

違法性の意識

——責任説の立場から——

南 由 介

目次

- 1 はじめに
- 2 厳格故意説の理論的根拠
 - (1) 心理的責任の重視
 - (2) 確信犯, 常習犯, 激情犯
 - (3) 事物思考と言語思考
 - (4) 「違法性」の意味
- 3 責任説の正当性
 - (1) 答責性としての非難
 - (2) 答責性の妥当性
 - (3) 違法性の意識の可能性の不存在
- 4 結びにかえて

1 はじめに

違法性の意識の取り扱いを巡っては、従来から、故意説と責任説との激しい対立が見られ、今日では責任説が通説的地位に至ったと評価しても過言ではないほどに、責任説が支持を広げているが、しかし、なお根強く厳格故意説が主張されているというのが現状であろう。厳格故意説側からの責任説に対する批判は、例えば、責任説は、厳格故意説の刑事政策上の難点、つまり、行為者に、違法性を意識していなかったという言い逃れを容易にさせてしまうといった問題を回避するために主張されるのであり、理

論的には厳格故意説の方が正当である、というものであるかと思われる。だが、このような批判は適切といえるのであろうか。もし、このような指摘が正鵠を射たものであるとするならば、責任説は理論的根拠のない単なる政策的考慮に基づく見解ということになり、放棄されるべきであって、故意説を主張せねばならないということになるかと思われる⁽¹⁾。しかし、この点については、このように考える必要はないであろう。すなわち、責任説には、刑事政策的考慮を超えた理論的根拠が存在し、十分に正当化し得ると考えられるからである。それどころか、むしろ反対に、厳格故意説における理論的根拠にこそ疑うべきものが存在するのではなかろうか。以下において、厳格故意説の理論的根拠につき検討を試みた後に、責任説の正当性を論じることにした。

なお、本稿では、制限故意説は、違法性の意識可能性説という点で責任説と共通するため、厳格故意説と責任説の対立を中心に考察することにす⁽²⁾る。

2 厳格故意説の理論的根拠

(1) 心理的責任の重視

厳格故意説によれば、違法性の意識が故意の成立に要求される理由としては、例えば、「徹底した意味での道義的非難は、行為者が、単に犯罪事実を表象しただけでは足りず、それが、法的に許されないものであることを知って行為した場合に、初めてなしうるはずである⁽³⁾」、あるいは、「理論的にいうならば、犯罪事実を認識したとしても、違法性を認識しなければ反対動機が生ずるはずがなく、故意としての重い非難を課すことはできないとするのが最も一貫した立場ではないか⁽⁴⁾」というものがあげられている。このように、厳格故意説は、行為者の認識によって責任が左右されるという意味から、心理的責任を重視した見解と指摘することができるであろう。それに対し、責任説は、違法性の意識が欠けたとしても直ちに責任が阻却されるというわけではないことから、規範的責任を重視した見解であると

評価できる。

ここでまず検討されなければならない点は、厳格故意説における故意責任と過失責任とでは、非難の捉え方が、故意犯においては心理的責任、過失犯においては規範的責任というように異なるということである。というのも、過失犯においては、過失犯の構造上、注意義務は規範的に考えざるを得ないからである。この場合、故意犯と過失犯で責任の形式が異なるということになるが、何故、過失犯のみが規範的責任となるのであろうか。これを故意犯と過失犯の構造的な差異であるとすればそれまでではあるが、厳格故意説が規範的責任論に徹しきれていないことを示すものであるように思われる。規範的責任論からは、故意犯の成立に違法性の意識を要求することは必然とはならないであろう⁽⁵⁾。

(2) 確信犯、常習犯、激情犯

次に、確信犯、常習犯、激情犯の取り扱いについて論じることにする。従来から、厳格故意説においては違法性の意識を犯罪成立に要求するため、確信犯、常習犯、激情犯について困難が生じるのではないかと指摘されてきた。例えば、確信犯は、「自分の行為が正しいと思って行動するのである。だから規範意識の抵抗をおしきって犯行に出たことが必要だとすると、これを処罰することはできなくなる⁽⁶⁾」、あるいは、犯行の反復によって違法性の意識が鈍麻・減弱した常習犯に対しては、「規範意識が強い抵抗力をもっている初犯者よりも、かえって軽い非難しか加えることができない⁽⁷⁾」、激情犯の場合には、「行為時には違法だというはっきりした意識がない⁽⁸⁾ということがある」、という具合にである。これらの指摘は、全て正当であるように思われる。

まずは確信犯について検討を試みることにしたい。厳格故意説側からは、行為者は自己の行為が国家・社会倫理規範に照らして許されないものであることは承知している⁽⁹⁾、あるいは、「ここで要求される違法性の意識は、反倫理性・反社会性の意識ではなく、裁判規範の裡面にあって法的色彩を帯びた行為規範に違反することの意識であり、自己の価値観によって行為

を正当化していても自己の行為が現行の刑罰法規（裁判規範）に違反することを承知している⁽¹⁰⁾」、というように反論がなされている。しかし、この反論が成功しているとは言いきれないであろう。というのも、厳格故意説が故意の成立に違法性の意識を要求する理由は、規範意識の抵抗をおしきって行為に出たという点にあると思われるのであり、「犯罪事実を認識したとしても、違法性を認識しなければ反対動機が生ずるはずがなく」、重い非難を課すことはできない⁽¹¹⁾、あるいは、「行為の違法性を知りながら反対動機を抑圧して行為に出た点」に故意の責任非難を求めるならば違法性の意識は不可欠の要素となる⁽¹²⁾、というように主張されるのだが、実際には確信犯は、反対動機を形成するどころか、敢えて刑罰法規に反する行為に出ているということがいえるからである。ここでは確信犯人が規範に直面し、それを乗り越えたという側面を窺うことはできない⁽¹³⁾。

常習犯に対しても同様のことがいえるであろう。厳格故意説側からは、常習犯は、過去の処罰の経験から自己の行為が法に違反することは十分に認識している⁽¹⁴⁾、とされる⁽¹⁵⁾。だがしかし、常習犯人が規範意識を働かせ、通常の犯罪者と同様にそれを乗り越えて行為に出たとはいえないのではないか。『規範意識の抵抗をおしきって犯行に及ぶ』という『自由意思の行動モデル』は、必ずしも現実の犯行の心理ではない⁽¹⁶⁾』といえる⁽¹⁷⁾。

ここで、厳格故意説が故意を認めるとするならば、それは、二つの方法が考えられるであろう。一つは、違法性の意識とはただ単に違法を知ることである、と理解する方法であり⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾、もう一つは、「反対動機の形成」ではなく、規範意識の抵抗をおしきる「可能性」、つまり、反対動機の形成「可能性」を問題とする⁽²⁰⁾、ということである。まずは前者についてであるが、違法性の意識を故意犯成立のために要求する理由は行為者の規範意識による動機づけの問題にあるのではなく、ただ単に違法を知ることが故意犯の責任非難の対象であるとするならば、それは、非難可能性の問題ではなく、国家の権威、すなわち法律を無視したかどうかのみの問題であって、「国家の禁止・命令に違反していることを犯罪性の実質とする」権威主義的なものとなってしまおうという批判が妥当する⁽²¹⁾⁽²²⁾。

後者の、行為者が規範意識の抵抗をおしきったという点ではなく抵抗をおしきる「可能性」、反対動機形成「可能性」と考える方法に対しては、反対動機の形成可能性で足りるならば、故意の成立に違法性の意識を要求する必然性はないということを指摘することができるであろう。例えば、規範に無関心な者が違法性の意識を欠いて犯罪の実行に出た場合、違法意識をもちあわせていたならば、規範意識を働かせ、犯罪行為に出ずに済んだと評価できるのであり、反対動機の形成可能性が認められることになる。これと同様のことが、確信犯、常習犯にもいえるのではなからうか。実際に反対動機が形成されたか否かを問題とするならば違法性の意識は故意の成立に必然となるが、形成可能性で足りるとするならばそうはいえないことになるであろう。反対動機形成可能性と違法性の意識は、直接的には結びつかないように思われる。それ故、いずれの方法も、違法性の意識を故意の成立に要求する理由にはならないといえる。

以上のことは、激情犯にも全てあてはめることが可能である。

(3) 事物思考と言語思考

激情犯については、もう一つ問題を提起することが可能である。すなわち、興奮状態に陥った行為時には、行為者に「違法だというはっきりした意識がない⁽²³⁾」のではないか、という問題である。この点については、厳格故意説側から、違法性の意識は言語思考的 (sprachgedanklich) である必要はなく、事物思考的 (sachgedanklich) 認識で足りるという反論がなされている⁽²⁴⁾。ここでいう言語思考とは、音声を発しない静かな独り言も含まれるのに対し、事物思考とは、「最初に言語を通して体験された物事を言語と離れた思考領域へと引き受けた、いわば具象的な想起に基づいた物事との直接的体験の中で生ずる⁽²⁵⁾」ものであり、言語思考に比べ瞬間的であり、驚くほど広範であるとされている⁽²⁵⁾。確かに、故意の成立に必要な事実の認識を想定した場合、この事物思考自体は否定することができない⁽²⁶⁾。しかし、そうだとした場合、「後から思い返せば違法であったな」というようなものであってはならないはずであり、現実には、その行為の際に行為者は事物思

考的に認識されなければならない。⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾ 事後的に「違法であったな」という程度の認識では、そのようなものはすでに違法性の意識の可能性であると評価できるのであり、激情犯においては、この事物思想的な違法性の意識すらないといえることができるのではなかろうか。⁽²⁹⁾ それ故、激情犯には、行為⁽³⁰⁾ 当時⁽³¹⁾ に現実の違法性の意識が欠けていると言わざるを得ないように思われる⁽³¹⁾。

(4) 「違法性」の意味

法定犯・行政犯については、違法性の意識可能性説の側から、厳格故意説では行為者の処罰が困難になるのではないかと、という疑問が提起されている。⁽³²⁾ このような批判に対しては、例えば、「行政刑罰法規の氾濫に問題」⁽³³⁾ がある、あるいは、「処罰よりも啓蒙ではないか」⁽³⁴⁾ というように反論がなされているが、⁽³⁵⁾ 厳格故意説の中には、違法性の意識可能性説側からの批判を意識し、違法性の意識の内容を緩和したと思われるものが見受けられる。つまり、「違法性」の意味の問題である。違法性の意識の内容を緩和したものは、例えば、違法性の意識があったとするには、「自己の行為が法規範の基礎におかれている国家・社会的倫理規範上許されないものであるということ」を認識していれば足りるとする、あるいは、⁽³⁶⁾ 前法的規範違反の認識で足りる場合と、法律違反の意識が必要であるとする場合とがあることを認める、つまり自然犯・法定犯区別説⁽³⁷⁾⁽³⁸⁾、と呼ばれる見解である。⁽³⁹⁾

しかしながら、前法的規範違反の認識が刑事責任を根拠づけ得るかは疑問である。このような見解からは、社会倫理規範違反の意識が法でないということを理由に直ちに排斥すべきではない、違法性の意識は他行為可能性の保障にあるならば、規範意識に照らし当該行為を選択することを考慮するだけの判断基底が与えられていけば足りる、⁽⁴⁰⁾ と反論がなされている。だが、刑事責任を基礎づけるのは、刑法違反の意識でしかありえないのではなかろうか。確かに、倫理的側面に関する動機づけにおいて自由が保障されていることは否定できない。けれども、そこでの他行為可能性は、あくまでも⁽⁴¹⁾ 道徳に反することを回避するための動機に過ぎず、⁽⁴¹⁾ 刑法的非難に

関する動機づけはなされていないと考えるべきであろう。⁽⁴²⁾人は、道徳に反することであれば、あるいは民法上の不法行為、例えば債務不履行であれば、その程度のことはかまわないが、刑罰は受けたくはないと思う場合もあるはずであり、⁽⁴³⁾このような場合においても自由は保障されるべきではないかと思われる。⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾「行為が刑罰によって威嚇されているか、それとも損害賠償義務を負担させるにすぎないかは、著しい相違」⁽⁴⁶⁾であろう。これらの場合にも処罰可能であるとするのであれば、倫理的にけしからんから、あるいは民法上の不法を理由に非難されることになってしまいかねない。違法性の意識を前法的規範違反の認識に求める見解は、厳格故意説の不都合を示すものであり、実質的には違法性の意識可能性説、あるいは、違法性の意識不要説であると評価できるかとも思われる。⁽⁴⁷⁾倫理責任、民事責任と刑事責任は峻別すべきであり、「違法性」の意味の緩和はなされるべきではない。⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾

3 責任説の正当性

(1) 答責性としての非難

以上において、厳格故意説の問題点を指摘したのであるが、それだけでは責任説の正当性を証明するには不十分である。すなわち、厳格故意説の問題点のみならず、積極的に責任説の理論的根拠を明らかにしなければ、責任説は、厳格故意説の刑事政策的不都合を回避するための理論でしかないからである。

そこで検討を試みると、厳格故意説側からは厳格故意説の方が責任説に比べ、より責任主義に合致したものであるというようにしばしば主張されるが、これは果たして正しいのであろうか。これを考察するにあたっては、両者の責任の捉え方に注意しなければならない。先にも指摘したように、厳格故意説の考える責任とは、行為者の違法性の意識の有無によって決せられることから、行為者の心理状態を対象としたものということになるのに対し、責任説の考える責任とは、行為者の答責性⁽⁵⁰⁾であると評価できよう。

ここでは、両見解は、責任の捉え方が出発点において異なっていることから、議論が噛み合わない面があることも否定できない。しかし、問題は、故意説のいう責任の把握の仕方が妥当であるかどうかである。すなわち、個人の価値判断のみによって責任が決められるとの考慮が適切か否か問われなければならないのである。

厳格故意説からは、違法を知って行為に出た者に対しては、反対動機を形成しそれを乗り越えて行為した者に対しては、重い非難が可能である⁽⁵¹⁾というようにいわれるが、それは疑い得ないことであろう。しかし、その逆として、違法を知らずに行為した者に対しては非難できない、と直ちにはいえないはずである。行為者が違法性の意識を欠くにあたり、様々な理由が考えられる。熟慮の上に違法性の意識を欠き行為に出たという同情を禁じえない類型から、無思慮に、法に無関心の上で違法性の意識を欠き行為に出たという類型まで、幅広いと思われるのだが、行為者の心理状態を責任非難に直結させる厳格故意説は、これらの類型を一律に判断する点に問題があるのである。遵法意識のかけらもなく無関心に軽率にも違法性の意識を欠いた行為者に対しては、違法性を意識して行為に出た者と同様の責任非難が可能となるのではなからうか。「故意説が刑法規範の効果を広範囲にわたって、その名宛人の任意の解釈に委ねることは、客観的秩序としての法の機能とも相容れない」のであり、さらには、法を認識することについての努力を麻痺させ、誰も認識しようとしぬ規範は、事実上、無効⁽⁵²⁾となってしまうという指摘がなされているが、これは、正当である⁽⁵³⁾。責任説の考える責任非難とは規範的非難であり、行為者の心理状態と責任非難を直結させないことから、行為者に違法性の意識がなかったとしても直ちに責任阻却とはならないのである⁽⁵⁴⁾。

(2) 答責性の妥当性

以上のように、責任非難を答責性の観点から判断するならば、責任説は理論的にも説明可能であると思われるのだが、そうすると、さらに検討されなければならないのは、責任非難は答責性によって決められ得るとする

ことの是非である。これが論理的に説明できないとしたならば、責任説が厳格故意説の刑事政策的難点を回避するための見解の域を出ないからである。

これを考えるにあたっては、まずは、事実の認識と違法性の意識の構造的差異について検討する必要があるだろう。事実の認識が故意の成立に要求されるのは、事実の認識のない行為者が、客観的に行為規範に反した結果を発生させてしまったとしても、行為規範の動揺がきたされないからである。それに対し、事実の認識はあるが違法性の意識を欠いている行為者の行為は、規範を動揺させているのであり、行為規範によるコントロールによって犯罪を防止する立場からは無視できない事態となる。規範的一般予防に基づいて犯罪を抑止しようとする立場からは、ひとたび規範が破られたならば無力であり、それ故に、行為規範に反した事実を認識していない場合、つまり事実の錯誤に対しては、寛容ではいられるが、規範違反の事実を認識した上で違法性の意識を欠いた場合には、寛容ではいられないのである。⁽⁵⁵⁾ 事実の認識と違法性の意識は質的に異なったものであり、事実の認識は行為規範の認識、違法性の意識はその事実＝行為規範の行為者自身の評価だということができ、これは区別されなければならない。^{(56) (57)} このように考えるならば、責任説における責任非難、すなわち答責原理は不当なものではなく、まさに論理的必然となるのである。

なお、事実の認識と違法性の意識の質的差異は、故意説、責任説に対し、ともに故意の提訴機能を要求すべきではないという結論を導くことになるかとも思われる。⁽⁵⁸⁾

さらには、規範的一般予防論に基づき犯罪防止をはかる責任説の根底には、「共同体の視点」が存在することを指摘することができるかと思われる。すなわち、我々の属する共同体においては、個々人は自由ではあるが、高度に発展した現代社会においては、何をしても許されるというわけではなく、法に従った行動が要求されている、法遵守義務が存在すると言わざるを得ないであろう。そのことは、国民は、ただ単に禁止されていると知っていることのみを行為しないというだけでは足りず、自己の行為が他者

の法益を侵害しないよう、常に意識して注意深く行動しなければならないということまで含まれるとすべきである。しかし、このことは国民の自由を侵害するものであろうか。答えは、否であらう。このように国民に法遵守義務を課すことは、国民にとって酷なことではなく、違法行為を避けるために注意を払えば良いだけのことなのである。むしろ、我々が今日のような複雑な共同体の中で生きている限り、いわれのない不当な法益侵害から身を守る上で、非常にメリットを有することであるとさえ言い得よう⁽⁵⁹⁾。それ故、行為者の心理状態でのみ判断する厳格故意説は妥当ではなく、責任非難は答責的に行われるべきであり、違法性の意識が欠ける法定犯・行政犯であったとしても、直ちに責任が阻却されることにはならないとすべきなのである。

(3) 違法性の意識の可能性の不存在

法遵守義務が国民に要求されることと、法の存在を認識する義務との関係については、責任説において、法遵守義務があるとされた場合、それは「法を知る義務」ではないということは明らかである。言うまでもないが、責任説は、違法性の意識の可能性が欠けたことについて無理もない場合には責任が阻却されるからである。それ故、人は自己の決定の正当性について、自己の能力の範囲内で責任を負う⁽⁶⁰⁾ということになるのである。違法性の意識の可能性が欠けた場合は、責任説からは、規範意識による動機づけが不可能であった場合であることから、責任非難が否定されることになる⁽⁶¹⁾。つまり、規範的一般予防論を前提とする責任説からは、行為規範を国民に提示することによって一般予防効果により犯罪を抑止することになるのであるが、ひとたび行為規範が破られた以上は、規範の保護こそが重要なのであるから、直ちに責任が阻却されることにはならない。しかし、違法性の錯誤に陥ったことが無理からぬ場合には、行為者の動機づけが不可能であった場合であることから、刑罰を正当化し得ず、特別予防の必要性が欠け、責任が阻却されることになるのである。この場合、すでに行行為者の行為規範違反の点において、違法性の意識の可能性が欠けたとしても一

般予防の必要性は認められる以上、また、個々人それぞれの問題である違法性の意識の可能性の領域において、国民一般に向けられる行為規範が問題となるとは思われないことから、一般予防の必要性が欠けるとすべきではないであろう。

以上のように考えたならば、責任説には十分に正当化し得る理論的根拠が存在し、刑事政策上の問題点を回避するための理論ではない、といえるかと思われる。責任説と厳格故意説との間には、規範的責任、すなわち、答責性と、心理的責任、すなわち、行為者の心理的態度という責任に対する捉え方の対立が見られるのであるが、重要なのは、それらの質的差異を考慮することと共に、行為者の心理的態度のみで責任を決する社会がよいのか、それとも規範的に責任を判断する社会がよいのか、の選択であるようにも思われるのである。今日のような我々の生きる社会においては、後者、すなわち行為者の答責性を重視する社会である必要性が強く感じられるのであり、責任説こそが現代社会に相応しい見解であると評価することができるであろう。

4 結びにかえて

以上において展開した私見を、簡単ではあるが、確信犯、行政犯等にあてはめたとしたならば、以下のようなになる。

まず、確信犯、テロリズムの問題であるが、宗教的・政治的信念に基づいて犯罪行為に及んだ場合、反対動機が形成されておらず、規範の壁を乗り越えたといえないとしても、規範意識を働かせることによって、当該社会内においては、暴力により信念を実現することが許されないということ⁽⁶³⁾を認識し、行為を止まることが可能であったため、当然に非難可能である。

経済事犯等、法定犯・行政犯については、ある行為をするにあたっては、その種の行為が法に違反しないかどうかを調べ、それでも不安が払拭されないのであれば関係官庁に問い合わせ等を行う必要が認められるかと思わ

れる⁽⁶⁴⁾ (この点につき、一定の場合においては、ノーアクション・レター制度⁽⁶⁵⁾が有用である)。自己の行為の違法性になんら疑問をもたず、調べたならばすぐに違法であることに気づくにもかかわらず行為に出た者に対しては、重い非難が可能となるが、違法性の意識が欠けたことにつき相当とはいえないまでも、著しく軽率でもないならば、非難は軽減されることになるであろう⁽⁶⁶⁾。

〔注〕

- (1) 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1号(2004年)89頁は、責任説の立場から、「規範的責任論における行動モデル、つまり『規範からの遵守提訴、反対動機の形成及びそれを乗り越えて違法へと決断する自由な人格』というモデルを承認する以上、本来ならば、現実的に違法性の認識があったことが確認され、そこから生じる反対動機を乗り越えたことが故意責任の要件とされるべき」であり、刑法38条3項が現実の違法性の認識は不要であるとしていることは、「現実の違法性の認識を故意責任の要件とする場合に生ずる、刑事政策的な欠陥を補うための方策であると考えられる」としている。しかし、これが、責任説は刑事政策的考慮に基づく見解であるということの意味するのであれば、妥当であるとは思われない。
- (2) 同じ違法性の意識可能性説であるにもかかわらず、本稿が制限故意説ではなく責任説の立場に立つ理由は、一つには、規範的考慮を含んだ可能性判断である違法性の意識の可能性は、事実の認識である故意とは性質上、異なると考えられるからである。つまり、「可能性」を認識することは困難であるということである(これについては、南由介「故意説の理論構成について」法学政治学論究54号(2002年)187頁以下を参照)。また、もう一つには、違法性の意識の可能性は、故意犯と同様に過失犯にも認められるべきであると思われるからである。
- (3) 大塚仁『刑法概説(総論)・第三版増補版』(2005年)443頁。
- (4) 中山研一『刑法総論』(1982年)353頁。
- (5) 故意と違法性の意識の質的差異を、厳格故意説は否定している点も問題となる。つまり、「事実的故意と違法性の意識とは、その問題の所在、把握の仕方、機能が異なるものであるから、違法性の意識を故意概念に含ませることは、故意概念の統一性を害する」(松原久利「違法性の錯誤と故意概念一責任説の立場から」現代刑事法6号(1999年)62頁)

という問題である。また、注(57)も参照。これらの点については、南「故意説の理論構成について」(前掲注(2))177頁以下を参照。

- (6) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975年)259頁。
- (7) 団藤重光『刑法綱要総論・第三版』(1990年)316頁。
- (8) 平野『刑法総論Ⅱ』(前掲注(6))259頁。
- (9) 大塚『刑法概説(総論)・第三版増補版』(前掲注(3))443頁。
- (10) 日高義博『刑法における錯誤論の新展開』(1991年)184頁以下。
- (11) 中山『刑法総論』(前掲注(4))353頁。
- (12) 松宮孝明『刑法総論講義・第3版』(2004年)174頁。
- (13) 西原春夫『刑法総論・改訂準備版(下巻)』(1993年)466頁参照。
- (14) 浅田和茂『刑法総論』(2005年)330頁,松宮『刑法総論講義・第3版』(前掲注(12))174頁。
- (15) また、内田文昭「常習犯と違法性の意識」神奈川法学34巻2号(2001年)1頁以下,特に47頁以下も参照。詳しくは、南「故意説の理論構成について」(前掲注(2))185頁参照。
- (16) 平野『刑法総論Ⅱ』(前掲注(6))259頁。
- (17) 自由意思論を肯定するか否かに関わらず、行為者は、規範の抵抗を乗り越えて犯行に出るという構造は、確信犯、常習犯、激情犯を想定した場合、否定せざるを得ないであろう。
- (18) このように指摘するものとして、例えば、浅田『刑法総論』(前掲注(14))330頁,齊藤信治『刑法総論・第五版』(2003年)112頁,日高『刑法における錯誤論の新展開』(前掲注(10))184頁以下,松宮『刑法総論講義・第3版』(前掲注(12))174頁。
- (19) 責任説の立場に立つ,川端博『刑法総論講義・第2版』(2006年)427頁以下においても、確信犯、激情犯の場合には、行為が違法であること自体の認識が存在することから、これは厳格故意説に対する批判とはならないと指摘される。
- (20) 内田文昭『刑法概要中巻〔犯罪論(2)〕』(1999年)270頁では、法律上悪いことであるという意識が行為者の胸中に去来したにもかかわらず「その『意識』が、反対動機を形成しなかったときにのみ、『故意責任』を肯定しうる」とするが、これは、違法を認識した場合における行為者の反対動機形成可能性を問題としているように思われる。また、齊藤『刑法総論・第五版』(前掲注(18))112頁の、違法性を意識しなかったとすれば「法的・道義的な抑制感情に遭遇しなかった筈」であり非難するに値しない、と主張するのも、同様であろう。

- (21) 町野朔『刑法総論講義案Ⅰ・第二版』(1995年) 221頁。
- (22) 「違法性」の意味(違法性の意識の内容)を、前法規的規範違反と捉えるならば直ちに権威的とはならないであろうが、後述するように、このように理解すること自体に問題がある。
- (23) 平野『刑法総論Ⅱ』(前掲注(6)) 259頁。
- (24) Eberhard Schmidhäuser, Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§ 16 I Satz 1 und § 17 StGB), JZ 1979, S. 367. また、内田『刑法概要中巻〔犯罪論(2)〕』(前掲注(20)) 273頁以下、長井長信「違法性の錯誤と故意概念—故意説の立場から—」現代刑事法6号(1999年) 54頁も参照。
- (25) 長井長信『故意概念と錯誤論』(1998年) 148頁。
- (26) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, 1969, S. 161. では、瞬間的行為や激情行為の場合、事物思考的不法の意識を「単なるフィクション」とであると指摘する。これは、激情犯等の場合に事物思考的意識すら認められ得るかは疑問であるという限りで妥当であろう。
- (27) 事実思考と、明瞭に注意を向けられてはいないが、他の意識内容と同時に意識され、かつ暗黙に必然的に同時に注意も向けられているはずの意識である同時意識とを定式化した、「事物思考的な同時意識」で足りるとするものとして、長井『故意概念と錯誤論』(前掲注(25)) 144頁以下、158頁以下、長井「違法性の錯誤と故意概念」(前掲注(24)) 54頁。
- (28) 平野『刑法総論Ⅱ』(前掲注(6)) 259頁は、無意識とは違い、顕在化させようと思えばできるものである潜在的な意識で違法性の意識は足りるとする見解に対し、「事実の認識の場合に要求されるような現実的な意識とは違ったものである」と指摘するが、本稿と同様の趣旨であろう。
- (29) 齋野彦弥『故意概念の再構成』(1995年) 63頁。
- (30) 岡野光雄「故意—体系論と実態—」『現代刑法講座第2巻』(1979年) 304頁以下では、違法性の意識は、意識の深層に横たわるもの、いわば潜在的なものとして捉えられるべきであるとするが、このようなものは違法性の意識の可能性に他ならないように思われる。
- (31) 詳しくは、南由介「意味の認識の限界と禁止の認識」法学政治学論究59号(2003年) 299頁以下を参照。
- (32) 例えば、川端『刑法総論講義・第2版』(前掲注(19)) 428頁、西原『刑法総論・改訂準備版(下巻)』(前掲注(13)) 475頁以下、林幹人『刑法総論』(2000年) 314頁。また、福田平『全訂刑法総論・第四版』(2004年) 201頁は、過失によって違法性の意識を欠いた場合、過失犯処罰規定がある場合以外は処罰できず、処罰し得る場合も軽い刑罰の程度でし

か処罰できないという刑事政策的欠陥があると指摘する。

- (33) 浅田『刑法総論』(前掲注(14)) 330頁。
- (34) 松宮『刑法総論講義・第3版』(前掲注(12)) 174頁。
- (35) また、行政罰法規においては、過失犯処罰規定が相当数存在することから、故意犯処罰に違法性の意識を要求したとしても実質的に不利益はないという反論がなされよう。
- (36) 大塚『刑法概説(総論)・第三版増補版』(前掲注(3)) 444頁。
- (37) 古くは、牧野英一により提唱された(『刑法總論・第九版』(1952年) 325頁。牧野英一、八木國之の自然犯法定犯区別説につき詳細に検討を試みたものとして、林弘正「違法性の意識に関する自然犯法定犯区別説についての一考察」『刑事法学の現代的展開 八木國之先生古稀祝賀論文集上巻』(1992年) 182頁以下がある)が、近時では、重井輝忠「違法性の意識における重層構造—百円札模造事件を素材として—」阪大法学49巻2号(1999年) 623頁以下が、自然犯を、例えば、法律が規範を定立するまでもなく、前法規的規範としての「人を殺してはならない」という命題が存在する殺人罪のような犯罪類型、法定犯を、法律がある一定の行為を禁止し、命令し、これらの創設された規範に違反する行為を射程とする犯罪類型(634頁)と定義し、各犯罪類型ごとに違法性の意識の内容の次元が一致する必要もなく、相対的であり、また、法律違反の意識が必ずしも必要でない(638頁)とした上で、「犯罪類型に関わる違法行為に対して無価値判断をする規範の存在を明らかにしなければならない。さらに、かかる規範が前法規的なものとして存在するのであれば、違法性の意識としては、前法規的なもので足りることとなろうし、法律の存在を待って初めて無価値判断をなし得るような類型にあっては、法律に違反していることの認識そのものが、違法性の意識となり得る」(639頁)として、「違法性」の意味に関し、自然犯法定犯区別説を採っている。
- (38) ドイツにおいて、Ingeborg Puppe, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, S. 145 ff. は、部分的に故意説が適用される領域(白地刑罰法規の場合)があることを指摘している。詳しくは、南「意味の認識の限界と禁止の認識」(前掲注(31)) 302頁以下を参照。また、神山敏雄「行政犯及び経済犯における違法性の認識」一橋論叢98巻5号(1987年) 672頁以下では、責任説を前提するが、抽象的禁止・命令(例えば、納税義務など)の不認識により違法性の意識を欠く場合には、嚴格故意説が妥当するというが、ただし、この場合も、条文上明記されな

くとも過失犯も含まれるものと解釈される限り、過失犯として処罰し得るとする。

- (39) 自然犯法定犯区別説を詳細に批判したものとして、高山佳奈子『故意と違法性の意識』(1999年)188頁以下がある。
- (40) 重井「違法性の意識における重層構造」(前掲注(37))635頁以下。
- (41) 町野朔「『違法性』の認識について」上智法学論集24巻3号(1981年)226頁。
- (42) 長井『故意概念と錯誤論』(前掲注(25))86頁では、今日のように価値が多元化し、複雑化した社会では、社会倫理規範を一義的に確定することが困難であるとも指摘する。
- (43) 林『刑法総論』(前掲注(32))320頁では、人を殺すなという規範と日照権を侵害するなという規範とでは、国家による要求の性格・強度が異なっているとする。
- (44) 井田良『刑法総論の理論構造』(2005年)237頁以下。
- (45) 違法性の意識を、法律違反の意識とするのは、例えば、大谷實『新版刑法講義総論・追補版』(2004年)358頁、川端『刑法総論講義・第2版』(前掲注(19))424頁、佐久間修『刑法講義(総論)』(1997年)263頁、中森喜彦「錯誤論3・完」法学教室108号(1989年)43頁、松原久利『違法性の意識の可能性』(1992年)38頁以下、安田拓人「錯誤論(下)」法学教室274号(2003年)95頁、山中敬一『刑法総論Ⅱ』(1999年)623頁、厳格故意説の立場からは、長井『故意概念と錯誤論』(前掲注(25))87頁以下、日高『刑法における錯誤論の新展開』(前掲注(10))182頁以下。
- (46) 町野「『違法性』の認識について」(前掲注(41))223頁。
- (47) 山口厚『刑法総論・補訂版』(2005年)214頁。
- (48) 違法性の意味を刑法違反とする見解に対しては、違法判断の統一性の観点から、特に刑法違反の意識とする必要はないのではないか、あるいは、刑法違反の意識は、責任説では違法性の意識の「可能性」を要求することから実質的には法律違反の意識と変わらないのではないか、という批判がなされるかもしれない。しかし、前者については、違法一元論に従ったとしてもどのような法的効果を結び付けるかは各法領域の問題(井田『刑法総論の理論構造』(前掲注(44))143頁)であり、刑法と民法では目的が異なる以上、ここでは刑事責任を問うに相応しい程度の「違法性」の意味を要求しても矛盾とはならないのである(齋野『故意概念の再構成』(前掲注(29))87頁参照)。後者については、確かに、刑

法違反の意識とするのと法律違反の意識とするのとでは実質的に大差はないであろう。だが、刑法上の責任として行為者を非難する場合、理論的には刑法違反の意識とすべきであり、その区別は、実際上の帰結以上に意義があると思われる。

- (49) 違法性の意識として、刑法違反の意識ではならず、可罰的刑法違反の意識まで要求すべきだとする見解（例えば、井田『刑法総論の理論構造』（前掲注(44)）237頁、内藤謙『刑法講義総論（下）I』（1991年）1034頁以下、西田典之『刑法総論』（2006年）223頁、町野『「違法性」の認識について』（前掲注(41)）226頁以下、厳格故意説の立場からは、浅田『刑法総論』（前掲注(14)）325頁、松宮『刑法総論講義・第3版』（前掲注(12)）189頁）も有力である。私見は、「重い罪なら犯さないが軽い罪なら犯す」という自由を認めるべきではない（高山『故意と違法性の意識』（前掲注(39)）297頁）ことから、可罰性の意識を要求するのは過剰であるように思われるが、なお結論を留保したい。
- (50) Welzel, Das Deutsche Strafrecht (Anm. 26), S. 162.
- (51) 例えば、中山『刑法総論』（前掲注(4)）371頁。
- (52) Claus Roxin, Strafrecht AT I, 3. Aufl. 1997, S. 796 f.
- (53) また、中森「錯誤論3・完」（前掲注(45)）44頁を参照。
- (54) つまり、責任説は、反対動機の形成可能性を問題とする見解なのである。川端『刑法総論講義・第2版』（前掲注(19)）430頁、福田『全訂刑法総論・第四版』（前掲注(32)）207頁以下、山中『刑法総論Ⅱ』（前掲注(45)）618頁参照。
- (55) 井田『刑法総論の理論構造』（前掲注(44)）84頁以下参照。また、曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕・第2版』（2005年）219頁も参照。
- (56) 行為者に構成要件該当事実の認識（意味の認識）が認められることこそが重要なのであり、違法性の意識（の可能性）は犯罪の本質ではない。林幹人『刑法の基礎理論』（1995年）93頁参照。
- (57) 福田平『違法性の錯誤』（1960年）193頁では、事実的故意は、「心理的事実が意思形成としての面から問題とされるものであるに対して、違法性の意識は、単なる心理的な違法の認識が問題とされるのではなく、犯罪的意思決定に抵抗する規範的な意識が問題とされるのであり、反対動機の形成をその形成過程において把握さるべきもので、両者はその把握の仕方がことなるのであって、ここから違法性の意識を心理的活動形式としての故意の構成要素と解することは妥当ではない」、違法性の意識を欠いた場合に過失犯が成立するとすれば、「ともに事実を認識しそ

の本質構造を同じくする犯罪……が、違法性の意識の有無によって、故意の犯罪と過失の犯罪とに分化されることとなり、犯罪の構造的差異を無視する結果を招来することになる」とする指摘は、正当である。

- (58) 故意の提訴機能に対する批判として、南「故意説の理論構成について」(前掲注(2)) 179頁以下、提訴機能を要求する責任説に対する批判として、南由介「責任説の再構成一意味の認識の視点から一」桃山法学7号(2006年)100頁以下を参照。
- (59) 国民各自が法を遵守するよう行動したならば、国民が法に無頓着に行動する世の中に比べ、我々は法益侵害を被る可能性が減少するといえよう。法遵守義務を課すということは、不服従を罰するというのではなく、国民の利益を害したことを理由に処罰するものであるというように理解しなければならない。
- (60) Welzel, Das Deutsche Strafrecht (Anm. 26), S. 162.
- (61) 井田『刑法総論の理論構造』(前掲注(44)) 85頁。
- (62) この場合、違法性の意識の可能性が欠け応報の必要性が消滅すると考えられ、また、特別予防の必要性もなくなるとすることができるように思われるが、なお検討を要したい。違法性の意識を特別予防と結びつけることに対し否定的なのは、高山『故意と違法性の意識』(前掲注(39)) 251頁以下である。
- (63) 厳格故意説も確信犯については故意責任を認めるが、責任を肯定する理由を、行為者が「違法である」旨を認識していたことに求める点で、責任説との差異が生じる。しかし、この厳格故意説の可罰の理由づけにつき疑問が生じることについては、先に述べたとおりである。
- (64) 照会義務につき、一原亜貴子「違法性の錯誤と負担の分配(一)」関西大学法学論集53巻6号(2004年)125頁は、照会義務を否定し、実際に行われなかった照会については何ら意味をもたないとするが、確かにこのことは、国民に法を知る義務がないという限りでは正当であろう。しかし、そこから直ちに全ての場合において、照会義務がないといえるのかは疑問である。法益侵害が大きいと思われる行為については、照会しなかったということが、違法性の意識の可能性が肯定される方向に作用し得ると考えても不当ではないように思われる。他者の法益を侵害しないよう注意深く行動することを国民に要求した(法遵守義務を認めた)場合、行為者がもっとも容易に違法性を意識し得る方法は照会によってであるからである。
- (65) 法令適用事前確認手続制度(ノーアクション・レター制度)について

詳しくは、笠井修＝高山佳奈子「ノーアクション・レターに対する信頼と民・刑事責任（1）～（3・完）」NBL 720号（2001年）6頁以下、725号（2001年）59頁以下、731号（2002年）51頁以下を参照。

- (66) 違法性の意識の可能性が認められる場合、直ちに刑が減輕されるとすべきではないであろう。行為者が著しく軽率に違法性の意識を欠いたのであれば、違法性の意識を有して行為に出た場合と同様に非難可能であると思われるからである。この点、ドイツ刑法17条が、「犯人が錯誤を回避しえたときは、その刑は、第四九条第一項に従って軽減することが出来る」（訳は、宮澤浩一訳『法務資料四三九号・ドイツ刑法典』（1982年）に従った）とするのは、適切であろう。

〔後記〕 本稿は、2006年5月27日、28日に開催された日本刑法学会第84回大会（立命館大学）ワークショップ3「違法性の意識」（オーガナイザー・高山佳奈子京都大学教授）において報告した内容を加筆・修正し、注を加えたものである。

〔追記〕 校正段階において、松原久利『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』（2006年）、および、伊東研祐「責任阻却の原理と事由—その3：『違法性の意識の可能性』と違法性の錯誤」法学セミナー621号（2006年）96頁以下に接した。