け取った釈放状を選挙登録官に示したところ、選挙権を有すると伝えられたので、これを信じて登録・投票した場合に、抗弁を認めている。<sup>(70)</sup> また、被告人が違反した法律に対する州知事の拒否権行使を信頼したが、これが後に違憲とされた場合に、拒否権は法律と同様にその合憲性が推定され、これに従った市民を処罰するのは著しい不正義であるとして抗弁を認めている。<sup>(71)</sup>

第五に、公務員等の公式の法律見解への信頼については、企業担保法 (Corporate Securities Act) 違反について、この法律を運用し、その判断が終局的であるところの企業管理官 (Corporation Commissioner) に問い合わせ、許可は必要でない旨の回答を得てこれに従った場合に処罰するのは、法律を遵守しようとする者を罪に陥れるようなものであるとして抗弁を認めている。<sup>(72)</sup> また、証言拒否罪について、州立法委員会 (Legislative Commission) により実際には認められていない自己負罪拒否特権を行使できると伝えられていたために、これを主張して質問に答えなかった

場合に、処罰は州による擁護できない罪を認めることになり、デュープロセスに反するとしている<sup>(73)</sup>。模範刑法典以後は、裁判所庁舎付近でピケを張る等の行為を禁止する州法違反について、市警察署長 (Police Chief) が当該場所デモを開いてよいと伝えていた場合に、有罪とするのはデュープロセスに反するものや、公務員が公共契約において個人的利益を得ることを禁止する州法違反について、郡特別法務官 (County Corporation Counsel)、地方副検事 (Assistant District Attorney) の助言を信頼した場合に、法律の錯誤の原則の盲目的適用は基本的公正の原理に反し、法律上法的意見を与える義務のある公務員の助言への善意の信頼に限定すれば、濫用の危険は除去されるから、本件状況下における信頼は抗弁となるとしたものがある<sup>(75)</sup>。なお、国家が行使できるとした特権を行使したことを理由として有罪としてはならず、政府の行為が積極的に誤解を招くものではないとしても、不明確であったり説明できない矛盾がある場合には、刑事制裁は支持できないとするものもある<sup>(76)</sup>。模範刑法典以後に現れた判例は、抗弁の範囲を模範刑法典が認めるものより拡大する傾向があるという指摘もある<sup>(77)</sup>。

このような状況の中で、抗弁を拡大するものとして注目されるのは、合衆国対バーカー事件<sup>(78)</sup>である。被告人らは、ある医師の患者であった者に関する情報を入手するために、その医師のオフィスに侵入したが、CIAのエージェントであるハワード・ハントから、本件活動はFBIやCIAの上部に設置された機関により行われているものであり法的に許されると伝えられ、これを信頼して行為したという事案である。判決は、その決定を尊重することが望まれる公務員の権威のある公式の言明を信頼させることに、法律の錯誤の原則に優越する社会的利益があり、公務員の権限への信頼に基づく抗弁を認めることは、正義および公務員の協力要請に応ずることを助長するという公共政策に役立つとし、ハントの外観上の権限を信頼したことは合理的であるから抗弁が認められるとした。

これに対しては、ハントは特別の (ad hoc) あるいは不明確な地位を有するにすぎず、当該法律に関して直接的な解釈・運用・執行の責任を有する公務員とはいえないから、単にこのような地位への信頼というだけで抗弁を認めるのは不当な拡大であるという批判がある。すなわち、このような場合に抗弁を認めることは、公務員による権限の濫用の危険を増大させることになり、法律の錯誤の原則に対する例外を正当化するような政策を促進することにはならないというものである。<sup>(79)</sup> このように、信頼の合理性を根拠として抗弁を認めることに対しては、抗弁の拡大による濫用の危険という観点からの批判がある。

第六に、弁護士の助言への信頼については、特別の主観的要素を要求する犯罪などの場合を除いて抗弁とならないとするのが、確立した判例である。<sup>(80)</sup> 唯一の例外としては、離婚判決を得て再婚したが、離婚判決が無効とされ、重婚罪で起訴されたという事案について抗弁を認めた例がある。被告人は、再婚以前に弁護士に相談し、離婚は有効であり自由に再婚できるとの助言を得ていた。判決は、行為以前に法律を確認し、それに従うために可能な限り適切な手段を採り、その結果を善意に信頼した場合は、それ以上のことを市民に期待できるとは認められないとした。<sup>(81)</sup>

(g) 以上のようなアメリカにおける状況を、これまでみてきた各国と比較すると、第一に、故意と違法性の意識の關係については、不要説を原則として、その例外的状況が個別的、具体的に議論されている。ただし、問題とされているのは、行為が罪となること、当該犯罪の成立要件を定める法律の意味・適用に関する認識であり、法律の錯誤の對象は行為の違法性として確定されてはいない。第二に、法律の錯誤の範囲についても、違法性の意識の欠如として確定されてはいない。<sup>(82)</sup> そのために、不知と積極的な錯誤とは行為者の態度として異なるという考え方から、両者を区別して錯誤の場合にのみ抗弁を限定する立法がみられる。第三に、法律の錯誤の抗弁が認められる根拠が、責任がない

ということだけではなく、むしろエストップル、公的権威の尊重、処罰の効果といった政策的側面が強調されている。<sup>(83)</sup>さらに、立証問題と抗弁の濫用の危険という観点を考慮して抗弁の範囲を確定しようとするために、免責の判断についての一般的基準は見い出されていない。各州刑法に見られるように、いずれも錯誤の合理性を要件とするが、これに政策的考慮が加わり、これらの調和をどこで図るかによって、抗弁の範囲に相違が生じるのである。その結果として現れる特徴は、(1)抗弁の範囲が比較的明確ではあるが、その反面で、(2)法律見解の公式性の要求や私人の情報の排除に見られるように、抗弁の範囲がきわめて限定されていること、(3)錯誤の合理性判断として客観的基準が強調されていること、<sup>(84)</sup>(4)挙証責任を転換する立法が多いこと、(5)非難すべき法律の錯誤については特別の考慮がなされていないことである。<sup>(85)</sup>このように、アメリカは、これまでみてきた各国よりも厳格な態度であるといえる。

個別具体的、実質的判断を必要とする免責事由について、アメリカのように、これを類型化して免責状況を個別具体的に規定することは、明確ではあるが、限界のところでも限定的にならざるをえないという問題が生ずる。また、免責を認めるか否かの判断にあたって、政策的考慮を加えることの問題性がここに示されているように思われる。

- (1) Keedy, Ignorance and Mistake in the Criminal Law, 22 Harv. L. Rev. 75 (1908).; Perkins, Ignorance and Mistake in Criminal Law, 88 U. Pa. L. Rev. 35 (1939).; L. Hall and Seligman, Mistake of Law and Mens Rea, 8 U. Chi. L. Rev. 641 (1941).; J. Hall, General Principles of Criminal Law, 2d ed., 376 (1960). 判例として State v. Boyett, 32 N.C. 336 (1849).; State v. Downs, 116 N.C. 1064, 21 S.W. 689 (1895).; Hunter v. State, 158 Tenn. 63, 12 S.W. 2d 361 (1928).; Hopkins v. State, 193 Md. 489, 69 A. 2d 456 (1950). なお、福田平「アメリカ判例法における法の錯誤」同著・前掲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)二八三頁以下参照。

- (2) 判例については後述一一五頁以下参照。立法については、Securities Act of 1933, 15 U. S. C. § 77s(a) (1976).; Securities

Exchange Act of 1934, 15 U.S.C. § 78w (a) (1) (1976).; Public Utility Holding Company Act of 1935, 15 U.S.C. § 79t (d) (1976).; Investment Company Act of 1940, 15 U.S.C. § 80a-37 (c) (1976).; Investment Advisers Act of 1940, 15 U.S.C. § 80b-11 (d) (1976). これらは、規則・命令等の認識がなかったことを立証した場合や、善意に従った規則・命令等が行為後に無効とされた場合に、行為者に責任を課す規定を適用してはならないとする。

- (3) 鈴木義男「アメリカ法律協会の模範刑法典とニュー・ヨーク州の新刑法一刑に関する規定を中心として(一)」法曹時報一九巻五号(昭和四二年)一頁以下、堀田牧太郎「アメリカ合衆国連邦刑事法改正と上院法案第一号の問題点(1)」早稲田法学会誌第二八巻(昭和五二年)三〇三頁以下参照。

- (4) The American Law Institute, Model Penal Code, Tentative Draft No. 4, (1955) [hereinafter cited as MPC TD.].

- (5) The American Law Institute, Model Penal Code, Proposed Official Draft, 30-1 (1962). 法務省刑事局「アメリカ法律協会 模範刑法典(一九六二年)」刑事基本法令改正資料第八号(昭和三九年)二二一―四頁参照。

- (6) United States v. Murdock, 290 U.S. 389, 78 L. ed. 381, 54 S. Ct. 223 (1933).; Burns v. State, 123 Tex. Crim. 611, 61 S.W. 2d 512 (1933).; People v. Weiss, 276 N.Y. 384, 12 N.E. 2d 514 (1938).; Long v. State, 44 Del. 262, 65 A. 2d 489 (1949).; Morissette v. United States, 342 U.S. 246, 96 L. ed. 288, 72 S. Ct. 240 (1952).; United States v. Phillips, 217 F. 2d 435 (7th Cir. 1954); United States v. Painter, 314 F. 2d 934 (4th Cir. 1963). この場合、善意の誤り(誠実な法律の錯誤)が、当該犯罪の成立に必要な「有責な心理状態(guilty mind)」の不存在を示すものである。See, Perkins, Ignorance or Mistake of Law Revised, Utah L. Rev. 1980-473, at 476-80 (1980).; Robinson, Criminal Law Defenses Vol. 1, at 254-263 (1984).

- (7) MPC TD, 138.; American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries, Part I, at 275 (1985) [hereinafter cited as MPC & Comm.].

- (8) MPC & Comm., 276.

- (9) Müller-Rappard, The Mistake of Law as a Defense, 36 Temple L. Q. 261, at 280 (1963).; Note, Applying Estoppel Principles in Criminal Cases, 78 Yale L.J. 1046 (1969).; LaFave & Scott, Handbook on Criminal Law, 366 (1972).

- (10) MPC & Comm., 280. Cf. Houlgate, Ignorantia Juris: A Plea for Justice, 78 Ethics 32, at 37 (1967).



- (11) 三項(a)における法令の不知の抗弁は、従来の判例では認められていなかった新しい抗弁であり、同項(b)における公式の法律見解への信頼の抗弁の範囲は、従来の判例より若干広いといえる。See, Packer, *The Model Penal Code and Beyond*, 63 Colum. L. Rev. 594, at 597 (1963).
- (12) このことは、模範刑法典が、法律の錯誤をその理論的構造にまで統合できなかったことを示すもの。Fletcher, *The Individualization of Excusing Conditions*, 47 Southern Cal. L. Rev. 1269, at 1298 (1974).
- (13) したがって、弁護士等の私人の法的情報を信頼しても、抗弁は認められなくなる。これは、確立した判例である(後述二一八頁参照)。
- (14) 一九四二年ハイジアナ州刑法一七条—現行法 La. Rev. Stat. Ann. tit. 14: 17 (West 1974) [La. §14: 17] を維持されている。
- (15) その他の州の刑法改正草案については MPC & Comm., 277-280.
- (16) N. J. Stat. Ann. tit. 2C: 2-4 (West 1978) [N. J. § 2C: 2-4].
- (17) Ill. Ann. Stat. ch. 38, § 4-8 (Smith-Hurd): Criminal Code of 1961 (1972) [Ill. ch. 38, § 4-8] (法務資料第三二六号「一九六一年イリノイ州刑法典」(昭和三十九年)一九頁参照); Kan. Stat. Ann. ch. 21-3203 (Kansas Criminal Code) (1974) [Kan. § 21-3203]; Me. Rev. Stat. Ann. tit. 17-A-36 (Special Pamphlet: Criminal Code, 1978) [Me. § 17-A-36]; Mo. Ann. Stat. tit. 38, ch. 562-031 (Vernon, 1978 Special Pamphlet: Criminal Code) [Mo. § 562-031]; Mont. Rev. Codes Ann. tit. 45-2-103 (1981) [Mont. § 45-2-103]; N. J. § 2C: 2-4.
- (18) Ala. Code tit. 13A-2-6 (1977 Special Pamphlet: Criminal Code) [Ala. § 13-A-2-6]; Ark. Stat. Ann. tit. 41-206 (1977 Replacement Volume) [Ark. § 41-206]; Colo. Rev. Stat. Ann. tit. 18-1-504 (1973) [Colo. § 18-1-504]; Conn. Gen. Stat. tit. 53a-6 (1977) [Conn. § 53a-6]; Haw. Rev. Stat. tit. 37, sec. 702-220 (1976 Replacement Volume) [Haw. § 702-220]; Ky. Rev. Stat. Ann. tit. 50, ch. 501. 070 (1975) [Ky. § 501. 070]; La. § 14: 17; N. H. Rev. Stat. Ann. tit. 62, sec. 626: 3 (1974) [N. H. § 626: 3]; N. Y. Penal Law § 15. 20 (McKinney 1975) [N. Y. § 15. 20] (法務資料四〇〇号「一九六七年ニューヨーク刑法典」(昭和四十二年)八頁参照); N. D. Cent. Code tit. 12.1-05-09 (Replacement Volume 2, 1976) [N. D. § 12.1-05-09].

- (61) Tex. Penal Code Ann. § 8.03 (Vernon 1974) [Tex. § 8.03].
- (62) Utah Code Ann. tit. 76-2-304 (Supp. 1978) [Utah § 76-2-304].
- (12) Me. § 17-A-36 (4) (A).; N. J. § 2C: 2-4 (C) (1).
- (22) Ill. ch. 38, § 4-8 (b) (1).; Kan. § 21-3203 (2) (a).; Mo. § 562-031 (2) (1).; Mont. § 45-2-103 (4) (a).
- (23) Colo. § 18-1-504 (2).; Conn. § 53a-6 (b) (2).; Haw. § 702-220. Ky. § 501. 070 (3).; Me. § 17-A-36 (4) (B).; N. H. § 626: 3 II.; N. J. § 2C: 2-4 (C) (2).; N. Y. § 15. 20 (2).; N. D. § 12.1-05-09.
- (24) Tex. § 8.03 (b); Utah § 76-2-304 (2) (b).
- (25) Ala. § 13-A-2-6 (b).; Ark. § 41-206 (3).; Ill. ch. 38, § 4-8 (b).; Kan. § 21-3203 (2).; La. § 14: 17. Mo. § 562-031 (2) (2).; Mont. § 45-2-103 (4).
- (26) Ala. § 13-A-2-6 (b).; La. § 14: 17.
- (27) 制定法その他の成文法規については Ark. § 41-206 (3) (a).; Conn. § 53a-6 (b) (2).; Haw. § 702-220 (1).; Ky. § 501. 070 (3) (a).; N. H. § 626: 3 II.; N. Y. § 15. 20 (2) (a).; N. D. § 12. 1-05-09 (1). 制定法、条例その他の法文成規については Me. § 17-A-36 (4) (B) (1). 州内拘束力を有する制定法、条例については Colo. § 18-1-504 (2). 制定法については Ala. § 13-A-2-6 (b).; Ill. ch. 38, § 4-8 (b) (2).; Kan. § 21-3203 (2) (b).; Mo. § 562-031 (2) (2) (a).; Mont. § 45-2-103 (4) (b).; N. J. § 2C: 2-4 (C) (2) (a). 議会制定法 (the act of the legislature) については La. § 14: 17 (1).
- (28) 裁判所の決定、意見、判決については Haw. § 702-220 (2).; Ky. § 501. 070 (3) (b).; N. D. § 12. 1-05-09 (2). 州または連邦裁判所の決定については Conn. § 53a-6 (b) (2).; N. H. § 626: 3 II.; N. Y. § 15. 20 (2) (c). 州または連邦の最上級裁判所の最新の決定については Ala. § 13-A-2-6 (b).; Ark. § 41-206 (3) (b). 州上訴・最高裁判所または連邦控訴裁判所の命令または意見については Ill. ch. 38, § 4-8 (b) (3). 州最高裁判所または連邦控訴裁判所の命令または意見については Kan. § 21-3203 (2) (c).; Mont. § 45-2-103 (4) (c). 記録裁判所の意見については Tex. § 8. 03 (b) (2).; Utah § 76-2-304 (2) (b) (ii). 上訴裁判所の意見または命令については Mo. § 562. 031 (2) (2) (b). 終局裁判所の決定、意見、判決については Me. § 17-A-36 (4) (B) (2). 当該行為を犯罪とする規定を違憲とする権限のある

最終審裁判所の終局判決とするのは、La. § 14: 17 (2). 裁判所の決定、意見、判決、規則 (rule) とするのち、N. J. § 2C: 2-4 (c) (2) (b). 州内で拘束力を有する裁判所の決定とするのち、Colo. § 18-1-504 (2) (c).

- (29) 行政命令、許可とするのち、Conn. § 53a-6 (b) (2).; Haw. § 702-220 (3).; Ky. § 501. 070 (3) (c).; Me. § 17-A-36 (4) (B) (3).; N. H. § 626: 3 II.; N. J. § 2C: 2-4 (C) (2) (c).; N. Y. § 15. 20 (2) (b).; N. D. § 12. 1-05-09 (3). 行政規則または権限を有する機関・公務員による命令、許可とするのち、Colo. § 18-1-504 (2) (b). 法律上当該法律を解釈する責任を有する行政機関の文書による命令、許可とするのち、Tex. § 8. 03 (b) (1).; Utah § 76-2-304 (2) (b) (i).

- (30) 模範刑法典と同様なのち、Haw. § 702-220 (4).; Ky. § 501. 070 (3) (d).; Me. § 17-A-36 (4) (B) (4).; N. J. § 2: 2-4 (C) (2) (d).; N. D. § 12. 1-05-09 (4). その罪に「関連する」法律の公式の解釈とするのち、Colo. § 18-1-504 (2) (c).; Conn. § 53a-6 (b) (2).; N. H. § 626: 3 II.; N. Y. § 15. 20 (2) (d). 「執行」の権限を除くのち、Ark. § 41-206 (3) (c). 「解釈」の権限を有するのち、限定するのち、Ill. ch. 38, § 4-8 (b) (4).; Kan. § 21-3203 (2) (d).; Mo. § 562-031 (2) (2) (c).; Mont. § 45-2-103 (4) (d).; Tex. § 8. 03 (b) (2).; Utah § 76-2-304 (2) (b) (ii). 文書による解釈を求めるのち、Colo. ; N. H. ; Tex. ; Utah. 「後にその法律見解が無効または誤謬とされた」ことを要求するのち、Ala. ; Ark. ; Colo. ; Conn. ; N. H. ; N. Y. ; N. D. ; Tex. ; Utah.

- (31) N. J. § 2C: 2-4 (C) (3).

- (32) 被告人による証拠の優越をもっての立証を要求するのち、Ark. § 41-110 (4).; Colo. § 18-1-504 (3).; Haw. § 702-220. ; Ill. ch. 38, § 4-8 (d).; Ky. § 500. 070 (a).; Me. § 17-A-52 (4).; Mont. § 94-2-103 (6).; N. H. § 626: 3. ; N. D. §§ 1-05-09. ; Tex. § 8. 03 (b). 被告人に争点の提出責任を課すのち、Ala. § 13A-2-6 (c).; Conn. § 53a-12. ; Mo. §§ 562. 031, 556. 051. ; N. Y. §§ 15. 20, 25. 00. ; Utah §§ 76-2-304, -501, -502. 被告人が明白かつ説得的な証拠をもって立証しなければならぬとすのち、N. J. § 2C: 2-4 (c) (3).

- (33) Robinson, *Criminal Law Defenses*, vol. 2, at 392 (1984). もしくは、公務員による公式の法律解釈に包含された公式の法律見解に含まれることも考えられる。

- (34) MPC & Comm., 280. ただし、明白かつ説得的な証拠をもって被告人が立証しなければならないとされている点に注意しなければならぬ。

- (35) Working Papers of National Commission on Reform of Federal Criminal Laws, Vol. 1, (1970) [hereinafter cited as Working Papers].
- (36) National Commission on Reform of Federal Criminal Laws, Final Report of the National Commission, 52 (1971) [hereinafter cited as Final Report].
- (37) Working Papers, 138.; Final Report, 53.
- (38) Working Papers, 139.; Final Report, 53.
- (39) S. 1, 93rd Cong., 1st Sess. § 1-3c6 (b). U.S. Cong. Senate Bills, 35 (1973).
- (40) S. 1400, 93rd Cong., 1st Sess. § 532. U.S. Cong. Senate Bills, 31 (1973-4).
- (41) S. 1, 94th Cong., 1st Sess. § 552. U.S. Cong. Setate Bills, 59 (1975).
- (42) S. 1437, 95th Cong., 1st Sess. § 501. Reform of the Federal Criminal Laws: Hearings Before the Subcommittee on Criminal Laws and Procedures of the Committee on the Judiciary United States, 95 Part 31 R S. 1437, 95th Cong., 1st Sess. 9520-1 (1977-8). なお、この間の経過については、堀田牧太郎「アメリカ合衆国連邦刑事法改正の最近の動向」シヤリスト六八二号(昭和五四年)一〇七頁参照。
- (43) Working Papers, 138.
- (44) See, 1978 Congressional Quarterly Almanac, 168.
- (45) Comprehensive Crime Control Act of 1984, Title II of P. L. No. 98-473 (U.S.C. A. Special Crimes Pamphlet). なお、田中利彦「アメリカの連邦刑事法改正—量刑と没収を中心として」シヤリスト八三九号八〇頁(昭和六〇年)、鈴木義男「アメリカ連邦刑事法の改正と量刑の適正化」判例タイムズ五五四号(昭和六〇年)五二頁、佐藤興治郎「アメリカ連邦刑事法改正と責任能力・保安処分」判例タイムズ五五〇号(昭和六〇年)一一六頁、岡部泰昌「アメリカ連邦刑事法改正の概要」判例タイムズ五四一号(昭和六〇年)一二頁、上原正夫「米連邦刑事法の大改正」判例タイムズ五三九号(昭和六〇年)一〇二頁等参照。
- (46) Hall & Seligman, supra note 1, at 641.; Hall, supra note 1, at 376.
- (47) LaFave & Scott, supra note 9, at 363.; Fletcher, Rethinking Criminal Law, 732 (1978).

- (47) LaFave & Scott, *ibid.* at 366.; Fletcher, *ibid.* at 733.
- (48) Fletcher, *ibid.* at 734.
- (49) *Raley v. Ohio*, 360 U.S. 423, 3 L. ed. 1334, 79 S. Ct. 1257 (1959).; *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 559, 13 L. ed. 487, 85 S. Ct. 476 (1965).; *State v. Longino*, 109 Miss. 125, 67 So. 902 (1915).
- (50) Robinson, *supra* note 33, at 376-378, 384-5, 389.
- (51) Robinson, *ibid.* at 378, 390.; Note, *supra* note 9, at 1046.; Dutille & Moore, *Mistake and Impossibility: Arranging a Marriage between two Difficult Partners*, 74 Nw. U.L. Rev. 166, at 174 (1979).
- (52) Robinson, *supra* note 33, at 378.; LaFave & Scott, *supra* note 9, at 366. この点については、LaFave & Scott (1976) の「*Ignorance of the Law: A Maxim Reexamined*」(1976) 17 William & Mary L. Rev. 671, at 684-5 (1976) 及び MPC (1985) 276-7. の議論を参照せよ。
- (53) Cass, *Ignorance of the Law: A Maxim Reexamined*, 17 William & Mary L. Rev. 671, at 684-5 (1976).
- (54) MPC TD, 138; Working Papers, 138.; MPC & Comm., 276-7.; Hall & Seligman, *supra* note 1, at 652-3.
- (55) Houlgate, *supra* note 10, at 34.; LaFave & Scott, *supra* note 9, at 368.; Perkins, *supra* note 6, at 488, 490. See, A. T. H. Smith, *Error and Mistake of Law in Anglo-American Criminal Law*, 14 Anglo-American L. Rev. 3, at 7-8 (1985).; Robinson, *supra* note 33, at 384, 389-390.
- (56) Houlgate, *ibid.* at 33.; Note, *Ignorance or Mistake of Law-Will the Memory ever Fade?*; *People v. Marrero*, 62 St. John's L. Rev. 114, at 127 (1987).; Comment, *People v. Marrero and Mistake of Law*, 54 Brooklyn L. Rev. 229, at 283 (1988).
- (57) MPC & Comm., 278.
- (58) *United States v. Barker*, 546 F. 2d 940 (D. C. Cir. 1976).
- (59) *Ibid.* at 958, 968-973 (Judge Leventhal's Dissenting Opinion).; *Reliance on Apparent Authority as a Defense to Criminal Prosecution*, 77 Colum. L. Rev. 775, at 805-6 (1977).; Comment, *United States v. Barker: Misapplication of the Reliance on an Official Interpretation of the Law Defense*, 66 Calif. L. Rev. 809, at 830-6 (1978).; Case Comment, *Expanding the Mistake of Law Doctrine*; *United States v. Barker*, 57 B. U. L. Rev. 882, at 891-897 (1977).

- (13) 1962 Ford Thunderbird et al. v. Division of Narcotic Control of Dept. of Public Safety et al., Apts., 49 Ill. App. 2d 8, 198 N.E. 2d 155 (1964), 10 ALR 3d 554 (1966).
- (13) Lambert v. California, 355 U.S. 225, 2 L. ed. 228, 78 S.Ct. 240 (1957).
- (13) MPC & Comm., 276. Cf. Liparota v. United States, 471 U. S. 419, 85 L. ed. 2d 434, 105 S.Ct. 2084 (1985). See, Note, Ignorance of the Law as an Excuse, 86 Colum. L. Rev. 1392 (1986).
- (14) Brent v. State, 43 Ala. 297 (1869).; State v. Godwin et al., 123 N.C. 697, 31 S.E. 221 (1898).; Claybrook v. State, 164 Tenn. 440, 51 S.W. 2d 499 (1932). 模範刑法典二卷の判例と「」 Pierson v. Ray, 386 U.S. 547, 18 L. ed. 2d 288, 87 S.Ct. 1213 (1967).
- (15) People v. Marrero, 69 N.Y. 382, 507 N.E. 2d 1068, 515 N.Y. S. 2d 212 (1987). 本判決が「マリーヨーク州刑法一五・二〇条二項に於て「後にその法律見解が無効または誤謬とされた」として模範刑法典二・〇四条三項(9)の要件を「被告人の不利に解釈したもので」妥当とすべし」不明確な法律に関する合理的な錯誤の抗弁が認めらるべきであると述べてゐる Comment, supra note 57 (54 Brooklyn L. Rev. 229), at 255, 283.; Note, supra note 57 (62 St. John's L. Rev. 114), at 127. Cf. United States v. Cianciulli, 482 F.Supp. 585 (E. D. Pa. 1979).; Burns v. State, 123 Tex. Crim. 611 61 S.W. 2d 512 (1933).
- (16) State v. O'neil, 147 Iowa 513, 126 N.W. 454 (1910).; Sinnamon v. Virginia, 55 F. 2d 644 (4th Cir. 1932).
- (17) State v. Longino, 109 Miss. 125, 67 So. 902 (1915).; State v. Jones, 44 N.M. 623, 107 P. 2d 324 (1940).
- (18) 持弁を主張するの「State v. Striggles, 202 Iowa 1318, 210 N.W. 137, 49 ALR 1270 (1926). 判例たる「State of Florida ex rel. Williams v. Whitman et al., 116 Fla. 196, 156 So. 705, 95 ALR 1416 (1934).; Wilson v. Goodin, 291 Ky. 144, 163 S.W. 2d 309 (1942). See, 49 ALR 1273 (1927).
- (19) United States v. Mancuso, 139 F. 2d 90 (3d Cir. 1943). 444 State v. Chicago, M. & St.P.RY. Co., 130 Minn. 144, 153 N.W. 320 (1915).
- (20) State v. Pearson, 97 N.C. 434, 1 S.E. 914 (1887).; State v. White, 237 Mo. 208, 140 S.W. 896 (1911).
- (21) Texas Co. v. State, 31 Ariz. 485, 254 P. 1060, 53 ALR 258 (1927).

- (72) *People v. Ferguson*, 134 Cal. App. 41, 24 P. 2d 965 (1933). 模範刑法典以後の判例をとり United States v. Pennsylvania Indus. Chem. Corp., 461 F. 2d 468 (3d Cir. 1972).
- (73) *Raley v. Ohio*, 360 U.S. 423, 3 L. ed 1344, 79 S.Ct. 1257 (1959).
- (74) *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 559, 13 L. ed. 2d 487, 85 S.Ct. 476 (1965).
- (75) *State v. Davis*, 63 Wis. 2d 75, 216 N. W. 2d 31 (1974).
- (76) *United States v. Laub*, 385 U.S. 475, 17 L. ed. 526, 87 S.Ct. 574 (1967).
- (77) *Supra* note 60 (77 Colum. L. Rev. 775), at 802.
- (78) *United States v. Barker*, 546 F. 2d 940 (D.C. Cir. 1976). この後の判例をとり United States v. Kearney, 436 F. Supp. 1108 (S.D.N.Y. 1977). Cf. *United States v. Ehrlichman*, 546 F. 2d 910 (D.C. Cir. 1976).; *United States v. Kelly*, 556 F. 2d 257 (5th Cir. 1977).
- (79) *United States v. Barker*, F. 2d 940, at 957, 968-973 (Judge Leventhal's Dissenting Opinion).; Note, *supra* note 60 (77 Colum. L.Rev. 775), at 805-6.; 66 Calif. L. Rev. 809, at 830-6.; 57 B. U. L. Rev. 882, at 886
- (80) *State v. Downs*, 116 N. C. 1064, 21 S. W. 689 (1895).; *Miller v. United States*, 277 F. 721 (4th Cir. 1921).; *Hunter v. State*, 158 Tenn. 63, 12 S. W. 2d 361, 61 ALR 1148 (1928).; *Hopkins v. State*, 193 Md. 489, 69 A. 2d 456 (1950).; *United States v. McMillan*, F. Supp. 638 (D.D.C. 1953).; *Linden v. United States*, 254 F. 2d 560 (4th Cir. 1958).; *United States v. Schaefer*, 299 F. 2d 625 (7th Cir. 1962).; *United States v. Mercado*, 478 F. 2d 1108 (2d Cir. 1973). See, 133 ALR 1055 (1941). ただし、偽証罪のよけな特定の犯罪に必要な故意や wilfulness, malice のよけな特別の主観的要素を必要とする犯罪はむしろ「悪いか否き状態」の不在の立証に利用されるべきである。See, 133 ALR 1055 (1941); 3 ALR Fed. 665 (1970).; 61 ALR Fed. 319 (1983).; 10 ALR 3d 554 (1966).; *supra* note 6.
- (81) *Long v. State*, 44 Del. 262, 65 A. 2d 489 (1949). Cf. 56 ALR 2d 915 (1957).
- (82) 広く犯罪性 (criminality) の不知として議論を促さるべきである。See, Robinson, *supra* note 33, at 373.
- (83) See, *supra* note 50-55. なお、フニッシャー・前掲刑法雑誌二四卷三二四号三〇—二二頁、平野・前掲法学雑誌二二二六号二七頁参照。

(84) See, Robinson, *supra* note 33, at 385.

(85) なお、ドイツ法とアメリカ法における処罰の概念、実体刑法の機能、手続の相違と法律の錯誤の取り扱いとの関係について Arzi, *Ignorance or Mistake of Law*, 24 Am. J. Comp. L. 646, at 651-3 (1976).; *The Problem of Mistake of Law*, 1986 B. Y. U. L. Rev. 711, at 712, 728-32.

## 五 若干の展望

(1) 以上みてきたところから、我が国においては、違法性の錯誤につき行為者を非難できない場合に、犯罪不成立とする規定を新設することは、異論なく承認されているといつてよい。問題は、いかに規定するかである。特に、学説との関係において、それぞれの学説からの解釈の余地を残すような規定の仕方が求められ、改正刑法草案二一条となったわけであるが、一項と二項との関係について問題を残す結果となった。それでは、今後この問題の解決のために、どのような可能性があるであろうか。

(2) 学説との関係において最も重要な問題は、違法性の意識の可能性のある違法性の錯誤の取り扱いを正面から規定する条文を設けるかどうかということである。第一の可能性は、学説において承認されている改正刑法草案二一条二項のような規定のみを新設することである。<sup>(1)</sup> すなわち、違法性の錯誤につき行為者を非難できない場合に、故意犯も過失犯も成立しない旨の規定だけを置き、あとは判例・学説の解釈に解決を委ねるのである。こうすれば、違法性の意識の可能性のある違法性の錯誤を故意犯とする可能性説にとっても、過失犯とする必要説にとっても、解釈の余地は残ることにはなる。<sup>(2)</sup> しかし、違法性の錯誤の問題を立法的に解決するにあたって、故意犯が成立するのか過失犯が成立するのかを規定しないままにしておくことは妥当であろうか。この点を含めて立法的解決を図ろうとすれば、



学説に対する立法的態度決定は避けられないことになる。<sup>(3)</sup>

第二の可能性は、前述のような問題を抱えながらも、改正刑法草案二一条のような規定にすることである。このような規定になると、必要説からは、一項は、あてはめの錯誤はあるが違法性の意識が存在する場合の規定であり、二項は過失犯の問題として犯罪不成立の場合を定めた規定ということになる。やはり、違法性の意識の可能性のある場合の規定はないことになる。可能性説からは、前述のように、一項と二項の関係の不明確性が批判される。このような規定になれば、一項は広くあてはめの錯誤を定め、違法性の意識のある場合とこれを欠くが違法性の意識の可能性のある場合の双方を含むと解することになる。このように、改正刑法草案二一条は、いずれの学説からも解釈の余地を残すことにはなるが、いずれの学説にとっても不明確な規定になることは否定できない。

第三の可能性は、可能性説の主張するように、また、西ドイツにおいてみたように、非難できない場合の犯罪不成立と並んで非難できる場合の故意犯成立を明確にすることである。西ドイツにおいては、(1)この問題について立法が必要であるとすれば、故意説に対する態度決定は避けられないとする立法者の姿勢、(2)学説において責任説が優勢であったこと、(3)判例において責任説の立場が確立していたこと、(4)刑法改正に先立って責任説の立場からの立法があったこと、(5)立法過程において学説との結び付きが密接であることなど、我が国とは事情を異にする点がある。<sup>(4)</sup>この相違が改正作業の経過における相違となって現れているともいえる。そして、故意説は過去の学説となったとされるわけであるが、それでも、故意説の立場から解釈したり、あるいは規定に適應できるように修正するといった努力が払われている。我が国において、このような規定となった場合、故意説からは、西ドイツについてみたように、(1)これを違法性の意識の可能性がなく過失犯不成立の場合、および違法性の意識の可能性のある過失犯の刑の軽減を定め

るものと解するか、<sup>(5)</sup>(2)実質的違法性の意識は故意に必要であるが、形式的違法性の意識は不要であるから、後者の場合を定めるものと解釈する余地は残されている。<sup>(6)</sup>あるいは、<sup>(7)</sup>(3)違法性の意識は事実上推定され、「相当の理由」とは、被告人がこの推定をくつがえすことができた場合として、實際上、可能性説と同様の結論が得られるとの見解からすれば、このような規定形式を受け入れることは可能であろう。

このように、立法の明確性と立法による特定の学説の固定化の回避という、矛盾するともいえる二つの要請をともに満たすことは困難であるが、第一、第二の可能性と比較して、第三の可能性が、最も難点が少ないように思われる。この点が承認されれば、学説との関係において問題のあった改正刑法草案二一条一項の『法律』を知らなかった」という文言、および同条二項の『法律上許されない』ものであることを知らない」という文言は、違法性の意識の欠如を示すものとして、『行為が不法なものであること』を知らない」と修正すべきであろう。<sup>(9)</sup>

(1) 柏木千秋・刑法総論(昭和五七年)二三七頁。

(2) 可能性説からは、改正刑法草案一九条、刑法研究会試案一六条一項の「罪を犯す意思」とは、犯罪事実の認識をいい、違法性の錯誤は故意犯となると解釈されることになるのに対して、必要説からは、「罪を犯す意思」には違法性の意識が含まれ、違法性の錯誤は過失犯となると解釈されることになる。

(3) 本稿二〇六号七一頁、二〇七号四三頁参照。

(4) 阿部・前掲植松還暦三〇八頁、三一五頁参照。

(5) Langer, GA 1976, S. 193 ff.; Schmidhäuser, JZ 1979, S. 361 ff.

(6) Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., 1976, S. 135.; Otto, Grundkurs Strafrecht, allg. Strafrechtslehre, 3. Aufl., 1988, S. 105, 237f.

(7) 「法律上の構成要件に属する事情を知らなかった者は、故意に行為したものではない」(一六条一項)と規定する西ドイツ

ツと異なり、「罪を犯す意思のない行為は、これを罰しない」（改正刑法草案一九条、刑法研究会試案一六条一項）と規定する我が国においては、このような解釈の余地はより大きいともいえる。

（８）大塚・前掲犯罪論の基本問題二七四頁。

（９）西ドイツ刑法一七条は、きわめて理論的であり、その文言も、錯誤の対象を「不法」として明らかにし、「弁識」として責任能力規定との関係を明確にし、禁止の錯誤が「回避しえなかったとき」は「責任なく行為したものである」として責任説に立つことを明示している。これに対して、我が国においては、あまり規定を理論化すべきではない（福田・前掲刑法雑誌一一卷一―二号六二頁）という考え方が強いことからすれば、違法性の意識の内容などについて、解釈の余地を残しておく方が適切であろう（内藤・前掲法学教室九〇号五七頁など）。

（３）次に、いずれの見解にとっても重要なのは、違法性の錯誤に基づく行為が犯罪不成立となる場合をいかに規定すべきかという問題である。本稿で概観したところから、第一の可能性は、アメリカのように、抗弁となる場合を個別類型的に規定することである。これは、抗弁となる範囲が比較的明確になるという長所がある。しかし、個々の事件の諸事情が重要であり、実質的判断が必要な責任阻却事由を過不足なく規定することはできないのではないか。<sup>（１）</sup>模範刑法典についても、そこに規定されている場合に免責事由を限定するのは狭すぎるといわれている。<sup>（２）</sup>このような規定形式になれば、限界のところ、どうしても限定的にならざるをえないように思われる。非難すべきでない場合が処罰されることのないようにするためには、ニュージャージー州のように、個別具体的な免責事由の例示の後に、一般的な免責事由を定める規定<sup>（３）</sup>を設けることが考えられる。違法性の錯誤についてのみ、このような規定にすることが、我が国の立法としてなじむものであるかは問題が残るところではあるが、参考になるように思われる。

第二の可能性は、オーストリアのように、一般的な免責の基準を規定したうえで、非難すべき場合の具体的基準の

例示規定を設けることである。このように、立法において、錯誤がどのような場合に非難すべきかを例示することは注目に値する。しかし、ここでも、過度に限定することなく基準を設定しようとする、解釈の余地がひろくなり、結局、例示規定としての実際の意義は必ずしも大きいものとはいえなくなるという問題がある<sup>(4)</sup>。

第三の可能性は、西ドイツ、スイス<sup>(5)</sup>、我が国のように、一般的な免責の基準を規定するにとどめ、具体的な解決は判例・学説の解釈に委ねることである。一般的基準をどのように規定するかについては、前述のように、さまざまな規定の仕方がある。(1)「回避しえなかったとき」は、何故錯誤が非難すべきでないのかを表現するものであり、「非難できないとき」より裁判官による道德化の危険が少ないとされる反面、そのような事実的・一面的な可能性判断で決定することができるとかという批判がある<sup>(6)</sup>。(2)「非難できないとき」は、基準の内容が明確でなく同語反復であり、また錯誤自体が何らかの落ち度に基づくだけで責任を認めることになる危険があるという問題がある<sup>(7)</sup>。(3)「相当の理由」は、裁判官による恣意的判断の危険、一般人ならば違法性の意識が可能であったという客観的基準の危険がある<sup>(8)</sup>。このように、一般的基準とする限りは、いずれにしても解釈によりその明確化、具体化が進められなければならないことになる。違法性の錯誤について行為者を非難することができないことを示すものとして、また解釈の余地が広く、他の考慮を入れることもでき、判例にも定着していることを考えると、「相当の理由」と規定することが妥当といえるようか。

そこで、いかなる場合に犯罪不成立となるかを明らかにしつつ、過度に限定することなく解釈の余地を残すとすれば、犯罪不成立となる場合として承認されていると思われる模範刑法典の類型を例示として規定し、その後「その他、その(行為が不法なものであることを知らなかった) ことについて相当の理由があるときは、これを罰しない」

と規定することも検討に値すると思われる。

- (1) Vgl. Alternativ-Entwurf, A. T., 1966, S. 57.
- (2) 平野・前掲刑法総論Ⅱ二六八頁、内藤・前掲法学教室九〇号五九頁。
- (3) N. J. § 2C: 2-4 (C) (3).
- (4) 内藤・前掲平場還暦四九七頁。Vgl. Schultz, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches 《Einführung und Anwendung des Gesetzes》des Schweizerischen Strafgesetzbuches, 1987, S. 51.
- (5) 「十分な理由」は、裁量的刑の減免のための要件であり、その意義は他の場合とは異なることに注意すべきである。
- (6) 平野・前掲刑法総論Ⅱ二六七頁。Vgl. Alternativ-Entwurf, A. T., 2. Aufl., 1969, S. 204.
- (7) 大塚・前掲法時二九卷二号三三頁、平野・前掲刑法総論Ⅱ二六七頁。Vgl. Armin Kaufmann, Festschrift für Ed. Schmidt, 1961, S. 328 ff.; W. Schneider, Die Vermeidbarkeit, des Verbotssittums, 1964, S. 27.; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotssittum, Vermeidbarkeit des Verbotssittums, 1969, S. 197 ff.
- (8) 阿部・前掲植松還暦三二七頁、内藤・前掲法学教室九〇号五七頁、大谷・前掲刑法総論第二版三一八頁参照。

(4) このように、違法性の錯誤について、犯罪不成立となる場合を認める規定を設けることになれば、学説・判例において重要となるのは、前述のように、違法性の意識の存否および違法性の意識の可能性判断の明確化ということになる。違法性の意識の内容については、(1)前法的規範違反の意識とする見解<sup>(1)</sup>、(2)法的に許されないとの意識とする見解<sup>(2)</sup>、(3)可罰的刑法違反の意識とする見解<sup>(3)</sup>が対立している。この対立は、問題となる違法性の錯誤の範囲の相違となつて現れる。また、違法性の意識の可能性ないし相当の理由については、(1)行為者にとって可能か否かを基準とする見解<sup>(4)</sup>、(2)一般人にとって可能か否かを基準とする見解<sup>(5)</sup>、(3)事実的可能性で判断することはできず、政策的判断を入れるべきであるとする見解<sup>(6)</sup>がある。このような対立が、具体的な行為の取り扱いについてどのような結論の相違を

もたらずのか、いかにして故意責任のある場合とない場合を具体的に限界づけるべきかを明らかにすることが、今後の課題である。<sup>(7)</sup>

(1) 瀧川幸辰・犯罪論序説(昭和二年)一二七頁、小野清一郎・新訂刑法講義総論(昭和三年)一五四頁、莊子邦雄・刑法総論〔新版〕(昭和五六年)三五〇頁など。

(2) 通説である。

(3) 町野・前掲上智法学論集二四卷三号二二六頁、内藤・前掲法学教室九〇号五二頁。

(4) 大谷・前掲刑法講義総論第二版三一八頁。なお、内藤・前掲法学教室九〇号五四、五七頁参照。

(5) 法務省刑事局・前掲改正刑法草案の解説六四頁、藤木英雄・行政刑法(昭和五年)七九頁。なお、神山・前掲一橋論叢九八卷五号二二頁参照。

(6) 平野・前掲刑法総論Ⅱ二六八頁。なお、内藤・前掲法学教室九〇号五四頁、本稿二〇七号五〇頁、本号一一三頁(西ドイツ、アメリカにおける議論)参照。

(7) なお、西ドイツにおいて議論となっている、未必的違法性の意識のある場合にも責任阻却ないし減少となりうるかという問題(本稿二〇七号五〇―一頁参照)は、違法性の意識の可能性と期待可能性との関係にかかわるものとして、今後検討すべき問題である。また、違法性の意識の可能性のある違法性の錯誤について、原則として責任が軽いとすれば、刑を軽減する場合としない場合を明らかにすることも解明すべき問題である。

これらの問題とは別に、オーストリア財政刑法九条のように、特に違法性の意識を必要とする犯罪、アメリカにおけるように、特別の主観的要素を要求する犯罪を規定するといった、個別的な解決方法も可能であろう。