

# 故意の内容と「違法性」の意識

——行政取締法規違反における問題を中心に——

石 井 徹 哉

## 目次

- 一 はじめに
- 二 考察の基本的な視座
- 三 違法性の意識に関する議論と故意の内容
  - (一) 伝統的な故意説
  - (二) 責任説と故意の内容
  - (三) 最近の議論について
  - (四) 厳格故意説の緩和
  - (五) 修正故意説の展開
- 四 故意の内容と行政犯
  - (一) 行政犯における故意の内容
  - (二) 判例に現われた事案について
- 五 むすび——残された問題について——

故意の内容と「違法性」の意識（石井徹哉）

## 一 はじめに

すでに私は「故意責任の構造」という論稿<sup>(1)</sup>において、故意には社会的有害性の意識が含まれ、これが主たる責任判断の対象を形成し、裁判官の責任判断たる違法性の意識と区別されるという見解を提起した。このような考えは、故意を単なる事実の認識と考えず、価値的なものの認識を含めるかぎり、いわゆる故意説に類似するものである。そこで、従来故意説に対して加えられてきた諸批判を、私見がどのように克服できるのかを検討する必要があるように思われる。また、前稿においては、もっぱら西ドイツの議論に依拠し、私見を展開したため、具体的諸問題への帰結が欠落し、しかもわが国の議論における位置付けも不明確なままであった<sup>(2)</sup>。

以上のことから、本稿においては、まずわが国の学説が違法性の意識と故意の内容をどのように理解していたかを考察し、あわせて最近提起されている学説を検討し、私見との異同を考察するものである。次に、故意に関する一つの問題であり、また従来から故意説に対する批判の一つであった行政犯における故意・違法性の意識の問題<sup>(3)</sup>に対する私見による検討を行い、解釈論・立法論の展開を試みることにする。というのも、とりわけ行政犯・行政取締法規違反の場合、その性格上、故意責任の成否の限界付けに関する具体的妥当性が強く問われるからである。すなわち、行政取締法規の禁止事項に関する錯誤が故意を阻却する錯誤であるかどうかという点も、もともと実際の犯罪現象において顕著な問題になるからであり、これは判例に現われた錯誤事例の多くが行政取締法規違反に関するものであることから伺われるのである<sup>(4)</sup>。

(1) 「故意責任の構造について——『素人領域における平行評価』と違法性の意識——」早稲田法学会誌三八卷一頁以下、とりわけ三八頁以下参

照。

(2) あえてそのような道を選んだ理由は、故意論・錯誤論の統一的な視点を提供しなかったこと、現在のわが国の学説状況が表面的な問題解決に走る傾向があり、一定の方法論的問題を等閑視してきたことへの疑問があったことである。現在の状況は、新カント派の方法論的遺物をひきずったままであるように思われる。私自身は、言語哲学上の諸認識を刑法解釈学に導入することが必要であると考えている（石井・前掲論文二二頁以下、三一頁以下参照）。多少異なっているが同様の方向にあるものとして、増田豊「使用規則の錯誤と指示対象の錯誤 錯誤問題への意味理論的アプローチ」法律論叢六〇巻二・三合併号四三九頁以下、四八〇頁。

(3) この問題に関する文献として、中山研一「行政法規上の禁止事項に関する錯誤」ロー・スクール八号一一頁以下、岡野光雄「道路交通法違反と『違法性の意識』」研修四六七号九頁以下、神山敏雄「行政犯及び経済犯における違法性の認識」一橋論叢九八巻五号六五九頁以下がある。また、福田平『行政刑法（新版）』（昭和52年）一六七頁以下参照。

(4) 中山・前掲論文一一頁、岡野・前掲論文一〇頁参照。

## 二 考察の基本的な視座

1 違法性の意識の問題をめぐる議論では、従来、その体系的位置付けの問題が主として議論されてきた<sup>(1)</sup>。その議論の過程において、有力に主張されてきた故意説<sup>(2)</sup>がしだいに衰退し、責任説が有力に主張されるようになった<sup>(3)</sup>。目的的行為論の体系的帰結であった責任説は、目的的行為論の普及に比例して広まり、目的的行為論者でなくとも、さらには違法論において行為無価値論を支持しない論者によっても、支持されるにいたっている<sup>(4)</sup>。そのような状況にあって、「違法性の意識の可能性の判断規程をできるだけ明確にすることが、現在の刑法学に与えられた一つの課題だといつてよい」とさえ述べられたのである<sup>(5)</sup>。

このような故意説の衰退の根本的な原因は、故意説を貫徹することが刑事政策上容認しがたい帰結をもたらすという<sup>(6)</sup>ことにある。例えば、常習犯人、激情犯人および確信犯人の場合、違法性の意識を要求することが困難であると批

故意の内容と「違法性」の意識（石井徹哉）

判がなされる<sup>(8)</sup>。このような批判がなされるのは、本来故意説にいう「違法性の意識」の内容が、法違反性の意識ではなく、規範的に許されないという意識、つまり悪いことをするという意識であることに起因するのである。このように、許されないという意識を故意に要求する見解を規範的な故意説と呼ぶことができよう。規範的な故意説の根本的な問題は、故意に異質のもの、すなわち犯罪の認識と反規範性の意識を含ませることにある。先の批判に対して、例えば、違法性の意識は潜在的なもので足り、常習犯人といえども故意を認めようという反論<sup>(9)</sup>が企てられる。だが、意識下の潜在的なものであるとするのは、結局、論者の言う違法性の意識が規範意識の問題であることを、暗に認めるものである。許されないという意識は、行為者の認識内容の有する価値・反価値が行為者の規範意識に作用する過程に属しているのであって、それを故意という形式で心理的な事態として理解することは、あまりに心理学的な責任の理解<sup>(11)</sup>ではなかるうか。

また、このことは、逆に、犯罪の客観面にも影響し、認めがたい帰結をもたらす。故意は犯罪の実体の認識であるから、故意に反規範性の意識を含ませることは、犯罪自体が反規範的なものであることを意味することになる。後述するように、規範的な故意説の多くはその内容を前法的に理解しているため<sup>(12)</sup>、その場合、犯罪の基礎付けが客観的にも、主観的にも前法的なものに依拠されることになる。これを徹底すると、単に外形的に罰条に合致した行為が存在すれば、その行為がなんらかの意味で悪い行為であり、行為者がその行為をなんらかの意味で悪いものだと意識しておれば、処罰できることになる。これは罪刑法定主義の精神を没却するものである<sup>(13)</sup>。

2 現代刑法学の貴重な成果の一つに、違法性論の著しい発展をあげることができよう。そこでは、違法を行為無価値論により理解するにせよ、結果無価値論により理解するにせよ、違法性の実質が法益侵害あるいはその危険であることは、おそらくほぼ認められている<sup>(14)</sup>。規範的な故意説はこの違法性論の展開とも相反する方向にあるのである。

違法性の実質を法益侵害と解することは、まったく違法性の意識の内容に反映しないであろうか。法益侵害は犯罪行為の結果として理解されるから、構成要件要素としての結果を認識している者は、同時に自己の行為が法益侵害行為であることをも認識していることができる。<sup>(15)</sup>この場合、法益侵害の認識は自己の行為の法的意味の理解・認識と考えることができる。この意味の認識は、法的なものである必要はなく、行為者の「素人領域における平行評価」に基づくもので足りるであろう。このような形での法益侵害性の認識は社会的有害性の意識と理解することができる。社会的有害性の意識を故意に含める見解を侵害説的な故意説と呼ぶことができる。<sup>(16)</sup>侵害説的な故意説の意味で理解された故意では、事実と社会的有害性が不可分一体のものとして結合しており、その内容が行為者に対して反対動機の直接的な形成可能性を与えるのである。この意味では、そのような故意は責任判断の対象でもありうることになる。<sup>(17)</sup>

3 ところで、現在有力に主張されている責任説は、違法性の意識の可能性を故意・過失に共通の独立の責任要素とするものであるが、これは違法性の意識の問題が行為者の規範意識の問題であり、責任判断に属するものとの考えを一般化せしめた点に、その功績を認めることができる。その場合、違法性の意識の内容はまさに「(刑)法的に許されない」という意識であり、このことは法的責任の問題にするかぎりでは、当然のことであると考えられる。このような規範意識において問題になる違法性の意識は、反対動機の形成可能性の問題と一体化しており、つねにその存在の推測・存在の可能性が判断できるにすぎないものである。そこで、刑法上の責任判断は、違法性の意識の可能性の判断といえることができ、このような違法性の意識を責任判断としての違法性の意識と呼ぶことができる。

4 従来の学説は、違法性の意識を故意の内容の問題と切り離して、もっぱら独立に論じてきたが、この問題はつねに故意の限界付けと関わるものであり、違法性の意識と故意の内容は密接に関連するのである。そこで、以下の検

討にあたっては、両者の内容を相互に関連付けて考察することにした。

- (1) 福田平『違法性の錯誤』（昭和35年）は違法性の意識の体系的位置付けを主眼とする研究である。違法性の意識の内容に関する研究は、町野朔『違法性』の認識について「上智法学二四卷三号一九三頁以下、長井長信『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——』北大法学論集三六卷三号七九七頁以下でなされているが、それらでは違法性の意識の体系的位置付けが既に前提として考察が進められている。この点で、本稿と出発点が異なる。
- (2) 本稿でことわりなく「故意説」というときは、違法性の意識を故意に必要とする見解を指す。したがって、違法性の錯誤の場合に、違法性の過失を故意として処理する準故意説も、故意説になる。
- (3) 西ドイツでは、刑法典の改正により解釈論上故意説を支持することが困難になつてゐる。Baumann/Weber, Strafrecht. AT, 9. Aufl., 1985, S. 424f. のように、故意説から責任説へ改説する論者もいる。このような学説の経緯については、松原久利「西ドイツ刑法一七条と故意説——刑法一七条後段の合憲性に関する連邦憲法裁判所決定に関連して——」同志社法学三七卷四号五〇四頁以下参照。わが国の改正刑法草案二一条も西ドイツと同様に、故意説の主張を困難にするおそれがある。
- (4) どのような論者を目的的行為論者とするかは不明確であるが、一般的には行為概念を「目的性」により規定し、故意を不法要素とする論者とすることができるであろう（西原春夫『刑法総論』（昭和52年）七一頁以下参照）。しかし、少なくとも広義では、人（格）的不法論と責任説を採用する論者を行うことができるという指摘もあること（増田豊『刑法規範の論理構造と犯罪論の体系』法律論叢四九卷五号一一二頁）に注意しなければならぬ。
- (5) 平野龍一『刑法総論II』（昭和50年）二五八頁以下、曾根威彦『刑法総論』（昭和62年）一七六頁以下など。
- (6) 平野・前掲書二六七頁。
- (7) 中山研一『刑法総論』（昭和57年）二六七頁参照。
- (8) 責任説の論者の大部分が批判するが、ここでは特に西原・前掲書四一七頁参照。
- (9) 石井・前掲論文八頁参照。わが国で規範的な故意説は小野博士の主張に見ることができる。小野清一郎『新訂刑法講義総論』（昭和23年）一四五頁以下、一五四頁以下、一六二頁以下参照。
- (10) 大塚仁『刑法概説（総論）』（改訂版）（昭和61年）四〇三頁以下、岡野光雄「故意——体系論と実態——」中山Ⅱ西原Ⅱ藤木Ⅱ宮沢編『現代

刑法講座 第二卷 違法と責任(昭和54年)三〇三頁以下。

(11) このような理解に対して、故意説は法的責任と倫理的責任を混同するものであるとの批判が加えられる。植松Ⅱ川端Ⅱ曾根Ⅱ日高『現代刑法論争Ⅰ』(昭和58年)二〇八頁以下〔川端博執筆〕参照。

(12) 後述三(一)参照のこと。

(13) 牧野英一「違法の認識について」同『刑法研究第三卷』(昭和2年)五九頁参照。町野教授も同様の批判をされる。町野・前掲論文二二頁。

(14) 福田平『全訂刑法総論』(昭和59年)一三四頁、金沢文雄『刑法とモラル』(昭和59年)八五頁以下は、行為無価値論と社会倫理違反との必然的な結合を否定する。野村稔『未遂犯の研究』(昭和59年)における研究は、行為無価値論が社会倫理違反との結び付きなしに展開できることを具体的に論証する(同書二二九頁以下)。以上の点に関して、内藤謙『刑法講義総論(中)』(昭和61年)三二四頁以下参照。

(15) 中Ⅱ吉川Ⅱ中山編『刑法1総論』(昭和59年)二二三頁「浅田和茂執筆」。もっとも浅田教授は、さらに評価規範違法性の意識を故意に要求されるが、私見では評価規範違反性の意識と法益侵害性の意識は、「素人領域における平行評価」をそれらに対し要求するかぎり、同一物の形式的側面の名称と実質的内容の名称との差に過ぎないように思われる。石井・前掲論文九頁以下、三八頁以下参照。

(16) 石井・前掲論文九頁。

(17) 石井・前掲論文四〇頁。

(18) 福田Ⅱ大塚『刑法の基礎知識(1)』(昭和39年)一四八頁以下〔福田平執筆〕。

### 三 違法性の意識に関する議論と故意の内容

#### (一) 伝統的な厳格故意説

1 わが国における故意説の典型はおそらく小野博士の見解に見ることができ、しかもそれは規範的な故意説の典型であるといえよう。小野博士によれば、故意は、違法な行為を為すに際し、行為者がその行為の違法性、反道義性または反規範性を意識し、その行為をしないことができたはずであるにもかかわらず、その義務に背いて行為したという意味での道義上の非難である。そこで、違法性の意識が故意の要素となり、違法性の意識とは法秩序において許

故意の内容と「違法性」の意識(石井徹哉)

されざるものであることの意識、国民的道義に反するものであることの意識である。ここではまさに倫理的責任・道義的責任論がその基礎とされていたのである。このような見解に対し、倫理的責任と法的責任を混同するという批判はまさに妥当するものである。行為者の心裡に国家・社会的倫理規範上許されないものであるということが表出されていれば、犯罪に向けられた行為者の積極的な人格態度が認められ、重い道義的非難を加えることができるという<sup>(2)</sup>のも同様に理解できよう。ここでは、犯罪「事実」の認識は、犯罪事実を認識すれば通常それが違法であることを認識するであろうという意味で、故意の要件とされるにすぎないのである。それゆえ、まさに違法性の意識が「故意と過失を分かť分水嶺」<sup>(3)</sup>であった。

このような見解は、ビンディングに代表される規範論的な故意説と同類であり、規範に対する意識的反抗を故意の中核に据えることを意味する。そのような規範を国家道義あるいは社会道徳と直結させることは、刑法の權威主義的な運用の可能性を開くものである。また、犯罪の実体を倫理規範違反<sup>(4)</sup>に求めることは、犯罪から法益保護の観点を欠落させるものであり、支持しがたいものである。

2 これに対し、従来の故意説のなかにも侵害説的なアプローチをみることができる。かつて、平場博士<sup>(5)</sup>は、責任が問題となりうるのは、行動及び結果の表象が呼び起こす社会的意味であって、社会的反価値の認識が反対動機を構成するとし、行為の社会的意味の認識によって行為動機と反対動機が分裂し緊張し、その際法の要求に反して、社会的高価値を捨てて、低価値を採った点に人格に対して非難され、責任が問われるとされた。そして、評価規範論を支持されることから、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され、その意味で、故意における違法の認識を反社会性の認識とされる。この場合、明らかに、法規範命令の認識としての「禁止の認識」と反社会性の認識が区別されていたこと<sup>(6)</sup>に、注意しなければならぬ。このような理解は佐伯博士にも見られ「本来の法的評

価に並行するところの社会的評価……を知っていればよい。……とにかく行為者は、自分の行為が法によって表現された国家・社会の存在・機能を妨害するものだと知っていることを知っておればよい」とされる。

これらの見解では、「素人領域における平行評価」論と評価規範論が結び付くことにより、違法性の意識が反社会性の意識として理解され、しかもそれが行為の社会的意味の一環に組み入れられているのである。この行為の意味が反対動機形成の契機を与えるために要求されていることは、反社会性の意識が反対動機形成に対する直接的な提訴機能<sup>(9)</sup>を有することを承認するものである。また、評価規範論では、違法性の実質は法益侵害と理解されるから、そこでいわれる反社会性を、社会的有害性と言い替えることができる。

3 いずれにせよ、違法性の意識を「故意と過失の分水嶺」とすることは、いたずらに事実認識を軽視するものであり、違法性の意識があるという論法で不当に犯罪成立の範囲が拡張されうる危険<sup>(10)</sup>が認められた。例えば、抽象的事実の錯誤<sup>(11)</sup>の事例に関して、故意説の論者の多くが、抽象的符合説を支持していたことは、事実の認識自体が重要ではなく、そのもたらす違法性の意識が犯罪成立に重要であることを示すように思われる。つまり、行為者の認識した事実から違法性の意識が生じさえすればよかったのである。その意味では、故意説は事実の認識と違法性の意識の不可分一体性を主張しながら、実は違法性の意識だけを故意としていたとも評価できるのである。

故意説は元來責任主義の重視という観点から主張されたものであるが、場合によっては、かえって *versari in re incerta* の法理を承認する危険を内在している。したがって、故意説を主張する場合には、つねにその危険を意識的に回避する理論構成が要求されることになる。おそらくその方向は、行為の社会的意味と違法性の意識の不可分一体性を積極的に承認し、行為の意味としての社会的有害性の意識を故意の内容にすることにありと解される。<sup>(12)</sup>

- (1) 小野・前掲書一四五頁以下、一五四頁以下、一六二頁以下。同「刑法概論 増訂新版」(昭和35年)一一四頁。
  - (2) 大塚・前掲『刑法概説』四〇三頁以下、福田・大塚『対談刑法総論(下)』(昭和62年)五七頁以下。
  - (3) 小野・前掲『刑法概論』一一六頁。
  - (4) 大塚・前掲『刑法概説』三〇七頁、小野・前掲『刑法講義総論』一一四頁。
  - (5) 平場安治『刑法総論講義』(昭和27年)九六頁以下、同「法律の錯誤」日本刑法学会編『刑事法講座第二卷 刑法(II)』(昭和27年)三五六頁以下。ただし、平場博士は現在ではこの立場を採られていないことに注意しなければならない。平場「責任の概念要素と刑事責任論の根底」(団藤古稀第二卷(昭和59年)三五頁以下参照)。
  - (6) 平場・前掲「法律の錯誤」三五五頁。
  - (7) 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(昭和56年)二五二頁。
  - (8) これがメツガーでも見られたのである。Vgl. Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., 1932, S. 164 ff., 328.; ders., Die Subjektive Unrechtselmente, GS (39) 1924, S. 207 ff.; 長井・前掲論文八四六頁以下は、メツガーの見解を一般的違法性の意識を要求する見解であるとするが、メツガーは「平行評価」の意味でそれを理解したのであり、社会的有害性の意識を要求する見解に属せしめようと解される。Vgl. Kaufmann, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949, S. 31.
  - (9) 中義勝『誤想防衛論』(昭和46年)二六七頁以下参照。
  - (10) 町野・前掲論文二一一頁参照。
  - (11) おそらくこの立場では抽象的符合説を支持するのが一貫するようと思われる。植松正「再訂刑法概論I総論」(昭和49年)二七六頁以下参照。違法性の意識の内容と法定的符合との関係について、柏木千秋「法定的符合説と罪数——具体的符合説の基礎づけ試論——」(団藤古稀第二卷二五九頁参照)。
- (註) Vgl. Backes, Strafrechtswissenschaft als Sozialwissenschaft. Die sogenannte Parallelwertung in der Latensphäre, Habilitationsschrift Bielefeld 1976, S. 209 ff.

## (二) 責任説と故意の内容

1 責任説は、違法性の意識の可能性を故意とは区別された別個独立の責任要素とし、違法性の錯誤に関しては、その錯誤が回避不可能な場合にのみ故意責任を阻却する効果を認める。その主たる論拠は、違法性の意識が心理的事実に意味があるのではなく、違法行為にでる意思決定を抑制する規範的な意識として意味を有するということにある。他方で、犯罪事実の認識としての故意は、一定の客体を侵害して犯罪事実を生じさせる意思として、侵害客体に対する行為者の認識的・意識的關係を生じさせるものである。このような理論的論拠が提示されているかぎりでは、責任説に対し異議を唱えることは困難である。だが、責任説は実際上の具体的帰結に問題がある。

まず、禁止の錯誤の有責性ないし免責可能性の問題である。責任説を採用したとされる西ドイツの判例では、期待されるべき良心の緊張が欠如する場合、禁止の錯誤は回避可能であるとされ、さらにこの基準は、過失犯における結果の予見可能性の判断基準より厳格であるとされている。したがって、故意犯における禁止の錯誤はごく希にしか無罪を招来しない結果となっている。これは責任説が刑事政策的考慮を内包していることによるのである。換言すれば、処罰の必要性という政策的要求が回避可能性判断を極度に形骸化しているのである。違法性の意識の可能性の判断が可能性の程度・量の問題ではなく、存否の問題へと移行しているといっても過言ではない。

正しい法認識に達しなかったことが責任非難を基礎付けるというものは、法を知るべきであるという義務が責任を基礎付けることになり、違法性の意識不要説と変わるところはない。被害者の保護の貫徹・法の客観性を理由に責任説を基礎付ける見解の存在はこれを象徴するものである。

2 責任説の本来の問題点は、違法性の意識にではなく、事実的故意の内容に関して生じる。責任説は「評価の対象」と「対象の評価」の相違を基礎にし、事実的故意と違法性の意識を分離するが、その帰結として事実的故意に論

理上評価の内容を含むことはできなくなる。責任説のもっとも純粹な形である厳格責任説では、故意は違法要素として考慮され、故意行為という形で判断される。この場合、故意に価値的内容を盛り込むことは違法性と有責性を混同する危険をはらむ。すなわち、故意は禁止の素材として構成要件要素であり、素材の内容にその評価を組み入れることはできないのである。行為者の評価は規範意識の過程のものとして責任に属する。

そこで、責任説論者も理論的に事実の認識に意味の認識を含むことは認めるのであるが、その具体的内容が問題となってくる。有名な「たぬき・むじな」事件と「むささび・もま」事件について、「狸すなわち貉を貉と知っていた以上、鼯鼠すなわち『もま』を『もま』と知っていた以上、事実の認識に欠くところがない」というのでは、法的概念に平行しない意味の認識を要求しているのであり、いわゆる「平行評価」論による意味の認識とは別ものである。はたして、このような認識で故意責任を基礎付けてよいであろうか。このような認識では違法性の意識に対する提訴機能を認めることはできず、責任の実質的基準を提供することはできないままである。

3 責任説の論者すべてがこのように故意を理解するわけではない。意味の認識による実質化を行う諸説も存在する。例えば、西原教授は「ある事実を一定の法的概念にあてはめる前段階として、そもそも社会的一般的な意味を誤解しているような場合には、まだ違法性の意識への直接的な期待が可能になる程度まで犯罪事実の認識が完成していないから、事実の錯誤であり、故意は阻却される」(傍点筆者)とされる。このように、違法性の意識に対する提訴機能を実質的基準として援用する見解は比較的多く見受けられる<sup>(10)</sup>。

しかしながら、故意犯においては違法性の意識の可能性があるととどまる場合は、故意の提訴機能が十分に作動しなかったときであるといえる。責任説によれば、この場合、行為の違法性に十分な注意を払わなかったことにより責任非難が基礎付けられるであろう<sup>(11)</sup>。これを越えて、故意に「直接的」な違法性の意識への提訴機能を要求すること

は、故意責任の内容として違法性の意識を必要とするのと実質的には同じことになるものと解される。故意を本来的には責任要素と解する立場では、故意阻却と違法性の錯誤の相当性に基づく責任阻却を区別することはできず、厳格故意説と変わるものではなく、かえって故意の限界付けを曖昧にするものであろう。また故意を違法要素と解する立場では、違法性と責任の区別が流動化することになるのではなからうか。<sup>(12)</sup>

4 責任説を支持しかつ違法性の意識に対する提訴機能を故意に保持させようとする見解は、その提訴機能は「抽象的」なものであり、「一般人」あるいは「当該法規の対象となつている通常人」を基準とした判断であるとす。だが、一般人を基準とし、たぬき・むじな事件について「一般人がたぬきと別物であると信じるむじなを捕獲したときには、故意ありとはいえない」とするのであれば、むじなもたぬきの一環であるということが一般的な場合には、故意を認めざるをえないであろう。しかし、このことは行為者の認識内容それ自体を故意とするのではなく、認識内容の一般人の見地からする相当性を故意とすることになり、行為者の心理的事態であるべき故意を客観化するものである。また「当該法規の対象となつている通常人」を基準とする場合、たぬき・むじな事件とむささび・もま事件においては、「法を知るべき」行為者には、捕獲対象が「たぬき」「むささび」であると認識するのに十分な判断資料を与えられていたのであり、故意を認めうることになる。もしこれを否定し、「たぬき」||「むじな」という理解が「当該法規の対象となつている通常人」にはないというのであれば、結局故意において行為者の認識内容が通常人の理解からみて故意として相当かを問うことになり、不当である。

5 以上のように、責任説を支持する場合、違法性の意識の可能性と直接結びつく態様で故意に価値的内容を盛ることは、問題のある試みである。故意を実質化する試みは、責任説自体の破綻をもたらしかねないものとなる。責任説の核心は、最小限違法性の意識の可能性があれば、行為者に責任を問うという点にある。とりわけ故意を構成

要件要素・違法要素とする場合には、故意は行為を類型的に形作るという意味をもつかぎりで実質化しうるにすぎず、その意味で、故意はあくまで事実的にならざるをえないのである。

もっとも、最近川端教授により提起された見解は注目すべきである。すなわち、「構成要件の故意は人間の身体的動静に対して社会的意味を与える機能を有するものとして理解されるべき」で、「行為者の感覚……によって眼前の物体（客体）をその物理的『形状』のままに『知覚』しても、それを『対象』としてなされる行為の法的意思は明確にならないのである。その知覚対象についての『理解』つまり、その対象の有する性質・特性の認識がなければ、それに向けられた行為の『意味』は『理解』されない」とされ、「客体の有する構成要件としての特性を基礎付ける事実の意味」を事実の認識に要求される。身体的動静に対する意味付けの機能を認めることの具体的な内容はまだ十分明確となっていないが、厳格責任説からの故意実質化の方向を示すものであるといえよう。その場合、法益という観点からの意味付けをも意味するものでないから、実質化にも限界が生じ、また意味付けの仕方に曖昧さが残るかもしれない。

- (1) 木村亀二『刑法総論』（昭和34年）三二八頁以下、福田・前掲『違法性の錯誤』一八九頁以下は、責任説の先駆的学説である。
- (2) 前註における文献を参照。また、内藤謙「違法性の錯誤」〔法学教室八九号四八頁以下参照。〕
- (3) Vgl. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., 1976, S. 215 f.
- (4) Vgl. BGHSt 4, 1 ff.
- (5) Vgl. Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981, S. 200 f.
- (6) 平野・前掲書二六〇頁。
- (7) 木村・前掲書三一頁、同『犯罪論の新構造（上）』（昭和41年）三三四頁以下参照。
- (8) 福田・前掲『刑法総論』一九七頁。なお、同様の見解を採るものとして、木村・前掲『刑法総論』二二八頁以下がある。

(9) 西原・前掲書四二頁以下。

(10) 例えば、曾根威彦『刑法総論』(昭和62年)二二七頁、内藤謙「事実の錯誤と違法性の錯誤」〔法学教室九一号九三頁、萩原玉味「事実の錯誤と法律の錯誤の限界」前掲『現代刑法講座第三卷』三四二頁など。

(11) 川端博『正当化事情の錯誤』(昭和63年)一八四頁。

(12) 阿部純二「事実の錯誤と法律の錯誤の区別(1)」法学セミナー一九八二年二月号一一五頁は、後述する藤木説が違法性の意識の喚起を基準とすることに<sup>(1)</sup>ついて、その考え方が違法性の意識の可能性を故意の要素とする制限故意説につながらないという疑問を提起している。

(13) 藤木英雄「事実の錯誤と法律の錯誤との限界」日本刑法学会編集『刑法講座3 責任』九八頁。

(14) 洲見光男「意味の認識——法的意味と社会的意味との関係——」法研論集三〇号二二〇頁以下。また、洲見光男『あてはめ』の錯誤と故意——行政犯における事実認識を含めて——法研論集四七号二二二頁以下、二二六頁以下は、この方向をさらに進めるものである。

(15) 川端・前掲書四七頁以下。

### (三) 最近の議論について

わが国では、従来、違法性の意識の問題については、その要否、体系的位置付けが主として議論され、違法性の意識の内容・対象についてはあまり議論がなされてこなかったようである。ところが、近時、この問題に対する論稿がいくつか発表された。ここではそれらについて検討する。

1 長井講師ならびに日高教授は、厳格故意説に立脚し、違法性の意識を実質的違法性の意識として理解すべきであると主張される。

長井講師は、<sup>(1)</sup>いわゆる心情倫理を責任判断の基準にすえる価値論的考慮を導入する立場から、厳格故意説を支持される。次に、法規範が特定の法益を保護し、かつその侵害行為を禁じていることの認識があるかぎり、法規範にしたがった行為へと意思を動機付けることが可能であり、そこに法的非難可能性の基礎としての個別行為に現われた法的

に否認されるべき心情を見出すとされ、違法性の意識を「自己の具体的行為の『法益侵害（危険）行為』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」と規定される。

しかし、まず疑問に思われるのは、厳格故意説の基礎として心情倫理を持ちだし、しかも違法性の意識の内容に法的な違法性を盛り込んでいる点である。これは、結局、違法性の意識を要求する理由を法敵的な心情を有していることに求めることになり、非難可能性の有無ではなく、国家の権威を意識的に無視したかどうかということになるのではなからうか。<sup>(2)</sup> また、法的非難可能性の基礎として法的に否認されるべき心情を見出すという前提に、すでに違法性の意識がまさに現行法秩序違反の意識であるという結論の先取りがみられる。もっとも、法益侵害性の認識について犯罪事実の認識との親近性が意識されており、違法性の意識と区別される可能性を示唆されているのは注目値する。<sup>(3)</sup>

日高教授は、<sup>(4)</sup>違法性の意識を法規範たる行為規範との関係で捉えられ、「行為者が一定の作為・不作為を禁止・命令している行為規範に違反することを知っていることが違法性の意識の実体である」とされる。日高教授においても、違法性の意識は法的に許されないという意識である。厳格故意説を採りつつ、故意に「法的不許容性」の意識を含ましめることは問題であらう。なぜなら、故意内容に「法的不許容性」を含ませることは、故意の対象たる犯罪の実質をも法的に許容されないものとして、規範的に把握することに結び付き、犯罪の具体的内実（法益侵害性）との積極的な関連を持ちえないからである。また、法的不許容性の認識にも平行評価による認識を認めると、現実には社会的倫理的な規範違反性の認識との区分が、限界では困難とならう。その意味で、このような見解は規範論的アプローチの延長線上にあると理解できる。認識対象の違法性を実質化することは示唆され、それはおそらく法益侵害性であろうと考えられる。しかし、行為規範の保護対象の認識と行為規範違反性の認識は次元を異にするもので、両者共故

意の内容にすることはできず、後者を規範意識の問題として理解すべきであろう。さらに、違法性の意識と意味の認識との関係について、「意味の認識はあくまでも法規上の概念についての法的意味の理解を問題にし、違法性の意識は当該行為が法的に許容されているかどうかについての反価値的な認識を問題にする」と<sup>(5)</sup>とされる。このように理解することは、結局違法性の意識を実質的には不許容性の認識に重点を置いて考えるものであつて、違法性の意識に内実を与えることは難しい。一般に構成要件上の諸概念の法的意味は保護法益を基準にして解釈されるので、これと平行した犯罪事実の認識を意味の認識にするならば、結局は違法性の意識において実質的に理解されるべき部分（法益侵害性）が意味の認識に解消されてしまうことになるからである。また、「不許容性」というものを違法性の意識に導入したことにより、故意のなかで事実の認識と違法性の意識が分裂してしまうことになり、これが事実認識と違法性の意識の不可分という故意説のテーゼとどう結び付くかは問題であろう。

なお、日高教授も、長井講師も、違法性の意識の態様として、「素人領域における平行評価」の考えを採られる。しかし、両者における「平行評価」は単なる「素人判断」に問題を縮減しており、メツガーにおけるものと異なるように思われる。メツガーでは、<sup>(6)</sup>評価規範違反たる違法性に対する平行評価が問題であり、違法性の意識は裁判官の違法判断と「平行」していなければならなかったのである。「平行評価」を「素人判断」とすることが、事実の認識を違法性の意識から解乖させる誘因となっているようにも思われる。

結局、違法性の意識の内容を実質的違法性とするにより、規範論的アプローチと侵害説的アプローチを折衷された点に問題があるように考えられる。<sup>(7)</sup>両アプローチは内容的に相反するものであり、容易に折衷できる性質のものではないからである。犯罪の実質を法益侵害に求めるのであれば、故意に含める違法性の意識の内容も侵害説的なものと定めるべきであり、それ以上の内容は責任判断で考慮すれば足りるであろう。

2 岡野教授は、厳格故意説の結論的妥当性をその理論的側面と現実的側面から考察される<sup>(8)</sup>。まず理論的側面においては、事実認識との不可分密接の関係を重視され、意味の認識の内容を深化される。すなわち「違法性の意識は、その性質上、必ず一定の事実と結合してはじめて生ずるものである。その際、重要なことは、事実を認識してその違法性を意識する場合、その事実には違法性の意識を喚起させる要素が含まれていなければならない」とされ、「認識対象とされる事實は、裸の自然的な事実ではなく、一定の社会的意味を有する事実でなければならない<sup>(9)</sup>」とされる。例えば、追い越し禁止違反罪（道交法三〇条）の場合、当該道路が追い越し禁止区域であることの認識が必要となる。次に現実的側面においては、「違法性の意識は必ずしも顕在化するものではなく、意識下に存在するいわば潜在的なものであって、現実面においてはむしろ消極的な機能しか有さない<sup>(10)</sup>」とされ、「事実の認識があれば、錯誤等の例外的な場合を除き、違法性の意識を肯定すべきことになる<sup>(10)</sup>」と述べられる。

ここで注目すべきことは、理論的側面において意味の認識を重視される点である。「認識対象となる事實は違法性の意識を喚起させる性質を有するものでなければならぬ」とされるのは、違法性の意識への提訴機能がまさしく故意説における理論的道具であることを指摘するものである。しかしながら、そこで論じられている「意味の認識」の内容は必ずしも明確ではない。岡野教授は「一定の社会的意味」ということを述べられているが、必ずしも犯罪を根拠付ける実質（例えば、法益侵害性など）という観点からの「社会的意味」という趣旨に限らないかのように受け止めることもできるからである。「行政犯の場合は、その行為自体には一定の社会的意味が付与されていない」とされているのである。けれども、行政犯といえども、一般的には何らかの当罰性が認められるがゆえに犯罪とされたのである。故意の認識内容としての「意味」も、その当罰性の観点からの「意味」でなければならぬ。当罰性の内容は法的に専門的な理解を必要とすることから、その当罰性の専門的理解と「平行」する内容の認識で足りるとするの

が、いわゆる「平行評価」の理論と考えることができる。<sup>(12)</sup>

また、岡野教授は、犯罪を規範的観点から把握しようとして、違法性の意識に「禁止」ないし「不許容性」が導入される。その意味で、基本的には規範論的アプローチに分類することができ、このアプローチ固有の問題性を随伴することになると思われる。このことから、違法性の意識と意味の認識が区別されて理解されるのは当然であろう。

もっとも問題があると思われるのは違法性の意識の現実的側面である。「事実の認識があれば、錯誤等の例外的な場合を除き、違法性の意識の存在を肯定すべき」とされることと違法性の意識が潜在的なものであることの双方を考慮すると、結局、違法性の意識は反対動機の形成可能性と同じものになるのではなからうか。ある意味で、このことは規範の意味での違法性の意識（例えば「法的に許されない」という意識）の問題が、反対動機の形成可能性の問題となることを示すように思われるのである。このような意識は事実認識に対して一定の線で限界付け可能なものであり、事実認識と一体化しえないものだからである。故意として事実認識と一体化できる違法性の意識とは、侵害説的意味のものに限定されるのであり、それで十分であろう。

3 構成要件の故意規制機能を否定し、故意に必要な認識を構成要件の規定する不法・責任内容としつつ、他方で、責任説の立場から、違法性の意識の可能性における「違法性」の内容を「可罰的刑法違反」の認識とされるのは、町野教授である。

まず町野教授は「構成要件に該当する自然的・物理的事実の認識だけでは故意を肯定することはできない、その事実を社会的意味において理解することが必要である。これは、裸の事実の認識だけでは、構成要件の内容をなす不法・責任の認識があるといえないことによる。すなわち、立法者が禁止の基礎とした不法・責任内容を行為者が認識しなければ故意は肯定しえないのである。……故意が構成要件の内容たる不法・責任の認識である以上、実は意味の

認識こそが故意の本質をなすものであり、純粹の構成要件事実の認識は、意味の認識が存在しうるための、単なる事実的前提にすぎないということになる。逆にいえば、『構成要件に該当する客觀的事実』の認識がなくとも、構成要件の内容をなす不法・責任の認識があれば、故意は肯定しうる<sup>(13)</sup>とされる。

もっとも注目すべきことは、意味の認識を故意の本質と捉え、その内実を構成要件の不法・責任内容と理解されている点である。責任内容の認識についてはひとまずおくとして、構成要件の内容である不法の認識が意味の認識であり、そのような意味の認識が故意の本質をなすということは、結局、実質的違法性の意識の問題を故意の内容に取り込むものと理解できる。法益侵害性を実質的違法性と理解すると、不法の認識は法益侵害性の認識にほかならないからである。しかも、それを意味の認識の次元で処理されることは、故意を一体的に理解することを可能にする。しかしながら、問題は、構成要件の内容たる不法の認識があれば、「構成要件に該当する客觀的事実」の認識がなくとも、故意を肯定してよいかという点にある。意味の認識は、「事実」の意味の認識であり、事実を離れた単なる意味だけの認識を考えることは問題が残るように思われる<sup>(15)</sup>。

次に、違法性の意識に関しては、刑罰に一般予防の機能を一切否認するのではなく刑罰威嚇に違法行為抑止の機能を認める以上、自己の行為の可罰性の認識・認識可能性が存在しない行為者に刑罰的非難を加え、処罰することは、刑罰による犯罪抑止という刑法の目的と無関係なところに、刑法上の責任を認めることになり、妥当でないと思われる。すなわち、自己の行為が刑罰という威嚇手段をもって禁じられていることの認識・認識可能性が存在することが、初めて、行為者が違法行為に出たことの刑法上の責任非難を理由あるものとする<sup>(16)</sup>ことになる。確かに、反対動機形成可能性を問題とする責任説の立場からは、反対動機の形成可能性の契機を与えるべきものとして刑罰威嚇を考慮することは可能である。また、可罰的違法性論の基本構想を違法性の錯誤論に反映する意味も有することになるし、違

法性の意識の内容を限定的に理解することで違法性の意識の「可能性」の判断が無限定に拡大することを防ぐことにならう。このような利点は、ある程度、認めざるをえない<sup>(17)</sup>。

しかしながら、その前提にある一般予防の責任論への導入に対しては、消極的に解せざるをえない。責任判断が刑罰という法効果の必要条件の判断である以上、可罰性の判断が要求されることは否定できない。けれども、可罰性判断を一般予防効果に直結させることは、反対動機形成可能性を問題とする規範的責任を否定することにつながると思われる。そのような考え方は、一般予防上の考慮を責任判断に導入することで、責任を実質化しようとする<sup>(18)</sup>。違法性を法益侵害という観点から実質化したように、責任も法益侵害の抑止という観点で実質化しようとする。これは、他者の要請から根拠付けられる責任を問題にするものとして、結果責任(Erfolgshaftung)への転換を意味するといっても過言ではない。なぜなら、責任非難はつねに行為者に向けられるものであり、人的なものであるのに対し、一般予防は社会的なものであって、両者は相反するものである。町野教授のような考え方は一般予防の重視がみられ、このことは責任非難をなきに等しいものになると考えられるからである。刑罰威嚇の過度の強調は、褒章と刑罰による統御システムの成立を認めることに通じる。一般予防効果は、刑罰のいわば反射的效果にすぎないと考えるべきである<sup>(19)</sup>。むしろ刑法上重要な責任と結びつく予防効果は、行為者の責任体験を基礎とする再社会化の意味での特別予防である。刑罰の動機付けを問題にするとしても、せいぜい、刑罰による動機付けの可能な者には、犯罪行為により生じた責任体験から自己を解放するために、刑罰を科される、といえるにすぎないのである。受刑者は、処遇の客体に尽きるものではなく、受刑の主体として自己を責任から解放する作業を営み、社会復帰を勝ち取る<sup>(20)</sup>のである。町野教授の考えは、故意を意味の認識の理論を深化させることで、実質的に把握しようとする点で、注目すべきものである。だが、事実の認識と意味の認識の関係についての理解が不鮮明であり、意味の認識が独り歩きする危険

を伴うように思われる。また、責任説を基礎として可罰的刑法違反の認識を問題にすることで、違法性の意識の可能性が問題となる範囲を限定的に解する方向を示されるが、その方向に妥当性を認めるとしても、一般予防の責任への導入には疑問が残る。

4 町野教授と同様の方向にある見解として、従来の違法性の意識の概念を、行為者の認識対象が前法的内容であるか法的内容であるかによって、故意としての構成要件関係的利益侵害の認識と責任要素としての可罰的評価の認識の可能性とに分解しようとする齋野助教授の試みがある。<sup>(21)</sup>

当該刑罰規定に先行すべき利益侵害の禁止を刑法における行為者の行為規範と解し、その禁止ないし命令にかかわらずあえて利益侵害行為にでたことが故意責任を基礎付けるという前提から、故意には行為規範違反性の認識たる「利益侵害性」の認識が新たな故意概念として提起される。さらに、利益侵害性の認識としての故意は、適法行為の選択可能性を喚起させる直接的提訴機能を有するものであり、そこでの適法行為が個々の構成要件該当行為との対応において初めて意味があることから、利益侵害性の認識は構成要件の関連性を持つことになる。他方で、刑法上の責任があくまで法的責任であること、罪刑法定主義の実質的保障として、行為者の側に当該行為の可罰性について、知ろうとするならば知りうる機会が与えられていることを必要とすることから、可罰的評価の認識可能性を責任要素と解される。

齋野助教授の見解でもっとも注目に値するのは、刑法における責任とは行為者の認識をさらに裁判官が事後的に認識するという二重の認識論という構造をとるとされる点である。<sup>(22)</sup> 責任判断が裁判官の法的判断であることを指摘するとともに、行為者の認識内容が前法的内容であることを許容するものであり、正当な指摘である。また、このことから、行為者に命令・禁止する行為規範は必ずしも法規範である必要はないであろう。しかしながら、このことは、

故意に行爲規範を侵害するという認識を含むものであるということの意味するものではない。行爲規範違反性の認識と利益侵害性の認識を同視され、前法的な行爲規範違反性の認識を故意に含められるようであるが、これは不当である。利益侵害の認識は確かに事実認識や意味の認識の一環として故意に含めることは可能である。しかし、それは利益侵害の禁止に反するという認識とは異なるのである。たとえ内容が利益侵害であっても、禁止違反の認識を故意に含めることは、従来の伝統的な故意説となんら異なるものではない。禁止違反の認識は、反対動機形成という点に關連する責任説のいう規範意識の問題であり、せいぜい責任判断で考慮すれば足りるのである。単に、故意は利益侵害性の認識であるといえれば足りるのである。行爲規範を持ちだすことにより、かえって犯罪の実質が規範化することが懸念される。

齋野助教授は、罪刑法定主義の實質的保障を援用して、可罰的評價の認識可能性を責任要素とされる。確かに個々の刑罰規定自体が一般の人々を規制することがある側面を否定することはできないが、現実問題として、刑罰規定の在り方は一般の市民へ向けられているとは考えがたいものがあるように思われる。<sup>(23)</sup>このような現実のもとにあえて可罰的評價の認識可能性を要求することは、一般市民が刑罰規定を理解しようという擬制の上に個々の行爲者の責任を決定するものであり、この擬制を無視するときには、ほとんど行爲者の責任を肯定する帰結にいたる可能性がある。極論すれば、刑罰法規の存在に可罰的評價の認識可能性となるのではなからうか。すくなくとも、これにより具体的基準が呈示されたとはいえないであろう。また、刑罰法規の市民への規制を強調することは、刑罰の一般予防効果を強調することになるので、慎重でなければならぬ。

(1) 長井・前掲論文八一三頁以下、八八七頁。

- (2) 平野・前掲書二五九頁以下参照。
- (3) 長井・前掲論文八八七頁。
- (4) 日高義博「違法性の錯誤（下）」法学セミナー四〇一九八頁。
- (5) 日高・前掲論文九九頁。
- (6) Vgl. Mezger, Strafrecht, 331 ff.
- (7) 私見からすれば、日高説も長井説も、規範的な故意説から侵害説的な故意説への過渡期の見解であると解される。
- (8) 岡野・前掲「故意」三〇六頁以下、三一五頁以下、同・前掲「道路交通法違反」一三頁以下。
- (9) 岡野・前掲「道路交通法違反」一四頁。
- (10) 岡野・前掲「道路交通法違反」一六頁。同・前掲「故意」三〇三頁参照。
- (11) 岡野・前掲「道路交通法違反」一四頁。
- (12) 石井・前掲論文四一頁参照。
- (13) 町野朔「法的符合について（下）」警察研究五四卷五号九頁。なお、最決昭和六一年六月九日刑集四〇巻四号二六九頁における谷口裁判官の補足意見は、町野説に立脚して意見を展開されているようである。
- (14) 不法内容の認識について、林幹人「抽象的事実の錯誤」上智法学論集三〇巻二号三号合併号二四八頁以下参照。
- (15) 林・前掲論文二五〇頁参照。
- (16) 町野・前掲「違法性」の認識について二二六頁以下。
- (17) 内藤謙「違法性の錯誤」法学教室九〇号五二頁以下参照。
- (18) 堀内捷三「責任論の課題」芝原Ⅱ堀内Ⅱ町野Ⅱ西田編『刑法理論の現代的展開 総論Ⅰ』（昭和63年）一九一頁以下は、非難可能性自体が無内容であるとして責任を實質化するため、一般予防的観点を責任に導入することに好意的である。一般予防的考慮が責任を實質化しえないという批判があることに注意しなければならない。Kaufmann, Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht, Jura 1986, S. 226, 229 ff.（上田Ⅱ浅田訳「フルトワール・カウフマン」『刑法における責任原則のための反時代的考察』同志社法学三八巻三号一〇八頁、一七頁以下）。Vgl. ders., Schuld und Prävention, Festschrift für Rudolf Wassermann, 1985, S. 893 ff.（宮尾浩一監訳『法哲学と刑法学の根本問題』（昭和63年）一五七頁以下〔山中敬一訳〕）。

(19) 石井・前掲論文三三頁以下参照。

(20) 須々木主一「行刑および処遇の目的——監獄法改正に関連して——」犯罪と非行四一号二頁以下、特に二二頁、米山哲夫「刑事司法制度における償いの思想——贖罪、改後をめぐって——」早稲田法学会誌三三卷三九一頁以下参照。

(21) 齋野彦弥「故意概念の再構成」刑法雜誌二八卷三三三頁以下。

(22) 齋野・前掲論文三六五頁。

(23) Kaufmann, Die Parallelwertung in der Latensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenlehre, 1982, S. 109 f.; ders., Beiträge zur juristischen Hermeneutik, 1984, S. 101 ff., 110 f. (宮沢・前掲書一一二頁以下〔井田良訳〕)

#### (四) 厳格故意説の緩和

責任説は、故意の内容をある程度実質的に理解することにより、ある意味で故意説に歩み寄ってきている状況であることはすでに見たところである。他方で、現在の故意説も、責任説に対する歩み寄りがあることは、例えば岡野教授の見解に見受けられるのである。しかしながら、故意説の結論を責任説の方向で緩和する見解はわが国ではすでに古くから見られたのである。例えば、小野博士<sup>(1)</sup>は、違法性の意識を欠いたことに過失があった場合、可罰性の欠缺が生じ、取締の実効性の低減が危惧され、行政犯の場合に広く明文なき過失犯処罰を肯定される。このような主張は比較的根強い<sup>(2)</sup>ようであるが、罪刑法定主義の見地からは拒絶されるべきである。むしろ重要であるのは、違法性の過失準故意説・制限故意説である。

1 故意が成立するためには、違法性の意識の可能性で足りるとする制限故意説<sup>(3)</sup>は、人格責任論をその理論的基礎とする。故意責任の本質を直接的な反規範的な人格態度に求め、犯罪事実を認識している以上、行為者は規範の問題に直面し、違法性の意識があったか、その可能性にすぎなかったかということには、本質的差違はないとする。こ

には、まさに責任説で問題とされる意思形成過程の問題が責任判断の考慮に盛り込まれており、実質的に責任説と同視できるものである。<sup>(4)</sup> よって、制限故意説における事実の認識の内容に関しては、責任説におけるそれと同様であると考えることができ、特に見るべきものはない。

準故意説<sup>(5)</sup>、厳格故意説を出発点としながらも、違法性の錯誤の場合、違法性の意識の欠缺について過失があるとときは、責任非難の度合いが故意のそれに近いことを理由に、これを故意に準じて扱おうとする。本来過失であるものを故意として扱うという擬制を認め、技巧的過ぎる条文解釈を行うという問題はあろう。しかし、この見解が行為者の規範意識を問題としていたことは看過されてはならない。その意味で、制限故意説・責任説の先駆的見解であると評することができる。

2 もっとも違法性の過失準故意説に制限故意説・責任説の先駆的見解の側面を認めることができるとしても、その基礎は厳格故意説にあるのである。違法性の過失準故意説の故意の内容を検討してみると、厳格故意説的な理解が見られるのである。他方で、法律の過失を故意と準じるところは責任判断としての違法性の意識を考えているのである。これがまさに違法性の過失準故意説の問題点である。違法性の意識に意思形成過程と認識対象の二つの異質の役割を担わせ、責任判断としての違法性の意識を認識対象としての違法性の意識に組み入れて処理しようとしたのである。そのため、違法性の意識が欠如するため故意が否定されるにもかかわらず、その欠如に対して過失があるため故意があったものとされるといふ奇妙な結論に陥ったのである。故意の認識の内容としての「違法性」の意識と意思形成過程における違法性の意識を区別して検討されることが望まれるのである。いずれにせよ、故意の存否の問題と責任判断の問題は切斷されるべきで、またそれらのおのについて「違法性」の意識を考える必要がある。

- (1) 小野・前掲『刑法講義総論』一四六頁以下。
- (2) 神山・前掲論文六七二頁以下。
- (3) 団藤重光『刑法綱要総論改訂版』(昭和54年)二九二頁以下。その他に、制限故意説を採るのは、藤木英雄『刑法講義総論』(昭和50年)二一四頁以下、不破Ⅱ井上『刑法総論』(昭和30年)一四二頁以下、江家義男『刑法(総論)』(昭和27年)一四四頁など。
- (4) 中山・前掲書三七三頁参照。
- (5) 草野豹一郎『刑法要論』(昭和31年)八九頁、斎藤金作『刑法総論(改訂版)』(昭和30年)一九六頁以下、下村康正『違法性の過失』日沖遺曆『過失犯(1)』(昭和41年)一四九頁、宮本英脩『刑法学粹』(昭和6年)三〇三頁、佐伯・前掲書二七八頁参照。

#### (五) 修正故意説の展開

1 以上、わが国における諸説の展開を故意の内容と違法性の意識の内容に関連付けて概略してきた。そこで共通してみられた前提は、犯罪事実の認識と違法性の意識とは異なるものであるということである。しかしながら、この前提自体の正当性はあまり十分に論じられてこなかったように思われる。これは、責任説か故意説かといった体系的な位置付けの問題と故意の内容・違法性の意識の内容の問題を切り離して論じてきたことに起因するのである。<sup>(1)</sup>そこで、これらの内容を規定することが必要であるが、その内容規定自体が責任概念の理解ないしは責任の構造の理解に依拠するものであり、また故意の体系的な位置付けの問題が介入することになる。けれども、問題状況を整理するならば、結局第一に、故意の内容としてどこで限界を設定するのかという問題に、第二に、故意を認めうる場合に、責任判断がどのように下されるのかという問題に集約することが可能である。<sup>(2)</sup>一般には、前者が事実の認識の問題であり、後者が違法性の意識の問題であると考えられているようである。もともと両者の問題は、行為者にいかなる主観的事実が存在すれば故意責任を認めることができるかという問題を換言したということができる。

2 では、故意をどこで限界付ければよいであろうか。これは刑法三八条一項にいう「罪ヲ犯ス意」の解釈の問題でもある。同項によれば故意責任の処刑が原則であり、そこで、責任主義の要請が、故意の内容を規定するにあたっては、もつとも重要な影響を与える。責任の理解が故意の内容に影響を与えるのである。<sup>(3)</sup>

責任を非難可能性を軸として理解する規範的責任概念に対して、最近、その内容が空洞化しているとして予防効果（特に一般予防効果）を考慮することにより、責任概念を実質化する見解が、有力に主張されている。<sup>(4)</sup>しかし、非難可能性の概念それ自体がすでに予防効果を考慮するものなのである。非難可能であるという判断が裁判官により下されるとき、刑罰による非難は行為者に向けられる。行為者はこの非難を受け、それを自覚し、それに答えるという主体的活動を行うことで、再び社会へと復帰するのである。このような理念が非難可能性という責任概念に込められているのである。<sup>(5)</sup>したがって、とりわけ一般予防効果を責任で強調する論者がいうように、非難が犯罪行為を回避させる動機付けを行うのではない。行為者の表象内容がそれを行うのである。この意味で、「非難可能だけの事実の認識」が故意には必要なのである。このような観点からすれば、直接的な反対動機の形成の可能性を与えうる事実の認識を故意とすることができる。<sup>(6)</sup>

反対動機の形成可能性という点から故意の内容を考察する場合、行為者に作用する規範を考慮する必要がある。そのような規範的作用により行為者は反対動機を形成しうるからである。<sup>(7)</sup>規範は本来行動の指針である。その規範が定立される前提として否定的価値判断が下されている場合、その否定的価値判断をも内容とする規範を行為者が社会化の過程において受容し、<sup>(8)</sup>行為者がその規範の否定する事態に直面したとき、行為者の内面に「価値感情的色彩」を生ぜしめることにより、行為の反対動機をなすことになる。したがって、行為者において「価値感情的色彩」を生ぜしめるためには、認識された事実そのものが規範の前提とする否定的価値判断を内容としていなければならないのであ

る。それは、通常、犯罪事実の意味の認識であり、犯罪の「結果」の認識が中核となる。例えば、「人を殺す」という認識のなかには、「生命の剝奪」という法益侵害の意味が含まれている。このことはすべての犯罪について共通するのである。単に構成要件に該当する事実の認識では足りず、そのような事実を保護法益の観点からの意味において認識しなければならぬのである。<sup>(10)</sup>

もっとも、行為者は社会的意味において規範に接するのであるから、そのような認識も法的なものではなく、それに「平行する社会的意味」において認識することになる。いわゆる「事実」の認識とは、このような社会的意味での法益侵害性の認識と一体化したものであって、それを社会的有害性の意識と呼ぶのである。したがって、故意の内容は侵害説的な故意説の意味で理解されるべきである。この認識から生じうる「(法的に)許されない」という意識は、ここでいう価値感情的色彩の問題であり、責任判断において処理すべきである。逆に、この社会的有害性の意識は法的に許されないという意識を喚起するという意味では、「違法性」の意識の喚起機能を有することになる。<sup>(11)</sup>

3 では、故意責任の判断はどのように下されるのであろうか。この点を一般的に論ずるにはまだ慎重な考慮が必要であり、違法性の意識の可能性との関係だけを論ずるにとどめたい。<sup>(12)</sup> 故意責任の判断は、行為者の故意を主たる対象としてなされる。<sup>(13)</sup> これは、行為者の認識から法的に許されないという意識が生じたかという判断が中心となる。ここでは一般に違法性の意識の問題として論じられてきたものが、問題とされうる。例えば、なんらかの法益侵害があるとは考えたが、法律の専門家に相談したところ、違法でない知らされて行為した場合<sup>(14)</sup>である。この場合、故意責任の判断は下すことが困難であり、少なくとも責任の程度は低いであろう。また、法益侵害の程度が極めて軽微であるため、違法性を意識しなかった場合も、故意は肯定できるが、責任判断において責任の減少ないし阻却が肯定される。どちらの場合も、反対動機の形成可能性が極めて低いからである。いずれにせよ、故意責任の判断において

は、行為者の認識内容に法益侵害的な内容が存し、それを判断対象とすることから、行為者の認識の不法内容が責任を規定する可能性を認めることができるのである。<sup>(15)</sup>

4 ここで論じている社会的有害性の意識も、責任判断における違法性の意識もすべて従来は、違法性の意識としてひとまとめにして考えられてきた。しかし、上述のように、社会的有害性の意識のみが故意の要素であり、責任判断としての違法性の意識は故意と別個のものであると解される。その意味で、従来の（規範的な）厳格故意説の故意の内容の一部を責任判断へと解消し、故意責任を心理的事態のみならず、規範的な判断としても理解しようとするものである。そこで、私見のような故意の理解を「修正故意説」ということができよう。

- (1) この点については、石井・前掲論文三頁以下参照。
- (2) 最近、私見と同様の方向から問題解決を試みる見解が出された。前田雅英『刑法総論講義』(昭和63年)二九七頁以下、三〇一頁以下参照。
- (3) バッケスは故意説と責任説の対立には、構成要件に対する理解の相違も考えているようである(Baakes, a. a. O., S. 4 ff.)。確かに、故意の対象を構成要件とするかのようにいえるかもしれない。しかし、故意を責任要素とするのであれば、先に対象を限定する必要性はなく、責任の理解から規定された故意の内容から、故意の対象を考えれば足りる。
- (4) 堀内・前掲論文一九一頁以下。町野朔「犯罪論と刑罰論」長尾Ⅱ田中編『現代法哲学3』(昭和58年)一四九頁。林美月子「実質的責任概念」藤木Ⅱ板倉編『刑法の争点(新版)』(昭和62年)七〇頁以下。
- (5) 石井・前掲論文三三頁以下。Vgl. Kaufmann, Schuld und Prävention, S. 892 ff.
- (6) 前田・前掲書二九八頁、三〇七頁参照。
- (7) 規範の決定機能(決定規範)については、鈴木茂嗣「規範的評価と可罰的評価」『刑事裁判の現代的展開』小野慶二判事退官記念論文集(昭和63年)二三頁が参考になる。
- (8) これとごつぱはVgl. Kaufmann, Parallelwertung, S. 39 ff.; Baakes, a. a. O., S. 43 ff., 91 ff., 134, 215.

(9) この「価値感情的色彩」という言葉はE・シムニットの由来である(Lisz/Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 223.)が、事実の認識による反対動機の形成過程をうまく表現してゐる。その意味でE・シムニットも故意による反対動機の形成可能性を重視していたといえるのである。石井・前掲論文九頁以下参照。

(10) 浅田・前掲論文二二三頁参照。

(11) 前田教授は、一般人ならば違法性の意識を持ち得る事実の認識が、故意非難を基礎付ける主観的事情だとされ、一般人ならば違法性を意識し得るか否かにより故意の認識対象を限定しようとする(前田・前掲書三二二頁、三四六頁)。これは基本的には私見と同様の方向にあるといえる。

(12) 責任判断に関する詳細は、(故意と責任判断としての違法性の意識との関係を含めて)今後の検討課題である。

(13) この場合故意だけを判断対象とするのであれば、主観主義の理論と相違はなくなる(江家・前掲書一三九頁以下参照)。しかしながら、鈴木教授が述べられているように、非難それ自体は事後的なものであり、また行為の規範的統制の目的は、結果無価値の状態の回避にある。そこで、行為に客観的に帰属せしめうる結果であるかぎり、これを非難の程度の判断にあたって考慮することが許されるのである。鈴木・前掲論文二八頁。

(14) 後述四(二)6参照。

(15) 故意の認識内容により不法が責任へ媒介されることについて、石井・前掲論文四二頁参照。

(16) オットーは、従来の社会的有害性を考慮する見解が刑罰法規の認識を重要な禁止の錯誤として考慮してこなかったと述べている。Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87, S. 595, Anm. 188. この点について、松原・前掲「西ドイツ刑法一七条と故意説」五〇六頁参照。

#### 四 故意の内容と行政犯

##### (一) 行政犯における故意の内容

1 いわゆる行政犯に関しても、修正故意説は貫徹されなければならない。それが犯罪論体系の統一的な理解を促

故意の内容と「違法性」の意識(石井徹哉)

し、法的安定性に資するものであり、ひいては罪刑法定主義の精神に合致することになるからである。<sup>(1)</sup> 従来より、故意説を行政犯においても貫徹することに対しては、批判が向けられてきた。すべての犯罪にたいして違法性の意識を要求することは処罰の欠缺を生じるといふものである。果たして、そのような批判を克服できるのか、検討しなければならない。

このような批判が提起されるのは、行政犯では法律によって初めて当該行為が違法になるという関係が存在することによる。また、直接に個人的な利益に関わらない行政上の利益の侵害を処罰するものが多く、それらは違法性、可罰性を認識することは困難である。以上のことも関係するが、構成要件事実が評価を前提にしているということ、つまり規範的要素が構成要件の中心となっていることも、行政犯の存在を認識することを困難にしているであろう。<sup>(2)</sup> このようなことから、直ちに違法性の意識を故意の内容とすることが不当であると断じてはならない。むしろ少数ではあるが、このような行政犯の特質から、特に行政犯において違法性の意識を厳密に要求しようという見解も存在しているのである。そこでは、行政犯では犯罪の実体が日常生活から懸け離れているため、当該行為が違法であることを意識していないと、処罰の実体にかけてという考えが、基礎にあるようである。このように見えてくると、結局、故意説に課せられた課題は、責任主義の貫徹・理論的妥当性を維持しつつ、行政犯の特質を処理できるのかという点であろう。しかしながら、この場合でも問題の処理は、第一にどの程度の認識があれば故意を認めうるか、第二に認定された故意について故意責任を認定してよいのかという二つの問題に分析することができる。

2 まず、故意の認識内容について検討してみよう。この際、念頭に置かなければならないのは、行政取締法規上の刑罰規定が保護している個々の法益である。構成要件の解釈を行う場合、就中規範的構成要件要素<sup>(4)</sup>について、法益という観点から解釈が施されるのであるから、行為者が犯罪事実を認識する場合も、なんらかの利益侵害的な観点上

において犯罪事実の意味を認識しなければならないからである。しかしながら、行政刑法についてその保護法益をすべてにわたって解明することは、行政刑法が多岐に渡るため不可能である。<sup>(5)</sup> 一般的に、刑法典上の主たる犯罪規定がいれば個人の生活利益もしくは個人の集合体としての社会・国家の基本的な生活利益を保護しているのに対して、行政刑法上の規定は、主としてそのような基本的な生活利益を保持・促進させるための補助的な利益を保護するものであるということとは、いえるであろう。例えば、道路交通法における車両の通行区分違反（道交法一七条、一一九条一項二号の二）は、対向車との衝突など道路における危険の防止、交通の円滑の保持ということを保護すると考えられるが、これは行政上の目的にすぎず、この目的が達成されることで歩行者・運転者などの生命、身体の安全が図られるのである。

そこで、行為者の行為が行政上の利益を直接に侵害するため、犯罪として責任を問うるときには、当該行為者は自己のなす行為が侵害する行政上の利益の侵害という観点から、その行為を認識していなければならぬ。もともとそれは厳密な法的観点からのものである必要はなく、それに平行する社会的意味におけるもので足りるのである。<sup>(6)</sup> このように解しても、行政刑法の保護する行政上の利益は、基本的な生活利益と関連しているため、その認識がそれほど困難であるとは思われない。例えば、車両は消火栓から五メートル以内で駐車することは禁止されているが（道交法四五条一項四号）、それを三メートル以内で禁止されていると誤信し、五メートル以内で駐車した場合を考えてみよう。この規定は五メートル以内の区域では消防車が停止し、消火活動を行うことに支障をきたすことから規定されていると解される。この場合、消火栓の存在を認識しておれば、まず一定の区域内では消火活動に支障がでることを行為者は認識するであろう。それがどのような範囲であるかは、個人差があると思われる。しかし、消防車が停止し、消火活動が可能な範囲は通常消火栓から五メートル前後の区域であると認識されるのである。この場合、具体的

な数値は故意の成立にとって重要ではないのである。自己の駐車により、消火活動に支障をきたすという意識があれば、故意を認めることができるであろう。具体的な数値の誤解は故意を阻却するとは限らないのである。

ところで、種々の行政上の領域においては、それ自体純粹に行政上の利益の侵害しか伴わず、個人・社会などの基本的利益に対する侵害との関連性がほとんどないような、まさに行政取締法規<sup>(7)</sup>というべきものが存在する。例えば、大気汚染防止法六条、三四条一項などの各種の届出義務、道交法上では免許不携帯（九五条一項）がそうであろう。これらの規定に対する違反を理由として故意責任を問いうるためには、自己が侵害する法律上の義務、あるいは行政上の利益を認識していなければならぬ<sup>(8)</sup>。さもなくば、行為者はなんらいわれのない行為をしたがゆえに処罰されるなどという意識を抱きかねず、行為者の再社会化という観点からは、適切ではないからである<sup>(9)</sup>。当該規定の実効性の担保という視点からは、過失処罰規定によって犯罪の成立範囲を拡張することが可能であろう。しかし、そのような行為の過失が果たして刑事上の責任としての質ないしは量を備えているかは、疑問である。

3 以上述べたような故意が行為者に認めることができたとしても、直ちに行為者に故意責任を問いうるわけではない。これが従来の厳格故意説との決定的な差である。例えば、行為者が自己のなそうとする行為についてなんらかの点で有害性・利益侵害性を意識していたので、その行為が許されているか否かについて法律の専門家に打診した場合を考えてみよう。その専門家が当該行為が法律上許容されていると指示したときは、おそらくその行為者に当該行為を抑止することを期待することは困難である。この場合、責任判断として違法性の意識を認めることができず、故意責任を阻却することになる。反対に、法律の専門家が許されていないと助言した場合、あるいは法律家などに相談しないで自分勝手に法律上も許されているだろうと判断したような場合には、責任判断としても違法性の意識を認めることができ、行為者に故意責任を問うことが可能である。

先に述べた消火栓から五メートル以内で駐車した事例で、故意が認められる場合、直ちに故意責任を認めるわけではない。法律上は五メートル以内と規定されているのに、三メートル以内であると誤信したことは、確かに故意を阻却するのではない。しかし、このことは故意責任を判断する場合には、考慮される可能性がある。もっとも、自動車の運転が公安委員会の運転免許を受けた者にしか認められず、それを受ける際には、一定の法令等の知識を有していることが必要であることなどから、故意責任を認めることにならう。

4 従来、行政犯について故意の内容を他の刑法犯とは異なって規定する見解が、若干見受けられた。牧野博士<sup>(10)</sup>は、社会的責任論の立場から、行政犯はその行為自体反社会的なものではなく、法的に禁止されて初めて反社会的なものとなるから、犯罪が成立するためには法的に禁止されているとの認識が必要であるとされる。この見解には、社会的責任論に対する基本的な疑念はあるものの、行政犯の場合故意としては認識すべき内容が通常より実質的なものであるということを主張する点で、注目に値するよう思われる。

このように、行政犯の場合に、故意を認めるために必要である認識内容を、通常の犯罪の場合より、実質的に把握する見解は、瀧川博士、ランゲらにより主張されている。瀧川博士<sup>(11)</sup>は、厳格故意説に立脚しながら、有害性、反条理性の認識をもって違法性の意識とされるが、行政犯では、当該法規の認識が必要であると解されている。また、ランゲ<sup>(12)</sup>は、古典的刑法では形式的違法と実質的違法が区別できるが、行政刑法ではこの種の区別は不可能であり、行政法規違反はそれ自体実質的な違法性を有するものでないとし、そこで、禁止違反の認識が行為の社会的意味としての事実の認識を意味するとする。

これらの諸説は、いわば自然犯・刑法犯は法益を侵害する価値関係的な行為であるのに対し、行政犯・法定犯は価値中立的な行為であるという前提に立つと考えられる。しかし、これは前提としては不十分なものであるといえる。

先に述べたように、行政犯もならぬかの法益を侵害するから犯罪とされるのであり、ならぬ法益を侵害しないものを犯罪とすることは許されないと解すべきである。ここでの問題は、一般の市民が行政刑法における個々の犯罪について詳細に法益を認識していないという点にあるのである。当該行為がならぬ法益を侵害するものでないと考えるがゆえに行為に及ぶ場合がありうるのである。このような場合は、まさに社会的有害性の意識が欠如するのであり、故意を認めることはできない<sup>(14)</sup>。また、犯罪行為の法益侵害性が特殊であり、法益侵害性を認識しがたい行為については、故意つまり社会的有害性の意識を認めるために、刑罰法規もしくは関係法規の認識・理解を必要とする場合があるであろう。故意という概念の内容として刑罰法規の認識が要求されるのではなく、故意を認定する一つの方法として刑罰法規の認識が必要とされるのである。厳格故意説に依拠される瀧川博士の見解は、この趣旨であるとすれば、問題はなご。

- (1) 行政刑法においても故意の内容を統一的に理解すべきであるとして、従来の二分説を批判的に検討するものとして、最近では、神山・前掲論文六六五頁以下、洲見・前掲『あてはめ』の錯誤と故意」一二六頁がある。また、町野・前掲『違法性』の認識について」二〇七頁参照。
- (2) このような行政犯の特質については、神山・前掲論文六六〇頁以下、福田・前掲『行政刑法』三五頁以下、美濃部達吉『行政刑法概論』（昭和24年）一頁以下参照。また、内田文昭『特別刑法の体系』伊達・小野・庄子編『注釈特別刑法第一巻総論編』（昭和60年）五二頁以下参照。
- (3) 主観主義の立場からであるが、牧野英一『刑法総論下巻』（昭和34年）五九〇頁以下参照。ヘインツはラングがそうである。Vgl. Lange, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre. Zugleich ein Beitrag zum Unrechtsbegriff bei den Zuwiderhandlungen, JZ 1956, S. 74 ff.

- (4) 規範的構成要件要素と故意の関係を「Dopsch, Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale, GA 1987, S. 12 ff.; ders., Wortbedeutung und Normzweck bei der Auslegung von Strafrechtsnormen, 1985, S. 207 ff. 以前の議論を「田中久智『規範的構成要件要素の研究』法政研究三二巻五・六号四一七頁以下が詳細に検討を加

えている。

- (5) 内田・前掲論文三四頁以下とそこに引用されている諸論文を参照のこと。
- (6) 福田・前掲『行政刑法』一六八頁以下も意味の認識を要求するが、その内容に明確性があるとはいえず、事例の分析においても一貫性が認められない。莊子邦雄「特別刑法と責任」伊達Ⅱ小野Ⅱ莊子編『特別刑法第一卷』四二三頁、四三二頁参照。
- (7) この問題を実体的デュー・プロセスの観点から論ずるものとして、萩原滋「実体的デュー・プロセスの理論と法益保護の原則(四・完)」警察研究五七卷一二号五三頁以下がある。
- (8) 瀧川博士が行政犯の場合に当該法規の認識を要求されるのは、この趣旨のものとしてであれば、別段行政犯と自然犯とを二分して故意の内容を考えているわけではないのである。
- (9) 洲見・前掲『あてはめ』の錯誤と故意」一二八頁は、故意に利益侵害性の認識を要求することは故意の成立を過度に制約するものであると批判する。しかし、「法規の対象となっている通常人」を標準として確定される「違法性の意識の喚起しうる事実」の認識を故意とする(一二九頁)と、当該行政領域に通じていない素人の認識をその者が専門家であると擬制して故意を認定していることにはなるのではなからうか。あるいは、そのような行為者は、専門的知識を調査せず軽率に行為したことについて責任を負わされることになりはしないのか、疑問である。
- (10) 学説状況については、神山・前掲論文六六五頁以下、洲見・前掲『あてはめ』の錯誤と故意」一二三頁以下を参照。
- (11) 牧野・前掲書一七〇頁以下など。
- (12) 瀧川・前掲書五九〇頁以下。
- (13) Lange, a. a. O., S. 79 ff.
- (14) これは、ある意味で、あいまいな刑罰法規に対する責任主義からの合憲性へのアピールを意味している。
- (15) 実体刑法の証明機能と故意概念の関連について、故意の証明に関して興味深い見解を提起するものとして、Verl. Vest, Vorsatznachweis und materielles Strafrecht, 1986, S. 93 ff.

## (II) 判例に現われた事案について

### 1 判例に現われた違法性の意識不要説と故意の内容

故意の内容と「違法性」の意識(石井徹哉)

大審院以来、一貫して判例は違法性の意識不要説を採用してきたとされる<sup>(1)</sup>。しかし、そこに見られる判示内容、理論的根拠を考察すると、故意の内容について極めて重大な示唆を含むものではないかと考えられる。

違法性の意識が不要であるとする論拠について、大審院の判決は、犯罪を構成すべき事実の認識が存在すれば、通常人であれば違法性の意識を有するのが普通であり、少なくともそれを期待しうるとし、違法性の意識を要求すると、規範意識の鈍磨した者、自己の行為の正当性を信じている者を処罰しえなくなるということを指摘する。この点について、最判昭和二六年十一月十五日<sup>(3)</sup>での齋藤裁判官補足意見は、「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。従って、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って足りるのである。この意味において犯意の成立には違法性の意識を要しない」と述べている。そこで、罪となるべき事実の認識があるだけで、通常反対動機を形成することが期待できるので、法的責任を認めて、その犯人を処罰することが可能であるとされるのである。

このような判例にみられる論拠、すなわち犯罪事実の認識は実質的違法を化体した事実であるから、それを認識した以上反対動機の形成可能性が認められるということは、まさに私見と軌を一にするものであろう。確かに判例のなかには、反社会性の認識を問題としているものもあるが、その判示において法令によってその行為が禁止されていることを知らなかったとしてもなお所為について罪責を免れえないと述べられていること<sup>(5)</sup>から、判例では反社会性の認識は違法性の意識とは異なって理解されていると解される。この意味で、判例は、違法性の意識たる行為の法的な禁止の意識が欠如しても、犯意の成立を妨げないとしつつも、その犯意についてはかなり実質的に理解するものと評価することができるのである<sup>(6)</sup>。

以上の点をふまえて、以下ではいくつかの典型的な事例について検討を加えたい。この際、判例の趣旨を明らかにすることも重要であるが、私見の具体的な適用の可能性を探ることを主眼としたい。

2 たぬき・むじな事件とむささび・もま事件

行政犯における故意を問題とする場合特に論議されるのが、たぬき・むじな事件<sup>(7)</sup>とむささび・もま事件<sup>(8)</sup>の二つのはぼ同時期に出された大審院の判決である。前者は禁猟獣である「たぬき」を「むじな」と誤信して捕獲した事案であり、後者は禁猟獣である「むささび」を「もま」と誤信して捕獲した事案である。

むささび・もま事件では、もまが捕獲を禁止されているむささびと同一であることを知らず、これを捕獲した場合、禁猟獣たるむささびすなわちもまをもまと知りつつ捕獲したのであるから、犯罪事実の認識に欠けるところはないと判示し、この錯誤を違法性の錯誤として処理した。これに対して、たぬき・むじな事件では、たぬきとむじなが同一であることは動物学の知識を有する者にしか分からず、他方で古来習俗上たぬきとむじなは併存すると考えられてきたのであるから、「たぬき」のなかにむじなも含むものであること明確にして国民に注意を喚起すべきであった。単にたぬきという名称を掲げてそのなかにむじなを包含させ、古来習俗上の觀念に従ってたぬきと別ものであると考えたものを捕獲した者に対して刑事制裁を科すのは不当であると、判示した。二つの事件は事案が類似しているのに、正反対の帰結が引き出されているかのようにみえる。そこで、この両判決に対して学説の評価は様々である。ここではそれらの学説に対する論評は控え、もっぱら判例の検討を行いたい。

むささび・もま事件の判決では、捕獲を禁止されたむささびをそのような禁制のない他の動物であると觀念した場合に、犯罪の構成事実に関する錯誤であり、犯意を認めえないとしている。この点を指摘しつつ、犯意を肯定していることから考えると、この判決は、むささびともまの同一性の誤認を重要なものでないと考えたといえるのである。

う。他方で、たぬき・むじな事件では、たぬきとむじなの同一性の誤認は、その同一性の判別が困難であり、習俗上もこの両者を区別していたことなどから、重要なものであると判断し、犯意を認めなかったといえるであろう。<sup>(10)</sup> また、判旨に「捕獲を禁ぜられたむささび」「捕獲を禁ずるたぬき」という表現があることから、両判決とも単なる裸の事実の認識で足りるとしているわけではないであろう。では、どのような場合に、同一性の誤認が重要なものとなるのであろうか。犯罪を構成する事実を利益侵害という観点において認識していたか、換言すると当該捕獲行為の社会的有害性を認識していたのかということが、決定的な基準となる。犯罪事實は法益侵害を化体する事實であり、それと平行する観点において行為者はその事実を認識していなければならぬのである。たぬき・むじな事件では、たぬきとは全く別もののむじなを捕獲するという誤認であったのに対し、むささび・もま事件では、単にむささびの俗称たるもまをもまと知って捕獲したにすぎないという相違を認めることができる。全く別のものである動物を捕獲することは、狩猟法で保護する法益を侵害するという観点での意味の認識を認めることは困難であろう。このような場合に、むじなをむじなと知っていたからといって、故意を認めることは不当である。むささび・もま事件においても、同様に解する余地はある。とはいえ、判例は、もまがむささびの俗称であるにすぎないということをとらえ、法益侵害という観点からの意味の認識があると判断したといえなくもない。この意味で、むささび・もま事件の判決を不当であると断じることができない。結局、保護法益の侵害という観点から事実を認識していたかということが決定的<sup>(11)</sup>となる。狩猟法では、鳥獣の保護のために当該規定を定立していると解されるから、保護されているたぬきとは全く別ものと考えた以上、故意を認めることはできないが、そうとは言い切れないむささび・もま事件では故意を認める可能性が残ることは否めない。問題は、「むじな」という認識で、あるいは「もま」という認識で、自己の行為が鳥獣の保護を害するという認識といえるかという点にある。「むじな」「もま」の認識から「保護獣」の認識が認

められるかということである。

### 3 メタノールの不法所持の事案について

最高裁が、法律の錯誤が故意を阻却しないという判示を初めて示したのは、いわゆるメタノールの不法所持に関する事案<sup>(13)</sup>においてである。この事件は、被告人は、飲食に供する目的をもってメタノールを販売、譲渡、製造または所持することが禁止されているにもかかわらず、メタノールと同一のものであるメチルアルコールを飲食に供する目的で所持、譲渡したが、被告人はメタノールとメチルアルコールが同一のものであることを知らなかったというものである。この事案で最高裁は、『メチルアルコール』であることを知って之を飲用に供する目的で所持し又は譲渡した以上は、仮令『メチルアルコール』が法律上その所持又は譲渡を禁ぜられている『メタノール』と同一のものであることを知らなかったとしても、それは単なる法律の不知に過ぎないのであって、犯罪構成に必要な事実の認識に何等欠くところがないから、犯意があったものと認むるに妨げない」と判示した。

では、なぜこの場合に同一性の錯誤が故意を阻却しないのであろうか。最高裁は、別の事件の判決において、「いわゆるメチルアルコールを飲用して生命身体に危害を受けた事例は頻々として新聞紙上その他にも報道され、かかる飲料が危険物であることは一般普通人に知れ渡っているものと解すべきである<sup>(14)</sup>」と、あるいは「わが国においては戦時中からでもあったが終戦時特に目立って一般にメチルアルコールその他の有毒物を含有する酒類等を飲用する弊風が盛んになってきて失明者や死亡者を統出するに至ったこと、従って一日も早くかような飲食物を嚴重に取締る特別の法令を制定しなければならぬ社会情勢に置かれていたことは、顕著の事実であった<sup>(15)</sup>」と判示していることが参考になろう。すなわち、メチルアルコールを飲用することは生命生命にとって危険であることを、被告人はおそらく認識していたのであり、メチルアルコールであると認識して所持、譲渡した以上、当該法規（ここでは有毒飲食物取締

令）の保護する法益侵害という観点から自己の行為の意味を認識していたといえるから、故意を阻却することはない<sup>(16)</sup>のである。

#### 4 物品税法違反事件について

行政法上の種々の諸義務は当該領域に馴染のない者にとっては分かりにくいものがある。物品税法の無申告製造罪に問われた事案に関する最高裁の判決は、この点に関わるものである<sup>(17)</sup>。本件の事案は、被告会社においては従来主として製材等の物品税に全く無関係な事業を営んできたのであるが、製材業の副産物たる木切れ等を利用して副業的に幼児用木工製品を製造することを思い立ち、政府に申告せずに、課税物品である遊技具を製造したというものである。一審判決は<sup>(18)</sup>、課税物品であることを認識しながらこれを製造した場合に故意が成立するとして、無罪を言い渡したが、控訴審判決は、課税物品であり、申告を要することを知らないとしてもそれは法律の不知であるとして、一審判決を破棄した。これに対して、最高裁は、次のように述べ、控訴審判決を維持した。「本件製造物品が物品税の課税物品であること従っ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ったとの一事は、物品税法に関する法令の不知に過ぎないものであって、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現判決の判断は正当である。」被告会社代表者らにおいて「本件物品製造の認識自体についてはなんら欠くるところはな<sup>(19)</sup>いというのであるから、本件は事実の錯誤をもって論ずべき場合に当たらない」とした。

本件において問題となり、被告人らが罪を問われた物品税法の規定は、政府に申告せずに製造することを処罰するものであって、課税物品であるかどうかは本質的なものでなく、申告しないという不作為が本質的であることに注意しなければなら<sup>(20)</sup>ない。重要なのは、申告をしないという不作為に関する故意をどのように考えるのかという点にあ

る。この点、最高裁は物品製造の認識のみを故意として問題にしているように解せられ、あまり説得性に富むものではない。これを徹底すると、不作為犯全般にわたって故意の成立する範囲が著しく拡大しかねないであろう。その意味で、最高裁が裸の事実の認識を問題としているということも、考えられなくはない。<sup>(2)</sup> 本件の無申告製造罪は申告をしないという点にその本質があり、それは税務という行政上の利益をもっぱら保護するにすぎないものである。そこで、申告の義務を意識させる要因を行為者が認識していない限り、有害性の意識を認めがたく、故意を認めることは困難であろう。この意味で、課税物品を製造するという認識は、申告義務を生ぜしめる事情の認識と解されるから、これを欠くことは故意を阻却する可能性を開くことになる。一審判決がこの趣旨のものであれば妥当である。もっとも課税物品であるとの認識がなくとも、一般的にみて課税物品らしき物（例えば高額商品など）を製造しようとする場合には、申告義務の存在を意識する場合が多く、故意を認める余地があろう。結局、この問題は故意の認定論の議論が中心となり、犯罪論における故意論のみで決着できる問題ではないように思われる。

#### 5 禁止区域の誤認・不知について

道路交通法では、一定の場所において道路交通法の目的などから鑑みて、道路交通上危険な行為、道路交通の円滑性を妨げる行為を禁止している。このような一定の区域内で一定の行為を禁止することは、道交法上規定されている場合と規制標識・規制標示により禁止される場合とがある。道交法上規定されている場合、例えば追い越し禁止を例にとると、道路の曲がり角付近、上り坂の頂上付近および勾配の急な下り坂などでの追い越しを禁止している（道交法三〇条参照）。これらの場所で追い越すことは車などを運転する者であれば通常道路交通上危険であること（を暗に意識するのであり、当該場所で追い越しをするという認識があれば故意を認めることができる。このような事実で争われたものは判例にもあまり見られない。問題となるのは公安委員会が標識・標示により規制する場合である。

公安委員会は道路交通の安全と円滑を図るために当該標識を規制するのであり、その場所は一定の行為をすることが危険であることもあるが、一見したところ危険であることが多いためである。この場合には道路標識との関連で故意の成否が問題となりうる。この点について、判例は有効な道路標識・標示の存在することが必要であることをたびたび判示し、さらに高裁の判決は追いつ禁止の事案について次のように判示した。「罪となるべき事実を認識するということは、……単に他の自動車を追いつ追いつという認識だけではならず、公安委員会の定める場所、すなわち、追越禁止区域内で他の自動車を追いつ追いつという認識を意味するものと解するのが相当である」とした。

道交法上の禁止区域内での違反については、判例の方向で理解するのが妥当である。例えば、追越禁止区域内での追いつは、当該場所が追越禁止区域であることを認識してなされる必要があるのである。この場合に、追越禁止区域であるという認識には二種類ある。第一に道交法上規定されている場所での場合であり、この場合急な勾配の下り坂での追いつという認識で足り、その場所が追いつ禁止の場所であることまで知っている必要はない。それは当該場所が道路交通上危険な場所であることが通常意識されるからである。つまり、急な下り坂での追いつという認識のなかに社会的有害性の意識を認めることができるのである。第二に、規制標識などにより規制されている場所での行為であり、この場合規制標識の認識がない限り、故意を認めることはできない。この場合には、規制標識の設置によりその場所が追越禁止場所となるのであり、標識の認識を欠くときは、禁止区域という事実の認識を欠くことになるからである。<sup>(23)</sup>

禁止区域の問題は道交法に限らず、例えば狩猟法においても問題となる。大審院は、狩猟法の狩猟禁止区域内で銃猟をした罪について、「銃猟禁止区域なることを認識し故意に銃猟を為したる者」と「銃猟禁止区域なりや否を確認する責務を懈り不注意に銃猟を為したる者」とを区別し、狩猟法二三条三号（現行法二一条一項二号）は、故意犯ば

かりでなく過失犯をも処罰する趣旨のものであることを判示したが、その前提として、同罪の故意犯が成立するには銃猟禁止区域であることの認識が必要であることを認めていると解することができる。<sup>(25)</sup> 高裁の判決は、まさに正面からこの問題をとらえ、「銃猟禁止区域に属することを知らなかったことは、狩猟法第二一条第一項第二号に定める『銃猟禁止区域において銃猟した』罪を構成する事実の認識を欠いたものというべきで、刑法第三八条第三項にいわゆる法の不知の場合にはあたらなと解されるから、本件は故意を阻却するものといわなければならない」と判示したのである。

一定の区域での銃猟を禁止されるのは、当該区域が他人の生命・身体などに危険をおよぼすおそれがある場合と、当該区域内の鳥獣の保護のために銃猟が禁止される場合とが考えられる。<sup>(27)</sup> 前者の場合には、当該区域で銃猟をすれば、他人の生命・身体に危険をおよぼすおそれがあるという認識があれば、すでに法益侵害という観点から自己の行為の意味を認識しているといえ、銃猟禁止区域であるという明確な認識は必要ではない。後者の場合、鳥獣保護を害し、銃猟に適さない区域であるという認識が行為者になれば、故意を認めてよいであろう。また、両方の場合とも、一見したところそのような認識を抱きえない場合には、明確に銃猟禁止区域であるという認識を要求する必要があると考えられる。この意味で、判例の基本的な方向は支持することができる。

#### 6 百円紙幣模造事件について

行政法規は詳細・多岐にわたるため、しばしば自己の行為の違法性が不明であることがある。このような場合、通常警察・関係省庁などに打診するのが普通であろう。そうして、行為したところ、実はその行為が違法であった場合、故意はどうなるのであろうか。その典型的な事例を、最近最高裁によって判示された事案<sup>(28)</sup>にみることができる。事実関係は簡単にいうと次の通りである。被告人甲は、自己の飲食店の宣伝のために、百円紙幣に似せたサービス

券を作成しようとして写真製版所に印刷を依頼したが、製版所から片面が百円紙幣の表面とほぼ同じものを作成するのはまずいと指摘され、知り合いの巡査およびそこにいた巡査の上司に相談した。同人らから、通貨及証券模造取締法の条文を示され、紙幣と紛らわしい者を作成することは同法に違反すると告げられ、サービス券を大きくしたり、「サービス券」などの文字をいれるなどして誰が見ても紛らわしくないようにすればよいのではないかと助言された。しかし、甲は警官らの態度から、その助言を重大視せず、それに従わず、表面は日銀発行の百円紙幣と同寸大、同図案かつほぼ同色のデザインとし、上下二か所に小さく「サービス券」と赤い文字で記載し、裏面は広告を記載したサービス券を印刷させた。ついで、甲は取引銀行でこれに銀行名の入った帯封をかけてもらい、主として警察職員への宣伝のためにそのサービス券を警察署へ持参し、助言を受けた警官らに差し出したところ、格別の注意も警告も受けず、かえって同僚らにその券を配布してもらったので、ますます安心し、さらに最初の券と同じデザインで紙幣番号を自分の店の電話番号に、「日本銀行券」の表示を「甲店券」の表示に変えて、百円紙幣に紛らわしい外観を有するものを印刷させた。被告人乙は、甲が最初に作成したサービス券を見て、自分も同様の券を作成したいと考え、甲に相談したところ、甲から、このサービス券は警察では問題ないといっており、警察に配布してから相当日時が経過しているのに別に何の話もないと聞かされ、格別の不安を感じることなく、甲の話を全面的に信頼して、自ら独自に調査・検討せずに、同様のサービス券の作成に及んだ。

以上の事実に対し、一審では、「違法性の錯誤につき相当の理由があると言い得るためには、確定した判例や所管官庁の指示に従って行動した場合ないしこれを準ずる場合のように、自己の行為が適法であると誤信したことについて行為者を非難することができないと認められる特段の事情が存在することが必要である」として、甲・乙それぞれの行為について相当の理由はないとして、有罪とした。控訴審も、同様に判示した。これを受けて、最高裁は、被告

人らが「違法性の意識を欠いていたとしても、それにつきいずれも相当の理由がある場合には、当たらないとした原判決の判断は、これを是認することができるから、この際、行為の違法性の意識を欠くにつき相当の理由があれば犯罪は成立しないとの見解の採否についての立ち入った検討をまつまでもなく、本件各行為を有罪とした原判決の結論に誤りはない」とした。

このような事例の場合、しばしば故意が存在することを前提に違法性の意識がないことについての相当の理由をどのように扱うかという議論がなされる<sup>(29)</sup>。しかし、やはりその前提として故意があるかどうか検討しなければならぬ。本件についてみると、最初の甲の行為については、製版所から指摘され警察へ行ったことから、甲が百円紙幣に似せたサービス券を作ることには有害性という観点で意味を認識していたと考えうる。本件に限らず、当局や弁護士などに相談するのは、なんらかの点で自己の行為を、社会的に有害であるあるいは法益侵害的であるという観点で理解していることが多いのではなからうか。しかしながら、甲の第二行為および乙の行為については、必ずしも故意があるとは言えない。すなわち、甲の第一の行為によるサービス券を警察署へ持参した際、その行為が主として宣伝活動に主眼があるとはいえず、事前に助言を受けた警察官から格別の注意・警告を受けず、かえって同僚らにサービス券を配布してくれたことなどに鑑みれば、その時点で甲自身完全に自己行為になんら問題はないと理解したはずであり、たとえ百円紙幣に似せたものを作るといふ「事実の認識」はあっても、法益侵害性あるいは社会的有害性という観点においてその事実の意味を認識していないといえるのである。乙は、甲の現に行った行為がなんら問題がないと警察がいったと聞かされて、甲と同様の行為を行ったのであるが、格別の不安も感じることなく行為したのであり、この行為も事実の認識らしきものはあっても、故意として必要な内実を備えていないといえるのである。

甲の第一の行為は、故意を認めることが可能であるが、では故意責任を認めうるであらうか。この点、甲は知り合

いの巡査らの言明通りに行動していれば、本件の犯行は存在しなかったといえ、警官の適切な助言を受け入れなかった点をとらえ、故意責任を認めることは可能であろう。本件とは異なり、助言を受け入れたにもかかわらず、違法な行為を行ったという場合には、責任判断としての違法性の意識を認めえず、故意責任を阻却することになる。

#### 7 まとめ

以上、判例に現われたいくつかの事例を検討してきたが、判例は違法性の意識不要説に立脚しつつも、比較的故意の内容を実質的に理解している側面が見られなくはないのである。<sup>(30)</sup> 法的評価としての違法性を意識している必要はないが、評価の内実としての法益侵害性という観点からの意味の認識（社会的有害性の意識）は要求していると、いえないこともないのである。判例が結論的に妥当な線を呈示していることが多いのは、実質的に法律の錯誤の相当性の判断を行っているといえなくもないが、むしろ違法性の意識不要説の前提からすれば、故意の内容を実質的に理解していることによるのが大きいように思われる。少なくとも、判例が犯罪事実の認識として裸の事実の認識で足りると解していると断ずることはできない。<sup>(32)</sup>

ここでは、判例が私見の修正故意説と基本的方向を同じにしていると断言するわけではなく、ただその基礎にある思考に共通点があるということを指摘しておきたい。すなわち、結局、行為者を非難しうるかという（故意）責任判断では、国民の規範意識に沿った判断が下されなければならず、それに見合う主観的事情（故意）が存在しなければならぬ。<sup>(33)</sup> 判例の結論が概ね妥当であるというのは、この方向で判断しているからであろう。これを理論的にみると、故意の内容としては反対動機の形成に対する提訴機能を有する事実の認識でなければならないということになる。そのような故意の内容を社会的有害性の意識とするのが、私見である。この場合にも、つねにそのような故意に対する責任判断が下されて初めて故意責任が行為者に負わされるということは忘れてはならない。

- (1) 違法性の意識の問題に関する判例の傾向を分析するものとして、福田・前掲『総合判例研究叢書16』三九頁以下、川端博「4 錯誤」西原ほか編『判例刑法研究3責任』(昭和55年)一三七頁以下などがある。また、中森喜彦「違法性の錯誤 違法性の認識(可能性)と故意犯としての処罰」芝原邦爾編『刑法の基本判例』(昭和63年)四四頁参照。
- (2) 大判昭和一六年二月一〇日新判例刑法体系2二五六の五一頁。
- (3) 最判昭和二六年一月一五日刑集五卷一十二号二三四頁。なお、最判昭和二五年一月二八日刑集四卷一十二号二四六三頁参照。
- (4) 最判昭和二四年四月九日刑集三卷四号五〇一頁、最判昭和二五年一月二五日裁判集刑集三九号六七一頁、最判昭和二四年八月二五日裁判集刑集三卷三一五頁など。
- (5) 例えば、最判昭和二四年四月九日刑集三卷四号五〇一頁。
- (6) 莊子・前掲論文四〇〇頁以下参照。もともと莊子教授の場合「不純でやましい」という意識が違法性の意識であり(四三〇頁参照)、あまりにも一般的に捉えすぎている。これでは(倫理的に)なんらやましくないと考えた場合以外、故意が認められる。これは規範的な故意説の徹底した見解であり、その欠点が露呈していると解される。
- (7) 大判大正一四年六月九日刑集四卷三七八頁。
- (8) 大判大正一三年四月二五日刑集三卷三六四頁。
- (9) この両判決には数多くの評釈がある。最近のものである、内藤謙「事実の錯誤と違法性の錯誤の区別」法学教室九二号六二頁以下、内田文昭『「たぬき・むじな」事件と『むじなび・もま』事件について』研修四六五号三頁以下、およびそこで引用されている語文献を参照のこと。特に内田教授の評釈は示唆に富むものである。
- (10) 内藤・前掲論文六六頁参照。
- (11) 莊子・前掲論文四一八頁参照。
- (12) この場合、法益侵害性の認識は狩猟に関係する市民の社会におけるコミュニケーション過程で社会化されていることが必要であろう。石井・前掲論文二九頁、三三頁、四二頁参照。
- (13) 最(大)判昭和二三年七月一四日刑集二卷八号八八九頁。
- (14) 最判昭和二三年八月一日刑集二卷九号一一五五頁。
- (15) 最(大)判昭和二三年二月二七日刑集二卷一四号一九五一頁。

故意の内容と「違法性」の意識(石井徹哉)

- (16) この場合、福田教授が「身体に有害なアルコール性の液体という認識」を問題にされるのは、むささび・もま事件、たぬき・むじな事件の考へ方と一貫しない（福田・前掲『総合判例研究叢書10』五一頁、六四頁）。メタノールすなわち「メチルアルコール」をメチルアルコールとして認識した以上、故意として欠けるところはないとすべきである。荘子・前掲論文四三二頁参照。
- (17) 最判昭和三四年二月二七日刑集一三卷二号二五〇頁。
- (18) 大阪地判昭和二九年三月一日（最刑集一三卷二号二六八頁所収）。
- (19) 大阪高判昭和三〇年四月三〇日（最刑集一三卷二号二七一頁所収）。
- (20) 内藤・前掲論文六二頁参照。
- (21) この点、荘子教授が「一片のやましき」もなかったといえないとされるのは、少し強引すぎるくらいがある。荘子・前掲論文四三〇頁。
- (22) 東京高判昭和三〇年四月一八日高刑集八卷三号三二五頁。
- (23) 大阪高判昭和四三年一月三〇日下刑集一〇卷一号五〇頁参照。その他、道路標識の意義については、最判昭和三七年四月二〇日刑集一六卷四号四二七頁参照。
- (24) 大判大正一一年一月二八日刑集一卷七〇九頁。
- (25) 福田・前掲書六五頁、荘子・前掲論文四二二頁。
- (26) 東京高判昭和三五年五月二四日高刑集八卷三号三三五頁。
- (27) 荘子・前掲論文四二二頁。
- (28) 最判昭和六二年七月一六日刑集四一卷五号二三七頁。
- (29) この判例の評釈のほとんどは故意を前提に議論しているようである。仙波厚・ジュリスト八九九号八四頁、川端博・法学教室八七号八七頁、阿部純二・昭和六二年度重要判例解説一五六頁など参照。
- (30) 内田・前掲「特別刑法の体系」九〇頁以下、内田・前掲「刑法I」三九〇頁参照。
- (31) 藤木・前掲論文九六頁、川端・前掲「錯誤」一四八頁。
- (32) 荘子・前掲論文四二〇頁以下参照。
- (33) 前田・前掲書三〇六頁以下参照。

## 五 必ずび——残された問題について——

以上、故意と違法性の意識の双方の内容を、行政犯の故意の問題に方向づけを与えながら、関連づけて考察してきた。結論的には、故意を実質的に把握するとしても、行政犯においては格別の問題を生じないことが少しは示されたのではなからうか。

私見の修正故意説は、故意の内容に社会的有害性の意識を含ませることで、故意を実質的に把握し、責任主義に資するものであり、さらにそのような故意を対象にした責任判断を要求することで、故意責任を単なる社会的な次元にある責任から法的な次元の責任へ高めるものである。このような理解からは、故意は根本的に過失と異質のものとして把握されることになる。従来、特に故意を責任要素とする論者は、故意と過失を連続的な概念として、量的相違があるにすぎないと理解してきたふしが認められる。<sup>(1)(2)</sup>それは、故意と過失が違法性の意識の可能性の判断という同一物に支えられているにすぎず、ひいては過失概念をも曖昧にしかねない。この意味で、今後、過失との限界付けを意識した形での故意の内容を検討することが必要とならう。<sup>(3)</sup>

また、違法性の意識の可能性の問題により、行政犯の故意責任を処理する場合、結局は、可能性判断・相当性判断という問題により、より重い故意責任が認定されることになる。しかし、程度問題では、限界的事例に相当程度広い幅が横たわるのである。しかし、私見のように、故意の問題で処理する場合、存否の問題であるため、可能なかぎり限界事例の幅が縮減されることになる。もっとも、社会的有害性の概念自体は、社会倫理的要因に左右されるものであり、あいまいな領域が残ることに注意しなければならない。この点を解決する方向は、結局、規範の概念を明らかにしていかざるをえないように思われる。そして、それはコミュニケーションの過程と規範との関係に問題解決の

方向があると考えているが、このことも今後さらに検討しなければならない。

最後に、本稿では、故意の内容を明確化することに重点が置かれたため、責任判断の内容が不明確なまま議論が展開されてきたように思われる。責任判断の具体的内容・過程を明確にすることも今後の課題として残されているのである。

- (1) 故意と過失を連続的に理解し、故意と過失の択一的認定を認める見解が、ドイツにおいて主張されていく。Vgl. Mylonopoulos, *Das Verhältniss von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo*, ZStW 99, S. 687 ff., 694.
- (2) これは故意に二重の地位を認める場合、あるいは(わが国の)独自の錯誤説を支持する場合に、より認められるように思われる。佐久間修『刑法における事実の錯誤』(昭和62年)、曾根威彦「正当化事情の錯誤」早稲田法学五八巻二号八七頁以下参照。
- (3) 過失を安易に認める傾向を批判的に論じるものとして、米田泰邦「伊藤寧『過失犯における禁止の錯誤に関する若干の考察』法律時報六〇巻六号一〇八頁参照。