

早稲田大学審査学位論文（博士）概要書

経済刑法における自由保障と適正処罰
—いわゆる刑罰法規明確性の原則及び錯誤について—

安嶋 建

論文の概要

議論の背景及び検討すべき課題

本稿が検討の対象とするのは、経済刑法の立法論及び解釈論において、自由保障と適正処罰という真逆の方向性を有する 2 つの要請をいかに調和させるべきかという問題である。

改めて論じるまでもなく、長きに亘って処罰の必要性が自明視されてきた犯罪（殺人や窃盗等）が問題となる伝統的な刑法の領域においても、国家が秩序維持を目的として市民の行動を統制することを内容とする刑法の機能（第 1 次社会統制機能）と、犯罪者を含む市民の権利や自由を保障するために統治権力の主体である国家自体を統制することを内容とする刑法の機能（第 2 次社会統制機能）が衝突する場面は存在してきた。また、環境刑法や医事刑法等の他の特別刑法においてもこのことは同様であろう。しかし、経済刑法においてはこれらの機能の緊張関係がより先鋭化した形で立ち現れることがある。そして、自由保障と適正処罰という 2 つの要請を満たすため、①構成要件要素として規範的要素が導入されていること、②特別な規制の名宛人を想定していること（規制対象の限定）、③他の規範への参照を予定していること（白地刑罰法規）、④経済犯罪の成立は行政機関による命令の存在とそれに対する違反を前提とする場合があること、⑤公的照会制度が準備されていることが経済刑法の特徴としてあらわれる。これらの特徴を背景に、自由保障と適正処罰の調和を考えるためのいくつかの課題が導かれる。

まず、経済刑法においては規範的な要素を含む構成要件が定立されたり、白地刑罰法規の形式が用いられたりするケースが多く見受けられるが、立法者はこれらの手段を無制限に用いることができるのかが問題となる。というのは、これらの場合、市民一般から見て刑罰法規の有する意味を把握することが困難になり得ることは否定できないからである。

次に、経済刑法においては規範的な要素を含む構成要件や白地刑罰法規が問題となる場合のように、事実の錯誤と違法性の錯誤の区別が容易でない場合があり、これを適切に行うための基準を設定することが強く望まれる。

さらに、経済刑法においては公的照会制度の活用が可能となっていることが多いことから、これに従って得られた回答に従った場合の刑法上の取り扱いを検討することが問題となる。

本稿の構成

以上のような問題意識を踏まえ、本稿は以下の構成を採る。

第 1 部においては、経済刑法における刑罰法規の明確性の問題を扱う。第 1 章においては、現在の問題状況に至るまでの我が国における明確性の原則を巡る議論の展開を振り返

ることにより、我が国ではどのような点に関心が寄せられてきたのかを明らかにする。続いて第 2 章では、刑罰法規の明確性のあり方を論じるための起点として、そもそも刑罰法規に明確性が要求される根拠は何に求められるべきかという問題について論じる。第 3 章では、根拠論の検討で得られた結果を基に、刑罰法規に要求される明確性の程度をどのように設定すべきかという問題を検討する。その上で、第 4 章においては、適用領域によって法文の明確性に関する判断に差異が生じるか否かについて検討を行う。

第 2 部においては、経済刑法における事実の錯誤と違法性の錯誤の区別の問題を扱う。第 1 章では、とりわけ経済刑法においては規範的な要素が用いられることが多いことを踏まえ、構成要件該当事実に含まれる意味の認識が故意論において有する意義について論じる。続いて第 2 章では、経済刑法において多用される傾向にある白地刑罰法規の場合において、故意論・錯誤論がどのような特殊性を発揮し、これを犯罪論上どのように位置づけるべきであるかについて論じる。ここまでの検討結果を踏まえ、第 3 章では事実の錯誤と違法性の錯誤の区別に関する基準とその適用について示す。

第 3 部においては、違法性の錯誤と照会行為を巡る問題を検討する。経済刑法においては適切な機関・人物への照会が大きな意義を有することを踏まえ、第 1 章ではビジネス実務及び裁判実務において照会行為がなされた場合にどのような取り扱いがなされてきたのかについて整理を行う。続いて第 2 章では、違法性の錯誤における照会行為のあるべき位置づけを検討する。照会行為の位置づけを踏まえつつ、第 3 章においては、違法性の意識の可能性をどのように判断すべきかについて論じる。その上で、第 4 章では違法性に関する疑念を払拭し得ない場合の取り扱いについて検討を行う。

終章においては、本稿で得られた結論を整理するとともに、残された課題を示す。

本稿の結論

経済刑法における自由保障と適正処罰という 2 つの相反し得る要請をともに満たすことを目的として、上述の問題についての検討を行ったところ、以下のような結論が導かれた。

1 刑罰法規の明確性

(1) 明確性を要求する根拠

刑罰法規に一定の明確性が要求することには、なお意義がある。そして、刑罰法規に一定の明確性が要求されるべき根拠は多元的であり、自由主義、責任主義、一般予防、法適用の容易性に求められる。

(2) 明確性の判断基準

刑罰法規の明確性を判断する場合、その対象となるのは①具体的な事案における法規の適用可能性か、②法規一般の適用可能性であるかが問題となる。判例が「具体的場合に当該行為が」という要件を示している点を素直に解釈すれば、①具体的な事案における法規の適用可能性を基に明確性の程度を判断するということになる。このような理解によれば、一般予防の効果が減じる可能性があることは否定できない。すなわち、個々の場面における認識可能性のみを問うのであれば、特定の行為者以外の者が規範に直面し、違法行為に出ることを差し控えるという効果が失われてしまう恐れがあるのである。これに対して、②法規一般の適用可能性を基に明確性の程度を判断することも考えられる。この場合、当事者に対する非難が可能であるかを検討できるのみならず、適用を受ける可能性のあるすべての場合を想定することができるため、一般予防の要素は後退しない。しかし、明確性の原則の根拠の 1 つである責任主義に鑑みれば、具体的な事案における事情を無視することはできない。そして、いかに一般予防の効果が認められるとしても、行為者に対する非難をなしえない場合には、刑罰権の発動は正当化されないであろう。このように考えれば、①の考え方が基本的に妥当な方向を示しているように思われる。もっとも、表現の自由を制約するような刑罰法規の場合、委縮効果を回避するために②の考え方を一定程度取り入れる余地はあろう。

また、刑罰法規の明確性を判断する場合、判断基準となる主体は①一般人ないし国民一般であるか、それとも②規制の名宛人であるかも問題となる。民主主義という根拠自体があくまで補助的な根拠と捉えられるべきであることに加え、国民一般の認識可能性を問うことが現在の我が国における立法状況から見て大きな困難を有していることは否定し難い。すなわち、現代の産業社会においては専門分化が進行しており、一定の領域においては国

民全体を必ずしも規制対象とせず、むしろ特定の者のみに適用を予定する法規を定立せざるを得ない。例えば、経済法規や医療関連法規等、技術的側面の強い法規の内容は、金融取引・商取引業務従事者や医療従事者にとっては理解することが期待できるものの、国民一般にとってそれが可能であるとするのはあまりにも現実を無視した態度であるといえよう。また、責任主義の維持や一般予防効果の確保という刑法理論上の考慮を反映させることも求められる。このように考えるのであれば、②規制の名宛人から見て刑罰法規の内容を把握できるか否かを基準とすることの方がより妥当な方向性を示しているように思われる。もっとも、実際に存在する規制の名宛人そのものを基準としてしまうと、同じく規制を受ける者（たとえば投資家）の間で知識の多寡の点で格差があるという現実を見過ごすことになる。その意味で、「規制対象としての属性（例えば金融法の場合には金融機関や投資家、競争法の場合には企業、医事法の場合には医療従事者）を有する一般人」を基準とした上で、当該規制対象者に期待される一定の知識を有していることを想定すべきと考えられる。

以上の基準によれば、「私的独占又は不当な取引制限」（独占禁止法 3 条）、「不正の手段」（銀行法 61 条 2 号）、包括条項（金商法 166 条 2 項 4 号）はいずれも明確性の要請を満たす。これに対して、「不正の手段、計画又は技巧」（金融商品取引法 157 条 1 項）については、文言にほとんど限定がかけられておらず、規制対象とされている投資家等にとっては、どのような場合が禁止対象かを読み取ることが極めて困難と考えられることから、必要な明確性の水準を満たさず無効とすべきと考えられる。

(3) 適用領域による差異

刑罰法規の明確性を要求した本来の趣旨に鑑みれば、規制対象や保護の対象となる利益の性質に関わらず、刑罰法規には一定の明確性が共通して要求されると考えるべきであろう。また、明確性の原則は刑罰法規にのみ妥当する訳ではなく、行政制裁である課徴金の規定にも適用されるとの立場をとった上で、後者における明確性は前者に比べてより緩やかでよいと考えられる。

2 経済刑法における事実の錯誤と違法性の錯誤

(1) 構成要件該当事実の意味の認識

日本及びドイツの通説的見解は、「素人領域における平行評価（Parallelwertung in der Laiensphäre）」という基準を用いて規範的構成要件要素についての意味の認識の有無を判断している。しかし、新たに制定された規制における純粋に政策的・技術的に構成された要素（会計・税務上の処理方法等）について、素人的認識を問うことは困難であろうし、

社会的に受け入れられている意味（素人的意味）と有権的意味（裁判所をはじめとする権威のある主体における理解）が相反するものである場合、この判断基準を適用して一定の結論を導くことが困難になってしまう。

したがって、これに代わる基準が要請されるが、各犯罪の構成要件要素に内在している、立法者が犯罪の実定化に際して下した決定の内容を認識しているか否かによって故意の存否を判断すべきである。この基準によれば、たとえば、「信用機関事件（Kreditinstitute-Fall）」のような、専門的・技術的な規範の認識が問われる事例においても適切な解決を図ることが可能になる。

もっとも、我が国の立法を見ると、同様のリスクのある行為や物質であっても、専門的・技術的判断に基づき規制の対象になったりならなかったりすることがあり得る。このことを考慮すると、専門知識に基づいて自らの行為に関連する事実が法的に規制される内容とは概念的に別のものであると認識していた場合、故意を否定する余地がある。

（2）白地刑罰法規の特殊性

通説的見解及び判例は、白地刑罰法規に関して、刑法規範の先行領域に存在する補充規範の存在や内容について行為者に認識が欠けている場合であっても、原則として故意を認めている。

しかし、補充規範の内容や射程、存在についての認識を問わずに犯罪の成立を肯定してしまうと、とりわけ経済法規違反のような法定犯の場合に、行為者にとって過酷な結果になってしまうことが懸念される。また、白地刑罰法規への違反を問う際に補充規範を考慮しないとすれば、刑法が行為者に投げかける行為規範の内容が空虚なものになってしまう恐れがある。さらに、規範的構成要件要素の錯誤については故意の阻却を認める一方、白地規定における補充規範の錯誤については故意の阻却の余地を認めないという基準を採用すること自体、合理性を欠くように思われる。

そこで、白地刑罰法規の場合には、補充規範の内容や射程、存在についての認識がなければ故意責任を否定すべきであり、その限りで法的義務の認識を故意の要素とする余地を認めるべきである。この背後にあるのは、この場合の避難は不注意を内実とする過失に向けられる非難に近いという考慮及び白地刑罰法規は法文上専ら形式的な規範違反のみを内容としていることから、とりわけ社会に根付いた規範に基づいていない犯罪類型の場合、補充規範の内容を考慮しないことにはどのような行為が違法と評価されることになるのか明らかにならないという考慮である。

なお、白地刑罰法規がしばしば社会に根付いた規範を実定化したものではなく、制度的規範を実定化したものと見られることに鑑みれば、補充規範の錯誤も規範的構成要件要素に関する錯誤と並行的に捉えるべきであり、立法者の基本決定に対する行為者の認識の有無を基準として錯誤を判断することが妥当である。

(3) 適用

以上を踏まえると、事実の自然的側面に関する認識の錯誤、事実の評価的側面に関する認識の錯誤、補充規範に関する認識の錯誤はいずれも事実の錯誤と位置づけられ、故意が阻却される。これに対し、規範的構成要件要素のうち立法者の基本決定を超える部分（厳格な法的概念等）や補充規範以外の規範（刑罰法規による禁止の存在や法的評価）について認識を欠いたに過ぎない場合には、違法性の錯誤となる。

3 違法性の錯誤と照会行為

(1) 照会行為の意義

照会行為は義務ではなく、市民に課せられる責務と位置づけられる。この背景には市民間における利益の相互尊重の要請がある。このような考え方からは、照会や調査、熟慮を通じて他者の利益の侵害を避けることが要請されるにとどまる。

(2) 違法性の意識の可能性の判断基準

照会を行う契機が存在しているにも拘らず、それを利用せずに違法性の錯誤に陥って違法行為に出た場合、違法性の意識の可能性が肯定され、免責されないことになる。照会を行う契機は、禁止に対する疑念がある場合のほか、自らの行為が規制領域にあることの認識がある場合にも肯定される。

但し、仮に行為者が適切な照会を行っていたとしても、行政機関が誤った情報を基に回答を行ったであろうと考えられる等、結果的に禁止の錯誤が避けられなかったのであれば、責任主義の観点から、当該禁止の錯誤は回避不可能と評価される。

照会の相手方には、行政機関のほか、私人も含まれる。もともと、行政機関に照会を行った場合と異なり、弁護士等の私人への照会の場合に一律に責任を否定することが妥当であるかは疑わしい。というのは、私人である以上、公的機関と異なる性質を帯び得ることは否定できないからである。私人への照会に基づく免責を認めるためには、少なくとも、公的機関が回答を行う場合と同様の中立性や専門性が確保されていることが必要となる。

なお、権限のある機関・人物が行為者の行為を適法なものとみなすような態度をとり、それを行為者が信頼した場合には、もはや照会行為を通じて第三者の利益を尊重することを期待することは困難といえるため、このような状況下において行為者が疑念を払拭した場合、適切な機関・人物に対して照会を行った場合に準じた取扱いをすることが妥当である（例えば百円札模造サービス券事件はこのような観点から免責される）。

(3) 違法性に関する疑念を払拭できない場合の取り扱い

違法性に関する疑念を払拭できない場合、期待可能性の欠如による免責を認めることが通例となっているが、これだけでは十分でない。すなわち、この解決策を単体で用いる場合、ある行為を差し控えることが行為者に期待できるか否かという観点のみによって責任の有無が判定されることになり、行為者の主観における行為の違法性の把握のあり方が考慮されなくなってしまうという問題がある。この点を踏まえると、行為者が違法性の錯誤に陥っているか否かを評価するために、行為者の認識のみに着目するだけでなく、行為者の意思をも考慮に入れた解決の可能性を探る必要性がある。

あり得る考え方は、行為者が有効な法律への違反を甘受しない限り、回避不可能な禁止の錯誤をなお肯定する余地があるというものである。これによれば、従来「未必的違法性の意識を有する場合」として位置づけられていた事案についても、行為者による違反の甘受が認められない限り、違法性の錯誤の事例として位置付けられることになる。しかも、行為者が適切な照会行為に出ていたにも拘らず結果的に違法と評価された場合には、自らの行為の違法性を認識するための検討の契機が欠けることになることから、当該行為者は違法性の意識の可能性の不存在を理由として免責されることになる。

以上