



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	違法性の意識に関する一考察　－その認識内容を中心として－
Author(s)	長井, 長信; NAGAI, Choshin
Citation	北大法学論集, 36(3), 133-236
Issue Date	1985-10-15
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16495
Type	departmental bulletin paper
File Information	36(3)_p133-236.pdf



違法性の意識に関する一考察

——その認識内容を中心として——

長 井 長 信

目 次

序 説

第一節 問題の所在

第二節 本稿の基本的視座

第一章 前法的規範違反の認識

序

第一節 アルトウール・カウフマンの見解

第二節 シュミットホイザーの見解

第三節 我国の学説・判例

第二章 一般的違法性の認識

序

第一節 メツガーの見解

第二節 ルドルフイの見解

第三節 西ドイツの判例

第四節 我国の学説・判例

第三章 特殊刑法的（可罰的）違法性の認識

序

第一節 F i c h ・シュレーダーの見解

第二節 町野教授の見解

第四章 私見の展開

第一節 批判的考察と私見

第二節 若干の具体的事例の検討

結語

序 説 問題の所在と本稿の基本的視座

第一節 問題の所在

一 違法性の意識⁽¹⁾（可能性）は「故意」の要素かどうかという問題は「故意」の体系的地位をめぐる議論と関連し、激しく争われてきたことは周知のとおりである。いわゆる「法律の錯誤」「禁止の錯誤」あるいは「違法性の錯誤」といったいわば「故意」の消極面についてその基本的な対立があったのである。学説は、故意に違法性の意識は要しないとする「不要説」⁽²⁾、その修正型として、自然犯には不要とするが法定犯には要するとする「自然犯法定犯区別説」⁽³⁾、故意には違法性の意識を要するとする「嚴格故意説」⁽⁴⁾、いわゆる法律の過失は故意に準じて取扱うべしとする「法律過失準故意説」⁽⁵⁾、違法性の意識の可能性を故意の要素とする「制限故意説」⁽⁶⁾、違法性の意識の可能性は故意とは独立の責任要素であるとする「責任説」⁽⁷⁾（この説も更に、正当化事由の錯誤を事実の錯誤とする制限責任説、これを違法性の錯誤とする嚴格責任説に細分される）に分類される。

このような学説の対立にも拘らず、我国の判例は、大審院以来一貫して、不要説の立場を堅持してきたとされる。最高裁も、自然犯・法定犯を問わず、違法性の意識は故意の要件ではないとしているのである⁽⁸⁾。判例はその理由について、次のように述べる。「犯意ハ犯罪ヲ構成スヘキ自然的若ハ法律的事実ノ認識ニシテ斯ル認識ニシテ存在センカ責任能力ヲ有スル通常人ハ所謂違法ノ認識又ハ意識ヲモ有スヘキヲ普通トスヘク又ハ少クトモ之ヲ期待シ得ヘク然ルニモ拘ラス尚且犯意ノ成立ニハ更ニ必ス違法ノ認識又ハ意識ヲ要スルモノトセハ或ハ責任能力ヲ有シ乍ラ道義心遵法心等ニ乏シキカ若ハ悪習墮落等ニ因リ之ヲ失ヒタルカ又ハ特殊ノ思想信念ニ基ク等ノ理由ニ因リ犯罪事実ニ対スル違法ノ認識又ハ意

識ヲ欠クカ如キ者ノ処罰ヲ逸スルノ虞アルノミナラス或ハ国家社会的秩序感ノ特ニ鋭敏ニシテ之カ為犯罪事実ニ対スル違法ノ認識又ハ意識ノ異常ニ深刻明確ナルカ如キ者ヲ却ッテ強キ犯意アルモノトシテ重ク処罰セサルヘカラサルノ不当ナル結果ヲ生シ從テ健全ナル通常人ノ道義的責任ヲ重ンスヘキ刑罰法規ノ目的ニ背反スル」と。⁹⁾また、「罪となるべき事実を」認識しながら犯行を取って以上は、その間に如何なる心理上の経過あるを問わず、その認識あるだけで通常抑制感情又は反対動機を起す期待可能性あるが故に法律的責任を認めて、その犯人を非難し処罰するのである。……〔中略〕……罪となるべき事実とは、刑罰法令各本条の前半に規定されている犯罪構成要件に該当する具体的事実をいうものである。その事實は、単なる赤裸々な自然的事実ではなく、当該法条立法の際禁止せんとした実質的違法にまみれ、これに化体した事実である。従つて、犯意ありとするには、かかる違法化した罪となるべき事実を認識するを以て足りるのである。この意味において犯意の成立には違法性の認識を要しない」とも判示されている。¹⁰⁾

判例が不要説を採用していることの根拠として、刑法第三八条三項の文言上の解釈問題に加えて、次の諸点が挙げられよう。(1)「法の不知は害する」「法律の不知は何人をも許さない」という法格言はローマ法以来の伝統であり、(2)法律は他律的規範であり、その適用を受ける者が規範の意味を知る必要はない。あるいは、(3)国民は全て法を知っているはずである。¹¹⁾更に上記判示において明らかにされているように、(4)刑罰法規に規定されている犯罪構成事實は、単に裸の自然的事実ではなく、価値に満ち、実質的違法を担った事実であり、責任能力者であれば犯罪構成事實の認識により違法性の意識をもつことは通常のことであり、またそれを期待し得る。(5)故意に違法性の意識を要するなら、例えば規範意識の鈍磨した常習犯や、独自の思想・信条から自己の行為の正当性を信じてやまぬ確信犯ないし良心犯を処罰し得ず、かえつて規範意識に敏感繊細な者を重く処罰することになりかねない。(6)必要説は行政取締法規のようないわゆる法定犯についても違法性の意識を要求するもので、違法性の認識がなかったという被告人の抗弁を許すことになり、裁

判所としては、法の不知の抗弁が増加すると、その主張の当否をその都度審査しなければならないので、刑事裁判手続が煩雑化する、¹²⁾といった理由が挙げられる。これに対して、(1)の理由は、その法格言があるからといって根拠とはならないとされ、(2)の理由は法規範の評価規範としての性質を強調したにすぎず、命令規範としての側面を看過するものであるとされ、そして、(3)の理由は単なる擬制にすぎず社会的現実に対応せず、何ら合理的根拠を持たないとされ、それらの論拠は、責任主義の理念に反するものとして多くの学説によって批判されているのである。¹³⁾そこで、残された問題として、(4)に関して、責任能力者であることと犯罪事実の認識とが直ちに反対動機の形成と結びつくのか、違法性の意識を故意に要しないとすることは、その反面において、事実認識としての故意について、単なる自然的・外形的事実だけでなく、より豊かな価値的・規範的事実についての認識を求めることになるのではないか、(5)に関して、果して違法性の意識は行為者固有の規範意識と同義なのか、自己の行為が客観的に妥当する価値秩序(規範)でいかに評価されるのかということの認識と、固有の価値表象にもとづく行為者自身の価値感情的意識とはこれを区別すべきではないのか、そして最後に、(6)に関して、国家の側の取締目的という積極的な刑事政策的考慮と、市民に対する責任原則の保障とをどのように調和させるのか、そして、それは刑事訴訟手続的にいかに調整されるべきか、といった問題が重要な意味をもつと思われる。

二 このような問題を意識してか、上述のような大審院・最高裁の態度は、近時、下級裁判所において修正されつつあることも、よく知られていることである。すなわち、いわゆる法律の錯誤について「相当の理由」があるときは故意を阻却すると明示する裁判例は既に昭和二〇年代後半から見うけられたが、昭和四〇年代に入り、いわゆる「黒い雪」事件において、法律の錯誤における「相当の理由」の判断基準につき、東京高等裁判所は、「被告人両名等本件映画の公開関係者は、右〔映倫〕審査の通過によって、本件映画の上映が刑法上の猥褻性を帯びるものであるなどは全く予想

せず、社会的に是認され、法律上許容されたものと信じて公然これを上映したものであることは……明白であり、映倫管理委員会制度発足の趣旨、これに対する社会的評価並びに同委員会の審査を受ける製作者その他の上映関係者の心情等、前叙のごとき諸般の事情にかんがみれば、……本件映画の上映もまた……法律上許容されたものと信ずることにつき相当の理由があつたものというべきであ」ると判示して、⁽¹⁵⁾ 具体的な判断基準を提示している点で重要な意義を有する。この「相当の理由」の有無による判断構造は、その後の判例においても維持・適用されているのである。⁽¹⁶⁾

平野博士が言われるように、「裁判所および検察官は、事件によつては違法性の意識がなかったとして無罪とするとに合理性があることは認めながら」、その判断基準が不明確であるため、不当に広く適用され、多くの無罪を生むおそれがあるとの危惧から、「違法性の意識の可能性が必要だという原則を正面から認めることを躊躇しているのが現在の法律状態だ」⁽¹⁷⁾ と言えよう。そしてこのことは、学説において近時、制限故意説および責任説といった違法性の意識の「可能性説」が有力に主張されている動向とも相応しているものと思われる。

違法性の錯誤の問題は、違法性の意識可能性説を中心として「学説、立法、判例三者が機能的にほぼ同じ方向に進展しつつあるといえるから、今後の課題は錯誤についての『相当の理由』の内容分析や類型化」である⁽¹⁸⁾とされ、⁽¹⁹⁾ どのような努力が現在推し進められているのである。

三 このように責任論のより実践的かつ重要な問題として、「違法性の意識の可能性」をいかなる基準で判断し、国家刑罰をどのように合理的に限定してゆくのかという課題が現在の刑法解釈学に与えられているのであるが、ところがそれではそこに言う「違法性の意識」とは、そもそもいかなるものか、どのような心理的実体を備えるときに行為者に対し反対動機を形成せしめ得るのか、そしてそれが行為者の責任を問うに際しどのように機能するののかといった問題は、これまであまり問題にされてこなかったように思われる。それは一つには故意の体系的地位をめぐる議論、あるいはそ

れと密接に関わる犯罪論の体系構成の問題といったいわば範疇論的問題に関心が向けられ、一つには、故意の本質をめぐる意思主義・認識主義の対立から、主として事実認識としての「未必の故意」の限界の問題について精力が注がれてきたことに⁽²⁰⁾、その理由があるようにも思われる。しかしながら今や我々は「違法性の意識」そのものを問題にすべきである。「違法性の意識の可_レ能_レ性」あるいは法律の錯誤についての「相当な理由」を検討する上でも、「違法性の意識」そのものの心理的実体ないしその実体的要件を探求することは、必要欠くべからざる基礎的作業であると考えられる。これは「違法性の意識」の概念規定の問題であるといつてよい。

ところで、違法性の意識は責任非難の中核を形成する、と言われることがある。違法性の意識は、行為意思に作用し、反対動機を形成し「規範」に従った行為へと動機づけることを可能にする心理的基盤であり、違法性の意識がありながら、つまり適法行為へ向かう反対動機を形成し得たにも拘らず当該犯罪行為へと決意した点に、意識的な反規範的態度、否認さるべき法的心情がみとめられ、「完全な責任非難」が肯定される、と言われるのである。⁽²¹⁾しかるに、行為者の「違法性の意識」をもつというこの具体的意味内容がここで明らかにされなければならない。即ち、行為者がいかなる種類の「規範」の下に自分の行為を包摂し、それをいかなる意味で「許されない」ものと考えているのか、つまり違法性の意識はいかなる種類の「規範」と関係しているのか、という問題があらかじめ確定されているのであれば「違法性の意識」と「違法性の錯誤」の限界、あるいは「完全な責任非難」と「減輕された責任」⁽²²⁾との区別を明らかにすることはできないであろう。そこで本稿においては、「違法性の意識」と「違法性の錯誤」との限界問題を解明するための前提的作業として、この違法性の意識の「認識対象・内容」の問題を取り上げることにした。

さてこの点について、これまで学説の中では、いわゆる自然犯・刑事犯に関して、違法性の意識にいう「違法性」とは、「反条理性」⁽²³⁾とか「国民的道義軌範違反」⁽²⁴⁾あるいは「道徳則に反する不正」⁽²⁵⁾といった前法律的規範違反として理解

説
論
する見解が有力に主張され、「反社会性の認識」を違法性の意識とする判例も見うけられることは周知のとおりである。これに対して現在の通説・判例は、違法性の意識にいう「違法性」とは「法律上許されないこと」、あるいは形式的な法律の規定ではなく「実質的な違法性」をいうものと理解している。ところが最近になって町野教授が、責任説の立場から違法性の意識には「可罰的刑法違反の認識」を要するものとされ、その所説を責任概念の中に刑事政策的考慮なしに刑罰目的論を導入する「可罰的責任論」ないし「実質的責任論」から基礎づけられた。⁽²⁶⁾そこで、行為当時刑罰威嚇

が行為を回避する動機付けとなりうるような行為者の心理状態が責任の基礎とされ、刑罰のもつ犯罪抑止効果が違法性の意識の問題に関して重視されているわけである。⁽²⁷⁾

このように、違法性の意識の認識対象として行為者の意識内容にどのような内実を求め、いかなる種類の規範を指定するかは、刑法の機能、刑罰目的をどのように理解するかという問題とも関連すると思われる。⁽²⁸⁾本稿ではこの点も留意しつつ従来西ドイツおよび我国で主張された違法性の意識の認識対象・内容についての議論を考察し、私なりの見解を提示してみたい。

(1) 「違法性の意識」(das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit)と「表現の他」⁽²⁹⁾「不法意識」(das Unrechtsbewußtsein)、「不法理解」(die Unrechtsinsicht)と「った表現が用いられることがあるが、これらは全て同義のものとして使用する。

「違法性の意識」は単に違法性の「表象」ないし「認識」に尽きるものではない。つまり、違法性の意識は、当該行為が何らかの意味で「許されない」ことについての明確な認識があることを意味するものではなく、それが漠然とでも意識されていればよいと言われるように(例えば、植松正「再訂刑法概論」総論(昭和四九年)二四四頁、大塚仁「刑法概説(総論)(増補)」(昭和五〇年)二九三頁)、明瞭な知覚作用ないし表象作用に限られるものではない。それは一種の法感情の存在である。「違法感」といってもよい。このような法感情を持つことによって、事実の表象に拒否的な感情が付与され、当該行為を思い止まるべきであるとい

う抑制的表象 (Hemmungsvorstellung) が行為者において作用することが期待されるのである (植松・前掲書一四四頁、Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949, S.100, 117, 150, 183; auch Karl Engisch, Tatbestandsirrtum und Verbotssirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW Bd.70, 1958, S.572f.)。けれども、かッペンミャー (Edmund Mezger) が、深層心理学の知見にもとづき、故意に要求される「現実的認識 (意識)」の中に「感情」の警告 (Gefahls-Wahrnung) という意識の周縁にある心理的現象をも取り込み、このような感情的な色調は、一般に事実認識よりは不法の意識に關してより証明し易いものであると主張したように (Mezger, Leipziger Kommentar, 8. Aufl. 1957, §59 Anm. II, 9 (S.482))、違法性の意識を、心理作用における「感情」的要素を含めたものとして理解する立場とも一致すると言えよう。このことは、「違法性の意識」が、事実認識としての「故意」とは異なり、何らかの規範的価値を認識対象とするものであるが故に、より一層感情的要素を伴いやすい側面を持つことから理解されよう (香川教授や内田教授はこの点で、違法性の意識のもつ「規範的側面」を強調される。香川達夫『刑法総論 (改訂版)』(昭和四七年) 八二頁、内田文昭『刑法Ⅰ (総論)』(昭和五二年) 一三三頁)。ここでは違法性の表象にもとづく動機形成過程が問題となるのであり、違法性の「認識」というよりも、行為者心理の全体 (認識的要素・感情的要素・意欲的要素) を指称するものとして、違法性の「意識」という方が適切であろう (M・E・マイヤーは、意思を意識の基本的エネルギーとして考えるヴァントのいわゆる統覚心理学に依拠して、意識的な心理活動を意思活動として捉え、意思は、我々を動かす意識的経過の総体であるとして意思責任を主張し、表象を外在する客体に対する心理状態ないし経過 (すなわち知覚・想起・想像心像) として理解し、感情はこの表象に付随して快・不快として意識される心理状態にすぎない、と主張したことであった。M.E. Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901, S. 25ff. insbes. S. 34 und S. 37 ff. 知・情・意のいずれを強調するかは、心理学研究史においても争われてきたところであるが、この三要素は行為者の心理活動を理解する上で、いずれも欠くことのできないものと思われる)。もともと、犯罪論体系の構成上、不法構成要件の要素を「法益侵害的意思態度」とし、責任構成要件要素としての「故意性」を認識的要素ないし情緒的要素から理解することにより、違法性の意識から意思的要素を排除するシュミットホイザーの立場 (これにつき本稿第一章第二節註(5)参照) に見られるように、意思的要素を体系上どこに位置づけるか、あるいは、違法性の意識には意思的要素を含まないのか、といった問題は別個の考慮を要することがらである。この点はいわゆる「未必の違法意識」の限界との関係で、稿を改めて論じられるであろう。

ところで本稿においては、違法性の意識の認識対象・内容を示す意味で、「反倫理性の認識」、「反社会性 (社会的有害性) の認識」

とか、「一般的違法性の認識」あるいは「可罰的違法性（可罰性）の認識」などの表現が用いられるが、勿論これは、上述の意味での違法性の意識の感情的ないし意欲的側面を看過しているわけではない。ただ違法性の意識は、何らかの規範的価値評価と結びつくものであるが故に、このような表象・認識によつてすに、当該行為を思い止まるべきであるという抑制的表象が作用しているものと言うべきではあるまいか。当該行為が何らかの意味で無価値であり、あるいは「許されない」ものであることの表象・認識があることによつて、行為者は反対動機の形成が可能なのであつて、この表象に付随する感情的側面は、その動機づけの強弱の程度を左右するものと言うべきではあるまいか。この意味で「違法性の意識」の存否^{①②}の問題は、その認識的側面において尽くされていると言つてよい。このような意味で、違法性の意識の認識的側面を強調することは許されよう。

違法性の意識が何らかの規範的価値判断の表象ないし認識であるとしても、それが行為者自身の固有の価値判断あるいは規範意識と同一に帰するのか否かは改めて問題とされなければならない（この点は本稿序説第二節、四で検討する）。更に、「違法性の意識」と、（構成要件の故意および違法を基礎づける事実の認識を含めた意味での）事実認識としての「故意」とは、その認識対象との関係でどのように区別されるのが明らかにされねばならないだろう。「故意」を自然的・社会的事実の認識といい、「違法性の意識」を何らかの規範的価値の認識（ないし意識）というも、とくに規範的構成要件要素や違法性を基礎づける事実の認識については、違法性の意識との区別が曖昧なものとならざるを得ないからである。しかしこの点は、「事実の錯誤」と「違法性の錯誤」をどのような基準によつて区別するのかという問題領域の中で具体的に論定するべきであらう。

（2）不要説をとる者として、泉一新熊『日本刑法論上巻（総論）』（昭和二年）四六八頁以下、莊子邦雄『刑法総論』（昭和四四年）五五六頁以下（もつとも教授はその後、必要説に改説された。後註（4）参照）。

（3）区別説をとる者として、牧野英一『重訂日本刑法（上巻総論）』（昭和二年）二一四頁以下とくに二一七頁以下、八木胖『刑法における法律の錯誤』（昭和二十七年）三〇二頁以下、坂本武志『刑法講義』（昭和四六年）一一一頁、一二二頁。

なお、牧野博士は、法律の錯誤が實際上問題となる法定犯につき、その独自の社会的責任論の立場からではあるが、違法性の意識（但し、博士は「違法の認識」という表現を用いられる）を要するとされ、不要説の権威的アプローチに対して批判的態度を表明されている。この点からすれば、博士の見解は、実は本来必要説に算入するべきものとして注目されよう（この点で、中山研一『牧野英一の刑法理論2』法律時報五二巻五号（昭和五四年）八四頁註（3）、大塚仁『犯罪論の基本問題』（昭和五七年）二七一頁参照）。

(4) 嚴格故意説をとる者として、瀧川幸辰『犯罪論序説(改訂版)』(昭和二年)一二七頁以下、小野清一郎『新訂刑法講義総論』(昭和五年)一五四頁、平場安治『法律の錯誤』日本刑法学会編『刑事法講座第二卷』(昭和七年)三五一頁、同『刑法総論講義』(昭和七年)九八頁以下、吉川経夫『改訂刑法総論』(昭和四七年)一九〇頁、植松正・前掲書二四四頁、大塚仁・前掲二九二頁、同・前掲『犯罪論の基本問題』二七〇頁、内田文昭・前掲書三三三頁、岡野光雄『故意』中山他編『現代刑法講座第二卷』(昭和四四年)三〇三頁、中野次雄『刑法総論概要』(昭和四四年)四〇頁、莊子邦雄『刑法総論(新版)』三一九頁、三四九頁以下、柏木千秋『刑法総論』(昭和五七年)一二六頁、必ずしも明確ではないが、中山研一『刑法総論』(昭和五七年)三四九頁、三三三頁、三五四頁註(4)及び三七二頁、更に日高義博『Ⅱ 嚴格故意説からの反論』植松正他『現代刑法論争Ⅰ』(昭和五八年)二一五頁以下など。

(5) 準故意説をとる者として、宮本英脩『刑法学粹』(昭和六年)三〇三頁、斎藤金作『刑法総論(改訂版)』(昭和三〇年)一九六頁、草野豹一郎『刑法要論』(昭和三一年)八九頁、下村康正『違法性の過失』日沖憲郎博士還暦祝賀『過失犯(1)』(昭和四一年)一四九頁、佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(昭和五六年)二七八頁など。

(6) 制限故意説をとる者として、井上正治『刑法学(総則)』(昭和二六年)一四四頁以下、不破武夫『井上正治『刑法総論』(昭和三〇年)一四二頁、団藤重光『刑法綱要総論』(昭和三二年)一三三頁以下、同『刑法綱要総論(改訂版)』(昭和四四年)二九二頁以下、板倉宏『租税刑法の基本問題』(昭和三六年)一五三頁、日沖憲郎『法律の錯誤』平野龍一他編『判例演習刑法総論(増補版)』(昭和四四年)一二五頁、平出禾『刑法総論』(昭和四八年)一五九頁、藤木英雄『刑法講義総論』(昭和五〇年)二七七—八頁など。

なお、ドイツでは、「制限故意説」(eingeschränkte Vorsatztheorie)とはメッガー(Edmund Mezger)の「法盲目性」ないし「法敵対性」の理論を指すものとされる(vgl. statt Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Teilband 1, 6. Aufl. 1983, S. 489f.)が、本稿では我國の慣例に従うことにする(この点、町野朔『違法性』の認識について)上智法学論集二四卷三三三頁(昭和五六年)一九五頁註(3)、松原久利『違法性の錯誤に関する一考察(一)』同志社法学三四卷三三三頁(昭和五七年)八六頁註(1)も同様。

もっともメッガーはその理論を「行状責任論」によって支えており、「人格責任論」の採用によって主張される我國の制限故意説と共通のものと見えよう。この点につき本稿序説第二節註(3)参照。

(7) 責任説をとる者として、吉田常次郎『法律の錯誤に関する若干の考察』法学新報六三卷七号(昭和三一年)一頁以下、木村龜二

【刑法総論】（昭和三四年）三一九頁、大野平吉「禁止の錯誤の關する一考察」法学二五卷一号（昭和三六年）一五三頁以下、青柳文雄「刑法通論Ⅰ総論」（昭和四〇年）二七八頁、平野龍一「刑法総論Ⅱ」（昭和五〇年）二六三頁、西原春夫「刑法総論」（昭和五二年）四一六頁、香川達夫「刑法講義（総論）」（昭和五五年）一二五頁、中義勝「講述犯罪総論」（昭和五五年）一七五頁、福田平「全訂刑法総論」（昭和五九年）一七四頁、一九二一三頁、川端博「違法性の錯誤Ⅰ 問題提起と自説の展開」前掲「現代刑法論争Ⅰ」二〇五頁以下など。

このうち嚴格責任説を支持されるのは、木村、西原、福田および川端の各氏である。

（8）大審院及び最高裁判所の基本的態度につき詳しくは、福田平「総合判例研究叢書刑法（16）事実の錯誤と法律の錯誤」（昭和三六年）八六頁以下、同「注釈刑法（2）のⅡ」（昭和四四年）三六九頁以下、川端博「4 錯誤」西原春夫他編「判例刑法研究第三卷 責任」（昭和五五年）一三七頁以下など参照。

（9）大判昭和一六年二月一〇日新判例体系（刑法2）二五六ノ五一。

また、違法の認識を故意に要するとすれば法に無関心な者を利することになるとして不要説を支持するものに、大判昭和一七年二月二三日判決全集九輯一八号一三頁がある。

（10）最判昭和二六年一月一日五五刑集五卷一二号二三五四頁（斎藤悠輔裁判官の補足意見・二三五六頁以下）。

（11）これらの理由につき、例えば木村「刑法総論」三二二頁参照。

（12）この点を指摘する者として、川端・前掲論文（前註（8））一四三頁

（13）例えば、木村・前掲書三一二頁以下、福田・前掲叢書（前註（8））九六頁以下、中・前掲書一七八頁など。

（14）例えば、窃盜の予備段階にある者が私人が窃盜の現行犯人と誤信して逮捕した場合に、相当の理由があるときは故意が阻却されるとしたもの（東京高判昭和二七年二月二六日高刑集五卷一三三二六四五頁）、空出張であるのに偽って出張命令簿等に虚偽の記載をして、金員を不法に払い出し、その金員の一部を部下職員に配分するなどした被告人が、自分の行為は上級官庁から默認されたものと信じていた場合に、相当の理由があり故意が阻却されると判示したもの（高松高判昭和二九年八月三一日高裁判事裁判特報一卷五号一八二頁）、被告人が某村公平委員会の解職に従って行動した場合に、相当の理由があるので故意が阻却されるとしたもの（大阪高判昭和三一年一月二八日判例時報九九号二七頁）などがある。

（15）東京高判昭和四四年九月一七日高刑集二二卷四号五九五頁。

(16) 最近のものとして、例えば、「羽田空港ビルデモ事件」の第二次控訴審判決である東京高判昭和五一年六月一日高刑集二九卷二号三〇一頁、「石油ヤミカルテル生産調整事件」についての東京高判昭和五五年九月二六日高刑集三三卷五号三五九頁などがある。

(17) 平野・前掲書Ⅱ二六七頁。

(18) 三井誠・町野朔・中森喜彦『刑法学のあゆみ』（昭和五三年）二〇五頁。同様の指摘として、平野・前掲書二六七頁、川端博「違法性の錯誤」藤木英雄『判例と学説？ 刑法Ⅰ（総論）』（昭和五二年）一七八頁、林弘正「『違法性の意識』の今日の問題状況」中央大学大学院研究年報八号（昭和五三年）五三頁以下がある。

(19) 例えば、林弘正「西ドイツの判例における『禁止の錯誤の回避可能性の判断基準』について」中央大学大学院研究年報九号（昭和五四年）六三頁以下、松原久利・前掲「違法性の錯誤に関する一考察（一）、（二）」同志社法学三四卷三卷八二頁以下、同三四卷四号一二四頁以下（ともに昭和五七年）。

(20) 例えば、井戸田侃「故意の体系的地位——目的的行為論体系についての一考察——」立命館法学二〇卷一号（昭和三年）一頁以下、平場安治「責任と故意——事実的故意の体系的地位——第一部」刑法雑誌二二卷一号（昭和三六年）一頁以下、莊子邦雄「故意の体系的地位（一）」刑法雑誌一四卷一号（昭和四〇年）一二頁以下、中義勝「故意の体系的地位」平場安治博士還暦祝賀『現代の刑事法学（上）』（昭和五二年）一五一頁以下、中山研一「故意は主観的違法要素か——中教授の批判にお答える——」法学論叢一〇二卷五〇六号（昭和五三年）四七頁以下など。

未必の故意に関して最近のものとして、青木紀博「未必の故意の「一考察」同志社法学一六六号（昭和五六年）八三頁以下がある。
(21) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts II Lehrbuch, AT, 3. Aufl. 1978, S. 365. 松原・前掲論文（一）一一頁、莊子・前掲『刑法総論【新版】』三三四頁以下、三三三頁以下、三四九頁以下参照。

(22) ここでいう「完全な責任非難」とは行為者が事実認識としての故意と違法性の意識をもって行為する場合を指称する。それに対して「減輕された責任非難」とは、ともに違法性の意識を欠き、かつ、(1)構成の故意ないし事実認識としての故意のある場合（禁止の錯誤）と、(2)構成要件の故意をそもそも欠く場合（構成要件の過失ないし錯誤）を指称する。

(23) 瀧川・前掲書一二七頁。

(24) 小野・前掲書一五四頁。

- (25) 安平政吉「違法の認識と責任要素」木村博士還暦祝賀『刑事法学の基本問題(上)』(昭和三十三年) 五四四頁、五四六頁以下。
- (26) 例えば最判昭和二十四年四月九日刑集三卷四号五〇一頁、鹿児島地判昭和三十四年六月一九日判例時報一九〇号二一頁、長野地松本支判昭和三十九年二月二一日下刑集六卷一〇二号九〇頁。
- (27) 東京高判昭和四十四年九月一七日高刑集三二卷四号五九五頁(前註(15)参照)など、尚、最判昭和二十四年四月九日刑集三卷四号五〇一頁も参照。学説として例えば、団藤・前掲書(改訂版)二九一頁、平野・前掲書Ⅱ二六五頁、木村亀一『犯罪論の新構造(上)』(昭和四一年)三三三頁、吉川・前掲書一八〇頁、内田・前掲書三三三頁など。
- (28) 町野朔『「違法性」の認識について』上智法学論集二四卷三三(昭和五十六年)一三二頁以下、一三九頁以下。
- (29) 町野『犯罪論と刑罰論』長尾龍一・田中成明編『現代法哲学第三卷 実定法の基礎理論』(昭和五十八年)一三三頁以下とくに五一頁。
- (30) 刑罰目的論と違法性の意識の認識内容との関係を考察するものとして、vgl. K.H. Gössel, Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht, 1974, S. 159ff.

第二節 本稿の基本的視座

一 本論に入る前に、故意責任を問うには行為者はいかなる内心的態度にあるべきか、違法性の意識は「故意」の要件(要素)か否かという点につき、ここで予め私見を提示しておきたい。

上述したように、違法性の意識が故意の要件(要素)であるか否かにつき不要説、嚴格故意説、制限故意説、責任説などの対立があるわけであるが、犯罪論の体系構成上の問題はひとまず措くとして、ここではそれぞれの所説が責任非難の実質的根拠をどのような点に求めているのかという問題に限定して考察することとする。その際まず不要説は責任

主義の観点からはとうてい採用し得ないものであるので、^① 厳格故意説がそれを貫徹するなら、確信犯、常習犯あるいは激情犯などについては故意を否定せざるを得ないとして、それを修正する形で制限故意説が主張されたわけであるが、その主唱者である団藤博士は、制限故意説を「人格（形成）責任論」の立場からこれを基礎づけられる。即ち博士は、常習犯が行為時に違法性の意識が鈍磨し、行為を抑制する直接的動因を欠くにも拘らず、道義的に非難し得る理由につき、次のように言われる。「人格責任論の立場からすれば、

かような常習犯人は……〔中略〕……違法性の意識が鈍磨するにいたったことじたいに、人格形成についての非難を受けるべきである。当の行為における違法性の意識よりも、ここでは、むしろ行為の背後における人格形成に要点がある。したがって、当の行為については、規範を意識してこれに違反しようという意思ではなく、人格態度の直接的な反規性が、故意責任の本質をなす。ただし、規範によって禁じられた内容の事実つまり犯罪事実を表象している以上、行為者は規範についての問題（「人を殺してよいか」など）に直面する。……〔中略〕……犯罪事実を表象・認容して、しかもあえて行為に出る以上、そこには直接的な反規範的人格態度をみとめることができる」と。^②ここで「直接的な反規範的人格態度」とされているものは、しかし、行為者の意識においては、法規範に対する無意識的な（その意味で間接的な）態度であろう。博士は、常習犯人について人格責任論の妥当することを説かれ、更に、そこから犯罪事実の表象それ自体からただちに「直接的な反規範的人格態度」を導かれるわけである。

本説に対しては、違法性の意識の「可能性」という過失的要素を故意概念に導入するものであつて、故意と過失を混同するものであるとか、^③ 何故に違法性の意識が欠ける場合にだけ人格形成責任を考慮し、事実認識が欠ける場合にはこれを考慮しないのか不明である、との批判が加えられているが、より根本的な問題として、そもそも人格責任論を容認し得るかという点が重要であると思われる。しかし、人格責任論は否定さるべきである。法は人の人格・性格にまで

立ち入るべきではないし、常習犯も単なる性癖・性向によって犯行をくり返すものではなく、また過失についても責任の見地から説明し得るものであって、人格責任論をとる必然性はないと思われる。更に、犯罪事実の認識（表象）それ自体が「直接的な反規範的人格態度」と直ちに結びつくものでないことは、いわゆる法定犯（ないし行政犯）を想起すれば明らかであり、少なくとも、自然犯・法定犯に共通する刑事責任の一般的説明としては妥当でない、と言うべきものと思われる。⁹⁾「行為責任」及び「意思責任」を基礎として刑法上の責任論を展開すべきである。

二 次に、責任説の立場から福田教授は、事実の認識とその可能性についてはその間に質的差異が認められるのに、違法性の認識とその可能性の間には量的差異しか認められないことの理由につき、次のように主張される。責任判断の対象とされる事実的故意の認識内容は、価値判断から全く自由な裸の事実ではなく、違法を基礎づける価値にみちた事実であり、構成要件該当事実を認識して行為に出た行為者は規範の問題に直面しているのであって、反規範的態度は直接的であるのに反し、それを認識しない場合は規範の問題に直面せず、注意義務違反を通じて間接的に反規範的態度がみとめられるにすぎない。これに対して、違法性の認識は、単に違法の認識という心理的事実そのものとしてではなく、犯罪的意思決定に抵抗する規範的な意識として反対動機の形成がその形成過程において把握されるものであるから、違法性の意識の問題は、行為者人格に対する責任判断の中核的問題として、行為者人格の深みとの関連において、反対動機の形成が可能であったかどうかの問題であって、この場合、「行為の際に行為者が違法性を認識していたかどうかという心理的態度の差異は、責任非難の質的差異をもたらすものではない」とされるのである。¹⁰⁾また更に川端教授は、違法性を認識している場合と認識していない場合とでは、責任非難を基礎づける点では、質的に同じであり、価値秩序を侵害しようとする心情において差異は存在せず、ただ「違法性の認識があるばあいには、直接的な反規範的態度、すなわち『法敵対性』がきわめて強度であるが、違法性の認識の可能性があるとどまるばあいには、間接的な反規範的態度

度、すなわち「法に対する無関心」がみとめられ、法敵対性の程度が低いといえるのである」とも主張されている。¹¹⁾

これに対して、嚴格故意説の立場から大塚教授は、「違法であることを意識しつつ、あえてその行為を行う場合と、違法性を意識する可能性はあったが、現実には、その意識を欠いて行為した場合とは、行為者の心情自体はまったく異なるのであり、それに向けられる責任非難の程度も当然に異なる」と主張される。¹²⁾ 日高教授も嚴格故意説は必ずしも伝統的な道義的責任論あるいは倫理的責任観と結びつくものではないとされ、「違法性の意識を故意の要件とするのは、法規範に違反するという意志的態度を責任の評価の対象とするからである」と言われる。「違法性の意識の可能性があったとはいえ、行為者が違法性の意識を有していない以上は、行為の遂行が法的に許されないから止めようという意識は働かず、反対動機を乗り越えて犯罪を実現したという積極的な法敵対の実現意思を認めることはできない」とされるのである。¹³⁾

ここに見られるように、責任説と嚴格故意説との対立は、犯罪論体系をどのように構成し、故意ないし違法性の意識を体系上どこに位置づけるのかといった理論的対立や、常習犯等あるいはいわゆる法定犯・行政犯においていかにして処罰を確保すべきかといった刑事政策上の対立にもまして、行為者の法規範に対する心理的態度をいかに評価すべきかといういわば価値論的な対立に基因していると思われる。責任説の論者は、これをヴェルツェルのいう「責任倫理」(Verantwortungsethik)に求め、嚴格故意説の論者は、法規範に対する「心情倫理」(Gesinnungsethik)に求めているのである。換言するなら、「答責主義」と「認識主義」との対立なのである。¹⁴⁾

三 それでは我々はいかに考えるべきか。責任説は、責任非難は、行為者において行為時に、法的当為へと決意することが「可能」であった場合になされるとするものであるが、この可能性は、構成要件の故意のいわゆる違法性の意識「提訴(警告)機能」を前提とするものである。¹⁵⁾ そこでは現実的な違法性の意識と、欠如しているが可能な違法性の意

識との間の価値の根本的相異は曖昧なものとされ、自分の行為を法的當為に従って規整し得る可能性という答責原理が前面に現われているのである。⁽¹⁶⁾ ヴェルツェルは責任倫理の論理を、カントのいわゆる心情倫理を批判し政治家の職業倫理としては責任倫理が妥当すべしとするマックス・ウェーバーの議論に依拠して、展開した。⁽¹⁷⁾ だがしかし、政治家の職業倫理としての責任倫理がそのままの形で我々一般市民の刑法上の責任非難の領域にも妥当し得るか疑問であり、また、そもそもカント倫理学の理解としても心情倫理の側面だけを強調するのが正しいかどうか疑いの余地がある。即ち、カントが心情倫理を強調する際には、その前提として、(1)倫理的価値を目指した行為はまずもって「結果」によって「良い」ものとされ、次いで(2)この行為が実際に倫理的承認を受けるに値するか、更にそれに加えて何か別の要素が顧慮されるべきかという問題が設定され、ここに至って初めて「心情」的要素が考慮されるのである。行為それ自体と格率は區別され、行為の倫理的価値は、「義務に適った行為」(いわば倫理的結果)が利己的な動機からではなく「義務」(倫理的心情)から為されたことにあるのだ。⁽¹⁹⁾ カントは心情倫理と結果倫理との総合(Synthese)を目指していた、と理解することも可能なのである。⁽²⁰⁾ いずれにせよ、正しく理解された「心情倫理」は結果倫理ないし責任倫理を前提としているのである。この意味で責任倫理と心情倫理は責任判断の必要条件と十分条件の関係にあるといつてよい。

カントは、その動機が何であろうと或る行為と法則との単なる合致もしくは不合致を問題とする「合法(則)性」(Legalität)と、法則から生ずる義務の観念が同時に行為の動機でもあるような種類の合致・不合致を問題とする行為の「道徳(人倫)性」(Moralität)を區別したが、それはガラスがつとに指摘したように、⁽²¹⁾ 刑法の領域においては「行為無価値」(法的行為に対する価値判断として不法に位置づけられる)と「心情無価値」(法的心情に対する価値判断として責任に位置づけられる)の區別に相應するものである。⁽²²⁾ ラートブルフが述べたように、義務感情よりする義務履行に基づかない法秩序はきわめて不安定であり、法秩序は法的的心情を要求しかつ助長しているのであって、我々は、このよう

な「法的心情」を責任判断の基礎（ないし対象）に据えるのである。⁽²⁵⁾ その際、我々の理解している「心情」とは、倫理学上あるいは日常用語上通常理解されているような持続的な精神的価値態度（例えば平和主義的な心情の持主であるという場合）ではなく、具体的な個別行為に表われた法規範に対する精神的態度としての「個別行為心情」（Einzelhandlungsinnung）である。我々はこのような意味で、責任を、構成要件該当の違法な行為を前提としかつこれに関係するところの「法的に否認された心情」と規定する。犯罪の本質は、法益侵害に尽きるものではなく、法益を尊重せよという法規範の基本的要求に対する義務侵害（法の基本的価値に対する法的心情の背反性）の側面を持つことは否定し得ないと思われ、この義務侵害性が責任判断の基盤として的心情無価値を構成するものと考ええる。⁽²⁶⁾

このように責任非難ないし責任判断の対象を個別行為に現実化された心情無価値に求め、責任倫理と心情倫理は排斥し合うものではなく両者は責任判断の必要条件と十分条件の関係にあるとする価値論的考慮を前提とするならば、行為者が法益侵害ないし法義務違反を意識的に行なうのと無意識的に行なうのでは、そこにやはり質的な相異を認めざるを得ないと思われる。倫理学的概念としての「心情倫理」は、刑法上の責任判断では、まさに逆転した否定的・消極の意味において機能すべきもの⁽²⁷⁾と考える。私は、このような価値論的考慮にもとづき、責任主義を徹底させる趣旨から、厳格故意説が支持さるべきもの⁽²⁸⁾と考える。

このような立場に立つならば、本稿の課題である違法性の意識の「認識対象・内容」を検討し、違法性の意識とその欠如との限界問題を説明する基礎的作業を行うことは、とりわけ重要な意義を有することになる。何故なら違法性の錯誤は、責任説、制限故意説などによれば故意責任を否定されることはなく、せいぜいその減輕が考えられるのに対し、厳格故意説によれば、その場合、まさに違法性の意識なしとして故意そのものが否定されるからである。違法性の意識は「故意と過失とを分つ分水嶺ともいふべきもの」⁽²⁹⁾であるとされる所以である。

四　ところで、ここで更に、「違法性の意識」と、行為者固有の「規範意識」、「罪責感」、「良心」あるいは「価値感情」などといった一定の価値に関わる行為者の主観的意識・心理的現象との異同につき、一言しておきたい。この点は、嚴格故意説に対する批判として、行為者に（現実的な）違法性の意識を要求するならば確信犯などを処罰し得なくなるとの主張が為されたことも関連するが、より一般的に言うなら、社会倫理規範や実定法規範といった客観的価値（規範）秩序と、個人的良心ないし価値感情に働きかけ義務づけている規範とはいかなる関係にあるのか、という問題に還元できよう。

これは、客観的に存在する多様な価値・規範秩序（例えば、特定の集団内のモラル、社会倫理的価値秩序あるいは実定法秩序）の存否ないしその内容についての純然たる認知という心理作用に加えて、更にそれを個人的良心によって内心的に承認していることも、違法性の意識に要求するののか、という問題でもある。³⁰⁾ さて、実定法規範（秩序）と個人的良心との関係について考えるならば、法規範の妥当理論につきいづれの見解を支持するにせよ、少なくとも、或る法規範に予定されているサンクションを課すことは、個々の法服従者がその良心において当該法規範を承認しているか否かによって左右されるものでない点で一致している。³¹⁾ このことは、それが宗教的規範であれ、道德規範であれ、客観的価値秩序としての存在性を持つ限り、同様である。この意味で、違法性の意識は個人的な良心の声の覚知と同義ではない。違法性の意識とは、客観的に妥当している何らかの規範が義務づけている価値要求に対して、自己の具体的行為が符合しているか否かという意識である。³²⁾

かような理解によれば、いわゆる確信犯ないし良心犯の問題は、違法性の意識の問題ではなく、個人的良心決定が法規範の呼びかけないし動機形成力を減弱せしめ、それによって責任非難を減輕あるいは阻却するか否か、という「期待可能性」の問題として論定さるべきものと思われる。法規範はどこまで個人的良心決定に寛容たり得るか、という問題

である。⁽³⁴⁾ 確信犯ないし良心犯は、自己の具体的行為が客観的法秩序に反して不法であるとの認識はあるが、自己の確信する、個人的に承認している宗教的、道徳的な政治的価値表象にもとづき、それが命じられあるいは許されているものと考えているのである。もし行為者が自己の確信する価値表象が実定法秩序によっても許容されていると考えていたのであれば、彼はまさに違法性の錯誤にあるとしなければならないが、これは例外的な場合に限られるであろう。⁽³⁵⁾ 本稿にいう「違法性の意識」とは、まず第一に上述の意味で理解される。即ち、何らかの個人的な価値意識そのものとしてではなく、客観的に存在する規範秩序において自己の行為がどのように評価され位置づけられているかについての認識として理解さるべきである。⁽³⁶⁾ これは違法性の意識の「認識的側面」の問題である。

(1) もっとも、判例の具体的事案に即してみるならば、それらが不要説を形式的に適用したにすぎない不当なものであると批判するのが、必ずしも妥当ではないことに注意すべきである。この点の指摘につき、内田『刑法Ⅰ(総論)』一三二頁以下および二四四頁以下、莊子『刑法総論(新版)』三五六頁註(9)参照。

(2) 各説の主張とそれに対する批判について詳しくは、大塚・福田「故意説か責任説か」中義勝編『論争刑法』(昭和五十一年)八六頁以下、一〇一頁以下、川端・日高・前掲『現代刑法論争Ⅰ』二〇五頁以下、二一五頁以下、松原、前掲論文(一)八八頁以下など参照。

(3) 団藤『刑法綱要総論(改訂版)』二九二―三頁(傍点引用者)。

ちなみに、メツガーは第二次世界大戦後はいわゆる性格論的責任観及び行状責任論を積極的に提唱しなくなったとされるが、違法性の錯誤につき「制限故意説」を支持するに際して、その行状責任論を採用している点が注目されるべきである(E. Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950, S. 45, これにつき、団藤・前掲書二九三頁註(一)、大谷実「人格責任論の研究」(昭和四十七年)一三四頁以下参照)。彼我共通の基盤があると言えよう。

(4) 木村亀二「犯罪論の新構造」(昭和四十二年)三三四頁、岡野・前掲論文(前節註(4))三〇八頁など。

(5) 平場・前掲論文(前節註(4))三六〇頁、高田卓爾「法律の錯誤に関するドイツ BGH の新判例」法と政治三巻四号(昭和二十七年)

七一頁など。

(6) 平野『刑法の基礎』(昭和四一年)三二頁以下、同『刑法総論Ⅰ』(昭和四七年)六一頁以下、莊子『刑法総論(旧版)』一六三頁以下、四四九頁以下、内田『刑法Ⅰ(総論)』二二二頁、西原『刑法総論』三九八―九頁、藤木『刑法講義総論』八四頁。

(7) 内田・前掲書二二四頁、二二五頁註(14)。

(8) 平野・前掲『刑法の基礎』四六―七頁、内田・前掲書二二二頁。なお、過失犯の当罰性を否定しようとする見地から、意思責任に過失を汲み込むことも困難であり、更に人格責任論も採り得ないとするものとして、真鍋毅『現代刑事責任論序説』(昭和五八年)二九〇頁以下とくに三〇六頁以下がある。

(9) もっとも、団藤博士が人格責任論による制限故意説の基礎づけにおいて、いわゆる法定犯をも射程に入れて論じられるのかどうか、必ずしも明らかではない。犯罪事実の認識についていわゆる「意味の認識」を要求される博士の見地からすれば、法定犯についても、犯罪事実の認識それ自体から「直接的な反規範的人格態度」を肯定される趣旨であろうか(団藤・前掲書二七三頁参照)。

(10) 福田『違法性の錯誤』(昭和三五年)一〇二―五頁、同『全訂刑法総論』一九二―三頁、同・前掲論文(前註(2))一一二頁。

(11) 川端・前掲論文(前節註(7))二二四頁。教授は事実の認識について「明らかに、適法である行為を行なおうとする者と、違法となりうる事実を認識してそれを実現する者とは、その心情において決定的に異なる」(傍点原文)と言われる。

(12) 大塚・前掲論文(註(2))九六頁(傍点引用者)。

(13) 日高・前掲論文(前節註(4))二二七頁以下(傍点引用者)。

(14) この点の指摘につき、vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 159f. もともと、これらは禁止の錯誤の問題に關しては互いに排斥し合うものではない、vgl. Englisch, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW Bd. 70, 1958, S. 566ff. insbes. 578ff.; Gallas, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission (= Niederschriften), Bd. 2, 1958, S. 161; Jeschek, Lehrbuch AT, 2. Aufl. 1972, S. 342, Fußn. 15.; Schmidhäuser, Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, Festschrift für W. Gallas, 1973, S. 87Anm. 19.

(15) 西原『刑法総論』四二―二頁、中『講述犯罪総論』九二―三頁参照、vgl. Welzel, aa.O., S. 168f.; auch Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2. Aufl. 1976, S. 130ff.

(16) Welzel, aa.O., S. 162; Jakobs, Strafrecht, AT, 1983, 19/14(S. 450f).

(17) Welzel, Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnungen, StZ 1947, S. 409ff. | = ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 241ff.; ders., Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre, 1953, S. 15ff. [紹介として、内田・北大法学会論集七巻二号(昭和三十一年)「同『刑法解釈論集(総論)』(昭和五十七年)一三頁以下所収」]更に阿部純二「法律の錯誤に関する故意説と責任説」法学二〇巻三号(昭和三十一年)八五頁以下とくに九二頁以下、内藤謙「目的的行為理論の法思想的考察」刑法雑誌九巻二号(昭和三十三年)一七八頁以下など参照。

ヴェルツェルは、「心情倫理」としては心情の純粋性、カント流に言うなら、行為者がそれにもとづいて行為するところの義務意識で十分あり、行為者の為したことが正しいかあるいは誤っているかは問題にならない。「これに對して、責任倫理は、心情の純粋性の要請を損わしめるものではないが、それ以上に、心情の純粋性ないし義務意識にさきだつて眞の義務の確認ないし正しい決断を得ようとする努力がなされることを要求する」と言う(Welzel, Aktuelle Strafrechtsprobleme, S. 15)。

(18) 内田『刑法Ⅰ(総論)』二四三頁参照。尚、ウェーバーのいう責任倫理について、小倉志祥『マックス・ウェーバーにおける科学と倫理』(昭和三十三年・弘文堂)二〇九頁以下とくに二二八―九頁、一三五頁以下参照。最近のものとして、ヴォルフガング・シュルフター(住谷一彦・樋口辰雄訳)『価値自由と責任倫理』(昭和五十九年・未來社)「同じく、同(米沢和彦・嘉目克彦訳)『現世支配の合理主義 マックス・ウェーバー研究』(昭和五十九年)九七頁以下所収」がある。

(19) カントは次のように言う「道德的に善であるべきところの事柄にあつては、それが道德的法則になつてゐるというだけでは十分でない、それはまた道德的法則を根拠として生じたものでなければならぬ。さもないと道德的法則になつてゐるということが極めて偶然的で不確實なものにならざるを得ない。なるほど不道德な根拠からも時には法則になつた行為が生じはする。しかし根拠が不道德だと、それに基づく行為もまた法則に反するのが普通である」(篠田英雄訳『道德形而上学原論』(昭和三十五年・岩波文庫)一二頁による。傍点原文、以下同様)。「私はここで、最初から義務に反していると認められるような行為には一切触れないことにする。かかる行為は、それぞれ種々な目的に役立つにせよ、とにかく初めから義務に背いているのだから、それが義務にもとづいて生じた行為であるかどうかなどということは、もともと問題にならないからである」(同書二三頁)。「できるだけ他人に親切を尽すのは義務である。……それでも私はこう主張する、——かかる行為は決して眞正な道德的価値をもつものではない、たとえその行為が義務にかなひ、またはた目には快いものであるにせよ、やはり傾向(Zuneigung)の域を出ないのであつて、他の傾向と同列に立つものであると。一例として名誉を求めようとする傾向を挙げるならば、この傾向が實際に世に益しました義務にもかか

い、行為者もこれによって名声を博するというあんばいに調子よく運べば、世上の称賛とと鼓舞とを受けはするだろうが、しかし尊重に値いする行為とは言えない。かかる行為の原理には道德的な価値内容、換言すれば、この行為を傾向によってではなく、まったく義務にもとづいて行うという価値内容が欠けているからである」(同書二五頁)と。ここに見られるように、カントにおいても、「心情」が問題とされる以前に、まず行為が「義務に適っていること」(Pflichtgemäß)即ち「善」を生ぜしめることが問題とされるのであって、結果倫理の側面は決して否定されていないのではあるまいか。もともと、カント倫理学の理解の問題にここで立ち入ることはできない。尚、知念英行『カント倫理の社会学的研究』(昭和五九年・未來社)七七頁以下も参照。

(20) 同のような理解を示すものとして、Hans Reiner, *Gesinnungsethik und Erfolgsethik*, Arch RSPh 40 (1952/53), S. 527; Schmidhäuser, F.s.f.W. Gallas, S. 84; vgl. noch Friedrich Kaubach, *Das Prinzip Handlung in der Philosophie Kants*, 1978, S. 309.

(21) Schmidhäuser, F.s.f.W. Gallas, S. 87.

(22) カント『人倫の形而上学』(世界の名著『カント』所収の加藤新平・三島淑臣訳)三四〇頁以下。尚、金沢文雄『刑法とモラル』(昭和五九年)三一一頁参照。

(23) Gallas, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, S. 56; vgl. auch ders., *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 155 insbes. 170. ガラスの犯罪論ないし違法論につき、中村勉「不法論における行為無価値と結果無価値について」(『』帝京法学八巻一号(昭和五一年)三三一頁以下、九巻二号(昭和五三年)一八七頁以下参照。

(24) 同、Jescheck, *Lehrbuch*, AT, 3. Aufl. 1978, S. 347; Wessels, *Strafrecht*, AT, 13. Aufl. 1983, S. 95; auch Schmidhäuser, *Strafrecht*, AT, *Lehrbuch*, 2. Aufl. 1975 [= *Lehrbuch*, 10/2 (S.365); ders., *Strafrecht*, AT, *Studienbuch*, 2. Aufl. 1984 [= *Studienbuch*, 7/6 (S. 188)]. 同のような見解はしかし、責任を「動機づけ」(エンギッシュ)「意思形成の可能性」(ヴェルツェル)あるいは「法的に否認された行為者人格の表われ」(フライ)に求める考え方と原則的に異なるわけではない(Jescheck, a.O., S. 345)。

ところで「行為無価値」の中に故意・過失といった主観的要素も含ましめるべきか、あるいは、「結果無価値」と「行為無価値」は違法論においてどのような意義と機能を有するかといった問題は、犯罪論体系の全体に関わる問題でもあり、本稿ではこの点については留保せざるを得ない。

(25) ラートブルフ『法哲学入門』野田良之・阿南成一訳『ラートブルフ著作集第四巻』(昭和三六年)七九頁。尚、金沢・前掲書五七頁以下参照。

(26) Jescheck, Leipziger Kommentar II LKl. 10. Aufl. 1979, Vor §13 Rdnr. 6ff. und 10f.

(27) シュミットホイザーは、悪しき心情（情操）刑法から区別された正しい意味での「心情刑法」と「心情倫理」とでは、前者が悪しき行為、後者が善き行為を対象とし、また、前者が「義務を忘れた」(Pflichtvergessen) 心情を、後者が「義務から」(aus Pflicht) 行為するという心情を問題にするという意味において、逆転した対応関係があるという (Schmidhäuser, F.s.f.W. Gallas, S. 90°).

(28) 行為者の「法的心情」を責任非難の対象とし、「心情無価値」を価値論上の「心情倫理」に則して律するならば、シュミットホイザーのように嚴格故意説を支持するのが一貫した立場であろう。彼はそれを「価値論的責任概念」(ein axiologischer Schuld begriff) と呼ぶ (Schmidhäuser, Lehrbuch, 10/5 (S. 368); ders., Studienbuch, 7/6ff. (S. 188ff.)).

ロクシンは、禁止の錯誤が実定法上ほとんど免責されず「禁止の錯誤の回避可能性」といった客観的基準によって限界づけられていることは、「心情の相異」によっては充分に説明できないとして責任を「法的に否認された心情」として捉える所説を批判するが (Roxin, F.s.f.W. Gallas, S. 177) 責任説を前提とする限り、正当な指摘であろう。これに対して、我々は責任説そのものに疑問を持つわけである。またロクシンにおいても他行為可能性としての「責任」は前提とされており、それに加えて予防的観点からなお処罰の必要性があるか否かが吟味されるのであって、責任非難の対象としての「心情無価値」は否定されていないように思われる (vgl. Roxin, aa.O., S. 181ff.).

(29) 小野『刑法概論（増訂新版）』（昭和三五年）一一六頁。

(30) 本稿序説第一節参照。

(31) Vgl. Rudolph, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969 S. 34f.

(32) Vgl. ebenda, S. 35ff. ルドルフによれば、法的妥当に関するいわゆる実力説 (Machttheorie) '承認説 (Anerkennungstheorie)' ラウン (Rudolf Laun) の所説、及び規範的法的妥当論のいずれによっても、個々の法服従者の承認それ自体によって法規範の妥当性が左右されるものでない。

この点で、例えば法の妥当根拠についての承認説においても、法共同体の個々の構成員の承認ではなく、多数の構成員の承認が問題とされているのであって（一般的承認説）、いわゆる個別的承認説を採るヴェルカー (Carl Theodor Welcker) も、その前提から矛盾するとは言え、超個人的・実質的価値秩序を基礎としており、あるいは、ラウンですら、純粹に主観的な義務概念を貫徹す

るを得ず、実定法は最終的には個人の自律的良心による承認から独立しているものとせざるを得なかったことは、法的妥当の問題は個人の承認如何の問題とは別の次元に存することの証左であると言えよう(法的妥当に関する諸説につき更に、vgl. Hans-Ludwig Schreiber, *Der Begriff der Rechtspflicht*, 1966, S. 70ff., 84ff. und S. 98ff.; K. Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971, S. 56ff.; H. Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1977, S. 543ff. 川端博「違法性の認識について(一)」法律論叢四七卷二号(昭和五〇年)九一頁以下参照)。尚、法の効力の存在論的把握を提唱される竹下助教授が、ゲルハルト・フッサー(Gerhart Husserl)の所説を引用しつつ、法という存在は、個人の意識体験から超越した存在であり、また全体としての法が問題となる限りで、法は一定の時間と空間の内部での現象であり、いわば「時空的」に妥当する「精神的存在」であると規定されているのは、問題の所在を明らかにするうえで示唆的であると思われる(竹下賢「法の効力」長尾・田中編『現代法哲学第一巻 法理論』(昭和五八年)二六四頁以下)。

(33) ホルンは、違法性の意識とは、行為者の現実的な意識の中に、特定の事態と特定の法規範との相互関係が少なくとも可能なものとして浮かび上がることであるという。違法性の意識は、個々人の意識の中で不法と事象とが符合することから生じるところの「符合意識」(Koinzidenzbewußtsein)であるところである(Eckhard Horn, *Verbotsirrtum und Verwerfbarkeit*, 1969, S. 18)。しかしつつでは、特定の事態がいかなる種類の規範と符合しているのか、まさに問題なのである。

(34) Vgl. BVerfGE 32, 98ff. (109), auch Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien, *Festschrift für H. Henkel*, 1974, S. 195ff. [邦訳として、高橋則夫訳・ロクシン「刑法における責任と予防」(昭和五九年)一〇七頁以下]、尚、我國の文献として、比嘉康光「確信犯人論史序説」立命館法学一〇五―一〇六号(昭和四七年)七五頁以下、米田泰邦「犯罪と可罰的評価」(昭和五八年)八九頁、一〇三頁以下参照。

(35) 確信犯・良心犯につき一般的に違法性の意識を肯定する者と「*vgl.* BGHS2, 208; BGHS4, 1; Bay OLG, MDR 1966, S. 693; H. Schröder, *Die Irrtumsrechtsprechung des BGH*, ZStW Bd. 65, 1953, S. 197f.; Schmidhäuser, *Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins*, *Festschrift für H. Mayer*, 1966, S. 333f.; Ebert, *Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung*, 1975, S. 54 [本書の邦訳として、比嘉康光訳・立正法學論集一六卷三・四号(昭和五八年)「同一七卷三三三号(昭和五八年)」同一八卷三・四号(昭和60年)以下に連載中]; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 3. Aufl., S. 366f.; Schroeder, *Leipziger Kommentar*, 10. Aufl. 1980, §17 Rdnr. 18ff.; Cramer, *Schönke/Schröder*, StGB, 21 Aufl. 1982, §17 Rdnr. 7; 大塚「刑法概説(総論)」

一九三頁、植松『再訂刑法概論』総論、二四六頁、内田『刑法Ⅰ(総論)』一三四頁。

- (36) この意味で、(現実的な)違法性の意識は、当該行為についての行為者自身の「固有の評価」によって獲得されるものではなく、それは、「他人の評価の認識」つまり評価の認識とか価値の確認によって得られるものである。Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1949, S.192, S.304 FuBn. 3, S.325 FuBn. 3, S.326 FuBn. 5, S.329 FuBn. 13, S.331; Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein, S.94, S.145 FuBn. 2, S.161, 170; Günther Schewe, Bewußtsein und Vorsatz, 1967, S.145; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S.56; ders., Affekt und Schuld, Festschrift f. Heinrich Henkel, 1974, S.20 f.; Diethart Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S.126.

第一章 前法的規範違反の認識

序

違法性の意識の認識内容は反倫理性(Sittenwidrigkeit)で足りるとする者として、ドイツでは、フランク(Reinhard Frank)⁽¹⁾、シュレーゲル(Armin Schlegl)⁽²⁾、ケーラー(August Köhler)⁽³⁾、キュッパース(Josef Cüppers)⁽⁴⁾そしてハルトヴィッヒ(Werner Hardwig)⁽⁵⁾等、我国では瀧川博士⁽⁶⁾、小野博士⁽⁷⁾、安平博士⁽⁸⁾、草野博士⁽⁹⁾および莊子教授等が挙げられる。また、反社会性ないし社会的有害性(Sozialwidrigkeit; Sozialschädlichkeit)⁽¹⁰⁾の認識があれば違法性の意識ありとする者として、ドイツではM・E・マイヤー(Max Ernst Mayer)⁽¹¹⁾、コールラウシュ(Eduard Kohlrausch)⁽¹²⁾、ヘークラー(August Hegler)⁽¹³⁾、E・シュニット(Eberhard Schmidt)⁽¹⁴⁾、アルトウール・カウフマン(Arthur Kaufmann)⁽¹⁵⁾、シュニットホイザー(Eberhard Schmidhäuser)⁽¹⁶⁾等、我国では平場博士⁽¹⁷⁾、佐伯博士⁽¹⁸⁾等が挙げられる。反倫理性というも社会的有害性というも、行為の前

法的規範違反の認識でもって「違法性の意識」を肯定するに充分であり、当該行為の法的評価までも要しない点で共通の基盤に立つものであり、両説に本質的な相異はないと言えよう。⁽²⁰⁾

さて、本説をもっとも有力に主張したのはM・E・マイヤーであった。彼は、ビンディングが形式的・法実証主義的立場から規範論を展開し、違法性の意識に「規範違反の認識」を要求したのに対し、その「文化規範説」の立場から、「義務違反性の意識（可能性）」を帰責の前提条件であると主張した。彼によれば、責任とは違反結果を惹起する義務違反的意思活動であり、規範的責任要素としての義務違反性の認識にとつて重要なものは、行為者が義務違反性を認識しているか否かであり、その義務を法的義務として認識し得たか否かは重要でない。⁽²¹⁾そしてここにいる「義務違反性」とは彼の文化規範説と結びついた前法的概念なのである。即ち「国家的に承認された文化規範の認識（可能性）」が「義務違反性の意識（可能性）」の内幕とされているわけである。⁽²²⁾

本章では、このM・E・マイヤーの見解を受け継ぎ、更にこれを発展せしめたアルトゥール・カウフマンおよびシュミットホイザーの見解を検討したうえで、我国の学説・判例につき考察することにした。

(一) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 15. Aufl., 1924, S. 173, auch ders., aaO., 18. Aufl., 1931, S. 186f. 尚、福田『違法性の錯誤』八〇頁も参照。

もっともフランクは、故意責任を問うには非倫理性の意識の「可能性」で足りるとする。彼は言う。「行為者に違法性、非倫理性あるいは社会的有害性が認識されている場合だけでなく、それが彼に認識さるべき場合にも非難し得るものである」(aaO., 18. Aufl., S. 186f.)。

フランクの責任論につき更に、佐伯千賀「刑法における期待可能性の思想」(昭和二二年)一七四四頁参照、vgl. Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafelementarischen Schuldlehre, 1974, S. 97-104.

- (2) Schlegl, Das Unrechtsbewußtsein in strafrechtlichen Schuld begriff, GS Bd. 91, 1925, S. 231ff. insbes. S. 245.
- (3) Köhler, Die Schuld als Grundlage des Strafrechts, GS Bd. 95, 1927, S. 433ff. und Bd. 96, 1928, S. 91ff. ケーラーは、事態と結果の表象が行為者に行為を思い止まらせるに十分な機会を与えていれば違法性の意識は必要でないとして、行為者が自己の行為による他人の利益の侵害を誤って倫理の領域で評価したにすぎないとしても重要でないという(a.a.O., Bd. 96, S. 104f.; vgl. auch ders., Deutsches Strafrecht, AT, 1917, S. 309ff. und S. 395)° 更に、福田・前掲書五三頁以下参照。
- (4) Cüppers, Gedanken zum Problem des Strafrechtsirrtums, NJW 1949, S. 4ff. insbes. S. 9.
- (5) Hardwig, Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum, GA 1956, S. 369ff. insbes. S. 375; ders., Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW Bd. 78, 1966, S. 1ff. insbes. S. 21 Anm. 27.
 への他に、Weinberg, H., Der Verbotsirrtum, 1928, S. 42ff. (noch ungesehen, zitiert nach Rudolphi, a.a.O., S. 70 Anm 48)
- (6) 滝川『犯罪論序説』一二七頁。
- (7) 小野『新訂刑法講義総論』一五四頁。
- (8) 安平・前掲論文(本稿序説第一節註(25))五三四頁、五四六頁以下。
- (9) 草野豹一郎『刑法要論』(昭和三年)八二頁。
- (10) 庄子『刑法総論(新版)』三五〇—一頁。
- (11) M.E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, Strafrechtl. Abh., Heft 50, 1903 [Nachdruck 1965], S. 78ff.; ders., Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch, 1915, S. 233ff.
- (12) Kohlrausch, Die Schuld, in: hrsg. v. Aschrott und v. Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, 1910, Bd. 1, S. 217f.; ders., Der Allgemeine Teil des Entwurfs 1925, in: hrsg. v. Aschrott und Kohlrausch, Reform des Strafrechts, 1926, S. 23ff. (ローネイカシエは、一九二五年草案一二三条に関連して、故意には許されざるものの認識の可能性に足りるとする(S. 23 Anm 1))
- (13) Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW Bd. 36, 1915, S. 198.
- (14) Liszt/Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrecht, A T, 26. Aufl. 1932, S. 258(noch ungesehen, zitiert nach Rudolphi, a.a.O., S. 70 Anm. 48); 本稿では二五版を参照した; ders., a.a.O., 25 Aufl. 1927, S. 242ff.
- (15) Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949, S. 142ff.; ders., Das Schuldprinzip. Eine

- strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2. Aufl. 1976, S. 130ff.; vgl. auch ders., Die Parallelwertung in der Laiensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre, 1982, S. 22 [上田健一訳「素人仲間における平行評価」同誌社法學三五卷二号(昭和五八年)一一五頁]
- (19) Schmidhäuser, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, Festschrift für H. Mayer, 1966, S. 329; ders., Strafrecht, AT, Lehrbuch, 2. Aufl. 1975, 10/72 (S. 422); ders., Strafrecht, AT, Studienbuch, 2. Aufl. 1984, 7/36 (S. 200) und 7/68ff. (S. 214ff.)
- (17) の他に、ラートブルフ (Gustav Radbruch)、ザウアー (Wilhelm Sauer)、シーゲルト (Karl Siegart)、ヴォルフ (Erik Wolf)、ハルトウング (Fritz Hartung) などが挙げられる。Siehe Rudolphi, a.a.O., S. 70 Anm. 48.
- (18) 平場安治・前掲「法律の錯誤」日本刑法学会編『刑事法講座第二卷』二五七頁。
- (19) 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』一二五二―一二五三頁。
- (20) Rudolphi, a.a.O., S. 70.
- (21) 本稿第二章序参照。
- (22) Mayer, Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901, S. 106; ders., Rechtshormen und Kulturnormen, S. 78.
- (23) Mayer, Lehrbuch, S. 235; ders., Rechtsnormen und Kulturnormen, S. 81.
- (24) マイヤーの文化規範説および責任論などにつき詳細は、福田・前掲書七六頁以下、竹田直平『法規範とその違反』(昭和三六年)一四九頁以下、町野・前掲『違法性』の認識について一二一〇頁以下参照、vgl. auch Achenbach, a.a.O., S. 75ff.
- (25) Mayer, Lehrbuch, S. 236. 但し、彼は行政刑法の領域では、国家の行政利益に矛盾した行為が問題とされ、実定的な違法性の意識(可能性)を責任の前提条件であるとしている(S. 235 Anm 13 und S. 53ff.)。マイヤーの行政犯・刑事犯論につき例えば、福田『行政刑法(新版)』(昭和五三年)一五頁以下参照。

第一節 アルトゥール・カウフマンの見解

一 アルトゥール・カウフマンは『刑法の責任論における不法の意識』⁽¹⁾と題する著書の中で、法規範の本質と違法性の実質的意義についての考察を基礎に、刑事責任の前提として「社会的有害性の意識」(Bewußtsein der Sozialschädlichkeit)が重要な意義を有すると主張した。彼によれば、法規範の本質は客観的評価規範にあり、国家命令は、正当な(社会的な)ものとして評価された態度を国民に強いるのに奉仕するもので、目的のための手段である。立法者は或る態度を不正な(反社会的な)ものとして(als widerrechtlich (antisozial))評価するが故にそれを禁ずるのであり、評価規範が第一次的であり、決定規範は第二次的なものである⁽²⁾。カウフマンはそこから法規範についての命令説(Imperativtheorie)に反対し、行為の違法性に関しては客観的評価規範が決定的な意味を持ち、決定規範は責任にとって重要な役割を担っていると、客観的違法論および主観的責任論を支持する⁽³⁾。

このような視点からカウフマンは、違法性の意識の問題につき次のように主張した。法規範の本質は評価規範であり、それ故有行為も、行為者が自らの行為を立法者と同様の方向において評価したということのみ依存している。即ち、立法者が認めている行為の違法かつ反社会的性質を、行為者がそれと同様の意味で認識したならば、彼はかく行為すべからずという義務をも意識したのである。何故ならば、義務規範とは評価の帰結であり、かつそれは国民にとって理解し難い抽象的形式的な命令ではなく、M・E・マイヤーが文化規範と呼んだところの社会的な行動指針(die soziale Verhaltensmaßregel)であり、国民はその社会的義務を認識しているからである。行為の反社会的意味を認識している者は、自分が義務に反して不法に(unrech)行為していることをも知っている、と⁽⁴⁾。そこでカウフマンは可罰的不法の実質的意義をリストに倣い「社会的有害性」に求め⁽⁵⁾、同時に上述のごとく法規範の本質を客観的評価規範と捉えること

により、違法性の意識を「社会的有害性の意識」と規定したのである。彼は次のように言う。刑事不法の本質は、国家が当該行為を禁じているという単なる形式的違法性にあるのではなく、禁止の実質的根拠となっている実質的違法性（即ち社会的有害性）の中に存し、刑事犯における違法性の意識の内容はかような刑事不法の実質の本質を考慮することからのみ導き出し得る。^⑥自己の所為の共同体侵害性を認識してこれを行ない、保護に値する社会的生活利益を自らが侵害あるいは危殆化せしめることを認識している行為者は、有責に行為するものである。刑事責任は「社会的有害性の意識」を必要とする。行為者がこの意識をもって行為するなら、たとえ法律上の禁止（das gesetzliche Verbot）を知らなくとも、彼は当該行為が義務に反している（pflichtwidrig）ことも認識しているのである、と。^⑦かようにして彼は、故意には社会的有害性の意識が必要である、と主張するのである。

カウフマンはこのようにして、実質的意味における不法意識と形式的意味での違法性の意識（禁止認識）を区別する立場から、故意説と責任説の対立を仮象問題であるとし、刑事刑法における故意には不法意識をもって足りるとし、これに対して秩序刑法（付属刑法）においては、実質的な「禁止素材」という意味での真の構成要件（不法構成要件）をそもそも欠くため、法的禁止すなわち形式的違法性の意識が必要であるとする。^⑧

二 さらにカウフマンは最近になって、言語哲学的分析から言語の二元性を指摘し、また帰責を裁判官と行為者（被告人）との間の意思疎通過程（Kommunikationsprozess）として捉えることにより新たな基礎づけを試みている。^⑨カウフマンによれば、言語は志向的―隠喩的次元（アナログ言語）と合理的―範疇的次元（デジタル言語）という二元性を持ち、前者は日常用語ないしは犯罪行為者の日常的世界と、後者は専門用語ないしは法規の規範的世界と照応するものである。^⑩日常用語においては、言語の伝達・了解機能ないし社会的機能が重要であり、我々は言語のそのような機能を通して社会的諸規則を習得し社会化してゆく。^⑪例えば我々（国民）は「人殺し」（Mord）という行為を具体的な社会的行

動範圍として考えるのであり、定義づけられた法的概念として考えるのではない。行為者の不法意識も、行為の社会的意味の認識によって刻印された社会的有害性の意識に他ならない。⁽¹²⁾ もっともいわゆる付属刑法では、行為者は法的禁止を知っている場合にのみ行為の不法を意識し得るのである。⁽¹³⁾ これに対して法律用語とりわけ刑罰法規上の用語においては、言語の操作価値、刑罰法規の保証機能が強調され、たとえ直観性と通俗性を犠牲にしてもそれは可能な限り厳密でなければならない、というのである。⁽¹⁴⁾ 帰責を行為者(被告人)と裁判官との意思疎通過程という動態的視角で理解するカウフマンは、裁判官は犯罪行為者の日常用語の世界と刑罰法規の専門用語の世界を媒介すべき立場にあり、社会的行動範型の規準に従った行為の社会的意味についての漠然とした行為者意識(即ち社会的有害性の意識)は裁判所の意思疎通過程を通して次第に凝縮され、行為の法的意味についての正確な裁判官意識になる、と言う。「平行評価」はその意味で裁判官によって為される。違法性(Rechtswidrigkeit)の意識は訴訟で初めて裁判官によって産み出され、責任判断において行為者に帰属される。法的意味における責任はそれ故、実際のところ裁判官の頭の中に在る、と言うのである。かくしてカウフマンは、刑法的帰責を行為者の日常用語の世界という対象レベル(Objektbene)と裁判官の専門用語の世界というメタレベル(Metebene)との二つの平面で捉え、行為者が当該態度を不法と理解していたという責任について、裁判官がメタレベルで判断し、その責任を「法的責任」として規定する、と主張するのである。⁽¹⁵⁾

三 カウフマンはこのように「社会的有害性の認識」で足りるとし、「違法性の意識」は裁判官の頭の中で産み出されるとするが、行為者は、何も専門用語の世界ではなくとも、日常用語的世界の中で、自己の行為の「法的価値判断」を為すことも十分に可能なのであって、言語の二元的機能を認めるとしても、行為者の日常的世界における法的禁止・命令の認識を排除するいわれはないと思われる。たとえば法律学上の専門技術的な概念的把握によるのではないにしても、言語の「伝達・了解機能ないし社会的機能」を通じて、我々はまさに諸々の「法規範」をも習得し、法的に社会化して

説 ゆくのではあるまいか。

いずれにせよ、カウフマンは当該行為の「法的」評価までも要求しておらず、後述する「実質的違法性の認識」説と基本的⁽¹⁵⁾に異なるものである。

論

- (1) Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts [= Das Unrechtsbewußtsein], 1949.
- (2) Ebenda, S. 139.
- (3) Ebenda, S. 138f.
- (4) Ebenda, S. 140f.; auch ders., Das Schuldprinzip, S. 130f.
- (5) Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein, S. 117ff. カウフマンはリスト＝シュミットの教科書などを引用し、「実質の意味での犯罪とは、とりわけ重大な社会的に有害な法益侵害である」(S. 125)、「実質の意味での違法性とは社会的有害性である。個々の構成要件により保護されている法益は、その構成要件の解釈の決定的な基準である」(S. 130)と言つて。
- (6) Ebenda, S. 99ff.
- (7) Ebenda, S. 143; auch ders., Das Schuldprinzip, S. 132ff. 彼は言う。刑事犯の構成要件は常に不法構成要件(Unrechtsabestand)であり、構成要件の故意は不法故意(dolus malus)である。『社会生活における行為事情の意味』を知る者のみが、刑法的意味での故意をもつて行為するのである(S. 134f.)。
- (8) Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein, S. 61ff., 117ff., 154ff.; ders., Das Schuldprinzip, S. 135ff.; ders., Schuld und Strafe, 2. Aufl. 1983, S. 138ff.
- カウフマンは、実質的な不法意識については「故意説」が、形式的な違法性の意識については「責任説」が正当であるとするのである。尚、本稿第二章第一節註(14)参照。
- (9) Kaufmann, Die Parallelwertung, S. 23ff. [邦訳一二五頁以下]
- (10) Ebenda, S. 26f. [同一二七—八頁]
- (11) Ebenda, S. 27ff. [一二八頁以下]

- (12) Ebenda, S. 32. [同 131 頁]
- (13) Ebenda, S. 32-34. [同 131-132 頁]
- (14) Ebenda, S. 34-36. [同 133-134 頁]
- (15) Ebenda, S. 39f. [同 136-137 頁]
- (16) 本章第二節二参照。

第二節 シュミットホイザーの見解

一 西ドイツでは少数説の嚴格故意説を堅持するシュミットホイザーは、M・E・マイヤーが法規範（秩序）と文化規範とを対置したのに対し、まさに法秩序のもつ二つの局面を強調することにより「違法性の意識」の問題に答えている。シュミットホイザーによれば、法秩序は「社会的法秩序」と「国家的法秩序」に分かれ、前者は社会の全構成員に向けられた禁止・命令であり、例えば「汝殺す勿れ」とか「汝盜む勿れ」といった一般的な道德的（ないし社会倫理的）命題として我々が承認している社会生活上の基本要求を意味するものであり、後者はいわば社会的法秩序の改鑄（Umprägung）とでもいふべきもので、立法者によって国家機関に向けて定立された命令である。そしてシュミットホイザーは違法性の意識を「社会的法秩序」との関係において理解するのである。¹⁾

シュミットホイザーの独自の目的論的犯罪論体系によれば、責任構成要件としての「故意性」（Vorsätzlichkeit）は現実的な事実意識（Tatsachewusstsein）と現実的な不法意識（Unrechtsbewusstsein）から構成されるが、この不法意識は事実意識と不可分に結びつき、不法事実を基礎づける行為の直前に先行する心理的事象である。³⁾そこにいう不法意識の対象と

しての「不法」が如何なる意味で理解されるべきかにつき、シュミットホイザーは次のように言う。我々の文化圏において共同生活上正当な (rechlich) 基本要求和看做さるべき社会的諸価値から構成される社会的法秩序の領域では、不法意識とはこの秩序への重大な違反を意識することである。それは実定的な国家的法規、まして刑罰規定に違反するといふ意識ではない。社会的法秩序に既に規則が教示されているのではなく、国家によって初めて規則が与えられる領域（即ち、とくにいわゆる秩序刑法の領域）が問題となる限りでは、不法意識とは行為者が彼を義務づけている国家命令の違反を意識することを意味している。つまり具体的に行為者が国家的共同体における共同生活上の基本的価値を侵害する重大な価値違反を意識している場合、あるいは彼が義務的な国家命令違反を意識している場合に、不法意識は存在するというのである。シュミットホイザーはかくして、不法意識にいう「不法」概念を、目的論的犯罪論体系において刑法の適用と結びついて使用される不法構成要件における厳格な概念⁽⁵⁾としてではなく、——ともかくも刑事不法の領域では——社会生活上の基本要求和する違反として捉え、両者を明瞭に区別するのである。即ち、シュミットホイザーは次のように言うのである。刑事刑法の領域では不法意識の概念は事実意識のそれに符合しており、行為者は事実意識において法律的概念を知る必要はなく、それに相應する概念のもとで、刑罰法規が法律的概念を用いて叙述している事態そのものを認識することで見ると同様に、不法意識においても、行為者は当該行為が実定法規あるいはさらに刑罰法規の中に不法として叙述されていることを意識する必要はなく、それに相應する概念のもとで、社会生活上の基本要求和反を意識することで足りる。不法意識はここではまさに「私は今為そうとしている事を為すべきでない」という現実的な、被害利益に関する無価値体験 (Unwertlebnis) を必要とする、と。⁽⁶⁾

このようにシュミットホイザーは社会構成員を名宛人とする「社会的法秩序」の中で不法意識の問題を捉え、しかも犯罪成立の一要素としての「違法性（ないし不法）」概念と責任要素としての行為者の認識対象である「違法性（ない

し不法」を明確に区別し、両者を別の次元で理解しているのである。従来我国では両「違法性（ないし不法）」概念の問題性の相異が必ずしも自覚的ではなく、シュミットホイザーのこのような理解は注目に値すべきものと考えられる。⁷⁾

二 カウフマンやシュミットホイザーの上述の見解が、後述の「実質的違法性の認識」説と実際のところどれほどの差異を生ずるかは甚だ疑問であり、両説は多くの場合一致した結論に達するはずである。けだしいわゆる刑事刑法の領域では、「実質的違法性」の内実としてまさに反倫理性や反社会性が思料される局面が多いからである。だがしかし、彼らの定式によれば、違法性の意識はあくまでも当該行為に対する行為者の「社会的」評価ないしその認識で足り、「法的」評価ないしその認識を要求する「実質的違法性の認識」説と彼らの所説はこの点で袂を分かつことになる。⁸⁾この点で参考になる判例として、行為の倫理的非難性の意識は違法性の意識と同義ではない旨判示した連邦裁判所一九六八年一月二六日判決が挙げられる。¹⁰⁾

詳細は必ずしも明らかではないが、被告人は市長の命令によって子供達を射殺したが、その際被告人はそのような行為が「不道德な」(unmoralisch)ものと考えていたという事案につき、連邦裁判所は次のように判示して原判決を破棄し、事件を地方裁判所重罪部に差戻した。

当該行為〔子供達の射殺行為——筆者注〕が倫理的に非難されるべきものであるという行為者の意識は、しかし違法性の意識と同義ではない。むしろ行為者は、たとえ法技術的な判断ではないにせよ、ともかくも彼の思考世界に照応する一般的な価値評価において行為の不法性(Gas Unrechtmäßige)を認識しているか、あるいは相当な良心の緊張によって認識し得るものでなければならぬ(BGH St.2, 194, 202)。被告人が「unmoralisch」という言葉をかような意味で考えていたのか、あるいはそれによって単に倫理的価値判断を表わそうとしたにすぎないのかは、重罪部の判示からは推定し得ない。第二の可能性を排除し得ないのである。とりわけ、被告人は「服従を拒絶すべきであった」市長の指令を「犯罪的な命令」とは考えず、それ故「その命令に服することで自分は可罰的行為

を為すのかどうか、そして自分はどうしたらその命令を免れ得るか」につき思いも及ばなかったが故に、第二の可能性が認められるのである。

連邦裁判所はさらに、重罪部が違法性の意識の概念を誤解し、それがために有責な禁止の錯誤の存在を吟味しなかった疑いが残るとし、同時に違法性の意識は行為の可罰性の認識 (eine Kenntnis der Strafbarkeit der Handlung) を必要としないと指摘し、原判決を破棄・差戻した。

このように連邦裁判所は違法性の意識についてあくまで当該行為の「法的」価値判断を要求しているのであって、行為者について違法性の意識を認定するに際しても、単に「倫理的」ないし「社会的」価値判断では足りず、それが同時に「法的」価値判断を含意し得るような意識を行為者に要求しているものと考えられる。この意味において「反倫理性ないし反社会性の認識」説と後述する「実質的違法性の認識」説との間には理論上原則的な相異が存するのである。

- (1) Schmidhäuser, Strafrecht, AT, Lehrbuch, 2. Aufl. 1975 [= Lehrbuch], 1/7 (S. 8); ders., Strafrecht, AT, Studienbuch, 2. Aufl. 1984 [= Studienbuch], 1/12 (S. 4); vgl. ferner Kaufmann, Die Parallelwertung, S. 17f. [邦訳 111—113頁]
 - (2) Schmidhäuser, Lehrbuch, 6/5ff. (S. 141ff.), 6/9 (S. 144), 6/25 (S. 154f.) und 10/32ff. (S. 394ff.); ders., Studienbuch, 4/9f. (S. 61), 4/26 (S. 66) und 7/35ff. (S. 199ff.).
 - (3) Schmidhäuser, Lehrbuch, 10/66 (S. 420).
 - (4) Schmidhäuser, Festschrift f.H. Mayer, S. 329; auch ders., Lehrbuch, 10/71ff. (S. 422ff.); ders., Studienbuch, 7/74f. (S. 216).
- シュミットホイザーは本文中で述べたように法秩序を「社会的法秩序」と「国家的法秩序」に分けているが、それはほぼ「行為規範」と「裁判規範（又は裁決規範）」の区別に相応するものと考えられる（行為規範と裁判規範の区別につきさしあたり、団藤重光『法学入門』（昭和四八年）四七頁以下、加藤新平『法哲学概論』（昭和五一年）三七六—七頁、田中成明『現代法理論』（昭和

五九年) 五九頁以下など参照)。しかるに社会生活上の基本要求に関わる社会的法秩序は、刑事刑法の領域では「汝殺す勿れ」などといった一般的道徳的表象から構成され、秩序刑法の領域では国家命令によって初めて何が社会生活上重要な利益であるかが確定される。行為者の不法意識については、刑事刑法においても秩序刑法においても、それぞれ上述の意味での社会的法秩序が問題とされるわけである。

(5) シュミット・ホイザーは不法を「法益侵害的な意思態度」(das rechtsgutsverletzende Willensverhalten)と定義し、法治国家的原則の要請である罪刑法定主義のもとでそれが刑法上すなわち構成要件上明確に叙述されている場合にのみ、そのような意思態度は不法構成要件として犯罪要素たる資格を有するものとする。不法構成要件に対応する事象の存在により不法が基礎づけられるが、不法の基礎づけ(Unrechtsbegründung)が必然的に不法が現実にも存在することを意味する訳ではない。ただし不法とは許されざる法益侵害だけを指称するのであり、正当化事由が存する場合には不法阻却(Unrechtsausschluss)とされる。そして不法に更に加わる無価値事態としての責任は「法益侵害的な精神的態度」(das rechtsgutsverletzende geistige Verhalten)と定義され、それが責任構成要件として叙述されることで、法的責任として、その実質的内容と並んで形式的側面を有することになるとされる。このような責任構成要件のついてさらに、例えば西独刑法三五条にいう免責的緊急避難のような免責事由の存在にもとづく法的責任阻却の可能性が考慮されるわけである(Schmidhäuser, Lehrbuch, 6/5ff. (S. 141), 8/1ff. (S. 187ff.) und 10/1ff. (S. 364ff.))。シュミット・ホイザーは不法構成要件に「法益侵害的意思態度」を、責任構成要件に「法益侵害の精神態度」を配分しているが、前者は意識作用の「意思的側面(要素)」、後者は「認識的(な)し情緒的」側面(要素)に相応するものと思われる。

(6) Schmidhäuser, Lehrbuch, 10/56 (S. 411)

(7) 町野教授もこのような観点から、後述する我国の小野・瀧川博士などの所説を批判される(町野・前掲「違法性」の認識について)二〇九頁)が、正当な指摘である。

この問題は、いわゆる包摂の錯誤に関連してリストが故意の要件として行為者が犯罪事実を構成要件の下に包摂することを要求した(Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21/22, Aufl. 1919, S. 168)のに対し、フランクがこれでは「法律家だけが故意犯を犯す」ことになるとして批判(Frank, a.a.O., 18. Aufl., §59 II (S. 182))、またメツガーが規範的構成要素について「素人領域における並行評価」で足りるとした(Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., S. 328)問題と、同じ性質の問題である。この点につき例えば最近のものとして、洲見光男「意味の認識——法的意味と社会的意味との関係——」早稲田大学大学院法研論集三〇号

(昭和五八年)二〇九頁以下参照。

(8) カウフマン自身は、メッガーの「素人領域における平行評価」の理論にもとづく実質的違法性の認識説を社会的有害性の認識説に算入すべしとする(Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein, S. 31 und 153)。またシュミットホイザーも、自分の所説は本質的部分で支配的見解である実質的違法性の認識説と一致するもので、社会生活上の基本要求に対する違反を実質的不法と言うことも可能であるとする(Schmidhäuser, Lehrbuch, 10/72 (S. 423); ders. Studienbuch, 7/74 (S. 216))。

(9) 例えば、(言葉の内密性の侵害として)他人の言葉を秘かに録音する行為は、西ドイツでは一九六七年二月三〇日以降になって漸く可罰的とされた(現行西独刑法二〇一条)が、それと知らず従来の経験上かような行為は不可罰と信じて盗聴を行った行為者の可罰性につき、シュミットホイザーは、行為者が当該行為は社会生活上通常(allgemein im Sozialleben)許されないものであることを意識している場合には、彼は処罰されるべきであるとする(Schmidhäuser, Lehrbuch, 10/72 (S. 422); ders. Studienbuch, 7/75 (S. 216))。実質的違法性の認識説によれば、この場合に行為者の可罰性を肯定するには、当該行為が例えば民法上の不法行為を形成するものであるといったような、何らかの意味での行為の「法的」意味・評価の認識ないしその可能性を行為者に要求することになる。

(10) BGH, GA 1969, S. 61.

第三節 我国の学説・判例

一 我国において前法的規範違反の認識説を主張する者として、例えば瀧川博士は前述のM・E・マイヤー等の所説を基本的に承認され、道義的責任論の立場から違法性の認識を「条理違反の認識」と理解された。博士は次のように言われた。「吾人ノ所謂違反トハ法律的規範ノ違反ヲ意味スルニハアラズシテ広く日常生活ノ条理ノ違反ヲ意味ス而シテ一般人ハ日常生活ノ条理ヲ標準トシテ行為ノ適否ヲ決スルコト通常ナルヲ以テ行為者ガ之ヲ知ルト否トハ反社会性ヲ定

ムル必要事項トナラザルベカラザルモ法律の規範ハ實際上行爲ノ直接ノ準繩ニアラザルヲ以テ之ヲ知ルコトヲ犯罪要件トナスハ多クノ場合ニ於テ無意味ナリ」と。そしてこの日常生活の条理違反とは「義務違反」、「文化規範違反」あるいは牧野博士のいう「公序良俗ノ違反」に他ならない。日常生活の条理は各個人特有の道義心、信仰心等が標準となるのではなく、社会における一般的標準により決せられるのであり、確信犯人等も自己の行爲がその時その場所における一般的条理違反を知る限り、違法の認識ありとするを妨げずとし、同時に、このような見解は決して法律と道徳を混同するものではないと主張されるのである。⁽²⁾ 小野博士もまた道義的責任論の立場から、「刑事犯に於ては行爲の違法性は国家的法秩序に於て承認された条理に反することであり、かかる条理に反するの意識が即ち違法の意識である」とされ、⁽³⁾ 「国民的道義に反するものであることの意識」であるとも言われる。ここで注目すべきは、町野教授が指摘されるように、⁽⁴⁾ 瀧川・小野両博士が、自然犯・刑事犯については構成要件該当事実の認識は同時に反条理性の認識を含むのが通常であるとされており、これは牧野博士が社会的責任論の立場から、法定犯・行政犯については違法の認識が必要だが、自然犯・刑事犯については不要であるとされるの⁽⁵⁾ と実際上は選ぶ所がない、⁽⁶⁾ という点である。⁽⁷⁾ しかしてかような見解は、自然犯・刑事犯に関する限り、畢竟、故意に違法の認識を要せずとする判例及び泉二博士などの見解とも、⁽⁸⁾ その実際の結論においては、同一に帰するものと思われる。⁽⁹⁾

いずれにせよ、瀧川・小野両博士は犯罪の実質的違法性をそれぞれ「反条理性」ないし「反道義性」とされ、そこから違法性の意識を「条理違反性の意識」ないし「国民的道義違反の意識」などと理解されたが、それらが法的な意味から全く離れて理解されているわけではないことに注意すべきである。瀧川博士は、「行爲者が自己の行ふところの行爲が何であるかを認識する場合は、その認識をとおしてその行爲の法上の評価を認識するのが通常である」とされ、この推論は刑事犯について一般に妥当するとして、⁽¹¹⁾ 犯罪事実の認識から当該行爲の法的評価を導出されるのである。小野博

士も、違法の意識は「單純に道德的義務に反する意識と考えるのは広きに失する。条理、しかも国家的、条理に反するの意識でなければならぬ」¹²⁾と言われる。このような見解は、その定式において「前法的規範違反の認識」を違法性の意識とするものではあるが、実はまさに行為の「實質的違法性」の認識を要求するものであり、後述する「實質的違法性の認識」説と實際において異ならないと考えられる。問題は、行為者における違法性の意識を過不足なく叙述するにはいかなる形式が最も妥当であるか、という点にあるとも考えられる。¹³⁾この点では佐伯博士が、メツガーの「素人領域における並行評価」の理論の違法性の意識への適用を念頭に置いて、行為者は自己の行為に対する厳密な法的判断そのもの（法の評価規範としての否定的価値判断）ではなく、本来の法的評価に並行するところの社会的評価（自己の行為が「社会的共同生活のうえで許されない」こと）を知っていればよいとされるのは、「實質的違法性の認識」説とより近接した位置関係にあるものと評すことができる。¹⁴⁾

最後に、莊子教授は最近になって不要説から嚴格故意説に改説されたが、その際、違法性の意識について「人倫に反する」という意識」で足りるものとされており、本説に算入さるべきものと考えられる。即ち莊子教授は、狭義の責任要素としての故意の存否を判断するにあたり、構成要件該当の違法事実そのものについての認識予見と同時に違法性の意識の存否を確めなければならないとされ、責任能力者であれば「違法な」事実そのものを認識予見する限り、通常、違法の意識を有したと判断し得るであろうと言われる。しかるに、場合によっては「責任能力者でも、違法事実そのものを認識しながら自己の行動を法的に許容されたものと解し違法性を意識しないことがある。このような時に重い責任形式としての故意を欠くものと解すべきであるか否かということが問題となる」とされ、ここでも法感情に即した裁判官の補充的価値判断ないし社会倫理観に裏付けられた価値較量が必要とされ、「一般には、責任能力者が構成要件に該当する違法事実を認識予見した以上、違法性を意識しなかったと主張したとしても、自分の行動が不純で、やましいという

意識、人倫に反する、という意識を備えていたと判断し得る場合が多いであろう。このような場合を特に意識し、法は、法秩序の要請と責任との調和をはかる目的のもとに、行為の違法性を意識しなかったとしても故意責任を阻却し得ないと規定した(判例¹⁷)と言われるのである。そして行為の違法性を意識しないことが宥恕し得る相当な理由にもとづく場合には宥恕し得る違法性の錯誤として故意責任の裁量的減軽を認めるのが刑法三八条三項但書の趣旨であるとされる。¹⁸その玄妙な理論構成を理解するのは必ずしも容易ではないが、少なくとも刑法三八条三項の解釈論としては、故意の要素として「違法性の意識」を要求しながらもその内容を「人倫に反する」という意識にまで縮減されているものと解される。

これらの所説は、厳密に言うなら、行為者が自己の行為を法的に評価・判断することまで要求するものではない点で「一般的違法性の認識」説と根本的な相異があるものと言わざるを得ない。行為者が法的評価に平行するとはいえ社会的評価として行為の「反社会性」の認識をすることと、たとえ法律家のように専門的・厳密にはないにせよいば素人的に自己の行為を法的に評価・判断することとの間には決定的な懸隔があると考えられる。まして瀧川・小野両博士にみられたように、その定式において違法性の認識を「条理違反の認識」ないし「国民的道義違反の認識」と理解するのであれば、それは当該行為に対する社会倫理的価値判断で満足すべしとするものであって、行為者自身の法的判断を要求する立場とは基本的に異なるものと言えよう。

二 判例の中にも、違法性の意識を「反社会性の認識」として理解していると思われるものが存する。

例えば、最高裁第二小法廷昭和二十四年四月九日判決は、¹⁹被告人が法定の除外事由がないのに、列車内で連合国占領軍將兵等の財産であるオーバー着、ズボン六着他を所持していたとして、連合国占領軍の物資の収受又は所持を禁ずる昭和二十二年政令一六五号一条一項・三条一項違反に問われた事案につき、次のように判示した。

「本件犯行の行われたのは昭和二二年一月であつて、その当時においては右禁令〔昭和二二年政令一六五号——引用者注〕の趣旨は、国内によく周知せられ、ポツダム宣言の誠実なる遵守を誓つたわが国民としては、ひとしく、占領軍に協力し、その占領目的を阻害することのないようにつとめなければならない」ということは、すでに当時においてわが国民の常識であつたといわねばならない。

しかして被告人も本件犯行の当時新聞紙の記事等からして、右の程度の認識のあつたことは一件記録上うかがわれるところである。論旨は、政令の公布後短日月なること等より当時被告人は、当該行為が法令上禁止せられているとの意識がなかつたと主張するのであるけれども、法の不知は犯罪の違法性を阻却するものでないことは、刑法の規定するところであつてかりに、被告人が具体的に、いかなる法令によつてその行為が禁止せられているかを知らなかつたとしても、既に前段説明のごとくその所為の反社会性についての認識のあつたことが認められる以上、その所為について、右政令違反の罪責を免れないことは、当然といわなければならない。論旨は理由がない。」

本判決の趣旨は必ずしも明らかでない。というのは、従来の大審院・最高裁判例に従うならば、当該行為の違法性（法令上禁止されていること）の意識がなかつたとする上告趣意に対して、故意に違法の認識を要せずとして一蹴すればよかつたはずである。しかるに最高裁第二小法廷は、小野博士の言われるごとく「めずらしく親切に、事案の具体的情状を考へ」、「その所為の反社会性についての認識のあつたことが認められる以上、その所為について、右政令の罪責を免れないことは当然と言わなければならない」として、故意の成立に反社会性の認識を必要とするかのような口吻を漏らしているのである。この「反社会性」が、文字通り前法的規範違反の意味で理解されているのか、あるいは小野博士の言われるように「敗戦後における一時的な法秩序の要請する軌範に反すること」を意味しており、本判決をそれ故違法性の意識を故意の要素とする理論（嚴格故意説）の浸透をうかがわせるものとして捉えるべきか、必ずしも分明ではな

いのである。後者のような理解によれば、この判例は例外的なものといえよう。⁽²¹⁾ だがしかし、前者のように理解することも可能であると思われる。つまり、故意の要素としては、単に裸の外形的事実の認識だけでなく、当該行為の社会的「意味の認識」⁽²²⁾（即ち、反社会性の認識）をも必要とするが、法的価値評価（意味）の認識としての「違法性の認識」までは要求しないとする立場として本判決を理解するならば、従来の判例の傾向と全く矛盾するものとまでは言えないのではあるまいか。⁽²³⁾ もつとも、最高裁判例が犯罪事実の認識として行為の社会的意味の認識をも要求しているか否かは、更に一個の問題ではあるが。⁽²⁴⁾

下級審においても同様の見解を示したものが見うけられる。即ち、鹿児島地裁昭和三四年六月一九日判決⁽²⁵⁾は、被告人が被害者A女に対して婚姻の申込みをなし同女にこれを拒絶され、この地方に存するいわゆる「おつとい嫁じよ」と呼ばれる慣習に従い、同女を強いて姦淫したうえ同女を止むなく婚姻に同意させようと考え、同女に暴行を加え姦淫しもって強姦致傷罪に問われた事案につき、弁護士が、被告人は前記慣習に従って本件行為に出たもので、違法性の認識を欠き故意がないと主張したのに対し、次のように判示して被告人を有罪に処した。

「……〔前略〕…少なくとも本件の如き自然犯にあつては違法性の認識は故意の成立要件ではないと解せられるのみならず被告人の当公判廷における供述同じく檢察官に対する供述調書によれば、被告人が右の如き慣習が反社会性を帯びるものであることの認識を有していたことが明らかであるから被告人は違法性の認識を有していたものと認むべきであり、弁護人の右主張は採用しがたい。」

また、長野地裁松本支部昭和三九年二月二一日判決⁽²⁶⁾は、被告人等が信用金庫の役職員たるX、Yに賄賂を供与し、経済関係罰則ノ整備ニ関スル法律第五条違反に問われた事案につき、とくに犯意の内容として、同法により処罰されるべき旨の違法性の認識が必要か否かにつき、次のように判示している。

「(被告人等) はいずれも判示各所為が法規の禁止するところであつて、法規により処罰されるものであることを認識していなかったことが認められる。しかし犯意の要件となる違法性の認識とは、行為が法規によつて禁止されていることの認識を必要とするのではなく、行為の反社会性たる該行為が社会秩序に違反していることの認識をいうものと解すべきである。……〔被告人等の信用金庫の役職員に金を贈るのは悪いことだと思つていたという供述は〕ただ右被告人等が行為の反道義性の認識を示したにすぎないと解せられるから、これをもつて……判示所為の反社会性を認識していたものとは認められ」ない、と。そして、結局違法性の認識はなかつたものと認定した。

前者の判例は、自然犯にあつては違法性の認識は不要であるとしながらも、「反社会性の認識」でもつて違法性の認識を積極的に認定しているものであり、また後者の判例は、「法規によつて禁止されていること(法規違反)の認識」は不要であるが、単なる「反道義性の認識」では足らず、「反社会性(社会秩序違反)の認識」が必要であるとしている点で注目すべきものである。とりわけ前者の判例においては、「反社会性の認識」は実は違法性の意識を肯定するための「認定の論理」として機能しているのではないか、と思われる点で重要である。

(1) 瀧川幸辰「違法の認識」法学論叢二巻二号、三号(大正八年)〔同藤重光他編「瀧川幸辰刑法著作集第四巻」(昭和五六年)七九頁以下所収(引用頁数は本著作集による。以下同様)〕一〇八頁。

(2) 同右・一〇八九頁。さらに同「著作集第四巻」所収の諸論文、「帰責条件の本質」(大正一年)、「錯誤論の一考察」(大正四年)、「立法問題としての違法の認識」(昭和三年)、「違法の認識と経済事犯」(昭和十六年)、「責任の心理的要素と倫理的要素」(昭和十八年)、及び瀧川「刑法総論」(昭和四年)一〇一頁以下及び一二八頁以下、同「刑法講義(改訂版)」(昭和五年)八二頁以下及び九九頁以下、同・前掲「犯罪論序説」八〇頁以下及び一二七頁以下も参照。

博士は「犯罪論序説」八〇頁において、違法の実質的意義をリストらの当時の通説に従つて「生活利益の侵害(または危険)」と

する」とされたが、違法性の意識について「行為の法律価値の認識」が心理的要素に属するとされながら、多くの場合において構成要件該事実を認識する者はその「反条理性性」をも認識しているという判断を下し得る、と言われる（同書二二八頁）。違法性の意識につき、依然として「反条理性性の認識」と理解されていた点に注意すべきである。

(3) 小野清一郎「経済刑法と違法の認識」法学協会雑誌五九卷六号、七号（昭和一六年）（同「刑罰の本質について・その他」（昭和三〇年）二二三頁以下所収（引用頁数は本書による）一五四頁。

(4) 小野・前掲「新訂刑法講義総論」一五四頁。さらに同「刑法概論（増訂新版）」（昭和三五年）一一四頁。

(5) 町野・前掲「違法性」の認識について二〇八頁。

(6) 牧野英一「法律の不知」法学新報一六卷七号（明治三九年）（同「刑法研究第一卷」（大正一〇年）二五七頁以下所収）、同「重訂日本刑法上巻」（昭和二二年）二二七頁以下、同「刑法総論下巻（全訂版）」（昭和三四年）五八九頁。

(7) もっともいわゆる経済統制法規に関して、小野博士は、経済統制違反は行政犯でありながら刑事犯的性格を帯びつつあるとして「法定犯から自然犯に移行しつつある」と言われ、統制法規違反に対しても過失をもって足りるとされる（小野・前掲「経済刑法と違法の意識」二七〇頁以下）のに対して瀧川・牧野両博士があくまでも違法の認識を要求すべきとされる（瀧川・前掲「違法の認識と経済事犯」一四六頁以下、牧野「法律の錯誤と統制法規違反」同「法律の錯誤（刑法研究第十二巻）」（昭和二四年）一二七頁以下）点で、顕著な差異があることに注意すべきである。

実際の結論は同様であるにしても、違法の認識必要説と不要説との理論的対立が容易に氷解するものではない。この点につき特に、牧野・前掲「法律の錯誤と統制違反」一四四頁以下及び一五七頁以下参照。

(8) 本稿序説第一節一本文参照。

(9) 本稿序説第一節一註(2)参照。

(10) 牧野博士自身、泉一博士の所説に関して、「其ノ趣旨ニ於テ予輩ノ見解ト相同シキモノト解スヘシ」と言われる（牧野「重訂日本刑法上巻」二二五頁註七）。しかしながら法定犯に関しては、不要説と自然犯・法定犯区別説とは実際上も結論に差異が生じ、不要説は法感情に反する結果を産むとの批判を免れ難いものと思われる（莊子「刑法総論（新版）」三五三頁註(2)参照）。

(11) 瀧川・前掲「違法の認識と経済事犯」一四七頁（傍点は引用者）。ただし、瀧川博士はその初期の論文では、行為者に条理違反の認識があればそれ以上に法律違反の認識の存否の問題に深入りする必要はなく、その行為が法律上許されているか否かは第二義

的であるとされていた（瀧川・前掲「責任論の一考察」二四八―九頁、同「錯誤論の一考察」三四七頁）が、それは、条理は社会を覆っているノルム全体をいうものであって法律はこの条理の一部の浮彫に外ならないという、イエリネックの「法律は道德的最少限である」という思想に支えられた立論に基づくものである（瀧川・前掲「帰責条件の本質」三二八―九頁、同「責任論の一考察」二四八―九頁）。

(12) 小野・前掲「経済刑法と違法の意識」二五五頁（傍点は引用者）。さらに博士は関東大震災後の暴利取締令違反に対する大審院判例（大判大正一三年八月一五日刑集三卷六一頁）に関して、「暴利を貪ることはそれ自体反条理的（だが）……それが国家的条理に反するものとして違法であるということは、少くとも暴利取締令の發布されたことを周知したものでなければ意識し得なかったのでは無いかと思われる」（同書二六三頁、傍点は原文）としてその絶対主義的態度に疑問を呈しておられるが、単なる条理違反でなく、国家的条理を高唱される点で注目すべきものと考えらる。

(13) Vgl. Schmidhäuser, Lehrbuch, 10/77 Ann. 50 (S. 423).

(14) 佐伯「四訂刑法講義（総論）」二五二―三頁。

平場博士も、規範の評価的機能を指摘したメツガーの功績を称えて、違法は客観的な法秩序侵害でありその実質は反社会性であるとして、故意には原則として反社会性の認識をもって足りるとされた（平場・前掲「法律の錯誤」三五七頁）。

(15) 莊子・「刑法総論（旧版）」五五六頁に對して、同「刑法総論（新版）」三一八―九頁、三四九頁以下を對比せよ。もつとも、小野坂弘「法律の錯誤―錯誤論(3)」法学教室五〇号（昭和五九年）一一〇頁は、不要説か嚴格故意説かはつきりしないと言う。

(16) 莊子「刑法総論（新版）」三五〇―一頁（傍点は引用者）。

(17) 教授は一方で、故意の本質を、行為者が構成要件に該当する結果の発生を認識し行為の違法性を認識するにもかかわらず、結果の発生を意に介することなく構成要件の実現に向けて行為した行為者の主観的態度に求められ、そこに過失と比較しより重い、高度の非難の根拠を認められる（莊子「刑法総論（新版）」三二四頁以下、三二八―九頁、三四九―五〇頁など）が、他方、「故意の本質は行為の違法性を意識しないことにある」と言われるのである（同書三五二頁）。前者では故意の本質論ないし要件論といった理論面が念頭に置かれ、後者では違法性の意識の実態面が重視された発言として理解すべきであろうか（莊子教授の不要説に対する理解として、岡野・前掲「故意」中山他編『現代刑法講座第二巻違法と責任』三一六頁参照）。あるいは行為者固有の規範意識（感情的側面）を念頭におかれたものであろうか。

(18) 刑集三卷四号五〇一頁。

(19) 小野清一郎『刑事判例評釈集第十一卷昭和二十四年度』(昭和二十九年) 一八九頁。

(20) 小野・前掲評釈一九一頁。

(21) このような理解を示す者として、福田・前掲『総判研叢書刑法⑩事実の錯誤と法律の錯誤』一〇六頁。

尚、瀧川春雄「法の不知と故意の阻却」刑法雑誌一卷一号(昭和二十五年) 二三頁以下は、本件政令違反行為は法定犯であり、法定犯では当該法規を知ることによってのみ違法性の意識が生ずるものであって、判決は上告理由の提出した法定犯における故意阻却の問題に答えていない、と指摘する。

(22) 「意味の認識」は通常、規範的構成要件要素の認識についていわれる。そこでは規範的要素を含む「客体」あるいは「行為・結果そのもの」の意味についての社会生活上の一般的な「素人的認識」が問題となるわけである(この点につき、内田『刑法Ⅰ(総論)』一〇九—一〇頁、一五二—三頁参照)。

構成要件該当事実の認識(事実的故意)について、単に裸の事実だけでなく、その文化的・社会的ないし法律的「意味の認識」を要求するのは、実はそれが行為者自身に当該行為の適否の価値判断を媒介すべきものだからである。これは構成要件の故意の「違法性の意識の提訴(喚起)機能」といわれるものである(これを指摘する者として、中『講述犯罪総論』九二—三頁、西原『刑法総論』一五八頁、四二—二頁、藤木『刑法講義総論』二一七—八頁、さらに、洲見・前掲論文二一八頁以下参照)。

(23) 前註(22)で指摘したように「意味の認識」は規範的構成要件要素について言われるのであるが、さらに行為全体に対する価値判断という意味で、当該行為の「社会的意味」あるいは「法的意思」を考へることは可能であると思われる。しかし、本判決を上述の意味での当該行為全体の「法的意思」の認識を故意の要素としないものとして理解するわけである。

(24) 規範的構成要件要素について、例えばいわゆるチャタレー判決は、「問題となる記載の存在の認識とこれを頒布販売することの認識があれば足り」、「猥褻性を具備するかどうかの認識まで必要としているものではない」と判示している(最大判昭和三二年三月一三日刑集一巻三三九七頁)。これに対して学説は一般に、故意の成立には外形的事実の表象で満足し意味の認識を不問に付するものだと批判している(この点につき、川端博『判例刑法研究第三卷』一五〇—一頁、振津隆行「規範的構成要件要素の認識」刑法判例百選Ⅰ総論(第二版・昭和五九年) 一一〇—一頁参照)が、西原教授は、本件は意味の認識が問題とならない事案であり、この概念を積極的に否認したものではないと解すべきである(西原『刑法総論』一五八頁註(3))とされており、この

判例自体の評価は必ずしも一樣ではない。

また事実認識につき意味の認識を重視する判例も少なからず見うけられ（例えば、大判大正一五年二月二二日刑集五卷九七頁、最判昭和二六年七月一〇日刑集五卷八号一四一一頁、最判昭和二六年八月一七日刑集五卷九号一七八九頁）、判例の態度は必ずしも一貫していない。

（25）判例時報一九〇号二二頁。

（26）下刑集六卷一〇二号九〇頁。

第二章 一般的違法性の認識

序

前章で考察した「前法的規範違反の認識」説が、いわゆる自然犯・刑事犯に関する限り、行為の反倫理性・反社会性を認識していることで「違法性の意識」ありとし、当該行為に対する行為者自身の法的評価までも要求しないのに対し、自己の行為が文字どおり「法律上許されない」ことの認識を要求する見解を検討するのが本章での課題である。この見解は、行為の「可罰性の認識」やまして具体的な「刑罰法規（自体）の認識」ないし「刑罰の程度・重さの認識」までも要求するものではなく、当該行為が（民法上、行政法上あるいは刑法上といった）何らかの形で法律上禁じられているという、全体としての法秩序に反するという認識を必要とするものであり、その意味で（特殊刑法的（可罰的）違法性と区別する意味での）「一般的違法性の認識」説と呼ぶことができる。¹ もっともこの区別は犯罪成立要件の一要素としての「違法性」判断と同一レベルで論ぜられるものではない。そこでは、犯罪論体系の厳密な概念要素としての「違

「法性」判断（究極的には裁判官の行なう、行為に対する否定的価値判断）が問題になるのに対して、ここでは行為者自身の価値判断が問題にされるからである。

本章で問題となる「一般的違法性」も、形式的意味で捉えるならば、行為の全法秩序に対する矛盾、国家的規範に対する矛盾ないし立法者の命令・禁止違反といった「形式的違法性」として理解され、また実質的な意味で捉えるなら、前章でみた「反社会性」ないし「反倫理性」として捉える場合や、より法的な意味で、刑罰法規によって保護された「法益」を考慮に入れて「実質的違法性」として理解される場合があり、そのいずれに重点を置くかによって「一般的違法性の認識」についての理解もニュアンスを異にする。古くは、アルフェルト（Philipp Alfeld）⁽³⁾、ビンディング（Karl Binding）⁽⁴⁾、ペーリング（Ernst Beling）⁽⁵⁾などが、違法性の意識を「規範違反の認識」あるいは「禁止の認識」として理解していたが、法規範の実証主義的・形式主義的理解が批判され、その実質的価値内容が強調されるに及び、現在では、違法性の意識の対象は「実質的違法性」であるとされ、行為者は当該行為が共同体の基本的要求に矛盾し、かつそれと同時に法的に禁じられていることを認識していることで足りる、とされる。⁽⁷⁾

本章では、現在の通説の基盤を形造る契機になったと思われるメツガー、法規範の実質的価値内容を強調したルドルフの各見解を検討し、更に西ドイツの判例を概観したうえで、我国の学説・判例に考察を加えたい。

(1) Friedrich-Christian Schroeder, Leipziger Kommentar [= LK], 9. Aufl. 1974, §59 Rdn 244; Hans-Ludwig Guntner, Strafrechts-widrigkeit und Strafrechtsausschluss, 1983, S. 83ff. 144ff. und S. 388f. 西原『刑法総論』一一六頁以下参照。

(2) 「形式的違法性」と「実質的違法性」の理解については必ずしも一様ではないが（この点につき、内田『刑法Ⅰ（総論）』一六一頁註（一）参照）、行為が法の禁止または命令規範に違反することを意味するのが「形式的違法性」とされるのが通常であり（例えば、西原『刑法総論』一〇七頁、中山『刑法総論』二二五頁等）、その意味でこれは当該行為と「法秩序全体の精神」との矛盾「関

係」を指称するものとして理解されるべきである(内田・前掲書一六〇頁)。「実質的違法性」については、ビンディング、M・E・マイヤーなどの流れに由来する規範違反説からのアプローチと、フォイエルバッハからビルンバウムを経てリストにつながる法益論の流れの中で形成された法益侵害(ないしその危険)説からのアプローチが大別されるが(例えば、西原・前掲書一〇八頁、中『犯罪総論』八六頁以下とくに八八頁、中山・前掲書二二五頁以下等参照)、ビンディングの規範説に対して、違法性は規範の違反であるというだけで違法性の実質的内容が示されていない点で「形式的」であつたとされ(福田『全訂刑法総論』一三二頁)、また違法性の意識の認識対象としても形式的な規範違反が念頭に置かれていると指摘されるように(Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 46ff. 川端博「違法性の認識について」)法律論叢四七卷二号(昭和五〇年)八〇頁以下とくに八四頁)、「実質的違法性」というも「形式的違法性」に近接したニュアンスの濃い見解が存在したことに注意すべきであろう。

(c) Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl. 1922, S. 166; 福田・前掲『違法性の錯誤』四九一五〇頁も参照。

(4) Binding, Die Normen und ihre Übertretung [= Normen], Bd. I, 2. Aufl. 1890, S. 90; Bd. II 2, 2. Aufl. 1916, S. 935ff.; und Bd. III, 1918, S. 90; vgl. dazu Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein, S. 41ff.; Rudolphi, aa.O., S. 46ff.; 福田・前掲『違法性の錯誤』一一九頁以下、川端・前掲論文八〇頁以下参照。更にビンディングの責任論の学説史的意義については、vgl. Achenbach, aa.O., S. 27ff.

(5) Beising, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 180ff.; 福田・前掲書六三—四頁参照。ベーリングの責任論については、vgl. Achenbach, aa.O., S. 91ff.

(6) Vgl. mit weiteren Nachweisen Kaufmann, aa.O., S. 30f.

(7) 例へば Jescheck, Lehrbuch, AT, 3. Aufl., S. 366; Rudolphi, SK, 3. Aufl., §17 Rdnr. 3.; Lackner, Strafgesetzbuch, 14. Aufl. 1981, §17 Rdnr. 2a. 我国で「実質的違法性の認識」を明言されるのは、団藤博士、内田教授である(本章第四節一参照)。

第一節 メツガーの見解

一 上述したように、ビンディングなどは違法性の意識を「規範違反の認識」あるいは「(法的) 禁止の認識」として捉えていたのであるが、それは規範論的実証主義に基づいた「形式的な」違法観を前提としたものであった。^① それに対して、リストが形式的違法性と実質的違法性の関係を分析し、違法性の実質につき「社会的有害性」の概念を盛り込んで後、^② 実質的違法性論が自覚的に展開されるに至り、メツガーによって客観的違法性論とともに、現在の通説に連なる「法益侵害説」が主張されたのである。^③

メツガーは、違法性(不法)の本質は客観的法規範に対する矛盾であるとして形式的に規定すると同時に、更にその実質を「法的に保護された利益の侵害」と捉えた。すなわち彼は不法を定義して次のように述べた。「不法とは、評価規範としての法に対する矛盾であり、法的に是認された状態の変えないし法的に否認された状態の惹起であつて、或る状態を法的に否認された仕方に変更することではない。」^④ 「不法の実質的内実^⑤は人間の利益の侵害である」と。不法と責任とは、前者が「全ての人」に向けられた評価規範としての法規範であるのに対して、後者は「個別に」個人的に義務づけられた者に対して向けられた意思決定規範としての義務規範である点で概念的な区別がなされるのである。^⑥ 責任論において責任形式としての故意を論ずるにあたり、メツガーは、構成要件要素事実の認識及びその意味の認識に加えて、行為の違法な点についての意味の認識をも要求するのである。彼は次のように言う。確かに現行法が責任思想を真剣に受け止めるなら、フォイエルバッハのように行為の可罰性の認識を要求すべきであろうが、(旧)刑法五九条一項は、犯罪効果の認識ではなく、犯罪要件の認識を要求しているにすぎない。行為の違法性は確かに構成要件要素ではなく、同条項の文言から解釈論上当然に、行為の違法認識が故意の要件となるわけではないが、少なくとも同規定がそれを排除

していると見ることも正しくはない。責任の本質論からすれば、むしろ違法性の意識を故意に要求すべきなのである。即ち、責任とは「行為者の目的意識的人格の法的に否認された表われとしての行為」である。当該行為が故意の完全な形式における表われであるという場合、行為者は当該行為の意味(Bedeutung)を認識していることを要する。それは、行為の違法性の認識は故意の要件であることを意味しているのである、と。⁷⁾

メツガーはこのように違法性の意識を故意の要件とするが、この違法性の認識(予見)は、法律学的包摂の意味で理解されるべきではなく、規範的構成要件要素についてと同様の視点から、「行為者の素人領域における平行評価」として思料されるべきだと主張する。即ち、「行為の法律的・裁判官的評価と同じ方向の、行為者の個人的人格及びその周囲の人々の思考領域における行為の評価」として行為の違法性を認識していれば足りるのである。このような評価によって行為が「違法な」ものとして特徴づけられ、行為者が故意に行為するには、何か禁じられた事を為すということを知らなければならないのである。しかしそれは未必の故意で十分である。そして行為者がかような認識を持っていたか否かは、裁判官の自由な証拠評価のもとで判断されるのである。⁸⁾メツガーはかくして、従来の違法性の意識必要説(ヘルシュナー、フィンガー、ビンディング、ペーリング等)が行為の法律学的判断を要しない点を十分に強調していない限りで度を越したものであると批判し、違法性の認識とは「法の客観的評価規範」に対する行為の矛盾に関する認識である、とするのである。⁹⁾

二 メツガーはこのように、違法性を客観的評価規範違反として捉え、同時に実質的に法益(保護客体・攻撃客体)の侵害ないし危殆化として理解しながらも、違法性の意識に関しては、これを客観的評価規範に対する矛盾として、いわば形式的意味での違法性として理解するにすぎない。違法性の意識に関しては、違法性の実質的内実が自覚されず希薄化している、といえよう。しかしながら、ここで注目すべきは、行為の違法性についての素人領域における平行評価

で足りるとした点である。規範的構成要素の認識についてと同様、行為のいわば全体的な違法性についても、行為者の認識を法律学的・専門的なものから素人的・日常的なものへと縮減したことは重要な意義を有するのである。この点はマウラッハによっても承認され、連邦裁判所に採用されるところとなり、現在の支配的見解であると言ってよい。¹⁰⁾ もっともこの違法性に関する、「素人領域における平行評価」は、行為の社会的意味の認識としての「素人領域における平行評価」と同一視されてはならない。後者はあくまでも西独刑法一六条一項(旧五九条一項)にいう「法律上の構成要件に属する事情」の認識としての故意の存否の問題であって、「違法性」についての素人的認識(判断)の問題とは、理論上は厳格に区別されるべきである。¹¹⁾ その意味ではこの「素人領域の平行評価」の定式を違法性の意識に関して用いることは、誤解を導き易いものと言えよう。

(1) ビンディングに対する批判として、Rudolphi, aaO. 46ff. und 49f. ビンディングの違法論ないし法益論につき我国のものとして、内藤謙「刑法における法益概念の歴史的展開(二)」東京都立大学法学会雑誌七卷二号(昭和四二年)二二八頁以下、これに対して、伊東研祐『法益概念史研究』(昭和五九年)七九頁以下参照。

(2) F.v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 12/13 Aufl. 1903, S. 140f. リストの違法論ないし法益論について、内藤・前掲論文三四〇頁以下、奈良俊夫「リストの法益論とその現代的意義」法学新報八四卷一・二・三号(昭和五二年)三三四頁以下、伊東・前掲書七九頁以下、更に、小暮得雄「違法論の系譜と法益論」法学協会雑誌八〇卷五号(昭和三八年)六二九頁以下等参照。

(3) メッガーの客観的違法論あるいは法益論について、佐伯千仞「主観的違法と客観的違法」法学論叢二七卷一号(昭和七年)七七頁以下(同「刑法における違法性の理論」(昭和四九年)五五頁以下とくに八二頁以下所収)、同「刑法における期待可能性の思想」(昭和三二年)二五七頁以下、小暮・前掲論文六四六頁以下、尚、莊子邦雄「犯罪論の基本思想」(昭和五四年)一〇〇頁以下、更に、伊東・前掲書一五五頁以下等参照。

(4) Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS89, 1924, S. 245f.

- (5) Ebenda, S. 248.
- (6) Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, Aufl. 1949 [= Lehrbuch], S. 166, の点につき、内田「違法と責任」西原他編『現代刑法講座第二巻』(昭和五四年)七頁以下〔内田「刑法論集(総論Ⅰ)」一九八一―二二頁所収〕、尚、莊子『犯罪論の基本思想』一〇〇頁以下も参照。
- (7) Mezger, Lehrbuch, S. 331.
- (8) Ebenda, S. 332f. siehe auch S. 328, ders., Ein Grundriss, 2. Aufl. 1941, S. 107f.; ders., LK, 8. Aufl. 1957, §59 Anm. II 14.
- (9) Mezger, Lehrbuch S. 333f.
- (10) Maurach, Deutsches Strafrecht, AT, 1. Aufl. 1954, S. 415.
- (11) Beschl. v. 18. 3. 1952, BGHSt 2, 194 (202) 「違法性の意識はそもそも、可罰性の認識や禁止規定の認識を意味するものではない。他方で行為者が当該行為が道德的に非難すべきことを認識しているだけでは足りない。行為者はむしろ、確かに法技術的な判断ではないにせよ、行為の不法性を彼の思考世界に応じた評価のもとで認識していなければならず、あるいは相当な良心の緊張によってそれを認識し得たのでなければならぬ」〔傍点引用者〕と言う。更だ、Urt. v. 6. 12. 1956, BGHSt 10, 35 (41).
- (12) Jescheck, Lehrbuch, AT, 3. Aufl. S. 366; Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, TdL, 6. Aufl. S. 507f.
- (13) Vgl. Bockelmann, Strafrecht, AT, 3. Aufl. 1979, S. 77 und S. 126; ferner BGHSt 3, 255, 4, 352.
- (14) 前述したアルトゥール・カウフマンの見解は、「実質的意味における不法意識」と「形式的違法性(法的に禁止されていること)の意識」を区別し、前者はまさに違法性の意識として把握されてはならないとし、それを「社会的有害性の意識」として構成したものであった(本稿第一章第一節参照)。しかるにカウフマンは、「実質的な不法意識には「故意説」が、形式的な違法性の意識については「責任説」が正当であるとする(Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 135; ders., Die Parallelwertung, S. 12 Anm. 30 [邦訳一三九頁])。これが故意の要素としての「違法性の意識」を、一方で社会的有害性の意識に縮減し、他方で形式的違法性の意識の可塑性に止める趣旨ならば、極めて注目すべき故意説の修正案であろう。また、「素人領域の平行評価」の理論を媒介することによって「社会的有害性の意識」を直ちに「違法性の意識」に還元する趣旨であるとすれば、本文に述べたような意味で、両者を混同するものと言うべきであろうか。

第二節 ルドルフイの見解

一 違法性の意識及び禁止の錯誤の問題に関する教授資格論文を公刊したルドルフイは、違法性の意識の認識対象の問題に関して、フォイエルバッハの可罰性の認識説やビンディングの規範違反の認識説といった形式主義的・実証主義的法思想に基づく所説を批判し、規範の実質的価値内実を高唱することによって、より自覚的な視点から「実質的違法性の認識」説を展開した。

ルドルフイによれば、個々人の価値感情・良心を超越して存在している集合的規範秩序としての法規範はすべて、その中に実質的価値内容を内在させており、その価値内容から真正な当為規範としての法規範の妥当力(Geltungskraft)が導かれるのである。国家の權威的意思決定だけが行為の当罰性を根拠づけるとする形式主義的見解は斥けられるべきである。犯罪の本質は、形式的な規範違反、立法者意思に対する不服従に尽きるものではなく、同時に真正な実質的価値違反でもある。しかるにこの実質的価値違反の局面に即して言うなら、犯罪は、アルトゥール・カウフマンの言うように社会的価値違反・社会的有害行為に尽きるものではなく、侵害された規範に内属する一般的法的平和の攪乱(Störung des allgemeinen Rechtsfriedens)あることは一般的法的安定性価値の侵害(Beeinträchtigung des allgemeinen Rechtssicherheitswerts)をも意味しているのである。ルドルフイはここから更に、規範命令の内容を担っている具体的・実質的価値実体(Wertverhalt)ないし内容価値(Inhaltswert)と、その規範のもつ個別的な秩序化価値(Ordnungswert)とを綜合したところの全体的価値内容(der gesamte Wertgehalt)を規範の侵害対象として捉え、行為者がこの全体的価値内容を具体的に認識しかつ精神的に理解することによって初めて、当該規範違反に対する完全な責任非難が肯定され得ると主張する。即ち彼によれば、規範の当為としての意味は、規範を支える実質的意味―及び価値内容の理解によって初め

て個々人に開示されるのであって、規範の實質的根柢の精神的理解が個々人の「當為」体験を可能とするのである。このことから、次の三つの重要な論点が導かれる。まず、(1)有責な規範違反とは、行為者に規範を担う意味―及び価値内容が意識されていたか、あるいは少なくともその可能性があったことを前提としている。次に、(2)責任とはその本質上、特定の価値の呼掛けないし特殊具体的な當為に對する不服従に他ならず、およそ価値一般に對する責任というのは考えられず、その意味で責任とは「具体的行為の實質的価値違反」に関わる實質的概念であつて、侵害された価値の輕重に應じて程度を付し得る概念である。そして最後に、(3)上述のことから、意識的な規範侵害に對して減輕されない（完全な）責任非難が肯定されるには、行為者が当該規範命令の全体的価値（即ち、具体的な實質的内容価値と固有の秩序化価値の両者）を認識していたことが必要とされる。個々の規範違反の實質的責任内容は、例えば故意殺人が故意器物損壊より重い責任内容を示すように、それぞれの規範の持つ實質的価値内容すなわち「内容価値」の局面で捉えられると同時に、内容的に同価値の規範が、それが私法的契約上のものであるか、団体内の規約によるものか、あるいは一般的に強制可能な法秩序のそれであるかによつてその秩序化ないしは具体的當為づけの強度が異なるように、それぞれの具体的規範の「秩序価値」の局面においても捉えられるのである。

かような理解を基礎にして、ルドルフィは違法性の意識の認識対象の問題につき次のように述べる。法規範だけが人を法的に拘束し、特定の作為・不作為へと義務づけ、必要とあらばこの義務づけを強制的に貫徹することを正当化し得る。個人的な良心あるいは価値確信によつては揺らぐことのない法規範の妥当力ないし義務づけ力は、その特定の「内容価値」だけでなく、一定の価値ある状態（例えば、生命・健康・自由・国家の安全あるいは司法の公正等の諸法益）を社会生活の中で維持・実現するという法規範の目的即ち法規範の特殊な「秩序化価値（ないし機能）」をも顧慮することによつて初めて、十全に説明されるのである。他の諸規範に優先する法の秩序化機能を忘れてはならないのである。

更に、これまでの議論にみられた実質的不法か形式的違法性かという二者択一は今や修正され、実質的犯罪概念にとつては「実質的不法」に加え「形式的違法性」も重要であり、違法性の意識の認識対象としても両者は共に重要な意義を有するとされる。犯罪は、実質的に言えば、単に社会倫理的価値違反・社会侵害的行為であるだけでなく、同時に必然的に、繁栄する人間の共同生活の保全に必要な秩序・安全の侵害をも含意している。アルトゥール・カウフマンの言うように行為の社会的有害性だけでは不充分であつて、責任非難は、実質的な内容価値の侵害だけでなく違反された法秩序の秩序化価値の侵害にも、即ち違反された法秩序の具体的実質的価値内容の全体的侵害に係るのであつて、それ故、違法性の意識の認識対象は、行為の社会倫理的価値違反（ないし社会的有害性）と、繁栄する人間の共同生活の保全に要求される（一般的）法的な秩序・安定性の侵害である。換言すれば、行為者は行為の法的価値違反性を認識しなければならぬのである。行為者が、法的な秩序・安定性を損うところの行為の価値違反性を認識しかつ精神的に理解するか、あるいは少なくともその可能性があつた場合にのみ、彼は、自らを義務づける法規範の具体的価値内容を意思決定の際に動機にまで高めることができるのである。行為者が行為の社会倫理的価値違反性は意識しているが具体的違法性の意識を欠く場合、彼には、彼を義務づけている法的規範の価値内容へと行為を向ける可能性（自由）が欠けているのである。アルミン・カウフマンが正当に指摘したように、社会倫理的責任は「法的意味における責任のトルソにすぎない」のであつて、「法共同体の法的命令に対する法的責任」を基礎づけるものではない。³

ルドルフイはかような視点から、反社会性の認識だけでは法規範違反を理由とする法的責任を問ひ得ないことを、確信犯の場合、あるいは法的禁止・命令が支配的な社会倫理的確信に支えられていない場合（例えば刑法〔旧〕一七三条〔近親相姦〕及び〔旧〕一七五条〔男子間の猥褻行為〕）、更には秩序刑法における秩序違反行為（そこでは行為者の禁止・命令規範認識（ないしその可能性）を前提とする）等によって例証する。違法性の意識を肯定するには、行為者は、行為

の価値違反性を認識し、かつそれに加えて、彼の固有の良心及び初源的価値体験にもとづきそれを承認していないとしても、彼が違背した価値ないし規範が一般的法的治安・安定性のために遵守さるべく要求されていることを知らなければならぬ。別言すれば、行為者は侵害された価値の一般的拘束性ないし不可侵性、即ち、侵害された規範の法的性質 (Rechtscharakter) を認識しなければならぬのである。その際、行為者が当該行為を可罰的不法か、損害賠償義務を負うものか、あるいは行政法上の処分対象となるのか、そのいずれとして捉えていたかは、当該行為を規範の価値内容に従って決定する可能性 (自由) にとって重要でない。行為者の責任にとつては、彼が行為の完全な不法内容即ち法規範の当為妥当性を根拠づける実質的価値内容を全体として把握していたか、あるいは少なくとも把握し得たことが重要なのである。そして人間を意思形成において直接的に規定するには、法規範の一般的当為・規範名宛人に対する一般的義務を、特定の行為可能性へと具体化することが必要であり、これを違法性の意識に關して言うなら、それは行為の具体的・規範違反性・具体的義務違反性を前提とするのである。ホルスト・シュレーダーが正当に述べたように、一般的・抽象的な違法性の意識などというものは認められない。その意味で、違法性の意識は個々の構成要件に關連したものでなければならず (Tatbestandsbezogenheit)、その実質的不法内容に關係して「可分的」(teilbar) なものである。⁵⁾

ルドルフイはこのように、規範のもつ実質的価値内容と、法規範に課せられた特殊な秩序化価値 (機能) の両者をいわば綜合した全体的価値内容を「実質的違法性」と捉え、実質的犯罪概念の正しい理解によれば、それは「形式的違法性」と相補的關係にあるとした。そして違法性の意識の認識対象を、具体的な行為者態度の法的価値違反性、ないし法規範の全体的な具体的実質的価値内容に対する違反として捉えたのであった。この見解は、メツガーに見られたように違法性の意識に關しては從來必ずしも自覺的でなかった、「違法性」の実質的側面を強調しこれを違法性の意識の認識対象に取り込み、しかもその際、規範のもつ実質的価値内容 (即ち、社会倫理的価値違反・社会的有害性に關わる局面)

だけでなく、法規範の他の規範に優先する特殊な秩序化価値（機能）の側面をも重視した点で、重要な意義を有するものと思われる。その意味でこのルドルフィの所説は「実質的違法性の認識」説と呼ぶことができる。

二　ところで、ルドルフィのこのような見解は、刑事不法論にいう「不法（実質的違法性）」とどのような関係にあるのか、必ずしも明確でないように思われる。ルドルフィは人（格）的不法論の立場から、違法の実質は結果無価値に尽きるものではなく、行為無価値をも不法構成要件要素であるとするが、そこでは刑法的行為無価値は「法的に承認された財の侵害ないし危殆化、即ち構成要件該当的な事態無価値の招来に向けられた行為」として把握されている。⁶しかるにそこで予定されている「法益」概念は、純粹に実証主義的なそれぞれの刑罰構成要件に保護された利益（Interesse）としてではなく、憲法上正当なものとされた刑罰威嚇の保護財としての「我々の社会をその具体的形成において存続せしめるのに必要な、そしてそれ故価値ある社会的機能統一」である、とされる。⁷このように理解された法益概念は、義務違反・規範の妥当状態の侵害自体をもその中に取り込み、そのことによってより抽象化・精神化する傾向を持つことになる。⁸現にルドルフィが、違法性の意識の中に、法規範の保護する具体的・実質的価値内容と共に、その秩序価値をも要求したことは、このことと符合するように思われる。法益概念を可能な限りより実質的で現実的・事実的な基礎をもつものとして理解すべきではないかとの批判は措くとしても、⁹ルドルフィが法規範の実質的価値内容、¹⁰全体の一方に編入している「秩序価値」侵害の側面はむしろ、端的に言って、「形式的違法性」の概念に還元し得るのではないか、との疑問が残る。

いずれにせよ、ルドルフィの見解は、違法性の意識の認識内容につき、従来の「形式的違法性」か「実質的違法性」とかという二者択一を排してその双方を必要とし、かつ「実質的違法性」のもつ実質的価値すなわち「法益侵害（危険）」の局面を重視している点で、注目すべきものと思われる。

- (1) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 49-52.
- (2) Ebenda, S. 54-56.
- (3) Ebenda, S. 57-60; siehe auch Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 193.
- (4) Rudolphi, aa.O., S. 60-64.
 ルドルフィは、いわゆる紀律違反行為(Disziplinarrecht)に関しては、紀律不法の認識は未だ行為者に刑法規範の実質的価値内容に従って動機づける可能性(自由)を与えるものではないとして、紀律不法と刑事不法の異質性を強調していた(aa.O., S. 63; ders., SK, 2. Aufl., §17 Rdnr. 6)が、後には、両者には量的な区別しかなく、行為者が当該行為を単に紀律不法としか考えていない場合であっても、彼は実質的不法を正しく認識しているのであって、禁止の錯誤ではなく違法性の意識が肯定され得るとして、改説しつつある(ders., SK, 3. Aufl., §17 Rdnr. 6)。
- (5) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 77ff.; siehe auch Schöнке/Schröder, StGB, 17. Aufl. 1974, §59 Rdnr. 119; vgl. dazu ferner Gosse, Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht, 1974, F. 194ff.
- (6) Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, S. 60-65 (紹介として、真鍋毅「ルドルフィ『人的不法論における行為無価値の内容と機能』」佐賀大学経済論集一一巻一号(昭和五三年)五九頁以下がある)尚、振津隆行「不法における結果無価値と行為無価値(一)」関西大学法学論集二六巻一号(昭和五一年)一八五頁以下参照。
- (7) Ebenda, S. 61; ferner ders., Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, Honig-Festschrift(Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 77), 1970, S. 151ff. ルドルフィの法益概念に「つて」伊東研祐・前掲「法益概念史研究」三三九頁以下参照。
- (8) 伊東・前掲書三六三-四頁参照。
- (9) この点は、本稿第四章第一節で論述する。

第三節 西ドイツの判例

一 ドイツのライヒ裁判所は、法律の錯誤に関して一貫して「刑罰法規の錯誤は故意を阻却しないが、非刑罰法規の錯誤は故意を阻却する」との態度に固執していたことは周知のとおりである。⁽¹⁾ここからライヒ裁判所が違法性の意識の認識対象として如何なる種類の規範を考えていたかは必ずしも明示的ではないが、少なくとも「可罰性の認識」は要しないとするのが判例の立場であった。⁽²⁾

これに対して連邦裁判所は学説の支配的見解と一致して、違法性の意識の認識対象を「法的に許容されず禁止されていること」「行為の不法性(das Unrechtmäßige der Tat)」「⁽³⁾法的当為命題との不一致」と規定し、しかもこの認識は、確かに法技術的な判断ではないにせよ、「行為の不法性を行為者の思考世界に応じた評価のもとで認識すべきか、あるいは相当な良心の緊張によってそれを認識し得た」ものでなければならず、可罰性の認識や禁止規定の認識を意味するものではなく、また道徳的非難性の認識では足りないと明示するのである。⁽⁴⁾このような原則に従い、例えば、哲学学生である被告人が、使用窃盗は不可罰であると考えて、読み終った後返すつもりでデパートの売場から一冊の小説を持ち出したという事案について、被告人は不法領得の目的をもって行為したものであって、当該行為が可罰的、不法領得と評価されるという点について誤解していたとしても違法性の意識は否定されない、と判示したものである。⁽⁵⁾

判例はこのように違法性の意識とは「一般的違法性の意識」であってしかもいわば「素人的認識」で足りるとしているのであるが、それが当該構成要件の特殊な不法内容に関わるべきか否かという、いわゆる違法性の意識の「不可分性」あるいは「可分性」の問題について連邦裁判所の態度に変遷が見られるので、以下ではこの点について概観することにしてしよう。

二 連邦裁判所は当初、違法性の意識の「可分性」を否定していた。例えば一九五二年二月九日連邦裁判所刑事第二部判決は、〔旧〕西独刑法一七四条一号〔從属關係にある者との猥褻行為〕と同一七三条二項〔姻族間の近親相姦〕との観念的競合が問題となった事案で、被告人（継父）は継娘との継続的性交を行なうに際し、妻との婚姻關係を破り姦通を行なうという意味での不法を意識していたが、姻族間の性交の禁止については知らなかったという事実につき、次のように判示した。

誰でも、姦通が道徳秩序に反するだけでなく法秩序に反することも知っている。被告人も、〔地方裁判所の〕判決が確認しているように、彼に姦通の可罰性が知られていなかったことを抗弁理由とすることは許されない。彼が姦通行為の不法を意識していたのであれば、この意識は当該行為自体の禁止を含んでいる。何故ならば、既に一九五一年一月三〇日の刑事第一部判決に判示されているように、違法性の意識は可分的でないからである。つまり違法性の意識には法秩序が行為により実現された不法をどの様に処罰しているかという表象は含まれないからである。このことはとりわけ、行為により侵害された複数の刑罰法規が同一のあるいは類似の法益を保護している場合、例えば本件のように一七二条と一七三条二項（この規定が尊属・卑族關係にある姻族間の性交を処罰し、それによって家族を性的關係の外におこうとする限りで）とも妥当するはずである。被告人はそれ故行為全体について違法性の意識が帰責されるのであり、その限りで一七四条一号により継続的な猥褻行為についても責任があったのである。

判例はこのように、同種あるいは類似の法益を保護する刑罰法規間で観念的競合が問題とされた場合に、違法性の意識の「不可分性」の立場から行為全体についての違法性の意識を肯定していたのである。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾ この「不可分性」の原則が別種の法益を保護する規定の間でも適用されるか否かについては、最終的な態度決定がなされず、⁽¹³⁾ 加えて、姦通についての不法認識が法原則的に当然に姻族間の性交の不法認識をも含むとの一般的な判断を導いているとは思われない判決も⁽¹⁴⁾ 散見し得る状況の中で、一九五六年二月六日連邦裁判所刑事第四部判決は、違法性の意識の「不可分性」を否定し、

違法性の意識は個々の刑罰法規の不法内容に関わるものであり、その意味で「可分的」なものであると判示したのである。

この連邦裁判所判決の事案は、国外ドイツ人として育ちドイツ語を読むことも話すこともできなかった被告人が、バルカン戦役でドイツ軍兵士となり戦後ドイツに残留していたものであるが、一九五五年一月に当時一七歳であった継娘と性交し、その際、彼は行為の違法性を姦通と従属関係にある者との猥褻行為との関係でのみ意識していたにすぎないというものであった。アンスベルク地方裁判所は、〔旧〕西独刑法一七二条、一七三条二項及び一七四条一号の観念的競合として、同人に対してその全体について問責した。これに対して連邦裁判所は次のように判示して、違法性の意識の「可分性」の見解を示した。

不法の意識の内容は、刑法のその時々々の形態によって決まる。現行法では、社会侵襲的行為一般が処罰されるわけではない。むしろ、刑法上の法律効果は構成要件に記述された（描かれた）特定の行動様式にのみ結び付いている。このような法律形式を備えることによってのみ、不法が刑法上重要なものとして登場する。……〔中略〕……構成要件の中に、その種類及び程度に応じて区別されるような不法形式が含まれているのであれば、その責任非難も、違法性の意識がどの構成要件に関係しているかにかかっている。何か不法を為すという一般的意識も、他の構成要件に関係する違法性の意識も、行為者によって実現された当該構成要件の特殊な責任非難を正当化し得るものではない。例えば、行為者が違警罪とそれと観念的競合になる重大な犯罪行為を犯し、かつ彼はその行為が違警罪として評価されるべきであるという限りでのみ違法性の意識を持っていたような場合がそうである。つまり、特定の構成要件に関係する違法性の意識は、一般的であるいは他の（構成要件に関係した―引用者）違法性の意識によって置き替えることはできないのである。違法性の意識はそれ故、構成要件に関連したものでなければならぬ。つまり、それぞれの構成要件の基礎になっている禁止に及んでいなければならないのである。……〔中略〕……類似的構成要件、法益、規範の事例について特に違法性の意識の不可分性の思想が強調される場合、そこでは、法律問題についての態度決定が証明問題によって影響を受けているということがまず推測

される。行為者が類似の構成要件あるいは法益に関する違法性の意識を持っていた場合、彼は、一般に、彼によって為された法益侵害についても違法性の意識を持っていたであろうということは、証拠評価にとって意味をもつ、事実上の——しかし争う余地のない訳ではない——経験である。法律問題は、個々の場合に違法性の意識が確認され得ない場合に初めて生ずるものである。そしてこの場合、本質的な条件が欠けるため責任非難は正当とされない。……〔中略〕……行為者が基本たる構成要件を知りあるいは知らなければならぬ場合には、加重された構成要件の基礎となる禁止についての違法性の意識が常に存在するということ（例えば、連邦大統領に對する名譽毀損罪（〔旧〕刑法九五条）と單純侮辱罪（〔旧〕刑法一八五条）との關係）は、上述の原則の例外ではなく、正にその適用なのである。このような事例では、基本的構成要件はその本質を変えることなく加重的構成要件に含まれている。加重的構成要件は一般的な構成要件の応用事例にすぎない。このような場合には、責任〔の存否——引用者〕にとって無關係な、加重された可罰性についての意識が行為者に欠けることがあり得るにすぎない。

連邦裁判所は、このような加重關係は本件のような姦通と姻族間の性交との間には存在しないとして、被告人の姻族間の性交の禁止の認識についても個別的に認定すべき旨判示したのである。

この判決は、当時の学説で支配的であった「可分性」⁽¹⁶⁾の原則を明示的に採用したものととして重要な意義を有する。これと同様の判決はその後も幾つか見うけられる。⁽¹⁷⁾

三 これに對して、既に前記一九五六年二月六日連邦裁判所判決に言及されているように、一定の加重的要件が付加されたいわゆる加重的犯罪 (qualifiziertes Delikt) 及び身分犯については、連邦裁判所はこの「可分性」の原理を適用していないようである。

例えば、新聞の寄稿者である被告人 S はかねてより X 新聞社の營業見習いの一五歳の少女 R と深い仲にあったが、その新聞社に關与している相被告人 F から仕事上の便宜を受け、F は S に對し R を「提供し」R との情交のために S の住居を使用させるよう要求し、S は止むなく月に二回程の割ではば三年に亘り住居を提供し、F はこの間他の少女ともそ

の住居で情交を結んだという事案に対し、ミュンヘン地方裁判所は、Sを常習的な猥褻行為の周旋罪（旧）西独刑法一八〇条）、Fをその教唆犯としてそれぞれ六月の軽懲役に処したが、被告人等は上告趣意の中で常習性について争い、また、利己的な周旋の可罰性を知っていたが、常習的な周旋の可罰性は知らなかったと主張したのに対し、連邦裁判所は次のように判示した。¹⁶⁾

〔違法性の意識を認めるには―引用者〕行為者が刑罰構成要件に含まれる特定の法益侵害の不法として認識したことで充分である。このことはとりわけ、基本的な構成要件を共通にしているような構成要件にとって重要な意味を持つ。ここでは、違法性の意識はただ、基本的構成要件が含む特定の法益侵害に関わるだけでよい。窃盗の不法性を認識している者は、自分には加重的不法を実現する意識が欠けていたと主張することによって、加重的窃盗構成要件の適用を免れることはできない。このことは、猥褻行為周旋の構成要件のように、基本的構成要件自体、即ち「単純な」他人の猥褻行為の援助それ自体だけでは処罰されない場合でも、同様である。要点は、法秩序が否認する態度が問題となっているということだけである。禁じられたものの全てが可罰的なものとされる訳ではないように、明示的には禁じられていない全てが法秩序によって是認され許容されている訳ではない。（連邦裁判所は続けて、人間の性的に親密な生活領域ではとくに明示的禁止を留保すべき法政策的根拠が存するのであって、「単純な」他人の猥褻行為の援助行為が明示的に処罰されていないからといって、それが法秩序によって是認されていることにはならないと述べ、被告人等は刑法上重要でない可罰性の錯誤を引き合いに出しているにすぎないとして次のように結論づける。）何故ならば、利己的な周旋の可罰性の認識は、上述のように、構成要件の基礎となっている規範、即ち他人の猥褻行為の援助の法的否認の認識を必然的に含んでいるからである。それ故、彼らは規準となるこの基本的構成要件の全ての法律的特徴（Ausprägung）について違法性の意識を持っていたのである。

これに対してバウマンは、法秩序は単純な淫行援助行為には介入しないとの態度を明らかにしているのであって、そもそもかような構成要件が存在しない場合には、法秩序による否認についての認識は存在し得ず、せいぜい前法律的な反倫理性の意識が存し得るにすぎず、また〔旧〕刑法一八〇条にいう「常習性」のメルクマールも、加重的なものである

だけでなく、刑罰を根拠づける性質を持つものであるとして、これについても違法性の意識を要求する。⁽¹⁹⁾

四 判例は上述のとおり、観念的競合の事例に関しては違法性の意識の「可分性」の原則を肯定し、現在の支配的学説もこれを支持するが、加重の犯罪に関してはこれを認めておらず、両者は矛盾するようにも思われる。⁽²¹⁾この点は、パウマンが指摘したように、⁽²²⁾加重の事情が、(1)基本的構成要件で保護される法益と質的に異なる、付加的な法益侵害にあるのか、(2)同じ法益の侵害の程度が特別に強度なものであるのかによって区別さるべきであろう。⁽¹⁾の場合について、ヴァルダは次のような例を挙げている。⁽²³⁾即ち、ホモ愛好者である外国人がドイツ国内で暴力を用いて同性愛行為をした際に、彼の故国では同性愛行為は不道德なものとされておらず、男子間の猥褻行為への強要も、性的犯罪(Unzucht)としてではなく強要罪として処罰されるにすぎず、それ故彼は行為の不法を強要罪の限度で意識しているにすぎなかったというものである。⁽²⁴⁾「可分性」の原則によれば、この場合異質な法益侵害についての不法認識はないので、強要罪の限度でのみ処罰が認められることになる。⁽²⁵⁾即ち、違法性の意識は質的に異なる法益侵害の全ての不法に及んでいなければならないのである。更に、例えば加重的な窃盗について一部異質の付加的法益侵害が含まれている場合(西独刑法二二三条一項一号、二号、四号)にもその全ての不法について違法性の意識(ないしその可能性)が必要とされるのである。⁽²⁶⁾

これに對して、(2)のように同一法益の侵害の強度(程度)が加重的となるにすぎない場合には、原則として、違法性の意識は基本的構成要件の不法認識で足りるとされる。例えば意図的に他人を杖で激しく殴打した者は、人の健康が法的に保護されており、また彼がどの程度この価値ある状態を侵害しているかを認識しているのであれば、刑法二二三条に比して重大な、刑法二二五条の不法を知らなかったと抗弁するを得ないのである。違法性の意識(そしてそれと同時に責任)は、不法の程度ではなく、その質に及んでいなければならないのである。⁽²⁷⁾つまり、行為者が特殊な違法性の意識を持っていたか否か、また、当該行為が特定の方角において、即ち特定の法的(諸)価値—法益グループに関して、不法で

あることを彼が知っていたか否かが、その都度吟味されなければならないのである。⁽²⁸⁾ このように、違法性の意識の「可分性」の原則は、違法性の意識が、不法の「量」ないし「程度」ではなく、主として不法の「質」ないし「種類」に係る概念であるとの前提の下で、理解されているのである。

このような違法性の意識の「構成要件関連性」(Tatbestandsbezogenheit)ないし「可分性」の原則は、いわゆる秩序刑法における混合構成要件(Mischtatbestand)に関しても問題となり得る。⁽²⁹⁾ 更にまた、二重の禁止の錯誤(sog. doppelter Verbotsirrtum)の事例、即ち、行為者はまず当該具体的行為を禁止している規範を知らなかったが、同時に別の観点から、即ち、現実には存在しない規範にもとづき法秩序によって禁じられていると誤解していたような場合にも、「可分性」の原則が適用され得るのである。例えば、二日前にマントを盗んだ精神病の空巢泥棒Eに通りで出くわしたAは、Eを即座に打ち倒したが、彼はその際、この時点でも正当防衛は許されると考えていたが、同時に精神病者に対する正当防衛は許されないものと誤解していたような事例について、ヒルシュは「不可分性」に連なる観点から全体として違法性の意識を肯定するのに対して、⁽³⁰⁾ ヴェルツェル、ルドルフィそしてイエシエックによれば、完全な責任非難を肯定するに足る違法性の意識が欠け、行為者は禁止の錯誤にあるとされるのである。⁽³¹⁾ ここでも、事態をより細かく見るならば、行為者が実現した構成要件(これについては禁止の錯誤)と実在しない構成要件(これについては幻覚犯)の保護している法益が同種のものであるか、あるいは別種のものかによって区別されるべきであろう。二つの構成要件が相異なる種類の法益を保護している場合には、違法性の意識の可分性の原則が適用され、一方で禁止の錯誤、他方で幻覚犯とされるのである。これに対して、法益が相互にはっきりと区別されず同種のものとなされる場合には、行為者が全体として「何らかの」違法性の意識を持っていることにより、禁止の錯誤の成立は排除され、ヒルシュの解決のごとく、全体として一個の故意既遂犯が成立するものとされるのである。⁽³²⁾

このように、判例にみられた違法性の意識の「可分性」の原則は、それが観念的競合の場合であるか、加重的構成要件の場合であるか、あるいは二重の禁止の錯誤の場合であるかを問わず、行為者の不法認識が当該行為の不法の「質」ないし「種類」、換言すれば、保護される法益の「質」ないし「種類」に及んでいるか否か、という視点を軸としてその適用可能性が判断されているのである。そして、前掲連邦裁判所(BGHSt 10, 35)が指摘していたように、「不可分性」の原則が強調されたのは、特定の構成要件に該当する行為の違法性についての意識は、それと同時に他の構成要件に該当する行為を実現した場合に、他の構成要件に関する違法性の意識をも随伴するのが通常であるという証、³⁵⁾法上の理由によるものであって、³⁶⁾違法性の意識の要件論として「不可分性」の原則を主張するなら、それは「ウェルサリ・イン・レ・イリキタ」の原則に墮するものと言わなければならない。³⁶⁾

(一) Vgl. näher Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein, S. 46ff.; Mezger, LK, 8. Aufl., §59 Anm. II, 15.

(二) 例えば, Urt. v. 19. 3. 1936, RGSt 70, 141 (142) は、外国為替に関する違反行為につき、行為者は彼が違反した規定を特別に認識する必要はないとして、次のように判示した。「当該業務行為があるいは外国為替立法の規定に違反するかも知れないという表象と、それにも拘らず行為するという意思があれば十分である。この表象はまた、弁護人の主張するように、一所為により同時に生ずる複数の問題となるべき法律違反の全てにつき個別に、確認される必要はない。〔行為の〕可罰性に、禁止についてのそのような正確な認識を要求するならば、外国為替規定違反の大多数が処罰されないままとなろう。そしてそれは、地方裁判所の認定するように被告人等が当該諸規定を知ることをわざと怠っていたような場合にも、故意的な外国為替違反行為を確認し得ないことになろう。むしろ、当該行為が、たとえ個々にはつきりとは表象していなくとも、あるいは何らかの外国為替法の規定に違反していることを行為者が意識していることで、十分である。」ライヒ裁判所はこのように、規定違反の一般的(未必的)認識で足りるとし、具体的な規定の認識ないし可罰性の認識までは要求していない。と同時に、本判決は違法性の意識の「不可分性」を前提としてい
ると思われる点でも注目すべきである。

- (3) Beschl. v. 18. 3. 1952, BGHS12, 194 (196u. 202).
- (4) Urt. v. 23. 4. 1953, BGHS14, 236 (243).
- (5) BGHS12, 202; ferner BGHS10, 35 (41); BGHS15, 377 (383); BGH GA 1969, 61 (本稿第一章第二節「参照」).
- (6) OLG Celle, Urt. v. 16. 3. 67, JZ 1967, 503 (504).
- (7) BGHS3, 342 (343); 福田・前掲『違法性の錯誤』二二〇—一頁参照。
- (8) 〔旧〕西独刑法一七四条一号は次のように規定していた。
- 第一七四条 次の者は、重懲役又は六月以上の軽懲役に処する。
一 自己の教育、養成、監督もしくは保護に委ねられている二十一歳未満の者を猥褻行為に悪用した者。
〔訳文は、法務資料第三九七号臼井滋夫訳に拠った。〕
- 同条は、一九七三年一月二三日の第四次刑法改正法により、大幅に改正されている。
- (9) 一九五三年八月四日の第三次刑法改正法律による改正前の規定は次のようであった。
- 第一七三条② 姻族である尊属と卑属との間の性交、並びに兄弟姉妹間の性交は、二年以下の軽懲役をもって罰する。
- 因みに、近親相姦に関するこの一七三条の規定は、一九七三年一月二三日の第四次刑法改正法律により、「風俗に対する重罪及び軽罪」の章から「身分、婚姻及び家庭に対する犯罪行為」の章へと編成替えになり、同時に「姻族間の性交」は処罰対象からはずされた。この点につきさしあたり、内田『刑法各論(第二版)』(昭和五九年)一五六頁註(2)参照。
- (10) 〔旧〕西独刑法一七二条。同条は、一九六九年六月二五日の第一次刑法改正法律により削除されている。
- (11) もっとも〔旧〕刑法一七三条と同一七四条との保護法益が同種ないし類似のものかどうかは、疑問の余地がある(この点につき註(6)、(10)及び(33)参照)。前者は親密な家庭を性的関係から確保するものとされるのに対し、後者は子供及び未成年者の性的発達ないし性的自由が阻害されず、同時に教育・保護関係等が性的接触から免れその社会的機能を十分に果すことが保護法益とされているからである(vgl. Lenckner, Schönte/Schröder, 21. Aufl. 1982, §173 Rdnr. 1 und §174 Rdnr. 1; auch Schönte/Schröder, 16. Aufl. 1972, §173 Rdnr. 1 und §174 Rdnr. 1)。
- ただしパートナー(未成年の娘とか、従属者)の性的発達を心理的に阻害する局面では共通するものがあるといえよう。
- (12) この他、ゲーム機器(Marke.D.)の飲食店設置に際しての地方警察署への許可申請に関する事案で同旨の判断を示すものとして、

カールスルーエ高等裁判所一九五三年七月一六日判決(NJW 1953, 1642)がある。

(13) 例えば、戦時中、国立美術館から或る農場付属住宅に移転されていた美術品類を取引目的のため国外へ搬出した被告人の行為が、かような財物の輸出を禁止し処罰する軍事統制法(Militärverordnungsengesetze)違反に問われた事案で、被告人は他人の所有権に対する違法な攻撃(窃盗)についてのみ違法性の意識を持っていたにすぎないと主張したが、連邦裁判所はこれを認めなかった(BGH 1, StR Urt. v. 23. 10. 1951 (nicht veröffentlicht); vgl. dazu BGHSt 10, 35 (361))。これに対して、強姦目的の住居侵入につき、住居侵入に関する違法性の意識がそのまま性犯罪についても妥当するかにていて、必ずしも明確でない判決も存する(BGH 1, StR 419/53 v. 6. 10. 1953, JR 1954, 188, vgl. dazu BGHSt 10, 35 (37f.))。

(14) 例えど、BGH 5, StR Urt. v. 10. 4. 1952, NJW 1952, 671; BGH 2, StR Urt. v. 2. 2. 1954 (nicht veröffentlicht); vgl. dazu BGHSt 10, 35 (37f.)

(15) BGHSt 10, 35, 詳しへは、福田・前掲書二二頁以下参照。

(16) Siehe BGHSt 10, 35 (42), 福田・前掲書二二五頁註(一)参照。

(17) 例えば、(1)外国人である被告人が姪である16歳の娘X女と連れ立って、自動車展示会を見るため大都会のF市へ来て数日滞在したが、彼は未熟なX女を保護してくれるよう彼の姉であるその母親から依頼されたにも拘らず、その間に何度となく猥褻行為をX女に対し行ない性交を試みたという事実において、被告人はドイツでは従属関係にある者との猥褻行為が可罰的だとは知らず、近親相姦を為すという意味での不法の意識を持っていたにすぎないという事案に対し、原審は、近親相姦の意味での誤想的な不法の意識を「不可分性」の原則によって従属関係にある者との猥褻行為のそれに転用し、(II)刑法一七四条一号により処罰した。これに対し連邦裁判所は、上記判決(BGHSt 10, 35)を引用し、「不可分性」の原則は既に放棄されたものとしたが、本件事実関係のもとは、「可分性」の原則を適用しても、被告人がX女の母親の依頼に反して従属関係を利用して本件行為を行なったのであり、従属関係の利用行為の不法性について考慮する機会があったはずであるとして、一七四条一号に関する違法性の意識を個別・具体的に認定した(BGH 2, StR Urt. v. 14. 5. 1958, MDR 1958, S. 738f. (mitgeteilt von Dallinger))。(2)被告人は、原審で姻族間の性交と従属関係にある者との猥褻行為との観念的競合として有罪とされたが、彼には姦通についての不法の意識があっただけであり、連邦裁判所はかような認識だけでは足りないとして、原判決を破棄した(BGH 4, StR Urt. v. 14. 6. 1963, NJW 1963, S. 1931)。(3)実業高校教師である被告人が、以前に担当したクラスに属していた当時一七歳の職業学校生徒H・Lに対し猥褻行為を行ない、

- (16) 刑法一七四条にいう保護関係が問題とされた事案で、連邦裁判所は「可分性」の原則を前提として、被告人が当該行為に対する非難中傷を意識していたとしても、それが当然に、猥褻行為に対して自分が責任ありという意識に結び付くわけではないと判示した(BGH 2. StR Urt. v. 30. 10. 1963, NJW 1964, S. 411 (412))。 (4) 被告人は三回に亘って酩酊状態で一六歳の継娘と性交したが、地方裁判所は、被告人が姻族間の性交の禁止を知らなかったと抗弁したのに対し、ともかくも被告人は同時に為された姦通が可罰的の不法であると知っていたが故に、かような反論は重要でないと有罪に処した。これに対して、シュトゥットガルト高等裁判所は、複数の犯罪が観念的競合によって為された場合にも、違法性の意識は可分的であるとし、また完全酩酊の構成要件(16)刑法三三〇条a)においても禁止の錯誤が顧慮されるべきであると判示し、他の論点も含めて、原判決を破棄し事件を地方裁判所に差戻した(OLG Stuttgart, Urt. v. 22. 11. 1963, NJW 1964, S. 413f. (mitgeteilt von H. Schröder))。 (5) 被告人A女は自分の娘と既婚者であるXとが自分の住いの一室で猥褻行為をするのを容認したとして、猥褻行為の援助罪(16)西独刑法一八一条一項二号)に問われた事案で、連邦裁判所は、違法性の意識は構成要件に関連していなければならない、即ち、それぞれの構成要件に横たわる禁止に及んでいなければならないとして、被告人A女が、当該行為が既婚の男が問題になっているが故にのみ不法である、と考えていただけでは不充分であると判示した(BGH 1. StR v. 25. 10. 1966, MDR 1967, S. 14 (mitgeteilt von Dallinger))。 (6) 被告人は神経症の寡婦Rの子供達に対し「父親代わり」となっていたが、そのうちの一六歳の娘である相被告人U女と性的関係を持ち続け、二人の間に子供まで生まれ夫婦同様に生活していたが、家を失いたくないために名目的にRと結婚した後もその関係を続けたという事案に対し、地方裁判所は姻族間の近親相姦と一部観念的競合にある従属者に対する猥褻行為として有罪(軽懲役)とした。これに対し連邦裁判所は、いずれにせよ子供の誕生ないし寝室を同じくするようになった時以来、(16)刑法一七四条一号にいう教育・保護関係を生み出すような事実関係は変わったのであり、地方裁判所はこの点を考慮しておらず、また、Rとの実質的な夫婦関係が実際に存したか否か極めて疑わしい本件において、被告人が姻族間の近親相姦についての違法性の意識を持っていたか否かにつき改めて検討すべしとして、原判決を破棄・差戻した。その際、不法についての一般的な意識、あるいは例えば姦通といった他の規範を侵害する意識は姻族間の性交による処罰に不充分であるとして、前記連邦裁判所判決(BGHSt10, 35)を引用する(BGH 4. StR Urt. v. 7. 2. 1969, BGHSt12, 314 (318))。 (81) BGH 1. StR Urt. v. 28. 2. 1961, BGHSt15, 377 (383f.)。 (91) Baumann, Zur Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins, JZ 1961, S. 564ff. (565); auch Rudolph, Unrechtsbewußtsein, S. 87.

- (20) Baumann, Strafrecht, AT, 8. Aufl. 1977, S. 440; Blei, Strafrecht I, AT, 18. Aufl. 1983, S. 199; Bockelmann, Strafrecht, AT, 3. Aufl. 1979, S. 124; Dreher/Tröndle, StGB, 41. Aufl. 1983, §17 Rdnr. 4; Engisch, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW, Bd. 70, 1958, S. 569f.; Jakobs, Strafrecht, AT, 1983, S. 456f.; Jescheck, Lehrbuch, AT, 3. Aufl., S. 367f.; Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Tb1, 6. Aufl., S. 516f.; Lackner, StGB, 14. Aufl. 1981, §17 Anm. 3; Rudolphi, SK, 3. Aufl., §17 Rdnr. 7; Schmidhäuser, Lehrbuch, 10/67 (S.420); Schroeder, LK, 10. Aufl., §17 Rdnr. 14; Cramer, Schönke/Schröder, 21. Aufl., §17 Rdnr. 8; Warda, Tatbestandsbezogenes Unrechtsbewußtsein, NJW 1953, S. 1052; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 171f.

これに対して、いわゆる二重の禁止の錯誤に関するトルンエの見解(Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960, S. 229ff. 後述)は、「不可分性」の原則に連なるものである(vgl. dazu Bindokat, NJW 1963, S. 745ff. (746)).

- (21) Rudolphi, SK, 3. Aufl., §17 Rdnr. 9.

- (22) Baumann, JZ 1961, S. 564ff.

- (23) Warda, NJW 1953, S. 1052ff. (1053).

- (24) (旧)西独刑法一七五条aは、一七五条(男子間の猥褻行為)の加重類型として、手段として暴力又は脅迫を用いたり、従属関係を悪用したり、営業的な場合等について規定していた。

- (25) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 82. 勿論それは、同性愛行為の違法性の錯誤が回避可能でない限りでのことである。

- (26) Ebenda, S. 82f.

- (27) Ebenda, S. 83f.; ders., SK, 3. Aufl., §17 Rdnr. 8.

- (28) Baumann, Strafrecht, AT, S. 440. バウマンは、違法性と禁止認識は段階づけ得ないものであるが、不法と不法認識は漸層的概念(Steigerungsbegriff)であり、民事不法から行政不法、警察不法、秩序違反、そして狭義の犯罪の不法に至るまでの数々の段階があるが、法秩序の統一性の見地からして、不法の程度とか段階、そしてそれに応じた行為者の表象はここでは問題とならない、と言う。違法性の意識の可分性が語られる時、そこでは、同じ不法段階におけるその種類・性質に応じた区別(例えば、性的犯罪と財産犯罪の区別)が問題とされるのであって、禁止の理由(即ち、法益)についての認識があつて初めて、行為者を動機づけ得るが故に、まさにこのような不法の種類・性質についての認識を問題としなければならない、と言うのである(ebenda, S. 440f.).

- (29) Vgl. näher Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 87ff.
- (30) Hirsch, aa.O., S. 229f.
- (31) Weizel, Niederschriften, Bd. 2, S. 34; Rudolphi, aa.O., S. 89ff.; ders., SK, 3. Aufl., §17 Rdnr. 10; Jescheck, Lehrbuch, AT, S. 368 Anm. 13.
- (32) Haft, Der doppelte Irrtum im Strafrecht, Jus 1980, S. 430ff. und S. 659ff. insbes. S. 662f.
- (33) 観念的競合に関する連邦裁判所判決 (BGHS 3, 342; 10, 35) 及び (旧) 刑法一七二条 (姦通)、同一七三条 (姻族間の近親相姦) 及び同一七四条 (従属者との猥褻行為) の観念的競合が問題とされたが、一七三条と一七四条の法益が同種のものと言えるかは疑問視されるべきものであった。それは一九七三年一月二三日の第四次刑法改正法により、前者は「身分、婚姻及び家庭に対する犯罪行為」の章に、また後者は「性的自己決定に対する犯罪行為」の章に編別されたことに端的に表われている。このことが「可分性」の原則を肯定するとの根拠の一つになっていると思われる (vgl. Lenckner, Schöke/Schröder, §173 Rdnr. 1 und §174 Rdnr. 1; Haft, Jus 1980, S. 663 Anm. 32)。また加重的構成要件に関する連邦裁判所判決 (BGHS 15, 377) では「(単純な) 他人の猥褻行為の援助が法秩序によっても否認されたものと見るべきかどうかの問題は別として、判旨の論理による限り、基本的構成要件と加重的構成要件との間には保護法益 (ないし不法の種類・性質) の同種性が認められるのである。この意味で両判決 (BGHS 10, 35; 15, 377) は実質的には矛盾するものではないと言えよう。
- (34) 町野教授は、違法性の意識の「可分性」を肯定し、実質的違法性の認識を必要とすることは、違法の「質」の相違を認めるにとどまらず、その「量」の相違をも認めることになる、とされるが (町野・前掲「違法性」の認識について「二一九頁」、西ドイツの通説がそこまで積極的に認めているか疑問である。教授が引用されるヴェルツェルの見解にそこまで積極的なニュアンスがあるとは思われないし、ルドルフィが「紀律不法」と「刑事不法」を区別したのは両者がまさに「別種のもの」(aliud) であるとの前提に立っていたが故にであり、しかも後には、両者は「量的に」(quantitativ) 区別され得るにすぎないとして、紀律不法としての認識しかない場合にも違法性の意識を肯定するに至ったことは、前述したとおりである (本章第二節註(4)参照)。
- (35) Vgl. Schroeder, LK, 10. Aufl., §17 Rdnr. 15.
- (36) Jescheck, Lehrbuch, AT, S. 367; Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Tb 1, S. 517. 尚「ヴェルサリ・イン・レ・イリキタの原則につき、ホセ・モンパルト」古代刑法における *versari in re illicita* の認否と現代刑法における偶然的役割」上智法学論集二四巻三号 (昭和

第四節 我国の学説・判例

一 現在の我国の学説の多くは、積極的に定義するかあるいは法律の錯誤との関係で言及するにとどめるかを問わず、違法性の意識を文字どおり「法秩序に反することの意識」であるとか「法的に許されないことの意識」といった一般的違法性の認識の意味で理解している。^①そこでは、自己の行為と法秩序全体との矛盾関係の認識といった、いわば（関係概念としての）形式的違法性の認識の側面が重視されているように思われる。^②この点で注目されるのは、団藤博士と内田教授の所説である。団藤博士は「形式的な法律の規定の知・不知と実質的な違法性の意識の有無とは区別しなければならぬ」と言われ、^③また内田教授は違法性の意識の問題を「自己の行為が現行法上許されない（実質的に違法な）性質のものであるかどうか」という問題として捉えられるが、^④そこに言う「実質的な違法性」とは、違法論にいう「実質的違法性」ないし「可罰的違法性」と相応しているのかどうか必ずしも明らかでないからである。それが肯定されるのであれば、実は後述する「可罰的違法性の認識」説と同一に帰することになるからである。

団藤博士は、違法性は法秩序に反することであり、「法秩序の全体」が違法性の判断にあたつて総合的に持ち出されるべきで、「かような全体としての法秩序に、形式的にだけでなく実質的に反するのが、違法性の本質である」とされるが、更に、違法性の程度については「目的論的な相対性」がみとめられるとされ、刑法の領域における犯罪成立要件としての違法性を「可罰的違法性」と呼ばれる。^⑤ここでは法秩序全体に対する違反としての「実質的違法性」と、犯罪

成立要件としての「可罰的違法性」とは用語上区別されており、少なくとも、その論旨を表面的に見る限り、違法性の意識の認識対象としては、前者の意味での「実質的違法性」が念頭におかれているように思われる。

これに対して内田教授は、違法論において「形式的違法論」（行為と法の対立・矛盾関係）と「実質的違法性」（形式的違法性の実質的根拠・内容）との相互補充関係を説かれ、ベールリングの構成要件論の立場から従来の「可罰的違法性の理論」を批判され、まさに「違法論」において、処罰に値するほどの「重大な法益侵害」としての「可罰的違法性」・「実質的違法性」の有無を確認すべし、と主張される。⁽⁶⁾ この意味での「実質的違法性」を違法性の意識の認識対象として理解するなら、「可罰的違法性の認識」説に他ならないことになる。しかしながら、教授が厳格故意説を主張される際、「わるいことを『わるいと知りながら』あえて行為にでたからこそ、重い『故意の責任』に値する」とされながらも、それが一般的に法秩序全体からみて「悪い」のか、あるいは特殊刑法的に「悪い」のかを特定されておらず、またフォイエルバッハの故意概念を援用されながらも、彼の「可罰性の認識・刑罰法規の認識」については留保されていることからすれば、なお「一般的違法性の認識」説に踏み止まっておられるようにも受け取れよう。この意味ではなお曖昧なものを残しているように思われる。

二 我国の判例の多くは、既に述べたように、違法性の意識を「故意」の要件としていないので、それが積極的にどのような認識内容を持つべきものか明確ではない。判例の中には、「法律・法令の不知」や「法律上の価値判断の誤解」や「法令発布の不知」などにより当該行為が罪とならない、あるいは処罰されることはないと考えたとしても、故意を阻却するものではない、とするものがある。⁽⁹⁾ また法律の錯誤は故意を阻却しないとする場合にも、法律の錯誤を「自己の行為が法律上許されたものと誤信すること」として捉え、そのような錯誤に「相当な理由」があるか否かを更に検討して故意の成否を論ずる判例もある。⁽¹⁰⁾ これらの判例にあつては「可罰性の認識」は違法性の意識に要求されておらず、

法律の錯誤という消極的側面からではあるが、違法性の意識を、一般的意味での「法律上許されないことの認識」として理解しているように思われる。

更に、いわゆる「関根橋事件」第一次上告審判決は、刑法三八条三項但書の法意について述べたうえで、「自己の行為に適用される具体的な刑罰法令の規定ないし法定刑の寛嚴の程度を知らなかったとしても、その行為の違法であることを意識している場合は、故意の成否につき同項本文の規定をまつまでもなく、刑の減輕はなし得ないとし、原判決が同条項但書を適用した点に法令解釈の誤りがあるとしてこれを破棄し、原裁判所に差戻した。」¹¹⁾ 本件では被告人は罰金程度の刑ですむと思っており、法定刑の程度について錯誤があつた事案であつて、「可罰性の認識」自体は認定されている。判旨からは、違法性の意識に「可罰性の認識」あるいは「刑罰法規の認識」までも要求しているか否かは読み取れない。¹²⁾

このように我国の判例は多く、違法性の意識は故意の要件ではないとしながらも、法律の錯誤との関係において、違法性の意識を「一般的違法性の認識」として把握していると言えよう。

(1) 植松・前掲書二四四頁、大塚・前掲『刑法概説(総論)』二九〇頁、二九二頁、二九三頁、香川・前掲書一五四頁、柏木・前掲書二二五頁、二二七頁、木村・前掲書三〇八頁、坂本・前掲書一三五頁、中山・前掲書三五二頁、平野・前掲書Ⅱ二六五頁、福田・前掲『全訂刑法総論』一九四頁、藤木・前掲書二二二頁など。

(2) ここでいう「形式的違法性の認識」は形式的・具体的な「刑罰法規(自体)の認識」を意味するものでないことは言うまでもない。

(3) 団藤『刑法綱要総論(改訂版)』二九一頁。

(4) 内田『刑法Ⅰ(総論)』一三三頁。

(5) 団藤・前掲書一七四頁以下。

(6) 内田・前掲書一六〇頁以下、一七四頁以下、尚、一七八頁註(12)も参照。

(7) 同右二二二頁。

(8) 同右三三四頁註(5)。

(9) 例えば、大判昭和一七年九月一五法律評論三一巻諸法五八一頁、判決全集九輯三二二頁、長崎控判昭和一七年二月二八日法律新聞四八二五号七頁、判決全集一〇輯四号一四頁、大判昭和一四年九月一九日法律評論二八巻刑法一八〇頁、福岡高判昭和一九年二月二二日高刑集七巻二二一六頁など。尚、台湾高院判昭和一七年八月二六日法律新聞四八〇三号六頁、法律評論三一巻刑法一三九頁、函館区判昭和一五年二月一六日法律新聞四五三七号五頁、法律評論二九巻諸法四八七頁、東京地判昭和一五年一月七日法律新聞四六四七号三頁、法律評論三〇巻諸法二五五頁も参照。

(10) 例えば、広島高判昭和四四年五月九日判例時報五八二号一〇四頁、東京高判昭和四四年九月一七日高刑集二三巻四号五九五頁、朝鮮高院判昭和一六年二月二六日法律評論三一巻刑法七一頁、東京高判昭和二七年二月二六日高刑集五巻一三三二六四五頁など。

(11) 最判昭和三二年一〇月一八日刑集一一巻一〇号二六六三頁(傍点引用者)。

(12) 尚、町野・前掲「違法性」の認識について二二六―七頁参照。

第三章 特殊刑法的(可罰的)違法性の認識

序

本章では、違法性の意識の認識対象として刑法的意味での禁止・命令の認識、即ち、刑罰威嚇が加えられているか否かといった「可罰性」の認識、あるいは処罰に値する実質的違法性の意味での「可罰的違法性」の認識を要求する見解

を考察することにした。ドイツではこの説はかつてフォイエルバッハによって心理強制説の立場から主張されたが、これは法を強制秩序としか捉えないものであり、また行為者の刑罰法規の認識について広汎な法律上の推定を容認している点に中世的性格を残しているとして批判されてきた。フォイエルバッハのこのような見解は一九世紀初頭に一定程度の支持を受けたが、ヘーゲル学派の台頭に伴い、法律の認識を行為概念(従って帰責論)から排除する形での理論構成がなされた。そしてこのような反動に対する揺り返しとして、ビンディング等に代表される「規範違反の認識」説などが主張され、前章で考察したように、さらにそれに法規範の実質的価値内容をも考慮した意味での「一般的違法性の認識」説が展開され、現在ではこれが通説的見解となっているのである。

これに対して最近になって少数説ながらも、刑罰目的論ないし刑事政策的観点から刑罰威嚇のもつ犯罪抑止機能を重視し、違法性の意識を「可罰性の認識」として捉えようとする見解が、西ドイツのF・Ch・シュレーダー、我國の町野教授⁽⁵⁾によって主張されており、また平場博士及び米田弁護士も基本的に町野教授の見解を支持されている。そこで本章では、シュレーダー及び町野教授の見解につき検討することにした。

- (1) Feuerbach, Lehrbuch, des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847 (Neudruck 1973), hrsg. v. C.J.A. Mittermaier, §13ff. (S. 38ff.), §54 (S. 99), §85 (S. 155), und §90 (S. 163f.). 尚、本書の邦訳として、西村克彦・保倉和彦「フォイエルバッハ『ドイツ普通刑法綱要』から(一)」「(五・完)」警察研究四八巻一一号(昭和五二年)、「四九巻三号(昭和五三年)」、及び西村克彦訳「フォイエルバッハの刑法各論——『ドイツ普通刑法綱要』第二編——(上)(下)」青山法学論集二巻一、二号(昭和五五年)がある。

- (2) Vgl. Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein, S. 37ff.; Maurach, Das Unrechtsbewußtsein zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik, Festschrift f. Eb. Schmidt, 1961, S. 301ff.; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 48f. 福田・前掲「違法性の錯誤」一一頁

以下、川端・前掲「違法性の認識について」(一)七二頁以下、野崎和義「近代的責任論の形成ーフォイエルバッハの法律錯誤論ー」中央大学大学院研究年報一三三号一・二法学研究科篇(下)(昭和五九年)一一九頁以下参照。尚、フォイエルバッハの刑法思想史的研究として、莊子邦雄『近代刑法思想史序説』(昭和五八年)が重要である。

(3) フォイエルバッハ以降の学説史的展開につき詳しくは、福田・前掲書六頁以下参照。

(4) F.-Ch. Schroeder, LK. 9. Aufl. 1974, §59 Rdmr. 245ff.; auch LK. 10. Aufl. 1980, 817 Rdmr. 7f.

更に、オットー(Harro Otto)は、ハルトヴィヒを受け継いだ人格的不法論の立場から、西独刑法一七条にいう狭義の違法性の意識を「行為者が侵害する刑罰規範の認識」として理解している。彼は不法を法共同体の内面的な信頼基盤の危殆化の中に求め、行為の社会的意味内容の認識を故意に要求することから、社会的有害性の意識としての不法意識(Unrechtsbewusstsein)を不法構成要件に編入する。そして、人格的非難とは、当為と、行為に表われた行為者の態度との特定の関係であるとし、西独刑法一七条にいう違法性の意識とはまさに「違法性」の意識(Rechtswidrigkeitsbewusstsein)即ち、「法共同体の社会倫理的基盤を侵害し、かつ、基本法一〇三条二項の意味での法律に反することの意識」であるとする。勿論、法律文言の正確な認識は必要でないが、処罰規定に反することの認識は必要である、とされるのである(Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW Bd. 87, 1975, S. 539ff.; ders., Grundkurs Strafrecht, AT, 2. Aufl. 1982, S. 42ff., 80ff., 167 und 172ff.; vgl. dazu Christos Mylonopoulos, Über das Verhalten von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981, S. 111ff. 伊東・前掲書三六七頁以下参照)。オットーは、このように故意に「社会的有害性の認識」を要求することによって、「一種の故意説」を主張しており、前述したアルトゥール・カウフマンの所説と類似したものがある(vgl. Mylonopoulos, aaO., S. 116 本稿第二章第一節註(14)参照)。

(5) 町野・前掲「違法性」の認識について「上智法学論集」二四卷三三〇二二頁以下。

(6) 平場安治「責任の概念要素と刑事責任論の根底」平場他編『団藤重光博士古稀祝賀論文集第二卷』(昭和五九年)三四頁以下、とくに八九頁、九二頁註(25)、米田泰邦『犯罪と可罰的評価』(昭和五八年)九三頁以下、一一六頁。

第一節 F・Ch・シュレーダーの見解

一 シュレーダー(Friedrich-Christian Schroeder)は『ライプツィガー・コンメンタール』(第九版・一九七四年)の中で、違法性の意識の対象として「刑罰威嚇(ないし可罰性)の認識」を要求している。彼は次のように主張する。かつてフォイエルバッハが可罰性の認識を故意に要求しながらも、悪名高い推定を導入したことはよく知られており、これに対する批判の多くは、彼は刑法を単なる強制秩序としか考えていないという点に向けられてきたが、このことから直ちに、違法性の意識は「一般的違法性の意識」で足りるということが証明されたわけではない。法秩序が或る態度を刑罰で威嚇しているのか、あるいは損害賠償責任を負うにすぎないとしているのかということは、著しい相違である。刑罰は単に特定の法律効果であるだけでなく、特殊な否認的判断を示していることは、今日一致を見ており、それに応じて、刑罰威嚇の錯誤は、単に法律効果の錯誤にすぎないのではなく、刑罰威嚇に示されているところの社会倫理的困難を誤解していることなのである。通説も多くは、可罰性の意識を想起させるような認識を求めているのである。更に、包摂の錯誤や妥当性の錯誤、及び正当化事由の誤認といった形式においては、不法認識の対象は可罰性であるが、他の構成要件の不知の事例についても、可罰性の意識が要求さるべきである。このためには、可罰性の錯誤で犯罪を犯した行為者に対しては、いずれの相対的刑罰論によろうとも、刑罰は無意味になるという考慮が重要な意義をもってくる。まさに責任は、ロクシンの言うように、刑罰目的論から形成されるのである。シュレーダーはこのように、刑罰目的論に方向づけられた責任論においては、可罰性の認識が責任要素とさるべきであるとするが、一般的違法性の認識がありながらも可罰性の錯誤が回避不可能であることは極めて稀であり、また、しばしば何ら減刑にも値しないことがある、と言う。禁止の錯誤に関する非常に柔軟な(裁量的減輕)規定は、このような事態に十分対処し得るものであって、そ

の意味で、可罰性の認識を要求する結論へと踏み出す勇氣を与えてくれるはずである、と主張するのである。⁽³⁾

二 シュレーダーはこのように、刑罰威嚇が重大な社会倫理的困難に支えられていることから、「一般的違法性」と「刑事不法」の相異を強調し、そこから刑罰威嚇の持つ犯罪抑止機能を重視するのである。その際は、ロクシンのいう、刑事政策（ないし刑罰目的論）に方向づけられた責任概念を援用することによって「可罰性の認識」説を基礎づけるのである。そこでロクシンのいう責任概念から当然に本説が導かれるのかどうかにつき、改めて問題にされなければならない。この点については、町野教授の所説をも含めて、後に検討する。

(1) Schroeder, LK, 9. Aufl., §59 Rdnr. 245; auch 10. Aufl., §17 Rdnr. 7.

(2) Vgl. Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970, S. 33.

(3) Schroeder, LK, 9. Aufl., §59 Rdnr. 246f; auch 10. Aufl., §17 Rdnr. 7.

彼は更に、「可罰性の認識は通常は秩序違反の認識を含むが、その逆は真ならずで、秩序違反の認識しかない場合には違法性の意識は欠如する」と言う（ebenda, 10. Aufl., §17 Rdnr. 8）。

第二節 町野教授の見解

一 我国で「可罰性（ないし可罰的違法性）の認識」を要求されるのは町野教授である。教授はいわゆる「羽田空港ビル事件」第二次控訴審判決及び上告審判決を契機として、責任説の立場から、違法性の認識・認識可能性が責任要素として考慮されなければならないのは、それが違法行為に出ないという反対動機を形成する可能性を行為者に与えるも

のだからとされ、刑罰威嚇に違法行為抑止の機能を認める以上、刑法的責任非難には可罰性の認識・認識可能性が存在しなければならぬ、とされるのである。

教授によれば、まず方法論的な出発点として、犯罪成立要件の一つとしての「違法性」と、どのような内容をもつ対象の認識・認識可能性が行為者の責任非難を十分なものにするかという視点での、行為者の認識対象としての「違法性」とは問題の次元を異にし、同一であるべき必然性は存在しない。^① 違法性の認識における違法性概念から法律効果の要素を排除すべきだとするなら、終局的には、前法律的な規範違反の認識をもつて十分だとすることにならざるをえず、またシュトラーター・テンヴェルトのように「国家的強制を惹起し得ること」を認識していることで足りるとし、それがいかなる形態か問わないのは不当であり、行為が刑罰によつて威嚇されているか否かは著るしい相違である、とされる。^② 責任説において違法性の認識（可能性）が責任の要素として考慮されなければならないのは、故意説におけるのとは異なり、それが侵害の客体に対する行為者の意思的関連を与えるからではなく、違法行為に出ないという反対動機を形成する可能性を与えるものだからであるとされ、その反対動機を与えかつ刑法上の非難を加えるに十分な認識とは何か、という観点から、可罰性の認識を要求されるのである。^③ 町野教授は、犯罪論の機能を「保障犯罪論体系」として構想され、犯罪論の中に刑事政策的観点（それは単に犯罪の鎮圧という合目的性だけでなく、正義にかなった、個人の自由をも尊重する視点を含む）を導入し、刑罰目的論に相応した犯罪論体系を主張される。即ち構成要件は実定法上定式化された犯罪類型として「罪刑法定主義機能」に純化され、違法性は刑法の理念に反した、刑罰という特殊・重大な制裁によつて防止されるべき「可罰的違法性」として捉えられ、そして刑法上の責任とは、刑罰による非難が犯罪行為を回避させる動機付けとなりうるような行為者の心理状態を前提とした「可罰的責任」として理解されるのである。このような体系的考慮を基礎にして、刑罰威嚇の違法行為抑止機能を前提としたところの「可罰性の認識」を違法性の意識の認識とし

て要求されるのである。⁽⁵⁾

このことから、法定刑に関する錯誤についても違法性の錯誤になりうることを肯定され、関根橋事件におけるように、罰金刑という刑罰しか認識しなかったことは、爆発物取締罰則一条の重い責任を基礎付けるには十分でないとして、第一次控訴審の結論を支持される。⁽⁶⁾ また例えば「東京中郵事件」から「名古屋中郵事件」、あるいは「都教組事件」から「全農林事件」へと判例変更された場合のように、前者の判例を信頼した行動が後に行為者の不利益に変更された時には、「可罰的刑法違反の認識」をもって違法性の認識とすることによつてはじめて、違法性の錯誤を主張することができるのであって、「法律違反の認識」あるいは抽象的な「刑法違反の認識」をもって違法性の認識とする見解に従うならば、行為者に対し完全な刑事責任を肯定せざるを得ないことになる、とされるのである。⁽⁷⁾

二 町野教授が、犯罪成立要件の一要素としての違法論にいう「違法性」と、行為者自身の、当該具体的行為に対する価値判断である違法性の意識の認識対象・内容としての「違法性」とは、問題の次元を異にするとされた点は、正当な指摘と思われる。当該構成要件該当行為に対する、裁判官による客観的で厳密な価値判断としての「違法性」判断と、責任非難の対象としての、行為者自身の主観的で素人的な価値判断である「違法性」の意識とは、区別さるべきである。また、当該行為に対する「裁判官の判断」と「行為者自身の判断」とが相応することが、責任理念に合致するものであるが、刑法上の「責任」概念はそこまで要求していない。⁽⁸⁾ 行為者自身の価値判断としての「違法性の意識」という心理的事実は、まさに当該行為者に対する責任非難の要素として、裁判官の認定対象となるべきものであって、裁判官による責任判断の対象そのものであると考えられる。

ところで、町野教授は、責任説で違法性の意識（可能性）が考慮されるのは、それが反動機形成の点で重要であるからだと言われるが、その点はしかし、故意説においても同様であろう。「故意」の構造論としてどのような要素を盛り

説 込むかにかかわらず、違法性の意識（可能性）を責任非難の中核と捉えることに両者に違いがあるわけではない。⁽⁹⁾
そこで、町野教授が刑罰目的論の観点から「可罰的違法性の認識」を要求される点が更に検討されるべきであるが、
この点は後述する。⁽¹⁰⁾

- (1) 町野・前掲「違法性」の認識について」上智法学論集二四卷三号二二三頁。
- (2) 同右二二三頁。
- (3) 同右二二三頁。
- (4) 同右二二四―五頁。
- (5) 町野・前掲「犯罪論と刑罰論」長尾・田中編『現代法哲学第三卷』一三三頁以下。
- (6) 町野・前掲（註（1））論文二三〇―一頁。
- (7) 同右二二三頁。
- (8) 確信犯・良心犯の可罰性に関して、責任理念と刑法解釈学上の責任概念とが一致しないのは、一定の予防的観点が顧慮されていることによると指摘するものとして、Rudolphi, Das virtuelle Unrechtsbewusstsein als Strafbarkeitsvoraussetzung im Widerstreit zwischen Schuld und Prävention, (mit Beiträgen von R. Deckers u.a.) Unrechtsbewusstsein (Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, Heft 7), S. 71.（本書の紹介として、松原久利「違法性の意識——行為者の目から・裁判官の目から」同志社法学二六巻四号（昭和五九年）一〇一頁以下がある）尚、本稿序説第二節四参照。
- (9) 米田・前掲「犯罪と可罰的評価」九四頁。
- (10) 本稿第四章第一節三参照。

第四章 私見の展開

第一節 批判的考察と私見

一 さてここでは、前章まで概観してきた違法性の意識の認識内容・対象に関する諸説を批判的に検討し、本問についての私なりの見解を提示することにしたい。

まず第一に、前法的規範違反の認識説は、法と道德との区別を無視し、罪刑法定主義の理念に反しており、責任主義的要請に耐え得ないものと考ええる。今日の価値の多元化・複雑化した社会においては、何が人倫に適っており社会倫理的要請に合致しているかを一義的に確定することは必ずしも容易ではない。刑法の基本的な目的・機能をその法益保護機能に求める立場からすれば、法律が刑罰をもつて道德、倫理ないし社会倫理の維持を個人に強制すべきではない。道德は本来内心の問題であって、反道德的行為が法的に問題とされるのは、それが一定の社会的有害性を持つ限りにおいてである。しかしながらこの社会的有害性を持つ行為も直ちに法的規制の対象となるわけではなく、立法者が社会の一般の法意識に裏打ちされた価値判断によって規制対象へと汲み上げるものであって、「社会的有害性」の認識それ自体は未だ法的当為（義務づけ）を根拠づけるものとは思われない。アルトゥール・カウフマンは社会的有害性を一方では前法律的・社会倫理的価値違反として捉えているが、他方で同時に、法的に承認された社会的有害性即ち法的価値違反だけを念頭に置いているような印象も与えている。カウフマンも実は法的秩序違反の認識を持ち出さざるを得なかったのである。彼の見解もその論旨を徹底させるなら、通説の見解と同一に帰するものと思われる。法規範は、ルドルフが正しく指摘したように、単なる社会倫理規範の義務づけ力を超えた、確固とした一般的拘束力を持つのであって、その実質的価値内容が社会倫理規範と質的に異なるものであり、社会倫理的責任非難と法的責任非難はその程度においても

質においても区別される。法と道德ないし社会倫理は混同されてはならないのである。⁵ 違法性の意識の認識対象（内容）を十全に定式化するには、いわゆる自然犯についても、「反倫理性の認識」などといった前法的規範違反の認識以上のものを求めなければならないと考える。

二 西ドイツ及び我国の判例・通説は、既に概観したように、具体的行為の一般的違法性を違法性の意識として理解しているが、その理由とするところは、ルドルフィが詳論したように、当該法規範の保護する実質的価値内容（保護法益）とその具体的・法的安定性を含めた全体としての実質的価値内容の侵害に犯罪の実質を求め、責任内容としてその認識（可能性）を要求したことにある。⁶ この説に対しては次のような批判がなされた。まず第一に「責任なければ刑罰なし」とする責任原則からは、責任非難に法規範違反を関係づけなければならぬ必然性はなく、「違法性」の概念の中に過剰なものを要求するものであって、責任原則を誇張している、との批判がなされた。⁷ これに対しては、確信犯や、社会倫理的にコンセンサスの得られていない行為、あるいはいわゆる行政刑法の領域では、実定法規範違反の観点を持ち出さざるを得ない。⁸ 我々は社会的有害行為を一般的に処罰するのではなく、罪刑法定主義に則り、立法者が当該行為が社会的有害性のあるものと評価し、法律によって構成要件的に叙述し禁止した限りでのみ処罰し得るのであり、社会的有害性の概念を厳密に確定するには法律上の価値表象を顧慮せざるを得ないという点で再反論できるであろう。⁹ 次に、本説によれば「法律家だけが有責に行為し得る」という奇妙な結論になるとの批判に対しては、既にメツガーやマウラッハ及び連邦裁判所が正当に指摘していたように、本説は法規範に対する「素人的な包摂」ないし違法性についての「素人的認識」で足りるとするものであって、そのような批判は妥当しないであろう。とりわけ刑事刑法においては、社会生活を営む上での基本的要求は、単なる前法律的な倫理的・社会的要求でなく、一貫して法的要求として我々の価値意識の根底を形成しているのであって、たとえ素人的であるにせよ、行為者に行為の「法的評価」を求めることは決して

過剰な要求ではないと思われる。最後に、コールラウシュ等は、違法性の意識は原則として可罰性の意識と重なるものであって、本説は実際上は可罰性の意識を要求するものであると批判した。⁽¹³⁾これに対してルドルフィは、全ての不法が可罰的であるわけではなく、違法性の意識が必ずしも可罰性の意識を引き起こすものでもないし、また刑罰は有責行為の効果のひとつにすぎず、それ故、責任の内容は刑罰とは直接には関係がないと反論するのである。確かに刑罰威嚇の認識が可罰的不法の特重大性を行為者に開示し得るものであることは否定し得ないが、通常はむしろ、法律上の禁止やまして刑罰威嚇の正確な認識がなくとも、刑罰法規に要求されている当該行為の不法を精神的に理解し意識することが可能であると言うのである。即ち、行為者に対して責任非難を提起するに際して重要なことは、行為者態度の法的価値、違反性についての認識(可能性)のみであつて、行為についての何らかの事細かな法律の認識は問題とならないとされるのである。⁽¹⁴⁾この点がまさに、シュレーダーや町野教授の、刑罰威嚇の犯罪抑止機能を中心に据える見解との決定的な対立点であると思われる。

なるほどシュレーダーが指摘するように、⁽¹⁵⁾ヴェルツェルは、「刑法上の禁止を基礎づけかつこの禁止を表現しているところの、自己の行為と共同体秩序との矛盾」を意識し得たのでなければならぬとして、違法性の「量」的重大性を求めているようにも受け取れるが、「刑罰威嚇」の認識(可能性)までも要求しているわけではない。⁽¹⁶⁾責任倫理ないし答責主義に支えられた責任説によれば、責任非難の対象は違法な行為意思であつて、行為者において行為の違法性(Rechtswidrigkeit)が意識され、かつその意思を決定する反対動機(sinbestimmendes Gegenmotiv)となり得た程度に依じて、その違法な行為意思が非難されると述べられるが、そこでは刑罰威嚇による犯罪抑止機能の観点は脱落しており、また、違法性と道徳違反との区別についての説明はあるが、民事不法、行政不法ないし刑事不法に区別に応じた「実質違法性」の認識の異同が説かれているわけではない。⁽¹⁷⁾ルドルフィも、紀律不法(Disziplinarunrecht)と刑事不法との区

別に関連し、「刑事不法内容」を要求し、また「とくに重大な不法」だけが刑罰に連なっており、有責に行為するにはまさにこのような不法を認識していなければならないとするメツガーのテーゼを支持するが、ここから必然的に可罰性の意識が要求される訳ではないとするのである。⁽²⁰⁾ ルドルフのいう法規範の秩序価値（ないし秩序化機能）は、その論旨を徹底させるなら、民事不法か、行政不法か、あるいは刑事不法かによってその強制の強度が異なり、異質なものを含むか、あるいは少なくともそれらは相対的なものであることになろうが、彼はそこまで踏み出してはいない。⁽²¹⁾ 法規範の秩序価値についても、民事、行政、あるいは刑事の各規範の間に質的な違いを認めていないのである。シュトラートンヴェルトが「何らかの形で国家的強制」を受け得ることの認識で足りるとする所以である。⁽²²⁾

三 これに対して、シュレーダー及び町野教授は、刑罰目的論に關係づけられた責任概念の理解から「刑罰威嚇（可罰性）の認識」ないし具体的な「可罰的刑法違反の認識」を要求されたのであるが、ここで改めて、刑罰目的論と違法性の意識の認識対象（内容）とがどのようにに關係するか問われなければならないであろう。町野教授らが引用されるロクシンの「実質的責任概念」は、その犯罪論体系の概念要素として、従来の伝統的な「責任」概念に替えて予防的観点を加えた「答責性」という概念を提示した。⁽²³⁾ そこでの決定的な問題は、他行為可能性ではなくて、立法者が、個人に対して、その行為につき刑法上の観点から答責せしめようとしているか否かであって、「責任」があるにも拘らず、一般・特別予防の観点からなお処罰を阻却し得るか否かという問題意識から刑罰目的論が顧慮されているのである。⁽²⁴⁾ ロクシン自身は、責任非難の対象として違法性の意識（の可能性）を問題とする際に、「可罰性の認識」までも要求してはいないのである。⁽²⁵⁾ 確かに刑罰の一般予防機能から見れば、行為者に対し「可罰性の認識」を要求するのは一貫した態度であろう。⁽²⁶⁾ だがしかし、（刑）法規範の予防的機能は威嚇に尽きるものではない。我々は刑罰威嚇によってはじめて動機づけられるのではない。法律は市民に現行法規範の内容を教示する。多くの市民にとっては、不可罰になることだ

けでなく、およそ法秩序に衝突することなく生活することの方に関心があるのであって、この点に作用することが一般予防の最も重要な側面であると思われる（いわゆる規範的予防）⁽²⁷⁾。確かに従来の責任概念、即ち、とくに道義的責任論と結びついた他行為可能性を前提とした責任判断の中に既に予防的観点が含まれており、国家刑罰権の合理的限定のため、責任概念の中に刑罰目的論に方向づけられた刑事政策的考慮を含ましめることは、今後の責任論の正しい方向を指すものであるとしても、⁽²⁸⁾ そのことが直ちに、責任の基礎として「刑罰威嚇による動機付けの可能な心理状態」を指定することと結びつくわけではない。刑罰威嚇だけが違法行為を回避し得る動機づけであるわけではない。⁽²⁹⁾（刑）法規範が特定の法益を保護し、かつその侵害（危殆化）行為を禁じていることの認識がある限り、（刑）法規範に従った行為へ意思を動機づけることが可能であり、我々はそこに、法的責任非難の基礎としての、個別行為に現われた法的に否認さるべき「心情」を見出すのである。⁽³¹⁾ 我々は一般的に、法規範によって保護された実質的価値内容としての「法益」⁽³²⁾を尊重すべく、法規範によって義務づけられている、⁽³³⁾ と考える。違法性の意識とは、それ故、自己の具体的行為の「法益侵害（危険）性」を認識し、かつ、それが当該行為事情において法秩序全体の見地から許されないことの認識である、と規定されることになる。この意味で、「実質的違法性の認識」が支持されるべきものと考える。⁽³⁴⁾

もつとも、前段にいう「法益侵害（危険）性」の認識は、事実認識としての「故意」の問題と密接な関連性を有すると思われる。即ち、犯罪事実の認識・認容が「故意」とされる場合、それは構成要件の結果あるいは具体的な行為客体に向けられた、個々の構成要件要素（それが記述的なものであれ規範的なものであれ）⁽³⁵⁾ についての認識として捉えられているが、それは究極的には、当該刑罰法規が予定する保護法益の侵害（可能性）⁽³⁶⁾ についての認識へと収斂することの意味すると思われるからである。このような観点からは、「故意」とは当該刑罰法規が保護する具体的な「法益の侵害（可能性）」の認識・意欲」と捉えることも不可能ではないからである。⁽³⁶⁾ とすれば、「法益侵害（危険）性」の認識は、違法

説 性の意識から区別されるべきものであるかもしれない。この点はしかし、「故意」概念の新たな理解を提示しようとするものであつて、より詳細な論証を必要とすることから、ここでは留保されざるを得ない。

論

- (1) 平野『刑法総論Ⅰ』四三頁以下、内田『刑法Ⅰ(総論)』八頁以下、中山『刑法総論』一二頁以下、内藤『刑法講義総論(上)』四七頁以下。西ドイツにおいては、刑法の任務が法益保護にあるとする見解は通説である。Vgl. dazu Jescheck, Lehrbuch, 3. Aufl., S. 5ff. und Rudolphi, SK, 3. Aufl. 1981, Vor §1 Rdnr. 1f.
- (2) カウフマン自身次のように言う。「有責に行爲するためには、行爲者は法的義務命令を認識していなければならない」(Das Unrechtsbewußtsein, S. 142)。⁴⁰ また「刑法上の違法性の意識は、……社会的かつ法的秩序の側の支配的価値評価の認識の中にある」(ebenda, S. 145)。⁴¹
- (3) 町野・前掲『「違法性」の認識について』一一二頁参照。
- (4) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 73.
- (5) Schroeder, LK, 10. Aufl., §17 Rdnr. 5.
- (6) 本稿第二章第一節参照。
- (7) ME-Mayer, Lehrbuch, S. 234; Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein, S. 136.
- (8) Kaufmann, aaO., S. 147f. 161f. und 191ff.; ders., Das Schuldprinzip, S. 136f. 町野・前掲『「違法性」の認識について』一一二頁参照。
- (9) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 65ff.
- (10) ME-Mayer, Lehrbuch, S. 233; vgl. auch ders., Rechtsnormen und Kulturnormen, S. 28; Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein, S. 100.
- (11) 本稿第二章第一節参照。
- (12) 団藤博士はこの点につき、「社会生活に必要とされる最少限度の道德規範は、法によってこれを強行することを要する。その限度において道德規範は法規範に帰化することになるのである」と言われる(『刑法綱要総論(改訂版)』三五頁)。

- (13) Kohlrausch, Irrtum und Schuld begriff im Strafrecht, 1903 [Nachdruck 1978], S. 58; vgl. dazu Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 68.
- (14) Rudolphi, a.a.O., S. 69.
- (15) Schroeder, LK, 10. Aufl., §17 Rdnr. 7, 本稿第三章第一節参照。
- (16) Weizel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 171, 本稿第三章第三節註(34)参照。
- (17) Ebenda, S. 164 auch S. 153.
- (18) Ebenda, S. 171 ウェルツェルは「純粋な関係(概念)としての違法性(Rechtswidrigkeit)と、違法な態度それ自体という実体的なるものとしての不法(Unrecht)を区別して用いているが、ここでは、特殊刑事不法、特殊民事不法あるいは行政法上の不法の相対的区別を認めながらも、違法性の統一性・単一性を主張している(ebenda, S. 52)。また違法性の意識の対象を(計画された)行為の違法性(Rechtswidrigkeit)と規定し、専ら反倫理性の認識との関係で禁止の錯誤と違法性の意識の限界基準を説明している(ebenda, S. 171)のであって、刑事不法と民事不法などの区別は問題にされていないのである。
- (19) Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 63f.
- (20) Ebenda, S. 69.
- (21) ルドルフィはかつて紀律不法と刑事不法を質的に区別したが後に改説し(本稿第二章第二節註(4)参照)同種の法益侵害に関する加重的構成要件についても「可分性」を原則を適用すべきとしながらも、特定の法的保護を受けた価値ある状態を侵害することを意識しており、更に、必要とされる構成要件の故意に応じて、この法益侵害の種類及び程度を構成する全事情を行為者が認識しているのであれば、彼は常にその不法の程度をも同時に認識していると述べた(Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 83f)。そして更に、彼が違法性の意識に「規範の法的性質の認識」ないし「全体としての実質的違法内容の認識」を求めた際にも、それが刑事不法、民事不法あるいは行政不法のいずれであるか問わないとしていることは、既に見たとおりである(本稿第二章第二節参照)。
- (22) Stratenwerth, Strafrecht, AT I, Rdnr. 566 (S. 171).
- (23) Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als Strafrechtliche Systemkategorien, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 171-191 [高橋則夫訳「刑法の体系カテゴリーとしての『責任』と『答責性』」宮澤浩一監訳「刑法における責任と予防」(昭和五九年)七一一-一三頁]: ders., Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Straf-

rech. Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979, S. 279-309 [中空壽雅訳「刑法における責任、予防、答責性をめぐる最近の論争について」宮澤監訳・前掲書一七九—二二頁]

尚、ロクシンの「答責性」論について我國の文献として、中川祐夫「責任と可罰的評価」平場博士還暦祝賀『現代の刑事法学』(昭和五二年)二五二頁以下、浅田和茂「責任と答責性」同書二七二頁以下、大山弘「責任と予防に関する一考察——可罰的責任評価をめぐって——」関西大学法学論集三一巻五号(昭和五七年)六六頁以下とくに八九頁以下、鈴木晃「責任の予防的再編成に関する一考察——ロクシンの「答責性」論とその批判——」中京大学大学院法学研究論集第二号(昭和五六年)四六頁以下、林美月子「情動行為と刑事責任(一)」神奈川法学一八巻二号(昭和五七年)一頁以下とくに一八頁以下など参照。

(24) Roxin, Festschrift für H. Henkel, S. 187f. [邦訳九七頁以下] ; ders., Festschrift für P. Bockelmann, S. 283ff. 296 [邦訳一八六頁以下、二〇三頁]。

(25) Roxin, Festschrift für H. Henkel, S. 187f. [邦訳九七頁以下] ; ders., Festschrift für P. Bockelmann, S. 289f. [邦訳一九三頁以下] ここでは禁止の錯誤の回避不可能性の判断基準に関して、判例が過大な要求しているのに対して、刑事政策的観点からその要件を緩和し「法に対する平均的な忠実さを持つとの要求」にまで引き下げる寛容さが必要であると主張されている。違法性の意識に關してとりたてて「可罰性の認識」が要求されているわけではない。

尚、彼のいわゆる弁証法的綜合説からは必ずしも「可罰性の認識」説に結びつかない点につき、vgl. Gossel, Über die Bedeutung des Irrtums, S. 320ff.

(26) Vgl. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Tb 1, 6. Aufl. §38 II 12 (S. 507); näher Gossel, a.a.O., S. 243ff.

(27) Noll, Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, Festschrift für Helmuth Mayer, 1966, S. 223. 林・前掲論文二三—四頁、中「講述犯罪総論」三七—八頁、内藤「刑法講義総論(上)」一一六頁、一四三頁、金沢文雄「刑法とモラル」石原一彦他編『現代刑罰法大系第一巻』(昭和五九年)一一七頁、同「刑法とモラル」(昭和五九年)五六—七頁。

(28) この点につき、林・前掲論文八頁以下参照。

(29) 我國で既に「可罰的責任」評価の問題として議論されてきたところであるが、町野教授はこれを更に違法性の意識の認識対象の問題にまで推し進められたわけである。この点の指摘につき、米田・前掲書九三頁、一一六頁以下参照。

(30) 抑止刑論を主張される平野教授は「有責とは、その行為が非難可能であることをいう。いいかえると、その行為が刑罰、という非

難によって反対の動機づけ可能な心理状態でなされたことをいう」(平野『刑法概説』(昭和五二年)七一頁、傍点引用者)とされ、「社会規範的責任あるいは可罰的責任」を主張されるが、違法の意識についてはとくに「可罰的違法性(あるいは可罰性)の認識」を要求されているわけではない(同九二頁以下)。教授が「可罰的責任」を「刑罰によって動機づけが可能な心理状態にあったかどうかの問題である」(同書七二頁)とされながらも、「可罰性の認識」説にまで踏み出されておられないのは、いわゆる「ソフトな決定論」の立場から、意思自由を「苦痛あるいはその意味内容である非難によって動機づけられる可能性」とされ、この動機づけ過程を、単純な心理強制説によって説明し尽せるものではなく、社会規範の学習、その内面化の適否によっても大きな影響を受けるものと説明されている(『刑法総論Ⅰ』二二―三三頁)ことと関連すると思われる。そこには(刑)法規範のもつ広義での一般予防的(あるいは抑止)機能も考慮されていると思われるからである。しかし教授は、刑法上の責任を問うという問題は「法の要求を理解し、それに従って自己の行動を抑制することができるといふ心理的な機制が行為者にそなわっていたかどうか、そのような心理状態のもとで行為が行なわれたかどうか」という問題であるとされていたのである(『刑法総論Ⅱ』二五七―八頁、傍点引用者)。

(31) 本稿序説第二節参照。

(32) もっともこの「法益」概念のもとでいかなる実質的内容を理解するかという問題は、ここでは留保せざるを得ない。さし当っては、本稿は違法性の意識の認識対象としては、「法益」概念を特殊刑法的なものに限定せず、一般法論上の概念として理解することを前提とした上で(この点につき、伊東・前掲『法益概念史研究』四二―頁参照)、「法益」概念を可能な限り、現実的・事実に基礎をもつものとして理解すべきであるという点を指摘しておきたい。この点につき、内藤謙『刑法講義総論(上)』(昭和五八年)五一頁以下、二二―頁以下、同「法益論の一考察」平場他編『団藤重光博士古稀祝賀論文第三卷』(昭和五九年)一頁以下、井田良『量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(五・完)』法学研究五六卷二号(昭和五八年)六一頁以下参照。但し、内藤教授は、一般法論上の法益概念の範囲内で、刑罰法規による保護の対象としての「法益」概念をより限定的で、より明確に実証可能なものとして捉えようとする(前掲論文一五頁以下、二三頁)。勿論正しい指摘であるが、これは犯罪化・非犯罪化、あるいは構成要件論ないし違法論のレベルでの議論であって、責任論における故意ないし違法性の意識の認識対象としての「法益」概念には、そのような厳密な概念規定が要求されるわけでなく、それとパラレルなものあるいは「素人的認識」で足りると思われる(尚、本稿第二章第一節二参照)。

(33) シュミットホイザーはこれを「尊重要求」(Achtungsanspruch)と呼び、それは観念的な財、即ち「法益」であると言う。そし

て法益侵害とはこのような観念的な尊重要求の侵害であるとするのである。そこでは、観念的な財としての法益、法益という尊重要求が付着する個々の具体的客体としての法益客体、そして、ある所為の關係する人間又は対象としての行為客体の区別が前提とされている(Schmidhäuser, Lehrbuch, 2/30ff (S. 36ff) und 8/28f. (S. 205f); ders., Studienbuch, 5/25ff. (S. 84ff.))。しかしながら、法益概念をこのように精神化・抽象化することには大いに疑問があり、法益侵害を行為無価値とすることにも問題がある。我々の「法益」概念は彼の言う「法益客体」の意味で理解されるべきであろう(尚、内田『刑法Ⅰ(総論)』一二頁註(2)、(4)、伊東・前掲書二九四頁以下参照)。「法益」の尊重要求は、より一般的な法規範の要求内容として理解すべきである。

(34) 同旨、松原・前掲論文(一)一二二頁。

(35) 団藤博士は、「違法類型としての構成要件も、もともと客観的・現実的な法益侵害の要素をその中に含むべきである」と主張されるが(『刑法綱要(改訂版)』一一五頁)、この趣旨は行為者の主観面についても反映すべきものではあるまいか。

(36) この意味で、「機能的概念」としての「故意」を新たに捉え直し、故意の認識対象を構成要件でなく構成要件該当の態度(das tatbestandsmäßige Verhalten)とし、故意犯の加重的刑罰の根拠を「構成要件上重要な行為規範から逸脱した決意」に求めるフリッシュの見解や、事実認識としての故意の認識対象を目的論的に法益関係の要素へと縮減ないし還元することにより、規範的構成要件要素の錯誤の問題を考えるシュリューターの見解(Wolfgang Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983; Ellen Schüchter, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983)などが注目されるべきであるが、¹⁾ここでは詳論する余裕はない。

(37) このことは、事実認識としての「故意」の認識内容により豊かな価値的要素を取り込むことになり、それだけ「違法性の意識」の内容は相対的に希薄なものとならざるを得ないが、それは、たとえば規範的構成要件要素の認識の問題において、規範的要素を可能な限り事実化・記述化する方向(例えば、中山・前掲『刑法総論』二〇三頁以下)とどのように調和し得るのか、といった点が更に問題とされなければならないだろう。この点は、事実認識としての「故意」と「違法性の意識」の認識対象をどのような基準で区別するのか、あるいは、事実の錯誤と違法性の錯誤は具体的にいかなる基準で区別されるのか、といった問題として、個別的に解決さるべきであるが、これも今後の課題とする他ない。

第二節 若干の具体的事例の検討

一 私見によれば、行為者が自己の具体的な法益侵害行為が法秩序全体からみて実質的に許されないことを認識している場合には、違法性の意識ありとして完全な責任非難が肯定されることになる。行為者が当該法益の種類・性質を正しく認識しており、それが何らかの法的保護の対象となつてゐることを認識しているならば、彼には当該法益を尊重すべしという法的義務の認識があるのであつて、適法行為へと自己の行動を動機づけ得る心理状態にあると考える。彼が当該法益侵害行為を、民事法上、行政法上あるいは刑事法上のいずれの責任を負うべきものとして位置づけていたかは、問題とならない。例えば、他人の名誉を毀損した行為者が、民法上の損害賠償義務（民法七二三条）を負うとしても、この程度の行為がまさか処罰されるとは考えていなかったような場合に、人の名誉が法的保護に値するものであるという当該法益の性質を正しく認識している以上、違法性の意識はあると言えよう。¹

また例えば、度を越した「悪戯など」から他人名義をかたつて電話で虚構の商品を注文し、これを真実の注文と誤信した被害者をして、右注文に従つた商品の配達をさせて徒労に終わらせたような事案で、被告人が当該行為は軽犯罪ぐらいにしかならないだろうと考へていたと抗弁しても、他人の業務を妨害することを認識しており、かつそれが法的に許されないことを知っている以上、偽計業務妨害についての違法性の意識も否定され得ないことになる。

これに対して、例えば妻子ある男性が、一八歳未満の少女と合意のもとで性的交渉を持ったような場合に、当該地方自治体の制定する青少年保護条例による淫行等の処罰規定の適用が問題となり得るが、その際、行為者の「姦通」を為しているとの認識が直ちに青少年保護条例違反についての違法性の意識をも肯定することになるわけではない。² また結婚を前提としない性行為の場合にも、それだけで直ちに行為者に違法性の意識が肯定されるわけではない。³ 淫行等の処

罰規定の保護法益が何であるか必ずしも明確ではなく、当該青少年保護条例に則して具体的に特定されなければならないが、行為者には、少なくとも淫行等によって被害者である青少年の「健全な肉体的、心理的、精神的ないし社会的な成長」が阻害されるおそれがあり、かつそのような行為が法的に禁じられていることの認識が必要であると言ふべきである。青少年保護条例による淫行等の処罰を合理的に限定するためには、何よりもまず「淫行」概念を構成要件上明確化しかつ限定することが肝要であるが、行為者の主観面においても、立法趣旨に則した限定がなされるべきであろう。

二 このように、違法性の意識を問題とするには、まずもって、行為者が当該法規範の保護している法益の「種類・性質」を正しく認識していたかどうかが問題とされるべきであるが、更に、法益侵害の「程度・量」の認識が、行為者自身の当該行為の主観的判断に影響を及ぼすこともあり得ることに注意すべきである。例えば、散歩の途中で他人の家の垣根の花一輪を盗る行為は違法でないと考え、非常に珍らしく高価な花をそれと知らず盗んだ場合や、友人の家を訪問中たまたま主人が座をはずした際に、庭先にあつた美しい小石を見つけ、石一個ぐらいで泥棒となることはないと考えてこっそりとポケットに入れたが、実はその小石は非常に高価な宝石であつた、という場合である。行為者には「他人の物」を窃取することの認識は確かにあるが、その法益侵害の程度が「軽微」であるがため一般に法的に許されていると考えているのである。この場合、違法性が阻却されないとすれば、錯誤論（しかもここでは「他人の物を盗む」という認識・認容はあるのだから、事実認識としての故意はあり、事実の錯誤ではない⁹⁾）、即ち、違法性の意識を欠くがゆえに故意責任を阻却する、と言ふべきではあるまいか¹⁰⁾。

この他、例えば正当防衛状況において反撃行為の「過剰性」についての認識はあつたが、この程度の「過剰性の軽微な」反撃は許されるだろうと考えている場合には、嚴格故意説の立場からは、違法性の意識なしとして過失の過剰防衛を認めてよいように思われる¹¹⁾。また、例えば自己の所有にかかる不要になつた小さな物置を、この程度の軽微な「公共

の危険」の発生は許されるだろうと考へて焼燬した場合にも、一定の限度において違法性の意識を欠く場合があり得る。¹² もっともこれらの類型においては、多くの場合いわゆる「未必の違法意識」が肯定されることであろう。これらの問題は、防衛行為の「相当性」あるいは「過剰性」といった正当化事由の規範的要素に関する認識・錯誤とか、具体的危険犯における「公共の危険の発生」という規範的構成要素（結果）の認識・錯誤の問題と密接にかかわる。つまり、「過剰性」とか「公共の危険」の認識は、概念上は違法性の意識と区別し得るにしても、実際上は両者の区別が曖昧なことが多く、その限界基準を明らかにすることが要請されるのである。そして法益侵害の「程度・量」の認識に関連した違法性の錯誤は、可能な限りこれを「規範的構成要素の錯誤」の問題に還元することによって、違法性の錯誤と事実の錯誤の区別を明確化しなければならないものと考ええる。しかし、この点は、今後の課題とせざるを得ない。

(1) 判例は民法七一〇条に保護する名誉とは「各人カ其品性徳行名声信用等ニ付キ世人ヨリ相当ニ受クヘキ声価」であるとして外部的名譽として理解しており（大判明治三十九年二月一九日民録二二輯二六頁、名譽に対する罪の保護法益についての通説・判例（大判大正五年五月二五日刑録二二輯八一六頁、大判大正一五年七月五日刑集五卷三〇三頁、大判昭和一〇年三月一四日刑集一四卷三四九頁）と符合している。また、民事上も、刑法二三〇条ノ二の要件に該当するときは、違法性なしとして民事責任が免責されるというのが判例の立場である（最判昭和四一年六月二三日民集二〇卷五号一一八頁、大阪地判昭和四二年三月三一日判時四九二号七四頁、東京地判昭和四七年三月二四日判タニ七八号三〇五号など）。このことは、民事・刑事における名誉侵害行為の保護法益の同質性ないし同種性を示すものであろう。

(2) 例えば、大阪高判昭和三十九年一〇月五日下午刑集六卷九一一〇号九八八頁の事案参照。尚、弁護士業務用靴を奪取隠匿した行為につき、軽犯罪法一条三一号ではなく刑法二三四条の威力業務妨害罪が成立するとした最判昭和五九年三月二三日刑集三八卷五号二〇三〇頁参照。被告人の動機は、同弁護士に一方的に恋慕したが交際を断られたため、いやがらせをして困らせようというものであった。

(3) 青少年保護条例による「淫行」ないし「みだらな性行為」の処罰の問題につき、さしあたり、宮澤浩一「安部哲夫「児童福祉法・青少年条例」西原他編『判例刑法研究第八巻』(昭和五六年) 四〇三頁以下、法律時報増刊『青少年条例』(昭和五六年)、阿部泰隆「青少年保護条例による『いん行、みだらな性行為』の処罰(上)、(下) 法律時報五七巻四号六八頁以下、五七巻五号八八頁以下(昭和六〇年) など参照。

(4) 判例の中には「みだらな性行為」とは単に青少年の売春の相手方となる行為だけでなく、「社会通念上是認されないような不倫な性行為一般を意味する」とするものがある(名古屋高判昭和五三年一〇月二五日判例時報九二七号二五三頁)。

(5) 判例の中には「みだらな性行為」とは、「健全な常識がある一般社会人からみて、結婚を前提としない、欲望を満たすことのためにのみ行う不純とされる性行為」をいうとするものがある(東京高判昭和三九年四月二二日東京高検速報一一八二(引用は宮澤 安部・前掲論文四〇八頁による))。

(6) 青少年保護条例による淫行等の処罰規定の立法趣旨は、一般に、「心身の發育途上にある青少年(原則として六歳以上一八歳未満の者・本条例(岐阜県青少年保護育成条例)二条、以下同じ)は、心身の未成熟又は精神と肉体の發育の程度の不均衡等から、性的な行為による不当な影響を受け易く、心身の健全な發育が害われるおそれがあることにかんがみ、その健全な保護育成という見地に立つて、青少年に対し『みだらな性行為』及び『わいせつな行為』をすることを禁止し」たものであるとする(名古屋高判昭和五三年一〇月二五日判時九二七号二五三頁、他に名古屋高金沢支判昭和四九年五月三〇日家裁月報二八巻八号九一頁など)。

(7) この点で、「淫行」概念を嚴格に解釈している判例(旭川家決昭和四一年七月二八日家裁月報一九巻一号八一頁、釧路家帯広支決昭和四八年二月九日家裁月報二五巻九号一四九頁など)が見うけられ、また、最近の立法においても構成要件の明確化・限定がはかられていることに注目すべきである(阿部・前掲論文(下)九〇頁、九四頁以下参照)。

(8) 行為者は、侵害法益の「絶対的輕微性」のゆえに、道徳的にはともかく、法的には民法上の責任も負わないと考えている、というような場合である。このように法益侵害の「程度・量」に関する行為者の判断が違法性の意識に影響を及ぼす類型が考えられるのである(構成要件該當性ないし違法性の段階で法益侵害の「絶対的輕微性」が問題となる類型について詳しくは、前田雅英『可罰的違法性論の研究』(昭和五七年) 四五二頁以下とくに四八〇頁以下参照)。

(9) もっとも、「高価な花」あるいは「高価な石」を「違法性を基礎づける事実」として責任としての故意を欠き事実の錯誤であると構成することが可能かもしれない。しかしながら他人の「花」あるいは他人の「石」自体で物の「財物性」は基礎づけられているの

であつて、それが「高価」であるか「安物」であるかについての認識は故意の成否に関係がなく、量刑の面で顧慮さるべき事情であるまいか（この点につき、井田・前掲論文（四）法学研究五六卷一号（昭和五八年）六八頁以下参照）。なお疑問をとどめたい。

(10) このような類型については、確かに「可罰的違法性の認識」説と重なる側面があることは否定し得ないであらう。そしてこの説は、行為者に「可罰性の認識」を要求することによって一方で故意犯の成立範囲を限定しようとしながら、責任説と結びつくことによって「可罰性の認識の可能性」で足りることから、他方で故意犯の成立範囲を拡大する方向に赴かざるを得ない。嚴格故意説を支持する本稿の立場からは、このような類型についても、行為者に一般的違法性の意味での「実質的違法性の認識」が欠ける以上、故意犯の成立は否定されるのである。

(11) 最判昭和二十四年四月五日刑集三卷四号四二一頁は過剰性の認識について争われた事案であるが、本稿は、過剰性の認識なき過失の過剰防衛の類型に加えて、過剰性の認識はあるが違法性の意識なき過失の過剰防衛が考えられるのではないかとするのである。この点、責任説ないし制限故意説では過剰性の認識がある限り、故意の過剰防衛だけしか成立しない。事実判断としての「過剰性」判断そのものは、とつさのさし迫った状況にある行為者にとって微妙なものたらざるを得ないが、それに加えて、違法性の意識とも密接にからんでいるのである。

(12) 公共危険認識必要説からは、「公共の危険の発生」という規範的要素の認識が要求されるが、公共危険発生の判断は、行為者にとつても微妙なものとなる。判例には、山腹の炭焼き小屋を、附近に延焼しないよう監視しながら焼燬した場合に、公共の危険なしとしたものもあるが（広島高岡山支判昭和三〇年一月一日高裁判判特報二卷二二二号一七三頁）、同じように、附近に延焼しないよう監視していても、民家がある程度接近している場合には、行為者自身、当該行為の「危険性」判断ないしそれを前提とした「違法性」判断を誤まる場合があり得る。もつともここでも「危険か否か」といった事実判断は、違法性の意識と不可分に結びついている傾向があることは否定できない。

一 最後に、これまでの考察から得られた結論を要約し、同時に残された問題点を指摘し、今後の課題を展望することにした。

そもそも本稿の出発点は、「違法性の意識」と「違法性の錯誤」を分かち具体的基準は何か、行為者がいかなる心理状態にあるときに違法性の意識があると言えるか、という問題であった。これらは、西ドイツにおいて、いわゆる「未必の違法意識」あるいは「違法性の意識の現実性（心理的な存在形式）」の問題として理解されてきた問題である。しかしながら、この問題を説明するためには、そもそも「違法性の意識」とは何か、行為者がいかなる心理状態にある時に違法行為への決意に対する反対動機を形成し得るのか、あるいは、行為者がいかなる種類の規範違反を認識している場合に「違法性の意識」ありと言えるのか、といった点が前提問題として解決されなければならなかったのである。このような視点から、本稿においては、違法性の意識の認識内容・対象の問題が課題とされた。これは「違法性の意識」の概念規定の問題であり、その認識的（知的）側面を考察するものである。

そこでまず、本稿の予備的な考察として、いわゆる「心情倫理」を責任判断の基準に据える価値論的考慮を導入する立場から、責任主義を貫徹するなら厳格故意説が支持されるべきことが示された。次いで、違法性の意識は行為者固有の良心や価値感情ではなく、客観的に存在する規範（価値）秩序と自己の具体的行為との「符合意識」として理解されるべきものであるとされた（序説第二節）。

本論において、違法性の意識の認識内容に関する諸説の主張内容・根拠が具体的に検討されたが、それを要約すれば次のようになる。

「前法的規範違反の認識」説は、その論者の主張内容を仔細に見るならば、必ずしも法的、規範違反の認識と乖離した認識内容で満足している訳ではない。また、「反社会性の認識」などの定式はむしろ、法的規範違反の認識を肯定するための「認定の論理」として援用されていると思われる局面も見られる。しかしながら、その定式においてはやはり、行為者自身の当該行為に対する「法的」評価（判断）までも要求するものではない（第一章）。

次に、「一般的違法性の認識」説は、違法性の形式的側面あるいは実質的側面のいずれを重視するかによつてニュアンスの相異がある。現在の西ドイツの通説・判例は、後者を重視する「実質的違法性の認識」説を採用しているものと思われるが、我国では、この点について必ずしも自覚的でなく、「法律上許されないことの認識」として違法性の意識を捉えるのが通例である（第二章）。

最近、少数説ながら主張されている「可罰的違法性の認識」説は、実質的責任概念ないし可罰的責任概念を探求する立場から展開されるが、そこでは刑罰威嚇のもつ犯罪抑止機能が強調されている（第三章）。

私見によれば、「前法的規範違反の認識」説は、法と道徳を混同するものであって責任主義に反し、また「可罰的違法性の認識」説は、刑罰威嚇の犯罪抑止機能が過度に強調されており、刑法の規範的抑止（予防）の側面が看過されており、法規範の実質的価値内容を重視する「実質的違法性の認識」説が支持されるべきである。この説によれば、（刑）法規範の保護する実質的価値内容としての具体的な「法益侵害（危殆化）性」を認識し、かつそれが当該行為事情において法秩序全体の見地から許されないことの認識がある限り、違法性の意識ありと言える。このように理解された「違法性の意識」は個々の刑罰法規に関係した「可分的な」ものであって、行為者は、違法性の意識ありと言えるためには、当該刑罰法規の保護する具体的な侵害法益の「種類・性質」を正しく認識していなければならない。また、例外的に、法益侵害の「程度・量」についての認識が違法性の意識の存否に影響を及ぼすことがあり得る（第四章）。

二 違法性の意識を上述のように概念規定したうえで、次に、違法性の意識と違法性の錯誤の限界が具体的に論じられなければならない。さし当り(1)「未必の違法意識」の問題に関して、その限界基準については、行為者の意思決定の最終段階における「違法性の可能性」の表象(認識的要素)の存否を問題にすれば足り、また、未必の違法意識がある場合にも、法的状況が一義的に確定し得ないときには、責任非難が減輕・阻却される場合があるのではないかと考えている。(2)「違法性の意識の現実性」の問題に関しては、西ドイツの通説は「事物思考的な同時意識」の形式で存在すれば足りるとするが、これは心理学的法則性を示すものと理解されてはならず、行為者の主観内容は具体的に認定されなければならない、と考える¹⁾。

更に、違法性の錯誤と事実の錯誤との区別が微妙な「規範的構成要件要素の錯誤」、「正当化事情の錯誤」あるいは「法定犯(行政犯)における違法性の錯誤」などについても、法規範の実質的価値内容としての保護法益を重視することから「故意」概念を新たに捉え直すことによって、新たな解決の方向が示し得るのではないかと考えているが、これら²⁾の点はすべて、他日を期すことにしたい。

(1) 「未必の違法意識」と「違法性の意識の現実性」の問題については、近く詳しく検討する機会を持ちたいと考えている。

(2) 本稿第四章第一節三註36参照。

Eine Betrachtung über das Unrechtsbewußtsein

— Sein Gegenstand und Inhalt —

Choshin NAGAI*

Einleitung

- 1 Fragestellung
- 2 Gesichtspunkt und Voraussetzungen der Untersuchung

I. Kapitel Die Kenntnis der vorrechtlichen Normwidrigkeit

Vorbemerkung

- 1 Arthur Kaufmann
- 2 Schmidhäuser
- 3 Die Lehre und die Rechtsprechung in Japan

II. Kapitel Die Kenntnis der allgemeinen Rechtswidrigkeit

Vorbemerkung

- 1 Mezger
- 2 Rudolphi
- 3 Die Rechtsprechung in der BRD
- 4 Die Lehre und die Rechtsprechung in Japan

III. Kapitel Die Kenntnis der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit (bzw. der Strafbarkeit)

Vorbemerkung

- 1 F.—Ch. Schroeder
- 2 Machino

IV. Kapitel Eigene Auffassung

- 1 Kritische Auseinandersetzung mit den bisherigen Lehrmeinungen und meine
Stellungnahme
- 2 Konkrete Fälle

Schluß

Zusammenfassung und Ausblick

Die Aufgabe dieses Aufsatzes ist es, den Gegenstand und Inhalt des Unrechtsbewußt-

* Assistent an der juristischen Fakultät der Universität Hokkaido

seins zu untersuchen, d.h. den Bezugspunkt des Unrechtsbewußtseins festzustellen. Diese Frage ist von großer Bedeutung, wenn wir das Problem einer Grenzziehung zwischen Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum behandeln. Es handelt sich hier um das intellektuelle Moment des Unrechtsbewußtseins. In der Einleitung zeige ich das obengenannte Problem, und mache das Gesichtspunkt und die Voraussetzungen folgender Untersuchung klar. Erstens, das Gegenstand des strafrechtlichen Schuldvorwurfs ist also die nur auf die einzelne Tat bezogene, unrechtliche Einzeltatgesinnung des Täters. Wenn wir das Schuldprinzip ernst nehmen, und mit axiologischer Überlegung die sog. Gesinnungsethik anerkennen, so müssen wir, wie Schmidhäuser mit Recht sagt, die strenge Vorsatztheorie vertreten. Zweitens, das Unrechtsbewußtsein ist nicht mit dem Vernehmen der verbietenden bzw. gebietenden Stimme des eigenen Gewissens oder mit dem eigenen Wertgefühl des Täters identisch. Das Unrechtsbewußtsein ist ein "Koinzidenzbewußtsein" von irgend-einer objektiver Sollensnorm und der Handlung des Täters.

So stellt sich nun die Frage, ob das Unrechtsbewußtsein als Erfordernis strafrechtlicher Schuld die Rechtsnorm, die soziale oder irgendeine andere Norm zum Bezugspunkt hat. Nach Arthur Kaufmann und Schmidhäuser ist ein Schuldvorwurf gegenüber dem Täter schon dann gerechtfertigt, wenn er sich der Sozialschädlichkeit seines Verhaltens oder des Verstoßes gegen eine Grundanforderung des Gemeinschaftslebens, also der vorrechtlichen Normwidrigkeit bewußt ist; denn bereits damit ist ihm die Möglichkeit gegeben, sein Verhalten durch und gemäß dem verletzten Wert zu motivieren. Auch in Japan vertreten einige Rechtsprechungen diese Theorie zusammen mit einigen Gelehrten (Takigawa, Ono, Saeki, Schoji usw.).

Die herrschende Lehre in der BRD und Japan steht auf dem Standpunkt, daß die allgemeine Rechtswidrigkeit den Gegenstand des Unrechtsbewußtseins zu bilden habe, da allein das Recht geeignet sei, den Täter rechtlich zu binden. Rudolphi betont besonders den materialen Wertgehalt der Rechtsnorm. Nach seiner Meinung muß Täter, soll ihm wegen der Normübertretung ein ungeschmälerter Schuldvorwurf gemacht werden, den Unrechtgehalt seines Verhaltens bzw. den die Sollengeltung der von ihm übertretenen Rechtsnorm begründenden materiellen Wertgehalt in seiner Gesamtheit erfaßt und geistig verstanden haben. Erforderlich ist dafür, daß der Täter sowohl den konkreten, den Inhalt des Rechtsnormbefehls tragenden materiellen Wertgehalt als auch den spezifischen Ordnungswert der von ihm übertretenen Rechtsnorm erfaßt hat. Anders ausgedrückt; Täter muß die Allgemeinverbindlichkeit und Unverbrüchlichkeit des verfehlten Wertes, d.h. den Rechtscharakter der von ihm übertretenen Rechtsnorm erkennen. Daraus läßt sich folgen, daß das Unrechtsbewußtsein auf einen bestimmten Tatbestand bezogen werden muß, und daß das Unrechtsbewußtsein teilbar ist. Also gibt es kein abstraktes Unrechts-

bewußtsein. Der BGH erkennt die Tatbestandbezogenheit bzw. Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins an. In Japan ist allgemein anerkannt, daß das Unrechtsbewußtsein "die Kenntnis von dem rechtlichen Unerlaubten der Handlung" bedeutet.

Unter der von der Strafzwecklehre her geprägten Schuldaufassung vertritt eine Minderheit (F.—Ch. Schroeder und Machino) eine extreme Ansicht, daß eine Kenntnis der Strafbarkeit für das Unrechtsbewußtsein erforderlich ist. Die beiden legen auf die präventive Funktion der Strafbedrohung einen besonderen Akzent.

Die Begnügung mit einem Wissen von der vorrechtlichen Normwidrigkeit (also der Sozialschädlichkeit oder der bloßen Sittenwidrigkeit) der Handlung würde dem Schuldprinzip und der Trennung von Recht und Sittlichkeit nicht gerecht werden. Die Lehre von der Kenntnis der Strafbarkeit ist auch nicht überzeugend, denn sie verlangt für die Erhebung des Schuldvorwurfs zuviel und übersieht den Aspekt von der normativen Prävention des Strafrechts. Als Ergebnis unserer Überlegungen ist festzustellen: Gegenstand des Unrechtsbewußtseins ist die materiale Rechtswidrigkeit des Täterverhaltens. Täter muß also die Bedeutung der Rechtsgutsbeeinträchtigung (bzw.—gefährdung) und damit das rechtliche Unerlaubte seines Verhaltens richtig wenn auch laienhaft erkennen. Wenn Täter infolge der Fehlannahme vom Maß (bzw. der Quantität) der Rechtsgutsverletzung sein Verhalten irrig für rechtlich erlaubt hält, hat er kein Unrechtsbewußtsein, und zwar befindet sich er in einem Verbotsirrtum (z.B. Verbotsirrtum infolge der Fehlannahme über die Brandgefahr bei der Brandstiftung, oder infolge der Fehlannahme über das Exzeßmaß der Verteidigungshandlung in der Notwehr).