

# 故意における「事実の認識」の意義に関する近年の議論状況

— ドイツ特別刑法における事実の錯誤と違法性の錯誤の区別について —

菅 沼 真也子

## I. はじめに

わが国の刑法は、38条1項において「罪を犯す意思のない行為は罰しない」として故意犯処罰の原則を掲げており、過失犯は、過失犯の処罰規定がある場合にのみ処罰されることが明示されている。故意犯としての重い責任非難は、わが国で通説となっている規範的責任論によれば、行為者が犯罪事実を認識し、規範に直面して反対動機を形成する契機を与えられていたにもかかわらず、反対動機を形成しなかったがゆえに基礎づけられる。

故意は、犯罪事実の認識と意思を必要とするが、このうち認識的要素に関して、犯罪事実の認識があったといえるためには、少なくとも構成要件該当事実の認識が必要となる。行為者が自己の行為に関するなんらかの事情の認識を欠いている場合、それは、構成要件該当事実の認識を欠いているか、自己の行為の違法性の認識を欠いているか、法律自体を不認識であるか、あるいは自己の行為の正しい法的評価の認識を欠いているか、のいずれかであることを意味している。

通常、事実の認識を欠く場合には即座に故意が阻却されるが、それ以外の場合には、これを欠いたことに相当の理由があるといえない限り、故意ないし責任は阻却されない、と理解されている。それゆえ、ある事情の不認識が事実の不認識にあたるのか、違法性の不認識にあたるのかは、犯罪の成否に大きく影響する。そうすると、客観的には構成要件に該当する行為について、行為者がこれを違法なものではないと考えたことの原因が問われなければならない。こ

の点、法的評価の誤りゆえに違法性の意識を欠いている場合、この誤りは違法性の錯誤とみなされるため、行為者が自己の行為の法的評価を誤った場合には、常に故意は阻却されない、と考えることもできる。しかしながら、法的評価の前提となる事情の認識は有しているものの最終的な法的評価を誤った場合、あるいは法的評価のために必要な構成要件外の規範を認識していなかったにすぎない場合であっても、その錯誤或不認識が適切な事実認識の獲得を阻害することがありうると考えられるため、これを常に単純に法的評価の誤りに過ぎないから違法性の錯誤に過ぎない、とすることはできない<sup>1)</sup>。このような理解には、正当化事情の錯誤が念頭に置かれている。すなわち、誤想防衛に代表される正当化事情の錯誤について、正当化事情がないのにあると行為者が考えていた場合、あるいは、正当化事情があるのにないと考えていた場合に、「正当化事情がある」、「正当化事情がない」という行為者の誤った認識は事実の錯誤なのか禁止の錯誤なのか、という問題が、法的評価の誤りをどのように理解すべきか、という議論と直接的に関連付けられる<sup>2)</sup>。

この問題が顕著なのは、構成要件が規範的要素を含む場合や、構成要件が非刑罰法規の規範を指示する形式で規定されている、すなわち白地刑罰法規の場合である。構成要件を充足するこれらの規範（以下、これを充足規範と呼ぶ。）は構成要件要素であるがゆえに、事実の認識があったと認められるためには、これらの充足規範に関する認識が必要となる。このような充足規範は、行為に関する行為者自身の法的評価が問題となることも多い。たとえば、「物の他人性」の認識というのは、物自体を認識した行為者において、行為者自身はその認識を所有権に関する民法上の規範と結びつけて、「他人の」物であるという評価を行って初めて認識されるものである。物の他人性については、これが故意の認識対象となることはほとんど否定されていない。そうすると、法的評価の錯誤には、構成要件的故意を阻却する錯誤と、これを阻却しない錯誤が存在する

1) *Roxin*, Strafrecht AT Band I, Aufl. 4, §12, 489 (Rn. 104).

2) 誤想防衛に関するこれまでの議論と判例に関しては、中村邦義「誤想防衛論」立石二六先生古稀祝賀論文集（成文堂、2010年）299頁以下に詳述されている。

ことになる。行為者が行為の法的評価のために必要な充足規範を認識していない場合は、いずれの錯誤にあたるのかが問題となるのである。

このような充足規範の認識は、特別刑法や行政刑法の領域で問題となることが多い<sup>3)</sup>。これらの法領域での処罰構成要件は、構成要件該当事実の認識の有無が当該規制法規に関する知識と密接に関連していたり、当該法規の具体的な規制事項を他の命令や省令に委任したりしているものが多く存在する。それゆえ、行為者が認識すべき構成要件該当事実として、当該構成要件外の諸規範や知識等ほどの程度含まれるかが問題となる<sup>4)</sup>。

法的評価の錯誤の区別は、結局のところ、故意における「事実の認識」をどのように捉えるのか、すなわち、故意の概念と関連している<sup>5)</sup>。この点について、ドイツでは近年、背任罪における財産保護義務違反の錯誤が禁止の錯誤に分類されることを示したMannesmann事例を契機として、事実の認識と禁止の認識の区別に関する議論が再燃している。そこでは、責任説において掲げられている故意概念では、法的評価の錯誤の区別が困難なのではないかが議論の対象となっている。

わが国では、ドイツとは異なり、解釈上は故意説も責任説も取りうる状況で

---

3) ここでいうところの行政法における犯罪とは、「法規の定めに基づく命令・禁止に違反するが故に、その反道義性、反社会性を有するにいたるもの」をいうとする通説的見解に従うこととする(福田平『行政刑法新版』(有斐閣, 1978年) 3頁、植村立郎「行政犯における故意」小林充・香川敏磨編『刑事事実認定: 裁判例の総合的研究・上』(判例タイムズ社, 1992年) 103頁)。

4) なお、ドイツにおいては、白地刑罰法規は、「制裁規範だけを含み、その補充を他の法律、命令、さらには行政行為にさえ委ねている構成要件」であると定義されており(Roxin, a. a. O (Anm. 1), §12, Rn. 99), 必ずしも補充規範が「法律以下の下位規範」や「行政機関の決定」に限定されず、法律(非刑罰法規)も含むとされる場合が多い(川口浩一「白地刑罰法規の錯誤における事実の錯誤と違法性の錯誤の区別」関大法学第64巻第2号51頁(2014年))。それゆえ、本稿においてはドイツの定義に従って、白地刑罰法規の認識の問題を、わが国における規範的構成要件要素に関する意味の認識や、非刑罰法規の錯誤の問題と関連付けて論じることとする。

5) Yamila Fakhouri Gómez, Vorsatztheorie vs. Schuldtheorie – Zum Umgang mit der Irrtumsproblematik bei normativen Tatbestandsmerkmalen und Blankettstrafgesetzen, GA 2010, 260.

ある。また、判例に関していえば、最高裁は違法性の意識不要説から明示的には判例変更していないものの、下級審においては故意説の考え方を採用してなされた判決が多くみられる状況である。一方で、学説においては、現在では責任説が多く論者に支持されており、もはや通説的地位を得ている。本稿は、このような状況にあるわが国の議論状況に鑑みて、責任説に基づく「事実の認識」の捉え方に対する近年のドイツの議論を参照して、責任説の解決すべき問題点を指摘するものである。

## II. Mannesmann事例の概要と故意論への影響

事実の錯誤と違法性の錯誤の区別は、古くから責任説と故意説の対立という形で議論されてきた。責任説は、違法性の意識を故意から切り離し、故意は事実の認識に尽きるものであって、違法性の意識は故意とは別個の責任要素であるとする。それゆえ、責任説においては、「事実の認識」とは、「行為の違法性を基礎づける事実」の認識<sup>6)</sup>、「法益侵害の発生する蓋然性があることを基礎づける具体的な事実の認識」<sup>7)</sup>、「行為規範（およびそれと関係する制裁規範）としての内容をなす事実」の認識<sup>8)</sup>、のように、事実の認識が行為者に違法性の意識を喚起するものであるか否か、とは切り離して定義される。これに対して、故意説は、違法性の意識を故意の本質と捉え、これと事実の認識は不可分であり、むしろ違法性の意識こそが故意の本質であるとするがゆえに、「事実の認識」は「違法性の意識を喚起しうる事実の認識」と定義されることになる。

周知のように、ドイツ刑法は、違法性の意識に関する判例変更ならびに法改正を経て、すでにStGB17条において責任説を採用することを明らかにしてい

6) 西田典之『刑法総論 [第2版]』(弘文堂, 2010年) 238頁, 山口厚『刑法総論 [第3版]』(有斐閣, 2016年) 200頁。

7) 山中敬一『刑法総論 [第3版]』(成文堂, 2015年) 319頁。

8) 高橋則夫『刑法総論 [第3版]』(成文堂, 2016年) 164頁。

る。それによれば、行為者が「法定の構成要件に属する事情を認識していなかった」場合（StGB16条）、すなわち事実の錯誤であれば故意は阻却される一方、行為者が「不法を行なう認識を欠いていた」場合（StGB17条）、すなわち禁止の錯誤であれば、故意の成否とは無関係の責任の問題として処理されることになる。それゆえ、責任説によれば、行為者が構成要件該当事実を認識したが、それは違法ではないと思っていたり、認識した事実に対する法的評価に関して錯誤に陥ったりしている場合は、禁止の錯誤として取り扱われることになる。

この議論が、ドイツにおいては、企業における背任罪の故意が問題とされた事案であるMannesmann事例と呼ばれる事例を契機として、近年、再燃している。ここでは、Mannesmann株式会社の取締役の業務に関する監査委員会の構成員であった被告人らが、同社がVodafoneに吸収合併されることがすでに決定していた時点で、過去の業績に貢献したことに対する報奨金として、貢献者らに合計数千万ユーロ支払うことを決定したが、被告人らはこれを自らの経営上の裁量の範囲内であると考えていた、という事案について、このような認識のもと行われた行為が、背任罪（266条）の構成要件である「……信任関係に基づいて行為者が負っている、他者の財産上の利益を保護する義務」に反する、という要件を充足するといえるのか否かが1つの争点となった。BGH第3刑事部は、客観的事実として、被告人らによる報奨金の支払い決定という行為は会社の資産の浪費にすぎず、会社の利益とはならないため、このような報奨金の支払いは被告人らがMannesmann株式会社に対して有している財産保護義務に反するものであると認めしたが、その際、被告人らの故意、すなわち財産保護義務違反の認識に関して、これは禁止の錯誤に当たるものであって、禁止の錯誤の回避可能性の有無で判断すべき事情である、と判示したことから<sup>9)</sup>、背任罪の構成要件要素である「義務違反」に関する認識は規範的要素の

9) BGH第3刑事部によれば、「(当該事案における被告人らの認識を)考えられうる被告人の表象の欠如ないし評価の欠如を事案に合致するよう分類することは……単純な形式の単純な適用によっては達成されえない。たとえば、背任の場合には、行為者の義務である財産保護義務に反している、という行為者の意識も故意の一

認識なのか、規範的評価の認識なのか、ということが大きな議論となったのである。

本判決の中で、BGHは、評価的要素を含む構成要件に関しては、義務違反性を基礎付ける事実の認識のみでは故意を肯定するには足りないとした一方で、義務違反性を基礎付ける事実認識があるにもかかわらず「自分はそれに反していない」と評価したことをもって故意を阻却する、とするのもまた妥当でない、として、故意の存否判断の際により詳細な考察を必要とすることを示し、最終的には、背任罪における義務違反の認識は禁止の認識であり、故意の存否には無関係であることを明言した。このようなBGHの判示に鑑みれば、本判決は、法的評価に関する錯誤であっても、故意が阻却される可能性があることが示されたものとしても理解されているが、本判決の帰結に対しては批判も多く、背任罪における義務違反の認識は事実の認識に含まれるべきである、と考える論者は多数存在する<sup>10)</sup>。

このような義務違反の認識というのは、法的評価の認識にあたるものであると考えられる。BGHのいうように、故意には構成要件の規範的要素を基礎付ける事実の認識のみでは不十分である場合があるとすると、いかなる認識があれば故意が肯定されるのかが、本判決を契機として改めて議論されるべき課題として認識されるに至っている。

---

部であるがゆえに、義務に反して行為していないという評価（の欠如）が常に故意阻却を導くことを認めることは、説得力のあるものではない。逆に、当刑事部は、次のような見解にも賛同しえない。すなわち、故意の行為を肯定するためには、行為者が自己の行為のすべての客観的義務違反を基礎づける実際の事情を知っていれば十分であり、このような事情の認識からの不適切な評価に基づいて獲得された、自身が財産保護義務に反していないという行為者の確信は、常に禁止の錯誤として評価されるので十分である、という見解である」とされた（NJW 2006, 522, 529 (Rn. 81-)）。

10) Lüderssen, Bemerkungen zum Irrtum über die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen im Sinne des §266 StGB, Festschrift für Christian Richter II, 373; Alaor Leite, Vorsatz und Irrtum bezüglich der Pflichtwidrigkeit bei der Untreue (§266 StGB) – Pflichtwidrigkeit als gemischtes Blankett- bzw. gesamtatbewertendes Merkmal?, GA 2015, S. 517.

### Ⅲ. 責任説における故意の定義の問題点

#### 1. 認識の対象に関する矛盾

事実の錯誤と違法性の錯誤の分水嶺となるのは、意味の認識の有無である。この意味の認識の有無の判断として、ドイツにおいてもわが国においても支配的見解であるのは、いわゆる「素人領域における並行評価」<sup>11)</sup>、あるいは「行為者意識における並行評価」<sup>12)</sup>の理論である。構成要件該当事実の認識というのは、記述的要素（「人」や「財物」）に関する感覚的な知覚と、規範的要素（「文書」や「わいせつ性」）に関する内心的理解を指しているが<sup>13)</sup>、並行評価の理論は、後者の規範的要素に関して、「素人的意味」や「素人的性質（Laienart）」という観点を導入することによって、意味の認識として、「行為者が属する社会の一般人の判断において理解されている程度の意味の理解」を要求する<sup>14)</sup>。それゆえ、同理論からは、充足規範への該当性の認識の有無は、素人的性質に従って判断されることになる。すなわち、行為者が、素人的性質に従い、各構成要件要素の法的・社会的意味内容を認識していれば、故意の認識的要素は充足される一方、行為者が対象を感覚的には知覚しており、その限りでは事実の完全な（いわゆる裸の）認識を有しているが、内心における規範的理解を欠く場合には事実の錯誤とされる、という<sup>15)</sup>。これに対して、白地刑罰法規の中の充足規範に関する錯誤の場合には、充足規範自体が構成要件要素となっていることから、並行評価の前提として、このような充足規範に関する認識が要求されることになる。そして、支配的見解は、錯誤が充足規範の内容や射程に関するものであった場合には、これを事実の錯誤とし、充足規範の存在に関する錯誤であった場合には、禁止の錯誤として取り扱う、と考える<sup>16)</sup>。

11) *Mezger*, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, 328.

12) *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, II. Aufl., 1969, 76.

13) *Roxin*, a. a. O (Anm. 1), §12, 478 (Rn. 89).

14) 福田平『全訂刑法総論 [第5版]』（有斐閣，2011年）108頁。

15) *Roxin*, a. a. O (Anm. 1), §12, 478 (Rn. 89).

16) *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrecht, 5. Aufl., 309.

しかしながら、規範的構成要件要素の場合も白地刑罰法規の場合も、当該法規が指示する充足規範の内容は、行為の禁止と結びつきうる。すなわち、これらの構成要件は、指示されている充足規範の内容を認識すれば、自己の行為が禁止されていることの認識が喚起されうる形式となっていることが多いために、責任説による故意の定義に基づいて、これを事実の錯誤とすることができるのが問題となるのである。たとえば、ドイツにおいては次のような例がよく取り上げられる<sup>17)</sup>。

事例1：猟師が、狩猟法 (BJagdG) 22条1項2文<sup>18)</sup>にいう狩猟期間外にキジを狩猟したが、この行為は39条2項3a号<sup>19)</sup>に反するものであった。39条2項3a号は禁猟期間に関する命令規定を指示する規定であり、指示された命令規定である狩猟期間に関する命令 (Verordnung über die Jagdzeiten) 1条1項14号には、キジの狩猟期間は10月1日から1月15日であることが規定されていた (それゆえ禁猟期間は1月16日から9月30日となる)。行為者に以下の点について錯誤がある場合、それぞれどのように処理されるのか。

- a) 行為者は5月15日にキジを狩猟したが、この時期に狩猟することが許されている他の鳥とキジを取り違えていた。
- b) 行為者は5月15日にキジを狩猟し、そのことについては正しく認識していたが、キジに禁猟期間が存在することを知らなかった。
- c) 行為者は5月15日にキジを狩猟し、そのことについては正しく認識していたが、自分が狩猟した日は禁猟期間ではないと考えていた (禁猟期間を誤って認識していた)。
- d) 行為者は禁猟期間や自己の狩猟した鳥がキジであることなどを正しく

17) 事例はいずれも *Gómez*, GA2010, S.260を参照した。

18) 連邦狩猟法22条1項2文「……狩猟期間以外では、野生動物の狩猟は禁止される……」

19) 連邦狩猟法39条1項3a号「22条1項2文に反して、故意または過失で野生動物に狩猟によって危害を加えた者は、秩序に反して行為している。」

知っていたが、実際にはまだ9月30日であったにもかかわらず、行為当日はすでに10月1日だと思っていた。

事例2：行為者が土地を売却したところ、その売却によって得られた利益は、所得税法（EStG）23条にいう10年以内に購入しかつ売却した場合にあたり、それゆえに所得税の支払いが義務付けられるものであった。しかしながら、行為者は、当該利益を所得税申告の際に申告しなかった。行為者に以下の点について錯誤がある場合、それぞれどのように処理されるのか。

- a) 行為者は、この種の取引に納税義務が課せられることを知らなかった。
- b) 行為者は、所得税の納税義務のある利益にあたるのは、土地の購入から1年以内に売却取引が行われた場合に限られると思っていた。
- c) 行為者は、納税申告を作成する際に、この土地の売買のことを忘れていた。
- d) 行為者は、土地の購入と売却の間に10年以上が経過していると思っていた。

上記の事例1は狩猟法と関連する事情の錯誤の事例であり、事例2は所得税法と関連する事情の錯誤の事例であるが、これらの規定のような規定形式は、特別刑法や秩序違反法にはよく見られるものである<sup>20)</sup>。これらの規定に関する錯誤として、行為者において充足規範の内容に関する認識を欠いている場合に、故意を阻却しうるか否かが問題となる。

白地刑罰法規においては、処罰構成要件は白地を充足する規範によって補完されるがゆえに、充足規範の指示内容を知らなければ、当該構成要件の事実の認識があるとはいえない。それゆえ、当該構成要件についての事実の認識がある

---

20) なお、Tiedemannは、秩序違反法11条は刑法16条、17条と完全に対応関係にあり、秩序違反法においても等しく刑法解釈学における錯誤論が当てはまる、と述べている。(Kraus Tiedemann, Zum Stand der Irrtumlehre, insbesondere im Wirtschafts- und Nebenstrafrecht, FS Für Friedrich Geerds, 97.)

といえるためには、充足規範に記述されている事情を「編纂(Zusammenlesen)」することが求められる<sup>21)</sup>。上述の狩猟法の事例でいえば、狩猟期間に関する命令に規定されている「狩猟期間は10月1日から1月15日」という事情を参照すれば、狩猟法22条1項2文の「狩猟期間以外」という要素は補完される。そして、野生動物の狩猟それ自体は中立的な行為であり、違法な行為ではないとドイツでは考えられているから<sup>22)</sup>、これが狩猟期間以外に行われた場合にのみ犯罪となるがゆえに、「行為日時が狩猟期間以外である」という事情は、故意の認識対象となる。

他方で、責任説の考え方を純粹に当てはめると、「不法を行なう認識」の欠如、すなわち自己の行為が禁止されているという認識の欠如は責任の問題となる。そこで充足規範において定められている「10月1日から1月15日の時期以外」という事情について考えてみると、このような充足規範の内容は、行為の違法性を確定するものであって<sup>23)</sup>、禁止の認識に結びつく。故意の認識対象となるはずである「行為日時が狩猟期間以外である」という認識、すなわち、「自己の行為日時が禁猟期間の定めにはまっている」という認識は、行為者が行為を行なった日時を認識したうえで、その日時での狩猟が法に反するか否かの評価にかかわる要素であり、この評価が正しく行われれば、行為者は即座に自己の行為が禁止されているという認識を獲得することができるために、直接的に禁止の認識を喚起する事情に当たる。さらにいえば、このような期間の定めは、「文書性」や「わいせつ性」のような規範的要素とは異なり、単に時期に関する事実的な要素であるから<sup>24)</sup>、規範的構成要件要素のように意味の認識は問題とならないことにもなる。それゆえ、このような認識は故意の認識対象とはならず、充足規範の不認識は禁止の錯誤として扱われるべきことになる。

---

21) *Gómez*, a. a. O (Anm. 5), 263.

22) *Gómez*, a. a. O (Anm. 5), 264.

23) *Jens Bülte*, Der Irrtum über das Verbot im Wirtschaftsstrafrecht, NStZ 2013, 67.

24) *Gómez*, a. a. O (Anm. 5), 264.

このような充足規範の認識の分類は、StGB17条の規定から読み取ることができるものである、と指摘される。StGB17条は、行為の禁止にかかわる錯誤は、もっぱら17条の領域であることを明らかにしている。そして、白地刑罰法規における充足規範の内容というのは、その充足規範において具体的に行為を違法とする事情が定められているために、行為の禁止にかかわる事情ということになる。このことから、白地を充足する規範に定められた事情は責任の対象となる。つまり、StGB17条を純粹に適用するならば、充足規範の内容は、禁止の認識にかかわる事情となりうる、との帰結に至ることになる<sup>25)</sup>。

上記の事例1の場合には、「10月1日から1月15日の期間以外」という事情は、行為の禁止にかかわる事情にあたるから、StGB17条に従えば、やはり禁止の錯誤として取り扱われることになりうる。そうすると、事例1においては、「5月15日にキジを狩猟した」という事実を行為者が認識しさえすれば、禁猟期間中にキジを狩猟したことを行為者が知っているか否かとは無関係に、故意が肯定されるという帰結を導くことになる<sup>26)</sup>。しかしながら、責任説の論者も「行為日時が狩猟期間以外である」という事情を故意の認識対象と捉えているのであるから、このような帰結は採用されないであろう。

事例2の場合にも、「10年以内に購入した土地の売買」という事情は、自己の行為が禁止されているという認識に関わるものであるため、故意の認識対象とはならず、行為者に「土地の売買により利益を得た」という認識があれば自己に課せられた納税義務を認識することができるから、租税逋脱罪における逋脱の故意が肯定されることになる<sup>27)</sup>。もっとも、このような帰結は学説においては否定されてない。他方で、物の他人性については、「他人の」という事情は民法上の所有権と結びついて禁止の認識を喚起する事情であるにもかかわらず

25) *Bülte*, a. a. O (Anm. 24), 67.

26) *Gómez*, a. a. O (Anm. 5), 263.

27) 租税法に関する錯誤については、中村邦義「ドイツ租税刑法における構成要件の錯誤と禁止の錯誤の区別について」産大法学49巻1・2号19頁以下(2015年)に詳述されている。

ず、故意の認識対象として認められている。そうすると、充足規範が処罰構成要件以外の規範の内容にかかわるものである事例の内部で、具体的な故意の認識対象に差異が生じることになる。それゆえ、故意を違法性の意識とまったく切り離れた事実の認識とすることによる矛盾がここにある、と指摘されている<sup>28)</sup>。

## 2. 問題点の解決策

### (1) 部分的な故意説の取り入れ

もっとも、違法性の意識とは切り離された客観的な事実の認識のみを故意の要素とすることによる問題性は、責任説の論者からも自覚されている。それゆえ、規範的構成要件要素や白地刑罰法規のように、充足規範の内容の錯誤或不認識が問題となるときには、例外として部分的に故意説の考え方を適用する、という考え方もかつては主張された<sup>29)</sup>。すなわち、これらの錯誤の場合に限り、故意を「違法性の意識を喚起しうる事実の認識」と捉えなおし、これに当てはまるときには故意を阻却する、というのである。しかしながら、このような考え方は実質的に責任説を放棄するものであり、責任説の立場に立つ論者においては、容易に採用できるものではないと思われる。

### (2) 禁止の錯誤における「回避不可能性」の拡張

責任説をあくまでも維持しようとする論者からは、StGB17条にいう錯誤の回避不可能性を広く認めることによって、責任説の作用を緩和しようとする考え方が示されている。Roxinは、租税逋脱罪における納税義務の認識等を取り上げて、「ある態度の社会的、法的な誤解が、非刑罰法規の規定に反する、あるいは禁止に反することによって初めて構成されるところでは……責任説であっても、故意説に相応する帰結に至ることになる。というのも、たとえば納

28) Gómez, a. a. O (Anm. 5), 264.

29) たとえば, *Lange*, JZ 1957, 234ff.

税義務の認識……は、これに違反する態度の違法性の意識と不可分に結びつくからである」<sup>30)</sup>と述べて、故意説と類似する帰結を導くことを認める一方で、現行法との調和を図り、禁止の錯誤の「法的意味での回避不可能性」を考慮する「やわらかな責任説」を主張する<sup>31)</sup>。これによれば、「法的意味で回避不可能な禁止の錯誤は、『行為者が、自己の行動が許されていると肯定したことについて理解可能な根拠を有しており、その結果、その錯誤に基づいて外部に現れた態度が当然に制裁を必要としない場合』に認められる」という<sup>32)</sup>。すなわち、17条における禁止の錯誤の回避不可能性を「禁止の認識を獲得することが事実的に見て不可能であった」という意味ではなく、「自己の態度が許されている、という行為者の確信が理解可能であり、かつ、客観的な判断者から見ても、行為者の法に対する忠誠 (Rechtstreue) に疑念を抱かない場合」には、「禁止を獲得することが法的意味で不可能であった」と捉えて責任阻却とし、結果的にこのような行為者を処罰しない、という形で錯誤を処理しようとする<sup>33)</sup>。このように理解することで、充足規範の不認識のような場合でも、17条と調和して解決することができる、とRoxinはいう。

このRoxinのやわらかな責任説は、充足規範の認識に欠ける行為者においては、責任説を採用する以上故意阻却とすることはできないが、故意犯としての答責性が阻却される、という考え方に基づくものであり<sup>34)</sup>、一部の論者には支持されている<sup>35)</sup>。たしかにRoxinのこのような説明は、ドイツの現行法と合致するものであるといえるが、部分的に取り入れた故意説の思考を責任説の緩和として説明することが理論的に可能であるか、という点については、検討の必

30) Roxin, Über Tatbestands- und Verbotsirrtum, Festschrift Für Tiedemann, 378.

31) Roxin, a. a. O (Anm. 1), §21, 945f (Rn. 39-41).

32) Roxin, a. a. O (Anm. 31), S. 376.

33) Roxin, a. a. O (Anm. 31), S. 379.

34) Roxin, a. a. O (Anm. 1), §21, 946 (Rn. 41).

35) たとえば, Konstantina Papathanasiou, Die Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Verständnishorizont des Täters – Vorschlag eines verfassungsbezogenen Kriteriums als Alternative zur Parallelwertung in der Laiensphäre, Festschrift für Klaus Roxin, 468.

要があると思われる。

### (3) 構成要件を不法の類型化と捉える理解

結局のところ、問題は、事実の認識と違法性の意識を完全に切り離して故意を定義することから生じると考えられる。故意を認めるために事実の認識が必要とされるのは、行為者の行為が禁止されていることの前段階として、行為者が第一に「自分が何を行なうか」を知っていなければならない、という前提から導かれる。これは、不法を理解している者は法的に重要な状況を認識することができる、と言い換えることもできる<sup>36)</sup>。ここでいう不法の理解とは、行為者が自己の態度をその主観的な評価に基づいて残酷であるとか非難されるであろうと理解している<sup>37)</sup>、ということではなく、個々の構成要件が有する具体的な規範の命令に対する違反を理解している、ということの意味する<sup>38)</sup>。

規範的構成要件要素や、充足規範の指示を含む白地刑罰法規においては、そこで指示されている規範を認識すれば禁止の認識が喚起されるがゆえに、これらの要素の認識と禁止の認識は一致することになり、それゆえに事実の認識と禁止の認識を切り離すことが困難となる。すなわち、これらの構成要件においては、故意が肯定されるために必要な事実の認識を確定するにあたって、実質的に、違法性の意識を喚起しうること事実の認識も考慮されることにならざるをえないという問題が生じることになる。上述の2つの事例に関していえば、「禁猟期間に狩猟する」という認識を有するためには、「行為当時は10月1日から1月15日以外の期間である」という認識とは切り離せないから、充足規範の認識が必要となる。他方、「土地の売買によって一定の利益を獲得した」という認識があれば納税義務の認識を喚起しうるといえるから、それにもかかわらず行為者が所得税を申告しなかったならば、「10年以内に取得した土地である」という認識がなくとも、租税逋脱罪の違法性を認識しうることになる。

36) *Gómez*, a. a. O (Anm. 5), 269.

37) *Roxin*, a. a. O (Anm. 5), 382.

38) *Tiedemann*, a. a. O (Anm. 21), 99.

構成要件は立法者によって不法が類型化されたものであり、行為者において、個々の構成要件の具体的な当為規範に対して違反していることが理解されている必要がある、という見解に立つTiedemannによれば、事実の認識と違法性の意識とは、次のような関係にある、といわれる。すなわち、事実の認識が行為者に不法の刺激をもたらし得るものであり、また提訴機能も有しているからこそ、故意の犯罪的態度として非難に値するものとなるがゆえに<sup>39)</sup>、行為者が自己の行為の法的評価を誤っている場合において、具体的な当為規範に違反していることの認識、すなわち「個々の構成要件に照らして、自己の行為は禁止されている」という認識を行為者が獲得するために、当該構成要件に関する法的評価が不可欠である場合には、故意を阻却する錯誤として捉えるべきである、という。自己の行為の違法性を認識するために不可欠な事情を認識していない者は、結局のところ、違法性の意識を持ち得ない程度的事实認識しか有していないが、このような者は故意の犯罪的態度を示しているとは言えないと考えられる、この場合には、「行為者が認識していた事情が違法性の意識を喚起するような事情であったか否か」が重要となる<sup>40)</sup>。Tiedemannは、「抽象的な禁止ないし命令が、構成要件がそれらの規範との関連がなければ不法に関して中立であるところでは、構成要件に妥当し、それゆえにその禁止ないし命令の認識は故意の要素となる」という見解を示している<sup>41)</sup>。先に挙げた狩猟法の事例がこれに当たるといえる。

このような理解は、一部の禁止の錯誤の場合に故意を阻却しようとするものであるから、責任説を明確に採用するドイツの現行法には合致しないため、ドイツの現在の通説とは離れたものであるといえる。さらにいえば、この考え方は、かつて強く批判された、ライヒ裁判所の考え方に近接するものである。すなわち、Tiedemannの展開する理論は、錯誤を刑罰法規の錯誤と非刑罰法規の錯誤とに分類し、非刑罰法規の錯誤に限って構成要件的錯誤とする、という

39) Tiedemann, a. a. O (Anm. 21), 99.

40) Tiedemann, a. a. O (Anm. 21), 109.

41) Tiedemann, a. a. O (Anm. 21), 99.

考え方に類似している<sup>42)</sup>。ライヒ裁判所がこのような考え方を採用したのは、責任説が法律上採用される以前の旧刑法下であったため、この見解は学説から多くの批判を受けたものの、法律と矛盾するものではなかった。しかしながら、現行のドイツ刑法の下では、このような見解をそのまま取り入れることは不可能となっている。それゆえに、Roxinらはあくまでも責任説の立場からこれを説明しようとする。もっとも、Tiedemannも自身の考え方は現行法に合致しないことを認めたとうえで、理論の内実と実質的な結論はRoxinの考え方とそれほどかけ離れたものではないことを主張している<sup>43)</sup>。また、Tiedemannと同様の考え方に基づいて、立法による解決ではなく、このような錯誤を「故意を阻却する法律の錯誤」と呼び、法律の錯誤の例外とすることで、17条と調和させて説明しようとする見解もある<sup>44)</sup>。

Tiedemannは、このような故意の概念を用いた解決策について、ポルトガルの立法例を引き合いに出して、EU内での統一的な錯誤の処理という観点から、この考え方を検討する余地がある、と述べている。ポルトガルの秩序違反法においては、禁止の認識が違法性の意識を持つために「理性に従えば必須である (vernünftigerweise unerlässlich)」場合には、禁止の認識は故意に属するという規定があり、禁止の認識が故意となる場合が明らかにされていることをTiedemannは指摘する。これは、刑法犯と秩序違反犯で故意の認識対象を分けることを明らかにしている立法例である。上述のような責任説の問題点の指摘が正当なものであれば、このような立法例は、責任説をすでに採用しているドイツ刑法にはもちろんのこと、故意説か責任説か明確にされていないわが国の刑法にとっても、参照価値のあるものであるように思われる<sup>45)</sup>。

42) たとえば、RGSt, 47, 282; 56, 337; 68, 225.

43) Tiedemann, a. a. O (Anm. 21), 108.

44) Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzschließendem und nicht vorsatzschließendem Irrtum, 1987; Herzberg, Vorsatzausschließende Rechtsirrtümer, JuS 2008, 385.

45) もっとも、ドイツのように、刑法と秩序違反法とが完全に区分されている法体系においてはこのような立法措置が可能であるとしても、わが国においては、こ

### 3. 小 括

以上のように、ドイツにおいては、故意の認識対象となる事実が行為者の行為の法的評価と結びつく場合には、事実の認識と禁止の認識が不可分となるために、そのような錯誤は事実の錯誤とすべきである、と考えられている一方で、StGB17条が、行為者において「行為時に不法を行なう認識が欠けている場合」には責任の問題となる、と規定しているがゆえに生じる解釈の矛盾について、いかに理論的に根拠づけるか、ということが、現在でも議論の対象となっている。それゆえ、いずれの見解に対しても、責任説の刑法上の妥当性の限界が表出している、との指摘は免れることはできないと思われる<sup>46)</sup>。

Roxinのいうやわらかな責任説や、Tiedemannの提言する故意の定義の拡張による解決、あるいは「故意を阻却する法律の錯誤」という枠組みを取り入れる見解というのは、いずれも方向性を同じくしているものである。ここでは、行為者の知的に誤った判断による行動は、行為者の倫理的・道徳的に誤った評価による行動とは非難の程度が異なる、という観点から出発し、特別刑法や秩序違反法における禁止の錯誤は、通常、行為者の知的側面に関する問題である、という理解がその基礎にある<sup>47)</sup>。これらの見解は、これを回避可能性のカテゴリーとして取り扱い、回避不可能な禁止の錯誤と捉えるか<sup>48)</sup>、故意の問題として処理しようとするのか<sup>49)</sup>、という点が異なるにとどまる。それゆえ、事実の認識が禁止の認識と結びつく場合にも故意の定義を維持するのか、これが維持できないことを認めて故意における認識の定義を変更するのか、ということが、ここでは議論の対象となっているといえよう。

---

のような理論には、かつての「自然犯・法定犯区別説」に対する批判が妥当することになると思われる。

46) *Gómez*, a. a. O (Anm. 5), 265.

47) *Tiedemann*, a. a. O (Anm. 21), 101; *Roxin*, a. a. O (Anm. 31), 382.

48) *Roxin*, a. a. O (Anm. 31), 389.

49) *Tiedemann*, a. a. O (Anm. 21), 108.

#### IV. わが国の議論への示唆

わが国においても、規範的構成要件要素の認識や、処罰規定が指示している充足規範の内容の認識に関する問題は、事実の錯誤と違法性の錯誤の区別の問題として古くから議論されている。これらの区別が問題となった事案の中で事実の錯誤とされた事案としては、たぬき・むじな事例<sup>50)</sup>、寺院規則事例<sup>51)</sup>、無鑑札犬撲殺事例<sup>52)</sup>、特殊公衆浴場事例<sup>53)</sup>、等がある。他方、違法性の錯誤にすぎないと判示されたものとして、むささび・もま事例<sup>54)</sup>、物品税法違反事例<sup>55)</sup>、無免許運転事例<sup>56)</sup>が挙げられる。他にも、租税通脱犯や道交法違反事例においては、所得の不申告ないし過少申告が通脱にあたることの認識や、追い越し禁止違反の罪における追い越し禁止区間であることの認識、あるいは、酒酔い運転罪の構成要件において必要とされている「(アルコールの影響により)正常な運転ができないおそれのある状態」であることの認識の存否の問題として現れ<sup>57)</sup>、特に酒酔い運転罪に関しては、危険運転致死傷罪における「(アルコー

---

50) 大判大正14・6・9刑集4巻378頁。

51) 最判昭和26・7・10刑集5巻8号1411頁。

52) 最判昭和26・8・17刑集5巻9号1789頁。

53) 最判平成1・7・18刑集43巻7号752頁。

54) 大判大正13・4・25刑集3巻64頁。

55) 最判昭和34・2・27刑集12巻2号250頁。

56) 最決平成18・2・27刑集60巻2号253頁。

57) アルコール影響型の自動車事故による人の死傷に関しては、危険運転致死傷罪の新設以降、行為者が自身の心身の状態としていかなる認識を有しているべきか、という問題が再燃している。すなわち、酒酔い運転罪が「正常な運転ができないおそれのある状態」にあったことが構成要件となっているのに対して、アルコール影響型の危険運転致死傷罪では、「正常な運転ができない状態」にあったことが構成要件になっている。それゆえ、重い危険運転致死傷罪が成立するためには、構成要件該事実の認識として、「(現実的に)正常な運転ができない状態であった」という認識が必要なのではないか、と指摘されるのである。一方で、飲酒運転に関しては、酔いが深まれば深まるほど、他の交通関係者に対する危険は高まる一方で、行為者の認識は鈍麻することから、あまりに高度の認識を要求することは困難であると考えられる。このことから、これらの犯罪において必要とされる行為者の認識について、今後検討の余地があると思われる。

ルの影響による) 現実に正常な運転ができない状態」の認識との区別も問題となりうる。

このような錯誤の問題を論じる際には、ドイツでは上述のような狩猟法違反事例が挙げられることが多いが、わが国では、これと類似するより理解しやすい事例として、遊漁券を購入しないで行われた水産動物の採捕行為と漁業法違反を挙げることができると思われる。鮎に禁漁期間があることや、サンゴの採取が禁じられていることから知られているように、わが国では、水産動物を保護するために、これらの採捕に関して漁業法や水産資源保護法等が定められており、規制の対象となる水産動物、具体的な禁漁区域や期間、あるいは禁じられる捕獲方法は、各都道府県の条例等に委ねられている。通常、漁協が管理する河川や海域で釣りをする際には遊漁券を購入する必要があるが、それを知らなかった場合や、当該区域が漁協の管理下にあることを知らなかった場合に、漁業法等の指示する充足規範の不認識をいかに取り扱うべきか、という問題は、まさに狩猟法の事例と同様のことが当てはまると考えられる。

また、今後故意の問題が生じることが予想される事案として、食品の表示の偽装の事案があることも指摘されている。2015年4月1日に施行された食品表示法において、表示義務違反に対する罰則が設けられた(食品表示法18条、19条)。同法18条においては、「食品関連事業者等が、アレルギー、消費期限、食品を安全に摂取するために加熱を要するかどうかの別その他の食品を摂取する際の安全性に重要な影響を及ぼす事項」(同法6条)について、同法4条1項によって内閣府令で定められる「食品表示基準に従った表示がされていない食品を販売した者」、ならびに同法19条において、「食品表示基準において表示されるべきこととされている原産地(原材料の原産地を含む。))について虚偽の表示がされた食品を販売した者」が処罰の対象となることが規定されたが、表示すべき内容は内閣府令によって定められる事項およびそれによって定められる食品表示基準によることになっている。このように、食品表示法上の刑罰法規が充足規範を含むものであるがゆえに、「表示基準の不知や誤解に基づく場合にも故意が認められるか」という問題が実務上生じることが予測される」とい

う<sup>58)</sup>。ドイツでは食品刑法にかかわる事例がすでにいくつか存在しているが<sup>59)</sup>、わが国においても今後このような事例が生じることが予想される。

冒頭で述べたように、わが国においては違法性の意識不要説から判例変更がなされておらず、下級審においては相当の理由に基づく違法性の錯誤が検討された事例は存在するものの、これが肯定された事例は数少なく、違法性の錯誤に基づく故意ないし責任阻却の範囲は非常に狭い。それゆえ、Roxinのように回避不可能性を拡張して違法性の錯誤を緩和しようとする考え方は、わが国の裁判実務に鑑みると、取り入れることが難しいと思われる。これまでの判例の状況を考慮するならば、一定の範囲で禁止の認識を故意に取り込むという理解のほうが、現状では妥当な解決策であると考えられる。

たとえば、特殊公衆浴場事例にこれをあてはめてみると、次のように考えられる。無許可で公衆浴場を営業していたにもかかわらず、行為者が無許可ではないと考えて浴場を営業したことについて、知事の許可なく公衆浴場を営業することを禁じる無許可営業罪<sup>60)</sup>の故意が問題となった本事案においては、被告人は、変更届による名義の変更が法令上不可能であることや、営業許可証を所持していなかったことは認識していた一方で、管轄機関等の指示に従って提出した変更届が受理されていたために、営業許可が得られたものと考えていた。被告人に「変更届による名義の変更が法令上不可能である」という認識があったことに鑑みると、少なくとも「被告会社に対する『正規の』営業許可はなかった」という事実の認識があったことは否定できないと思われる。しかしながら、ここで故意を認めるために必要なのは、「自己の行為が無許可である」という認識である。そして、「変更届が受理された」という事情が、自己の営業が無許可であることの認識、すなわち禁止の認識を有するに至るのを阻害する事情として考慮されたために、無許可であることの認識が否定された、と捉えられる。

58) 川口・前掲注4) 48頁以下。

59) BGH GA 1962, 25; AG Dortmund v. 10. 6. 2009 – 729 Cs–170 Js 3486/08–32/09.

60) 無許可営業罪（公衆浴場法2条1項）「業として公衆浴場を営業しようとする者は……都道府県知事の許可を受けなければならない。」

このように考えると、最高裁においては、「禁止の認識を喚起しうる事情の認識」の有無が、事実の認識の存否判断の中に取り入れられていると考えることができる。このような捉え方は、実務においては承認されているようであり<sup>61)</sup>、また、「被告会社に対し正規の営業許可はなかったとの認識があったとしても、県知事の変更届受理という特異な事情が介入したため、被告人がこれにより被告会社に対し営業許可があったと認識するに至ったときは……事実の錯誤として故意を阻却するという趣旨」である<sup>62)</sup>、という本判決の判例解説からもその傾向を読み取ることができるのではないと思われる。それゆえ、構成要件が指示する充足規範の内容が評価的要素を含む場合には、禁止の認識が故意に取り込まれる、との見方は、判例にも表れていると理解することができ、少なくともTiedemannの考え方とは調和するものであるように思われる。

#### IV. 結びに代えて

以上のように、ドイツにおいては、「法定の構成要件に属する事実の認識」の欠如は事実の錯誤として故意が阻却されるが、行為者が「不法を行なう認識」を欠いたとしても故意とは無関係である、という錯誤の区別では、理論的に説明が困難な事案が生じることが指摘されている。また、責任説の立場に立ちながら、特別刑法や秩序違反法に規定されている処罰構成要件において生じるこのような故意の問題を例外事例として捉え、部分的に故意説を取り入れたたり、責任説を緩和しようとしたりとすることは、これらの法規が刑罰法規の多数を占めていることに鑑みると、「その例外が実際には通常の事例であるように思われるほどに数が多くなる」とも指摘される<sup>63)</sup>。それゆえに、このような問題点の解消のためには、一定の範囲で故意ないし責任の定義を改めることの必要

61) たとえば、菊池則明「事実の錯誤と違法性の錯誤」池田修・杉田宗久編『新実例刑法 [総論]』（青林書院，2014年）223頁。

62) 香城敏磨『最高裁判所判例解説刑事篇平成元年度』260頁。

63) *Gómez*, a. a. O (Anm. 5), 267.

性が提示されているといえる。

翻ってわが国についてみると、事実の錯誤と違法性の錯誤の区別は、上述の公衆浴場事例に見られるように、意味の認識の問題として取り扱われることが多いように思われる。これは、いまだ違法性の意識不要説から明確に判例変更されていないことが1つの要因であるとも考えられるところ、このような錯誤の区別の問題を意味の認識ではなく違法性の錯誤の側から考察しようとする視点を取り入れることや、責任説を明示的に採用しているドイツにおいて指摘されている問題点を把握することは、故意の適切な定義、ならびに実際の事例における妥当な解決策を導き出す端緒となるのではないかと思われる。

本稿は、責任説が解決すべき問題点を指摘するにとどまるものであるが、ドイツにおいては、上述の見解の他に、規範的構成要件要素の錯誤をより厳密に区別するという点に着目し、「素人領域における並行評価」という基準を見直そうとする考え方<sup>64)</sup>、ライヒ裁判所の採用した刑罰法規の錯誤と非刑罰法規の錯誤を区別する理論を基礎にして、これらの錯誤の定義を再検討して解決を試みる考え方もある<sup>65)</sup>。これらの見解についても、今後の課題として引き続き検討することとしたい。

---

64) *Papathanasiou*, a. a. O (Anm. 36), 468.

65) *Puppe*, Vorsatz und Rechtsirrtum, Festschrift für Herzberg, 275.