

違法性の意識に関する諸問題についての再考*

王 玉 全
伊 藤 亮 吉・
楊 遠 寧(訳)

目 次

- 一 基本的立場
- 二 問題の所在
- 三 意思的要素の不可欠性
 - 1 学説とドイツにおける実務の状況
 - 2 意思的要素の必要性に反対する2つの理由と再考
 - 3 犯罪論と刑事政策的考慮
- 四 違法性の認識の判断基準
 - 1 違法性を疑うことは違法性の認識の最低限度か？
 - 2 明確性の原則に符合した制限
 - (1) 憲法上の法治国家原則と権力分立の観点
 - (2) 責任概念と刑事政策的観点
- 五 結論

* 本稿（原題は「不法意識諸問題之反思」である）は、平成27年6月26日（金）に名城大学で行った講演の原稿を加筆・修正したものである。

一 基本的立場

違法性の意識に関する問題は、主として、行為者の当該行為に対する規範の意味の理解と態度に関するものであり、禁止の錯誤（違法性の意識を欠如する場合、より正確には、違法性の認識を欠如する場合）の判断基準に関するものである。目的的行為論以降の犯罪構造論を基礎とすると、違法性の意識は1つの独立した犯罪責任要素であり、もう1つの主観的要素（構成要件の故意）の体系上の機能とは異なっている。この要素と判断基準は、犯罪責任という構成上の機能とは別に決定されるべきであり、構成要件の故意の研究成果¹を引き受けるだけで解決するものではない。違法性の意識の要素と判断基準が確定されると、禁止の錯誤の問題も解決されることになる。この推論は2つの前提の上に立っているので、検討を加えるに先立ち、この2つの基本的立場が確定されなければならない。これによって、基本的問題点の違いから様々な見解が現れて焦点がぼやけてしまうことを避けたいと思う。

1. 1点目は錯誤の定義に関してである。多くの学説の理解によれば、錯誤とは行為者の主観的表象と現実の客観的事実とが一致しないことを言う。ただし、この点については争いが無いわけではない。特にドイツ刑法典は、構成要件の錯誤を「法定構成要件に属する事情を認識していないこと」と定義し、禁止の錯誤とは「違法を行う認識が行為者に欠けていること」

1 ここでは「事実の認知的・意思的要素」からなる主観的要素（構成要件の故意）を研究対象の成果とする。事實的・法律的な知と意の体系における複雑な変遷をとげる中で、理論史からみると故意の問題は新古典学派の犯罪構造体系以前から存在しており、事實的・法律的な知と意を兼ねて含んでいる。Welzelが目的的行為論を提唱して犯罪構造体系へと導いてからは、「構成要件」は故意と違法性の意識を分けて、不法構成要件と責任という個々の段階に帰属させるという見解が主流となった。ただし、反対意見は少数ではあるが、その論証は極めて重視しなければならない。例えば、故意説の忠実な保護者であるSchmidhäuserによる故意性（Vorsätzlichkeit）の概念、国内の学者では許玉秀の一元論の立場による違法性の意識の欠缺すなわち主観的違法の欠缺による結論をあげることができる（見氏著『犯罪階層理論及方法論』（初版）69 - 70頁）。

と定義する。わが国の刑法にもこれと似た問題がある。すなわち、16条で禁止の錯誤を「法律の不知」と定義しているのである。

これを言い換えると、わが国とドイツの刑法の規定によると、ある行為が違法の性質を有すると知らないことは、禁止の錯誤を構成する。この点についてドイツ人学者の Arthur Kaufmann は次のように鋭く指摘する。すなわち、行為者に法規範の認識・表象が存在しない場合が禁止の錯誤を構成するものとする、これは「不一致」の場合に限られなくなってしまう、そしてこの問題点を基礎とする通説は不十分である²、と。この見解はもとより我々に反省するきっかけを提供した。だからと言って、これによって必ずしも前述の錯誤の定義を否定できるとは限らない。論理学から分析してみると、語句は1つの言語形式として、真か偽かをわける特徴を有しており、これによって肯定か否定かが判断される³。ある語句を否定するのは、この語句の否定の語句を肯定するものである。「一致」と「不一致」は互いに語句を否定するため、行為者の主観的表象と現実的側面が一致することがなければ、「主観と客観の一致」という言い方は否定される。行為者が主観的に全く表象をしていなければ、現実世界と一致することはできなくなってしまう。これでは「主観と客観の一致」という現象を否定するに等しく、「主観と客観の不一致」という言い方を肯定することになる。これは、錯誤の定義に対する前述の多くの学説と一致するものである。これに基づくと、行為者が当該行為が合法であると誤って考えた場合には禁止の錯誤を構成することとなる。すなわち、行為者が主観的に当該行為の法的評価について全く表象していなければ不一致に属し、禁止の錯誤を構成するのである。簡単に言えば、錯誤は2種類の認識上の瑕疵を含む。現実面に対する不知と誤認である。

2. 2点目は違法性の認識（違法性の意識のうちの「知」的要素）と禁

2 Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, S. 77.

3 Quine, Logik, S. 25.

止の錯誤との関係である。わが国とドイツの学説や立法においては、すでに述べたように、禁止の錯誤の必要十分条件は「行為の違法性に関する正確な認識を欠如していること」である。これは違法性の認識を欠如していることである。そのため、学説上両者の関係は「反面 (Kehrseite)」⁴、「両極 (Gegenpol)」⁵、「対立面 (Gegenstück)」⁶ であり、また、言語学的な用法によれば、両者は「相互補完的 (komplementär) 関係」⁷ にある。ちなみに、行為者が違法性の認識を有していれば禁止の錯誤ではなく、またその逆もそうである。

最後に説明すべきは、本講演で論じようとする主題は、近代刑法の責任と一般予防の研究成果⁸の上にあることである。ドイツ人学者の Frank は規範的責任概念を提唱したが、本稿もこれを支持する。これは換言すれば、行為者が期待可能性を備えているかどうかで責任を判断するものである。近年では責任概念に刑事政策的考慮を導入することは放棄できないが、両者は責任の構造の中で審査される。この見解から出発すると、行為者が違法な行為により刑事罰を受けるかどうかは、規範が行為者の合法的な行為を期待することができる他に、行為者を処罰することによって規範の安定効果が生じることに依存する。これは逆に言うと、もし行為者を処罰しな

4 Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, S. 33f; Fischler, Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, S.20, Fn.42.

5 Maurach/Zipf, AT/1, 38/1.

6 Spendel, Tröndle-FS, S. 89.

7 NK/Neumann, 17/9; ders., JuS 1993, S. 793. 同様の見解については, Maurach/Zipf, AT/1, 38/9; Arthur Kaufmann, Lackner-FS, S. 188. を参照。ここでの „komplementär“ とは、2つの言葉が対立していても相互補完的な関係をいい、そこでは一方はある状況になった時になったときに出現するが、他方は同時に出現することはできないのである。

8 これに対して、独自の予防効果の責任概念の支持者が Jakobs である。その代表的な著作である Jakobs, Schuld und Prävention, passim. を参照。しかし、Roxin はこれに極めて説得的に批判をする。Roxin, AT/1, 19/34f を参照。さらに、Schünemann, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: Bernd Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, S. 153ff. を参照。

いと法規範の効用が国民の信頼を失うのであれば、行為者を非難することが必要である、ということである。

二 問題の所在

通説の見解を受け入れるのであれば、違法性の意識は犯罪成立要件の1つである。これについて違法性の意識が犯罪を判断する上でどのような役割を果たし、どのような機能を備えるかを明確にしなければならない。どのようにして違法性の意識は具体的事案において行為が可罰的かどうかを確定するのか、ということである⁹。ここでは2つの最も意味があり、それと同時に最も争いのある問題を解決しなければならない。第一は意思は認識と同様に違法性の意識の構成要素たりうるのかどうかの問題であり、第二は認識的要素の判断基準の問題である。認識的要素が違法性の意識の必要条件であることに学説と実務で争いはないが、その判断基準については、明確で信頼しうる定説というものはない。

三 意思的要素の不可欠性

1 学説とドイツにおける実務の状況

ほとんどすべての文献においては、違法性の意識に意思的要素が必要かどうかの議論は、故意論の成果から導かれるということが記載されている。理論史的にみると、学説においても実務においても、また質的にも量的にも、構成要件的故意（客観的犯罪事実の主観的側面）に関する研究は、違法性の意識に関する研究を著しく凌駕している。しかし両者はともに主観的犯罪構成要素でもある。そのため違法性の意識の問題を議論する際に、常に故意論の成果を参考にするとしても、それは決して不思議なことではない。疑うべきは次のことである。すなわち、両者は犯罪成立のための判断としては分かれており、体系上の構造と機能は決して同一ではなくても、

9 Jescheck/Weigend, AT, § 21. を参照。

この相違が犯罪論上必要な区分をすることに正当な理由があれば、違法性の意識を考察するときに故意論の成果を引用するという事態を予見することはできるけれども、そのように推論した結論が必ずしも合理的であるとは限らない、ということである。

通説によると、違法性の意識と構成要件の故意としての意思の判断は同じようである。行為者が行為について法が許さないと認識した場合に、その認識を受け入れたり、認容したり、この可能性を甘受するかどうか、違法性の意識の存在を肯定する基準となる¹⁰。ここで気づくのは、通説の見解が未必の故意と認識ある過失の限界線を完全に違法性の意識の有無の判断に移していることである。未必の故意に意思的要素が必要かどうかは、近代刑法解釈学 (Dogmatik) において論争されており、理由不足の状況下にはあるけれども、この判断は主観的構成要件の基準を責任領域で運用するものである。これに対しては次第に異論が生じてきた。すなわち、違法性の意識において意思的要素を判断する必要性に疑問が提起されるようになったのである。そこでのかなり説得力のある論証¹¹によって、通説に反対する見解は徐々に有力な見解へなっていくた。

両者の見解を比較すると、故意論において意思的要素を必要とするという見解からは、違法性の意識の判断においては、違法性の認識を除いて、行為者は違法状態を生じることに対する意思を備えると、違法性の意識を有することになる。そして、これに反すれば逆となる。しかし前述したように、犯罪成立の判断について言えば、故意と違法性の意識は区別して処理されなければならない。ドイツ連邦裁判所の 1952 年判決は基本的な論調を確立し、違法性の意識は構成要件の故意とは異なる独立の責任要素で

-
- 10 ドイツ連邦裁判所は 1952 年 (BGH JR 1952, S. 285 を参照) 以降、このような見解にしたがう。例えば BGHSt 4, 1, 4; 27, 196, 202; また用語などの詳細はある程度異なるが、このような基本的立場は多数の学者の支持をえている。例えば、Maurach/Zipf, AT/1,38/34; Sch/Sch/Sternberg-Lieben, 17/5; MüKo/Joecks, 17/23; Jescheck/Weigend, AT, § 4113. b)。
- 11 代表的見解として、例えば、NK/Neumann, 17/33; Warda, Welzel-FS, S. 500, 517f; Puppe, Rudolphi-FS, S. 234f; dies, AT, 19/10, 9/1ff.

あると明確に指摘した¹²。これによって、違法性の意識自体の体系的位置づけや故意論の成果によることなく、意思的要素を必要とする理由の是非を求めることは、説得力があろう。

2 意思的要素の必要性に反対する2つの理由と再考

「違法性の意識は知と意から構成される」とする通説に反対する見解の理由においては、次の2つの見解に注意しなければならない。

第一の見解は、錯誤と行為の主観的側面の関係から出発し、意思的要素の欠如が構成要件的錯誤を認める理由にはならないと考え、そしてこれと同様の理論を用いて、禁止の錯誤を判断する場合には、行為者は主観的に行為の違法性が具備する特別な内在的感覚や意思を要求しないというものである¹³。前にあげた2つの基本的立場を見ると、禁止の錯誤と違法性の認識は相互に否定されるが、それでは反対する見解の論述内容は適当なものとはいえない。この問題点としては以下のことを指摘することができる。すなわち、違法性の認識の欠如（禁止の錯誤）は責任阻却事由や刑の減輕事由であるが¹⁴、行為者が法規範に反するとの意思を有するのであれば違法性の意識は否定されない。言い換えれば、禁止の錯誤においては認識的要素だけが判断基準となるわけではない。違法性の意識は認識以外の主観的要素を放棄することを意味するものではないのである。

12 BGHSt 2, 194, 208. この判決はドイツの実務にとって重大な意味を有するとともに、ドイツ連邦裁判所が責任説を採用する明らかな証拠でもある。そして、制限故意説と責任説に関しては、なお少数の学者が支持している。例えば、Schmidhäuser, LB, 10/56; ders., JZ 1979, 368f; Langer, GA 1976, 213ff; Baumann/Weber/Mitsch, AT, 20/31, 21/39.

13 Warda, Welzel-FS, S. 523ff.

14 わが国の立法もこのような区別を採用し、禁止の錯誤では避けることができるかどうか法的効果にとって決定的なものである。禁止の錯誤を避けることができないのであれば、行為者は主観的に非難をすることができないので、責任阻却事由となる。また、禁止の錯誤を避けることができる場合には状況により刑を減輕する事由になる。そして、裁判官は情状により刑を減輕することができる。詳細については、鄭逸哲『法学三段論法の刑法と刑法基本句型』117 - 119頁。

避けることのできない禁止の錯誤を例にすると、行為者は行為の違法性を認識していない状態にあることから、この状態は避けることができないということになる。行為者は法規範を正確に認識することができない。不知であることから行為者は法が決定する行為モデルに従うことのできない状況にある。換言すれば、法規範の観点からみると、行為者の違法な行為は主観的には法に対抗する意思によるものではない。避けることのできない禁止の錯誤について通説は非難可能性が欠けることから責任が阻却されると考えるが、その理由は、行為者が特に法に敵対する態度をとらずに行為をするところにある。刑法が非難しなければならない態度は認識的要素ではない。行為者が法規範をいかに確知しようとも、それは処罰を受けるに至ることの理由とはならない。行為者が正確に自分の行為の違法性を認識しているにもかかわらず、なおこの行為の実現を決意すれば、このような行為は刑法的非難の対象となる。意思的要素は完全に責任の基礎を構築し、違法性の意識の不可欠な要素である。

第二の見解は、ある学者が指摘するところによると、行為者は自分が引き起こしたり引き起こすことができたりする事態については意思を持ちうるが、すでに確定した現行の法規範は人の意思の対象とすることはできない¹⁵、という主張である。

この反対説は第一の見解と同様で、推論自身には何ら問題はないものの、議論の対象と結びつくと誤りが生じる。違法性の意識の対象は、正確には法規範それ自身ではなく、行為と法規範の関係である。行為を刑法的観点から見ると、何を処罰するか判断は行為を基礎としなければならず、行為者が主観的に法的に非難される要素を有していると判断すると、行為者は法規範の意義を正確に理解しているだけでなく、このような理解にしたがうことを含めて、自己の行為を正確に評価しているものといえる。これと同様に、意思の対象は法規範でなく行為がもたらす違法状態である。行

15 Puppe, Rudolphi-FS, S. 235.

為者は当該行為の計画を正確に評価した後に、意図的に当該行為を通じて違法な現象を作出した場合には、意思的要素を備えているものといえる。すなわち、行為が違法の特性を備えていると正確に認識して当該行為を実行すると、行為者は故意的に法に対抗したものとみなされ、このような主観的心理が刑法の非難の対象となる。これは責任要素である。

3 犯罪論と刑事政策的考慮

犯罪構造体系の機能を区別する際の違法性と責任という2つの構造は、刑事政策的には異なる目的を有するものである。前者は行為が法規範に反するかどうかの検証であり、後者は行為の違法性を確定した後に行為者にその違法な行為に対する責任を負わせることができるか（あるいは、別の角度からは、刑法が違法な行為をした者を非難することができるか）の審査を加えるものである。そして、それと同時に通説の見解を受け入れるのであれば、構成要件の故意は違法性に属し、違法性の意識は責任に属することになる。違法性の意識の判断において意思的要素が含まれるかどうかという検証だけではなく、独立して故意論での理由を出すことが必要である。

犯罪構造体系と責任論から出発すると、まずは期待可能性の問題に衝突する。規範的責任論によれば、責任の本質は意思決定 (Willensbildung) と意思活動 (Willensbetätigung) の非難可能性であり¹⁶、単なる認識ではない。法規範を認識しているだけでは刑法上非難することはできない。これとは反対に、わが国の刑法16条前段の「正当な理由があるまたは避けることのできない者を除いて、法律を知らなかったとしても刑事責任は免除されない。」との規定からすると、一般的に正常な状況においては、

16 規範的責任論の基礎を確立したのは、ドイツの刑法学者 Frank である。その理論的原型については、Frank, StGB, 18. Aufl., Anm. vor § 51 (S. 136ff.) を参照。規範的責任論の発展に関する紹介については、Welzel, LB, § 19 ; Maurach/Zipf, AT/1, 30/15 ff. を参照。ドイツの実務については、BGHSt 2, 194, 200, 209. を参照。

国民は法律を認識することが要求される。行為者が正確に法規範を理解して、自分の行う行為は違法であると知っていたが、それにもかかわらず最終的に規範に反して実行を決意したという心理的事実が、刑法上の非難の対象となる。

次に、積極的一般予防論 (positive Generalprävention) の観点からこの問題を考察する。積極的一般予防論は刑事政策的考慮から出発した観察モデルである。近年この考え方は責任の領域に導入され、学界で多くの注目を集めた。国内の学者はこの考え方を支持し始めた¹⁷。いわゆる積極的一般予防論は刑罰的目的として、一般国民をして法規範の存在と貫徹、これへの信頼の強化へと導くものである¹⁸。言い換えれば、違法な行為を処罰するかどうかは、個別の事件の処罰が法規範の実効性 (Wirksamkeit) に対して影響があるかどうかで判断するものである。違法性の意識を単純に認識的要素から定義づける見解を主張すると、法規範を主観的に認識すると違法行為の前提条件として処罰され一般予防効果を有することの説明ができない。それとは逆に、法実効性を維持することの要請からは、法律を知ることとは法律を守ることの前提ではあるが、法律を正確に認識していないとしても違反した場合には処罰の必要性が認められる。ドイツ帝国裁判所の時代においても、禁止の錯誤の処理方法として、法律の錯誤は宥恕されないものとされた¹⁹。

今日では刑罰規範はあまりに多く存在し、特別法による立法形式は天を覆い尽くすほどである。社会の構成員に対して正確な認識をもつことを要求する刑法の規定それ自体が期待可能性の要求を欠いている。そのため、

17 例えば、黄榮堅『基礎刑法學 (下)』(第3版) 649 - 651、673 - 674 頁、黄榮堅「故意的定義與定位」『刑罰的極限』(初版) 382 - 390 頁、許玉秀『犯罪階層理論及其方法論』(初版) 67 - 72 頁。

18 その他の参考文献としては、Roxin, AT/ , 3/26 を参照。

19 この論点は、文献上は一般的にはアリストテレスにまでさかのぼることができる。すなわち、"error juris nocet, error facti non nocet" (法律の錯誤は害するが、事実の錯誤は害さない) であり、これについては、Welzel, Naturrecht, S. 36. を参照。

現行法と多数の学説の主張は、違法行為に対する処罰を提示し、行為者が主観的に当該行為の違法性を認識することを必要条件とするが、これは十分条件ではない。犯罪成立における処罰の基礎は違法性の認識では足りず、法律に対する認識があるのにこれに応じないことが処罰の理由になる。行為者は違法行為をする際に当該行為が違法であるとの認識を有し、ある程度の「希望」²⁰あるいは「承認」をすることで当該行為は違法状態を形成する。刑罰をもって非難すべきは、この種の主観的態度である。この種の態度に対して刑罰でもって非難をすることで、積極的一般的予防の効果の達成は可能となる。単に法律を知っているにすぎないことを違法性の意識の要素であるとし、これによって処罰の理由を定め、理論上法律を知らないほどより優遇されることになるのであれば、法規範の信頼性を強化するという結論に不利なものとなってしまう。

四 違法性の認識の判断基準

前述した研究成果を受けると、故意と違法性の意識の区別は犯罪理論上必要であると確認できる。両者の認識対象の区分に関する通説²¹の定義を受け入れると、構成要件の故意の認識的要素は構成要件に記述される状況の認識であり、違法性の認識の認識的要件は行為に対する違法の性格の理解である。認識の対象によって本質が異なり、同時に適用される判断基準も異なるのである²²。簡単に言えば、人の事実認識には限界があり、行為者は行為を完成した後に、そこから因果過程はどのように進行するのか、

20 ここでの「希望」という表現は一般的な語意と異なり、刑法上の「意思」を指す。つまり、行為者は行為が法規範に違反していることの認識があり、その可能性を認容または無視することで意思の要求を満たすのである。

21 ここでの通説とは責任説に対する故意説を指す。故意説からは、故意と違法性の意識は責任要素である「故意性 (Vorsätzlichkeit)」の構成要素であり、判断する上で基準を区別する必要がない。ただし筆者は、故意説と責任説の区別は形式的で、法効力的に意味があると考え。これと同様の見解としては、Arthur Kaufmann, Lackner-FS, S. 186f. を参照。また類似の見解としては、Schewe, Bewußtsein und Vorsatz, S. 184f. を参照。

22 Schewe, Bewußtsein und Vorsatz, S. 185.

行為者の予想した結果が生じるのかは、確定しているわけではない。規範は人の創造物であるから、行為が規範的認識に達しているかどうかについて100パーセントの確信に至ることの表象は可能ではない。以下では、違法性の意識の特性について、その認識的要素の判断基準を探り出してみたい。

1 違法性を疑うことは違法性の認識の最低限度か？

まずは争いが無いところを排除する。行為者は行為の違法性を肯定すれば、違法性の意識を有しているのは当然である²³。行為者が当該行為を違法かもしれないが合法かもしれないと考え、つまり、いわゆる違法性への懐疑 (Unrechtszweifel) を有する場合には²⁴、違法性の認識があるといえるだろう。前者のように確固とした状況において回答を出すのではなく、行為者が自己の行為を違法かもしれないと認識することもあれば、あるいは、合法かもしれないと認識することもありうるのである。現代社会においては法規範は絶えず改正を繰り返しており、またそれと同時に立法者が多くの特別刑法を用いているという状況においては、行為者が当該行為の合法性に対する懐疑を抱く可能性も増加の傾向にある。このような事例において、行為者が違法性の意識を有するかどうかをどのようにして判断するかは、重要な意味があるものとおもわれる。

ドイツ連邦裁判所がこのような状況に対して出した基準は以下の通りである。すなわち、行為者が行為の違法の可能性を認め、その可能性を受け入れれば、違法性の意識がある、というものである²⁵。行為が違法の性質

23 ここで行為者の行為が合法であれば幻覚犯 (Wahndelikt) に属する。幻覚犯が可罰性を具備しない理由としては、行為者は規範的適用範囲の禁止を過大に評価し、さらに当該行為に対する不利な評価をもたらすが、規範的現実面については、当該行為は法益を侵害せずまた法義務も損なわないからである。Jescheck/Weigend, AT, § 50 を参照。

24 Sch/Sch/Sternberg-Lieben, 17/5; Lackner/Kühl, StGB, 17/4; BeckOK/Heuchemer, 17/11.

25 BGH JR 1952, S. 285; ebenso BGHSt 4, 1, 4; 27, 196, 202. 学説としては、

を備えることについて「ありうるとみる (Für-möglich-halten)」という基準は、ドイツの実務界だけでなく、多くの学者も好意的に受け入れ、違法性の認識の基準を判断する際の主流意見といえる²⁶。違法性が疑われる事例において、行為者の行為の決定は法益侵害あるいは規範違反の決定する可能性を必然的に含むものであり、このような考え方はまさに「ありうるとみる」の判断基準の基礎である²⁷。一般予防の観点からは、この見解は更に肯定されるべきである。行為者が当該行為の違法性をありうるとみているにもかかわらず、当該行為を止めることなく、このような規範を失望させる行為をする決定によって犯罪行為が行われたのであれば、それは法的安定性を低下させるものであることから、刑法上処罰して行為の瑕疵を明らかにするべきである²⁸。それと同時に、行為者がすでに行為の違法性に懐疑を抱いている場合には、伝統的な責任の考慮、つまりは期待可能性の観点から、行為者が当該行為の違法性をありうるとみれば、規範的にも行為者は当該行為を放棄することが期待される。ここでの規範は行為者をして当該行為に対して距離を維持することを期待するものであり、これは規範的責任論の要請にも符合するものである。

しかし、「ありうるとみる」とはどのような状況の下で合理的といえるのであろうか。

Armin Kaufmann, ZStW 70 (1958), S. 84ff.; Welzel, LB, § 22 1.g); Jescheck/Weigend, AT, § 4113.b); Maurach/Zipf, AT/1, 38/34; LK/Schroeder, 17/23; Lackner/Kühl, StGB, 17/4. を参照。

26 ドイツの実務としては、BGH JR 1952, S. 285. を参照。その後この基準をドイツ連邦裁判所は引き続いて引用しており、例えば、BGHSt 4, 1, 4; 27, 196, 202. 学説としては、Armin Kaufmann, ZStW 70 (1958), S. 84ff.; Welzel, LB, § 22 1. g); Jescheck/Weigend, AT, § 4113.b); Maurach/Zipf, AT/1, 38/34; LK/Schroeder, 17/23; Lackner/Kühl, StGB, 17/4. を参照。

27 Vgl. SK/Rudolphi, 17/12; ders, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, S. 188ff.; MüKo/Joecks, 17/23; Jescheck/Weigend, AT, § 41 3.b).

28 Jakobs, Schuld und Prävention, S. 10; ders, AT, 17/18ff. 類似の見解としては、Schünemann, Nulla poena sine lege?, S.14. を参照。

2 明確性の原則に符合した制限

(1) 憲法上の法治国家原則と権力分立の観点

刑法自身は一種の自由を制限するものであり、我々が特定の法益侵害行為をすることができないように制限するものである。刑法は我々に法益を保護する義務を課し、ひとたび刑法上の禁止規範・命令規範に違反すると、行為者は法秩序のうち最も厳しい制裁手段に直面しなければいけない。したがって、罪刑法定主義の原則から派生した明確性の原則は、国民に対して法規範を認識する機会を提供することにその目的があり、自己の行為による処罰を回避するため。それに加えて、刑法は一種の行為規範であり、一種の価値方向の命令であり、法文上一定程度の明確性の要請を満たさなければならず、国民に対して行為について知らせることのほか、裁判官に対してどのようにして法律を適用するかを知らせなければならない（それと同時に裁判官が規範を具体化する際に恣意に流れてしまうことを防止しなければならない）。これらはいわゆる明確性の原則の2つの目的である²⁹。簡単に言えば、2つの目的は権力分立の方式を通して国民の自由を保障するものである³⁰。少なくとも自由を制限する不利な影響は最小限に抑えられなければならない。この要請に基づいて、刑法による干渉は予見・推測できなければならない。立法者が法治国家の原則である明確性の要求に違反し、制定された法規範が国民に対して正確な認識と処罰の限界を理解する機会を与えなければ、このような誤解を生み出すような不利益を国民は負うべきではない。国家が法規範を認識する機会を提供しない場合には、行為者が行為の合法性に懐疑を抱いたとしても、この種の懐疑は国家が作り出したものであり、原則として違法性の認識の成立を排除すべきである。つまり、行為者の違法性への懐疑が法規範の明確性の欠如に由来し、行為者が主観的に当該行為の違法性を「ありうとみる」場合には、違法性の認識があることの根拠を認定することはできないのであって、行為者に不

29 詳細な説明としては、Schünemann, Nulla poena, S. 9f. を参照。

30 Schreiber, Gesetz und Richter, S. 214, 217ff.

利益を負わせるべきではない。

全体的に言えば、行為規範が不明確な場合には、国民はその理解にあたり困惑を引き起こす。ドイツ連邦裁判所の判断公式にしたがい、違法性の懐疑がある場合に違法性の認識があるとすると、国民の自由を過剰に制限する結果となってしまう。行為者が当該行為の合法性に疑問を抱く場合において、こうした疑念の源が立法者の過失にあることは当然であるが、行為者はなお行為の進行を放棄しなければならず、そのような行為について裁判官が違法性を確定した時には（裁判官はこのような法律の適用をする場合には、自らジレンマに陥ることとなる！）、それと同時に行為者には違法性の認識があることが認定されるのである。このような結果は明らかに憲法上の国民の自由を制限する必要的限界を超えるものである。

(2) 責任概念と刑事政策的観点

期待可能性の観点からこの問題を考察しても、同様の答えを得ることができる。伝統的な責任概念によると、行為者は刑法的非難を受けるからである。規範的観点からしても、行為者には法規範との衝突を避ける行為モデルが期待されている。ただし法規範自身が混沌としたはっきりしていない状態にあれば、法規範が国民に対して法に従って行動することを要求する立場をもたなくなるのは当然である。

再度一般予防の観点から、法規範自身が不明確であるとすれば、それは、立法者の過失それ自体が法を信用されない状態に陥らせることの主たる原因であり、このような規範に基づいて行為者を処罰するとすれば、国民を納得させるのは難しいであろう。明確な法律の規定により国民は可罰的行為の限界を確認することができ、行為規範の命令を確認すると、国民は法を遵守しようとする気持ちになるであろう。そのため、一般的に明確性の要求は一般予防の前提といえる³¹。規範自身が不明確な場合に行為の違法

31 Roxin, AT/1, 5/23; LK/Dannecker, 1/60.

性に疑念を抱いた行為者が非難されるとすれば、国民は国家の立法上の過失に対して、自分で難を逃れなければならず、どうすればよいかが分からなくなってしまう。そのようなことでは、刑罰は予防効果を喪失することになってしまうであろう。

五 結論

以上論じてきたところから得られる結論は次の通りである。

1. 違法性の意識のうち、意思的要素と禁止の錯誤の判断は直接的な関係はない。関係があるのは違法性の認識である。行為者が行為時に当該行為に対する正確な法的評価を有していない場合には禁止の錯誤となる。違法性の認識のもつ効果は、禁止の錯誤の成立を排除するだけであり、行為者の主観的な非難可能性を確認するものではない。違法性の認識は必要条件ではあるが、十分条件ではないのである。

2. 違法性の意識は責任の前提であり、意思をその要素としなければならない。法に対する違法性の認識があるだけでは、行為者を非難する理由とはならない。法規範を正しく理解していること他に、行為者は意図的に行為を通して違法状態を引き起こさなければならず、こうした法的に許されないとの意思でもって、刑法上の非難の対象となる。それと同時に、この判断基準と規範的責任論は一般予防論とも符合する。

3. 行為者が行為に具備された違法性をはっきりとは理解していない場合には、行為者の違法性の認識の有無の判断はどのようにすればよいであろうか。その基準は次の通りである。行為者が当該行為が違法な性質を有しているかもしれないと見ているかどうか、すなわち違法性に懐疑を抱いている場合、行為者が違法性を疑っている場合には、違法性の認識を備えている。ただし、これは法規範が明確性の原則の要求に合致することを前提とする。客観的に不明確な法規範は、行為者に対して正確な理解を要求することができず、またその適用範囲においても疑問を生じるので、行為者に違法性の認識があると認定するべきではない。この観点からすると、禁止の錯誤の規定は1つの調和手段ということになる。一方において、立

法作業に対して断固とした明確化を言い渡すものである。ただし、これが達成できるのはきわめてわずかでしかない（例えば数字でもって規範内容とするなど）。他方において、曖昧な範囲しか認められない法規範が、国民の自由を過度に干渉したり、国民を不利な地位に置くことは許されない。そのため個別の事件で、刑法の名宛人が正しく規範を理解できなかったり、司法機関が安定した規範の解釈をできなかったりした場合に、その原因が立法者の過失にあれば、それは避けることのできない禁止の錯誤なのである³²。

32 刑法の名宛人が規範を正確に理解できず可罰性の範囲を予測できない場合には、当該刑罰法規は明確性の原則に符合せず、違憲との宣告を受けなければならない。