

論 説

法の不知に関する一考察

西 岡 正 樹

- I はじめに
- II わが国の判例と学説
- III ドイツ、スイスおよびオーストリアにおける議論状況
- IV むすびにかえて

I はじめに

一般に、犯罪の成立を肯定するためには、構成要件該当性、違法性、責任（有責性）の3つの要件が必要とされる。ここにいう「責任」の本質に関しては、責任を違法行為に対する規範的な非難可能性と把握する規範的責任論が現在の通説的見解である。規範的責任論の立場からは、行為者にとって、自己の行為が禁止されていることを認識することが不可能であった場合、つまり、自己の行為が違法であるとの認識（違法性の意識）に至ることが不可能であった場合に、当該行為者の刑事責任を否定する余地が認められる⁽¹⁾。

わが国の刑法38条3項は、「法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない。ただし、情状により、その刑を減輕することができる」と規定する。38条3項にいう「法律を知らなかった」とは、違法性の錯誤を意味すると解されており、したがって、違法性の錯誤は故意を阻却しないというのが38条3項本文

(1) 西田典之ほか編『注釈刑法第1巻総論』（2010年）530頁〔高山佳奈子〕。

の法意であり、判例の主流もそのように理解している。しかし、近年顕著となっている刑事立法の活性化および法のグローバル化の進展、さらには、外国人労働者の受け入れ拡大等の社会情勢の変化によって、違法性の錯誤の処理について、従来以上に争いとなる場面の増加が予想される。そして、このような動向は、これまで「法の不知は恕せず」との標語の下で広く故意責任が認められてきた、いわゆる法の不知（法規の不知、法律の不知）の類型において今後顕著となってくるように思われる。そこで、本稿では、法の不知について、わが国の判例・学説およびドイツ語圏の議論状況を参照しながら、そのあるべき処理について考察する。

Ⅱ わが国の判例と学説

（1）判例

一 刑法38条3項について、大決大正15年2月22日刑集5巻97頁は、「刑法第三十八條第三項ニ於テ法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スコトヲ得スト規定シタルハ犯罪ノ違法性ノ錯誤ハ犯意ヲ阻却セサルノ趣旨ヲ明ニシタルモノ」と判示する。つまり、刑法38条3項にいう「法律を知らなかった」というのは「違法性の錯誤」を意味し、したがって、刑法38条3項は、違法性の錯誤は故意を阻却しないことを明示した規定と解される⁽²⁾。他方で、同決定は、「法律ノ規定ヲ知ラス又ハ之ヲ適用ヲ誤リタル結果犯罪行為自体ノ構成要素タル事実ノ錯誤ヲ生シ即チ或ハ犯罪構成要素ノ存在セサルコトヲ誤信シ或ハ構成要素タル事実ヲ実行スルノ権利ヲ有スト誤認スル場合ノ存スルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テハ其ノ錯誤ハ固ヨリ犯罪行為ノ一般違法性トハ何等ノ関係ナキモノニシテ

(2) 同旨、大判大正7年2月6日刑録24輯38頁、大判昭和8年6月29日刑集12巻1001頁、大判昭和14年12月22日刑集18巻588頁。

却テ犯罪行為自体ノ構成要素ニ対スル認識ヲ欠クニ至ルヘキヲ以テ犯意ノ存在ヲ否定セサルヘカラス」として、いわゆる法の不知または当てはめの錯誤の結果、犯罪構成要素たる事実の錯誤を生じた場合に故意阻却の余地を認めている。判例も認めるように、法の不知についても、事実の錯誤として故意が阻却される場合があり得る。さらに、事実の錯誤による故意阻却が認められない場合であっても、特別な事情の存在によって犯罪の成立が否定される余地はあり得よう。このことは、とりわけ行政犯(法定犯)の領域において問題となる。そこで、以下では、この点を意識しながら、行政犯における法の不知に関する判例について概観する。

二 わが国の大審院判例は、行政犯における法の不知について、原則として故意を阻却しないとの立場を採っている。例えば、大判大正13年8月5日刑集3巻611頁は、被告人が、関東大震災の発生前に仕入れた石油を、同震災後に発布された暴利取締令(大正12年勅令405号)に違反して、市価を上回る価格で販売したという事案について、被告人が石油を販売した当時は同震災による交通機関の途絶のために、被告人の居村においては同勅令の発布を知り得なかったために、被告人には同勅令違反の故意はないとの弁護人の主張に対して、「所謂勅令第四百五号ハ発布ノ即日ヨリ施行スヘキモノニ属スルヲ以テ被告人カ本件行為ノ当時該勅令ノ発布ヲ了知セス又了知シ得ヘカラサル状態ニ在リタリトスルモ苟モ同勅令ノ内容ニ該当スル行為ヲ認識シテ之ヲ実行スルニ於テハ犯意ナシト謂フヘカラス其ノ行為カ法令ニ違反スルコトヲ認識セルヤ否ヤハ固ヨリ犯罪ノ成立ニ消長ヲ来ササルモノトス」と判示して、被告人が本件犯行当時同勅令の発布を知り得なかったとしても、同勅令違反の行為を処罰することを妨げないとしている。

大判大正14年11月27日刑集4巻680頁は、被告人が、地方長官の告示によって禁止された特定区域における家畜の売買を行ったという家畜市場法(明治43年法律第1号)違反の事案について、「家畜市場法第七条

第二項ニ依リ同条第一項ノ区域及期間ハ地方長官之ヲ指定スヘキモノニシテ其ノ指定又ハ変更ハ同法第十条ニ依リ地方長官之ヲ告示スヘキモノナルカ故ニ其ノ告示シタル区域及期間ハ同法第七条第一項ノ内容ヲ為シ該区域及期間ニ於テ家畜ノ売買交換ヲ禁止スルモノナレハ其ノ禁止ニ反スル行為ヲ為シタル者ハ右告示ノ内容ヲ知ラサルノ故ヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト為スヲ得ス而シテ論旨ニ主張スル所ハ畢竟所論 W 県告示ノ内容ヲ知ラスト謂フニ外ナラスシテ單純ナル事實ノ不知ニ非サルヲ以テ本件犯罪ヲ為スノ意ナシト云フハ当ラス」と判示して、告示の内容を知らなかったとしても、それは事実の錯誤ではなく、よって故意阻却は認められないとしている⁽³⁾。

大判昭和14年2月28日刑集18巻63頁は、被告人が、綿製品の販売を制限する綿製品ノ販売制限ニ関スル件（昭和13年商工省令第39号）が公布された翌日に同省令に違反して商工大臣の指定したる者以外の者に対して綿製品を販売したが、当該行為時には未だ同省令を掲載した官報が被告人の住居地に到達していなかったという事案について、「苟クモ其ノ公布アリタル以上縦令同省令ヲ掲載セル官報ガ被告人ノ住居地タル Y 町ニ未ダ到着セザルトキト雖既ニ施行カヲ生ジ被告人ニ於テ之ヲ遵守スベキ義務アルコト疑ナク又同省令ノ内容ヲ知ルニハ必ズシモ官報ニ依ルヲ要セザルハ言ヲ俟タザル所ナリ」と判示して、同省令が公布された以上は、公布の事実を官報によって知ることができなかったとしても、これを遵守する義務があるとして、犯罪の成立を肯定している。

大判昭和15年11月7日刑集19巻737頁は、被告人が、法定の除外事由

(3) 本件と同様の家畜市場法違反の事案について、夙に大判大正5年5月6日刑録22輯696頁は、「家畜市場法第十条ノ規定ニ依リ地方長官ノ発スル告示ハ同法第七条第一項ノ規定ト相俟テ特定ノ区域及ヒ期間ニ於ケル家畜ノ売買交換ヲ禁止スルモノニシテ即チ禁令法規ノ内容ヲ成スモノトナルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト為スコトヲ得サルモノト認メサルヘカラス」と判示している。

なくかつ特別の許可を受けずに、商工大臣が告示によって指定した物品である樽を販売価格を超過して販売したという輸出入品等二関スル臨時措置ニ関スル法律（昭和12年法律第92号）違反の事案について、「法律カ物品販売価格ノ取締ヲ命令ニ委任シ此ノ命令ニ基キ物品ノ指定ヲ告示シタルトキハ該事項ニ関シテハ其ノ命令又ハ告示ハ相俟テ法律ノ内容ヲ補充シ命令又ハ告示ニ従フコトカ即チ法律ニ従フ所以ニシテ右命令又ハ告示ハ法令ノ制定行為ナリト謂ハサルヲ得ス故ニ右告示ノ如キモ一般法令ト同シク官報ヲ以テ公布国民ニ遵由ノ義務ヲ負ハシメ居ルモノナレハ之カ不知ヲ以テ争フハ畢竟法律ヲ知ラスト云フニ帰スルヲ以テ依テ以テ罪ヲ犯スノ意ナキモノト為スヲ得サルコト論ヲ俟タス」と判示して、官報による告示の公布によって、これを遵守する義務が発生するものと捉え、法の不知は恕せずの見地から犯罪の成立を認めている。

以上のように、大審院判例は、行政犯の領域において行為者が法令の公布を知り得なかった場合であっても犯罪の成立は否定され得ないとする立場を採っている⁽⁴⁾。

三 法の不知に関する大審院判例の立場は、最高裁判例においても踏襲されている。すなわち、最判昭和24年4月9日刑集3巻4号501頁は、被告人が、連合軍占領軍、その将兵又は連合軍占領軍に附属し、若しくは随伴する者の財産の收受及び所持の禁止に関する政令（昭和22年政令第165号）に違反して連合軍占領軍の物資を所持していたという事案について、同政令の公布後短時日であったことから被告人には当該所持行為が法令上禁止されていることの認識がなかったという弁護人の主張に対して、「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

(4) 大判昭和6年1月19日刑集10巻1頁は、「所謂法定犯ニ付特ニ刑法第38条第3項ヲ適用セサル旨若ハ違法ノ認識ヲ必要トスル旨ヲ規定セサル場合ニ於テハ法定犯ニ付テモ所謂刑事犯ト同様ニ犯意ノ成立ニハ違法ノ認識ヲ必要トセサルモノト解スルヲ相当トスル」と判示している。

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、……、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」と判示した。そして、最判昭和25年11月28日刑集4巻12号2463頁が、「所謂自然犯たと行政犯たとを問わず、犯意の成立に違法の認識を必要としないことは当裁判所の判例とするところである」と判示するところからも明らかなように、判例は、自然犯（刑事犯）のみならず行政犯においても「法の不知は故意を阻却せず」との立場を採っている。

その後も、最判昭和26年1月30日刑集5巻2号374頁は、麻薬取締規則（昭和21年厚生省令25号）違反の事案について、「新憲法下における解釈としても、違法の認識は犯意成立の要件ではないのであるから、刑罰法令が公布と同時に施行されてその法令に規定された行為の違法を認識する暇がなかつたとしても犯罪の成立を妨げるものではない。されば被告人が昭和21年6月19日麻薬取締規則が公布され同日以降施行されていたことについて、これを知らなかつたとしても、かかる法令の不知は未だ犯意の成立を妨げるものではないから、同日以降の被告人の判示所為に対して右規則を適用して処断した原判決は正当である」と判示し、さらに、最判昭和34年2月27日刑集13巻2号250頁は、被告会社代表取締役Xが、被告会社の業務に関し、政府に申告しないで、物品税課税物品である遊戯具ブランコ、歩行器、押車、トラックを製造したという物品税法（昭和15年法律第40号）違反の事案について、「本件製造物品が物品税の課税物品であること従つてその製造につき政府に製造申告をしなければならぬかどうかは物品税法上の問題であり、そして行為者において、単に、その課税物品であり製造申告を要することを知らなかつたとの一事は、物品税法に関する法令の不知に過ぎないものであつて、

犯罪事実自体に関する認識の欠如，すなわち事実の錯誤となるものではない旨の原判決の判断は正当である」と判示して，自然犯の場合のみならず，行政犯における法の不知についても，違法性の意識不要説の立場を明らかにしている⁽⁵⁾。なお，本判決には，「法定犯については，法の不知は，これを知らざるにつき相当の理由のある場合は犯罪の成立を阻却するものと考え」との立場から，「本件については，原審のごとく，単純に法の不知は犯意を阻却しないとの原理に固執して被告会社の罪責を肯定することは不当であって，被告会社代表者その他の従業員について，右法の不知につき過失の有無その他法の不知が右の者らの責に帰すべき理由に基いている場合であるかどうかを審査して，しかるのちに，被告会社の罪責の有無を決すべきものと史料する」とする藤田八郎裁判官の少数意見が付されている⁽⁶⁾。

四 行政犯の領域においても「法の不知は故意を阻却せず」とする大

- (5) これに対して，本件第1審（大阪地判昭和29年3月1日刑集13巻2号268頁）は，「本件物品の製造は，被告会社にとつてはいわば副業であり，その関係で，これについては同業者の組合にも加入せず，延いてはそれが課税物品であることを知る機会を得なかつた事実……に徴し，右代表者その他の従業者等は本件物品の製造当時それが物品税の課税物品であることを知らなかつたものと推認するのが相当である。従つて，被告会社代表者たるX（又はその他の従業者）の本件無申告製造の行為は故意を欠くものであり，被告会社もまた右代表者の行為につき刑責を負ういわれがない」と判示して，被告会社に無罪を言い渡した。
- (6) また，藤田裁判官は，最判昭和33年10月15日刑集12巻14号3313頁において，「公布即日施行というがごとき立法の形式をとられた刑罰法規については，公布の時期に関し，多分にフィクションを用いて，その時期を決める以上，その法律適用の面において十分の考慮をめぐらすの要あること，また入江裁判官の説くとおりである。公布の時期を決するに多分のフィクションを用いながら『法の不知を宥恕せず』という法則を余りに厳格に適用することは，結局，国民をだまし討ちにするにも似た結果を生ずるのであって，この点に関する従来の大審院以来の態度は十分に検討しなければならないと思う。少くとも，法の不知が本人の責に帰すべからざる理由に基いている場合，即ち違法の認識を欠くことが本人の過失に帰せしめることのできない場合は，罪責を肯定すべきでないとの見地に立つべきであると思う」との補足意見を付している。

審院以来の判例の基本的立場は、下級審裁判例においても採用されている。例えば、札幌高判昭和26年6月20日高刑特18号34頁は、公職選挙法（昭和25年法律第100号）違反の事案について、「たとえ、被告人等が公職選挙法に違反するものであることを知らず及同法の施行されていることを知らなかつたとしても、そのような、法の不知は、それが法定犯であるのゆえをもつて犯罪の成立を妨げるものでない」と判示し、また、仙台高判昭和27年4月16日高刑特22号120頁は、覚せい剤取締法（昭和26年法律第252号）違反の事案について、「被告人が覚せい剤取締法が制定公布せられて居ることを知らなくても右取締法違反罪の犯意を阻却するものでないことは刑法第38条第3項の規定に徴して明白であるのみならず同取締法の如き取締規則に属するいわゆる法定犯については犯意の成立には罪となるべき事実の認識を以て足りその他に違法の認識を必要とするものではない」と判示している。

このように、違法性の意識不要説の立場から、行政犯における法の不知について犯罪不成立の余地を否定する判例・裁判例に対して、法の不知について故意の阻却を認めた裁判例も存在する。名古屋高判昭和25年10月24日高刑判特13号107頁は、酒税法（昭和15年法律第35号）違反の事案について、「按ずるに取締法違反の罪はその法令により、特に犯罪を構成するものであつて一般刑法犯の如く吾人の社会通念上既に違法性を有するものと異なるから、該法令の不知は刑法第三十八條第三項に所謂法令の不知として一概に論断することのできない性質のものである。然し取締法令と雖も之を公布するに際つては官報その他により一般に周知せらるべき状態におかれるものであるから、これが単純な不知はその者にとつて過失ありといわなければならない。従つて斯る場合は勿論単純な法令の不知として罪責を免れることができないが、これに反する場合即ち被告人において相当な注意義務を拂つたに不拘、尚之を知ることができなかつた場合は寧ろ事実の錯誤に準じて犯意を阻却するもの

と解しなければ、社会通念に反する結果となるに至るであろう」と判示し、被告人を有罪とした原判決を破棄している⁽⁷⁾。

また、土浦簡判昭和38年2月25日下刑集5巻1・2号105頁は、被告人は、茨城県内の勤務先から用務で山形県まで自動車で向かう途中、県の道路交通規則により運転の妨げとなるようなサンダルをはいて自動車等を運転することが禁止されている福島県内の道路において、サンダルをはいて普通自動車を運転したが、福島県においてサンダルをはいて自動車等を運転することが禁止されていることを知らなかったという事案について、「本来一定の行為が犯罪として処罰に値するのは、それが反社会的性格を有しているが故であり、その行為自体からすでに反社会性が窺えるようなものについては、行為者において更にそれが法によつて処罰されるものであることを認識するまでもなく、故意の成立を認めて差支えないと言うべきであるが、その行為自体は社会倫理的意味において無色であつて、それが刑罰法規で禁じられたことにより、法規違反としてはじめて反社会性を取得するようなものについては、行為者においてそれが法によつて処罰されるものであることを認識していない以上故意の成立がないものと言わなければならない」との前提の下、「自動車

(7) すなわち、本件においては、「被告人は本件の麴を製造する以前その居村の役場及び税務署に到りその可否を聞合せたところ、役場に於ては許可を要せない旨の回答をなし、税務署に於ては開業届を提出せば製造可能なる旨の回答を与えた旨の記載がある。更に進んで被告人から三重縣知事宛の開業届の写本によると被告人は本件麴の製造以前既に三重縣知事に対し麴製造の開業届を提出したことが認められる。以之看之、被告人は本件麴の製造以前相当の注意を拂つて調査した結果開業届を提出せば許可を要せずして製造可能なる旨を確信していたものと認められるが、原審は此点に就き尚詳細な事実審理を為すべきであつたに不拘、之を怠り、右の点に就ては何等の資料とはならない証拠によつて被告人の有罪を認定したのは、畢竟審理不尽に基く理由齟齬の違法ありといわなければならない」とされた。したがって、本件は、厳密には当てはめの錯誤の事例である。

を運転する者が、運転に関する或る事項を、それが法によつて禁止されていることを知らずに行つた場合、その者に故意ありと言うべきか否かは、その当該禁止事項の内容・性質によつておのずから異つてくるものであり、まず当該禁止事項の内容・性質からみてそれが運転者として当然守らねばならないことであり、運転者一般に対しその禁止規定を俟つまでもなく、その行為に出ないことが期待されるような場合にあつては、運転者がかかる行為を為すことの認識を有する以上、故意の成立要件に欠けるところはなく、更に進んでこれが法によつて禁じられているということの認識までは不要というべきである。これに反しその禁止事項の内容・性質からみてそれが禁止されていることが、運転者として意外のことであり、運転者一般に対し、それが法によつて禁止されているということを知りていない限り、特に当該禁止行為に出ないことが期待できないような場合にあつては、かかる行為を為すことの認識があるだけでは、行為者に故意があるものとは言えず、その者に故意ありとするためには、更にそれが法によつて禁止されているということの認識を有していることが必要というべきである」との見地から、道路交通法違反の故意を否定している。しかし、本件の控訴審である東京高判昭和38年12月11日高刑集16巻9号787頁は、大審院以来の判例の基本的立場である違法性の意識不要説に与することを明らかにした上で、「被告人の本件所為は、刑法第38条第3項にいわゆる法の不知に該当し、その犯意を欠くものではないといわなければならない」と判示して、第1審判決を破棄しており、終局的には「法の不知は故意を阻却せず」との判例の立場が踏襲されるに至っている。

五 以上のように、とりわけ法の不知の類型において、わが国の判例は、大審院以来、原則として、不要説の立場から「法の不知は故意を阻却しない」との見解を採っているが、他方で、法の不知の類型においても事実の錯誤として故意が阻却される場合があり得ることを認める判例

や、とりわけ行政犯の領域における法の不知については故意阻却を認めるべきとする判例も存在している。わが国の判例が不要説を採る根拠は、最判昭和26年11月15日刑集5巻12号2354頁における斎藤悠輔裁判官の補足意見に端的に示されている。すなわち、「刑法三八条一項本文（他の刑罰法令については同法八条）の犯意ありとして犯人を非難、処罰するには、罪となるべき事実を認識するを以て足りるものである。その趣旨は、犯人は通常罪となるべき事実を認識するばかりでなく、実際はこれを認容し又は進んでこれを希望するのが普通であるが仮りに認容せず又は希望しなくとも、犯意の成立には、認識あるを以て足りるという意味である。なぜなら、認識しながら犯行を敢えてした以上は、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。……そして、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の認識を要しない」と。つまり、構成要件に該当する事実の認識を持って行為した者は、通常、自己の行為が違法であることの認識へと至り、反対動機を形成し違法行為を回避することが可能であったにもかかわらず、当該行為を行ったが故に刑法上非難されるが、構成要件に該当する事実の認識を欠く者には、反対動機形成の可能性がなくなることから、当該行為者を刑法上非難することはできないという考えである。

しかし、必ずしも構成要件該当事実の認識によって違法性の意識が喚起されるとは限らない。最判昭和32年10月18日刑集11巻10号2663頁（関根橋事件第1次上告審）は、「刑法38条3項但書は、自己の行為が刑罰

法令により処罰さるべきことを知らず、これがためその行為の違法であることを意識しなかつたにかかわらず、それが故意犯として処罰される場合において、右違法の意識を欠くことにつき斟酌または宥恕すべき事由があるときは、刑の減輕をなし得べきことを認めたものと解するを相当とする」と判示して、違法性の意識における「違法性」の内容を、「自己の行為が刑罰法規に違反するものであること」と把握しているが、構成要件該当事実の認識と刑罰法規違反の認識との間には隔たりが存在し、このことはとりわけ行政犯の領域において妥当しよう。したがって、構成要件該当事実の認識があっても違法性の認識が不可能な場合は存在し得よう。裁判例においても、行為者が行為の違法性を意識せず、しかもそのことについて相当の理由があつて行為者を非難することができない特殊な場合には、行為者の責任が阻却される余地は認められている⁽⁸⁾。確かに、一般に、自然犯においては、自己の行為を処罰対象とする法の存在を知らなかったとしても、通常、自己の行為が刑罰を受けるものであることの認識を持ち得ようが、行政犯においては、法の存在を知ることによって初めて違法性の意識が喚起される場合が多いといえよう。

（2）学説

一 わが国の学説は、判例の主流とは異なり、犯罪の成立を認めるためには少なくとも違法性の意識の可能性が必要であるとする見解（可能性説）が多数といえる。このような見解を基礎に、法の不知の類型について、刑罰法規の存在を知ることが通常可能であるから、原則として犯罪の成立が認められるが、例外的に刑罰法規の存在を知ることが不可能あるいは困難であった場合には、犯罪不成立の余地を認める立場が多数である。

(8) 東京高判昭和55年9月26日高刑集33巻5号359頁等。

例えば、平野龍一博士は、違法性の錯誤について、可能性説の中の責任説の立場から、「国家の側の事情と行為者の側の事情との、いわば緊張関係によって、相当な理由があるかどうか定まる」とした上で、法の不知について、「国家は、法を国民に周知徹底させる努力をしなければならない。それを怠っていながら、その法の違反を処罰するのは、公正なやり方ではない。他方、合理的な方法で周知をはかった以上、国民、とくに業者などは、一定の行為をする場合、その関係法規を知るように努める義務があるといつてよい。ただ、何らかの特殊な事情で、知ることが困難であった場合には、処罰すべきでないという事態も生じうる」という⁽⁹⁾。

内藤謙博士も、違法性の意識の可能性の有無は、「期待する国家の側の事情と期待される個人の側の事情とのいわば『緊張関係』の中で、両者の事情を考慮して決められることになる」との見地から、法の不知について、「刑罰法規が国民に法を周知させる合理的な方法で公布・施行され、一般の人に知りうる状態になっている以上は、違法性の意識の可能性は原則として認められる。しかし、特別の事情があるために、行為者が刑罰法規の存在を知ろうとしても知ることができない状況にある場合には、違法性の意識の可能性がないとみてよいであろう」と主張する⁽¹⁰⁾。

このように、「国家と行為者との間の緊張関係」という視点を基礎として法の不知の処理如何を考える見解は、近時の有力な学説においても支持されている。

例えば、高山佳奈子教授は、責任説の立場から、違法性の意識の可能性の判断にあたっては、「行為者と国家との関係が問題である。刑罰を科そうとする法秩序の側に立つ人間が、行為者の地位に自己を置いてみ

(9) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975年) 268頁。

(10) 内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅰ』(1991年) 1038頁。

たときに、これに向かって非難をなしうるか、すなわち、両者が対等な立場にあるといえるかが検討されなければならない」として上で、「所為の違法性が行為者の意識に一度も上ったことがないという場合には、『法に従った動機づけ』の自由保障に欠けるところはなかったのかどうかを慎重に検討されなければならない」と主張する⁽¹¹⁾。

松原久利教授も、責任説の立場から、違法性の意識の可能性の一判断資料として「法律の遵守を求める国家の側の事情」を挙げた上で、「法令が合理的な方法で一般に知らされている以上は、特に、自動車運転、風俗営業、建築業、薬店などのように、法規制があり、あるいは免許・許可を必要とする行為のように、特定の免許取得者や業者を対象とする刑罰法規においては、通常自己の行為を規制する関係法規を知り、行為の適法性を検討すべきであり、また、このことは可能というべきである」とする⁽¹²⁾。

また、松原芳博教授は、「違法性の意識の可能性の判断は、広義の期待可能性判断の一環として、期待する側の国と期待される側の行為者との緊張関係を前提とする」として、「『法の不知』の事案で違法性の意識の可能性が認められるためには、まず、自己の行為が違法ではないかという疑いを抱かせる『契機』が必要である。特に、行為自体は価値中立的な色彩の強い法定犯では、免許制となっているなどの法的に規制されている領域にあることの認識がなければ原則として違法性の意識の可能性は否定されるべきである」と主張する⁽¹³⁾。

さらに、北川佳世子教授は、法の不知について、「国家が行為者の法

(11) 高山佳奈子『故意と違法性の意識』（1999年）328頁以下、345頁以下。

(12) 松原久利『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』（2006年）129頁以下、136頁。

(13) 松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（2017年）273頁。

令の不知を非難できない事情があれば、違法性の意識の可能性は否定される」とし、その際には「国家と行為者の緊張関係という視点からは、行為者が法情報に接する機会を国家がどの程度提供していたかということが判断の目安とされる」と主張する¹⁴⁾。したがって、このような見地からは、「法情報に接する機会が与えられて法律が一般の人にとって知りうる状態になっているときは、違法性の意識が認められるのが通常であるが、特別の事情があるため法情報に接する機会がなく、行為者が法律を知ることができないような場合には、例外的に違法性の意識の欠如について相当な理由があったと認められることになる」とされる¹⁵⁾。

二 以上のように、わが国の学説においては、法の不知について、国家と行為者との間の緊張関係という視点を重視し、そこから、法の不知を処罰可能とするために、行為者たる法の名宛人にとって法を知り得る状況にあること、つまり法を知る機会（違法性を意識する契機）が存在していることが必要であるとする立場が有力であるといえよう。このような立場から、例えば、西田典之教授は、法の不知の類型について、特定の地方自治体が当該地域の特殊事情によって制定した条例による罰則に他の地方自治体の住民が違反した場合や、短期滞在の外国人が日本の行政刑罰法規に違反した場合などには、「法令を知る機会の有無」が慎重に検討される必要があるとする¹⁶⁾。惟うに、法を知る機会が存在しているということの実質は、法の名宛人に対して法が周知徹底されていること、および法の内容が法の名宛人にとって理解可能な形で具体的かつ明確に規定されていることと解すべきである¹⁷⁾。そして、法を知る機会

14) 北川佳世子「違法性の意識と違法性の錯誤」曾根威彦＝松原芳博編著『重点課題刑法総論』（2008年）161頁。

15) 曾根威彦『刑法原論』（2016年）403頁。

16) 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（2010年）245頁以下。

17) 一原亜貴子「違法性の錯誤と負担の分配（二・完）」関西大学法学論集54巻

の存在を前提として、法の名宛人に対して法の受容を要求することが可能となる。問題となるのは、ここで要件とされる「法の周知徹底」、**「刑罰法規の明確性」**、**「法の受容」**の具体的な内容である。

三 法の周知徹底について、平野博士や内藤博士の見解によれば、国家が合理的な方法で法を周知し、法の名宛人にとって法が知り得る状態になっている以上、違法性の意識の可能性は原則として認められるとされる。ここにいう「合理的な方法による法の周知」とはどのような場合をいうのが問題となるが、通常は、公布、つまり官報や公報への法令の掲載によって国民一般にその内容が広く知れわたるようにすることをいうと解することとなろう。判例においても、最大判昭和32年12月28日刑集11巻14号3461頁が、「成文の法令が一般的に国民に対し現実にその拘束力を発動する（施行せられる）ためには、その法令の内容が一般国民の知りうべき状態に置かれることが前提要件とせられるのであって、このことは、近代民主国家における法治主義の要請からいって、まさにかくあるべきことといわなければならない」とし、法令の内容を一般国民に知り得べき状態に置く方法として公布を前提要件としている⁽¹⁸⁾。さらに、前掲大判昭和15年11月7日が示すように、官報による公布によって

1号（2004年）109頁は、国民と国家への「適切な負担の分配」という観点から、「規範の内容が不明確で国民に理解不可能な場合或いは国家自身が規範の周知を怠っている場合には、違法性の錯誤を国民の負担において解決することが許されない。このような事実が認められる場合には、即時に、形式的に責任阻却が導かれるべきである」とする。樋口亮介「責任非難の意義——複数の視点の析出と構造化の試み」法律時報90巻1号（2018年）9頁は、違法性の意識の可能性判断において、①過酷な規範遵守要求の禁止という視点とともに、②適法との信頼を国家が行為者に惹起したにもかかわらず、行為者の行為を違法と非難してはならないとする禁反言法理という視点が存在する、としている。

(18) なお、本件控訴審（札幌高判昭和29年10月19日高刑特1巻13号689頁）は、「法令はその公布と施行との間に一定の期間を設けその間に国民をして十分その内容を了知せしむる機会を与えることが望ましいが、法令によつては急速に公布

国民に法令を遵守する義務を負わせているとの立場が採られている。近年では「インターネット版官報」⁽¹⁹⁾の存在によって、法の名宛人が法情報にアクセスすることは比較的容易な状況となっている⁽²⁰⁾。しかし、刑事立法の活性化と法のグローバル化の進展を背景とする現代社会において、法情報へのアクセス可能性を以て直ちに違法性の意識の可能性があったとすることはできないというべきであろう。この点について、石井徹哉教授は、単に官報に法令を掲載したことによって行為者に違法性の意識が可能であったとしてはならず、様々な広報活動によって法を国民に周知させ、関係法規が国民に受容されることが必要であるとする⁽²¹⁾。したがって、刑罰法規が新設された直後に行われた当該法規違反については、違法性の意識の可能性の有無についてより慎重な判断が求められるよう⁽²²⁾。このような観点からは、一定の業務に従事する者に適用される

実施を必要とするものがあり、右の期間を置き得ない場合があること勿論で、本件政令のごとく公布と同時に施行するような場合は国民すべてに十分その法令の内容を了知せしむる機会を与えることは到底不可能であり、従つてかかる場合の公布の日時については、劃一的に国民において当然法令の内容を知る機会を与えられたものと看做すべき一時点を定め、これを以て法令公布の時期と看るのが相当」と判示している。

- (19) 独立行政法人国立印刷局の提供による。<http://kanpou.npb.go.jp/> 参照。
- (20) したがって、公布されたとしても法情報にアクセス不可能であった場合には、違法性の意識の可能性を認めることはできない。このような観点によれば、前掲大判大正13年8月5日の判断は是認することはできない。
- (21) 石井徹哉「責任判断としての違法性の意識の可能性」早稲田法学会雑誌44巻(1994年)72頁。同様の見地から、違法性の意識の可能性について考究した最近の論稿として、趙楚文「違法性の意識の可能性に対する考察(一)(二)(三・完)」法学論叢177巻3号(2015年)21頁以下、4号(2015年)55頁以下、5号(2015年)31頁以下。
- (22) 半田靖史「違法性の意識の可能性」小林充=植村一郎編『刑事事実認定重要判例50選(上)[第2版]』(2013年)216頁は、「法規の新設・改正の直後で、社会的有害性も明らかでないというように、法を知り又は適法性に疑いをもちえない特別の事情があるとき」は、違法性の意識の可能性が否定される余地があるとする。

刑罰法規については所属組合や研修等を通じて法の内容を周知させることが必要であり、広く一般に適用され得る刑罰法規については、法情報へのアクセス可能性の保障に加えて、国家レベルの広報活動および法教育の実践が必要と思われる。

四 刑罰法規の明確性は、罪刑法定主義の派生原則の一つとして刑法上重要な地位を占めているが、とりわけ法の不知との関係でその確保が強く要請されなければならない。明確性が確保されていることが、法の不知の可罰性を認めるための前提条件である。

法の不知と刑罰法規の明確性の関係について、六日町簡判昭和38年1月8日下刑集5巻1・2号23頁は、被告人が、新潟県内の道路において、第二種原動機付自転車を運転するに際し、草履を履いて運転進行したことが、「自動車等の運転操作にさまたげとなる下駄等の履物を用いて運転してはならない」とする新潟県道路交通法施行細則の規定に違反するとして起訴された事案について、「実際に当つていずれの履物が自動車等の運転操作にさまたげとなる履物に該当するかは畢竟その使用上の不便の程度の差によつて判断せざるを得ないことになるわけであるから、もしどうしても自動車等の運転に使用することを禁止して取締る必要あるものならば、その旨を明らかに規定し、国民をして適帰するところを知らせるだけの注意をするのが当然であるのに、単に『下駄等の履物』と規定したのは、該規則制定の当時ざうりが別段問題とならなかつたためであることも前記Nの証言によつて認められる。果してそうだとすれば、法規に明らかな規定なく、しかも實際上自動車等の運転操作に左程支障を感じないざうりを使用した者に対し、刑罰の制裁をもつて臨むことは決してその当を得たものということとはできない。それ故本件被告人の使用したざうりが、前記規則にいわゆる自動車等の運転操作にさまたげとなるような履物に該当するとしても、被告人は該ざうりが同規則により使用を禁止された履物であることの認識を欠いたものというべきである

から、結局犯意を阻却するものとしてその行為を不問に付するのが相当である」と判示して、刑罰法規の明確性の欠如を一理由に故意を阻却し、被告人を無罪としている。法の名宛人にとって法を知る機会が実質的に存在しているといえるためには、認識対象となる「法」の意味内容が一般に理解可能なものでなければならないということを示唆するものであろう。

五 法の受容について、大判明治36年10月9日刑録9輯1467頁は、「法律規則ハ一般ニ之ヲ公布シタル上施行スルモノナレハ臣民タル者ハ総テ之ヲ遵守スルノ義務アリテ何人ト雖モ之ヲ知ラサルヲ理由トシテソノ制裁ヲ免ルルヲ得サルモノトス」と判示し、法令は一般に公布された上で施行されるという形式を採ることから国民には遵法義務があり、それ故に「法の不知は恕せず」との原則が導かれるとの考えを示している。罪刑法定主義の原則に適い適切な手続を経て公布され施行された法令の場合には、遵法義務は一般に肯定され、当該義務の遂行を通じた法の受容が国民に対して要求されるというのが判例の立場である。ただし、法の名宛人が外国人である場合や、特定の自治体における特殊な内容の条例違反が問題となる場合には、法の受容の可否について慎重な判断が求められるべきである。

外国人による法の不知²³⁾について、東京高判平成5年5月13日高刑速報〔平成6年〕45頁は、外国人による覚せい剤所持の事案について、「被告人の母国であるイラン・イスラム共和国においては、麻葉や大麻などの薬物については法規制の対象になっているものの、わが国でいう覚せい剤すなわち覚せい剤取締法2条1項で規定する薬物については、その存在が社会一般に知られておらず、法規制の対象にもなっていない模様

23) この問題について、奈良俊夫「外国人の刑事責任と違法性の意識」研修568号（1995年）3頁以下、同「刑事責任論の新断面——外国人の違法性の意識」西原春夫先生古稀祝賀論文集第2巻（1998年）263頁以下参照。

であり、また、被告人も、覚せい剤取締法の規定内容や、覚せい剤の化学上の名、成分等についてはほとんど知識がないものと窺われるが、このような知識がないことはいわゆる法の不知であり、前記のとおり被告人には自分の所持する薬物が一定の薬理作用を有する『シャブ』と呼ばれるものであって、日本においては法的な規制の対象になり、その取引や所持が違法なものであるという認識を持っていたことが認められるので、右のような法的な知識がないことをもって、覚せい剤所持の故意が阻却されるものではない」と判示している²⁴⁾。この裁判例では、覚せい剤取締法という特別刑法に外国人が違反した場合が問題となったが、この裁判例の事案と同様に、異なる文化圏出身の者が初めて他の法文化に触れる場合のように、行為者の生育環境や行為者が置かれた状況によっては、法を知る機会が客観的には存在していたとしても、法の受容が著しく困難な場合があり、したがって違法性の意識を喚起することが不可能な場合も例外的に存在し得ると考えられる。このような場合には、自然犯の領域においても、犯罪不成立の余地はあり得よう。

以上のように、法の名宛人が外国人である場合には、「法の受容」の可否の判断に際して、当該外国人の出身地の法文化を考慮しつつも、自己の自由意思でかつ長期滞在しているときは、原則として、「法の受容」は可能であったとすべきである²⁵⁾。しかし、問題となる法それ自体が、わが国独特の性質を有するものである場合には、違法性の錯誤の回避可能性が否定される余地はあろう。

他方、国内の特定の地方自治体の条例に他の地方自治体の住民が違反した場合について、高松高判昭和61年12月2日高刑集39巻4号507頁

24) 本判決の評釈として、戸田信久「刑事判例研究〔259〕」警察学論集46巻10号（1993年）147頁以下参照。

25) なお、違法性の錯誤の回避可能性が肯定された場合にも、当該外国人の滞在期間や日本での生活環境如何は、量刑事情として考慮されるべきであろう。

は、被告人は、数回にわたり徳島県所在の自宅から香川県所在のA方に電話をかけ、Aの妻Bに対し「あんたが好きです。会ってほしい。」などと反復して申し向け、もってBに著しく不安または恐怖を覚えさせるようなことをしたが、これが香川県の公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例（昭和38年香川県条例第50号）に違反するとして起訴された事案について、第1審の徳島池田簡裁が、香川県民及び滞在者以外の者に本件条例を適用し処罰すると、本件条例の存在、内容を了知することが不可能若しくは著しく困難なことから、行為に際し違法性の認識すら持ち得ない者が処罰される結果を招く等として、被告人に無罪を言い渡したのに対して、「故意の内容に違法性の認識は必要がないのみならず、本件被告人は、一般通常人におけると同様、本件違法性の認識に欠くる所はなかつたものと認められる」ということ等を理由に、被告人を有罪としている²⁶。ただし、当該条例の内容が各自自治体において広く処罰対象とされている行為を捕捉するものである場合（例えば、いわゆる迷惑行為等防止条例における「卑わいな行為」の禁止）は別として、前掲土浦簡判昭和38年2月25日において問題となったように、その内容が自治体特有のものである場合や一般的に処罰対象となっていない行為を特別に捕捉したものである場合には、法の名宛人にとって「法の受容」が不可能と判断されることもあろう。

六 さらに、近時、ドイツ刑法学における議論を参考にしながら、違法性の意識の可能性判断において、行為前の調査懈怠に基づく責任非難という意味でのいわゆる事前責任ないし先行責任を考慮し得るかが問題とされ、これを肯定的に捉える見解が有力に主張されている。例え

26) 本件評釈の古田佑紀「刑事判例研究〔195〕」警察學論集40巻7号（1987年）151頁も、結論として、「条例の罰則の存在を知らないとしても、そのことは単なる法の不知であり、故意に影響を及ぼすものとはいえないのであって、その意味で本判決の判旨は正当である」とする。

ば、松原久利教授は、「責任判断は、適法行為へと動機づけることができたであろうという仮定的基盤に基づく仮定的判断である」との見地から、「当該行為への意思決定の段階で違法性の意識が可能であり、その意思決定に基づいて、その実現として行為が行われた場合には、当該行為についての非難が可能となる」として、「行為時点では違法性の意識の可能性の欠如に至る事情を、行為以前に可能な回避措置により回避しなかったことに責任非難が認められる」と主張する²⁷⁾。

一原亜貴子准教授も、「責任非難とは、行為者が規範適合的な行為へと自らを動機付けることができたであろうことを前提として、それにもかかわらず違法な行為に出たことに対する法的非難である」との見地から、「行為が実行される前の時点で行為者に結果惹起を回避することが可能であった場合には、そのような回避措置を採ることなく漫然と結果を発生させたことについて、一定限度で責任非難を加えることができる」と主張する²⁸⁾。

また、高橋則夫教授も、「一定の犯罪要素が欠如したことにより、可罰性が肯定できない場合においても、事前の行為によって補填され、可罰性が肯定される結果となる多くの事例が存在する」との前提の下、「違法性の意識が欠如したとしても、この錯誤が事前の情報によって阻止できた場合には責任帰属は可能」とする²⁹⁾。

27) 松原久利「責任阻却事由と事前責任」大谷實先生喜寿記念論文集（2011年）267頁。

28) 一原亜貴子「違法性の認識可能性判断について」山中敬一先生古稀祝賀論文集 [上巻]（2017年）422頁。

29) 高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』（2018年）67頁。さらに、小林充教授は、法の不知について、国民は、その適否が問題となるような行為に出る場合には、関係法規の存在につき調査する義務を負っているといつてよく、そのような義務を尽くしたにもかかわらず錯誤が不可避であったというようなときに限り、違法性の意識の可能性がなく故意が阻却されると主張する。小林充『刑法〔第4版〕』（2015年）96頁。

他方で、事前責任の考え方に対して批判的な見解も有力に唱えられている。例えば、石井教授は、「自己の行為の違法性の検討する契機が存在するにもかかわらず、照会行為をしなかったことは、行為者に法を遵守する精神的な資質に欠けていたと評価できることから、この責任の評価は人格または性格における不備を対象とすることにいたる。それでは、行為責任とはいえないであろう」と主張する³⁰。

高山教授も、個別行為責任の原則を堅持する立場から、違法性の意識の可能性を判断する際に重要なのは、「法に従った動機づけ」をなし得るだけの材料が行為者に与えられていたかであり、行為者は違法行為に「先立って」法の内容を調査「する義務」（行為者は行為より遡って法律を調査する義務）はないと批判する³¹。

伊東研祐教授は、責任（非難）の遡及を責任説から根拠付け得るとする見解に対して、「現に存する構成要件該当事実に関して違法性の意識又はその可能性があるということと（現時点では存在しない）将来の可能的に存する構成要件該当事実に関して違法性の意識又はその可能性があるということとは同視ないし等値し得ず、したがって、責任（非難）の遡及があることの説明として不充分である」との批判を向ける³²。

山口厚教授は、「実行行為の時点以前に遡って法的な知識を得る可能性を認め、違法性の意識の可能性を肯定することは、故意については実行行為の時点で要求し、違法性の意識の可能性については実行行為以前の時点で問題にするということになって、責任非難の分裂を認めることになる」との疑問を呈する³³。

さらに、事前責任の考え方に批判的な見解に対して、小林憲太郎教授

30) 石井・前掲（注21）75頁。

31) 高山・前掲（注11）328, 337頁。

32) 伊東研祐『刑法講義総論』（2010年）265頁。

33) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（2016年）268頁以下。

は、事前の法調査義務について、「あくまで、行為に出るにあたってどの程度の法尊重態度を要請するかを、ただ、内部的な精神の緊張よりは類型的に長時間を要する、一定の外部態度を含めて判断しているにすぎない」ものであり、「その論理構造は過失犯における注意義務のひとつである情報収集義務と同一であって、別段、先行責任を問うものではない」としている³⁴⁾。

惟うに、個別行為責任を基礎とする責任主義の原則を堅持する立場からは、行為者が違法な行為に出たことについて責任の存在が認められなければならない。換言すれば、行為者が、法益の侵害・危険を事実とする違法性を有する行為に出たことについて違法性の意識を持ち得た場合にのみ、行為者を個別的・主観的に非難することが可能となる。このような見地からは、一般に、法益の侵害・危険が容易に想像し得る自然犯が問題となる場面では、通常、構成要件該当事実の認識を以て、自己の行為が法的に禁止されているとの認識（違法性の認識）に到達し得ようが、法益の侵害・危険が容易に想像し得ない新設の刑罰法規や行政犯が問題になる場面では、例えば、一定の業務に従事する者には、業務に関する法について知る努力が要求されるが³⁵⁾、規制対象とされる領域で活動する者や当該領域に精通している者など以外については、違法性の認識に到達するのが不可能な場合もあり得ると考えられよう。実際に、違法性の錯誤の回避可能性判断において事前責任を考慮する見解も、その適用範囲を「特別な法的規制領域における活動が問題になる場合」³⁶⁾あるいは「特に法律により規制された活動を行おうとしている場合」³⁷⁾に限定

34) 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（2018年）397頁。

35) 植村立郎「行政犯の故意」小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判例50選（上）〔第2版〕』（2013年）175頁。

36) 松原（久）・前掲（注27）261頁、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（2015年）711頁、一原・前掲（注28）428頁。

37) 伊藤渉＝小林憲太郎＝鏡目征樹＝成瀬幸典＝安田拓人『アクチュアル刑法総

している³⁸⁾。このように、行為者が一定の業務に従事する場合には、行為者に自己が活動する領域における法規制の存在や自己の行為の法的評価について熟慮するための契機・機会が与えられており、熟慮によって法規制の存在や行為の法的評価について調査・照会することによって違法性の意識を持つに至り得る。また、特別な法的規制領域で活動する者には、通常、自己の活動が法益の侵害・危険を招来し得る可能性があるとの認識を持つに至るであろう。他方、特別な法的規制が存在する領域で活動するわけではなく、自己の行為を禁止する法が存在していることを知る由もなかったような場合には、自己の行為の違法性について調査・照会する契機が存在せず、したがって違法性の意識を持つに至ることは不可能もしくは著しく困難であると判断されよう。このような意味で、調査や照会が求められるのは、行為者に（未必の）違法性の意識が存在するか、熟慮によって違法性の意識に至る場合に限られるとする³⁹⁾の

論』（2005年）240頁〔安田拓人〕。

38) この点については、安田拓人「回避しえた責任無能力状態における故意の犯行について（二）・完」法學論叢142巻2号（1997年）33頁以下参照。ドイツ刑法学において夙に事前責任論を展開し、わが国の刑法学にも影響を与えているH.-J. ルドルフィーは、例えば、自動車運転者として道路交通に関与する者のように、法的に特別に規制された業務を行う者が、業務遂行過程で当該業務を規制する法規範に違反する場合には、行為者が業務を引き受けた時点と後の違法行為の時点との間に、当該業務を規制する特別な規範について知識を得なかったことを根拠に責任非難をなし得るが、他方で、一般的な、万人に向けられた法規範について錯誤に陥った場合には、行為者に対して、彼／彼女がこれまでの生活において、法的禁止および社会において一般に承認されている法秩序の基本的価値について十分に知識を得なかったということを根拠に非難をなし得るかも知れないが、このような責任非難は、——後に行われた行為の具体的な不法とのあらゆる連関が欠如しているが故に——回避不可能な禁止の錯誤において行われた違法行為を理由に、行為者の処罰を正当化し得ないと主張する。H.-J. Rudolphi, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 7. Auflage, 2002, § 17 Rn.44ff.

39) 松原（芳）・前掲（注13）274頁。

妥当である。ここでは、熟慮するための契機とは何かが、とりわけ外国
人犯罪の処理との関係でさらに問題となるが、この点については、次章
で改めて検討する。

七 以上のように、わが国の学説においては、法の不知の処理に関し
て、法の名宛人に対する法の周知徹底と、刑罰法規の明確性が確保され
ていることを実質とする「法を知る機会」が行為者に与えられているこ
とが必要とされ、特別な法的規制が存在する領域において活動しようと
する場合には、事前調査義務が要求されている。このような見解は、故
意と違法性の意識（の可能性）を明確に区別した上で、違法性の意識の
可能性の肯否とその判断基準を探究するという思考枠組を採るものであ
る。次章では、このような思考枠組を採用するドイツ、スイスおよびオー
ストリアのドイツ語圏刑法学における法の不知に関する議論状況を概観
することによって、本章で取り上げた問題点について考察する。

Ⅲ ドイツ、スイスおよびオーストリアにおける議論状況

一 ドイツ語圏刑法学において、法の不知は、「禁止の存在に関する
錯誤」として、あるいは「直接的禁止の錯誤（direkter Verbotsirrtum）」
の一類型として取り扱われている⁴⁰。例えば、精神障害のある女性と性
交することが禁止されている（ドイツ刑法179条1項）ことを知らなかつ
た場合や、自殺に協力することが禁止されている（オーストリア刑法78

(40) ドイツについて、vgl. C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Auflage, 2006, § 21 Rn.21; W. Joecks, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage, 2017, § 17 Rn.32. スイスについて、vgl. G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Auflage, 2011, § 11 Rn.48; M. A. Niggli / S. Maeder, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Auflage, 2019, Art.21 Rn.8. オーストリアについて、vgl. E. Fabrizy, StGB, 11. Auflage, 2013, § 9 Rn.1; H. Fuchs / I. Zerbes, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 10. Auflage, 2018, Rn.23/21. なお、U.

条) ことを知らなかった場合は、直接的禁止の錯誤に当たるが、当該錯誤は、中核刑法 (Kernstrafrecht) において問題となることは殆どなく、とりわけ特別刑法 (Nebenstrafrecht) においてしばしば問題になるとされる⁽⁴¹⁾。ドイツ刑法、スイス刑法およびオーストリア刑法は、それぞれ禁止の錯誤に関する規定を持つが、いずれも責任説を採用するものであり⁽⁴²⁾、直接的禁止の錯誤も責任説の見地から処理される⁽⁴³⁾。

二 ドイツにおいては、1945年以降、多くの裁判所が、不要説を採用するライヒ裁判所 (RG) 判例からの離脱を開始し、1952年の連邦通常裁判所 (BGH) 大刑事部決定によって、責任説の立場が明確にされた⁽⁴⁴⁾。すなわち、「刑罰は責任を前提とする。責任とは非難可能性である。責任の反価値判断とともに、行為者に対しては、法に従った行為をなし得

Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8.Auflage, 2017, §28 Rn.12によれば、直接的禁止の錯誤とは、行為者が、禁止規範の不知または誤解によって自己の行為が許されていると考えている場合をいうとされている。ドイツ語圏刑法における禁止の錯誤の理論的展開について、吉田敏雄『責任概念と責任要素』(2016年) 169頁以下参照。

(41) Roxin, a.a.O.(Fn.40), § 21 Rn.21; Niggli/Maeder, a.a.O. (Fn.40), Art.21 Rn.10; Fuchs/Zerbes, a.a.O.(Fn.40), Rn.23/21. なお、1962年ドイツ刑法草案は、法の不知を禁止の錯誤の一類型として認めていなかった (vgl. Drucksachen des Deutschen Bundestages IV /650, S.135) が、現行ドイツ刑法17条は、62年草案の態度は責任主義の原則の観点から疑問があるとして、法の不知を禁止の錯誤の一類型として把握している (Drucksachen des Deutschen Bundestages V /4095, S.9)。

(42) 拙稿「刑法38条3項ただし書における『情状』と違法性の錯誤の処理」山形大学法政論叢66・67合併号 (2017年) 22頁以下参照。

(43) なお、アメリカ模範刑法典2.04条は、「不知又は錯誤 (Ignorance or Mistake)」の標題の下、3項 (a) において、「行為者がその罪を定めた制定法その他の成文法規の存在を知らず、かつ、訴追された行為の時までにその法令が公布されず、その他知り得べき状況になかったとき」には、行為が法律上罪とならないと信じたことは、その行為に基づく罪の訴追に対する抗弁となると規定している。法務省刑事局『アメリカ法律協会模範刑法典 (1962年)』刑事基本法令改正資料第8号 (1964年) 23頁以下。

(44) J.Wessels/W.Beulke/H.Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 48.Auflage, 2018, Rn.735. つまり、RGは、法律の錯誤を刑罰法規の錯誤 („strafrechtliche“ rechtsirrtum)

たにもかかわらず、法に従った行為をしなかったこと、つまり、法に従う決定をなし得たにもかかわらず、不法に従う決定をしたことが非難される。責任非難の内的根拠は、次の点にある。すなわち、人間は、自由な、答責的な、倫理的な自己決定を志向し、そしてそれ故に、法を支持し不法に反対する決定を行うことができる、つまり、自己の行為を法的当為規範に適合させ、法的禁止を回避することができるということである⁴⁵⁾、そして、「刑罰法規に関する錯誤は可罰性を排除しない、というRGによって引き継がれそして一貫して支持され続けた言明は、行為者に対して責任非難をなし得ず、したがって、刑罰は責任を前提とするというあらゆる刑罰にとって不可侵の原理を侵害するにもかかわらず、回避可能な禁止の錯誤を処罰するという帰結に至る⁴⁶⁾と。したがって、有責性の有無を判断するに際して、禁止の錯誤の回避可能性が問われることとなる。この点、BGHの判例は、「行為の構成要件該当性によって、通常、当該行為の違法性が認定される」との立場から、禁止の錯誤の回避可能性について非常に厳格な基準を採用している⁴⁷⁾。これに対して、学説においては、構成要件該当性の認識によって通常違法性が認定されるという立言は、自己の行為が構成要件に該当していると認識していない直接的禁止の錯誤の類型には妥当せず、とりわけ、特別刑法の領域においては、構成要件該当性の認識が違法性の意識の提訴機能を持つという主張も受け入れられないとの批判がなされている⁴⁸⁾。

と非刑罰法規の錯誤 („außerstrafrechtlichen“ rechtsirrtum) とに区別し、後者については事実の錯誤と同列に扱い故意阻却の余地を認めるが、前者については一切考慮しないとの立場を採っていた。これに対して、1952年BGH大刑事部決定は、違法性の意識を独立の責任要素として承認し、錯誤の領域において構成要件の錯誤と禁止の錯誤とに区別したとされる。

45) BGHSt 2, 194, 200.

46) BGHSt 2, 194, 202.

47) BGHSt 4, 236, 242f.

48) Joecks, a.a.O.(Fn.40), § 17 Rn.47; U. Neumann, in : Nomos Kommentar

BGHの判例によれば、行為者は、禁止の錯誤を回避するために、「熟慮 (Nachdenken)」または「調査・照会 (Erkundigung)」によって疑念を払拭しなければならず、そのために「良心の緊張 (Anspannung des Gewissens)」が要求される⁴⁹⁾。そして、自己の行為の適法性について疑念を持っている者には、調査義務があるとされる⁵⁰⁾。これに対して、学説においては、行為者が、自己の行為の適法性について検証するための契機を有していることが、禁止の錯誤の回避可能性の前提要件とされている⁵¹⁾。また、前述のように、学説においては、とりわけ特別刑法における法の不知の処理に関して、一般的な禁止の錯誤に対する処理方法は妥当しないとの見解が有力である。例えば、U. ノイマンは、中核刑法

StGB, 5. Auflage, 2017, § 17 Rn. 60. なお, BGHSt 2, 194, 196によれば, 「違法性の意識とは, 行為者が, 自己の行為が法的に許されておらず, 禁止されているということを知っていることを意味する」とされる。したがって, 違法性の意識が認められるためには, 自己の行為が社会的に有害であるまたは倫理違反であるとの意識では不十分であるが, 他方で, 通説によれば, 可罰性の意識までは必要でないとされる。Vgl. Roxin, a.a.O. (Fn. 40), § 21 Rn. 12; K. Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Auflage, 2018, § 17 Rn. 2. これに対して, H. Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, 2018, Rn. 17/4は, 「行為者は, 刑罰法規それ自体を知っている必要はないが, その違反に対しては当該法規を通じて刑罰が科され得るところの禁止を知っていなければならない」とする。

49) BGHSt 2, 194, 201. そして, 「良心の緊張の程度は, 事案の諸状況および個人の生活領域・職業領域に依拠する」とされる。近時の判例においても, 「禁止の錯誤は, 事案の諸状況, 行為者の人格ないし生活領域・職業領域に依拠して, 行為者に良心の緊張を期待できたにもかかわらず, 行為者が違法性の意識を獲得できなかった場合に, 17条1文の意味において回避不可能である」とされている。BGH NJW 2017, 2463, 2464.

50) BGHSt 21, 18, 20f; BGH NJW 1996, 1604, 1606; BGH NJW 2017, 2463, 2464. したがって, 判例の立場によると, 自己の行為の適法性について自ら(わずかにでも)疑念を持っている者は, 法状況について知識を獲得する契機を有しているとされる。Neumann, a.a.O. (Fn. 48), § 17 Rn. 63.

51) Roxin, a.a.O. (Fn. 40), § 21 Rn. 52ff; Rudolphi, a.a.O. (Fn. 38), § 17 Rn. 30ff; Neumann, a.a.O. (Fn. 48), § 17 Rn. 62ff; Joecks, a.a.O. (Fn. 40), § 17 Rn. 50ff. しかし,

における法の不知と特別刑法における法の不知の処理に関していう。特別刑法および秩序違反法の諸規範に散見されるように、社会倫理的に無色の構成要件が問題となる限りで、すなわち、法規範の存在が、社会倫理的規範の法的承認にではなく、専ら立法者の決定に依拠している限りで、市民に対して「それは可罰的であるが故に必然である！」という評価を要求することはできない。このような法倫理的評価における相違に、刑法の一般予防的機能の視点からの区別が対応する。中核刑法における行為の禁止の存在に関する錯誤の法倫理的ならびに刑事政策的意義と特別刑法および秩序違反法におけるそれとの相違によって、特別刑法および秩序違反法において故意行為は禁止の認識がある場合にのみ承認されるべきである、つまりその点で故意説が採られるべきである、という提案が顧慮される⁵²と。さらに、前記のように、禁止の錯誤の処理に際しては、刑法の機能ないし刑罰目的論との関連性が指摘されるが、「特別刑法あるいは直接的禁止の錯誤の事例においては、積極的一般予防の観点からも、厳格な基準を用いるべき契機は存在しない」との見解⁵³も提示されている。

このように、法の不知を包含する直接的禁止の錯誤、とりわけ特別刑法における直接的禁止の錯誤の類型については、行為者に禁止の認識が

ロクシンは、「禁止の錯誤の大部分は、その錯誤が良心によって回避可能となるような性質のものではない」ということを理由に、禁止の錯誤の回避可能性判断において、一般的に「良心の緊張」を要求することには否定的である。Roxin, a.a.O.(Fn.40), § 21 Rn.46.

⁵² Neumann, a.a.O.(Fn.48), § 17 Rn.90ff. 同旨 Joecks, a.a.O.(Fn.40), § 17 Rn.90f. 特別刑法および秩序違反法の領域において故意説を採用すべきとする見解への批判として、vgl.Roxin, a.a.O.(Fn.40), § 21 Rn.41f;

⁵³ Joecks, a.a.O.(Fn.48), § 17 Rn.47. 積極的一般予防論の旗手である G. ヤコブスは、「回避可能性の概念は、刑法20条、21条における能力 (Fähigkeit) の概念と同様に、心理学的に把握された自由な領域というものを連想させる。しかし、重要なのは、むしろ、刑法の一般予防的機能を損なうことなく、錯誤者に

あったか否かを慎重に認定することが必要とされる。そこでは、異なる法文化を背景に持つ外国人による犯罪の処理が問題とされる。この点について、T. ヘアンレは、「異質の文化的特徴から、すなわち、地域の慣習が国家の法秩序に対して貫徹されるような国における社会的関係から、あるいは、法秩序の比較から、直接的に不法の認識の欠如を帰結することは避けるべきである」と主張する⁵⁴。さらに、禁止の錯誤の回避可能性の判断基準とされる「調査のための契機」に関して、「外国人のドイツへの転居が調査のための契機たり得るか否かを検討すべきである」とする⁵⁵。そして、この点については、「あらゆる禁止規範に習熟する義務を導出することは難しい。このことは、中核刑法に限定した場合でも、特定の時点では規範の認識を期待し得ないドイツ国民との関係で不平等な取扱いであろう。したがって、行為者がどのくらいの期間ドイツで生活しているかを考慮することも決定的な判断基準たり得ない。確認への契機は、むしろ特殊状況的に定義されねばならない」とした上で、「刑法17条による回避可能性の判断に際しては、行為者の個人的な価値規準や文化的特質を考慮すべきではない。決定的なのは、他者の中心的な自由権（生命、身体の不可侵性、移動の自由、性的自己決定、財産等）または重要な共同体の法益の侵害を理由とする具体的状況が、適法性の主観的評価を検証するための契機を与えていたか否かである」と結論付け

どの程度社会的必要性を負担させるべきか(その限りで錯誤は回避可能である)、また行為者の不知がどの程度国家および社会によって甘受され得るか、を決定することである。それ故に、回避可能性は、——責任それ自体と同様に——刑罰目的に左右される概念である」とする。G. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, 1991, Rn.19/33.

(54) T. Hörmle, *Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft*, 2014, C.71.

(55) Hörmle, a.a.O. (Fn.54), C.73.

る⁵⁶。ヘアンレの見解によれば、法の不知の処理において、外国人であることそれ自体や出身国の文化的特徴またはドイツでの滞在期間の長短は、調査のための契機とはならず、したがって、回避可能性の判断基準となり得ない。決定的なのは、構成要件該当事実の認識を以て、自己の行為が法的に禁止されているとの認識（違法性の認識）に到達し得るかであり、これは、通常、法益の侵害・危険が容易に想像し得る自然犯が問題となる場面では肯定され得る。これに対して、「法益の侵害の可能性が直接的には想起されない抽象的危険（とりわけ、特別刑法における抽象的危険犯）が問題となる場面では、状況の警告効果は本質的に弱い」とされる⁵⁷。

さらに、K. ロイベンタール／H. バイヤーは、「ドイツの法状況に関する知識を獲得するという、外国人に対して一般的に要求される負担の問題に答えることは容易ではない」とした上で、「外国人が、自らの意思で職業上あるいは経済上の活動に従事している限りで、内国人に対するよりも軽度の要求を設定する理由は存在しない。外国人の営業者または経営者は、内国人の同業者と同程度に行為要求に精通していなければならない。未熟な言語知識から生ずる認識不足は、弁護士または通訳者の助言によって補充されるべきである」と主張する⁵⁸。なお、法秩序が職業活動を特別な規程に委ねているような事例では、禁止の錯誤の回避可能性判断に際して、外国人に対しても、いわゆる事前責任（Vorverschulden）を考慮することを肯定的に解している。すなわち、事前責任が問題となり得る原因において自由な行為との関係で、責

⁵⁶ Hörnle, a.a.O. (Fn.54), C.73f.

⁵⁷ Hörnle, a.a.O. (Fn.54), C.74.

⁵⁸ K. Laubenthal/H. Baier, Durch die Ausländereigenschaft bedingt Verbotsirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung, GA 2000, S.220.

任無能力に関するドイツ刑法20条を引き合いに出した上で、「刑法20条は、刑法17条2文に相応する規定を設けて心神の欠陥の回避可能性を考慮するということせず、まさに行為時における行為者の責任能力の存在を要求している。立法者は、17条2文の中で、法の名宛人が不法の意識に到達するために必要な努力をどの時点で行わなければならないのかを規定することはしておらず、したがって行為遂行前も重要な時点に算入され得る」と⁵⁹⁾。

他方、新設法規の解釈に際しては、「当該法規の意味がその文言から一義的に定まる場合にのみ、禁止の錯誤は通常回避可能であり、不明確な場合には、行為者が解釈可能な枠内にとどまる限り、彼を非難することはできない」との見解⁶⁰⁾が妥当する。ここでは、法の不知の処理に当たって、刑罰法規の明確性が要請されることが示唆されている。いずれにせよ、禁止の錯誤が回避可能であったと言えるためには、行為者が自己の行為の適法性を検証する契機を有し、そして検証の過程で自身の行為が違法であることの認識を獲得できた、つまり違法性の認識可能性の存在が前提とされることに争いはない⁶¹⁾。

三 スイス刑法学においては、行為者が、構成要件に該当する事実

⁵⁹⁾ Laubenthal/Baier, a.a.O.(Fn.58), S.221.

⁶⁰⁾ D. Sternberg-Lieben/F. Schuster, in : Schönke/Schröder StGB, 30. Auflage, 2019, § 17 Rn.19. 他方で、行為者が法状況の明白な変更を知っている場合には、当該新設法規に関する情報を得ることが行為者に義務づけられるとされる。

⁶¹⁾ Neumann, a.a.O.(Fn.48), § 17 Rn.62. J-M.S.Sanchez, Vorüberlegungen zur Lehre vom Verbotsirrtum, GA 2016, S.315は、禁止の錯誤の考察においては、違法性の意識に関する「国家（社会）と具体的市民との間の負担分配」を反映した法政策モデル構想について、事前に態度決定する必要があると主張する。サンチェスは、選択モデルとして、(A) あらゆる主体は、公布された法律の内容を知る必要があるという規範的前提を持つモデル、(B) あらゆる主体は、何らかの例外を除いて、平均的な法に忠実な市民が各自の生活領域において知っている程度に、公布された法律の内容を知る必要があるという規範的前提を持つモデル、(C) あらゆる主体は、平均的な国家法に忠実な市民が各自の文化的グルー

（不法を基礎付ける事実）を認識しながら、自己の行為の違法性を認識しないで行為するとき、禁止の錯誤が存在する。そして、違法性の意識は、その侵害が行為者にとって非難を向けられるべきであるような規範の認識を必要とするとされる。したがって、行為の時点で自己の行為が法規に違反していることを知らなかったまた知り得なかった者に対しては、責任非難を向けることはできないとの考えが通説である⁶²。前述のように、スイス刑法も禁止の錯誤に関して責任説を採用しており、その点で「禁止の錯誤の回避可能性」が問題となる。スイスの刑法学説においては、責任説の見地から、禁止の錯誤によって直ちに行為者は免責されるのではなく、回避可能性の程度に応じて、責任非難の程度が決まり、禁止の錯誤が回避不可能な場合は、責任非難はなし得ず、したがって行為者は無罪となるとされる⁶³。

スイスの判例によれば、行為者が自身の素人的評価に基づいて自己の行為が法秩序に違反することを認識していた場合、したがって行為者がこの意味において何か不法なことを行うことの不確定的な意識を持っていた場合には、禁止の錯誤は問題にならない⁶⁴。禁止の錯誤は、通常、行為者自身が自己の行為の適法性に疑念を持ったまたは疑念を持つべき

ブにおいて知っている程度に、刑罰法規の内容を知る必要があるという規範的前提を持つモデルを挙げる。その上で、モデル（A）が市民に対する最大限の負担を意味するのに対して、モデル（C）は、国家に対して最大の負担を強いるものであるとする。Sanchez, a.a.O., S.314f.

⁶² Stratenwerth, a.a.O.(Fn.40), § 11 Rn.39; K.Seelmann / C.Geth, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6.Auflage, 2016, Rn.237. G. Heine/G. Jenny/K.-L. Kunz/H. Vest, *Tatbestands-und Verbotsirrtum*, ZStrR 129 (2011), S.122は、「違法性の意識は、まさに、その侵害が行為者にとって非難を向けられるべきであるような規範に関係していなければならず、行為者が自己の行為をその他の理由から禁止されていると考えたということでは不十分である」とする。同様の見解として、Niggli/Maeder, a.a.O.(Fn.40), Art.21 Rn.16.

⁶³ Heine/Jenny/Kunz/Vest, a.a.O.(Fn.62), S.123.

⁶⁴ BGE 104 IV 217, 218f.

であった場合、あるいは、行為者が法規定の存在は知っていたが、当該規定の内容および射程について十分な調査をしなかった場合、さらに、行為者が所管官庁を通じて明確に法状況について注意を喚起された場合や、官庁の指示を無視した場合に回避可能であると判断される⁶⁵⁾。これに対して、行為者が、違法に行為していることを認識せず、かつ認識し得なかった場合は、禁止の錯誤は回避不可能である⁶⁶⁾。そして、禁止の錯誤は、「誠実な人であっても錯誤に陥ったであろう」場合にのみ回避不可能とされ、そのために、行為者には、良心の緊張、慎重な熟慮、あるいは、官庁または信頼に値する個人への照会が要求される⁶⁷⁾。このように、禁止の錯誤の規定は、法の名宛人は法状況の知識を獲得する努力をするべきであり、かつ法の不知は特別な事例においてのみ刑罰を免れるという考えに依拠しているとされている⁶⁸⁾。

このような判例の立場に対しては、「判例の全体的に高い要求は、判例の立場を実際的に中核刑法の領域に対して、原則として『法の不知は恕せず』という法制史的に古い原則へと接近させている」との批判が向けられている⁶⁹⁾。さらに、近時のスイス刑法学においては、法の不知の処理に関して、次のような見方が示されている。すなわち、「『法の不知

65) BGE 120 IV 208, 215.

66) その限りで、旧20条における「十分な理由」の評価について実務が展開してきた基準が現行法下においても妥当するとされる。BGer vom 13.2.2017, 6B_524/2016, E. 1.3.2. この点、旧20条下における判例も、旧20条の規定を責任説に従うものと把握している。Vgl. BGE 129 IV 238, 242.

67) BGE 75 IV 150, 153; 98 IV 293, 303; 99 IV 185, 186; 104 IV 217, 220f. したがって、熟考によって自己の行為の違法性を認識し、あるいは情報収集を通じて自己の行為の違法性を知る契機が存在したにもかかわらず、これを利用しなかった場合には、禁止の錯誤は回避可能であるとされる。

68) BGE 129 IV 238, 241. ただし、禁止の錯誤について刑の任意的減免しか認めていなかった旧20条との関連で述べられている。現行法の下で、この点を指摘する判例として、BGer vom 13.2.2017, 6B_524/2016, E. 1.3.2.

69) Seelmann/Geth, a.a.O. (Fn.62), Rn.243.

は恕せず』の原則は、19世紀末までは自明のこととして広範に認められており、当該原則の内的正当化は、法の名宛人にとって刑法上の禁止の不明確性はいわば『自明のこと』であるということに決定的に依拠しているとされてきた。ただ、このことが妥当するのは、いわゆる刑法の『古典的な』領域、つまり刑法の『中核領域』に属する規範である。しかし、刑法が個人の直接的な生活領域を離れ、そして州・国家レベルを越えた社会変動が進展するに連れて、『法の不知は恕せず』の原則はますます疑わしくなる。このような変動的状況の下では、法の不知は行為者を有責とするということはもはや明らかに妥当し得なくなっている。むしろ、行為者が行為を遂行する際に自身の行為が法規範に違反するというを知り得なかった場合には、行為者の責任を阻却しなければならないという反対の原則が想起される⁽⁷⁰⁾、あるいは、「19世紀末に至るまで承認されていた『法の不知は恕せず』（法の不知は害す）の原則によれば、違法性に関する行為者の錯誤は全く考慮されなかった。その法的帰結は、行為者は法を知るべきであるという要求を含意するが、現代刑法がますます文化のおよび国家的に境界を無くしつつあり、あるいは道徳的最小限という中核から広範に拡張されていることと相まって、正当化の必要性に迫られている⁽⁷¹⁾と。これらの言説に示されるように、スイス刑法学においても、法の不知については、グローバル化を背景として、とり

(70) Niggli/Maeder, a.a.O. (Fn.40), Art.21 Rn.5. そして、知り得たか否かは、行為者が置かれた具体的な状況（文化的背景等）を基礎として、個別的に判断されねばならないとされる。Niggli/Maeder, a.a.O. (Fn.40), Art.21 Rn.19a.

(71) Seelmann/Geth, a.a.O. (Fn.62), Rn.236.

(72) Vgl. Seelmann/Geth, a.a.O. (Fn.62), Rn.239; Niggli/Maeder, a.a.O. (Fn.40), Art. 21 Rn.10. さらに、H. Wiprächtinger/S.keller, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Auflage, 2019, Art. 47 Rn.128は、量刑において、文化葛藤は行為責任を軽減し得るのであり、例えば外国人犯罪者の社会化が滞在国の一般的な価値観と大幅に異なるような場合には、刑罰を軽減する方向で考慮されるべきと主張する。

わけ特別刑法の領域と外国人犯罪の場合に、一般的な禁止の錯誤に対するのとは異なる処理が要請されている⁷³⁾。

前述のように、責任説を採り、禁止の錯誤において問題となる違法性の意識の内実について、単なる倫理違反の認識では足りず、規範の認識を要求する通説の立場からは、規範の認識を欠いたことについて相当の理由がある場合には、行為者の有責性を肯定することはできない⁷⁴⁾。したがって、法の不知によって行為の適法性について全く疑わなかった結果、他人や官庁に照会する契機が存在しなかった場合には、禁止の錯誤は回避不可能である⁷⁴⁾。この点に関連して、学説においては、次のような評価もなされている。すなわち、「禁止の錯誤の規定を前に、立法者は、一方で、行為の禁止されていることの認識が責任非難の前提であり、この認識が欠ける場合には、法の動機付けをすることはできないのであり、他方で、反証することが困難な法の不知の主張が明らかな言い逃れとして濫用される虞があるというジレンマに陥っている」⁷⁵⁾と。このような法の不知の濫用を防止するためにも、国家には、法の名宛人に対する法の周知徹底が要求されよう。さらに、旧20条下のスイスの判例においても、「法の不知は恕せず」とする前提として、「法規範が、法の名宛人に

73) 判例は、不法の意識を認めるために、倫理違反の意識は不十分であるが、強力な徴憑となるとしている。BGE 104 IV 217, 219.

74) Vgl. S. Trechsel/P. Noll/M. Pieth, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 7. Auflage, 2017, S.155. 前掲(注73)のBGE 104 IV 217は、シチリア出身でスイス滞在歴5年の被告人(当時19歳)が、当時15歳の恋人(被告人は恋人の年齢を知っていた)と複数回性交した(当時のスイス刑法191条1項違反)という事案について、「南イタリア人の考えによれば、被告人には、女性と肉体関係を持ちながら後に結婚をしないことは道義に反するものであり、その場合に、この規範は少女あるいは女性の年齢とは無関係である、という意識しかなかった。被告人は既に当時もそして現在もなお被害者の少女と結婚したいと思っているが故に、彼はこの彼に対して独自に知られた規範に違反してはいない」と判示した州上級裁判所の無罪判決を支持した。

とって、当該規範に含まれる命令または禁止が認識可能な形で明確に規定されていること」が要求されており⁷⁵⁾、刑罰法規の明確性が担保されていることが、禁止の錯誤の回避可能性を肯定するために必要であると解される。

四 オーストリア刑法学においても、「責任は、行為者が禁止規範をも知っていたこと（現実的な不法の意識）、あるいは、禁止規範の不知（行為者の禁止の錯誤）について少なくとも行為者を非難し得ること（潜在的な不法の意識）を前提とする」として、責任説の立場から、禁止の錯誤へのアプローチがなされている⁷⁶⁾。オーストリア刑法9条1項は、「法律の錯誤によって行為の不法を認識しなかった者は、その者に対して錯誤を非難し得ないときは、責任なく行為したものとす」と規定する。したがって、有責性の有無を判断するに際して、「法律の錯誤の非難可能性」⁷⁷⁾が問われることとなるが、同条2項は、「法律の錯誤は、不法が行為者にとっても何人にとっても容易に認識可能であったとき、あるいは、行為者が、その業務上、職務上またはその他の事情により当該規定に精通すべき義務が存在したにもかかわらず、当該規定に精通していなかったときは、これを非難することができる」と規定し、法律の錯誤の非難可能性を判断するために2つの基準を設けている。した

75) Trechsel/Noll/Pieth, a.a.O. (Fn.74), S.160.

76) BGE 97 IV 57, 66.

77) Fuchs/Zerbes, a.a.O. (Fn.40), Rn.23/1. なお、オーストリア刑法学においても、違法性の意識は可罰性の意識ではなく、通説によれば、行為者が自己の行為が（民法あるいは行政法も含む）法規に違反するということを知っていれば、現実的な不法の意識を認めるにあって十分であるとされている。Fuchs/Zerbes, a.a.O. (Fn.40), Rn.23/7.

78) オーストリア刑法9条の標題は、「法律の錯誤」となっているが、同条は、禁止の錯誤に関する規定であるとされる。Fuchs/Zerbes, a.a.O. (Fn.40), Rn.23/19.

79) S. Seiler, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 3.Auflage, 2016, Rn.565. オーストリア刑法9条2項における「何人」とは、オーストリアの文化的・生活および法的生

がって、法の不知においても、不法が「何人」にとっても容易に認識可能でなかったときは、錯誤に陥った行為者を非難することはできない⁽⁷⁹⁾。この点、殺人、窃盗、傷害などの刑法の中核領域に属する行為態様については、通常、不法が何人にとっても容易に認識可能であり、例えば、「家族の名誉」を保護するための殺人を正当と見なすというような異質の価値観を持つ社会圏出身の敬虔な原理主義者の場合にも、行為者は、自分が滞在している国家の価値観や国民の一般的な生活関係に習熟せずまた適応しなかったとことを根拠に、法律の錯誤は非難可能であるとされる⁽⁸⁰⁾。

さらに、オーストリア刑法9条2項によれば、不法が何人にとっても容易に認識可能であったか否かという判断基準に従えば非難可能性が否定される場合であっても、当該規程に精通すべき義務、つまり調査義務（Erkundigungspflicht）の懈怠という基準に従って非難可能性が肯定される余地があるから、行為者が外国人の場合であっても、法律の錯誤の非難可能性が否定される可能性は低い⁽⁸¹⁾。ただ、オーストリア刑法学においても、スイス刑法学におけるのと同様に、法の不知に関して、『法の不知は恕せず』との言明は、刑法が社会的規範に対する基本的な違反に限定され、かつ個人が自身の所属する法圏を超えない限りで、ある程度正当とされてきた。しかし、刑罰規範が社会倫理という中核領域を大

活に定着している平均人が想定されている。F. Höpel, in : Wiener Kommentar zum StGB, 2. Auflage, 2000, § 9 Rn.12.

(80) Seiler, a.a.O. (Fn.79), Rn.557f.

(81) この点も含め、オーストリアにおける議論状況について、藪中悠「オーストリア刑法における違法性の意識と違法性の錯誤」慶應法学37号（2017年）393頁以下参照。Fabrizy, a.a.O. (Fn.40), § 9 Rn.6a は、「行為者が、彼の人的関係に基いて、法状況について問い合わせる義務があったにもかかわらずこれを怠った場合には、法律の錯誤は非難可能であり、このような調査・照会義務は、長期間滞在する予定でオーストリアに来た外国人に対しても要求し得る」とする。

幅に超えて拡大し、国境の横断が日常的になって以来、あらゆる刑罰法規の不知について免責しないことは不可能となっている」⁸²⁾との指摘がある。また、ドイツ刑法学およびスイス刑法学におけるのと同様に、法の不知を包含する直接的禁止の錯誤は、とりわけ特別刑法において問題となるとされ⁸³⁾、さらに、法律の錯誤の非難可能性の判断においては、オーストリア刑法9条2項にいう「行為者にとっても何人にとっても」との文言は、行為者が法と不法について異なった見解を持つ異質の文化圏出身の外国人である場合には、特別な配慮が必要であるとの見方も示されている⁸⁴⁾。

IV むすびにかえて

以上のように、法の不知については、近時の刑法の適用領域の拡張や国際化の進展を背景として、旧来の「法の不知は恕せず」という思想は、妥当する領域が著しく限定されてきており、違法性の錯誤の一類型としての法の不知の処理についても再考が迫られている。このような状況においては、法令が公布され、客観的に法の存在を知ることが可能な状態

Höpel, a.a.O. (Fn.79), § 9 Rn.12をも参照。他方で、調査義務の懈怠は、行為者が自己の行為の適法性に疑念を持つことが期待し得た場合にのみ、非難可能であるとされる。Seiler, a.a.O. (Fn.79), Rn.556。さらに、Fuchs/Zerbes, a.a.O. (Fn.40), Rn.23/26は、「一定の行為が禁止されているということが必ずしも自明ではない場合、行為者は、彼／彼女が個別事例の具体的状況に従って必要な法的知識を獲得する契機を有していたにもかかわらず、そうしなかったことについて彼／彼女を非難し得るときにのみ、有責とされる」とする。

⁸²⁾ Fuchs/Zerbes, a.a.O. (Fn.40), Rn.23/2。さらに、vgl. Seiler, a.a.O. (Fn.79), Rn.528。なお、アメリカ刑法学においても、同様の指摘がなされている。ヨシユア・ドレスラー著／星周一郎訳『アメリカ刑法』（2008年）248頁。

⁸³⁾ Fuchs/Zerbes, a.a.O. (Fn.40), Rn.23/21。

⁸⁴⁾ Fuchs/Zerbes, a.a.O. (Fn.40), Rn.23/25。

が設定されていたとしても、当該法令において禁止・命令されている行為の性質上、あるいは行為者の属性上、行為者に法の受容を促す契機を提供し得るものでなかったと判断される場合、つまり法を知る機会が主観的に欠如していた場合には、実質的に法を知る機会は存在していなかったと解され、したがって、違法性の錯誤の回避可能性は否定されるべきであろう。

さらに、法の不知については、「法令の不知から違法性の認識に問題を移すのではなく、むしろ法令の不知が『法令によって禁止された事実の認識』の不知として構成することができないかどうかという点をこそ、再吟味すべきである」とする見解⁸⁵⁾や、「法の不知は恕さず」における「不知」には、「無知」という意味のみならず「無関心・無視」の意味も含まれるとした上で、「法律の無知は故意を阻却する」との見解⁸⁶⁾が主張されている。また、法の不知について検討する上で、「違法性の意識の可能性も不要とする判例が、違法性の錯誤で相当性ありと考えられる事例を事実の錯誤として救済してきた」⁸⁷⁾との見方も無視することはできない。

上記のような指摘は、とりわけ行政犯ないし特別刑法の領域において問題となり得るが、特別刑法においても社会倫理の中核領域に属する犯罪が存在し、逆に自然犯ないし中核刑法においても容易に理解することができない構成要件も存在しているという指摘⁸⁸⁾が妥当するように、特別刑法における犯罪か中核刑法における犯罪かという視点によって単純

85) 中山研一『違法性の錯誤の実体』(2008年) 20頁。

86) 香川達夫「法律の不知と判例理論」学習院大学法学会雑誌51巻2号(2016年) 65頁。ただし、本論文が所収された香川達夫『新錯誤論』(2018年) 75頁では、「法律の不知は故意を阻却する」との表現に改められている。

87) 西田・前掲(注16) 247頁。

88) Fuchs/Zerbes, a.a.O. (Fn.40), Rn.23/2.

に事案を処理することはもはや適切でなくなっているように思われる。先述したように、法の不知についても、事実の錯誤として故意が阻却される場合があり得ることから、事実の錯誤と違法性の錯誤の限界付けについて考察することが必要である。紙幅も尽きたので、この点については、別稿を期したい。