

早稲田大学審査学位論文（博士）

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

目 次

序	1
第1節 議論の背景	1
第1款 経済刑法における自由保障及び適正処罰の要請	1
第2款 立法及び解釈における2つの要請の反映	3
第2節 従来の議論の状況と残された課題	5
第1款 経済刑法一般のあるべき姿を検討する必要性	5
第2款 経済刑法における刑罰法規の明確性の意義	5
第3款 事実の錯誤と違法性の錯誤の区別の基準	7
第4款 違法性の錯誤による免責の可能性と照会行為の意義	7
第3節 本稿の構成	9
第1部 経済刑法における刑罰法規の明確性	
課題設定	10
第1節 明確性の原則のあり方に関する伝統的理解への批判的見方	10
第2節 漠然とした文言の使用傾向	10
第1款 漠然とした文言の使用例	10
第2款 漠然とした文言を使用することの問題点	12
第3節 ドイツにおける問題状況	14
第1款 漠然とした文言の使用例	14
第2款 社会状況の変化による明確性の原則への影響	15
1 社会状況の変化	15
2 明確性の原則との緊張関係	16
(1) 著しく規範的な文言の使用	16
(2) 規範内容の委任	17
3 明確性の原則の実効性に対する懸念	18
第4節 アメリカにおける問題状況	19
第1款 ドイツ及び我が国と異なる法理の確立	19
第2款 漠然とした文言の使用例	20
第3款 経済刑法における特殊性	21
1 明確性を確保することの困難性	21
2 困難の背景事情	22
3 連邦議会及び規制当局による対応	22
第5節 各国の問題状況の共通点	24
第1章 我が国における明確性の原則を巡る議論の展開	25

第1節 明確性の原則の受容と定着.....	25
第1款 明確性の原則の受容.....	25
第2款 明確性の原則の定着.....	26
第2節 明確性の原則に関する議論の深化.....	28
第1款 アメリカ法及びドイツ法の影響.....	28
1 刑法の社会的機能の観点からの言及.....	28
2 明確性の原則の在り方それ自体を比較法的見地から検討する試み..	29
第2款 我が国の犯罪現象や実務の運用を踏まえた解決の模索.....	30
1 「現代型犯罪」論による言及.....	30
2 実質的犯罪論による言及.....	31
第3節 現代における明確性の原則に対する評価：インサイダー取引規制を例として.....	31
第1款 実務における評価及び商法学における評価.....	31
1 明確性の原則を厳格に捉えるべきとする評価.....	31
2 明確性の原則を緩和すべきとする評価.....	33
第2款 刑法学における評価.....	35
第2章 刑罰法規に明確性が要求される根拠.....	36
第1節 ドイツの議論.....	36
第1款 国家論的根拠.....	36
1 法治国家原理ないし政治的自由主義.....	36
2 民主制原理ないし権力分立.....	36
第2款 刑法的根拠.....	37
1 一般予防.....	37
2 責任主義.....	38
3 法適用の容易性.....	38
第2節 アメリカの議論.....	38
第1款 公正な告知.....	39
第2款 恣意的な法執行の防止.....	40
第3節 刑罰法規に一定の明確性が要求される根拠の再検討.....	40
第3章 刑罰法規に要求される明確性の程度に関する判断基準.....	41
第1節 ドイツの議論.....	41
第1款 刑罰の重さに比例した明確性を要求する見解（判例）.....	41
第2款 国民の予測可能性を重視する見解.....	41
第3款 利益の衡量に基準を求める見解.....	42
第4款 量的な基準によって明確性の充足の有無を判断する見解.....	43
第5款 恣意的な解釈の防止を重視する見解.....	43

第2節	アメリカの議論	44
第1款	通常の知性の者に読み取れる程度の明確性	44
第2款	刑罰法規の不明確性に起因する問題を解消するための手段	45
1	不明確性判断を回避するための手段	45
(1)	合憲限定解釈	45
(2)	主観的要件の導入	46
(3)	制定法の中核部分の明示	46
2	経済刑法における自由保障のための制度的対応	46
(1)	規則及びガイドラインの整備	47
(2)	民事制裁金に関するルールの形成	47
3	ノーアクション・レターの発出	49
第3款	刑罰法規それ自体の明確性に着目する必要性	50
第3節	判断基準の再検討	51
第1款	刑法の行為規範性の反映	51
1	明確性の判断対象	51
2	明確性の判断基準となる主体	52
第2款	刑法の裁判規範性の反映	52
第3款	委任による明確化の限界	53
1	命令及び規則	53
2	ガイドライン	54
3	通達	54
第4款	具体的適用	55
1	「私的独占又は不当な取引制限」(独占禁止法3条)	55
2	「不正の手段」(銀行法61条2号)	55
3	包括条項(金商法166条2項4号)	55
4	「不正の手段、計画又は技巧」(金融商品取引法157条1項)	56
第4章	適用領域による差異	58
第1節	規制対象による差異	58
第2節	制裁手段による差異	59
第2部 経済刑法における事実の錯誤と違法性の錯誤		
課題設定		61
第1節	経済刑法における禁止対象を認識することの困難性	61
第2節	刑罰法規の明確性による自由保障の限界：錯誤による免責の必要性	61
第1章	構成要件該当事実の意味の認識	64
第1節	意味の認識不要説の批判的検討	64

第 1 款	構成要件と責任の混同の懸念	64
第 2 款	必要な処罰が困難となる懸念と故意の類別機能論	65
第 3 款	意味の認識の必要性	66
第 2 節	意味の認識の限定的要求	67
第 1 款	現実の意味の認識までは不要とする見解	67
第 2 款	「法的概念・専門用語の翻訳」論	68
第 3 節	いわゆる素人的認識	70
第 1 款	素人領域における平行評価の基準の論拠とその帰結	70
第 2 款	検討	71
1	構成要件要素の一般的理解が成立していない場合における刑事政策上の問題	71
2	適用可能領域の限界	72
3	行為者本人の能力からの乖離による責任主義との抵触	72
第 3 款	行為者本人の能力を基にした解決の必要性	73
第 4 節	行為者に求められる認識内容	73
第 1 款	社会的有害性の認識	73
第 2 款	刑罰法規に含まれる基本決定の認識	74
1	犯罪の構成要素の認識への着目	74
2	「素人領域における平行評価」の基準に対する優位性	75
3	例外的事情の考慮	75
(1)	専門知識に基づく規制対象についての認識	75
(2)	白地刑罰法規の特殊性	76
第 2 章	白地刑罰法規の特殊性	77
第 1 節	通説的見解	77
第 1 款	通説的見解の判断	77
第 2 款	通説的見解における特殊な考慮と特別規定による解決	79
第 3 款	通説的見解への疑問	81
第 2 節	故意の対象に補充規範を含める見解	82
第 1 款	規範的見地から故意の存否を判断する見解	82
第 2 款	具体的禁止の錯誤と抽象的禁止の錯誤の区別基準による見解	82
第 3 款	指示領域に関する錯誤に特別な位置づけを与える見解	83
第 4 款	白地刑罰法規の錯誤において故意説を部分的に適用する見解	85
第 3 節	補充規範の認識の必要性	86
第 3 章	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	87
第 1 節	判断基準の再構築	87
第 1 款	事実の錯誤	87

1 事実の自然的側面に関する認識の錯誤.....	87
2 事実の評価的側面に関する認識の錯誤.....	87
3 補充規範に関する認識の錯誤.....	87
第2款 違法性の錯誤.....	88
第2節 具体的事案の解決.....	88
第1款 事実の自然的側面についての認識が問題となる場合.....	88
第2款 事実の評価的側面についての認識が問題となる場合.....	89
第3款 補充規範についての認識が問題となる場合.....	89
第4款 刑法規範についての認識が問題となる場合.....	90

第3部 違法性の錯誤と照会行為

課題設定.....	91
第1章 ビジネス実務及び裁判実務における照会行為の取り扱い.....	94
第1節 照会の機会の保障のあり方.....	94
第1款 我が国の照会制度.....	94
1 ノーアクションレター制度.....	94
2 一般的な法令解釈に係る書面照会手続.....	95
3 グレーゾーン解消制度.....	96
第2款 照会制度の社会的意義.....	96
第3款 照会制度の運用実態.....	97
第4款 小括.....	98
第2節 判例における照会行為の評価.....	99
第1款 初期の判例：違法性の意識を不要とする立場の反映.....	99
第2款 違法性の錯誤の「相当の理由」への注目と照会行為への言及.....	100
1 違法性の意識不要説の見直し.....	100
2 照会行為への言及.....	101
第3款 下級審判例における適切な照会行為の要求傾向.....	102
1 適切な照会行為の不存在に言及しつつ免責を否定したもの.....	102
2 照会行為による免責を肯定したもの.....	103
第4款 我が国の判例に残された課題.....	105
第2章 違法性の錯誤における照会行為の位置づけ.....	107
第1節 照会行為に独自の意義を認めない見解.....	107
第1款 違法性の意識と犯罪事実の認識の一体的把握.....	107
第2款 実行行為以前の事情を実行行為時の事情として捉え直す試み.....	109
第3款 国家の側の非難可能性に反映し得る範囲で照会行為を限定的に考慮する見解.....	110

第 4 款	照会行為に独自の意義を認める必要性	113
第 2 節	照会行為を義務として捉える見解	114
第 1 款	法共同体の一員としての責任	114
第 2 款	生活領域論	116
第 3 款	規範的責任概念の援用	117
1	侵害回避義務論	118
2	法益侵害の重大性の考慮	120
第 4 款	禁止の錯誤における不法の前提としての義務違反性	120
第 5 款	照会義務論の不当性	123
第 3 節	照会行為を責務として捉える見解	125
第 1 款	禁止の錯誤における予防的考慮と行状責任論による正当化の試み	125
第 2 款	法的忠誠の要請と引受過失論による正当化の試み	126
第 3 款	規範の安定化の要請	128
第 4 款	市民間における利益の相互尊重の要請	129
第 3 章	違法性の意識の可能性の判断	132
第 1 節	違法性の錯誤が生じる場面の類型化	132
第 1 款	基礎的錯誤と処分可能な領域の錯誤の区分	132
第 2 款	中核領域と周辺領域の区分	132
第 3 款	専門的な活動領域とその他の領域	134
第 4 款	内面化を期待し得る規範とその他の規範	137
第 5 款	違法性の錯誤を一元的に評価する必要性	137
第 2 節	照会の契機	138
第 1 款	従来 of 契機説の意義	138
第 2 款	契機が認められる条件	139
1	禁止に対する疑念	139
2	自らの行為が規制領域にあることの認識	140
3	自らの行為の反社会性ないし侵害性の認識	140
4	自らの行為の反道徳性の認識	141
5	構成要件該当行為の予見	141
第 3 款	照会の懈怠と禁止の錯誤との間の仮定的因果関係	142
1	仮定的因果関係の必要性	142
2	反対説の検証	142
3	仮定的因果関係の判断基底	143
第 3 節	適切な照会行為及び照会に準じる事情	144
第 1 款	照会の相手方	144
1	公的機関	144

2 私人	145
第2款 判断の根拠となる情報.....	146
第3款 濫用的になされた照会行為の取り扱い	146
第4款 情報提供の形式.....	147
第5款 照会に準じて考慮し得る事情	148
第4節 事例の解決	149
第1款 免責を肯定し得る事例.....	149
1 百円札模造サービス券事件（最決昭和62年7月16日刑集41巻5号237頁）	149
2 電波法違反事件（東京高判平成元年3月27日高刑速報（平1）号67頁）	150
3 商標法違反事件（名古屋高判平成25年1月29日、公刊物未登載）	150
4 拳銃部品輸入事件（大阪高判平成21年1月20日判タ1300号302頁）	150
5 虚偽専門意見書事例.....	150
第2款 免責を肯定し得ない事例	151
1 商標法違反事件（大阪高判昭和63年9月20日高刑速報（昭和63）号99頁）	151
2 包丁式事件（東京高判平成5年6月4日高刑速報（平5）号155頁）	151
3 医師法違反事件（東京地判平成14年10月30日判時1816号164頁）	151
第4章 違法性に関する疑念を払拭し得ない場合の取り扱い	152
第1節 違法性に関する疑念を払拭し得ない場合の取り扱いを論じる意義.....	152
第2節 伝統的理解（否定説）の根拠と帰結	153
第3節 責任阻却・減少効果を根拠づける論拠の検証	153
第1款 市民の自由に対する過度な制限（萎縮効果）	153
1 責任阻却・減少効果を認めない場合の帰結	153
2 第三者の利益を援用することへの疑問.....	154
3 違法性の疑念を完全に払拭することの非現実性	155
第2款 公正な刑罰の要請	156
第3款 責任主義との抵触	156
第4款 各論拠の検証を通じて得られる示唆	157
第4節 解決策の検討	159
第1款 禁止の錯誤と位置付けることによる解決策	159
1 ドイツ刑法第17条直接適用説	159

2	ドイツ刑法第 17 条類推適用説	159
第 2 款	期待可能性論による解決策	160
1	期待可能性論による解決の採用可能性	160
2	期待可能性の欠如による免責の要件	161
3	期待可能性論による解決策の限界	162
第 3 款	違法性の意識の再定義を通じた解決策	162
1	違法性の意識の意思的側面の承認と禁止を命じるための理由づけの考慮	162
2	反対説の論拠の批判的検証	163
(1)	故意と違法性の意識の基準の同一性	164
(2)	法規範と意思の関係	164
第 4 款	2 つの解決策の併用可能性	165
第 5 款	具体的事例の解決	165
1	不確定な状況下における業務継続事例	165
2	警察官の指示に従った無申請での運転事例	166
3	相互に排他的な 2 つの義務の可能性を認識している事例	166
4	違法性を阻却する緊急状態について疑念を有している事例	167
終章		168
第 1 節	本稿の結論	168
第 1 款	刑罰法規の明確性	168
1	明確性を要求する根拠	168
2	明確性の判断基準	168
3	適用領域による差異	169
第 2 款	経済刑法における事実の錯誤と違法性の錯誤	169
1	構成要件該当事実の意味の認識	169
2	白地刑罰法規の特殊性	170
3	適用	171
第 3 款	違法性の錯誤と照会行為	171
1	照会行為の意義	171
2	違法性の意識の可能性の判断基準	171
3	違法性に関する疑念を払拭できない場合の取り扱い	172
第 2 節	残された課題	172
参考文献一覧		173
1	日本語文献	173

2	ドイツ語文献.....	179
3	英語文献.....	183
4	フランス語文献.....	184

序

第1節 議論の背景

第1款 経済刑法における自由保障及び適正処罰の要請

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¹。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²。

経済刑法において自由保障が強く要請される背景には、以下の事情が存在すると考えられる。

第1に、意図せずに犯罪行為に出してしまう懸念が強いことが挙げられる。そもそも、経済刑法におけるルールは、社会において定着している倫理に支えられている訳では必ずしもない³。そして、経済刑法においては一定の政策的観点から新たに処罰範囲に加えられた

¹ 曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕』（2版、2005年）3頁参照。

² 近時、ドイツにおいてはこの問題に関連して、経済刑法における諸原則の意義と限界について盛んに議論が展開されている。Vgl. Cornelius Prittwitz, *Begrenzung des Wirtschaftsstrafrechts durch die Rechtsgutslehre, sowie die Grundsätze der ultima ratio, der Bestimmtheit der Tatbestände, des Schuldgrundsatzes, der Akzessorietät und der Subsidiarität*, Eberhard Kempf / Klaus Lüderssen / Klaus Volk, *Die Handlungsfreiheit des Unternehmers - Wirtschaftliche Perspektiven, Strafrechtliche und Ethische Schranken* (2009), S.53ff. (我が国における紹介として、拙稿「コーネリウス・プリトヴィッツ『法益論及び最終手段性原則、構成要件の明確性原則、責任原則、従属性原則、補充性原則を通じた経済刑法の制限』早稲田法学 88巻3号（2013年）281頁以下）。

³ 従来、このような特徴を有する犯罪類型は法定犯（*malum prohibitum*）と呼称され、法律の規定のあり方とは無関係に当然に反社会的とみなされる犯罪類型である自然犯（*malum in se*）と対置されてきた（牧野英一『刑法総論』（9版、1952年）325頁以下参照。See also, Stuart P. Green, *The Conceptual Utility of Malum prohibitum*, Vol. 55, Issue 1, 2016, p. 33 et seq.）。現在の我が国では、両者の区別は相対的だという理解が有力になっていると思われるものの、両者の性質の差異がもたらす解釈論上の影響については、なお検証が必要であるように思われる（重井輝忠「違法性の意識における重層構造—一百円札

行為⁴の可罰性がしばしば問題となることから、ある行為が刑罰法規によって禁止されているということ自体を認識しないまま、違法行為に出るという事態が生じやすい。また、可罰的な行為とそうでない行為との境界が不明確になりがちでもあることから、適法行為であると誤信しながら違法行為に出るという事態も生じやすい。

第 2 に、経済犯罪の処罰が広い範囲で経済活動に対する委縮効果をもたらし得るということが挙げられる。経済活動はそれ自体が社会的に有用なものであり、同様の行為が広く行われていることが通例である。したがって、経済活動の一環としてなされるある行為の処罰がなされれば、類似の行為を差し控えるという対応が広くとられることが想定される。しかし、本来必要であった範囲を超えた処罰によってこのような結果が招かれるとすれば、それは経済活動の自由を保障するという観点から決して望ましいものではない。

一方、経済刑法において適正処罰が強く要請される背景には、以下の事情が存在すると考えられる。

第 1 に、経済犯罪は社会に対して多大な影響を与え得るということが挙げられる。経済犯罪を構成し得る経済活動は組織的になされたり大規模になされたりすることが多く、多大な資金の移動が伴う場合も少なくない。とりわけ現代においては、情報通信技術が向上したことや高度な工学的知見に基づく金融商品の組成がなされるようになったこと等を背景として、特定の経済主体（金融機関等）による活動が及ぼす影響が大規模に波及し得る状況にある。

第 2 に、脱法行為が生じやすいということが挙げられる。経済取引のあり方は時代の進展とともに複雑化し、新たな取引類型が次々に登場する。また、複数の法人の行為や複数の商品の活用を介することにより、実質的には違法とも評価され得る効果を得る余地が生

模造事件を素材として—阪大法学 49 卷 2 号（1999 年）623 頁以下参照）。

⁴ これに該当する典型例として、独占禁止法上の不当な取引制限の罪（独占禁止法 89 条、3 条）が挙げられよう。これは、そもそも独占禁止法自体が「公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め」ることを目的としているが、当該目的は必ずしも普遍性を有するものではない（すなわち、そもそも競争の制限を直ちに違法視する政策判断の妥当性は自明ではない）という点に基づいている。同様に、租税法（所得税法、法人税法、物品税法等）上の各種犯罪（逋脱犯や単純無申告罪等）もこれに該当しよう。

また、一定の制度を前提として犯罪類型が設定されている場合もこれに該当する。例えば、不正の手段等の罪（金融商品取引法 197 条 1 項 5 号、157 条 1 項）やインサイダー取引罪（同法 197 条 1 項 13 号、166 条）、未公開情報伝達・取引推奨の罪（同法 197 条 1 項 14 号、同 15 号、167 条の 2）、相場操縦の罪（同法 197 条 1 項 5 号、159 条）、虚偽有価証券報告書提出罪（同法 197 条 1 項 1 号）といった金融商品取引法上の各種犯罪もこれに該当するが、いずれも「有価証券の発行及び金融商品等の取引等を公正にし、有価証券の流通を円滑にするほか、資本市場の機能の十全な發揮による金融商品等の公正な価格形成等を図」るという一定の政策目的の下に各種制度が存在していることが前提となっている。同様に、知的財産制度の存在を前提とした、知的財産（特許権等）に対する各種侵害罪もこれと同様に位置づけることが可能であろう。

じ得る。本来、これらは規制の趣旨に照らせば禁止されるべきものであることから、適正な処罰が要請されることになる。

第3に、規制枠組みの国際的な調和⁵が強く要請される場面があるということが挙げられる。とりわけ、複数の法域を超えた取引を規制する必要性がある領域（たとえばインサイダー取引規制やマネーロンダリング規制等）においては、特定の法域における規制のあり方が適正な処罰を可能とする国際水準を満たさない場合、当該法域が国際的な規制の抜け穴を用意することにもなりかねない。

第2款 立法及び解釈における2つの要請の反映

以上のような自由保障と適正処罰という2つの要請を満たすため、経済刑法の立法及び解釈にはいくつかの特徴が見られる。

第1に、構成要件要素として規範的要素が導入されていることが挙げられる⁶。これは、経済活動の実効的な規制を行うため、立法者は単に自然的事実を想定するのみでは足りず、一定の評価を伴う状況を想定する必要があることによる。すなわち、一方で規範的要素を含めることにより、事実的な要素のみに着目し、形式的な構成要件を設定するのでは十分に捕捉し得ない事態（脱法行為の発生等）に対処すること（過少規制の回避）が可能になり、他方、規範的要素を満たさないことを理由として必要以上の規制を行わないようにすること（過剰規制の回避）も可能になるのである。

第2に、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）が挙げられる⁷。これは、法律の目的に照らし、全ての国民を規制対象とすることが不適切あるいは不可能であり、一定の範囲の名宛人に規制対象を限定しなければならないということによる。このような性質を有する犯罪類型においては、一定の知識や資格等を有する規制対象者群を想定することが可能になり、国民一般を対象とする場合よりも高度な判断能力や対応能力を要求する余地が生じることになる。

第3に、他の規範への参照を予定している点も挙げられよう（白地刑罰法規）⁸。これは、

⁵ 刑法における国際的な規制の調和の動きについて論じるものとして、松原英世『刑事制度の周縁—刑事制度のあり方を探る』（2014年）149頁以下。

⁶ 例えば、取引制限の「不当性」を要求している不当な取引制限の罪（前出）や、手段の「不正性」を要求している不正の手段等の罪（前出）、把握している事実が「投資者の投資判断に著しい影響を及ぼすもの」であることを要求しているインサイダー取引罪（および未公開情報伝達・取引推奨の罪（いずれも前出）等がこれに該当する。

⁷ 例えば、上場企業や投資家等を規制対象とする金融商品取引法上の各種犯罪（前出）やその他の各種業法（銀行法、貸金業法、資金決済法、保険業法等）上の犯罪等が挙げられる。

⁸ 例えば、外国公務員等に対する不正利益供与罪（不正競争防止法21条2項7号、18条2項3号）や違法取引罪（外国為替及び外国貿易法69条の6第1項1号等）、違法貨物輸出罪（同2号等）等が挙げられる。

法律の改正を待っているだけでは迅速な対応が困難になったり、専門的ないし技術的な事項につき規則等に内容の委任を行うことが適切と考えられたりすることによる。なお、同じ法律における他の規定⁹や他の法律の規定¹⁰を参照している場合があるが、これらはいずれも刑罰法規が他の規定を参照している点で、白地刑罰法規と同様の位置づけを与える余地がある¹¹。また、明文での指示はないものの、法律以外の規範を参照している例¹²もあることにも注意を要する。このような性質を有する犯罪類型においては、規則等に含まれる事項（補充規定ないし補充規範）に対する認識が十分になされないことがあり得よう。

第4に、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点が挙げられる¹³。これは、いわゆる間接罰形式を採っている犯罪類型において見られるものであり、専門的判断が可能な行政庁の命令の発出及び当該命令への違反を前提として犯罪の成立を肯定することにより、過剰な規制を回避するとともに、機動的な対応を図るべきことによる。このような性質を有する犯罪類型においては、行政庁の命令に対する違反の存在や内容について、認識が十分になされないことがあり得る。

第5に、公的照会制度が準備されていることが挙げられる。これは、経済刑法において適法行為と違法行為の限界が不明確になりがちであることを踏まえ、法令を所管する行政機関が一定の回答を行うことにより、事業者の経済活動に対する萎縮効果が生じるのを回避することを目的とするものである。

⁹ 例えば、不当な取引制限の罪（前出）やインサイダー取引罪（前出）、未公開情報伝達・取引推奨の罪（前出）等は同じ法律における他の規定を参照している。

¹⁰ 例えば、「任務」に背くことを要件とし、民法や会社法を参照している特別背任罪（会社法960条、961条）は他の法律の規定を参照している。

¹¹ 増田豊『語用論的意味理論と法解釈方法論』（2008年）453頁参照。

¹² 例えば、「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」（会社法431条）からの逸脱という要件において、各種会計原則・会計指針・通達を参照している虚偽有価証券報告書提出罪（前出）等がこれに該当する。

¹³ たとえば、紙幣類似証券取締法上の命令違反罪（同法3条）、金融業者の貸付業務のための社債の発行等に関する法律上の命令違反罪（同法19条）、企業再建整備法上の各種命令違反罪（同法56条5項、57条1項、58条、60条4項、同条11項）、鉄道事業法上の各種命令違反罪（同法609条4号、70条4号、同条8号、同条11号）、貨物自動車運送事業法上の各種命令違反罪（同法71条1項、72条2項、76条1項、79条3号）、遊漁船業の適正化に関する法律上の各種命令違反罪（同法29条、30条3号）、電気事業法上の各種命令違反罪（同法107条の2第4号、107条の3、108条1号、同条6号、109条7号、同条8号）などが挙げられる。なお、刑法典においてこれに該当する唯一の犯罪として、中立命令違反の罪（刑法94条）がある。

第2節 従来の議論の状況と残された課題

第1款 経済刑法一般のあるべき姿を検討する必要性

経済刑法が以上のような特殊性を有しているとはいえ、それがあくまでも刑法の1分野であること、すなわち経済「刑法」であることを等閑視してはならないであろう。すなわち、経済刑法においてどれほど特殊な要請が存在するといえども、刑法の一分野として正当化可能でなければならない。

従来から、この点を検討する試みは多くなされてきた。もっとも、それらは個別の犯罪類型を定める刑罰法規に関する各論的解釈を展開するものが多かったように思われる¹⁴。しかし、各論的検討にとどまらず、自由保障の要請と適正処罰の要請を踏まえた経済刑法一般のあるべき姿を検討することには、いわば「経済刑法総論」の発展に寄与するとともに、新たな犯罪類型の創設を検討する際の判断材料を提供することを可能とする点で意義があろう。このような観点から、いくつかの課題が導かれる。なお、以下で検討する課題は経済刑法における自由保障の要請と適正処罰の要請の調和に関する全ての論点を網羅するものではないものの、その中心的な内容を含んでいる。

第2款 経済刑法における刑罰法規の明確性の意義

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であろうか。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。

この問題に関連して、現在の我が国においては、罪刑法定主義の内容として、犯罪と刑罰の内容が予め議会の制定した法律に定められていなければならないという法律主義に加え、刑罰法規は明確な形で規定されなければならないという「明確性の原則 (Bestimmtheitsgrundsatz)」が判例・学説上、広範に承認を受けている¹⁵。この原則によれば、不明確な刑罰法規は無効と評価されることになる。とりわけ最高裁判所が徳島市

¹⁴ 近年の代表的なものとして、野村稔『経済刑法の論点』(2002年)、山口厚編『経済刑法』(2012年)、山田泰弘=伊東研祐編『会社法罰則の検証：会社法と刑事法のクロスオーバー』(2014年)、芝原邦爾=古田佑紀=佐伯仁志編著『経済刑法—実務と理論—』(2017年)がある。一方、経済刑法一般についての検討を加えるものとして、中山研一=斉藤豊治=神山敏雄編『経済刑法入門』(3版、1999年)、神山敏雄=斉藤豊治=浅田和茂=松宮孝明編『新経済刑法入門』(2008年)がある。

¹⁵ 萩原滋『実体的デュー・プロセスの理論』(1991年)20頁以下参照。Vgl. Ingo Bott/Paul Krell, Der Grundsatz „nulla poena sine lege“ im Lichte verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, ZJS 6/2010, S.694.

公安条例事件判決（最判昭和 50 年 9 月 10 日刑集 29 卷 8 号 489 頁）において刑罰法規の明確性の判断基準を示して以降、学説の多くもこれに従う態度を示すことになったことから、明確性の原則のあり方は比較的自明なものと捉えられてきたように思われる。

しかし、刑罰法規に一定の明確性が要求されるという原則のあり方には、決して再検討の余地がないわけではないように思われる。

そもそも、なぜ刑罰法規は明確でなければならないのであろうか。この点については従来、市民に対して明確に規範内容を伝えることによって自由を保障するという論拠（自由主義的論拠）と民主的に選出された議員によって構成される議会が刑罰法規の内容を明確に確定しなければならないという論拠（民主主義的論拠）が挙げられることが多かった。しかし、文字通り、市民に対する自由保障を根拠とするのであれば、一般市民にとって理解が困難な程度に専門的・技術的な内容が含まれる経済刑法の規定は、直ちに無効とされるべきであろうか。一方、民主主義ないし三権分立にその根拠を求めるのであれば、民主的正当性に支えられていない行政機関が定立した規範に内容を委ねている白地刑罰法規も、直ちに無効とされるべきであろうか。仮にこれらの帰結に疑念が生じるのであれば、従来挙げられてきた論拠の妥当性を再検討する余地があるように思われる。

この点と関連して、許容される明確性の下限はどのように設定されるべきであろうか。かつてモンテスキュー（Charles de Montesquieu）は「国家の裁判官は法の文言を述べる口（la bouche qui prononce les paroles de la loi）に過ぎない」と述べていた¹⁶。これは、立法府が有する刑罰法規の設定に関する能力を絶対視し、裁判官による法の解釈の余地を否定するものといえる。このような考え方によれば、裁判官による刑罰法規の解釈を要しないこと、すなわち一義的に明確な内容の刑罰法規の制定が不可欠となる。しかし、現在では刑法の領域においてさえ裁判官による法の形成が受け入れられている¹⁷ことから、このような考え方に従うことは困難であろう。そうであるとすれば、「刑罰法規が明確性を有しているか」ではなく、「刑罰法規の明確性の程度が要請されている基準を下回らないか」という形で問いが立てられるべきである。そして、この点について最高裁が「ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法 31 条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによつてこれを決定すべきである」（最判昭和 50 年 9 月 10 日刑集 29 卷 8 号 489 頁）と判示しているが、投資家や企業といった限られた経済主体に適用される経済刑法においても、そのままの形でこの基準が妥当するの否かは自明とは言えないであろう。

また、政策的見地から一定の違反行為が犯罪と定められたり、伝統的には不処罰とされた行為が処罰対象とされたりする経済刑法との関係では、規制対象の差異（自然犯と法定

¹⁶ Charles de Montesquieu, *De l'Esprit des Lois* (1777), p.327.

¹⁷ 増田・前掲注（11）75 頁以下参照。

犯及び伝統的犯罪と現代型犯罪)によって刑罰法規に要請される明確性のあり方に影響が生じ得るのか否かも問題になろう。一方、違法な経済活動に対しては必ずしも常に刑罰による対応がなされる訳ではなく、課徴金による対応がなされることもあることから、制裁の種類(刑罰と課徴金)によって要請される明確性のあり方に影響が生じ得るのか否かも問題になろう。

このほか、刑罰法規の明確性を問うことの意義に対して疑念が向けられることがある¹⁸ことから、このような疑念に理由があるのか否かを検討する必要もあろう。

第3款 事実の錯誤と違法性の錯誤の区別の基準

次に、経済刑法においては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。

現在、事実の錯誤と違法性の錯誤の区別に関して経済犯罪の特殊性を考慮することによって問題を解決する理論は影をひそめており、全刑罰法規において統一的に当該問題を解決する方法論が大勢を占めているとの指摘がなされている¹⁹、もっとも、経済犯罪に一般の犯罪(殺人や窃盗等)と異なる特徴が見られる²⁰ことは否定できず、このような事情が錯誤の取り扱いに影響するのかという問題を検討することには一定の意味があろう。

例えば、規範的な要素が含まれる犯罪類型については、構成要件に該当する自然的事実を認識しただけでは、その実質が十分に理解し得ない場合がある。そこで、これまで、故意を認めるためには「意味の認識」を要求し、これを欠く場合には事実の錯誤となるという結論が広く支持されてきた。もっとも、このような理解に対しては疑問も提示されているところである。

また、白地刑罰法規の場合、刑罰法規の内容を補充する規範(補充規範)を認識しないまま違法行為に出る可能性があり、しかもそれは法律の改正を待たずに変更され得ることから、補充規範の存在や内容について認識していない場合の取り扱いを検討する必要がある。

第4款 違法性の錯誤による免責の可能性と照会行為の意義

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

¹⁸ 杉本一敏「誰にとっての『明確性』か?—罪刑法定主義が犯罪論において持つ意義についてのメモ—」法の理論 28号(2008年)140頁。Vgl. Thomas Rotsch, Der lange Abschied vom Bestimmtheitsgrundsatz, ZJS 2/2008, S. 132ff.

¹⁹ 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)659頁。

²⁰ なお、以下で挙げる特徴はあくまで経済犯罪においてしばしば見られる点であるに過ぎず、必ずしも全ての経済犯罪に共通する訳ではない。

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。すなわち、違法性の錯誤による免責の可能性の問題である。

我が国の最高裁は違法性の錯誤を理由とした免責を正面から認めていないものの、学説においては厳格故意説ないしこれに類似する立場から故意を否定する余地が肯定されてきた²¹ほか、違法性の意識可能性説（制限故意説、責任説及びこれらに類似する見解）の立場からも原則として違法性の意識の可能性を欠くものとして故意の否定²²ないし責任の否定に結びつく²³と解されることが通例であった。もっとも、その基準についてはなお争われているため、どのような基準が妥当であるかを検討する必要がある。

また、この点を明らかにする前提として、刑法において照会行為が有する意義を明らかにする必要もあろう。というのは、照会行為は必然的に実行行為に先立ってなされるものであることから、これを犯罪の成否の検討に際して考慮に入れることができるとは直ちには言えないからである。

そして、照会行為との関係では、違法性の疑念を払拭できない場合の刑法上の取り扱いを検討する必要もあろう。この点について我が国の学説は期待可能性の欠如の観点に注目してきた²⁴が、ドイツにおいてはこれと異なる解決策が提示されていることから、さらなる検討が必要となる。

²¹ 石井徹哉「責任判断としての違法性の意識の可能性」早稲田法学会誌 44 卷（1994 年）73 頁、中山研一『違法性の錯誤の実体』（2008 年）71 頁等。

²² 清水真「事前法令照会制度と経済刑法犯における違法性の錯誤」東亜法学 8 号（2003 年）13-14 頁。

²³ 井田良『講義刑法学・総論』（2008 年）379 頁以下、一原亜貴子「違法性の錯誤と負担の分配（2・完）」関西大学法学論集 54 卷 1 号（2004 年）110 頁、伊東研祐『刑法総論』（2008 年）262 頁、大谷實『刑法講義総論』（新版 3 版、2009 年）352 頁、川田泰之「禁止の錯誤と法的照会」法学研究論集 39 号（2013 年）133 頁、川端博『刑法総論講義』（3 版、2013 年）454 頁、斎野彦弥『故意概念の再構成』（1995 年）216 頁、佐伯仁志『制裁論』（2009 年）49 頁、佐久間修『刑法総論』（2009 年）300 頁、菅沼真也子「違法性の意識に関するわが国の判例の状況」中央大学大学院研究年報（法学研究科篇）41 号（2011 年）140 頁、鈴木茂嗣『刑法総論〔犯罪論〕』（2001 年）125 頁、専田泰孝「公権力の不適切な対応と違法性の錯誤—大阪高判平成 21.1.20 をめぐって—」岡山大学法学会雑誌 62 卷 2 号（2012 年）148 頁、曾根・前掲注（1）221 頁、高山佳奈子『故意と違法性の意識』（1999 年）348 頁、内藤謙『刑法講義総論（下 1）』（1991 年）1040 頁、西田典之『刑法総論』（2 版、2010 年）246 頁、野崎和義「法の実定性と禁止の錯誤—法システム論的視座からの一試論—」ホセ・ヨンパルト＝三島淑臣編『法の理論 10』（1990 年）201 頁、林幹人『刑法総論』（2 版、2008 年）314 頁、福田平『違法性の錯誤』（1960 年）216-217 頁、松原久利『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』（2006 年）140 頁、松原芳博『刑法総論』（2 版、2017 年）274 頁、安田拓人「責任の理論」伊藤涉ほか編『アクチュアル刑法総論』（2005 年）240 頁、山口厚『刑法総論』（3 版、2016 年）250 頁、山中敬一『刑法総論』（3 版、2015 年）711 頁等。

²⁴ 松原久利「未必的違法性の意識—違法性の意識の可能性と期待可能性に関連して—」同志社法學 56 卷 6 号（2005 年）685 頁、高山・前掲注（23）374 頁。

第3節 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。

第1部 経済刑法における刑罰法規の明確性

課題設定

第1節 明確性の原則のあり方に関する伝統的理解への批判的見方

行為者に対して自由保障を図る観点から刑罰法規には一定の明確性が必要であると理解され、我が国においてはこの点を規制するものとして、明確性の原則が広く受け入れられていることは既に述べたとおりである。

もともと、近時、明確性の原則のあり方について再考を要するとする見方も有力となっている。

まず、判例や通説が示している明確性の判断基準に対して、批判的に見る立場が現れている。この立場は、刑法が規制対象者に対して行動規範を提示する機能を有していることを反映して、立法者には規制対象者群（たとえば、インサイダー取引規制においては、証券取引を行う投資家）を想定することが許容され、これらにとって行為規範が読み取れる程度に刑罰法規の明確性が保たれていれば、仮に国民一般にとっては行為規範を読み取ることが困難であっても、明確性の原則に違反することはないとするものである²⁵。

また、明確性の原則がどの範囲において妥当するのかという問題も提起されている。しばしば「刑罰法規明確性の理論」と呼称されてきたことからわかるように、明確性の理論が適用されるのは刑罰法規（刑罰に関する規定）に限られるという理解がかつては一般的であったように思われるが、近年、同理論は行政制裁に関する規定にも適用があるとする見解が有力に主張されているのである²⁶。

さらに、この明確性の原則が現実に有効な立法規制機能を果たし得るのかという点について、批判的に見る余地がある。というのは、後に見る通り、近時では特に経済刑法の領域において、相当程度漠然とした文言が用いられる例がしばしば見受けられるためである。

第2節 漠然とした文言の使用傾向

第1款 漠然とした文言の使用例

現行の経済刑法において用いられている明確性の程度が低い規定は、次のように類型化することができよう。

²⁵ 仲道祐樹「行動準則としての刑法と罪刑法定主義」高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門』（2014年）262頁。

²⁶ 佐伯仁志『制裁論』（2009年）18頁。

第 1 は行為態様に関する包括的な規定であり、「不正の手段、計画又は技巧」（金融商品取引法 157 条 1 項）、「私的独占又は不当な取引制限」（独占禁止法 3 条）等がこれに該当する。なお、行為態様を特定しない脱法禁止規定もこのタイプの 1 つに数逢えることが可能であろう。例えば、「いかなる名義をもつてするかを問わず、また、いかなる方法をもつてするかを問わず、〔中略〕禁止を免れる行為」（出資法 8 条 1 項、2 項、3 項 2 号、）等がこれに該当する。

第 2 は行為態様に関する受皿的な規定であり、「有価証券の募集、売出し若しくは売買その他の取引」（金商法 158 条）、「有価証券の売買その他の取引」（同 197 条 2 項）、「上場商品構成物品又は上場商品指数対象物品の売買その他の取引」（商品先物取引法 106 条 6 号）等がこれに該当する。

第 3 は白地刑罰法規であり、「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」（会社法 431 条）、「百分の二十を下回らない範囲内において政令で定める数値」（独禁法 10 条 2 項）等がこれに該当する。

これらはいずれも、我が国の規定のあり方として既に定着するに至っており、白地刑罰法規について法律主義との関係で疑義が呈されることがある²⁷のを除けば、正面から批判が向けられることはあまりない。

一方、近年、高度に評価的な内容を含む受皿の規定も用いられており、この規定の評価に注目が集まっている。具体的には「当該上場会社等の運営、業務又は財産に関する重要な事実であつて投資者の投資判断に著しい影響を及ぼすもの」（金商法 166 条 2 項 4 号）がこれに該当する。当該規定は金融商品取引法におけるインサイダー取引の禁止に係るものであり、その条文は以下の通りとなっている〔一部抜粋、下線は筆者〕。

第 166 条 次の各号に掲げる者〔中略〕であつて、上場会社等に係る業務等に関する重要事実〔中略〕を当該各号に定めるところにより知つたものは、当該業務等に関する重要事実の公表がされた後でなければ、当該上場会社等の特定有価証券等に係る売買その他の有償の譲渡若しくは譲受け又はデリバティブ取引〔中略〕をしてはならない。当該上場会社等に係る業務等に関する重要事実を次の各号に定めるところにより知つた会社関係者であつて、当該各号に掲げる会社関係者でなくなつた後一年以内のものについても、同様とする。

一～五〔中略〕

2 前項に規定する業務等に関する重要事実とは、次に掲げる事実〔中略〕をいう。

一 当該上場会社等の業務執行を決定する機関が次に掲げる事項を行うことについての決定をしたこと又は当該機関が当該決定〔中略〕に係る事項を行わないことを決

²⁷ 白地規定の限界を検討する近年の論稿として、たとえば、松宮孝明「白地刑罰法規の規範補充を私人に委ねることと罪刑法定の原則」立命館法学 321・322 号（2008 年）171 頁以下、同「罪刑法定の原則と刑法の解釈」立命館法学 332 号（2010 年）174 頁以下。

- 定したこと。
- イ～ヨ〔中略〕
- 二 当該上場会社等に次に掲げる事実が発生したこと。
- イ～ニ〔中略〕
- 三 当該上場会社等の売上高、経常利益若しくは純利益〔中略〕若しくは第一号トに規定する配当又は当該上場会社等の属する企業集団の売上高等について、公表がされた直近の予想値〔中略〕に比較して当該上場会社等が新たに算出した予想値又は当事業年度の決算において差異〔中略〕が生じたこと。
- 四 前三号に掲げる事実を除き、当該上場会社等の運営、業務又は財産に関する重要な事実であつて投資者の投資判断に著しい影響を及ぼすもの
- 五～八〔後略〕

このように高度に評価的な内容を含む受皿的規定は一般に「包括条項（バスケット条項）」と呼称されている²⁸が、近時、このような規定が明確性の原則に抵触するのではないかという問題が提起されているのである²⁹。なお、前述の「不正の手段、計画又は技巧をすること」を禁止する規定（157条1項）が存在することにより、ある行為が仮にインサイダー取引に関する処罰規定（166条）に該当しないとしても、法が禁止する不正行為に該当するとして処罰の対象となる可能性が残ることになる。しかし、この条項は上述の包括条項よりもさらに広範な内容を含むものであり、より一層不明確な規定であることは否定できない。

第2款 漠然とした文言を使用することの問題点

前述の通り、規範的要素を導入するために漠然とした文言を使用することには一定の意義があることは疑いない³⁰。

²⁸ 現時点で包括条項が用いられることはそれほど多くないが、インサイダー取引規制以外に包括条項が用いられている例として、東京都薬物の濫用防止に関する条例が挙げられる（高山佳奈子「現代型刑罰法規と罪刑法定主義」城山英明=西川洋一編『法の再構築Ⅲ科学技術の発展と法』（2007年）73-74頁）。同条例は、規制の対象となる「薬物」として、具体的な事項を列挙すると共に「前各号に掲げるもののほか、これらと同等に、興奮、幻覚、陶酔その他これらに類する作用を人の精神に及ぼす物で、それを濫用することにより人の健康に被害が生じると認められるもの」を挙げている（2条7号）。

²⁹ 神山ほか編・前掲注（14）48-49頁〔嘉門優〕、松原・前掲注（23）17-18頁。また、実務家の立場から同趣旨の指摘を行うものとして、小林俊夫「内部者取引規制におけるいわゆるバスケット条項について」東京大学法科大学院ローレビュー3号（2008年）164頁。この観点に基づいた経済界からの法改正提案については、島崎憲明「インサイダー取引規制の明確化のための日本経団連の提言」商事法務1687号（2004年）30頁以下。

³⁰ 序第1節第2款。

しかし、著しく明確性を欠く文言が使用された場合、問題が生じることは避けられない。

まず、この場合、何が許容される行為であり、何が禁止の対象になる行為であるかが明確にならない以上、行為者の行動に萎縮効果をもたらす可能性が生じる。特に、企業活動に関する経済犯罪を念頭に置いた場合、風評リスクを強く考慮する企業においては些かでも違法と評価される可能性のある行為を行うことが抑制され³¹、経済合理性を有する事業活動を制約する可能性もある。一方、悪質な企業ほどこのようなリスクを軽視する傾向が強いことから、経済に悪影響のある反社会的行為を誘発することにもなりかねない。

また、投資家や企業といった行為者にとっては、自己の行為につき処罰がなされることについて納得感を得ることが難しくなる可能性がある。それにも拘らず、処罰を継続的に行うことを強行するのであれば、刑罰が有すべき公正性に対する信頼が揺らぐことにつながる恐れがある³²。

さらに、このような法規は検察官や裁判官に対しても必要な指針を十分に示すことができず、却って法の適用を謙抑的なものとさせてしまう恐れもある。刑罰法規が不明確なものであることは、ひいては刑法が適切な法益保護を果たすことを阻害するおそれさえあるといえよう。

もっとも、刑罰法規の明確性を問うことに対して、疑念が向けられることがある。すなわち、犯罪の成否の検討に際して行為態様が軽視される現象が殺人罪や詐欺罪等において既に広範に見られることから、刑罰法規の明確性を問題にすることにはもはや意味がないとする見方もなされているのである³³。また、ある刑罰法規が明確性の原則に違反することの意義をもっぱら構成要件該当性の不存在と違法性の意識の可能性の不存在に解消しようとする試みもなされている³⁴。

しかし、とりわけ経済刑法の領域において不明確な刑罰法規が上述の不都合をもたらす可能性があることに加え、社会倫理と結びつかない犯罪類型が問題となる場合には特に明確な規定の存在がなお要請されると考えられ、また、刑罰法規の明確性の欠如は個別の行為者のみならず市民一般の自由にも影響を与える以上、刑罰法規の明確性を問うことにはなお独自の意義があると考えべきであろう。

³¹ 経済産業省の調査は、我が国の企業においては市場リスクや信用リスクとともに、風評リスクが重要視されていることを示している（経済産業省『先進企業から学ぶ事業リスクマネジメント 実践テキスト』（2005年）147頁）。仮に刑事裁判を経て犯罪の成立が否定される蓋然性が高い状況（違法性の意識の可能性が否定される等の状況）にあったとしても、風評リスクを重視する企業であるほど、当該リスクを回避する措置をとる可能性が高いと考えられる。

³² 芝原邦爾『刑法の社会的機能—実体的デュー・プロセスの理論の提唱』（1973年）8頁。

³³ Rotsch, a.a.O. (Anm. 18), S. 132ff.

³⁴ 杉本・前掲注（18）140頁。

第3節 ドイツにおける問題状況

周知の通り、ドイツにおいては罪刑法定主義の派生原則として明確性の原則が伝統的に認められてきた³⁵。ナチス政権期には罪刑法定主義そのものに対して否定的な法思想が支配的となり、内容が著しく不明確な刑罰法規が多くみられた³⁶ものの、戦後のドイツにおいては、罪刑法定主義及びその派生原則である明確性の原則が当然の要請であると考えられるようになったのである。

もっとも、現行法を見ると、日本と同様に相当程度不明確と思われる文言が用いられている。また、ドイツでは社会状況の変化による明確性の原則への影響についても論じられている。ここで、これらの事情がもたらす問題状況を整理しておくことが有益であろう。

第1款 漠然とした文言の使用例

現行のドイツ経済刑法を概観すると、日本と同様、脱法行為の禁止等を目的として、ある程度漠然とした文言が使われている例が散見される³⁷。現行法において用いられている文言のうち、明確性の程度が低いものは、次のように類型化することができよう。

第1は行為態様に関する包括的な規定であり、「当該市場における競争に重大な影響を与える方法 (einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise)」(競争制限禁止法19条4項1号)³⁸等がこれに該当する。

第2は規制対象に関する包括的な規定であり、「一般に知られた場合には、内部証券の取引所価格又は市場価格に著しく影響を及ぼすもの (erheblich zu beeinflussen)」(証券取引法13条1項)等がこれに該当する。

第3は行為態様に関する受皿的な規定であり、「他人に推奨し、又はその他の方法で誘

³⁵ ドイツにおける明確性の原則の歴史を論じるものとして、Volker Krey, Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes „nullum crimen, nulla poena sine lege“(1983), S.1ff. このほか、ドイツ帝国成立以前における明確性の原則のあり方について論じる日本語文献として、足立昌勝『ドイツ諸国』における『罪刑法定主義』概念の歴史的検証」沢登俊雄＝光藤景皎編『刑事法学の歴史と課題』(1994年)187頁以下。

³⁶ そもそも、ナチス期の刑法典においては、罪刑法定主義に関する規定自体が削除されていた。罪刑法定主義に関する従来の規定に代わり、1935年刑法典2条1項は、「法律が可罰的なものと定めた行為又は刑罰法規の基本思想並びに健全な民族感情 (gesundem Volksempfinden) により刑罰に値すると考えられる行為をなした者は罰せられる。」と規定し、同2項は「行為に対して直接に規定する刑罰法規が存在しない場合、その行為に対して最も妥当する基本思想を持った法規によって罰せられる。」と規定していた。このような規定の下では、刑罰法規の明確性を論じる意義が失われてしまっていたといえよう。

³⁷ なお、我が国では刑罰の一種である罰金に相当する制裁が、ドイツにおいては秩序違反行為に対する過料によって行われていることもあることから、以下では「経済刑法」に過料に関する規定を含める場合がある。

³⁸ 但し、本規定は過料に関する規定である。

引すること」（証券取引法 14 条 1 項 3 号）、「買収、販売、その他の方法により」（証券取引法 21 条 1 項）、「圧力の行使、人間蔑視的な方法、又はその他の不適切な影響力を利用して」（不正競争防止法 4 条 1 号）等がこれに該当する〔下線は筆者、以下同様〕。

第 4 は規制対象に関する受皿的な規定であり、「法人、人的会社、その他の企業」（証券取引法 2 条 1 項 2 号）、「商品、運賃、排出権、気候又はその他の物理的変数、インフレーションや他のマクロ経済的変数、その他の資産価値」（証券取引法 2 条 2 項 2 号）等がこれに該当する。

第 5 は白地刑罰法規³⁹であり、「正規の簿記の諸原則（den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung）」⁴⁰（商法典 238 条 1 項）、「共同体法上の規則（gemeinschaftsrechtlicher Verordnungen）に基づき、〔中略〕消費者に伝達しないことが許されない情報」（不正競争防止法 5a 条 4 項）等がこれに該当する⁴¹。

文献を確認する限り、日本と同様、これらの規定が明確性の観点から問題とされることはあまりないようである。

第 2 款 社会状況の変化による明確性の原則への影響

1 社会状況の変化

現在に至り、明確性の原則のあり方は、自明なものとは必ずしも考えられていない⁴²。それは、社会状況に変化が生じたことにより、刑法のあり方も影響を受けたことによる。

³⁹ 経済刑法における白地刑罰法規の合憲性を論じるものとして、Bettina Enderle, *Blankettstrafgesetze: Verfassungs- und strafrechtliche Probleme von Wirtschaftsstraftatbeständen* (2000), S.1 ff.

⁴⁰ 「正規の簿記の諸原則」は、我が国における「公正なる会計慣行」（旧商法 32 条 2 項。現行法では「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」（会社法 431 条）とされている）に対応する概念である（太田善之「正規の簿記の諸原則と実現原則について」彦根論叢 269 号（1991 年）107 頁参照）。これは不明確な法概念であり、立法者はその充填を裁判官に白紙委任していると指摘されている。Vgl. Ulrich Leffson, *Die Grundsätze ordnungsmässiger Buchführung*, 7., rev. und erw. Aufl., 1987, S. 22f.

⁴¹ このほか、制裁の内容に関する不明確な規定も見られ、「過料は、企業又は企業連合における前営業年度の売上高の 10%を超えることはできない。」（競争制限禁止法 81 条 4 項 2 文）等がこれに該当する。

Vgl. Hauke Brettel / Stefan Thomas, *Unternehmensbußgeld, Bestimmtheitsgrundsatz und Schuldprinzip im novellierten deutschen Kartellrecht* ZWeR 2009, S.25 ff.

⁴² 例えばヴォルフガング・ナウケ (Wolfgang Naucke) は、1973 年時点において、刑罰法規が徐々に不明確なものとなってきていることを既に指摘していた。Vgl. Wolfgang Naucke, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht* (1973), S.3. また、ハンス・ヴェルツェルは、「法律なければ刑罰なしの原則 (Grundsatz nulla poena sine lege) に迫っている危機は、類推によるものではなく、むしろ不明確な刑法によるものである」と論じている。Vgl. Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. (1969), S.23.

ドイツにおける社会状況が変化した要因の第 1 は、経済社会が発展した点に求められる。これには、情報通信技術や金融工学の発展に伴い取引や商品が複雑化したことや、リスクを伴う企業活動が増大したことが含まれる。このような社会状況の変化によって、脱法行為の阻止や事前抑制の必要性が以前よりも高まることとなった⁴³。

第 2 は、ドイツが欧州連合に加盟していることである。周知の通り、欧州連合加盟国には、欧州規則を国内法化する義務が課されている⁴⁴。結果として、特に経済規制の分野において、刑罰法規の明確性を重視する伝統的なドイツ法とは異質な発想の規定が設けられる例が見受けられるようになったのである。

2 明確性の原則との緊張関係

このような社会状況の変化は、経済刑法の領域において、明確性の原則との間で以下のような緊張関係を生じさせることになった。

(1) 著しく規範的な文言の使用

第 1 は、著しく規範的な文言がしばしば使用されるようになったことである。これにあたるものとして、例えば、証券取引法 (*Gesetz über den Wertpapierhandel, WpHG*) におけるインサイダー取引に関する規定が挙げられる。同法 13 条においてはインサイダー情報 (*Insiderinformation*) の定義付けがなされている⁴⁵が、その内容は実質的な基準によるものとなっている。そもそも、ドイツにおいてはインサイダー取引が法律によって規制対象とされたのは 1994 年以降のことであり、それまでは取引所や証券業界の自主規制に委ねられていた。このような状況に変化が生じたのは、加盟各国にインサイダー取引規制の国内法化を義務付ける、「インサイダー取引の規定の調和に関する 1989 年 11 月 13 日委員会指令 (*Richtlinie 89/592/EWG des Rates vom 13. November 1989 zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insider- Geschäfte*)」が発出されたことが契機であった。当該指令は規制対象となるインサイダー情報について、個別具体的な要件の列挙ではなく、実質

⁴³ リスク社会と刑法の関係について論じるものとして、例えば、Cornelius Prittwitz, *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*(1993), S.1 ff.

⁴⁴ *Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der europäischen Union, Artikel 288, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Artikel 249.*

⁴⁵ 証券取引法 13 条 1 項は、インサイダー情報 (*Insiderinformation*) を「証券の発行者又は証券自体に関する一般に知られていない事情に関する具体的情報であって、それが一般に知られた場合には、内部証券の取引所価格又は市場価格に著しく影響を及ぼすもの」と定義している。このような実質的な観点からの定義づけは、我が国の金融商品取引法におけるインサイダー情報の定義規定が個別の具体的な事項の列挙となっているのとは対照的である。

的な定義付けを要求するものであり⁴⁶、それがドイツ法にも反映されることになったのである。このような事態が明確性の原則と抵触するのではないかという疑念は当然生じ得る。しかし、上記指令の国内法化を行うに際してドイツの立法者は構成要件の設定に関する裁量あまり与えられていなかったことから、明確性の問題が顕在化しなかったのではないかと指摘がなされている⁴⁷。

また、我が国の独占禁止法に相当する競争制限禁止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB）における市場支配的地位の濫用の禁止に関する規定もこれにあたる。同法 19 条 4 項 1 号は、正当な理由なく「当該市場における競争に重大な影響を与える方法」によって他の事業者の競争可能性を阻害する行為を禁止しているが、これに該当するか否かの判断は実質的な観点に基づいて行わざるを得ない。かつては監督官庁が市場支配的地位の濫用に対する禁止命令を行い、これに違反した場合に制裁が予定されていたのであるが、欧州連合設立条約（Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union）の規定⁴⁸に合わせ、1998 年の法改正によって市場支配的地位の濫用を直接禁止することになった⁴⁹のであり、これによって事業者が法規により禁止されている内容を適切に把握する必要性は従来よりも高まったといえよう。

（2）規範内容の委任

第 2 は、規範の内容がしばしば法律以外の文書に委任されるようになったことである。例えば、対外経済法（Außenwirtschaftsgesetz, AWG）は対外経済取引の原則的自由化とその例外（兵器の輸出入等）を定めているが、例外的に取引が制限される場合の条件は各種行政文書（欧州連合が公表する文書等）に依拠している⁵⁰。また、証券取引法における相場

⁴⁶ インサイダー取引の規定の調和に関する 1989 年 11 月 13 日委員会指令第 1 条 1 号は、「インサイダー情報」を、「公表されていない正確な情報であり、金融商品の発行者もしくは金融商品に直接又は間接に関連しているもので、かつ、公表された場合には、当該金融商品又は関連するデリバティブの価格に著しい影響を及ぼす可能性があるもの」と定義づけている。

⁴⁷ 川口恭弘＝前田雅弘＝川濱昇＝洲崎博史＝山田純子＝黒沼悦郎「インサイダー取引規制の比較法研究」民商法雑誌 25 卷 4・5 号（2002 年）466-467 頁〔洲崎〕。

⁴⁸ 欧州連合設立条約 82 条は、「事業者による、共同市場または共同市場の実質的部分における市場支配的地位を濫用することは、構成国間の取引に影響を与えるおそれがある限り、共同市場と両立しないものとして禁止される」と規定している。

⁴⁹ この点についての解説として、和田健夫「ドイツ競争制限禁止法第六次改正」商学討究 50 卷 4 号（2000 年）150 頁。

⁵⁰ 対外経済法 34 条 4 項及び 6 項は、国際連合安全保障理事会や欧州連合の制裁決議がなされたことを、対外取引が制限される条件の 1 つとして定めている。これは、刑罰法規の内容を国際機関の意思決定に対して部分的に委任するものといえる。この点について明確性の原則との抵触の可能性を指摘するものとして、Dannecker/Freitag, Zur neueren europäischen und deutschen Strafgesetzgebung im Recht der Außenwirtschaft und der

操縦の禁止に関する規定もこれと同様であり、同法 20a 条 5 項は相場操縦規制の詳細を規制当局が定めることを規定している。さらに、不正競争防止法における不正競争行為の禁止に関する規定もこれと同様であり、同法 5a 条 4 項は「消費者に対して伝達しないことが許されない情報」を欧州共同体法上の規則が定めることを規定している。このような規定の仕方は、法律の文言から規範の内容が十分に読み取れないという意味で、まさに明確性の原則との抵触が疑われるのである。

このほか、社会状況の変化により、従来から存在していた規範の不明確性がより増大する現象も見られる。近年、国境を越えた企業活動が増大しているが、企業の設立地と行為地が異なる場合における、ドイツ刑法上の背任罪の成否に関する判断基準が議論の対象となっている⁵¹。実際に問題となったのは、イギリスで設立・登記を行ったものの、ドイツにのみ支店を有しており、ドイツ国内で事業を運営している法人の事例（インスパイア・アート（Inspire Art）事件）である⁵²。この場合、ドイツ刑法上の背任罪の成否が問題となり、役員の実行につき背任罪が成立するには役員の実行が認定されなければならないことについては異論を見ないが、背任罪の構成要件要素である実行の意義をドイツ法（有限会社法（Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG）等）によって決定すべきか、それともイギリス法によって決定すべきかが争われたのである。欧州裁判所は後者の考え方⁵³を採用し、この場合における役員の実行はイギリスの判例法によって定めるとされたことから、明確性の原則への抵触と共に、法律主義への抵触も疑われることになったのである。

3 明確性の原則の実効性に対する懸念

以上のような状況の変化を背景として、経済刑法における明確性の原則の実効性に対し

Finanzsanktionen, ZStW 116 (2004), S. 813f.

⁵¹ この点に言及する日本語文献として、トーマス・レナウ（甲斐克則ほか訳）「経済犯罪としての背任」企業と法創造 6 巻 1 号（2009 年）97 頁。

⁵² EuGH Slg. 2003 I - 10155 = NJW 2003, 3331.

⁵³ 欧州裁判所の決定に賛成するものとして、Thomas Rönau, Haftung der Direktoren einer in Deutschland ansässigen englischen Private Company Limited by Shares nach deutschem Strafrecht – eine erste Annäherung, ZGR 2005, S. 832, 845ff.; Roland Schmitz, Über die Auflösung des (deutschen) nationalen Wirtschaftsstrafrechts durch das europäische Recht, in: Joerden / Szwarc (Hrsg.), Europäisierung des Strafrechts in Polen und Deutschland-rechtsstaatliche Grundlagen(2007), S. 199, 205 ff.; Erik Kraatz, Zu den Grenzen einer »Fremdrechtsanwendung« im Wirtschaftsstrafrecht am Beispiel der Untreuestrafbarkeit des Direktors einer in Deutschland ansässigen Private Company Limited by Shares, JR 2/2011, S. 58 ff.

一方、刑法は公法に分類されるということを理由に、ドイツ法の規定を適用すべきと論じるものとして、Alexander Schumann, Die englische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland: Buchführung, Rechnungslegung und Strafbarkeit wegen Bankrotts, ZIP 2007, S.1189 ff.

て懸念が示されることがある。すなわち、経済刑法は古典的な刑法原則が妥当し難い「現代刑法 (moderne Strafrecht)」の一分野であり、そこにおいては、コントロールの必要性の高まりを反映して、不明確な法概念や白地刑罰法規が多用される等、構成要件の不明確化が進展しているという⁵⁴。そして、このような現象が今後後退することは見込まれないとの予測が示されているのである。このような現状認識は、適切であると思われる。我が国においても既に論じられているように、先端領域において伝統的な刑法原則がその機能を低下させている場合があると思われるからである⁵⁵。

もっとも、経済刑法の領域における明確性の原則の意義は、今後も否定されるべきではないであろう。なぜならば、経済領域に関する規制のあり方を検討する際には、経済活動への萎縮効果を回避することが特に要請されることから、刑罰法規が明確に規定されていることが強く要請されるからである。この点に鑑みれば、明確性の内容を適切なものとした上で、経済刑法の領域においても明確性の原則が有効に機能し得ることを示すことが求められよう。

第4節 アメリカにおける問題状況

第1款 ドイツ及び我が国と異なる法理の確立

アメリカでは、「漠然性のゆえに無効の法理 (Void-for-Vagueness Doctrine)」が明確性の原則と同様の役割を果たしている⁵⁶。これらの議論は出発点を異にしているほか、議

⁵⁴ Lothar Kuhlen, Die Zukunft des Strafrechts, Ulfrid Neumann / Cornelius Prittwitz(Hrsg), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts(2005), S. 115.本論文の日本語訳として、神例康博「ローター・クーレン『刑法の未来』」鹿児島大学法学論集 40 巻 2 号 (2006 年) 147 頁以下。

⁵⁵ 神山ほか編・前掲注 (14) 43 頁以下〔嘉門優〕。

⁵⁶ Wesley Burrell, The Right-to-Honest-Services Doctrine – Enron’s Final Victim: Pure Void-for-Vagueness in *Skilling v. United States*, 44 Loy. L.A. L. Rev. 1289(2011), Andrew E. Goldsmith, The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited, 30 AM.J.CRIM.L.279(2003)〔我が国における紹介として、門田成人「紹介 A・E・ゴールドスミス「合衆国最高裁における漠然性のゆえに無効の法理・再論」の紹介」神戸学院法学 34 巻 2 号 (2004 年) 113 頁以下〕, Cristina D. Lockwood, Defining Indefiniteness: Suggested Revisions to the Void for Vagueness Doctrine, 8 Cardozo Pub. L. Pol’y & Ethics J. 255(2010), Harvey A. Silverglate/Monica R. Shah, The Degradation of the “Void for Vagueness” Doctrine: Reversing Convictions while Saving the Unfathomable “Honest Services Fraud” Statute, 2010 Cato Sup. Ct. Rev. 201(2009), Samuel A. Terilli, Inartful Drafting Does Not Necessarily a Void, as Opposed to a Vague, Statute Make-Even under the First Amendment, 63 U. Miami L. Rev. 793(2009). 日本語文献として、大野真義＝門田成人「合衆国最高裁判所における不明確による無効の理論」阪大法学 144 号(1987 年)141 頁以下、門田成人「刑罰法規の明確性と解釈」阪大法学 148 号(1988 年) 285 頁以下、同「刑罰法規明確性の根拠について—アメリカ連邦最高裁判例の検討を中

論における重点の置き方や理論的背景にも違いが見られるものの、後述の通り目的や趣旨には通底するものがあると考えられる上、「漠然性のゆえに無効の法理」は我が国における一部の学説に影響を及ぼしてきたことから、「漠然性のゆえに無効の法理」が経済刑法の領域において果たす役割を整理しておくことは、我が国の議論にとっても有益であると考えられる。

第2款 漠然とした文言の使用例

「漠然性のゆえに無効の法理」が確立しているにも拘らず、現行のアメリカ経済刑法を概観すると、日本やドイツと同様、脱法行為の禁止等を目的として、漠然とした文言が使われている例が見られる。現行法において用いられている文言のうち、明確性の程度が低いものは、次のように類型化することができよう。

第1は行為態様に関する包括的な規定であり、「通商又は貿易の制限」（シャーマン法1条⁵⁷）や「州際又は外国との取引又は通商を独占し、独占することを企図し、又は独占する目的で他の者と結合若しくは共謀する」行為（シャーマン法2条⁵⁸）等がこれに該当する。

第2は規制対象に関する包括的な規定であり、「何らかの操縦的又は詐害的な計画又は

心に」島大法学32巻2号（1988年）95頁以下、同「刑罰法規明確性の理論と『公正な告知』の概念1、2・完」島大法学34巻2号（1990年）49頁以下、34巻3号（1990年）87頁以下、同「アメリカ刑法における「公正な告知」の構造について」法の科学18号（1990年）166頁以下、同『『刑罰法規明確性の理論』と罪刑法定主義』島大法学35巻4号（1992年）295頁以下、同「RICO法とアメリカ合衆国刑事法における基本原則の現代的意味—刑罰法規明確性の理論を素材に—（上）（中）（下）」島大法学36巻3号（1992年）1頁以下、37巻1号（1993年）85頁以下、38巻2号（1994年）33頁以下、同『『刑罰法規明確性の理論』の意義と根拠について』刑法雑誌33巻3号（1994年）383頁以下、同「刑罰法規の明確性の判断構造について—City of Chicago v. Morales 事件判決を素材に—」島大法学44巻4号（2001年）189頁以下、同「刑罰法規の解釈における「公正な告知」原理」神戸学院法学第37号第3・4号（2008年）57頁以下、佐藤文哉「法文の不明確による法令の無効（一）（二）」司法研修所論集37号（1967年）24頁以下、38号（1967年）32頁以下、芝原・前掲注（32）26頁以下、萩原・前掲注（15）48頁以下等。

なお、アメリカにおいては「過度に広汎ゆえに無効の法理（overbreadth doctrine）」という類似の理論も定着している。これは、不合理なまでに処罰範囲を拡大している刑罰法規を無効とするものである。「漠然性のゆえに無効の法理」と「過度に広汎ゆえに無効の法理」の関係については、「文言自体は明確であっても、規制対象が広きに失するという場合もありうるので、漠然性と過度広汎性とを混同するのは妥当ではなく、両者は概念的・理論的には区別して考えなければならぬ」（芦部信喜『憲法学Ⅲ』（増補版、2000年）388頁）が、両者は不合理な刑罰法規を制限するものであり、事実上重なることは否定できないであろう。もっとも、本稿の主たる目的は刑罰法規の明確性を確保することによる自由保障のあり方を検討することにあるため、以下では前者のみを取り上げる。

⁵⁷ 15 U.S.C. 1.

⁵⁸ 15 U.S.C. 2.

仕組みを使用し、又は採用すること」(1934年証券取引所法 78j 条⁵⁹)等がこれに該当する。

第 3 は、行為態様に関する受皿的な規定であり、「買い、購入し、その他の取得する契約」(1934年証券取引所法 78c 条⁶⁰)、「売却し、その他の処分する契約」(1934年証券取引所法 78c 条⁶¹)等がこれに該当する〔下線は筆者、以下同様〕。

第 4 は規制対象に関する受皿的な規定であり、「その他の登録されたブローカー又はディーラー」(1934年証券取引所法 78c 条⁶²)、「その他の銀行機関又は貯蓄組合」(1934年証券取引所法 78c 条⁶³)等がこれに該当する。

第 5 は刑罰規定であり、「証券取引委員会が公益又は投資家の保護のために必要又は適切なものとして定めることができる規則に反する、何らかの操縦的又は詐欺的な計画又は仕組み」(1934年証券取引所法 78j 条⁶⁴)等がこれに該当する。

これらは日本やドイツの例とほぼ重複するものであり、現行の刑罰法規における不明確な文言の使用という点で日本やドイツと類似の状況にあることがわかる。

第 3 款 経済刑法における特殊性

1 明確性を確保することの困難性

「漠然性のゆえに無効の法理」はあらゆる犯罪類型に共通して適用されるものであるが、現代においてはとりわけ経済活動に関する刑事規制において問題になることが多い。もちろん、登録を行うことなく証券の発行を行うことや免許なしに事業を行うことが犯罪となる場合のように、規制対象が既に明確となっており、刑事制裁があくまで他の規制手段の実効性を担保する手段として用いられるところでは、文言の明確性という要請はそれほど困難なく満たされることになろう⁶⁵。

これに対し、回避すべき経済的行為自体が犯罪行為の内容となっている場合、刑罰法規における文言の明確性という要求を満たすことは特に困難になるといわれており、その例としてシャーマン法 (Sherman Act) における「通商又は貿易の制限 (restraint of trade or commerce)」⁶⁶や「違法な独占 (illegal monopolization)」の禁止⁶⁷が挙げられている⁶⁸。

⁵⁹ 15 U.S.C. 78j(b).

⁶⁰ 15 U.S.C. 78c(a)(13).

⁶¹ 15 U.S.C. 78c(a)(14).

⁶² 15 U.S.C. 78c(a)(3)(A)(iv).

⁶³ 15 U.S.C. 78c(a)(6)(C).

⁶⁴ 15 U.S.C. 78j(b).

⁶⁵ Sanford H. Kadish, Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations, 30 U. CHI. L. Rev. 423 (1963), p.427.

⁶⁶ 15 U.S.C. 1.

⁶⁷ 15 U.S.C. 2.

2 困難の背景事情

経済刑法において文言の明確性を確保することが容易でないことについて、サンフォード・H・ケイディッシュ (Sanford H. Kadish) は、以下の3つの理由があると指摘している。

第1は、経済政策は対立する経済目的の均衡の結果として決定されるものであるから、それ自体が不明確にならざるを得ないということである⁶⁹。確かに、現代においては多くの場合、経済刑法の背景にある経済政策は複数の利害関係の調整を経たものであることが通常であるから、経済刑法の解釈もそれを反映して不明確なものとなることは避けられないであろう。この点は、規制の方向性が状況に応じて変化し得る競争法等の領域において顕著であると思われる。

第2は、純粋に事実的な評価に比べて、経済法規違反の違法性はその性質上、本質的に価値的な判断によって定まらざるを得ないということである⁷⁰。確かに、伝統的な犯罪（殺人罪や窃盗罪等）においては保護法益が明確であり、事実的要素によって犯罪の成否を判断することが比較的容易であるのに対して、経済法規違反（経済犯罪）においてはそもそも保護法益が抽象的であり、犯罪の成否の限界が価値的な判断に強く依存していることは否定し難い。

第3は、規制対象となる領域において、新しい状況が展開し、新たな契約が生み出されていくことに伴って、明確な規定が陳腐になってしまうということである⁷¹。この点は我が国においても強く認識されている点であり、例えばインサイダー取引規制における重要事実の規定⁷²が数次に亘る法改正によって追加されてきたのみならず、いわゆる包括条項（バスケット条項）⁷³によって脱法行為を捕捉する対応がなされてきた点に実例を見出すことができる。

3 連邦議会及び規制当局による対応

以上の理由から、経済刑法においては明確な文言により法規を定立することが困難な場合が少なくない。それでは、経済領域において禁止の対象とすべき違法行為が想定される場合、議会や規制当局はいかなる対応を行ってきたのであろうか。ここでは、現在では典

⁶⁸ Kadish, *supra* note 65, at 427.

⁶⁹ Kadish, *id.* at 427-428.

⁷⁰ Kadish, *id.* at 428.

⁷¹ Kadish, *ibid.*

⁷² 金融商品取引法 166 条 2 項 1 号乃至 3 号。

⁷³ 金融商品取引法 166 条 2 項 4 号。

型的な違法行為であると考えられているものの、比較的最近になって法的規制が設けられることとなったインサイダー取引規制を例として取り上げる。

アメリカにおいて制定法によるインサイダー取引規制が導入されたのは、1934年証券取引所法（Securities Exchange Act of 1934）によってである。もともと、日本や欧州の国々とは異なり、アメリカ法はインサイダー取引を単独で規制するのではなく、証券の売買に関する違法行為一般を禁止するという構成となっている点に特徴がある。同法における違法な取引の禁止に関する規定は、以下の通りである。

連邦法典第 15 章第 78j 条 操縦的及び詐欺的な仕組み

何人も、直接的又は間接的に、州際取引あるいは郵便又は全国的証券取引所の機構に関する手段又は道具を用いることによって、以下をなすことは違法である。

(a) [略]

(b) 全国的証券取引所に登録されたいかなる証券、もしくはその登録がされていないかなる証券の売買に関して、又は有価証券関連スワップ契約の合意に関して、証券取引委員会が公益のため又は投資家の保護のために必要又は適切なものとして定めることができる法令及び規則に反するような、何らかの操縦的又は詐欺的な計画又は仕組みを使用し、又は採用すること。

そして、この規定を受け、証券市場に関する規制当局である証券取引委員会（Securities Exchange Commission, SEC）が、以下のような規則を制定している。

連邦規則第 240. 10b-5 条 価格操作的手段及び詐欺的手段の使用

何人も、証券の売買に関し、直接又は間接に、州際通商の手段、郵便または全国的証券取引所の設備を利用して、以下の行為を行うことは違法である。

(a) 詐欺を行うための手段、計画、技巧を用いること。

(b) 重要事実について不実表示をすること、又は、状況に照らせば誤解を避けるために必要な重要事実についてその表示を行わないこと。

(c) 詐欺もしくは欺罔となり、又はそのおそれがある行為、慣行又は業務を行うこと。

以上のように、法律においても、それを具体化する規則においても、インサイダー取引の成立要件を単独で規定することはなされていないのが現状である。日本やドイツにおけるインサイダー取引規制に関する規定と比較すると、アメリカ法における文言の不明確性の程度は著しいといわざるを得ないが、このような現状は立法府及び規制当局によって意図的にもたらされたものである⁷⁴。1987年、証券取引委員会はインサイダー取引の成立要

⁷⁴ C. Dreier, A Happiness Approach to Cost-Benefit Analysis Note the Lending-Limit

件を明文化する立法を模索したものの、当該立法は過度に複雑であり、かつ規定のいくつかが不明確であるとみなされたことから、当該立法が成立することはなかった。もっとも、規制の複雑性及び不明確性という問題は、証券取引委員会が制定する諸指針によって回避されており、議会がインサイダー取引規制を法律によって規定した場合、規制の抜け穴を残すことになり、証券取引委員会による対応の柔軟性を制限するという意図しない結果をもたらすとみなされていたのである⁷⁵。証券取引員会は、議会と同様に、インサイダー取引の成立要件の明示は、法律による明文化を行う場合よりも、ケースバイケースの決定というコモン・ローアプローチによって適切に展開されると結論付けているとされ、「インサイダー取引に関する立法が存在していないということは驚くべきことではなく、それはむしろ米国の証券規制の乱雑さやコモン・ローアプローチの選好、証券取引委員会の規制戦略に沿ったものである」との指摘もなされている⁷⁶。

第5節 各国の問題状況の共通点

以上のように、ドイツにおいてもアメリカにおいても刑罰法規に一定の明確性要求されるという考え方が受け入れられているものの、実際の刑罰法規を見ると、相当程度に不明確な文言が用いられていることが分かる。したがって、刑罰法規に求められる明確性の下限が問題になるとともに、その根拠も問題となろう。これらの点で、両国の問題状況は我が国の問題状況と共通しているといえる。

それでは、両国では刑罰法規の明確性を巡る問題についてどのような議論を行っているのであろうか。以下では、問題となる論点ごとに両国の議論を整理することで、我が国への示唆を導出する。

Combination Rules: Regulation by Enforcement at the OCC Douglas, 2. 62 Duke L.J. 1747 (2013), p.1773.

⁷⁵ Ted Kamman/Rory T. Hood, With the Spotlight on the Financial Crisis, Regulatory Loopholes, and Hedge Funds, How Should Hedge Funds Comply with the Insider Trading Laws?, 2009 Colum. Bus. L. Rev. (2009), p.398.

⁷⁶ Ted Kamman/Rory T. Hood, *ibid.*

第1章 我が国における明確性の原則を巡る議論の展開

刑罰法規の明確性を巡る考察を行うに際し、まずは我が国におけるこれまでの議論を振り返っておくことが有益であろう。

第1節 明確性の原則の受容と定着

第1款 明確性の原則の受容

既に指摘されている通り、大日本帝国憲法の下では裁判所に違憲立法審査権が付与されていなかったこともあり、明確性の原則が罪刑法定主義の一内容として自覚的に説かれることはなかった⁷⁷。我が国において明確性の原則が明示的に論じられるようになったのは、日本国憲法が制定されてから一定の時間が経過した1950年代以降のことである。

まず、刑法学において、団藤重光が「犯罪に関する法の規定ことに構成要件の定め方が不明確であるときは、不当な捜査活動に容易に口実をあたえることにな」ることに加え、「裁判所が行きすぎた解釈をする可能性は少いが、捜査機関の末端になればなるほどその可能性が多くなり、人権侵害をひきおこすおそれが強くなる」という理由から、刑罰法規の明確性が罪刑法定主義の内容として要求されていると指摘した⁷⁸。この指摘は、アメリカの議論における「恣意的な法執行の防止」の論拠と同様の観点に立つものといえる。

また、ほぼ同時期に憲法学においてもアメリカにおける言論及び出版の自由に対する制約のあり方を扱う論考が公表され、その中でも明確性の原則に相当する議論への言及が見られる。この論考は主に表現の自由の保障の在り方を論じるものではあるが、法文の明確性がどの程度要求されるかという観点から、アメリカにおいて展開されている「明確性 (definiteness) の理論」を紹介するものであった⁷⁹。

これらはいずれも我が国における現実の刑事裁判を念頭に置いて論じられたものではなかったものの、公権力の発動に制約をかけることにより国民に対して事前の自由保障を可能にするという論拠に説得力があったことから、特に批判が提起されることもなく、その後の学説もこれらに倣うこととなった。それまでは法律で犯罪の内容が規定されることのみで足りるとされていたのが、単に法律に規定があるのみでは不十分であるとされ、法文の明確性が要請されるようになったことは、法的安定性を高めることにつながったといえよう。明確性の原則を巡るこの時期の議論は、その後の議論の基礎となった点で一定の意義を有するものであったと指摘できる。

もっとも、この時期における議論においては、経済刑法と明確性の原則の関係について、

⁷⁷ 萩原・前掲注(15) 20頁。

⁷⁸ 団藤重光『刑法綱要総論』(1957年) 37頁。

⁷⁹ 伊藤正己『言論・出版の自由—その制約と違憲審査の基準—』(1959年) 151頁。

直接に問題とされることはなかったようである。当時、証券取引法上の「不正の手段、計画又は技巧」の禁止（157条1号）や、独占禁止法上の「私的独占又は不当な取引制限」の禁止（3条）に関する文言のように包括的な文言がしばしば用いられていたことに鑑みれば、経済刑法と明確性の原則の関係についての議論が生じなかったことについてやや不自然な印象を受ける。しかし、この背景には我が国の刑事司法においてこれらの規定の適用に抑制的な傾向が見られ⁸⁰、実際に起訴に至る例がほぼなかった⁸¹ことから、経済刑法の領域における法文の明確性について議論を行う実益が小さかったという事情があると考えられる。このことから、経済刑法における法文の明確性の問題がすぐれて実践的なものであり、単に理論的な考察を行うのみでは十分ではなく、現実の司法実務の運用を踏まえた考察が要請されるということが指摘できよう。

第2款 明確性の原則の定着

その後、明確性の原則は学説において広い賛同を得るに至り、我が国の刑法学において定着を見ることとなった。

但し、我が国において定着した明確性の原則に関する理解は、先に見た初期の学説とはやや異なる点に重点を置いたものとなっている。すなわち、初期の学説がもっぱら捜査機関の恣意を排除する必要性を強調していたのとは異なり、刑法が有する裁判規範（裁判官への規範提示）と行為規範（行為者及び一般国民への規範提示）の両面から明確性の原則が基礎づけられ、法規は裁判官の視点から意味を把握できるのみでは十分でなく、通常の判断能力を有する一般国民の視点からも意味を把握できなければならないとするとする理解⁸²が一般化したのである⁸³。

⁸⁰ 中山ほか編・前掲注（14）45頁〔松宮孝明〕。

⁸¹ 日本とアメリカにおいてほぼ同様の規定が存在していた当時のインサイダー取引規制に関して、福田平は「同じような規定があるのに、片方は動いていて片方は動かないということには、いろいろな原因もあるようですが、罪刑法定主義との関連では、おそらくアメリカの場合は、インサイダー取引のような経済事犯に関しては、法文が判例で具体化されていれば、適正な告知として明確性の要請を満たしていると考えられているのに対して、日本の場合は、そうではないと考えられているところに、理由があるのかもしれませんが」といった指摘や、「わが国の刑事裁判の一般の態度からみて、58条1号の規定が、罪刑法定主義の要請である、明確性の要請に適合しないとされるのではないか、という疑念がもたれ、こうした疑念が、58条1号の発動をためらう一因となったのかも知れません」といった指摘を行っている（河本一郎ほか「座談会 インサイダー取引の規制」ジュリスト908号（1988年）17頁〔福田平〕）。

⁸² 川端博=山中敬一=日高義博「罪刑法定主義の問題状況」現代刑事法31号（2001年）11頁〔日高〕、曾根・前掲注（1）21-22頁、福田平『刑法総論』（全訂5版、2011年）29頁、大谷・前掲注（23）61頁等。

⁸³ これに対し、莊子邦雄『刑法総論』（3版、1996年）23頁は、もっぱら裁判官を判断基準とすべきとする。

一方、1950年代から60年代の刑事裁判において明確性の原則を実質的に承認している
と評価できる判例⁸⁴が蓄積したことも、明確性の原則の地位を不動のものとしたと言えよ
う。また、1970年代に入ると、最高裁によって、法文の明確性の判断に関する一般基準が
示されることとなった。徳島市公安条例事件は、徳島市公安条例3条3号における「交通
秩序を維持すること」という文言が構成要件の内容をなすものとして明確であるかどうか
が争われた事案であるが、最高裁は「ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法31条に
違反するものと認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、
具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基
準が読みとれるかどうかによつてこれを決定すべきである」と判示した⁸⁵。そして、我が国
の学説も基本的にはこの基準を妥当とするもの⁸⁶が多数を占めるようになったのである⁸⁷。

なお、特に経済刑法に関するものとして、1965年当時の証券取引法の「不正の手段」
(151条1号)という文言の明確性が争われた事案があるが、結論としては「不正の手段」
とは「有価証券の取引に関し社会通念上不正と認められる一切の手段」を言い、文理上そ
の意味は明確であるとされた⁸⁸。このことから経済刑法の分野でも明確性の原則が妥当
すると判例も解していると見ることができよう。

もっとも、経済刑法の領域において要請される明確性の程度は一般刑法におけるそれと
異なるのかという点について明らかにされた訳ではない。学説においてもこの点について
言及するものは見られず、この問題は以後の課題として残されることになる。

⁸⁴ 例えば、軽犯罪法1条31号の文言に関する最決昭和29年6月17日刑集8巻6号881
頁や、公職選挙法148条23項の文言に関する最判昭和37年3月27日刑集16巻3号312
頁等が挙げられる。なお、これらを始めとして、我が国の最高裁判所が法文の不明確性を
理由として無効と判断した例は、これまでのところ存在していない(萩原・前掲注(15)
10頁参照)。

⁸⁵ 最判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁。

⁸⁶ 野村稔『刑法総論』(補訂版、1998年)45頁、平川宗信『刑事法の基礎』(2008年)134
頁等。なお、「多くの学説は、判断基準に関する限り、徳島市公安条例事件で示された基
準以上には出ていず、依然として抽象的なレベルにとどまっていると言わざるを得ない」
との指摘がなされている(萩原・前掲注(15)20頁)。

⁸⁷ 一方、浅田和茂『刑法総論』(補正版、2007年)57頁は、「『具体的場合に当該行為が』
という限定を付したことにより、文面上無効とされる余地を極端に狭めている点に問題が
ある」との批判を加えている。同趣旨の批判として、松宮孝明『刑法総論講義』(4版、2009
年)25-26頁。また、山中・前掲注(23)81頁は、「通説・判例のように、通常の判断能
力を有する一般人の理解力を基準にしても、この基準自体が『不明確』ということもでき、
實際上、どのような場合に、不明確であるかの判断は、一義的になしうるとはいいがたい
であろう」とする。

⁸⁸ 最決昭和40年5月25日裁判集刑事155号831頁。

第2節 明確性の原則に関する議論の深化

その後、比較法的な観点や犯罪論を現代社会にふさわしいものに改めるべきとする観点など、様々な観点からの言及がなされるに及んで、我が国における明確性の原則の在り方を巡る議論は深化を見せることになる。

第1款 アメリカ法及びドイツ法の影響

1970年代以降、我が国においては明確性の原則に関連する論考が多く公表されることとなったが、議論の方向性を決定づけたのは、アメリカ法やドイツ法における議論を参照しつつ、明確性の理論の在り方を考察する論考であったと言えよう。

1 刑法の社会的機能の観点からの言及

比較法により検討を行った論考の第一は、「市民法による自動的調節作用の限界から生じた矛盾・困難を社会調和的に解決することによって、国民経済全体の利益の実現を目的とする法」である経済法規への違反（経済犯罪）を中心として、「人々の経済活動をコントロールするものとしての刑法の社会的機能」を検討する⁸⁹、芝原邦爾の論考である。この論考においては、経済犯罪の処罰に関連して生じる問題の1つとして明確性の原則が論じられている。

この論考は主にアメリカにおける議論を検討対象として取り上げ、特に経済刑法の分野において明確性の原則が問題となっていることを紹介した上、その背景に関して、アメリカにおける先行研究⁹⁰を参照しつつ、(1)そもそも経済法規は一定の経済政策を実施するために設けられたものであるが、現実の経済政策は互いに対立する経済目的の均衡の結果決定されるものであるから、常に一義的明確性を示し得ないということ、(2)伝統的財産犯罪の成立の認定には事実判断の要素が強いものに対して、経済法規違反の成立の判断には価値判断の要素が強く含まれて法的安定性を失いやすいということ、(3)たとえ内容の明確な犯罪類型を細分化した形で規定したとしても、規制の対象である経済活動自体が絶えず変化するため、法規自体が現状に即しなくなってしまうということを理由に、経済刑法の分野においては「違反行為の類型が不明確にならざるをえない宿命にある」ことを明らかにしている⁹¹。ここでの議論は、経済刑法の特殊性と経済刑法における法文の明確性の関係を説得的に論証するものであり、以後の我が国における議論の方向性を基礎づけることとなった。

⁸⁹ 芝原・前掲注(15)26頁。

⁹⁰ Kadish, *supra* note 65, p.427 et seq.

⁹¹ 芝原・前掲注(15)39頁。

一方で、「経済活動は利潤の追求に動機づけられた、計算され、熟慮にもとづいた行為であり、こうした経済活動の性質からみれば、その違反行為に対する刑事制裁には」、「立法者が何が違法であるかを明確にし、かつ罰則の厳格な適用によって社会の人々に当該行為の違法性の評価を徹底させその行動パターンを変えていくといういわば *anticipation* の機能のある程度期待することができる」が、「刑事制裁は真に処罰に値する『限られた類型の行為』に対して集中的に行使された場合に、十分にその効果を発揮することができる」ことから、「構成要件の明確性は〔中略〕刑事制裁の効果という機能面からもまた主張されうる」と指摘されている⁹²。従来、明確性の原則に関する議論においては主に行行為者に対する実質的な自由保障の観点が強調されてきたのに対し、ここでは刑法の機能という異なる観点から明確性の原則が基礎づけられており、複数の論拠から明確性の要請が導かれ得ることが示されている。

そして、明確性の原則に関する見通しとして、「違憲立法審査権をもつ裁判所のもとで、今後の憲法意識の深化にともなって、この理論の果す役割は次第に増大していくものと思われ」、「とりわけ新しい社会変動に対応して増加しつつある特別刑罰法規の分野で、それは有効な主張となりえよう」との評価も下されている⁹³。その後の判例の動向を見るに、この見通しは必ずしも的中した訳ではないが、明確性の理論が果たし得る実践的意義を示した点でこの見解には一定の意義が認められよう。

2 明確性の原則の在り方それ自体を比較法的見地から検討する試み

比較法により検討を行った論考の第2は、(西)ドイツ法およびアメリカ法における議論から示唆を得つつ、明確性の原則の在り方それ自体を検討する、萩原滋の論考である。

まず、ドイツにおける議論の経緯に関して通説的見解⁹⁴が参照され、罪刑法定主義は「民主主義的な権力分立原理に基づき、法適用者を法規に拘束することによって法的安定性を確保し、国家刑罰権の行使について国民に予測可能性を保証する原理」であると理解されていることが示されている⁹⁵。そして、「国民の予測可能性を害し、大幅な解釈上の裁量を裁判官にゆだねる不明確な刑法は、罪刑法定主義と真っ向から対立するものとみられる」という帰結が述べられている⁹⁶。ここで紹介されたドイツの通説は我が国の通説とほぼ同様の内容を有するものであるが、アメリカにおける議論とは対照的に、経済刑法の特殊性を強調せずに、あくまで刑法一般の議論として明確性の原則が語られてきた点に特徴があ

⁹² 芝原・前掲注(15) 8-9頁。

⁹³ 芝原・前掲注(15) 221頁。

⁹⁴ Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4.Aufl. 1988, S.120, Gerald Grünwald, Bedeutung und Begründung des Satzes "nulla poena sine lege", ZStW 76, 1969, S.13f.

⁹⁵ 萩原・前掲注(15) 29頁。

⁹⁶ 萩原・前掲注(15) 29頁。

るといえよう。

次に、アメリカにおける議論に関しても言及されているが、「ドイツにおける明確性の原則が罪刑法定主義を基礎として実体法的な見地から構成要件の内容が保障機能を害していないかをみるのに対し」、アメリカにおいては「そのほかに不明確な法令が公正な処罰方法として手続法的な保障機能を害していないかをみるという点において、観点の置きどころが若干異なっていると言えよう」⁹⁷との指摘がなされており、ここにドイツにおける議論とアメリカにおける議論との間に存在する差異が明確に言及されることとなった。そして、このような差異が存在することは、アメリカの議論から示唆を得る際に、それがどの範囲で我が国にも妥当するかを慎重に見極める必要があることを示していると言えよう。

第2款 我が国の犯罪現象や実務の運用を踏まえた解決の模索

さらに、我が国において実際に生じている犯罪現象や実務の運用についての考察を起点として、明確性の理論の在り方を考察する論考も公表されることとなった。

1 「現代型犯罪」論による言及

1970年代に入ると、現在においては殺人や窃盗といった伝統的な犯罪とは異なる特徴を有する犯罪類型が登場しており、これに対応した刑法理論を構築する必要があるとする見解が有力に主張されるに至った。この見解は、現代型犯罪の一類型として経済犯罪を挙げた⁹⁸上で、「社会関係が単純なうちはともかく、人間の経済活動が活発になり、その様式も複雑化、多元化すると、刑罰を科するに値するような犯罪行為の形態も複雑となってくる」ことから、「処罰される行為をいちいち具体的なかたちでひろいあげていたのでは、立法上煩雑に耐えないことになる」ほか、「社会生活・経済活動の形態が変わるごとに頻りに法律を改正しなければならず、不法な行為の処罰を求める社会の要請にも応じきれないことになってくる」ため、「刑法の規定は、どうしてもある程度抽象的に、しかも大まかに、処罰される行為のワクをきめることにならざるをえない」と論じている⁹⁹。

ここで強調されているのは、現代型犯罪の一種である経済犯罪が伝統的な自然犯と異質な性格を有するという点であるが、この考察は当時の我が国における経済犯罪の発生状況を踏まえてなされており、従来なされてきた抽象的な議論から脱却している点で有意義なものであったといえよう。

⁹⁷ 萩原・前掲注(15) 49頁。

⁹⁸ 藤木英雄『刑法各論—現代型犯罪と刑法』(1972年) 248頁。

⁹⁹ 藤木・前掲注(98) 252頁。

2 実質的犯罪論による言及

その後、伝統的な刑法学の在り方を「形式的犯罪論」であるとして批判し、刑法の解釈に際しては国民の規範意識の在り方を考慮に入れ、実質的な判断を行わざるを得ないとする見解（実質的犯罪論）も有力となっている。この見解は、「法文の明確性が許容範囲のものであるか否かを判断する際には、①国民の行動の自由の利益、②刑罰権の乱用防止の利益に対し、③当罰性の高い行為を禁圧することにより得られる国民の利益が比較考量されざるを得ない」¹⁰⁰とした上で、法文の不明確性が問題となるのは「規定が存在するだけで国民に重大な萎縮効果が予想される場合に限られ、しかもそのような規定を設ける必要性が相対的に低い場合でなければならず、「重大な法益侵害を禁圧するために必要最小限の規定であれば、文言に曖昧な部分が含まれざるを得なかった場合、許容されざるを得ない」¹⁰¹とする。

以上のようにこの見解は直接に経済刑法に言及するものではないが、形式的な文言の採用を無批判に望ましいものとしてきた伝統的な罪刑法定主義の観念を転換させようとする点で、以後の議論に影響を与えることとなる。

第3節 現代における明確性の原則に対する評価：インサイダー取引規制を例として

現在においても、明確性の原則を巡る議論は見解の一致を見ることがなく、むしろ様々な観点からの議論が展開されるに至っている。

第1款 実務における評価及び商法学における評価

従来の刑法学における議論がやや抽象論に偏っていた傾向を有するのに対し、近時は企業実務上の運用を踏まえた議論や商法学の考え方に基づいた議論が展開され、きわめて実践的な議論が見られるようになってきている。以下で紹介する議論はいずれももっぱらインサイダー取引規制を念頭に置いた議論であるが、明確性の原則に対する評価は経済刑法一般に妥当するべきものであると言えよう。

1 明確性の原則を厳格に捉えるべきとする評価

経済刑法の領域においても、伝統的な罪刑法定主義の考え方、ひいては明確性の原則は

¹⁰⁰ 前田雅英「罪刑法定主義の変化と実質的構成要件解釈」『中山研一先生古稀祝賀論文集第三巻』（1997年）61頁。同様の理解を示すものとして、木村光江『刑法』（3版、2010年）18頁。

¹⁰¹ 前田・前掲注（100）67頁。

なお妥当し、それを厳格に捉えるべきとする立場は、現在でもなお主張されている。

この立場に立つ代表的な見解は、企業実務上の問題を念頭において自説を展開するものである。この見解は、「具体的な取引は具体的重要事実単純に当てはめられるものは少なく、したがってバスケット条項がある限り、重要事実該当性なしとの結論が明確に出ないケースは少なくない」ことから、「行為規範として内部者取引規制をみたとき、これは大きな欠陥であり、企業取引に対する萎縮効果は看過できない」と述べた上で、「企業によっては、ある証券取引が内部者取引に該当する可能性があるかどうか、その取引を行う前に学者・弁護士等より法律意見書を取得し、種々のクレーム、特に取締役の忠実義務違反の主張に対して備えることもしばしば行われる。しかしながら、このバスケット条項の存在によりいわゆるクリーン・オピニオン（留保なしの法律意見）が出せないことが多い」との指摘を行っている¹⁰²。

この見解は不明確な規定（ここではインサイダー取引規制に関する包括条項）が存在することにより企業取引に対する萎縮効果が生じることとともに、事前に法的紛争の発生を回避することが不可能ないし困難になることを問題視するものである。従来の刑法学においては主に刑事裁判の場面を念頭において犯罪の成立範囲を適切に設定することに主眼が置かれてきたが、企業実務においてはここで述べられているような予防法務的な観点も重要性を有することを指摘した点でこの見解には意義があろう。

また、経済刑法に関連して法文の明確性を厳格に維持すべきであるとする意見は、経済界からも強く主張されている。2003年12月、日本経済団体連合会は「インサイダー取引規制の明確化に関する提言—公正で、安心して投資できる市場を目指して—」と題する提言を公表した。その中では、インサイダー取引規制における包括条項（バスケット条項）に関して、「バスケット条項の存在により、何が重要事実にあたるのか不明確となり、罪刑法定主義の趣旨に反するとの指摘が強くなされている」ほか、「犯罪とならない範囲を画する機能（自由保障機能）が低く、投資家は保守的な解釈を余儀なくされ、株式投資意欲が削がれる、という弊害もみられ」、「さらに、会社による自己株式取得の障害となり、株主への利益還元、企業の機動的な資本政策の実現を阻害している面もある」ことから、「重要事実の明確化を図り、個人・企業が安心して株式等に投資できるようにするため、バスケット条項を削除すべきである」との主張がなされている¹⁰³。なお、「同条

¹⁰² 小林・前掲注（29）164頁。

¹⁰³ 島崎・前掲注（29）37頁。なお、経団連が主要企業25社を対象として行ったアンケートにおいては、23社（92.0%）という圧倒的多数が包括条項（バスケット条項）の削除を求めており、その理由として「罪刑法定主義の観点から、犯罪の構成要件は、具体的行為の該当性を判断できる程度に明確にすべき。バスケット条項の存在により、判断が困難となり、売買を阻害している」（17社）、「必要であれば、政令で追加も可能である」（2社）、「当局による裁量行政を助長し、証券市場の活性化を阻害するのではないかと懸念される」（1社）といった点が挙げられている（遠藤博志「インサイダー取引規制に関する企業の意識—日本経団連のアンケート調査結果の概要—」商事法務1679号（2003年）

項を削除したとしても、業務に起因する損害や業績予想の変動に係る条項の活用、政令による重要事実の機動的追加をはじめ、現行法の他の規定で対応することにより、実質的な弊害の発生を防止することは可能と考えられる」との説明も同時になされている¹⁰⁴。

このような立場は、刑罰法規を可能な限り明確なものとする中で行為者に対して判断材料を多く提供することを重視している点で古典的な刑法の自由保障機能を強調するものである一方、現行法に置かれている包括条項以外の規定を活用することにより実質的な弊害を回避できるという道筋をも示している点で刑法の法益保護機能にも配慮した見解であるといえよう。もっとも、この見解を徹底すれば、他の規定に読み込むことができない事情や、政令による捕捉対象の追加がなされる以前の行為については処罰を断念せざるを得ないことには注意が必要であろう。

2 明確性の原則を緩和すべきとする評価

これに対して、主に金融・資本市場に関する規制（特にインサイダー取引規制）の場面を念頭において、経済刑法の領域においては明確性の原則を一定程度緩和することが妥当とする見解も唱えられている。

明確性の原則の緩和を提唱する見解の第一は、企業実務の見地からの主張である。これは、「経済活動に対する刑事規制を考える際には、構成要件（法律の文言）の実質化を前提に、個別の判例（裁判例）を通して妥当な処罰範囲ないし処罰の限界を、行為当時の時代背景ないし社会状況や国民意識等を踏まえながら、個々の的に探っていくことになる」¹⁰⁵という発想から出発する考え方であり、前述の実質的犯罪論の延長線上にあるものと評価することができる。この見解は、「刑罰法規の行為規範性という面から見ると、インサイダー取引によって利益を獲得しようとする（あるいは損失を防ごうとする）行為者にとって、詳細で極めて技術性の高い規定は」、「インサイダー取引に対する抑止機能を果し得るのか、大いに疑問であり」、「むしろ、細かな規定の抜け穴（規定されていない新たな情報や行為等）を突こうという行為が生まれるのではなかろうか」と指摘する¹⁰⁶。そして、「経済行為であるインサイダー情報を利用した株式取引を刑事罰をもって規制する理由は、インサイダー情報を利用することによって他の一般投資家が獲得することのできない経済的利益を不当に手に入れる行為は、証券市場の公正性と健全性に対する一般投資家の信頼を損なう、という点にあり、形式的で個別性の強い要件への該当性のみでは到底評価し尽くせない」ことから、「明確性という点では後退があるものの、ある程度の幅のあ

16-17 頁）。

¹⁰⁴ 島崎・前掲注（29）37 頁。

¹⁰⁵ 上田正和「インサイダー取引と刑事規制」大宮ローレビュー4号（2008年）36 頁。

¹⁰⁶ 上田・前掲注（105）36 頁。企業犯罪一般につき同様の指摘を行うものとして、郷原信郎『企業法とコンプライアンス』（2版、2008年）39 頁。

る（実質的判断を可能とするだけの規範性のある）要件を軸にして」、「典型的な類型を例示ないしガイドライン的に規定しておく、という規定の仕方を考えるべきではなかろうか」と論じている¹⁰⁷。

この見解は刑罰法規の行為規範性を重視し、形式的な文言を設けることに拘泥すると脱法行為を誘発する結果になるとして、明確性の点で後退があったとしても実質的評価を行うことができる文言を設けることが妥当と結論付けるものである。これは、前述の古典的な刑法の自由保障機能を強調する見解とは逆に、自由保障機能よりも法益保護機能を優先すべきという発想に基づくものであるといえる。

商法学の立場からも、明確性の原則の緩和の必要性が主張されている。商法学の一部の見解は、我が国におけるインサイダー取引規制のあり方に関連して、「市場規制の本質は、市場を守り抜くという目的達成のための法制であり、包括的な規定であってもきめ細やかなガイドラインの設定、ノーアクションレターのような事前問い合わせ制度の構築、時々刻々になされる末端ルールの提示、要は法運用とルールメイクの同時進行システム構築によってルールの透明性を確保しようというところにある」¹⁰⁸が、旧証券取引法におけるインサイダー取引に関する規定¹⁰⁹は「旧来の罪刑法定主義の安易な強調により市場規制としての本質を備えないままに制定された」¹¹⁰のものであるとして、否定的な評価を下している¹¹¹。この見解は、経済刑法における規制の目的に照らせば厳格な明確性の要求は不適切であるとするものであり、伝統的な罪刑法定主義の観念とは異質な見方をするものであるといえよう。

ここで述べられている「市場規制の本質」という論拠によって明確性の原則の緩和を主張することは果たして説得力を有するのだろうか。確かに、法の運用とルールの形成を同時的に進行させることによって、ルールの透明性を確保することが市場規制においては強く要請されるのであろう。しかし、そうであるからといって刑法上の原則を軽視してまで刑罰によってこれを達成する必要は必ずしもないように思われる。違法行為に対応する手段は刑罰以外にも課徴金をはじめとする行政的手段が存在していることから、これを活用する必要があるように思われるのである。

¹⁰⁷ 上田・前掲注（105）36頁。

¹⁰⁸ 上村達男「流通市場に対する法規制（3）—インサイダー取引規制」企業会計 53 巻 10 号（2001年）74頁。

¹⁰⁹ この見解は旧証券取引法におけるインサイダー取引規制の規定を前提に議論を行っているが、現行の金融商品取引法を前提としても同様の趣旨が当てはまることになろう。

¹¹⁰ 上村・前掲注（108）74頁。

¹¹¹ インサイダー取引に係る過少規制を回避するためには、現行法のような個別列挙条項を削除し、包括条項のみをもって重要事実を定義すべきとするものとして、黒沼悦郎「インサイダー取引規制における重要事実の定義の問題点」商事法務 1687 号（2004年）41頁。

第2款 刑法学における評価

経済刑法における明確性の原則のあり方に関する議論が実務家及び商法学の立場から積極的になされているのに対して、刑法学においては徳島市公安条例事件判決に示された一般基準を超える判断枠組みが示されるには至っていない。

もっとも、近年では経済活動の刑事規制に関する憲法上の限界を探るという問題意識の下、「経済活動の刑事規制の場合、経済活動の複雑化・多元化による犯罪行為形態の複雑化や急速な変転、および悪質な脱法行為による法の潜脱から、ある程度抽象的で包括的な言葉による規定も許容される素地がある」¹¹²と指摘されることがあった¹¹³。この見解は、経済刑法の領域において明確性の程度を緩和する余地を刑法学の見地から承認している点で先駆的であるが、法文の明確性がどの程度まで緩和可能であるかについては示されておらず、なお検討すべき問題が残されている。

また、明確性の原則の妥当領域についても考察する論考が現れており、「刑法犯、行政犯、および秩序違反の間に、一般的にいて、法益侵害および社会倫理的非難の程度に差があることは否定できない」が、「その差は、質的なものというよりも、量的なものというべきであり、そうであれば、刑法の一般原則のなかで制裁としての性質から導かれる基本的な原則は、行政制裁一般にも妥当すべきである」として、罪刑法定主義の要請が行政制裁にも妥当するとの考え方が示されている¹¹⁴。そして、「行政制裁に関しては、一般に、侵害留保の原則から法律上の根拠が必要と解されているが、罪刑法定主義の原則からは、その制裁の要件および効果が法令に明確に定められていなければならない」として行政制裁における明確性の原則の意義が述べられているほか、「明確性の程度については、刑罰規定よりは、緩やかなもので足りるであろう」として、制裁の種類によって要求される法文の明確性の程度には差異があり得るという考え方も示されている¹¹⁵。

経済領域における法令違反行為に対するエンフォースメントのあり方は近年ますます多様化しており、この見解が制裁の種類と明確性の程度との関係について検討を行う必要性を示したことは重要である。もっとも、本当に制裁の種類が明確性の程度に直結するのか、それとも別の要素（規制の目的等）が明確性の程度にとって決定的であるのかという点については、なお検討が必要であろう。

¹¹² 門田成人「経済活動の刑事規制に対する憲法上の限界」『中山研一先生古稀祝賀論文集第三巻』（1997年）113頁。

¹¹³ これに対し、菅原由香『変革の刑法学と犯罪の研究』（2008年）245-246頁は、「いかに経済犯罪の処罰の要求が高まったとしても、〔明確性の原則を一筆者注〕修正、変更してまで本来自由であるべき国民生活へ介入することは許されない」とする。

¹¹⁴ 佐伯・前掲注（23）18頁。

¹¹⁵ 佐伯・前掲注（23）18-19頁。

第2章 刑罰法規に明確性が要求される根拠

第1節 ドイツの議論

刑罰法規明確性の原則の根拠として、ドイツにおいては様々なものが挙げられているが、これらを刑法理論に先立って問題となる根拠（国家論的根拠）と刑法理論に関連した根拠（刑法的根拠）に分類する試みがなされている¹¹⁶。

第1款 国家論的根拠

1 法治国家原理ないし政治的自由主義

第1に、法治国家原理（*Rechtsstaatsprinzip*）ないし政治的自由主義（*politische Liberalismus*）が挙げられる。これは、市民に対して事前に自由を保障する必要があるとする考え方である¹¹⁷。不明確な規定が用いられている場合、市民にとっては規範の内容を事前に読み取ることが困難となってしまいが、このような事態は自由の保障という観点からは望ましくない。したがって、立法者に対してこのような事態が生じないように明確な規範内容を定めることを要求するというこの論拠が意義を有することは明らかであろう。

もともと、市民に対する自由の保障という観点は、2つの異なる理解があり得ると考えられる。第1の理解は、法の普遍性を強調することによって、市民一般の自由を保障しなければならないというものである。しかし、刑法において問題とすべきは、あくまでも刑罰法規が適用される者にとっての自由保障であろう。この点に鑑みれば、第2に、刑罰法規が適用を予定している規制対象者群にとって規範の内容を読み取ることが可能なことが要請されると理解することも可能である。この点の理解は、刑罰法規に要請される明確性の水準の設定に影響を与えることになる。

2 民主制原理ないし権力分立

第2に、民主制原理（*Demokratieprinzip*）ないし権力分立（*Gewaltenteilung*）が挙げられる。これは、民主的過程を経た立法による明確なルールによってのみ刑罰を科すことが正当化されるという考え方である¹¹⁸。刑法は市民に対して刑罰という峻厳な制裁を課すものであるため、主権者である国民の意思を反映してその内容が定められなければならないということは理解し得る。

¹¹⁶ Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 4 Aufl., 2006, § 5, Rn.18.

¹¹⁷ Roxin, a. a. O.(Anm. 116), § 5, Rn.19.

¹¹⁸ Roxin, a. a. O.(Anm. 116), § 5, Rn.20.

従来、このような考え方の妥当性は当然視されてきたように思われるが、この考え方を徹底することには疑問が残る。なぜならば、この考え方を文字通りに受け入れるのであれば、議会が制定した法律に対して裁判官が解釈を施すことによってその意味を明らかにするという作業は困難になってしまうが、このような理解は現在における一般的な理解とは相容れないからである。また、法律に対する民意の反映を無条件に望ましいものと捉えてしまうと、社会不安を背景とした、必ずしも熟議を経ていない国民感情によって刑事立法が後押しされることに対して歯止めをかけることができなくなるという懸念もある¹¹⁹。

これらの点を踏まえれば、民主制原理ないし権力分立という考え方は、刑罰法規の明確性のあり方を考える際に補助的な論拠となるに過ぎないと考えるのが妥当であるように思われる。したがって、刑罰法規の基本的な部分について立法者が明確に定めることが原則として要請されると考えるべきであろう。一方、刑罰法規の内容に必ずしも民主的過程を経て確定したルールでないものが含まれることがあったとしても、直ちにそれが無効としない余地も生じることになるだろう。

第2款 刑法的根拠

1 一般予防

刑法的根拠の第1は、一般予防（Generalprävention）である。これは、明確性を欠く法規は人々に対して必要な規範を提示することができず、一般予防の機能を果たさないという考え方であり、元来、かつて主張された心理強制説に基礎を置くものである¹²⁰。現在では心理強制説に対する批判が強まっているものの、国民の規範意識の維持・覚醒を通じて犯罪の予防を実現するという積極的一般予防論を前提とする限りで、この根拠は現在でもなお妥当と考えられている¹²¹。

経済刑法においては社会倫理と必ずしも結びつかない法律違反行為が犯罪とされることが多く、この場合にはルールが明確に定まっていない限り、違反行為を抑止することは容易でない。仮にルールの内容が読み取れない程に刑罰法規が不明確な場合でも違反行為と人定されれば刑事責任を問われるということになると、市民は真剣にルールを把握しようとはしなくなってしまうであろう。したがって、一般予防の観点から刑罰法規の明確性の要請を支えるという考え方は、とりわけ経済刑法の場合には妥当であるように思われる。

もともと、刑法において問題とすべきは何の限定もかけられない市民一般に対する刑法規範の働き掛けではなく、規制対象となっている者への働きかけであろう。この点に鑑みれば、刑罰法規の明確性が保たれることによって期待される一般予防の効果範囲は、一定

¹¹⁹ 松原芳博「罪刑法定主義」曾根威彦=松原芳博編『重点課題 刑法総論』（2008年）3頁。

¹²⁰ Roxin, a. a. O.(Anm. 116), § 5, Rn.22.

¹²¹ Roxin, a. a. O.(Anm. 116), § 5, Rn.23.

の規制対象者群にとどまることになる。このことも、刑罰法規に要請される明確性の水準の設定に影響を与えることになる。

2 責任主義

第二は、責任主義（Schuldprinzip）である。これは、刑罰法規が明確な形で規定されていなければ、行為者が法規に基ついた意思決定を行うことが不可能となることから、刑罰法規の明確性は行為者に刑事責任を問うために不可欠の前提であるという考え方である¹²²。この論拠は、市民に対する自由の保障という国家論的論拠をいわば刑法理論上の概念に置き換えたものであり、市民に対する自由の保障と同様に妥当なものと評価し得よう。

もつとも、近時、我が国においては主に法人犯罪を念頭に、規制の実効性を確保する必要性を理由として、責任主義の緩和に好意的な見解¹²³や、非難可能性を中核とする伝統的な責任主義から脱却すべきとする見解が主張されている¹²⁴。しかし、我が国においては法人に対する刑罰を自然人に対する刑罰と同一の規定により処罰することが前提となっている以上、やはり責任主義を放棄することは妥当ではないように思われる。

3 法適用の容易性

第3は、法規適用の容易性である。これは、不明確な規定は法の適用を抑制的なものとし、ひいては刑法の機能低下を招いてしまうことから、刑法の機能を維持するためには一定程度明確な規定が要請されるという考え方である¹²⁵。

この根拠は刑法一般に当てはまるものであると思われるが、経済刑法においては何が禁止されるべき行為であるかが自明ではないことも少なくないことから、とりわけ経済刑法の場合に強く当てはまるものといえよう。

第2節 アメリカの議論

アメリカにおいて、「漠然性のゆえに無効の法理」の憲法上の根拠は、主に適正手続条項（合衆国憲法修正5条及び14条）に求められている¹²⁶。一方、理論的根拠については、

¹²² Roxin, a. a. O. (Anm. 116), § 5, Rn. 24.

¹²³ 松澤伸「企業不祥事への対応のあり方—GCOE コンプライアンス調査を踏まえた一考察」企業と法創造 36号（2013年）329頁。

¹²⁴ 越知保見『独禁法事件・経済犯罪の立証と手続的保障—日米欧の比較と民事・行政・刑事分野の横断的研究』（2013年）426頁以下。

¹²⁵ Prittwitz, a. a. O. (Anm. 2), S. 59.

¹²⁶ 萩原・前掲注（56）48頁。

なお、これ以外にも、三権分立原則や告知を受ける権利（修正6条）、事後立法の禁止

主に①公正な告知、②恣意的な法執行の防止という 2 つの根拠が並列的に挙げられることが多い¹²⁷。

第 1 款 公正な告知

漠然性のゆえに無効の法理の根拠として挙げられるものの第 1 は、「公正な告知 (fair notice)」である。これは、行為者に対して行為の自由を保障し、憲法上の権利に対する萎縮効果を回避するためには公正な告知を与えなければならないが、不明確な刑罰法規はこれを達成することができない、とする考え方である。公正な告知を漠然性のゆえに無効の法理の根拠として挙げた初期の判例は、「市民は、刑罰法規の解釈における誠実な誤りにより訴追され得る立場に不必要に置かれるべきではない。〔中略〕いかなる者もいつ犯罪を行っているのかを確実に知ることができなければならない。」¹²⁸と述べ、その基本的な立場を明らかにした。

この公正な告知という考え方は、日本やドイツの学説における市民に対する自由保障ないし自由主義という根拠に類似するといえよう。いずれも、行為者に対して事前に規範を提示することを通じて、行為の自由を保障することを主眼とするものだからである。

もともと、この論拠が不明確な刑罰法規の文言が公正な処罰方法として手続法的な保障機能を害していないかを問題としている点において、ドイツや我が国における市民に対する自由保障という論拠とは観点の置きどころを異にしている¹²⁹。我が国においては刑罰法規の明確性が罪刑法定主義の一環として論じられていることから、刑罰法規の文言における手続法的な保障機能を独立に問題とするのではなく、あくまでも実体法上の問題として論じることが妥当であろう。その意味で、我が国においては「公正な告知」という要素を市民に対する自由の保障という考え方に解消して位置づけるべきであるように思われる。

が根拠として挙げられることもあるが、いずれもあくまで補足的に援用されるにとどまり、独立の根拠とされることは例外的であるとの指摘もある（佐藤・前掲注（56）「法文の不明確による法令の無効（一）」78頁以下、萩原・前掲注（15）64頁注（2）参照）。

¹²⁷ このほか、理論的根拠として権力分立を挙げる文献もある（Goldsmith, *supra* note 56 at 284）。これは、民意を法律に反映させるには、法律において明確な条件が記載される必要があるという考え方である。例えば、United States v. REESE ET AL., 92 US 214 - Supreme Court 1876 は、「立法府があらゆる潜在的な犯罪者を捕まえるのに十分に大きな網をかけることができ、裁判所にその中に入って誰が正当に拘束される、誰が放免されるかを判断させることを委ねるとすれば、それは明らかに危険である。これは、一定程度、立法府の任務を裁判所に委ねることになる」と述べている。しかし、この根拠を挙げる文献は多くなく、せいぜい補助的な根拠と看做されているように思われる。

¹²⁸ United States v. Reese et al., 92 US 214 - Supreme Court 1876.

¹²⁹ 萩原・前掲注（15）49頁。

第2款 恣意的な法執行の防止

第2の根拠は、恣意的な法執行の防止である。これは、刑罰法規が不明確なものとなっている場合、当該規定を適用する法執行者（警察官、検察官、裁判官等）による恣意的な法執行を防ぐことができない、という考え方である。州の公務員に対して共産党に一切の支援を行っていないことを誓うよう求めるフロリダ州法の合憲性が問題となった事案において、アメリカ最高裁判所の多数意見は、「反対の考えを持つ者に共産党員のラベルを張ろうとする人々が常にいることを認識しないことは、現実を無視することとなる。そして、検察官もまた人間であることは経験が教えるところである。」と述べ、その基本的な立場を明らかにした。

たしかに、刑罰法規が明確な形で定立されていれば、恣意的な法執行を防止することにつながるといえる。もっとも、このことは刑罰法規の明確性を確保することによってではなく、法執行者の権限を厳格に定めることによって達成されるべきであるとも思われる。この点に鑑みれば、恣意的な法執行の防止は、補助的な根拠として位置づけるにとどめるべきであろう。

第3節 刑罰法規に一定の明確性が要求される根拠の再検討

以上のように、刑罰法規に一定の明確性が要求される根拠として、ドイツにおいては①法治国家原理ないし政治的自由主義、②民主制原理ないし権力分立、③一般予防、④責任主義、⑤法適用の容易性が挙げられ、アメリカにおいては⑥公正な告知、⑦恣意的な法執行の防止が挙げられている。

このうち、前述の通り②民主制原理ないし権力分立及び⑦恣意的な法執行の防止は補助的な論拠として位置づけられる。また、⑥公正な告知は①法治国家原理ないし政治的自由主義に解消されるべきこともすでに述べたとおりである。そうであるとする、刑罰法規に一定の明確性が要求される根拠としてあげるべきであるのは、①法治国家原理ないし政治的自由主義、③一般予防、④責任主義、⑤法適用の容易性の4つに限られる。

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、利害関係者の属性によって異なってくるように思われる。すなわち、行為者本人にとっては①法治国家原理ないし政治的自由主義及び④責任主義に基づくものであり、行為者以外の市民にとっては③一般予防に基づくものであり、法適用者（検察官、裁判官）にとっては⑤法適用の容易性に基づくものである、ということになる。このように、利害関係者の属性に応じて複数の根拠が併存し得ることは、刑法が果たす役割が各利害関係者にとって異なることを反映していると理解することができよう。

第3章 刑罰法規に要求される明確性の程度に関する判断基準

ドイツにおいてもアメリカにおいても、刑罰法規に要求される明確性の程度に関する判断基準が盛んに論じられている。ここでは、両国の議論を参照し、妥当と考えられる判断基準を導く。

第1節 ドイツの議論

ドイツにおいては、刑罰法規に要求される明確性の程度に関して、①刑罰の重さに比例した明確性を要求する見解（判例の立場）のほか、②国民の予測可能性を重視する見解や③利益の衡量に基準を求める見解、④量的な基準によって明確性の充足の有無を判断する見解、⑤恣意的な解釈の防止を重視する見解が主張されている。

第1款 刑罰の重さに比例した明確性を要求する見解（判例）

ドイツ連邦憲法裁判所は、かねてから明確性の原則の適用を通じて、刑罰法規がドイツ連邦基本法に適応しているかを審査してきた。同裁判所の判例によれば、刑罰法規に求められる明確性の程度は、刑罰の重さに比例するとされる¹³⁰。すなわち、重い刑罰を予定する法規であれば厳格な明確性が要請されるのに対し、軽い刑罰を予定する法規であれば比較的緩やかな明確性があればよいことになる。また、一定程度不明確な規定であっても、判例の蓄積によって意味内容の明確化が図られれば明確性の原則に違反しないという判断が示されたこともある¹³¹。

しかし、罪刑法定主義及びその派生原理である明確性の要請は、刑罰の軽重に関わらず全ての刑罰法規に対して同様に妥当すると考えるべきであろう。また、前述の通り三権分立の考え方は刑罰法規に明確性を要求するための補助的な根拠として位置づけることが妥当であるとはいえ、刑罰法規の意味内容を確定する権限を裁判所に移管してしまうと、法律主義の要請を実質的に満たさないことになると考えられる¹³²。したがって、このような判例の立場に賛同することは困難である。

第2款 国民の予測可能性を重視する見解

学説の主流は、国民の予測可能性を重視し、規範的な文言が一切認められない訳ではないものの、一般国民が意味を把握できるよう可能な限り明確な文言とすべきという基準を

¹³⁰ BVerfGE 14, 245 ff.

¹³¹ BVerfGE 26, 41 ff.

¹³² Roxin, a. a. O.(Anm. 116), § 5, Rn.70.

定立している¹³³。この見解に従えば、経済刑法において用いられて刑罰法規のうち、一定の部分が無効と解されることになろう。例えば、行為態様や規制対象に関する包括的な規定については、日本のインサイダー取引規制がインサイダー情報に該当する情報を個別具体的に列挙しているように、より具体的な内容を列挙する形で規定することが可能であることから、無効と解される余地もある。

この見解は刑法の行為規範としての側面を重視するものであるといえよう。そして、国民の予測可能性を中心に明確性の判断基準を構築している点で我が国の通説的見解¹³⁴と類似しているが、可能な限りの明確性を要求する点で異なっている。

刑罰法規に明確性を要求するための根拠が行為者の自由を実質的に保障することにあると考えれば、このように予測可能性の保障を出発点とする考え方は、基本的に妥当であると考えられる。もっとも、この見解が立法者に対して立法技術上採用し得る最大限の明確化を行うよう要請している点には修正の余地がある。なぜならば、脱法行為を防止しつつ刑罰法規を最大限に明確化していくと、文言上は可罰性の範囲が著しく拡張することになってしまうが、本来は当罰性のない事案を可罰性の範囲から除外しようとするならば、却って価値の補充が必要な不明確な概念を用いて対応する必要性が却って高まってしまふからである¹³⁵。したがって、立法者に対して可能な限りの明確性を要求することまでは不要と考えるべきであろう。

第3款 利益の衡量に基準を求め見解

通説的見解における硬直的な判断基準に対して、基本法が要請する法的安定性の利益と事案の適切な解決を比較衡量し、後者が前者を上回る場合には必要な明確性を満たすとする見解も提唱されている¹³⁶。この見解に従えば、経済刑法において用いられている不明確な文言の大部分は、脱法行為の回避という目的の下に正当化されることになると考えられる。

この見解は、刑法の実効性を確保する必要性に理解を示し、現実的な適用可能性を重視するものといえよう。たしかに、刑法は社会統制手段の1つであることから、事案の適切な解決を図る必要があることは疑いなく、明確性の原則のあり方を考える際にもこのこと

¹³³ Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4.Aufl. (1988), S.120; Gerald Grünwald, Bedeutung und Begründung des Satzes "nulla poena sine lege", ZStW 76 (1969), S.13f.

¹³⁴ たとえば内藤謙『刑法講義総論 上』(1983年)38頁、野村稔『刑法総論』(補訂版、1998年)45頁、平川宗信『刑事法の基礎』(2008年)134頁等。

¹³⁵ Roxin, a. a. O.(Anm. 116), § 5 Rn.71.

¹³⁶ Theodor Lenckner, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nullum crimen sine lege", JuS 1968, S.305f.

なお、我が国においてこの見解と同様の理解を示すものとして、前田雅英「罪刑法定主義の変化と実質的構成要件解釈」『中山研一先生古稀祝賀論文集 第三巻』(1997年)67頁。

に変わりはない。

しかし、この見解のように事案を適切に解決する現実的必要性を過度に強調してしまうと、結局は明確性の原則が有する自由保障機能を不当に相対化する結果になるであろう。事案の適切な解決を図る必要性は、あくまで刑罰法規の解釈を行う際に考慮すべき要素の1つに過ぎないと考えるべきである。

第4款 量的な基準によって明確性の充足の有無を判断する見解

通説的見解が示した基準が不明確であることを踏まえ、量的な基準によって明確性の充足の有無を判断する見解も主張されている。この見解によれば、ある規定に含まれるすべての構成要件要素において、可罰性の限界を十分に確定可能な要素の割合が50%未満の場合、明確性の原則に違反することになる¹³⁷。この基準に従った場合、経済刑法の規定の一部（例えば行為態様に関する包括的規定を含む刑罰法規）について、当該規定が想定する構成要件の全体において50%以上の可罰性を確定し得ないものとして、無効と評価される可能性があるだろう。

この見解は独自の観点から明確性の原則を再構成するものであり、興味深いものであるといえる。また、判断基準を量的なものとするには、恣意的な適用を防止する意義があるだろう。

しかし、刑罰法規の明確性という人権にも関わる問題について、量的な基準で判断してよいかという疑問が生じる。また、いかに基準が明確であるとしても、どの要素を考慮に入れるかという点について共通認識が存在しないことから、この基準はそれほど容易に適用できるものではないという難点も抱えている。したがって、この見解を採用することは困難である。

第5款 恣意的な解釈の防止を重視する見解

このほか、恣意的な解釈の防止を重視する見解も主張されている。この見解によれば、「ある刑罰法規から明確な立法者の保護目的（Schutzzweck）を導き出すことが可能であり、当該文言が解釈の恣意的な拡張につき、なお限界を設定し得る程度のものである限り、その刑罰法規はなお明確なものである」¹³⁸とされる。

¹³⁷ Bernd Schünemann, *Nulla poena sine lege?: Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, 1978, S.6. 本論文の日本語訳として、ベルント・シューネマン（中川祐夫訳）「現代の法理論にてらした罪刑法定主義の原則」龍谷法学 15 卷 4 号（1983 年）415 頁以下、新谷一幸「Bernd Schünemann, *Nulla poena sine lege?*」法学雑誌 26 卷 1 号（1979 年）100 頁以下。

¹³⁸ Roxin, a. a. O.(Anm. 116), § 5, Rn.75.

論者が想定している具体的適用は次の通りである。すなわち、例えば「侮辱 (Beleidigung)」(ドイツ刑法 185 条) という文言は、軽侮の表現が相手の心情を害する侮辱と理解された場合にのみ刑罰法規の目的に適うことから、明確性を満たしていると評価される。また、「その他の低劣な動機 (sonst niedrigen Beweggrundes)」(ドイツ刑法 211 条) という文言についても、「謀殺の欲望」、「性的欲望の満足」、「食欲」といった具体的な動機と並列されており、解釈が十分に可能であることから、明確性を満たしていると評価される。一方、「ひどい乱暴 (groben Unfugs)」(ドイツ刑法旧 360 条 11 号) といった文言については、「乱暴」の種類は限りなく存在し、解釈が無制限になることが避けられないことから、明確性を満たさないものと評価される。

一方、経済刑法における適用は次のようになると考えられる。まず、行為態様や規制対象に関する包括的な規定については、目的規定や保護法益を考慮することによって規制の限界を画することができることから、明確性を有すると評価されよう。また、行為態様や規制対象に関する受皿的規定についても、典型的な行為態様や規制対象が並列されている限り解釈が十分に可能であることから、明確なものとされると考えられる。さらに、白地規定についても、参照先の規範が示されている限り、明確性を有するとみなされることになろう。このように、現行の経済刑法に含まれている刑罰法規の大部分は正当化されるように思われる¹³⁹。

この見解は刑法の裁判規範としての側面を捉え、裁判官の恣意の防止を重視するものである。刑法が裁判規範としての側面を有していることに加え、刑罰法規に対しては一定の解釈を加える必要があることに鑑みれば、この見解の示している方向性は妥当なものと考えられる。

もっとも、この見解が刑法の裁判規範としての側面を捉えることは妥当であるといえるが、それと共に、行為規範としての側面を明確性の原則の内実に反映することも必要ではないかと思われる。

第 2 節 アメリカの議論

第 1 款 通常の知性の者に読み取れる程度の明確性

刑罰法規の明確性をいかなる基準で判断するかという問題は、日本やドイツと同様、アメリカにおいても議論の対象となっている。アメリカ連邦最高裁判所は、「新たな犯罪を創設する刑罰法規の文言が、その適用を受ける者に対して、彼らのいかなる行為が当該刑罰を受けることになるかについて告知するのに十分なほど明確でなければならないことは、

¹³⁹ 既に、山中・前掲注 (23) 81 頁は、この見解に対して「不明確とされることはかなり少なくなるようにも思われる」との評価を行っている。

フェア・プレーの通常概念及び確立した法原則に合致し、十分に承認された要件である。ある行為を禁止し、又は要求する制定法の文言が、通常の知性の者がその意味を推察しなければならず、その適用について見解を異にするほど漠然としている場合には、デュー・プロセスの最も本質的な要請に違反する。」と述べ、一定の場合に刑罰法規は漠然性のゆえに無効になるという基準を提示した¹⁴⁰。

この基準は、後の連邦最高裁判所の判例において繰り返し参照されているといわれており¹⁴¹、高い先例的価値を有するといえよう。また、この基準は我が国の判例¹⁴²及び通説的見解が示す基準と類似したものとなっている。

しかし、この基準に対しては、「一般的定義としては理解できるが、個々の事案を解決するにあたって、法規を適正手続条項違反として無効にするほど法文が不明確であるか否かを決定するには、あまりにも抽象的であって、必ずしも具体的内容をもった基準とはいえない」との批判¹⁴³が妥当しよう。

第2款 刑罰法規の不明確性に起因する問題を解消するための手段

既に述べたとおり、アメリカにおいては不明確な刑罰法規が多く存在しているものの、刑罰法規の不明確性に起因する問題を解消するための手段がとられており、実際上の不都合が回避されているともいえる。これらの手段が存在することによって、刑罰法規に求められる明確性の判断基準が緩やかになっているという評価も可能であることから、ここで整理を行う。

1 不明確性判断を回避するための手段

既に述べたとおり、経済刑法においては不明確な文言の使用が避けられないが、その全ての場合を不明確と判断して無効とすることは、規制の実効性を確保する観点からは、必ずしも現実的な方向とは言い難い。そこで、アメリカにおいては、①合憲限定解釈や②主観的要件の導入、③制定法の中核部分の明示といった手段を講じることによって、不明確性判断を回避するということが行われている。

(1) 合憲限定解釈

不明確性判断を回避する手段として用いられるものの第1は、合憲限定解釈である。こ

¹⁴⁰ *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385. 391(1926).

¹⁴¹ 門田「刑罰法規明確性の理論と『罪刑法定主義』」・前掲注(56)302頁。

¹⁴² 最判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁〔徳島市公安条例事件〕。

¹⁴³ 大野正義『罪刑法定主義』(1980年)252頁。

れば、「法文の不明確性のため文字通りに適用すると処罰範囲が余りにも広範囲に及ぶ法令を、制限的に解釈することによって合憲性を維持する方法」¹⁴⁴である。

たしかに、このような解釈を行うことができる場合には、行為者や国民一般に対して一定程度自由を保障することにつながり、有益であるといえよう。もっとも、不明確な法令は解釈を通じて無条件に救済される訳ではなく、明らかに法律の明文に反していると考えられるような制限的解釈は許容されないと考えるべきであろう¹⁴⁵。

(2) 主観的要件の導入

また、故意という主観的事情を要求する犯罪においては、行為者に対する「告知」が十分に行われているため、不明確性の問題は生じないとする考え方も示されている。

たしかに、どのような行為が禁止の対象になるかについて行為者が認識できる状況であれば、自由を侵害することは避けられるともいえるからである。このように考えれば、たとえば直罰方式の刑罰法規の場合には不明確と評価される文言であっても、間接罰方式の場合には行為者にとって可罰的な行為の範囲が認識可能であるため、不明確とはいえなくなるという結論も不可能ではないように思われる。

(3) 制定法の中核部分の明示

さらに、外延が不明確であっても、当該事案における具体的行為が「制定法の中核部分」に該当するとすれば、実体的権利への侵害は見られないほか、「告知」も十分に行われているため、不明確性の問題は生じないとする考え方も示されている。

たしかに、このような場合には不明確性の問題が生じないようにも見える。しかし、具体的な行為者に対する自由保障は十分であると評価することが可能であるかもしれないが、このような個別具体的事案を基準として評価を行ってしまうと、刑罰法規の明確性を確保することによって一般予防を図るということは困難になってしまい、妥当でないであろう。

2 経済刑法における自由保障のための制度的対応

既に見たとおり、アメリカにおいては法律によってルール of 明確性を確保することについては、それほど期待されていないのが現状である。しかし、経済刑法の領域においては行為者に対して経済活動の自由を保障することが強く要請されることから、自由保障のた

¹⁴⁴ 萩原・前掲注(56) 52頁。

¹⁴⁵ 萩原・前掲注(56) 53頁。

めにいくつかの制度的対応がなされている。その代表的なものとして、①規則及びガイドラインの整備、②民事制裁金に関するルールの形成、③ノーアクション・レターの発出を挙げることができる。

(1) 規則及びガイドラインの整備

規制当局が整備する規則やガイドラインの記述を通じて、どのような行為が禁止の対象となるかが明確化される場合がある。

例えば、前述のとおり法律において必ずしも明確な規定が置かれていないインサイダー取引規制について見ると、規制当局である証券取引委員会がルールを具体化するための規則を制定している¹⁴⁶。また、法律に処罰規定が置かれているものの、その文言が必ずしも明確には記述されている訳ではない競争法の領域についても、規制当局である司法省及び連邦取引委員会がガイドラインを制定している¹⁴⁷。

規則やガイドラインが整備されれば、行為規範の提示の機能を果たすことは疑いない。但し、我が国においては法律以外の文書にいかなる範囲まで委任を行うことができるかを検討する必要がある。

(2) 民事制裁金に関するルールの形成

民事制裁金 (Civil Penalty) の存在も、一定の範囲で自由保障に寄与することがある¹⁴⁸。

¹⁴⁶ 連邦規則において、「インサイダー取引事案における、現実の非公開情報『に基づく』取引」(17 CFR 240.10b5-1)、「不正流用インサイダー取引事案における信任義務」(17 CFR 240.10b5-2)、「登録を除外された一定の証券に関する操縦的又は詐欺的な手段及び計略の使用の禁止」(17 CFR 240.10b-1)、「ブローカーまたはディーラーによる操縦的又は詐欺的な手段の使用」(17 CFR 240.10b-3)、「操縦的又は詐欺的な手段の使用」(17 CFR 240.10b-5)、「一定の募集に関連する禁止された表明」(17 CFR 240.10b-9)、「取引の確認」(17 CFR 240.10b-10)、「信用取引における信用条件の開示」(17 CFR 240.10b-16)、「時期を逃した基準日の告示」(17 CFR 240.10b-17)、「発行者等による一定の持分証券の購入」(17 CFR 240.10b-18)、「販売者の予定日に証券を配達する能力又は故意に関連する偽装」(17 CFR 240.10b-21)といった規定が置かれている。

¹⁴⁷ 司法省及び連邦取引委員会は、「知的財産のライセンスに関する反トラストガイドライン (Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property)」(1995年)、「国際的運営に関する反トラスト法執行ガイドライン (Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations)」(1995年)、「競合企業間の共同行為に関する反トラストガイドライン (Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors)」(2000年)といった各種ガイドラインを制定している。

¹⁴⁸ 民事制裁金について論じる主要な文献として、Erica Clements, *The Seventh Amendment Right to Jury Trial in Civil Penalties Actions: A Post-Tull Examination of the Insider Trading Sanctions Act of 1984*, 43 U. Miami L. Rev. 361(1988), Lynn C. Hall, *Crossing the Line between Rough Remedial Justice and Prohibited Punishment: Civil*

というのは、民事制裁金に関する規定の適用を通じて、いかなる行為が禁止の対象となるかが明確化される場合があるからである。

現行法においては、例えばインサイダー取引に対する民事制裁金に関する以下のような規定が設けられている。

連邦法典第 15 章第 78u-1 条 インサイダー取引に対する民事制裁金

(a) 民事制裁金を科する権限

(1) 証券取引委員会による訴訟に関する権限の付与

現実の非公開情報を保有している際に証券又は証券スワップ契約を購入又は売却することによって、ある者が法令に違反し、又は証券取引所の施設を通じて、又はブローカーあるいはディーラーを通じて当該情報を伝達することによって法令に違反し、しかもそれが標準化オプションあるいは証券先物商品以外の証券の発行による公募の一部ではないと証券取引委員会がみなした場合、証券取引委員会は以下をなすことができる。

(A) アメリカの地区裁判所において訴訟を提起することができ、裁判所は上記違反行為を行った者によって支払われるべき民事制裁金を科するための裁判権を有する。

(B) [略]

なお、このほかにも、上記違反行為を行った者に科される制裁金額は、違法な購入、売却、伝達の結果として得られた利益又は避けられた損失の 3 倍を超えることができないこと¹⁴⁹や、違反を認識している場合等を除き、違反行為を行った者を支配する者 (controlling person. 違反行為者に対して管理権限を有する雇用者等を指す) に責任は及ばないこと¹⁵⁰等が規定されている。

このような規定のあり方自体、インサイダー取引に対する刑罰が既に見たように不公正取引の禁止という極めて抽象的な規定によっていたのと比べて、一定の明確性を有するものとなっていると評価することができよう。しかも、この規定に関する解釈が判例によっ

Penalty Violates the Double Jeopardy Clause, 65 Wash. L. Rev. 437(1990), David S. Rudstein, Civil Penalties and Multiple Punishment under the Double Jeopardy Clause: Some Unanswered Questions, 46 Okla. L. Rev. 587(1993) and Robin M. White, "Civil penalties": oxymoron, chimera and stealth sanction, 126 L.Q.R. 593(2010).

なお、証券規制当局である証券取引員会は、法人による証券法違反に対する民事制裁金についての見解を表明している (SEC, Statement of the Securities and Exchange Commission Concerning Financial Penalties, 2006)。これについては、野村亜紀子「米国 SEC の法人に対する民事制裁金の考え方」資本市場クォーターリー 9 巻 4 号 (2006 年) 56 頁以下も参照。

¹⁴⁹ 15 USC 78u-1(a)(2).

¹⁵⁰ 15 USC 78u-1(b).

て示されれば、その内容はさらに具体化されることになる。

このように、民事制裁金に関する規定の存在は、行為規範を提示する機能を果たすことがある。我が国には民事制裁金そのものに相当する制度は存在しないが、類似の役割を果たすものとして課徴金が存在しており、課徴金に関する規定の適用を通じてルールが事実上、明確化されることはありえよう。但し、我が国の法体系を前提とした場合、判例による規範形成によって刑罰法規の明確性の問題を直ちに解決できると考えるべきではなく、規制対象者群にとって規範の内容が読み取れるか否かの判断においてこれを考慮するにとどめるべきであろう。

3 ノーアクション・レターの発出

アメリカにおいては、経済規制に関するルール形成に関して、ノーアクション・レター (No-Action Letters) も一定の役割を果たしている。ノーアクション・レターは、ある行為に対する法令の適用関係に疑義を有する個人や金融機関等が、当該法令を所管する規制当局に対して問い合わせを行い、自らの行為に法令違反がないことを確認した場合には、規制当局は当該行為に対する制裁を賦課したり、他の公的機関への告発を行ったりすることはない、という非公式の制度である¹⁵¹。

たとえば、証券取引に関する規制当局である証券取引委員会¹⁵²や、商品取引に関する規制当局である商品先物取引委員会¹⁵³は、これまでに発出したノーアクション・レターを全て公表している。

たしかに、規制当局がノーアクション・レターを発出すれば、どのような行為が禁止の対象とならないかが明確化されることになろう。しかも、この場合には個別具体的な行為についてその可否が明らかとされることから、事前の自由保障としては最も確実なものといえる。もっとも、三権分立を採用している我が国の法体系を前提とする限り、行政当局が発出するノーアクション・レターに、裁判所の判断を拘束する機能を認めることは困難であろう。また、日本においてはノーアクション・レターの発出が刑事責任の成否にどのような影響を与えるかについて必ずしも意見の一致が見られないことに注意が必要である¹⁵⁴。

¹⁵¹ Lewis D. Lowenfels, id. at 1256. 但し、その法的位置づけについて争いがあることに注意が必要である。See also Donna M. Nagy, id. at 923 et seq.

¹⁵² <http://www.sec.gov/interps/noaction.shtml>

¹⁵³ <http://www.cftc.gov/LawRegulation/CFTCStaffLetters/No-ActionLetters/index.htm>

¹⁵⁴ この点については第3部において論じる。

第3款 刑罰法規それ自体の明確性に着目する必要性

以上のように、刑罰法規の不明確性による問題を回避するためにアメリカで採られている手段の大部分は、我が国に直截に持ち込むことが困難である。ノーアクション・レターの発出による自由保障は参考になるものの、あくまでも違法性の意識の可能性の判断において考慮すべきものであり、刑罰法規の明確性の問題とは区別すべきであるように思われる。

第3節 判断基準の再検討

以上の議論を踏まえ、刑罰法規に要求される明確性の基準について、どのように考えるべきであろうか。

第1款 刑法の行為規範性の反映

まず、刑法の行為規範性を反映した要件を検討する必要がある。前述の根拠のうち、一般予防及び責任主義は、刑法の行為規範性に基づくものであった。また、自由主義についても、刑法の行為規範性と強く関連していることは明らかであろう。

従来、判例（及びこれを受容した学説）は「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうか」という基準を示してきたことから、既にこの要件を要求してきたものと思われる。もっとも、この要件については、(1) 明確性の判断対象や(2) 明確性の判断主体といった観点から、複数の捉え方が可能であろう。

1 明確性の判断対象

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であろうか、それとも②法規一般の適用可能性であろうか。

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¹⁵⁵。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¹⁵⁶。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

¹⁵⁵ 門田『『刑罰法規明確性の理論』と罪刑法定主義』・前掲注(56) 324頁。

¹⁵⁶ なお、判例の基準について、『『具体的場合に当該行為が』という限定を付したことにより、文面上無効とされる余地を極端に狭めている点に問題がある』との批判を加える立場として浅田・前掲注(87) 57頁があるが、この立場は②の見方を徹底するものといえよう。

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。

2 明確性の判断基準となる主体

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ろうか、それとも②規制の名宛人であろうか。

従来、我が国の学説の多くは①一般人ないし国民一般から見て刑罰法規が明確であることを要求してきたように思われる。このような理解は、国民の意思を刑罰法規に反映させるという古典的な罪刑法定主義の観念に合致するものといえよう。

しかし、前述の通り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。

なお、このような理解に立ったとしても、規制対象として想定されるのが国民一般であるような場合には、結論として国民一般の認識可能性を問う①の見解とほぼ同様の帰結に至ることとなる。

第2款 刑法の裁判規範性の反映

次に、刑法の裁判規範性を反映した要件を検討する必要がある。前述の根拠のうち、

法規適用の適正化は、刑法の裁判規範性に基づくものであった。

この観点からは、法律専門家ないし法規適用者にとっても法規の内容を把握できる程度に明確に規定されていることが重要になると考えられる。法規適用者は裁判官に限られる訳ではないが、法の解釈を裁判官が担っていることから、裁判官を基準とすることが妥当であるように思われる¹⁵⁷。そして、この観点から求められる要件は、「裁判官が法規を適用するにあたって、恣意的な解釈を防止し得る程度に明確であること」となろう。

もっとも、法規の意味内容を一般人が認識できれば裁判官にも認識可能であるといえることから、結局、この要件は一般人基準に吸収されることになろう。

第3款 委任による明確化の限界

さらに、明確性の原則の内実の一環として、法律主義との関係でどの範囲まで法律で定める必要があるのかという点も検討する必要がある。我が国では明確性の原則を専ら概念の不明確性の問題と捉える向きもある¹⁵⁸が、行為者にとって規範内容を法規から読み取ることが容易でないという点で共通していることから、ドイツにおける理解と同様に、刑罰法規に記述されている概念自体が不明確である場合のほか、刑罰法規が他の規範を参照している場合も明確性の問題に含まれると考えるべきであろう。

1 命令及び規則

まず検討すべきは、行政官庁によって定められる命令や規則についてであろう。民主主義の観点からは、犯罪や刑罰に関する内容は議会の制定する法律によって定められなければならないのが原則であるものの、法律の委任がある限り、犯罪と刑罰に関する特定の事項を行政の命令や規則に委任し、その内容を明確化することは禁止されていないと一般に考えられている。それは、日本国憲法がその旨の規定¹⁵⁹を置いていることに加え、特定の事項に関する委任であれば刑罰権の発動を民意によって拘束するという民主主義の趣旨を逸脱しないと考えられていることによる。

もっとも、法律において明示的には委任が予定されていない場合にも、命令や規則に委任が可能であるかという問題はなお残されている。この場合、法文の規定の仕方から見て委任が必然的と思われるような特段の事情がある場合でなければ、原則として委任は許されないものと考えられよう。

¹⁵⁷ 荘子邦雄『刑法総論』（3版、1996年）23頁は、もっぱら裁判官を判断基準とすべきとする。

¹⁵⁸ 品田智史「特別刑法と罪刑法定主義—粉飾決算事例を素材として—」浅田和茂ほか編『斉藤豊治先生古稀祝賀論文集』（2012年）42頁。

¹⁵⁹ 日本国憲法73条6号ただし書き。

2 ガイドライン

次に、ガイドラインについても問題となる。従来、行政による命令や規則の場合とは異なり、ガイドラインに委任を行い、法規の内容の明確化を図ることは許されないとするのが一般的であったように思われる。たしかに、ガイドラインには必ずしも国民の意思は反映されないうえ、憲法上の根拠規定も欠いていることからすれば、このように考えることが自然であろう。

もっとも、いかなる場合にもガイドラインに委任を行うことが出来ないとするのも、現実性を欠くように思われる。そこで考えられるのは、一定の要件を満たす場合にのみ、ガイドラインへの委任を例外的に許容することである。明確性の原則の背景にある根拠（自由主義や民主主義等）に鑑みれば、少なくとも、①ガイドラインが公表されること等により、規制対象者が当該ガイドラインを利用可能であること（アクセス可能性）に加え、②当該ガイドラインを制定する主体が公的機関や法的に監督権限を与えられた主体である等、一定の正統性を有していること（制定主体のオーソリティ）の双方が必要になるように思われる。このような理解からは、例えばガイドラインが監督官庁の内部にとどまっており、外部に公表されていない場合や、自主規制団体や業界振興団体が策定したガイドラインには委任を行うことが出来ないと解されよう。

3 通達

次に、通達についても問題となる。一般に、通達は行政機関内部を拘束する機能を有するに過ぎず、対国民との関係で、裁判において基準として用いられることはないとされている¹⁶⁰。もっとも、実際には通達で示された基準が社会に定着することもあり、このような現象を一種の委任と捉えることができるかが問題となる。

たしかに、行政の統一性を確保するという通達の趣旨¹⁶¹に鑑みれば、やはり対外的効力を正面から承認することは困難であろう。しかし、通達の形をとっていたとしても、それが社会におけるルールを形成する要素の1つとなり、あたかも法令の内容を具体化する機能を対外的に有しているかに見える場面も少なくない¹⁶²。そして、「構成要件それ自体は法律によって規定されることが必要であるが、構成要件該当事実の認定に必要な具体的

¹⁶⁰ 塩野宏『行政法I』（5版補訂版、2013年）102頁。

¹⁶¹ 塩野・前掲注（160）102頁。

¹⁶² 代表的な例として、旧優生保護法における「胎児が、母体外において生命を保続することのできない時期」の基準につき、「通常妊娠満22週未満」との解釈を示す通達がある（平成2年3月20日厚生省発健医第55号厚生事務次官通知）。

準等については必ずしも法律で規定することを必要としない」¹⁶³と考えられることから、一定の場合には通達によって具体的基準を示すことも認められるべきであろう。そして、ガイドラインの場合と同様、例外的取り扱いを認めるための要件は明確性の原則の根拠から導かれるべきであるが、行政の統一性を確保するために発せられる内部文書であり、本来は対外的に強制力を有するものではないという通達の性質も考慮しなければならない。すなわち、通達による法令の具体化を認めるためには、少なくとも、①通達の内容が監督官庁等の内部のみならず、規制対象者においても周知されていること（周知性）に加え、②通達の適用関係が一義的に確定できること（一義性）が要求されると考えるべきであろう¹⁶⁴。

第4款 具体的適用

以上で述べた点につき、具体的な適用を確認しておくことが有益であろう。

1 「私的独占又は不当な取引制限」（独占禁止法3条）

たとえば、「私的独占又は不当な取引制限」（独占禁止法3条）という文言がこれに該当するが、明確性の原則に違反するほどに不明確であるとは認められないであろう。というのは、独占禁止法の規制対象となっている企業は、定義規定（独占禁止法2条）や公正取引委員会のガイドライン等を踏まえてどのような場合が禁止対象となっているかを理解することが可能であると思われるからである。

2 「不正の手段」（銀行法61条2号）

また、「不正の手段」による免許取得（銀行法61条2号）もこれに該当するが、明確性の原則に違反するほどに不明確であるとは認められないであろう。というのは、銀行業免許を取得しようとする者は、免許の申請に際して真正な内容を有する申請書類を適切な態様で提出することを期待されていることが明らかであり、どのような場合が禁止の対象であるかを理解することが一応可能と考えられるからである。

3 包括条項（金商法166条2項4号）

そして、近時とりわけ問題とされることが多いものとして、いわゆる包括条項（金商法

¹⁶³ 野村稔「長銀決算事件控訴審判決の検討」研修695号（2006年）7頁。

¹⁶⁴ 野村・前掲注（163）7頁参照。

166 条 2 項 4 号) を挙げるができる。これは、「当該上場会社等の運営、業務又は財産に関する重要な事実であつて投資者の投資判断に著しい影響を及ぼすもの」(金商法 166 条 2 項 4 号) という規定であるが、一応、明確性の要請を満たしているように思われる¹⁶⁵。というのは、投資家にとっては何が「投資者の投資判断に著しい影響を及ぼすもの」か理解することが不可能ではないと考えられるからである。

もっとも、近時、「企業法務を得意とする弁護士をして、『クリーン・オピニオンが出せない』と評された規定を、上述した意味での金融商品市場への参加資格をクリアした程度の『投資家』が読み、そこから違法・適法の境界を読み取ることはやはり不可能であると評価せざるを得ない。その限りで、インサイダー取引におけるバスケット条項は、明確性の点で罪刑法定主義違反の疑いがある」¹⁶⁶との指摘もなされている¹⁶⁷。

しかし、ある程度の解釈の幅が残るということは、本法規においてのみ生じる問題ではない。むしろ、既に指摘されている¹⁶⁸ように、形式的な基準によって明確に重要事実を規定することを原則とし、自由保障を図りつつ、包括条項を設けることによって実質的な観点を部分的に導入し、脱法行為を防止しようとする現行法の規定形式¹⁶⁹には、合理性が認められるように思われる。そして、このような観点からも、包括条項の規定の在り方が不当であるとは言い難い。

4 「不正の手段、計画又は技巧」(金融商品取引法 157 条 1 項)

さらに、「不正の手段、計画又は技巧」(金融商品取引法 157 条 1 項) という文言についても問題となるが、この文言は明確性の要請を満たしていないと考えられる¹⁷⁰。というのは、本規定の文言には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からである。事実、この規定は適用があまりに困難と認識されたため、インサイダー取引規制等の規定が別途、新設された経緯がある¹⁷¹。

なお、これまでに公刊物に掲載された判例のうち、金融商品取引法 157 条 1 項及びその前身となった証券取引法 58 条 1 号が適用されたものは、1 件のみである。当該事案は、被

¹⁶⁵ 包括条項が明確性の原則に違反していないとする見解として、上田・前掲注(105) 36 頁、橋爪隆「証券犯罪」山口厚編『経済刑法』(2012 年) 246 頁等。

¹⁶⁶ 仲道・前掲注(25) 262 頁。

¹⁶⁷ 包括条項が明確性の原則に違反するとする見解として、神山ほか編・前掲注(14) 48-49 頁〔嘉門優〕、小林・前掲注(29) 164 頁等。

¹⁶⁸ 橋爪・前掲注(165) 246 頁。

¹⁶⁹ 松尾直彦『金融商品取引法』(2011 年) 517 頁参照。

¹⁷⁰ 本文言が明確性の原則に違反するとする見解として、松原・前掲注(119) 17-18 頁。

¹⁷¹ 河本一郎ほか「座談会 インサイダー取引の規制」ジュリスト 908 号(1988 年) 17 頁〔福田平〕。

告人が、無価値の株券に偽装の株価をつけるため、証券会社の外務員 2 名と共謀の上、同人らをして、会社の株式につき、権利の移転を目的としない偽装の売買を行わせたというものである。そこでは「『不正の手段』とは、有価証券の取引に限定して、それに関し、社会通念上不正と認められる一切の手段をいうのであつて、文理上その意味は明確であり、それ自体において、犯罪の構成要件を明らかにしている」¹⁷²として、専ら社会通念によって構成要件該当性が判断されている。しかし、このような態度は構成要件の解釈を放棄するものであるといえる上、構成要件の自由保障機能を喪失することにもつながってしまうことから、妥当ではないであろう。

¹⁷² 最判昭和 40 年 5 月 25 日刑集 155 号 831 頁。

第4章 適用領域による差異

第1節 規制対象による差異

我が国においては、刑罰法規の規制対象によって、要求される明確性の程度に差異が生じるかという問題がしばしば論じられている。すなわち、経済犯罪を規制対象とする法規（経済刑法）においては、明確性の要請される程度が一般的な犯罪の場合と異なり、より緩やかであっても許容され得るとされることがある、というのである¹⁷³。

これに対して、ドイツにおいてはこの点につき明示的に論じる文献は見られない。まず、規制対象が自然犯である場合と法定犯である場合とで明確性の差異が生じるかという点については、否定的に見るのが一般的のようである¹⁷⁴。また、規制対象が伝統的犯罪である場合と現代的犯罪である場合についても、同様に理解されることが一般的であるように思われる¹⁷⁵。

一方、アメリカにおいては、規制対象に直接注目する訳ではないものの、ある刑罰法規が適用される場合に制約を受ける権利の性質に注目する考え方が定着している。アメリカの判例における、権利の性質に応じた明確性の判断基準は、概ね以下のような3段階に分かれていると整理することができる¹⁷⁶。第1は、修正1条の権利（信教、言論、出版の自由等）を始めとする憲法上の権利に関わる事件であり、厳格な明確性が要求されている（とりわけ修正1条の権利に関わる事件については、当該具体的事件を超えた文面審査を許容する態度がとられている）¹⁷⁷。第2は、経済活動に関わる事件であり、緩和された明確性が要求されている。この類型においては、当該事件における具体的行為を精査し、これとの関係で法文の明確性を審査する方法が採用されている。第3は、憲法上の権利とは無関係な行為が規制対象となっている事件であり、明確性の程度が低い場合であっても通常は許容されることとされている。以上のような判例の態度については、「『漠然性のゆえに無効の理論』は、刑罰法規の内容の合理性（適正性）と密接に結びつきながら、刑罰法規の明確性それ自体の価値をいわば方便とし、実体的権利保護の手段として機能してきてい

¹⁷³ 門田・前掲注（112）113頁。

¹⁷⁴ 自然犯の場合と法定犯の場合で明確性の原則の意義が異なるかという問題については特に論じられることなく、全ての犯罪類型に共通するものとして明確性の原則が論じられることが通例である。Vgl. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 2013, Rn.14ff; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2010, Rn.10ff; Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, Rn.16ff.

¹⁷⁵ 古典的犯罪の場合と現代型犯罪の場合についても、両者の区別は特段意識されていない（前掲注（174）参照）。

¹⁷⁶ 門田「『刑罰法規明確性の理論』と罪刑法定主義」前掲注（56）297-298頁。

¹⁷⁷ この領域における指導的な判例は、Winters v. New York - 333 US 507 (1948)である。同判例については、萩原・前掲注（56）50頁参照。

る」と指摘されている¹⁷⁸。たしかに、実体的権利の保護を目的として法文の明確性を要求することは正当な考え方といえよう。

しかし、この点を過度に強調することによって、刑罰法規の明確性自体が有する意義を軽視する態度は、行為者に対する自由保障を困難なものとするにつなげるおそれがある。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。

第2節 制裁手段による差異

ドイツにおいては、行政制裁である過料（Geldbuße）を定める秩序違反法（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, OWiG）にも明確性の原則の適用があるかという問題が論じられている。学説は一般に、過料が制裁的性質を有している点を重視し、過料に関する規定にも一定の明確性を要求している¹⁷⁹。もっとも、ドイツ連邦憲法裁判所の判例によれば、制裁の程度と求められる明確性の程度は比例関係にあり、制裁が軽微なものであれば明確性の程度も緩やかでよいとされている¹⁸⁰。

また、アメリカにおいても、連邦最高裁判所は一貫して刑罰以外の制裁についても明確性が要求されるとの態度をとっており、「漠然性のゆえに無効の法理」を民事法規（民事制裁金に関する規定等）にも適用してきている。その上で、法文の不明確性がどの程度許容されるかは、法令の性質にも依存しているとし、民事法規における漠然性が許容される程度は、その不明確性による結果がそれほど峻厳ではないことから、刑罰法規よりも緩やかに評価すべきとされている¹⁸¹。そして、「民事法規に関する明確性判断は、実質上、経済活動に対する刑事規制立法を対象とする場合とほとんど異ならず」、「要請される明確性の程度および審査方法が緩和されており、かなり漠然とした文言も明確と判断され、文面上違憲無効とされることもない」との指摘がある¹⁸²。

このような最高裁判所の態度に対しては、「経済規制立法における立法府の判断の尊重という連邦最高裁の基本的政策に基づくのではあるが、結果として、刑罰のもつ峻厳性が希薄化されることになっている」ほか、「アメリカ合衆国では、三倍賠償などの民事賠償は、刑事罰に匹敵するあるいはそれよりも厳しい制裁としての効果をもっているともいわれ、罰金刑などの刑事罰と同レベル化していることを考えれば、明確性判断の事実上の同

¹⁷⁸ 門田『『刑罰法規明確性の理論』と罪刑法定主義』前掲注（56）306頁。

¹⁷⁹ Joachim Bohnert, OWiG, 3. Aufl., 2010, Rn.7.

¹⁸⁰ BVerfGE 14, 245 ff.

¹⁸¹ Village of Hoffman Estates v. The Flipside, Hoffman Estates, Inc., 455 U.S. 489 (1982).

¹⁸² 門田『『刑罰法規明確性の理論』と罪刑法定主義』前掲注（56）308頁。

一化はもっとも」である一方、「これは、民事賠償の厳しさに照らした厳格な明確性の判断が必要であるという結論での同一化でなければならないはずであるから、現状では大きな疑問がある」¹⁸³との批判が妥当しよう。

我が国の伝統的学説は、刑罰と行政制裁の性質の差異を強調し、そもそも行政制裁には明確性の原則が適用されないとする立場をとってきたように思われる。これに対し、近時の有力説は、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の見解を示している¹⁸⁴。制裁であるという点で刑罰と行政制裁には共通点がある一方、行政制裁にはより機動的な適用が求められるという差異があることを考慮すると、このような見解が妥当であるように思われる。

¹⁸³ 門田『『刑罰法規明確性の理論』と罪刑法定主義』前掲注(56) 308-389頁。

¹⁸⁴ 佐伯・前掲注(23) 18-19頁。

第2部 経済刑法における事実の錯誤と違法性の錯誤

課題設定

第1節 経済刑法における禁止対象を認識することの困難性

適用される可能性がある法令に規範的な文言が用いられている場合（規範的構成要件要素）や下位の文書等に規範内容が委任されている場合（いわゆる白地刑罰法規）には、自らの行為が禁止の対象となるか否かを直ちに判断することが困難であることも少なくない。

このような事態は、たとえば独占禁止法に違反する石油の生産調整が（旧）通商産業省の行政指導の下に行われ、それに対して公正取引委員会も何らの措置も取らなかったという「石油カルテル生産調整事件」（東京高判昭和55年9月26日高刑集33巻5号359頁）や、実父名義の公衆浴場法上の営業許可を自己の経営する会社名義にしようとしたところ、名義変更が許容されていないことが判明したため、県の担当者の助言に従って、当初の許可申請者を実父から会社とする変更届を出し、知事に受理されたので、有効な許可があるものと考えて営業を継続したという「公衆浴場営業許可無効事件」（最判平成元年7月18日刑集43巻7号752頁）、指定価格を超えることを知らずに精米を販売したことが物価統制令違反に問われた「物価統制令違反事件」（最判昭和26年11月15日刑集5巻12号2354頁）において顕在化することとなった。

また、事情によっては、そもそも行為者が自らの行為に適用され得る法規の存在を認識していないこともあり得よう。このような事態は、例えば物品税の対象である遊戯具ブランコを課税物品とは知らずに政府に申告することなく製造したという「ブランコ事件」（最判昭和34年2月27日刑集13巻2号250頁）において顕在化した。

第2節 刑罰法規の明確性による自由保障の限界：錯誤による免責の必要性

以上のような行為者にとっての判断の負担という問題に対して、刑罰法規の明確性の要請は一定の解決をもたらし得る。

しかし、既に明らかにしたように、明確性の要請の下で立法者が要求される法文の明確性の程度はそれほど高いものとはいえない。また、行為者が自らの行為に適用され得る法規の存在を認識していない場合には、いかに法規の明確化に努めたとしても、問題は解決されないことになる。このように、自由保障にとって立法段階での取組みは重要であるものの、それには限界があることを認めざるを得ないのである。

そこで、とりわけ経済活動を行う行為者にとっては、錯誤に基づいて行った行為が結果的に刑罰法規に触れるものであった場合に、果たして免責される余地があるのか、そして、

それはどのような場合であるのかということが切実な問題になろう。換言すれば、経済刑法における錯誤の取扱いないし事実の錯誤と違法性の錯誤の限界づけ¹⁸⁵を検討することが喫緊の課題となっているのである。とりわけ、我が国の最高裁が違法性の錯誤の場合における免責を正面から認めていない現状においては、この点の理解が犯罪の成否を大きく左右することにもなる。

事実の錯誤と違法性の錯誤の区別は、個々の事案において問題になるのみならず、経済規制立法に向けた議論においても問題になることがある。たとえば、規制改革会議・金融タスクフォース（内閣府主催）において、インサイダー取引規制に関する条文のあり方を巡って富山和彦（金融タスクフォース主査、経営コンサルタント）と黒沼悦郎（商法学）との間で展開された議論が興味深い。この議論において、ある事実が重要事実該当しなかつたとの確信を持っていない場合にはインサイダー取引の罪に問われる懸念があり、このような場合に委縮効果が生じるのを回避するためにはセーフハーバールール（特定の状況又は条件下では法令違反を問われないとされる範囲）の拡大が望まれるという趣旨の発言が富山からなされたのに対し、黒沼がそのような場合には事実の錯誤に当たるため故意が否定されることになる（したがって刑事責任は生じない）と反論した¹⁸⁶。しかし、富山が指摘するように、どのような場合が事実の錯誤に当たり、どのような場合が違法性の錯誤に当たるのかは必ずしも広範な合意が得られている訳ではない。インサイダー取引規制のあり方を検討する際にも、事実の錯誤と違法性の錯誤の区別は一定の意味を有することになる。

以上のように、解釈論においても立法論においても、事実の錯誤と違法性の錯誤の区別を適切に行うことが強く要請されるのである。

¹⁸⁵ 本テーマに関する主要な先行研究として、石井徹哉「租税遁脱罪の故意」早稲田法学会誌 43号（1993年）49頁以下、小野清一郎「経済刑法と違法の意識」同『刑罰の本質について、その他』（1955年）246頁以下、滝川幸辰「経済事犯の死点」同『滝川幸辰著作集第四巻』（1981年）520頁以下、神山・前掲注（19）659頁以下、川崎一夫「事実の錯誤と違法性の錯誤の区別—主要判例を中心として—」創価法学 35巻2号（2005年）29頁以下等参照。

¹⁸⁶ 「第1回金融タスクフォース議事概要」（2009年6月15日）10頁。

<<http://www8.cao.go.jp/kisei-kaikaku/minutes/wg/2009/0615/summary0615.pdf>>

議論の抜粋は次のとおりである。

- 富山主査 経団連的には、むしろセーフハーバーなものをもっと広く明確に定義してほしいという感じではないですか。あり体に言ってしまうと、普通の会社の経営とか、私のような仕事をしていると、よほど確信が持てないと株取引もできないに近いところがあって、要は重要と言って何が重要だか、確かに普通はびびってしまうわけで、小さいと思ったことが実は重要な場合もあったりするのですね。
- 黒沼教授 それは刑法的に言えば故意がないです。事実の錯誤であって、本当に重要でないと思っていれば、それは故意がないんじゃないですか。
- 富山主査 それは事実の錯誤と違法性の錯誤の微妙なところに入ってきてしまいませんか。

第1章 構成要件該当事実の意味の認識

第1節 意味の認識不要説の批判的検討

故意を認めるためには行為者においてどのような認識が必要となるのであろうか。とりわけ規範的構成要件要素に関連して、構成要件該当事実に関する「意味の認識」を要するか否か、それを要するとすればどのような内容と理解すべきかが問題となる。

現在の我が国においては、故意を肯定するためには純然たる事実に対しての認識を有するのみならず、対象や事態に関する意味の認識をも有していなければならないと解するのが一般的となっている¹⁸⁷。

これに対して、「裸の事実」の認識、すなわち純然たる事実の認識のみで足り、意味の認識を不要とする考え方も示されている。このような考え方を徹底すれば、規範的構成要件要素に関する規範的部分の錯誤は故意の成立に影響を及ぼすものではなく、規範的構成要件要素に関する錯誤も違法性の錯誤に解消されることになる¹⁸⁸。このような理解は妥当であらうか。

第1款 構成要件と責任の混同の懸念

行為者に故意を認めるために意味の認識を不要とする見解によって挙げられている第1の論拠は、これを要求するとすれば形式的に判断されるべき構成要件と実質的に判断されるべき責任の混同が生じてしまい、妥当でないというものである¹⁸⁹。すなわち、ある規範的事実の意味を理解するには行為者の判断能力が必須となるが、これは責任能力において考慮すべきものであり、定型的に判断されるべき構成要件の要素である故意に含むべきでなく、さもなければ構成要件要素が極めて主観化することになってしまう、というのである¹⁹⁰。したがって、たとえば道路上で遊んでいる子供を自動車で轢いて死なせてしまうという事例においては、この見解からは「道路で子供が遊んでいるのを目撃ないし発見すること」が故意の内容となる、という¹⁹¹。このような理解は、構成要件を違法性や責任の類型ではなく、行為の類型を示したあくまでも価値中立的なものとする立場（行為類型説）によって強く支持される¹⁹²。このことと関連して、仮に故意の成立に意味の認識を要求しなければ、故意の存否を簡便に判断することができることも利点となろう。

¹⁸⁷ 齋野・前掲注(23) 186頁、洲見光男「意味の認識—法的意味と社会的意味との関係—」早稲田大学大学院法研論集 30号(1983年) 221頁、高山・前掲注(23) 185頁。

¹⁸⁸ 齊藤信宰『刑法における錯誤論の研究』(1989年) 133頁。

¹⁸⁹ 齊藤・前掲注(188) 128頁。

¹⁹⁰ 齊藤・前掲注(188) 128頁。

¹⁹¹ 齊藤・前掲注(188) 128頁。

¹⁹² 齊藤・前掲注(188) 128頁。

しかし、このような理解に対しては、まず、責任能力は行為者の個々の行為についての能力ではなく、その前提となる一般的な人格的能力であり、個別の行為について問題となる故意とは区別されるべきであることから¹⁹³、意味の認識を抱くための能力は責任能力に解消されるものではないとの反論が可能であるように思われる。

また、構成要件を違法な行為の類型とせず価値中立的な行為の類型と見ることについては、実質判断がすべて違法性に委ねられることから却って法的安定性を害する可能性があるという問題がある。

さらに、一般に簡便な処理が可能であることは望ましいことといえるものの、個々の犯罪類型に固有の意味の認識を問うことなく裸の事実の認識があれば一律に故意の存在を肯定することについては、当該犯罪類型の特質を踏まえた適切な処理を困難にしてしまう懸念がある。そもそも、文字通り裸の事実の認識を問うのみでは、ある構成要件に対応した故意があるか否かを判断できなくなってしまうように思われる。

以上のように、構成要件と責任の混同の懸念を理由として意味の認識を不要とすることには合理的な理由がないと思われる。

第2款 必要な処罰が困難となる懸念と故意の類別機能論

行為者に故意を認めるために意味の認識を不要とする見解は、これを要求すると多くの技術的、専門的行政法規違反の事例において必要な処罰が困難となってしまう恐れがあるという実務的考慮を踏まえて主張されることがある。

たとえば、覚せい剤取締法においてその譲渡が禁止されている「塩酸エフェドリン」は鎮咳剤（ぜんそくあるいは風邪の薬の成分としての効能を有する薬品）として知られており、覚せい剤の原料となるということは社会的にはより特殊な属性に過ぎない。しかし、同法において問題となるのはまさにこの特殊な属性、すなわち同法によって特別に付与された社会的意味であり、これについての認識を要求するのであれば、同法による規制の存在の認識を要求するのとほとんど差がなくなってしまう、というのである¹⁹⁴。そして、これでは結局のところ刑法38条3項は空文に帰することとなり、行政目的の達成が不可能あるいは著しく困難となってしまうという懸念が示されている。通説的見解は素人的認識をもって意味の認識を肯定するが、「通常の刑法犯における規範的構成要件要素についてはともかく、行政犯については、対象が非日常的な事柄であるためにそのようなしろうとの認識さえ形成されていない場合が多いことを考えると、必ずしも同じようにあてはめるわけにはいかない」¹⁹⁵とも述べられている。

¹⁹³ 松原久利・前掲注（23）93頁。

¹⁹⁴ 亀山継夫「薬物乱用取締法上の諸問題（5・完）」警察学論集33巻1号（1980年）109頁。

¹⁹⁵ 亀山継夫「覚せい剤原料譲渡罪の成立に必要とされる故意の内容（下）」研修324号（1975

これらの懸念を念頭に、この見解は、故意を責任要素であると同時に構成要件要素でもあると位置付けたうえで、「行為者の主観に映じたところのもののみをもって客観的にある特定の構成要件を識別し得るかどうかが重要となり、この観点からは、「事実の認識としては、行為者の認識した限りの事実によって当該構成要件を客観的に特定・識別し得れば足りる」というのである¹⁹⁶。具体的事例への適用を見ると、たとえばわいせつ性の認識については客観的にわいせつと目される文章あるいは図画そのものを認識していれば足り¹⁹⁷、薬物事犯については薬物の正式名称あるいは一般名称を認識すれば、構成要件の特定として足りるということになる¹⁹⁸。もっとも、故意の成立には裸の事実の認識で足りるとしつつ、他方違法性の意識の可能性すら必要でないとする、時として過酷に過ぎる場合が生じ得ることから、制限故意説に従った上で、事実認識の程度が違法性の意識の可能性に影響を与えるという帰結は承認されている¹⁹⁹。

以上の理解については、制限責任説が認識の有無と認識の可能性という異質な要素を故意に共存させてしまっているという問題を別としても、以下のような疑問が残る。

まず、構成要件上の概念のレベルで正確なあてはめを行っている場合、故意を否定する余地が存在しなくなってしまう（たとえば、覚せい剤取締法上の「フェニルアミノプロパン」という名称の認識を抱いてさえいれば、その他の属性を一切認識していなくとも故意は肯定される）が、これは妥当と思われえない。それは、あてはめの錯誤が故意を阻却しないという一般的に受け入れられている理解に照らせば、構成要件上の概念へのあてはめのみによって故意を基礎づけることも不可能と考えられるからである²⁰⁰。

また、故意の類別機能を承認することは妥当であるものの、そこで類別されるべき不法の内容をなお問題とすべきと思われる。たとえば、「何らかの文字が印刷されている文書を頒布・販売する」という程度の認識を抱いているということのみによって、わいせつ文書頒布・販売罪の構成要件の特性を明らかにすることはできないであろう²⁰¹。

第3款 意味の認識の必要性

以上のように、意味の認識不要論の主張はいずれも採用することができない。むしろ、意味の認識を不要とすることには問題があるように思われる。

まず、行為の意味を認識していない行為者に対し刑罰を科したとしても、行為者はなぜ

年) 56-57 頁

¹⁹⁶ 亀山・前掲注 (195) 56-57 頁。

¹⁹⁷ 亀山・前掲注 (194) 105 頁。

¹⁹⁸ 亀山・前掲注 (194) 109 頁。

¹⁹⁹ 亀山継夫・前掲注 (195) 56 頁。

²⁰⁰ 高山・前掲注 (23) 169 頁参照。

²⁰¹ 川田・前掲注 (23) 26 頁参照。高山・前掲注 (23) 169 頁も参照。

処罰されたのか理解できないと考えられる²⁰²。そして、このような処罰を積み重ねていくほど、刑罰の発動が偶然の結果によるもののように感じられるようになってしまう懸念がある。刑罰が犯罪行為者に対する非難の契機を含んでいることに鑑みれば、行為者が処罰の理由につき十分に了解可能であることが、適正な刑罰の発動の必要条件になるべきではないだろうか。

また、刑法の行為規範性に照らしても、故意の成立に意味の認識を不要とすることには賛同できない。刑法が行為規範としても機能することに鑑みれば、市民に向けられている行為規範と同じ内容を行為者が頭に描いていた場合に初めて故意を認めるべきであろう²⁰³。

したがって、故意の成立には何らかの意味の認識を要すると考えられるのである。

第2節 意味の認識の限定的要求

以上のように、意味の認識を要求しないことが不当であるという考え方は既に広く受け入れられている。もっとも、意味の認識を要求するとしても、これを限定的に要求するのにとどめるべきだとする立場も見られる。ここでは、どのような見地からそのような見方がなされているのかを整理することを通じて、故意論において意味の認識に期待し得る役割の一端を明らかにする。

第1款 現実の意味の認識までは不要とする見解

実務的見地から、意味の認識の考え方を限定的に取り入れる見解がある。この見解の立脚点は、故意を認めるためにはある事実が構成要件に該当するとの判断を下し得ることが必要であることから、構成要件に該当する自然的事実を認識しているだけでは故意の成立には不十分だ、というものである²⁰⁴。このような見地から、「自己の行為が犯罪に当たることを知ってこれを避けようと認められる範囲の事実」が要求されることになる²⁰⁵。

もっとも、ここで想定されている「意味の認識」とは、実は現実に行為者が抱いている意味の認識が想定されている訳では必ずしもなく、行為者が違法行為に出ないことが期待できるという観点から客観的に規範化された「意味の認識」を指していることに注意を要

²⁰² 南由介「意味の認識をめぐる一考察—薬物・有毒飲食物事犯に関する判例の検討を中心として—」法学政治学論究 48号（2001年）422頁。高山・前掲注（23）169頁も参照。

²⁰³ 南・前掲注（202）423-424頁、高山・前掲注（23）169頁。

²⁰⁴ 香城敏磨「覚せい剤取締法」平野龍一ほか編『注釈特別刑法5（2）』（2版、1992年）26頁。本文で述べたように現実に抱く意味の認識を問題としていないことから、本説は意味の認識不要説に分類されることもある（高山・前掲注（23）168頁）。なお、南・前掲注（202）427頁も参照。

²⁰⁵ 香城・前掲注（204）26頁。

する²⁰⁶。仮にこのような客観的に規範化された認識があり得るとしても、それは行為者が現実に抱いている事実的認識とは完全に異質であろう。したがって、そのような認識はせいぜい違法性の意識の可能性の一部をなし得るに過ぎないと考えられる。故意論において問題とされるべき認識は、あくまで行為者において現実に抱かれているものである必要があろう。

第2款 「法的概念・専門用語の翻訳」論

一方、故意の成立に現実の意味の認識を要求しつつ、その内容を形式的なものにとどめる見解も主張されている。すなわち、「意味の認識は、行為者が構成要件に規定された文言それ自体を認識することの代わりに、国民にも容易に認識することが出来る言葉で、事実を認識することで足りると解すべきであり」、「評価的要素を付け加えるべきではなく、事実が有する本来的な固有の性質のみから意味の認識を画すべき」だ、というのである²⁰⁷。この見解によれば、意味の認識とは「社会的意味」を認識することではなく、あくまでも法的概念・専門用語の翻訳と理解すべきとされる²⁰⁸。

この立場からは、例えばたぬき・むじな事件においては、社会一般においてたぬきとむじなが同一の動物を指すものではないと考えられていたという事情は「たぬき」自体から導かれる固有の性質ではないため一切考慮されるべきではなく²⁰⁹、「たぬき」から導かれる固有の性質であるたぬきの姿かたちが意味の認識の内容となる、という²¹⁰。したがって、本事件の被告人はこれを認識している以上、故意は存在し、違法性の錯誤に陥っているに過ぎないと評価される²¹¹。

この主張の出発点には、「事実」の認識と「評価」の認識を峻別することが、心理的要素である故意と規範的要素である違法性の意識との存在論的差異に着目する責任説の趣旨に忠実であるという考え方が存在している²¹²。また、このような峻別を徹底することが、事実の錯誤と違法性の錯誤の区別に関する判断を行う際における混乱の回避にもつながるという考慮もある²¹³。さらに、通説的見解のようにいわゆる故意の提訴機能を肯定し、違法性の意識の喚起が可能となる程度の意味の理解を要求すること²¹⁴に対しては、意味の認

²⁰⁶南・前掲注(202) 426頁。

²⁰⁷南由介「責任説の再構成—意味の認識の視点から—」桃山法学7号(2006年)115-116頁。

²⁰⁸南・前掲注(207) 116頁。

²⁰⁹南由介「意味の認識の内容について」慶應法学37巻(2017年)339頁。

²¹⁰南・前掲注(207) 113頁。

²¹¹南・前掲注(207) 108頁。

²¹²南・前掲注(207) 99頁。

²¹³南・前掲注(207) 109頁。

²¹⁴洲見・前掲注(187) 218頁、曾根威彦『刑法原論』(2016年)408頁、西原春夫『刑法

識の内容が構成要件から導かれる事実を離れた評価的な事実の認識になる結果、故意の内容が不明確になってしまうという指摘もなされている²¹⁵。むしろ、責任説においては故意と区別される違法性の意識の可能性において行為者の反対動機の形成可能性が判断されるのであり、なぜこれを二重に行う必要があるのかが明らかでない、というのである²¹⁶。

しかし、このように意味の認識から評価的要素を一切排除してしまうことには疑問が残る。そもそも、心理的要素と規範的要素の存在論的差異という責任説の趣旨に固執するあまり、納得し得ない帰結が導かれてしまうというのでは本末転倒であるように思われるし、混乱の回避という利点が説得力を有するのにも妥当な帰結が得られることが前提となろう。

また、行為者の反対動機の形成可能性についての判断を故意の段階と違法性の意識の可能性の段階とで二重に行うことが不合理だとの指摘は妥当と思われるものの、そのことをもって意味の認識から評価的要素を排除すべきという帰結が直接に導かれるものではない。このことからいえるのは、単に違法性の意識の喚起が可能となる程度までには意味の理解を要求する必要がないということにとどまると思われる。

総論（下巻）』（改定準備版、1993年）471頁、松原久利・前掲注（23）28頁。

²¹⁵ 南・前掲注（207）103頁。

²¹⁶ 南・前掲注（207）101頁。

第3節 いわゆる素人的認識

故意概念を空虚なものとするのを避け、刑罰の要件の一つに相応しい実態を与えるためには、故意を肯定するための条件として自然的事実についての認識のみならず意味の認識も必要になるということは、既に述べた通りである。一方、裁判官が認識するような意味における認識（法解釈を経て導かれた法的意味）と同様の認識を行為者が抱くことを期待することは困難である。そこで、行為者が属する社会に受け入れられている程度の意味の認識（「素人的認識」）を有している場合には、故意を肯定し得るという見解が有力となっている。このような理解は正当化し得るのであろうか。

第1款 素人領域における平行評価の基準の論拠とその帰結

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。これは、行為者が属する社会の一般人（素人）の思考領域における評価が法律的评价（すなわち裁判官による評価）と並行しており、行為者が当該素人的評価を認識しているといえる場合に、意味の認識を肯定することができるとする考え方である²¹⁷。

ここで、通説的見解の思考過程及び帰結を示すため、経済刑法に規定されている経済犯罪のうち、ドイツ食品衛生法²¹⁸上の犯罪を例とすることが有益であろう²¹⁹。同法では人間の消費にとって不適当な食品の流通の禁止が規定されているが、通説的見解によれば、消費の観点から食品の製造・貯蔵が不適当な状況でなされているという評価について誤信がある場合、構成要件の錯誤に基づくものと評価され、結果的に故意は否定されることになる（不適当な状況における食品の製造・貯蔵事例）。ここでは、単に構成要件に属する自然的事実（例えばある食品が一定期間の間に一定の場所で製造・貯蔵されていたこと）の認識が問われるのみならず、「消費者が製品の製造・貯蔵の状況について認識していたとすれば、疑わしい製品を入手しないと考えられほどに不適切な状況であったか（例えば、衛生面で許容できないほどであったか）」という、意味の認識の問題が顕在化しているのである²²⁰。通説的見解によれば、行為者の認識が裁判官による厳密な法的評価に合致する必

²¹⁷ Edmund Mezger, Anmerkung zu RG. 2, Sen., v. 7, 4, 1927 – 2 D 228/27, JW 1927, S. 2006ff.

我が国の主要な学説として、福田平『全訂刑法総論』（3版、1996年）108頁、平野・前掲注（23）169頁等。

²¹⁸ この法律の正式名称は、「食品・食品用器具材料・飼料法典（Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch : LFGB）」である。

²¹⁹ Vgl. Jens Bülte, Der Irrtum über das Verbot im Wirtschaftsstrafrecht, NStZ 2013, S. 65.

²²⁰ Vgl. Bülte, a.a.O.(Anm. 219), S. 65.

要はなく、「食品の製造・貯蔵の際の不適切な状況」があったという社会一般の評価に行為者の認識が合致すれば、故意が肯定されることになろう。

第2款 検討

たしかに、このような判断方法には一定の説得力がある。というのは、規範的な評価を伴う要素について、裁判官のように厳密な法的意味を理解し、それを事実に当てはめることができる行為者は稀であるという現実を鑑みれば、故意責任を問うために必要な認識の水準を一定程度引き下げることが不可避と考えられるからである。また、行為者の認識が裁判官の法的認識と並行していることが要求されている点も、刑法上の故意が道徳的考慮に根差すものでなく、あくまで法的非難の基礎になっていることに配慮を払うものといえよう。これらの利点を見るに、「素人領域における平行評価」という基準が従来広く受け入れられてきたことには、相当の理由があるといえる。そして、実際上も、この基準を適用することで規範的要素の認識が問題となっている多くの事案を解決することが可能であるようにも思われる。事実、連邦通常裁判所はこの基準を採用して以来、現在に至るまでこの判断基準に依拠した司法実務を展開しているのである。

もっとも、以下で述べるようにこの判断方法には疑問も残る。

1 構成要件要素の一般的理解が成立していない場合における刑事政策上の問題

まず、「素人領域における平行評価」の基準は、事案の解決においても問題を有しているように思われる。というのは、認識の有無が問われている要素が社会通念上何らかの意味を有する場合には社会における平均人の認識を問うことも可能であろうが、法文において用いられている用語については、一般的理解が成立していない場合も多い²²¹。たとえば、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²²²。

このような場合、素人が抱くことが可能な一般的理解が存在していない以上、常に故意が否定されることになりかねない²²³。しかし、これでは適切な処罰を行うことができず、刑事政策の観点から問題であろう。これを回避するため、このような場合にも犯罪の成立を認めようとするのであれば、社会通念ないし社会一般の評価とは異なる基準に依拠せざるを得ないと思われる。

²²¹ 増田・前掲注（11）409頁参照。

²²² Vgl. Manfred Maiwald, Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984, S. 19f., Bülte, a.a.O.(Anm. 219), S. 71.

²²³ 高山・前掲注（23）180頁参照。

2 適用可能領域の限界

また、適用上の不都合という点では、この判断基準の適用可能な領域に限界があるということも指摘し得る。すなわち、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のである²²⁴。たとえば、前述のたぬき・むじな事件においては、知覚対象となっている客体が有権的意味（ここでは動物学的意味）においては「たぬき」であり、素人的意味（すなわち日常言語的意味）においては「(たぬきとは別の存在であるむじな)」であったことから、これらは平行しておらず、そもそも行為者が平行評価の認識を有していたか否かを判断する前提を欠いている²²⁵。

しかも、ある地域において受け入れられている意味と別の地域において受け入れられている意味が異なっている場合、それぞれの地域に属する行為者が同一の認識に基づいて同一の行為に出たとしても、一方には故意が肯定され、他方には故意が否定されるという結果となってしまう。しかし、それぞれが同一の行為に出たにも拘らず両者に異なる法的取り扱いをすることは、法の下での平等の観点に照らして疑問である。

このような問題が生じる背景には、「素人的認識」というものが専門家の認識の正確性を低下させたもののようにイメージされ、通常、両者が同一の方向性を有しているため故意の判断において前者が後者を代替し得るという直観的な判断によって、この判断基準が支えられているという事情があるように思われる。しかし、この直観があてはまることが事実上多いとはいえ、実際にたぬき・むじな事件で顕在化したようにそれは必然ではないことから、両者が平行しない場合が生じる余地を否定することはできない。この点に鑑みても、社会一般の理解に依拠して意味の認識の有無を判断することは困難ということになる。

3 行為者本人の能力からの乖離による責任主義との抵触

さらに、この基準において、行為者が属する社会における平均人の判断能力が措定されていることについて疑問が生じる。なぜならば、このような平均人の判断能力は行為者個人の能力とは必ずしも一致する訳ではないからである。

仮にこれに基づいて犯罪の成立を肯定しようとする、行為者本人の能力から離れた基準が定立されることになることから、結局は個人の責任がなければ刑罰を科されないとい

²²⁴ 石井徹哉「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 38 号（1988 年）41 頁、高山・前掲注（23）185 頁参照。

²²⁵ 増田・前掲注（11）419 頁。

う責任主義が形骸化してしまう懸念がある²²⁶。このような懸念に対しては、違法性の意識の可能性におけるのと同様に、規範的観点から行為者の能力を離れた考慮が可能だという反論も想定されるところであるが、違法性の意識の可能性とは異なり故意は心理的要素であるという一般的理解に立つ限り、このような反論は十分な説得力を持ちえないと思われる。

刑罰は個人への非難を内包するものであり、個人の刑事責任を前提として課されるべきものであること及び故意は行為者の心理状態を表す責任要素であることに鑑みれば、法的非難が向けられる認識の有無は、あくまで行為者本人の能力を基準として判断されるべきであろう。

第3款 行為者本人の能力を基にした解決の必要性

以上のように、素人領域における平行的評価に着目して意味の認識の有無についての判断を行う見解に対しては、直観的に理解しやすい基準であるという評価が可能である半面、社会における一般的理解が欠如する場合があること、適用可能な領域に限界があること及び責任主義との抵触が疑われることといった懸念がある。この点に鑑みれば、「素人領域における平行的評価」は、故意が成立するのに法的・専門家的概念を認識する必要はなく、素人的に理解していれば足りるという一般的な了解を表す有用な表現と言えるものの、それ以上の意義があるとは言い難いであろう。そして、上述の懸念を回避するためには、あくまでも行為者本人の能力を基にした解決を模索する必要があるように思われる²²⁷。

第4節 行為者に求められる認識内容

上述のように行為者本人の能力を基にした解決を志向すべきであるとすれば、行為者本人がどのような認識を抱いている場合に故意を肯定すべきであろうか。

第1款 社会的有害性の認識

行為者がある事実の社会的有害性を認識している場合に故意を肯定することができる見解がある。この見解は、責任主義の実質化という観点から故意の要件として「社会的有害性の意識」を要求した上で²²⁸、「裁判官が、行為者の社会的有害性の意識を厳密な

²²⁶ Konstantina Papathanasiou, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, S. 214.

²²⁷ Papathanaciou, a. a. O. (Anm. 226), S. 226 ff.

²²⁸ 石井徹哉「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—」早稲田法学会誌 39号 (1989年) 29頁。

違法性の意識として生み出すことにより、平行評価を行う」²²⁹ものと位置付ける。

このように理解すれば、確かに裁判官による意味と社会的意味は常に平行することになり、問題は回避できるのかもしれない。

しかし、全ての犯罪の要素が必ずしも社会的有害性によって構成されているわけではないであろう²³⁰。また、社会的有害性は社会学的な価値基準に基づくものであるが、法定犯の場合、これが実定法上の価値基準に先行しているとも限らない²³¹。

したがって、この見解を支持することはできない。

第2款 刑罰法規に含まれる基本決定の認識

1 犯罪の構成要素の認識への着目

既に述べたとおり、犯罪を構成するのは社会的有害性に限られる訳ではない。この点に鑑みれば、犯罪の構成要素の全てについて認識を有していることが故意の成立に必要と考えられないであろうか。これまでも、たとえば「法規制の基礎となった事実の属性が認識されていればよい」²³²とされたり、「行為者の認識内容が、構成要件によって類型化された犯罪性と一致するとき、当該犯罪の故意が肯定される」²³³とされたりすることがあった。

このような基準を最も明確な形で示したのは、「刑法が着目する属性の認識」に着目する見解である。すなわち、「すべての要素が独自の存在意義をもって刑罰法規の中に規定されている以上、これに該当する事実もまた刑法が着目した意味において認識されなければならない」とする見解がこれである²³⁴。

これと同様に、ドイツにおいても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（「立法者の基本決定」）を認識していなければ、故意を肯定することはできないと考えるべきする見解がある²³⁵。これは、「行為者の理解水準における立法者の基本決定の反映（die Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Verständnishorizont des Täters）」²³⁶と呼ばれている。

このような見解は妥当であろうか。

²²⁹ 石井・前掲注（228）41頁。

²³⁰ 高山・前掲注（23）182-183頁。

²³¹ 増田・前掲注（23）94頁参照。

²³² 中森喜彦「麻薬・覚醒剤に関する認識・故意」判例タイムズ721号（1990年）74頁。

²³³ 町野朔「意味の認識について（下）」警察研究61巻12号（1990年）6頁。

²³⁴ 高山・前掲注（23）185頁。

²³⁵ Papathanaciou, a. a. O. (Anm. 226), S. 233 ff.

²³⁶ Konstantina Papathanasiou, Die Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Verständnishorizont des Täters, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, S. 467 ff. この基準を明示的に支持する見解として、Bülte, a.a.O. (Anm. 219), S. 71.

2 「素人領域における平行評価」の基準に対する優位性

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。この事件²³⁷では、オートバイの購入者は被告人に対して自身の信用情報を提供した上で、分割払いの条件として購入価格の 13.33%を被告人に支払っていた。その後、オートバイ業者は被告人の取り分を除いた購入価格を受け取った上で、購入者にオートバイを引き渡していた。ここでは自らの事業が「信用機関」(金融機関)に該当し、事業体が明文の許可を必要とすることを被告人が認識していると評価できるのかが問題となった。本件では「信用機関」という専門的・技術的概念が問題となっていたこともあり、「素人領域における平行評価」の基準をそのまま適用することは困難である。そこで、連邦通常裁判所は通例とは異なる方法によって故意の認定を行った。すなわち、本件において被告人は自らの事業が多数の小口出資者の信用に依拠しているほか、当該資金によってオートバイの購入代金を供給し、他人の資金の受領や投資によって利益を得ていることも認識していることから、自らの事業が「信用機関」に該当するという認識を肯定したのである。

信用制度法において、多数の出資者の信用を基に事業を行うことは出資金の減少というリスクを伴うことに鑑み、このような事業は免許を要するとされていることから²³⁸、同法における基本決定は、「多数の出資者の信用に基づいて資金の供給を行い、資金の返済を受けることによって収益を得る事業については、免許なくして行うことはできない」という内容と考えられることから、判例の帰結を肯定することができるのである²³⁹。

このようにとりわけ専門的・技術的概念が問題となる事案があることを踏まえると、刑罰法規に含まれる基本決定の認識に着目して故意の存否を判断することは妥当であるように思われる。

3 例外的事情の考慮

以上のように刑罰法規に含まれる基本決定の認識に着目して意味の認識の有無を判断することは、妥当な方向性を示している。

もっとも、この見解には例外的な考慮を要する場面があるように思われる。

(1) 専門知識に基づく規制対象についての認識

²³⁷ BGHSt 4, 347.

²³⁸ Vgl. Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz, 4. Auflage, 2012, § 3, Rn. 3.

²³⁹ Papathanaciou, a. a. O. (Anm. 236), S. 471.

近時、覚せい剤事犯を念頭に、覚せい剤の有害な作用を認識していれば故意を認めるとしつつ、行為者が薬事に関する専門家であり、ある物質が有する覚せい作用等の属性を認識しつつも、覚せい剤取締法ならびに同法の委任を受けた政令に掲げられた各物質とは別の物質であると思っていた場合には、やはり「覚せい剤」であるという認識は否定されるべきだ、とする指摘がなされている²⁴⁰。前述の通り物質等の名称を認識していなくとも故意は肯定されるが、これとは逆に専門家が物質等の名称を異なるものと認識していた場合に故意を否定し得るかが問題となる。

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といえないだろうか。

(2) 白地刑罰法規の特殊性

罪刑法定主義が下位の規則への白紙委任を禁じているとすれば、刑法が着目する重要な属性が何であるかという問題についても、刑罰法規を手掛かりにして理解されなければならないとの指摘がなされている²⁴¹。

しかし、この点については再考の余地がある。というのは、既に論じたように罪刑法定主義の下でも一定の要件の範囲で白地刑罰法規が許容されるため、刑法によって他の規範に委任されている内容については特別な考慮が必要になると考えられるからである。それが、白地刑罰法規の錯誤の問題である。この問題は規範的構成要件要素の錯誤とは別個の問題領域をなしていることから、次章において論じる。

²⁴⁰ 松原芳博・前掲注(23) 215頁。

²⁴¹ 高山・前掲注(23) 187頁。

第2章 白地刑罰法規の特殊性

現代においては、規範的要素を含む刑罰法規に加え、いわゆる白地刑罰法規が多用される現象が見られる。これは、急速に変化する社会情勢に迅速に対応することを目的として、改正に時間を要する刑罰法規の内容の一部を他の規範（典型的には行政による規則）に委任するものである。

しかし、白地刑罰法規²⁴²が用いられた場合、困難な問題が生じる。それは、社会問題への迅速な対応を図ることが可能になる一方、行為者にとってはルールの詳細を認識することが困難になりがちだということである。そして、この点に鑑みれば、参照されている規範（補充規範）の存在や内容に錯誤がある場合、故意を認めることができるかが問題となろう。

第1節 通説的見解

第1款 通説的見解の判断

白地刑罰法規の錯誤の問題について、通説的見解はどのような判断を行っているのだろうか。

ドイツの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。それは、補充規範は構成要件に含まれないという理解の下、このような帰結がドイツ刑法典16条1項1文の文言と調和すると考えられてきたからである²⁴³。仮に、刑法上の構成要件が補充規範を含むものでないといえるのであれば、このような考え方は当然の帰結といえよう。

ドイツにおいては、この問題を論じる際に食品刑法の事例が持ち出されることが多い。たとえばイェンス・ビュルテ (Jens Bülte) は、通説的見解による白地刑罰法規の錯誤の問題に関する判断を示す際、以下の例を挙げている²⁴⁴。

「香料規則」（欧州共同体加盟国全体に適用される食品添加物の規制を定めるもの）に反

²⁴² ここでいう「白地刑罰法規 (Blankettstrafvorschrift)」とは、違反の内容を完全に行政の規則に委ねている狭義の白地刑罰法規に限られるものではなく、立法府以外の機関の活動や刑罰法規以外の規定に内容を委ねる刑罰法規を広く含むと理解されている。Vgl. Klaus Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, 1976, S. 100 [邦訳として、クラウス・ティーデマン (西原春夫=宮澤浩一監訳) 『ドイツおよび EC における経済犯罪と経済刑法』 (1990年)], Ingeborg Puppe, *Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum*, GA 1990, S. 162.

²⁴³ Vgl. Bülte, a.a.O. (Anm. 219), S. 69.

²⁴⁴ Bülte, a.a.O. (Anm. 219), S. 66.

して指定された成分を食品に添加した者は、ドイツ食品衛生法 58 条 2a 項 1 号 b²⁴⁵により処罰される。同規則 6 条 1 項²⁴⁶は、付属文書Ⅲパート A に記載された成分を添加してはならないと規定している。同規則の付属文書Ⅲパート A において、カプサイシン (Capsaicin) が挙げられており、これを食品に添加することは許されないものとされている²⁴⁷。そして、通説的見解は、ドイツ食品衛生法 58 条 2a 項 1 号 b を「付属文書Ⅲパート A に掲げられた成分を食品に添加した者は、これを 3 年以下の自由刑または罰金刑に処する」という形で読み替えているのである²⁴⁸。

このような立場からは、自社において食品にカプサイシンが添加されているということを食品メーカー役員が認識していない場合、何らかの成分の添加について全く認識を有しておらず、あるいは添加された成分がカプサイシンであるということをおよそ認識していないということから、当該認識の欠如は構成要件的事実の錯誤（ドイツ刑法典 16 条 1 項 1 文）として位置付けられ、故意は失われることになる。この場合、行為者はせいぜいドイツ食品衛生法 58 条 6 項による過失犯として、1 年以下の短期の自由刑か罰金刑を科されるにとどまる。

これに対して、食品におけるカプサイシンの使用が香料規則 6 条によって禁止されているということを役員が認識していない場合、当該役員が十分に規則についての情報収集を行っていないのみであることから、当該認識の欠如は禁止自体に関する錯誤と位置付けられる。このような事態は、事業者が付属文書Ⅲパート A を入念に読んでいないか、そもそも規則の存在を認識していないことにより、カプサイシンの使用禁止を把握していない場合に生じる。このような認識の欠如は、構成要件的事実の錯誤（ドイツ刑法典 16 条 1 項 1 文）ではなく、禁止の錯誤（ドイツ刑法典 17 条による）と位置付けられ、しかもこのような錯誤は回避可能と評価され、免責されないことが通例である²⁴⁹。

²⁴⁵ 第 58 条 罰則

(1) 以下の者は 3 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。〔略〕

(2) 以下の者は同様に罰せられる。〔略〕

(2a) 以下の者は同様に罰せられる。

1 香料規則 1 条に違反して、以下の方法で香料および香料的性質を有する特定の食品成分を食品中及び食品上に添加する者

a 〔略〕

b 6 条 1 項に掲げられた物質を添加すること

〔以下略〕

²⁴⁶ 第 6 条 一定の物質の存在

1 付属文書Ⅲパート A に掲げられた物質は、これを食品に添加してはならない。

〔以下略〕

²⁴⁷ 付属文書Ⅲ

パート A 食品に添加することができない物質

〔略〕、カプサイシン、〔略〕

²⁴⁸ Vgl. Bülte, a.a.O. (Anm. 219), S.66.

²⁴⁹ 違法性の意識の可能性の欠如による免責の要件を巡る議論については、本稿第 3 部を参

以上のような通説的見解の判断を抽象化すると、立法者が健康への危険とみなす事実的前提（上の例では食品へのカプサイシンの添加）についての錯誤が生じた場合には故意の否定につながり、過失犯としての軽い処罰がなされるに過ぎないのに対し、実定化された決定（上の例では一定の成分の食品への添加が危険であるということ）に関して認識が欠如した場合には、故意の否定にはつながらず、相当に厳しい処罰がなされる、という形で整理される。すなわち、自らの行為の禁止に関する事実的前提とそれに関連する実定化された決定はいずれも禁止を認識する手がかりであるにも拘らず、通説的見解によれば、それぞれに関する認識の欠如は全く異なる法的帰結をもたらすことになる。

なお、このように指示内容や射程についての錯誤をドイツ刑法 17 条の禁止の錯誤と位置づける判断は、法規命令への違反が明文で規定されている構成要件の場合においてさえも維持されている。すなわち、連邦通常裁判所は、ドイツ対外経済法（Außenwirtschaftsgesetz : AWG）34 条 4 項に関する決定において、制裁対象国との通商の許可に関連して、金銭の支払禁止の射程（ここでは一定の要件の下に人道目的での送金が許容されること）についての錯誤を禁止の錯誤として位置づけたのである²⁵⁰。

しかし、著しく技術的な構成要件によって構成されている犯罪類型（たとえば税法上の犯罪）においては、補充規範についての認識が欠けている場合、行為者にとっては適法行為と違法行為の境界を認識することが不可能になってしまう。通説的見解の判断基準を維持する場合、このような不都合を回避するためには、何らかの対応が不可欠である。

第 2 款 通説的見解における特殊な考慮と特別規定による解決

以上のような不都合を回避するため、判例は一定の犯罪類型についてのみ、刑法規範の先行領域についての認識を故意の要件として要求している。その典型例は、ドイツ公課令（Abgabenordnung : AO）上の租税逋脱犯（Steuerhinterziehung）である。租税逋脱犯は「税金を過少にする（Steuern verkürzt）」ことを構成要件要素としている²⁵¹が、租税逋脱犯の故意を肯定するためには、租税請求権の認識（益金性や損金性の認識）も必要になるというのが連邦通常裁判所の判例の立場である²⁵²。また、学説にもこのような理解を示すものが比較的多い²⁵³。このような理解によれば、何らかの理由から納税義務者が自らの

照。

²⁵⁰ BGH StV 1995, 632.

²⁵¹ AO § 370.

²⁵² BGHSt 5, 90.

²⁵³ Z. B. Hans-Gerd Meine, Der Irrtum über das Kompensationsverbot, wistra 2002, S. 361 ff., Jürgen Weidemann, Ist der Steuerhinterziehungstatbestand ein Blankettgesetz?, wistra 2006, S. 132 ff., Jens Müller, Vorsatz und Erklärungspflicht im Steuerstrafrecht, 2007, S. 69 ff., Oliver Löwe-Krahl, Der subjektive Tatbestand des § 370 AO, PStR 2012, S. 66 ff.

所得を課税対象ではないと考えた場合、租税逋脱犯の故意が欠けることから犯罪は成立せず、せいぜい秩序違反を理由として過料が科される余地が残るに過ぎない²⁵⁴。このような判例の考え方は、ライヒ裁判所によって確立されたものであり²⁵⁵、連邦通常裁判所によって継承されている²⁵⁶。このような解釈論的帰結は、我が国において、前述のブランコ事件判決（最判昭和 34 年 2 月 27 日刑集 13 卷 2 号 250 頁）が故意犯の成立に課税物件性の認識を不要としたのとは異なる方向性を示している。

また、ドイツにおいては、このような解釈が採られるのとは別に、個々の特別刑法において、特別規定を設けることによって適切な帰結を導く努力もなされてきた²⁵⁷。かつてのライヒ公課令（Reichsabgabenordnung : RAO）（1919 年）は、税法の規定の存在又はその適用可能性について無過失の錯誤に陥ったことによって、納税額を本来よりも過少に申告する行為を許されたものと考えた場合には処罰されないとする規定²⁵⁸を有していた（錯誤に過失があれば明文なき過失犯として処罰された）²⁵⁹し、1934 年には、不注意によって当該行為が許されたものと考えた場合には過失犯として処罰されるという規定も設けられるに至ったのである²⁶⁰。

もともと、これらの規定は 1968 年の第 2 租税刑法改正法によって廃止され、現在の公課令は特別の規定がない限り、一般刑法を適用することを規定している²⁶¹。とはいえ、連邦通常裁判所の判例においては租税逋脱犯の故意の要件として租税請求権の認識が要求されていることから、現状でも特に不都合はないとされている²⁶²。このような現状を見るに、連邦通常裁判所は、妥当な帰結を導くため、かつて存在していた特別規定の趣旨を一定の範囲で解釈論に反映せざるを得なかったと評価することもできよう。

²⁵⁴ AO § 378.

²⁵⁵ RG St 61, 259, 263.

²⁵⁶ BGH St 5, 90.

²⁵⁷ Vgl. Klaus Tiedemann, Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 298f.

なお、神山・前掲注（19）12 頁以下、石井徹哉「租税逋脱犯の故意」早稲田法学会誌 43 号（1993 年）54 頁以下も参照。

²⁵⁸ RAO § 395.

²⁵⁹ これと同様に補充規範に関する回避不可能な錯誤を免責する規定は、かつて存在していた「経済刑法の簡略化に関する法律（Gesetzes zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts : WiStrVG）」（1948 年）26 条等にも見られると指摘されている（Bülte, a. a. O. (Anm. 219), S. 68）。

²⁶⁰ RAO § 395 Abs. 2.

²⁶¹ AO § 369.

²⁶² Fritz Meyer, Der Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht, NStZ 1986, S. 443. 神山・前掲注（19）12 頁も参照。

第3款 通説的見解への疑問

しかし、補充規範についての認識が故意犯の成立に原則として不要であるという判例及び通説的見解の理解には、見過ごせない問題点が含まれている。ドイツの議論を参考にすれば、通説的基準の問題点を以下のように整理することができよう。

まず、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。というのは、補充規範について錯誤に陥っている行為者にとっては、何が違法な行為であるかを適切に判断することが不可能な場面があるからである²⁶³。このような場面においても刑事責任を問うとすれば、結果責任を問うにも等しいとさえいえよう。

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となってしまう恐れがある。それは、白地刑罰法規はあくまで形式的に規定されたルールを含むものに過ぎず、禁止の根拠となるべき社会的実体を備えていないからである²⁶⁴。しかも、法的義務の発生条件を他の規範に委ねている法規の場合、補充規範を考慮しないことには、義務の発生の有無が確定しないことになってしまう²⁶⁵。刑法が事件の事後処理を担うのみならず、行為者に対する働きかけを通じて適法な行為に出ることを促す機能を有している点を重視すれば、このような規範内容の形式的な性格付けを承認することはできない。

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。というのは、錯誤に陥っている場面における故意の存否という評価が、ある刑罰法規を白地刑罰法規として評価するか、規範的構成要件要素を含む刑罰法規として評価するかという判断に左右されることになってしまうからである²⁶⁶。実効的な規制を設ける目的で、白地刑罰法規と規範的構成要件要素を含む法規の形式のいずれを採用するかは立法者の裁量に委ねられているため、このような立法技術上の偶然によって故意の存否という犯罪論上重要な帰結が左右されることには疑問がある。

²⁶³ Vgl. Tiedemann, a. a. O. (Anm. 257), S. 374.

²⁶⁴ Vgl. Bülte, a. a. O. (Anm. 219), S. 70.

²⁶⁵ Vgl. Puppe, a. a. O. (Anm. 242), S. 162. 例えば、ドイツの現行法のうち、記帳義務違反の罪（ドイツ刑法 283b 条）や補助金詐欺罪（同法 264 条 1 項 2 号）がこれの典型例とされている。

²⁶⁶ Vgl. Bülte, a. a. O. (Anm. 219), S. 72.

第2節 故意の対象に補充規範を含める見解

以上の通説的見解への疑問を基に、近時、故意の対象に補充規範を含める見解も有力化している。

第1款 規範的見地から故意の存否を判断する見解

近時、白地刑罰法規の錯誤の場合にも、規範的見地から故意の存否を判断する見解が主張されている。この見解は、間接故意論²⁶⁷の下、通説的見解が想定している行為者本人の事実的な認識ではなく、あくまでも理性的な市民の認識を故意の存否の判断基準とすべきであり、行為者が無関心や無配慮に基づいて違法な行為を行った場合には故意犯が成立すると主張するものである²⁶⁸。このような方向性は我が国でも賛同者を得ており、白地刑罰法規における補充規範の錯誤の場合にも故意は阻却されるが、それが当該規範への無関心に基づくものであれば間接故意犯として処罰することができるとの主張がなされているのである²⁶⁹。

この見解は、従来の通説的見解において、事実に関する錯誤であればそれがいかに軽率なものであっても一律に故意を阻却し、規範に関する錯誤であればそれがいかに重大なものであっても一律に故意を阻却しないという硬直的な判断が行われてきたのを批判するものであるように思われる。しかし、この見解のように故意を理解することは従来受け入れられてきた故意の定義を著しく逸脱するものであるのに加え、現実の意識を離れた仮定的な判断を導入することは、故意の事実的基盤を弱体化させることにつながる懸念を生じさせよう。したがって、この見解を採用することは困難である。

第2款 具体的禁止の錯誤と抽象的禁止の錯誤の区別基準による見解

禁止の錯誤を具体的禁止の錯誤（具体的当為規範に関する錯誤）と抽象的禁止の錯誤（抽象的法規等の評価基準に関する錯誤）に区別して考える見解も現れている²⁷⁰。この見解は、具体的禁止の錯誤については支配的見解と同様、故意と無関係なものとして位置づける一方、

²⁶⁷ 間接故意論を検討する我が国の論稿として、例えば関根徹「故意の客観化について」高岡法学 18 卷 1=2 号（2007 年）195 頁以下、菅沼真也子「故意の認識内容—ドイツ刑法理論における『行為者の無関心』の取り扱いについて—」中央大学大学院研究年報 40 号（2011 年）183 頁以下、大庭沙織「認識形成プロセスとしての故意」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 上巻』（2014 年）517 頁等がある。

²⁶⁸ Michael Pawlik, *Das Unrecht des Bürger*, 2012, S. 382 ff.

²⁶⁹ 川口浩一「白地刑罰法規の錯誤における事実の錯誤と違法性の錯誤の区別」法学論集 64 卷 2 号（2014 年）55 頁、63-65 頁。

²⁷⁰ Tiedemann, a. a. O.(Anm. 257), S. 297.

抽象的法規範の認識を故意に組み込む結果、抽象的禁止の錯誤の場合には故意が否定されるという基準を導いている²⁷¹。

このような判断は、とりわけ経済刑法を含む特別刑法において意味を持つという。すなわち、これらの分野における構成要件は、通常は適法とみなされる社会領域において犯罪を肯定するものであることから、行為者の視点から過失によって具体的行為の表象が漏れてしまった場合、自動的に反対動機が惹起されるとはいえない、というのである²⁷²。換言すれば、特別刑法における構成要件の保障機能は、「態度の記述と価値の表記 (Wertangabe) の共同作用を通じてのみ保たれる」²⁷³とされる。例えば、上述したドイツ食品衛生法違反のように、人為的に設定されたルールへの違反が問われる犯罪類型においては、行為者が当為の基準（使用禁止の添加物を規定する行政規則等の内容）を認識していない限り、故意犯として処罰することはできないというのである²⁷⁴。したがって、この見解によれば、違法な添加物の使用という事実について認識していない場合のみならず、当該添加物の使用禁止について認識していなかったり、その内容を誤認していたりする場合にも、故意は否定されることになる。

この見解は我が国においても賛同者を得ている²⁷⁵が、抽象的禁止の錯誤が構成要件の錯誤と同様の機能を有している点を明らかにすると共に、構成要件の保障機能を特別刑法においても発揮させようとした点で望ましい方向を示しているように思われる。もっとも、抽象的禁止の錯誤はあくまでも規範に関する錯誤であるため、なぜこれを事実の錯誤と同列に置くことができるのかを明らかにする必要がある²⁷⁶。

第3款 指示領域に関する錯誤に特別な位置づけを与える見解

先の学説が提唱された後、この発想をさらに展開する見解が現れた。この見解は、白地刑罰法規においては他の領域に規制対象が指示されているという事実を出発点とし、構成要件の先行領域の認識は可罰性の判断において決定的である²⁷⁷とし、この領域の錯誤は故

²⁷¹ Tiedemann, a. a. O.(Anm. 257), S. 285.

²⁷² Tiedemann, a. a. O.(Anm. 257), S. 374.

²⁷³ Tiedemann, a. a. O.(Anm. 257), S. 352.

²⁷⁴ Tiedemann, a. a. O.(Anm. 257), S. 317.

²⁷⁵ 神山・前掲注(19) 19頁。

²⁷⁶ 神山・前掲注(19) 18頁以下参照。

²⁷⁷ なお、この見解が指示領域の認識を重視している点に対しては、行為者は禁止されていると誤信していた行為を行ったが、実は禁止されてはいなかったという「逆転された錯誤 (umgekehrter Irrtum)」の場合に、不当に処罰範囲を拡張してしまうという批判が加えられている (Björn Burkhardt, Rechtsirrtum und Wahndelikt, JZ 1981, 681 ff.)。しかし、この批判は必ずしも妥当とはいえないであろう。というのは、そもそもこのような帰結は行為者の主観を過度に重視して可罰的な不能未遂を基礎づけるという、行為主義との整合性の点で疑わしい前提 (松原芳博「ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ『行為主義刑法—十分に尊

意を否定するという結論を導くものである²⁷⁸。

この見解の主唱者であるロルフ・ディートリッヒ・ヘルツベルク (Rolf Dietrich Herzberg)²⁷⁹によれば、たとえば、「他人の (fremd)」という構成要件要素が民法を指示している²⁸⁰ように、白地刑罰法規は、刑罰法規の適用領域の変更を可能とする、「指示領域 (Verweisungsbereich)」ないし「先行領域 (Vorfeld)」を含んでいるという²⁸¹。そして、「法的錯誤の内部で区別を設け、一定群を事実の錯誤と同列に置く必然性」があるとした上で、指示領域について錯誤はこれに該当するとの結論を示している²⁸²。

もっとも、当初はこの理論の主唱者から積極的な論拠が必ずしも示されなかったため、後に複数の論者によってこれが試みられることとなった。すなわち、現代社会においては静態的な刑法規範のみでは迅速な対処が困難であることが多く、行政規則や科学的基準による動態的な指示を行うことによってこれを達成しているが、これに伴う市民の予測可能性の低下による不利益を科すべきではないという考え方が提示されたのである²⁸³。

このような見解は既に我が国でも支持者を得ている上、別の根拠づけも試みられているところである。すなわち、刑法規範は自身を構成する固有の意味に関する認識を要求するものではない一方、補充規範の存在によってはじめて刑法が禁止の対象とする事態に意味が賦与されるのであり、刑法による禁止はこれを前提とせざるを得ないという規範論的な基礎づけが示されているのである²⁸⁴。

刑法による行為者への働きかけに実効性を付与しようとするのであれば、この見解が示すように、禁止の対象が有する意味の前提となる補充規範を認識していない場合には、故意を否定することが妥当であろう。もっとも、補充規範は事実そのものとはいえず、評価を構成するものであることは否定できない。それでもなお、補充規範に対する認識を欠く場合に故意を否定するという帰結を承認するのであれば、従来の責任説に対して部分的

重されている基本原則であろうか?』早稲田法学 79 卷 4 号 (2004 年) 240-241 頁参照) から導かれており、未遂犯の理解について前提の異なる我が国においては「逆転された錯誤」の場合に処罰範囲が拡大される訳ではないと思われるからである。

²⁷⁸ Rolf Dietrich Herzberg, Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH, JuS 1980, S. 469 ff.

²⁷⁹ 指示概念の理論を提唱した Herzberg は後に批判を受けて自説を改め、故意の要件として社会侵害性 (Sozialschädlichkeit) の認識を要求する「修正故意説 (Modifizierte Vorsatztheorie)」を支持することを明らかにしている。Vgl. Rolf Dietrich Herzberg, Fahrlässigkeit, Unrechtseinsicht und Verbotsirrtum, Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 265. しかし、指示概念の理論に対して向けられた批判には合理性がないと思われる (前掲注 (277) 参照)。また、前述の通り、修正故意説には看過し得ない問題点がある。

²⁸⁰ Herzberg, a. a. O. (Anm. 278), S. 472.

²⁸¹ Herzberg, a. a. O. (Anm. 278), S. 475.

²⁸² Herzberg, a. a. O. (Anm. 278), S. 469 ff.

²⁸³ Lothar Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 541 ff.

²⁸⁴ 増田・前掲注 (11) 499 頁。

な修正を施すことが必要であるようにも思われるのである。

第4款 白地刑罰法規の錯誤において故意説を部分的に適用する見解

現在では、故意説と責任説との対立を意識した上で、端的に故意説の発想を部分的に承認する見解も有力となっている。すなわち、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見解が有力化しているのである²⁸⁵。このような見解は、自らの立場を「故意説の部分的適用 (partielle Anwendung der Vorsatztheorie)」と呼んでいる。この背後にあるのは、以下のような考慮である。

まず、現代のように各種職業領域・専門領域毎に規制を行う法規が数多く定立されている状況においては、刑罰法規に違反した行為者全てに責任を問うことは過酷であると考えられる²⁸⁶。とりわけ、白地刑罰法規の形式によって規制内容を形成するという立法技術が用いられている場合、自由保障が脅かされる懸念があるため、部分的に（厳格）故意説の考え方を取り入れるべきである。

また、補充規範の内容や射程、存在について錯誤に陥り、結果的に違法な行為に出してしまったという場合、そこで行為者に向けられている非難には、故意とは異なる性質のものが含まれていると思われる。すなわち、ここで非難が向けられているのは補充規範の内容を照会することを怠ったという点であり、これは犯罪事実の認識・認容を内実とする故意というより、不注意を内実とする過失に向けられる非難に近いといえるのである²⁸⁷。このように考えれば、故意責任を問うには、補充規範の認識をも要求すべきということになる。

さらに、一定の犯罪類型においては、補充規範の錯誤を構成要件の錯誤ではなく禁止の錯誤として取り扱ふとすれば、不法を記述するという構成要件の機能が結果的に失われてしまうという点も挙げられる。すなわち、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のである²⁸⁸。しかし、構成要件が違法類型であるという一般的理解に照らせば、このような空虚な構成要件概念を承認することはできないであろう。したがって、白地刑罰法規においては補充規範も構成要件の一部をなすのであり、補充規範の認識を欠く場合には、故意を肯定することはできないということになる。

²⁸⁵ Puppe, a. a. O. (Anm.242), S. 162 ff., Frank Peter Schuster, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten, 2012, S. 134 ff., Bülte, a. a. O. (Anm. 219), S. 72.

²⁸⁶ Schuster, a. a. O. (Anm. 285), S. 149ff.

²⁸⁷ Puppe, a. a. O. (Anm.242), S. 162. Vgl. auch Bülte, a. a. O. (Anm. 219), SS. 65-66.

²⁸⁸ Bülte, a. a. O. (Anm. 219), S. 70.

なお、白地構成要件に関する錯誤を認める基準については、規範の基礎にある立法者の基本決定を行為者が認識していない限り、故意を認めることはできないという考え方が示されている²⁸⁹。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は妥当であると考えられる。

第3節 補充規範の認識の必要性

以上で検討したように、白地刑罰法規の錯誤において故意説の考え方を部分的に取り入れ、補充規範についての錯誤が生じている場合には故意を否定することが妥当である。

なお、このような見解は部分的に厳格故意説の考え方を適用するものであるが、激情犯や確信犯、常習犯の処罰が困難になるという厳格故意説の難点は問題にならないと考えられる。というのは、経済刑法は刑罰による禁止に相応しい経済活動を禁止するものであり、激情犯や確信犯、常習犯の処罰が問題となる局面は通常生じないと考えられるからである。

またドイツの学説は補充規範について錯誤が生じている場合を構成要件の錯誤と位置づけているが、我が国においてこれに対応する事実の錯誤と位置づけようとすると、言葉の上で不自然さが残ることは否定できない。もっとも、ここで問題となっている補充規範の錯誤を通じて犯罪を構成する制度的・規範的事実錯誤が生じていると見れば、この場合をやはり事実の錯誤と評価することは可能であるように思われる。

²⁸⁹ Bülte, a. a. O. (Anm. 219), S. 71.

第3章 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

第1節 判断基準の再構築

以上の考察を踏まえれば、経済刑法における事実の錯誤と違法性の錯誤との区別についての判断基準は、次のようになるだろう。

第1款 事実の錯誤

以下に該当する場合には事実の錯誤となり、いずれも故意が否定される。

1 事実の自然的側面に関する認識の錯誤

まず、行為者が犯罪を構成する事実の自然的側面（物や人の存在、物の特性、行為の日時等）について認識を欠いている場合、当然に事実の錯誤となる（刑法38条1項）。

2 事実の評価的側面に関する認識の錯誤

また、犯罪を構成する事実の評価的側面（物の社会的価値や事態の評価）を認識していない場合にも、規範的構成要件要素の錯誤が認められ、事実の錯誤となる（刑法38条1項）。このような認識の有無を判断する際には、あくまで行為者本人の能力を基とした立法者の基本決定についての認識の有無が問われ、それを認識できない状況では故意が否定されることになる。

なお、ここで基準とされる「行為者本人の能力」については、前述の通り行為者本人が属する職業領域・生活領域が参照されるべきであるが、当該領域の平均的能力そのものではなく、あくまで行為者本人が現実に有している能力を措定すべきである。その意味で、一定の規範化が不可欠である、「規制対象者群における認識能力」という明確性の要請において用いられるべき基準とは区別されることになる。

3 補充規範に関する認識の錯誤

さらに、白地刑罰法規における補充規範の内容や射程、存在について認識を欠いている場合にも、事実の錯誤となる（刑法38条1項）。これは、とりわけ経済刑法において、犯罪を構成する事実の法的位置づけを行為者が認識した場合に、刑法上初めて意味を持つということがあるという考慮に基づくものであり、補充規範の認識も故意の要件と考える結果である。この考え方によれば、自然的事実に補充規範が適用されることによって、刑法

上問題となる事実に変化すると評価される。なお、ここでの認識の有無は、規範的構成要件要素の場合と同様の基準により判断される。

なお、白地刑罰法規の形式が採用されている場合でも、規制の対象となる者（金融機関、投資家、企業等）に対して、ルールの周知徹底が図られることが通常であろう。その限りでは、補充規範の錯誤が肯定される場面はそれほど多くないと思われる。それでも補充規範の錯誤が生じる場合、あくまでもルールの伝達方法を改善する等、規制を行う側の努力に期待すべきであり、原則に反して行為者の処罰を行うことによって問題の解決を図ることは妥当でないであろう。

第2款 違法性の錯誤

一方、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（刑法38条3項）。

この場合、後述のように違法性の意識の可能性が欠如する場合を除き、故意犯として処罰される可能性が残ることになる。

第2節 具体的事案の解決

以上で示した基準によれば、具体的事案は以下のように解決される。

第1款 事実の自然的側面についての認識が問題となる場合

犯罪を構成する事実の自然的側面について行為者が認識していなければ、故意は直ちに否定されることになる。そして、この場合、過失犯処罰規定が存在している限りで、過失犯が成立するにとどまることになる。

このような事態が生じることは通常稀であることに加え、我が国においては起訴されないことも多いと考えられるが、次のような場合がこれに該当する。たとえば、食品衛生法上、腐敗した食品を販売することが禁止されている（同法6条1号、71条1項1号）が、食品の腐敗について完全に認識を欠くような例外的な状況であれば、故意が否定されることになる。また、貸金業法上、「債務者等が弁済し、又は連絡し、若しくは連絡を受ける時期を申し出た場合において」、正当な理由がないにも拘らず、内閣府令で定める時間帯以外の時間帯に債務者等に電話をかけること等が禁止されている（同法21条2項、47条の3第1項3号）が、債務者による申し出の内容（弁済時期、連絡を行う時期、連絡を受ける時期）について聞き間違いや誤記などによって錯誤が生じた場合にも、同様に故意が否定される。なお、これらの犯罪類型においては過失犯の処罰を予定する規定は存在して

いないことから、過失犯としても処罰されることはない。

第2款 事実の評価的側面についての認識が問題となる場合

犯罪を構成する事実の評価的側面について行為者が認識していない場合にも、故意は否定されることになる。前述の通り、行為者本人の認識能力を基にした立法者の基本決定の認識が問われることになる。

たとえば、金融商品取引法は会社関係者が「当該上場会社等の運営、業務又は財産に関する重要な事実であつて投資者の投資判断に著しい影響を及ぼす」未公開の情報を把握しながら、証券等の取引を行うことや当該情報を基にした取引の推奨及び情報の伝達を禁止している（同法166条1項本文、同条2項4号、167条の2、197条の2第13項14項）が、立法者がここで下した基本決定は、市場に影響を及ぼす可能性のある未公開の情報を知りながら証券の取引を行うことの禁止であると考えられる²⁹⁰。そうであれば、市場に影響を及ぼす可能性について、行為者が認識していることが故意の要件として必要であり、これが欠ける場合には故意犯であるインサイダー取引の罪は成立しない。なお、同法では違反行為に対する課徴金も予定されている（同法175条）ことから、課徴金の賦課がなされる余地はなお残されている。

第3款 補充規範についての認識が問題となる場合

補充規範の内容や射程、存在について行為者が認識していない場合にも、故意は否定されることになる。この場合も、行為者本人の認識能力を基にした立法者の基本決定の認識が問われることになる。

例えば、インサイダー取引の罪における「重要事実」（金融商品取引法166条2項2号）の一部は金融商品取引法施行令に委任されているが、何らかの理由で、その内容に「訴訟の提起又は判決等」（同施行令28条の2第1号）や「仮処分命令の申立て又は裁判等」（同2号）等が含まれていないと認識していたという例外的な場合には、故意を否定する余地がある。

また、行政機関による許可や命令の内容も補充規範の一種と見れば、前述の「公衆浴場営業許可無効事件」（最判平成元年7月18日刑集43巻7号752頁）では有効な許可がないことの認識が欠け、「物価統制令違反事件」（最判昭和26年11月15日刑集5巻12号2354頁）では精米の販売価格が指定価格を超えることの認識が欠けていることから、補充規範の内容についての錯誤として、いずれも故意が否定されるべきである。さらに、前述の「ブランコ事件」（最判昭和34年2月27日刑集13巻2号250頁）では刑法規範であ

²⁹⁰ 横島裕介『逐条解説インサイダー取引規制と罰則』（1989年）9-10頁。

る物品税法（とりわけその罰則）についての認識を欠き、それと同時に補充規範である物品税法施行規則及び別表の存在や内容についても認識していないことから、補充規範の存在及び内容の錯誤として、故意が否定されることになる。

このほか、虚偽有価証券報告書提出罪（金融商品取引法 197 条、24 条 1 号）についても、補充規範の認識の欠如を理由として、故意責任を否定する余地がある。新基準が周知されていたにも拘らず、不良債権の算定を旧基準で行った有価証券報告書の提出につき刑事責任を問われた、いわゆる「日本長期信用銀行事件」（最判平成 20 年 7 月 18 日刑集 62 卷 7 号 2101 頁）や「日本債権信用銀行事件」（最判平成 21 年 12 月 7 日刑集 63 卷 11 号 2165 頁）（但し、いずれも旧証券取引法を前提とするもの）において、最高裁は「公正ナル会計慣行」（旧商法 32 条 2 項）とみなされる基準の適用関係が不明確であったことを理由に無罪としたが、このような判断とは別に、補充規範の射程について錯誤が認められる限りで、故意を否定する余地も肯定すべきであろう。

第 4 款 刑法規範についての認識が問題となる場合

以上に対して、刑法規範についての認識が欠けていたとしても、故意が否定される訳ではない。たとえば、インサイダー取引や重要事実の伝達・取引推奨行為が刑罰の対象となっていること自体について認識していない場合であっても、故意は肯定される余地がある。

第3部 違法性の錯誤と照会行為

課題設定

現代社会においては、複雑化した社会現象に対応するために多くの専門的・技術的立法がなされていることから、経済活動の一環としてなされる行為であっても、その適法性について疑義が生じる場面が多くなっている²⁹¹。そして、このような場面において、経済活動を行う企業や個人にとって事態を打開するための方法のうち、相対的に確実性が高いものとして、適切な機関・人物（行政機関や顧問弁護士等）に対して法令の解釈を照会すること²⁹²を通じ、自らの行為の適法性について確認を行うことであると思われる。なぜならば、これを行うことにより、ある法令の解釈につき知見を有する者の判断に基づいて、当初の予定通りの行為に出るか、それを中断するかについての判断が可能になるからである²⁹³。このような要請は、とりわけ経済刑法において顕在化することが多い。というのは、経済刑法においては禁止の内容が自明でないことが多く、行為者が禁止を認識せず違法行為を行い、結果として刑事責任を問われる懸念がある²⁹⁴一方、予定していた行為に出ることを差し控えることが取引機会の逸失等につながり、当該行為の主体（企業や投資家等）にとって直ちに不利益になり得るからである。

もっとも、照会行為はその性質上、違法性についての正確な情報を保証するものではあり得ない。というのは、確実性が最も高いと思われる行政機関への照会を行ったとしても、三権分立を前提とする限り、行政機関が示した解釈が裁判所の解釈を拘束することはないからである。すなわち、法令の最終的な解釈権限が最高裁判所に与えられている以上、行政機関等に対する照会によって得られた情報に従った行為であったとしても、刑法上の違法行為に該当するという判断がなされる可能性を完全に払拭することは不可能なのである。以上の事情に鑑みれば、適切な機関・人物に対する照会によって得られた情報に基づいて違法行為に出してしまう事態が想定されるが、この場合には免責の余地を認める必要があるといえよう。従来我が国の議論においては、このような場合について、厳格故意説ない

²⁹¹ 川田・前掲注（23）129頁参照。

²⁹² 本稿において、「照会行為」ないし「照会」は専ら何らかの機関・人物への問い合わせを行う行為と定義し、「調査」は照会行為に加え、自ら情報を収集する行為を含むと定義する。

²⁹³ しかも、近年では我が国においても、ノーアクションレター制度を通じて行政機関に照会を行う機会が保障されるようになってきていることから、経済活動の主体が確実な回答を得ることが容易になっているといえる。ノーアクションレター制度と違法性の錯誤の関係について論じるものとして、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（2）」NBL725号64頁以下。

²⁹⁴ Vgl. Lutz Eidam, Auswirkung und Stellenwert strafrechtlicher Expertengutachten auf die Anwendbarkeit von § 17StGB in wirtschaftsstrafrechtlichen Fallkonstellationen, ZStW 2015, S.133.

しこれに類似する立場から故意を否定する余地が肯定されてきた²⁹⁵ほか、違法性の意識可能性説（制限故意説、責任説及びこれらに類似する見解）の立場からも原則として違法性の意識の可能性を欠くものとして故意の否定²⁹⁶ないし責任の否定に結びつく²⁹⁷と解されることが通例であった。一方、最高裁は、このような場合に正面から免責の余地を肯定していないものの、後述のとおり、近年では下級審において違法性の錯誤に相当の理由があったか否かという問題に言及することが通例化しており、照会行為の存在を理由の1つに挙げて故意を否定したものも見られる。確かに、適切な照会がなされれば、適切な対応を指示する回答を通じて、法益侵害行為を抑止できる可能性が高まることは疑いない。また、行為者に対する行動規範の提示という観点からも行動指針を示すことは望ましいといえる。

しかし、照会行為に基づく免責という結論に至るまでの論理には、なお検証すべき点が残されているように思われる。すなわち、照会行為は必然的に実行行為に先立ってなされるものである以上、その存在を免責の要件とすることが果たして可能であるかが問われなければならないはずである。従来、照会行為の有無を違法性の意識の可能性判断において考慮することが同時存在原則に抵触し得るのではないかという懸念に基づき、我が国では実行行為に先立つ照会行為の有無を犯罪論上独立に考慮すべきではないとする主張もなされている（但し、この立場も照会行為に基づく錯誤の場合には異なる観点からの免責の余地を事実上残している）。一方、仮に照会行為の存否が刑事責任を左右すると理解した場合、理解の仕方によっては「照会行為の懈怠を理由として責任を肯定する（免責を認めない）」という結論にもつながり得る。この考え方を推し進めると、照会行為に出ることが市民に義務付けられると考える余地が生じ得る。なぜなら、とりわけ特別刑法の領域では市民が自己の認識能力をいかに発揮したとしても法令の内容を把握し切れない場面があり、この場合には適切な機関・人物への照会が法令の内容を把握するためのほぼ唯一の手段となり、行為者にこれを期待することが合理的とも言えそうだからである。もっとも、照会行為を刑法上の義務として捉えることについては批判も強く、犯罪論において照会行為がどのような地位を占めるのかという点についてあらためて検討することが必要であろう。この点が明らかになれば、照会が要請される条件も自ずと方向づけられることになる。

その上で、違法性の意識の可能性に関する判断基準を明らかにする必要があると思われる。というのは、最高裁が可能性説を採用するためには、違法性の意識の可能性に関する判断基準を明確でかつ安定的なものにすることが必須の要件になると考えられるからである。

また、「未必的違法性の意識」を抱いている場合として定式化されてきた諸事例の解決も喫緊の課題である。現代の複雑な法規制の下では、行為者が自らの行為の適法性につき疑

²⁹⁵ 石井・前掲注（21）73頁、中山・前掲注（21）71頁等。

²⁹⁶ 清水・前掲注（22）13-14頁。

²⁹⁷ このような見解は我が国における多数説となっている（具体的文献は、脚注（23）参照）。

念を抱きつつ行為に出ざるを得ない場面は少なくないが、このような場合に免責が可能であるのか、そして可能性あるとすればどのような条件が要請されるのかを明らかにする必要があるからである。

以下では、我が国のビジネス実務及び裁判実務の現状を明らかにしたうえで、上記の各問題を検討することを通じて、違法性の意識の可能性に関するあるべき判断基準を導出する。

第1章 ビジネス実務及び裁判実務における照会行為の取り扱い

照会行為の評価を論じるに先って、現在の我が国の実務において、照会行為はどのように取り扱われているのかを整理しておくことが有益であろう。以下では便宜上、照会行為の評価を行う前提となるべき照会の機会の保障のあり方（ビジネス実務）と、判例における照会行為の評価の動向（裁判実務）に分けて整理を行う。

第1節 照会の機会の保障のあり方

伝統的な犯罪が問題となる場面とは異なり、経済刑法のような特殊な領域においては、政策的見地に基づいて高度に技術的に文言が規定されることも多く、経済活動を行う者にとってルールの内容が自明でない状況を避けることができない。そこで、これによる経済活動への萎縮効果を避けるべく、我が国においては下記に述べる各種照会制度が活用されている。

第1款 我が国の照会制度

我が国では法令の照会に関する制度が段階的に拡張される形で整備されており、現在ではノーアクションレター制度のほか、一般的な法令解釈に係る書面照会手続及びグレーゾーン解消制度が導入されている。

1 ノーアクションレター制度

ノーアクションレター制度（法令適用事前確認手続）は、新たに実施予定の事業が法令に抵触するか否かが明確でない場合に、事業者が事前に行政機関²⁹⁸に対して照会を行うことができる制度である²⁹⁹。本制度は、2000年に政府によって公表された「経済構造の変革と創造のための行動計画（第3回フォローアップ）～新たな経済成長に向けての新行動計画～」（平成12年12月1日閣議決定）の中で、「IT革命の到来等の中で、民間企業の事業活動が迅速かつ公平に行われることを視野に入れて、行政処分を行う行政機関がその行政処分に関する法令解釈を迅速に明確化する手続を、我が国の法令体系に適合した形で導入を図る」こととされたことを踏まえ、2001年から実施されている。

民間企業等が新規の事業や取引を具体的に計画している場合、法令を所管する行政機関

²⁹⁸ 現時点で本制度を活用している我が国の行政機関として、金融庁、経済産業省、国土交通省、厚生労働省、消費者庁が挙げられる。

²⁹⁹ 「行政機関による法令適用事前確認手続の導入について」（2001年）2。

に照会を行うことができる³⁰⁰。本制度の対象は、民間企業等の事業活動に関する法令の条項の内、(i) 当該条項が申請³⁰¹に対する処分の根拠を定めるものであって、当該条項に違反する行為が罰則の対象となる場合、(ii) 当該条項が不利益処分³⁰²の根拠を定めるものである場合及び(iii) 当該条項が民間企業等に対して直接に義務を課し又はこれらの権利を制限するものであって、本手続の趣旨に鑑みて対象とすべきものと判断される場合³⁰³に限られている³⁰⁴。

本制度は我が国において行政機関への照会の手続をはじめて正式に定めたものであり、私人が当局の解釈を知ることができる機会を保障した点で意義がある。もっとも、この制度は新規の事業や取引を具体的に計画している場合にしか利用できず、一般的な法令解釈について照会を行うことはできない³⁰⁵。また、この制度を利用するためには法令を所管する行政機関を特定しなければならないが、照会の対象となる行為に新規性があるほど、そもそもどの官庁に照会を行うべきかが不明な場合が生じがちであるという課題があるといえる。

2 一般的な法令解釈に係る書面照会手続

一般的な法令解釈に係る書面照会手続は、特定の事業者の個別の取引等に対する法令適用の有無を照会するものではない、一般的な法令解釈に係る照会を対象とするものである。本制度は、金融行政の透明性や予測可能性の向上を目的として、ノーアクションレター制度を補完するものとするべく、2005年に各業態の事務ガイドライン³⁰⁶及び監督指針を改正することにより導入されたものである³⁰⁷。

本制度を利用できる条件として、(i) 特定の事業者の個別の取引等に対する法令適用の有無を照会するものではない、一般的な法令解釈に係るものであること（すなわち、ノーアクションレター制度の利用が可能でないこと）、(ii) 事実関係の認定を伴う照会でないこと、(iii) 金融庁所管法令の直接の適用を受ける事業者（照会者が団体である場合はその団体の構成事業者）に共通する取引等に係る照会であって、多くの事業者からの照会が予想され

³⁰⁰ 「行政機関による法令適用事前確認手続の導入について」・前掲注（299）1（1）。なお、ある行為につき、複数の照会すべき法令が存在し、それぞれの所管が異なる場合、照会する者が直接それぞれの行政機関に照会を行うことになる。

³⁰¹ 行政手続法 2 条 3 号。

³⁰² 行政手続法 2 条 4 号。

³⁰³ 但し、この要件は『行政機関による法令適用事前確認手続の導入について』の一部改正について（平成 19 年 6 月 22 日閣議決定）によって追加されたものである。

³⁰⁴ 「行政機関による法令適用事前確認手続の導入について」・前掲注（299）1（2）。

³⁰⁵ 宇賀克也「日本版ノーアクションレター制度」同『行政法評論』（2016 年）34 頁。

³⁰⁶ 「主要行等向けの総合的な監督指針」等。

³⁰⁷ 「一般的な法令解釈に係る書面照会手続について」（2005 年）1。

る事項であること、(iv) 過去に公表された事務ガイドライン等を踏まえれば明らかになっているものでないことが挙げられている³⁰⁸。本手続を利用して照会することができる者の範囲は金融庁所管法令の直接の適用を受ける事業者又はこれらの事業者により構成される事業者団体に限定されていることから、金融庁の所管法令についてのみ照会が可能となっているほか、例えば将来的に規制分野に参入を予定しているに過ぎない場合、この制度を利用することはできない。一方、本制度は一般的な法令解釈に関する照会を行うことができる点でノーアクションレターよりも適用範囲が拡大されている点に意義があろう。

3 グレーゾーン解消制度

グレーゾーン解消制度³⁰⁹は、現行の規制の適用範囲が不明確な分野においても、企業が安心して新分野進出等の取組を行えるよう、具体的な事業計画に即して、あらかじめ規制の適用の有無を確認できる制度である³¹⁰。本制度は、事業の発展段階に合わせた支援策により産業競争力を強化することを目的として³¹¹、2014年に開始された。

ノーアクションレター制度や一般的な法令解釈に係る書面照会手続においては対象となる条文が許可可や行政処分等に関するものに限定されているのに対し、本制度の場合、対象条文に制限が設けられていない。その上で、予定する事業を所管する事業所管省庁にまず照会し、当該省庁を介して、行政機関への照会をすることとされている。したがって、本制度によって、そもそもどの官庁に照会を行うべきかが不明な場合があるという問題は解消されることになる。

第2款 照会制度の社会的意義

以上のように、現在の我が国においては事業者等が何らかの行為を行うに先立って、その適法性を確認する機会が保障されているといえる。なお、これらの制度を利用できない場合でも、官公庁の職員や警察官等が私人からの非正規の照会に一定の回答を行うことも想定されよう。また、我が国では弁護士法や税理士法といった各種法令により専門家の専門知識や職務の水準を保証する仕組みが採用されていることから、弁護士や税理士等の専門家（私人）に対して照会を行うことも当然に可能となっている。

とりわけ公的照会制度は、一定の法令の解釈につき利害関係を有する者にとって様々な

³⁰⁸ 「一般的な法令解釈に係る書面照会手続について」・前掲注（308）2。

³⁰⁹ グレーゾーン解消制度については、井上友貴「企業実証特例制度とグレーゾーン解消制度の活用について」会社法務 A2Z85号（2014年）15頁以下、経済産業政策局産業構造課「グレーゾーン解消制度及び企業実証特例制度の活用結果」経済産業公報 18483号（2016年）4頁以下参照。

³¹⁰ 産業競争力強化法9条。

³¹¹ 産業競争力強化法1条。

利点を有している。とりわけノーアクションレター制度について、以下の利点が指摘されている³¹²。まず、照会を行う事業者等にとっては、計画中の事業の法的取り扱いについて予見可能性を高めることができるため、当該事業が法令に抵触するリスクを抑えることができる。また、ビジネス上の無用な混乱やコストの回避が見込めるというメリットもある。一方、法律実務家（弁護士等）にとっては、依頼人に対して関連法令やその適用につき説明する上で、判断の明確性やその根拠を得ることができる。さらに、行政機関にとっては、行政活動の公正性や透明性を確保することができる。また、回答の発出により、事実上、行政指導に等しい効果を期待することもできるであろう³¹³。これらの利点は、他の公的照会制度においても妥当すると考えられる。

但し、これらの制度に基づく回答はあくまで行政機関が発出する文書である以上、司法機関の判断を拘束する効果を有していないことは当然である³¹⁴。一方、いずれの制度においても回答が広く公開されることになっているため、発出された回答は事業者等にとって事実上の行為規範形成機能を有するといえる³¹⁵。また、回答の内容を信頼して何らかの行為に出た結果、実は構成要件に該当するものであったという場合、司法機関も当該内容を尊重した処理を行うことが通例であると思われる³¹⁶。

さらに、このような場合に犯罪論上の効果として故意ないし責任（違法性の意識の可能性）を否定できるのではないかという問題が議論されているのは前述のとおりである。このような議論がなされる背景には、現に規制を担っている官公庁が回答を発出していることから、事実上、これが我が国における標準的なルールとして機能することになるという事情や、とりわけノーアクションレター制度及びグレーゾーン解消制度においては具体的に想定された照会者の行為を踏まえて法令の解釈が示されるため、これに対する信頼を保護する必要性が強く認識されているという事情があるものと考えられる。

第3款 照会制度の運用実態

それでは、上記の照会制度はどのように運用されているのであろうか。最も早く導入されたノーアクションレター制度の実際の運用を見ると、行政的措置の要件に関する照会が

³¹² 以下で述べるノーアクション・レター制度の利点については、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）」NBL724号（2001年）7頁参照。

³¹³ 宇賀・前掲注（305）35頁も、行政機関の側にとっても同様の照会に回答する負担の軽減につながると指摘している。

³¹⁴ 実際に発出されている個々のノーアクション・レターにおいても、「捜査機関の判断や罰則の適用を含めた司法判断を拘束しうるものではありません。」との記載がなされるのが通例となっている。

³¹⁵ ノーアクション・レター制度の導入時点で、このような機能が既に予想されていた（笠井＝高山・前掲注（312）7頁）。

³¹⁶ 佐伯・前掲注（23）49頁参照。

多くなされているものの、刑罰の要件に関する照会も少なからず蓄積している。もともと、構成要件の解釈ないし刑罰法規の適用関係それ自体について直接に照会する事例は殆ど見られず、その前提となる法的概念ないし白地構成要件の補充規範の意義を照会する事例が多い。このように、構成要件自体の解釈に関する照会が殆ど見られないのは、我が国の行政刑法が刑罰法規とは別個に設定された行為規範に犯罪成立要件を全面的に委ねてしまっていることも一因となっているように思われる。

照会件数が比較的多い銀行法に関するノーアクションレターが発出された事例を見ると、実施予定の業務が同法の適用対象となる「銀行業」（銀行法 2 条 2 項）ないし「みなし銀行業」（同法 3 条）³¹⁷、「為替取引」（同法 2 条 2 項）³¹⁸、「銀行代理業」（同法 2 条 14 項）³¹⁹に該当するかを照会するものがある。これらの照会事例のほぼ全てにおいて照会者の実施予定の業務が規制対象にならないとの回答がなされている。

以上に鑑みれば、行政機関が想定している本来の規制の範囲に含まれないものについても、広く照会が行われる傾向にあるといえるであろう。翻って考えれば、仮に照会制度が整備されていなかった場合、事業者が適法性を十分に判断しきれなかったであろう場面が相当に多く存在するともいえる。したがって、事業者において自らの事業に関連する法令の確実な解釈を得たいという強い要請があることが、制度の運用実態からみても強く窺われるのである。

第 4 款 小括

以上のように、現在の我が国においては特に法令の解釈に疑義が生じる可能性の高い領域については、私人が自らの行為の適法性を行政機関に照会する機会が保障されているといえる。そして、ある行為者が予定している自らの行為の適法性につき懸念を抱いた場合、事業者であれば顧問弁護士や社内の法務部門に照会を行うほか、問題となる法令や照会の性質に応じて、上記の制度のいずれかを利用したり、関連する分野の公務員（警察官等）に照会したりすることが通例であるといえる。

既に見た通り、我が国で導入されている各種照会制度は後の司法判断を拘束するものではない。しかし、照会は市民にとっては法の内容を把握するための重要な手段であり、これを適切に活用することが遵法行為を奨励するという観点からは望ましい。したがって、これを通じて把握した情報を信頼して構成要件該当行為に出た場合については、何らかの形で刑法上の評価に反映することで、行為者を有利に取り扱う必要があるのではないだろうか。しかも、公的機関によって示された法令の解釈は、私人によってなされた解釈と異なる性質を帯びているということは否定できず、私人への照会の場合よりもその信頼を強

³¹⁷ 金融庁「法令等事前確認手続：銀行法」整理番号 1。

³¹⁸ 金融庁「法令等事前確認手続：銀行法」整理番号 6、同 8。

³¹⁹ 金融庁「法令等事前確認手続：銀行法」整理番号 9。

く保護する必要性が高いとも思われる。以上から、適切な機関・人物への照会が刑法上どのような意義を有するかを明らかにすることが重要な課題となる。

第2節 判例における照会行為の評価

一方、我が国の判例において、違法性の錯誤において照会行為はどのような位置づけがなされているのであろうか。

我が国の判例は伝統的に違法性の意識不要説に立脚していることから、構成要件該当事実を認識しさえすれば、違法性評価について錯誤に陥ったとしても故意ないし責任が否定されることはないのが原則である。このような見方を徹底するのであれば、適切な機関・人物への照会について言及する必要はないようにも思われる。もっとも、いくつかの事案において、我が国の裁判所は適切な機関・人物への照会の有無やその内容に言及し、犯罪の成否の検討を行ってきている³²⁰。以下では照会行為ないしこれに類する事情に言及がなされたものを取り上げ、我が国の判例の傾向を明らかにする。

第1款 初期の判例：違法性の意識を不要とする立場の反映

我が国の戦前の判例においては、照会行為による免責の可能性について厳格な判断が下される傾向が見られた。例えば、住居侵入事件（大審院昭和9年9月28日第4刑事部判決刑集13巻1230頁）は、被告人が賃借していた家屋を貸主との示談により一旦明け渡した後、看守人の意思に反して家屋に侵入した行為が住居侵入罪に問われたものである。被告人は、賃借していた家屋の明渡を含む示談契約に不満を抱き、2名の弁護士に対して照会を行ったところ、示談契約無効の通告及び取消の意思表示の後に当該家屋を利用することは権利行使と認められるため、住居侵入罪は成立しないと専門意見を得た。被告人は、本専門意見を信頼した結果、自己の行為が法律上許されたものと考えていたことから、当該家屋を再度利用したことについては違法性の錯誤に「相当の理由」があるとして上告した。

しかし、大審院は、「刑罰法規ノ解釋ヲ誤リ犯罪行為ヲ法律ノ認容シタル行為ナリト信シタリトスルモ刑法第三十八條第三項ニ所謂法律ヲ知ラサルモノニ該當スルモノトス故ニ人ノ看守スル邸宅ナルコトヲ認識シナカラ看守人ノ意思ニ反シ之ニ侵入スルニ於テハ假令辨護士ノ意見ニ依リ侵入スルモ罪トナラスト告ケラレ之ヲ信シタリトスルモ畢竟刑法第三百三十條ノ解釋ヲ誤リタルモノニシテ家宅侵入罪ヲ構成スルモノトス」と判示し、故意犯の成立を肯定したのである。本件では2名の弁護士に対して照会を行っており、被告人にと

³²⁰ 我が国における判例の状況につき論じるものとして、菅沼・前掲注(23)135頁以下参照。

って採り得る手段を尽くしたと見ることができるにも拘らず、違法性の錯誤はいかなる場合にも免責をもたらさないという原則的立場がなお示されることになった。このような厳格な立場は、以後の我が国における判例の主流を占めることになる。しかし、弁護士は私人であるとはいえ、法務に関する助言業務の資格を国家によって独占的に付与されている立場にあるということに鑑みれば、弁護士に対して照会を行った場合にも一切免責の余地がないとするところについては疑問が残るところである。

一方、綿糸配給統制規則違反事件（大審判昭和 14 年 3 月 29 日刑集 18 卷 158 頁）においては、私人ではなく行政機関に対して照会を行ったものの、免責が否定されることとなった。本件は、戦時統制経済法令である綿糸配給統制規則及び輸出入品等ニ関スル臨時措置ニ関スル法律への違反に問われた事案である。当時の綿糸配給統制規則においては、割当票と引き換えるのでなければ綿糸の販売を行ってはならないとされていた³²¹。被告人は綿糸配給統制規則が施行される以前に契約を行っており、単に物品の引渡を当該規則施行後に行う場合における当該規則の適用の有無につき疑義を抱き、この点に関して商工省に照会を行ったところ、商工省が「省令施行前ニ販売契約成立シ居リ目的物ノ引渡代金ノ決済等ヲ省令施行後ニナスモノハ省令ニ謂フ販売ニ該当セス」との回答を行ったため、被告人は違法性を認識せず物品の引渡を行ったというのが本件の経緯である。しかし、大審判は、売買は当事者の意思の合致により成立するため、綿糸配給統制規則にいう「販売」とは単に売買契約を指すと理解すべきではなく、既存の契約に基づいて目的物の引渡を行う場合も含まれると論じ、照会行為を一切考慮することなく犯罪の成立を肯定した。当時、被告人が置かれていた状況に照らせば商工省への照会を超える努力を期待することは困難であることから、このような結論は被告人にとって酷に過ぎるようにも思われる³²²。

第 2 款 違法性の錯誤の「相当の理由」への注目と照会行為への言及

1 違法性の意識不要説の見直し

戦後、最高裁は一貫して違法性の意識不要説を採用し続けることになった。この立場が堅持されている限り、構成要件に該当する事実につき認識を有すれば犯罪が成立し得るため、行為者による照会行為の有無は犯罪の成否に対して一切影響を及ぼし得ないことになる。

もつとも、最高裁は、被告人が空港ビル内において集団示威行為を指導したことが集団

³²¹ 綿糸配給統制規則 4 条。

³²² 行政法学の立場から、田中二郎「経済統制罰に関する法律上の諸問題 (3)」法学協会雑誌 59 卷 9 号 (1941 年) 1480 頁が同様の批判を行っていた。これに対し、裁判官の立場から本判例の結論を妥当とする見解として、永井敏雄「違法性の錯誤」警察学論集 34 卷 2 号 (1981 年) 15 頁。

行進及び集団示威運動に関する条例への違反に問われた羽田空港デモ事件第 2 次上告審判決（最判昭和 62 年 6 月 29 日刑集 32 卷 4 号 967 頁）において、違法性の意識可能性説への判例変更を示唆したとも見られている³²³。すなわち、本判決において、従来判例である違法性意識不要説の立場を変更するか否かについては正面から検討されることはなかった。一方、被告人に違法性の錯誤の「相当の理由」を認めて免責を肯定した原判決の理論構成自体は否定されず、しかも上告趣意の主張する判例違反を理由として原判決を破棄することも可能であった。それにも拘らず、判例違反には言及せず、「被告人は行為当時本件集団示威運動が法律上許されないものであることを認識していたと認めるのが相当である」と述べ、事実誤認を理由として原判決が破棄されたのである。違法性の意識不要説の立場が放棄されたのであれば、行為者による照会行為の有無を考慮する余地が生まれることになる。

2 照会行為への言及

事実、百円札模造サービス券事件（最決昭和 62 年 7 月 16 日刑集 41 卷 5 号 237 頁）においては、被告人が法に違反する可能性のあるサービス券の作成に先立って警察官に相談を行うとともに、作成した当該サービス券を提示し意見を徴したことが免責をもたらすか否かが問題とされた。本件は、被告人が百円札に模した飲食店のサービス券を作成することを計画し、警察官にその計画につき相談したところ、通貨及証券模造取締法の存在を知らされるとともに、紙幣と紛らわしい外観を有するサービス券とならないよう助言を受けたものの、処罰を受けることはないと思楽観してサービス券を作成するとともに、作成したサービス券を警察署に持参したところ特段の注意も受けず、それを配布してくれる等、好意的な対応を受けたため、同様に別のサービス券を作成したことが通貨及証券模造取締法違反に問われたという事案である。最高裁は「右サービス券の警察署への持参行為は、署員の来店を促す宣伝活動の点に主たる狙いがあり、サービス券の適否について改めて判断を仰いだ趣旨のものではなかった」と述べるとともに、「各行為の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待つまでもなく、本件各行為を有罪とした原判決の結論に誤りはない」と述べられた。本判決も、従来判例の違法性の意識不要説について再検討の余地があり得ることを示したものと理解されている³²⁴ほか、仮により明確な意思を持ってサービス券の違法性について照会を行ったのであれば、免責が肯定される余地があった事案として注目される。

³²³ 佐藤文哉「判批」法曹時報 32 卷 8 号 152 頁参照。

³²⁴ 菅原・前掲注（23）134 頁参照。

第3款 下級審判例における適切な照会行為の要求傾向

その後、下級審においては、違法性の錯誤が問題となる事案において、違法性の意識の欠如についての相当の理由の有無が検討されることが通例となっており、その際に照会行為の有無を考慮に入れるものが見られる。

1 適切な照会行為の不存在に言及しつつ免責を否定したもの

多くの事案において、裁判所は違法性の意識を欠く相当な理由を被告人に認めないとする結論を導いているが、その際に適切な照会行為の不存在に言及することがある。

たとえば、商標法違反事件（大阪高判昭和63年9月20日高刑速報（昭和63）号99頁）は、被告人が本件に先立ってなされた商標法違反で押収されていたウイスキーの還付を受けた際に、商標の表示されているアルミキャップの上面にヤスリで×印が打刻され、瓶には「偽造」と書かれていたほか、被告人が係官に問いただしたところ、「これでいいんだ」との返答がなされたことから、もはや他者の商標を侵害するものではないと誤信し、これを他人に譲渡したというものである。裁判所は、「これでいいんだ」との返答の趣旨は、「あくまでも自家消費を前提としてのもの」であり、「これをそのまま使用する（有償譲渡等）と商標法違反となるのではないかを危惧したという被告人においては、そのことを明示して前示係官にその疑問をただし、責任ある係官の回答を得て行動をするべきものであった」と判示した。

このほかにも、同様の論理により免責を否定した事案が多数見られる。電波法違反事件（東京高判平成元年3月27日高刑速報（平1）号67頁）は、被告人が無線機を無免許で使用した行為が電波法違反に問われた事案であるが、被告人に相当な理由を認めない理由の1つとして電気店員らに照会をしなかったことが挙げられた。ここでは、照会の相手方として私人である電気店員が挙げられていることに注目すべきであろう。

銃刀法違反事件（東京高判平成5年6月4日高刑速報（平5）号155頁）は、被告人が儀式用包丁として刀を製作し、所持していたことが銃刀法違反に問われた事案であるが、被告人に相当な理由を認めない理由の1つとして監督官庁に照会をしなかったことが挙げられた。

医師法違反事件（東京地判平成14年10月30日判時1816号164頁）は、医師資格を有していないにも拘らず、被告人がレーザー脱毛機器を使用してレーザー脱毛の医行為を行ったことが医師法違反に問われた事案であるが、被告人に相当な理由を認めない理由の1つとして、輸入業者の担当者からレーザー脱毛機器の使用が適法であることの教示を受けていたものの、監督官庁である厚生省に照会をしなかったことが挙げられた。

商標法違反事件（名古屋高判平成 25 年 1 月 29 日、裁判所ウェブサイト）³²⁵は、被告人が内蔵プログラムを変造した家庭用ゲーム機をインターネットオークションに出品することは商標法に違反するものではないと誤信し、実際にこれを出品したことから商標法違反に問われたというものであるが、被告人に相当な理由を認めない理由の 1 つとして「権威のある機関」に照会をしなかったことが挙げられた。

また、廃棄物の処理及び清掃に関する法律違反事件（広島高岡山支判平成 28 年 6 月 1 日、裁判所ウェブサイト）³²⁶は、被告人が産業廃棄物である廃墓石を不法に投棄したことが廃棄物の処理及び清掃に関する法律違反に問われたものであるが、被告人に違法性の意識の可能性が存在していた理由の 1 つとして、単に廃墓石の廃棄物性について詳しいという人物による廃墓石が廃棄物から除外される旨の発言に従ったに過ぎないことが挙げられた。

以上のように、下級審においては適切な照会行為による免責の余地を考慮する立場が定着しているものの、実際には適切な照会行為の存在はしばしば否定されている。

2 照会行為による免責を肯定したもの

一方、被告人が適切な照会行為を行っていたことを理由の 1 つに挙げ、違法性の意識の欠如の相当の理由を肯定した判例が近年登場した。拳銃部品輸入事件（大阪高判平成 21 年 1 月 20 日判タ 1300 号 302 頁）³²⁷は、銃器の愛好家向けに銃器関連品を日本に輸入販売する事業を営んでいた被告（日本人、米国在住）が、米国内で真正な拳銃を構成する主要部品の一部を切除する等の加工を施し、拳銃の外観を保ちつつ、金属製弾丸を発射する機能を有しない状態にしたものを日本に輸入したところ、これは輸入が禁止された「拳銃」には該当しないものの、「拳銃部品」（銃刀法 3 条の 2）の 1 つである「機関部体」に施された加工が十分でないことから、なお同条にいう「機関部体」に該当するとされ、拳銃部品輸入の罪及びこれに関連する関税法違反の罪により起訴されたという事案である。本件では被告人が警察官に対してかなり慎重な態度で自らの行為の違法性について照会を行っており、そこで得られた回答を信頼して行為していたことから、これによる免責の可否が問題とされた。原審においては故意が阻却されないとして拳銃輸入罪の成立が肯定されたのに

³²⁵ 本件を検討するものとして、齋藤健一郎「判批」警察公論 69 卷 2 号（2014 年）89 頁、鈴木將文「判批」知財管理 63 卷 11 号（2013 年）1837 頁、三上正隆「判批」刑事法ジャーナル 37 号（2013 年）114 頁。

³²⁶ 本件を検討するものとして、高橋信行「判批」法学教室 437 号（2017 年）42 頁、前田雅英「判批」捜査研究 66 卷 4 号（2017 年）13 頁、岡部雅人「判批」刑事法ジャーナル 52 号（2017 年）135 頁。

³²⁷ 本件を検討するものとして、一原亜貴子「判批」刑事法ジャーナル 21 号（2010 年）78 頁以下、菅沼真也子「判批」法学新報 119 卷 1・2 号（2012 年）201 頁以下、専田・前掲注（23）414 頁以下、林弘正「判批」島大法学 54 卷 4 号（2011 年）41 頁、南由介「判批」桃山法学 15 号（2010 年）385 頁以下。

対し、控訴審においては以下で示す通り、被告人の照会行為を理由の 1 つに挙げて故意が否定された。

まず、大阪高裁は、本件被告人が輸入行為を行うに先立って警察に対して慎重に照会を行っていた点を考慮し、これが被告人における違法性の錯誤を免責する方向に働くことを肯定した。すなわち、「けん銃加工品の輸入事業開始に先立ち、合法的な輸入を行うために必要とされる加工の方法等を警察官や税関職員から確認しているが、この確認行為は、単に個人的に面識のある警察官等に事実上の打診をしたとか、別の話題の中でたまたま付随的に話された内容を信じたとかいうものではなく、けん銃加工品の輸入行為を合法化するという明確な目的をもって、銃器類の規制に関する専門的知見を有することが期待される専門部署の警察官 2 人から、その方法を詳細に聴取し、同様の期待が可能な警視庁生活安全課に電話をしたり、関空の税関に出向いたりして、自らの疑問を主体的に提示しながら、念入りに合法性を確認したのであるから、被告人が、その指導や回答の内容について、それが警察や税関の内部、ひいては、銃器に関する実務全般に、公的に通用している合法性の基準であると考えるのは、やむを得ないところである」と述べたのである。また、「被告人が、本件各輸入行為より前に、同種加工品の輸入を繰り返し、その間、税関側から、実質的な安全性にほとんど影響しない些細な不備を含めて、是正を求められていたのに、機関部体自体に関する問題点の指摘は一切受けることがなかったのであって、被告人には、同種加工品の輸入の合法性を再検討する機会を実質的になかったといえ、むしろ、そのような経験を重ねる中で、被告人が、同種加工品は、銃刀法上も機関部体に当たらないという確信を更に強めたとしても、何ら不自然ではなく、そのような被告人に対し、一度も実質的機会を与えないまま、本件各輸入行為に際して、その適法性に関する客観的かつ冷静な判断を求めることには、實際上、過度の困難を強いる面がある」との指摘もなされた。

一方、社会的正義の観点で違法性の意識の欠如の相当性の判断に影響するという判断も示された。すなわち、「これ〔本件において被告人の責任が否定されるという考え―筆者注〕と異なる見解をとることは、被告人に対して、その指示を守れば適法な輸入ができるという趣旨で、しかも、担当警察官個人の見解ではなく、警察内部の公的な基準に基づいて、客観的には不十分な指導しかしなかった捜査機関自身の落ち度を、その指導内容を上回る実践をした被告人に、刑事責任という重大な不利益を負わせるという形で転嫁することにほかならず、こうした社会的正義の観点も、可能な限り、法的評価に反映させるのが相当である」と述べられたのである。

以上の点を考慮して、大阪高裁は、「本件各部品の輸入が拳銃部品輸入罪の構成要件に該当する違法な行為である旨の意識がなく、かつ、その意識を欠いたことについて相当な理由があったといえるから、拳銃部品輸入罪の故意を認めることはでき」ないとし、原審の判決を破棄し、被告人に同罪は成立しないと自判するに至った。

本判例が被告人の相当の理由を認めた論拠は、①適切な機関に対して照会を行い、回答を得たことによる違法性の意識の可能性の欠如と②公権力の落ち度を被告人に転嫁しては

ならないという社会的正義の観点の 2 点である。本判例の結論については、学説において概ね肯定的な評価がなされているものの、異論³²⁸もあるように、これらの論拠が妥当なものであるか否かについてはさらなる検討が必要であろう。

第 4 款 我が国の判例に残された課題

以上のように、下級審においては適切な照会行為を要求することが通例となっており、この要件を満たすとして被告人に免責を認めた判例も登場している。もっとも、これまで照会行為による免責が認められたのは公務員への照会を行った場合に限られており、しかもその態様は相当に慎重なものであることが要求されている。また、なぜ照会行為に出ることを行為者に要求し得るのかという点については明らかとされていないため、照会行為を要求し得る条件についても明確になっている訳ではない。

一方、最高裁は適切な照会行為による免責の可能性を正面から認めているわけではない。というのは、照会行為による免責を認めた下級審が確定しているため、最高裁の判断を仰ぐまでに至っていないからである。これは、検察側が違法性の意識の可能性を欠く場合に故意又は責任を阻却するという最高裁判例を確立させないことを意図しているからだ指摘されている³²⁹。このような現象の背後には、条文上の明確な根拠を有している訳ではない事情によって、処罰範囲が狭められてしまう可能性があるとの懸念があるように思われる。また、これを認めた場合、免責の要件について未だ広範な合意が得られていない現状においては、免責をもたらすのに十分といえる照会の要件が実務上不安定なものとなってしまふ懸念もあろう。

従来、判例の主流においては違法性の意識の可能性を不要としつつ、個別の事案において処罰が酷に過ぎると考えられる場合には故意を否定するという便宜的な処理がなされてきた。しかし、このような処理は、違法性の意識の可能性の問題を行為者が現に故意を有しているかという問題に混入させるものであることから、やはり受け入れることは困難である。また、その性質上、必ず実行行為に先立ってなされるものである照会行為が問題となる場合、このような処理はますます不適切となるように思われる。したがって、免責に見合う照会行為の要件を実務上確立することが強く期待される。そのためには、適切な処罰の確保や要件の精緻化という課題を乗り越えていく必要がある。

また、ドイツにおいては違法性の疑念が払拭し得ない場合（いわゆる「未必的違法性の意識」を抱いている場合）の評価についての議論が展開されているが、我が国の判例においてはこの問題が論じられたことがない。この問題は、弁護士等の適切な人物に対して適切な照会を行ったとしても、刑罰法規の解釈が複数成立し得ることから、自らの行為が違

³²⁸ 専田・前掲注（23）106 頁以下、一原・前掲注（23）82 頁。

³²⁹ 西田・前掲注（23）244 頁参照。

法である可能性を払拭できないという状況について論じられているものである。このような状況下において、行為者が意図していた行為に出なければ経済的損失を受ける等の事情から予定した行為に出たものの、結局当該行為が刑罰法規に抵触するという評価を受けた場合に、当該行為者を免責し得るかが問題となるのである。違法性の意識の可能性の欠如を理由とする免責が正面から認められている訳ではない現状においては、確かにこの問題を論じる意義は乏しい。しかし、今後、判例変更により違法性の意識の可能性必要説に実務が移行した場合には、この問題に対処することが必要になろう。

以下では、我が国及びドイツの学説がこれらの点につきどのように対応してきたのかを検討することを通じて、違法性の錯誤における照会行為を巡る諸問題の適切な解決策を明らかにする。

第2章 違法性の錯誤における照会行為の位置づけ

違法性の錯誤において、照会行為はどのような意義を有していると考えらるべきであろうか。既に示したように、下級審の判例には行政機関への照会に基づく行為を理由に違法性の錯誤の相当性を肯定したのが見られる。一方、学説では何らかの理由で照会に行為者の免責を導く役割を与える見解が有力となっている。これに対し、我が国においては照会行為に独自の意義を認めない見解も少数ながら主張されている。

照会行為の位置づけに応じて、適切な機関・人物に対して法令の解釈について照会を行い、得られた回答に従った行為者に対する免責の可否や免責を認めるための要件が左右されることから、犯罪論における照会行為の意義を明らかにすることが必要になろう。

第1節 照会行為に独自の意義を認めない見解

第1款 違法性の意識と犯罪事実の認識の一体的把握

照会行為に独自の意義を認めない見解は、厳格故意説ないしこれに類似する立場に基づいて主張されることがある³³⁰。厳格故意説ないしこれに類似する見解を採用する場合、違法性の意識が犯罪事実の認識と一体的に把握されることから、違法性の意識の要件を行為時の問題として考慮する要請が強く働くことになる³³¹。したがって、この立場からは、適切な機関・人物への照会の有無を含め、実行行為以前の行為者の態度を犯罪論において考慮することは妥当でなく、せいぜい行為時における故意の存否に関する判断材料としてそれらを位置付けざるを得ないという結論が導かれる³³²。換言すれば、適切な機関・人物への照会により得られた回答に基づいて結果的に違法な行為に出たとしても、そこで検討されるべきはあくまでも事実認識（故意）の問題に尽きるのであり、故意の存在を認定した上でさらに検討すべき問題は存在しない、ということになる³³³。このような判断を支えているのは、従来違法性の錯誤として構成されてきた事案の多くが「構成要件に該当する違法な事実」の錯誤として再構成されるべきではないかとの問題意識である³³⁴。確かに、とりわけ経済刑法のように人為的な規範が機能する領域においては、故意の対象となる事実

³³⁰ 以下で検討する見解のほか、厳格故意説に類似する立場から違法性の錯誤の問題を検討する論稿として、重井輝忠「違法性の意識と責任非難」阪大法学 49 卷 1 号（1999 年）295 頁以下、同「違法性の意識における重層構造」阪大法学 49 卷 2 号（1999 年）623 頁以下、同「行政刑法における事実認識と違法性の意識」阪大法学 50 卷 3 号（2000 年）465 頁以下。

³³¹ 石井・前掲注（21）42 頁参照。

³³² 石井・前掲注（21）42 頁、73 頁、中山・前掲注（21）71 頁参照。

³³³ 中山・前掲注（21）71 頁。

³³⁴ 中山・前掲注（21）71 頁。

そのものと当該事実の法的評価とが重なり合う状況が生じがちであることは否定できない。そのような領域においては、法的評価を通じて初めて法的に意味のある事実を認識することがあり得よう。このような考慮から、照会行為に独自の意義を認めず、故意の存否の判断材料に解消することは果たして妥当であろうか。

この見解は照会行為に基づく違法性の錯誤の事案を「構成要件の違法な事実」の問題として再構成しているが、これには限界があると言わざるを得ないように思われる。というのは、論者も自認しているように、適切な機関・人物への照会の事例では行為者の誤信の理由が「他人の言動を信頼してこれに従った場合」として具体的に類型化されていることから、適切な機関・人物の回答に基づき自らの行為が「適法である」、「許される」、「罪とはならない」と誤信したという判断（すなわち、行為者に既に事実認識が存在することを前提に、なお免責を認めるべきかという判断）になじみやすいといえるからである³³⁵。このような判断に対して、論者は「直感的」な判断に過ぎないものとして批判的な態度を示しているが、この判断は単なる直観のみによって支えられている訳ではないように思われる。行為者が一定の行為の可否を適切な機関・人物に照会することによって得られるのは、通常、あくまで法的評価についての情報である。そうであるならば、やはり行為者が故意を有しているか否かをまず判断した上で、法的評価についての錯誤により免責を認めるべきか否かを別途判断するという過程を経るべきであるように思われる。

また、この見解に基づけば、違法性の錯誤に関する責任の有無に関する判断において行為者本人の認識が決定的に重要なものと位置づけられる結果、一定の機関・人物への照会行為にまつわる事情（照会の相手方、照会の慎重性、得られた情報の信頼性等）は、行為者の認識に反映される限度でしか考慮されなくなってしまう。しかし、既に論じたように各種の照会制度は我が国における法制度の安定的運用を確保するための手段として有効に機能しており、このような現実を可能な限り犯罪論にも反映させることが必要ではないだろうか。行為者の認識に反映される限度でのみ照会行為にまつわる事情を考慮するという帰結は、行政機関や弁護士等の適切な機関・人物による法的助言が現実に果たしている社会的意義を過少評価するものといわざるを得ないであろう。後に詳論する通り、適切な機関・人物への照会行為にまつわる事情も違法性の意識の可能性を判断するための基礎として位置づける必要があるように思われる。

さらに、この見解を採用した場合、刑事政策上の不都合が生じることも懸念される。論者によれば、様々な広報活動を通じて関係法規を国民に周知させることが国家には求められるとされている³³⁶が、この立場では行為者に照会を行うことを期待しない以上、国家の側が関係法規の周知を十分に行ったとしても、行為者に法の不知が生じる余地はあり得よ

³³⁵ 中山・前掲注（21）71頁。

³³⁶ 石井・前掲注（21）72頁参照。

う。このような場合には免責を認めることが妥当とされている³³⁷。しかし、このように考えると、とりわけ行政取締法規の不知の場合にあまりにも容易に免責が認められてしまい、刑罰による法益の保護が適切に果たされなくなる懸念がある³³⁸。例えば、①食品製造業者が自らの営業上の行為を規制する規定を知らなかったことから、法的に禁止されている保存食品を製造する自らの行為が法的に許容されているという確信を抱いていた場合³³⁹や、②自動車を運転する者が交通規則を習得していなかったために、具体的な交通状況において違法性の意識を有することができない場合³⁴⁰において、実行行為以前の事情を考慮に入れるべきであると考えられている。というのは、これらの事例においては、実行行為の時点において行為者が自らの行為の違法性を認識することは既に不可能となっているからである。このような場合に、行為者本人の能力を基礎として刑事責任の有無を検討すべきであるとしても、照会行為の有無を一切考慮しないことにより、単に法の内容を知ろうとしない行為者を有利に扱うことになれば、一方で適法行為を奨励し、他方で違法行為を抑止する刑罰のあり方に機能不全をもたらすことになりかねないように思われる。

第2款 実行行為以前の事情を実行行為時の事情として捉え直す試み

また、瀬川行太は、因果関係の起点としての行為と実行行為は一致すると考えた上で、行為者が実行行為時における自己の能力と与えられた情報を基礎にして当該行為を慎重に検討すれば当該行為が違法であることが認識できたという場合にのみ、違法性の意識の可能性が肯定されると述べている³⁴¹。すなわち、この見解によれば、同時責任原則及び個別行為責任を考慮するために、適切な照会行為による法内容の把握可能性をあくまでも行為時点の事情に還元して判断を行うということになる。

上述の判断の妥当性を示すために、百円札模造サービス券事件が取り上げられている。瀬川によれば、本件は実行行為以前の事情を基礎として行為者に責任非難を認めたケースではないと評価すべきであるという。すなわち、本事件では被告人が実行行為以前に警察官から助言を受けたことから、サービス券を作成する行為が違法であることを認識し得たにも拘らず、サービス券を作成するという実行行為を決断したのであるから、実は実行行

³³⁷ 石井・前掲注(21) 72頁参照。

³³⁸ 照会の有無を一切考慮に入れない見解が直面する刑事政策上の不都合を実務家の立場から指摘するものとして、小林充『刑法』(3版、2007年) 95頁、半田靖史「違法性の意識の可能性」『刑事事実認定重要判決50選(上)』(2版、2013年) 215-216頁。

³³⁹ Rudolphi, a. a. O. (Anm. 364), p.253ff.

³⁴⁰ Roxin, a. a. O. (Anm.116), §21, Rn.48.

³⁴¹ 瀬川行太「犯罪論における同時存在原則について(3)」北大法学論集68巻2号(2017年) 41頁。なお、菅沼・前掲注(23) 140頁は、「判例において問題とされているのは、[...]行為以前に法を知る義務、あるいは法を遵守する義務ではなく、違法な行為に出ないようにする努力であって、照会行為によって行為時にこのような努力があったかが明確にされることになる」と論じており、類似の発想に立脚しているものと考えられる。

為時点で違法性の意識の可能性はなお存在していた、というのである³⁴²。このような行為時点の事情への還元論が成功するのであれば、確かに同時責任原則及び個別行為責任との整合性が保障されることになる。果たして、このような試みは成功しているのだろうか。

確かに、百円札模造サービス券事件の行為者に刑事責任を肯定するために、実行行為以前の照会の懈怠にその根拠を求めることは妥当でないであろう。本件では、被告人が警察官から法に抵触するサービス券とならないようにすべきとの助言を受けていることから、サービス券の作成行為については違法性を把握する余地があったといえる。しかし、このようにいえるのは、実行行為の時点においても、事前に受けていた助言を基に自らの行為の違法性について再考することができたといえるからである。これに対し、例えば交通法規に習熟することなく自動車の運転を開始し、結果的に交通法規に違反することになったという事例において、教習所で交通法規を学習する可能性は、運転を開始した時点以降には消失してしまう。この事例において行為者に違法性の意識の可能性を肯定するのであれば、やはり実行行為以前に交通法規の内容を把握することができたという事情を考慮せざるを得ないであろう。さもないと、このような事例における処罰を断念すべきことになるが、この帰結が刑事政策的に受け入れがたいことは前述の通りである。この見解によれば実行行為以前の事情は実行行為時における違法性の意識の可能性の有無を判断するための手段に過ぎないとされる³⁴³が、事例によってはやはり実行行為以前の事情をも直接に考慮せざるを得ないように思われる。このように、行為時点の事情への還元論は十分に成功していないように思われる。

第3款 国家の側の非難可能性に反映し得る範囲で照会行為を限定的に考慮する見解

さらに、照会行為の有無を行為者の責任判断に反映させることを拒否した上で、実際には国家の側の非難可能性という別個の観点に依拠し、限定的にこれを考慮する見解も主張されている。

責任説を採用した場合、実行行為以前の事情を考慮する余地が生まれる³⁴⁴ものの、このことは照会行為の懈怠を行為者に不利に考慮すべきという結論に必ずしも直結する訳ではない。現に、違法性の錯誤における責任判断に際して照会行為の不存在を一切考慮すべきでないとするとの主張が責任説の立場からなされているのである。高山佳奈子は、行為者が法を知ろうとしなかったこと自体が責任を重くするのではなく、行為者の知識等に照らして「法に従った動機づけ」をなしうるだけの材料が行為者に与えられていたか否かにより刑事責任を判断すべきであるため、あくまで「行為時点で」法に従って自己を動機づけ

³⁴² 瀬川・前掲注(341) 39-40頁。

³⁴³ 瀬川・前掲注(341) 40頁。

³⁴⁴ 石井・前掲注(21) 42頁参照。

る自由の保障を基準としなければならない、と主張する³⁴⁵。その上で、「合理的に違法評価に到達し得たこと」、すなわち「行為時の行為者にとって理解可能な推論により、違法性の意識に到達し得ること」が違法性の意識の可能性を肯定するために必要であるとされている³⁴⁶。また、山口厚も、個別行為についての責任を問う現行刑法の要求に沿うのであれば、実行行為の時点で行為者にとって違法性の意識を抱くことが可能でなければならない、と論じている³⁴⁷。これらの見解は、先に検討した見解とは異なり実行行為以前の事情と実行行為時の事情を厳格に区分した上で、違法性の意識の可能性の判断においても実行行為と責任の同時存在原則の適用を厳格に維持しようとする点に特徴がある。

もっとも、このような観点を徹底すると、場合によっては不都合な結果となることが避けられない。例えば、行為者が自らの行為の適法性につき疑念を抱き、行政機関に照会を行ったものの、誤った回答を得て違法行為を行ったという事例（行政機関が関与したあてはめの錯誤の事案）において、現に抱いている疑いが間違っていないため「不合理な憶測」ではない³⁴⁸以上、いかに行為者が行政機関に対して慎重な態度で照会を行っていたとしても、違法性の意識の可能性を否定することが困難になってしまうのである。しかし、国家の側が当該行為について不適切な教示をした場合に、それを信頼しないよう市民に命じるのは不合理な要求であるといえる³⁴⁹。そこで、処罰を行う国家の側が自ら行為者の動機づけの条件を奪っている場合には非難の資格が失われることから、行政機関により誤った情報提供がなされた結果、違法性の錯誤が生じた場合、原則として行為者は免責されるという解決が示されている³⁵⁰。すなわち、違法性の意識の可能性の有無は専ら行為時の事情を基礎として判断されるものの、照会行為がなされている場合には、実際には免責の余地が肯定されるのである。もっとも、行為者が実行行為に先立って照会行為をなしたということ自体ではなく、国家の側に不適切な情報の提供という落ち度が存在しており、そのことが行為者に対する非難可能性を失わせるという説明がなされている³⁵¹点が重要であろう。このような理解は、前述の銃刀法違反事件判決においても採用されている。

たしかに、実行行為以前に責任判断を時間的に遡及させることには、慎重であるべきであろう³⁵²。また、一定の政策目的により国民生活の様々な領域に広範な規制が敷かれるようになっている状況下において、常に照会を通じて法を知る義務を行為者に課し、自らの

³⁴⁵ 高山・前掲注（23）328頁。

³⁴⁶ 高山・前掲注（23）343頁。

³⁴⁷ 山口・前掲注（23）268頁。また、鈴木茂嗣「刑事法学の動き 松原久利『責任阻却事由と事前責任』」法律時報84巻5号（2012年）172頁も参照。

³⁴⁸ 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（3・完）」NBL731号（2002年）56頁参照。

³⁴⁹ 高山・前掲注（23）348頁参照。

³⁵⁰ 高山・前掲注（23）348頁。

³⁵¹ 高山・前掲注（23）348頁。

³⁵² 川田・前掲注（23）131頁参照。

行為の適法性について確認することを要求するのであれば、とりわけ過去に経験を有していない行動に出ようとする場合に、自由に対する過度な制約がもたらされかねないといえよう。したがって、これらの見解の出発点である、行為者が照会を通じて法を知ろうとしなかったこと自体が責任を重くするのではないという考え方自体は、妥当であるように思われる。

しかし、これらの見解が違法性の錯誤において行為時の事情に責任判断の考慮要素を限定すべきと主張する論拠を十分に提示できているのかという点には、疑問が残る。すなわち、個別行為責任の観点から実行行為と違法性の意識の可能性が同時に存在しなければならないという主張には、なお反論の余地があるように思われるのである。というのは、行為と責任の同時存在原則が要求される論拠は、責任判断の無制約な時間的遡及や人格責任の導入を防止することであり、当該原則の維持自体が目的ではないと考えられるからである³⁵³。現に、責任能力の喪失・減退の場面において、原因において自由な行為の法理を援用することにより免責を制限することは既に広く認められているところである。このように、責任判断の基礎を厳格に実行行為の時点に限定することは、刑法解釈論上の絶対的な要請とはいえないように思われる³⁵⁴。そうであるとするならば、個別行為責任に照らして実行行為以前の事情である照会行為の存否を責任判断に組み込んではいないとしたこの見解の出発点には、必ずしも十分な説得力が備わっていないといえよう。

また、この見解を採用した場合にも、刑事政策上の不都合が生じる懸念がある。というのは、とりわけ技術的な法律の内容を認識していない者が違法評価に到達することは困難である以上、この見解を徹底するのであれば、法の不知の事案の大部分が免責されることになりかねないからである³⁵⁵。

さらに、国家の非難可能性という観点を持ち出すことに対して、異なる観点を導入しない限り不当な結論を回避できないのであれば、そもそもの出発点自体に限界があるのではないかとの批判が加えられている³⁵⁶。しかし、刑法上、ある事象を免責しようとする場合に必ずしもそれが単一の論拠によって基礎づけなければならないというわけではないから、この批判は必ずしも決定的ではないであろう。

むしろ、国家の非難可能性という観点それ自体の当否が問われるべきである。この見解が主張するように、違法行為を避けられない状態に置かれた行為者が違法行為に出してしまった場合に国家が刑罰を通じてこれを非難できないのは、国家が自らの任務を果たしていないにも拘らず、行為者を非難することが不公正だからであろうか。この点を明らかにするためには、国家が刑罰を科す目的と刑罰の発動を断念せざるを得ない場合があることと

³⁵³ 松原久利「責任阻却事由と事前責任」『大谷實先生喜寿論文集』（2011年）267-268頁参照。

³⁵⁴ 安田拓人「錯誤論（下）」法学教室274号（2003年）97頁注（34）参照。

³⁵⁵ 川田・前掲注（23）131頁参照。

³⁵⁶ 川田・前掲注（23）132頁参照。

の関係を検討することが有益であろう。そもそも、国家は刑罰の発動を通じて犯罪の抑止を図り、ひいては潜在的な犯罪被害者の利益（個人的法益を侵害する犯罪類型の場合）ないし公共的利益（社会的利益や国家的法益を侵害する犯罪類型の場合）を保護する任務を負っている。一方で、回避不能な状態において生じた違法行為に対しては、市民に対する自由の保障の観点から、刑罰の発動を差し控えるべき場合があることは否定できない。この限りで、一定の場合には潜在的な犯罪被害者の利益や公共の利益の保護が後退することを認めなければならない。しかし、仮に行政活動に何らかの不備があったからといって、これらの利益の保護を常に放棄することが妥当であるとは思われない。このことを立証するために、期待可能性に関する議論が例として挙げられている。例えば、深刻な不況下において困窮した行為者が子供に与えるために食料の窃盗を働いたという事例において、不況の原因は自国政府の経済政策の失敗によるものでもあり得るし、それ以外によるものでもあり得る。しかし、前者のように国家の落ち度が認められる場合には責任を阻却し、後者のように国家の落ち度が認められない場合には責任の阻却を否定するという結論は妥当でない、というのである³⁵⁷。この事例からも明らかなように、違法行為を避けることができない状態が国家における任務の懈怠に端を発したものであるか、それ以外の原因によるものであるかは、国家が利益保護の任務をどの程度果たすべきかという点とは無関係である。このように考えれば、前述の事案において国家が刑罰を発動できないのは、行為者が違法行為を避けることができない状態にあるにも拘らず、行為者が違法行為を避けなかったことを理由として国家が行為者に対して非難を加えることが不公正だからだと理解することができる。すなわち、行政機関が関与したあてはめの錯誤の事案においては、国家の一部を構成する行政機関が不適切な教示を行った結果、行為者にとって違法性を認識する可能性が失われてしまったということが免責にとって決定的な意義を有しているように思われる。

以上の点を鑑みれば、責任説に立脚した上で責任判断の基礎を厳格に実行行為の時点に限定し、照会行為の不存在を責任判断において一切考慮しないことは妥当でないように思われる。また、この見解は実行行為時点において行為者の知識等に照らして「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否かのみに着目すべきという前提を採用するが故に照会行為の存在を直接に考慮することができないため、国家の非難可能性の欠如という形でこれを考慮しているが、このような構成には無理があるようにも思われる。

第4款 照会行為に独自の意義を認める必要性

以上で検討したように、照会行為の独自の意義を否定する見解は厳格故意説に基づいて

³⁵⁷ 専田・前掲注（23）95-96頁参照。

主張されたり、個別行為責任や同時責任原則の強調を背景に主張されたりしているが、いずれの見解にも問題が残されている。厳格故意説を採用した場合、構成要件に該当する事実自体に関する認識と適切な機関・人物への照会により得た事実の評価に関する認識を常に一体的に考慮することになる結果、照会行為を取り巻く事情（照会の態様等）を犯罪論上考慮する余地がなくなってしまうという問題がある。一方、実行行為以前の事情を実行行為時の事情として捉え直すことで同時責任原則の問題を回避する試みもなされているが、常にこのような還元論が適用できる訳ではないと思われる。さらに、国家の側の非難可能性において照会行為の存在を限定的に考慮する見解については、そもそも国家の側の非難可能性という考え方を違法性の錯誤において援用することに無理があると思われる。

また、いずれの場合においても刑事政策上の難点が残ることは否定できない。違法性の意識の可能性の判断において実行行為に先立ってなされる照会行為を考慮に入れることによって、規範の名宛人に法の内容を積極的に認識させることがはじめて可能になるといえよう。これを断念するのであれば、規範の名宛人において法の内容が認識され、遵守されることを誰も合理的に信用することができなくなり、ひいては法の有効性が偶然に任せられることになってしまう³⁵⁸。したがって、適切な照会行為には行為者を有利に取り扱う機能を与える必要がある。

第2節 照会行為を義務として捉える見解

以上に対して、照会行為の有無が犯罪の成否を左右するという結論を最も単純な形で犯罪論に反映しようとするれば、照会行為を義務と捉えることになる。この立場は、照会の懈怠（照会義務への違反）を違法性の錯誤ないし禁止の錯誤の回避可能性と同一視する見解として位置づけることができる。このような理解が可能であれば、照会義務を履行した場合には直ちに免責を肯定し、そうでない場合には免責を否定することによって、公的照会制度の利用や弁護士等への照会を市民に義務付けることが可能となり、ひいては法の適用を安定的なものにすることが期待できる。しかし、このような見解は、果たして正当化することが可能であろうか。以下では、従来主張されてきた照会義務論の主張の妥当性を検討する。

第1款 法共同体の一員としての責任

照会義務の基礎づけに際して、ドイツ連邦通常裁判所（以下、「BGH」という。）は法共同体の一員としての責任という考え方に依拠している。かつてBGHは、ライヒ裁判所時

³⁵⁸ Vgl. Karsten Gaede, Der unvermeidbare Verbotsirrtum des anwaltlich beratenen Bürgers - eine Chimäre?, HRRS 2013, S. 458.

代から維持してきた非刑罰法規の錯誤の理論を放棄し、新たに責任説を採用することを明らかにした際、照会行為の懈怠それ自体を非難に値するものと評価した³⁵⁹。すなわち、BGHは、「人間は、自由な倫理的自己決定を行う素質を与えられていることから、常に法共同体の一員として適法に行動し不法を避けるという責任ある決意をなすことが要求され」、「自らがなそうとしている行為の全てについて、それが法的当為命題（*rechtlichen Sollen*）に合致するか否かを認識しなければならない」としている。その上で、「熟慮（*Nachdenken*）ないし照会（*Erkundigung*）を行うことにより、〔自らの行為に対する禁止が存在するのではないかという〕疑い（*Zweifel*）を払拭しなければならない」と述べた。そして、「当該事件における諸事情および行為者の職業・生活領域に応じて〔…〕行為者に期待されるべき良心の緊張（*Anspannung des Gewissens*）にもかかわらず、行為の不法を認識することができなかつたのであれば、当該錯誤は克服できず、行為は行為者にとって避けられないものであったことから、この場合、行為者に対して責任非難を加えることはできない」ことになる。これに対し、「良心を相当に緊張させたならば、行為の違法性を認識できたと考えられる場合には、禁止の錯誤は責任を阻却しない」という結論が導かれる。

この立場は、人間には自由な倫理的自己決定を行う素質が与えられており、かつ法共同体の一員である以上、自らの行為の適法性に疑念を抱いた場合、行為者は常に照会を行うことにより自らの行為の適法性を確認しなければならないとする点で特徴づけられる。

しかし、法秩序の意味を解するものであれば自らの行為のすべてについて「違法かもしれない」と「想像する」ことが全く不可能ではない以上、刑罰的な禁止の意味自体を理解できない者（すなわち責任無能力者）以外、この立場からは常に責任が肯定されることにもなりかねない³⁶⁰。このことは、現代のように市民の経済活動に対して広く刑罰法規が用意されるに至っている状況の下では、深刻な問題となり得る。しかも、義務の基礎づけに法共同体の一員としての責任を持ち出した場合、何らかの観点からそれを制限することは容易でなく、照会義務が持続的に課されることにならざるを得ないと思われる。このようなBGHの立場は判断基準を過度に規範化するものであり、実際上の効果において回避不可能とする場合を著しく狭めているという批判もなされている³⁶¹。仮に常に自らの行為の適法性を検証しなければならないとすれば、個人の人格的自由権（*persönlichen*

³⁵⁹ BGHSt. 2, 194. 本件は、弁護士である被告人が報酬契約を締結せずに刑事事件の弁護を引き受けたが、その後自らの依頼人（刑事事件の被告人）に対して、弁護を継続することと引き換えに、一定の報酬の支払い及び報酬契約書への署名を強要した（但し、被告人は当該行為が権利として保障されていると信じていた）として、強要罪（ドイツ刑法 240条）に問われたという事案である。本判例に関する検討を行う我が国の文献として、高山・前掲注（23）331-332頁、福田・前掲注（23）111頁以下、松原久利・前掲注（23）53-55頁、118頁、林・前掲注（23）29頁、202頁等参照。

³⁶⁰ 高山・前掲注（23）343頁。

³⁶¹ 斎野・前掲注（23）84頁。

Freiheitsrechte)³⁶²を侵害することは明白だとの指摘がドイツにおいてなされている³⁶³が、我が国においても自己決定権（日本国憲法 13 条）をはじめとする基本権が過度に制約されることになるであろう。以上の懸念に鑑みれば、自らの行為の違法性に関する疑念を照会行為によって払拭しなければならない場面は、一定の基準に従って限定されるべきであるように思われる。

また、そもそもこの立場は禁止の錯誤の回避可能性の問題を照会義務の懈怠の責任にすり替えてしまっている点でも問題があると思われる³⁶⁴。このような批判に対しては、「BGH が一体的に、熟慮・照会なしに行われた違法行為を非難しているのであれば、その限りでは、批判は当たらないこととなるのではないか」³⁶⁵との反論もなされている。しかし、照会の懈怠は実行行為の一部をなすものではないのであるから、なぜこれらを一体的に非難することが可能であるのかを説明することが求められよう。

なお、以上の批判のほか、仮に官公庁等に照会したとしても正しい情報が得られず、錯誤を回避することができなかつたであろう場合にも責任を認める³⁶⁶ことは、責任主義に反するとの批判がかつて学説からなされていた³⁶⁷。もっとも、現在では BGH も学説からの批判を受け入れ、照会義務の懈怠と禁止の錯誤との条件関係を要求し、仮に官公庁等に照会したとしても正しい情報が得られなかつたと考えられる場合には、免責を肯定するようになっている³⁶⁸。この限りで、現在の BGH は事実上、学説の主流と同様の結論を受け入れる姿勢に転換したものと評価できる。とはいえ、共同体の一員としての責任という観点に立脚することの合理性が十分に示されているとは言い難いであろう。

第 2 款 生活領域論

これに対し、フリッツ・ハルトウンク（Fritz Hartung）は、「生活領域（Lebenskreis）」と称する概念によって照会義務を根拠づけようとする。これは、行為者がある領域に所属しているという事実に基づいて、当該領域を規制する法律上の規定につき情報を得る義務

³⁶² GG Art.2 Abs.1.

³⁶³ Werner Schneider, Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1964, S. 19, Christine Löw, Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtumnach§17 StGB, 2001, S. 69.

³⁶⁴ Hans- Joachim Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, S. 197ff. 石井・前掲注（21）52 頁、高山・前掲注（23）328 頁。

³⁶⁵ 川田・前掲注（23291）130 頁。

³⁶⁶ BGHSt 21. 18.

³⁶⁷ Rudolphi, a. a. O. (Anm. 364), S. 250ff., Harro Otto, Der Verbotsirrtum, Jura 1990, S. 650.

³⁶⁸ BGHSt. 37, 55 (67). Vgl. Ingeborg Puppe, Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit, Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi, 2004, S. 237.

が生じることになる、というものである³⁶⁹。この見解は、BGHによっても部分的に採用されることになった。すなわち、ワイン製造業者である被告人がワイン法（Weingesetz）違反に問われた事案において、「注意深いワイン製造業者」であれば、自らの行為の違法性を認識し得たか否かが問題とされたのである³⁷⁰。また、我が国において宮本英脩がいわゆる準故意説の立場から、法は法自体の存在や内容を知ることが国民に命じており、少なくともその職業や趣味等に応じて日常生活に密接な関係のある法を常に知らなければならないと論じていた³⁷¹のも、同様の発想に基づいているといえよう。

この立場においては、問題となっている行為に対応する生活領域の範囲で照会義務が生じることになるため、BGHが当初示した考え方に比べて、義務の範囲は限定的になり、自由保障の観点からは望ましい方向性を示していると思われる。また、行為者が置かれている生活領域を考慮することで、当該領域に適用される刑罰法規の遵守が期待される点でも望ましい。

一方、生活領域への所属に基づく義務という発想を推し進めると、行為者を取り巻く個別具体的な事情は捨象され、行為者の類型的な属性に焦点が当てられることになる。しかし、この見解によれば照会を懈怠した場合において照会義務があるか否かは専ら生活領域によって確定する以上、禁止の錯誤の回避可能性に関する実質的判断が、結局はある行為が生活領域に属するという事情のみによってなされることになってしまう懸念が残るように思われる³⁷²。すなわち、ある業務に習熟しており、それに関する規制内容を熟知している行為者についても、それに携わるようになって間もなく、それに関する規制内容に明るくない行為者についても、同様に扱うことになってしまう。責任非難を制約する方向で客観的事情を考慮することは可能であると考えられるものの、行為者の能力とは無関係に、責任を基礎付ける方向で客観的事情を直接に考慮することは妥当でないであろう³⁷³。

第3款 規範的責任概念の援用

さらに、規範的責任概念を引き合いに出すことによって、照会義務を基礎付けることが試みられている。

³⁶⁹ Fritz Hartung, Zweifelsfragen des Verbotsirrtums, JZ 1955, S. 665.

³⁷⁰ BGH St 9, 172.

³⁷¹ 宮本英脩『刑法講義』（新版、1942年）102頁。

³⁷² Rudolphi, a. a. O. (Anm. 364), S. 197 f, Werner Schneider, Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1964, S. 19, Löw, a. a. O (Anm. 363), S. 73.

³⁷³ Vgl. Rudolphi, a. a. O. (Anm. 364), S. 195, Friedlich-Christian Schroeder, LK § 17, Rn. 30, Jürgen Wolter, Schuldhaftes Verletzungs einer Erkundigungspflicht, JuS 1979, S. 485, Löw, a. a. O (Anm. 363), S. 73. 内藤・前掲注 (297) 1037頁、山中・前掲注 (297) 710頁参照。

1 侵害回避義務論

古くは、ハインリッヒ・ヘンケル (Heinrich Henkel) が、このような試みを行っていた³⁷⁴。ヘンケルは規範的責任概念に基づき、刑法上の責任を何らかの義務への違反と定義した上で、このような規範的責任概念から一般的な侵害回避義務 (Schadensvermeidspflicht) が導出されるという³⁷⁵。この立場では、違法行為を回避するよう自らの態度を調整する義務が行為者に課されることになるため、実行行為の時点では違法性を判断するための情報が入手不可能であったとしても、行為者が免責されることはない³⁷⁶。このことから、行為者には実行行為に先立って照会を行う義務が課されることになり、当該義務への違反が禁止の錯誤における責任を基礎づけることになる。一方、ヘンケルは照会義務が無制限に課されるべきではないとも主張していた。すなわち、行為者に期待可能性 (Zumutbarkeit) が肯定される限りで照会義務は問題となるに過ぎず、これを超えてまで照会義務は課されないというのである³⁷⁷。

この見解の特徴は、規範的責任概念に依拠して照会義務を基礎づけるとともに、期待可能性の観点からこれに一定の制約を設けようとする点にある。この点で、当初の BGH の立場とは異なり、常に照会義務が肯定されるという不都合を回避できることから、望ましい方向性を示しているように思われる。しかし、この見解には、やはり禁止の錯誤の回避可能性を照会義務の懈怠の責任にすり替えてしまっているのではないかという疑念が残るほか、以下の課題も残されている。

第 1 は、この見解が前提としている一般的な侵害回避義務が個別行為責任の原則とどのような関係にあるのかが必ずしも明らかでない点である。確かに、一般的な侵害回避義務を行為者に課することができるのであれば、実行行為の時点よりも遡って照会を義務付けることができよう。しかし、このように考えた場合、個別の行為に関する責任と禁止の錯誤の回避可能性は分断されることになり、なぜある実行行為について非難を向けるべきかが不明になってしまうように思われる。

第 2 は、この見解が照会義務の限界づけのために持ち出している期待可能性の概念が、照会義務の範囲設定において十分に機能していないように思われることである。そもそも期待可能性の概念は、それ自体が内容の補充を要する存在といえる³⁷⁸ことから、どのような場合にこれが欠如するのかは自明でない。そこでヘンケルは、期待可能性の内実として「法に適合する価値秩序」に沿うことが期待できることという観点を示し、その内容の具

³⁷⁴ Heinrich Henkel, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954, S.253f.

³⁷⁵ Henkel, a. a. O (Anm.374), S. 23.

³⁷⁶ Henkel, a. a. O (Anm. 374), S. 23.

³⁷⁷ Henkel, a. a. O (Anm. 374), S. 23.

³⁷⁸ Vgl. Löw, a. a. O (Anm. 363), S. 71.

体化を試みている³⁷⁹。しかし、このような主張に対しては、行為者個人の主観的能力の問題が等閑視されることになってしまうとの批判が向けられている³⁸⁰。また、ヘンケル自身、客観的な価値基準は主観的な能力の限界に関連付けられなければならないと認めている³⁸¹。この見解の出発点には一定の合理性が認められるものの、規範的責任概念により照会義務を基礎づけ、期待可能性の考慮によってそれに制限を加える見解が行為者個人の能力を問題とし得ないとすれば、行為者本人が果たすべき照会義務の限界づけのあり方として妥当でないように思われる。

³⁷⁹ Henkel, a. a. O (Anm. 374), S. 308.

³⁸⁰ Vgl. Löw, a. a. O (Anm. 363), S. 71.

³⁸¹ Henkel, a. a. O (Anm. 374), S. 306 ff.

2 法益侵害の重大性の考慮

なお、近時、南由介もヘンケルと類似の観点に基づく立論を行っている。すなわち、常に照会義務が肯定されるという訳ではないものの、法益侵害の重大性に着目して例外的に照会義務を認めざるを得ない場合も存在すると南は主張する。他者の法益を侵害しないよう注意深く行動することが国民に要求される中、行為者が最も容易に違法性を意識し得る方法は照会である以上、法益侵害の程度が大きいと思われる行為については、照会行為の懈怠が違法性の意識の可能性を肯定する方向に作用し得ると考えても不当ではない、というのである³⁸²。

確かに、一般的に法益侵害の程度が軽微な場合に犯罪不成立の方向でこれを考慮するのは、刑法の謙抑性に照らして望ましいといえる。また、法益侵害性の強い行為を行う場合、事実上、行為者が自らの行為の違法性につき疑念を抱くに至る蓋然性は高く、照会により容易に違法性を確認できるといえるかもしれない。この限りで、違法性の錯誤において、行為の法益侵害性に着目することには一定の意義があるといえよう。

もともと、法益侵害性の強い行為に出る場合、その違法性につき疑念を抱くに至る蓋然性が高いように考えられるのは、単にこのような行為に関しては監督官庁や業界団体等が規制内容につき積極的に周知を図る傾向にあるからに過ぎないと思われる。現在の我が国の状況を見ても、たとえばインサイダー取引の罪に関するバスケット条項（金融商品取引法 166 条 2 項 4 号）のように刑事裁判を経ることにより内容が明確化されるものが存在している。このような犯罪類型については、監督官庁といえども必ずしも明確な回答を与えることができず、やむなく保守的な対応（取引の中断等）を指示せざるを得なくなることもあろう。しかし、このような対応を正当化する考え方は法益侵害の重大性を理由として、結果的に刑法が正当な経済活動を阻害することを認めることにもつながり得るように思われる。また、いかに法益侵害性が強い行為類型であったとしても、従来刑事規制の敷かれていなかった分野（例えば知的財産法や環境法に関連する分野）の行為については、そもそも行為者が照会を行う必要性に気付くことができないこともあり得よう。

以上のように、違法性の意識の可能性を検討する際に法益侵害の重大性を考慮に入れる余地があるとしても、それを理由として直ちに照会義務を肯定することには問題があると考えられる。

第 4 款 禁止の錯誤における不法の前提としての義務違反性

近時、トニオ・ヴァルター (Tonio Walter) は、禁止の錯誤における照会行為の意義について興味深い議論を展開している。すなわち、従来禁止の錯誤の回避可能性として論じら

³⁸² 南由介「違法性の意識—責任説の立場から—」桃山法学 8 号 (2006 年) 36 頁注 (64)。

れてきたものも犯罪を基礎づける要素の 1 つである以上、法的非難の前提としてそこには何らかの義務違反性が存在すると考えざるを得ないとする立場から、禁止の錯誤の回避可能性を認めるためには、その前提として照会義務の違反が必要となると主張しているのである³⁸³。このような主張は、「法は不可能を義務付けない(Lex non cogit ad impossibilia)」という原則に従えば、行為者にとっての適法行為の可能性が不法の前提であり、違法性の意識の可能性は責任の中核的要素であると同時に不法の前提でもあるという、犯罪論のあり方に関する独自の理解³⁸⁴に基づくものである。

ヴァルターは自らの主張を裏付けるために次の講壇事例(虚偽専門意見書受領のケース)を挙げている³⁸⁵。すなわち、ある行為者が法律専門意見書を依頼し、弁護士は内容的に正しい専門意見書 1 通と虚偽の専門意見書 1 通を書いた上で、行為者が専門意見書を取りに来た際にいつものような暗色ではなく明るい色のスーツを着ていた場合には虚偽の専門意見書を渡そう、と目論んだとする。その後、行為者が明るい色のスーツを選択した場合には、行為者は虚偽の専門意見書を受領することになる。この場合、結果的に、行為者は禁止の錯誤に陥ることになるが、その原因となったのは行為者による服装の選択であることから、純然たる事実判断に基づけば、行為者にとって禁止の錯誤の回避可能性が全くなかったとは言えないことになる。したがって、仮に違法性を認識する契機が存在したか否かによって禁止の錯誤の回避可能性を判断するのであれば、これが肯定される余地がある。一方、ドイツの議論においては、この事例に見られるような弁護士への照会に基づいてなされた行為については免責すべきという理解が既に広く定着している。このような帰結が妥当であるとする、ここで問題となっているのは、実は単なる禁止の錯誤に関する事実上の回避可能性ではなく、どのような義務を行為者が果たしていたかであるとの理解が導かれる³⁸⁶。

以上の理解に基づき、ドイツ刑法典 17 条における「回避可能性(Vermeidbarkeit)」とは法に関する過失があるという意味であり、法に関する過失は通常の場合(事実に関する過失)の場合と同様に行為者が注意義務に違反すること(すなわち照会義務への違反)を条件とする、という³⁸⁷。また、この理解によれば、通常の場合と同様、照会義務違反と結果(禁止の錯誤)との間に因果関係が存在しなければならず、照会を行ったとしてもなお禁止の錯誤が生じると考えられるのであれば、禁止の錯誤における責任は否定されることになる³⁸⁸。

そして、この場合の責任も通常の場合において考えられるのと同様に「引受責任

³⁸³ Tonio Walter, Kern des Strafrecht, 2006, S. 308.

³⁸⁴ Walter, a. a. O (Anm. 383), S.116.

³⁸⁵ Walter, a. a. O (Anm. 383), S. 308.

³⁸⁶ Walter, a. a. O (Anm. 383), S. 308.

³⁸⁷ Walter, a. a. O (Anm. 383), S. 308.

³⁸⁸ Walter, a. a. O (Anm. 383), S. 308.

(Übernahmeverschulden)」³⁸⁹であるという理由から、行為者が禁止の錯誤の責任を負うことになる時点は、必ずしも構成要件該当行為の時点に限定されないとの主張がなされている³⁹⁰。引受過失が肯定される例として、自動車運転手が近視であったため、自動車の運転行為の時点で衝突を回避することができなかったという場合に、当該運転手が眼鏡をかけることなく自動車を運転したことを理由として過失に対する非難が問題なく根拠づけられるという事案が挙げられており、この場合と同様に、回避可能な禁止の錯誤に隠れている「法律の過失」は、具体的に特定可能であり、かつ後に生じる違法行為を事前に予測させるような事前の不注意を引き受けることができる、というのである³⁹¹。そして、このような理解に従う限り、行為責任の基本から離れることはないとされる³⁹²。

この見解が、照会義務への違反を法的過失と位置づけた上で、禁止の錯誤の回避可能性において事実上の回避可能性にとどまらず、規範的判断をも問題とせざるを得ないことをあらためて指摘している点は妥当であろう。また、従来の照会義務肯定説とは異なり、紹介行為の懈怠と禁止の錯誤との間に因果関係を要求している点でも、責任主義との整合性が図られている。

一方、照会義務違反を単独で取り上げることにはやはり疑問が残る。そもそも、この見解が照会を義務として構成しているのは、行為者にとっての適法行為の可能性が不法の前提であり、違法性の意識の可能性は責任の中核的要素であると同時に不法の前提でもあるという独自の理解に基づくものであった。これは、責任主義を徹底する見地から、行為者個人の能力を出発点として犯罪論全体を再構成する試みと位置付けることができよう。しかし、このような理解においては違法性と責任の区別が相対化することになることから、違法性論においては正当化の有無を論じ、責任論においては免責の有無を論じるという、段階的犯罪論体系が有する機能が後退することになりかねない。刑法は国家権力の発動を制約するという人権保障機能を果たすものであると同時に、法益の保護という機能も担っている。後者については責任とは区別し、これに先立って違法性の段階で論じることが有益であろう。「法は不可能を強いない」というのはその通りであるが、個々の論点においてこれを考慮すれば、従来の段階的犯罪論体系においてもこの原則を犯罪論に適切に反映することはなお可能であるように思われる。以上の点に鑑みれば、この見解の出発点に賛同することはできない。

また、引受責任という考え方に対して、法律の過失については事実の過失の場合と同様の説明を行うことはできないのではないかとの批判がなされている。すなわち、事実の過

³⁸⁹ 引受責任論ないし引受過失論について論じる我が国の主な文献として、松生光正「引き受け過失論について」『鈴木茂嗣先生古稀祝論文集(上)』(2007年)437頁以下、田村翔「引き受け過失論考察のための序章」法学研究論集41号(2014年)75頁以下等。

³⁹⁰ Walter, a. a. O (Anm. 383), S. 308.

³⁹¹ Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 116), §21 Rn. 49.

³⁹² Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 116), §21 Rn. 50.

失（過失犯）の場合には注意義務違反が本来の実行行為に含まれるため結果発生以前に存在するのであり、その時点ですでに過失の違法性が認められることから、責任だけが遡るのではないのに対して、法律の過失は行為時点とは無関係であるから、行為者がなお法律状態について検討できた時点にまで構成要件の実現を遡らせることはできないというのである³⁹³。違法性の錯誤において問題となる法律の過失と事実の過失の間に存在している性質の差異を軽視することはできず、引受過失論による事前責任の正当化は十分に成功していないように思われる。

なお、ヴァルターが提示した事例についても検討しておくことが必要であろう。この事例において、行為者は照会行為に出ているものの、得られた回答は虚偽の内容であった。もっとも、虚偽の回答を得ることとなった要因は、行為者自身の選択（服装）の結果であり、行為者は異なる選択をすることにより、純粋に事実に基づく判断を行う限り、正しい回答を得ることも可能であったといえなくもない。したがって、行為者による違法性の認識の獲得可能性を問題とする見解からは、この事例の行為者に違法性の意識の可能性を否定し切れないという見方が成り立つ。これに対し、照会義務の充足を問うヴァルターの見解によれば、行為者は照会義務を履行している以上、この事例においても免責を肯定することが可能となる。しかし、この事例における免責を肯定するために、照会義務の履行という構成を直ちに採用する必然性はないように思われる。というのは、照会行為が常に行為者に対して義務付けられると考えなくとも、一定の要件を満たす場合にはそれが要請されると理解し、適切な照会を行った場合には違法性の認識の獲得可能性を否定すれば、この事例においても違法性の意識の可能性を否定し得ると思われるからである。事実上の回避可能性のみならず、規範的判断をも考慮して違法性の意識の可能性を検討する必要があるのは確かであるが、それゆえに照会行為を義務と位置付けるべきではないように思われる。

第5款 照会義務論の不当性

以上のように、照会の懈怠を違法性の錯誤の回避可能性と同一視し、照会を義務と位置づける考え方はいくつかのバリエーションがあり、依拠する理由付けに応じて照会を義務付ける範囲に広狭が生じている。まず、BGHが示した法共同体の一員としての責任という論拠は、個人に対する照会の義務を広範に認めるため、個人の自由を制約することになりかねないことから、妥当でないと考えられる。一方、学説においては生活領域論や規範的責任概念に基づく立論がなされており、法共同体の一員としての責任という考え方に比べればいずれも義務の範囲を限定している点で妥当な方向を示している。もっとも、これらの見解にも行為者の能力を適切に考慮し得ないという問題や個別行為責任との整合性に

³⁹³ Vgl. Günter Stratenwerth, Vermeidbarer Schuldausschluss, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S.489. 高山・前掲注（23）337頁参照。

関する疑念が残る点で、賛成することができない。また、近年では不法の前提として禁止の錯誤の回避可能性を要求する見解も提唱されているが、前提となる犯罪論体系につき大幅な変更を余儀なくされる点で受け入れることが困難である。

また、このような考え方を採った場合、禁止を認識する義務の存否に関する判断が無限に遡及することになってしまう。すなわち、照会義務を課すとした場合、当該義務の認識を基礎づける別の義務（照会義務の存否を問うための照会を行う義務）が延々と続くことになってしまい、責任の有無が決定できなくなってしまうのである（いわゆる「義務の塔（Turmbau der Pflichten）」の問題）³⁹⁴。

以上の理由から、照会を義務と位置づけ、照会の懈怠を違法性の錯誤の回避可能性と同一視することは妥当でないと考えられる。

³⁹⁴ Vgl. Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikt, 1959, S. 145, Eckhard Horn, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969, S. 138. 石井・前掲注(21) 66-67頁、一原・前掲注(23) 122頁、高山・前掲注(23) 258頁。

第3節 照会行為を責務として捉える見解

以上で明らかとしたように、犯罪論上、照会行為の有無を考慮すべきであるとしつつ、照会行為が義務ではないと考えると、照会行為はどのように位置づけられるべきであろうか。あり得る考え方は、照会行為に出ることは市民にとっての責務である、というものである。このような考え方によれば、市民が照会行為に出なかったことをもって直ちに非難されることはないものの、そのことが結果的に市民にとっての不利益につながり得ることになる。

もっとも、このような考え方を可能とするためには、犯罪の成否を検討するに際して、実行行為に時間的に先行する事情である照会行為の有無を考慮に入れることが可能である理由を示すことが必要であろう。この問題は、従来、いわゆる事前責任の是非を巡って議論されてきた。以下では、従来の議論において提示されてきた複数の論拠を検討することを通じて、照会を責務として捉えることが正当化され得ることを示す。

第1款 禁止の錯誤における予防的考慮と行状責任論による正当化の試み

ハンス・ヨアヒム・ルドルフィー (Hans-Joachim Rudolphie) は、禁止の錯誤において犯罪の予防の必要性を考慮する必要があることを理由として、一定の場合には照会行為を要求し得ると主張している。すなわち、とりわけ特別な法的規制領域における活動が問題となる状況下で、行為者にとって違法性の意識を有する契機 (Anlass) があり、照会という手段によって自らの行為に関連する法的知識を得ることができたにも拘らず、それを行わなかったために行為者が違法行為に出ることとなった場合、責任非難が照会の懈怠という行為者の行状にまで及び、結果的に禁止の錯誤の回避可能性が否定されることになるという³⁹⁵。

このような帰結を導くのは、行為者における照会の有責な懈怠という行状責任も、当該行状責任が具体的違法行為に結びついている限り、例外的に行行為者に対する責任非難の基礎をなすという論理である (ここで問われる責任は、「間接的行為責任 (mittelbarer Tatschuldvorwurf)」と呼ばれている)³⁹⁶。なお、この見解からは、照会を行うべき程度や範囲を確定するためには法益保護の必要性とこれを行うことにより生じ得る社会的な損失 (金銭や時間等) の程度を比較衡量することが必要であり、後者が前者を上回る場合には照会を期待することはできないとされる³⁹⁷。

このような考え方に対しては、行状責任を考慮することは刑法の要請する行為責任主義に抵触するのではないかという懸念が当然に生じることになる。この点に関しては、一

³⁹⁵ Rudolphi, a.a.O (Anm. 364), S. 193 ff.

³⁹⁶ Rudolphi, a.a.O (Anm. 364), S.253ff.

³⁹⁷ Rudolphi, Anmerkung zu BayObLG, Urteil v. 8.9.1988, JR 1989, S.389.

定の不作為の非難可能性を問題としているに過ぎず、行為者の人格そのものを問題にしている訳ではないため、行為責任主義への抵触は生じないとの反論がなされている³⁹⁸。しかし、この反論は十分な説得力を欠いているように思われる。というのは、限定的にであれ、禁止の錯誤において行状責任を考慮するという事は、「法的问题につき博識で、感受性の強い人間になるべきであった」という理由により非難を行うことを意味し得るからである³⁹⁹。やはり、具体的な行為と直接に結びついた事前責任のあり方を追求すべきであり、この要求に沿った形で実行行為以前の照会を考慮する必要があるように思われるのである。

第2款 法的忠誠の要請と引受過失論による正当化の試み

クラウス・ロクシン (Claus Roxin) は、法に対する行為者の態度に鑑みて処罰を要しない場合には、禁止の錯誤は回避不可能であると結論付けている。ここで錯誤の回避不可能性を導く「法に対する行為者の態度」とは、通常求められる程度の法に対する忠実 (Rechtstreue) を示していることをいうとされる⁴⁰⁰。そして、適切な機関・人物への照会行為がなされ、法に対する忠実が示されている場合、行為者を処罰しても刑罰に期待される一般的予防の目的が実現されないことから、答責性が否定される結果、回避不可能な禁止の錯誤が導かれることになる。また、我が国においても、林幹人が「刑法上の責任の基本的な内容は、あるべき規範意識をもっていれば適法行為に出る決意が可能であったにもかかわらず、あるべきでない規範意識によって違法行為にでる決意をしたことにあり、「これを処罰することによって、将来同じような状況の下で、あるべき規範意識をもつように動機づけることができる」と論じている⁴⁰¹。

また、ロクシンは、このような帰結を正当化するため、従来の犯罪論における責任の概念に代えて答責性という概念を導入するという構想を採用している⁴⁰²。ロクシンによれば、刑罰の目的が犯罪の予防にあるという理解に照らせば、刑罰的観点から個々の行為者に対して制裁が必要であるか否かが問われるべきであることから、規範的感応可能性として理解された責任と、予防的処罰の必要性から構成される概念である「答責性」が導かれる⁴⁰³。このような理解によれば、実行行為の時点において禁止の錯誤を回避し得ないからといっ

³⁹⁸ Rudolphi, a.a.O (Anm.364), S. 273f.

³⁹⁹ Vgl. Roxin, a.a.O. (Anm. 367), §21 Rn. 51.

⁴⁰⁰ Roxin, a.a.O. (Anm. 367), §21 Rn. 38.

⁴⁰¹ 林幹人・前掲注 (23) 22-23 頁。

⁴⁰² ロクシンの答責性論を検討する我が国の文献として、浅田和茂「責任と答責性—ロクシン説の検討—」平場安治博士還暦祝賀 (1977 年) 272 頁以下、鈴木晃「責任の予防的再構成に関する一考察—ロクシンの『答責性』論とその批判—」中京大学大学院生法学研究論集 2 号 (1981 年) 46 頁以下、中川祐夫「責任と可罰的評価」平場安治博士還暦祝賀 (1977 年) 252 頁以下。

⁴⁰³ Roxin, a.a.O. (Anm. 367), §19 Rn. 3.

て、予防に役立つ照会行為の有無を検討することなく一律に免責を認めることはできないことになる⁴⁰⁴。

なお、前述のルドルフィの見解に対しては、たとえ限定的にであるにせよ、行状責任を考慮することは妥当でなく、禁止の錯誤における事前責任はあくまでも実行行為との直接の結びつきを前提としなければならないとする批判が向けられた⁴⁰⁵。この点を説明するために、ロクシンは行為の過失における「引受過失 (Übernahmefahrlässigkeit)」の考え方を援用した。この説明は前述のとおり照会義務違反を禁止の錯誤の回避可能性と同視する見解の一部によっても支持されているほか、我が国においても、違法性の意識を獲得するための契機を必要とする立場から、「特別の法的規制領域における活動が問題になる場合で、その検討が違法行為の時点では不可能なときには、その行為を引き受けた時点から違法行為までの時点に回避可能性があればよい」として、同様の主張がなされている⁴⁰⁶。

法的忠誠の要請から照会の責務を説明する考え方に対しては、国家側の統制の必要性等、刑事政策的な要素を責任判断に持ち込んでしまうと、安定的な判断を困難にするという批判があり得るかもしれない。しかし、刑事政策的な要素を考慮するといっても、無制限に予防的考慮を責任判断に混入してよい訳ではなく、行為責任の観点による歯止めがかけられるべきは当然である。一方、刑事政策的考慮を責任判断から一切排除してしまうと、処罰をなぜ行うべきかを適切に説明することを困難にしてしまうように思われる。そもそも、刑罰は国家が犯罪行為者の生命、自由及び財産に対して重大な制約を課すものであり、社会制度としての刑罰を正当化するにはこれらの犠牲を上回る利益を示す必要があると考えられる。このことに鑑みれば、絶対的応報刑論を支持することは困難であり、少なくとも刑罰の目的の1つとして犯罪の予防を認めることが必要になろう。このように考えると、答責性という概念を導入することの当否は措くとしても、責任論に刑罰目的である犯罪予防の必要性を反映することは不可避であり、違法性の意識の可能性に関する判断もこれの例外ではないといえよう。

もつとも、なお疑問が残る点がある。まず、規範を認識している行為者についても、「規範に従うべきである」という理由で規範に従うのか、あるいは「規範に違反すると検挙される」という威嚇による抑止を理由に規範に従うのかという動機の種類は本来重要でないことから、刑法は「規範を尊重する動機」までは要求していないといえるべきであり、「法に対して忠実である義務」や「あるべき規範意識を有する義務」を独立に想定することはできないとの批判が向けられよう⁴⁰⁷。また、前述のとおり、違法性の錯誤において問題となる法律の過失と事実の過失の間に存在している性質の差異を軽視することになってしまうのではないかの疑問も残る。

⁴⁰⁴ Roxin, a.a.O. (Anm. 367), §21 Rn. 52.

⁴⁰⁵ Roxin, a.a.O. (Anm. 367), §21 Rn. 51.

⁴⁰⁶ 山中・前掲注 (23) 711 頁。

⁴⁰⁷ 高山・前掲注 (297) 258 頁参照。

第3款 規範の安定化の要請

ギュンター・ヤコブス (Günther Jakobs) は、いわゆる管轄理論 (Zuständigkeitstheorie) を禁止の錯誤の問題に応用し、国家と市民のいずれが違法行為についての管轄を有するかを判断しており、その際に照会行為の有無も考慮される。ヤコブスが主唱する管轄理論とは、違法行為が規範遵守の心構えの欠缺を示しており、行為者が当該欠缺について「管轄 (Zuständigkeit)」を有している場合に、刑事責任を認めるというものである⁴⁰⁸。ここでは、規範遵守の心構え自体を規範化することによって、行為者が十分な規範遵守の心構えを持っていれば、照会によって知らない規範についても認識することができ、それを遵守したであろうということが想定されている。

この見解の背景には、他の市民が法規範に違反する行為に出ないようにするためには、違法行為に出た行為者の責任を認め、それに対する処罰を行うことによって全ての市民における規範に対する忠誠を強化することを通じて、規範の安定化を図る必要があるという機能主義的な責任論の理解がある。この理解においては、行為者個人の心理的事実は一切考慮に入れられることがなく、照会行為をはじめとする行為者個人を取り巻く事情も規範信頼の安定化に対する影響をもたらすか否かを判断するために必要な限度においてのみ考慮されるに過ぎない⁴⁰⁹。

この見解は、責任の内容を規定するに際しては、どの程度の社会的強制が行為者に課せられ得るか、そして行為者の侵害的な特性がどの程度国家によって受け入れられなければならないかが決定されなければならないという理解に基づいている⁴¹⁰。このような国家と市民の間の負担の分配という観点を取り入れることは、我が国においても肯定的に受け止められている⁴¹¹。また、法規範の中には専ら国家の政策に基づいて定立されたものと、普遍性を有するものが混在しており、市民がこれらを把握するための負担の水準には自ずから差異があるということを明らかにした点でも示唆的である。

しかし、この見解のように、行為者がどのような態度でどのような行為をなしたかという事実そのものによってではなく、規範信頼の安定化に必要であるか否かによって責任の有無及びその程度を確定するのであれば、回避不可能な禁止の錯誤とそれによって実質的に理解された個人の責任は実体を失ってしまうように思われる⁴¹²。すなわち、伝統的な責任概念は行為者に対する処罰を合理的に限界づける機能を有しているのに対し、この見解

⁴⁰⁸ Günther Jakobs, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 1991, § 17 Rn.1. このような主張に賛同する我が国の学説として、野崎・前掲注 (297) 199 頁以下。

⁴⁰⁹ Jakobs, a.a.O. (Anm. 408), § 19 Rn.35.

⁴¹⁰ Jakobs, a.a.O. (Anm. 408), § 17 Rn.21.

⁴¹¹ 一原・前掲注 (297) 85 頁参照。

⁴¹² Gaede, a.a.O. (Anm. 358), S.458.

における「責任」からはもはやこのような機能が失われ、責任が処罰を行う際の単なる後付けの説明概念に矮小化されてしまう懸念がある。責任論には、行為者個人を取り巻く事情をもとに処罰を限定する機能を果たすことをなお期待すべきではないだろうか。

また、この見解では、前述の虚偽専門意見書受領事例の処理において不都合が生じるように思われる。この事例において見られるように依頼者の服装に応じて回答内容を変えるという弁護士の行動は通常予想不可能であり、法的にも職業倫理上も許されるものではないであろう。しかし、処罰を行う主体である国家としては弁護士の規律ある職務を制度的に保障しているものの、このような制度的対応を超えて弁護士の個々の行動にまで責任を有するものではない。現行法において、例えば公務員によって引き起こされた不法行為の賠償責任を国家が負うという制度⁴¹³が設けられているが、これはあくまでも被害者の救済を確実にするためのものであり、個人の引き起こした違法行為の責任のすべてが国家に帰属することを認めるものではない。しかも、国家と弁護士の間には雇用関係も指揮・命令を行う関係も存在しないことから、弁護士の落ち度を国家に転嫁することは不可能であろう。したがって、この場合の違法性の錯誤が国家の管轄に属するものとは評価し難いのではないだろうか。一方、この事例においては、弁護士に対して照会を行った依頼者としても意図的に虚偽を告げる可能性がある相手に照会を行った点に落ち度があったと言い得るものの、相手の回答に疑いを抱く余地はないことから、この場合の違法性の錯誤が市民（照会者）の管轄に属するものとも評価し難いであろう。結局、この場合においては違法性の錯誤が生じた要因が国家の側にも違法行為を行った市民の側にもなく、適切な機関・人物の行為が一因となって違法性の錯誤が引き起こされているのであり、その限りで国家と市民の 2 極関係を前提とした議論が通用しなくなってしまうように思われる。この事例からもわかるように、端的に行為者を取り巻く事情に基づいて免責の可否を検討すべきであり、違法性の錯誤において国家の管轄の有無を独立に検討する意味はないと考えるべきであろう。

以上のように、照会の責務を基礎づけるために規範の安定化の要請という観点を持ち出すことには限界があると思われる。

第 4 款 市民間における利益の相互尊重の要請

市民間における利益の相互尊重という観点から、照会の責務を基礎づける見解がある。カーステン・ガエデ (Karsten Gaede) は、行為者の行動が他者の利益又は共有財を損なう可能性がある以上、これを回避すべく、行為者は可能な範囲で自らの行動が適法であることを確かめてしかるべきであるという⁴¹⁴。また、我が国においては、違法性の意識の可能

⁴¹³ 国家賠償法 1 条 1 項。

⁴¹⁴ Gaede, a.a.O. (Anm. 358), S. 449.

性に関する判断を、もし法の期待する程度の法益尊重意識を有していたとしたら行為が違法であることに気づき得たか否かを問うことによって、違法性の意識の欠如が法益尊重意識の欠如に起因するの否かを判断するものと捉える見解が主張されている⁴¹⁵。

これらの見解の適切性を評価するためには、まず、刑法による利益の保護の要請によって個人の自由を制約することが正当化されるか否かを判断する必要がある。市民に対する自由保障が不十分な状況においては、例えば何らかの原因によって生じた利益の侵害のような個人には十分に左右しえない事情のみによって刑罰の発動の有無が決定づけられてしまうということになりかねないが、これでは法的な非難を通じて犯罪の抑止を図るといふ刑罰の本質から逸脱することにもなってしまう。すなわち、行為者本人に対して法的非難を向けるための前提が欠けることになってしまう。また、このような場合に処罰を断行したところで、将来的に同様の立場に置かれた者が利益の侵害という結果を予防することにはつながらない。そこで、刑法は、行為者個人の能力に基づいて認められる責任の範囲内で犯罪を定義する必要が生じる。しかし、自由保障にも内在的制約が存在し、個人の自由が無制約に保障される訳ではなく、他者の利益を侵害する場合には一定の制約を受けることがあり得ると考えるべきであろう。そして、違法性の意識の可能性、ひいては刑事責任も、このような文脈の中で捉える必要がある。そうであるならば、他者の利益を侵害する可能性がある状況においては、自らの認識能力を用いない自由は保障されないと考えるべきであろう⁴¹⁶。また、かつて違法性の意識の可能性を犯罪成立の要件とすると適切な処罰を断念せざるを得ない場合があるとの懸念が指摘されたが、このような考え方によれば各市民は適切な機関・人物に対して照会を行うことにより違法行為を回避するよう動機づけられることになることから、刑法の実効性が失われるという不都合な帰結を回避することができる。

また、この見解は他者の利益の保護に着目する点で前述の一般的侵害回避義務論と類似する性質を有することから、一般的侵害回避義務論に向けられた、個別行為責任の原則とどのような関係にあるのかが必ずしも明らかでないという批判がこの見解にも当てはまらないかを検討する必要がある。そもそも、市民間における利益の相互尊重に着目するということは、必ずしも照会を義務付けるという帰結に至る訳ではなく、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ことを意味するに過ぎない。しかも、照会が義務付けられるための条件に個別の行為の予見という要素を含ませれば、必ず個々の実行行為との結びつきが担保されることになる。したがって、この見解は個別行為責任

⁴¹⁵ 松原芳博「犯罪論と刑罰論との関係」刑法雑誌 46 卷 2 号 (2007 年) 244 頁。また、内田幸隆「現代社会における刑罰の限界—財産犯の成否をめぐる—」法律論叢 83 卷 2=3 号 (2011 年) 8 頁も参照。

⁴¹⁶ 実行行為時における行為者の知的能力を使用しない自由が保障されないことについては既に高山・前掲注 (297) 343 頁においても指摘されていたが、本文で述べた事情を考慮することによって、照会行為等の実行行為以前の事情についても、より適切に説明することが可能であるように思われる。

の原則に違反するものではない。

以上のように、犯罪の予防という観点から、行為者が十分な利益保護の意識を有していたか否かに基づいて違法性の錯誤の責任を検討すべきという考え方には十分な説得力があるといえる。そして、責任判断が仮定的基盤に基づく仮定的判断であることを考慮すれば、事前責任を認めたとはいえ、このような考え方を受け入れることは十分可能であるように思われる⁴¹⁷。

⁴¹⁷ 一原亜希子「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頁参照。

第3章 違法性の意識の可能性の判断

第1節 違法性の錯誤が生じる場面の類型化

近年、管轄理論を背景に、違法性の錯誤が生じる場面を類型化した上で、それぞれに違法性の意識の可能性を認めるための異なる基準を定立する見解が有力になっている。このような試みは妥当なものであろうか。

第1款 基礎的錯誤と処分可能な領域の錯誤の区分

ヤコブスはその対象とする規範の領域に応じて、禁止の錯誤を①基礎的錯誤 (Grundlagenirrtum) と、②処分可能な領域の錯誤 (Irrtum im verfügbaren Bereich) の2つに分類し、それぞれにおける照会行為の意義を論じている。前者の基礎的錯誤とは、殺人罪や傷害罪のように「国家的革命や社会的革命によってのみ放棄され得る規範」の中核領域に関する錯誤をいう⁴¹⁸。この場合、行為者による照会の有無を考慮する余地はない。それは、行為者が他の文化に属しているという事情がある場合を除き、全ての責任能力者は原則として中心的規範の中核領域の認識につき管轄を有しているため、この場合の禁止の錯誤は常に回避可能だからだという。これに対して、後者の「処分可能な領域の錯誤 (Irrtum im verfügbaren Bereich)」においては、行為者による照会の有無を考慮に入れる余地があるとされる。それは、その内容が不確定であり、変遷し得るものであるため、社会生活に参加しているだけでは、このような規範の内容を推定することができないからだという。したがって、行為者が規範の処分可能な領域に関する錯誤に対して管轄を有することになるのは、法の内容を検討するための契機が存在する場合に限られる。

しかし、この見解からは殺人罪や傷害罪のような刑法規範の中核領域に関して行為者にとっての認識手段を考慮せず一律に処罰を考慮することは、責任主義と調和しないように思われる。中核的な規範が問題となる場合であっても、法律家ではない市民にとって構成要件の解釈を容易に把握し得るものではなく、行為者にとって規範の内容を把握することの困難を常に払拭し切れるものでないと考えられるのである⁴¹⁹。

第2款 中核領域と周辺領域の区分

クリスティアン・レーフ (Christian Löw) は、刑罰法規が増大し続けている現状に鑑みれば、市民に対して確実に法の内容を伝達する仕組みが存在し得ない以上、行為者が法の

⁴¹⁸ Jakobs, a.a.O. (Anm. 408), § 17 Rn.1.

⁴¹⁹ Löw, a.a.O. (Anm. 363), S. 58.

不知に陥った際の処罰のリスクを一方的に市民に負わせることのないようにする必要があると主張している⁴²⁰。そして、レーフはヤコブスが提示した規範の区別は流動的であるためこれに代わる区分を設ける必要があると主張し、①人間及びその平穏な共同生活にとって極めて重要な意味を有する権利である主観的権利 (*subjektive Recht*) を保護するもの (殺人罪、傷害罪、放火罪等) と、②このような主観的権利の保護を含まない規範である周辺領域 (特別法上の経済犯罪の多くや薬物犯罪等) の2つに分類する。

前者の刑法の中核領域においては、行為者が自らの認識能力を最大限活用して熟慮を行ったか否かが問われ、これを怠ったと評価できる場合には、当該錯誤は原則として回避可能とされる。これに対して、後者の周辺領域においては、刑法がどの範囲で利益を保護するかが国家の決定に委ねられていることから、法の不知のリスクが一方的に行為者に割り当てられることはないといわれる。すなわち、まず行為者にとって照会を行う契機が存在していたか否かが検討され、契機が存在した場合には、行為者が照会のために行った努力が適切であったか否かが検討されるという。このような2分論は、刑罰法規の氾濫現象に鑑み、行為者にとって当然に認識が期待される規範と、そうでない規範が存在しているという認識に基づくものと考えられる。

この見解によれば、中核的な規範についての錯誤の場合においても熟慮によって錯誤を回避しえたか否かを問うことになる。確かに、問題となっているのがいかに普遍的な性質を有する規範であっても、ある行為の構成要件該当性は一定の解釈を経て判断されるものであり、市民にとってその限界領域を常に認識し得るとき言い切ることに疑問が残る。したがって、行為者による照会や熟慮の可能性を検討することなく直ちに錯誤が回避可能とすることは妥当でないため、この見解は妥当な方向性を示しているといえる。

また、法規範を分類する際に、個人の主観的権利 (個人の生命、身体、自由、財産等) が含まれているか否かに注目している点も、注目に値する。それは、個人の主観的権利の保護は国家が優先的に取り組むべき任務に属し、国家の政策判断によって保護の有無への影響を受けることが相対的に少ないからである。したがって、このような権利を侵害する行為に出る場合、行為者が自らの判断能力を活かして自らの行為の適法性に疑いを抱くことが期待されるものといえよう。一方、現在のように刑罰法規が次々に創出されている状況においては、個人の主観的権利を含まない規範が問題となる場合には行為者個人の熟慮のみによって行為の違法性に気づき得ることはむしろ例外的であることから、照会を通じて適法性を確認すべきとすることも理解し得る。

もっとも、このような規範の2分法にはやはり限界があるように思われる。というのは、個人の主観的権利が含まれる規範であっても、その定立にはやはり一定の政策判断が介入することは避けられないためである。そして、この場合には行為者自身の熟慮によって適法行為の限界を認識し得るとは言い切れず、照会や調査が期待される場合があろう。この

⁴²⁰ Löw, a.a.O. (Anm. 363), S. 261.

ように考えると、行為者自身の熟慮によって禁止を認識し得る場合と、それでは十分でなく照会による禁止の認識が期待される場合があり得るといっても、それはあくまでも事実上の帰結に過ぎず、犯罪論上独自の意味はないといわざるを得ないように思われる⁴²¹。むしろ、行為者自身の熟慮による禁止の認識可能性は、規範の性質自体のみによって左右されるわけではなく、行為者自身の知識や経験、職業上の訓練等によって影響を受けるように思われる。

第3款 専門的な活動領域とその他の領域

ペトラ・フェルテン (Petra Velten) も、市民が誤った認識を有することにより不利益を受けるリスクの存在に着目した議論を展開している。フェルテンは、ある機関・人物に対する照会行為には、提供された情報が誤っている可能性があるというリスクが不可避免的に伴う、という。それは、刑罰法規の文言が明確でないといった理由により、照会を受けた者自身が正しい情報を持ち得ない可能性が否定できないからである⁴²²。しかし、このような可能性が高くなるほど、市民は予定していた行為を断念せざるを得なくなってしまう。しかも、このような懸念は、「違法かもしれない」と思われるすべての行為に対して生じる。このような事態は、市民の正当な行為を制限することになり、ひいては市民の自由を萎縮させることにつながり得る。このような問題が生じることを考慮し、行為者が適切な機関・人物に対して照会を行い、その結果誤った情報を得た上でそれに従って違法行為に出たという場合には、そのリスクを国家が負担すべきだ、とフェルテンは主張している⁴²³。ここでいう照会の相手方となる者は、国家の一部を構成している公的機関に限定されるものでなく、国家により資格を授与されて一定の活動を行っている者（弁護士等）も含まれる⁴²⁴。

以上のような前提の下、フェルテンも禁止の錯誤を区分する。もっとも、ヤコブスやレーフが問題となっている規範の性質に着目していたのと異なり、フェルテンは禁止の錯誤が問題になっている行為が行為者にとって専門的な活動領域で行われたか否かに着目し、それぞれの場合に行為者がどのようなルールに従って行為に出れば免責されるべきかを検討している。フェルテンは、人間の行為を3つの類型、すなわち、①ルールとしての性質を示す行動パターンであり、一種の台本のように機能する「シナリオ (Skripten)」（役所における手続等）によって導かれた行為、②個々の事例ないし状況に対する行為指示である「法準則 (Regel)」（「他人を殴ってはいけない」等）によって導かれた行為、③個々の準則の基本的な主旨である「基本原理 (Prinzip)」（他者加害原理等）により方向付けら

⁴²¹ 一原・前掲注 (23) 93 頁参照。

⁴²² Petra Velten, Normkenntnis und Normverständnis, 2002, S.392.

⁴²³ Velten, a.a.O. (Anm.422), S.395.

⁴²⁴ Velten, a.a.O. (Anm. 422), S.393f.

れた行為、に分類している⁴²⁵。このうち、①シナリオは日常生活の全体を支配するものであり、通常、刑罰法規と調和していることから、日常的な活動にとどまっている限り、活動領域を問わず、市民はシナリオに従って行動すればよい⁴²⁶。確かにある刑罰法規への違反が社会に広く定着している状況下ではシナリオが刑罰法規と矛盾している場合もあり得ようが、このような場合には刑罰法規の有効性が欠如しているのであるから、このようなシナリオに従った場合における禁止の錯誤は回避不可能と評価されるべきだとフェルテンはいう⁴²⁷。これに対し、②法準則は、日常的な活動を除く専門的な活動領域において参照される。それは、この領域においては市民が自らの職務に関連する新たな法準則を完全に習得することが求められるからである⁴²⁸。一方、③基本原理は、専門的な領域以外においてシナリオに従うことができない場合に依拠することが可能とされ、結果的に刑罰法規に違反していたという場合であっても、行為者の免責が認められる⁴²⁹。

以上のように、各領域において適切とされるルールに従った場合、禁止の錯誤の回避可能性が認められるのに対して、行為者が適切なルールに従っていなかった場合には、仮に従うべきルールに従っていれば正しい判断を行うことができていたかが問われ、これが肯定される場合には禁止の錯誤の回避可能性が肯定される⁴³⁰。また、いずれの領域においても、シナリオや基本原理に従って判断を行うことができない場合には、前述のとおり行為者には照会行為に出ることが期待される⁴³¹。

フェルテンがある機関・人物に対する照会行為には提供された情報が誤っている可能性があるというリスクが不可避免的に伴うことを指摘し、市民の行為の自由を保障する観点から照会に従った場合の免責の必要性を主張している点には同意することができる。それは、市民にとって、適切な照会を超える対応に出ることは通常困難であるといえるからである。また、ある構成要件に該当する行為が行為者にとってどのような意味を持つ活動であるかという点に着目している点も、示唆に富む⁴³²。行為者が一定の生活領域に属していることを理由として当該領域に応じた照会義務を肯定する見解（生活領域論）の不当性については既に検討したが、行為者の専門性や知識といった要素をこのような形で考慮する余地はあるように思われる。また、この見解は市民にとって自らの判断を通じて刑罰法規の内容を把握することが通常困難であるため、それに代わって社会的に合意が得られているルールに依拠して行為に出た場合には免責の可能性を検討すべきだとしているが、市民の意識に働きかけることで犯罪を予防するという刑法の機能に鑑みれば、市民の認識を介して刑

⁴²⁵ Velten, a.a.O. (Anm. 422), S.59f.

⁴²⁶ Velten, a.a.O. (Anm. 422), S.59.

⁴²⁷ Velten, a.a.O. (Anm. 422), S.61.

⁴²⁸ Velten, a.a.O. (Anm. 422), S.463.

⁴²⁹ Velten, a.a.O. (Anm. 422), S.460.

⁴³⁰ Velten, a.a.O. (Anm. 422), S.464.

⁴³¹ Velten, a.a.O. (Anm. 422), S.395.

⁴³² 一原・前掲注(23) 100頁参照。

罰法規の効力を実現しようとしていることは積極的に評価すべきと考えられる。すなわち、数多くの特別刑法が創設されている現状において、自らの職業や生活に密接に関連する領域であればともかく、それ以外の場合には刑罰法規の内容を全て把握することを市民に期待することは現実的でないため、刑罰法規と行為者の認識を媒介する要素として何らかのルールを持ち出すことには一定の意味があるように思われる。

もっとも、この見解に対しては、違法性の認識可能性の判断において、刑罰法規との直接の関連性を有しないシナリオや基本原理をなぜ援用し得るのかが不明である、という批判が向けられている。すなわち、確かに日常生活におけるシナリオが刑罰法規の内容と合致する蓋然性は高いといい得るし、基本原理も刑罰法規の根拠を示すものであるが、違法性の認識対象は少なくとも法律上の禁止・命令でなければならぬから、これらの認識によって違法性の認識可能性を直ちに肯定することはできない、というのである⁴³³。しかし、この批判には反論の余地がある。なぜならば、フェルテンはシナリオや基本原理についての認識に基づいて違法性の認識に至る可能性があるか否かを問うているに過ぎず、認識対象である違法性をシナリオや基本原理といったルールそれ自体への違反それ自体に求めている訳ではないからである。むしろ、行為者が自らの行為の違法性を認識しようとする場合に依拠し得る資料を文字通り法規のみに限定するというのであれば、実際上かなりの場合が免責されることになり、刑事政策上望ましくない帰結に至り得るため、フェルテンがどのように何らかの社会的規範に着目することには意義があろう。

とはいえ、この見解に疑問が残されていることも事実である。刑罰法規以外のルールを直接に援用することにはやはり問題があるように思われる。それは、立法者が意図していないルールを基に刑法が市民の行為を方向付けることにつながる恐れがあるからである。これをそのまま受け入れるのであれば、罪刑法定主義の民主主義的意義も没却されることになる。

但し、このことは同時に、社会的ルールを法的ルールとして再構成し得る範囲に限るのであれば、これを肯定することが可能になる、ということの意味し得るのではないだろうか。そのためには、フェルテンが挙げている各種ルールを法的に意義のある要素に還元していく作業が必要になろう。例えば、シナリオはどのように還元されるべきであろうか。既に示した通り、ルールとしての性質を示す行動パターンであり、一種の台本のように機能するシナリオは必ずしも刑法上の違法性と一致する訳ではない。したがって、シナリオに従えば常に免責されると考えるべきではないし、その逆も同様である。もっとも、シナリオのように多くの市民が従っているルールから逸脱する行為が法に抵触し得る蓋然性が高く、このことを認識した場合、自らの行為の適法性に疑念を抱く余地があるように思われる。したがって、行為者が何らかの理由で自らの行為に疑念を抱いたという事実は、刑法上一定の意味を持つと考えるべきである。また、個々の事例ないし状況に対する行為指

⁴³³ 一原・前掲注(23) 100頁参照。

示である法準則は、まさに刑法上の違法性そのものに置き換えられる。とりわけ、法規制の対象となっている領域で行為を行う場合には、何らかの行為指示が存在し得ることを行為者が認識することが期待されよう。また、個々の準則の基本的な主旨である基本原理は抽象的な存在であるものの、他者加害原理を行為の法益侵害性として捉え直すことにより、刑法上意味のあるものと再構成することが可能になるように思われる。以上のような社会的ルールの再構成が果たす役割については、後に詳論する。

第4款 内面化を期待し得る規範とその他の規範

我が国においても、一原亜貴子がレーフやフェルテンの議論に依拠して自説を展開している。一原も、国家と市民の間における違法性の認識に関する負担の適切な分配という観点から、国家による適切な法の周知を欠いていないにも拘らず、行為者が錯誤に陥っている場合には、行為者にとってある規範が内面化ないし習得を期待し得るものであるかを検討すべきとしている⁴³⁴。そして、これが肯定される場合として、私的及び職業的な日常生活における行為が示され、これに関連する規範として主に傷害罪や窃盗罪、薬物犯罪、銃刀法上の犯罪のように当該社会において成長する過程で習得されるものが挙げられている⁴³⁵。また、新しい法律が問題となる場合であっても、特にマスコミにおいて話題になっていたり、行為者がある活動に関して豊富な経験を有していたり、免許を受けていたりする場合には新しい法律に関する知識の習得が期待されるという⁴³⁶。

また、行為者が自らの行為の適法性を確認するために適切な人物・機関（公的機関のみならず、弁護士や税理士といった国家から一定の分野に関する専門能力を保障されている者が含まれる）に照会を行った場合には、免責を肯定すべきであるとする⁴³⁷。

この見解についても、既に述べたように国家と市民の負担の分配という観点を犯罪論に直截に反映しようとしている点で疑問があるほか、規範の内面化に関して疑問が残る。というのは、行為者にとってなじみのない行為に出る場合であっても、自身が初心者であることを自覚していれば、自らの行為の適法性に疑念を抱く結果、関連する刑罰法規の存在を調査することが期待される場合があり得るように思われるからである。

第5款 違法性の錯誤を一元的に評価する必要性

以上のように、違法性の錯誤を区分する試みに賛同することは困難である。また、違法性の錯誤を区分することは、違法性の錯誤に関する刑法の文言に照らして無理があるよう

⁴³⁴ 一原・前掲注（23）109-110頁。

⁴³⁵ 一原・前掲注（23）110頁。

⁴³⁶ 一原・前掲注（23）110頁。

⁴³⁷ 一原・前掲注（23）110頁。

に思われる。というのは、刑法 38 条 3 項は単に「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」と規定しているに過ぎず、こ
こに錯誤を 2 分する解釈を読み込むのは過度に技巧的と考えられるからである。

したがって、違法性の錯誤において国家と市民の間に緊張関係が生じるということを考
慮するとしても、違法性の錯誤に区分を設けるという形ではなく、行為者にとっての過度
の制約にならないように刑罰の発動に合理的な制限を設けることにより、これを犯罪論に
反映するにとどめるべきではないかと思われる。

第 2 節 照会の契機

第 1 款 従来契機説の意義

現在、主流となっている考え方は、照会の懈怠そのものを違法性の錯誤の回避可能性な
いし違法性の錯誤の相当性の否定に直結させるのではなく、違法性の錯誤の回避可能性を
肯定するための要件として違法性を認識するための契機を要求した上で、行為者にとって
の違法性の認識手段として照会行為を位置づけるものである。この考え方は、(1) 行為者
による照会行為の存在を行為者に有利に考慮することで、我が国の照会制度の趣旨を犯罪
論に反映できること、(2) その一方で照会行為を義務とは捉えていないこと、(3) 実行行
為以前に違法性の意識を持つ契機があれば、責任を肯定し得ること、(4) あくまで行為者
自身が違法性を認識する契機を有していたか否かを検討すべきことから、基本的に妥当な
方向性を示しているように思われる。

もっとも、従来契機を中心とする考え方にも、再検討の余地がある。まず、照会が義
務ではないとされているにも拘らず、どのような理由から実行行為に先行する事情である
照会を考慮に入れるべきであるのかが問われるべきであろう。また、どのような場合に照
会を行うための契機が認められるかも問題となろう。また、照会の懈怠と禁止の錯誤との
間に仮定的因果関係は必要であろうか。さらに、いかにして行為者にとって現実に履行可
能な照会の責務に関する基準を見出すかという点も検討される必要があろう。

なお、従来我が国の議論においては、ややもすると行為者にとって果たすことができ
る最大限の努力を要求し、少しでもこれを怠ってしまった場合には、免責の余地はないも
のとされる傾向があったように思われる⁴³⁸。このような厳格な態度は、構成要件に該当す
る事実を認識しているにも拘らず、自らの行為の違法性を認識しなかった行為者に対して
易々と免責を認めてしまつては、刑法が担っている法益保護の任務が果たせなくなつてし
まうという考慮があったように思われる。しかし、市民にとって過度に厳格な基準を立て
てしまうと、違法性の意識の可能性の欠如を理由とする免責の余地は殆ど存在し得なくな

⁴³⁸ 例えば斎野・前掲注 (23) 216 頁参照。

ってしまう。そこで、行為者にとって十分に履行可能な基準を構築する必要がある。

第2款 契機が認められる条件

違法性の錯誤の回避可能性を肯定するための要件として違法性を認識するための契機を要求した上で、行為者にとっての違法性の認識手段として照会行為を位置づける場合、違法性の意識を有する契機が認められる範囲をどのように考えるべきであろうか。既に見たようにBGHは違法性を認識するための「良心の緊張」を要求し、疑念が生じた場合にはこれを払拭するために常に照会が要求されると結論付けたが、この結論は實際上、何らかの刑罰法規に抵触する懸念が生じやすい現代社会においては個人に過度の負担を課すことになりかねないように思われる。そこで、学説は違法性の意識を有する契機を肯定するための要素を挙げ、その範囲に限定を付している。ここでは、従来挙げられてきた要素を違法性の意識そのものに近い性質を有するものから順に取り上げ、違法性を認識するための契機を肯定するためにそれらを考慮に入れることの適否につき検討を行う。

1 禁止に対する疑念

まず挙げられるのは、自らの行為が法的に禁止されているのではないかという疑念である。これに該当するのは、自らの行為を違法とし得る判例や条文の存在を認識している場合が典型的であろう。このような認識を有する場合、行為者が自らの行為の違法性の認識を得ることは容易であるといえよう。例えば、行為者が自らの行為と類似した行為が摘発されたというニュースや新聞記事に接したことにより、自らの行為が違法行為に該当するかもしれないと考えたが、そのことに確信が持てないという状況にある場合、違法性を認識するための契機が認められる。

一方、契機を肯定する唯一の要件としてこのような疑念を要求し、これを欠く場合をすべて不処罰とする見解も唱えられている⁴³⁹。また、主観的権利の保護を含まない規範についての錯誤が問題となる場合にのみ、行為の違法性を示唆する新聞記事や適切な機関・人物の指示等を通じて、行為者自身が禁止に対する疑念を抱いていることを要求する立場もある⁴⁴⁰。しかし、これでは犯罪成立の要件として未必の違法性の意識を常に要求することにもなりかねず、厳格故意説の主張と殆ど変わらない帰結になってしまうようにも思われる⁴⁴¹。したがって、以下で論じるように、禁止に対する疑念を有していない場合であっても、違法性を認識するための契機を肯定すべき場合があり得ると考えるべきである。

⁴³⁹ Horn, a.a.O. (Anm. 394), S. 84.

⁴⁴⁰ Löw, a.a.O. (Anm. 363), S. 286.

⁴⁴¹ Vgl. Roxin, a.a.O. (Anm. 116), §21 Rn. 53.

2 自らの行為が規制領域にあることの認識

次に挙げられるのは、自らの行為が規制領域にあることの認識である⁴⁴²。このような認識を有する場合に違法性の認識を得る契機を肯定する考え方は我が国でも支持を得ており、例えば山中敬一は、「特別の法的規制のある領域において行動しようとする際に、法に関する情報収集の努力をしない場合には、原則として、禁止の錯誤は回避可能である」と述べ、「銀行業務、食品販売、トラックの運転などを行う際には、危険回避のために、それに関係法規が存在することを知っているなら、それを契機として、法状況の確認作業をしなければならない」と論じている⁴⁴³。

確かに、このような認識を有する場合には、違法性の意識を有する契機が肯定できることが多いであろう。というのは、社会における活動が複雑化した現在、立法者は行政的規制の必要性に着目して刑罰法規を定立していることから、自らの行為が免許を要するものである等、規制領域にあることを認識していれば、自らの行為が法的に禁止されている可能性を検討する端緒になり得ると考えられるからである。

3 自らの行為の反社会性ないし侵害性の認識

また、ルドルフィーは、自らの行為が反社会的であるということを行為者が現に認識している場合にも、違法性の意識を有する契機を肯定してよいという⁴⁴⁴。一方、ロクシンは、自らの行為が第三者への侵害性を備えていることを認識している場合に、違法性の意識を有する契機を肯定できるとしている。

「反社会性」という表現が単に社会において標準的な振舞からの逸脱を意味しているのであれば、他者を侵害するものでない限り社会は多様な価値を受け入れるべきであるという憲法上の価値に抵触するため、賛成することはできない。また、経済活動においては従来からの慣行から意図的に逸脱した取り組みを行うことによって従来は得られなかった効用が得られることも多いため、この観点からも標準的な振舞からの逸脱という意味で理解することは妥当でないように思われる。

一方、法益侵害性という意味でこれを捉え直すことができるのであれば、これを考慮して契機を肯定することができるとの考え方はあり得よう。というのは、立法者は他者の利益ないし公共的利益に対する侵害性に着目して刑罰法規を定立することが通例であり、これらの侵害性を認識していれば、自らの行為の違法性を検討する端緒になり得ることが多いと考えられるからである。とはいえ、既に論じた通り、いかに法益侵害性が強い行為類型であったとしても、一定の政策目的により規制が導入された分野の行為については、法

⁴⁴² Roxin, a.a.O. (Anm. 116), §21 Rn. 56.

⁴⁴³ 山中・前掲注(23) 713頁。

⁴⁴⁴ Rudolphi, a.a.O (Anm. 364), S.218.

益侵害性の認識を有していたとしても直ちにその違法性を検討する契機を持ち得る訳ではないと思われる。したがって、このような分野の構成要件については、自らの行為が規制領域にあることの認識が相俟って、違法性の意識を抱く契機をもたらすと考えるべきであろう。

4 自らの行為の反道徳性の認識

さらにルドルフィーは、自らの行為が反道徳的であるということを行為者が現に認識している場合にも、違法性の意識を有する契機を肯定してよいと主張している⁴⁴⁵。

しかし、単に自らの行為の反道徳性を認識している場合にも契機を肯定すべきであるというのは、どのような意味においてであろうか。おそらく、立法者が刑罰法規を創設する際には何らかの道徳がそれを支えていることが多いという点が考慮されているのであろう。とはいえ、現代社会では多様な価値観が並存していることが通常であり、たとえば商業的取引を行う際に相手方にどの程度誠実に情報を提供すべきかといった点やどの程度環境に配慮して生活すべきかといった点については、事業者や個人の間で価値観の相違が見られるように思われる。仮に反道徳性の認識を基準とするのであれば、厳格な道徳観念を有する人物ほど違法性の意識を有する契機を有し、道徳観念の低下している人物はこれを有しないということになるだろうが、個人の価値観によって責任を問い得る範囲に差異が生じることには抵抗がある。これらの人物の間で契機の有無に差異がないと考えるのであれば、それは例えば第三者への侵害性の認識といった個人の道徳観念以外の要素に基づいた判断を行うことになろう。したがって、個人の道徳観念に照らして抱いた認識に違法性の意識を認識する契機を求めることは妥当でないように思われる。

5 構成要件該当行為の予見

近時、「当該犯行をその種類において予見できたのであれば、具体的な調査や照会の契機としては十分である」とする見解も主張されている⁴⁴⁶。確かに、このような予見を欠く場合にも違法性の意識を有する契機を認めるとすれば、事前に行為者が認識し得た「違法性」は、後に行為者が実現する構成要件に関連付けられない、抽象的な違法性で足りることになってしまい、不都合であろう⁴⁴⁷。その限りで、構成要件該当行為の予見は契機を肯定するための不可欠の要件といえる。

このような基準では、行為者にとって適法性を検討するための契機がどの時点において存在すべきかを具体的に特定することが疎かになる懸念があろう。仮に違法性の意識の可

⁴⁴⁵ Rudolphi, a.a.O (Anm. 364), S.218.

⁴⁴⁶ 安田・前掲注 (354) 96 頁。

⁴⁴⁷ 一原・前掲注 (417) 429 頁参照。

能性を有する契機を実行行為の時点から時間的に無制限に遡及させることになってしまうのであれば、それは望ましいとは言えないであろう。しかし、故意の対象となる構成要件該当行為をその種類において予見した時点以降において契機の存否を検討するのであれば、このような問題は回避することができるように思われる。

一方で、この見解の表現を文字通りに解する限り、構成要件該当行為の予見のみで照会の契機を常に肯定することになるが、これは妥当でないように思われる。というのは、何らかの行為を反復して実施している場合等、後の行為をその種類において予見できるといえる場合であっても、当該行為がどのような評価を受けるものであるかが行為者にとって不明である限り、当該行為を予見することが直ちに自らの行為の違法性を検討するための端緒にならない場合があると考えられるからである。したがって、契機を肯定するためには、構成要件該当行為の予見に加えて、禁止に関する疑念を抱いているか、自らの行為が規制領域にあるという事実を認識している必要があると思われる。

第3款 照会の懈怠と禁止の錯誤との間の仮定的因果関係

違法性の意識の可能性の欠如を認めるために、「仮に適切な機関・人物に対して適切な照会を行っていたら、自らの行為の違法性を認識することが可能であった」という関係、すなわち照会の懈怠と禁止の錯誤の間の仮定的因果関係を要求すべきであろうか。

1 仮定的因果関係の必要性

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との理解があり得る⁴⁴⁸。したがって、監督官庁が法令の解釈を誤った回答マニュアルを作成しており、それに従った回答を行う方針が採用されていたという状況においては、仮に行為者が当該監督官庁への照会を行わなかったとしても、そこで生じた禁止の錯誤は回避不可能であり、行為者は免責され得ることになる。ドイツにおいてはこのような理解が既に学説上広く共有されており⁴⁴⁹、BGHもこのような帰結を受け入れるに至っている⁴⁵⁰。

2 反対説の検証

他方、この見解に対しては、「調べてもわからなかったであろう」という場合に責任を阻

⁴⁴⁸ Rudolphi, a.a.O. (Anm. 364), S.249ff.

⁴⁴⁹ Walter, a.a.O. (Anm.383), S. 308.

⁴⁵⁰ BGHSt 37, 55 (67).

却しようとすることは、同時に「調べたならばわかったであろう」という場合に責任が認められることを意味し得るとの指摘がある⁴⁵¹。そして、そこには一種の「調査義務」、すなわち外部的な作為義務が想定されているということが出来るが、なぜ構成要件段階でも違法性段階でもない責任段階において、外部的に「何かをする義務」を問題にしなければならないのかが不明だ、という批判が向けられているのである⁴⁵²。しかし、ドイツの学説が照会行為の有無に着目すべきとしているのは、単に回避可能性の判断基準の1つとして考慮に入れるべきと述べているに過ぎず、照会のための契機が認められない場合であれば、直ちに回避不可能という結論が導かれ得るのである。すなわち、この見解においては、照会行為は必ずしもその違反自体を問責の対象とされる義務と位置づけられるものではないといえる⁴⁵³。この意味で、調査義務を問題とする理由が不明であるとの批判は、必ずしも適切なものではないといえよう。

また、私見のように照会義務を否定する場合、仮定的因果関係を要求することとの関係が不明になるという批判もある。すなわち、照会義務を肯定する見解（照会の懈怠を禁止の錯誤の回避可能性と同視する見解）であれば、責任主義を考慮して照会義務を限定する見地から仮定的因果関係を要求することも理解できるのに対し、照会の有無を禁止の錯誤の回避可能性を判断するための一要素と位置づけるこの見解からは、このような限定をかける必要性が存在しないのではないかというのである⁴⁵⁴。しかし、刑事責任の本質を非難可能性として捉え、それが成立するためには他行為可能性が不可欠と考えるのであれば、仮に照会行為がなされたとしても得られる情報が不正確であったと考えられる場合、行為者には他行為可能性がなかったといえることから、やはり仮定的因果関係を要求することは不可欠といえよう⁴⁵⁵。また、仮に適切に照会を行ったとしても不正確な情報しか得られなかったという場合であれば、行為者を処罰したとしても一般予防効果が得られるか疑わしいように思われる。

3 仮定的因果関係の判断基底

もつとも、照会の懈怠と禁止の錯誤の間の仮定的因果関係を要求することが必要であるとしても、判例の内容を仮定的因果関係の判断基底に入れるべきではないように思われる。それは、裁判所は判例変更を行う可能性があり、ある刑事事件において問題となっている行為の法的評価がそれまでとは異なるものとなる余地があるからである。ある行為は刑事裁判を経ることによってはじめて犯罪としての性質を帯びるのではなく、あくまでも刑罰

⁴⁵¹ 高山・前掲注(23) 336-337頁。

⁴⁵² 高山・前掲注(23) 337頁。

⁴⁵³ 一原・前掲注(23) 130頁、注(86)参照。

⁴⁵⁴ 一原・前掲注(23) 125頁、高山・前掲注(23) 337頁参照。

⁴⁵⁵ 菅原・前掲注(23) 140頁参照。

法規自体が犯罪としての性質を規定しているのであり、裁判所はある行為が犯罪となることを宣言するに過ぎない⁴⁵⁶。このような理解は、罪刑法定主義の民主主義的側面に照らせば当然といえよう。したがって、仮に行為者が判例を自ら調査したり弁護士等の適切な人物・機関に判例を照会したりした場合に、行為者の行為の違法性を肯定する判例が存在しなかったからといって、そのことだけでは照会の懈怠と禁止の錯誤の間の仮定的因果関係が否定されるわけではない。

第3節 適切な照会行為及び照会に準じる事情

これまでも、照会による免責の要件については議論が多く重ねられてきた。もっとも、我が国における議論は、専らどのような機関・人物に照会を行った場合に免責を肯定すべきかという問題に関心を集中させてきたように思われる。すなわち、照会を行う際の態様や回答のあり方については断片的に触れられるのみであり、包括的な検討がなされることはむしろ例外的であったといえる⁴⁵⁷。この背景には、行為者が照会を行っていたものの、その相手方が私人であったことを理由として免責を否定した判例が存在しており、これを批判しようとするれば自ずと照会の相手方の議論に注力せざるを得なかったという事情があるろう。

しかし、今後、違法性の意識を欠くに至った「相当の理由」に基づいた免責を実務上確立させるためには、照会の相手方以外も含め、照会行為を巡る事情について考察を行っておくことが必要であろう。

第1款 照会の相手方

1 公的機関

照会の相手方としてまず挙げられるのは、公的機関であろう。現に、我が国の学説もこの結論を肯定するものが圧倒的に多い。例えば、川端博は、公的機関の権限ある担当者は、「国民に対して一定の解釈を示す以上、真摯な態度でこれをなすべきであり、それがなされたからにはそれを信頼して行動した国民を可及的に保護する必要がある」⁴⁵⁸ことから、公的機関の見解に従った場合には免責を認めるべきであるとしている。

⁴⁵⁶ 高山・前掲注(23) 376頁参照。

⁴⁵⁷ 照会を行う際の態様や回答のあり方について包括的な検討を行う我が国の論稿として、川田・前掲注(23) 127頁以下。

⁴⁵⁸ 川端博『正当化事情の錯誤』(1988年) 59頁。

2 私人

ドイツにおいては、弁護士の見解に従った場合に禁止の錯誤の回避可能性を否定する余地があるとする立場が判例上も学説上も既に定着している。この結論は、弁護士が連邦弁護士法上、「司法の独立した機関 (ein unabhängiges Organ der Rechtspflege)」⁴⁵⁹、「全ての法律事件における、職業的な、独立した相談者及び代理人 (der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten)」⁴⁶⁰であることが要求されていることとも適合するとの説明がなされている⁴⁶¹。

これに対し、我が国においては、弁護士の見解に従った場合に違法性の意識の可能性がないと見ることはできないとする立場もなお有力である⁴⁶²。その背景には、弁護士等の専門家であっても、刑罰法規の解釈、運用、執行について法的な責任を持つ公務員ではないから、そのような私人の意見を信頼して行為した場合に犯罪が成立しないとすると、刑罰法規の解釈、運用、執行が私人の意見により左右されて、法制度の統一性が害されることになりかねないとの考慮がある⁴⁶³。判例も、基本的にはこの立場を採用している⁴⁶⁴。

もともと、私的存在であっても、公的機関に準ずる役割を果たしている組織が存在している。このような性質の組織であれば、法制度の統一性が害される懸念は小さい。そこで、公的機関に準ずる存在である弁護士会レベルによる回答に限っては、それを信頼して行為した場合に免責の余地を肯定する見解もある⁴⁶⁵。

これに対し、市民による法へのアクセスの手段の重要性に鑑み、弁護士の回答を信頼した場合には、免責の余地を認める見解も有力になっている⁴⁶⁶。このような見解は、法令の解釈や適用に関する助言が弁護士の独占業務であるため、法令の適用に関する疑義を抱いた場合、一般の国民にとっては弁護士の助言を得ることが当該疑義を解消するためのほぼ唯一の手段にならざるを得ないという事実を重視しているように思われる。この点に関して、ノーアクション・レター制度が、その範囲および利用し易さの点で不十分な段階にある旨論じられることもある⁴⁶⁷。確かに、公的機関を通じてルールを確認するための機会が十分でない状況下において、市民が法の内容を積極的に把握し、それを遵守することを促すためには、一定の場合に法律問題の専門家である弁護士の回答への信頼に基づいて行為

⁴⁵⁹ Bundesrechtsanwaltsordnung § 1.

⁴⁶⁰ Bundesrechtsanwaltsordnung § 3 Abs. 1.

⁴⁶¹ Claudio Kirch-Heim / Erich Samson, Vermeidung der Strafbarkeit durch Einholung juristischer Gutachten, wistra 2008, S. 83f.

⁴⁶² 高橋則夫『刑法総論』(2版、2010年) 365頁。

⁴⁶³ 内藤・前掲注(23) 1041頁参照。

⁴⁶⁴ 大判昭和9年9月28日刑集13巻1230頁等。

⁴⁶⁵ 川端・前掲注(23) 464頁、内藤・前掲注(23) 1041頁、西田・前掲注(23) 246頁。

⁴⁶⁶ 伊東・前掲注(23) 262頁、井田・前掲注(23) 240頁、松原芳博・前掲注(23) 274頁。

⁴⁶⁷ 松原芳博・前掲注(23) 251頁。

者の免責を肯定する必要があるように思われる。このような帰結は、弁護士法において弁護士は「当事者その他関係人の依頼又は官公署の委嘱によって、〔略〕一切の法律事務を行うことを職責とする」⁴⁶⁸とされるとともに、「法令及び法律事務に精通しなければならない」⁴⁶⁹とされていることとも整合的であるように思われる（法令上、専門性が保証されている領域に限り、税理士等の資格保有者についても同様に考えられよう）。

もっとも、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ろう。

第2款 判断の根拠となる情報

ドイツの判例上、市民は照会を行った弁護士から、客観的で注意深く、責任のある情報（事実的状况や法的状况について適切に検討を行ったもの⁴⁷⁰）を受け取る必要があるとされている⁴⁷¹。したがって、情報は適切で完全な事実に基づくものである必要がある、というのである⁴⁷²。また、法律事務所が矛盾に陥ったり、留保事項が明らかにならなかつたりした場合、通常、法的専門意見を新たに入手しなければならないともされている⁴⁷³。また、明らかに確立した判例と矛盾する場合、弁護士の回答は通常、基準とはならないとされる⁴⁷⁴。これらの要件も、確実性の高い情報を信頼した場合にこれを有利に取り扱うことによって違法行為の発生を可及的に抑止するという適切な機関・人物への照会が果たす社会的機能に照らせば、妥当であるように思われる。

第3款 濫用的になされた照会行為の取り扱い

さらに、私人への照会の場合、監査における「オピニオン・ショッピング（opinion shopping）」⁴⁷⁵と同様の現象が生じる懸念もある。「オピニオン・ショッピング」とは、経営者の意向に沿った監査意見を出してくれる監査法人に監査人を切り替え、結果的に「意

⁴⁶⁸ 弁護士法3条1項。

⁴⁶⁹ 弁護士法2条。

⁴⁷⁰ BGHSt 58, 15, 29 = HRRS 2012 Nr. 1046.

⁴⁷¹ BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L).

⁴⁷² BGHSt 58, 15, 29 ff. = HRRS 2012 Nr. 1046.

⁴⁷³ BGHSt 30, 270, 276 f.

⁴⁷⁴ BGHSt 21, 18, 22.

⁴⁷⁵ 丸山博哉『『継続企業の前提』とオピニオン・ショッピングに関する一考察』企業会計62巻12号（2010年）1830頁以下参照。

見を買い取る」、すなわち自社にとって都合の良い監査意見を得る行為を指す。現行法の下ではこのような行為自体が直ちに違法とされるわけではないものの、企業の粉飾決算事例においてしばしばこのような行為が不正会計を支えるものとして問題視されている。そして、弁護士への照会についても、弁護士が私人であることに加え、依頼人である行為者が自らの意思により複数の中から弁護士を選任することが可能であることから、同様の問題が生じるように思われる。したがって、弁護士の回答への信頼に基づいて行為者の免責を肯定するためには、このような問題が生じないことが前提になると考えるべきであろう。ドイツの判例において、照会者の利益を守るためになされた好意的専門意見は、回避不可能な禁止の錯誤を基礎づけることはできないとされたり⁴⁷⁶、明らかに表面的で瑕疵のある情報や照会者の意思に沿って「イチジクの葉の機能 (Feigenblattfunktion)」(不都合な部分を覆い隠す機能)を果たす情報も、行為者を免責するものではないとされたりしている⁴⁷⁷が、これらの帰結は妥当であるように思われる。

第4款 情報提供の形式

さらに、情報提供の形式についても検討が必要である。ドイツの判例には、弁護士への照会に基づいて違法性の意識の可能性を否定するためには、弁護士からの回答が書面によってなされなければならないと、口頭での回答では十分でないとするものがある⁴⁷⁸。

確かに、一般に口頭での回答を行う場合に比べて書面での回答を行う場合の方が、弁護士は慎重に準備を進める傾向が強いといえるかもしれない。また、書面での回答であれば書面作成時点で複数の弁護士から回答内容の確認を受けることが多いと思われる。しかも、照会を行う者にとっても、この場合には評価内容や制約条件等の詳細について把握しやすく、誤解が生じる可能性が小さくなるという利点もあろう。これらに鑑みれば、書面での回答を要求することに一定の合理性がある。

一方、依頼者からの照会に対して口頭で即答できるという事実自体が、むしろ当該分野についての専門性を有しているということを示している場合もあろう。また、違法性の意識の可能性の判断が規範的な判断であり、行為者本人の主観的事実以外の要素も考慮し得るとはいえ、第三者がどのような形式で情報を提供したかという点がこれを直接に左右すると考えることは不自然であるように思われる。

以上の諸点を踏まえるならば、書面によらない回答がなされてそれを信頼した場合も、違法性の意識の可能性を否定することが原則として可能と考えるべきであろう。但し、書面での回答でないことが、行為者から見て相手方の提供する情報の信頼性を失わせるような特別な事情(複雑な法的状況にあるため、書面での回答を要請しているにも拘らず、書

⁴⁷⁶ BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13.

⁴⁷⁷ BGHSt 58, 15, 30 = HRRS 2012 Nr. 1046.

⁴⁷⁸ BGH NStZ 2000, S. 307 (309).

面での回答を拒否する場合等)がある場合には、違法性の意識の可能性がなお肯定されざるを得ないと思われる。

第5款 照会に準じて考慮し得る事情

上述の通り、自らの行為の適法性につき疑念を抱いている場合や、予定している行為が規制領域にあることを認識している場合、適切な機関・人物への照会行為によって適法性を確認することが原則として要請される。

もっとも、このような場合に照会行為が常に要請されると考えるべきではないであろう。百円札模造サービス券事件（最決昭和62年7月16日刑集41巻5号237頁）のように、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からである。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ろう。

第4節 事例の解決

第1款 免責を肯定し得る事例

1 百円札模造サービス券事件（最決昭和62年7月16日刑集41巻5号237頁）

前述の百円札模造サービス券事件における被告人の行為のうち、違法性の意識の可能性が問題となる行為は、①警察官の助言を得て模造サービス券の作成を開始した行為（第1行為）と、②作成した模造サービス券を警察署に持参したところ、警察官の好意的な反応に安心して模造サービス券を増刷した行為（第2行為）に分かれる。そこで、本事案を検討するにあたっては、被告人の行為をこれらの2つの行為に区分して考えることが有益であろう。

第一行為については、違法性を認識するための契機が複数存在していたと見ることができ、被告人に違法性の意識の可能性を肯定せざるを得ないように思われる。まず、被告人が上記模造サービス券の印刷を写真製版所に依頼した際に、百円札を模したサービス券を印刷するのは「まずいのではないか」と指摘されている。このような指摘は、禁止に対する疑念を抱かせるものといえる。また、最初に警察署に赴いた際に通貨及証券模造取締法に違反する旨の指摘を受けたことも、同様に評価し得る。

一方、第二行為については、被告人に違法性の意識の可能性が存在せず、責任が阻却されると見る余地があるように思われる。最高裁は、「サービス券の警察署への持参行為は、署員の来店を促す宣伝活動の点に主たる狙いがある」としたこと、「サービス券の適否について改めて判断を仰いだ」ものではないため、違法性の錯誤に相当性は認められないとしている。しかし、既に多くの学説が認めているように、被告人が自身の置かれた状況に鑑みれば警察官からの黙認を受けたものと考えるのが自然であり、結果的には模造サービス券作成の適否について判断を仰いだ場合と類似の状況に陥っていることから、違法性の錯誤につき相当の理由があると考えべきであろう⁴⁷⁹。私見によれば、適切な機関・人物への照会は必ずしも義務ではなく、あくまでも行為者が違法性の意識を払拭できる可能性が

⁴⁷⁹ このような結論を採るものとして、伊東研祐「百円紙幣を模造する行為につき違法性の意識の欠如に相当の理由があるとはいえないとされた事例」『刑事判例評釈集第48・49・50巻』（2000年）191頁、曾根威彦『刑法における実行・危険・錯誤』（1990年）94頁、高山・前掲注（23）349頁、内藤・前掲注（23）1030頁、松原久利・前掲注（23）188頁参照。

なお、このほかにも国家と市民の負担の分担の観点に基づき、警察官が適切な助言を懈怠していることが誤った法情報を提供した場合と同視できるため責任が阻却されるという見解として、一原・前掲注（23）113-114頁がある。また、故意を欠くため犯罪不成立という結論を導く見解として、石井徹哉「故意の内容と『違法性』の意識」早稲田法学会誌39巻（1989年）47頁、長井長信『故意概念と錯誤論』（1998年）207頁がある。

存在していたか否かが決定的に重要であり、本件ではそれが欠けていたものと評価できる。また、私見では照会ないしこれに準じる行為の相手方が警察等の公的機関の職員であるか、あるいは私人であるかは違法性の意識の可能性判断に直接の影響を及ぼすものではないものの、公的機関の職員が黙認したような場合には、行為者に対して照会行為に出ることを期待し得なくなる結果、違法性の意識の可能性を否定する必要性が高まると考えられる。そして、本件でも警察官が行為者の行為を積極的に容認する態度をとっていた以上、行為者には違法性の意識を抱く契機が失われていたとみなしてよいと思われる。

2 電波法違反事件（東京高判平成元年3月27日高刑速報（平1）号67頁）

本件では、被告人が無免許での無線機の使用が違法であることの疑念を抱いておらず、また、無線機の使用が規制対象であることを認識していなかったと認定されている以上、違法性の意識を抱く契機は存在していないと言わざるを得ない。

したがって、電気店員らに照会をしなかったこととは無関係に、違法性の意識の可能性は否定される。

3 商標法違反事件（名古屋高判平成25年1月29日、公刊物未登載）

本件では、被告人が内臓プログラムを変造した家庭用ゲーム機をインターネットオークションに出品することについて違法性の疑念を抱いておらず、また、このことが規制対象となっている認識も抱いていなかった以上、適切な機関・人物への照会の契機は存在しないと言わざるを得ない。したがって、適切な機関・人物への照会の有無とは無関係に、違法性の意識の可能性は否定される。

4 拳銃部品輸入事件（大阪高判平成21年1月20日判タ1300号302頁）

本件では、被告人が警察官に対してかなり慎重な態度で自らの行為の違法性について照会を行っており、そこで得られた回答を信頼して行為していたことから、照会の責務が十分に果たされていたとみることができる。したがって、被告人には違法性の意識の可能性が否定される。

5 虚偽専門意見書事例

前述の虚偽専門意見書事例では、行為者は弁護士に対して適切な照会を行っている以上、弁護士の回答の方針がいかにも不合理なものであったとしても、照会の責務は十分に果たされているといえる。したがって、被告人には違法性の意識の可能性が否定される。

第2款 免責を肯定し得ない事例

1 商標法違反事件（大阪高判昭和63年9月20日高刑速報（昭和63）号99頁）

本件では、被告人が本件に先立ってなされた商標法違反で押収されていたウイスキーの還付を受けた際に、商標の表示されているアルミキャップの上面にヤスリで×印が打刻され、瓶には「偽造」と書かれていたほか、被告人が係官に問いただしたところ、「これでいいんだ」との返答がなされた。この限りで、他者から被告人に対して適法性に関する一定の教示がなされていることは疑いない。

しかし、被告人は「これでいいんだ」との返答の趣旨はあくまでも自家消費を前提としてのものに過ぎず、これをそのまま使用すると商標法違反となると危惧していた以上、照会を行うことが要請される。本件では被告人が係官に対して自らの行為の適法性を問い質しているものの、そこで提供された情報は完全なものとはいえないことから、照会の責務を果たしたとは言い難い。

したがって、被告人には違法性の意識の可能性が認められる。

2 包丁式事件（東京高判平成5年6月4日高刑速報（平5）号155頁）

本件では、被告人が専門業者であり、儀式用包丁として刀を製作し、所持することが規制対象となっていることを認識している以上、適切な機関・人物に対して照会を行う契機が存在しており、これを行うことが要請される。そして、実際にはこれを行っていないことから、被告人には違法性の意識の可能性が認められる。

3 医師法違反事件（東京地判平成14年10月30日判時1816号164頁）

本件では、被告人が輸入業者の担当者からレーザー脱毛機器の使用が適法であることの教示を受けていたとはいえ、照会の相手方が一私人であり、法令の解釈につき特段の専門性を有しているものではなかった以上、照会行為ないしこれと同視し得る事情が存在するとは言い難い。したがって、この問題につき専門性を有する監督官庁である厚生省等に照会をしなかったことは適切な照会の懈怠と位置付けられ、被告人には違法性の意識の可能性が肯定される。

第4章 違法性に関する疑念を払拭し得ない場合の取り扱い

第1節 違法性に関する疑念を払拭し得ない場合の取り扱いを論じる意義

既に明らかにした通り、処罰の実効性の担保といった理由から、刑罰法規を一定程度抽象的に規定することが不可避である場合がある。そして、明確性の要請に基づき、刑罰法規の抽象性には上限が設けられるものの、その水準はそれほど高度とはいえない。したがって、有効とされる刑罰法規であっても、その抽象性ゆえに法文自体からは行為規範を厳密に読み取ることが困難であり、判例やガイドライン等による具体化を通じて行為規範の外延が明確化される場合がある。

しかも、行為者が弁護士等の適切な人物・機関に対して適切な照会を行ったとしても、刑罰法規の解釈が複数存在し得るため、行為者の行為が違法と評価される可能性があるとの回答が当該人物・機関から提供されることがある。そして、この場合には行為者に自らの行為の違法性に関する未必的な認識が存在しており、当該認識は裁判所が判断を下した実際の禁止の内容と合致していることから、行為者に違法性の錯誤を理由とする免責を認めることは困難だという見方もあろう。

しかし、とりわけ経済刑法のようにある行為（事業者の営業活動、投資家の投資活動等）を差し控えることが機会損失につながり得る領域においては、このような場合に常に処罰を肯定してしまうことによる不都合が顕在化する。ここで、議論の実益を示す見地から、予め主要な事例を挙げておくことが有益であろう。たとえば、行為者は積載制限量を超える荷物を運ぶため出発地の派出所に積載の許可の申請に出向いたものの、そこには申請用紙がなかったという状況において、既に荷物を積載している自動車用紙のある他の警察署に向かうよう警察官から忠告されたため、「本来は違法だが警察官が黙認してくれたのかもしれない」と思いつつ実際に運転を行ったという例が挙げられる（警察官の指示に従った無申請での運転事例⁴⁸⁰）。また、もう一つの例として、行為者があるサービスの提供を行うことで収益を得ていたところ、関連法規の改正により、当該サービスの提供が従来通り可能であるか否かについて疑念が生じ、この点について顧問弁護士に対して照会を行ったものの確定的な情報が得られなかったという状況の下、収益を失うことを回避するために当該サービス提供行為の違法性に関する確定的な情報が得られるまでやむを得ず当該サービスの提供を継続していたところ、後日、当該サービス提供行為が違法であることが判明した、という事例を挙げることができる（不確定な状況下における業務継続事例）。

この問題については、既に我が国でもドイツの議論を参照して期待可能性の欠如という観点から一定の解決策が示されている。もっとも、ドイツにおいてはその後、従来の違法

⁴⁸⁰ 名古屋高判昭和35年8月31日下刑集2巻7・8号1024頁を基にした事例である（高山・前掲注（23）373頁参照）。

性の意識の理解自体を修正することによってこの問題に対処すべきと主張する見解が登場する等、さらに議論が展開されている。そこで、以下では適切な機関・人物への照会を通じても自らの行為の違法性に関する疑念を払拭し得ない場合の刑法的評価を巡る従来の議論を整理したうえで、あるべき解決策を検討する。

第2節 伝統的理解（否定説）の根拠と帰結

違法性に関する疑念を払拭し得ない場合の刑法的評価としてまず考えられるのは、責任阻却ないし責任減少を一切認めないというものである。伝統的な学説からは、法律状態の不明確性が一因となって違法性の疑念を払拭できない事態に陥った場合においても、行為者が確定的な違法性の意識を有している場合と質的な相違はなく、法規範に従った動機づけは可能である上、禁止の錯誤に陥っているともいえないことから、刑の減輕ないし免責の余地はないという考えが示されている⁴⁸¹。また、ドイツの判例もこの見解を採用することを明らかにしている⁴⁸²。

この立場によれば、法律状態が明確でないという事情は、せいぜい量刑上の意味を有するに過ぎず、犯罪の成否には無関係となる。したがって、自らの行為が可罰性を有するというリスクがある場合には、当該リスクを基に実際に存在している可罰性を推論し、違法と評価される事態から距離を置くことが市民に要求されることになる⁴⁸³。

第3節 責任阻却・減少効果を根拠づける論拠の検証

照会を通じても違法性に関する疑念を払拭し得ない場合に責任阻却ないし責任減少を一切認めない伝統的理解に対しては、近時、批判的な見方がなされることが多い。その際、以下の論拠が挙げられている。

第1款 市民の自由に対する過度な制限（萎縮効果）

1 責任阻却・減少効果を認めない場合の帰結

責任阻却・減少効果を根拠づける論拠としてまず挙げられているのは、これを認めなければ市民の自由に対して過度な制限、すなわち萎縮効果がもたらされる懸念があるという点である。すなわち、市民が自らの意図する行為の適法性につき疑念を抱いている場合、

⁴⁸¹ Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl., 1969, S.171, Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrecht, 5.Aufl., 1996, §41 I 3b.

⁴⁸² BGH MDR 1955, 528.

⁴⁸³ Vgl. Gaede, a.a.O. (Anm. 358), S.459.

当該市民は責任非難が向けられるのを回避するため、自らが意図することから常に距離を置かざるを得ないことになる、というのである⁴⁸⁴。たとえば、前述の不確定な状況下における業務継続事例においても、行為者はサービスの提供行為を中断せざるを得なくなるであろう。しかも、この考え方によれば、自らの基本権の行使を断念しなければならない場合さえあると批判されている⁴⁸⁵。たとえば、弁護士に照会を行ったものの、公務員がどの範囲で政治的活動を行うことが適法であるかにつき最後まで確証が持てない場合、当該活動を差し控えなければならないことは確かである⁴⁸⁶。

もっとも、責任阻却・減少効果の必要性を根拠づけるために委縮効果を持ち出すことに対しては、以下の観点から反論がなされている。

2 第三者の利益を援用することへの疑問

反論の 1 つは、この考え方が前提とする市民の自由の保障のあり方自体に向けられている。すなわち、一般の市民が他の適法行為について誤解するか否かという行為者個人を離れた客観的な事情は刑罰法規明確性の原則に関わるものではあり得ても、専ら行為者個人の罪責を検討すべき犯罪論において「他人が誤解するから本件の責任を阻却する」という考え方は成り立たない、というのである⁴⁸⁷。なぜならば、この委縮効果論は市民の「自由」の保障を目的とするものであるが、その内実は「何らかの利益の実現ないし保全のために、違法かもしれない行為をなす自由」にほかならず、しかも具体的事案において実現された犯罪事実が現実にも違法である以上、市民への委縮効果の問題が生じるのは他の市民が行い得る「違法性のない他の行為」に限定されることになるからだ、という⁴⁸⁸。

また、類似の見地から、一般市民が委縮効果によって別の種類の行為まで自制する可能性があるという一般市民の誤想可能性ないし行動の自由の制約を理由とした抗弁は、本件行為者の行為に対して罪責判断を下す犯罪論及び刑事裁判の中に位置づけられるべき場所を有しないのではないか、という疑問も呈されている⁴⁸⁹。その背景には、立法権との役割分担の見地から司法権は客観的規範の確立ではなく具体的な紛争解決を本分とするという前提理解に立てば、裁判所が本件事件解決にとって不必要な形で訴外の第三者に対する影響を探ったり、本件事件解決を利用してこのような架空の可能性を排除する一般論を定立

⁴⁸⁴ Vgl. Gaede, a.a.O. (Anm. 358), S.458.

⁴⁸⁵ Vgl. Gaede, a.a.O. (Anm. 358), S.458.

⁴⁸⁶ 公務員による政治的行為の可罰性が問題とされた近時の判例として、最判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1337 頁、最判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1722 頁参照。

⁴⁸⁷ 高山・前掲注 (23) 369 頁。

⁴⁸⁸ 高山・前掲注 (23) 369 頁。

⁴⁸⁹ 杉本一敏「刑法と憲法における『不明確性』の主張」高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門』(2014 年) 255 頁。

したりすることは自制すべきだという認識がある⁴⁹⁰。

このような反論に対しては、他の市民の自由保障の観点も、犯罪論よりも上位に位置づけられる憲法判断の次元において一定の意味を有し得るとの再反論があり得る⁴⁹¹。また、当該法令が根拠となって行為者自身に刑罰という不利益が及ぶ以上、その法令の不明確性を攻撃することは許容されるという指摘⁴⁹²や、刑事裁判では行為者の行為が対象となるが、その前提として、一般人としての行為者の立場を喪失する訳ではなく、自己の行為に適用される法令の不明確性を一般人としての行為者が反駁する余地はあるといった再反論⁴⁹³もなされている。

しかし、少なくとも禁止の疑念が生じている以上、行為者本人に違法行為を回避する契機が保障されていることは否定できないことから、この場合における再反論としては説得力を欠くように思われる。行為者本人以外の第三者における規範を把握することの困難性は刑罰法規の明確性についての判断においてのみ考慮に入れられるべきものと思われる。

3 違法性の疑念を完全に払拭することの非現実性

反論の 2 つ目は、刑罰法規が明確でありさえすれば、違法性の疑念を完全に払拭することが可能という想定の下に委縮効果論が主張されている点に向けられている。

そもそも、「未必的違法性の意識」の法的評価という形で問題を定式化する見解は、違法性の意識に確定的なものと未必的なものとが含まれ、未必的な違法性の意識さえ存在しない場合のみが違法性の錯誤に位置づけられるという前提に立っている。しかし、実際問題として、行為者は自己の行為の違法性の有無を裁判所が事後的に判断するような明確な形では認識していないのが通例であり、調査によっても自らの行為の違法性に関する疑いをほとんど払拭することは可能であろうが、それを完全に払拭することはまず不可能だと指摘される⁴⁹⁴。そして、疑念を解消し得ない場合には責任を阻却するという帰結を一般に認めるのであれば、違法性を確信している行為者以外はすべて無罪としなければならない、不都合だということである⁴⁹⁵。

確かに、この指摘に示されるように、自らの行為が何らかの規定に抵触し得るのではないかという疑念を完全に払拭することは困難であろう。そもそも犯罪構成要件は刑罰法規を一定の視座から解釈することを経て導出されるものである以上、いかに立法者が立法技術に注意を払ったとしても、この状況を完全に解消することは不可能である。また、この

⁴⁹⁰ 杉本・前掲注（489）255 頁。

⁴⁹¹ 杉本・前掲注（489）255 頁参照。

⁴⁹² 高橋則夫「コメント」高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門』（2014 年）265 頁。

⁴⁹³ 高橋・前掲注（492）264 頁。

⁴⁹⁴ 高山・前掲注（23）370 頁。

⁴⁹⁵ 高山・前掲注（23）370 頁。

課題は、経済刑法のように複雑な規定が無数に乱立している分野の場合に特に強く顕在化すると思われる。このような場合に委縮効果を理由として常に責任阻却を肯定することは確かに困難であろう。

しかし、そうであるとはいえ、事実上、ほとんど常に行為者には未必的違法性の意識があると見ることは違和感がある。そして、現代社会においてはすべての市民に抽象的な疑念が残ることが不可避だという現状認識に立ったうえで、このような不都合な帰結を回避するためには、違法性の意識自体の捉え方に修正を加え、単なる疑念の存在によって違法性の意識を肯定することを回避する必要があるように思われる。このことは、後に詳しく論じるように、認識的要素のみでは違法性の意識の性格を適切に捉えきれないことを示唆しているように思われるのである。

第2款 公正な刑罰の要請

責任阻却・減少効果を根拠づけるために公正な刑罰の要請という観点も挙げられている⁴⁹⁶。

法律状態が不明確な状況においては、市民が弁護士等の適切な人物・機関への照会を通じて違法な行為に出ないよう心掛けていた場合であっても、そうでない場合と同様の評価を受けることになり得る。すなわち、市民が弁護士等の適切な人物・機関を信用して行動したところ、裁判所が最終的にその違法性を肯定する解釈を採用した場合、当該市民はあたかも自らの行為について確知していながら行為に出る者のように扱われることとなってしまい、不都合だというのである⁴⁹⁷。

確かに、市民が他者の利益を尊重するべく適切な機関・人物への照会等という適切な努力を行った場合に、それを欠く場合と同様の評価を与えることには抵抗がある。それは、違法性に関する単なる認識を有しているのみで完全な刑事責任を肯定し、市民に刑罰の負担を課すという帰結が、不明確な法律状態という市民の責めに帰せられるべきではない事情によってもたらされるからである。自由な社会における公正な刑罰の賦課という観点からは、少なくとも、市民が刑罰を受けるためには、単に自らの行為の違法性を認識しているのみでは十分でなく、それを超える特別な事情が必要になると考えるべきではないだろうか。

第3款 責任主義との抵触

⁴⁹⁶ Günter Warda, Grenzfälle im Bereich des Verbotsirrtums, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 516.

⁴⁹⁷ Gaede, a.a.O. (Anm. 358), S. 459.

さらに挙げられているのは、このような場合に常に完全な処罰を肯定すると、責任主義との趣旨を貫徹できないという論拠である。すなわち、不明確な刑罰法規の存在が一因となって違法性の疑念を払拭できないという状況が生じている場合に、その危険を市民に一方的に負担させることは妥当でないというのである⁴⁹⁸。

確かに、刑事責任の本質を非難可能性として捉えるならば、自らの行為の違法性に関する疑念という心理的状态にあるとしても、規範的観点から非難が不可能な場合には免責すべきであるように思われる。そして、法律状態が不明確である場合には、いかに行為者が努力を払ったとしても裁判所が最終的に採用する解釈が明らかにならないことがあり、一定の場合には非難が不可能になるということが考えられよう。そして、このような刑事責任の本質にまで遡った議論を展開するためには、超法規的責任阻却事由の援用をも視野に入れる必要があると思われる。

第4款 各論拠の検証を通じて得られる示唆

各論拠を検証することを通じて、以下の示唆が得られた。

まず、委縮効果論についてはその限界が明らかとなった。確かに、自らの行為の違法性に関する疑念を抱いている場合にも完全な責任を問うことは、刑罰の発動可能性を残すことにより、違法性の疑念を解消し得ない場合には表現の自由をはじめとする市民の人権を制限することを承認するものであるようにも見える。しかし、既に明らかにしたように、行為者本人への自由保障と離れて、市民一般への萎縮効果をここで考慮すべきではない。したがって、刑罰法規の存在が結果的に市民の自由に対してある程度の制約を生じさせたとしても、そのこと自体から免責を肯定することは困難と思われる。

次に、公正な刑罰の要請という観点から免責を肯定すべきという指摘は、確かに説得的であるように思われる。不明確な刑罰法規の存在が一因となって、行為者が最大限の努力を払ったとしても結果的に違法な行為に出ることが避けられなかったという場合に通常
の犯罪行為と同等の刑罰的評価を加えることは、刑罰の公正性を害するように思われる。これを避けるためには、単なる違法性の未必的な認識のみならず、行為者に責任非難を向けるに値するような事情を要求すべきであるように思われる。

また、責任主義も、この問題において一定の意義を有する。規範的観点から非難が不可能な場合には免責を肯定すべきである。そして、その際には実質的観点に基づく免責を導くため、刑法に規定された責任阻却事由のみならず、超法規的責任阻却事由の援用をも視野に入れる必要があると思われる。

自らの行為の違法性に関する疑念を払拭できない場合については、これらの観点を反映する形で問題の処理を行うべきである。

⁴⁹⁸ Gaede, a.a.O. (Anm. 358), S. 460.

第4節 解決策の検討

第1款 禁止の錯誤と位置付けることによる解決策

1 ドイツ刑法第17条直接適用説

違法性の疑念を払拭し得ない場合の一部について、まずドイツ刑法第17条を直接適用すべきとする見解が唱えられた。すなわち、法律状態が不明確な状況下においては、たとえ行為者が未必的違法性の意識を抱いていたとしても法規範に向けた方向づけが困難な場合があることから、非難可能性の減少・消滅を導くためにドイツ刑法17条を適用する必要がある、というのである⁴⁹⁹。この考え方を我が国に導入する場合、刑法38条3項ただし書を直接適用するということになる。

この見解が示すように、刑事責任の本質に鑑みれば、未必的違法性の意識を抱いていたとしても法規範に向けた方向づけが困難な場合に非難可能性の減少・消滅を導く必要があることは確かであろう。この限りで、この見解が前提としている実質的評価には賛同し得る。

しかし、ドイツ刑法17条は違法性の意識の欠如を前提とする以上、未必的違法性の意識が行為者に存在するとしながら、これを直接適用することは妥当でないであろう⁵⁰⁰（我が国の刑法38条3項についても同様である）。この難点を回避するには、ドイツ刑法17条の直接適用を断念して他の解決策を導入するか、あるいは一定の場合には何らかの理由でそもそも未必的違法性の意識が行為者に存在しないという結論を導く必要がある。

2 ドイツ刑法第17条類推適用説

前述のドイツ刑法第17条直接適用説の難点を踏まえ、違法性の疑念を払拭し得ない場合の一部について、ドイツ刑法第17条を類推適用すべきとする見解も唱えられている。すなわち、行為者が禁止の錯誤に陥っていたと仮定した場合に当該錯誤が回避不可能と評価される場合には、自らの行為の違法性に疑念を抱き、照会を行った慎重な者についても免責ないしは刑の減輕を肯定する必要がある、というのである⁵⁰¹。この主張の背景には、通常求められる程度の法に対する忠実を示している場合には、行為者を処罰しても刑罰に期待される一般的予防の目的が実現されないことから、答責性が否定されるという考え方が存在している⁵⁰²。

⁴⁹⁹ Günter Stratenwert, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4.Aufl., 2000, §10, Rn. 84,

⁵⁰⁰ 松原久利・前掲注(24) 681頁参照。

⁵⁰¹ Roxin, a.a.O (Anm. 340), §21, Rn.33.

⁵⁰² Roxin, a.a.O. (Anm. 340), §21, Rn.37.

しかし、客観的に法律状態が不明確であるとしても、対立する見解を知っている行為者に情報の不足はなく、自らの行為が違法である可能性を認識しており、単に裁判所による将来の判断について予測を誤ったに過ぎないと指摘されている⁵⁰³。また、前述の通り、この見解ではそもそも法に対して忠実である義務を独立に観念することになり、この点でも疑問が残る。したがって、この解決策にも賛同することができない。

第2款 期待可能性論による解決策

1 期待可能性論による解決の採用可能性

近時、客観的に法律状態が不明確であることが一因となって、行為者が未必的違法性の意識を抱いている場合には、自己の利益の重大性を考慮して、法律状態が解明されるまで行為を思いとどまることを行為者に期待することができたか否かを検討し、それを期待できない場合には期待可能性の欠如を理由として責任を阻却すべきだとする見解が有力となっている⁵⁰⁴。この主張の主要な論拠として、責任主義に照らせば違法性の意識に基づいて自己の意思を法規範に従った行為へと動機づけることが完全な処罰のために必要であるということが挙げられている⁵⁰⁵。

この見解に対しては、立法者が示唆しているわけではない一般的な超法規的責任阻却事由を導入するものであり、刑法の規制機能の低下に結び付く恐れがあるため不当だという批判が向けられている⁵⁰⁶。ドイツにおいては一般的な超法規的責任阻却事由の存在は否定されており、期待可能性の欠如は、実定法の規定やその解釈を通じてのみ認められる法律上の特殊な責任阻却事由と位置付けられるのが通例である⁵⁰⁷。このような立場からは、特定の条文（ここでは禁止の錯誤を規定するドイツ刑法 17 条や日本刑法 38 条）と結びつかない形で期待可能性を考慮し、違法性の疑念を払拭できない場合の処理を図ることは困難となろう。

しかし、このような批判は少なくとも我が国の解釈論にとっては障害にならないと思われる。そもそも、行為者に対する非難可能性を内容とする刑法上の責任に関する判断は、具体的かつ非類型的な性質を有する場合があることから、立法者が責任を阻却すべき場合を刑法典に網羅的に規定していると見ることはむしろ不自然であろう。仮に超法規的責任阻却事由を一切認めないとすれば、刑法典に規定された責任阻却事由に該当しない限り犯

⁵⁰³ 松原久利・前掲注（23）681-682 頁参照。

⁵⁰⁴ Vgl. Wolfgang Naucke, Staatstheorie und Verbotsirrtum, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 503, 516 f.

⁵⁰⁵ 松原久利・前掲注（23）680 頁。

⁵⁰⁶ Gaede, a.a.O. (Anm. 358), S. 460.

⁵⁰⁷ Vgl. Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, § 47 II 2.

罪の不成立を認めることができなくなり、実質的に非難を向けるべきでない場合にまで刑法上の批判が向けられることになってしまい不当であろう。以上に鑑みれば、期待可能性の不存在・減少を一般的な超法規的責任阻却・減輕事由として捉えることが必要かつ可能であり、違法性の疑念を払拭できない場合にこれを援用する余地があると思われる。

もっとも、期待可能性の欠如による免責がどのような場合に可能となるのかという点について、あらためて検討する必要がある。

2 期待可能性の欠如による免責の要件

期待可能性の欠如を認めるべきか否かは、違法の可能性のある行為に出ないことが行為者に期待できるか否かにかかっている。そして、不確定な状況下における業務継続事例を念頭に、行為者が計画していた行為の違法性の重大性、危険にさらされる利益の内容、行為を思いとどまることにより生じる不利益の重大性及び明確な情報が得られるまで行為を延期し得る可能性が考慮要素として挙げられている⁵⁰⁸。期待可能性の欠如は超法規的責任阻却事由である以上、違法である可能性のある行為に出ないことが行為者に期待できるかを判断する際に、このように複数の考慮要素を複合的に考慮することは避けられないであろう。

なお、行為の違法性に関する疑念を払拭できない場合の免責について期待可能性の欠如による説明を行う見解の中には、行為者の動機づけ過程における葛藤の発生を必須の要件とし、第三者における委縮効果を考慮すべきでないとするものがある。この見解は、行為の違法性に関する疑念を払拭できない場合を、①行為に出るべきか否かを即断できない場合や違法かもしれない行為に出なければ重大な不利益の生じることが予想される場合のように、違法性の「疑い」の程度が小さくなかったとしても行為者に宥恕すべき事情のあるもの（葛藤型）と、②裁判所が違法判断を下す可能性がゼロではないものの低いと予想される場合のように、「疑い」の程度が非常に小さい場合（萎縮型）の2つに区分し、それぞれ別個の取り扱いをすべきとする。すなわち、①葛藤型については期待可能性の観点から責任阻却を検討すべきであるとされ、前述の警察官の指示に従った無申請での運転事例がこれに該当するとされる。これに対し、②萎縮型については責任阻却を認めるべきではないとされ、前述の不確定な状況下における業務継続事例がこれに該当するとされる⁵⁰⁹。このような二分論は果たして妥当であろうか。

この見解が「萎縮型」の事例における免責を否定しているのは、前述の通り、行為者に未必的違法性の意識があり、かつ予定していた行為が実際に違法であった以上、これを保

⁵⁰⁸ 松原久利・前掲注（24）687頁。

⁵⁰⁹ 高山・前掲注（23）377頁参照。

護する必要はないという事情による⁵¹⁰。この限りで、この見解が主張する二分論には賛同し得る。

もっとも、この見解がそもそも不確定な状況下における業務継続事例を常に委縮型として位置付ける点については疑問が残る。それは、この事例においても行為者は何らかの利益を失うことを避けるためにあえて出ることが通常だと考えられるからである。したがって、不確定な状況下における業務継続事例も基本的に葛藤型に位置づけられるべきであり、保護すべき利益が存在しないなど、行為者に行為に出ることを思いとどまることを期待できる場合にのみ期待可能性の欠如を否定することが妥当であろう。

3 期待可能性論による解決策の限界

以上のように、違法性の疑念を払拭できない場合の一定部分について、期待可能性の欠如を理由として責任の阻却を導くことが可能である。

もっとも、期待可能性の欠如による免責のみでは十分に解決し得ない問題が残されているように思われる。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。既に示した通り自らの行為の違法性の疑念が殆ど常に存在し得るという前提に立ち、しかも違法性の錯誤に関する規定（ドイツ刑法 17 条、日本刑法 38 条 3 項）の適用を排除するのであれば、違法性の錯誤の生じる余地が殆どなくなってしまうが、このような帰結が自然であるとは思われない。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はなく、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ように思われるのである。

第 3 款 違法性の意識の再定義を通じた解決策

近時、違法性の意識の意思的側面に注目することによって、適切な機関・人物への照会を通じても違法性の疑念を払拭できない場合の処理を行うべきとする見解が主張されている。以下ではこの見解の主張内容及びその背景、この見解向けられ得る批判と反論の可能性を明らかにすることにより、この見解の妥当性を検証する。

1 違法性の意識の意思的側面の承認と禁止を命じるための理由づけの考慮

ガエデは、未必の故意と認識ある過失の区別を行う場合にしばしばなされているように、

⁵¹⁰ 高山・前掲注 (23) 375 頁参照。

行為者の主観の意思的側面に注目して違法性の意識の存否を判断すべきだという。すなわち、行為者が自らの違法行為を受け入れた時にのみ行為者に責任非難が向けられるのであり、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、というのである⁵¹¹。

この見解によれば、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る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ろう。

このような主張の背景にあるのは、市民に禁止を命じるための条件の考慮である。ガエデによれば、自由主義的な法秩序においては、禁止を命じるためには何らかの理由づけを要するという前提から出発するのであれば、行為者が刑罰法規への違反を甘受したといえる場合にのみ未必的違法性の意識を肯定すべきだ、というのである⁵¹²。従来、国家に帰属可能な不明確な法的状況のリスクを一方的に規範の名宛人に背負わせてはならないという方針がドイツの判例においてしばしば断片的に述べられることがあった⁵¹³が、処罰に必要となる行為者の主観面を厳格に理解する結果、行為者が違法性の疑念を払拭できない場合にはこの方針が常に妥当することになる⁵¹⁴。すなわち、刑法が非難しなければならない態度は違法な行為であることの認識のみではなく、それを甘受したことにも求められることになる⁵¹⁵。前述の国家と市民の間のリスク分配に着目する見解と異なり、この見解はあくまでも行為者の責任に着目することから出発している点で、妥当な方向を示しているように思われる。

2 反対説の論拠の批判的検証

違法性の意識に意思的要素が含まれるとすることに対しては、批判的な見方も根強くなされている。ここでは批判的な見方を支える論拠に十分な理由が必ずしもないことを明らかにし、違法性の意識の存在に意思的要素を必須とすることがなお可能であることを示す。

⁵¹¹ Gaede, a.a.O. (Anm. 414), S. 460.

⁵¹² Gaede, a.a.O. (Anm. 414), S. 460.

⁵¹³ Vgl. BGH NJW 2007, 3078, 3079 = HRRS 2007 Nr. 843; OLG Stuttgart NJW 2006, 2422, 2424; 2008, 243 ff.; OLG Karlsruhe NJW 2003, 1061, 1062; LG Ravensburg NSTZ-RR 2007, 353, 354; OLG Celle NSTZ-RR 2009, 110, 111 f.; OLG Hamm NSTZ-RR 2010, 59 (L) = BeckRS 2009, 27806; BayObLG NSTZ 2000, 148.

⁵¹⁴ Gaede, a.a.O. (Anm. 414), S. 460.

⁵¹⁵ 王玉全（伊藤亮吉＝楊遠寧訳）「違法性の意識に関する諸問題についての再考」名城法学 65 卷 4 号（2015 年）107 頁参照。

(1) 故意と違法性の意識の基準の同一性

違法性の意識の存在に意思的要素を必要不可欠の前提とすることに反対する見解を支える 1 つ目の理由は、意思的要素の欠如が故意の不存在には必ずしもつながらないという理解に立ったうえで、違法性の意識の場合にもこれと同様に行為者の意思を要求するべきではないというものである⁵¹⁶。故意説を採用した場合、故意の認識対象に行為の違法性も含まれることから、未必の故意の場合と同一の基準によって未必的違法性の意識の有無を判断することが自然であろう。

しかし、この論拠については、そもそも故意と違法性の意識の基準を同一のものと理解すること自体に必然性がないと思われるため疑問である。それは、前述の通り、故意説を全面的には支持し得ないからである。故意と違法性の意識は相互に独立した別個の責任要素と位置付けられるべきであり、両者の判断基準を同一に解する必要はないように思われる⁵¹⁷。

(2) 法規範と意思の関係

違法性の意識の意思的側面を否定する際に挙げられる 2 つ目の論拠は、法規範と意思の関係である。すなわち、自らが引き起こす事態について行為者が意思を有することは可能であるのに対し、既に確定している現行の法規範については意思の対象とすることができないはずだ、というのである⁵¹⁸。確かに、この推論が正しいのであれば、違法性の意識に意思的側面など存在し得ないことになる。

しかし、この論拠にも反論の余地がある。なぜならば、違法性の意識の対象は、厳密には法規範それ自身ではなく、行為者が予定する行為と法規範の関係に求められるべきだからである。すなわち、行為者が当該行為の計画の意義を正確に評価した上で当該行為を通じて意図的に法規範に違反する状態を作出した場合、行為者における違法性の意識は意思的要素を備えているといえ、このような行為者の主観的事情が刑法的非難の対象になると考えられるのである⁵¹⁹。このような理解は、自由主義的な法秩序においては禁止を命じるためには何らかの理由づけを要するという既に述べた前提にも沿うものであるといえよう。

⁵¹⁶ Warda, a.a.O. (Anm. 496), S. 523ff.

⁵¹⁷ 松原・前掲注 (24) 677 頁参照。

⁵¹⁸ Puppe, a.a.O. (Anm. 368), S. 235.

⁵¹⁹ 王玉全・前掲注 (515) 108-109 頁参照。

第4款 2つの解決策の併用可能性

以上のように、行為者の意思的要素を含む形で違法性の意識を再定義する解決策と期待可能性の欠如による解決策はいずれも支持し得ることが明らかとなった。これらの解決策は、実際上の帰結においてはそれほど大きな差異を生じさせるものではないと思われる。

しかし、例外的に一方が肯定され、他方が否定されるということはある。すなわち、行為者が一定の交通状況において道路中央車線への進入が禁止されているかもしれないし命じられているかもしれないと考えた場合（相互に排他的な2つの義務の可能性を認識している事例）のように未必的違法性の意識は肯定されるのに対し期待可能性は欠如する場合や、予定した行為を差し控えることにより失われる利益が極めて小さい場合のように期待可能性の欠如は認められないのに対し行為者の意図が否定され得る場合がこれに該当する。したがって、上記の2つの解決策の関係、すなわち両者を併用することが可能であるかが、実際上意味を有することになる。

ドイツでは両者を併用することに否定的な見方がなされている⁵²⁰が、上述の事例のように、いずれかの解決策を通じてのみ免責を認めることが可能となる事例が存在することに鑑みれば、2つの解決策を併用可能とする意義が認められる。また、2つの解決策はそれぞれ別個の責任要素に着目するものであり、異なる根拠に立脚して異なる要件を備えるものであることから、これらを併用することに問題はないように思われる。

なお、相当な理由に基づく違法性の錯誤が既に広く受け入れられ、免責の基準に関する議論が蓄積していることや期待可能性の欠如が超法規的違法性阻却事由として位置付けられることに鑑みれば、まずは前者の成否を検討し、それが否定された場合にはじめて後者の成否を検討することが妥当であろう。

第5款 具体的事例の解決

以上で明らかにした基準に従えば、これまで議論されてきた諸事例は、以下のように処理されことになる。

1 不確定な状況下における業務継続事例

行為者があるサービスの提供を行うことで収益を得ていたところ、関連法規の改正により、当該サービスの提供が従来通り可能であるか否かについて疑念が生じ、この点について顧問弁護士に対して照会を行ったものの確定的な情報が得られなかったという状況の下、収益を失うことを回避するために当該サービス提供行為の違法性に関する確定的な情報が

⁵²⁰ Gaede, a.a.O. (Anm.358), S. 460f.

得られるまでやむを得ず当該サービスの提供を継続していたところ、後日、当該サービス提供行為が違法であることが判明した、という事例においては、通常、自らの行為の違法性を甘受している状況が認められないことから、行為者には未必的違法性の意識が存在せず、違法性の錯誤が生じているといえる。

そして、行為者は顧問弁護士に対して照会を行っている以上、それが適切なものである限り、違法性を認識する契機を欠くことになる。したがって、本事案において行為者は回避不可能な違法性の錯誤に陥っていると評価することができることから、行為者に免責を認めることが可能である。この場合、予定していた行為を差し控えることにより失われる利益が小さくても免責が認められることから、専ら期待可能性の欠如に注目する見解に比べて、免責の余地は相対的に大きくなる。

一方、行為者が自らの行為が違法である可能性を積極的に受け入れたといった事情があれば、未必的違法性の意識は肯定される。この場合に、予定していた行為を差し控えたとしても特段の不利益を負わないのであれば、期待可能性の欠如も認められず、通常の刑事責任を負うことになる。また、行為者が自らの行為が違法である可能性を認識した上で、単に自らに有利な見解を得るために事情の一部を隠して弁護士への照会を形式的に行ったといった事情があれば、行為者にはなお違法性の意識に至り得る契機が存在していたといえることから、行為者に免責を認めることはできない。

2 警察官の指示に従った無申請での運転事例

行為者は積載制限量を超える荷物を運ぶため派出所に積載の許可の申請に出向いたものの、そこには申請用紙がなかったという状況において、運転してきた車で用紙のある他の警察署に向かうよう警察官から忠告されたため、「本来は違法だが警察官が黙認してくれたのかもしれない」と思いつつ実際に運転を行ったという事例においては、行為者は警察官が黙認しているという認識を有しているに過ぎず、自らの行為が刑罰法規に違反することを甘受しているといえることから、未必的違法性の意識を否定することができない。

しかし、この場合に警察官の指示に従わないという選択を行為者に期待することは酷であるように思われる。この事案で運転してきた自動車を利用せずに他の警察署に向かうことを要求するとすれば、行為者には一定の時間的負担が生じる。また、一般市民にとって交通法規に習熟しているとみなすことが可能な警察官の指示に従うことは自然なことであり、その他の情報源にあらためて接することは現実的でないであろう。

したがって、本事案においては、行為者に期待可能性が欠如することから、行為者に免責を認めることが可能である。

3 相互に排他的な2つの義務の可能性を認識している事例

行為者が一定の交通状況において道路中央車線への進入が禁止されているかもしれないし命じられているかもしれないと考えており、咄嗟に道路中央車線に進入した結果、事後的にそれが違法と判明した事例においては、いずれにしても違法な行為に出る可能性があることを行為者が甘受していたことを否定し難いことから、行為者に未必的違法性の意識を肯定せざるを得ない。

しかし、この場合には法情報の調査や照会の余裕がない状況下で咄嗟にいずれかの対応を選択せざるを得なかったことから、行為者に期待可能性はなく、免責を認めることが妥当と思われる⁵²¹。

4 違法性を阻却する緊急状態について疑念を有している事例

相手を窃盗犯人だと思って現行犯逮捕したものの、現行犯人といえるかについて確証が持たず、それでも逮捕してよいか疑いを有していたところ、事後的に逮捕行為が違法と評価されたという事例においても、行為者が自らの行為の違法性を甘受していたのであれば、未必的違法性の意識が認められる。

もっとも、事態の緊急性が高く、逮捕行為に出ないことにより行為者が被る不利益が重大である一方、逮捕行為の違法性がそれほど重大でないといった事情があれば、期待可能性の欠如を理由として免責を認めることが可能であろう⁵²²。

⁵²¹ 松原・前掲注(24) 686頁参照。

⁵²² 松原・前掲注(24) 688頁参照。

終章

第1節 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。

第1款 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、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。

第 2 款 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。

第3款 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。

第2節 残された課題

以上のように、本稿は経済刑法における自由保障と適正処罰のあり方の一端を示すものであるが、そのすべてを網羅的に示している訳ではない。むしろ、以下のような課題が残されている。

まず、刑罰法規の明確性や錯誤を巡る議論以外に、自由保障と適正処罰のあり方を支える議論は多く存在していることから、これを展開する必要があるだろう。例えば、法人処罰のあり方、正当業務行為・法令行為を理由とする正当化の範囲や中立的行為による幫助の問題等、経済刑法において特に問題になり得る論点が挙げられる。

また、自由保障も適正処罰も究極的には個別具体的な犯罪の成否を検討する中で実現されるべきと考えられることから、総論上の議論も踏まえつつ、経済犯罪の類型毎の各論的な解釈論をさらに展開する必要があるだろう。

以上については、いずれも今後の課題となる。

参考文献一覧

1 日本語文献

- ・ 浅田和茂「責任と答責性—ロクシン説の検討—」平場安治博士還暦祝賀（1977年）
- ・ 浅田和茂『刑法総論』（補正版、2007年）
- ・ 芦部信喜『憲法学Ⅲ』（増補版、2000年）388頁）
- ・ 安嶋建「コーネリウス・プリトヴィッツ『法益論及び最終手段性原則、構成要件の明確性原則、責任原則、従属性原則、補充性原則を通じた経済刑法の制限』早稲田法学88巻3号（2013年）
- ・ 足立昌勝『『ドイツ諸国』における『罪刑法定主義』概念の歴史的検証』沢登俊雄＝光藤景皎編『刑事法学の歴史と課題』（1994年）
- ・ 石井徹哉「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38号（1988年）
- ・ 石井徹哉「故意の内容と『違法性』の意識」早稲田法学会誌39巻（1989年）
- ・ 石井徹哉「租税遁脱罪の故意」早稲田法学会誌43号（1993年）
- ・ 石井徹哉「責任判断としての違法性の意識の可能性」早稲田法学会誌44巻（1994年）
- ・ 井田良『講義刑法学・総論』（2008年）
- ・ 一原亜貴子「違法性の錯誤と負担の分配（2・完）」関西大学法学論集54巻1号（2004年）
- ・ 一原亜貴子「判批」刑事法ジャーナル21号（2010年）
- ・ 一原亜希子「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）
- ・ 伊東研祐「百円紙幣を模造する行為につき違法性の意識の欠如に相当の理由があるとはいえないとされた事例」『刑事判例評釈集第48・49・50巻』（2000年）
- ・ 伊東研祐『刑法総論』（2008年）
- ・ 伊藤正己『言論・出版の自由—その制約と違憲審査の基準—』（1959年）
- ・ 井上友貴「企業実証特例制度とグリーン解消制度の活用について」会社法務A2Z85号（2014年）
- ・ 上田正和「インサイダー取引と刑事規制」大宮ローレビュー4号（2008年）
- ・ 上村達男「流通市場に対する法規制（3）—インサイダー取引規制」企業会計53巻10号（2001年）
- ・ 宇賀克也「日本版ノーアクションレター制度」同『行政法評論』（2016年）
- ・ 内田幸隆「現代社会における刑罰の限界—財産犯の成否をめぐって—」法律論叢83巻2=3号（2011年）
- ・ 遠藤博志「インサイダー取引規制に関する企業の意識—日本経団連のアンケート調査

結果の概要一」商事法務 1679号（2003年）

- ・ 王玉全（伊藤亮吉＝楊遠寧訳）「違法性の意識に関する諸問題についての再考」名城法学 65巻4号（2015年）
- ・ 太田善之「正規の簿記の諸原則と実現原則について」彦根論叢 269号（1991年）
- ・ 大野正義『罪刑法定主義』（1980年）
- ・ 大野真義＝門田成人「合衆国最高裁判所における不明確による無効の理論」阪大法学 144号（1987年）
- ・ 大庭沙織「認識形成プロセスとしての故意」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 上巻』（2014年）
- ・ 大谷實『刑法講義総論』（新版3版、2009年）
- ・ 岡部雅人「判批」刑事法ジャーナル 52号（2017年）
- ・ 越知保見『独禁法事件・経済犯罪の立証と手続的保障—日米欧の比較と民事・行政・刑事分野の横断的研究』（2013年）
- ・ 小野清一郎「経済刑法と違法の意識」同『刑罰の本質について、その他』（1955年）
- ・ 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）」NBL724号（2001年）
- ・ 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（2）」NBL725号
- ・ 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（3・完）」NBL731号（2002年）
- ・ 門田成人「刑罰法規の明確性と解釈」阪大法学 148号（1988年）
- ・ 門田成人「刑罰法規明確性の根拠について—アメリカ連邦最高裁判例の検討を中心に」島大法学 32巻2号（1988年）
- ・ 門田成人「刑罰法規明確性の理論と『公正な告知』の概念 1、2・完」島大法学 34巻2号（1990年）
- ・ 門田成人「アメリカ刑法における「公正な告知」の構造について」法の科学 18号（1990年）門田成人「『刑罰法規明確性の理論』と罪刑法定主義」島大法学 35巻4号（1992年）
- ・ 門田成人「RICO法とアメリカ合衆国刑事法における基本原則の現代的意味—刑罰法規明確性の理論を素材に—（上）（中）（下）」島大法学 36巻3号（1992年）、37巻1号（1993年）、38巻2号（1994年）
- ・ 門田成人「『刑罰法規明確性の理論』の意義と根拠について」刑法雑誌 33巻3号（1994年）
- ・ 門田成人「経済活動の刑事規制に対する憲法上の限界」『中山研一先生古稀祝賀論文集 第三巻』（1997年）
- ・ 門田成人「刑罰法規の明確性の判断構造について City of Chicago v. Morales 事件判

決を素材に」島大法学 44 卷 4 号 (2001 年)

- ・ 門田成人「紹介 A・E・ゴールドスミス「合衆国最高裁における漠然性のゆえに無効の法理・再論」の紹介」神戸学院法学 34 卷 2 号 (2004 年)
- ・ 門田成人「刑罰法規の解釈における「公正な告知」原理」神戸学院法学第 37 号第 3・4 号 (2008 年)
- ・ 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 卷 5 号 (1987 年)
- ・ 神山敏雄=斉藤豊治=浅田和茂=松宮孝明編『新経済刑法入門』(2008 年)
- ・ 亀山継夫「覚せい剤原料譲渡罪の成立に必要とされる故意の内容(下)」研修 324 号 (1975 年)
- ・ 亀山継夫「薬物乱用取締法上の諸問題(5・完)」警察学論集 33 卷 1 号 (1980 年)
- ・ 川口恭弘=前田雅弘=川濱昇=洲崎博史=山田純子=黒沼悦郎「インサイダー取引規制の比較法研究」民商法雑誌 25 卷 4・5 号 (2002 年)
- ・ 川口浩一「白地刑罰法規の錯誤における事実の錯誤と違法性の錯誤の区別」法学論集 64 卷 2 号 (2014 年)
- ・ 川崎一夫「事実の錯誤と違法性の錯誤の区別—主要判例を中心として—」創価法学 35 卷 2 号 (2005 年)
- ・ 川田泰之「禁止の錯誤と法的照会」法学研究論集 39 号 (2013 年)
- ・ 川端博『正当化事情の錯誤』(1988 年)
- ・ 川端博=山中敬一=日高義博「罪刑法定主義の問題状況」現代刑事法 31 号 (2001 年)
- ・ 川端博『刑法総論講義』(3 版、2013 年)
- ・ 神例康博「ローター・クーレン『刑法の未来』」鹿児島大学法学論集 40 卷 2 号 (2006 年)
- ・ 木村光江『刑法』(3 版、2010 年)
- ・ 黒沼悦郎「インサイダー取引規制における重要事実の定義の問題点」商事法務 1687 号 (2004 年)
- ・ 経済産業省『先進企業から学ぶ事業リスクマネジメント 実践テキスト』(2005 年)
- ・ 経済産業政策局産業構造課「グリーゾーン解消制度及び企業実証特例制度の活用結果」経済産業公報 18483 号 (2016 年)
- ・ 郷原信郎『企業法とコンプライアンス』(2 版、2008 年)
- ・ 香城敏磨「覚せい剤取締法」平野龍一ほか編『注釈特別刑法 5 (2)』(2 版、1992 年)
- ・ 河本一郎ほか「座談会 インサイダー取引の規制」ジュリスト 908 号 (1988 年)
- ・ 小林俊夫「内部者取引規制におけるいわゆるバスケット条項について」東京大学法科大学院ローレビュー 3 号 (2008 年)
- ・ 小林充『刑法』(3 版、2007 年)
- ・ 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 卷 2 号 (1999 年)

- ・ 島崎憲明「インサイダー取引規制の明確化のための日本経団連の提言」商事法務 1687号 (2004年)
- ・ 齋藤健一郎「判批」警察公論 69巻2号 (2014年)
- ・ 斉藤信宰『刑法における錯誤論の研究』(1989年)
- ・ 斎野彦弥『故意概念の再構成』(1995年)
- ・ 佐伯仁志『制裁論』(2009年)
- ・ 佐久間修『刑法総論』(2009年)
- ・ 佐藤文哉「法文の不明確による法令の無効(一)(二)」司法研修所論集 37号(1967年)、38号(1967年)
- ・ 佐藤文哉「判批」法曹時報 32巻8号(1980年)
- ・ 塩野宏『行政法I』(5版補訂版、2013年)
- ・ 重井輝忠「違法性の意識と責任非難」阪大法学 49巻1号(1999年)
- ・ 重井輝忠「違法性の意識における重層構造」阪大法学 49巻2号(1999年)
- ・ 重井輝忠「行政刑法における事実認識と違法性の意識」阪大法学 50巻3号(2000年)
- ・ 品田智史「特別刑法と罪刑法定主義—粉飾決算事例を素材として—」浅田和茂ほか編『斉藤豊治先生古稀祝賀論文集』(2012年)
- ・ 芝原邦爾『刑法の社会的機能—実体的デュー・プロセスの理論の提唱』(1973年)
- ・ 芝原邦爾=古田佑紀=佐伯仁志編著『経済刑法—実務と理論—』(2017年)
- ・ 清水真「事前法令照会制度と経済刑法犯における違法性の錯誤」東亜法学 8号(2003年)
- ・ 洲見光男「意味の認識—法的意味と社会的意味との関係—」早稲田大学大学院法研論集 30号(1983年)
- ・ ベルント・シューネマン(中川祐夫訳)「現代の法理論にてらした罪刑法定主義の原則」龍谷法学 15巻4号(1983年)
- ・ 莊子邦雄『刑法総論』(3版、1996年)
- ・ 新谷一幸「Bernd Schünemann, Nulla poena sine lege?」法学雑誌 26巻1号(1979年)
- ・ 菅沼真也子「違法性の意識に関するわが国の判例の状況」中央大学大学院研究年報(法学研究科篇) 41号(2011年)
- ・ 菅沼真也子「故意の認識内容—ドイツ刑法理論における『行為者の無関心』の取り扱いについて—」中央大学大学院研究年報 40号(2011年)
- ・ 菅沼真也子「判批」法学新報 119巻1・2号(2012年)
- ・ 菅原由香『変革の刑法学と犯罪の研究』(2008年)
- ・ 杉本一敏「誰にとっての『明確性』か?—罪刑法定主義が犯罪論において持つ意義についてのメモ—」法の理論 28号(2008年)
- ・ 杉本一敏「刑法と憲法における『不明確性』の主張」高橋則夫=杉本一敏=仲道祐樹

- 『理論刑法学入門』（2014年）
- ・ 鈴木晃「責任の予防的再構成に関する一考察—ロクシンの『答責性』論とその批判—」
中京大学大学院生法学研究論集 2号（1981年）
 - ・ 鈴木茂嗣『刑法総論〔犯罪論〕』（2001年）
 - ・ 鈴木茂嗣「刑事法学の動き 松原久利『責任阻却事由と事前責任』」法律時報 84巻 5号（2012年）
 - ・ 鈴木將文「判批」知財管理 63巻 11号（2013年）
 - ・ 関根徹「故意の客観化について」高岡法学 18巻 1=2号（2007年）
 - ・ 瀬川行太「犯罪論における同時存在原則について（3）」北大法学論集 68巻 2号（2017年）
 - ・ 専田泰孝「公権力の不適切な対応と違法性の錯誤—大阪高判平成 21.1.20 をめぐって—」
岡山大学法学会雑誌 62巻 2号（2012年）
 - ・ 曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕』（2版、2005年）
 - ・ 曾根威彦『刑法における実行・危険・錯誤』（1990年）
 - ・ 曾根威彦『刑法原論』（2016年）
 - ・ 高橋信行「判批」法学教室 437号（2017年）
 - ・ 高橋則夫『刑法総論』（2版、2010年）
 - ・ 高橋則夫「コメント」高橋則夫=杉本一敏=仲道祐樹『理論刑法学入門』（2014年）
 - ・ 高山佳奈子『故意と違法性の意識』（1999年）
 - ・ 高山佳奈子「現代型刑罰法規と罪刑法定主義」城山英明=西川洋一編『法の再構築Ⅲ科学技術の発展と法』（2007年）
 - ・ 滝川幸辰「経済事犯の死点」同『滝川幸辰著作集第四巻』（1981年）
 - ・ 田中二郎「経済統制罰に関する法律上の諸問題（3）」法学協会雑誌 59巻 9号（1941年）
 - ・ 田村翔「引受け過失論考察のための序章」法学研究論集 41号（2014年）
 - ・ 団藤重光『刑法綱要総論』（1957年）
 - ・ クラウス・ティエデマン（西原春夫=宮澤浩一監訳）『ドイツおよび EC における経済犯罪と経済刑法』（1990年）
 - ・ 内藤謙『刑法講義総論 上』（1983年）
 - ・ 長井長信『故意概念と錯誤論』（1998年）
 - ・ 中川祐夫「責任と可罰的評価」平場安治博士還暦祝賀（1977年）
 - ・ 中森喜彦「麻薬・覚醒剤に関する認識・故意」判例タイムズ 721号（1990年）
 - ・ 西原春夫『刑法総論（下巻）』（改定準備版、1993年）
 - ・ 野村亜紀子「米国 SEC の法人に対する民事制裁金の考え方」資本市場クォーターリー 9巻 4号（2006年）
 - ・ 野村稔『刑法総論』（補訂版、1998年）

- ・ 野村稔「長銀決算事件控訴審判決の検討」研修 695 号（2006 年）
- ・ 野村稔『経済刑法の論点』（2002 年）
- ・ 内藤謙『刑法講義総論（下 1）』（1991 年）
- ・ 永井敏雄「違法性の錯誤」警察学論集 34 卷 2 号（1981 年）
- ・ 仲道祐樹「行動準則としての刑法と罪刑法定主義」高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門』（2014 年）
- ・ 中山研一＝斉藤豊治＝神山敏雄編『経済刑法入門』（3 版、1999 年）
- ・ 中山研一『違法性の錯誤の実体』（2008 年）
- ・ 西田典之『刑法総論』（2 版、2010 年）
- ・ 野崎和義「法の実定性と禁止の錯誤—法システム論的視座からの一試論—」ホセ・ヨンバルト＝三島淑臣編『法の理論 10』（1990 年）
- ・ 野村稔『刑法総論』（補訂版、1998 年）
- ・ 萩原滋『実体的デュー・プロセスの理論』（1991 年）
- ・ 林弘正「判批」島大法学 54 卷 4 号（2011 年）
- ・ 林幹人『刑法総論』（2 版、2008 年）
- ・ 半田靖史「違法性の意識の可能性」『刑事事実認定重要判決 50 選（上）』（2 版、2013 年）
- ・ 平川宗信『刑事法の基礎』（2008 年）
- ・ 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975 年）
- ・ 福田平『違法性の錯誤』（1960 年）
- ・ 福田平『刑法総論』（全訂 5 版、2011 年）
- ・ 藤木英雄『刑法各論—現代型犯罪と刑法』（1972 年）
- ・ 前田雅英「罪刑法定主義の変化と実質的構成要件解釈」『中山研一先生古稀祝賀論文集 第三巻』（1997 年）
- ・ 前田雅英「判批」捜査研究 66 卷 4 号（2017 年）
- ・ 牧野英一『刑法総論』（9 版、1952 年）
- ・ 増田豊『語用論的意味理論と法解釈方法論』（2008 年）
- ・ 町野朔「意味の認識について（下）」警察研究 61 卷 12 号（1990 年）
- ・ 松生光正「引き受け過失論について」『鈴木茂嗣先生古稀祝論文集（上）』（2007 年）
- ・ 松尾直彦『金融商品取引法』（2011 年）
- ・ 松澤伸「企業不祥事への対応のあり方—GCOE コンプライアンス調査を踏まえた一考察」企業と法創造 36 号（2013 年）
- ・ 松原久利『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』（2006 年）
- ・ 松原久利「未必的違法性の意識—違法性の意識の可能性と期待可能性に関連して—」同志社法學 56 卷 6 号（2005 年）
- ・ 松原久利「責任阻却事由と事前責任」『大谷實先生喜寿論文集』（2011 年）

- ・ 松原英世『刑事制度の周縁—刑事制度のあり方を探る』(2014年)
- ・ 松原芳博「ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ『行為主義刑法—十分に尊重されている基本原則であろうか?』」早稲田法学 79 巻 4 号 (2004年)
- ・ 松原芳博「犯罪論と刑罰論との関係」刑法雑誌 46 巻 2 号 (2007年)
- ・ 松原芳博「罪刑法定主義」曾根威彦=松原芳博編『重点課題 刑法総論』(2008年)
- ・ 松原芳博『刑法総論』(2版、2017年)
- ・ 松宮孝明「白地刑罰法規の規範補充を私人に委ねることと罪刑法定の原則」立命館法学 321・322号 (2008年)
- ・ 松宮孝明『刑法総論講義』(4版、2009年)
- ・ 松宮孝明「罪刑法定の原則と刑法の解釈」立命館法学 332号 (2010年)
- ・ 丸山博哉「『継続企業の前提』とオピニオン・ショッピングに関する一考察」企業会計 62 巻 12 号 (2010年)
- ・ 三上正隆「判批」刑事法ジャーナル 37号 (2013年)
- ・ 南由介「意味の認識をめぐる一考察—薬物・有毒飲食物事犯に関する判例の検討を中心として—」法学政治学論究 48号 (2001年)
- ・ 南由介「違法性の意識—責任説の立場から—」桃山法学 8号 (2006年)
- ・ 南由介「責任説の再構成—意味の認識の視点から—」桃山法学 7号 (2006年)
- ・ 南由介「判批」桃山法学 15号 (2010年)
- ・ 南由介「意味の認識の内容について」慶應法学 37巻 (2017年)
- ・ 宮本英脩『刑法講義』(新版、1942年)
- ・ 安田拓人「錯誤論(下)」法学教室 274号 (2003年)
- ・ 安田拓人「責任の理論」伊藤涉ほか編『アクチュアル刑法総論』(2005年)
- ・ 山口厚編『経済刑法』(2012年)
- ・ 山口厚『刑法総論』(3版、2016年)
- ・ 山田泰弘=伊東研祐編『会社法罰則の検証：会社法と刑事法のクロスオーバー』(2014年)
- ・ 山中敬一『刑法総論』(3版、2015年)
- ・ 横畠裕介『逐条解説インサイダー取引規制と罰則』(1989年)
- ・ トーマス・レナウ(甲斐克則ほか訳)「経済犯罪としての背任」企業と法創造 6巻 1号 (2009年)
- ・ 和田健夫「ドイツ競争制限禁止法第六次改正」商学討究 50巻 4号 (2000年)

2 ドイツ語文献

- ・ Alexander Schumann, Die englische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland: Buchführung, Rechnungslegung und Strafbarkeit wegen Bankrotts, ZIP 2007

- Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikt, 1959
- Bernd Schünemann, Nulla poena sine lege?: Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht, 1978, S.6.
- Bettina Enderle, Blankettstrafgesetze: Verfassungs- und strafrechtliche Probleme von Wirtschaftsstraftatbeständen, 2000
- Björn Burkhardt, Rechtsirrtum und Wahndelikt, JZ 1981
- Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz, 4. Auflage, 2012, §3, Rn. 3.
- Christine Löw, Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtumnach §17 StGB, 2001
- Claudio Kirch-Heim / Erich Samson, Vermeidung der Strafbarkeit durch Einholung juristischer Gutachten, wistra 2008
- Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4 Aufl., 2006, §5, Rn.18.
- Cornelius Prittwitz, Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1993
- Cornelius Prittwitz, Begrenzung des Wirtschaftsstrafrechts durch die Rechtsgutslehre, sowie die Grundsätze der ultima ratio, der Bestimmtheit der Tatbestände, des Schuldgrundsatzes, der Akzessorietät und der Subsidiarität, Eberhard Kempf / Klaus Lüderssen / Klaus Volk, Die Handlungsfreiheit des Unternehmers - Wirtschaftliche Perspektiven, Strafrechtliche und Ethische Schranken, 2009
- Dannecker/Freitag, Zur neueren europäischen und deutschen Strafgesetzgebung im Recht der Außenwirtschaft und der Finanzsanktionen, ZStW 116, 2004
- Eckhard Horn, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969
- Edmund Mezger, Anmerkung zu RG. 2, Sen., v. 7, 4, 1927 – 2 D 228/27, JW 1927
- Erik Kraatz, Zu den Grenzen einer »Fremdrechtsanwendung« im Wirtschaftsstrafrecht am Beispiel der Untreuestrafbarkeit des Direktors einer in Deutschland ansässigen Private Company Limited by Shares, JR 2/2011
- Frank Peter Schuster, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten, 2012
- Fritz Hartung, Zweifelsfragen des Verbotsirrtums, JZ 1955
- Fritz Meyer, Der Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht, NStZ 1986
- Gerald Grünwald, Bedeutung und Begründung des Satzes "nulla poena sine lege", ZStW 76, 1969
- Günter Stratenwert, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 2000, §10, Rn. 84,
- Günter Stratenwerth, Vermeidbarer Schuldausschluss, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989

- Günther Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991
- Günter Warda, Grenzfälle im Bereich des Verbotsirrtums, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974
- Hans-Joachim Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969
- Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969
- Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4. Aufl. (1988), S.120; Gerald Grünwald, Bedeutung und Begründung des Satzes “nulla poena sine lege“, ZStW 76 (1969)
- Hans-Joachim Rudolphi, Anmerkung zu BayObLG, Urteil v. 8.9.1988, JR 1989
- Hans-Gerd Meine, Der Irrtum über das Kompensationsverbot, wistra 2002
- Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4. Aufl. 1988
- Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrecht, 5. Aufl., 1996
- Harro Otto, Der Verbotsirrtum, Jura 1990
- Hauke Brettel / Stefan Thomas, Unternehmensbußgeld, Bestimmtheitsgrundsatz und Schuldprinzip im novellierten deutschen Kartellrecht ZWeR 2009
- Heinrich Henkel, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954, S.253f.
- Ingeborg Puppe, Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit, Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi, 2004
- Ingeborg Puppe, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990
- Ingo Bott/Paul Krell, Der Grundsatz „nulla poena sine lege“ im Lichte verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, ZJS 6/2010
- Jens Bülte, Der Irrtum über das Verbot im Wirtschaftsstrafrecht, NSTZ 2013
- Jens Müller, Vorsatz und Erklärungspflicht im Steuerstrafrecht, 2007
- Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996
- Joachim Bohnert, OwiG, 3. Aufl., 2010, Rn.7.
- Jürgen Weidemann, Ist der Steuerhinterziehungstatbestand ein Blankettgesetz?, wistra 2006
- Jürgen Wolter, Schuldhaftes Verletzung einer Erkundigungspflicht, JuS 1979
- Karsten Gaede, Der unvermeidbare Verbotsirrtum des anwaltlich beratenen Bürgers - eine Chimäre?, HRRS 2013
- Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 2013, Rn.14ff; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2010, Rn.10ff; Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010
- Klaus Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969

- Klaus Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, 1976
- Konstantina Papathanasiou, Die Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Verständnishorizont des Täters, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011
- Konstantina Papathanasiou, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014
- Lothar Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987
- Lothar Kuhlen, Die Zukunft des Strafrechts, Ulfrid Neumann / Cornelius Prittwitz(Hrsg), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, 2005
- Lutz Eidam, Auswirkung und Stellenwert strafrechtlicher Expertengutachten auf die Anwendbarkeit von § 17 StGB in wirtschaftsstrafrechtlichen Fallkonstellationen, ZStW 2015
- Manfred Maiwald, Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984
- Michael Pawlik, Das Unrecht des Bürger, 2012
- Oliver Löwe-Krahl, Der subjektive Tatbestand des § 370 AO, PStR 2012
- Petra Velten, Normkenntnis und Normverständnis, 2002
- Roland Schmitz, Über die Auflösung des (deutschen) nationalen Wirtschaftsstrafrechts durch das europäische Recht, in: Joerden / Szwarc (Hrsg.), Europäisierung des Strafrechts in Polen und Deutschland-rechtsstaatliche Grundlagen, 2007
- Rolf Dietrich Herzberg, Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH, JuS 1980
- Rolf Dietrich Herzberg, Fahrlässigkeit, Unrechtseinsicht und Verbotsirrtum, Festschrift für Harro Otto, 2007
- Theodor Lenckner, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nullum crimen sine lege", JuS 1968, S.305f.
- Thomas Rönau, Haftung der Direktoren einer in Deutschland ansässigen englischen Private Company Limited by Shares nach deutschem Strafrecht – eine erste Annäherung, ZGR 2005
- Thomas Rotsch, Der lange Abschied vom Bestimmtheitsgrundsatz, ZJS 2/2008
- Tonio Walter, Kern des Strafrecht, 2006, S. 308.
- Ulrich Leffson, Die Grundsätze ordnungsmässiger Buchführung, 7., rev. und erw. Aufl., 1987
- Volker Krey, Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes „nullum crimen, nulla poena sine lege“, 1983
- Werner Schneider, Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1964
- Wolfgang Naucke, Staatstheorie und Verbotsirrtum, Festschrift für Claus Roxin

zum 70. Geburtstag, 2001

- Wolfgang Naucke, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1973

3 英語文献

- Andrew E. Goldsmith, *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited*, 30 AM.J.CRIM.L.279 (2003)
- C. Dreier, *A Happiness Approach to Cost-Benefit Analysis Note the Lending-Limit Combination Rules: Regulation by Enforcement at the OCC Douglas*, 2. 62 Duke L.J. 1747 (2013)
- Cristina D. Lockwood, *Defining Indefiniteness: Suggested Revisions to the Void for Vagueness Doctrine*, 8 Cardozo Pub. L. Pol'y & Ethics J. 255 (2010)
- David S. Rudstein, *Civil Penalties and Multiple Punishment under the Double Jeopardy Clause: Some Unanswered Questions*, 46 Okla. L. Rev. 587(1993)
- Erica Clements, *The Seventh Amendment Right to Jury Trial in Civil Penalties Actions: A Post-Tull Examination of the Insider Trading Sanctions Act of 1984*, 43 U. Miami L. Rev. 361(1988)
- Harvey A. Silverglate/Monica R. Shah, *The Degradation of the "Void for Vagueness" Doctrine: Reversing Convictions while Saving the Unfathomable "Honest Services Fraud" Statute*, 2010 Cato Sup. Ct. Rev. 201(2009)
- Lynn C. Hall, *Crossing the Line between Rough Remedial Justice and Prohibited Punishment: Civil Penalty Violates the Double Jeopardy Clause*, 65 Wash. L. Rev. 437(1990)
- Samuel A. Terilli, *Inartful Drafting Does Not Necessarily a Void, as Opposed to a Vague, Statute Make-Even under the First Amendment*, 63 U. Miami L. Rev. 793(2009)
- Sanford H. Kadish, *Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations*, 30 U. CHI. L. Rev. 423 (1963)
- SEC, *Statement of the Securities and Exchange Commission Concerning Financial Penalties*, 2006
- Stuart P. Green, *The Conceptual Utility of Malum prohibitum*, Vol. 55, Issue 1, 2016
- Ted Kamman/Rory T. Hood, *With the Spotlight on the Financial Crisis, Regulatory Loopholes, and Hedge Funds, How Should Hedge Funds Comply with the Insider Trading Laws?*, 2009 Colum. Bus. L. Rev. (2009)

- ・ Wesley Burrell, The Right-to-Honest-Services Doctrine – Enron’s Final Victim: Pure Void-for-Vagueness in *Skilling v. United States*, 44 *Loy. L.A. L. Rev.* 1289 (2011)

4 フランス語文献

- ・ Charles de Montesquieu, *De l’Esprit des Lois* (1777)